

行政院國家科學委員會補助專題研究計畫  成果報告  
 期中進度報告

傳統知識保護之國際立法與實踐之研究（第3年）

計畫類別： 個別型計畫  整合型計畫

計畫編號：NSC 97 - 2410 - H - 009 - 025 - MY3

執行期間：2008年08月01日至2011年07月31日

執行機構及系所：國立交通大學科技法律研究所

計畫主持人：倪貴榮

共同主持人：

計畫參與人員：黃韻蓉(兼任助理)

成果報告類型(依經費核定清單規定繳交)： 精簡報告  完整報告

本計畫除繳交成果報告外，另須繳交以下出國心得報告：

- 赴國外出差或研習心得報告
- 赴大陸地區出差或研習心得報告
- 出席國際學術會議心得報告
- 國際合作研究計畫國外研究報告

處理方式：除列管計畫及下列情形者外，得立即公開查詢

涉及專利或其他智慧財產權， 一年  二年後可公開查詢

中 華 民 國 100 年 10 月 21 日

## 摘要

傳統知識不僅為該國原住民生存發展的要素，對於發展農業、醫療以及生態保育更具有許多重要的價值。經驗顯示跨國生技公司除經由生物探勘擷取開發中國家的生物遺傳資源外，亦常利用原住民與當地社群對於生物資源的傳統知識作為研發工具，並在各國取得專利保障。在欠缺利益共享之機制下，已嚴重妨害傳統知識持有人的權益。

保護傳統知識已成為國際社會所共同關注的議題，基本上，傳統知識保護涉及三個面向，即：生物多樣保育與利用、國際人權以及智慧財產權。目前各有關國際組織與公約正積極從事立法工作。

此三年之連續性計畫在兼顧全球化與在地化的理念下，進行保護傳統知識的國際立法研究。除了探討相關國際組織如CBD、WIPO 與WTO等對於該議題之具體作為外，更將以制定傳統知識法領域具有指標性的國家中挑選了身為開發中國家的秘魯以及具豐富毛利傳統知識的先進國家紐西蘭作為國內法制研討之研究對象，期能藉由分析比較他國立法背景與實踐的優缺點，以協助我國建立或調整妥善的傳統知識保護之政策與法制。

關鍵字：傳統知識、原住民、生物多樣性公約、智慧財產權、世界智慧財產權組織、世界貿易組織、人權

## **Abstract**

Traditional Knowledge (TK) owned by indigenous peoples and local communities has been widely acknowledged essential to the local peoples. TK may contribute to the development of biodiversity, cultural expression, medicine, and industry. Evidently, multinational biotech companies are inclined to avail TK as a means for research and development that may result in the grant of patents while they are engaging in bio-prospecting abroad. The usual vacancy of a proper mechanism on benefit-sharing has seriously damaged the right of TK holders.

The protection of TK has become a major focus of the international community. The task may *inter alia* involve three aspects: the conservation and utilization of biodiversity, international human rights and intellectual property. A number of relevant international institutions have been conducting law making process.

The three-year project takes into account of globalization and localization studies the international law-making of TK protection. Apart from exploring the legal implications embodied in these international instruments, the project aims to analyze and compare the background, and merits and flaws of leading nations' legislation, such as Peru and New Zealand. The project may contribute to the establishment and adjustment of our country's policy and law in this regard.

Keywords: Traditional Knowledge, Indigenous Peoples, CBD, Intellectual Property Rights, WIPO, WTO, TRIPS, Human Rights

## 一、前言

過去二十年以來先進國家的生物探勘活動，不但發現了地球上豐富的生物遺傳資源，更是讓傳統知識的價值獲得重視。所謂的傳統知識(traditional knowledge, TK)，在狹義的理解之下，係指原住民和在地社群(indigenous peoples and local communities)的一種跨領域知識，包括醫學、農業、狩獵等原住民利用當地資源所發展出的一套生活技能；廣義的傳統知識更是包括音樂、宗教、文學、美術等文化資產，其主要特性有：集體創作(collective creation)、口耳相傳(transmit orally)、隨時間變動以及歸屬於特定區域族群(group owned)。

傳統知識被跨國生技公司不當掠奪以及對其適當保護等議題，由於不僅屬於在地性，更具有國際性，故已成為國際社會共同關切之議題。許多擁有豐富傳統知識的國家，特別是開發中國家更傾向以國際法的架構來規範傳統知識的取得與利益分享，期望能拘束和影響先進國家的法律，特別是智慧財產權。目前傳統知識在國際法上的發展主要牽涉三個層面的問題，分別為：生物多樣保育與利用<sup>1</sup>、國際人權<sup>2</sup>以及智慧財產權<sup>3</sup>。

在思考如何保護由傳統知識所衍生的經濟利益時，目前國際上最常被討論的則是以設立財產權作為保護機制。因為傳統知識畢竟是屬於無形資產的一種，似乎屬於智慧財產權所規範的客體。而除了在智慧財產權的架構下處理這個議題，是否也可能在國際間建立一個獨立的機關(*sui generis*)專責處理這個議題？還是應該依照美國的觀點，交由各國國內法來處理即可？

目前各主要國際公約及組織皆持續進行傳統知識保護的國際法律的制定(international law-making)工作，有些已有初步草案，並繼續召開會議協商，例如生物多樣性公約(Convention of Biological Diversity, CBD)在2010年的會員國大會中通過了名古屋議定書(Nagoya Protocol)，設立了具強制力的國際制度(international regime)，主要目的在於採取國際一致行動以有效避免傳統知識之不當取得(misappropriation)；世界智慧財產權組織(World Intellectual Property Organization, WIPO)亦草擬了「傳統知識保護草案：政策目的與核心原則」(Draft Provisions for the Protection of Traditional Knowledge: Policy Objectives and Core Principles)<sup>4</sup>，惟草案仍偏重於防衛性(defensive approach)，未來是否朝更積極

---

<sup>1</sup> 在生物多樣保育與利用中最具影響力的莫過於生物多樣性公約(簡稱 CBD)，亦為本文在保育面向的探討核心。

<sup>2</sup> 聯合國教科文組織於1960年代首先進行相關研討，「聯合國原住民族權利宣言(United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples)」亦於2007年的第61屆聯合國大會中通過。全文包括20段前言及45條宣言，涵括全球原住民族的文化等多項權利，其目的乃在防止種族滅絕、維護文化多樣性、保護原住民智慧財產權及土地權。

<sup>3</sup> 本文主要著墨於世界智慧財產權組織(World Intellectual Property Organization, WIPO)下所制定的傳統知識保護草案之研討。

<sup>4</sup> See WIPO, *Revised Draft Provisions for the Protection of Traditional Knowledge: Policy Objectives*

性 (positive) 的保護，值得關注。

現狀下因傳統知識屬於無體財產，主要係透過智慧財產權制度加以保護；惟智慧財產權制度與傳統知識於本質上存在衝突，故透過智慧產權制度保護傳統知識可能產生爭議，本文將逐一進行研討。關於智慧財產權制度的相關研析，並透過積極性與防衛性兩個不同面向加以觀察。積極性面向係透過權利的賦予來加以保護，現行智慧財產權制度皆賦予傳統知識排他性權利的保護即為一例。而透過智慧財產權制度保護傳統知識有其不足之處，故有提出防衛性保護制度來彌補現行制度的不足之處。而防衛性面向旨在避免傳統知識不當取得，並未賦予任何權利。諸如建立傳統知識資料庫、揭露傳統知識來源等。

在國內立法實踐的研討上，以全球第一部保護傳統知識的專法—秘魯27811法案做為討論核心。除針對27811法案中的保護制度逐一討論外，並嘗試分析27811法案下的相關議題，例如傳統知識的權利內涵究竟為何等；最後輔以實證訪談資料，以建立對秘魯傳統知識保護法制發展的全面理解。

已開發國家則以紐西蘭為代表，除就紐西蘭國內在傳統知識保護議題上的發展做出介紹外，並進一步探討紐西蘭的國內立法實踐情形，其如何保護國內的傳統知識持有者的權益。

最後就本文針對傳統知識概念範疇的討論、智慧財產權制度的應用現況，以及國內立法實踐觀察所累積的研究成果與心得做出結論與建議。

## 二、研究目的

台灣原住民傳統知識豐富，保護傳統知識及促進其利用，不僅能增進國家及社會利益，並符合國際保護原住民人權之趨勢，在國際立法風起雲湧之際，我國當不宜自外於國際潮流。

本研究期望能藉由分析國際保護傳統知識法制之脈絡，探究傳統知識保護在生物多樣國際架構、國際人權法以及國際智慧財產權法之發展，並檢視比較主要國家的立法與實踐，以作為我國未來進行保護傳統知識法制化之基礎。

本計畫亦對於在傳統知識法領域具有重要地位之國家，如秘魯以及紐西蘭等國之國內法制予以分析，秘魯從1996年開始著手於傳統知識的研究，於2002年通過專門保護傳統知識之相關法令，另外也已設立專責處理傳統知識相關議題之行政機關，堪為國際典範及最具代表性之立法；和台灣同樣為島國的紐西蘭在國際平台上十分活躍，其立法思維可供我國於相關草案制定上之參酌。

本文有幸取得秘魯以及紐西蘭主管機關的相關訪談資料，同時也對台灣該草案的起草者進行實證訪談，故得以在理論的研討外，輔以實證的分析。希望透過針對這三個國家的深入研析，能夠找出未來國內立法模式的可能方向。

### 三、研究方法

本計畫為連續性的研究計畫，分三年執行，不僅分析評估各國法制，更計畫實地觀察國際立法工作及至他國，如秘魯等國進行田野調查，以深入瞭解其實際執行層面，詳細研究方法提出如下：

#### 第一年：

##### 一、文獻蒐集分析

包括主要資料蒐集分析，如CBD, WIPO, TRIPS, FAO相關文件、有關之國際條約以及各國國內相關法令等；及次要資料：如國內外期刊、網路資源和報導等。

##### 二、法律議題分析

運用歸納法、比較法、演繹法、與案例研究等方式進行分析。討論議題如下：

1. 分析各主要國際組織在傳統知識議題上之立場與意見。
2. 分析各國學者對於傳統知識議題所提供之建議。
3. 檢討上述國際組織見解與國際法學者建議在我國之可行性。

##### 三、進行必要之訪談

探訪傳統原住民部落，以彰顯本研究之在地化性質；訪問政府主管機關，以明瞭國內法制現況計畫。

#### 第二年：

##### 一、文獻蒐集分析比較研究

繼續蒐集計畫內容的相關論文、期刊，與隨時更新各國實踐狀況最新立法發展，主要聚焦於秘魯國內法制之研究。

##### 二、法律議題比較分析

第一年對於各主要國際組織之立場分析之後，第二年將比較各主要國家採行的政策、立法，以至行政規則層面，基於不同的政治法律體制而採行不同規範方式有何特色與異同，各國法規實際執行成效與運作情形的瞭解，並分析其優缺點。並針對首先設立專法的秘魯27811法案進行深入且詳實的個案研究。

##### 三、赴個別國家參訪進行實證研究，實地了解該國之立法背景以及實際成效

秘魯從1996年開始著手於傳統知識的研究，於2002年通過專門保護傳統知識之相關法令，另外也已設立專責處理傳統知識相關議題之行政機關，足以為本研究提供國際法在各國之具體實踐，並且為我國之立法提供參考。

### 第三年：

#### 一、文獻蒐集分析比較研究

繼續蒐集計畫內容相關論文、期刊，與隨時更新各國實踐狀況最新立法發展。

#### 二、法律議題比較分析

主要將總和第一年研究國際法發展的成果以及第二年研究國內法發展的成果，再來對於我國國內法草案之妥當性以及完整性提供建議。

#### 三、進行必要之訪談及召開座談會或工作坊

除了在國內繼續作政府單位與民間機構的訪談，亦計劃召開座談會或工作坊，以匯集專家意見。

#### 四、赴個別國家參訪進行實證研究，實地了解該國之立法背景以及實際成效

紐西蘭與台灣同屬島國，具有亞熱帶豐富的生物及遺傳資源，且與台灣相同的是，即在主流社會移居或侵入之前，原住民已發展出相當成熟的社會組織，紐西蘭原住民毛利人（Maori）的工藝技術精湛，屬於文化資產豐富的南島文化，亦與台灣原住民文化可相互輝映。由於兩國在自然景觀環境與原民文化的類似性，故探究與比較紐國對於其與生物資源有關的傳統知識（Traditional Knowledge, TK）的保護體系，應可助於我國相關法制的建構。

## 四、文獻探討

本文除透過文獻論理上的探討，建立傳統知識、智慧財產權制度等基本概念外，亦進一步針對智慧財產權制度保護傳統知識可能產生的爭議問題加以研討，建立對相關議題的完理解。

### (一)傳統知識概念研析

在進行傳統知識保護法制的探討時，若無法掌握傳統知識的概念範疇，在進入細部保護制度的探討時恐會產生混淆與誤解。因此本文嘗試就傳統知識之概念與國際立法趨勢進行研討，主要透過國際立法上的討論來進行對傳統知識概念的理解。

#### 1. 傳統知識的特性使其不易被定義

由於傳統知識多是靠世代口耳相傳 (orally transmitted)，所以通常缺乏系統性的文獻記載，且也沒有一定形式的呈現方式，它可能是一種文化價值，也可能以原住民社群的法律或是方言形式存在；原住民社群的農作方式 (agricultural practices)，不管是植物品種的改良知識或是畜牧方式的演變都可能是傳統知識的一種呈現方式<sup>5</sup>。

傳統知識因其先天特性的關係，使其概念並不容易被界定出特定範圍。但若欲透過立法的方式來保護傳統知識，則首要之務便是架構出傳統知識的概念，方有利於界定保護範圍、保護客體等等。

學術討論上，有透過反面列舉的方式，排除非傳統知識的態樣；亦有以正面界定傳統知識特色的方式，嘗試區分傳統知識和西方社會所認識的科學知識 (scientific knowledge) 的異同；惟有學者認為此二分法的方式並非十分恰當，因在科學知識領域中亦有少數的範疇涵括了傳統知識，意即傳統知識在某些程度上也是相當科學<sup>6</sup>。另學者 Dutfield 認為傳統知識通常指的是與環境有關的知識，而非文化著作或是表達，與本文所欲探討的傳統知識概念範疇相契合<sup>7</sup>。

以上的討論便牽涉到爭議問題：「傳統知識和其它形式之間的知識存在著怎樣的連結關係」；此問題並不容易回答，因在這世界上不同文化間的交流為一常態現象，很少會存在著永久或是長期被隔離的人口；且隨著通訊技術的革命以及文化全球化等趨勢，不同知識之間的疆界亦逐漸模糊。<sup>8</sup>

因傳統知識本身的概念範圍即不容易界定，故若欲判斷傳統知識和其他形式的知識間存在著何種連結關係時，問題就更繁複。本文以為針對此爭議問題不應一概而論，而應視所欲探討的傳統知識係透過何種方式界定其概念、該傳統知識

<sup>5</sup> 郭華仁、陳昭華、陳士章、周欣宜，〈傳統知識之保護初探〉，《清華科技法律與政策論叢》，第二卷第一期，頁 39-72。

<sup>6</sup> Graham Dutfield, INTELLECTUAL PROPERTY, BIOGENETIC RESOURCES AND TRADITIONAL KNOWLEDGE (2004).

<sup>7</sup> 本文之所以將傳統知識概念範疇聚焦於與自然資源有關的部分，係因嚴重的生物剽竊問題為本文的主要研究動機，而生物剽竊產生於傳統生物多樣性知識，故僅集中於此進行討論。

<sup>8</sup> Dutfield, *supra* note 6, at 93-94.

又係存在於何種領域<sup>9</sup>，分別討論之。

## 2. 國際立法針對傳統知識概念的界定與討論

國際立法上基於對傳統知識保護目的的不同，於此概念的界定上亦有些許的差異，惟大體上對於傳統知識的要素皆有所提及，以下試呈現生物多樣性公約、聯合國教科文組織和世界智慧財產權組織對傳統知識概念的界定與闡述。

### (1) 生物多樣性公約

CBD 和傳統知識最具關聯性的條文莫過於第八條 j 款的部份。其刻意不賦予傳統知識一個確切的定義，反而以「**含有傳統生活方式的知識、原住民與地方社群的創新與慣習 (practice)**」此一廣泛的概念理解之。並進一步把傳統知識解釋為以實踐為本，經由數世紀所得，適應當地文化和當地環境，經過代代口耳相傳者<sup>10</sup>。從該款 CBD 關於傳統知識概念的闡述反映出**傳統知識多樣化**的特性<sup>11</sup>。意即只要該知識具備該款所描述的傳統知識要素，便可能以各種形式呈現，或是涉及諸多不同領域，並未限縮於一定的形式或是領域。

### (2) 聯合國教科文組織

因傳統知識其中一個特性為集體產出、保存以及所有 (collective generated, owned and preserved)，和原住民社群的生活有很深的連結，傳統知識的保護遂和原住民人權的保護產生交集。聯合國在過去幾十年來關於原住民權益的承認及保護有很深的關注。惟對於傳統知識的概念並無太多的著墨，**主要聚焦於如何保護原住民的權益**。

### (3) 世界智慧財產權組織

WIPO 主要以財產權的面向來理解傳統知識。其底下的 IGC 秘書處於 2006 年第九次會期中，依其官方文件所載，將傳統知識的概念理解為<sup>12</sup>：

基於傳統背景的脈絡，原住民族運用智慧所產生的知識，此類知識包含了特定的訣竅 (know-how)、技術 (skill)、創新發明 (innovations) 以及利用 (practices)；原住民族以及社群的傳統生活方式 (lifestyle)；世代相傳下，系統性所編纂出的知識；以上種種，共同構成了傳統知識的體系<sup>13</sup>。

<sup>9</sup> 諸如環境領域、農業領域、醫藥領域等不同領域的傳統知識。

<sup>10</sup> CBD, article 8 (j) states :「 Each contracting Party shall, as far as possible and as appropriate: Subject to national legislation, respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application with the approval and involvement of the holders of such knowledge, innovations and practices and encourage the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of such knowledge innovations and practices. 」  
[hereinafter CBD, art. 8 (j)]

<sup>11</sup> Jay Erstling, *USING PATENTS TO PROTECT TRADITIONAL KNOWLEDGE*, 15 Tex. Wesleyan L. Rev. 295, 333 (2009).

<sup>12</sup> See WIPO, *Revised Draft Provisions for the Protection of Traditional Knowledge: Policy Objectives and Core Principles*, Art. 3 (2), at 19. WIPO/GTRK/IC/9/5, Annex, (2006) [hereinafter IGC Ninth Session Document]

<sup>13</sup> The term “traditional knowledge” refers to the content or substance of knowledge resulting from intellectual activity in a traditional context, and includes the know-how, skills, innovations, practices

該份文件中亦指出，傳統知識的利用並未侷限於特定場域，可能包含了農業知識、環境知識以及醫藥知識，以及任何與自然資源相關的傳統生物多樣性知識<sup>14</sup>。

於此次會期中，WIPO 拒絕給予傳統知識最終及完善的定義，認為應就各法規的特性而採納更具實用性的定義方式，因此建議應僅就傳統知識之要素為規範即可，而無須對其概念為一徹底的描述<sup>15</sup>。的確，若給予傳統知識確切之定義不僅實行上實有困難，在效果上亦無必要性，傳統知識實用上之定義應係留待於依照各式保護規範之目的不同而加以劃分或限縮。

WIPO 各會員國於 2010 年召開的第十六次會期中針對傳統知識概念的界定也做出了討論。於本次會期中不僅保留了第九次會期中對傳統知識概念的理解<sup>16</sup>，同時於評論中，各代表團對 WIPO 於傳統知識的概念界定上，是否足夠涵蓋所有類型的傳統知識紛紛表示了意見；有認為第九次會期所揭示的傳統知識概念已十分足夠，亦有認為對於傳統知識概念的理解應在更簡短明確；

另外，有一代表團提出了十分具建設性的意見；其認為惟有傳統知識的概念得以被明確界定，方能充足討論如何保護傳統知識，故 IGC 應隨著協商程序的進行適時的回頭檢視對於傳統知識概念的理解有無調整的必要。且傳統知識的概念範疇不僅需要涵蓋開發中國家的傳統知識，同時亦應將已開發國家的傳統知識列入保護範疇中<sup>17</sup>，反映出已開發國家亦存在著傳統知識且也有保護的需要。

#### (4) 綜合觀察生物多樣性公約與智慧財產權組織對於傳統知識概念的界定

CBD 與 WIPO 基於立法目的的不同，在傳統知識保護法制的發展上雖有著不同的政策考量，惟在傳統知識概念的理解和界定上大致相同。

首先，兩者所界定出的傳統知識概念範疇都非常廣，並未侷限於特定領域；再者，對於傳統知識的傳統特性都理解為：該知識若為原住民社群的習俗（customs）或是文化傳統（cultural traditions）發展過程中的一部分，便具所謂傳統的特性；最後，在 CBD 和 WIPO 關於傳統知識特性的理解上，該知識都具備了集體性的特色。

且傳統知識通常為該社群核心文化價值的一部分，雖然有時候僅允許特定人使用該知識<sup>18</sup>，但仍無損於該知識通常係由社群共同所有的特性<sup>19</sup>。

本文亦會進行全球第一部保護傳統知識的國內專法—27811 法案之研討，該法案第 2 條在界定傳統知識的概念範疇時，原則上同於 CBD 和 WIPO 對傳統知

---

and learning that form part of traditional knowledge systems, and knowledge embodying traditional lifestyles of indigenous and local communities, or contained in codified knowledge systems passed between generations.

<sup>14</sup> WIPO, IGC Ninth Session Document, *supra* note 12, at 19-20.

<sup>15</sup> IGC Ninth Session Document, *supra* note 12, at 20.

<sup>16</sup> IGC Sixteenth Session Document, *supra* note 4, at 23.

<sup>17</sup> *Id.* at 25.

<sup>18</sup> 例如僅允許巫醫或是頭目於特定祭典或是特定時點使用該知識。

<sup>19</sup> Erstling, *supra* note 11, at 296; WIPO, *Consultation Paper: Recommendations on the recognition of Traditional Knowledge in the Patent System*, at 15. WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/13/7 Annex (2008). [hereinafter WIPO, Recognition of Traditional Knowledge]

識概念的理解，亦含有上述的跨領域、傳統以及集體性三大特性。而法案中係以集體知識（collective knowledge）稱呼傳統知識，故本文以為該法案較著重傳統知識的集體性特色。

## （二）智慧財產權制度

智慧財產權（Intellectual Property Rights，簡稱IPRs）制度，從私有角度出發，是現今各國針對知識的所有來分配（allocate）權利的主要機制之一。此機制在傳統知識本身、持有或所有傳統知識的社會體系以及其他社會體系之間的互動扮演了相當重要的角色。雖然智慧財產權制度在許多方面不夠中立，常常有過之或是不及的問題，惟某些層面確實可有效解決傳統知識流失的問題<sup>20</sup>。

「智慧財產權制度」係近代才發展出的概念，和財產權制度相較之下，係針對無實體（intangible）的創作作品（creative works）或是發明（invention）來提供保護。和財產權制度不同之處在於：「在智慧財產權制度底下，大眾共同使用屬於保護客體的著作或是發明，並不會造成其他人在使用該保護客體時於實際效用上的減損<sup>21</sup>。」乍看之下，針對著作或是發明授與排他權利似乎不具效率，亦不具公平性。但為什麼所有已開發國家都設有智慧財產權制度來賦予特定的著作或是發明排他性的權利？這些國家發現若賦予適當的主體一定時間、範圍的排他性權利來保護其創新，於社會政策上將是十分有用的工具，有助於整體社會的發展。

智慧財產權的排他性表現在兩方面，一是保護上之排他性，二是取得保護後之排他效力。前者是指同一保護客體究竟只能由一個人享有該保護，或者完成相同發明之數個人都能取得一個保護；後者係指取得保護後，所享有之排除他人侵害之效力。各個智慧財產權制度因著規範目的不同，其排他性亦表現在不同層面。就專利制度而言，其排他性最主要表現在於同一技術只能給一個專利；而於著作權制度中，只要不涉及抄襲，數個人縱使分別完成內容相同之著作，都可以分別享有著作權之保護<sup>22</sup>。

## （三）智慧財產權制度保護傳統知識之爭議問題研析

智慧財產權制度在「如何規範傳統知識所產生的商業利益」此一議題上，為現今三大規範制度之一；另外兩者為ABS（access and benefit-sharing）制度<sup>23</sup>以及生物探勘契約（bio-prospecting）。在這三大制度中以智慧財產權制度最為重要，因其在利益的產生上、以及利益應如何分配上最具影響力<sup>24</sup>。

<sup>20</sup> John T Cross, *Justifying property rights in Native American traditional knowledge*, 15 Tex. Wesleyan L. Rev. 257, 293 (2009).

<sup>21</sup> *Id.* at 265.

<sup>22</sup> 謝銘洋，〈智慧財產權法〉，元照出版公司(2008)。

<sup>23</sup> 在名古屋議定書通過後，應為國際立法中關於 ABS 制度最完整的規範。

<sup>24</sup> Dutfield, *supra* note 6.

透過智慧財產權制度提供傳統知識積極性保護，以專利保護最屬有利。但一般認為傳統知識的若干特性與專利保護要件所要求者有很大的差異<sup>25</sup>，以下試從整體智慧財產權制度與傳統知識的本質衝突談起。

## 1. 具備傳統特性的知識如何因創新得到保護

傳統知識若為既有的、古老的知識，則如何符合專利要件中的新穎性？從以上的討論觀之，傳統知識中，所謂的傳統指的是知識獲得以及使用的方式。意即於持有或擁有該傳統知識社群的社會脈絡中特有的學習以及分享過程，即為「傳統」的核心概念<sup>26</sup>。綜合觀察 CBD 與 WIPO 對於傳統知識概念的界定，可發現其對傳統知識的傳統特性，理解上亦採此想法。

且該屬於特定一群體的傳統知識，於代代相傳的過程中並非一成不變，為求生存一定會有所改變以適應當代社會，使得傳統知識有了新的面貌<sup>27</sup>。以上的理解與 WIPO<sup>28</sup>對於「基於傳統知識體系 (tradition-based knowledge system)」的定義不謀而合<sup>29</sup>。

綜上所述，傳統社會體系中所產生的知識可以同時擁有創新和傳統兩個特色。文義上觀之，CBD 以「傳統的生活方式」此一用語來闡述該知識的傳統之處；WIPO 則是以「基於傳統的背景脈絡」表示。而不論是依 CBD 或是 WIPO 的理解，在基於此傳統的生活方式或是背景脈絡下產生的知識，都存在著創新的無限可能，若該創新得符合專利申請要件，則自然可以取得專利權的保障。

## 2. 原住民社群中是否存在所有權概念以及財產權制度

就爭議問題「持有傳統知識的社會體系中是否存在著財產權 (property right)、著作者 (authorship) 的概念？抑或是屬存在於公共領域 (public domain) 的公共財進而得以免費使用？」的相關問題，討論如下。

針對此問題，學者 Dutfield 以為若認為原住民社群不存在著財產權制度，則就沒有所謂的權利存在，後續傳統知識於商業上或是研究上未經同意的使用就沒有侵權的疑慮，反而變相鼓勵了傳統知識的濫用，從反面假設的論理討論肯定原住民社群中應存在財產權制度<sup>30</sup>。

在多數傳統知識皆為集體持有或所有且已落入公領域的情形下，「所有權歸屬問題」在未來建立傳統知識保護法制的討論中誠屬重要<sup>31</sup>，因為若否認傳統社群中存在著所有權 (ownership) 的概念，便否認了傳統社群中存在著私有制度

<sup>25</sup> 郭華仁、嚴新富、陳昭華、鴻義章，〈台灣民族藥學知識及其保護〉，《科技法學評論》，2 卷，頁 63-95。

<sup>26</sup> Dutfield, *supra* note 6, at 94.

<sup>27</sup> *Id.* at 95.

<sup>28</sup> See WIPO, *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders*, at 25. WIPO Doc. (2001). [*hereinafter* WIPO, IP needs and expectations of TK holders]

<sup>29</sup> Under the WIPO definition, tradition-based knowledge systems: 「have been transmitted from generation to generation; are generally regarded as pertaining to a particular people or territory; and are constantly evolving in response to a changing environment.」

<sup>30</sup> Dutfield, *supra* note 6, at 95.

<sup>31</sup> The ownership issue plays an important role in the very justification of a possible future traditional knowledge protection.

的可能性；此舉無異是替傳統知識「是」且「須」存在於公共領域中的想法背書，進而使傳統知識無法受到智慧財產權制度的保護<sup>32</sup>。Leistner透過反面假設的論理討論肯定了原住民社群中應存在著所有權概念。

了透過理論的討論之外，就實際情況觀之，縱使為遠離主流文化的原住民社群，諸如亞馬遜河流域、西伯利亞區域，其雖然保有強烈的分享風氣，但並不同於所有的事物都是所有人一起分享，社群內仍存在所有權概念（ownership）和財產權制度；<sup>33</sup>，更有社群讓個人得因其凸出貢獻從社群中分離出來獨享權利，成為該傳統知識正式的創作者或是發明者。惟該權利通常都伴隨著特定的義務存在，著實不可一概而論<sup>34</sup>。

### 3. 存在於公共領域的傳統知識得否受到保護

關於存在於公共領域的傳統知識得否受到保護此問題，若從既有的智慧財產權制度出發，該制度係針對無形資產，諸如知識所為的保護，以達到鼓勵個人創新，進而有利整體社會發展的立法目的。因此若該保護客體已經置於公共領域中，則便無保護的必要，他人便可免費使用。

惟若採此看法，認為對於公共領域的傳統知識不須加以保護，則對於有大量的傳統知識已流入公共領域的原住民社群相當不利，特別是受到嚴重生物剽竊的開發中國家的原住民族。

秘魯 27811 法案針對已流入公共領域的傳統知識係透過金錢補償的方式來保護。因已流入公共領域的傳統知識並無法禁止他人使用，但其透過給予原住民社群一定金錢補償的方式加以彌補，使得利用該知識所產生的利益仍得以公平的和原住民族分享<sup>35</sup>。

惟若針對所有存在於公領域的傳統知識皆加以保護，恐有過度保障之嫌，因此 27811 法案於保護範圍上做出限縮，僅限於近二十年內流入公共領域的傳統知識，使用者才需要提供金錢補償<sup>36</sup>。

我國的「原住民傳統生物多樣性知識保護條例草案」亦規範在某些情形下，針對公領域傳統知識的使用，第三人須給付原住民族權利金。因在立法政策的考量上，和秘魯有些需不同。我國草案並未針對所有公領域傳統知識的使用加以保

---

<sup>32</sup> Matthias Leistner, *Part III. Analysis of Different Areas of Indigenous Resources, Section 1. traditional Knowledge, The Positive and Negative Aspects of Traditional Knowledge Protection*, in *Indigenous Heritage and Intellectual Property* (Silke von Lewinski ed., 2004), at 49-144 ; Dutfield, *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity*, at 62 (2000).

<sup>33</sup> Dutfield, *supra* note 6, at 95-96.

<sup>34</sup> David R. Downes, *HOW INTELLECTUAL PROPERTY COULD BE A TOOL TO PROTECT TRADITIONAL KNOWLEDGE*, 25 *Colum. J. Envtl. L.* 253, 282 (2000). ; Anil Gupta, *Building upon What the Poor are Rich in : Honey Bee Network Linking Grassroots Innovations*, Enterprise, Investments and Institutions, available at <http://csf.Colorado.edu/sristi/papers/building.html>

<sup>35</sup> Ley N° 27811, del 24 de julio de 2002, mediante la cual se establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos (LAW INTRODUCING A PROTECTION REGIME FOR THE COLLECTIVE KNOWLEDGE OF INDIGENOUS PEOPLES DERIVED FROM BIOLOGICAL RESOURCES) (enacted on 2002), available at <http://www.wipo.int/tk/en/laws/index.html> (last visited Jan. 16, 2011). [*hereinafter* Law 27811 ].

<sup>36</sup> *Id.*

護，而係透過使用目的及方式加以限縮。僅限於利用該知識以謀取商業利益，且表彰係該傳統知識係源自於原住民族或部落者時才須給付權利金<sup>37</sup>。

#### 4. 傳統社會體系中誰是傳統知識的持有者或是所有者

(1) 將原住民族視為傳統知識的管理者，有使用傳統知識的權利

此為傳統知識保護法制探討上很重要的問題。於某些國家的國內立法，將現代的原住民族視為傳統知識的**管理者 (guardianship)**，故其並無法「所有」(own) 流傳下來的傳統知識，僅能「持有」(hold) 這些傳統知識，並為其後代子孫保管這些知識。因此在此種理解下，這些原住民族僅能「授權」他人使用這些傳統知識，而不能將傳統知識「轉讓」予他人。秘魯的 27811 法案便採此見解。

(2) 將原住民族視為傳統知識的所有者，針對傳統知識具排他性權利

傳統知識的所有者 (owner) — 多數為原住民社群，應為享有權利者，於財產權 (property right) 體系中，針對該傳統知識有很重要的一項權能便是**排他權**，近似我國民法中物權的概念，為一專屬權、絕對權，權利者擁有排除第三人使用的權利。

在保護主體部分，因智慧財產權制度係針對西方社會的需求而設，因此權利主體係以個人為單位，即係以私人為權利主體，和講求團體共同享有的原住民社群不太一樣。

因此在現行的智慧財產權概念下，於傳統知識的社會體系中誰得以享有傳統知識所帶來的權利呢？是傳統知識的個人創作者或是持有者？抑或是社群中的領導者？還是整體社群？以下嘗試討論之。

以秘魯保護傳統知識的 27811 法案為例嘗試回答上述問題。該法以原住民社群做為傳統知識的所有者<sup>38</sup>，否認個人得享有傳統知識的權利。法案中承認原住民社群對其傳統知識享有權利，得透過成立代表組織 (representative organizations) 來行使權利。惟並無明文揭示其已具財產法制度的對世效力。其權利內涵為何尚待後續的實踐與討論。

27811 法案中除了針對持有傳統知識的社群賦予權利以外，對於整體的原住民族則透過建置原住民發展基金 (Fund for the development of Indigenous peoples) 的方式來提供保障，27811 法案於第 37 條<sup>39</sup> 中明確指出希望透過該基金的建制能夠改善原住民整體的生活水平。

至於究竟是否承認個人得以享有傳統知識的權利，於原住民社群中看法上有很大的歧異。反對者以為讓個人成為傳統知識的著作者是十分不妥的做法。其所採取立場為個人或是特定群體都不適宜成為傳統知識的著作者<sup>40</sup>；而於承認個人

<sup>37</sup> 參見原住民傳統生物多樣性知識保護條例草案第七條。

<sup>38</sup> Law 27811, *supra* note 1195, art. 2.

<sup>39</sup> *See id.* Art. 37.

<sup>40</sup> Dutfield, *supra* note 6, at 96; Darrell Posey(1995,p.17):「indigenous singers...may attribute songs to the creator's spirit」; Blakeney(2000,pp251-252):「If the beliefs and practices of Australian indigenous peoples are any guide, authorship may reside in ore-human creator's ancestors...Authorship is replaced by a concept of interpretation through initiation.」

得以成為傳統知識所有者或是權利者的社群中，存在著其他的問題。多數的傳統社群面臨早已忘記或是時間過久根本無法確認誰是該知識創作者的情況；另縱使可以特定出該傳統知識的所有者或是創作者，亦可能面臨該知識存在已久，已經超過專利的保護期間此類無法以智慧財產權給予保護的情形<sup>41</sup>。

在此關於傳統知識和財產權制度間的互動關係做出基本釐清，以下的討論便奠基在此處對於傳統知識概念的理解，嘗試以財產權的角度詳細討論相關保護法制的建立。

#### (四)智慧財產權制度保護傳統知識之妥適性探討

##### 1. 反對以現行智慧財產權制度保護傳統知識

(1)智慧財產權制度和傳統知識間存在本質上的衝突，應另外創設專有制度

關於適用智慧財產權制度來保護傳統知識是否可行，從此議題出現開始便爭議不斷。反對者以為智慧財產權制度對傳統知識產生了一定的衝擊，不僅無法提供原住民的智慧與文化財產足夠的保護，反而變相鼓勵大眾濫用傳統知識；在不當申請傳統知識獲得專利保護的過程中，加劇了生物剽竊問題的嚴重性<sup>42</sup>。

因此便出現了「傳統知識和智慧財產權制度間存在著本質上衝突」的想法，進而認為智慧財產權制度並不適合用來保護傳統知識；特別是在開發中國家<sup>43</sup>，因多數的傳統知識集中於這些國家所處的地區，故多採此立場，並希望另外建立專有（*sui-generis*）的保護制度，真正落實傳統知識的保護<sup>44</sup>。

因為在現行的智慧財產權制度下，縱使未將利益公平分享予原住民族群，或是取得過程不具正當性，因現狀下並未規範申請者此部分的義務，因此只要符合專利或是相關制度的申請要件，便可不當取得該傳統知識或由其衍生出的權利；再者，智慧財產權制度鼓勵商品化的立場，也和原住民的文化規範產生了衝突<sup>45</sup>。

(2)智慧財產權制度無法將所有傳統知識納入保護範疇

過去二十幾年來人們發現既有的智慧財產權制度，於保護範疇上似乎過於狹隘，無法廣泛的、將所有的傳統知識納入保護，因此運作過程反而造成了傳統知識的流失<sup>46</sup>。

更有甚者提出智慧財產權利和傳統知識間為一錯誤組合的看法。其立論上最主要的基础在於智慧財產權制度係限定於特定一段時間的保護，於此權利期間經過後，該知識便成為人人都可使用的公共財；且專利制度中有要求若所欲申請的

<sup>41</sup> Cross, *supra* note 20, at 280.

<sup>42</sup> Downes, *supra* note 1194, at 257 ; Jay Erstling, *supra* note 1196, at 299.

<sup>43</sup> The majority of “Indigenous Groups in Attendance” at a 2000 UNCTAD Expert Meeting on Systems and National Experiences for the Protection of TK, Innovations and Practices recommended that “the current IPR system is inappropriate for the recognition and protection of traditional knowledge systems because of the inherent conflicts between these two systems...”

<sup>44</sup> Erstling, *supra* note 11, at 300-301.

<sup>45</sup> Downes, *supra* note 1194, at 257.

<sup>46</sup> Cross, *supra* note 20, at 257,262.

技術有使用傳統知識，則須揭露該知識<sup>47</sup>。惟對某些原住民社群而言，其並不願意讓第三人得以取得其傳統知識。

多數的傳統知識和原住民社群在文化上以及信仰上都存在著緊密連結，並非僅存在財產利益上的考量，若依既有的智慧財產權制度來操作，將嚴重影響原住民的生活，甚有侵害其人權之虞。

以智慧財產權制度保護傳統知識存在著許多困難點：像是決定誰享有權利，以及權利者可否避免他人使用其知識進一步轉化成新的主意 (new idea) 等問題。因著兩者本質上的不同，不僅無法將所有傳統知識納入保護範疇，縱係符合保護要件，適用上的問題亦層出不窮<sup>48</sup>。

### (3) 智慧財產權制度的政策發展考量不符合傳統知識的保護目的

但有想法以為以智慧財產權制度來保護傳統知識除了在實行上產生許多問題之外，兩者最根本的衝突其實是在論理上。其認為現今多數的法律體系中都存在著「應該沒有人可以所有知識」的假定前提，進而可推論出知識應得以免費提供每個人使用。

但就像每個假設一般，這樣的推論當然也存在著例外的情形，智慧財產權制度的產生便是最佳的例子<sup>49</sup>。

另一想法則嘗試從主流的政策考量即「獎勵創新理論」檢視以智慧財產權制度保護傳統知識於論理上的不足之處。在許多情形下，傳統知識存在已久，真正的著作者或是發明者—不管是一個或是多個，可能都早已被遺忘；就算是找得出真正的著作者或是發明者，多數的傳統知識都具備集體性特色，因此由此產生的利益，現行相關立法多半將利益給予整體原住民社群，而非著作者，便無法符合智慧財產權制度的立論基礎—獎勵創新理論鼓勵著作者或是發明者的考量<sup>50</sup>。

惟之所以會有智慧財產權制度的出現，係基於全面發展之政策上的考量，但若係適用於傳統知識的保護上，便不存在鼓勵創新的政策目的；因此有許多聲音出現，認為以智慧財產權制度保護傳統知識並不存在正當性 (unwarranted)<sup>51</sup>。

上述的想法其實存在著一未經邏輯檢驗、也未經實際經驗證明的假設前提；這些反對者假設：「獎勵創新理論不僅為智慧財產權制度立論基礎的主流想法，同時也是賦予知識排他權利的唯一立論基礎。」<sup>52</sup>

基於「無法符合例外設置智慧財產權制度以保護傳統知識的政策目的」，憑著此一關鍵原因，使得 WIPO 在討論傳統知識的保護制度時，捨棄了原本打算用財產權來保護傳統知識的提案<sup>53</sup>。

<sup>47</sup> Erstling, *supra* note 11, at 300.

<sup>48</sup> Cross, *supra* note 20, at 259.

<sup>49</sup> *Id.* at 259-260.

<sup>50</sup> Cross, *supra* note 20, at 267.

<sup>51</sup> *Id.* at 260.

<sup>52</sup> *Id.* at 267.

<sup>53</sup> Cross, *supra* note 20, at 260; See WIPO, *Draft Provisions for the Protection of Traditional Knowledge: Policy Objectives and Core Principles*, at 88, 94, 135, 147. WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/8/5 (2005). [*hereinafter* IGC eighth session].

#### (4)道德層面觀之

若將此議題拉到道德 (moralistic) 層面來討論，贊成以智慧財產權制度來保護傳統知識者提出既存的智慧財產權制度都存在一核心價值，即「一個人針對其付出勞力以及創新的產品享有道德上<sup>54</sup>的權利 (a person has a moral right to control the product of her labor and creativity)<sup>55</sup>。」由此觀之，既有的智慧財產權制度確有支持其存在的核心價值。但事實上該核心價值卻沒有一具體的論理基礎來支持其核心價值，並成為既有的各種智慧財產權制度存在的正當性基礎<sup>56</sup>。

### 2. 贊成以智慧財產權制度來保護傳統知識

但另一方面，贊成者提出不同的想法。其認為智慧財產權制度為生物多樣性的創新使用提供了相當有效的誘因，僅欠缺惠益分享的機制，若將該機制納入使傳統知識的持有者或所有者亦能受惠，便可使智慧財產權制度順利運行。此類對立的爭論，長期以來受限於各國立法實踐上的不足，以及傳統知識並無一固定的使用方式等原因<sup>57</sup>，研究不易，常常流於意識型態上的爭辯。

雖然現況下智慧財產權制度對於原住民社群而言，的確無法提供充足誘因促使他們積極發展或是管理其傳統知識，惟某些形式的智慧財產權制度對於原住民社群而言確實可以成為十分有價值的工具來管理其傳統知識並從中分享因該知識所衍生的商業利益。從這個角度觀之，欲使傳統知識更發揮效用則需透過國內立法的修改，或是專門為傳統知識的保護創設一個新的智慧財產權制度。

意即，針對既有的智慧財產權制度和傳統知識特性衝突的部分，須透過國內立法層次來解決較為適當。於國際立法上，若能在立法架構、政策等部分提供方向，則將會是推動國內修法的一大助力，使各國更有效的施行傳統知識保護立法。<sup>58</sup>現狀下，以智慧財產權制度來保護傳統知識於概念上、實際應用上都存在著許多挑戰。

### 3. 現行智慧財產權制度對傳統知識保護的妥適性探討

#### (1)現行智慧財產權制度保護傳統知識常因其動態特性使得保護成效不彰

以現行智慧財產權制度保護傳統知識時，常因其多變特性使得保護成效不彰。承上所述，縱使我們在傳統知識概念的界定上採取一個較廣泛的範疇，在通常的情形下，辨識出傳統知識的持有者 (holder) 或是所有者 (owner) 仍是很困難的一件事情；因為傳統知識並非單純從祖先流傳下來的知識，其具有累積性 (cumulative) 的特色，且會隨著環境不斷的演變，這也是為什麼傳統知識常常具有創新性的原因之一。

再者，因為多數的傳統知識為口耳相傳，並沒有經過文獻化 (documentation) 的過程，造成了以現行的智慧財產權制度加以保護的困難，以下試以專利制度為

<sup>54</sup> Moral right, 亦稱為人格權。

<sup>55</sup> United Nations Universal Declaration of Human Rights provides that “everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic protection of which he is the author.” U.N. Doc. No. A / 810. (1948).

<sup>56</sup> David R. Downes, *supra* note 1194, at 261.

<sup>57</sup> *Id.*

<sup>58</sup> *Id.* at 256.

例；在專利審查階段，不僅在辨識該發明是否有使用傳統知識時會產生困難，縱使發現該發明確實使用了某傳統知識，於現行的專利審查要件下，評估該傳統知識對於創新發明的貢獻程度究竟為何，非常困難。

### (2) 現行智慧財產權制度保護範疇不足

智慧財產權 (Intellectual Property Rights, 簡稱 IPRs) 制度，若以專利和著作權為例，其透過一套法律機制的運作來鼓勵創新，將權利賦予特定個人，或是一群共同完成發明或是著作的個人，整體上係從私有的角度出發，反映出西方社會中財產權排他、私有的概念<sup>59</sup>。

而傳統知識多數係由世代相傳下來，很少存在著可指明特定作者的情形。因此便有 IPRs 制度並不適合保護傳統知識的聲音出現。因為兩者在本質上存在著許多衝突，特別是 IPRs 從私有角度出發來賦予個人權利，並不承認多數傳統知識的集體性特色<sup>60</sup>。

因智慧財產權制度和傳統知識於本質上存在著許多衝突，從讓傳統知識成為國際重要議題的 WIPO 關於傳統知識概念的敘述來看，傳統知識僅有一部分落於智慧財產權制度的保護架構內，另一部分早已超出保護範疇<sup>61</sup>。因此透過智慧財產權制度來保護傳統知識似乎並非如此的有效，不僅沒有提供原住民社群更多的保護途徑，常面臨連保護門檻都無法進入的窘境。

### (3) 僅將焦點放於為鼓勵市場競爭而生的智慧財產權制度

於現代社會中，智慧財產權制度肩負著一項十分重要的任務，即透過實際經濟利益的給予來鼓勵創新，進而維持資本主義下的市場運作機制，是工業化國家，特別是美國發展智慧財產權制度時的一大特色<sup>62</sup>。

首先，為市場服務固然為智慧財產權制度相當重要的特色，將重心全然置於鼓勵市場的競爭上未免失衡，並非所有智慧財產權制度下的運作都是為了維持市場的運作，像是某些國家於著作權法中制定了著作人格權 (moral right of author) 的保護規定便係基於國際人權法的承認而來。<sup>63</sup>

再者，智慧財產權制度並非唯一的誘因而鼓勵知識的創新和管理，仍有許多可行的方式得以提供誘因而鼓勵創新，像是透過出版著作的方式、學術成就獎、或是政府提供研究獎勵等方式<sup>64</sup>。美國過度強調智慧財產權可鼓勵創新的想法實際上於該國國內也受到了質疑<sup>65</sup>。

事實上某些種類的知識，像是關於自然世界的行為 (behavior)、或是本質 (qualities) 的科學發現都被排除在智慧財產權制度的保護範疇外，而係置於公

<sup>59</sup> Dutfield, *supra* note 6, at 258.

<sup>60</sup> *Id.*

<sup>61</sup> Cross, *supra* note 20, at 262; WIPO, IGC Sixteenth Session Document, *supra* note 4.

<sup>62</sup> 以專利制度為例，只有市場上的產品本身或其製程會使用到專利技術時該發明才有用處存在。地理標識制度亦然。只有當顧客願意針對於相關區域以傳統方式所生產的產品付出更多的價格時，該制度的存在方具實益。

<sup>63</sup> Cross, *supra* note 20, at 259.

<sup>64</sup> *Id.* at 260.

<sup>65</sup> *Id.* at 261.

共領域供大眾使用<sup>66</sup>。即多數科學領域的基本研究都不受智慧財產權保護<sup>67</sup>。

#### (4)對於原住民社群的想法並沒有進行充分且全面的理解

縱使有些智慧財產權制度可提供一定的保障，原住民社群也不見得想要透過這樣的方法來保護其傳統知識。綜合第二章的相關討論可知，原住民族的傳統知識不僅為其日常生活所必需，同時也和其精神生活緊密連結，甚至具有宗教、性靈 (spirit) 方面的意涵；因此多數原住民族並不希望第三人使用其傳統知識，僅想使傳統知識能「單獨存在 (to be alone)」。

但在相關的研討中可以發現仍係從使傳統知識產生經濟利益的角度出發，如何在這過程中仍兼顧原住民族的需求是相當重要的議題。現狀下對於原住民族的想法，也需要有更多的理解，而非制定出一套遊戲規則並要求其遵守之。

紐西蘭國內目前尚未有任何傳統知識保護法制的建立，仍處於意見整合、共識取得的階段。在相關意見的協商過程，其相當尊重境內毛利原住民的意見，不僅設置了維坦基法庭 (Waitangi Tribunal) 做為毛利原住民與政府的政策溝通平台，在相關的工作計畫中也十分看重毛利族的諮商意見，頗值學習。

#### (5)另外建立一套專有保護制度的可能性

在傳統知識保護的議題上，具豐富傳統知識的開發中國家似乎較主張透過另設之特殊保護制度，諸如事先告知同意<sup>68</sup>、惠益分享等方式來保障其權利，似乎是因為現行的智慧財產權制度並不全然的符合其需求。更甚者，反而成為侵害其權利的工具。許多開發中國家的生物科技公司其依據不當取得的自然資源進一步的做研發，再透過智慧財產權制度獲得保障。這不僅剝奪了傳統知識持有者或所有者的權利，同時限制了開發中國家管控自然資源於科技領域應用的權利。<sup>69</sup>

### 4. 未來國際立法趨勢

值得注意的是，在傳統知識保護法制的研討上，有許多論述都認為不一定要透過既有的智慧財產權制度來保護傳統知識。因為傳統知識此議題十分複雜，還牽涉到了原住民的自我決定的權利 (self-determination) 領土權 以及人權，同時需尊重原住民現有的規範架構<sup>70</sup>。

就現狀下看來，尚無法預測未來國際立法是否會發展出一個最低限度的智慧財產權標準來保護傳統知識，但可以肯定的是若有任何最低限度保護標準出現，應該都不會採用財產權的排他性概念，因就現狀下觀之，從實際應用層面到深入政策理論的研析，都已經可以看到智慧財產權制度和傳統知識因為特性的不同，而產生的諸多爭議性問題<sup>71</sup>。

#### (五)調整現行智慧財產權制度—防衛性保護制度的提出

<sup>66</sup> 關於這樣的處置是否恰當已有討論的聲音出現，特別是在分子生物學以及生物技術領域當中。

<sup>67</sup> Cross, *supra* note 20, at 259-260.

<sup>68</sup> 事前告知同意制度 (Prior Informed Consent, 簡稱 PIC)。

<sup>69</sup> Dutfield, *supra* note 6, at 12.

<sup>70</sup> Leistner, *The Positive and Negative Aspects of Traditional Knowledge Protection*, in *Indigenous Heritage and Intellectual Property* (Silke von Lewinski ed., 2004), *supra* note 1192, at 58.

<sup>71</sup> Cross, *supra* note 20, at 292.

## 1. 以什麼形式保護傳統知識方能符合利害關係人的需求

從上述討論中可得知透過現行的智慧財產權制度來保護傳統知識時，兩者因著本質上的差別<sup>72</sup>，故適用上出現許多問題。在此情形下，有針對現行智慧財產權制度提出修正的想法，主要著墨於傳統知識來源的揭露，避免不當專利的取得。亦有許多新創設的保護模式紛紛出籠。而不管是修正既有制度亦或創設新的保護模式，多數的想法仍奠基於**希望能夠在獎勵傳統知識持有者（holder）或所有者（owner）的同時，也讓第三人在某些情況下得以取得傳統知識，平衡社會發展的需求，即係從「讓傳統知識得以被利用進而產生經濟價值」的角度出發。**

基於上述，我們應將關注焦點置於：「應以怎麼樣的形式來保護傳統知識？」「什麼樣的保護機制方能符合利害關係人的需要？」以及「應如何修改既有的保護制度使其能真正符合傳統知識持有者或所有者的利益，並提供傳統知識持有者或所有者繼續創新傳統知識的誘因？」<sup>73</sup>。

防衛性面向保護旨在**避免傳統知識持有者以外的第三人利用該知識取得專利等權利的保護**。故其防衛之處在於維持了傳統知識持有者使用其創造的傳統知識的權利，避免第三人利用該知識做進一步的發明<sup>74</sup>。

在防衛面向的保護上，為彌補現行智慧財產權制度的不足，相關國際協商於專利制度中提出了以下兩個保護方式：**充分揭露**該發明中傳統生物多樣性知識來源（disclosure of origin）以及**建立傳統知識資料庫**（TK database），以提供各國專利審查員得以檢索到傳統知識，做為先前技術的相關資料，進而阻卻有使用該傳統知識的專利新穎性要件的成立。

## 2. 調整專利制度—充分揭露傳統知識的來源

防衛性保護著重於讓第三人無法對傳統知識的相關要素（elements）提出申請且獲得正式的財產權保護，依 WIPO 的 IGC 論壇所進行的討論，此防衛性措施主要出現於專利以及商標領域<sup>75</sup>，本文以專利制度的調整修正為討論重心，故將針對此部分多所著墨。

### (1) 簡介揭露制度

所謂的揭露制度係指透過揭露傳統知識來源國家（disclosure of origin）的方式來保護傳統知識。此外，由於傳統知識的所有權歸屬涉及了國家主權的議題，故揭露制度長期以來一直被視為和諧與國家主權共存的方法，亦有意見指出揭露制度的運用還能夠達到避免傳統知識被濫用的效果<sup>76</sup>。

關於揭露需要做到怎麼樣的程度，依強制力的不同，總共有三個提案。最彈

<sup>72</sup> 本文以為兩者本質上的衝突係在於智慧財產權制度將權利歸屬於私人，而傳統知識的集體特性亦表現在權利擁有上，有些原住民族甚至認為讓私人取得傳統知識的權利是十分不敬的做法。

<sup>73</sup> Leistner, *The Positive and Negative Aspects of Traditional Knowledge Protection*, in *Indigenous Heritage and Intellectual Property* (Silke von Lewinski ed., 2004), *supra* note 1192, at 58.

<sup>74</sup> Erstling, *supra* note 11, at 315.

<sup>75</sup> Nunu Pires de Carvalho, *From the Shaman's Hut to the Patent Office: A Road under Construction*, in *BIODIVERSITY AND THE LAW INTELLECTUAL PROPERTY, BIOTECHNOLOGY AND TRADITIONAL KNOWLEDGE* (Charles R. McManis ed., 2007), at 242-279.

<sup>76</sup> Dutfield, *supra* note 6, at 110.

性的提案中，只透過鼓勵或是期許的方式來推廣揭露制度，並未有任何的強制力存在，因此若專利申請案使用了與自然資源相關的傳統知識，卻沒有揭露來源，並非審查員是否授予專利的考量。國際商會中心（The International Chamber of Commerce, ICC）於 1998 年通過的歐盟生物技術發明保護指令（European Union Directive on the Legal Protection of Biotechnological Invention）中便採用此版本的提案，鼓勵揭露來源，但並不強制要求。拘束力中等的提案，將揭露傳統知識的來源做為強制要件（mandatory），印度於其國內專利法修法時採之；拘束力最強的提案，不僅將揭露列為強制要件，同時還要求專利申請者須符合 ABS（access and benefit sharing）制度<sup>77</sup>。

惟要如何確定申請者確實符合了 ABS 的規定呢？其中一個方式即為驗證制度的建立。專利申請者提供傳統知識提供國所簽呈的官方文件，證明該傳統知識係在符合 ABS 制度下所取得，即有取得傳統知識持有者或所有者事前的同意，過程中也符合了公平利益的分享。若申請者沒有準備這樣的官方文件，則應該專利審查案退回，要求申請者應提供相關文件<sup>78</sup>。

關於傳統知識來源驗證制度的建立，其中一個現實上會遇到的問題為多數國家都尚未設置 ABS 的相關管制制度，所造成的影響即為找不到一個合適的管轄機關負責代表傳統知識的來源國提供官方證明文件給專利中有使用到該國傳統知識的申請者。在這樣的情況下，對於驗證的要求可能就會被豁免。但若沒有驗證的要求，如何避免一個公司使用了 A 國的傳統知識後卻聲稱該傳統知識來自 B 國，只因 B 國並沒有 ABS 相關管制制度的不法情事發生<sup>79</sup>？

綜上所述，可以肯定強制揭露制度和來源的驗證制度都是很好的想法，以彌補現行專利制度的不足，但實際層面應如何操作需要更謹慎，且全面的思考。

## (2) 揭露制度下所生爭議研析

在此我們將針對兩個問題進行討論；第一，強迫揭露傳統知識的來源和 TRIPs 對於專利制度的規定是否有衝突？第二，強迫揭露傳統知識來源的做法是否恰當<sup>80</sup>？以下討論之。

首先針對第一個爭議問題部分，我們需要區分該揭露制度係指拘束力強、中、弱三個提案分別討論。於拘束力最弱的提案，因為係採鼓勵方式故不會產生爭議，有疑問者係拘束力中度和強度的提案，在這兩個提案中都採**強制揭露**的做法，若申請者因未揭露傳統知識的來源而被拒絕申請，此時就會產生是否和 TRIPs 規定衝突的疑慮，因 TRIPs 並無規定須揭露傳統知識來源方得申請專利，此舉為 TRIPs 所無的限制。

學者 Carvalho 在此提出他的想法，其認為在此情形下會和 TRIPs 衝突的原因，係因為此被拒絕專利的申請或是嗣後被撤銷專利，將對專利權人產生不利益的情形。因此**為避免和 TRIPs 衝突，僅須讓未揭露傳統知識的來源成為專利嗣後不得以實行（unenforceable）的原因，而非不授與專利的的原因**，即可以避免此

<sup>77</sup> *Id.* at 111-112.

<sup>78</sup> *Id.* at 112.

<sup>79</sup> *Id.* at 114.

<sup>80</sup> *Id.*

衝突的產生。Carvalho 更進一步指出「將揭露傳統知識來源做為據以實施專利」的想法未來可能納入 WIPO 的多邊架構中，亦有可能成為 TRIPs 條文的一部分<sup>81</sup>。

但學者 Dutfield 以為這樣的說法似乎不盡然正確。其認為問題點應出在專利申請者傾向省略揭露相關的傳統知識。因對於審查員而言除非該專利申請者有提出相關事實，否則並沒有什麼特別的原因會使其假設該專利申請案使用到原住民的傳統知識，因此在通常情況下並不會引起專利審查員的懷疑而使得申請者得依一般的審查程序獲得該專利。<sup>82</sup>

針對第二個爭議問題，強迫揭露傳統知識的來源究竟是好是壞，應分產業別來討論。在與健康保健相關的專利申請案中，強迫揭露傳統知識應可以運作良好，特別是在醫藥產業，因為新藥的發明往往都只使用單種物質，追訴該物質的來源不會成為繁重且困難的任務<sup>83</sup>。

但若討論客體換成植物品種（plant varieties）時，若係透過一般育種方式（conventional breeding methods）所產生的植物品種，則此立意良好的強迫揭露將面臨無法運作的情形；或是運作後無法達到使開發中國家的原住民得以受益的制度目的。因植物品種的專利申請案通常係由好幾種不同來源的傳統知識共同構成，此情形下單一傳統知識的價值並不高；再者，植物品種產業相較於製藥產業而言，規模較小，無法產生太多的惠益分享與傳統知識的持有者或所有者。不僅專利申請者難以遵守揭露傳統知識來源的規定，審查員也無法識別，傳統知識係來自哪一個國的原住民社群有充分被揭露，申請者所揭露的來源是否正確等<sup>84</sup>。

國際糧農植物自然資源條約（The FAO Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture）似乎可提供相關的解決方案。其透過標準化生物材料移轉使用合約書（material transfer agreement, MTA）的簽訂，規定須讓傳統知識的來源國家享有因使用該傳統知識所獲得的利益，這其中亦包含了商業上的使用<sup>85</sup>。惟此部分的保護立法已超越本文研究範圍，故不詳述。

### 3. 調整專利制度—建立傳統知識資料庫以利先前技術的搜尋

印度對於透過資料庫的建立來避免生物剽竊問題具高度的興趣，並已開始著手進行傳統知識數位化圖書館（Traditional knowledge Digital Library, TKDL）的發展，裡面針對 Ayurvedic 的傳統健康知識以及 Ayurvedic 的 practitioners 會使用的藥草都有文獻化的記載，以供查詢。印度政府希望透過此資料庫的建立讓印度以及世界各地的專利審查員都能夠搜尋到印度原住民的傳統知識，進而阻卻不當專利的產生。且在此情形下，並不會和 TRIPs 產生相容性的問題，單純的增進了專利審查員在先前技術搜尋上的效率<sup>86</sup>。

但是這樣資料庫的建立是否真如此有用呢？透過先前技術的提供的確得以避免像薑黃（turmeric）案此類不當專利的授予，但卻無法保證一定可以避免所有

---

<sup>81</sup> *Id.*

<sup>82</sup> *Id.* at 113.

<sup>83</sup> *Id.*

<sup>84</sup> *Id.*

<sup>85</sup> *Id.*

<sup>86</sup> *Id.* at 114.

申請專利時可能產生的爭議情形，只能儘可能限縮爭議範圍<sup>87</sup>。再者，傳統知識應如何的被敘述方得成為可阻卻新穎性的先前技術？舉例而言，現有一取得專利的治療藥物使用到某種藥用植物的傳統知識。在通常的情形下，專利審查員會認為與該藥用植物有關的傳統知識和專利說明書上所描述的化學發明是非常不同、窘異的兩回事，而無法阻卻該專利的新穎性<sup>88</sup>。

在此脈絡下，須知悉國際上以及區域性的專利法關於資訊或是素材在公共領域中應如何被呈現、描述，方能阻卻專利新穎性要件的成立，在看法上存在著很大的歧異度。舉例言之，歐洲專利公約（European Patent Convention 簡稱 EPC）認為一個發明若非現狀下技術的一部分，則該發明便具新穎性。至於何謂現狀下存在的技術（part of the state of the art）係指在專利申請日之前以書面或口頭的形式存在、使用或其他任何形式的技術，可組合成任何的事物以供大眾利用。在此概念下可知任何大眾可得利用的物件（articles）即可能構成現狀下存在的技術，不管該技術是否透過書面記載，或僅是口頭敘述<sup>89</sup>。在此理解下，縱然為透過口語世代相傳的傳統知識亦有可能構成先前技術的可能。

基於這樣的理解，因此 EPO 技術審查上訴單位（EPO Technical Board of Appeal）曾做出這樣的裁決（ruling）<sup>90</sup>：「敘述同一個物質（substance）有很多表達的方式，故新穎性的概念不應如此狹隘，認為僅有使用相同名詞來敘述的物質才得以阻卻新穎性，實為偏見。」

除此之外，有兩個法制當局也依同樣的邏輯做出以下的解釋<sup>91</sup>：「一產品所揭露的資訊（disclosed information）並非僅指可以馬上、明顯從產品看出的資訊。更重要的是，若經由該專業領域人士透過分析或是檢驗產品的方式可得到的資訊亦屬於該產品所須揭露的資訊範圍<sup>92</sup>。」惟須注意的是檢驗產品的方式並非指該專業領域人士尚需要更一步的努力或是過份的舉證方能得到的資訊<sup>93</sup>。

因此使用原住民關於藥用植物的傳統知識進而獲得專利保護的治療藥物，在以上的見解之下便無法輕易通過新穎性的要求。因為縱使該傳統知識僅係口頭敘述，並沒有文獻化亦不妨礙其成為先前技術，進而阻卻新穎性的成立。<sup>94</sup>

#### 4. 小結

##### (1) 現況下防衛性保護制度實行可能性較積極性保護制度高

因既有的智慧財產權制度無法提供傳統知識全面性的保護，造成生技公司不

---

<sup>87</sup> *Id.*

<sup>88</sup> *Id.*

<sup>89</sup> *Id.*

<sup>90</sup> “The concept of novelty must not be given such a narrow interpretation that only what has been described in the same terms is prejudicial to it... There are many ways of describing a substance.”

<sup>91</sup> “the information disclosed by a product is not limited to the information that is immediately apparent from looking at the product. Importantly, the information available to the public also includes information that a skilled person would be able to derive from the product if they analyzed or examined it.”

<sup>92</sup> Dutfield, *supra* note 6, at 115.

<sup>93</sup> Any information that is obtained as a result of an analysis undertaken by a person skilled in the art must be obtained without undue burden or without the need to exercise any additional inventive effort.

<sup>94</sup> *Id.*

當的剝削原住民的傳統知識，故對許多國家以及非政府組織而言，透過防衛性保護制度來防止傳統知識不當的被利用有其必要性存在<sup>95</sup>。而現今許多防衛性的保護制度係奠基於既有的智慧財產權制度底下，所做出的修正或是調整，故就實際利用面向觀之，相較於積極性的保護方式，實行的可能性較高<sup>96</sup>。

因積極性的保護往往牽涉到新權利、新制度的創設，於國際立法層面需耗相當多的時間和精力進行協商工作，目前專有制度的設置多為國內立法層次，未來是否帶動國際立法設置專有制度來保護傳統知識，頗值關注。

### (2)防衛性保護能避免他人不當取得傳統知識，符合原住民族的期待

而在積極面向的保護下，利害關係人透過授權或其他相類似的制度來取得傳統知識並給付權利金與傳統知識的持有者或所有者，惟傳統知識持有者或所有者的權益並非僅限縮於此。除此之外，因傳統知識和原住民的宗教信仰以及道德規範上存在著連結關係，故在很多情形下利益相關者只是單純的希望能夠避免傳統知識於商業上遭受不當取得的情形發生，即單純需要防衛性的保護，避免他人濫用該傳統知識，使該傳統知識具有「獨立存在 (to be let alone)」的權益<sup>97</sup>。

讓世代傳承下來的傳統知識能有「獨立存在」，不受外在干擾的權益，並非無關緊要，相反地於近期爭議問題的討論中，便提及應如何保證所有從傳統知識衍生的專利或是智慧財產權的群體 (entities) 不會去影響原住民社群繼續使用或是持續發展傳統知識？

### (3)授與第三人專利的同時亦應繼續保障原住民族使用其傳統知識的權益

另一爭議問題也和此相關，於專利法中應如何確保傳統知識在適當程度上被承認為先前技術，而阻卻新穎性和進步性的成立<sup>98</sup>？意即如何避免不當取得傳統知識的發明，不當取得專利的情事發生<sup>99</sup>。

西方國家許多研究機構或是藥廠等等所申請的發明專利通常都會涉及到傳統知識的使用，傳統知識通常為該機構研究的起點<sup>100</sup>，特別是在製藥 (pharmaceutical) 以及化學領域，許多取得專利保護的發明都廣泛的使用了傳統知識。以印度的棟樹 (neem tree) 為例，幾百年來印度的原住民使用棟樹的各部分做為多種用途，像是牙膏、殺蟲劑等等。許多公司，不管是印度在地或是外國公司在他們的專利發明中也參考了從棟樹衍生的相關素材以及傳統的使用方法，因此全世界至少有 153 個專利都和棟樹有關，且幾乎所有的專利都使用了和棟樹相關的傳統知識做為其發明的開端<sup>101</sup>。除此之外，還有很多例子指出若將發

<sup>95</sup> Dutfield, *supra* note 6, at 110.

<sup>96</sup> *Id.*

<sup>97</sup> Leistner, *The Positive and Negative Aspects of Traditional Knowledge Protection*, in *Indigenous Heritage and Intellectual Property* (Silke von Lewinski ed., 2004), *supra* note 1192, at 59.

<sup>98</sup> WIPO Progress Report on the Status of Traditional Knowledge as Prior Art, WIPO-Doc. GRTKF/IC/2/6, (1 July 2001) [*hereinafter* WIPO Progress Report]

<sup>99</sup> Leistner, *The Positive and Negative Aspects of Traditional Knowledge Protection*, in *Indigenous Heritage and Intellectual Property* (Silke von Lewinski ed., 2004), *supra* note 1192, at 59.

<sup>100</sup> Downes, *supra* note 1194, at 255.

<sup>101</sup> *Id.* at 280; Leistner, *The Positive and Negative Aspects of Traditional Knowledge Protection*, in *Indigenous Heritage and Intellectual Property* (Silke von Lewinski ed., 2004), *supra* note 1192, at 60.

明和傳統知識做比較，則許多專利可能都將面臨被撤銷的命運<sup>102</sup>。

上述兩個爭議問題實屬重要<sup>103</sup>，若欲解決問題一部分須從實際面切入，另一部分須從論理的法學面向切入。法學面向的探討上涉及了應如何調整國際上、區域間、以及國內專利法中關於新穎性和進步性的概念，使其和傳統知識的概念能相互調和，以符合利害關係人（stakeholder）的權益。

實際面的問題即為如何確保能夠有效的認出該專利發明使用到既存的傳統知識。現況下多數的傳統知識並沒有整理、文獻化；或縱使建立了資料庫，於編排方式或是搜索上並不具便利性，無法讓各國審查專利的智慧財產局知悉相關資料的存在或是檢索得到，也因此導致了智慧財產局在審查是否授與專利時就沒有把傳統知識的搜索納入程序中<sup>104</sup>。

## （六）另行創設專有保護制度

### 1. 設置專有保護制度的必要性於論理上已獲得肯認

以一套別於既往的特有制度來保護傳統知識於論理上的研討早已獲得肯認。最主要的原因為因傳統智慧財產權制度的不足，致使無法全盤考量傳統知識持有者不同的需要以及利益。因此已有許多國家，諸如印度、菲律賓、秘魯早已於國內通過一套專有法律制度來保護其傳統知識<sup>105</sup>。

以秘魯為例，該專有保護制度中考量了傳統知識的特性，以及傳統知識持有者不同的保護需求，廣泛納入了現狀下既存的法律制度。因此除了包含既有的智慧財產權制度外，多數的專有保護法律制度都會納入 ABS 制度<sup>106</sup>，秘魯的 27811 法案亦然；27811 法案中還納入其他的法律制度，以登記制度和授權制度為該部法律最大特色。

### 2. 專有保護制度需考量的相關要素及注意事項

一個專有的保護制度，為了使傳統知識的保護能更有效率的搭配眾多的政策目的以及整體立法環境的需求，在立法概念上以及相關法理的考量須著墨諸多相關領域，不管係和智慧財產權制度相關以及無關者都需兼顧<sup>107</sup>。

舉例而言，CBD 提出以下諸多需考量的要點：

- 不公平競爭、聲譽的濫用
- 對平等利益以及集體利益的承認
- 人格權的考量，特別是在尊嚴以及權利歸屬（attribution）部分
- 人權，特別是在經濟、文化以及社會權部分

<sup>102</sup> Leistner, *id.* At 59-60.

<sup>103</sup> *Id.*

<sup>104</sup> *Id.* ; WIPO Progress Report, *supra* note 98, para. 4.

<sup>105</sup> Krishna Ravi Srinivas, *Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights: A Note on Issues, Some Solutions and Some Suggestions*, 3Asian J. WTO & Int'l Health L. & Policy 81, 112, 120 (2008).

<sup>106</sup> *Id.* at 104.

<sup>107</sup> *Id.* at 104-105.

- 和傳統文化有關的著作權（authorship）以及管理者（custodianship）的概念
- 文化以及和文化有關素材的保存
- 環境保護，包含生物多樣性的保育
- 道德（morality）以及公共秩序於法律體系中的概念
- 農夫權的定義以及承認<sup>108</sup>

由此觀之，專有保護制度為全面保護傳統知識，故須符合眾多立法目的，以及保護諸多權利。適用上須避免產生保護範圍過廣，或須考量太多立法目的，反而使得該部法律制度失去效率，甚或是窒礙難行的狀況<sup>109</sup>。

此專有保護制度的設置無須考慮到和其他法律間論理上是否一致或是有重疊，因此可能造成和其它立法制度產生重疊或是矛盾的情形。特別是在國際立法的層次，因為專有制度往往會將 CBD 的立法目的以及相關制度納入考量，因此須特別注意 TRIPs 和 CBD 之間的調和問題<sup>110</sup>。

另外欲使這樣一個專有的保護制度得以順利運作，須在國內從基層到中央都設置相關機構，方有可能處理相關議題和爭議<sup>111</sup>。

### 3. 於專有制度中納入原住民社群習慣法的可能性

另有想法提出專有制度體系應承認原住民社群既有的習慣法以及相關權利，或至少將其部分納入制度體系中。依非營利組織「環境與發展國際組織」（International Institute for Environment and Development 簡稱 IIED）<sup>112</sup>的想法：「讓傳統知識的保護與原住民族群的習慣法能夠一致係對於其社群世界觀、價值以及習俗的尊重<sup>113</sup>」。

這樣的做法或許能夠符合原住民族的需求，但將會使專有制度體系更加複雜，因為該習慣法並不需要和其他法律制度一致。雖然現狀下尚未出現任何案例，但仍有出現此情況的可能性<sup>114</sup>。

而若真納入原住民社群的習慣法，則可考慮賦予該習慣法法律上的拘束力，使不遵守者受到制裁，以確保該習慣法的遵循。但該拘束力範圍的多寡尚待國家更全面的考量後方得確定。在此階段應注意：「各個原住民社群以及各個國家的利益、觀點不可等同觀之，應視其簽訂條約（treaties）、公約（convention）的不同分別考慮<sup>115</sup>。」

從原住民社群的角度觀之，避免不當取得制度的設置確實有其需要，但若不

<sup>108</sup> *Id.* at 105 ; See also CBD Secretariat, *Development of Elements of Sui Generis Systems for the Protection of Traditional Knowledge, Innovations and Practices to Identify Priority Elements*, at 15. UNEP/CBD/WG8J/5/6 (2007). [hereinafter CBD Report of Sui Generis Systems]

<sup>109</sup> Krishna Ravi Srinivas, *supra* note 105, at 105.

<sup>110</sup> *Id.*

<sup>111</sup> *Id.*

<sup>112</sup> Available at <http://www.iied.org/> (last visited June 15, 2011)

<sup>113</sup> Krishna Ravi Srinivas, *supra* note 105, at 105-106.

<sup>114</sup> *Id.* at 106.

<sup>115</sup> *Id.*

納入其習慣法，則單純設置避免不當取得制度並無法全盤回應其保護需求。但若真將原住民社群的習慣法納入考量，則整個法律體系於操作上將更加困難。因對於原住民社群而言，濫用其傳統知識和相關素材代表了對其信仰和精神方面價值的不尊重<sup>116</sup>。

---

<sup>116</sup> *Id.*

## 五、國內立法實踐—秘魯、紐西蘭、台灣

### (一)秘魯27811法案制度研究

現今關於傳統知識保護的國際立法多為軟法 (soft law)，僅提供指引 (guideline)，拘束力不強，並未明確形成國家義務。故若欲真正落實傳統知識的保護實仰賴各國國內立法的實踐。

#### 1. 綜覽 27811 法案—別於現行智慧財產權制度的專有保護制度

奠基於前述安地斯聯盟所做出的一連串決定，以及秘魯國內相關法制的發展，全球第一部保護傳統知識的專法 27811 法案正式誕生。該法案於制定過程中廣泛了解國際上以及各國家既存的相關保護制度，並透過既有的法律工具和機制，希望重新建構、調整，以保護從傳統知識所衍生的相關利益。

在 27811 法案<sup>117</sup>中，透過登記 (register)、授權 (licenses)、營業秘密 (trade secret)<sup>118</sup>、競爭法 (competition law) 相關原則等既有的法律機制，透過重新建構和因應保護客體的特性，希望能夠保障原住民的傳統知識所衍生出的利益。且有鑒於過去透過智慧財產權制度來保護傳統知識的成效不彰，此法案被視為智慧財產權制度之外，寄予厚望的選擇<sup>119</sup>。試透過【表一】來呈現 27811 法案的特別立法架構以及保護制度。

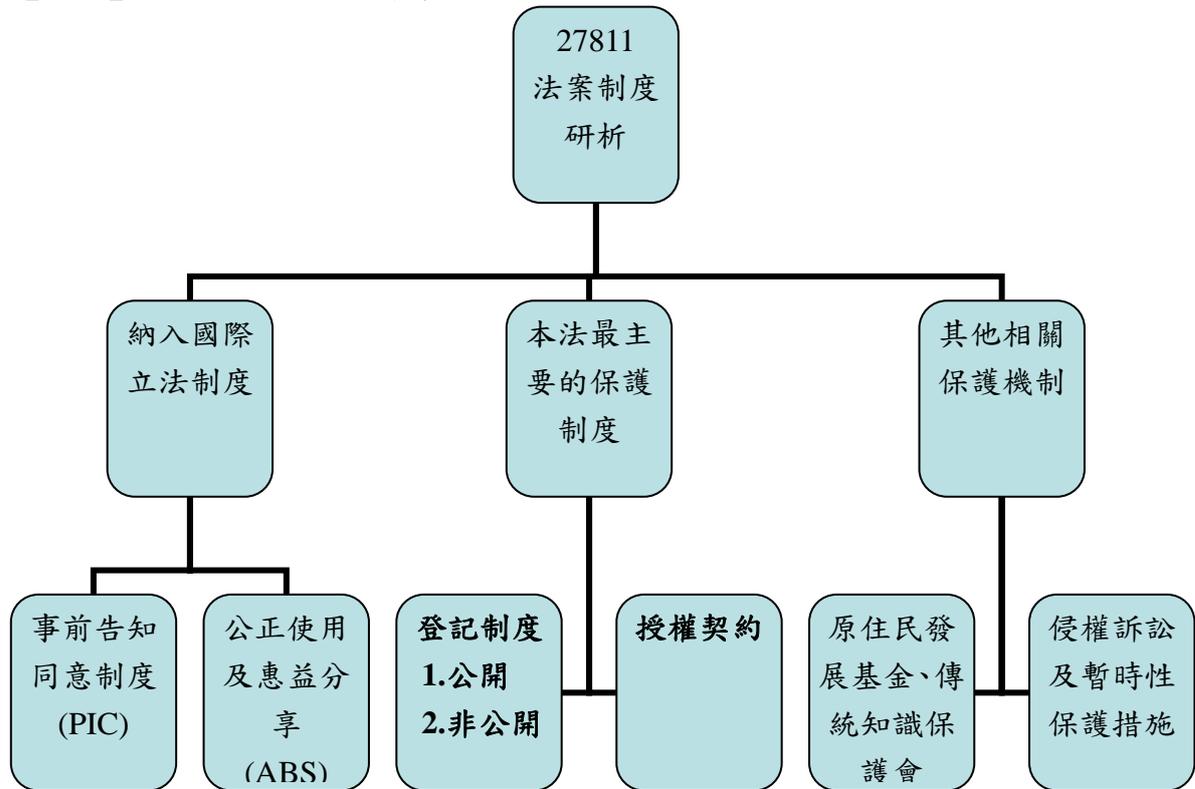
---

<sup>117</sup> 27811 法案中提及本法係有別於現行的智慧財產權制度；First Complementary Provision of Law 27811 states that it is independent from other intellectual property legislation in force.

<sup>118</sup> 例如國家機密登記簿(National Confidential Register)制度的推行即運用了營業秘密的保護概念。

<sup>119</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *THE PROTECTION OF TRADITIONAL KNOWLEDGE IN PERU: A COMPARATIVE PERSPECTIVE*, 3 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 755, 797 (2004).

【表一】 27811 法案制度研析



值得一提的是，關於專有 (*Sui-generis*) 保護制度，聯合國大學 (United Nations University) 下的 UNU-IAS<sup>120</sup> 所做的報告<sup>121</sup> 中提出了特有保護制度的兩種態樣，一種為構成性的 (constitutive)，另一種為宣布性的 (declarative)。巴拿馬國內立法屬於前者，其將原住民族視為傳統知識的所有者 (owner)，透過排他性權利的賦予來保護傳統知識；

而秘魯的 27811 法案則屬於後者，其將傳統知識視為原住民族的祖先所流傳下來的權利 (ancestral right)，原住民族身為傳統知識的持有者 (holder)，僅能管理使用該知識，不得轉讓予他人。而在這兩種不同特有保護制度的態樣下，皆將傳統知識視為原住民的文化遺產，使得國家因此產生了保護義務，須訂定相關保護機制，以避免第三人不當取得 (acquisition) 傳統知識<sup>122</sup>。

因此，秘魯國內認為原住民族的傳統知識係早於秘魯憲法前所存在的原有 (original) 權利，不僅是他們的文化遺產 (cultural patrimony)，更代表了原住民身分的認同，世世代代傳承下來<sup>123</sup>。27811 法案的第 9 條規範了這個世代的原住

<sup>120</sup> UNU-IAS is part of the United Nations University (UNU) system, comprised of a network of Research and Training Centres and Programmes assisted by associated and cooperating institutions and scholars.

<sup>121</sup> United Nations Univ. & Inst. Of Advanced Studies, The Role of Registers and Databases in the Protection of Traditional Knowledge, at 7. (Report Jan. 2004), available at <http://www.ias.unu.edu> (last visited Jan 5, 2011) [hereinafter UNU-IAS Report]

<sup>122</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 119, at 776-777.

<sup>123</sup> *Id.* at 777-778.

民之於傳統知識所扮演的角色究竟為何；其不僅是為了自身的利益，同時也為後代肩負著保存、發展以及管理傳統知識的責任。

故現今的原住民族之於傳統知識<sup>124</sup>係立於守護者以及管理者（*custodians and administrators*）之地位。故其雖可決定如何使用其所有的傳統知識，卻不能將傳統知識轉讓給第三人，僅能透過簽訂授權契約來准許第三人對該傳統知識的使用。故授權契約應如何簽訂等相關討論，則成為此部法案中的焦點<sup>125</sup>。

原住民族於 27811 法案中之於傳統知識雖僅立於管理者之角色，惟身為傳統知識持有者（*holder*）的原住民族仍享有決定是否授權申請者使用取得傳統知識的權利。且縱使允許其使用，亦可限制使用上的程度，和國際上致力發展保護傳統知識法制的趨勢不謀而合<sup>126</sup>。

## 2. 27811 法案立法目的

欲充分了解 27811 法案，勢必要先從立法目的出發，於該法案的第 5 條<sup>127</sup>有相當詳細的闡述，共有(a)款到(f)款，主要圍繞著兩大爭議問題的解決：

第一，確保原住民社群在傳統知識的使用上能夠有一定程度的掌握，並得以從傳統知識所衍生的利益中受惠；第二，希望透過避免專利制度的濫用，達到預防生物剽竊情事的發生<sup>128</sup>。

第 5 條的立法目的，亦反映出國際上對於傳統知識的流動以及使用上的關注，並重複強調找出政策工具來確保足夠保護的重要性。這也是為什麼在國際立法上需要透過 CBD 或是 WIPO 等國際組織來建立一個普遍被國際承認的保護標準，因為國內立法的實踐將受到國家管轄權的限制而無法像國際立法般靈活，得以廣泛約束各國<sup>129</sup>。

(a)款和(c)款皆以一個廣泛的概念宣示對傳統知識的保護和推廣正當使用的決心，和 CBD 第八條 j 款的理念是一致的；於(b)款、(d)款以及(f)款中則明文揭示相關的保護機制，其中(b)款部分亦為生物多樣性公約中所揭示的保護制度。最後於(e)款的部分為前述各款做了個最佳的總結，希望能透過善加利用傳統知識來改善原住民的社經地位，開拓未來發展的可能性。由立法目的觀之，在傳統知識保護的三大面向上，27811 法案具有濃厚的生物保育色彩，且對原住民人權的維護以及發展也相當關注。於法案中的各條文便緊扣著此立法目的而發展。

就 27811 法案相關條文觀之，其亦賦予原住民族拒絕他人使用自身傳統知識的權利<sup>130</sup>，以及智慧財產權暨競爭保護委員會（INDECOPI）若經評估後認為授權第三人使用將對生態環境產生危害時，亦得拒絕授權<sup>131</sup>；顯見該法亦將原住民

<sup>124</sup> 27811 法案中將傳統知識稱為集體知識(*collective knowledge*)，詳見該法第 2 條。以下皆以傳統知識稱之。以俾用語上的連貫。

<sup>125</sup> 另一大焦點則為登記(*register*)制度的推行，依登記內容是否公開分為國家公開登記簿(*National Public Register*)以及國家機密登記簿(*National Confidential Register*)，詳見後述。

<sup>126</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 119, at 778.

<sup>127</sup> Law 27811, *supra* note 35, art.5.

<sup>128</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 119, at 774.

<sup>129</sup> *Id.* at 775.

<sup>130</sup> Law 27811, *supra* note 35, art. 18.

<sup>131</sup> *Id.* art. 31.

人權的尊重以及環境保育納入立法考量中。

### 3. 一般國際立法的納入—事前告知同意制度和取得暨惠益分享制度

27811 法案的支持者將該法視為有力的保護工具，以推動申請者和傳統知識所有者之間，於使用傳統知識的過程中得以平等（fairness）且公正（equity）的進行，惟相關細節則須在立法施程序因應現實而有所調整<sup>132</sup>。

27811 法案第 5(d) 款和 (b) 款所提及的須取得原住民族事前告知同意以及利益應公平分享的立法目的在國際立法中存在已久，落實於 27811 法案中，關於事前告知同意制度的具體規定為第 6 條；而惠益分享的相關規定則為第 8 條以及第 27 條。第 6 條係在使用傳統知識前須取得原住民社群同意的相關規定；第 8 條規範須分享一定比例的利益至原住民發展基金以俾回饋全體原住民；第 27 條則係簽訂授權契約時雙方應如何共享利益的相關規定，以下詳述之。

#### (1) 事前告知同意制度被視為使用傳統知識的「授權」

事前告知同意制度（Prior Informed Consent 簡稱 PIC），在 27811 法案的立法架構下被定義<sup>133</sup>為：「對使用傳統知識的特定活動的『授權（authorization）』」<sup>134</sup>。事前告知同意制度，於該授權的意涵下，要求雙方，特別是申請方，須在使用目的、可能風險以及可能涉及的活動，還有任何例行性的使用、該例行性的使用價值為何等部分，都需要提供足夠的資訊以供參考，此係基於對原住民族社群的尊重下所為的要求<sup>135</sup>。

當代表原住民社群的組織收到事前告知同意的申請書時，該代表組織就要盡可能且立即通知全部持有該傳統知識的各原住民社群，使各社群知悉有人想獲得使用該傳統知識的授權，且相關協商活動即將展開<sup>136</sup>。

在可揭露與第三人所知的傳統知識範圍部分，僅限於雙方協商過程中的協商客體，即申請方所欲使用傳統生物多樣性知識究為何者，而非該協商內容的全部資訊。27811 法案第 6 條欲透過對外揭露資訊範圍上的限制，讓協商細部內容保持機密，以確保協商雙方當事人的潛在利益<sup>137</sup>。

在申請者欲使用傳統知識而申請事先告知同意的過程中，若此傳統知識是數個原住民社群所共同享有，或是該知識涉及了原住民社群中極度敏感的文化精神層面時，諸如宗教信仰時，事前告知同意制度的運用，便可能產生爭議<sup>138</sup>。

27811 法案第 6 條僅要求希望代表該傳統社群的代表組織（representative organization）盡可能通知最多數的原住民社群到場協商<sup>139</sup>，其係考量若要求該代表組織須通知所有持有且管理該傳統知識的原住民社群到場，係屬不易，恐為事

<sup>132</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 119, at 774.

<sup>133</sup> Authorization granted for a particular activity involving collective knowledge.

<sup>134</sup> Law 27811, *supra* note 35, art. 2(c).

<sup>135</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 119, at 781.

<sup>136</sup> Law 27811, *supra* note 35, art. 6.

<sup>137</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 119, at 781.

<sup>138</sup> *Id.*

<sup>139</sup> Law 27811, *supra* note 35, art. 6.

實上不可能之情形，因此僅要求盡全力通知即可<sup>140</sup>，但這樣的處理方式似乎沒有解決問題，反徒增疑義。

在此情形下，27811 法案第 6 條用語上便存在模糊空間。「盡可能通知最多數的原住民 (the greatest possible number of indigenous peoples)」為一抽象的不確定法律概念，須通知至何種程度方屬已盡可能通知最多數的原住民？有無指標可供參考？總使認定其已盡可能通知最多數的原住民社群出席，惟未受通知的原住民社群因未參與決策過程致使權益受損時應由誰賠償？種種問題尚待後續的討論與實踐。

### (2) 誰是事前告知同意制度下的同意主體

奠基於上述的討論前提，即傳統知識通常係由不同社群之間共同享有，因此關於 PIC 的相關討論議題亦具重要性。可以想見各社群針對如何讓申請者取得傳統知識必定有不同的意見，難以產生一致的結論，因此在 PIC 授與階段時必定會產生衝突。有些社群想法上較具進步性希望能和現代世界建立更緊密的關係；但同時也存在反對和現代文明有過多接觸並使用其傳統知識的社群。這樣對立的想法便反映在秘魯的 ICBG 生物探勘計畫中。參與該計畫的傳統社群皆為支持生物探勘計畫者，但也存在反對聲浪互相對峙<sup>141</sup>。

為化解僵局，決策過程中維持傳統社群習慣法中的核心價值以及傳統慣習便顯得相當重要。此外，在國家政策以及法律的制定上亦承認並充分反映原住民社群的習慣法以緩和這樣的對立，真正落實保護原住民的立法目的<sup>142</sup>。

27811 法案中建立了原住民的代表組織制度，該組織應依組織架構、習俗以及慣習來考量是否同意讓申請者取得傳統知識<sup>143</sup>。理論上此組織應充分代表其社群的利益來行使權利，實際層面卻無法落實此目標。當同一族群或同樣祖先的原住民社群係由兩個以上的組織代表，且對於是否授權申請者取得傳統知識意見相左時，便產生到底哪一個代表組織方具有授權使用的合法正當性爭議，特別是該代表組織究竟能否充分反映所代表的所有社群的利益問題。若該代表組織係代表跨越國界的兩個以上原住民社群時，上述爭議更具討論實益<sup>144</sup>。

### (3) 取得暨惠益分享制度

申請者在得到原住民族的同意並取得授權之後，若從使用此傳統知識而獲益時，則該獲得的利益須公平的分享予該傳統知識的管理者，即原住民社群。於 27811 法案中，最有效的方式便是在簽訂授權契約允許取得傳統知識時，同時約定由傳統知識所衍生利益的公平分享方式<sup>145</sup>。該授權契約須透過書面方式，具體列出惠益分享的相關條件，並送至 INDECOPI 登記註冊在案<sup>146</sup>。

至於怎麼樣的利益分配才稱得上是公平呢？身為秘魯惠益分享計畫中的一份子，27811 法案規範了兩種最低底限的合理回饋比例 (royalty rate)。

<sup>140</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 119, at 781.

<sup>141</sup> *Id.* at 793.

<sup>142</sup> *Id.* at 794.

<sup>143</sup> Law 27811, *supra* note 35, art. 14.

<sup>144</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 119, at 794.

<sup>145</sup> Law 27811, *supra* note 35, art. 7.

<sup>146</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 119, at 781.

第一種方式為在授權契約中便約定，一開始使用該傳統知識時即須直接付費（initial direct payment），並需要分享直接或間接使用該傳統知識而開發的商品所生至少百分之五的淨銷售（net sale）的利潤予原住民社群<sup>147</sup>；第二種分享方式為給予使用傳統知識所研發的商品於市場銷售中至少百分之十的淨利予原住民社群，且該筆費用將直接提撥到協助整體原住民發展的基金中<sup>148</sup>。

因 27811 法案僅針對最低限度的合理回饋比例規定之，故於遵守最低限度的回饋比例下，雙方當然可以因該傳統知識於最終產品中被直接使用或是納入的程度、取得傳統知識致使研發成本減少<sup>149</sup>等不同情狀，進一步協商訂定更高比例的回饋金<sup>150</sup>。

#### (4) 於特殊情形下利益如何惠益分享

原住民的傳統知識通常都是由不同社群之間共同享有，甚至會產生跨越國家疆界範圍的情形。在有些例外狀況，與植物物種、萃取的使用以及與栽培科技相關的知識是分散各處的。基於這些情形，如何保持惠益分享的公平性便成為很重要的議題，讓特定傳統知識所衍生的利益得夠公正的分配到參與其中的傳統社群之間。在 27811 法案中，原住民發展基金的設置便是為了確保不管各個傳統社群是否積極參與讓傳統知識效用化的過程，其都能受到該基金最低程度的保障，享有該基金所產生的金錢利益<sup>151</sup>。

### 4. 27811 法案主要的保護制度— 登記制度與授權制度

在 27811 法案當中有兩個主要的保護制度，分別是登記（register）制度以及授權（license）契約。透過登記制度將傳統知識登記於資料庫，為專利檢索提供先前技術（prior arts），避免不當專利的取得；而透過授權契約的簽訂來取得關鍵技術（know-how）得以規範傳統知識於何種情形下方可被取得，或是做為商業上以及工業上的利用<sup>152</sup>。

#### (1) 登記制度

秘魯 27811 法案的登記制度因應著傳統知識的動態特性，有著不同程度的機密性保護。在 27811 法案中，登記制度的實行並非賦予登記者關於該傳統知識享有某種特定的權利，而僅是為了達到防衛性保護的立法目的<sup>153</sup>。而該防衛性保護的立法目的係透過以下三項措施來落實：

- 透過編輯傳統知識的相關資料確保該知識得以完善保存，而成為先前技術；
- 讓原住民社群得以控制傳統知識的散播（dissemination）與錄製（recording）；

<sup>147</sup> *Id.* art. 27 (c).

<sup>148</sup> *Id.* art. 8.

<sup>149</sup> 生物探勘成本十分昂貴，惟若先探求原住民社群的傳統知識，僅針對社群使用的植物進行篩選，則能比隨機篩選的成功機率高出許多，致使成本大幅降低。

<sup>150</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 119, at 782.

<sup>151</sup> *Id.* at 793.

<sup>152</sup> *Id.*

<sup>153</sup> *Id.*

- 阻擋 (block) 未獲允許而取得傳統知識的專利申請案取得專利權；<sup>154</sup>

其透過和 INDECOPI 分享所登記資訊的方式，不僅能夠達到提供先前技術檢索資料的目的，有助於在專利審查員在他人申請專利時做出全面性的審查，避免未經原住民同意，而非法使用該傳統知識的技術取得專利權的保障，同時也有助於原住民集體知識的管理以及保存，具有雙重的利益<sup>155</sup>。

27811 法案中共提供了三種不同態樣的登記制度來保存以及保護原住民的傳統知識，其分別為「國家公開登記簿 (National Public Register)」、「國家機密登記簿 (National Confidential Register)」、以及「地方登記簿 (Local Register)」<sup>156</sup>。

關於國家公開登記簿，係由 INDECOPI 所職掌並負責其發展，收錄所有已存在於公共領域的傳統知識<sup>157</sup>。透過國家公開登記簿系統化整理之後，並可幫助全世界的專利審查機構在遇到直接或是間接使用傳統知識的專利審查案件時，在新穎性以及進步性的審查上能夠掌握充足資訊。INDECOPI 將視情況需要提供需要的資訊予專利審查機構，以達成更具效率以及說服力的先前技術搜尋工作<sup>158</sup>。

國家機密登記簿係在 27811 法案協商階段由原住民族所提出，反映原住民族基於各種原因，希望將該傳統知識保持機密的需求。所有登記於國家機密登記簿的傳統知識，INDECOPI 便對其負有保護的義務，不得使第三人使用該傳統知識<sup>159</sup>。

地方登記簿係基於承認地方原住民社群為了自身利益的保護，對於如何文獻化其傳統知識或是如何管理控制該知識存在一定權利。因此地方社群得基於其習俗與習慣法建立具體機制，已組織管理這些地方登記簿上的傳統知識，其可決定讓第三人使用該傳統知識，抑或是不准第三人使用這些已登記的傳統知識。而若地方原住民社群在建立地方登記簿過程中，有任何技術上需要協助的地方皆可以請求 INDECOPI 介入幫忙<sup>160</sup>。

值得一提的是，雖然登記制度旨在透過資訊的提供與透明，讓各國的專利審查機構在檢索時得以知悉更全面的先前技術，以達到防衛性保護的立法目的。惟在此操作下，間接地提供了申請人在申請專利時提供詳實先前技術，或是事先告知原住民並取得其同意的誘因。此行為所代表的意涵為對原住民持有傳統知識權利的提倡與尊重，已進階至積極保護的層面<sup>161</sup>。屬於積極性保護與消極性保護的交集地帶。

## (2) 授權契約

授權契約 (know-how license) 的簽訂在秘魯國內保護傳統知識法制發展中扮演著不可或缺的角色，27811 法案透過契約法相關法理，以公平且合理使用條件的訂定來規範傳統知識的使用，建立了第三人與原住民族代表組織間爭端解決

<sup>154</sup> *Id.*

<sup>155</sup> Law 27811, *supra* note 35, art. 16.

<sup>156</sup> *Id.* art. 15.

<sup>157</sup> *Id.* art. 17.

<sup>158</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 119, at 783.

<sup>159</sup> Law 27811, *supra* note 35, art. 18.

<sup>160</sup> *Id.* art. 24.

<sup>161</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 119, at 783-784.

規則的規範架構<sup>162</sup>。

27811 法案下將授權契約定義為：持有傳統知識的原住民族與和提供合理條件欲使用該傳統知識第三人間所締結的「明確協議（an express agreement）」<sup>163</sup>。且該授權契約需要依安地斯聯盟 391 號決定以附件方式再簽屬一份雙方協商於不同階段將如何使用該傳統知識的契約<sup>164</sup>。

該授權契約的簽約方式可以以個人，抑或是整個原住民社群做為代表。今天若一個原住民社群簽訂了一份授權契約，並不會影響其他未參與或是未簽署此份授權契約的原住民社群們享有此份契約提供與原住民共同發展基金的利益；其他持有此傳統知識的原住民社群仍可以和其他人簽訂和此傳統知識有關的授權契約<sup>164</sup>，並不因此喪失對該傳統知識的管理支配<sup>165</sup>。

授權契約於簽訂之後都需要透過向 INDECOPI 登記<sup>166</sup>，這樣的程序為一強制性的規定，所提供的資訊僅提供 INDECOPI 保存，以保持該授權契約的機密性。另外授權契約的訂定在細節上有諸多的要求需要注意，係規定於 27811 法案中的第 27 條。若第三人欲取得該授權契約，則須經契約雙方當事人明確同意下方得為之。該第三人須取得由原住民代表組織所簽署的書面同意書<sup>167</sup>。若三方彼此間的利益無法調和，則有可能造成專利申請案被拒絕或被廢止的情形<sup>168</sup>。

首先，依 27811 法案第 26 條規定，此授權契約必須以書面方式簽訂，且須同時使用祕魯的官方語言西班牙文以及當地的方言，契約簽訂的時效限於一年至三年之間，若有需要可再續約<sup>169</sup>；

27811 法案第 27 條規定授權契約中應詳實記載下述各項：契約中需要明確指出雙方當事人，並詳細敘述所授權使用的傳統知識為何者；接著，契約中須確保允許使用此傳統知識所衍生的利益得以被公平的分配，且須提供足夠的資訊，包含使用目的、可能產生的風險、經雙方同意可應用的活動場域，以及最終使用此傳統知識的成果和其預估的價值為何等等皆須記載於授權契約中；最後，契約中須賦予被授權方定期向授權方通知的義務，舉凡研究的進度、工業化程度以及商品在市場交易的發展等皆為通知的範疇<sup>170</sup>。若未依規定，依 27 條專責機關 INDECOPI 得不讓此授權契約登記註冊<sup>171</sup>。

由於 INDECOPI 同時也具有保護環境的職責，因此依 27811 法案的第 31 條，其可調查並評估授權契約是否會對原住民現居住的環境產生負面影響的風險，若有，則 INDECOPI 可拒絕讓此授權契約成立生效<sup>172</sup>。此條文反映出祕魯在傳統知識的保護上，相當重視生態多樣性的保育以及對原住民族的尊重，必要時甚至願意犧牲經濟利益的獲取。

<sup>162</sup> *Id.* at 784-785.

<sup>163</sup> Law 27811, *supra* note 35, art. 2.

<sup>164</sup> *Id.* art. 32.

<sup>165</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 119, at 785.

<sup>166</sup> Law 27811, *supra* note 35, art. 25.

<sup>167</sup> *Id.* art. 28.

<sup>168</sup> *Id.* at Second Complementary Provision.

<sup>169</sup> *Id.* art. 26.

<sup>170</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 119, at 785-786.

<sup>171</sup> Law 27811, *supra* note 35, art. 27.

<sup>172</sup> *Id.* art. 31.

## 5. 其他保護機制---原住民發展基金、傳統知識保護會、侵權訴訟及暫時性保護措施

### (1) 原住民發展基金

為改善原住民整體的生存環境，秘魯 27811 法案於第 37 條至第 41 條中建制了協助原住民發展基金 (Fund for the development of Indigenous peoples) 的規定，並於第 37 條中賦予了該基金在法律上、經濟上、行政管理上以及財務上都應享有充分自主的權利<sup>173</sup>。

原住民發展基金的運作方式，依 27811 法案第 39 條係由七位代表共同組成管理委員會 (The administration committee)，負責分配屬於原住民族集體產生的利益。管理委員會應在最大可能的限度內，依該知識傳統上被原住民族的使用方法來判斷集體利益應如何分配給貢獻程度相異的各原住民族社群<sup>174</sup>。管理委員會的七位代表中，其中五位應由原住民族的代表組織指派，另外兩位則來自「安地斯、亞馬遜以及非裔秘魯人國家委員會 (National Commission for the Andean, Amazonian and Afro-Peruvian Peoples)」<sup>175</sup>。另原住民發展基金管理委員會須於每季提供原住民族的代表組織該發展基金的相關資訊。

第 37 條中明確指出該基金的建制係希望透過財務援助相關發展計畫的方式，能夠對秘魯原住民族整體於各方面的發展都有所貢獻，而非只是改善有和他人簽訂授權契約的原住民社群的生活。

此類發展計畫應由原住民社群依其需要來規劃，並推派代表組織將計畫提案給該基金的管理委員會審核<sup>176</sup>。經過管理委員會的評估，審核通過後，原住民族便可透過其代表組織來利用該基金的資源以進行發展計畫的推動。而如同前述，因該基金於各方面都享有充分自主權，故管理委員會的裁決過程應認具獨立性，不至於有外力的不當介入<sup>177</sup>。

另依 27811 法案第 66 條第 1 項(b)款，「傳統知識保護會 (Indigenous Knowledge Protection Council)」係原住民發展基金的監督機關，須支持該基金會的運作。

### (2) 傳統知識保護會

27811 法案第 65 條關於傳統知識保護會在組織編制上，以具體行動表示了對原住民族的尊重<sup>178</sup>；傳統知識保護會係由五位在此領域專精的代表所組成，其中三位有原住民族代表組織指派，另外兩位則由秘魯的安地斯、亞馬遜以及非裔秘魯人國家委員會指派。

該會的主要職權如下：一般情形得透過行政命令 (mandate) 的方式來保護傳統知識，以及負責監督 27811 法案整個保護制度的運行。而為達監督之目的，

<sup>173</sup> “The fund shall enjoy technical, economic, administrative and financial autonomy.” See *id.* art. 37.

<sup>174</sup> The Committee shall to the extent possible use the machinery traditionally used—by indigenous peoples—for allocating and distributing collectively-generated benefits.

<sup>175</sup> 該委員會於 2001 年設置，係秘魯政府下的機關，負責農人以及原住民社群的事務。

<sup>176</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 119, at 786.

<sup>177</sup> Law 27811, *supra* note 35, art. 38.

<sup>178</sup> *Id.* art. 65.

傳統知識保護會於組織上係獨立編制，為不具任何上下隸屬關係的行政組織。傳統知識保護會主要功能規定於 27811 法案的第 66 條部分。包含了監督 27811 法案保護制度的施行之外，還需協助原住民發展基金的管理委員會、以及 INDECOPI 下的創新辦公室（Office of Inventions and New Technologies）業務的運作<sup>179</sup>。

### (3) 侵權行為懲罰機制及暫時性保護措施

27811 法案第 43 條建立了侵權行為的懲罰機制，得由原住民自行提起或申請由 INDECOPI 依其職權（*ex officio*）發起，對使用傳統知識而違反該法規定者提起訴訟。

而在訴訟過程的任何階段，不管該訴訟係由原住民自行提起或 INDECOPI 依職權所提起，在和最後判決結果不相衝突的情形下，原住民得依 27811 法案第 49 條提起一項或數項的暫時性措施以保全利益，種類如下：

- 要求停止違法行為；
- 搜索、徵收傳統知識之衍生物品、或限制其移轉；
- 採用必要方法限制傳統知識之衍生物品入出境；
- 暫時關閉被告之住居或營業場所；
- 其他避免侵害發生之措施。

INDECOPI 在適當的情形下得視情況判決與欲保全利益一方所申請的暫時性措施不同項的措施；而被判決須執行暫時性措施的一方，若握有新證據足以抗辯時便可提出申請，請求 INDECOPI 撤銷或是修改該暫時性措施。皆賦予程序保障以衡平雙方權利<sup>180</sup>。

## 6. 小結

### (1) 27811 法案偏向財產權面向中防衛性質的保護

在 27811 法案中，INDECOPI 係最具影響力的政府機關，依 27811 法案第 63 條可知 INDECOPI 底下的創新辦公室為傳統知識保護的主要權責機關；再搭配授權契約制度綜合觀之，可發現秘魯政府在傳統知識的保護議題上著重於經濟利益的取得，希望能夠推廣原住民的傳統知識在惠益分享下廣泛被利用。

當我們把秘魯的 27811 法案和安地斯聯盟的 391 號決議以及 486 決議放在一起檢視時，可以發現秘魯針對傳統知識的保護法制偏向於防衛性保護。原因可能為防衛性的保護措施似乎是個十分實際的選擇，不僅秘魯和安地斯聯盟採用防衛性的保護措施，巴西、哥斯大黎加、印度以及許多國家都做出相同的選擇，連結專利制度和 ABS 制度，來避免傳統知識的非法取得和使用。希望最終能達到 CBD 所提出的惠益分享目標<sup>181</sup>。

<sup>179</sup> *Id.* art. 66.

<sup>180</sup> *Id.* art. 49.

<sup>181</sup> *Id.*

防衛性保護制度暗喻著希望智慧財產權的授與，特別是專利，都是在與傳統知識相關的資訊都已納入先前技術搜尋程序中的前提下，以確保該專利確實符合了新穎性以及進步性的要求，而非隱瞞相關傳統知識使用的不當專利<sup>182</sup>。

#### (2) 27811法案受限於國內管轄權的限制，反映出制定國際專法保護的需要

在國內法制定保護傳統知識的專法只能部分預防傳統知識的濫用。就像是傳統的智慧財產權制度經過一段時間逐漸發展為國際性的保護制度一般，一部保護傳統知識的國際性專門立法最後也將出現並得到各國的承認與接受，成為國際上普遍的保護標準<sup>183</sup>。

各國國內立法準則中，以秘魯27811法案為例包含了許多長期備受爭議的概念與想法，在制定國際專門保護法制的過程中應將這些規則都納入考量，以求完整。且許多CBD和WIPO的立法進程都代表了這世界上多數國家的想法，同時也反映出確實有需要認真思考制定國際專門保護傳統法制的急迫性<sup>184</sup>。希望國內專法的產生，能夠刺激國際組織於國際立法層次上考慮設置專法的可能性，或至少讓設置國際專法的議題未來能夠進入國際社群討論的議程中。

#### (3) 27811法案立法良善，實行成效雖卓著但仍有很大進步空間

在與原民互動和造訪其部落的過程中，發現整個生態環境與他們的生活方式、文化傳承緊密相聯。他們的文化結晶，包括傳統知識，可回饋於生態環境的永續發展甚至促進人類的文明進步。秘魯主管原住民事務的官員時也很清楚傳統知識的保留與發展關係著原民生態體系的完整維持與永續發展，特別是生物多樣性的維持。

因此，秘魯制訂全球首部傳統知識保護法，對原住民集體知識之保障有其重要貢獻。27811法主要透過「登記制度」與「授權契約」兩大機制實踐其立法目的，「登記制度」運行至今已有相當成果，訪談當時(2009年7月)國家公開登記簿記有400件傳統知識，國家機密登記簿中則有92件，對傳統知識之保存與避免不當專利之授與甚有助益；然在「授權契約」之方面，該法第25條明確要求授權契約應強制登記，惟實際運作結果卻未有任何契約依法登記，可能原因為多數原住民對相關規定不甚熟悉及缺乏明確的懲處機制，因此主管單位現已計畫加強宣傳並修正相關規定；

此外，該法設立之「原住民及社群發展基金」由於各部會組織意見紛歧而尚未運作，如未來能成立較高層級之專責單位，統合傳統知識保護之相關事務，或可避免現有問題，實現立法之良善目標。

#### (4) 傳統知識保護法制於秘魯國內越來越受到關注

秘魯針對傳統知識的保護政策以及立法過程，在許多面向都表現出十分積極的態度。現今傳統知識保護的議題已經為秘魯國家發展政策中很重要的一環，充分納入國家發展議程中。秘魯的旅遊暨貿易局（Ministry of Tourism and Trade）更明白指出，傳統知識的保護在秘魯的智慧財產制度發展政策中，係位於核心的

<sup>182</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 119, at 796.

<sup>183</sup> *Id.* at 795.

<sup>184</sup> *Id.* at 796.

位置<sup>185</sup>。

除此之外，為建立預防生物剽竊的國內工作小組(National Working Group for the Prevention of Biopiracy)。秘魯政府現正著手於相關立法草案的研擬，通過後，將由INDECOPI領導並負責整合該工作小組以及支援相關工作的各個公共或是私人機構，這其中亦包含了原住民的代表組織<sup>186</sup>。

與傳統知識相關的政策以及立法議題現在也逐漸成為原住民社群固定會討論的議題，與各系列的論壇中廣泛的被討論著。這樣開放的環境產生了正面的影響，促使相關政策制定者擁有了發展不同層面以及不同範疇傳統知識保護法制的誘因。其中社會大眾對於此議題的關注係推動傳統知識保護政策發展過程中很重要的助力<sup>187</sup>。

## (二)我國原住民傳統生物多樣性知識保護條例草案介紹

### 1. 草案立法思維

#### (1)立法依據暨參考

「原住民族傳統生物多樣性知識保護條例草案(簡稱本草案)」主要參考了CBD所揭示尊重、保存及促進永續利用傳統知識之精神，依據已公布施行的原住民族基本法第十三條<sup>188</sup>，擬具本草案<sup>189</sup>。

除了參酌CBD第八條j款的保護意旨外，也參考了WIPO的相關討論以及外國立法例。<sup>190</sup>在CBD的部分，基本上參考了波昂準則(Bonn Guidelines)裡面的一些想法<sup>191</sup>。而在法案起草的過程中，也曾至兩、三個台灣的原住民部落進行訪查，將法案的相關概念和原住民族溝通，並傾聽他們的想法，之後再進行修正<sup>192</sup>。

#### (2)本草案主要立法考量為傳統知識的保護與保存

在傳統知識的保護上，本草案最主要的立法考量敘述如下：

傳統知識的保護與保存係本草案制定上最主要的考量，並希望有人能夠不斷利用該知識，利用讓它更有價值，且避免被他人剽竊。草案第一條應有規定<sup>193</sup>。

另外創新蠻重要的。就是說，除了保護知識不會消失、能不斷的被利用外，有人能讓它更有價值更重要<sup>194</sup>。

---

<sup>185</sup> *Id.* at 797.

<sup>186</sup> *Id.*

<sup>187</sup> *Id.*

<sup>188</sup> 原住民族基本法第十三條：「政府對原住民族傳統之生物多樣性知識及智慧創作，應予保護，並促進其發展；其相關事項，另以法律定之。」

<sup>189</sup> 參照2008年2月行政院版本的「原住民族傳統生物多樣性知識保護條例草案」總說明部分。

<sup>190</sup> 參照本草案第一條說明部分。

<sup>191</sup> 本草案起草者之一，郭華仁郭教授之實證訪談資料，簡稱郭教授之實證訪談資料。

<sup>192</sup> 同前註。

<sup>193</sup> 本草案起草者之一，陳昭華陳教授之實證訪談資料，簡稱陳教授之實證訪談資料。

<sup>194</sup> 同前註。

### (3) 本草案主要從環境保育面向出發保護傳統知識

從該草案第一條<sup>195</sup>以及本草案總說明觀之，因該草案主要參考 CBD 的保護意旨，故主要從環境保育面向出發來探討傳統知識之保護，希望能夠維護原住民對傳統知識的權益。草案第一條的說明部分更清楚指明本草案係參考 CBD 第八條(j)款中與傳統知識相關的保護意旨；

從草案第七條、第八條及第十三條<sup>196</sup>綜合觀之，在傳統知識的利用上仍將傳統知識之保護與永續發展視為首要之務，而非經濟利益的獲取，實與本草案制定範疇上的限制有所關聯，摘錄法案起草者訪談內容如下：

“產生利益是另外一回事，並不在本法的考量範疇，因此就沒有特別去規定如何去利用、開發其傳統知識此部分。原民會也有一個經濟建設的單位，他們當然也會希望說傳統知識怎麼利用可以賺錢，就自己賺就好，不用給別人賺，但那就牽涉到其他的部分，要開發，搞不好要製造什麼東西，又是另外一回事了。<sup>197</sup>”

第十六條第三項亦規定未完成利用傳統知識的評估報告所簽訂的契約無效，顯示了以傳統知識的保護為優先的立法意旨。

### (4) 傳統知識持有者和使用者的保護都很重要，不能偏廢

在傳統知識被利用過程中，傳統知識持有者和使用者兩者間的利益應如何權衡，係各國國內立法實踐很關鍵的問題。針對此問題，紐西蘭一貫的原則為——平衡的維持很重要<sup>198</sup>，我國立法亦採同樣想法，詳見以下敘述：

兩者不能偏廢。因為知識經過用的人可能會把它變成有價值的東西。我們希望知識有人用了之後變得更有價值，更有用處。但你要用他的知識，你一定要讓他得到利益、讓他知道怎麼用。所以使用者當然也是蠻重要的，可是我們在這部法律裡當然應該考慮持有者<sup>199</sup>。

## 2. 傳統知識之概念與權利內涵

### (1) 傳統知識之概念

本草案以「傳統生物多樣性知識」來稱呼傳統知識，表達出該傳統知識與生物多樣性的關連。從草案第三條第一款傳統生物多樣性知識的定義可知，該知識指與自然環境、自然資源或生物有關之知識，且須經世代相傳具有實用性者，將傳統知識與生物多樣性合併定義之，似乎有意凸顯該知識的生物多樣性特色。

惟從訪談中得知，該名稱之使用係基於原住民基本法裡相關條文就這樣稱

<sup>195</sup> 該草案第一條本文：「為保護原住民族之傳統生物多樣性知識，及維護原住民族對該知識之權益，以促進原住民族傳統生物多樣性知識之永續利用及創新，特制定本條例。」

<sup>196</sup> 該草案第十三條條本文：「未公開傳統知識之揭露、取得、調查、研究、使用或其他利用行為，應符合原住民族權益、公共利益及永續發展之原則」。該條說明提及係參考 CBD 第十四條之規定。規範有關未公開傳統知識利用之最高原則。

<sup>197</sup> 郭教授之實證訪談資料，註 191。

<sup>198</sup> 確保濫用情事的不發生；但針對想進一步發揮傳統知識效用的研究者，在適當的情形，諸如傳統知識進入的正當取得且所生利益公平分享等前提下，應使其得以利用該傳統知識。

<sup>199</sup> 陳教授之實證訪談資料，註 193。

呼，雖於立法當時法案起草者亦建議使用「傳統知識」或是「傳統生態知識」比較簡潔的用語，惟並未被採納<sup>200</sup>。

## (2)傳統知識權利內涵

關於本草案傳統知識的權利內涵為何，草案並未提及，惟由實證訪談可知：

我們那時候只有講說他們是一種權利，那權利是歸屬於那一個原住民族或是他的部落，最後還是用部落的形式。可是呢，我們沒有講到說它到底是一種怎樣的權利。

而且我們沒有(賦予原住民針對傳統知識有排他性權利)這樣子的打算。在(原住民)傳統智慧創作(條例)那個部分就是類似著作權(的規定)，我們覺得那種規定是不好的，因為效力太強烈。你太強烈，你要那麼多的限制，那我乾脆不要你，你的文化根本就流不出去，那更糟糕<sup>201</sup>。

權利有可能很強，也有可能很弱。像(原住民)傳統智慧創作(條例)就用到很強的權利，可是這樣子好不好？我們沒有想到說要給他排他性的權利，重點是你要用(我的傳統知識)，你要告訴我。我給你用，得到對價。但我們並沒有想說跟著作權、專利制度一樣，馬上行使排他性權利，沒有到那麼強<sup>202</sup>。

但也並非僅是防衛性的保護，也很積極。<sup>203</sup>

## (3)以部落會議做為權利之行使主體，不保護個人

依本草案第五條規定，傳統知識之權利歸屬於產生或發展該傳統知識之原住民族或部落，係以群體做為保護主體，並不包含個人，參酌訪談資料可得知：

比較麻煩的是要哪一個單位成為權利所有者，到底要設置在哪一個單位。很顯然個人是不行的，因為這牽涉到傳統知識的形成過程，具集體性特色<sup>204</sup>。

如上述，本草案係以原住民族或部落做為保護主體，並賦予當事人能力，使其享有為訴訟上程序主體之一般地位與資格，而相關權利的行使須透過代表組織來行使意思表示，以凝聚原住民族之集體意思，確保原住民族或部落之權益<sup>205</sup>。本草案係透過「原住民族會議」及「部落會議」分別做為「原住民族」及「部落」的意思表示組織<sup>206</sup>。

之所以決定透過部落會議之形式係基於以下考量：

於霧台的魯凱族進行座談會時，看到部落會議的形式，運作方式還不錯，因此決定用部落會議作為權利的行使者，將來要申請、核准傳統知識的使用都須經

<sup>200</sup> 郭教授之實證訪談資料，註 191。

<sup>201</sup> 陳教授之實證訪談資料，註 193。

<sup>202</sup> 同前註。

<sup>203</sup> 同前註。

<sup>204</sup> 郭教授之實證訪談資料，註 191。。

<sup>205</sup> 詳見第五條及第五條說明部分。

<sup>206</sup> 分別規定於第三條第三款、第四款；以及第五條第三項。

過部落會議共同決定<sup>207</sup>。

因為早期原住民族都是頭目在決定事物，後來和主流社會接觸頻繁後，頭目的地位被削弱，那現在又有政府底下的行政單位。我們覺得這兩者都不太適合，因此決定用部落會議來做為權利的所有者<sup>208</sup>。

在此亦引起了一些爭論，因有些部落尚未存在部落會議，不過我們認為說既然社會情勢改觀，部落會議又是比較理想的形式設計，因此雖然部落會議尚未存在著法制基礎，但從一前瞻性的觀點，我們是希望能夠把它納入，將來希望原民會關於部落會議的組織架構、法定位階能有更進一步的做法<sup>209</sup>。

#### (4)例外排除傳統知識權利所有之情形

本草案第十條為兼顧傳統知識之發展、公共利益之維護並尊重原住民族或部落間關於傳統知識之交換行為，於該條規定於「各原住民族間以及部落間之傳統交換行為」、「主管機關為發展及促進傳統知識創新依該草案所為之必要措施」、「國家因應緊急情況或增進公益之非營利利用行為」這三種行為下，例外排除原住民族對於傳統知識之權利<sup>210</sup>。

### 3. 國際立法的納入

#### (1)遵從生物多樣性公約中的事前告知同意制度

為保障原住民族之傳統知識及促其永續發展，傳統知識的利用原則上皆須經過原住民族同意，不論該知識是否已公開於公共領域。該草案七條就已公開傳統知識之商業利用做出規定，第八條第一項規定就「未公開之傳統知識」須經所屬原住民族或部落同意並簽訂書面契約，方可利用該傳統知識。

且該契約簽訂後，任何的利用行為應依利用計畫內向原住民族或部落提交報告。該利用行為若涉及對第三人權利的讓與，尚須經原住民族或部落同意方可為之，否則該讓與行為無效<sup>211</sup>。

#### (2)「取得和惠益分享」制度的納入

該草案第十四條、第十五條納入了 ABS 制度。第十四條規定第三人針對傳統知識之利用行為應事先備具申請書及利用計畫，向所屬原住民族或部落提出申請；若為商業目的利用者，並應具備商業利用說明書及載明惠益分享方式。僅針對商業利用者規定須納入惠益分享。

第十五條就雙方締結的書面契約部分，規定若為商業目的之利用，則書面契約內容應包含惠益分享條款。且所謂的利益包含直接利益與間接利益，並得約定以金錢或非金錢方式給付；原住民族或部落內部應以合理公平之方式，共同分享。

所為商業目的之利用可能包括：分享利潤、給付使用費、提供產品，進行人

<sup>207</sup> 郭教授之實證訪談資料，註 191。

<sup>208</sup> 同前註。

<sup>209</sup> 同前註。

<sup>210</sup> 參見本草案第十條條文內容及說明部分。

<sup>211</sup> 參見本草案第十七條條文內容。

力資源能力建設等方式，故得以金錢或非金錢方式給付<sup>212</sup>。

### (3) 因妥協於智財局而削弱草案揭露制度的拘束力

本草案中改變最大的應該是智慧財產局關於揭露制度的意見，他們非常排斥這個條文。我們本來的設計為在申請專利時，若該專利有牽涉到傳統知識時，需要揭露該傳統知識的來源，要把該傳統知識的來源很清楚的寫入說明書中，且應該符合 PIC、ABS 的規定，並出示符合規定的相關證明<sup>213</sup>。

這一個我們看到 WTO 的 TRIPs 中不同的國家有不一樣的想法。美國是認為完全不需要揭露，第三世界國家是認為要揭露。歐盟是覺得說最好是揭露，但不要構成核准專利的要件，大概是有這樣的情形。所以我們就折衷處理，和歐盟的立場比較接近，專利申請應該做揭露<sup>214</sup>。

但我們智財局一直非常排斥這樣的條文，所以我們送上去以後，原民會大概也有幾次的座談會，那智財局都抱持同樣的態度，所以後來就牽涉到智財局的條文就改掉，但仍保留了就從傳統知識衍生而出技術要申請專利時，你必須事先告知原民會、告訴主管機關，用這樣子的方式<sup>215</sup>。

經過妥協後的揭露制度規定於草案的第八條和第九條。該草案第八條第二項賦予原住民族就第三人利用其傳統知識有表彰來源之權利。第九條<sup>216</sup>更進一步規定，若係利用傳統知識申請智慧財產權者，則應向主管機關揭露傳統知識的來源，惟關於未揭露的法律效果為何並未規定。

第九條第一項透過檢具部落或原住民族同意申請智慧財產權的書面證明，載明所利用之傳統知識來源，使該揭露須為書面的方式，相較於口頭揭露，態度較為嚴謹；並透過主管機關將該申請智慧財產權的申報通知智慧財產權相關主管機關，使智慧財產權相關主管機關得知傳統知識的存在，審查時能夠納入考量，仍然賦予原住民族多一層的保護。

### (4) 建立資料庫維護及保存傳統知識

在該草案第十一條、第十二條係透過傳統知識資料庫的建立來維護以及保存傳統知識。「就已公開之傳統知識應登記於『國家資料庫』；就未公開之傳統知識應協助原住民族或部落建立『部落資料庫』加以登記，並應予以保密，但可將條目列於國家資料庫中，以供他人搜尋，並進一步洽談該知識的利用<sup>217</sup>。」

且就未登記至國家資料庫或部落資料庫的傳統知識亦予以保護，避免原住民族或部落因未為登記而無法受到該草案之保護<sup>218</sup>。

<sup>212</sup> 參見本草案第十五條說明部分。

<sup>213</sup> 郭教授之實證訪談資料，註 191。

<sup>214</sup> 同前註。

<sup>215</sup> 同前註。

<sup>216</sup> 本草案第九條本文：「I 利用傳統知識申請智慧財產權者，除應依第七條或前條第一項規定辦理外，並應檢具原住民族或部落同意其申請智慧財產權之書面證明，載明所利用傳統知識之來源，向主管機關申報。II 主管機關受理前項申報後，應即通知智慧財產權相關主管機關。」

<sup>217</sup> 詳見本草案第十一條說明部分。

<sup>218</sup> 同前註。

本草案中資料庫的設置目的如下：

一般來講，原住民族本身傳統知識的特點就是自己使用，那可能也沒有力氣去做開發的工作。那他們能不能賣到其他地方呢？這就是這裡為什麼有資料庫的設計<sup>219</sup>。

較詳細的內容放在部落資料庫中不公開，但可以把標題、幾個字放到公開的國家資料庫，外面的藥廠便可以知悉有什麼東西，在這樣的情形下他會自己和部落接觸。而外來者在取得傳統知識後，須惠益分享，以及原住民族仍得繼續使用該傳統知識<sup>220</sup>。

資料庫為其中一個政策保護工具，用成資料庫人家才知道來這裡用這個資料庫。主要是說，有資料庫人家才知道來這裡拿這個知識去用，因為你都沒有資料庫時，我要去原住民那裡拿知識也不知道怎麼拿。但現在有一個資料庫你可以透過資料庫去檢索，我正想發展的傳統技術他們那邊好像有，那他這種是不公開的，我可以去問，問了後他們願意讓我用，就付給他們權利金，就是這樣子，透過這樣的方式讓他們可以去利用<sup>221</sup>。

至於不公開資料庫的部分，有些東西開放後就沒有價值了，我們要保留它至少還有一點點像一個秘密，那一個秘密你要使用的話就去和原住民協商，那至少原住民還有點利益回饋，不然你通通都公開了，別人都用去了，你根本拿不到什麼益處<sup>222</sup>。

#### 4. 草案其他保護措施

##### (1) 不當使用之禁止

依第六條，若利用之方式足以損害原住民族或部落之聲譽或尊嚴者，應予以禁止。因此不得以扭曲、汙穢或其他不正當方式利用傳統知識<sup>223</sup>。

##### (2) 已公開之傳統知識

依該草案第七條，就已公開之傳統知識，為商業目的之利用，並表彰該傳統知識係源自於原住民族或部落者，應事先徵得其所屬原住民族或部落之同意，並給付適當之權利金。

故本草案就已公開之傳統知識原則上並不保護，例外於商業目的之利用，並同時表彰該傳統知識來源時，才課以使用者須事先徵得原住民族的同意，並給付適當之權利金。

特別是針對已公開傳統知識的領域，外來者比較容易去使用，那公開領域的使用，許多國家的原住民仍然會認為權利是他們的，使用要經過他們的同意，我

<sup>219</sup> 郭教授之實證訪談資料，註 191。

<sup>220</sup> 同前註。

<sup>221</sup> 陳教授之實證訪談資料，註 193。

<sup>222</sup> 同前註。

<sup>223</sup> 詳見該草案第六條說明部分。

們看這次的名古屋議定書亦採取此看法<sup>224</sup>。

但在主流社會中，公開的知識大家都可以用，原住民也可以用。要說已經公開的其他人不能用，好像有點太過分，因此為了平衡起見，可以用，但你必須要說明這是原住民的什麼東西，這樣一說的話，產品可以賣得更好，因此相對的也需要有點回饋<sup>225</sup>。

## 5. 主管機關在傳統知識在保存及保護上扮演積極角色

### (1) 草案第四條的總則性規定

在第一章總則部分，該草案首先於第四條部分明定主管機關應立於「協助」的立場來幫助原住民族及部落調查、整理、保存及開發利用其傳統知識，且若該傳統知識權利遭受侵害時，主管機關得協助其維護之。

透過第四條的規定，傳統知識從保存階段到利用階段，或是受侵害等各個階段主管機關都應或得協助原住民族，使主管機關從調查到利用階段都扮演相當積極的角色，無非就是為了達到「避免傳統知識逐漸流失與散佚」的立法目的。同時為了尊重其權利所屬原住民族或部落之意思，僅使主管機關立於協助之立場<sup>226</sup>。

### (2) 草案第十五條、第十六條針對未公開傳統知識之利用規定

在第四章的第十五條第二項使主管機關得協助原住民族或部落，進行利用傳統知識書面契約的協議，係鑑於原住民族或部落對於契約之協議可能無經驗，為利協議之進行，規定主管機關得予協助<sup>227</sup>。

第十六條部分則規定主管機關應協助原住民族或部落評估未公開之傳統知識之各種利用行為對原住民族或部落產生之影響；因主管機關具有較充裕的資源，故於該條第一項規定其應主動提供協助以進行評估。

### (3) 草案第二十六條鼓勵「基於傳統知識之慣習生活」

第二十六條規定主管機關應輔導、獎勵及補助原住民族或部落維持其基於傳統知識之慣習生活，因保護傳統知識，除在教育上設計傳承機制，使之得以相傳外，原住民維持慣習生活方式，使生活與環境之互動得以繼續，更是傳統知識創新之所賴。然而現今依慣習之生活方式，已無法維持生計，爰明定主管機關輔導、獎勵與補助之義務<sup>228</sup>。

### (4) 透過主管機關提升原住民族相關能力

因為我們想到假設放到部落裡，部落這麼多，很難每個部落都有那麼好的能力來處理契約，所以才說主管機關要介入部落來做這件事情。例如說，部落要來做探勘的人他要先做申請，把資料送到部落會議，若部落會議同意，則後續談

<sup>224</sup> 郭教授之實證訪談資料，註 191。

<sup>225</sup> 同前註。

<sup>226</sup> 詳見該草案第四條說明部分。

<sup>227</sup> 詳見該草案第十五條說明部分。

<sup>228</sup> 詳見該討論第二十六條本文及說明部分。

判的進行上是三方的，由探勘者、部落、主管機關一同進行<sup>229</sup>。

### (三)秘魯 27811 法案與我國原住民傳統生物多樣性知識保護條例草案比較

#### 1. 立法方向

(1) 27811 法案的政策考量—經濟利益為主，原住民人權和環境保育為輔

秘魯為具備豐富自然資源的開發中國家，故在傳統知識的保護上較著眼於經濟方面的考量，主要避免未經同意或是未經補償的使用，從該國將傳統知識保護至於工業部門下可見一斑。

惟其是否從財產權面向出發來保護傳統知識呢？針對此問題不無疑問，27811 法案第一條僅承認原住民針對傳統知識享有權利，但並未明文揭示是否具有財產權制度的對世效力。該國又於補充條款第一款提及 27811 法案係有別於既有的其他的智慧財產權立法而存在<sup>230</sup>，為本法僅為避免他人濫用傳統知識的防衛性面向保護留下伏筆。

就 27811 法案相關條文觀之，其亦賦予原住民族拒絕他人使用自身 TK 的權利<sup>231</sup>，以及 INDECOPI 若經評估後認為授權第三人取得傳統知識將對生態環境產生危害時，亦得拒絕授權<sup>232</sup>；顯見該法亦將原住民人權的尊重以及環境保育納入立法考量中。

(2) 「原住民傳統生物多樣性知識保護條例」草案的政策考量—環境保育為主，原住民人權保障和經濟利益為輔

本草案明白揭示參考 CBD 之立法意旨以及波昂準則的相關規定，主要從生物多樣性維持與保育的角度出發；另本草案的主管機關為原住民事務委員會，相關保護的制定應兼及原住民族人權之保障，自不在話下。從草案起草者的實證訪談中得知，除了保存傳統知識外，更希望能夠進一步被利用，雖未明言欲使其產生經濟價值，惟使用者在利用過程中必須給予原住民族適當的回饋，經濟利益因此產生。

(3) 「原住民傳統生物多樣性知識保護條例」草案較能回應原住民族需求

於前幾章的討論中，在傳統知識的保護議題上，多數的原住民族並不傾向使傳統知識能產生更多的經濟價值，因該知識與其精神生活緊密連結，多數原住民較希望能夠掌握其傳統知識，並避免他人使用，單純保存其傳統知識的權利。從此點觀之，該草案相較起秘魯的 27811 法案，似乎較能回應原住民族的需求，賦予原住民族較高的管控能力。

#### 2. 條文內容

<sup>229</sup> 郭教授之實證訪談資料，註 191

<sup>230</sup> Law 27811, First Complementary Provision states that : 「Law 27811 is independent from other intellectual property legislation in force.」

<sup>231</sup> Law 27811, *supra* note 9, art. 18.

<sup>232</sup> *Id.* art. 31.

### (1)傳統知識概念

兩部法律皆著重保護與生物多樣性相關的知識。秘魯的原住民族反對此方式，希望能拓展至所有的傳統知識，即將手工藝品、文化表達部分的知識亦納入保護範疇。

除此之外，秘魯 27811 法案在定義上較該草案細緻，除於「集體知識 (collective knowledge)」的定義中提及傳統知識具生物多樣性 (biological diversity) 特色外，針對何謂「生物資源 (biological resources)」亦有進一步的闡述。

秘魯以「集體知識」稱呼保護客體，似乎著重於知識的集體性以及傳統兩大特色；本草案則以「傳統生物多樣性知識」稱呼，相較於集體性特色，似乎更著重於自然環境的永續保存與發展。

在保護範圍上，從字面上觀之，該草案似乎較秘魯 27811 法案廣泛。該草案的傳統知識概念包含了所有與自然環境有關的傳統知識，而秘魯的 27811 法案僅及於與生物資源有關的知識，並關於何謂生物資源有明確的定義。

對於存在於公領域的傳統知識，秘魯係透過金錢的給付作為補償的方式，在 27811 法案中，該筆金錢補償的一部份須進入到原住民發展基金，由所有原住民族共同享有，且僅針對近二十年內方落入公領域的傳統知識課以給付權利金的義務；本草案僅針對商業上的利用，且表彰該傳統知識係源自於原住民族或部落時，才須給付權利金給同意的部落或原住民族，且不論該知識已存在於公領域時間的長短皆有適用。

### (2)權利之歸屬與行使方式

透過訪談得知秘魯的 27811 法案並未積極賦予財產權性質的排他權利，僅使原住民族立於管理者角色，權利歸屬於原住民族，世代相傳下去，且不保護個人；紐西蘭的維坦基條約採同樣看法，惟維坦基法庭做出的 Wai-262 則賦予傳統知識財產權的排他性權能，兩者看法並不相同。

因該草案並未明文傳統知識的權利內涵究係為何，透過訪談得知，草案並未打算賦予傳統知識積極的排他權能，亦未僅將其定位為防衛性的保護<sup>233</sup>。

### (3)主要的政策保護工具

從實證訪談資料得知，秘魯的 27811 法案將登記制度與授權制度做為傳統知識保護主要的政策工具，本草案則首重傳統知識的傳承，故適當之教育及培訓相關人才乃為必要<sup>234</sup>，說明如下：

當時後我們也會覺得說 PIC、ABS 制度當然是 CBD 裡面的一個核心概念，但是基本上它應該是第三世界要掌握住他們的權利的一個重要設計。

但就台灣來講，重點倒不是在那個地方，重點倒是在因為台灣原住民族和主流社會接觸太頻繁，對台灣來講更重要的是在知識即將消逝、會後繼無人的部分。

<sup>233</sup> 陳教授之實證訪談資料，註 193。

<sup>234</sup> 詳見本草案第二十五條條文及說明部分。

因此如何維持傳統知識，讓它能夠永續存在、行使才是更迫切的需要。但要做到這一點，已經遠遠超過本草案的範疇，牽涉到很多層面的問題，諸如自治區等等，亦非本草案所能處理。因此我們才決定說將把最重要的項目，就是“教育”，用教育的方式來想辦法讓它傳承下去。我們也知道不夠，但是問題是這個草案僅限於傳統知識保護本身，沒有辦法再多做些什麼<sup>235</sup>。

#### (4) 資料庫制度異同之比較

秘魯 27811 法案下總共有三種資料庫，分為公開的「國家公開登記簿」(National Public Register)，可作為先前技術的搜尋，避免不當專利的取得。未公開的「國家機密登記簿」(National Confidential Register) 係基於原住民族的請求而設立，裡面的傳統知識並不對外公開而得進一步利用。最後是「地方登記簿」(Local Register)，讓原住民族得依其習慣法來組織管理該登記簿，並自主判斷是否讓第三人使用登記簿內的傳統知識。

我國草案僅將資料庫分為公開的「國家資料庫」以及未公開的「部落資料庫」兩種。公開的國家資料庫並未被賦予作為先前技術搜尋的功能，而係作為他人欲利用時可瀏覽有無自身需求知識的功用。若有想利用的知識則可向原住民族申請同意，進一步探詢有無利用的可能性，係作為第三人與原住民族間的媒介。

未公開的部落資料庫內容僅係為了保存該知識的經濟價值，其條目將列於國家資料庫，若有興趣者則可向部落探尋進一步利用的可能，並支付合理的權利金，並非像秘魯的國家機密登記簿，不得利用。

綜上所述，可以發現我國草案的「部落資料庫」以及秘魯 27811 法案中的「國家機密登記簿」兩者雖然都不對外公開，但目的並不相同。我國草案係著眼於維持傳統知識的經濟價值；惟秘魯的國家機密登記簿係基於原住民族單純想保存其傳統知識的需求而設，因此並不提供外來者得搜尋相關條目並探尋進一步利用的可能。

#### (5) 是否納入原住民習慣法

秘魯的 27811 法案讓原住民族在設置部落登記簿上得使用其習慣法為之，我國草案第十八條第三項則係在原住民族洩漏傳統知識內容時，使用習慣法來處理，理由如下：

一個部落的傳統知識有可能好幾個人都知道，假設有一個人和外面的人講好，我把傳統知識告訴你，然後獲得這些利益，這些利益卻沒有回到部落裡。沒有保守秘密不太好，應防止之。但用政府法令來約束太嚴重了一點，也不太尊重原住民，所以才想到說那最好是透過部落會議，由原住民族依其習慣自己決定該部落的規矩，違反者應如何處置等等<sup>236</sup>...

### 3. 原住民族想法的納入

在原住民族想法的參酌上，兩部法律在立法過程中皆透過座談會、研討會等方式納入原住民族的意見，惟其需求是否充分被反應至草案，我國法案起草者分別

<sup>235</sup> 郭教授之實證訪談資料，註 191。

<sup>236</sup> 同前註。

有以下的論述：

關於原住民的需求是否充分納入草案中，我們並沒有做一個整體的調查，因為那超乎我們的能力，同時也覺得可能原住民在能力的建構(capacity building)完成之前，問可能也問不出什麼結果來。我們也知道不夠、但本草案限制在傳統知識保護本身，無法再多做些什麼<sup>237</sup>。

我們這個法在原住民委員會應該開過很多次會，他們都有找原住民來，當然意見一大堆，改了又改，到現在也還蠻多地方需要改的，但至於其意見是否充分納入草案，我並不清楚，因為這已不是我們最原始的草案版本了<sup>238</sup>。

#### 4. 小結

國內立法常面臨立意良好，但原住民族卻不是怎麼了解、甚至知道如何使用該法律來保護自己權利的情形。因此相關宣導工作的進行絕對是個主管機關的首要之務，該草案的起草者也採此想法。

其實我們在和部落的座談中也了解到整個內涵一般人(應指原住民)還是沒有很理解，所以我們曾經建議說原民會應該趕快把傳統知識和外來者、外界的關係等做一些較深入的說明，到各部落說明、或是弄個小冊子，到各部落去說明。

讓他們了解到這個事情。了解之後才可能產生自己的態度，不了解的話，制度上為什麼要這樣設計他也不曉得，所以應趕快做宣導<sup>239</sup>。

該草案為彌補原住民族法律能力的不足，在各階段的保護都賦予主管機關十分積極的角色，希望透過主管機關帶動原住民族使用該草案做為傳統知識的保護工具。今日，原住民族已無法獨立於主流社會而生存，一個程度勢必要適應主流社會的遊戲規則，為避免其對該規則不了解而損害其權益，讓主管機關肩負其教育以及相關協助的工作不失為一個好辦法。

本草案在傳統知識概念的界定上，並未賦予傳統知識一個確切的定義，而係透過重要特性的描述來說明，維持了國際立法在傳統知識概念界定上的動態特性。並透過說明部分的舉例，嘗試具體化相關概念，在概念的界定上十分符合國際立法趨勢。

惟本草案主要處理傳統知識的保護與傳承等問題，針對國外至國內剽竊知識應如何提供防衛性面向的保護並未有所著墨，但生物剽竊的防免係國際上保護傳統知識的一大重點，未來草案若有進一步的修改，應參考名古屋議定書，將相關規定納入，方使得該草案能更臻完善，從國外到國內充分發揮保護的效用<sup>240</sup>。

縱使參照了名古屋議定書中的相關規定，惟我國並非 WIPO 以及 CBD 等國際條約的締約國，因此縱使資料庫等相關登記或註冊工作已經完成，也無法確保各國專利審查機構將會採用、做為防止生物剽竊審核的參考<sup>241</sup>。

<sup>237</sup> 同前註。

<sup>238</sup> 陳教授之實證訪談資料，註 193。

<sup>239</sup> 郭教授之實證訪談資料，註 191。

<sup>240</sup> 陳教授之實證訪談資料，註 193。

<sup>241</sup> 參見郭華仁、嚴新富、陳昭華、鴻義章，前揭註 25，頁 64。

#### (四) 紐西蘭國內法制發展

##### 1. 「Wai-262」下的傳統知識保護主體、客體簡介

維坦基條約係紐西蘭國內傳統知識保護的重要組成。惟該條約的具體內涵為何尚待法庭進一步的闡釋，故該法庭的相關調查報告往往決定了紐西蘭國內傳統知識保護發展的基本方向，以下試探討目前最重要的調查報告——「Wai-262」。

「Wai-262」已存在近二十年，報告中的相關聲明，對於紐西蘭政府以及毛利民族而言，都相當繁複，並不容易予以分類(categorize)，因此便出現以「一切事物的聲明 (everything claim)」形容「Wai-262」<sup>242</sup>。

##### (1) 保護客體：「Wai-262」中的傳統知識涵蓋範圍

同上述，因此處的傳統知識可能涵蓋到不同領域的事物，造成在理解上以及定義上的不易。就像是在討論環境議題時，各式物種和棲息地之間相互具備連結關係 (Just like environmental issues, as the species are connected to the habitat)，但又不具密切關聯一般。

「Wai-262」不僅涵蓋內容甚廣，又依著不同的需求，每個人都各自有一套分類條約內容的方式，造成一般人在理解相關聲明上的困難；而同樣的情形亦反映在與「Wai-262」中與傳統知識相關的內容上。因有時候聲明中關於傳統知識所指稱的範圍甚廣，幾近涵蓋了所有的事物，反而使得傳統知識概念上過度空泛、不切實際<sup>243</sup>。

但如同前幾章所述，傳統知識的動態特性使其並不容易以一個明確的定義來涵括所有類型的傳統知識；且縱使得以一個廣泛的定義將所有類型的傳統知識納入其中，也會因為牽涉範圍甚廣，除了增加理解上的困難，實際上也難以設置一個周全的保護制度。

故如同前面一再強調的，因傳統知識概念相當繁複，為求在有限篇幅內進行最完整的研究，本文僅聚焦於和生物剽竊議題最緊密相關的「傳統生物多樣性知識」進行討論，期能針對此類型的傳統知識建立起完善、可行的保護制度。

##### (2) 保護客體：「Wai-262」將「傳統知識」、「自然資源」放入同一主張

在「Wai-262」中，相關主張可分為四部分，即「環境 (environmental)、植物 (flora)、野生生物 (fauna) 以及語言 (language)」<sup>244</sup>。

現今「Wai-262」中與「傳統知識」以及「自然資源 (genetic resources)」相關的聲明都被統一 (consolidated) 放入同一聲明中<sup>245</sup>，對於傳統知識概念的理解似乎亦朝「傳統生物多樣性知識」方向發展，恰與本文的傳統知識討論範疇相同，也和第陸章所探討的「秘魯 27811 法案」<sup>246</sup>關於傳統知識的概念範疇方向相一

<sup>242</sup> 2011年2月本人授赴紐西蘭考察傳統知識保護制度，與「經濟發展部」、「外交貿易部」、「毛利事務部」訪談會議紀錄。(以下簡稱「倪教授訪談會議記錄」)

<sup>243</sup> *Id.*

<sup>244</sup> *Id.* at 2.

<sup>245</sup> *Id.*

<sup>246</sup> 秘魯的 27811 法案中關於傳統知識的概念範疇係「與生物資源 (biological resources) 有關的

致，且有重疊之處。

(3)保護主體：從所有者亦或是管理者角度切入

在此關於傳統知識保護的條約中，「野生動植物 (Flora and Fauna<sup>247</sup>)」的相關聲明是該條約訂定內容中很重要的開始，也是最複雜的領域。多數人針對傳統生物多樣性知識的權利分配都採西方的私有概念，從「所有權 (ownership)」角度出發，透過財產權中的「排他性」權能賦予權利人支配、管領的地位；維坦基法庭、以及「Wai-262」調查報告都採此看法<sup>248</sup>。

惟維坦基條約係從「管理者 (guardianship)」的角度切入，認為當代的原住民族只是負責這些自然資源的看顧 (look after)，並無法享有所有權<sup>249</sup>，這和第陸章所討論的秘魯 27811 法案，將傳統知識持有者亦定位在管理者的觀點相同。

## 2. 「Wai-262」中的傳統知識保護政策與政府立場之探討

(1) 「Wai-262」中的傳統知識保護政策—保存、推廣、保護三面向

傳統知識具高度價值 (highly prized)，同時亦具有構成整體文化所必需的特性，因此才會透過維坦基條約加以保護。縱使如此，傳統知識仍以緩慢的速度在流失中<sup>250</sup>。流失原因為何，可分為人為導致以及自然產生的必然現象兩大類。

從「第貳章、第二節、第一項」關於傳統知識所進行的研討可知：在全球化趨勢下，除非某原住民族離群索居，不會和任何外來者接觸，否則不同的文化在交流的過程中必定產生融合，以及相互影響的結果，使得不同知識間的疆界逐漸模糊。

「Wai-262」認知到傳統知識的重要性，主要從三個面向著手，即「保存、推廣、保護 (preservation、promotion、protection，簡稱 3Ps)」，其中如何保存傳統知識的相關議題最受到毛利民族的關心與重視<sup>251</sup>；另外在保護層面，該條約主要聚焦於智慧財產權制度的討論，希望透過智慧財產權制度調整利益的分配，以解決傳統知識不當的被使用、第三人從濫用中受益等問題。

整體而言，毛利民族中仍有許多不同的部落族群 (tribal group)，每一個部落都存在著諸多不同的考量，因此若要符合每個部落族群的不同保護需求，整個保護制度的發展進程將耗費相當長的時間，可能需要好幾年的推動才能完成。

(2)政府和原住民族應如何合作保護傳統知識—以毛利語為例

以下試以毛利語的保護為例，嘗試了解受該法庭所作出的 Wai-262 於「政府和原住民族應如何攜手合作保護傳統知識」所提供的建議如何影響後續政府立場的形成<sup>252</sup>。

---

傳統知識」，其中包含了與自然資源 (genetic resources)、生態體系 (ecosystem) 有關的傳統知識。

<sup>247</sup> 即 plant and wildlife 的意思。

<sup>248</sup> 倪教授訪談會議記錄，註 243，頁 2。

<sup>249</sup> *Id.* at 1, 3.

<sup>250</sup> *Id.* at 1.

<sup>251</sup> *Id.*

<sup>252</sup> 此份針對維坦基條約所做的報告，係因為毛利人提出相關疑問，故維坦基法庭便於報告中以

從西元 1986 年開始，毛利語被認定為紐西蘭的官方語言之一，且在該語言中蘊涵了諸多的傳統知識，是毛利民族歷代相傳的智慧結晶。但有些毛利原住民質疑紐西蘭政府並沒有遵守維坦基條約，正視毛利語的尊重與保存<sup>253</sup>。

該提出控訴的毛利原住民提出了以下的質疑。首先，雖然毛利語名義上為官方語言，但紐西蘭政府並沒有要求所有的政府部門都需要使用毛利語，因此如何確立毛利語在紐西蘭的官方地位？是否有一套明確標準？另外，紐西蘭境內擁有為數眾多的毛利部落，雖然彼此在使用毛利語溝通上並無產生阻礙，但在語言的結構以及字彙的發音上有諸多的不同，在此部分，政府是否應協助保存所有諸多不同的毛利語言？或是僅幫忙建立一套標準的方言？該毛利原住民希望維坦基法庭能夠針對「毛利語於紐西蘭的官方地位（official status）究竟為何」提供一些具體的標準，以利原住民監督政府執行相關標準<sup>254</sup>。

基於以上原因，維坦基法庭於 2010 年 12 月作出了「維坦基條約報告(Wai-262 report)」，以一個章節針對其問題詳加敘述，並提出其對此爭議問題的建議，以供政府部門以及提出控訴的毛利原住民參考，雙方得分別依其需要修改該法庭所提出的建議<sup>255</sup>。

該法庭提及語言係傳統文化保存中很重要的一部分，針對此部分紐西蘭政府並無爭執，但該政府提醒提起控訴者，針對自身的母語，毛利原住民亦有保存的責任，不能全盤仰賴政府。對於傳統知識的保護，採取雙方共同合作的看法，課以傳統知識持有者本身一定的保護義務。另外該報告亦提及在相關的國際協商程序中，應賦予毛利民族的代表於紐西蘭代表團（delegation）中一定的重要性<sup>256</sup>，使其得以充分發揮其影響力<sup>257</sup>。

之後「紐西蘭經濟發展部（Ministry of Economic development，簡稱 MED）」在進行以智慧財產權制度保護傳統知識的相關研討時，便將維坦基法庭的建議納入考量，來調整既有的智慧財產權制度，並期待在傳統知識的保護議題上能有更進一步的發展<sup>258</sup>。

舉例而言，該法庭於報告中建議應在專利法中納入揭露傳統知識來源的要件；MED 在該法庭提出前便已針對此問題研究思考過一段時間並開啟了一個傳統知識的工作計畫（a TK work programme）<sup>259</sup>，以利討論所有的相關爭議<sup>260</sup>。

### (3) 毛利民族不認同「Wai-262」

承上述，在國內立場的決定上，維坦基法庭的 Wai-262 報告確實具相當的影

---

一章節探討此問題。

<sup>253</sup> 倪教授訪談會議記錄，註 243，頁 2。 at 2.

<sup>254</sup> *Id.*

<sup>255</sup> *Id.*

<sup>256</sup> 在哥本哈根舉行的全球氣候變遷會議中，紐西蘭代表團中便有兩位被賦予權限的毛利族代表一同與會。

<sup>257</sup> 倪教授訪談會議記錄，註 243，頁 2、3。

<sup>258</sup> *Id.* at 2.

<sup>259</sup> 但紐西蘭政府即將改朝換代，故 MED 的工作計畫被要求暫緩執行，等到維坦基法庭有更進一步的建議時再開始相關工作，避免任何資源的浪費。

<sup>260</sup> 倪教授訪談會議記錄，註 243，頁 3。

響力。但這並非意指該法庭做出的 Wai-262 報告即為唯一、最終的解決方式，僅是在相關討論中會納入一併考量；紐國政府也會詢問毛利民族的看法，而從部落的意見可得知，其對於該法庭的許多建議並不是這麼的認同，像是透過智慧財產權制度來保護傳統知識，和毛利原住民單純想保存傳統知識的立場便不盡相同<sup>261</sup>。

### 3. 從智慧財產權面向討論傳統知識的保護

#### (1) 維坦基法庭認為現行智慧財產權制度不足以保護傳統知識

關於紐西蘭國內既有的智慧財產制度是否足以完整保護傳統知識，該法庭提出了以下的見解：「維坦基條約中與智慧財產權制度相關聲明，所揭示的保護方式似乎無法提供傳統知識適當的保護，而有侵害傳統知識之虞。」針對這樣的想法紐西蘭政府提出了反駁。其同意既有的智慧財產權制度確實無法完整保護傳統知識，但政府並沒有侵害到毛利民族的傳統知識<sup>262</sup>。紐西蘭政府為堅定其立場，開始透過商標法、專利法等智慧財產權制度的修正，希望能夠提供毛利民族的傳統知識更完善的保護<sup>263</sup>。

但因為維坦基法庭在提出此見解時並非單純針對智財產權制度與傳統知識間的互動關係所提出，亦牽涉到其他部分議題的探討，故紐西蘭政府並非透過修正既有的智慧財產權制度就可以提供傳統知識完善的保護，仍然需要其他相關配套的提出<sup>264</sup>。

參與此次訪談的經濟部代表 Kim 提出了他個人的想法，其認為智慧財產權制度得以提供傳統知識部分的保護，但無法完全解決相關爭議問題。因為關鍵問題係由毛利民族所引起，其對於傳統知識的保護係採取保存的（**the preservation of the knowledge**）立場，不希望讓他人使用，和智慧財產權制度賦予權利的立場似乎是背道而馳。惟若賦予傳統知識過多的保護，則形同把傳統知識「鎖在門內（lock up）」而非使該知識能有更一步的利用。

Kim 認為關鍵問題似乎出在如何使用、取得傳統知識的部分，讓管理者（curator）得以掌握他人取得傳統知識。但這只是一個概念以及慣例（practice），並非法律，對於「如何提供實際的指引以取得傳統知識的許可」並無幫助<sup>265</sup>。

#### (2) 維坦基法庭的建議在相關法制發展上扮演舉足輕重的角色

現今紐西蘭國內尚未發展出任何關於傳統知識的國內保護政策，現狀下僅透過既有智慧財產權制度的調整，以因應傳統知識和智慧財產權制度於本質上的衝突<sup>266</sup>。更進一步的發展方向尚待 2011 年年底維坦基法庭相關報告的提出。

該法庭的相關建議在紐西蘭國內扮演了舉足輕重的角色；其建議雖然不具法律上的拘束力，但對紐西蘭政府而言是相當重要的參考建議。舉例言之，像是

<sup>261</sup> 倪教授訪談會議記錄，註 243，頁 5。

<sup>262</sup> Government agrees that the laws weren't protecting TK sufficiently, though the government is not in breach of the knowledge.

<sup>263</sup> 倪教授訪談會議記錄，註 243，頁 1。

<sup>264</sup> *Id.*

<sup>265</sup> *Id.* at 3.

<sup>266</sup> 可參考本文「第參章、第三節 以智慧財產權制度保護傳統知識的適當性探討。」

2006 年該法庭針對傳統知識保護的相關爭議問題做出了一份正式的聲明 (statement)，其中針對主要爭議及相關問題都有所著墨；該聲明雖非正式的裁決 (findings)，亦成為紐西蘭政府於相關議題決策上的重要參考資料<sup>267</sup>。

### (3) 紐西蘭關於是否將「揭露要件納入專利法」正詳加審酌中

關於紐西蘭政府將「揭露要件納入專利申請要件」的立場為何，紐西蘭官方參考各國立法後，正詳細審酌中，目前尚未有定論。因為現狀下並沒有確切證據可以證明於專利法中納入揭露要件可以解決維坦基法庭所揭示的傳統知識不當取得問題<sup>268</sup>。

以挪威 (Norway) 為例，其並不認為揭露要件有助於避免傳統知識的不當取得問題，但仍於國內法課與專利申請者揭露的義務。針對從此角度來立法，紐西蘭政府將以開放的心胸，納入考慮。因為紐西蘭和美國政府一樣，關於將揭露要件納入專利法中將產生的諸多問題感到憂心，但和美國政府在觀點上並不一致<sup>269</sup>。

另外，現況下關於揭露要件的適用雖爭議不斷，但都沒有切入問題核心探討，即「為什麼傳統知識來源的揭露可以解決不當取得問題」；而紐西蘭在政策制定上十分講求證據 (evidence-based)，之所以對於「揭露要件的適用得以解決傳統知識不當取得問題」此一論點仍保持存疑的態度，係因現狀下多數的討論連核心問題為何都還無法掌握，遑論提供實質的證據證明相關政策的實施確實可以解決傳統知識的不當取得問題<sup>270</sup>。

基本上，紐西蘭會針對「不會對專利申請產生影響的相關揭露」方式仔細審酌，現狀下對於歐盟 (EU) 和瑞士 (Switzerland) 在揭露要件的立場較為有興趣<sup>271</sup>。

最近 WIPO 正打算檢視從傳統知識來源的「揭露」面向來避免不當取得究竟有無需要、成效為何，紐西蘭政府計畫等到 WIPO 結論出現後，再針對此問題詳加審酌<sup>272</sup>。

### (4) 他國在紐西蘭申請專利時應如何審酌有無傳統知識的不當取得

關於其他國家在紐西蘭國內申請專利時，紐西蘭政府應如何確保傳統知識的保護，針對濫用傳統知識的專利不予核准。紐西蘭官方將會直接審視一切爭議問題的開端，即傳統生物多樣性知識是否在研究的一開始便遭濫用，即在取得傳統知識時有無獲得相關權利者的許可。也就是說，紐西蘭政府會針對傳統知識的使用有無符合 ABS 制度加以審酌，特別是在一開始取得傳統知識時的正當性<sup>273</sup>。

但真正的難題在於許多揭露制度的要求者都沒有要求 ABS 制度的遵循，所以無法得知於專利法中納入該揭露要件是否真能產生實質的效益。因此相關要求

<sup>267</sup> 倪教授訪談會議記錄，註 243，頁 3。

<sup>268</sup> *Id.*

<sup>269</sup> *Id.* at 4.

<sup>270</sup> *Id.*

<sup>271</sup> *Id.*

<sup>272</sup> *Id.*

<sup>273</sup> *Id.*

者或許應該嘗試針對「取得傳統知識時的正當性問題」詳加探討，並提供解決方案，方得評估揭露制度的效用<sup>274</sup>。

有許多不當取得問題都出現在傳統生物多樣性知識，提高了相關爭議問題的複雜度。而解決問題的首要之務，便是在國內建立 ABS 制度的相關立法；惟紐西蘭國內亦尚無相關立法的制定<sup>275</sup>。

#### 4. 紐西蘭政府的傳統知識保護政策

##### (1) 經濟發展部的三階段工作計畫為目前主要的立法準備工作

承上述，現今關於從何面向出發方得制定出最適合紐西蘭國內的傳統知識保護政策，仍未有定論(undetermined)<sup>276</sup>，須待維坦基法庭針對 Wai-262 claim 做出結論，而紐西蘭政府將其所建議的保護面向納入國內政策制定的考量後，相關立法工作才能繼續往前推進。

境內與智慧財產權制度相關的研討本係由紐西蘭經濟發展部所主導，而傳統知識的保護一開始係多透過智慧財產權為之，兩者在相遇後所生的諸多問題，經濟發展部門自當義不容辭的展開相關的研究，並立於主導者地位。在此背景下，三階段工作計畫應運而生<sup>277</sup>。

##### (2) 三階段工作計畫內容簡介

現狀下，紐西蘭政府部門主要亦係透過經濟發展部所主導的三階段工作計畫來進行傳統知識保護的相關研討。

第一階段著重於「能力的建構」(capacity building)，希望能夠提升毛利社群的法律意識，針對以智慧財產權制度來保護傳統知識對於傳統知識本身以及其持有者(holder)所生的危機與契機都能進行了解的動作<sup>278</sup>。

另外，第一階段亦旨在提升經濟發展部門本身在智慧財產權制度對傳統知識以及其持有者所生影響上的理解；同時也能夠對於圍繞著傳統知識所發展出的廣泛爭議進行初步的認識(insight)<sup>279</sup>。

在第二階段中，希望能夠明確定義出所有的爭議問題，了解紐西蘭國內在傳統知識與智慧財產權制度的互動間究竟出了什麼問題<sup>280</sup>。第二階段的工作計畫將從一份討論文件(discussion document)開始進行。該份文件將會包含傳統知識、以及和智慧財產權制度相關爭議問題的背景介紹；並向相關利益團體徵詢意見(submission)，就此爭議問題其所面臨的困難或是觀察到的現象<sup>281</sup>。

第二階段工作計畫的目標係針對爭議問題建立一個正式的定義(a formal

<sup>274</sup> *Id.*

<sup>275</sup> *Id.*

<sup>276</sup> Med 書面，同註 515。

<sup>277</sup> 紐西蘭經濟發展部發行，給毛利組織暨社群的智慧財產權導引手冊(Intellectual Property Guide for Maori Organizations and Communities)，頁 1-50。

<sup>278</sup> *Id.* at 50.

<sup>279</sup> *Id.*

<sup>280</sup> *Id.*

<sup>281</sup> *Id.*

problem definition)；另一方面，同時也針對該爭議問題的解決方式建立相關政策發展的立法架構。同時在此階段也將徵詢毛利原住民對於該國於相關國際談判中應採取的方向。

由經濟發展部所提案的討論文件亦會將現正發生的相關爭議以及提到的任何程序 (highlight any process) 納入一併考量；除了討論文件的準備之外，也會以一個社群為單位向毛利原住民進行諮詢的工作。只要有興趣，且認為自己的意見是有幫助的原住民社群都可以共襄盛舉<sup>282</sup>。

最後在第三階段將發展出解決相關爭議問題的各种保護方式 (options) 並針對各種保護制度進行諮詢 (consultation) 的工作，之後再將相關的政策建議 (policy recommendations) 提交給紐西蘭政府<sup>283</sup>。

各種保護制度的提出係奠基於前階段工作計畫所得到的諮詢意見 (submission)、相關利益團體針對討論文件所做出的回饋、以及毛利原住民社群所給予的諮商意見，充分顯示對於毛利原住民的尊重，同時相關的準備工作也展現了十足的實證精神，讓保護制度的訂定能充分回應毛利原住民的需求<sup>284</sup>。

另外因為考量到傳統知識議題的複雜度，所設爭議領域甚廣，可能會涵蓋智慧財產權、文化遺產政策、環境保存政策、ABS 制度以及國際組織針對以上各項的標準訂定，經濟發展部門在其三階段工作計畫中將會與其他部門密切合作，以確保該解決方案的提出能儘可能解決以上各問題<sup>285</sup>

---

<sup>282</sup> *Id.*

<sup>283</sup> *Id.* at 51.

<sup>284</sup> *Id.*

<sup>285</sup> *Id.*

## 六、結果與討論

### (一) 傳統知識概念範疇不易界定

在賦予傳統知識一個確切定義的過程中，觀察國際立法脈絡及各國國內立法，著實很難有一個能涵蓋所有傳統知識內涵的定義方式，常因保護目的和保護客體的不同而有所調整。故在相關概念的界定上，僅須掌握傳統知識之重要特色，諸如集體性、世代相傳等特性即可，由此著手，因應不同保護目的需求而彈性調整，方為實際。

### (二) 透過智慧財產權制度保護傳統知識成效有限

現行的智慧財產權制度因和傳統知識存在許多本質上的衝突，保護成效有限似乎已成共識，近期國內立法開始朝專有保護制度發展。各國際組織亦嘗試調整現行的智慧財產權制度，亦或是建立一專有保護制度等方式，以符合傳統知識之特性，真正落實保護目的。在名古屋議定書制定後，對於專有保護制度中的重要元素—ABS 制度，有了放諸四海皆準的國際規範，未來國際立法將漸趨於專有保護制度的發展，以跨越國家管轄權的限制，於全世界各地落實傳統知識的保護。

而在切入財產權面向研討，細部區分為防衛性保護以及積極性保護兩大面向觀察時，亦有同樣的情形，即各面向之間並非存在一明確界線，容有模糊地帶，或是相輔相成之關係。僅為防止他人濫用的防衛性面向保護，在實際操作下亦可能產生積極性保護的效果；而積極性的保護也常常兼顧了避免他人濫用的防衛功能，故做此細部區分並非絕對，僅係為從更多面向來探討傳統知識的保護。

在「傳統生物多樣性知識」領域中，究竟以什麼樣的形式來保護相關傳統知識方為最適切的選擇，一直是個爭議度極高的議題<sup>286</sup>。現實生活中，積極性面向與防衛性面向的保護並沒有存在著具體且明確的界線<sup>287</sup>，常常存在著模糊地帶。防衛性面向的保護可能產生賦予一積極性權利的效果；積極面向的保護往往也帶著避免不當取得的防衛性保護色彩。

經過上述相關立法機制的討論後，至少有兩個問題值得我們仔細思考。第一，是否要在國內先建立一個全新的、特有的保護制度以獲取相關立法執行經驗，好判斷一個可運作的國際立法機制應長什麼樣子？或是一個多邊爭議解決機制的建立係為有效保護各國傳統知識持有者或所有者權利的前提要件？第二，各國要如何克服國內特有的保護制度僅適用於國內此一疆界上效力的限制？

關於以上兩個問題，各國家基於不同利益的考量會有不同的答案。在支持創設一全新制度來積極保護傳統知識的國家間，以及代表持有或所有傳統知識的原住民或社群的族群間，存在著相同的共識。即不管此套國內特別的保護制度多完善，皆僅適用於該國，並沒有跨國的效力，所以對於傳統知識持有者或所有者而言在國外其便無法享有相同程度的保護，因此存在於國外的濫用行為將繼續存在著。

2002 年四月，聯合國貿易和發展會議(United Nations Conference on Trade and

<sup>286</sup> Krishna Ravi Srinivas, *supra* note 163, at 86.

<sup>287</sup> *Id.* at 87.

Development, UNCTAD)和印度政府共同合作召開了一個討論傳統知識議題的研討會，許多富含傳統知識的開發中國家都有參與。會後發行的公報便指出國內的保護傳統知識的特別立法受限於管轄權僅在國內的限制，因此不足以完整的保護和保存傳統知識<sup>288</sup>。

### (三) 傳統知識的保護可能同時涉及人權、環境保育以及經濟利用面向

本文在傳統知識保護議題的探討上，在透過人權、保育、財產權三大面向來觀察法律制度時，結果發現因一部法律的制定同時會考量諸多立法目的，故三大面向並不容易區分，僅在比重上有所不同。縱使如此，仍可發現各國際組織、各法案仍有其最關切的保護意旨。

傳統知識的保護問題牽涉甚廣，與人權、國家主權，及原住民的自覺都有相關，處理上需要相當的智慧。而不管是仍要透過智慧財產權制度作為保護機制。或是另外創設一套新制度，似乎須因應各個國家國情的不同，來思考保障的方式，在尊重原住民社群的前提下，真正落實對於傳統知識的保護。

### (四) 國內立法實踐

在國內立法實踐的研究中，也發現原住民族對於此議題的掌握尚不足夠，縱使在立法過程中有透過研討會、座談等方式進行交流，但因多數人對此議題都很陌生，故主管機關在相關議題的宣導上尚須加把勁，惟有了解才能產生態度和看法，也才有可能讓保護制度更貼近原住民族的需要。

綜合觀察秘魯、紐西蘭以及台灣的草案，可以發現皆以「部落」或是「原住民族」作為保護主體，包含國際立法在此部分都有同樣的共識，將個人排除於保護主體外，視傳統知識為集體的貢獻。

從理論的研討，到秘魯及紐西蘭的實證資料都顯示原住民族對於傳統知識的保護偏向於單純的保存、保護，並不希望外來者使用其知識。若奠基於此想法，則多數的保護機制因著重於利用傳統知識使其產生經濟上的價值，似乎都沒有存在的必要。惟各國國內立法在傳統知識的保護上除了注重知識的保護與保存外，下一步便是對該知識的推廣與利用，因單純的保存知識並無法使原住民的文化被理解、被散播，透過再次被利用能賦予該傳統知識新與意義，方符合知識存在的價值。

關於原住民針對傳統知識所擁有的權利內涵究竟為何是個很關鍵的問題，本計畫亦進行了許多的研討。結果發現不管是秘魯或是台灣草案的條文皆未直接指明傳統知識的權利內涵，惟透過訪談得知都無意賦予該傳統知識擁有如財產權下的排他權能如此強烈的效力。因效力若如此強烈，將不利於該傳統知識的利用。

在2010年10月名古屋議定書做出後，對於各國國內立法實踐樹立了一套國際標準，對傳統知識保護國內立法實踐發展產生十足的影響。我國草案本大量參考CBD的立法意旨，若能參照該議定書做出修訂，不僅是原住民族的莫大福音，也將成為國內立法實踐中相當具有前瞻性的立法範例。

---

<sup>288</sup> National sui generis systems provide the means for protection and growth of TK within national jurisdictions ; These were inadequate to fully protect and preserve TK.

## 主要參考文獻

### 一、英文書籍

1. Graham Dutfield, *INTELLECTUAL PROPERTY, BIOGENETIC RESOURCES AND TRADITIONAL KNOWLEDGE* (2004).
2. Silke von Lewinski, (ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, Kluwer Law International (2004).
3. Charles R. McManis, (ed.), *BIODIVERSITY AND THE LAW INTELLECTUAL PROPERTY, BIOTECHNOLOGY AND TRADITIONAL KNOWLEDGE* (2007).

### 二、英文期刊

1. David R. Downes, *HOW INTELLECTUAL PROPERTY COULD BE A TOOL TO PROTECT TRADITIONAL KNOWLEDGE*, 25 Colum. J. Envtl. L. 253 (2000).
2. Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *THE PROTECTION OF TRADITIONAL KNOWLEDGE IN PERU: A COMPARATIVE PERSPECTIVE*, 3 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 755 (2004).
3. Krishna Ravi Srinivas, *Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights: A Note on Issues, Some Solutions and Some Suggestions*, 3Asian J. WTO & Int'l Health L. & Policy 81. 112 (2008).
4. Jay Erstling, *USING PATENTS TO PROTECT TRADITIONAL KNOWLEDGE*, 15 Tex. Wesleyan L. Rev. 295 (2009).
5. John T Cross, *Justifying property rights in Native American traditional knowledge*, 15 Tex. Wesleyan L. Rev. 257 (2009).
6. Gurdial Singh Nijar, *Incorporating Traditional Knowledge in an International Regime on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing: Problems and Prospects*, the European Journal of International Law Vol. 21 no.2 (2010).

### 三、外國立法

秘魯27811法案：LAW INTRODUCING A PROTECTION REGIME FOR THE COLLECTIVE KNOWLEDGE OF INDIGENOUS PEOPLES DERIVED FROM BIOLOGICAL RESOURCES.

### 四、本國立法

1. 「原住民族傳統生物多樣性知識保護條例」草案
2. 著作權法
3. 專利法

### 五、WIPO官方文件

1. Convention Establishing the World Intellectual Property Organization (1967)
2. WIPO, *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders*. WIPO Doc. (2001).
3. WIPO, *Progress Report on the Status of Traditional Knowledge as Prior Art*, WIPO-Doc. GRTKF/IC/2/6, (1 July 2001).
4. WIPO Survey on Existing forms of intellectual property protection for traditional knowledge— preliminary analysis and conclusions, WIPO-Doc. GRTKF/IC/2/9 (Dec. 3, 2001).
5. WIPO, IGC Third Session, *Elements of a Sui Generis System for the Protection of Traditional Knowledge*, WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/3/8 (Mar. 22, 2002).
6. WIPO, *Practical Mechanisms for the Defensive Protection of Traditional Knowledge and Genetic Resources Within the Patent System*, at 7. WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/5/6 (May 14, 2003).
7. WIPO, *Draft Provisions for the Protection of Traditional Knowledge: Policy Objectives and Core Principles*, WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/8/5 (2005).

8. WIPO, *Revised Draft Provisions for the Protection of Traditional Knowledge: Policy Objectives and Core Principles*, WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/12/5 (Dec. 6, 2007).
9. WIPO, *Consultation Paper: Recommendations on the recognition of Traditional Knowledge in the Patent System*, at 15. WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/13/7 Annex (2008).
10. WIPO, *Revised Draft Provisions for the Protection of Traditional Knowledge: Policy Objectives and Core Principles*, WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/16/5, Annex (2010).

#### 六、其他國際組織文件

1. United Nations Universal Declaration of Human Rights (1948).
2. The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions (2005).
3. Convention on bio-diversity, CBD (2002).
4. CBD-COP, *Principles and Guidelines for the Protection of the Heritage of Indigenous Peoples*, Decision V/16.
5. CBD Secretariat, *Development of Elements of Sui Generis Systems for the Protection of Traditional Knowledge, Innovations and Practices to Identify Priority Elements*. UNEP/CBD/WG8J/5/6 (2007).
6. Council for TRIPs, note by the Secretariat : The relationship between the TRIPs Agreement and the Convention on Biological Diversity, at 71、135. WTO Doc. IP/C/W/368/Rev.1, (Feb. 8,2006).

#### 七、中文期刊論文

1. 倪貴榮，〈調和生物多樣性公約與 WTO 貿易有關之智慧財產權協定關於遺傳資源之取得與利益分享機制之研究〉，《中國國際法與國際事務年報》，第十七卷。
2. 郭華仁、陳昭華、陳士章、周欣宜，〈傳統知識之保護初探〉，《清

華科技法律與政策論叢》，第二卷第一期。(2005.3)

3. 郭華仁、嚴新富、陳昭華、鴻義章，〈台灣民族藥學知識及其保護〉，《科技法學評論》，第二卷第二期。(2005)

## 八、中文學位論文

黃韻蓉，〈原住民傳統知識保護法制研究—聚焦於財產權面向之研討〉，國立交通大學科技法律研究所碩士論文 (2011)。

## 九、實證資料

1. 訪談秘魯「安地斯、亞馬遜及非裔族群發展組織」、「創新辦公室」、「生物多樣性保護及原住民集體知識委員會」會議記錄暨書面資料。
2. 訪談紐西蘭「經濟發展部」、「外交貿易部」、「毛利事務部」會議記錄暨書面資料。
3. 訪談台灣「原住民生物多樣性知識保護條例草案」起草者之會議記錄。

## 十、其他參考資料

1. 經濟部智慧財產權網站：<http://www.tipo.gov.tw/>
2. WIPO website：<http://www.wipo.int>
3. CBD website：<http://www.cbd.int>
4. Pat Mooney, *Conserving Indigenous Knowledge : Integrating Two Systems of Innovation*, Independent Report by RAFI(Rural Advancement Foundation International, now the ETC Group) and UNDP (1994) ; available at <http://www.etcgroup.org/en/about>
5. United Nations Univ. & Inst. Of Advanced Studies, *The Role of Registers and Databases in the Protection of Traditional Knowledge*, at 7. (Jan. 2004), available at <http://www.ias.unu.edu>

6. Anil Gupta, *Building upon What the Poor are Rich in : Honey Bee Network Linking Grassroots Innovations, Enterprise, Investments and Institutions*, available at <http://csf.Colorado.edu/sristi/papers/building.html>
7. 倪貴榮，〈Treaty matters: 紐西蘭的 Treaty of Waitangi〉，科技法律領航第十四期 (2011/3/2)。
8. 鄭志凱，種子的創新與憂慮，創新發現誌。Available at <http://newideas.cc/magazine/article.php?AKEY=1453> (最後瀏覽日期：2011年3月1日)。

## 國科會補助專題研究計畫成果報告自評表

請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況、研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）、是否適合在學術期刊發表或申請專利、主要發現或其他有關價值等，作一綜合評估。

### 1. 請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況作一綜合評估

#### ■ 達成目標

本研究期望能藉由分析國際保護傳統知識法制之脈絡，探究傳統知識保護在生物多樣國際架構、國際人權法以及國際智慧財產權法之發展，並檢視比較主要國家的立法與實踐，以評析和檢討我國進行保護傳統知識法制化之工作。研究內容及呈現之結果已符合此三項主要計畫目標；

此外亦建構完整傳統知識資料庫；完成傳統知識保護法制網頁之架設 (<http://kjni.pixnet.net/blog>)：包括

(1)國際規範與組織：收集整理 CBD、世界智慧財產組織、世界貿易組織和聯合國人權理事會等國際組織現行法規及最新發展。

(2)內國法規：逐步完成各主要國家之傳統知識保護法體系，特別關於制度之整理、歸納。

在國外訪查及實證研究方面，赴秘魯、紐西蘭參訪主管傳統知識保護法律之主管機關，理解其執行現況及實施經驗，並作成訪查報告。亦訪談我國相關法制的起草者，以與其他國家做分析比較；藉由彼此經驗分享及概念激盪，提出未來法制發展之建議。

2. 研究成果在學術期刊發表或申請專利等情形：

論文：已發表 未發表之文稿 撰寫中 無

專利：已獲得 申請中 無

技轉：已技轉 洽談中 無

其他：(以 100 字為限)

(1)

Marina Tsikun and Kuei-Jung Ni (2011.05), "Using Licensing Contracts to Protect Holders of Traditional Knowledge Related to Genetic Resources: Focus on ICBG Projects," *IIC: International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 42(3), pp. 299-315. (SSCI)

(2)

Kuei-Jung Ni, "Traditional Knowledge and Global Lawmaking" *Northwestern Journal of International Human Rights* (to be published)

(3)

倪貴榮、黃韻蓉 (2011/05/19), 「傳統知識保護法制之探討—以秘魯法案為研究核心」, 2011 第六屆全國法學實證研究研討會, 國立交通大學科技法律研究所主辦, 台灣新竹。

3. 請依學術成就、技術創新、社會影響等方面，評估研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）（以500字為限）

傳統知識法制的有效建立和運作可以提供保護體系具強制力的基礎，並在傳統知識保護的各利害關係人(stakeholders)，如原住民、主管機關、和使用者間建立公允和平衡的權利義務關係，以落實原住民傳統知識的保障以及促進傳統知識利用效益的極大化。故其國際立法與內國實踐的研究即非常重要。

1. 在國際立法研究方面，已充分解析目前國際規範的形成、意涵及可能影響，並對未來國際立法提出建議，該研究曾獲 **SSCI Natural Resources Law Journal** 接受刊載；考慮期刊的影響力，決定由 *Northwestern Journal of International Human Rights* 印行。
2. 在保護傳統知識的實踐與具體機制研究方面：
  - 因有必要執行外國田野調查及實證分析，以深入體察其執行經驗，完成赴秘魯、紐西蘭參訪傳統知識保護之主管機關，理解其執行現況及實施經驗，完成之分析報告，可提供建構我國相關法制的重要參考。此外亦完成我國「原住民生物多樣性知識保護條例」草案起草者的訪談，藉由彼此經驗分享及概念激盪，提出未來法制發展之建議。
  - 除經由立法授權行政管制是保護傳統知識的選項外，在理論與實踐上亦有依私法自治原則採行在傳統知識提供者和使用訂定契約的模式，然鑑於締約地位及能力之差異及不對等，此保護方式亦值討論，評估「授權契約」模式能否妥適達成保護傳統知識目的之論文，已刊載於 **SSCI** 國際期刊。