

# 國立交通大學

科技法律研究所

碩士論文

原住民傳統知識保護法制研究—

聚焦於財產權面向之研討

A study of the Law of TK Protection—

Focus on Property Aspect

研究生：黃韻蓉

指導教授：倪貴榮 博士

中華民國一百年六月

## 摘要

過去二十年以來已開發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，更讓傳統知識的價值獲得重視。所謂的傳統知識(traditional knowledge)，在狹義的理解之下，係指原住民和在地社群利用自然資源所發展出的一種跨領域知識，主要有集體創作、口耳相傳、隨時間變動以及歸屬於特定區域族群等特性。

傳統知識的保護，不僅與在地原住民社群於生活及精神信仰上具緊密連結，對於全球人類於生物多樣性的保育以及經濟發展上亦相當重要，故兼具了在地性與全球性，也複雜了相關保護議題的研討。

另從國際立法觀之，傳統知識的保護牽涉層面甚多，大致上從原住民人權保障、生物多樣性維持的環境保育以及經濟利用此三大面向來觀察。因傳統知識係無形資產的一種，似乎屬於智慧財產權所規範的客體，故國際立法上以智慧財產權制度做為保護機制引起諸多的討論。

智慧財產權制度本質上從賦予個人排他性(exclusive)權利出發，該制度最大目的為獎勵創新，不僅與傳統知識的集體產生、享有的特性有所矛盾，於保護目的上亦不相符，適用上遂產生諸多疑義，本文將針對以智慧財產權制度保護傳統知識可能產生的衝突以及規範上的難題做出詳實的討論。另更分別從避免濫用的防衛性(defensive)面向以及積極賦予權利(right)的積極性(positive)面向出發來觀察相關保護制度。

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權責處理亦引起了廣泛的討論。此想法於論理上已獲得肯認，亦被適用於各國國內立法實踐，惟國內立法受限於管轄權，針對跨國的生物剽竊案件、或不當使用傳統知識於他國取得專利的情形，保護成效有限。

因現今關於傳統知識保護的國際立法多為軟法(soft law)性質，拘束力不強，故仍有賴於各國國內立法賦予傳統知識更完善的保護，本文將針對在此領域具重要性之國家立法進行深入的個案研究。

開發中國家試以秘魯作為代表，該國於 2002 年首創全球第一部專門(*sui-generis*)保護傳統知識之法律，簡稱 27811 法案。本文除針對該法相關制度與法律內涵予以分析外，亦與我國制度相互參照比較，結果發現該法案在保護上較偏向經濟利益的獲取，主要透過避免不當取得傳統知識的防衛性保護制度來達到其保護目的；惟法案中亦明文揭示原住民針對該傳統知識享有權利，似乎又帶有積極性保護的色彩。

台灣原住民傳統知識豐富，惟相關知識正面臨嚴重流失的情形。有鑑於此，原民會邀請專家學者草擬了「原住民族傳統生物多樣性知識保護條例草案」，賦予主管機關相當的權責，希望能夠透過官方與原住民族的攜手合作，達到妥善保存相關知識，進而加以利用的立法意旨。而透過草案起草者的實證訪談資料，對於草案的立法思維、制度目的、立法過程的溝通等議題都有了更深入的理解，亦發現相較於秘魯的 27811 法案，因我國經濟實力尚屬堅強，不須透過傳統知識的利用來發展經濟，故在草案的設計上主要從環境保育以及傳統知識的保存目的出發，似乎更能回應原住民族的需求。

已開發國家則以在國際談判平台上相當積極的紐西蘭作為個案研究的對象；與台灣同為島國的紐西蘭，其國內尚未發展出傳統知識的保護專法，僅透過現行智慧財產權制度的調整，以因應兩者於本質上的衝突。未來是否制定專門立法保護傳統知識，國內相關意見仍處於整合階段，目前紐國政府係透過經濟發展部門(Ministry of economic Development)的三階段工作計劃來進行傳統知識保護法制的相關研討。

本研究之結論認為因傳統知識特性上不易賦予一個確切的定義，提升了相關保護法制於研討上的難度。故在相關概念的界定上僅須掌握重要特性，無法明定其範疇。而以智慧財產權制度保護傳統知識因兩者存在本質上的衝突，確係有許多不足之處；而國內縱使設置了專門立法，受限於管轄權的限制，亦無法規範所有不當利用的行為，故未來國際立法上是否可能發展出一套專門立法值得注意。

關鍵字：傳統知識、生物多樣性、原住民族、智慧財產權、專門立法、防衛性、積極性、

秘魯、27811 法案、紐西蘭、維坦基條約

## Abstract

Thanks to continuous bio-prospecting efforts undertaken by many developed countries in the past two decades, numerous bio-heritages are discovered and such effort has also draw renewed attention on protection of traditional knowledge. Traditional knowledge can be narrowly defined as: an inter-disciplinary knowledge that is often gained from experiences of utilizing unique natural resources by indigenous peoples. TK has the following characteristics: it is usually the collective creations past down from generations that keeps on changing as time goes by ; TK is also orally transmitted and belong to the particular group of people who create it.

The protection of traditional knowledge is not only closely related to the spiritual well-being and cultural identity of the local people, it is also very important to humanity as a whole in persevering bio-diversity and promoting economic development. Thus protection of traditional knowledge is as much as a local issue as it is a global one. Such issue's complexity cannot be underestimated.

From an international law's perspective, the protection of traditional knowledge is a multi-faced issue. This issue can be approached from three different aspects: socially from protection of indigenous people's human right, environmentally from maintaining biodiversity, and economic utilization. Moreover since traditional knowledge is essentially a form of intangible property, it seems appropriate to be governed under intellectual property regime. Thus whether it is appropriate to incorporate traditional knowledge into current intellectual property regime has generated much discussion.

Intellectual Property rights in essence, awards its right holder exclusivity relates to the use and possession of property against all third parties. Awarding Intellectual property right also meant to be as an incentive to promote innovation. Such purpose is in odd with some of the most defining characteristics of traditional knowledge. Traditional knowledge is the collective work of an ethnic population group and it is often share freely within a group.

Other then approaching this issue under intellectual property regime, the feasibility of establishing a *sui-generis* regime internationally that will govern exclusively all traditional knowledge is increasingly gaining more attention too. Such proposal is theoretically sounded and is being adopted by Taiwan and Peru's legislation. However, Taiwanese regulation's effectiveness in the protection of traditional knowledge is severely limited by its legal

jurisdiction and venue, especially in the instances of against international bio-piracy or patent misuse of traditional knowledge in another country.

Currently most international regulation for traditional knowledge protection is soft law in its nature thus with only very limited binding power. Therefore it is up to local legislature to grant a more encompassing and comprehensive protection for traditional knowledge. Accordingly, this essay will be focusing on Peru, New Zealand and Taiwan's national legislation on traditional knowledge protection by conducting case analysis.

Taiwan has a rich source traditional knowledge from its aboriginal population. However, such knowledge is in an imminent danger of being lost. Therefore, Taiwan's Aboriginal Committee and host of experts in the subject matter are invited in drafting a bill of "Protective Regulation in Preserving Aboriginal Cultural Knowledge and Bio-diversity." Such bill's purpose is by uniting force from both the government authority and aboriginal communities to preserve and foster knowledge utilization. The drafters of the bill, through field study and interviews, have gained a deeper understanding in the legal aspect, purpose of the regime and legislative proceeding of this issue. In addition, in comparison of Brazil's Act 27811, Taiwan has a more stable economic foundation than Brail thus its version the regulation will focus more on environmental protection and preserving knowledge than economic utilization which should also be more fitting to the expectation of greater aboriginal community.

In conclusion, the author finds it is difficult to give an exact definition of traditional knowledge, this elusiveness also increase the difficulty when designing a legal system that aims at its protection. Therefore, it will be more practical approach to focus only on traditional knowledge's most defining characteristics and adjust the boundary of law in accordance with its legislative purpose. Furthermore, current intellectual property regime is incompatible with the very nature of traditional knowledge therefore its protection scope is inadequate at best. Even though Taiwan already has exclusive regulations in place for protecting traditional knowledge but due to Taiwan's limited jurisdiction, such regulation's protection scope is limited. Thus, it is of great importance that there will be an internationally recognized set of regulations, made exclusively for protection of traditional knowledge.

Key words : Traditional knowledge, bio-diversity, indigenous people, intellectual property, sui-generis, defensive, positive, Peru, Act 27811, New Zealand, Waitangi treaty

## 誌謝

「No pain no gain」，寫論文的這段期間徹底的感受到了這句話的真意。從一無所有到一個章節、兩個章節、初版、口試以及結束後的修改，漫長的八個月，一眨眼竟也邁入尾聲。

一切的開始要感謝若婷的引薦，讓我得以擔任倪貴榮老師的研究計畫助理，參與「傳統知識保護之國際立法與實踐」(NSC97-2410-H-009-025-MY3)之相關研究；過程中的學習在往後論文撰寫的過程中逐漸發酵，也省去走許多冤枉路的時間。

再者感謝我的指導教授倪老師於各方面的協助，除了論文中所引用的秘魯以及紐西蘭實證訪談資料係來自於老師此等實質上的幫助之外，擔任計畫助理期間無形中也學習做學問的方式，感受到研究的樂趣。同時也十分感謝郭華仁教授以及陳昭華教授，兩位老師不僅願意撥冗接受學生的實證訪談，更擔任論文的口試委員，給予諸多的回饋和建議，讓學生在相關議題的掌握有更上一層樓之感，特別在此獻上誠摯的感謝。

最後我要感謝在論文撰寫期間直接或間接給予我協助和鼓勵的同學以及好朋友，族繁不及備載，大家在臉書上的鼓勵和打氣是我不斷超越預定進度的動力 XD，待我完成國家考試的神聖任務後再以實際行動表示。

最後的最後，我要感謝在這一路上總是默默陪伴著我，隨傳隨到，又任我予取予求的印表機，如果沒有你，就沒有這篇論文，僅以最深深的感激獻給這位無聲英雄。

寫論文的過程好比馬拉松，只能稍稍停下來喘口氣，然後就要秉持著堅強意志繼續前進，方能一鼓作氣，抵達終點，願對此議題有興趣的學弟妹們都能「吃苦當吃補」，就會發現終點在不遠處等著你。

## 目次

<b>第壹章 緒論</b> .....	<b>1</b>
<b>第一節 研究背景</b> .....	<b>1</b>
第一項 生物剽竊嚴重影響傳統知識持有者的權益.....	1
第二項 傳統知識的保護涉及對原住民族的尊重.....	1
第三項 傳統知識保護的落實影響著全球人類的利益.....	2
<b>第二節 研究方法</b> .....	<b>3</b>
第一項 文獻蒐集比較分析：建立背景脈絡.....	3
第二項 法律議題比較分析：國際立法間、各國國內立法施行情形.....	3
第三項 個案研究比較分析：秘魯 27811 法案.....	4
第四項 實證訪談比較分析：秘魯、紐西蘭、台灣.....	4
<b>第三節 研究範圍</b> .....	<b>5</b>
第一項 限縮於原住民傳統生物多樣性知識，不包含民俗創作.....	5
第二項 理論層面的研析聚焦於以智慧財產權制度保護傳統知識之妥適性探討.....	5
第三項 建立未來國內立法模式的可能方向.....	7
<b>第四節 論文架構</b> .....	<b>8</b>
<b>第貳章 傳統知識概念之建構與國際立法趨勢</b> .....	<b>10</b>
<b>第一節 傳統知識之性質與重要性</b> .....	<b>10</b>
<b>第一項 傳統知識之性質</b> .....	<b>10</b>
第一款 傳統知識的性質於界定上常見的爭議問題.....	10
第二款 傳統知識本身可存在於任何的社會體系中由個人或是群體所有.....	11
第三款 界定持有傳統知識的社會體系範疇.....	11
第四款 傳統知識相關概念需維持動態，與時俱進.....	13
<b>第二項 傳統知識之重要性</b> .....	<b>13</b>
第一款 從開發中國家角度觀之.....	14

第二款 從全球人類角度觀之 .....	15
<b>第二節 傳統知識概念範疇的界定 .....</b>	<b>16</b>
<b>第一項 傳統知識的特性使其不易被定義 .....</b>	<b>16</b>
<b>第二項 國際立法針對傳統知識概念的界定與討論 .....</b>	<b>17</b>
第一款 生物多樣性公約 .....	17
第二款 聯合國教科文組織 .....	17
第三款 世界智慧財產權組織 .....	18
第四款 綜合觀察國際組織對傳統知識概念的界定 .....	19
<b>第三節 國際立法趨勢 .....</b>	<b>20</b>
<b>第一項 從人權、環境保育及經濟面向探討傳統知識的保護 .....</b>	<b>20</b>
第一款 人權面向—以聯合國教科文組織為例 .....	20
第二款 環境保育面向—以生物多樣性公約為例 .....	20
第三款 經濟面向—以世界智慧財產權組織為例 .....	21
<b>第二項 國際立法廣泛從智慧財產權討論傳統知識的保護 .....</b>	<b>22</b>
<b>第四節 結語 .....</b>	<b>23</b>
<b>第參章 以智慧財產權制度保護傳統知識之探討 .....</b>	<b>24</b>
<b>第一節 智慧財產權制度立論基礎 .....</b>	<b>24</b>
<b>第一項 財產權和智慧財產權概念比較 .....</b>	<b>26</b>
第一款 從財產權保護「有形資產」 vs. 智慧財產權保護「無形資產」談起 .....	26
第二款 財產權的排他性特色欲使「物的使用發揮最大效益」 .....	27
第三款 智慧財產權的排他性特色具有「促進社會整體發展的政策意涵」 .....	27
<b>第二項 智慧財產權制度設置理論基礎 .....</b>	<b>28</b>
第一款 「獎勵創新理論」 .....	28
第二款 獎勵創新理論性質之研討—分別從自然權以及財務誘因角度切入 .....	28
第三款 並非所有智慧財產權制度的設置都僅係為了「獎勵創新」 .....	29
第四款 獎勵創新理論外，其他智慧財產權制度的立法理由 .....	30
<b>第二節 從智慧財產權制度探討傳統知識之保護 .....</b>	<b>35</b>

第一項 概論 .....	35
第二項 以智慧財產權制度保護傳統知識之爭議問題研析 .....	35
第一款 具備傳統特性的知識如何因創新得到保護 .....	35
第二款 原住民社群中是否存在所有權概念以及財產權制度 .....	36
第三款 存在於公共領域的傳統知識得否受到保護 .....	37
第四款 傳統社會體系中誰是傳統知識的持有者或是所有者 .....	38
<b>第三節 智慧財產權制度的適用現狀.....</b>	<b>40</b>
第一項 著作權 .....	40
第一款 保護主體為特定權利人與傳統知識集體性特色的衝突 .....	40
第二款 保護主題若非自然人，則須具備法人格，多數原住民社群難以具備 .....	41
第三款 保護客體必須是固著的 .....	41
第四款 一定的保護期限與某些類型傳統知識需要永久不公開的保護需要衝突 .....	41
第二項 專利 .....	42
第一款 被視為個人成就的進步性要件與傳統知識集體性特色的衝突 .....	43
第二款 高額的申請及訴訟費用阻礙了權利的行使 .....	43
第三款 其他彈性作法—與科技公司合作簽訂契約 .....	44
第四款 小結 .....	44
第三項「植物品種權」與「實用新型」 .....	45
第四項 營業秘密 .....	46
第五項 商標 .....	46
第六項 地理標識 .....	47
<b>第四節 以智慧財產權制度保護傳統知識的適當性 .....</b>	<b>48</b>
第一項 反對以智慧財產權制度保護傳統知識 .....	48
第一款 智慧財產權制度和傳統知識存在本質上的衝突 .....	48
第二款 智慧財產權制度無法將所有傳統知識納入保護 .....	48
第三款 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 .....	49
第四款 道德層面觀之 .....	50
第二項 贊成以智慧財產權制度來保護傳統知識 .....	50
第三項 智慧財產權制度對傳統知識保護的妥適性探討 .....	51
第一款 傳統知識難以界定概念範疇使得保護成效不彰 .....	51
第二款 智慧財產權制度保護範疇不足 .....	51
第三款 僅將焦點放於為鼓勵市場競爭而生的智慧財產權制度 .....	52
第四款 對於原住民社群的想法並沒有進行充分且全面的理解 .....	53
第五款 另外建立一套專門立法的可能性 .....	53

第四項 未來國際立法趨勢 .....	54
<b>第肆章 從防衛性及積極性面向觀察傳統知識之保護 .....</b>	<b>55</b>
<b>第一節 概論 .....</b>	<b>55</b>
<b>第二節 防衛性保護—調整專利制度及創設新制度 .....</b>	<b>57</b>
<b>第一項 從調整現行制度以及創設新制度兩方面著手 .....</b>	<b>57</b>
第一款 調整專利制度—將傳統知識視為先前技術或納入先前技術搜尋程序 .....	58
第二款 創設新的防衛性保護措施 .....	59
<b>第二項 調整專利制度—充分揭露傳統知識的來源 .....</b>	<b>59</b>
第一款 簡介揭露制度 .....	59
第二款 揭露制度下所生爭議研析 .....	61
<b>第三項 調整專利制度—建立傳統知識資料庫以利先前技術的搜尋 .....</b>	<b>62</b>
<b>第四項 創設新的防衛性制度—不公平競爭模式 .....</b>	<b>64</b>
第一款 不公平競爭的概念 .....	65
第二款 道德權的概念 .....	66
第三款 文化權的概念 .....	66
<b>第三節 智慧財產權制度以外的積極性保護制度 .....</b>	<b>67</b>
<b>第一項 財產權制度與侵權制度間的權衡 .....</b>	<b>67</b>
<b>第二項 財產權制度 .....</b>	<b>69</b>
第一款 資料庫權 .....	69
第二款 全球生物採集體系 .....	70
<b>第三項 侵權補償制度 .....</b>	<b>71</b>
<b>第四項 另行創設專門立法 .....</b>	<b>72</b>
第一款 設置專門立法於論理上已獲得肯認 .....	72
第二款 專門立法需考量的相關要點 .....	73
第三款 是否於專門立法中納入原住民族習慣法 .....	74
第四款 小結 .....	75
<b>第四節 國際立法實踐 .....</b>	<b>77</b>
<b>第一項 傳統知識保護議題開始受到國際上的重視 .....</b>	<b>77</b>
<b>第二項 世界智慧財產權組織下的「傳統知識保護草案：政策目的與核心原則」 .....</b>	<b>77</b>

第三項 生物多樣性公約和與貿易有關之智慧財產權協定間的調和 .....	78
第一款 是否將揭露傳統知識來源視為專利取得要件 .....	79
第二款 是否修改「與貿易有關之智慧財產權協定」納入揭露要件 .....	79
第三款 生物多樣性公約和與貿易有關之智慧財產權協定間的互動關係 .....	80
第四項 小結：國際立法偏向防衛性的保護 .....	81
第五節 結語 .....	82
第五章 已開發國家之國內立法實踐——以紐西蘭為例 .....	84
第一節 概論 .....	84
第一項 毛利傳統知識的性質與重要性 .....	84
第二項 紐西蘭國內傳統知識保護法制發展——維坦基法庭的「Wai-262」調查報告 ..	85
第一款 維坦基條約簽署過程 .....	85
第二款 維坦基法庭設置背景 .....	86
第三款 維坦基法庭簡介 .....	87
第四款 維坦基法庭之職權與審查程序 .....	87
第五款 「Wai-262」為紐西蘭政府於傳統知識保護政策發展上的重要指引 .....	88
第三項 紐西蘭國內傳統知識保護法制之發展——	
經濟發展部主導的三階段工作計畫 .....	88
第二節 紐西蘭國內立法進程 .....	89
第一項 「Wai-262」下的傳統知識保護主體、客體簡介 .....	89
第一款 保護客體：「Wai-262」中的傳統知識涵蓋範圍 .....	89
第二款 保護客體：「Wai-262」將「傳統知識」、「遺傳資源」放入同一主張 .....	90
第三款 保護主體：從擁有人亦或是管理者角度切入 .....	90
第二項 「Wai-262」中的傳統知識保護政策與政府立場之探討 .....	90
第一款 「Wai-262」中的傳統知識保護政策——保存、推廣、保護三面向 .....	90
第二款 政府和原住民族應如何合作保護傳統知識——以毛利語為例 .....	91
第三款 毛利民族不認同「Wai-262」 .....	92
第三項 從智慧財產權面向討論傳統知識的保護 .....	93
第一款 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 .....	93
第二款 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 .....	94
第三款 紐西蘭關於是否將「揭露要件納入專利法」正詳加審酌中 .....	94
第四款 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 .....	95

<b>第四項 紐西蘭政府的傳統知識保護政策</b> .....	<b>95</b>
第一款 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 .....	95
第二款 三階段工作計畫內容簡介 .....	96
<b>第三節 紐西蘭國際立法參與現況</b> .....	<b>99</b>
<b>第一項 世界智慧財產權組織</b> .....	<b>99</b>
<b>第二項 名古屋議定書</b> .....	<b>100</b>
第一款 簡介名古屋議定書 .....	100
第二款 紐西蘭於「取得暨惠益分享制度」的國際談判為領導角色 .....	100
第三款 紐西蘭政府的態度 .....	101
第四款 名古屋議定書不符合毛利民族的期待 .....	101
<b>第四節 結語</b> .....	<b>102</b>
<b>第陸章 各國國內專法實踐—秘魯、台灣</b> .....	<b>104</b>
<b>第一節 前言</b> .....	<b>104</b>
<b>第一項 秘魯</b> .....	<b>105</b>
第一款 安地斯聯盟的發展與進程 .....	105
第二款 秘魯國內法制發展沿革 .....	109
<b>第二項 台灣</b> .....	<b>110</b>
<b>第二節 秘魯 27811 法案制度研究</b> .....	<b>112</b>
<b>第一項 概論</b> .....	<b>112</b>
第一款 立法背景 .....	112
第二款 秘魯傳統知識保護政策發展現況 .....	112
第三款 原住民如何參與立法過程 .....	113
第四款 訪談單位介紹 .....	114
<b>第二項 27811 法案保護範疇</b> .....	<b>115</b>
第一款 立法目的 .....	115
第二款 傳統知識概念範疇 .....	116
第三款 傳統知識權利內涵 .....	119
第四款 保護主體 .....	120
<b>第三項 27811 法案制度研析</b> .....	<b>121</b>

第一款	27811 法案為專門立法中的宣布性態樣 .....	122
第二款	國際立法的納入—事前告知同意和取得暨惠益分享制度 .....	123
第三款	主要保護制度—登記制度與授權契約 .....	126
第四款	其他保護機制—原住民發展基金、傳統知識保護會、侵權行為懲罰機制及暫時性保護措施 .....	131
第五款	權責單位面臨的問題 .....	133
<b>第四項</b>	<b>27811 法案相關議題評析 .....</b>	<b>134</b>
第一款	公領域的傳統知識 .....	134
第二款	行使權利的交易成本 .....	135
第三款	保護制度多偏向防衛性面向 .....	135
第四款	法案後續推廣工作 .....	136
 <b>第三節 台灣「原住民傳統生物多樣性知識保護條例草案」研析 .....</b>		<b>138</b>
<b>第一項</b>	<b>草案立法思維 .....</b>	<b>138</b>
第一款	立法依據暨參考 .....	138
第二款	本草案主要從環境保育面向出發保護傳統知識 .....	138
第三款	傳統知識持有者和使用者的保護都很重要，不能偏廢 .....	139
<b>第二項</b>	<b>傳統知識之概念與權利內涵 .....</b>	<b>139</b>
第一款	傳統知識之概念 .....	139
第二款	傳統知識權利內涵 .....	140
第三款	權利主體 .....	140
第四款	例外排除傳統知識保護 .....	141
<b>第三項</b>	<b>國際立法的納入 .....</b>	<b>142</b>
第一款	遵從生物多樣性公約中的事前告知同意制度 .....	142
第二款	「取得暨惠益分享」制度的納入 .....	142
第三款	因妥協於智財局而削弱草案揭露制度的拘束力 .....	142
第四款	建立資料庫維護及保存傳統知識 .....	143
<b>第四項</b>	<b>草案其他保護措施 .....</b>	<b>145</b>
第一款	不當使用之禁止 .....	145
第二款	已公開之傳統知識 .....	145
<b>第五項</b>	<b>主管機關在傳統知識的保存及保護上扮演積極角色 .....</b>	<b>145</b>
第一款	草案第四條的總則性規定 .....	145
第二款	草案第十五條、第十六條針對未公開傳統知識之利用規定 .....	146
第三款	草案第二十六條鼓勵「基於傳統知識之慣習生活」 .....	146
第四款	透過主管機關提升原住民族相關能力 .....	146
 <b>第四節 我國「原住民傳統生物多樣性知識保護條例草案」與秘魯</b>		

「27811 法案」之比較.....	147
<b>第一項 立法方向</b> .....	<b>147</b>
第一款 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.....	147
第二款 「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.....	147
第三款 「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....	148
<b>第二項 條文內容</b> .....	<b>148</b>
第一款 傳統知識概念.....	148
第二款 權利之歸屬與行使方式.....	149
第三款 傳統知識保護主要的政策工具.....	149
第四款 資料庫制度異同之比較.....	150
第五款 是否納入原住民習慣法.....	151
<b>第三項 原住民如何參與立法</b> .....	<b>152</b>
第一款 原住民想法的納入.....	152
第二款 草案後續推廣工作.....	152
<b>第五節 結語</b> .....	<b>153</b>
第一款 法案中可能同時存在防衛性以及積極性保護.....	153
第二款 國內專有立法受限於國內管轄權，似有制定國際專法的需要.....	153
第三款 27811 法案立法成效評估.....	154
第四款 台灣草案立法評析.....	155
<b>第七章 結論</b> .....	<b>157</b>
<b>參考文獻</b> .....	<b>160</b>
<b>附錄一 紐西蘭經濟發展部書面實證資料</b> .....	<b>165</b>
<b>附錄二 原住民族傳統生物多樣性知識保護條例草案</b> .....	<b>168</b>

## 表目錄

【表一】 以智慧財產權制度保護傳統知識—從防衛性與積極性面向觀察 .....	25
【表二】 紐西蘭經濟發展部的三階段工作計畫 .....	96
【表三】 27811 法案制度研析 .....	121

## 圖目錄

【圖一】 從財產權角度、防衛性與積極性面向討論傳統知識保護法制 .....	6
---------------------------------------	---

# 第壹章 緒論

## 第一節 研究背景

### 第一項 生物剽竊<sup>1</sup>嚴重侵害傳統知識持有者的權益

原住民社群針對其生長環境中的各式自然資源，經過長久以來經驗與知識的累積，多已發展出一套獨特的利用模式，在此通稱為「傳統知識」(Traditional Knowledge 簡稱TK)。

近二十年來，這些本來乏人問津的傳統知識，其富含的經濟價值被外界發現時，以西方社會為首的各類組織，特別是跨國集團，往往以幾近竊盜的方式將該傳統知識據為己有；更有甚者，透過智慧財產權制度，諸如專利的申請，嘗試對該傳統知識取得排他性的權利以謀取商業利益。在欠缺利益共享機制下，已嚴重妨害傳統知識持有人(TK holder)的權益，遭成嚴重的生物剽竊(bio-piracy)問題。

### 第二項 傳統知識的保護涉及對原住民族的尊重

受到生物剽竊的傳統知識，其持有者多為開發中國家的原住民社群；加上傳統知識和原住民社群在生活、習俗、信仰等各方面皆具有緊密的連結關係，故在探討傳統知識的保護時，理應讓原住民社群享有「決定如何使用其傳統知識的權利」，特別是對其傳統習俗及文化的尊重。

原住民社群可能基於社會、經濟以及環境等因素而產生利用傳統知識的誘因，卻受限於生物剽竊，無法善加利用其傳統知識。針對這些受到剽竊的傳統知識，原住民社群因於社經地位上常處弱勢，縱使現狀下可透過既存的智慧財產權制度或是提起侵權訴訟等法律救濟途徑來保障其權利，惟屬於非主流社會體系的原住民社群常面臨不熟悉相關法律，或是無力救濟的困境。

---

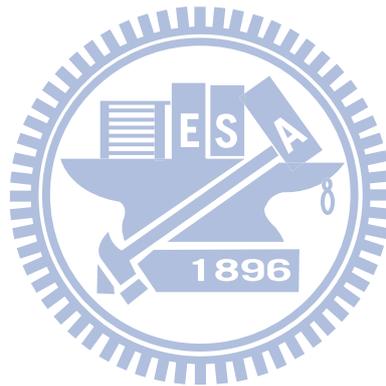
<sup>1</sup> 生物剽竊是智慧財產權領域中的新興名詞，惟其內涵為何並沒有一個確切的定義。原則上係指某一方在未經他方同意下就他方的自然資源加以利用，藉此獲取商業上利益，卻未對自然資源提供者給予合理補償的行為。此一名詞係在 Mooney 和 ETC Group 的使用下開始變的有名，GRAIN(Genetic Resources Action International Network)在許多報告文件中都引用生物剽竊一詞，對生物剽竊一詞被廣泛使用有所貢獻。

在這樣的情形下，由其祖先世代相傳的傳統知識所產生的利益皆不當的移轉至傳統知識使用者(user)身上；而身為傳統知識提供者(provider)的原住民族不僅無法獲得任何補償，還必須承擔商業化後所可能導致的使用限制，進而影響到其傳統生活方式。

### 第三項 傳統知識保護的落實影響全球人類的利益

傳統知識和生物多樣性的永續保存發展具有緊密的連結，故傳統知識不僅為在地原住民社群的重要資產，對於全球人類而言也存在保護實益；但現今傳統知識面臨大量流失的情形，已嚴重侵害到傳統知識的根本體系<sup>2</sup>。

現今保護傳統知識已成為國際所共同關注的議題；從國際立法脈絡觀之，傳統知識的保護原則上涉及三個面向<sup>3</sup>即：生物多樣保育與利用<sup>4</sup>、國際人權<sup>5</sup>以及智慧財產權<sup>6</sup>。許多具備豐富傳統生物多樣性知識的開發中國家傾向以國際法架構來規範傳統知識的取得與利益分享，期能拘束和影響先進國家的法律，特別是在智慧財產權法的部分。



---

<sup>2</sup> David R. Downes, *HOW INTELLECTUAL PROPERTY COULD BE A TOOL TO PROTECT TRADITIONAL KNOWLEDGE*, 25 Colum. J. Envtl. L. 253, 282 (2000).

<sup>3</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).

<sup>4</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>5</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。將於本文第貳章加以介紹。

<sup>6</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。

## 第二節 研究方法

### 第一項 文獻蒐集比較分析：建立背景脈絡

透過相關期刊論文、專書的閱讀，首先針對本文所研討的傳統知識界定出概念範圍，同時亦透過國際公約諸如生物多樣性公約（Convention on Biological Diversity 簡稱 CBD），以及國際會議官方文件諸如世界智慧財產權組織（World Intellectual Property Organization 簡稱 WIPO），了解各國際組織及公約在此議題上的立場為何、遇到哪些困難、相關協商過程又是如何進行等議題，建立對傳統知識保護法制發展的基本國際立法脈絡。

同時就智慧財產權制度的設置本旨及以該制度保護傳統知識可能產生的相關爭議問題於論理上有深入的研析；在探討現行的智慧財產權制度時，更進一步從防衛性<sup>7</sup>和積極性<sup>8</sup>保護面向分別觀察此套制度。

有鑑於智慧財產權制度和傳統知識存在諸多本質上的衝突，學理上亦提出了能夠符合傳統知識本質、且又有別於現行智慧財產權制度的防衛性和積極性保護制度；而相關討論又以另外設置符合傳統知識特性的專有(*sui-generis*)保護制度受到諸多關注。為求體系完整，本文亦針對此部分做出了詳實的討論。

### 第二項 法律議題比較分析：國際立法間、各國國內立法施行情形

針對傳統知識的保護，於國際立法上大致上可分為從人權、環境保育、以及經濟利益(財產權)保護三大面向切入，故針對此三面向的立法作一簡單的介紹，以了解現今國際立法趨勢，並進一步預測未來可能的發展趨勢。

於國內立法施行情形的研討上，開發中國家係以在 2002 年創設全球第一部保護傳統知識專法(*sui-generis*)的秘魯為例，希望透過秘魯的 27811 法案，建立對傳統知識保護法制更完整的理解；我國的「原住民族傳統生物多樣性知識保護條例草案」亦屬專門立法，故嘗試比較我國草案與秘魯的 27811 法案在立法背景、立法思維以及制度面上有何異同，以提供我國未來修改草案之參考。

<sup>7</sup> 在現行智慧財產權制度保護傳統知識的妥適性遭受質疑後，防衛性面向的觀察主要著眼於避免不當專利的取得、防止生物剽竊，希望能夠避免傳統知識被不當取得的情事再度發生。

<sup>8</sup> 積極性面向保護係透過權利(right)的賦予來保護權利主體，故從積極性面向觀察現行智慧財產權制度，可發現其賦予保護客體(exclusive)排他性的效力即為積極性保護的表現。

已開發國家則以和台灣同為島嶼國家的紐西蘭為例，因其境內含有為數眾多的毛利民族，在國際立法協商上的表現也十分活躍，正處於立法籌備階段的紐西蘭雖尚無設置保護傳統知識的專門法律，惟在相關準備工作上的法律思維以及處理方式皆有值得我國學習之處。

### 第三項 個案研究分析：秘魯 27811 法案<sup>9</sup>

因秘魯的27811法案為全球第一部針對傳統知識保護所設置的國內專法，具有跨時代的意涵，故以該法案做為本論文於國內立法施行情況部分的討論核心。除透過相關文獻探討了解秘魯國內法制沿革之外，亦針對27811法案逐條研析，以俾了解立法背景、立法思維以及整部法案的制度架構；並透過實證訪談研究了解秘魯官方關於傳統知識的保護立場，以及27811法案實際執行成效與運作情形；最後針對該法案的傳統知識權利內涵以及相關議題做出研析<sup>10</sup>。

### 第四項 實證訪談比較分析：秘魯、紐西蘭、台灣

現今關於傳統知識的研究多著墨於論理上的分析，較欠缺國內法制實行狀況的實證資料，故針對各國國內立法情形，除進行理論的研討外，亦透過實證訪談嘗試了解秘魯、紐西蘭以及我國國內立法實踐過程。

實證訪談皆以半結構式訪談進行，即由訪談者事先提供訪談問題，受訪者得針對該問題自由回答。另外秘魯及紐西蘭官方代表於事前皆針對訪談問題提供初步書面的回應，於訪談進行時並針對不清楚以及欲深入了解的部分再加以釐清；而與台灣起草「原住民族傳統生物多樣性知識保護條例」兩位學者的訪談則直接透過錄音全程記錄，並以修改贅字後的逐字稿方式呈現。

---

<sup>9</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>10</sup> 有鑑於現行的智慧財產權制度無法滿足具豐富傳統知識國家(多數為開發中國家)的保護需要，身為傳統知識提供者的秘魯於2002年創設了全球第一部專門保護傳統知識的法律，期能在使傳統知識產生經濟利益的同時，亦兼顧該經濟利益的公平分享，以及原住民族欲使傳統知識保持機密等需求。

### 第三節 研究範圍

#### 第一項 限縮於原住民傳統生物多樣性知識，不包含民俗創作

原住民文化遺產的三項要素，即「自然資源」(genetic resources)、「傳統知識」(traditional knowledge)及「民俗創作」(folklore/ traditional culture expressions)，此三要素常被統稱為廣義的傳統知識。世界貿易組織 (World Trade Organization 簡稱 WTO) 於「杜哈宣言」(Doha Declaration) 後已將此三者合併討論，WIPO 亦透過其底下的「傳統知識、自然資源與民俗創作智慧財產權之政府間委員會」(Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore 簡稱 IGC)自 2000 年起就此議題長期進行討論。

承上述，傳統知識概念所涉範圍甚廣，鑒於傳統知識多和自然資源的取得和利用有關，故本文擬將討論核心置於此處；而台灣國內立法草案係以「傳統生物多樣性知識」(以下簡稱傳統知識)稱之，本文從之<sup>11</sup>。

#### 第二項 理論層面的研析聚焦於以智慧財產權制度保護傳統知識之妥適性探討

關於傳統知識保護於國際法制面之探討，從相關國際組織以及條約觀之，立基於不同的保護目的考量，大致由原住民人權保障、環境保育以及經濟利益考量(智慧財產權制度)三大不同面向進行討論。

傳統知識係因豐富的經濟利用價值被發現而開始受到外界注目，因此國際立法上多聚焦於智慧財產權制度與傳統知識互動上的討論；智慧財產權制度與傳統知識存在著諸多本質上的衝突，在適用上便造成許多爭議問題。

在進行智慧財產權制度<sup>12</sup>保護傳統知識的妥適性探討時，亦分別從「積極性」(positive)保護與「防衛性」(defensive)保護兩面向切入，觀察兩者於效力上的強弱。現行智慧財產權制度透過權利的賦予來保護傳統知識的所有者為一積極性面向保護之展現，惟該制度有其不足之處，故嘗試透過防衛性保護制度加以調和；而多數的討論皆聚焦於調

<sup>11</sup> 惟關於傳統知識的概念是否適合切割為傳統生物多樣性知識，以及民俗創作兩部分，素有爭議存在，本文在此並不處理。

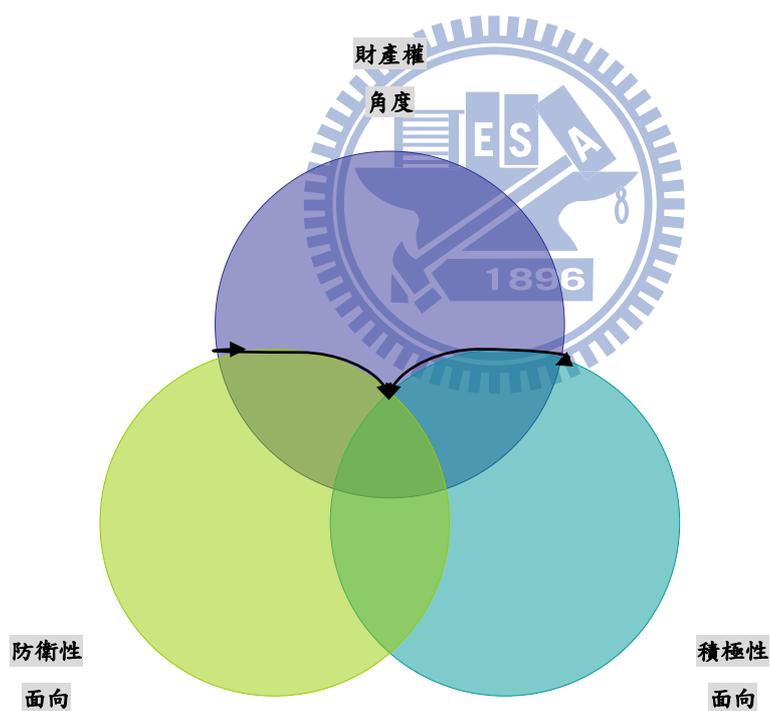
<sup>12</sup> 在智慧財產權(Intellectual property right)制度下，權利人針對保護客體享有專屬使用的排他性權利，並得透過排他性權利的行使來獲取經濟利益；不同的智慧財產權制度其排他性表現在不同層面，強度亦有差別。

整現行專利制度，避免專利的不當取得<sup>13</sup>。

於第陸章開發中國家之國內立法實踐—以秘魯 27811 法案為研究核心、第伍章已開發國家之國內立法實踐—以紐西蘭為例以及第陸章台灣國內草案分析中擬比較分析各國國內立法在保護上係偏重於哪一面向，以及同一部法律中有無同時存在兩個不同保護面向的可能等問題。

綜合上述，於國際立法的相關研討中本文擬從財產權面向出發，並聚焦於智慧財產權制度保護傳統知識之探討，同時從積極性與防衛性兩面向做出觀察，期能就相關立法制度做出詳實的分析與討論，以發掘未來保護制度可能的發展方向。試透過【圖一】表示三者間的互動關係：

**【圖一】 從財產權角度、防衛性與積極性面向討論傳統知識保護法制**



(資料來源：本研究整理)

<sup>13</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.

### 第三項 建立未來國內立法模式的可能方向

擁有傳統知識的原住民社群對於如何保護其傳統知識，想法分歧；有些社群希望防止別人使用其傳統，有些則希望將傳統知識商業化並獲得利潤。故如何發展一個囊括所有原住民社群利益的系統，亦會是本文討論的重點之一。

因現今國際立法多不具實質的拘束力，故傳統知識保護的落實有待國內立法的實踐。本文除針對秘魯、台灣、紐西蘭國內保護法制發展進行相關研討外，並比較分析三者的優劣，希望在顧及各國利益的前提下，嘗試建立國內立法模式的雛形。



## 第四節 論文架構

本文第壹章的緒論，從研究背景談起，嘗試建立相關保護法制討論的背景脈絡；於研究方法上，除常見的文獻蒐集、法律議題蒐集比較分析之外，更引用了大量的實證訪談資料，不僅得以一窺他國國內傳統知識保護法制的實行狀況，同時也對我國草案的設計意旨有更一步的掌握。並於研究範圍的部分就本文欲討論的議題做出具體的界定。

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。因此第貳章嘗試就傳統知識之概念與國際立法趨勢進行研討。第一節從傳統知識之性質討論起，並針對傳統知識性質上的問題做出釐清；第二節進入傳統知識概念的界定，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，並聚焦於本文研究範圍—原住民傳統生物多樣性知識，於國際立法上的討論做出進一步的比較與分析；在第三節簡單介紹了現況下的國際立法趨勢，並於第四節部分做出結語。

第參章著墨於以智慧財產權制度保護傳統知識之研討。第一節針對智慧財產權制度的立論基礎做了簡單的介紹；現狀下因傳統知識屬於無體財產，故透過智慧財產權制度加以保護引起諸多的討論。惟兩者在本質上有所差異，故第二節就智慧財產權制度保護傳統知識可能產生的相關爭議進行研討；而在智慧財產權制度此概念下尚存有諸多不同的保護制度，諸如專利、著作權、商標、營業秘密等...第三節便針對個別的智慧財產權制度保護傳統知識的適用現狀加以介紹，並逐一分析適用上的優劣之處。第四節便綜合以上的論述，嘗試進行以現行智慧財產權制度保護傳統知識的妥適性分析。

第肆章係從防衛性面向以及積極性面向來探討傳統知識之保護。第一節首先進入概論的研討，針對現況做出釐清，並點出相關爭議問題；第二節除針對創設新的防衛性保護制度進行討論之外，主要著墨於嘗試彌補現有智慧財產權制度不足之處的防衛性保護制度做出介紹，諸如建立傳統知識資料庫、揭露傳統知識來源等...；第三節係針對積極性保護制度進行研討，因現今權利發展的相關理論及經驗都指出保護知識的立法機制多為財產權制度與責任制度，亦或是兩者的結合，故關於積極性保護制度主要著墨於「財產權制度」(property regime)與「侵權制度」(liability regime)間的互動關係；同時對於另外設置專門立法保護傳統知識進行研究。第四節部分為相關國際立法實踐，就國際立法上 CBD 和「與貿易有關之智慧財產權協定」(Agreement on Trade-related Aspects

of Intellectual Property Rights 簡稱 TRIPS) 關於揭露制度的調和問題做出探討；第五節便綜合以上觀察提出結語。

第五章以紐西蘭為代表，提供了已開發國家針對傳統知識保護法制的觀點。於第一節概論部分就紐西蘭國內在傳統知識保護議題上的發展做出簡介，並於第二節中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。於第三節，針對通常為傳統知識使用者(user)的已開發國家，在國際立法層次上關於傳統知識的保護法制採取什麼樣的立場；於第四節綜合上述做出結語。

第六章開始進行國內專法實踐的研討，主要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，同時進行我國「原住民傳統之生物多樣性知識保護條例」草案立法的妥適性探討。

秘魯的部分從安地斯聯盟談起，接著討論秘魯國內法制的沿革；第二節則針對 27811 法案中的保護制度逐一討論，並透過前幾章所建立的理論研討和各個法條做一分析比較；並嘗試分析 27811 法案下的相關議題，同時輔以實證訪談資料，以建立對秘魯傳統知識保護法制發展的全面理解。第三節除針對我國草案進行理論的研討外，並輔以草案起草者的實證訪談資料，於第四節進一步就兩部法案進行比較，並於第五節提出結語。

第七章為結論，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、分別從防衛面向與積極面向探討傳統知識保護議題等相關國際立法趨勢，以及國內的立法實踐所累積的研究成果與心得綜合闡述之。

## 第貳章 傳統知識概念之建構與國際立法趨勢

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>14</sup>。

在進入相關保護制度的研討前，本文擬就傳統知識之性質、重要性、以及概念範疇等做一完整介紹，以俾後續的研討。

### 第一節 傳統知識之性質與重要性

傳統知識概念範疇甚廣，本質上不易定義，長期以來亦沒有一個一致的說法。本章節主要以Graham Dutfield於專書中<sup>15</sup>的論述為基礎，再輔以其他學理上的討論，冀望在一定篇幅的限制當中盡可能完整介紹傳統知識之性質與概念範疇。

#### 第一項 傳統知識之性質

承上述，在進入傳統知識概念範疇的界定前，本文擬就傳統知識的性質詳加討論，理解其特性後，再來界定本文傳統知識的概念範疇，避免因對該名詞的不了解甚至是誤解，適用上出現混亂的局面<sup>16</sup>。

#### 第一款 傳統知識的性質於界定上常見的爭議問題

關於傳統知識之性質，長年來存在著以下數項爭議，將於本章逐一進行探討：

1. 持有傳統知識的社會體系(societies)<sup>17</sup>其身分(identity)及本質究竟為何？
2. 傳統知識和其他形式的知識間具備何種關聯性？<sup>18</sup>

<sup>14</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>15</sup> Graham Dutfield, INTELLECTUAL PROPERTY, BIOGENETIC RESOURCES AND TRADITIONAL KNOWLEDGE (2004).

<sup>16</sup> *Id.* at 92；Michael J. Balick, Traditional Knowledge：Lessons from the Past, Lessons for the Future, in BIODIVERSITY AND THE LAW INTELLECTUAL PROPERTY, BIOTECHNOLOGY AND TRADITIONAL KNOWLEDGE(Charles R. McManis ed.,2007), at 280-296.

<sup>17</sup> 此處所提及的社會體系，應泛指個人(individual)、一群人所組成的小組(group)、或是社群(communitiy)等可能持有傳統知識的單位皆包含在內。

3.以智慧財產權制度保護所謂的「傳統知識」時，於何種程度上可認為該知識具新意(new)及創新性(innovative)?<sup>19</sup>

4.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)的公共財產而得以免費使用?<sup>20</sup>

第二款 傳統知識本身可存在於任何的社會體系中由個人或是群體所有

持有傳統知識的社會體系(societies)<sup>21</sup>其身分及本質究竟為何呢?就傳統知識本身而言，是可能於所有的社會體系中找尋到它的蹤跡。縱使該傳統知識看起來可能很“現代”，且和其共同流通的其他知識可能很不傳統(untraditional)，但都不影響其身為傳統知識的本質<sup>22</sup>。

這並非指傳統知識係隨處可見，容易發現的知識。是因為有些在地的民俗知識(folk knowledge)在經過城市化(urbanization)和西化(westernization)的洗禮後以另一種知識體系(knowledge system)的形式存在著，而該知識體系仍然保留了傳統知識的最大特色——口耳相傳的形式；正是此項特徵使得該轉換過後的另一種知識體系仍被認定為傳統知識。另外，該傳統知識在經過現代化和西化的轉換過程雖仍符合傳統知識的概念範疇，惟可能已經和源頭的傳統知識間無連結關係<sup>23</sup>。

第三款 界定持有傳統知識的社會體系範疇

1.持有傳統知識的社會體系範疇橫跨鄉村與都市

關於持有或所有傳統知識的社會體系，多數人直觀想法會認為應存在於世代以來一直居住在偏遠的農村，遠離該國的主流文化，持續以傳統的生活方式和大自然近距離接觸、共同生存的一個社會體系<sup>24</sup>。

---

<sup>18</sup> 此問題將於本章，第二節，第一項中進行探討。

<sup>19</sup> 此問題與智慧財產權制度有所關聯，故將於本文第參章、第二節，第二項進行探討。

<sup>20</sup> 同前註。

<sup>21</sup> 同註 17。

<sup>22</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 92.

<sup>23</sup> *Id.* at 92-93.

<sup>24</sup> *Id.* at 93.

這樣的認知確實符合了多數的情形；在這樣的社會體系下，持有者多為原住民族，社經地位多處於弱勢，且所有或持有傳統知識的權利被剝削的情形相當嚴重，遂成為本文在討論傳統知識保護時，所欲關切的焦點。

但上述的社會體系成員亦有可能移動至城市中，並繼續持有其祖先流傳下來的傳統知識；其所持有的傳統知識在經過西化的過程後可能轉換成另一種知識體系，但不可否認的是在現代化的文明社會中亦有可能存在著持有或所有傳統知識的個人或是社群，並非限定於農村或是鄉村才存在著傳統知識<sup>25</sup>。

## 2. 持有傳統知識的社會體系範疇包含了個人、小組或是社群(community)

傳統知識的持有者雖可能為個人<sup>26</sup>、一個家族<sup>27</sup>、一個原住民族或是數個原住民族等... 考量現今對傳統知識的保護在保護主體部分，多著眼於整體原住民族的利益，因此**本文在探討傳統知識的保護主體時亦著重於整體部落抑或是整體原住民社群利益的保障，並不考量傳統知識個人持有者的保護。**在本文個案研究的重心—祕魯 27811 法案中，亦以原住民社群做為保護主體，並不保護社群內持有或所有傳統知識的個人；因祕魯國內將傳統知識視為世代流傳的權利(ancestral right)，具濃厚的集體性色彩，在保護範疇上自然也著眼於整體社群利益的維護。

## 3. 持有傳統知識的社會體系雖集中於開發中國家，惟已開發國家亦可能存在

### 著持有傳統知識的社會體系

另外，多數持有或所有傳統知識的社會體系確係位於開發中國家，惟已開發國家亦有可能存在著持有傳統知識的社會體系，像是紐西蘭的毛利民族、美國境內的印第安人等亦持有或所有非常豐富的傳統知識，在社經地位上亦處於弱勢，故應全部納入保護範疇，而非僅關注於開發中國家的傳統知識持有者或所有者<sup>28</sup>。

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

<sup>26</sup> 有些原住民族的習慣法承認個人得所有(own)或是持有(hold)傳統知識。

<sup>27</sup> 傳統知識可能為一個家族世代相傳的秘方。

<sup>28</sup> 依著對傳統知識權利內涵認定的不同，原住民族可能為傳統知識的持有者或所有者；有些原住民族將傳統知識視為世代相傳下來的權利(ancestral right)，則原住民族僅為傳統知識的持有者(holder)，為自己以及後代子孫管理傳統知識，不得將傳統知識轉讓與他人，僅能授權他人使用；另一個角度的想法則將原住民族視為傳統知識的所有者(owner)，得將該知識轉讓與第三人擁有，同現行智慧財產權制度。

#### 第四款 傳統知識相關概念需維持動態，與時俱進

從以上論述可知，傳統知識本質為何，以及如何界定其持有者或所有者的社會體系存在著許多繁複的情況。因此在討論時我們應避免以一個固定的且武斷的概念來界定傳統知識持有者或所有者、以及原住民社群等概念<sup>29</sup>。應針對保護目的、對象的不同加以調整，在概念的界定上須維持動態特性，使得概念的界定得與時俱進。

且須注意因持有傳統知識的社會體系存在著繁複的情形，可能為一部落抑或是一整個原住民社群，因此適用保護制度時須將不同社會體系的利益納入考量，以同時滿足各式保護需求<sup>30</sup>。

#### 第二項 傳統知識之重要性

傳統知識的應用在許多方面都有所貢獻，不論是在開發中國家或是已開發國家，對於持有或所有傳統知識的原住民社群而言，深刻影響其物質以及精神生活。傳統知識和原住民社群之間具有密不可分的關係，和其社會、文化、信仰等方面都有很深的連結<sup>31</sup>。

傳統知識不僅為該國原住民生存發展的要素和原住民人權保障<sup>32</sup>議題息息相關，在產業發展、生態保育等方面皆具有重要價值。舉例而言，在藥品、農業以及食品業等領域，傳統知識是很重要的研究來源，常做為研發新產品的開端<sup>33</sup>。傳統知識涵蓋範疇甚廣，人類學家(anthropologist)、民族植物學家(ethnobotanist)、考古學家(archaeologist)、社會學家(sociologist)等許多不同領域的學者皆對此議題有所涉獵，故舉凡此類知識的利用(practice)與創新(innovation)，尤其是和生物多樣性相關的領域，便成為大家關注的焦點。但在缺乏完善保護機制之下，傳統知識遂成為人人隨手可得，任意使用的公共財<sup>34</sup>。

---

<sup>29</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 93.

<sup>30</sup> See WIPO, *Revised Draft Provisions for the Protection of Traditional Knowledge: Policy Objectives and Core Principles*, Art. 3 (2), at 23. WIPO Doc. WIPO/GTRKF/IC/16/5, Annex (2010). [hereinafter WIPO, IGC Sixteenth Session Document]

<sup>31</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 755.

<sup>32</sup> 聯合國原住民權利宣言第 24 條：原住民族有權使用自己的傳統醫藥，有權保留自己的保健方法，包括養護重要的藥用植物、動物和礦物。還有權不受任何歧視地享用所有社會和醫療服務。

<sup>33</sup> Downes, *supra* note 2, at 254.

<sup>34</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 756.

## 第一款 從開發中國家角度觀之

傳統知識此議題開始受到重視與開發中國家遭嚴重生物剽竊<sup>35</sup>問題有關，故嘗試從開發中國家角度來討論傳統知識保護的重要性。傳統知識的保護對於原住民社群而言具有**道德上的考量**，像是**其應擁有依習俗和部落的政策來使用傳統知識的權利**；或是**避免他人不當取得的權利**等皆屬之。且針對傳統知識在經濟、社會以及環境層面得衍生的利益，仍有原住民社群會感到興趣而有意參與其中<sup>36</sup>。

現狀下特別是在開發中國家，許多原住民社群對於其正逐漸喪失對自身傳統知識的掌握而感到擔憂；特別是在許多外來者(outsider)從不當取得傳統知識中受有利益，卻未負任何義務的情況下。<sup>37</sup>多數來自先進國家的跨國公司雖大量的利用了開發中國家原住民族的傳統知識，惟現行制度並未規範須揭露傳統知識的來源，使其不當取得專利權的保障，限制了原住民社群使用該傳統知識的權利。<sup>38</sup>。

世界衛生組織(World Health Organization, 簡稱WHO)更指出全世界有八成的人口仰賴傳統醫藥來照顧健康上的需求；特別是身處開發中國家最貧窮的原住民社群，傳統知識和其生存具密不可分的關係；故**傳統知識的保護亦有助於維持原住民社群生活上的安全以及健康的維持**。<sup>39</sup>

另外**善加利用傳統知識對於傳統知識所有國的經濟也將產生助益**。特別是和生物多樣性相關的傳統知識，其具高度的經濟價值尚待開發。在傳統知識還未商業化的情形下，若能完善保護傳統知識，進而透過商品化的過程使該知識能夠產生商業上的利潤，則對於該國經濟的幫助將不容小覷<sup>40</sup>。

從人權保障面向觀之，讓原住民族掌握其傳統知識的利用體現了「聯合國原住民權利宣言草案(U.N. Draft Declaration on Indigenous Rights)」中所揭示的精神，尊重原住民族的自決權 (self-determination)，並於該宣言中以智慧財產權制度賦予原住民族掌握並

---

<sup>35</sup>由 Mooney 所撰寫的報告中提出多處於北半球的已開發國家透過剽竊多處於南半球的開發中國家的傳統知識應用於食品、農業、生物科技以及醫藥產業中，並從中衍生出數十億以上的利益，卻未分享給多處於南半球的開發中國家。

<sup>36</sup> Jay Erstling, *USING PATENTS TO PROTECT TRADITIONAL KNOWLEDGE*, 15 Tex. Wesleyan L. Rev. 295, 333 (2009).

<sup>37</sup> Downes, *supra* note 2, at 255.

<sup>38</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 757 ; see also Dutfield, *supra* note 15, at 99.

<sup>39</sup> *Id.* at 97.

<sup>40</sup> *Id.* at 98.

保護其傳統知識的權利<sup>41</sup>。

## 第二款 從全球人類角度觀之

從全球人類角度觀之，傳統知識於諸多面向上都具十足的影響力。環境面上，傳統知識體系和生物多樣性的永續發展有緊密連結；經濟面上，許多產業在研發新產品時都會使用該知識做為研究的開端，特別是醫藥產業<sup>42</sup>；由此觀之，傳統知識對全球人類而言確係十分重要的資源，遂使得傳統知識保護議題不僅與在地化的原住民族權益相關，更成為全球關注的議題。

於環境保育面向上，因傳統知識具高度保育價值，亦富含了許多關於環境保育的知識，故完善保存傳統知識對生物多樣性的永續發展將有卓越貢獻<sup>43</sup>；且為解決生物剽竊問題，避免不當取得傳統知識而不需付出任何的對價，CBD於2010年10月通過了名古屋議定書(Nagoya protocol)，其中的「取得和惠益分享制度」(access to genetic resource and benefit-sharing, 簡稱ABS)規範了傳統知識的取得及使用不僅需經過其所有者的同意，從中所生的利益也要公平的分享，提供了傳統知識所有者以法律機制來保護其權利的普世基礎<sup>44</sup>。雖有學者質疑為保護環境而保護傳統知識是相當不實際、且過度浪漫的想法。惟有許多針對傳統社群所做的學術研究為此想法提供了一定的論證，即傳統知識可以為環境保護提供相當的助力<sup>45</sup>。

於經濟層面上，傳統知識的潛在價值被發現後，於現代社會中不管是透過間接或是直接的方式，傳統知識都被大量的利用著，又因傳統知識於特性上和現行智慧財產權制度存有很大的差異，故適用上遂產生許多難題<sup>46</sup>，進而造成保護上的不足，本文第參章將會針對以現行智慧財產權制度保護傳統知識的妥適性進行討論。

---

<sup>41</sup> Downes, *supra* note 2, at 255.

<sup>42</sup> *Id.*

<sup>43</sup> See CBD Website, <http://www.cbd.int>

<sup>44</sup> *Id.* ;

<sup>45</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 99.

<sup>46</sup> Kuei-Jung Ni, *International Law-Making on Traditional Knowledge: A Useful Vehicle or an Empty Box.* (to be published).

## 第二節 傳統知識概念界定

### 第一項 傳統知識的特性使其不易被定義

傳統知識牽涉範圍甚廣，難以界定出一定的範疇，原則上係原住民族利用自然資源所發展出的生活技能；常具備以下幾種特性：「集體創作、整體的；代代口耳相傳；因社會環境變遷而演進；創作者經常無法可考；常歸屬於某特定居住區域的居民」。

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>47</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>48</sup>。

以上的討論便牽涉到本章第一節的【爭議問題 2】：「傳統知識和其它形式之間的知識存在著怎麼樣的連結關係」；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>49</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、該傳統知識又係存在於何種領域<sup>50</sup>，分別討論之。

<sup>47</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 93.

<sup>48</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，係考量多數的傳統知識皆和自然資源的取得和利用有關聯，故僅集中於此進行討論。

<sup>49</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 93-94.

<sup>50</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。

## 第二項 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。

### 第一款 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>51</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>52</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。

### 第二款 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。

---

<sup>51</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>52</sup> Erstling, *supra* note 36, at 300.

### 第三款 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>53</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>54</sup>。

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>55</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>56</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>57</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

<sup>53</sup> See WIPO, *Revised Draft Provisions for the Protection of Traditional Knowledge: Policy Objectives and Core Principles*, Art. 3 (2), at 19. WIPO/GRTKF/IC/9/5, Annex, (2006) [hereinafter IGC Ninth Session Document] ; IGC Sixteenth Session Document, *supra* note 30, at 23.

<sup>54</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 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>55</sup> WIPO, IGC Ninth Session Document, *supra* note 53, at 19-20.

<sup>56</sup> IGC Ninth Session Document, *supra* note 53, at 20.

<sup>57</sup> IGC Sixteenth Session Document, *supra* note 30, at 23.

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>58</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，凸顯了釐清【爭議問題1】<sup>59</sup>的重要性。

#### 第四款 綜合觀察國際組織對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>60</sup>，但仍無損於該知識通常係由社群共同所有的特性<sup>61</sup>。

於本文的第陸章，將探討全球第一部保護傳統知識的國內專法—27811 法案，而 27811 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。

---

<sup>58</sup> *Id.* at 25.

<sup>59</sup> 【爭議問題 1】：持有傳統知識的社會體系(societies)其身分(identity)及本質究竟為何？

<sup>60</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>61</sup> Erstling, *supra* note 36, 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]

### 第三節 國際立法趨勢

#### 第一項 從人權、環境保育及經濟面向探討傳統知識的保護

##### 第一款 人權面向—以聯合國教科文組織為例

從人權法觀點來看，原住民世代皆仰賴大自然中之各種動植物維生，其生活模式與該區域中裡的各項自然資源早已產生互存互賴之關係，其對於原住民之重要性不言而喻。此外，原住民的傳統知識本身即為一種文化資產，要保存這種文化資產的前提就是必須尊重原住民的生存權與使用權。

UNESCO從1960年代首先開始嘗試進行傳統知識於法制面以及政策面的研討。當時著作權相關法制無法提供經濟價值日益增高的文化表達(expression)適當的保護，使得原住民社群的民俗(folklore)及文化表達(cultural expression)亟須另設它法保護之，因此展開了相關的討論並制定了基本的保護條約<sup>62</sup>，惟針對與自然資源相關的傳統知識並未有所著墨。

2007年，聯合國原住民族權利宣言於第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。

##### 第二款 環境保育面向—以生物多樣性公約為例

從生物資源的觀點來看，該等資源之永續利用與創新多賴傳統知識予以傳承、散佈，一旦傳統知識消失，人類也就無從得知某些自然資源的價值。1970年代針對生物剽竊，一份由Pat Moony所發表，關於北方以及南方國家在取得(access)傳統知識及惠益分享上存在不對稱現象的報告<sup>63</sup>讓傳統知識的保護成為眾人關注焦點<sup>64</sup>。

在強大輿論壓力下，國際社會開始重視傳統知識的保護議題，並嘗試透過國際立法的方式來保護傳統知識，「生物多樣性公約(Convention on Biodiversity，簡稱CBD)」因

<sup>62</sup> See UNESCO, *Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions*, UNESCO Doc. (1985).

<sup>63</sup> See 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) ; See also <http://www.etcgroup.org/en/about>

<sup>64</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 758.

此誕生<sup>65</sup>。

CBD是聯合國環境規劃署所管轄的一項國際協定，其於1992年開放簽署，1993年正式生效。公約目的為：生物多樣性的保育、生物多樣性組成成分的永續利用、公平及平均分享使用自然資源所衍生的利益。

CBD對於傳統知識的保護主要從「**生物多樣性 (biodiversity)**」的保育角度出發，最核心的保護傳統知識條文莫過於第8條j款；該款規定會員國應尊重、保存、維持原住民社群的傳統知識，各會員國對於該款所規定的各種取得傳統知識標準應適用並推廣；像是傳統知識的取得與應用須經原住民社群的同意，並應公平分享從中所衍生的利益等，以利傳統知識的保存和生物多樣性的永續發展<sup>66</sup>。

CBD在經過會員國多次協商談判後，條文的實質拘束力不強，以鼓勵性質居多，給予會員國極大的彈性空間，各會員國得因應國內實際情況來調整適用CBD第8條j款，實行成效有限。

2010年10月，CBD於第十次締約國大會中通過了名古屋議定書(Nagoya protocol)<sup>67</sup>，規範了取得(access)遺傳資源以及使用該資源須惠益分享(benefit-sharing)，一旦生效和執行，將對生物多樣性的保護產生積極影響，而多數傳統知識皆和遺傳資源有所連結，相當程度上亦受到了該議定書的保護。

### 第三款 經濟面向—以世界智慧財產權組織為例

除了以生物多樣性的保育以及國際人權法的觀點來規範傳統知識外，目前國際上最常被討論的則是以設立財產權制度作為保護機制，透過排他性權利的取得獲取傳統知識的經濟利益。一直到WIPO<sup>68</sup>的IGC論壇<sup>69</sup>當中，更多重要且具實益的討論才出現。

<sup>65</sup> *Id.* at 760.

<sup>66</sup> CBD, art. 8 (j), *supra* note 52.

<sup>67</sup> 名古屋議定書將於2011年2月2日在紐約總部開放簽署，包括日本和全球環境基金在內的多方都承諾為這次會議的成果落實提供資金支持，欲使該議定書於2012年得以生效。

<sup>68</sup> Article 2 of the Convention Establishing the World Intellectual Property Organization(1967) provides that : 「intellectual property rights include rights related to : literary, artistic and scientific works ; performances of performing artists ; phonograms and broadcasts ; inventions in all fields of human endeavor ; scientific discoveries, industrial designs, trademarks, service marks, commercial names and designations ; protection against unfair competition: and all other rights resulting from industrial, scientific, literary, or artistic fields. 」

<sup>69</sup> IGC論壇為WIPO討論傳統知識保護立法的主要平台，於第八次會期時完成了相關保護草案。

現今以WIPO底下的IGC論壇中所擬的保護草案「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>70</sup>為目前專門保護傳統知識的文件，惟仍偏重於防衛性質的保護，旨在避免傳統知識被不當取得的情事發生，未來是否朝積極性的保護發展值得關注。

## 第二項 國際立法廣泛從智慧財產權討論傳統知識的保護

由於國際貿易之發達，智慧財產權之權利人有在其他國家行使權利之必要。因此各國便透過簽訂條約或公約的方式來建立統一標準的國際智慧財產權法制。因傳統知識屬於無形資產的一種，為智慧財產權所規範的客體，為財產權面向討論上的一大重點。

從國際影響力以及實際拘束力觀之，提及傳統知識保護的智慧財產權條約中，現今以WIPO底下的IGC論壇中所擬的保護草案以及「世界貿易組織(World Trade Organization, 簡稱WTO)」下所制定的TRIPS最具重要性，亦為本文的討論重心。



---

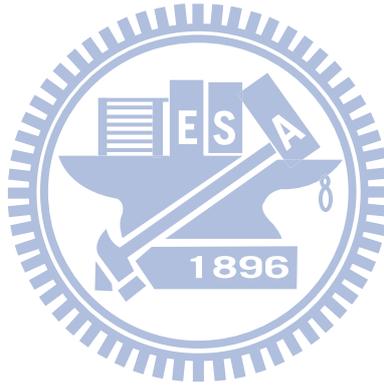
<sup>70</sup> See WIPO, *Draft Provisions for the Protection of Traditional Knowledge: Policy Objectives and Core Principles*, WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/8/5 (2005). [hereinafter IGC eighth session]

## 第四節 結語

當我們賦予傳統知識定義時，也就界定了傳統知識的相關內容，並就傳統知識的概念範疇設下了界限<sup>71</sup>，故在進入傳統知識保護法制的探討前，相關概念的界定，為首要之務。

現狀下因著傳統知識「動態多變」的特色，使其不易，也似乎不是這麼適合有一個明確的定義；往往因著各國際組織或是各國國內立法於不同面向的著重，而有著數種概念界定方式。若以本文為例，因聚焦於傳統生物多樣性知識進行討論，概念界定上便較著重於此部分，而不包含民俗創作(folklore)或是文化表達(expression)的部分。

因為似乎很難有一明確定義得以涵蓋傳統知識的諸多面向，這可能也是為什麼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。



---

<sup>71</sup> Leistner, *The Positive and Negative Aspects of Traditional Knowledge Protection*, in *Indigenous Heritage and Intellectual Property* (Silke von Lewinski ed., 2004), *supra* note 13, at 58.

## 第參章 以智慧財產權制度保護傳統知識之探討

關於傳統知識的保護議題已討論多年，因概念上難以界定出一特定範疇，又牽涉到人權、生態保育以及財產權等諸多不同卻又互相關連的面向，並兼及於國際法及國內法兩個層次，於法制面的探討上遂產生許多待解決的爭議問題。

傳統知識的保護可分為知識權的保障，以及知識維持與創新機制保護兩方面。知識權的保障便涵蓋了智慧財產權制度、契約簽訂以及原住民習慣法等方式<sup>72</sup>。

### 第一節 智慧財產權制度立論基礎

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>73</sup>；

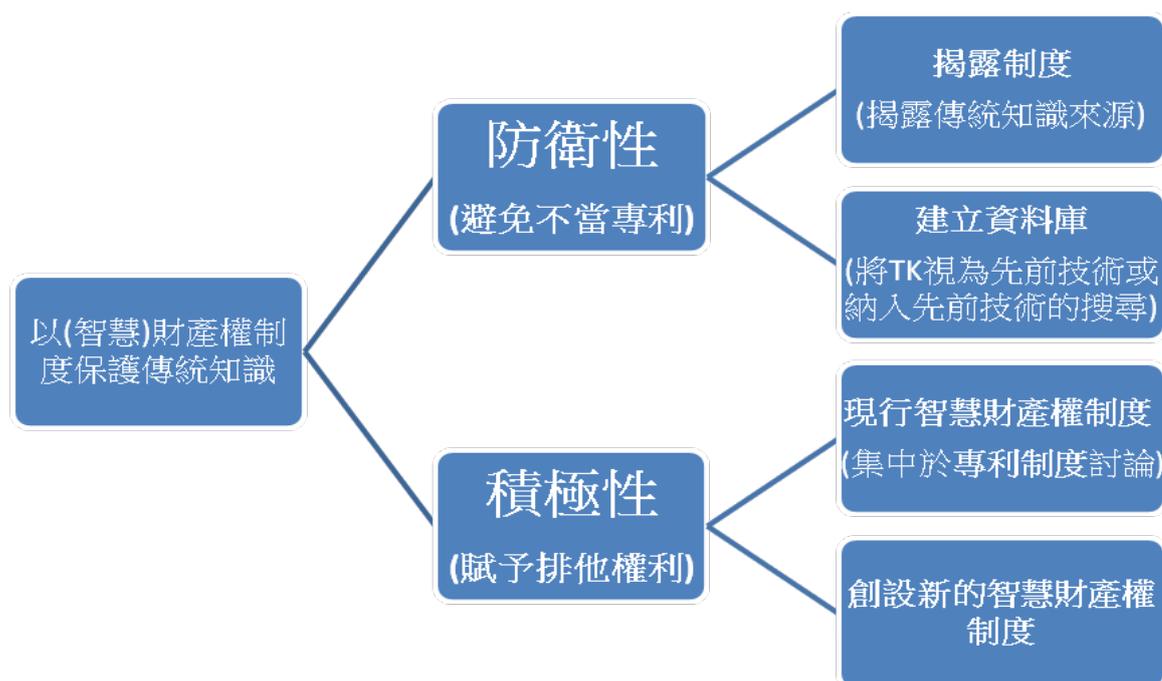
透過智慧財產權制度來保護傳統知識可從防衛性與積極性兩面向分別觀察；現行智慧財產權制度透過權利的賦予來保護傳統知識擁有者即為積極性保護的表現，且權利者具有排他性的處分權限為智慧財產權制度的一大特色，本章將聚焦於此討論；防衛性面向的討論主要集中於現行專利制度的調整，希望能夠透過揭露傳統知識來源以及資料庫的建立避免不當專利的取得，將於第肆章進行研討。

試以【表一】呈現本文的討論架構：

<sup>72</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>73</sup> John T Cross, *Justifying property rights in Native American traditional knowledge*, 15 Tex. Wesleyan L. Rev. 257, 293 (2009).

【表一】以智慧財產權制度保護傳統知識—從防衛性與積極性面向觀察



(資料來源:本研究整理)

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>74</sup>著作權制度中的著作財產權即為一排除性權利的行使。本文關於排他性的討論主要係指於取得保護後之排他效力。

以下從財產權和智慧財產權的概念比較進行討論，了解皆具排他性特色的兩者在制度內涵上的異同；接著對於智慧財產權制度設置的理論進行相關探討，以俾對智慧財產權制度保護傳統知識的妥適性做出分析。

<sup>74</sup> 謝銘洋，《智慧財產權法》，元照出版公司(2008)。

## 第一項 財產權和智慧財產權概念比較

第一款 從財產權保護「有形資產」 vs. 智慧財產權保護「無形資產」談起

說到「財產」，一般人直觀上聯想到的，就是「不動產（如土地、房子）」或是「動產（現金、珠寶、股票...）」等「有形」且具體可見的物。但隨著文明發展的進步，「無形」財產的保護開始受到重視，進而產生了「智慧財產權」。

因此，所謂「智慧財產權」，可說是各國法律為了保護人類精神活動成果，而創設出各種權益或保護規定的統稱。因為這些權利都是法律所創設出來「無形」的權益，一般也會稱為「無形財產權」或「無體財產權」。<sup>75</sup>

依據 1967 年「成立世界智慧財產權組織公約（Convention Establishing the World Intellectual Property Organization）」的規定，智慧財產權包括：

- 1.文學、藝術及科學之著作。
- 2.演藝人員之演出、錄音物以及廣播。
- 3.人類之任何發明。
- 4.科學上之發現。
- 5.產業上之新型及新式樣。
- 6.製造標章、商業標章及服務標章，以及商業名稱與營業標記。
- 7.不公平競爭之防止。
- 8.其他在產業、科學、文學及藝術領域中，由精神活動所產生之權利<sup>76</sup>。



目前台灣保護智慧財產權的法律包括：專利法（發明、新型、新式樣）、商標法（商標、證明標章、團體標章、產地標示等）、著作權法（著作人格權、著作財產權）、營業秘密法、積體電路電路布局保護法、植物品種及種苗法、公平交易法（不公平競爭的部分）。自 1990 年代迄今為止，我國為了加入世界貿易組織，智慧財產權法律為符合「與

<sup>75</sup> 請參考經濟部智慧財產局網站

[http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne\\_Show.aspx?path=2244&guid=0dbd0d72-6fb5-4757-8b3e-f2c551aece73&lang=zh-tw](http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?path=2244&guid=0dbd0d72-6fb5-4757-8b3e-f2c551aece73&lang=zh-tw)（最後瀏覽日期 2011 年 2 月 16 日）

<sup>76</sup> *Id.* See also WIPO website, [http://www.wipo.int/treaties/en/convention/trtdocs\\_wo029.html](http://www.wipo.int/treaties/en/convention/trtdocs_wo029.html) (last visited Feb. 15, 2011.)

貿易有關智慧財產權協定(簡稱TRIPS)」的規範，經過幾次重大修正及立法，大致上已符合TRIPS對於WTO會員國所要求之智慧財產權保障的條約義務。<sup>77</sup>

### 第二款 財產權的排他性權能欲使「物的使用發揮最大效益」

所有的法律體系中都承認所謂「財產權」(property right)的概念。因一般情形下，一個社會會若賦予其社會社員針對某些特定事物有排他的(exclusive)權利，則將會產生許多利益，且這些利益會在整個社會體系中川流不息的流動(flow)，進而**發揮該物的最大效益**；這些利益多數屬於經濟價值<sup>78</sup>。

在財產權制度下<sup>79</sup>，所有權人知道所有從該客體衍生的利益都歸他所有，自然有高度誘因善加利用，使該保護客體能夠發揮最大效益(to its best and most productive use)<sup>80</sup>。

在財產權制度下的保護客體有一個很關鍵的共通特性<sup>81</sup>：在「將保護客體分享給許多人使用和僅讓一使用者獲得排他權利使用的兩種情形中，相互比較之下，分享給大眾共通使用時該保護客體將會使其價值大幅減少；反之，若僅讓一使用者有排他權利的使用，則能使該保護客體產生較高的利用價值。」<sup>82</sup>

### 第三款 智慧財產權的排他性特色具有「促進社會整體發展的政策意涵」

「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>83</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。**

<sup>77</sup> *Id.*

<sup>78</sup> Cross, *supra* note 73, at 265.

<sup>79</sup> 一般財產權制度的保護客體除了包含了有形的、實體物資產外(tangible)，像是土地和腳踏車這類的不動產以及動產；也包含了利益(account)或是債(debt)此類分離的、非實體物(discrete intangibles)的離散資產。

<sup>80</sup> Cross, *supra* note 73, at 264-265.

<sup>81</sup> If they are shared, the value of the thing to each user is less than it would be had that user been given exclusive rights.

<sup>82</sup> Cross, *supra* note 73, at 265.

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

## 第二項 智慧財產權制度設置理論基礎

### 第一款 「獎勵創新理論」

智慧財產權制度最受人注目者莫過於提供創新活動者可觀的金錢上回饋<sup>84</sup>。在許多場域的討論中，「智慧財產權制度的設置係為了獎勵創新」(“The Reward for Creativity” theory)，早已成為經典名言，亦成為多數人所認知的智慧財產權制度設置目的；較早期的美國政府係透過智慧財產權制度做為貿易上排除異己的手段，近期才真正成為保護近代創新發明的法律制度，於政府准許的範圍內賦予保護主體在使用上、銷售上的排他性權利以獎勵其創新<sup>85</sup>。

### 第二款 獎勵創新理論性質之研討—分別從自然權以及財務誘因角度切入

關於獎勵創新理論性質之研討有從眾多不同角度切入，其中主要有以下兩種不同的版本(variant)<sup>86</sup>；其中一個版本從「自然權(natural right)」的角度切入，將財產權制度中排他性權利的賦予視為對創新者所為創造性活動的公正、合理獎勵。這樣的觀點在歐洲國家接受程度甚高，且多半和著作權制度有較深的連結。甚至有支持者主張著作權的賦予恰好反映了「著作者將其個人特質注入作品」的特色<sup>87</sup>。

另一個關於獎勵創新理論性質之研討從更具效用、且前瞻的角度出發，係由早期經濟學者所提出，在今日仍具十分的影響力，特別是在英美法體系的國家；其認為智慧財產權的授與提供了財務上的誘因而鼓勵人們創新。<sup>88</sup>

關於獎勵創新理論性質之研討，在這兩種主要的版本中，分別於整個論理體系上都存在著相同的關鍵—即「創造力」(creativity)，在兩個版本中都扮演了十分重要的角色。「創造力」為著作者或是發明者所提出的新見解，且因該見解對整體人類的知識庫有所

---

<sup>84</sup> Univ. of Colo. Found. v. Am. Cyanamid Co., 105 F. Supp. 2d 1164, 1175 (D. Colo. 2000) : 「stating that the “fundamental purpose” of the patent system is the “promotion of real innovation in science and technology”」; William van Caenegem, Intellectual Property Law and Innovation 1 (2007) : 「The central argument justifying intellectual property laws is that the greater social welfare results where the ‘natural balance’ between imitation and innovation is disturbed to favor the latter.」; Shahid Alikhan & Ragunath Mashelkar, Intellectual Property and Competitive Strategies in the 21st Century (Kluwer Law International 2004) : 「The main objective of intellectual property rights protection is to encourage creative activity, thereby providing for the largest number of people, economically and speedily, the benefit of such activity.」

<sup>85</sup> Cross, *supra* note 73, at 265-266.

<sup>86</sup> Drahos 教授認為獎勵創新理論應有三種不同的版本，而非兩種。其將本文的第一個版本切為兩個版本，將「自然權」及「公平正義」分別考量。

<sup>87</sup> Cross, *supra* note 73, at 266.

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

貢獻，才進而賦予該著作者或是發明者排他性的權利，以避免讓第三人免費分享了該創新知識<sup>89</sup>。

第三款 並非所有智慧財產權制度的設置都僅係為了「獎勵創新」

各國的法律體系也承認並非所有的智慧財產權制度都係和獎勵創新有絕對的連結，亦存在連結薄弱或根本毫無連結的情形；商標和營業秘密制度就是最好的例子。雖然這兩者都賦予所有權人一排他性的權利，但這兩者都非為了鼓勵創新活動而設置，商標制度係賦予權利人針對已存在且具有暗示性(suggestive)意涵或任意性(arbitrary)意涵的現存知名商標存在排他權利；營業秘密制度則希望在激烈競爭的商業環境中仍能要求員工的忠誠度，且在一定程度下維持公平競爭。

縱使在保護原創性著作或是發明的其他智慧財產權制度中，除有獎勵創新的考量外，亦存在著其他的保護目的；以下試以專利和著作權制度為例<sup>90</sup>。專利和著作權這兩種制度都提供發明人或是著作者一定的利益回饋，但和直接給予現金回饋不同的地方在於：「這樣的回饋需要發明人或是著作者選擇公開他們的作品於大眾時，方能產生價值。」若保護主體選擇保存其作品不予公開，則智慧財產權制度所賦予的排他使用、銷售等權利便無法產生極大化的價值<sup>91</sup>。

且這兩種制度在不同程度上都要求權利者須揭露該發明中的重要部分予公眾，專利制度在此部分要求最嚴格。以美國專利法為例，不僅需要於專利說明書中揭露該技術的相關特徵外，還須提供最佳實施例(best mode requirement)<sup>92</sup>。美國著作權法(The Copyright Act)中雖無要求寄存(deposit)該著作的複製品做為權利取得要件，但若欲提起訴訟時，則須以寄存該著作的複製品為前提，方得提起訴訟。<sup>93</sup>

從以上各制度特性的討論中可得知，專利制度和著作權制度並非僅考量創新事物的保護而設，同時也具有確保該創新的利益得以供大眾運用的制度意涵，也就是具有廣泛

<sup>89</sup> *Id.* at 267.

<sup>90</sup> Cross, *supra* note 73, at 268.

<sup>91</sup> *Id.*

<sup>92</sup> Best mode requirement 係要求申請人應完整揭露相關技術特徵與「最佳」實施例，不允許發明人僅揭露「第二好(second best)」的實施例。而判斷是否符合 Best mode requirement，有兩個測試：一為，在專利申請時當下，判斷發明人是否已經擁有最佳實施例；二是，如果申請日當時已經知道有一個最佳實施例，須判斷是否揭露於說明書中，且使得相關技術人員可以據以實施，係以相關技術人員的水平來判斷。

<sup>93</sup> Cross, *supra* note 73, at 269.

散播的目的；此制度目的雖然並非廣為人知，但確實常出現於與智慧財產權制度發展政策相關的討論中<sup>94</sup>，以下將於本項第四款中詳細敘述<sup>95</sup>。

#### 第四款 獎勵創新理論外，其他智慧財產權制度的立法理由

雖然「鼓勵創造力的發揮」係智慧財產權制度的核心考量，但整體而言，對於創新活動的回饋並非智慧財產權制度的唯一作用；且就如同上述的商標和營業秘密制度所顯示的：「除了考量鼓勵創新外，有時候社會基於其他的理由亦會賦予權利人排他性的權利。」

因此本款主要聚焦討論除獎勵創新理論外，其他智慧財產權制度的設置理由，並選取以下最具說服力的三大理由討論之：

- 促進知識的散播(enhancing dissemination of knowledge)
- 確認知識於傳送以及使用過程中的正確性(ensuring accuracy in the communication and use of knowledge)
- 文化保存(cultural preservation)

##### 1. 促進知識的散播

「促進知識的傳播」(enhancing dissemination of knowledge)為智慧財產權制度設置很基本的理由。該制度除了希望鼓勵創新知識外，同時也有確保新知識能夠在社會成員中廣泛流傳的目的。因此智慧財產權制度係專注於促進創新知識的傳播，以俾整體社會發展；但一般而言，整體社會在促進知識散播時並非僅侷限於新想法、新知識的傳播，只要該知識於現今整體社會中有相當人數的一群人並不知悉，則政府便有可能產生興趣，透過相關保護機制的提供，來鼓勵所有具潛在實用性的想法、主意(idea)<sup>96</sup>。

一個完整的財產權制度係促進知識廣泛傳播的重要機制。而透過智慧財產權制度中排他權利的賦予，之所以可以達到促進知識傳播的目的，關鍵在於「完善處理了知識傳

<sup>94</sup> 整理自美國最高法院的相關討論意見：「首先，專利法致力於發明的培育(foster)與獎勵；其次，專利法推廣了發明的揭露( disclosure)，因此刺激了未來更高層次、更深入的創新發明出現。同時在專利保護時間經過後，亦得提供大眾利用該發明；最後，於最嚴格(stringent)的專利保護要件中，其嘗試確保至於公共領域的想法(idea)得以免費使用。」以上種種，顯示了鼓勵散播知識的制度意涵。

<sup>95</sup> Cross, *supra* note 73, at 269.

<sup>96</sup> *Id.* at 270.

播過程中必然產生的交易成本問題」。雖然說著作或是發明等知識，在供他人使用後並不會造成效用上的減損，但這樣的論述係建立在一些前提上方屬正確。即該知識的傳播係由原本的持有者(holder)轉讓給其他人；另普遍而言，於知識轉讓的過程中，很少存在著不須負出任何成本的情況<sup>97</sup>。

因此知識的持有者除非在知識傳遞的過程中，就所付出的努力能夠有實質的價錢回饋，否則該知識的持有者不太會想替自己找麻煩去教授他人該知識<sup>98</sup>；而這也是為什麼智慧財產權制度須賦予知識持有者實質金錢回饋的原因。

另外，縱使理論上而言，該知識持有者可以就所教授的時間要求同等的金錢上回饋，而不一定須透過國家立法賦予一定期限內的排他權利；縱使如此，智慧財產權制度仍有設置的必要性。因為若沒有某些立法保護存在，欲透過不正當方式取得知識的投機份子，便會想盡辦法，在不付費的情形下取得該知識<sup>99</sup>。

因此智慧財產權制度賦予知識持有者就該知識所含的價值，能夠決定類似獨占價格(quasi-monopoly price)的權利，以提供知識持有者廣泛傳播該知識的誘因；因惟有透過和他人分享該知識，該持有者方得從排他的權利中得到實質的金錢回饋<sup>100</sup>。

## 2. 確認知識於傳送以及使用過程中的正確性

在某些情形下，賦予排他權利係為了避免在使用以及傳遞知識的過程中產生錯誤。(ensuring accuracy in the communication and use of knowledge)最常見的例子便為針對某些專業性或危險性高的活動，政府通常都要求須經過特許(licensing)方得為之。其僅允許有專門知識者申請使用特定知識，以特許的要件來限制，有助於避免錯誤的發生。而同樣的立法理由也可以用在「以智慧財產權制度保護傳統知識」的討論上<sup>101</sup>。

若一原住民族發展出並持有或所有特定的專門知識(expertise)，若准許其他外來者使用或是傳遞該傳統知識，在過程中很有可能會產生錯誤的情形。舉例言之，若某一原住民社群持有或所有關於醫學療法的傳統知識，因該族群成員和其傳統知識間有著較強烈的連結和理解，故透過排他權利的賦予，以確保傳統知識於傳送以及使用過程中的正

---

<sup>97</sup> *Id.*

<sup>98</sup> *Id.*

<sup>99</sup> *Id.* at 270.

<sup>100</sup> *Id.* at 271.

<sup>101</sup> *Id.* at 272.

確性<sup>102</sup>。

知識傳遞的過程中，可能產生內部性(internal)以及外部性(external)兩種錯誤類型。就知識傳遞過程本身而言，僅有可能產生內部性的錯誤，即：「傳統知識本身的傳遞內容產生錯誤」；至於外部性的錯誤，若以上述原住民族的傳統醫學療法知識為例，非原住民族成員的外來者若對於該傳統醫學療法知識有所誤解時，於治療病患的過程中便可能對該病患產生傷害，此即為外部性的錯誤<sup>103</sup>。

且若恣意讓外來者使用或是傳遞其傳統知識，亦會對於原住民族群產生傷害；最常見的便是聲譽上的傷害。政府之所以會願意賦予原住民族以排他性的權利來掌握其傳統知識，與為避免外部性錯誤所帶來的傷害有很大的關係；若僅係為了避免外在威脅對傳統知識產生的影響，所可能產生的內部性錯誤，就此點考量本身並無法構成以排他性權利保護傳統知識的充足理由<sup>104</sup>。

### 3. 文化保存

一般而言，「保存傳統知識源起的文化」(cultural preservation)，此一理由本身並不夠充分以構成智慧財產權制度的保護。但就如同前面兩個立法理由的討論，若有其他相關情事的考量出現，結合文化保存本身，則便有以排他權利保護的必要<sup>105</sup>。

傳統知識在一族群的文化中扮演了很關鍵的角色，因此亦為文化保存客體中的一份子。在很多情形下，文化中所蘊含的傳統知識有助於該族群的自我認同，使族群成員感受到自身文化的獨特以及與眾不同之處。和傳統文化連結知識的流失將不當影響該文化中族群成員身分上的自我認同，最終導致傳統文化的喪失。這也是為什麼要透過排他權利來保護傳統知識的原因。特別是傳統文化已遭受威脅的原住民族，諸如美洲的印第安人(Native American)<sup>106</sup>，完善保存其傳統文化是賦予智慧財產權制度很重要的立基點<sup>107</sup>。

一個族群的文化可能遭受的威脅可分為有意圖的(purposeful attempt)威脅，以及無

---

<sup>102</sup> *Id.*

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

<sup>104</sup> *Id.* at 272-273.

<sup>105</sup> *Id.* at 273.

<sup>106</sup> 這並不是說只有非主流文化才會需要透過傳統知識來產生文化認同，主流文化也有獨樹一格的知識和表達，只是主流文化在存在上所受到的威脅較少。所以一般政府並不會感受到有需要賦予主流文化的傳統知識排他權利，以保存該文化的必要性。

<sup>107</sup> Cross, *supra* note 73, at 274.

意 (unintended) 造成的威脅；前者的最佳例子便為「同化 (assimilation)」，像是早期的美國逼迫印第安人放棄其傳統文化，以禁止使用傳統語言等方式，希望讓印地安人接受當時的美國主流文化<sup>108</sup>；或是日本統治台灣時期的皇民化運動都是很好的例子。在這種情形下，智慧財產權制度所賦予的排他權利是否足以給予原住民族任何積極的權利以抵抗法律針對傳統知識使用的禁制規定呢？<sup>109</sup>此問題並不容易回答，因為政府力量的干預往往比其它外在因素更具強制力。

因此智慧財產權制度的排他權利在「無意造成威脅的情形」較有發揮制度保護目的的可能；以下以媒體對傳統文化所造成的威脅為例。早期的媒體較傾向聚焦於主流文化的報導與散播，使得非主流文化在相關的討論中被忽略<sup>110</sup>；在此情形中，財產權制度便可發揮其效用來避免傳統知識的流失。

是在主流文化和非主流文化互動的情形，非主流文化得以財產權制度的排他權利避免第三人使用其傳統知識。但其實在這兩種不同文化互動的情形中，非主流文化仍會以另一種方式喪失自身文化的認同，賦予財產權制度的保護，成效上著實有限。<sup>111</sup>

從過去把非主流文化的流失視為人類文明發展無可避免的發展歷程 (unavoidable result of “progress”)，到今天各國政府紛紛採取尊重多元文化的政策；同化非主流文化的時代已經過去了<sup>112</sup>。

現今不管是在國際法<sup>113</sup>或是國內法層次，取得代之的都是從人權保障角度出發，對現存不同多元文化的尊重；希望不管是有意圖或是無意造成對族群文化威脅的情形下，都能夠透過相關的保護立法有效管制<sup>114</sup>。

雖然財產權制度的排他性特色在某些情形下能夠避免文化的流失，達到文化保存的目的，但在有些情形下該制度卻無法達到有效利用的目的，以下試以最明顯的替代情形 (substitution) 以及同質化 (homogenization) 情形為例說明之。

---

<sup>108</sup> *Id.*

<sup>109</sup> *Id.* at 275.

<sup>110</sup> *Id.* at 274.

<sup>111</sup> *Id.* at 275.

<sup>112</sup> *Id.* at 274.

<sup>113</sup> The 2005 UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, which encourage nations to adopt measures “for the protection and promotion of the diversity of cultural expressions on their territory.”

<sup>114</sup> Cross, *supra* note 73, at 274.

在替代情形中，若某一原住民社群成員長期接觸外來的文化，則該社群成員很有可能以其他形式的知識來取代既有的傳統知識，進而造成傳統知識的流失；在同質化的情形中，遭到威脅的並非如替代情形中的傳統知識本身，而係傳統知識和原住民成員之間的緊密連結以及身分認同關係。舉例而言，若外來者開始使用某傳統社群於傳統知識中所保存的治療方法，則該知識便非僅僅於社群成員之間流傳，故使用該傳統知識者不一定皆係特定傳統社群的成員，透過傳統知識的使用來特定原住民社群成員的功能便逐漸下降<sup>115</sup>。



---

<sup>115</sup> *Id.* at 275-276.

## 第二節 從智慧財產權制度探討傳統知識之保護

### 第一項 概論

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>116</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>117</sup>。

國際上有許多和智慧財產權相關的立法，像是「羅馬公約」（Rome Convention on the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, 1961）、「巴黎公約」（Paris Convention for the Protection of Industrial Property, 1883）、「伯恩公約」（Berne Convention on the Protection of Literary and Artistic Works, 1886）等等…

從國際影響力以及實際拘束力觀之，現今以WIPO底下的IGC論壇中所擬的保護草案「傳統知識保護草案：政策目的與核心原則」<sup>118</sup>以及WTO下所制定的TRIPS最具重要性，亦為本文在國際立法上的討論重心。

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>119</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，再就各個智慧財產權制度分別討論之。

### 第二項 以智慧財產權制度保護傳統知識之爭議問題研析

#### 第一款 具備傳統特性的知識如何因創新得到保護

從CBD和WIPO對於傳統知識概念的理解，可以進行本文第貳章第一節第一項【爭議問題3】之討論，即：「以智慧財產權制度保護所謂的「傳統知識」時，於何種程度上可認為該知識具新意(new)及創新性(innovative)?」舉例言之，**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

<sup>116</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>117</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 12.

<sup>118</sup> WIPO, IGC eighth session, *supra* note 70.

<sup>119</sup> 參見郭華仁、嚴新富、陳昭華、鴻義章，前揭註72，頁82-83。

有的學習以及分享過程，即為「傳統」的核心概念<sup>120</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>121</sup>。以上的理解與WIPO<sup>122</sup>對於「基於傳統知識體系(tradition-based knowledge system)」的定義不謀而合<sup>123</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。

#### 第二款 原住民社群中是否存在所有權概念以及財產權制度

就第貳章第一節、第一項【爭議問題4】中「持有傳統知識的社會體系中是否存在著作財產權 (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作財產權制度，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不當取得，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>124</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>125</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的可能性；此舉無異是替傳

<sup>120</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 94.

<sup>121</sup> *Id.* at 95.

<sup>122</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>123</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>124</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 95.

<sup>125</sup> **The ownership issue plays an important role in the very justification of a possible future traditional knowledge protection.**

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>126</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。

除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>127</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>128</sup>。

### 第三款 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>129</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

<sup>126</sup> Matthias Leistner, *The Positive and Negative Aspects of Traditional Knowledge Protection*, in *Indigenous Heritage and Intellectual Property* (Silke von Lewinski ed., 2004), *supra* note 13, at 58 ; Dutfield, *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity*, at 62 (2000).

<sup>127</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 95-96.

<sup>128</sup> Downes, *supra* note 2, at 255 ; 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>129</sup> Law 27811, *supra* note 9, art. 13.

要提供金錢補償<sup>130</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>131</sup>。

第四款 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。

以上的討論和第貳章第一節、第一項【爭議問題 4】有所關連；即在既有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>132</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

<sup>130</sup> *Id.*

<sup>131</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>132</sup> Law 27811, *supra* note 9, art. 2.

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>133</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>134</sup>；而於承認個人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>135</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，下一章節的討論便奠基於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。

---

<sup>133</sup> See *id.* Art. 37.

<sup>134</sup> Dutfield, *supra* note 15, 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.」

<sup>135</sup> Cross, *supra* note 73, at 280.

### 第三節 智慧財產權制度的適用現狀

以下將針對所有既存的智慧財產權制度逐一討論其適用現狀，以及現行制度上所存在的保護限制，主要以美國國內的智慧財產權制度做為討論核心，因其為此套制度的主要使用者<sup>136</sup>；而針對專利以及植物品種權(簡稱PVP)兩種智慧財產權制度，因和本文研究的「傳統生物多樣性傳統知識」有較緊密的關聯，因此會做較詳盡的闡述。

#### 第一項 著作權(copyright)

在國際上，透過著作權制度來保障原住民或是傳統社群的無形文化表達(Intangible cultural expression)起源於1960年代。1967年於斯德哥爾摩所舉行的外交會議中，針對修改伯恩公約(Berne Convention)相關條文做出的討論，首先提出透過著作權法制度來保護文學與藝術創作的想法；在當時所謂的「無形的文化表達」，通常指的是民俗文化(folklore)或是與民俗文化有關的表達(expression of folklore)，並非傳統知識(Traditional Knowledge，簡稱TK)。<sup>137</sup>

因本文於保護客體上僅探討「傳統生物多樣性知識」，並不包含民俗文化，故在與民俗文化有關的部分並不詳述，僅指出透過著作權制度保護無形文化表達的適用現狀以及可能產生的限制，敘述如下：

#### 第一款 保護主體為特定權利人與傳統知識集體性特色的衝突

著作權制度的保護主體為一特定的著作者(an identifiable author)，此一概念的適用在許多傳統社會體系中便產生問題。如第貳章所述，於傳統社會體系中雖有承認個人得成為保護主體的可能，但多數社群仍相當重視傳統知識創作過程中的集體性(collectively)特色，和西方社會重視個人創作的價值觀背道而馳<sup>138</sup>。

另外傳統知識的來源很難追溯，很難追溯的原因可能是因為該知識係為多人創造，亦有可能單純不知道著作者(author)究竟是誰，在這樣的情形下若適用智慧財產權制度就有可能面臨找不出保護主體的困境；且對某些社群而言，讓個人得享有傳統知識的權利

<sup>136</sup> 捍衛智慧財產權對於美國人來說，也具有捍衛資本主義傳統的意義，因為美國有創新的傳統。對於他們來說，智慧財產權和創新緊密相連。如果沒有智慧財產權保護，確保產權所有者可以獲利，那麼很多人就不會去致力於發明創造。

<sup>137</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 100.

<sup>138</sup> *Id.* at 101.

是十分不妥且不合適的做法。雖然年輕一輩受西方社會價值觀影響可能會希望透過著作權制度來取得保護，但這就造成另外一個問題，即該制度所提供的利益可能造成社群內年輕的創作者與不承認個人得所有傳統知識的長老之間的衝突<sup>139</sup>。

第二款 保護主體若非自然人則須具備法人格，多數原住民社群難以具備

於美國著作權法制度中，被保護的主體若非自然人，則必須具備一法人格（legal personality）<sup>140</sup>。對原住民社群而言，這是一個相當大的限制，亦為多數社群想要利用智慧財產權制度保護自身權益時會面臨到的障礙。這些持有或所有傳統生物多樣性知識者，有些可能只是一群鄉下的農民，或是社群規模太小致使難以具備法人格，而被排除於保護主體外<sup>141</sup>。

第三款 保護客體必須是固著的

在美國著作權法制度<sup>142</sup>下，其所保護的著作必須是固著(fixation)<sup>143</sup>的，但多數原住民社群的文化創作都係口耳相傳代代傳承下來，也因此常常無法符合保護客體的要求，進而被排除於著作權法保護範疇之外<sup>144</sup>。但這樣的情形相較於前面兩款的討論是較可以解決的問題，許多國家在其國內立法直接將文化表達列入保護範疇，像是突尼西亞、玻利維亞和肯亞等國都採取了這樣的做法<sup>145</sup>。

第四款 一定的保護期限與某些類型傳統知識需要永久不公開的保護需要衝突

賦予權利人一定期限的排他專有權利，於期限經過後再使大眾得以廣泛使用是智慧財產權制度的一大特色，著作權制度也不例外。因此該制度在保護上亦存有一定的期限。

但有些傳統知識是這些原住民文化認同上(culture identity)的重要要素，原住民社群可

<sup>139</sup> *Id.*

<sup>140</sup> 我國著作權法在民國八十一年修正後亦採同樣見解；只承認法人(包括公法人以及私法人)及自然人可以享有著作權。

<sup>141</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 104.

<sup>142</sup> 美國著作權法 101 條：A work is “fixed” in a tangible medium of expression when its embodiment in a copy or phonorecord, by or under the authority of the author, is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration. A work consisting of sounds, images, or both, that are being transmitted, is “fixed” for purposes of this title if a fixation of the work is being made simultaneously with its transmission.

<sup>143</sup> 我國著作權法未如美國著作權法規定以固著(fixation)為著作保護要件，只要以一定方法表現其內容，使他人得經由感官機能客觀上覺察其存在即可。

<sup>144</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 103.

<sup>145</sup> *Id.*

能不願意使第三人使用該知識並從中獲益而將其公諸於世。針對此類型的傳統知識則較適合給予永久無限期的保護，且保護方式為不公開於公共領域中供大眾所利用。

在權衡原住民族群與大眾利益後，若仍要公開，則至少在一定範圍內不能讓大眾任意的利用。但現行的各國著作權法制度並無此規定，只要期限經過後一公開，大眾便可任意使用。從這個面向來看，著作權法制度似乎並不適合用來保護傳統知識<sup>146</sup>。

## 第二項 專利(patent)

WIPO於2008年的一份諮詢文件<sup>147</sup>中提到：「在專利申請案中，有一大部分的發明或多或少都和傳統知識有所關連。<sup>148</sup>」而原住民社群的傳統知識若有新的進步時亦有可能符合現行的專利要件，進而取得專利保護。在這樣的情況下，傳統知識持有者需要思考的問題為：「其是否想從專利保護中獲取利益？」、「以專利保護傳統知識是否符合其最佳利益？」；若且兩者的答案為肯定，則進入到第三個思考問題，即「該傳統社群是否有能力申請該專利？權利被侵害時是否有能力起訴、實行專利權？」<sup>149</sup>

專利權提供發明者在一特定期間內<sup>150</sup>得防止他人使用或是銷售其發明的排他性權利<sup>151</sup>。若以我國專利法為例，申請者所欲申請保護的客體須符合新穎性(new)、產業上可利用性<sup>152</sup>(susceptible)、以及非顯而易知性(non-obvious)三大要件。而於數個國際協定中都將專利納入規範主體中，從財產權角度觀之，又以TRIPs和1883年簽訂的巴黎公約最具代表性。

而本文所討論的傳統知識概念，因與自然資源較具關聯性，相關的爭議多集中在專利法領域，以下係為透過專利制度來保護傳統生物多樣性知識可能面臨的難題：

---

<sup>146</sup> *Id.* at 102.

<sup>147</sup> WIPO, Recognition of Traditional Knowledge, *supra* note 61, at 15.

<sup>148</sup> 多數情形為第三人使用原住民族的傳統知識來延申發明，並申請專利保護。於傳統知識為該專利申請的主體時(subject)，該發明和傳統知識間的連結關係為何便影響到該發明的可專利性。

<sup>149</sup> Erstling, *supra* note 36, at 297.

<sup>150</sup> 現今各國通常將保護期限設定為20年。

<sup>151</sup> 生命科學(life science)領域的公司在研發新產品上時常常須投注大量成本，故專利權的取得是其回收資金一個很重要的方式，因此專利制度的運用於該領域在商業發展上扮演著關鍵性的角色

<sup>152</sup> 於美國專利法要件上係為實用性(useful)的要求。

## 第一款 被視為個人成就的進步性要件與傳統知識集體性特色的衝突

申請專利時其中一項要件為進步性(inventive step)的要求。專利法中的保護客體係針對特定個人給予保護，故將進步性認定為個人的成就；惟傳統知識通常都具備集體性的特色，並非個人的成就，在此要件的檢視上便可能被認定為不具進步性，而無法取得專利保護<sup>153</sup>。

此本質上的衝突常被作為專利法制度不適合用來保護傳統知識的論述根據。惟從 19 世紀後期以來，近代專利法已於進步性的要件中納入了集體性的特色，只是仍然維持了需要指明發明者的要件<sup>154</sup>。

然於印度的 Honey Bee Network 組織的工作成果中<sup>155</sup>可以發現，許多和傳統知識相關專利的申請和權利歸屬都為個人，傳統知識的集體性特色似乎並不影響專利的申請和取得；個人針對既有的傳統知識做出修改和創新便可申請專利的保護。但在很多案例下，「需要指明特定發明者的要求」的確成為申請專利保護的障礙。<sup>156</sup>

另外專利申請人必須提供證據證明此專利為一發現(a single act of discovery)，即證明此專利對於此領域中的專業人士(one skilled in the art)亦符合了進步性或是具非顯而易知性(non-obvious)的要求。將這樣的標準套用於傳統知識上將會使得多數的傳統知識被排除在可專利標的範圍之外。同樣的情況亦發生於西方社會的科學知識 (scientific knowledge) 上，因為該知識亦具有累積(cumulative)的特性<sup>157</sup>。

## 第二款 高額的申請及訴訟費用阻礙了權利的行使

在申請專利時，專利申請書的填寫有一定的格式和撰寫方式，具高度技術性。對於傳統知識的持有者而言，這代表著他們可能要以高額的費用聘請專利代理人，將其傳統知識轉化為審查者得以了解的敘述，以技術性的專有名詞來呈現其專利技術<sup>158</sup>。

同時申請過程中亦有許多規費需要繳交；若以美國為例，申請專利整體費用至少需要 20,000 美元。惟身為傳統知識大宗持有者的傳統社群多數本身並無獨立經濟能力，無

<sup>153</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 104.

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

<sup>155</sup> 由 Anil Gupta 教授於 1990 年所創立，該組織致力於傳統知識的蒐集以及散播，並協助傳統知識的相關創新(facilitate and spread grassroots innovation)，在印度以及世界各地都可見其蹤影。

<sup>156</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 104；Anil Gupta, *supra* note 128.

<sup>157</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 104-105.

<sup>158</sup> *Id.* at 105.

法繳交高額的申請費用<sup>159</sup>。

除了在專利申請階段會遇到困難外，如發現他人侵害其傳統知識時，縱使該知識可能已獲得專利保護，也會因為付不起高額的訴訟費用而選擇不提起訴訟捍衛權利。故經濟上的弱勢嚴重阻礙了持有傳統知識的原住民社群透過專利制度來保護自身傳統知識<sup>160</sup>。

### 第三款 其他彈性作法—與科技公司合作簽訂契約

從以上討論觀之，透過專利來保護傳統知識似乎困難重重，原住民社群經濟上的弱勢成為申請上的最大阻礙。但這並不代表該制度完全不可行，經濟上處於弱勢的原住民社群可透過與科技公司合作的方式來解套<sup>161</sup>。

也就是說，讓原住民社群和科技公司一起分享專利的所有權，科技公司以給付權利金的方式做為回饋；或是透過科技公司申請專利，但指定社群中的成員為發明者（inventor），因而得以享有和科技公司所簽訂契約上的權利或是請求補償。但就算存在這樣的彈性做法，仍有許多原住民社群從本質上反對透過專利制度來保護傳統知識，僅有非常少數的原住民想申請專利。<sup>162</sup>

### 第四款 小結

綜上所述，傳統知識和專利制度間的連結關係存在著許多顯而易見的爭議。如何利用這些連結關係來增進傳統知識的保護已成為許多人關注的議題<sup>163</sup>。在此應回歸到專利制度立法目的之探討，以求進一步清楚討論專利制度與傳統知識的連結關係。而關於專利制度的主要立法目的為何各國已有共識存在。分述如下：首先，使具備專利要件的發明能夠獲得排他權利的保護；再者，從防衛面向觀之，確保無法符合專利要件的發明無法取得專利相關權利的保護<sup>164</sup>；除此之外，專利制度亦存在這一個相當重要的資訊上目的，即保證對第三人揭露所有和發明相關的資訊以作為取得排他權利保護的對價<sup>165</sup>。

<sup>159</sup> *Id.*

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

<sup>161</sup> *Id.*

<sup>162</sup> *Id.*

<sup>163</sup> See 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>164</sup> To ensure the denial of rights to inventions that are already known or lack a sufficient level of inventiveness.

<sup>165</sup> Erstling, *supra* note 36, at 297-298.

故欲透過專利制度來保護傳統知識的國家，應回歸到上述的三大立法目的，且相關措施的制定亦須反映出上述的立法目的。而透過此三大立法目的循序漸進的研討，無非就是希望相關立法或是保護機制的制定，能夠聚焦在提供傳統知識防衛性的保護、傳統知識的揭露制度和惠益分享機制、以及讓符合專利要件的傳統知識能夠取得專利保護此三大重點上<sup>166</sup>。

### 第三項「植物品種權」與「實用新型」

就既有的智慧財產權制度中，這兩種型態似乎是最可能實踐的選擇。「植物品種權」(Plant variety protection 簡稱PVP)容易獲得且申請費用較低廉。另外，這些傳統知識的持有者有時候同時也是育種家，故透過植物品種權來保護其傳統知識為一可行做法。但至今為止，很少原住民社群透過PVP來做為保障機制<sup>167</sup>。主因和多數原住民社群並不知悉相關保護制度存在有很大的關係。

而實用新型(Utility models)則可用來保護無法符合專利要件的傳統知識。實用新型制度對於進步性的要求沒有這麼嚴格，但保護期間相對而言比較短<sup>168</sup>。大約介於八至十年間。對於奠基在既有創新的創新技術或是產品而言，因在原創性以及商業潛力上貢獻較少<sup>169</sup>，很適合透過實用新型加以保護<sup>170</sup>。

實用新型的專利在保護要件的檢視上較專利制度寬鬆。其發明者的貢獻程度雖不足以賦予二十年的獨占權利，但該創新確實有避免被免費使用的價值存在。這樣的一個制度，對於想將傳統知識商業化的持有者而言，在更進一步創新以及開發新的市場產品提供相當大的助力<sup>171</sup>。

有想法提出實用新型制度其實可比照典型的專利制度設計。諸如以一個完整的定義來架構保護客體、授權以及強制授權條款、可專利性的內容(criteria)、以及相關登記程序、還有檢驗以及授與專利的程序都可參考專利制度<sup>172</sup>。惟國際上的實用新型系統差異

<sup>166</sup> *Id.* at 298.

<sup>167</sup> Dutfield, *supra* note 15 at 107.

<sup>168</sup> *Id.*

<sup>169</sup> 對於持有傳統知識的中小型企業或是個人企業特別好用，將從中獲益良多。Krishna Ravi Srinivas 教授強烈建議開發中國家可以嘗試透過實用新型來保護其傳統知識，因適用上不需要太多的修改便可直接用以保護傳統知識，本質上並無太大的衝突，故其認為應會有十分良好的成效。

<sup>170</sup> Krishna Ravi Srinivas, *supra* note 163, at 100.

<sup>171</sup> *Id.* at 100-101.

<sup>172</sup> *Id.* at 101.

極大，肇因於並沒有一個共同的國際條約或是公約來作為標準；但對於開發中國家的原住民社群而言，不失為一個可行的保護機制。<sup>173</sup>

#### 第四項 營業秘密

雖然在原住民社群中，知識的分享是很普遍的現象，但對於所有傳統知識的治療者(healer)、專家或是家族(lineage)而言，其可能並不願意和所有人分享自身所持有的傳統知識<sup>174</sup>。

在保護客體要件部分，因為營業秘密制度的保護並不限於該傳統知識只能被一小群人所有的情形，因此得以和傳統知識的集體性特色和平共存<sup>175</sup>。

在此情形下，1993年美國國會研究處(Congressional Research Service)於相關報告中做出了回應，其提到：「如果巫師或是特定人持有或所有特定的傳統知識是因為他在這個社群裡面的特殊地位，那整個社群都可以享有此知識因營業秘密所產生的權利。因此如果有任何公司以不正當的方法來獲取此傳統知識，則可以透過法律上行動的採取要求該公司賠償整個社群。」若由這個角度觀之，似乎許多傳統知識皆可獲得營業秘密的保障。<sup>176</sup>1997年由美洲開發銀行(Inter-American Development Bank)贊助，於厄瓜多舉行的一項實驗性計畫便嘗試透過營業秘密來保護傳統知識，讓原住民社群能從中受益。

#### 第五項 商標

在商標法保護範疇中，可用來保護傳統知識的為地理標章(certification trade mark)，它可以為小規模的生產者向消費者證明其商品都出產為某一特定地點、依古法所製作，或是使用了使環境永續發展的製造方法。透過地理標章，得以確定該產品經過獨立組織的認定，於品質上有一定保障<sup>177</sup>。

該制度雖立意良好，但在運用到與原住民族傳統知識相關所生產的產品時，並非每個國家都具成效。像是在美國，雖於產品上貼有特定的標籤，標示該產品係由原住民所

---

<sup>173</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 107.

<sup>174</sup> *Id.* at 105.

<sup>175</sup> *Id.*

<sup>176</sup> *Id.* at 105-106.

<sup>177</sup> *Id.* at 106.

生產製造，惟似乎沒有達到預期推廣的效果<sup>178</sup>。

消費者可能並沒有意識到地理標章所標示的意涵，或是說他們根本不在意該產品是否真的由原住民社群所生產製作。更有甚者，縱使看到了該標籤，惟對於產品上所貼的標籤到底代表了什麼意義可能也會造成混淆。<sup>179</sup>

## 第六項 地理標識

地理標識於使用上有相當程度的限制，它僅能用來保護一些飲料和食品。對於傳統知識保護的貢獻在於它可以用來保護傳統的關鍵技術（know-how），且透過管控，讓這些道地原住民產品的經濟價值維持在一定水平<sup>180</sup>。以下試以Basmati rice乙案來探討地理標識保護傳統知識的有效性。

Basmati rice是源於北印度以及巴基斯坦產地的品種，多出口至北美洲以及歐洲，且因為此類稻米品質非常好，也有可能是因為消費者對此品種具有高度的信賴（authenticity），因此銷售價格高昂。也引起了其他人的覬覦。有兩家法國公司便不當利用Basmati rice高知名度銷售自家公司產品，進而影響到北印度以及巴基斯坦的銷售<sup>181</sup>。

過程中印度政府並無意透過既有的法律制度在美國境內保護「Basmati rice」此一名稱，反而是兩個來自美國、一個來自印度的非營利組織集體向美國的農業暨聯邦貿易委員會提出相關保護請求。希望能保存「Basmati rice」的名稱給予產地源自印度以及巴基斯坦的某些品種，但並未被該委員會採納。且印度政府以為加強Basmati rice的市場行銷似乎是更有效率的保護方式。<sup>182</sup>

---

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

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

<sup>180</sup> *Id.* at 107.

<sup>181</sup> *Id.* at 108.

<sup>182</sup> *Id.*

## 第四節 以智慧財產權制度保護傳統知識的適當性

### 第一項 反對以智慧財產權制度保護傳統知識

#### 第一款 智慧財產權制度和傳統知識存在本質上的衝突

關於適用智慧財產權制度來保護傳統知識是否可行，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，反而變相鼓勵大眾不當取得傳統知識；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>183</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>184</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>185</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>186</sup>。

#### 第二款 智慧財產權制度無法將所有傳統知識納入保護

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>187</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礎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技術有使用傳統知

<sup>183</sup> Downes, *supra* note 2, at 257 ; Jay Erstling, *supra* note 36, at 299.

<sup>184</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>185</sup> Erstling, *supra* note 36, at 300-301.

<sup>186</sup> Downes, *supra* note 2, at 257.

<sup>187</sup> Cross, *supra* note 73, at 257,262.

識，則須揭露該知識<sup>188</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，將嚴重影響原住民族的生活，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>189</sup>。

### 第三款 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>190</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>191</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<sup>192</sup>，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

<sup>188</sup> Erstling, *supra* note 36, at 300.

<sup>189</sup> Cross, *supra* note 73, at 259.

<sup>190</sup> *Id.* at 259-260.

<sup>191</sup> *Id.* at 267.

<sup>192</sup> 可參考本章「第一節 智慧財產權制度概述」。

以智慧財產權制度保護傳統知識並不存在正當性(unwarranted)<sup>193</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>194</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>195</sup>。

#### 第四款 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>196</sup>的權利（a person has a moral right to control the product of her labor and creativity）<sup>197</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>198</sup>。

#### 第二項 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>199</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

<sup>193</sup> Cross, *supra* note 73, at 260.

<sup>194</sup> *Id.* at 267.

<sup>195</sup> Cross, *supra* note 73, at 260 ; See WIPO, IGC eighth session, *supra* note 70, at 88, 94,135,147.

<sup>196</sup> Moral right, 亦稱為人格權。

<sup>197</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>198</sup> David R. Downes, *supra* note 2, at 261.

<sup>199</sup> *Id.*

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>200</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。

### 第三項 智慧財產權制度對傳統知識保護的妥適性探討

#### 第一款 傳統知識難以界定概念範疇使得保護成效不彰

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。

#### 第二款 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>201</sup>

---

<sup>200</sup> *Id.* at 256.

<sup>201</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 258.

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>202</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>203</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。

### 第三款 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>204</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>205</sup>

再者，智慧財產權制度並非唯一的誘因來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來鼓勵創新，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>206</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>207</sup>。

---

<sup>202</sup> *Id.*

<sup>203</sup> Cross, *supra* note 73, at 262 ; WIPO, IGC Sixteenth Session Document, *supra* note 30.

<sup>204</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>205</sup> Cross, *supra* note 73, at 259.

<sup>206</sup> *Id.* at 260.

<sup>207</sup> *Id.* at 261.

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，而係置於公共領域供大眾使用<sup>208</sup>。即多數科學領域的基本研究都不受智慧財產權保護<sup>209</sup>。

#### 第四款 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。

#### 第五款 另外建立一套專門立法的可能性

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>210</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>211</sup>

<sup>208</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>209</sup> Cross, *supra* note 73, at 259-260.

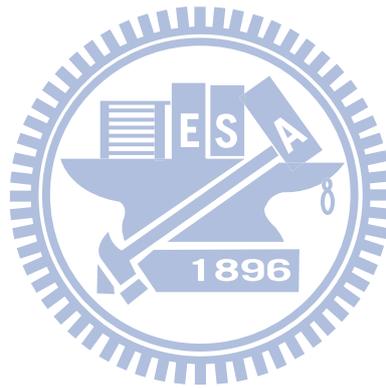
<sup>210</sup> 事前告知同意制度 (Prior Informed Consent, 簡稱 PIC)。

<sup>211</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 12.

#### 第四項 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>212</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>213</sup>。



---

<sup>212</sup> Leistner, *The Positive and Negative Aspects of Traditional Knowledge Protection*, in *Indigenous Heritage and Intellectual Property* (Silke von Lewinski ed., 2004), *supra* note 13, at 58.

<sup>213</sup> Cross, *supra* note 73, at 292.

## 第肆章 從防衛性及積極性面向觀察傳統知識之保護

### 第一節 概論

財產權制度下的權利賦予和免費使用(*free riding*)之間是否存在著溝通的媒介(via *media*)?若答案為肯定,則如何創設出一個能夠回饋傳統知識持有者,同時又使得第三人在某些情形下得取得並使用傳統知識加以創新的彈性制度<sup>214</sup>?

在進行本章的研討時應思考幾個問題:「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>215</sup>。

從第參章的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>216</sup>,適用上可能出現爭議。在此情形下,許多新的保護制度紛紛提出,依著不同的保護目的以及保護需求強度,可分為「防衛性保護」以及「積極性保護」兩個面向來觀察,分別於本章進行討論,惟防衛性與積極性面向兩者之間並不存存在明確界線,仍有模糊空間存在。

防衛性面向的討論,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。

積極性的保護係透過法律機制賦予傳統知識持有者或所有者擁有一項權利(*right*)。即在積極性面向的保護中,給予傳統知識持有者特定的權利,以達到保護傳統知識和傳統知識持有者的立法目的<sup>217</sup>。

<sup>214</sup> Krishna Ravi Srinivas, *supra* note 163, at 98.

<sup>215</sup> Leistner, *The Positive and Negative Aspects of Traditional Knowledge Protection*, in *Indigenous Heritage and Intellectual Property* (Silke von Lewinski ed., 2004), *supra* note 13, at 58.

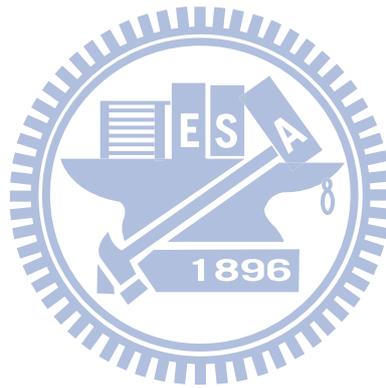
<sup>216</sup> 本文以為兩者本質上的衝突係在於智慧財產權制度將權利歸屬於私人,而傳統知識的集體特性亦表現在權利擁有上,有些原住民族甚至認為讓私人取得傳統知識的權利是十分不敬的做法。

<sup>217</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*

依著保護目的的不同，該權利除了可以提供防衛性的保護外—避免傳統知識遭受不當取得，對於他人取得其傳統知識，或之後是否得以進一步利用該知識亦擁有管控的權利，並保障第三人從利用傳統知識中所生的利益須惠益分享與傳統知識的持有者或擁有者。而以上所述，通常係透過ABS制度為之<sup>218</sup>。

本文關於積極性面向保護除透過智慧財產權制度加以研討外，另一個角度則從根本上質疑現行的智慧財產權制度對於傳統知識保護的有效性以及適當性，創設出新的財產權制度、以及有別於既往的專門立法。

目前在國內立法實踐的過程，有越來越多的國家，特別是自然資源豐富的國家，皆透過專有立法的方式來保護國內的傳統生物多樣性知識，除因應傳統知識的動態特性外，<sup>219</sup>亦希望彌補現行智慧財產權制度的不足之處。



---

(Charles R. McManis ed.,2007), at 242-279.

<sup>218</sup> *Id.* at 257.

<sup>219</sup> *Id.*

## 第二節 防衛性保護—調整專利制度及創設新制度

本節試從防衛性保護面向切入，主要目的在避免傳統知識的不當取得。在調整現行智慧財產權制度的相關討論中，除了提及專利以及著作權制度外，亦有建議提出，以營業秘密制度<sup>220</sup>來保護相關的傳統知識<sup>221</sup>。本文主要著重於專利制度的討論，提出了「揭露制度」和「傳統知識資料庫的建立」；學理上亦有「不公平競爭」和「不當取得制度」的提出。

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>222</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<sup>223</sup>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。另外也有發展一套控制不當取得的制度<sup>224</sup>、以及透過不公平競爭模式來保護傳統知識的聲音出現，以下分別介紹之。

### 第一項 從調整現行制度以及創設新制度兩方面著手

因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>225</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

<sup>220</sup> 如「第參章、第二節」所述，若欲透過營業秘密來保護傳統知識，該知識必然存在著商業上的價值，且係有可能透過「秘密」的形式加以保護；傳統社群得使用此傳統知識，並可以和第三人簽訂契約約定具體報酬，讓該第三人以營業秘密的方式來使用該知識。

<sup>221</sup> Krishna Ravi Srinivas, *supra* note 163, at 86.

<sup>222</sup> Erstling, *supra* note 36, at 315.

<sup>223</sup> 於第三節進行更詳盡的討論。

<sup>224</sup> 係由學者 Correa 提出。

<sup>225</sup> Downes, *supra* note 2, at 255.

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>226</sup>。除此之外，還有很多例子指出若將發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>227</sup>。

#### 第一款 調整專利制度—將傳統知識視為先前技術或納入先前技術搜尋程序

為解決上述剽竊傳統知識進而取得專利權保護的情事再度發生，希望透過刻意揭露傳統知識、使用該知識的發明等資訊，使相關資訊得成為先前技術而阻卻第三人使用該傳統知識的專利申請案，防止第三人的專利申請案通過後反而阻卻了傳統知識持有者使用該知識的權利<sup>228</sup>。

承上述，防衛面向的保護因此和專利法中的先前技術(prior art)概念產生了直接的連結關係，而可被粗略的定義為「早於提交日(filing date)、優先權日(priority date)以及發明日(invention date)前存在於公領域的資訊」。

在專利審查過程中，專利審查員係比較該申請案中的相關聲明(claim)和既存的相關先前技術之間有無不同之處。以台灣專利法中的發明專利為例，若和先前技術相較之下具備新穎性(novelty)和進步性(inventive step)<sup>229</sup>則可授予專利權的保護。因為專利審查員係透過先前技術的檢驗來決定是否賦予專利權的保障，因此若欲採防衛性保護策略則勢必要將傳統知識納入先前技術中，方能發揮效果<sup>230</sup>。

惟應如何將傳統知識納入先前技術中呢？可從兩個面向來思考。一個面向為讓傳統知識符合國內專利法的要求得以被認定為「先前技術」<sup>231</sup>；另一個面向則為讓專利審查員得以輕易的取得(access)相關資訊，以利先前技術的搜索(prior art search)<sup>232</sup>。

這樣的想法現實上也遭受了困難。現今各國以及區域性的相關立法中，對於構成先前技術的標準不一，因此在該發明是否具備可專利性的評估上，就無法有一致的標準<sup>233</sup>。

---

<sup>226</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 13, at 60.

<sup>227</sup> Leistner, *id.* At 59-60.

<sup>228</sup> Erstling, *supra* note 36, at 316.

<sup>229</sup> 另外尚須符合實用性或稱產業上可利用性 (useful or industrial applicable) 的要件，但因該要件的檢視與先前技術並無直接關連，故不加以討論。

<sup>230</sup> Erstling, *supra* note 36, at 316.

<sup>231</sup> To meet national patent law requirement to be counted as prior art.

<sup>232</sup> See 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) [*hereinafter* WIPO, *Mechanisms for Defensive Protection*] ; Jay Erstling, *supra* note 36, at 316.

<sup>233</sup> Erstling, *supra* note 36, at 316-317.

舉例而言，在揭露方式上，可否口頭告知或必須要以書面為之便有所差異；縱使將口頭揭露也納入先前技術中，在揭露的地理區域限制上各國標準也不一樣。國內以及區域立法上常要求該揭露須在當地(local)發生，因此就會產生該傳統知識在某些國家或是某些區域可以構成先前技術，但在某些地方就無法被認定為先前技術。在傳統知識通常係透過口語傳播以及在當地使用的情形下，這樣的限制將會產生諸多爭議<sup>234</sup>。

## 第二款 創設新的防衛性保護措施

在非財產權角度的探討中，有提出以不公平競爭模式來替代財產權制度，緩和財產權制度下排他性權能與免費使用兩者間的零和關係；亦有透過不當取得制度直接回應防衛性面向保護下避免不當取得的立法意旨。惟現狀下關於「不當取得(Misappropriation)」此一名詞的確切內涵為何仍存在著相當大的模糊空間，造成了討論上聚焦的不易<sup>235</sup>。以下試從創設該制度的Correa相關論理出發，輔以Dutfield的意見進行不當取得制度的討論。

## 第二項 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>236</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。

### 第一款 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不當取得的效果。<sup>237</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

<sup>234</sup> *Id.*

<sup>235</sup> 和生物剽竊名詞存在同樣困境，雖廣泛被使用，但內涵為何並未有明確的範圍界定。

<sup>236</sup> Nunu Pires de Carvalho, *supra* note 217, at 250.

<sup>237</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 110.

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<sup>238</sup>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>239</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>240</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>241</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。

---

<sup>238</sup> Recital(備註部分) 27 states that : Whereas if an invention is based on biological material of plant or animal origin or if it uses such material, the patent application should, where appropriate, include information on the geographical origin of such material, if known ; whereas this is without prejudice to the processing of patent applications or the validity of rights arising from granted patents.

<sup>239</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 111-112.

<sup>240</sup> *Id.* at 112.

<sup>241</sup> *Id.* at 114.

## 第二款 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>242</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，而非不授與專利的原因**，即可以避免此衝突的產生。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>243</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>244</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>245</sup>。

---

<sup>242</sup> *Id.*

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

<sup>244</sup> *Id.* at 113.

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

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>246</sup>

國際糧農用植物自然資源條約(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>247</sup>。惟此部分的保護立法已超越本文研究範圍，故不詳述。

### 第三項 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practioners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>248</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>249</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

---

<sup>246</sup> *Id.*

<sup>247</sup> *Id.*

<sup>248</sup> *Id.* at 114.

<sup>249</sup> *Id.*

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>250</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>251</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>252</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>253</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>254</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>255</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>256</sup>

---

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

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

<sup>252</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>253</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>254</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 115.

<sup>255</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>256</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 115.

#### 第四項 創設新的防衛性制度—不公平競爭模式

早期在討論傳統知識的保護時多偏向以類似專利或是著作權的權利來保護傳統知識；意即給予個人或是社群「財產權 (property right)」，使其得以排除他人使用其傳統知識的權利。但最近關於傳統知識的保護開始傾向以「不公平競爭模式 (unfair competition model)」來規範傳統知識<sup>257</sup>。

和財產權面向不同的是，在此模式下，並不阻止所有關於傳統知識的使用，只有在該傳統知識遭受到「錯誤的 (wrongful)」利用時，諸如詐欺或是違反約定的使用等，此時該原住民社群方得請求彌補 (recover)<sup>258</sup>。國際立法討論已開始朝此方向發展，有些開發中國家的國內立法亦早於國際立法加以採用，本文第陸章所欲討論的秘魯 27811 法案便是一例。惟需注意的是，這些內國法實踐的過程中，有些仍係奠基於財產權的體系下，納入不公平競爭的相關保護制度<sup>259</sup>。

雖然在一些情形中，不公平競爭模式下較嚴格限縮了傳統知識的權利範圍，而不及專利等智慧財產權制度的保護。但就實際上使用的情形觀之，如同上述，有許多理由都支持著智慧財產權制度並不適合用來保護傳統知識的論點<sup>260</sup>。

#### 第五項 創設新的防衛性制度—避免不當取得制度的建立

學者Correa提倡發展避免不當取得的制度 (Misappropriation regime) 來保護傳統知識。基於現況下缺少發展此套制度的經驗，故他在提案中提出了以下的建議：「各國立法有權決定以什麼樣的方式來預防不當取得，這其中包含了刑法上以及民法上的補償辦法 (remedies)，像是停止使用該傳統知識或是提供賠償；以及各國應如何增進原住民社群來行使、捍衛他們的權利。」<sup>261</sup>

另外這樣的制度需要一步一步踏實的來建立。第一步不當取得制度的建立須包含三大要素，即將傳統知識文獻化、證明素材的來源、和事前告知同意制度。聯合國有兩份

<sup>257</sup> Cross, *supra* note 73, at 258.

<sup>258</sup> *Id.* at 258-259: 「This model does not bar all uses if the knowledge. Instead, in most cases a culture could recover only when there is a “wrongful” appropriation or use, such as when someone acquires the traditional knowledge by deceit or bribery, or violates a promise not to use the knowledge in a certain way.」

<sup>259</sup> WIPO, IGC Ninth Session Document, *supra* note 53.

<sup>260</sup> Cross, *supra* note 73, at 259.

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

官方文件<sup>262</sup>都支持著Correa的想法。學者Dutfield以為這樣的一個不當取得制度應該且需要納入不公平競爭(unfair competition)、道德權(moral right)、文化權(cultural right)的概念。<sup>263</sup>

如上述，防衛性面向的保護係為「避免不當取得」以及「未獲授權使用 (unauthorized use)」的情形發生，並未賦予傳統知識持有者或所有者一種特定的權利，後來WIPO在IGC論壇中亦提出了避免不當取得制度<sup>264</sup>。

### 第一款 不公平競爭的概念

不公平競爭可以處理當傳統知識所有者參與和know-how、藥用植物等有關的商業活動時，因其他人以特定的不公平商業慣習(practice)來影響貿易時所生的爭議。巴黎公約第十條之一(Article 10bis)規範了行為因構成不公平競爭的情形而被禁止的態樣<sup>265</sup>，因不在本文研究範圍故不詳述之<sup>266</sup>。

值得一提的是，TRIPs條約在地理標識(Geographical indications, GI)和不揭露資訊(undisclosed information)的相關條文中明白揭示巴黎公約第十條之二(Article 10bis)的立法意旨。同樣的，在WTO下亦規定其會員國必須透過國內法律的制定以避免任何形式地理標識的使用會構成不公平競爭；而在不揭露資訊的相關規定部分也需要提供足夠的保護避免不公平競爭產生<sup>267</sup>。

### 第二款 道德權的概念

---

<sup>262</sup> CBD-COP, *Principles and Guidelines for the Protection of the Heritage of Indigenous Peoples*, Decision V/16.

<sup>263</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 116.

<sup>264</sup> *Id.* at 116-117.

<sup>265</sup> 1. all acts of such a nature as to create confusion by any means whatever with the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities, of a competitor  
2. false allegation in the course of trade of such a nature as to discredit the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities, of a competitor  
3. indications or allegations the use of which in the course of trade is liable to mislead the public as to the nature, the manufacturing process, the characteristics, the suitability for their purpose, or the quantity, of the goods.

<sup>266</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 116.

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

關於道德權(moral right)概念的法律依據為伯恩公約第六條之一(Article 6bis of the Berne Convention)，通常係由確定著作權利的相關保護措施所組成，同時也包含對於修改著作(work)可能造成著他人對作者在名譽或聲譽上的偏見時得拒絕的權利，即所謂誠信權(the right of integrity)。<sup>268</sup>

關於在非商業上不當取得原住民社群傳統知識的搭便車(free-riding)行為，有認為因沒有直接造成損害，在此情形下不須適用不當取得制度加以保護。但有質疑的聲音出現，因在此行為真的沒有任何受害者嗎？

### 第三款 文化權的概念

在上述非商業上不當取得原住民社群傳統知識的情形，可能的爭執為該行為侵害了某些該原住民社群專屬的文化上的權利(cultural right)。關於文化權的具體樣貌，學者Prott列出了一系列個人以及集體得享有的具體文化權態樣，國際立法上或多或少亦有提及並支持。<sup>269</sup>

在此想法下，因此有了以下一系列議題的討論：「保護藝術、文學、科學創作的權利；發展文化的權利；尊重文化身份(identity)的權利；尊重少數民族身分、傳統、語言以及文化遺產的權利；民族得所有自身的藝術、歷史以及文化財富的權利；非強加外來文化於自身民族的權利。」<sup>270</sup>

因此若未經授權使用或是不當使用某族群文化表達的程度已經侵害到該文化價值的來源時，將這樣的使用定位為不當取得是十分合理的想法，當然應依法補償。文化權考量到傳統知識的特殊性和原住民的生活背景，同時也兼顧了原住民人權保護的面向。

---

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

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

<sup>270</sup> *Id.* at 116-117.

### 第三節 智慧財產權制度以外的積極性保護制度

積極性的保護通常都需要創設一套全新的制度，且過程中須仰賴各國政府積極的參與。惟現今國際立法上並無一個積極立法的範例可供參考，造成了積極面向保護制度於發展上的困難。<sup>271</sup>

#### 第一項 財產權制度與侵權制度間的權衡

現今權利發展相關理論以及經驗都指出保護知識或是知識著作的立法機制大致上可分為三類：「財產權制度」、「侵權制度」、「財產權制度以及侵權制度的組合」。以下分別討論之。<sup>272</sup>

財產權制度和侵權制度間差異性為何？財產權制度賦予所有權人排他權(exclusive right)，原則上權利人有拒絕、授權(authorization)、以及決定何種情形下得使用或取得(access)該財產的權利，且得實施上述所有權利<sup>273</sup>。

侵權制度是個現在使用，稍後付出代價(use now, pay later)的制度，因此在使用當時沒有經過權利人同意；但這並非意謂著使用者得不付費即可免費接觸到該權利客體，其須提供擁有人事後的補償(Ex-post compensation)方得免除法律上的責任。這樣的一個特殊制度若適用在傳統知識已廣泛流通，但所有權仍歸屬於原本持有者或所有者的國家，將產生許多好處<sup>274</sup>。

當許多傳統知識都已經落入公共領域的範疇且已不受原本持有者或所有者的控制時，單純在知識上主張財產權並不足以避免傳統知識的不當取得。一個較務實的做法為准許他人繼續使用該知識，但必須對原本的製造者或是提供者進行補償的動作<sup>275</sup>。

針對補償費用的給予應如何處理呢？可透過政府制定法律規範之。另外也可以成立一個私有的集體管理機構(collective management institution)，透過該機構來管控傳統知識的使用、提供授權給使用者、並依傳統知識的使用比例分配補償費用予提供傳統知識供他人使用的權利人。該機構同時也能扮演蒐集並分配依使用者所簽訂的授權契約，於商業上利用該知識時，應分享利益給傳統知識持有者或所有者。這樣的一個集體管理的機

<sup>271</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 110.

<sup>272</sup> *Id.* at 117.

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

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

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

構，以私有的型態存在於很多國家。因此若在法律層面上，傳統知識的持有者或所有者已做好心理準備要讓政府所編制的相關單位來提供同樣的服務時，亦可以由公共的機構來替代，已發揮同樣的功用<sup>276</sup>。

雖然這樣組織的建立得以減少交易成本以及要求據以實施的成本，但在此係希望設計一個有效且合適的特有制度，故經濟效率不能做為唯一的考量。且要使傳統知識的持有者或所有者、以及傳統社群成為這樣機構的使用者和受益者。而他們並不會想要使用一個無法容納他們世界觀以及傳統習俗，反而以其他規範強加在其身上而使其感到不舒服的機制。因此欲建立一套合適且可運作的集體管理機構制度，實仰賴傳統知識持有者或所有者和傳統社群的配合，方有實行的可能。<sup>277</sup>

主張傳統知識為公共財的人們大力反對適用侵權制度來保護傳統知識，因其認為沒有人需要為使用公共領域的知識而付出代價。但這樣的想法並不合理，因為所謂公共領域的概念，對傳統社群而言毋寧是陌生的外來概念，故縱使一個學術研究者在學術期刊上發表某一社群對某一藥用植物的使用方法，也並不代表該社群已經拋棄其對該藥用植物的財產權，或放棄確保該知識以符合族群文化的方式來使用的監督責任<sup>278</sup>。

故從此角度出發，侵權制度並非另一個取代財產權制度的保護方式，應被視為確保傳統知識持有者或所有者和社群能夠順利行使其財產權的方式。<sup>279</sup>

而不管是採取財產權制度、侵權制度甚或兩者兼採來保護傳統知識，都要注意以下的爭議問題：「是否要透過登記制度來主張權利？或是權利因著法律制度而存在，不論其是否有向政府部門提出申請？」<sup>280</sup>

若從一個公平、公正的角度出發，原住民之於傳統知識確係有權利存在，不論其是否曾向政府聲明該權利而影響；而除非該知識的持有者或所有者事先聲明放棄該權利，否則也不會因公眾對該知識的使用而耗盡其權利<sup>281</sup>。

除此之外，納入登記制度將使傳統知識保護制度本身以及在實際執行(enforce)層面上更具效率。且在登記制度下，傳統知識的交易行為在進行上也更容易。因此，在創設

---

<sup>276</sup> *Id.*

<sup>277</sup> *Id.* at 117-118.

<sup>278</sup> *Id.* at 118.

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

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

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

一個全新、特有的制度時應鼓勵採取登記制度，但並非使登記制度成為尋求保護的法律上要件<sup>282</sup>。秘魯的 27811 法案便將登記制度納入，鼓勵原住民社群登記其傳統知識，但縱使未登記的傳統知識仍受到法律上的保護，我國的「原住民傳統生物多樣性知識保護條例草案」亦採同樣見解<sup>283</sup>。

## 第二項 財產權制度

### 第一款 資料庫權

任職於WIPO的Nuno Carvalho提出了將傳統知識資料庫以資料庫權(Database rights)來加以保護的想法。這些年來，將傳統知識文獻化(documenting)並整理歸檔於資料庫中蔚為趨勢。但Nuno Carvalho指出傳統社群和傳統知識的持有者或所有者很少成為負責編譯(compiling)或是所有這些資料庫的負責人。而我們應可以假定這些社群或是傳統知識持有者或所有者會希望能管控其他人接觸該知識、使用這些資料庫資訊，而非是現在我們所看到這些資訊被呈現或是表達的方式。基於這樣的理由，可以發現著作權中關於重製(reproduction)等相關規定並沒有提供足夠的解決方式。Carvalho更進一步提出，有必要建立一個工業財產權(industrial property)資料庫保護的機制，以確保資料庫在內容使用上的排他性，而非僅是像著作權法中處罰重製的情形<sup>284</sup>。

關於上述Carvalho提案的立法依據為TRIPs的第 39.3 條，條文中要求政府需要保護該資料受到不公平商業上的使用，並要求保護該資料的機密性，除非牽涉到公共利益的保護，否則不能任意揭露資料庫中的資訊。在此條文下，縱使該傳統知識已被揭露予公眾，但若受到不公平商業上的使用待遇，仍可受到保護<sup>285</sup>。

故在Carvalho的想法中，可將TRIPs的 39.3 條的立法意旨納入一個全新保護傳統知識的制度中，在此即為建立一個傳統知識資料庫的保護體系。在此體系下納入從TRIPs第 39.3 條衍生出的三項特色<sup>286</sup>：「賦與資料庫權；對未經授權使用的第三者實施(排他性的)

---

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

<sup>283</sup> 本文所參考者為 2008 年 2 月 15 日行政院版本。

<http://www.ey.gov.tw/ct.asp?xItem=41779&ctNode=2294&mp=1> (最後瀏覽日期：2011 年 6 月 16 日)

<sup>284</sup> Nunu Pires de Carvalho, *supra* note 217, at 247-249.

<sup>285</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 120-121.

<sup>286</sup> “The establishment of rights in data ; the enforceability of rights in the data against their use by unauthorized third parties ; and the non-fixation of a predetermined term of protection.”

資料庫權；並未限定一定的保護期間。」<sup>287</sup>

## 第二款 全球生物採集體系

學者Drahos則提出了，基於財產權制度下，創設全球生物採集體系(Global bio collecting society, 簡稱GBS)。透過GBS的創設能增進國際上對與自然資源相關的傳統知識在權利行使上的效能，進而減少交易成本，同時也能增進傳統知識持有者或所有者和商業上使用者雙方對彼此的信任。<sup>288</sup>

GBS參照許多各國國內私人的權利管理機制，以集體管理組織(collective management organization)的形式運作，為一跨國性的組織。和一般私人權利管理機制不同的地方在於其主要任務為實踐CBD第八條j款的立法宗旨，特別是該款中和傳統知識相關的部分。GBS開放給全世界的傳統族群(group)、傳統社群(community)以及私人公司加入成為會員，透過加入會員的傳統族群、社群自願提供並登記其所持有或所有的傳統知識，讓GBS成為傳統知識登記資料庫。而資料庫中的資訊原則上不公開，只會提供已經有申請登記傳統知識之傳統社群的身分。有興趣進一步了解該傳統知識的公司便可和該傳統社群展開協商，透過特定利益的給予來換取接觸該傳統知識的權利<sup>289</sup>。

為增進交易成功的機率使得傳統社群得因此受惠，除了做為傳統知識登記資料庫外，GBS提供了一系列的服務。舉例而言，它可以在雙方締約協商階段提供幫助，因其擁有一系列願協助傳統社群解決法律問題的顧問名單。同時GBS也可以管控傳統知識於商業上的利用，這其中包含了檢驗專利申請案是否使用到該登記資料庫中的傳統知識。而GBS也可以扮演一個公正且獨立的爭議解決平台的角色。GBS的建議或許沒有法律上的拘束力，但仍存在遵守GBS的誘因。例如，不遵守GBS機制的會員將被取消會員資格，若該會員係一家公司，則該家公司則因其不配合GBS運作的負面形象而成人人避之唯恐不及的合作對象<sup>290</sup>。

---

<sup>287</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 121.

<sup>288</sup> *Id.*

<sup>289</sup> *Id.* at 121-122.

<sup>290</sup> *Id.* at 122.

### 第三項 侵權補償制度

侵權補償制度(compensatory liability regime, 簡稱CLR)係由Reichman教授所提出, 和前面其它制度不一樣之處為此套制度如其名稱所指為一套侵權制度, 而非財產權具排他使用效果的制度。如上所述, 侵權制度可使財產權制度運作上更順暢, 希望透過CLR制度做為媒介, 同時兼顧傳統知識持有者, 以及使其他人的利益。在CLR制度模式下, 傳統知識的持有者在一定期間內享有以下的權利<sup>291</sup> :

- 避免後來跟進者以不具原創性的模仿產品取得傳統知識持有者的產品市場<sup>292</sup>
- 從之後利用傳統知識持有者的科學知識加以改進並申請專利保護的創新者身上得到合理賠償<sup>293</sup>
- 得以使用後來跟進者的科學技術以改進原本的產品。<sup>294</sup>

在CLR制度下, 傳統知識被視為「關鍵技術(know-how)」, 或是說其欲提供可被視為關鍵技術的傳統知識一定程度的保護。且此關鍵技術並無法滿足專利或是著作權制度下的成立要件, 但應用上又十分實用的知識。此制度係為了開發中國家所設, 因其企業規模較小, 如同第叁章第二節所述, 既有專利制度在申請階段, 以及他人侵權而欲主張權利時, 所需花費甚高, 對多數經濟上處於弱勢的原住民社群而言, 並不是這麼的適合<sup>295</sup>。

在CLR制度下可以避免第三人「免費搭便車(free-riding)」使用傳統知識的情形。於CLR制度下, 傳統知識持有者雖然沒有獲得排他性的權利, 但當他人不當取得其傳統知識時, 其可以獲得「賠償(compensation)」, 以另一種方式解決了不當取得的問題。CLR制度在傳統知識持有者或所有者係以一個社群的方式組成、且該傳統知識確係具備商業上的價值, 而持有者或所有者也正在使用該傳統知識<sup>296</sup>的情形時能有最良善的運作<sup>297</sup>。

<sup>291</sup> Krishna Ravi Srinivas, *supra* note 163, at 98.

<sup>292</sup> To prevent second comers from entering TK owners' products market with an unoriginal imitation of their product.

<sup>293</sup> To get reasonable compensation from follow-on innovators who make improvements on the scientific knowledge of the TK holders.

<sup>294</sup> To make use of the second comers own technical improvements for improving the original products.

<sup>295</sup> Krishna Ravi Srinivas, *supra* note 163, at 98-99 ; Graham Dutfield, *supra* note 15, at 122.

<sup>296</sup> 若該傳統知識得以關鍵技術(know-how)的形式呈現, 且他人得以進一步改善(improve)該傳統知識的特性, 則此類的傳統知識十分適合以 CLR 制度加以保護。但 CLR 制度並不適合用來解決生物剽竊的問題, 因多數的生物剽竊問題具有跨國的特性, 惟 CLR 制度僅能幫助傳統知識持有者解決國內的不當取得情形。

對於這樣的知識，財產權制度的保護效力似乎過強而造成其他後續產品在創新上的阻礙，且亦有侵入存在於公共領域知識的疑慮。現今還原工程(reverse engineering)應該是被允許的，而非被視為像是賄賂、商業間諜等不合法取得關鍵技術的手段。<sup>298</sup>

在這樣的情形下，隨著還原工程的複雜化，know-how所有人面臨了居於領先地位的時間越來越短的困境。為了合理平衡關鍵技術創作者和之後創新者之間的利益，侵權補償制度有存在的必要性。透過侵權補償制度可以確保在某一特定期間內，欲取得某關鍵技術的使用者須補償該技術的創作者。<sup>299</sup>侵權補償制度特別適合用在領先地位時間短，因此沒有取得營業秘密保護的關鍵技術上。補償費用會給予一個集體的收集體系(collecting society)，而非直接付給know-how所有人。而相較於不當取得制度得適用於不論新舊的傳統知識，CLR無法應用在所有的傳統知識上，僅能適用於創新的傳統知識，為其不足之處。<sup>300</sup>

且CLR制度亦存在著問題。首先是和傳統知識特性有關的問題，即**要找出傳統知識真正的持有者是相當困難的一件事**，特別是在以社群為持有主體的情形時；再者，**確保只有真正的持有者獲得回饋並非易事**<sup>301</sup>。

第二個制度上無法處理的問題則是出現在「創新的本質」以及「如何衡量傳統知識於該研究過程的貢獻。」創新的本質本係奠基於既有基礎上所做的改進，縱使使用了傳統知識，該知識可能僅做為研究的開端，並非該發展過程中最關鍵的部分；或是該傳統知識的用途可能早已為公眾知悉<sup>302</sup>。

#### 第四項 另行創設專門立法

##### 第一款 設置專門立法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

---

<sup>297</sup> Krishna Ravi Srinivas, *supra* note 163, at 99-100.

<sup>298</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 122.

<sup>299</sup> *Id.*

<sup>300</sup> *Id.*

<sup>301</sup> Krishna Ravi Srinivas, *supra* note 163, at 99.

<sup>302</sup> *Id.*

制度來保護其傳統知識<sup>303</sup>。

以秘魯為例，該專門立法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>304</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，詳情請參考本文第陸章部分。

## 第二款 專門立法需考量的相關要點

一個專門立法，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>305</sup>。

舉例而言，CBD 提出以下諸多需考量的要點：

- 不公平競爭、聲譽的不當取得
- 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
- 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>306</sup>

<sup>303</sup> *Id.* at 104.

<sup>304</sup> *Id.*

<sup>305</sup> *Id.* at 104-105.

<sup>306</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]

由此觀之，專門立法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>307</sup>。

此專門立法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，因為專門立法往往會將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>308</sup>。

另外欲使這樣一個專門立法得以順利運作，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>309</sup>。

### 第三款 是否於專門立法中納入原住民族習慣法

另有想法提出專門立法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>310</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>311</sup>

這樣的作法或許能夠符合原住民族的需求，但將會使專門立法體系更加複雜，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>312</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>313</sup>

<sup>307</sup> Krishna Ravi Srinivas, *supra* note 163, at 105.

<sup>308</sup> *Id.*

<sup>309</sup> *Id.*

<sup>310</sup> Available at <http://www.iied.org/> (last visited June 15, 2011)

<sup>311</sup> Krishna Ravi Srinivas, *supra* note 163, at 105-106.

<sup>312</sup> *Id.* at 106.

<sup>313</sup> *Id.*

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，不當取得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>314</sup>。

#### 第四款 小結

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，因此存在於國外的不當取得行為將繼續存在著。

2002年四月，聯合國貿易和發展會議(United Nations Conference on Trade and 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>315</sup>。而此次研討會的參與者則更進一步解釋，一國國內的專利審查機關在國內管轄權範圍內擁有預防生物剽竊以及設置事前告知同意制度的能力，並透過此舉來確保傳統知識持有者或所有者的權利，但若同樣的違法情事係於國外發生則無法於國內採取同樣的法律行動來保護其權益。基於這樣的原故，確有設置國際立法架構來保護的必要。因此便有以上一系列國際立法機制的產生。亦有認為應透過國際立法承認各國國內立法的效力，此舉不僅能避免不當取得情事，也表示出對國內立法的尊重。<sup>316</sup>

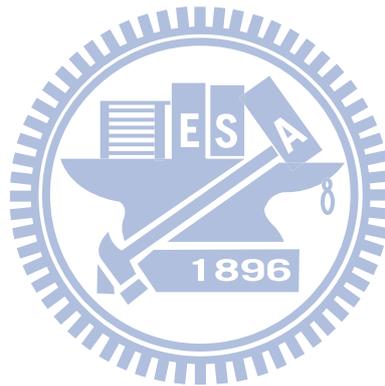
<sup>314</sup> *Id.*

<sup>315</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.

<sup>316</sup> Graham Dutfield, *supra* note 15, at 123.

以一個國際立法來承認各國國內立法的效力聽起來很積極，但要將各個原住民族基於不同態樣的知識而相對應的族內立法體系納入考量，避免不當的給予一致的保護立法。四方理事會(Four directions council)，一個加拿大的非營利原住民組織在呈給CBD秘書處的1996年報告中便指出：「任何想設計一套一致的準則來保護原民知識的制度都有破壞其多樣的地方法律制度的風險存在，且該套一致性的準則未必能符合於任何原住民的價值、概念以及社會體系。」<sup>317</sup>

因此，各個國家不應寄望建立一套可以適用於保護所有傳統知識(one-size fits all)的國際立法機制，任何國際規範都須具備充足的彈性以因應各原住民族族內保護制度法理上的多樣性。若無法將此點納入考量，則該國際規範很可能會失敗。在設置一套特有的制度保護傳統知識時，一定要和傳統知識的持有者或所有者以及其社群保持密切的合作關係<sup>318</sup>，才能規劃出真正可運作的制度，但原住民族在此規劃上往往都被忽略或是受重視的程度並不高。



---

<sup>317</sup> *Id.* at 124.

<sup>318</sup> *Id.*

## 第四節 國際立法實踐

### 第一項 傳統知識保護議題開始受到國際上的重視

智慧財產權和自然資源以及傳統知識之間的互動關係存在已久，除了少數的科學家或是研究員持續關心此領域的發展外，長期來並未受到太大的關注，但當和自然資源有關的傳統知識開始驟減，而其所蘊含的經濟價值逐漸升高之時，此三者互動所產生的環境保育、商業利益以及所有權等議題頓時炙手可熱。而國際立法上的不完整也讓各國在這些議題上產生了許多衝突<sup>319</sup>，特別是在多數傳統生物多樣性知識所有國為開發中國家，多數使用者為已開發國家的生物科技公司的情況下，形成了另一種南北半球的國家衝突<sup>320</sup>。

縱使許多政治人物或是公民社會組織皆持續抵制並譴責不論是商業行為上、公共機構或是國家政府各式不當取得傳統知識的行為所造成不公平、不道德，甚至非法的現象，關於規範傳統生物多樣性知識保護法制應如何制定，各國政府在想法上仍存在著極大的差異。為了回應此政治上的爭議，國際相關立法如雨後春筍般出現，希望解決法律定位的不確定性，但在欠缺完善規劃下，相關立法的制定反而更加速了不當取得行為的惡化<sup>321</sup>。

在諸多國際立法中，最常被討論的係從財產權面向訂定相關法制，以WIPO底下的IGC論壇中所擬的保護草案<sup>322</sup>以及WTO下的TRIPS最具重要性，以下分別討論之。

### 第二項 世界智慧財產權組織下的「傳統知識保護草案：政策目的與核心原則」

WIPO從財產權的角度出發，嘗試透過防衛性(defensive approach)以及積極性(positive approach)兩個不同面向來討論傳統知識的保護制度<sup>323</sup>。2000年WIPO成立IGC論壇專職討論傳統知識的保護議題。在經過一連串的討論之後，IGC於第八次的會期時完成了傳統知識的保護草案，名稱為「傳統知識保護草案：政策目的與核心原則」。該草案主要分為立法目的(Policy Objectives)、指引準則(Guiding Principles)、條文(Substantive

<sup>319</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 3.

<sup>320</sup> 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)。

<sup>321</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 3.

<sup>322</sup> WIPO, IGC Sixteenth Session Document, *supra* note 30.

<sup>323</sup> See WIPO website: <http://www.wipo.int/tk/en/tk/>

Provisions)三大部分。

IGC論壇早期關於保護制度的討論多偏向防衛性質的保護(defensive protection)。諸如既有專利制度的調整，讓專利審查員於審查階段得接觸並使用傳統知識以檢驗該傳統知識是否為專利申請案的先前技術以避免不當專利的授與；或是將傳統知識文獻化進而出版<sup>324</sup>。

但近期關於以一個積極性、全新創設的立法來保護傳統知識有越來越多的實體討論出現。2002年6月，於IGC的第三次會期首先出現第一份相關討論文件。WIPO準備了一份名為「以全新制度保護傳統知識要素分析<sup>325</sup>」的報告。

在探討傳統知識的保護法制應如何制定時，從WIPO針對「透過既有的智慧財產權制度來保護傳統知識」的一份調查文件<sup>326</sup>中可以窺知各會員國的想法，同時該文件也為諸多學術上的討論提供了實證的基礎。

多數會員國都認為不管是透過新權利的創設或是修正既有的智慧財產權制度都是可行的方式，並沒有針對以既有的智慧財產權制度來保護傳統知識有根本上的爭執，而欲以全盤推翻<sup>327</sup>。故目前以防止不當取得為規範發展重心。

### 第三項 生物多樣性公約和與貿易有關之智慧財產權協定間的調和

國際上有諸多協定探討到傳統知識持有者的權利，其中CBD、TRIPs以及PCT在專利制度和傳統知識的互動關係上特別有所著墨<sup>328</sup>。

WTO於1986至1994的厄瓜多回合(Uruguay Round)中所產生的多邊貿易協定—TRIPs，在現今國際立法中係訂定各會員國國內智慧財產權制度標準(the standardization of national intellectual property rights)的關鍵協定。因其係在WTO下所簽

<sup>324</sup> Dutfield, *Global Intellectual Property Law*, Uma Suthersanen at 342. (2008).

<sup>325</sup> 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). [*hereinafter Sui Generis System to protect TK*]

<sup>326</sup> 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), para. 19. [*hereinafter Existing IPRs to protect TK*]

<sup>327</sup> Leistner, *The Positive and Negative Aspects of Traditional Knowledge Protection*, in *Indigenous Heritage and Intellectual Property* (Silke von Lewinski ed., 2004), *supra* note 13, at 59; Erstling, *supra* note 36, at 307.

<sup>328</sup> Erstling, *supra* note 36, at 301.

署，故WTO各會員國為其當然會員，有遵守該協議的義務<sup>329</sup>。

相較於 CBD 於立法上的寬鬆、無拘束力，TRIPs 係有拘束力的協議，各會員國須遵守其意旨來修改國內立法，無怪乎開發中國家會提案修改 TRIPs，以規範各先進國家的智慧財產權制度，特別是專利法的部分。

#### 第一款 是否將揭露傳統知識來源視為專利取得要件

CBD於伯昂準則中關於納入揭露要件以保護傳統知識採取拘束力中等 (the middle prong) 的提案，將揭露傳統知識的來源做為強制要件(mandatory)<sup>330</sup>以下簡介之。

CBD將傳統知識來源的揭露做為專利取得要件，而TRIPs在揭露制度的相關探討中係保持沉默的立場。在CBD下，國家有權運用其主權來決定自然資源的使用。當與自然資源相關的傳統知識遭受到不當取得時，開發中國家認為修改既有的專利制度係避免生物剽竊<sup>331</sup>的重要步驟。而在TRIPs中納入傳統知識來源的揭露是確保TRIPs會員國實踐此義務最簡單的方式。

如上述，和TRIPs相較之下，CBD的施行機制拘束力並不強，有些國家雖然有加入CBD但亦沒有批准(ratify)揭露制度的納入，美國就是最佳的例子，因此開發中國家想透過TRIPs的修改訂定統一標準來拘束各國立法<sup>332</sup>。

#### 第二款 是否修改「與貿易有關之智慧財產權協定」納入揭露要件

除 WIPO 的草案之外，國際上從財產權角度來進行防衛性面向保護的討論主要集中於以下爭議：「專利申請案中是否應揭露傳統知識來源？」、「來源的揭露是否應納入專利要件中？」、「若納入專利要件中則有無違反 TRIPs 規定？」相關爭議主要於 WTO 的相關場域(forum)—TRIPs 下進行討論。

提案建議於申請專利時強迫「揭露傳統知識的來源 (Disclosure of Origin)」，係由公民社會中的相關組織首先提出並推動。希望透過這樣的方式能真正落實CBD提出的公平、合理的惠益分享機制，讓傳統知識的取得不僅能夠符合傳統知識所有國國內的相關

<sup>329</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 25.

<sup>330</sup> The middle prong provides that: disclosure of the origin of inventions derived from TK, especially when the traditional knowledge relates to the conservation and sustainable use of biological diversity.

<sup>331</sup> 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自然資源之取得與惠益分享機制之研究〉，《中國國際法與國際事務年報》，17 卷，頁 213-252。

<sup>332</sup> Krishna Ravi Srinivas, *supra* note 163, at 91.

法制，同時也能落實CBD第八條j款的立法宗旨<sup>333</sup>。

之後開發中國家<sup>334</sup>便於WTO提案<sup>335</sup>，希望能夠在TRIPs中納入揭露傳統知識來源的要件以加強對傳統知識的保護<sup>336</sup>，且須進一步舉證證明該傳統知識取得的轉移係符合相關法規<sup>337</sup>。所謂的相關法規<sup>338</sup>，從開發中國家於WTO中針對修改TRIPs的提案可知，係指申請人還須證明該傳統知識的使用符合事前告知同意制度(Prior informed consent，簡稱PIC)，或是名古屋議定書中所揭示的ABS制度，係透過「預先防範」的措施，確保專利取得的正當性及公平性<sup>339</sup>。

在開發中國家所提案的修改建議中，以納入「揭露傳統知識來源」作為專利取得要件引起的反應最兩極。具豐富自然資源的國家理所當然支持該提案；而通常為傳統知識使用國家的開發中國家則持保留態度，並提議資料庫的建立便足以解決相關問題，將於第三款詳述之。

### 第三款 生物多樣性公約和與貿易有關之智慧財產權協定間的互動關係

同上述，由於美國未受CBD拘束，但為WTO會員，而具豐富自然資源的國家亦多加入WTO，WTO因此成為CBD與TRIPs對話與調和之正式而主要的國際組織。WTO多數會員國，特別是開發中國家，都期望CBD與TRIPs能以相互支持(mutually supportive)的方式執行個別的規範<sup>340</sup>。

從文義上觀之，多數國家都同意 TRIPs 與 CBD 在文義上並不衝突，問題在於如何達到相互支持以追求雙贏的目標。在此開發中國家與已開發國家便有相當不同的思惟。

以歐美國家為首的已開發國家主張因為TRIPs與CBD並無相互牴觸，因此無須修改TRIPs，惟可以加強數種可行機制，其中一樣為全球性自然資源和傳統知識資料庫的建

<sup>333</sup> *Id.* at 111.

<sup>334</sup> 係由印度以及巴西為首的開發中國家共同提出。

<sup>335</sup> See 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). [*hereinafter* Note by WTO Secretariat]

<sup>336</sup> 關於揭露制度的提案，因拘束力的不同而有三種版本，此處為拘束力中等的提案，即將傳統知識來源的揭露做為專利取得的要件。

<sup>337</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 110; Krishna Ravi Srinivas, *supra* note 163, at 91.

<sup>338</sup> 此處的揭露制度為拘束力最強的提案，即除了將傳統知識來源的揭露納入專利要件中，同時也要求TRIPs應配合CBD宗旨做出相關修正。

<sup>339</sup> 參見倪貴榮，前揭註 280，頁 243-245。

<sup>340</sup> 同前註，頁 242。

立<sup>341</sup>，以利於專利審查員決定是否授予專利。美國更進一步主張這些傳統知識的相關文件能在網路上取得，係解決生物剽竊的適當作法<sup>342</sup>。

以開發中國家為多數的具豐富的傳統知識的國家，並未否定資料庫或是網路工具的重要性，然卻質疑其侷限性。由於該知識具相當大的廣度和深度，僅透過文書化，難以周延的納入所有知識，特別是在該傳統知識係口語相傳或是以當地語言記錄時尤其明顯。同時也妨礙傳統知識機密性的維持<sup>343</sup>。

#### 第四項 小結：國際立法偏向防衛性的保護

WIPO的IGC論壇所提出的保護草案，於歷經多次會期的修改後仍偏重於防衛性<sup>344</sup>的保護，著重於避免傳統知識被不當使用；惟未來是否朝更積極性的保護值得關注。

現狀下修改TRIPs納入揭露傳統知識來源的要件有實行上的困難，倘納入施行各國國內立法須配合修正，影響層面甚廣，須謹慎為之。故各國國內立法雖然無法將傳統知識來源的揭露作為專利取得的實質要件，仍可透過其他方式確保來源的揭露，同時亦取得和TRIPs的調和；像是將傳統知識來源的揭露視為專利的施行(enforceable)要件，即傳統知識來源的揭露係國內行政程序上的要求，如此便不會產生和TRIPs規範衝突的問題<sup>345</sup>。

惟若從「防弊<sup>346</sup>」的角度出發，以追求TRIPs與CBD能相互支持以達成雙贏為最高目標，使TRIPs架構下的專利制度設計能做政策性或目的性的妥協與修正，以滿足更大了利益公平分配的需求，亦為對開發中國家的尊重<sup>347</sup>。

與傳統知識保護關係最密切的國際法制化活動，未來究竟以何種立法形式與架構出現，係軟法(soft law)或硬法(hard law)，其法律意涵為何，有無監督執行力，或者爭端解決機制的設計，皆值得深入研究。

<sup>341</sup> 係由瑞士所提出，關於傳統知識資料庫的詳細介紹請參酌本章第三節、第三項。

<sup>342</sup> 參見倪貴榮，前揭註 280，頁 244。

<sup>343</sup> 同前註。

<sup>344</sup> WIPO, IGC Ninth Session Document, *supra* note 53, para. 5; IGC Twelfth Session, Geneva, Feb. 25-29, reproduction of Document WIPO/GRTKF/IC/9/5 "The Protection of Traditional Knowledge: Revised Objectives and Principles, WIPO/GRTKF/IC/12/5(c), para.18 (Dec. 6, 2007) [*hereinafter* WIPO IGC Twelfth Session Document]

<sup>345</sup> Erstling, *supra* note 36, at 311.

<sup>346</sup> 即避免不當與不良專利的取得。

<sup>347</sup> 參見倪貴榮，前揭註 280，頁 249。

## 第五節 結語

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>348</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>349</sup>，一個旨在提供防衛性面向保護的制度亦可能間接產生賦予權利的效果；積極性面向的保護制度有時也能產生避免不當取得的防衛性保護。且就制度面觀之，一部法案中亦可能同時存在防衛性與積極性兩種面向的保護制度，而有相輔相成之效果。

因現行智慧財產權制度無法將所有傳統知識納入保護範疇，造成生技公司剽竊傳統知識的情形頻傳，故對許多國家及非政府組織而言，透過防衛性制度避免傳統知識的不當取得有其必要性存在<sup>350</sup>。現今許多防衛性制度係針對現行智慧財產權制度所做出的修正，故相較於積極性保護，實行的可能性較高<sup>351</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，目前專門立法的設置多為國內立法層次，未來是否帶動國際立法設置專門立法來保護傳統知識，頗值關注。

而在積極性面向的保護下，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，即需要使該傳統知識具有「獨立存在(to be let alone)」的權益。<sup>352</sup>

讓世代傳承下來的傳統知識能「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？<sup>353</sup>

<sup>348</sup> Krishna Ravi Srinivas, *supra* note 163, at 86.

<sup>349</sup> *Id.* at 87.

<sup>350</sup> Dutfield, *supra* note 15, at 110.

<sup>351</sup> *Id.*

<sup>352</sup> Leistner, *The Positive and Negative Aspects of Traditional Knowledge Protection*, in *Indigenous Heritage and Intellectual Property* (Silke von Lewinski ed., 2004), *supra* note 13, at 59.

<sup>353</sup> 將於第肆章、第二節、第五項中進行討論。

抑或是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>354</sup>？進而避免剽竊傳統知識而不當取得專利的情事發生。<sup>355</sup>

上述兩個爭議問題實屬重要<sup>356</sup>，須從法學論理以及實際實行層面同時解決。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>357</sup>

而在積極性面向保護中，尚須注意權利歸屬主體認定困難的問題。縱使欲透過相關制度賦予權利保護，惟因傳統領域的模糊化，故權利歸屬主體認定不易<sup>358</sup>。現今各國國內立法時間多以部落、原住民族整體做為權利歸屬主體，並透過代表組織行使權利，設有專法的秘魯以及紐西蘭都採此方式。



<sup>354</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>355</sup> Leistner, *The Positive and Negative Aspects of Traditional Knowledge Protection*, in *Indigenous Heritage and Intellectual Property* (Silke von Lewinski ed., 2004), *supra* note 13, at 59.

<sup>356</sup> *Id.*

<sup>357</sup> *Id.* ; WIPO Progress Report, *supra* note 354, para. 4.

<sup>358</sup> 參見郭華仁、嚴新富、陳昭華、鴻義章，前揭註 72，頁 64。

## 第五章 已開發國家之國內立法實踐—以紐西蘭為例<sup>359</sup>

### 第一節 概論

第一節概論的部份將針對相關背景知識作簡介；於第二節針對紐西蘭國內法制發展進行研討，就相關部門<sup>360</sup>的工作情形、保護立場為何等進行理解；從經濟發展部(Ministry of Economic Development)所提供的書面實證資料可知，目前應從哪一面向<sup>361</sup>的政策來保護紐西蘭國內的傳統知識，尚未有定論(undetermined)出現，須待2011年年底維坦基法庭(Waitangi Tribunal)做出Wai-262調查報告的結論後才會有進一步的發展<sup>362</sup>。在第三節部分就紐西蘭在國際談判中如何形成其國家立場、國內內部協商如何達成共識等進行詳細的探討；最後於第四節，嘗試就相關實證資料的觀察與分析提出結語。

#### 第一項 毛利傳統知識的性質與重要性

毛利原住民的傳統知識(Māori traditional knowledge)<sup>363</sup>在其身分認同(Māori identities)上扮演著舉足輕重的角色。如同本文於「第貳章、第一節 傳統知識之性質與重要性」所探討的，傳統知識在文化、經濟、生物保育等方面都具有豐富價值；同理可證，傳統知識在紐西蘭的文化認同上、商業貿易上、生物多樣性的保護、科學研究，以及創新方面等等亦具價值和重要性<sup>364</sup>。

紐西蘭境內的毛利傳統知識有十分具體的發展脈絡；有些知識被視為係由特定的部落族群加以管控，並負完全的責任；有些則被視為屬於紐西蘭全體人民(all New Zealanders)所享有<sup>365</sup>

<sup>359</sup> 本章節以『國立交通大學科技法律研究所倪貴榮教授赴紐西蘭考察傳統知識保護制度，與「經濟發展部」(Ministry of Economic Development)、「外交貿易部」(Ministry of Foreign Affairs and Trade)以及「毛利事務部」(Ministry of Māori Development)的實證訪談記錄。』作為主要的參考，並輔以經濟發展部門所提供的書面實證資料。

<sup>360</sup> 紐西蘭在傳統知識保護議題上主要由「經濟發展部」、「外交貿易部」、「毛利事務部」三個部門攜手合作，此三部門亦為本次邀請訪談的部門。

<sup>361</sup> 即應以防衛性面向亦或積極性面向來保護與自然資源相關的傳統知識尚未有定論。

<sup>362</sup> 紐西蘭經濟發展部提供的書面實證資料。(以下簡稱 MED 書面)

<sup>363</sup> 以毛利語稱之為「mātauranga Māori」。

<sup>364</sup> MED 書面，同註 362。

<sup>365</sup> *Id.*

## 第二項 紐西蘭國內傳統知識保護法制發展—維坦基法庭的「Wai-262」調查報告

雖然紐西蘭國內目前並沒有任何與傳統知識相關的保護專法出現<sup>366</sup>，但其境內存在為數甚多的毛利原住民，加上其在相關國際條約的談判上都十分積極的參與，遂引起本文欲了解其國內立法進程以及相關國際談判立場的興趣。

關於紐西蘭國內的傳統知識保護法制發展，主要的法律文件研討集中於為維坦基法庭奠基於「1840年維坦基條約」(Treaty of Waitangi 1840)的基礎下所做出的調查報告，簡稱為「Wai-262」；以及經濟部所進行的三階段工作計畫(three-staged work programme)，以下將分別介紹之。

從1990年代中期開始，在維坦基法庭主導下，紐西蘭政府和一群毛利部落原住民<sup>367</sup>攜手展開了傳統知識保護法制的研究調查，嘗試探討政府在與自然資源相關的傳統知識保護議題上最適切的定位<sup>368</sup>。

由於此次的研究調查係由維坦基法庭所召集，該法庭於相關研討上被賦予一定的獨立性，較係立於客觀第三人角度來進行相關研討；相較之下，由經濟部主導進行的三階段工作計畫較能反映紐西蘭政府的官方立場<sup>369</sup>。

### 第一款 維坦基條約簽署過程

關於紐西蘭國內傳統知識的保護法制，可追溯至1840年維坦基條約(The Treaty of Waitangi) 1840的簽訂；該條約奠定了紐西蘭國內傳統知識保護法制發展的法律基礎和將影響未來的發展方向。

1830年代後期，紐西蘭大約有十二萬五千毛利人，以及兩千名來自英國的移民者，且在當時移民人口有越來越多的趨勢，英國王室(British Crown)便思索應如何加強對當地的統治。當時英國王室派陸軍上尉William Hobson和毛利原住民進行協商，希望能夠透過條約的簽訂加強雙方的關係<sup>370</sup>。

<sup>366</sup> 2011年2月交通大學科技法律研究所倪貴榮教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「倪教授赴紐西蘭訪談會議紀錄」)

<sup>367</sup> 毛利原住民族擁有眾多的部落族群，像是 iwi、hapū 以及 whānau 等較知名的部落族群；此處和維坦基法庭共同合作的部落族群係指“iwi”。

<sup>368</sup> MED 書面，同註 362。

<sup>369</sup> *Id.*

<sup>370</sup> <http://www.waitangi.tribunal.govt.nz/treaty/default.asp> : see also <http://www.waitangi>

英國王室在條約中承認毛利原住民身為公民的完整權利(citizenship right)，並允諾繼續提供毛利原住民於地位上、以及相關利益上的完整保護，希望透過利益的交換以獲得毛利原住民對於英國王室統治主權的承認<sup>371</sup>。

受唐懷基條約簽署於 1840 年 2 月 6 日，由上尉Hobson以及數位英國移民者和大約 45 位毛利頭目(rangatira)共同簽署。該條約總共有英語、毛利語兩個版本，但英語版本並非毛利語版本的直接翻譯，造成了兩個版本因文義上的落差而產生的諸多爭議問題，在此並不贅述<sup>372</sup>。

為加強條約的正當性基礎，毛利語版本的條約正本之後便在紐西蘭北島「巡迴」以獲得其他毛利部落頭目的簽署；毛利語版本的條約影本也被寄送到國內各地以獲得各地毛利部落的認可和簽署。但英語版本的條約卻只有在Waikato Heads 以及 Manukau兩處由 39 位毛利部落的頭目共同簽署，正當性遠不如毛利語版本<sup>373</sup>。

## 第二款 維坦基法庭設置背景

維坦基條約制定後，相關內容的施行在許多部分都引起毛利原住民的不滿，認為該條約並沒有完整保障其權益，因此持續的進行抗爭。一直到 1975 年相關抗爭活動大量增加，毛利原住民除了透過當時的法律途徑尋求救濟外，有些人甚至開始在體制外進行抗議<sup>374</sup>。

因此在 1975 年，殖民政府決定設置「維坦基法庭」，以下簡稱『該法庭』，讓毛利原住民能夠在體制內對維坦基條約的相關內容聲明不服，透過獨立於一般司法途徑的專門程序來尋求救濟，希望能夠調和雙方衝突，消弭在相關政策上的對立情況<sup>375</sup>。

該法庭係根據「1975 年維坦基條約」(Treaty of Waitangi Act 1975)所設置，運作架構、程序上等方面主要受該條約影響；之後陸續出現的 1908 年、1988 年，以及其他版本的維坦基條約多少也影響了該法庭的運作<sup>376</sup>。

---

[tribunal.govt.nz/treaty/meaning.asp](http://tribunal.govt.nz/treaty/meaning.asp) (last visited Feb. 17, 2011)

<sup>371</sup> *Id.*

<sup>372</sup> *Id.*

<sup>373</sup> *Id.*

<sup>374</sup> <http://www.waitangi.tribunal.govt.nz/about/established.asp> (last visited Feb. 17, 2011)

<sup>375</sup> *Id.*

<sup>376</sup> *Id.*

### 第三款 維坦基法庭簡介

該法庭為一個永久設置的諮詢委員會，負責監督英國王室(Crown)是否遵循受唐懷機條約來維護毛利民族的相關權益—其中包含對於傳統知識的保護<sup>377</sup>。該法庭專責審理毛利民族提出任何英國王室的不當作為，或是未依循維坦基條約保障其權益等相關告訴<sup>378</sup>。

維坦基法庭可為所有法庭法官(membership)的統稱，同時也可用來指稱個別法官<sup>379</sup>。該法庭的設置願景為 希望能夠調和過去所生的衝突，並建立對於維坦基條約的完整理解，好讓毛利民族和非毛利族的紐西蘭人民都能夠攜手合作，共創雙方人民的未來<sup>380</sup>。

### 第四款 維坦基法庭之職權與審查程序

該法庭負責維坦基條約具體化、明文化的工作。依據 1975 年的維坦基條約法，該法庭享有專有權限(exclusive authority)來判斷 1840 年維坦基條約所代表的法律意涵以及法律效果，其中包含在兩種不同語言版本下所生條約內容以及意涵互相衝突、矛盾的部分<sup>381</sup>。

有別於一般的法律救濟程序，維坦基法庭擁有一套自己的審查程序；在相關爭議問題的解決上扮演著較被動的角色；於人民對政府的作為或不作為聲明救濟時才例外發揮主動積極的特性<sup>382</sup>。

向該法庭主張權利受侵害者(claimants)須提出相關證據證明政府有違反維坦基條約中的相關準則。此時法庭應針對主張者所提出的證據進行審查，並諮詢其他毛利人的相關意見後再決定如何做出回應。而法庭所作的建議並無實質上的法律拘束力(non-binding)<sup>383</sup>，僅提供政策指引的功能，相關政府部門需針對法庭所提出的建議詳加考量，同時諮詢其他利害關係人的想法<sup>384</sup>。

<sup>377</sup> See <http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/> (last visited Feb. 17, 2011)

<sup>378</sup> *Id.*

<sup>379</sup> <http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/treaty/principles.asp> (last visited Feb. 17, 2011)

<sup>380</sup> <http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/about/> (last visited Feb. 17, 2011)

<sup>381</sup> 同註 379。

<sup>382</sup> 倪教授赴紐西蘭訪談會議記錄，註 366，頁 2。

<sup>383</sup> 可能為政治角力的結果，方使得該法庭做出的決定無拘束力，惟仍具有實質影響力，影響著紐西蘭政府的決策。

<sup>384</sup> 倪教授赴紐西蘭訪談會議記錄，註 366，頁 2。

而當法庭針對相關爭議提出報告後，政府部門須進行以下的程序：首先負責處理的政府單位需先確定所有和該份報告有關的政府部門都知道報告該內容，以利相關部門做出適當的回應；同時進一步思考報告中的建議該部門是否可接受、以及是否有可能施行於近期的政策中；而哪些部分在未來還需要進一步的思考與規劃<sup>385</sup>等。該法庭扮演著紐西蘭政府與毛利原住民進行政策溝通的平台。

第五款「Wai-262」調查報告為紐西蘭政府於傳統知識保護政策發展上的重要指引

該法庭係透過條文(articles)、準則(principles)或是調查工作(inquires)、報告(reports)<sup>386</sup>等方式來對維坦基條約進行闡釋和理解。其中一份名為「自然資源、文化以及智慧財產權的相關主張(Flora, Fauna and Cultural and Intellectual Property Claim, 簡稱為 Wai-262)」的調查報告正進行中，已有一些成果出現，預計在 2011 年年底，該法庭將針對該調查做出結論，而該結論將會被紐西蘭政府納入國內立法政策考量，故在紐西蘭傳統知識保護面向的決定上扮演著重要角色；下一節將對「Wai 262」調查報告有較多的著墨<sup>387</sup>。

### 第三項 紐西蘭國內傳統知識保護法制之發展—經濟發展部主導的三階段工作計畫

除了該法庭的相關調查報告外，由經濟發展部主導推動的傳統知識三階段工作計畫(Three Staged Work Programme)在紐西蘭傳統知識保護法制發展上亦具有一定的重要性。相較於該法庭，此工作計畫似乎更貼近紐西蘭的官方立場。

三階段工作計畫希望建立起對於相關爭議問題的認識以及由此所生契機的理解；等明確界定出爭議問題究係為何後，再針對該問題提供相關解決方案<sup>388</sup>。

為針對問題有更詳盡的了解，在 2007 年至 2008 年間經濟發展部舉行了各式各樣的研討，諸如工作坊、研討會等等；同時也邀請毛利原住民，不論係以個人或是部落等等方式為單位針對傳統知識的保護議題做出討論。這些工作的進行都有助於紐西蘭政府對 Wai-262 claim 做出回應<sup>389</sup>。

關於該三階段工作計畫的內容將於本章第二節、第五項進行更詳盡的介紹，因其為紐西蘭國內傳統知識法制發展的重要前哨。

<sup>385</sup> *Id.*

<sup>386</sup> It is through its reports that the Tribunal provides its account of the Treaty principles.

<sup>387</sup> MED 書面，同註 362。

<sup>388</sup> *Id.*

<sup>389</sup> *Id.*

## 第二節 紐西蘭國內立法進程

### 第一項 「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>390</sup>。

#### 第一款 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>391</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。**

<sup>390</sup> 倪教授赴紐西蘭訪談會議記錄，註 366，頁 1。

<sup>391</sup> *Id.*

第二款 保護客體：「Wai-262」將「傳統知識」、「遺傳資源」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>392</sup>。

現今「Wai-262」中與「傳統知識」以及「遺傳資源 (genetic resources)」相關的聲明都被統一 (consolidated) 放入同一聲明中<sup>393</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>394</sup>關於傳統知識的概念範疇方向相一致，且有重疊之處。

第三款 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>395</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>396</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>397</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。

## 第二項 「Wai-262」中的傳統知識保護政策與政府立場之探討

第一款 「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>398</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。

<sup>392</sup> *Id.* at 2.

<sup>393</sup> *Id.*

<sup>394</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>395</sup> 即 plant and wildlife 的意思。

<sup>396</sup> 倪教授赴紐西蘭訪談會議記錄，註 366，頁 2。

<sup>397</sup> *Id.* at 1, 3.

<sup>398</sup> *Id.* at 1.

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>399</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、第三人從不當取得中受益等問題。

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。

#### 第二款 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>400</sup>。

從西元 1986 年開始，毛利語被認定為紐西蘭的官方語言之一，且在這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>401</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

<sup>399</sup> *Id.*

<sup>400</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一章節探討此問題。

<sup>401</sup> 倪教授赴紐西蘭訪談會議記錄，註 366，頁 2。

(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>402</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>403</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>404</sup>，使其得以充分發揮其影響力<sup>405</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>406</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>407</sup>，以利討論所有的相關爭議<sup>408</sup>。

### 第三款 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>409</sup>。

<sup>402</sup> *Id.*

<sup>403</sup> *Id.*

<sup>404</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毛利族代表一同與會。

<sup>405</sup> 倪教授赴紐西蘭訪談會議記錄，註366，頁2、3。

<sup>406</sup> *Id.* at 2.

<sup>407</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>408</sup> 倪教授赴紐西蘭訪談會議記錄，註366，頁3。

<sup>409</sup> 倪教授赴紐西蘭訪談會議記錄，註366，頁5。

### 第三項 從智慧財產權面向討論傳統知識的保護

第一款 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>410</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>411</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>412</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>413</sup>。

<sup>410</sup> Government agrees that the laws weren't protecting TK sufficiently, though the government is not in breach of the knowledge.

<sup>411</sup> 倪教授赴紐西蘭訪談會議記錄，註 366，頁 1。

<sup>412</sup> *Id.*

<sup>413</sup> *Id.* at 3.

第二款 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>414</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 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>415</sup>。

第三款 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>416</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>417</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>418</sup>。

<sup>414</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。」

<sup>415</sup> 倪教授赴紐西蘭訪談會議記錄，註 366，頁 3。

<sup>416</sup> *Id.*

<sup>417</sup> *Id.* at 4.

<sup>418</sup> *Id.*

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>419</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>420</sup>。

第四款 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，針對不當取得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不當取得，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>421</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>422</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>423</sup>。

#### 第四項 紐西蘭政府的傳統知識保護政策

第一款 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>424</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。

---

<sup>419</sup> *Id.*

<sup>420</sup> *Id.*

<sup>421</sup> *Id.*

<sup>422</sup> *Id.*

<sup>423</sup> *Id.*

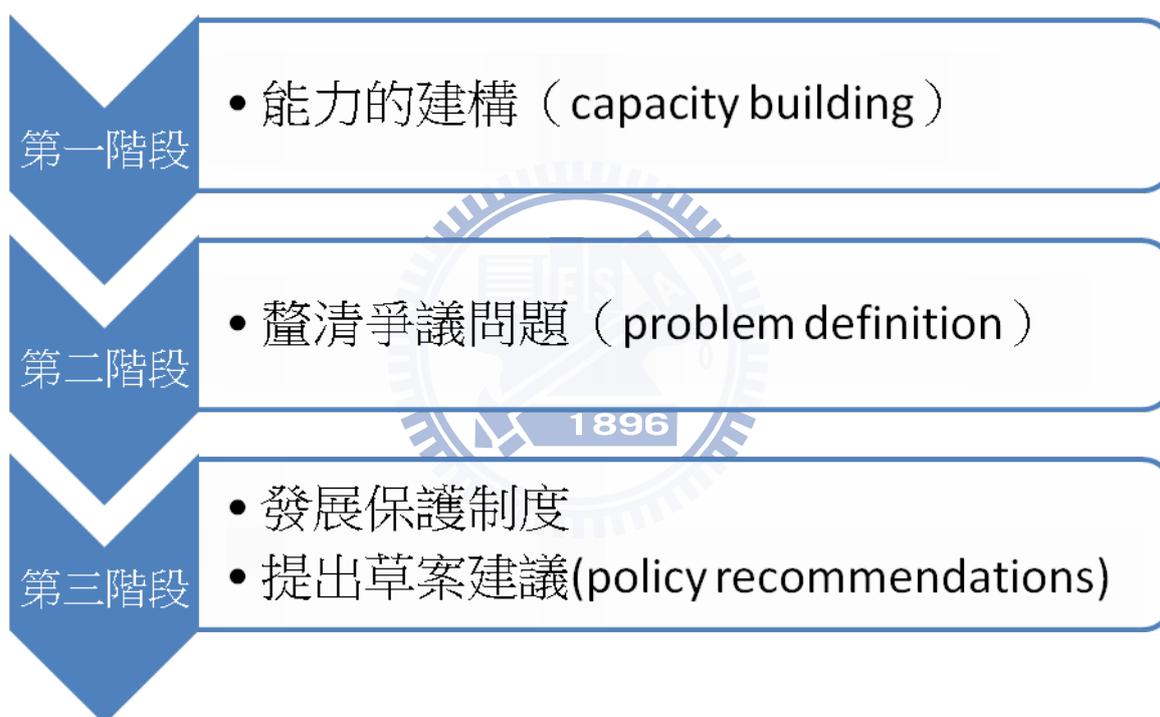
<sup>424</sup> Med 書面，同註 362。

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>425</sup>。

### 第二款 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。試以【表二】表示：

【表二】紐西蘭經濟發展部的三階段工作計畫



(資料來源：本研究整理)

<sup>425</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。

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>426</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>427</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>428</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>429</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 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>430</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>431</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

---

<sup>426</sup> *Id.* at 50.

<sup>427</sup> *Id.*

<sup>428</sup> *Id.*

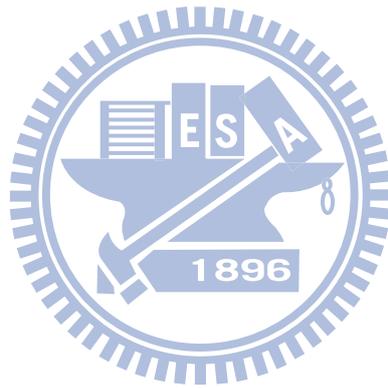
<sup>429</sup> *Id.*

<sup>430</sup> *Id.*

<sup>431</sup> *Id.* at 51.

的訂定能充分回應毛利原住民的需求<sup>432</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>433</sup>。



---

<sup>432</sup> *Id.*

<sup>433</sup> *Id.*

### 第三節 紐西蘭國際立法參與現況

紐西蘭的對外談判代表團通常係由外貿部、經濟發展部以及毛利部門<sup>434</sup>所組成，且該代表團都是依據紐西蘭政府內閣(Cabinet)所通過的協商指令(Cabinet-approved negotiation mandate)來進行相關談判。若相關議題需要更進一步的考慮，該代表團將會向國內相關部門，像是「科學、研究與科技部門 (Ministry of Science, Research and Technology)」進行專家建議的諮詢<sup>435</sup>。

#### 第一項 世界智慧財產權組織

起初IGC論壇中提出了許多相關文件(texts)，但沒有針對這些文件開始進行協商程序。在此情形下，紐西蘭就IGC論壇所提供的許多文件—包含了目前正在進行協商的傳統知識保護草案，都積極參與討論。並依據IGC論壇所提供的相關資料，針對爭議問題就事論事，進行意見的提供，並非國內已有確切的立場形成。因此當IGC改變其立場，決定就相關文件開始進行協商程序之後，紐西蘭的態度便轉趨保守，因目前國內並沒有任何地方政策的出現<sup>436</sup>，而協商程序的進行，便代表著相關國際立法制度的建構，因此任何建議的提出都需要更謹慎，以避免於國際立法所提出的立場和國內之後制定的保護政策產生衝突。

相關文件中確實有一些十分有趣的傳統知識保護模式，針對這些保護模式，紐西蘭並沒有任何低估的意思，但受限於國內立法政策尚未確定，於IGC論壇中亦不敢針對這些保護模式表達支持，以避免日後與其國內立法產生衝突。於其他國際條約的協商上，亦採取於此同樣的角度。

現況下IGC論壇面臨了許多國際組織都會出現的難題，即此份協商文件應賦予何等程度的拘束強度；因著不同的需要，有些國家希望能賦予該國際立法—諸如傳統知識保護草案，較強制的拘束力，但有些則希望能保持國內立法上的彈性。因此如同所有「越協商，拘束力越弱」的國際立法，在最後一回合關於傳統知識保護草案的協商討論中，於各方利益的權衡下，賦予各會員國於國內立法實踐上充足的彈性，相關文字的敘述也較

<sup>434</sup> 此次的訪談係以經濟部為首提供最多的想法與建議；另外兩個部門分別提供了該部門於傳統知識保護議題上的立場以及工作情形等。

<sup>435</sup> Med 書面，註 362。

<sup>436</sup> 倪教授赴紐西蘭訪談會議記錄，註 366，頁 4。

籠統、一般，存在著相當大的操作空間<sup>437</sup>。

## 第二項 名古屋議定書<sup>438</sup>

### 第一款 簡介名古屋議定書

2010年10月30日，於第10屆生物多樣性公約締約國大會(簡稱COP 10)通過了名古屋議定書(Nagoya Protocol on ABS)，就全球自然資源的管理和生物多樣性的保護提出了具體的規定和目標。整個協商過程相當不易，亦遭遇了各國代表談判意見不一致、已開發國家與開發中國家立場常常衝突的情形<sup>439</sup>。

名古屋議定書是規定自然資源利益分配規則的新國際條約，通過適當的資金援助和技術合作來保護生物多樣性，實現自然資源的可持續利用。其目的在於保障自然資源利益的公平分配<sup>440</sup>。

該協定決定就共享自然資源的獲取和受益建立一個國際機制，為各國獲取從真菌、植物到動物基因資源的合作制定了基本規則。協議中規定了源自基因資源的利益如何分享，要求各國政府開始考慮對過去多個世紀以來開發中國家的自然資源被收集、利用而應該獲得補償的問題<sup>441</sup>。

而惠益分享(benefit-sharing)對象僅限於協議生效之後利用的自然資源。同時為加強監管，防止不正當取用，協議中明定自然資源利用國須設立至少一個以上的監管機構<sup>442</sup>。

### 第二款 紐西蘭於「取得暨惠益分享制度」的國際談判為領導角色

紐西蘭於ABS制度下來進行傳統知識保護議題的研討上，於國際上屬於領導的角色，因傳統生物多樣性知識和其保護對紐西蘭境內的毛利原住民族而言，相當重要；因此不管是在利害關係人或是公共的磋商會議(consultations)中，此領域的研討都受到特別

<sup>437</sup> *Id.* at 4, 5.

<sup>438</sup> 雖然本文主要以財產權面向為研究重心，但因設置專門立法的討論中，亦或是國際立法的討論中，對於ABS制度的應用都有所著墨，也將影響WIPO等從財產權面向出發的國際組織於後續的研討，故特別針對2010年方才通過的名古屋議定書加以簡介。

<sup>439</sup> 台灣環境資訊協會網站，<http://e-info.org.tw/node/60649> (最後瀏覽日期:2011年2月20日)

<sup>440</sup> 倪教授赴紐西蘭訪談會議記錄，註366，頁4、5。

<sup>441</sup> *Id.*

<sup>442</sup> *Id.*

的關注<sup>443</sup>。

而在傳統知識的持有主體上，紐西蘭將原住民族視為取得傳統知識的提供者(access provider)，即原住民族亦為傳統知識的正當持有者；而在名古屋議定書的協商過程中，有些代表國係將國家(State)視為取得傳統知識的提供者<sup>444</sup>。

如上所述，因該國代表團都係依循者國內內閣的意見來進行相關的談判工作，故若紐西蘭政府認同名古屋議定書的未來發展重點，則未來將會需要更一步的深入分析，以合適的將該議定書的相關內容納入紐西蘭國內立法中<sup>445</sup>。

### 第三款 紐西蘭政府的態度

基於紐西蘭國內的相關政策方向仍受限於 Wai-262，以及許多爭議問題仍待釐清的情形下，紐西蘭代表團被要求於簽署 (sign up) 該議定書後應針對議定書中所提及與國內爭議相關部分持續進行研討。

在其國內尚未形成共識前，紐西蘭政府其實並不希望進行議定書相關細節的討論，並得到結論 (New Zealand wanted to hold back the conclusion)，但因有許多會員國都希望能夠儘快完成議定書的協商並得到結論，因此不管紐西蘭是否參與其中<sup>446</sup>，名古屋議定書的通過都勢在必行<sup>447</sup>。惟值得慶幸的是，2010年10月最後通過的版本仍提供了紐西蘭於國內立法上的充足彈性<sup>448</sup>。

### 第四款 名古屋議定書不符合毛利民族的期待

而在名古屋議定書通過後，毛利民族針對紐西蘭政府在國際立法層面能夠參與多深，發揮多大的影響力提出了疑問。因該議定書係透過ABS制度的提供來保護傳統生物多樣性知識，旨在增進傳統知識於合法情形下的有效利用，與毛利民族單純想保存傳統知識的看法並不符合<sup>449</sup>。

---

<sup>443</sup> Med 書面，註 362。

<sup>444</sup> *Id.*

<sup>445</sup> *Id.*

<sup>446</sup> 紐西蘭政府一貫的立場為參與其中(not being engaged is not an option)。

<sup>447</sup> 倪教授赴紐西蘭訪談會議記錄，註 366，頁 5。

<sup>448</sup> *Id.*

<sup>449</sup> 多數原住民族都想單純保存傳統知識不受他人利用。

## 第四節 結語

現狀下，紐西蘭政府已和相關利害關係人針對「相關政策的適用範圍」、「該政策應如何運作」以及「更高層次的國際立法如ABS制度應如何於國內發展適用」都已進行討論，惟受限於「Wai-262 問題 (Wai-262 questions) <sup>450</sup>」尚無法進行相關細節的研擬 <sup>451</sup>。

在該法庭的想法中，**所有權議題(Ownership issue)並非十分重要的考量**，其認為在Wai-262 下，毛利原住民在相關議題中所扮演的角色將會越來越重要。因此在權利的賦予上將會有多種層次(multiple layers of rights)，由毛利原住民決定賦予什麼生物(species)哪一層次的保護 <sup>452</sup>。從此一角度觀之，該法庭在傳統知識的保護議題上，將毛利原住民視為舉足輕重的角色。

維坦基法庭已定義出相關爭議問題究係為何，但並未針對傳統知識的使用取得係由誰決定，以及誰是傳統知識的使用取得提供者這兩個問題有所定論 <sup>453</sup>。就紐西蘭政府所提供的實證資料可得知，這兩個問題的答案都是毛利原住民，其國內對原住民族的尊重與保護可見一斑。

在傳統知識保護制度的選擇上，維坦基法庭受限於其他仍待解決的爭議問題，因此沒有下任何的結論，但其認為透過智慧財產權制度會是很不錯的保護方式；惟從實證訪談得知，其他政府部門認為此一看法太過理想化 <sup>454</sup>。

名古屋議定書澄清了許多紐西蘭政府早已知悉、且具急迫性的爭議問題；惟受限於Wai-262，致使相關政策遲遲無法往前推進。但紐西蘭相關部門已體認到，縱使沒有Wai-262，相關政策的發展上仍可以持續進步，因此相關工作都已開始進行，只是尚無法跳脫Wai-262 的束縛 <sup>455</sup>。

而雖然紐西蘭在發展ABS制度以保護傳統知識的相關討論中係居於領導地位，但**其也承認無法發展出一套保護所有事物的ABS法律制度**。其認為現況下紐西蘭雖然沒有一

<sup>450</sup> 即維坦基法庭針對 Wai-262 所做的相關建議一直以來對紐西蘭國內立法影響甚深，因此是否需等待 2011 年年底該法庭關於相關爭議問題的進一步報告提出後，再進行國內立法政策上的建議，正看法皆有。

<sup>451</sup> 倪教授赴紐西蘭訪談會議記錄，註 366，頁 5。

<sup>452</sup> Species are protected regardless of where they are, and others concerning species protected because of what they are.

<sup>453</sup> 倪教授赴紐西蘭訪談會議記錄，註 366，頁 5。

<sup>454</sup> *Id.* at 6.

<sup>455</sup> *Id.*

套ABS的法律制度來保護傳統知識，但國內早已有相關立法針對「取得某些特定的生物或是地點需取得許可（requirement for access certain species and location）」的規定；像是某些事物須經由紐西蘭保育部(Department of preservation)發佈授權即為一例<sup>456</sup>。

在與自然資源相關的傳統知識使用者和提供者之間，紐西蘭政府在應以怎麼樣的角  
度參與其中、深入程度為何等問題上，認為政府應扮演著平衡雙方利益的角色。而這也  
是為什麼在相關問題的考量以及立場的決定上，紐西蘭政府需要更多資訊的原因。因隨  
著對資訊掌握程度的提高，相關決策方能客觀回應現實，找到雙方利益的平衡點<sup>457</sup>。

而紐西蘭除了國內存在為數眾多的毛利原住民族，因而存在豐富的傳統生物多樣性  
知識外；紐西蘭同時亦使用了大量國外的傳統生物多樣性知識；這樣的現實情況也會影  
響到紐西蘭政府相關立場的決定<sup>458</sup>。

針對種種問題，紐西蘭仍回歸其原則——**平衡的維持**，確保不當取得情事的不發生；  
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，諸如傳統知識使用的正當  
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>459</sup>。



---

<sup>456</sup> *Id.*

<sup>457</sup> *Id.*

<sup>458</sup> *Id.* at 7.

<sup>459</sup> *Id.*

## 第陸章 各國國內專法實踐—祕魯、台灣

### 第一節 前言

傳統知識和原住民族的生活存在著密切的關係，在原住民的文化、經濟、以及社會層面上都影響深遠，實有設立專法加以保護的必要。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。本章將透過國內已設有專法的祕魯和台灣進行法制面的相關研討。

於2002年首先於國內設立專法保護傳統知識的祕魯係本文於國內立法實踐部分的研究重心，希望能透過祕魯了解開發中國家的立法思維、並輔以以下三個單位的實證訪談資料<sup>460</sup>，以俾完整理解全球第一部傳統知識保護專法的發展情況。

- 祕魯政府婦女部下「安地斯、亞馬遜及非裔族群發展組織」(Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano 簡稱INDEPA)
- 國家競爭維護與智慧財產保護研究院 (INDECOPI) 下的「創新辦公室」(Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías /Office of Inventions and New Technologies)
- 「生物多樣性保護及原住民集體知識委員會」(National Commission for the Protection of Access to Peruvian Biological Diversity and to Collective Knowledge of the Indigenous Peoples)，簡稱「反生物剽竊委員會」(National Anti-Biopiracy Commission)<sup>461</sup>

台灣於2006年草擬的「原住民傳統生物多樣性知識保護條例草案」，亦為傳統知識保護的專門立法，本文除逐條研析草案內容外，亦進行了實證研究，希望透過草案起草者的實證訪談<sup>462</sup>得以了解法案的設計目的及背後法理，以俾彌補理論研討的不足之處。

<sup>460</sup> 2009年7月交通大學科技法律研究所倪貴榮教授赴祕魯考察傳統知識保護制度，與「安地斯、亞馬遜及非裔族群發展組織」、國家競爭維護與智慧財產保護研究院 (INDECOPI) 下的「創新辦公室」、「反生物剽竊委員會」訪談會議紀錄。(以下簡稱「倪教授赴祕魯訪談會議紀錄」)

<sup>461</sup> 簡稱「反生物剽竊委員會 (National Anti-Biopiracy Commission)」為對抗生物剽竊行為之主管單位，該會於2004年5月1日依據28216法成立。

<sup>462</sup> 2011年3月本文作者分別訪談了草案起草者郭華仁教授以及陳昭華教授。

訪談方法的選擇上，採半結構式訪談，即事先提供受訪者訪談問題，受訪者得針對問題自由、開放回答。訪談問題的設計主要針對立法思維、制度目的以及立法過程的溝通三部分來設計，以俾能夠更精確的解讀此部草案。

## 第一項 秘魯

處於南美洲西北方的秘魯為開發中國家，國內包含了沿海區、安地斯山脈以及亞馬遜河流域等區域，由於境內豐富的地理及氣候型態，造就境內富含生物多樣性。秘魯境內有 44 個在文化上以及民族上截然不同的原住民社群，其多數位於安地斯區以及亞馬遜河流域<sup>463</sup>。

除此之外，秘魯境內光是知名的藥用植物就有 4000 種以上，還有超過 130 種的當地穀物品種；另也含有豐富的動物物種，有五種在地的動物品種，同時在鳥類、爬行動物以及哺乳動物的數量上亦為全世界數一數二<sup>464</sup>。

### 第一款 安地斯聯盟的發展與進程

秘魯因其國內擁有豐富的自然資源相關的傳統知識，故在設置專法保護傳統知識前，相關法制的發展已進行相當長的一段時間，由以參與安地斯聯盟<sup>465</sup>(Andean Community)對其影響最深，許多法理以及制度設計後來都納入 27811 法案中，以下詳述之。

安地斯聯盟係由五個會員國共同組成，是初步理解各會員國傳統知識保護立場的最佳平台，對參與該聯盟的會員國，於各國國內立法實踐上影響深遠。安地斯聯盟關於傳統知識保護法制的發展起始於該聯盟打算透過區域性的立法方式來保護新植物品種。該聯盟於 345 號決定中依「植物新品種保護國際聯盟」(the International Union for the Protection of New Varieties of Plants 簡稱 UPOV)所揭示的制度來保護創造出新植物品種的育種家權利，稱為植物育種家權(Plant Breeder's Right)。

之後該聯盟又做出多號相關決定，所提出的保護機制以及立法討論過程等，皆提供了秘魯於國內設立專法時相當珍貴的參考資料，於 27811 法案中都可看到相關決定的影子，故以下將針對相關決定內容介紹之。

<sup>463</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 770.

<sup>464</sup> *Id.*

<sup>465</sup> 具國際法人地位的區域性組織，會員國包含玻利維亞、哥倫比亞、厄瓜多、秘魯以及委內瑞拉。

CBD第8條j款揭示了保護傳統知識的決心，至1994年安地斯聯盟做出345號決定(Decision 345<sup>466</sup>)以植物育種者權(plant breeder's right)的間接方式來保護創設新植物品種的育種家；

在391號決定(Decision 391<sup>467</sup>)中則提供了一套如何取得(access)並使用與自然資源(genetic resources)有關之傳統知識的運作機制；該機制中同時賦予了原住民社群有決定如何使用特定傳統知識的權利；

486號決定(Decision 486)<sup>468</sup>便奠基在391號決定的基礎上，創造出以防衛性的財產權措施來保護傳統知識。以下將分別介紹345號決定、391號決定以及486號決定對秘魯27811法案產生的影響。

在345號決定中，安地斯聯盟依據UPOV所揭示的保護制度，創設了植物育種者權，以保護創造出新植物品種的育種家。惟協商過程中，遭受某些公民社會中的組織質疑**僅保護透過使用科學方法的新品種，保護範圍過於狹隘**；其認為345決定的第4條：「僅有透過使用科學方法<sup>469</sup>(scientific methods)來推動植物品種發展者方落入植物育種權的保護範疇中。」不當限縮植物育種權的保護範疇。<sup>470</sup>

長期以來許多居住在安地斯以及亞馬遜區域的原住民社群被公認為在保存以及培育新植物品種方面貢獻良多，惟其育種方法並無法完全符合西方社會對於所謂「科學方法(scientific method)」的嚴格定義，進而被排除於保護範圍之外。這個具體爭引發了另一波政策上以及概念上的討論與思考，即345號決定中的第4條是否不當排除了許多可能受到保護的傳統知識於千里之外？<sup>471</sup>

這個具體的爭議問題引發了新一波概念上以及政策上的討論，特別是在秘魯以及哥倫比亞，因這兩個國家皆有尋求更全面的、有效保護原住民傳統知識機制的需求，而非

---

<sup>466</sup> Andean Decision 345 on a Common Regime for the protection of the Rights of Breeders of New Plant Varieties (1994). [*hereinafter* Andean Decision 345]

<sup>467</sup> Andean Decision 391 of the Commission of the Cartagena Agreement introducing the Common Regime on Access to Genetic Resources (1996). [*hereinafter* Andean Decision 391]

<sup>468</sup> Andean Decision 486 on a Common Industrial Property Regime (entered into force Dec. 1, 2000).

<sup>469</sup> 透過植物育種權提供透過科學方法來改良植物品種，使得該品種具全新的(new)、穩定的(stable)、同質的(homogeneous)、且分明的(distinctive)特色的新品種植物立法上的保護。

<sup>470</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 771.

<sup>471</sup> *Id.*

僅是透過植物育種權保護部分的當地農作物和傳統的育種方式<sup>472</sup>。

345 號決定中有個很明顯的特色，即納入了當時熱烈進行的CBD論壇中所討論的取得以及惠益分享<sup>473</sup>自然資源所衍生利益的制度。345 號決定之所以引進ABS制度，係因為很多育種者權所保護的新植物品種都是從當地的農作物或是自然資源衍生而來，與ABS制度的保護客體息息相關，因此透過該制度加以保護係相當合適的方式<sup>474</sup>。

而縱使現實上沒有辦法提供這些「原生(original)」的育種素材一個完善的ABS保護制度，至少在使用這些素材時仍需要引進ABS制度的法理，訂定使用取得這些素材的相關管制規範，以避免不當取得情事發生<sup>475</sup>。

345 號決定中要求各會員國須遵照CBD的相關原則，制定如何取得自然資源權利的規範。該條款建立了使用自然資源制度、植物育種者權、以及智慧財產權制度間的具體關聯，特別是在保護客體為新植物品種以及生物科技發明時，尤其明顯<sup>476</sup>。

1993 年後期，安地斯聯盟展開了 391 號決定的協商工作。過程中發現了自然資源和傳統知識間存在著實質的連結關係，因此於該決定中首度具體承認：「原住民社群有決定如何使用其傳統知識的權利。<sup>477</sup>」

該決定中更具體指出安地斯聯盟的五個會員國須制定並遵守一個共同保護傳統知識的制度。這對五個會員國國內傳統知識保護法制的發展產生了巨大影響，間接推動了各國國內法制的進步。反而是安地斯聯盟內部的發展，雖在 391 號決定中提出了建立傳統知識保護制度的重要性，相關推動卻延滯不前<sup>478</sup>。

在此決定中，傳統知識和自然資源的緊密連結開始受到矚目，而要實現原住民社群的權利則需要在本來的「取得自然資源契約 (Access to Genetic Resources Contract)」中再補充另一份契約的簽訂<sup>479</sup>。也就是說，任何生物探勘的計畫(bio-prospecting projects)若牽涉到傳統知識的使用，則需要在原本已經簽訂同意進行探勘的契約中，另以附件簽

---

<sup>472</sup> *Id.*

<sup>473</sup> 兩者合稱 ABS 制度。CBD 已於 2010 年 10 月所舉行的會員國大會通過名古屋議定書，明確規範了 ABS 制度的相關實行方式。

<sup>474</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 771.

<sup>475</sup> *Id.*

<sup>476</sup> *Id.*

<sup>477</sup> *Id.* at 768.

<sup>478</sup> *Id.* at 769.

<sup>479</sup> *Id.*

署的方式讓原住民社群和申請探勘者有機會針對傳統知識於研究過程中各階段應如何使用進行協商。<sup>480</sup>

1996年所作出的391號決定為全世界第一部建立傳統知識基本保護原則的法律。<sup>486</sup>486號決定便奠基在此基礎下發展，進一步創造出具防衛性質<sup>481</sup>的傳統知識保護措施。意即，任何專利或是智慧財產權的授與，都需要建立在對安地斯社群成員與自然資源以及有關傳統知識的尊重與保護上，方得為之，以保障安地斯聯盟中各會員國的利益<sup>482</sup>。

實際運用486號決定第3條所揭示的尊重原則，可得到若違反該規定者其智慧財產權利的取得將遭到限制的意涵，特別是專利制度中與生物科技(biotechnological)有關的發明。而該486號決定的第26條和75條更進一步指出，在專利審查程序中，若該國國內智慧財產權主管機關發現有任何證據指出該專利使用了安地斯聯盟五個會員國中任何一國的自然資源或是傳統知識，卻未踐行事先告知原住民的保護程序，則該主管機關得中止進行中的專利申請程序；而若該發明已獲得專利權的授與，亦得廢止(annulled)該專利<sup>483</sup>，充分顯示保護各會員國自然資源以及傳統知識的決心。

486號決定中所揭示的防衛性保護措施，為建立具體的智慧財產保護法制奠下很好的基礎。實際運用上，有使用傳統生物多樣性知識的專利申請者，需舉證證明該發明中所使用的自然資源以及傳統知識都是在遵守391號決定下合法使用並取得。若已核發專利後才發現自然資源以及傳統知識的取得過程並不合法，則該國主管機關可做出專利無效(invalid)的聲明<sup>484</sup>。

惟聲明該專利無效，以作為補救措施的方式遭受到某些人的質疑。批評者提出另一個更有效的補救方法，以替代使專利無效的措施。即要求專利權人分享該專利於商業利用中所生的利益予傳統知識被不當取得的來源國<sup>485</sup>以及該國原住民，才是更符合實際情形的作法<sup>486</sup>。

---

<sup>480</sup> *Id.* at 772.

<sup>481</sup> 相較於財產權積極賦與權利人「排他權」，防衛性的保護著眼於避免傳統知識被不當取得。

<sup>482</sup> Article 3 of Decision 486 conditioned a granting of IP rights on a common understanding to respect and safeguard the interests of Andean countries related to their biological patrimony and TK.

<sup>483</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 770.

<sup>484</sup> *Id.*

<sup>485</sup> 傳統知識牽涉到國家主權的問題，有認為傳統知識的所有者應為該國國家，故不當取得傳統知識將侵害到一國的國家主權。

<sup>486</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 770.

486 號決定中要求專利申請者揭露所使用的傳統知識來源，可幫助專利審查機關更全面的搜尋先前技術；而不論該傳統知識是否已經存在於公共領域中廣泛的被使用，也有提供已取得事前告知同意相關證明的必要；當專利審查機關發現專利申請案中使用到某特定的自然資源或是傳統知識時，該審查機關便需要通知國內相關的智慧財產權組織(IP body)，透過該組織通知相關的原住民社群，使得傳統知識來源國家有機會編輯該傳統知識的相關資訊並將其登記成先前技術，以避免不當專利的授與情形<sup>487</sup>。

## 第二款 秘魯國內法制發展沿革

豐富的天然資源，為秘魯發展傳統知識相關保護法制提供了最大的誘因。1996 年秘魯國內與工業產權相關的 **823 法令**(Legislative Decree 823 of the Industrial Property Law) **第 63 條**首度承認有必要建立一個專門制度來保護原住民社群的知識；其中亦包含了傳統知識登記制度的建立<sup>488</sup>。

823 法令成為第一部具體引用傳統知識 (Traditional Knowledge, 簡稱TK) 此概念於其立法脈絡中的智慧財產法律。之後相關條文不僅被秘魯國內的「智慧財產權暨競爭保護國家委員會」(National Institute for the Defense of Competition and Protection of Intellectual Property 簡稱INDECOPI)納入其法令中，同時亦為之後成立具體且專有的法律制度來保護傳統知識奠下基礎<sup>489</sup>。

不久後，依據秘魯國內的 26839 法案在 1997 年制定了「生物多樣性保存及永續發展法 (Law for the Conservation and Sustainable Use of Biodiversity)」具體確定了原住民的知識、創新以及慣習(practice)---通常統稱為傳統知識，為原住民的文化遺產(cultural patrimony)，因此有必要發展具體的機制以及保護工具來規範傳統知識的使用和散播 (dissemination)<sup>490</sup>。

秘魯傳統知識國內保護立法進程中很重要的里程碑，即為國際合作生物多樣性小組 (International Cooperative Biodiversity Group Program, ICBG)<sup>491</sup>所展開的生物探勘計畫。1993 年開始運作的ICBG，其所展開的生物探勘計畫包含了相當多公、私部門的單位，

---

<sup>487</sup> *Id.* at 770.

<sup>488</sup> *Id.* at 772.

<sup>489</sup> *Id.*

<sup>490</sup> *Id.*

<sup>491</sup> ICBG, known as the Peru Initiative.

像是「秘魯國家自然歷史博物館 (the Natural History Museum of Peru)」、「秘魯國內的卡耶塔諾埃雷迪亞大學 (the Cayetano Heredia University of Peru)」、「聖路易斯華盛頓大學 (Washington University in St. Louis)」、「塞爾藥廠 (Searle Pharmaceuticals)」、由「全國亞馬遜民族聯合會 (National Confederation of Amazonian Nationalities, 簡稱CONAP)」代表「秘魯亞馬遜區域的阿瓜魯納原住民社群 (the Aguaruna indigenous communities of the Peruvian Amazon)」。<sup>492</sup>

ICBG計畫預定針對秘魯亞馬遜流域中的醫藥植物展開研究與發展，透過契約成立的各式合作關係開始在參與的機構以及組織間建立。最重要的莫過於在塞爾藥廠和CONAP所代表的原住民社群間建立了關鍵技術(know-how)的授權契約，並透過授權契約規範了該藥廠對阿瓜魯納 (Aguaruna) 原住民社群藥用植物的使用情形。雙方同時也建立了長期以及短期的惠益分享機制條款，其中包含了「首款 (initial payments)」、「分期付款 (milestone payments)」、以及「權利金 (royalty rates)」等不同的惠益分享方式<sup>493</sup>。

後來在1996年，以INDECOPI為首，召集國內相關部門<sup>494</sup>成立工作小組來發展並設計保護傳統知識的專門法制，ICBG的計畫內容遂成為設立專法(*sui-generis*)的立法架構規範雛形。2002年，27811法案集一切大成，正式誕生。

27811法案係由INDECOPI所做成，故秘魯將傳統知識的保護置於工業部門下，在傳統知識保護的討論中似乎著眼於經濟利益方面的考量。

## 第二項 台灣

2005年2月5日公布的原住民族基本法<sup>495</sup>，提供了原住民族基本權利的保障，希望就此促進原住民族的生存與發展。依據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

<sup>492</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 772-773.

<sup>493</sup> *Id.*

<sup>494</sup> 除了INDECOPI外，還包含了以下各專業領域的相關部門：「the Peruvian Environmental Law Society (Sociedad Peruana de Derecho Ambiental--SPDA)」、「DESCO」、「the National Institute for Agricultural Research (INIA)」、「the National Environmental Council (CONAM)」、「the National Institute for Natural Resources (INRENA)」，以及一群固定被邀請與會者，包含了原住民的代表組織，希望能透夠該代表組織的想法及建議，提供可行的傳統知識保護制度。

<sup>495</sup> <http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=D0130003> (最後瀏覽日期：2011年6月27日)

之。」以及原住民族基本法第三十四條：「主管機關應於本法施行後三年內，依本法之原則修正、制定或廢止相關法令。」

故依原住民族基本法的規定，職掌的主管機關原住民委員會應於三年內制定保護原住民傳統生物多樣性知識及智慧創作的相關法規。關於原住民民俗創作的保護，我國於2007年12月26日已發布了「原住民族傳統智慧創作條例」，至於「原住民傳統多樣性知識保護條例草案」<sup>496</sup>則仍在審議階段。

因原住民基本法的上述規定，加上草案起草者之前制訂遺傳資源法的經驗，因此不到一年的時間便完成該草案。草擬的過程中亦有進行部落的參訪以及舉行座談會，使得雙方得就相關制度進行溝通與意見的交換，然後再進行進一步的修訂<sup>497</sup>。

「原住民傳統多樣性知識保護條例草案」最主要的立法考量為傳統知識的保護、保存與利用，避免生物竊取，同時促進傳統知識之進一步的利用。<sup>498</sup>將於本章第三節進行完整的介紹。



<sup>496</sup> <http://www.ey.gov.tw/ct.asp?xItem=41779&ctNode=2294&mp=1> (最後瀏覽日期：2011年6月27日)

<sup>497</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>498</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。

## 第二節 秘魯 27811 法案制度研究

在秘魯，傳統知識的保護被視為推廣公平合理使用，以及讓原住民社群針對傳統知識的取得和使用享有決定權的方法，並達到保護原住民文化遺產的目的。因此傳統知識的保護的確是讓當地社群得以永續發展的重要工具<sup>499</sup>。

### 第一項 概論

#### 第一款 立法背景

在多數國家未制訂保護傳統知識之專門規範的情況下，INDECOPI下的創新辦公室官員Aurora Ortega透露秘魯率先制訂27811法案係因為秘魯是生物多樣性極為豐富的國家，原住民應用於生物多樣性的傳統知識常利於生物科技發展，然而生物資源的提供者與傳統知識的持有者均未因其貢獻而獲得任何補償，促使秘魯決定制訂一套法律制度來規範生物多樣性相關傳統知識的取得<sup>500</sup>。

1996年農業部及INDECOPI開始成立工作小組，發展保護國內生物資源及相關傳統知識的活動。秘魯國內各階層政府決策機關無不朝發展一個專門立法來保護傳統知識的方向努力<sup>501</sup>。

#### 第二款 秘魯傳統知識保護政策發展現況

從訪談INDEPA主席Mayta Alatrística可得知因為傳統知識的保護涉及了許多面向的議題，涉及原住民自身的文化認同等等，再加上秘魯國內存在超過 50 個以上的原住民社群，使用的語言達 12 種，使得秘魯的傳統知識呈現多樣化的發展，差異性大<sup>502</sup>。

基於上述情形，INDEPA主席Mayta Alatrística提到秘魯將發展三項政策來保護傳統知識，分別為：一、發展雙語教學，傳統知識主要倚靠口語世代相傳，但語言可能滅失，自 1950 年代開始編纂字典，以彌補口耳相傳散失的可能風險；二、維持原有土地的完整，傳統知識與土地關係密切，因此需特別維護原有環境的狀態；三、保護生物多樣性。

<sup>499</sup> 倪教授赴秘魯訪談會議記錄，註 362。

<sup>500</sup> *Id.*

<sup>501</sup> *Id.*

<sup>502</sup> *Id.*

27811 法案便係奠基於此脈絡下發展<sup>503</sup>。

### 第三款 原住民如何參與立法過程

由農業部以及INDECOPI共同成立的專家工作小組，因該工作小組的組成包括政府及非政府組織，因此原住民代表組織如CONAP<sup>504</sup>及AIDSESP<sup>505</sup>皆得參與其中，參與討論。

1999年10月，官方報紙El Peruano刊載了傳統知識保護法之立法提案並徵求各方意見，該法的範疇包含傳統知識的保護及生物資源的取得，其為婦女及人權發展部 (Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano/ Ministry for the Promotion of the Woman and Human Rights, PROMUDEH)、婦女及社會發展部 (Ministry of Women and Social Development)、農業部 (Ministry of Agriculture)、漁業部 (Ministry of Fishery) 與 INDECOPI 共同制訂而成。

依據169公約，任何直接影響原住民的立法都應徵詢原住民的意見，因此曾有兩個專題討論會及一個國際研討會在利馬及庫斯科舉辦，並於其中起草「保護傳統知識及生物資源取得制度」的工作文件；其後經過公開徵詢程序，於1999年10月再次向全國原住民公佈，最終發展成27811法案。

此外，27811法案在立法過程中遭遇了許多困難，例如原住民社群的可近性 (accessibility)；氣候或道路的狀況等。以及參與相關宣導活動的原住民人數總是和想像中有所落差。

另外，在策略伙伴的建立及傳達選定活動代表的過程中，因為官方和部落間存有相當距離，故無法對該選任過程加以查證，確認其代表性；其次是原住民社群參加研討會的意願，由於討論的議題十分複雜，通常研討會需進行一整天的時間，這對參加者而言非常耗時；而且許多部落與研討會間的距離十分遙遠，更是增加了參加者的交通成本。受限於此部分人口的經濟能力問題，這些因素對相關的宣導活動造成了先天上的限制。

最後，祕魯境內存在多元的原住民族群亦造成鼓勵原住民參與的困難。因此在各個社群間傳播相關資料時需將各部落的特性，包含語言、文化與地理上歧異之處納入考量。

---

<sup>503</sup> *Id.*

<sup>504</sup> Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú

<sup>505</sup> Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana

#### 第四款 訪談單位介紹

27811法案身為全球第一部保護傳統知識的國內專法，相當具有指標性意涵，為更進一步了解全球第一部保護傳統知識專門立法的實際運作情形，有必要在當地進行訪談，本文擬透過實證資料瞭解秘魯國內相關行政機關的實務經驗，思索應如何於國內建立完善的傳統知識保護法制。共計訪談以下三個單位：

##### 1. 安地斯、亞馬遜及非裔族群發展組織

置於婦女部下的INDEPA<sup>506</sup>於國際上主要參與CBD取得與利益分享工作小組(ABS Working Group)之活動；關於8(j)工作小組(Article 8(j) working group)相關活動則由環境部負責參與。

於秘魯國內，INDEPA在傳統知識保護上負責統合秘魯國內所有與原住民相關的事務，目前為27811法案第37條所揭示的原住民發展基金之主管單位，和INDECOPI同時為反生物剽竊委員會的成員，彼此相互合作。本次訪談對象為INDEPA主席Mayta Alatrística。

##### 2. 國家競爭維護與智慧財產保護研究院底下的創新辦公室

27811法第63條規定INDECOPI下的創新辦公室為傳統知識保護之主要權責機關(Competent National Authority)，所有與原住民傳統知識相關事務之爭執均由創新辦公室先為審理解決。本次訪談對象為創新辦公室官員Aurora Ortega。

INDECOPI下的創新辦公室主要職責規定於27811法案第64條，包含：

- 維護及更新「原住民集體知識之國家公開登記簿」(National Public Register)及「國家秘密登記簿」(National Confidential Register)；
- 維護及更新「傳統知識授權契約」之登記；
- 考量「原住民知識保護委員會」之意見，評估傳統知識授權契約的有效性；
- 依職權或依原住民之申請提起侵權訴訟，規定於27811法案的43條<sup>507</sup>；

<sup>506</sup> <http://www.principal.indepa.gob.pe/> (Last visited Dec. 28, 2010).

<sup>507</sup> Law 27811, *supra* note 9, art.43. states that :「Indigenous peoples possessing collective knowledge may bring infringement actions against persons who violate the rights specified in the foregoing Article. An infringement action shall also be permissible where there is an immediate danger of such violation.

- 處理其他條款委託之事務。

### 3.反生物剽竊委員會

從該委員會簡稱可得知其為對抗生物剽竊行為之主管單位，該會於2004年5月1日依據28216號法成立。反生物剽竊委員會的職責為認定、避免及預防生物剽竊行為，以維護秘魯的國家利益。該會由官方組織代表共十三個單位、非政府組織、原住民代表、學者專家及商務人士組成。

其中由 INDECOPI 擔任主席，負責各單位間之溝通協調。該委員會主要透過網路及資料庫預先防止不當專利的授與，過去亦曾透過外交途徑告知國外專利主管機關，並成功阻止六件專利之核發，但並未進行至他國撤銷專利的工作。本次訪談對象為委員會主任 Jaime Miranda。

## 第二項 27811 法案保護範疇

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。<sup>508</sup>

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行政序中因應現實而有所調整<sup>508</sup>

### 第一款 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>509</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不當取得，達到預防生物剽竊情事的發生<sup>510</sup>。」

---

Infringement actions may be brought ex officio by order of INDECOPI.」

<sup>508</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 774.

<sup>509</sup> Law 27811, *supra* note 9, art.5.

<sup>510</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 774.

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>511</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>512</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>513</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。

#### 第二款 傳統知識<sup>514</sup>概念範疇

關於 27811 法案下的傳統知識保護範疇，從該法案第 2 條相關名詞定義的闡述中即可發現此法案的保護客體為：「與自然資源有關的原住民集體知識(collective knowledge)」<sup>515</sup>。為更進一步理解 27811 法案中的傳統知識意涵，以下將針對 27811 法案所保護的傳統知識，具備了哪些特性詳細介紹。

<sup>511</sup> *Id.* at 775.

<sup>512</sup> Law 27811, *supra* note 9, art. 18.

<sup>513</sup> *Id.* art. 31.

<sup>514</sup> 27811 法案使用「集體知識」的用語替代一般常見的「傳統知識」，似乎較重視該知識的集體性特色。本文將因應不同情狀，分別使用這兩個用語。原則上以傳統知識稱之，例外於討論 27811 法案時使用集體知識的用語，以符合法條文義。

<sup>515</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 775.

## 1. 須具備集體性以及傳統兩大特色

27811 法案第 2 條(b)款為集體知識的定義，從條文中可發現其集體性(collective)特色表現在累積性(accumulated)以及跨世代性(trans-generational)兩個部分；第 2 條(a)款提及原住民族的權利係早於秘魯國家主權而存在。由此可知原住民對於傳統知識的權利係早於秘魯憲法而存在，該傳統知識為跨世代累積下來的成果。

綜合觀察第 2 條(a)款和(b)款可發現基於傳統而生的知識(tradition-based knowledge)體系須具備以下特性：「為世代相傳、和該社群的文化網絡有所牽連、且為因應改變中的環境持續演變中者。<sup>516</sup>」

基於上述對集體知識的理解，27811 法案引進了守護者(guardianship)的概念，賦予既存世代的原住民族們具有保存(preserve)、發展(develop)並管理(administer)這些集體知識的責任，因為這不僅牽涉到這個世代的原住民族們的利益，同時也為了未來世代子孫的權益<sup>517</sup>。

## 2. 保護範圍限縮於與「生物資源」有關的知識

從 27811 法案第 2 條(b)款關於集體知識概念的闡述中可得知，傳統知識係原住民以及原住民社群們，關於與生物多樣性有關的資產(properties)或是具生物多樣性特徵的使用所演變而來。

由此觀之，此處關於傳統知識的保護範疇係限縮於與生物資源(biological resources)有關的部分；再依 27811 法案第 2 條(e)款，更進一步界定了何謂生物資源，其包含了「自然資源(genetic resources)」，「生物體(organisms)」，或是它們的一部分；以及其他在生態體系中與生物有關的組成物，且該組成物對人類具有實質的使用價值或是發展潛力者。

不同社群的原住民族紛紛對於僅保護與生物資源有關的傳統知識表示反對意見。這些受邀諮詢的原住民社群希望能將傳統知識的保護範疇拓展於習俗、具宗教意涵的雕像(sacred icons)、手工藝品等所有和其精神生活有關的知識，因這些知識也遭受到外來

<sup>516</sup> *Id.* at 778.

<sup>517</sup> Law 27811, *supra* note 9, art. 9.

者的不當取得，擅自利用該知識謀取商業利益<sup>518</sup>。

### 3.排除已存在於公共領域的傳統知識於保護範疇外

於27811法案中以原住民以外的第三人是否可以輕易取得該知識來判斷其是否存在於公共領域(public domain)中。若因大眾傳播工具的使用，像是出版，使得原住民以外的其他人得以輕易使用該傳統知識，則判斷該傳統知識已置於公領域中；或是該生物資源的使用方法、特徵(characteristic)已廣為人知時，則亦屬於公共領域的傳統知識。

但這樣例外排除公共領域的傳統知識於保護範疇外，是否合宜存在著爭議<sup>519</sup>。WIPO係站在支持的立場，其認為讓傳統知識於公共領域間流傳，不僅可以讓研究人員和有興趣者得以接觸到該知識進一步加以利用，同時也具有推廣傳統知識重要性的效果，使世人能夠認同傳統知識身為人類集體文化遺產的重要角色。

但因現狀下有十分驚人數量的知識都流傳到了公共領域。縱使原住民族針對公共領域的傳統知識有同意第三人加以使用的可能，但他們可能不太願意和其精神生活、社會脈絡緊密連結的傳統知識被大量的傳播<sup>520</sup>。

為調和原住民族和第三人間的利益，27811法案建立了一個相當重要的先例。若傳統知識係於近二十年內方落入公共領域，則運用該知識而研發出的商品，其於市場販賣的總收入須分享一定比例提供予原住民發展基金。因此原住民族雖然無法反對第三人使用公共領域的傳統知識，但至少可透過原住民發展基金的設置，從該使用中受有金錢上的補償<sup>521</sup>。

### 4.排除原住民族間傳統知識的交換於保護範疇外

因為在不同原住民族間持有同樣的傳統知識的情況，很難判斷該知識的起源係由哪一個原住民族所開始，因此實際的做法便是讓持有同樣傳統知識的不同原住民族都具備該傳統知識的權利<sup>522</sup>。

---

<sup>518</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 777.

<sup>519</sup> *Id.* at 779.

<sup>520</sup> *Id.*

<sup>521</sup> *Id.*

<sup>522</sup> *Id.*

### 第三款 傳統知識權利內涵

以下透過 27811 法案的立法內容嘗試去解析秘魯法制關於傳統知識的權利內涵為何，究竟為一個集體的權利(collective right)，亦或是人格權的概念？還是財產權的面向？

從該法案的第 1 條<sup>523</sup>出發，似乎可看出一點端倪。第 1 條承認原住民可決定如何使用他們的傳統知識以及建構與第三人交易的型態。這部分的法案內容在傳統的智慧財產權保護制度中亦有提及，是生而為人所享有的基本權利<sup>524</sup>。

因傳統知識和原住民族的生活、信仰、習俗以及心靈的滿足與幸福息息相關，故第 1 條保證原住民族有權利決定在其發展進程中，上述各項與經濟發展的優先順序應如何排列。第 1 條透過上述權利的給予，使原住民族得有權掌握其經濟、文化和社會發展於過程中應如何排序。綜上，與原住民族精神生活緊密連結的傳統知識具有人格權內涵<sup>525</sup>。

從 27811 法案第 2 條對傳統知識的定義可得知，傳統知識係集體產生，為原住民社群共同的文化遺產，不應由某特定人受惠，故所產生的利益應由全體社群受惠，並透過社群的代表組織(representative organizations)行使權利，充分展現了傳統知識的集體性特色，故法案中傳統知識的權利內涵應包含了集體性的權利。

從此兩條的立法意涵觀之，27811 法案中傳統知識的權利內涵，涵蓋了人格權以及集體權兩種面向，似乎已進階到為積極性面向的保護。惟該權利內涵是否包含了財產權而具有排他性呢？27811 法案第 1 條僅承認傳統知識為原住民的一種權利，並無明文揭示其已具財產法制度的對世效力。

法案中亦其賦予了傳統知識持有者能夠對第三者主張其利益，即決定是否授與或是保留傳統知識使用權的權利<sup>526</sup>。

---

<sup>523</sup> Law27811, *supra* note 9, art. 1. states that : The Peruvian State recognizes the rights and power of indigenous peoples and communities to dispose of their collective knowledge as they see fit.

<sup>524</sup> 此權利在 391 號決定中亦被提及。

<sup>525</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 774.

<sup>526</sup> *Id.* at 789.

#### 第四款 保護主體

##### 1. 原住民族

27811 法案第 2 條(a)款係關於原住民族(indigenous peoples)的定義，其保護主體限定於：有傳統知識且佔據於特定地理區域生活，同時擁有獨樹一幟文化脈絡的原住民族。該居住於該特定區域的原住民族係自願與世隔離；而居住於農村(rural)等在地尚未和文明社會接觸的原住民社群也屬於本法案的保護主體。

第 2 條(a)款也對原住民族的原生性做了進一步的闡釋。其認為「indigenous」應包含「aboriginal」、「traditional」、「ancestral」、「native」以及其他此類字詞的概念，且彼此可做為同義詞互相替代使用。

##### 2. 不保護原住民社群中的個人權利

27811 法案保護制度的主要特色便係聚焦於由一個或多個原住民群體(group)所共同持有，集體產生的知識<sup>527</sup>，著眼於原住民族整體權益的維護與保障，由法案第 1 條承認原住民族對於傳統知識的權利，以及第 2 條傳統知識的集體性以及跨世代性，不難發現在保護主體上亦存在著「集體性」的特色。

因此在整部制度運作下，利益的分享係存在於社群(community)的層次，並沒有賦與個人權利任何的保護，恰好與現代以個人為保護主題的智慧財產權概念相衝突。但原住民習慣法中的某些傳統習俗與慣習係站在支持於原住民群體中個人仍得享有權利的立場<sup>528</sup>。

##### 3. 原住民社群須透過代表組織行使權利

基於此保護制度的集體性特色，原住民須透過代表組織(representative organizations)的成立<sup>529</sup>方得行使相關權利，且該代表組織制度不能和既有的傳統社會組織產生衝突<sup>530</sup>。只要能與原住民既有的社會組織結構相調和，則不論是透過聯邦(federation)、邦聯(confederation)或是協會(association)的方式成立代表組織，都是可行的方式<sup>531</sup>。

<sup>527</sup> Law 27811, *supra* note 9, art. 10.

<sup>528</sup> 諸如 Gupta, Ruiz 以及 Tapia 等學者不斷強調於傳統社群中，個人享有努力創新成果的重要性。

<sup>529</sup> Law 27811, *supra* note 9, art. 14.

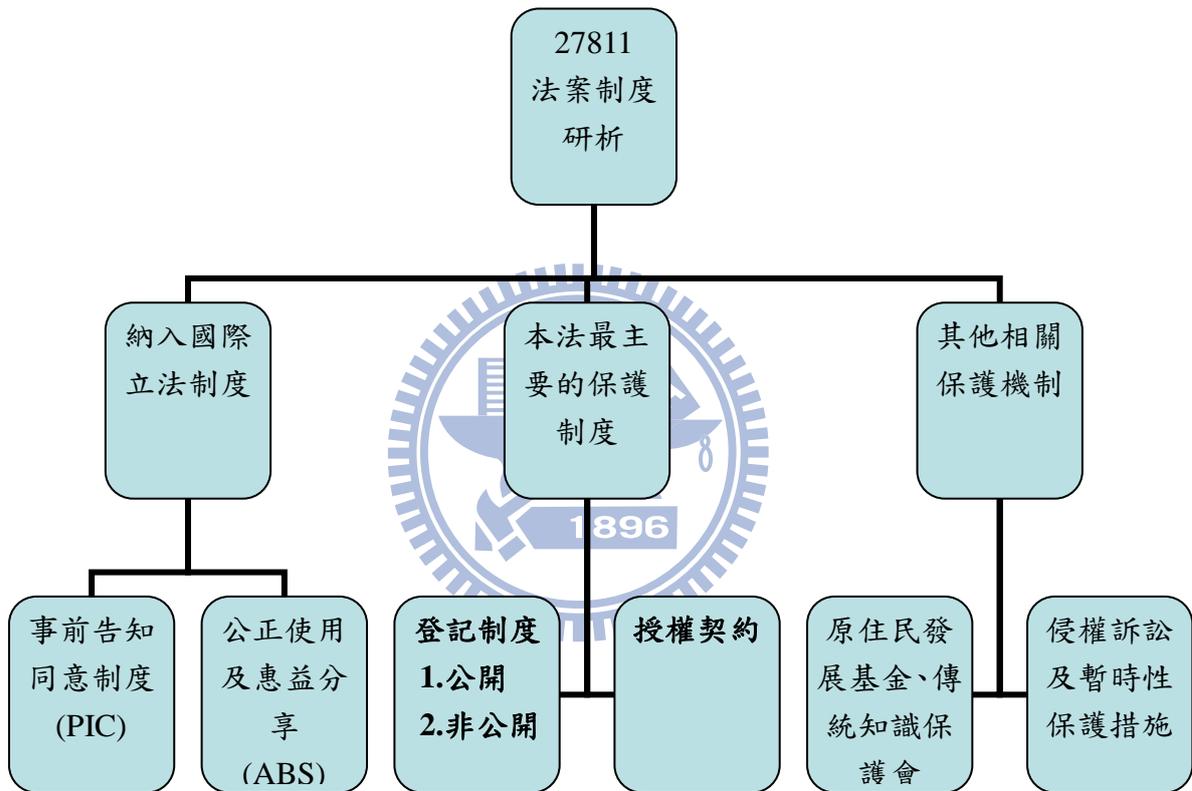
<sup>530</sup> 27811 法案明白指出對習慣法的承認與尊敬，因此相關制度的設置都將原住民的習慣法納入考量中。

<sup>531</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 776.

### 第三項 27811 法案制度研析

在 27811 法案<sup>532</sup>中，透過登記(register)、授權(licenses)、營業秘密(trade secret)<sup>533</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>534</sup>。試透過【表三】來呈現 27811 法案的特別立法架構以及保護制度。

【表三】 27811 法案制度研析



(資料來源：本研究整理)

<sup>532</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>533</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>534</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 773-774.

第一款 27811 法案為專門立法中的宣布性態樣

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>535</sup>所做的報告<sup>536</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>537</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>538</sup>。27811 法案的第 9 條規範了這個世代的原住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>539</sup>係立於管理者(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>540</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

<sup>535</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>536</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>537</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 776-777.

<sup>538</sup> *Id.* at 777-778.

<sup>539</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>540</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。

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>541</sup>。

## 第二款 國際立法的納入—事前告知同意和取得暨惠益分享制度

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

**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>542</sup>為：「對使用傳統知識的特定活動的『授權 (authorization)』」<sup>543</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>544</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>545</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>546</sup>。

<sup>541</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 778.

<sup>542</sup> Authorization granted for a particular activity involving collective knowledge.

<sup>543</sup> Law 27811, *supra* note 9, art. 2(c).

<sup>544</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 781.

<sup>545</sup> Law 27811, *supra* note 9, art. 6.

<sup>546</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 781.

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>547</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>548</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，恐為事實上不可能之情形，因此僅要求盡全力通知即可<sup>549</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。

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>550</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>551</sup>

---

<sup>547</sup> *Id.*

<sup>548</sup> Law27811, *supra* note 9, art. 6.

<sup>549</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 781.

<sup>550</sup> *Id.* at 793.

<sup>551</sup> *Id.* at 794.

## 2.取得暨惠益分享制度

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>552</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>553</sup>

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>554</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>555</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)。

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>556</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>557</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>558</sup>等不同情狀，進一步協商訂定更高比例的回饋金<sup>559</sup>。

<sup>552</sup> Law 27811, *supra* note 9, art. 14.

<sup>553</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 794.

<sup>554</sup> Law 27811, *supra* note 9, art. 7.

<sup>555</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 781.

<sup>556</sup> *Id.* art. 27 (c).

<sup>557</sup> *Id.* art. 8.

<sup>558</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

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>560</sup>

### 第三款 主要保護制度— 登記制度與授權契約

與INDECOPI下創新辦公室官員Aurora Ortega的訪談中得知 27811 號法案主要透過「登記」(register) 及「授權」(license) 兩制度來保護傳統知識，以下將著重於此兩部分的介紹。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>561</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>562</sup>。

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>563</sup>。

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)；

---

比隨機篩選的成功機率高出許多，致使成本大幅降低。

<sup>559</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 782.

<sup>560</sup> *Id.* at 793.

<sup>561</sup> *Id.*

<sup>562</sup> *Id.*

<sup>563</sup> *Id.* at 796.

- 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>564</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>565</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>566</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>567</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>568</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>569</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>570</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，

---

<sup>564</sup> *Id.*

<sup>565</sup> Law 27811, *supra* note 9, art. 16.

<sup>566</sup> *Id.* art. 15.

<sup>567</sup> *Id.* art. 17.

<sup>568</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 783.

<sup>569</sup> Law 27811, *supra* note 9, art. 18.

<sup>570</sup> *Id.* art. 24.

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>571</sup>。屬於積極性保護與消極性保護的交集地帶。

登記制度旨在保存及保護傳統知識，而登記的目的在於回復及交換社群成員的資訊，因為資訊可能在不同活動、年齡或利益族群間流失；而資訊交換亦可能在不同族群間發生<sup>572</sup>。

此外，向INDECOPI申請登記的文件可提供某傳統知識持有者之相關資訊，蓋一般書籍談到某種動物或植物對疾病具有療效時，鮮少提及發展出該傳統知識的原住民；而登記同樣地可表彰某特定原住民主張傳統知識的所有權，及該傳統知識在未經所有人同意而遭使用或不當取得時，可直接受償之對象<sup>573</sup>。

登記制度運作至今，目前國家公開登記簿(National Public Register)已記有 400 件傳統知識，而國家機密登記簿(National Confidential Register)中則有 92 件。惟INDECOPI尚未為了反對某特定專利之申請或核發，將國家公開登記簿(Public National Register)的資訊送至他國專利機關的行動<sup>574</sup>。

## 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規則的規範架構<sup>575</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)」。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>576</sup>。

<sup>571</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 783-784.

<sup>572</sup> 倪教授赴秘魯訪談會議記錄，註 460。

<sup>573</sup> *Id.*

<sup>574</sup> *Id.*

<sup>575</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 784-785.

<sup>576</sup> Law 27811, *supra* note 9, art. 2.

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>577</sup>，並不因此喪失對該傳統知識的管理支配<sup>578</sup>。

在原住民的代表組織要和申請者展開協商時，若涉及其他社群的傳統知識，該代表組織即需要通知相關原住民族的代表組織，通知內容僅限於涉及其他原住民族傳統知識部分，關於申請方可獲得的利益則是機密<sup>579</sup>，避免影響了商業機制的自由運作<sup>580</sup>，相當傳統知識機密性的保護。舉例言之，法案中要求雙方須透過書面明確的列下相關的權利義務，且將此書面內容放入授權契約中<sup>581</sup>。因此授權契約裡有相當仔細的資訊，牽涉到極大的利益，27811 法案便禁止第三方在未得授權契約簽訂雙方的明確同意下，取得契約簽訂的內容<sup>582</sup>。

授權契約於簽訂之後都需要透過向INDECOPI登記<sup>583</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。惟 27811 法案僅要求授權契約應向INDECOPI登記，卻未明確規範未遵守相關規定或違反契約條款、雙方約定的懲罰。

透過與INDECOPI下創新辦公室官員Aurora Ortega的實際訪談得知，授權契約的登記為一項程序，且乃應原住民或其社群的要求而執行，若其未提出，以一個機關的立場而言，並沒有適合的機制去得知原住民或其社群正在與第三人協商簽署取得傳統知識的契約。現狀下多數原住民族並不知曉相關規定的存在<sup>584</sup>。

27811法要求授權契約應向INDECOPI登記，但卻未明確規範未遵守相關規定或違反契約條款、雙方約定的懲罰。授權契約登記為一項程序，且乃應要求而執行，以INDECOPI的立場而言，並沒有適合的機制去得知原住民或其社群正在與第三人協商簽署取得傳統

<sup>577</sup> *Id.* art. 32.

<sup>578</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 785.

<sup>579</sup> Law 27811, *supra* note 9, art. 6.

<sup>580</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 789.

<sup>581</sup> Law 27811, *supra* note 9, art. 27.

<sup>582</sup> *Id.* art. 28.

<sup>583</sup> *Id.* art. 25.

<sup>584</sup> 倪教授赴祕魯訪談會議記錄，註 460。

知識的契約，多數原住民亦不知曉相關規定的存在，因此接下來INDECOPI會持續地向原住民社群宣傳27811法案<sup>585</sup>。

2009年1月，29136號法案第13條修改了27811號法案的第2條，確立取得傳統知識的授權契約為申請專利的要件之一，若未遵守，該項申請將被駁回或宣告無效。該條的內容略為：

如果某項專利申請涉及「秘魯境內集體知識所衍生或發展而成的產品或製造過程」，權責單位應要求申請人提出授權契約，以作為授予該權利之一項程序，除非該傳統知識在公共領域之內。未遵守權責單位之要求者，應受 1075 號法(Legislative Decree No. 1075) 第 102(A)條之制裁，除非該申請人停止申請程序或提出該發明未涉及傳統知識之合理說明。<sup>586</sup>

第 102(A)條之制裁包含：1000 ITU 以下之罰鍰；賠償；公平的利益分享，包含授權金與/或其他金錢、非金錢利益的分配；技術移轉與能力建立；授權使用。<sup>587</sup>

此項修正將改變主管機關對違法行為的處理方式，過去為廢棄專利申請或撤回專利，並要求在沒有授權契約的情形下為特定行為，是故現在需要推動的工作為強化社群領導者們實踐相關規定的能力<sup>588</sup>。

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>589</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>590</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，且須同時使用秘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>591</sup>；

---

<sup>585</sup> *Id.*

<sup>586</sup> *Id.*

<sup>587</sup> *Id.*

<sup>588</sup> *Id.*

<sup>589</sup> Law 27811, *supra* note 9, art. 28.

<sup>590</sup> *Id.* at Second Complementary Provision.

<sup>591</sup> Law 27811, *supra* note 9, art. 26.

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>592</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>593</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，INDECOPI 可拒絕讓此授權契約成立生效<sup>594</sup>。此條文反映出秘魯在傳統知識的保護上，亦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。

#### 第四款 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>595</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>596</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>597</sup>。另原

<sup>592</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 785-786.

<sup>593</sup> Law 27811, *supra* note 9, art. 27.

<sup>594</sup> *Id.* art. 31.

<sup>595</sup> "The fund shall enjoy technical, economic, administrative and financial autonomy." *See id.* art. 37.

<sup>596</sup> The Committee shall to the extent possible use the machinery traditionally used—by indigenous peoples—for allocating and distributing collectively-generated benefits.

<sup>597</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。

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>598</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>599</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。

27811 法案的第 37 條雖設置了原住民發展基金，惟從INDECOPI底下的創新辦公室官員Aurora Ortega處得知該基金目前並未運作，雖INDECOPI曾試圖協助原住民代表進行推廣，但遭到INDEPA的代表反對<sup>600</sup>。

## 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>601</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，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>602</sup>。

## 3. 侵權行為懲罰機制及暫時性保護措施

<sup>598</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 786.

<sup>599</sup> Law27811, *supra* note 9, art. 38.

<sup>600</sup> 倪教授赴秘魯訪談會議記錄，註 460。

<sup>601</sup> Law27811, *supra* note 9, art. 65.

<sup>602</sup> *Id.* art. 66.

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>603</sup>。惟目前尚未有任何行動，未來應進一步加強<sup>604</sup>。

#### 第五款 權責單位面臨的問題

隸屬於婦女部下的 INDEPA，目前面臨層級太低，資源以及預算較為不足的問題，導致在業務推動上、與其他單位或原住民溝通協調等方面均面臨困難，未來 INDEPA 將朝「提高層級」的目標發展，以俾和其它部門的協商能更暢通的進行，真正落實保障原住民的宗旨。過去曾發生數起原住民暴動事件，造成人員死傷，若能提升 INDEPA 之層級，加強原住民與治安單位之間的溝通協調，類似情形或可避免。

INDECOPI 下創新辦公室的官員 Aurora Ortega 在介紹 INDECOPI 即將發展的一項工作計畫時更進一步表示，未來工作的進行應持續由各相關單位合作與相互支援，所需成本由兩個組織負擔，而非僅由 INDECOPI 的預算支應。顯見資源的不足為秘魯國內推動傳

<sup>603</sup> *Id. art. 49.*

<sup>604</sup> 倪教授赴秘魯訪談會議記錄，註 460。

統知識保護法制的主要難題之一。<sup>605</sup>

規定於 27811 法案第 66 條的反生物剽竊委員會面臨權限不足的情形，無法真正落實反生物剽竊的成立宗旨。其不僅沒有職權核准自然資源及傳統知識之申請，委員會主任 Jaime Miranda 表示也不曾因某特定國外專利違法使用生物資源或傳統知識，而挑戰該專利有效性，至該國進行撤銷專利的工作。因此秘魯在利用相關保護制度撤銷專利方面並無案例存在。

#### 第四項 27811 法案相關議題評析

##### 第一款 公共領域的傳統知識

在傳統知識保護議題的相關討論中，**存在於公領域，已被原住民社群以外的第三者廣泛的研究及使用的傳統知識是最具複雜性的議題之一**。縱使我們可透過立法的方式承認存在於公領域的傳統知識，其持有社群仍存在著一定的權利，但如何授與所有權的概念、以及有效的控制這些傳統知識的使用實際上為非常複雜的議題。<sup>606</sup>

27811 法案中針對這些存在於公共領域的傳統知識，皆承認原住民持有該傳統知識的權利(right)，惟若該知識存在於公共領域已超過二十年，則原住民族無法享有由該傳統知識所衍生出的相關利益；反之，若存在於公共領域不超過二十年，原住民族針對利用該知識所產生的經濟效用得享有一定比例的利益。<sup>607</sup>保護方式上似乎較接近積極面向保護中的侵權制度，即透過事後金錢補償彌補原住民族的損失。

但更實際的做法或許是將傳統知識的保護範圍限縮在尚未被廣泛使用且一定程度上仍具機密性的傳統知識上，在這樣的情況下，透過營業秘密以及其他智慧財產權法制，甚至是創設新的權利制度都可提供有效的傳統知識保護法制。<sup>608</sup>27811 法案中的國家機密登記簿便參考了營業秘密的概念。

<sup>605</sup> 在倪教授抵達秘魯訪問前不久，北方的原民部落才因不滿石油開發政策而與警方爆發激烈衝突；可見原住民與主流社會的緊張關係確實不易化解。

<sup>606</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 794.

<sup>607</sup> *Id.*

<sup>608</sup> *Id.* at 795.

## 第二款 行使權利的交易成本

多數情況下，傳統知識的持有或所有社群在地理上、政治上、以及社經上皆處於邊緣地位，因此若傳統知識保護法制在實體面和程序面上過於複雜，這些傳統社群的原住民可能沒有能力有效的使用此套法律。對傳統社群而言使用此套法律制度的交易成本可能包含了：磋商契約以及授權簽訂的成本、授權契約註冊登記時的規費、必要時若提起法律訴訟的費用、實行法律上權利於時間、費用上的成本，以及欲引起大眾注意時的成本<sup>609</sup>。

縱使在國內、區域性或是國際上，都已設立代表傳統社群的組織(representative organizations)來捍衛原住民的權利，但受限於昂貴的交易成本，運作上將不如預期。故在發展相關政策或是訂定保護傳統知識法制時，交易成本的考量是十分重要且需納入考慮的要素<sup>610</sup>。

今日，多數的傳統知識保護法制都面臨的實際執行面的困難。這樣的困難和原住民長期處於政經地位上的弱勢息息相關。這樣的實際困難和更有效率保護法制的需要兩者在兩端拉鋸著，影響著可運作的保護法制的產生，因此還需要更詳細且深入的基本研究方得對傳統知識保護政策的進展有所貢獻。

## 第三款 保護制度多偏向防衛性面向

**27811 法案最主要的貢獻為，承認原住民社群對於傳統知識的持有為一種權利(right)。**再從 27811 法案補充條款第一款<sup>611</sup>觀之，其提到本法案中的特別保護制度與其它既存的智慧財產權制度並不相同，係獨立於各決定以及法令存在，惟並未進一步詳述不同之處為何，但為本法的傳統知識權利內涵可能不具排他性的財產權保護埋下伏筆。

27811 法案基本上禁止他人於未經原住民的授權同意下取得傳統知識<sup>612</sup>，亦禁止未經原住民同意下，對傳統知識的揭露或使用；縱使獲得同意亦禁止不當的使用方式，即針對使用程度上有所限制<sup>613</sup>，似乎較具防衛性保護色彩。就 27811 法案中主要的保護

<sup>609</sup> *Id.*

<sup>610</sup> *Id.*

<sup>611</sup> Law 27811, *supra* note 9, Second Complementary Provision.

<sup>612</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 787.

<sup>613</sup> Law 27811, *supra* note 9, art. 42 provides that: "Indigenous peoples possessing collective knowledge shall be protected against the disclosure, acquisition or use of that collective knowledge without their consent and in an improper manner provided that the collective knowledge is not in the public domain. It shall likewise be

制度觀察；登記制度以及授權契約都係為避免他人未經合法授權而使用傳統知識，又不給予合理補償的情況產生；且法案中隱含了傳統知識在經濟以及文化層面都極具價值的假設，因此未經同意、未經補償的使用都是不適當的。<sup>614</sup>

27811 法案中的保護制度將焦點置於預防未獲得授權的第三人得從傳統知識獲得智慧財產的權利，以確保傳統知識的使用都係經過同意，並讓傳統社群能夠決定要如何使用以及傳播其傳統知識，反映出防衛性保護避免不當取得的特性<sup>615</sup>。

這樣的防衛性保護係透過以下一系列的機制來運作。包含了充分散播位於公眾領域傳統知識的訊息以阻止使用該知識的產品不當獲得智慧財產權保護；透過登記制度取得傳統知識的相關資訊做為防衛性保護的資料庫，確保專利審查員於搜尋先前技術時將傳統知識納入審查範圍；授權契約不僅能避免第三者未經授權取得傳統知識，同時也能確保第三者使用該傳統知識的過程中符合事前告知同意以及惠益分享機制；要求在專利申請書中揭露該專利所使用的傳統知識資訊；以及透過行政、民法、刑法等制裁方式確保法律制度得以順暢運作<sup>616</sup>。

惟登記制度下的國家機密登記簿排除了第三人取得登記簿中傳統知識的可能，似乎已進階至積極性保護。27811 法案第 18 條的國家機密登記簿規定：經原住民請求登記於該登記簿中的傳統知識，第三人便無法取得，賦予了原住民「拒絕」的權利，針對登記簿中的傳統知識具有排除他人取得的效力。

#### 第四款 法案後續推廣工作

而經過多年經驗的累積，INDECOPI決定發展一項工作計畫，其要點包含：

- 至當地社群推廣27811法並進行訓練，尤其針對部落中傳統知識的持有者，如傳統或年長的治療者（healer），及具有領導角色之人，如此可由其訂定該部落之工作計畫，並推動該部落傳統知識的登記。
- 檢視各地登記簿的紀錄，以瞭解過去登記進行的流程，以回復傳統知識並推動其登記。

---

protected against unauthorized disclosure where a third party has legitimately had access to collective knowledge covered by a safeguard clause.”

<sup>614</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 778.

<sup>615</sup> *Id.* at 789.

<sup>616</sup> *Id.* at 789-790.

- 依據27811法第22條，派遣代表至部落推動INDECOPI的集體知識登記制度，以蒐集必須之資訊與處理登記的申請。

INDECOPI下創新辦公室官員Aurora Ortega表示這樣的工作規劃較貼近現實，透過一個整體的進程運作上較為容易可行；介紹階段可透過INDECOPI向部落領導人或具聲望者輪流進行訓練開始，亦即從INDECOPI向外開始進行，在部落成員間推動保護傳統知識的重要性，並宣傳27811法案可帶來的利益。



### 第三節 台灣「原住民族傳統生物多樣性知識保護條例草案」研析

#### 第一項 草案立法思維

##### 第一款 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>617</sup>，擬具本草案<sup>618</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>619</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>620</sup>。而在法案起草的過程中，也曾至兩、三個台灣的原住民族部落進行訪查，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>621</sup>。未來關於傳統知識之取得及利用程序可參考名古屋議定書的相關規定做修正<sup>622</sup>。

##### 第二款 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>623</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族對傳統知識的權益。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>624</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，其次才是經濟利益的獲取，摘錄法案起草者訪談內容如下：

<sup>617</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>618</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>619</sup> 參照本草案第一條說明部分。

<sup>620</sup> 郭教授之實證訪談資料，註 497。

<sup>621</sup> 同前註。

<sup>622</sup> 陳教授之實證訪談資料，註 498。

<sup>623</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>624</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。

“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，但那就牽涉到其他的部分，要開發等，又是另外一回事了。”<sup>625</sup>

草案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。

第三款 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>626</sup>

本草案則將保護重心置於傳統知識的持有者，詳見以下敘述：

“對傳統知識使用者而言，希望他們能遵守草案中的程序取得及利用傳統知識；但真正要保護的重心應該是傳統知識的持有者，維護傳統知識持有者的權益，並希望能永續利用及創新。”<sup>627</sup>。

## 第二項 傳統知識之概念與權利內涵

第一款 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<sup>628</sup>就這樣稱呼，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>629</sup>。

<sup>625</sup> 郭教授之實證訪談資料，註 497。

<sup>626</sup> 確保不當取得情事的不發生；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>627</sup> 陳教授之實證訪談資料，註 498。

<sup>628</sup> 參照註 617。

<sup>629</sup> 郭教授之實證訪談資料，註 497。

## 第二款 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：

“草案中並未如專利法一樣明確規定為排他性的權利。權利的內涵因為已公開或未公開的傳統知識而有不同。取得或利用未公開的傳統知識必須經過事前告知同意(PIC)及利益分享(ABS)的程序；就已公開的傳統知識則只有在為商業上之使用，且欲表彰該傳統知識所屬之原住民族或部落之名稱者，始應事先徵得原住民族或部落之同意，並給付適當之權利金<sup>630</sup>。”

而本草案中原住民被賦予的權利是否同智慧財產權制度下的排他效果呢？

“積極的排他性權利可能過強，專利權可以規定排他性權利，係因為專利權在申請時必須將申請專利範圍明確界定，傳統知識有些已公開，不可能再主張排他性。如果未公開，別人根本不知道其範圍，賦予排他性權利是不恰當的<sup>631</sup>。”

## 第三款 權利主體

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：

“比較需要思量的是要讓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>632</sup>。”

<sup>630</sup> 陳教授之實證訪談資料，註 498。

<sup>631</sup> 同前註。

<sup>632</sup> 郭教授之實證訪談資料，註 497。。

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>633</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>634</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，似乎運作良好，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過部落會議共同決定<sup>635</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>636</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>637</sup>。”

#### 第四款 例外排除傳統知識保護

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>638</sup>。

<sup>633</sup> 詳見第五條及第五條說明部分。

<sup>634</sup> 分別規定於第三條第三款、第四款；以及第五條第三項。

<sup>635</sup> 郭教授之實證訪談資料，註 497。

<sup>636</sup> 同前註。

<sup>637</sup> 同前註。

<sup>638</sup> 參見本草案第十條條文內容及說明部分。

### 第三項 國際立法的納入

#### 第一款 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>639</sup>。

#### 第二款 「取得暨惠益分享」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，進行人力資源能力建設等方式，故得以金錢或非金錢方式給付<sup>640</sup>。

#### 第三款 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

<sup>639</sup> 參見本草案第十七條條文內容。

<sup>640</sup> 參見本草案第十五條說明部分。

規定，並出示符合規定的相關證明<sup>641</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>642</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>643</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>644</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。

#### 第四款 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，

<sup>641</sup> 郭教授之實證訪談資料，註 497。

<sup>642</sup> 同前註。

<sup>643</sup> 同前註。

<sup>644</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。」

以供他人搜尋，並進一步洽談該知識的利用<sup>645</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>646</sup>。

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>647</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>648</sup>。”

“不公開資料庫是讓其他人知道原住民族擁有這些傳統知識，一來不可任意竊取，另一方面也可以在經合法程序取得後，加以利用<sup>649</sup>。”

“不公開是因為這些知識若公開，就只能如已公開的傳統知識一樣，只有在他人為商業上之使用，且欲表彰該傳統知識所屬之原住民族或部落之名稱者，主張權利金，價值減少許多<sup>650</sup>。”



<sup>645</sup> 詳見本草案第十一條說明部分。

<sup>646</sup> 同前註。

<sup>647</sup> 郭教授之實證訪談資料，註 497。

<sup>648</sup> 同前註。

<sup>649</sup> 陳教授之實證訪談資料，註 498。

<sup>650</sup> 同前註。

#### 第四項 草案其他保護措施

##### 第一款 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>651</sup>。

##### 第二款 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，我們看這次的名古屋議定書亦採取此看法<sup>652</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>653</sup>。”

#### 第五項 主管機關在傳統知識的保存及保護上扮演積極角色

##### 第一款 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

<sup>651</sup> 詳見該草案第六條說明部分。

<sup>652</sup> 郭教授之實證訪談資料，註 497。

<sup>653</sup> 同前註。

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>654</sup>。

#### 第二款 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>655</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。

#### 第三款 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>656</sup>。

#### 第四款 透過主管機關提升原住民族相關能力

“假設放到部落裡，部落這麼多，很難每個部落都有足夠能力來處理契約，所以希望透過主管機關的介入來補足部落的締約以及談判能力。舉例而言，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，則後續談判的進行上是三方的，由探勘者、部落、主管機關一同進行<sup>657</sup>。”

<sup>654</sup> 詳見該草案第四條說明部分。

<sup>655</sup> 詳見該草案第十五條說明部分。

<sup>656</sup> 詳見該討論第二十六條本文及說明部分。

<sup>657</sup> 郭教授之實證訪談資料，註 497

## 第四節 我國「原住民傳統生物多樣性知識保護條例」草案與秘魯

### 「27811 法案」之比較

#### 第一項 立法方向

第一款 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>658</sup>，為本法僅為避免他人不當取得傳統知識的防衛性面向保護留下伏筆<sup>659</sup>。

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>660</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>661</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。

第二款 「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

參考本章第一節可知，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。

<sup>658</sup> Law 27811, First Complementary Provision states that : 「Law 27811 is independent from other intellectual property legislation in force. 」

<sup>659</sup> 詳見本論文第陸章。

<sup>660</sup> Law 27811, *supra* note 9, art. 18.

<sup>661</sup> *Id.* art. 31.

第三款 「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。

## 第二項 條文內容

### 第一款 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。

## 第二款 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，權利歸屬於原住民世代，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>662</sup>。

## 第三款 傳統知識保護主要的政策工具

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>663</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**。”

“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>664</sup>。”

<sup>662</sup> 陳教授之實證訪談資料，註 498。

<sup>663</sup> 詳見本草案第二十五條條文及說明部分。

<sup>664</sup> 郭教授之實證訪談資料，註 497。

#### 第四款 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)、未公開的「國家機密登記簿」(National Confidential Register)，以及「地方登記簿」(Local Register)<sup>665</sup>；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。

秘魯與台灣<sup>666</sup>雖皆透過登記制度來進行資料庫的建立，但應用上有一定的差異，可分為已公開以及未公開之傳統知識來進行討論。

針對已公開之傳統知識，秘魯的「國家公開登記簿」，除了具有提供先前技術搜尋的功能防止生物剽竊的功能外，同時只要使用近二十年內流入公領域的傳統知識，便係給予原住民族金錢補償；台灣草案下的「國家資料庫」，於第三人使用該公開之傳統知識做為商業目的之利用，並表彰該傳統知識係源自於原住民族或部落時，要求該第三人須給付原住民族權利金<sup>667</sup>，同時得提供「部落資料庫」中未公開的傳統知識將條目列於「國家資料庫」中，提供有興趣利用者搜尋，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，得作為第三人與原住民族間的媒介，惟並未有預防生物剽竊的功能<sup>668</sup>。

針對未公開之傳統知識的保護，秘魯透過「國家機密登記簿」來保持傳統知識的機密性，不使第三人加以利用，係基於原住民族的要求而設，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。而台灣的「部落資料庫」則係主管機關為了維持傳統知識的經濟價值。

單純保存傳統知識與加以利用創新都很重要，如何衡平兩者頗值思量，本文以為若該傳統知識已牽涉到原住民族的精神生活時，即應允許其保持傳統的機密性，擁有「單純存在 (to be alone)」的權利，以真正落實保護傳統知識持有者的立法目的。

<sup>665</sup> 「地方登記簿」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，我國草案則無相關資料庫的設置，都係由主管機關扮演領導角色。

<sup>666</sup> 我國草案第十一條規定：「I 主管機關應建立國家資料庫，登記已公開之傳統知識，並協助原住民族或部落建立部落資料庫，登記其所屬未公開之傳統知識。II 前項登記於部落資料庫之未公開之傳統知識，得將其條目列於國家資料庫。III 未公開之傳統知識，應予以保密。」

<sup>667</sup> 我國草案第七條規定：「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。」

<sup>668</sup> 從草案條文以及實證訪談得知，本草案並未處理到此部分。

#### 第五款 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>669</sup> ...



---

<sup>669</sup> 同前註。

### 第三項 原住民如何參與立法

#### 第一款 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映至草案中？

從實證訪談資料得知，秘魯登記制度下的國家機密登記簿係基於原住民族保持傳統知識機密性的需求而設，已經原住民族的意見納入立法考量中。

我國部分，草案起草者則分別有以下的論述：

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>670</sup>。

我們這個法在原住民委員會開過很多次會，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>671</sup>。

#### 第二款 草案後續推廣工作

秘魯因經過多年經驗的累積，INDECOPI 將發展一項工作計畫來追蹤相關制度的推廣，並進一步到當地社群進行教育訓練的工作，希望能夠提升原住民族的相關能力，特別是部落中的領導階級；我國草案後續推廣工作應透過主管機關扮演積極角色，以提升原住民族對該草案的理解，進而產生認同，願意信任主管機關一同配合。

在和部落的座談中也了解到整個內涵原住民族還是沒有很理解，所以我們曾經建議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，或是弄個小冊子，讓他們了解。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也不曉得，所以應趕快做宣導<sup>672</sup>。

<sup>670</sup> 同前註。

<sup>671</sup> 陳教授之實證訪談資料，註 498。

<sup>672</sup> 郭教授之實證訪談資料，註 497。

## 第五節 結語

### 第一項 法案中可能同時存在防衛性以及積極性保護

就27811法案中的授權契約，搭配上國際立法的PIC和ABS制度綜合觀察，可發現秘魯針對傳統知識的保護似乎著重於避免傳統知識的不當取得，似乎較偏向於防衛性保護，希望能夠推廣原住民的傳統知識在公平惠益分享的情形下被廣泛利用；我國草案第四章部分亦採同樣措施，原因可能為防衛性制度似乎是較實際的選擇，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、印度以及許多國家亦都採用<sup>673</sup>。

惟就登記制度觀之，其立法目的雖係為了傳統知識不當取得的情形，惟國家公開登記簿針對近二十年內流入公領域傳統知識的利用以事後金錢補償的方式保護原住民，近似積極性保護面向的侵權制度；針對原住民登記於國家機密登記簿中的傳統知識，具有排除他人使用和取得的效果，似乎已進階到積極性保護面向的財產權制度。

而本草案是否存在積極性保護制度，從實證訪談得知因積極性面向的財產權制度所賦予的排他性權利可能過強，不甚適合用來保護傳統知識，本草案並未採納。而草案第七條「已公開之傳統知識」例外於商業目的之利用，並同時表彰傳統知識來源時才須取得原住民族同意，並給付適當之權利金的規定，事後給予金錢補償，似乎為積極性保護面向的侵權制度。

### 第二項 國內專有立法受限於國內管轄權，似有制定國際專法的需要

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不當取得。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>674</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

<sup>673</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña, Susanna E. Clark, *supra* note 3, at 796.

<sup>674</sup> *Id.* at 795.

思考制定國際專門保護傳統法制的急迫性<sup>675</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。

### 第三項 27811法案立法成效評估

生態環境與原住民族的生活方式、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。

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，係位於核心的位置<sup>676</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

---

<sup>675</sup> *Id.* at 796.

<sup>676</sup> *Id.* at 797.

其中亦包含了原住民的代表組織<sup>677</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>678</sup>。

27811 法案兼顧了原住民族的需求，不僅設置國家機密登記簿維持某些傳統知識的機密性，同時亦透過部落登記簿的設置使原住民族得透過其習慣法決定傳統知識的使用，給予原住民族相當的尊重；而草案亦透過授權契約與國際立法 PIC、ABS 制度的結合來促進傳統知識的利用，產生經濟效益，兼顧了國家發展與原住民族保護的需求，頗值肯定。惟實際上諸多立法機制並未施行，係較為可惜之處。

#### 第四項 台灣草案立法評析

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，讓主管機關在各個保護階段，肩負教育以及相關協助工作不失為一個好辦法。台灣目前所面臨的問題為傳統知識的大量流失，因此草案著重於傳統知識的保存，主要透過教育的方式來因應，並透過課以主管機關相當的權責，希望能透過主管機關帶動原住民族落實法案的保護。

本草案主管機關為原住民委員會，在推動上似乎不如身為工業部門的INDECOPI有力，且因我國並未如秘魯發生諸多嚴重生物剽竊的案例，故對問題急迫性的感受不深，相關立法工作的進行頗為緩慢。主管機關若能防患未然，儘早進行相關立法施行前的準備工作，諸如和原住民族的宣導以及共識的建立等等，不僅能保護原住民族的權益，對於我國於經濟以及環境保育層面都有一定的助益。

因本草案主要處理傳統知識的保存與傳承等問題，針對國外至國內剽竊知識應如何提供保護並未有所著墨，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

---

<sup>677</sup> *Id.*

<sup>678</sup> *Id.*

善，從國外到國內充分發揮保護的效用<sup>679</sup>。

草案第十二條規定：原住民族傳統知識國家及部落資料庫之**建置、登記、運作、管理、取得及保密辦法**，由主管機關定之。現狀下原住民族對於相關立法運作並不熟悉，且運用相關法律的能力亦較不足，故相關辦法的設置應採較開放的立場，儘量避免因不熟悉制度運作而無法受到保護的情形發生。

在資料庫的設置上，本文以為應參考秘魯立法，設置得透過原住民族習慣法決定傳統知識應如何使用的相關資料庫，表示對於原住民族的尊重。本草案僅在洩漏未公開之傳統知識時採用原住民族的習慣法處理，殊為可惜<sup>680</sup>。而草案第十八條第四項保留了主管機關是否採用該習慣法的核定權，得衡平既有法制和原住民習慣法，並調和兩者間的衝突，頗值參考。

登記制度的運作上應採鼓勵的立場，若原住民族未將傳統知識登記於資料庫中亦應加以保護，方得符合本法保護傳統知識持有者的立法目的。從秘魯的實證訪談資料觀之，其所登記的傳統知識數量和實際上存在的傳統知識數量有著相當大的差距，若未登記的傳統知識便無法受到該法的保護，對於多數為原住民族的傳統知識持有者而言，反而是弊多於利。

在相關制度的運作以及管理上，目前在國際立法以及國內立法層次上，原住民族的參與都相當有限，因此若主管機關能使原住民族積極參與其中，不僅有助於本草案的落實，也符合原住民基本法<sup>681</sup>中實行原住民自治的承諾，使得本草案不僅能達到環境保育、經濟利用的目的，亦真正實現了原住民族的人權保障。

<sup>679</sup> 陳教授之實證訪談資料，註 498。

<sup>680</sup> 草案第十八條規定：「I 原住民族或部落之成員，就未公開之傳統知識，非依本條例有關須經原住民族或部落同意利用之規定，不得將該傳統知識洩漏或交付予其所屬之原住民族或部落以外之人。II 因職務或業務知悉未公開之傳統知識者，不得將之洩漏或交付他人。III 原住民族或部落之成員違反前二項規定者，應優先依原住民族或部落之民事規範或習慣處理之。IV 前項民事規範或習慣，應由原住民族或部落報請主管機關核定之。」

<sup>681</sup> 原住民基本法第四條規定：「政府應依原住民族意願，保障原住民族之平等地位及自主發展，實行原住民族自治；其相關事項，另以法律定之。」

## 第玖章 結論

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，因該知識牽涉範圍甚廣，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，僅能掌握傳統知識之重要特性，諸如集體性、世代相傳等，由此著手，因應不同保護目的需求而彈性調整，方為實際。若強硬賦予一明確且具體特定的概念範疇，不僅有違傳統知識動態多變的特性，亦有落入概念法學之虞。

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。

現行智慧財產權制度保護傳統知識成效有限，故各國際組織亦嘗試調整現行智慧財產權制度，亦或是建立一專門立法等方式，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，對於專門立法中的重要元素—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門立法的發展，以跨越國家管轄權的限制，於世界各地落實傳統知識的保護。

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須再加以宣導<sup>682</sup>，因惟有了解才能產生態度和看法。同時須進一步建立和原住民族間的信任，

另綜合觀察秘魯、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，符合傳統知識集體創作、世代相傳之本質，殊值肯定。

<sup>682</sup> 紐西蘭經濟發展部門便製作專門冊子詳細解說該部門如何致力於傳統知識之保護，及目前有哪些工作在進行中。

傳統知識本身的權利內涵究竟為何是個很關鍵的問題，秘魯以及台灣草案皆肯認原住民族針對傳統知識有一定的權利，惟其並未直接指明權利的內涵，但應都承認原住民有使用傳統知識的權利，且都無意賦予該傳統知識享有如財產權底下的排他權能如此強烈的效力。因排他效力若如此強烈，將不利於該傳統知識的利用。而紐西蘭國內仍處於意見整合階段，存有兩種不同聲音。

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。兩者間的衡平亦為國內立法設置時須審慎思量之處。

防衛性及積極性兩面向並非存在一明確界線，容有模糊地帶，或是相輔相成之關係。僅為防止他人不當取得的防衛性面向保護，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不當取得的防衛功能，故做此細部區分並非絕對，僅係為從不同面向來進行相關研討。本文亦發現同一法案中可能同時存在著防衛性和積極性的保護制度，並不具互斥關係。本文進行研究的秘魯以及台灣專法似乎兼具了防衛性及積極性保護制度。

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。

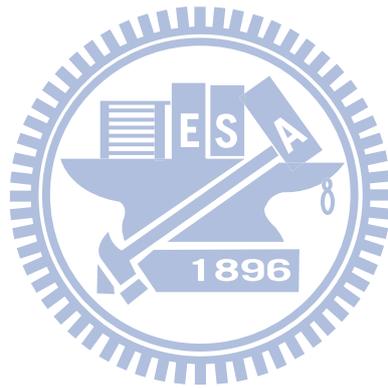
惟縱使參照了名古屋議定書中的相關規定，因我國並非 WIPO 以及 CBD 等國際條約的締約國，因此縱使資料庫等相關登記或註冊工作已經完成，也無法確保各國專利審查機構將會採用、做為防止生物剽竊審核的參考<sup>683</sup>，係較為可惜之處。

現狀下許多原住民族受困於極度的貧窮、惡劣的健康狀態、失業以及無法使用其土

<sup>683</sup> 參見郭華仁、嚴新富、陳昭華、鴻義章，前揭註 72，頁 64。

地以及重要資源等問題，而若能讓原住民族透過立法的保護能從傳統知識中受益，其才能掌握自己的命運。因此制定傳統知識以及其持有者或所有者的保護措施實具時間上的急迫性<sup>684</sup>。

又因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。



---

<sup>684</sup> Krishna Ravi Srinivas, *supra* note 163, at 87.

## 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).
4. Graham Dutfield, *Global Intellectual Property Law*, Uma Suthersanen (2008).

### 二、中文書籍

1. 謝銘洋，〈智慧財產權法〉，元照出版公司。(2008.10)

### 三、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. Kuruk, Paul, *Goadng a Reluctant Dinosaur: Mutual Recognition Agreements as a Policy Response to the Misappropriation of Foreign Traditional Knowledge in the United States*, 34Pepp. L. Rev. 629 (2007).
4. 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).
5. Jay Erstling, *USING PATENTS TO PROTECT TRADITIONAL*

*KNOLWEDGE*, 15 Tex. Wesleyan L. Rev. 295 (2009).

6. John T Cross, *Justifying property rights in Native American traditional knowledge*, 15 Tex. Wesleyan L. Rev. 257 (2009).
7. 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).
8. Kuei-Jung Ni, *International Law-Making on Traditional Knowledge: A Useful Vehicle or an Empty Box.*(to be published).

#### 四、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.

#### 五、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. 原住民族基本法
3. 著作權法
4. 專利法

#### 六、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).

#### 七、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).

## 八、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自然資源之取得與惠益分享機制之研究〉，《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)

## 九、中文學位論文

李彥群，〈遺傳資源與生物剽竊取得法制之研究〉，國立交通大學科技法律研究所碩士論文 (2006)。

## 十、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。

## 十一、其他參考資料

1. 經濟部智慧財產權網站：<http://www.tipo.gov.tw/>
2. 台灣環境資訊協會網站：<http://e-info.org.tw/node/60649>
3. 紐西蘭經濟發展部網站：<http://www.med.govt.nz/>
4. WIPO website：<http://www.wipo.int>
5. CBD website：<http://www.cbd.int>
6. 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>
7. 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>
8. 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>
9. 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)。
10. 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>

## 附 錄 一

### 紐西蘭經濟發展部書面實證資料(簡稱 MED 書面)

Wednesday 2 February 2011.

Ministry of Economic Development, 33 Bowen St, Wellington.

Discussion of traditional knowledge protection

Professor Ni, Institute of Technology Law, National Chiao Tung University, Taiwan

#### **‘Setting the scene’**

Māori traditional knowledge – also referred to as ‘mātauranga Māori’ – is of vital importance to Māori identities. It also has value and importance in terms of New Zealand’s national culture and identity, trade and commerce, biodiversity protection, research science, innovation, and creative and performing industries.

The nature of mātauranga Māori in New Zealand is contextually specific: some knowledge is thought to be the express responsibility and control of particular tribal groups; while other knowledge is thought to belong to all New Zealanders.

#### **Domestic policy development**

The best policy approach to traditional knowledge protection for New Zealand is undetermined.

Since the mid 1990s, the Government has been engaged with a number of Māori kinship-based tribal groups – called ‘iwi’ – in an inquiry to explore the Government’s role in the protection of traditional Māori knowledge, and related biological resources. This inquiry has been convened by the Waitangi Tribunal, which is a body established in 1975 with the authority to hear claims and provide the Government with recommendations on its activities relative to the articles and principles of the Treaty of Waitangi 1840.

This inquiry is known as the Flora, Fauna and Cultural and Intellectual Property Claim, and is referred to as ‘Wai 262’. The results of the inquiry will be considered in domestic policy processes dealing with issues such as the protection of traditional knowledge and related natural and cultural resources – known as ‘taonga’. It is anticipated that the Waitangi Tribunal will issue the findings of its inquiry later in 2011.

The Traditional Knowledge Work Programme sought to develop understandings of TK issues and opportunities, define a policy problem, and develop options to address that problem. Seminars, workshops, symposia and discussion groups were held over 2007-8 and brought together Maori individuals, academics, proponents of Maori arts and culture, health and medicine; business; and representatives of Maori tribal groups and communities to discuss traditional knowledge protection issues. These insights will assist the Government’s response

to the Waitangi Tribunal's report on the Wai 262 inquiry.

The Government is committed to ensuring the Waitangi Tribunal's findings are not prejudiced by decisions made prior to their release.

### **International positions**

New Zealand is committed to compliance with international agreements it signs onto, and is reluctant to sign onto an agreement until compliance in the domestic context is certain. Regarding international agreements being developed around traditional knowledge and related biological resources, certainty of compliance is also a priority.

The findings of the Wai 262 inquiry will assist in domestic policy developments that will inform our stance on relevant international agreements. Further development of the WIPO IGC's instruments for the protection of traditional knowledge, cultural expressions and genetic resources, and of the Nagoya Protocol's frameworks for implementation, will also assist in providing certainty that New Zealand's domestic policies will comply with them.

### **WIPO IGC**

The Ministry of Economic Development (MED) is the lead government agency for New Zealand's participation in the WIPO IGC. MED works with the Ministry of Foreign Affairs and Trade, Te Puni Kōkiri (the Ministry of Māori Development) and the Department of Conservation in developing positions and comments on the draft TK, TCE and GR texts. Information is shared periodically with Māori and other stakeholders on the progress of the negotiations, and views on the proposals are sought.

New Zealand's official position on the WIPO IGC texts, whether it should be a binding or non-binding instrument, the matter of disclosure, and the extent of domestic implementation, has been reserved, for the reasons given above.

### **Nagoya Protocol (on Access and Benefit-Sharing (ABS) of biological resources relevant to the conservation of biodiversity)**

The New Zealand delegation, generally comprising officials from the Ministry of Foreign Affairs and Trade, the Ministry of Economic Development and Te Puni Kōkiri, considered proposals made regarding the Protocol, based on our Cabinet-approved negotiation mandate. Where issues required further consideration we would revert to departments in Wellington (e.g. Ministry of Science, Research and Technology) for expert advice.

New Zealand has taken a leadership role in the protection of traditional knowledge in the ABS context because traditional knowledge associated with genetic resources, and its protection, is an issue of importance for Māori in New Zealand. In stakeholder/public consultations this was an area of particular focus.

New Zealand sees its indigenous peoples as the traditional knowledge access provider, where they are the rightful holders of that knowledge. This differed from some other Parties in the ABS negotiations who saw the State as the access provider.

If Cabinet agrees that New Zealand should accede to the Nagoya Protocol at some future

point, then further analysis will need to occur regarding appropriate implementation, as stated above.

### **Declaration on the Rights of Indigenous Peoples**

In 2010, the New Zealand Government issued statements in the New Zealand House of Representatives and at the United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues, voicing its support for the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.



## 附 錄 二

### 原住民族傳統生物多樣性知識保護條例草案

條 文	說 明
第一章 總則	章名
第一條 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。	依中華民國憲法增修條文第十條第十一項規定「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」及原住民族基本法第十三條規定「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。」，爰為落實原住民族傳統生物多樣性知識（以下簡稱傳統知識）之保護，參酌生物多樣性公約第八條j款有關依照國家立法，尊重、保存及維護原住民和地方社群傳統知識之意旨，與世界智慧財產權組織相關討論及外國立法例，制定本條例。
第二條 本條例所稱主管機關，為行政院原住民族委員會。	本條例之主管機關。
<p>第三條 本條例用詞，定義如下：</p> <p>一、傳統生物多樣性知識（以下簡稱傳統知識）：指原住民族為適應環境及永續生存，所產生之取得與利用自然資源，或其他與生物或自然環境有關之知識，經世代相傳且具有實用性者。</p> <p>二、已公開之傳統知識：指於所屬原住民族或部落外，已公開發表、公開利用或為公眾所知悉之傳統知識。</p> <p>三、原住民族會議：指由原住民族各族所召開，為行使本條例規定同意權之原住民族意思表示組織。</p> <p>四、部落會議：指由原住民族各部落所召開，為行使本條例規定同意權之部落意思表示組織。</p>	<p>一、參酌外國立法例，於第一款明定傳統知識之定義。以狩獵為例，傳統知識包括原住民(一)對動物生理與生態行為之認識，(二)對動物出沒環境之認識，(三)決定獵區、獵季以及獵捕方法，以及(四)對陷阱製作所用植物及方法之認識等。</p> <p>二、本條例將傳統知識區分已公開及未公開二類，並賦予不同程度之保護，爰於第二款明定已公開之傳統知識之定義。</p> <p>三、原住民族會議、部落會議為行使本條例同意權之組織，爰於第三款、第四款規範其定義。</p>

<p>第四條 主管機關應協助原住民族及部落，調查、整理、保存及開發利用其傳統知識。</p> <p>原住民族或部落之傳統知識權利受侵害時，主管機關得協助其維護之。</p>	<p>一、為避免傳統知識逐漸流失與散佚，並尊重其權利所屬原住民族或部落之意願，爰為第一項規定主管機關係立於協助立場，調查、整理、保存及開發利用相關傳統知識。</p> <p>二、為使原住民族或部落於其權益受侵害時，均得依本條例規定行使其權利，爰於第二項規定主管機關得予協助。</p>
<p>第二章 權利之歸屬及內容</p>	<p>章名</p>
<p>第五條 傳統知識之權利，屬於產生或發展該傳統知識之原住民族或部落。</p> <p>原住民族或部落有當事人能力。</p> <p>依本條例之規定，應經原住民族或部落同意者，由原住民族會議或部落會議行使之。</p> <p>前項會議之組成及議事之運作，由主管機關協助原住民族及部落定之。</p>	<p>一、第一項規定傳統知識權利之歸屬。</p> <p>二、本條例係以原住民族或部落作為權利主體，為使其依本條例規定行使權利時具有為訴訟上程序主體之一般地位與資格，爰為第二項規定。</p> <p>三、為凝聚原住民族之集體意思，以確保原住民族或部落之權益，爰於第三項規定由形成集體意思之組織，即原住民族會議與部落會議行使同意權。</p> <p>四、為利原住民族會議及部落會議之組成及運作，爰為第四項規定。</p>
<p>第六條 任何人不得以扭曲、污衊或其他不正當方式利用傳統知識，而損害其所屬原住民族或部落之聲譽或尊嚴。</p>	<p>本條例允許他人得依相關規定對原住民族傳統知識為合理方式之利用，惟若該利用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，爰為本條規定。</p>
<p>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。</p>	<p>本條例將傳統知識區分為已公開及未公開之傳統知識，並分別賦予不同程度之保護。以已公開之傳統知識屬公共領域之知識，原則上任何人均得利用，惟若於商業上表彰該知識所屬之原住民族或部落之名稱，以獲取利益者，應事先徵得該原住民族或部落之同意，並給付適當之權利金，爰為本條規定。</p>
<p>第八條 未公開之傳統知識，非經其所屬原住民族或部落同意並簽訂書面契約，他人不得揭露、取得、調查、研究、使用或為其他利用行為。</p> <p>未公開傳統知識所屬之原住民族或部落，對於前項利用行為，有主張表</p>	<p>一、傳統知識屬於原住民族或其部落所有，為保障原住民族之傳統知識及促進其永續發展，爰於第一項規定欲揭露、調查、研究、使用未公開傳統知識、取得其相關資訊或為其他利用行為者，須經由該傳統知識所屬原住民族</p>

<p>彰來源之權利。</p>	<p>族或部落之同意及簽訂書面契約始得為之。</p> <p>二、參考國外立法例，於第二項針對未公開之傳統知識之揭露、取得、調查、研究、使用或為其他利用行為，賦予原住民族或部落請求表彰來源之權利。</p>
<p>第九條 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。</p> <p>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。</p>	<p>一、為貫徹本條例尊重原住民族之意旨，利用傳統知識者，除應依第七條或前條第一項規定辦理外，其擬進而申請智慧財產權時，仍應取得原住民族或部落之書面同意，並向主管機關申報；申報時，應檢具傳統知識所屬原住民族或部落同意其申請智慧財產權之書面證明並揭露傳統知識來源，俾使主管機關能就傳統知識進行有效之管理措施。</p> <p>二、為使第一項之管理機制更為周延，爰規定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。</p>
<p>第十條 原住民族或部落對其傳統知識之權利，不及於下列各款情事：</p> <p>一、各原住民族或部落間之傳統交換行為。</p> <p>二、主管機關為發展及促進傳統知識創新，依本條例所為之必要措施。</p> <p>三、國家為因應緊急情況或增進公共利益之非營利利用行為。</p>	<p>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傳統交換行為，爰於本條規範排除傳統知識權利範圍之各款事項。</p>
<p>第三章 傳統知識之資料庫</p>	<p>章名</p>
<p>第十一條 主管機關應建立國家資料庫，登記已公開之傳統知識，並協助原住民族或部落建立部落資料庫，登記其所屬未公開之傳統知識。</p> <p>前項登記於部落資料庫之未公開之傳統知識，得將其條目列於國家資料庫。</p> <p>未公開之傳統知識，應予以保密。</p>	<p>一、為維護及保存傳統知識，爰於第一項定明國家與部落二級制資料庫之建置，由主管機關或傳統知識所屬之原住民族、部落，依該傳統知識為已公開或未公開主動登記於各該資料庫。又為避免原住民族或部落因未為登記而無法受本條例之保護，致影響其權益，爰本條例未採取經登記始予保護之制度。</p>

	二、為利他人依本條例規定利用未公開之傳統知識，爰於第二項規定未公開傳統知識之條目得列於國家資料庫，俾供搜尋，惟其詳細內容仍屬未公開之傳統知識，應予保密，爰為第三項規定。
第十二條 原住民族傳統知識國家及部落資料庫之建置、登記、運作、管理、取得及保密辦法，由主管機關定之。	國家及部落資料庫所登記之傳統知識，攸關該知識所屬原住民族或部落之權益，為規範資料庫建置、運作、管理等相關事宜，爰授權主管機關另以辦法定之。
第四章 未公開傳統知識之利用	章名
第十三條 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。	參酌生物多樣性公約第十四條之意旨，規範有關未公開傳統知識利用之最高原則。
第十四條 為前條之利用行為者，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；其為商業目的利用者，並應備具商業利用說明書及載明利益分享方式。	規範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之申請及應備具文件，以利原住民族或部落審核並決定是否同意。
第十五條 依第八條第一項所簽訂之書面契約，由其所屬原住民族或部落與申請人協議之。 主管機關得協助原住民族或部落，進行前項書面契約協議。 具商業目的之利用，其書面契約內容應包含利益分享條款。 前項利益，包括直接利益或間接利益，並得約定以金錢或非金錢方式給付。所屬之原住民族或部落，應以合理公平之方式，共同分享之。	一、根據契約自由原則，原住民族或部落與申請人應經由充分協議以達成契約內容之共識，爰為第一項規定。 二、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，爰於第二項規定主管機關得予協助。 三、具有商業目的之利用，在相關契約內容應包含利益分享條款，以期能保障原住民族或部落之權益，爰為第三項規定。 四、商業目的利用之利益分享可包括：分享利潤、給付使用費、提供產品，以及進行人力資源能力建設等，故得以金錢或非金錢方式給付，爰為第四項規定，並規範原住民族或部落之分享方式。
第十六條 主管機關應協助原住民族或部落評估申請人所提利用計畫，對原住	一、為評估未公開傳統知識之各種利用行為對原住民族或部落產生之影響，以

<p>民族傳統生活、文化、社會、環境及其他對原住民族或部落權益之影響。</p> <p>前項評估報告，主管機關應協助原住民族或部落於同意並簽訂書面契約前完成。</p> <p>未完成前項評估報告所簽訂之契約，無效。</p>	<p>主管機關具有較充裕的資源，爰於第一項規定其應主動提供協助以進行評估。</p> <p>二、第二項、第三項分別規定評估報告應於原住民族或部落同意並簽訂契約前完成，及未完成評估報告所簽訂契約之效力。</p>
<p>第十七條 經原住民族或部落同意並簽訂書面契約，為未公開之傳統知識之揭露、取得、調查、研究、使用或其他利用行為者，應依利用計畫內容向原住民族或部落提交報告。</p> <p>前項之利用行為者，非經傳統知識所屬原住民族或部落之同意，不得將其權利讓與第三人。</p> <p>違反前項規定之讓與行為，無效。</p>	<p>一、為使原住民族或部落得定期知悉未公開傳統知識利用行為之進度，申請調查者應定期提交報告，爰為第一項規定。</p> <p>二、為避免為利用未公開傳統知識之人逕將其權利讓與第三人，爰於第二項為禁止讓與之規定，並於第三項規定其讓與行為無效。</p>
<p>第十八條 原住民族或部落之成員，就未公開之傳統知識，非依本條例有關須經原住民族或部落同意利用之規定，不得將該傳統知識洩漏或交付予其所屬之原住民族或部落以外之人。</p> <p>因職務或業務知悉未公開之傳統知識者，不得將之洩漏或交付他人。</p> <p>原住民族或部落之成員違反前二項規定者，應優先依原住民族或部落之民事規範或習慣處理之。</p> <p>前項民事規範或習慣，應由原住民族或部落報請主管機關核定之。</p>	<p>一、原住民族或部落之成員應認知他人擬利用未公開之傳統知識，皆須依本條例規定申請，由原住民族或部落同意、簽訂契約等程序，始得為之，爰為第一項規定。</p> <p>二、未公開之傳統知識之權利為原住民族或部落所有，任何因職務或業務知悉者，應負保密義務，爰為第二項規定。</p> <p>三、原住民族或部落之成員違反第一項及第二項規定，致侵害原住民族或部落之權利者，依第二十四條規定應負民事責任。惟鑑於原住民族自律乃實施原住民族自治之基礎，且其成員是否將傳統知識洩漏或交付他人，及其造成之影響或補救方式，原住民族或部落最為清楚，不宜逕由法院介入處理，爰於第三項規定優先適用原住民族或部落之民事規範或習慣。若原住民族或部落尚未形成民事規範或習慣時，則可依第二十四條規定尋求救濟。</p> <p>四、為避免原住民族或部落之民事規範或習慣認定上之疑義，爰於第四項規定</p>

	先經主管機關核定。
<b>第五章 傳統知識爭議之調解及民事救濟</b>	<b>章名</b>
<p>第十九條 主管機關應遴聘（派）學者、專家、公正人士、機關代表及原住民族代表，以合議制方式辦理下列事項：</p> <p>一、傳統知識歸屬及利用爭議之調解。</p> <p>二、第七條規定權利金爭議之調解。</p> <p>三、其他涉及原住民族或部落間關於傳統知識爭議事項之調解。</p> <p>前項原住民族代表之比例、調解程序及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。</p>	<p>一、傳統知識歸屬及利用爭議、權利金及原住民族或部落間關於傳統知識等爭議事項，涉及原住民族族內傳統與其習慣，為建立客觀公正之爭議處理機制，爰於第一項規定由主管機關所應遴聘（派）學者、專家、公正人士、機關代表及原住民族代表，以合議制方式之進行調解。</p> <p>二、原住民族傳統知識紛爭事件之類型不同，且有涉及不同部落、原住民族之情形，非可一概論之。爰於第二項授權由主管機關訂定相關調解程序及其他應遵行事項之辦法，以符需要。</p>
<p>第二十條 主管機關應於調解成立後七日內，將調解書送請管轄法院審核。</p> <p>法院應尊重原住民族之習慣，儘速審核前項調解書，除有違反法令、公序良俗或不能強制執行者外，應由法官簽名並蓋法院印信，除抽存一份外，發還主管機關送達當事人。</p> <p>法院未予核定之事件，應將其理由通知主管機關。</p>	<p>一、參考著作權法第八十二條之一第一項，於第一項規定主管機關於調解成立後，應於七日內將調解書送請管轄法院審核。</p> <p>二、原住民族傳統知識紛爭事件之處理，應尊原住民族之習慣法理，另參考著作權法第八十二條之一第二項有關法院審核程序之規定，為第二項規定。</p> <p>三、參考著作權法第八十二條之一第三項規定，於第三項定明法院就調解內容未予核定時之處理。</p>
<p>第二十一條 調解經法院核定後，當事人就該事件不得再行起訴。</p> <p>前項經法院核定之民事調解，與民事確定判決有同一之效力，並暫免徵收執行費。</p>	<p>一、按原住民族傳統知識紛爭事件具專業性、社會性與原住民族高度習慣性特徵，主管機關依本條例第十九條規定辦理調解之人員均為專業人員、原住民族代表所組成，其調解除可免除雙方當事人訴訟程序之勞費，並可紓減司法機關案件負荷。爰參考著作權法第八十二條之二，於第一項明定調解經法院核定後，當事人就該事件不得再行起訴，並於第二項規定經法院核定之調解之效力。</p>

	二、另為減輕原住民族或部落之負擔，爰於第二項規定當事人於聲請強制執行時暫免徵收執行費，俟執行有結果，再就強制執行之財產優先受清償。
第二十二條 民事事件已繫屬於法院，在判決確定前，調解成立並經法院核定者，視為於調解成立時撤回起訴。	參考著作權法第八十二條之三第一項，規定民事訴訟判決確定前，經法院核定之調解之效力。
第二十三條 民事調解經法院核定後，有無效或得撤銷之原因者，當事人得向原核定法院提起宣告調解無效或撤銷調解之訴。 前項訴訟，當事人應於法院核定之調解書送達後三十日內提起之。	參考著作權法第八十二條之四，分別於第一項規定經法院核定之民事調解有無效或得撤銷之原因之處理，及第二項規定提起宣告調解無效或撤銷調解之訴之期間。
第二十四條 違反本條例第六條至第八條、第十三條、第十五條第三項、第四項、第十七條第二項或第十八條第一項、第二項規定，致侵害原住民族或部落之權利者，原住民族或部落得請求損害賠償，並得請求排除其侵害；有侵害之虞者，得請求防止之。	傳統知識之權利歸屬於原住民族或部落，違反本條例相關規定而侵害該原住民族或部落之傳統知識權利者，應賦予該原住民族或部落有向侵害人請求損害賠償、排除侵害與請求防止侵害之權利。
<b>第六章 傳統知識之延續及創新</b>	<b>章名</b>
第二十五條 主管機關應提供適當之教育與培訓，促進原住民族與部落對傳統知識及其保護制度重要性之瞭解。 原住民族地區之各級各類學校相關課程及教材之設計，應提供學生學習傳統知識之機會，並與部落生活相結合。 前項課程屬於原住民族教育法第四條第三款所稱之民族教育事項，其規劃應符合部落自主之精神。 各級各類學校為實施前三項傳統知識之教學或培訓，得由部落會議推薦遴聘原住民族耆老或具相關專長人士；其認證辦法，由主管機關定之。	一、傳統知識之保護，首重傳承，適當之教育及培訓相關人才乃為必要，爰於第一項課予主管機關提供適當教育與培訓之義務。 二、為利傳統知識之傳承，爰於第二項要求原住民族地區之學校相關課程及教材應酌情納入傳統知識，以提供學生學習傳統知識之機會，並於第三項規定該課程屬於原住民族教育法所稱民族教育。 三、傳統知識之傳承仰賴口耳相傳，耆老或具相關專長原住民之教導，較諸課本更為有效，爰參照原住民族教育法第二十六條之規定，於第四項規定各級各類學校得由部落會議推薦遴聘之。

<p>第二十六條 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；其辦法，由主管機關定之。</p>	<p>保護傳統知識，除在教育上設計傳承機制，使之得以相傳以外，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。</p>
<p><b>第七章 罰則</b></p>	<p><b>章名</b></p>
<p>第二十七條 違反第八條第一項規定，未事先徵得原住民族或部落之同意而未公開之傳統知識為揭露、取得、調查、研究、使用或其他利用行為者，主管機關得限期令其停止，屆期未停止者，處新臺幣二十萬元以上一百萬元以下罰鍰，並得按次處罰。</p>	<p>傳統知識之權利歸屬於發展該知識之原住民族或部落，為保障原住民族或部落之權益，故未徵得原住民族或部落之同意並簽訂定契約而擅自利用未公開之傳統知識者，得限期令其停止，並得處以罰鍰，屆期仍不停止者，得按次處罰。</p>
<p>第二十八條 違反第九條第一項規定，未向主管機關申報或申報不實者，處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰。</p>	<p>配合第九條第一項課予智慧財產申請人應有之申報義務，爰規範其違反申報義務或未據實申報之處罰。</p>
<p>第二十九條 違反第十七條第一項規定，未於期限內提交報告者，主管機關應限期令其繳交，屆期未繳交者，處新臺幣六萬元以上三十萬元以下之罰鍰。</p>	<p>違反第十七條未為報告之規定，可能使該原住民族或部落處於資訊不對等之地位，不利其對傳統知識之管理與保存，爰規定其處罰。</p>
<p>第三十條 違反第十八條第二項規定，因職務或業務知悉未公開之傳統知識而將之洩漏或交付他人者，處新臺幣六十萬元以上三百萬元以下罰鍰。</p>	<p>為避免原住民族或部落未公開之傳統知識被不當洩漏，爰為違反第十八條第二項之處罰規定。如係原住民族或部落之成員違反該規定者，除依本條規定處罰外，並應依第十八條第三項規定處理。</p>
<p><b>第八章 附則</b></p>	<p><b>章名</b></p>
<p>第三十一條 本條例施行細則，由主管機關定之。</p>	<p>本條例施行細則之訂定。</p>
<p>第三十二條 本條例施行日期，由行政院定之。</p>	<p>鑑於本條例所規範傳統知識之保護制度為國內首見，主管機關須有許多事前之準備作業，爰規定其施行日期，由行政院定之。</p>