

## 以智慧財產權制度保護原住民傳統知識之探討\*

國立交通大學科技法律研究所教授倪貴榮  
國立交通大學科技法律研究所法學碩士黃韻蓉

### 目次

- 壹、序言
- 貳、智慧財產權制度立論基礎
- 參、智慧財產權制度與傳統知識之保護
- 肆、智慧財產權制度適用於傳統知識的現狀與問題
- 伍、以智慧財產權制度保護傳統知識的適當性綜合分析—代結論與建議

### 摘要

由原住民社群所發展出的傳統知識不僅和生物多樣性的永續保存發展具有緊密的連結，亦富含潛在的經濟價值，可促進農業、醫藥的發展，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具有保護的實益。在各項保護傳統知識的訴求中，不乏提倡創設新的或以現行智慧財產體系來積極保護傳統知識之論述與相關實踐。惟因傳統知識在特性上和現行智慧財產權制度存有根本的差異，故適用上遂產生許多爭議。

本文主要研究以現行智慧財產權制度保護傳統知識之相關議題。第貳部分針對智慧財產權制度的立論基礎做了基本的分析。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，故第參部分就智慧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，第肆部分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檢視，並逐一分析適用上的優劣之處。第伍部分便綜合以上的論述，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，並為代結論與建議。

**關鍵詞：**原住民、傳統知識、生物剽竊、智慧財產權

\* 本研究獲國科會專題研究計畫補助：「傳統知識保護之國際立法與實踐之研究」(NSC 97-2410-H-009-025-MY3)。感謝郭華仁教授及陳昭華教授的指正。

## 壹、序言

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)。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>1</sup>。

近二十年來，這些原本乏人問津的傳統知識，其富含的潛在經濟價值被外界發現後，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，而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，造成嚴重的生物剽竊(bio-piracy)問題。

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>2</sup>，即與傳統知識密切相關的生物多樣保育與利用<sup>3</sup>、原住民的國際人權<sup>4</sup>以及傳統知識的智慧財產權<sup>5</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，特別是在國內智慧財產權法的部分，以避免不當專利的授與。

另外，在學界與部分國家立法上，亦不乏以創設或以現行智慧財產體系積極保護傳統知識之論述與相關實踐。惟因傳統知識於特性上和現行智慧財產權制度

---

<sup>1</sup> David R. Downes, *How Intellectual Property Could Be a Tool to Protect Traditional Knowledge*, 25 COLUM. J. ENVTL. L. 253, 282 (2000).

<sup>2</sup> Manuel Ruiz, Isabel Lapeña & Susanna E. Clark, *The Protection of Traditional Knowledge in Peru: A Comparative Perspective*, 3 WASH. U. GLOB. STUD. L. REV. 755, 797 (2004).

<sup>3</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(Convention on Biological Diversity, 簡稱 CBD)。

<sup>4</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(The 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>5</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。

存有很大的差異，故適用上遂產生許多問題<sup>6</sup>，進而可能造成保護上的不足，本文將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。

本文主要以現行智慧財產權制度保護傳統知識之相關問題進行研究。第貳部分針對智慧財產權制度的立論基礎做了基本的分析。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，故第參部分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，第肆部分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檢視，並逐一分析適用上的優劣之處。第伍部分便綜合以上的論述，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，並為代結論與建議。

## 貳、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進行權利分配（allocate）的主要機制之一。此機制在傳統知識本身、持有或擁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保護權利人上，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>7</sup>。

廣義而言，透過智慧財產權制度來保護傳統知識，可從防衛性<sup>8</sup>與積極性兩面向分別觀察。現行智慧財產權制度透過實質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，本文將聚焦於智慧財產權積極性面向的討論。

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由於規範目的不同，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

---

<sup>6</sup> See generally GRAHAM DUTFIELD, INTELLECTUAL PROPERTY, BIOGENETIC RESOURCES AND TRADITIONAL KNOWLEDGE 100-09 (2004).

<sup>7</sup> John T. Cross, *Justifying Property Rights in Native American Traditional Knowledge*, 15 TEX. WESLEYAN L. REV. 257, 293 (2009).

<sup>8</sup> 防衛性保護主要是經由揭露傳統知識來源和建立資料庫以防止不良專利之取得。

有著作權之保護<sup>9</sup>。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。

## 一、財產權和智慧財產權概念比較

### (一)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>10</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>11</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「與貿易有關智慧財產權協定」（Agreement on

<sup>9</sup> 謝銘洋，《智慧財產權法》，102-03，台北：元照（2008）。

<sup>10</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)（最後點閱日期 2011 年 2 月 16 日）。

<sup>11</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).

Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights，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。

### (二)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>12</sup>。

在財產權制度下<sup>13</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>14</sup>。

在財產權制度下的保護客體有一個相當關鍵的共通特性，即：「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>15</sup>

### (三)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>16</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。

## 二、智慧財產權制度設置理論基礎

<sup>12</sup> Cross, *supra* note 7, at 265.

<sup>13</sup> 一般財產權制度的保護客體除了包含了有形的、實體物質外(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>14</sup> Cross, *supra* note 7, at 264-65.

<sup>15</sup> *Id.* at 265.

<sup>16</sup> *Id.*

### (一)「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>17</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>18</sup>。

### (二)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>19</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>20</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來鼓勵人們創新<sup>21</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貢獻，才進而賦予該著作者或是發明者排他性的權利，以

---

<sup>17</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 4 (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>18</sup> Cross, *supra* note 7, at 265-66.

<sup>19</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>20</sup> Cross, *supra* note 7, at 266.

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

避免讓第三人免費分享了該創新知識<sup>22</sup>。

### (三)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；其中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>23</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>24</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>25</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>26</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>27</sup>，以下將於下文中詳細敘述<sup>28</sup>。

---

<sup>22</sup> *Id.* at 267.

<sup>23</sup> *Id.* at 268.

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

<sup>25</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>26</sup> Cross, *supra* note 7, at 269.

<sup>27</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

#### (四)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。」

因此除獎勵創新理論外，其他智慧財產權制度的設置理由亦有必要討論，最具說服力的三大理由包括：

##### 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，以俾利整體社會發展；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，諸如排他權利的賦予來鼓勵大眾提出任何具潛在實用性的想法、主意(idea)<sup>29</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>30</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>31</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

---

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>28</sup> Cross, *supra* note 7, at 269.

<sup>29</sup> *Id.* at 270.

<sup>30</sup> *Id.*

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



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>32</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>33</sup>。

## 2. 確認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。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>34</sup>。

對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確性<sup>35</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>36</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，就此點考量本身則似乎無法構成以排他性權利保護傳統知識的充足理由<sup>37</sup>。

---

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

<sup>33</sup> *Id.* at 271.

<sup>34</sup> *Id.* at 272.

<sup>35</sup> *Id.*

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

<sup>37</sup> *Id.* at 272-73.

### 3.文化保存

一般而言，「保存傳統知識源起的文化」(cultural preservation)，本身並不夠充分構成需以智慧財產權制度保護的理由。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>38</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>39</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>40</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>41</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<sup>42</sup>，似乎不容易有明確答案。

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>43</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

---

<sup>38</sup> *Id.* at 273.

<sup>39</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>40</sup> Cross, *supra* note 7, at 274.

<sup>41</sup> *Id.*

<sup>42</sup> *Id.* at 275.

<sup>43</sup> *Id.* at 274.

著實有限<sup>44</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>45</sup>。

現今不管是在國際法<sup>46</sup>或是國內法層次，取而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進行有效管制<sup>47</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（substitution）以及同質化（homogenization）情形為例說明之。

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，則該知識便非僅止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>48</sup>。

### 參、智慧財產權制度與傳統知識之保護

#### 一、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」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>49</sup>以及生物探勘契約（bio-prospecting）。在這三大制度中，又以智慧財產權制度可能對傳統知識持有者之影響最為直接，因其在利益的產生上、以及利益應如何分配上最

---

<sup>44</sup> *Id.* at 275.

<sup>45</sup> *Id.* at 274.

<sup>46</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>47</sup> Cross, *supra* note 7, at 274.

<sup>48</sup> *Id.* at 275-76.

<sup>49</sup> 在 2010 年「名古屋議定書」（Nagoya Protocol on ABS）通過後，應為國際立法中關於 ABS 制度最完整的規範。

具影響力<sup>50</sup>。

國際上有許多和智慧財產權相關的立法，例如 1961 年「羅馬公約」(Rome Convention on the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations)、1883 年「巴黎公約」(Paris Convention for the Protection of Industrial Property)、1886 年「伯恩公約」(Berne Convention on the Protection of Literary and Artistic Works)等；從國際影響力以及實際拘束力觀之，現今以世界智慧財產組織 (World Intellectual Property Organization, 簡稱 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>51</sup>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，又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>52</sup>，以下本文將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。

## 二、以智慧財產權制度保護傳統知識之爭議問題研析

### (一) 具備傳統特性的知識如何因創新得到保護

首先值得討論的是：「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，則其如何能符合專利法中的新穎性要件？從以上的討論觀之，傳統知識中，所謂的傳統指的是知識獲得以及使用的方式，意即於持有或擁有該傳統知識社群的社會脈絡中特有的學習以及分享過程，即為「傳統」的核心概念<sup>53</sup>。綜合觀察生物多樣性公約 (Convention on Biological Diversity, 簡稱 CBD)<sup>54</sup>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>55</sup>。以上的理

<sup>50</sup> DUTFIELD, *supra* note 6, at 12.

<sup>51</sup> 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].

<sup>52</sup> 參見郭華仁、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 2 期，頁 82-83。

<sup>53</sup> DUTFIELD, *supra* note 6, at 94.

<sup>54</sup> CBD art. 8(j).

<sup>55</sup> DUTFIELD, *supra* note 6, at 95.

解與 WIPO<sup>56</sup>對於「基於傳統知識體系 (tradition-based knowledge system)」的定義不謀而合<sup>57</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。

## (二)原住民社群中是否存在所有權概念以及財產權制度

其次，持有傳統知識的社會體系中是否存在著財產權 (property right)、著作權 (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的相關問題，討論如下。

針對此問題，學者Dutfield以為若認為原住民社群不存在著財產權制度，則就沒有所謂的權利存在，後續傳統知識於商業上或是研究上未經同意的使用就沒有侵權的疑慮，反而變相鼓勵了傳統知識的不當取得，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>58</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>59</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>60</sup>。換言之，此乃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)

---

<sup>56</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>57</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>58</sup> DUTFIELD, *supra* note 6, at 95.

<sup>59</sup> The ownership issue plays an important role in the very justification of a possible future traditional knowledge protection.

<sup>60</sup> Matthias Leistner, *The Positive and Negative Aspects of Traditional Knowledge Protection*, in *INDIGENOUS HERITAGE AND INTELLECTUAL PROPERTY* 58 (Silke von Lewinski ed., 2004); GRAHAM DUTFIELD, *INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, TRADE AND BIODIVERSITY* 62 (2000).

和財產權制度<sup>61</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>62</sup>。

### (三)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>63</sup>。

惟若針對所有存在於公領域的傳統知識皆加以保護，恐有過度保障之嫌，因此27811法案於保護範圍上做出限縮，僅限於近二十年內流入公共領域的傳統知識，使用者才需要提供金錢補償<sup>64</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，和秘魯有些許不同。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>65</sup>。

### (四)傳統社會體系中誰是傳統知識的持有者或是所有者

<sup>61</sup> DUTFIELD, *supra* note 6, at 95-96.

<sup>62</sup> Downes, *supra* note 1, 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>63</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> [*hereinafter* Law 27811].

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

<sup>65</sup> 參見「原住民傳統生物多樣性知識保護條例」草案第七條。

### 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。某些國家的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，針對該傳統知識享有很重要的一項權能便是「排他權」，近似我國民法中物權的概念，為一專屬權、絕對權，權利者擁有排除第三人使用的權利。

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

以秘魯保護傳統知識的 27811 法案為例，該法以原住民社群做為傳統知識的所有者<sup>66</sup>，否認個人得享有傳統知識的權利。法案中承認原住民社群對其傳統知識享有權利，得透過成立代表組織 (representative organizations) 來行使權利。惟並無明文揭示其已具財產法制度的對世效力。其權利內涵為何尚待後續的實踐與討論。27811 法案中除了針對持有傳統知識的社群賦予權利以外，對於整體的原住民族則透過建置原住民發展基金 (Fund for the Development of Indigenous Peoples) 的方式來提供保障，27811 法案於第 37 條<sup>67</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>68</sup>；而於承認個人

---

<sup>66</sup> Law 27811 art. 2.

<sup>67</sup> See *id.* art. 37.

<sup>68</sup> DUTFIELD, *supra* note 6, at 96; DARRELL POSEY, INDIGENOUS PEOPLES AND TRADITIONAL RESOURCES RIGHTS: A BASIS FOR EQUITABLE RELATIONSHIPS? 17 (1995): “indigenous singers...may attribute songs to the creator’s spirit”; Michael Blakeney, *Protection of Traditional Knowledge under Intellectual Property Law*, 22 EUR. INTELL. PROP. REV. 251-52 (2000): “If the beliefs and practices of Australian indigenous peoples are any guide, authorship may reside in

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>69</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，本文之後的討論便奠基在此處對於傳統知識概念的理解，嘗試以財產權的角度詳細討論相關保護法制的建立。

## 肆、智慧財產權制度適用於傳統知識的現狀與問題

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>70</sup>；而針對專利以及植物品種權（Plant Variety Protection，簡稱PVP）兩種智慧財產權制度，因和本文主要研究的「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。

### 一、著作權

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<sup>71</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：

#### （一）保護主體為特定權利人與傳統知識集體性特色的衝突

---

ore-human creator's ancestors...Authorship is replaced by a concept of interpretation through initiation”.

<sup>69</sup> Cross, *supra* note 7, at 280.

<sup>70</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>71</sup> DUTFIELD, *supra* note 6, at 100.



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。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>72</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，但卻造成另外一個問題，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擁有傳統知識的長老之間的衝突<sup>73</sup>。

## （二）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>74</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，或是社群規模太小以致於難以具備法人格，而被排除於保護主體外<sup>75</sup>。

## （三）保護客體必須是固著的

在美國著作權法制度<sup>76</sup>下，其所保護的著作必須是固著的（fixation）<sup>77</sup>，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>78</sup>。但這樣的情形相較於前述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

<sup>72</sup> *Id.* at 101.

<sup>73</sup> *Id.*

<sup>74</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>75</sup> DUTFIELD, *supra* note 6, at 104.

<sup>76</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>77</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>78</sup> DUTFIELD, *supra* note 6, at 103.

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>79</sup>。

#### (四)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之衝突

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>80</sup>。

## 二、專利

WIPO 於 2008 年的一份諮詢文件<sup>81</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>82</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，學者指出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>83</sup>。

專利權提供發明者在一特定期間內<sup>84</sup>得防止他人使用或是銷售其發明的排他性權利<sup>85</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

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

<sup>80</sup> *Id.* at 102.

<sup>81</sup> 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*].

<sup>82</sup> 多數情形為第三人使用原住民族的傳統知識來延伸發明，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>83</sup> Jay Erstling, *Using Patents to Protect Traditional Knowledge*, 15 TEX. WESLEYAN L. REV. 295, 297 (2009).

<sup>84</sup> 現今各國通常將保護期限設定為 20 年。

<sup>85</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

(new)、產業上可利用性<sup>86</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：

### (一)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>87</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>88</sup>。

然於印度的 Honey Bee Network 組織的工作成果中<sup>89</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>90</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>91</sup>。

### (二)高額的申請及訴訟費用阻礙了權利的行使

---

的角色

<sup>86</sup> 於美國專利法要件上係為實用性 (useful) 的要求。

<sup>87</sup> DUTFIELD, *supra* note 6, at 104.

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

<sup>89</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>90</sup> DUTFIELD, *supra* note 6, at 104; Anil Gupta, *supra* note 62.

<sup>91</sup> DUTFIELD, *supra* note 6, at 104-05.

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>92</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，無法繳交高額的申請費用<sup>93</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>94</sup>。

### (三)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>95</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>96</sup>。

### (四)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>97</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

---

<sup>92</sup> *Id.* at 105.

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

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

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

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

<sup>97</sup> See Krishna Ravi Srinivas, *Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights: A Note on Issues, Some Solutions and Some Suggestions*, 3 *ASIAN J. WTO & INT'L HEALTH L. & POL'Y* 81, 112-20 (2008).

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>98</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>99</sup>。

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>100</sup>。

### 三、「植物品種權」與「實用新型」

就既有的智慧財產權制度中，「植物品種權」(PVP)與「實用新型」(Utility Models)兩種型態似乎是最可能實踐的選擇。「植物品種權」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>101</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，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>102</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>103</sup>，很適合透過實用新型加以保護<sup>104</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>105</sup>。

---

<sup>98</sup> To ensure the denial of rights to inventions that are already known or lack a sufficient level of inventiveness.

<sup>99</sup> Erstling, *supra* note 83, at 297-98.

<sup>100</sup> *Id.* at 298.

<sup>101</sup> DUTFIELD, *supra* note 6 at 107.

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

<sup>103</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>104</sup> Srinivas, *supra* note 97, at 100.

<sup>105</sup> *Id.* at 100-01.

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、授權及強制授權條款、可專利性的內容 (criteria)，以及相關登記程序和檢驗及授與專利的程序都可參考專利制度<sup>106</sup>。惟國際上的實用新型系統差異極大，肇因於並沒有一個共同的國際條約或是公約作為標準；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>107</sup>。

#### 四、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>108</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>109</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。」<sup>110</sup> 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>111</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<sup>112</sup>。

#### 五、商標

在商標法保護範疇中，可用來保護傳統知識的為商標證明 (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>113</sup>。

---

<sup>106</sup> *Id.* at 101.

<sup>107</sup> DUTFIELD, *supra* note 6, at 107.

<sup>108</sup> *Id.* at 105.

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

<sup>110</sup> J. R. AXT, M.L. LEE AND D. M. ACKERMAN, BIOTECHNOLOGY, INDIGENOUS PEOPLES AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, Congressional Research Services, Washington, DC (1993).

<sup>111</sup> DUTFIELD, *supra* note 6, at 105-06.

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

<sup>113</sup> *Id.* at 106.

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生產製造，惟似乎沒有達到預期推廣的效果<sup>114</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>115</sup>

## 六、地理標示

地理標示 (Geographic Indications) 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>116</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>117</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。且印度政府認為加強 Basmati rice 的市場行銷，似乎是更有效率的保護方式<sup>118</sup>。

## 伍、以智慧財產權制度保護傳統知識的適當性綜合分析 ——代結論與建議

### 一、反對以智慧財產權制度保護傳統知識

#### (一) 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

---

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

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

<sup>116</sup> *Id.* at 107.

<sup>117</sup> *Id.* at 108.

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

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>119</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>120</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>121</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>122</sup>。

## （二）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>123</sup>。

更有甚者提出，連接智慧財產權利和傳統知識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識，則須揭露該知識<sup>124</sup>。惟對某些原住民社群而言，其並不願意讓第三人得以取得其傳統知識。

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

以智慧財產權制度保護傳統知識更被指出存在著許多困難點，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想法（*new idea*）等問題。因這兩者本質上的不同，不僅無法將所有傳統知識納入保護範疇，

<sup>119</sup> Downes, *supra* note 1, at 257; Erstling, *supra* note 83, at 299.

<sup>120</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>121</sup> Erstling, *supra* note 83, at 300-01.

<sup>122</sup> Downes, *supra* note 1, at 257.

<sup>123</sup> Cross, *supra* note 7, at 257, 262.

<sup>124</sup> Erstling, *supra* note 83, at 300.



縱係符合保護要件，適用上的問題亦層出不窮<sup>125</sup>。

### (三)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「應該沒有人可以擁有知識」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>126</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，真正的創作者或是發明者—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，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，因此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>127</sup>。

惟之所以會有智慧財產權制度的出現，係基於全面發展之政策上的考量，但若係適用於傳統知識的保護上，便不存在鼓勵創新的政策目的；因此有許多聲音出現，認為以智慧財產權制度保護傳統知識並不存在正當性（unwarranted）<sup>128</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>129</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>130</sup>。

### (四)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>131</sup>的權利」（a person has a moral right to

<sup>125</sup> Cross, *supra* note 7, at 259.

<sup>126</sup> *Id.* at 259-60.

<sup>127</sup> *Id.* at 267.

<sup>128</sup> *Id.* at 260.

<sup>129</sup> *Id.* at 267.

<sup>130</sup> *Id.* at 260; See WIPO, IGC eighth session, *supra* note 52, at 88, 94, 135, 147.

<sup>131</sup> Moral right, 亦稱為人格權。

control the product of her labor and creativity) <sup>132</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>133</sup>。

## 二、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>134</sup>，研究不易，常常流於意識型態上的爭辯。

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

意即，針對既有的智慧財產權制度和傳統知識特性衝突的部分，須透過國內立法層次來解決較為適當。於國際立法上，若能在立法架構或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>135</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。

## 三、智慧財產權制度對傳統知識保護的妥適性探討

### (一)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

---

<sup>132</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>133</sup> Downes, *supra* note 1, at 261.

<sup>134</sup> *Id.*

<sup>135</sup> *Id.* at 256.

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，其實非常困難。

## (二)智慧財產權制度保護範疇不足

智慧財產權制度，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>136</sup>。而傳統知識多數係由世代相傳下來，很少存在著可指明特定作者的情形。因此便有智慧財產權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，特別是智慧財產權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>137</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>138</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。

## (三)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>139</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)

<sup>136</sup> DUTFIELD, *supra* note 6, at 258.

<sup>137</sup> *Id.*

<sup>138</sup> Cross, *supra* note 7, at 262; see also WIPO, *Revised Draft Provisions for the Protection of Traditional Knowledge: Policy Objectives and Core Principles*, art. 3 (2) at 23, WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/16/5, Annex (2010) [*hereinafter* WIPO, IGC Sixteenth Session Document].

<sup>139</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。

的保護規定便係基於國際人權法的承認而來<sup>140</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>141</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>142</sup>。

事實上，某些種類的知識，像是關於自然世界的行為（behavior）或是本質（qualities）的科學發現，都被排除在智慧財產權制度的保護範疇外，而係置於公共領域供大眾使用<sup>143</sup>。即多數科學領域的基本研究都不受智慧財產權保護<sup>144</sup>。

#### （四）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。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。

#### （五）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>145</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

---

<sup>140</sup> Cross, *supra* note 7, at 259.

<sup>141</sup> *Id.* at 260.

<sup>142</sup> *Id.* at 261.

<sup>143</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>144</sup> Cross, *supra* note 7, at 259-60.

<sup>145</sup> 事前告知同意制度（Prior Informed Consent，簡稱 PIC）。

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>146</sup>。

#### 四、未來國際立法趨勢、結語與建議

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>147</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，應該都不會完全採用財產權的排他性概念，因為就現狀下觀之，從實際應用層面到深入政策理論的研析，都已經可以看出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>148</sup>。

然而，透過以上的討論，可知儘管傳統知識與智慧財產仍存在難以弭平的間隙，然並不表示各國主流社會及其原住民不能以智慧財產作為保護的參考模式，兩種價值並非不可能發展出適合的相互支持的共榮途徑。綜言之，在國際尚未達成以智慧財產權積極保護傳統知識共識之際，仍有待於各國經由立法與實踐的經驗累積，以探詢適合全球趨勢與在地需求之理想方案；無論如何，傳統知識持有者（TK holders）仍是最重要的利害關係人，任何的法制建構工作都不應使其缺席，他們的意見應該被充分的表達和尊重。

---

<sup>146</sup> DUTFIELD, *supra* note 6, at 12.

<sup>147</sup> Matthias Leistner, *supra* note 61, at 58..

<sup>148</sup> Cross, *supra* note 7, at 292.