

傳統知識的特性及其保護的國際現狀

郭華仁¹、陳昭華²、陳士章³、周欣宜⁴

^{1,3} 台灣大學農藝學系分別為教授及研究助理

^{2,4} 輔仁大學財經法律研究所分別為副教授及研究生

一、前言

在 1970 年代以後，西方化工以及藥品跨國公司逐漸熱中於前往生物資源豐富地區進行生物探勘，這些生物資源豐富地區經常在熱帶開發中國家，特別是這些國家的原住民生活圈。跨國公司由這些資源進一步研發，並且經由智財權保障其研發結果而獲利。原本對於原住民智慧創作的保護僅限於人類學者所重視的民間傳說、音樂、舞蹈等，就因之而擴充到民族生物學者以及相關保育團體對於生物多樣性保護的關懷。這些部門認為原住民、地方社群在農業、醫療、生態以及其他方面的傳統知識對於社群的永續發展是相當珍貴的憑藉。這些思潮最後具體地呈現於 1992 年的生物多樣性公約，特別是在第 8(j) 條：「依照國家立法，尊重、保存和維持原住民和地方社區體現傳統生活方式而與生物多樣性的保護和持久使用相關的知識、創新和做法並促進其廣泛應用，由此等知識、創新和做法的擁有者認可和參與其事並鼓勵公平地分享因利用此等知識、創新和做法而獲得的惠益」。

傳統知識相較於近代科技，既然有其可資利用之處，因此傳統知識利用智慧產權或其他相關法律的保護，可算是順理成章。世界智財組織 (WIPO) 從 1998 年開始，在南亞、南太平洋、阿拉伯國家、東南非、西非、美洲等 28 個國家進行了九次的實情調查，訪問的對象囊括原住民與地方社群居民、政府官員、學術研究單位以及非政府組織等。這些訪問肯定了傳統知識在許多領域的確是產業技術不斷創新的來源，包括農業、藥物、藝術等。

近年來，對於傳統知識的保護，各方的研究相當豐碩，基於對保護傳統知識的目標，在各個國際論壇中已有相當數量的著作以及許多關於規則與行動的建議。本為主要目的在於比較傳統知識與近代科技間特性的異同，並將報告傳統知識保護的國際現況，以作為討論傳統知識保護的參考。

二、什麼是傳統知識？

傳統知識的定義為何，對於其保護機制類型的選擇與保護範圍，將有著重要影響。一般而言，傳統知識係由多類型且跨領域的知識所組成，包括醫療、狩獵、農業生產等使用的生物、其他材料、以及生產方式等；此外廣義的傳統知識也及於設計、文學、音樂、宗教儀式和其他技術和工藝等。這一寬泛的內容也包括功能和美學性質的資訊，即所有可以用於農業或工業的方法和產品以及無形的文化價值等。傳統知識透過以下方式予以區別：構成的要素，知識潛在的或實際的應用，文獻化程度，個體所有或集體所有形式，以及其法律狀態。

傳統知識產生的背景和表現形式多所不同。有些傳統知識已被文獻化，即已被以某種方式正式表現出來(例如紡織品設計，傳統醫學)。然而，當今絕大部分的傳統知識是未被文獻化或是約定俗成的，例如，原住民於部落間醫療知識，基於傳統的信仰、準則和實踐，歷經數世紀的以家族為單位的嘗試錯誤，不斷改良，並透過世代口耳相傳而沿用迄今。

傳統知識可能被個人擁有（例如治療經驗和宗教儀式）、可能被一個群體中的某些成員所有，或者可為群體中的所有成員獲及（即共同知識），例如，已被數百萬婦女和老人掌握的關於藥用植物的家庭療法的知識。

傳統知識在脫離當地、傳統或氏族的环境下，某些傳統知識依然能夠被妥善運用。但情況也並非總是如此。傳統知識中常有一些與神靈、精神有關的組成部分，它們僅適用當地社群，一旦離開當地社群環境就不能運用的傳統知識，將不具有商業交易的價值，儘管該傳統知識對當地社群是有價值的。

總而言之，傳統知識包括了不同類別、不同功能的資訊，它的出現時間經常是早期而且不可考，但是會順應時代而發展，適應時代而變更。傳統知識以各種非文獻和文獻形式表現出來，根據其潛在或實際的用途而可能具備商業價值。

多數情況下，傳統知識由那些在過去已經發展成熟的知識所構成。它們已經被世代沿用，並且在許多情況下已被人類學家、歷史學家、植物學家或其他研究學者和觀察家收集和公開。然而，傳統知識並非靜止不動，它因不斷的改進或適應改變的情況而不斷演變並產生新的資訊。

世界智財組織 (WIPO)的「傳統知識、遺傳資源與民俗創作智慧財產權之政府間委員會」(以下簡稱 IGC) 秘書處於 2003 年七月中旬所開之第五次會期中，再次重申傳統知識之意含，依其官方文件所載，「傳統知識」係指基於傳統而生之文學的、藝術的或科學的作品、表演，發明、科學發現、外觀設計 (designs)、標幟 (marks)；名稱或符號、未公開之資訊，以及其他一切基於傳統在工業、科學、文學或藝術領域內智能活動所生之創新/新發明 (innovations) 與創作 (creations)。其中之「基於傳統」係指某種知識體系、創作、創新及文化表達方式，其通常皆

為代代相傳，且被認定為係某個特定民族或其居住地域所固有的，並會隨著環境變遷而不斷演進者。

從其具體內容觀之，傳統知識包括農業知識、科學知識、技術知識、生態知識、醫藥知識，此包括相關之藥品及治療、生物多樣性相關知識、民俗創作，其方式包括音樂、舞蹈、歌曲、手工藝、設計、傳說及藝術品、語言之要素（elements of languages），如名稱、地名及符號，以及其他具可變動性之文化財產（movable cultural properties）。

三、傳統知識的特性

要談傳統知識的保護，必須先對於傳統知識的性加以掌握，才能擬定最恰當的做法。若要引用現代科技的智財權保護框架來建構傳統知識保護的機制，則有必要先對於兩者間的異同加以比較。以下引用一般對於傳統知識特點的分析作文論述的基礎。

1. 傳統知識的起源乃是集體創作的、整體 (holistic) 的：

近代科技的創新，通常經由簡化影響因素，將不擬探討的因素加以標準化，然後來觀察某些特定因素間的因果關係。就內容而言，近代科技乃是被分門 (compartmentalization) 的，而其獲得乃是經由化約的 (reductionismic)、常是脫離生活的、分析的、以及演繹的方式；即使強調整體觀的生態學，其研究的過程仍然難以避免化約，雖然程度上較輕。反之，傳統知識的起源，是原住民或傳統社區居民基於日常生活上與環境的互動所產生的觀念，這樣所形成的知識可說是整體的，並且經常是經由觀念的傳遞，集體演繹而成。

然而集體創作並非傳統知識的必要條件，個人的獨創是可能的；反之近代科技的創新也不排除集體創作的方式，雖然其創新常侷限於少數受過訓練的個人或小團體。

近代科技的論證常是基於現象背後的抽象概念，其描述經常是數量化的，而其概念的演繹是推進式的；反之由於傳統知識的整體性，因此其內容常是敘述性的、是直覺的、是為現象的關聯，而其概念的演繹經常是重複驗證的、侷限於現象的；不過這並不表示傳統知識缺乏抽象概念的支持，印度與中國傳統醫學可以為例。

2. 傳統知識之傳遞基於代代口語相傳：

原住民傳統上並無文字，因此其知識的累積只能靠代代間的口語或肢體語言來傳遞。反之近代科技的傳承則主要是仰賴文字紀錄與發表，教授者的

功能只是加速知識的傳遞。

然而並非所有傳統知識都缺乏文字記載，例如中國、印度傳統醫學都是經由經典的出版而擴散流傳，而這兩者目前都被 WIPO 視為傳統知識的典範。新的傳統知識，也可望經由文字記載而流傳。

3. 傳統知識具變動性，會因社會環境變遷而演進：

傳統知識既然是人類生活與環境的互動所產生，因此在環境的變遷之下，傳統知識並非靜止的，而是動態的；因此所謂傳統，並非一定指過去的知識，而是指該知識產生的方式是「傳統的」。

近代科技當然也是經常演進，而且其速度遠比傳統知識者快速，其改變的幅度可能是相當巨大的。然而這並不代表現代「傳統知識」的創新速度一定很慢，特別是在傳播時代，原住民與傳統社區居民與環境的互動所產生的觀念，是可能在短期間擴散流傳的。不過傳統知識的變動，似乎缺乏典範性的革命，除非受到外來文化巨大的衝擊。傳統中醫從秦漢之際到目前為止仍然以陰陽五行為基礎，可見一斑。

4. 傳統知識的創新者經常無法可考：

許多傳統知識由於是長期集體的創作所產生，而且其過程缺乏文字記載，因此常無法認定知識的創新者。反之近代科技除了文字記載為常規外，也相當重視原創者身分的確定。然而當今傳統知識的形成，既然可能發生於短期之內，因此其創新者也可能能夠指認。

5. 傳統知識常歸屬於某個特定居住地域的人民：

特定的傳統知識經常是創新、保存於較為封閉的社會，為特定地區的居民所共有，或者某地區的個人或少數人所擁有；然而傳統知識的擁有者通常對之並不具有如西方社會所賦予的私權。反之近代科技起源於西方世界，而且已生根於接受西化的社會，其擴散是系統性的，既快速而且廣泛，而知識的創新者可以經由智財權的申請而成為私權。不過傳統知識並非無擴散，不過其擴散較為侷促，而且是不具有系統系的。

比較傳統知識以及近代科技，除了以上的分析外，也可以採「操作性定義」的觀點，就西方智財（專利）權的要件來比較，提供為傳統知識智財權保護的參考。

1. 新穎性

申請專利權的近代科技發明，不得為既有技術 (prior art)，也就是說申請之時已經被揭露者。準此，曾經被外人訪談紀錄而且發表過者，都可以算是

既有技術，而無法為現行專利法所保障。

2. 可重複性

傳統知識既然是住民基於與環境的交感而產生，因此該項知識常需要在恰當的時空環境下才能重現（有效）。然而近代科技基於化約式的探索，因此只要掌握特定的條件，遵循發明的步驟，比較易於重複該項發明。傳統知識若經近代科技分析其抽象的原理，其結果常能不限於時空而達到可重複性的要求。

不過鑒於生物具有變異的特質，因此生物學的近代科技，其可重複性與一般工業發明者相比，是較為低落的。以植物育種家權利--專利的特別法--而言，其重複性體現於申請要件新穎性、可區別性、一致性、穩定性中的一致性與穩定性。然而植物品種一致性與穩定性的審查基準，會因植物的遺傳特性而有差別，例如自交作物的一致性與穩定性要求較高，而異交作物則允許較為寬鬆的標準。

3. 非顯而易見性

專利權的授與，因發明的高度而有不同的保護程度，高度的創新可以享有發明專利，對物品形狀、構造或裝置的創作或改良者可授與新型專利，而對物品之形狀、花紋、色彩或其結合之創作者得給予新式樣專利。傳統知識也有難易不同的創新，例如中藥的全新配方以及其加減方即是。

4. 工業可利用性

近代科技並非全可為專利來保護，例如不涉及物質材料的自然科學理論因為不具工業可利用性，因此不得為專利之授與。甚至於某些可用以生產的發明，如生「生產動植物的實質生物程序」，可得以排除專利權之外。同樣的，廣義的傳統知識也有若干成分也是不得授與專利，例如舞蹈之不具工業可利用性以及農業知識之實質生物程序。

四、傳統知識保護的國際現狀：智慧財產權以外保護方式

傳統知識以智慧財產權以外方式保護者有：國家設置保護區、針對瀕臨絕種物種採取保護措施、限制土地開發、文化遺產保護、物種棲息地保護等；此外，CBD、農糧條約等國際公約所明定落實遺傳資源或傳統知識取得、利益共享機制，亦為傳統知識保護方式之一。

（一）CBD

1992年各國領袖在Rio de Janeiro舉行的地球高峰會議（Earth Summit）通過生

物多樣性公約，明定各國應致力於生物多樣性之保育、組成之永續利用、公平合理分享遺傳資源所衍生之利用利益，包括以適當方式取得遺傳資源及相關技術之適當移轉，並考量資源、技術之一切權利及提供適當資金（Art.1 CBD）。

CBD 雖明定各國政府應履行之基本政策與義務、跨國性技術與財務合作機制，但 CBD 規定之義務與責任，需由會員國內國政府落實之。在南北國家不同利益考量下，完全達成 CBD 立法成效實有困難。無論如何，CBD 就採取必要措施防止傳統滅絕、遺傳資源取得、公平合理分享利益、原住民及地方社區共同參與機制、國際合作等事宜均有規範。

（二）FAO 農糧條約

鑑於農糧植物乃民生必需品，相關智慧財產權保護問題攸關民生所需，因此在聯合國農糧組織（FAO）督促下，歷經七年協商，終於在去年 11 月 3 日由會員國通過農糧條約，以就農糧植物種源之智財權保護問題訂定國際規範標準。

由農糧條約第一條立法目的可知，本條約與生物多樣性公約具有一致性的立法目的與精神：農糧植物種源之保育及永續利用。為達此等目的，會員國應致力於農糧種源之保育、研究、蒐集、分類、研析與建檔事宜，並監控、維持農糧種源之多樣性（農糧條約第五條及第六條）。此外，會員國相互間、或透過 FAO，應就前述農糧種源保育等事宜建立合作與分享機制、落實本公約內容；會員國亦應協助開發中國家建立或擴展農糧種源之保育及永續利用；此等協助應包含對開發中國家之技術協助（農糧條約第七條及第八條）。

農糧條約承認農民權（Farmers' Rights）存在，肯定在地社群、原住民及所有農民對於農糧種源所為貢獻。此外，對於農糧種源取得與利益分享之多邊系統、資訊交換、技術取得與移轉、執行力建構（capacity-building）、物品轉移協議（Material Transfer Agreement, MTA）、設置國際性的專責組織等均有規範。

（三）保護內容

1. 保存傳統知識

在符合聯合國憲章及國際法之基本原則下，CBD 會員國得依據內國環境政策，有權亦有義務確保管轄區域內之特定活動，或控制特定活動對其他國家或管轄區域外的環境造成損害。因此，任何活動對於生物多樣性有不利影響者，CBD 會員國享有權限採取一定措施（及第四條）。

CBD 第 8 條 j 款明定：由於原住民及地方社區與生物多樣性之保持及永續利用具有重要關係，因此，會員國應透過內國立法方式，尊重、保存及維持原住民與地方社區之知識、創新與生活方式。

查明與監測措施乃防止傳統知識滅絕之重要措施。亦即：會員國應盡可能、且以適當方式（CBD 第七條）：

- (a) 查明對保持及永續利用生物多樣性重要之組成。
- (b) 以抽樣或其他技術監測前述保持及永續利用生物多樣性重要之組成，對於具有緊急性及永續利用潛力大者，應採取必要措施。
- (c) 透過採樣或監測方式，查明特定過程或活動類型對於生物多樣性之保持及永續利用影響，或可能產生重大不利影響。
- (d) 保管、整理前述調查、監測數據資料。

2.確保原住民及在地社群共同參與

在擁有傳統知識之原住民與在地社群的認可與參與下，應促進傳統知識之廣泛應用（CBD 第八條第 j 款）。

CBD 第十條第 c 款及第 d 款明定：傳統文化下之生物資源固有利用方式，若符合生物多樣性之保持及永續利用需求者，會員國應盡可能的保護及鼓勵該生物資源之固有利用方式。在生物多樣性已減少地區，會員國應支持原住民規劃及實行相關補救措施。

3.資訊交換

前述 WIPO 所建置之傳統知識相關文獻檢索系統、傳統知識資料庫等，均為落實資訊交換之重要方式。

4.傳統知識取得程序—事前同意與充分揭露

菲律賓 Executive Order No.247, 1995, Sec.2(a)明定：在原住民部落或在地社群進行遺傳資源探勘前，需取得該社群之請准，並不得違反該社群之習慣法。

5.利益共享機制

應使傳統知識之擁有者，能公平地共享此等知識、創新與生活方式利用所獲得的利益（CBD 第八條第 j 款）。根據 CBD 第十五條第 g 項規定，會員國應以法律、行政規則或其他政策措施，落實利益分享機制。

6.國際合作

為保持及永續利用生物多樣性、發展公民意識與教育，會員國間應儘可能與其他國家直接或透過國際組織方式合作（CBD 第五條及第十三條第 b 款）。

會員國應相互合作，特別是向開發中國家提供財務或其他協助，以落實本公約第八條原境保育相關措施（CBD 第八條第 m 款）。

會員國應考量開發中國家之特別需求，就查明、保持及永續利用生物多樣性事宜，建立並維持一定的科學、技術教育與訓練；會員國亦應協助開發中國家落實此等教育與訓練事宜（CBD 第十二條）。