

傳統知識之保護初探

郭華仁、陳昭華、陳士章、周欣宜*

目 次

壹、前言

貳、傳統知識之定義與特性

一、傳統知識之定義

二、傳統知識之特性

參、相關國際組織及規範

肆、傳統知識之保護方式之探討

一、以智慧財產權以外之方式保護

二、以智慧財產權保護

伍、台灣對傳統知識之保護現況

一、概說

二、台灣對傳統知識保護現況

三、台灣保護傳統知識可能面臨之困難

陸、結論

* 作者分別為：1.國立台灣大學農藝系教授；2.輔仁大學財經法律系教授；3.國立台灣大學農藝系研究助理；4.輔仁大學財經法律系研究助理，執業律師
作者對兩位匿名審查者之費心斧正深表謝意。

摘要

傳統知識的定義頗為廣泛，本文的討論主要侷限於傳統生態知識，包括對環境中生物與非生物的認知與使用的知識。文中先對傳統知識的特性加以分析，其次就傳統知識保護的方式列論，並對我國原住民傳統知識的現況予以陳述，最後提出傳統知識保護的問題與解決之道。

藉由傳統知識與現代科技的比較，可知傳統知識有其特殊性：(1) 傳統知識具有整體性；(2) 傳統知識具變動性，因社會環境變遷而演進；(3) 傳統知識的起源乃是經由集體創作而成，其創造者通常不可考；(4) 傳統知識之傳遞基於代代口耳相傳；(5) 傳統知識常歸屬於某個特定居住地域的人民。

傳統知識之保護方式可分為兩大類：一為以智慧財產權以外之方式保護者；另一為以智慧財產權方式保護者。前者包括落實 CBD、農糧條約等國際公約等所明定，關於遺傳資源或傳統知識的事前知情同意、充分揭露及利益共享機制等規範。而後者又可要分為二：一為積極性保護；二為防禦性保護。積極性保護係以既有之智慧財產權體制保護，如專利法、商標法、植物新品種保護法、營業秘密法等，或以特別法保護。防禦性保護包括建立傳統知識的註冊或資料庫，並列入「先前技術」，使竊取傳統知識申請專利者，將因喪失新穎性而無法取得專利。這些方式在若干國家已經有專法或者資料庫案例進行實質的保護。

以智慧財產權以外之特別法保護方面，目前已有若干國家定有特別規定，但規範方式不一，有的採註冊制度，即傳統知識經註冊後始受保護；有的則不採註冊制度，由政府予以調查，但不論何者，目的均在建立資料庫，進而使事前知情同意及利益共享機制得以落實。

我國原住民族傳統知識相當豐富，近百年來的調查紀錄也頗多，然而由於社會結構語生和貫習的變遷，目前關於傳統知識的保護，面臨若干問題，包括權利歸屬主體認定的困難、權利行使方式的困難、以及國家/社群利益衝突的困難等。

鑑於傳統知識整體性的特性，以現有智慧財產權體系加以保護，難免造成片段性保護之現象。傳統知識周全的保護，有賴於在現有智財權體系之外另輔以特別法，而該特別法乃奠基於廣泛與可行的資料庫或註冊工作。

關鍵詞：傳統知識；智慧財產；生物多樣性公約；原住民；地方社區

A Preliminary Study on the Protection of Traditional Knowledge

Warren H.J. Kuo , Jau-Hwa Chen , Shih-Chang Chen ,
and Shin-Yee Chou^{**}

Abstract

This article contributes to the discussion of the protection of traditional knowledge (TK) in its stricter sense, that is, traditional ecological knowledge which includes the perception and way of utilization of both biotic and abiotic factors of the environment. We will at first analyze the characters of TK, followed by examination of different instruments protecting TK. *Status quo* of the TK of Taiwanese indigenous peoples will be stated. Finally the problems and their solutions will be discussed.

By comparing TK and modern science and technology, the characteristics of TK are revealed as: a.) The TK is holistic in nature; b.) TK is variable, and may continue to evolve in response to changes of the social and biophysical environment; c.) TK is collectively created, and the innovator is often unidentifiable; e.) TK is transmitted orally from generation to generation; d.) TK is often shared among specific community members.

TK protection can be achieved by either IP or non-IP instruments.

^{**} ¹ Professor, Department of Agronomy, National Taiwan University.

² Professor, Department of Financial and Economic Laws, Fu-Jen Catholic University.

³ Assistant, Department of Agronomy, National Taiwan University.

⁴ Graduate Student, Department of Financial and Economic Laws, Fu-Jen Catholic University.

Non-IP protection includes protection of genetic resources or TK with prior consent of indigenous people or local communities, adequate disclosure, as well as the benefit sharing mechanism provided by the CBD, international germplasm treaty, and other international agreements. IP protection for TK is of two kinds: one is positive legal protection, and the other is defensive protection. Positive protection is the protection under the existing IP system, such as Patent law, Trademark law, Law of Protection of New Varieties Plants and Trade secret law, or under a *sui generis* system. Defensive protection includes, for example, establishing TK registers or databases including information concerning TK as prior technology to prevent others from patenting TK. There are examples of national laws or databases that substantially protect TK.

Furthermore, regarding the *sui generis* system excluded from IP rights, until now there has been a certain amount of countries establishing specific laws but in different ways to protect TK. Some adopt register system, which TK is protected only after finishing the register; some, otherwise, adopt investigation system by governments rather than register. However, the purpose of either system is to establish databases so that the prior consent and benefit-sharing systems can be more practicable.

Indigenous peoples of Taiwan possess extensive TK, some of which were recorded during the last century. However, due to changes in social structure and custom, the protection of TK now facing some difficulties. Such as difficulties in determining the ownership of the rights of TK, difficulties in deciding how to exercise the right of TK, and which take priority when the interests of the nation and the community conflict?

Regarding the holistic and the complex characteristics of traditional knowledge, it is argued that IP instruments provide at best fragmentally protection of TK. In order to pursue more complete protection, a complementary *sui generis* system that is based on a comprehensive and workable database or registry works should be considered.

Keywords: Traditional Knowledge, Intellectual Property, CBD, indigenous people, local communities

壹、前言

傳統知識係指原住民或地方社群之具有事實上或潛在上價值，且與遺傳遺產或其衍生產品有關連之知識或實施方法。該知識是原住民或地方社群千百年來為適應周遭環境之挑戰，根據其文化與傳統逐漸演進出來之非系統性的知識，故對環境之永續發展具有重大之意義。

近年來西方化工及製藥企業因鑑於這些傳統知識往往可以進一步發展為現代生活上之重要物品或技能，無不積極於前往生物資源豐富地區進行生物探勘，特別是到熱帶開發中國家之原住民社區採集生物資源或傳統知識，並開發成重要且頗具經濟價值之醫藥產品。例如，亞馬遜印地安人傳統上將 *Chondrodendron* 與 *Strychnos* 的樹皮刮下，然後用冷水浸出箭毒，用以打獵。其備製方法密不外洩，直到 1800 年代才由 *Alexander von Humboldt* 看到，其成分現在在進行手術時，可用來鬆弛肌肉¹。其他類似的案例亦不少，由此可知何以多年來許多大藥廠不惜投下巨額資金，到生物資源豐富之地區進行生物探勘之理由。

傳統知識經由近代科技的研究，雖可以產生頗具經濟價值之產品，然而也因為這些進一步研發者可能透過智慧財產權保護，而使原本屬於傳統知識發源地集體共有之知識一下子變成研發者個人之私有財產，甚至有完全取自於傳統知識未經研發即取得智慧財產權者，形成「生物竊取」現象，而引起資源豐富國家之反對，並進而演變成國際間之紛爭。為此 1992 年通過了生物多樣性公約，試圖調和資源豐富國家與研發國間的衝突。該公約特別於第 8 (j) 條規定：「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

¹ Bisset, N.G., War and hunting poisons of the New World. 1. Notes on the early history of curare. *Journal of Ethnopharmacology*, 1992, 36(1):1-26.

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」。此外，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。本文主要目的在於比較傳統知識與近代科技間特性的異同，並將報告國際保護傳統知識之方法，以及台灣之保護現況，以作為討論傳統知識保護的參考。

貳、傳統知識之定義與特性

一、傳統知識之定義

何謂傳統知識？根據世界智慧財產權組織之「遺傳資源、傳統知識與民俗創作智慧財產權之政府間委員會」（The WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, 以下簡稱 IGC）秘書處於 2003 年 7 月中所開之第五次會期中²所為之定義稱³：所謂「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

² Composite Study on Protection of Traditional Knowledge, WIPO/GRTKF/IC/5/8, 第 61 點, 引自 The WIPO Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999), p25.

³ 同註 2, p25.

(designs)、標記 (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發明 (innovations) 與創作 (creations) 而言。其中所謂「基於傳統」，係指某種知識體系、創作、創新及文化表達方式，通常係代代相傳，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⁴。

具體而言，傳統知識所涉及之範圍包括農業知識、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等；但廣義之傳統知識亦包括傳統之藝術作品、手工藝品及其他文化成果之表達 (cultural expression)，如音樂、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、地理標示及符號，以及其他具可變動性之文化財產 (movable cultural properties)⁵，這些屬於人文藝術有關之文化成果表達，故通稱為「民俗表達形式」(expression of folklore) 或「傳統文化之表達」(expressions of traditional culture)。

此外，亦有國家在相關法規中對之加以定義者，例如：(1) 葡萄牙為配合生物多樣性公約，在 2002 年開始實施之第 118 號法律⁶，其第 3 條對「傳統知識」之定義是：所謂傳統知識，「係指包括所有與商業或工業利用的地方品種及其他原生材料 (local varieties and other autochthonous material) 有關之無形成分，該物種及材料由地方居民以集

⁴ WIPO, Intellectual property needs and expectations of traditional knowledge holders, WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999), p25.

⁵ John Mugabe, Intellectual property protection and traditional knowledge, Paper Prepared for the World Intellectual Property Organization (WIPO) by African Centre for Technology Studies (ACTS), p3, available at <http://www.wipo.int/tk/en/activities/1998/humanrights/papers/word/mugabe.doc> (last visited: 2005/2/17).

⁶ Decree-Law No.118/2002, April 20, 2002. available at <http://www.wipo.int/tk/en/documents/word/portugal-dl118.doc> (last visited: 2005/2/17).

體或個人非系統性之方式發展而成，並構成居民文化及精神傳統之一部分。包括，但不限於，對本法規範下之地方品種及其他自主性的原生材料之使用及保護非正式相關而應用在農業、糧食及一般工業活動，涉及傳統工藝、交易及服務之方法、程序、產品及設計之知識」(第3條第1項)。(2)巴西在2001年公布的第2186-16號臨時措施⁷第7條對於「相關之傳統知識」(Associated traditional knowledge)之定義為：「原住民或地方社群所有之具有事實上或潛在上之價值及與遺傳遺產 (genetic heritage) 有關之知識或個人或群體之實施方法」。

然而由於傳統知識的範圍極廣，因此要明確的定義實有困難，因此有學者認為：關於傳統知識之保護，可以將重點放在事前決定的保護客體上，但未必需要一個明確的定義。換言之，一個傳統知識的明確的定義對於傳統知識的保護而言，並不是一個重要的必要條件⁸。WIPO 國際事務處亦謂：事實上大多數的專利法對發明都不加以定義，同樣的，在商標法大多數亦不對標示加以定義。對任何保護客體之保護的重要要素在於一些必須符合法律保護要件之特徵的確認，例如新穎性、進步性、產業可利用性；以及商標的識別性等。此種規範方式亦可適用在傳統知識上⁹。

礙於篇幅，本文之探討將以狹義之與科技有關之知識為探討內容，至於與人文藝術有關之文化表達，因其保護方式與前者未盡相同，宜另文討論之。

⁷ Provisional Measure No. 2186-16 of August 23, 2001. available at <http://www.wipo.int/tk/en/documents/word/brazil-provisional-measure.doc> (last visited: 2005/2/17).

⁸ Nuno Pires de Carvalho, *The TRIPS Regime of Patent Rights*, Kluwer Law international, 2002, p.192-193.

⁹ See WIPO Information Note on Traditional Knowledge, WIPO International Forum on "Intellectual Property and Traditional Knowledge: Our Identity, Our Future", Muscat, January 21 and 22, 2002, note 1. available at http://www.wipo.int/arab/en/meetings/2002/muscat_forum_ip/iptk_mct02_i3.htm (last visited: 2005/2/17).

二、傳統知識之特性

要談傳統知識的保護，必須先對傳統知識之特性加以掌握，才能擬定最適措施。在此擬經由傳統知識與現代科技之比較來說明傳統知識之特性。

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，以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 (reductionistic)、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，且創作人是特定的，而非由不特定的多數人所創作。

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。

關於傳統知識與在近代科技下產生的智慧財產權之差異，可以一簡

短的故事為例說明之：想像在亞馬遜部落的某人感到不舒服，乃尋求 *paje*（指巫師）的幫忙，該巫師在檢查病症後，到花園去採集由其所栽種之不同植物的樹葉、種子及水果，再根據其獨家方法混合該等材料後，備製一劑其單獨擁有之處方後，開始向神祈求，並穿上禮服，秀一舞蹈，且該藥品將會被置於一個具有象徵性符號設計的花瓶中。在此案例中，若以智慧財產權考慮，可能分別透過幾種情形保護：藥品及其備製方法（專利）；花瓶極其象徵性之符號（新式樣）；歌曲、祈禱文或舞蹈（著作權）、禮服（著作權或新式樣），至於其所栽種的植物或種子可能為植物新品種保護。而由傳統知識的觀點看此故事時，其過程是整體性的，而且可藉此說明文化本質上傳遞傳統知識的特色，巫師在選擇所栽種的植物及備製藥品時會受其文化及傳統所引導，且他們亦無法區分技術標準與文化薰陶之不同，因此傳統知識基本上是傳統的產物，雖然其亦可以是當代的產物。總之，傳統知識大多是由非系統化之方法（*non-systematic manner*）所產生，是對環境所造成之挑戰的回應，並經過不斷嘗試的方法所產生，因此傳統知識不是一種由實驗室系統化所產生出來的發明¹⁰。

2. 傳統知識之傳遞係基於代代口耳相傳的

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. 傳統知識具適應性，會因社會環境變遷而演進

傳統知識既是人類為適應環境所產生，因此在環境的變遷下，傳統

¹⁰ Nuno Pires de Carvalho, loc. cit., p.194-195.

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。然而這並不表示現代「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. 傳統知識的創作者經常無法可考

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，因此其創作者也可能能夠指認。

5. 傳統知識常歸屬於某個特定居住地域的居民

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，而且是不具有系統性的。

參、相關國際組織及規範

國際間目前已有若干組織與國際規範涉及傳統知識之保護，茲分述如次：

1. WIPO

WIPO 於 2000 年設立「智慧財產暨遺傳資源與傳統知識及民俗文化的政府間委員會」(IGC)，以提供 WIPO 會員國就傳統知識保護等議題討論，迄今已開過多次會議，致力於下列有關傳統知識保護議題之探討：(1) 傳統知識之定義及保護方式；(2) 遺傳資源之取得及利益分享之標準化契約；(3) 建構電子檢索資料庫 - 包括傳統知識及契約條款暨實務，供檢索先前技術及公眾使用等¹¹。

2. CBD (Convention on Biological Diversity)

1992 年通過之「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（第 1 條）。

關於傳統知識之保護，CBD 第 8 條規定：「每一締約國應盡可能並酌情：... (j) 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，而與生物多樣性的保護和持續使用相關的知識、創新和作法，並促進其廣泛應用，由此等知識、創新和作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、創新和作法而獲得之惠益。」此外，該公約中尚有若干相關規定：(1) 第 10 條第 3 款，關於生物多樣性習慣之使用¹²；(2) 第 17 條第 2 項，關於原住民及傳統知識信息之交流¹³；(3) 第 18 條第 4 項，關於傳統技術之開發及使用¹⁴。以上規定

¹¹ <http://www.wipo.int/tk/en/databases/tkportal/index.html> (last visited 2005/2/17).

¹² CBD 第 10 條規定：「每一締約國應盡可能並酌情：... (c) 保障及鼓勵那些按照傳統文化慣例，而且符合保護或持久使用要求的生物資源習慣使用方式。」

¹³ CBD 第 17 條第 2 項：「此種信息交流應包括交流技術、科學和社會經濟研究成果，以及培訓和調查方案之信息、專門知識、當地和傳統知識本身及連同第 16 條第 1 款中所指的技術。可行時也包括信息的歸還。」

¹⁴ CBD 第 18 條第 4 項：「締約國為實現本公約的目標，應按照國家立法和政策，鼓勵

均在使傳統知識得以更有效地保持與利用。

3. WTO

在 WTO 之與貿易有關的智慧財產權協定(The Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS) 並無直接關於傳統知識的規定，但由於傳統知識亦可能以智慧財產權保護，因此亦可能適用 TRIPS 有關規定，惟在何種情況下得以智慧財產權保護傳統知識，本文將於後詳述，於此不贅。

4. FAO (Food and Agriculture Organization)

聯合國農糧組織 (FAO) 在 2004 年通過「國際農糧用植物遺傳資源條約」，其目標係與生物多樣性公約協調一致，使農業得永續經營，並實現對農糧用遺傳資源之保存與永續利用，並公平合理地分享因其被利用所衍生之利益 (第 1 條)。

該條約亦承認農民權 (Farmers' Rights)，農民權包括：(1) 保護與農糧用植物遺傳資源有關的傳統知識；(2) 平等參與與分享因利用農糧用植物遺傳資源所衍生之利益之權利；(3) 參與國家級與農糧用植物遺傳資源有關事務的決策之權利。此外，對於農糧用遺傳資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。

肆、傳統知識之保護方式的探討

傳統知識之保護方式可要分為兩大類說明之：一是以智慧財產權以

並制訂各種合作方法，以開發和使用各種技術，包括當地技術和傳統技術在內。為此目的，締約國還應促進相關人員培訓和專家交流之合作。」

外之方式保護者；另一為以智慧財產權方式保護者。前者著重於對於生態資源之利用的保護，而後者則著重於對財產權之保護。茲分別申述之。

一、以智慧財產權以外之方式保護

在探討如何以智慧財產權以外之方式保護傳統知識之前，擬對目前已訂有關於傳統知識保護之國家的立法例加以探討，惟鑑於若對有規定者均加以探討，可能篇幅過長，因此僅舉幾個較具代表性之立法例為例加以說明，之後再歸納其保護方式。

(一)外國立法例

1.葡萄牙

葡萄牙在 2002 年公佈施行第 118 號法律¹⁵，為葡萄牙保護傳統知識之主要依據，其規範重點有幾：

(1) 保護客體

該法第一條規定其保護客體為：「本法在建立對於現存或對農林及自然景觀活動有潛在利益的原生植物材料，為註冊、保存、合法保護及移轉的法律機制，包括地方品種及第二條所規定的自生性材料，和相關的知識…」；至其所指的「相關的知識」，在第三條即直接規定為傳統知識。

(2) 保護要件

根據第 3 條第 2 項規定，傳統知識被提供保護來對抗「重製或為商業上、工業上使用，或以上兩者情形之保護」需符合下列兩個要件：a) 傳統知識必須被確認、描述及登記在「植物遺傳資源註冊簿」(Registry of Plant

¹⁵ Decree-Law No.118/2002, April 20, 2002. available at <http://www.wipo.int/tk/en/documents/word/portugal-dl118.doc> (last visited: 2005/2/17).

Genetic Resources, RRGV) 上；b) 上述對傳統知識之說明需詳盡至使第三人得重製或使用該知識及能獲得與從該知識所有人處取得者相同的結果。

(3) 保護方式、保護期間

傳統知識必須經過註冊始受保護，但所有人可以選擇以公開或不公開之方式保護。根據第 3 條第 3 項之規定，傳統知識的所有人得選擇以不公開之方式保存該知識，在此情況下本法第 12 條規定¹⁶之註冊公報的出版應僅限於對知識的存在及相關物種的識別之揭露，在第三人以不正方式取得傳統知識的情況下，該所有人仍享有註冊之保護。

此外，依第 3 條第 4 項之規定，傳統知識在請求註冊前未被工業化利用或未經其所發源地之地方社群或該社群外之公眾所週知者，該知識所有人享有下列權利：(a) 拒絕未經授權之第三人為商業性之目的而直接或間接重製、仿冒及/或使用；(b) 部分轉讓、全部轉讓或授權傳統知識的權利，包括繼承人所為的轉讓；(c) 但不包括已被其他特殊的工業財產註冊所保護者。

至於有權申請註冊者為本法第 9 條規定之主體（第 3 條第 4 項）。依第 9 條第 1 項規定，傳統知識登記之申請得由任何符合下列規定之公立或私立、個人或法人為申請：(a) 依照第 2 款規定，該申請人代表該傳統知識發源之地理區域之利益者；(b) 符合第 10 條第 3 項者¹⁷。

傳統知識之註冊自申請日起有五十年之保護期間，期滿得申請延

¹⁶ 第 12 條規定：「一般作物保護理事會（Directorate General for Corp Protection, DGPC）應經常出版所有向國家植物遺傳資源登記簿（National Directory of Registrations of Plant Resources）申請或已完成登記材料及依照第三條已註冊之傳統知識之公報。」

¹⁷ 第 10 條第 3 項係規定：註冊所有人應對註冊之傳統知識在境內之維持負責，並確保其與官方的說明相一致。

展，期間與前述相同（第 3 條第 6 項）。

此外，依照第 3 條第 7 項規定傳統知識尚可準用第 7 條（分配利益之取得）¹⁸、第 10 條（註冊所有人之權利義務）¹⁹、第 12 條（註冊公報）、第 13 條（違反之處罰）²⁰及第 14 條（附隨制裁）²¹等規定。又違反上述對於傳統知識之保護規定者，行為人除前述之規定處罰外，亦無法免除第 7 條和第 10 條之責任，尤其是賠償責任及利益分享（第 15 條）。

2. 安地斯組織

安地斯組織，成員國包括玻利維亞、哥倫比亞、厄瓜多、祕魯及委內瑞拉，其等於 1992 年針對遺傳資源之取得簽署第 391 號決定²²，但其間亦訂有對於技術知識、創新及傳統作法之相關規定，爰加以敘述之。

¹⁸ 依照第 7 條第 1 項及第 2 項之規定，以學習、研究、改善或生物科技應用之目的而取得傳統知識者，及以商業或生物科技應用之目的而使用傳統知識者，皆應取得「在農業遺傳資源、漁業和水產方面之農業、農村發展及漁業部之技術委員會」(the Technical Council of the Ministry of Agriculture, Rural Development and Fisheries on Agrarian Genetic Resources, Fisheries and Aquiculture, CoTeRGAPA)之事先授權及通知註冊所有人，此外，上述之使用，應取得登記所有人的先前同意，以合理分配因使用該知識所得之利益（第 7 條第 4 項）。

¹⁹ 第 10 條係規定登記所有人之權利及義務，權利為登記所有人得享有獲得部分因第 7 條第 1 項及第 2 項使用該知識而生之任何利益（第 1 項）。義務包括第 7 條第 1 項規定之使用傳統知識的情形僅於通知註冊所有人後始得為之（第 2 項）；為資料之收集及現行知識更新之目的，登記所有人應負責（第 4 項）；及前開介紹過的應對登記之傳統知識在境內之維持負責，並確保其與官方的說明相一致之義務（第 3 項）。

²⁰ 違反第 7 條第 1 項、第 2 項及第 3 項而使用該當第 2 條第 1 項及第 2 項之植物或部分，並違反第 3 條規範之傳統知識者，應處以一百元葡萄牙幣以上兩千五百元葡萄牙幣以下之罰鍰（第十三條第一項）。過失亦同（第二項）。

²¹ 第 14 條為行政罰之規定，包括「提出財產；停止需要社會規範或國家特許的行業或活動；禁止其進入市場的權利；禁止其為取得公共工程、提供物品或勞務、公共服務及執照和特許而投標或參與公開競爭；終止其營運所需之行政機關許可或授權；暫停許可、授權及證照。」

²² Andean Community Commission, DECISION 391: Common Regime on Access to Genetic Resources, available at <http://www.sice.oas.org/trade/JUNAC/decisiones/DEC391e.asp> (last visited 2005/2/17).

該決定第 7 條規定：「會員國，爲了維持此決議及其補充的國內立法，應認可及重視原住民、非裔美人及當地社群的權利及權力，以決定關於與遺傳資源及其衍生物有關之技術知識、創新、與傳統作法。」

此外，該決定中尚有關於「無形成分」(intangible component) 之規定，所謂無形成份，係指具有實質或潛在價值之技術知識、創新或是個別或集體之作法，與遺傳資源、其衍生物或其他包含之生物資源相關者，無論是否受到智慧財產權之保護（第 1 條）。此亦包括傳統知識在內。依據該決定，取得（遺傳資源、其衍生物及其無形成份之）契約應納入利用無形成份、取得遺傳資源或其衍生物所得之利益，應爲公平與公正分配之附屬條款（第 35 條）。移地保育中心或其他關於遺傳資源或其衍生物國相關無形組成份之機構應與各國主管機關依本決定共同簽訂取得契約（第 37 條）。

3. 巴西

巴西在 2001 年公布的第 2186-16 號臨時措施²³提供了對與取得遺傳資源有關之傳統知識的保護。其保護重點如下：

(1) 規範目的及範圍

本規範涉及之利益、權利及義務包括「爲了生物多樣性之保存、國家遺傳遺產之完整及其使用而獲取與遺傳遺產相關之傳統知識²⁴」（第 1 條第 2 項）及「對使用部分遺傳遺產及與其相關之傳統知識公平且平等之分享利益」（第 1 條第 3 項）。又「須保存在原住民或地方社群²⁵中爲

²³ Provisional Measure No. 2186-16 of August 23, 2001. available at <http://www.wipo.int/tk/en/documents/word/brazil-provisional-measure.doc> (last visited: 2005/2/17).

²⁴ 所謂「獲取相關之遺傳知識」，係指爲了科學研究、技術發展或生物探勘，在工業或其他方面之申請上，取得原住民或地方社群與遺傳遺產相關之傳統知識或個人或團體實施方法之知識（第 7 條第 5 項）。

²⁵ 所謂「地方社群」(Local community)，係指人類團體，包括 Quilombo 社群之遺族，

了其自身之權益及基於習慣用法之交換或散佈之遺傳遺產及與之相關的傳統知識」(第 4 條)。

(2) 保護方式

(a) 傳統知識之範圍、使用決定權人及與智慧財產權之關係

本保護措施保護原住民或地方社群與遺傳遺產相關之傳統知識，防止非法使用及開發和其他有害之行為，或依第 10 條經管理委員會或受託機構授權之行為(第 8 條前言)。在本措施及規則之規範下，國家承認原住民或地方社群對於使用其與遺傳遺產相關之傳統知識有決定權(第 8 條第 1 項)。本措施規範之與遺傳遺產相關之傳統知識包括：巴西之文化遺產及經營管理委員會指示或特別法規規定得納入地籍記錄者(cadastral record)(第 8 條第 2 項)。本措施對於原住民或地方社群之傳統知識的保護，不得為有妨礙其保存、使用或發展之解釋(第 8 條第 3 項)。本措施中所提供的保護，不得影響、損害或限制已取得之智慧財產權(第 8 條第 4 項)。

(b) 原住民或地方社群之權利

第 9 條規定，本措施保障原住民或地方社群對於創造、發展、持有或保存與遺傳遺產相關之傳統知識有以下之權利：(1) 對所有出版品、使用、開發及揭露所取得之傳統知識有主張來源之權利(第 1 項)；(2) 禁止非經授權之第三人：(a) 使用或實施測試、研究或調查相關之傳統知識；(b) 揭露、廣播或再廣播相關傳統知識之資料或知識(第 2 項)；(3) 向第三人收取對相關傳統知識為經濟上開發所生之利益(第 3 項)。又因本措施之立法目的，任何與遺傳遺產相關之傳統知識得為社群所有，縱為社群中之個人所持有亦然²⁶。

以及透過代代相傳，並以傳統方式、其固有之習慣及保存其社會經濟結構所構成之特殊文化狀態(第 7 條第 3 項)。

²⁶ 同註 23.

(c) 相關主管機關及執掌

根據第 10 條之規定，遺傳資源管理委員會（The Council for the Management of Genetic Resources）為該措施所指之主管機關。

第 11 條規定，該委員會應建立對紀錄相關傳統知識資料庫之標準（第 2 項第 4 款）。訂定參與和聯邦之會議或與其他機關之協約，進行對取得及處理遺傳資源和取得相關傳統知識之事宜（第 3 項）。且致力於認可所有權人對取得相關傳統知識之事先知情同意（第 4 項第 2 款）。及授與生物及相關領域進行研究及發展活動之公立或私立機構，及依法令對取得相關傳統知識之公立或私立大學給予最多兩年為期限和定期延長之特殊認可（第 4 項第 4 款）。

(d) 相關傳統知識之取得及處理

第 16 條規定，對於國家領域內之大陸陸棚或專屬經濟海域之遺傳遺產及相關傳統知識之取得，應個別地取得樣本及資料；並應或得依本措施由在生物及相關領域進行研究及發展活動之公立或私立機構之授權。

第 16 條§4 規定，當涉及商業使用時，境內取得遺傳遺產和相關傳統知識樣本之取得，僅得於簽訂使用遺傳遺產和利益分享契約後始得為之。

第 16 條§5 規定，若認為在商品或製成方法上有潛在之經濟使用時，不論遺傳遺產之樣本和從相關傳統知識衍生出之資料，經授權之取得是否符合智慧財產之保護，受利益之機構為了實施使用遺傳遺產及利益分享契約而有義務與管理委員會或與開始取得或處理程序之機構聯繫。

(d) 利益分享

第 24 條規定，以來自遺傳資源及相關傳統知識的部分樣本而做成之產品或方法為經濟上的開發所得之利益，由國家機構或其海外機構所

擁有者，應依照相關立法與簽約當事人公平公正分享之。

第 25 條規定，以來自遺傳資源及相關傳統知識的部分樣本而做成之產品或是方法為經濟上之開發所得之利益，包括下列：利益之分配；授權金之給付；技術取得及移轉；對商品或服務之無限制授權及人力資源之訓練。

第 27 條，使用遺傳遺產及利益分享契約應明確約定契約當事人，究係為公共所有或私人所有，或原住民代表及官方原住民團體，或地方社群代表及經授權之國家取得及接受機構。

(e) 違法處罰

第 30 條規定，凡違反本措施或其他相關法令之行為或不履行者，應被視為對遺傳遺產及相關傳統知識之行政違反，並依該條有關規定處罰之。

4.小結

根據上述可知，葡萄牙與巴西對於傳統知識均有詳盡之規範，但二者之保護方式未盡相同，茲將二者簡單比較如次：

(表一) 葡萄牙與巴西關於傳統知識規定之比較

| | 葡萄牙 | 巴西 |
|------|-------------------------------------|----------------|
| 主管機關 | 在農業遺傳資源、漁業和水產方面之農業、農村發展及漁業部之技術委員會 | 遺傳資源管理委員會 |
| 保護要件 | 1. 須經註冊，被登記在植物遺傳資源註冊簿上；2. 知識內容說明夠詳盡 | 未明確規範 |
| 保護 | 傳統知識在請求註冊前未被 | 原住民或地方社群對於創造、發 |

| | | |
|---------|--|---|
| 內容 | 工業化利用或未經其所發源地之地方社群或該社群外之公眾所週知者，該知識所有人享有下列權利： 1. 拒絕未經授權之第三人為商業性之目的而直接或間接重製、仿冒及/或使用；2. 轉讓或授權傳統知識的權利 | 展、持有或保存與遺傳遺產相關之傳統知識有以下之權利：1. 對出版品、使用、開發及揭露所取得之傳統知識有主張來源之權利；2. 禁止非經授權之第三人：使用或實施測試、研究或調查傳統知識；及揭露、廣播或在廣播傳統知識之資料或知識 3. 向第三人收取對傳統知識為經濟上開發所生之利益 |
| 保護期間 | 自申請日起保護五十年，期滿得申請延展，期間與前同 | 未明確規範 |
| 他人使用要件 | 取得前述技術委員會之事先授權及通知註冊所有人 | 事前知情同意； 簽訂使用遺傳遺產和利益分享契約後始得為商業使用 |
| 與智慧財產關係 | 已被智慧財產權保護者排除在傳統知識保護範圍 | 依本措施提供的保護，不得影響、損害或限制已取得之智慧財產權 |

由以上比較可知，葡萄牙採註冊制度，巴西則不採，採註冊保護者，主管機關較不需要對傳統知識為主動調查，但傳統知識持有人若不知道要註冊，即無法受到保護。又因採註冊制度，因此進一步規定保護期間，以避免受到過長之保護。至於本特別規定與智慧財產權保護之關係，在葡萄牙不會有雙重保護，在巴西則可能雙重保護。

(二)保護內容

根據以上幾個外國立法例之規定可以歸納其保護方式主要有下列幾種：

1. 傳統知識資料庫²⁷之建立

傳統知識資料庫之建立為傳統知識保護之最基礎工作。在葡萄牙係透過註冊建立資料庫，對未被工業化利用或未經其所發源地之地方社群或該社群外之公眾所週知的傳統知識資料給予保護，註冊的所有人因為該註冊而享有拒絕未經授權之第三人為商業性之目的而直接或間接重製、仿冒及/或使用；及轉讓或授權傳統知識的權利，這種非智慧財產權制度的資料庫賦予註冊所有人一項新的權利，與其後本文將介紹的智慧財產權制度下的防禦性資料庫不同，該防禦性資料庫不賦予所有人新的權利，僅在使該資料庫中的傳統知識成為專利審核中的「既有技術」。此外，葡萄牙資料庫中所保護的傳統知識係為尚未進入公共領域者，而防禦性資料庫中的傳統知識則為已進入公共領域者。

2. 事前知情同意（prior informed consent）與來源地之揭露

根據巴西的規定，國家承認原住民或地方社群對於使用其與遺傳遺產相關之傳統知識有決定權（第 2186-16 號臨時措施第 8 條第 1 項），主管機關應審核對相關傳統知識之取得申請是否獲得相關原住民或地方社群的事前知情同意（第 4 項第 2 款）。有些國家甚至規定未經事前同意而申請專利者，得宣告專利無效²⁸。

另為使事前知情同意的規定更能落實，有些國家規定申請專利時必

²⁷ 依照資料庫功能的不同，可分為積極性保護的資料庫及防禦性保護的資料庫，前者會賦予所有權人新的權利，後者則僅在提供內國專利專責機關為既有技術的搜尋及審查，即為將國內使用的傳統知識視為「既有技術」（prior art），參見 Manuel Ruiz, *National and Regional Laws to Protect IK Related to Genetic Resources*, Policy Briefs, available at <http://www.scidev.net/dossiers/index.cfm?fuseaction=printarticle&dossier=7&policy=49> (March 2004).

²⁸ 安地斯組織於 2000 年 9 月 14 日做成第 486 號決定。Manuel Ruiz, *The Andean Community's New Industrial Property Regime: Creating Synergies Between the CBD and Intellectual Property Rights*, BRIDGES 4(9) (November-December 2000), available at <http://www.iprsonline.org/ictsd/docs/RuizBridgesYear4N9NovDec2000.pdf>. 該決定第 75 條規定：工業財產權之主管機關能完全依職權判決或依第三人於任何時期之申請，對於專利申請人未依第 26 條（繳交同意使用授權書）提出證明文件而宣告專利無效。

須揭露來源地，否則其專利申請將被拒絕²⁹。

3. 利益公平分享

CBD 明文規定，各會員國應盡可能並酌情依照國家立法，尊重、保存和維持原住民和地方社區體現傳統生活，而與生物多樣性的保護和持續使用相關的知識、創新和作法，並促進其廣泛應用，並鼓勵公平地分享因利用此等知識、創新和作法而獲得之惠益（第 8 條 j 款）。又第 15 條 g 款亦規定，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。巴西法律亦規定，以基於遺傳資源及相關傳統知識而做成之產品或方法為經濟上開發所得之利益，應與簽約當事人公平公正分享之（第 2186-16 號臨時措施第 24 條）。

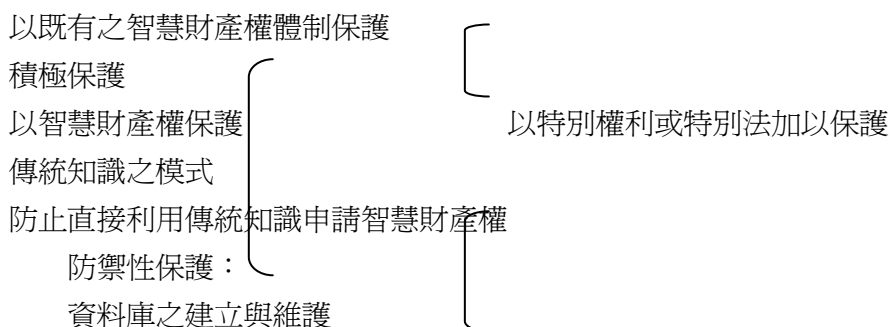
二、以智慧財產權保護

（一）概說

在以智慧財產權保護傳統知識之方式可要分為二：一為積極保護；另一為防禦性保護。所謂積極保護，又可分為以既有之智慧財產權體制加以保護，及以特別立法方式加以保護者兩種，前者係在現有的智慧財產權法中加以規範，或透過解釋，而給予保護者，後者則屬特別保護。其保護方式可能維持現有的智慧財產權體系，而在特別法中加以規範，或以特別權利保護，並另立特別法。至於防禦性的保護方法，係指透過特別方法避免他人不當地將先前存在之傳統知識轉變為個人之智慧財產權，例如將傳統知識公開，使違法取得者將因喪失新穎性，而無法取得專利。茲將其保護模式簡單圖示如下。

²⁹ 紐西蘭專利法規定：專利之申請須有充分及真實之揭露，及得到來源社群或個人或團體之先前告知同意，否則其申請將被拒絕。詳見 WIPO Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders, p.76.

(圖一) 以智慧財產權保護傳統知識之模式



(二) 積極保護

1. 以既有之智慧財產權體制保護

此為以智慧財產權保護中之最主要的保護模式，蓋以既有之智慧財產權體制加以保護者，在立法上可以避免制訂新法或創設新的權利態樣，然而鑑於傳統知識與既有之智慧財產權在性質仍有不同，因此在保護上，難免需要對現行法做些修正，茲將可能之保護方式探討如次。

(1) 專利法

傳統知識是否有可能以專利予以保護呢？此須先探討傳統知識是否為專利保護客體（利用自然法則之技術思想之創作），其次為傳統知識是否具備專利之要件（新穎性、進步性、產業可利用性）。按傳統知識所保護之標的為與某地域有密切關係之傳統社群或原住民，代代相傳之原有的或因此而發展之發明或創作。而發明專利保護之標的為發明，亦即利用自然法則之技術思想之創作。傳統知識可能屬於發明，但亦有可能不屬於發明之範疇。又傳統知識多為原住民或地方社群為適應環境之挑戰所發展出來之知識，而且經常是經過長期慢慢演進而成的，故除非是自傳統知識獲致靈感，而創作一具有新穎性之發明者外，一般不具備新穎或進步性，因此原則上仍不宜以專利權保護傳統知識。

然而以上論述並非表示凡是有涉及傳統知識之發明均完全不予專利，對於完全取自於他人之傳統知識，且未經直接人為介入改變者，自然不得賦予專利。但若發明雖以傳統知識為基礎，但已經人為之介入加以改變，且改變後已經符合專利要件者，則應准予專利。但其利用傳統知識之部分必須事前取得所有人之同意或在申請專利時揭露所利用傳統知識之來源地，自不待言。

至於事前知情同意或揭露來源地是否宜規定為專利要件？在有些國家立法例中已規定，違反者不授予專利；已取得專利者，得宣告專利無效。例如紐西蘭專利法規定：專利之申請須有充分及真實之揭露，及得到來源社群或個人或團體之事前知情同意，否則其申請將被拒絕³⁰。類似規定亦見諸安地斯組織第 486 號決定³¹規定：(1) 申請專利之案件係源自其他國家境內之知識或以其知識為基礎而發展者，應繳交使用國境內族群同意使用之授權書（第 26 條）。因此，任何人、特別是發明人或是製藥跨國公司，其欲取得此些資源以申請專利時，應檢具與資源材料提供者簽署之契約。(2) 工業財產權之主管機關能完全依職權判決或依第三人於任何時期之申請，對於專利申請人未依第 26 條提出證明文件而宣告專利無效（第 75 條）。縱上可知，安地斯第 486 號決定已確保了智慧財產權制度有效地實施 CBD 要求尊重原住民社群之知識、創新及實施方法之一般性規定，亦即提供了一項可使智慧財產權與 CBD 相容之機制³²。但亦有學者認為 TRIPS 第 27 條是關於專利取得之要件，而非知識之盜用（misappropriation of knowledge）規定。當傳統知識所有人知道其知識被盜用時，可以訴諸法律中有關不當得利或淨手原則

³⁰ WIPO Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders, p.76.

³¹ *Id.*

³² *Id.*

(unclean hands doctrines) 去尋求補償³³，但不適當直接規定為專利要件³⁴。

(2)植物新品種保護法

野生植物經過歷代農民的長年馴化，或經過育種家交配選種，成為栽培植物的品種，與野生者有所差別，而可進行經濟生產的使用。這樣的智慧創作，目前已經接受植物育種家權，或者植物品種權（在我國為植物品種及種苗法）的保護；雖然美國、歐盟、日本、澳洲等國也可以用專利法來保障植物品種的創造權³⁵。植物品種權的規範一般參考UPOV（The International Union for the Protection of New Varieties Plants, UPOV）的公約；根據UPOV規定授予育種家權利保護之新品種必須具備：新穎性（novelty）、可區別性（distinctness）、一致性（uniformity）、穩定性（stability）及有適當品種名稱（variety denomination）之要求。植物育種家權的權利範圍幾乎與專利權同等，不過植物育種家權有農民免責以及育種家免責的例外。

原住民與農民長年選種所創造出來的地方品種，是否可以用植物品種權來加以保護，向來各國有不同的意見；主要的論據在於地方品種遺傳異質性高，無法達到一致性與穩定性的要求。地方品種都是經年累月的不斷依賴環境的變遷而由農民自行篩選的，因此無法符合所謂的新穎性³⁶。此外，地方品種的育成者也非特定的人。然而所謂一致性與穩定性，其認定的標準並非一成不變；以UPOV的審查基準而言，遺傳組成較為均質的自交作物，其一致性與穩定性的標準，就比異交作物來的高。沿用此例，將地方品種一致性與穩定性的標準按照其特性再予以放

³³ Nuno Pires de Carvalho, loc. cit., p.202.

³⁴ Nuno Pires de Carvalho, loc. cit., p.158-159.

³⁵ 郭華仁，專利與植物育種家權的接軌及其問題，2004年，植物種苗6(3):1-10。

³⁶ 郭華仁，原住民的植物遺傳資源權與傳統知識權，蔡中涵編，生物多樣性與台灣原住民族發展，2000年，台灣原住民族文教基金會，台北，頁165-185。

寬，就有可能符合受保護的要件。至於新穎性，若尚未為外人所引用種植，則雖然已經存在部落內歷經百年，則依 UPOV 的公約³⁷，若在申請時視之為新穎性，似乎也不為過。

就現行的立法例而言，孟加拉的 1998 年草案中，對於一致性的定義，就顯現出較為寬鬆的規範³⁸。巴西 1997 年的植物品種保護法³⁹對於一致性的定義，也是較具彈性。印度 2001 年的植物品種與農民品種保護法中，雖然對一致性的定義與 UOPV 公約者近似⁴⁰，但是對於農民品種則採用「消極性保護」，例如第 43 條就規定，某實質衍生自某農民品種的新品種，若非得到擁有該農民品種的社區農民的同意，否則無法享受品種權。由以上的規範，對於地方品種給於智財權上的保障，至少在內國法上是可行的。

(3)營業秘密法

根據 TRIPS 第 39 條第 2 項之規定，自然人及法人對合法擁有之下列資訊，應可防止其洩漏，或遭他人以不誠實之商業手段取得或使用：

1. 秘密資訊，亦即指不論以整體而言，或以其組成分子之精確配置及組合而言，這類資訊目前仍不一般涉及該類資訊之人所知或取得者；
2. 因

³⁷ UPOV Convention 1991, Article 6, Novelty: The variety shall be deemed to be new if, at the date of filing of the application for a breeder's right, propagating or harvested material of the variety has not been sold or otherwise disposed of to others, by or with the consent of the breeder, for purposes of exploitation of the variety.....

³⁸ Plant Varieties Act of Bangladesh, Article 6(5): A plant variety with stable specific traits is a plant variety, which can express the declared specific traits whenever any propagation material of the plant variety is propagated through normal agricultural/farming practices. (見 http://www.grain.org/brl_files/bangladesh-pvp-1998-en.pdf)

³⁹ Law on Plant Variety Protection, Article 3(iv): "homogenous plant variety" means a plant variety that, when used in planting on a commercial scale, shows a minimum degree of variance in the descriptors identifying it, according to criteria established by the competent agency. "

⁴⁰ The Protection of Plant Varieties and Farmer's Rights Act, 2001 Article 15 (3c): uniform if subject to the variation that may be expected from the particular features of its propagation it is sufficiently uniform in its essential characteristics; (見 http://www.grain.org/brl_files/india-pvp-2001-en.pdf)

秘密性而具有商業價值者；3.所有人已採行合理步驟以保護該資訊之秘密性者。

基此，未公開之傳統知識符合以上規定者，是可能以營業秘密予以保護。另外，為使傳統知識得以更能有效地以營業秘密保護，則可考慮將傳統知識分析歸類後，儲存於限制取得之資料庫中，避免資訊的外洩。

然而以營業秘密保護傳統知識亦可能面臨瓶頸，即該等秘密很難加以建立、保護及執行。蓋一個原來僅有社群內的人始知道的傳統知識，只要一經研究員、政府組織或其他任何組織蒐集或出版，很可能其秘密性即已消失。若其具有商業價值者，要保持其秘密性則更為困難。

(4)商標法（含地理標示、或原產地名稱）

在商標法上可能以證明標章或團體商標之方式對於具有傳統知識之商品予以保護，例如澳洲採用認證商標（*authentication marks*），註冊之團體商標（*collective trademarks*）及證明商標（*certification trademarks*）來保護以傳統為基礎之創新和創作⁴¹。國家原住民藝術促進協會（*National Indigenous Arts Advocacy Association, NIAAA*）在原住民及托勒斯海峽島民協會（*Aboriginal and Torres Strait Islander Commission, ATSIC*）及澳洲藝術委員會（*Australia Council for the Arts*）協助下，於1999年發展出使用原住民之確認標籤（*an indigenous Label of Authenticity*），使用此些標章做為「認證商標」在保護原住民及托勒斯海峽島民之藝術、產品、服務及文化遺產上效果顯著，實務上已有兩件相關之案例，其一為：有一原住民及托勒斯海峽島民之樂器—*didgeridoo*，被非原住民亦非托勒斯海峽島民之他人製造及出口至他國，

⁴¹ ‘The registration of collective and certification trademarks to protect tradition-based innovations and creations is under active exploration in Australia and New Zealand.’, WIPO, *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders*, p.73.

此時即可主張此證明標籤以限制他人之行爲；另一件則牽涉到 Tiwi 之藝術家，其創作出一個確認標籤，此標籤可註冊爲商標，且發展出一套使用、管理及實施之規範⁴²。

此外，在紐西蘭，申請之商標爲「文化冒犯商標」(culturally offensive trademark)，亦即該申請商標包含或使用原住民團體的文字、名字或符號有醜化 (scandalous) 或不道德 (contrary to good morals) 之情形，有冒犯社群，包括毛利族，重要部分之虞者，依其商標法之規定，應不予以註冊或使之爲無效⁴³。

在安地斯組織第 486 號決定第 7 項規定，由原住民、非裔美人或地方社群之名稱、稱呼、單字、字母、符號或標記所組成之標誌，用於區別其商品、服務或方法過程或構成其文化或實施方式表達之商業上使用而造成第三人權利有所損害之特殊情況者，除由社群自行申請或得到其明示同意，亦不得註冊爲商標；其他情形包括與第三人已申請或註冊之商標相同或近似者且有造成混淆誤認或錯誤之可能者、與已受有保護之商品名稱、標籤或標記相同或近似者且有造成混淆誤認或錯誤之可能者、與已申請或註冊之廣告標語相同或近似者且有造成混淆誤認或錯誤之可能者、與第三人具有區別性之標識相同或近似者且有造成混淆誤認或錯誤之可能者、使用會影響法人或自然人辨識性或聲譽之標識者、違反第三人之智慧財產權或著作權之標識者、使用全部或一部第三人之著名標識或近似、翻譯且有造成混淆誤認或錯誤或減損。

⁴² WIPO, Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders, p.73.

⁴³ 經通國際專利商標事務所陳執中編譯，紐西蘭新商標法，<http://www.finetpat.com.tw/Chinese/default.asp?ID=382>；New Zealand- New Trademark Law, available at http://www.ladas.com/BULLETINS/2004/0304Bulletin/NewZealand_TMLaw.html. (last visited 2005/2/17); WIPO, Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders, p.74.

除上而外，地理標示（Geographical Indication）⁴⁴、來源地標示（Indication of Source）⁴⁵或原產地名稱（Appellations of Origin）⁴⁶亦是保護傳統知識甚重要方法之一。以上三種用語所指意義大同小異，地理標示根據 TRIPS 第 22 條第 1 項之定義係「為辨別一商品係產自一會員之領域，或其領域內之某一地區或地點之標示，而該商品之特定品質，聲譽或其他特性，主要產生於該地理來源者」。在某些情況下，以上與地理有關之標示可以是提高農產品、手工藝品和其他由傳統知識衍生的產品的價值的重要方法。然以上標示並無法保護特定的技術或知識，而僅能防止該標示被虛假的利用。

(5)以特別法保護

例如巴拿馬在2000年所制訂之「為保護其文化認同與傳統知識而制訂之規範原住民族集體權利之特別智慧財產權制度」(Special Intellectual Property Regime Governing the Collective Rights of Indigenous Peoples, for the Protection and Defense of their Cultural Identity and their Traditional Knowledge, and Other Provisions)⁴⁷，即針對原住民之傳統知識所為之特別法，主要在透過特別之登記體系（a special registration system）保護原住民社群（indigenous communities）的智慧財產集體權利（the collective rights of intellectual property）與傳統知識，除了賦予登記所有人特別之權利，包括得授權他人或為排除他人對傳統知識為使用及商業化、或工業上之重製；及對於原住民傳統藝術作品或手工藝品等之文化表達證明的同意權外，尚確保原住民社群對傳統知識的智慧財產權，規定僅能由

⁴⁴ 地理標示為 TRIPS (Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights) 之用語。

⁴⁵ 來源地標示為巴黎公約 (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) 及馬德里協定 (Madrid Agreement for the repression of false or deceptive indication of source on goods) 之用語。

⁴⁶ 原產地名稱為巴黎公約及里斯本協定 (Lisbon Agreement for the protection of Appellation of Origin and their international registration) 之用語。

⁴⁷ LEGISLATIVE ASSEMBLY, LAW No. 20 (of June 26, 2000).

原住民社群或授權他人為申請，排除未經授權之第三人取得智慧財產權上，如：著作權、工業發明、商標、地理標示等的排他權。

(三) 防禦性保護

1. 防止直接利用傳統知識申請智慧財產權

傳統知識之防禦性保護係指透過特定方法，避免他人不當地將傳統知識轉化為個人之智慧財產權而受到保護。例如避免他人直接利用傳統知識，未經研發改良取得專利權，其方法有二：一是將傳統知識列為不予專利保護之客體；另一則是將傳統知識列為既有技術，使專利專責機構在審查時，得以將傳統知識與申請案的技術比較，審查其是否具備新穎性及進步性。另外更應規定以傳統知識為既有技術之申請案，申請人必須檢附傳統知識持有者之同意書，否則仍不得予以專利⁴⁸。當然對於新穎性之認定亦宜採「絕對新穎性」，使申請前在全球各地已見於刊物或已公開使用之傳統知識皆為「既有技術」，如此才可防止將外國傳統知識拿來本國申請專利，例如修正前之澳洲專利法，係採相對新穎性，亦即於澳洲地區以外之公開使用之技術，不影響專利申請案之新穎性；而 2002 年修法則擴大了澳洲申請案既有知識之範圍，使其不再僅限定於澳洲地區之公開使用，亦即修正後之澳洲專利法採絕對新穎性，申請前在全球各地已見於刊物或已公開使用者皆將影響專利申請之新穎性⁴⁹。與此相對應的，在專利審查時，對於進步性之要求亦應提高，以防止單純以傳統知識為基礎之申請案，澳洲專利法即為一例，澳洲於 2002 年專利法修正時對於發明進步性之標準，將隨著對既有知識資料揭露之審查而提高，修正前之澳洲專利法規定，僅能以單件揭露之既有知識資

⁴⁸ 陳文吟，探討傳統知識受專利制度保護之可行性，政大法學評論第七十八期，2004 年 4 月，頁 189-190。

⁴⁹ 參台一國際專利商標事務所，澳洲專利法修正，<http://www.taie.com.tw/1241.htm> 及經通國際專利商標事務所簡秋欽編譯，澳洲專利法修正，<http://www.finetpat.com.tw/Chinese/default.asp?Act=NewsDetails&ID=383>；Noel Brett, Australia Patent Law Changes 1 April 2002 (June 2002), at <http://www.ficpi.org/newsletters/50/AUreform.html>. (last visited 2005/2/17).

料作為評估發明進步性之標準，然而，修法後，對於生效日後之申請案，於評估其發明進步性時，將結合相關之既有知識為參考，因此，若該先前知識之結合明白顯示為該領域具有一般技術之人得合理地預測並瞭解該項發明者，則此些既有知識即被視為是相關參考資料，並將結合在評估發明進步性之資料中。因此，將來澳洲專利申請案更需要突顯其發明進步性，才可獲准專利⁵⁰。

2. 資料庫之建立與維護

一些先進國家和發展中國家已經就傳統知識文獻化的重要性達成共識，例如印度在經歷過有關 *brinjal* 專利之後，已開始對已經落入公共領域的傳統知識建立易於瀏覽的數位資料庫，在 2002 年 3 月間由「得以維持技術及制度之研究及開創組織」(The Society for Research and Initiatives for Sustainable Technologies and Institutions, SRISTI) 開始進行傳統知識及地方性發明的資料庫，該資料庫名為「傳統知識數位圖書館」(the Traditional Knowledge Digital Library, TKDL)，旨在紀錄所有在印度已知的傳統醫療方法，以防止生物竊取⁵¹。

資料庫之建立具有下列幾個作用：(1) 具公示作用，讓欲使用該知識者得以明確瞭解知識之內容，並諮詢所有人是否願意提供使用；(2) 可提供內國專利專責機關為既有技術的搜尋及審查，即為將國內使用的傳統知識視為「既有技術」(prior art)，以適當地檢驗專利申請若係使用

⁵⁰ 參台一國際專利商標事務所，澳洲專利法修正，<http://www.taie.com.tw/1241.htm> 及經通國際專利商標事務所簡秋欽編譯，澳洲專利法修正，<http://www.finetpat.com.tw/Chinese/default.asp?Act=NewsDetails&ID=383>；Noel Brett, Australia Patent Law Changes 1 April 2002 (June 2002), at <http://www.ficpi.org/newsletters/50/AUreform.html>. (last visited 2005/2/17).

⁵¹ Suman Sahai, Indigenous Knowledge and its Protection in India, in: *Trading in Knowledge: development perspectives on TRIPS, trade, and sustainability*, Bellmann, Christophe; et al, Published by Earthscan Publications Ltd, 2003, p.172, *Biopirates Beware!* (March 15, 2002), available at <http://www.teri.res.in/teriin/terragreen/issue8/news.htm> (last visited 2005/2/17).

到該資料庫所登記的知識是否符合新穎性及進步性；(3) 可以作為專利審查時調查來源地之基礎，以避免傳統知識之被竊取或不當使用。

然而亦有反對建立傳統知識資料庫者，其主張論點在：第一、傳統知識是持續發展的，當該知識被文獻化或被登記在資料庫中，除非該等資料會持續更新，否則該知識的適用性將隨著時間逐漸縮小，此外，該知識在文獻化或是登記過程中與該知識發展的文化背景分離，將會失去該知識的精神及活力；第二、建立傳統知識的登記系統將會轉移各界的關注，因為現行首要的工作應是在保護傳統知識的自然本質，給予傳統知識持有者及該社群在文化上、精神上及物質上的生命力，而非資料庫的建立；第三、文獻化傳統知識是不道德及反生產的，如果在該知識的持有者或以該知識為基礎的智慧財產權擁有者被該資料庫建立者所忽略及提供該知識的社群無法使用該資料庫的情況下，則會產生上述不良的後果。這個爭議在生物多樣性公約秘書處主辦的傳統知識及生物多樣性研討會中亦引發各國原住民代表的關切及反對，主張應先暫停所有對傳統知識登記的相關立法，甚至該組織在美國的觀察員也表達了相同的看法，認為該登記系統會違反 TRIPS 協定及阻礙潛在的醫學研究，尤其，有學者提出另一項更簡單的論點，認為只要各國專利專責機關能嚴格地執行專利實用性、新穎性及進步性三要素，如果僅僅是抄襲該知識的話，根本不可能授與專利，傳統社群也就不會受到剝削⁵²。

⁵² Thomas J. Krumenacher, Comment: Protection for indigenous peoples and their traditional knowledge: would a registry system reduce the misappropriation of traditional knowledge? 8 Marq. Intell. Prop. L. Rev., 2004, p143-159.

此外，WIPO 亦曾提出若干建議事項供參考⁵³：

1. 建立傳統知識資料庫前，需先取得傳統知識利害關係人之同意。
2. 應清楚明確地標示公開日期，以利於認定申請專利案是否喪失新穎性。
3. 應注意對於傳統知識公開媒介與方式，若是透過網際網路建立之資料庫，應確保其內容不會消失，且維持不變。
4. 對傳統知識之公開需對其內容盡可能詳盡。
5. 應注意公開至何程度始具有「公共性」。如僅是在傳統部落（社群）中加以傳授，並不能構成公共性，至少應向外界之人公開。
6. 傳統知識之公開雖是爲了防禦性目的，但其公開之過程亦可能產生新的智慧財產權，如著作權或其他與資料庫有關之權利，亦應加以適當管理。

(四)以智慧財產權保護傳統知識之檢討

按傳統知識之產生型態及特性與在西方工業環境下所產生之智慧財產權基本上並不相同，因此以現行智慧財產權體制保護傳統知識是否恰當，乃有進一步探討之餘地。茲將智慧財產權保護傳統知識可能面臨之困難分述如次：

1 就積極性保護部分：

傳統知識是集體創作的，具有整體性之關係，且是社群集體共有共享的，與西方智慧財產權針對個別或特定之多數人之智慧結晶所爲之保護模式未盡相容，故以智慧財產權體制保護傳統知識時未必能爲週圓之

⁵³ WIPO/GTRKF/IC/5/6. Practical Mechanisms for the Defensive Protection of Traditional Knowledge and Genetic Resources Within the Patent System intergovernmental committee on intellectual property and genetic resources, traditional knowledge and folklore Fifth Session Geneva, July 7 to 15, 2003, at http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2003/igc/doc/grtkf_ic_5_6.doc

考量，難免發生片段保護之現象，至於該現象發生之原因主要有幾：(1) 傳統知識係社群為適應環境，根據其文化環境的回應與交互作用所產生之知識，因此傳統知識並非有系統性的，且傳統知識之功能或使用上利益會與相關連之物及其背景，暨其文化及精神信仰會有密切之結合，以現行智慧財產權體制加以保護時，僅能就其符合智慧財產權之部分予以保護，自難就傳統知識整體考量，尤其在他人利用或侵害時，智慧財產權體制主要考慮金錢補償，但當傳統知識與文化或精神信仰有密切關連時，金錢補償未必能提供足夠的鼓勵，使社群開放其傳統知識。換言之，智慧財產權在對此種信仰及文化權利為適當補償上顯然有其限制。(2) 傳統知識之使用方式經常須與經驗相結合，而該經驗部分未必能夠文獻化或固著於有體物上，但文獻化或固著卻往往為智慧財產權保護時之基本要求，因此以智慧財產權保護傳統知識時難免有不週之處。(3) 過份強調以智慧財產權保護傳統知識可能影響對於資源之管理，以及對傳統文化的尊重等，反而危及傳統知識之保存。

2 就防禦性保護部分：

防禦性之保護雖可避免他人竊取傳統知識，註冊為自己之專利，但防禦性之保護僅限於經公開之知識，對尚未公開之知識則無法保護。且公開資訊庫，可能反造成有心人士更輕易地利用公開的資訊做進一步之利用。

伍、台灣對傳統知識之保護現況

一、概說

(一) 多樣化的生物資源及文化孕育出豐富的傳統知識

台灣幅員雖小，但不論在生物、族群或文化上都非常多樣化，也因此孕育出極其豐富的自然資源及文化資產。就生物多樣性而言，台灣雖

處亞熱帶，但島上有三分二是高山，山高陡峻，海拔差距大，具有多種氣候特徵，因此有亞熱帶、暖溫帶、溫帶、冷溫帶、亞寒帶及寒帶等幾種植物生態系，種類甚為多樣。另因台灣係屬海島，周圍亦蘊含有豐富的海洋生物資源；在族群方面，除了最主要之漢族及客家族外，尚有十二族原住民，各族皆有不同的文化，因此孕育出極其多樣及豐富的文化。如此多樣化的生物及文化下當然富有極豐富的傳統知識。尤其在原住民地區，未經開發的傳統知識更是豐富。然而近幾十年來，傳統知識亦在被異族過程中急速消失中，因此有關傳統知識之保護的問題乃倍覺重要。

傳統知識雖不限於原住民之傳統知識，但因台灣原住民在社會組織型態與其他族群有極大的差異，故在傳統知識之保護上會有一些特殊性的問題產生，基此，在討論台灣對傳統知識之保護現況時，有必要對原住民之社會組織型態簡略說明之。

（二）台灣原住民族及其文化特色

1. 原住民族

台灣原住民族屬於南島語族（Austronesian 或稱 Malayo-Polynesian）⁵⁴、⁵⁵。在十八、十九世紀當時，同時亦是西方列強在全球海域上冒險開拓最為興盛時期，探險家在廣大的南太平洋上發現許多珊瑚礁與島嶼群，島上的居民多半過著原始的生活，有的島嶼有獨自被命名，但總稱為「南島群」，這些島上之族群由於使用相類似的語言，亦被稱為「南島語系民族」。目前南島語系民族的範圍東起南美洲西方的復活島，西至非洲東岸的馬達加斯加島，北起臺灣，南至紐西蘭，中間包括菲律賓、

⁵⁴ 馬淵東一，台灣土著民族，黃應貴編，台灣土著社會文化論文集，台北：聯經，1998年初版四刷，頁47。

⁵⁵ 黃應貴，台灣土著族的兩種社會類型及其意義，黃應貴編，台灣土著社會文化論文集，台北：聯經，1998年初版四刷，頁3。

馬來西亞、印尼、新畿內亞等地，但不包括澳洲，總人口超過兩億。這個民族的地理分布非常遼闊，佔全球面積的三分之二，而且都屬於島嶼性。其語言也相當紛歧，語言總數近一千種，約佔全世界語言總數的六分之一強。在橫跨地球將近三分之一的海域上，有將近三億的人口⁵⁶。而在台灣，大約有四十五萬四千多人⁵⁷的南島語系民族，亦即所謂的台灣原住民族。

台灣原住民族過去的歷史大部分都沒有文字記錄，直到三百多年以前才開始有一些文字紀錄，特別是荷蘭統治時期，所以台灣距今四百年以前的原住民族歷史可謂史前史。至於，台灣的原住民族起源自何處？並無一致的說法⁵⁸，有認為是從台灣以南的菲律賓、婆羅洲到印尼的東半部之間的塊狀區域發展起來，接著向北遷移至台灣，稱做「南來說」⁵⁹。另一種說法則是認為台灣為南島民族的起源。最後有認為是從中國大陸的東南沿岸一帶遷移至台灣的，稱做「陸來說」⁶⁰。

台灣原住民族現在共有十二族⁶¹，自北而南有噶瑪蘭族、泰雅族、太魯閣族、賽夏族、布農族、邵族、鄒族、阿美族、魯凱族、卑南族、達悟族（雅美族）、與排灣族。族群分佈地區大部分位於中央山脈左右側山麓地帶，如泰雅族、太魯閣族、賽夏族、布農族、邵族、鄒族、魯凱族與排灣族。生活於海岸或平原的族群有噶瑪蘭族、阿美族、卑南族、

⁵⁶ 簡後聰，台灣史，台北：五南出版社，2003年11月初版二刷，頁70。

⁵⁷ 截至2004年12月31日統計，共有454,682人。詳見<http://www.apc.gov.tw/official/>，參訪日期：2005/2/17。

⁵⁸ 有關南島民族的來源，學者儘管有許多不同的看法，但可以歸併成兩大類：第一類認為來自亞洲大陸東南部或臺灣，第二類認為來自南洋群島。詳見李壬癸，《台灣原住民史：語言篇》，台中：省文獻會，1999年。

⁵⁹ 詳見李壬癸，台灣原住民史：語言篇，台中：省文獻會，1999年。

⁶⁰ 同前註。

⁶¹ 行政院於2001年8月8日正式核定邵族成為原住民族第十族。隔年（2002年）12月25日正式核定噶瑪蘭族成為原住民族第十一族。2004年1月10日正式核定太魯閣族成為原住民族第十二族。

達悟族。然而，在傳統部落時期，台灣原住民的空間都選擇以山地為主，僅有少數族群如阿美族、卑南族和達悟族選擇生活在平原或海島上。因此一直到台灣基礎設施完善前，礙於交通與生活領域的限制，各族群間文化交流活動鮮少發生⁶²。

2.文化特色

(1) 口語傳播的文化

老人家(或長者)對於口傳強調代代相傳不可以任意更改、杜撰的。老人在述說這些部落或頭目家的口傳時，部落的晚輩均一起聆聽。語言在部落中有仲裁行動的能力，行動也可以藉語言來描述，文化之所以成爲行爲體系，主要來自於人們對其生存環境的回應，所形成諸多概念，經過長年累積即成爲一共同經驗與知識體系；透過文化的制約，人們使用語言溝通。因此，口語文化的傳播，在部落社會文化以及知識與經驗傳遞中，扮演著非常重要的角色。經由口語文化的傳播，各族的傳說、部落家族史、生活經驗與生存智慧(或稱傳統知識)，得以傳之久遠。

(2) 封閉的社會型態

台灣在四百多年前，散佈著爲數不少的族群，其文化與生活經驗多元併呈，隨其所到之處，這些不同族群憑藉著實際的需求與適應，爲這塊土地賦予得以牢記其屬性與特徵的名稱，因地形、動植物或是人事的遺跡，或者是一段遙遠的神話傳說等等。每個族群都有其一定的領域或疆界，嚴格限制其他不同族群的人，跨越其所宣示的領域。職是之故，鄒族與布農族的氏族社會制度；魯凱族、排灣族的頭目貴族階級制度；卑南族、阿美族的母系社會與青年會所制度；達悟族的漁團制度等等，在台灣島上各自擁有一片屬於自己的天地。

⁶² 1895年(日治時期)以前，原住民部落大部分都未受統治，各族群都維持著自主的生活型態。

(3) 原始的生產模式

昔日台灣原住民各族群曾經利用相當長的時間不斷的遷徙找尋建立部落的地點，考量農耕、狩獵、漁撈等需求，創造出對土地、山林與河流，部落共有分享的生存方式。農耕方面以游耕的方式，運用輪作與休耕，確保地利與利用的效率，小米、芋頭、蕃薯、旱稻與雜糧等基本生產作物，在耐旱與貧瘠的土地長時間以傳統的方式，維持原住民的基本食物供應。

在獵物的運用是原住民族所竭盡心智的，鄒族與布農族發展出揉皮技術⁶³、阿美族與泰雅族發明醃魚與醃肉的方法等傳統知識。原住民的狩獵不僅是生產的方式，另一層面更是蘊含著宗教的崇敬儀式以及對於親族關係的穩固作用。分享狩獵所得亦是台灣原住民族的生活特點：獵人的獵獲不僅歸於自身及其家人，大部分的傳統慣習，是需要讓同一家族或部族的人，按一定的方式分配或分享，Z 分配依循著嚴謹的規則進行。

(4) 順應自然的態度

原住民族對於自然環境的態度是懷著謙卑與感恩的。不論是在食衣住行各方面，都謹守著與自然共營共生、師法自然。例如生活領域在高山的族群，對於土地以及獵場都有其一定的規範⁶⁴，因此在地名的命名上，顯示出各地方的特性與禁忌，例如部落對外的交通小徑，會因循著地形的特性，原住民不會一味追求便捷而破壞土地，讓自然資源的借取以發揮至最大的效用。另一方面，對於大自然力量的呈現，原住民則以神靈憤怒與族人的行為表現相結合，透過自然界的變動，讓族人對自己的行為有所規範，亦即所謂的「師法自然」。

由於土地遭受國家或其他原因的侵佔，原住民族與祖先原有的土地或傳

⁶³ 以布農族為例，揉皮為男子的工作。皮衣以鹿皮、山羌皮、山羊皮等為主要材料。每一種野獸皮都各自有不同的功能與用途，依據每一種野獸皮的特性，製作需要的服飾或用具。

⁶⁴ 以泰雅族為例，其整體部落傳統規範稱做 GAGA，狩獵亦有單獨的 GAGA。

統知識已逐漸疏遠；無法親炙那種真實與土地生命交往的經驗，那龐雜無細的「傳統知識」（本土知識）或現代學界所謂的「生態智慧」，已經逐漸受到侵蝕與扭曲，這樣的蘊含著豐富文化意涵的傳統知識與多樣性智慧，如果真在歷史的時空中永久消失，不僅是原住民族文化及知識系統的缺損，更是台灣土地版圖及其存在基礎的崩解。

二、保護現況

台灣雖有豐富的傳統知識，但迄今並無直接保護傳統知識之特別法規或措施，因此在保護上僅能說是起始階段，茲將目前主要的保護方式分述之如次。

（一）台灣原住民傳統知識之研究

有關原住民傳統知識之研究，自日治時代以來，即相當積極進行，包含的範圍也相當廣泛，除了文學、藝術等方面之外，關於傳統生態知識的調查相當仔細，特別是民族植物學的資料非常豐富。而關於狩獵、農耕等也有詳細的記載。

日治時期較為嚴謹的民族植物學調查報告，散見於科學的台灣、台灣的山林、熱帶園藝、台灣總督府中央研究所林業部彙報等各類期刊，年代約在 1916 到 1937 年之間。研究者包括中則亮治、瀧澤豐吉、岩松秋一、澤田兼吉、澤田彌市、佐佐木舜一、掘川、島田彌市、山田金治、田中正明等，其中以山田金治八篇論文為最。

近年來，原住民族文化與傳統知識受到各界重視，相關研究大量的出現。綜觀台灣民族植物學研究型態，分類可歸納成五種，如下：

（1）田野調查蒐集民族植物學之研究

田野調查蒐集民族植物學研究調查之基礎工作，係指有系統紀錄某區域某民族或各個不同民族間，對於植物利用的知識與經驗。台灣民族植物研究資料所呈現方式，多以此種田野調查與基本資料蒐集居多，近代的如：鄭漢文（1996）所著〈雅美族的民俗植物〉，紀錄達悟族（雅美族）的民族植物兩百多種⁶⁵；劉炯錫（2000）調查紀錄台東縣卑南鄉魯凱族達魯瑪克部落傳統有用植物，共計 207 種⁶⁶。

（2）定量民族植物學之研究

定量民族植物學方面之研究，始於 1980 年代中期，主要研究內容是將民族植物訪資料量化之研究方法⁶⁷。台灣方面研究，如：王相華等人（2000）針對蘭嶼的達悟族，山區森林、海岸林及栽植之植物等利用情形進行調查⁶⁸。黃詩硯（2003）針對泰雅族鎮西堡部落所利用之民族植物與其生育環境相關性進行研究，並比較不同森林類型植物之利用⁶⁹。

（3）實驗民族植物學之研究

實驗民族植物學方面之研究⁷⁰，以田野調查工作為基礎，針對某些已有較高利用價值，台灣方面研究，如：藥用、食用、驅蟲、芳香、染料等植物，進行實驗評估。台灣方面研究，如：何和徐（2000）⁷¹針對花蓮阿美族太巴壠部落記錄調查該區域之染料植物名錄、染色過程等技術，以田野調查資料為基礎進行染色試驗，探勘可能蘊含產值的植物資

⁶⁵ 鄭漢文，雅美族的民俗植物，東台灣研究第一期，1996 年，頁 67-104。

⁶⁶ 劉炯錫，台東縣卑南鄉魯凱族達魯瑪克部落傳統有用植物之調查研究，台東師院學報第 11 期，2000 年，頁 29-60。

⁶⁷ 張汶肇，南投縣泰雅族賽德克亞族民族植物之研究，國立台灣大學園藝學研究所碩士論文，2003 年，頁 20-24。

⁶⁸ 王相華、鄭漢文、潘富義，蘭嶼雅美族之植物使用方式，國家公園學報第 10 期，2000 年，頁 228-248。

⁶⁹ 黃詩硯，民族植物與其生育環境相關性之研究－以泰雅族鎮西堡部落為例，國立台灣大學植物研究所碩士論文，2003 年，頁 14-20。

⁷⁰ 同註 67，頁 20-24。

⁷¹ 何秀蘭、徐國士，阿美族太巴壠社染料植物之研究，劉炯錫編，東台灣研究叢刊之四：台灣原住民族生態論文集，2000 年，頁 31-52。

源。

(4) 民族植物學資料庫之建構

前述日治時代以來的調查報告零散於各期刊，無法作有效的保護管理，因此有資料庫的建構⁷²。該資料庫分成植物學名、簡易異名、科名、漢科名、俗名、族群、用途、以及說明等欄，然後將每筆植物的資料分別翻譯編列，進行資料庫的建立，所蒐集的報告 43 篇。就整理所得到的 710 種我國原住民所使用植物的用途，依以下用途整理：食用植物、香料用植物、食鹽代用植物、造酒用植物、咀嚼用植物、藥用植物、洗滌用植物、染齒用植物、染料用植物、裝飾用植物、毒魚用植物、造船用植物、器具用植物、纖維用植物、建築用植物、其他用植物等。

(二) 可作為保護傳統知識之法規及可能面臨之困難

總統甫於今（2005）年 2 月 5 日公布「原住民族基本法」，藉以「保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係」（第 1 條）。在傳統知識的保護方面，該法第 13 條明定：「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。」該條之通過可謂正式承認對原住民族傳統知識之保護，亦為迄今國內唯一直接提到傳統知識保護的規範。依此進一步之立法將陸續進行。其中在智慧創作部分，早在 2002 年 11 月 18 日「原住民族傳統智慧創作保護條例草案」即送進立法院，惟目前尚研議中。鑑於傳統智慧創作係指對於人文藝術之文化表達形式之保護，非本文探討範圍，故不予申論。

除上規定外，原住民族基本法尚有事前知情同意及利益共享機制等規範。如該法第 21 條規定：「政府或私人於原住民族土地內從事土地開

⁷² 郭華仁，台灣民族植物學資料庫之建構，賴明洲編，植物生物多樣性與植物資源永續利用研討會論文集，東海大學，2003 年，頁 211-217。

發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮詢並取得原住民族同意或參與。原住民得分享相關利益（第 1 項）。政府或法令限制原住民族利用原住民族之土地及自然資源時，應與原住民族或原住民諮商，並取得其同意（第 2 項）。前二項營利所得，應提撥一定比例納入原住民族綜合發展基金，作為回饋或補償經費（第 3 項）。」第二十二條規定：「政府於原住民族地區劃設國家公園、國家級風景特定區、林業區、生態保育區、遊樂區及其他資源治理機關時，應徵得當地原住民族同意，並與原住民族建立共同管理機制；其辦法，由中央目的事業主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」

除原住民族基本法外，在台灣目前並無直接保護傳統知識之法規，因此僅能透過解釋，以既有之法制予以保護，茲將可能作為保護傳統知識之法規有：1.專利法；2.植物品種與種苗法；3.營業秘密法，及 4.商標法：92 年修正之商標法增定產地證明標章之規定，故傳統知識具有一定特性或品質者，可考慮以產地證明標章作為其商品或服務之標示。

然而以智慧財產權保護傳統知識難免有片段保護之現象，已如前述，此外，台灣在保護傳統知識上亦可能下列幾個面臨：

1 權利歸屬主體之認定困難：在台灣，特別是涉及原住民之傳統知識，可能面臨權利歸屬主體認定困難之問題，其主要原因是：原住民在被同化後，其區域範圍已不再能以行政區域範圍來認定，因此若涉及某原住民族群之傳統知識時，究應歸屬於哪些人，在實際上會有極大的困難。

2 權利行使方式之困難：原住民原有自己的社會結構，透過其社會結構可以決定該族群行使權利之方式，例如透過頭目可以決定如何行使權利，但這種社會組織結構已在被非原住民同化的過程中逐漸式微，而現在行政區域劃分標準又與原住民族群原有之疆界有別，因此在權利行

使時將有不知由誰決定之困難。

3 當地方社群利益與國家利益有衝突時，應優先考慮地方社群利益或優先考慮國家利益，我國並無相關規定，當二者有衝突時，若基於「國家主權」(sovereign rights of states)完全由國家決定，可能要犧牲掉地方社群之權益；反之，若優先考慮地方社群權益，是否又可能影響國家多數人的權益呢？此為我國需要進一步考慮的問題。

陸、結論

傳統知識是原住民或地方社群長期以來為適應周遭環境之挑戰，透過非系統性之方法，根據其文化與傳統逐漸演進出來之知識，與現代科技下發展出來的智慧財產權體系未盡相同，因此要以現有智慧財產權體系加以保護，難免有片段性保護之現象。為對於傳統知識有整體性的考量，有必要建立一套「特別立法」(sui generis)制度，以符合傳統知識獨特特性不能被現有法制適當保護之憾。

傳統知識以特別立法方式保護之原因有幾：首先，傳統知識是具有整體性的，因此必須要有一套機制，可以對相關的知識的彙整、資料庫及利用加以保護；第二，傳統知識是具有適應性的，亦即傳統知識的形成係根據原住民或地方社群克服環境挑戰所產生的知識，該知識隨著時間的演變會有新的修改或創造，但不需要重新辦理登記或註冊手續；第三，傳統知識具有互補性，其實用面及精神面是混合在一起且不可分的，因此根據傳統知識中任何權利的排他性必須是可對抗對知識中某些要素之重製或固著 (reproduction or fixation，例如對歌曲、禱告文、圖騰等)，以及對知識中某些要素之利用 (知識之技術要素，例如其材料、產品或工具)。第四，傳統知識是非常重視結果 (end-oriented) 及非系統性 (non-systematical) 產生的，沒人可以期待以科學法則或技術公式

在一體系中詳加敘述，來保護巫師所完成的發明⁷³。

特別立法之主要基礎為建立資料庫。至於在此所謂資料庫，並非指一個精密的電子資料庫，而僅是資料之蒐集彙整。資料庫之建立不僅可以作為「先前技術」，而為專利審查時判斷是否具有新穎性或進步性之基準，更可以作為特別立法時保護之內容。惟應注意者，對資料庫經營者就其資料庫內容授與權利本身應提供傳統知識持有者有控制其知識之接近使用（access）的手段。就提供原住民及地方社群更多機會對其在資料庫所持有的傳統知識實施控制的觀點而言，透過習慣上創始的信託概念的進一步發展可以確保更進一步的對價。研究機構、政府組織及非政府組織的共同努力以及由地方社群、原住民建立的資料庫信託可以在促進以及保護傳統知識上提供創新的意義⁷⁴。

然而特別立法原則上並不排除智慧財產權之保護，只是特別立法之保護與智慧財產權之保護間是否併存，則各國立法例不一，有規定曾以智慧財產權保護者，即排除在特別立法保護範圍者，例如葡萄牙；但亦有規定二者保護可以併存者，例如巴西。持後者見解者認為：傳統知識並非靜態不變的，而係隨時間動態的發生，且不斷修正及轉換的。因此除對傳統的知識保護外，對當前的創新亦應保護。例如雖以傳統知識為基礎之發明，若已達到符合新穎性、進步性及產業可利用性之要求時，仍應給予專利保護，否則保護若過於「去個人化」（Depersonalizing）將會限制對傳統知識保護之鼓勵，並導致僅重視握於政府或社群之資源，而忽略個人努力之成果的現象⁷⁵。

⁷³ Nuno Pires de Carvalho, *The TRIPS Regime of Patent Rights*, Kluwer Law international, 2002, p.195.

⁷⁴ Brendan Tobin, *The Role of Registers and Databases in the Protection of Traditional Knowledge: A Comparative Analysis*. Produced by UNU-IAS, Tokyo, 39, (2004), available at http://www.ias.unu.edu/binaries/UNUIAS_TKRegistersReport.pdf. (last visited 2005/2/17).

⁷⁵ Anil K Gupta, *Rewarding Traditional Knowledge and Contemporary Grassroots Creativity: The Role of Intellectual Property Protection*, paper presented at a seminar at Kennedy

至於防禦性保護，在需要揭露保密資訊時，必須對智慧財產權機構要求採取所有可能的方式以保護這些傳統知識資訊被不當或未授權的使用。長期下來這樣的系統可能可以成爲一個有成本效益的制度，以避免專利審查隨著生物科技剽竊日漸受到重視而產生專利審查成本暴增的問題⁷⁶。

我國若要對於傳統知識予以規範，將仍有許多待探究之處。根據上述，可將未來立法上主要須探討之問題點簡單歸納如下：（1）在智慧財產權保護外是否另以特別法保護？又以特別法保護時，該特別法之保護與智慧財產權間之關係爲何？亦即是否可以雙重保護？或業經智慧財產權保護者，即不受特別法之保護？（2）資料庫之建立：資料庫之建立爲特別法保護之基礎，但該資料庫要如何建立？係經由註冊程序？或由政府主動調查？若經由註冊程序，則必須進一步決定申請權人及主管機關各誰屬。反之，由政府主動調查時，亦必須決定由誰調查，基準何在？何種傳統知識始受保護？同時必須進一步認定權利之歸屬，蓋若無法確定權利人，則無法進一步爲權利之行使。（3）保護內容：傳統知識擁有人具有什麼權利？傳統知識是否有保護期間之限制？（4）傳統知識之利用：第三人欲利用傳統知識時必須向誰申請？經何程序？有無何種限制？（5）利益分享：因他人利用傳統知識做成之產品或爲經濟開發所得之利益，如何與傳統知識擁有者共享？利益在國家與原住民或地方社群間如何分配？（6）違反特別法有關規定之處罰。

除此而外，以上問題若涉及原住民社群時，尙須考慮原住民地區舊有的習慣法，蓋在原住民社區原已有其自己之規範體系，此體系往往是社群在延續中慢慢發展出來的，未必與現有法制相同，而傳統知識又是

School, Harvard University, Boston, May 2000., available at http://sustsci.harvard.edu/ists/TWAS_0202/gupta_0500.pdf, (last visited 2005/2/17).

⁷⁶ 同註 74, p. 30.

社群長期以來為適應周遭環境之挑戰，根據其文化與傳統逐漸演進出來之知識，與來源地之文化、環境有密切之關連，因此若忽略習慣法，恐無法對傳統知識為周全之保護。

以上僅是粗略地將可能涉及之問題點臚列之，惟鑑於每個問題點均尚有許多值得深入探討之餘地，礙於篇幅，於此難以深入說明，期於將來另文探討之。

參考文獻

中文資料

1. 王相華、鄭漢文、潘富義，蘭嶼雅美族之植物使用方式，國家公園學報第10期。2000年，頁228-248。
2. 李壬癸，台灣原住民史：語言篇。台中：省文獻會。1999年，頁14-28。
3. 何秀蘭、徐國士，阿美族太巴塢社染料植物之研究，劉炯錫編：東台灣研究叢刊之四：台灣原住民民族生態論文集。2000年，頁31-52。
4. 馬淵東一，台灣土著民族，黃應貴編，台灣土著社會文化論文集。台北：聯經出版社，1998年初版四刷，頁47。
5. 陳文吟，探討傳統知識受專利制度保護之可行性，政大法學評論第七十八期。2004年4月，頁189-190。
6. 郭華仁，原住民的植物遺傳資源權與傳統知識權。蔡中涵編：生物多樣性與台灣原住民族發展。台北：台灣原住民文教基金會，2000年，頁165-185。
7. 郭華仁，專利與植物育種家權的接軌及其問題，植物種苗6(3)。2004年，頁1-10。
8. 郭華仁，台灣民族植物學資料庫之建構。賴明洲編：植物生物多樣性與植物資源永續利用研討會論文集。台中：東海大學，2003年，頁211-217。
9. 張汶肇，南投縣泰雅族賽德克亞族民族植物之研究，國立台灣大學園藝學研究所碩士論文。2003年，頁20-24。
10. 黃應貴，台灣土著族的兩種社會類型及其意義，黃應貴編：台灣土著社會文化論文集。台北：聯經出版社，1998年初版四刷，頁3。
11. 黃詩硯，民族植物與其生育環境相關性之研究－以泰雅族鎮西堡部落為例，國立台灣大學植物研究所碩士論文。2003年，頁14-20。
12. 鄭漢文，雅美族的民俗植物，東台灣研究第一期。1996年，頁67-104。
13. 劉炯錫，台東縣卑南鄉魯凱族達魯瑪克部落傳統有用植物之調查研究，台東師院學報第11期。2000年，頁29-60。
14. 簡後聰，台灣史。台北：五南出版社，2003年11月初版二刷，頁70。

英文資料

1. Anil K Gupta, Rewarding Traditional Knowledge and Contemporary Grassroots Creativity: The Role of Intellectual Property Protection, paper presented at a seminar at Kennedy School, Harvard University, Boston, May 2000.
http://sustsci.harvard.edu/ists/TWAS_0202/gupta_0500.pdf
2. Bisset, N.G. War and hunting poisons of the New World. 1. Notes on the early history of curare. *Journal of Ethnopharmacology*, 1992, 36(1):1-26.
3. Brendan Tobin, the Role of Registers and Databases in the Protection of Traditional Knowledge: A Comparative Analysis. Produced by UNU-IAS, Tokyo, January 2004.
<http://www.ias.unu.edu/publications/details.cfm/articleID/459>
4. John Mugabe, Intellectual property protection and traditional knowledge, Paper

- Prepared for the World Intellectual Property Organization (WIPO) by African Centre for Technology Studies (ACTS), p3.
5. Manuel Ruiz, National and Regional Laws to Protect IK Related to Genetic Resources, Policy Briefs, available at <http://www.scidev.net/dossiers/index.cfm?fuseaction=printarticle&dossier=7&policy=49>.
 6. Manuel Ruiz, The Andean Community's New Industrial Property Regime: Creating Synergies between the CBD and Intellectual Property Rights, BRIDGES 4(9) November-December 2000. <http://www.iprsonline.org/ictsd/docs/RuizBridgesYear4N9NovDec2000.pdf>
 7. Nuno Pires de Carvalho, The TRIPS Regime of Patent Rights, Kluwer Law International, November 1, 2002
 8. Suman Sahai, Indigenous Knowledge and its Protection in India, in: Trading in Knowledge: development perspectives on TRIPS, trade, and sustainability, Bellmann, Christophe; et al, Published by Earthscan Publications Ltd, 2003.
 9. Suvira Srivastava, Biopirates Beware! <http://www.teri.res.in/teriin/terragreen/issue8/news.htm>
 10. Thomas J. Krumenacher, Comment: Protection for Indigenous Peoples and Their Traditional Knowledge: Would a Registry System Reduce the Misappropriation of Traditional Knowledge? 8 Marquette Intellectual Property Law Review, No. 1, winter 2004.
 11. WIPO, Intellectual property needs and expectations of traditional knowledge holders, WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999), p25.
 12. WIPO Information Note on Traditional Knowledge, WIPO International Forum on "Intellectual Property and Traditional Knowledge: Our Identity, Our Future", Muscat, January 21 and 22, 2002, note 1. http://www.wipo.int/arab/en/meetings/2002/muscat_forum_ip/iptk_mct02_i3.htm

