



逢甲大學學生報告 ePaper

報告題名：

傳統知識之保護—

從國際相關組織看「先進」國家亟欲剽竊的「傳統」

作者：徐瑞偉

系級：財經法律研究所碩士班甲組一年級

學號：M9429974

開課老師：葉德輝 教授

課程名稱：國際智慧財產權專題研究

開課系所：財經法律研究所

開課學年：九十四學年度第二學期

中文摘要：在傳統知識的保護上，許多的部分都要牽扯到國際立法架構才能夠完成。因為目前的傳統知識的侵害都是跨國性的行為。因此本篇報告著重在國際相關組織中的保護方式，另外輔以先進國家與擁有傳統知識國家間的角力戰，加上現實案例的提出，希冀能夠替傳統知識的保護與利用做出最基本的介紹。

關鍵字：智慧財產權、傳統知識、生物多樣性公約、資料庫

目次：

壹、前言	2
貳、傳統知識之定義與特性	2
一、傳統知識之定義	2
二、傳統知識之特性	4
參、傳統知識保護的必要性	5
一、案例的提出	5
二、傳統知識保護之必要性	6
肆、相關國際組織及公約	7
一、生物多樣性公約 (Convention on Biological Diversity)	7
二、世界智慧財產權組織 (World Intellectual Property Organization, WIPO—Intergovernmental Committee, IGC)	8
三、WTO之TRIPs協定	9
四、小結：發展中國家與先進國家的立場	10
伍、傳統知識的保護方式	10
一、智慧財產權以外之方式	10
二、智慧財產權保護之模式	11
陸、結論與心得	14
附件	15

正文：

壹、前言

維護生物多樣性中的遺傳資源與傳統知識的完整性是全球的新趨勢，在許多的組織與條約中，漸漸的重視。但是傳統資源保護的想法，卻也是因為許多先進國家對於生物剽竊的緣故。在本文中先就傳統知識做簡單的定義；再者，提出現今的組織與規範，眾多保護理念當中，又以 WTO 中的 TRIPs 和 CBD 引起許多的爭議；文末，就保護傳統知識的作法，提出相關的作法，以及自己的想法。

貳、傳統知識之定義與特性

一、傳統知識之定義：

對於「傳統知識」(Traditional Knowledge)一詞所指稱的範圍加以定義是一件十分困難的事情。依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，以下簡稱為 IGC，由該委員會在二〇〇三年七月在第五次會期中作成之定義為如下：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、標記；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與創作。

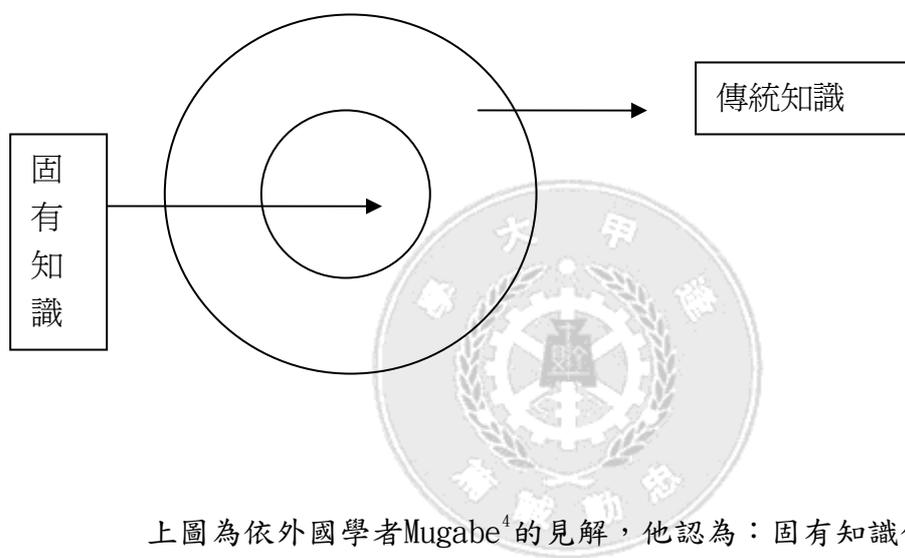
其中「基於傳統」係指某種知識體系、創作、創新及文化表達方式，其通常皆為代代相傳，且被認定為係某個特定民族或其居住地域所固有的，並會隨著環境變遷而不斷演進者¹。具體而言，傳統知識所涉及之範疇包括農業知識、科學知識、技術知識、生態知識、醫藥知識以及與此有關之藥品及治療法、生物多樣性等知識。但是廣義的傳統知識則又包括了藝術作品或是其他文化成果之表達，例如：音樂、舞蹈、歌曲、傳說、語言之要素。這些通稱為「民俗表達形式」(expression of folklore)或是「傳統文化之表達」(expression of traditional culture)。

WIPO對於傳統知識的定義可以溯源到西元一九七八年著手於研究與傳統有關的知識之時，當時係以民俗表現 (expression of folklore) 稱之。例如當時WIPO與聯合國教育科學暨文化委員會於西元一九八二年所訂立之相關規範可知—「保護民族表現，禁止不法利用暨其他有害行為之國

¹ 請參閱李崇偉，〈傳統知識法律保護之原理與模式〉，載於科技法律透析，第十六卷第七期，頁 51，2004 年 7 月。

內法規範範例²」。雖然民俗表現在當時被一般國家普遍使用，但是因為其中含有鄙視的意味，所以WIPO之後漸漸改以傳統知識或固有知識（indigenous knowledge）替代之。實際上，傳統知識的範疇裡，本來就包括了和藝術有關連性的民族表現於其中³。

曾經有學者圖示傳統知識與固有知識間的關連性：



上圖為依外國學者Mugabe⁴的見解，他認為：固有知識係指居住於特定環境的居民所使用的知識。經由上述的定義可以知悉，其與傳統知識不一定區隔或稱兩者並無二致。他將持有固有知識之原住民以及持有傳統知識之傳統民族加以區別，他認為擁有傳統知識的傳統民族未必為原住民，原住民卻必為傳統民族；傳統知識未必為固有知識，但是固有知識必然為傳統知識。但是在WIPO的意見以及國內學者⁵的見解之下，傳統知識與固有知識的面貌卻有更精細的發展：WIPO認為無論是固有知識或是傳統知識都在遺產（heritage）的大標題之下⁶，期間的關連性如下圖所示。

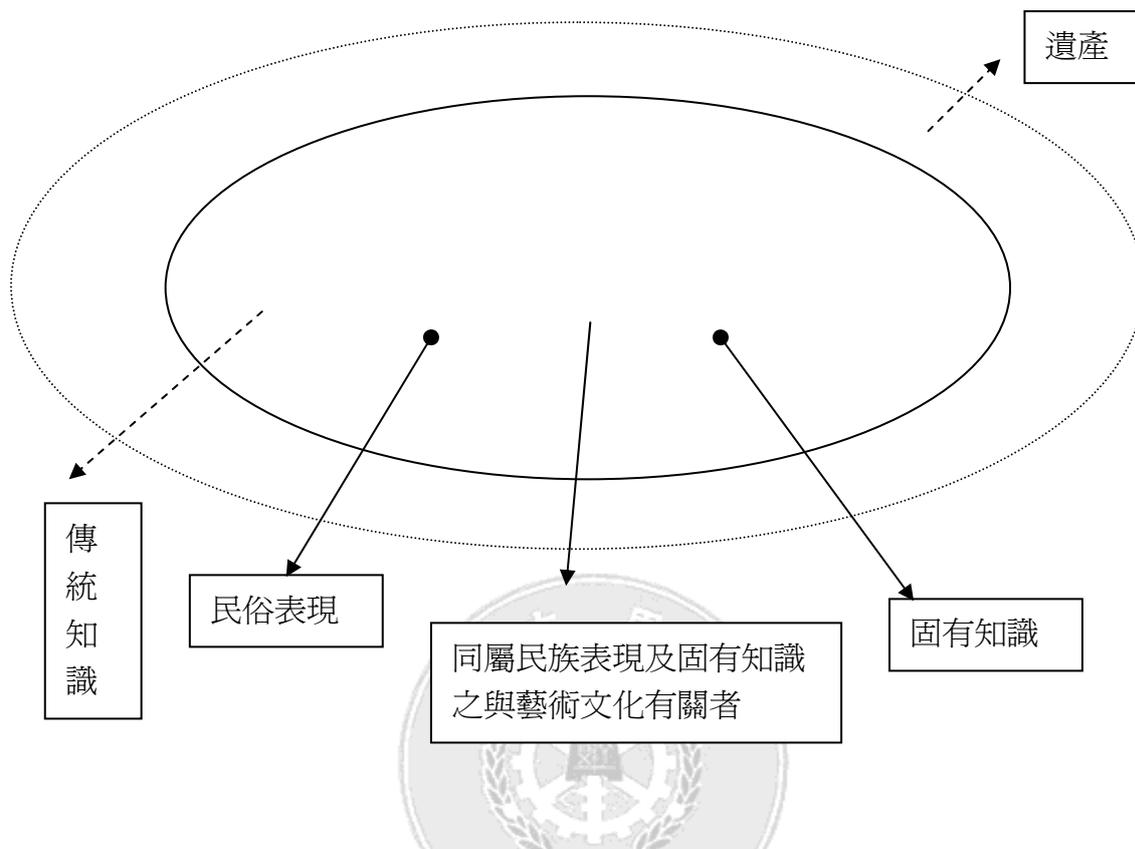
² 全文為： Model Provisions for National Laws on the Protection of **Expression of Folklore** Against Illicit Actions 。

³ 請參閱陳文吟，〈探討傳統知識受專利制度保護之可行性〉，收錄於《政大法學評論》，第七十八期，頁156，2004年4月。

⁴ 關於圖片的內容，依照John Mugabe在WIPO發表文章而來，可以參照 <http://www.wipo.int/tk/en/hr/paneldiscussion/papers/pdf/mugabe.pdf> 。最後瀏覽日：2006年5月9日。

⁵ 同註三。

⁶ 周欣宜，〈傳統知識法律保護之研究〉，輔仁大學法研所論文，頁23，民國九十三年。



由上可知，學生對於若要為傳統知識立下一個明確的定義，除了強人所難之外，在效果上似乎也無其必要性，本文中，僅就WIPO所指出的傳統知識定義，就已經挺為繁雜，若加入其他組織或條文，例如CBD—生物多樣性公約，Convention on Biological Diversity⁷；CIFR—英國智慧財產權委員會，Commission on Intellectual Property Rights之見解，只會看見紛雜。因此應該把傳統知識認定為一個概念，僅須就其要件與特性，在個別的法律或保護方法上加以認定即足。

二、傳統知識之特性：

就因為傳統知識在定義上有其困難度，因此需要藉由總括性的描述其共通特性。對於傳統民族而言，傳統知識象徵社會及文化意義，是他們的社會資產，不僅提供食物、居住場所，並且解決其他的生活問題，例如草藥與治療方法解決生病的痛苦⁸。以下為傳統知識的特性⁹：

⁷ 關於傳統知識的保護，CBD第八條規定：「每一締約國應儘可能並酌情：(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，並與生物多樣性的保護和持續使用相關的知識、創新和慣習，並促進其廣泛應用，由此等知識、創新和慣習的擁有者認可和參與其事，並鼓勵公平地分享因此利用此等知識、創新和慣習所獲得之惠益。」

⁸ 請參閱陳文吟，同註三。

(一)、傳統知識的起源乃是集體創作的、整體 (holistic) 的

傳統知識的起源是原住民或傳統社區居民基於日常生活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，並且經常經由觀念的傳遞，集體演繹而成。也就是說，傳統知識通常是對於環境所造成之挑戰的回應，並加以不斷的嘗試更新所完成。然而，集體創作並非傳統知識的必要條件，個人的獨創也是有可能。

(二)、傳統知識之傳遞係基於代代口耳相傳的

原住民傳統上並不一定有文字，因此知識的累積只能依靠代代間的口語或是肢體語言完成；相對的，近代科技的傳承主要仰賴文字記錄與發表，教授者的功能在於加速知識的傳遞。

(三)、傳統知識具適應性，會因社會環境變遷而演進

傳統知識既然是人類為了適應環境所生，一旦環境的變遷，傳統知識也會隨著改變。由此可知，傳統知識並非靜止而是動態的。這樣的概念下，也可稱之為傳統知識具有「彈性」。因此所謂的「傳統」，並非一定指過去的知識，而是說該知識的產生方式是「傳統的」。

(四)、傳統知識的創作者經常無可考

許多傳統知識由於是長期集體創作所產生，而且在過程上往往缺乏文字的記載，因此無法認定之是創作者的情況，時而有之。

(五)、傳統知識常歸屬於某個特定居所地域的居民

傳統知識的創作、保存於較為封閉的社會中，被特定地區的居民所共有，而且傳統知識的擁有者並不具有法律上私權的概念。

參、傳統知識保護的必要性

一、 案例的提出：

(一)、薑黃 turmeric 專利案—US 5401504

美國專利局於 1993 年通過 University of Mississippi Medical Center 所申請的『利用薑黃作為傷口治療 (Use of turmeric in wound healing)』的專利，該項專利內容僅宣稱用一個包含薑黃粉有效成份治療傷口的藥劑。然而薑黃在印度為傳統的藥用植物，因此被印度科學與工業

⁹ 請參閱郭華仁、陳昭華、陳士章、周欣宜，〈傳統知識之保護初探〉，收錄於《清華科技法律與政策論叢》，第二卷第一期，頁 59 至 61。

研究中心提出異議。印度政府主張薑黃在印度已是眾所週知的傳統藥物，且早自一九五零年代於研究典籍中，就已經對於薑黃功效加以記載。

(二)、安地斯山 maca 專利案

美國兩家公司獲得高海拔安地斯山之作物 maca¹⁰，*Lepidium meyenii* 之運用方法的專利。對於專利的授與激怒安地斯山脈與亞馬遜河流域之土著與農民團體。位於秘魯安地斯山脈高原之原住民種植 maca 已經超過了一個世紀，maca 同時是他們的主要食物和藥用植物。原住民與農民團體對美國以 maca 為基礎所製造有提升性能力之產品，授與專利保護權提出強烈的批評。關於和 maca 有關的專利有三項，一為：Biotics Research Corporation 所持有的專利，其專利範圍為 maca 與鹿茸增進男性睪丸素之功能；第二項專利為 Pure World Botanicals¹¹ 所獲得，其專利範圍是將根部提煉物作為藥的運用方法，該方法同時向澳洲專利局提出申請；最後一項為 Pure World Botanicals 公司對於 *Lepidium* 藥品之調劑合成法所提出的專利申請¹²。原住民與當地農民團體認為授與 maca 專利保護將阻礙安地斯山作物獲得真正專利的機會。另外，代表 maca 植物之協會曾表示，上述專利的基礎具有新穎性，但該專利之技術卻是基於當地原住民之傳統知識與資源所形成的。

二、傳統知識保護之必要性：

已開發國家對於傳統民族擁有的傳統知識暨遺傳資源予取予求，造成天然資源的流失，甚至影響傳統民族的生活，然而卻鮮有提供利益回饋傳統民族者。傳統知識是傳統民族重要的資產，自西元一九八〇年以來已開發國家大舉進入傳統民族所在地，蒐集傳統知識、佔據藥用植物，目的都是為了經由科學方法提煉之後，申請取得專利。國際間的主要研究機構與藥廠開始提供巨額經費組成民族植物學調查團，都是大步進逼傳統知識的表徵。為了保護傳統知識的必要性，可以歸納出下列事由¹³：

(一)、公平性—已開發國家利用傳統知識牟取利潤，理應與傳統民族分享其利益。

(二)、生態的保存—傳統知識的利用有助生態的保存，保護傳統知識可以鼓勵傳統知識的繼續利用，不致摒棄傳統知識而改從事已開發國家所需的新興植物。

(三)、傳統生活暨文化的保存—由傳統知識的技術作法與傳承方式可以

¹⁰ 請參閱汪渡村，〈論中草藥植物之專利保護與生物多樣性理念之調和〉，收錄於《銘傳大學法學論叢》，第四期，頁 15。

¹¹ U.S. Patent No. 6093421, issued July 25, 2000。

¹² U.S. Patent Application No.878141

¹³ 請參閱陳文吟，同註三，頁 163 至 165。

展現傳統民族的自主性、民族特性、語言等。保護傳統知識可促使對傳統生活的保存與尊重。

(四)、避免不法的剽竊—對於傳統知識與生物資源的剽竊統稱為「生物剽竊」。而「傳統知識之剽竊」意指：第三人故意或非故意利用其他國家或其他地區的居民長期以來所流傳的知識或技術，進而占為己有；「生物資源的剽竊」意指：第三人故意或非故意利用其他國家或其他地區的特有種生物，進而占為己有，申請智慧財產權¹⁴。

(五)、傳統知識的廣泛利用—保護傳統知識，可讓已開發國家循合法途徑取得傳統知識加以利用；開發中國家與落後國家也可以分享已開發國家因利用傳統知識所得之利益。

肆、相關國際組織及公約

國際間目前已有若干組織與國際規範涉及傳統知識的保護，資分述簡介如下，至於與遺傳資源有關保護植物新品種公約UPOV¹⁵在本文中則不加以介紹：

一、生物多樣性公約（Convention on Biological Diversity）

傳統知識暨資源主要分布於開發中暨落後國家，例如中南美洲與非洲。上述地區的生物多樣性密度最高，但是卻無力對抗西方已開發國家對傳統知識的無情掠奪。因此生物多樣性被破壞，嚴重影響了全球生態的平衡。故自西元一九八〇年之後，各國著手商議相關公約的定立¹⁶。西元一九九二年，歷經多次國際會議，各國共同訂立了生物多樣性公約¹⁷。CBD確立的三大方向是：(一)保護生物多樣性；(二)可持續的利用自然資源；以及(三)公正公平地分享利用生物資源所達成的利益。

CBD一直是開發中國家所積極提倡的，特別是擁有生物多樣性保育資源豐富的國家，但是CBD並沒有賦予具體的保護機制¹⁸，雖然依照CBD規定，各簽約國必須要在國內法的層次中規範相關遺傳資源與傳統知識的保存、持續利用、合理而公平的利益分享等事項，但至今仍只有少數國家提出具體

¹⁴ 請參閱周欣宜，同註六，頁5。

¹⁵ UPOV—Union for the Protection of Plant Varieties，該公約在西元一九六一年生效，為國際間保護植物新品種最主要之公約。

¹⁶ 請參閱陳文吟，同註三，頁167。

¹⁷ 關於生物多樣性公約的定立歷史簡述如下：西元一九九二年，聯合國環境發展會議於里約展開高峰會議，並且做成里約宣言。於當年開放簽署，西元一九九三年正式生效。至西元一九九八年為止，正式批准加入公約的國家或經濟共同體已達一七四個。

¹⁸ 請參閱李國光、張睿哲，〈遺產資源及傳統知識與智慧財產權保護之研究〉，載於智慧財產權月刊，第七十五期，頁27，2005年3月。

的規範¹⁹。

二、世界智慧財產權組織（World Intellectual Property Organization, WIPO—Intergovernmental Committee, IGC）

WIPO 於西元一九九八年成立了全球智慧財產議題部門從事有關傳統知識的研究。在西元二〇〇〇年更進一步的成立 WIPO-IGC 委員會，這是 WIPO 為了針對與智慧財產權相關的傳統知識與遺傳資源所成立之專門性國際論壇。主要的目的為²⁰：遺傳資源取得與利益分享所衍生之智慧財產權問題；傳統知識保護所衍生之智慧財產權議題；民俗表達之保護所衍生之議題。

然而 WIPO-IGC 委員會的成立，亦提供了非政府組織（NGO）在智慧財產權組織中參予的機會。目前 WIPO-IGC 已經進行了九次的會議²¹（April 24 to 28, 2006）。在之前的議程當中，WIPO 致力於下列議題的探討：（一）傳統知識的定義及保護方式；（二）遺傳資源的取得及利益分享的標準化契約；（三）專利保護的另行立法；（四）建構電子檢索資料庫—內容包括傳統知識及契約條款，以利檢索先前技術及公眾使用與否；（五）智慧財產權的管理方式，其中論及屬於科學技術類型的傳統知識，仍以專利保護為主。

WIPO 目前設立兩種資料庫²²，一為依據西元二〇〇二年第三次跨國政府委員會會議所設之「傳統知識線上資料庫總覽」（Traditional Knowledge Portal of Online Databases²³），另一為依據西元二〇〇〇年 WIPO 有關智慧財產權暨傳統知識區域性會議之建議所設之「傳統知識庫暨先前技術」（Traditional Knowledge Database And Prior Art²⁴）。

但是目前 WIPO 在傳統知識的保護也面臨了以下的問題²⁵：首先，傳統知識保護方法中的防禦性保護²⁶，即通過公開傳統知識的內容，阻止他人就傳統知識取得智慧財產權。防禦性保護雖然可以阻止他人取得智慧財產權，但是也造成了傳統知識進入了公共領域，傳統知識得持有人有失去了智慧財產權保護的機會。再者為公開發明所使用之傳統知識的來源，就開發中

¹⁹ 參閱前註七，CBD 第八條(j) 項。

²⁰ 請參閱李國光、張睿哲，同註十八，頁 28。

²¹ 請參閱 WIPO 網站，<http://www.wipo.int/tk/en/>，最後瀏覽日 2006 年 5 月 10 日。

²² 請參閱陳文吟，同註三，頁 181。

²³ 傳統知識線上資料庫總覽，例如大陸所提供之「傳統中藥專利資料庫」；印度所提供之「阿輪吠陀傳統知識數位叢書」（Traditional Knowledge Digital Library of Ayurveda）

²⁴ 傳統知識庫暨先前技術，例如印度科學暨產業研究會 Council for Scientific and Industrial Research, CSIR 所提供其本國境內已屬公共財的傳統知識。CSIR 最有名的行動即在於保護印度揀樹 (neem) 相關傳統知識。因為揀樹的葉片具有驅蟲的效果，印度自古以來皆將其當作天然的殺蟲劑。但是美國的 W.R. Grace 公司於西元一九九二年以揀樹油作為殺蟲劑獲得美國的專利 (U.S. Patent No.512439)，同年亦獲得歐洲專利局所授與之專利。

²⁵ 請參閱周欣宜，同註六，頁 37。

²⁶ 請參閱本文後述。

國家而言，於專利的申請上加上此制約手段，有利於傳統知識的保護，卻也引起已開發國家的反彈聲浪。

三、WTO 之 TRIPs 協定

1. 開門見山的說，在WTO之與貿易有關的智慧財產權協定（以下簡稱為TRIPs）中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產權保護，尤其是專利的部份。因為保護科學技術為主的專利與傳統知識之科學技術，同樣屬於科學技術所有。因而就算TRIPs沒有傳統知識的明文保護，僅僅在第 27 條第二項及第三項(b)款規定了：「會員得基於保護公共秩序或道德之必要，而禁止某類發明之商業性利用而不給予專利，其公共秩序或道德包括保護人類、動物、植物生命或健康或避免對環境的嚴重破壞。但僅因該發明之使用為境內法所禁止者，不適用之。²⁷。」；「會員得不予專利保護之客體包括：(b)微生物以外之植物與動物，及除「非生物」及微生物方法外之動物、植物產品的主要生物育成方法。會員應規定以專利法、或單獨立法或前二者組合之方式給予植物品種保護。本款於世界貿易組織協定生效四年後予以檢討²⁸。」

TRIPs 第二十七條的保護範圍與方式，引起了和 CBD 的保護方式是否有衝突之問題。以及各會員國得否自行決定以專利或其他法制來保護傳統知識。為了解決上述問題 TRIPs 有以下部長級會議加以討論：

西元二 00 一年十一月，WTO 杜哈部長級宣言（Doha ministerial Declaration）指出 TRIPs 應該檢視下列議題：TRIPs 第二十七條第三項 b 款、TRIPs 與 CBD 的關連以及傳統知識的保護。TRIPs 明定物品或方法之取得專利，必須符合「新穎性、進步性及可供產業利用性」，按以新穎性要件，需發明技術於申請前尚未公開。進步性則以該技術需較申請前已存在之技術為進步。可供產業利用性，則以該技術的操作卻可達到預期的功效、且可供營業利用者。傳統知識被已開發國家利用的方式，不外乎直接援引傳統知識研發改良出新技術。為確保傳統知識免於被竊取，TRIPs 協定應該著

²⁷ TRIPs原文為：Members may exclude from patentability inventions, the prevention within their territory of the commercial exploitation of which is necessary to protect ordre public or morality, including to protect human, animal or plant life or health or to avoid serious prejudice to the environment, provided that such exclusion is not made merely because the exploitation is prohibited by their law.

²⁸ TRIPs原文為：Members may also exclude from patentability: (b) where the subject matter of a patent is a process, to prevent third parties not having the owner's consent from the act of using the process, and from the acts of: using, offering for sale, selling, or importing for these purposes at least the product obtained directly by that process.

手於全球傳統知識資料庫的建立，藉此賦予「先前技術」的功能，如此一來，各國專利主管機關在實體審查時得對於直接援引傳統知識申請專利者，不與專利。相對地，利用傳統知識研發所得技術，則可訴諸 TRIPs 第二十七條第二項之規定。依該規定，各國得基於公序或道德之因素不兩特定發明專利，並禁止其於該國境內有任何商業行為。至於擁有傳統知識季遺傳資源得開發中或落後國家，則可以據此制定專利保護之規定，對於違反 CBD、肆意奪取傳統知識者，不與專利保護。至於二十七條第三項 b 款的問題，該宣言則是允許各國排除以生物學方法製成的動植物專利，但是各國應該立法保護以非生物或微生物學培植之動植物。並且對於植物的保護，各國得以單獨立法的模式或是與其他法規合併來做規範。在 CBD 第八條(j)項強調事先告知取得同意之立場下，TRIPs 應明定利用傳統知識之發明，在申請專利時，應檢附之事或資源所有人的書面同意書；並令專利權人須將技術移轉與傳統知識之持有人，或使其有通常實施權。

四、小結：發展中國家與先進國家的立場

以美國為首的先進國家認為，應該加生物科技或是利用傳統知識所得之發明納入 TRIPs 協定中，亦即先進國家上述產業如果沒有智財權的保障，將會是美國的極大損失。這樣的想法，在美國對於 CBD 條約簽署保持保留態度，縱使美國事後也簽署了 CBD，但是卻加入許多附加解釋條款。

至於由先進國家領導之 TRIPs，則因為 WTO 採取會員投票表決方式，包裹式多邊談判架構下²⁹，欲加入 WTO 者皆要同意相關的條件，當然包括 TRIPs。在 TRIPs 中導入有利先進國家的「高標準的最低保護」，但是開發中國家為了從其他 WTO 協定中取得進入國際市場或是關稅優惠的優勢，也不得不簽訂 TRIPs。而 WTO 的模式也會造成傳統知識國家利用傳統知識作為談判的籌碼³⁰，利用傳統知識的優勢換取其他貿易的利益。

伍、傳統知識的保護方式

在傳統知識的保護方式中，可以分為兩大類，分別為：以智慧財產權的以外之方式保護；另一為以智慧財產權模式來保護。前者著重於生態資源之利用的保護，而後者則將重心放在財產權之立場中³¹。

一、智慧財產權以外之方式

事前告知同意與利益公平分享的概念完整的提出來自於，CBD 公約的核

²⁹ 請參閱李國光、張睿哲，同註十八，頁 21 至 22。

³⁰ 請參閱李崇僖，同註一，頁 58。

³¹ 請參閱郭華仁、陳昭華、陳士章、周欣宜同註九，頁 64 至 72。

心概念，尤其是「波昂準則」訂立之後，更進一步確定了：如果無法有效的以排他性的財產權模式保護傳統知識，以下的作法可能是比較合理的作為：

(一)、事前告知同意 (prior informed consent)

國家給予原住民或是地方社群對於使用其遺傳資源有決定權。有的國家亦認為未經事前同意而申請專利者，得宣告專利無效。

(二)、利益公平分享 (benefit-sharing)

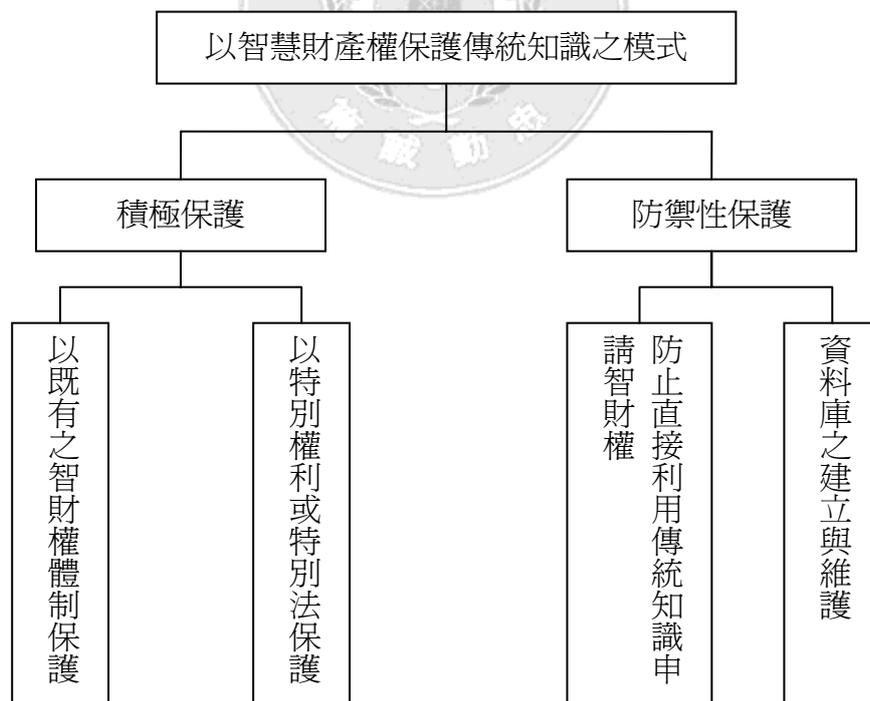
CBD 在第八條(j)項以及第十五條(g)款皆規定了公平地分享因為傳統知識之惠益，以及如何落實利益分享的機制。在波昂準則中，更進一步的闡釋，不論是金錢或是非金錢利益，應該和傳統知識的擁有人一同分享。

(三)、來源地揭露 (disclosure of origin)

無論是應該採取最初來源地或是衍生來源地的揭露，其目的性皆為保護傳統知識擁有人，不因此輕易的被排他性財產權所侵害。

二、 智慧財產權保護之模式

智慧財產權的保護方式又可以分為兩類：一為積極保護；另一為防禦性保護。先以簡表標示要探討的部份：



(一)、積極保護

1. 以既有之智慧財產權體制保護

(1.) 專利法

想要探討傳統知識是否符合用專利權來保護，必須先探討傳統知識受否為專利保護客體，其次應該檢討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³²。依照TRIPs第二十七條第一項之規定：凡屬各類技術領域之物品或方法發明，只要具備有新穎性、進步性、產業可利用性，應給以專利保護³³。對於新穎性的要求，有學者³⁴認為難以具備此要件，因為傳統知識並非一成不變的知識，所以難以符合新穎性所要求之「申請前無相同或類似技術存在」的要件。該學者進一步的認為傳統民族雖無法取得專利權以保護傳統知識，但是卻得利用專利制度排除他人（傳統民族以外之人）利用傳統知識取得專利權，其提出的作法為：一為將傳統知識列為不予專利保護之客體³⁵；二為將傳統知識列為先前技術³⁶。

(2.) 商標法(包含地理標示或原產地證明)

在商標法中保護傳統知識的方法為利用證明標章或是團體商標。以澳洲法為例，以 authentication mark 註冊之團體商標及證明標章來保護以傳統為基礎之創新和創作。另外以地理標示的方式來保護得情況亦有之，GI 依據 TRIPs 第二十二條第一項之定義下，可以提高農產品、手工藝品和其他由傳統知識所衍生的產品之價值。然而實際上，GI 無法保護特定的技術或知識，只能防止該標是被虛假的利用。

(3.) 植物新品種保護法

植物品種權一般是參考UPOV (The International Union for the Protection of New Varieties plants)公約，育種家受到保護之新品種比須具備有：新穎性、可區別性、一致性、穩定性及有適當品種名稱³⁷。但是原住民所培育出的地方品種，遺傳異質性高，無法達到一致性

³² 請參閱陳文吟，同註三，頁 184 至 185。

³³ TRIPs原文為：Subject to the provisions of paragraphs 2 and 3, patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application.

³⁴ 請參閱陳文吟，同註三，頁 189。

³⁵ 將傳統知識不列為專利保護之客體，乃是對已經流傳多年的傳統知識持有者之尊重，而且可以避免任何人藉由專利的方式剽竊傳統知識，占為已有。

³⁶ 專利保護客體之限制固然可以限制以傳統知識本身申請專利，但是若過份將限制擴張到所有和傳統知識有關的申請，也會造成產業科技進步的停滯。

³⁷ 請參閱汪渡村，同註十，頁 17。

與穩定性的要求³⁸。就立法例而言，對於一致性的問題已經漸漸有較為寬鬆的立法趨勢，例如孟加拉與巴西的植物新品種保護法。

(4.) 營業秘密法

營業秘密在於保護未經揭露之資訊，第三人僅能透過保密或是授權契約，給付授權金之後方得使用該資訊。依據TRIPs第三十九條第二項之規定：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：A、秘密資訊；B、秘密性而具有商業價值者；C、所有人已此採行合理步驟以保護該資訊之秘密性³⁹。

2. 小結：

以上所述之智財保護方法，某些程度上都有其不足之處，以專利為例，因為要求揭露之問題，有可能使得傳統知識被置於公領域。另外傳統知識和專利新穎性或進步性的要求也違背。商標制度與GI的只能阻止商標本身不被任意使用，並不保護傳統知識及技術。營業秘密之缺點在於一旦傳統知識之持有者疏於保密行為，就無法受到營業秘密的保護。也因此造就了以下的「防禦性保護」之概念。

(二)、防禦性保護

1. 防止直接利用傳統知識申請智慧財產權

傳統知識中德防禦性保護之目的在於一避免他人不當地將傳統知識轉化為個人之智慧財產權。其方法有，一將傳統知識列為不予專利保護之客體⁴⁰；二為將傳統知識列為既有技術或是「先前技術⁴¹」(prior art)⁴²；以傳統知識位既有技術之申請案，申請人必須檢附傳統知識持有人的同意書⁴³；對於新穎性之認定宜採「絕對新穎性」，申請前在全球各地已見於刊物或以公開使用之傳統知識皆為「既有技術」，如此才可以防止將外國傳統知識

³⁸ 請參閱郭華仁、陳昭華、陳士章、周欣宜，同註九，頁76。

³⁹ TRIPs原文為：Natural and legal persons shall have the possibility of preventing information lawfully within their control from being disclosed to, acquired by, or used by others without their consent in a manner contrary to honest commercial practices³⁹ so long as such information: (a) is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question; (b) has commercial value because it is secret; and (c) has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret.

⁴⁰ 同註三十四。

⁴¹ 請參閱李崇偉，同註一，頁57至58。

⁴² 同註三十五。

⁴³ 請參閱郭華仁、陳昭華、陳士章、周欣宜，同註九，頁81。

拿來本國申請專利。

2. 資料庫之建立與維護

資料庫之建立具有下列作用：公示作用、提供prior art的審查以及調查來源地之基礎。許多國家曾經提出，可以在國家位階上建置傳統知識資料庫，這是一個很重要的觀點，包括印度在內，一直努力的建置傳統知識電子資料庫。這樣的資料庫，對於專利審查人員在檢視專利申請案時，需求現存相關傳統社區知識文件資料，將會扮演重要的角色⁴⁴。目前的較特別的資料庫有，例如我國的「中草藥資料庫⁴⁵」，以及

此外WIPO⁴⁶對於資料庫的建立有以下的建議事項：

- A. 建立傳統資料庫之前，必須先取得傳統知識利害關係人之同意。
- B. 應清楚明確地標示公開日期，以利新穎性查詢。
- C. 應注意傳統知識公開媒介與方式。
- D. 對傳統知識公開內容需詳盡。
- E. 傳統知識公開是為了防禦性目的，但是公開的過程所產生新的智財權時，也要一並管理。

陸、結論與心得：

在傳統知識的保護上，許多的部分都要牽扯到國際立法架構才能夠完成。因為目前的傳統知識的侵害都是跨國性的行為。因此在傳統知識的利用與保護上，也造成了極端的想法，這樣的見解，不但發生在傳統知識資源豐富國家與先進國家間掠奪與保護的主張；在相關國際性條文也有衝突發生，一如前述的CBD與TRIPs。因為發展中國家以CBD為基礎提倡傳統知識的保護與利用，要求將事先同意與利益分享的原則帶入TRIPs的條文中，這樣的看法，可以在許多的TRIPs論壇中窺之一二，而這些提議的發言國通常都是生物資源較為豐富的國家⁴⁷。會有這樣的爭議，也是因為各國依據TRIPs制定國內專利法時，是可以授予相關傳統知識發明的專利權，也就間接的造成傳統知識為特定人所有。在這樣的差異性觀點下，我反贊成開發中國家的論點—在申請專利發明書中揭露相關傳統知識應

⁴⁴ 這樣的概念可以見之於：WTO TRIPs論壇，IP/C/W/403，The Relationship between the TRIPs Agreement and the Convention on Biological Diversity，由 Bolivia, Brazil, Cuba, Dominican Republic, Ecuador, India, Peru, Thailand, Venezuela 所提出。

⁴⁵ 相關網站內容為：<http://biotech.tipo.gov.tw/bin/count.exe>，其資料庫內容有：中草藥專利、植物資料庫、植物文獻與天然化合物資料庫、中醫古籍資料、複方檢索、中醫名方檢索、中醫藥材檢索、中藥成分化合物與藥理資料庫檢索及影像圖鑑檢索，最後瀏覽日：2006年5月15日。

⁴⁶ WIPO/GRTKF/IC/5/6—Practical Mechanisms for the Defensive Protection of Traditional Knowledge and Genetic Resources within the Patent System。
http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=16236。最後瀏覽日 2006年5月13日。

⁴⁷ 請參閱前註四十四。

用的來源，以及傳統知識國家的事先同意證明書及公平利益分享的達成。而在TRIPs第二十七條第三項(b)款與CBD之間的調和，不妨參照，非洲集團在TRIPs論壇中的提議⁴⁸—TRIPs協議的第29條似乎是最適合作適當的修正以包含這些權利與義務，可藉著包含對公平的要求、揭露遺傳資源與傳統知識之社區來源的要求以及以合適的本國程序以表示遵守來達成。該集團建議第29條應修正為加上以下之敘述以作為第3項：3. 會員國應該要求專利申請人揭露發明所使用或涉及的任何生物資源與傳統知識之國家與地區來源，且提供遵守該來源國之所有取得法規之確認。

因此在我的認知中，雖然對於傳統知識的保護，利用既有的智財權模式，在要件上可能會有些許的不合，但是，如果能夠有效的加上防禦性保護的概念，應該可以更為完善。雖然本文中並沒有回頭介紹台灣的部份，但是台灣的物種與傳統知識，例如原住民的音樂創作—布農族八部合音或是中草藥治病概念，都是相當豐富，而且目前台灣也是WTO之會員，先進國家與開發中國家的爭議我們也有可能會遇到，也是不可不防範的地方。

附件：

WIPO第六次會議下，所提出的各國保護模式⁴⁹：

特別立法的選擇

立法目的	採行國家
A 直接關於傳統知識或其所有者	
1 建立適當的保護傳統知識系統	非洲聯盟、巴西、哥斯大黎加與秘魯
2 建立公平與對等權利分享	非洲聯盟、巴西、哥斯大黎加與印度
3 促進傳統知識受人尊敬、保存、廣泛運用與發展	秘魯與葡萄牙
4 促進傳統知識所有人權利	非洲聯盟
5 改善傳統知識所衍生產品品質與將低品質的傳統醫藥逐出市場	中國
B 跟生物多樣性與遺傳資源政策有關	
1 促進生物資源及其相關傳統知識的保存與永續利用	非洲聯盟與印度
2 促進與傳統知識相關之基因資源的法律保護與移轉	葡萄牙

⁴⁸ WTO TRIPs論壇文件，IP/C/W404。

⁴⁹ WIPO/GTRKF/IC/7/6，該表來自於智財局網頁

http://www.tipo.gov.tw/cooperation/cooperation_4_3_5.asp，由余華所翻譯。最後瀏覽日：2006/5/17。

C 與原住民權利有關	
1 促進原住民或社區發展	祕魯
2 使原住民或社區受到尊敬與權利促進	非洲聯盟、祕魯與菲律賓
D 有關永續發展與能力建立	
1 增進國家或地方科學能力水準	非洲聯盟與秘魯
2 增進傳統知識或相關遺傳資源有關技術之移轉	巴西
E 有關創新的促進	
1 傳統知識的創新	中國與哥斯大黎加
2 促進地方藝術的發展	美國(特別是印地安人文化)

特別立法保護傳統知識的國家或區域組織及其法律名稱內容

國內法或條約	法律名稱與內容說明
非洲聯盟	African Model Law (African Model Legislation of 2000)
	有關地方社區、農民、育種家與生物資源的保護
巴西	Provisional Measure No.2186-16 of 2001
	有關基因遺產與社區知識保護
中國	2000 年專利法
	Regulations on the Protection of Varieties of Chinese Traditional Medicine
哥斯大黎加	Law No.7798 of 1998 (有關生物多樣性)
日本	不正競爭防止法 No. 47
印度	2002 生物多樣性法
祕魯	Law No.27811 of 2002
	有關原住民從生物資源所獲得傳統知識的保護組織
葡萄牙	Decree Law No.118 of 2002
	建立法律組織保護、註冊、管理或移轉植物材料
菲律賓	1997 原住民權利法
南韓	不正競爭防止法與營業秘密法
泰國	傳統泰藥知識保護與促進法，B.E 2542
美國	Indian Arts and Crafts Act of 1990
	Uniform Trade Secrets Act of 1979 (1985 修正)

參考書目：

書籍：

- 劉江彬、黃俊英，《智慧財產權管理總論》，政大科技政策與法律研究中心發行，西元 2004 年 2 月。

期刊：

- 李崇僖，〈傳統知識法律保護之原理與模式〉，載於科技法律透析，第十六卷第七期。
- 陳文吟，〈探討傳統知識受專利制度保護之可行性〉，收錄於《政大法學評論》，第七十八期。
- 郭華仁、陳昭華、陳士章、周欣宜，〈傳統知識之保護初探〉，收錄於《清華科技法律與政策論叢》，第二卷第一期。
- 汪渡村，〈論中草藥植物之專利保護與生物多樣性理念之調和〉，收錄於《銘傳大學法學論叢》，第四期。
- 李國光、張睿哲，〈遺產資源及傳統知識與智慧財產權保護之研究〉，載於智慧財產權月刊，第七十五期。
- 倪貴榮，〈與貿易有關之智慧財產權協定與生物多樣性公約之衝突與調和：以生物遺傳資源之取得與利益分享為探討中心〉，生物科技與法律研究通訊，第十八期。

學術論文：

- 周欣宜，「傳統知識法律保護之研究」，輔仁大學法研所論文。

傳統知識之保護－從國際相關組織看「先進」國家亟欲剽竊的「傳統」

