

生物多樣性公約與智慧財產權

陳淑美 撰

壹、「生物多樣性公約」之簡介

一、「生物多樣性公約」(Convention on Biological Diversity)(以下簡稱本公約)為國際社會為地球保育及資源永續利用所簽訂之公約，於一九九三年十二月二十九日生效，迄今有一七七個締約國¹。

二、本公約第一條規定：「本公約之目標係按照本公約有關條款從事保護生物多樣性、永續使用其組成部分及公平合理分享由利用遺傳資源而產生之利益；實現手段包括：遺傳資源之適當取得；有關技術之適當轉讓，但對此等資源和技術上之一切權利，應予考量；及提供適當資金。」整部公約即在上述三大目標之前提下，設定相關條款，予以落實。

貳、其他與「生物多樣性公約」相關之國際智慧財產權公約

基本上，從整個生物多樣性公約之條文（請參以下之說明）、相關決定等文獻及報告人在大會期間所蒐集之資料，在在顯示國際社會對於現今國際智慧財產權制度與本公約關係究係相互支持抑相互排斥，充滿懷疑與爭議，係大會相當棘手之議題。茲先就現今其他與「生物多樣性公約」相關國際智慧財產權公約略述如下：

一、世界貿易組織與貿易有關之智慧財產權協定(WTO/TRIPS)

(一)、專利

TRIPS 第二十七條第三項規定：「會員得不予專利保護之客體包括：(a)對人類或動物疾病之診斷、治療及手術方法；(b)微生物以外之植物與動物，及除「非生物」及微

1 我國囿於外交上之困難，並未簽署此公約，惟為掌握國際之發展趨勢，各相關行政部門，包括行政院農委會、外交部、環保署、原住民委員會及本部等，仍有必要對此公約深入研究，密切注意其發展。

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。」對於生物科技²中農業生物科技之部分，現今國際上是採以專利權保護或植物種苗保護雙軌或擇一制度³。

（二）、商標（包括地理標示）

1. 商標制度中之證明標章（certification marks）係現階段應用於有利於環境永續使用之制度之一。此制度通常由較小規模之製造者所採用，向消費者保證其商品之特質。證明標章表示特定商品之品質業由某獨立、本身不從事製

造或銷售該商品之特定組織所認證。實務上事例，不勝枚舉，僅舉數例如下：

- （1）在英國，製造起司之業者被授權得使用"Stilton"證明標章，而業者要具備使用此一標章之資格者，必須係在Stilton村，或在該村莊附近；起司必須以傳統之成分，且必須依照傳統之製造技巧所製成。如果業者未能符合相關條件者，即不得使用該標章。
- （2）在美國，若干印地安部落間共同採用"Made by American Indians"之標章（標章權人為

2 一般對生物技術之定義為：應用生物及生化方面之知識以產生新物品或新方法。生物科技涉及數個領域，主要是生物學、生化學、基因學及資訊科技等，且以商業或工業應用為其目的。生物科技一般可區隔為以下二種：（1）農業生物科技（agricultural biotechnology）：用以提昇農業、食物及環境。以傳統之植物種苗為基礎，藉對遺傳因子之操控，發展出具改善特質（例如結實率較高或生存力較高等）之植物新種。（2）醫藥生物科技（pharmaceutical biotechnology）：用以改善人類或動物之健康。藉著新物質或新方法之研發，來治療人類或動物之疾病。

3 我國專利法第二十一條之規定：「下列各款不予發明專利：一、動、植物新品種。但植物新品種育成方法不在此限。二、人體或動物疾病之診斷、治療或手術方法。三、科學原理或數學方法。四、遊戲及運動之規則或方法。五、其他必須藉助於人類推理力、記憶力始能執行之方法或計畫。六、發明妨害公共秩序、善良風俗或衛生者。」此項法律係由經濟部所主管。另對於植物新種苗，則是以「植物種苗法」予規範，此項法律係由行政院農業委員會所主管。

「部落間農業委員會」"Intertribal Agriculture Council")，凡為會員之部落得使用該標章，向消費者表明相關之農產品或其他產品為出自印地安部落。

- (3) 在印度，「大吉嶺」茶葉由印度茶葉委員會"the Tea Board of India"授權使用一特定標章。此外，在茶葉商品包裝上，「Darjeeling」、「pure Darjeeling」、「100% Darjeeling」之標示，則係由二家組織（一為德國組織；一為瑞士組織）所授權使用。

2. 地理標示主要以標示產地之方式為之，現階段雖主要應用於酒類及食物，但學者主張此一制度可應用於保護若干傳統知識及有助於維護本土型產品之經濟價值（例如草藥配方等），從而有助於本公約目的之達成。一九九二年歐盟採取依新決議，對於酒類以外之農產品及食品之地理標示加以保護，由歐盟執委會對於其會員國內之地理標示加以登錄。此一制度，即係「鼓勵農業產品之多樣化及推廣具特色之產品，俾對農村經濟予以助益」（to encourage the diversification of agricultural production and promote

products having certain characteristics to the benefit of the rural economy）。

（三）、營業秘密

1. 個人或整體團體之知識或所謂之"know-how"，只要其具商業價值、具競爭優勢，即可能可以構成營業秘密，受到保護，不論該個人或團體是否有意從其中獲取利益。如果某公司以非法之方式取得此種秘密，營業秘密之所有者即得對之起訴，尋求救濟。從營業秘密所有者之立場，即得對該公司要求利益分享。理論上，有相當多之原住民傳統知識可能可透過營業秘密之機制予以保護。只要對於獲取資料之管道予以管制，確保其秘密性（易言之，採行保密措施），並以雙邊協議對利益分享予以約定，可以達到此一目的，從而有助於生物多樣性公約三大目的之落實。
2. 就營業秘密機制究否可應用於傳統知識之保護，厄瓜多爾正進行一實驗專案，名為「轉換傳統知識為營業秘密」（Transforming Traditional Knowledge into Trade Secret）。此一實驗主要是要使原住民社區透過營業秘密之機制，可從利用其傳統知識之生物技

術開發計畫中獲取利益。具體之作法包括：(1)由欲參加本實驗之原住民團體將其傳統知識登錄為一資料庫。(2)此一資料庫為保密性質，僅有少數之人員得進入檢視所登錄之秘密究係秘密抑為公共所之資訊。(3)如果同一秘密為二個以上原住民團體所登錄，為了避免價格競爭，使利用人(即生物技術開發者，通常為跨國公司)漁翁得利，將由此二個以上原住民團體組成聯盟，一起與生物技術開發公司簽訂協定，爭取最大之利益。此一制度之成效如何，現階段尚無法判定。

二、國際植物新種苗保護公約

(一)國際間於一九九一年締定最新「植物新種苗保護國際公約 (the International Convention for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV))」，迄一九九九年一月底計有三十八個會員(但有若干會員國僅適用一九七二年或一九七八年舊公約)，在最近之未來，可預期到達五十一個以上會員國。該公約有獨立之秘書單位，辦公位址位於世界智慧財產權組織之內。本公約引導全

球對於植物種苗保護之立法政策朝向該公約之方向，不論是否為該公約之會員國。

(三)「植物新種苗保護國際公約 (the International Convention for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV))」對於符合新穎性 (novelty)、識別性 (distinctiveness)、統一性 (uniformity)、穩定性 (stability) 四種特性之植物新種苗給予以下之權能：重製權 (production)、栽植權 (condition for the purpose of propagation)、提供銷售權 (offering for sale)、銷售權 (selling or other marketing)、出口權 (exporting)、進口權 (importing)、為以上任一行為之目的而庫存 (stocking for any of the purposes mentioned in (i) to (vi))。會員國亦可考慮規定所謂收成權 (additional rights in products derived from harvested materials)。例如：受保護之新種豆類所收成之豆子所壓榨出之油。此等權利

之保護期間將不得低於二十年，自申請之日起算。當然本公約亦設定若干權利限制之情形，包括非商業規模之利用、實驗目的之利用等。

(三) 如前所述，TRIPS 第二十七條第三項規定：「.....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。」一般認為植物新種苗保護法制即係 WTO/TRIPS 所謂之「單獨立法」。惟在「生物多樣性公約」之精神下，亦有認為並不以植物新種苗法制為限，例如對於原住民社區所表現於傳統生活而與生物多樣性之保育及永續利用有關之知識、創新及習慣，予以單獨立法保護，亦屬 WTO/TRIPS 所謂之「單獨立法」，從而符合 WTO/TRIPS 義務。

參、「生物多樣性公約」中與智慧財產權有關之條文及說明

一、第十六條 技術之取得與轉讓

(一) 此條文係本公約中唯一直接論及「智慧財產權」之條文，本條規定：「各締約國體認到技術，包括生物技術，且締約國間技術之取得與移轉為實現

本公約目標不可或缺之要素，因此承諾遵照本條規定，向其他締約國提供或促成有關生物多樣性保育及永續利用之技術之獲得或移轉。另亦承諾利用遺傳資源而不對環境造成重大損害（第一項）。以上第一項所指技術之取得及移轉適用於開發中國家時，應按公平與最優惠條件，包括以共同商定方式所決定之減讓及優惠條件，並於必要時按照第二十條及第二十一條設立之財務機制。此等技術屬於專利及其他智慧財產權之範圍時，其取得及移轉所根據之條件應承認且符合智慧財產權之充分有效保護。本項之適用應符合以下第三項、第四項及第五項之規定（第二項）。各締約國應酌情採取立法、行政或政策措施，俾使各締約國（特別是其中提供基因資源之開發中國家），對於利用資源所開發而成之技術，包括受到專利及其他智慧財產權保護之技術，能在共同商訂之基礎上，予以取得或被移轉，必要時，通過第二十條和第二十一條的規定，遵照國際

法，以符合以下第四及五項規定之方式進行（第三項）。每一締約國應酌情採取立法、行政或政策措施，以期私人部門為第一項所指技術之取得、共同開發及轉讓提供便利，以惠益開發中國家之政府機構和私人部門，並在這方面遵守上述第一、二項及三項規定之義務（第四項）。締約國體認到專利及其他智慧財產權可能影響到本公約之實施，因而應在此方面遵照國家立法和國際法進行合作，以確保此種權利有助於而不違反本公約之目標（第五項）」。

（二）此條文包含以下思惟與應用：

1. 所謂「提供或促成有關生物多樣性保育及永續利用之技術」係指：
 - （1）有用物種之準備、處理、保存之有關知識；
 - （2）開發包含一種以上物質之知識；
 - （3）個別物種之有關知識（例如栽種方法、照顧、揀選標準等）；

（4）生態系統保育之相關知識（例如保護及保存可能有商業價值之資源之方法）；

（5）相關知識，例如傳統植物分類之分類系統等。

2. 根據本條規定，各締約國承擔將與生物多樣性保育及基因資源永續利用有關之技術，提供與其他之締約國，又若此等技術是受專利或其他智慧財產權所保護者，「其取得及移轉所根據之條件應承認且符合智慧財產權之充分有效保護」（第二項）。易言之，仍承認且尊重現今國際社會所建立之智慧財產權制度。
3. 本條文固一方面明文規定承認且尊重現今國際智慧財產權制度，但另方面亦表明「締約國體認到專利及其他智慧財產權可能影響到本公約之實施，因而應在此方面遵照國家立法和國際法進行合作，以確保此種權利有助於而不違反本公約之目標」，此等文字充分顯示智慧財產權制度與本公約目的存有某種程度之衝突與緊張關係⁴之辯論，簡述如下：

4 從報告人參加本公約所收集之資料，可觀察出諸多非政府組織（Non-Government Organization）及第三世界國家對於現今國際智慧財產權制度，包括 WTO/TRIPS 所設定之國際標準，強烈予以非難與質疑。

(1) 從智慧財產權在國際貿易上之重要性及跨國企業在WTO/TRIPS談判中所扮演之角色，即可理解智慧財產權在本公約所引發之爭議。對於智慧財產權制度採取支持、樂觀立場者辯稱：「對於自然產物給予智慧財產權保護可刺激工業利益。智慧財產權保護制度，透過合約之運用，可使基因資源之供應者（往往是開發中國家）與利用者（往往是已開發國家）共蒙其利，對於開發中國家之能力建置（capacity building）及生物多樣性之保育，具有正面助益」。質言之，認為智慧財產權之保護與本公約三大目的係共榮共存之關係。

(2) 另一方面，持反對意見者則認智慧財產權之保護對於本公約三大目的之達成不僅無法提供誘因，甚且對於基因資源豐富國家（按多為開發中國家）形成無法有效利用其基因資源之

阻礙。蓋在一個自由市場上，產品之製造、使用、銷售或進口是自由的，但是因為專利制度之介入而受到限制。專利制度保護權利人不會發生利潤下降至成本邊際之情形。但正如生物資源係不平衡的主要分布在開發中國家一樣，全球專利權所有者主要係分配在已開發國家⁵（生物資源較缺乏國家）。在全球一致採取專利制度之情形下，已開發國家內之企業係專利制度之受益者，其在工作技術移轉之決策時，概以利潤為考量，很難期待以對開發中國家有利之授權條件移轉技術。持此意見者認根本不應承認專利制度或採行強制授權制度，以解決此一問題。

(3) 另持反對意見者更進一步指出現今之智慧財產權制度直接影響或危及生物之多樣性。以農業為例，全球百分之八十五之穀物係掌握在五家跨國大公司之手上，此等公司對於其所提

5 以一九九七年為例，全球之專利申請案計 54422 件，其中各企業國籍比例如下：美國（43.67%）、歐盟（41.93%）、日本（8.9%）。

供之種子擁有智慧財產權（專利權或植物種苗權），以企業追求全球利潤之取向，當然會研發最優質、最具適應性之種子，並進一步在國際市場上促銷⁶，其結果，自然會造成農業之單調化（monocultural agricultural systems），從而導致：A、穀類多樣性之喪失；B、基因多樣性之減損；C、人工、暫時基因多樣性之增加⁷。

（三）由於智慧財產權在 WTO/TRIPS 下早有一套保護機制，不難想像 WTO 與本公約二者間之緊張、抗衡關係⁸。無論如何，本公約第十六條企圖在智慧財產權與本公約目的二者間尋求平衡⁹，未來如何運作，例如非洲國家及非政府組織所嚴厲批判之自殺種子（Terminator Technology）

-
- 6 種子公司將種子與農藥配套出售，更受嚴厲批判。
 - 7 基於此一論點，提倡生物科技專利保護最力之美國及該國 Monsanto 生物科技公司，被與會之非政府組織在大會外非正式論壇頒發虎克船長生物海盜獎（The Captain Hook Awards for Outstanding Achievement in Bio-privacy）（按係負面之貶抑）。
 - 8 有認一九九九年年底世界貿易組織西雅圖會議的失敗，此為重要因素之一。又此次在大會期間第三世界國家及諸多非政府組織極力主張基因改性生物（Genetically Modified Organisms）不應給予專利權，蓋（1）專利制度主要係適用於被造之物品（product），例如以有專利權之縫紉機來縫紉衣服，縫紉機本身受專利保護，縫出來之衣服不受專利保護。而基因改性生物有代繁殖之特性，與專利制度之精神與原始設計根本不符；（2）基因改性生物係生命型式，而無人可以對生命主張權利。論者認 WTO/TRIPS 第二十七條第三項有關動植物之專利權之檢討時間已屆，國際社會根本應直接依據同條第二項「公共秩序」或「道德」之規定，對於基因改性生物否定其可專利性。
 - 9 從條文之文字可了解，承擔科技移轉義務者為締約國，惟實際上可以落實技術移轉者，為相關之私人企業。私人企業以利潤為導向，其在作技術移轉之決策時，概以利潤為考量。

究否給予專利保護¹⁰，值得密切注意。

二、第八條第J款 傳統知識之保護

(一) 本公約第八條第J款規定：「締約國應以其國內法，對於原住民及當地社區所表現於傳統生活而與生物多樣性之保育及永續利用有關之知識、創新及習慣，予以尊重、保存及維護。締約國亦應促進上述知識、創新及習慣之所有者，於其知識、創新及習慣被利用時，能有同意及參與之機會，並應鼓勵對此等利用所產生之利益做公平分配」。此條文包含以下思惟與應用：

1. 除強調「傳統」(traditional) 外，亦強調「知識」(knowledge)、「創

新」(innovations)。如果不具備此等「知識」、「創新」之要素，則應僅屬傳統文化或歷史之保護。

2. 此等知識、創新及習慣必須與保育及永續利用有關，且表現於原住民傳統生活中。例如：某依原住民部落所傳承之草藥秘方之運用。
3. 承認原住民對於其知識、創新及習慣，得作法律上之一定主張(legal entitlement)，且各個締約國應透過國內立法來落實保護。易言之，不論是否該當符合現行屬一般適用性之智慧財產權制度，均應給予保護。
4. 上述之保護應重視利用前原住民之同意權(approval) 及參與機

10 一九九八年三月美國專利局對美國農業部及 Delta & Pine Land 公司核發一專利，稱之為「植物基因表達之控制」(Control of plant gene expression)，現階段已向世界其他七十八個國家申請專利中。此項專利技術，據其說明，係「可以產生致命基因(lethal gene)，使其種子不會萌芽之基因轉殖植物。而透過此種設計，即可以避免不慎逃逸之種子在限定栽種區域以外之區域意外栽種(accidental reseeding) 之情形發生」。但批判者對上述之說辭嚴予批判，認此種專利「使農夫不能保存、再栽種及販賣種子，永遠受制於種子公司。此一專利技術是剝奪農夫傳統以來保存種子、自行栽種之權利，將會根本改變農業生態及經濟，使農夫處於更不利之處境，完全不道德」。在大會期間許多非洲國家及非政府組織所提出之資料極力主張對於此種技術根本應該依據 WTO/TRIPS 第二十七條第2項「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」規定，根本不應准予專利。

會 (involvement)。又利用所獲利益應公平分配予當地原住民。易言之，就開發利用之相關事項，包括利用之方法、利益分配之比例、方式等，原住民應可參與協商，與開發利用者達到利益共享之雙贏目的。

(二) 現今國際上生物技術之開發實務上，跨國生技公司對於傳統知識非但未予應有之尊重、利益分享，反而有許多所謂「生物掠奪」(Bio-piracy)之情事，亦有稱之為「生物殖民主義」。甚且挾智慧財產權制度，回頭剝削、傷害提供傳統知識之原住民社區之情事所在多有。各國原住民團體及相關非政府組織對此予強烈批判，此次大會期間，此部分之文獻相當豐富，隨手可拾，例如：

1. 一九九五年美國密西西比大學醫學中心在美國獲准一專利，稱為「薑黃根之使用方法」(Use of Turmeric in Wound Healing)。此專利方法宣稱「有外科傷口或身體潰爛之病人，藉著使用薑黃粉，可有效使傷口癒合」。嗣一九九六年中，印度科學及工業研究委員會 (Council of Scientific and

Industrial Research of India，簡稱 CSIR) 向美國專利局舉發，指出：「薑黃粉早已因其癒合傷口之療效，在印度被廣泛使用，且許多印度科學家之研究已確認此一療效確係存在」。美國專利審查實務上，對於美國以外地區之傳統知識並不當作先前技術 (prior art) 予以審查，除非已由科學家發表於知名期刊。本案專利由於 CSIR 成功的舉出相關之科學期刊報導，最後舉發成立，專利撤銷。論者指出，如果此案未能成功舉發，將會發生在美國之印度人以薑黃粉治療其子女傷口都會侵害專利權之荒謬結果。此外，論者亦指出，本案美國專利局在審查之時即應以不具新穎性及進步性要件，予以駁回。

2. 以 The neem tree 樹為成分之四十餘項專利申請案已在美國提起申請，在美國以外之國家、地區提出申請者，則計有一百五十餘案，這些申請案都以 The neem tree 樹之成分，一項印度之傳統知識作為基礎，因此引發爭議。現階段歐洲專利局對於其中一項申請案之異議案，已作成不具新穎性及進步性之初步決定。

3. 印度稻米案：Basmati 係栽種於印度北方及巴基斯坦之含香味之長穀形之稻米。此稻米在北美洲及歐洲有廣大市場，且由於其高品質，故售價亦相當昂貴。詎料，一個法國公司向法國主管機關申請獲准使用「Riz Long Basmati」、「Riz Long Basmati Riz Monde」二個商標。另外，一個美國公司（Rice Tec）長期以來使用「Texmati」名稱在美國及中東地區銷售稻米。印度及巴基斯坦農民對於上述法、美公司之使用情形雖然相當反感，但仍束手無策。一九九八年，上述美國 Rice Tec 公司獲准一專利"Basmati Lines and Grains"，在多項獲准專利範圍中，其中有一項係「係一新穎之稻種，其植株係矮小種，耐日照、高產量，且所生產之稻穀具有與印度及巴基斯坦所生產之 Basmati 稻米更高或至少相當之品質及特色」，這令印度及巴基斯坦農民更為憤怒，該二國政府現階段正在考慮如何保護其 Basmati 稻米在海外之市場。

（三）世界各原住民對於上述「生物掠奪」已有所醒悟，透過國際間之合作與串聯，企圖在先進國家生技公司之剝削、所在國家主權之干預之夾縫中，要求發言、尋求支持，透過承認原住民傳統知識之保護，以期進一步獲得保障¹¹。歷次締約國大會直接或間接對此條文曾作成相當多之決定，包括：

1. 第三次締約國大會第十四號決定。
2. 第四次締約國大會第九號決定。
3. 第二次締約國大會第九號決定（森林）
4. 第二次締約國大會第十號決定（海洋與海岸）
5. 第三次締約國大會第十一號決定（農業）
6. 第三次締約國大會第十二號決定（森林）
7. 第四次締約國大會第五號決定附件第九段（海洋與海岸）
8. 第四次締約國大會第四號決定附件第九段（內陸水域）
9. 第四次締約國大會第七號決定附件第三段（森林）

11 請參美國西雅圖華盛頓大學人類學博士班台邦·撒沙勒「著生物殖民主義：二十一世紀原住民的新挑戰」。此外，「第四世界原住民全球資訊網」（<http://wildmic.npust.edu.tw/sasala/index.htm>）有詳細資料可供參閱。

(四)此次大會期間此項議題之討論亦相當熱烈¹²，就此議題作成以下之決定：

1. 再次承認對於原住民及當地社區所表現於傳統生活而與生物多樣性之保育及永續利用有關之知識、創新及習慣，應予以尊重、保存及維護之必要性。
2. 體認到本公約第八條第J款之目標應以長程及循序漸進之方法予以達成。
3. 強調將本公約第八條第J款落實執行於國家、區域或國際政策時，確保原住民團體參與之重要性。
4. 承認原住民婦女就生物多樣性之保育及永續利用所扮演之重要角色。此外，特別強調對於婦女所扮演之上述角色應予重視，並使婦女有更多之參與空間。
5. 進一步注意各原住民團體間語言及文化之多樣性與條件上之差異。
6. 注意現階段各原住民團體或組織所宣示與生物多樣性之保育及永續利用有關之宣言。
7. 承認國際原住民生物多樣性論壇自本公約第三次締約國大會以來就本公約第八條第J款及相關條款所扮演之角色。

8. 重申本公約第八條第J款及相關條款與國際智慧財產權相關協定應相互支持之重要性。

9. 進一步指出國際上現存智慧財產權協定、法律制度與政策對於本公約第八條第J款及相關條款之執行，可能會有所衝擊。

10. 承認執行本公約第八條第J款及相關條款之方法，可能因區域或國家而有所差異，而決定：

- (1) 採取一工作計畫（為本決定之附件），並予定期檢討。
- (2) 規劃此一工作計劃之內容，並決定各項任務之優先次序。
- (3) 敦促各締約國及政府應通力合作，將本工作計畫納入其國內各項計畫，予以執行。
- (4) 要求各個締約國及政府在執行本工作計劃時，應充分考量現有國際公約、指導原則及其他執行本工作計畫之相關活動。
- (5) 鼓勵原住民團體參與基因資源之獲取及利益分配之開放特別小組（the Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and

12 原住民非政府組織亦踴躍發言，令人印象深刻。

Benefit-sharing)，俾就原住民及當地社區所表現於傳統生活而與生物多樣性之保育及永續利用有關之知識、創新及習慣之尊重、保存及維護，發展出指導原則。

(6) 對 政 府 間 森 林 論 壇 (Forest/ Inter-government Forum on Forest)就與森林有關之傳統知識所提出建議案之重要性予以考量。

(7) 鼓勵各締約國、政府、各國際、區域及國內組織，對於本工作計劃之執行提供財務支援。

(8) 請求秘書處對於本工作計劃之相關任務所需之各項合作予以整合。

(9) 決定將基因資源之獲取及利益分配之開放特別小組 (the Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-sharing) 就本公約第八條第 J 款及相關條款之任務擴及於對本工作計劃之執行。

(10) 要求各締約國、政府、本公約附屬機構、秘書處及其他相關組織，於執行本工作計劃時，

必須充分將婦女及婦女組織予以納入。

(11) 就對締約國大會針對本公約第八條第 J 款及相關條款之執行之建議，邀請各締約國及政府對於國際原住民生物多樣性論壇及其他相關原住民組織之參與予以支持。

(12) 促請各締約國、政府及相關國際組織及代表原住民團體之組織，就本公約之執行，對原住民提供充分及有效之參與。為達此一目的，應：

甲、應對原住民團體提供機會使其判別自己之需求，並於必要時提供協助。

乙、成立相關之專案，包括財物上之援助，建立原住民團體就自己傳統知識、創新及習慣之資訊之交換與散佈機制。

丙、在國家機構之層級建立足以回應原住民根據生物多樣性公約第八條第 J 款及其他條款之需求之機構。

丁、透過原住民就關切議題之直接參與，加強及建立本土內、區域間、國際間原住民之交流，或原住民與各國政府及國際組織 (包

括生物多樣性公約秘書處)間之交流。

戊、除網際網路以外，亦宜採用其他傳播媒體，包括報紙、告示牌、廣播，此外並應增加當地本土語言之使用。

己、就傳統知識、創新或習慣之保存之方法，包括原住民團體之控制及參與決策之紀錄，提供案例研究。

(13) 再次強調與第四次締約國大會 IV/9 號決定第十段及第十五段決議有關案例研究之重要性，以評估現有法制或其他適當機制，對於原住民傳統知識、創新或習慣保護之有效性。

(14) 為符合本公約之條款，考量上述本公約第八條第J款及其他條款有關之工作，並將其研究結果轉致世界貿易組織與世界智慧財產權組織，承認以特別立法或其他適當方式就原住民傳統知識、創新或習慣保護；及以特別立法或其他適當方式就基因資源使用利益公平分享予以規範之重要性。

(15) 邀請各締約國及政府就原住民傳統知識、創新或習慣保護之

立法及有關措施，相互交換資訊與分享經驗。

(16) 承認原住民傳統知識、創新或習慣之保存與文化認同及物質基礎息息相關。因此，敦請各締約國及政府採取措施以促進此等認同之維護與保存。

(17) 請各締約國在考量強化立法、慣例或傳統資源管理方法後，對於原住民及當地社區所表現於傳統生活而與生物多樣性之保育及永續利用有關之知識、創新及習慣，建立登錄制度。

(18) 請締約國及政府於參加本公約所舉辦之相關會議時增加原住民代表參與之機會。

(19) 強調原住民對於原住民團體間相互合作及資訊交換之安排，特別是是否將其傳統知識對外提供，可自行控制及決定。

三、第十七條 信息交流

(一) 本條規定：「締約國應便利有關生物多樣性保育與永續利用的一切公眾可得信息的交流，要顧到發展中國家的特殊需要（第一項）。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的信息、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。可行時也應包括信息的歸還（第二項）。」說明如下：

1. 本條並未直接述及智慧財產權，但條文中述及原住民傳統知識，故在本公約秘書處所發行之「生物多樣性公約手冊」書中，將本條文定位為與第八條第 J 款相關之條文¹³。此外，學者亦基於相同之理由，將之列為與智慧財產權相關之條文¹⁴。
2. 本條文規定「一切公眾可得信息」應可自由交換。但學者強調，由於本條定位為與第八條第 J 款相關之條文，故本條文之執行方式必須與該第八條第 J 款之精神一致。因此，舉例而言，原住民對於其傳統知識之權利應被尊重，不應未經其事前之同意，隨意予蒐集、記錄或對公眾提供。亦不得假本條之名義，強迫或欺騙原住民，使其提供傳統知識。

（二）本公約歷次締約國大會，包括本次會議，並未直接針對此條文作成任何決定，但其他條文所作成之決定中，仍間接提及。

四、第十五條 遺傳資源的取得

（一）本條規定：「確認各國對其自然資源擁有主權權利，因而可否取得遺傳資源之決定權屬於國家政府，並依照國家法律行使之（第一項）。每一締約國應致力創造條件，便利其他締約國取得遺傳資源應用於無害於環境之用途，不對此種取得施加違背本公約目標之限制（第二項）。為本公約之目的，本條及第十六條及第十九條所指締約國提供之遺傳資源，僅限於此種資源原產國之締約國或按照本公約取得該資源之締約國所提供之遺傳資源（第三項）。遺傳資源之取得經批准後，應按照共同商定之條件，並遵照本條規定進行（第四項）。遺傳資源之取得須經提供這種資源之締約國事先知情同意，除非該締約國另有決定（第五項）。每一締約國使用其他締約國提供之遺傳資源從事開發和進行科學研究時，應力求這些締約國充分參與，並於可能時在這些

13 參"Handbook of the Convention on Biological Diversity"第 146 頁。

14 參 Graham Dutfield 著"Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity" 第 37 頁。

締約國境內進行（第六項）。

每一締約國應按照第十六條及第十九條規定，並於必要時利用第二十條及第二十一條設立之財務機制，酌情採取立法、行政或政策性措施，以期與提供遺傳資源的締約國公平分享研究和開發此種資源之成果及商業與其他方面利用此種資源所獲得之利益。此種分享應按照共同商定之條件（第七項）。」此條文包含以下思惟與應用：

1. 本條第一項依據一般國際法之原則，再次確認國家對於其領域內之自然資源，擁有主權（sovereign right）¹⁵。此外，其明文規定有關於取得基因資源之決定權屬於國家。易言之，欲取得一國之基因資源，必須先獲得基因資源提供國（provider country）之同意，始得為之。當然此等同意往往必然伴隨著利益分享（benefit sharing）

之條件。一般稱此條文為 ABS（access/benefit sharing）條款。

2. 此條文表面上看來與資訊、知識或智慧財產權並無密切關係，但實際上本條文在本公約佔相當重要之地位，蓋本條文強化開發中國家與已開發國家就上述資訊、知識或智慧財產權議題之談判籌碼，並促進跨國合作。南美洲安地斯國家生物資源法在某種程度即將智慧財產權受限於 ABS。
3. 此條文確認國家對於其領域內之自然資源，擁有主權，係認定「國家」層次較高、資源較多，相較於地方非政府組織或當地社區，係守護國家生物多樣性、爭取利益與合理分配較理想之主體。固然部分原住民團體對此等主權規定，表達關切。但一般咸認此條文係較理想之設計。
4. 但另一方面，學者亦力主，ABS 牽涉之監督機制，國家之層級無法充分落實，故應將部分之權限適度下放，並鼓勵地方組織之參與。

15 例如菲律賓「生物開發法」之前言即敘明：「（菲國）憲法規定野生動物、花卉、水產及其他，為國家所有；其處分、發展及利用，完全由國家所控制與監督」。厄瓜多爾之法律則規定：「厄瓜多爾國家是構成此國家生物多樣性之財產之所有者，此生物多樣性應歸大

衆所使用」。哥斯大黎加之法律則規定：「有關生物多樣性成分應由國家在完全及排他之主權下行使之」。未來「生物資源法」可預期會有類似國家主權之條文。

（二）此次大會期間此項議題之討論

亦相當熱烈，惟 ABS 專案小組就智慧財產權如何執行 ABS 條文無法達成結論，故專案小組提出以下清單，建議進一步繼續研究：

1. 邀請各締約國及國際組織就此一問題於二〇〇〇年十二月三十一日前向秘書處表示意見。
2. 請秘書處根據上述各方所提供之資料及其他資料，於專案小組第二次會議，或第一次特別工作小組中提出。
3. 要求執行秘書，在與世界智慧財產權組織討論後，就此問題提出書面報告。
4. 邀請相關之國際組織，包括世界智慧財產權組織，研究智慧財產權與 ABS 條款間之關係，包括於申請專利時，就基因資源資訊，如果知其來源，是否應要求提供之問題。
5. 促請相關之國際組織，例如世界智慧財產權組織及國際植物種苗保護組織，在其智慧財產權保護之議題上，對於本生物多樣性公約之相

關條文予以適當考慮，包括智慧財產權保護制度對於生物多樣性保育及永續利用之衝擊，特別是對於原住民社區所表現於傳統生活而與生物多樣性之保育及永續利用有關之知識、創新及習慣之價值之衝擊¹⁶。

肆、建議（代結論）

一、我國雖非「生物多樣性公約」之締約國，但鑑於此一公約涉及地球之保育及人類之永續生存，至為重要，自不宜自外於國際社會。我國各公、私部門，均宜以主動、積極之精神，參與各項議題之對話與發展。

二、「生物多樣性公約」所涉之智慧財產權議題（生物多樣性公約第十六條），其屬正面助益者，包括營業秘密、商標（包括地理標示），固宜多予運用，俾對本公約所揭櫫三大目的之實現有所助益。至於具爭議性之專利領域之問題（生物技術之可

16 由此項決議亦可觀察出本公約對於智慧財產權制度中之專利制度，基本上存有懷疑之態度。

專利性問題)，尚在討論階段，尚無定論，尤其與 WTO/TRIPS 第二十七條第三項之關係，究如何發展，尚待密切觀察。

三、有關對於原住民社區所表現於傳統生活而與生物多樣性之保育及永續利用有關知識之保護（生物多樣性公約第八條第 J 款），從國內相關文獻觀察，尚須大力加以倡議¹⁷。又行政院原住民委員會所草擬之「原住民發展法（草案）」第二十二條規定：「原住民之傳統智慧創作應予保障，其保障之相關規定，另以法律訂之（第一項）。前項傳統智慧創作，指原住民傳統之宗教祭儀、音樂、舞蹈、歌曲、雕刻、編織、圖案、服飾等之民俗技藝或其他文化成果（第二項）」。¹⁸此外，在此條文下，學者蔡明誠教

授接受行政院原住民委員會委託所草擬之「原住民發展法草案關於保護原住民族傳統智慧創作之專章條文及說明」亦業已提出。惟由於上述「原住民發展法（草案）」所規範之「傳統智慧創作」，著重於「宗教祭儀、音樂、舞蹈、歌曲、雕刻、編織、圖案、服飾等之民俗技藝或其他文化成果」，並未及於文化屬性以外之智慧財產權項目，以「原住民發展法」為原住民保護基本法之崇高性質，該草案第二十二條似宜再予擴充¹⁸。

四、有關遺傳資源的取得及利益分享議題（生物多樣性公約第八條），涉及「生物資源法」之訂定，惟此一法律究應由何機關主政制定之定位問題，迄無定

17 從行政院原住民委員會之網站資料觀察，此部分之業務，包括法制面及政策規劃面，建議可再加強。

18 除生物多樣性公約之相關規定外，「聯合國原住民人權宣言（草案）」第二十九條謂：「原住民對其文化和智慧財產之全部所有權、控制權及保護權應得到承認。原住民有權採取特別措施、發展和保護自己的科學、技術和文化表現形式，包括人的和其他的遺傳資源、種子、醫藥、有關動植物群特性的知識、口授傳統、文學、圖案、觀賞藝術和表演藝術」

(譯文引自蔡明誠教授「原住民發展法草案關於保護原住民族傳統智慧創作之專章條文及說明」第二頁)，所規範之智慧財產範圍相當周延，並不以文化性質者為限。

論，實應儘速取得共識，予以辦理。

五、最後，謹將學者之建議¹⁹摘要如下：

(一) 針對西元二〇〇〇年及後續WTO/TRIPS之檢討，各開發中國家對於其所關切之各項議題(特別是第二十七條第三項)，應儘速發展出共同策略，據以提出。

(二) 各國政府對於與生物技術有關之專利申請案件應注意以下各點：

1. 過度寬廣之申請專利範圍將對生物科技有不利影響；
2. 要求過度之排他保護，不管是在法律層面或審查實務上，均不應准許；
3. 有關新穎性(novelty)要件之審查，必須慎重，確保原屬於原住民團體之傳統知識或根本屬於公共所有(public domain)之資訊，不會被掠奪；
4. 有關先前技術(prior art)之審查，應包括屬於公共所有之知識，不管

此等知識究否曾被發表過，或是在世界上哪一個國家。

5. 各國政府對於TRIPS所容許例外否定、不予專利權之公共秩序(ordre public)及善良風俗(morality)條款應善予適用，對於可能引起社會及環境衝擊之發明或產品，以此為理由，否定其專利申請。
6. 各國政府應在專利審查機關中成立委員會，對於可能會妨害公共秩序或善良風俗之發明或產品，在核予專利之前，使相關各方(包括環保、消費者團體等)均有充分表達意見之機會。
7. 專利審查程序相關資訊應予公示，使公眾被充分告知，對於案件之新穎性、進步性或申請範圍有所懷疑時，可儘早提起異議。

(三) 在生物多樣性公約本身：

1. 有關生物多樣性之保育及永續使用與智慧財產權之間之關聯並不明顯²⁰，而為了將危險降到最低，實有必要適用所謂「謹慎原則」(precautionary principle)。易言之，

19 參Graham Dutfield 著"Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity" 第128 頁以下。

20 實際上如前所述，整部「生物多樣性公約」直接論及「智慧財產權」者，僅第十六條規定而已。

開發中國家對於就動、植物申請專利之情形，只要不能證明是無害的，仍可援例例外而拒絕給予專利。

2. 就基因資源之取得與利益分享而言，基因資源豐富之國家相對處於弱勢，建議此等國家應團結成立聯盟，或建立多邊之機制，俾與利用之跨國公司洽商最優惠之利益分享條件。此外，本公約締約國大會亦宜考量建立一國際性之指導原則，使各國在基因資源之獲取及利益分配之運作上，均有所遵循。
3. 就技術移轉方面，對於有專利之技術，開發中國家應被容許援用強制授權之彈性，予強制授權。
4. 就原住民傳統知識之保護方面，傳統知識、創新及習慣之使用者（即生物開發公司）應建立一行為準則，包括：倫理上之指導方針、當地原住民社區及本土草根團體之充分參與、合理之利益分配及對於原住民社區之習慣法及當地之充分尊重等。

5. 各國政府對於專利以外可能用以保護傳統知識之智慧財產權機制，包括地理標示、小專利（petty patent）及商標等，應多予研究，並將研究結果供原住民社區應用。

6. 各國政府不妨考量就原住民傳統知識建立登錄制度，使專利審查員可進入此一資料庫予以查詢，以免原住民傳統知識被剽竊。

7. 各國政府於考量建立原住民傳統知識之保護制度時，均應充分諮詢原住民族群之意見，使此一制度可反映該國文化之多元性。此外，以下之原則宜予掌握與強調：

- （1）提倡社會之公平與正義。
- （2）應有效地保護原住民傳統知識，避免在未經授權之情形下被蒐集、紀錄及利用。
- （3）應對原住民社區內用以保持生物多樣性之習慣法、慣例及管理系統予以尊重。

（本文作者現為本局資料服務組副組長）