

建立传统知识财产权之基本法理问题：经济效率之观点

何建志 清华大学科技法律研究所助理教授

<http://hojenji.googlepages.com/>

壹、前言

贰、传统知识相关概念的检讨

一、何谓「传统知识」？

二、何谓「保护传统知识」？

参、建立传统知识财产权的理由

一、鼓励传统知识的创新

二、维护传统知识的延续

三、维护传统知识的价值

肆、结论

摘要：

关于传统知识的争论，有一些基本问题仍值得我们加以检讨与反省。例如，传统知识之意义、保障传统知识之目的、建立传统知识财产权的必要性等。在这些问题获得澄清之前，讨论传统知识法律问题可能导致某些误会。由于主流文献忽略了知识的资讯性质，预设了某些未经检验的前提，从而使其论点的法理基础不够坚强。为了清晰理解建立传统知识财产权的目的与效果，本文首先检讨了既有学术文献在使用概念上的缺失。其次，本文根据对于传统知识与保护传统知识在概念之清楚界定，以经济效率观点分析建立传统知识财产权的各种可能理由。本文对于建立传统知识财产权的目的，以及传统知识财产权的适当范围，提出不同于既有主流学术文献的意见。不过，这些论点的应用范围基本上只限于保护「传统知识」而非保护「传统知识传承者」。如何调和关于「知识」与「人」的各种复杂利益，仍有赖日后学术界的广泛、深入研究。

关键字：法律经济分析、效率、原住民、法理学、正义、智慧财产权、知识产权、公共领域、传统知识

Keywords: economic analysis of law, efficiency, indigenous peoples, jurisprudence, justice, intellectual property rights, public domain, traditional knowledge

壹、前言

传统知识(traditional knowledge, 简称TK)在近十年来已成为国际间热门的智慧财产权议题。¹在中文学术界, 这项问题也已经引起了一些讨论。²目前文献上的主流观点肯定了保护传统知识的必要性, 因此论者们普遍主张应在传统知识上建立某种权利。然而, 在权利内容与保护形式上, 则至今为止尚未有定论。³在既有众多研究成果之上, 本文试图重新检讨保障传统知识的基本概念问题, 以促进对于相关问题的意义有更清晰的理解。这些基本概念问题将在本文以下依序讨论。

贰、传统知识相关概念的检讨

一、何谓「传统知识」?

在众多的学术文献上, 研究者们面对的第一个理论困难就是如何界定传统知识的对象与范围。虽然研究传统知识的论着已累积相当丰富, 但是并未有一个普遍被接受的定义⁴。世界智慧财产权组织(WIPO)的报告曾经将传统知识定义为:

¹ 国际间对于传统知识的研究已累积相当丰富, 例如世界智慧财产权组织(WIPO)已出版许多研究报告, 见< <http://www.wipo.int/tk/en/tk/index.html> > (visited May 7, 2005)。

² 台湾方面的研究, 以台湾大学农艺系郭华仁教授为先驱, 见郭华仁, 原住民的植物遗传资源权与传统知识权, 收录于蔡中涵编, 生物多样性与台湾原住民族发展, 台北: 台湾原住民文教基金会, 页 165-185, 本文亦刊登于<<http://seed.agron.ntu.edu.tw/agra.htm>> (相关文献) (visited May 7, 2005); 以及郭华仁等, 传统知识之保护初探, 清华科技法律与政策论丛, 第2卷第1期, 页 49-99, 2005年。中国大陆方面的研究, 见郑成思与唐广良编, 知识产权文丛第八卷, 中国方正出版社, 2002年。

³ 有主张以调整现有智慧财产权保护传统知识者, 如 David R. Downes, *How Intellectual Property Could Be a Tool to Protect Traditional Knowledge*, 25 COLUMBIA JOURNAL OF ENVIRONMENTAL LAW 253 (2000)。另有建议在现行智慧财产权体制外创设特别制度(a *sui generis* system)者, 如建议创设「传统智慧财产权」(traditional intellectual property right)者, 见 Thomas Cottier and Marion Panizzon, *Legal Perspectives on Traditional Knowledge: the Case for Intellectual Property Protection*, 7 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 371 (2004); 有建议创设「社区专利」(communal patents)者, 见 Ikechi Mgbeoji, *Patents and Traditional Knowledge of the Uses of Plants: Is a Communal Patent Regime Part of the Solution to the Scourge of Bio Piracy?* 9 INDIANA JOURNAL OF GLOBAL LEGAL STUDIES 163 (2001)。

⁴ Commission on Intellectual Property Rights (CIPR), *INTEGRATING INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AND DEVELOPMENT POLICY* 75 (2002)。

「以传统为基础之文学、艺术或科学作品；表演；发明；科学发现；设计；符号；名称与象征；未公开资讯；以及工业、科学、文学、艺术领域其他一切以传统为基础之创新与创作。」⁵依照这个定义，固然开发中国家部落社会的图腾象征、狩猎技术、祭祀仪式、歌谣舞蹈等都属于传统知识，不过，希腊罗马神话、圣经、十字架、西洋占星术、扑克牌、下棋、葡萄酒、咖啡、茶叶饮料、乳酪、面包、水饺、瓷器、小提琴、拱桥、中医、针灸、紫微斗数、八字、风水、太极拳、阴阳五行等等是否也是传统知识？这些知识至少都来自数百年前甚至数千年前的人类传统社会。很明显，这些知识并非现代工业文明的产物。如果这些知识不是传统知识，那么何种知识才属于「传统」？如果这些知识属于传统知识，是否意味着这些知识的传承者有权利禁止他人使用传统知识，或者主张使用者必须给付利益回馈？

许多论者认为传统知识具有「代代相传」与「集体创作」特征，而有别于近代以后的个人创作。⁶然而，即使加上这种性质上的限定，仍有太多知识属于传统知识。例如，东西方社会中的许多文学传说与技艺等等，如希腊罗马神话、女娲补天、嫦娥奔月、酿酒、咖啡、茶叶、面包、针灸、风水、太极拳等等。其实，在全人类的知识存量当中，「代代相传」与「集体创作」的「传统」知识在定义范围上仍太过广泛，乃至使这个概念丧失了法律上的操作价值。基于以上这种定义，如果未经同意使用他人传统知识就构成了侵害行为，或者未经事前同意不得使用传统知识，则看到这篇文章的读者们想必都已经侵害了无数的外国传统知识。当我们在法律上使用一个概念之后使人人都成了加害人，这种法律概念就不是一个适于使用的概念。

将传统知识在定义上限制于属于「原住民社区」或「地方社区」的知识，是一个常被使用的定义方式。⁷依照这种看法，则可以将传统知识局限在开发中国

⁵ “[T]radition-based literary, artistic or scientific works; performances; inventions; scientific discoveries; designs; marks, names and symbols; undisclosed information; and all other tradition-based innovations and creations resulting from intellectual activity in the industrial, scientific, literary or artistic fields.” 见 WIPO, *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders — WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge* (1998-1999), 25. <<http://www.wipo.int/tk/en/tk/ffm/report/final/index.html>> (visited May 7, 2005).

⁶ 这几乎是所有讨论传统知识文献与论着均会强调的特质，如 WIPO 前引注五文，页 25。由于文献上资料甚多，本文此处不一一引注其他来源。

⁷ 例如生物多样性公约第八条 j 款 (Article 8(j) of the Convention on Biological Diversity) 便采取这种定义方式：“knowledge, innovations, and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles.” 在中文论着中，郭华仁等注二文也采取这种定义方式。此外，这里有一个问题值得思考：为何 WIPO 不采用生物多样性公约对传统知识的定义？是因为这二个国际论坛的任务不同？会员国组成不同？还是内部政治权力结构不同？

家或是非工业化社会等地区的传统知识，而开发程度较高的西方社会与东方社会，其许多广为世人使用的传统知识便被排除在外。不过，虽然这种定义方式比较符合当代已开发与开发中国家间关于传统知识使用冲突的脉络，但是我们可以发现，由「定义」开始，传统知识的讨论服务于特定时空下的政治经济斗争。换言之，传统知识的定义本身就是不对称排除的一种思想建构，只有原住民社区的传统知识才是有必要处理的传统知识，而开发程度较高社会的传统知识就不是有必要处理的传统知识。当然，这种政治经济斗争不必然仅限于已开发国家与开发中国家。即使是一个国家之内，也可能发生这种斗争，例如美国、中国大陆等在族群与文化上具有高度多样性的国家。这就是为何在定义上不使用开发中「国家」，而使用原住民「社区」的用意所在。

当然，开发程度较高社会彼此之间相互放弃对于原有文化知识的主张，而将其放入公共领域(public domain)任人自由使用，的确是比较有效率的作法。由于长久以来这些社会交往密切，因此相互之间时常使用彼此的原有文化知识，如果现在要一一追究未经同意使用传统知识的历史责任，恐怕会对许多现状造成困扰。例如，西方社会数百年来使用了中国人的四大发明（造纸术、印刷术、指南针、火药），以及印度与回教世界中使用的阿拉伯数字符号，难道今日西方国家必须支付使用这些知识的权利金或赔偿金？如果这些使用传统知识的历史必须一一结算，恐怕不是容易算清楚的历史帐目，也会引起新的国际纠纷。除了历史问题之外，如果这些社会现在开始彼此主张使用传统知识的权利，也会造成未来文化交流的严重障碍。以当代西方人热衷学习的针灸、风水、太极拳为例，如果西方人必须为学习这些东西向中国付费，这也会阻碍文化传播。⁸

至于在开发中国家与开发程度较高国家之间⁹，由于过去并未有如开发程度较高国家之间的密切知识互用，当开发程度较高国家单方使用开发中国家的传统知识，而未提供其他回馈，这的确是一种不对等的知识资源利用关系。在这个背景之下，讨论如何在传统知识上赋予开发中国家或原住民社区某种权利，或进行利益回馈，便有矫正正义或校正正义(corrective justice)的伦理学意义。¹⁰

⁸ 至于学习外国语言是否属于使用他人传统知识？照理说语言应当是各民族长久以来「代代相传」的「集体创作」，因此自然属于传统知识。不过 WIPO 的报告在定义中已经（很明智地？）将「一般语言」(languages in general)项目排除于传统知识范畴之外，见 WIPO，前引注五文，页 25。

⁹ 如本文先前所述，传统知识使用争议未必全然发生于国家之间，也可能发生国家内部。不过，鉴于开发中国家与已开发国家之间的冲突仍然是国际间传统知识议题的重要部分，因此本文有时仅以开发中国家与已开发国家彼此关系作为论述上的代表。

¹⁰ 以正义观点分析使用传统知识是一个值得发展的研究方向，例如分配正义与矫正正义等。不过，限于本文主旨在于以效率观点讨论保护传统知识，因此便不深入讨论使用传统知识的法理学或哲学层面上的正义问题。

二、何谓「保护传统知识」？

乍看之下，提出何谓「保护传统知识」的问题相当奇怪。不过，这却是目前众多文献中普遍被忽略的前提概念。而这个忽略其实显示了论者们对于传统知识议题往往已经带有先入为主的成见或预设。由概念上严格来说，如果我们果真要保护「传统知识」，原则上最好的方法就是不要在法律上建立关于传统知识的权利。准此，国际间累积的众多文献讨论与建议似乎都指向了错误方向。

之所以众多论者们会有以上的忽略与建议，原因之一是没有严格思考知识与知识存在的本质。知识其实是资讯。当某一项知识濒临灭绝时，为了挽救这项知识的延续，最好方式就是鼓励更多人加以使用。当使用一个知识的人越多，这个知识就越不会有灭绝的危险，而且更能成长与发展。例如，当使用某种语言的人口逐渐雕零时，这种语言就面临了灭亡的危险。反之，以英语为例，当世界上使用英语的人口越多，则可以预见英语内容将会更加丰富。除了语言之外，其他关于农业、生态、医药、文学、科学等等知识，亦莫不如此。由经济学观点可知，当使用某种知识的成本越高，则使用这种知识的人口或消费者将会越少。如果我们赋予开发中国家或原住民社会能够针对他人使用传统知识主张权利，将使他人使用传统知识的成本增加，这反而阻碍了传统知识的流通与发展。如果我们真心要保护传统知识能够延续与发展，最好的方式应当是鼓励世人多加利用。阻碍世人使用传统知识，难道不是在伤害传统知识？

在这个地方，我们应当已经逐渐开始意识到，在传统知识的众多论述之中，「人」与「知识」这二个范畴往往以暧昧不清的关系相互纠缠，而诸多论者们也没有以清晰方式公开加以处理。以严格的概念来说，「保护传统知识」与「保护传统知识的传承者」或「保护原住民」是截然不同的概念，而向来的文献往往把「人」与「知识」的问题混为一谈。^{11 12}赋予开发中国家或原住民针对传统知识主张权利，直接受益者是开发中国家或原住民，而不必然是「传统知识」。虽然名义上论者们倡导保护「传统知识」，往往用意在于保护开发中国家或原住民。

如果我们能把「人」与「知识」清楚分开，则所谓保护传统知识的议题其实

¹¹ 当然，聪明的读者看到这里，再回顾先前关于传统知识的定义问题时，应当能够更加体会到，正是因为「人」与「知识」之间的纠缠关系，影响了传统知识在论述上的定义方式。「人」的因素，而非「知识」本身客观的性质，才是影响传统知识定义的主要因素。

¹² 在众多主流文献中，仍有部分论者直接或间接意识到有必要将保护传统知识与促进原住民利益加以结合，如注四 CIPR 的研究报告，以及 Thomas Cottier and Marion Panizzon，他们认为：“Interest in the protection of TK is rooted in the goal of promoting social, economic, and ecological development of rural areas. It responds to concerns about fairness and equity in international economic relations affecting the livelihood of the bulk of the world's population.” 见 Thomas Cottier and Marion Panizzon, 注三文，页 371。

并没有多大的研究价值。我们只要鼓励世人使用传统知识，而非限制世人使用传统知识，便能够使有兴趣者去延续与发展传统知识。向来论者所建议的建立传统知识权利，乃至至于大费周章提倡修改现行智慧财产权法或建立特别法的论点，似乎便成为无的放矢。不过，在当代的全球政治经济斗争脉络下，「人」与「知识」这二个范畴似乎注定难以分开，这就使得所谓保护传统知识的议题复杂化，而无法单纯以「保护知识」的方式加以处理。

参、建立传统知识财产权的理由

由财产权经济学观点来看，当建立财产权制度的利益大过于建立财产权制度的成本，建立财产权制度便具有经济效率。¹³ 否则，建立财产权制度反而导致无谓浪费。在何时建立财产权制度的利益能大过于建立财产权制度的成本？我们可以由消极与积极二方面观察。在消极面上，当某种有限性资源上不存在财产权，而有发生资源耗竭的危险时，则建立财产权可以避免过度使用资源的无效率现象。这种现象以 Hardin 的「公用物悲剧」(The Tragedy of the Commons)¹⁴ 理论为典型的例子。当环境资源上不存在财产权，而人人均可使用环境资源时，则难以避免资源过度使用的问题。在环境资源上建立财产权，则有助于避免环境因过度使用而恶化。在积极方面，当建立财产权有助于提高人们从事生产资源的诱因时，则建立财产权便具有效率。这种情形最典型的例子是土地所有权与智慧财产权。如果任何人都可以使用土地而不受限制，可预见将无人会在一开始从事土地改良或在上从事农业生产。如果药品发明人无法以专利权排除他人模仿生产同一药品，则药品开发者将无法回收庞大研发成本，而这导致将导致新药开发计画受阻。

基于以上经济学观点，我们便可以进一步思考：**在传统知识上建立财产权是否其利益大于成本？** 由于财产权的主要效果在于权利人能够排除他人使用特定资源，建立财产权制度的首要社会成本便是其他人因为无法使用特定资源导致福利损失。因此，如果在传统知识上建立财产权，其利益无法大于排他权所产生的社会成本，则建立传统知识财产权便是无效率作法。本文以下分别逐一讨论可能的理由。¹⁵

¹³ Harold Demsetz, *Toward A Theory of Property Rights*, 62 AMERICAN ECONOMIC REVIEW 347 (1967).

¹⁴ Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 SCIENCE 1243 (1968).

¹⁵ 为了行文简洁，本文以下所指的传统知识财产权，为现有财产法体系（含智慧财产权法）之外，经由制订特别法所建立的新型态特殊财产权。由于此种财产权形式目前仍停留于学术讨论层次，各国对于此种新型态权利尚未普遍有所立法，因此本文不预设其权利形式与内容。当然，在传统知识财产权特别法制订之前，某些传统知识能够符合财产法（含智慧财产权法）的权利要件而得以受到保护，而这些在传统知识上的现有财产法权利，则不在本文以下所讨论的「财产权」

一、鼓励传统知识的创新

在建立财产权的积极利益方面，很明显的事实是，建立传统知识财产权并没有促进生产新知识的效果。当传统知识早已是现成的资源时，针对传统知识赋予财产权只会造成他人使用受限制的福利损失，但是却没有因此增加资源生产。当然，开发中国家或原住民有可能根据既有传统知识从事进一步的知识与技术创新。不过，为了鼓励当代人从事创作，或者为保护当代人从事传统知识创新时能够回收成本，既有的智慧财产权制度已经能够提供保障。例如，如果是新创作的歌谣或是绘画，这些作品可以在著作权法架构下获得著作权的保障。如果是新创作的技术，则可分别适用专利法或营业秘密法获得保障。

二、维护传统知识的延续

在建立财产权的消极利益方面，承认传统知识财产权是否能促进知识资源的维护与保存？如前所述，当某一项知识濒临灭绝时，为了挽救这项知识的延续，最好方式就是鼓励更多人加以使用。由于资讯与有体物在存在形式上的差异，因此建立财产权固然有助于维护有体物资源，但是这种利益在维护资讯资源时却不**存在**。原则上，资讯资源不会如有体物资源面临耗尽(exhaustibility)问题，因此资讯资源不会因为过度使用导致耗尽，便也不需要建立财产权加以维护。准此，如果传统知识面临消失的危险，应当以鼓励使用与散布流通加以保护，限制其使用反而不利传统知识的维护与延续。

除了以上情形以外，有无可能需要建立财产权以维护传统知识？一个可能性是，承认传统知识财产权或许能够鼓励传统知识传承者或其他人投资于维护传统知识，亦即投资于传统知识的再生产(reproduction)。例如，当某种传统技艺面临失传时，鼓励人们花费时间与其他成本学习这种技艺。或者当某种语言濒临灭绝时，鼓励人们花费时间与其他成本学习语言。由经济分析观点看，由于维护传统知识的延续需要成本，唯有当维护传统知识所得利益多于所费成本时才具有经济效率。如果维护传统知识所得利益多于所费成本，则人们（不论是传统知识传承者或其他人）自然就会主动维护，而不需要透过建立财产权提供诱因。反之，如果维护传统知识所得利益少于所费成本，即使透过建立财产权提供诱因，也无助于维护传统知识。

不过，在没有财产权保障之下，传统知识传承者投资于传统知识的再生产，而其他人使用了传统知识，将会产生搭便车(free riding)问题。换言之，当某

范围之内。换言之，本文所讨论的传统知识财产权仅限于经由制订特别法所建立的新型态特殊财产权，敬请读者特别加以留意。

些人投入资源维护传统知识，而其他人得以坐享其成时，则是在未支付维护成本之下享受利益。过去在使用传统知识上发生一些纠纷，许多人直觉上谴责外国人未经同意使用传统知识，最主要的理由应当是反对搭便车行为。然而，搭便车行为是否在经济效率上弊多于利，却不能一概而论。由经济学观点来看，当搭便车行为降低人们从事生产的诱因时，则搭便车行为确实具有负面效果。可是，如果搭便车行为不影响人们从事生产的诱因，则搭便车行为就不是严重问题。例如人们在自家门口种花，虽然他人能因此搭便车欣赏美丽花朵，但是只要搭便车行为不影响人们在门口种花的诱因，则容许搭便车行为不会妨害社会生产。在传统知识的脉络下，虽然传统知识传承者投入了资源进行传统知识再生产，不过他们本身也因为这种活动而获得经济报酬，例如当他们以传统技艺从事农业，固然一方面使得传统技艺继续流传，但是他们也得到农产品收获作为经济报酬。不论是否有第三者使用他们的传统知识，如果他们都仍然会使用传统知识，则我们不需要额外承认传统知识财产权作为维护传统知识的诱因。**唯有搭便车行为将使得传统知识传承者放弃维护传统知识时，才有必要建立财产权避免搭便车行为。**不过这种情形应当并不常见。

另一种考虑建立财产权以鼓励维护传统知识的可能理由，在于克服机会成本过高，尤其是在逐渐迈向现代化与工业化的地区。如果开发中国家或原住民有机会在投资维护传统知识与投资现代生产活动之间进行选择，例如继续操作传统技艺从事编织，或是开工厂以自动机器生产现代纺织品，则选择操作传统技艺将会有机会成本，亦即丧失开工厂生产商品的销售利益。当他们无法向外人收取传统知识使用费，则相对之下选择投资传统知识的报酬可能因此降低，而放弃开工厂生产商品的机会成本相对增加。当机会成本高过于投资传统知识的利益，则传统知识将会因为缺乏投资而面临失传的危险。当然，此处论点应仅限于尚未公开的传统知识。至于已经公开的传统知识，因为原住民社区外的人已经获得这些知识，即使原住民社区放弃继续维护这些传统知识，这些知识仍能够在人类的资料库中继续保存。

三、维护传统知识的价值

以上我们已经思考了以财产权维护传统知识**延续(survival)**的理由，此处我们可进一步思考以财产权维护传统知识**价值(value)**的可能性。一般而言，虽然资讯不会因为过度使用而丧失存在，但是**资讯在某一些特定情境下，有可能因为过度使用导致价值降低**。典型例子之一如商标的稀释(dilution)。若任何人均可不受限制而任意将某一个商标使用于任何商品，则商标使用泛滥的结果将使得商标的资讯价值降低。当著名商标一旦被广泛使用于列等商品时，必然在市场上丧失其识别性与经济价值。为了避免商标价值因为过度使用而减损，则有必要在商标上建立使用排他权。另一种资讯被使用导致价值减损的情形，发生于著作遭受窜改

或扭曲。如果作者对于重制与改作没有排他权，则作品出版之后，作者便无法禁止他人出版内容错误或遭受窜改的版本。为了避免这种情形，有必要在著作权法上赋予作者对于重制与改作的排他权。

至于传统知识是否可能会发生因为过度使用导致价值减损？或者因为遭受扭曲使用而导致价值减损？这在想象上的确有可能。例如某一部落的神圣图腾象征被外人使用为劣等商品的商标，或者祭祀歌谣被改编使用于商业广告。不过，传统知识是否因为被外人使用导致价值降低，这其实是见仁见智的问题。将某一种作品修改或转移到其他情境下使用，在某些人看来或许是价值上的损害，但其他人看来或许是价值上的增加。在经济意义上而言，建立传统知识财产权等于是赋予其传承者排他权或使用独占权，而其他人因此无法使用时将发生福利损失。不过，鉴于使用利益与无法使用的损失难以估计或衡量，经济福祉成本效益分析无法明确指出是否应建立传统知识财产权。

为了维护传统知识经济价值，由交易成本观点分析，赋予传统知识传承者排他权可能是较具有效率的作法。如果传统知识传承者对于其传统知识没有法律上排他权，则为了避免传统知识以他们所不愿意接受的方式被使用，则他们必须一一与所有潜在使用者签订契约。反之，如果传统知识传承者对于其传统知识拥有法律上排他权，则意图使用者必须出面与传承者签订契约获得使用许可。两相比较之下，显然由意图使用者出面洽商契约的交易成本较低，而使传统知识传承者逐一搜寻潜在使用者的交易成本较高。因此，即使不使用分配正义观念，我们也应当使传统知识传承者能够具有排他权。更进一步说，交易成本分析在理性上支持我们认为传统知识传承者应当具有排他权的正义情感。¹⁶不过，即使我们为了维护资讯价值而针对传统知识赋予财产权，但是另一方面在保护范围上应当限于排他权具有经济效率的情形。原则上，关于语文、符号或仪式等具有象征意义的传统知识形式，较有可能因为受到使用而发生价值贬损，因而值得承认财产权。至于生产物品的方法或程序等知识形式，例如农业、生态、医学知识等，如果不会产生使用资讯导致资讯价值，则没有必要在法律上限制其使用。

由经济观点来看，另一个建立传统知识财产权的正当理由，在于降低知识贸易的交易成本。当传统知识贸易增加，则其延续机会与经济价值都随之增加。

¹⁶ 如以人身排他权的理论基础为例，此处减少交易成本的经济论点，其说理上的优点将更为清晰。虽然目前我们都承认每个人对于自己的身体具有排他权，但是这种权利的法理基础不容易由经济福祉成本效益分析加以支持。即使赋予个人对于自己身体的排他权能够增进个人利益，但是另一方面却也造成其他人无法使用的福利损失。究竟个人得利或使他人得利何者较佳，并不容易进行估计与衡量。不过，如果不承认个人对于自己身体有排他权，个人为了不使他人干预其身体，必须一一与潜在使用者或干预者进行交易，而这将耗费极高的交易成本。因此，即使不使用分配正义观点，我们仍可诉诸降低交易成本论点承认个人对于自己身体拥有排他权。

关于在资讯上建立财产权降低交易成本，Arrow 的「资讯矛盾」(paradox of information)理论提供了清晰简单的说明。当人与人之间的交易内容是资讯时，买方与卖方都会面临交易的信任难题：如果卖方不提出资讯使买方知道，则买方无法判断资讯的真假与价值；但是如果卖方提供资讯使买方知道，则买方既然已经获得资讯，卖方便一无所有。¹⁷由这个资讯贸易的例子显示出，在资讯上建立财产权有助于促进交易，否则买方与卖方必须支付额外交易成本以克服资讯矛盾难题。在传统知识的脉络下，当原住民所持有的某种传统知识具有经济价值，如果因为资讯矛盾导致买卖双方难以彼此信任，而使买卖传统知识无法进行，则卖方与买方均会因为交易失败而丧失潜在交易利益，而这对于人类社会而言也是一项损失。反之，如果传统知识上的贸易能够实现，则买方与卖方都能因此享受交易利益。

关于以财产权促进交易的经济理由，在适用范围上有所局限。对于已经公开的传统知识，我们没有经济上的理由以建立财产权方式促进交易。既然这项知识已经公开，任何人只要花费某些搜寻成本即可取得，因此知识使用者不需要向传统知识传承者购买知识。此时建立财产权只有降低知识使用所造成的福利损失，而没有促进交易的积极利益。**只有对于尚未公开的传统知识，才有必要透过赋予财产权促进交易。**关于尚未公开或公开程度较低的传统知识，既有的营业秘密法已经能够对于知识持有人提供法律保护。至于是否有必要在营业秘密法之外提供额外法律保护，这必须进一步考虑到原住民社会在维护与使用知识上的特征。根据营业秘密法的基本原则，一旦资讯丧失秘密性即不再属于营业秘密法保护的對象。如果要求原住民社区对于传统知识保持秘密性，有时所必须花费的保密成本过高。例如，如果要求原住民在使用生产技术或图腾象征上保持秘密性，这可能会使日常生产活动与文化活动被迫停止。此外，如果外人以低价向原住民社区中的一位成员购买秘密知识，这将会导致其他人所持有的传统知识丧失秘密性。即使在法律上其他成员可以对这位泄密者请求损害赔偿，不过这种损害赔偿请求权在原住民社区的社会结构中意义不大。因此，对于原住民社区内虽非秘密，但对外尚未普遍公开的传统知识，仍可以考虑在营业秘密法之外赋予其他形式的财产权保护。

肆、结论

为了清晰理解建立传统知识财产权的目的与效果，本文首先检讨了既有学术文献在使用概念上的缺失。其次，基于对传统知识与保护传统知识在概念的清楚

¹⁷ Kenneth J. Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in *THE RATE AND DIRECTION OF INVENTIVE ACTIVITY* 609, 615 (National Bureau of Economic Research ed., 1962).

界定，本文以经济效率观点分析建立传统知识产权的各种可能理由。在鼓励基于传统知识进行创新方面，现行智慧财产权架构已经能提供一定程度的保护，因此不需要为了鼓励创新而赋予传统知识产权。在鼓励维护传统知识的延续方面，传统知识产权应限于尚未公开的部分，已公开部分则失传或灭绝危险较低，因此不需提供财产权作为鼓励维护知识的诱因。在鼓励维护传统知识的价值，以及鼓励知识贸易方面，交易成本分析支持建立传统知识产权。为了鼓励知识交易，对于原住民社区内虽非秘密，但对外尚未普遍公开的传统知识，可透过赋予财产权鼓励知识交易。至于已经对外公开的传统知识，为了保护传统知识的象征意义与精神价值，可针对语文、符号或仪式等具有象征意义的传统知识形式赋予财产权，但这种财产权保护不应及于生产物品的方法或程序等知识形式。¹⁸

本文对于建立传统知识产权的目的，以及对于传统知识产权的适当范围，提出不同于既有主流学术文献的意见。不过，这些论点的应用范围基本上只限于保护「传统知识」而非保护「传统知识传承者」。由于「人」的问题其实是许多国际争议与学术文献背后的重要关怀。如何调和关于「知识」与「人」的各种复杂利益，需要进行更多的理论研究与法律实践。例如，如何设计传统知识产权的形式与利益分配原则。或者，如果「保护知识」与「保护原住民利益」这二种目标相冲突时，我们应当如何取舍？如何进行价值判断？鉴于传统知识相关问题广泛而复杂，本文只是在问题的一小部分上提出补充论点，其他更多困难问题的解决，仍有赖日后学术界的广泛、深入研究。

参考书目

郭华仁

2000 原住民的植物遗传资源权与传统知识权，收录于蔡中涵编，生物多样性与台湾原住民族发展，台北：台湾原住民文教基金会，页 165-185。本文另刊登于<<http://seed.agron.ntu.edu.tw/agra.htm>>（相关文献）(visited May 7, 2005)。

郭华仁、陈昭华、陈士章、周欣宜

¹⁸ 本文此处结论可整理如下：
是否赋予传统知识产权？

I. 已公开之传统知识：是否赋予财产权依种类分别

1. 语文、符号或仪式等具有象征意义的传统知识形式：赋予财产权

2. 生产物品的方法或程序等知识形式：不需赋予财产权

II. 未公开之传统知识：均赋予财产权（含语文、符号或仪式等具有象征意义的传统知识形式，及生产物品的方法或程序等知识形式）

2005 传统知识之保护初探, 清华科技法律与政策论丛, 第 2 卷第 1 期, 页 49-99。

郑成思与唐广良编

2002 知识产权文丛第八卷, 北京: 中国方正出版社。

Arrow, Kenneth J.

1962 *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in THE RATE AND DIRECTION OF INVENTIVE ACTIVITY 609 (National Bureau of Economic Research ed.).

Commission on Intellectual Property Rights

2002 INTERGRATING INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AND DEVELOPMENT POLICY (2002).

Cottier, Thomas and Marion Panizzon

2004 *Legal Perspectives on Traditional Knowledge: the Case for Intellectual Property Protection*, 7 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 371, 371 (2004).

Demsetz, Harold

1967 *Toward A Theory of Property Rights*, 62 AMERICAN ECONOMIC REVIEW 347.

David R. Downes

2000 *How Intellectual Property Could Be a Tool to Protect Traditional Knowledge*, 25 COLUMBIA JOURNAL OF ENVIRONMENTAL LAW 253 (2000).

Hardin, Garrett

1968 *The Tragedy of the Commons*, 162 SCIENCE 1243.

Mgbeoji, Ikechi

2001 *Patents and Traditional Knowledge of the Uses of Plants: Is a Communal Patent Regime Part of the Solution to the Scourge of Bio Piracy?* 9 INDIANA JOURNAL OF GLOBAL LEGAL STUDIES 163 (2001).

WIPO (World Intellectual Property Organization)

1999 Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge

Holders — WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property
and Traditional Knowledge (1998-1999).
<<http://www.wipo.int/tk/en/tk/ffm/report/final/index.html>> (visited May 7,
2005).