

名古屋議定書條文爭議之初探

黃滋立、李光涵

第 10 屆生物多樣性公約締約國大會 (The tenth meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, CBD-COP10) 於 10 月 18 日至 10 月 30 日於名古屋舉辦¹，經過多方談判及協商，最終達成了三個目標²；其中，名古屋議定書 (Nagoya Protocol) 之簽訂更為本次大會最重要之里程碑。名古屋議定書係締約國針對遺傳資源之取得和利益分享 (Access and Benefit Sharing, ABS) 所訂定的一套具有法律約束力的管理制度。談判過程中，由於政治情勢上之不同以及議定書所涵蓋之主題具有高度專門性和複雜特質，制定過程困難重重³，故最終各與會國雖簽訂了名古屋議定書，但仍留有許多爭議。

本文將探討相關爭議之處，包括：一、名詞定義及時間規範等之條文問題，二、未要求強制揭露以致可能影響利益之公平分享，以及三、與其他國際組織討論中議題之可能競合。

一、條文本身之問題

為使會議順利結束，議定書相關文字不免保留了模糊空間以避爭議，結果卻造成某些問題未獲得終局解決。其中以「衍生物」(derivatives) 是否包含在適用範圍內，以及議定書之適用期間，兩者最受關注。

(一) 「衍生物」是否包含在適用範圍內

議定書第 3 條規定本議定書適用於生物多樣性公約 (Convention on Biological Diversity, CBD) 第 15 條範圍內之遺傳資源以及因利用這些資源所生之利益⁴。

¹ 生物多樣性公約 (Convention on Biological Diversity, CBD) 於 1993 年 12 月 29 日生效，其目的有三：(1) 生物多樣性之保存、(2) 生物多樣性組合之永續利用、(3) 公平且適切的遺傳資源之使用利益之分享，目前全球總共有 193 個會員國。http://www.cbd.int。

² CBD-COP10 所達成之三個目標為：(1) 採用新 10 年的策略計畫，以指導國際間與各國在保存生物多樣性所作之努力，透過提升行動以達到生物多樣性之目標、(2) 擬定用以實質上提升現今官方發展援助之層級之資源流動策略、(3) 簽訂一國際議定書以規範共享遺傳資源之獲取和受益。CBD, Press Release, A New Era of Living in Harmony with Nature is Born at the Nagoya Biodiversity Summit, at http://www.cbd.int/doc/press/2010/pr-2010-10-29-cop-10-en.pdf。

³ ICTSD, *Navigating Nagoya: Will CBD COP 10 Deliver an ABS Protocol*, ENVIRONMENT AND NATURAL RESOURCES PROGRAMME, Vol. 4, No.3, Oct., 2010, at http://ictsd.org/news/bridgesweekly.

⁴ Nagoya Protocol art. 3 (“This Protocol shall apply to genetic resources within the scope of Article 15 of the Convention and to the benefits arising from the utilization of such resources.” “This Protocol shall also apply to traditional knowledge associated with genetic resources within the scope of the Convention and to the benefits arising from the utilization of such knowledge.”).

CBD 第 15 條之遺傳資源範圍，在開發中國家與已開發國家間向有爭議⁵：開發中國家認為，由於 90%之生物剽竊 (biopiracy) 是和遺傳資源之衍生物有關⁶，故遺傳資源所包含的客體不應僅是遺傳資源本身，也應包括蛋白質、代謝物以及其他遺傳資源之衍生物⁷；但不僅 CBD 第 15 條未如此明文規定，名古屋議定書有關條文之規定亦相當迂迴而不夠明確。

如上所述，議定書第 3 條並未明文提及「衍生物」，不過議定書第 2 條在解釋名詞時，對於第 3 條所謂之「遺傳資源之利用」，係定義為包含「生物科技之應用」(c 款規定)⁸，而「生物科技之應用」議定書第 2 條又明文包括「衍生物」之使用 (d 款規定)⁹。同時，第 2 條又接著對何謂「衍生物」加以定義 (e 款規定)¹⁰，由此看來，「衍生物」似是包含在適用範圍內。

儘管如此，由於遺傳資源對於「衍生物」之包含，必須透過「遺傳資源之利用」的解釋輾轉而得，而「遺傳資源」本身卻仍須回歸 CBD 第 15 條頗具爭議之規定，故未來適用上，恐仍難避免「衍生物」之爭議。

(二) 議定書之適用期間

所謂適用期間之爭議係指：遺傳資源若係於議定書生效前原始取得，是否仍適用名古屋議定書之規定？名古屋議定書第 3 條並未明文規定議定書之適用期間，因此，部分 CBD-COP 10 與會人士擔心無法溯及既往，以致使得不少案例無法受到議定書規範之拘束與保護，進而減弱議定書之效力¹¹。依維也納條約法公約 (Vienna Convention on the Law of Treaties, VCLT) 第 28 條規定¹²，條約應以不溯及既往為原則，但仍允許新協定得適用於部分已存在之狀況，是為不溯及既

⁵ ICTSD, *CBD Reaches Agreement on Access and Benefit Sharing, But Some Question Its Effectiveness*, BRIDGES WEEKLY TRADE NEWS DIGEST, Vol. 14, No.38, Nov. 3, 2010, at <http://ictsd.org/news/bridgesweekly>[hereinafter *CBD Reaches Agreement on Access and Benefit Sharing*].

⁶ 生物剽竊指某一方在一個 (通常為未開發) 國家中找尋到遺傳特徵珍貴的生物資源 (動植物或微生物)，但未經資源擁有國同意就進行商用研發，並對所得成果申請專利保護，罔顧該國權益。

⁷ Kabir Bavikatte & Brendan Tobin, *Cutting the Gordian Knot: Resolving Conflicts over the Term "Utilisation"*, ENVIRONMENT AND NATURAL RESOURCES PROGRAMME, Vol. 4, No.3, Oct., 2010, at <http://ictsd.org/news/bridgesweekly>.

⁸ Nogoya Protocol art. 2(c) ("Utilization of genetic resources' means to conduct research and development on the genetic and/or biochemical composition of genetic material, including through the application of biotechnology as defined in Article 2 of the Convention.").

⁹ Nogoya Protocol art. 2(d) ("Biotechnology' as defined in Article 2 of the Convention means any technological application that uses biological systems, living organisms, or derivatives thereof, to make or modify products or processes for specific use.").

¹⁰ Nogoya Protocol art. 2(e) ("Derivative" means a naturally occurring biochemical compound resulting from the genetic expression or metabolism of biological or genetic resources, even if it does not contain functional units of heredity".).

¹¹ *CBD Reaches Agreement on Access and Benefit Sharing*, supra note 5.

¹² Vienna Convention art. 28 ("Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.").

往之例外，具體例子為：與貿易有關之智慧財產權協定 (Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS) 第 70 條關於現存標的之保護¹³。值得注意的是，名古屋議定書並無類似 TRIPS 第 70 條之明文規定，故是否適用 VCLT 溯及既往之例外，不無疑義。

二、未明文要求強制揭露

締約國所關切的諸多 ABS 議題之一即為廠商將利用傳統知識¹⁴或遺傳資源所產生之商業利益，透過專利制度據為己有後，卻忽略回饋傳統知識或遺傳資源所屬之原住民或國家¹⁵。識者以為應強制揭露專利所使用之傳統知識及遺傳資源，俾能促進利用者與提供者間之利益分享，以防止生物剽竊等有失公平之情況¹⁶。

儘管有上述呼聲，但議定書並未明文要求強制揭露，只是在第 13 條規定締約國應設置「檢查點(checkpoint)」以收集與遺傳資源之利用有關的諸如「事先同意」、「遺傳資源之來源」、「建立合意條款」等之資訊¹⁷；同時亦規定：締約國應要求使用者提供上述「檢查點」是項資訊，並採取「適當、有效且符合比例原則之措施」以處理不遵循之情形¹⁸。這樣的規定是否同樣可達到強制揭露的效果？有以為所謂的「適當、有效且符合比例原則」係任由各國主管機關自行裁量，故本條是否能發揮強制揭露之功能，端賴各締約國執法的努力而不是這麼明確¹⁹。

三、名古屋議定書與其他國際組織之討論議題間之競合

名古屋議定書之某些規定與其他國際組織討論中之議題有關，未來如何競合，不無疑義。以下即以世界衛生組織 (World Health Organization, WHO) 及世界知識產權組織 (World Intellectual Property Organization, WIPO) 為例。

(一) 與 WHO 討論中之「人類病原體遺傳資源分享」之關係

¹³ TRIPS art. 70.

¹⁴ 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、標幟；名稱或符號、未公開之資訊，以及其他一切基於傳統在工業、科學、文學或藝術領域內智能活動所生之創新／新發明與創作。參考網址：<http://www.wipo.int/portal/index.html.en>。

¹⁵ 孟繁榮，遺傳資源之取得與利益分享之管制原則，東華大學環境政策研究所碩士論文，2005 年 7 月，第 2 頁。

¹⁶ *CBD Reaches Agreement on Access and Benefit Sharing*, *supra* note 5.

¹⁷ *Nogoya Protocol art. 13.1.(a).(i)* (“designated checkpoints would collect or receive, as appropriate, relevant information related to prior informed consent, to the source of the genetic resource, to the establishment of mutually agreed terms, and/or to the utilization of genetic resources, as appropriate”).

¹⁸ *Id.* Art. 13.1.(a).(ii) (“...each Party shall take appropriate, effective and proportionate measures to address situations of non-compliance.”).

¹⁹ *CBD Reaches Agreement on Access and Benefit Sharing*, *supra* note 5.

對於如何處理對人類、動植物健康有所威脅的緊急情況，名古屋議定書規定²⁰：締約國應考慮有關遺傳資源立即取得之需求以及有關遺傳資源所生利益立即公平分享的需求，包括需求者得以取得可負擔之治療，尤其是開發中國家這方面的需求。這與 WHO 刻正討論的議題之一，即各國是否有義務分享與人類病原體有關之遺傳資源（如禽流感），以及是否可合理期待從中獲取利益，不無關係²¹。

(二) 與 WIPO 討論中之知識產權之競合關係

名古屋議定書第 25 條規定本議定書之有效性應定期檢討²²。而 COP 在採納本議定書時則決議²³：有效性之第一次檢討，應基於其他相關國際組織，包括 WIPO（惟前提是限於不抵觸 CBD 與議定書之目的）在內之發展以評估第 12 條之 1 之執行情形²⁴，即各國是否採取有效且適當之措施以提供與遺傳資源有關之傳統知識的利用與分享。此外，議定書第 3 條之 1 第 3 項亦規定²⁵，議定書執行時應尊重與本議定書相關之其他國際組織正在進行之工作及實務，只要其支持本議定書且不抵觸 CBD 與本議定書之本旨。從這些規定可看出本議定書的某些部分因為受到 CBD 以外之程序影響，而可能產生不確定性。

結論

第十屆生物多樣性公約締約國大會歷經兩週馬拉松式的談判及協商拉鋸戰，最終通過了名古屋議定書此一拘束遺傳資源利益分配之協議，然此議定書在談判過程中，因牽涉範圍極廣，使議定書內容留下諸多爭議之處，包括：名詞定義及適用期間之條文問題、未明文要求強制揭露、以及與其他國際組織所討論之議題可能競合之問題。故本議定書雖向 CBD 之目標之一「公平及合理的共享使用遺傳資源所帶來之利益」邁出了一步，惟未來適用恐難免引發爭議。

²⁰ Nogoya Protocol art.6.(b) (“...parties may take into consideration the need for expeditious access to genetic resources and expeditious fair and equitable sharing of benefits arising out of the use of such genetic resources, including access to affordable treatments by those in need, especially in developing countries.”).

²¹ *CBD Reaches Agreement on Access and Benefit Sharing*, *supra* note 5.

²² Nogoya Protocol art. 25 (“The Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to this Protocol shall undertake, four years after the entry into force of this Protocol and thereafter at intervals determined by the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to this Protocol, an evaluation of the effectiveness of this Protocol.”).

²³ Nogoya Protocol I.6 (“decides that the first review under Article 25 of this Protocol shall assess the implementation of Article 12 *bis* in light of developments in other relevant international organizations, including, *inter alia*, the World Intellectual Property Organization, provided that they do not run counter to the objectives of the Convention and this Protocol.”).

²⁴ Nogoya Protocol art. 12 *bis* (“each Party shall take appropriate, effective and proportionate legislative, administrative or policy measures, as appropriate, to provide that traditional knowledge associated with genetic resources utilized within their jurisdiction...”).

²⁵ Nogoya Protocol art.3*bis*.3 (“...due regard should be paid to useful and relevant ongoing work or practices under such international instruments and relevant international organizations, provided that they are supportive of and do not run counter to the objectives of the Convention and this Protocol.”).