

# 原住民族傳統智慧創作保護 之過去與未來

章忠信\*

東吳大學法律學系助理教授

## 摘 要

原住民族傳統智慧創作保護條例自 96 年底制定公布以來，歷經八年有餘，迄未有效施行。這項參照著作權法基本概念為基礎之原住民族傳統智慧創作之保護制度，一方面使原本公共所有之原住民族傳統智慧創作成果，透過登記核准制度重新受到永久保護，引發利用人質疑，另一方面又因必須登記獲准始能取得保護，且保護範圍僅及於原住民族傳統智慧創作等文化成果之表達，不及於相關概念或近似表達，未為原住民族所滿意。

本文從國際間關於原住民族傳統智慧創作保護之發展，檢討我國原住民族傳統智慧創作保護條例之立法政策，觀察從條例通過迄今各方所作之努力與協調，同時依據實務發展案例，提出幾項具體修正建議，期待使該條例所揭櫫之精神，得以有效落實。

---

\* 東吳大學法律學系助理教授兼任科技暨智慧財產權法研究中心主任、經濟部智慧財產局著作權審議及調解委員會委員，曾任職經濟部智慧財產局，參與原住民族傳統智慧創作保護條例之立法。E-mail:ipr@scu.edu.tw。

**關鍵字：**原住民族傳統智慧創作、著作權、智慧創作專用權、  
智慧創作財產權、智慧創作人格權

## 壹、前言

原住民族傳統智慧創作保護條例（以下稱「本條例」）自96年底制定公布以來<sup>1</sup>，歷經八年有餘，迄未有效施行。這項參照著作權法基本概念為基礎之原住民族傳統智慧創作之保護制度，一方面使原本公共所有之原住民族傳統智慧創作成果，透過登記核准制度重新受到永久保護，引發利用人質疑，另一方面又因必須登記獲准始能取得保護，且保護範圍僅及於原住民族傳統智慧創作等文化成果之表達，不及於相關概念或近似表達，未為原住民族所滿意。

本條例的制定內容，對既有智慧財產權法律制度產生衝擊，也未達原住民族傳統觀念下之法制期待，實為本條例久久無法落實之主因。總統蔡英文於105年8月1日之原住民族日，以總統身分代表政府向原住民道歉，其中，特別強調將於總統府設置「原住民族歷史正義與轉型正義委員會」，尤其以國家元首身分親自擔任召集人「與各族代表共同追求歷史正義，也會對等地協商這個國家往後的政策方向」，「對於現代法律與原住民族傳統文化，有些格格不入的地方，我們要建立具有文化敏感度的『原住民族法律服務中心』，透過制度化的設計，來緩和原住民族傳統慣習和現行國家法律規範之間，日益頻繁的衝突。」<sup>2</sup>這項宣示點出原住民族傳統慣習與現行國家法律規範

---

<sup>1</sup> 本條例曾於104年2月4日修正公布第2條，將主管機關由「行政院原住民族委員會」修正為「原住民族委員會」。

<sup>2</sup> 蔡英文總統向原住民道歉全文，<http://udn.com/news/story/1/1865320>，105.08.10. 最後點閱。

之不協調，顯然對於本條例之修正，帶來可以期待之樂觀。

本文從國際間關於原住民族傳統智慧創作保護之發展，檢討本條例之立法政策，觀察從本條例通過迄今各方所作之努力與協調，同時依據實務發展案例，提出幾項具體修正建議，期待使本條例所揭櫫之精神，得以有效落實。

## 貳、國際間關於原住民族 傳統智慧創作保護之發展

全球共有3億5千萬原住民，占世界人口百分之五，分散居住於70個國家，使用5千多種原住民族語言。基於經濟與技術之弱勢，原住民多屬各國最貧困居民，而其傳統生活資源更成為經濟高度開發社會所掠奪之對象，產生極度社會不公平。

聯合國於2007年9月13日通過「原住民族權利宣言（The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples）」<sup>3</sup>。其中，第11條及第31條規定，原住民族有權施行並振興其文化傳統與習俗<sup>4</sup>，對於原住民族之文化遺產、傳統知識及傳統

---

<sup>3</sup> 「原住民族權利宣言」全文請參見 [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_en.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf), 105.08.10. 最後點閱。

<sup>4</sup> 「原住民族權利宣言」第11條：「1. 原住民族有權施行及振興其文化傳統與習俗。其包括維護、保護及發展其過去、現在及未來之文化表現，諸如，考古及歷史遺址、手工藝品、設計、祭儀、技術、視覺與表演藝術及文學作品等。2. 各國應透過與原住民族共同協議所訂定之有效機制，對於非經原著民族自由意志、事先、清楚認知，或於違反其法律、傳統及習俗的情況下，所被攫取之屬於原住民族之文化、智慧、宗教及精神財產，予以補償或歸還。」 Article 11: "1. Indigenous peoples have the right to practise and revitalize their cultural traditions and customs. This includes the right to maintain, protect and develop the past, present and future manifestations of their cultures, such as archaeological

文化表達之智慧財產權，亦應採取有效措施，承認並保護該等權利之行使<sup>5</sup>。

其實，早在 1976 年 3 月 23 日生效之「公民與政治權利國際公約 (International Covenant on Civil and Political Rights)」第 27 條及 1976 年 1 月 3 日生效之「經濟社會文化權利國際公約 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)」第 15 條第 1 項第 (c) 款，亦有相關規範。前者要求國家應保障少數族群享受其固有文化之權利<sup>6</sup>，此一少數族群特別係指原住民族而言<sup>7</sup>；而後者則要求國家應確保人人有權對其本人之任何

---

and historical sites, artefacts, designs, ceremonies, technologies and visual and performing arts and literature. 2. States shall provide redress through effective mechanisms, which may include restitution, developed in conjunction with indigenous peoples, with respect to their cultural, intellectual, religious and spiritual property taken without their free, prior and informed consent or in violation of their laws, traditions and customs.”

<sup>5</sup> 「原住民族權利宣言」第 31 條：「1. 原住民族有權利維護、掌控、保護及發展其文化遺產、傳統知識及傳統文化表達及其科學、技術及文化之表現，包括人類及遺傳資源、種子、醫藥、動植物群特性相關知識、口語相傳之傳統、文學著作、設計、體育及傳統競技、視覺及表演藝術。其亦有權利維護、掌控、保護及發展對該等文化遺產、傳統知識及傳統文化表達之智慧財產權。2. 各國應與原住民族共同合作，採取有效措施，承認並保護該等權利之行使。」 (Article 31: “1. Indigenous peoples have the right to maintain, control, protect and develop their cultural heritage, traditional knowledge and traditional cultural expressions, as well as the manifestations of their sciences, technologies and cultures, including human and genetic resources, seeds, medicines, knowledge of the properties of fauna and flora, oral traditions, literatures, designs, sports and traditional games and visual and performing arts. They also have the right to maintain, control, protect and develop their intellectual property over such cultural heritage, traditional knowledge, and traditional cultural expressions. 2. In conjunction with indigenous peoples, States shall take effective measures to recognize and protect the exercise of these rights.”)

<sup>6</sup> 「公民與政治權利國際公約」第 27 條規定：「凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之。」 (Article 27: “In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.”)

<sup>7</sup> “With regard to the exercise of the cultural rights protected under article 27, the Committee

科學、文學或藝術作品所獲得之精神與物質利益，享受保護之惠<sup>8</sup>。

原住民族傳統智慧創作於「世界智慧財產權組織（WIPO）」被納入「傳統文化表達（traditional cultural expressions, TCEs）」或「民俗創作之表達（expressions of folklore, TCEs）」議題中討論<sup>9</sup>。這項發展，起源於1982年聯合國教科文組織（UNESCO）與WIPO於日內瓦所召開的政府專家委員會通過了「各國有關保護民間文學藝術作品以對抗非法利用及其他損害行為之法律之標準條款（Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions）」，該標準條款並被提出於1983年12月在日內瓦召開的伯恩公約執行委員會與世界著作權公約政府間著作權委員會聯合會議。該會對於該標準條款極為讚揚，並認為足以作為各國立法之參考。該項標準範典將民俗創作視為智慧財產加以保護，禁止未經授權之使用或曲解，其目的在超越現有著作權法制，對於民間有形與無形的表達提供保護。在該標準條款中，對於民俗創作係以 *expressions of folklore* 稱之，而不

---

observes that culture manifests itself in many forms, including a particular way of life associated with the use of land resources, especially in the case of indigenous peoples.” Human Rights Committee, General Comment 23, Article 27 (1994): In, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 38 (1994).

<sup>8</sup> 「經濟社會文化權利國際公約」第15條第1項第(c)款規定：「本公約締約國確認人人有權：……(C) 對其本人之任何科學、文學或藝術作品所獲得之精神與物質利益，享受保護之惠。」(Article 15 1. “The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone: ..... (c) To benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.”)

<sup>9</sup> 參見WIPO網站，<http://www.wipo.int/tk/en/folklore/>，105.08.10. 最後點閱。

以 works of folklore 稱之，目的在於顯示民俗創作與著作之區別，也在回應某些方面認為民俗創作之保護應於著作權之體系外，另以「特別之權利 (sui generis)」體系為之，成為另一種鄰接權體系 (neighboring rights system)。

在各方關切之下，WIPO 於 2000 年成立「關於智慧財產權、遺傳資源、傳統知識及民俗創作之政府間委員會 (the WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, IGC)」作為該組織討論建立保護遺傳資源、傳統知識及民俗創作國際標準之主要論壇，讓各會員國政府集中討論如何保障包括原住民族傳統智慧創作之相關議題。直到 2011 年 7 月，IGC 於第 19 屆會議中，終於提出一份「保護傳統文化表達 (THE PROTECTION OF TRADITIONAL CULTURAL EXPRESSIONS: DRAFT ARTICLES, WIPO/GRTKF/IC/19/4)」的條文約本草案<sup>10</sup>，該項草案後來並進一步被修正為第二版 (WIPO/GRTKF/IC/28/6)<sup>11</sup>，成為目前 IGC 持續討論中之版本。

---

<sup>10</sup> 參見 WIPO 網站，[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_19/wipo\\_grtkf\\_ic\\_19\\_4.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_19/wipo_grtkf_ic_19_4.pdf)，105.08.10. 最後點閱。

<sup>11</sup> “The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles Rev. 2”，[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_28/wipo\\_grtkf\\_ic\\_28\\_6.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_28/wipo_grtkf_ic_28_6.pdf)，105.08.10. 最後點閱。

## 參、台灣關於原住民族 傳統智慧創作保護之發展

### 一、法制依據

根據憲法增修條文第 10 條第 11 項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」該項規定之法制落實，關於原住民族傳統智慧創作保護之法制發展，始於「原住民族基本法」，促成本條例之完成立法。

94 年 2 月 5 日制定公布之「原住民族基本法」，其立法目標揭示於第 1 條，在於「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」，除了於第 10 條明文揭示：「政府應保存與維護原住民文化。」其中與智慧財產權有關者，為第 13 條規定：「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。」該項立法象徵我國正式以法律承諾對於原住民族傳統之生物多樣性知識及智慧創作之保護，更由於該法第 34 條規定：「主管機關應於本法施行後三年內，依本法之原則修正、制定或廢止相關法令。」本條例於 97 年 2 月 5 日前完成立法，係唯一依法定期限完成之法律。

「原住民族基本法」第 13 條規定雖係本條例之立法依據，惟在此之前，行政院原住民族委員會於 90 年間即已委託台灣大學法學院蔡明誠教授完成草案，91 年 11 月提出於立法院審議，直到 96 年底始完成立法程序，而另一部「原住民族傳統生物多樣性知識保護條例」草案，雖同時送進立法院，卻因爭議過大，

於 97 年 4 月 14 日立法院第 7 屆第 1 會期內政委員會第 13 次全體委員會議審查一次之後，即無下文，依據立法院「屆期不續審」之原則<sup>12</sup>，而未有進一步推動。

## 二、子法訂定

依據行政院所頒布中央行政機關法制作業應注意事項規定，法律制定或修正公布後，主管部會應於 6 個月內完成相關子法，落實執行法律<sup>13</sup>。本條例在 96 年制定公布後，原民會曾於 97 年委託台灣大學法學院蔡明誠教授研擬相關子法草案，然而，因條例內容爭議頗多，相關子法之發布一直延宕。監察院李炳南、周陽山及馬以工三位監察委員於 101 年 11 月所提出之調查報告，曾就此提出指正，並認為「臺灣幅員較小卻對傳統智慧保護設有高門檻，如此反而無法促成實際執行之成果，致徒託空言而無實益，應予儘速修法或增訂相關配套法令。」<sup>14</sup>原民會直到 104 年 01 月 08 日，始訂定發布原住民族傳統智慧創作保護實施辦法，104 年 03 月 13 日訂定發布原住民族傳統智慧創作保護共同基金收支保管及運用辦法，104 年 11 月 12 日訂定發布原住民族傳統智慧創作專用權申請案審議作業要點、104 年 11 月 13 日

<sup>12</sup> 立法院職權行使法第 13 條規定：「每屆立法委員任期屆滿時，除預（決）算案及人民請願案外，尚未議決之議案，下屆不予繼續審議。」

<sup>13</sup> 中央行政機關法制作業應注意事項第 16 點：「草擬法律制定、修正或廢止案時，對於應訂定、修正或廢止之法規命令，應一併規劃並先期作業，於法律公布施行後六個月內完成發布；其未能於六個月內完成發布者，應說明理由並自行評估完完成期限陳報行政院，其延後發布期限不得逾六個月。」

<sup>14</sup> 詳見監察院調查報告（調查委員：李炳南、周陽山、馬以工；派查字號：1000800484）。

分別訂定發布原住民族傳統智慧創作專用權認證標記授與及管理作業要點、原住民族傳統智慧創作專用權證書核發及管理作業要點、原住民族傳統智慧創作財產權專屬授權登記作業要點。

### 三、宣導與輔導

本條例96年制定公布後，原民會除持續辦理本條例之宣導、說明會及培訓營外，並分別推動99年度「原住民族傳統智慧創作保護計畫」、100年至102年度「原住民族傳統智慧創作保護試辦計畫-原住民族傳統智慧創作專用權示範性申請案實施計畫」、104年度「原住民族傳統智慧創作保護推動專案辦公室計畫-原住民族傳統智慧創作專用權標竿型申請案」及105年度「原住民族傳統智慧創作專用權一般型申請案輔導計畫」，公開徵求16族標竿團隊，輔導族群或部落提出原住民族傳統智慧創作專用權之申請。上述工作及計畫，均由原民會委託國立清華大學科技法律研究所成立「原住民族傳統智慧創作保護推動專案辦公室」，負責實際執行。目前，只通過一項申請案，後續已有54項標的正在審查中，該項獲准申請案為賽德克族傳統建築家屋，惟仍在補正程序中，尚未登記公告，依法尚未取得「智慧創作專用權」。

### 肆、原住民族傳統智慧創作保護之思考與調整

原住民族傳統智慧創作之保護，屬於原住民族權益保障之

一環，但其一路困頓，面臨極大挑戰，難以突破，主要在於未從原住民族歷史或角度，思考其權益之存在與維護方式，純粹以想當然耳之既有外在思維，強注於原住民族本身，令其不得不接受。解決之道，在於理解、協調與法制重新調整。

關於原住民族權益之保障，可以從「身分認同」、「歷史溯源」及「法律特別規範」三方面著手。「身分認同」及「歷史溯源」係從原住民族本身及外部，確認其特定族群、部落之存在，理解其於歷史上既有權益產生、存在及維護之發展動態，最後，以現代法律給予特殊規範，使其融入全社會之整體運作，達到和諧共存共享之理想境界。

原住民族「身分認同」，乃指特定原住民族或部落，其本身及社會均必須肯定其存在之事實，並取得一定之法律地位。「身分認同」後始能衍生對於特定原住民族或部落之文化意識、文化認同及文化保存。「身分認同」之重要手段即「歷史溯源」，從歷史發展探究特定原住民族或部落之形成、生活、文化及社會制度，並尊重其自主發展權益。

法治社會依賴法制之運作，達到人類社會各方利益之公平正義分配，原住民族屬於人類社會一份子，亦無自外之可能。如何承認原住民族既有權益與規制，協調納入整體法制，應透過理解、協調與法制重新調整而達到。對於原住民族或部落之權益應有「法律特別規範」，其目的並不在於給予特權，而係因理解並尊重其既有狀態，於存異中以求同。

現實情形下，諸多立法並未考量原住民族既有制度或歷史事實，乃致扞格難行。原住民族或部落透過共同生活、語言或

其他傳統形式，確認其成員身分，未必有任何登記形式，原住民身分法要求以戶籍登記確認原住民身分取得、喪失、變更或回復<sup>15</sup>，即有差異；又原住民族為領域內最早之住民，對於土地之使用有其既有規則，後續外來人口事實上不斷壓縮原住民族生活空間，迫使其往山地遷移，現行民法、土地法、國有財產法、都市計畫法、國家公園法、水利法及森林法等，係以登記為權利歸屬之依據，為登記為私人所有權之土地，一律歸為國有財產，未經依法申請獲准，不得占有使用。原住民族或部落對於土地，若非國家特別劃歸使用，終致一無所有，顯然造成不公；又如入山採集、狩獵，屬於原住民族日常生活之一部分，惟現行野生動物保育法、森林法及槍砲彈藥刀械管制條例，將原住民族等同一般人加以嚴格限制，使其日常生活必需之普遍活動，難以施展<sup>16</sup>。

原本人類之創作發明成果係公有共享，現代智慧財產權法律制度，則係起源於工業革命後之科技發展及日益高漲之私有權觀念。由於創作發明成果透過科技，可被快速複製散播而產生鉅大經濟利益，以有體物為核心所建立之物權法律制度，再也無法解決無體創作發明成果之利益分配爭議，智慧財產權法律制度乃應運而生，以無體之創作發明成果為核心，冀望公平

<sup>15</sup> 原住民身分法第 11 條規定：「原住民身分取得、喪失、變更或回復之申請，由當事人戶籍所在地之戶政事務所受理，審查符合規定後於戶籍資料及戶口名簿內註記或塗銷其山地或平地原住民身分及族別，並通報當事人戶籍所在地之鄉（鎮、市、區）公所。前項原住民之族別認定辦法，由行政院定之。」

<sup>16</sup> 行政院農業委員會已於 2016 年 07 月 27 日農林務字第 1051741325 號公告預告「原住民族採取傳統領域土地森林產物管理規則」草案，將開放原住民於國有林、公有林地合法採集森林產物，可採集種類採「負面表列」，初步先擇地試辦。

合理地分配該項利益，一方面要保障創作發明者之私權，另一方面要確保一般人接觸享用人類創作發明之智慧成果之公共利益。其於法制上之設計，限制創作發明之保護期間<sup>17</sup>，配合以強制授權、法定授權、合理使用或善意使用，限制智慧財產權。

原住民族傳統智慧創作之特色，在於其非由個人獨力完成，而係由整個原住民族或部落全體共同形成，代代相傳，並隨時依環境時空變化而調整，且無固定表達型態。當現代化社會日益強調「私有獨占、個人表現」之法制設計與社會結構，然「公有共享、團體合作」則始終為原住民族或部落傳統之理念及實踐，此種制度上之不同選擇與發展，無涉對錯，但需要被調和。各族群之文化並無好壞優劣，僅有差異不同，其中需要尊重及包容，始有和諧共存之可能。

總統蔡英文於向原住民道歉之演說中已提到，將「與各族

<sup>17</sup> 智慧財產法院 104 年度刑智上易字第 101 號刑事判決認定，「我們都是一家人」之詞、曲，係原住民族部落古調，告訴人不享有著作權，告訴人縱使曾將該歌曲於內政部辦理著作權登記，然該著作權登記並未經內政部為實質審查，登記僅為行政管理之手段及存證之性質，並非原創性著作之證明，亦不具有推定之效果。「查證人胡○○、陳○○、賴○○、高○○、陳○○、林○○、連○○、周○○、陳○○、陳○○、陳周○○等為告訴人之同部落族人及舊識，且均曾學唱系爭歌曲，對於系爭歌曲是否為原住民集體創作之林班歌來源一節，自屬知之甚稔，而前揭證人等之證述情節，互核大致相符且無瑕疵可指，佐以，證人杜○○、盧○○、胡○○、賴○○於本案偵查中亦為一致之證述，堪認系爭歌曲至遲於 56、57 年間，即已為屏東、台東一帶林班工作之原住民所傳唱之林班歌曲，且於 61 年 7 月 15 日台東知本山地青年收穫祭活動時，亦有合唱系爭歌曲，則系爭歌曲顯非告訴人所稱其於 62 年 12 月 25 日創作完成甚明，業經本院前揭認定明確，是上訴意旨所指上開證人等證詞之真實性或請求傳訊專業音樂人士鑑定系爭歌曲是否為告訴人創作，即無理由且無鑑定必要。又內政部雖於 85 年 6 月 7 日准予告訴人為系爭歌曲之著作權登記，然該著作權登記，並未經內政部為實質審查，登記僅為行政管理之手段及存證之性質，並非原創性著作之證明，亦不具有推定之效果，業經上揭最高法院 99 年度台上字第 50 號判決闡述斯旨甚明，公訴人前揭所指告訴人於舊制著作權法施行期間曾依法為著作權登記，即應推定其對系爭歌曲有著作權云云，尚有誤會，附此敘明。」

代表共同追求歷史正義，也會對等地協商這個國家往後的政策方向」，在此原則下，現代國家必須藉由「歷史溯源」，理解原住民族或部落對於傳統智慧創作之觀點，依總統蔡英文所宣示，「透過制度化的設計，來緩和原住民族傳統慣習和現行國家法律規範之間，日益頻繁的衝突」，則以「法律特別規範」其歸屬、保護及利用，或許為唯一可能之道。

## 伍、原住民族傳統智慧創作 保護面臨之疑義與修正建議

本條例自 96 年底制定公布，歷經八年有餘，原民會始於 104 年上半年訂定發布原住民族傳統智慧創作保護實施辦法及原住民族傳統智慧創作保護共同基金收支保管及運用辦法，而迄今尚未有任何核准登記案，絕非純屬原民會之行政怠惰，而係因本條例之相關規定窒礙難行所致。其中之疑義與修正建議，分述如下：

### 一、「智慧創作專用權」之範圍

本條例保護之「原住民族之傳統智慧創作」，依第 3 條明定「係指原住民族傳統之宗教祭儀、音樂、舞蹈、歌曲、雕塑、編織、圖案、服飾、民俗技藝或其他文化成果之表達」經原住民族或部落申請（條例第 6 條），由主管機關（即原民會）認定並登記後（條例第 4 條），取得「智慧創作專用權」（條例第 7

條），這項權利的內容，包括「智慧創作財產權」及「智慧創作人格權」（條例第 10 條）。

這項立法參考著作權法第 10 條之 1 規定，僅保護「原住民族傳統之宗教祭儀、音樂、舞蹈、歌曲、雕塑、編織、圖案、服飾、民俗技藝或其他文化成果之表達」，並不保護「表達」所含的「方法」或「觀念」。<sup>18</sup>

著作權法第 10 條之 1 規定：「依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」亦即著作權法保護「表達」，而不保護「表達」所含的「方法」或「觀念」。此係為避免「方法」或「觀念」被壟斷，不利「方法」或「觀念」之傳承、散布或流通。如欲壟斷或獨占某一種「方法」或「觀念」，應視該「方法」或「觀念」能否跨過專利法之高門檻，以決定是否能禁止他人執行該「方法」或「觀念」。否則，同一個「方法」或「觀念」，得以不同「表達」呈現，首先研發出該「方法」或「觀念」之人，無從透過著作權法禁止他人就該「方法」或「觀念」，以其他方式另作「表達」。智慧財產法院 97 年度刑智上易字第 63 號刑事判決認定，任何人均得以傳統原住民之圖騰、服飾為藍本，創作原住民公仔，不至於相互侵害著作權<sup>19</sup>。

<sup>18</sup> 本條立法說明述及：「惟為避免保護過於廣泛，參考著作權法第十條之一之精神，將保護標的限於創作之表達，而不及於構想部分，以開放後人思想創作之自由空間。」

<sup>19</sup> 智慧財產法院 97 年度刑智上易字第 63 號刑事判決：「原住民之服飾及造型，本來就比較多樣化，色彩亦較鮮艷，此有被告所提原住民之服飾穿著照片附於本院卷為憑，而告訴人之公仔其服飾及造型亦不脫離原住民之傳統服飾及造型，且告訴人亦自承其係以各個不同原住民族群之傳統服飾為其創作之基礎，進而將各個不同原住民族群之文化傳統加以闡揚而顯現在其創作之原住民公仔，是以其亦係以傳統原住民之服飾為

然而，僅保護「原住民族之傳統智慧創作」之「文化成果之表達」，並無法滿足原住民族或部落之需求，由過去所具體發生之案例得知，其所期盼者，實包括與「原住民族之傳統智慧創作」「相同或近似」之「文化成果之表達」，甚至擴及於「方法」或「觀念」。以海角七號電影中所出現排灣族或魯凱族傳統琉璃珠為例，排灣族或魯凱族所要求之保護，絕非僅限於某一個別創作完成之琉璃珠「表達」，而係認為外人就琉璃珠製作「方法」之實施及所完成「相同或近似」之相關成品，應經其同意或授權，此已幾近專利權之實施及商標權之禁止「相同或近似」之保護範疇，均非著作權保護之「表達」範圍所及。又例如魯凱族傳統常見之「原住民雙手各執一隻百步蛇」之圖騰，並不限於某一幅「原住民雙手各執一隻百步蛇」之圖騰應受保護，而係指任何外人繪製「原住民雙手各執一隻百步蛇」之相近似圖騰，亦須取得魯凱族之同意或授權<sup>20</sup>。又例如魏德聖

---

其藍本，銜以前開原住民之服飾、圖騰均行之有年，因此只要對原住民稍有關心之人均可輕易將前開圖騰、服飾予以表現在藝術創作上，本件告訴人與被告之原住民公仔，既仍存有前開所述之相異點，尚難逕以二者部分特徵雷同，遽認為被告之公仔有抄襲告訴人著作之情事。」

<sup>20</sup> 臺灣高等法院高雄分院 89 年度上易字第 2183 號刑事判決認定，襲自原住民古老圖騰之圖案不具原創性，他人得予複製。「被告乙○○所製作之提帶、背包上之圖案，與告訴人得獎作品，其中原住民雙手各執一隻百步蛇部分及繪有雙蛇之陶壺部分，雖大致相近，但該原住民戴帽雙手各執一隻百步蛇之圖案，繪有雙蛇之陶壺之圖案，在劉其偉早在民國六十一年即編著有台灣原住民文化藝術一書第十二頁魯凱族少女的傳統盛裝之圖片，其少女服飾即已出現此圖騰，一九九三年（即民國八十二年）洪英聖所著有之台灣先住民腳印一書亦曾出現此圖騰，因此，告訴人之圖案乃襲自原住民古老圖騰，已不具有原創性，告訴人圖案之意境原住民戴帽雙手各執一隻百步蛇之圖案，繪有雙蛇之陶壺之圖案），與前述書籍原住民戴帽雙手各執一隻百步蛇之圖案，繪有雙蛇之陶壺之圖案之意境相同，尚不得謂係告訴人首先創作，亦不得謂告訴人有得獎而謂係其首先創作。」實則，自著作權法之角度觀之，「原住民雙手各執一隻百步蛇」僅係一種「概念」，而非「表達」，任何人均得依據「原住民雙手各執一隻百步蛇」之「概念」，另行創作而不致構成侵害著作權。

導演將「賽德克·巴萊」這部電影名稱以果子電影公司註冊為商標分類第 43 類餐飲業之使用，引發軒然大波。經濟部智慧財產局依據現行商標法准予註冊，並無違誤，最後必須靠商標權人放棄商標解決，而非依法撤銷商標註冊。賽德克族人期待原住民族之族名不得被註冊為商標，並不在本條例「原住民族之傳統智慧創作」之範圍，而須於商標法中明文禁止。

以現行著作權法、商標法或專利法之規定，本條例保護之「原住民族之傳統智慧創作」範圍，援引著作權法第 10 條之 1 精神，限於固定之「表達」，係為避免範圍過大，限制其他人之創作空間，此固有其考量，但從原住民族或部落之角度，顯然不足，立法者應跳脫既有法律制度思考，回應原住民族或部落之感受，給予適當之擴充。

## 二、「智慧創作專用權」之取得

本條例第 4 條規定，智慧創作應經主管機關原民會，依其所定之認定標準認定並登記後，始能受本條例之保護。亦即「智慧創作專用權」之取得，必須經由申請、認定及登記之程序，並非如著作權法之創作保護主義<sup>21</sup>。這項立法係考量「原住民族智慧創作因地緣、族群等文化因素常具近似性，有時難以判斷其歸屬，因此有必要建立一套認定制度，並採登記保護原則，以建立公示及公信制度，確定其權利內容」<sup>22</sup>。然而，「原住民族之傳統智慧創作」存在久遠，早於國家之建立或現行相關法

<sup>21</sup> 著作權法第 10 條本文規定：「著作人於著作完成時起享有著作權。」

<sup>22</sup> 本條立法說明。

律之制定，實際存在於原住民族或部落之日常生活，如今新制定之本條例卻要求原住民族或部落，對於原本就屬於自己之「原住民族之傳統智慧創作」，必須透過向政府申請，經外人認定，獲准登記，始能取得「智慧創作專用權」而受本條例之保護。此一立法思維，從原住民族或部落之角度而言，與前述國家立法要求原住民族或部落之土地權利歸屬必須完成登記始能取得所有權，或入山採集、狩獵必須申請獲准始得執行，一樣荒謬而難以想像。此亦為何以本條例自96年制定通過後，原住民族委員會經多年努力宣導、推廣及輔導之後，迄今仍無獲准登記案之主要原因。

「原住民族之傳統智慧創作」之歸屬，係事實認定之議題，非基於法律之設定或賦權，若著作權法可採創作保護主義，避免形式要件影響創作者對於權利之取得<sup>23</sup>，則本條例對於原住民族或部落對於其代代相傳、事實長久擁有之「原住民族之傳統智慧創作」，並無必須經由申請、認定及登記之程序，始能享有權利之道理。

### 三、「智慧創作專用權」之主體

依據本條例第6條及第7條規定，原住民族或部落得申請智慧創作，經主管機關即原民會認定為智慧創作者，取得「智慧創作專用權」。

---

<sup>23</sup> 保護文學及藝術著作之伯恩公約第5條第2項前段規定：「著作權之享有與行使不得有形式要件之要求。」

原住民族傳統智慧創作係原住民族或部落共同形成，流傳久遠，代代相傳，屬於原住民族或部落共有之傳統智慧成果，無法如同一般智慧財產權由個人獨享，本條例第 6 條第 2 項乃明定，智慧創作申請人限於原住民族或部落，原住民個人並不得申請<sup>24</sup>。

由於得為法律上權利義務之主體，限於自然人或法人，縱使原住民族或部落依本條例得為智慧創作申請人，其能否成為傳統智慧創作權之權利主體，非無疑義。

依原住民族基本法第 30 條第 2 項規定，政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭。司法院頒各級法院法官辦理民刑事與行政訴訟及特殊專業類型案件年度司法事務分配辦法第 13 條第 2 項亦規定，司法院得指定法院設置原住民族專業法庭或成立專股。司法院乃於 101 年 10 月 8 日指定臺灣高等法院所屬桃園、新竹、苗栗、南投、嘉義、高雄、屏東、臺東、花蓮等 9 所地方法院，自 102 年 1 月 1 日起設立原住民族專業法庭（股）<sup>25</sup>，並函示「原住民專業法庭審理案件範圍類型及案號字別一覽表」，依該項列表，原住民、部落或原住民族，均得為民事訴訟之當事人<sup>26</sup>。然而，得為民事訴訟之當事人，並不當然得為法律上權利義務之主體，或有認為，法律上之權利主體態樣，不以自然人或法人為限，民事智慧財產權法上之原住民

<sup>24</sup> 本條例第 6 條第 2 項規定：「前項申請人以原住民族或部落為限，並應選任代表人為之；其代表人之選任辦法，由主管機關定之。」

<sup>25</sup> 參見司法周刊電子報第 1615 期，2012 年 10 月 11 日出刊，[http://www.judicial.gov.tw/jw9706/1615\\_main.html](http://www.judicial.gov.tw/jw9706/1615_main.html)，105.08.10. 最後點閱。

<sup>26</sup> 該項列表請參見 [www.judicial.gov.tw/tpnw/GetFile.asp?FileID=29518](http://www.judicial.gov.tw/tpnw/GetFile.asp?FileID=29518)，105.08.10. 最後點閱。

族或部落，「本雖不具備自然人或法人般之法律人格，但對應社會變遷下之實際需求，均可能於某範圍內具備法人格而成為法律上之權利主體」<sup>27</sup>，然而，是否得為權利義務主體，仍須依據法律而定，除非基於尊重原住民族傳統習慣，特別以法律明文規定原住民族或部落得排除民法關於權利義務主體限於自然人或法人之原則適用，否則，捨自然人或依法設立之法人，並無他途。

此一疑義直到 104 年 12 月 16 日修正公布之「原住民族基本法」，增訂第 2 條之 1 規定<sup>28</sup>，引進「部落公法人」制度，才獲得解決<sup>29</sup>。該條文並授權原民會訂定部落之核定、組織、部落會議之組成、決議程序及其他相關事項之辦法，作為設置「部落公法人」之依據，而原民會也已預告「部落公法人組織設置辦法」草案<sup>30</sup>，屆時完成法令訂定發布施行後，「部落公法人」將得為智慧創作之申請人及「智慧創作專用權」權利人。

#### 四、未登記之「原住民族傳統智慧創作」之定位

如前所述，智慧財產權法律制度建置以前，人類創作發明

<sup>27</sup> 邱政惠，論法制上權利主體之建構基礎與變化—以原住民族或部落為中心，法令月刊，第 67 卷第 3 期，2016.03，60-73 頁。

<sup>28</sup> 「原住民族基本法」第 2 條之 1 規定：「為促進原住民族部落健全自主發展，部落應設部落會議。部落經中央原住民族主管機關核定者，為公法人。部落之核定、組織、部落會議之組成、決議程序及其他相關事項之辦法，由中央原住民族主管機關定之。」

<sup>29</sup> 立法委員鄭天財提案增訂原住民族基本法第 2 條之 1 之立法理由：「二、查『原住民族基本法』第 2 條第 4 款已就『部落』予以定義，而『原住民族傳統智慧創作保護條例』第 6 條、第 7 條及第 14 條亦明定部落得為原住民族傳統智慧創作之申請人，以取得智慧創作專用權及智慧創作收入。惟『原住民族基本法』並未就部落之法律地位及其權利義務予以規範，宜應就此立法疏漏予以補正。」

<sup>30</sup> 原住民族委員會 105 年 5 月 3 日原民綜字第 10500227731 號公告。例』第

係處於公有共享的狀態。嗣後，由於科技發展結果，創作發明成果能衍生巨大經濟利益，為重新分配利益，鼓勵創作發明，並尊重創作發明者之人格權，乃有智慧財產權法制，一方面在某些範圍內給予創作發明者智慧財產權，以保障其私權，另一方面在該範圍之外，不給予創作發明者智慧財產權，甚至限制或弱化創作發明者的智慧財產權，以保障公眾自由接觸利用之公益。

依據智慧財產權相關法律規定，年代久遠的創作，從不受著作權法保護；代代相傳，不具新穎性的創作發明，無法申請專利享有專利權；識別商品或服務來源，或是表彰會員資格的商標或標章，必須申請註冊獲准，才能享有商標權。對於不受現行智慧財產權相關法律保護的創作發明，則屬於「公共所有（public domain）」，任何人均可自由利用，無人可主張權利，原住民族傳統智慧創作發明，亦無例外。

本條例係以特別法，將原本已屬「公共所有」之「原住民族傳統智慧創作」，經由認定及登記程序，創設一項新的「智慧創作專用權」加以保護，由申請人「自登記之日起」，「取得智慧創作專用權」。從而，依現代法制適用之結果，於「原住民族傳統智慧創作」獲准登記以前，權利並不存在，對於利用之人，法律上，無人可主張權利。至於利用人基於尊重原住民族文化之考量，願意取得特定原住民族或部落的授權，則屬民法上之一般授權。例如，98年7月間，金牌大風唱片公司獲得卑南族歌手張惠妹所屬大巴六九部落所成立「大巴六九文教發展協會」授權，使用卑南族古調於張惠妹專輯「阿密特」<sup>31</sup>。

<sup>31</sup> 依本條例第10條第4項規定：「原住民就其所屬民族、部落或全部原住民族之智慧

又例如，林昶佐立委擔任主唱的閃靈樂團，94年出版發行之「賽德克巴萊」專輯歌名、歌詞與封面設計部分用字與設計使用賽德克族文化，引發賽德克族人之不滿，於104年12月投入立委選戰時，乃與賽德克族民族議會代表簽署授權合作備忘錄等等，均屬典型範例。應特別強調者，此種授權純屬民法上合意授權之合約，並不因此使原屬「公共所有」之「原住民族傳統智慧創作」，產生一項新的權利，其他人未經授權而利用，並不構成違法或侵權，而已獲得授權而未依授權條件利用之一方，也不因此侵害任何權利，而僅是違反授權合約，應依合約約定，承擔民事救濟責任而已。

若認為應尊重原住民族或部落對於其傳統智慧創作之維護、掌控、保護及發展權益，使其源自遠古代代相傳之「原住民族傳統智慧創作」，不以登記為「智慧創作專用權」取得條件，就必須於本條例重新檢討，刪除申請、認定及登記程序之法律制度，並明文規範其自始取得。

##### 五、「智慧創作專用權」無溯及效果

「原住民族傳統智慧創作」之申請人，依據條例第4條及第7條規定，應經原民會認定並登記，始能「自登記之日起」，「取得智慧創作專用權」。於此之前，權利並不存在，任何人

---

創作，得使用收益，不受前項及第十四條規定之限制。」張惠妹個人使用自己所屬卑南族大巴六九部落之智慧創作，並無須獲得部落之授權，惟因「阿密特」專輯係金牌大風唱片公司發行之專輯，不完全僅有張惠妹個人之使用，故金牌大風唱片公司基於尊重部落之權益，乃以合約方式取得授權。

均得自由利用「原住民族傳統智慧創作」，法律上，無人可主張權利。

本條例基於保障利用人信賴利益及既得利益之原則，對於「智慧創作專用權」並無溯及規定<sup>32</sup>，則申請人對於其取得「智慧創作專用權」前利用原住民族傳統智慧創作之行為，並不得主張「智慧創作專用權」，只能於取得權利之後，禁止該利用人繼續使用其智慧創作。前述金牌大豐唱片公司或立委林昶佐，於原住民族或部落取得「智慧創作專用權」之前，以合約方式取得授權之案例，除係尊重原住民族及部落意願及文化之外，當亦有方便於未來繼續利用之務實考量。

法律之適用以不溯及既往為原則，對於依本條例登記取得「智慧創作專用權」前之利用行為，如欲產生權利溯及效果，此一例外必須於本條例明文規定，否則，並不得單純以學理解釋，使取得「智慧創作專用權」前之利用行為，成為侵權或違法之行為，強使行為人承擔法律所無之責任。

<sup>32</sup> 負責「原住民族傳統智慧創作保護推動專案辦公室計畫」執行之清華大學科技法律研究所黃居正教授主張：「傳統智慧創作必須由族群或部落、家族之代表人提出申請，經過實質審查，並經原住民族委員會完成登記後，始受『原創條例』之保護。但是沒有經認定登記之傳統智慧創作，也不會因此落入公共領域，成為公有物。『原創條例』承認原住民的傳統智慧創作權是一種既存的『自身事實（ipso facto）』，只是若欲取得條例之保護，就必需履行認定、登記等程序要件。」「沒有經認定登記之傳統智慧創作，也不會因此落入公共領域，成為公有物，只是還沒有取得條例之保護而已。」故「條例所承認之文化權利是具溯及性的傳統權利」參見氏著「要有知識：回應章忠信先生對「原創條例」的批評」，<http://ctm-indigenous.vrn.nthu.edu.tw/2-uncategorised/126-response>，105.08.10. 最後點閱。然而，不少法界人士，包括民間司改會執行長林峯正律師、前律師公會全國聯合會監事林振煌律師，即已就原住民族傳統智慧財產權能否溯及既往，提出質疑，參閱「原創條例子法年底上路 / 法界：溯及既往有爭議」，<http://news.ltn.com.tw/news/life/paper/623976>，105.08.10. 最後點閱

## 六、「智慧創作專用權」之內容

依據本條例第 10 條規定，「智慧創作專用權」之內容，包括「智慧創作財產權」及「智慧創作人格權」。同條文第 2 項參考著作權法第 15 條至第 17 條關於「著作人格權」之「公開發表權」、「姓名表示權」及「禁止不當修改權」，將「智慧創作人格權」分列三款，分別為「就其智慧創作專有公開發表之創作人格權」、「就其智慧創作專有表示專用權人名稱之創作人格權」及「專有禁止他人以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變其智慧創作之內容、形式或名目致損害其名譽之創作人格權」。然而，「原住民族之傳統智慧創作」之保護，有極大重點集中於防止他人就「原住民族之傳統智慧創作」之不當利用，造成對於原住民族或部落之冒犯<sup>33</sup>。例如，果子電影有限公司以電影名稱「賽德克·巴萊」申請註冊商標獲准，引起賽德克族不滿；2008 年底，妮可基曼與休傑克曼合作演出以澳洲原住民族遭迫害之歷史為背景之「澳大利亞」，惟妮可基曼於德國電視台為影片宣傳時，卻在節目中作勢吹奏澳洲原住民傳統樂器迪吉里度（didgeridoo），引起原住民族錯愕。迪吉里度乃澳洲原住民族於各類儀式中與精靈溝通時所用之神聖樂器，係由白蟻自然蛀蝕中空之尤佳利樹幹

<sup>33</sup> IGC 討論中之「保護傳統文化表達 (THE PROTECTION OF TRADITIONAL CULTURAL EXPRESSIONS: DRAFT ARTICLES Rev. 2)」條文約本草案第二版 (WIPO/GRTKF/IC/28/6)。OBJECTIVES 1. To provide Indigenous [Peoples] and [local communities] [and nations] / [beneficiaries] with the [legislative, policy [and]/[or] administrative]/[and practical/appropriate] means, [including effective and accessible enforcement measures/sanctions, remedies and exercise of rights], to: (a) [ prevent] the [misappropriation and misuse/offensive and derogatory use] of their traditional cultural expressions [and adaptations thereof];

所製成，每次吹奏均須重新於表面塗上不同花紋，而女子吹奏迪吉里度係屬禁忌，違反之女子被認為將無法再懷孕生子；又例如外族人於原住民族或部落重要祭典儀式中攝影，嚴重干擾祭典進行等。凡此，均不在本條例現有「智慧創作人格權」之範疇，建議宜再增列第 4 款「專有禁止他人以有違智慧創作專用權人文化意涵之不當方式利用其智慧創作之創作人格權」，以周全其「智慧創作人格權」之保護。

#### 七、「原住民族傳統智慧創作保護共同基金」之廢止

一般智慧財產權之授權使用報酬，權利人均得自由利用，法律未做任何限制或干預，更無須公開或向專責機關報告支用情形，本條例第 14 條規定，「智慧創作專用權」授權相關費用，權利人不得自由利用，「應以原住民族或部落利益為目的，設立共同基金；其收支、保管及運用辦法，由主管機關另定之。」原民會所定「原住民族傳統智慧創作保護共同基金收支保管及運用辦法」第 13 條甚至規定：「管理委員會應於每年年終造具收支表冊，公布周知，並送主管機關備查。」其固以關心保護原住民族或部落為出發點，避免其「智慧創作專用權」權利金任意花用，但其先入為主地認定原住民族或部落對自身財產權利無法有效運用，必須依原民會之規定保管及運用，每年並應向原民會報告，非但係對原住民族或部落之歧視，亦不當干預原住民族或部落之財產權，建議應予刪除，回歸享有該「智慧創作專用權」之原住民族或部落之自主。

## 陸、結論

原住民族傳統智慧創作之保護，嚴重衝擊既有智慧財產權法律制度，其癥結在於經濟已開發國家主導智慧財產權法律制度之發展，未顧慮經濟相對低度開發之原住民族或部落傳統上存續恆久之觀念與制度。文化只有不同之差異，並無好壞優劣之區隔。以發展僅三、四百年之智慧財產權制度，評價數千年以上之原住民族傳統智慧創作價值，未必精確，而原住民族傳統智慧創作之保護，亦不可能不納入現代法律制度，以供全體社會遵循。

總統蔡英文向原住民之道歉，代表政府願意正視原住民族傳統觀念與制度存在之事實，將以原住民族與部落之角度，重新檢視相關法律制度，「緩和原住民族傳統慣習和現行國家法律規範之間，日益頻繁的衝突。」本條例制定公布迄今八年多，未曾有核准登記公告之原住民族傳統智慧創作申請案，顯示其中有諸多窒礙難行，尚待克服之處。本文前述指出之疑義與修正之可能，純係多年觀察之管見，或有值得參考之處，亦有進一步探究或調整之可能。正面回應原住民族或部落真正關切之面向，於法律制度上清楚明確規範，避免滋生爭議，將是本條例落實執行，兼顧各方利益均衡之最終理想達成。