

摘要

我國在民國九十六年因應世界風潮，將原住民族傳統智慧創作立法保護，然而因為欠缺辦法規定細節，至民國一〇四年後訂定原住民族傳統智慧創作保護條例實施辦法，整部法規才得以正式運行。但在適用過程中卻不斷產生爭議，導致原住民族與主管機關之間也屢次發生訴訟事件。

實務上曾經就原住民族傳統智慧創作的認定、審查模式與合理使用界線發生過訴訟事件。本文將以這幾項問題為主軸，分析原住民族傳統智慧創作保護條例問題所在，並將一九八二年保護民俗表達以對抗非法利用及其他有害行為之標準條款、二〇〇二年太平洋模範法典、二〇一九年保護傳統文化表達：草案條款等三部法規納入比較。本文認為，原住民族傳統智慧創作應廢除登記制度，使原住民族或部落不必先經審查就能取得專用權；就合理使用之規定，應將智慧創作依照神聖性、秘密性分層保護，再參考著作權法合理使用之基準，建立起屬於自己的合理使用判斷基準，俾使原住民族傳統智慧創作在文化權與財產權之間，獲得更均衡與周全之保障，同時有利公眾之接觸與文化擴散。

關鍵字：傳統文化表達(TCEs)、原住民族傳統智慧創作專用權、合理使用、文化權、財產權

壹、前言

歷史上台灣原住民族的律法一直遭外來的強權或強勢文化所鄙夷，或僅在統治安定的考量下被酌以利用爾。¹長久以來，原住民族不只是在法律上，其經濟、文化權利亦受到忽視。涵碧樓在九十二年將「The Lalu」向經濟部智慧財產局申請商標註冊，讓邵族人認為是侮辱祖靈，也讓原住民族想守護傳統智慧創作的聲音躍上公眾視野。

我國於九十六年制定公布原住民族傳統智慧創作保護條例(簡稱傳智條例)，在此之前，各方對其實際運作細節，並無太多討論，²以至於條例通過後實際難以運作，遲至一〇四年相關子法才陸續訂定發布施行。

一〇五年，邵族人欲以「Lalu」申請專用權，卻遭主管機關原住民族委員會(簡稱原民會)以「Lalu」係地名而非屬傳智條例所保護之標的為由，駁回其申請。邵族人不服提起行政訴訟，於 109 年年底獲得勝訴判決。本件判決對曾受原民會駁回專用權申請之原住民族部落具有宣示作用，為原住民族傳統智慧創作保護創下新里程碑。

不僅是「Lalu」一案，原民會在一〇七年由所屬舞團於南島民族論壇開幕典禮中，在未經授權情形下表演奇美部落甫取得專用權之勇士舞，使得奇美部落認為原民會侵害部落之專用權，因此對原民會提起侵害專用權之訴訟。原民會則主張舞團表演並非為商業演出，且係於國際重要活動中對國際原住民族展現臺灣原住民族特殊文化表現，應屬於合理使用。最終在一一一年三月，奇美部落被台北地方法院判決敗訴，全案仍在二審爭訟中。

由上述兩個個案中，不難發現傳智條例存在多個模糊地帶以至於經常在認定上產生爭執，又隨著原住民族群體權利意識升起，未來可能會有更多原住民族或部落為挑戰原民會駁回傳智登記申請之處分而提起行政訴訟。

隨著將來原住民族傳統智慧創作專用權興訟事件可能愈來愈多，本文將首先解析傳智條例的立法模式，再從「Lalu」案、奇美部落案件中，所衍生出傳智條例四個層面的問題：保護客體認定、登記制度妥適與否、合理使用規定與其他智慧財產權的競合，參考國際上有關傳統文化表達(traditional cultural expressions，簡稱 TCEs)並做出比較，盼能為我國原住民族傳統智慧創作之保護，提出更為周全之建議。

貳、解構原住民族傳統智慧創作保護條例

一、立法思維

國際上對於 TCEs 的立法並未採取統一模式，但大致上可分為兩個種類：於著作權法或其他保護智慧財產權的法律(IP Law)體系中，增加對

¹ 王泰升，在法學與國家法中看見原住民族法律，政大法學評論，134 期，二〇一三年一月，頁 36。

² Chih-Chieh Yang, A Comparative Study of the Models Employed to Protect the Indigenous Traditional Cultural Expressions, [11] Asian-Pac. L. & Pol'y J. 49, [50-70], [64] (2010)

TCEs 保護的條款。另一種則是採取特殊權利制度(*sui generis*)，以另立專法形式保護 TCEs。截至目前為止，絕大多數的國家採取前者，即以一般保護智慧財產權法增加條款保護 TCEs，最著名的莫過於聯合國教科文組織(United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization，簡稱 UNESCO)與世界智慧財產權組織(World Intellectual Property Organization，簡稱 WIPO)在 1976 年通過開發中國家之突尼斯著作權模範法典(Tunis Model Law on Copyright for Developing countries，簡稱突尼斯模範法典)，將民俗創作納入著作權保護標的。³而在突尼斯模範法典釋出以後，多個非洲國家開始在著作權法中納入類似規定。⁴

以特殊權利制度保護 TCEs 最早則始於一九八二年，由 UNESCO 與 WIPO 通過「保護民俗表達以對抗非法利用及其他有害行為之標準條款」(Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Action，簡稱標準條款)，並於 1983 年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被提出，獲得極高讚揚。⁵或許是因為這個概念提出較晚，大多數國家已經以保護智慧財產權的法律來保護 TCEs。因此，目前採取特殊權利制度的國家不算太多，其中較著名的有巴拿馬、肯亞以及南非。

然而，在非洲地區智慧財產權組織(African Regional Intellectual Property Organization，簡稱 ARIPO)於二〇一〇年釋出斯瓦科普蒙德對傳統知識與民俗表達之公約(Swakopmund Protocol on The Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore，簡稱斯瓦科普蒙德公約)後，非洲國家陸續簽署加入斯瓦科普蒙德公約，⁶因此晚近對於 TCEs 之立法有朝向特殊權利制度的趨勢。

傳智條例之制定乃是基於原住民基本法(簡稱原基法)第13條而來。原基法第13條謂：「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。」我國傳智條例所採取的立法模式為特殊權利制度，為有別於傳統市民法的立法模式，除了避免法律對TCEs的保護缺乏具體方式而僅是具文以外，同時也考量到原住民族特殊性，若無法使其有權擁有並保留排他領域，可能使其在立足點與基

³ WIPO, Tunis Model Copyright Law, Section 6 (1976)

⁴ Paul Kuruk, Protecting Folklore under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions Between Individual and Communal Rights in Africa and the United States, [48] Am. U. L. Rev. [769-849], [814] (1999)

⁵ 章忠信，過去的未來原住民族傳統智慧創作保護學術研究會論文選集，初版，花蓮縣，國立東華大學原住民族學院，二〇一六年，頁 6。

⁶ ARIPO, Regulations for Implementing the Swakopmund Protocol on Traditional Knowledge and Expressions of Folklore within the Framework of the African Regional Intellectual Property Organization, [6] (2019)

礎設施完全不同的市場經濟競逐情形下，被實質同化。⁷因此給予其特殊權利，更能有助於原住民族保護自身權利。

二、保護範圍

傳智條例第 1 條調：「為保護原住民族之傳統智慧創作，促進原住民族文化發展，依原住民族基本法第十三條之規定，制定本條例。」所以從傳智條例的立法定性上，不難發現傳智條例欲保障的權利有兩個層面：一是財產權層面—對於原住民族傳統智慧創作，需要給予保護；二是文化權層面—給予原住民族傳統智慧創作保護，亦是為了促進其文化發展不受限制。因此不難發現傳智條例這部法律不只是一是要保護原住民族財產權的問題，也是促進原住民族文化權的議題。

在立法過程中，傳智條例第 3 條的立法理由提到：「為避免保護過於廣泛，參考著作權法第 10 條之 1 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。」足見傳智條例保護要件一開始參考了著作權法，定位上應屬於財產權層面的保障，而較無文化權保護的蘊涵。

然而，傳智條例財產權保障的概念在條例立法與修法過程中漸漸有了轉變。如同前述，傳智條例第 1 條的立法，已明確將文化權層面的問題一併涵蓋在傳智條例裡，且傳智條例第 3 條的立法理由也因為條例明文保護「民俗技藝」及實施辦法保護「創造織物之方式」及傳說，不再僅限於有形的「表達」而無從再予適用。賽德克族的「sapah cbiyaw /sapah cbeyo/sapah sbiyaw 傳統家屋」正是一個例子。其以祖先在哪蓋房子、如何起造房子的「傳統知識」經申請獲得專用權保護。⁸

再者，不同於其他智慧財產權權利可以被讓與、拋棄、保護有期間限制，傳智條例中原住民族傳統智慧創作專用權乃是不可讓與，永久保護，且原則上不能被拋棄。⁹原住民族對個人利益追求並非目的，而係為傳承社群傳統與歷史記憶，因此傳智條例有集體權之特徵，此正是原住民族傳統智慧創作專用權兼具文化權的一大特徵。¹⁰可見現在的傳智條例在立法上不只從一般財產權切入，亦審酌原住民族文化層面，傳智條例對原住民族的財產權與文化權具有雙管齊下的保護。然而，這樣的立法對原住民族財產權與文化權看似兼能顧及，但卻仍有學者提出現行法規有不少問題，使原本的好意被蒙上一層灰。因此，下一節將詳述目前傳智條例保障不足，衍生出對原住民族文化權限制或財產權侵害的問題與案例，再探究其修補

⁷ 黃居正，傳統智慧創作與特殊權利——評析「原住民族傳統智慧創作保護條例」，台灣原住民族研究季刊，第三卷第四期，二〇一〇年十二月，頁20。

⁸ 馬鈺婷，原住民族傳統智慧創作保護要件及審查正當程序—臺北高等行政法院 108 年度原訴字第 7 號判決，萬國法律，第 236 期，二〇二一年四月，頁 65。

⁹ 原住民族傳統智慧創作保護條例第 12、15 條。

¹⁰ 黃居正、邱盈翠，原住民族傳統智慧創作之歸屬與運用：集體財產管理制度之探討，台灣社會研究季刊，90 期，二〇一三年三月，頁 4。

之道。

參、原住民族傳統智慧創作保護條例之檢討

「Lalu」案和奇美部落勇士舞案皆反映了目前傳智條例存有需要修補的瑕疵，因此本節將藉由上述兩個案件，針對目前實務上對傳智條例所生的四個爭議先做國內文獻回顧，檢討傳智條例問題所在，再以標準條款、二〇〇二太平洋模範法典(Model Law for the Protection of Traditional Knowledge and Expression of Culture，簡稱太平洋模範法典)、二〇一九保護傳統文化表達：草案條款(The Protection of Traditional Cultural Expression: Draft Articles，簡稱 2019 草案條款)三部國際立法例介紹國際上對此有何相關規定。選擇這三部立法例，乃是因為其對 TCEs 的保護均採取了與我國相同的特殊權利制度，應更適合做為我國將來修法之參考。

標準條款是首次將 TCEs 的保護從 IP Law 模式中獨立出來，以特殊權利模式保護的法典，其重要性已在前一部分詳述。太平洋模範法典則是 2002 年，以紐西蘭為首的太平洋島國在召開太平洋島國文化部門區域會議後，由太平洋共同體秘書處、太平洋島國論壇秘書處、聯合國教科文組織太平洋區域辦公室釋出「太平洋區域傳統知識與文化表達保護架構」文件，專為 TCEs 和傳統知識(Traditional Knowledge，簡稱 TK)之保護提供內國規範模型。我國屬於太平洋島國，且我國原住民族與太平洋其他島國上的原住民族亦同屬南島語族，因此選擇了有地緣近似性的太平洋模範法作為研究參考。最後則是 2019 草案條款，為 WIPO 跨政府委員會每年召開年會，提出應如何更完善保障 TCEs，二〇一九年版草案為目前超國界法規的最新版本，創設理由涵蓋對傳統文化尊重以利其延續、讓持有人及使用者都能以有利於社經福利的情形下共同受益。¹¹這三部國際立法例之重要性，在於為世界各國提供以特殊權利制度保障 TCEs 的最新指引。

一、保護客體

(一)我國

承上一章所述，我國對原住民族傳統智慧創作的保護客體規範在傳智條例第3條，其立法理由中提及參考著作權法，但與著作權法最大的不同之處在於傳智條例多保障了文化權，且最初立法理由中主張僅限於「表達」而不及於「表達」所傳達之「觀念」，也在通過的條文中被推翻，實務上也將傳說、房屋起造方式等近似於「概念」的客體納入保護。¹²使得傳智條例雖曰保護傳統智慧創作之「表達」，但實際上保護客體早已擴及於「表達」之外之「概念」。因此，傳智條例對智慧創作的保護客體要比著作權法範圍更廣，也不難發現與著作權法差距愈來愈大，已

¹¹ The Protection of Traditional Cultural Expression: Draft Articles (2019), introduction

¹² 專用權證號：美 DJ000076(阿美族二兄弟神話傳說)、德 J000006(sapah cbiyaw/sapah cbeyo/sapah sbiyaw 傳統家屋，含構造形式、外型特徵、室內格局)

產生質的差異。

至於應如何認定一客體是否符合傳智條例第3條而得受保護，認定標準在原住民族傳統智慧創作保護實施辦法(簡稱傳智條例實施辦法)當中，與登記制度和其衍伸出的審查標準密不可分，因此將下一節登記制度與審查標準中有更詳盡的敘述，本節僅就各法規之例示進行探討。

(二) 國際立法例

在國際的立法例中，對於TCEs的保護客體均有採取不同分類中的例示，以下舉例說明之。

1. 標準條款

標準條款的研擬機關，除了促進各國智慧財產法制的WIPO以外，還有協助保護世界文化遺產、促進文化多樣性的UNESCO。因此，從研擬機關上，我們就能發現，標準條款之研擬不僅是為了保障智慧財產權，亦有維護文化權的意旨。在內容上，標準條款一共有14條，其所欲保護之客體，規範在第2條，其規定如下：

「基於本法之目的，係指由一族群，或足以反映其族群傳統藝術期望之個人，所展現及延續具有傳統藝術遺產之特徵元素所構成之成果，特別是指：

- (i) 口頭上的表達，例如民俗故事、詩、謎語
- (ii) 音樂表達，例如民俗歌曲與器樂
- (iii) 藉由動作的表達，例如民俗舞蹈、表演、藝術形式或儀式。

不論是否化約為物質形式，以及
(iv) 有形的表達，例如

- (a) 民俗藝術作品，特別是指：繪畫、油彩、雕刻、雕像、陶器、赤陶、鑲嵌、木工、金屬製品、珠寶、編織籃、針織、紡織、地毯、服飾；
- (b) 樂器
- (c) 建築形式」¹³

標準條款的保護客體雖有言及不限於有形，但在例示上，仍不難發現保護客體多集中在有形且得客觀感知之創作，可以推論標準條款採取了更似於著作權的立法。

2. 太平洋模範法典

太平洋模範法典的規範共計39條，對於傳統知識與

¹³ WIPO&UNESCO(1982), Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions 1982, Section 2

表達的論述也比標準條款更多，其對TCEs保護客體的例示明載於太平洋模範法典第4條的文化表達以中，其規定如下：

「文化表達係指傳統知識出現或被體現的任何方式，不論其內容、質量、目的為何，也無論其是有形或是無形的，且不限於上述詞語，包含：

(a) 口頭敘述的名字、故事、讚歌、謎語、歷史和歌曲；和

(b) 美術和手工藝；樂器、雕塑、繪畫、雕刻、陶器、赤陶、鑲嵌、木工、金屬製品、繪畫、珠寶、編織、針線活、貝殼、地毯、服裝和紡織品；和

(c) 音樂、舞蹈、戲劇、文學、典禮、儀式表演和文化習俗；和

(d) 設計和外觀、部分和細節及視覺組合物；和

(e) 建築形式¹⁴」

可以發現太平洋模範法典的例示比標準條款更多，名稱也是首度被納入保護客體中，也有更多抽象概念被納入保護，此點在後續國際間的立法能夠得更多驗證。

3. 2019草案條款

2019草案條款共計15條，條文用語及定義皆規範於第1條，保護客體亦規定在其中。惟條文中乃採取對保護客體的抽象敘述，不易理解，因此在條文的註解給予相對應的例示，其規定如下：

「傳統文化表達係指由原住民族(indigenous peoples)¹⁵、在地社群(local community)或其他受益人，表達不拘形式的傳統文化慣習和知識、出現或被體現的知識活動、經驗和理解，其可能為動態和不斷演進的語言形式、音樂形式、動作表達、有形和無形的表達形式或組合。」¹⁶

其中，對於語言形式、音樂形式、動作表達、有形的表達給予註釋如下：

「語言形式：如故事、史詩、傳說、流行的故事(popular stories)、詩、謎語和其他敘述；文字、標誌(signs)、名稱(names)和符號(symbols)。

音樂形式：如歌曲、韻律和器樂，用於表達儀式的歌曲。

¹⁴ Model Law for the Protection of Traditional Knowledge and Expression of Culture, Section 4

¹⁵ 聯合國及其他中文譯本中，indigenous peoples 皆譯為土著，惟土著一詞具有歧視意味，故此處及後續條文提及 indigenous peoples 之處，謹以「原住民族」替代土著一詞。

¹⁶ The Protection of Traditional Cultural Expression: Draft Articles, Article 1

動作表達：如舞蹈、民俗藝術、戲劇、儀式、典禮、在聖地和遊記中的典禮、競賽、傳統運動/體育和傳統競賽、木偶表演和固定或不固定的表演。

有形的表達：如藝術的物質表達、手工藝品、典禮面具或服飾、手工地毯、建築以及有形的精神形式和聖地。」¹⁷

2019草案條款可以說是在所有國際上保護TCEs的法典中，對保護客體最廣泛的一部，也不難發現研擬時序愈後的法典，保護客體涵蓋愈多。這與我國實務上在核可智慧創作的情形非常相似，愈來愈多的客體以「其他文化成果之表達」得到專用權。

(三)小結

本文認為，傳智條例名稱使保護客體侷限於「創作」，但實務上早已將保護客體擴及「非創作之表達」，使傳智條例有名實不符之嫌，法規名稱應予以修正。除此之外，傳智條例法規內容未隨著年代變遷做適度增修，僅以「其他文化成果之表達」此一不確定法律概念概括保護其他未受傳智條例明示所保護之客體，並不妥適。不確定法律概念仰賴行政機關主觀將構成要件進行涵攝，使原住民族能否通過審查取得專用權也變得極不確定。正如「Lalu」案中，「Lalu」一詞即曾被認為只是地名而不應受到保護。

然而，「文化成果之表達」範圍會隨著時代演進也有所變化，國際立法例中甚至已有將聖地納入保護之先例。因此，本文認為不確定法律概念應僅居於補充性規範之地位，立法者應觀察國際立法動向，適時將更多客體列舉入法規保護，以更妥善保護原住民族權利。

二、登記制度與審查標準

(一)我國

「Lalu」案的實體法律爭議固然主要是反映在傳智條例中保護客體的問題。然而，什麼樣的智慧創作才能夠受到傳智條例保護進而取得專用權，則屬於登記制度如何運行的問題。

傳智條例第4條規定，對原住民族傳統智慧創作採取登記審查制度。至於認定方法，則授權主管機關訂定細部規定定之。¹⁸此立法理由係考量原住民族常因為地緣、族群文化因素有近似性，因此須要建立公示制度以確立權利範圍及其歸屬。¹⁹但對甚麼樣條件的智慧創作會受到核准，傳智條例並無明確標準。

¹⁷ The Protection of Traditional Cultural Expression: Draft Articles, Article 1, commentary 1-4

¹⁸ 原住民族傳統智慧創作保護條例第4條：智慧創作應經主管機關認定並登記，始受本條例之保護。智慧創作之認定標準，由主管機關定之。

¹⁹ 原住民族傳統智慧創作保護條例立法說明。

而在傳智條例實施辦法實施以後，對於如何認定智慧創作才有了相對明確的標準。傳智條例實施辦法第23條明示：「認定智慧創作時，應參考下列基準：一、該申請認定之文化成果表達，足以表現出應認定歸屬之原住民族或部落之個性特徵，及應與該原住民族或部落之環境、文化、社會特質具有相當程度之關聯性，而足以代表其社群之特性。二、應具有世代相傳之歷史性，該世代未必須有絕對之時間長度，成果表現亦無須具有不變或固定之成分。但申請之原住民族或部落，應說明申請時對於該智慧創作之管領及利用狀態。三、文化成果應能以客觀之形式表現，且不以附著於特定物質或材料者為限。」這三個基準又被稱原創三性，²⁰通常以關聯性、歷史性、客觀性三詞分別代表之。

此外，以登記制度建立公示性，讓公眾清楚其範圍及歸屬的立意雖然良善，卻仍然引發不少批評。

首先，原住民族並非沒有律法，只是在歷史中不斷受到壓抑，被迫接受外來制度及規範。直至上世紀末起，以原住民族為主體的法律概念才出現於台灣，此一觀點能從原基法第4條得到驗證：「政府應依原住民族意願，保障原住民族之平等地位及自主發展，實行原住民族自治。」揭示了有關原住民族權利事項，應以自決及自治為目標。²¹傳智條例與原住民族的文化權息息相關，當然更應該尊重原住民律法及慣習，以讓族人得以自決及自治為原則。然而，登記制度的立法思維卻與原住民族自身習慣有悖。原住民族本身並無透過登記以彰顯權利之習慣，以登記制度建立公示性來源於西方法制，目的在釐清其權利範圍及歸屬，但原住民族傳統智慧創作長久存在原住民族中，屬於其生活中之一部分，原本就屬於其自身所有，卻被迫要經過政府認定才能獲承認而受保障，十分荒謬。²²

除此之外，登記制度也象徵著停滯，外國學者批評將有害於文化間的融合與流動，²³且會課予原住民族更大的負擔。

其次，國內對於傳統智慧創作保護須符合原創三性的要求也多有批判。從原創三性中的關聯性來談，關聯性包含我者關聯性與他者關聯性。我者關聯性指的是「智慧創作對於族群、部落等社群的文化意義與兩者間的特殊連結」；他者關聯性則是「智慧創

²⁰ 黃居正，認識原住民族傳統智慧創作保護條例：原住民族傳統智慧創作專用權申請手冊，初版，新北市，原住民族委員會，二〇一五年，頁 29。

²¹ 王泰升，台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、地域與法文化，國立台灣大學法學論叢，二〇一五年十二月，頁 1690。

²² 章忠信，原住民族傳統智慧創作之保護困境與突破，臺灣原住民族法學，第 3 期，二〇一七年十二月，頁 87。

²³ Dennis S. Karjala & Robert K. Paterson, *The Case Against Property Rights in Old Intangible Indigenous Cultural Property*, [15] Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 1, [1-33], [29] (2017)

作與其他族群、部落之文化成果表達間的差異」。²⁴從文義解釋的角度來看傳智條例實施辦法，申請人似乎只要證明該智慧創作的我者關聯性，即滿足關聯性的要件。

但在實務上，主管機關會要求族人證明系爭智慧創作不具備他者關聯性，倘若無法證明他者關聯性時，亦有必須修改申請範圍的情形，²⁵馬太鞍部落的五片流蘇裙即屬一例。²⁶本文認為，此一作法對原住民族甚是不利，其原因一來法無明文規定原住民族須自行證明不具他者關聯性；再者，原住民族實難對他族文化表達更有理解，因此將排除他者關聯性之責任課予原住民族本身並不合理。

另外，實務之所以要求智慧創作需要排除他者關聯性原因在於避免使族群共有智慧創作，共有專用權可能不符文化權保障外，也會造成未申請卻能取得專用權之不公平現象。²⁷然而，本文認為此乃實務對於傳智條例實施辦法的錯誤解讀。

在傳智條例實施辦法中，第7條第二、三款規定如下：「智慧創作經認定屬於申請人及其他特定原住民族或部落者，自登記之日起，由申請人及其他特定原住民族或部落共同取得智慧創作專用權。」及「智慧創作不能認定屬於特定原住民族或部落者，應登記為全部原住民族，並自登記之日起，由全部原住民族取得智慧創作專用權。」第二款及第三款的法律效果應不相同。前者「共同取得」智慧創作不應解釋為「共有」智慧創作，其理由在於，參酌我國其他有關智慧財產權之立法，倘若欲使保護客體產生共有之效果，無論是著作權法、商標法抑或是專利法，均直接在條文上清楚明示「共有」二字，而無「共同取得」之論述，²⁸可見立法者非使不同族群間得以「共有」智慧創作。

除此之外，不同原住民族或部落，可能在地理位置分隔遙遠之情形下，因為「英雄所見略同」而各自發展出相同內容之傳統智慧創作。在此種情形之下，參酌著作權法與營業秘密法，倘若「英雄所見略同」，應得「各自獨立取得」著作權或營業秘密之保護；智慧創作專用權乃基於相同之法理，應賦予相同法律效果而不應解釋為共有。至於後者，係因無從歸屬特定原住民族或部

²⁴ 馬鈺婷，原住民族傳統智慧創作保護要件及審查正當程序—臺北高等行政法院 108 年度原訴字第 7 號判決，萬國法律，第 236 期，二〇二一年四月，頁 66。

²⁵ 馬鈺婷，簡介原住民族傳統智慧創作專用權及實務狀況，萬國法律，第 229 期，二〇二〇年二月，頁 25。

²⁶ 馬鈺婷，從財產權理論看我國原住民族傳統智慧創作之審查實務，國立交通大學科技法律所論文，二〇一九年，頁 116。

²⁷ 馬鈺婷，簡介原住民族傳統智慧創作專用權及實務狀況，萬國法律，第 229 期，二〇二〇年二月，頁 25。

²⁸ 例如著作權法第 16 條、商標法第 7 條、專利法第 12 條，條文中均有關於「共有」之敘述。

落，只好由全部原住民族「共有」智慧創作專用權。

本文認為實務將兩款均解釋為「共有」乃是實務的混淆，兩款情形不同，應有不同處理。在第二款的情況下，「共同取得」應解釋為不同民族共同取得「各自獨立」的智慧創作專用權，其利用僅需獲得其中一方之專用權人授權即可。

實務的誤解使原住民族負起更重的舉證責任證明不具他者關聯性，否則就得修改申請範圍，實有害於原住民族取得專用權的可能性，使原住民族文化權難受保障。

不過，目前實務中似對此已有所緩和。有些智慧創作無法排除他者關聯性時，原民會俟接受申請後，仍會於公告上標示不排除於他族之使用。²⁹

次由歷史性來談，實務上審查委員常討論，申請文件中對標的描述是否有過變化，並且要求補充說明成分變化，而審查委員對此基準內含之認知時有分歧。³⁰且實施辦法中對歷史性的時間長度並無具體敘述，導致真正起算時間有認定上的困難。此外，傳統文化也會隨著時間流變，新創的傳統文化亦不失為傳統文化，因此以歷史性稱之，甚至是將新創的傳統文化排除在外並非全然沒有疑問。

客觀性的問題則體現在保護客體一節中所述。傳智條例之所以需要講求客觀性，乃因為初始參考了著作權法不保護觀念，然而母法第3條已將「民俗技藝」之「概念」或「方法」納入保護範圍，此基準亦早已在實務中承認了許多「概念」而不斷受到挑戰，因此是否需要繼續以客觀性作為審查標準不無疑問。

綜上所述，原創三性作為認定傳統智慧創作的標準在實務中仍有諸多問題，故以下將以比較法之角度，探究「傳統智慧創作」一詞應如何修正。

(二) 國際立法例

國際條約中均對於TCEs是否應採取登記制度和認定標準分別有不同規定，以下將分別介紹之。

1. 標準條款

標準條款的本文中對於應採取什麼樣的形式要件保障TCEs沒有相關論述，也就是說，對於應如何確認TCEs不存在登記要件，同時也並無明確地給出一套實質上有如原創三性

²⁹ 德 FG000064，kingal doriq kingal doriq / kingal dowriq 賽德克族單口菱形紋編織、圖案證書內明載：本智慧創作之文化意涵及歷史源流，在泛紋面族群中有許多相同之處，目前在文化流動尚無考證界定先後時，kingal doriq/kingal doriq/kingal dowriq（賽德克族單口菱形紋）在原住民族傳統智慧創作專用權內應不排除泰雅族及太魯閣族在編織上之使用。

³⁰ 馬鈺婷，簡介原住民族傳統智慧創作專用權及實務狀況，萬國法律，第229期，二〇二〇年二月，頁25。

一般去認定 TCEs 的標準。不過，在標準條款之條文註釋中，仍能發現委員會在會議中有討論到應如何認定 TCEs。

首先，在標準條款第二條註釋 36 中有提及，對標準條款第二條的「具有傳統藝術遺產之特徵元素」給出一個標準，認為其必須要被普遍認為能夠代表一個族群獨特的傳統遺產。而有關什麼應該被認為是一個族群中的 TCEs？委員會有兩名成員提到需要有社群(community)的共識以確保該 TCEs 之真實性。³¹

其次，同條註釋 39 中則說明，可以透過建立資料清單的方式來鑑別特定的 TCEs 出自哪一族群，惟資料清單的編纂非屬標準條款規定範疇，有權機關應參考可用資料為判斷依據，包含專家意見等。³²

或許因為研擬期間較早的關係，不難發現標準條款對於如何界定 TCEs 的標準十分模糊，委員間也未取得共識，亦不是直接規定於本文當中。因此應可以判斷，當時國際上對 TCEs 之保障不算成熟，惟標準條款對於 TCEs 不採取形式要件、TCEs 保護建立資料清單之概念對後續採取特殊權利模式之法典仍具有重要影響。

2. 太平洋模範法典

太平洋模範法典中，並無規定權利之取得應以登記審查為前提。與標準條款不同的是，其在 2002 年太平洋模範法典之國家立法指引中有提到，太平洋模範法典不需要任何審查程序要求，即能獲得保護，其不設立任何審查程序，乃是為了避免取得保護會造成權利人的重大負擔。³³

而太平洋模範法典中，並沒有具體明文要符合什麼樣的條件，才能成為被法律所保護的 TCEs。然而，太平洋模範法典不僅保護 TCEs，亦保護 TK，在法典中有規定怎麼樣的 TK 能夠受到保護，因此本文將以太平洋模範法典中 TK 的相關規定作為類推適用判斷 TCEs 的援引標準。太平洋模範法典對 TK 的敘述有四個要件：(a)為傳統經濟、精神、儀式、敘述或娛樂目的而創造、獲得或激發、(b)代代相傳、(c)被視為與一群體、部族、社群有關以及(d)被集體所持有。³⁴

³¹ WIPO&UNESCO Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions 1982, Section 2 commentary para 36

³² WIPO&UNESCO Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions 1982, Section 2 commentary para 39

³³ Secretariat of the Pacific Community, Guidelines for developing national legislation for the protection of traditional knowledge and expressions of culture based on the Pacific Model Law 2002, [49] (2006)

³⁴ Model Law for the Protection of Traditional Knowledge and Expression of Culture, Section 4

將上述條文與我國傳智條例實施辦法相互對照，大致上可以對應到原創三性中的「關聯性」及「歷史性」，而較無對於「客觀性」之著墨。其就關聯性之描述，也未言及須要有排除他者關聯性的要項。

或許是因為明言保護 TCEs 不必要透過登記制度，太平洋模範法典雖然給了比起標準條款對 TCEs 認定有更明確的描述，但若作為實際審查 TCEs 的標準，仍有不夠具體明確的問題。

3. 2019 草案條款

2019 草案條款將 TCEs 的程序要件視為例外情形，原則仍闡明，不應對 TCEs 設置任何程序要件，其規範在第 9 條，規定如下：

「選擇 1：

9.1 原則上，成員國或締約方不應使傳統文化表達的保護受任何程序的限制

選擇 2：

9.1 成員國或締約方可以使傳統文化表達的保護履行政程序形式。

9.2 儘管有第一款規定，成員國或締約方不應使祕密的傳統文化表達的保護受任何程序的限制」³⁵

從上述條文不難發現，2019 草案條款也明顯傾向不應使 TCEs 應經過任何程序要件。縱使是在選擇 2，2019 草案條款給予了程序要件的讓步，但其亦屬有限制的例外，究其根本原因，應是為尊重各國自治考量下的妥協，賦予成員國能夠有更大的彈性選擇。

而是否符合 TCEs 的判斷標準則規定在第 3 條，亦提供兩種不同方案選擇：

「3.1 在不違反 3.2 條的情形下，保護應及於下列傳統文化表達，包含：

- (a) 由原住民族、當地社群，和/或其他受益人創造、產生、接收，並由他們集體發展、持有、使用和維持
- (b) 與原住民族、當地社群和/或其他受益人的文化和社會特徵及傳統遺產相連結(linked with)，且是其組成部分；而且
- (c) 代代相傳，無論其是否連續。

3.2 成員國/締約方得根據其國內法，將傳統文化表達由會員國/締約方，設定一定合理期限，作為保護條

³⁵ The Protection of Traditional Cultural Expression: Draft Articles, Article 9

件。³⁶」(下稱此方案為方案一)

另一種方案在 3.1(a)部分完全一致，不同之處在 3.1(b)及 3.1(c)，其規定如下：

「(b)與原住民族、當地社群和/或其他受益人的文化和社會特徵及傳統遺產相連結，且是其組成部分，並且與其有顯著關聯性 (distinctively associated with)；而且

(c) 代代相傳，無論其是否連續，或者不少於 50 年或五個世代。」³⁷(下稱此方案為方案二)

將上述條文與我國傳智條例實施辦法相互對照，亦無對於「客觀性」之著墨。惟須注意的是，其對關聯性及歷史性之要求乃是在條文本文中的規定，非以其他形式(如在條文以外的文件形式補充)，與我國採用行政命令的方式補充認定標準有所不同。

由上述條文亦不難發現，方案一的優勢在於給予了締約國更大的彈性，賦予其因應民情自由決定如何判斷關聯性與歷史性，與我國傳智條例實施辦法差異不大，採用之並無從解決目前實務中審查委員主觀認定標準不一致的困境。

在方案二中，對於歷史性有給出具體明確的標準，若採此方案當能夠解決歷史性的困境，故從解決現有困境言之，方案二應更為可採。不過縱使採取了方案二，關聯性的問題也無從在 2019 草案條款中得到明確的解決辦法。

(三)小結

從國際間的立法趨勢來看，登記制度實非屬必要存在的程序要件；再從審查標準來看，多數立法例也都有不夠明確的狀況，而須視具體個案，由審查委員主觀評價認定其是否應受保護，不只使原住民族受到更大負擔，更不合法理上應尊重原住民族自決與自治的權利。因此對於是否應續行登記制度實仍有再次討論的空間。

三、 合理使用規定

(一) 我國

在前言中敘述之奇美部落一案，即是傳智條例合理使用問題的體現。傳智條例的合理使用規定規範在第16條第1項第3款，規定為「為其他正當之目的，以合理方法使用者。」其立法理由乃是參考著作權法第65條第1項。然而，其並未似著作權法一般給出判斷合理使用的基準，因此傳智條例之合理使用是否應直接類推適用著作權法之合理使

³⁶ The Protection of Traditional Cultural Expression: Draft Articles, Article 3

³⁷ The Protection of Traditional Cultural Expression: Draft Articles, Article 3

用，仍有疑義。

國內學者多數採取否定見解，理由是按著作權法與傳智條例存在本質上的差異。著作權法的合理使用基本上採取的是一種經濟影響判斷模式，其決定一未經授權之使用是否為合理使用時，著作權法第65條的四項判斷基準，均是以市場影響性為中心衡量。原住民族傳統智慧創作可能僅具經濟規模或效益非常有限的市場；或者有些傳統智慧創作，依據其文化脈絡與禁忌，根本不可能有交易市場，故不可能有客觀標準，來衡量利用該智慧創作後，對著作潛在市場、或現在價值的影響。³⁸

因此，傳智條例的合理使用應有一套不同於著作權法的判斷基準，有學者主張，不應貿然採用著作權任何合理使用判準；而是應依其特別權利的性質，並參考原住民族的習慣法、文化脈絡、禁忌與神聖的規則，發展自己的標準，其標準包含了被使用的創作類型，以及使用之「人」的身分，³⁹判斷是否為合理使用。

但也有採相反意見者。傳智條例起草者蔡明誠教授認為，傳智條例要保障者乃是年代久遠，已不受著作權法所保護之著作，因此合理使用的範圍必須要參考著作權法。⁴⁰蔡明誠教授之見解應可解讀為，智慧創作與著作權法所保護的創作本質相同，差別僅在於智慧創作著作財產權保護期間已屆滿或從未受著作財產權保護之年代久遠前完成之創作，因此傳智條例在合理使用的規範上，應該要與著作權無二致。惟此見解漏未考量智慧創作中亦不乏具有神聖特性者，因此，完全參考著作權法應不可採。

因此，後續有論者認為著作權法合理使用判準非全然不可採，只需要將著作權法之合理使用給予數項限制，將無實益的市場影響判準(特別是第65條第1項第3款及第4款)移除，與對文化權影響合併判斷，⁴¹便可理解傳智條例中的合理使用。

本文贊同不應直接類推適用著作權法第65條四個判準的見解，但也難以認同完全摒棄著作權法四個判準的作法。其理由在於，回歸傳

³⁸ 黃居正、邱盈翠，原住民族傳統智慧創作之歸屬與運用：集體財產管理制度之探討，台灣社會研究季刊，90期，二〇一三年三月，頁23-34；林孟玲，智慧創作專用權之性質與使用倫理，科技法學評論，12卷1期，二〇一五年三月，頁212。洪淳琦，原住民族傳統智慧創作保護條例中的「合理使用」原則初探——兼論奇美部落訴原住民族委員會案，月旦法學教室，第323期，二〇二二年四月，頁106。

³⁹ 洪淳琦，原住民族傳統智慧創作保護條例中的「合理使用」原則初探——兼論奇美部落訴原住民族委員會案，月旦法學教室，第323期，二〇二二年四月，頁107-108。

⁴⁰ 立法院公報，第96卷，第77期，頁275。

⁴¹ 黃晴釅，原住民族傳統智慧創作保護條例中合理使用之認定-以奇美部落案為例，國立台北科技大學智慧財產研究所碩士論文，二〇二二年，頁108。

智條例之本質以觀，現行的傳智條例並不是只保障原住民族文化權，仍然有保障原住民族財產權，未經許可使用傳統智慧創作仍然有可能同時構成侵害財產權與文化權之行為。如全然捨棄著作權法的四個判斷無異於無視傳智條例的財產權性質。舉例來說，文化觀光與文化遺產觀光在1990年後迅速成長，據世界旅遊組織統計占比達到40%以上，我國也曾經多次以拼貼族群的方式，發展出「部落聯合豐年祭」作為吸引國內外觀光客的手段，⁴²因此倘若政府將原住民族傳統祭典作為觀光宣傳之用，即應考量到此一利用同時兼具侵害原住民族文化權與財產權之虞。

因此，直接解為智慧創作沒有經濟效益或經濟效益很小，而直接捨棄著作權法考量商業使用的標準，本文認為仍有待商榷。一言以蔽之，因為傳智條例對合理使用的標準並不完備，致使現在難以判斷依使用原住民族智慧創作的行為是否為合理使用，應如何修正此處標準也是傳智條例所應面對的課題。

(二) 國際立法例

一般來說，合理使用在一般國際立法例中稱為fair use，然而，合理使用在TCEs的國際立法例中的用語並不一致，標準條款中稱之為授權使用之例外(exception of utilization subject to authorization)、太平洋模範法典中稱為依習慣之使用(customary use)，2019草案條款中則是稱為例外與限制(exceptions and limitations)。用語上雖有所不同，但其本質都是對於不須經授權即可使用TCEs的規定，因此本文將不再區分各部法規中不同的用語，一律稱之為合理使用，以下分述之：

1. 標準條款

標準條款在第3條規定了須經授權使用的情形，包含了出版、重製等，而有關合理使用的條款規範在第4條，第1項中規定了三種情形：

「本法第三條不適用於下述情形：

- (i) 教育目的之使用
- (ii) 作者在原創作品中以插圖方式之使用，但此種使用方法須符合公平的作法(fair practice)
- (iii) 作者借用民俗表達以創造原創作品」

標準條款的三個條款中，都描述了合理使用的樣態，除了第2款有規定須符合公平以外，其餘均無相關規定。這與我國傳智條例的狀況十分類似，也就是說除了條文上寫明合理使用，並無實質判斷標準。

⁴² 陳玉苹，部落祭儀觀光化 無形文化遺產護衛與觀光的拉鋸，
<https://insight.ipcf.org.tw/article/301>，最後點閱日期：2023 年 4 月 18 日

而就公平之解釋，合理使用參照著作權法的立法目的，是基於利益分配考量所創造的制度，因此符合公平自屬利益分配的核心概念，本文認為難以作為合理使用之判斷標準。

2. 太平洋模範法典

太平洋模範法典第7條第2款中規定了十種使用前須先取得授權之規定，包含重製、出版等，而有關合理使用的規定則在第四款，其規定如下：

「以下情形不適用本法第二款所規定：

- (a) 面對面教學
- (b) 評論或回顧
- (c) 報導新聞或時事
- (d) 司法程序
- (e) 偶然性使用」⁴³

太平洋模範法典在規範合理使用的同時，並未遺漏課予合理使用者一定的義務，因此在第5款中即規定：

「第(4)(a)至(d)款中提到的傳統知識或文化表達的使用者，必須藉由提及傳統所有人和/或傳統知識、文化表達的來源地以進行充分確認。」

由此不難發現太平洋模範法典對合理使用的規定其實與著作權法所描述合理使用的樣態十分雷同。惟其所提供的並非是對合理使用的判斷基準，而僅是對合理使用樣態的描述。但符合法規所述樣態不見得能夠代表是真正的合理使用，仍然有侵害原住民族財產權及文化權的疑慮，與標準條款都有保護不周的問題。

3. 2019草案條款

2019 草案條款對合理使用的規範是所有外國立法例中最為詳盡的一部，其提供了三種不同的方案在第 7 條。第一種方案僅是概括性的說明，國家可以與權利人協商後，給予權利人一定的限制，只是限制不得與原住民族習慣法相衝突。⁴⁴而第二種方案與標準條款中教育目的之合理使用大致雷同，只是有更多如基於研究目的的合理使用例示，本文不再贅述。2019 草案條款最重要的是第三種方案，根據條文，其又可以再區分成，一般合理使用及特別合理使用情形，以下論述之：

「一般例外：

7.1 成員國應與權利人協商，在權利人的參與下，針對以下條件，依國家法律對傳統文化表達採取適當的限制和例外：

- (a) 在可能的情況下，承認權利人

⁴³ Model Law for the Protection of Traditional Knowledge and Expression of Culture, Section 7

⁴⁴ The Protection of Traditional Cultural Expression: Draft Articles, Article 7

- (b) 對權利人沒有冒犯或貶損
- (c) 符合公平使用/交易/慣例，或
- (d) 兼顧第三人利益下，不會不合理地損害權利人的合法利益。

7.2 當有合理判斷使用將造成有神聖性、秘密性傳統文化表達不可挽回的損害時，成員國得不制定合理使用規定。」⁴⁵

而在特別例外的情形則大致與第二種方案相同，基於教育目的、研究用途之使用等均屬於合理使用的範疇，然而，其在條文中有特別強調該等使用是必須「非」商業性的使用，也需要符合公益目的。⁴⁶

2019 草案條款比起其他先前的法律，有相當大進展，亦即真正有了對合理使用的判準。一般例外中屬於通則性的規定，將 TCEs 區分成有神聖、秘密性的以及其餘一般的 TCEs，同時賦予不同的法律效果：前者無論如何都不得主張合理使用，而後者則可以在一定情形下構成合理使用。

而在於一般能夠主張合理使用的 TCEs 中，則需要符合 7.1 所列舉的標準才可能主張合理使用。另外在特別例外中，則屬於對合理使用的例示性規定，本文認為和我國著作權法第 44 條至第 63 條相同，僅是在規定上有特別強調該使用不應為商業性、須符合公共利益。

(三) 小結

本文認為，2019 草案條款對於合理使用的判準值得我國參考，因為其所考量的觀點不僅從文化權出發，也有兼顧法規的財產權性質。前者在依 TCEs 性質不同給予不同強度的保護及禁止貶損可以得到佐證，後者則在禁止商業使用得到證明。衡量我國傳智條例亦有兼顧兩種權利的特性，因此本文將以 2019 草案條款為藍本，提出對傳智條例合理使用之修法建議。

首先，依照該智慧創作之性質，區分是否有神聖、秘密性，若有此情形，即不得主張合理使用以保護原住民族文化權；而剩餘屬於非神聖、秘密性的 TCEs，則輔以有財產性、文化性的其他標準判斷，包含考量該使用是否具有商業性、該使用是否可能造成原住民族文化上的貶損，若有此情形，亦不得主張合理使用，以期能夠利用傳智條例同時保障原住民族財產權和文化權。

四、與其他智慧財產權的比較與競合

從國際立法例中，對TCEs的保障最早乃採取IP Law模式，可見TCEs的保護深受IP Law所影響。再回顧傳智條例，在我國的立法意旨

⁴⁵ The Protection of Traditional Cultural Expression: Draft Articles, Article 7

⁴⁶ The Protection of Traditional Cultural Expression: Draft Articles, Article 7

上，傳智條例是一部兼具保障原住民族財產權以及原住民族集體文化權的法律，因此從條文文義、立法理由中，均不乏參考我國其他有關智慧財產權法律。又傳智條例第22條有強調：「本條例之規定，不影響智慧創作專用權人或第三人依其他法律所取得之權益。」所以在適用上，傳智條例也時常與其他智慧財產權法有競合的情形。前述三部國際立法例中亦有相同規定，惟其規定均與我國無二致，因此在本節，將以我國法我國著作權法及商標法這兩部在實務中最常與傳智條例產生競合的法律，作為評析的對象。

(一)著作權法

實務上，傳智條例中屬於集體權的專用權與屬於個人享有的著作權，亦有可能發生競合與衝突的情形。阿美族的飲酒歡樂歌在一〇九年申請專用權後，其是否會與過去阿美族人郭英男先生吟唱飲酒歡樂歌的著作權發生衝突或競合，即生疑義。

從著作權法的角度來看，應該區分成飲酒歡樂歌與郭英男先生所演唱的飲酒歡樂歌兩個不同的標的。依現行著作權法，飲酒歡樂歌屬於詞曲之音樂著作，但已被阿美族人傳唱數百年，也不知是哪一位人士所創作，目前已不受著作權法保護；但郭英男先生所演唱飲酒歡樂歌，符合著作權法第7條之1「表演」之定義，可受著作權法保護。⁴⁷

又在阿美族取得專用權後，他人演唱飲酒歡樂歌要先經過阿美族授權，否則將構成侵害專用權之行為，但依傳智條例第22條規定，其「表演」取得之著作權不受阿美族專用權影響，僅須負擔侵害專用權之責任。至於郭英男先生演唱飲酒歡樂歌，係在傳智條例立法前，而傳智條例亦無溯及規定。即使是在阿美族取得專用權之後，阿美族人自己演唱飲酒歡樂歌，依據傳智條例第10條第4項規定，亦不構成侵害專用權，上述情形均體現了傳智條例的集體專用權與個人著作權存在衝突與競合之情形。

另一個則是改作之問題，一〇六年台北文學獎獲獎劇本《來了！來了！從高山上重重地落下來了！》，其劇本內容不僅將不同年代的神話人物錯置於矮靈祭，更將穀物女神在劇本中改寫為情慾女神，使賽夏族人要求刪除劇本中有關賽夏族之元素。⁴⁸

賽夏族的穀物女神故事屬於「傳說」，且流傳多個世紀，非著作權法所保護的客體，且早已逾越保護期間，故不受著作權法所保護。然而，在本案發生時，賽夏族人已申請矮靈祭故事之專用

⁴⁷著作權筆記，原住民族傳統智慧創作保護條例完成立法

<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=54&aid=2180>，最後瀏覽日期：2023年4月9日。

⁴⁸自由時報網，台北文學獎首獎爆爭議 賽夏族人控：女神變慾女，

<https://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/2106605>，最後瀏覽日期：2023年4月9日。

權，惟其專用權至一〇七年才核發。⁴⁹因此關於本案，就法律層面而言，該劇本之改作當時並無侵害專用權之情事。惟就該劇本對原住民族文化有所醜化仍是事實，對此就現行制度，似乎也只能藉由法律外途徑解決。例如本案，劇本著作人最終像賽夏族人致歉，使爭議能夠落幕。

而倘若該劇本為未經合法授權之改作，對於此類改作是否受著作權法保護，我國學說、實務見解不一，多數學說採取肯定見解，認為只要符合著作權法中創作性之保護要件，即可依照著作權法第 6 條取得衍生著作之著作權。⁵⁰因此，按照多數說見解，《來了！來了！從高山上重重地落下來了！》劇本就算完成於賽夏族取得專用權後，應享有著作權。縱使該劇本在內容上依傳智條例確實有侵害賽夏族創作人格權之可能，但該劇本依照傳智條例第 22 條意旨，其依著作權法所取得之權利不應受到影響，只是就對賽夏族之侵害仍然需要負擔損害賠償責任。

(二)商標法

除了「Lalu」爭議案外，我國曾發生多起涉及原住民族文化表達登記商標之爭議。例如電影公司曾經想將賽德克巴萊註冊商標曾引來賽德克族不滿，最終自行撤銷商標申請⁵¹、噶瑪蘭族想討回金車公司註冊之噶瑪蘭商標至今未果⁵²，都是現今商標法與原住民族文化權的衝突，因此必須一併討論商標法。

討論商標法須特別注意商標法第 30 條第一項的其中兩款，該規定為商標不得註冊之事由。其一是第 8 款，亦即商標涉及原住民族相關文化表達元素，但申請人非原住民族時，易與原住民族產生聯想而有誤信商品產地、性質、品質之虞時，得不予註冊。⁵³雖然這看似能有限度的保障原住民族文化權，惟商標審查委員未必具有原住民各族文化專業而能知曉所有原住民族文化元素是否包含在商標內，否則何以使得「Lalu」這個具有原住民族文化表達的商標仍被註冊？顯見商標法仍不足以保障原住民族文化權。另外，商標法之保護期間為 10 年，並得無限次數延展，亦即只要權利人不拋棄權利，且未有商標法第 63 條第 1 項第 2 款之情

⁴⁹ 夏 ADJ000027

⁵⁰ 馬鈺婷，從財產權理論看我國原住民族傳統智慧創作之審查實務，國立交通大學科技法律所論文，二〇一九年，頁 41-42。

⁵¹ 自由時報網，原民稱賽德克商標侵犯權益片商拋棄註冊，

<https://ent.ltn.com.tw/news/breakingnews/410004>，最後點閱日：2023 年 3 月 27 日。

⁵² 中國時報網，噶瑪蘭撞名原民怨酒商盜家徽，

<https://www.chinatimes.com/newspapers/20180528000543-260114?chdtv>，最後點閱日：2023 年 3 月 27 日。

⁵³ 馬鈺婷，從財產權理論看我國原住民族傳統智慧創作之審查實務，國立交通大學科技法律所論文，二〇一九年，頁 48。

事，其權利即不消滅。在「Lalu」爭議案中，依照正當程序，涵碧樓之商標確實合法。⁵⁴

其次則是第 15 款規定：「商標侵害他人之著作權、專利權或其他權利，經判決確定者。但經其同意申請註冊者，不在此限。」本條文之爭點核心在於：依照傳智條例所取得之專用權，是否得以引用本款規定對侵害其專用權之商標權人提起訴訟？目前實務上並沒有相關先例，但隨著取得專用權的原住民族與日俱增，包含邵族人亦在取得行政訴訟勝訴判決後，於一一一年底順利取得「Lalu」之專用權，因此就現行規定而言，當商標權與專用權產生競合時應以何者為優先應為值得深入探討之問題。因此本文將從專用權之性質探討上開爭議。

先取得之專用權而後經他人註冊取得商標權，專用權人得據以對抗固屬當然。但就後取得之專用權是否得對抗先取得商標之人，則非無疑問。回顧商標法之規定，第 15 款屬於相對不得註冊事由，因此，利害關係人應在期限內，藉由異議或評定程序撤銷他人商標權。然而，異議僅以三個月內為限，縱使是評定亦僅能在五年內為之。亦即，倘若專用權晚於商標權之取得，專用權人倘若欲以第 15 款對抗商標權人，最遲須在五年內為之，否則即無法再以專用權對抗商標權。

以「Lalu」案為例，涵碧樓業已於九十二年取得商標權，但邵族人於一一一年才取得專用權，依法條文義解釋，邵族人自無法以後取得在後的專用權對抗涵碧樓，且第 15 款屬於相對不可註冊事由，涵碧樓之「Lalu」商標評定之除斥期間早已逾越，因此在現行法無明文之情形下，邵族人無法藉此撤銷涵碧樓之「Lalu」商標。

本文認為，評定有時間限制屬於法安定性中所必要之考量。惟傳智條例乃新興立法，專用權之取得會較商標權更晚，且取得時通常已逾越五年的評定除斥期間，以現況而言應屬常態。如此一來，對原住民族之保障實難謂周全。

過去「賽德克·巴萊」商標案中，智慧局在魏德聖自請撤銷商標後，在《商標違反公共秩序善良風俗審查基準》中，將「賽德克·巴萊」列為違反公序良俗之案例。其理由為：「賽德克·巴萊」係賽德克族人神聖的自稱及其文化象徵，第三人以「賽德克·巴萊」申請商標註冊，作為商業上之使用，明顯衝擊賽德克族傳統的文化價值，且形同剽竊賽德克族人的文化成果，應不得註冊。

⁵⁴ 馬鈺婷，從財產權理論看我國原住民族傳統智慧創作之審查實務，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，二〇一九年，頁 48-49。

⁵⁵ 因此，似應可以推知，縱使魏德聖不主動撤銷商標，智慧局亦得因利害關係人申請評定，撤銷「賽德克·巴萊」商標；又違反公序良俗則屬於絕對不得註冊事由，因此提出評定並無時間限制。

依智慧局之見解，「Lalu」為邵族人心目中祖靈最高聖地，與「賽德克·巴萊」對於賽德克族人之重要性應可等價齊觀，因此邵族人似可援用第 7 款向智慧局申請評定，撤銷涵碧樓商標。惟本文認為，適用第 7 款妨害公序良俗此一不確定法律概念時須特別謹慎，否則恐有認定過於寬泛、濫用裁量之嫌。

更重要的是，果子電影公司最後亦選擇退讓，自行撤銷註冊。然涵碧樓至今仍表示「The Lalu」商標權為合法取得，未來實務對此究竟會如何發展，仍有待後續觀察。

肆、結論

一、傳智條例名稱建議修改

以形式問題而言，「原住民族傳統智慧創作保護條例」的法規名稱有名實不符之嫌，對此宜作修正。國際間就此議題認為係對於原住民族傳統文化表達之保護，而傳智條例的保護客體亦已不限於「智慧創作」本身，則創作一詞在法規文字中即有誤導之嫌，也會使得保護標的過於狹隘，故參酌國際立法例，將其更正為「文化表達」為妥。

二、登記與審查制度的檢討—建議廢除登記制度

就登記制度與審查標準中，本文認為基於保障原住民族文化權，以及尊重民族自決權之考量，登記制度不宜存在。從一九八〇年代開始，原住民族權益問題始受到關注，在 86 年的憲法修正中，確立了原住民族條款中的集體權地位。⁵⁶一一〇年的釋字 803 號中，大法官引用公民政治權利公約，⁵⁷認為原住民族認同並遵循傳統文化生活之權利，為維護原住民之人性尊嚴、文化認同、個人文化主體性及人格自由發展之完整，進而維繫、實踐與傳承其所屬原住民族特有之傳統文化，以確保原住民族文化之永續發展認同並遵循傳統文化所必要，首次肯認了原住民族文化權利為憲

⁵⁵ 商標妨害公共秩序或善良風俗審查基準，頁 6

⁵⁶ 蔡志偉(Awi Mona)，從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展，國立臺灣大學法學論叢，40 卷特刊期，二〇一一年十月，頁 1512。

⁵⁷ 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。」聯合國人權事務委員會就上開公約所作之第 23 號一般性意見第 7 點：「關於第 27 條所保障的文化權利的行使，委員會認為，文化本身以多種形式表現出來，包括與土地資源的使用有聯繫的特定生活方式，原住民族的情況更是這樣。這種權利可能包括漁獵等傳統活動和受到法律保障的住在保留區內的權利。為了享受上述權利，可能需要採取積極的法律保障措施和確保少數族群的成員確實參與涉及他們的決定。」以及經濟社會文化權利國際公約第 15 條第 1 項規定：「本公約締約國確認人人有權：（一）參加文化生活；（二）享受科學進步及其應用之惠；（三）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。」

法所保障的基本權；⁵⁸在釋字803之後，近年也有不少以原住民權利為主體的憲法法庭判決，均做出了有利於原住民族之判決。可見我國司法實務中，對原住民族權利採取更加開放的模式以落實對原住民族的保障。對原住民族而言，登記制度既不屬於其固有制度，且亦會課予其更重的負擔，因此基於保護原住民族文化權的立場，實不宜採取登記制度。

退一步言之，即便立法者基於其他考量，認為不宜遽廢除登記制度，就登記制度之審查標準，參考國際立法例，仍有修正之必要。

在不廢除登記制度的前提下，審查標準與原住民族是否能夠享有文化權利相關，因此，逕以辦法規定一切審查標準並不妥適，如果要制定審查標準，宜與國外立法例相同，審查標準應以法律為之，縱使欲採法規命令概括授權，也應先劃定授權範圍，例如將原創三性的規定挪移至傳智條例，至於原創三性之細節才可委由法規命令訂定。況且，釋字803對原住民族文化權利採取中度審查標準，可見對原住民族權利問題理應更慎重。

三、合理使用的檢討—建議以法律明文建立合理使用判斷標準

針對合理使用的問題，傳智條例未有法律明文，以致實務對合理使用之標準各自解讀，宜檢討之。本文認為合理使用之標準應以2019草案條款為本，先劃出不得主張合理使用的文化表達區塊，而就剩餘之部分，依照該使用是否有商業性、是否可能造成原住民族文化上的貶損，判斷能否構成合理使用。

四、專用權之競合

最後，就權利競合之問題，本文認為依照傳智條例現行條文，專用權之取得不影響既有取得之其他權利，惟在其他權利侵害專用權時，仍應負擔相關法律責任。此議題實務仍有很大的發展空間，值得觀察。

五、傳智條例與對原住民族權利之未來展望

如何增進原住民族的權利、如何協助原住民族的轉型正義，在我國一直以來都是不斷被討論的議題。傳智條例作為一部保護原住民族權利的新興立法，立意良善卻難免有些不足，隨著年代發展或許未來能夠發現更多可以改善之處。

無論如何，能夠重視原住民族權利就是一件好事，法規能做的事情終究有其界限，如何培養社會大眾，特別是政府機關、企業對原住民族的尊重意識，不要主動做出侵害原住民族權利的行為才是更重要的，期許我國在不久的將來對原住民族保護能夠更趨完善。

⁵⁸ 釋字 803 號理由書