

# 國立交通大學

科技管理研究所

博士論文

原住民族傳統智慧創作專用權之法學實證研究

Empirical Legal Study on the Right of the  
Traditional Cultural Expressions of Indigenous Peoples

研究生：林三元

指導教授：劉尚志 博士

王敏銓 博士

中華民國一〇一年八月

原住民族傳統智慧創作專用權之法學實證研究  
Empirical Legal Study on the Right of the  
Traditional Cultural Expressions of Indigenous Peoples

研究生：林三元

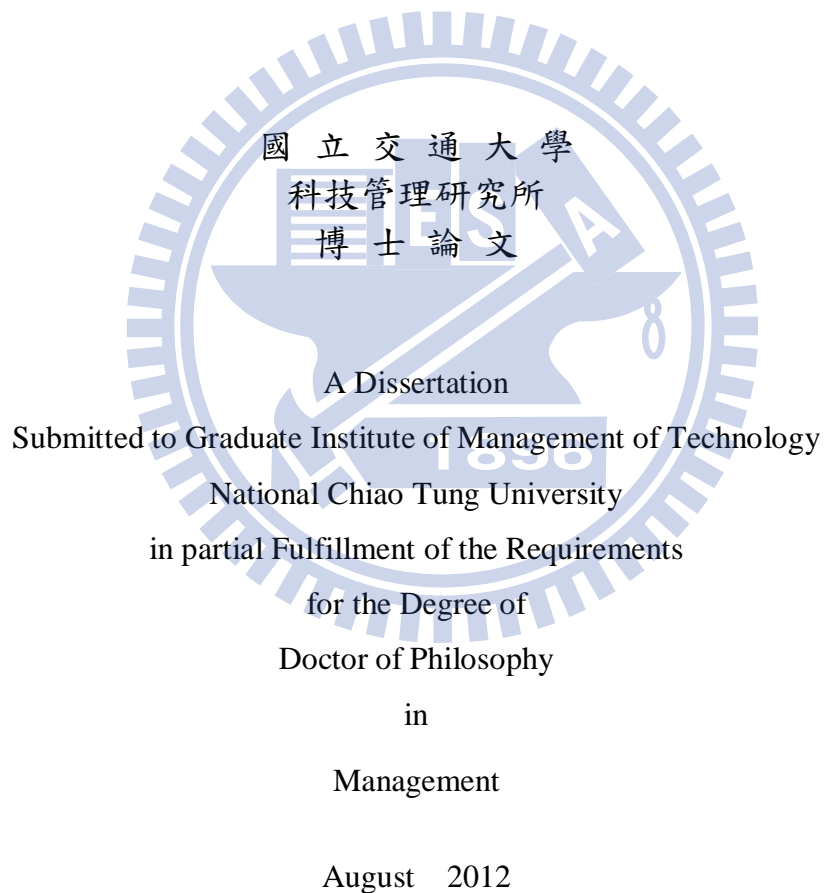
Student : Lin, San-Yuan

指導教授：劉尚志博士

Advisor : Dr. Liu, Shang-Jyh

王敏銓博士

Dr. Wang, Min-Chiuan



Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國一〇一年八月

# 原住民族傳統智慧創作專用權之法學實證研究

研究生：林三元

指導教授：劉尚志博士  
王敏銓博士

國立交通大學科技管理研究所博士班

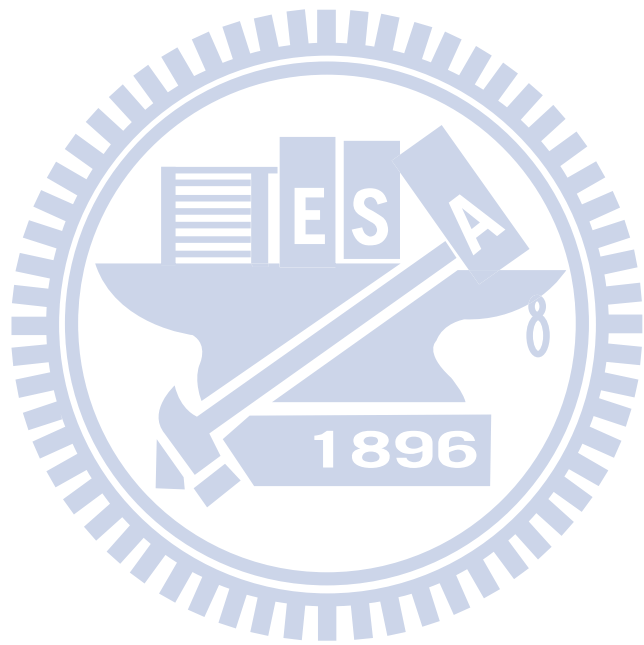
## 摘 要

「原住民族傳統智慧創作保護條例」立法通過，再經主管機關訂定相關施行細則之後，依規定取得智慧創作專用權之原住民族或部落，就主管機關認定並經登記之智慧創作，即得主張「智慧創作專用權」（智慧創作財產權及智慧創作人格權）。而原創條例賦予智慧創作專用權之權能，包括了所有權之積極權能：「使用、收益」，以及消極權能：「排除侵害」。則從憲法釋義學及大法官會議解釋之觀點而言，智慧創作專用權應屬憲法第 15 條之財產權類型之一。可見原創條例將原本一般人可以自由接近、使用之原住民族傳統文化表達，納為法律保護之客體，進而創設了新型態之財產權。

學理上對於實體財產權或智慧財產權之討論，已累積了相當可觀之成果，但對於原住民族特殊權利的論述則屬新興的領域，仍有待各方深入研究。由於缺少關於智慧創作專用權之學理探討，在比附援引的因襲之下，如果將專用權類比為實體財產或智慧財產，並借用相關之理論，用以理解或判斷關於原住民族智慧創作專用權之權利內涵，可能導致錯誤的判斷。

本論文以法學實證研究之取向，透過質性訪談資料分析程序——編碼（coding），嘗試從資料中建立智慧創作專用權之正當性論述。本論文認為，原創條例之立法目的之一在於「**保護原住民文化**」，對於智慧創作專用權之理解，必須立基於原住民族文化，而文化所涉及的深層意涵在於「他、我的區辨」。當原住民族致力於尋找族群之間的文化區辨時，法律規範（原創條例）設計，必須能夠協助原住民族在法制基礎上，建構民族認同的基礎，重現「**文化主體性**」。此外，立法保護原住民族智慧創作的同時，亦必須兼顧社會大眾接近原住民族文化，使各個族群有「相互結識」的機會，才能達到原創條例另一個立法目的——「**促進原住民族文化發展**」。而從原住民族分享的民族性出發，將「**文化外溢**」之效果視為智慧創作專用權之本質，始屬符合原創條例之規範精神。

關鍵字：傳統智慧創作、專用權、文化外溢、文化主體性、法學實證研究。



# **Empirical Legal Study on the Right of the Traditional Cultural Expressions of Indigenous Peoples**

Student : Lin, San-Yuan

Advisors : Dr. Liu, Shang-Jyh  
Dr. Wang, Min-Chiuan

Graduate Institute of Management of Technology  
National Chiao Tung University

## **Abstract**

Under the Protection Act for the traditional intellectual creations of indigenous peoples and the regulations issued by the competent authority, specific aboriginal groups or tribes shall obtain the right of the traditional cultural expressions (TCEs) from the date of registration. The content of the right of TCEs includes licensing others to use such expressions and, in the case of infringement, demanding the infringer to remove it, where there is likelihood of infringement, a demand may be made to prevent such infringement. That is to say that the right of the TCEs is a whole new type of property right. Moreover, it forbids people to access the TCEs of indigenous peoples and perhaps scales down the public domain.

In order to elaborate this new type of property right correctly and to ward off mistakes in understanding the right of TCEs, this dissertation would like to bring up the justification for protecting the TCEs of indigenous peoples. To establish the theory, this dissertation will apply the methods of empirical legal study to the subject, which is to say that the theory is rooted on the material of interviewing the participators who are aboriginal cultural workers.

This dissertation will argue that the first justification for protecting TCEs is to build up the subject position in cultural expressions of indigenous peoples that would distinguish TCEs from the main stream culture. In the next place, based on the inherent sharing culture, we should value the spillover of TCEs instead of collecting all the benefits of it, which will conform to the spirit of indigenous peoples in Taiwan.

Keyword: Traditional Cultural Expressions (TCEs), Traditional intellectual creations, the right of the TCEs, Cultural spillover, Subject position in cultural expressions, Empirical legal study



## 誌 謝

有幸進入交大科法所博士班就讀，而且能在修業年限將屆滿之際順利完成論文，除了要感謝科法所每一位師長的用心教導，每一位助理的貼心幫忙之外，對於我的指導教授劉尚志老師，內心更是充滿無限的感恩之情。劉老師總能從跨領域、科際整合的觀點，投射到具體的法學議題，老師對於法律實際運作的深刻描繪，引領我跳脫法律文義解釋的框架，讓我體會如何從不同的面向理解法律，最後才能完成博士論文。我的共同指導教授王敏銓老師，除了在知識的追求上，一直是我學習的榜樣之外，在論文的寫作過程中，王老師更是不時地提醒我應該注意的論述。最讓我感動的是，王老師在指導論文的同時，也經常為我禱告，希望我能早日完成論文，這本論文能夠完成，相信是來自於王老師的虔誠祝禱。

在論文口試的過程中，除了感謝指導教授提出許多寶貴意見之外，我也要對論文口試委員：臺灣大學法學院院長蔡明誠教授、台英國際商務法律事務所主持律師羅明通博士、行政院原住民族委員會主任委員孫大川老師，表達最深的謝意。蔡老師受原民會委託，完成原創條例草案內容，乃原創條例之權威學者，口試過程中，老師提出許多精闢的觀點，讓我的論文內容更加完整。羅老師除了有豐富的實務經驗外，在文化財產權方面的論述著作等身，老師對於論文架構、內容以及論述方式的指正，深具啟發。孫主委長期以來關心原住民族之發展，在繁忙的公務中，應允擔任口試委員，且在口試時提出文化觀點的針砭，讓我更加體會到法律與文化的互動關連，也鼓舞了我將來繼續為原住民族權益盡一份心力。

能夠完成博士論文，我要感謝每一位參與研究的原住民文化工作者，因為你們的慷慨賜教，才能提供豐富的文本資料。而許多精采的訪談內容，更是超越了書本中的理論敘述，讓我體會到，在田野調查中，尋找知識所在的樂趣。我要特別感謝布農族好友田秀琴，透過秀琴的介紹與引薦，順利訪談多位原住民朋友。而在進行訪談期間，秀琴夫妻不辭辛勞地陪我走訪部落，令人感動！讓我印象深刻的是，和秀琴全家人在都蘭民宿享用早餐的時候，面對太平洋，聽著他們全家用布農族語聊天的當下，有一種置身異國的美感，這也讓我更加堅信，建構多元文化法律制度，避免原住民族文化流失的必要性！

智慧財產法院蔡惠如法官、國際通商法律事務所宋皇志律師、最高行政法院陳國成法官、經濟部智慧財產局著作權審議及調解委員會章忠信委員、瑞智法律事務所陳群顯律師、中壢敏盛醫院院長／建業法律事務所律師蘇嘉瑞先生，都是我敬重的先進。就讀博士班期間，因為有一群學驗俱佳的同學互相砥礪，讓我從中獲益匪淺。我要特別感謝智慧財產法院蔡惠如法官，惠如與我在司法官訓練所學習時即已熟識，因為她的無私傾囊相授，協助我順利考取博士班，就讀博士班



期間，因為惠如的鼓勵與分享，讓我可以一步一步完成學業。而當我正在苦惱口試委員聯繫事宜的時候，惠如的一通電話化解所有問題，感激之情，溢於言表！

完成論文初稿後，接著準備進行口試事宜，得力於交大科法所碩士班多位同學的協助。佩珊在口試時幫忙備妥會場設備、記錄口試委員的重要意見；師敏、思伶、捷如、灝凌、采蓉共同進行論文初稿的校對與編排，因為你們的幫忙，才讓口試可以順利完成。口試之後修改論文，勞煩采蓉再次商請同學進行送印前的編輯排版，為這本論文的誕生，畫下完美的句點，真的非常感激你們的鼎力相助。

感恩我的父母，沒有你們的撫育，就沒有今天的我。雖然父親來不及看著我長大，就已離開人世，但我相信您在天之靈，仍會以我為榮。在母親的世界裡，沒有職業貴賤之分，我永遠記得考上司法官的時候，告訴她我要當法官了，母親回答我：「做官？做胥啦！」（台語）但是我的表現，一直讓她在同儕之間「很有面子」（法官的媽媽喔）！我也要感謝我的岳父母，謝謝您們放心地將兼具美麗與智慧的女兒嫁給我，讓我沒有後顧之憂，完成我的夢想。我要特別謝謝我的岳母陳鬢女士，沒有您當年的力挺，我不可能進入法律系就讀，沒有您默默的支持，我不可能遠赴英國留學，沒有您無聲的鼓勵與相信，我更不可能完成博士學位。在您身上，我學會什麼是真正的付出，真的很感謝您，下輩子如果有機會，讓我從「半子」升格為「兒子」吧！

最後，我要感謝最親愛的妻子與兒子們！青霞（她姓何，別誤會）當年「下嫁」與我，不知跌破多少人的眼鏡。我也一直告訴自己，要用一生守護她、照顧她，但是結婚二十幾年來，我發現是她在守護我、照顧我，讓我可以朝著自己的夢想前進。結縭至今，經常分享彼此工作上、生活上的喜怒哀樂，回到家可以忘卻所有的壓力與不愉快，我們構築了真正的避風港，也給兒子們一個溫暖的窩。如果沒有妳一同打造這個家，我不可能考取司法官、出國留學、完成博士學位。謝謝妳，親愛的妻子！而三個懂事與可愛的兒子——洪異、洪寬、洪邦——永遠是我最佳的動力補給站、家裡的快樂泉源。你們總能做好分內的工作，不必父母操心，兄弟之間和樂相處、歡笑滿溢，謝謝你們為家裡帶來的一切，我永遠以你們為榮！

最後，我想引述陳之藩在「謝天」一文的名言，作為博士論文的最後一個註腳：「無論什麼事，得之於人者太多，出之於己者太少。因為需要感謝的人太多了，就感謝天罷。」謝謝大家！

林三元 2012.8.2 于台中

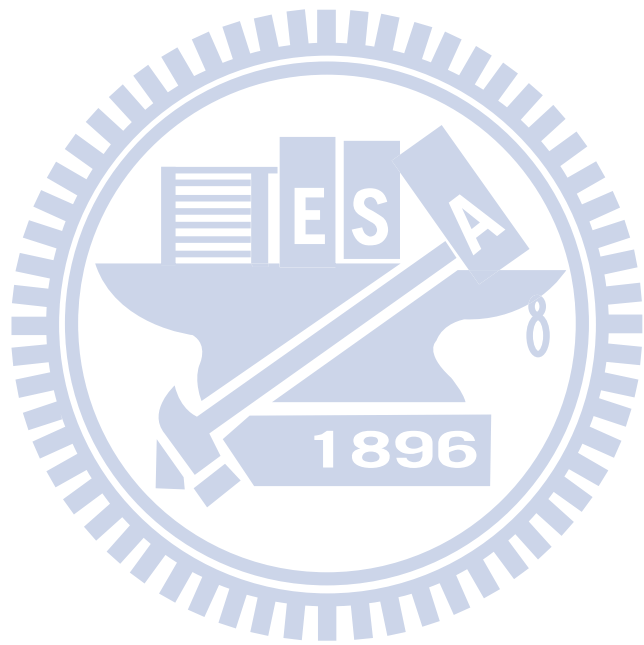


# 目 錄

摘要.....	I
誌謝.....	V
目錄.....	VII
圖目錄.....	XI
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究問題.....	7
第三節 研究目的.....	7
第四節 論文架構.....	9
第二章 智慧創作專用權之財產權屬性與相關文獻探討.....	13
第一節 資源配置、財產制度與原住民族智慧創作.....	14
第一項 制度、法律與財產權.....	16
第二項 財產權之內涵.....	19
一 法律規範與財產權.....	20
二 人類學觀點的財產權內涵.....	23
三 供需法則、交易成本與財產權.....	25
第三項 原住民族傳統智慧創作專用權之財產權屬性.....	27
第二節 財產權、公共領域與圈地運動.....	32
第一項 公共領域與原住民族傳統智慧創作.....	32
一 公共領域之意義與發展.....	32
二 宿存在公共領域中的原住民族傳統智慧創作.....	38
第二項 私有財產制度與圈地運動.....	39
一 資源配置與圈地運動.....	40
二 原住民族傳統智慧創作與圈地運動.....	45
第三節 財產權之正當性判斷理論與智慧創作專用權.....	46
第一項 勞動理論.....	47
第二項 效用主義理論.....	50
第三項 人格理論.....	52
第四項 社會計畫理論.....	54
第五項 簡評.....	57
第四節 多元文化的面貌——原住民族傳統習慣與現行法制.....	59
第一項 原住民政策之實證研究.....	59
第二項 原住民族傳統習慣之調查整理及評估納入現行法制之研究.....	60
第三項 簡評.....	62

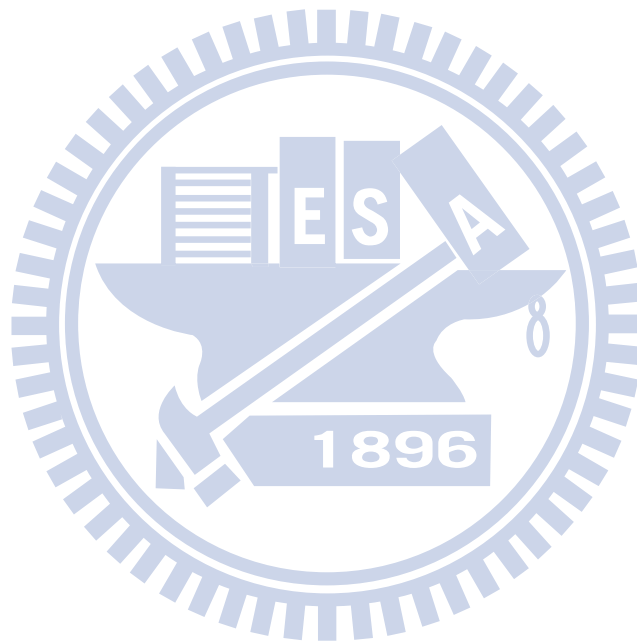
第五節 小結.....	63
第三章 研究方法與過程.....	65
第一節 方法論與方法.....	65
第二節 原住民法律議題之研究方法.....	66
第三節 向來之法學研究方法.....	67
第四節 質性研究的典範.....	67
第一項 資料蒐集方法.....	69
第二項 訪談對象的選擇與規模.....	72
第三項 資料分析.....	77
第五節 質性研究之評價標準與研究倫理.....	78
第一項 質性研究之評價標準.....	79
第二項 研究倫理.....	79
第四章 實證資料分析與發現.....	83
第一節 受訪者之基本資料.....	83
第二節 研究發現.....	85
第一項 對「原創條例」之期待與不安.....	86
一 當「現代法律」遇見「傳統事務」.....	87
二 「文化發言權」的競逐.....	89
三 商業利益分配的疑慮.....	90
四 「以法之名」的迷思.....	92
第二項 原初與新創的混淆.....	93
一 被忽略的法律規範.....	93
二 劃定權利界線的困難.....	95
三 文化基因工程的重要.....	96
第三項 權利主體與權利客體的不確定性.....	99
一 禮失求諸野：專家在哪裡？.....	100
二 權利主體的衝突：族群與部落的整合.....	101
三 權利客體的爭議：你的傳統或我的智慧？.....	106
第四項 重現文化主體性.....	110
一 法律之外的文化保存機制.....	111
二 文化一致性與差異性.....	113
三 非營利的文化推廣.....	115
四 文化商品化的爭議.....	118
五 原住民族的文化身分.....	122
第五項 文化表達之保護與外溢.....	126
一 分享的民族.....	127

二	專用的爭議 .....	130
三	文化外溢與權利保護 .....	131
第六項	規範衝突與原住民族自治 .....	139
一	傳統的規範力量——「老人家說的話」 .....	139
二	「沒有文字」的傳統法律制度 .....	142
三	現代法律制度與主流文化的入侵 .....	145
四	國家法制下的部落傳統規範 .....	148
五	立基於部落的多元文化自治 .....	151
第三節	小結 .....	161
第五章	結論 .....	165
第一節	研究心得 .....	165
第一項	法學研究方法之再思考 .....	165
第二項	智慧創作專用權之正當性判斷理論 .....	166
第三項	體現原住民族文化自治之精神 .....	167
第二節	後續研究 .....	168
第三節	研究建議 .....	169
第一項	從禮俗社會到法理社會：給原住民族的建議 .....	169
第二項	包容異質文化所形成的差異：給主流社會的建議 .....	170
第三項	智慧創作專用權效益極大化：給主管機關的建議 .....	173
參考文獻	.....	175
附件一	原住民族傳統知識創作保護條例 .....	191
附件二	立法院議事錄 .....	195
附件三	圈地法案 .....	222
附件四	圈地地圖 .....	223
附件五	受訪者基本資料 .....	224
附件六	研究參與同意書 .....	225
附件七	協助謄寫逐字稿同意書 .....	227
附件八	行政院原住民族委員會辦理部落核定作業要點 .....	229
附件九	行政院原住民族委員推動原住民族部落會議實施要點 .....	231
附件十	信義鄉潭南村部落會議開通知單 .....	234
附件十一	99 年度雙龍部落議會第二屆第十二次會議紀錄 .....	236
附件十二	99 年度雙龍部落議會第二屆第十三次會議紀錄 .....	237
附件十三	達瑪巒（地利村）部落 99 年度第十次部落會議會議紀錄 .....	240



# 圖目錄

圖一：財產權之類型.....	6
圖二：智慧創作專用權.....	31
圖三：圈地運動之歷史進程.....	46
圖四：現有財產權理論與智慧創作專用權.....	58
圖五：文化主體性與文化外溢.....	163
圖六：內化外部性之侷限.....	166
圖七：智慧創作專用權之正當性判斷.....	167



# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機

在國際趨勢推波助瀾以及官方與民間的努力之下，歷經多年折衝，攸關原住民族文化資產保護法制，以及一般人民對於文化素材接近、使用權限的重要法案——原住民族傳統智慧創作保護條例（以下簡稱原創條例），終於在「單一選區，兩票制」的新國會產生之前，由立法院三讀通過<sup>1</sup>，並經總統於民國 96 年 12 月 26 日以華總一字第 09600175601 號公布<sup>2</sup>。可惜的是，這個條例似乎沒有引起法學界太多的關注與討論。但是，當媒體以「盜用原民圖騰，最重罰六百萬，服飾歌曲舞蹈，都受新法規範」的標題以及極少篇幅介紹這個條例時<sup>3</sup>。從公眾接近、使用原住民族文化的角度觀察，不禁讓人聯想到，如果年輕學子在營火晚會手拉著手，身著原住民傳統服飾，並哼唱著熟悉的山地情歌時，是否也受到新法的規範？他們在舉辦營火晚會之前，是否要事先取得授權或同意？

從另一個面向思考，在主流文化強勢覆蓋之下，原住民族文化逐漸流失，猶如「瀕臨絕種」的文化，亟需法律制度介入保護。例如：原住民族舉辦豐年祭時，歌謠和舞蹈是祭典中兩大重要元素。以往部落豐年祭都有專人領唱歌謠，但隨著歲月飛逝，領唱人才凋零，竟然逐漸以錄音帶或光碟取代之。72 歲的阿美族耆老笛布斯，從 16 歲起就在阿美族部落豐年祭中領唱。笛布斯說她當初是向曾祖母學唱，這些傳統歌謠都是長輩代代相傳下來。在豐年祭時，現場領唱配合舞蹈讓部落的人一起分享豐收的歡樂氣氛。然而，現在領唱人逐漸凋零，改用錄音帶代替，豐年祭的氣氛當然不若領唱人帶動一般熱絡。因為傳統上領唱人會視現場氣氛和狀況，變換豐富多元的節奏和旋律，如同現場演唱會一樣，這是科技（錄音帶、光碟）無法帶來的效果，傳統領唱的歌謠文化陷入流失危機<sup>4</sup>。又如，台東縣成功鎮都歷部落阿美族 81 歲「棉花婆婆」廖菊妹，是全縣唯一還會採收棉

<sup>1</sup> 另一個與原住民族權益相關的重大法案：「原住民族傳統生物多樣性知識保護條例草案」，立法院內政及民族委員會於 96 年 11 月 26 日，第 6 屆第 6 會期第 7 次全體委員會議則決議：「另定期舉行會議，繼續進行逐條討論」，未能立法通過。請參見立法院公報，第 96 卷第 84 期，立法院第 6 屆第 6 會期內政及民族委員會第 7 次全體委員會議紀錄，頁 7-12，2007 年 12 月。

<sup>2</sup> 「原住民族傳統智慧創作保護條例」請參見附件一；立法院院會紀錄，請參見附件二。

<sup>3</sup> 蘋果日報 A10 版，2007 年 12 月 8 日，亦可見蘋果日報網站：

<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20071208/30052000>（最後點閱時間：2010 年 8 月 4 日）。

<sup>4</sup> 劉嘉泰，「豐年祭領唱人凋零，錄音帶代勞」，中央社新聞網：

<http://www.mysuper.com.tw/simple/?t51595.html>（最後點閱時間：2010 年 8 月 4 日）。

花、做棉線、織傳統棉衣的人。她說從捻、集棉線到完成一件衣物，耗時 1 年左右的時間。廖菊妹從小跟著母親學習手工藝，13 歲開始學做棉線、紡織衣物。因為學習阿美族傳統棉衣製作技法，必須耗費相當的時間與精神。她感嘆地說，年輕人沒耐性，手藝恐怕失傳<sup>5</sup>。

由此可見，以法律規範保護原住民族傳統文化表達，面臨了「公共領域」(public domain) 縮減<sup>6</sup>，以及「原住民族權利保護」的兩難問題。詳言之，在欠缺法律賦予之排他性權利之前，任何人均得以自由接近、使用原住民族之傳統文化表達，並得基於該文化表達再為新的創作，無庸取得特定原住民族或部落之同意或授權。且於使用原住民族文化表達時，亦不必表示該文化表達所屬之特定族群或部落。更有甚者，使用者如果以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變原住民族文化表達之內容、形式或名目，亦無任何法律規範得以禁止。是以，在原創條例制定通過之前，原住民族傳統智慧創作，均宿存在公共領域中，成為整個社會免費文化素材的供應者。

然而，在原創條例制定通過，相關施行細則訂定之後，依規定取得智慧創作專用權之原住民族或部落，就主管機關認定並經登記之智慧創作，即得主張智慧創作專用權（智慧創作財產權及智慧創作人格權）。而原創條例賦予智慧創作專用權之權能，包括了所有權的積極權能：「使用、收益」，以及消極權能：「排除侵害」。則從憲法釋義學及大法官會議解釋之觀點而言，智慧創作專用權應屬憲法第 15 條之財產權類型之一。由此而論，原創條例將原本一般人可以自由接近、使用的原住民族文化素材，納為法律保護的客體，進而創設了新型態的財產權。

我國憲法第 15 條規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」足見對於財產權之保障亦屬基本人權之一。但相較於人身自由、言論自由等基本權，對於財產權內涵的闡述，向來缺少深入的探討。然而，現代民主社會的政經結構，均是建立在私有財產制度之上，財產制度如何設計、財產權範圍如何界定，必定影響社會資源的配置與使用，進而影響個人及其家庭之生存與發展<sup>7</sup>。對於財產權相關議題的討論，法學者實有深入研究的必要。

---

<sup>5</sup> 李蕙君，「『棉花婆婆』捻集棉線織衣 台東縣唯一」，聯合新聞網：

<http://udn.com/NEWS/DOMESTIC/DOM1/7007388.shtml>（最後點閱時間：2012 年 4 月 5 日）。

<sup>6</sup> 楊智傑，「原住民傳統文化表達之保護模式比較與建議」，國立中正大學法學集刊，第 30 期，頁 49（2010）。

<sup>7</sup> Bruce L. Benson, *The Spontaneous Evolution of Cyber Law: Norms, Property Rights, Contracting, Dispute Resolution and Enforcement without the State*, 1 J. L. ECON. & POL'Y 269, 272 (2005).



我國法制關於財產制度之規定，應以民法物權編之內容最為完整。物權編對於不動產物權之取得方式，係採「登記生效要件主義」；對於動產物權，則規定以占有之方式，表彰對於動產之所有權。上開法律規定皆是為了使財產權的範圍——即權利歸屬——明確，避免紛爭產生，或是於紛爭產生時，能以較低的成本解決紛爭<sup>8</sup>。再者，從經濟學「創造資本，累積財富」的角度著眼，建立合理的財產權制度，更是將資產轉化為資本的重要過程<sup>9</sup>。由此可知，憲法上對於財產權保障之對象與範圍為何，以及具體法律規定如何界定財產權之內涵，均屬重要議題。

值得注意的是，司法院大法官會議，針對「促進產業升級條例第 16 條第 3 款規定，公司以未分配盈餘增資轉投資於同條例第 8 條所規定之重要事業者，其股東因而取得之新發行記名股票，免予計入該股東當年度綜合所得額」之爭議，作成釋字第 606 號解釋<sup>10</sup>。其中大法官許宗力、余雪明、曾有田、林子儀，提出之協同意見書認為：「本案所涉及之股東租稅緩課利益，係政府為促進產業升級所選擇之一種手段，如前述，乃係經由立法創設並給予符合法定要件者之一種財產利益。究其性質，應屬政府基於國家目的或一定財經政策之考量，所給予之一種優惠。其與經由個人勞力或資本運用所獲之傳統財產權，固有不同，惟該優惠之給予與否，仍涉及社會財富的分配，影響個人財產利益，應受憲法一定程度之保障，以防止政府不當之任意授予，或任意取銷或剝奪」<sup>11</sup>。

依該協同意見書註 6 所述，上開意見係引自美國 Charles A. Reich 教授於 1964 年提出之「新財產權」論 (The new property)<sup>12</sup>。Reich 教授提出上述見解，係因 60 年代美國社會進入了政治、知識與社會的轉變時代。但部分法學者認為，法律仍然可以在社會、文化體系之外自主運作。因而形成了美國社會、文化在改變，但是法學院仍然停留在舊有的規範之下的特殊現象。再者，因為越戰、種族，甚至同性戀等問題，60 年代之法學院學生開始懷疑生存的目的，以及 50 年代所認為的「好生活」的標準。他們認為所謂客觀、自主的法律，均無法解決上述問題。過去的基本權利理論 (fundamental rights theories) 無法在價值混亂的年代指

---

<sup>8</sup> Stewart E. Sterk, *Intellectualizing Property: The Tenuous Connections Between Land and Copyright*, 83 WASH. U. L. Q. 417, 431-32 (2005).

<sup>9</sup> 赫南多·德·索托著，王曉冬譯，資本的秘密，頁 62-63 (2005)。

<sup>10</sup> 關於釋字第 606 號解釋之評析，請參見盛子龍，「潘朵拉的盒子——釋字第 606 號解釋簡評」台灣本土法學，第 79 期，頁 280-283 (2006)。

<sup>11</sup> 司法院大法官釋字第 606 號解釋。

<sup>12</sup> See generally, Charles A. Reich, *The New Property*, 73 YALE L. J. 733 (1964).

出何種權利是基本的。再加上羅斯福新政之後，在甘迺迪與詹森的年代，政府成為主要之權利與財富來源。政經局勢的轉變，促使法學界的思辯，進而提出了多樣性的法學思潮，試圖打破傳統法學所定義的理論，此即後現代主義法學的發展（postmodernism）<sup>13</sup>。

Reich 在上述美國文化、社會背景之下，發表了「The New Property」一文，試圖建立以權利為基礎之新法學，解釋政府力量如何管制現代官僚體系所創設之「新型態財產權」。他強調政府成為巨大的虹吸管（gigantic syphon）吸納了資源，並注入了財富，例如：金錢、利益、服務、契約、特許權以及營業執照。伴隨著特殊的法律體系，政府與人民之間產生了廣泛的依存關係。而因此產生之法律上權利（legal entitlement），展現了傳統財產權之功能。此種因為政府與人民之特殊關係，所發展而成的法律上權利，Reich 稱之為「新財產」（New Property）。Reich 認為傳統財產權的概念，可以區分公私領域，政府如要進入私人領域必須有合理的緣由。但是在新財產權的關係下，傳統財產權的觀念已無法處理公私領域之界線。Reich 因此強調，法律必須保護新財產權之利益，並且因應這些改變，發展「新財產法學」（New Property Jurisprudence）<sup>14</sup>。換言之，Reich 認為，在現代福利國家之下，政府所創造並賦予個人之財富，實為個人財富的主要來源。為了保障人民權利，尤其是對需要政府給予福利之經濟弱勢者的權利，Reich 主張這些政府給予人民的優惠，不能再視為一種可以任由政府予取予求恩惠，而應將之視為一種受憲法所保障之財產利益。美國最高法院在 *Goldberg v. Kelly* 一案，似乎也呼應了 Reich 的對於新財產的看法<sup>15</sup>。

由於我國目前的政經形勢，與美國 60 年代截然不同，大法官將美國 60 年代特有之社會文化背景下，由學者提出之財產權概念，援引為協同意見之解釋理由，是否有「橘逾淮而為枳」之疑慮，仍有討論之空間。但是，由上述大法官提出之協同意見可以肯認，「財產權」之意涵與範圍，應該隨著社會經濟狀況、政府施政作為而有所改變。如同前述解釋理由書所提及，經由政府所創造並賦予個人財富之「新財產權」，應有別於經由個人勞力或資本運用所獲取之「傳統財產權」<sup>16</sup>。

---

<sup>13</sup> GARY MINDA, POSTMODERN LEGAL MOVEMENT: LAW AND JURISPRUDENCE AT CENTURY'S END 62-80 (1995).

<sup>14</sup> *Id.* at 69-70.

<sup>15</sup> 美國最高法院於該案中認為，人民接受政府社會福利補助，乃屬一種財產上之利益（property interest），政府如欲終止該補助，必須依據正當法律程序（due process）為之，始能認為合憲。  
*See* 397 U.S. 254 (1970).

<sup>16</sup> 其實，現代社會的許多財產都是政府創造出來的，這些東西根本不會再魯賓遜（Robinson

對於財產權內涵的爭辯，除了上述「新財產權」的議題之外，關於智慧財產權體系的論戰，更是從 17、18 世紀迄今，仍然受到各方的重視。尤其是在資訊科技發達，網路溝通普及的「數位時代」(digital era)，對於智慧財產權的認識，自應不同於向來對於不動產或動產等有體物的理解。因為相較於有體財產，智慧財產權的權利範圍有著極大的不確定性。例如美國在 1914-1940 年之間，為了廣播電台播放音樂著作之權利歸屬問題，以及電影著作的公開演出權利，相關團體在著作權法的修正過程中，不斷透過各種方式，試圖主導法律的修正，並從中獲取較大的市場利益，正是因為智慧財產權，權利種類與權利範圍不確定的必然現象。又如網際網路發達之後，對於智慧財產權所產生影響，亦引發了許多如何保護智慧財產權之討論<sup>17</sup>。可見，一旦因為創新發明之權利涉訟時，法院亦不易判斷權利歸屬，耗費其中的訴訟成本與司法資源，可能稀釋了創新發明原本為社會帶來的效益<sup>18</sup>。

從「有體財產權」、「智慧財產權」，乃至於 Reich 教授所提出之「新財產權」，我們不僅看到了立法者試圖建構有效率的資源分配制度，也觀察到不同的權利客體（有體物、人類智慧、政府力量）有著不同的財產權理論。但以西方資本主義為主流的制度建立過程中，強調財產私有化是對社會資源最有效之利用，幾乎是一種「真理」<sup>19</sup>。

除此之外，從 17 世紀工業革命與西方社會海外殖民開始之後，已經長久生活在一定區域的原住民族，受到外來文化的衝擊之後，他們所擁有的傳統文化正在逐漸消逝之中<sup>20</sup>。為了挽救原住民族傳統文化與知識，1970 年代以後，全球逐

---

Crusoe) 世界中出現。學者因此認為，政府「憑空」創造了許多財產，例如：專利權、著作權、廣播執照、公共運輸許可證等等。請參見 Arthur M. Okun 著，許晉福譯，公平與效率：你必須有所取捨，頁 69-70 (2011)。

<sup>17</sup> JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT 42-45 (2001).關於網際網路對智慧財產權之影響，請參見蔡明誠，「網際網路智慧財產權的問題與展望——以臺灣法律為例」，國立臺灣大學法學論叢，第 30 卷第 5 期，頁 133-173 (2001)。

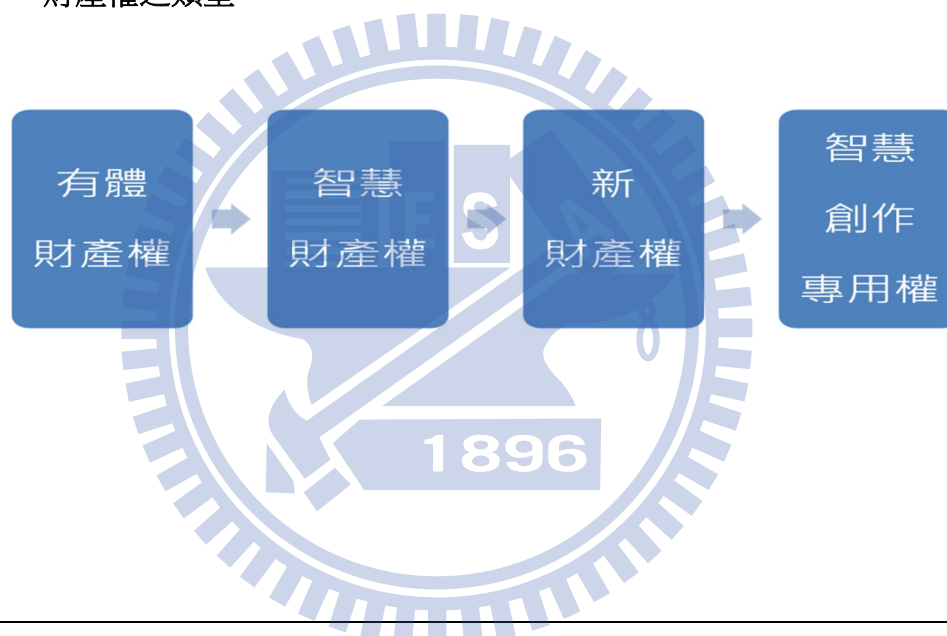
<sup>18</sup> 實體財產的權利範圍原則上均十分明確界線模糊實屬例外；但是在智慧財產權，權利界線模糊則屬常態。請參見 David D. Friedman 著，葉家興譯，經濟學與法律的對話，頁 176-178 (2002)。

<sup>19</sup> 美國學者 Harold Demsetz 與 Robert Ellickson 兩位教授提出的財產權經濟學理論 (economic theory of property rights)，即是強調財產私有化的代表。See NEIL K. KOMESAR, LAW'S LIMITS: THE RULE OF LAW AND THE SUPPLY AND DEMAND OF RIGHTS 126-27 (2001)。

<sup>20</sup> 立法院內政及民族委員會於 96 年 11 月 22 日上午舉行第 6 會期第 6 次全體委員會議，針對「原住民族傳統智慧創作保護條例」進行審查時。立法委員楊仁福表示：「國內原住民族歷經不同

漸出現了「族群復甦」的現象，世界各國也日益重視保留民族文化的呼聲近幾十年來，原住民族在國際法上，也努力尋求對於自己傳統文化的保護<sup>21</sup>。而我國原創條例之規定內容，係以原住民族傳統文化表達作為法律保護之標的，並賦予權利人一定的排他權利，自屬一種有別於現行法律制度的「特殊權利」(sui generis)——「智慧創作專用權」<sup>22</sup>。而此種特殊權利的建立，不僅攸關原住民族文化傳承，更深切影響一般社會大眾接近及使用文化素材的權利，值得關心與探討<sup>23</sup>。進一步而言，當財產權之種類從「有體財產權」、「智慧財產權」、「新財產權」，一直到最新建立的原住民族傳統智慧創作「專用權」(財產權類型如圖一所示)。法律制度究竟如何調整規範內涵？而智慧創作專用權之法理依據為何？均有深入探討之必要，此即本論文之研究動機。

圖一：財產權之類型



政權之變革及統治，原住民族正面臨文化日漸流失之問題，民族命脈受到挑戰的迫切危機；為維護文化多樣性及保護原住民族權益，應以必要的法律規範，加強原住民族特有文化之保存及發展。」請參見立法院公報，第 96 卷第 85 期，院會紀錄，頁 98，2007 年 12 月。

可見原創條例之立法目的之一，是為了避免原住民族文化流失，保存文化之完整性。

<sup>21</sup> See Robert A. Williams, Jr., *Encounters on the Frontiers of International Human Rights Law: Redefining the Terms of Indigenous Peoples' Survival in the World*, 1990 DUKE L. J. 660, 664 (1990).

<sup>22</sup> 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 3 卷第 4 期，頁 11-46 (2010)。

<sup>23</sup> 應加以說明的是，原住民族地位之保障，雖已透過修憲程序，明文記載於我國憲法增修條文，而上開憲法規定對於原住民地位之保障，究竟是一種「基本權利」或「基本國策」？在憲法學者之間，亦有不同的辯證。請參見林明昕，「原住民地位之保障作為『基本權利』或『基本國策』？」，憲政時代，第 29 卷第 3 期，頁 335-358 (2004)。



## 第二節 研究問題

本論文將以原住民族傳統智慧創作所建構之「專用權」為主題，透過學理之探討以及實證研究資料分析，探討下列之問題：

首先，闡述智慧創作專用權之「權利主體」與「權利客體」之認定機制，無法直接套用現有財產權、智慧財產權或新財產權等理論，亦不可以循大法官會議解釋之模式，援引外國理論解決本土議題。因此有必要從原住民族之態度及觀點出發，思考專用權之權利主體與權利客體之認定機制，應基於何種法理而為建構，此為本論文研究問題之一。

其次，智慧創作專用權之制度設計，不僅影響文化資源之配置效率，更左右未來基於原住民族傳統文化表達之創新產出。如何在保護權利之外，避免因為素材供應縮減，導致文化創新產出不足的不利益。讓潛在的創作者，能夠繼續「站在巨人肩膀」(Stand on the shoulders of giants)<sup>24</sup>，開創嶄新的文化資產，亦為本論文研究之問題。

最後，原創條例規範內容是涉原住民族傳統文化表達，而原住民族之各個族群本有其傳統習慣。當國家法制與原住民族傳統規範產生衝突或互斥時，究竟應該如何調整，才能達到原創條例之立法目的——「保護」原住民族之智慧創作、「促進」原住民族文化發展。換言之，對原住民族而言，原創條例不應該是「繼受」的，而應該是「本土」的。而原創條例雖已明文保護智慧創作 (law in books)，但此與法律實際運作的狀態 (law in action)<sup>25</sup>，必定產生落差。兩者之間之互動關係如何，亦為本論文之研究問題。

## 第三節 研究目的

針對上述原創條例規範內容，可能產生之三個主要問題。本論文之主要之研究目的有二：其一在於探究保護智慧創作專用權（財產權）之必要性，闡述重建

---

<sup>24</sup> “Stand on the shoulders of giants.”是 Isaac Newton 寫給 Robert Hooke 的信中提到的。其原文如下：If I have seen farther, it is by standing on the shoulders of giants. See Suzanne Scotchmer, *Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law*, 5 J. ECON. PERSP. 29, 29 (1991).

<sup>25</sup> Law in Books and Law in Action 一詞，是由美國學者 Roscoe Pound 所提出。See Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12 (1910). Pound 與 Holmes、Brandeis 是最早對於強調純粹理性、演繹思考的美國古典法哲學提出批判的學者，其等所提出的相關見解，也促使法現實主義 (Legal Realism) 的出現與發展。See JOHN MONAHAN, LAURENS WALKER, *SOCIALSCIENCE IN LAW: CASES AND MATERIALS* 1-3 (2002)。

原住民族文化主體性以及原住民族文化表達外溢(spillover)效果(即正外部性)<sup>26</sup>的重要性,並提出智慧創作專用權之正當性判斷理論基礎。其二則是從原住民族文化自治之觀點出發,評析國家法制與部落規範之衝突與調和。

首先,智慧創作專用權係依原創條例而產生之新類型財產權。而依據美國加州大學洛杉磯分校法學院教授 Stephen R. Munzer 在其財產理論之專書中,將財產權的探討分為三個大部分:何謂財產權(從財產權和人身權的觀點出發)、財產權合理化之理論(財產權之正當性判斷與分配公平)以及財產權理論之應用(公司、國家徵收等議題)<sup>27</sup>。而財產權之意義為何,並非本論文之研究主題,至於「智慧創作專用權」之收益分配,則係另一個值得關心的議題,亦非本論文探究之範圍。是以,本論文將以「原住民族智慧創作財產化」為核心,提出智慧創作專用權之正當性判斷論述,期能建構原住民族智慧創作財產化之理論基礎。

人類社會建立財產制度,賦予特定資源一定的價值,並歸屬於特定的權利主體,讓人們願意從「分工」與「交換」的過程中累積資本,進而使國家更為富有進步,人民的生活品質也能因此提高更為舒適<sup>28</sup>。那麼,建立財產權制度——尤其是「有效率」的財產權制度——即有其必要性。學說理論對於實體財產權或智慧財產權的討論,已累積了相當可觀的成果,但對於原住民族特殊權利的論述則屬新興的領域,仍有相當的努力空間<sup>29</sup>。由於缺少關於智慧創作專用權之學理探討,在比附援引的因襲之下,如果將專用權類比為實體財產或智慧財產,並借用相關之理論,用以理解或判斷關於原住民族智慧創作專用權之權利內涵,可能導致錯誤的判斷。此種現象在過去關於實體財產與智慧財產的爭論中,就曾經出現過,

---

<sup>26</sup> 所謂「外部性」,是指經濟主體的經濟行為,有一部分利益不能歸自己享有,或有一部分成本不必自行負擔。前者稱為「外部經濟」或「外部效益」,亦即「正外部性」;後者稱為「外部不經濟」或「外部成本」,也就是「負外部性」。經濟學家認為,造成「負外部性」的主要原因是法律上未明確劃分所有權歸屬(例如無主物),使用者不必支付成本,也無法禁止任何人使用。如果由特定人「內化所有外部性」,並賦予財產權保護,則可以解決上述問題。請參見張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏,《經濟學(上)》,頁 343-348(1995)。外文資料請參見 MARC LIEBERMAN & ROBERT E. HALL, *INTRODUCTION TO ECONOMICS* 330-37(2005)。

<sup>27</sup> See STEPHEN R. MUNZER, *A THEORY OF PROPERTY*, 14, 191, 315(1990)。

<sup>28</sup> Adam Smith 著,謝宗林、李華夏譯,《國富論》,頁 29-33(2005)。

<sup>29</sup> 我國法學界對於原住民族權利的相關討論,實屬「偏僻學門」向來不是主流社會關心的重點。且不論中外,「原住民族都被歸類為最貧窮與最邊緣化的社群」。這樣敘述或許最能表現原住民長久以來所面對的法制困境。請參見蔡志偉,「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》,第 40 卷特刊,頁 1506(2011)。

足以為鑑<sup>30</sup>！因此，將實體財產權或智慧財產的理論架構，套用到智慧創作專用權之制度設計，不僅無法正確理解專用權之本質，亦可能造成對於此項特殊權利的誤解理解。實有必要從理論層面探討專用權之本質，闡述建立原住民族文化主體性以及原住民族文化表達外溢的重要性，並提出智慧創作專用權之正當性論述。此為本論文之第一個研究目的。

其次，原住民族本有各個族群之傳統規範，但是部落習慣未能受到國家法制之尊重，導致衝突爭議不斷<sup>31</sup>。而縮短國家法律規定與部落期待之間所產生之落差，才能具體實現原創條例之立法精神。換言之，原創條例之立法目的在於「保護原住民族之智慧創作，促進原住民族文化發展」。不論是採取「保護」或「促進」的方法，其共同目的均立基於原住民族之文化，而文化所涉及的深層意涵在於「他、我的區辨」。亦即，當原住民族致力於尋找族群之間的文化區辨時，法律規範（原創條例）設計，必須能夠協助原住民族在法制基礎上，建構民族認同的基礎，重現文化主體性。而文化主體性之建立，必須從原住民族「文化自治」之觀點出發，其具體做法則是傾聽部落的聲音，並逐步調和國家法制與部落規範之間的衝突。此係本論文之第二個研究目的。

#### 第四節 論文架構

本論文之研究目的有二：智慧創作專用權之正當性判斷；原住民族傳統規範與原創條例如何調和。就第一個研究目的而言，因為專用權乃具有排他性之新類

<sup>30</sup> 例如：美國第七巡迴上訴法院法官 Frank H. Easterbrook 即認為：「智慧財產權排他的權利，與實體財產權並無不同。」See Frank H. Easterbrook, *Intellectual Property is Still Property*, 13 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 108, 112 (1990)。See also Stephen L. Carter, *Does It Matter Whether Intellectual Property is Property?*, 68 CHI-KENT L. REV. 715, 718 (1993)。而我國學者將智慧財產權視為「準物權」，更可以看出是將「智慧財產」類比為「實體財產」。請參閱王澤鑑，*民法物權第一冊：通則·所有權*，頁 41（2005）。

<sup>31</sup> 例如：引起許多討論之「鄒族頭目蜂蜜案」，被告父子二人經檢察官起訴搶奪他人之動產（蜂蜜）。被告雖辯稱：在我的觀念裏頭認為這個蜂蜜是從我的林班地裏盜採，在我的觀念裏頭就是占有我本人的權益。」但法院審理之後認為，「凡涉及原住民族與非原住民族之權利衝突事項，除法律基於正當理由，另以明文規定對於原住民族特別採取較優勢保護外，尚不能因原住民族係眾所公認之弱勢族群，即允其逸脫一般法律規範，對於他人之財產法益予以侵害。」因此判決被告有期徒刑 6 月，緩刑 2 年確定（臺灣嘉義地方法院 92 年度簡上字第 151 號刑事判決）。鄒族文化藝術基金會邀請原民會官員、立法委員、專家學者多人，於 2003 年 4 月 20 日，在臺灣師範大學舉辦「從鄒族頭目父子被捕事件談國家司法與原住民族習慣法之衝突與調和」座談會。座談會紀錄，請參見財團法人鄒族文化藝術基金會，*原住民族傳統習慣之調查整理及評估納入現行法體系之研究——鄒族、魯凱族篇*，頁 276-291（2006）。



型財產權，故本論文先介紹、討論現有之財產權理論，並說明現有理論，均不足以作為智慧創作專用權之說理基礎，而有必要透過實證研究之方式，建構符合本土法律文化之智慧創作專用權正當性論述。又關於第二個研究目的方面，現有之實證研究資料，例如原民會委託學者專家進行之「原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制」研究，內容相當豐富，但並未特別針對與智慧創作專用權有關之傳統習慣詳為調查，故無法得知原住民族傳統規範，如何與原創條例相調和。可見本論文有進行實證研究之必要性。是以，本論文除第一章緒論外，將分為以下四個章節加以論述。

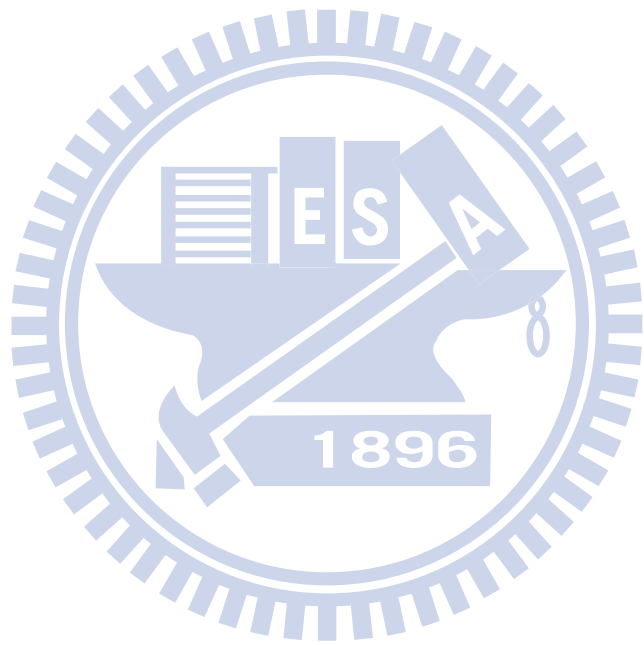
第二章主要說明智慧創作專用權具有財產權屬性，並進行相關文獻之探討。首先，從財產制度之層面，討論資源配置、財產制度與原住民族智慧創作之關係，並說明傳統智慧創作專用權具有財產權之屬性。其次，再討論財產權、公共領域與圈地運動三者之關係。而最主要之內容在於說明，傳統智慧創作向來宿存在公共領域中，一旦納入財產權保護之範圍，似乎形成了原住民族進行傳統文化表達之「圈地運動」。再者，本論文將探討財產權之理論基礎與智慧創作專用權的關係，並進一步闡述，現有財產權理論，均不足以作為智慧創作專用權之說理基礎。最後，從原住民族傳統習慣規範與現行法制衝突、調和之多元文化面貌，說明原民會委託專家學者進行之「原住民族傳統習慣之調查整理及評估納入現行法制之研究」報告，並未特別探究原住民族傳統習慣規範，是否得以援引作為智慧創作專用權之解釋。

第三章則是論述本研究之研究過程與方法。主要內容在於說明，對於原住民族法律體系的研究涉獵，主要受到以田野調查方法為主的人類學家、社會學家的關心。而一般法律人所熟悉的法學方法，幾乎等同於法律的解釋方法，也就是所謂的「文義解釋」、「目的解釋」、「體系解釋」、「比較解釋」、「歷史解釋」等等解釋法律之方法。顯見法學者主要之研究方法，均側重在「探討立法意旨」、「法學文獻分析」以及「比較法研究」。但本論文之研究目的，再於檢視原創條例之規範內涵是否符合原住民族之社會脈絡，並嘗試提出可行的規範理論。如果僅依向來之法學研究方法，在現行條文的法律文字中探詢立法者之真意及學者之不同見解，並參酌他國之法律規定，顯然無法達到本論文設定之研究目的——在原住民族社會脈絡中尋找規範基礎。因此，本研究除了藉由傳統法學研究方法，探討智慧創作之財產權本質外，將以法學實證研究方法為主要取向，並以質性研究的典範為研究方法之主軸，透過法律經濟分析以及法律社會分析，嘗試回答本論文之研究目的。

第四章為本論文之核心內容。係以第三章所述之質性研究深度訪談方法，從

受訪之原住民文化工作者之觀點出發，探究權利主體（原住民族或部落）在日常生活中的經驗及觀點，藉以建構智慧創作專用權之正當性判斷理論。本論文依據紮根理論（grounded theory）資料分析程序——編碼（coding），從大量之訪談資料中，整理出文本（text）之秩序、結構或是詮釋箇中蘊含的意義，再嘗試從資料中提出本論文之智慧創作專用權正當性判斷之理論。章節內容之論述方式如下：首先，從受訪者對於原創條例之看法出發，說明新法所帶來的期待與不安；再進一步分析智慧創作專用權可能衍生之爭議問題。其次，藉由實證資料分析及闡述相關學說見解，建構本論文對於智慧創作專用權正當性判斷之理論說明。最後，依據本論文提出之理論，由國家法制與原住民族傳統習慣規範衝突、調和的角度觀察，說明從「部落之觀點」實施原住民族文化自治之必要性與可行性，而智慧創作專用權之相關爭議，亦可藉此解決。

綜合上開各章節之論述，於第五章提出本論文之結論。首先，從導正過去忽視原住民族權利保護之立場而言，自應肯認立法保護原住民族傳統智慧創作，並賦予財產權之保護。其次，本論文認為，以原住民族傳統文化表達，作為保護標的之新類型財產權，在法理上不宜直接援引既有之實體財產權或智慧財產權理論，而應立基於原住民族文化主體性之建立、原住民族文化外溢之財產觀，說明智慧創作專用權之正當性理論。最後，本論文認為，主流社會必須傾聽部落的聲音，才能建立多元文化自治的社會。而原住民族傳統社會組織或價值規範的重建，乃至文化的傳承學習，也必須透過部落整體的力量才能實現。也唯有「回到部落」才能找回「老人家說的話」、並在「沒有文字的法律」規範下，逐漸落實原住民族之文化公民權！



## 第二章 智慧創作專用權之財產權屬性與相關文獻探討

最早居住在臺灣的原住民族，人數雖然僅佔目前臺灣人口的 2%<sup>1</sup>，但臺灣原住民所展現出來的文化力量，卻遠遠超過其單薄的人口比例。而無償接近、使用原住民文化表達，似乎已是多數人的習慣。即便時序只倒回 1949 年國民政府遷台，原住民之文化表達亦從未在既存法律體系之下，被賦予一定之「權利」。相較於市民法制下的著作權，原住民之文化表達長久以來，在主流社會的認知上，都將之視為存在於公共領域的文化素材。

但是，原創條例施行後，透過施行細則之具體化，建立了與既存智慧財產權體系平行之特殊法制<sup>2</sup>。而智慧創作「專用權」既屬特殊權利，其權利之性質為何？能否依據既有之財產權理論闡述其正當性？或者應從原住民族之傳統規範尋覓其足跡，並調和特殊權利與既存權利之時序衝突？針對這些問題，本論文在提出論述之前，自應先回顧相關文獻資料，始能說明本論文之基礎梗概。應特別加以說明的是，自 1980 至 2010 年，國內有關原住民族相關博碩士論文研究共計有 1,198 篇，但是法律學類僅有 21 篇，相較於教育學類 303 篇、經社及心理學類 263 篇，關於原住民族法律議題之博碩士研究論文，短少甚多<sup>3</sup>！這正說明了以族群為中心的法學研究，有待更多的法律人投入其中。

本章將從兩個面向敘述與智慧創作專用權相關之文獻資料。首先，將以財產權之理論基礎出發，探討現有理論是否足以說明建構智慧創作專用權之正當性。其次，說明原民會委託專家學者調查之原住民族傳統習慣資料，均非以原創條例之規定內容為主，自難借此得知部落傳統規範與原創條例規定內容之間的落差，並以此說明本論文進行實證調查之必要性。

---

<sup>1</sup> 根據行政院原住民族委員會公布之 101 年 2 月統計資料，臺閩地區原住民總人口數為 521,183 人，參見行政院原住民族委員會網站：

<http://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=940F9579765AC6A0&DID=0C3331F0EBD318C2C732C824F97827B5>（最後點閱時間：101 年 4 月 5 日）。

<sup>2</sup> 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 3 卷第 4 期，頁 11-46（2010）。

<sup>3</sup> 周惠民，「台灣原住民族研究——一個資料庫分析」，台灣原住民族研究季刊，第 3 卷第 4 期，頁 186（2010）。

## 第一節 資源配置、財產制度與原住民族智慧創作

經濟學家告訴我們：除非是在 *Robinson Crusoe* 的世界，一個人可以完全擁有身旁的所有資源，無須與他人共商分配資源的問題，也就是財產制度沒有存在的必要<sup>4</sup>。否則在資源有限的情形下，一個人不可能無窮盡地消費，再加上人類不可能滿足對於資源的消費，如何配置有限的資源，是每個人必須面對的問題。而經濟學就是研究「如何有效率地把有限資源或稀缺資源 (*scarce resources*)，分配至各個彼此互斥的使用者之處」的一門學問<sup>5</sup>。換言之，在資源有限的世界，人類社會無可避免地必須處理「誰擁有什麼？」的問題<sup>6</sup>。如果我們用法律的用語加以理解，上述問題可改寫成「權利主體（誰）可以支配（擁有）的權利客體（什麼）？」而這一個描述，也指出法律必須處理資源配置的經濟問題，也就是財產制度如何建構的相關議題。

然而，法律人對於「權利客體」（資源）應該如何配置，大多認為是既定的。也就是只要「符合法律規定」之要件，權利主體即可支配權利客體，至於從法律經濟分析的觀點，探討權利主體與權利客體之間，應該如何連結才能有效率地使用資源，向來不是法律人關心的重點<sup>7</sup>。例如：財產權權能中最重要的「所有物返還」訴訟中，最高法院即認為：「以無權占有為原因，請求返還所有物之訴，被告對原告就其物有所有權存在之事實無爭執，而僅以非無權占有為抗辯者，原告於被告無權占有之事實，無舉證責任。被告應就其取得占有，係有正當權源之事實證明之。如不能證明，則應認原告之請求為有理由<sup>8</sup>。」顯見在「物權法定」的原則之下，資源配置的效率性，只能在立法層次決定，為了維護「所有的安全」，即使資源的配置缺乏效率，審判機關仍無法改變財產權之歸屬。

即使在以資源配置為研究中心的經濟學領域中，古典經濟學或新古典經濟學，對於財產權中最重要的權能——所有權——也視為是既存的，而非分析的對象<sup>9</sup>。長期以來，經濟學的討論忽略了廠商與政府如何存在，更遑論探討支配廠商或政

---

<sup>4</sup> Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 AM. ECON. REV. PAPERS & PROC. 347, 347 (1967).

<sup>5</sup> BRADLEY R. SCHILLER, *ESSENTIALS OF ECONOMICS* 4 (4th ed. 2002).

<sup>6</sup> Eric G. Furubotn & Rudolf Richter 著，顏愛靜譯，*制度與經濟理論—新制度經濟學之貢獻*，頁 69 (2001)。

<sup>7</sup> 關於法律經濟學之發展，請參見林三元，「法律經濟學之發展特別報導——從有效率的公平正義出發」，*科技法學評論*，第 1 卷第 2 期，頁 249-293 (2004)。

<sup>8</sup> 最高法院 72 年度台上字第 1552 號判決。

<sup>9</sup> Eric G. Furubotn & Rudolf Richter 著，顏愛靜譯，前揭註 6，頁 70。



府行動因素為何<sup>10</sup>。因為在古典經濟學或新古典經濟學的分析模型中，並沒有考量交易成本（transaction cost）這個在財產變動過程中，已然存在的因素，這也使得經濟分析的對象成為一個「不花成本交易」的奇異世界<sup>11</sup>。正如同 Stigler 教授所言：「零交易成本的世界，就像沒有摩擦的物理世界一樣怪異<sup>12</sup>。」而建構在此一分析基礎上的財產制度以及財產權配置，可能都無法真正說明人類社會的真實情況。

因此，在社會脈絡之下考量財產制度及財產權，必須將「交易成本」的概念納入分析之中，亦即應該思考「制度」（institutions）對於財產配置的影響。申言之，在人類社會中，制度存在之目的，是為了「引導個人行為朝向特定方向，為日常生活活動提供結構，並降低不確定性」，並因此導出有效率的行為<sup>13</sup>。而新制度經濟學（The New Institution Economics<sup>14</sup>，以下稱 NIE）的分析正是依據制度與組織創設，認為交易成本是存在的，而非零交易成本的均衡分析而已。

根據 Eirik Furubotn 與 Rudolf Richter 兩位學者的論述，NIE 一詞最早是由 Williamson 所提出。雖然 NIE 的範圍與內涵，隨著不同學者的定義與討論，而有不同的見解<sup>15</sup>。但 NIE 學派的倡議者共同的想法是：「交易成本的是存在！」NIE 因而在維持原本新古典經濟學的理性假設之上，認為對於財產權的分析，應該考量：1. 「制度」對經濟行為的顯著影響；2. 財產權的存在眾多，並不能確保財富極大化；3. 經濟體系不是沒有摩擦力的機器，交易成本的產生與大小，將影響經濟活動的實行方式；4. 個人雖有不同的偏好，但是都可以視為在「制度結構」下，追求效益極大化<sup>16</sup>。

由此可見，「制度」對於資源如何配置有著重要的影響，而考慮財產制度如何設計時，如果將制度排除在外，或是將制度視為既定的，就可能無法精確地回答「權利主體（誰）可以支配（擁有）的權利客體（什麼）？」這個問題了。因此，討論資源配置與財產制度時，自應從「制度」出發，才能充分理解何謂財產

---

<sup>10</sup> Todd Sandler 著，葉家興譯，*經濟學與社會的對話*，頁 131（2003）。

<sup>11</sup> Eric G. Furubotn & Rudolf Richter 著，顏愛靜譯，前揭註 6，頁 8-9。

<sup>12</sup> George J. Stigler, *The Law and Economics of Public Policy: A Plea to Scholars*, J. L. STUDIES 1, 12 (1972).

<sup>13</sup> Eric G. Furubotn & Rudolf Richter 著，顏愛靜譯，前揭註 6，頁 6。

<sup>14</sup> 關於新制度經濟學之起源及發展請參見同前註，頁 25-49。

<sup>15</sup> Frank H. Stephen & Stefan Van Hemmen, *Laws, Enforcement, Legality, and Economic Development*, 26 WASH. U. J. L. & POL'Y 37, 38 (2008).

<sup>16</sup> *Id.* at 47.

權 (what)、為何要保護財產權 (why)，以財產權如何運作 (how) 等三個重要議題<sup>17</sup>。

原創條例在一定要件之下，就特定之智慧創作，賦予部落或原住民族「專用權」。暫且不論智慧創作專用權之權利屬性為何，依據原創條例第 13 條之規定：「智慧創作專用權人得將智慧創作財產權授權他人使用；其授權使用之地域、時間、內容、使用方式或其他事項，依當事人之約定；其約定不明部分，推定為未授權。智慧創作財產權之專屬授權，應由各當事人署名，檢附契約或證明文件，向主管機關申請登記，非經登記，不生效力。第一項之授權，不因智慧創作財產權人嗣後將其智慧創作財產權再為授權而受影響。非專屬授權之被授權人，非經智慧創作專用權人同意，不得將其被授與之權利再授權第三人使用。專屬授權之被授權人在授權範圍內，得以智慧創作專用權人之地位行使權利。智慧創作專用權人及各原住民在專屬授權範圍內，不得行使權利。」可以確定智慧創作專用權具有「使用、收益」的財產權性質。因此，原住民族智慧創作（資源），應該如何劃定其權利範圍（制度），才能達到促進原住民族文化發展的立法目的（效益），其核心議題即在於「制度建構」。

#### 第一項 制度、法律與財產權

如前所述，對於「制度」一詞的定義，學者間見解不一。有學者認為：由於對制度等相關領域的研究仍處於初始階段，應該避免過度的確定，以免妨礙未來的研究發展<sup>18</sup>。但多數學者仍嘗試對於「制度」一詞提出定義。1993 年諾貝爾經濟學獎得主 Douglass C. North 在頒獎演說時，描述了制度的內涵。North 認為：所謂「制度」是指人類設計的約束，制度建構了人類彼此間的互動關係，制度基本上包含非正式約束（道德、習慣、自我行為控制規則）與正式規則（規範、法律、憲法），以及這兩者的執行特徵。更重要的，制度共同界定了社會的誘因<sup>19</sup>。此外，Ostrom 認為：「制度可以界定為整套的運行規則（working rules），用以決定何人有資格在某種範圍內做出決策，哪種行為被允許或限制，哪種整體性規則予以採用，哪種程序必須遵循，哪種資訊必須或不可提供，哪種償付（payoff）

---

<sup>17</sup> 美國加州大學洛杉磯分校法學院教授 Stephen R. Munzer 在其財產理論之專書中，將財產權的探討分為三個大部分：何謂財產權（從財產權和人身權的觀點出發）、財產權合理化之理論（財產權之正當性判斷與分配公平）以及財產權理論之應用（公司、國家徵收等議題）。See STEPHEN R. MUNZER, A THEORY OF PROPERTY 14, 191, 315 (1990).

<sup>18</sup> Eric G. Furubotn & Rudolf Richter 著，顏愛靜譯，前揭註 6，頁 6。

<sup>19</sup> Douglass C. North, *Economic Performance through Time*, NOBELPRIZE.ORG (Dec. 9, 1993), [http://nobelprize.org/nobel\\_prizes/economics/laureates/1993/north-lecture.html](http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1993/north-lecture.html).



會依據個人行為而加以指派.....。所有的規則包括禁止、允許或結果的規定。那些為個人採取行動做選擇時所實際使用、監控,以及執行的就是運行規則.....<sup>20</sup>。」

對於制度一詞的定義與內涵,學者間雖有不同見解,但是將法律理解為制度的一環,應是一致的看法。申言之,法律是制度選擇之下的產物,人類社會基於自我價值的實現,評估各種利弊得失,以及法律與權利的「供給與需求」之後,建構出約束行為的規則與處理紛爭的機制<sup>21</sup>。從另一個角度觀察,制度的設計除了必須考量資源配置的效率之外,也可以將制度視為一種引導人類行為的誘因。舉例而言,經濟學之父 Adam Smith 即認為:「一個沒有資格擁有任何財產的人,除了多吃少作之外,不會有其他的興趣<sup>22</sup>。」可見財產制度是促使人類努力投入生產的重要誘因。由此可見,誘因可說是現代生活的基石,如果能夠理解各種誘因,較為容易窺知行為的關鍵與資源的配置<sup>23</sup>。正如同 North 所言:「制度建構了社會的『誘因結構』<sup>24</sup>。」因此,法律不僅是人類社會的制度之一,更是民主社會中最重要、最基礎的制度。法律既是制度之一,也影響著資源的配置,透過法規範的制訂或修改,即可有效運用資源,財產權顯然不可以視為「既定」的,而必須活絡地思考財產制度的「應為」方向。

從上述分析中,理解社會脈絡中的法律運作,透過制度的建構,我們可以連結法律與經濟,也就是正義與效率,而對於財產權或財產制度的建立,也應如此理解。而新制度經濟學的興起,使法律經濟分析的研究,跳脫了成本、效率的狹隘關卡,並提供法律與財產權的對話平台,讓我們理解「制度、法律與財產權」之間的有機關聯,而非獨立概念。

因此,新制度經濟學從交易成本的角度出發,探討財產權、誘因、資訊、策略性行為與交易成本對經濟行為及組織設計的重要性與影響力。其中關於財產權及制度形式選擇對財產權影響的經濟分析,與法律規範之間有著密切的關係<sup>25</sup>。可見,探討財產權相關議題,必須立基於制度選擇的評估,並以此項觀點解構法律規範的實質正當性,才能正確理解社會脈絡下的財產制度。本論文既在探討原住民族智慧創作「權利歸屬」之法律制度,其本質即係「資源配置」與「制度建

<sup>20</sup> Eric G. Furubotn & Rudolf Richter 著,顏愛靜譯,前揭註 6,頁 6。

<sup>21</sup> NEIL K. KOMESAR, LAW'S LIMITS: THE RULE OF LAW AND THE SUPPLY AND DEMAND OF RIGHTS 9 (2001).

<sup>22</sup> Adam Smith 著,謝宗林、李華夏譯,國富論,頁 462 (2005)。

<sup>23</sup> Steven D. Levitt & Stephen J. Dubner 著,李明譯,蘋果橘子經濟學,頁 40 (2006)。

<sup>24</sup> North, *supra* note 19.

<sup>25</sup> Todd Sandler 著,葉家興譯,前揭註 10,頁 132-133。

立」，而如何在社會脈絡下建立符合資源配置的制度，則為法律規範之重心，亦為本論文開展之基礎。

原住民族在臺灣這塊土地上生活的時間，比起任何一個族群都來得久遠。但是從日據時代以降，國家機器不斷地入侵原住民的生活領域，不論在生活的空間或法律規章，都使得原住民面臨日益困難的險境。「傳統」與「現代」的衝突，在原鄉部落不斷地上演，「文化流失」的情形，逐漸受到人們的重視，立法保護原住民文化表達的方向，亦因此逐漸形成<sup>26</sup>。然而，當立法者思考將原住民族文化表達納為法律保護之客體時，其中牽涉的重要議題即是「(文化)資源配置」的議題。換言之，如何在理論上清楚說明制度建構之正當性，亦即保護原住民族文化表達之正當性，應係理解原創條例的首要任務。

應加以說明的是，本論文之研究目的在於探討「我國」之原創條例，外國法制如何規定，雖具有一定之參考價值，但「他山之石」做為借鏡，也可能產生「橘逾淮而為枳」的謬誤。而且，對於外國相關法律之介紹，除了主管機關在提案過程中，已於立法理由中加以說明<sup>27</sup>，亦可參酌其他文獻之討論<sup>28</sup>。故本論文在文獻回顧部分，不再就外國法制之內容加以論述。

此外，作為一個法學研究者及實務工作者，不免時常思考「Law in Books」以及「Law in Action」的交會與碰撞。原住民族傳統智慧創作逐漸流失，是一個不爭的事實，問題在於「應否保護？」(就讓文化自然融合或消逝?)；「如何保護？」(現有法律制度是否足夠?)；「法律的面貌為何？」(制度應該如何設計?)而上述問題的答案，必須站在「部落的觀點」與「制度的設計」之間，不斷來回尋找答案。正如同比利時法學家 Mark Van Hooecke 所說的：「法律在社會運作中的制度化，牽涉到適用該法律系統的人們對其接受程度，從法律系統的角度觀察，

---

<sup>26</sup> 對於智慧創作之保護方式，各國所採取之方式並不相同，可大分為以「現有智慧財產權相關制度保護」以及「選擇非智慧財產權保護」之立法例，相關保護方式之介紹，請參見林正杰，民俗創作保護之研究，國立交通大學管理學院在職專班科技法律組碩士論文，頁 27-48 (2009)。各國法制分析，請參見曾致鳴，原住民族傳統智慧創作法律保護之研究，國立雲林科技大學科技法律研究所碩士論文，頁 70-100 (2011)。

<sup>27</sup> 立法院公報，第 96 卷第 85 期，院會紀錄，頁 96-99，2007 年 12 月。

<sup>28</sup> 關於原創條例之初步介紹，請參見林三元，「原住民族傳統智慧創作保護條例初探——建構文化財產權之省思」，興大法學，第 3 期，頁 57-90 (2008)。世界各國對智慧創作之立法保護方式，請參見林正杰，前揭註 26，頁 109-118。而各種立法保護模式之比較，請參見楊智傑，「原住民傳統文化表達之保護模式比較與建議」，國立中正大學法學集刊，第 30 期，頁 47-98 (2010)。

法律與社會互動，即是觀察法律的實效（*efficacy*）問題<sup>29</sup>。」是以，如何規範原住民傳統智慧創作，絕非僅從單一面思考，甚至僅以外國法制引為規範之基礎，而應從「溝通」的角度出發，藉以理解法律是人與人之間一種互動的方式。因此，尋求法律制度與原住民族之間，以及原住民族與社會之間的溝通，才是規範的核心所在。

在論述本論文實證研究之發現前，應先探討現有之理論基礎是否足以作為法律溝通之框架？理論如有不足之處，其他實證研究資料，能否提供保護智慧創作之依據？如此才能呈現本論文進行實證研究之必要性。再者，原創條例所設計之智慧創作「專用權」，係立法創設之新型態權利，「專用權」是否可能依據財產權之理論，建構其應有之模式？又國內目前對於原住民族傳統法規範之實證研究，能否描繪出「專用權」之面貌？乃本論文進行實證研究之前，應先加以說明之處。因此，本論文在文獻回顧部分，將以上述兩個面向——財產權理論、原住民族傳統法規範之實證研究發現，進行分析闡述。

## 第二項 財產權之內涵

建立關於財產權之內涵與定義，可以說是一個既簡單又複雜的問題<sup>30</sup>。以一般人的觀念而言，財產權可以簡單地理解為「某物合法地歸屬於某人」；但是當某人對於某物的權利，不僅僅是「擁有」，而是包含了使用、收益以及轉讓等內容時，那麼對於財產權的討論，就會如同打開潘朵拉的盒子一般，關於法律、政治、經濟，乃至於倫理的議題，也就蜂擁而至，令人應接不暇，而難以處理了<sup>31</sup>！

法學者對於財產權之論述，可說是探討原住民族智慧創作財產屬性之理論基礎，自應先加以介紹。而關於原住民族相關議題之研究，人類學者從田野調查出發，應係此方面研究的先驅者<sup>32</sup>。對於傳統智慧創作之財產屬性的探討，亦有必要參考人類學者之論述。再者，財產權制度之建立，無非是為了如何分配資源之使用收益，而經濟學之研究範疇之一即在於資源配置的效益。經濟學對於財產權制度的觀察，亦屬不可或缺的重要觀點。因此，以下先就法學、人類學及經濟學

<sup>29</sup> Mark Van Hoecke 著，孫國東譯，法律的溝通之維，頁 34（2002）。

<sup>30</sup> Boudewijn Bouckaert, *What is Property?*, 13 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 775, 775 (1990).

<sup>31</sup> *Id.* at 775.

<sup>32</sup> 例如：中研院民族所院士陳奇祿教授於 1949 年即發表了「排灣族的占卜道其箱」專文，另於 1958 年進行「日月潭邵族調查報告」，其他關於臺灣地區原住民之人類學研究，內容亦頗為豐碩。相關資料請參見中央研究院民族學研究所網站：

<http://www.ioe.sinica.edu.tw/chinese/staff/Chen-chi-lu.html>（最後點閱時間：2009 年 4 月 19 日）。

關於財產權之論述加以說明，藉此理解原住民傳統智慧創作之財產權屬性。

### 一 法律規範與財產權

我國憲法第 15 條雖明文規定「人民之財產權應受保護」，但並未對財產權賦予相關之定義，遍查我國法律亦無關於財產權之法律上定義。對於熟悉定義操作的法律人而言，確定規範之定義內涵，乃解釋與適用法律之開始。在欠缺財產權之立法定義的情形下，只能藉由學說理論及實務判決賦予財產權一定之意涵。

財產權之保護屬於憲法層次之議題，我國大法官會議解釋亦曾就財產權之保護提出相關解釋，闡述財產權保護之領域。本論文前言所提及之釋字第 606 號解釋，論者認為在憲法釋意學的細密程度，仍有不足之處<sup>33</sup>。甚至有學者以「潘朵拉的盒子」形容釋字第 606 號解釋<sup>34</sup>。無論是否贊同大法官會議解釋之結論或其論證過程，透過分析大法官會議解釋之內容，應可知悉我國憲法對於財產權保護之內涵。

大法官會議透過個案審查，對於憲法上保護之財產權範圍，以做出許多相關的解釋。例如：釋字第 370 號解釋認為：「商標權為財產權之一種，依憲法第 15 條規定，固應予保障，惟為增進公共利益之必要，自得以法律限制之<sup>35</sup>。」；釋字第 579 號解釋則認為：「耕地承租人之租賃權係憲法上保障之財產權，於耕地因徵收而消滅時，亦應予補償<sup>36</sup>。」因此，藉由分析大法官會議對於憲法財產權保障範圍之解釋，應可界定財產權之實質意涵。

首先，關於保護財產權之規範目的為何，應係探討財產權範圍之前提。大法官會議釋字第 400 號解釋就保護財產權之規範目的，有簡要之論述：「憲法第 15

<sup>33</sup> 蔡維音，「財產權之保護內涵與釋義學結構」，成大法學，第 11 期，頁 35（2006）。

<sup>34</sup> 盛子龍，「潘朵拉的盒子——釋字第 606 號解釋簡評」，台灣本土法學，第 79 期，頁 280-283（2006）。

<sup>35</sup> 值得注意的是，大法官林永謀於釋字第 370 號解釋之部分不同意見書中提到：「商標專用權（商標權）雖為財產權之一種，但與單純私法上之財產權仍有其不同。國家之所以賦予註冊人商標專用權，非僅為利益之授與，而係欲藉健全之商標制度，以促進工商業之發展，並保障消費者之權益。」指出智慧財產權之「公益特殊性」，應有助於理解智慧財產權之本質。

<sup>36</sup> 大法官謝在全在釋字第 579 號解釋提出之協同意見書，指出憲法保護之財產權範圍，極具參考價值。謝大法官認為：「憲法所保障之財產權，不以傳統典型之所有權為限，所有權以外之物權（地上權、抵押權等定限物權）、債權（本院釋字第三三五號解釋參照）、專利權（本院釋字第二一三號解釋參照）、商標權（本院釋字第四八六、四九二號解釋參照）及營業權（本院釋字第三九〇、五一四號解釋參照）、礦業權等均包括在內，於定限物權或債權，亦不因係屬有償或無償而有異。」



條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。」此外，釋字第 596 號解釋理由書亦認為：「憲法第 15 條保障人民之財產權，使財產所有人得依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，以確保人民所賴以維繫個人生存及自由發展其人格之生活資源。惟為求資源之合理分配，國家自得於不違反憲法第 23 條比例原則之範圍內，以法律對於人民之財產權予以限制。」由上述大法官會議解釋意旨可以得知，大法官認為保護財產權之目的在於「實現個人自由」、「發展人格」、「維護尊嚴」以及「維繫個人生存」。而在此規範目的下，如何界定財產權之內涵或範圍，當屬另一重要課題。

大法官會議歷來對於憲法第 15 條「財產權」保護之範圍，做出了多次解釋。學者依據歷來大法官會議解釋之內容，從憲法釋義學的觀點，歸納出財產權保護之範圍：1.所有權及其他物上權利（含不動產物權及動產物權）、2.債權（兼含公法上債權）、3.無體財產權、4.金錢財產、5.支配財產之自由、6.為獲得財產而從事之經濟活動<sup>37</sup>。大法官會議雖能透過個案解釋，表明財產權保護之範圍，但仍有著「見樹不見林」的疑惑。換言之，經過對於解釋實務之整理，似乎無法掌握財產權保護範圍之面貌<sup>38</sup>。學者雖嘗試以「主觀權利面」與「客觀制度面」試圖建立「層級化的保護內涵體系建構」，對於釋憲實務雖有相當之助益。但是對於回答「何謂財產權？」這個問題，似乎又顯得過於複雜。因為哪些社會資源應該納入財產權保護之範圍，在未經大法官會議做成解釋之前，顯然無法藉由釋憲實務與法學者的論述獲得解答。

而在民法學者關於財產權之論述方面，早期曾有論者認為：「人民之權利，分公權與私權兩大類。私權依其標的可分人身權及財產權二種。」並將財產權定義為：「以經濟上利益為內容之權利<sup>39</sup>。」已故大法官洪遜欣教授亦認為：「權利之標的有經濟價值者，稱為財產權，否則為非財產權。」並經財產權分為債權、物權、準物權及無體財產權<sup>40</sup>。前大法官王澤鑑教授則強調：「認定法律關係上的各種權利及其所構成之權利體系，乃學習民法入門的階梯。」而「權利可以從各種不同的觀點加以分類，組成體系，以認識各種權利的特徵、區別及關連。」依權利客體為標準而為分類，權利可分為：人格權、身分權與財產權。所謂財產

<sup>37</sup> 蔡維音，前揭註 33，頁 40-44。

<sup>38</sup> 同前註，頁 45。

<sup>39</sup> 陳鴻鈞，財產權之行使及保護，頁 1（1963）。

<sup>40</sup> 洪遜欣，中國民法總則，頁 52-53（1981）。

權，指具有財產價值的權利，可分為債權、物權與無體財產權<sup>41</sup>。

由上述法學者關於財產權之論述可以得知，在強調法律邏輯之思考下，對於財產權之定義與內涵，必須從現有法律體系中探尋，如果不是法律體系保護之權利客體，顯非法律定義下的財產權範圍。而已故大法官鄭玉波在其所著民法物權一書中即已論及「財產」二字在法學上解釋之困難。其謂：「財產法既為規範財產關係之法律，然則財產二字應如何解釋？此一用語我民法及商事法規中，雖屢見不鮮（憲法中亦有，如 15 條：人民財產權應予保障），但均無確切之定義，學說上亦不一致<sup>42</sup>。」而我國學者李宜琛對於「財產」一詞之論述，頗為深入，可供參考。其認為：「財產者有經濟的價值，依一定之目的而結合之權利義務之總體也，析言之：（1）財產須有經濟的價值：通常所謂財產，不必具有金錢的價格（199 條 2 項參照），而茲之所謂財產，則應從嚴格解釋，必須有經濟價值之權利義務，始可構成財產。所謂經濟的價值，即能滿足吾人經濟上之需要，且可以金錢估計其價格者也。例如：繼承財產，夫妻財產，企業財產，其財產之性質固有種種，而其具有經濟的價值，則無二致。（2）財產係依一定目的而結合：財產結合之要素若何？學說不一，通說皆以其主體為標準（主體說），然財產與其主體之人數，未必一致。合夥財產、共同繼承為數人共有一財產。反之，企業者就各種不同之企業，亦可擁有若干個別之企業財產，加之，財產之運命及其存續條件，與其主體亦無何等關係。是以財產之結合要素，無寧以其目的為標準。財產莫不已有其目的，一財產與他財產之區別，非因主體之不同，實其目的有所差異，一人既可有數個目的，數人亦可共有一目的。故一人擁有數個財產者有之，一財產同時屬於數人者，亦有之也。（3）財產為權利義務之總體：財產為有經濟的價值之權利義務結合之總體，即就構成財產之個別權利義務總括的視為一體之謂也。物權、物體財產權、債權及債務之類，皆屬之。財產上權利之總體，謂之積極財產；財產上義務之總體，謂之消極財產。財產一語，用之廣義，則包括積極財產、消極財產二者而言，如繼承財產（1148 條），失蹤人財產（10 條）是；倘用於狹義，則專指積極財產而言，如清算中法人之財產，即其一例<sup>43</sup>。」

由此足見，民法雖以「財產權」為其規範客體之一，但民法學者對財產權的探討，亦難求其較為一致的看法，甚至「財產」一詞指涉的範圍，仍無確切之定義。是以，無論從「憲法」或「民法」的角度觀察，似乎都無法解釋智慧創作專用權的財產屬性。申言之，在原創條例立法通過之前，原住民族傳統歌謠，是否

<sup>41</sup> 王澤鑑，民法概要，頁 37-39（2003）。

<sup>42</sup> 鄭玉波著，黃宗樂修訂，民法物權，頁 6（2005）。

<sup>43</sup> 同前註，頁 6。

可以等同於音樂著作而享有著作權，因而受到財產權之保護？在原創條例通過後，同樣的問題是否有不同的答案？上述大法官會議解釋以及學者提出的理論架構，能否明確回答原住民族或部落（權利主體）提出之問題？似乎仍有討論之空間。本論文認為，財產權制度係存在於人類社會，建立財產權制度之目的，以及財產權保護之範圍，自應將財產權制度置於「社會脈絡」下觀察，亦即先藉由其他學科的觀察與分析，再從實證資料分析，才能建立完整的財產權論述。如果僅由法律邏輯及法律體系探究財產權之定義及內涵，難免無法呼應社會運作中的真實狀態。因此，法學觀點下的財產權定義，尚不能視為完整的財產權論述，並得藉以回答原創條例以及智慧創作專用權所衍生的法律議題。

## 二 人類學觀點的財產權內涵

人類學家認為，財產並非由物品所構成，而是「人和物之間的關係」。所謂「物」除了土地等有體物之外，也包括了像「巫術」之類人類感官無法觸及的東西<sup>44</sup>。有趣的觀察是，在非西方的社會中，對於財產的理解不在於「誰擁有財產」，而在於「誰對財產有什麼權利」。例如部落中的土地如果描述成「公有」時，可能代表某範圍的個人或群體，有權在該土地上居住或耕作<sup>45</sup>。人類依循生產方式，對財產做不同的分類（土地或牲口、工具、專門知識.....）。所以，對財產的理解，必須在一定的生產脈絡下，找出誰對什麼物品有什麼權利<sup>46</sup>。至於對財產擁有權利之人，是否能最大化該物之效益，顯然不是人類學者關心的重點了！

此外，近年來受到人類學者及法學者重視的「文化財產權」(cultural property)，從「文化」能否「財產化」，以及「文化」如何「受尊重」的批判角度出發，思考文化財產權的主體與客體<sup>47</sup>。除了學理上對於原住民族文化財產權屬性之探討外，聯合國世界智慧財產權組織之「遺傳資源、傳統知識與民俗創作智慧財產權之政府間委員會」(The WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore) 秘書處於 2003 年 7 月中召開之第五次會期，亦對原住民族「傳統知識」之定義如下：所謂傳統知識，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 (designs)、標記 (marks)；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發明 (innovations)

<sup>44</sup> R. Keesing 著，張恭啟、于嘉雲譯，當代文化人類學分編之二：文化人類學，頁 95 (1991)。

<sup>45</sup> 同前註，頁 95。

<sup>46</sup> 同前註，頁 95。

<sup>47</sup> See generally Angela R. Riley, "Straight Stealing": Towards an Indigenous System of Cultural Property Protection, 80 WASH. L. REV. 69 (2005).



與創作（creations）而言。其中所謂「基於傳統」，係指某種知識體系、創作、創新及文化表達方式，通常係代代相傳，且被認定為係某個特定民族或其居住地域所固有的，並會隨著環境變遷而不斷演進者<sup>48</sup>。此外，在美國學界被譽為「文化財產權法」（cultural property law）之父的 John Henry Merryman 教授則將文化財產定義為：「有關藝術的、考古發掘的、民族學的或歷史意義之對象。」（objects of artistic, archaeological, ethnological, or historical interest）<sup>49</sup>。是以，定義原住民族傳統智慧創作或其文化財產權，雖屬不易，然基於智慧創作會隨著時間、環境等因素而不斷演進之觀點，似可將智慧創作視為一種「活的動態概念」（living active concept）<sup>50</sup>，至於其實際的內容為何，則可交由各國立法決定。

雖有學者認為，以財產制度保護原住民族文化，本身即充滿爭議，因為此種保護方式，只著眼於具體的表現形式，而不及於文化的核心概念，也因而切割了原住民族文化的完整性<sup>51</sup>。在忽略了社會複雜性的情形下制定原創條例，並期待社會潮流隨著法律規定運行，可說是「天真的法律至上思維」<sup>52</sup>。上開論述雖具相當之啟發性，但由上述國際發展趨勢觀之，透過立法方式保護原住民族傳統智慧創作，可說是尊重多元文化的具體表現。在此前提下，似可將「法律無用」或「法律萬能」的爭議暫時擱置，而從「文化表達」如何「財產化」的基礎出發，或許是較為實際的作法。

人類學者從社會脈絡下，觀察人類生產模式，進一步分析探討財產的內涵，固能提供法學者思考規範在特定社會結構下的妥適性，但畢竟缺少如何提高財產利用率的省思。經濟學家從效率的立場出發，探討保護財產權的要件，正可提供法學者建構保護財產權制度的另一種思考。因此，結合法律經濟分析概念下的財產權架構，更能幫助法學者從社會脈絡中，理解財產權制度，也才能對保護原住民族傳統智慧創作之法律機制，提出檢視之標準。

---

<sup>48</sup> WORLD INTEL. PROP. ORG., Intellectual property needs and expectations of traditional knowledge holders 25 (2001), <http://www.wipo.int/tk/en/tk/ffm/report>. 轉引自郭華仁、陳昭華、陳士章、周欣宜，「傳統知識之保護初探」，清華科技法律與政策論叢，第2卷第1期，頁56-57（2005）。

<sup>49</sup> See John Henry Merryman, *Two Ways of Thinking About Cultural Property*, 80 AM. J. INT'L L. 831, 831 (1986).

<sup>50</sup> See generally Doris Estelle Long, *Traditional Knowledge and the Fight for the Public Domain*, 5 J. MARSHALL REV. INTEL. PROP. L. 371 (2006).

<sup>51</sup> 林開世，「一個法案保護了什麼？」，人類學視界，創刊號，頁2-5（2008）。

<sup>52</sup> 同前註，頁5。

### 三 供需法則、交易成本與財產權

相對於法學界對於財產權的保守觀察，經濟學家從市場交易、價格機制以及交易成本等不同的角度描述財產權之面貌，則顯得活潑許多。而經濟學者向來關心資源如何有效配置，並使其產生最大效益。對於財產權的探討，除了在概念上分析財產制度的價值之外，也認為應從較為實務的觀點出發，探討資源如何取得與持有<sup>53</sup>。而經濟學者對於財產權的定義，也就不免隨著「如何有效配置資源」的觀點而改變<sup>54</sup>。關於經濟學家對財產權內涵的論述，大致可分為以下幾個階段：

首先，從經濟學之父 Adam Smith 在 1776 年發表其鉅著「國富論」(Wealth of Nations) 至 1930 之間約 150 年間，在無數的學者努力之下，經濟學有了顯著的發展與成就。這個時期經濟學的分析模型，建立在完全競爭環境下，並強調個人會在「供需法則」的均衡中，追求效益最大化。簡言之，市場經濟中價格角色的確認，可以說是這個時期最重要的學術成果，也是經濟學家理解財產權的基本觀點<sup>55</sup>。而為了達成完全競爭的市場模式，法律制度必須保障所有的稀有資源 (scarce resources) 的私有化，而對於資源的所有權，亦應受到絕對的保護無虞<sup>56</sup>。

其次，藉由 Ronald Coase 對於「外部性」(externality) 及「交易成本」(transaction cost) 的描繪，經濟學家們進而開展的外部性財產理論。依據 Coase 在 1960 年發表了「社會成本的問題」(The Problem of Social Cost) 一文，詳細闡述交易成本的內涵<sup>57</sup>。根據 Coase 的分析，當兩個以上的權利主體，嘗試對於特定資源主張或保護其財產權時，必然產生交易成本，而有效率的財產權制度，必須考慮到交易成本的相關問題。換言之，財產權之所以產生，乃是個人在內化交易成本所獲取之利益，大於其內化交易成本之支出。而內化交易成本可能因為經濟價值、科技發展等因素而產生變化<sup>58</sup>。

---

<sup>53</sup> Thomas W. Merrill, Henry E. Smith, *What Happened to Property in Law And Economics?*, 111 YALE L. J. 357, 357 (2001).

<sup>54</sup> Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights II: The Competition Between Private and Collective Ownership*, 31 J. LEGAL. STUD. 653, 653-54 (2002).

<sup>55</sup> *Id.*

<sup>56</sup> *Id.*

<sup>57</sup> See generally Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & ECON. 1 (1960).

<sup>58</sup> Bruce L. Benson, *The Spontaneous Evolution of Cyber Law: Norms, Property Rights, Contracting, Dispute Resolution and Enforcement Without the State*, 1 J. L. ECON. & POL'Y. 269, 273 (2005).

在 Coase 發表上開文章 7 年之後，美國知名財產法學者 Harold Demsetz 發表了一篇開創性鉅作 (path-breaking article)——「邁向財產權理論」(Toward a Theory of Property Rights)。該篇論文除了受到學者不斷地引用之外，直至今日為止，仍為美國法學院修習財產法學生必讀之論文之一。而美國西北大學法學院更以 Demsetz 上開文章為主軸，於 2001 年 4 月 21 日、22 日，舉辦「財產權之演進」研討會 (The conference of The Evolution of Property Rights)<sup>59</sup>。

除了接續 Coase 關於外部性的論述之外，Demsetz 更以不同的觀點闡述財產權之理論。Demsetz 認為當一個社會評估建立財產權制度的效益，超過保護財產權的成本時，財產權制度才會出現。Demsetz 進一步說明，事實上關於資源交換的法律規則，向來都是依循著財產權對於社會所產生的利益多寡而不斷地改變。而新型態財產權的產生，必須考量內化外部性 (internalization of externalities) 所產生的社會效益。因此，從人們在資源交換過程中的活動，觀察財產權的意義與內涵，才是建構財產制度的核心所在<sup>60</sup>。

從市場法則、外部性的探討以及社會效益的衡量，經濟學家不斷地探索財產權的真諦，而法律規則的建立，也隨著不同的理論基礎，漸次改變。從上述的發展脈絡可以得知，人類社會為了有效與公平地利用資源，試圖尋找合理的財產制度，而法律在這樣的觀察之下，也應當視為「反應社會需求」的一種制度！在經濟學「追求效益」的原則之下，原創條例究竟應該呈現何種面貌？亦屬建立保護原住民族傳統智慧創作制度時，必須省思的觀點。

最後應再加以說明的是，經濟學家關於財產權之討論，雖側重在資源配置的效益。但是法律經濟學者仍然不忘回歸法律討論的根本——名詞定義——針對財產權之意義提出看法。Landes 以及 Posner 認為：「財產權是一種排除他人使用某一特定資源，而在法律上可以被強制執行的權利。」因為法律賦予財產權人排他性權利，因此，財產權人無須與該項資源之潛在使用者締結任何契約，即得禁止不特定人使用。而財產權人亦可在法律允許之條件下，透過交易之方式，處分該財產權。是以，財產權之權利內涵，即包括兩個重要的面向：排他及處分之權利<sup>61</sup>。可見，法律經濟學者對於財產權之理解，係結合了「規範」與「效益」的觀

---

<sup>59</sup> See generally Thomas W. Merrill, *Introduction: The Demsetz Thesis and the Evolution of Property Rights*, 31 J. LEGAL STUD. 331 (2002).

<sup>60</sup> See generally Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 AM. ECON. REV. PAPERS & PROC. 347 (1967).

<sup>61</sup> WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW* 12 (2003).

點，提出對於財產權定義的論述，前者強調財產制度的正當性，後者著重資源配置的流通性。此項觀點，對於討論智慧創作專用權之權利內涵，實具有相當之啟發意義。

### 第三項 原住民族傳統智慧創作專用權之財產權屬性

由上述法學、人類學以及經濟學對於財產權內涵之討論可以得知，「財產權」概念具有多重的面貌，也因為不同學門的觀察與側重的角度不同，發產出不同的論述觀點。本論文是以原住民族傳統智慧創作之法律規範為主題，除了對於權利主體的探討外，權利客體——智慧創作——之屬性為何？如果將智慧創作專用權視為一種新類型的財產權，那麼現有學說理論，是否足以說明建構智慧創作專用權法律制度之正當性？而回答上述問題的基礎應在於，論證智慧創作專用權之財產權屬性。

依據原創條例第 3 條之規定：「本條例所稱智慧創作，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。」其立法理由說明稱：「行政院提案：原住民族智慧創作，係源於族群集體發展、代代相傳之文化成果，且仍不斷在繁衍發展中。原住民族之重要文化資產包含口傳文學、傳統歌謠、傳統歌謠之演唱及以樂器演奏等表演、舞蹈、祭典儀式、繪畫、紋面、雕刻、陶藝、編織、其他工藝品等，其值得保護之智慧創作不少。惟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。委員楊仁福等 39 人提案：一、明定傳統智慧創作保護客體及保護要件。二、原住民族之智慧創作，係源於族群集體發展、代代相傳之文化成果，目前仍不斷在繁衍發展中之原住民族之重要精神或物質文化資產。其可能包含：(一)口傳文學：因為台灣原住民族本來並沒有使用文字，其所擁有的神話故事、傳說故事、詩歌等，全是以口頭語言所創造、傳播者。(二)音樂：傳統歌謠、傳統歌謠之演唱及以樂器演奏等表演。(三)人體藝術表現：舞蹈、祭典儀式。(四)有形表現形式：繪畫、紋面、雕刻、陶器、編織、珠寶、其他工藝品等。三、如何確認權利客體之意義及範圍，因年代久遠，誠屬不易，爰參考著作權法第 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。四、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定，並採申請保護原則，以建立公示及公信制度，確定其權利內容。爰明定受本法保護之智慧創作，須限於依法申請主



管機關認定之原住民族傳統文化成果。審查會：修正通過<sup>62</sup>。」

由此觀之，原創條例所保護之原住民族傳統智慧創作，係立法者參考著作權只保護「表達」而不及於「思想」之方式而為規範<sup>63</sup>，此乃因為智慧之「無體性」，而智慧創作必須透過「載體」方能呈現。然而，原住民族智慧創作歷來傳承的載體並非文字，而是以口耳相傳的方式為之，因此在特定權利客體範圍方面，有其先天上的重大困難。申言之，原住民族傳統智慧創作原發於祖先而代代相傳，因為是人為的創作，當然需要「載體」才能傳遞，而傳遞人類的文化、知識或經驗的載體，包括文字、圖形或口耳相傳，如以文字與圖形作為載體，那麼文化或知識的內容較為明確或可得特定。但是，是在原住民族在最近的一個世紀，面臨快速漢化或現代化的浪潮中，其生活形態已有重大改變，不僅造成人口外移謀生，更因為國語教育深入部落，目前能夠使用流利的原住民母語者，大多為年老長者。許多年輕的族人極少以母語為溝通工具。在情形之下，使得諸多「宿存於長者生活記憶」的文化知識體系及其核心概念，更不易透過當代原住民社群而流傳，換言之，傳遞文化的「載具」逐漸消失。而年輕一代的原住民族，也因此對傳統部落生活中的集體記憶，有著潛在空洞化與缺乏認同的可能危機<sup>64</sup>。

原住民族傳統智慧創作之傳承與內涵之特定，雖有其本質上的困難之處。然依原創條例第 7 條規定：「經認定為智慧創作者，依下列規定取得智慧創作專用權：一、智慧創作經認定屬於申請人者，應准予登記，並自登記之日起，由申請人取得智慧創作專用權。二、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。三、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 10 條第 1、

<sup>62</sup> 立法院公報，前揭註 27，頁 100。

<sup>63</sup> 思想與表達區別原則 (idea-expression dichotomy)，源自美國著作權法。1879 年美國聯邦最高法院於 *Baker v. Selden* (101 U.S. 99) 一案中，基於思想與表達區分之法理，駁回原告之訴。該案之原告 Selden 在書本中附有畫線及加上標題之空白會計表格，Selden 主張，被告 Baker 所印製及販賣之會計書籍，複製原告之會計表格，侵害原告著作權。被告則抗辯，表格只是原告會計系統之方法或思想，不受著作權保護。最高法院基於思想與表達區別之原則，駁回原告的請求。請參見羅明通，著作權法論 II，頁 399-400(2005)。外文資料請參見 Leslie A. Kurtz, *Speaking to the Ghost: Idea and Expression in Copyright*, 47 U. MIAMI L. REV. 1221, 1222 (1993). See also Amy B. Cohen, *Copyright Law and the Myth of Objectivity: The Idea-Expression Dichotomy and The Inevitability of Artistic Value Judgments*, 66 IND. L. J. 175, 196-198 (1990).

<sup>64</sup> 胡正恆，「人、土地、與歷史記憶：以蘭嶼傳統地名的研究為例」，原住民教育季刊，第 26 期，頁 110 (2002)。



2、3 項規定：「智慧創作專用權，指智慧創作財產權及智慧創作人格權。智慧創作專用權人享有下列智慧創作人格權：一、就其智慧創作專有公開發表之創作人格權。二、就其智慧創作專有表示專用權名稱之創作人格權。三、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。智慧創作專用權人除法律另有規定或契約另有訂定外，應以特定民族、部落或全部原住民族名義，專有使用及收益其智慧創作之財產權，並行使前項之權利。」第 13 條第 1 項規定：「智慧創作專用權人得將智慧創作財產權授權他人使用；其授權使用之地域、時間、內容、使用方式或其他事項，依當事人之約定；其約定不明部分，推定為未授權。」第 17 條規定：「智慧創作專用權人對於侵害其權利者，得請求排除之；有侵害之虞者，得請求防止之。」第 18 條第 1 項規定：「因故意或過失不法侵害智慧創作專用權者，負損害賠償責任。數人共同不法侵害者，連帶負損害賠償責任<sup>65</sup>。」

由上述原創條例之相關規定可知，原住民族之傳統文化表達，如經主管機關認定並登記，即取得「專用權」並受原創條例之保護。而原創條例賦予智慧創作專用權之權能，包括了所有權的積極權能：「使用、收益」，以及消極權能：「排除侵害」<sup>66</sup>。亦包括了「人格權」的內涵：「公開發表權、姓名表示權、禁止變更權」。以上述消極權能為例，民法第 767 條規定：「所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之。」此外，著作權法第 84 條亦規定：「著作權人或製版權人對於侵害其權利者，得請求排除之，有侵害之虞者，得請求防止之。」其用語與上開民法規定相同。觀諸原創條例第 17 條之規定內容，與民法第 767 條、著作權法第 84 條之條文用語相同，顯見其保護目的亦無二致。因此，智慧創作專用權之「排除侵害請求權」，原則上應與民法第 767 條及著作權法第 84 條之規定作相同之解釋。

再者，如前所述，依據歷來大法官會議解釋之內容，從憲法釋義學的觀點，歸納出財產權保護之範圍：1.所有權及其他物上權利（含不動產物權及動產物權）；2.債權（兼含公法上債權）；3.無體財產權；4.金錢財產；5.支配財產之自由；6.為獲得財產而從事之經濟活動<sup>67</sup>。而依原創條例第 17 條之規定，智慧創作專用

<sup>65</sup> 智慧創作專用權之申請流程及審議程序說明，請參閱曾致鳴，前揭註 26，頁 30-32。

<sup>66</sup> 原創條例第 11 條規定：「智慧創作專用權不得為讓與、設定質權及作為強制執行之標的。」第 12 條規定：「智慧創作專用權非經主管機關同意，不得拋棄；拋棄之智慧創作專用權，歸屬於全部原住民族享有。」因此，智慧創作專用權不得「處分」，至為明顯。

<sup>67</sup> 蔡維音，前揭註 33，頁 40-44。

權之權能既已包括「排除侵害請求權」，應與所有權及著作權之權能為相同之解釋。則從憲法釋義學及大法官會議解釋之觀點而言，智慧創作專用權應屬憲法第15條之財產權類型之一。

雖有學者認為，為了保護原住民族智慧創作，原創條例雖然創設了「實體智慧財產規則」，但是原創條例重新建立了一個與「市民法」完全平行的新「原住民族特殊權利」(*indigenous sui generis*) 概念<sup>68</sup>。姑且不論所謂「實體智慧財產」之意涵為何？規則如何建立？是否與「市民法」平行？然而，依原創條例之規定，取得智慧創作專用權之原住民族或部落，雖不得處分其專用權，但仍得使用、收益屬於專用權範圍之智慧創作。可見藉由原創條例之規定，智慧創作專用權已建構了新的社會關係，亦即「何人擁有智慧創作」之權利，以及「何人被賦予不得侵犯」之義務，而此權利義務之關係乃是由法律所規範及保障，並使權利擁有者能在權利範圍內自由使用、收益其智慧創作<sup>69</sup>。而財產權除了作為憲法上之一種基本權外，尚有其「制度性保障」的義涵，亦即在一國之內，由立法者藉由立法程序，劃定「私有財產」之一定界限，使其在社會中有可靠的地位，阻止一般人、國家公權力或是不當的立法行為，妨害憲法所保障的財產權制度<sup>70</sup>。因此，在現行法律規範的意義之下，將「智慧創作專用權」歸類為新創的財產權類型，應屬適當<sup>71</sup>。

---

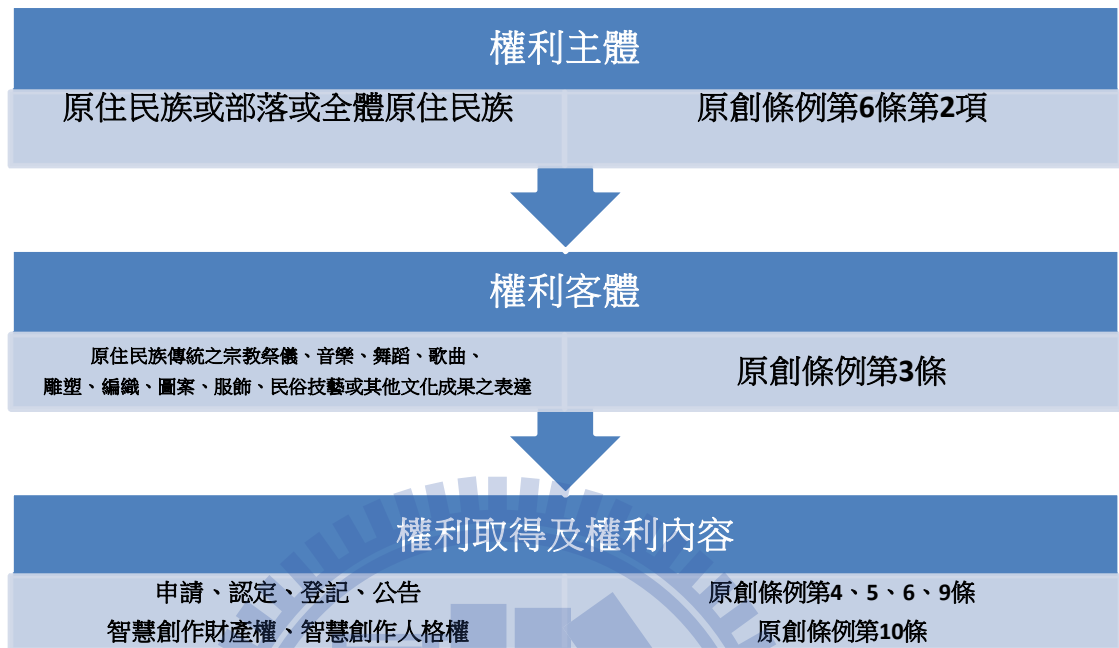
<sup>68</sup> 黃居正，「特殊權利概念的重建——評析原住民傳統智慧創作保護條例」，發表於「原住民族傳統智慧創作保護」研討會，頁125（2008）。黃居正，前揭註2，頁11-41。

<sup>69</sup> 巫智豪，地上權之財產權界定及消滅後地上物清理之法律經濟分析，國立政治大學地政學系碩士班碩士論文，頁9-10（2005）。

<sup>70</sup> 陳愛娥，「司法院大法官會議解釋中財產權概念之演變」，憲法解釋之理論與實務，頁400-402（1998）。

<sup>71</sup> 林三元，前揭註28，頁72-73。

圖二：智慧創作專用權



至於此種新類型之財產權，應透過何種法律制度加以保護，學者間仍有不同見解<sup>72</sup>。申言之，原住民族之傳統知識（包括原創條例規範之智慧創作），能否以現行的智慧財產權制度加以保護，學者間看法雖有不同，但多數國家仍以訂立新法保護原住民族傳統知識。而反對以現有之智慧財產制度保護原住民族傳統知識之主要理由有三：首先，傳統的本質在其「傳統」的特性，此與智慧財產制度基於保護「創新」的立場明顯不同；其次，傳統知識屬於一種「集體權利」，與智慧財產權「私有權利」的特徵亦屬有別；最後，傳統知識均已在公共領域範疇，不屬於智慧財產權保護之標的<sup>73</sup>。

姑且不論對於原住民族傳統智慧創作之保護應採取何種立法模式，如果現有財產權理論已足以闡釋智慧創作專用權之正當性基礎，且能提供探討原創條例的理論框架，那麼在本論文的鋪陳論述上，即能透過適當的理論架構，解析原創條例與智慧創作專用權在現行法律制度下應如何運作。是以，探討目前財產權理論，是否足以說明與解釋智慧創作專用權之正當性判斷，自係探討原創條例之起點。因此，本章第二節將先說明私有財產制度與原創條例之關係，再於第三節逐一介紹重要的財產權理論。藉此回答現有財產權理論與智慧創作專用權正當性判斷之

<sup>72</sup> 楊智傑，前揭註 28，頁 47-98。

<sup>73</sup> 古祖雪，「論傳統知識保護的三種正當性」，法令月刊，第 58 卷第 12 期，頁 68-69（2007）。

關連。

## 第二節 財產權、公共領域與圈地運動

原創條例制定通過之後，原本屬於公共領域的原住民族傳統智慧創作，將隨著原住民族或部落申請登記而逐漸成為財產權保護之標的。如前所述，建立財產權制度目的之一是為了資源配置，而如何達到資源效益最大化，就成為制度設計的最重要目標。

因此，如何將長期存在於公共領域之原住民族傳統文化表達，納入財產權保護之範圍，自有必要回顧公共領域及圈地運動（enclosure movement）的發展歷程，並從借鏡歷史發展的經驗中，形塑保護原住民族文化表達的制度規範。

### 第一項 公共領域與原住民族傳統智慧創作

原住民族傳統智慧創作係先於現行法律制度而存在，在原創條例制定之前，自不受法律規範之限制，任何人均得自由接近、使用，甚至改變智慧創作之內容。然而，在原創條例之規範下，透過一定之行政審核程序，智慧創作將成為新類型之財產權標的，取得智慧創作之專用權人，即得依法主張一定之權利。是以，原本存在於公共領域的文化素材，如何劃歸成為財產權之標的，此乃原創條例必須面對之首要問題。

#### 一 公共領域之意義與發展

公共領域一詞，雖非我國現行法制下之法律名詞，但在法院判決中，亦屬常見。例如，我國智慧財產法院曾於判決理由中敘述公共領域之概念如下：「……而『實質類似』之判斷，與告訴人著作性質相關，如告訴人主張被抄襲之著作內容，係取自公共領域（public domain）較多之事實型著作（factual work），由於其具有不容杜撰、自由發揮空間及表達方式受限、資訊來源多有重疊等特點，故在著作抄襲之「實質類似」構成要件上，應採取較嚴格之標準，反之，若係虛構性、科幻性作品（fictional work）或詩文等創作性較高之著作，則關於實質類似之要求標準較低，本件音樂詞曲著作自應屬於創作性較高之著作。」亦又判決論述稱：「著作權係賦予著作權人於一定期間內得享有獨占之專屬權益，為兼顧鼓勵創作與維護公共領域之雙重目的，著作權之保護以提供必要的創作誘因為限，蓋著作權法不僅單單保護著作權人，更重要的是要促進公眾利益，亦即著作權法第 1 條前段所揭櫫之立法目的『促進國家文化發展』。倘若過度保護著作權，放任獨占性權利恣意擴張，則著作權人享有長時期之獨占權，將嚴重壓縮公共領域，箝制他人之自由創作，反而無法達到著作權法第 1 條前段『促進科學與實用藝



術之進步』或『促進國家文化發展』之最終立法目的。是以，於思考著作權相關議題時，關鍵在於應適時將公共利益納入考量。為衡平日益擴張之著作權，各國法制莫不就著作權設有限制，為著作權獨占範圍劃定適當之界線，例如合理使用、著作權存續期間、第一次銷售原則、保護標的、思想與表達二分法、強制授權等<sup>74</sup>。」可見公共領域一詞，雖常見於法院判決中，然其指涉內容與範圍為何，仍有待進一步之討論釐清。而學者對於「public domain」一詞之翻譯，亦有不同，有翻譯為「公共所有」者<sup>75</sup>；有翻譯為「公共領域」者<sup>76</sup>；另有翻譯為「公共財產」者<sup>77</sup>。不論中文翻譯之名稱為何，對於公共領域一詞之起源及其內涵，應先加以說明。

依據 Black's Law Dictionary 對於 public domain 之定義有三：「1.政府擁有之土地」；「2.在歷史上，是指開放進入及墾殖的政府土地。事實上，相對於傳統上的進入及墾殖，現今所有聯邦土地都是禁止進入的。」；「3.在智慧財產權方面，係指不受智慧財產權保護，以及任何人得以免費使用之發明與創作領域。當著作權、商標權、專利權或營業秘密失去權利保護或保護期限屆滿時，原先保護之智慧財產，即轉為公共領域之一部分，任何人得加以利用，而無侵權之責<sup>78</sup>。」由此可知，公共領域指涉的內容包含兩個部分：實體的土地範圍、非實體的智慧財產內涵<sup>79</sup>。事實上，隨著社會狀態之改變，學者對於公共領域之討論，已逐漸脫離實體面向之議題，轉而探究在智慧財產權架構下，公共領域應有之理論基礎及其面貌。

<sup>74</sup> 請參見智慧財產法院 97 年度刑智上易字第 27 號刑事判決、98 年度刑智上易字第 32 號、97 年度刑智上易字第 43 號刑事判決。

<sup>75</sup> 呂佩芳、楊智傑，「釋放部分著作權之法律經濟分析」，智慧財產權月刊，第 81 期，頁 96、105（2005）。楊智傑，前揭註 28，頁 50。

<sup>76</sup> 劉孔中，「建立資訊時代『公共領域』之重要性及具體建議」，智慧財產權法制的關鍵革新，頁 1（2007）。黃居正、邱盈翠，「公共領域的結構轉型：以美國理論變遷與實務觀點為中心」，歐美研究季刊，第 41 卷第 4 期，頁 1024（2011）。

<sup>77</sup> 羅明通，著作權法論 I，頁 301（2005）。

<sup>78</sup> 原文內容如下：public domain. (17c) 1. Government-owned land. 2. Hist. Government lands that are open to entry and settlement. • Today virtually all federal lands are off-limits to traditional entry and settlement. 3. Intellectual property. The universe of inventions and creative works that are not protected by intellectual-property rights and are therefore available for anyone to use without charge. • When copyright, trademark, patent, or trade-secret rights are lost or expire, the intellectual property they had protected becomes part of the public domain and can be appropriated by anyone without liability for infringement.(2009)

<sup>79</sup> 劉孔中，前揭註 76，頁 1。



有學者認為，公共領域一詞作為非實體面向之法律概念，最早起源於英國上議院於 1774 年 2 月 *Donaldson v. Beckett* 一案。該案判決指出：「在安妮法案( statute of Anne)，亦有翻譯為『安法典』或『安法案』通過之後，著作權之保護期間已定為 21 年，則原本受到著作權保護之著作，在保護期限屆滿後，即進入公共領域，不得再依普通法請求永久保護<sup>80</sup>。」另有學者主張，在著作權關於公共領域概念方面，則是法國在伯恩公約 ( Bern Convention ) 中所提出的「 French domaine public」<sup>81</sup>。而在美國的發展方面，公共領域一詞最早是在 1890 年左右才出現，且僅指「公共土地」。但經過將近一百多年的發展，學者逐漸肯認公共領域對智慧財產權之影響，也積極探討公共領域架構及其理論基礎<sup>82</sup>。首先，David Lange 教授於 1981 年發表了「肯認公共領域」( Recognizing the Public Domain ) 一文之後，學術界對於公共領域與著作權的關係，即有熱烈的討論。David Lange 教授主張應該承認智慧財產權關於公共領域之概念，並試圖建立公共領域之理論基礎<sup>83</sup>。此外，Jessica Litman 教授亦認為應該建立公共領域的理論基礎，調和權利保護與公共利益之衝突<sup>84</sup>。

應特別強調的是，美國關於公共領域的論述，深受 Thomas Jefferson 之影響。Jefferson 為美國第三任總統，係美國開國先驅，也是一名法學家。其對於文化傳播及智慧財產權之論述，深具啟發性，也成為後來學術討論或法院判決之重要思考起點。美國網路法巨擘 Lawrence Lessig 教授，在其鉅著——「網路自由與法律」( Code and Other Laws of Cyberspace ) 一書中，關於文化傳播及智慧財產之論述，即曾引用 Jefferson 的觀點，說明財產保護的限制性<sup>85</sup>：

「如果大自然已經讓任何一種事物更能不受排他性財產的所有其他影響的話，那就是稱為構想觀念的思考能力行為。構想觀念能夠讓個人掌握排他性的擁有狀態，只要他想將該構想觀念據為已有，就可以這樣做；然而，自構想觀念被提出來的那一刻起，觀念構想就被迫成為每個人都能夠佔有

<sup>80</sup> See LAWRENCE LESSIG, FREE CULTURE: HOW BIG MEDIA USES TECHNOLOGY AND LAW TO LOCK DOWN CULTURE AND CONTROL CREATIVITY 93 (2004), see also Tyler T. Ochoa, *Origins and Meanings of the Public Domain*, 28 U. DAYTON L. REV. 215, 223-24 (2002).

<sup>81</sup> Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 EMORY L. J. 965, 1010-11 (1990).

<sup>82</sup> Ochoa, *supra* note 80, at 233, 266-67.

<sup>83</sup> See generally David Lange, *Recognizing the Public Domain*, 44 LAW & CONTEMP. PROBS. NO. 4. 147 (1981).

<sup>84</sup> Litman, *supra* note 81, at 1012.

<sup>85</sup> LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE 132 (1999). 中文翻譯內容引自 Lawrence Lessig 著，劉靜怡譯，網路自由與法律，頁 327-328 (2002)。

的狀態，而且，構想觀念的接收者也無法將想觀念拋開。」(If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it.)

「構想觀念的獨特處，就是在於任何人所佔據的，都不會因為其他每一個人都佔有其全部，就會導致變少的結果。從我身上獲得一個構想觀念的人，是他自己接受指示，並不會因此減少了我所擁有的；就如同用我的燭蕊點燃他燭蕊的人，在他得到光線之際，並不會讓我因此陷入黑暗。」(Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me.)

「構想觀念應該自由地在地球上從一處散布到另一處，以達成人類在道德與共同指示方面的目標，並且藉以改善人類的情況；這似乎是經過大自然特別精心設計的，當大自然讓構想觀念可以在整個中間裡像火焰般地擴展，而且任何時刻都不能減損他們的密度時，或者讓構想觀念像我們在當中呼吸、移動並且讓我們的身體存在的空氣一般，無從遭到限制或是排他性的佔用時，那麼創造就本質而言，便不能成為財產的對象。」(That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density in any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement or exclusive appropriation. Inventions then cannot, in nature, be a subject of property.<sup>86</sup>)

Jefferson 對於構想觀念是否應透過財產制度加以保護的論述，雖未出現「public domain」一詞，但其實質內涵均與公共領域之概念有關。Jefferson 的微言大義，對於公共領域與智慧財產權制度的發展，有著無可比擬的影響力！

---

<sup>86</sup> Thomas Jefferson, *The Founders' Constitution Volume 3, Article 1, Section 8, Clause 8*, THE UNIV. OF CHI. (Aug. 13, 1813), available at [http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1\\_8\\_8s12.html](http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_8_8s12.html) (last visited Aug. 17, 2011).

此外，美國最高法院亦多次在判決中論及公共領域之概念。例如，1964「*Sears*」以及「*Compco.*」兩個案例中，最高法院即表示，在公共領域中的事務，並非專利法保護之標的，國家即不得禁止他人重製該物品<sup>87</sup>。兩年之後（1966年）美國最高法院在 *Graham v. John Deere Co.*一案中亦表示，公共領域屬憲法層次（a constitutional dimension）之議題，對於人們可以自由使用之資訊，國會不可以加以限制，且亦不得將排他權賦予存在於公共領域之知識<sup>88</sup>。值得注意的是，最高法院審酌上述 *Jefferson* 的觀點之後表示：「專利獨占制度的設計，並非為了確保發明人的自然權利，而是帶動新知識的代價與誘因<sup>89</sup>。」再次強調保護智慧財產與擴大公共領域的憲法上目的。而於 1989 年 *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*一案，最高法院再次重申，維持公共領域的豐富多樣，以及適當保護與智慧財產之間，必須取得良好的平衡點<sup>90</sup>。兩年之後（1991年），最高法院在 *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*案件表示：原創性（originality）乃憲法上的要求，任何人不得主張對於事實具有原創性。因此，複製事實的自由，應該受到憲法的保障<sup>91</sup>。由此可知，最高法院藉由闡述憲法上著作權保護之要件，說明不受著作權保護之事實，係存在於公共領域之內，人人皆得接近與使用。

2003年1月，美國最高法院在 *Eldred v. Ashcroft* 一案<sup>92</sup>，在 Lawrence Lessig 教授的支持下，原告 Eric Eldred 試圖挑戰國會延長著作權保護期間（*Sonny Bono Copyright Term Extension Act, CTEA*）的憲法上權限<sup>93</sup>。依據美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款之規定：「國會有權……對於著作家及發明家保證其著作品及發明物於限定期間內享有專利權，以獎進科學文藝。」（The Congress shall have power…… To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries;）

---

<sup>87</sup> See *Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*, 376 U.S. 225 (1964); *Compco Corp. v. Day-Brite Lighting, Inc.*, 376 U.S. 234 (1964).

<sup>88</sup> *Graham v. John Deere Co. of Kansas City*, 383 U.S. 1, 5-6 (1966).

<sup>89</sup> *Id.* at 9.

<sup>90</sup> *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U.S. 141, 151 (1989).

<sup>91</sup> *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340, 347-50 (1991).

<sup>92</sup> *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003).

<sup>93</sup> Eric Eldred 是一名退休電腦工程師，以「ELDRITCH PRESS」之名義，將進入公共領域之書籍資料掃描成電子檔，並存放在網際網路供公眾免費使用。但是在 CTEA 通過後，Eldred 於 2019 年之前，都不能將任何晚於 1923 年取得著作權之作品進行電子化，並在網際網路上散佈。由此可見 CTEA 對於公共領域範圍之影響。See LAWRENCE LESSIG, *FREE CULTURE* 213-14 (2004); ELDRITCH PRESS, <http://www.eldritchpress.org> (last visited Sept. 21, 2011).

<sup>94</sup>。但原告認為，國會對於既存的著作權延長著作權保護年限，無法符合憲法對於「獎進科學文藝」(promote the progress of science and useful arts)的要求。因為對既存的著作權而言，並未因國會延長保護年限而提供創作誘因<sup>95</sup>。此外，原告也主張延長著作權保護年限，違反美國憲法第一修正案，保障言論自由的規定。美國最高法院最後以 7 票對 2 票作成判決，認為 CTEA 法案並無違憲之虞。其主要理由在於，國會延長保護期間 20 年，仍是「有限期間」(limited times)，且國會多次延長保護期間，均有溯及既往，並無違憲之虞。此外，最高法院亦認為，國會制訂 CTEA 與憲法第一修正案保護言論自由並無直接關連<sup>96</sup>。依據最高法院在 *Eldred* 案件所採之見解，國會顯然擁有相當的權力，得以透過立法的方式，限制流向公共領域的新素材<sup>97</sup>！

最後，美國目前有關公共領域憲法上議題之論戰，最受矚目的應該是 *Golan v. Holder* 一案。該案之主要爭議在於，美國國會在 1994 年通過烏拉圭回合法案 (Uruguay Round Agreements Act, URAA) 第 514 條<sup>98</sup>，使部分已進入公共領域之外國著作可以獲得美國著作權法之保護。此種情形對於利用公共領域而為創作者，必然受到影響。2001 年，一群藝術家、作者及教育工作者，包括 Lawrence Golan 在科羅拉多聯邦地方法院起訴，認為上開第 514 條內容，違反憲法上保障言論自由之規定，但地方法院以 *Golan v. Gonzales* 一案判決駁回原告之訴。Golan 於 2005 年提出上訴，聯邦第十巡迴上訴法院於 2007 年做出判決，認為 514 條之規定並雖未逾越國會在憲法上的權限，然而對於使用公共領域素材作為言論內容之人而言，確實影響了其等憲法第一修正案之基本權<sup>99</sup>。第十巡迴上訴法院因此將該案發回地方法院，由地方法院再審酌 514 條是否違反第一修正案。發回重審後，地方法院於 2009 以 *Golan v. Holder* 一案做出對原告有利之判決，認為 514 條確實違反了憲法第一修正案對於言論自由的保障<sup>100</sup>。該案再度上訴到第十巡迴上訴法院，該院採取中度審查基準 (the intermediate scrutiny standard) 認為 514 條並無違反憲法第一修正案。因為該條文之制訂保護了美國境外著作，進而增進美國的

---

<sup>94</sup> 條文內容及中文翻譯，請參見美利堅合眾國憲法 (The Constitution of the United States of America)，司法院網站：

<http://www.judicial.gov.tw/db/db04/db04-03.asp> (最後點閱時間：2011 年 12 月 25 日)。

<sup>95</sup> Peter Jaszi, *Caught in the Net of Copyright*, 75 OR. L. REV. 299, 303 (1996).

<sup>96</sup> *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 788-90 (2003).

<sup>97</sup> 請參見 Stevens 大法官之不同意見。Id. at 800-01.

<sup>98</sup> 17 U.S.C.A. § 104A (2002).

<sup>99</sup> *Golan v. Gonzales*, 501 F.3d 1179, 1188 (10th Cir. 2007).

<sup>100</sup> *Golan v. Holder*, 611 F. Supp. 2d 1165 (D. Colo. 2009).



國家利益<sup>101</sup>。美國最高法院於 2011 年 3 月 7 日同意受理該案<sup>102</sup>，而最高法院審理的重點有二：(1) 美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款之規定，是否限制國會擷取屬於公共領域之作品，並將之納入智慧財產權保護之範圍？(2) 第 514 條修正內容，有無違反憲法第一修正保障言論自由之規定<sup>103</sup>？最高法院未來對於 Golan 案件的判決，勢必影響公共領域範圍之界定。換言之，當法院開始建立一定的準則，藉以進行公共領域「圈地審查」時，免費文化素材的供應，是否會因為立法權與司法權的結合，導致創作資源短缺的情形？將是最值得關注的焦點！

## 二 宿存在公共領域中的原住民族傳統智慧創作

上述關於公共領域之發展論述，雖係以智慧財產權為主軸。然因原住民族傳統文化表達，在原創條例制定之前，均屬存在於公共領域之文化素材。則有關公共領域之學理發展及法院判決，自可引為討論之基礎。

如前所述，原創條例所稱之智慧創作，包括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。但長久以來，原住民族文化表達成果，並非歸屬於特定的個人，而是與原住民族的生活緊密結合在一起，透過集體實踐的方式，達到區別他、我的文化目的。

以歲時祭儀為例，因為歲時祭儀是以繁殖動植物以及生活物質為主的儀禮，依循著資源供應的自然法則，每個民族必須隨著自己的生產工作而調整及強化身心的適應能力；可見歲時祭儀反應了一個民族的社會生活與宗教信仰，也象徵著一個民族綜合性的文化意義<sup>104</sup>。例如卑南族之祭典活動，在整體文化表現上，就是讓族人凝聚的最好時機<sup>105</sup>。

另以音樂為例，原住民的音樂並非為了個人表現而存在。相反地，是為了群體的和諧，並且作為人與天地之間的溝通工具。在傳統生活中，歌謠大多是為了祭典而使用，不同的族群之間皆有其獨自的體系。布農族最具盛名的音樂「巴西布布」(pasioutbut) 乃祭儀歌曲，是為了祈禱小米豐收而唱的歌曲，也是布農族

---

<sup>101</sup> Golan v. Holder, 609 F.3d 1076 (10th Cir. 2010).

<sup>102</sup> Golan v. Holder, 609 F.3d 1076 (10th Cir. 2010), *cert. granted*, 131 S. Ct. 1600 (2011).

<sup>103</sup> Petition for Writ of Certiorari, Golan, 609 F.3d 1076 (10th Cir. 2010) (No. 10-545), 2010 WL 4232641.

<sup>104</sup> 蔡中涵、陳俊男，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第七期委託研究—阿美族、葛瑪蘭族、撒奇萊雅族，行政院原住民族委員會委託研究，頁 81-82 (2011)。

<sup>105</sup> 財團法人東台灣研究會文化藝術基金會，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究—卑南族、賽夏族結案報告，行政院原住民族委員會委託研究，頁 142-143 (2010)。



最重要的音樂。布農族在每年小米播種前舉行小米豐收祭，舉行祭儀的時候，選出八位在過去一年中出草順利、健康平安的青年，由他們圍著小米種子，在祭師的引領下，八位演唱者由低而高吟唱，藉此方式祈求天上的神靈 *Dihanin* 以神力幫助作物能順利成長，來年豐收。對布農族人而言，「八部合音」關係著族群命脈存亡，其重要性不言可喻<sup>106</sup>。

從原住民族之傳統習慣觀察，原住民族之文化表達，並非歸屬於特定個人所擁有。個別之原住民無法主張與族群有關之文化表達（祭儀、歌曲等），具有任何排他之權利。另從法規範之角度而言，原住民族之文化表達，均先於現行智慧財產權制度而存在，除非透過立法方式追溯承認，否則無法依相關規定主張權利。由此可知，在欠缺法律賦予之排他性權利之前，任何人均得以自由接近、使用原住民族之傳統文化表達，並得基於該文化表達再為新的創作，無庸取得特定原住民族之同意或授權。可見在原創條例制定通過之前，原住民族傳統智慧創作，均宿存在公共領域中，成為整個社會免費文化素材的供應者！

## 第二項 私有財產制度與圈地運動

由上述內容可知，私有財產權支配範圍如果擴及到公共領域之內，必然減損一般人得以自由接近與使用文化素材的機會。而源於公共領域內容進行創作之行為，無須支付對價、無庸取得授權、更不會有任何侵權訴訟的風險<sup>107</sup>。但是這些功能都將因為公共領域範圍納入財產權保護而削弱，對於鼓勵創新的社會公共利益，必會產生負面影響。

相反地，保護私有財產權的目的之一在於資源效益的極大化。如果透過正當法律程序（國會立法或司法審查），將公共領域範圍內的文化素材納為財產權之客體，不僅可以避免公共財的無效率利用行為，更能達到保存文化表達不被破壞的目的<sup>108</sup>。因此，將長期以來供公眾自由接近、使用的原住民族文化表達，納入為財產權保護之標的，是否符合公共利益與原住民族權利之保護妥適？亦即，賦予智慧創作專用權之正當性基礎為何？乃探討原創條例的核心議題。而在提出正

<sup>106</sup> 田哲益（達西烏拉彎·畢馬），台灣原住民的社會與文化，頁 144-145（2001）。

<sup>107</sup> Lawrence Lessig, *Re-crafting a public domain*, 18 YALE J. L. & HUMAN. 56, 57 (2006).

<sup>108</sup> 立法院內政及民族委員會於 96 年 11 月 22 日上午舉行第 6 會期第 6 次全體委員會議，針對「原住民族傳統智慧創作保護條例」進行審查時。立法委員楊仁福表示：「國內原住民族歷經不同政權之變革及統治，原住民族正面臨文化日漸流失之問題，民族命脈受到挑戰的迫切危機；為維護文化多樣性及保護原住民族權益，應以必要的法律規範，加強原住民族特有文化之保存及發展。」可見原創條例之立法目的之一，是為了避免原住民族文化流失，保存文化之完整性。立法院公報，第 96 卷第 85 期，院會記錄，頁 98，2007 年 12 月。

當性之判斷之前，應先回溯「圈地運動」的歷史，藉以思索原住民族文化表達財產化的應然面向！

### 一 資源配置與圈地運動

「資源有限，慾望無窮」可以說是經濟學論述的開端。經濟學探討的主題就是「如何把有限資源配置到各個彼此互斥的用途上」。換言之，無論資源是否有限，只要沒有出現彼此互斥的用途，就不必思考如何配置資源，經濟學也就沒有存在的必要了<sup>109</sup>。然而，真實世界的情形告訴我們，人類社會不可避免資源利用互斥的狀況，如何在資源互斥之下，取得均衡的分配，進而達到資源效益極大化的目的，一直是經濟學家思索的課題。

從法律規範的角度思考，「資源配置」與「財產制度」之建構息息相關。且不論是私有財產制或公有財產制，財產制度如何運作必然影響資源的使用方式。但更重要的，資源配置只是一種靜態的權利歸屬，資源流動所牽涉的交易行為，往往才是評斷特定財產制度是否達到資源極大化的準則。因此，資源流動所涉及的交易成本，一直是法律與經濟學者在解釋財產制度選擇時，無可迴避的問題。財產制度以及法律制度的選擇，便成為法律經濟學分析的核心，財產權的形態也隨著制度的選擇而呈現不同的變化<sup>110</sup>。

將一定的資源劃歸特定的權利主體，並由特定主體得以依法使用、收益、處分，社會整體亦會因此獲得更大的效益，這是設計財產權制度的重要目的。以實體財產的權利歸屬為例，特定權利主體究竟是公有或私有，才能達到效益極大化呢？英國學者 Garrett Hardin 就此部分提出「公有之悲劇」(the tragedy of the commons) 的論述<sup>111</sup>，啟發學者對於資源配置的思索與討論。應加以說明的是，論者對於「the tragedy of the commons」一詞之翻譯，不盡相同，有翻譯為「公共財的悲劇」<sup>112</sup>；亦有翻譯為「公有之悲劇」<sup>113</sup>；另有翻譯為「公共地悲劇」<sup>114</sup>。

<sup>109</sup> 霍德明、熊秉元、胡春田、巫和懋，*經濟學 2000*（上），頁 3-4（2003）。

<sup>110</sup> KOMESAR, *supra* note 21, at 15-16.

<sup>111</sup> 亦有學者認為，在資源有限的情形下，社會對於有限資源的配置，無法避免地必須進行「悲劇性選擇」(tragic choices)，因為無論如何選擇，資源既是有限的，那麼配置的結果終究是個悲劇。See Garrett Hardin, Vol. 162, No. 3859, *The Tragedy of the Commons*, SCIENCE, Dec. 13, 1968, at 1243-48, *see also* GUIDO CALABRESI, PHILIP BOBBITT, TRAGIC CHOICES: THE CONFLICTS SOCIETY CONFRONTS IN THE ALLOCATION OF TRAGICALLY SCARCE RESOURCES 17-19 (1978).

<sup>112</sup> 陳起行，「美國數位著作權保護的法理論述」，*國立臺灣大學法學論叢*，第 36 卷第 2 期，頁 147（2007）。

<sup>113</sup> 黃居正、邱盈翠，前揭註 76，頁 1035。

翻譯名詞雖有不同，但指涉之內容並無差別，皆係引述自 Hardin 上開論述。以下簡要說明 Hardin 的主要觀點。

Hardin 以公共草原為例，說明公地悲劇的發展情況，Hardin 認為，草原對大眾開放，我們可以預估每名放牧者都會在公地飼養最多的牛隻。因為理性的放牧者只有一個選擇：多養一頭牛。因為每一位分享公地的理性放牧者，都會得出上述的結論，結果造成公共草原快速枯竭，資源因此大量減少，但卻無法滿足每一位放牧者飼養牛隻的需求，悲劇也就因此產生。因此，採取公地資源自由消費的社會，每個人為了追求自己之最大效益，反而會使整體社會走向毀滅<sup>115</sup>。

從另外一角度觀察，因為公地資源的使用缺乏排他性，不免出現不付費而使用的搭便車者（free riders），最終亦可能導致無效率的資源配置。申言之，財產權人之所以能夠享有一定之權利，其代價在於權利人必須同時負擔一定的成本，亦即將外部性內化為權利的一部份。但搭便車者只是坐享其成，單純獲取他人投入成本之後的利益，無需付出任何代價。如果制度上容忍搭便車的行為，那麼理性的財產權人將不會投入維護財產權的成本，資源使用的效率也會因此降低，搭便車的現象，顯然是財產制度的破壞者。因此，為了促使財產利用更具效率，制度設計上必須去除搭車便的現象，而較佳的方法應該是將資源劃歸為私有財產，權利人藉此取得排除他人未經同意的使用，自能去除搭便車行為，達成資源配置的極大效率<sup>116</sup>。

Hardin 的主要論述在於如何控管公有財產，避免資源的過度消耗，並非提倡財產私有化<sup>117</sup>。但其對於公地資源使用的描述，除了讓人們省思資源如何配置才能達到效率之外，更重要的是，學者藉此得以說明私有財產制度的必要。換言之，將原本開放公眾使用之資源，賦予私有財產權，使得資源的擁有者可以排除他人未經同意之使用。而透過私有化制度，資源之利益與損害將由同一人承擔，不致於過度消耗資源，更能使資源的使用更具效率。此種將外部性（externity）——資

---

<sup>114</sup> 朱稚芬，論著作權法與公共領域之衝突與調和機制，世新大學法學院碩士論文，頁 62-53（2006）。

<sup>115</sup> Hardin, *supra* note 111, at 1257.

<sup>116</sup> Mark A. Lemley, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, 83 TEX. L. REV. 1031, 1039-1040 (2005).

<sup>117</sup> 學者在論述私有財產制度的過程中，通常是以 Hardin 對於公有悲劇的闡述為依據。王澤鑑教授於介紹 Hardin 的主張之後認為：「將物歸屬於某人私有，由其支配使用，有助於物盡其用。此為私有財產制物權法的經濟功能。」請參見王澤鑑，民法物權第一冊：通則·所有權，頁 16（2005）。

源過度消費——內化的過程，正是財產權制度最主要的功能之一<sup>118</sup>。

以預防公有之悲劇為論述依據，進而主張賦予私有財產權，藉以達到資源使用的有效配置，雖屬合理可行。但應注意的是，在賦予財產權的過程中，必須避免公用資源過度財產權化，否則可能產生另一種「反公有之悲劇」(the tragedy of the anticommons)<sup>119</sup>。申言之，將原本屬於公眾皆可自由使用的資源，劃定為財產權之客體，雖可解決資源使用之無效率。但如果讓多數人對同一資源，享有相同的權利，行使權利必須獲得其他人同意，甚至出現權利人相互間阻止他人行使權利的情形，如此亦會導致資源使用的無效率<sup>120</sup>。由此可見，由公眾共享資源可能導致公有之悲劇，由多數人共有財產權，也會出現反公有之悲劇。為了避免上述兩種資源配置無效率的情形產生，建立私有財產制度，應該是現代法律制度較佳的選擇<sup>121</sup>。

上述將公用資源納為私人財產範圍的過程，學者稱之為「圈地運動」。圈地運動肇始於英國，從 15 世紀開始一直進行到 19 世紀。美國杜克大學 James Boyle 教授將英國當時透過國會立法方式，所進行的圈地運動，稱為「第一次圈地運動」。第一次圈地運動創造了前所未見的生產可能性，將公用土地無效率的管理，轉換由單一的所有人使用，有助於財產制度的創新。此外，圈地運動帶來大規模的投資誘因，土地不再被過度使用，並且確保資源的有效利用，藉此避免發生公有之悲劇<sup>122</sup>。圈地運動雖為當時的英國帶來提昇經濟效率與生產極大化的利益，但仍有不可避免的社會副作用。Thomas More 在其鉅著「烏托邦」(utopia) 一書即認為，圈地運動本身不僅是不正義的，圈地的結果也帶來了經濟上的不平等、犯罪以及社會上的混亂<sup>123</sup>。

---

<sup>118</sup> Demsetz, *supra* note 4, at 347-48.

<sup>119</sup> James M. Buchanan, Yong J. Yoon, *Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons*, 43 J. L. & ECON. 1, 13 (2000).

<sup>120</sup> See generally, Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 HARV. L. REV. 621 (1998), see also Michael A. Heller, *The Boundaries of Private Property*, 108 YALE L. J. 1163, 1176-78 (1999).

<sup>121</sup> 王澤鑑教授認為我國物權法是以私有財產制度為基礎；且私有財產制度的主要意義，在於維護個人自由和尊嚴；私有財產制度亦可以促進資源的有效使用；私有財產制度具備了普遍性與讓與性，使資源流向較有效率的使用者；私有財產負有一定的社會義務，構成社會經濟秩序的基礎。王澤鑑，前揭註 117，頁 15-17。

<sup>122</sup> James Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 33, 35 (2003).

<sup>123</sup> Thomas More 著，戴錫齡譯，烏托邦，頁 52 (1999)。



然而，從歷史的過程觀察，一般對於圈地的理解，顯然過於狹義。圈地實際上包含兩個程序：對既有財產權的重組以及對公用土地的開墾。圈地雖以各種不同方式進行，但可歸納為兩大類：正式圈地與非正式圈地。前者包括國會立法通過之圈地以及所有相關當事人書面同意並繪製地圖之圈地<sup>124</sup>。後者則是一種「占有的統一」(unity of possession)，亦即個人成功地獲得土地、莊園、小鎮或教區的全部權利。非正式圈地經常與正式圈地同時發生，但此種整合權利的過程，勢必耗費許多時間，因為必須等待既有權利義務關係結束，例如承租人搬遷、原租約到期等等<sup>125</sup>。可見圈地運動有其歷史上的複雜性，自不宜僅就某一面向加以批評而忽略其原有的社會轉型面貌。

第一次圈地運動的內涵與功過，雖可由不同的觀察面向，提出相異的論點。早期學者雖大力讚揚圈地運動的正面影響，但實證研究發現，圈地運動僅為當時農業發展，帶來些微的產值，而Hardin所預言的公有之悲劇亦未發生<sup>126</sup>。雖然多數人仍然認為，資源公有注定是悲劇的下場。但是，在資源共用與財產私有的制度選擇之間，何者較能促進社會整體的效益，並且帶動更多的創新，似難一概而論。尤其是在智慧財產領域內，是否應該堅信「私有財產拯救生命」(Private property saves lives)，更值得進一步思考。

如前所述，第一次圈地運動，雖有助於私有財產制度的建立，亦可避免「公有之悲劇」的發生，並能增進資源使用的效率。但是，第一次圈地運動也帶來其他的社會問題，其利弊得失，無法一概而論。值得思考的是，存在於有體財產(例如土地)之公有之悲劇、圈地運動等現象，在無體財產(例如智慧財產)領域，是否也有著類似「公有之悲劇」的問題？有無必要針對無體財產進行「圈地運動」，藉以調整智慧財產之公用與私有的關係？Boyle以「第二次圈地運動」(second enclosure movement)為題<sup>127</sup>，說明在智慧財產權領域所進行的私有化過程，我們所應思考與面對的問題，以及公共領域不斷萎縮的危機。

Boyle以人類基因組(human genome)之研究為例，說明過度擴張智慧財產權(專利權)，反而會對創新發展造成阻礙。Boyle認為，支持政府進一步就人類基因研究，賦予保護智慧財產者，仍是認為建立私有財產制度，才能確保人們願意投入時間、資金進行研究，而新藥物與新基因療法才能不斷產出。但另一個

---

<sup>124</sup> 圈地法案見附件三；圈地地圖見附件四。

<sup>125</sup> ROGER J. P. KAIN, JOHN CHAPMAN, RICHARD R. OLIVER, THE ENCLOSURE MAPS OF ENGLAND AND WALES 1595-1918, 3, 9-10 (2004).

<sup>126</sup> Boyle, *supra* note 122, at 36.

<sup>127</sup> See generally Boyle, *supra* note 122.



應該思考的面向是，基因本身是所有人類的共同資產，不應該也不可以被特定的個人或公司擁有支配的權利。如果政府從市場邏輯觀點，將人類基因組的獨占權（專利權）交予特定人行使，將是令人恐懼的結果。從幹細胞與基因序列賦予專利權的例子可以得知，專利權提高了研發的協商成本（coordination costs），反而降低了創新發展<sup>128</sup>。Boyle 更進一步指出，商業方法專利、數位千禧年著作權法、反商標淡化的判決以及歐盟資料庫保護指令，在在顯示出我們正處於第二次圈地運動的時代<sup>129</sup>！

更重要的是，當智慧財產領域內，不斷出現圈地的行為，公共領域也必然隨著逐漸縮小。而如何調和保護智慧財產權與擴大公共領域兩者之間的對立關係，才是整個社會應該省思的問題。換言之，面對第二次圈地運動，我們有沒有其他的選項？Boyle 提出了相當重要的觀點，他認為我們需要更多及更好的實證資料，才能瞭解圈地的利弊得失。而智慧財產權也應該如同其他的政府補貼一般，審查其成本效益，如此才能確定政府賦予智慧財產權之後，社會亦因此得到相當的效益，避免創設智慧財產權的成本過高，進而出現社會無謂損失（deadweight lost）的窘境<sup>130</sup>。

Boyle 對於原本可供公眾自由使用的資訊，不斷被納入智慧財產權保護範圍，而提出第二次圈地運動的論述。其中最重要的觀點在於，這樣的發展過程，勢必壓縮公共領域的範圍。由此可見，如果以有體財產（土地）私有化，是為了避免產生公有之悲劇的論述，作為無體資訊私有化的基礎，顯然不是最好的處理方式。因為無體的資訊不會產生耗盡的情形，也不致於產生公有之悲劇。再者，資訊自由流通及使用，才能產生更大的社會效益。賦予特定人使用資訊（圈地）的權利，並且排除他人接近或使用該資訊，當權利人內化外部性的成本過高，社會大眾使用資訊的成本必定相對提昇。那麼賦予私有財產權的圈地運動，似乎不是管理無體財產的最佳方式了<sup>131</sup>。

從有體財產私有化的制度建立，到智慧財產是否可以相同看待，在理論上存在許多爭議<sup>132</sup>。而上述資源配置與公有之悲劇，以及效益極大化與財產制度的相

---

<sup>128</sup> *Id.*, at 37.

<sup>129</sup> *Id.*, at 38.

<sup>130</sup> *Id.*, at 51.

<sup>131</sup> 黃居正、邱盈翠，前揭註 76，頁 1035-1036。

<sup>132</sup> Fisher 以錄音公司為例，認為其擁有之著作權與實體財產權，在權利之擁有與執行上有五點不同：公共演出（public performance）、強制授權（compulsory licenses）、犯罪制裁（criminal sanction）、盜取之方式（burglary tools）、自助行為（self-help）。See: WILLIAM W. FISHER III,

關討論，對原住民族傳統文化表達財產化，究竟有何意義？賦予原住民族傳統文化表達一定之權利——智慧創作專用權——是否可以理解為原住民族的圈地運動？抑或是尊重多元文化的展現而已？原創條例施行之後，在保護原住民族傳統文化表達的同時，是否也同時縮小了公共領域的範圍？這些都是值得探討深究的問題。也是論述智慧創作專用權正當性判斷時，無可迴避的議題。

## 二 原住民族傳統智慧創作與圈地運動

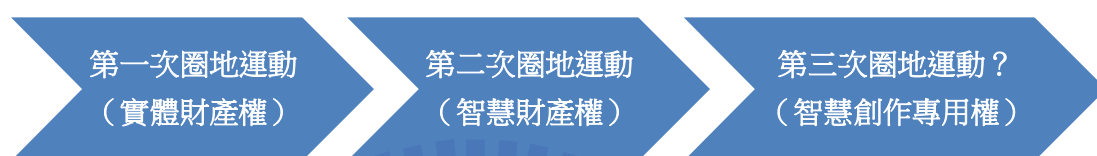
如同本論文第二節第一項所述，無論從原住民族之傳統習慣或國家法之角度觀察。在原創條例制定通過之前，任何人均得以自由接近、使用原住民族傳統文化表達，並得基於該文化表達再為新的創作，無庸取得特定原住民族之同意或授權。可見原住民族傳統智慧創作，均宿存在公共領域中，成為整個社會免費文化素材的供應者！

然而，在原創條例制定通過，相關施行細則訂定之後，依規定取得智慧創作專用權之原住民族或部落，就主管機關認定並經登記之智慧創作，即得主張智慧創作專用權——智慧創作財產權及智慧創作人格權。如同本論文第二章第一節第三項所述，原創條例賦予智慧創作專用權之權能，包括了所有權的積極權能：「使用、收益」，以及消極權能：「排除侵害」。則從憲法釋義學及大法官會議解釋之觀點而言，智慧創作專用權應屬憲法第 15 條之財產權類型之一。由此而論，原創條例將原本一般人可以自由接近、使用的文化素材，納為法律保護的客體，進而創設了新型態的財產權。這樣過程是否可以被解釋為：將公用資源納為私有財產範圍，並稱之為「圈地運動」？申言之，原住民族依據現行法律規範，主張對傳統之文化表達擁有「專用權」，能否以原住民族圈地運動視之？實體財產與智慧財產之圈地運動，現有文獻雖有許多論述。但這些理論與經驗，能否完全套用解釋原創條例所帶來的問題，仍有相當的討論空間。

總而言之，賦予智慧創作專用權，使特定族群或部落取得排他之權利，並藉由「公有之悲劇」、「圈地運動」之相關論述，說明專用權之合法正當性，雖有許多討論之空間。但可以預見的是，原創條例立法通過之後，不僅打破現有文化資源分配的現狀，也重新界定了人們原本熟悉的文化資產使用方式，對於文化發展與資訊傳播的衝擊可想而知。更重要的是，賦予宿存在公共領域之原住民族傳統文化表達一定之權利——智慧創作「專用權」，其內涵與外緣如何界定，必然牽引著「權利保護」與「文化傳播」的範圍。換言之，原創條例除了保護原住民族傳統智慧創作之外，對有助於促進文化發展之公共領域影響為何？我們所熟悉的

原住民族音樂、舞蹈、歌曲、服飾等等文化資產，在法律規範上，如果形成一種全新的權利客體，是否可能因為限制了文化傳播的便利性，反而造成社會效益的減損？可見在「保護與促進原住民族文化發展」的制度設計，猶如另一次的圈地運動一般，存在著「公有資源」與「私有財產」的爭議。而公共領域與圈地運動的齟齬衝突，又再次出現在我們的社會中<sup>133</sup>！

圖三：圈地運動之歷史進程



### 第三節 財產權之正當性判斷理論與智慧創作專用權

為何要保護財產權？在過去人類社會發展的幾個世紀裡，許多哲學家都曾嘗試回答這個問題<sup>134</sup>。其主要原因在於財產權之正當性判斷原則，關係到資源如何配置使用，而財產制度的設計，必然影響人們對於資源的分配與使用。因此，關於財產制度的討論與建構，不免會引發人們的激情，甚至成為革命的因素，1789年法國大革命以及1917年俄國大革命，就是最好的歷史佐證<sup>135</sup>。所以，如何提出放諸四海而皆準的財產理論，也就成為一個既過去又未來的有趣議題了。

為了提出保護財產權之合理說明，學者試著從不同的角度提出論述，而關於財產權之理論基礎的介紹，也就有不同的看法。美國耶魯大學法學院教授 William W. Fisher III 認為，政治理論家以及法學者已經發展出以下四個主要的理論，藉以形成財產權理論與提出保護財產權之正當化理由。Fisher 認為主要的四個財產

<sup>133</sup> 私有財產制度雖可避免發生公有之悲劇，但是在人數不多，事務複雜性相對較低的社會中，因為資源過度使用，甚至發生公有之悲劇的情況，並不常見。因為在這種類型社會中，透過道德規範，就能防止發生資源浪費的情事。而原住民族傳統生活模式，並未發生資源無限制耗盡之公有悲劇的情形，應該是最好的例子。See KOMESAR, *supra* note 22, at 130.

<sup>134</sup> 例如：在英美法系，John Locke, David Hume 以及 John Stuart Mill 等時代巨擘，都曾經提出關於財產權的論述。而在大陸法系則有 G. W. F. Hegel 以及 Immanuel Kant 等學者闡述財產權的理論。See Stewart E. Sterk, *Intellectualizing Property: The Tenuous Connections Between Land and Copyright*, 83 WASH. U. L. Q. 417, 421-22 (2005).

<sup>135</sup> MUNZER, *supra* note 17, at 1.

權理論如下：首先，是源自於 John Locke 所提出的「勞動理論」(Labor Theory)；其次，是由 Bentham 所強調的「效用主義」(Utilitarianism)<sup>136</sup>；再者，是 Hegel 所建構的「人格理論」；最後，是由美國法律現實主義者 (Legal Realists) 所主張，但是較不受重視的「社會計畫理論」(Social-Planning Theory)<sup>137</sup>。以下依序簡要介紹各個理論的主要內容，再說明如果將智慧創作專用權，視為法律保護的財產權，那麼傳統上保護財產權的各種理論，均不足以提出智慧創作專用權之正當性判斷基準。是以，從原住民族社會脈絡出發，建構專用權正當性判斷之理論基礎，自有其法理上的必要性。

### 第一項 勞動理論

John Locke (1623-1704) 是 17 世紀的英國哲學家，由於 Locke 生於資本主義萌芽的時代，他所提出的財產理論，對於日後資本主義財產理論，有著重要的影響<sup>138</sup>。Locke 認為勞動是理性與創造價值的行為，財產則是反對一個完全不負責的君主政體而精心設計的基本原則<sup>139</sup>。

Locke 在他的鉅著「Two Treatises of Government」的下篇第五章「The Second

---

<sup>136</sup> 關於 utilitarianism 一詞，有譯為「功利主義」，請參見 Dennis Lloyd 著，張茂柏譯，法律的理念，頁 88 (1989)。也有譯為「功效主義」，請參見魏千峰，財產權之基本理論研究—以國家與人民之關係為限，國立政治大學法律學研究所博士論文，頁 95 (1999)。另有譯為「效用主義」，請參見霍德明等著，前揭註 109，頁 392。本文認為，Bentham 的中心思想在於人類應該盡力謀求大多數人的幸福，以「功利」或「功效」稱之，似乎都無法表現 Bentham 哲學的核心。將「utilitarianism」譯為「效用主義」應較符合 Bentham 提倡追求大多數人最大幸福的意旨。

<sup>137</sup> William W. Fisher III, *Property and Contract on the Internet*, 73 CHI.-KENT L. REV. 1203, 1212-15 (1998). 此外，另有學者對於財產權理論，提出以下的分類：首先，強調財產權制度必須是提供效益的理論；其次，是源自於 Locke 的勞動理論，該理論主張保護財產權是對於付出勞動者的獎賞，而賦予財產權給勞動者，並不會使其他社會成員更加不利；再者，是 Hegel 所提出的人格理論，該理論認為財產權是人格發展過程中不可或缺的要害，因此必須保護財產權。最後，是由 Hayek 所提出的政治自由理論，其認為私有財產權是保護政治自由的主要之支柱，保護財產權才能確保政治自由的存在。See Sterk, *supra* note 134, at 422-23. 此外，亦有學者將財產權理論區分為以下五種：自然權利之財產權理論、實證主義與概念主義理論、利他主義理論、關連概念之財產權理論、新概念主義與利他主義理論。See Abraham Bell, Gideon Parchomovsky, *A Theory of Property*, 90 CORNELL L. REV. 531, 541-51 (2005).

<sup>138</sup> C. B. MACPHERSON, THE POLITICAL THEORY OF POSSESSIVE INDIVIDUALISM, 197-221 (1962). 轉引自魏千峰，前揭註 136，頁 71。

<sup>139</sup> Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 GEO. L. J. 287, 296 (1988).



Treaties of Government」中，描述了財產理論的建構過程<sup>140</sup>。Locke 認為：在政府組織出現之前，所有的資源都是透過上帝的旨意由眾人所共有。但是上帝所賦予的資源只是一種原始型態，人們無法從中享有其利益。個人必須付出勞力，將這些原始自然資源轉化成財產，才能享有其利益。正因為個人的勞動，增添了原始資源的價值，所以應該賦予他們財產權，使他們可以因為勞動而享有利益<sup>141</sup>。

進一步而言，Locke 認為一個人最初擁有的只有自己的「身體」，而藉由身體所產生的「勞動」，當然是一種理性與創造價值的行為。更重要的是，人類對於自己身體以外之物，必須透過勞動才能主張權利。換言之，人「生而擁有」身體，身體可以產生勞動，而勞動的結果就將原本由眾人共有的資源，轉化成屬於個人的財產<sup>142</sup>。應注意的是，以勞動理論為基礎的財產權，建構在一定的假設之上，這些假設可以分為四種類型：背景條件、勞動情況之特性、勞動的生理及心理效果、勞動效果的評價及規範特性<sup>143</sup>。以勞動條件為例，勞動理論認為在沒有政府組織的情況下，個人可以尋找無主物，而所有的外在物在數量上足以提供人們所需，個人可以再付出勞力之後，對於勞動之後附加在外在的價值，主張排他的權利<sup>144</sup>。因此，Locke 認為財產權是先於政府而存在的，政府設立之後，當然要保護人民的財產以及自由、生命等權利。

由上述介紹可以看出，原始的勞動理論是建立在一定的假設之上，滿足上述條件時，勞動者才可以對特定資源主張財產權。這樣的假設讓人覺得不切實際，其理論基礎也難以令人滿意，因此，而有「修正勞動理論」的出現。該理論認為，透過勞動獲得之財產權，必須存在於有限制的正當理由。這些限制包括：1. 勞動者有不浪費資源，不超過其需求而累積財產的義務；2. 在取得財產的過程，不可對他人的財產權產生不當的影響；3. 勞動者取得財產後，如果因為情勢變更，而超越了某些道德限制，應該可以減少現存財產。4. 財產權的轉讓，必須滿足取得財產權時的限制，才能被認為有效。5. 由於產出之物品有限，勞動者有時獲得的是工資而非產出物品之所有權，此時勞動者的產出也應該賦予相同的評價。6. 為了說明勞動是一種社會活動，應該建構一個工資政策，使工資在某程度上與應

---

<sup>140</sup> JOHN LOCKE, TWO TREATIES OF GOVERNMENT 265-28 (2003).

<sup>141</sup> *Id.* at 297. See MUNZER *supra* note 17, at 258.

<sup>142</sup> Adam Mossoff, *What is Property? Putting the Pieces Back Together*, 45 ARIZ. L. REV. 371, 388 (2003).

<sup>143</sup> MUNZER, *supra* note 17, at 256-59.

<sup>144</sup> *Id.* at 256-57.



得之財產等價<sup>145</sup>。上述對於原始勞動理論所提出之修正意見，學者稱之為「勞動應得理論」(labor-deserved theory)<sup>146</sup>。

總而言之，Locke 認為，上帝將整個世界賜予人類，每個人對自己的身體以及勞動享有所有權。當人們將勞動添加在自然物之上，就應該擁有該物的財產權。可見 Locke 的勞動理論有著深厚的自然法思想淵源<sup>147</sup>。後來的學者們都試圖將 Locke 的學說精確化，嘗試建立更為合理的財產權制度。遺憾的是，不同的解釋之間存在嚴重的分歧，使得勞動理論的基本立論都遭到質疑。例如：Robert Nozick 就曾提出著名的「番茄汁」的例子，Nozick 認為個人付出勞力而取得財產權，應該有一定的界限，否則一個人擁有一罐蕃茄汁，如果他將蕃茄汁倒入大海，是否可以擁有整個大海，還是放棄對蕃茄汁的所有權<sup>148</sup>？然而，廣泛的爭論和質疑並沒有影響勞動理論對於財產權制度的影響。

但是，因為勞動理論最初描述的權利客體無非是麥子、果實之類有體財產勞動理論，該理論是否可以適用到，保護人類心智活動結晶的智慧財產權或智慧創作專用權，似乎存在著極大的討論空間。有學者認為「心智活動等同於雙手勞動」，因此便將勞動理論應用在智慧財產權合理性的論證上，認為勞動者對其付出勞動創造出的心智活動結晶當然享有支配權。就如同對於傳統財產權的爭論一樣，勞動理論是否可以解釋智慧財產權之正當性，也是一個爭論不休的議題。

重要的是，智慧財產權制度不僅出現在勞動理論之後，也不是 Locke 當時想要解決的問題，但是許多學者仍然引述勞動理論作為正當化智慧財產權的立論依據。如果 Locke 想到了他的偉大創見可以主張財產權，那麼英國的著作權法應該會更早出現才是！同樣的道理，許多原住民族傳統智慧創作，早在 Locke 提出勞動理論之前就已存在，亦非勞動理論討論的對象，以勞動理論為基礎，說明保護原住民族傳統護智慧創作的正當性，實欠妥適。

勞動理論的主張者，雖然努力建構符合社會真實情況，而且可以正當化保護財產權之理論。但是，勞動理論在財產權正當化的論述上，其重要性遠不及強調效益與功利的財產權制度<sup>149</sup>。本論文認為，Locke 在資本主義萌芽的時代背景下，試圖建構一個由「權利主體」(人)到「權利客體」(外在自然資源)之間的有機

---

<sup>145</sup> *Id.* at 282-84.

<sup>146</sup> *Id.* at 282.

<sup>147</sup> 魏千峰，前揭註 136，頁 76。

<sup>148</sup> 魏千峰，前揭註 136，頁 85。

<sup>149</sup> MUNZER, *supra* note 17, at 268.

連結，進而形成一個合理的財產體系，自屬重大貢獻。我們無須誇大勞動理論的價值，也無庸低估勞動理論的啟蒙作用。因為制度始終來自於社會發展的脈絡，勞動理論的歷史價值，自然不容抹滅。

## 第二項 效用主義理論

第二個討論財產權制度的理論取向，就是一般政策決定者所奉行之圭臬：建立財產權制度時，要為絕大多數人牟取最大的好處，也就是「效用取向」（*utilitarian approach*）。換言之，一個良善的財產權制度，一方面必須促使一個人具有生產誘因，願意為增進社會效益而努力；另一方面也擴大這些產出，並且極大化使社會上大多人之效益<sup>150</sup>。

現代效用主義是由 *Jeremy Bentham* 所提出。*Bentham*（1748-1832），是英國哲學家、法學家、社會改革家，也是現代效用主義哲學之父。*Bentham* 認為人類行為受到快樂與痛苦兩種情緒的支配。只有增加快樂，減少痛苦，人類的幸福才能擴大。效用主義將社會福利或個體的幸福當做是最終的價值，任何人或任何行為以及任何事物，其價值之高低完全取決於，在增進幸福的一端有著多大的效用。而效用原理的判斷，是依照一個人的行為對於促進幸福或妨礙幸福的傾向，用以贊成或非難任何一項行動。換言之，衡量效用的標準，是指「能為最大多數人謀幸福的事」。因此，所有的制度的建立，或者是政府與個人的行為，都必須努力促進「最大多數人的最大幸福」，盡力使人類幸福擴充到極限<sup>151</sup>。

既然促進人類最大幸福是所有制度的終極目標，在這個指導原則之下，效用主義者認為，建立財產制度的目的，當然也是為了追求大多數人的最大幸福。此外，*Bentham* 認為人類除了追求快樂、幸福的本性之外，人類與其他動物不同之處在於人類能夠預期未來<sup>152</sup>。依據「預期」與「利他」的假設，*Bentham* 認為，財產權是預期的基礎，當人們遵守了一個社會的財產權體系，便能從中獲得預期的利益與好處。當預期實現的時候，人們就會感到快樂；如果原本的預期沒有出現，痛苦的感覺也就隨之而來<sup>153</sup>。除了提出保護財產權的正當性理論之外，*Bentham* 也針對財產交換的契約理論、財產損失的風險分配提出看法，對於財產制度的建立，有著重大的影響與貢獻。

效用原理的提倡與效用主義的確立，使得道德標準與人類的欲望結合起來，

---

<sup>150</sup> Fisher, *supra* note 137, at 1213-14.

<sup>151</sup> Dennis Lloyd 著，張茂柏譯，前揭註 136，頁 88。

<sup>152</sup> MUNZER, *supra* note 17, at 194.

<sup>153</sup> *Id.* at 194-95.

成為人們可以感知、所預測、所實現的行為規則。至少從 Bentham 的觀點看來，它與「正義」、「理性」、「正當」等久為人們所尊崇、信奉的觀念相比，「快樂」與「痛苦」的描述，更加符合人們的認知習慣與生活感覺，因而可以成為一種放之四海而皆準的真理。換言之，如果把「快樂」和「苦痛」等因素從制度中去掉，對人們而言，正義、義務、責任或者是道德等等理念，也就不再具有任何意義了<sup>154</sup>。

總之，Bentham 的學說雖然有些「天真」，因為效用主義者認為幸福或快樂是可以「計量化」到接近數學程式的地步。但是，Bentham 的學說為 19 世紀初期的法律改革，提供了有別於「公平」、「正義」等抽象思考的法學基礎。換言之，法律的目的雖然是追求公平、正義，但是法律的功能之一，應該是追求最大的社會效用<sup>155</sup>。因為在一個不斷進步的社會中，沒有什麼目標會比「增進全體人類的幸福」，更為真切與重要<sup>156</sup>。Bentham 將「效用原則」簡化為「最大多數人的最大幸福」，而從人性的觀點與社會發展的方向而言，幸福與快樂的追求是無止境的，財產制度的建立，也無非是為了實現「最大多數人的最大幸福」。理解效用主義的財產制度，也就必須隨著時代的腳步與社會現狀隨時調整出「幸福」的內容與方向。

應特別強調的是，傳統的效用主義將效用理解為快樂或幸福，顯然過於狹隘，因為追求大多數人的快樂，只說明了個人對於整個社會應該有的道德標準。但是，當人與人之間對於幸福快樂的偏好不同，也就是效用的標準不一時，傳統的效用主義似乎就無法回答如何解決人與人之間「快樂的衝突」。就財產制度而言，也就是無法判斷資源如何配置才是有效率的。因此，有些思想家就嘗試以符合「一般人的效用」，作為社會選擇的替代標準<sup>157</sup>。學者因此認為財產權正當化之理由，應在於財產制度可以產生較大的社會效益，循此脈絡發展的財產權理論，即為經濟學家所倡議的效益理論<sup>158</sup>。

我國原創條例第 1 條規定：「為保護原住民族之傳統智慧創作（以下簡稱智慧創作），促進原住民族文化發展，依原住民族基本法第 13 條之規定，制定本條例。」足見該條例之立法目的在於「保護」智慧創作與「促進」原住民文化發展，

---

<sup>154</sup> *Id.* at 196.

<sup>155</sup> 法律的功能除了主張追求效用的理論之外，另有主張法律的功能應在於維護與保障個人的完全自主。霍德明等著，前揭註 109，頁 392。

<sup>156</sup> Dennis Lloyd 著，張茂柏譯，前揭註 136，頁 89。

<sup>157</sup> MUNZER, *supra* note 17, at 197.

<sup>158</sup> Sterk, *supra* note 134, at 425-26.

並非強調智慧創作之效用如何極大化——讓多數人感到快樂、幸福。換言之，從立法目的理解智慧創作專用權之本質，在於達到原住民族文化之「獨特性」與不受其他文化混雜之「純粹性」，原住民族之文化傳承，才是賦予專用權的真正目的。效用理論對於解析智慧創作專用權的法理基礎及正當化判斷，顯然「效用不大」！

### 第三項 人格理論

人格理論的財產權論述，主要是以 Hegel 的哲學思想為依據。Georg Wilhelm Friedrich Hegel 是 18 世紀末期德國哲學家，相對於 Locke 提出之自然狀態 (state of nature) 的權利思維，認為人生而擁有生命、身體、自由以及財產的理論，Hegel 則以抽象權利 (abstract right) 概念為其哲學之中心思想<sup>159</sup>。Hegel 哲學是以最難以理解的「人類意志」(human will)、「人格」(personality) 與「自由」(freedom) 等概念為中心。Hegel 認為個人的意志表現，可以說是個人存在的核心，自由亦是人格不可或缺的一部份<sup>160</sup>。Hegel 並提出了組成一個人心理狀態的要素及其階層，而意志是位於最高層的位置。我們可以將 Hegel 所謂的人格理解為「竭力實現自我的意志」(the will's struggle to actualize itself)；也就是個人經由意志行動的自我實現 (self-actualization)<sup>161</sup>。而實現自我意志的具體展現，不僅僅是表彰一個人的主體性而已，如何使外在世界成為意志本身的一部份，更是人格是否體現的重要因素<sup>162</sup>。換言之，在 Hegel 的人格發展理論之下，一個人可以經過擁有財產的過程，將自己的意志表現在客觀的外在事物，並藉此使其人格發展趨於完整。因此，任何人都必須尊重他人的人格，不損害他人的自由意志，也就是尊重他人為了展現自由意志，所主張的財產權利。

Hegel 在其大作「法哲學原理」(The Philosophy of Right) 一書中，對於財產權有詳盡的討論<sup>163</sup>。如前所述，Hegel 提出了「抽象權利」的概念，而在「法哲學原理」中，Hegel 寫到「財產是人格之體現或投射的觀念，屬於『抽象權利』的第一個階段」<sup>164</sup>。Hegel 更進一步說明：由於財產是人格的體現，某物應屬於一個人內在表現與意志，並不足以使該物成為某人的財產，為了實現「財產是人

---

<sup>159</sup> 魏千峰，前揭註 136，頁 129。

<sup>160</sup> Hughes, *supra* note 139, at 332.

<sup>161</sup> MUNZER, *supra* note 17, at 67.

<sup>162</sup> Hughes, *supra* note 139, at 331-32.

<sup>163</sup> MUNZER, *supra* note 17, at 66.

<sup>164</sup> G. W. F. HEGEL, THE PHILOSOPHY OF RIGHT 41-47 (T. M. Knox trans., Oxford Clarendon Press, 1965) (1812). Cited from MUNZER, *supra* note 17, at 66.



格之體現」的目的，對於外在物（亦即財產）的「占有」（occupancy）乃不可避免之要件。藉由對外在物的占有，再由他人對於此種占有的承認，財產權才能因此確立，人格也才能因此完整展現<sup>165</sup>。

Hegel 對於財產權的主要論述，在於探討人與物的關係之上，而這種關係除了個人與物的討論之外，也包含了分析人與人之間的關係。因此，構成 Hegel 財產權理論內涵，可以理解為「如何在人（人格）與物（財產）之間，建立一定的聯繫關係」。而此聯繫關係（占有），不僅止於個人與物之間而已，更包含了他人對於此種聯繫關係的承認。Hegel 認為如果世界上只有一個人，那麼財產制度也就沒有存在的必要了，因為財產是一種主體之間的概念，一個人如果要將某物當作他的財產，就必須排除他人將該物視為財產，以及承認該物已是屬於他人的財產<sup>166</sup>。

Hegel 從人格理論出發建構財產制度，認為財產是人格對外在事物的投射，也是一個人意志的展現，都是對於財產權理論的獨特見解<sup>167</sup>。Hegel 主張個人將其意志投射在外物而得主張對於該物之財產權，可是並未進一步闡述，應該「如何投射」。對照 Locke 的勞動理論，Locke 至少提出了取得財產的相關限制，Hegel 在此方面的討論，似乎不夠完美。此外，Hegel 認為財產必須得到他人的承認，可是個人與個人意志實現之間如果發生衝突，權利狀態無法確定時，是否要以「實力」決定對於外在物的權利歸屬？亦屬其理論上之缺點<sup>168</sup>。

應特別強調的是，Hegel 提出的財產理論，讓我們認識到權利主體「人格完整性」的重要。一個人如果無法對外在事物主張排他的權利，也就無法利用自然資源提升自己的生活品質，更遑論促進社會文明的進步。因此，建立財產制度的目的，除了使個人的人格可以展現之外，更重要的是如何使社會整體承認與接受個人持有客觀之物，財產制度也只有在此時才會出現<sup>169</sup>。

從上述討論可知，人格理論強調「個人」人格的重要性，對於財產理論的建立，雖有其重要意義。但是，依原創條例第 6 條第 2 項規定，智慧創作申請人以「原住民族或部落」為限，並應選任代表人為之，個別之原住民對於智慧創作並

---

<sup>165</sup> *Id.* at 67.

<sup>166</sup> *Id.* at 68-69.

<sup>167</sup> 魏千峰，前揭註 136，頁 145。

<sup>168</sup> Laura S. Underwukffler-Freund, *Property: A Special Right*, 71 NOTRE DAME L. REV. 1033, 1037-41 (1996).

<sup>169</sup> Hughes, *supra* note 139, at 334.



無申請權，更遑論取得智慧創作專用權。換言之，賦予智慧創作專用權，並非為了實現個別原住民之人格完整，而是為了保護及促進原住民族文化發展。因此，Hegel 提出之財產權的人格意義，對於正當化智慧創作專用權，顯然不具重要性。以「人類意志」、「人格」與「自由」等概念為中心而建構的財產理論，自無法解釋保護原住民族傳統智慧創作之正當性。

#### 第四項 社會計畫理論

相對於 Locke 的勞動理論、Bentham 的功利主義理論以及 Hegel 人格理論，「社會計畫理論」可說是完全由美國法學發展而來的財產理論。其原因在於此項理論是由美國法律現實主義（legal realism）<sup>170</sup>的觀點，探究財產理論之內涵，而法律現實主義在美國後現代法學發展，又有其特殊的歷史脈絡。所以，討論「社會計畫理論」的財產觀點之前，必須先就美國法學現實主義的背景加以說明。

19 世紀末 20 世紀之前的美國法學界普遍認為，法律就像其他科學一樣，可以在每一個案中提供正確的答案。學習法律的方法以及目的，就是要訓練一個能夠透過法律邏輯的推演，找到正確結果之人，法官在裁判的過程中，就是「純粹理性」地演繹法律規則，如此即能找到個案的真實答案<sup>171</sup>。當時主流的法學思潮，就是從形式主義與概念法學的觀點，探究法學理論與教育法律人才，其目的乃致力於使法學走向科學化的道路，哈佛大學法學院首任院長 Langdell 可以說最具代表性的人物。然而，由於法律形式主義論者，過分地強調法學概念的作用，也高估了法學體系的封閉性和形式邏輯的作用，導致法學忽略了觀察社會脈動，逐漸成為一種機械性的思考，反對與質疑的聲浪也就不斷地出現<sup>172</sup>。

對於形式主義概念法學的批評，早期以美國最高法院法官 Oliver Wendell Holmes 為代表，他曾強調「經驗豐富的法律人不會為了符合邏輯而放棄法律的價值，在他們手中，新的、更合時宜的原因會被應用到原先的法律規則上，這些規則也會逐漸獲得新的內容，從而最終擺脫原先的枷鎖，獲得新的形式<sup>173</sup>。」Holmes 亦曾說過「對於法學的理性研究，今日雖以熟習法條的人為主流，但明

<sup>170</sup> 關於 legal realism 一詞有譯為「法律唯實主義」；亦有譯為「法律現實主義」。前者見：劉宏恩，「『書本中的法律』(Law in Books) 與『事實運作中的法律』(Law in Action)」，月旦法學，第 94 期，頁 340 (2003)。後者見：廖元豪，「司法與台灣民主政治——促進、制衡，或背道而馳？」，台灣民主季刊，第 4 卷第 3 期，頁 163 (2007)。

<sup>171</sup> John Monahan, Laurens Walker 著，何美歡、樊志斌、黃博譯，法律中的社會科學，頁 1 (2007)。

<sup>172</sup> GARY MINDA, POSTMODERN LEGAL MOVEMENTS: LAW AND JURISPRUDENCE AT CENTURY'S END 24-25 (1995).

<sup>173</sup> John Monahan, Laurens Walker 著，何美歡、樊志斌、黃博譯，前揭註 171，頁 3。

天將會是能夠駕馭統計學、經濟學人所主宰」<sup>174</sup>。除了 Holmes 之外，Roscoe Pound 及 Benjamin Cardozo 也對法學形式化及機械化提出了批評，並且提出法學研究的新取向，強調法學研究不能自外於社會科學之外<sup>175</sup>。簡言之，法律現實主義以法的客觀社會現實為研究對象，強調行為和政治因素引導司法判決的重要性。他們並不重視抽象的法律規範和原則對案件判決的影響。法律現實主義注重具體的訴訟過程，注重法律程式中發揮作用的行為和這些行為的政治、社會和心理方面，並且強調法官行為、注重司法效果，法律現實主義的很多觀點，為後來的法律經濟分析、批判法學所廣泛借鑒。

基於法律現實主義強調探討法與社會的互動觀察，「社會計畫理論」認為，財產權制度建立的前提，是為了有助於促成與鞏固兼具「公平與誘因文化」(just and attractive culture) 的社會制度<sup>176</sup>。申言之，社會計畫理論認為財產權是為了追求特定社會或政治目的所建立的制度。此理論與功利主義類似之處在於將財產權視為一種「工具」，但功利主義者認為，財產制度的目的在尋求社會福利最大化，而社會計畫理論則強調追求具體的特定政治目的。以著作權為例，美國加州大學洛杉磯分校 (UCLA) 教授 Neil W. Netanel 即認為，著作權是國家有意且選擇性地，藉由市場機制支撐民主市民社會之一種「有限的財產上權利」<sup>177</sup>。因此，社會計畫理論觀點下的財產權制度，必定隱含特定的社會上或政治上價值與目的。

在財產權理論的討論中，相較於前述的「勞動理論」、「效用理論」以及「人格理論」，社會計畫理論並非居於顯著的地位，亦無如同 Locke、Bentham、Hegel 等大師的加持。但是，探究社會計畫理論之起源，亦有相當重要的理論家，基於社會計畫理論的精神——促成與鞏固公平誘因文化的社會制度——提出關於財產權的論述，例如：Marx、Jefferson 以及上述之法律現實主義者<sup>178</sup>。因此，Fisher

---

<sup>174</sup> Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 469 (1897).

<sup>175</sup> See generally Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12 (1910), see also Roscoe Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, 25 HARV. L. REV. 489 (1912).

<sup>176</sup> Fisher, *supra* note 137, at 1215.

<sup>177</sup> Neil Weinstock Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L. J. 283, 347 (1996).

<sup>178</sup> Fisher, *supra* note 137, at 1215. See WILLIAM W. FISHER III ET AL., *AMERICAN LEGAL REALISM* (1993); THOMAS JEFFERSON, *NOTES ON THE STATE OF VIRGINIA* (New York, Harper & Row 1964) (1861); KARL MARX, *ECONOMIC AND PHILOSOPHIC MANUSCRIPTS OF 1844* (1964) (1932); Morris R. Cohen, *Property and Sovereignty*, 13 CORNELL L.Q. 8 (1927).

認為上述財產權理論只是欠缺一個符合理論內涵的確實性稱號，Gregory Alexander 稱之為「有產階級理論」(proprietary theory)，Fisher 則稱之為「社會計畫理論」(social-planning theory)<sup>179</sup>。

社會計畫理論之財產權制度，雖然跨越了單純以個人為思考主軸的財產權制度，並且強調財產權的社會機能及其政治上的目的性。但是，社會計畫理論仍是從資本主義的基礎出發，再以建構個人行為誘因為制度的核心。此與原住民社會將財產放置在「共有」或「部落」財產的文化傳統，顯然有重大差距<sup>180</sup>。申言之，資本主義市場經濟制度席捲全球，而市場經濟是以「個人」為單位，強調資源的有效配置與效用的極大化。此與原住民社會文化所強調的共享式「道德經濟」(moral economy)，追求族群內部的和諧或文化的傳承，有著截然不同的思維模式。而此種因為「文化落差」(cultural lag)所導致的不同價值觀念，必然反應在經濟活動表現與利益衡量之上<sup>181</sup>。總而言之，法律制度的建構，無可避免地必須立基在文化之上，以資本主義為思考中心的社會計畫理論，雖提出了有別於以往的財產權理論。但是與原住民強調族群內部和諧的道德經濟，截然不同，該理論仍舊無法為原民社會傳統上所共享的智慧創作，提出一套可供檢視的標準。

應再加以說明的是，原創條例係以保護原住民族傳統文化表達為目的之法律，而著作權法保護之標的亦為文化表達。然在智慧創作條例立法過程中，前原住民族委員會主任委員瓦歷斯·貝林則表示，依據著作權法規定，原住民族之文化創作，不屬於著作權法保護之對象<sup>182</sup>。換言之，原住民族傳統文化表達，係先於市民法律制度而亙古存在於人類社會，並非著作權規範之標的，亦無是否具備著作權保護要件——原創性——的爭辯。此外，著作權歸屬於創作者個人，然智慧創作專用權之權利主體則為原住民族或部落。再從權利取的方式而言，著作權係採創作保護主義，而智慧創作專用權則須經過主管機關審核認定之程序。可見著作權法與原創條例之規範意旨，完全不同。則著作權法或智慧財產權法之理論基礎，自無法全部移植或割裂適用於原創條例。那麼，智慧創作專用權之正當性判斷為何，自有必要基於其權利特殊性，另行建立有別於現有財產權以及智慧財產權之理論基礎。

---

<sup>179</sup> See Fisher, *supra* note 137, at 1215. GREGORY ALEXANDER, COMMODITY AND PROPRIETY 1 (1997).

<sup>180</sup> 黃樹民，「原住民政策評估研究之我思」，人類學視界，第3期，頁22（2009）。

<sup>181</sup> 同前註。

<sup>182</sup> 立法院公報，第96卷第85期，院會紀錄，頁97，2007年12月。

關於著作權法與智慧創作條例主要不同之處，可簡列如下：(本文整理)

	著作權法	原創條例
權利主體	個人私有	集體共有
權利客體	文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作	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
權利取得方式	著作完成時享有著作權	經主管機關認定為智慧創作者，取得智慧創作專用權
權利存續期間	著作財產權原則上存續於著作人之生存期間及其死亡後五十年	智慧創作專用權，應永久保護之
權利能否拋棄	著作權人得拋棄其權利	智慧創作專用權非經主管機關同意，不得拋棄；拋棄之智慧創作專用權，歸屬於全部原住民族享有

### 第五項 簡評

如前所述，關於財產權之種類、財產制度如何產生、保護財產權之正當性，以及財產權之意義等等議題，學者之間的看法存在著不可能一致的歧異。更有學者從基本權的角度出發，認為財產權乃優位於其他權利之「基礎權利」(Keystone Right)<sup>183</sup>。然而，無論理論構成是否妥適，最重要的是，上述財產權正當性判斷之理論，主要是針對有體財產權所提出的，並不是特別探究關於智慧財產權之保護，亦非針對保護原住民族權利所提出的理論。尤其是這四個理論，均無法完整提供政策制定者決策之基準，也無法全然依照一個單獨的理論，達到賦予(creating)或配置(allocating)法律上特定權利的目的。Fisher 即認為，所有的理論都應該被理解成為一種語言(language)，也就是作為思考「誰該擁有什麼」

<sup>183</sup> See generally, Carol M. Rose, *Property as the Keystone Right?*, 71 NOTRE DAME L. REV. 329 (1996).



的範典（paradigm）<sup>184</sup>。

本論文認為，智慧創作專用權不僅有別土地、房屋等實體財產，更與近來漸受重視的智慧財產權不同，而屬於一種全新類型的財產權。解析智慧創作專用權的權利內涵，自不應完全依據傳統的財產權理論，或智慧財產權的原理原則而為思考。反之，智慧創作專用權之正當性判斷基準，必須從原住民族的社會文化背景出發，並以此作為討論的基準，如此才不至於落入另一個法律繼受的空虛與無奈<sup>185</sup>。

由此可見，以上介紹之財產權理論，均不足以視為放諸四海而皆準的不破真理！尤其是關於原住民族文化表達財產化之合理性基礎，更無法藉由目前學者所提出的理論基礎，作為解釋與評價的判準（如圖四所示）。則如何建構保護原住民權利之理論基礎，仍有待各方基於原住民權利之特殊性，提出有別於傳統之理論論述。而在以財產權為主題的討論中，最重要的理論應在於：保護原住民族傳統智慧創作之正當性判斷為何？唯有提出保護智慧創作專用權之正當性論述之後，才能接續探究專用權之權利主體及權利客體等等議題。而智慧創作專用權之應然面及實然面，也才能逐漸清晰呈現。

圖四：現有財產權理論與智慧創作專用權



<sup>184</sup> Fisher, *supra* note 137, at 1212.

<sup>185</sup> 林三元，前揭註 28，頁 72-73。



#### 第四節 多元文化的面貌——原住民族傳統習慣與現行法制

從現有財產權理論探討智慧創作專用權之正當性判斷，仍有其不足之處，已如上述。則跳脫理論闡述的爭議，而從原住民族傳統習慣的角度觀察，或許較能正確解析智慧創作專用權之面貌。

##### 第一項 原住民政策之實證研究

從日據時代開始，即有許多人類學者進行關於臺灣原住民族之研究。但最早著手原住民政策的整體評估研究，應屬中央研究院李亦園院士在 1983 年所出版的「山地行政政策之研究與評估報告書」<sup>186</sup>。」該報告書雖曾提供了政府施政的重要參考，但在經歷臺灣政經環境的重大變革之後，原住民政策也面臨了轉型與調整的必要<sup>187</sup>。因此，中央研究院民族學研究所於 2005 年，依據李亦園院士提出之「山地行政政策之研究與評估報告書」為基礎，進行「台灣原住民社會變遷與政策評估研究計畫」，該計畫並於 2006 年 3 月正式由中研院民族所特聘研究員兼所長黃樹民教授，以及社會學研究所研究員兼人文社會科學研究中心主任章英華教授開始執行為期二年的研究。該計畫之研究團隊有二個特點，其一，共有 13 位跨學科、跨院校的學者加入研究陣容；其二，該研究包括量化與質性研究。除多位研究員數度從事田野調查及深度訪談之外，更成功完成 18 至 65 歲 2,057 份臺灣原住民的實地問卷調查<sup>188</sup>。

上開中研院民族所之研究報告書共分為 12 個章節，分別為：第一章、總論；第二章、全球化與臺灣原住民基本政策之變遷與現況；第三章、臺灣原住民的遷移與社會經濟地位之變遷；第四章、原住民就業狀況與政策分析；第五章、臺灣原住民族社會福利與健康政策評估；第六章、臺灣社會變遷下的原住民教育：政策的回顧與展望；第七章、原住民族語言政策的觀察：從「國語政策」到原民會的「族語認證」；第八章、多語言互通論：社區多語言教室的學與教；第九章、文化產業、文化振興與文化公民權：原住民文化政策的變遷與論辯；第十章、原住民族傳統領域問題分析；第十一章、「去政治的依賴發展」：原住民族當前政治

<sup>186</sup> 李亦園，山地行政政策之研究與評估報告書，臺灣省民政廳（1983）。

<sup>187</sup> 黃樹民，前揭註 180，頁 20。

<sup>188</sup> 該計畫之研究對象是以 2007 年戶政資料中 18 至 65 歲之原住民體為母體，自戶政資訊所提供之個人基本資料（姓名、性別、族別與戶籍地址）抽取訪問對象，對中選對象進行調查。依據 2007 年戶政之母體結構，原鄉人口 183,087 人與非原鄉 102,777 人，分佔母體人口之 64% 及 36%。預計完成 2,000 份成功問卷，居住原鄉之原住民為 1,280 份，非原鄉之原住民為 720 份，自 97 年 7 月 2 日開始調查。台灣原住民社會變遷與政策評估：

<http://tips.sinica.edu.tw/tips/plan.html>（最後點閱時間：2012 年 2 月 2 日）。

發展政策評估；第十二章、結論<sup>189</sup>。

上開研究報告第九章為「文化產業、文化振興與文化公民權：原住民文化政策的變遷與論辯」。內容分為：前言、研究方法、文化產業化與振興作為解決社會問題的手段、傳統文化與原住民當代認同、原住民文化與原住民公民權、櫥窗化、分裂與自主性：原住民對文化政策的觀點、文化振興與原住民主體（再）建構、結論與建議。作者最後提出之建議側重在「文化行政」方面，強調原住民文化政策應以長程計畫為之，避免受到政黨輪替之影響。行政機關應加強橫向聯繫與溝通協調，才能為部落累積發展資源<sup>190</sup>。上開研究報告第九章雖與原創條例息息相關，且能提供解釋法律之參考。但討論之內容側重在「政策面」之論述，「原創條例」與「原住民族文化政策」之關連性，顯非該研究計畫討論之議題。顯然無法依上開研究報告，論證賦予智慧創作專用權之正當性判斷。

## 第二項 原住民族傳統習慣之調查整理及評估納入現行法制之研究

除了上述中研院民族所於 2006 年所進行之「原住民台灣原住民社會變遷與政策評估研究計畫」之外，行政院原住民族委員會為了調查整理原住民族傳統習慣與現行法制的關連，以不同族別為單位，分別委託相關專家學者進行「原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制之研究」，現已完成各族群之委託研究案。

原民會委託專家學者所進行之研究計畫，係從「科際整合」的立場出發。希望藉由法學與人類學的觀點，探究原住民族「傳統習慣」與「現行法制」之關係。原民會委託進行的研究計畫，雖然強調將原住民族傳統習慣「納入」現行法制，而非現行法制「包容」原住民族傳統習慣。但此項研究計畫，在範圍上含括目前所有原住民族，且研究主題係以法律制度為主，並非著重在政策之制定與執行，對於本論文而言，更具參考價值。

詳言之，原民會委託專家學者進行之上開研究計畫，在研究內容上如已包括原創條例在內，並可說明原住民族傳統習慣如何納入原創條例，那麼本論文既可基於這些學術基礎而為開展。相反地，如果上開研究計畫報告，並未觸及原住民族傳統智慧創作之規範設計，則本論文即可就此部分提出論述，更具有學術上之建設性。因此，在提出本論文實證研究之前，自有必要先行評析原民會之委託研究案，並說明上開研究可作為本論文參考之內容及其不足之處。

<sup>189</sup> 黃樹民、章英華編，台灣原住民政策變遷與社會發展，中央研究院民族學研究所（2010）。

<sup>190</sup> 劉璧榛，「文化產業、文化振興與文化公民權：原住民族文化政策的變遷與論辯」，台灣原住民政策變遷與社會發展，頁 446（2010）。

原民會委託專家學者進行之上開研究分為八期，研究內容包含十四個族群，分別為：鄒族、魯凱族；泰雅族、太魯閣族；卑南族、賽夏族；排灣族、雅美族；布農族、邵族；阿美族、噶瑪蘭族、撒奇萊雅族；賽德克族。而原民會亦邀請專家學者舉行期中審查及期末審查，以期研究報告符合委託契約之需求內容<sup>191</sup>。依據原民會「勞務採購案之需求說明書」所載，調查研究之契約需求共計四點：(一) 調查各族有關土地利用之管理、自然資源利用之管理、犯罪（錯）態樣、處罰方式及家系繼承等傳統生活模式、單純之習慣，以及至今仍存續之傳統習慣規範。(二) 整理上開調查整理之傳統習慣規範，與現行國家法律體系之間，有何關連、相同或衝突之觸，作一對照表。(三) 評估若將其納入國家法律體系，對於採取何種規範方式之政策建議。例如將傳統習慣規範直接作為法律條文的內容，則其條文文字之建議；或其與現行法律規範之關係，若產生衝突，應以法律或以法規予以修正；或僅規定某事項「依習慣」而讓法院或行政機關在具體個案中認定習慣內涵之政策建議。(四) 計畫主持人、協同主持人中，必須具備一位法律領域、一位民族學領域之博士資格。

以排灣族與雅美族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制之研究計畫為例，該研究計畫係由「國立東華大學民族發展研究所」負責執行，並於 2008 年 12 月完成研究提出報告<sup>192</sup>。研究計畫主持人為國立東華大學民族發展研究所高德義教授，研究報告共同著作人包括石忠山、羅國夫、楊逸翔、楊鵬穎、全皓翔等專家學者。

上開計畫嘗試以法律多元主義<sup>193</sup>的觀點，透過歷史文獻及田野調查進行分析。其研究主題包括：(一) 對有關習慣及習慣法概念、理論及研究文獻作一檢視及批判。(二) 蒐集整理有關排灣族及雅美族傳統習慣，包括部落權威組織、傳統民刑事、土地及自然資源管理利用、以及解決紛爭習慣等。(三) 探討排灣族及雅美族慣習及國家法律規範間的互動關係。(四) 評估排灣族及雅美族慣習納入國家法制的可能性和可行性，以及民族習慣如何與國家法共存，兩者若競爭和衝

<sup>191</sup> 筆者即曾擔任第七期（賽德克族）及第八期（阿美族、噶瑪蘭族、撒奇萊雅族）之審查委員。

<sup>192</sup> 高德義、石忠山、羅國夫、楊逸翔、楊鵬穎、全皓翔，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究：排灣族及雅美族個案，行政院原住民族委員會委託研究（2008）。

<sup>193</sup> 依據上開研究報告之歸納分析：「所謂法律多元主義是一個具有普遍性意義的法律文化現象，它產生和存在於不同的各種成文法，又有經過某種社會民間授權的組織或群體制訂或約定俗成的村規民約、家規族法等習慣法。法律的多元理論告訴著我們，法從根本上講是一個廣泛而深遠的概念，它淵源於人類的生活，有著不同的體系，在每個不同的社會系統以不同的表現形式發揮著同樣的作用，既規範社會秩序，又調整社會關係，從而滿足諸如家庭、民族、社區和政治聯盟這樣一些社會單元的產生、分配和交換的需要。」同前註，頁 13。

突如何調解？（五）根據研究發現及結論，提出相關政策建議<sup>194</sup>。

在研究方法方面，除注重「歷史學方法」、「社會學方法」、「人類學方法」之外，該研究所採取之具體研究方法及實施步驟如下：（一）文獻分析法：透過各種方式廣泛蒐集國內外有關民族習慣法調查報告、民族學者的著述、書籍、論文，和各種法規、判決、解釋彙編等進行資料分析。（二）田野調查方法：參與觀察、深度訪談及焦點團體法。該研究之受訪對象包括司法專家學者 5 名，屏東及台東排灣族耆老 35 名，達悟族 17 名，各族報導人身份涵括頭目、民代、鄉長、校長、主任、牧師等部落仕紳。在焦點座談方面，邀請排灣族及雅美族政治、宗教、社會、教育及文化等不同領域及階層菁英及民眾參加。地方座談辦理二場，台東及屏東排灣族各一場，每場次人數 10 人，總計共 20 人<sup>195</sup>。研究報告再以排灣族及雅美族為對象，分別分析其傳統習慣及納入現行法制之可能性及提出相關建議。

由於原民會在採購合約中，已清楚臚列契約需求，專家學者即依照契約完成研究報告。是以，上開各族群之傳統習慣調查，均著重在「土地利用之管理」、「自然資源利用之管理」、「犯罪（錯）態樣、處罰方式」及「家系繼承」等原住民族傳統習慣之調查整理，其相關規範如何納入國家法制。而「智慧創作專用權」之傳統習慣規範內容如何，則非原民會之委託研究項目，自無法藉由上開調查報告，得知原住民族（權利主體）對於屬於該族群文化表達之日常生活中經驗及觀點。而上開研究報告內容，雖已提供相當豐富之原住民族傳統規範。然本論文係以智慧創作專用權為研究主題，自有必要進行實證調查，藉以探知「原住民族觀點」之原創條例應有的面貌。

### 第三項 簡評

我國民法第 1 條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」又民法所謂習慣乃指社會慣行中，普通一般人確信其有拘束力，人人必須遵從，而後群居生活始能維持而言<sup>196</sup>。為調查臺灣民事習慣，司法行政部（法務部之前身）於民國 39 年即設置「臺灣民事習慣小組」，實地調查臺灣民事習慣，於 58 年 7 月出版「臺灣民事習慣調查報告」，並於 72 年 3 月、93 年 7 月分別再版，報告之內容可供學術研究者或司法實務工作者參考<sup>197</sup>。最高法院於審理具體個案時，如有法律未規定之部分，亦援引該調查報告之內容，作為裁判之依據，

<sup>194</sup> 高德義等，前揭註 192，頁 3。

<sup>195</sup> 研究方法說明及深度訪談、焦點座談人員名單，同前註，頁 23-27。

<sup>196</sup> 最高法院 70 年度台上字第 3258 號民事判決。

<sup>197</sup> 法務部編，臺灣民事習慣調查報告（2004）。



日據時期遺產繼承之爭議，即為一例<sup>198</sup>。可見習慣是否具有法之效力，必須經過相當的調查研究，才能正確判斷。

行政機關為整理建立民事習慣法之體系，委由學者進行調查研究，本屬正確之方向，有助於法學之研究發展，而上開「臺灣民事習慣調查報告」即為適例。但令人遺憾的是，該調查報告之內容，分為「親屬」、「繼承」、「合會」、「神明會」、「祭祀公業」等五編，卻未將原住民族傳統習慣納入其中。以繼承編為例，主要介紹清代、日據時期及光復後臺灣漢人社會之繼承習慣，對於原住民族各個族群之繼承傳統習慣則隻字未提。（例如：排灣族之「長嗣繼承制度<sup>199</sup>」）。由此可見，自從漢人逐漸從中國大陸移居臺灣後，以強勢文化挾帶其規範體制，使得原住民族傳統規範淹沒在主流社會的文化規範洪流中。而原民會委託專家學者進行「原住民族傳統習慣之調查整理及評估納入現行法制之研究」，雖可讓主流社會重新看到原住民族之傳統習慣規範，但如何在尊重民族自治的原則之下，肯認各族群之傳統習慣具有「法之效力」，仍有待更多的討論，始能完成。

總而言之，上開中央研究院民族學研究所進行之「原住民台灣原住民社會變遷與政策評估研究計畫」，以及原民會委託專家學者進行之「原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制之研究」。對於原住民族社會現狀以及傳統習慣內涵雖有深入之論述，其中雖有觸及文化商品化等相關議題，但智慧創作專用權並非上開兩項研究之範疇，對於原住民族傳統文化表達，賦予財產權保護之正當性為何，均未有相關之討論。因此，本論文之研究目的，應仍具有相當之意義。

## 第五節 小結

原創條例立法通過之後，創設了新類型的財產權——智慧創作專用權——有關財產權制度的相關議題，尤其是財產權範圍的界定、權利歸屬的爭議，均屬無可迴避的問題。本論文先從現有財產權理論出發，說明制度設計對於財產權使效益的影響。再從「圈地運動」與「公共領域」的緊張關係，探討智慧創作專用權可能帶來的影響。最後藉由中研院及原民會之實證研究文獻，說明多元文化觀點下

<sup>198</sup> 最高法院 96 年度台上字第 2796 號民事判決意旨：「查日據時期臺灣民事習慣，戶主死亡時，其所遺家產之繼承人之順位為：法定之推定財產繼承人，指定之財產繼承人，選定之財產繼承人。所謂「法定之推定財產繼承人」，指在家之男性直系卑親屬，男性直系卑親屬入他家或新創一家即別籍（別居）異財者，對於原來之家，發生喪失繼承權之效果，不得為家產繼承之繼承人。」同前註，頁 437-440，472，473。

<sup>199</sup> 排灣族之長嗣繼承制度，強調的是「男女平等」，無論男女，只要是長嗣就擁有繼承的權利，繼承的內容包括家產（含家屋）、家名與耕作地使用權。請參見高德義等，前揭註 192，頁 37。

的原住民法制面貌。

現有財產權理論均側重在有體財產之論述，即使援引適用於智慧財產類型，因為兩著本質上的差異，已難妥適說明，更難用以解釋智慧創作專用權之正當性判斷。而原住民族傳統智慧創作專用權，雖屬無體財產之性質，但並非存在於市民社會的文化表達，其內涵必須借由觀察原住民族傳統規範，才能獲致正確理解。但是，上述中研院之調查報告，係以政府之原住民政策為討論重點。原民會委託專家學者進行之研究，係就原住民族傳統規範及社會狀態為全部之觀察，並非專以原住民族文化表達為研究主題，且研究結論建議，均未涉及「原創條例」之範疇，亦無法歸納提出智慧創作專用權之理論依據。

由此可見，現有文獻論述以及原住民族傳統規範之調查，均非以智慧創作專用權為研究對象。則本論文之研究目的——探討智慧創作專用權之正當性判斷理論、建立原住民族文化自治之法制架構——或可作為相關討論之起點，而具有學理上之參考意義。



## 第三章 研究方法與過程

### 第一節 方法論與方法

「方法」(methods)和「方法論」(methodology)所指涉的內容並不相同。所謂「方法論」是指：「研究方法背後的哲學思維與基本假定，在人類科學中，包括研究者的一般生活態度、知識視點、身為人的感覺，因此舉凡研究設計與執行背後的哲學基礎、理論架構、前提假定與信念是屬於方法論的範疇<sup>1</sup>。」方法論之概念與範疇，大致包括以下三者：(一)涉及「方法之理論」，亦即方法論之基礎的認識論，乃屬科學之哲學(Philosophy of Science)的議題。(二)關於「研究途徑」(approach)方面，主要為「研究的方向」，或稱為「研究的取徑」。在法學研究上，傳統法學之研究取徑，主要為「解釋法」、「分析法」、「判例法」，二十世紀之後，在美國之法學研究方法，除了傳統研究方法之外，逐漸發展出「科際整合」(inter-disciplinary integration)的研究取徑。(三)乃關於研究取徑中之「技術」(techniques)的問題。例如：傳統邏輯之「演繹」與「歸納」，又如科學方法中統計學之蓋然率及或然率<sup>2</sup>。相對地，「研究方法」則是一種工具與技術，用以促使研究進行的策略或技巧，亦即在理論的架構之下，執行程序上蒐集資料達成研究目的的設計與流程<sup>3</sup>。

由此可知「方法論」與「研究方法」所指涉的概念並不相同。基本上，方法論是指「思考和研究社會現實的方法」，亦即探究研究方法之指導理論及其架構與典範。研究方法則是指「蒐集和分析資料一組程序和技術<sup>4</sup>」。因此，「方法論」可說是「研究方法」的邏輯規則，「研究方法」則是具體的「工作準則」，透過研究方法的與實施，才能完成整個研究步驟。關於社會科學方法論的探討，有著一段「充滿爭議的漫長歷史」，自從社會科學誕生後，就一再被提出來質問，儘管經過兩個世紀的討論，仍無定論，亦非簡單的答案可以回答<sup>5</sup>。

<sup>1</sup> 高淑清，質性研究的 18 堂課——首航之旅，頁 27 (2008)。

<sup>2</sup> 涂懷瑩，「行政法學的『方法論』的『重要性』、『新舊方法』暨『綜合法學的研究法』(一)」，軍法專刊，第 43 卷第 2 期，頁 1-2 (1997)。

<sup>3</sup> 高淑清，前揭註 1。

<sup>4</sup> Aqnselm Strauss & Juliet Corbin 著，吳芝儀、廖梅花譯，質性研究入門：紮根理論研究方法，頁 9-10 (2001)。

<sup>5</sup> 然而自 1960 年代一來，社會科學方法論大約發展成為三個主要的取向：實證主義(positivism)、詮釋社會科學(interpretive social science, ISS)、批判社會科學(critical social science, CSS)。

本論文之主題並非探究方法論的爭議，故僅就論文之研究方法加以說明。因此本章之主要目的，在於釐清本論文所採用之研究方法，以及闡述除了向來之法學研究方法之外，關於原住民法律議題之探討，可以藉由法學實證研究方法，獲得更為完整之觀點。

## 第二節 原住民法律議題之研究方法

關於臺灣原住民法律議題之研究，長期以來並未受到法學界之青睞。原因之一在於我國法律制度繼受自歐陸法系，早期法學研究之重點，大多在於如何解釋適用繼受之後的法律制度<sup>6</sup>。雖然原住民法律體系早已存在並已實際運作於部落社會，但是並非現行法律制度的源頭，自然難以成為法學研究之主流。而對於原住民法律體系的研究涉獵，反而受到以田野調查方法為主的人類學家、社會學家的關心<sup>7</sup>。

但是，人類學或社會學對於現象的發現與觀察，雖有值得借鏡之處。從法學研究的觀點而言，最終必須提出可行的規範架構。換言之，了解原住民社會的規範體系，只是法學研究的起點並非終點。提出符合目前臺灣社會脈絡的原住民法律制度，才是法學者努力的目標。

基於上述觀察，為了兼顧理論闡述與實際驗證，本論文在研究方法上，將先以向來法學界所採取的方法，闡述研究議題的理論基礎。再透過質性研究（qualitative research）典範，蒐集及分析訪談資料。最後進行理論與實證的相互檢視，提出本研究之結論。

---

請參見 W. Lawrence Neuman 著，朱柔若譯，社會科學研究方法——質化與量化取向，頁 119-124（2000）。

<sup>6</sup> 舉例而言，羅馬法對於歐陸法律體系的發展影響甚鉅，對於解釋我國法律，亦有相當之影響。已故大法官鄭玉波曾編譯有「羅馬法要義」一書，並表示：「羅馬法之研究，為治法學者之基本要道，無待贅言。」羅馬法既為各國法律之所宗（歐陸各國繼受羅馬法而形成「大陸法系」，我國現行民法係自德、瑞繼受而來，亦間接受羅馬法之影響不小），則吾人之研究法律也，如欲追本溯源，勢非研究羅馬法不可。」請參見鄭玉波，羅馬法要義，頁 2-3（1961）。可見我國早期法學研究，均著重在探詢法律繼受源頭的工作，而忽略「在地」及「本土」的法學，缺少應有的深入探討。

<sup>7</sup> 例如：日本人伊能與栗野二人於 1899 年合著的「台灣蕃人事情」一書，是關於台灣原住民族分類較為完整的民族學報告。後來再由台灣帝國大學（國立台灣大學前身）人類學教授宮本與馬淵，多次調查相關資料，加以修改。請參見劉其偉，台灣原住民文化藝術，頁 33（1997）。



### 第三節 向來之法學研究方法

法學研究向來注重「法規範之研究」，亦即法律本身之內容為何<sup>8</sup>。對於法律人而言，「法學方法論」通常包括了「法學認識論」、「法學發展論」、「發學實踐論」、「法學構成論」等課題。其中關於研究法學之「方法」，則強調對於法律文義之解釋。論者認為「法學之終極目的，固在窮法的目的，惟終不能離開法文字句，一旦離開法文的字句，即無以維持法律之尊嚴及其適用安定性<sup>9</sup>」。換言之，一般法律人所熟悉的法學方法，幾乎等同於法律的解釋方法，也就是所謂的「文義解釋」、「目的解釋」、「體系解釋」、「比較解釋」、「歷史解釋」等等方法。例如：法律人經過法律系所的教育學習，在處理民事法律問題時，均從法律體系架構、請求權基礎等概念出發<sup>10</sup>。學者亦將主要的法學研究方法歸納為：「古往今來的歷史法」；「東西南北的比較法」；「對立矛盾統一的辯證法<sup>11</sup>」。

顯見法學者主要之研究方法，均側重在「探討立法意旨」、「法學文獻分析」以及「比較法研究」，欠缺觀察法與社會之相互影響，而有其局限性<sup>12</sup>。但本論文之研究目的，再於檢視原創條例之規範內涵是否符合原住民族之社會脈絡，並嘗試提出智慧創作專用權之正當性判斷理論。如果僅依向來之法學研究方法，在現行條文的法律文字中探詢立法者之真意及學者之不同見解，並參酌他國之法律規定，顯然無法達到本論文設定之研究目的——在原住民族社會脈絡中尋找規範基礎。因此，本研究除了藉由傳統法學研究方法，探討智慧創作之財產權本質外，將以法學實證研究方法為主要取向，並以質性研究的典範為研究方法之主軸，再輔以法律社會分析及法律經濟分析方法，闡釋智慧創作專用權之規範意義，進而完成本論文之研究目的。

### 第四節 質性研究的典範

由於原住民社會是以口語傳述的方式傳達日常生活規範內容<sup>13</sup>，且未以文字記載相關的法律制度<sup>14</sup>。因此，了解原住民社會的法律制度，唯有透過田野採集的方式，蒐集相關資料，才能呈現原住民社會法律體系的原貌與本質。本研究除

<sup>8</sup> 黃少游，現代法學底理論與實際，頁 42（1967）

<sup>9</sup> 請參見楊仁壽，法學方法論，頁 112-113（2005）。

<sup>10</sup> 王澤鑑，民法概要，頁 13-14（2003）。

<sup>11</sup> 黃少游，前揭註 8，頁 43-47。

<sup>12</sup> 關於傳統法學研究方法不足之處，請參見劉尚志、林三元、宋皇志，「走出繼受，邁向立論：法學實證研究之發展」，科技法學評論，第 3 卷第 2 期，頁 12-14（2006）。

<sup>13</sup> 劉其偉，前揭註 7，頁 178。

<sup>14</sup> 關於原住民「沒有文字」的法律規範，請參見本論文第四章第二節第六項之討論。

了以上述法學界向來採用的研究方法，說明相關理論基礎之外，亦將藉由質性研究方法，透過深度訪談的方式蒐集資料，再借用紮根理論的研究策略分析訪談內容，藉以回答本論文之研究問題，進而完成研究目的。

學者間對於質性研究的定義不盡相同，有學者認為：「質性研究是一種將觀察者置於這個世界中之情境的活動。其包括一整套讓這個世界得已被看見之解釋性與具象性的實踐。正是這些實踐轉變了世界。其將世界轉化為一連串表徵，包括田野筆記、訪談、對話、照片、錄音、及個人備忘錄。就此層次而言，質性研究採取一種解釋性、自然主義的取徑來看待這個世界。這意謂著質性研究探究的是處於自然狀態之事務，試著根據人們所賦予之意義來認識或解釋該現象<sup>15</sup>。」

此外，依據英國學者 Strauss 與 Corbin 的看法，「質性研究」一詞是指，非由統計程序或其他量化方法來獲得研究發現的任何類型研究。它可能是指涉人的生活經驗、行為與感覺的研究，這些研究中雖然可能以部分資料採用量化方法來處理，提供有關研究對象的人口統計資料或背景資料，但研究中大多數的分析都屬於詮釋性的<sup>16</sup>。

因此，質性研究可說是一門詮釋（interpretation）的學問，研究者扮演者詮釋主體（interpretive subject）的角色。研究者進行質性研究，首先必須蒐集原始資料，其主要的方法係取自研究者與受訪者之間的對話（dialogue），然後將研究的焦點放在詮釋上，據以表達出研究者與受訪者主觀的感受，並透過社會現象之描述與分析，來建構人在社會化過程中所產生之意涵。但是，為求不會被社會假象所欺瞞，進行質性研究時必須交互運用演繹法則（deduction）與歸納法則（induction）之辯證思考（dialectical thought），透過正、反、合之辯證思考來增進研究者對法社會之瞭解<sup>17</sup>。

如前所述，因為臺灣原住民社會對於規範的理解，均是透過代代相傳的口語方式進行。而原創條例所欲規範的傳統智慧創作，如果僅是「參考外國法制」，再透過「法律邏輯」設計出一套所謂「符合世界潮流」的法律，並不能真切反應本土的規範需求。是以，從臺灣原住民的觀點出發，理解傳統智慧創作應有的規範面貌，並建立權利保護之正當性判斷理論，實有其必要性。而質性研究典範既可協助研究者發現人類主體在日常生活中的經驗及觀點，那麼規範傳統智慧創作的法律制度應該呈現如何的面貌，即可藉由採取質性研究方法，在部落中透過訪

---

<sup>15</sup> Uwe Flick 著，張可婷譯，質性研究的設計，頁 2（2010）。

<sup>16</sup> Aqnselm Strauss & Juliet Corbin 著，吳芝儀、廖梅花譯，前揭註 4，頁 17。

<sup>17</sup> 蕭瑞麟，不用數字的研究：深度思考的學術研究方法，頁 18-19、24-25（2006）。

談的方式進行研究，如此才能獲得更深入的資料，並藉此發展新的「原住民族觀點」的法律制度。

### 第一項 資料蒐集方法

質性研究蒐集資料之方法，可分為主要方法（primary methods）與次要方法（secondary methods），而典型的主要方法有四種，分別為：參與（participation）、直接觀察（observation）、深度訪談（in-depth interviewing）、資料檔案或文獻回顧（review of documents）<sup>18</sup>。其中利用深度訪談取得資料，是質性研究人員經常使用的方式。訪談之所以成為質性研究者廣泛使用的資料蒐集方法，學者認為其理由之一即在於：「要知道人們對某事的想法，最好的辦法就是去問他們<sup>19</sup>。」

而所謂訪談就如同是「一種有目的性的交談對話（conversation with purpose）」，典型的質性深度訪談，在於嘗試「從受訪者自身的角度，探究問題的可能觀點」，並逐漸達成質性研究所欲達成的目的<sup>20</sup>。換言之，深度訪談是指由研究者做為訪問者，向受訪者提出問題，透過訪問者與受訪者相互間之對話，藉以取得研究資料之研究方法<sup>21</sup>。

深度訪談雖可迅速取得大量資料，但也有其限制與缺點。例如訪談涉及人際互動，訪談對象可能不願意接受訪談或感到不安，甚至不願意據實以告；又如訪談者應該具備傾聽的技巧，也必須掌握問題的框架；而分析訪談資料通常較為耗時<sup>22</sup>。這些都是研究者採取訪談作為資料取得方式，必須事先理解的。

本論文之研究目的之一，在於發現「原住民族觀點」的原創條例應有之面貌，研究之範圍並非侷限在已經立法通過的法律規定，而是嘗試建立智慧創作專用權之正當性判斷理論。申言之，法學者向來在法學議題的研究上，經常是以法律規定為前提，並以法律規定做為解決社會問題的依據，而從中將法律見解體系化<sup>23</sup>。

---

<sup>18</sup> Catherine Marshall & Gretchen B. Rossman 著，李政賢譯，質性研究：設計與計畫撰寫，頁 133（2007）。

<sup>19</sup> Claus Bruhn Jensen 等著，陳玉箴譯，媒介與傳播研究方法指南：質性與量化方法論，頁 420（2005）。

<sup>20</sup> 同前註，頁 137-138。

<sup>21</sup> 應加以說明的是，除了一般性深度訪談之外，還有較為特殊化的深度訪談類型，包括：俗民誌訪談、現象學訪談、菁英訪談、焦點團體訪談等等，請參見同前註，頁 141-145。本研究所採取之方式為一般性深度訪談。

<sup>22</sup> 同前註，頁 138-139。

<sup>23</sup> 請參閱楊仁壽，法學方法論，頁 42-43（2005）。

顯見僅以傳統法學研究方式進行分析，無法達成本論文之研究目的。而原住民之觀點為何，正是質性研究所欲探討的「人的生活經驗、行為與感覺的研究」。因此，在資料蒐集方法上，必須以質性研究深入訪談之方式進行，才能符合本論文發現「原住民觀點」的研究目的。

再者，本論文是採用半結構訪談訪（semi-structured interview）<sup>24</sup>，由研究者事先設定好訪談主題及相關問題，並事先擬妥訪談大綱作為訪談的參考內容，但訪談內容仍具有相當的彈性，隨著對話主題狀況而改變，並未侷限於預先設定的問題。本論文預先擬定之訪談主題如下：

#### 一、制度建構方面：

1. 您是否知悉「原住民族傳統智慧創作保護條例」已經立法通過？您是否熟悉該條例保護的對象為何？
2. 現行法律制度（例如：著作權法）是否足以保護原住民族傳統智慧？
3. 就您的經驗而言，「原住民族傳統智慧創作保護條例」立法通過，對於原住民文化的保護與推廣，是否有助益？
4. 該條例通過後，您認為行政機關應如何協助落實該條例的立法目的？
5. 您認為借鏡外國制度，對於保護本土原住民族文化，有無助益？
6. 臺灣原住民族，有無可能建立「部落法」，從原住民的立場規範文化資產應如何保護？
7. 您認為保護原住民族傳統智慧的理想制度為何？

#### 二、原創條例規範內容方面：

1. 根據該條例的規定，申請登記「智慧創作」，應以「原住民族或部落為限」，部落之間是否可能產生「申請主體」之紛爭？
2. 依據原住民族基本法之規定，原住民族是由行政機關認定，牽涉到傳統智慧權利申請主體的認定，您覺得是否妥適？

---

<sup>24</sup> 半結構訪談法的主要特徵在於，進行訪談前，研究者即擬定好訪談大綱，且問題的特性為開放式（open-ended）議題。而開放式問題會留下較大彈性與空間讓受訪者表達更多想法與意見。請參見王為國、張奕華、許正妹、黃世奇、羅國俊著，質性研究資料分析與文獻格式之運用，頁 199-200（2006）。



- 3.您認為「原住民族文化資產」商品化之後，權利主體的歸屬如何認定？
- 4.對於「智慧創作認定標準」（由專家學者及原住民代表組成委員會）的規定內容，您有什麼看法？
- 5.您認為原住民族傳統智慧的保護，是否應如同其他智慧財產權一樣，設有保護期間？
- 6.對於基金會之設立或原住民族綜合發展基金之運用，您的看法如何？
- 7.關於「合理使用」已公開發表之智慧創作，法條規定內容是否恰當？

### 三、原住民族對於財產權之法意識方面：

- 1.原住民族對於「財產權」之意識，與資本主義強調保障私有財產是否不同？
- 2.原住民族在傳統上，是否將「文化資產」視為一種「財產」？
- 3.將原住民文化視為一種財產權，與原住民之傳統觀念有無衝突之處？
- 4.對於「原住民族文化資產」商品化並作為一種交易的標的，從保護原住民文化的觀點出發，您認為是否恰當？
- 5.將「傳統智慧作」當作財產權之客體，是否有助於促進原住民族文化發展？
- 6.不同的原住民族，對於傳統智慧應如何保護之態度，是否有所不同？
- 7.除了上述問題，您是否還有其他寶貴的意見？

應再加以說明的是，質性研究訪談的目的，在於蒐集受訪者對特定事件或生活經驗的主觀感受。必須藉由不預設立場的方式，與受訪者進行雙向的對話與討論，才能取得真實的資料<sup>25</sup>。而本論文採取半結構式訪談的方式進行資料蒐集，亦是期待可以讓受訪者有極大的彈性空間，談論他們的生活經驗或主觀感受。因此，進行質性研究深度訪談，必須注意深度訪談的多層面意涵<sup>26</sup>，避免落入「一問一答」形式窠臼中，否則不僅無法達到「深度」的對話，更會失去「訪談」的

---

<sup>25</sup> 高淑青，前揭註1，頁116。

<sup>26</sup> 丹麥奧胡斯大學（University of Aarhus）教授 Steinar Kvale，提出了質性研究深度訪談意涵的十二個層面，可以作為研究者進行訪談時的行動依據。這十二個層面分別是：生活世界、尋求意義、質性知識的蒐集、描述的訊息、特定情境、從容開放天真無邪、聚焦非漫談、曖昧不明性、覺察與改變、敏感度、重視人際互動、正向經驗。請參見 Steinar Kvale 著，陳育含譯，訪談研究法，頁15-20（2010）。

意義。

## 第二項 訪談對象的選擇與規模

每一門學科都嘗試找出「少數個案」即能「適用到全體」的研究方法<sup>27</sup>。而進行質性研究深度訪談，研究者無可避免地，必須以明確的方法說明，何以挑選出受訪談的對象。如此才能在「近乎無限的選擇可能性中，以有限的資源完成研究」<sup>28</sup>。此外，抽樣強調的不只是挑選訪談對象而已，亦須能夠找到適當的受訪者以及訪談地點，以免研究無法順利進行<sup>29</sup>。本論文是以建立智慧創作專用權正當性判斷之理論為主題。而智慧創作專用權係新類型之財產權，規範內容必然包括權利主體（原住民族或部落）與權利客體（傳統智慧創作）。不論是權利主體分佈之範圍或權利客體之類型，均可從不同的角度加以探討。而本論文訪談對象之挑選以及受訪者規模大小，是否依據「權利主體」及「權利客體」之分類進行抽樣，抑或以不同之方式選取受訪者，自有必要詳細說明。

依據原創條例第 6 條第 2 項之規定，智慧創作之申請人以原住民族或部落為限，並應選任代表人為之。而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，如經認定為智慧創作者，依原創條例第 7 條之規定，智慧創作專用權之權利主體，可能有下列三種情形：一、智慧創作經認定屬於申請人者，應准予登記，並自登記之日起，由申請人取得智慧創作專用權。二、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。三、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。因此，可能成為智慧創作專用權之權利主體者，應為「原住民族」、「部落」或「全部原住民族」。

本論文既以原住民族傳統智慧創作為研究對象，而依據原創條例設計之智慧創作專用權權利主體為「原住民族」、「部落」或「全部原住民族」。那麼探討權利主體對於該條例的生活經驗、文化現象，必然有助於我們正確理解該條例的規範意義。此外，傳統智慧創作雖存在於原住民部落，而與原住民生活息息相關，但對於傳統文化的認識與理解，又以從事與原住民文化有關之創作者，具有更深刻的體會及經驗。因此，本論文在訪談對象的選擇上，是以親身參與原住民文化創作或推廣原住民文化之人為限，但不以具備原住民身分者為限。在設定訪談對

---

<sup>27</sup> Howard S. Becker 著，郭姿吟、呂錦媛譯，這才是做研究的王道，頁 85（2009）。

<sup>28</sup> Uwe Flick 著，張可婷譯，前揭註 15，頁 25。

<sup>29</sup> 同前註，頁 38。

象之條件後，接下來說明訪談對象的抽樣方式與規模。

首先，臺灣原住民族群應該如何分類，雖可從文化、語言、居住地域等不同方式而為分類，亦即族群的類別可能因為標準不同而有差異。但就法律的觀點而言，應先檢視現行關於認定原住民族之規範內容為何。依原住民族基本法第 2 條第 1 款之規定，第 1 款之規定，原住民族係指既存於臺灣而為國家管轄內之傳統民族，包括阿美族、泰雅族、排灣族、布農族、卑南族、魯凱族、鄒族、賽夏族、雅美族、邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族及其他自認為原住民族並經中央原住民族主管機關報請行政院核定之民族。」而行政院於 2007 年 1 月 17 日第 3024 次院會核定「撒奇萊雅族」為原住民族<sup>30</sup>；另於 2008 年 4 月 23 日第 3089 次院會核定「賽德克族」亦為原住民族之一族<sup>31</sup>。因此，我國目前之原住民族共有 14 族，而未來亦有可能因為主管機關報請行政院核定而增加其他族群<sup>32</sup>。此外，依

<sup>30</sup> 行政院院長於該次決議中表示：「撒奇萊雅族在日治時期被歸併為阿美族一支，但兩者在語言及民族意識上有明顯差異。從今天開始，撒奇萊雅族已經正式成為臺灣原住民族第 13 族，本人在此謹代表政府，對撒奇萊雅族順利正名，致上最誠摯的祝賀。日治時期對臺灣原住民族各族的命名，在臺灣光復以後仍繼續沿用，完全不尊重原住民族的意願。一直到政黨輪替之後，90 年 8 月 8 日本院核定邵族，91 年 12 月 25 日核定噶瑪蘭族，93 年 1 月 14 日核定太魯閣族，今天再核定撒奇萊雅族為臺灣原住民族之一族，代表政府遵照憲法的精神，重視原住民族追求正名的權益。」請參見行政院第 3024 次院會決議，亦可見行政院網站：<http://www2.ey.gov.tw/ct.asp?xItem=28274&ctNode=1226&mp=1>（最後點閱時間：2012 年 8 月 10 日）。

<sup>31</sup> 行政院院長於該次決議中表示：「賽德克族長期被歸類為泰雅族，實際上兩者非同一民族。從今天開始，賽德克族已經正式成為臺灣原住民族第 14 族，本人在此謹代表政府，對賽德克族的順利正名，致上最誠摯的祝賀。對於以往官方認定的民族別與原住民族自我所認同的族名不一致的現象，政府自 90 年起即積極處理，陸續核定邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族、撒奇萊雅族等 4 族為臺灣原住民族之一族。今日賽德克族的正名，不僅尊重民族意願，且符合民族政策應有的公平性。本人已請本院原民會依據原住民族基本法相關法令，會同相關部會協助賽德克族自治及永續發展；並請教育部將賽德克族的族群特色、文化、歷史納入鄉土文化教材，讓臺灣社會的族群更加多元，文化更加豐富。」請參見行政院第 3089 次院會決議，亦可見行政院網站：<http://www2.ey.gov.tw/ct.asp?xItem=42612&ctNode=1229&mp=21>（最後點閱時間：2012 年 8 月 10 日）。

<sup>32</sup> 平埔族是否得由主管機關報請行政院核定，一直爭議不斷。上百名平埔族人於 2009 年 6 月 24 日在行政院原住民族委員會前鳴放竹炮，要求將平埔族正名為「原住民」。但行政院原住民委員會則發表新聞稿指出：「原民會唯一任務是為 49 萬原住民服務。平埔族從清朝至今，選擇與漢人融合，原漢對抗時有和原住民站在一起嗎？為共享原住民資源，而自稱「原住民」，以欺壓原民會、原住民手段，強迫 49 萬原住民接納他們，原民會深表遺憾。」請參閱謝文華，

據原住民族基本法第 2 條第 4 款之規定，所謂部落係指原住民於原住民族地區一定區域內，依其傳統規範共同生活結合而成之團體，經中央原住民族主管機關核定者。行政院原住民族委員會，為了落實原住民族基本法之規定，於擬定部落之核定標準時，曾廣泛徵詢意見<sup>33</sup>。並於 98 年 11 月 30 日以原民企字第 09800562411 號令，制定「行政院原住民族委員會辦理部落核定作業要點<sup>34</sup>」，該要點共計九點，內容不僅關於部落之核定，如有部落變更、廢止及撤銷時，均準適用該要點。顯見原住民族部落數量之多寡，亦會隨著主管機關之核定而有增減。因此，在抽樣策略上如果以不同之原住民族甚至是不同之部落作為訪談對象，在有限的時間與能力下，以研究者一人之力，勢必無法完成本論文。

其次，依據原創條例第 3 條之規定，智慧創作是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。如以該條例所列舉之智慧創作種類，作為抽樣依據，在訪談對象的選擇上亦屬不易，除了必須遍尋各種不同類型的智慧創作者之外，也可能因而忽略了不同地域

---

「平埔族爭正名換來原民會羞辱」，自由時報電子報，2009 年 6 月 25 日，亦可見自由時報網站：

<http://www.libertytimes.com.tw/2009/new/jun/25/today-life10.htm>（最後點閱時間：2012 年 6 月 10 日）。由此可見，平埔族與主管機關之間，對於原住民族身份之認定，仍存在甚大的歧見。

<sup>33</sup> 例如：原住民族委員會為畫分各原住民族部落範圍，朝民族自治區規畫，到全國各地與各部落長老座談，於 2008 年 3 月 10 日在高縣府與南鄒族、布農族、魯凱族長老舉行會談，了解各族心聲，與會人士認為，未來要將部落生活圈納入部落，不能僅限行政區。原住民族委員會企畫處長鍾興華、高縣原民處長谷縱、喀勒芳安昨日率官員與高縣原住民族長老進行座談會。鍾興華表示，原委會為釐清台灣各原住民族生活範圍，同時朝原住民族自治區方向發展，辦理部落核定作業，原住民在原住民族區一定區域內，依傳統規範共同生活結合而成的團體，即核定為部落。請參見蘇益忠，「原民會舉行部落核定座談會」，中時電子報，2008 年 3 月 11 日，亦可見中國時報網站：

[http://www.tipp.org.tw/formosan/news/news\\_detail.jsp?id=20080312000001](http://www.tipp.org.tw/formosan/news/news_detail.jsp?id=20080312000001)（最後點閱時間：2009 年 11 月 17 日）。

此外，苗栗縣政府原住民行政處接受行政院原住民族委員會委託，於 97 年 3 月 13 日下午 14 時假本府縣政資料館 2 樓召開「原住民族地區『部落』核定機制」中區說明會，本次會議由行政院原民會企劃處處長鍾興華主持，邀集苗栗縣、台中縣及南投縣各機關原住民業務承辦人員及部落耆老等約 50 人與會。會議主題為行政院原民會對「部落」一詞含意之討論，以及對目前行政院原民會所調查之「部落」，提起各地區原住民耆老討論及確認，以做為未來擬訂原住民相關政策之參考。請參見苗栗縣政府原住民行政處，原住民行政處召開「原住民族地區『部落』核定機制」中區說明會，2008 年 3 月 12 日，亦可見自由時報網站：[http://apm.miaoli.gov.tw/news52\\_view.aspx?vsn=9](http://apm.miaoli.gov.tw/news52_view.aspx?vsn=9)（最後點閱時間：2009 年 11 月 22 日）。

<sup>34</sup> 「行政院原住民族委員會辦理部落核定作業要點」請參見附件八。



與族群的差異。

基於上述兩點考量以及本論文研究目的之一，在於發現原住民族觀點的原創條例，亦即希望透過訪談資料的蒐集與分析，建立原住民族對原創條例規範內容之權利意識（權利主體與權利客體的認識）及正當性判斷基準。因此，在訪談對象的選擇上，不以族群或部落之不同，亦不以智慧創作種類之差異為基準，亦即訪談對象不以族群、部落（權利主體）或智慧創作種類（權利客體）為訪談抽樣之依據，而必須考量上述研究目的能否達成，藉以決定本論文之抽樣策略。此外，抽樣強調的不只是挑選訪談的對象而已，還要對預期可能找到這些人進行選擇<sup>35</sup>。因此，如何挑選適當訪談對象，以達成本論文之目的，對研究之進行而言，至屬重要。

臺灣地區原住民目前居住地域分佈情形，雖與族別無必然關係，但是仍有相當之地緣關係<sup>36</sup>。所以在訪談樣本抽樣策略上，本論文採取地區抽樣之方式進行，仍可適度兼顧不同族群對於傳統智慧創作之看法與經驗。因此，本論文從北部、中部、南部與東部之原住民部落，抽樣訪談原住民文化創作參與者或研究者，作為本論文之研究資料來源。在決定訪談對象之範圍與抽樣方式之後，以下再就質性研究抽樣之理論，加以說明。

在量化研究中，抽樣已屬相當形式化之程序。但在質性研究中，是否適宜使用抽樣一詞，學者間並非毫無爭議<sup>37</sup>。但為使研究之進行更有效性，質性研究者仍必須說明抽樣之依據。

抽樣在理論上可分為兩大類：機率抽樣與非機率抽樣。所謂機率抽樣是指，母群體中何者會被選為樣本，完全是機會性的，而且被選取為樣本的機率，理論上是可以得知的，機率抽樣是社會科學研究中，選取大型和具代表性樣本的主要方式，例如：政治性民意調查。但在機率抽樣不可行或不適合時，非機率抽樣則是較適合的抽樣技術。而所謂非機率抽樣係指，樣本的選取非依其機率予以選取，而是根據抽樣者之主觀判斷抽出或是由受試者自願參與。非機率抽樣包括四大類：便利抽樣、立意或判斷抽樣、滾雪球抽樣、配額抽樣<sup>38</sup>。應強調的是，質性研究抽樣，是希望盡可能在經驗資料中，捕捉到研究對象的多樣性與變化。尤其在以

---

<sup>35</sup> Uwe Flik 著，張可婷譯，前揭註 15，頁 27。

<sup>36</sup> 陳雨嵐，台灣的原住民，頁 22（2004）。

<sup>37</sup> Uwe Flik 著，張可婷譯，前揭註 15，頁 25。

<sup>38</sup> Earl Babbie 著，李美華、孔祥明、李明寰、林嘉娟、王婷玉、李承宇合譯，社會科學研究方法（上），頁 275-280（2004）。

訪談的方式進行資料蒐集，在考慮對人的抽樣時，研究者必須找到有這一類經驗的人，受訪者也必須擁有不同角度的經驗。而當研究者愈來愈熟悉研究領域時，也就愈來愈能了解該領域中適合的受訪者<sup>39</sup>。

如前所述，本論文研究目的之一，在於探究原住民對於傳統智慧創作之觀點，並以質性研究深度訪談之方式取得資料。因此，在訪談對象之抽樣上，必須依據研究者的主觀判斷，以及研究目的而為決定，而無必要以全體母群體（所有原住民族及部落）為抽樣的對象。故本論文在抽樣理論上，係採取非機率抽樣之立意或判斷式抽樣，並自符合本論文所設定之訪談條件——親身參與原住民文化創作或推廣原住民文化之人——對象中選取受訪者。

由於質性研究重視概念上的代表性，亦即樣本是否足以呈現事件的多面性，在深度訪談中，訪談人數的多寡，並非判斷樣本是否具有代表性的唯一標準。如果訪談的深度和廣度足以提供各種不同資訊，使研究者能夠掌握研究問題的各種情況，並回答研究者所提出的問題，即可認為訪談的樣本已屬足夠<sup>40</sup>。

申言之，採取質性研究深度訪談的方式蒐集資料，其目的在於「從受訪者自身的角度，探究問題的可能觀點」，在抽樣理論上必須依據研究者的主觀判斷以及研究目的而為決定抽樣的對象。因此，研究樣本的大小，是取決於研究者想要了解什麼？研究什麼？如何使用研究結果？對信度、效度的要求為何？現有的研究資源與研究時間有多少？而且，訪談對象所蘊含的資訊豐富程度，以及研究者的敏感度和分析能力，也是決定訪談規模大小的重要因素<sup>41</sup>。

基於上述考量，本論文之訪談對象是以分佈在北部、中部、南部與東部之原住民部落為基準，以非機率抽樣之立意或判斷式抽樣方式，自部落中抽樣訪談原住民文化創作參與者或研究者，作為本論文之研究資料來源。

擬定訪談策略之後，先透過國立暨南國際大學公共行政系之介紹，再經由南投縣信義鄉公所人事室之協助，一一邀約研究對象。為了深入瞭解部落文化工作者之真實情況，研究地點的選擇以進入部落為原則，研究者因此多次造訪原住民部落，在訪談時間的安排上，完全配合受訪對象。經由上述安排，本論文共計深

---

<sup>39</sup> Uwe Flick 著，張可婷譯，前揭註 15，頁 42-43。

<sup>40</sup> 蔡佩真，台灣癌症喪親家庭關係之變化與探究，國立暨南國際大學社會政策與社會工作學系博士論文，頁 82（2006）。

<sup>41</sup> Patton M. Q. 著，吳芝儀、李奉儒譯，質的評鑑與研究（1995）；趙善如，從平衡觀點探討老年妻子照顧者的生活適應現象，東海大學社會工作學系博士論文（2002）。蔡佩真，同前註，頁 82。

度訪談 20 位原住民文化工作者或參與者，所有受訪者都非常樂意接受訪談，且提供了非常大量的資料，逐字稿字數多達 20 萬字，足以涵蓋本論文所要探討的問題。

### 第三項 資料分析

本論文以質性研究深度訪談作為蒐集資料之方法，而訪談固然可以取得大量資料，但是分析這些資料可說相當耗時，且資料品質的問題，也影響著研究目的能否完成<sup>42</sup>。而質性研究是一種探索式、發現式的歷程，不斷地在發現問題、蒐集資料以及分析資料的循環中反覆省思。換言之，質性研究的資料分析是一種組織的過程，可以幫助研究者歸納、分類與有系統地重組資料，進而逐步建立相關理論架構<sup>43</sup>。

所謂「資料分析」，就是將大量蒐集的資料，從中整理出秩序、結構，或是詮釋箇中蘊含的意義。換言之，質性資料分析旨在找尋資料之間的各種關聯，並以資料為基礎，而從中建立可能的理論基礎。這項工作必然費時與充滿不確定性，但也可說是一種創意的歷程<sup>44</sup>！

為了使質性資料分析，能夠有效進行，紮根理論研究先驅 Strauss & Corbin 發展了一套資料分析程序——編碼 (coding)，協助研究者從資料中建立理論。在紮根理論研究方法中，資料分析的基本動作就是編碼。「所謂『編碼』，就是將觀察筆記、訪談稿、或任何文件逐字閱讀，依照片語、逐句、逐行或段落進行分解，並加以標籤 (labeling)。也就是將個別事情、事件或現象，賦予一個概念性的標籤<sup>45</sup>。」

依據 Strauss & Corbin 的分類，編碼可分為「開放編碼」(open coding)、「主軸編碼」(axial coding) 以及「選擇編碼」(selective coding)<sup>46</sup>。以下分別加以說明：(一) 開放編碼是用以界定資料中所發現之概念，及其屬性和面向的分析歷程。開放編碼的目的是為了發現、命名與發展概念，因為理論建立的第一個步驟就是概念化 (conceptualizing)。因此，在開放編碼的歷程中，資料先被分解為獨立的部分，再被詳細地檢驗與比較其中的異同，一旦發現資料在性質上具有概念的相似性或意義的關連性，即被以更抽象的概念來加以群聚，在紮根理論中，這

---

<sup>42</sup> Catherine Marshall & Gretchen B. Rossman 著，李政賢譯，前揭註 18，頁 139。

<sup>43</sup> 蔡佩真，前揭註 40，頁 92-93。

<sup>44</sup> Catherine Marshall & Gretchen B. Rossman 著，李政賢譯，前揭註 18，頁 195。

<sup>45</sup> 齊力、林本炫，質性研究研究方法與資料分析，頁 202 (2005)。

<sup>46</sup> 蔡佩真，前揭註 40，頁 93。

些更抽向的概念就稱為類別（categories）<sup>47</sup>。（二）主軸編碼則是圍繞著某一類別的軸線來進行，並在屬性和面向的層次上來連結類別。主軸編碼的目的是為了將在開放編碼中被分割的資料，再加以類聚起來，並刺激研究者對概念或主題之間的關聯性進行思考，也可能引發新的問題或更深入檢視另一些主題，也可增強證據與概念之間的關聯性。主軸編碼的目的雖不同於開放編碼，但二者並不必然具有次序性的分析步驟<sup>48</sup>。（三）選擇編碼可說是統整和進一步精鍊理論的歷程。在開放編碼時，研究者關注的重點在於建立類別與其屬性，而在主軸編碼時，研究者則致力於有系統地發展類別，以及連結類別與次類別。但是，一直到主要的類別被統整且形成一個較大的理論架構時，研究發現才能成為一個理論。選擇編碼就是統整（integrating）與精鍊（refining）類別的歷程，藉由選擇編碼，研究者才能把各種概念的關係確定，並且加以精緻化<sup>49</sup>。

本論文之主要目的在於探詢原住民觀點的原創條例，並藉以建立智慧創作專用權之正當性判斷理論。透過深度訪談蒐集資料之後，必須先以開放編碼的方式，從龐大的逐字稿資料中找尋與研究主題有關的概念，再依據主軸編碼進行概念的類聚，最後透過選擇編碼，確立各種概念的關係，並且加以精緻化，最後形成一個本土觀點的「智慧創作專用權正當性判斷基準」理論。

應特別加以說明的是，法學研究畢竟有別於一般社會科學研究，而有其獨特之處。在研究過程中，作者雖然藉由紮根理論的資料分析方法，逐步建立理論的雛形。但是，在抽樣策略上，並未採取紮根理論的「理論抽樣」，而是以「立意抽樣」選擇研究對象。這點並非在研究方法上之矛盾，而是考慮在法學研究領域，以質性研究作為研究典範，畢竟是一種新的嘗試，如何將上述抽樣理論、資料分析方法，妥適地運用在法學研究，仍有待更深入的探討，本論文仍屬法學研究方法的新嘗試。此外，本論文在考量法學研究側重在探詢規範的特殊性，並非僅止於發現社會現象而已，因此將紮根理論資料分析方法視為研究之手段而非目的，以免過度強調手段的運用，而忽略了研究目的的達成。

## 第五節 質性研究之評價標準與研究倫理

本論文係採取質性研究取向，探討智慧創作專用權之正當性判斷原則，以及原住民觀點之規範意涵，則對研究內容之評價標準，自有參酌質性研究之特性並加以說明之必要。此外，由於本論文以深度訪談之方式蒐集資料，在訪談過程中

---

<sup>47</sup> Anselm Strauss & Juliet Corbin 著，吳芝儀、廖梅花譯，前揭註 4，頁 105-107。

<sup>48</sup> 同前註。

<sup>49</sup> 同前註。



應有的研究論理為何，亦在本節一併予以敘明。

### 第一項 質性研究之評價標準

以實證研究方法探究法學議題，其目的之一即在於避免落入「各言爾志」的註釋法學爭辯。因此，提出評價實證研究——尤其是質性研究——的客觀標準，作為針砭研究內容的基準，自有其必要性。

美國學者 Linclon 與 Guba 提出四個質性研究的判斷標準，用來檢核質性研究的信度與效度。這四個判斷標準分別是：可信性（credibility）、可遷移性（transferability）、可靠性（dependability）與可證實性（confirmability）。其中「可信性」旨在展現研究進行的方式，確保研究能夠有效地達成預期探索的目標。「可遷移性」則在評價研究成果可以適用或應用到其他類似情況，亦即研究成果可以解決在類似脈絡下的理論或實務問題。而「可靠性」是為了確立研究者在研究過程中，如何隨著情境的改變（例如：不同原住民部落或族群對於傳統智慧創作認知可能不同），提出因應方法與調解其研究策略，並藉此逐漸建立其研究結果。「可證實性」在於強調實證資料是否有助於證實普遍性的發現，以及證實研究所得出的結論<sup>50</sup>。

上述檢視質性研究標準的提出，主要的意義在於揚棄過去強調內部效度、外部效度、信度、客觀性等原則，轉而強調公平性、真實性原則，也就是以「值得信賴」（trustworthiness）原則取代效度原則<sup>51</sup>。申言之，質性研究者不斷自我反省，除了檢視自身的觀點是否過於主觀，同時也能理解研究結論與知識的建構，都是由來於實證資料的分析詮釋，避免陷入向來法學研究的桎梏與侷限。本論文進行過程中，研究者即不斷以上述標準自我檢視與反省，希望能在方法論上突破法學研究的僵局，開展出不同的法學研究視野。

### 第二項 研究倫理

質性研究者透過一套可遵循的方法，賦予其觀察所得現象一定的意義。但在

---

<sup>50</sup> Catherine Marshall & Gretchen B. Rossman 著，李政賢譯，前揭註 18，頁 248-251。此外，美國紐約大學教授 Heinz Klein 以及紐西蘭奧克蘭大學教授 Michael Myers 亦曾提出七項評估質性研究的原則：（一）擁抱詮釋學傳統（Hermeneutic Tradition）；（二）凸顯情境的影響力（Contextualization）；（三）說明研究者與被研究者之間的互動（Interaction between the Researcher and the Subject）；（四）說明分析的角度與推理方式（Abstraction and Generalization）；（五）辯證式推理方法（Dialogical Reasoning）；（六）多方的詮釋（Multiple Interpretations）；（七）於不疑之處有疑（Principle of Suspicion），請參見蕭瑞麟，前揭註 17，頁 133-139。

<sup>51</sup> 蔡佩真，前揭註 40，頁 97。

過去的經驗中，不斷出現許多操縱研究資料與結果的個案，亦有在資料蒐集過程中，雖然採取「匿名化方式」處理受訪對象之相關資料，但仍暴露了受訪者的身份<sup>52</sup>。因此，強調研究倫理的重要性，也成為各個學術社群的重要任務<sup>53</sup>。有學者即提出研究倫理的基本原則，以供質性研究者遵守及反省。其內容如下：一、知會同意是指不該有任何人在不知情的狀況下參與研究，且未給予其拒絕參與該研究之機會。二、應避免欺瞞研究參與者（不論是進行內隱式研究，或是給予他們關於研究目的之錯誤訊息）。三、應尊重研究參與者之隱私，並保障與維護其機密性（**confidentiality**）。四、應以資料及詮釋之正確性為優先考量原則，這意謂著在研究實務上不得發生任何隱匿或竄改資料蒐集或分析之情事。五、務必以尊重的態度對待研究參與者。六、善意原則（**beneficence**），亦即考量研究參與者的福祉。七、公正原則（**justice**），亦即衡量研究參與者之利益與負擔<sup>54</sup>。

應特別說明的是，研究倫理扮演的角色，影響著研究者如何規劃研究、研究對象的選擇、資料的蒐集，一直到資料的分析，每個步驟都有應注意的倫理規範。例如：在研究主題的選擇上，研究者必須考量該議題以及研究對象，是否已被「過度研究」；而在處理訪談對象時，必須做到「知會同意」（**informed consent**），並且要注意如果深入細節，是否會對受訪者造成傷害；在資料分析時，必須運用適當的方法（如編碼理論），有系統地進行分析工作，除非有完成的資料支持研究者的觀點，否則不應對訪談所得之資料做出過度之詮釋。換言之，分析資料務必力求正確、公正，避免研究者的偏見用語，忠實地呈現研究結果<sup>55</sup>。

本論文之研究目的在於探討原住民觀點的智慧創作保護規範，以及建立智慧創作專用權正當性判斷理論，訪談對象均係與原住民文化創作或推廣有關之人。因為原創條例在相關子法尚未完全制定施行之前，關於此項議題並無「過度研究」的疑慮。此外，研究者在進行訪談之前，均會清楚解釋整個研究目的與進行方式，並說明受訪者的權益、研究目的、進行之方式、研究結果發表方式等相關資料，在受訪者充分了解之後，才會開始進行訪談。最重要的是，給予受訪者隨時退出

---

<sup>52</sup> Uwe Flick 著，張可婷譯，前揭註 15，頁 95-96。

<sup>53</sup> 例如：美國社會學協會倫理守則（the American Sociological Association Code of Ethics）或英國社會學協會工作倫理實務守則（the Statement of Ethical of the British Sociological Association），都是為了防止濫用研究的情事發生，提出上開倫理守則。請參見 Uwe Flick 著，張可婷譯，前揭註 15，頁 96。

<sup>54</sup> 同前註。

<sup>55</sup> 同前註。

研究的權利<sup>56</sup>。

最後，在詳細解釋受訪者權益以及訪談進行方式後，研究者亦提供研究同意書供受訪者簽署<sup>57</sup>。同意書之內容除了說明研究成果將發表於研究者之博士論文之外，亦包括：「研究目的」、「訪談進行方式」、「訪談內容處理與應用」、「研究參與者的權利」等內容。而逐字稿之謄寫方面，亦委由專人處理，並填寫「協助謄寫逐字稿同意書」<sup>58</sup>，除了要求謄寫者完整呈現訪談錄音內容之外，也兼顧研究倫理之要求。最後，在訪談文本分析上，本論文係依據紮根理論編碼程序進行，有系統地進行分析工作，在詮釋資料的過程中亦力求正確與公正，以期在遵守研究倫理的前提下，追求知識的建立！

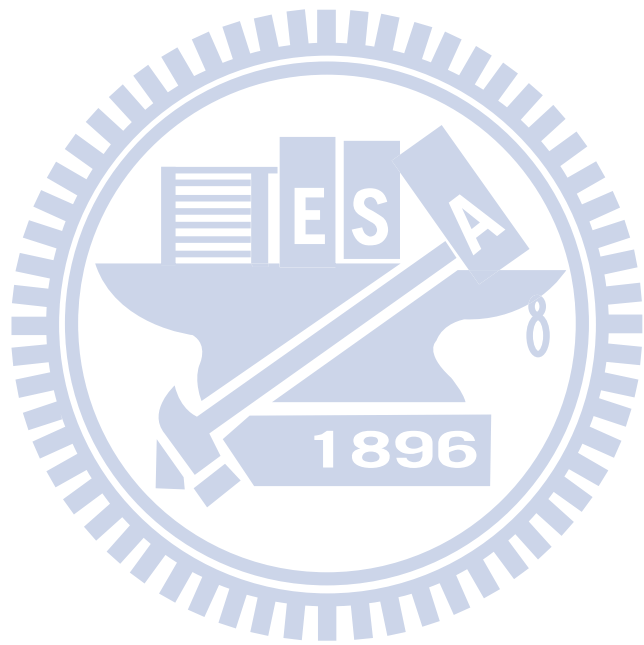


---

<sup>56</sup> 例如：本研究受訪對象之一，在訪談過程中，曾要求暫時停止，研究者尊重受訪者同意權，亦暫停進行相關訪談。

<sup>57</sup> 「研究參與同意書」，請參見附件六。

<sup>58</sup> 「協助謄寫逐字稿同意書」，請參見附件七。





## 第四章 實證資料分析與發現

如前所述，藉由原創條例規範產生之智慧創作專用權，除具有排他之財產權屬性外，更與原住民族之傳統文化規範息息相關。然由本論文第二章「文獻回顧」呈現之內容可知，現有財產權理論關於保護財產權之論述，均無法解釋智慧創作專用權正當性判斷之文化意涵。而中研院民族所出版之「台灣原住民政策變遷與社會發展」一書，雖能呈現原住民施政之面貌，但與智慧創作專用權並無直接之關連。此外，原民會委託專家學者所進行之「原住民族傳統習慣之調查整理及評估納入現行法制之研究」，雖有助於釐清原住民族傳統規範與現行法制之衝突，並提出調和兩者衝突之建議。但是，已完成之各族研究報告，均未探究原住民族傳統智慧創作之財產權屬性，亦無討論原創條例與原住民族傳統習慣衝突所在及其調和之機制。

本論文認為，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，均先於現行法律制度而存在，透過立法方式建構保護原住民族文化表達之機制，雖有其必要性，但是制度內涵必須充分尊重原住民之意願，因為在原創條例規範下之權利主體為「原住民族」。因此，本論文將以第三章所述之質性研究深度訪談方法，從原住民文化工作者及文化推廣者之觀點出發，探究權利主體（原住民族或部落）在日常生活中的經驗及觀點，藉以理解原創條例應有的規範面貌，進而提出智慧創作專用權之正當性判斷理論，以及原創條例如何與原住民族傳統規範相互融合。

長期以來，關於原住民相關議題之研究，大多為人類學者，而田野調查更是人類學者的「基本動作」。相對於人類學者足跡遍及部落，法律人大多在司法殿堂認事用法，對於部落傳統習慣的陌生，也就可想而知了。這樣的溝通鴻溝，造成了「一方正義嚴詞」，「一方莫名含怨」的對話模式<sup>1</sup>。而本研究採取不同於傳統法學研究方法之取徑，即是希望透過質性研究深度訪談之方式，進入部落探詢原住民文化工作者對於原創條例之看法，期能使得研究結論跳脫法條之框架，建構符合原住民族傳統文化習慣之財產權正當性判斷基準。

### 第一節 受訪者之基本資料

如同本論文第三章研究方法第四節第二項「訪談對象的選擇與規模」所述，本論文擬定訪談及資料蒐集策略之後，先透過國立暨南國際大學公共行政系之介紹，再經由南投縣信義鄉公所人事室之協助，一一邀約研究對象。

<sup>1</sup> 謝世忠、楊鈴慧、劉瑞超、李韋誠、黃昱中，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第五期委託研究—布農族、邵族，行政院原住民族委員會委託研究，頁 270（2008）。

20 位受訪者均是原住民文化工作者，其中 8 位為女性，12 位為男性，中部地區 4 位，南部地區 3 位，北部地區 3 位，東部地區 10 位，以族群分佈而言，布農族 6 位，泰雅族、卑南族各 2 位，排灣族 4 位，魯凱族、阿美族各 1 位，漢人 3 位。此外，以受訪者從事之文化工作內容觀察，4 位參與了布農族最為著名的「八部合音」演唱工作，文史工作者 4 位，文學創作者 2 位，織布藝術 2 位，傳統歌謠表演者 2 位，琉璃珠、陶壺、雕刻、染繡、繪畫、文化推廣者各 1 位，本論文研究將以代號 A1 至 A20 分別代表 20 位受訪者<sup>2</sup>。

為了深入瞭解部落文化工作者之真實情況，研究地點的選擇以進入部落為原則，作者因此多次訪原住民部落，在訪談時間的安排上，完全配合受訪對象<sup>3</sup>。受訪者受訪時間大約在一個小時至二個小時之間，在事先徵得受訪者同意後，所有訪談內容均有錄音留存，再由專人將錄音內容聽打成逐字稿，再依據紮根理論之編碼程序分析訪談資料<sup>4</sup>。

如前所述，原創條例立法通過之後，不僅打破現有關於原住民族文化資源分配的現狀，也重新界定了人們原本熟悉的使用方式，對於文化發展與資訊傳播的衝擊可想而知。更重要的是，原創條例所賦予的智慧創作專用權，其權利內涵與外緣如何界定，必然牽引著「權利保護」與「文化傳播」的範圍。申言之，原創條例施行以及相關子法訂定之後，「權利主體」如何認定？對於有助於促進文化發展之公共領域的影響如何？我們所熟悉的原住民族音樂、舞蹈、歌曲、服飾等等文化表達，在法律規範上，如果形成一種全新的「權利客體」，是否可能因為文化傳播受到限制，反而造成社會效益的減損？此外，保護與促進原住民族文化發展的制度設計，是否只有順應世界潮流，從上而下立法規範專用權的歸屬，而忽略了部落的聲音？這些問題都會隨著新法的制定施行，而引起更多的討論。

從財產權規範立場而論，上述問題的核心，圍繞著財產權之「權利主體」與「權利客體」如何界定的爭議，然而更為根本的問題在於：原住民族文化表達「財產化」之正當性為何？對此雖可現有財產權理論基礎加以剖析，亦可藉由外國法的比較研究著手。但是，如何保護台灣原住民族傳統智慧創作，建立符合本土的法律制度，似乎不是套用現有理論或介紹外國法制所能解決，而應從部落的觀點出發，並以法學實證研究之取向，進行田野調查或訪談，藉以瞭解原住民族對於傳統智慧創作之財產權法意識，再分析相關實證資料，探究智慧創作專用權之正

---

<sup>2</sup> 受訪者基本資料，請參見附件五。

<sup>3</sup> 進行訪談之前，均告知受訪者參與研究之範圍與限制，再由受訪者簽署研究參與同意書。「研究參與同意書」，請參見附件六。

<sup>4</sup> 「協助謄寫逐字稿同意書」，請參見附件七。

當性判斷基準及其應有之規範內涵。因此，本論文將以分析實證訪談資料為主軸，透過法律經濟分析與法律社會分析之研究方法，詮釋文本資料，並藉此提出本論文對於智慧創作專用權之正當性判斷理論，以及原住民族傳統規範與原創條例如何調和之論述。

## 第二節 研究發現

原住民族基本法第 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。」而原創條例立法通過後，雖已實現原住民族基本法第 13 條部分規範意旨<sup>5</sup>，但原住民族文化表達，係先於市民法律體系而存在。換言之，在原創條例制定之前，原住民族之文化表達均屬「公共領域」之範疇，如何界定保護之範圍，不僅是抽象法規範之議題而已，更有必要探詢「權利主體」——原住民族文化工作者——之經驗、觀點。再者，原創條例對於智慧創作專用權之「得、喪、變更」，均無具體規定，而係授權主管機關制訂相關子法<sup>6</sup>。是以，原創條例規範之「權利客體」應具備之要件，亦可藉由實證調查而發現可能之規範模式。

進一步而言，原創條例立法通過之後，除了對一般社會大眾如何接近、使用原住民族音樂、舞蹈、歌曲等文化表達，有著深遠影響之外。原住民文化工作者或參與者，對於新法的態度如何，勢必影響新法未來的運作。此外，原住民對於「傳統」與基於傳統之「創新」的區別，則涉及了原創條例適用範圍的議題。再者，對原住民文化工作者而言，原創條例對於「權利主體」與「權利客體」的規範內容，則影響了未來文化工作者能夠自由接近與使用的文化素材範圍，也牽涉到原住民族內部如何分配文化資源的問題。而回答上述問題的根本前提在於：立法保護智慧創作專用權之正當性判斷為何？

本論文依據第三章所述之研究方法，透過質性研究深度訪談蒐集相關資料並進行編碼分析之後，再透過法律社會分析及法律經濟分析之研究方法，依循「起、承、轉、合」四個階段，解構、匯聚文本資料。詳言之，本論文之研究發現及理論構成次序如下：「起」：受訪者對於原創條例之態度。「承」：原創條例引發之影

---

<sup>5</sup> 關於「原住民族傳統生物多樣性知識保護條例」草案，立法院內政及民族委員會於 96 年 11 月 26 日，第 6 屆第 6 會期第 7 次全體委員會議決議：「另定期舉行會議，繼續進行逐條討論」，未能立法通過。請參見立法院公報，第 96 卷第 84 期，立法院第 6 屆第 6 會期內政及民族委員會第 7 次全體委員會議紀錄，頁 7-12，2007 年 12 月。

<sup>6</sup> 例如，原創條例第 4 條規定：「智慧創作應經主管機關認定並登記，始受本條例之保護。前項智慧創作之認定標準，由主管機關定之。」則關於原住民族之文化表達，是否符合智慧創作之保護要件，仍有賴主管機關訂定子法始有判斷之基準。

響。「轉」：創設智慧創作專用權之立法目的。「合」：實現原住民族文化自治。完成上開論述之後，再於本章第三節提出本論文建立之智慧創作專用權正當性判斷理論，以及融合原創條例與原住民族傳統習慣規範之運作模式。

### 第一項 對「原創條例」之期待與不安

經過了日據時期與光復初期的政治統治，臺灣原住民文化受到了「強制干預」的同化危機。部落組織隨著選舉方式的進行而逐漸瓦解；在主流文化的衝擊下，原住民對於傳統文化的式微，不免產生強烈的危機意識<sup>7</sup>。於是，立法保護原住民傳統文化的呼聲，漸漸受到重視。原住民對於立法保護祖先文化遺產的期待，是可想而知的。但是，在立法通過的同時，原住民對於「新遊戲規則」可能與傳統習慣之間產生衝突，或是部落與部落之間對於文化歸屬衍生爭議，顯現了不安的態度：

「但願是有幫助，因為我曾…，我跑過法院，為了版權的問題，我錄了CD，然後…。我最早做這個…，**其實我們也希望有這個法律的保護嘛**。但是…，嗯…，口頭上講，然後其實沒有，沒有真正的…，嗯…，在做這樣的那種保護工作<sup>8</sup>。」

「其實大家都發現這個問題，是我們原民會的動作太慢…。原民會的動作太慢，我們的智慧財產，**早就該立法保護了<sup>9</sup>**。」

「那麼是站在比較屬於這個，這個產業發展，或者是，他的文化保護這一層面的話喔，當然我們需要建立一套喔，他的這個…，嗯，嗯…，這個，這個管理的辦法，或者是一種**保護的措施嘛**…，喔…，等等…這一類…。所以簡單的來講喔，其實這一次，**這一次法律的這個，這個形成喔，是一個正面的，而且是絕對，絕對有意義和**…，和被這個比較…，處在比較弱視的這個，這個，這個…，這個角度的這個原住民會有相當大的幫助啦<sup>10</sup>。」

<sup>7</sup> 林建成，台灣原住民藝術田野筆記，頁 23（2002）。此外，根據劉璧榛教授於 2007 年所進行之調查發現，有高達 95.87% 的受訪者認為「原住民傳統文化應該保存與重建」。相較於 1980 年代的 45.8%，以及 1996 年的 62.3%，呈現了大幅成長的趨勢。然而，受訪者認為文化重建有其重要性，其中透露的訊息即是文化消失的隱憂。請參見劉璧榛，「文化產業、文化振興與文化公民權：原住民族文化政策的變遷與論辯」，台灣原住民政策變遷與社會發展，頁 425-426（2010）。

<sup>8</sup> A2 受訪者訪談資料。

<sup>9</sup> A4 受訪者訪談資料。

<sup>10</sup> A5 受訪者訪談資料。



由訪談內容可知，受訪者期待原創條例能夠發揮保護原住民傳統文化的功能。甚至認為主管機關過去未能努力促使法制形成。但因法律內容的規定乃制度的選擇，不同的制度規範，形成相異的權利系譜，權利的分配必然產生某程度的爭執<sup>11</sup>！新法的制定施行，必然為原住民族帶來期待與不安，以下再引用實證訪談資料，深入加以說明。

### 一 當「現代法律」遇見「傳統事務」

原創條例所保護之文化表達，均先於市民法律而存在。原住民對於傳統事務之規範，各族群本有自己的運作法則<sup>12</sup>。相對於原住民社會對於規範制度的「單純性」，市民社會法律規範具有著相當程度的「複雜性」。以原創條例規範智慧創作，法律內容是否反應了原住民族傳統規範的文化內涵？亦或是另一種型態的「文化忽略<sup>13</sup>」？受訪者普遍存在疑慮：

「然後又要弄個…，又要申請，要做什麼一大堆的手續，喔…，對我們來講實在是太痛苦了。如果以原住民的觀點，只有幾個字啊，太麻煩了…，呵呵呵…<sup>14</sup>。」

「我以前都沒有團啊，我也沒有申請啊，我常常被他們罵啊，還笑我說…，啊…，她沒有什麼牌…。怎麼樣，怎麼樣…，我說無所謂啊，人家認同我們的聲音，認同我們的文化、表演就好了啊…。我們為什麼要在乎這些那麼多…，

<sup>11</sup> NEIL K. KOMESAR, LAW'S LIMITS: THE RULE OF LAW AND THE SUPPLY AND DEMAND OF RIGHTS 19-21 (2001).

<sup>12</sup> 以婚姻制度為例，雅美族人<sup>12</sup>有試婚的制度，試婚是在訂婚到正式結婚前的一段日子，訂婚雙方家庭開始建立親密的關係，經常互相往來、相互餽贈，但是男女雙方仍舊回到自己的家庭生活，不會在對方的家中過夜。試婚期間可以進一步確認兩人是否適合生活在一起，期間最長約一年，最短也不少於一個月。而排灣族傳統的婚姻大致分為三種，第一種為「迎偶婚」，結婚對象只有一方是家中長嗣，另一方必須進入該長嗣家中一起生活。第二種為「新建婚」，雙方都不是家中的長嗣，而會離開原來的家庭，重新建立一個家屋。第三種是「雙嗣婚」，即結婚雙方均為長嗣，則雙方的原生家庭必須合併為一家。顯見兩個族群的傳統婚姻規範內涵均不相同。請參見高德義、石忠山、羅國夫、楊逸翔、楊鵬穎、全皓翔，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究：排灣族及雅美族個案，行政院原住民族委員會委託研究，頁 191、34-37（2008）。

<sup>13</sup> 以印地安人受到白人統治後，所產生的正當合法性衝突為例，印地安人擔心白人法官在審理案件時，會以民主社會的標準，強加在印地安人部落，而不考慮印地安人的傳統習慣。這樣的作法，就是導因於文化上的偏見，進而造成彼此的敵視。此即「文化忽略」的事例。See WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS 40 (1995).

<sup>14</sup> A1 受訪者訪談資料。

好…，你有牌，好…，你要繳稅啊。因為我每次都被罵啊，我說我幹什麼…，我可以申請，只是因為想說這…，像這樣的東西，也，也可以沒…，不必要有這個…<sup>15</sup>。」

「還有盪鞦韆好了…盪鞦韆…。啊…，可是問題是你們都不了解，喔…，都以為說盪鞦韆，結婚就是盪鞦韆…，不是耶…。可是盪鞦韆一定要頭目喔，他頭目是這個部落裡面，要大的頭目，你才有權利盪那個，盪那個鞦韆。你二頭目，三頭目，你要盪的話，你要透過這個大頭目的予許，你才可以盪…。啊現在是因為要推廣，所以像大家都在盪，都不了解。可是那也是，也是一種制度啦，也是法律啊…<sup>16</sup>。」

「嗯…，其實現在喔…，當然我們也可以…，在整個喔…，變動這樣的一個…包括它價值思維喔，我們當然開始去，去，去轉換嘛，我們要適應那個，那個表述方式嘛。其實現在呢…，琉璃珠在頭目、平民之間來講喔，已經找…，無，無從劃分了喔…。所以喔，我們已經無法從琉璃珠去判定一個…，也無法判定你是，是，是…，是什麼貴族不貴族啦<sup>17</sup>。」

由訪談內容可以看出，受訪者認為國家法律「太麻煩了」，因此普遍存在排斥的態度，這也反應了原住民對於「規則選擇」的意向。根據 North 的看法，制度對人類行為產生限制，而制度內容包括了正式規則、非正式規則以及執行制度三個部分。法律屬於正式規則，而傳統習慣與禮儀則是非正式規則。正式規則可以透過行政機關、立法機關或司法機關之作用，迅速改變其內容，但存在於習俗、傳統中的非正式規則，可能不會受到國家機關的影響。然而，非正式規則的文化限制，不但可以銜接過去、現在及未來，更能提供我們探索歷史的變遷經過<sup>18</sup>。受訪者排斥國家法律的態度，確實有其立論基礎。

由此可知，屬於原住民傳統事務之文化表達，以現代市民法律（正式規則）加以規範，對原住民而言，最簡單的描述方式就是「很複雜、不方便」！因為原住民社會對於文化表達有其一定之約制（非正式規則），兩者之間如何調和，是原創條例施行後所應考慮的重點。

---

<sup>15</sup> A2 受訪者訪談資料。

<sup>16</sup> A7 受訪者訪談資料。

<sup>17</sup> A5 受訪者訪談資料。

<sup>18</sup> Douglass C. North 著，劉瑞華譯，制度、制度變遷與經濟成就，頁 8-11（1994）。

## 二 「文化發言權」的競逐

原住民族因為各族的文化傳統不同，在不同族群之間，較不易產生文化表達之爭議。例如：布農族人不可能主張雅美族之拼板舟，是屬於布農族的傳統文化。但是，在同一族群之間，對於傳統文化表達，可能存在些許差異，而在原創條例制定通過之後，同一族群內部，即有可能為了主張氏族或部落的獨特性，而爭取該族群的「文化發言權」：

「嗯…，會有…，會有影響，嗯…，因為沒有實施，大家都在摸索階段，比如說祭歌啦，我怕祭歌…，像是祭歌或者是其他什麼童謠啊，因為我們現在唱的童謠，幾乎是整個布農族各部落都有唱啦，萬一這個部落說這個部落是我的…。這我部落以前唱出去的，他強調是…，它是從這裡傳出去的，他登記了，是不是別的部落不能唱了，這個就會很麻煩，我要唱你的歌要付費，喔…，糟糕了…，一樣是布農族啊，怎麼…，怎麼會變成這樣，就會造成我們不能傳唱這種歌啦…<sup>19</sup>。」

「對…，可能要這樣子啦，然後那個…，因為有…，因為有講是原住民族或部落嘛，我…，我們是擔心說有些原來的文化是從以前就承襲下來的，它的精神應該是全，全…，全部的族群共有啦，布農族傳統的東西就布農族共有，如果這個東西被某一個部落登記的話，是不是別的部落不能用的，怕擔心這個啦<sup>20</sup>！」

「…有一些原住民新生代的舞者喔，他剛才講說編舞，那他可能取傳統的某一部分，某一個旋律，或某一個節拍來發展，啊如果那個部落不同意的話，那就不要玩了嘛，那這個會阻礙一個，一個發展就是說，一個新的創作的部分…<sup>21</sup>。」

「好啦…，假如說，法律是這麼訂的，就我對法律上面的認知，我今天…，好，海端鄉的布農族，我今天去申請一首傳統歌曲，你以後其…，其，其他要用了，那以後的…，以後其他的…，那南投布農族用了咧？我是不是要跟你海端鄉取得同意…，荒唐…它是不是荒唐？它就真的是荒唐了啊<sup>22</sup>。」

「有些東西是共通的，比如說紋面，紋面是整個泰雅族的一個印象。啊你哪

<sup>19</sup> A1 受訪者訪談資料。

<sup>20</sup> A1 受訪者訪談資料。

<sup>21</sup> A11 受訪者訪談資料。

<sup>22</sup> A9 受訪者訪談資料。

一個部落你去登記說紋面是我們部落的，那你其他的部落，你要用的話怎麼辦？有時候就是那個東西很難認定，它到底是屬於誰的…。那即使是同…，這個部落，那這個部落要經過誰的同意，到底要經過誰的同意…<sup>23</sup>。」

透過受訪者表達之看法可以得知，原住民文化工作者，確實擔憂同一族群但不同部落之間，可能為了爭取文化表達主導權而產生爭執。再舉一例加以說明，葛瑪蘭族在花東海岸的四個部落，於每年初春到炎夏之際，會在靠近部落的海灘上舉行「海祭」，祭告祖靈以及掌管海洋的神靈。而不同的部落對海祭的說法、海祭的程序，則有些許的不同。花蓮新社部落稱之為「sepaw tu lazing」，但是花蓮立德部落、台東大峰及樟原部落則稱之為「lalikid」。其中新社部落更於 1996 年恢復傳統祭儀，由年輕人將豬隻宰殺之後，取出最好的部位交給部落長者作為祭品。長者以長約 30 公分的細竹片穿進祭品後再走到海邊，蹲下身體，謙卑地念著祭文，將祭品拋入海中，完成祭典儀式<sup>24</sup>。由此可知，同一族群但不同部落之間，對同一祭典有著不同的名稱與踐行方式，然何者才是「傳統」？如果新社部落首先提出申請「葛瑪蘭族海祭」之智慧創作專用權，是否代表新社部落就葛瑪蘭族此部份之傳統祭儀，取得了文化發言權？同一族群不同部落之間，是否會因此產生文化認同的爭執？這是未來原創條例關於權利主體及權利客體認定時，必須注意的課題。

再者，原創條例第 6 條規定：「智慧創作申請人應備具申請書、說明書、必要圖樣、照片等相關文件或提供視聽創作物，向主管機關申請登記。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。」是以，除了原住民族之外，部落亦得為智慧創作之申請人，且不論是原住民族或部落，皆應選任代表人為之。至於代表人之選任辦法，則由主管機關原民會定之。因此，同一族群不同部落之間，是否會為了取得智慧專用權，衍生成族群內部的衝突？部落之內是否會因為代表人之選任產生爭議？凡此皆屬主管機關制定相關辦法時，所應思考解決的問題。如未能妥適規定，可能如受訪者所描述的，因為新法之制定，造成族群之間或部落之間之爭執，使得原住民未蒙其利、先受其害，顯非原創條例的立法目的！

### 三 商業利益分配的疑慮

如同本論文第二章第一節第三項所述，原創條例創設了新類型的財產權，因

<sup>23</sup> A18 受訪者訪談資料。

<sup>24</sup> 蔡中涵、陳俊男，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第七期委託研究—阿美族、噶瑪蘭族、撒奇萊雅族，行政院原住民族委員會委託研究，頁 109-110（2011）。



為新類型財產權所產生之商業利益，究竟應如何分配，對原住民文化工作者而言，不免產生疑慮：

「這個，這個明明就是我部落，啊另外一個部落…，然後拿來做一些商業行為，有人拿這個東西去做一些商業行為，然後可能…有可能會引起什麼樣的問題，或是說侵犯到那個的話，那就要有一個法律去保護它<sup>25</sup>。」

「就是回饋…，就是這，這個回饋能夠回饋到原住民的一個…，就像我們在工作，回饋機制這種，這種概念，其實覺得還不錯。只是說，回饋對我們來講還 ok，只是要去申請這些東西，就覺得很麻煩，呵呵…。我們對…，由其像我們這些人對於法律那種對…，就最沒有概念了，一碰到那個就很頭大了，呵呵…<sup>26</sup>。」

「…然後登記了以後，這個回饋金，你還要去組一個，一個…，就是…基金會…。那又是一個工程了，呵呵…<sup>27</sup>。」

從上述訪談內容可以得知，受訪者認為，在原創條例通過後，傳統智慧創作一旦受到保護，可能因此引發商業利益分配的糾葛。本論文認為，商業利益分配的議題，應該回歸「文化市場」如何規範的探討。許多自由主義者即認為，每個個體都可以在文化市場中自由地創作，沒有必要保護特定的文化，因為個別的保護會造成不公平的情形。論者更進一步說明，不必保護特定文化是因為一種有價值的文化，自然有其追隨者；加以保護，反而造成他人選擇該特定文化的成本。換言之，自由主義論認為文化的挽救應該由文化成員自己發動，如果文化已經開始衰敗，必然是社會上認為該文化已無存在的價值，國家沒有必要干涉文化市場，甚至保護特定文化<sup>28</sup>。

原創條例是以保護原住民族傳統文化表達為標的，正如上述自由主義學者論述的一樣，可能衍生「市場」與「文化」衝突的問題。而這些問題的背後，除了文化的選擇之外，更重要的應該是基於文化表達所創造之商業利益，應該如何分配的問題。本論文將於本節第四項，另從原住民族文化主體性的角度，分析智慧創作專用權之商業利分配問題。

---

<sup>25</sup> A7 受訪者訪談資料。

<sup>26</sup> A16 受訪者訪談資料。

<sup>27</sup> A20 受訪者訪談資料。

<sup>28</sup> Kymlicka 將自由主義上述的觀點稱為「善意的忽略」(benign neglect)，並試圖從「平等」、「歷史協定」、「多樣性」的角度，反駁傳統自由主義論者之觀點。See KYMLICKA, *supra* note 13, at 107-08.

#### 四 「以法之名」的迷思

在民主社會中，人民的基本權利均受憲法保障，然是否需要賦予特定族群不同的權利？有論者認為，真正的平等應該是每個人都享有平等的權利，而不是考慮個人所屬的族群。但因某些群體（例如原住民族）在文化市場中，長期被置於不利的地位，以法律規範承認特定族群之文化主體性，正可以矯正不公平的差別地位<sup>29</sup>。因此，如果欠缺法律保護，原住民族傳統文化可能逐漸消失，這將是整體社會無法接受的重大損失。然而，透過法律保護文化，賦予財產權之排他性，是否會造成文化互動交流的困難？甚而導致「文化結冰」？受訪者對於原創條例可能帶來的負面影響，提出了相關的看法：

「對…，所以，我是覺得說，一向以來，法律它之所以被定為律法，就在於它那個死刻板板，鐵框框的那個形態裡面。那像這樣的東西，文化的東西，真的適合用在原住民地方嗎？你適用…，他不適用…，天啊…<sup>30</sup>。」

「只要是人還活著，一樣在做這種，這種流行藝術，流行圖紋…，保護法就很難去，去保護到這個東西，哪怕真的是有了保護法，是不是，是不是造就了很多使用了一些冰箱來鞏固了這樣的一個權利<sup>31</sup>。」

「姑且說，就布農的這個八部合音可以列入所謂國家保護，然後讓它變成是一個…。有專用權那樣…對…，專用權，那，那麼，如果有一個，一些搞雷鬼的一些音樂家，把這個基因把它放進去，可是聽起來又很像布農族的，又好像不是，嘿…，那麼，這種創造是不是就要告他，然後，他的音樂就…，嗯…就不能做了…。那是不是阻礙了他的發展…<sup>32</sup>。」

上述對於原創條例可能帶來文化凍結的疑慮，表現出以「現代法律」規範「傳統事務」的衝突現象。在原住民社會中，文化表達本屬生活的一部分，一旦將文化轉變成財產權的客體，亦即將文化商品化之後，對於部落發展是福還是禍，仍有極大的辯論空間<sup>33</sup>。換言之，當原住民族內在傳統智慧，面臨外在法律規範力量時，原住民族需要以現代的法律語言保護社會變遷之下的文化內涵，並藉以解決內在傳統與外在法律的矛盾衝突<sup>34</sup>。對原住民族而言，「以法之名」顯然帶來

<sup>29</sup> KYMLICKA, *supra* note 13, at 109-10.

<sup>30</sup> A10 受訪者訪談資料。

<sup>31</sup> A12 受訪者訪談資料。

<sup>32</sup> A12 受訪者訪談資料。

<sup>33</sup> 郭佩宜，「法律是解藥，還是毒藥？」，人類學視界，創刊號，頁 6-8（2008）。

<sup>34</sup> 容邵武，「法律及其不滿」，人類學視界，第二期，頁 34（2008）。

了另一個迷思。

Kymlicka 雖然認為，如果少數族群認為透過法律保護機制，才能避免文化衰敗，那麼立法者就有必要，賦予少數族群選擇的權利，而應該把相同的利益和機會給予少數族群<sup>35</sup>。然而，當原住民文化體系面對現代法律制度時，尤其是思考「文化財產化」的議題時，無法避免地，必須處理現代法律制度下的財產權概念，與原住民傳統規範之間的衝突。在現行法律制度下，「權利主體」(人)與「權利客體」(物)是截然劃分的，權利主體得以支配權利客體，並從中獲取經濟價值，再將之轉化為「財產」。但是，在原住民的傳統觀念中，文化往往是生活的一部份，在歲祀祭儀中的舞蹈或歌曲，並非現行法律規範下的「財產權」，如何將原住民生活中的文化內涵「轉譯」為國家法律系統的概念，不僅是法律人的艱難議題，更是原創條例帶給原住民的「期待與不安<sup>36</sup>」！

## 第二項 原初與新創的混淆

原住民文化工作者對於原創條例制定之後所產生之期待與不安，已如上述。而從社會整體之利益出發，原創條例能否提供更多的創作誘因，促進文化的創新發展，才是法律規範的重點。如果為了提供對於某部分權利的保護，但可能因此導致文化素材供應不足，甚至削減或破壞創新環境，這樣的法制內容就值得省思了<sup>37</sup>。

此外，原創條例立法通過後，權利主體(原住民族或部落)首先要面臨的問題是，屬於族群共享的祖先「原初」智慧創作，與基於傳統而來的「新創」內容，如何區分與判別？而在法律界定智慧創作專用權之權利範圍後，基於傳統而來的文化創作，是否會因此減少？都是延續前述對於新法的不安而來。

### 一 被忽略的法律規範

如前所述，在原住民族的傳統習慣上，文化表達通常是與生活結合在一起的。例如：布農族最具盛名的「祈禱小米豐收歌」(八部合音)，是在歲時祭儀時演唱，而且有一定的禁忌與規則。布農族在每年小米播中前舉行小米豐收祭，舉行祭儀的時候，選出八位在過去一年中出草順利、健康平安的青年，由他們圍著小米種

<sup>35</sup> KYMLICKA, *supra* note 13, at 113-14.

<sup>36</sup> 郭佩宜，前揭註 33，頁 6。

<sup>37</sup> 就如同當著作權法不斷增加對於著作權之保護內容時，學者即憂心可能對創新環境產生負面影響。See LAWRENCE LESSING, FREE CULTURE: HOW BIG MEDIA USES TECHNOLOGY AND THE LAW TO LOCK DOWN CULTURE AND CONTROL CREATIVITY 129-130 (2004).

子，在祭師的引領下八位演唱者由低而高吟唱，藉此方式祈求天上的神靈 Dihanin 以神力幫助作物能順利成長，來年豐收。對布農族人而言，「八部合音」關係著族群命脈存亡，其重要性不言可喻<sup>38</sup>。此與國家法律保護「智慧財產權」之概念，截然不同。此外，在原創條例制定之前，智慧財產權制度早已存在，但大部分受訪之原住民文化工作者對於相關規定卻相當陌生：

「我錄了以後，專家學者來錄了以後…。變成別人的。那個老闆出錢請這個專家來錄，然後這個老闆呢，都靜靜的說幫我們原住民保存這個，很好…。結果他拿去登記了<sup>39</sup>。」

「然後我們用最傳統的東西，結果我們唱完了，錄音帶本來要出了，結果這個學者給我簽一個合約書…。拿去登記…。說那個…。後來我看到的是版權，是他的，啊他又跟那個老闆說，那個版權也是他的，後來我跟那個老闆說，疑…。為什麼會變成這樣，我們是唱歌的人耶，為什麼他只有錄音…。就變成版權是他的…<sup>40</sup>。」

「這個還是智慧財產喔，而且是整個…。嗯…。這個原住民…。可能是共同創作…。你必須徵求，徵求當地的…。當地就是說…。演唱者他們的同意，喔…。他們的同意，那你才能夠出版，因為我們也發生過很多的事情，比較早期的，像這一類的，像智慧的…。比較智慧的財產的…。屬於原住民共同的財產部分喔，都被一些…。他都錄音下去，就錄下了…<sup>41</sup>。」

由此可知，受訪之原住民文化工作者，對於既存的智慧財產權相關法律制度相當陌生。在原創條例制定之前，基於祖先文化表達的新創內容，受訪者並不清楚如何取得法律之保護，甚至有受訪者與他人簽訂授權契約後，才發現其權益受損。例如：演唱傳統祭儀歌曲（八部合音）、參考祖先圖騰設計時尚服裝等等，皆可取得相關智慧財產權法之保護。但因原住民忽略國家法律制度，而有「受騙」的感覺，此現象更造成原住民不現任國家法律制度。原創條例制定之後，如何避免原住民再一次「不信賴」法律，乃主管機關應關心之重點。

從原住民族忽略或不信賴國家法律的現象，可以觀察到原住民社會所面臨的不止是「貨幣經濟」的衝擊。在國家法律進入部落之後，原住民亦在「民主法治」的洪流中翻滾！這到底是法律忽略了原住民？還是原住民忽略了法律？這些疑

<sup>38</sup> 田哲益（達西烏拉彎·畢馬），台灣原住民的社會與文化，頁 144-145（2001）。

<sup>39</sup> A2 受訪者訪談資料。

<sup>40</sup> A3 受訪者訪談資料。

<sup>41</sup> A4 受訪者訪談資料。



問也隨著原創條例的制定施行，更加值得重視。

## 二 劃定權利界線的困難

如前所述，原住民在祖先文化基礎上的創作，如符合法律規定之要件，即能賦予相關智慧財產而受到法律之保護。但是原住民往往忽略了現有法律制度，導致權益受損。除此之外，在原創條例實施之後，原住民文化工作者原本熟悉的創作模式，也就是基於祖先文化遺產所為之新創，可能造成「新權利」與「舊文化」權利歸屬的爭議，原創條例似乎模糊了原初與新創的界線：

「嗯…，我也可以接受這樣的處理方式啦，當然我剛才前面我講的時候，其實這些這種保護喔，嗯…，我原先是…，認定是…，嗯，嗯…，不管是這個，這個，這個屬於族群的那個認定的那一部分的永久保護呢。或者是屬於個人…，加上個人創作的，是屬於永久保護呢…。我的意思喔，其實喔…，嗯…，我，我，我認為喔，這個永久保護喔，真的是有這個必要嗎<sup>42</sup>？」

「…我要申請，從你的初稿開始要有，你初稿，你的想法，你，你不能說馬上就給他通過這個東西，你必須把這個拿過來，你祖先到底是什麼意思，你到底原本哪裡，你的圖稿在那裡，你原先的原意在哪裡，做出來的一個圖騰之後，我再去申請說是認證說這個是屬於我的<sup>43</sup>。」

「任何的東西都是祖先祖傳下來的東西，那你要變換面一個東西的話，說要變成你的，有點是不公平，那這個東西就不曉得怎麼拿捏<sup>44</sup>。」

「可是問題是…，我從這個…，假如說我，我從排灣族…，好啦…，假如說這個，這個圖案是排灣族的，他們有的啦…。他們自己擁有的，可是當我在創作是…，源頭是在那邊。但這個是我創作出來的，跟你們原來的完全不一樣的話，應該…，它也算是現代了吧<sup>45</sup>？」

「因為像有很多…，現在很多的圖紋，都搞不大清楚這是哪一個族群的。那如果說你透過我們，這是屬於我們排灣，透過我們，這是我們魯凱的圖紋的話，那其他的族群也許他就沒辦法去…，像使用好了啦…<sup>46</sup>。」

資源如何配置，財產權範圍如何確定，往往是法律規定最難處理的問題。原

---

<sup>42</sup> A5 受訪者訪談資料。

<sup>43</sup> A6 受訪者訪談資料。

<sup>44</sup> A6 受訪者訪談資料。

<sup>45</sup> A7 受訪者訪談資料。

<sup>46</sup> A7 受訪者訪談資料。

創條例的通過，宣示了原本屬於社會大眾得以自由接近、使用的文化資源，即可能因為劃入權利保護範圍，進而確定資源歸屬的界線所在，並形成新的財產權客體。這不僅會在一般社會大眾與原住民族之間，出現「資源使用」的爭議，更會在不同原住民族或同一族群不同部落之間，衍生「資源歸屬」的辯論。而這些議題都必須透過法律規則加以處理，才能清晰呈現文化資源被分割之後的財產界線<sup>47</sup>。

然而，如何依據原創條例劃定傳統智慧創作歸屬之財產界線呢？從財產權制度的主要功能觀察，劃定資源界線目的之一，就是「提供一種用以決定『誰』在『何時』能夠使用『何物』的方法<sup>48</sup>」。換言之，透過劃定財產權之範圍，處理資源分配的問題，藉以避免紛爭的發生。但由上述訪談資料可知，文化並沒有固定的核心或準確的邊界<sup>49</sup>。尤其是經過長時間交流相互影響之後，文化範圍的界定更是不易。換言之，文化本身具有流動性(circulation)與混合性(contamination)，而不是一種不會演化的歷史遺物<sup>50</sup>。如果將傳統文化理解為「固著在特定時空」的產物，那麼保護客體如同標本一樣十分清晰，雖有助於解決權利範圍不確定的爭議，但也會造成文化的凍結與停滯。反之，將文化認知為流動的、混雜的，而傳統則是不斷地被創造的過程，雖然貼近真實的文化動態，卻難以劃定傳統智慧創作的界線，法律保護的客體也隨之模糊了<sup>51</sup>。文化的流動與權利的保護，似乎存在上述難解的齟齬，這也是原創條例未來最大的難題所在。而原創條例是以「原住民族傳統文化表達」為保護之標的，以祖先文化作為創作基礎的原住民文化工作者，難免質疑權利界線如何劃定？受訪者也因此呼籲：尋找祖先文化的源頭，才能解決文化財產權範圍不確定的疑慮。

### 三 文化基因工程的重要

由上開訪談內容可知，受訪之原住民文化工作者雖贊成將祖先文化表達「財產化」，但也憂心因為權利界線模糊，導致原初與新創的混淆。如何清楚界定傳統文化表達之範圍，即成為受訪者最關心的議題：

「單單原住民的所有的藝術形式…單這種藝術形式，嗯…，實在太多樣了…。」

<sup>47</sup> CHARLES K. ROWLEY, PROPERTY RIGHTS AND THE LIMITS OF DEMOCRACY 9-12 (1993).

<sup>48</sup> David D. Friedman 著，徐源豐譯，經濟學與法律的對話，頁 204 (2002)。

<sup>49</sup> KYMLICKA, *supra* note 13, at 83.

<sup>50</sup> 陳張培倫，「原住民族知識與現代知識的平等對話」，2010 年南島民族國際會議論文集，頁 38 (2010)。

<sup>51</sup> 郭佩宜，前揭註 33，頁 7。

多樣到…，嗯…，一個部落一種形式，甚至一個部落裡有十個老人，就有十種風格，那麼有十個歌…，嗯…，部落的…，會唱歌的老人，就有十種調跟十種詩詞在裡面。那這些專家們如果要蒐集原住民的所有該列入用保護的這些詩詞、雕刻、繪畫…。有沒有那麼大…，那麼多錢可以…。可以做，可以處理…。有沒有這種高段的人去做這龐大的基因工程，文化基因工程，也就是分類<sup>52</sup>。」

「這個是一個，一個排灣族的人頭紋喔…，這個人頭紋是各區塊的人頭紋，然後表現在木雕、刺繡、服飾、紋身上面的很多圖騰。好啦…，人頭紋、蝴蝶紋、蜈蚣紋、蜘蛛紋…百步蛇紋、太陽紋…，這麼多的一些圖紋…。那是不是這些通通都要把它蒐集，誰要去蒐集這個東西<sup>53</sup>？」

「你國家你還是要花一些錢，花一些人力，把每個族的相關的，這麼多種…，我們說不管音樂啦什麼這些…，通通先把它整理出來之後，再來談哪一個才是哪一個的，對不對？應該是這樣子嘛<sup>54</sup>。」

「那比如說你真的要特定的話，比如剛才我所講的，比如說，喔…，部落會議開始開會，然後我們要去追溯說，哪一個東西是什麼，是祖先的，可以申請…，嗯…，可以申請變成是部落裡面的，或是部落某一個人的東西的時候，那，那個要，要追究起來蠻長的喔，不是不可以…。要經過很長的時間去認定一些…<sup>55</sup>。」

「這種所謂的傳統的那一種界定，到底哪一個才是…，是一個很大的一個工程<sup>56</sup>。」

「我們就確定說，這個人到底是有沒有這個本事，那就又要分綱，要分類了嘛，比如說這個老師，對音樂，傳統歌謠很棒的，那就是一整本，一個東西出來，它一整本出來，原歸…，還是回歸到原點，就是各個部落的某一個專業的人，開始蒐集一些東西。所以我跟你說這個工程太大了，想怎麼辦…，太大了…真的很大…，真的事實…，所以你在…，剛才跟我問這個問題的時候，我，其實我也是，我也是一個頭，兩個大…，但是你這個不做，永遠就

---

<sup>52</sup> A12 受訪者訪談資料。

<sup>53</sup> A12 受訪者訪談資料。

<sup>54</sup> A15 受訪者訪談資料。

<sup>55</sup> A6 受訪者訪談資料。

<sup>56</sup> A12 受訪者訪談資料。

沒有啊<sup>57</sup>。」

「比如說，我們拿了一件很繁複的一個圖紋，嗯…，在文獻的記載上，或它收藏的記載，就是寫…，比如說，是我們部落的，可是當我們拿這個圖片給部落的長老看，他們不認識，因為他們沒有概念，沒有看過這一件東西，可是在那時候的記載是…，就是寫這個部落。那…，嗯…，呵呵…，有時候你要怎麼去認定<sup>58</sup>？」

由於原住民文化工作者的創作泉源，大都來自於傳統文化表達。在立法保護原住民傳統智慧創作之前，所有的智慧創作均屬存在於公共領域之素材，任何人都可以自由接近及使用。但是，如果是基於傳統而來的創新，符合著作權保護之要件，亦即具備「原創性、具有一定之外部表現形式、屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作、非不得為著作權標的之著作」等要件<sup>59</sup>，仍屬受著作權法保護之著作。然而，著作是否具備原創性之要件，必須就具體個案而為判斷。基於傳統文化表達之創作，是否受到著作權法之保護，亦難一概而論。

例如：臺灣屏東地方法院檢察署檢察官，認為被告意圖營利，於民國 88 年 6、7 月間，在其經營之商店，以告訴人所創作之美術圖案設計作品，分別將之重製於被告製作之提帶及背包之上，再陳列擺置於其店內販賣，因認被告涉有違反著作權法第 87 條第二款之罪嫌，而對被告提起公訴<sup>60</sup>。但經臺灣屏東地方法院判決被告無罪後，檢察官不服提起上訴，臺灣高等法院高雄分院審理後認為：「本件被告所製作之提帶、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 61 年即編著有臺灣原住民文化藝術一書第 12 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，1993 年（即民國 82 年）洪英聖所著有之臺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。行政院原住民委員會 89 年 6 月 19 日台(89)原民教字第 8906353 號函亦引用『台灣原住民物質文化傳統手工藝之研究』及『台灣原住民文化園區

<sup>57</sup> A6 受訪者訪談資料。

<sup>58</sup> A15 受訪者訪談資料。

<sup>59</sup> 羅明通，著作權法論 I，頁 164-199（2005）。

<sup>60</sup> 臺灣屏東地方法院檢察署 89 年度偵字第 7838 號起訴書。



導覽手冊』稱『有稱排灣族為百步蛇後裔的神話，因此排灣族日常生活表現在服飾、陶壺、門板、屋牆等藝術創作上，常見其圖騰的色彩，該族似有對其崇拜之傳統習俗』等語。」因而判決被告無罪<sup>61</sup>。

由上述法院判決可知，基於傳統文化表達而來之著作，如不具備原創性，即無法成為著作權保護之標的。而在原創條例立法通過後，原本屬於公共領域之原住民族傳統智慧創作，一旦經主管機關認定屬於特定原住民族或部落之傳統文化表達，並賦予相關原住民族或部落「專用權」，故意或過失不法侵害專用權之人，依該條例第 18 條之規定，即應負損害賠償責任。其中雖無刑事處罰之規定，但未經專用權人授權使用，仍有民事損害賠償之責任。對文化創作者而言，在原創條例施行之後，可能就無法「自由擷取」祖先留下來的文化素材了。可見在「著作權」與「專用權」的規範之下，公共領域之範圍必然隨之縮減。

為了清楚判斷原創條例所保護之祖先文化遺產，以及新創表達之間的區別，避免產生上述爭議案件再次發生。受訪者均表示，進行「文化基因」調查之工程，才能有效劃定「新」「舊」的界線。受訪者所敘述之「文化基因」，乃存在於原住民傳統生活中的文化表達，舉凡詩詞、雕刻、繪畫、舞蹈、祭儀等等<sup>62</sup>。這些文化表達確立了各個族群之間「他、我」的差異，亦即族群認同與文化歸屬的要素。區辨文化基因，不但可以清楚界定原創條例保護標的（傳統智慧創作）的範圍，更能讓原住民在此基礎上，逐步找回民族認同與尊嚴，建立文化主體性之地位<sup>63</sup>。

然而，大量蒐集原住民族傳統文化表達，並且有系統地歸類分析，除了需要投入大量的人力物力之外，更重要的是，整合部落或族群之歧見，並非易事。但從長遠的目標而論，建構原住民「文化基因」資料庫，乃無可迴避的重要工作！

### 第三項 權利主體與權利客體的不確定性

受訪之原住民文化工作者，對於原創條例的立法，雖表現了不安與期待，但整體而言，仍然是肯定立法保護祖先文化遺產。因此，承續上開討論，回歸規範

<sup>61</sup> 臺灣高等法院高雄分院 89 年度上易字第 2183 號刑事判決。

<sup>62</sup> 本論文訪談對象中，即有兩位原住民文化工作者，長期以來蒐集整理該族群之傳統文化表達。其中一位排灣族的受訪者表示，排灣族的「圖紋」非常豐富，表現在不同的器物上，根據他長期研究的結果，至少有數百種之多。另一位泰雅族之文化工作者，為了了解泰雅族編織的工法、技術與圖樣，除了在部落進行田野調查之外，更遠赴國外博物館尋找泰雅族的編織藝品。兩位受訪者所建立的資料庫，即本研究所稱之原住民族「文化基因」。

<sup>63</sup> 劉璧榛，前揭註 7，頁 429。

層面之探討後，受訪者對於如何確立智慧創作專用權之權利主體與權利客體，即提出許多建議，可供主管機關制訂相關子法時之參考。

#### 一 禮失求諸野：專家在哪裡？

原創條例第 4 條規定：「智慧創作應經主管機關認定並登記，始受本條例之保護。前項智慧創作之認定標準，由主管機關定之。」第 5 條規定：「主管機關得遴聘（派）有關機關人員、專家學者及原住民代表，辦理智慧創作之認定及其他法令規定事項，其中原住民代表不得少於二分之一。」因此，智慧創作審查委員是由主管機關遴聘產生。但是面對人口不多但文化多樣的原住民族，「真正的專家在哪裡？」是受訪的原住民族文化工作者提出的主要疑問：

「最主要是要擔心那個…，因為是要到原民會嘛，他所請的專家是不是適宜啦，這個可能要慎重考慮了。因為每個族群都…，你只要找每個族群的專家，啊不能說一個委員制就全包了這樣子喔，要審核的時候啊，那可能就是如果你要專門審布農族，就要找布農族的好幾個專家，而不是一個委員會就審核大…，各族的…<sup>64</sup>。」

「所以這個八部合音，嗯…，這個祈禱小米豐收歌，真的是還要再去鑑定的耶…，因為它有歌的順序，它不是隨便這樣像合唱就聲音很大，就很好…<sup>65</sup>。」

「誰是專家…，啊對，對，對…，這個我質疑啊…對啊…，啊誰是…，誰是誰…。它不夠…，它不夠周全啦，它為什麼不講說，今天能夠含括…，就是十三個族群…<sup>66</sup>就」

「可是它授權還是會很麻煩…，比如說，你的圖騰或是一個傳說，它是屬於整個族群的，那你到底要經過誰授權或是經過誰的一個，一個，一個認定，那其實會有一些難度啦<sup>67</sup>。」

「那誰是專家？然後喔…，把它提出來…。誰認定…。有一些原住民的專家…。原住民部落的人，不會承認他是專家<sup>68</sup>。」

「因為我認為我是…，我是專家啊，我們比你們懂啊，你們為什麼要約束我

---

<sup>64</sup> A1 受訪者訪談資料。

<sup>65</sup> A2 受訪者訪談資料。

<sup>66</sup> A10 受訪者訪談資料。

<sup>67</sup> A15 受訪者訪談資料。

<sup>68</sup> A3 受訪者訪談資料。

們這些，規範我們這些…，會這樣<sup>69</sup>。」

「問題來了，對不對…。對…，這二分之一（原創條例第5條規定）裡面的原住民他懂多少？是不是真的懂？哎…有誰那麼厲害，九族都懂，十二族都懂，十四族都懂，然後，就算你那一族裡面，又有那麼多細的東西…。所以，他如果說要，要這樣做的話，那基本上…，假設說…，我們就說，以現在認定十二族來講啦，甚至十三、十四啦…，不管他幾族，他每一個族其實是要有一個他自己這個族的這樣的一個認定的小組。不能說概，概略的…，啊就是…，譬如說，假如說二十個委員，他就是去審二十…，就是這十幾個族，我覺得這個就是問題出來這個部分，對不對<sup>70</sup>？」

由受訪者提出之看法可以得知，臺灣原住民族因為族群頗多，各族之間的文化差異甚大，且各有特色，事實上不易找到精通各族文化的專家。但是，原創條例將智慧創作專用權的審核權限，賦予「主管機關得遴聘（派）有關機關人員、專家學者及原住民代表」。則審核委員會實際運作時，主管機關如何因應不同族群的文化差異，遴聘專家學者及原住民代表，自應審慎以對。

此外，主管機關依據法律授權，可以透過遴聘審核成員的方式，決定智慧創作專用權的範圍。可見權利客體的具體內容為何，並非由權利主體（原住民族或部落）主導，而是由主管機關由上而下決定。換言之，劃定權利範圍的大小，決定權並非掌握在權利主體——原住民族或部落——之手，而是由在國家機關決定。值得思考的是，由政府決定是否賦予智慧創作專用權，或許可以調節權利保護與文化流通的衝突。但如何廣納來自於部落之意見，應屬主管機關訂定相關子法時，應妥適考量之事項。

## 二 權利主體的衝突：族群與部落的整合

依據原創條例第6條及7條之規定，僅原住民族或部落得為智慧創作申請人，經主管機關認定智慧創作屬於申請人時，由該申請人取得智慧創作專用權。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，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。智慧創作不能認定屬於特定原住民族或部落者，由全部原住民族取得智慧創作專用權。因此，可能成為智慧創作專用權之權利主體者，應為「原住民族」、「部落」或「全部原住民族」。

原創條例上開規定，雖與原住民族向來以部落或氏族為權利主體之觀念一致

<sup>69</sup> A2 受訪者訪談資料。

<sup>70</sup> A20 受訪者訪談資料。

<sup>71</sup>。但是，由行政機關審核權利主體是否適格，受訪者認為可能會造成族群或部落之間的意見衝突：

「但是我用部落當申請人會有一個問題，就是說光布農族就好幾個部落啦…。會鬥爭…。其實我一直這樣…，這幾年來觀看喔，很難…<sup>72</sup>。」

「喔…，那就是說百合花，或是什麼蝴蝶，嗯…，琉璃珠…，嗯…，不是，不是琉璃珠啦，百步蛇啦…太陽啊…。有一些人就說…，啊…，太陽是我的，是我家族的，可是太陽…，每一個都說…，每一個頭目都說那是他的，那個認定就有問題<sup>73</sup>。」

「問題是現在各個部落…，其實我們的圖騰，任何東西都…，很多都是普遍化的啦，爭議性很大…，真的太大了。沒有辦法去歸屬，等一下今天你說這個是你的，明天就有人轟你了<sup>74</sup>。」

「嗯…，我熟悉的是排灣跟魯凱的文化…，但是那排灣跟魯凱，我們有很多的圖紋啊，重疊了，例如說八角圖紋，菱形圖紋，八角圖紋在每一個魯凱族群的部落裡面都有的…。但是在排灣族群，南排灣沒有，北排灣才有，可是呢，真正把這個八角圖紋表出來的是排灣族…<sup>75</sup>。」

「那麼多的族群，然後這個文化只是可能，從太魯閣族出來的，那這個太魯閣族不了解，然後呢，可是其他的泰雅族，因為他們龐大，他們就認為說這是我們的，然後魯凱族群…，太魯閣族群呢？可能是只有一支的支系，然後不了解這個文…，這個…，這個故事，然後呢，他們就被遺忘了，他們就遺忘了，他們以為是那個泰雅族的，那怎麼去判定這個？也有可能啊，你懂我意思嗎<sup>76</sup>？」

「所以，我，我請問你，原住民族是什麼？然後它的，它的，它的單位在哪裡？它的單位在哪裡？譬如說，誰能夠代表泰雅？就會有那個問題嘛…，那…。而且，這個是我們，我們研究出來的東西，我們有研，研究跟它的那個先用權。那，那沒有做研究的人，他是不是就擁有這樣的權利或是怎麼樣…們可是已經全部都 lose 掉了，怎麼辦？那你沒有做救的這個動作，那別人去救了，

<sup>71</sup> 郭佩宜，前揭註 33，頁 6。

<sup>72</sup> A3 受訪者訪談資料。

<sup>73</sup> A6 受訪者訪談資料。

<sup>74</sup> A6 受訪者訪談資料。

<sup>75</sup> A7 受訪者訪談資料。

<sup>76</sup> A7 受訪者訪談資料。



那是不是救的那個人的權利…你不是嘛<sup>77</sup>…。」

「我們大概也許可以說…，啊…，比如說，百步蛇可能在排灣、魯凱，那紋面可能在泰雅、賽夏。可能大的族群裡面可以去歸類說，這可能是哪一族，可是你要細分到哪一個部落或哪一個，哪一個系統，比如說，泰雅族它又分了很多個系統。那到底是屬於哪一個系統的，你可能還要再去做一些研究跟調查，才能夠認定。有時候啦，如果說他不是做文史工作，他不會去細究說這個到底是屬於北勢群，還是屬於…嗯…，霧社啊，太魯閣啦…還是烏來的…。啊所以它到，到底要跟誰申請？呵…<sup>78</sup>。」

「對傳統文化的認知，同族群不同部落，而有不同的看法（頭目服飾可否由平民配戴？南排不允許、東排無所謂）。族別是人類學家的分類，不適合作為權利主體的認定標準<sup>79</sup>。」

「阿美族與卑南族唱歌曲演唱上，也會互相影響，這說明了交流是一定有的，而且不容易認定誰才是正統<sup>80</sup>。」

「排灣族本來就是有…，擁有他的這麼多的東西…，但是你歸類這麼多的圖騰，那每一樣東西都要去認證這是要歸屬在某一個地方的話，那要製成一本書，那麼厚，他要有依據啊…。這個將來會打架耶…，部落跟部落會打架啊。他聰明的人，我會申請的人，我就會申請啊，啊不會的，就不會啊。但是將來出問題，就是說，啊這個是這個明明是我家的，啊你會申請，啊你不會申請…，都會出現這種<sup>81</sup>…。」

如前所述，依原創條例第7條之規定，得成為智慧創作專用權之權利主體，分別為「原住民族」、「部落」或「全部原住民族」。然由上述訪談內容可以得知，受訪者對於如何認定智慧創作之權利主體，有著相當的疑慮。其原因在於權利主體（智慧創作申請人）之認定，有其事實上之困難。這些疑慮不僅存在於不同族群之間，即使是同一族群，也可能因為分屬不同部落而有爭議。

首先，原住民族基本法第2條第1款規定：「原住民族係指既存於臺灣而為國家管轄內之傳統民族，包括阿美族、泰雅族、排灣族、布農族、卑南族、魯凱

---

<sup>77</sup> A14 受訪者訪談資料。

<sup>78</sup> A15 受訪者訪談資料。

<sup>79</sup> A17 受訪者訪談資料。

<sup>80</sup> A19 受訪者訪談資料。

<sup>81</sup> A6 受訪者訪談資料。

族、鄒族、賽夏族、雅美族、邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族及其他自認為原住民族並經中央原住民族主管機關報請行政院核定之民族。」而行政院於 2007 年 1 月 17 日第 3024 次院會核定「撒奇萊雅族」為原住民族；另於 2008 年 4 月 23 日第 3089 次院會核定「賽德克族」亦為原住民族之一族<sup>82</sup>。因此，我國目前之原住民族共有 14 族，而未來可能因為主管機關報請行政院核定而增加其他族群<sup>83</sup>。然而，正因為原住民族之核定屬行政機關之職權，在爭取正名之過程中，亦可能因此衍生法律上之爭訟。例如：平埔族之一支「西拉雅族」族人共 136 人，持日據時期之戶口調查簿等文件種族欄註記為「熟」、「平」之資料，依據臺南縣政府於 98 年 5 月 19 日函頒「辦理日據時期種族『熟』之縣民申請登記平地原住民之作業要點」，向臺南縣（現改制為臺南市）各鄉鎮市戶政事務所申請平地原住民登記，其中部分族人經臺南縣新化鎮戶政事務所審核，准予原告之原住民登記。然行政院原民會則認為，原住民身分法第 2 條之平地原住民，係指「在民國 45 年、46 年及 48 年及 52 年辦理登記期間，向戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所申請登記有案，取得平地原住民身分者。然本案西拉雅族人並未於上開期間辦理登記，自不能認為已依原住民身分法取得平地原住民身分。西拉雅族人因此以原民會為被告，向臺北高等行政法院提起「確認平地原住民身分」之訴訟。經該院審理後於 100 年 7 月 21 日判決，法院認為原民會相關函釋認定本件原告（西拉雅族人）並非平地原住民，純係依原住民身分法之相關規定而為發布，並無違誤。原告提起本件訴訟，請求確認原告具有原住民身分，與原住民身分法之相關規定有所違悖，並無理由，駁回原告之訴<sup>84</sup>。由此可見，智慧創作專用權之權利主體（原住民族），係由行政機關依行政程序加以認定，縱使法院得以行使司法審查權，但以臺灣原住民過去之歷史經驗觀察，族群之認定，因為文化交流影響的結果（平埔族漢化即是一例），仍具有相當的不確定性。

其次，依據原住民族基本法第 2 條第 4 款之規定：「所謂部落係指原住民於原住民族地區一定區域內，依其傳統規範共同生活結合而成之團體，經中央原住民族主管機關核定者。」行政院原住民族委員會，為了落實原住民族基本法之規定，於 98 年 11 月 30 日以原民企字第 09800562411 號令，制定「行政院原住民族委員會辦理部落核定作業要點<sup>85</sup>」，依該要點第 2 點之規定：「本要點所稱部落，係指依原住民族基本法第 2 條第四款規定，符合下列要件之原住民團體：（一）

<sup>82</sup> 請參見本論文第三章第四節第二項。

<sup>83</sup> 同前註。

<sup>84</sup> 臺北高等行政法院 99 年度訴字第 2306 號判決。相關新聞報導，請參見王已由，「確認原民身分，西拉雅族敗訴」，中國時報，A13 版，2011 年 7 月 22 日。

<sup>85</sup> 「行政院原住民族委員會辦理部落核定作業要點」請參見附件八。

位於原住民族地區內。(二) 具有一定區域範圍。(三) 存在相延承襲並共同遵守之生活規範。(四) 成員間有依前款生活規範共同生活及互動之事實。」且該要點第 9 點規定：「部落核定之變更、廢止及撤銷程序，準用本要點有關核定程序之規定。」是以，部落數量之多寡與增減，亦可能因為主管機關之審查核定而有不同。

由此可知，行政機關藉由核定「原住民族」或「部落」之行政程序，即能創設智慧創作專用權之權利主體。但族別的分類，並非原住民族固有的區別，而是人類學家「命名」的結果。詳言之，臺灣原住民族之分類，始於日治時期的人類學家。伊能嘉矩主張分為八族；鳥居龍藏則主張分為七族或十族；森丑之助認為應分為六族；怡川子之藏則分為九族。二次世界大戰之後，國民政府亦將原住民分為九族。此外，另有語言學者李壬癸則將原住民族分為七大語群，但每個語群又不同的方言群或分支。例如：泰雅語群分為泰雅語（再分為賽考利克、澤敖利兩分支），以及賽德克語（再分為太魯閣、Paran、Toda 等三個方言群）<sup>86</sup>。可見透過政治手段認定族別的作法，不但無法解決族群識別的問題，亦可能因為不斷地族群認證申請，而帶來另一個族群識別的爭議<sup>87</sup>。原創條例在「群別」的基礎上，創設權利主體地位，難以避免原本存在的族群爭議。

實際上原住民族對於自己的母族，皆有其解讀與闡釋之方式。從曹族正名為鄒族，太魯閣族及賽德克族經核定認可為單一之族群，不再歸屬於泛泰雅族的概念中，即可清楚看到，由外在賦予特定原住民族名稱，似乎剝奪了原住民族「族群認同」的自然權利<sup>88</sup>。正如受訪者所言「**族別是人類學家的分類，不適合作為權利主體的認定標準**」。縱使認為族別或部落得為智慧創作專用權之權利主體，但同一族群內部也有可能因為地域的不同（例如：南投縣布農族、高雄市布農族以及花蓮縣布農族）<sup>89</sup>，或者是傳說起源不同（例如：竹生系卑南族與石生系卑南族）<sup>90</sup>，而產生權利主體衝突之情形。做為權利主體之原住民族如何整合內部意見，行使具有集體權性質的智慧創作專用權，亦有待未來法律實踐之後，慢慢磨合妥協，避免族群或部落之間，因為「權利主體是否適格」而產生主張權利之

---

<sup>86</sup> 黃樹民，「全球化與台灣原住民基本政策之變遷與現況」，台灣原住民政策變遷與社會發展，頁 31（2010）。

<sup>87</sup> 同前註，頁 32。

<sup>88</sup> 請參見陳雨嵐，台灣的原住民，頁 15-17（2004）。

<sup>89</sup> 關於布農族遷徙之經過與發展，請參見章英華、林季平、劉千嘉，「臺灣原住民的遷徙及社會經濟地位之變遷與現況」，台灣原住民政策變遷與社會發展，頁 66（2010）。

<sup>90</sup> 有關卑南族石生支系的起源，請參見曾建次，祖靈的腳步，頁 19-25（1998）。

衝突。

應特別說明的，一旦賦予特定之原住民族或部落智慧創作專用權，雖能達到「外部保護」(external protection)之效果，但也可能產生對於不同原住民族或同一族群但不同部落之間的「內部限制」(internal restrictions)<sup>91</sup>。詳言之，就特定之傳統文化表達，賦予特定之原住民族或部落智慧創作專用權，雖可藉由財產權排他性之作用，達到保護原住民族傳統智慧創作之目的。但是，對於整體原住民族社會而言，亦可能因此限縮接近、使用其他族群或部落傳統文化表達之機會。利弊得失究竟如何，成本效益是否合理，均有待法律實踐之後，持續觀察。

應再加以強調的是，從文化傳播的觀點而言，除了上述族群或部落，可能因為權利主體資格產生衝突之外，保護傳統智慧創作的結果，亦可能造成文化推展的困難，這也是未來劃定智慧創作保護範圍時，所應面對的重要課題<sup>92</sup>。以下再就權利客體之爭議，加以討論。

### 三 權利客體的爭議：你的傳統或我的智慧？

從歷史發展的過程中我們可以看到，在文化不斷演進的過程中，「傳統」隨時處於無形的變遷中，世界上沒有一種文化，會永遠停留在一個定點<sup>93</sup>。那麼以「傳統」作為法律規範的權利客體，勢必面臨「傳統」與「現代」的糾葛。如何認定屬於智慧創作專用權範圍之傳統文化，將是未來法律實施之後的難題之一。

首先，不同族群之間，本有完全不同的傳統文化，就此而言，並不會產生權利範圍不明確的爭議：

「例如說陶壺好了，你在阿美族，他們不可能會說那是他們的。可是他們本身也有陶壺啊，可是他們的陶壺跟我們的陶壺又不一樣，我們的陶壺本身，我們還有不同的老虎，母虎跟公虎，可是阿美族他們就沒有……。他們只是說……，他們只是食用的部分以後……，可是他們那個叫青銅，青銅甕，像那一些的話，嗯……，他們就不可能會……，像百步蛇好了，他們泰雅族跟阿美族，他們也不

<sup>91</sup> 「外部保護」與「內部限制」之用詞，係參考 Kymlicka 討論民族性或種族性群體基本公民權利之論述而來。See KYMLICKA, *supra* note 13, at 44. 本論文認為，在原創條例架構下，賦予智慧創作專用權，可以產生之「外部保護」，是指財產權排他性的產生，而「內部限制」則是原住民族或部落之間，對於援用傳統文化表達，也因此受到限制。此與 Kymlicka 所指涉之內涵，有所不同。

<sup>92</sup> Doris Estelle Long, *Traditional Knowledge and the Fight for the Public Domain*, 5 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP. L. 317, 317 (2006).

<sup>93</sup> 劉其偉，台灣原住民文化藝術，頁 308 (1997)。



可能說…，會說那個是他們的東西啊<sup>94</sup>。」

「其實認定，很，很難認定啊！除非你說賽夏族矮靈祭…。那就是沒問題，矮靈祭嘛，那你就是只針對賽夏族。可是你說傳，傳統服飾、圖紋啦、編織啦，其實這種技術，其實各部落都大同小異啊<sup>95</sup>。」

「除非說，你今天，ok 非，你可以真的很明確的制訂，比如說，祭典的歌啦…。好，那是改不，改不掉了啦，祭儀的歌，(唱歌)歌嘿…，對…，這都是祭儀的歌。那是改不掉的，它除了詞的變換，但是，是改不掉的，那是專屬，特屬的。對，對…，我再怎麼白痴，我也不可能在布農族前面跟你…，拿那個東西跟你玩耍，不可能<sup>96</sup>。」

「所以它，它現在要找的就是最原始的那個…，屬於各個族群的那個，那個部分。比如說，魯凱…，不，不，不是…，達悟族他們的那個…，嗯…，船的那一個…，那個我們一看，知道那個是達悟族的，沒有問題<sup>97</sup>…。」

其次，許多原住民族之文化表達，亦即權利客體，不易判別類型或範圍，如何決定權利客體，實屬不易，亦非專家小組所能精確決定，而必須進行大規模之「文化遺產普查」，亦即前述之「文化基因工程」，始能避免權利客體所產之爭議問題：

「啊我媽媽說以前要搗小米的時候，就是要先脫粒嘛，用那個大大小小的，然後有那個聲音很好，所以他們就從老部落就帶著這些杵到這個部落，每個部落都有啊，啊就是…，所以我就是一直爭議啊，我以前去表演，我有杵音的時候…，有的學者就會說幹什麼布農族有杵音…。我說就有，我就是布農族，為什麼不能，這個東西本來就是布農族的，就是爭議在這裡<sup>98</sup>。」

「排灣族是…，百步蛇是說…，說那是他們的祖先啦，從那個甕裡面這樣出來，所以他們的甕都會有百步蛇…。但是我們的百步蛇是朋友…布農是朋友…。我們的百，百步蛇是可以跟…，通話，以前我們都可以跟百步蛇講話…。排灣認為是他們的祖先。然後布農認為是他們的朋友<sup>99</sup>。」

---

<sup>94</sup> A7 受訪者訪談資料。

<sup>95</sup> A16 受訪者訪談資料。

<sup>96</sup> A10 受訪者訪談資料。

<sup>97</sup> A15 受訪者訪談資料。

<sup>98</sup> A2 受訪者訪談資料。

<sup>99</sup> A2 受訪者訪談資料。

「這我們，我們的菱形，不是像泰雅跟那個…，阿美族的那個…。我們是比較長的，比較長的菱形…。然後它這個有記號，哪一個人織的，有一個…，他們這裡會有記號…。他會知道說這個是誰，哪一家的人<sup>100</sup>。」

「很多圖案…，對，對…，那個圖案有些比較原始的，一直要往上追溯的，怎麼追？沒有辦法追耶，追不起來的…。真的有一些困難啦，其實你要做這個是蠻龐大的一個工程，很龐大的一個工程，不是我們這邊講一講就ok啊<sup>101</sup>。」

「現在會產生一個問題就是說，其實目前這個工作可能會很久，很久才做得完，等於就是說，原住民歌舞跟音樂祭典調查研究都還沒有做出來…。像布農族八部合音就好了，哪一個才是正統…布然後，你看，他們有…，傳說，傳說有一個是蜜蜂說啦，有一個瀑布說啦，還有一個溪流說啦，有一種是溪流，就是的社群是說水在溪流走，然後高低有聲音，那個溪流說…，那有一種是說跟瀑布，瀑布下來高低有關，一種認為是蜜蜂的合聲法，然後他們有好幾個社群，啊幾乎每一個村莊唱法都有點差異。啊哪個是正統的<sup>102</sup>…乎」

「那我舉一個很簡單的例子，一個菱形的圖案，那種正方形的圖案…。那個算不算排灣族的…？我們稱它叫蛇背，那麼三角形這個圖案，我們稱它叫蛇側身。那那個樓梯形的那個圖案，我們稱它叫蛇腹，可是這個基本的圖案是傳統，傳統所，所，所賦予它一個意涵，而且世代都有延用了這樣的一個符碼。但是這個符碼…，嗯…，是排灣族這麼解釋。但是這個符碼在…，嗯…，世界各原住民，不只是台灣原住民，從，從最早的馬亞時代，甚至很多那個埃及的那個法老王時代就已經在運用這種符碼。那這個怎麼去，去保護<sup>103</sup>？」

「因為，因為很多東西，它會有一些…，嗯…，流通性…會有一些共同適用性，講…，好…，比如說，娜魯彎，娜魯彎…魯唱歌)。阿美族的歌？不是卑南族嗎？魯凱族啊！你看…呵呵…，就是說屬於傳統區塊的音樂母體…它在經過了…，不管是影音，是影像，是記錄，都會有流通<sup>104</sup>…。」

由訪談內容可知，原創條例制訂後，除了明確歸屬於特定族群的文化表達(例如：雅美族之拼板舟；賽夏族之矮靈祭；布農族之八部合音)，不會產生爭議外。如何判斷智慧創作條例之「權利客體」，也就是智慧創作條例第3條所定之「原

---

<sup>100</sup> A3 受訪者訪談資料。

<sup>101</sup> A6 受訪者訪談資料。

<sup>102</sup> A11 受訪者訪談資料。

<sup>103</sup> A13 受訪者訪談資料。

<sup>104</sup> A10 受訪者訪談資料。

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」，亦可能產生爭議。

首先，當法律使用「傳統」或「智慧創作」等詞彙描寫保護之客體時，對於原住民而言，可能毫無意義。因為「藝術」與「創作」都是「外來」名詞，而傳統藝術或創作都是原住民長期與大自然相處的生活經驗和表現，不論是宗教祭儀、音樂、歌曲等等文化成果，都是原住民的生活方式<sup>105</sup>。但是，原住民之生活方式可能因為自然環境或社會狀況而改變，文化也會隨之變異。由於日據時期殖民主義與國民政府遷台後推行漢化的影響。原住民在面對異文化的衝擊時，不免產生文化認同危機，部落組織也受到政治組織介入而逐漸解構<sup>106</sup>。因此，「傳統智慧創作」也就無法指向一個「固定」的範疇，那麼法律試圖保護的權利客體，就變得更加模糊不清了！

其次，依據原創條例第 3 條後段之規定，原住民族智慧創作，係指該條前段例示之外的「其他文化成果之表達」。可見智慧創造之真正意義乃「文化成果表達」，而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，均屬例示之內容。因此，對於「文化」意涵的理解，必然影響對於原創條例「權利客體」的認知。

從文化對個人的影響而言，文化是指一個群體所共同擁有的經驗，且這樣的經驗足以形成指導每一個成員的信仰、價值與表達符號。而且，文化亦如同不成文的規範一般，不僅形塑群體成員之人格，也對成員的行為具有相當的控制力量<sup>107</sup>。詳言之，文化一方面指的是可觀察的現象領域，亦即「一個社群內的生活模式，也就是該社群規則性一再發生的活動，以及物質的佈局和社會的佈局」；而文化的另一個面向則是指觀念的領域，亦即涉及「組織性的知識體系和信仰體系，一個民族藉著這種體系來建構他們的經驗和知覺，規約他們的行為」<sup>108</sup>。

從實踐面向觀察，主流社會對於臺灣原住民文化概念的理解，也從過去的手工藝品及慶典歌舞等外在表現，逐漸轉變認為「文化就是一個群體生活的方式與內涵」<sup>109</sup>。原民會亦希望藉由「文化」與「生計」的連結，達到提昇原住民文化

---

<sup>105</sup> 林建成，前揭註 7，頁 10-11。

<sup>106</sup> 王嵩山，當代臺灣原住民的藝術，頁 104（2001）。

<sup>107</sup> R. Keesing 著，張恭啟、于嘉雲譯，文化人類學，頁 112-118（1991）。

<sup>108</sup> 同前註，頁 36-38。

<sup>109</sup> 劉璧榛，前揭註 7，頁 416。

相關產業，改善部落經濟生活的目的<sup>110</sup>。可見文化的內涵，不僅是指群體的「道德價值」而已，其中亦隱含了資本主義社會所追求的「經濟價值」。

由此而論，假使原創條例保護之客體——文化表達——除了涉及文化認同及文化歸屬的思辨之外，更隱含了商業利益之分配。那麼「權利客體」的爭議：你的傳統或我的智慧？即可能誘發「權利主體」——族群或部落——的另一場文化爭奪戰！如何化解保護文化所帶來的衝突？本論文認為，應該回歸原住民族「文化主體性」的論述，才能建立智慧創作用權正當性判斷理論，並藉此尋得權利主體衝突及權利客體爭議之解決機制。

#### 第四項 重現文化主體性

從本節第一項至第三項之研究發現可以得知，身為權利主體的原住民族，對原創條例的態度是混雜的。受訪者一方面期待新法提供對祖先文化遺產的保護，另一方面則是擔心族群之間或族群內部，會因為新型態財產權的出現，產生更多的爭執。然而，除了期待與疑惑之外，受訪者更期待的是，在原創條例保護傳統智慧創作的架構下，能夠對原住民之民族自信心的建立，產生正面的力量。亦即，透過立法保護智慧創作，重現原住民族之文化主體性，才是原創條例的重要立法目的。

如前所述，自 19 世紀以來，全球各地出現了民族意識復甦的運動，在這一波浪潮中，世界各地之原住民族，反思如何回應文化強勢之移民時，嘗試從不同之面向強調其權利主體性。在闡述原住民族應有之基本公民權或政治權利方面，隨著聯合國「公民權利與政治權利國際公約」(International Covenant on Civil and Political Rights) 的簽署，已有具體之成果。但是，在原住民族文化主體性的發展上，則仍有待各國持續努力，而在我國的情形亦呈現相同的面貌<sup>111</sup>。受訪者即表示，原住民文化仍未受到主流社會應有的尊重：

「很抱歉喔…，在漢民族是屬於音樂巨擘的人，其實，他對我們來講，不過是嫖竊我們文化的人。對…，然後，他們拿來整理，然後拿去出版 CD 後，然後，嗯…，冠冕堂皇的就…冠冕堂皇的原因叫做…嗯…，保障原住民文化…。但是，我覺得你從我們這裡把東西拿走了，但是你連最基本的尊重都沒有<sup>112</sup>。」

---

<sup>110</sup> 同前註，頁 417。

<sup>111</sup> 蔡志偉，「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，第 40 卷特刊，頁 1500-1506 (2011)。

<sup>112</sup> A10 受訪者訪談資料。



此外，在 20 世紀 60 年代之前，以白人為文化主題的歐美國家，強調「安格魯一致性」(Anglo-conformity)，希望移民或原住民族拋棄他們獨特的傳統文化，接受既有文化的規範。誠如論者所言：「政府從來沒有真正地承認，原住民族是具有自己文化的獨特民族<sup>113</sup>。」此種現象在我國亦無不同，從政府過去的原住民族文化政策，也可以看出「漢文化一致性<sup>114</sup>」的軌跡。受訪者亦從原住民接受教育的情形，說明原住民受到漢文化優越性觀念的影響：

「現在問題在這邊…，因為小孩幾乎都到平地去讀書了，教育有斷層，比如說，這邊的老人家教給他們的時候，沒有那個時間，根本搭不上…。以這些會慢慢…問題很大…，慢慢就流失掉了…。那現在我們最怕的問題不是說用法令，或是任何東西去歸納，而是這個部落的衝擊力，還有當時的，這些人的，頭目的地位，是怎麼樣去把他的地位深，深耕，然後…，嗯…，做好榜樣<sup>115</sup>…。」

在多元文化主義之下的法律制度，希望透過國家制定相關規範，達到尊重各個族群之立法目的。但是，從訪談內容可以得知，由於存在著單一共同文化的主流力量，不免迫使原住民族文化逐漸凋零。而透過原創條例賦予原住民族智慧創作專用權，應是避免非主流（原住民）文化日益邊緣化的可能途徑<sup>116</sup>。因此，如何在法制建構上，重現原住民族之文化主體性，實屬重要之立法政策。而解析原創條例之規範目的，亦應側重在喚醒原住民族之文化主體意識！以下再從不同之面向，探討原創條例與原住民文化主體性之關連。

#### 一 法律之外的文化保存機制

原創條例通過之後，受訪者除了表達對新法的期待與不安之外，亦認為各個族群特有之文化有其根本差異，甚至是「無法複製」。那麼保存文化的最佳方式，似乎不是法律規定，而是來自於族群成員對於文化的認同：

「因為譬如說我們的…，文化的東西，其實是還蠻難複製的啦，只有這個族群會唱啊，你…，別人拿去也沒辦法唱啊。所以那個會不會唱就變…，反而

---

<sup>113</sup> KYMLICKA, *supra* note 13, at 14, 22.

<sup>114</sup> 過去政府的文化政策觀點，往往將原住民視為「生活水準較低落」、「經濟技藝較落後」的群體，並歸咎於原住民之傳統文化有礙「進步」與「現代化」。因此訂定之施政要點為「山地平地化」，在文化建設方面則是「發揚中華文化」、「推行國語」等等，明顯看出西方「安格魯一致性」的思維。請參見劉璧榛，前揭註 7，頁 412-413。

<sup>115</sup> A6 受訪者訪談資料。

<sup>116</sup> KYMLICKA, *supra* note 13, at 80.

是第一關了，而不是法律來保護它，是第一關了…。對啊…。譬如說我的八部合音，搞不好我這個族群，有五個社群裡面，只有兩個社群會唱，其實別的社群拿去都還不一定會唱，**雖然是語言一樣，他也不一定會唱啊**。那別族的更拿不出來啊，所以他要複製的可能就比較低了啦<sup>117</sup>！」

「**如果是你去仿的話，當然我們也不喜歡啊**。用仿的，然後把它呈現的不一樣，像現在很多解說我們族群的東西，都，都不一樣了<sup>118</sup>。」

「其實我們現在喔，其實這是我的商品，**我不擔憂別人去模仿我的東西**。甚至我要提供給他一些非關這一些，一些…。所謂比較資料性的這個，這個部分。為什麼…。鼓勵他們，**仿就仿嘛…你再仿…，我做得再努力一點…，哎…，這個是一種力量，力道…嘿…，它不是障礙<sup>119</sup>**。」

「那因為我們在…。我們在…。嗯…。我們在唱這個傳統的祭歌的時候啊…。像不熟悉的人，如果沒有經過介紹喔，去，去說明的話，他們也不太了解我們在唱什麼，所以他也可能不知道這個東西很，很…。很寶貴，他可能**也不會馬上想到要去複製，要去，去…，去使用，經過我們有跟他講，然後也聽過外面，外面學者的解釋或…，或介紹之後…，原來這個東西很好，那才有價值啊**，那才會覺得說這個東西很好，那過去我們自己也不知道，其實原住民也不知道說原來我們唱的是全世界只有五個民，民族會唱，才漸漸有說這個東西很重要…。喔…。**才會漸漸有那財產的觀念<sup>120</sup>**。」

由受訪者表達之看法可以得知，不同族群之間的文化表達，均與部落傳統生活方式緊密結合在一起。對原住民族而言，並不會發生抄襲其他族群文化表達的情形。即使在同一族群之間，不同的部落或家族也不至於援用其他部落或家族的文化表達。舉例而言，雅美族為了辨識財產之歸屬，不同家族之間均有獨特的財產標記，其內容包括漁船刻紋、伐木標記、羊身標記三種，用以標記世系群身分。假如有人新創了財產花紋，而其他人想利用該花紋做為財產標記，必須以一頭羊換取該花紋，後代子孫也可以繼續使用<sup>121</sup>。

由此可見，法律並非保護原住民族文化表達之唯一方式，如何展現原住民族的文化主體性，才是原創條例的核心價值。當原住民族在日常生活中，踐行傳統

---

<sup>117</sup> A1 受訪者訪談資料。

<sup>118</sup> A2 受訪者訪談資料。

<sup>119</sup> A5 受訪者訪談資料。

<sup>120</sup> A1 受訪者訪談資料。

<sup>121</sup> 高德義等，前揭註 12，頁 165。

規範時，文化表達也隨著具體實現。而法律之外的文化保存機制，似乎更能落實原創條例的立法精神。原住民族如能喚醒自己的民族意識，主流社會亦能尊重多元併存的文化體制，讓原住民族文化在其生活中重現，或許遠勝於法律的保護機制。

## 二 文化一致性與差異性

從戰後到 1996 年原民會成立之初期，政府對於原住民之文化政策，經常是以輔導原住民發展傳統技藝為重點。而其真正的目的在於改善「不良風俗習慣」以及「提升經濟生活水準」。換言之，政府是從文化政策著手，試圖解決部落貧窮化，促進部落現代化<sup>122</sup>。而避免原住民傳統文化流失，雖是政府的文化政策之一。但仍是以主流文化優越性為中心思想，尊重差異性文化的思維，仍處於「空窗期」。

而在政府向來之文化政策的推動下，導致原住民族傳統文化逐漸被主流文化侵蝕之後，原住民族是否已經放棄他們的文化？或者說，原創條例保護之客體——文化表達——是否存在？除了面對被主流文化整併的危機之外，不同族群之間的文化交流，也模糊了文化主體性的訴求。因此，反思文化一致性可能帶來的文化淹沒作用，「強制不同化」應是多元文化思維下的基礎<sup>123</sup>。而原創條例或許是化解上開現象，並能達到建立文化差異性的規範工具：

「這個…，因為…，因為有時候喔…，這個文化有時候它是相通的。比如說你布農族，我高雄也有布農族啊。花蓮也有啊…。也許我這樣的…，這邊一個…，嗯…，你…，我們所謂的這個…，這個事件嘛，這個事件嘛，這個東西嘛…，也許是相通的，但是我們不知道是哪裡來的，當然如果說以我的研究的話，我一定講我們這裡來的嘛，因為我們這邊是主源地嘛。但是你那邊我們也不得不承認你那邊也是嘛。因為那個是我們共同的…，共同的文化嘛<sup>124</sup>。」

「我完全沒有學過美術，那個…，我跟我父親學，祖父、曾祖父都是做雕刻的。我們是…，世代是工匠師，工匠，專門製造部落所使用的一些刀啊、槍啊、木雕啊、建築改良，或者是…，嗯…，提出一個新的，新的思想，我就

<sup>122</sup> 劉璧榛，前揭註 7，頁 413-414。

<sup>123</sup> 如果政府透過任何方式，運用強制的作法（例如：山胞平地化或推行國語政策），使一個族群的文化或語言，淹沒在主流社會中，失去了該族群獨特性，而並與主流社會混合在一起，即會達到「強制同化」的目的。See KYMLICKA, *supra* note 13, at 59-60.

<sup>124</sup> A4 受訪者訪談資料。

是做…我們在排灣族裡面的創作，也是會隨著時代這樣子去改變…。那…，  
嗯…，一定會有新的基因會進來，比方說，從繪畫、雕刻裡面，會有一些十  
字架，會有一些國旗，會有一些馬，會有一些…，嗯…，那種…，嗯…，甚  
至有一些遠洋的那個，那個，那個…矛…這些東西…，會切入到我們的雕刻、  
繪畫裡面…有新的文化素材進來的時候…我們會把它融入進來<sup>125</sup>…。」

由上述訪談資料可知，文化並非一成不變，而是會不斷地彼此交流。有學者  
即認為，現實生活中，文化之間相互影響是無可避免的，也無法明確界定何時開  
始交流、何時結束影響。我們所察覺到的，或許是來自無數文化源頭，無法明確  
辨識的「文化碎片」而已<sup>126</sup>。

但是，臺灣原住民族傳統文化，並非到了「文化碎片」的程度，我們雖然無  
法否認文化的流動與相互影響。但在「同中求異」之下，回到部落觀察原創條例  
保護之客體，似乎依然清晰：

「對，你應該是傳統的東西，比方說像我們…，我常常…，嗯…，做評審啦，  
那個舞蹈啦，還是一些…。原住民表演的…，找我當評審…。兒童才藝競賽  
啊…，我們第一個就是你不要一直…，一進場就是原住民的歌舞，你，你是  
阿美族，你就一直唱阿美族，然後後面你跑出來一個泰雅族的…，嗯…，歌…，  
跳你們的動作…，我們這樣就很大的扣分啦。啊你跳阿美族的舞，你穿布農  
族的衣服，我們也打叉啊，因為你…，要給你一個認知嘛，你總不能穿布農  
族的衣服，去跳別的族群的舞，這樣很奇怪啊<sup>127</sup>。」

「而且，現在還有一個問題就是說，當然我們說…，我們就回到這個精神面  
來看喔，你讓它回到部落，ok 它，我們都，都不會有問題，可是你現在回  
到部落的是最傳統的技术做出來的東西…<sup>128</sup>。」

因此，回歸部落尋找文化的根源，才是建立多元文化法律制度的第一步。法  
律制度之建構者，不能一直期待原住民融入主流社會，否則差異性文化將無法保  
存。而原創條例或許就是提供文化「一致性」與「差異性」的安全瓣。這也可以  
免除學者所擔憂的，政府文化政策逐漸形塑「一統化」的泛原住民文化<sup>129</sup>。因為

<sup>125</sup> A12 受訪者訪談資料。

<sup>126</sup> KYMLICKA, *supra* note 13, at 130.

<sup>127</sup> A2 受訪者訪談資料。

<sup>128</sup> A20 受訪者訪談資料。

<sup>129</sup> 論者認為，在國家文化政策中，並未突顯原住民族內部的族群文化多樣性與差異性，進而造  
成原住民文化逐漸形成一致性。請參見劉璧榛，前揭註 7，頁 445。



傳統智慧創作是以不同的族群或部落為權利主體，屬於該族群的智慧創作受到保護之後，必然可以顯現族群之間的差異性。即便藉由文化交流與融合，甚至在全球化的浪潮下，文化逐漸趨於一致，仍然可以期待原住民族傳統文化表達，在市民社會的權利保護機制下，繼續流傳下去<sup>130</sup>。

總之，在原創條例制訂之後，賦予原住民或部落智慧創作專用權，並非為了文化的「純粹性」或「完整性」，而是為了孕育文化的「豐富性」，以及形塑不同文化的「平等性」。原創條例並非築起環繞在原住民傳統文化周圍的封閉高牆，甚至以此切割文化流動。相反地，透過法律的保護，在權利平等機制下，促成文化互動，而在文化漸趨一致性的浪潮下，仍舊可以保有文化的差異性<sup>131</sup>！

### 三 非營利的文化推廣

由於原住民族傳統文化表達是先於現行法制而存在，主流社會早已習慣「無償使用」。但在原創條例施行後，必須合於該條例第 16 條「合理使用<sup>132</sup>」之要件，始得使用已公開發表之智慧創作<sup>133</sup>。而在原創條例的規範之下，非營利的文化推廣與智慧創作的合理使用之間的關連，受訪者之意見，應可作為法律解釋之參考。

首先，受訪者對於非營利之文化交流或推廣，均抱持樂見其成的態度：

「那我們新的年輕人…，既然說要讓外面的人知道我們在唱什麼，所以這兩個結合的時候，訓練的時候是老人家來負責。那出去行銷就是我們年輕人，除了唱之外，我們還會介紹，然後這些行政作業都我們來做，那老人家就是帶出去，他們就高興了，然後回來的時候有一點點工資，最主要帶他們去看一看啦…，然後唱，唱…，接觸外面不一樣的世界，然後表現一下我們原住民的文化，他們就…，他們就很高興了<sup>134</sup>。」

「因為我們一輩子都沒有那個設備，不會有那個設備…。啊我們很…，老人

<sup>130</sup> CONRAD WILLIAM WATSON, MULTICULTURALISM 68 (2000).

<sup>131</sup> KYMLICKA, *supra* note 13, at 103-05.

<sup>132</sup> 著作權合理使用之意義、理論基礎等議題之討論，請參見蔡惠如，著作權合理使用之價值創新與未來展望，國立交通大學科技管理研究所博士論文，頁 51-65 (2006)。

<sup>133</sup> 原創條例第 16 條規定：「具有下列情形之一者，得使用已公開發表之智慧創作：一、供個人或家庭為非營利之目的使用者。二、為報導、評論、教育或研究之必要使用者。三、為其他正當之目的，以合理方法使用者。前項之使用，應註明其出處。但依使用之目的及方法，於智慧創作專用權人之利益無損害之虞，且不違反社會使用慣例者，不在此限。」

<sup>134</sup> A1 受訪者訪談資料。

家說很…，哎…，上電視…，可以上電視…。很高興…。很高興，就不去追究這些，我們…，我也想…，工作也忙啊，我就…，啊…，好啦…，下一次不認識你…。所以就不是…，不是說為了那個賺錢營利的目的嘛<sup>135</sup>。」

「以創作者來講，我們不希望就是被綁得太，太…太，太死…。這樣會限制就是…。我覺得有人要去推廣就很好，這樣文化才會發揚，才會光大。啊你一直限制它，它反而…，人家就卻步的話，怎麼會去發揚<sup>136</sup>？」

「我們自己是覺得…，如果是站在推廣的角度的話，我們是歡迎你們來聽，來看…，或是你甚至幫我們宣傳，都沒有關係，應該不會…，不會有所限制啦<sup>137</sup>。」

此外，基於文化推廣的立場出發，專用權的永久保護，是否會導致文化創新資源枯竭，亦是值得深思的問題：

「法條規定的是永久保護，我覺得這個，這個…，這個還是，還是應該要斟酌啦。嗯…，太久了…。這個…，這樣以後喔，比如說他的，他死後五十年，如果說他是作品的話，他是作，作品的話，那他死後五十年，是不是大家也都很自由的去做這個東西？如果說人家覺得好的話，去做這個東西，那不是也是做一種推展的…，嗯…，推展文化的一，一種嘛。不能太…，不能永久保護那樣子，但它還是要，要有一個時間性啦<sup>138</sup>。」

「但是，你如果說就一個創作者角度，我們覺得不要那麼多的限制，因為會，會影響到創作的一個發展。啊除非限制…，我覺得應該限制的就是說，他把它拿去做一個大量商業性的使用，而影響到原來部落的那個權利。啊你如果說只是取其中元素做創作，我覺得倒還好<sup>139</sup>。」

受訪者雖然同意非營利的文化推廣，有助於促進文化流通，但亦表示在推廣的過程，如果無法遵守誠信，甚至推廣者因而獲利，即會導致雙方互信不在：

「我們以歌謠來說，喔…，以歌謠來說的話，我們在很早期的時候，有一些音樂學者，他到我們山上來…，那個算是打擾喔，以我來說是打擾，因為我…，因為我也在做調查…。像老人家都跟我講，那個，那個人家都經常去啊，經

---

<sup>135</sup> A2 受訪者訪談資料。

<sup>136</sup> A15 受訪者訪談資料。

<sup>137</sup> A1 受訪者訪談資料。

<sup>138</sup> A4 受訪者訪談資料。

<sup>139</sup> A15 受訪者訪談資料。

常去這樣，啊他們也都知道啦…。也都知道說你來要拿我們東西…。最後結果是…，嗯…，跟他講說，我這個成果，我不管你研究什麼…。我這個成果…，我們會給你們，最後結果都不了了之啊，什麼也沒有<sup>140</sup>。」

「所以…，所以我們學者自己搞壞了，自己搞壞了我們這個…，這個我們原…，原來應該是對人家的承諾…，對人家的承諾說，你既然來了，你也花了我的時間，我也願意，…，他願意，願意的意思就是說我希望把我…，把我的，所知道的…。告訴你的…，喔…，讓你去做記錄，而且你實實在在的去做…。然後你要回饋，回饋給我們。結果什麼都沒有，幾乎是沒有了…<sup>141</sup>。」

由上述訪談內容可以得知，受訪者普遍認為，「非營利之文化推廣」應屬「合理使用」的範疇。然而，原創條例第 16 條關於「合理使用」之規定是否合宜？學者間有不同的看法。反對意見認為：因為原創條例賦予原住民族特殊權利，此與著作權法合理使用制度，是以導正「市場失靈」(market failure) 為判斷標準的情形完全不同<sup>142</sup>。將合理使用制度套用到原創條例，顯然是「違憲的錯誤規範設計<sup>143</sup>」。但也有學者站在文化應當不斷交流互動的觀點，認為在保護文化的領域中，應該擴大適用合理使用的概念，這樣才能促進智慧財產權、原住民族傳統智慧創作等文化表達，持續與整個社會的對話。避免因為法律的保護，造成不同文化之間的隔絕<sup>144</sup>。亦有人類學者認為：「接近原住民族文化，就像米飯與水一樣，為日常生活所需，同時也是台灣民主社會公民必需具備的基本素養<sup>145</sup>。」而將原住民族文化理解為「公共領域」的文化素材，顯已超越了合理使用的概念。

學者對於智慧創作專用權，能否納入合理使用制度，雖有不同意見。但從本論文實證訪談內容可以發現，原住民族文化工作者並不反對居於「非營利的文化推廣」而接近、使用原住民族文化表達。其理由在於原住民族樂於進行「文化交流」，以及原住民族分享的天性（此部份另於本節第五項中論述）。因此，雖有學者反對智慧創作專用權之合理使用，但從訪談內容所得之結論，原創條例上開「合理

---

<sup>140</sup> A4 受訪者訪談資料。

<sup>141</sup> A4 受訪者訪談資料。

<sup>142</sup> 依據市場失靈的理論，解釋為何著作權法必須保留合理使用原則之論述，請參見 Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982).

<sup>143</sup> 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 3 卷第 4 期，頁 29-31 (2010)。

<sup>144</sup> Doris Estelle Long, *supra* note 92, at 317.

<sup>145</sup> 劉璧榛，前揭註 7，頁 444。

使用」之規定，應屬符合原住民族「法律感情」的制度設計。

#### 四 文化商品化的爭議

如本論文第二章第一節第三項所述，在現行法律規範的意義之下，「智慧創作專用權」應屬新創的財產權類型，相關權利人自得依法行使其權利。而依原創條例第 14 條規定：「智慧創作專用權依第 7 條第一款或第二款規定為原住民族或部落取得者，其智慧創作之收入，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。智慧創作專用權為全部原住民族取得者，其智慧創作專用權之收入，應納入原住民族綜合發展基金，並以促進原住民族或部落文化發展之目的為運用。」依此規定，智慧創作既能取得收入，並以原住民或部落之利益為目的，設立發展基金統籌運用，顯見「文化商品化」亦屬原創條例的重要內容<sup>146</sup>。

在資本主義的法律架構下，將資產催化成為資本，創造更多的產出，是促進經濟發展的最大原動力<sup>147</sup>。而政府過去的文化政策，亦是藉由原住民文化的差異性，將文化資產轉換成可資獲利的文化資本<sup>148</sup>。但是，將原住民族傳統文化表達轉變為商品，並將之融入資本的範疇，可能衍生「尊重」文化與追求「利益」的衝突。例如：曾有八名澳洲原住民藝術家的創作被印在越南製造的地毯上，再進口到澳洲販售。這些藝術品均與原住民的神話有關，使用方式也受到傳統的規範。將這些作品印製在地毯上，「任人踩在腳底下」，對於族群感情的傷害，實在難以金錢估算<sup>149</sup>。我國在原創條例制定之後，透過合法之方式將文化商品化，會不會產生上述不尊重原住民族文化的情形？制度上應如何建構原住民族傳統智慧創

<sup>146</sup> 關於原住民傳統智慧是否應該商品化之學理討論，請參見台邦·撒沙勒，「尋找部落主權：文化商品化、智慧財產權與原住民傳統資源權利之探討」，文化運用與智慧財產權文選集，台灣原住民部落振興文教基金會編印，頁 117-139（2000）。另請參見，簡嘉瑩，原住民族傳統智慧創作之探討，國立東華大學財經法律研究所碩士論文，頁 207-224（2010）。

<sup>147</sup> 例如，在開發中國家以及前共產國家，「資產」（土地、房屋）大多用於物質方面的用途。但是在西方資本主要國家，同樣的資產還可以產生與其物理性質平行存在的一種形式，亦即資本。舉例而言，房屋不僅用以居住，同時也可以向銀行抵押借款，另為利用。資產的也因為資本化，可以獲得更多的產出。應加以強調的是，除了有形資產之外，無形資產（智慧財產權）也能夠轉變為資本再利用，有利於整體經濟發展。請參閱 Hernando de Soto 著，王曉冬譯，資本的祕密，頁 55-56（2005）。

<sup>148</sup> 劉璧榛，前揭註 7，頁 417、424。

<sup>149</sup> 郭佩宜，前揭註 33，頁 7。



作之「文化市場<sup>150</sup>」？在受訪者之間，有著不同的看法：

「民國 60 幾年之前喔，其實沒有，沒有所謂的原住民產…，嗯…，文化產業這個概…，這個…，連這個制度還沒有啦，還沒有發展到那個，那個程度啦。那一直到…，其實民國 60 幾年的時候，大家…，整個台灣的工商起飛嘛，啊大家紛紛喔…，這個原住民換一下他的工作，來到都會去了嘛，疑…，那茫然…，慢慢感染到所謂的作為經濟的生產的這個，這個，這個…文化變種，經濟…變動啦。那我大概是首先有這個概念，我開始研究…，啊琉璃珠是怎麼做的。一直到這個，這個…，我花了五年時間，慢慢摸索喔，因為我不是這一方面的專業，但是還是用五年，長時間慢慢累積喔，一直到琉璃珠的出現。好…，琉璃珠在排灣族來講，是一個三寶之一耶。其實三寶就是喔…，貴族系統裡頭的婚姻喔，少不得這個琉璃珠、金銅刀、陶釜喔，聘禮…，聘禮要有這些…。這個喔…，這個就是…，嗯…，比較…，所以他的定位是蠻，蠻高的…，是珍品這一類的定位嘛，當我生產之後，當然會衝擊到我們的價值面，也就是它的文化值會受到衝擊。甚至幾個頭目來找我，他說…你喔…，你出賣我們的文化<sup>151</sup>！」

「但是我覺得喔…，我，我通常不會說那個是一個商品…不會說那是一種文化商品…。因為那是…，也是一種推…，推廣…。你…，你在一個年代，你所…，因為以前他們做…，做這些東西或是圖案的話，是因應當時生活的需要，那我們現在…，當然我們現在就是現代原住民都一樣，那我們可能要做的也是符合我們現代的需求。那，那我覺得是說，可能有多了一文化在裡頭，當然也是一種推廣，有什麼不好，我不會反對…<sup>152</sup>。」

「豐年祭是看月亮決定何時舉行，部落的豐年祭不是為了商業表演，是真的慶祝豐收，透過這樣的方式，文化才能傳承<sup>153</sup>。」

然而，亦有受訪者從另一個角度觀察，認為文化推廣難以避免透過市場的交換機制，甚至可以說這是以商品化的形式，達到保存文化的目的：

「琉璃珠這一類東西，如果不…，沒有被生產的話喔，其實喔，在人口增加之下喔，就一代，一代傳，就一個人說永遠的那個喔，都被，被分了喔，你五個孩子，你本來…，本來你一家有五串，但是有五個孩子，一個人一串，

<sup>150</sup> 劉璧榛，前揭註 7，頁 430-431。

<sup>151</sup> A5 受訪者訪談資料。

<sup>152</sup> A7 受訪者訪談資料。

<sup>153</sup> A19 受訪者訪談資料。

疑…孫子就沒有…，分不到啦，所以我跟他們說喔，**如果不生產喔，其實這個東西也同樣會消失，對不對…對失傳嘛…那麼附加在這些文物的那些故事，那些涵意同樣會流失掉…。**這個…，就是你，你…，我們擁有傳統累下來的…，累積下來，累世下來的那些故事啊，神話價值，信仰啊等等那些東西喔，會跟著這些我們文物的消失而消失…，疑…，說我講的有道理啊，不做了，就沒有啦，沒有，就沒有**文化那個，那個附載啊…對不對<sup>154</sup>?**」

「我會比較不贊成的，就是說也有很多那些…，嗯…我…，當我的例子好了…。有很多像我們社區出來的東西，或是圖紋喔，就是有些人…，**圖紋也沒有法律的保護嘛，他們就拿我們這些圖案跟樣式喔，拿到人工比較低的國家做，然後再回來，賣給我們自己部落的原住民，賣給其他人，那相同的，就是說…，**嗯…，變得很便宜，就會打我們這邊的一些市場，我就不贊成這樣的一個，一個…，一些人這樣子…<sup>155</sup>。」

「**文化商品化，對原住民來講它絕對是有正面的，毫無這個，這個傷害的那個可能性。因為你必須想通這個…，對不對…對就會流傳嘛，生產就會流傳嘛。有流傳，有附載體，就所以有文化跟著不消失啊。大家可以某成度生存的空間，或更，更廣啦<sup>156</sup>。**」

可見文化商品化之後，究竟是「出賣祖先文化」，或是「建立文化載體」？在原住民內部，似乎並無一定的共識。對原住民而言，文化商品化猶如兩面刃，究竟是增加交流？還是失去自我<sup>157</sup>？這些問題似乎仍沒有確切的答案<sup>158</sup>。

以蘭嶼雅美族特有的拼板舟建造為例，船員在上山伐木前會先到長老家集合，人員到齊後才能出發上山。船員會依照船板的需要選擇樹種，尤其要兼顧樹林生態。造船時間分兩種，一是普通造船期間，約在秋末冬初，另一則為特別造船時

---

<sup>154</sup> A5 受訪者訪談資料。

<sup>155</sup> A7 受訪者訪談資料。

<sup>156</sup> A9 受訪者訪談資料。

<sup>157</sup> 劉璧榛，前揭註 7，頁 419。此外，亦有學者認為原住民族文化商品化，應該有其界線，因為「原住民有很多文化遺產是牽涉到神聖的領域與族群尊嚴，那些是不能被商品化的。」請參見林開世，「一個法案保護了什麼？」，人類學視界，創刊號，頁 4（2008）。

<sup>158</sup> 聚焦於原住民與文化產業關係之論述，大多以政策分析及實務檢討為主，至於「原住民文化產業的推動，究竟是保存、發揮原住民的文化與主體性，還是把原住民文化博物館化、櫥窗化，成為優勢族群（mojaorities）與觀光客注視（gaze）、玩賞客體？」等批判性的思考，仍有待更深入的研究與討論。請參見王佳煌，「文化／創意產業、創意階級／城市論著的批判性檢視」，思與言，第 48 卷第 1 期，頁 137-138（2010）。

間，也就是夏季，前者為不刻花紋的新船，後者是新船加刻花紋<sup>159</sup>。可見拼板舟不僅是雅美族人獲取海洋資源的工具，更有其傳統文化禁忌，從取得拼板舟所使用之木材，到整艘船的建造過程及啟用儀式，都必須遵循祖先規制。

然而，突破雅美族百年禁忌的大船「Si Mangavang 拜訪號」，在爭議聲中下水，並於 2011 年 6 月 29 日清晨 4 時從蘭嶼出發，開始進行「拜訪之旅<sup>160</sup>」。「拜訪之旅」在雅美族內部產生極大的爭議，而問題的核心在於，能否為了「行銷」雅美族文化，而違反部落傳統禁忌，建造超過 10 人的拼板大舟？並舉行類似海軍敦睦艦隊的港口造訪行程？甚至容許外國人擔任划槳的船員？「拜訪號」從打造、下水到航行，在雅美族人之間，引發了不同的討論及爭議<sup>161</sup>。這也凸顯「文化推廣」與「商品行銷」的矛盾衝突。

然而，原創條例制定實施之後，在法制層面自應肯認，原住民族文化表達商業化之後，仍應維持不同族群之間的文化多元性，避免在商業模式運作下，出現「標準化」的文化產品。亦即，法律實際運作之後，應避免原住民族傳統文化表達，因為商業化的結果，喪失其原本之價值與意義<sup>162</sup>。

此外，原創條例第 10 條第 2 項規定：「智慧創作專用權人享有下列智慧創作人格權：一、就其智慧創作專有公開發表之創作人格權。二、就其智慧創作專有表示專用權人名稱之創作人權。三、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。」足見，取得智慧創作專用權之原住民族或部落，可以藉由智慧創作人格權之實現，禁止他人歪曲、割裂、竄改智慧創作內容、形式或名目，達到保護祖先文化遺產正確性之目的。原創條例賦予專用權人智慧創作人格權，應可在文化商品化之後，扮演

<sup>159</sup> 高德義等，前揭註 12，頁 185。

<sup>160</sup> 黃力勉，「蘭嶼拼板大舟，逆跨黑潮首抵台」，中國時報 A10 版，2011 年 6 月 30 日。

<sup>161</sup> 達悟族在傳統上並不會建造超過 10 人的大舟，也不會逆著黑潮到達臺灣。由於拜訪號的建造及航行，均違背了達悟族的傳統禁忌，甚至有外國人擔任划船的勇士，船主亦非達悟族人，而是漢人。因此，許多部落耆老不願意出席相關的儀式，使得此一活動程，更具爭議性。請參見林恕輝、黃明堂，「蘭嶼百年大舟，遭轟踐踏達悟文化」，自由時報，A6 版，2011 年 6 月 29 日。蘭嶼鄉公所亦為此發表聲明稿表示：「我們認為蘭嶼海洋文化是雅美/達悟人的驕傲，值得與國人分享和讓世界看見，因著一份機緣，我們落實了這個想法。Si Mangavang 拜訪號的製作，讓部落老人可以傳承青年造舟技藝、和勇於航海的冒險精神。同時希望藉著航行台灣的過程，進行族群文化交流，行銷蘭嶼。請參見蘭嶼鄉公所聲明書（2011 年 6 月 26 日），蘭嶼鄉公所網站：

<http://lanyu.taitung.gov.tw/newsinside.php?no=52>（最後點閱時間：2011 年 6 月 30 日）。

<sup>162</sup> 劉璧榛，前揭註 7，頁 444-445。

維繫原住民族文化主體性之角色。對原住民族而言，智慧創作人格權之重要性(尊重)，甚至高於智慧創作財產權(利益)。

總之，無論是非營利的文化推廣，或是文化商品化的制度，在學理上及實務上雖有不同的看法。但原創條例既已肯認智慧創作專用權之財產權屬性，權利人亦得依法行使權利，且符合一定要件之使用人，可以主張合理使用。則「非營利的文化推廣」(合理使用)以及「文化商品化的爭議」(經濟利益分配)，必然是未來原創條例所應解決的問題。而爭議的解決基礎及其法理依據，則源於原住民族的文化身分意涵！

## 五 原住民族的文化身分

臺灣原住民在整體社會漠視少數族群權利的氛圍下，經過長期的不公平對待，民族歸屬感逐漸疏離，宛如一個「黃昏民族<sup>163</sup>」。而原住民不敢承認自己，失去肯定自己文化價值的勇氣，皆肇因於傳統文化的流失<sup>164</sup>。雖然憲法增修條文第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。」但體現上開憲法內涵的首要任務，應是在憲法的基礎上，建立原住民族自我認同的法制環境：

「其實…，其實這個**整個文化**，包括它的內容，這個圖騰啊，或者是其他的一些，一些…嗯…，裡頭的一些價值喔…本來喔…，這個，這個…，嗯…，我們四百年前就沒有這個顧慮，也沒有設想到四百年後會這樣嘛…。雖然基本上喔，不是那麼擔憂那個問題嘛，因為…，其實**民族性有一個相當強烈的自我**，其實我要引用你的圖紋，我，我…，對我來講是…，可能對我是一個汙辱嘛，對不對？所以那個時候，其實沒有顧慮到，但是今天，因為加上商業行為，資本主義的思維體系，和它的價值系統進來了嘛，我們當然要漸漸面對這個東西，那麼在這程度上喔，**各族群的那個內在喔，這個，這個力道不同啦，力度不同啦**…。那像排灣、魯凱的…，來這個講喔…，他一直就把這個，這個圖騰喔，和他的符號作為相當強烈的一個，一個，**一個價值體系的一個非常完整的一個管理辦法…或是應用嘛**，那當然我們會很強烈的有這個意念，或是不是保護啦等等也有…。那別的族群…，嗯…，我就不…，無從這個，這個認定啦，這個…，大概你自己會…，心裡有數嘛…<sup>165</sup>。」

「嗯…，其實原住民的…，我剛剛回到我…，可能回到我剛才我們第一個對

<sup>163</sup> 孫大川，夾縫中的族群建構：台灣原住民的語言、文化與政治，頁25（2010）。

<sup>164</sup> 劉璧榛，前揭註7，頁422-423。

<sup>165</sup> A5 受訪者訪談資料。



話的，就是說喔，其實原住民在這一塊，還是相當弱勢啦。我的意思是，他的處理方式啦，或是他的能力啦，是弱勢，當然文化和…，文化不是弱勢啦。嗯…，文，文化無從看待弱勢嘛，就是…，我的意思是人，人在處理這一方面的時候，他是相當的弱勢。我說知識、方法等等的撐握和運用喔，是不足的，所以他必須一定設定一個相當長的時間，使他在一個…，使他在這個過程上，嗯…，作不斷的成長<sup>166</sup>。」

「我因為父母強迫到都市就學，求學期間無法與部落文化接觸，但是畢業後回到部落，從部落的祭儀活動，開始學習文化傳承<sup>167</sup>。」

由訪談內容可以看出，原住民文化在長期遭到主流社會漠視的情況下，要恢復其原有的文化樣貌，必須借助於「方法」(法律制度)以及「部落」(傳統習慣)的共同協力，如此才能找回原住民的「文化身分」！而所謂「文化身分」係指人們自我認同感的歸屬標準，具有一致文化身分的成員，使用相同的語言，過著一樣的節慶，唱著同調的歌曲，為民族延續提供了文化身分的「支撐點<sup>168</sup>」。如果某個文化不受重視，那麼文化成員的尊嚴與自尊必然受到影響，文化身分的支撐點也會產生動搖。因此，是否具備原住民身分，不僅是依「原住民身分法」規定內容認定之，更重要的是「文化身分」的認同，亦即對於族群文化的自我認同<sup>169</sup>。申言之，原住民身分法第 3 條至第 6 條，分別規定因「婚姻關係」、「婚生子女」、「收養關係」、「非婚生子女」等各種民法親屬編所定之身分行為，是否取得原住民身分及其效力如何。藉由原住民身分法的運作，固然可以處理「法律上」之原住民身分，然而，文化身分的認同，無法藉由親屬身分關係的建立一併達成。

舉例而言，報載一對原住民夫婦因為不孕而收養一名女孩，卻因為父母年齡未滿 40 歲，被收養之女孩無法取得原住民身分，因此請求立法委員協助，希望能夠修法解決<sup>170</sup>。此一爭議即彰顯了一個重要問題：原住民身分之認定，除了法律規定之客觀要件外，是否應考量當事人之主觀文化因素？詳言之，如何認定個人是否具備原住民身分，不應僅著眼於民法親屬編收養要件是否有效成立，亦非僅以原住民身分法為認定標準。而必須將「文化認同」的主觀要素納入考量。尤其在現行法制下，原住民身分之取得與喪失，攸關其能否成為政府優惠政策之受

<sup>166</sup> A5 受訪者訪談資料。

<sup>167</sup> A19 受訪者訪談資料。

<sup>168</sup> KYMLICKA, *supra* note 13, at 89-90.

<sup>169</sup> 辛年豐，「原住民族權利保障的建構與實現—從平等權出發到落實平等保障」，國立中正大學法學集刊，第 34 期，頁 212-213 (2011)。

<sup>170</sup> 何哲欣，「原民收養限制嚴，促修法鬆綁」，蘋果日報，A6 版，2011 年 5 月 12 日。

益對象。而原住民身分法於立法院審議期間，立法委員對於原住民身分認定標準，即有不同的看法<sup>171</sup>。當時原民會副主任委員孫大川先生於備詢時即表示：「……本會以為未來若要放寬身分認定的標準，除了血統的考量外，文化方面也是相當重要的因素。……因此本會希望能將一些『文化條件』的限制放在中，由從『從母姓或恢復原住民傳統名字』方面作限制，期能兼顧文化及血統因素<sup>172</sup>。」可見，如果忽略了族群的文化因素，並由國家掌握認定原住民身分之權力，往往無法貼近原住民族之文化內涵，甚至造成國家恣意的決定，並不符合以文化認定身分的實質標準<sup>173</sup>。

除此之外，在民族遷徙或不同族群婚配的自然過程中，強調「血統純粹」只會帶來更多的不安與爭議，無解於原住民族身分的認定。例如：台北馬偕紀念醫院研究單位，於 2007 年 1 月至花蓮縣豐濱鄉採集 29 名葛瑪蘭族原住民唾液，準備與兩年前採集之西拉雅、凱達格蘭平埔族唾液，進行 DNA 比對，藉以了解族群間之相互關係。但因葛瑪蘭族認為馬偕醫院違背研究倫理，亦有原住民認為研究內容不當，因為研究方向似乎透露了「葛瑪蘭族血統已不純粹」。由於上開爭議，馬偕醫院於 2007 年 4 月初，在採集之部落公開銷燬所有檢體<sup>174</sup>。

由此可知，血統來源並非認定原住民族之唯一依據，具有原住民血統者，仍然需要原住民文化的支撐，才能找回真正的民族意識。換言之，在傳統文化的基礎上，個別原住民對於自己的族群產生認同，而該族群也能夠接納個別原住民，「族群」與「個體」建立相互依存關係之後，真正的原住民身分才能確立<sup>175</sup>。

由於智慧創作專用權之權利主體乃原住民族或部落，藉由群體共享權利之方式，建立「個體」與「群體」的相互依存關係，達到認定「實質的原住民身分」之目的。因此，賦予智慧創作專用權——亦即原住民族文化表達財產化——的理由

---

<sup>171</sup> 該法案除行政院提案外，另有楊仁福、章仁香委員分別提案。其中楊仁福委員提案內容，特別強調「血統主義」，章仁香委員則認為原住民身分認定，應符合原住民社會之實況。請參見立法院公報，第 90 卷第 5 期，頁 449-466，2001 年 1 月。

<sup>172</sup> 同前註。此外，原住民與非原住民結婚時所生子女、原住民之非婚生子女、原住民所收養之非原住民子女，是否仍取得原住民身分，原住民身分法除血源考量外，另有考量文化文方面之因素，亦即採取「血統主義」（血統條件）與「文化認同主義」（文化條件）之立場。請參見李悌愷，姓名權之研究，天主教輔仁大學法律學系博士論文，頁 270-271（2010）。

<sup>173</sup> 辛年豐，前揭註 169，頁 211-212。

<sup>174</sup> 劉源祥，「原住民族基因研究之國內法律規範探討」，法律與生命科學，第 7 期，頁 12（2008）。

<sup>175</sup> Marie Hadley, *The Double Movements that Define Copyright Law and Indigenous Art In Australia*, 9 INDIGENOUS L. J. 47, 51-52 (2010).

之一在於，建構多元文化的知識體制，重現原住民族文化主體性！

如前所述，臺灣原住民在歷經荷蘭人、日本人的統治之後，再經過國民政府來台之後採取漢化政策，原住民在文化、歷史上遭到徹底的「消音」，執政者與主流社會，從未真正認識原住民，原住民似乎成為這個島嶼上「可有可無」的民族，執政者對於原住民文化的漠視，可說是無可抹滅的歷史紀錄<sup>176</sup>。而隨著民族意識的覺醒，全球政治及社會環境的演進，國際間逐漸體認到保護原住民族文化的重要性，並試圖建立保護原住民族文化的法律制度，其目的無非為了重現原住民族之主體性。

然而，主流社會對於原住民族的理解或轉變，對原住民族而言，只是從周邊給予形式資源的滿足，或是提供相對應的法政地位。原住民族主體意識的落實或具體實現，仍然需要原住民族自我認知其主體性，而無法單憑外在制度的建立，完成真正的「他、我區辨」。但以目前的社會現況而言，原住民族的主體性的建立，在強勢的「他者」（主流社會）與崩解的「內我」（原住民族）雙重壓力之下，仍舊面臨相當的困難與複雜的問題<sup>177</sup>。即使在原住民族基本法實施之後，原住民逐漸成為法政的主體，但是如何在基本法的框架下，賦予主體性生命血肉，仍舊需要原住民族的覺醒。換言之，主體性的意義在於「我們要對自己的存在和情況負起責任」，原住民族必須在現行法制基礎上，面對自己的課題，這是其他族群無法代為完成的<sup>178</sup>。

由此可見，「去除強勢的他者、搶救崩解內我」，進而重現原住民族主體意識，其根本的作法之一在於，賦予原住民族特殊的權利主體地位。而原創條例制定實施之後，原住民族或部落藉由法定程序取得智慧創作專用權，即可從法制基礎上改變原住民之地位，逐步實現建立主體性資格的目標。詳言之，日治初期，日本人認為高山族原住民族不具有法律上之人格，並非日本帝國之臣民。臺灣總督府更於 1900 年表示：「被告為高山族原住民的刑事案件起訴與否須經其同意。」可見當時日本政府認為，原住民族不具備法律上之人格，更遑論賦予其權利主體之

---

<sup>176</sup> 孫大川，山海世界：台灣原住民心靈世界的摹寫，頁 116-117（2010）。

<sup>177</sup> 孫大川，前揭註 163，頁 143-151。

<sup>178</sup> 現任原住民族委員會主任委員孫大川，在接受法律扶助基金會董事長吳景芳專訪時，對於原住民族主體性的議題即表示，原住民族主體性的建立，就是怎樣從「to have」轉變為「to be」的問題。孫主委認為，「to have 需要別人的支持，可以依賴人家，但是 to be 牽涉到你成為什麼樣的人，這就不能夠假手別人。」請參見吳景芳，「行政院原住民族委員會孫大川主任委員專訪」，法律扶助，第 35 期，頁 23（2011）。

地位<sup>179</sup>。而國民政府統治初期，原住民族之法律地位雖有改變，但仍被視為「保護客體」；直到 1990 年代，隨著全球民族運動之興起，原住民族才逐漸轉變為「權利主體<sup>180</sup>」。簡言之，近百年來，原住民族在國家法制上之地位，從「不具法人格」到「保護客體」，再成為「權利主體」，猶如臺灣人權狀況的發展歷程。原創條例立法通過，更是彰顯了原住民權利的時代意義。顯見賦予智慧創作專用權之目的，並非完全著眼於「資源效益極大化」的觀點，而是藉由創設新的財產權類型，重現原住民族之文化主體性，進而回應尊重多元文化的世界潮流。

此外，智慧創作專用權之設計，亦可協助原住民在流逝的傳統中，尋找文化身分的支撐點，讓原住民開始肯定自己的文化，並且發覺傳統文化的價值，使原住民產生族群認同，進而體認其文化主體性<sup>181</sup>。正如同 Kymlicka 所言：「人們應該有權利在他們自己的文化中生活與工作<sup>182</sup>。」當原住民逐漸將自己內化為特殊的「文化公民群體」時，才能發展其「文化公民權」(cultural citizenship)。再透過其傳統與創新的文化，主流社會平等對話，並在現行法政結構之下，重現其主體性之地位<sup>183</sup>。是以，本論文認為，建立原住民族文化主體性，乃原創條例之規範目的，亦是智慧創作專用權正當性之判斷基準。

總而言之，原創條例除了創設新類型的財產權之外，其更重要的規範目的，應是透過法制的建立，重現原住民族之文化主體性。也唯有在主體地位確立之後，才能解開權利主體與權利客體不確定性的紛擾，更能釐清「原初」與「新創」的界線。

應加以說明的是，原創條例雖以建立原住民族文化主體性為其重要之立法目的，但法律的制定與法律的施行，必然存在落差。原住民族對於法的理解，是否與法律規範目的相同？存在於原住民部落的傳統規範與原創條例互動之後，可能產生的問題為何？將另於本節第六項再進一步分析。

## 第五項 文化表達之保護與外溢

如同本論文第二章第一節第三項所述，原創條例所創設之智慧創作專用權，

---

<sup>179</sup> 關於日治時期原住民之法治概況，請參閱王泰升，「日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗：以關於惡行的制裁為中心」，國立臺灣大學法學論叢，第 40 卷第 1 期，頁 1-98 (2011)。

<sup>180</sup> 臺灣原住民族之權利從被忽視的族群，到成為法律保護之客體，再逐漸成為法制上之權利主體，亦即「從客體到主體」的歷程，請參見蔡志偉 (Awi Mona)，前揭註 111，頁 1499-1550。

<sup>181</sup> 劉璧榛，前揭註 7，頁 423。

<sup>182</sup> KYMLICKA, *supra* note 13, at 90.

<sup>183</sup> 劉璧榛，前揭註 7，頁 406-408。



具有財產權之屬性，必然產生財產權排他性的法律效果。但是因為原住民普遍具有「分享」的天性，即便文化表達財產化之後，亦能產生正的外部性——外溢效果——並藉此降低文化素材供應不足的窘境，就如同受訪者所描述的，盛滿水的杯子一般：

「我們再換一種很原住民的哲學來談，一個知識好像是一個，一個裝滿…，裝滿一個杯子的水，那麼你要有更多的知識進來，你必須舀一些出去…，你把這一杯水倒出去，你才有新的水進來。所以再多的海水，你只要一杯就可以把它裝滿，我說你進來就分享人家…，進來就分享給人家，這個叫做**智慧的分享**。嘿…，我自己的觀點，而且是很符合我民族的那種哲學在裡面<sup>184</sup>。」

#### 一 分享的民族

無論是蘭嶼原住民族或是居住在台灣本島的原住民族，「分享」都是文化的重要內涵。例如：雅美族人對於土地並無私人所有權觀念，一切均為共有、分享的。如同雅美族作家夏漫·藍波安所言：「親友間相互餽贈相同食物的意義，在於彼此分享這期間的勞力所得，交換及延續，鞏固情誼<sup>185</sup>。」受訪者也都認為「分享」的概念，深植在原住民的文化與生活中：

「因為布農族…，過去很多人都想到布農族是**分享的民族**啦…。不管是獵物也好，不管是唱歌也合，合聲嘛，都是分享，那現在就變成漸漸人家來錄啊，人家來唱，就開始有那種想法說，疑…，你要幹什麼，呵…，你要做什麼…<sup>186</sup>。」

「**分享傳統文化沒有關係**，但是瞭解文化才能使用，不能用錯了。我的創作如果被仿冒，還好啦！因為他喜歡我的作品啊，應該覺得開心<sup>187</sup>。」

「嗯…，就是說那個，那個過去…，嗯…，大家耕，耕種，耕田，疑…，你這一家，你這一家今年收穫不好，小鳥特別喜歡到你那裡去吃…，沒有收穫…，大家這個時候是…，我會拿一點，拿一點給他，整個一年裡面，都會讓他…，都會有，有…，有飯吃就對了…<sup>188</sup>。」

「像我們是做個人創作的話，我覺得是部落沒有權利來干涉我，但是如果是說這個圖案是我們已經確定的，是祖先留給我們的…。去切割出來的話，那

---

<sup>184</sup> A12 受訪者訪談資料。

<sup>185</sup> 高德義等，前揭註 12，頁 158、171-72。

<sup>186</sup> A1 受訪者訪談資料。

<sup>187</sup> A19 受訪者訪談資料。

<sup>188</sup> A4 受訪者訪談資料。

個是我們的大家所擁有的智慧，這個，這個是大家分享的，啊如果說你本身是做這一行的，然後你要去推廣…，推廣這個…，你要擁有這個圖紋的話，我覺得你應該要回饋給部落，讓部落有些錢這樣子…<sup>189</sup>。」

「…。所以我們獵到的東西，我們都要去分享，讓人家分享每一個人，讓人家知道我們的能力這樣子<sup>190</sup>。」

「原住民的想法當然是跟那個資本主義是不同的啊，當然是共享的啊，因為每一個都是文化，或文明組成的一份子…都是一份子，所以並不是一個人可以完成這件事情…。光是八部合音就好了…，一個人怎麼…，一個人就沒辦法啦。嗯…，你，你怎麼去…，一個人去擁有，或四、五個人，幾個人…，因為那是不可能，除非就是一定要…，成為一個家族，特別是布農族啦，就是從一個家族，一個氏族，喔…，從一個氏族開始，才有可能…。互相依賴維持的嘛<sup>191</sup>。」

「知識是屬於分享的，智慧是分享的，而且，如果他延用我的圖，然後，讓他的圖…，嗯，嗯…，更有創造力…那個是站在於所謂的…，嗯…，造物者，者…，所創造的多元…，嗯…，這是很，很奇妙的，因為一個符碼，一個符號，一個圖案，其實它是一個創作多元的一個，一個基因，我們稱它叫基因。所以這個基因如果你把它冰凍起來，然後弄了一個條例的話，是不是會阻礙所謂的文化多樣的創造這種基因…<sup>192</sup>？」

「對…，那因為…，因為排灣族在過去時代，沒有像那個現在的情況是…，嗯，嗯…，是一切都是私有化…。連土地也被私有化，那在過去時代是建構在一種所謂的分享，那這種分享…，嗯…，不只是食物分享，生命，生命也，也在分享，甚至，最抽象的，榮譽的分享，那你去山上打獵，花了一個禮拜的時間那麼辛苦，回來，那個肉不是你跟你的家人要吃的，是要給，給人吃，給部落的人吃，然後你得到的是什麼？榮譽…呵…對…，榮譽就可以吃飽了…<sup>193</sup>。」

「原住民是分享的個性，不在乎別人使用，郭英南事件是炒作出來的<sup>194</sup>！」

---

<sup>189</sup> A7 受訪者訪談資料。

<sup>190</sup> A7 受訪者訪談資料。

<sup>191</sup> A8 受訪者訪談資料。

<sup>192</sup> A12 受訪者訪談資料。

<sup>193</sup> A12 受訪者訪談資料。

<sup>194</sup> A19 受訪者訪談資料。

由上述訪談資料可以得知，原住民族對於資源的利用，大多採取分享的態度。在山林獵獲的獵物，應與族人分享，同一族人之間必須互相幫忙，建築房屋或開墾耕地。這種互惠共享的思維，不僅提高族群的內部團結、維繫部落文化傳承。更重要是，對原住民族而言，分享的態度與作為，被視為具有崇高倫理價值與道德觀的行為規範<sup>195</sup>。例如：例如雅美族人在分配漁獲時，雖是依照魚的形式及種類、質量分類，但分配的數量則會考量船組成員的輩份、年齡等因素。較豐富的一份先交給船組最老的人家，其餘船員則非常自然地拿一份，因為每一份的多寡不一，船員彼此都很清楚，他們會在下一次分配漁獲時，自然調整數量，如此一來就能公平分配漁獲，不會造成彼此的爭執<sup>196</sup>。更重要的是，原住民族除了在有形財產的歸屬上，採取共有分享的態度之外，無形的知識、技藝亦非個人所有，而是整個族群所共享，個人基於族群共享的知識、技藝所獲得的利益，也必須回饋給整個族群或部落<sup>197</sup>。

由於原住民對於資源利用，採取了「分享勝於不分享」(it is better to share than not to share) 的想法<sup>198</sup>。這樣的法律觀與資本主義社會強調私有財產化的基礎，看似不同且有衝突。然而，經濟學之父 Adam Smith 除了在其鉅著「國富論」中闡述市場中「看不見的手」的力量之外，在他的另一本重要著作「道德情操論」(The Theory of Moral Sentiments) 中，Adam Smith 則是強調財富的道德觀點。他認為：「不論我們認為人類有多自私，但他的天性中卻有一些本質使他樂見別人的幸運，也希望別人快樂，雖然他並不能從中得到任何好處，只能在旁邊看了高興而已<sup>199</sup>。」Adam Smith 隱喻說：「權力與財富可以擋住夏雨，卻無法讓你遠離冬日的風暴，它們一樣會讓你感覺到焦慮、害怕與哀傷，一樣會讓你遭遇危險與死亡<sup>200</sup>。」是以，強調財富而忽略道德，絕對不是資本主義的唯一論點。如果人們只引用了「國富論」的內容，而完全忽略「國富論」只是「道德情操論」的續集，那麼可能就是道德情操腐化的普遍原因了<sup>201</sup>。

由此可見，原住民族互惠共享的思維方式，對於提高族內團結、維繫部落傳

---

<sup>195</sup> 黃樹民，前揭註 86，頁 33。

<sup>196</sup> 高德義等，前揭註 12，頁 182。

<sup>197</sup> 郭佩宜，前揭註 33，頁 6。另請參見周惠民，「原住民知識在教育上的意涵與應用」，2010 南島民族國際會議論文集，頁 93 (2010)。

<sup>198</sup> Long, *supra* note 92, at 617.

<sup>199</sup> Steven D. Levitt & Stephen J. Dubner 著，李明譯，蘋果橘子經濟學，頁 83 (2006)。

<sup>200</sup> Jonathan B. Wight 著，江麗美譯，發現亞當斯密：一個關於財富、轉型與道德的故事，頁 155 (2004)。

<sup>201</sup> 同前註，頁 95。

統文化，扮演著重要的角色，共享的天性更是具有崇高倫理價值與道德觀的行為準則<sup>202</sup>。此種共享式的「道德經濟」(moral economy)，雖受到全球化資本主義市場制度的影響而逐漸式微，但仍為多數族人所尊崇，且與 Adam Smith 所強調的財富道德觀，可以說是異曲同工之處。因此，分析智慧創作專用權之本質時，應將原住民族所具備之「分享的天性」——財富道德觀——納入考量，才能正確理解原創條例所帶來的「圈地運動」。

## 二 專用的爭議

如同本論文第二章第三節所述，在原創條例制定之前，原住民族傳統文化表達均存在於公共領域，任何人皆可以自由接近或使用。但是隨著社會環境改變與法律制定施行，原住民族對於原本屬於「分享」範圍的文化表達，也逐漸出現主張「權利」的看法：

「整個，整個時代變遷，環境變化，社會…，嗯…，這個，這個變動之後喔，其實原住民本身喔，不完全喔，嗯…，不是不完全…，他已經喔…，**傳統的那些價值體系，已經解體了。**喔…，已經差不多不見了，當土地國有化之後。當每一個人的，所，所撐握的土地去登記為自己的使用的土地之後，其實本身那個，那個所謂集體，集體土地等等的…**共有的觀，觀念喔，是只能在我們的思…，嗯…，記憶上啦…其實它是不實在啦**<sup>203</sup>。」

「那當然有專用權啊…永遠…，永久…那當然要永遠啊，那總不能說有一個階段性的問題啊。因為**傳統的東西本來就是很謹慎的問題，一定要永久保護**啊<sup>204</sup>。」

由訪談內容可以看出，原住民文化工作者雖然肯定將傳統智慧創作，納入私有財產保護範圍，但在「文化表達財產化」的過程中，受訪者仍存在相當之疑慮，其主要原因在於私有財產制度與原住民族分享思維的衝突。姑且不論專用權之設計是否妥適，在理論上仍應說明專用權之屬性——分享與專用的取舍——才能劃定權利之範圍<sup>205</sup>。

<sup>202</sup> 黃樹民，前揭註 86，頁 33。

<sup>203</sup> A5 受訪者訪談資料。

<sup>204</sup> A6 受訪者訪談資料。

<sup>205</sup> 智慧創作專用權之客觀範圍的劃定，亦如同對於著作權權利範圍的判斷一樣，不僅影響了權利人可以控制的權利邊界，更重要的是，對於「彼此文化表達啟發的潛在創作者」。請參見王敏銓，「Free Culture (Lawrence Lessig, New York, NY: The Penguin Press, 2004)」，科技法學評論，第 2 卷第 2 期，頁 220 (2005)。



藉由私有財產化的圈地運動歷史觀察，值得我們省思的是：「將某種事物變成私有財產時，究竟應該思考什麼樣的問題？」法律經濟學家 David D. Friedman 認為，回答上開問題的重點有二：首先，將之視為私有財產而非共有物的相關成本有多高，財產界限的定義、權利的執行與交易是否容易？其次，視為私有財產的利益有多高？生產者與消費者對零價格的反常誘因有多敏感<sup>206</sup>？

Friedman 從財產權的供需以及效益極大化的觀點提出財產私有化的標準，雖可作為解釋一般不動產或動產財產化的依據。但是，原住民族傳統文化表達，先於資本主義經濟制度而存在，賦予長久存在公共領域的原住民族智慧創作財產權之保護，其目的在於「保護」原住民族之傳統智慧創作，以及「促進」原住民族文化發展。而立法者賦予智慧創作專用權之保護，藉以產生排他性的財產上權利，其財產界限劃定不易（本章第二節第二項），且屬於族群或部落共有的權利，執行與交易均屬不易（本章第二節第三項）。凡此均可明顯看出，智慧創作專用權之設計，是否可以達到資源效益極大化的目的，仍屬未定。至於專用權能否促進原住民族文化發展，從訪談內容可知，原住民文化工作者則是抱著懷易的態度。因為「當食材存放在冰箱，絕對不可能轉化為美味的食物，當素材劃入權利保護範圍，必然提高創作成本。」

由此觀之，僅以上開資本主義財產私有化的標準，作為智慧創作財產化之正當性判斷理論，顯然與智慧創作之本質不符。換言之，原住民族文化表達作為一種新類型的財產權，其正當性基礎並非源於「內化外部性」的效益衡量。而應納入原住民族「互惠共享」(reciprocal sharing) 的財產觀，考量文化外溢的社會效益，才能在「建立文化主體性」的觀點上，正確理解專用權的面貌！

### 三 文化外溢與權利保護

如前所述，智慧創作專用權賦予原住民族特殊的權利地位，雖有助於建立原住民族之主體性地位。但是，在保護權利之外，亦可能造成文化流動的阻礙。舉例而言，卑南族國際知名歌手張惠妹，在 2009 年 6 月 26 日，以她的原住民語本名阿密特 (Amit) 名義推出的第一張專輯，並在這一張專輯中，收錄了卑南族古調歌曲<sup>207</sup>。張惠妹所屬的「大巴六九部落」，以部落名義將專輯收錄的古調授權給唱片公司使用，其目的除了鼓勵原住民歌手演唱族語歌曲，也希望讓各界重視

<sup>206</sup> David D. Friedman 著，徐源豐譯，前揭註 48，頁 184。

<sup>207</sup> 阿密特，維基百科網站：

<http://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E9%98%BF%E5%AF%86%E7%89%B9>（最後點閱時間：2011 年 5 月 31 日）。

原住民傳統智慧財產權<sup>208</sup>。大巴六九部落文史工作者巴代表表示，部落同意授權，並非是看重授權金，而是要一個起碼的「尊重」。巴伐進一步說明：「這樣的作法成不成熟、適不適當，其實仍有很大改進的空間，但是至少大巴六九部落做了一個開頭，也希望成為未來其他部落遇到類似事件時參考的例子。」巴伐說：「比較起過去侵權的狀況，這次唱片公司很有誠意的希望找到權利人，部落順勢出面授權，其實是希望讓外界重視原住民傳統智慧財產權<sup>209</sup>。」

由上述阿密特專輯中的卑南族古調，雖未申請智慧創作專用權，但是大巴六九部落授權唱片公司將古調收錄在專輯中，或可以作為未來原住民族取得智慧創作專用權，建立其文化主體性之後，如何授權他人使用之參考。然而，當權利主體（原住民族或部落）依據原創條例第 13 條第 1 項前段規定，權授權他人使用屬於群族或部落之傳統文化表達時，在族群或部落內部仍然必須面對「文化的法律保護」與「文化的交流發展」，可能帶來的衝突與爭議：

「這是我所認同的理念，在因為歷史的演變，你總不能因為專用權，我就不能使用我原本在我，我的歷史裡面擁有的圖騰出現…。文化的東西…。還是要讓它是活的…。真的那麼保護好了…。就死掉了…<sup>210</sup>。」

「比如說，走，走，走到總統府…(唱歌)，北，北原山貓唱的啊…。呵呵…。對…。但是，原來它的…。它原曲調是什麼…。原曲調是什麼…原住民的嗎？啊…。像那個…。嗯…。它會…。我們…。因為我們做那種混編什麼…。我忘記我唱什麼…。反攻大陸去，反攻大陸去…(唱歌)，有沒有…?像這樣的…那它有的時候是…。嗯…。它是一個共通性的，它是普遍存在原住民族群裡面的，絕對不是單一族群的。傳統的音樂被很多人所共同使用的。一個法…。所以剛剛我講的那句話，我，我，我感觸…。我會有感受的原因就是，我們一個法的制訂，你的，你的太四四方方…會直接扼殺那個文化…因為，反正它就沒得流通了嘛<sup>211</sup>。」

「那如果…。因為如果加上永久保護喔…。這個有一點阻斷了喔，可能跟那個別，別的文化…交流…交換嘛…。這個…。其實沒有這個必要啦。我覺得

<sup>208</sup> 陳威任，阿妹專輯收錄古調 獲部落授權，台灣立報（2009 年 7 月 15 日）：

<http://www.lhpao.com/?action-viewnews-itemid-5186>（最後點閱時間：2011 年 5 月 31 日）。

<sup>209</sup> 同前註。

<sup>210</sup> A8 受訪者訪談資料。

<sup>211</sup> A10 受訪者訪談資料。

它必須在後段有開放的空間嘛<sup>212</sup>。」

「你根本保護好了，東西也死在那邊了。如果針對一個…，嗯…，就是這種有機的，活的文物或者是圖騰，我希望它是活的啦，當然是永久…。但是專用的這個名詞很奇怪…，因為，因為…，因為文化的形成…，啊，啊…。因為這個原住民文化的…，是因為日本人來了以後，我們布…，我們才變成布農族，才變成阿美族、卑南族、魯凱族…。以前不是都…，以前是只有部落啊，啊部落跟部落之間族群的關係是非常，非常…，嗯…，就是一個文化的演進嘛，我們的，我們的衣服啊…。我們的衣服到下面，本來是藍，藍色為主…，下來連圖騰都變了啊…，因為我們跟魯凱族，跟卑南族，跟排灣族一直在接觸…嗯…，所以我們很多這種的…遷，遷徙的過程…結果就跟卑南族他們有一些文化的融合…<sup>213</sup>。」

「那另外就是說，像原住民說傳統歌謠，我聽一聽說，奇怪，你們兒歌怎麼會有日本旋律…一查的結果是日本歌，布農族版，或是阿美族版的歌…。但是久而久之後，他們把它認為是他們的歌謠。那這裡有一些混雜跟認同的部分，喔…，像，像排灣族的服飾，你說，他認為傳統是什麼，阿美族的傳統服飾是什麼，其實你去查歷史的時候，都有變遷的過程…。那是變遷跟挪用，或借用的部分的時候，你，你怎麼認同他所謂權利這個東西…？這個是最大複雜的一個問題…<sup>214</sup>。」

「嗯…，衷心希望喔，保護不要成為限制，這是最衷心的希望。不管怎麼樣，我們有太多的東西，它的流通性已經是…，台灣就這麼大…這麼一丁點大…，各族群雖然訂的很清楚，但是，它是，它是在轉的…交叉，交叉這樣，這樣來回以後，它的文化已經是具有相當成度的包容，融合<sup>215</sup>。」

由訪談內容可知，受訪者普遍認為保護智慧創作之後，可能帶來文化交流的障礙。但也強調文化在演進的過程中，因為交流融合而塑造出另一種面貌的文化態樣。換言之，原創條例之精神應在於，提供原住民族文化表達必要的保護機制，而原住民族或一般創作者，亦能利用傳統智慧創作，吸納彼此之文化素材，進而形成更加多采多姿的文化樣貌<sup>216</sup>。受訪者談到的文化創

---

<sup>212</sup> A5 受訪者訪談資料。

<sup>213</sup> A8 受訪者訪談資料。

<sup>214</sup> A11 受訪者訪談資料。

<sup>215</sup> A9 受訪者訪談資料。

<sup>216</sup> KYMLICKA, *supra* note 13, at 100-01.

作經驗，就是最好的例證：

「喔…，包括…，包括山地門現在琉璃珠好了…。有一位排灣族創作者…，他也是輾轉從那個漢人的燒玻璃的技術裡面去研發，最後從玻璃到陶土，喔…，它大概有好幾種材質的一個轉換過程…。那你說，這種傳統的花紋的複製，誰有這個權利？像，像有人講說古陶珠這個花紋是…，我們家是正統，代表這個家族，可是有一個孔雀珠，孔雀珠的神話，他說他們認識一個公主，認識一個孔雀王子，然後這個王子就給他們一些珠子，那可能是跟一個異族通婚的交換過程。喔…，所以這裡面會產生很多讓我們去想問就是說，當這個變成他結合外來的東西，變成他身上服飾的時候，這個就完全不認定了<sup>217</sup>。」

「文化必須要使用才有意義，而且要很容易使用，制訂法律會變成不方便，文化不用就會變成『標本』<sup>218</sup>。」

「還有，還有一種情況就是這種傳統符號，因為被保護…，嗯…，或許會阻礙了它…，嗯…，雖然保護固然好…，但是…，嗯…，好啦…，我用一個比喻，我有一點…，用你們漢人的思維比較不會講，我用我們自己的…我舉個例啦…當，當你開始有冰箱的時候…就懂得多拿一點魚…。你會把…，把多餘的魚冰凍起來，因為你已經確定你的冰箱是好的，可以幫你維持這個食物很久。那個時候，你就比較不會大方的把魚送給別人，因為你有冰箱了。我們反過來講，如果你沒有冰箱的時候，你…你多拿了一些魚，你知道這個魚無法保存很久。你必須要在…，趁新鮮的時候…，馬上分享給別人…。那這種分享行動分享出去的時候，別人也會有食物分享給你，因為他也沒有冰箱。所以法律的設定是不是教人使用冰箱，嘿…。知道這個意思吧？嘿…，所以我們用…很特殊…很特殊的解釋。對…，那因為我，我是一個創作者，我巴不得趕快把我的創作分享給人家了，我幹嘛還拿個冰箱把它冰起來<sup>219</sup>。」

由上述訪談可知，受訪者普遍認為，文化必須交流才能活絡，否則文化可能成為定著不變的標本而已。但是，當原住民族傳統文化表達，納入法律制度保護之下，且成為一種新類型之財產權時。如何在權利保護與文化流動之間取得平衡？其理論依據何在？仍有待進一步之討論與說明。

如同本章第二節第三項所述，文化是指一個群體所共同擁有的經驗，且這樣的經驗足以形成指導每一個成員的信仰、價值與表達符號。可見文化不同於一般

<sup>217</sup> A11 受訪者訪談資料。

<sup>218</sup> A19 受訪者訪談資料。

<sup>219</sup> A12 受訪者訪談資料。



的有體物，文化沒有固定的形體。以文化表達作為一種保護客體，自與實體財產之概念完成不同。申言之，建構財產權制度目的之一，在於「提供一種用以決定『誰』在『何時』能夠使用『何物』的方法」。而文化表達既無固定之形體，顯然無法藉由法律規定，決定文化表達之權利歸屬。將文化表達置於財產權保護之下，並使之成為市場交易之財貨，則文化表達之特質必然有別於傳統的有形財貨。

法國洛桑聯邦理工學院科技管理學院院長 Dominique Foray 即認為，知識作為一種財貨，具有三個特質：知識難以控制、知識具有非獨享性以及知識具有累積性<sup>220</sup>。而文化表達亦屬知識之一種，在財貨之性質上，當然具有知識之特質。正因為知識（文化表達）具備上述三個特質，因此創造了「知識外溢」（*knowledge spillovers*）的現象。Foray 說明知識外溢之義涵係指：「某處創造出有價值的原創知識，不管是臻至成熟的創新，或是未發展完備的中間知識，都可為外界所用。也就是說，這項知識除了原創者之外，也能為他人或其他團體所吸納<sup>221</sup>。」而對於知識財貨所帶來的「嘉惠他人，無損於己」的外溢現象，經濟學家向來以「正外部性」（*positive externalities*）一詞稱之<sup>222</sup>。正因為外溢效果可以帶來更多的創新機會，而事實上知識具有非獨享性，法律制度設計上，似乎沒有必要完全站在權利人之立場，試圖讓權利人內化所有的利益。否則可能導致「損人不利己」的結果<sup>223</sup>。換言之，文化流通應該是「正和遊戲」（*positive sum game*），因為文化的接近者或使用者會隨著交流的次數增加而引發更多創意，創新的可能性也會因此而成長。此與實體財產的交易，具有絕對獨占性、不具分享性，一方擁有實體財貨，必然導致他方失去占有，因而出現「零和遊戲」（*zero-sum game*）的情形，截然不同<sup>224</sup>。

再者，雖然歷史的經驗告訴我們，未曾有任何一個創新發明者，可以獲取創新發明所帶來的所有利益<sup>225</sup>。但法律經濟學卻認為，如果創新發明者無法享有創新發明所產生的所有社會利益，那麼他將會因為缺乏創作誘因，而不願意繼續投入研究<sup>226</sup>。然而，從創作誘因之「供給面」（*supply side*）而言，實無必要將創新

---

<sup>220</sup> Dominique Foray 著，周宜芳譯，*知識經濟學*，頁 115-141（2007）。

<sup>221</sup> 同前註，頁 115。

<sup>222</sup> Brett M. Frischmann & Mark A. Lemley, *Spillovers*, 107 COLUM. L. REV. 257, 257 (2007).

<sup>223</sup> *Id.* at 279-81.

<sup>224</sup> Dominique Foray 著，周宜芳譯，前揭註 220，頁 118。

<sup>225</sup> Frischmann & Lemley, *supra* note 222, at 259.

<sup>226</sup> *Id.* at 265-66.

的所有利得歸屬於創作者。相反地，在制度設計上，只要能讓創作者取得相當於「固定成本」(fixed costs)的利益，便足以提供創作誘因<sup>227</sup>。而其他伴隨創新而來的利益，則應該將之視為「站在巨人肩膀上」的社會福利產出。更重要的是，如果讓創作者取得所有利益，不僅無法提供更多的創作誘因，且擴大了權利保護範圍，對未來的創新發明亦會產生負面影響<sup>228</sup>。

上開論述從提供創作誘因、促進創新發明的角度，說明知識作為一種財貨必然產生外溢——非獨享、不可排他——且對於整體社會創新環境亦屬有利<sup>229</sup>。值得思考的是，知識外溢的觀點，對原住民族文化表達之法律保護，在理論上有何啟示作用？

首先，原住民族傳統智慧創作均先於市民法制而存在，賦予智慧創作財產權之保護，並無「提供誘因、激勵創作」的考量。換言之，智慧創作專用權之規範目的，並非為了提供創作誘因，亦無需考量原住民族是否可以獲取專用權所產生的全部社會利益，因為智慧創作早已存在，並非藉由法律保護而產生。且如前所述，保護智慧創作之主要目的，並非為了文化商品化，而是基於重現原住民族主體性的考量。再從社會大眾接近使用文化之「需求面」(demand side)而論，如果將原住民族之文化表達，放置在法律保護的高牆之內，增加一般大眾接觸、了解及尊重原住民族文化之成本，反而不利於原住民族「文化公民權」之建立<sup>230</sup>。換言之，從清朝的「理番」政策，到國民政府的「漢化」政策，原住民族文化都被當權者視為野蠻的、不文明的。而在推動漢化的過程中，原住民族本身必須「去除傳統」，透過改變原本文化傳統以及生活模式之方式，減少主流社會之歧視。相對地，主流社會在執政者以「文明」與「野蠻」的對立文化政策渲染下，不免誤解原住民族文化內涵，甚至出現鄙視與不尊重的現象<sup>231</sup>。由於原住民族文化長期受到主流社會的誤解，在建立原住民族文化公民權的過程中，除了必須喚醒原住民族對於其傳統文化之自信外，更重要的是，提供更多機會讓社會大眾接近、

---

<sup>227</sup> 有學者認為，在網路著作權時代，因為創作成果的發表成本低廉，有時甚至是免費的，許多創作者的創作誘因即未必來自獲取利益，而是創作本身的樂趣。See: JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT, 103-104 (2006).

<sup>228</sup> Mark A. Lemley, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, 83 TEX. L. REV. 1031, 1046-50 (2005).

<sup>229</sup> Todd Sandler 著，葉家興譯，*經濟學與社會的對話*，頁 172-173 (2003)。

<sup>230</sup> 劉璧榛，前揭註 7，頁 430-431。

<sup>231</sup> 王皇玉，「文化衝突與台灣原住民犯罪困境之探討」，*國立臺灣大學法學論叢*，第 36 卷第 3 期，頁 263-265 (2007)。

了解，進而尊重原住民族文化<sup>232</sup>。因此，立法保護原住民族傳統智慧創作的同時，必須參考文化外溢的理念，在權利保護之外，亦能兼顧社會大眾接近原住民族文化，使各個族群有「相互結識」的機會，才能達到原創條例立法目的之一——促進原住民族文化發展<sup>233</sup>。可見將文化外溢之效果視為智慧創作專用權之正當性判斷標準，自屬符合原創條例之精神。

其次，原住民族對於資源的使用、收益，傳統上均以分享的態度看待之<sup>234</sup>。如同 A12 受訪者所言，原住民族社會是建構在分享的概念上，不只是食物的分享，甚至連最抽象的榮譽也可以分享。獵人獲取獵物返回部落之後，會主動與族人分享獵物，獵人本身最後或許沒有分得任何有形的獵物，但其辛苦之代價乃獲得族人的贊許，獵人也同時將榮譽分享給所有族人<sup>235</sup>。又如泰雅族人對於森林動植物資源的使用觀念，至今並無重大的變化。其核心概念一直是部落公有的領地範圍內，動植物資源可由部落成員共享，其它部落不會越界取用，彼此亦會互相尊重。可見泰雅族人對於山中的資源的態度，一直是一種分享的體現<sup>236</sup>。而原住民族「不必藏於己」的分享天性，正與上述「知識外溢」的觀念相同。藉由分享達到「群我共榮」的目的，可說是資源（文化）外溢的具體表現！由此可知，原住民族文化表達具有正外部性，使之「溢流」於社會，可提供更多的素材，必然有利於營造創新發展的環境。而此文化外溢的現象，不僅無損於原住民族對於傳統文化表達的主體性地位，更會增加整體社會取材自原住民族傳統文化所為之創新發展<sup>237</sup>。此種非由政府提供之公共財可以導致較佳的資源配置，正是法律規範的效率所在<sup>238</sup>。

最後，以往經濟學對於資源配置的相關議題，通常侷限在特定的時空背景之下討論。但是經濟學家發現，在世代交替之間，往往因為上一代偏好的選擇，影

<sup>232</sup> 劉璧榛，前揭註 7，頁 430-431。

<sup>233</sup> 辛年豐，前揭註 169，頁 233。

<sup>234</sup> 請參見本論文第四章第二節第五項「分享的民族」之論述。

<sup>235</sup> 前揭註 189、190 訪談資料。

<sup>236</sup> 謝世忠、郭倩婷、楊鈴慧、劉瑞超、李韋誠，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第二期委託研究：泰雅族、太魯閣族，行政院原住民族委員會委託研究，頁 220-221（2007）。

<sup>237</sup> 同前註，頁 241。

<sup>238</sup> 經濟學家向來認為，純粹由私人提供之公共財，通常處於供給不足或完全沒有供給的狀態，因此必須由政府擔任供給者的角色。換言之，正外部性（例如，漂亮的花園）會供給不足，而負外部性（例如，車輛廢氣）會供給過多。提供公共財、消除公共惡的管制活動，則是由政府提供財貨或服務。請參見 Todd Sandler 著，葉家興譯，前揭註 229，頁 83-84。

醒下一世代的效益分配。而關注於過去、現在與未來之「跨代經濟學」，已逐漸成為設計財產制度時，必須思考的重點之一<sup>239</sup>。舉例而言，電腦、網路的科技的發展，帶來了多少生活方式的改變；疾病治療方式的突破，影響了人類生命的維持，可見醫藥、科學的研究進展，決定了未來世代的稟賦（endowment）與限制<sup>240</sup>。此外，大師名畫、不朽的文學或音樂創作，即使歷經數個世紀，仍可豐富無窮後代的生活。文化公共財所提供的效益，不僅使該世代的人受益，也可以使後代所有人受惠，而屬於人類社會的資產。更重要的是，因為文化公共財，具有空間與時間的外溢效果，為了達到文化公共財之資源配置效率，必須考量此跨世代之外溢效果<sup>241</sup>。由此觀之，原住民族之文化表達，乃之前世代（原住民族之祖先）傳遞給後代的文化資產。對於此項資源的配置，不能僅以當代法律規定或個人之偏好追求為依據，否則可能發生「現在」消費「過去與未來」的搭便車行為。而原住民族高度利他主義的生活哲學，將下一代的未來當做自己福祉的一部分，更能作為配置智慧創作專用權的判準之一<sup>242</sup>。

綜合上述分析，可以清楚發現，將原住民族文化表達納為財產權保護之標的，並無必要讓權利人（原住民族）內化所有「正外部性」。本論文第二章第二節第二項關於建構實體財產權之理論觀點——「內化外部性」、「避免公有悲劇」、「圈地理論」——顯然均不適合用於闡釋智慧創作專用權之正當性。是以，本於重現原住民族文化主體性，促進一般社會大眾社會接近、了解及尊重原住民族文化，並以原住民族「互惠共享」的財產觀為基礎，再考量跨世代公共財的特性。從「知識外溢」的觀點出發，更能精確理解「權利保護」與「文化流動」的交互關係，進而在「保護」及「促進」原住民族文化之間取得平衡。

以「大巴六九部落」授權卑南族古調予唱片公司之爭議為例。其癥結點並非授權行為本身，而是授權之程序未能整合族群之意見，導致族群內部不同部落之間看法歧異。如果從「原住民族文化主體性」以及「原住民族文化表達外溢」的觀點而言，大巴六九部落之授權行為，雖與原創條例之規定不符（因上開古調未

<sup>239</sup> Todd Sandler 著，葉家興譯，前揭註 229，頁 221。

<sup>240</sup> 關於稟賦之介紹，請參見關於法律經濟學之發展，請參見林三元，「法律經濟學之發展特別報導——從有效率的公平正義出發」，科技法學評論，第 1 卷第 2 期，頁 276-277（2004）。

<sup>241</sup> Todd Sandler 著，葉家興譯，前揭註 229，頁 224-229。

<sup>242</sup> 跨世代資源最適配置之判斷標準，可能有不同的權數分配。如果將當代與未來世代的福祉看成同等重要，給予相同的權數，可說是高度利他主義的體現。如果給予當代較多的權數，則表示隱含了東方哲學的觀念，亦即將兒孫的未來當做自己福祉的一部分。因此，跨時代資源配置準則，牽涉到倫理學、哲學、經濟學與宗教思想的互相影響。在不同的文化社會，會發展出不同的判準。請參見同前註，頁 230-231。



經審核通過取得專用權)，但仍屬適當。正如同大巴六九部落文史工作者巴代所言：部落同意授權，並非看重授權金，而是要一個起碼的「尊重」。而「尊重」所代表的正是文化主體性的表現；「並非看重授權金」則是文化外溢的精神！

本論文基於以上之觀點認為，原創條例賦予原住民族傳統文化表專用權，其財產權之正當性判斷理論，亦即智慧創作專用權合理化之理論，並非向來財產權理論觀點（內化外部性、避免公有悲劇、圈地理論），而是基於「重現原住民族文化主體性」以及「擴大原住民族文化表達外溢效果」！

基於上開論述，本論文雖已嘗試提出智慧創作專用權之正當性判斷論述，亦即原住民族傳統文化表達財產化之合理性理論。然而，原住民族本有各個族群之傳統規範，但是部落習慣未能受到國家法制之尊重，導致衝突爭議不斷。如何在原住民族文化自治的原則下，縮短國家法律規定與部落期待之間所產生之落差、解決規範衝突之問題，亦屬原創條例另一個重要的議題。以下再就此予以詳述，並提出本論文之觀點。

#### 第六項 規範衝突與原住民族自治

在國家法制進入部落之前，原住民族本有其運行已久之傳統規範。例如：賽德克族傳統法律規範，在於體現以 *gaya/waya* 為中心的世界觀。*gaya/waya* 是由祖先遺訓所形成的習慣法則，泛指一切的風俗習慣、社會規範，也是與神靈（*Utux*）溝通的依據。時至今日，*gaya/waya* 仍是賽德克族人奉行的行為準則<sup>243</sup>。可見原住民族在部落之日常生活，依然受到傳統規範之約束，而該傳統規範如與國家法制衝突時，應該如何調和？換言之，部落的穩固規範制度，如何與現代國家法制對話或接軌，才能實現原住民族傳統文化表達財產化（重現原住民族文化體性以及擴大文化外溢效果）之目的呢？本論文認為，其關鍵在於原住民族自治精神的體現！

##### 一 傳統的規範力量——「老人家說的話」

原住民族對於生活經驗以及規範的學習，都是透過代代相傳的方式，由經驗豐富的長者告知年輕一輩如何實踐祖先的遺訓。並以口述、詩歌、舞蹈等方式，教導年輕族人，有關族群的歷史、文化以及典故<sup>244</sup>。例如：賽德克族人賴以維繫

---

<sup>243</sup> 蔡志偉（*Awi Mona*）、潘英海，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第八期委託研究計畫——賽德克族結案報告，行政院原住民族委員會委託研究，頁 21-22（2011）。

<sup>244</sup> 周惠民，前揭註 197，頁 93。

的中心思想 gaya/waya，其中一個面向所指的内容就是「老人的遺訓<sup>245</sup>」。又如泰雅族人太魯閣族人在部落與家庭中，分別是以 gaya、gaga 作為規範依據。對族人而言，gaya/gaga 就是律法，而律法就是老人家的話<sup>246</sup>。以下受訪者對於老人家說的話，也同樣抱著遵從的態度：

「我們在國家劇院演出的時候，四個部落整合就很難了，到最後我就一句話，我說好啦，你們說…，你們的老人家說這樣，你們的老人家這樣…，好啦…，我們就不妨聽老人家講的，祭典的時候是什麼方式，是用怎麼樣的呈現，然後我們就學習嘛，這個時候四個部落…，啊老人家在這裡，我們大家一起學習，後我很高興的是我們真正的那個…，嗯…，祈禱小米豐收的這個歌的順序，三個部落都學到了這樣<sup>247</sup>。」

「所以…，所以我剛剛就在講啊…，講說你要提出一個那個…，那個部落自己決定，很重要啊…。那個部落爭執的故事就是這樣子，那後來為什麼會停止那時候的執爭，那是因為我們的…，我們同期有很多的老人家…<sup>248</sup>。」

「我進到一個部落，如同我到美國，到日本，到韓國一樣…，我進去的是一個完全陌生的…所以我是尊重的…我是謹慎的，我是小心的…。進到任何一個部落喔，不是族群喔…，任何一個部落，因為可能同屬於這個部落其他族群的東西…，或許有東西是可以適用在這裡。但是，它絕對不是，它絕對不是百分之百的，它絕對不是百分之百的…，你進來了，你…，像阿美族，ok…，阿美族這麼多的歌曲，你做下了，好…，你覺得你可唱了，你唱了，老人家會很高興，清楚告訴你，你現在唱的是馬蘭阿美…，你現在唱的是都蘭阿美，你會汗顏啦…你會汗顏啦…，好，你怎麼去認定<sup>249</sup>？」

「我說我們從小就是在我們自己的部落的老人家的那種學習啊，傳承啊，聽啊…，只是我們不會拿文筆寫嘛…。對…，我們就是說只差不會寫…<sup>250</sup>。」

「以前的祖先的雕刻為什麼那麼健壯…。N年後的今天所雕刻出來的這些人類，這些雕刻品，為什麼那麼福胖…？然後，再仔細觀察我們的族人，當然很明顯，他們都已經有啤酒肚…。很明顯，他們營養已經過量了…。怪不得

---

<sup>245</sup> 同前註，頁 25。

<sup>246</sup> 謝世忠等，前揭註 236，頁 69。

<sup>247</sup> A2 受訪者訪談資料。

<sup>248</sup> A7 受訪者訪談資料。

<sup>249</sup> A10 受訪者訪談資料。

<sup>250</sup> A2 受訪者訪談資料。

這些雕刻師們眼睛看到的這些族人是那副德性…。當他的雕刻轉型到…，當他的是…，那個所看的，轉型到他的作品的時候，很自然的，那一件雕刻品會福福胖胖的，絕對是跟一百年前老雕刻師所雕出來的那種有肌肉的，一定有差別，這個都是屬於被觀察的對象…。嗯…，我相信老人家講的一句叫做『最好的老師，就是你的環境<sup>251</sup>。』」

由訪談資料可知，「老人家說的話」代表著原住民族傳統的規範力量。而這些傳統規範，對原住民社會而言，幾乎就等同於現代國家之法律，一旦違反規範，即會受到相對應的處罰<sup>252</sup>。因此，不論是原創條例第 4 條關於智慧創作的認定標準或第 5 條遴聘（派）之智慧創作審查代表，均應參考部落耆老之意見，才能正確認識智慧創作之內涵，避免出現受訪者所述，誤解「馬蘭阿美」與「都蘭阿美」的窘境。此外，依原創條例第 6 條規定選任代表人，如出現族群或部落對於代表人人選產生爭議時，主管機關亦可將部落耆老定位為「紛爭解決」之機制。並明定於選任辦法之中。正如同上開受訪者所言：「老人家在這裡，我們大家一起學習。」

再者，依據 North 的看法：「制度乃是一個社會中的遊戲規則。更嚴謹地說，制度是人為制定的限制，用以約束人類的互動行為。因此，制度構成了人類交換的動機<sup>253</sup>。」North 更進一步指出：「制度基本上包含非正式約束（道德、習慣、自我行為控制規則）與正式規則（規範、法律、憲法），以及這兩者的執行特徵。更重要的，制度共同界定了社會的誘因<sup>254</sup>。」由此而論，「老人家說的話」構成了原住民族傳統習慣規範（非正式規則），並與國家法律制度（正式規則），共同規律了部落秩序，也建構原住民族與主流社會的文化經濟活動平台。申言之，正式規則與非正式規則提供了經濟交換的社會秩序，特定資源的交易市場也因此產生。而在交易市場中，正式規則的首要任務就是清楚界定財產權範圍與交易規則。相對地，非正式規則是提供特定組織內部互動的規範標準。正式規則與非正式規則兩者交互作用的結果，影響了社會發展以及市場結構<sup>255</sup>。而原住民族傳統文化表達之規範機制，除了透過原創條例——正式規則——釐清財產權範圍以及交易

---

<sup>251</sup> A13 受訪者訪談資料。

<sup>252</sup> 高德義等，前揭註 12，頁 214。

<sup>253</sup> Douglass C. North 著，劉瑞華譯，制度、制度變遷與經濟成就，頁 7（1994）。

<sup>254</sup> Douglass C. North, *Economic Performance Through Time*, NOBELPRIZE.ORG (Dec. 9, 1993), [http://nobelprize.org/nobel\\_prizes/economics/laureates/1993/north-lecture.html](http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1993/north-lecture.html).

<sup>255</sup> Neil Fligstein 著，鄭力軒譯，市場的構造：21 世紀資本主義社會的經濟社會學，頁 11-12（2007）。

規則之外，更不能忽視老人家說的話——非正式規則——的約制力量。如此才能構築符合原住民族法律感情的規範制度。

總之，原住民族透過口語相傳的方式，將老人家的話傳承下去，老人家的話也就成為族人的生活規範。例如：原住民族對於資源的使用管理，無庸透過複雜的法律制度為之，向來僅依照口頭約定方式為之，再由頭目或長老見證即可<sup>256</sup>。從這個角度觀察，原住民族的法律觀念，即是踐行老人家說的，族人的生活及互動，無論在公私場合，均由祖訓規範。從另一個角度觀察，原住民族的法律觀，係表現在「沒有文字」的傳統法律制度之上。

## 二 「沒有文字」的傳統規範制度

原創條例規範的客體乃原住民族「文化成果之表達」，而文化一詞，卻具有高度不確定性的概念。本章第二節第三項探討原創條例「權利客體」(文化表達)之義涵，對於文化的理解，係側重在文化的「客觀事實」。但 Kymlicka 在探討少數族群權利時，則將視角置於「社會性文化」。其認為文化是一種為其成員提供有意義的生活方式，並以一種共享的語言為基礎；文化本身不僅包括共享的記憶或價值，也包括共同的制度和習俗，文化成員擁有了「一套共享的傳統和習俗的詞彙」，而社會性文化必須在制度上加以體現，才具有意義<sup>257</sup>。因此，從原住民族之語言基礎出發，探討原住民族「沒有文字」之規範傳統，才能正確描繪部落觀點下的原創條例：

「因為，因為以前我們大部分都是用神話故事去做傳說，喔…，傳說以前怎麼樣，以前怎麼樣…。啊…，過去我們的老祖先，他們的…他們以前…，其實喔…，嗯…，就是說一般人都是用小說，或者是神話…去看待它，其實它…，沒有人用法律的那個概念去陳述它…<sup>258</sup>。」

「原住民文化本來是口述傳說…，那之後就是有，有，有…，有一些機制了，那會玩的人，就開始去投入，那不會玩的人，就是被排擠掉了…。那樣的人，他就會找…，就會成立一個什麼協會啦，什麼表演團體啦，啊反而造成裡面的鬥爭，因為他們就知道說原來有錢，喔…，有，有在運作，有什麼…，

<sup>256</sup> 謝世忠等，前揭註 236，頁 98。

<sup>257</sup> Kymlicka 將之稱為「社會性文化」，是為了強調文化成員之間，除了擁有共享的記憶或價值之外，也接受共同的制度與習俗。而此制度或習俗，必須體現在制度之上。See KYMLICKA, *supra* note 13, at 76-77.

<sup>258</sup> A3 受訪者訪談資料。



啊就會常常吵架…<sup>259</sup>。」

「你也知道，大概你也知道，其實在，在整個法律體系的…，把原住民這些喔，當作習慣法嘛，那個習慣法其實沒有明文被列出來耶。所以你剛剛提到那個東西，就是把它所謂原住民的習慣法，把它條例化後，呈現出來喔<sup>260</sup>。」

「本來，自古以來，這些東西本來就是這樣的呀…，這樣下來的。啊這會碰到什麼樣的東西，會，會分，分支或是怎麼樣，那些也不可考了。我們也不曉得會變成…，變成什麼的，那基本上就是說原住民本來自己就有法令啦。喔…，那都…，幾乎都是口述啦。啊各個部落自己也…，剛才我所講的，各個部落一定會有自己的一個，歸屬的一個社會結構裡面，一定會有…。啊你不能怎麼樣，你不能怎麼樣，怎麼樣，大家說，頭目說應該是怎麼樣，怎麼樣…，就 ok 了。那頭目…，其實我們世襲下來都是一個頭目制下來，很多東西都是頭目規定的…。喔…，很多東西都是頭目規定的，所以有一些基本法裡面，就是所謂你們以前的法就是頭目嘛，他說出來的東西…，頭目說的就是法律…就是法律嘛…這個意思嘛。所以呢，你說頭目這樣，你延續下來的東西，啊每一個朝代…，啊比如說下一個朝代，他不一定要使用你那個東西啊<sup>261</sup>。」

「基本上頭目的地位，就是在婚喪喜慶，還是擁有他的地位…。這個…，我們也不希望這個抹滅掉，因為排灣族自古以來，就是因為有這樣的一個支系，有這樣的一個組織，才擁有，才能夠這樣幾千年來不會滅掉的意思…。因為大家好像有一個共同承認的一個法令在這，啊社會的制度跟階級制度，就一直延續我們到現在的意思…<sup>262</sup>。」

「我們沒有法律的文字…，嗯…，我講百合花就好了…。以百合花，像我們女孩子喔，一戴上去，假如說你這個女孩子從小到大，你是…，假如說我…，他經過一種儀式，一次、兩次、三次的儀式，被…，她戴那種百合花我們叫□□□嘛…(原住民語)。那□□□(原住民語)，如果是一個的話，就表示那個女孩子，嗯…，如果還沒有結婚，可是她戴一個，那表示說這個女孩子通過這樣的一個儀式，才可以戴那個在一個重要的場合，她戴兩個，表示說她有經過那一個儀式，啊男生的話，一樣獵到我們的山豬了…那隻山豬是公的，

<sup>259</sup> A3 受訪者訪談資料。

<sup>260</sup> A5 受訪者訪談資料。

<sup>261</sup> A6 受訪者訪談資料。

<sup>262</sup> A6 受訪者訪談資料。

你才可以配戴那個百合花，一朵的百合花。我們還是有一些規範啊…，只是那這些都沒有明文…。那這個，這個儀式的話，像這樣的一個方式，才能擁有那個權利的，魯凱、排灣都有…<sup>263</sup>。」

由訪談內容可知，原住民族的傳統規範並非以文字的方式存在。對於原住民族法律規範的研究，也只能透過他族（漢人、日本人、歐洲人）的文字記載瞭解原住民族之法律制度。可見原住民族法律規範，是在部落中由老人家在特定場合，透過特定之方式傳遞教導給下一代，而其規範效力所及之範圍，當然也僅限於特定之部落，將原住民族傳統規範理解為「部落法」，自屬適當<sup>264</sup>。例如：撒奇萊雅族就是透過「歲時祭儀」以及「會所聚會」之方式，由部落中的長者將族群文化傳承給年輕人<sup>265</sup>。是以，原住民族文化命脈的延續，除了必須在現行法制體系中建構規範框架之外，更應該將原住民族「沒有文字」的規範納入現行法制之中，並以之作為解釋智慧創作之依據。而包括智慧創作的種類、範圍、權利歸屬等等議題的討論，都必須回到部落才能發現真義<sup>266</sup>。

然而，語言，尤其是文字，往往是一種能力的表現，而且與權力有相當程度的關連結合。當政府大力推行「說國語」運動時，相較於閩南或客家族群，原住民族因為與漢文化的隔閡，有著極深的自卑感。更有甚者，因為語言的弱勢，原住民族「符號世界」被瓦解之後，直接受到影響的是他們的「內在法律」的建構。換言之，原本透過口傳而來的部落規範，係根植於民族文化、社會價值或風俗習慣。但是當原住民在語言表達上受到打擊之後，存在於部落的控制機制，隨著失去堅強的文化憑藉。而當「自律」機能失調，加上「他律」的國家法制進入部落，原住民發現神話故事不再被傳頌、頭目的地位式微，舊有的規範力量漸漸失去，但對國家法律確是陌生而有距離感。可以想見，原住民族無可迴避地面臨了規範衝突的困境<sup>267</sup>。

---

<sup>263</sup> A7 受訪者訪談資料。

<sup>264</sup> 王泰升，台灣法律史概論，頁 21-23（2004）。

<sup>265</sup> 楊仁煌，「撒奇萊雅族無形文化建構之研究」，台灣原住民族研究季刊，第 3 卷第 4 期，頁 138-140（2010）。

<sup>266</sup> 美國學者為了研究印地安民族對於傳統文化的規範情形，針對 351 個印地安部落進行「部落法」(tribal law) 的實證調查，對於建立部落主權的概念，有相當的助益。See generally Angela R. Riley, "Straight Stealing": Towards an Indigenous System of Cultural Property Protection, 80 WASH. L. REV. 69, 100-01 (2005).

<sup>267</sup> 孫大川，「有關原住民母語問題之若干思考」，夾縫中的族群建構：台灣原住民的語言、文化與政治，頁 16-18（2010）。

### 三 現代法律制度與主流文化的入侵

如前所述，原住民族本有其運行已久的傳統規範。但是，當強勢的文化夾帶不同的價值觀念進入部落，加上國家法律的管理統治，對於既存的原住民族傳統規範，不免產生重大的影響<sup>268</sup>：

「那我覺得為什麼會產生這樣的原因，是因為外面的誘惑很大，然後你又不了解…，你不了解我們的文化，已經…，我覺得是大環境給我們的一個價值觀啦。大環境認為說那是對的，那我們就認為…，因為我們又不了解自己，然後那是對的，我們就按照大環境給我們的一個標準，我覺得那是不公平的<sup>269</sup>。」

「甚至現在很多人都…，嗯…，把傳統的法令跟任何東西也在挑戰啊。一樣啊，那現在你去看跳舞，全部大家都可以戴羽毛，戴什麼…，那個就是無形中…無形中，頭目的權利，權利慢慢的變弱，沒有辦法，沒有辦法…。你說頭目，你去罵看看，也沒有人去理你啊，就這樣子啊，有的人年輕人…，我管你啊…<sup>270</sup>。」

「可是喔…，如果你不去用…，不用漢人的思考模式去處理的話，你會常常違法，而且你會不能生存<sup>271</sup>。」

「我很懷疑原住民有沒有能力打官司，因為原住民在法律上是弱勢，碰到問題都會最後都會縮頭，法律文字太複雜了啦<sup>272</sup>！」

「如果把這個（階級制度）打破喔，那我們排灣族要怎麼，怎麼認定自己的文化基礎在哪裡，沒有嘛…對不對…？其實我，我坦白講啦，今天的地方自治，包括選舉制度喔，對我們是一個非常強烈的傷害。其實喔，我們很不適合選舉這個制度。我們的制度本身就是階級那個制度，已經對我們來說是非常完美了我們彼此之間沒有高低之分，我們是責任輕重之分，這樣子的一個，一個社會組織，但是沒辦法，我們無法抗拒那麼龐大的一個外來的…浮蓋式

<sup>268</sup> 關於原住民族傳統習慣與國家法制之衝突情形，原民會已委託專家學者完成目前 14 個族群之調查報告。請參閱「原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制」第一期至第八期之研究報告。

<sup>269</sup> A7 受訪者訪談資料。

<sup>270</sup> A6 受訪者訪談資料。

<sup>271</sup> A2 受訪者訪談資料。

<sup>272</sup> A20 受訪者訪談資料。

的那個…，全面浮蓋式的這個力量啊<sup>273</sup>。」

「所以我的意思是說，現在的法令會有鬆動的意思…，部落法…，**部落法已經鬆動了**…。那這個是受到整個…，就是外面的這種…，就是從日…，從荷蘭人、日據時代這樣慢慢的…<sup>274</sup>。」

從受訪者表達之看法可知，當國家體制進入部落之後，傳統規範雖已逐漸式微。「鄉長」、「鄉公所」等國家機器開始管理部落事務，「頭目」、「部落會議」等傳統領袖與決策機制，雖然仍舊影響著部落生活，但兩者之間如何調和，才是目前最大的困難<sup>275</sup>。例如：雅美族人的祖先說：「海中飛魚是天上的人所管理的魚類，而我傳給族人吃飛魚的文化，便是從他們口述得知，你們應代代相傳。」因此，飛魚神話故事流傳到每個部落，建構了「拼板船、飛魚、雅美人」的重要文化意涵<sup>276</sup>。以飛魚文化為核心的自然資源利用與管理機制，至今雖仍為雅美族人所遵循。但由於相關國家法律的規定，使得雅美族人長期以來共同遵循的傳統規範，受到巨大的衝擊。

每當飛魚季節來臨時，經常發生台灣其他漁會漁船與蘭嶼漁船在海上對峙、衝突的事件。雅美族耆老即指出：「……我們最討厭的就是那些來自台灣的漁船或漁民，更可惡的就是他們哪種大肆濫捕的作法。**我們雅美族人抓魚是拿取我們所需的份量，而那些台灣來的漁船的作法就不跟我們一樣，他們利用放長線、好幾千個魚釣，將海底的生物一網打盡**<sup>277</sup>。」上述爭議現象的原因，在於依「漁業法」第 2 條、第 44 條之規定，國家擁有資源管理及漁業結構調整之權限，雅美族人因而失去對蘭嶼海域的傳統管理力量。台東縣政府依據上開漁業法之規定，雖已公告「蘭嶼海域漁業禁止及限制事項」，依該事項之規定，每年 2 月 1 日至 7 月 31 日，禁止 10 噸以上漁船於蘭嶼沿岸 6 海浬海域內從事追逐網與流刺網漁業。但仍有人派遣 10 噸以下漁船前往蘭嶼海域 6 海浬以外作業，甚至派遣 12 噸級以上漁船在附近待命圍捕海洋資源。海洋資源逐漸枯竭，甚至無法捕獲飛魚，對雅美族人而言，已經形同「滅族」<sup>278</sup>！為了解決上開爭議，台東縣政府於 2008 年 3 月 17 日，邀集相關單位進行研商蘭嶼海域飛魚漁業資源管理與禁止及限制措施會議，會議達成共識為：一、將原先 6 浬海域調整為距岸 3 浬內及 3 至 6

<sup>273</sup> A5 受訪者訪談資料。

<sup>274</sup> A6 受訪者訪談資料。

<sup>275</sup> 高德義等，前揭註 12，頁 215。

<sup>276</sup> 同前註，頁 174-176。

<sup>277</sup> 同前註，頁 231-232。

<sup>278</sup> 同前註，頁 233-234。



裡兩海域。二、在距岸 3 哩內海域的漁撈作業條件：1.完全保留給達悟族人以小型船筏(獨木舟)作業；2.其他非蘭嶼當地籍各類動力漁船筏全部禁止進入作業；3.全年禁止扒網、焚寄網及棒受網等燈火漁業作業<sup>279</sup>。由此可見，國家法律與原住民族傳統規範之衝突，至今仍然存在難以解決的困難。而其中所隱含的問題，不只是規範層面的爭議，更重要的文化背景衝突，導致對於資源利用的態度不同。正如同雅美族耆老所說的：雅美族人抓魚是拿取所需的份量，但是台灣漁船卻是將海底的生物一網打盡！

當國家法制強行管理部落傳統事務，以及外來文化價值不斷入侵之後，為了讓原住民族取得與主流社會文化平等對話，國家法律必須提供一定的保護機制，確保原住民族之主體地位<sup>280</sup>。而原創條例賦予智慧創作專用權，彰顯的是群體差別的權利以及原住民族的文化主體性。此種群體差別的權利，可以讓原住民族取得與主流文化對話的法律上地位<sup>281</sup>。換言之，藉由國家法制保護原住民族集體文化表達之權利，即可讓原住民族得以平等地進入主流文化，進而建立其主體性地位。但是，個人主義之憲政基礎，乃以保障個人權利為主軸，如何建構「集體權利」之理論基礎仍有爭議<sup>282</sup>。

憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 條項前段規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」；「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。」原住民族法律地位之保障，雖已透過修憲程序，明文記載於我國憲法增修條文，而上開憲法規定對於原住民族地位之保障，究竟是一種「基本權利」或「基本國策」？在憲法學者之間，亦有不同的辯證<sup>283</sup>。但是，憲法價值必須落實於具體的法律規定，如同憲法增修

<sup>279</sup> 鄭錦晴，「蘭嶼飛魚漁業資源管理獲共識」，中華日報 B2 版，2008 年 3 月 18 日（引用自高德義等，前揭註 12，頁 235）。

<sup>280</sup> 舉例而言，當資本主義鼓勵生產的觀念進入部落之後，造成部落社會內部的變遷，不僅改變原住民對於土地的利用觀念，甚至破壞原住民對於傳統財產權的認知。政府雖然制訂了「原住民保留地管理辦法」等相關政策，緩衝了原住民面對外來的強大壓力，但另一方面，也可能造成資本主義「合理化」進入部落社會。如何解決「公有財私有化」的爭議，是國家與部落應該一同面對的問題。紀駿傑、陽美花，「原住民族傳統領域問題分析與建議」，台灣原住民政策變遷與社會發展，頁 472-473（2010）。

<sup>281</sup> KYMLICKA, *supra* note 13, at 125-26.

<sup>282</sup> 關於原住民族主張集體權利與個體權利之論辯，請參見 KYMLICKA, *supra* note 13, at 34-48。國內學者之討論，請參見辛年豐，前揭註 169，頁 187-245。

<sup>283</sup> 林明昕，「原住民地位之保障作為『基本權利』或『基本國策』？」，憲政時代，第 29 卷第 3

條文第 12 條所揭示「其辦法另以法律定之」。因此，保障扶助及促進原住民族之文化發展，終究應透過立法之方式體現。

換言之，保障原住民族之地位及文化發展，無論在憲法學理上應定位為基本權利或基本國策，立法機關乃責無旁貸，必須實現該憲法價值。我國於 90 年 1 月 17 日公布施行「原住民身分法」；於 90 年 10 月 31 日公布施行「原住民族工作保障法」；於 94 年 2 月 5 日公布施行「原住民族基本法」。上述法令規章之規範目的，雖然都展現對於原住民族地位之保障及文化之尊重。但大都是保障具有原住民身分的「個人」，對於屬於原住民族「集體」應該擁有的傳統智慧或文化財產權，仍舊無法透過上述法律獲得落實。有學者即認為「一個具有原住民身分的人，除了原本可以主張憲法所保障的基本權利外，又可以主張基於其原住民身分而享有的非個人資源，如此就包括了原住民族傳統領域、文化財產、或是少數民族應受保障的權利<sup>284</sup>。」此項觀點指出了對於原住民族財產權保障或資源分配的特別之處，而原創條例既已肯認原住民族之「集體權」，則對原住民族而言，無論學理上之爭辯如何，立法保障原住民族集體權（智慧創作專用權），雖具有上述的正面力量（確立文化主體性）。但是，國家法制對於部落傳統規範，產生了重大的影響，兩者之間如何調和，並從中尋找平衡點，則有待進一步釐清。換言之，當國家法制進入部落之後，原住民族傳統規範應該如何落實，其中牽涉到根本問題即在於法律文化的理解尊重。

#### 四 國家法制下的部落傳統規範

當原住民族傳統規範與國家法律相相遇時，總是無奈地退縮與迴避。正如同 Kymlicka 所說的：「我們必須承認，占多數地位的民族，通常有強大的利益來拒絕少數族群的自治權利<sup>285</sup>。」雖然憲法增修條文第 10 條第 12 項前段規定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障並促其發展，其辦法另以法律定之。」但是，當部落傳統規範與國家法律體系衝突時，對於傳統規範能否得到尊重，受訪者仍有許多疑慮：

「像這個是讓部落掉入外圍的法律的那個系統，因為部落自己本身有自己的一個…，嗯…，就是有關權益的一個系統在啊…。因為，因為這個關係，就

---

期，頁 335-358（2004）。

<sup>284</sup> 陳妙芬，「『原住民族之法意識及權利保障』座談會議題討論」，台灣本土法學雜誌，第 47 期，頁 102（2003）。

<sup>285</sup> KYMLICKA, *supra* note 13, at 123.

掉到法律系統裡去，因為從來沒有人說，該要多少個人才是，因為那必須是部落認同的東西。那叫文化認同，就不會有任何的異議。那今天變成要經過法律的那個…，嗯…，條文，或者是要多少人，然後才，才對的話，有時候會…，就是…，我，我不知道對不對…，當然這是一個更正面，就像更正面的…。因為我們不知道它施行之後，或者是要去申請嘛，需要別人來保護這個東西…，這個是比較，比較擔心…<sup>286</sup>。」

「接受法律教育的人，對於一、二、三、四、五…，這種條理性的東西，是非常清楚明確的，他不太容易接受我們原住民的跳躍式的思考，…呵呵…<sup>287</sup>。」

「我的想法是說，因為他要用他的法來統治我們，他就不會讓你的習慣法再繼續在這個部落…<sup>288</sup>。」

由受訪者表達之意見可以看出，以市民社會的法律處理原住民族的傳統事務——用他的法來統治我們——從原住民族的角度觀察，猶如一種法律繼受的過程。有學者即認為，在主流社會法律規範之下，原住民族財產權（土地、文化表達）均無法依據原住民族傳統習慣規範取得保護。當國家法律與原住民族傳統規範難以同時並存時，在保護文化表達之議題中，如果嘗試將原住民族傳統規範納入國家智慧財產法制之中，經常招致「古老、不具彈性、不文明」等批評<sup>289</sup>。因此，在市民社會知識體系下養成之法律人，能否理解原住民族的傳統規制，仍是讓人存疑。歷史的經驗告訴我們，在法律繼受的過程中，難免帶來更多待以解決問題，而解決這些問題的根本在於「規範的實質合法化」。

在法律合法化的論述中，比利時法學家 Mark Van Hoecke 討論了常見的形式合法化以及實質合法化後，並提出了合法化的第三種類型，即溝通的合法化（communicative legitimation）。Hoecke 試圖從溝通的視角理解法律，他認為法律並不是為「人的行為」提供描述或解釋，而是為「人的行為」以及「人的溝通」提供一種框架（*frmae*）。他說：「法律本身在根本上也是基於溝通：立法者與公民之間的溝通，法院與訴訟當事人之間的溝通，立法者與司法者之間的溝通，契約當事人之間的溝通，某一審判中的溝通。更重要的是，合法性的溝通，應該處

---

<sup>286</sup> A8 受訪者訪談資料。

<sup>287</sup> A10 受訪者訪談資料。

<sup>288</sup> A13 受訪者訪談資料。

<sup>289</sup> See Danielle M. Conway, *Indigenizing Intellectual Property Law: Customary Law, Legal Pluralism, and the Protection of Indigenous Peoples' Rights, Identity, and Resources*, 15 TEX. WESLEYAN L. REV. 207, 211-212 (2009).

於法律合法化的框架之中：法律人之間的一種合乎理性的對話是正確地解釋和適用法律的最終保證<sup>290</sup>」。Hoecke 所提出之觀點，雖有助於人們體認到規範合法化的歷程在於溝通。但在法律制定及施行過程中的有效溝通，則必須立基在文化背景之上，而不能僅從法律專業人士的觀點思考，否則即無法充分理解溝通雙方對於法規範之認識，甚而形成一種沒有交集的溝通。

美國史丹佛大學法學院教授 L. M. Friedman 在探討合法性理論時，針對「法律文化」的概念提出了值得參考的論述。首先，Friedman 提出法律文化的意義，其認為：「法律文化意指，社會中特有的態度、價值和意見，也兼顧社會中法律、法律體系和社會的其他部門<sup>291</sup>。」Friedman 進一步說明：「法律文化決定了人們於何時、何因及於何處利用法律制度或法律過程，也決定了人們何時利用其他制度或甚至袖手旁觀。換句話說，文化因素是主要的構成要素，它彙集靜態結構和動態規範，將之轉換成活生生的法律體。若再加入法律文化，就如時鐘上緊發條或機器接上電源，每樣事情都活動起來<sup>292</sup>。」是以，文化賦予法律真正的生命，沒有文化底蘊的法律制度，即使具備完美的邏輯與精準的文字，仍舊無法獲得社會的認同。而制定與原住民族相關的法律制度時，如果欠缺未能考量原住民族之文化背景，即可能出現「溝通錯誤」的規範內容，而失去了良法美意的初衷！

可惜的是，我國原創條例立法過程中，側重「它山之石可以攻錯」的借鏡過程，欠缺理解原住民族傳統文化之正當合法性的立法溝通。詳言之，原創條例在立法過程中，立法院內政及民族委員會，於 92 年 5 月 19 日審議原創條例草案時，曾決議如下：「有關『原住民族傳統智慧創作保護條例』草案之審查，為期周延，行政院原住民族委員會應蒐集各國相關法律制度，尤其應將突尼西亞、阿爾及利亞、塞普路斯、賽內加爾及斯里蘭卡等國之著作權法有關『民俗創作』之規定翻譯成中文，送交本院內政及民族委員會參考，內政及民族委員會再辦理公聽會，始再繼續進行本法案之審查。」原民會依據上開決議，於 92 年 8 月 4 日完成各國著作權法之翻譯並送立法院供立法委員參考<sup>293</sup>。

由上述立法經過可以得知，我國立法機關在原創條例立法期間，並未詳細研

---

<sup>290</sup> Mark Van Hoecke 著，孫國東譯，法律的溝通之維，頁 12-14（2002）。

<sup>291</sup> Lawrence M. Friedman 著，吳錫堂、楊滿郁譯，法律與社會，頁 114（1991）。

<sup>292</sup> 同前註，頁 114。

<sup>293</sup> 立法院公報，第 96 卷第 85 期，院會紀錄，頁 96-99，2007 年 12 月。此外，有關中國、突尼西亞共和國、塞內加爾、菲律賓、巴拿馬、千里達及托巴哥共和國，以及已開發國家如美國、英國、澳洲加拿大等國家，對於保護智慧創作之立法內容，請參閱林正杰，民俗創作保護之研究，國立交通大學科管理學院在職專班科技法律組碩士論文，頁 109-123（2009）。



究我國原住民族對於法案內容之看法。相反地，立法者係以外國法制如何規定，作為立法的參考依據。立法院因而決議，要求主管機關即行政院原民會必須翻譯外國法律，送交立法院參考。然而，外國法律如何規定，究竟對台灣地區原住民有何影響？移轉或借用外國法的規定，果真能建立原住民族之文化主體性？此種立法模式，一再重演我國過於重視外國法的立法經驗，忽略探討本土法律社會現象的重要性。欠缺溝通過程的立法，不免使得國家法制與部落傳統規範之間產生衝突。筆者在進行實證訪談時，受訪之原住民文化工作者，對於原創條例大多表示「未曾與聞」。此更加證明了原創條例在立法過程中，欠缺與部落之溝通，國家法制下的原住民族傳統規範，依舊是處於「被忽略」的位置，實在令人不安<sup>294</sup>！

因此，以現代西方法制思維建構的原創條例，如何在傳統的部落規範中找到適切的位置，進而妥適地調和「文化傳承」與「財產保護」的衝突，都必須透過不斷地溝通，如此才能讓原創條例在部落中取得合法正當性！換言之，原創條例之立法精神在於重現原住民族之文化主體性，使主流社會得以認識、尊重原住民族文化，以及本於原住民族之分享天性，擴大智慧創作之外溢效果，提供社會更多的創作素材。而在法律實際運作之後，主管機關必須隨時透過溝通的歷程，不斷體察反省，避免忽略部落的聲音，甚而出現傳統規範邊緣化的現象<sup>295</sup>。

## 五 立基於部落的多元文化自治

如同本論文第二章第三節所述，原民會委託專家學者進行之研究報告，雖以原住民族傳統規範如何納入現行法制為主題。但均缺少以「文化表達」為規範客體時，國家法制與傳統習慣應如何調和之探討。此外，如何將原住民族傳統規範納入國家法制，或國家法制應如何回應原住民族之傳統規範，應該是一種相互調整的過程。換言之，主流社會必須採取一定的措施，改變相關社會制度，才能包

---

<sup>294</sup> Carroll Seron & Susan S. Silbey, *Profession, Science, and Culture: An Emergent Canon of Law and Society Research*, in *THE BLACKWELL COMPANION TO LAW AND SOCIETY* 30, 33-35 (Andrew Bradstock & Christopher Rowland eds.) (2004).

<sup>295</sup> 應特別加以說明的是，原住民族傳統習慣具有「法」之效力，而可作為法源依據之標準為何？如前所述，臺灣高等法院 98 年度上更（一）字第 56 號判決（樺木案）中雖肯認原住民族之傳統習慣，然係以專家證人之證言以及原民會委託專家學者提出之研究報告，引為判決之依據。但並未於該案中，提出可供參考之判斷標準。而英國牛津大學教授 Carleton Kemp Allen 則提出了六個判斷標準：存在的悠久性、持續性、和平享有、義務性、確定性、一般性。此六項標準，亦可作為我國法院判斷原住民族傳統習慣，是否具有法之效力之準則。See ROGER A. SHINER, *LEGAL INSTITUTIONS AND THE SOURCES OF LAW* 70-72 (2005).

容種族差異所形成的規範落差，而非以國家法制強加予少數族群<sup>296</sup>。受訪者的看法，正足以反應國家缺少尊重部落傳統的現象：

「那麼當然我們是，是不能置外於國家的整個體系嘛，這個是我們心底，心底之痛，但是也必須喔，去接受的一個，一個模式啦，很多文化模式跟圖騰，就是說有分階級，連…服飾也有…就是使用的權利嘛…使用不同的圖騰，不同的服飾，不同能力這樣…象徵他的地位、身份喔，分配嘛…<sup>297</sup>。」

「真正要保護台灣原住民…，不是…，嗯…，保護這個所謂的著作財產權，不是保護…，嗯，嗯…，這些生態…，嗯…，黑熊啊，嗯…，什麼，什麼…，不是要保護這個，你國民政府你要保護的是民族的思想…，嗯…，那叫做什麼…，那個我用母語去…，我先用母語去想一下你們可以聽的懂的國語…思想武裝…<sup>298</sup>。」

「歌曲是流傳的，法律是知識份子想像的，沒有在部落生活過，是不可能瞭解部落的生活方式<sup>299</sup>。」

「那好了…，嗯…，好啦…，不管有多偉大的保護法，你把這個保護法這一章，這一本，你印了精裝本，漂漂亮亮的，然後拿去給…，嗯…，家鄉的…世代做雕刻的…，已經雕刻了不少年了…，而且還蠻有知名度的藝術家，你給他看看…，有嗎…，疑…，我怎麼沒有看過這個東西…呵呵…。我們稱它叫做刀尖與刀背，那個有一段距離…。所謂的刀尖就是很多設定政策的…，假原住民，或者是真原住民…，那個是刀尖…是一些高級知識份子，然後在一個密閉式空間，有個空調，然後他們的便當是一份一百多塊的，然後穿西裝在那邊指令這些草案…，那麼，這樣的一個草案…，嗯…，姑且說原民台或是各大新聞會把它報導，但是呢，最後他的…，他那一件作品，也就是那，那一本書，被做出來的那一本書，離他的刀背太遙遠了，嗯…，然後…離，離部落的想法，跟實際操作的人的想法太遠…<sup>300</sup>。」

由上述訪談內容可知，受訪者均有感於部落傳統規範，未能受到國家法制之尊重。A12 受訪者以「刀尖」及「刀背」的距離，形容法律規定與部落期待的落差，貼切地描述了「Law in Books」及「Law in Action」的現象。因此，問題的

<sup>296</sup> KYMLICKA, *supra* note 13, at 97.

<sup>297</sup> A5 受訪者訪談資料。

<sup>298</sup> A12 受訪者訪談資料。

<sup>299</sup> A19 受訪者訪談資料。

<sup>300</sup> A12 受訪者訪談資料。

重點即在於如何傾聽部落聲音，縮短規範距離，進而具體實現原創條例之立法目的。

詳言之，原創條例之立法目的在於「保護原住民族之智慧創作，促進原住民族文化發展」。不論是採取「保護」或「促進」的方法，其共同目的均立基於原住民族之文化，而文化所涉及的深層意涵在於「他、我的區辨」。亦即，當原住民族致力於尋找族群之間的文化區辨時，法律規範（原創條例）設計，必須能夠協助原住民族在法制基礎上，建構民族認同的基礎，重現文化主體性。而原住民族「文化自治」應該是思考的起點，其具體做法則是傾聽部落之聲音：

「嗯…，我是覺得現代人過現代，現代的方式，但是我覺得原住民有很多同類的一些傳統…，算是制度啦…，那我覺得是要去維護。但是我們山上也不會說，硬性規定說，你一定要怎麼樣子，但是有些…，有些事情還是有的…，例如說好了，你部落裡面，我們…，我們常常有一個什麼部落…，部落機制啊，我們一個禮拜有…，嗯…，有兩天，或一天必需要起來為部落服務…從以前就這樣了<sup>301</sup>。」

「…先到部落裡面，聽部落的意思，我們需要保護的…，我們需要被保護的是什麼，對不對？我們希望在怎麼樣的一個那個法制之下，我們可以有我們的空間…我們也不會被綁死…<sup>302</sup>。」

上開受訪者均肯定部落仍然具有文化傳承的機能，且足以處理原住民族本身的相關事務，而其處理之準則，則是各個族群之傳統習慣<sup>303</sup>。但問題在於，如何將部落機制融入現行法制之內呢？Kymlicka 認為，促進原住民族發展的方式，除了透過法律制度予以保護之外，提供一定的空間（自治區）讓原住民族真正擁有自己的土地及權利，更屬重要的文化保存方式。因為開放的「國界」容易使得原住民族社群，在「非自願」的情況下，受到其他文化的影響，甚至難以確保原住民族以文化基礎的生活方式，能夠繼續傳承與維持<sup>304</sup>。由此可見，原住民族自治與文化的保存及實踐息息相關。然而，由臺灣原住民族居住之現況觀之，同一族群分佈不同地區的情形相當普遍，族群自治的實現，必然受到空間區隔的影響，

<sup>301</sup> A7 受訪者訪談資料。

<sup>302</sup> A20 受訪者訪談資料。

<sup>303</sup> 習慣可說是歷史上最重要的法源，因為習慣通常是法律的最初形式，而且也蘊含了文化的傳承。例如前述賽德克族之 gaya/waya 以及泰雅族、太魯閣族之 gaya、gaga，均是結合了習慣、法律與文化之三位一體的規範。See SHINER, *supra* note 295, at 62-63.

<sup>304</sup> KYMLICKA, *supra* note 13, at 93.

受訪者即表達了一些看法：

「所以人家說…，嗯…，自治區嘛…，你說我們要怎麼自治，好啦…，邵族他們可以自治他們那個範圍啊，鄒族也可以自治他們…。我們就沒有辦法啦…。到處都有…。我們南部、東部、中部都有啊，你要叫我們怎麼規範？就…，我們現在有推動的是…。那個傳統領域啦…，再來就是什麼宗親會啦。比方說我們金家，我們就有一個姓氏的宗親會，我們就會在那邊，大家互相的認識，講一些過去老人家的遷移，還是習慣啦，然後就歌謠這樣，啊告訴小朋友…，我只能簡單這樣做了，不能像排灣、阿美說有那個制度啊，像卑南…，他們的制度很好，我們布農族就很難<sup>305</sup>。」

「你看這整個排灣族群這麼大喔…，排灣當然是屏東為主沒錯，喔…，到那個…，台東也有啊，哪邊也有啊。喔…，以南部來講的話，是最大，很難…，然後他…，我們的風俗習慣又，又，又有所不同，因為我們南排灣，南排灣跟北排灣的也是有一些衝突啊。圖案一樣，我們這邊兩隻羽毛就夠了，他們那個南排灣越多越好，那，那一堆的那種…。就很難處理，你知道嗎…，這麻煩的…<sup>306</sup>。」

上述訪談內容表達了原住民族自治的兩大主軸：如何劃定「族群邊界」及妥適「分配權力」，進而使原住民族得以在某特定區域中，透過現代社會控制機制保護其傳統文化<sup>307</sup>。換言之，所謂原住民族自治，是指「原住民有權利治理自己，即有權利決定自己所有的政治、經濟、社會，以及文化事務，以獲致自主的境界<sup>308</sup>。」因此可見，原住民族自治並無固定之範圍、類型，而必須觀察具體之自治規範，才能正確理解。例如，紐西蘭毛利人對於自治的理解，係以經濟發展、文化認同以及環境保護為主，並未觸及政治自治。而美國印地安人在保留區內，則有相當的自治權，其權力內容與州政府相類似。另加拿大政府在過去 30 年來，透過協議、談判的方式，已成立數個原住民自治政府。而每個自治政府的權力內容均不相同，原因在於各個自治政府都是與聯邦政府談判之後決定自治範圍<sup>309</sup>。例如，居住在魁北克省北部的克里族（Cree Nation），因為魁北克水力電廠開發工程，成為第一個與加拿大政府簽訂土地自治協議的原住民族，不僅影響該族群

<sup>305</sup> A2 受訪者訪談資料。

<sup>306</sup> A6 受訪者訪談資料。

<sup>307</sup> KYMLICKA, *supra* note 13, at 113, 118.

<sup>308</sup> 施正鋒，「原住民族自治區定位之研究」政策建議書，行政院研究發展考核委員會委託研究，頁 5（2008）。

<sup>309</sup> 關於世界各國原住民自治區發展及相關制度設計之介紹，請參閱施正鋒，同前註，頁 24-28。



的社會、經濟發展，也影響了其他加拿大原住民族爭取權利的方式<sup>310</sup>。

我國原住民族基本法第 4 條雖規定：「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；其相關事項，另以法律定之。」但自治之具體內容為何，仍須「另以法律定之」。原民會依原基法之規定，提出「原住民族自治法草案」，經行政院院會通過後提請立法院審議。行政院提出之草案第 9 條第 3 項規定：「自治籌備團體成立後，應指定特定鄉（鎮、市、區）公所統籌辦理自治區籌備事項，各該鄉（鎮、市、區）公所應遴派人員辦理自治區籌備事項<sup>311</sup>。」因為自治區設置程序，需要地方自治團體同意，且無統籌分配款，亦無土地權，批評者形容官方版草案是「沒權、沒錢、沒土地」的原住民族自治<sup>312</sup>。可見原住民族自治所涉及的議題甚多，短時間之內似乎難以整合各方意見，故遲遲無法完成立法<sup>313</sup>。實難期待藉由原住民族自治之方式，解決智慧創作專用權權利主體衝突及權利客體認定之爭議。

然而，原創條例既已立法通過，基於尊重原住民族傳統規範的精神，對於權利主體之爭議、權利客體之認定，以及傳統文化表達商業化之論辯，均須探尋來自部落的聲音<sup>314</sup>。在原住民族自治相關規範尚未立法完成之前，借助「部落會議」

<sup>310</sup> 鄭川如，「加拿大克里族土地自治協議之簡介與探討」，收錄在施正鋒、謝若蘭編，「加拿大原住民族的土地權實踐」，頁 161-198（2008）。

<sup>311</sup> 原住民族自治法草案內容及相關立法說帖，請參見行政院原住民族委員會網站：  
<http://www.apc.gov.tw/portal/docList.html?CID=70BECE48437643C1>（最後點閱時間：2012 年 4 月 17 日）。

<sup>312</sup> 謝文華，原住民族自治法草案／沒錢沒權沒土地，原民轟假自治，自由時報電子報，2010 年 9 月 23 日：  
<http://www.libertytimes.com.tw/2010/new/sep/23/today-p4.htm>（最後點閱時間：2012 年 1 月 5 日）。

<sup>313</sup> 除了行政院提案之外，另有無黨團結聯盟黨團、立法委員楊仁福等 19 人、立法委員林正二、林滄敏等 85 人、立法委員孔文吉等 53 人擬具「原住民族自治法草案」及立法委員孔文吉等 18 人擬具「台灣原住民太魯閣族自治法草案」等 6 案，於 2010 年 12 月 19 日，經立法院第 7 屆第 6 會期內政委員會第 10 次全體委員會議併案審查。請參見立法院全球資訊網網站：  
[http://www.ly.gov.tw/01\\_lyinfo/0109\\_meeting/meetingView.action?id=46403&atcid=46403](http://www.ly.gov.tw/01_lyinfo/0109_meeting/meetingView.action?id=46403&atcid=46403)（最後點閱時間：2011 年 6 月 7 日）。

<sup>314</sup> 本論文第二章第四節第一項所述，中央研究院民族學研究所所進行之「台灣原住民政策變遷與社會發展」研究計畫，在 2008 年 3 月完成 2057 份問卷調查（其中 1178 份為原鄉原住民，879 份為都會原住民）。該研究之問卷第 99-5 題之題目內容為：「原住民文化應該可以發展成有經濟價值的產業？」調查結果為：（1）非常同意 26.98%（2）同意 56.88%（3）不同意 4.91%（4）非常不同意 1.41%（5）無意見 9.77%。由問卷調查之結果可以得知，高達 83.86%

的方式，形成共識、化解爭議，應是可行的方式。詳言之，如同本論文第二章第三節所述，原住民族本有各族群之規範機制，而其特色即在於「規範與社會文化之結合」。亦即，原住民族依靠歷史、風俗以及習慣，發現他們在世界中的位置，並且藉著社會和文化的聯繫，塑造其生活模式<sup>315</sup>。而來自於部落的共識，應該是回應上開問題的最佳答案：

「這個是講一個族群啊，但台灣十，十四個族群喔，當然各別喔…，可能自己適合的一個，一個，一個管理這一方面的分類，或是管理的方法嘛。那麼不管怎麼樣喔，嗯…，還是有…，還是可以做得到啦，爭議不免，但是還是可以做得到<sup>316</sup>。」

「其實現在的原住民基本法喔，它的涵意就是要促成這種喔，從部落形成的一個，一個…法律制度…。法律，法律需求，和它的制度嘛<sup>317</sup>。」

「其實一向以來，從普通的喔，這個，這個藝術作品的評審也好，或是歌曲的一個創作的評，評審也好喔。其實以來，都是有，有，有垢病的是，是…，是有一些…，請到一些很有權威的專家啦。但是權威的專家喔，是，是…，如果…，固然是藝術這個領域啦，但是畢竟原住民這一塊喔，又不能比照一般主流社會或西方社會那個…那個認定的方式嘛…，不管是藝術作品或是歌，歌曲的創作，這一類喔，還是要很慎重的喔，回到部落的那一些喔，有…，專有這種知識和有這種能力或者是這樣的經驗的人，來…來認定…來參與…<sup>318</sup>。」

「那你說真的要深耕到…，真的要變成那個…，要變成就是各個部落的一個會議，然後總會議裡面所專程的裡面，就是到時候原民會要做一個事情出來，屬於排灣族的任何一個東西，哪些是可以做認定，哪些不可以做認定，那認定完畢之後，是不是要做一個很大的會議，或是部落會議，就整個排灣族的部落會議，然後去歸納一些東西。那可能歸納的東西，可能蠻大的，太多頁了，或是什麼東西，那個就是要地方部落開始慢慢累積這些智慧。然後各個…，就是各個部落…，比如說馬家鄉部落拿給馬家鄉。啊馬家鄉的，山地門鄉的

---

之受訪者對於「文化商品化」，均表示同意。此項研究結論，即是「探尋部落聲音」的具體表現。請參見劉璧榛，前揭註 7，頁 433-434、456。

<sup>315</sup> KYMLICKA, *supra* note 13, at 86-87.

<sup>316</sup> A5 受訪者訪談資料。

<sup>317</sup> A5 受訪者訪談資料。

<sup>318</sup> A5 受訪者訪談資料。

也來，那各個部落的代表，然後去開會某一些東西，然後變成某一個東西<sup>319</sup>。」

「假如說我們自己本身的部落沒有做這個規劃的時候…。喔…。所以現在為什麼有部落會議，就是有任何的東西經過會議，一定…。開會的時候，一定會有記錄嘛，啊有了記錄之後，就有遵循的意思嘛。**那部落會議裡面，就是算一個基本法令在裡面。**基本法令在裡面啊。那比如說部落搶他…。搶他某一部分，那個時候部落會議就可以去解釋說，你違法了。喔…。就是這個意思，部落會議目前的一個，一個…。他的位階喔，他的位階的部分，就是在這個部分<sup>320</sup>。」

「我覺得可行性比較…。你不要一下子去制定某一個法，然後去歸屬這些人，就是你要，你要…。你要歸屬這個…。設，設定這個東西，那到最後不夠，不夠基礎。沒有從**基礎裡面把這個法拿去變成一個保護**，我覺得是不太…。我覺得應該要從由下而上…<sup>321</sup>。」

「**由部落的會議去做決定這個**，這個東西…。**基金會**…這個基金…。錢…。嗯…。這個算是授權的這個經費啦…或什麼…對…。授權的…。對…**由部落來做裁定**，決定…。來做裁定…。我覺得啦…<sup>322</sup>。」

「那這一部分，我是覺得說，你盡量把這東西確認出來之後，但是**問題就是說**，現在有幾個學者能搞清楚這個東西…?專家學者很混啊…。現在，現在…。我講很簡單啦，卑南族勇士舞出來跳，我隨便抽一個出來跳，有幾個看得種這個是哪一個村莊的…?對啊…。像，像那個原住民歌舞就好，像有些部落，只有一種蛇舞，後，後退的，這邊沒有，沒有這種東西，那這邊的舞步，的勇士舞，跟那邊勇，勇士舞跳法不太一樣。還是要由部落自己來認定啦。基本上，**原住民文化是以部落為一個基礎單位**…。要回到部落…。要回到部落…<sup>323</sup>。」

「所有…。所有的東西，**放在部落會議去討論**，那因為部落會議現在幾乎都是在講建設啦…。就沒有人主導文化的部分啦<sup>324</sup>。」

「因為過去喔，這個…。這些圖騰來講，是他…。並，並沒有很嚴謹的，或

<sup>319</sup> A6 受訪者訪談資料。

<sup>320</sup> A6 受訪者訪談資料。

<sup>321</sup> A6 受訪者訪談資料。

<sup>322</sup> A7 受訪者訪談資料。

<sup>323</sup> A11 受訪者訪談資料。

<sup>324</sup> A1 受訪者訪談資料。

是被設定好的嘛，只是因為我們現在有了智慧，有了學問了，有了讀書了，疑…，我們開始注意到喔，什麼是屬於比較傳統的，什麼是比較屬於以後現代的等等，當然這個之間會有爭議啦，但是如果剛才說過的喔，有一個前作業就是喔，我們必須用部落的…，像部落議會啦，或是族群議會的方式喔…。來把一些…，嗯…，這個…，哪一個是屬於那個傳統的，不可，不可給任何人去引用，或說哪一個才是喔，不是最這個領域的…涵蓋的部分，那我們可以透過這樣的會議喔，來確定…，嗯…，什麼樣的保護的一個，一個，一個分類啦，或項目啦…。這個是可行的，爭議一定有在，但是還是可以去解決啦，也沒有那麼嚴重啦，一定要透過部落會議…或是族群會議<sup>325</sup>。」

由上開訪談資料可以發現，受訪者均認為「部落會議」是凝聚共識的最佳方式。其原因之一在於原住民族的社會組織向來以部落為核心，部落猶如一個國家，有其穩定的運行規範，部落內部的事務或部落與部落之間的紛爭，均能透過部落運作機制獲致解決。例如：雅美族所居住的蘭嶼島，總共分為六個部落：紅頭（Imourud）、漁人（Iratai）、椰油（Yayo）、朗島（Iraralai）、東清（Iranumilk）、野銀（Ivarinu），六個部落是六個獨立自主的政治、社會、經濟、文化單位。島上族人對於所有事務的處理方式，可說是一種完美落實在六個部落的「部落自治」。而透過部落會議、家族會議與「禁忌的文化」所形成的規範及力量，不僅約束部落的團體與個人行為，更能推動部落及家族性事務，進而形成六個部落「自我管理，自己負責」的傳統雅美社會<sup>326</sup>。

再從文化傳承的角度觀察，回到部落才能找到文化的根源，而非如同商業表演的形式表達而已。以撒奇萊雅族（Sakizaya）的文化傳承為例，該族群是母系社會，女性扮演當家作主的角色，男性則負責保衛國土、維護部落安全、處理公共事務與發展部落文化。男子在結婚之前，都必須在會所（Dabek）住宿，已婚者在特定的季節則會在會所指導後輩，會所成為部落集思廣益、交換意見以及文化傳承的重要機構。會所扮演了學校、社團、政府、法庭、社會福利的角色，舉凡政治、經濟、教育、文化、休閒等等知識技藝，都以會所作為互動傳承的地方，Dabek 會所文化也成為建構撒奇萊雅族無形文化的基因<sup>327</sup>。

可見受訪者強調之「部落自治」觀點，並非僅是一種想像，而是可以具體落實，並且達到「文化自治」的目的。更重要的是，保護原住民族文化，其重點在於延續族群的文化傳承方式，賦予原住民族文化自治權，將「解釋文化」的權利

<sup>325</sup> A5 受訪者訪談資料。

<sup>326</sup> 高德義等，前揭註 12，頁 155-156。

<sup>327</sup> 楊仁煌，前揭註 265，頁 120-121。



交由各個族群認定，才能建立原住民族文化主體性，真正落實保護傳統智慧創作的立法目的。

此外，原住民族傳統規範之法律文化背景顯與國家法制不同。Friedman 認為法律文化基本上是指「兩套不同的態度與價值觀」。一般公眾所理解的稱之為「非專業性」法律文化，而法律專業人士（律師、法官）所擁有的則是「內部的」法律文化<sup>328</sup>。如果只側重在專業人士所屬的法律文化，而忽略屬於原住民族理解之非專業法律文化，則規範的合法性必然受到質疑。因為人們對於法律的態度來自於其所屬的法律文化，而法律文化也影響其等如何看待法律以及如何踐行法律。原創條例之權利主體乃原住民或部落，屬於權利主體之「非專業」法律文化，必須受到尊重與理解，而其文化內涵，只能從部落中發現其底蘊。是以，透過「部落自治」之方式，實現「文化自治」，自有其必要性。

再者，原民會於 95 年 3 月 10 日以原民企字第 09500071252 號令訂定發布「原住民族部落會議實施要點」，並於 99 年 1 月 21 日以原民企字第 09900051251 號令修正名為「行政院原住民族委員推動原住民族部落會議實施要點<sup>329</sup>」。依該要點第 2 點規定：「部落依原住民族基本法、原住民族地區資源共同管理辦法或其他法規、計畫規定，行使同意權、參與權、共同管理權、利益分享權等權利，或議決原住民族公共事務時，除其他法令另有規定行使方式者外，得以部落會議議決行之。」在實際執行層面上，各個原住民族部落亦確實透過部落會議之舉行，由相關人員出席<sup>330</sup>，共同討論、議決部落自治事務<sup>331</sup>。可見從現行規範的層面而言，以部落會議之方式，實現「文化自治」，亦屬「於法有據」。而智慧創作申請人以原住民族或部落為限，並應選任代表人，此關於「權利主體」之事項，自應委由部落會議決定之。又智慧創作之認定，係屬「權利客體」之判斷，亦應由部落中尋找適當之人選，因為「權威的專家」在部落。另外智慧創作應如何使用收益，亦即「文化商品化」的問題，更應由部落共同管理、分享。足見部落會議可以扮演權利主體衝突、權利客體爭議、文化商品化等議題之決策機構，亦可在發

<sup>328</sup> Lawrence M. Friedman 著，吳錫堂、楊滿郁譯，前揭註 291，頁 114。

<sup>329</sup> 「行政院原住民族委員推動原住民族部落會議實施要點」，請參見附件九。

<sup>330</sup> 信義鄉潭南 (Malavi) 部落會議之出席者即包括部落長老代表、各姓氏代表、非原住民代表、宗教代表、村長、社區代表、學校代表等等。請參見附件十資料。

<sup>331</sup> 信義鄉雙龍部落在狩獵季節之前，即召開部落會議討論申請狩獵之條件、狩獵之地點、使用之槍枝以及狩獵前、後必須舉行祭儀活動。又如，雙龍部落、達瑪巒部落依據原住民族基本法第 21 條規定，曾就「日月潭國家風景區經營管理範圍討論暨擴大先期規劃案」議決，建請日月潭國家風景區管理處及該計畫設計公司派員至部落會議說明。請參見附件十一、十二、十三。

生紛爭時，成為紛爭解決機制，進而達到原住民族文化自治的目標。

雖然，從平等主義的觀點而言，屬於原住民族的每個個體的權利已經受到保護，似乎沒有必要再強調以族群之差異為基礎，建立「國中有國」的自治體制。但是，因為原本存在著法政基礎不平等的狀態，導致原住民族在文化市場中處於不利的地位，賦予原住民族文化自治權，正是為了抵銷原本的不平等狀態。正如 Kymlicka 所說的，「真正的平等並不要求相同對待，而是要求有差別的對待，其目的在於包容不同的需要<sup>332</sup>。」總之，「文化權」與「自決權」，是主張集體權利最核心的概念。原住民族透過自治的方式，取得文化表達發言權，自屬妥適的規範方式<sup>333</sup>。

應加以說明的是實現自治之後，是否可能導致個別原住民，在民主社會本應享有的基本權受到壓制？此問題雖需要進一步的實證研究才能釐清。但如同 kymlicka 所言，發展極致的多元文化主義，也能說明原住民族的傳統規範，在特定事務上，依舊是正義的實現<sup>334</sup>。而且，只有在原住民族的自治能力提高後，才能真正體現原住民作為權利主體的法律上地位，而這一切取決於許多因素，其中包括如何劃分自治區域以及如何分配權力<sup>335</sup>。而文化表達財產化之後，將權利歸屬於原住民族或部落，即使每個族群徹底實現其傳統規範，對於個別原住民之基本權而言，並無任何侵害可言。換言之，為了賦予群體權利而犧牲個人權利的情況，並不會出現在保護原住民族傳統文化表達的規範體系，也不致於因為「文化自治」而導致「群體權利凌駕於個體權利之上<sup>336</sup>」！

總而言之，實踐原住民族自治，才能有助於確保原住民族繼續擁有其社會文化傳統<sup>337</sup>。但原住民族全面自治，其中牽涉的問題甚為複雜，短期內不易達成。

---

<sup>332</sup> KYMLICKA, *supra* note 13, at 113-14.

<sup>333</sup> 孫大川，「行政空間與族群認同」，夾縫中的族群建構：台灣原住民的語言、文化與政治，頁 118-119（2010）。

<sup>334</sup> KYMLICKA, *supra* note 13, at 40.

<sup>335</sup> *Id.* at 71.

<sup>336</sup> Kymlicka 即認為，不應使集體權利絕對地優先於個體權利，反之亦然。亦即，在「外部保護」（基本權利保護）與「內部限制」（族群傳統規範）產生衝突時。集體權利之正當性審查，係藉由組成該共同體之個體權利，是否受到侵害為衡量標準。相對地，個體權利保護如果損及該群體之自主性，亦可能受到內部限制的約束。加拿大最高法院即認為，原住民族之捕魚權（集體權利），優先於加拿大憲法中，對於個體權利之保護。但是，原住民族遭到部落成員強迫參加儀式，甚至受到攻擊與非法監禁，法院則認為，個人權利之保護優先於群體之集體規範。*Id.* at 44-48.

<sup>337</sup> KYMLICKA, *supra* note 13, at 129.

而從原住民族自己的觀點而言，透過「部落會議」凝聚共識，應該是最佳的出發點。因為由下而上的部落會議，不僅可以展現原住民族自治的內涵，更重要的是，可以藉由原創條例的實際運作，進行智慧創申請人之推舉、智慧創作專用權之認定。除此之外，傳統社會組織或價值規範的重建，乃至文化的傳承學習，也必須透過部落整體的力量才能實現。也唯有「回到部落」才能找回「老人家說的話」、並在「沒有文字的傳統規範」之下，逐漸落實原住民族之文化公民權<sup>338</sup>。

應加以說明的是，不論目前部落會議能否順利召開，透過部落運作機制，處理原創條例相關議題，一方面可以找回族群傳統價值，另一方面則可作為紛爭解決之機制。而參考原民會訂定之相關規定召開部落會議，短期內或許無法促使所有族群之部落會議均能順利運作，但就長期而言，以部落會議之方式凝聚族群共識、解決問題，並且藉此找回族群文化價值，乃所有原住民族不可迴避之問題！

### 第三節 小結

綜合上述實證訪談資料之研究分析，以及相關學說理論之說明，本論文歸納出下列之研究發現：

首先，受訪者一方面期待藉由法律規範，達到保護保護原住民族傳統文化表達之目的，但也同時擔心新法帶來的爭議，例如：以國家法律約束傳統事務的不當、族群之間產生文化發言權之競逐、文化商品化產生利益分配的糾葛、對於法律規定之陌生。受訪者更進一步表示，祖先文化遺產與族人新創作品的界線難以劃分，有必要進行原住民族「文化基因工程」的調查，釐清原初與新創的區別。而對於原創條例規定內容的看法，依據受訪者意見可以歸納出以下三點：（一）依原創條例第 5 條之規定，主管機關得遴聘專家學者，辦理智慧創作之認定。但受訪者普遍認為，精通各族文化的專家不易尋獲，因為不同族群之間的文化差異甚大。（二）依原創條例第 6 條第 2 項之規定，智慧創作申請人以原住民族或部落為限，並應選任代表人為之。再依原創條例第 7 條之規定，智慧創作經認定屬於申請人者，且經登記之後，自登記之日起，由申請人取得智慧創作專用權。受訪者認為，不同族群之間，或同一族群不同部落之間，可能為了取得專用權，而出現「權利主體」衝突的情形。（三）依原創條例第 3 條之規定，所謂智慧創作，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。然而，文化不可能永遠在一個定點，受訪者認為，許多原住民族文化表達，亦即「權利客體」，不易判別類型或範圍，權利客體之爭議，勢所難免。總而言之，原住民文化工作者對於原創條例之制定施行，

---

<sup>338</sup> 劉璧榛，前揭註 7，頁 429。

有著期待與不安的複雜看法，而這些爭議都有待未來法律實施之後，透過各種機制加以解決。最重要的是，受訪者均一致認為，解決上述爭議的共識在於：回歸「文化主體性」的論述。

其次，受訪者認為新法的主要目的，在於重現原住民族之「文化主體性」。亦即可以透過賦予原住民族或部落（權利主體）智慧創作（權利客體）專用權，讓主流社會認識、了解，進而尊重原住民族文化，去除過去原住民族文化遭到歧視且被邊緣化的困境。詳言之，主流社會對於原住民族的理解或轉變，對原住民族而言，只是從周邊給予形式資源的滿足，或是提供相對應的法政地位。原住民族主體意識的落實或具體實現，仍然需要原住民族自我認知其主體性，而無法單憑外在制度的建立，完成真正的「他、我區辨」。但以目前的社會現況而言，原住民族的主體性的建立，在強勢的「他者」（主流社會）與崩解的「內我」（原住民族）雙重壓力之下，仍舊面臨相當的困難與複雜的問題。

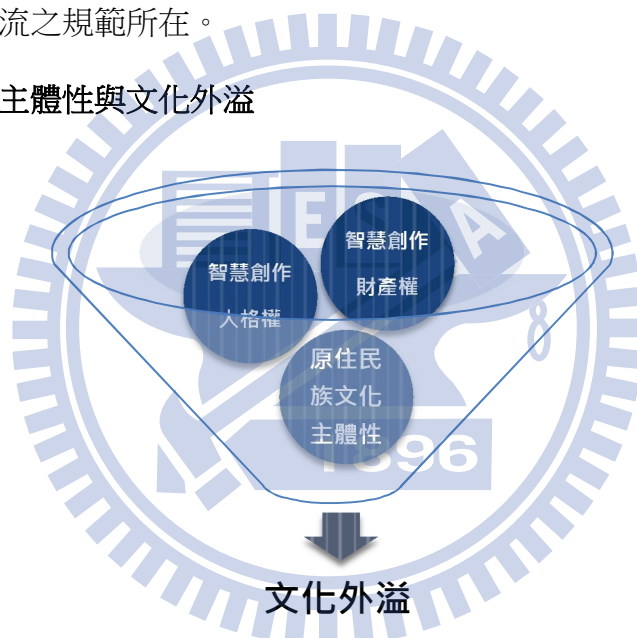
分析實證訪談資料可以得知，「去除強勢的他者、搶救崩解內我」，進而重現原住民族主體意識，其根本的作法之一在於，賦予原住民族特殊的權利主體地位。而原創條例制定實施之後，原住民族或部落藉由法定程序取得智慧創作專用權，即可從法制基礎上改變原住民之地位，逐步實現建立主體性資格的目標。具體而言，依原創條例第 10 條之規定，智慧創作專用權，指智慧創作財產權及智慧創作人格權。而智慧創作人格權之內容包括：公開發表權（專有公開發表之創作人格權）、姓名表示權（專有表示專用權人名稱之創作人格權）、禁止變更權（專有禁止他人以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變其智慧創作之內容、形式或名目致損害其名譽之創作人格權）。可見，在原創條例創設新類型的財產權之後，受訪者期待藉此建立原住民族「文化主體性」，其側重的規範依據在於「智慧創作人格權」的體現。申言之，當主流社會以強勢文化的姿態面對原住民族文化，甚至將原住民文化視為「不文明」的象徵時，原住民族即可依據原創條例賦予之智慧創作人格權，「義正辭嚴」地主張原住民族文化之獨特性，並且禁止他人歪曲、割裂或竄改智慧創作之內容、形式或名目。藉由取得智慧創作人格權，喚醒原住民族對於其文化之自信心，建立原住民族文化主體性，乃原創條例之規範目的，更是原住民族文化表達財產化——賦予智慧創作專用權——正當性判斷基礎！

再者，受訪者一致認為，原住民族本具有分享的天性，對於文化資源的接近、使用，向來與族群信仰及其傳統社會文化結合在一起。文化表達之方式，只要不違背傳統習慣、祖先規範，亦即尊重「智慧創作人格權」，受訪者認為原住民族通常樂於與他人分享其文化內涵。顯見原住民族文化表達，並非透過法律保護達到排除他人接近、使用之目的。此外，原住民族傳統智慧創作均先於市民法制而



存在，賦予智慧創作財產權之保護，並無「提供誘因、激勵創作」的考量。換言之，智慧創作專用權之規範目的，並非為了提供創作誘因，亦無需考量原住民族是否可獲取專用權所產生的全部社會利益，因為智慧創作早已存在，並非藉由法律保護而產生。因此，原住民族「不必藏於己」的分享天性，正與「知識外溢」的觀念相同。藉由分享達到「群我共榮」的目的，可說是資源（文化）外溢的具體表現！正因為原住民族文化表達具有正外部性，使之「溢流」於社會，可提供更多的素材，必然有利於營造創新發展的環境。而此文化外溢的現象，不僅無損於原住民族對於傳統文化表達的主體性地位，更會增加整體社會取材自原住民族傳統文化所為之創新發展。此種非由政府提供之公共財，可以導致較佳的資源配置，亦是法律規範的效率所在。而妥適實踐原創條例第 16 條合理使用之規定，主流社會即能在尊重原住民族文化主體性之前提下，接近、使用原住民族文化表達，此即文化溢流之規範所在。

圖五：文化主體性與文化外溢



依上開圖五所示內容加以說明，原創條例將原住民族傳統文化表達納入財產權保護之範圍，並賦予智慧創作專用權，其權利內容包括智慧創作財產權、智慧創作人格權。當權利主體——原住民族或部落——主張智慧創作專用權時，其正當性判斷基準在於：「是否體現原住民族文化主體性」！因此，通過文化主體性之檢驗，原住民族文化表達即能擴大效益而溢流於社會，提供更多的文化創作素材，而此文化外溢所帶來的正外部性，符合原住民族分享之天性，此亦為原住民族文化表達財產化之合理性判斷基準。

詳言之，智慧創作專用權之正當性基礎有二：原住民族文化主體性之體現（即智慧創作人格權），原住民族文化之外溢分享（即智慧創作財產權）。前者之具體內容為原創條例第 10 條第 2 項之規定：禁止他人以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變智慧創作之內容、形式或名目。而後者之具體內容為原創條例第 16 條之

規定：供個人或家庭為非營利之目的使用、為報導、評論、教育或研究之必要使用以及其他正當之目的，以合理方法使用。而原住民族主體性之建立，則為文化外溢之管制標準。

最後，原創條例實施之後，在文化交流上，雖可提供原住民族與主流社會溝通對話的法制平台。但是，原住民族本有其「沒有文字」的傳統規範制度，當國家法律（原創條例）與部落傳統規範產生衝突時——例如代表人選任、權利客體爭議——兩者應如何調和？受訪者認為，最佳解決方式乃實現「原住民族自治」！然觀察目前之社會政治環境，短期內難以全面實施原住民族自治，可行的方式之一乃回到部落，探尋部落之觀點，避免因為國家法律與原住民族傳統規範之齟齬衝突，而迫使原住民族落入「法律繼受」的無奈。受訪者表示，在無法全面自治的情況下，以「部落會議」的形式凝聚共識，應屬可行的方向之一。其原因在於，原住民族的社會組織向來以部落為核心，部落猶如一個國家，透過部落運作機制，一方面可以找回傳統價值，另一方面則可作為紛爭解決之機制。而參照原民會訂定之相關規定，短期內或許無法促使所有族群之部落會議均能順利運作，但就長期而言，以部落會議之方式凝聚族群共識，找回族群文化價值，乃所有原住民族不可迴避之問題。因此，受訪者均認為「回到部落」，才能找回「老人家說的話」，也才能在「沒有文字的傳統規範」之下，逐漸落實原住民族之文化公民權！

總而言之，賦予原住民族傳統文化表達財產權之保護，其理論基礎並非讓權利人「內化所有外部性」。立法者雖創設了新型態之財產權——智慧創作專用權，但現有之財產權理論亦均無法合理說明智慧創作專用權之正當性判斷理論為何。分析上述實證研究訪談資料，本論文認為，賦予原住民族文化表達財產權之保護，其正當性判斷之理論基礎有二：重現原住民族之文化主體性；擴大文化外溢效果，增加社會創新發展之素材。前者強調智慧創作專用權之「文化性」，此乃建構多元文化社會之必要條件；後者構築智慧創作專用權之「經濟性」，係為避免保護新類型財產權，導致公共領域素材減少，甚至減少文化新創的產生。至於在國家法律與原住民族傳統規範之調和方式上，則應基於原住民族文化自治的精神，傾聽部落之聲音，透過部落會議之方式，納入原住民族傳統習慣，建構符合原住民族法律感情之智慧創作專用權！

## 第五章 結論

原本存在於公共領域之原住民族傳統文化表達，因為原創條例制定以及相關子法訂定實施之後，成為新的財產權保護客體，新類型的財產權——智慧創作專用權——依此而產生。本論文在文獻回顧中已說明，現有財產權理論均無法充分說明，原住民族傳統文化表達財產化之必要性及合理性，亦即無法提供智慧創作專用權正當性判斷之理論基礎。而原民會委託專家學者所進行之研究報告，雖有助於釐清原住民族傳統習慣規範與國家法制之衝突、調和，但並未特別針對原創條例制定之後，所帶來的相關爭議進行探討。本論文依第三章所述之實證研究方法，對原住民文化工作者，進行質性深度訪談後，分析訪談所得之資料，再綜合學說理論（法律經濟分析、法律社會分析）之說明，提出智慧創作專用權正當性判斷之理論，以及國家法制與原住民族傳統規範衝突之調和方式。

我們必須承認，制度選擇的變化，決定法律與權利的變化<sup>1</sup>。當立法者基於保護原住民族傳統文化表達而制定了原創條例，原住民族或部落依據原創條例取得智慧創作專用權之後，不僅影響了原住民族與市民社會的文化互動，也將動搖長久以來權利歸屬基礎。原住民族如何「圈地」，整體文化內涵如何「創新」，都將隨著新型態的財產權誕生而引發更多的討論與思考。本論文綜合前述章節之討論，於本章分為研究心得、後續研究以及研究建議三方面，分別敘述，作為本論文之結論。

### 第一節 研究心得

本論文分析實證研究訪談資料，再以法律經濟分析及法律社會分析之研究方法，詮釋文本資料後，主要之研究心得有三，分別論述如下：

#### 第一項 法學研究方法之再思考

如同本論文第三章第三節所述，一般法律人所熟悉的法學方法，幾乎等同於法律的解釋方法，也就是所謂的「文義解釋」、「目的解釋」、「體系解釋」、「比較解釋」、「歷史解釋」等等方法。學者亦將法學主要研究方法歸納為：「古往今來的歷史法」；「東西南北的比較法」；「對立矛盾統一的辯證法<sup>2</sup>」。但是，當我們過度重視法律文義解釋，而忽略了社會真實情狀時，判決極可能成為法官個人意志

---

<sup>1</sup> NEIL K. KOMESAR, LAW'S LIMITS: THE RULE OF LAW AND THE SUPPLY AND DEMAND OF RIGHTS 20 (2001).

<sup>2</sup> 黃少游，現代法學底理論與實際，頁 43-47（1967）。

的展現，法庭亦宛如法官專斷之處所，法規範的真正意涵即無法完全展現<sup>3</sup>。

本論文之研究目的，再於檢視原創條例之規範內涵，是否符合原住民族之社會脈絡，並嘗試提出原住民族文化表達財產化之正當性說明。如果僅依向來之法學研究方法，在現行條文的法律文字中探詢立法者之真意及學者之不同見解，並參酌他國之法律規定，顯然無法達到本論文設定之研究目的——在原住民族社會脈絡中尋找規範之理論基礎。因此，本論文除了藉由傳統法學研究方法，探討智慧創作專用權之財產權本質外，另以法學實證研究為主要取向，依質性研究之典範為主軸，開展本論文之研究架構，並透過法律經濟分析、法律社會分析等方法，理解法律規範之效率性及法律與社會之互動關係，期能在法學研究方法上，達到拋磚引玉之貢獻。

## 第二項 智慧創作專用權之正當性判斷理論

本論文認為，賦予原住民族或部落智慧創作專用權——文化表達財產化——之理由有二：（一）建構多元文化的知識體制，重現原住民族文化主體性；（二）促使原住民族累積其文化資本，且擴大文化外溢所產生的正外部性，提供主流社會接近、了解及尊重原住民族文化之機會，並藉此增加原住民族文化之累積性。前者強調智慧創作專用權之「文化性」，後者構築智慧創作專用權之「經濟性」。

美國知名財產法學者 Demsetz 雖認為，當一個社會評估建立財產權制度的效益，超過保護財產權的成本時，財產權制度才會出現。亦即，新型態財產權的產生，必須考量「內化外部性」所產生的社會效益。因此，從人們在資源交換過程中的活動，觀察財產權的意義與內涵，才是建構財產制度的核心所在<sup>4</sup>。但是，現代法律制度建立之前，原住民族傳統智慧創作早已存在。原創條例賦予原住民族傳統文化表達「專用權」之保護，並非成本效益的考量。Demsetz 上開論述，顯然無法解釋新類型財產權——智慧創作專用權——之產生（如圖六所示）。

圖六：內化外部性之侷限



<sup>3</sup> Michael Heise, *The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism*, 2002 U. ILL. L. REV. 819, 841-42 (2002).

<sup>4</sup> See generally Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 AM. ECON. REV. PAPERS & PROC. 347 (1967).



本論文認為「智慧創作專用權」之正當性判斷理論，不應僅著眼於「效益極大化」的觀點。更應思考能否提升權利主體（族群或部落）之「文化主體性」，促使主流社會正確認識原住民族文化，以及尊重異質文化所帶來的差異性，進而避免原住民族成為「黃昏的民族」！此外，應否賦予原住民族或部落智慧創作專用權，亦應植基於原住民族文化特性——分享的天性——從知識累積的觀點，擴大原住民族文化外溢之正外部性，使得潛在的創作者，能夠本於原住民族文化而為創新發展。總而言之，本論文從「文化性」及「經濟性」兩個面象，提出原住民族文化表達財產化之理論敘述，藉以證立智慧創作專用權之合法正當性，並以此作為本論文之研究心得。

圖七：智慧創作專用權之正當性判斷



### 第三項 體現原住民族文化自治之精神

如前所述，不同的原住民族原本有其自己獨立的管理機制，但國家法制進入部落之後，已使原住民族傳統習慣逐漸失去規範力量。但從文化保存以及建立原住民族文化主體性的觀點而言，如能依照民族本身的社會特性與文化傳統，建立適宜的法制，既可繼續文化之傳承，也能避免主流文化強勢入侵所帶來的規範侵蝕<sup>5</sup>。此外，多元文化主義社會的核心價值在於「尊重差異」，其落實的方法則是，肯認民族傳統習慣規範以及賦予族群集體權利<sup>6</sup>。並在原住民族自主性之前提下，依循「習慣調查→習慣法→習慣立法」之模式，將原住民族之傳統習慣納入國家法制中<sup>7</sup>。換言之，結合部落傳統規範與國家法制，必須產生協同作用的結果，

<sup>5</sup> 黃樹民，「全球化與台灣原住民基本政策之變遷與現況」，台灣原住民政策變遷與社會發展，頁 38（2010）。

<sup>6</sup> WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS 441 (1995).

<sup>7</sup> 王泰升，「法律史——臺灣法律發展的『輪替』、轉機與在地化（2007-2009）」，國立臺灣大學

而非僅是分離的規範架構。更重要的，肯認原住民族習慣法，並非僅著眼於有利於原住民族的觀點，而是從國家法制與傳統規範的激盪中，創造出具有生命力的規範體系，達到法律創新的目的<sup>8</sup>！

然而，除了理解原住民族傳統規範之「實體」層面之外，更重要的則是在「程序」方面，亦應實踐原住民族自治之精神，由族群或部落「在地發聲」，展現其文化主體性。關於原住民族自治所涉及的議題甚多，短時間之內似乎難以整合各方意見，故遲遲無法完成立法。難以期待藉由原住民族自治之方式，解決智慧創作專用權權利主體及權利客體認定等爭議。但是，原創條例既已立法通過，對於權利主體之爭議、權利客體之認定，以及傳統文化表達商業化等等論辯，均須探尋來自部落的意見。在原住民族自治相關規範尚未立法完成之前，借由舉行「部落會議」之方式，形成共識、化解爭議，使相關原住民族能夠依循此機制，推舉權利主體代表以及參與權利客體認定，達到形成共識、化解爭議之目的。而深化部落會議之機能，正是推行「永續性地方自治」，對於建立原住民族主體性而言，應是可行的方向<sup>9</sup>。

總而言之，從正義供給的角度思考，必須以「顧客」（原住民族）的需求為導向，如此才能給付真正的正義。正如美國學者 James Yaffe 所說的：「定作的正義，正如定作的衣服一樣，只有在裁縫能夠投入大量的時間，並且充分地尊重顧客的情況下，才能合乎實際<sup>10</sup>。」本論文從原住民族文化自治的觀點，提出由下而上的規範模式，透過部落會議或族群會議，解決智慧創作專用權權利主體與權利客體之爭議，亦屬本論文研究心得之一。

## 第二節 後續研究

首先，原創條例以原本存在於公共領域之原住民族傳統文化表達作為財產權保護之標的。權利主體則採取共有概念之方式設計，以原住民族或部落作為智慧創作專用權之權利主體。這樣的制度設計所產生的衝擊可分為兩個面向觀察。第一，對社會大眾而言，可能憂心公共領域縮減，導致創作素材減少，且有礙文化之交流、創新。第二，對原住民族而言，則是因為原本屬於族群內部事務的文化

---

法學論叢，第 39 卷第 2 期，頁 196（2010）。

<sup>8</sup> Gloria Valencia-Weber, *Tribal Courts: Custom and Innovative Law*, 24 N. M. L. REV. 225, 256-57 (1994).

<sup>9</sup> Scott Simon (史國良) 著，林汝羽、許婉容、劉紹華譯，「人類學與原住民族自治」，人類學視界，第 3 期，頁 42-43（2009）。

<sup>10</sup> Lawrence Rosen 著，彭艷崇譯，法律與文化：一位法律人類學家的邀請，頁 35（2011）。

歸屬，必須放置在國家法律制度下運作，除了對遊戲規則陌生而感到不安之外，亦可能為了權利歸屬產生爭議。而本論文研究之重點側重在「原創條例」對「權利主體」之影響。但對於智慧創作專用權制度，導致公共領域縮減，進而影響文化之創新發展，雖於論文中稍加討論，然並非本論文闡述的重點。換言之，一般社會大眾原本可以無償接近、使用原住民族文化表達。而將來對於取得智慧創作專用權保護之客體，除非合於合理使用之規定，否則必須取得專用權人之同意或授權。結果必然對一般人接近、使用原住民族文化表達產生重大影響。然「文化使用者」對於原創條例之觀點為何？並非本論文實證研究之對象與範圍，而可為後續研究之議題。

再者，本論文研究目的之一，乃嘗試建立原住民族文化表達財產化之正當性判斷理論。其重點在於理論必須紮根在原住民族傳統文化。而外國法制如何設計，雖可供參考，然並非以我國原住民族之文化背景為基礎。且本論文既已採取實證研究方法，進行田野訪談調查，在有限的人力、時間配置下，捨去對外國法之比較研究。然外國法制之援引比較，尤其是法律實施之後的經驗及成果，亦可再加以深入探討，作為我國未來法律施行及修法之參考。

最後，本論文在國家法制與原住民族規範衝突之調和方面，強調藉由部落會議之方式，提出由下而上規範建議。但部落會議實際運作情形如何？能否達到凝聚部落共識的目的？亦有待未來更多的實證研究資料分析，才能提出更臻妥適的建議。

### 第三節 研究建議

#### 第一項 從禮俗社會到法理社會：給原住民族的建議

如同本文第二章第三節所述，在原住民族傳統規範中，並無「文化財產」的概念。文化即是生活，生活強調分享。例如，泰雅族的 *gaga*、太魯閣族的 *gaya*，都是從「老人家的話」發展出一套禮俗規範。因此，一旦將原住民族傳統智慧創作納入現行法律制度之內，原住民族首先必須面對的難題之一，可能是「放棄」傳統禮俗，「接受」法律規範。而從歷史的進程，觀察原住民法政基礎的改變，或許更能說明原住民面對國家規範與部落傳統的衝突時，往往在「放棄」與「接受」之間擺盪。

日治時代以前，有關臺灣原住民的法政制度，可說是相當簡略。在日本政府的「理番政策」之下，開始針對原住民族，進行大規模的調查與識別工作。而日本人建立統一標準制度之後，原住民面對了有別於部落知識體系的新秩序，族群

原有的價值觀，也暗暗地被置換了<sup>11</sup>。國民政府接管臺灣之後，對於原住民之法治政策，依孫大川教授之分類，可分為五個時期：（一）摸索時期（民國 34 年至 39 年：理想與現實的衝突）、（二）行政建制化時期（民國 40 年至 51 年：「山地平地化」的全面展開）、（三）經建主導時期（民國 52 年至 73 年：錢幣邏輯與主體性的讓渡）、（四）政治反省時期（民國 73 年至 80 年初：由剝而復的契機）、（五）憲政主體化時期（民國 80 年初迄今：原住民憲政創世紀）<sup>12</sup>。這樣的發展過程，透露了弔詭的歷史演變：國家機器撕毀了原住民族傳統價值，再嘗試以法律制度癒合被撕裂的文化。而原住民能否在擺盪的價值中「蛻變」，才是相關法制成功與否的關鍵！

再者，隨著社會環境的改變，以及國際潮流之驅使，政府對於原住民族相關政策方向，也會隨之更迭。尤其是在憲法增修條文第 10 條，肯認原住民權利主體性，納入「集體權利」的概念之後，原住民族必須學習面對全新的規範體系，並以權利主體的地位與主流社會對話。而原創條例正是具體實踐憲法增修條文精神的第一部法律。原住民族在觀念上，必須從過去的「禮俗社會」習慣，蛻變為「法理社會」規範，才能在相同的法制平台與主流社會對話，進而實現尊重多元文化的憲法價值！

## 第二項 包容異質文化所形成的差異：給主流社會的建議

如果尊重多元文化是臺灣社會的普遍共識，那麼立基在多元文化之下的法律制度，自須調整主流社會之既有規範，才能包容異質文化所形成的差異<sup>13</sup>。智慧創作專用權雖屬因為群體差別而生之權利，但是建立跨文化多樣性社會，必須增加少數族群之文化資產，主流社會則必須犧牲既有的利益<sup>14</sup>。換言之，保護原住民族傳統文化表達之後，整體社會的文化創作成本必然隨著提高，這是多數族群必須付出的代價，更是建立多元法律制度，無可迴避的問題。

長期以來，相對於強勢的主流文化，原住民文化可說處於弱勢不平等的地位。亦即，當市民社會文化表達受到著作權的保護時，原住民族傳統文化表達，並無任何法律機制加以保護。實踐的結果則是：「站在市民社會的肩膀上」，以有償原則；「站在原民社會的肩膀上」，以無償為慣例，可以想見其中存在的平等。而

---

<sup>11</sup> 孫大川，「行政空間與族群認同」，夾縫中的族群建構：台灣原住民的語言、文化與政治，頁 101-102（2010）。

<sup>12</sup> 同前註，頁 104-120。

<sup>13</sup> KYMLICKA, *supra* note 6, at 98.

<sup>14</sup> *Id.* at 121-23.



賦予原住民族智慧創作專用權，可說是調整向來文化不平等的起點。換言之，原創條例規範目的之一，在於使得原住民族在主流社會中，獲得更多的承認與能見度<sup>15</sup>。在未受法律保護之前，屬於原住民族的傳統智慧創作，在一般社會的認知上，猶如公共財，不必付費即可使用。對於原住民族而言，雖然樂於分享，但也難以獲得主流社會的承認。賦予智慧創作專用權之後，增加使用文化之成本，或許對於文化創新有所影響，然對於長期以來受到忽視的原住民族權利而言，應該算是公平的對待<sup>16</sup>。

如同本論文第二章第四節所述，原民會已委託專家學者完成目前經認定之 14 個族群之傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制之研究。更值得一提的是，最高法院於泰雅族「櫟木案」中明確表示：「原住民族之傳統習俗，有其歷史淵源與文化特色，為促進各族群間公平、永續發展，允以多元主義之觀點、文化相對之角度，以建立共存共榮之族群關係，尤其在原住民族傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，在合理之範圍，予以適當之尊重，以保障原住民族之基本權利。此原則，原住民族基本法第 30 條第 1 項已經揭示，政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法程序等事項，應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀等，以保障其合法權益。從而原住民族在其傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，即不能完全立於非原住民族之觀點，而與非原住民之行為同視<sup>17</sup>。」臺灣高等法院依據最高法院判決意旨，援引原民會委託國立臺灣大學人類學系進行之調查研究報告「原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第二期委託研究—泰雅族、太魯閣族」一書中之資料，認為「百年來，泰雅族森林動植物資源的使用觀念沒有太大的變化，其核心概念一直是部落公有的領地範圍內，動植物資源可由部落成員共享，其他部落不會越界取用，彼此也會互相尊重。由於對慣習法（gaga）及主宰賞罰之祖靈（rutux）的敬畏，人人都會遵守規定。...從傳統泰雅族對於山林資源的利用，可知野生植物不屬於任何個人所有，大家均可採用，這是一種分享的概念。也可說在泰雅族的慣習上對於山中的資源是採取一種開放的財產態度，採集果實、搬運木料等行為是被允許可自由利用的」（該書第 220、221 頁），因此判決被告無罪<sup>18</sup>。而立法院 99 年 3 月 18 日第 7 屆第 5 會期司法及法制委員會第 3 次全體委員會議，委員建議事項亦認為：最高法院 98 年度台上字第 7210 號及臺灣高等法院 98 年度上更（一）字第 56 號判決，就泰雅族原住民之傳統文化及生活習慣闡述甚詳，請司法院轉請臺灣高等法院檢送上開

---

<sup>15</sup> *Id.* at 67.

<sup>16</sup> *Id.* at 152.

<sup>17</sup> 最高法院 98 年度台上字第 7210 號刑事判決。

<sup>18</sup> 臺灣高等法院 98 年度上更（一）字第 565 號刑事判決。

判決供法官參考。司法院則依立法院之決議，將上開判決函轉至各級法院，供法官參考<sup>19</sup>。

由此可知，行政機關、立法機關以及司法機關，對於「包容異質文化」所形成的差異，已逐漸有了共識，對於建立多元文化社會價值，甚有助益。但是，社會整體觀念的改變，仍有待持續的法政基礎改革，才能徹底實踐。而原住民族藉由取得智慧創作專用權，建立其文化主體性，其最終目的仍在於，導正主流社會長期以來對原住民結構性地「宰制與排斥」，避免原住民族成為黃昏的民族或被邊緣化的命運。當非原住民族可以用尊重的態度面對原住民族文化時，才能去除文化優越的意識，進而在臺灣社會確立原住民族的文化主體性<sup>20</sup>。而原創條例的主要目的，即在於賦予原住民族「文化公民權」，深化其共同的主體意識，消除原住民族對於文化消逝的隱憂，並使整體社會逐漸接受「認可差異」是民主社會的價值之一<sup>21</sup>。

舉例而言，2012年2月底，新竹縣司馬庫斯部落泰雅族人，越界到宜蘭縣南山村盜伐神木。因神木所在的位置，屬於泰雅族比雅楠部落之傳統領域，導致該部落族人極為憤怒。經過泰雅族耆老及教會牧師之協調，2012年5月4日上午，由司馬庫斯部落代表，帶著2頭毛豬，在500年前泰雅族祖先遷徙分散地之思源啞口羅葉尾畔，以吟唱古調、祭告祖靈(gaga)之方式，舉行傳統和解的「血祭」儀式(sbalay)，化解兩個部落之間的紛爭。而位在苗栗、臺中、新竹、桃園、宜蘭等五個縣市的泰雅族八大部落，也宣示共組「攻守同盟」盟約(phaban)，一起守護雪山的山林環境<sup>22</sup>。對於泰雅族人而言，遵守祖先遺訓解決紛爭，具有非常重要的意義。但令人遺憾的是，在網路上仍有網友留言表示：「一顆神木原來只值兩頭毛豬...我可以拿20頭毛豬跟你們換10顆神木嗎??我想這是一條很大的財路...」、「我想拿毛豬跟你們換神木超划算<sup>23</sup>。」可見主流社會仍有基於本位文化思考之觀點，以其自身的價值(毛豬與神木)評斷原住民族之文化傳統，實在令人遺憾！

<sup>19</sup> 司法院秘書長99年4月1日秘台廳司一字第0990007863號函。

<sup>20</sup> 布興·大立(Pusin Tali)，自治是原住民族的唯一活路，頁95(2008)。

<sup>21</sup> 劉璧榛，「文化產業、文化振興與文化公民權：原住民族文化政策的變遷與論辯」，台灣原住民政策變遷與社會發展，頁426-428(2010)。

<sup>22</sup> 羅建旺，「越域盜木，泰雅族殺豬祭祖大和解」，聯合報，A6版，2012年5月5日。

<sup>23</sup> 不出草 原民部落 殺豬血祭大和解，蘋果日報：

<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20120505/34207726/applesearch/> (最後點月時間：2012年5月5日)。

從多元文化主義的角度觀察，制定原創條例雖然彰顯了改變的開始。只是這樣的改變能否讓原住民族的現存文化，向後連結古老時代，向前推向無盡未來，進而讓民族的文化身分源源流長，仍有待主流社會觀念的改變<sup>24</sup>。

### 第三項 智慧創作專用權效益極大化：給主管機關的建議

原創條例創設了新的財產權型態，如何使財產權效益極大化，是解釋專用權權利內容的重要原則。如何設計有效率的制度，透過財產權的重新安排，進而降低交易成本，更是原創條例施行後，必須面對的重要課題<sup>25</sup>。如前所述，對於文化市場而言，智慧創作專用權的創設，可能造成另一波「圈地運動」（是否圈地取決於原住民族之態度），事實上乃對於文化創作資源之重新配置。對制度設計者（主管機關）而言，應該思考的是，什麼形式的制度組合，最能促進交換利益<sup>26</sup>。亦即如何達成原創條例之立法目的：「保護原住民族之智慧創作」、「促進原住民族文化發展」。

對於亙古存在的原住民族傳統智慧創作，原創條例採用了「登記保護的制度」（原創條例第 4 條）。登記之申請人（即潛在之權利主體）則限於「原住民族或部落」（原創條例第 6 條第 2 項）。由此觀之，原創條例之立法目的能否達成，智慧創作專用權制度能否建立，完全取決於潛在之權利主體，是否願意提出申請。換言之，如果原住民族或部落，對於傳統文化表達，採取「分享」的態度，不願意提出申請，並由主管機關認定並登記，則專用權制度顯然只是一種想像而已。再者，從本論文第四章第六項之實證訪談資料內容可以得知，原住民族習慣於遵守沒有文字記載的祖先規範，對於市民法律制度的操作方式相當陌生。因此，主管機關自應盡力協助不熟悉市民法律體制之權利主體（原住民族或部落），依循相關程序申請智慧創作專用權。共同協力促使原創條例，從「想像」開展為「實際」。

除此之外，賦予原住民族智慧創作專用權，僅是消彌過去的不平等，並且讓原住民族在文化市場有更多的選擇機會<sup>27</sup>。然而，新類型財產權（智慧創作專用權）的建立，是否能夠達到資源更有效利用？從本論文實證訪談資料中可以得知，答案應該是否定的。換言之，原住民族如何在全新的法律制度中實現權利？主流

---

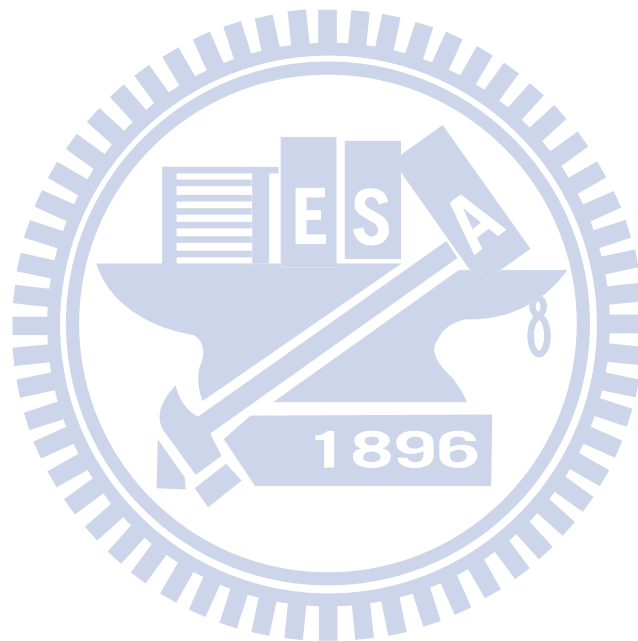
<sup>24</sup> KYMLICKA, *supra* note 6, at 90.。

<sup>25</sup> 劉瑞華，制度、制度變遷與經濟成就導讀，收錄在 Douglass C. North 著，劉瑞華譯，制度、制度變遷與經濟成就，頁 IV（1994）。

<sup>26</sup> 同前註，頁 VI。

<sup>27</sup> KYMLICKA, *supra* note 6, at 113.

社會如何接近、使用原住民族文化表達？都有待未來法律實際運作之後才能加以驗證。如同 North 所指出的，正式規則（原創條例）未必能夠建構有效率的財產權（智慧創作專用權<sup>28</sup>）。而如何在正式規則（原創條例）與非正式規則（原住民族傳統習慣）的規範下，重現原住民族文化主體性並擴大文化外溢效果，將是主管機關責無旁貸的歷史使命！正如 Dworkin 所言：「當我們繼承了一種文化結構，基於正義的理念，我們便有義務將這種結構傳遞給下一代，並且確保它的豐富性不會在我們手中消逝<sup>29</sup>。」而這也正是原創條例的精神所在！



---

<sup>28</sup> D. C. North 著，劉瑞華譯，制度、制度變遷與經濟成就，頁 61（1994）。

<sup>29</sup> RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE, 232-33 (1985).



## 參考文獻

### 中文書籍

- 王泰升，《台灣法律史概論》，2 版，元照出版，台北（2004）。
- 王嵩山，《當代臺灣原住民的藝術》，國立臺灣藝術教育館出版，台北（2001）。
- 王澤鑑，《民法概要》，三民出版，台北（2003）。
- 王澤鑑，《民法物權第一冊：通則·所有權》，三民出版，台北（2005）。
- 王為國、張奕華、許正妹、黃世奇、羅國俊著，《質性研究資料分析與文獻格式之運用》，心理出版，台北（2006）。
- 田哲益（達西烏拉彎·畢馬），《台灣原住民的社會與文化》，武陵出版，台北（2001）。
- 布興·大立（Pusin Tali），《自治是原住民族的唯一活路》，前衛出版，台北（2008）。
- 林建成，《台灣原住民藝術田野筆記》，藝術家出版，台北（2002）。
- 洪遜欣，《中國民法總則》，大陸（1981）。
- 孫大川，《夾縫中的族群建構：台灣原住民的語言、文化與政治》，聯合文學出版，台北（2010）。
- 孫大川，《山海世界：台灣原住民心靈世界的摹寫》，聯合文學出版，台北（2010）。
- 高淑清，《質性研究的 18 堂課——首航之旅》，麗文出版，台北（2008）。
- 張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏，《經濟學（上）》，翰蘆圖書出版，台北（1995）。
- 陳雨嵐，《台灣的原住民》，遠足文化出版，台北（2004）。
- 陳鴻鈞，《財產權之行使及保護》，台北（1963）。
- 黃少游，《現代法學底理論與實際》，三民出版，台北（1967）。
- 曾建次，《祖靈的腳步》，晨星出版，台中（1998）。
- 楊仁壽，《法學方法論》，三民出版，台北（2005）。
- 齊力、林本炫，《質性研究研究方法與資料分析》，南華大學教育社會學研究所出版，嘉義（2005）
- 劉其偉，《台灣原住民文化藝術》，雄獅美術出版，台北（1997）。

- 鄭玉波，《羅馬法要義》，漢林出版，台北（1961）。
- 鄭玉波著，黃宗樂修訂，《民法物權》，三民書局，台北（2005）。
- 霍德明、熊秉元、胡春田、巫和懋，《經濟學 2000（上）》，3 版，雙葉書廊出版，台北（2003）。
- 蕭瑞麟，《不用數字的研究：深度思考的學術研究方法》，培生出版，台中（2006）。
- 羅明通，《著作權法論 I》，6 版，三民出版，台北（2005）。
- 羅明通，《著作權法論 II》，6 版，三民出版，台北（2005）。
- Babbie, Earl 著，李美華、孔祥明、李明寰、林嘉娟、王婷玉、李承宇合譯，《社會科學研究方法（上）》，時英出版，台北（2004）。
- Becker, Howard S. 著，郭姿吟、呂錦媛譯，《這才是做研究的王道》，群學出版，台北（2009）。
- Flick, Uwe 著，張可婷譯，《質性研究的設計》，韋伯出版，台北（2010）。
- Fligstein, Neil 著，鄭力軒譯，《市場的構造：21 世紀資本主義社會的經濟社會學》，群學出版，台北（2007）。
- Foray, Dominique 著，周宜芳譯，《知識經濟學》，天下文化出版，台北（2007）。
- Friedman, David D. 著，葉家興譯，《經濟學與法律的對話》，先覺出版，台北（2002）。
- Friedman, Lawrence M. 著，吳錫堂、楊滿郁譯，《法律與社會》，巨流出版，台北（1991）。
- Furubotn, Eric G. & Rudolf Richter 著，顏愛靜譯，《制度與經濟理論—新制度經濟學之貢獻》，五南圖書出版，台北（2001）。
- Hoecke, Mark Van 著，孫國東譯，《法律的溝通之維》，法律出版，大陸（2002）。
- Jensen, Klaus Bruhn 等著，陳玉箴譯，《媒介與傳播研究方法指南：質性與量化方法論》，韋伯文化出版，台北（2005）。
- Keesing, R. 著，張恭啟、于嘉雲譯，《當代文化人類學分編之二：文化人類學》，巨流出版，台北（1991）。
- Keesing, R. 著，張恭啟、于嘉雲譯，《文化人類學》，巨流出版，台北（1991）。
- Kvale, Steninar 著，陳育含譯，《訪談研究法》，韋伯文化出版，台北（2010）。

- Lessig, Lawrence 著，劉靜怡譯，《網路自由與法律》，商周文化，台北（2002）。
- Levitt, Steven D. & Stephen J. Dubner 著，李明譯，《蘋果橘子經濟學》，大塊文化出版，台北（2006）。
- Lloyd, Dennis 著，張茂柏譯，《法律的理念》，聯經出版，台北（1989）。
- Marshall, Catherine & Rossman, Gretchen B. 著，李政賢譯，《質性研究：設計與計畫撰寫》，五南出版，台北（2007）。
- Monahan, John & Laurens Walker 著，何美歡、樊志斌、黃博譯，《法律中的社會科學》，法律出版社出版，大陸（2007）。
- More, Thomas 著，戴錙齡譯，《烏托邦》，再版，中國社會出版，大陸（1999）。
- Neuman, W. Lawrence 著，朱柔若譯，《社會科學研究方法——質化與量化取向》，揚智出版，台北（2000）。
- North, D. C. 著，劉瑞華譯，《制度、制度變遷與經濟成就》，時報出版，台北（1994）。
- Okun, Arthur M. 著，許晉福譯，《公平與效率：你必須有所取捨》，經濟新潮出版，台北（2011）。
- Patton, M. Q. 著，吳芝儀、李奉儒譯，《質的評鑑與研究》，桂冠出版，台北（1995）。
- Rosen, Lawrence 著，彭艷崇譯，《法律與文化：一位法律人類學家的邀請》，法律出版，北京（2011）。
- Sandler, Todd 著，葉家興譯，《經濟學與社會的對話》，先覺出版，台北（2003）。
- Smith, Adam 著，謝宗林、李華夏譯，《國富論》，先覺出版，台北（2005）。
- Soto, Hernando de 著，王曉冬譯，《資本的祕密》，經濟新潮社出版，台北（2005）。
- Strauss, Aqnselm & Corbin, Juliet 著，吳芝儀、廖梅花譯，《質性研究入門：紮根理論研究方法》，濤石文化出版，台北（2001）。
- Wight, Jonathan B. 著，江麗美譯，《發現亞當斯密：一個關於財富、轉型與道德的故事》，經濟新潮社出版，台北（2004）。

## 中文期刊

- 王佳煌，〈文化／創意產業、創意階級／城市論著的批判性檢視〉，《思與言》，第 48 卷第 1 期，頁 131-190，2010 年 3 月。
- 王皇玉，〈文化衝突與台灣原住民犯罪困境之探討〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 36 卷第 3 期，頁 255-304，2007 年 9 月。
- 王泰升，〈「法律史——臺灣法律發展的『輪替』、轉機與在地化（2007-2009）」〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 39 卷第 2 期，頁 165-198，2010 年 6 月。
- 王泰升，〈日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗：以關於惡行的制裁為中心〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 40 卷第 1 期，頁 1-98，2011 年 3 月。
- 王敏銓，〈Free Culture (Lawrence Lessig, New York, NY: The Penguin Press, 2004)〉，《科技法學評論》，第 2 卷第 2 期，頁 215-240，2005 年 10 月。
- 古祖雪，〈論傳統知識保護的三種正當性〉，《法令月刊》，第 58 卷第 12 期，頁 68-82，2007 年 12 月。
- 辛年豐，〈原住民族權利保障的建構與實現——從平等權出發到落實平等保障〉，《國立中正大學法學集刊》，第 34 期，頁 187-245，2011 年 7 月。
- 呂佩芳、楊智傑，〈釋放部分著作權之法律經濟分析〉，《智慧財產權月刊》，第 81 期，頁 96-126，2005 年 9 月。
- 吳景芳，〈行政院原住民族委員會孫大川主任委員專訪〉，《法律扶助》，第 35 期，頁 20-24，2011 年 2 月。
- 周惠民，〈台灣原住民族研究——一個資料庫分析〉，《台灣原住民族研究季刊》，第 3 卷第 4 期，頁 167-194，2010 年 12 月。
- 林三元，〈法律經濟學之發展特別報導——從有效率的公平正義出發〉，《科技法學評論》，第 1 卷第 2 期，頁 249-294，2004 年 10 月。
- 林三元，〈原住民族傳統智慧創作保護條例初探——建構文化財產權之省思〉，《興大法學》，第 3 期，頁 57-90，2008 年 5 月。
- 林明昕，〈原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」？〉，《憲政時代》，第 29 卷第 3 期，頁 335-358，2004 年 4 月。
- 林開世，〈一個法案保護了什麼？〉，《人類學視界》，創刊號，頁 2-5，2008 年 3 月。



- 胡正恆，〈人、土地、與歷史記憶：以蘭嶼傳統地名的研究為例〉，《原住民教育季刊》，第 26 期，頁 110-122，2002 年 11 月。
- 容邵武，〈法律及其不滿〉，《人類學視界》，第 2 期，頁 32-34，2008 年 9 月。
- 涂懷瑩，〈行政法學的「方法論」的「重要性」、「新舊方法」暨「綜合法學的研究法」(一)〉，《軍法專刊》，第 43 卷第 2 期，頁 1-2，1997 年 12 月。
- 盛子龍，〈潘朵拉的盒子—釋字第 60 六號解釋簡評〉，《台灣本土法學》，第 79 期，頁 280-283，2006 年 2 月。
- 陳妙芬，〈「原住民族之法意識及權利保障」座談會議題討論〉，《台灣本土法學雜誌》，第 47 期，頁 77-129，2003 年 6 月。
- 陳起行，〈美國數位著作權保護的法理論述〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 36 卷第 2 期，頁 131-164，2007 年 6 月。
- 郭佩宜，〈法律是解藥，還是毒藥？〉，《人類學視界》，創刊號，頁 6-8，2008 年 3 月。
- 郭華仁、陳昭華、陳士章、周欣宜，〈傳統知識之保護初探〉，《清華科技法律與政策論叢》，第 2 卷第 1 期，頁 49-99，2005 年 3 月。
- 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 3 卷第 4 期，頁 11-46，2010 年 12 月。
- 黃居正、邱盈翠，〈公共領域的結構轉型：以美國理論變遷與實務觀點為中心〉，《歐美研究季刊》，第 41 卷第 4 期，頁 1023-1097，2011 年 12 月。
- 黃樹民，〈原住民族政策評估研究之我思〉，《人類學視界》，第 3 期，頁 20-23，2009 年 3 月。
- 楊仁煌，〈撒奇萊雅民族無形文化建構之研究〉，《台灣原住民族研究季刊》，第 3 卷第 4 期，頁 97-143，2010 年 12 月。
- 楊智傑，〈原住民傳統文化表達之保護模式比較與建議〉，《國立中正大學法學集刊》，第 30 期，頁 47-98，2010 年 7 月。
- 廖元豪，〈司法與台灣民主政治——促進、制衡，或背道而馳？〉，《台灣民主季刊》，第 4 卷第 3 期，頁 161-172，2007 年 9 月。
- 劉宏恩，〈「書本中的法律」(Law in Books) 與「事實運作中的法律」(Law in Action)〉，《月旦法學》，第 94 期，頁 336-341，2003 年 3 月。

劉尚志、林三元、宋皇志，〈走出繼承，邁向立論：法學實證研究之發展〉，《科技法學評論》，第3卷第2期，頁1-48，2006年10月。

劉源祥，〈原住民族基因研究之國內法律規範探討〉，《法律與生命科學》，第7期，頁12-25，2008年10月。

蔡志偉，〈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》，第40卷特刊，頁1499-1550，2011年10月。

蔡明誠，〈網際網路智慧財產權的問題與展望——以臺灣法律為例〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第30卷第5期，頁133-173，2001年9月。

蔡維音，〈財產權之保護內涵與釋義學結構〉，《成大法學》，第11期，頁31-74，2006年6月。

Simon, Scott (史國良) 著，林汝羽、許婉容、劉紹華譯，〈人類學與原住民族自治〉，《人類學視界》，第3期，頁40-43，2009年3月。

## 中文學位論文

朱稚芬，《論著作權法與公共領域之衝突與調和機制》，世新大學法學院碩士論文，2006年7月。

李悌愷，《姓名權之研究》，天主教輔仁大學法律學系博士論文，2010年1月。

巫智豪，《地上權之財產權界定及消滅後地上物清理之法律經濟分析》，國立政治大學地政學系碩士班碩士論文，2005年11月。

林正杰，《民俗創作保護之研究》，國立交通大學管理學院在職專班科技法律組碩士論文，2009年10月。

曾致鳴，《原住民族傳統智慧創作法律保護之研究》，國立雲林科技大學科技法律研究所碩士論文，2011年6月。

蔡佩真，《台灣癌症喪親家庭關係之變化與探究》，國立暨南國際大學社會政策與社會工作學系博士論文，2006年。

蔡惠如，《著作權合理使用之價值創新與未來展望》，國立交通大學科技管理研究所博士論文，2006年8月。

趙善如，《從平衡觀點探討老年妻子照顧者的生活適應現象》，東海大學社會工作學系博

士論文，2002年。

魏千峰，《財產權之基本理論研究—以國家與人民之關係為限》，國立政治大學法律學研究所博士論文，1999年。

簡嘉瑩，《原住民族傳統智慧創作之探討》，國立東華大學財經法律研究所碩士論文，2010年。

## 中文論文集

周惠民，〈原住民知識在教育上的意涵與應用〉，收於《2010南島民族國際會議論文集》，行政院原住民族委員會出版，台北（2010）。

紀駿傑、陽美花，〈原住民族傳統領域問題分析與建議〉，收於《台灣原住民政策變遷與社會發展》，中央研究院民族學研究所出版，台北（2010）。

章英華、林季平、劉千嘉，〈臺灣原住民的遷徙及社會經濟地位之變遷與現況〉，收於《台灣原住民政策變遷與社會發展》，中央研究院民族學研究所出版，台北（2010）。

陳張培倫，〈原住民族知識與現代知識的平等對話〉，收於《2010年南島民族國際會議論文集》，行政院原住民族委員會出版，台北（2010）。

陳愛娥，〈司法院大法官會議解釋中財產權概念之演變〉，收於《憲法解釋之理論與實務》，中央研究院中山人文社會科學研究所出版，台北（1998）。

黃樹民，〈全球化與台灣原住民基本政策之變遷與現況〉，收於《台灣原住民政策變遷與社會發展》，中央研究院民族學研究所出版，台北（2010）。

劉孔中，〈建立資訊時代『公共領域』之重要性及具體建議〉，收於《智慧財產權法制的關鍵革新》，元照出版，台北（2007）。

劉璧榛，〈文化產業、文化振興與文化公民權：原住民族文化政策的變遷與論辯〉，收於《台灣原住民政策變遷與社會發展》，中央研究院民族學研究所出版，台北（2010）。

鄭川如，〈加拿大克里族土地自治協議之簡介與探討〉，收於《加拿大原住民族的土地權實踐》，東華大學原住民族學院出版，花蓮（2008）。

## 中文研討會論文

黃居正，〈特殊權利概念的重建——評析原住民傳統智慧創作保護條例〉，發表於「原住民族傳統智慧創作保護」研討會，數位典藏與數位學習國家型科技計畫、數位典藏與學習之學術與社會應用推廣計畫、拓展臺灣數位典藏計畫，中央研究院人文社會科學館第一會議室（2008）。

## 其他中文參考文獻

立法院公報，第90卷第5期，2001年1月。

立法院公報，第96卷第84期，2007年12月。

立法院公報，第96卷第85期，院會紀錄，2007年12月。

法務部編，臺灣民事習慣調查報告，法務部，6版（2004）。

財團法人鄒族文化藝術基金會，原住民族傳統習慣之調查整理及評估納入現行法體系之研究——鄒族、魯凱族篇，行政院原住民族委員會（2006）。

台邦·撒沙勒，尋找部落主權：文化商品化、智慧財產權與原住民傳統資源權利之探討，文化運用與智慧財產權文選集，台灣原住民部落振興文教基金會編印（2000）。

施正鋒，「原住民族自治區定位之研究」政策建議書，行政院研究發展考核委員會委託研究（2008）。

高德義、石忠山、羅國夫、楊逸翔、楊鵬穎、全皓翔，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究：排灣族及雅美族個案，行政院原住民族委員會委託研究（2008）。

蔡中涵、陳俊男，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第七期委託研究——阿美族、噶瑪蘭族、撒奇萊雅族，行政院原住民族委員會委託研究（2011）。

蔡志偉（Awi Mona）、潘英海，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第八期委託研究計畫——賽德克族結案報告，行政院原住民族委員會委託研究（2011）。

謝世忠、郭倩婷、楊鈴慧、劉瑞超、李韋誠，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第二期委託研究：泰雅族、太魯閣族，行政院原住民族委員會委託研究（2007）。



謝世忠、楊鈴慧、劉瑞超、李韋誠、黃昱中，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第五期委託研究—布農族、邵族，行政院原住民族委員會委託研究（2008）。

財團法人東台灣研究會文化藝術基金會，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究—卑南族、賽夏族結案報告，行政院原住民族委員會委託研究（2010）。

王已由，確認原民身分，西拉雅族敗訴，中國時報，A13版，2011年7月22日。

何哲欣，原民收養限制嚴，促修法鬆綁，蘋果日報，A6版，2011年5月12日。

林恕輝、黃明堂，蘭嶼百年大舟，遭轟踐踏達悟文化，自由時報，A6版，2011年6月29日。

黃力勉，蘭嶼拼板大舟，逆跨黑潮首抵台，中國時報，A10版，2011年6月30日。

鄭錦晴，蘭嶼飛魚漁業資源管理獲共識，中華日報，第B2版，2008年3月18日。

羅建旺，越域盜木，泰雅族殺豬祭祖大和解，聯合報，A6版，2012年5月5日。

蘋果日報 A10 版，2007 年 12 月 8 日，亦可見蘋果日報網站：

<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20071208/30052000>（最後點閱時間：2010年8月4日）。

劉嘉泰，豐年祭領唱人凋零，錄音帶代勞，中央社新聞網：

<http://www.mysuper.com.tw/simple/?t51595.html>（最後點閱時間：2010年8月4日）。

李蕙君，「棉花婆婆」捻集棉線織衣 台東縣唯一，聯合新聞網：

<http://udn.com/NEWS/DOMESTIC/DOM1/7007388.shtml>（最後點閱時間：2012年4月5日）。

行政院第 3024 次院會決議，亦可見行政院網站：

<http://www2.ey.gov.tw/ct.asp?xItem=28274&ctNode=1226&mp=1>（最後點閱時間：2012年8月10日）。

行政院第 3089 次院會決議，亦可見行政院網站：

<http://www2.ey.gov.tw/ct.asp?xItem=42612&ctNode=1229&mp=21>（最後點閱時間：2012年8月10日）。

中央研究院民族學研究所網站：

<http://www.ioe.sinica.edu.tw/chinese/staff/Chen-chi-lu.html>（最後點閱時間：2009年

4月19日)。

行政院原住民族委員會網站：

<http://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=940F9579765AC6A0&DID=0C3331F0EBD318C2C732C824F97827B5> (最後點閱時間：101年4月5日)。

美利堅合眾國憲法 (The Constitution of the United States of America)，司法院網站：

<http://www.judicial.gov.tw/db/db04/db04-03.asp> (最後點閱時間：2015年12月25日)。

蘭嶼鄉公所聲明書 (2011年6月26日)，蘭嶼鄉公所網站：

<http://lanyu.taitung.gov.tw/newsinside.php?no=52> (最後點閱時間：2011年6月30日)。

謝文華，平埔族爭正名換來原民會羞辱，自由時報電子報，2009年6月25日，亦可見

自由時報網站：

<http://www.libertytimes.com.tw/2009/new/jun/25/today-life10.htm> (最後點閱時間：2009年7月22日)。

蘇益忠，原民會舉行部落核定座談會，中時電子報，2008年3月11日，亦可見中國時報網站：

[http://www.tipp.org.tw/formosan/news/news\\_detail.aspx?id=20080312000001](http://www.tipp.org.tw/formosan/news/news_detail.aspx?id=20080312000001) (最後點閱時間：2009年11月17日)。

苗栗縣政府原住民族行政處，原住民族行政處召開「原住民族地區『部落』核定機制」中區說明會，2008年3月12日，亦可見自由時報網站：

[http://apm.miaoli.gov.tw/news52\\_view.aspx?vsn=9](http://apm.miaoli.gov.tw/news52_view.aspx?vsn=9) (最後點閱時間：2009年11月22日)。

阿密特，維基百科網站：

<http://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E9%98%BF%E5%AF%86%E7%89%B9> (最後點閱時間：2011年5月31日)。

陳威任，阿妹專輯收錄古調 獲部落授權，台灣立報 (2009年7月15日)

<http://www.lhpao.com/?action-viewnews-itemid-5186> (最後點閱時間：2011年5月31日)。

原住民族自治法草案內容及相關立法說帖，行政院原住民族委員會網站：

<http://www.apc.gov.tw/portal/docList.html?CID=70BECE48437643C1> (最後點閱時間：

2012 年 4 月 17 日)。

謝文華，原住民族自治法草案／沒錢沒權沒土地，原民轟假自治，自由時報電子報，2010 年 9 月 23 日：

<http://www.libertytimes.com.tw/2010/new/sep/23/today-p4.htm> (最後點閱時間 2012 年 1 月 5 日)。

立法院全球資訊網網站：

[http://www.ly.gov.tw/01\\_lyinfo/0109\\_meeting/meetingView.action?id=46403&atcid=46403](http://www.ly.gov.tw/01_lyinfo/0109_meeting/meetingView.action?id=46403&atcid=46403) (最後點閱時間 2011 年 6 月 7 日)。

不出草 原民部落 殺豬血祭大和解，蘋果日報：

<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20120505/34207726/applesearch/> (最後點閱時間：2012 年 5 月 5 日)。

## 英文書籍

ALEXANDER, GREGORY, COMMODITY AND PROPRIETY (1997).

CALABRESI, GUIDO, PHILIP BOBBITT, TRAGIC CHOICES: THE CONFLICTS SOCIETY CONFRONTS IN THE ALLOCATION OF TRAGICALLY SCARCE RESOURCES (1978).

DWORKIN, RONALD, A MATTER OF PRINCIPLE (1985).

FISHER, WILLIAM W. III ET AL., AMERICAN LEGAL REALISM (1993).

FISHER, WILLIAM W. III, PROMISES TO KEEP (2004).

HEGEL, G. W. F., THE PHILOSOPHY OF RIGHT (T. M. Knox trans., Oxford Clarendon Press, 1965) (1812).

JEFFERSON, THOMAS, NOTES ON THE STATE OF VIRGINIA (New York, Harper & Row 1964) (1861).

KAIN, ROGER J. P., JOHN CHAPMAN & RICHARD R. OLIVER, THE ENCLOSURE MAPS OF ENGLAND AND WALES 1595-1918 (2004).

KOMESAR, NEIL K., LAW'S LIMITS: THE RULE OF LAW AND THE SUPPLY AND DEMAND OF RIGHTS (2001).

KYMLICKA, WILL, MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS

(1995).

LESSIG, LAWRENCE, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE (1999).

LESSIG, LAWRENCE, FREE CULTURE (2004).

LESSING, LAWRENCE, FREE CULTURE: HOW BIG MEDIA USES TECHNOLOGY AND LAW TO LOCK DOWN CULTURE AND CONTROL CREATIVITY (2004).

LIEBERMAN, MARC & ROBERT E. HALL, INTRODUCTION TO ECONOMICS (2005).

LITMAN, JESSICA, DIGITAL COPYRIGHT (2001).

LOCKE, JOHN, TWO TREATIES OF GOVERNMENT (2003).

MARX, KARL, ECONOMIC AND PHILOSOPHIC MANUSCRIPTS OF 1844 (1964) (1932).

MINDA, GARY, POSTMODERN LEGAL MOVEMENT: LAW AND JURISPRUDENCE AT CENTURY'S END (1995).

MONAHAN, JOHN & LAURENS WALKER, SOCIAL SCIENCE IN LAW: CASES AND MATERIALS, (2002).

MUNZER, STEPHEN R., A THEORY OF PROPERTY (1990).

ROWLEY, CHARLES K., PROPERTY RIGHTS AND THE LIMITS OF DEMOCRACY (1993).

SCHILLER, BRADLEY R., ESSENTIALS OF ECONOMICS (4th ed. 2002).

SHINER, ROGER A., LEGAL INSTITUTIONS AND THE SOURCES OF LAW (2005).

WATSON, CONRAD WILLIAM, MULTICULTURALISM (2000).

## 英文期刊

Bell, Abraham & Parchomovsky, Gideon, *A Theory of Property*, 90 CORNELL L. REV. 531 (2005).

Benson, Bruce L., *The Spontaneous Evolution of Cyber Law: Norms, Property Rights, Contracting, Dispute Resolution and Enforcement Without the State*, 1 J. L. ECON. & POL'Y. 269 (2005).

Bouckaert, Boudewijn, *What is Property?*, 13 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 775 (1990).



- Boyle, James, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 33 (2003).
- Buchanan, James M. & Yong J. Yoon, *Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons*, 43 J.L. & ECON. 1 (2000).
- Carter, Stephen L., *Does It Matter Whether Intellectual Property is Property?*, 68 CHI-KENT L. REV. 715, (1993).
- Coase, Ronald H., *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & ECON. 1 (1960).
- Cohen, Amy B., *Copyright Law and the Myth of Objectivity: The Idea-Expression Dichotomy and The Inevitability of Artistic Value Judgments*, 66 IND. L.J. 175 (1990).
- Cohen, Morris R., *Property and Sovereignty*, 13 CORNELL L.Q. 8 (1927).
- Conway, Danielle M., *Indigenizing Intellectual Property Law: Customary Law, Legal Pluralism, and the Protection of Indigenous Peoples' Rights, Identity, and Resources*, 15 TEX. WESLEYAN L. REV. 207 (2009).
- Demsetz, Harold, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 AM. ECON. REV. PAPERS & PROC. 347 (1967).
- Demsetz, Harold, *Toward a Theory of Property Rights II: The Competition Between Private and Collective Ownership*, 31 J. LEGAL. STUD. 653 (2002).
- Easterbrook, Frank H., *Intellectual Property is Still Property*, 13 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 108 (1990).
- Fisher III, William W., *Property and Contract on the Internet*, 73 CHI-KENT L. REV. 1203 (1998).
- Frischmann, Brett M., & Mark A. Lemley, *Spillovers*, 107 COLUM. L. REV. 257 (2007).
- Gordon, Wendy J., *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982).
- Hadley, Marie, *The Double Movements that Define Copyright Law and Indigenous Art In Australia*, 9 INDIGENOUS L. J. 47 (2010).
- Hardin, Garrett, *The Tragedy of the Commons*, SCIENCE, Dec. 13, 1968, at 1243.
- Heise, Michael, *The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial*

- Decision Making and the New Empiricism*, 2002 U. ILL. L. REV. 819 (2002).
- Heller, Michael A., *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 HARV. L. REV. 621 (1998).
- Heller, Michael A., *The Boundaries of Private Property*, 108 YALE L. J. 1163 (1999).
- Holmes, Oliver Wendell, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457 (1897).
- Hughes, Justin, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 GEO. L. J. 287 (1988).
- Jaszi, Peter, *Caught in the Net of Copyright*, 75 OR. L. REV. 299 (1996).
- Kurtz, Leslie A., *Speaking to the Ghost: Idea and Expression in Copyright*, 47 U. MIAMI L. REV. 1221 (1993).
- Lange, David, *Recognizing the Public Domain*, 44 LAW & CONTEMP. PROBS. No. 4. 147 (1981).
- Lemley, Mark A., *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, 83 TEX. L. REV. 1031 (2005).
- Lessig, Lawrence, *Re-crafting a public domain*, 18 YALE J. L. & HUMAN. 56 (2006).
- Litman, Jessica, *The Public Domain*, 39 EMORY L. J. 965 (1990).
- Long, Doris Estelle, *Traditional Knowledge and the Fight for the Public Domain*, 5 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP. L. 671 (2006).
- Merrill, Thomas W. & Henry E. Smith, *What Happened to Property in Law And Economics?*, 111 YALE L. J. 357 (2001).
- Merrill, Thomas W., *Introduction: The Demsetz Thesis and the Evolution of Property Rights*, 31 J. LEGAL STUD. 331 (2002).
- Merryman, John Henry, *Two Ways of Thinking About Cultural Property*, 80 AM. J. INT'L L. 831 (1986).
- Mossoff, Adam, *What is Property? Putting the Pieces Back Together*, 45 ARIZ. L. REV. 371 (2003).
- Netanel, Neil Weinstock, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L. J. 283 (1996).

- Ochoa, Tyler T., *Origins and Meanings of the Public Domain*, 28 U. DAYTON L. REV. 215 (2002).
- Pound, Roscoe, *Law in Books and Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12 (1910).
- Pound, Roscoe, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, 25 HARV. L. REV. 489 (1912).
- Reich, Charles A., *The New Property*, 73 YALE L. J. 733 (1964).
- Riley, Angela R., *“Straight Stealing”: Towards an Indigenous System of Cultural Property Protection*, 80 WASH. L. REV. 69 (2005).
- Rose, Carol, M., *Property as the Keystone Right?*, 71 NORTE DAME L. REV. 329 (1996).
- Samuels, Edward, *The Idea-Expression Dichotomy In Copyright Law*, 56 TENN. L. REV. 321 (1989).
- Scotchmer, Suzanne, *Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law*, 5 J. ECON. PERSP. 29 (1991).
- Stephen, Frank H. & Stefan Van Hemmen, *Laws, Enforcement, Legality, and Economic Development*, 26 WASH. U. J. L. & POL’Y 37 (2008).
- Sterk, Stewart E., *Intellectualizing Property: The Tenuous Connections Between Land and Copyright*, 83 WASH. U. L. Q. 417 (2005).
- Stigler, George J., *The Law and Economics of Public Policy: A Plea to Scholars*, 1 J. L. STUDIES 1 (1972).
- Underkuffler-Freund, Laura S., *Property: A Special Right*, 71 NOTRE DAME L. REV. 1037 (1996).
- Valencia-Weber, Gloria, *Tribal Courts: Custom and Innovative Law*, 24 N. M. L. REV. 225 (1994).
- Williams, Robert A. Jr., *Encounters on the Frontiers of International Human Rights Law: Redefining the Terms of Indigenous Peoples’ Survival in the World*, 1990 DUKE L.J. 660 (1990).

## 其他英文參考文獻

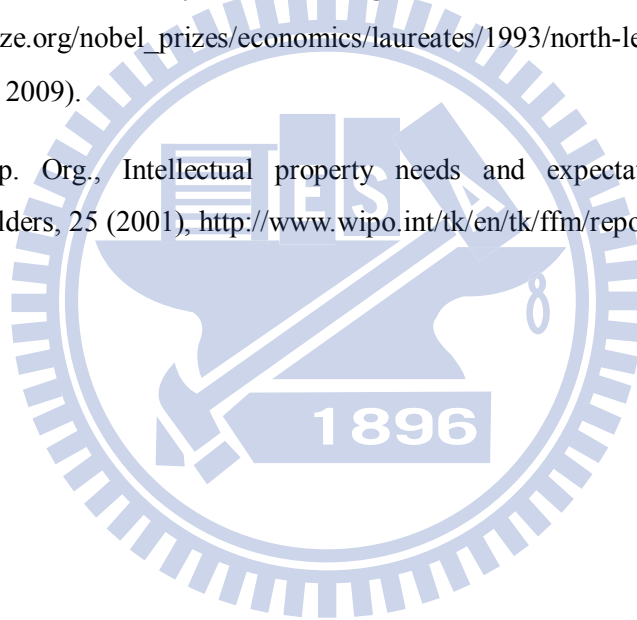
ELDRITCH PRESS, <http://www.eldritchpress.org> (last visited Sept. 21, 2011).

Seron, Carroll & Susan S. Silbey, *Profession, Science, and Culture: An Emergent Canon of Law and Society Research*, in THE BLACKWELL COMPANION TO LAW AND SOCIETY 30 (Andrew Bradstock & Christopher Rowland eds.) (2004).

Jefferson, Thomas, *The Founders' Constitution Volume 3, Article 1, Section 8, Clause 8*, THE UNIV. OF CHI. (Aug. 13, 1813), available at [http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1\\_8\\_8s12.html](http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_8_8s12.html) (last visited Aug. 17, 2011).

North, Douglass C., *Economic Performance through Time*, NOBELPRIZE.ORG (Dec. 9, 1993), [http://nobelprize.org/nobel\\_prizes/economics/laureates/1993/north-lecture.html](http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1993/north-lecture.html) (last visited Feb. 2, 2009).

World Intell. Prop. Org., Intellectual property needs and expectations of traditional knowledge holders, 25 (2001), <http://www.wipo.int/tk/en/tk/ffm/report>.





## 附件一

### 原住民族傳統智慧創作保護條例（中華民國 96 年 12 月 26 日公布）

- 第一條 為保護原住民族之傳統智慧創作(以下簡稱智慧創作)，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。
- 第二條 本條例所稱主管機關為行政院原住民族委員會。
- 第三條 本條例所稱智慧創作，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。
- 第四條 智慧創作應經主管機關認定並登記，始受本條例之保護。  
前項智慧創作之認定標準，由主管機關定之。
- 第五條 主管機關得遴聘(派)有關機關人員、專家學者及原住民代表，辦理智慧創作之認定及其他法令規定事項，其中原住民代表不得少於二分之一。
- 第六條 智慧創作申請人應備具申請書、說明書、必要圖樣、照片等相關文件或提供視聽創作物，向主管機關申請登記。  
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。
- 第七條 經認定為智慧創作者，依下列規定取得智慧創作專用權：  
一、智慧創作經認定屬於申請人者，應准予登記，並自登記之日起，由申請人取得智慧創作專用權。  
二、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。  
三、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。
- 第八條 智慧創作專用權人之名稱有變更者，應申請變更登記。
- 第九條 智慧創作，應由主管機關建立登記簿並公告之。  
主管機關依第七條規定認定為智慧創作並准予登記者，

應刊登於政府公報，並公開於資訊網路。

主管機關應核發智慧創作專用權人證書及認證標記。

智慧創作之申請、登記、證書之核發、換發、註銷及認證標記之授與、撤銷、廢止辦法，由主管機關定之。

第十條 智慧創作專用權，指智慧創作財產權及智慧創作人格權。

智慧創作專用權人享有下列智慧創作人格權：

一、就其智慧創作專有公開發表之創作人格權。

二、就其智慧創作專有表示專用權人名稱之創作人格權。

三、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。

智慧創作專用權人除法律另有規定或契約另有訂定外，應以特定民族、部落或全部原住民族名義，專有使用及收益其智慧創作之財產權，並行使前項之權利。

原住民就其所屬民族、部落或全部原住民族之智慧創作，得使用收益，不受前項及第十四條規定之限制。

第十一條 智慧創作專用權不得為讓與、設定質權及作為強制執行之標的。

第十二條 智慧創作專用權非經主管機關同意，不得拋棄；拋棄之智慧創作專用權，歸屬於全部原住民族享有。

第十三條 智慧創作專用權人得將智慧創作財產權授權他人使用；其授權使用之地域、時間、內容、使用方式或其他事項，依當事人之約定；其約定不明部分，推定為未授權。

智慧創作財產權之專屬授權，應由各當事人署名，檢附契約或證明文件，向主管機關申請登記，非經登記，不生效力。

第一項之授權，不因智慧創作財產權人嗣後將其智慧創作財產權再為授權而受影響。

非專屬授權之被授權人，非經智慧創作專用權人同意，不得將其被授與之權利再授權第三人使用。

專屬授權之被授權人在授權範圍內，得以智慧創作專用權人之地位行使權利。智慧創作專用權人及各原住民在專屬授權範圍內，不得行使權利。

第十四條 智慧創作專用權依第七條第一款或第二款規定為原住民族或部落取得者，其智慧創作之收入，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。

智慧創作專用權為全部原住民族取得者，其智慧創作專用權之收入，應納入原住民族綜合發展基金，並以促進原住民族或部落文化發展之目的為運用。

第十五條 智慧創作專用權，應永久保護之。

智慧創作專用權人消失者，其專用權之保護，視同存續；其專用權歸屬於全部原住民族享有。

第十六條 具有下列情形之一者，得使用已公開發表之智慧創作：

- 一、供個人或家庭為非營利之目的使用者。
- 二、為報導、評論、教育或研究之必要使用者。
- 三、為其他正當之目的，以合理方法使用者。

前項之使用，應註明其出處。但依使用之目的及方法，於智慧創作專用權人之利益無損害之虞，且不違反社會使用慣例者，不在此限。

第十七條 智慧創作專用權人對於侵害其權利者，得請求排除之；有侵害之虞者，得請求防止之。

第十八條 因故意或過失不法侵害智慧創作專用權者，負損害賠償責任。數人共同不法侵害者，連帶負損害賠償責任。

前項損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅，自侵害行為時起，逾十年者亦同。

第十九條 依前條請求損害賠償時，被害人得依下列各款規定擇一計算其損害：

- 一、依民法第二百十六條之規定請求。但被害人不能證明其損害時，得以其利用智慧創作通常可得預期之利益，減除被侵害後行使同一智慧創作所得利益之差額，為其所受損害。
- 二、請求侵害人因侵害行為所得之利益。但侵害人不能證明其成本或必要費用時，以其侵害行為所得之全部收入，為其所得利益。

依前項規定，被害人不易證明其實際損害額者，得請求法院依侵害情節，酌定新臺幣五萬元以上三百萬元以下損害賠償。損害行為屬故意且情節重大者，得增至新臺幣六百萬元。

- 第二十條 智慧創作專用權受侵害者，得請求銷燬侵害智慧創作之物或為其他必要之處置，並得請求將判決書內容全部或一部登載於新聞紙；其費用由侵害人負擔。
- 第二十一條 中華民國政府與外國政府簽訂有關智慧創作保護之條約或協定者，從其規定。
- 第二十二條 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。
- 第二十三條 本條例自公布日施行。





## 附件二

立法院公報 第 96 卷 第 85 期 院會紀錄

主席：審查報告已宣讀完畢，現在請召集委員陳委員進丁補充說明。（不說明）召集委員無補充說明。

本案經審查會決議：不須交由黨團協商，但現有國民黨黨團及親民黨黨團提出異議。

國民黨黨團提案：

針對本(14)次會議議事日程討論事項第六案「鐵路法部分條文修正草案」，有再繼續討論之必要，建請交付朝野協商。

提案人：中國國民黨立法院黨團 郭素春

親民黨黨團提案：

親民黨黨團針對本院第六屆第六會期第十四次會議議事日程討論事項第六案〔本院交通委員會報告併案審查行政院函請審議「鐵路法部分條文修正草案」、委員魏明谷等 84 人擬具「鐵路法部分條文修正草案」及委員鄭運鵬等 33 人擬具「鐵路法部分條文修正草案」案〕親民黨黨團建議改交朝野協商。

提案人：親民黨立法院黨團 傅崐萁

張顯耀

主席：依照立法院職權行使法第六十八條第二項規定，本案現作如下決議：「交黨團進行協商。」現在進行討論事項第九案。

九、本院內政及民族委員會報告併案審查行政院函請審議「原住民族傳統智慧創作保護條例草案」及委員楊仁福等 39 人擬具「原住民族傳統智慧創作保護法草案」案。（原列討論事項第七案）

主席：本案經提本院第 6 屆第 1、2 會期第 2、7 次會議報告決定：交內政及民族委員會審查。茲接報告，爰於本次會議提出討論。

現在宣讀審查報告。

### 立法院內政及民族委員會函

受文者：立法院議事處

發文日期：中華民國 96 年 11 月 26 日

發文字號：台立內字第 0941600038 號

主旨：院會交付審查行政院函請審議「原住民族傳統智慧創作保護條例草案」及委員楊仁福等 39 人擬具「原住民族傳統智慧創作保護法草案」，業經審查完竣，復請 查照，提報院會公決。

併案審查行政院函請審議「原住民族傳統智慧創作保護條例草案」及委員楊仁福等 39 人擬具「原住民族傳統智慧創作保護法草案」案審查報告

壹、行政院函請審議「原住民族傳統智慧創作保護條例草案」，經本院第 6 屆第 1 會期第 2 次會議（94、3、4）報告後，決定交內政及民族委員會審查。

貳、內政及民族委員會於 94 年 10 月 6 日（星期四）舉行第 2 會期第 7 次全體委員會議，對

本案進行審查。會議由內政及民族委員會邱召集委員創進擔任主席，並邀請原住民族委員會主任委員瓦歷斯·貝林列席說明提案要旨並備詢，另請法務部、經濟部及外交部派業務主管以上人員列席備詢。原住民族委員會主任委員瓦歷斯·貝林說明如下：

歷經數百年外來者的統治，臺灣原住民族逐漸喪失其文化主體性，原住民族喪失其文化的控制權。近幾年來，隨著多元文化主義興起及全球旅遊熱潮，文化成為商品，原住民族文化常未經同意就被展現、複製、販賣，對原住民族造成傷害，而依據著作權法規定，上開原住民族之文化創作，不屬於著作權法保護之對象，因此，立法確認原住民族對其傳統智慧創作應有的權利，在制度上確立原住民族之文化主體性，有其急迫性。 大院通過的原住民族基本法第 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。」，本草案即依據該條精神，對於原住民族傳統之智慧創作加以保護，其要點如下：

- 一、智慧創作之意義及範圍。
- 二、經主管機關認定並登記，始受本條例之保護。
- 三、設置原住民族智慧創作審議委員會辦理智慧創作之認定及其他法令規定之事項，以期有效保護智慧創作。
- 四、智慧創作之申請人與申請程序及智慧創作專用權之取得。
- 五、智慧創作登記簿之建立、公告及認證標記與證書之核發，以公示智慧創作專用權及表彰使用智慧創作之權利。
- 六、智慧創作專用權人之授權範圍、專屬授權及再授權之限制。
- 七、智慧創作專用權收入之使用及管理。
- 八、智慧創作專用權之永久保護及智慧創作專用權人消失時，其專用權之保護視同存續。
- 九、在正當目的下之合理使用之原則，以免過度保護智慧創作，不利於社會文化發展及進步。
- 十、智慧創作之侵害排除、救濟方法及損害賠償之請求。

大院內政及民族委員會 92 年 5 月 19 日曾就本案決議如下：「有關『原住民族傳統智慧創作保護條例』草案之審查，為期週延，行政院原住民族委員會應蒐集各國相關法律制度，尤其應將突尼西亞、阿爾及利亞、塞普路斯、賽內加爾及斯里蘭卡等國之著作權法有關『民俗創作』之規定翻譯成中文，送交本院內政及民族委員會參考，內政及民族委員會再辦公聽會，始再繼續進行本法案之審查。」，本會依據上開決議，於 92 年 8 月 4 日完成各國著作權法之翻譯並送立法院供委員參考。

本草案是原住民族權利之開創性立法，期盼大院鼎力支持，早日完成審議程序。

參、與會委員於聽取說明並經詢答後，咸認本案內容尚多爭議，為求周延，乃決定俟舉辦公聽會後，再進行逐條審查；委員馮定國等 6 人對本案第三條、第五條、第六條、第九條、第十條、第十三條及第十四條所提修正動議，亦俟逐條審查時，併案討論。

肆、委員楊仁福等 39 人擬具「原住民族傳統智慧創作保護法草案」案，經本院第 6 屆第 2 會

期第 7 次會議（94、10、21）報告後，決定交內政及民族委員會審查。

伍、內政及民族委員會於 96 年 11 月 5 日（星期一）上午舉行公聽會，會後並將公聽會報告送交本院全體委員及出席人員。

陸、內政及民族委員會於 96 年 11 月 22 日（星期四）上午舉行第 6 會期第 6 次全體委員會議，對本案繼續進行審查。會議由內政及民族委員會孔召集委員文吉擔任主席，邀請提案委員楊仁福說明提案要旨，並邀請原住民族委員會主任委員夷將·拔路兒列席備詢，另請法務部、經濟部、外交部、教育部及行政院文化建設委員會派業務主管以上人員列席備詢。委員楊仁福說明如下：

國內原住民族歷經不同政權之變革及統治，原住民族正面臨文化日漸流失之問題，民族命脈受到挑戰的迫切危機；為維護文化多樣性及保護原住民族權益，應以必要的法律規範，加強原住民族特有文化之保存及發展。

對於原住民族文化權益保障，近年來在世界各國愈趨受到重視，包括聯合國原住民族人權宣言、聯合國人權委員會、聯合國教科文組織及世界智慧權組織等均對原住民珍貴之文化延續，相繼提出法令規範以宣示捍衛其權利之精神及行動，分別如下：

（一）聯合國原住民族人權宣言（草案）第七條：「原住民族人民集體和個人有權免遭種族滅絕和文化滅絕……」第八條：「原住民族人民集體和個人有權維護和發展其特性及特徵，包括有權自認為原住民並被承認為原住民。」第十二條：「原住民有權遵循和振興其文化傳統和習俗。包括有權保存、保護和發展其文化的舊有、現有和未來的形式，例如考古和歷史遺址、人工製品、圖案設計、典禮儀式、技術、觀賞藝術和表演藝術，有權收回未經他們自由和知情同意或違反其法律、傳統和習俗而奪走的文化、知識、宗教、精神財產。」第十三條：「原住民有權表現、實踐、發展和傳授他們的精神和宗教傳統、習俗和儀式……」第十四條：「原住民有權振興、使用、發展和向後代傳授他們的歷史、語言、口述傳統、哲學、撰寫方式和著作……」第二十九條：「原住民對其文化和智慧財產的全部所有權、控制權和保護權應得到承認。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。」等規定。

（二）聯合國人權委員會所提「保護原住民遺產報告書及其附件—保護原住民遺產之原則及準則」第三條：「原住民有權擁有、享有、並解釋其傳統文化。」

（三）聯合國教科文組織（UNESCO）及世界智慧權組織（WIPO）於一九七六年制定「開發中國家著作權突尼斯模範法」（1976Tunis Model Law on Copyright for Developing Countries），欲擴大著作權法之保護範圍至原住民族的智慧創作（如存續期間之例外、民俗著作（folkloric works）不以固著（fixation）為要件、引進著作人格權防止損壞、汙辱民俗著作）。

以上所述除宣示原住民有權擁有、保護、詮釋與發展其自身傳統文化價值的規範，亦顯示原住民族傳統智慧創作之價值及必要性，對我國有關原住民族傳統智慧創作的保護深具實質意義。

參酌上開國際公約，並本於中華民國憲法增修條文第十條第十一項：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言文化。」之規定，特擬具「原住民族傳統智慧創作保護法」草案條文，以保護原住民傳統智慧創作，並進而發揚民族文化之精神，草案總計二十條，其要旨如下：

- 一、明定本法之立法目的、主管機關（草案第一條、第二條）。
  - 二、明定傳統智慧創作之定義與應受保護之範圍（草案第三條）。
  - 三、明定原住民族傳統智慧創作審議委員會之設置（草案第四條）。
  - 四、明定傳統智慧創作專用權之內容（草案第五條）。
  - 五、明定傳統智慧創作之申請人、代表人之選任方式及權利義務（草案第六條）。
  - 六、明定傳統智慧創作專用權之申請程序、權利起算日（草案第七條）。
  - 七、明定傳統智慧創作之公告、證書與認證標記之核發（草案第八條）。
  - 八、明定傳統智慧創作專用權不得為讓與、權利設定及強制執行之標的（草案第九條）。
  - 九、明定傳統智慧創作專用權之授權及效力、收益利用之限制（草案第十條）。
  - 十、明定原住民族傳統智慧創作發展基金之設置及管理（草案第十一條）。
  - 十一、明定傳統智慧創作專用權之永久保護（草案第十二條）。
  - 十二、明定善意合理使用原則，以免過度保護原住民族傳統智慧創作，不利於社會文化發展及進步（草案第十三條）。
  - 十三、明定傳統智慧創作受侵害之救濟（草案第十四條至第十七條）。
  - 十四、明定外國人智慧創作之保護，採對等互惠原則（草案第十八條）。
  - 十五、明定依本法取得之權益，並不影響傳統智慧創作專用權人或第三人依其他法律所取得之權益（草案第十九條）。
  - 十六、明定施行日期（草案第二十條）。
- 柒、會議先行決議將二案併案審查，與會委員於聽取提案委員與政府代表說明後，咸認為保護原住民族傳統智慧創作，並進而發揚原住民族文化之精神，本法之訂定實屬必要，旋即進行逐條討論。
- 捌、審查結果：除第三條、第四條、第五條、第九條、第十四條及第十九條修正外，其餘均照行政院案通過。
- 玖、本案在院會討論前，不必交由黨團協商。
- 拾、全案審查完竣，提報院會公決，並推請內政及民族委員會孔召集委員文吉於院會討論本案時作補充說明。
- 拾壹、檢附條文對照表乙份。



條文對照表

審查會審查結果	行政院提案	委員楊仁福等 39 人提案	說明
(照行政院提案通過) 法案名稱：原住民族傳統智慧創作保護條例	法案名稱：原住民族傳統智慧創作保護條例	法案名稱：原住民族傳統智慧創作保護法	審查會： 照行政院提案通過。
(照行政院提案通過。) 第一條 為保護原住民族之傳統智慧創作（以下簡稱智慧創作），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。	第一條 為保護原住民族之傳統智慧創作（以下簡稱智慧創作），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。	第一條 為保護原住民族之傳統智慧創作，促進原住民族各民族文化發展，特制定本法律規定。 本法未規定者，適用其他法律規定。	行政院提案： 本條例之立法目的及立法依據。 委員楊仁福等 39 人提案： 明定本法之立法目的。 審查會： 照行政院提案通過。
(照行政院提案通過。) 第二條 本條例所稱主管機關為行政院原住民族委員會。	第二條 本條例所稱主管機關為行政院原住民族委員會。	第二條 本法所稱主管機關為行政院原住民族委員會。	行政院提案： 本條例之主管機關。 委員楊仁福等 39 人提案： 明定本法之主管機關。 審查會： 照行政院提案通過。
(修正通過) 第三條 本條例所稱智慧創作，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。	第三條 本條例所稱智慧創作，指原住民族傳統之宗教祭儀、音樂、舞蹈、雕塑、編織、圖案、服飾等之民俗技藝及其他文化成果之表達。	第三條 本法所稱原住民族傳統智慧創作（以下簡稱智慧創作），指原住民族傳統之宗教祭儀、音樂、舞蹈、歌曲、雕塑、編織、圖案、服飾等之民俗技藝及其他文化成果之表達。 前項智慧創作，應向主管機關申請認定，始受本法之保	行政院提案： 原住民族智慧創作，係源於族群集體發展、代代相傳之文化成果，且仍不斷在繁衍發展中。原住民族之重要文化資產包含口傳文學、傳統歌謠、傳統歌謠之演唱及以樂器演奏等表演、舞蹈、祭典儀式、繪畫、紋面、雕刻、陶

護。

藝、編織、其他工藝品等，其值得保護之智慧創作不少。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。

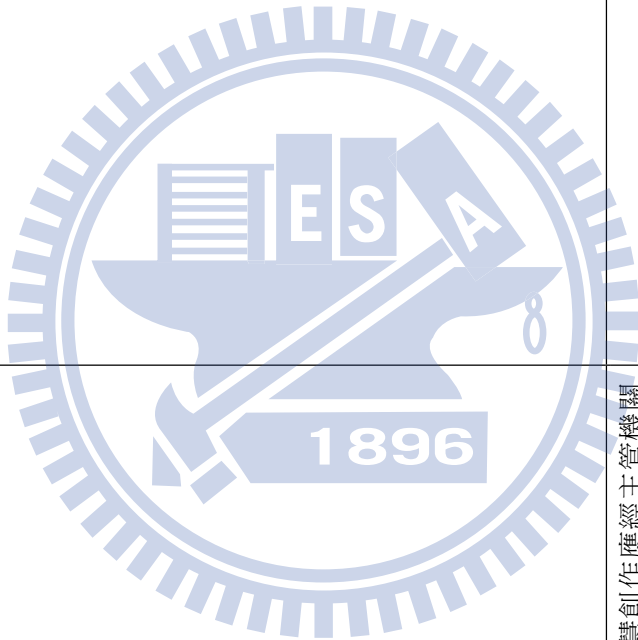
**委員楊仁福等39人提案：**

一、明定傳統智慧創作保護客體及保護要件。

二、原住民族之智慧創作，係源於族群集體發展、代代相傳之文化成果，目前仍不斷在繁衍發展中之原住民族之重要精神或物質文化資產。其可能包含：

- (一)口傳文學：因為台灣原住民族本來並沒有使用文字，其所擁有的神話故事、傳說故事、詩歌等，全是以口頭語言所創造、傳播者。
- (二)音樂：傳統歌謠、傳統歌謠之演唱及以樂器演奏等表演。
- (三)人體藝術表現：舞蹈、祭典儀式。
- (四)有形表現形式：繪畫、紋



<p>面、雕刻、陶器、編織、珠寶、其他工藝品等。</p> <p>三、如何確認權利客體之意義及範圍，因年代久遠，誠屬不易，爰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。</p> <p>四、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，並採申請保護原則，以建立公示及公信制度，確定其權利內容。爰明定受本法保護之智慧創作，須限於依法申請主管機關認定之原住民族傳統文化成果。</p> <p><b>審查會：</b> 修正通過。</p>		<p><b>行政院提案：</b> 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，爰明定受本條例</p>	<p>面、雕刻、陶器、編織、珠寶、其他工藝品等。</p> <p>三、如何確認權利客體之意義及範圍，因年代久遠，誠屬不易，爰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。</p> <p>四、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，並採申請保護原則，以建立公示及公信制度，確定其權利內容。爰明定受本法保護之智慧創作，須限於依法申請主管機關認定之原住民族傳統文化成果。</p> <p><b>審查會：</b> 修正通過。</p>
		<p>第四條 智慧創作應經主管機關認定並登記，始受本條例之保護。前項智慧創作之認定標準，由主管機關定之。</p>	<p>(修正通過) 第四條 智慧創作應經主管機關認定並登記，始受本條例之保護。 前項智慧創作之認定標準，由主管機關定之。</p>

<p>(修正通過)</p> <p>第五條 主管機關得遴聘(派)有關機關人員、專家學者及原住民代表，辦理智慧創作之認定及其他法令規定事項，其中原住民代表不得少於二分之一。</p>	<p>第五條 主管機關得遴聘(派)有關機關人員、專家學者及原住民代表，辦理智慧創作之認定及其他法令規定事項，其中原住民代表不得少於三分之一。</p>	<p>第四條 主管機關應設原住民族傳統智慧創作審議委員會，聘請原住民族耆老、有關機關代表、專家、學者為委員，審議智慧創作之認定及掌理其他依法令規定之事項。 前項委員會之設置及審議要點，由主管機關定之；惟具原住民族身分之委員，不得低於委員總額三分之一。</p>	<p>保護之智慧創作，限於依法認定且經登記之原住民族傳統文化成果，並授權主管機關訂定智慧創作之認定標準。 <b>審查會：</b> 除將後段文字「前項智慧創作之認定標準，由主管機關定之。」改列為第二項外，餘均照行政院提案通過。</p>
	<p><b>行政院提案：</b> 一、原住民族智慧創作之認定，事涉專業事務，有賴具有特殊專業知識或經驗之學者或專家參與，爰明定主管機關為處理原住民族智慧創作之認定及其他法令規定事項，主管機關得遴聘(派)有關機關人員、專家學者及原住民代表組成任務編組聘(派)之，所需行政人力由主管機關就現有人員派兼之。設置要點則由主管機關定之。 二、本於原住民族自治之精神及原住民族事務之特殊性，爰明定上開任務編組之委員，原住民代表不得少於三分之一。 <b>委員楊仁福等 39 人提案：</b> 一、明定原住民族傳統智慧創作</p>		



<p>審議委員會之設置。</p> <p>二、原住民族智慧創作之認定，事涉專業事務，有賴具有特殊專業知識或經驗之原住民族耆老、學者、專家以及有關機關人員參與，爰明定設立原住民族智慧創作保護審議委員會，以協助主管機關處理原住民族智慧創作之認定、保護及利用事宜。</p> <p>三、為利於原住民族智慧創作審議委員會之運作，爰明定主管機關訂定其設置及審議要點之法源；惟本於原住民族自治之精神及原住民事務之特殊性，爰明定委員會中具原住民族身分者不得低於委員總額三分之二。</p>		<p><b>審查會：</b> 除將末句文字「三分之一」修正為「二分之一」外，餘均照行政院提案通過。</p>	<p><b>行政院提案：</b> 一、第一項規定申請登記智慧創作所應備具之相關文件及物件。 二、第二項規定限以原住民族或</p>
		<p>第六條 智慧創作認定之申請人，應為特定原住民族，並應選任代表人為之；其代表人之選任辦法及權利義務，由主管機關定之。</p>	
		<p>第六條 智慧創作申請人應備具申請書、說明書、必要圖樣、照片等相關文件或提供視聽創作物，向主管機關申請登記。</p> <p>前項申請人以原住民族或</p>	
<p>(照行政院提案通過)</p> <p>第六條 智慧創作申請人應備具申請書、說明書、必要圖樣、照片等相關文件或提供視聽創作物，向主管機關申請登記。</p>			

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。

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。

第七條 智慧創作專用權之申請人，應備申請書、說明書、圖樣、照片或視聽創作物，向主管機關申請認定。

智慧創作自主管機關作成認定之日起，由申請人為智慧創作專用權人，取得智慧創作專用權。

部落為智慧創作登記之申請人，辦理相關登記時，由其代表人為之，並授權主管機關訂定原住民族或部落代表人之選任辦法，以便遵循。

**委員楊仁福等 39 人提案：**

第六條：

一、明定智慧創作權利認定之申請人為特定原住民族。

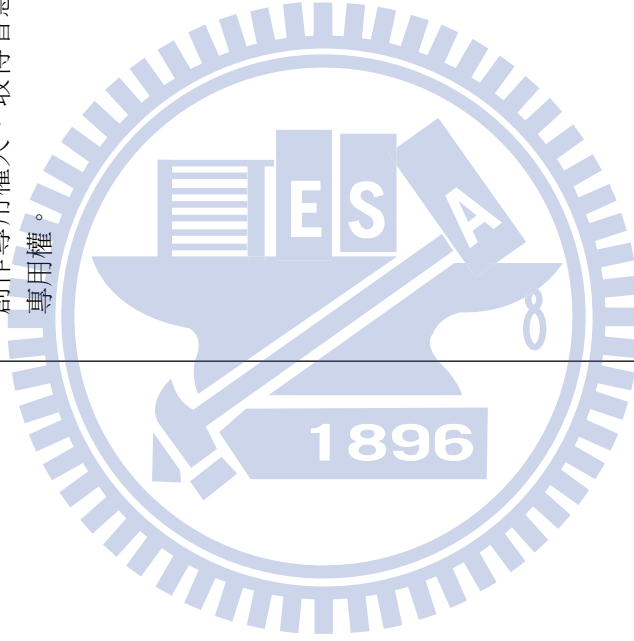
二、考量本法之立法目的在保護原住民族各族之智慧創作，及避免同一民族因各部族爭取智慧創作專用權而產生爭議，為促同一民族之智慧創作歸屬同一族人共有、享有，保護各族族人共同權益，特明定智慧創作認定之申請人以原住民族為限，不得以個人、部落或團體名義申請。

三、原住民族各族應選任其代表人為申請人，並授權主管機關訂定代表人之選任辦法及權利義務之相關辦法。

第七條：

一、明定智慧創作專用權之取得及申請程序。

二、明定取得智慧創作專用權之起算日，以明確權利之發生時



<p>點。 <b>審查會：</b> 照行政院提案通過。</p>	<p><b>行政院提案：</b> 經認定為智慧創作後，智慧創作專用權分別由申請人、全部原住民取得或申請人及其他特定民族或部落共同取得；又以智慧創作專用權之登記日為起算日，以明權利之發生時點。 <b>審查會：</b> 照行政院提案通過。</p>	<p><b>行政院提案：</b> 明定專用權人名稱有變更時應申請變更登記。 <b>審查會：</b> 照行政院提案通過。</p>
<p>第七條 經認定為智慧創作者，依下列規定取得智慧創作專用權：</p> <p>一、智慧創作經認定屬於申請人者，應准予登記，並自登記之日起，由申請人取得智慧創作專用權。</p> <p>二、智慧創作經認定屬於申請人及其他特定原住民或部落者，自登記之日起，由申請人及其他特定原住民或部落共同取得智慧創作專用權。</p> <p>三、智慧創作不能認定屬於特定原住民或部落者，應登記為全部原住民，並自登記之日起，由全部原住民取得智慧創作專用權。</p>	<p>第七條 經認定為智慧創作者，依下列規定取得智慧創作專用權：</p> <p>一、智慧創作經認定屬於申請人者，應准予登記，並自登記之日起，由申請人取得智慧創作專用權。</p> <p>二、智慧創作經認定屬於申請人及其他特定原住民或部落者，自登記之日起，由申請人及其他特定原住民或部落共同取得智慧創作專用權。</p> <p>三、智慧創作不能認定屬於特定原住民或部落者，應登記為全部原住民，並自登記之日起，由全部原住民取得智慧創作專用權。</p>	<p>第八條 智慧創作專用權人之名稱有變更者，應申請變更登記。</p>
<p>(照行政院提案通過)</p> <p>第七條 經認定為智慧創作者，依下列規定取得智慧創作專用權：</p> <p>一、智慧創作經認定屬於申請人者，應准予登記，並自登記之日起，由申請人取得智慧創作專用權。</p> <p>二、智慧創作經認定屬於申請人及其他特定原住民或部落者，自登記之日起，由申請人及其他特定原住民或部落共同取得智慧創作專用權。</p> <p>三、智慧創作不能認定屬於特定原住民或部落者，應登記為全部原住民，並自登記之日起，由全部原住民取得智慧創作專用權。</p>	<p>第七條 經認定為智慧創作者，依下列規定取得智慧創作專用權：</p> <p>一、智慧創作經認定屬於申請人者，應准予登記，並自登記之日起，由申請人取得智慧創作專用權。</p> <p>二、智慧創作經認定屬於申請人及其他特定原住民或部落者，自登記之日起，由申請人及其他特定原住民或部落共同取得智慧創作專用權。</p> <p>三、智慧創作不能認定屬於特定原住民或部落者，應登記為全部原住民，並自登記之日起，由全部原住民取得智慧創作專用權。</p>	<p>(照行政院提案通過)</p> <p>第八條 智慧創作專用權人之名稱有變更者，應申請變更登記。</p>

<p>(修正通過)</p> <p>第九條 智慧創作，應由主管機關建立登記簿並公告之。</p> <p>主管機關依第七條規定認定為智慧創作並准予登記者，應刊登於政府公告，並公開於資訊網路。</p> <p>主管機關應核發智慧創作專用權人證書及認證標記。</p> <p>智慧創作之申請、登記、證書之核發、換發、註銷及認證標記之授與、撤銷、廢止辦法，由主管機關定之。</p>	<p>第九條 智慧創作，應由主管機關建立登記簿並公告之。</p> <p>主管機關依第七條規定認定為智慧創作並准予登記者，應公告於政府公告，並公開於資訊網路。</p> <p>主管機關應核發智慧創作專用權人證書及認證標記。</p> <p>智慧創作之申請、登記、證書之核發、換發、註銷及認證標記之授與、撤銷、廢止辦法，由主管機關定之。</p>	<p>第八條 主管機關應公告所認定之智慧創作。</p> <p>主管機關應核發智慧創作專用權證書及認證標記，以表彰智慧創作專用權及使用其智慧創作之權利。</p> <p>前項證書之核發、換發、註銷及認證標記制度之實施辦法，由主管機關定之。</p>	<p>行政院提案：</p> <p>一、原住民族智慧創作為數甚豐，主管機關應建立登記簿，以利用管理，並應將相關資料公告於政府公告並公開於資訊網路，以昭公示及公信，爰規定第一項及第二項。</p> <p>二、為肯定創作專用權之識別功能，主管機關應核發證書及認證標記，讓智慧創作專用權人或經合法授權者得以合法使用智慧創作，以表彰其專用權，爰規定第三項。</p> <p>三、又為落實本條認證標記、證書制度及其他相關事宜，另授權主管機關訂定相關辦法，爰規定第四項。</p> <p>委員楊仁福等 39 人提案：</p> <p>一、原住民族文化資產及智慧創作為數甚豐，主管機關應公告相關申請資料，以昭公示及公信，並作為保護措施之擬定及輔助利用之基礎。</p> <p>二、為肯定智慧創作專用權之識別功能，特明定主管機關應核發智慧創作專用權人證書及認證標記，讓智慧創作權人或經授權合法使用人（即被授權人</p>
--	--	---	---



<p>）得以合法使用智慧創作，以表彰其專用權，爰明定第二項。</p> <p>三、為統籌證書之核可與否及落實認證標記制度，另授權主管機關訂定實施要點辦理相關事宜。</p> <p><b>審查會：</b> 修正通過。</p>		<p>第十條 智慧創作專用權，指智慧創作財產權及智慧創作人格權。</p> <p>智慧創作專用權人享有下列智慧創作人格權：</p> <p>一、就其智慧創作專有公開發表之創作人格權。</p> <p>二、就其智慧創作專有表示專用權人名稱之創作人格權。</p> <p>三、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。</p> <p>智慧創作專用權人除法律另有規定或契約另有訂定外，應以特定民族、部落或全部原住民民族名義，專有使用及收益其智慧創作之財產權，並行使</p>	<p>（照行政院提案通過）</p> <p>第十條 智慧創作專用權，指智慧創作財產權及智慧創作人格權。</p> <p>智慧創作專用權人享有下列智慧創作人格權：</p> <p>一、就其智慧創作專有公開發表之創作人格權。</p> <p>二、就其智慧創作專有表示專用權人名稱之創作人格權。</p> <p>三、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。</p> <p>智慧創作專用權人除法律另有規定或契約另有訂定外，應以特定民族、部落或全部原住民民族名義，專有使用及收益其智慧創作之財產權，並行使</p>
<p>行政院提案：</p> <p>一、第一項規範智慧創作專用權之範圍。</p> <p>二、第二項規範智慧創作人格權之內容，參考著作權法第十五條至第十七條規定，承認其包括公開發表權、名稱表示權及禁止不當改變權（或稱同一性保持權），以充分保護智慧創作之權益。</p> <p>三、智慧創作專用權通常係共有或總有等所有形式，故除法律另有規定（例如原住民個人得為個人之使用）或契約另有訂定外，應以團體名義使用其族群傳統智慧創作之權利，爰明定第三項。</p> <p>四、第四項明定原住民就其所屬民族、部落或全部原住民之</p>	<p>第五條 本法所稱智慧創作專用權，係指因申請認定所生之智慧創作人格權及智慧創作財產權；智慧創作人格權及智慧創作財產權之內容，準用著作權法相關規定。</p> <p>前項權利之行使，應以特定原住民就其所屬民族之智慧創作，享有使用及收益之權利。</p>	<p>第十條 智慧創作專用權，指智慧創作財產權及智慧創作人格權。</p> <p>智慧創作專用權人享有下列智慧創作人格權：</p> <p>一、就其智慧創作專有公開發表之創作人格權。</p> <p>二、就其智慧創作專有表示專用權人名稱之創作人格權。</p> <p>三、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。</p> <p>智慧創作專用權人除法律另有規定或契約另有訂定外，應以特定民族、部落或全部原住民民族名義，專有使用及收益其智慧創作之財產權，並行使</p>	<p>（照行政院提案通過）</p> <p>第十條 智慧創作專用權，指智慧創作財產權及智慧創作人格權。</p> <p>智慧創作專用權人享有下列智慧創作人格權：</p> <p>一、就其智慧創作專有公開發表之創作人格權。</p> <p>二、就其智慧創作專有表示專用權人名稱之創作人格權。</p> <p>三、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。</p> <p>智慧創作專用權人除法律另有規定或契約另有訂定外，應以特定民族、部落或全部原住民民族名義，專有使用及收益其智慧創作之財產權，並行使</p>
<p>）得以合法使用智慧創作，以表彰其專用權，爰明定第二項。</p> <p>三、為統籌證書之核可與否及落實認證標記制度，另授權主管機關訂定實施要點辦理相關事宜。</p> <p><b>審查會：</b> 修正通過。</p> <p>行政院提案：</p> <p>一、第一項規範智慧創作專用權之範圍。</p> <p>二、第二項規範智慧創作人格權之內容，參考著作權法第十五條至第十七條規定，承認其包括公開發表權、名稱表示權及禁止不當改變權（或稱同一性保持權），以充分保護智慧創作之權益。</p> <p>三、智慧創作專用權通常係共有或總有等所有形式，故除法律另有規定（例如原住民個人得為個人之使用）或契約另有訂定外，應以團體名義使用其族群傳統智慧創作之權利，爰明定第三項。</p> <p>四、第四項明定原住民就其所屬民族、部落或全部原住民之</p>	<p>第五條 本法所稱智慧創作專用權，係指因申請認定所生之智慧創作人格權及智慧創作財產權；智慧創作人格權及智慧創作財產權之內容，準用著作權法相關規定。</p> <p>前項權利之行使，應以特定原住民就其所屬民族之智慧創作，享有使用及收益之權利。</p>	<p>第十條 智慧創作專用權，指智慧創作財產權及智慧創作人格權。</p> <p>智慧創作專用權人享有下列智慧創作人格權：</p> <p>一、就其智慧創作專有公開發表之創作人格權。</p> <p>二、就其智慧創作專有表示專用權人名稱之創作人格權。</p> <p>三、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。</p> <p>智慧創作專用權人除法律另有規定或契約另有訂定外，應以特定民族、部落或全部原住民民族名義，專有使用及收益其智慧創作之財產權，並行使</p>	<p>（照行政院提案通過）</p> <p>第十條 智慧創作專用權，指智慧創作財產權及智慧創作人格權。</p> <p>智慧創作專用權人享有下列智慧創作人格權：</p> <p>一、就其智慧創作專有公開發表之創作人格權。</p> <p>二、就其智慧創作專有表示專用權人名稱之創作人格權。</p> <p>三、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。</p> <p>智慧創作專用權人除法律另有規定或契約另有訂定外，應以特定民族、部落或全部原住民民族名義，專有使用及收益其智慧創作之財產權，並行使</p>

<p>其智慧創作之財產權，並行使前項之權利。 原住民就其所屬民族、部落或全部原住民之智慧創作，得使用收益，不受前項及第十四條規定之限制。</p>	<p>前項之權利。 原住民就其所屬民族、部落或全部原住民之智慧創作，得使用收益，不受前項及第十四條規定之限制。</p>	<p>智慧創作得為使用及收益；又本條所謂「全部原住民之智慧創作」係指第七條第三款、第十二條及第十五條第二項規定之情形。 <b>委員楊仁福等 39 人提案：</b> 一、明定智慧創作專用權具財產權及人格權性質，並明定其人格權及財產權之內容，準用著作權法相關規定。 二、原住民傳統智慧創作專用權應為一族共有，特明定限制其須以特定原住民族名義行使其傳統智慧創作之權利。原住民對其所屬民族之智慧創作，當然享有使用及收益之權利。</p> <p><b>審查會：</b> 照行政院提案通過。</p>
<p>(照行政院提案通過) 第十一條 智慧創作專用權不得為讓與、設定質權及作為強制執行之標的。</p>	<p>第十一條 智慧創作專用權不得為讓與、設定質權及作為強制執行之標的。</p>	<p><b>行政院提案：</b> 智慧創作專用權具有財產權性質，原應賦予處分權，惟從智慧創作之團體性及文化性等特性及立法目的考量，不宜讓專用權人以權利賣斷方式之讓與、設定權利質權或透過強制執行，而移轉他人或非原住民（族），爰規定如上。</p> <p><b>委員楊仁福等 39 人提案：</b> 智慧創作專用權既具有物權性質</p>

<p>(照行政院提案通過)</p> <p>第十二條 智慧創作專用權非經主管機關同意，不得拋棄；拋棄之智慧創作專用權，歸屬於全部原住民享有。</p>	<p>第十二條 智慧創作專用權非經主管機關同意，不得拋棄；拋棄之智慧創作專用權，歸屬於全部原住民享有。</p>	<p>第十條 本法第五條第二項及第三項以外之人行使智慧創作專用權者，應經智慧創作專用人授權。</p> <p>智慧創作專用人將智慧創作財產權授與他人使用者，應選任代表人為之；其代表人之選任辦法及權利義務，由主管機關定之。</p> <p>前項使用之事項，依當事人之約定；其約定解釋有疑義者，依契約目的定之。其約定不明之部分，推定為未授權。</p>	<p>，原則上應予權利人處分權，惟從智慧創作之文化性、專屬性及本法立法目的考量，則不宜作為讓與、設定權利或強制執行之標準的。</p> <p><b>審查會：</b> 照行政院提案通過。</p> <p><b>行政院提案：</b> 明定拋棄智慧創作專用權之要件，以避免智慧創作因不當拋棄而消滅，另基於第七條之立法目的，拋棄之智慧創作專用權，仍歸屬於全部原住民享有。</p> <p><b>審查會：</b> 照行政院提案通過。</p> <p><b>行政院提案：</b> 智慧創作專用權得為授權，對於授權約定發生疑義，應為有利於授權人之解釋。再者，專屬授權影響智慧創作之利用甚鉅，採登記原則，如不經登記，其專屬授權不生法律效力，另並參照著作權法第三十七條規定訂定第三項至第五項如上。</p> <p><b>委員楊仁福等 39 人提案：</b> 一、明定智慧創作專用權之授權規定。 二、為落實本法有關原住民族各</p>
<p>(照行政院提案通過)</p> <p>第十三條 智慧創作專用權人得將智慧創作財產權授與他人使用；其授權使用之地域、時間、內容、使用方式或其他事項，依當事人之約定；其約定不明部分，推定為未授權。</p> <p>智慧創作財產權之專屬授權，應由各當事人署名，檢附契約或證明文件，向主管機關申請登記，非經登記，不生效力。</p> <p>第一項之授權，不因智慧創作財產權人嗣後將其智慧創</p>	<p>第十三條 智慧創作專用權人得將智慧創作財產權授與他人使用；其授權使用之地域、時間、內容、使用方式或其他事項，依當事人之約定；其約定不明部分，推定為未授權。</p> <p>智慧創作財產權之專屬授權，應由各當事人署名，檢附契約或證明文件，向主管機關申請登記，非經登記，不生效力。</p> <p>第一項之授權，不因智慧創作財產權人嗣後將其智慧創</p>	<p>第十條 本法第五條第二項及第三項以外之人行使智慧創作專用權者，應經智慧創作專用人授權。</p> <p>智慧創作專用人將智慧創作財產權授與他人使用者，應選任代表人為之；其代表人之選任辦法及權利義務，由主管機關定之。</p> <p>前項使用之事項，依當事人之約定；其約定解釋有疑義者，依契約目的定之。其約定不明之部分，推定為未授權。</p>	<p>，原則上應予權利人處分權，惟從智慧創作之文化性、專屬性及本法立法目的考量，則不宜作為讓與、設定權利或強制執行之標準的。</p> <p><b>審查會：</b> 照行政院提案通過。</p> <p><b>行政院提案：</b> 明定拋棄智慧創作專用權之要件，以避免智慧創作因不當拋棄而消滅，另基於第七條之立法目的，拋棄之智慧創作專用權，仍歸屬於全部原住民享有。</p> <p><b>審查會：</b> 照行政院提案通過。</p> <p><b>行政院提案：</b> 智慧創作專用權得為授權，對於授權約定發生疑義，應為有利於授權人之解釋。再者，專屬授權影響智慧創作之利用甚鉅，採登記原則，如不經登記，其專屬授權不生法律效力，另並參照著作權法第三十七條規定訂定第三項至第五項如上。</p> <p><b>委員楊仁福等 39 人提案：</b> 一、明定智慧創作專用權之授權規定。 二、為落實本法有關原住民族各</p>

<p>創作財產權人嗣後將其智慧創作財產權再為授權而受影響。</p> <p>非專屬授權之被授權人，不得將其被授權之權利再授權第三人使用。</p> <p>專屬授權之被授權人在授權範圍內，得以智慧創作專用權人之地位行使權利。智慧創作專用權人及各原住民在專屬授權範圍內，不得行使權利。</p>	<p>作財產權再為授權而受影響。</p> <p>非專屬授權之被授權人，不得將其被授權之權利再授權第三人使用。</p> <p>專屬授權之被授權人在授權範圍內，得以智慧創作專用權人之地位行使權利。智慧創作專用權人及各原住民在專屬授權範圍內，不得行使權利。</p>	<p>智慧創作財產權之專屬授權，應由各當事人署名，檢附契約或證明文件，向主管機關核備，非經核備，不生效力。</p> <p>智慧創作專用權之被授權人，經智慧創作專用權人同意，得再授權第三人使用；再授權內容應依前兩項規定辦理，始生效力。</p>	<p>族智慧創作之規定，除同族間使用收益不設限制之外，其他人均應先取得各族智慧創作專用權之授權，始得使用。各族應選任其代表人辦理授權相關規定，相關選任辦法及規定則由主管機關定之。</p> <p>三、對於授權約定發生疑義時，可參酌契約目的解釋，如因約定不明或文義無法解釋時，應推定未授權以保護專用權人。專屬授權影響智慧創作之利用甚鉅，故應向主管機關核備，非經核備，其專屬授權不生法律效力。</p> <p>四、為防止被授權人擅自再授權予第三人，損及專用權人權益之情事發生，特明定被授權人再授權於第三人時應遵循一定規定。</p> <p><b>審查會：</b> 照行政院提案通過。</p>
<p>(修正通過)</p> <p>第十四條 智慧創作專用權依第七條第一款或第二款規定為原住民或部落取得者，其智慧創作之收入，應以原住民或部落利益為目的，設立共同基金，其收支、保管及運用辦法</p>	<p>第十四條 智慧創作專用權依第七條第一款或第二款規定為原住民或部落取得者，其智慧創作之收入，應以原住民或部落利益為目的，設立共同基金並專戶儲存，由選任代表人負責管理使用。</p>	<p>第十一條 為有效合理運用因前條授權取得之權利金及其衍生利益，應設立原住民傳統智慧創作發展基金會，成立共同基金管理；其組織、收支、保管及運用，另以法律定之。</p>	<p><b>行政院提案：</b> 為有效之保管及運用所取得之收入，智慧創作專用權人為原住民或部落者，應設置共同基金，並專戶儲存。另為使主管機關統籌推動原住民智慧創作保護工作，特明定將屬於全部原住民</p>



<p>，由主管機關另定之。</p> <p>智慧創作專用權為全部原住民取得者，其智慧創作專用權之收入，應納入原住民綜合發展基金，並促進原住民或部落文化發展之目的為運用。</p>	<p>智慧創作專用權為全部原住民取得者，其智慧創作專用權之收入，應納入原住民綜合發展基金，並促進原住民或部落文化發展之目的為運用。</p>	<p>智慧創作專用權之收益，撥入原住民綜合發展基金。</p> <p><b>委員楊仁福等 39 人提案：</b></p> <p>一、為有效保管及運用因第十條授權取得之權利金及其衍生利益，宜設置基金會及成立共同基金，並明定應另訂相關法律以為規範。</p> <p>二、被授權人因取得專用權授權而得到之收益，應歸被授權人所有。</p> <p><b>審查會：</b></p> <p>照行政院提案修正通過。</p>
<p>(照行政院提案通過)</p> <p>第十五條 智慧創作專用權，應永久保護之。</p> <p>智慧創作專用權人消失者，其專用權之保護，視同存續；其專用權歸屬於全部原住民族享有。</p>	<p>第十五條 智慧創作專用權，應永久保護之。</p> <p>智慧創作專用權人消失者，其專用權之保護，視同存續；其專用權歸屬於全部原住民族享有。</p>	<p><b>行政院提案：</b></p> <p>原住民之傳統智慧創作，因歷史悠久，無法受著作權法等智慧財產權法之保障，因兩者間存有實質上差異性，倘若就該智慧創作設有存續期間之限制，將無法達到延續原住民傳統文化之目的，故應永久保護之，即使該特定族群已不存在，該民族的創作仍得受保護。至於其專用權則歸屬於全部民族享有，以符合第七條之立法目的。</p> <p><b>委員楊仁福等 39 人提案：</b></p> <p>原住民之傳統智慧創作，往往因歷史悠久而無法受著作權法等</p>

<p>智慧財產權法之保障，因兩者間存有本質上差異性，倘若就該智慧創作設有存續期間之限制，將無法達到延續原住民族傳統文化之目的，故應永久保護之。</p> <p><b>審查會：</b> 照行政院提案通過。</p>		<p>智慧財產權法之保障，因兩者間存有本質上差異性，倘若就該智慧創作設有存續期間之限制，將無法達到延續原住民族傳統文化之目的，故應永久保護之。</p> <p><b>審查會：</b> 照行政院提案通過。</p>	<p>智慧財產權法之保障，因兩者間存有本質上差異性，倘若就該智慧創作設有存續期間之限制，將無法達到延續原住民族傳統文化之目的，故應永久保護之。</p> <p><b>審查會：</b> 照行政院提案通過。</p>
<p><b>行政院提案：</b> 為避免過度保護智慧創作，致阻礙人類文化發展，爰參照著作權法第五十一條、第五十二條、第六十五條及商標法第三十條第一項等規定之原則，明定在具有正當目的之合理範圍內，並註明出處時，得已使用已公開發表之智慧創作，不構成專用權之侵害。</p> <p><b>委員楊仁福等 39 人提案：</b> 為避免過度保護智慧創作，致阻礙人類文化發展，爰參照著作權法第五十一條、第五十二條、第六十五條及商標法第二十三條第一項等規定之原則，明定在具有正當目的，合理範圍內，並註明出處時，得已使用已公開發表之智慧創作，不構成專用權之侵害。</p>	<p>第十三條 供個人、家庭等非營利或其他正當目的之必要，其使用及方法為善意且合理者，得使用已公開發表之智慧創作，不構成專用權之侵害。</p> <p>為報導、評論、教育、研究等非營利或其他正當目的之必要，其使用及方法為善意且合理者，經註明其出處，得已公開發表之智慧創作，不構成專用權之侵害。</p>	<p>第十六條 具有下列情形之一者，得使用已公開發表之智慧創作：</p> <p>一、供個人或家庭為非營利之目的使用者。</p> <p>二、為報導、評論、教育或研究之必要使用者。</p> <p>三、為其他正當之目的，以合理方法使用者。</p> <p>前項之使用，應註明其出處。但依使用之目的及方法，於智慧創作專用權人之利益無損害之虞，且不違反社會使用慣例者，不在此限。</p>	<p>(照行政院提案通過)</p> <p>第十六條 具有下列情形之一者，得使用已公開發表之智慧創作：</p> <p>一、供個人或家庭為非營利之目的使用者。</p> <p>二、為報導、評論、教育或研究之必要使用者。</p> <p>三、為其他正當之目的，以合理方法使用者。</p> <p>前項之使用，應註明其出處。但依使用之目的及方法，於智慧創作專用權人之利益無損害之虞，且不違反社會使用慣例者，不在此限。</p>
<p><b>審查會：</b> 照行政院提案通過。</p> <p><b>行政院提案：</b></p>	<p>第十四條 智慧創作專用權人對</p>	<p>第十七條 智慧創作專用權人對</p>	<p>(照行政院提案通過)</p>

<p>第十七條 智慧創作專用權人對於侵害其權利者，得請求排除之；有侵害之虞者，得請求防止之。</p>	<p>於侵害其權利者，得請求排除之；有侵害之虞者，得請求防止之。</p>	<p>於侵害其權利者，得請求排除之；有侵害之虞者，得請求防止之。</p>	<p>為防範侵害行為於未然，爰明定智慧創作專用權人享有排除妨害請求權及防止妨害請求權。 <b>委員楊仁福等 39 人提案：</b> 明定智慧創作專用權人享有排除妨害請求權及防止妨害請求權。 <b>審查會：</b> 照行政院提案通過。</p>
<p>(照行政院提案通過) 第十八條 因故意或過失不法侵害智慧創作專用權者，負損害賠償責任。數人共同不法侵害者，連帶負損害賠償責任。 前項損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務時起，二年間不行使而消滅，自侵害行為時起，逾十年者亦同。</p>	<p>第十八條 因故意或過失不法侵害智慧創作專用權者，負損害賠償責任。數人共同不法侵害者，連帶負損害賠償責任。 前項損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務時起，二年間不行使而消滅，自侵害行為時起，逾十年者亦同。</p>	<p>第十五條 因故意或過失不法侵害本法所保護之智慧創作專用權者，負損害賠償責任。數人共同不法侵害者，負連帶賠償責任。 前項之損害賠償請求權，自請求權人知有侵害行為及賠償義務時起，二年間不行使而消滅。</p>	<p><b>行政院提案：</b> 一、對於智慧創作專用權之侵權行為，加害人負有損害賠償責任，共同侵權行為人亦應使之負擔連帶賠償責任，爰規定第一項。 二、該請求權之行使，不宜毫無時間限制，特參照民法第一百九十七條第一項消滅時效規定，規定第二項。 <b>委員楊仁福等 39 人提案：</b> 一、對於智慧創作專用權之侵權行為，加害人負有損害賠償責任。共同侵權行為人亦應使之負擔連帶賠償責任。 二、該請求權之行使，不宜無時效限制，特參照民法第一百九十七條第一項消滅時效之規定明定第二項。 <b>審查會：</b></p>

<p>(修正通過)</p> <p>第十九條 依前條請求損害賠償時，被害人得依下列各款規定擇一計算其損害：</p> <p>一、依民法第二百十六條之規定請求。但被害人不能證明其損害時，得以其利用智慧創作通常可得預期之利益，減除被侵害後行使用同一智慧創作所得利益之差額，為其所受損害。</p> <p>二、請求侵害人因侵害行為所得之利益。但侵害人不能證明其成本或必要費用時，以其侵害行為所得之全部收入，為其所得利益。</p> <p>依前項規定，被害人不易證明其實際損害額者，得請求法院依侵害情節，酌定新臺幣五萬元以上三百萬元以下損害賠償。損害行為屬故意且情節重大者，得增至新臺幣六百萬元。</p>	<p>第十九條 前條損害賠償，被害人得依下列規定擇一請求：</p> <p>一、依民法第二百十六條之規定請求。但被害人不能證明其損害時，得以其使用智慧創作，依通常情形可得預期之利益，減除被侵害後行使用同一智慧創作所得利益之差額，為其所受損害。</p> <p>二、請求侵害人因侵害行為所得之利益。但侵害人不能證明其成本或必要費用時，以其侵害行為所得之全部收入，為其所得利益。</p> <p>依前項規定，被害人不易證明其實際損害額者，得請求法院依侵害情節，酌定新臺幣五萬元以上五十萬元以下賠償額；損害行為為故意且情節重大者，賠償額得增至新臺幣一百萬元。</p>	<p>第十六條 依前條請求損害賠償時，得依下列各款規定擇一計算其損害：</p> <p>一、依民法第二百十六條之規定請求。但不能證明其損害時，得以其利用智慧創作通常可得預期之利益，減除被侵害後行使用同一智慧創作所得利益之差額，為其所受損害。</p> <p>二、請求侵害人因侵害行為所得之利益。但侵害人不能證明其成本或必要費用時，以其侵害行為所得之全部收入，為其所得利益。</p> <p>依前項規定，被害人不易證明其實際損害額者，得請求法院依侵害情節，酌定新臺幣五十萬元以上三百萬元以下損害賠償。損害行為屬故意且情節重大者，得增至新臺幣六百萬元。</p>	<p>照行政院提案通過。</p> <p><b>行政院提案：</b> 參照著作權法等智慧財產權法規 定有關計算損害賠償額之方法。 <b>委員楊仁福等 39 人提案：</b> 明定計算損害賠償額之方法。 <b>審查會：</b> 修正通過。</p>
<p>(照行政院提案通過)</p> <p>第二十條 智慧創作專用權受侵害者，得請求銷燬侵害智慧創作之物或為其他必要之處置，並得請求將判決書內容全部或</p>	<p>第二十條 智慧創作專用權受侵害者，得請求銷燬侵害智慧創作之物或為其他必要之處置，並得請求將判決書內容全部或一部登載於新聞紙；其費用由</p>	<p>第十七條 智慧創作專用權受侵害者，得請求銷燬侵害智慧創作之物及將判決書內容全部或一部登載於新聞紙。</p>	<p><b>行政院提案：</b> 為消除侵害行為所產生事後不良影響及回復相當聲譽，爰明定被侵害者享有銷燬侵害物及為其他必要處置之請求權。</p>



<p>一部登載於新聞紙；其費用由 侵害人負擔。</p>	<p>侵害人負擔。</p>	<p>第十八條 外國人所屬之國家與 中華民國如無相互保護智慧創 作之條約或協定，或依其本國 法令對中華民國國民之智慧創 作專用權不予保護者，其智慧 創作專用權不予保護。</p>	<p><b>委員楊仁福等 39 人提案：</b> 為消除侵害行為所產生事後不良 影響及回復相當聲譽，爰明定被 害者享有銷燬侵害物及判決掲載 請求權。 <b>審查會：</b> 照行政院提案通過。</p>
<p>(照行政院提案通過) 第二十一條 中華民國政府與外 國政府簽訂有關智慧創作保護 之條約或協定者，從其規定。</p>	<p>第二十一條 中華民國政府與外 國政府簽訂有關智慧創作保護 之條約或協定者，從其規定。</p>	<p>行政院提案： 參酌一九八二年聯合國教科文組 織及世界智慧財產權組織由各國 政府專家組成之委員會通過「保 護民俗文化之表達免於不法利用 及其他損害行動之國內法模範條 款」所確立原則，明定本條，以 處理外國人權利保護問題。 <b>委員楊仁福等 39 人提案：</b> 一、明定對外國人之保護，採互 惠原則。 二、係參酌一九八二年聯合國教 科文組織及世界智慧權組織由 各國政府專家組成之委員會通 過「保護民俗文化的表達免於 不法利用及其他損害行動之國 內法模範條款」所確立原則， 即「以互惠主義為基礎提供國 際間衍生之保護」之精神，以 處理外國人權利保護問題。</p>	<p><b>審查會：</b></p>

<p>(照行政院提案通過)</p> <p>第二十二條 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。</p>	<p>第二十二條 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。</p>	<p>第十九條 本法之規定，不影響智慧創作專用權人依其他法律所取得之權益。</p>	<p>照行政院提案通過。</p> <p><b>行政院提案：</b></p> <p>一、原住民族傳統智慧創作專用權之取得，固依本條例辦理，但其他法律（如文化資產保存法）亦可受到保護時，得由權益享有者選擇適當保護方式，不生衝突，爰明定本條以明確宣示本條例與其他法律之關係。</p> <p>二、本條所稱「第三人」如智慧創作專用權人授權之人。</p> <p><b>委員楊仁福等39人提案：</b></p> <p>因原住民族傳統智慧創作專用權之取得，固依本法便辦理，但其他法律（如文化資產保存法）亦可受到保護時，得權益享有者選擇適當保護方式，不生衝突，爰以本條明確宣示本法與其他法律之關係。</p> <p><b>審查會：</b></p> <p>照行政院提案通過。</p>
<p>(照行政院提案通過)</p> <p>第二十三條 本條例自公布日施行。</p>	<p>第二十三條 本條例自公布日施行。</p>	<p>第二十條 本法自公布日施行。</p>	<p><b>行政院提案：</b></p> <p>明定本條例之施行日期。</p> <p><b>委員楊仁福等39人提案：</b></p> <p>明定本法之施行日期。</p> <p><b>審查會：</b></p> <p>照行政院提案通過。</p>

**主席：**審查報告已宣讀完畢。現在請召集委員孔委員文吉補充說明。（不說明）召集委員無補充說明。

本案經審查會決議：不須交由黨團協商。請問院會，有無異議？（無）無異議，稍後進行逐條討論時，逕依審查會意見處理。

現在進行逐條討論。

宣讀本案名稱及第一條。

## 原住民族傳統智慧創作保護條例草案併案審查案（二讀）

**法案名稱：**原住民族傳統智慧創作保護條例

**第一條** 為保護原住民族之傳統智慧創作（以下簡稱智慧創作），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。

**主席：**法案名稱及第一條均照審查條文通過。

宣讀第二條。

**第二條** 本條例所稱主管機關為行政院原住民族委員會。

**主席：**第二條照審查條文通過。

宣讀第三條。

**第三條** 本條例所稱智慧創作，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。

**主席：**第三條照審查條文通過。

宣讀第四條。

**第四條** 智慧創作應經主管機關認定並登記，始受本條例之保護。

**主席：**第四條照審查條文通過。

宣讀第五條。

**第五條** 主管機關得遴聘（派）有關機關人員、專家學者及原住民代表，辦理智慧創作之認定及其他法令規定事項，其中原住民代表不得少於二分之一。

**主席：**第五條照審查條文通過。

宣讀第六條。

**第六條** 智慧創作申請人應備具申請書、說明書、必要圖樣、照片等相關文件或提供視聽創作物，向主管機關申請登記。

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。

**主席：**第六條照審查條文通過。

宣讀第七條。

**第七條** 經認定為智慧創作者，依下列規定取得智慧創作專用權：

- 一、智慧創作經認定屬於申請人者，應准予登記，並自登記之日起，由申請人取得智慧創作專用權。
- 二、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。
- 三、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。

主席：第七條照審查條文通過。

宣讀第八條。

第八條 智慧創作專用權人之名稱有變更者，應申請變更登記。

主席：第八條照審查條文通過。

宣讀第九條。

第九條 智慧創作，應由主管機關建立登記簿並公告之。

主管機關依第七條規定認定為智慧創作並准予登記者，應刊登於政府公報，並公開於資訊網路。

主管機關應核發智慧創作專用權人證書及認證標記。

智慧創作之申請、登記、證書之核發、換發、註銷及認證標記之授與、撤銷、廢止辦法，由主管機關定之。

主席：第九條照審查條文通過。

宣讀第十條。

第十條 智慧創作專用權，指智慧創作財產權及智慧創作人格權。

智慧創作專用權人享有下列智慧創作人格權：

- 一、就其智慧創作專有公開發表之創作人格權。
- 二、就其智慧創作專有表示專用權人名稱之創作人格權。
- 三、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。

智慧創作專用權人除法律另有規定或契約另有訂定外，應以特定民族、部落或全部原住民族名義，專有使用及收益其智慧創作之財產權，並行使前項之權利。

原住民就其所屬民族、部落或全部原住民族之智慧創作，得使用收益，不受前項及第十四條規定之限制。

主席：第十條照審查條文通過。

宣讀第十一條。

第十一條 智慧創作專用權不得為讓與、設定質權及作為強制執行之標的。

主席：第十一條照審查條文通過。

宣讀第十二條。



第十二條 智慧創作專用權非經主管機關同意，不得拋棄；拋棄之智慧創作專用權，歸屬於全部原住民族享有。

主席：第十二條照審查條文通過。

宣讀第十三條。

第十三條 智慧創作專用權人得將智慧創作財產權授權他人使用；其授權使用之地域、時間、內容、使用方式或其他事項，依當事人之約定；其約定不明部分，推定為未授權。

智慧創作財產權之專屬授權，應由各當事人署名，檢附契約或證明文件，向主管機關申請登記，非經登記，不生效力。

第一項之授權，不因智慧創作財產權人嗣後將其智慧創作財產權再為授權而受影響。

非專屬授權之被授權人，非經智慧創作專用權人同意，不得將其被授與之權利再授權第三人使用。

專屬授權之被授權人在授權範圍內，得以智慧創作專用權人之地位行使權利。智慧創作專用權人及各原住民在專屬授權範圍內，不得行使權利。

主席：第十三條照審查條文通過。

宣讀第十四條。

第十四條 智慧創作專用權依第七條第一款或第二款規定為原住民族或部落取得者，其智慧創作之收入，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。

智慧創作專用權為全部原住民族取得者，其智慧創作專用權之收入，應納入原住民族綜合發展基金，並以促進原住民族或部落文化發展之目的為運用。

主席：第十四條照審查條文通過。

宣讀第十五條。

第十五條 智慧創作專用權，應永久保護之。

智慧創作專用權人消失者，其專用權之保護，視同存續；其專用權歸屬於全部原住民族享有。

主席：第十五條照審查條文通過。

宣讀第十六條。

第十六條 具有下列情形之一者，得使用已公開發表之智慧創作：

- 一、供個人或家庭為非營利之目的使用者。
- 二、為報導、評論、教育或研究之必要使用者。
- 三、為其他正當之目的，以合理方法使用者。

前項之使用，應註明其出處。但依使用之目的及方法，於智慧創作專用權人之利益無損害之虞，且不違反社會使用慣例者，不在此限。

主席：第十六條照審查條文通過。

宣讀第十七條。

第十七條 智慧創作專用權人對於侵害其權利者，得請求排除之；有侵害之虞者，得請求防止之。

主席：第十七條照審查條文通過。

宣讀第十八條。

第十八條 因故意或過失不法侵害智慧創作專用權者，負損害賠償責任。數人共同不法侵害者，連帶負損害賠償責任。

前項損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅，自侵害行為時起，逾十年者亦同。

主席：第十八條照審查條文通過。

宣讀第十九條。

第十九條 依前條請求損害賠償時，被害人得依下列各款規定擇一計算其損害：

- 一、依民法第二百十六條之規定請求。但被害人不能證明其損害時，得以其利用智慧創作通常可得預期之利益，減除被侵害後行使同一智慧創作所得利益之差額，為其所受損害。
- 二、請求侵害人因侵害行為所得之利益。但侵害人不能證明其成本或必要費用時，以其侵害行為所得之全部收入，為其所得利益。

依前項規定，被害人不易證明其實際損害額者，得請求法院依侵害情節，酌定新臺幣五萬元以上三百萬元以下損害賠償。損害行為屬故意且情節重大者，得增至新臺幣六百萬元。

主席：第十九條照審查條文通過。

宣讀第二十條。

第二十條 智慧創作專用權受侵害者，得請求銷燬侵害智慧創作之物或為其他必要之處置，並得請求將判決書內容全部或一部登載於新聞紙；其費用由侵害人負擔。

主席：第二十條照審查條文通過。

宣讀第二十一條。

第二十一條 中華民國政府與外國政府簽訂有關智慧創作保護之條約或協定者，從其規定。

主席：第二十一條照審查條文通過。

宣讀第二十二條。

第二十二條 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。

主席：第二十二條照審查條文通過。

宣讀第二十三條。

第二十三條 本條例自公布日施行。

主席：第二十三條照審查條文通過。

本案已全部經過二讀，現在繼續進行三讀，請問院會，有無異議？（無）無異議，現在繼續進行三讀。宣讀。

### 原住民族傳統智慧創作保護條例（三讀）

一與經過二讀內容同，略一

主席：三讀條文已宣讀完畢，請問院會，對本案有無文字修正？（無）無文字修正意見。

本案決議：「原住民族傳統智慧創作保護條例修正通過。」請問院會，有無異議？（無）無異議，通過。

現在回頭處理討論事項第一案。本案業已協商完畢，宣讀協商結論。

#### 立法院朝野黨團協商結論

協商事項：配合立法委員自第 7 屆起減半為 113 人，第二階段研商修正本院相關法規

時 間：96 年 12 月 4 日（星期二）上午 10 時

地 點：本院議場三樓

協商結論：

一、立法院各委員會召集委員選舉辦法第 2 條、第 4 條、第 10 條；無黨籍及少數黨團委員參加常設委員會抽籤辦法；黨團所屬委員參加常設委員會抽籤辦法；立法院紀律委員會組織規程；立法院修憲委員會組織規程；立法院經費稽核委員會組織規程第 3 條、第 5 條、第 9 條；立法院各委員會組織法第 17 條；預算法第 53 條；中央政府總預算案審查程序；中央政府總決算審核報告案審查程序及立法院組織法第 9 條、第 33 條、第 35 條，依法制局彙整條文修正通過（條文如後附）。

二、立法院組織法第 23 條及第 33 條之 2；立法院各委員會組織法第 20 條、第 22 條，依人事處彙整條文修正通過（條文如後附）。

三、本次協商結論確定之上開各法規條文，交法制局整理後，由本院黨團提案，送請院會逕付二讀，優先討論。

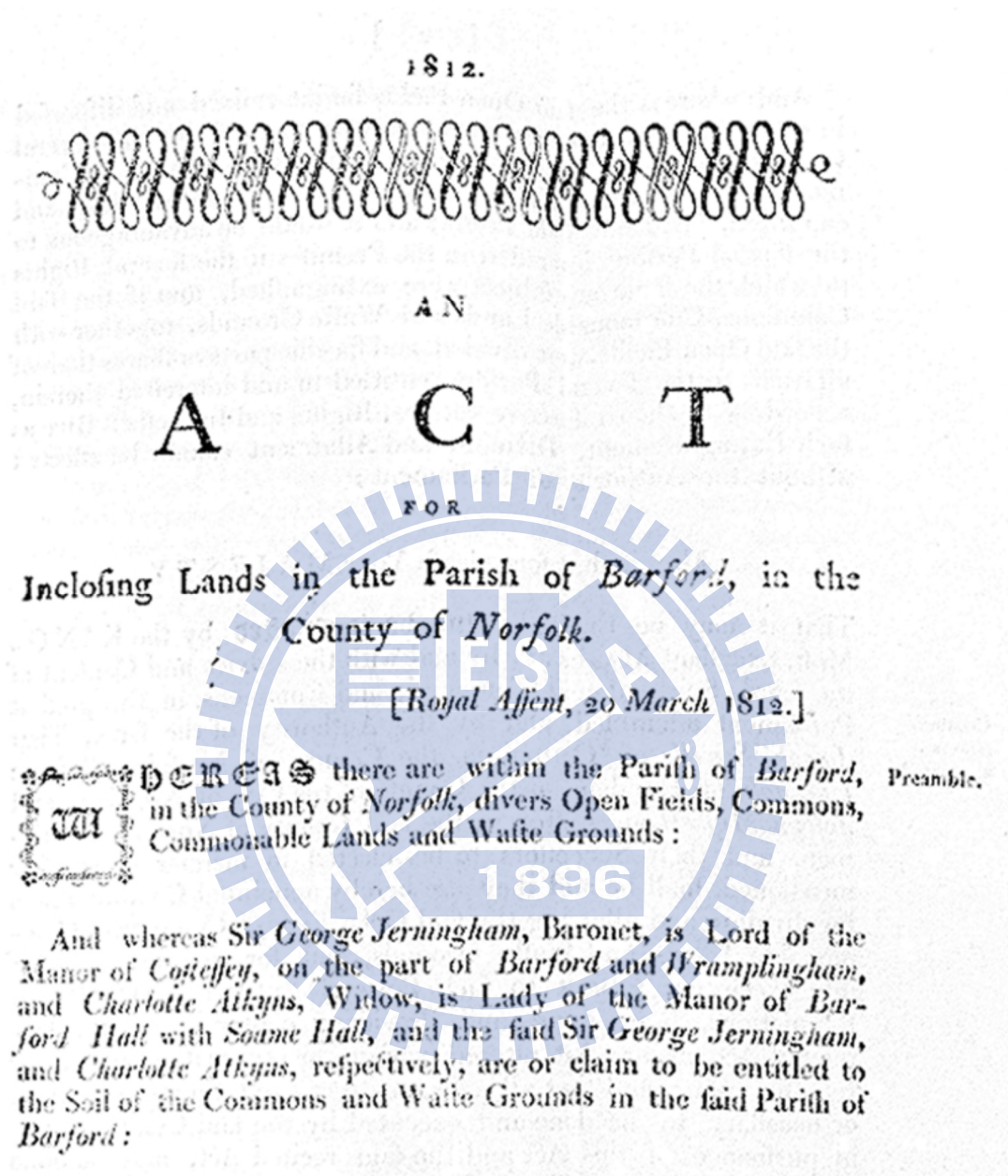
四、立法院組織法條文修正通過後，作成附帶決議一項，據以執行：立法委員每人及各黨團公費助理之助理費每月各為新臺幣 40 萬元及新臺幣 50 萬元；另適用勞動基準法所需加班費、不休假加班費等相關經費每月各為新臺幣 8 萬元及新臺幣 10 萬元。

主 持 人：王金平

協商代表：柯建銘 羅志明 郭林勇 曾永權 張顯耀

黃義交 郭素春 顏清標 林炳坤

附件三

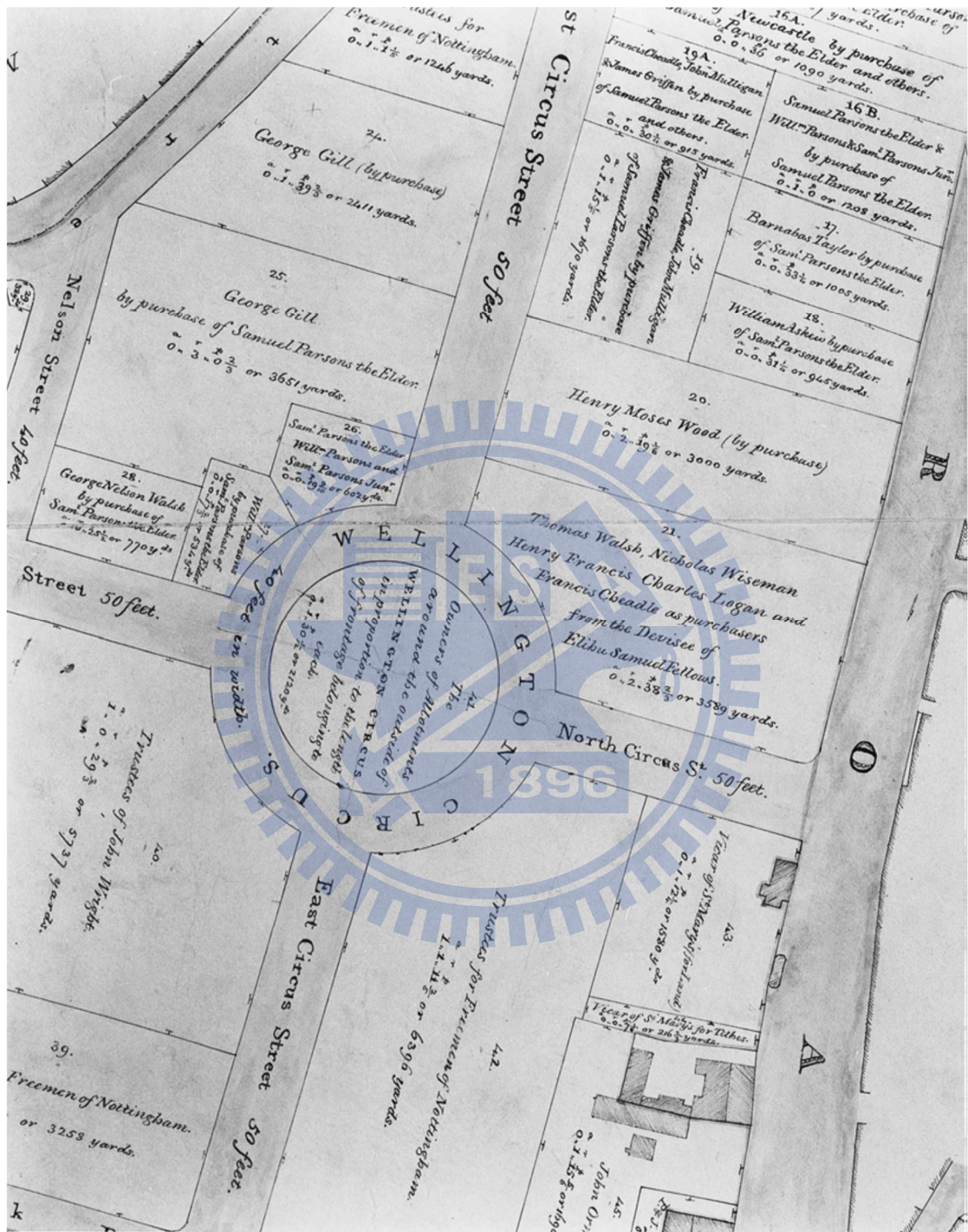


上圖是英格蘭東部 Norfolk 郡所屬之 Barford 地方行政區，1812 年圈地法之扉頁。

引自：Roger J. P. Kain, John Chapman, Richard R. Oliver, *The Enclosure Maps of England and Wales 1595-1981*, 9 (2004).



附件四



Extract from Nottingham Common Fields enclosure map accompanying the 1846 award, properties in Derby Roads Fields laid out as streets with Wellington Circus at the core.  
 引自：Roger J. P. Kain, John Chapman, Richard R. Oliver, The Enclosure Maps of England and Wales 1595-1981, 8 (2004).

## 附件五

### 受訪者基本資料

編號	居住區域	性別	年齡	族別	文化類型
A1	中部	男	40歲	泰雅族	歌曲
A2	中部	女	48歲	布農族	歌曲
A3	中部	女	38歲	布農族	歌曲
A4	中部	男	61歲	布農族	文史工作
A5	南部	男	65歲	排灣族	琉璃珠
A6	南部	男	46歲	排灣族	陶壺、雕刻
A7	南部	男	41歲	魯凱族	染繡
A8	東部	男	45歲	布農族	歌曲
A9	東部	男	42歲	卑南族	文學
A10	東部	男	40歲	漢人	文學
A11	東部	女	37歲	卑南族	歌曲
A12	東部	男	47歲	排灣族	雕刻、繪畫
A13	東部	男	46歲	布農族	文學
A14	北部	女	40歲	泰雅族	織布
A15	北部	女	42歲	漢人	織布
A16	北部	女	52歲	漢人	文化推廣
A17	東部	男	48歲	排灣族	牧師
A18	東部	男	56歲	卑南族	主教
A19	東部	女	31歲	阿美族	歌曲
A20	東部	女	38歲	布農族	歌曲

## 附件六

### 研究參與同意書

您好！這是一份關於「原住民族傳統智慧創作保護」的研究參與同意書，由國立交通大學科技法律研究所博士候選人，臺中地方法院林三元法官擔任研究訪問者。十分感謝您願意接受我們的訪談。

這個研究計畫的目的主要是想要透過深度訪談研究，以瞭解我國原住民族傳統智慧創作保護之現況，並建立符合我國保護與促進原住民族文化的制度模式，並可作為法律施行或修改之參考。

因此訪談時會詢問有關您個人的想法、經驗、事件等談話主題，以及您的個人基本資料。研究的結果主要作為個人博士論文之內容，也希望能夠提供資訊供相關領域研究者進行更深入的研究，因此您的參與將對這個研究有非常重大的貢獻！

以下是這個研究的「訪談進行方式」、「訪談內容處理與應用」、「研究參與者的權利」的說明：

#### 一、訪談進行方式

1. 訪談是以面對面談話的方式進行，大約會進行一至二個小時，如果您認為時間過長或過短，也可以依照您的意願彈性調整。如果需要第二次以上的訪談，我會在得到您的同意之後才進行。
2. 有關訪談進行的時間及地點，將以您的便利為優先，即使我們已經事先約定好，您仍然可以因為個人或其他因素變更或取消。
3. 為了確實紀錄您的談話內容，在您同意之後，我們將在訪談過程使用錄音、錄影設備及撰寫簡單的筆記。

#### 二、訪談內容的處理與應用

1. 訪談的原始內容保證不會讓第三者得知，在未來研究報告的呈現上，將以匿名代號的方式來呈現您的身份及相關可茲辨識您身份的資料，以確保您的隱私。
2. 訪談結果將轉為文字檔案，作為這份研究計畫之原始資料。
3. 作為未來相關研究主題的資料與發表。

#### 三、研究參與者的權利

1. 雖然您已經表示是自願同意參與這個研究，您仍然有權利決定是否接受訪談，您也不會因為拒絕訪談而有任何權益上的喪失。
2. 您有權利拒絕任何您不願回答的問題。
3. 您有權利隨時中斷、暫停、退出研究。

**誠摯感謝您願意接受訪談！謝謝您的參與！**

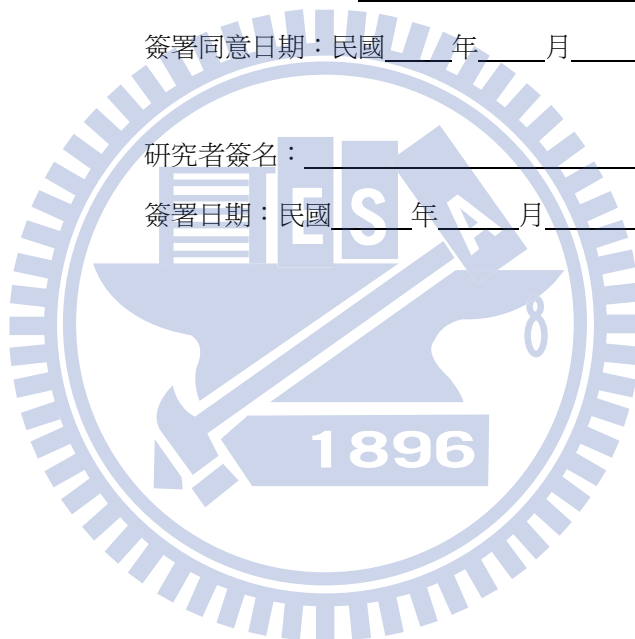
是的，我已經瞭解上述事項，我同意參與研究與訪談。

研究參與者簽名：\_\_\_\_\_

簽署同意日期：民國\_\_\_\_年\_\_\_\_月\_\_\_\_日

研究者簽名：\_\_\_\_\_

簽署日期：民國\_\_\_\_年\_\_\_\_月\_\_\_\_日





## 附件七

### 協助謄寫逐字稿同意書

感謝您願意協助本研究進行逐字稿的謄寫工作，以下是有關協助謄寫逐字稿的工作規定，請您詳細閱讀，並確實遵守規定。

#### 一、錄音檔案與逐字稿管理

1. 錄音檔案請妥善保管，並確認個人電腦未帶病毒，存取資料前先進行掃毒。
2. 請在進行繕打的同時隨時進行存檔動作，完成的逐字稿請先保留備份，以免遺失檔案。
3. 一份訪談資料以一星期完成為工作期限（如星期三收到錄音檔案，請於下星期二晚上六點之前完成並交回），並收到研究者回覆「檔案已收到」，若未收到研究者回覆信件，請至遲於星期三當天與研究者電話聯絡。
4. 謄寫逐字稿請以 Microsoft Office Word 編輯。
5. 逐字稿繳交給研究者，並收到研究者「檔案已收到，請刪除所有檔案」之回覆後，必須將「所有」與本研究相關之錄音檔、文字檔、書面資料刪除。若因未完整刪除檔案而發生相關保密或受訪者、研究者權益損失等議題，研究者將保留法律追訴權。

#### 二、對話之編輯

1. 請以 R 代表研究者，以 P 代表受訪者。依照對話進行的順序謄寫，格式如下：  
R：請問您....？  
P：其實我那時候就是（沈默 5 秒）...，後來...  
R：所以說您那時候是...，後來才...  
P：嗯。差不多是這樣...（沈默 10 秒），不過...  
2. 請「逐字」「原音」重現，千萬不要做任何的修飾、增刪，如果聽不清楚某個段落在講什麼，請不要隨意搪塞文字充數（這會變成您謄寫上的錯誤），請以□□做記號，並計算有多久的時間（聽不清楚的部分請恕無法計算費用）（建議聽完一遍之後，再回過頭聽，應該就可以聽懂了）。如：  
R：請談一談您那時候在法院□□（約 20 秒）  
P：其實我那時候就是（沈默 5 秒）...，後來調解時□□（約 1 分鐘）  
R：所以說您那時候是...，後來才...  
3. 如果一個句子沒完成，又講到另一個句子，請以「，」區隔，如：  
P：我想說，我想說那是他們自己要解決，不過（停頓 5 秒），我覺得我自己，我自己也有問題啦！  
4. 請以括弧標示明顯的特殊語調、非語言訊息，如：（大聲）、（提高音調）、（哽咽）、（尾音上揚）、（聲音沙啞）、（哭泣聲）...，以瞭解受訪者談話的非語言線索。  
5. 一般談話都會有中斷的時候，請計算中斷的時間，標示在括弧裡，如（沈默 10 秒）、（停頓

20 秒)，這是自然的中斷，謄寫的費用計算不會扣除此部分。

### 三、 相關工作程序與注意事項

1. 原則上您必須完成一份錄音檔案才會收到下一份檔案，謄寫費用一小時以新台幣 950 元計算，超過一小時未滿一個半小時，以 1.5 小時計算，超過 1.5 小時未滿 2 小時，以 2 小時計算。
2. 所謂「完成的檔案」必須是「校正」過的檔案，請謄寫完之後再聽一、二遍，若繳交的文字檔案內容與原錄音內容差距太大（錯誤率、遺漏率），研究者得退回重謄一次，倘若無法於三天內修改完成，或錯誤率太高，研究者將視錯誤狀況酌扣謄稿費，並婉拒提供下一份檔案。
3. 進行中的工作，包括錄音檔案、文字檔案、郵件等，皆屬於「保密」的範圍，因此請您在聽錄音檔時，戴上耳機，或在私人空間內進行，謹慎保管所有檔案，不與任何人談論本錄音內容，也不能私自保留檔案或列印文件。
4. 研究者將於您完成工作之後，計算您的協助謄寫費用，雙方無疑義之後，以轉帳方式匯入您的帳戶，因此您必須提供一個您個人的帳戶，以俾匯款（請放心，您提供帳號給研究只能提供研究者匯入帳款，不會影響您個人權益）。

**最後，感謝您的協助！**

是的，我已充分瞭解上述規定與說明，我願意遵守規定，參與這份工作。

協助轉謄逐字稿者簽名（蓋章）：\_\_\_\_\_

時間：\_\_\_\_年\_\_\_\_月\_\_\_\_日

研究者簽名（蓋章）：\_\_\_\_\_

時間：\_\_\_\_年\_\_\_\_月\_\_\_\_日

## 附件八

### 行政院原住民族委員會辦理部落核定作業要點 (民國 98 年 11 月 30 日 發布)

1

一、行政院原住民族委員會（以下稱本會）為辦理原住民族基本法第二條第四款規定之部落核定作業，特訂定本要點。

二、本要點所稱部落，係指依原住民族基本法第二條第四款規定，符合下列要件之原住民族團體：

- (一) 位於原住民族地區內。
- (二) 具有一定區域範圍。
- (三) 存在相延承襲並共同遵守之生活規範。
- (四) 成員間有依前款生活規範共同生活及互動之事實。

鄉（鎮、市）及區〔以下稱鄉（鎮、市、區）〕公所應依職權或轄內原住民之請求，邀集熟悉部落歷史文化之民眾，進行部落之訪查及統計，並就下列事項載明於部落概況訪查表（格式如附表）：

- (一) 名稱。
- (二) 人口數、戶數、家族、族別及其比例。
- (三) 共同生活區域範圍。
- (四) 歷史沿革及傳統制度。
- (五) 歲時祭儀及儀式空間。
- (六) 其他與部落重大相關事項。
- (七) 訪查過程。

三、鄉（鎮、市、區）公所完成部落之訪查及統計後，應邀集轄內原住民舉辦說明會，並聽取其意見。

四、鄉（鎮、市、區）公所應將部落概況訪查表公告於公所、村（里）辦公室及其他原住民常出入之公開場所，並載明下列事項，徵詢民眾之意見：

- (一) 公告機關之名稱。
- (二) 公告之依據。
- (三) 部落範圍之相關圖文、說明、照片或其他足資證明部落範圍之相關資料。
- (四) 任何人得於所定期間內向鄉（鎮、市、區）公所陳述意見之意旨。
- (五) 其他。

鄉（鎮、市、區）公所辦理前項公告期間不得少於三十日，並應於公告時副知直轄市、縣（市）政府。

五、民眾就公告內容，於陳述意見期間內，得以書面向鄉（鎮、市、區）公所提出意見，並附上個人通訊資料。

鄉（鎮、市、區）公所應於公告期間屆滿後二週內辦理下列事項：

- (一) 陳述有理由者，應依陳述意見修正公告內容，並重行公告。重行公告內容需載明該陳述之意見。
- (二) 陳述無理由者，將其意見及不採納其意見之理由，載明於公告內容之備註欄後，依第三項

規定行之，並將上述內容函復予陳述意見者。

鄉（鎮、市、區）公所依前項規定修正公告內容或依第六點第三項規定補正內容時，應依前點規定重行公告。但重行公告期間不得少於十日。

公告期間屆滿時，如無須修正之內容時，鄉（鎮、市、區）公所應將公告內容函送直轄市、縣（市）政府審查。

六、直轄市、縣（市）政府應召開審查會議，就下列事項審查鄉（鎮、市、區）公所函送之公告內容：

- （一）公告程序。
- （二）部落概況訪查表、部落範圍相關圖文、說明及照片。
- （三）民眾意見處理情形。

直轄市、縣（市）政府為前項審查時，得視情況邀請該鄉（鎮、市、區）公所或該部落之代表列席說明。經第一項審查通過後，直轄市、縣（市）政府應於二週內將公告內容、審查意見及審查會議紀錄函送

本會審核；未通過審查仍須補正者，應函請鄉（鎮、市、區）公所補正後再審。

七、本會應以第二點第一項規定之要件為審查標準，並就下列事項審核直轄市、縣（市）政府所報審查結果：

- （一）公告程序。
- （二）部落概況訪查表、部落範圍相關圖文、說明、照片及民眾意見處理情形。
- （三）直轄市、縣（市）政府審查會議紀錄及意見。
- （四）其他部落核定事項。

本會得視需要，函請該直轄市、縣（市）政府、鄉（鎮、市、區）公所、核定該部落相關之利害關係人或專家學者，參與本會召開之部落審核會議。

本會應將審核通過之部落核定結果，刊登於政府公報，並函復該直轄市、縣（市）政府，由其轉知該鄉（鎮、市、區）公所。

八、鄉（鎮、市、區）公所辦理填報部落概況訪查表、公告及相關事務之經費，由各鄉（鎮、市、區）公所基本設施維持費支應。

九、部落核定之變更、廢止及撤銷程序，準用本要點有關核定程序之規定。



## 附件九

### 行政院原住民委員會令

發文日期：民國 99 年 1 月 21 日

發文字號：原民企字第 09900051251 號

「原住民部落會議實施要點」修正為「行政院原住民族委員會推動原住民族部落會議實施要點」，並修正部分規定，自即日生效。

### 行政院原住民族委員會推動原住民族部落會議實施要點

- 一、行政院原住民族委員會(以下稱本會)為協助原住民族部落建立自主協商機制，訂定本要點。
- 二、部落依原住民族基本法、原住民族地區資源共同管理辦法或其他法規、計畫規定，行使同意權、參與權、共同管理權、利益分享權等權利，或議決原住民族公共事務時，除其他法令另有規定行使方式者外，得以部落會議議決行之。
- 三、第一次部落會議由設籍於該部落之原住民依下列資格之順序擔任發起人：
  - (一)傳統領袖。
  - (二)各家(氏)族代表。
  - (三)居民。第一次部落會議由得為發起人者依第九點第二項之程序召集，出席人員相互推舉一人主持，並選出第一屆部落會議主席。  
發起人於第一屆部落會議主席選出後解職。
- 四、部落會議置主席一人，以原住民為限，由部落會議出席人員互選之，任期二年，連選得連任。  
主席之職責為召集並主持部落會議。
- 五、部落會議遇有第二點規定之事項時召開；每年至少召開二次。  
部落會議由主席召集之；主席無法召集或不為召集時，由第三點得為發起人者，召集該次部落會議，並由出席人員相互推舉一人主持。  
部落遇有應召集部落會議之事由，而主席未召集部落會議達三次者，得經部落會議之議決罷免主席，並由出席人員互選主席補足所遺任期。
- 六、部落會議之召開，由下列設籍於該部落之原住民出席：
  - (一)傳統領袖。
  - (二)各家(氏)族代表。
  - (三)居民。前項規定以外人員，得依部落會議決議，出席或列席部落會議。  
部落會議議決事項牽涉設籍部落非原住民之利益時，非原住民得列席陳述意見。  
鄉(鎮、市)及區〔以下稱鄉(鎮、市、區)〕公所應派員列席其轄內之部落會議。
- 七、部落會議之會議程序如下：
  - (一)主席宣布開會並指定記錄人員。
  - (二)確認前次部落會議紀錄。

(三)報告事項。

(四)提案討論。

(五)臨時動議。

(六)散會。

八、部落得訂定部落會議注意事項，維持會議秩序。

前項規定經部落會議議決通過後，報鄉(鎮、市、區)公所備查。

九、部落會議之決議方式，除第二項或部落會議注意事項另有規定者外，由第六點第一項及第二項規定之出席人員，較多數之同意行之。

部落會議依原住民族基本法、原住民族地區資源共同管理辦法或其他法規規定，行使同意權、參與權、共同管理權及利益分享權等權利或互選主席或罷免主席時，應依下列程序為之：

(一)主席應於會議召開七日前，於戶籍內有成年原住民之家戶，以戶長或其指派之代表，造具出席人員名冊，連同會議時間、地點及討論事項張貼於部落公布欄或其他適當場所，並報鄉(鎮、市、區)公所備查。

(二)決議應經前款出席人員名冊內人員過半數出席，出席人員過半數之同意行之。

十、部落會議，應作成會議紀錄(格式如附表一)並附簽到簿(格式如附表二)。

前項會議紀錄應載明下列事項：

(一)會議次別。

(二)會議時間。

(三)會議地點。

(四)主席及出(列)席人員姓名。

(五)記錄人員姓名。

(六)報告事項之案由及決定。

(七)討論事項之案由及決議。

(八)其他應記載之事項。

會議紀錄應於召開部落會議後一個月內分送各出(列)席人員，並報鄉(鎮、市、區)公所備查。

如有遺漏或錯誤者，得於下次會議確認時，由主席裁定更正。

前項會議紀錄內容涉及其他機關權貴時，由鄉(鎮、市、區)公所協調主管機關處理，或報請縣(市)政府或本會協調主管機關處理。

十一、部落會議之召集程序或決議方法違反本要點規定，或決議內容違反法令者，無效。

十二、直轄市、縣(市)政府每年至少召開一次主席聯席會議，並由本會派員列席。

十三、本會得遴聘(派)專家、學者、機關代表及部落代表，協助及督導各部落召開部落會議。

鄉(鎮、市、區)公所得視情況協助主席召開部落會議或造具出席人員名冊。

十四、鄉(鎮、市、區)公所、合法立案團體或其他人員協助部落辦理部落會議成效優良者，本會得函請直轄市、縣(市)政府、鄉(鎮、市、區)公所表揚獎勵相關人員。

附表一

○○○部落第○○次部落會議

會議紀錄(參考範例)

壹、時間：(民國)00年00月00日(星期0) 上/下午00時整/00 分

貳、士也點：00000000

參、主席：000

記錄：000

肆、出(列)席人員：如簽到簿

伍、主席確認、成會人數宣布開會、指定會議紀錄人員並致詞

陸、確認前次(第00次)會議紀錄及決議(定)事項辦理情形

柒、報告事項：

案由一：

決定：

捌、討論事項：

案由一：

決議：

玖、臨時動議：

案由一：

決定：

拾、散會：上/下午00 時整/00 分

※請依據會議實際內容，自行增刪修正。

附表二

○○○部落第○○次部落會議

簽到簿(參考範例)

一、時間：00 年00 月00 日(星期0) 上/下午00 時整/0 分

二、地點：

三、主席：

四、出席人員：

五、列席人員：

※表格欄位如不敷使用，請自行調整增加



## 附件十

### 信義鄉潭南村部落會議開通知單

受文者：各代表

發文日期：民國 100 年 3 月 7 日

發文字號：潭部村字第 001 號

開會事由：召開「部落規劃問題」會議

開會時間：100年3月13日(星期日)16時0分

開會地點：潭南社區活動中心

主 持 人：部落會議議長谷明順

紀 錄 人：松照天

聯絡人及電話：宅049-\*\*\*\*\* 手機0921\*\*\*\*\*

出席者：部落長老代表甘幸美秀、部落長老代表甘鴻山、幸氏(matul aian) 幸木孫、幸氏(taluman) 幸信勇、幸氏(taiskavan)幸秀英、谷氏(maitangan)谷賢明、谷氏(sugnuan) 谷文斌、白氏(taisvaluan) 白宗元、甘氏(malasslan) 甘田阿美、何氏(qalavangan) 何清水、松氏(tainunan) 松照寶、司氏(包kisniannan) 司文忠、非原住民代表王英惠(外省人)、非原住民代表李明郎(漢人)、長老教會代表跋歷、天主堂代表幸敏、曠野教會代表幸木坤、社區理事長松英雄、潭南村長幸得安、互助社代表幸玉燕、

派出所代表邱建成、潭南國小代表白健林

備註：

### 2011潭南部落會議第1次會議紀錄

會議時間：100年03月13日7 下午：16時00分

會議地點：潭南社區活動中心

參與人員：如簽到簿〈如附件一〉

會議主持人：議長谷明順

會議紀錄：松照天

壹、祈禱：

貳、宣佈開會、主席致詞：谷明順(應到：26人、實到：23人)

村長、理事長及各位代表大家平安大家好，非常高興大部份的人都能來參加本次會議。這次開會主要的目的是針對本村部落規劃問題而加召開，請各位針對議題提出寶貴意見，以利地方建設發展，謝謝大家！

參、確認上次會議：

肆、討論及建議事項：

一、村長幸得安發言

說明：1、初步之構想及建設應先著重在公共設施完善之設置。如交通道的



拓寬及公共廁所以及停車場、觀光步道之設立。

2、青少年無照騎乘機車及深夜喧嘩，請社區幹部配合派出所加強勸導。

辦法：所有代表舉手表決。

決議：議決通過。

## 二、村幹事谷美蘭發言

說明：1、關於人文方面：本人以為應設置導覽總站、展演場、觀光據點及販賣區(文物及農產品展售)有計畫性的建設發展。

辦法：所有代表舉手表決。

決議：議決通過。

## 三、派出所幸大富發言

說明：1、本所對於青少年無照騎乘機車問題，輕者以勸導為主，告發為輔。若發現先扣留機車並通知家長到所領回，請家長加強配合。

2、嚴重違法者，告發移送。

辦法：所有代表舉手表決。

決議：議決通過。

## 四、互助社長幸玉燕發言

1、最近我的外孫在部落撞球台店打球時，不慎失竊約一萬元。本村治安有亮紅燈之傾向，請派出所加強巡視。

辦法：所有代表舉手表決。

決議：議決通過。

## 五、議長谷明順發言

說明：1、部落各小區域應設立石碑以說明歷史沿革，遊客可以即刻深入瞭解。

辦法：所有代表舉手表決。

決議：議決通過。

## 六、書記松照天發言

說明：1、建議設置吉地瀑布至馬樹峰及部落對面(希把拉)觀光步道。

2、交通道路邊坡下修築花台，以種植各類花草，以吸引遊客目光。

3、請相關單位協助設立生態保育區、楓樹林區、百合花區、梧桐樹區、各類聖誕花區。以上於種種時應先經設計，否則，呆板之方塊，無法顯現特殊之處。若經設計，使之花中有花，別具風格。

伍、臨時動議：

柒、訂下次會議時間。(另行通知)

捌、閉會禱告：

玖、散會(17時30分)

## 附件十一

### 99 年度雙龍部落議會第二屆第十二次會議記錄

- 一、日期：99 年 10 月 18 日(星期一)下午 19：00
- 二、地點：村辦公處
- 三、主席：田雲程

◎開會禱告:主席田垂程

◎閉會禱告:米文欣牧師

出席：(如簽到)

四、報告：今天召集部落會議、也謝謝田代表及村長所有本會委員能出席參加，天氣慢慢轉涼就知道聖誕節即將到來，部落的居民會因此而上山打獵，村長希望依法申請狩獵才不會有麻煩而又安全，尤其現在的申請條件有很多限制，有意上山者務必要申請登記。

### 五、議案及討論事項

#### 1.申請狩獵日期案

說明：部落及教會已接近聖誕節，為合法進入深山狩獵，希望依法提出申請以免在節慶日有不悅情事發生，並推荐那一組織代表申請為此請討論。

議決：經部落會議決議准予申請狩獵，參加者依下列條件。

- 一、狩獵日期：99 年 12 月 6-17 日
- 二、地點：丹大區第 15-16 林班
- 三、參加人員：30 名以戶籍在部落的布農族居民為主（不得超過預定的人數）未滿 20 歲的男生不得參加。
- 四、報名期限：99 年 10 月 20-25 日
- 五、使用槍枝：傳統布農族獵槍（改造槍枝一律禁止）
- 六、行前先行辦理祭槍儀式...結束時辦理豐作祭儀的活動
- 七、獵物將歸屬部落居民共享
- 八、申請窗口於村辦公處

### 六、臨時動議

1.提案人：金森茂 附議：田守榮

案由：雙龍社區發展協會理監事會任期屆滿乙案

說明：本案該理事會於九月份已經宣佈於 10 月份改選為何至今沒有執行，請部落會議主席及村長關切，並如期改選好好運作社區的建設及發展。

議決：本案是屬於協會理事會的權責、並應在任滿日三個月前改選完成，本討論案交由村長及主席與谷自勇理事長溝通。

※下次開會日期預定 11 月 26 日、請各位委員收集寶貴的意見下次會議再議，謝謝大家對部落的關心 並祝大家家庭幸福。

## 附件十二

### 99 年度雙龍部落議會第二屆第十三次會議紀錄

一、時間：99 年 11 月 26 日（星期五）上午 10：00

二、地點：村辦公處

三、主席：田雲程

◎開會禱告：田雲程

閉會禱告：米文欣牧師

出席人數：45 人(如簽到表)

四、**主席報告**：歡迎日月潭風景管理處(日管處)的各位長官及上億科技股份有限公司的兩位專員蒞臨本村，感謝田代表振明關心部落會議，村長因為開會無法到場，也表示尊重村民的決定，並請大家見諒！由於濁水溪沿岸部落，因氣候、海拔、土質的關係，農作物收成不佳，也因此部落青壯年不得不為了生計離鄉背景，但我們都知道我們擁有得天獨厚的地理環境，和布農族最傳統的文化資產，一直以來各個協會也很努力善用我們周邊的資源，但是能力有限，我們非常感謝各位長官的關心和牽成，終於要讓我們納入日月潭風景管理區內，相信有公家體系配合推動部落的發展，部落更能繁榮，並改善我們的經濟。今天特別召開部落會議，是請日月潭風景管理處說明他們將如何協助本村未來在觀光、產業、文化、經濟的發展，也請大家有什麼疑問？建議！請踴躍提出來討論。謝謝！

#### 五、議案及討論事項

##### 1.日月潭風景管理處就推動部落發展說明會案：

說明：由上億科技股份有限公司阮專員，為我們做簡報。(如附件)

※請就該案進行討論事項：

※部落會議：松碧常祕書

三、若要納入風景區，之前會擔心是否會如東埔第一鄰納入國家公園後，過多管理與限制，會有不良反應與效果，但經日管處與規劃單位說明後，了解納入國家風景區較少限制，且對觀光遊憩發展有實質助益，且居民可得到的經濟利益與環境改善，故部落接受度高，希望部落建立完整機制。

※田振明代表

四、代表孔文吉立委、鄉長感謝大家與會，今年總預算可能要到明年才能編列，故地方可先擬計畫準備。目前潭南、地利業已整合，期望雙龍能儘速整合，以利日管處未來之統合。

五、明年度，鄉長提出天梯，景觀設施等已列入未來施政報告，待納入範圍後與日管處協調。

※雙龍國小林惠娟校長

六、地方要發展，全體居民要有共識，不要只看到眼前利益，透過部落會議凝聚共識。

七、本社區極具文化資產，應以部落最珍貴之文化價值為優先發展，文化、教育、觀光整合，價值會更提高，本學校亦可為社區之窗口。

※民宿代表(產業代表)田首榮先生

八、本案對產業與部落生活改善有非常好的機會，希望大家能團結，由日管處推動，讓遊客

進來，對我們生活一定有改善。

九、未來納入後倘有工作機會請優先考量部落年輕人，讓他們有工作機會。

※雙龍儲蓄互助社米萬吉先生(雕刻師)

十、本地區文化特色為雕刻、織布，希望能擴大發展行銷，帶給雙龍村經濟發展的機會。

※婦女代表金柳葉女士

十一、納入範圍後部落應有心理建設，將部落環境做好。需把資訊告訴大家，要大家都來配合，要有共識，部落才會進步

※部落會議書記：松慧蒨小姐

十二、納入範圍後，其他單位之建設後續維護管理如何分工？

十三、導覽解說是否可優先用在地人員。

十四、傳統領域該如何處理，日管處是主導還是輔導？

※拉芙嵐協會理事谷長成

十五、針對日管處將來在部落合作推動產業，希望特別重視在地的文化並要協助推展，以文化產業為基礎。

十六、如有需要人力的配合希望日管處多利用在地的失業青年來補充。

十七、涉及到傳統土地領域時需要與部落自治議會充分討論協調。

※日管處副處長回應:

十八、因本範圍尚未納入國家風景區範圍，未來可先行活動行銷整合，實質建設執行需待範圍確定後，最快 101 年執行。

十九、日管處考量的是整體性建設，非道路、涼亭之點狀工程修建，是帶狀空間之營造。

二十、日管處非工程單位，主要係辦理觀光整合行銷，會把大家最好的一面行銷，如利用閒置之光明國小，發展為遊學特色研習中心。

二十一、地方觀光發展，以交通最重要，未來會協調相關業者，將遊客帶進來。

二十二、日管處建設前會與地方溝通，相關公部門協商、會勘，取得共識後才進行實質建設，原有設施由原設施單位進行維護，日管處重點在行銷。

**決議：**

經部落自治議會各組織姓氏代表及與會人員之同意納入國家風景區範圍，但必須先經評鑑後決定之。

## **2.推選立案協會提案申請農委會水保局農村再生培根計畫案**

說明：一、為部落未來發展與觀光及改善地方經濟環境，部落自治議會推選合法立案之在地協會，帶領居民打造部落的願景。

二、為讓其他協會有機會參與部落推展事務，請委員提出寶貴意見共同討論。

議決：本案經部落會議決議、水保局農村再生培根計畫乙案委由本部落的迪巴恩觀光文化原生協會提出申請，但必須從關懷班開始上課、讓部落居民了解及參與訓練營造在地就業機會，如初步規劃部落環境景觀與部落風貌、須透過部落會議充分研討及審核後、才送至相關部門審議創造部落斬新的格局。



## 六、臨時動議：

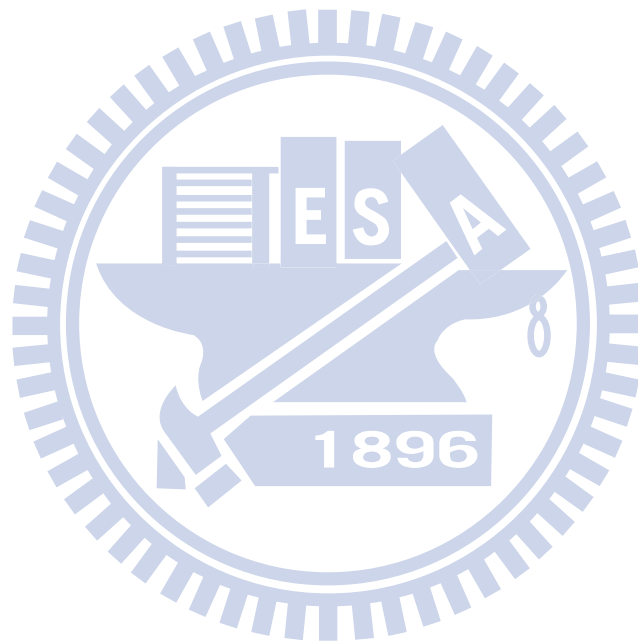
主席：天氣漸漸轉涼，請大家保重自己的身體，我們也知道一年一度的聖誕節即將到來，現在大家都在忙佈置，但也請注意環境的清潔，現在是臨時動議請大家發言

### 1.提案人：雙龍國小林惠娟校長 附議：松碧常、田振明

案由：雙龍國小因屢遭地震毀損須重建案：

說明：為了給我們的小朋友一個安全的環境，學校近期內，將於行政大樓（司令臺西邊的教室），加強防震鋼骨，但勢必要挖相當的深度，據了解學校當初是老祖先的墓地，所以想請問主席各位先進，若於工程期間有挖到先人的骨骸，我們該怎麼處理請討論？

決議：經部落自治議會協調於拆除後之施工前、先舉行動工感恩禮拜由教會牧師負責，如遇骨骸須撿捨包裝放置乾涼處待基礎完成開挖後由教會牧師舉行合葬禮拜儀式，也請大家全力配合學校將要實施的工作，謝謝！



## 附件十三

### 達瑪巒（地利村）部落 99 年度第十次部落會議會議紀錄

壹、時間：99 年 11 月 26 日(星期五)下午 1:30 時正

貳、地點：地利村活動中心二樓

參、主席：全文盛 記錄：松能武

肆、出（列）席人員：如簽到簿

伍、主席宣布開會、致詞：略

陸、單位報告：

#### 單位報告：民和國中 報告兼提案人：何校長

二十三、對此方案表示贊同與支持，期待大家心態改變，經由相互溝通，從文化角度來看，

其因 部落變遷迅速，相關變化之調適，與教育息息相關，學校將針對教育方面會大力配合，計畫樂觀其成。

決議：日管處副處長回應，教學串聯，聯合鄰近學校，利用閒置之光明國小，發展為遊學特色研習中心，通過。

#### 單位報告：鄉民代表 報告兼提案人：田代表

一、地利整合性高於其他部落，為所有信義鄉各部落之模範。

決議：通過。

二、評鑑作業預估民國 100 年通過，建議地方可先擬計畫準備。

決議：通過。

#### 單位報告：社區發展協會 報告兼提案人：理事長

一、將玉崙溪之出口處至虹谷橋劃定生態保育，清水公園、玉崙溪、河川局清水生態保育區乙案。

決議：河川復育部分，將與河川局等相關機關協調，通過。

二十四、建議關門古道納入國家風景區範圍，其景點可串聯姑姑山，並有寶藏傳說，將可提供遊客尋寶，並可做為生態旅遊之規劃。

決議：通過

三、部落文化導覽解說的意象圖整修及植種綠美化。

決議：通過

四、活動中心區域整修為多功能視聽集會所及旅遊中心。

決議：通過。

五、頭虱灣設置療望台以利有客觀望景觀。

決議：通過。

六、公共場所維護如：公廁設置及維修、游泳池整修、展演場整修等事宜...

決議：通過。

六、地利村日據時代建造之古蹟維護及建置步道，遊戲觀景台乙案。

決議：通過。

柒、討論事項:

一、針對『日月潭國家風景區經營管理範圍檢討暨擴大先期規劃案』，建請貴處暨顧問設計公司派員參與部落會議並說明：

說明：如附件。

1.本次會議乃依原民法第 21 條規定，需徵詢部落同意。

決議:通過。

2.本案為馬總統指示並列管之案件，目前正積極辦理中，先納入範圍，為其他開發建設之啟動鑰匙，需先完成。

決議:通過。

3.現有建蔽與容積之規定將依原規定，至於建物立面日管處有補助之措施。

決議:通過。

散會：3:24 分

