

一、緒論

1.1 研究動機與目的

「人、草、樹、蟲，無一相同，各自相異，才各自發光」¹，偶然機會參加一場由台灣自助旅行家陳美筑主講的演說，講題為「世界是如此的相同，又如此的不同」，內容係其依據 1873 年法國作家朱利·凡爾納的「環遊世界 80 天」小說路線，於 130 年後照著當時路線重新走過一遍，卻發現 130 年前依據書上圖片記載，世界各地人文風貌，各有特色，彼此差異性極大，130 年後世界各地人文風貌的特色，卻迅速消失中。全世界許多文化社群獨特且多元化的特色，正面臨新科技、文化及商業全球化所帶來一致性(uniformity)的威脅。

民俗創作常為表彰一個國家、族群的特性及維護人類文化多樣性(cultural diversity)的重要力量，每當面臨舉辦國際性活動時，各國為尋找足以代表地主國文化的象徵，才忽然驚覺民俗創作的重要性，例如 2000 年雪梨奧運標誌，即是以澳洲原住民迴力標作為當年奧運標誌。由於科技的快速發展帶來重製、利用民俗創作方法的簡便與多重，現代人可利用有線或無線網路連線，或各種視訊、音訊設備，簡易且快速地大量複製，民俗創作 (folklore) 在商業上常被大量濫用、歪曲或篡改，嚴重悖離原來創作族群之民風習俗與宗教信仰。民俗創作的保護遂成為國際間著作權法上長期懸而未決的難題，惟迄今民俗創作雖已由許多開發中國家立法加以保護，但開發中國家與已開發國家就民俗創作應否特別立法加以保護，長期以來仍存有重大歧見，以致國際間仍缺乏一可供各國共同遵守之國際規範，以有效解決跨國間之民俗創作侵害。民俗創作之保護方向是否應改弦更張，究係採特別立法保護 (protection) 或保存 (conservation) 之立場²？WIPO 及 UNESCO 站在維護文化多樣性之宗旨，通過許多公約、建議書、宣言及因此召開之一系列國際會議，對民俗創作的保護有深入的探討，啟發本文對其做進一步研究。

1996 年美國亞特蘭大奧運使用「返璞歸真」(Return to Innocence) 單曲中「歡樂飲酒歌」之樂曲片段，作為奧運宣傳短片之配樂，涉嫌侵害阿美族郭英男夫婦演唱之「歡樂飲酒歌」著作權³，引發國內對原住民傳統藝術保護之重視。我國「原

¹ 語出夏本榮一，日本京都東本院寺，轉引自台邦。撒沙勒，全球脈絡下的部落主權：國際關於原住民智慧財產權之探討和展望，《生物多樣性與台灣原住民發展研討會》，蔡中涵編，財團法人原住民文教基金會，2000 年 12 月，頁 69。

² WIPO Secretariat, Background Paper No.1, *Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore*, p. 9 (May 2, 2003), 可於 <http://www.wipo.int/tk/en/publications/index.html> 下載此文件，下稱 Background Paper No. 1.

³ 黃秀蘭，郭英男歡樂飲酒歌侵權案研討綱要，《台灣原住民文化財產權》會議實錄，台灣原住民部落振興文教基金會，1999 年 10 月 15、16 日，頁 99 以下。

住民族傳統智慧創作保護條例」草案所規範之「智慧創作」內容，如：原住民族傳統之宗教祭儀、音樂、舞蹈、雕塑、編織、圖案、服飾等民俗技藝及其他文化成果之表達，性質相近於傳統的「民俗創作」定義，而民俗創作多為代代相傳的集體創作，依據傳統著作權法的權利要件，無論是從原創性（originality）、著作人認定、固著性（fixation）或保護期間的觀點，皆已不符合傳統著作權的保護要件，基於保存原住民族傳統文化遺產的特殊性，是否有必要於一般傳統智慧財產權體制外，特別立法賦與其特殊權利，進而破壞傳統著作權體制。另智慧創作所包括的內容是否適當，日後執法會遭遇什麼困難；該條例草案規範是否完備，通過該條例是否為適當的文化政策；如何在文化創作保護與保存及文化自由流通間取得平衡，皆為本文想要藉民俗創作保護探討「原住民族傳統智慧創作保護條例」草案是否適當的動機，目的則希望立法機關能站在一宏觀角度，參考國際間其他國家已採行的法律體制，全盤考量本草案施行後可能產生的影響，以免原住民族的文化創新，反而因此受到阻礙。

1.2 研究範圍與方法

原住民文化遺產的三項要素，即遺傳資源（genetic resources）、傳統知識（traditional knowledge）及民俗創作（folklore/ traditional culture expressions），此三要素常被統稱為廣義的傳統知識。世界貿易組織（WTO）於杜哈宣言（Doha Declaration）後已將此三者合併討論，世界智慧財產權組織亦已成立「WIPO 智慧財產權與遺傳資源、傳統知識及民俗創作政府間委員會」（Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore，簡稱 IGC）自 2000 年起就此長期進行討論。本文所研究者，設定在民俗創作，不及於傳統知識及遺傳資源，主要探討民俗創作之概念、民俗創作與其他相關概念之比較、民俗創作的特徵及其法律保護、民俗創作保護方式、民俗創作過程相關主體的法律地位、國際公約及地區性條約對民俗創作之保護、相關國家及我國法律對民俗創作之保護、法院實務對民俗創作是否保護之可能考量因素，原住民族傳統藝術之內容、原住民族傳統文化保護之現況，對我國「原住民族傳統智慧創作保護條例」草案內容之探討等。

在研究方法方面，國內雖有少數探討民俗創作的文章，卻缺乏就國際公約如開發中國家突尼斯模範法、保護民俗創作以對抗不法利用與其他損害行為之法律示範條款、保護非物質文化遺產公約、保護和促進文化表現形式多樣性公約，地區性條約如非洲班吉協定、南太平洋國家模範法及聯合國教科文組織（UNESCO）相關宣言及建議書如世界文化多樣性宣言、保護傳統文化及民俗創作建議書等，對民俗創作之保護進行深入探討。另 WIPO 智慧財產權與遺傳資源、傳統知識及民俗創作政府間委員會迄今已召開過九次會議，會議文件中就民俗創作之保護，亦提供許多會員國寶貴的意見及共識，本文擬透過國際公約、地區性條約及 WIPO

國際會議文件之研究，提供我國是否制定「原住民族傳統智慧創作保護條例」之參考。又 WIPO 曾於 2001 年 IGC 第 2 次會議，針對 1982 年示範條款（the Model Provisions）適用的整體考量，對會員國進行保護民俗創作國家經驗的問卷調查，並將各國對問卷的答覆結果進行詳細統計及總結，公布於 IGC 第 3 次會議文件之附件 1⁴中，此國際實證研究之統計結果，足供我們瞭解各國以法律保護民俗創作的不同經驗，亦是本文探討的重點。另我國原住民族傳統智慧創作，依據草案規定，究竟有那些智慧創作能納入保護，這些原住民族傳統智慧創作的數量與種類，在我國各族群民俗創作中，究竟占有多少的數量與比例，是否值得特別立法加以保護。最後綜合上述國際文件內容及各國以法律保護民俗創作之經驗及我國立法院審議「原住民族傳統智慧創作保護條例」草案之會議記錄，本文嘗試對草案進行逐條探討。



⁴ See http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2002/igc/doc/grtkfic3_10.doc, last last visited on May 22, 2006.



二、民俗創作之概念

2.1 民俗創作之定義

關於「民俗創作」(folklore)之用語，中文有許多不同翻譯，有稱為「民間文學藝術」(folklore、expression of folklore)⁵、「民間文學藝術作品」⁶、「民間傳說」⁷、「民間文化」⁸，「民俗智慧創作」⁹，我國著作權法於 92 年 7 月 9 日於修正第 7 條之 1 規定時，增訂「表演人對既有著作或民俗創作之表演，以獨立之著作保護之。」，此係依據 WPPT 第 2 條第 (a) 款關於表演人權利之保護，包括「民俗創作 (expressions of folklore)」之表演，即參考上開條文配合增訂¹⁰，此為我國法律第一次就 expressions of folklore 採用「民俗創作」之譯文，雖然英文原義似應譯為「民俗表達形式」，本文為配合官方用語，以下皆採用「民俗創作」之用語。

亦有認為 folklore 一詞有貶抑、輕視之含義，這種稱呼在許多第三世界國家，特別是拉丁美洲國家是不受歡迎的。因此於保護民間文學藝術世界論壇上，由反對歧視措施及保護少數民族委員會特別報告人 Dr. Erica-Irene 提議之「本土文化和智慧財權」(the indigenous cultural and intellectual property) 用語，似乎更被接受¹¹。

⁵ 詳參中國國家版權局與聯合國教科文組織合作出版之《版權公報》(Copyright Bulletin) 中文版有關 folklore 之中譯文。"Copyright Bulletin"係聯合國教科文組織於 1983 年出版，以英、法、西班牙語編寫關於版權和鄰接權的專業季刊，中文版創辦於 1994 年，由中國國家版權局翻譯，中國版權保護中心發行。

⁶ 中國著作權法第 6 條規定：「民間文學藝術作品的著作權保護辦法由國務院另行規定。」，係使用「民間文學藝術作品」用語。

⁷ 「民間傳說」是一門知識性學科，含有大量世界性知識。研究者雖對「民間傳說」的定義各執一詞，但都傾向於採取下述 3 種流行說法中的一種：1. 人文主義的看法。持這種看法的人認為，民間傳說很大部分是「口頭文學」，他們重視說唱者的創造性作用，用文學評論家評論小說、詩或戲劇的尺度來評論民間的傳說。哈佛大學斯拉夫語文學教授洛德(Albert Lord)研究了南斯拉夫的史詩，認為某一傳說是由史詩歌手根據一些不變的形象、形容詞和常用表現法來即興創作或加工的。2. 人類學的看法。該派用社會科學的種種假設來探討民間傳說，試圖在研究中找出文化的規範和價值，以及可預測的行為準則。在他們看來，民間傳說是屬於美學的產物，反映了該社會的價值觀念，並使人可看清其種種幻想。因此，這一派常常認為，在某一文化的全部民間傳說中，從價值觀念分類可以找到一比一的對應關係。其研究者有泰勒(E.B. Tylor)、蘭恩(Andrew Lang)和鮑亞士(Franz Boas)等。3. 心理和心理分析學的看法。這派既不從美學上，也不從功能上，而是從人的行為上來分析民間傳說，認為神話、夢、笑話、童話等所表達的是人內心潛藏著的無意識的希望和恐懼。弗洛伊德在他的著作《夢的解析》(1899)、《笑話與無意識的關係》(Jokes and Their Relation to the Unconscious, 1905)中就廣泛引用民間傳說的材料。在弗洛伊德看來，民間傳說的內容應以性的意象和戀母情結來進行象徵性解釋。以上三種看法並不互相排斥，有時還互相利用。大英百科全書，2006 年大英線上繁體中文版，<http://wordpedia.eb.com/tbol/article?i=027036>, last visited on May 22, 2006.

⁸ Delia Lypzic, Copyright and Neighboring Rights 《著作權和鄰接權》，聯合國教科文組織，中國對外翻譯出版公司，2000 年版，頁 65。

⁹ 陳昭華，〈民俗智慧創作保護之研究〉，《輔仁法學》，第 22 期，2002 年 12 月，頁 256。

¹⁰ 詳參經濟部智慧財產局網站〈92 年新舊著作權法條文對照及說明〉
http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/copyright_law_3.asp, last visited on May 22, 2006.

¹¹ See, A.O. Amegatcher (COSGA), *Protection of Folklore by Copyright- a Contradiction in Terms*, Copyright Bulletin, vol. 36, no.2, 2002, at 34,

實則 WIPO 在正式文件已將 Expressions of Folklore(簡稱 EoF)與 Traditional Cultural Expressions (傳統文化表現形式, 簡稱 TCEs), 以並列方式呈現, 並表示兩者意義相同¹², 似有將 traditional cultural expressions 逐漸取代 folklore 用詞之傾向。

2.1.1 原始定義：

首先尋求將保護民俗創作納入世界智慧財產權體系及著作權國內法為第三世界國家。然而民俗創作問題並非僅與非洲或第三世界國家有關, 民俗創作之研究開始於歐洲, 「folklore」(民俗) 一詞最早係由英國考古學家 William John Thomas 於 1846 年所提出, 他以「民俗」代替了早期較為繁瑣的「民間古風或古蹟」(popular antiquities), Thomas 認為「民俗」具有「民眾知識」這層嚴格之意義, 嗣該詞在實踐中被各種語言所接受, 用以簡單描述並且包含「民間知識」和「民眾文化」之意義¹³。惟在此概念形成前, 最熟悉之民間文學藝術形式是古希臘的敘事詩, 亞瑟王傳奇、故事詩等, 十八世紀傳教士對民俗創作之調查和日後之系統研究終究是爲了傳教¹⁴, 而非單純的學術研究。

Folklore 字義上係由 folk 及 lore 兩個單字組合之複合字, 牛津辭典對 folk 之解釋爲「某一國家 (的地區) 的人們」、與某種生活方式有關的人們, 對 lore 之解釋則爲「(某學科或某部分人的) 學問和傳統, folklore 一般則係指「民間傳統、民間故事、民俗、民俗學」。

2.1.2 相關文獻對民俗創作之定義：

1. 依據「中外民俗學詞典」對「民俗」解釋爲創造於民間又傳承於民間之具有世代相習的傳統文化現象。是一種模式化的行爲準則及生活方式, 是一種社會的規範體系。民俗是民族心理的外部表現, 在長期的歷史發展過程中累積, 成爲代代相傳的人民習慣, 藉由約定俗成方式爲人們所接受, 具有精神控制的性質。在民俗傳承過程中, 同一活動以同一方式習慣性地多次重覆出現, 並連續不斷地爲各代所沿用。任何民俗都具體承現該民族的民族心理及民族特徵。民俗整體上可分爲三：心理信仰民俗, 亦稱無形民俗；行爲民俗, 亦稱有形民俗；語言民俗。具有傳承性、變遷性、地域性等特點¹⁵。

2. 依據大英百科全書之說明, 民俗創作的形式可以分成三大類：1. 說和唱的口頭文學；2. 物質和文化, 包括民間建築、民間藝術、民間手工藝術；3. 習俗和節日,

¹² <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001277/127784e.pdf#page=31>, last visited on May 22, 2006. Traditional Cultural Expressions (also referred to as "Expressions of Folklore") available at <http://www.wipo.int/tk/en/folklore/>, last visited on May 22, 2006.

¹³ 卡馬爾·普里,〈國家的法律對民間文學表達形式的保護〉,中國《著作權》雜誌,第四期,1993年,頁12。

¹⁴ Amegatcher, *supra* note 11, at 34.

¹⁵ 張紫晨主編,《中外民俗學詞典》,浙江人民出版社,1991年1月,頁174。

包括宗教儀式、節慶、兒童遊戲、民間戲劇、民間舞蹈等。這三大類民俗創作的功能因人和社會而異，但一般可以說，物質文化可以滿足經濟和美學的功能，而口頭文學則起訓世、娛樂和教育的作用。民俗創作的一般功能可分為行為類功能和文化-地理類功能兩類。第一類功能又可分為：1. 逃避現實的功能，即使凡人超越俗世、打破種種清規戒律，不為社會禁忌所制；2. 原因論功能，解釋世界及人和世間萬物的起源；3. 維護性功能，即證明某種文化制度和行為方式的合理；4. 訓世性功能；5. 抑制性功能。在文化-地理類功能中，民俗創作功能的概括還要考慮文化區域和社會環境，新舊世界的傳統應加以區分¹⁶。

3. 德國民俗學者漢斯·諾曼 (Hans Nourmann, 1886-1951) 把民俗共同體分為上層與基層，上層是指導者、貴族、才智階級等高度精神文化的擔當者階層；基層則指農民、鄉土人物等傳承文化的擔當者階層。不過上層文化係以基層文化為基礎，始能成長結果。故沒有基層文化，精緻的上層文化亦無開花之可能¹⁷。

4. 日本民俗學者岡田謙教授更指出：民俗絕非固定不移，而是隨時代有所變易。它受新的文化影響，會加以適應而改變自己的形貌；相對地也使新文化的形貌有了改變。因此若要求取固定的民俗，勢必徒勞以終。在反覆運作中的民俗，不斷地有新的變化，因此我們不能不去注意其變化的面貌。由此產生一定的法則，只有掌握法則，民俗意識的改善始能因此開展¹⁸。

2.1.3 國際規約之定義：

1. 開發中國家突尼斯模範法 (Tunis Model Law on Copyright for Developing Countries, 以下簡稱模範法)

1976年通過的模範法第18條對民俗創作 (folklore) 定義為「各國領域內之國民或種族，藉由代代相傳所創作之所有文學、藝術、科學著作，而其構成傳統文化遺產之基本要素¹⁹。」。

2. 班吉協定 (Bangui Agreement)

為1977年3月2日非洲智慧財產權組織 (African Intellectual Property Organization, 簡稱 OAPI) 制定之全面保護工業財產權和著作權之地區性公約，班吉協定第68條對民俗創作 (folklore) 定義為「由非洲的群體 (communities) 所

¹⁶ 大英百科全書，2006年大英線上繁體中文版 <http://wordpedia.tbol.com/tbol/article?i=027036>, last visited on May 22, 2006.

¹⁷ 曾永義等著，《鄉土的民族藝術》，行政院文化建設委員會，1988年4月，頁5。

¹⁸ 前揭註，頁5。

¹⁹ 原文為“folklore” means all literary, artistic and scientific works created on national territory by authors presumed to be nationals of such countries or by ethnic communities, passed from generation to generation and constituting one of the basic elements of the traditional cultural heritage.

創作，代代相傳之文學、藝術、科學、宗教、技藝和其他傳統表現形式與產品。」²⁰，根據同條第 2 項規定，民俗創作包括 (a) 各種文學作品：無論口頭或書面形式之故事、傳說、諺語、敘事詩、年代紀、神話、謎語。(b) 藝術形式及作品：舞蹈，各種形式的音樂作品，戲劇、音樂戲劇、舞台舞蹈及啞劇作品，美術形式及作品，任何方式的裝飾藝術，建築形式。(c) 宗教傳統與節慶：儀式及儀禮，祭祀的物品、祭服及地點，秘密儀式。(d) 教育性傳統：運動、比賽，風俗的編纂及社會習俗。(e) 科學知識與產物：藥物及處方籤，自然科學、物理、數學、天文等領域所獲得之理論與實務。(f) 技術知識與產物：冶金術與紡織術，農業技術，打獵及捕漁技術。

3. 保護民俗創作以對抗不法利用與其他損害行為之國家法律示範條款
(Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions，以下簡稱示範條款)

1982 年示範條款於第 2 條即對「民俗創作」(expressions of folklore) 有定義性之規定²¹：

本條款所稱「民俗創作」，係由一族群或足以反映其族群傳統藝術期望之個人，所展現及延續具有傳統藝術遺產之特性所構成之產物，特別是：

- (1) 口述的表達，例如民俗傳說、民俗詩歌及謎語；
- (2) 音樂的表達，例如民謠、民俗樂器演奏；
- (3) 動作的表達，例如民俗舞蹈、表演及藝術形態或儀式，不問是否以實質形式展現者；以及
- (4) 有體形式的表達，例如：
 - ① 民俗藝術之產物，特別是圖形、繪畫、雕刻、塑像、陶藝、鑲嵌、木作、金屬創作、珠寶飾物、籃編、刺繡紡作、飾毯、服飾；
 - ② 樂器
 - ③ 建築形態。

4. 保護傳統文化及民俗創作建議書 (Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore)

聯合國教科文組織大會於第二十五屆會議 (1989年11月15日於巴黎) 通過本

²⁰ 原文為 “Folklore means the literary, artistic, religious, scientific, technological and other traditions and productions as a whole created by communities and handed down from generation to generation.”

²¹ 有關該示範條款原文，請參閱 WIPO/GRTKF/IC/3/10 Annex III, available at http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2002/igc/pdf/grtkfic3_10.pdf#search='wipo%2Fgrtkf%2Fic%2F3%2F10', last visited on May 22, 2006.

建議，將「民俗創作」定義為：「來自某一文化族群的全部創作，這些創作傳統為依據某一群體或個體所表達，並被認為是符合族群期望，作為其文化及社會特性的表達形式；其準則及價值透過模仿或其他方式口耳相傳，其形式包括：語言、文學、音樂、舞蹈、遊戲、神話、禮儀、習慣、手工藝、建築術及其他藝術。」²²

5. 保護非物質文化遺產公約 (Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage) :

聯合國教科文組織於 2003 年 10 月通過「保護非物質文化遺產公約」，該公約於第 2 條第 1 項對「非物質文化遺產」(intangible cultural heritage)，定義為「指各群體、團體、有時為個人視為其文化遺產的各種實踐、表演、表現形式、知識和技能及其有關的工具、實物、工藝品和文化場所。各個群體和團體隨著其所處環境與自然界之相互關係和歷史條件的變化，不斷使這種代代相傳的非物質文化遺產得到創新，同時使他們自己具有一種認同感和歷史感，從而促進了文化多樣性和人類的創造力。在本公約中，只考慮符合現有的國際人權文件，各群體、團體和個人間相互尊重的需要和順應可持續發展的非物質文化遺產。」²³，另於同條第 2 項對“非物質文化遺產”之範疇²⁴，包括：

- (1) 口頭傳說和表述，包括作為非物質文化遺產媒介的語言；
- (2) 表演藝術；
- (3) 社會風俗、禮儀、節慶；
- (4) 有關自然界和宇宙的知識和實踐；
- (5) 傳統的手工藝技能。

²² 英文版為 Folklore (or traditional and popular culture) is the totality of tradition-based creations of a cultural community, expressed by a group or individuals and recognized as reflecting the expectations of a community in so far as they reflect its cultural and social identity; its standards and values are transmitted orally, by imitation or by other means. Its forms are, among others, language, literature, music, dance, games, mythology, rituals, customs, handicrafts, architecture and other arts.

²³ 英文版為 The “intangible cultural heritage” means the practices, representations, expressions, knowledge, skills - as well as the instruments, objects, artifacts and cultural spaces associated therewith – that communities, groups and, in some cases, individuals recognize as part of their cultural heritage. This intangible cultural heritage, transmitted from generation to generation, is constantly recreated by communities and groups in response to their environment, their interaction with nature and their history, and provides them with a sense of identity and continuity, thus promoting respect for cultural diversity and human creativity. For the purposes of this Convention, consideration will be given solely to such intangible cultural heritage as is compatible with existing international human rights instruments, as well as with the requirements of mutual respect among communities, groups and individuals, and of sustainable development.

²⁴ 英文版為 (a) oral traditions and expressions, including language as a vehicle of the intangible cultural heritage; (b) performing arts; (c) social practices, rituals and festive events; (d) knowledge and practices concerning nature and the universe; (e) traditional craftsmanship.

2.2 與相關概念之比較

2.2.1 民俗創作與「傳統文化表現形式」(traditional cultural expressions)

在 WIPO 的官方文件 Expressions of Folklore (EoF) 與 Traditional Cultural Expressions (TCEs) 為可交換之同義詞，縮寫 TCEs/ EoF 最常被使用，這樣的使用是因為關於 folklore 有些負面的涵義，但是它卻廣泛地在許多國家法律中被使用，及在不少國際規約中被採用。而所謂「文化表現形式」(Cultural Expressions) 依據 UNESCO 「保護和促進文化表現形式多樣性公約」第 4 條之定義，係指個人、群體和社會創造的具有文化內容的表現形式²⁵。

2.2.2 民俗創作與「遺傳資源」和「傳統知識」

1. 遺傳資源 (genetic resource)

自 90 年代以來，國際法上逐漸發展出原住民文化遺產之三項要素，即遺傳資源 (genetic resources)、傳統知識 (traditional knowledge) 及民俗創作 (folklore)，此三要素常被統稱為廣義之傳統知識。例如世界貿易組織於杜哈宣言後已將此三者合併討論，世界智慧財產權組織亦已成立「WIPO 智慧財產權與遺傳資源、傳統知識及民俗創作政府間委員會」(Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, 簡稱 IGC) 就此長期進行討論。

所謂「遺傳資源」依據生物多樣性公約 (Convention on Biological Diversity, CBD) 第 2 條係指具有實際或潛在價值之遺傳材料²⁶。另依我國「遺傳資源法」草案初稿²⁷第 3 條第 2 款就「遺傳資源」定義為：「生物材料含有遺傳單位，藉以自行或在人為下複製該生物材料或其組成部分者。」，惟從其第 1 條之立法目的「生物多樣性所含遺傳資源為全民所共有，為促進其保育、開發利用，並公平合理分配其開發利用所得之利益。」，更能瞭解目前保護遺傳資源主要定位在「遺傳資源的取得與利益分享」進行規範。

2. 傳統知識 (traditional knowledge)

²⁵ “Cultural expressions” are those expressions that result from the creativity of individuals, groups and societies, and that have cultural content.

²⁶ “Genetic resources” means genetic material of actual or potential value.

²⁷ 「遺傳資源法」草案初稿 (學者版)，係由國內法學者與生物相關學者共同定期聚會研商於 94 年 11 月 1 日草擬完成初稿，計劃主持人為台大農藝學系郭華仁教授，主要係基於生物多樣性公約及波昂準則 (Bonn Guidelines) 規範遺傳資源之取得及利益分享而達成遺傳資源保育之目的。對遺傳資源之權利歸屬，呼應生物多樣性公約資源屬於國家主權而屬於全民所共有。

根據 WIPO 前述 IGC 秘書處於 2003 年 7 月 7 日至 15 日召開之第 5 次會期中，重申「傳統知識」係指基於傳統而生之文學的、藝術的或科學的作品、表演、發明、科學發現、外觀設計、標記、名稱或符號、未公開之資訊，以及其他一切基於傳統在工業、科學、文學或藝術領域內智能活動所生之創新與創作。其中之「基於傳統」係指某種知識體系、創作、創新及文化表達方式，通常為代代相傳，且被認為係某特定民族或其居住區域所固有，且會隨環境變遷而不斷演進者²⁸。顯然 WIPO 係從保護智慧財產權為出發點，將「傳統知識」的定義範圍廣及專利權、商標權、著作權等領域。

另 1992 年的「生物多樣性公約」本身並未對傳統知識加以定義，但依據秘書處之說明，「傳統知識」係指一群人經由代代相傳與自然貼近的生活加以創設的知識，包括一種分類體系、一系列關於當地環境的觀察經驗，以及一種控制資源利用之自律體系²⁹。由於傳統知識是人類於適應環境過程中相學習所累積之知識經驗，故具有集體創作、代代口語相傳、變動的等特性，此與民俗創作之特性頗為相近。保護傳統知識之目的在於知識傳承、生態保育、社群發展及文化維護等³⁰。

2.2.3 民俗創作與「非物質文化遺產」(intangible cultural heritage)

國際間使用「文化遺產」用語者，有 UNESCO 1972 年「保護世界文化和自然遺產公約 (Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage) 及 2003 年「保護非物質文化遺產公約」。聯合國「保護原住民遺產的原則和準則」第 12 點亦曾將「原住民遺產」定義為：「包括聯合國教科文組織有關公約界定的所有可移動的文化財產，例如如音樂、舞蹈、歌曲、禮儀、象徵和設計、敘述和詩歌等文學和藝術作品，所有各類科學、農業、技術和生態學的知識，包括栽培、醫學及動植物區系的表現型和遺傳型，人的遺體，不可移動之文化財產，如神聖的遺址、具有歷史意義的遺址和墓地，以及電影、照片、錄影片或錄音帶等形式的原住民遺產的文獻。」³¹。

「非物質文化遺產」(intangible cultural heritage) 依照前述公約第 2 條之定義包括：

1. 口頭傳說和表述，包括作為非物質文化遺產媒介的語言；
2. 表演藝術；
3. 社會風俗、禮儀、節慶；
4. 有關自然界和宇宙的知識和實踐；
5. 傳統的手工藝技能。

²⁸ See WIPO/GTRK/IC/5/8: *Composite Study on the Protection on Traditional Knowledge*.

²⁹ See UNEP/CBD/TKBD/1/2.

³⁰ 李崇偉，〈傳統知識法律保護之原理與模式〉，《科技法律透析》，2004 年 7 月，頁 50-52。

³¹ 《給原住民的書》，原住民記錄文化促進會編，文英堂，1995 年 5 月，頁 130。

中國於 2003 年 11 月完成「中華人民共和國民族民間傳統文化保護法」的草案，為配合 UNESCO「保護非物質文化遺產公約」之用詞，於 2004 年 8 月法律草案名稱已改為「中華人民共和國非物質文化遺產保護法」，顯欲將「非物質文化遺產」一詞取代「民族民間傳統文化」的用詞。

惟「文化遺產」之範圍顯較「民俗創作」為廣，尚包括該族群之科學、農業、技術和生態學之知識。

2.2.4 民俗創作與「文化資產」

我國民國 94 年 2 月 5 日修正公布之「文化資產保存法」³²，於第 3 條對「文化資產」有定義性之規定：

「本法所稱文化資產，指具有歷史、文化、藝術、科學等價值，並經指定或登錄之下列資產：

- 一、古蹟、歷史建築、聚落：指人類為生活需要所營建之具有歷史、文化價值之建造物及附屬設施群。
- 二、遺址：指蘊藏過去人類生活所遺留具歷史文化意義之遺物、遺跡及其所定著之空間。
- 三、文化景觀：指神話、傳說、事蹟、歷史事件、社群生活或儀式行為所定著之空間及相關連之環境。
- 四、傳統藝術：指流傳於各族群與地方之傳統技藝與藝能，包括傳統工藝美術及表演藝術。
- 五、民俗及有關文物：指與國民生活有關之傳統並有特殊文化意義之風俗、信仰、節慶及相關文物。
- 六、古物：指各時代、各族群經人為加工具有文化意義之藝術作品、生活及儀禮器物及圖書文獻等。
- 七、自然地景：指具保育自然價值之自然區域、地形、植物及礦物。

由上述規定可知「文化資產」規範對象甚廣，不僅包括實體之古蹟、歷史建築、聚落、遺址、古物、自然地景，且包含未必以實體表現之傳統藝術、民俗等。文化資產保存法之立法宗旨為「保存及活用文化資產，充實國民精神生活，發揚多元文化」（第 1 條），保護重點為文化資產之保存、維護、宣揚及權利移轉，此

³² 按「文化資產保存法」前身為「古物保存法」，公佈於 71 年 5 月 26 日，雖於 94 年 2 月 5 日修正施行，惟業務遲至同年 11 月 1 日才正式移撥主管機關文建會，相關的人力及權力卻未跟隨移轉，如何有效執法，備受各界質疑。且文建會及文化局於整個政府組織向來不被重視，如何揮舞大刀砍向建築法、消防法、都市規劃、高鐵、捷運等重大工程？過去文化資產之保護業務分散於內政部、教育部、農委會等，如何處理台中惠來遺址，在開發與建設的權力仍在重要部會手中時，文化官員如何保存全國幾百個古蹟、遺址、聚落，備受關注。詳參郭紀舟〈文資法是雞毛或令箭？〉中時電子報，2005 年 11 月 14 日。

與「民俗創作」之保護著重於對民俗創作行為賦與特殊權利仍有不同，惟與示範條款所規範之「民俗創作」之定義，兩者保護的客體仍有諸多重疊之處，例如傳統藝術之「傳統工藝美術及表演藝術」，與示範條款之動作的表達中的「民俗舞蹈、表演及藝術形態或儀式」及「民俗藝術之產物」；另「民俗之有關文物」與示範條款之「民俗藝術產物」；「古蹟、歷史建築」與示範條款之「建築形態」等。我國「文化資產保存法」著重於文化資產之保存、維護、宣揚³³。

2.2.5 民俗創作與「文物」

依據大英百科全書對文物（antique）之解釋為「具有美學價值、歷史價值和財務金融價值的古代遺物。過去，antique 一詞只指古希臘羅馬的文化遺跡；後來逐漸指歷代和各地的裝飾藝術，不論是宮廷的、資產階級的、還是農民的，均屬文物這一範疇。」³⁴，中國大陸於 2002 年 10 月 28 日通過之「中華人民共和國文物保護法」第 2 條規定：「下列文物受國家保護：

- 一、具有歷史、藝術、科學價值的古文化遺址、古墓葬、古建築、石窟寺和石刻、壁畫；
- 二、與重大歷史事件、革命運動或者著名人物有關的以及具有重要紀念意義、教育意義或者史料價值的近代現代重要史蹟、實物、代表性建築；
- 三、歷史上各時代珍貴的藝術品、工藝美術品；
- 四、歷史上各時代重要的文獻資料以及具有歷史、藝術、科學價值的手稿和圖書資料等；
- 五、反映歷史上各時代、各民族社會制度、社會生產、社會生活的代表性實物。」

該法將文物區分為「可移動文物」或「不可移動文物」、「館藏文物」或「民間收藏文物」、「考古發掘之文物」，分別進行管理。相較於我國之「文化資產」指具有歷史、文化、藝術、科學等價值之資產，中國「文物」亦指具有歷史、藝術、科學價值之文物，兩者觀念甚為相近。惟由立法有關「文物」之定義以觀，文物應係較上位之概念，其涵義顯然較民俗創作為廣。例如班吉協定把一部分文物與民俗創作視同一體，且把文物保護與著作權保護置於一部法律中解決³⁵。

2.2.6 民俗創作與「傳統工藝美術」

³³ 惟「文化資產保存法」於 94 年 2 月 5 日修正公布後，迄今 90 年 10 月 19 日發布之「文化資產保存法施行細則」尚未配合修正，依據施行細則第五章有關民俗及有關文物之規定，民俗及有關文物之評鑑、審議事項得委託文化學術機構或專家學者辦理之（第 64 條），地方政府為保存及維護本地區具有特性之傳統民俗及有關文物，應填具傳統民俗及有關文物調查表，並檢附圖說或照片，層報內政部（現應為文建會）核備後公告之（第 65 條）。

³⁴ 大英百科全書，前揭註 16。

³⁵ 鄭成思，《版權法》，中國人民大學出版社，1997 年修訂版，頁 127。

中國大陸於 1997 年 5 月 20 日發布施行「傳統工藝美術保護條例」，依據該條例第二條規定：「本條例所稱傳統工藝美術，是指百年以上，歷史悠久，技藝精湛，世代相傳，有完整的工藝流程，採用天然原材料製作，具有鮮明的民族風格和地方特色，在國內外享有聲譽的手工藝品種和技藝。」，將傳統工藝美術限定於百年以上，採用天然原材料製作，此為與民俗創作差異之處，另該條例著重於搜集、整理、建立傳統工藝美術之保存工作³⁶，而非賦予傳統工藝美術特別之權利。

2.2.7 民俗創作與「民俗作品」或「民俗表達形式」

一般國際文獻規章對民俗創作 (folklore)，亦有稱為「民俗表達形式」(expression of folklore) 或「民俗作品」(work of folklore)，所指之意義應係相同，惟用語極易令人產生混淆。早期以「著作」或「作品」稱呼，係因最早對「民俗創作」規定保護之國家，均將「民俗創作」以著作權保護之，故引用著作權有關之規定稱呼。為顯現民俗創作與傳統著作權內涵之差異，有些文獻不再採用「民俗作品」一詞，而逕以「民俗表達形式」稱呼，例如：(1) 在模範法只使用「表達形式」及「產品」，而未使用「作品」，其主要強調民俗創作的特殊性，而非著作權之特性³⁷；(2) 「保護民俗創作以對抗不法利用與其他損害行為之法律示範條款」亦建立獨立於著作權法之設計，選擇「特別立法」(sui generis) 保護方式。也因如此，其選用「民俗表達形式」一詞以取代傳統著作權上「民俗作品」之用語³⁸。其目的在凸顯民俗創作與著作之區別，亦在回應民俗創作之保護應獨立於著作權之外，另以特別權利體系為之，成為另一種鄰接權體系 (neighboring rights system) 之要求³⁹。

2.2.8 民俗創作與「傳統智慧創作」

我國「原住民族傳統智慧創作保護條例」草案第 3 條規定：「本條例所稱智慧創作，指原住民⁴⁰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表達。」，如與示範條款之「民俗創作」定義相比，實大同小異，僅係該條例之智慧創作限於「原住民族傳統」之智慧創作，而「民俗創作」並未侷限於某一族群，兩者仍有不同。

³⁶ 中國「傳統工藝美術保護條例」第 9 條規定：「國家對認定的傳統工藝美術技藝採取下列保護措施：(一) 搜集、整理、建立檔案；(二) 徵集、收藏優秀代表作品；(三) 對其工藝技術秘密確定等級，依法實施保密；(四) 資助研究，培養人才。」。

³⁷ 民間文學藝術法律保護研討會綜述；米哈伊·菲切爾，〈通過知識產權建立民間文學藝術國際保護的努力〉，中國《著作權》雜誌，第四期，1993 年，頁 4、7。

³⁸ Joseph Wambugu Githaiga, *Intellectual Property Law and the Protection of Indigenous Folklore and Knowledge*, Murdoch University Electronic Journal of Law, vol. 5, No 2, June 1998, line 70.

³⁹ 章忠信，〈原住民族智慧財產權之保護〉，《智慧財產權》，第 12 期，1999 年 12 月，頁 13。

⁴⁰ 台灣原住民在我國古籍中被稱為「東鯤」或「東番」，清代通稱台灣「番族」，日本據台後改稱「蕃」，後又稱「高砂族」。台灣為消弭種族間的歧視，遂稱「山胞」，後又改稱「原住民」。引自劉其偉編著，「台灣原住民文化藝術」，雄獅圖書股份有限公司，2004 年 7 月 8 版，頁 30。

2.3 民俗創作的特徵

2.3.1 集體性

前交通大學人文社會學院院長陳其南認為很難以「財產」的概念來討論文化財產。因為財產源自西方個人主義，個人對於自己之所有物具有絕對之權利，西方政治思想及經濟制度在某程度上亦建立在對所有權之絕對尊重上。但東方的中國或原住民的財產觀念，並非完全建立在個人所有權之絕對尊重上，中國人死後不需要找遺囑，財產的分配已經內在於家族的法則，就是諸房均分，每一個兄弟都有與生俱來的財產權。原住民有許多財產或資源分配是共有的，例如早先原住民並不認為土地可以私有，皆認為這是祖先留給大家，且土地是屬於自然的一部分，不可能用人為的力量去占有。文化這個觀念，如果從人類學的角度而言是共有而非私有的，就如同地方民俗。故若要以西方的財產來討論部落共有之文化財產，當然會割裂原住民部落的傳統⁴¹。

此處所稱之「集體」，包括「同時」的一群人，於共同生活工作過程中共同創作，然後經由模仿等方式，世代相傳；以及「隔代」的一群人，先由某一人創作，於日後流傳時，再經過無數人加工、修改與添加，逐步成為群體內廣為流傳之民俗創作。亦即在流傳過程中，原創者之創意，被族群的創意所取代，因此該創作成為民族（部落、家族）的共同創作，最後無法分辨個別創作者之個別性。所謂由某一民族所創作，非謂可清楚指出何時由何人創作，而是具有濃厚文化意味的講法，原住民許多創作的誕生必須求諸神話或傳說，例如鄒族祭歌及布農族小米豐收歌⁴²。

2.3.2 傳統性

民俗創作在傳承上具有傳統上的連續性，此種連續性使民俗創作在長期的歷史流傳過程中雖有一些變化，但總有部分反映特定族群固有及獨特的特性被保留下來，此使民俗創作的形式和內容能被長期的流傳下去，此種傳統性為民俗創作有別於現代創作的特點，習慣是民俗傳承的重要要素。

2.3.3 變動性

民俗創作在流傳過程中受許多因素影響，導致在創作主題或表現手法上都會產生一定的變動，此種變動的內在因素即係民俗創作的集體性，由於係集體創作

⁴¹ 陳其南，〈文化財產權的內涵〉，《台灣原住民文化財產權會議實錄》，台灣原住民部落振興文教基金會，1999年10月，頁25-27。

⁴² 浦忠勝，〈為何要立法保護原住民族傳統智慧創作？－建構原住民族法體系觀點〉，《文化運用與智慧財產權》文選集，2000年10月，頁95。

與傳播，故在流傳中，每個人都有可能對固有的形式及內容進行加工、改造，從而在某種程度上改變原來民俗創作的面貌。且民俗創作大多係透過模仿及口頭方式流傳，欠缺固定的形式，更容易產生變異性。外在因素則係隨著生活環境的變遷，亦會使得特定族群的生活方式、社會結構發生變化，也會對民俗創作帶來顯著的影響。

2.3.4 地方性

民俗創作通常祇在特定的族群內流傳，由於有固定的生活區域，民俗創作自然深受當地自然環境、生活條件的限制，因而呈現明顯的地方色彩。惟地方特性並非絕對，因為於民俗創作的傳播過程中，不同地區之民俗創作通常會相互影響，表現出某種程度的相似性或共同性⁴³，此亦為文化多樣性之由來，故有「百里不同風，十里不同俗」之諺語。

2.3.5 歷史性

亦稱時代性，民俗發展在時間上所呈現之特徵，隨著歷史推移，人事更迭，社會經濟、政治強烈地影響民俗的形成、發展與消失。新俗取代舊俗，某些傳統習俗的全部或部分發生變遷，使某些民俗以其鮮明的時代色彩，而成為特定歷史階段的標誌。因民俗的更替、變遷較為緩慢，故其歷史性不似歷史事件以年月日時為標記，而係以較長的歷史階段為劃分⁴⁴。

我國 2005 年 12 月 30 日發布之「傳統藝術民俗及有關文物指定及廢止審查辦法」第 2 條第 1 款認定「傳統藝術」之基準為：

1. 藝術性：具有藝術價值者。
2. 特殊性：構成傳統藝術之特殊藝能表現，其技法優秀者。
3. 地方性：傳統藝術領域有價值與地位，並具有地方色彩或流派特色顯著者。

第 2 款認定「民俗及相關文物」之基準為：

1. 傳統性：具有活傳承，風俗形成與發展者。
2. 地方性：民俗其形成與發展具地方特色，或與其他地區有顯著差異者。
3. 歷史性：由歷史事件形成，具有紀念性意義者。
4. 文化性：具有特殊生活文化價值者。
5. 典範性：民俗活動具有示範作用，可顯示其特色者。

上述審查基準應足做為認定民俗創作之參考。

⁴³ 張辰，〈論民間文學藝術的法律保護〉，《知識產權文叢第 8 卷》，鄭成思主編，中國方正出版社，頁 82-83。

⁴⁴ 鄭傳寅、張健主編，《中國民俗辭典》，商務印書館香港分館，1987 年 8 月，頁 56。

2.4 我國的民俗創作

亦有稱爲鄉土的民族藝術，依曾永義教授等人之分類⁴⁵，可概分爲：

2.4.1 民俗音樂：

(一) 民歌：

1. 福佬系民歌 2. 客家系民歌 3. 原住民民歌 4. 大陸各省民歌。

(二) 說唱：

1. 鼓詞類 2. 彈詞類 3. 漁鼓類 4. 牌子曲類 5. 琴音類 6. 雜曲類 7. 走唱類
8. 板誦類。

(三) 民間器樂：

1. 絲竹類 2. 鼓吹類 3. 鑼鼓類 4. 絲竹鼓吹混合樂。

(四) 戲劇音樂：

1. 歌仔戲 2. 客家採茶戲 3. 亂彈戲 4. 梨園戲 5. 高甲戲 6. 皮影戲 7. 傀儡戲
8. 布袋戲。

(五) 舞蹈音樂：

1. 車鼓 2. 三腳採茶 3. 牛犁歌 4. 原住民舞蹈。

(六) 宗教音樂：

1. 儒—祭孔音樂 2. 釋—佛教音樂 3. 道—道教音樂 4. 牽亡陣 5. 原住民音樂。

2.4.2 雜技與小戲：

(一) 雜技：

1. 舞獅 2. 舞龍 3. 高蹺陣 4. 布馬陣 5. 跳鼓陣 6. 鬥牛陣 7. 宋江陣 8. 國術
9. 民俗特技 10. 跳繩 11. 踢毽 12. 扯鈴。

(二) 小戲：

1. 車鼓陣 2. 採茶戲 3. 牛犁陣 4. 跑旱船。

2.4.3 偶戲與大戲：

(一) 偶戲：

1. 掌中戲 2. 傀儡戲 3. 皮影戲。

⁴⁵ 曾永義等，前揭註 17，目錄所載。

(二) 大戲：

1.南管戲 2.北管戲 3.高甲戲 4.四平戲 5.採茶歌仔戲 6. 歌仔戲。

2.4.4 工藝：

(一) 雕藝：

1.木偶雕刻、頭面製作 2.木雕、廟宇木雕 3.竹雕 4.毫芒雕 5.傳統石
雕 6.神像雕刻 7.硯臺 8.琢玉 9.瓢刻、葫蘆雕、茛菪葫蘆 10.蔬果雕
11.皮偶雕刻 12.冰雕 13.螺鈿。

(二) 編藝：

1.藺草編 2.斗笠 3.燈籠、花燈 4.油紙傘 5.扇子 6.竹藝 7.蓑衣 8.草鞋。

(三) 繪畫：

1.民俗彩繪 2.木書畫 3.民俗版畫。

(四) 塑藝：

1.泥塑 2.皮塑 3.剪黏 4.土黏香布袋戲偶 5.糖塔 6.陶藝 7.燒烤玻璃 8.
獅頭製作 9.交趾陶。

(五) 剪裁：

1.剪紙 2.剪影。

(六) 女紅：

1.中國結 2.香包 3.刺繡 4.漢宮花。

(七) 童玩：

1.毽子 2.風箏 3.陀螺 4.扯鈴 5.九連環 6.捏麵人 7.吹糖 8.國劇臉譜
9.草編 10.自製玩具 11.絲布童玩 12.摺紙 13.畫糖。

(八) 其他：

1.毛筆 2.製墨 3.製香 4.銀器製作 5.土礮 6.錫器製作 7.糊紙 8.製紙
9.漆器 10.皮鼓。

綜上以觀，原住民傳統藝術創作僅有原住民民歌、舞蹈、音樂、木雕、傳統
石雕、陶藝、刺繡等被列入，種類並不多，間接顯示原住民傳統藝術創作於我國
整體民俗創作所占之比例似乎不高。

三、民俗創作保護之探討

3.1 民俗創作法律保護之必要性

3.1.1 民俗創作是一切文化之根源

民俗創作爲一切文化之根源，台灣是一文化極爲多樣性之國家，狹小的幅員土地上，容納太魯閣族、賽夏族、邵族、鄒族、魯凱族、排灣族、噶瑪蘭族、泰雅族、阿美族、布農族、卑南族、雅美族（達悟族）等十二個原住民族⁴⁶及平埔族⁴⁷、客家人、福佬人⁴⁸（河洛人），且各族均蘊涵豐富且獨特之文化資源，是現代文化創作源源不絕的根源。惟民俗創作近來飽受全球化、網路化、資訊社會之影響，隨時面臨消失之危機，當一個國家文化空洞化時，失去國家社會獨有的特色，社會即會失去文化轉化爲經濟的動能，最後可能變成無根的文化，經濟相對亦很難發展，此爲我國目前積極推行文化創意產業，發展本國產品的特色，以增加產品的國際競爭力。

3.1.2 民俗創作是人類共同的遺產

民俗創作是促成各國人民和社群更加親近及維繫其文化身分的有力手段，在社會、經濟、文化和政治方面皆具有重要意義，亦係文化遺產及現代文化組成的重要因素。

3.1.3 民俗創作口頭傳承的不穩定性有隨時消失之危機

民俗創作由於缺乏文字記述，大多爲口頭傳承，傳承方式具有極端的不穩定性，代代相傳時，稍一不慎即面臨消失的危機，故有立法保護之必要。

3.1.4 不當的使用造成文化傳承與民族尊嚴的傷害

資源被掠奪國（大部份爲第三世界的開發中國家）常抱怨許多已開發國家的人民或財團，經由錄音、錄影等現代科技大量記錄其民俗文物；或大量收購其民俗創作，做爲收藏、展出或研究之用（故有國際間發起將各國擁有的文化遺產歸還其原有國的活動），甚至予以商業化利用，做爲營利的工具或手段。由於民俗創

⁴⁶ 此爲行政院原住民族委員會對原住民之分類。

⁴⁷ 清朝的志書習慣將平埔族人稱爲「熟番」，用以區隔當時之山地原住民，意即已漢化之原住民，所謂平埔族只是一個泛稱，依據行政院原住民族委員會網站之分類，平埔族尚可細分爲凱達格蘭族、雷朗族、達卡斯族、巴則海族、巴布拉族、巴布薩族、和安雅族、西拉雅族等八族。

⁴⁸ 自明末清初以來，大量的漢人移民到台灣，慢慢地生根發展，逐漸形成了以漢人爲主體之文化，由於這些早期來台的漢人，大部分是來自福建省漳、泉二地的居民，因此在本省通稱爲「福佬人」或「河洛人」，詳林珀姬、吳榮順，《福佬民歌》，高雄縣立文化中心印行，1999年8月。

作與族群的生活密不可分，可能涉及神聖的傳統祭典，由於文化的差異性，未經同意任意使用，可能造成文化的曲解，甚至演變成族群對立的嚴重危機⁴⁹。

3.1.5 全球化危及多元文化的存在

隨著貿易全球化，各地傳統民俗文化受文化全球化的影響日益嚴重，導致發展中國家對民俗創作的保護呼聲四起，所謂的文化全球化即為西化，而西化又幾乎是美國化之同義詞，此一變遷過程使大多數傳統族群、民族、國家深刻感受逐漸喪失傳統文化之威脅，致多元文化的存在遭受嚴重的戕害。

3.2 賦予保護應考慮之面向

WIPO 於 2003 年 5 月 2 日發表「民俗創作法律保護之整合分析」(Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore)⁵⁰報告，述及關於民俗創作保護，應探討智慧財產權與文化政策，探究智慧財產權的本質與目標以及考量原住民族的期待與需求等。以期建立一個可平衡使用者、既存第三人權利(existing third-party rights)及公共利益的民俗創作保護方式。以下分別探討之。

1. 政策因素



關於立法保護民俗創作的政策考量因素如下⁵¹：

- (1) 保存與保護文化遺產。
- (2) 促進文化多元化(cultural diversity)。
- (3) 尊重文化權(cultural rights)。
- (4) 鼓勵創意和創新為實質經濟發展的要素。
- (5) 傳統為創意來源：傳統不是只有限制與重製，傳統也與創新和創意有關。

文化遺產為長期累積的過程，如日本工業設計家 Sori Yanagi 所說，加入傳統民俗的元素至現代設計，可比民俗創作本身更有價值。傳統只有不斷進步才能創造價值，也須與社會一起進展。⁵²

2. 智慧財產權與「保護」的意義

⁴⁹ 2005 年 9 月間丹麥「日德蘭郵報」刊載 12 幅嘲諷回教先知穆罕默德的漫畫，歐洲多家報紙於 2006 年 2 月初予以轉載聲援，引發新聞自由是否應加限制之爭議，被回教徒視為褻瀆先知之行為，引發嚴重的國際風波及外交危機，部分回教徒甚至對這些漫畫家發出追殺令，回教國家也發起拒買丹麥貨品之風潮。

⁵⁰ See Background Paper No. 1, *supra* note 2.

⁵¹ *Id.* at 9.

⁵² *Id.* at 10.

了解民俗創作「保護」的意義，有助於思考該如何保護民俗創作。現今的智慧財產權將創意和創新私有財產化，賦予智慧財產權，特別是對商業使用之控制，以提供誘因鼓勵創新，並傳播人類創意的成果。

但智慧財產權保護必須與文化保存和保護的概念(the concepts of preservation and safeguarding)區別。文化保存和保護於文化遺產中，一般係指認同、史實、傳播、復興及鼓勵文化遺產，以確保文化延續並存活。但這兩個概念可發展出以不同的形式保護文化創作，兩者相輔相成⁵³。

3.民俗創作保存者(custodian)之期待和需求

關於民俗創作保存者之期待和需求，1998年由WIPO主導的事實發現任務和諮詢(fact-finding missions and consultations)期間，曾提出三種模式⁵⁴：

(1) 智慧財產權保護以支持經濟發展：有些社群希望以智慧財產權保護其以傳統為基礎的創新和研發，使他們可利用這些著作，且將創新商業化，以促進經濟發展。

(2) 智慧財產權保護以避免他人非預期的使用：社群希望以智慧財產權保護，以避免他人使用，且商業化他們的文化遺產，包含文化侵略性或貶低的使用(demeaning use)。社群希望可以避免濫用、貶低或污衊其文化的使用，以及避免使用傳統文化中神聖及秘密的部分。

(3) 採取防禦性策略保護傳統文化創作：希望避免他人對傳統文化的衍生著作，取得智慧財產權保護。這些社群本身對於取得智慧財產權保護並沒有興趣，但是他們希望保護他們的文化遺產及文化創作，而且認為不應該有任何人可取得這些文化的智慧財產權。

WIPO認為，有些社群可能在意文化之保存與防衛，更甚於取得智慧財產權保護。針對某些濫用行為，例如使人誤信產品為某傳統社群所生產製作，利用公平交易法與消費者保護法即可達到保護目的。因此，WIPO表示單一保護模式並不足以滿足傳統社群各種不同之目的，為達保護與保存傳統文化之目的，必須提供傳統社群一系列積極與消極防禦之法律工具，以供選擇⁵⁵。

3.3 從國家利益角度分析

⁵³ *Id.* at 11.

⁵⁴ *Id.* at 15.

⁵⁵ *Id.* at 15.

3.3.1 反對以法律保護之觀點：

1. 已進入公共領域：

多數已開發國家及部分開發中國家反對以法律方式賦與民俗創作之專有權，認為民俗創作已是屬於公共領域（public domain）之創作，為人類共同遺產，任何人不應對其壟斷，應開放給大眾自由利用，以促進文化之發展。

部分人士過份強調當地民族文化遺產價值，忽略了當地族群與國內或國際上其他族群間在「文化交流之對等性」，傳統族群接觸並自由地利用其他族群已不受智慧財產權保護的文學、藝術、技藝等作品從事創作，受惠於智慧財產權法上「公共領域」的制度設計，卻拒絕將自己族群流傳久遠的民俗創作納入「公共領域」，供他人自由利用。傳統族群不認同自己有義務去思考跨文化交流之宏觀議題，但法律制度卻無法迴避：假使每一族群都提出類似的保護要求，各自壁壘分明，如此整個世界經濟文化交流將無從進行，屆時呈現之景象可能為：傳統族群縱然得到自己文化遺產的永久保護，卻同時失去對世界其他族群文化遺產的使用權⁵⁶。

2. 無限期保護的不當：

對民俗創作提供無限期的智慧財產權保護，與其說為獎勵其文化貢獻，不如說為一種變相的稅收政策，此一稅收政策隱藏著巨大的社會成本，民俗創作的集體所有模式，將引發權利主體難以確定、權利管理機構的官僚化、利益分配困難等問題。欲消除這些問題，必須相對設計複雜的法律制度以能維繫其正常運轉，將耗費大量社會資源。單純讓原住民族群熟悉應能運用智慧財產權保護制度，即係一項困難的任務，如果進一步深入思索無限期的智慧財產權保護，將對包括原住民族群成員在內的社會大眾之創作與表現自由給與永遠的限制，從經濟分析上將深深懷疑此一公共稅收政策所帶來之稅收利益，是否超過相應的社會成本⁵⁷。著作權法並非社會保障法，也非文化政策法，沒有必要以否定著作權法的利益平衡制度，對民俗創作賦與永久智慧財產方式，來實現上述社會目標。

3. 集體著作人的虛構：

民俗創作雖然單獨的著作人身份無法確定，但都有一共同的族群身份，於是集體就自然取代無從考證之個人，成為民俗創作前仆後繼創作活動的虛擬組織者，最後亦成為這些民俗創作的著作人及權利人。此一取代過程似乎如此自然，

⁵⁶ 崔國斌，〈否棄集體作者觀：民間文藝版權難題的終結〉，中國《法制與社會發展》2005年第5輯，頁67-78。Available at http://www.lawyerwu.com/data/2005/1013/article_1175.htm, last visited on May 22, 2006，頁3。

⁵⁷ 前揭註，頁4。

以致於無需考慮當初的參與者是否有為族群而創作的主觀意圖，也無需考量真正的著作人占整個族群之比例。實際上，特定民俗創作的著作人及傳承人的數量與傳統族群之人口相比，常微不足道⁵⁸。

著作權法承認「橫向」的共同創作之特殊地位⁵⁹，確認共同參與者的共同著作人地位或擬制出一個集體的著作人，例如法人著作人。確認為共同著作之要件為二人以上於創作過程中有共同創作之合意，且皆有實質地貢獻，而各人之創作不能分離利用者。

對於沒有共同創作合意之「縱向」先後之創作，法律一般祇承認各自獨立之創作，對其創作部分確認其著作人身份，著作權法並未承認「縱向」先後創作之共同著作地位，也無將其擬制一個集體組織做為共同的著作人。著作權法承認後續改作者擁有獨立的著作，同時又要求改作者在使用衍生作品時，應尊重原著作之著作權⁶⁰。此一權利歸屬模式，既肯定原創者之貢獻，對後續之改作者之努力創作亦不抹煞。如果著作權法將不同時期參與改作者，均視為共同著作人，隨時間推移，最後版之作品，權利人勢將無限地增加，著作權保護制度將因此癱瘓，無從操作⁶¹。

民俗創作集體著作人論，不僅否定了著作權法區分共同著作與衍生著作之理論體系，承認「縱向」的參與為法律上之共同創作，而且將縱向參與者所在之文化群體擬制為著作人，雖然解決前述權利人無限膨脹之結果，卻忽視民俗創作流傳過程中傳承人個體之感受。文化人類學者指出，在傳統藝術族群裏，個人藝術家之創造性，實際被其族群成員所廣泛認同⁶²。

研究澳大利亞之 Yolngu 部落藝術的人類學家指出，依據部落習慣法，對於繪畫其他神怪藝術品內容所具有之權利，與繪畫作品之所有權，兩者是不同的。在部落內部創作美術著作與對外揭示著作之權利，在部落成員間進行分配，即部落成員間各擁有一部分之權利，但不能謂部落本體視為一個整體，擁有這些權利⁶³。

4. 集體創新機制的商榷

⁵⁸ 段寶林，〈民間文學普查之基礎問題〉，《廣西師範學院學報》（哲社版）；2004（4）。Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 Emory L. J. 965 (1990)；崔國斌，前揭註 56，頁 4。

⁵⁹ 我國著作權法第 8 條規定：「二人以上共同完成之著作，其各人之創作不能分離利用者，為共同著作。」。

⁶⁰ 我國著作權法第 6 條規定：「就原著作改作之創作為衍生著作，以獨立之著作保護之。衍生著作之保護，對原著作之著作權不生影響。」。

⁶¹ 崔國斌，〈傳統知識保護的困境〉，中國專利局，《專利法研究》（2002 卷），法律出版社，2004 年，頁 244。

⁶² 台灣原住民習慣認為民俗創作之權利屬於族群全體。

⁶³ Anne Barron, *No Other Law ? Authority, Property and Aboriginal Art*, in Lionel Bently & Spyros M. Maniatis(ed.), *Intellectual Property and Ethics*, Sweet & Maxell, 1998. 轉引自崔國斌，前揭註 56。

有學者謂民俗創作是在集體創新體制下產生及維繫，將傳統族群視為集體著作人，提供著作權保護，可激勵傳統族群維持此一集體創新機制，進而促進傳統文化的發展⁶⁴。惟傳統族群是否存在以追求集體利益為目標之民俗集體創新組織，個人在不同時期參與民俗之創作與流通是否亦為謀求集體財產權之保護，我們是否應以權利為誘餌，使得集體創新機制更為有效，皆尚值得商榷。賦予法律保護應係鼓勵創新，而非阻礙。故謀求集體財產權的保護，應係鼓勵集體創新，以台灣原住民族傳統智慧創作為例，目前大多為個人工作室，甚少係以集體創作為之。現在民俗創作日漸式微，應深入探究其背後成因，是否由於不同文化、不同語言的侵入，促使民俗創作逐漸喪失其生存空間，也喪失其原有之眾多功能。另外，導致傳統社會「集體創作機制」瓦解的主要原因是私有制觀念的急劇膨脹，傳統族群藝術家大多已逐漸習慣利用現代智慧財產權制度來保護個人之創作成果。在著作權法領域，「著作人」並沒有成為著作中全部內容之主宰者，也沒有獲得著作的絕對支配權，著作權法有一系列制度限制著作人對其著作內容的支配，例如著作權不保護思想、概念，合理使用之限制、保護期間之限制、法人著作之保護等。這些制度之基本理念，即為著作並非著作人獨力所能完成，著作包含社會各種因素的影響，因而著作人於享受權利之同時，亦須承擔相對的社會義務。抑且，大型跨國公司所組織之創新活動，已超越國境之限制。

5. 破壞現有著作權法體系：

現存著作權制度某些對民俗創作不利之規定，例如：公共領域制度、有期限之保護制度、合理使用制度等，並非對民俗創作的作品類型、著作人身分、創造過程之歧視，而係為維護公共領域的自由利用，為日後文化發展保留更多發展空間，截至目前，似乎尚未看到比現有著作權法更能有效維護著作權保護與創作自由間平衡關係的替代建議，似不應輕易否定現有著作權制度之合理性。

3.3.2 贊成以法律保護之觀點：

擁有豐富民俗創作之開發中國家則認為民俗創作為其文化財產之一部分，為國家之重要財富，現代科技促使民俗創作之商業化跨越其源起國家之疆界，導致相關文化遺產之不當利用與破壞，認為民俗創作應如同著作以著作權加以保護⁶⁵，未經許可或未支付對價使用民俗創作，以謀取商業利益，或任何歪曲、濫用行為都應被制止，若未透過法律加以規範，將無從制止濫用民俗創作之行為，甚至應制定國際規約，以規範眾多跨國間之侵害。

⁶⁴ Angela R. Riley, *Recovering Collectivity: Group Rights to Intellectual Property in Indigenous Communities*, 18 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 175 (2000), at 222-224.

⁶⁵ 章忠信譯，〈保護民俗創作以對抗不法利用與其他損害行為之條約草案〉前言，《智慧財產權》，2000年4月，頁33。

3.4 民俗創作來源族群之利益角度分析

1. 民俗創作已為市場交易的目標及商業利潤的來源

民俗創作已逐漸脫離傳統的使用方式，成為市場交易的目標及商業利潤的來源，根據澳洲的調查報告，澳洲原住民手工藝市場交易每年約有 2 億澳元⁶⁶，但澳洲原住民僅從中獲取約 1/4 的收入⁶⁷。由於缺乏法律規範，來源族群並未能獲得這些利益，亦未因此得到經濟上的補償。

2. 民俗創作來源族群並未因此得到應有的經濟回報

民俗創作的古樸風格，滿足現代人返璞歸真、崇尚自然的追求，許多商人將其與貿易、娛樂、旅遊相結合，例如 2000 年雪梨奧運即大量使用澳洲原住民的民俗創作，台灣許多廣告亦引用原住民的民俗創作當作創作的題材。但擁有民俗創作的來源族群，並未因此得到應有的經濟回報。

3. 背離傳統方式使用民俗創作，將褻瀆來源族群的信仰及造成精神上的傷害

對民俗創作的不當使用，將傷害原住民的信仰及感情，因為許多民俗創作常含有祖靈或宗教的性質，任何超過傳統背景下的使用將褻瀆來源族群的信仰，將引發原住民族的憤怒⁶⁸，就原住民言，對祖靈或信仰的傷害可能比經濟利益的損害更嚴重，祇有透過法律的強制保護才能避免歪曲、割裂、濫用的情事一再發生。

⁶⁶ 卡馬爾·普里文，〈民間文學藝術表現形式的保存與維護〉，高凌瀚譯，《版權公報》中文版，第 4 期，1998 年，頁 7。

⁶⁷ Githaiga, *supra* note 38.

⁶⁸ 丹麥「日德蘭郵報」，前揭註 49。



四、民俗創作保護方式之探討

WIPO 在 2004 年 3 月其「智慧財產權與遺傳資源、傳統知識及民俗創作政府間委員會」(Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, 簡稱 IGC)第六屆大會中曾提出「傳統文化表現形式／民俗創作：法律保護 (Legal protection of EoF (Expressions of Folklore) /TCEs (Traditional Cultural Expressions))⁶⁹就各會員國提出的法律保護方式曾進行歸納整理如下頁表一，足供我們瞭解沒有一種保護方式是適用於全體會員國 (No one-size-fits-all solution)。

4.1 以不同的智慧財產權保護

4.1.1 以現有的智慧財產權制度(existing IP system)保護

1.著作權 (copyright)

以著作權保護民俗創作的可能衝突如下：

(1) 原創性 (originality)

原創性為「著作」之保護要件，乃指著作人基於其人格精神而獨立所作，以表達其思想、感情或個性，並具有最低程度之創意者。原創性包含獨創性及創作性，獨創性即「獨立創作」(independent creation)，乃指著作為著作人所原始獨立完成，而未接觸參考他人著作而言。凡經由接觸 (access) 並進而抄襲他人之作品即非獨立創作。至於所完成之著作是否具備客觀之新穎性 (novelty)，並非所問。所謂之創作性 (creativity) 亦可稱為創意性，乃指作品係基於人格之精神作用，以表達著作人內心之思想或感情，而具有最低程度之創意，足以顯示著作人之個性者⁷⁰。而民俗文物雖具有顯著的特殊性，但通常都是代代相傳，慢慢演變而成，每一代或都有意無意的做些修正更改，以適合當代生活所需。這其中或許有自我創作，也有來自於模仿和抄襲部分，恐難符合著作權之原創性要求⁷¹。惟亦有認為民俗創作原創性之有無，應視著作人創作當時是否具有原創性而定，不應以現時的角度，去評論代代相傳的民俗創作，其原始原創性之有無。

⁶⁹ 詳參 WIPO/GRTKF/IC/6/14,Agenda item 5 : Folklore, available at : http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2004/igc/pdf/grtkf_ic_6_14.pdf。我國經濟部智慧財產局網頁，曾由陳玉芬及許名宜整理翻譯，

http://www.tipo.gov.tw/cooperation/cooperation_4_3_12.asp, last visited on May 22, 2006.

⁷⁰ 羅明通，《著作權法論》第 1 冊，台英國際商務法律事務所，2004 年 1 月，第 5 版，頁 142-145。

⁷¹ 賀德芬，〈民俗文化財的法律保護〉，《台灣原住民文化財產權會議》實錄，1999 年 10 月 15 日、16 日，頁 40。

表一：WIPO 會員國就民俗創作保護方式比較表

保護方式	贊成者	備註
現有智慧財產制度 (Existing IP System)	歐盟、加拿大、挪威、美國、波蘭、亞洲團體、墨西哥、日本。	
修正/特別的智慧財產體系 (Modified/Sui Generis IP System)	衣索匹亞、亞洲團體、泰國、非洲團體、巴西、委內瑞拉、哥倫比亞、蘇聯、伊朗、印尼、摩洛哥、埃及、墨西哥。	立法例： - 1976 開發中國家突尼斯模範法。 - 1982 保護民俗創作以對抗不法利用與其他損害行為之法律示範條款。 - 1999 班吉協定 (OAPI)。 - 2000 巴拿馬保護原住民文化特性及傳統知識法。 - 2002 南太平洋國家模範法 - 1997 菲律賓原住民權利法。 - 1990 美國印地安藝術品及手工藝品法。 - 中國保護民族文化及民俗創作計劃。 - 包含於 2002 紐西蘭商標法之特別權利機制。 實務經驗：美國、加拿大、紐西蘭。
選擇非智慧財產 (Non-IP options)	歐盟、剛果、澳洲。	1. 財產法 (1) 使用現有智慧財產權及其可能之修正 (2) 獨立的智慧財產權特別立法 2. 不公平競爭 3. 貿易實務及市場交易法 4. 契約及授權之使用 5. 登記、編列目錄及建立資料庫 6. 習慣、原住民法及議定書 7. 文化遺產保存法及綱領 8. 習慣法及其他救濟，例如公開發表權、不當得利、機密資訊及褻瀆 9. 刑事法
國際層次 (International Dimension)	巴拿馬、委內瑞拉、剛果、紐西蘭、奈及利亞、喀麥隆、高棉、印度、阿爾及利亞、印尼、摩洛哥	立法例： - 2003 UNESCO 保護非物質文化遺產公約。 美國、墨西哥、加拿大意見：應先有國家層次之成功經驗，再考慮國際層次。
先確立政策目標及核心原則	日本、美國、歐盟、加拿大、澳洲	

資料來源：經濟部智慧財產局網頁(前揭註 69)。

我國實務亦有判決認為：原住民手執雙蛇之圖案，昔見於魯凱族少女服飾上，告訴人之圖騰乃襲自原住民古老圖騰，已不具有原創性⁷²。

惟任何民俗創作應可區分為傳統既存的民俗創作及後世族人改作而生的衍生著作兩部分，衍生著作之部分可能符合現行著作權保護之規定，依我國著作權法第 3 條第 1 項第 11 款規定：「改作：指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作。」，另同法第 6 條第 1 項規定：「就原著作改作之創作為衍生著作，以獨立之著作保護之。」，故改作人之改作，只要符合著作權法之保護要件，其改作之民俗創作亦可受著作權法之保護。同條第二項亦規定：「衍生著作之保護，對原著作之著作權不生影響。」，即指原著作與衍生著作各自獨立，各受著作權法之保護。且原住民所使用之古老圖騰如果祇是一種觀念，任何人依此觀念所完成之創作，亦非不得受著作權法保護。著作權法第 10 條之 1 規定：「依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」，此即著作權法理論中之「觀念/表達(idea/expression)」二元論，亦即著作權法保護的是「表達」，而不及於「表達(expression)」所隱含之「觀念(idea)」，同理，「原住民戴帽雙手各執一隻百步蛇」之古老圖騰，其實祇是著作權法所稱的「觀念」，不受著作權法保護，任何人依此「觀念」所完成之美術著作，祇要是自己的「表達」，具原創性，都可以受著作權法保護。故縱然所繪之圖，僅是源自於古老圖騰，若有原創性，亦得受著作權法保護⁷³。

傳統著作權以「原創性」為保護要件，係基於經濟上利益及個人權利之保護，為防止他人剽竊作品，乃要求著作權之保護。但此種防止剽竊之目的，並非民俗創作之重要考量因素，因民俗創作原即自祖先傳承而來，傳統上不管原創者為誰，皆被視為整個族群之共同財產⁷⁴，就民俗創作言，「原創性」應非其保護重點，反而翔實的重製常被鼓勵，此由原住民族認為藝術作品的製作為重新詮釋之過程 (process of reinterpretation)。亦即民俗創作強調的是著作人承襲事前已存在之事

⁷² 台灣高等法院高雄分院 89 年度上易字第 2183 號判決認為：「本件被告郭桂姿所製作之提帶、背包上之圖案，與告訴人得獎作品，其中原住民雙手各執一隻百步蛇部分及繪有雙蛇之陶壺部分，雖大致相近，但該原住民戴帽雙手各執一隻百步蛇之圖案，繪有雙蛇之陶壺之圖案，在劉其偉早在民國六十一年即編著有台灣原住民文化藝術一書第十二頁魯凱族少女的傳統盛裝之圖片，其少女服飾即已出現此圖騰（見原審卷第三十四頁、本院刑事卷第六十八頁、第六十九頁），一九九三年（即民國八十二年）洪英聖所著有之台灣先住民腳印一書亦曾出現此圖騰（見原審卷第三十二頁、第三十三頁），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。」，判決內容摘自章忠信，著作權筆記網站上〈依原住民圖騰所完成著作，仍可受著作權法保護〉之判決評析，<http://www.copyrightnote.org/cmote/bbs.php?board=6&list=20>, last visited on May 22, 2006。

⁷³ 同前揭註。

⁷⁴ Githaiga, *supra* note 38.

物，發展而生之著作，為衍生（derivation），而非偏離（deviation）。正因民俗著作強調之特色為忠於歷史性及其神聖性，故原創性常因此受到限制，致使藝術家無法自由地將靈感表達⁷⁵。

（2）是否具有一定之外部表現形式－客觀化之表達

按著作亦須其創作內容已形諸於外部，具有一定之表現形式，屬客觀化之表達（expression），為自外部所能認知，方合乎保護要件。此雖未見諸於我國著作權法明文，但為各國所認同。此一定之外部表現形式包含「非文字之結構、布局或造型」，但不包含「思想」本身。又一定之表現形式，並不以有形為必要，如即興音樂演奏雖為無形，但已將其著作內容為客觀化之表達，只要具有原創性，即為著作權法上保護之著作⁷⁶。即如我國著作權法第 10 條之 1 規定：「依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」，故著作權所保護之客體，原則上以文學、美術、舞蹈、雕刻、攝影等純以滿足精神上美感作用為主的著作，帶有實用價值的應用美術，可能是另行立法的邊緣主題。至於儀式祭典、神話等屬於民俗領域中重要的文化，不是著作權法所能保護之客體，當不在話下⁷⁷。因此，原住民之傳統巫術、儀式祭典、神話、秘方或風格，如果未以著作型態具體表達，如書寫、繪畫、錄製或表演，僅是抽象地存在，則無法以著作權保護⁷⁸。

（3）著作的固著性（fixation）

關於著作的固著性（或稱「定著」或「附著」），我國著作權法並無明文規定。惟在某些國家，如美國於著作權法第 102 條（a）規定：「著作權之保護存在於---固著於實體之表達媒介上之原創性著作，並得經由直接方法，或藉由機器或某種設備之協助，以感知、重製、或以他法溝通該著作。」⁷⁹，作品如未固著於有體物達相當時間，例如寫於書面或錄於影音物上，並無法受著作權法保護。亦即必須具備「實體形式」（material form）之要求。這種要求之理由在於：傳統著作權法之基本原則是不保護「觀念本身」（ideas per se），而僅保護「觀念的表達」（expression of ideas）。因此，「可還原於實體形式」（reduction to material form）是作品保護的前提要件。換言之，作品必須可以用某種固定於有形載體的形式而得以被人感知，

⁷⁵ Christine Haight Farley, *Protecting Folklore of Indigenous People: Is Intellectual Property the Answer?* 30 Conn. L. Rev. 1, 55 (1997) .

⁷⁶ 羅明通，前揭註 70，頁 157-161。

⁷⁷ 賀德芬，前揭註 71，頁 40。

⁷⁸ 章忠信，前揭註 39，頁 6。

⁷⁹ 17 U.S.C. §102(a) Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. Works of authorship include the following categories:

並得加以複製。

又伯恩公約雖於第 5 條規範各成員國對著作人著作權之享有及行使，不須履行任何形式，採自動保護的原則，但於第 2 條第 2 款又准許成員國提出固著的要求⁸⁰，把這種要求作為一個例外，主要也是考慮成員國在司法上的方便。

按民俗創作的本質在於其係「非記錄性的文化」(the antithesis of recorded culture)⁸¹，即使少數的民俗創作曾以視覺方式呈現，但若沒有用各種媒介或載體記載，可能於看過或聽過之後就消失了。例如，對部分原住民創作而言，並不追求作品的永久性，經常可見於祭典之後便將作品銷毀（例如祭儀時身上或臉上之圖案）。再者，有些創作是以泥土、草等自然物為創作的媒介，這些作品一般祇能保存很短的時間。凡此種種正與著作權所要求的「固著性」不合。故是否可讓民俗創作中的口述文學（如代代相傳的傳統歌謠或故事）成為著作權法保護的對象？美國學者認為「固著性」要求不僅是制定法上，更是美國憲法上的要求⁸²，但在其他國家不一定要求固著，只要求客觀的表達形式。

(4) 著作人之認定：

民俗創作之表達形式多為代代相傳，集體發展而成，因此幾乎無法確定誰是最原始的作者，或因年代久遠，無從查考其創作者，對於權利歸屬，著作人格權之行使或著作財產權期間之計算，乃至何人可主張權利，都會造成困難，何況民俗創作，原即自祖先傳承而來，故不管是誰所原創，一般皆被視為整個族群之共同財產⁸³，因此在著作人之認定，常發生困難。

(5) 保護期間之限制：

為調和社會公共利益、促進文化發展，著作人著作權益之保護期間自應受到限制，依據伯恩公約第七條規定，著作權之保護期限是依據作者的生存期限與死後五十年計算。於我國著作權包括著作人格權及著作財產權，在著作人格權方面，是永久存續的，依著作權法第 21 條規定：「著作人格權專屬於著作人本身，不得讓與或繼承。」，又依同法第 18 條規定：「著作人死亡或消滅者，關於著作權之保護，視同生存或存續，任何人均不得侵害。但依利用行為之性質及程度、社會之變動或其他情事可認為不違反該著作權人之意思者，不構成侵害。」，因此著作人

⁸⁰ 羅明通，伯恩公約中譯文，著作權法論第 3 冊，台英國際商務法律事務所，2004 年 1 月，第 5 版，頁 2-44、2-46，第 5 條（2）：此等權利之享有及行使不須履行任何形式；此享有及行使應獨立於著作源流國之保護而存在。第 2 條（2）：但聯盟之成員國得立法規定除非著作以某種具體有形之形式附著，否則一般或特定種類之著作將不受保護。

⁸¹ Farley, *supra* note 75, at 28.

⁸² Riley, *supra* note 64, at 218.

⁸³ Githaiga, *supra* note 38, at 21.

死亡後，依法著作人格權仍受到保護。至於著作財產權，原則上，自然人為著作人者，其著作財產權存續於著作人生存期間及其死亡後五十年（同法第 30 條第 1 項）；法人為著作人者，其著作財產權存續至著作公開發表後五十年（同法第 33 條）。

惟民俗創作係伴隨族群逐漸發展而成，故通常年代久遠，難以考證確切創作時間，就算足以確定創作時間，通常亦已超過著作權保護期間。惟民俗保護的目的並不在個別創作者的利益，而是為了族群延續而設，故很難將個別創作者保護之規定，直接沿用至對族群之保護。且縱以「未出版的不明作者之著作」(unpublished anonymous) 的性質加以保護一百年期限，對傳統性之民俗亦無任何意義，因許多民俗皆有淵源流長之歷史。某些澳洲原住民之圖案可以淵源於四萬前，因此有謂民俗創作需要永久性保護，以維續後代族群能持續就民俗，從事創造性的貢獻⁸⁴。許多非洲國家如剛果、迦納的法律都提供民俗創作無限期之保護。

(6) 著作人格權 (moral rights)

按著作人格權依我國著作權法規定包括□公開發表權：著作人就其著作有公開發表之權利（第 15 條第 1 項）。□姓名表示權：著作人於其著作之原件或其重製物上或於著作公開發表時，有表示其本名、別名或不具名之權利（第 16 條第 1 項）□禁止不當改變權（即同一性保持權，第 17 條）：著作人享有禁止他人以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變其著作內容、形式或名目致損害其名譽之權利。著作人在民俗創作中著作人格權特別受到強調，此乃有別於傳統著作一般較重視著作財產權 (economic rights) 之情事。1982 年「保護民俗創作以對抗不法利用與其他損害行為之法律示範條款」在第 7 條規定須註明來源 (acknowledgement of source)，即對於任何可以確認的民俗創作，於印製發行或對公眾為任何傳播時，應以適當方式註明其源起之族群以及或其地理位置，係有關姓名表示權之規定。另於第 8 條就違反之處罰 (offenses) 亦規定各締約國對於下列行為應予刑事處罰：(ii) 故意或過失未依第 7 條規定註明來源者 (iii) 故意欺瞞他人有關民俗創作之源起者 (iv) 故意以直接或間接有損於民俗創作源起國家或族群之名譽、尊嚴與文化之方式曲解民俗創作者 (禁止不當改變權)⁸⁵。特別就民俗創作規定有此權利，係為

⁸⁴ Lucy M. Moran, *Intellectual Property Law Protection for Traditional and Sacred "Folklife Expressions"---Will Remedies Become Available to Cultural Authors and Communities?* 6 U. Balt. Intell. Prop. J. 103 (1998). Farley, *supra* note 75, at 18, 48-49.

⁸⁵ 原文為 Article 7 Acknowledgement of Source : 1. In all printed publications, and in connection with any communications to the public, of any identifiable expression of folklore, its source shall be indicated in an appropriate manner, by mentioning the community and/or geographic place in which it has originated.
Article 8 Offenses : (ii) wilful or negligent noncompliance with the requirement of acknowledgement of source according to Article 7 ; (iii) wilful deception of others in respect of the origin of expressions of folklore ; (iv) wilful distortion, in any direct or indirect manner, of an expression of folklore in a way prejudicial to the honour, dignity or cultural interests of the

防止民俗創作遭到破壞與貶損。有謂著作人格權一般係針對個人言，很難適用於某族群全體⁸⁶，但我國著作權法並未將著作人限於個人，法人亦得為著作人⁸⁷，惟族群畢竟非法人，是否為非法人團體亦有爭議，倘賦予擬制人格而享有著作人格權，是否破壞現存的民法人格權規範體系，實有爭議。

另在民俗創作中著作人格權尚存在作品真、假之文化爭議，即著作人格權之同一性保持權，常因不同文化之融合、衝擊，致使著作之完整性遭到破壞，導致何種作品方係代表某族群之民俗創作，常引發許多爭議⁸⁸。

(7) 公共領域⁸⁹制度 (public domain)

①著作權公共領域制度設計，是為調和社會公共利益，促進國家文化發展，就保護期間已經期滿之著作財產權，賦予任何人得對其重製、公開（口述、播送、上映、演出、傳輸、展示）、改作、編輯等，且處於公共領域之著作權，任何人皆不得專有之，得自由利用，亦不歸屬國家所有。此乃有別於一般財產權，如為公共領域之財產，公眾得直接使用。但對已處公共領域之著作進行改作（如翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或以其他方法就原著作進行創作）或編輯之創作，則為獨立之著作，仍擁有著作權。民俗創作因為代代相傳，故其縱曾享有著作權，通常亦已逾越保護期間，很難以著作權加以保護。

②.有償的公共領域 (domaine public payant)

許多國家⁹⁰採用法國所稱之「有償的公共領域」制度，此項立法設計是使用公有領域的作品必須付費，縱不知著作人為誰，使用者亦須付費，而國家可藉此收費來支持藝術組織或建立民俗保護機構，亦有稱之為「文化稅」。此項制度亦可見於 1976 年突尼斯模範法第 17 條⁹¹。「有償的公共領域」制度，不僅有利於避免公

community in which it originates.

⁸⁶ Farley, *supra* note 75, at 48.

⁸⁷ 我國著作權法第 18 條規定：「著作人死亡或消滅者，關於其著作人格權之保護，視同生存或存續，任何人不得侵害。但依利用行為之性質及程度、社會之變動或其他情事可認為不違反該著作人之意思者，不構成侵害。」。

⁸⁸ 民國 89 年台北市原住民公園十多座大型石雕，被批評為不能被認定為原住民藝術品，引發何者才能代表原住民藝術品之爭議，中國時報，89 年 5 月 4 日，第 10 版。

⁸⁹ 我國學者羅明通、蕭雄淋、葉茂林多以「公共財產」一詞定義智慧財產權領域之“public domain”。

⁹⁰ 包括阿爾及利亞、阿根廷、貝南共和國、玻利維亞、布基納法索、喀麥隆、剛果、科特迪瓦、幾內亞、匈牙利、義大利、馬里、盧安達、羅馬教廷、塞內加爾、前捷克斯洛伐克、烏拉圭及前南斯拉夫，轉引自 Lypzic，前揭註 8，頁 203。

⁹¹ Tunis Model Law on Copyright for Developing Countries, Section 17“ The user shall pay to the competent authority percent of the receipts produced by the use of works in the public domain or their adaptation, including works of national folklore. The sums collected shall be used for the following purposes:(1) to promote institutions for the benefit of authors(and of performers), such as societies of authors, cooperatives, guilds, etc.(2) to protect and disseminate national folklore.”

共領域的著作與私有領域的著作進行不正競爭，且有助於國家獲得資金，從事保護及推廣民俗創作，或為著作人之社會保險制度提供經費，例如由國家對進入公共領域之民俗創作進行管制，此項措施不僅可幫助發展中國家對民俗進行教育、普及與保存的工作，藉此取得之利益亦可用於贊助民俗創作的藝術家。贊成者另謂國家所收取的權利金（版稅）為稅捐性質，而非酬金，因為進入公共領域的著作，著作之經濟權利已經消失，國家收取這些權利金之理由為國家有權對自由完成具有經濟內容之某些特定行為（如出版商、演出者使用已進入公共領域的著作）進行課稅。

反對者則認為「有償的公共領域」制度，將妨害文學、藝術作品之流通，阻礙國家文化之發展，且會間接促使民俗創作價格之上漲，並可能成為國家統制智慧及變相審查之藉口，國家可能因此自認其為民俗創作作者之繼承人，要求使用者皆須獲得其授權，任意提高權利金，或將收取之權利金等費用安排其他用途⁹²，而未完全使用於民俗創作的相關教育、普及與保存上。

惟值得注意者，縱使實施「有償的公共領域」制度，仍須考量制度有無落實之可能，由於民俗創作的濫用或扭曲，大多於國境外發生，目前國際上尚無一套完整機制，能讓民俗創作權利人在國境外執行此一制度，因此「有償的公共領域」制度，很難在國際上有效執行。

2. 鄰接權 (neighbouring right)

(1) 所謂「鄰接權」係指著作權法所賦予表演人 (performers)、錄音物之製作人 (producers of phonograms) 及廣播機構 (broadcasting organizations) 在一定期限內因進行表演、錄製或播送作品之活動而依法享有之權利。著作鄰接權保護之目的在於表演人、製作人及廣播機構於著作傳播之過程中，須投入相當之腦力、體力與經費，對科學之進步及文化之推廣貢獻至大。雖然鄰接權人並未有創作之行為或其創意程度較一般之著作為低⁹³，但對其付出之勞力及財力理應予以回饋，否則任由他人重製其表演或錄音物，或重製及轉播其廣播節目，勢將缺乏傳播之動機，科學化之普及亦將受影響。其中與民俗創作較為攸關者應係表演人，羅馬公約 (The Rome Convention)⁹⁴第 7 條規定，未經表演人之同意，不得將其表演加以附著 (fixation；例如錄音或錄影) 或將附著物複製；未經其同意，亦不得將其

⁹² Lypzic, 前揭註 8, 頁 204。

⁹³ 著作鄰接權之表演人、錄音物製作人及廣播組織對於表演、錄音及廣播是否以有創意活動為必要，學者有不同見解，在此茲不詳論，羅明通認為著作鄰接權應不以創意活動為必要，故單純廣播、表演或錄音可為鄰接權之標的，但鄰接權亦可能有少量創意，在表演之情形尤然。

⁹⁴ 羅馬公約又稱「鄰接權公約」，其全名為「保護表演人、錄音物製作人及廣播機構之國際公約」(International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations)，於 1961 年 10 月 26 日於羅馬簽訂，1964 年 5 月 18 日生效。

表演為無線之傳播或向公眾傳達。另 1996 年 12 月通過之「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」(WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT) 則進一步對表演人之鄰接權內容新增著作人格權(第 5 條)、散布權(第 8 條)、出租權(第 9 條)及提供已附著表演之權利(第 10 條)。

(2) 而「表演人」依羅馬公約第 3 條之定義,包括演員、歌星、音樂家、舞蹈家以及其他將文學或美術之著作加以上演、歌唱、演述、朗誦、扮演或以其他方法加以詮釋。我國 87 年著作權法第 7 條之 1 之立法說明將「表演」解釋為「指對既有著作以演技、舞蹈、歌唱、彈奏樂器或其他方法加以詮釋。」,其中對既有著作解釋上應不限於仍在保護期間之著作,即對保護期間已過之著作或民俗音樂為表演,亦應在保護之範圍。92 年 7 月 9 日公布施行之我國著作權法已對於表演之內容加上「民俗創作」⁹⁵。故縱使對於保護期間已過之民俗創作為表演,而其表演未有創意行為或其創意程度較一般之著作為低,該表演依法仍受著作鄰接權之保護。惟鄰接權與原著作之著作權之關係亦須注意,亦即對鄰接權之保護,不得影響原著作財產權之保護。鄰接權人所重製或傳播之著作,縱使其著作財產權已逾保護期間,表演人仍不得侵害原著作人之著作人格權,亦即仍須署名原作者姓名及不得為歪曲、竄改原著作,致有損原著作人名譽之行為。許多國家如澳洲、加拿大、捷克、甘比亞、德國、印尼、牙買加、荷蘭、菲律賓等國皆係藉由鄰接權保護民俗創作⁹⁶。

3. 專利權 (patent)

TRIPS 第 27 條第 1 項規定,於受本條第 2 項及第 3 項規定拘束之前提下,凡屬各類技術領域內之物品或方法發明,具備新穎性、進步性及實用性者,應給與專利保護。故專利之保護應具備新穎性、進步性及實用性三要件。倘民俗創作符合新穎性、進步性及實用性三要件,亦可申請專利加以保護,民俗創作較有可能申請之專利類型似為新式樣⁹⁷(如雕刻、木作、金屬創作、籃編等)或新型⁹⁸(建築形態)。惟因民俗創作多為代代相傳流傳久遠,較難克服者為新穎性通常皆已喪失⁹⁹及手工一品製作可否符合產業上利用性,亦有問題。故民俗創作除非一再的改良、創新,就其改良物或創新物可滿足上述專利之要件,否則原始之民俗創作很難符合專利新穎性、進步性及實用性之三要件要求。

⁹⁵ 羅明通,前揭註 70,頁 107。

⁹⁶ See WIPO/GRTKF/IC/3/10, Annex 1, page 35.

⁹⁷ 新式樣依我國專利法第 109 條規定係「指對物品之形狀、花紋、色彩或其結合,透過視覺訴求之創作。」。

⁹⁸ 新型依我國專利法第 93 條規定係「指利用自然法則之技術思想,對物品之形狀、構造或裝置之創作。」。

⁹⁹ 所謂新穎性,我國專利法係採絕對新穎性的概念,必須可供產業上利用之發明、新型或新式樣未有申請前已見於刊物或已公開使用或申請前已為公眾所知悉之情事(詳專利法第 22 條、94 條、110 條),且此新穎性必須存在於全世界,而非僅限於中華民國境內。

4. 商標、地理標示

(1) 商標 (trademark)

TRIPS 第 15 條第 1 項規定，任何足以區別不同企業之商品或服務之任何標識或任何標識之組合，應足以構成商標。此類標識，以特定文字，包括個人姓名、字母、數字、圖形和顏色之組合，及此類標識之任何聯合式，應得註冊為商標。我國商標法第 5 條規定，商標得以文字、圖形、記號、顏色、聲音、立體形狀或其聯合式所組成。前項商標，應足以使商品或服務之相關消費者認識其為表彰商品或服務之標識，並得藉以與他人之商品或服務相區別。由於原住民之傳統智慧創作通常為手工製作，抵擋不住投機商人仿冒其創作外型，再委由中國大陸等人力便宜的地區大量生產，強勢掠奪原住民傳統智慧創作的市場，故民俗創作可考慮由傳統社群將其傳統標記、符號或其他識別標記，向主管機構申請證明標章或團體商標之註冊，以保障民俗創作之品質及權益，例如加拿大第一民族之原住民即應用商標保護古代岩畫的象徵。但此僅能保障他人不使用此商標或名稱，仍無法抵擋商家對創作外型之仿冒。

① 證明標章 (certification mark)

我國商標法第 72 條第 1 項規定：「凡以標章證明他人商品或服務之特性、品質、精密度、產地或其他事項，欲專用其標章者，應申請註冊為證明標章。」，該條文文字雖僅提到「產地」，未提及地理標示，但由其立法理由：「為加強 TRIPS 第 22 條有關地理標示保護之規定，爰參考德國商標法第 126 條、美國商標法第 4 條，增列產地證明標章申請註冊之法源，以資適用」，可知立法者係將證明標章作為地理標示保護之規範基礎。故民俗創作可以註冊證明標章之方式，以與坊間之同類商品相區隔，來保護民俗創作。例如加拿大原住民族經常利用商標來作為識別標記，用以保護傳統物件與宗教儀式，包括傳統藝術、藝術品、食品、服飾、觀光服務及原住民經營之事業。我國原住民族傳統智慧創作保護條例第 9 條第 3 項規定：「主管機關應核發智慧創作專用權人證書及認證標記。」，行政院原住民族委員會亦可以證明標章方式，對經其認證之手工藝品或生態旅遊，頒給證明標章，以協助推廣原住民傳統文化產業。

② 團體商標 (collective mark)

我國商標法第 76 條第 1 項規定：「凡具法人資格之公會、協會或其他團體，欲表彰該團體之成員所提供之商品或服務，並得藉以與他人所提供之商品或服務相區別，欲專用標章者，得申請註冊為團體商標。」，又第 77 條規定「團體商標之使用，指為表彰團體之成員所提供之商品或服務，由團體之成員將團體商標使

用於商品或服務上，並得藉以與他人之商品或服務相區別者。」，故原住民族得以特定民族（例如百合花是魯凱族的族花，魯凱族即可以百合花作為其團體商標）、部落¹⁰⁰或全部原住民族名義申請註冊團體商標，以專用該團體商標，並得藉以與他人所提供之商品或服務相區別。

（2）地理標示（geographical indication）

在國際規範上，有關產品上地理標示之保護，最初係以「來源地標示」（indication of source，或譯為「產地標示」，見於巴黎公約¹⁰¹、馬德里協定¹⁰²）及「原產地名稱」（appellations of origin，見於巴黎公約、里斯本協定¹⁰³）為保護客體，在 TRIPS 後改以「地理標示」稱之，會出現上述不同之用語與涵意，主要係各國對地理標示分別有不同之意義及認定標準，因此不同的成員國所要求的標準亦未盡一致¹⁰⁴。TRIPS 第 22 條第 1 項規定，本協定所稱之地理標示係指為辨別一項商品標示係產自一會員之領域，或其領域內之某一地區或地點，且該商品之特定品質，聲譽或其他性質，根本上係來自於原產地者。TRIPS 第 23 條對酒類和烈酒地理標示提供額外保護¹⁰⁵，但「地理標示」保護範圍是否限於農產品，按 TRIPS 第 22 條係一般性規定，其對保護客體並未加以限制，只是在第 23 條對酒類和烈酒訂有額外規定，賦與較高程度的保護，至於其他國際規範保護範圍亦均及於所有產品，故將保護範圍擴張乃將來必然之趨勢。我國對「地理標示」的保護，係透過國內法及在廣義的概念（有關產地標示）下加以執行；例如，公平交易法¹⁰⁶、消費者保護法¹⁰⁷、商標法有關證明標章之保護、菸酒管理法及酒類標示管理辦法

¹⁰⁰ 部落組織乃原住民聚居的蕃社，集數社而為一群，是謂部族（tribes），部族或部落的結合係依歷史或共同利害關係，對外確實聯合，實行攻守同盟，即台灣諸族之各部落係自治單位，各部落構成的基礎不同，例如泰雅族係以泛血親群為構成部落的基礎；布農及曹族以父系氏族為部落構成基礎；阿美及卑南族以母系氏族及年齡組織為基礎；排灣及魯凱則係以貴族地主系為中心之部落。引自劉其偉，前揭註 35，頁 46。

¹⁰¹ 巴黎公約是「保護工業財產權巴黎公約（Paris Convention for the Protection of Industrial Property）」之簡稱。

¹⁰² 馬德里協定是「馬德里抑制商品不實或引人錯誤之商品來源地標示協定（Madrid Agreement for the repression of false or deceptive indication of source on goods）」之簡稱。

¹⁰³ 里斯本協定是「原產地名稱保護及其國際註冊之里斯本協定」（Lisbon Agreement for the protection of Appellation of Origin and their international registration）之簡稱。

¹⁰⁴ 陳昭華，〈地理標示保護之研究〉，《輔仁法學》，第 25 期，2004 年，頁 6。

¹⁰⁵ TRIPS 第 23 條規定，酒類或烈酒之商標包括該等商品產地之產地標示或以地理標示構成者，會員應依法定職權或利害關係人之申請不准該商標之註冊或評定其註冊無效，以防止非產自該產地之酒類或烈酒使用系爭之產地標示；即使已明確標示該商品之實際產地，或該產地標示係翻譯用語或補充說明與該產地商品「同類」、「同型」、「同風格」、「相仿」或其他類似標示者亦然。

¹⁰⁶ 公平交易法第 21 條第 1 項規定事業不得在商品或其廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於商品之原產地為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。

¹⁰⁷ 消費者保護法第 24 條第 2 項：「輸入之商品或服務，應附中文標示及說明書，其內容不得較原產地之標示及說明書簡略。」，第 3 項：「輸入之商品或服務在原產地附有警告標示者，準用前項之規定。」。

等方式加以執行。我國商標法之證明標章或團體商標雖不限制保護種類，但其他規範仍限於酒類（如菸酒管理辦法、商標法第 23 條第 18 款¹⁰⁸），未來可參考德國立法將其區分為：單純的來源地標示、具有特定品質之地理來源標示及具有特殊聲譽之地理來源標示三大類¹⁰⁹。依 WIPO 定義應包括某個區域的產品係基於該區域內的人文因素所產製者，例如，某鄉鎮、村落或地區特殊的製造技巧與傳統（specific manufacturing skills and traditions），如瑞士製造的手錶。我國以地理名稱行銷的產品，主要以農產品為主，小部分為手工藝品¹¹⁰。民俗創作之手工藝品等，如雅美族之獨木舟木雕藝品、賽夏族、魯凱族編織及排灣族之琉璃珠，「雅美族」、「賽夏族」等族名，均非地理名稱，一般情況應不符合地理標示之要件。

5. 秘密（undisclosed information）

TRIPS 第 39 條第 2 項規定，自然人及法人對其合法持有之資料，應有防止被洩露或遭他人以有違商業誠信方法取得或使用之可能，但該資料須具有秘密（confidential information）性質，且不論由就其整體或細節之配置及成分之組合視之，該項資料目前仍不為一般處理同類資料之人所得知悉或取得者；因其秘密性而具有商業價值；且業經資料合法持有人以合理步驟使其保持秘密性。我國營業秘密法第 2 條亦規定「營業秘密（trade secrets）」係指方法、技術、製程、配方、程式、設計或其他可用於生產、銷售或經營之資訊，而符合下列要件者：1.非一般涉及該類資訊之人所知者（秘密性）。2.因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值者（商業價值性）。3.所有人已採取合理之保密措施者（合理之保密措施）。

故民俗創作祇要符合上述營業秘密的三要件，亦可以營業秘密加以保護，如有侵害，則以洩密（breach of confidence）加以規範。惟原住民族排灣族琉璃珠的製程、配方，賽夏族、魯凱族的織物編織方法，可能皆早為族人所共知，且自始即無保密措施，較難以營業秘密加以保護。營業秘密的保護與專利相較，專利的保護有專利期限之限制¹¹¹，且專利的申請時間冗長，一般較適用於技術及製造方法；營業秘密的保護則無期限限制，直至其秘密性或商業價值性消失，且不需申請註冊，保護範圍可擴及某些不符合專利要件之營業秘密。

¹⁰⁸ 商標法第 23 條第 1 項第 18 款規定：「相同或近似於我國或與我國有相互承認保護商標之國家或地區之酒類地理標示，而指定使用於酒類商品者。」

¹⁰⁹ 陳昭華，前揭註 104，頁 61-63。

¹¹⁰ 我國以地理名稱行銷的產品，農產品有：稻米類—池上米、西螺米、濁水米、花東縱谷米、新竹米粉。水果類—林邊黑珍珠連霧、麻豆文旦、卓蘭楊桃…等。茶類—Formosa Oolong Tea、文山包種茶、凍頂烏龍茶。酒類—金門高粱、台灣啤酒。其他農產品—花蓮薯、北港花生油、永和豆漿、林鳳營牛乳…等。手工藝品—美濃紙傘、金門菜刀。

<http://seed.agron.ntu.edu.tw/IPR/GI/gi.htm>, last visited on May 22, 2006.

¹¹¹ 例如我國發明專利期限為自申請日起算 20 年（專利法第 51 條）、新型專利期限為 10 年（第 101 條）、新式樣專利期限為 12 年（第 113 條）。

表二：我國原住民族傳統智慧創作與現行智慧財產權之區別

權利 內容	原住民族傳統 智慧創作	智 慧 財 產 權			
		著 作 權	專 利 權	商 標 權	營 業 秘 密
立法目的	保護原住民族之傳統智慧創作，促進原住民族文化發展。	保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展。	鼓勵、保護、利用發明與創作，以促進產業發展。	保障商標權及消費者利益、維護市場公平競爭、促進工商企業正常發展。	保障營業秘密，維護產業倫理與競爭秩序，調和社會公共利益。
保護標的	宗教祭儀、音樂、舞蹈、雕塑、編織、圖案、服飾等文化成果之表達。	語文、音樂、戲劇、舞蹈、美術、攝影、圖形、視聽、錄音、建築、電腦程式著作。	發明、新型、新式樣。	文字、圖形、記號、顏色、聲音、立體形狀或其聯合式所組成。	方法、技術、製程、配方、程式、設計或其他可用於生產、銷售或經營之資訊。
權利之要件	傳統性、歷史性、文化性、地方性、典範性。	原創性。	新穎性、進步性、產業利用性	特別顯著性。	秘密性、商業價值性、合理保密措施。
權利人	限原住民族或部落。	自然人或法人。	自然人或法人。	自然人或法人。	自然人或法人。
權利取得方式	須經主管機關認定並登記。	不須登記，一經著作完成即取得。	向專責機關申請，經實體審查後取得註冊（新型僅先形式審查）。	向專責機關申請，經審查後核准註冊。	符合營業秘密要件即可取得，惟事後請求救濟須證明。
權利存續期間	自登記時起永久保護。	原則存續於著作人生存期間及其死亡後 50 年。	發明：20 年，新型：10 年，新式樣：12 年，均自申請日起算。	自註冊公告日起算 10 年，得申請延展，每次延展專用期間為 10 年。	永久保護，直至營業秘密要件喪失為止。
使用收益	原住民就所屬民族、部落或全部原住民族之智慧創作得無償使用收益。一般人須符合合理使用規定，始能無償使用。	除非符合合理使用，任何人欲使用，須經著作權人授權。	除非符合合理使用，任何人欲使用，須經專利權人授權。	除非符合合理使用，任何人欲使用，須經商標權人授權。	任何人欲使用，須經營業秘密所有人授權。

4.1.2 修改或以智慧財產權的特別立法（*sui generis* legislation）¹¹²保護：

有謂智慧財產權之性質，應係開放而非封閉的，由於傳統著作權法無法提供原住民族民俗創作足夠的保護，許多學者如美國 Farley¹¹³，澳洲 Blakeney¹¹⁴與 Githaiga 提出「特別立法」（*sui generis* legislation）之建議，Githaiga 教授具體提出特別立法應包含之項目¹¹⁵：

1. 民俗創作著作權性質之定義，不宜依據傳統著作權法所設立之定義，而係採用遵循民族本身之習慣法。
2. 承認民俗創作享有無限期之著作權保護。
3. 將「原創性」及「固著性」（*fixation*），從民俗創作著作權成立之要件中排除。
4. 賦予民俗團體享有著作權。
5. 禁止非屬民俗團體之個人或公司，在未經民俗團體之同意下使用民俗創作。
6. 制定民俗團體可提起民事訴訟之條款，並訂定配合之行政與司法機制。
7. 設立商業使用支付費用之制度。

在 Githaiga 所提建議中，最重要仍是依據原住民族之部落習慣法為民俗創作保護建立一套不同於傳統著作權法模式之制度。惟前提須先成立原住民自治區，並賦予該自治區有關文化遺產或自然資源之立法權。澳洲亦曾於原有普通法法律體系中加入習慣法，承認傳統部落法的效力。因此若將民俗創作的保護規定於傳統著作權法中，將破壞著作權法原已建立之原創性、有限保護期間及公共領域等法律架構，故應以特別立法方式規範較妥。

現存有關智慧財產權特別立法之立法例計有：

1976 開發中國家突尼斯模範法、1982 保護民俗創作以對抗不法利用與其他損害行為之法律示範條款、1999 班吉協定（OAPI）、2000 巴拿馬保護原住民文化特性及傳統知識法、2002 南太平洋國家模範法、1997 菲律賓原住民權利法、1990 美國印地安藝術品及手工藝品法、中國保護民族文化及民俗創作計劃、2002 包含於紐西蘭商標法之特別權利機制。

¹¹² *Sui generis*，為拉丁文，依據 Black's Law Dictionary 的解釋為“Of its own kind or class”；*i.e.*, “the only one of its own kind; peculiar”，意謂：特殊的、獨特的、自成一類的。另依據 Wikipedia, the free encyclopedia 之解釋為“The expression was effectively created by scholastic philosophy to indicate an idea, an entity or a reality that cannot be included in a wider concept, and in the structure *genus* > *species* a species that heads its own genus. In law, it is a term of art used to identify a legal classification that exists independently of other categorizations because of its uniqueness or due to the specific creation of an entitlement or obligation. In intellectual property there are rights which are known as being *sui generis* to owners of a small class of works, such as intellectual property rights in mask works, ship hull designs, databases, or plant species. The term has also been used in the context of aboriginal law in Canada to describe the nature of aboriginal title”。

¹¹³ Farley, *supra* note 75, at 49.

¹¹⁴ Michael Blakeney, “*Milpurrurru & Ors v. Indofurn & Ors : Protecting Expressions of Aboriginal Folklore under Copyright Law*”, Murdoch University of Law, vol. 2, no.1, April(1995).

¹¹⁵ Githaiga, *supra* note 38, at 100-101.

4.2 選擇非智慧財產權保護 (non-IP options)

4.2.1 以習慣法(customary law)保護

1. 習慣法的本質

(1) 習慣法係由傳統群體的本地習慣組成，在非洲¹¹⁶每個部族都有其自己獨立的習慣法規定，這些規定對其成員具有拘束力，與通常之社會習慣和風俗不同。不同部族的習慣法是相異的，各部族習慣法的不一致源於不同的起因，例如語言、親近程度、血統、歷史、社會結構和經濟等。習慣法不是靜態的，而是動態的，為反映社會、經濟條件之變化，其規定常隨時間之經過而演變。

(2) 習慣法下的責任原則：傳統社會的組織基礎是由強大的家族形成，而血緣是基本因素，血緣形成了寬泛的社會基礎，由血緣組成之群體稱為氏族，多數氏族結合成部落，部落由不同血緣，但相同語言、相同傳統的人組成。血緣、氏族之領導即逐層而上對部落的領導負責，各種傳統慣行之遵守，則靠懲罰制度來確保，懲罰方式包括公開責難、罰款、放逐或逐出家族。非洲習慣法部落懲罰的有效性，係借重於宗教信仰、迷信、集體負責觀念及對責難和放逐的畏懼，因為遭公開責難、放逐者，將失去其社會地位，且不得參加公共活動。所有這些處罰手段，目的在確保遵守民俗創作習慣法的規定。例如在通加族 (Tonga of Zimbabwe) 巫術信仰者反對陶器的商業性生產，因為據說用於商業目的的壺、罐於燒製過程中會破裂¹¹⁷。

2. 習慣法在非洲法律制度中之地位

(1) 法定習慣法院：殖民主義的遺產

十九世紀歐洲殖民主義者於其殖民地引進現代都市法律和法院制度後，雖仍然保留被認為與司法或道德較一致之習慣法部分基本內容及非洲的司法程序，但因強制推行殖民主義之法律，結果在非洲國家造成雙重的司法及立法制度。一類為「普通法院」(general court)，即適用歐洲的法律和以歐洲規定為基礎的當地法令。另一類為「法定習慣法院」(statutory customary court)，由傳統首領或當地長者組成，又稱「非洲法院」、「本地法院」等，這類法院管轄權只及於非洲人，且在多數情況下適用管轄地流行之習慣法。

(2) 習慣法目前的地位

¹¹⁶ 由於非洲許多國家皆將民俗創作以習慣法保護，且將民俗創作保護納入其著作權法中，故此處論述習慣法皆以非洲國家為例。

¹¹⁷ Paul Kuruk, *African Customary Law and the Protection of Folklore*, UNESCO Copyright Bulletin, April-June 2002, at 10.

習慣法於非洲國家脫離殖民地紛紛獨立後於立法制度中之地位，出現幾種模式，英語系國家保留許多殖民地時代創造的雙重立法結構，但努力改革，修改習慣法。法語系國家和葡萄牙語系國家則繼續進行反種族隔離之運動，努力將習慣法納入一般法。惟無論採取何種模式，沒有一個非洲國家完全漠視或禁止習慣法，亦即習慣法儘管因管轄不同，而致實施之程度有所區別，但皆繼續得到承認，且產生效力¹¹⁸。

3. 習慣法對民俗創作之保護

傳統社會的首領或長者，透過習慣法的執行機制，對商業利用民俗創作產生之不利結果，進行懲罰，且經由兩種形式，第一種為被完整保存但未被殖民政府或獨立後政府正式承認，由首領或長者做出非法定判決之制度，第二種為由國家司法機構確定，並適用習慣法的機制。

(1) 非法定判決制度

非洲習慣法下的非法定判決制度，因其社會組織是否集權而有所不同，於權力集中的社會組織，爭議通常向血緣家族的中立長者投訴，如涉及兩個氏族的爭議，則請第三個氏族的長者出面解決。於權力不集中的社會組織，爭議的解決端賴部落中具有世襲資歷氏族長者的權威解決。習慣法下的司法程序，敗訴的一方將受到責難或罰款，累犯者可能遭到放逐或驅逐出其所在的部落。由於不履行判決可能對家庭和族群造成影響，故執行判決的壓力也會來自家庭成員、朋友和族群的其他成員。

(2) 習慣法的適用

① 對習慣法的確定：

非洲一般為通過傳喚熟悉本地習慣的證人驗證習慣法，此種驗證可能由首領、語言學家、審查員或其他有資格作為習慣法專家的人進行，或透過法律權威承認之圖書、手稿，法令、公告或判例亦可作為驗證習慣法之依據。

② 習慣法的有效性

習慣法的有效性前提為不違背公正、公平及誠信原則；不與現行有效之法律直接或間接衝突。由於沒有對衝突條款為詳細規定，所以某些法院認為，該法律條款目的是使野蠻或不文明之習慣無效，例如在 *Re Effiong Okon Ata* 案例中，法院判決奴隸死亡後其生前主人有權管理其個人財產之習慣，與公正、公平原則相違

¹¹⁸ *Id.* at 10-11.

背¹¹⁹。

4.以習慣法保護民俗創作面臨的問題

(1) 在非法定的判決制度下

由於未經許可使用民俗創作者大都為外國人，本即欠缺對族群文化之尊重，且這些外國人一般皆在族群以外之地域使用民俗創作，並不畏懼族群用以保護民俗創作之懲罰，且部族長老對其亦失去管轄權。另集體所有觀念已被個人私有概念及營利性生產概念所取代，人們都熱衷於汲取私利，習慣法對傳統社會之規範強度日漸衰退，此乃為何某些當地族人，刻正成為未經許可轉讓民俗創作之參與者。

(2) 普通法院與法定習慣法院

由於習慣法的保護期間是無期限的，而智慧財產權的保護期間則是有限的，兩者的法律架構許多並不一致。如果用智慧財產權的概念，作為評定是否抵觸習慣法的標準，顯然直接否定民俗創作之權利，且與非洲各國政府於歷史上即承認習慣法，並將其納入法律體系之本意相違。

又普通法院與法定習慣法院的有效性都侷限於管轄的範圍，且習慣法院的管轄權不包括接受西方生活方式之當地人，兩種法院對人的管轄都有漏洞。又非洲的國界是在殖民主義時代劃分的，常常將有些部落一分為二，因此，當有行為人跨越國界，投奔鄰國的同族時，法院根本無法管轄。

習慣法在現代立法制度中不斷弱化，造成其作為保護民俗創作的方法也失去其有效性，習慣法弱化之原因包括 1.政府缺乏對習慣法院的承認。2. 習慣法沒有法典化，相較之下總認為西方的法律更高級。3.教育機構放棄習慣法之教學。4.習慣法的非成文特性也是造成確定困難與執行困難的主因，由於習慣法是世代口頭傳承，含有一定的誤差，使其不可能達到西方法律概念追求之清晰及精準之要求。法定習慣法院法官，根據其個人的知識適用規定也是危險的，因為可能會錯誤地反映特殊地方的習慣。使用證人時，由於偏見等因素，可能產生所陳述的是其想像的東西，而不是實際發生之情事。故依靠族群長老對習慣法之解釋，就可能會出現準確性之問題，因為長老既行使行政權，又行使司法權，很難瞭解他所解釋之習慣，是自己的看法或反應客觀實際的習慣¹²⁰。

¹¹⁹ As one court noted, “The Court cannot itself transform a barbarous custom into a milder one. If it still stands in its barbarous character it must be rejected as repugnant to natural justice, equity and good conscience.” See *Eshugbayi Eleko v. Officer Administering the Government of Nigeria*, Appeal Cases, 662, 673(1931).

¹²⁰ Kuruk, *supra* note 117, at 21-23.

4.2.2 不公平競爭 (unfair competition) /反消費者欺騙 (anti-consumer deception)

主要藉此規範商業交易上假冒 (passing off) 或引人錯誤 (misleading) 之表示或表徵，意圖獲取不當得利 (unjust enrichment) 及不合法的商業利益 (undue commercial advantage) 之行爲。例如澳洲於 2003 年即曾發生某公司以非澳洲原住民手繪或手刻之紀念品，卻在其上標示”原住民藝術” (aboriginal art) 或”真品” (authentic)，此舉已使消費者混淆誤認爲原住民手繪或手刻之藝術品。美國 1990 「印地安藝術品及手工藝品法」 (Indian Arts and Crafts Act, 1990¹²¹) 係有關廣告須真實之法律，禁止於美國境內行銷印地安藝術品及手工藝產品時爲歪曲印地安之描述，例如銷售任何藝術品或手工藝產品時，不得虛偽標示印地安生產、印地安產品或係特別印地安或印地安部落等。另 1982 示範條款第 6 條亦規範如有引人錯誤，構成不公平競爭之行爲，應受刑事制裁¹²²。

我國於公平交易法第 20 條規範仿冒行爲之禁止，第 21 條則禁止虛偽不實記載或廣告¹²³。

4.2.3 一般的民事責任及其他救濟

1. 契約及授權之使用：

(1) 1982 示範條款第 3 條即規定，對民俗創作所進行之下列利用，應獲得主管機關之授權。

(2) 1986 塞內加爾著作權法亦規定民俗創作的某些使用形式，應事先獲得塞內加爾著作權之授權。

(3) 1992 奈及利亞著作權法第 29 條規定，任何人未經奈及利亞著作權委員會同意，以非法方式使用民俗創作，應負民事損害賠償責任。

(4) 2002 南太平洋國家模範法亦規定民俗創作的某些使用形式，應事先通知並獲得傳統所有人之同意。

其他 2001 巴拿馬法第 5 條 (Rules for Use of Collective Rights, Decree, No.12, 2001) 及 1994 突尼西亞著作權法亦有相同須事先獲得授權之規定¹²⁴。

2. 信託 (trust) 責任：

¹²¹ Public Law 101-644.

¹²² See WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4, Annex I, at 12-13.

¹²³ 我國公平交易法第 20 條第 1 項第 2 款規定：「以相關事業或消費者所普遍認知之他人姓名、商號或公司名稱、標章或其他表示他人營業、服務之表徵，爲相同或類似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆者。」，第 21 條 1 項規定：「事業不得在商品或其廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於商品之價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地等，爲虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。」。

¹²⁴ WIPO, *supra* note 122, at 9-10.

澳洲法院在一案例認為原住民藝術家對它所屬之社群，負有受託人之義務，此受託人責任之存在，可以由當有人欲延伸某些社群所有權形式時，會要求作品之著作所有人須執行其權利，以保護其所屬社群免受文化傷害¹²⁵。「信託」依我國信託法第 1 條規定，係指受託人將財產權移轉或為其他處分，使受託人依信託本旨為受益人之利益或為特定之目的，管理或處分信託財產之關係，惟依同法第 2 條規定，信託除法律另有規定外，應以契約或遺囑為之。原住民藝術家與其所屬之社群間，是否存有信託契約關係，須由主張信託關係之人負舉證責任。

3.給與稅負津貼(allowance)或稅負免除(exemption)：

亦為保護民俗創作之另一種方式，匈牙利即同時採此方式¹²⁶。

4.2.4 刑事責任

對某些被視為刑事違法的行為、不行為，採刑罰制裁方式，例如：

1. 1982 年示範條款第 6 (1) 條規定，對於故意或過失未獲得授權者、未註明來源者；故意欺瞞他人有關民俗創作之源起者；故意直接或間接以有損於民俗創作源起國家或族群之名譽、尊嚴與文化之方式曲解民俗創作者。
2. 2002 年南太平洋國家模範法於第 26 條對關於傳統文化權違法行為，如果
 - (1) 對傳統知識或民俗創作（不管該使用是否為商業性質）為非習慣上使用的人；
 - (2) 傳統所有者對該使用未給予其事先告知的同意；違反者應處某金額（由各立法國家決定）以下之罰金或處某年（由各立法國家決定）以下之有期徒刑，或兩者併科。

其他於第 27 條就有關人格權之侵害，第 28 條就有關神聖秘密素材之侵害，第 29 條就有關進口及出口之侵害，皆有刑事處罰規定¹²⁷。

4.3 以其他新興權利或其他形式之保護

4.3.1 認定為重要文化遺產，並指定守護者進行傳承：

1. 此以日本、韓國為代表，日本「文化財保護法」是日本有關文化財保護完整之立法，昭和 29 年（1954 年）修正：(1) 新設管理重要文化財的團體制度。(2)

¹²⁵ See WIPO/GRTKF/IC/3/10, Annex I, at 30.

¹²⁶ *Id.*, at 36.

¹²⁷ WIPO, *supra* note 122, at 13.

創設對無形文化財的指定制度。(3) 獨立出民俗資料的保護制度。(4) 擴充埋藏文化財的保護制度。昭和 50 年又進行一次主要修正：(1) 充實民俗文化財的制度，如指定重要無形文化財與有形文化財等。(2) 加強埋藏文化財的相關制度。(3) 對傳統建築物群，新設「保存地區」制度，如部落、鄉里或街道。(4) 對文化財保存技術，新設保護制度。(5) 提昇地方公共團體的文化財保護行政體制。平成 8 年（1996 年）又做出修正，主要為：(1) 導入文化財的「登錄制度」。(2) 明定「指定都市」等的權限委任及市町村的職務分擔。(3) 簡化相關手續，促進文化財的活用、公開與國際交流¹²⁸。這是對民俗創作進行保護的核心，惟須先進行民俗創作的普查，根據歷史、文化價值選定具有重要歷史、文化價值或瀕臨消失之民俗創作作為重要的文化遺產進行保護，並培養傳承人。聯合國教科文組織目前進行的「人類口述和非物質文化遺產代表作名錄」，項目包括文化空間、傳統知識與技術、口頭傳說與表述、表演藝術、傳統音樂、宗教儀式與節慶，如被認定為人類口述和非物質文化遺產，則提供法律保護和財政幫助。

2. 我國為鼓勵民俗創作的保護與傳承，於 1985 年 11 月由教育部依據文化資產保存法第 42 條訂定「重要民族藝術藝師遴聘辦法」¹²⁹，對於長期從事重要民族藝術工作，具有卓越技藝者，經審議合格後，頒發「藝師」證書，彰顯其終身榮譽，為無給職。另亦設立「民族藝術薪傳獎」，自 74 年至 83 年間教育部民族藝術薪傳獎歷屆傳統工藝類獲獎人作品包括竹器、木雕、燈籠、交趾陶、石灣陶、漆器、油紙傘、粧佛、陶瓷、銅鑼製作、中國傳統製墨、神像雕刻、宗教建築、錫器、硯雕、漆雕、籐竹器、木器、剪紙、捏麵彩繪、編織、古蹟修復、民間彩繪、竹編、寺廟彩繪、傳統彩繪等工藝作品三十餘件，對弘藝傳薪凝聚民族情感有莫大之助益。教育部於民國 78 年¹³⁰及 87 年曾兩次遴選「重要民族藝術藝師」，共選出 13 位民族藝術藝師，包含工藝、音樂及戲曲等類別，然而這些人間國寶逐漸隱逝，目前僅存 5 位藝師仍繼續為傳統藝術的薪傳努力推廣，顯見保護傳統藝術的工作稍縱即逝，如同與時間競賽，實刻不容緩。

4.3.2 以信託基金資助民俗創作的傳承及弘揚：

如歐美等國，以英國為例，民間組織在英國歷史遺產的保護工作上，發揮了重要作用，依其成立目的可概分為兩大類別：

¹²⁸ 「日本文化資產保存法規與制度」，詳行政院文化建設委員會網站，<http://www.cca.gov.tw/law/eajflaw3.htm>, last visited on May 22, 2006.

¹²⁹ 「重要民族藝術藝師遴聘辦法」於 1987 年 7 月教育部修正發布全文計九條。

¹³⁰ 1989 年第 1 屆遴選出之民族藝術藝師計有：李天祿（布袋戲）、黃龜理（寺廟雕刻）、李祥石（南管戲劇）、李松林（木刻浮雕）、侯佑宗（平劇鑼鼓）、孫毓芹（古琴琴師）、張德成（皮影戲）等 7 位，迄今皆已作古。1994 年第 2 屆民族藝術藝師計有：林再興（交趾陶）、廖瓊枝（歌仔戲）、陳火慶（漆藝）、黃塗山（竹編）、林金倉（交趾陶）、黃海岱（布袋戲）。

1.為執行維護工作為目的：

(1) 國民信託：此為英國目前最大之民間公益團體和歷史遺產維護組織，全名為「歷史遺跡和自然景觀國民信託」(The National Trust for Places of Historical Interest or Natural Beauty)，於 1997 年有會員 350 萬人，義工 35,000 人。(2) 蘇格蘭國民信託 (The National Trust for Scotland)：為一政府註冊之蘇格蘭公益團體，贊助會員有 23 萬人，目的為保護蘇格蘭的歷史遺產及自然景觀，在其保護下之遺產超過 100 處，包含古堡、房屋、花園、歷史遺址、戰場、島嶼、鄉村景點、瀑布、海岸、蘇格蘭名人出生地和特殊建築物。另尚有 (3) 地標信託 (Landmark Trust)。(4) 朝聖者信託 (The Pilgrim Trust)。(5) 建築遺產信託 (The Architectural Heritage)。

2.為執行遊說工作為目的：

市民信託 (Civic Trust) 贊助會員有 33 萬人、英國考古評議會 (Council for British Archaeology)、古代遺跡學會 (Ancient Monument Society) 等。英國歷史遺產保護優點為：管理體制權責清楚、歷史遺產與城鄉規劃密切配合、民間力量的發揮、彩券基金的妥善運用、市場行銷的經營方式、保存科技的發達¹³¹，其中歷史遺產與城鄉規劃密切配合正是我國古蹟保存亟待加強之處，另有效利用民間資源、鼓勵民眾參與、分配運用公益彩券盈餘，皆是值得我國借鏡之處。惟此保護方式對民俗資源豐富，財務卻捉襟見肘之非洲等發展中國家而言，似乎陳義過高，很難採用。

4.3.3 發展文化生態保護，建設生態博物館：

如北歐、加拿大等國，選定文化生態保存較完整的的地區，作為文化生態保護區，將民俗創作（包括文化遺產、自然景觀、建築、可移動的文物、傳統民俗等具有保存價值的文化生態），原地保存於所屬族群或環境，使之成為「活文化」的展示，既可達成保護及宣揚民俗創作的目的，又可促進觀光產業，提昇族群的經濟收入。惟應明確規範保護區的管理方式、區內居民的權利義務及破壞文化生態者應承擔的法律責任。

我國為保存、維護原住民固有文化，提供學術研究及交流，發展社會教育暨配合觀光事業之發展，於 1987 年 7 月於屏東縣瑪家鄉「富谷灣」設置山地文化村，2002 年更名為「行政院原住民族委員會文化園區管理局」¹³²，全園區面積 82.65

¹³¹ 「英國文化資產保存法規與制度」，詳行政院文化建設委員會網站，<http://www.cca.gov.tw/law/eajflaw1.htm>, last visited on May 22, 2006.

¹³² 「台灣山地文化園區」係依照台灣省政府 65 年施政綱要，由省政府民政廳訂定計劃選定並在屏東縣瑪家鄉「富谷灣」設置山地文化村，並於 69 年委託中央研究院民族研究所完成整體規劃，規劃範圍達 82.65 公頃，涵蓋本省九族原住民文化，並確定名稱為「台灣山地文化園區」，

公頃，分為迎賓區（有工藝館、文物陳列館、特展室）、塔瑪路灣北區（展示卑南族、阿美族、雅美族文化生態）、塔瑪路灣南區（展示泰雅族、賽夏族文化生態）、娜麓灣區（設有劇場、歌舞場、原住民生活形態展示館）、富谷灣北區（展示排灣族、魯凱族文化生態）、富谷灣南區（展示布農族、鄒族文化生態）。

另我國有鑒於社會變遷快速，傳統藝術面臨後繼無人之窘境，於 2002 年 1 月在宜蘭縣五結鄉正式成立「國立傳統藝術中心」，定位為文建會附屬機構，進行各項傳統藝術之調查、採集、整理以及技能之保存活動，成為統籌全國性傳統藝術相關業務的專責機構。

4.3.4 設立專門場所，以集中培養傳統手工藝人才：

如印度、埃及等國，採此方式。我國自 1995 年起於台中縣和平鄉南勢村亦設有「原住民技藝研習中心」¹³³，現隸屬於行政院原住民委員會，雖然原住民至該中心研習之技藝不限於文化事業，亦包括農、林、漁、牧等聚落經濟之技藝，惟就文物方面其設有「傳統技藝師資班」，以師徒相傳方式，培育原住民習得傳統技藝，並予協助推廣；另設有「專業經營管理訓練班」，培養原住民熟悉傳統技藝（如木雕、石雕、製陶等）及現代技術（有關美工、行銷及經營管理），使其兼備經營管理才能，並能開創及推廣原住民新型事業。使該中心成為具有原住民特色研習觀摩場所，長期目標希望發展為原住民族技藝學院¹³⁴。

4.3.5 制定保護專項藝術的法規：

如阿根廷專門制定保護探戈藝術法律¹³⁵，中國大陸的「中華人民共和國水下文物保護管理條例」及建議制定「中華人民共和國古民居保護條例」¹³⁶，我國目前並無制定保護專項藝術的法規，亦可考慮由文建會對瀕臨消失的專項藝術進行保護法律的制定。

於 75 年 11 月 15 日奉准正式成立管理處，並於 76 年 7 月 18 日正式對外開放。83 年 11 月 18 日奉省政府令修正名稱為「台灣原住民文化園區管理處」。91 年更名為「行政院原住民族委員會文化園區管理局」至今，詳行政院原住民族委員會文化園區管理局網頁，<http://www.tacp.gov.tw>, last visited on May 22, 2006.

¹³³ 台灣原住民保留地總面積約 25 萬餘公頃，其中宜林面積占 75% 左右，餘為宜農牧或其他用地，目前原住民大多仍以農業收入為主，然而原住民居住地區受自然環境、經濟行為影響，生活、經濟情況及各項農林產業，均處於劣勢狀態，再加上原住民農林知識技能欠缺，始終無法突破傳統耕作經營模式，故設立該中心培養原住民生產具原住民地區特色的文物及農、林、漁、牧等產物之技藝。詳行政院原住民族委員會原住民技藝研習中心網頁，<http://www.apc.gov.tw>, last visited on May 22, 2006.

¹³⁴ 行政院原住民族委員會，原住民技藝研習中心網頁，<http://www.apc.gov.tw>, last visited on May 22, 2006.

¹³⁵ 王鶴云，〈保護民族民間文化的立法模式思索〉，鄭成思主編：《知識產權文叢 第八卷》第八卷，北京：中國方正出版社，2002 年 11 月，頁 181-185。

¹³⁶ 關於〈中國古民居保護立法的建議案〉，中國政協九屆一次會議提案第 0513 號，<http://china.sina.com.tw/cul/s/2003-03-04/29779.html>, last visited on May 22, 2006.

五、民俗創作相關主體之法律地位

5.1 創作之群體

「世界人權宣言」和「經濟、社會、文化權利國際公約」將智慧財產權視為一種人權，「聯合國關於土著居民權利宣言草案」進一步承認有關群體對傳統文化擁有智慧財產權。「關於原住民權利美洲國家宣言的建議」承認原住民有權集體行動，獲得與文化藝術遺產相關的智慧財產權的所有權與控制權。另「保護民俗創作以對抗不法利用與其他損害行為之法律示範條款」（以下簡稱「示範條款」），建議各國採納民俗創作集體著作權的觀念，「示範條款」給予民俗創作智慧財產權的保護，無論其創作係由個人或群體所完成。保護擴及未以書面及最後形式的更新，亦即包括繼續創作的更新，保障各群體祇要不斷更新，即能掌握民俗創作最新形式的專有權¹³⁷。

5.1.1 共同著作

依我國著作權法第 8 條規定：「二人以上共同完成之著作，其各人之創作不能分離利用者，為共同著作。」，依我國法院實務見解，共同著作之要件有三：（1）須二人以上共同創作（2）須創作之際有共同關係（3）須著作為單一之形態，致無法將各人創作部分予以分割而為個別之利用。共同著作不以著作人間有意思聯絡為必要，且不須同時完成，民俗創作由於多為代代相傳，大部分為不同時期的人所完成，應較符合共同著作之類型，惟較易發生的問題為因流傳年代久遠，致共同創作之著作人身分難以確定，更遑論如何行使著作人格權或著作財產權。按我國著作權法對共同著作著作人格權之行使於第 19 條規定：「共同著作的著作人格權，非經著作人全體同意，不得行使之。各著作人無正當理由者不得拒絕同意。共同著作之著作人，得於著作人中選定代表人行使著作人格權。」；而共同著作著作財產權之行使，則於同法第 40 條規定：「共同著作各著作人之應有部分，依共同著作人間之約定定之；無約定者，依各著作人參與創作之程度定之。各著作人參與創作之程度不明時，推定為均等。共同著作之著作人拋棄其應有部分者，其應有部分由其他共同著作人依其應有部分之比例分享之。前項規定，於共同著作之著作人死亡無繼承人或消滅後無承受人者，準用之。」，同法第 40 條之 1 則規定：「共有之著作財產權，非經著作財產權人全體同意，不得行使之；各著作財產權人非經其他共有著作財產權人之同意，不得以其應有部分讓與他人或為他人設定質權。各著作財產權人，無正當理由者，不得拒絕同意。共有著作財產權人，得於著作財產權人中選定代表人行使著作財產權。對於代表人之代表權所加限制，不得對抗善意第三人。前條第二項及第三項規定，於共有著作財產權準用

¹³⁷ 楊勇勝，〈論民間文學藝術作品的權利主體〉，《浙江師範大學學報》（社會科學版），2004 年第 1 期，頁 43。

之。」，雖有選定代表人制度來行使共同著作之著作人格權或著作財產權，惟前提仍需著作人全體同意，否則代表人無從行使，此對民俗創作之共同著作人常有無法確定之情事，若要有效行使著作人格權或著作財產權，實有相當的困難。

5.1.2 結合著作

結合著作乃是指多數人爲共同利用之目的，將其著作互相結合者。該結合之多數著作於創作之際並無共同關係，各著作間復可爲獨立分離而個別利用¹³⁸。德國著作權法第 9 條規定：「多數著作人爲共同利用之目的，將其著作相互爲結合者，各著作人如依誠實信用原則可期待其他著作人爲允許時，得向他人請求爲結合著作之公開發表、利用及變更之允許。」，著作權法並未對結合著作之著作人內部關係有任何規定，解釋上個別著作之著作人獨立享有完整著作權，其間之權利義務依雙方之契約定之¹³⁹。惟民俗創作亦常有爲共同利用之目的，將不同著作相互結合之情事，例如結合語文著作、音樂著作及戲劇、舞蹈著作，而完成一場族群的重要祭典，如賽夏族的矮靈祭、排灣族的豐年祭等。惟結合著作中各著作於獨立分離時，皆爲完整的著作，各享有獨立的著作權。就結合著作著作人內部關係，欲期待民俗創作的創作人，自行約定彼此間之權利義務，在法律專業上顯然力有未逮，可能須透過主管機關如行政院文化建設委員會或原住民族委員會的行政介入，主動制定相關的定型化契約條款，供民俗創作的群體利用，較能有效解決可能的權利爭議。



5.2 傳承者

當傳承者爲個人時包括民俗創作的口述人、表演人等，亦有學者認爲傳承者尙包括家庭、社會組織及國家，惟上述組織亦爲個人所組成，應可回歸創作之群體進行探討。傳承者能否取得民俗創作的著作權，端視其有無於傳承過程中對民俗創作進行具有加工、修改等獨創性的創作。

5.3 發現者

民俗創作的發現者可能於發現過程中付出相當的心力與金錢，始能及時發現並搶救瀕臨失傳的民俗創作，此對民俗創作的保存具有一定的貢獻，理應得到社會、國家的認同與回饋，惟此認同與回饋可以行政上的鼓勵（如頒獎）或金錢回饋，不宜破壞法制，逕行賦予發現者著作權；因爲如果發現者在發現過程中，並未對原始、零散民俗創作進行記錄、整理等創造性的心力付出，而僅係發現，自

¹³⁸ 羅明通，前揭註 70，頁 234。

¹³⁹ 蔡明誠，〈結合著作與契約目的讓與理論－評最高法院 86 年台上字第 763 號民事判決〉，《資訊法務透析》，1997 年 7 月，頁 21。

不宜成爲著作權之主體，而賦予其享有著作權之權能¹⁴⁰。

5.4 記錄、收集者

一般收集、記錄（田野調查）民俗創作的的基本要求，即係忠於原作，客觀及忠實地記錄其內容及表現形式，民俗創作者所口述或歌唱之內容及表現形式，記錄者原則上祇能忠實記錄，不能隨意修改，故在民俗創作的文字化與有形化過程中，收集、記錄並非創作性行爲，收集、記錄者不是民俗創作的創作者，民俗創作的主體仍應爲創作之群體。民俗創作雖可能由記錄者代爲公開發表，但公開發表權爲著作人格權之一，原則專屬於著作人本身，不得讓與¹⁴¹。收集、記錄者欲將收集、記錄之民俗創作公開發表，依法必須取得民俗創作著作權人之同意，亦不享有著作權法之姓名表示權。¹⁴²但瀕臨失傳之民俗創作，若非收集、記錄者翻山越嶺、費盡心機的收集、記錄，民俗創作實難完整地保存，故收集、記錄者對民俗創作之保存具有重大貢獻，實無庸置疑；因此塞內加爾著作權法規定，縱然僅是收集民俗創作，而對民俗創作無改編或創作之行爲，就使用人所給付之權利金中 50% 仍應給收集者，其他 50% 始歸屬塞內加爾著作權局。

5.5 編輯、整理者

依我國著作權法第 7 條規定：「就資料之選擇及編排具有創作性者爲編輯著作，以獨立之著作保護之。編輯著作之保護，對其所收編著作之著作權不生影響。」，民俗創作案例常會涉及記錄整理者之法律地位，所謂記錄整理包括對傳承人之口述、表演等，進行書面、錄音、錄影等記錄整理，記錄整理者就欲進行記錄整理之民俗創作領域，若無豐富之專業學術，常無以爲之，例如國內音樂學者許常惠對原住民族音樂長期所作之田野調查與採集，故編輯者就民俗創作之選擇及編排常具有創作性，則其記錄整理後之作品，可能爲記錄整理者在傳承人口述作品上之編輯著作。如果記錄整理者僅係將著作爲形式上之轉換，例如將口述轉化爲書面文字，則應視爲祇是對口述作品進行重製，即無創作性。

5.6 改作者

我國著作權法第 6 條規定「就原著作改作之創作為衍生著作，以獨立之著作保護之。衍生著作之保護，對原著作之著作權不生影響。」，改作是在原著作的基礎上加入獨自創作而衍生新的著作，故又稱「第二次著作」或「衍生著作」。例如將原住民傳說故事改編爲戲劇，或將中文之傳說故事譯爲英文，或在傳統民俗創

¹⁴⁰ 楊勇勝，前揭註 137，頁 43。

¹⁴¹ 我國著作權法第 21 條規定：「著作人格權專屬於著作人本身，不得讓與或繼承。」。

¹⁴² 楊勇勝，前揭註 137，頁 44。

作歌曲中加入流行音樂的元素，改作者於改作過程中，既要保留民俗創作原有的內容與風格，另亦須將自己的創作風格融入其中，而形成獨立之著作，依法受著作權法之保護。

惟未經原著作財產權人授權而改作，改作之著作是否受著作權法之保護，我國著作權主管機關前內政部著作權委員會與司法實務見解不一，內政部著作權委員會認為改作人為改作時，無論原著作是否受我國著作權法保護，改作人既對原著作另有創作行為，依現行法規定，其改作既有創意，該改作著作自應受著作權法之保護。司法實務則採相反見解，認為改作人未得原著作財產權人授權而改作者，無論該原著作是否受我國著作權法保護，該改作之作品均不得受我國著作權法保護，學者羅明通亦贊同實務見解¹⁴³。日本著作權法則認為改作著作縱未經原著作財產權人授權，亦受著作權之保護。美國著作權法第 103 條 (a) 項但書明定：「著作之保護不及於非法使用他人有著作權的部分」¹⁴⁴，伯恩公約第 2 條第 3 項規定：「翻譯、改作、音樂之改編及其他文學或藝術著作之改變以獨立之著作保護之，但不得有害於原著作之著作權。」¹⁴⁵，所謂「不得有害於原著作之著作權」，依 WIPO 在 1978 年出版之「伯恩公約指南」解釋，係指：除非在改作時所使用之著作屬於公共領域，否則任何翻譯、改作、改編或改變著作內容者，均須獲原著作權人之同意¹⁴⁶。

另就已成為公共財產之著作（例如某些民俗創作）或不受我國著作權法保護之外國著作為改作，依美國法、日本法及伯恩公約之解釋，改作後之衍生著作是否受保護，均不以已成為公共財產之原著作權人同意為必要，我國著作權法亦宜作同一解釋，始符著作權法立法之意旨¹⁴⁷。

5.7 再創作者：

我國著作權法第 10 條之 1 規定：「依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」，藝術再創作者，倘受民俗創作啟發而進行創作，於創作過程中雖然

¹⁴³ 羅明通，前揭註 70，頁 217-222。

¹⁴⁴ §103 (a) provides “The subject of matter of copyright as specified by section 102 includes compilations and derivative works, but protection for a work employing preexisting material in which copyright subsists does not extend to any part of the work in which such material has been used unlawfully.”

¹⁴⁵ 伯恩公約第 2 條第 3 項原文為 “Translations, adaptations, arrangements of music and other alterations of a literary or artistic work shall be protected as original works without prejudice to the copyright in the original work.”

¹⁴⁶ 其原文為 “Of course, the protection that these works enjoy is without prejudice to the copyright in the originals: in other words, in order to translate, adapt, arrange or alter a protected work, the consent of the author is needed. Unless, of course, the work is in the public domain”, see WIPO, Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 1978, p.19.para.2.16.

¹⁴⁷ 羅明通，前揭註 70，頁 222。

借用民俗創作的某些表現手法或特殊風格，例如於現代服飾設計中，採用民俗創作的某些創意；或於現代建築設計中融入民間建築特殊風格。惟於此民俗創作僅係藝術再創作者其所表達之思想，再創作者之創作成果為其著作之表達方式，依法享有完全之著作權，按民俗創作為一豐富的藝術寶藏，為各國現代文學藝術創作者汲取靈感與創意的資料庫，法律自應給予此種創作自由發揮空間。

5.8 傳播者

民俗創作若能利用現代科技大量印刷複製，或透過網路向社會公開傳播，更能維繫其生命力，展現其獨特的文化人類學價值，亦可能為其帶來豐厚的經濟利益，藉以進一步帶動民俗創作日後的創新與繁榮，否則在社會結構改變及文化全球化的衝擊下，民俗創作於其原生環境可能面臨後繼無人日漸凋零之窘境，故如出版商、表演人、錄音、錄影、有線、無線、廣播等傳播業者於民俗創作的延續扮演著重要角色。原則上表演人、錄音物之製作人及廣播機構等傳播者在一定期限內因進行表演、錄製或播送作品之活動依法享有鄰接權（Neighboring right），鄰接權人所重製或傳播之著作，縱使民俗創作之著作財產權已逾保護期間，但表演人、製作人或廣播機構仍不得侵害原著作人之著作人格權。亦即某些民俗創作之著作財產權縱已不受保護，任何人均得重新錄製或公開表演，但仍需署名原作者姓名及不得為歪曲、竄改原著作致有損原著作人名譽之行爲。

5.9 群體代表與民間組織

如前所述民俗創作之特性即為世代相傳，經過無數人加工、修改與添加，逐步成為群體內廣為流傳之民俗創作，惟在流傳過程中，原創者之創意，可能被族群的共同創意所取代，因此該創作已成為族群的共同著作，依法共同著作權利之行使，須經全體著作權人之同意，常有權利人各說各話難以統合之情事，故有設立群體代表或委託民間組織執行之必要，我國「原住民族傳統智慧創作保護條例」草案第 6 條第 2 項規定：「前項申請人以原住民族或部落為限，並應選任代表人為之；其代表人之選任辦法，由主管機關定之。」。

某些偏遠地區之群體代表，可能缺乏足夠的法律專業來為群體謀取應有之權益，故有委託專業民間組織進行民俗創作搶救、收集、整理、保護，民俗藝人的普查，民俗創作的文字化、資訊化，出版民俗創作相關研究論文，透過民俗創作的推廣，逐步從中獲取利益，讓群體在經濟上有自我管理民俗創作的的能力，並能與其他國家保護民俗創作相關組織展開合作交流。

5.10 國家及國家授權部門

由於民俗創作的權利主體究竟為誰，向來存在許多爭議，故有某些國家提出「國家」做為政治與法律之實體，且為國內全部族群之總代表，自宜為民俗創作的權利主體，由國家授權行政部門具體行使權利，例如突尼西亞「文學藝術產權法」第 6 條規定，民間藝術屬於國家遺產，任何以營利為目的之使用都應經過國家文化部的允許，民間作品的全部或部分著作權移轉，須經國家文化部的特別許可。摩洛哥著作權法第 7 條規定，民間傳說作品的確定與使用須徵得摩洛哥著作權局的授權，並且要繳納版稅¹⁴⁸。迦納著作權法第 5 條規定：「迦納的民俗創作受著作權法保護。屬於本法範疇之作者對上述民俗創作的權利將授權予迦納共和國，因為迦納共和國是民俗創作的原創者」，迦納著作權協會即是國家授權管理迦納在國外作品的唯一機構¹⁴⁹。

我國「原住民族傳統智慧創作保護條例」草案第 7 條第 3 項規定：「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。」，由於該條例僅規範原住民族之民俗創作，並未擴及其他漢族、客家等族群，故其就智慧創作不能認定屬於那一原住民族或部落時，擬制由全部原住民族取得民俗創作之專用權，自屬合理。另由我國「國有財產法」第 2 條規定：「國家依據法律規定，或基於權力行使，或由於預算支出，或由於接受捐贈所取得之財產，為國有財產。凡不屬於私有或地方所有之財產，除法律另有規定外，均應視為國有財產。」，同法第 3 條¹⁵⁰第 1 項第 4 款亦謂，依前條取得之國有財產，其範圍包括「權利」：指地上權、地役權、典權、抵押權、礦業權、漁業權、專利權、著作權、商標權及其他財產上之權利。」，故我國於民國 58 年制定之「國有財產法」，當時即已規範倘著作權等財產上之權利，不屬於私有或地方所有之財產時，均應視為國有財產，由財政部國有財產局負責保管、使用、收益及處分。

迦納著作權局前局長阿梅加切爾（Amegatcher）認同民俗創作是某個部落之集體財產，依集體財產之性質，所有該部落之成員都有權享有民俗創作帶來的利益，但是在個人主義膨脹的今日，部落如何保護及行使著作權是個棘手的問題，相關的群體或部落等傳統機構恐難以勝任，有必要依照「示範條款」第 9 條規定建立主管機關之機制。在「亞·安蓬薩」（Yaa Amponsah）案例中，迦納著作權局代表迦

¹⁴⁸ 轉引自楊勇勝，前揭註 137，頁 45。

¹⁴⁹ Amegatcher, *supra* note 11, at 36.

¹⁵⁰ 我國於民國 58 年 1 月制定、92 年 2 月 6 日修正公布之「國有財產法」第 3 條規定：「依前條取得之國有財產，其範圍如左：

- 一、不動產：指土地及其改良物暨天然資源。
 - 二、動產：指機械及設備、交通運輸及設備，暨其他雜項設備。
 - 三、有價證券：指國家所有之股份或股票及債券。
 - 四、權利：指地上權、地役權、典權、抵押權、礦業權、漁業權、專利權、著作權、商標權及其他財產上之權利。
- 前項第二款財產之詳細分類，依照行政院規定辦理。」。

納政府與美國紐約的保爾.西蒙（Paul Simon）音樂公司簽訂契約，有償授權其使用迦納民歌”亞.安蓬薩”，以使保爾.西蒙在其”聲音的精靈”（Spirit of Voices）專輯中使用這首民歌¹⁵¹。



¹⁵¹ Amegatcher, *supra* note 11, at 35.



六、國際公約及地區性條約對民俗創作之保護

6.1 伯恩公約 (The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)

1886 年通過，1967 年於斯德哥爾摩 (Stockholm) 外交會議討論修正伯恩公約，印度代表首先提出民俗創作應以著作權法中的文學和藝術作品加以保護，此項提議雖獲得極大回應，也引發不少質疑：

- (1) 民俗創作作者不明，無法確定誰為受保護主體；
- (2) 民俗創作雖具有顯著的特殊性，但恐難符合著作權的原創性要求；
- (3) 民俗創作通常年代久遠，難以查考創作的確切時間，恐難符合著作權有保護期間之限制；
- (4) 著作權保護客體，原則上以文學、美術、舞蹈等滿足精神上美感作用為主的作品，儀式祭典、神話應非著作權保護之客體。

因此伯恩公約祇能於第 15 條 (4) (a)¹⁵²對不能確定誰是作者，但可推定確實屬於某個族群或某個族群所產生的作品，國家可立法授權給適當的機構，代表作者去行使權利，實則伯恩公約完全未提及「民俗」一詞，對開發中國家要求毫無助益，因此許多國家便透過國內法自行訂定有關民俗創作的保護法規¹⁵³。

6.2 班吉協定 (Bangui Agreement of OAPI (as amended in 1999) Annex VII, Title I (copyright and related rights))¹⁵⁴

班吉協定為 1977 年 3 月 2 日非洲智慧財產權組織 (African Intellectual Property Organization, 簡稱 OAPI) 制定之全面保護工業財產權和著作權之地區性公約，於 1982 年 2 月生效，1999 年 2 月曾經修改，現有 16 個會員國，涵括的領域包括專利、商標、工業設計、商號名稱、地理標示、文學藝術作品、植物新品種、積體電路布局、不公平競爭等，其附件七就是關於「文學與藝術財產」(literary and artistic property) 之規定，包括著作權、鄰接權及文化遺產，被認為係世界上第一部跨國著作權法，其規定權利人之權利種類及權利之具體行使方式，大多數規定為對成員國提出明確要求，而不僅是一個最低要求。第 5 條第 12 款規定著作權保護的標的之一，即為民俗創作及其衍生作品 (expressions of folklore and works derived from

¹⁵² Article 15(4)(a) of Bern Convention, 1967 Stockholm Revision. "In the case of unpublished works where the identity of the author is unknown, but where there is every ground to presume that he is a national of a country of the Union, it shall be a matter for legislation in that country to designate the competent authority which shall represent the author and shall be entitled to protect and enforce his rights in the countries of the union."

¹⁵³ 賀德芬，前揭註 71，頁 40、41。

¹⁵⁴ 公約全文詳參 http://www.oapi.wipo.net/doc/en/bangui_agreement.pdf, last visited on May 22, 2006.

folklore)，第 24 條則就不知名 (anonymous) 及匿名 (pseudonymous) 作品的保護期限規定為自作品第 1 次發表後 70 年。第 59 條則係規定利用已落入公共領域之民俗創作時，仍須支付一般契約權利金 (royalty) 的一半給國家行政機構，此權利金應用於公益文化用途。附件七第二篇為有關保護及推廣文化遺產之規定，文化遺產 (cultural heritage) 包括民俗創作、遺址 (sites)、紀念建築物 (monuments)、整體藝術品 (ensembles)。第 68 條對民俗創作 (folklore) 定義為「由非洲的群體 (communities) 所創作，代代相傳之文學、藝術、科學、宗教、技藝和其他傳統表現形式與產品。」¹⁵⁵，根據同條第 2 項規定，民俗創作不但包括民間傳說，而且包括歷史遺址、紀念碑以及民間傳說中涉及的某種宗教性質的文物，還包括科學史、技術史、軍事史、社會史有關的作品，其把文物甚至連非屬文物之物品皆納入著作權法體系中，規範之範圍顯然過寬。班吉協定將民俗創作界定為由群體 (communities) 而非著作人 (authors) 完成的東西，排除了可透過一般著作權保護的民間作品。

6.3 南太平洋國家模範法 (South Pacific Model Law for National Laws 2002)¹⁵⁶ 另一名稱為「保護傳統知識及文化表現形式模範法」(Model Law for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture)：

係由太平洋區域秘書處 (Secretariat of the Pacific Community)、太平洋島嶼論壇秘書處 (Pacific Islands Forum Secretariat) 及 UNESCO 太平洋地區辦公室 (Pacific Regional Office) 共同草擬，目的在建立傳統知識及文化表現形式之傳統所有者法定權利之新領域。模範法提供太平洋群島國家想要建立保護傳統知識及文化表現形式制定法律之基礎。假如個別國家想要制定模範法，可以自由地依據國家需要、傳統社群之希望及傳統的法律撰擬等，採用/適用適合之條款。

6.4 安地斯共同體 (The Andean Community)

創立於 1969 年，由玻利維亞、哥倫比亞、厄瓜多爾、秘魯、委內瑞拉 5 個國家所組成，最高行政組織為委員會，安地斯共同的立法結果主要是形成委員會的決議 (Decision)，有關著作權及鄰接權的共同制度是建立於第 351 號決議，該決議提供包括手工藝品等應用美術之保護，及提供會員國國民待遇¹⁵⁷。

¹⁵⁵ 原文為 Folklore means the literary, artistic, religious, scientific, technological and other traditions and productions as a whole created by communities and handed down from generation to generation.

¹⁵⁶ 全文詳參：

<http://www.wipo.int/tk/en/documents/pdf/grtkf-ic4inf2-annex.pdf#search='The%20Pacific%20Regional%20Framework%20for%20the%20Protection%20of%20Traditional%20knowledge%20and%20Expressions%20of%20Culture%2C%202002'>, last visited on May 22, 2006

¹⁵⁷ See WIPO/ GRTKF/IC/3/10, at 28.

http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2002/igc/doc/grtkfic3_10.doc, last visited on May 22, 2006.

6.5 聯合國教科文組織 (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, 簡稱 UNESCO)

UNESCO 創立於 1945 年，UNESCO 的基本宗旨之一即是運用文字與形象促進思想的自由交流，以保護文化的獨立性、完整性和豐富的多樣性，法律文件上 UNESCO 分別以公約 (conventions)、建議書 (recommendation)、宣言 (declaration)¹⁵⁸ 等方式來保護民俗創作。

6.5.1 公約 (conventions) :

1. 採取措施禁止及防止文化財產非法進出口及所有權非法轉讓公約 (Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property)¹⁵⁹

UNESCO 於 1970 年 11 月 14 日於巴黎的第十六屆會議通過本公約，公約第 1 條將「文化財產」(cultural property) 定義為：每個國家，根據宗教的或世俗的理由，明確指定為具有重要考古、史前史、歷史、文學、藝術或科學價值的財產並屬於下列各類者：

- (1) 動物群落、植物群落、礦物和解剖以及具有古生物學意義的物品的稀有收藏品和標本；
- (2) 有關歷史，包括科學、技術、軍事及社會史、有關國家領袖、思想家、科學家、藝術家之生平以及有關國家重大事件的財產；
- (3) 考古發掘 (包括正常的和秘密的) 或考古發現的成果；
- (4) 業已分離的藝術或歷史古蹟或考古遺址之構成部分；
- (5) 100 年以前的古物，如銘文、錢幣和印章；
- (6) 具有人類學價值的文物；
- (7) 具有藝術價值的財產，如：
 - a. 全部手工完成的圖畫、繪畫和繪圖，不論其裝裱框座如何，也不論所用的為

¹⁵⁸ 原則上公約對批准 (ratification) 的會員國具有拘束力，建議書、宣言則無。建議書與宣言是不需會員國批准，目的在建立一些普遍性原則，端賴會員國的支持。建議書與宣言相較，宣言較為正式，在聯合國實務上，宣言是一個正式重要的文件，適用於具有重大且長久性的原則需要發布的特殊場合。另建議書的通過只須可計算票 (counted votes) 的過半數通過 (simple majority)，但公約的通過則須 2/3 的通過 (two-thirds majority)，公約 (Conventions)、建議書 (Recommendation)、宣言 (Declaration) 之區別，詳參：

http://portal.unesco.org/unesco/ev.php?URL_ID=23772&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201&reload=1101727325#, last visited on May 22, 2006.

¹⁵⁹ 公約全文詳參：

http://portal.unesco.org/en/e/v.php-URL_ID=13039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, last visited on May 22, 2006.

- 何種材料（不包括工業設計圖及手工裝飾的工業產品）；
- b.用任何材料製成的雕塑藝術和雕刻原作；
 - c.版畫、印片和平版畫的原件；
 - d.用任何材料集合或混合的藝術品原件；
- (8) 稀有手稿和古版書籍，有特殊意義的(歷史、藝術、科學、文學等)古書、文件和出版物，不論是單本或整套；
- (9) 郵票、印花稅票及類似的票證，不論是單張或成套；
- (10) 檔案，包括有聲、照相和電影檔案；
- (11) 100 年以前的家具、物品和古樂器。

顯然文化財產的範圍甚為廣泛，公約前言認為文化財產實為構成文明和民族文化的基本要素，只有盡可能充分掌握有關其起源、歷史和傳統背景的知識，才能理解其真正價值。公約第 2 條指出承認文化財產非法進出口和所有權非法轉讓是造成這類財產的原有國文化遺產枯竭的主要原因之一，並承認國際合作是保護各國文化財產，免遭由此產生的各種危險的最有效方法之一。

2.保護世界文化和自然遺產公約 (Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage) ¹⁶⁰

UNESCO 於 1972 年 11 月 16 日於巴黎的第十七屆會議通過本公約，公約第 1 條將「文化遺產」(cultural heritage) 定義為：

- 「文物」(monuments)：從歷史、藝術或科學觀點，具有傑出的普世價值的建築物、碑雕和碑畫、具有考古性質成份或結構、銘文、窟洞以及聯合體；
- 「建築群」(groups of buildings)：從歷史、藝術或科學觀點，在建築式樣、同性質的或與環境景色結合方面，具有傑出的普世價值的獨立或連結的建築群；
- 「遺址」(sites)：從歷史、審美、民族學或人類學觀點，具有傑出的普世價值的人類工程或自然與人聯合工程以及考古位址等地方。

公約第 2 條將「自然遺產」(natural heritage) 定義為：

- 從美學或科學觀點，具有傑出普世價值，由物質和生物結構或這些結構群組成的「自然景觀」(natural features)；
- 從科學或保存觀點，具有傑出普世價值的地質和自然地理結構以及明確劃為受威脅的「動物和植物生態境區」(geological and physiographical formations)；
- 從科學、保存或自然美觀點，具有傑出普世價值的「自然景點」(natural sites) 或明確劃分的「自然區域」(natural areas)。

¹⁶⁰ 公約全文詳參 http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13055&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, last visited on May 22, 2006.

依據公約第 8 條設立一個「世界遺產委員會」(World Heritage Committee)，負責定期、更新和出版「世界遺產名錄」(World Heritage List)及「瀕臨危險的世界遺產名錄」，主要目的係認定上述文化、自然遺產具有重要價值，應被列為人類共同遺產。在不影響國內立法所規定的國家主權和智慧財產權之情形下，公約締約國承認，保護世界遺產是國際社會的義務。「世界遺產名錄」目前收錄了超過七百萬個自然和文化遺產，如印度的泰姬陵、澳洲的大堡礁等文化、自然奇觀，世界遺產中心是公約的常設秘書處。

UNESCO 為保護特殊遺產，提供保護的技術援助於義大利羅馬成立一個「國際文物保護與修復研究中心」(International Centre for the study of the Preservation and Restoration, Rome Centre)及「世界遺產基金」(World Heritage Fund)，如修護柬埔寨的吳哥窟和摩洛哥的非斯城，並針對阿富汗展開援助計劃，以搶救阿富汗瀕臨滅絕的文化遺產。

3. 保護非物質文化遺產公約¹⁶¹ (Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage)

由於無法將人類共同遺產的文化及自然遺址與不同民族的特性相割裂，故不同族群的人所創造的文化表達方式，自然呈現出多采多姿的文化和自然遺產。尤其是於發展中國家。此一文化遺產大都表現為非物質文化遺產的形式，例如：節日、歌曲、語言和激發創造性和團結精神的集會地點。UNESCO 於 2001 年 (19 項)、2003 年 (28 項) 及 2005 年 (43 項) 總計接受各會員國申報，並遴選宣布計 90 項列入「人類口述和非物質文化遺產代表作名錄」(The List of Masterpieces of the Oral and Intangible Heritage of Humanity)，項目包括文化空間 (cultural spaces)、傳統知識與技術 (traditional knowledge and know-how)、口頭傳說與表述 (oral traditions and expressions)、表演藝術 (performing arts)、傳統音樂 (traditional music)、宗教儀式與節慶 (rituals and festival events) 該委員會且將定期把其他傑出代表作逐步列入該名錄，以提供法律保護和財政幫助。

(1) 前言：由教科文組織 2003 年 9 月 29 日至 10 月 17 日在巴黎舉行的第 32 屆會議，參照現有的國際人權文書，尤其是 1948 年的「世界人權宣言」(Universal Declaration on Human Rights of 1948) 以及 1966 年的「經濟、社會、文化權利國際盟約」(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966) 和「公民及政治權利國際盟約」(International Covenant on Civil and Political Rights of 1966) 這兩個盟約，考慮到 1989 年的「保護民間創作建議書」(Recommendation on

¹⁶¹ Intangible Cultural Heritage，聯合國網頁中文版將其譯為「非物質文化遺產」，有些抽象，很難直接由文字理解字義，惟聯合國教科文組織出版之「版權公報」中文版，則將其譯為「無形文化遺產」，於台灣 Intangible 似宜譯為「無體」或「無形」較為妥適。

the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore of 1989)、2001 年的「教科文組織世界文化多樣性宣言」(UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity of 2001) 和 2002 年第三次文化部長圓桌會議通過的「伊斯坦堡宣言」(Istanbul Declaration of 2002) 強調非物質文化遺產的重要性，它是文化多樣性的熔爐，又是可持續發展的保證；考慮到非物質文化遺產、有形文化遺產及自然遺產之間的內在相互依存關係，承認全球化和社會變革進程除了為各群體之間開展新的對話創造條件，也與不容忍現象一樣使非物質文化遺產面臨損壞、消失和破壞的嚴重威脅，而這主要是因為缺乏保護這種遺產的資金，意識到保護人類非物質文化遺產是普遍的意願和共同關心的事項，承認各群體，尤其是土著群體，各團體，有時是個人在非物質文化遺產的創作、保護、保養和創新方面發揮著重要作用，從而為豐富文化多樣性和人類的創造力作出貢獻，注意到教科文組織在制定保護文化遺產的準則性文件，尤其是 1972 年之「保護世界文化和自然遺產公約」方面所做具有深遠意義的工作，還注意到迄今尚無具有約束力的保護非物質文化遺產的多邊文件，考慮到國際上現有關於文化遺產與自然遺產的協定、建議書和決議需要有非物質文化遺產的新規定有效地予以充實和補充，考慮到必須提高人們，尤其是年輕一代對非物質文化遺產及其保護重要性的認識，考慮到國際社會應當本著互助合作的精神與本公約締約國一起為保護此類遺產做出貢獻，憶及教科文組織有關非物質文化遺產的各項計劃，尤其是「宣布人類口述遺產和非物質文化遺產代表作」計劃，認為非物質文化遺產是拉近人與人之間的關係以及他們之間進行交流和了解的要素，它的作用是不可估量的¹⁶²。

(2) 宗旨：

- a. 保護非物質文化遺產。
- b. 尊重有關群體、團體和個人的非物質文化遺產。
- c. 在地方、國家和國際一級提高對非物質文化遺產及其相互鑑賞的重要性的意識。
- d. 開展國際合作及提供國際援助。

(3) 4 個主要計劃：

- a. 宣佈人類口述和非物質遺產代表作 (proclamation of masterpieces)

1999 年 11 月 UNESCO 執行委員會決定設立「宣佈人類口述和非物質遺產代表作」計劃。代表作的評選從 2001 年開始，每兩年 1 次，每次 1 國只可申報 1 項¹⁶³，鼓勵多國聯合申報，不占名額。2001 年宣佈了第 1 批 19 項代表作的名單，2003

¹⁶² 此為「保護非物質文化遺產公約」聯合國教科文組織網站中文版之前言，英文版詳聯合國教科文組織網站：

http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=17716&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, last visited on Nov. 1, 2005

¹⁶³ 每次 1 國只可申報 1 項，此項規定顯然祇是齊頭式平等，完全未顧及每個國家因歷史深淺不同，

年宣佈了第 2 批 28 項，2005 年宣佈了第 3 批 43 項的名單¹⁶⁴。

b. 活著的人類財富 (living human treasures)

「活著的人類財富」是指那些在表現非物質文化遺產的某一方面，有著極高造詣的人。UNESCO 的這項計劃旨在鼓勵各成員國給予這些「活著的人類財富」官方承認，以鼓勵他們把自己掌握的知識和技巧傳授給年輕的一代。

c. 瀕危語言 (endangered languages)

語言不僅僅是交流的工具，也反映了人們對世界的看法，而且是區分種族和個人的重要因素。世界上 6000 多種語言中的 50% 以上是瀕危語言；6000 多種語言中的 96% 只被世界人口的 4% 使用；90% 的語言沒有出現在網際網路上；平均每兩周就有一種語言消失；非洲語言的 80% 沒有相應的文字體系。UNESCO 瀕危語言計劃的使命就是弘揚和保護瀕危語言和語言多樣性。

d. 傳統音樂 (traditional music)

音樂和樂器的作用不僅僅是產生聲響，傳統音樂和樂器體現了各個文明的文化、精神和美學價值，傳遞著各方面的訊息。UNESCO 世界傳統音樂收藏是 UNESCO 保護和復興非物質文化遺產計劃中最傑出的項目之一。

(4) 目前各國簽署情形：

依該公約第 34 條規定，該公約在第 30 個會員國簽署 (ratification)、同意 (approval) 或接受 (acceptance) 後第 3 個月始行生效，第 30 個會員國羅馬尼亞 (Romania) 係於 2006 年 1 月 20 日接受 (acceptance)，故依規定公約應於 2006 年 4 月 20 日生效，截至 2006 年 5 月 30 日已有 50 國簽署¹⁶⁵。

(5) 中國：

中國係於 2004 年簽署 UNESCO 「保護非物質文化遺產公約」，是世界上第 6 個遞交批准書 (ratification) 之國家。立法方面，1997 年中國國務院頒佈「傳統工

致所擁有的非物質文化遺產數量及內容差異極大，導致目前為止，簽約國所申報之人類口述和非物質遺產之代表作素質參差不齊，未能站在保護全人類文化遺產「代表作」之角度去思索，可能導致許多文化大國之世界級非物質文化遺產，未能及時獲得保護。

¹⁶⁴ 人類口述和非物質遺產代表作三批公佈名單，available at http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=2226&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, last visited on May 22, 2006.

¹⁶⁵ 簽署國家名單及日期，available at <http://erc.unesco.org/cp/convention.asp?language=E&KO=17116>, last visited on May .22, 2006

藝美術保護條例」，2003年11月完成「中華人民共和國民族民間傳統文化保護法」草案，為對應本公約的用詞，2004年8月法律草案名稱改為「中華人民共和國非物質文化遺產保護法」，目前草案正在進行進一步的修改。國務院於2005年3月頒佈「關於加強我國非物質文化遺產保護工作的意見」¹⁶⁶。

目前中國正在推行「中國民族民間文化保護工程」，於全國展開非物質文化遺產普查工作，建立非物質文化遺產代表作名錄體系。2001年中國的昆曲藝術名列第1批19項人類口述和非物質遺產代表作名單之中，2003年古琴藝術又名列第2批28個代表作名單之中。2005年，中國以新疆維吾爾木卡姆名列第3批43個代表作名單之中。中國國務院文化部於2005年7月發布「於申報第一批國家級非物質文化遺產代表作的通知」，全國各地開始申報，逐級評選。同年12月31日，公布501項入選項目，是從推薦申報的1315個項目中篩選而來，分為民間文學、音樂、舞蹈、戲劇、曲藝、雜技與競技、美術、手工技藝、傳統醫藥和民俗共10大類。其中，備受關注的梁祝傳說、格薩爾史詩、秦腔、吳橋雜技、水書等文化遺產均入選。另外，納西族的東巴繪畫、春節、清明節、端午節、七夕節、中秋節、重陽節等中國傳統節日也進入推薦名單。這501個推薦項目經過公示，再經國務院審核調整後¹⁶⁷，將建立國家級和省、市、縣四級非物質文化遺產代表作名錄體系，注重對非物質文化遺產物質載體的有效保護，加強對非物質文化遺產及其保護方式的研究，採取命名、授予稱號、資助扶持、表彰獎勵等方式，鼓勵和扶持傳承人進行傳習活動。

4. 保護和促進文化表現形式多樣性公約 (Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions)¹⁶⁸

UNESCO於巴黎舉行的第33屆大會中，主要根據2001年的「世界文化多樣性宣言」，於2005年10月20日通過本公約，歸納其「前言」強調：

(1) 文化多樣性是人類的一項基本特性；是人類的共同遺產，為了全人類的利益對其應加維護；文化多樣性創造了一個多彩多姿的世界，使人類有更多的選擇，得以提高自己的能力和形成價值觀，並因此成為各族群、各民族和各國可持續發展的一股主要推動力量。

(2) 文化多樣性對於地方、國家和國際層面的和平與安全是不可或缺的；對實現「世界人權宣言」和其他的人權和基本自由具有重要的意義；文化多樣性實現人類各民族和各社會文化特徵和文化表現形式的獨特性和多元性。

¹⁶⁶ 在中國國務院所頒發對某種法律之意見等同於判例，對法院判決有拘束力。

¹⁶⁷ 石希，〈傳統節日名列首批國家級非物質文化遺產〉，新聞晚報，2006年2月13日
<http://scitech.people.com.cn/BIG5/1057/4099627.html#>。

¹⁶⁸ http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, last visited on May 22, 2006.

(3) 承認傳統知識與原住民知識體系的重要性；需要採取措施保護文化多樣性，特別是當文化表現形式有可能遭到滅絕或受到嚴重損害時。

(4) 強調文化對社會凝聚力的重要性，意識到文化多樣性通過思想的自由交流得到加強，通過文化間的不斷交流和互動得到滋養。

(5) 思想、表達和資訊自由以及媒體多樣性，使各種文化表現形式得以在社會中繁榮發展；傳統文化表現形式的多樣性，是個人和各民族能夠表達並同他人分享自己的思想和價值觀的重要因素。

(6) 語言多樣性是文化多樣性的基本要素之一，並重申教育在保護和促進文化表現形式中發揮著重要作用。

(7) 強調文化互動和文化創造力，對滋養和革新文化表現形式所發揮的關鍵作用，它們也會增強那些為社會整體進步而參與文化發展的人們所發揮的作用。

(8) 智慧財產權對支援文化創作的參與者具有重要意義；文化活動、產品與服務具有經濟和文化雙重性質，故不應視為僅具商業價值。

(9) 全球化為加強各種文化互動，創造了前所未有的條件，但同時也對文化多樣性構成挑戰，尤其是可能在富國與窮國之間造成種種失衡。

公約第4條第1款對「文化多樣性」的定義為：「各群體和社會藉以表現其文化的多種不同形式。這些表現形式在他們內部間傳承。

文化多樣性不僅體現在人類文化遺產通過豐富多彩的文化表現形式，來表達、弘揚和傳承的多種方式，也體現在借助各種方式和技術進行的藝術創造、生產、傳播、銷售和消費的多種方式。」。

6.5.2 建議書 (recommendation)

1. 「保護傳統文化及民俗創作建議書」(Recommendation on the safeguarding of Traditional Culture and Folklore)¹⁶⁹

1989年11月15日UNESCO於巴黎舉行之第25屆會議通過本建議，該建議書主要係就民俗創作的定義 (definition)、鑑別 (identification)、保存 (conservation)、保護 (preservation)、傳播 (dissemination)、維護 (protection)、國際合作 (international cooperation) 七部分進行建議，對會員國無強制性，但頗值國內參考：

1. 民俗創作的鑑別：

(1) 編製國家從事民俗創作的機構目錄，以便納入地區和全球民俗創作機構中；

¹⁶⁹ 建議書全文，請參閱 UNESCO 網站：
http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13141&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, last visited on May 22, 2006.

(2) 協調各機構使用的分類體系，以建立鑑別和登記（收集、編目、記錄）體系，或以手冊、收集指南、典型目錄等形式發展現有體系；

(3) 鼓勵建立民俗創作標準化分類法：即a.編製民俗創作分類總表，以供全球使用 b.編製民俗創作細目匯編 c.對民俗創作進行地區分類，特別是通過實地試辦專案來進行。

2.民俗創作的保存：

保存的目的是使傳統的研究者和傳播者，能夠使用有助於他們瞭解傳說演變過程的資料。如果說非固定的民俗創作由於其不斷發展的特點，使其不能受到直接保護，那麼固定的民俗創作則應該受到有效的保護。

(1) 建立國家檔案機構，使收集的民俗創作可以適當的條件加以保存，並供人使用；

(2) 建立一個國家檔案中心機構，以提供某些服務（編製總索引，傳播關於民俗創作的情報以及適用於包括保護問題在內的民俗創作活動標準的情報）；

(3) 建立博物館或在現有博物館中增設民俗創作部分，以展出傳統的民間文化；

(4) 優先考慮那些強調現在或過去觀點的傳統民間文化的表現方式（展現他們環境、生活方式及作品、已形成的技巧和技術）；

(5) 協調各種收集和存檔方式；

(6) 從物件保存到分析工作等，培訓保存民俗創作的收集人員、檔案人員、資料人員及其他專門人員；

(7) 提供方法以確保所有民俗創作的檔案和工作副本的安全，以及提供各地區機構使用的副本，藉此確保文化團體能有接觸這些資料的管道。

3.民俗創作的保護

(1) 以適當方式進行民俗創作教學與研究，並將其納入校內外教學計劃，應特別強調對廣義的民俗創作的重視，不僅應考慮到鄉村文化或其他農村文化，也應注意由都市地區各種社團、職業、機構等，所表達有助於幫助瞭解文化多樣性和不同世界的觀點，尤其是不屬於主要文化的那些文化觀點；

(2) 保證各文化團體有權享有自己的民俗創作，並支援其資料、檔案、研究等方面的活動以及傳統的作法；

(3) 在跨學科基礎上建立各相關團體均有代表參加的全國民俗創作委員會或類似的協調機構；

(4) 對研究、宣傳、致力或擁有民俗創作材料的個人和機構提供道義和經濟上的支援。

(5) 推展有關保護民俗創作的科學研究。

4. 民俗創作的傳播

- (1) 鼓勵組織民俗創作方面的全國性、地區性或國際性活動，如博覽會、慶典、電影放映、展覽會、研討會、專題討論會、講習、培訓課程、會議等，並支援、傳播和出版這些活動的材料、文件和其他成果；
- (2) 鼓勵國家及地區的新聞、出版、電視、廣播單位為民俗創作資料提供更多的播放內容，例如在這些機構設立民俗研究者的職位，通過確保對大眾傳播機構收集的民俗創作方面的材料，進行適當歸檔和傳播，在這些機構設立民俗創作部門等方式，；
- (3) 鼓勵各地區、市政單位、協會和從事民俗創作的其他團體設立全職民俗研究者的職位，負責促進和協調地區民俗創作活動；
- (4) 支援現有及新設製作教育材料的單位，例如依據最近田野調查的資料拍攝影片，鼓勵在學校和民俗博物館及國家和國際民俗展覽會和節慶上使用這些材料；
- (5) 通過資料中心、圖書館、博物館和檔案機構以及在民俗創作方面的專門簡報和期刊，提供有關民俗創作的適當資料；
- (6) 透過雙方文化協議，在國家和國際範圍內，為從事民俗創作的人士、團體和機構之間，提供會晤與交流的機會。
- (7) 鼓勵國際科學界在接觸傳統文化時，秉持倫理尊重傳統文化。

5. 民俗創作的維護

- (1) 關於“智慧財產權”方面：籲請有關當局注意UNESCO和WIPO在智慧財產權方面的重要工作，但同時也承認，這些工作只觸及維護民俗創作的部分，故在各方面採取不同的措施是保護民俗創作的當務之急；
- (2) 關於其他涉及的權利：①保護扮演傳統延續的消息提供者（保護隱私和秘密）；②維護使收集的材料完好且適合地存檔方式之收集者的利益；③採取必要措施使收集的材料不致被有意或其他原因地濫用；④確認檔案機構有責任監督收集材料的使用。

6.5.3 宣言（declaration）

1. 國際文化合作原則宣言（Declaration of Principles of International Cultural Cooperation）¹⁷⁰：

1966年11月4日UNESCO於第14屆會議宣布此宣言，全部計11條，前言強調

¹⁷⁰ 宣言全文，詳參：

http://portal.unesco.org/unesco/ev.php?URL_ID=13147&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201&reload=1142693366, last visited on May 22, 2006.

UNESCO組織法中表明「因為戰爭是在人的心中開始的，所以保護和平須建立於人的心中」，而且和平如果希望能持久，必須以全人類智慧和精神的團結為基礎。而廣泛傳播文化和教育人類崇尚正義、自由與和平，是保持人類尊嚴所必要，並為所有國家必須以一種互相協助和共同關切的精神去執行的神聖義務。

宣言第1條謂：

- (1) 每一種文化都具有尊嚴和價值，必須予以尊重和保存。
- (2) 每一人民都有發展其文化的權利和義務。
- (3) 所有文化都是屬於全體人類共同遺產的一部分，他們的種類繁多，彼此互異，並互為影響。

2. 世界文化多樣性宣言 (UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity)¹⁷¹

2001年11月2日UNESCO於第20次全體會議通過此宣言，宣言中宣布的原則為：

- (1) 特性、多樣性和多元化

第1條 文化多樣性－人類的共同遺產

文化在不同的時代和不同的地方具有各種不同的表現形式。這種多樣性的具體表現是構成人類各群體和各社會的特性所具有的獨特性和多樣性。文化多樣性是交流、革新和創新的源泉，對人類來講就像生物多樣性對維持生物平衡那樣必不可少。從此意義上言，文化多樣性是人類的共同遺產，為了這一代和子孫後代的利益應當予以承認和肯定。

第2條 從文化多樣性到文化多元化

在日益走向多樣化的當今社會中，必須確保屬於多元的、不同的和發展的文化特性的個人和群體的和睦關係和共處。主張所有公民的融入和參與的政策是增強社會凝聚力、民間社會活力及維護和平的可靠保障。因此，文化多元化是與文化多樣性這一客觀現實相應的一套政策。文化多元化與民主制度密不可分，它有利於文化交流和能夠充實公眾生活創造能力的發揮。

第3條 文化多樣性－發展的因素

文化多樣性增加了每個人的選擇機會；它是發展的源泉之一，它不僅是促進經濟增長的因素，而且還是享有令人滿意的智力、情感、道德精神生活

¹⁷¹ 宣言全文，詳參：

http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, last visited on May 22, 2006.

的手段。

(2) 文化多樣性與人權

第4條 人權－文化多樣性的保障

捍衛文化多樣性是倫理方面的迫切需要，與尊重人的尊嚴是密不可分的。它要求人們必須尊重人權和基本自由，特別是尊重少數人群體和原住民族的各種權利。任何人不得以文化多樣性為由，損害受國際法保護的人權或限制其範圍。

第5條 文化權利－文化多樣性的有利條件

文化權利是人權的一個組成部分，他們是一致的、不可分割和相互依存的。富有創造力的多樣性的發展，要求充分地實現「世界人權宣言」第27條和「經濟、社會、文化權利國際公約」第13條和第15條所規定的文化權利。因此，每個人都應該能用其選擇的語言，特別是用自己的母語來表達自己的思想，進行創作和傳播自己的作品；每個人都有權接受充分尊重其文化特性的良好教育和培訓；每個人都應當能夠參加其選擇的文化生活和從事自己所特有的文化活動，但必須在尊重人權和基本自由的範圍內。

第6條 促進面向所有人的文化多樣性

在保障思想通過文字和圖像自由交流的同時，務必使所有的文化都能表達自己和宣傳自己。言論自由，傳媒的多元化，語言多元化，平等享有各種藝術表現形式，科學和技術知識－包括數位化形式的知識－以及所有文化都有利用表達和傳播手段的機會等，均是文化多樣性的可靠保證。

(3) 文化多樣性與創作

第7條 文化遺產－創作的源泉

每項創作都來源於文化傳統，但也在同其他文化傳統的交流中得到充分發展。因此，各種形式的文化遺產都應該作為人類的經歷和期望的見證得到保護、開發利用和代代相傳，以支援各種創作和建立各種文化之間的真正對話。

第8條 文化物品和文化服務－不同於一般的商品

面對目前為創作和革新開闢了廣闊前景的經濟和技術的發展變化，應該特別注意創作意願的多樣性，公正地考慮作者和藝術家的權利，以及文化物品和文化服務的特殊性，因為他們體現的是特性、價值觀和觀念，不應被視為一般的商品或消費品。

第9條 文化政策－推動創作的積極因素

文化政策應當在確保思想和作品自由交流的情況下，利用那些有能力在地方和世界一級發揮其作用的文化產業，創造有利於生產和傳播文化物品和文化服務的條件。每個國家都應在遵守其國際義務的前提下，制訂本國的文化政策，並採取其認為最為合適的行動方法，即不管是行動上給予支持還是制訂必要的規章制度，來實施這一政策。

(4) 文化多樣性與國際團結

第10條 增強全球的創作和傳播能力

面對目前世界上文化產品的流通和交流存在失衡的現象，必須加強國際合作和國際團結，使所有國家，尤其是發展中國家和轉型期國家能夠創辦一些有活力，在本國和國際上具有競爭力的文化產業。

第11條 建立政府、私營部門和民間社會之間的合作夥伴關係

單靠市場的作用是不可能保證文化多樣性的保護和促進文化多樣性的持續發展。為此，必須重申在與私營部門和民間社會的合作下推行有關政策所具有的首要作用。

3. 「伊斯坦堡宣言」(Istanbul Declaration on Cultural Diversity) ¹⁷²

2002年9月16-17日UNESCO於土耳其伊斯坦堡 (Istanbul) 召開文化部長第3次圓桌會議“非物質文化遺產：文化多樣性的鏡子”(Third Round Table Meeting of Ministers of Culture on “Intangible Cultural Heritage, Mirror of Cultural Diversity”)，強調非物質文化遺產的重要性，是文化多樣性的熔爐，又是可持續發展的保證。非物質文化遺產的多重表現形式是構成人民、社群文化特性的某些基本來源，亦是全人類之共同財產；非物質文化遺產是人類文化創造及創造力的源泉；政府有責任採取措施促進所有保管者的民主參與；非物質文化遺產的易受傷害性正受到消失及邊緣化的威脅，在偏狹、過度商業化、無法控制的城市化或鄉村衰落的交織衝擊下，政府需要採取解決的行動尊重非物質文化遺產的表現形式及傳播；全球化對非物質文化遺產的多樣性構成嚴重威脅，透過新資訊及通訊或能促進其傳播，故因此衍生的數位遺產亦應捍衛。

本宣言主要沿續2001年世界文化多樣性宣言，並推廣其原則。

¹⁷² 宣言全文，詳參：

http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=6209&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, last visited on May 22, 2006.

4.關於蓄意破壞文化遺產問題宣言（UNESCO Declaration concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage）¹⁷³

UNESCO 於 2003 年 10 月 17 日第 32 屆會議，由於阿富汗塔里班（Taliban）政權於 2001 年 3 月 9 日蓄意以炸藥炸毀與敦煌石窟及印度阿占塔石窟同列為世界三大最珍貴佛教遺產，已有 1800 年歷史的巴米揚大佛（Buddhas of Bamiyan）¹⁷⁴，震驚整個國際社會。在此宣言中重申 1954 年「關於在武裝衝突情況下保護文化財產的海牙公約」（Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict）序言中提出的基本原則，即各國人民均對世界文化有所貢獻，對文化財產的損害，將構成對整個人類遺產的破壞。宣言主要內容：承認文化遺產的重要性、界定適用範圍、反對蓄意破壞文化遺產的措施、在和平時期與武裝衝突的情況下保護文化遺產、有關國家的責任、個人的刑事責任、保護文化遺產的合作、人權及國際人道主義、公眾宣傳。

宣言中將「蓄意破壞」（intentional destruction）定義為「故意違反國際法或無理違反國際法或無理違反人道的原則和公共良心的要求，整個或部分地毀壞文化遺產，使其完整性受到破壞的行為。」。

6.6 世界智慧財產權組織（World Intellectual Property Organization, WIPO）：

WIPO 最早處理民俗創作相關議題係於 1976 年伯恩公約修訂時，1976 年起與聯合國教科文組織（UNESCO）系列合作，迄今已三十多年：

¹⁷³ 宣言全文，詳參：

http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=17718&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, last visited on May 22, 2006.

¹⁷⁴ 巴米揚大佛深藏在興都庫什山中的阿富汗巴米揚峽谷，因豐富的佛教洞窟遺址及兩尊高大立佛，與敦煌石窟及印度阿占塔石窟同列為三大最珍貴的佛教遺產。已有 1800 年歷史、高 53 公尺的釋迦牟尼佛石像，2001 年隨著塔里班（Taliban）部隊攻陷巴米揚，塔里班政權下令摧毀阿富汗境內所有雕像，包括伊斯蘭教統治之前的巨型佛雕在內，其領袖歐瑪在 2 月 26 日的宣告令中表示：「伊斯蘭教只有一個真神，這些雕像在那裏受到人們崇拜，是不對的，他們應該被摧毀，以避免未來再受到崇拜。」，該區的兩尊大型立佛於 2001 年 3 月 9 日於炸藥聲中化為灰燼。詳參王志宏，〈悼阿富汗巴米揚大佛：千年之嘆〉，《經典雜誌》第 33 期，<http://taipei.tzuchi.org.tw/rhythms/magazine/content/33/1/content1.htm>, last visited on May 22, 2006.

表三： WIPO 與 UNESCO 處理民俗創作相關議題之發展表

年代	主要發展
1967 年	伯恩公約第 15 條(4)提供依據 於斯德哥爾摩 Stockholm 修正案中，首次規範民俗創作保護的幾項標準
1976 年	聯合國教科文組織與世界智慧財產權組織共同擬定「開發中國家突尼斯模範法」第 6 條、第 18 條係針對民俗創作給與一特別立法(sui generis)的保護及定義，提供開發中國家作為修法的標準。 開發中國家於著作權方面採用 Tunis Model Law
1981 年	保護原住民民俗創作工作小組報告 (The 1981 Report of the Working Party on the Protection of Indigenous Folklore)，建議採取特別的立法計劃 (如禁止非以傳統方式使用神聖、秘密的素材，禁止變造、毀損或破壞的使用民俗創作，為商業目的使用民俗創作時應支付權利金予傳統所有者，成立原住民民俗文化會議進行政策建議的工作，成立原住民民俗文化委員會從事發放許可證及從事權利金談判事宜。)
1982 年	「保護民俗創作以對抗不法利用與其他損害行為之法律示範條款」
1982-1985 年	試圖建立國際條約 1984 年民俗創作之國際保護工作小組認為非制訂保護民俗創作國際條約的適當時機。
1989 年	UNESCO 於巴黎提出 「保護傳統文化與民俗創作建議書」。
1994 年 WTO-TRIPS	無
1996 年 12 月 WIPO 外交會議	「世界智慧財產權組織著作權條約」，就民俗創作之保護並未規範。 「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」(WPPT)於第 1 條(a)「表演人」之定義，將民俗創作之表演人列入，保護客體為表演人之表演，非民俗創作本身。
1997 年 4 月	WIPO-UNESCO 於泰國 Phuket 舉辦民俗創作保護之世界論壇 (UNESCO-WIPO World Forum on the protection of folklore) 保護民俗創作議題首次被正式排入國際議程。 與會者體認當時缺乏保護民俗創作之國際性標準及以著作權制度對其保障之不足與不當，認為最重要者係讓擁有

	民俗創作之族群與使用民俗創作者之間，取得雙方利益之平衡。該論壇提出下列計劃：成立一個專家委員會與 UNESCO 合作研究、調查民俗創作之保存與維護、舉行地區性之諮詢討論會、1998 年間由專家委員會起草一份以特別立法保護民俗創作之新國際協定。
1999 年	WIPO-UNESCO 民俗創作保護之區域會議
2000 年	WIPO 會員國成立 WIPO 政府間委員會(Intergovernmental Committee; IGC)處理智慧財產權與基因遺傳資源、傳統知識、民俗創作間議題
2001 年 4 月 30 日－5 月 3 日	IGC 舉行第 1 次會議，於 WIPO/GRTKF/IC/1/3 會議文件探討智慧財產權和遺傳資源、傳統知識與民俗創作相關問題：概觀。
2001 年 12 月 10 日－14 日	IGC 舉行第 2 次會議，於 WIPO/GRTKF/IC/2/7 會議文件提出法律保護民俗創作國家經驗問卷。
2002 年 6 月 13 日－21 日	IGC 舉行第 3 次會議，於 WIPO/GRTKF/IC/3/10 附件 1 文件提出法律保護民俗創作國家經驗問卷之詳細統計及總結。
2002 年 12 月 9 日-17 日	IGC 舉行第 4 次會議，並未提出與傳統文化表現形式/民俗創作相關之會議文件。
2003 年 7 月 7 日－15 日	IGC 舉行第 5 次會議，於 WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3 會議文件提出保護傳統文化表現形式的特別立法比較概要
2004 年 3 月 15 日－19 日	IGC 舉行第 6 次會議，於 WIPO/GRTKF/IC/6/6 會議文件提出傳統知識及傳統文化表現形式：國際層面，另於 WIPO/GRTKF/IC/6/14 文件提出傳統文化表現形式/民俗創作：法律保護。
2004 年 11 月 1 日－5 日	IGC 舉行第 7 次會議，於 WIPO/GRTKF/IC/7/3 附件一：傳統文化表現形式/民俗創作：政策目標和原則。另於 WIPO/GRTKF/IC/7/4 文件提出傳統文化表現形式/民俗創作：政策選擇與法律機制的概要和分析。
2005 年 6 月 6 日－10 日	IGC 舉行第 8 次會議，於 WIPO/GRTKF/IC/8/4 會議文件提出保護傳統文化表現形式/民俗創作：修正目標及原則。會議期間開發中國家及已開發國家就是否通過關於民俗創作和傳統知識具有約束力之國際文件方面意見出現嚴重分歧。
2006 年 4 月 24 日－28 日	IGC 舉行第 9 次會議，於 WIPO/GRTKF/IC/9/4 會議文件

日	提出保護傳統文化表現形式/民俗創作：修正目標及原則。於 WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4 會議文件提出保護傳統文化表現形式/民俗創作：政策選擇與法律機制之更新概要草案。
---	---

資料來源：資料參考世界智慧財產權組織 1996 年至 2004 年相關著作權重要規範暨議題之現況及發展趨勢研究期末報告¹⁷⁵及 WIPO 網站。

6.6.1 開發中國家突尼斯模範法 (Tunis Model Law on Copyright for Developing Countries)

1976 年由 UNESCO 及 WIPO 提出，欲擴大著作權之保護範圍，全部計 18 條，分別規範：保護的著作、衍生著作、不保護的著作、著作財產權、著作人格權、民俗創作作品、合理使用、暫存錄音、翻譯的限制、重製的限制、著作權之所有權、著作權之移轉、著作財產權期間、著作人組織、侵害及制裁、法律適用範圍、有償的公共領域、定義，另附錄(Appendix)A：為翻譯授權，附錄 B：重製授權。主要特點有三：1.存續期間之例外。2.民俗創作不以固著為要件。3.引進著作人格權，防止損壞、污辱民俗創作。使其包括原住民傳統智慧創作，此較前揭國際規範僅是原則性宣示，更具實質意義。惟 2.3 都是我國著作權法早已具有，該模範法並未觸及現代著作權法及原住民族傳統習慣法對於傳統藝術文化所有人觀念之不同，及傳統藝術文化非經濟利益之本質等重要問題，尚難真正解決現行規範保護不足之困境。

6.6.2 保護民俗創作以對抗不法利用與其他損害行為之國家法律示範條款 (Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions, 簡稱 the Model Provisions, 以下簡稱「示範條款」)

由 UNESCO 及 WIPO 於 1982 年於日內瓦召開以智慧財產觀點保護民俗創作之政府專家委員會通過此示範條款，目的在於：

- (i) 以適當的法律保護民俗創作是必要的。(ii) 這些法律保護可藉由示範條款於國家層次的立法被保護。(iii) 此等精心設計之示範條款，係為適用於尚無相關法律施行的國家，及使已存在立法的國家，能進一步發展。(iv) 示範條款應亦允許藉由著作權及鄰接權的方式進行保護。(v) 國家法律的示範條款應能為日後次區域、區域、國際間保護民俗創作先行鋪路¹⁷⁶。

¹⁷⁵ 經濟部智慧財產局委託國立清華大學研究之「世界智慧財產權組織 1996 年至 2004 年相關著作權重要規範暨議題之現況及發展趨勢研究期末報告」，計劃主持人陳曉慧，93 年 12 月 22 日，頁 90-91。

¹⁷⁶ See WIPO/GRTKF/IC/3/10, at 10.

惟示範條款迄未能為眾多 WIPO 會員國所採用，原因很多，例如有謂示範條款保護民俗創作之內容應亦包括傳統知識及相關的傳統醫藥及藥物實務、傳統農業知識及生物相關知識。未提供民俗創作享有專屬所有權型態權利之保護。且自 1982 年至今，在技術、法制、社會、文化及商業快速發展下，相較下示範條款似已落伍。

促成 WIPO 與 UNESCO 於 1982 年至 1985 年間企圖建立一國際條約，草擬完成「保護民俗創作以對抗不法利用與其他損害行為之條約草案」(Draft Treaty for the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions)¹⁷⁷，此條約草案計 16 條係針對示範條款作部分修改，以規範藉由現代科技快速增加，已無法控制的使用民俗創作方式。

但大部分會員國考量以國家層次保護民俗創作的經驗尚未成熟，不宜立即通過國際條約之執行。且還有兩大問題尚待克服，首先國際間缺乏適當的管道建立確認民俗創作之機制。其次，缺乏能調解國家間有關民俗創作爭議之可行機制。伯恩公約執行委員會及世界著作權公約政府間委員會於 1985 年 6 月於巴黎之共同會議，體認大多數會員國咸認制定保護民俗創作國際條約的時機尚未成熟，故延宕至今¹⁷⁸。

不同於 1976 年前揭突尼斯模範法，1982 年示範條款提供有別於著作權法之保護機制，亦即以特別立法之方式加以保護 (sui generis protection)，且不同於突尼斯模範法，針對著作權法缺陷而作特殊之設計，全部僅 14 條，多為原則性之規定，前言 (The Preamble) 提出 5 項考量：

1. 認為由不同國家之各族群或足以反映各族群期望之個人所展現及延續的民俗創作代表了各國生活文化遺產之重要部分。
2. 認為傳播各種民俗創作可能導致各國文化遺產的不當利用。
3. 認為民俗創作的商業上或其他性質的濫用或任何破壞，將損害各國的文化及經濟利益。
4. 認為構成表現智慧創造力的民俗創作應如保護智慧作品的方式予以保護。
5. 認為保護民俗創作是在國內、外促進民俗創作進一步發展、維繫與發揚不可或缺的方法，且不會損害相關之合法利益。

¹⁷⁷ 有關該條約草案原文及中譯本，請參閱章忠信譯，保護民俗創作以對抗不法利用與其他損害行為之條約草案，《智慧財產權》，2000 年 4 月，頁 32 以下。

¹⁷⁸ WIPO, *supra* note 176, at.11.

法條主要規範有：

1. 規範受保護民俗創作之內容（第 2 條）。
2. 以互惠主義為基礎提供國際間衍生之保護（第 2 條）
3. 授權使用民俗創作（第 3 條）。
4. 例外的合理使用規定（第 4 條）
5. 確認來源，即源起之族群及/或其地理位置（第 5 條）。
6. 對故意或過失未獲得授權者、未註明來源者；故意欺瞞他人有關民俗創作之源起者；故意直接或間接以有損於民俗創作源起國家或族群之名譽、尊嚴與文化之方式曲解民俗創作者等行為，皆建議予以刑事處罰（第 6 條）。
7. 對不法利用的損害賠償或其他民事救濟（第 7 條）。
8. 以互惠主義為基礎提供國際間衍生之保護（第 14 條）

6.6.3 2000 年 WIPO 會員國成立「WIPO 智慧財產權與遺傳資源、傳統知識及民俗創作政府間委員會」（Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, 簡稱 IGC）

主要負責處理智慧財產權與遺傳資源、傳統知識及民俗創作的政治目標及其主要原則，同時負責推動制定相關的法律機制，2001 年 4 月召開第 1 次會議後，迄 2006 年 4 月已召開過 9 次會議，其中與民俗創作相關較為重要的會議文件如下¹⁷⁹：

1. 問卷：

WIPO 曾於 2001 年 6 月 22 日於 IGC 第 2 次會議之 WIPO/GRTKF/IC/2/7 文件¹⁸⁰，提出法律保護民俗創作國家經驗問卷（Questionnaire on National Experiences with the Legal Protection of Expressions of Folklore），此問卷設計主要係針對 1982 年示範條款（the Model Provisions）適用的整體考量進行調查。

WIPO 於 2002 年 3 月 25 日 IGC 第 3 次會議之會議文件附件 1（Annex 1：Detailed Statistics and Summary of Responses Received to the Questionnaire¹⁸¹）就各國對問卷的答覆結果（總計 64 國回覆¹⁸²），公佈所作之詳細統計及總結，此統計

¹⁷⁹ 歷次 IGC 會議記錄文件可參閱 WIPO 網站：

http://www.wipo.int/meetings/en/topic.jsp?group_id=110, last visited on May 22, 2006.

¹⁸⁰ See http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2001/igc/doc/grtkfc2_7.doc, last visited on May 22, 2006.

¹⁸¹ WIPO, *supra* note 4.

¹⁸² 總計 WIPO 對多少國家發出問卷，文件中並未記載，全世界國家目前有 193 國，除梵諦岡、我國外，聯合國會員國有 191 國，如果以 191 國計算，則有 127 國未回覆，約占 66%。

結果足供我們瞭解各國對以法律保護民俗創作之不同意見，亦可作為我國制定相關法律之參考。

I. 示範條款的整體適用：

問題 I.1：在貴國什麼部門負責處理有關以法律保護民俗創作的問題？

【回應的總結】：

許多國家由一個以上的部門負責處理民俗創作的問題，大多數國家由智慧財產權部門，特別是著作權部門來處理民俗創作。

其他共同處理之部門，包括許多不同領域，例如教育、工業、環境、商業、技術、文化、自然資源、觀光、藝術、原住民族、外交、傳播、資訊、司法、博物館等部門。

問題 I.2：示範條款在貴國是否有（其中之一）官方語言的譯本？

【回應的總結】：

53%（34 國）回應：有。34%（22 國）回應：無。其他 13% 未回應。

問題 I.3：示範條款有關民俗創作的敘述或專用名詞在貴國是否被接受？貴國的法律或規章是否將其視為智慧財產予以特別的法律保護（該法律或規章是否與智慧財產有關）？

【回應的總結】：

36%（23 國¹⁸³）回應：是。另有 6 個國家（查德、中國、埃及、紐西蘭、委內瑞拉、辛巴威）表示草案仍在形成中，或草案已完成仍待立法中，此 6 國不包括在前述 23 國內。

問題 I.3 延續（如果是）（ii）：前述相關法律或規章是否有使用某些示範條款內容？

【回應的總結】：

65%（15 國）回應：是。13%（3 國）回應：否。22%（5 國）：無回應。

問題 I.3 延續（如果是）（iii）：請指出下列示範條款觀點，那些未被貴國法律或規章所採用？

1. 示範條款的基本原則（詳前言）
2. 示範條款保護民俗創作的範圍（第 2 條）
3. 示範條款對民俗創作保護及例外規定（第 3、4、6 條）

¹⁸³ 此 23 國包括：Barbados, Burkina Faso, Cote d'Ivoire, Croatia, Ecuador, Ghana, Guinea, Indonesia, Iran (Islamic Republic of), Kenya, Mexico, Mozambique, Namibia, Panama, Philippines, Senegal, Sri Lanka, Togo, Tunisia, United Kingdom, United Republic of Tanzania, United States of America, Viet Nam.

4. 示範條款處理民俗創作的授權與利用（第 9、10 條）
5. 示範條款的處罰與救濟（第 7、8 條）
6. 示範條款對保護外國民俗創作的解決方式（第 14 條）

【回應的總結】：

1. 未採用第 1 項的國家：7 國。
2. 未採用第 2 項的國家：8 國。
3. 未採用第 3 項的國家：7 國。
4. 未採用第 4 項的國家：9 國。
5. 未採用第 5 項的國家：5 國。
6. 未採用第 6 項的國家：10 國。（以上會有重覆勾選之情形）

如有勾選任何一項，請提供下列進一步訊息。

問題 I.3 延續（如果是）（IV）：請指出為何示範條款某些觀點未能於貴國施行。

【回應的總結】：

伊朗、斯里蘭卡：因國內法制定於示範條款前。納密比亞：制定法律時尚未收到示範條款。迦納、美國、委內瑞拉：雖未直接使用示範條款，但仍會採用與示範條款相同的原則。克羅埃西亞、迦納、幾內亞、伊朗、墨西哥、納密比亞、塞內加爾、多哥、坦桑尼亞、美國：該國未保護外國之民俗創作。

問題 I.3 延續（如果否）

（i）請指出為何貴國未以特別的法律保護民俗創作？

（iii）請指出示範條款未能於貴國執行之理由？

【回應的總結】：

1. 澳洲、加拿大、肯亞、莫三比克、紐西蘭、瑞士、英國：傳統的智慧財產權體系，如著作權、商標、新式樣等法律已足保護民俗創作。

另澳洲謂當前該國國內政策發展方向為在現行法律架構下保護原住民藝術及文化表現形式，更優於執行特別立法。澳洲、捷克謂民俗創作也可以其他領域法律予以保護，例如文化遺產法。瑞士謂藝術家並未要求特別保護民俗創作，因為他們認為以現有智慧財產保護方式，特別是著作權已足夠保護。

2. 比利時、加拿大、義大利、越南：民俗創作依現行智慧財產法架構，已屬公共領域，應不受保護，其能豐富國家社會文化之多元性，故其利用不應受限制。澳洲：另謂國內法院對傳統的智慧財產權體系及普通法原則提供彈性的詮釋，以對民俗創作為進一步的保護。蘇聯謂文化遺產是屬於全世界的財產，且傳統的知識、文化已融入各地每天的生活，禁止其使用是不恰當的。

捷克、吉爾吉斯斯坦、荷蘭：以一種智慧財產性質的法律保護可能太僵化，且

可能會將民俗創作從公共領域抽離及破壞自由接觸資訊及民俗創作等文化遺產之重要性。哥倫比亞、匈牙利：民俗創作從未是創作者的作品，因其主要特性並非反映作者獨有之個性，而係不變地代表公共領域文化的風貌，因此有限的保護期限，並不適用於民俗創作。

3.查德、中國、埃及、紐西蘭、委內瑞拉、辛巴威：對民俗創作尚未有特別的保護，係因尚處於草案形成立法的過程中或刻正等待立法的制定。牙買加、委內瑞拉、辛巴威：示範條款可能被採用，但須考量網路及以更為市場接受之授權體制進行修法。

紐西蘭：新商標法目前為國會審議中，如能立法，將授予商標審查員有權將可能侵犯社區意義重大象徵的商標申請予以駁回，此亦為另一種保護某些傳統或文化表現形式的方法；另其補充謂發展特別立法的形式，亦正為紐西蘭考慮中。

4. 比利時、甘比亞、日本、拉脫維亞、韓國、蘇聯、英國：沒有特別保護民俗創作，係因未被要求。甘比亞：缺乏意識及國內利益團體並未對民俗創作保護大聲疾呼。德國：沒有利益團體或其他團體曾表示希望將示範條款加入國內法中。拉脫維亞：民俗創作被認為是國家藝術表現形式之一，從未慮及將民俗創作作為任何財產權保護標的，利益團體亦未就此有任何討論。

5.匈牙利：示範條款尚未執行之原因，除了民俗創作已成為公共領域的部分，故未能以著作權法加以保護，但可採用文化管理規章給予保護。法律文件的推展亦是問題所在，主要面對族群的分佈區域常與各國國界無法一致及創作主題的移動造成很難確認。澳洲：對民俗創作進行更廣的保護，可以透過公共教育鼓勵有關民俗創作及創作的整理，幫助原住民接受及瞭解正式的智慧財產權體系，及適當地修改現行體制以更能反映文化特性。哥倫比亞：國家應保證族群作者的集體權利，支持種族教育及經由傳播媒體推廣及普及其遺產。希臘、匈牙利：該國法律明白規定民俗創作排除著作權法提供的保護，但仍可獲得衍生著作的保護，惟仍須符合原創性的要求。

除上所述，亦有國家提出下列因素，不丹：財產權之觀念及智慧財產的專屬權利，於某些國家是一相當新的概念；此外，佛教的影響及國家有關事務之獨立，可能影響文化能否不被其他人以非法或有圖利之目的予以誤用。衣索匹亞：一般人缺乏保護智慧財產的意識，特別是民俗創作。馬來西亞：民俗創作是一新的保護標的，需要進一步研究。菲律賓：民俗創作當它被推廣及傳播時，即已被保護。巴基斯坦：缺乏文化立法的專家，國家法律與文化團體的溝通不足。菲律賓：缺乏政府機構去執行示範條款所架構的功能。葡萄牙：執行示範條款倚賴民俗創作的保存，許多物品屬於文化遺產，卻不能獲得保護，例如設計或模型，甚至於缺

乏新穎性的手工藝品。

(ii)：請指出下列示範條款觀點，那些可能於貴國執行時受到阻礙？

示範條款觀點之選項同前問題 I .3 延續（如果是）(iii)，計有 6 項

【回應的總結】：

- 1.認第 1 項的執行於該國可能有阻礙的國家：3 國。
- 2.認第 2 項的執行於該國可能有阻礙的國家：4 國。
- 3.認第 3 項的執行於該國可能有阻礙的國家：6 國。
- 4.認第 4 項的執行於該國可能有阻礙的國家：4 國。
- 5.認第 5 項的執行於該國可能有阻礙的國家：2 國。
- 6.認第 6 項的執行於該國可能有阻礙的國家：3 國。

（以上會有重覆勾選之情形）

II. 示範條款主要條款的適用：

(a) 示範條款記載的基本原則：

問題 II.1：什麼是貴國法律規章保護民俗創作的的基本原則？

問題 II.2：對示範條款記載的基本原則有無任何意見？你認為這些原則是否仍具存在的價值？在示範條款未來的發展中，是否有任何其他原則應予增列？

問題 II.3：請提供對示範條款記載的基本原則任何其他資訊、意見或實務經驗。

問題 II.1.2.3【回應的總結】：

雖然並非全部國家皆回應此問題，回應國家一般指出：(i) 他們國家的法律已考量這些基本原則 (ii) 其他原則該國法律亦會考量列入，同時應視相關示範條款隱含原則的適用與存在可能性。

有關 (i) 項，下列原則為加強各國現行法律已提及者：

(a) 布吉納法索：利用屬於國家文化遺產的民俗創作，應事先取得授權及支付權利金。

(b) 中國、多哥：民俗創作之創作、散布的發展與保護。

(c) 中國：防止不當利用與其他損害行為。

(d) 中國、厄瓜多爾、甘比亞、吉爾吉斯斯坦、馬來西亞、墨西哥、羅馬尼亞：在保護對抗濫用民俗創作與鼓勵進一步發展與傳播民俗創作間維持一適當的平衡。

(e) 墨西哥：通俗文化作品的保護，源自表現多元文化的語言、習慣、傳統，並無明確的作者。保護通俗文化作品，以對抗扭曲、損害相關社群聲譽或印象之行為。

(f) 斯里蘭卡：依據著作權法保護，但無時間限制。

(g) 布吉納法索：檢視其保護民俗創作的條款尚未實際應用，此須賴原住民社群對保護其民俗創作之必要性及具有敏銳的感受。多哥：條款必須實用、可適用及

主動的；授權應由族群組織授與，而非由著作權集體管理的社區。

(h) 阿根廷：示範條款除了其前言所指經濟及文化利益外，尚應維護生態的利益。伊朗：如果對示範條款進行一些修正，將更為有效及完善。將示範條款作為模範，應先建立對各種廣義的民俗創作，能提供國際保護的機制。牙買加：示範條款必須包括文化多樣性的原則，以相對於文化特殊性。菲律賓：民俗創作的形式是民眾傳統信仰的部分及無形遺產的部分。

(i) 瑞士：現行原則有許多問題，包括：固定的定義不夠明確；在多元文化社會中，政府機構過度強調民俗創作，可能被認為一種審查形式，這將導致衝突；與著作權的保護關係不明；授權使用民俗創作將無法專屬。有關民俗創作需要以什麼形式保護及外國保護制度的確認，必須由這些國家的文化及社會狀況來決定。

美國：應該在特殊社群的需要、個人創作的推廣、生活文化的發展及表達自由間取得適度平衡。也必須維持彈性，以便不同族群能表達其需要與關切。保護民俗創作的主要方式應是傳統的智慧財產立法與修正，反映當地社群的狀況與需要，經由特別法提出特別的問題；智慧財產法中隱含的平衡設計，可能已納入民俗創作的保護。韓國：在保護對抗濫用與自由、鼓勵民俗創作的發展與傳播間取得平衡。瑞士：隱藏在民俗創作的演變及進一步發展的危險，應更小心的因應（示範條款第 13 條的規範過於概略¹⁸⁴）。厄瓜多爾、甘比亞、馬來西亞、羅馬尼亞：示範條款應該將數位使用與數位傳播納入考量，作為提供民俗創作國際保護的更迫切的原因。吉爾吉斯斯坦、墨西哥：在保護和自由發展民俗創作的可能性間維持平衡。

宏都拉斯：民俗創作從憲法觀點是國家文化遺產的一部分，不適宜特別保護，或以智慧財產立法方式給與保護。

雖然並無許多國家直接表示示範條款所揭櫫的原則，是否仍符合時代性及存在的價值。有 19 個國家¹⁸⁵相信示範條款仍具時代性及存在的價值，縱使示範條款可能需做部分修正，仍有一些國家已將其作為國內立法之參考。

(b) 民俗創作的保護

問題 II.4：貴國法律或規章是否使用不同於“民俗創作”的用詞以表示示範條款第 2 條所提及之標的種類？

如果是：

(i) 什麼專用名詞？

¹⁸⁴ Section 13 of the Model Provisions – Interpretation“ The protection granted under this [law] shall in no way be interpreted in a manner which could hinder the normal use and development of expression of folklore.”

¹⁸⁵ 此 19 國指：阿根廷、巴貝多、中國、克羅埃西亞、埃及、厄瓜多爾、甘比亞、迦納、印尼、牙買加、肯亞、吉爾吉斯斯坦、墨西哥、巴拿馬、韓國、羅馬尼亞、獅子山、越南、辛巴威。

- (ii) 涵蓋的標的內容為何？
- (iii) 為何選擇此專用名詞？
- (iv) 民俗創作用詞於貴國涵蓋的內容為何？

問題 II.5：在貴國法律及規章的實際應用上，民俗創作的確認是否遭遇任何困難？
如果可能，請提供進一步之資訊及實例。貴國如何確認民俗創作？（例如，是否需要登記？是否需要民俗創作的目錄、文件及資料庫？）

問題 II.4 及 II.5 【回應的總結】：

1.使用的用詞例如「迦納民俗作品」(works of Ghanaian－迦納)、「民俗創作」(expressions of folklore－巴拿馬、塞內加爾、委內瑞拉)、「傳統文化」(traditional culture－越南)、「團體標章、證明標章、印地安產品、美國原住民部落官方標記 (collective marks, certification marks, Indian products, official insignia of native American tribes－美國)。

2. 布吉納法索：使用「傳統文化遺產表達形式」(expressions of traditional cultural heritage) 優先於「民俗」(folklore)，因為立法機關認為 folklore 具有貶抑的含義。

3.中國、多哥：民俗作品 (works of folklore) 涵蓋無論是否固著於有體形式，固定的文學、藝術及科學作品（亦即：口述的表達、音樂的表達、動作的表達及有體形式的表達），著作人不明，但須可推知著作人為該國國民。

4.印尼：不明著作人的作品 (works of unknown authors) 是指於國家所關注的史前遺蹟、歷史的或其他國家文化標的例如故事、傳奇故事、民俗傳說、史詩、歌曲、手工藝、編舞術、舞蹈及其他藝術作品。

5.墨西哥：通俗文化 (popular culture) 是指一個文化社群表現其社會及文化特性的一切創作。

6.巴拿馬：民俗創作包括由國家文化社群進行與永久延續，加入文化遺產、通俗與習慣、藝術與科學表達、傳統醫學、新方法、烹飪的方式、傳統技術、宗教儀式特性成份的創作，選擇此用詞係因國家憲法區分國家文化遺產，由超越年代的藝術、哲學及科學的表現形式構成。

7.菲律賓：國內立法包括下列事項：

(1) 社群智慧權：係指由原住民文化社群與原住民所有、管理、發展及保護之權利：

a.該文化過去、現在、未來的表現形式，包括但不限於考古及歷史地點、人工製品、

- 設計、典禮、技術、視覺及表演藝術及文學之宗教與精神財產。
- b. 科學技術包括但不限於人及其他遺傳資源、種子、醫學、健康習慣、主要藥用植物、動物及礦物、原住民知識體系與習慣、資源管理體系、農業知識、動物群與植物群之財產知識、口述傳統、設計、科學發現；及
 - c. 語言、手稿、歷史、口述傳統、教育與學習體系。
- (2) 菲律賓歷史文化遺產及資源。
- (3) 傳統文化及其衍生創作。

有關問題 II.5，有 6 個國家（包括巴貝多、伊朗、墨西哥等）回答未遭遇困難；4 個國家（包括布吉納法索、納密比亞、蘇聯）回答曾遭遇困難。

納密比亞：曾發生民俗創作確認困難的案例，因為該社群與相鄰國家共同分享同一文化與傳統。安提瓜島及巴布達島、巴貝多、布吉納法索、甘比亞、迦納、宏都拉斯、伊朗、納密比亞、塞內加爾、美國：皆謂須提供民俗創作的目錄、文件及資料庫。

問題 II.6：在貴國民間是否使用不同於”民俗創作”的用詞以表示示範條款第 2 條所提及之標的種類？（略）

問題 II.7：是否有示範條款未保護之民俗創作或其他實例或傳統文化表現形式及知識，而貴國認為應予保護？

問題 II.8：請提供貴國受保護民俗創作範疇內之任何資訊、意見或實際經驗？

問題 II.7 及 II.8【回應的總結】：

1. 阿根廷：製作實體民俗創作的過程及方法（例：音樂樂器）。
2. 阿根廷、多哥、越南：歷史及考古遺址、字母、典禮及比賽。
3. 阿根廷、布吉納法索、不丹、宏都拉斯、印尼、伊朗、墨西哥、巴拿馬、坦桑尼亞：傳統醫學、習慣藥物、健康照顧與醫療方法。
4. 辛巴威：具秘密性質之傳統知識。
5. 克羅埃西亞：醫術及分子生物學領域之科學觀點。
6. 捷克：建築形式。
7. 牙買加、多哥：烹飪的食譜及程序。
8. 印尼：原住民知識。
9. 伊朗：傳統占星術。
10. 菲律賓：在傳統通俗文化活動聚集地所呈現之文化空間及人類學概念、傳統信仰。
11. 獅子山、多哥：諺語、神話、史詩、笑話及傳說，出生、死亡、狩獵及捕漁哼唱之歌曲。
12. 塞內加爾：頭飾、髮飾、衣服及珠寶。

捷克：最近該國提供特別地區酥皮原有名稱的保護。匈牙利：在相關立法下，將民俗創作視為文化遺產之一部分，而非視為著作權法保護之作品。

辛巴威：雖然民俗創作不法利用遭族群所關切，但該國相信民俗創作的自由使用，在缺乏任何法律條款保護下，有助於保存民俗創作，其能不消失，亦歸功於此自由使用。

羅馬尼亞：該國係以國家文化遺產之一部分來保護，有關保護民俗創作係由確認、編制目錄、證據、保存、保護所組成。

義大利：當傳統的真實性或遺產本身被傷害或連累時，保護民俗創作可對抗一些損害行為及不法利用。在這些案例，民俗創作的保護並非民俗創作所有人的專屬權利，而是傳統本身或社群中個人完整性之維護。

美國：一個擬申請之商標，如果包含或牽連的事物，可能輕視或錯誤建議與個人、生存或死亡、機構或民族象徵相關的事物，或帶來輕蔑或聲名狼藉時，可能被拒絕登記或撤銷。

(c) 侵害受保護民俗創作的行為：

問題 II.9：請提供在貴國法律或規章中有關民俗創作授權保護性質的相關資訊？例如，什麼行為需要授權？是否授與專屬權利？

【回應的總結】：

巴貝多、斯里蘭卡、坦桑尼亞、越南：有關民俗創作授與的權利為有關著作權作品的全部或部分著作財產權及著作人格權。有關民俗創作授與的權利大多為專屬權利。

布吉納法索：如果已知民俗創作的著作人，授與的權利為專屬權利。墨西哥：給予保護須視著作人者是否已知，而無關著作人的保護期限是否已期滿。美國：依據該國著作權法所有人有權授與專屬權利予被授權人及授權重製、改作、散布、表達及展示。依據該國商標法第三人未經商標專用權人授權，不得使用足以令人混淆之近似商標於近似之商品。迦納：權利為非專屬，使用民俗創作，除已獲准使用外，也需要事先授權及付費。墨西哥：依該國法律不需事先授權。

問題 II.10：依據貴國法律或規章規定，何種情況的利用需要授權（例如：示範條款第 3 條規定是否有營利意圖及/或是否為傳統或習慣狀況外之利用。）

【回應的總結】：

巴貝多、布吉納法索、中國、哥斯達黎加、迦納、伊朗、納密比亞、多哥、坦桑尼亞、越南：當使用民俗創作具有商業目的或為傳統或習慣狀況外之利用時

即需授權，亦即該等國家將示範條款內容反應於其法律中。

美國：關於該國規範印地安藝術品及手工藝品的法則即是廣告真實，僅有聯邦認可的部落登記成員可以銷售、為銷售而陳列或販賣任何印地安藝術品或手工藝產品。以虛偽方式表示其為印地安生產、印地安產品、特別的印地安產品、印地安部落、印地安藝術及印地安組織及當地印地安住民，皆應被禁止。

巴拿馬：祇要具營利意圖，不管是否為傳統或習慣狀況外之利用，包括扭曲原住民文化及當地社群之社會文化價值及侵害傳統版權皆需授權。

問題 II.11：依據貴國執行法律或規章之經驗，有關侵害民俗創作的何種利用、使用及行為方式應給予保護？請提供實例。在貴國執行相關法律或規章條款時，有無任何實際經驗將有助於廣大的使用者？

【回應的總結】：

巴貝多、布吉納法索、蒲隆地、查德、納密比亞、塞內加爾、多哥、越南：保護應該是有效的，這些侵害方式包括利用原住民植物；使用地區名稱於未經授權重製之地區產品；外國電影製作人剽竊民俗創作；剽竊岩畫；發行祖先口述予倡導者之民間故事、詩歌、短篇故事；改變傳統樂曲為現代樂曲再予重新命名；未經授權使用民俗舞蹈及儀式；拍攝原住民及其服飾於明信片。迦納、幾內亞、越南：另亦包括重製；藉由演出、播送、有線或其他形式之散布及改作；翻譯或其他改變及未經授權之重製。

美國：依據印地安藝術及手工藝法（Indian Arts and Craft Act, IACA）規定，禁止在美國境內行銷歪曲印地安藝術及手工藝之產品。當地美國部落的經驗顯示許多企業意圖仿冒當地美國藝術及手工藝及/或虛偽標示某些非印地安產品與當地美國部落之連結關係。

問題 II.12：貴國法律或規章是否規範有關註明來源之權利（如示範條款第 5 條規範），如果可能，請指出相關實例，這些權利是否在實務上為有用、有效及可執行的。

例如，貴國如何進行民俗創作之確認？（來自己知的社群或地域）如不同的社群共用相似的民俗創作時，貴國如何進行確認？或貴國住於邊境之社群，可能已採用或發展源自另一國家之民俗創作時？

【回應的總結】：

計有 13 個國家回答此問題，其中 6 個國家（布吉納法索、肯亞、納密比亞、巴拿馬、坦桑尼亞、越南）表示其國家法律有規範關於註明來源之權利。7 個國家（巴貝多、迦納、幾內亞、墨西哥、塞內加爾、多哥、美國）表示沒有這些條款。

問題 II.13：貴國法律或規章所提供之保護是否有時間限制？

如果是，多久？決定保護之起點為何？在民俗創作保護期間屆滿後的狀況為何（例如：如果落入公共領域，則任何人可無限制地複製及使用。）

如果否，在這議題，是否有任何國家經驗，有助於廣大的使用者？

【回應的總結】：

在 23 個對民俗創作提供特別保護之國家中，僅伊朗 1 國回答有時間限制，11 個國家¹⁸⁶表示沒有時間限制。

迦納：民俗創作的存在是永遠的，因此其並無落入公共領域。美國：保護如依著作權法是有時間限制，保護期限為著作人終身加 70 年，從發行日起算 95 年，或創作日起 120 年。保護如依商標法，祇要該標記是做為商標正常的使用則為持續有效，但商標如果其標記有輕視或虛偽的連結暗示，則該商標可能隨時被撤銷。塞內加爾：人民能夠安排將民俗創作如遺產般代代相傳，同時確保其特性得以保留是重要的。

問題 II.14：如果可能，請提供超越貴國法律或規章的除外資訊，從民俗保存者及使用者之觀點，貴國是否認為適當？（略）

問題 II.15：考慮貴國之民俗創作，那些可保護民俗創作之利用、使用及行為是必須的？請提供實例。

問題 II.16：請提供貴國關於民俗創作保護性質之任何其他意見？

問題 II.15 及 16 **【回應的總結】：**

許多國家認為民俗創作的保護，應參酌著作權法保護的行為，例如重製、改作、公開演出、發行、公開傳輸及人格權保護的行為態樣。捷克：根據該國法律，傳統民俗文化創作祇有在“不貶低他們的價值”情況下可以被使用。

此外，一些特別的實例如：

1. 重製藝術作品於 T 恤、進口地毯（澳洲）及外衣（巴貝多）。
2. 複製及改作傳統治療（巴貝多）。
3. 模仿及使用手工編織品、以工廠機器織法製作傳統紡織品設計及型式，此已扼殺當地村莊婦女間普遍流行之編織方法（不丹）。
4. 保存及保護原住民婦女的毛皮風雪大衣（parka）。原住民婦女企圖以商業方式推廣手工製作的毛皮風雪大衣，為了保存傳統技巧及知識，且提供一種收入來源及經濟獨立的方法（加拿大）。
5. 挪用著作人為地區居民所共知之作品（吉爾吉斯斯坦）。
6. 使用皮影戲及民俗詩歌、歌曲、音樂及舞蹈（馬來西亞）。

¹⁸⁶ 巴貝多、迦納、肯亞、墨西哥、莫三比克、納密比亞、塞內加爾、斯里蘭卡、多哥、突尼西亞、坦桑尼亞。

- 7.交易及出口很難歸類及確定日期之人類學素材與手工藝品（菲律賓）。
- 8.爲了經濟利益使用與利用民俗創作，扭曲民俗創作，欺騙社會大眾（獅子山）。
- 9.未經授權利用民俗創作，例如：重製、散布、舞台上映、口述或其他演出或直接公開上映之形式（埃及、宏都拉斯、羅馬尼亞、辛巴威）。
- 10.不適宜或未授權使用原住民版本或象徵以推展觀光；非原住民使用原住民設計於時尚工業；使用抒情詩於音樂產業；紀念品產業的許多產品詆毀原住民文化或不重視其作品之真實性；觀念亦可能經由數位科技之傳播，例如：操弄文化財產包括上傳、下載影像、音樂或從網路重製偏離傳統或習慣背景之題材（紐西蘭）。
- 11.不尊重社區尊嚴的謾罵利用、使用及行爲，侵犯社區尊嚴與榮譽。（義大利）。

韓國：在這些問題的回答中，沒有保護正足以顯示其沒需要。當文化必須持續改變、發展及繼續存在，給與智慧財產權可以加速推廣及進一步發展民俗創作。

澳洲：該國法院採取對智慧財產權法律彈性的解釋及以普通法原則對民俗創作提供更大的保護，另參照使用秘密訊息主義及適用受託者義務之原理。加拿大：當民俗的表達方式是由許多不同文化所組成，文化多樣性已被加強和推廣。故保護不同觀點的民俗表達方式之方法，是不須過度限制或因此限制其傳播。捷克：保護的規定亦有透過文化遺產的立法。

菲律賓：推廣民俗創作，包括將傳統史詩拍成電影，此種保護方式即使某些人可能因此獲得經濟上利益，但電影的放映將保護這些史詩的存在，得以傳遞給下一代。

匈牙利：該國最高法院已對是否民間故事的已知作者即爲個人及原始作品創作者的爭點做成決定。法院指出關於民間故事的原創性及出處，必須考量民間詩作的特別規則予以判決。在這方面，民間故事的變異性不能忽視，民間故事是靠口述的傳承及維持，因此他們須面臨不斷地改變，一位民間故事口述者是無權要求著作權保護，如果其跳脫不出傳統說故事之架構，將僅是一位故事的口述者。

美國：最有效保護民俗創作的方式是給與特別的關注。假使全部國民、印地安部落成員及阿拉斯加當地居民能充分接近其選出之代表，爲自己提出符合其特殊需求之立法建議。

(d) 民俗創作的授權利用

問題 II.17：民俗創作於貴國是被視爲：

- (i) 全部爲國家”財產”（當部分爲國家文化遺產）？
- (ii) 爲貴國原住民或其他當地社群之”財產”？

(iii) 為依據民俗傳統創作之個人藝術家之”財產”？

(iv) 上述皆非，請提供進一步資訊。

【回應的總結】：

34 個國家選擇 (i) 項，16 個國家選擇 (ii) 項，16 個國家選擇 (iii) 項，4 個國家選擇 (iv) 項。

澳洲：著作權法並未認可如此之社群所有權。無論如何，法院於一件案例中指出原住民藝術家對他所屬之社群負有受託人之義務，此受託人責任之發現，可以由當欲延伸某些社群所有權形式時，其要求著作中之著作所有人須執行其權利，以保護其所屬社群免受文化傷害。

英國、越南、布吉納法索：文化遺產的表達方式，當著作人不明時，即全部為國家所有。當著作人已知時，即為著作人所有。

紐西蘭、越南、辛巴威：民俗創作是個人藝術家之財產。巴拿馬：是當地原住民社群之財產。宏都拉斯、韓國：所有權通常歸屬於三者之一，即國家、社群或個人，決定於特別的民俗創作及環境。

問題 II.18：請提供貴國民俗創作授權利用之任何其他意見或實際經驗？

【回應的總結】：

加拿大：加拿大文明博物館是聯邦皇冠公司負責展示加拿大人類歷史之國家博物館，博物館之文化研究計劃為收集有形之民俗藝術及音樂錄音帶、語言、口述歷史及個人故事。為反映某些原住民團體成員希望關於使用其民俗創作之授權。博物館之文化人類學部門限制文化附屬團體之成員使用某些稀少原住民之收藏品，且不開放給一般大眾使用。

吉爾吉斯斯坦：該國有收集管理著作權及相關權利及授權之系統，係規範使用著作權標的物。著作權管理組織向使用公共領域作品者收取費用。收取之費用嗣後再轉給智慧財產權國家基金。

菲律賓：有關費用及事先告知相關原住民文化社群及取得原住民同意是必須的。契約備忘錄係由提議者、原住民文化社群的主事者及國家原住民委員會共同簽署。

美國：

1. 提供文化資訊的人可能將民俗創作給與收集者，收集者可能是社群中的某人、社群內之特別團體或通知者所屬社群外之團體，獲得由提供者簽署的准許公開表格，可防止進一步使用民俗創作，但如果使用之傳統所有權已超出提供者提供之範圍，則使用者必須獲得進一步之授權。
2. 提供者可能授與民俗創作予收集者，瞭解表演或使用此民俗創作，應限定於特別狀況，例如每年一季；僅限男或女；或祇在特別儀式中使用。惟當民俗創作被使用於發行或其他大眾媒體時，管制使用民俗創作，將非常困難。

3. 提供者可能將民俗創作授與收藏家，僅有收藏家瞭解可使用之素材，此留下一問題，即當收藏家使用他人民俗創作，應收取多少費用，收藏家或許不瞭解原始提供者之所有權含義。

巴拿馬：由原住民及當地社群授權使用民俗創作，是以授權契約形式授權第三人使用。

問題 II.19：貴國法律是否有參照示範條款第 9 條及第 10 條建立主管機關及/或監督機關？

【回應的總結】：

1. 巴貝多、伊朗、莫三比克、納密比亞、巴拿馬、越南：並無參照示範條款，建立單一機關辦理授權使用民俗創作，但在某些案件，不同的政府部門可以辦理授權。
2. 中國：該國草案規定利用民俗創作的費用不得少於從利用中獲得利潤之 7%，這些費用主要必須用於下列目的：支持及幫助國家民俗作品組織、民俗藝術家、民俗研究機構、民俗博物館、展覽處所及建檔工作。資助從事創作及推廣民俗的社群進行對傳統民俗有意義之活動。保護及傳播國家民俗作品。
3. 美國：該國有藝術品及手工藝品管理委員會，屬內政部門下轄機構，管理相關法律。另在著作權法與商標法對其權利擁有者，亦是相關主管機構。

問題 II.20：如果原住民或當地社群被貴國法律認為是各自傳統藝術遺產之所有人，在實務上社群如何在法律下進行相關權利的運用、管理及執行？有什麼實際經驗及例子有助於廣大的使用者？

【回應的總結】：

墨西哥：當某些社群所產生之民俗創作被扭曲造成社群名譽的敗壞或文學藝術作品的源起被誤導為非歸屬相關社群時，社群可以求助於著作權局。惟至目前為止，我國尚無這些情況之經驗。

美國：有關為銷售而提供或展示之產品虛偽標示其為印地安產品，可向印地安藝術品及手工藝品管理委員會，依據印地安藝術品及手工藝品法提出檢舉。也可提起民事訴訟。政府也可採取行動，教育消費者避免仿冒藝術品及手工藝產品。

(e) 制裁、救濟及管轄：

問題 II.21：貴國法律或規章有什麼救濟及制裁的規定？

問題 II.22：請提供有關救濟、制裁之任何其他意見及實例？

問題 II.21 及 22 **【回應的總結】：**

迦納、巴拿馬、美國：制裁、救濟主要仍係建立於著作權侵害及刑事侵害之法定賠償。

查德、巴拿馬：假使第二次侵害，罰款將是第一次罰款金額的兩倍。制裁除了沒收及銷毀外，也使用收押犯人之方法。

11 個國家¹⁸⁷表示，制裁及救濟規定有罰金及/或有期徒刑，近似規定包括既存法制系統中之傷害及損害或其他適宜之民事救濟，根據財產性質及侵害程度決定賠償金額。

就實例各國並無提供進一步之消息。

(f) 有關其他形式之保護

問題 II.23：在貴國是否有事例證明，民俗創作已以相關權利的間接方式受到保護？

問題 II.24：請提供任何其他意見或實際經驗有關貴國已提供其他形式保護民俗創作？

問題 II.23 及 24【回應的總結】：

總計 49 國回答「是」，25 國回答「否」。

回答「是」的國家提及：

1. 保護之規定藉由著作權及相關權利之立法，特別是表演人及錄音物製作人權利之保護（澳洲、加拿大、捷克、甘比亞、德國、印尼、牙買加、荷蘭、菲律賓）。
2. 經由商標立法提供保護，在某一案例，第一民族之原住民已應用商標立法保護古代岩畫的象徵（加拿大）。
3. 對源自於民俗創作之作品提供著作權保護（克羅埃西亞）。
4. 民俗創作已在普通法予以保護（甘比亞）。
5. 迦納、荷蘭、菲律賓、蘇聯、塞內加爾、多哥：提及文化遺產及原住民權利之立法。

9 個國家¹⁸⁸回應已有事例證明民俗創作已以相關權利的間接方式受到保護。

希臘：民俗創作可以衍生作品受到保護，例如：翻譯、改作、排列及其他改變。假如民俗創作其挑選或排列之內容皆為原創時，民俗創作的組合也受到保護。

匈牙利：依據司法實務，對研究民俗歌曲有貢獻之眾多研究者，係以著作權法中之共同著作加以保護。另外給予稅負津貼或稅負免除為保護民俗創作的另一方式。

美國：該國法律並未對著作權與鄰接權作區別。

(g) 保護外國民俗創作

¹⁸⁷ 巴貝多、查德、中國、伊朗、納密比亞、蘇聯、斯里蘭卡、坦桑尼亞、美國、委內瑞拉、越南。

¹⁸⁸ 迦納、希臘、匈牙利、義大利、紐西蘭、挪威、韓國、羅馬尼亞、英國。

問題 II.25：是否有實例說明源自貴國的民俗，在外國已被剝削或不同的利用？

【回應的總結】：

13 個國家¹⁸⁹回答「是」，其中哥斯大黎加、迦納、巴拿馬：指出他們已體驗其民俗創作在全球被商業性的剝削。

2 個國家回答「否」。

問題 II.26：貴國是否認為保護民俗創作的國際協定是必須的？

【回應的總結】：

39 國（61%）回答「是」，4 國（澳洲、匈牙利、瑞士、美國）回答「否」，8 國（13%）未回答，

13 國¹⁹⁰未回答，但有提供進一步訊息。

回答「是」的不同原因：

1. 國際協定將有助於發現及對抗民俗創作的非法利用（查德、哥倫比亞、哥斯大黎加、莫三比克、辛巴威）。
2. 它將帶來更好的保護，因為此議題並非僅涵蓋單一國家，而係包括地區內數個國家（哥斯大黎加、羅馬尼亞）。
3. 它將給原住民及當地社群智慧財產權中的傳統知識及民俗創作更多的尊重，特別在國際層面上能保存、維持及保護民俗創作，以對抗經由挪用的非法剝削。這些尊重將能保存他們，因為沒有尊重，民俗創作將逐漸消失。除了能帶來更多保護，亦是保護民族文化的一種方式（巴拿馬）。
4. 保護民族的特性不足以提供適當保護民俗創作之層級。國際法文件應被適用於將他國民俗創作作商業使用之主要國家（哥倫比亞）。
5. 可能訂立之條約應與智慧財產權問題相連結及避免與其他國際條約或程序的主題或其他可能發展的解決方式相衝突（阿根廷）。

回答「否」的不同原因：

此時簽署國際協定之時機尚未成熟（澳洲、匈牙利、瑞士、美國）。

美國：國際間是否可能或期望在國際層面建立廣泛統一的法律制度去規範民俗創作的保護，目前尚未明朗。在各國國內社群尚未取得合作之共識及就其國內民俗創作尚未建立成熟的保護體系與就保護的運用及效果取得實用之經驗前，即開始進行國際協定之制定，似乎仍嫌過早。

¹⁸⁹ 巴貝多、布吉納法索、蒲隆地、查德、哥斯達黎加、迦納、幾內亞、伊朗、納密比亞、巴拿馬、蘇聯、塞內加爾、坦桑尼亞。

¹⁹⁰ 安提瓜與巴布達、比利時、加拿大、德國、希臘、義大利、拉脫維亞、荷蘭、紐西蘭、挪威、葡萄牙、韓國、英國。

13 個未回答是或否之國家中，加拿大：國家所關切的仍是國內相關團體訴求之觀點及國際機制或許是較能平衡所涉之不同考量。德國：是否仍有這些需要，該國已曾表示目前無制定國際法律文件之必要。此外：

- 1.雖然保護發展中國家之文化遺產是重要的。但在歐洲，文化是屬於國內事務，因此國際協定並非最能被接受之方式（荷蘭）。
- 2.該國仍然肯定目前在國際層次所進行之工作。針對確認現存國際體系各種智慧財產權之不足、改善現存國際體系的資訊及改進社群所關切之現存權利及制裁可能性之資訊，皆是重要的（比利時、挪威）。
- 3.在未來討論保護民俗創作的國際法律架構可能並不必要，在許多基本問題未被澄清前，提出討論的意見似乎仍不成熟。討論的議題應集中在民俗創作之定義、所有權、分配、權利之運用、現存跨國的爭議處理，在 WIPO 會員國間發展彼此之共識可能比提出討論國際法律架構更為重要（日本）。
- 4.已積極準備討論此領域之國際提案，及繼續贊同某些國家目標，建立一個適當的國際保護體制。應先發表的基本問題為：民俗創作是什麼？現存的保護有什麼缺口？什麼行為應該被保護？誰應受益（文化可以跨越國界）？（英國）
- 5.支持此領域由跨政府委員會進行進一步之工作，藉以決定是否有簽定國際協定之必要（紐西蘭）。

問題 II.27：如果是，貴國是否認爲示範條款可以作為發展此協定之適當起點？

【回應的總結】：

38 國（60%）回答「是」，2 國回答「否」（3%），23 國（37%）未回答。

問題 II.28：有關阻礙 1984 國際條約發展的兩個主要問題（i）缺乏適當的來源確認何為應受保護之民俗創作（ii）缺乏確定當民俗創作不僅發現於一國，而係存在於某一地區內數國時，民俗創作歸屬問題之可行機制，貴國有何實際提議？

【回應的總結】：

- 1.解決這些問題必須熟悉全球的應用，WIPO 聲譽卓著之委員會應是有效處理此兩問題之論壇（巴貝多）。
- 2.建立國內及/或國際之民俗資料庫（埃及、印尼、馬來西亞、墨西哥、羅馬尼亞、蘇聯）。有關缺乏適當資源，應開放探討建立資料庫及使用替代性之爭議解決機制，例如仲裁及調解，以解決一個地區不止一個國家主張民俗創作之問題，故進一步的討論是有用的，即使這些實際建議未必有利於發展國際條約（加拿大）。民俗創作的文件紀錄，可以證明保護應先構築可供全球使用之資訊系統，爲了其共同管理，並做爲建立著作權保護作品世界檔案館之重要內容。在發展中國家民俗創作的確認及文件化，應該經由例如 WIPO 及 UNESCO 組織之國際

合作來支持（哥倫比亞）。

- 3.建議建立國際組織以確認民俗創作的來源（克羅埃西亞、多哥）。

國際組織應包括全部相關之國家，負責處理民俗保護國家機構之專家。其責任包括建立國際民俗創作資料庫、調解同一地區數個國家民俗創作衍生之衝突（羅馬尼亞）。

- 4.結合國內及國際努力，應該適當規範來源，以為確認應受保護之民俗創作。國家負責推廣及發展文化之機構，應該進行來源的研究及整理。假使民俗創作在一個地區的數個國家內發現，該地區應優先著手解決這些爭議。所有這些國家有意對利用共同民俗產生之利益，建立一套解決這些問題的統一註冊及通知系統，將是一條漫長的路。可以先建立一個分享這些利益之適當系統。當發現民俗時，一個國家想要註冊及保護共同民俗，應連絡通知地區內之其他國家（甘比亞）。
- 5.在國際層面協助建立基金及專家鑑定是必須的，考慮形成一世界法院/法庭以保存/保護民俗創作可能亦是必要的（牙買加）。
- 6.有關決定（確認）民俗創作之標準，可以考慮類型化，例如曆元、仙女故事、傳說具有人民遺產來源（相反地，小說、小品文有作者），這些標準可能缺乏作者。有關地區民俗，建議設立保護及檢查民俗創作之地區中心，可以處理國家民俗創作的保護及近似的傳統文化及對究竟屬於某個國家或其他國家之特別民俗創作做出適當決定（吉爾吉斯坦）。
- 7.另對於確認民俗創作法律權利之所有人及這些創作起源之究竟誰屬，亦缺乏可行機制（義大利）。

問題 II.29：請提供有關保護外國民俗創作之任何意見或實例？

【回應的總結】：

- 1.國家間特別的互惠協議，將有助於外國民俗創作之保護，但非概括保護民俗創作之基礎（納密比亞）。
- 2.國內法須明定保護外國民俗創作之條款（迦納）。

III. 示範條款的變更或修改

問題 III.1：請提供任何有關變更或修改之建議，以使示範條款能更為有用，俾能作為國家、地區或國際間法律與標準之模範。

【回應的總結】：

- 1.示範條款應界定術語，以清楚界定所欲保護著作之範圍與意義（阿根廷）。
- 2.示範條款應適用於所有國家（布吉納法索）。
- 3.示範條款之範圍應包括傳統醫藥及治療方式、織品設計、科學觀點、實用傳統、

- 無形遺產及文化空間（不丹、克羅埃西亞、菲律賓、越南、辛巴威）。
4. 示範條款應提供國際保護，促進人類文化及國家間文化關係之利用（伊朗）。保護原住民及瀕臨消失的社群空間（牙買加）。
 5. 示範條款應譯成各會員國官方語言（吉爾吉斯坦），應跟上時代變化，以符合目前技術環境（馬來西亞）。
 6. 當不止一個社群擁有同一民俗創作時，應提出其解決方法（阿根廷、義大利）。
 7. WIPO 應於會員國間舉辦研討會及地區會議，並應建立進一步之示範條款，以提供保護外國民俗創作之特別互惠條款（納密比亞）。
 8. 對民俗創作提供之保護，應及於數位環境之使用，在全球資訊網路中重製及對公眾傳輸之概念已包括於示範條款第 3 條，應該比較 WIPO 表演人及錄音物條約已規定之方式，跟上時代之進步（哥倫比亞）。
 9. 在智慧財產中創立特別立法保護之概念（哥斯達黎加、立陶宛）。
 10. 處罰必須統一，並擴及國境外（獅子山）。

【小結】：

本次問卷計有 66 國回應，如以聯合國會員國目前 191 國計，則有 127 國未回覆，亦即回應國家占約 34%，其中僅 23 國表示對民俗創作將其視為智慧財產權提供特別保護約占 12%，15 國表示有採用某些示範條款內容。

許多已開發國家表示傳統智慧財產權體系已足保護民俗創作；或認民俗創作依現行智慧財產權架構已屬公共領域，應不受保護，其能豐富國家社會文化之多元性，故其利用不應受限制；亦有謂沒有特別保護係因未被國內利益團體或其他團體所要求。

許多已開發國家如澳洲、匈牙利、瑞士、美國、德國、日本、英國表示目前尚無簽署國際協定之必要，因時機尚未成熟。另對如何確認何為應受保護之民俗創作及當民俗創作係存在於某一地區內數個國家時，如何確認民俗創作之歸屬等問題，目前國際上仍缺乏共識可行之解決機制。

2. 相關檔案：

- (1) WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3: 保護傳統文化表現形式的特別立法比較概要 (comparative summary of *sui generis* legislation for the protection of traditional cultural expressions) – 2003 年 4 月 28 日，如下頁表四。

表四：保護傳統文化表現形式特別立法的比較概要

法律 內容	1976 突尼斯模 範法（祇有與民 俗創作相關部 分）	1982 示範條款	1999 班吉協定 （OAPI），附件 7，1 項（著作權 及相關權利）	2000 巴拿馬 20 號法律及 12 號 施行細則	2002 南太平洋國 家模範法
保護客體	各國之國民或種族，藉由代代相傳所創作之所有文學、藝術、科學著作，而其構成傳統文化之基本要素。民俗創作接受特別立法的保護。換言之，衍生自民俗創作的作品，亦為著作權之著作。	指由族群或足以反映其族群傳統藝術期望之個人所展現及延續具有傳統藝術遺產特性之產物，特別是： 1.口述的表達：民俗傳說、民俗詩歌及謎語。 2.音樂的表達：民謠、民俗樂器演奏。 3.動作的表達：民俗舞蹈、表演及藝術形式或儀式，不問是否以物質形式展現。 4.有體形式的表達： （1）民俗藝術的產物，特別是圖形、繪畫、雕刻、塑像、陶藝、鑲嵌、木作、金屬創作、珠寶飾物、籃編、刺繡紡作、飾毯、服飾； （2）樂器。 （3）建築形態。	民俗創作包括（a）各種文學作品：無論口頭或書面形式之故事、傳說、諺語、敘事詩、年代紀、神話、謎語。（b）藝術形式及作品：舞蹈，各種形式的音樂作品，戲劇、音樂戲劇、舞台舞蹈及啞劇作品，美術形式及作品，任何方式的裝飾藝術，建築形式。（c）宗教傳統與節慶：儀式及儀禮，祭祀的物品、祭服及地點，秘密儀式。（d）教育性傳統：運動、比賽，風俗的編纂及社會習俗。（e）科學知識與產物：藥物及處方籤，自然科學、物理、數學、天文等領域所獲得之理論	習俗、傳統、信仰、靈性、宇宙觀、民俗表達、藝術表現形式、傳統知識、和其他原住民族群傳統表現形式，係其文化財產之一部分（文化遺產）（法律第 2 條）。「集體智慧財產權」及「傳統知識」具體體現於例如發明、新式、新式樣及繪畫等創作，包含於圖像、符號、圖形、標誌、岩畫及其他歷史、音樂、藝術及傳統藝術表現形式的素材、文化元素（細則第 1 條）。「集體原住民權」意謂有關藝術、音樂、文學、生物學、醫藥及生態知識	此法主要針對文化表現形式。文化表現形式被定義為任何出現傳統知識或其表現形式，包括特別是姓名、故事、簡短旋律、謎語、歷史、口頭敘事的歌曲、手工藝、樂器演奏、塑像、繪畫、雕刻、陶藝、鑲嵌、木作、金屬創作、珠寶、編織、刺繡、貝飾、地毯、服飾及織物、音樂、舞蹈、戲劇、文學、慶典、儀式表演、文化習慣、設計、建築形式。

			與實務。(f) 技術知識與產物：冶金術與紡織術，農業技術，打獵及捕漁技術。	及其他著作人或所有者不明及無創作日期和構成整個原住民遺產之標的和表現形式（細則第 2 條）。	
保護標準 （例如：必須符合原創性、新穎性、顯著性、固著性等。）	不要求固著性（第 5 條）或原創性。並無要求特別的標準。	無明確說明。	民俗創作及衍生著作皆被視為「原創」的著作權著作（第 5 條） 不須固著於物質媒介上。（第 4 條（2））	受保護客體必須為： 1.能為商業使用（第 1 條） 2.雖然不須為古老，但必須根據傳統（第 5 條） 3.在細則第 3 條所建立之分類系統內。 4. 必須為集體的，亦即保護客體必須為作者或所有者不明及不知創作日期，且為全體原住民之遺產（細則第 2 條），必須屬於一個或多個巴拿馬原住民族群（細則第 5 條、6 條）。	保護客體必須是「傳統」的，亦即： 1. 依據傳統經濟、精神、儀式、敘事、裝飾或娛樂目的所創作、獲得或激勵。 2.代代相傳。 3.與特定傳統團體、宗族、族群居民相關。 4.集體創作及持有（第 4 條）。 不限以物質形式表現（第 8 條）。
權利人	民俗創作權利由主管機關運用（第 6 條、18 條）	主管機關或相關族群。	著作人為首先擁有著作財產權及人格權者。特別條款則處理共同著作、集體著作、受僱人著作及其他無特別條	代表全體代表之機構或傳統權力組織之相關原住民族群。可由一個以上族群登記為權利之共有人（細則第 5 條）。	依據習慣法及慣例負責監護民俗創作之團體、宗族、族群或個人。

			款規範之民俗創作。		
授與權利 (包括免除及自由使用)	第6條—國家民俗創作享有之權利規範於第4條及第5(1)條，由主管機關運用。 第4條—財產權：著作人專有重製、翻譯、改作、編排、轉變、經由公開表演或播送的對外公開。	當下列使用同時具有營利意圖及傳統外觀或習慣背景時，須事先經過授權：發行、重製、重製物的散布、公開口述、演出、有線或無線電傳輸及以其他方式向公眾之傳達(第3條)。 來源的確認(第5條)—全部印製的出版品來源必須以適當的方式確認(使用的表現形式溯自提及的社群或地區)，以任何公開傳達的方式，除(第4條及5(2)條)下列不須授權的情況： 1.教育目的。 2.為說明利用著作原本。 3.民俗創作係借自著作人原本的創作。 4.「附帶利用」例如現行事件的報導，確認其永久屬於公共領域。	民俗創作及其衍生之作品，皆視為著作權作品，有關著作權中之財產權及人格權亦能於此適用(第8條及第9條)。 民俗創作表演的保護與其他表演的保護方式相同(第48條)。 此外，民俗創作及作品已落入公共領域，則屬於公共支付的範疇。	集體權之許可及防止： 1.使用及商業化(第15條)。 2.工業性重製(法律第20條)。 集體權利適用於智慧財產權，已超過保護標的之範疇(法律第2條)。 集體權利防止或許可第三人，超越已保護標的範圍，獲得專屬智慧財產權(法律第2條)。	模範法在傳統知識及文化表現形式建立「傳統文化權」及「人格權」。 傳統文化權是許可或防止下列使用之權利： 1.重製傳統知識或文化表現形式； 2.出版傳統知識或文化表現形式； 3.公開表演或展示傳統知識或文化表現形式； 4.經由收音機、電視、衛星、有線電或任何其他傳送訊息方法，公開播送傳統知識或文化表現形式； 5.翻譯、改作、編排、改寫或修改傳統知識或文化表現形式； 6.經由任何方式例如照相、攝影或錄音固著傳統知識或文化表現形式； 7.經由連線或公開電子傳輸(可能由一路徑或複

					<p>合路徑或雙重) 傳統知識或文化表現形式；</p> <p>8. 創作衍生著作；</p> <p>9. 製造、使用、為銷售而提供、販賣、進口或出口傳統知識或文化表現形式或因此衍生之作品。</p> <p>10. 以任何其他媒介使用傳統知識或文化表現形式，假使這些使用係非習慣上（尚需判斷是否有商業性質）(第7條)</p>
程序及形式	<p>無提及。</p> <p>授權契約須經主管機關許可，但必須經由雙方的磋商程序。</p>	<p>使用規範於第3條之許可標的（第9條）。</p> <p>主管機關給予許可，需要付費。</p> <p>對申請人或相關社群代表請求許可之決定，得提起上訴。</p>	<p>無特別有關民俗創作之程序。</p>	<p>已建立特別的文化表現形式的登記系統（法律第1條）。</p> <p>申請登記必須明確說明集體權利的申請，其所屬原住民社群，使用的技術、歷史，及簡短說明標的內容（細則第6條）。</p> <p>登記必須由原住民社群或其全體代表或原住民傳統權力機構提出申請（法律第7條）。</p>	<p>文化表現形式的使用必須事先告知同意。</p> <p>申請可能由文化機構或傳統的所有人直接同意。</p> <p>向文化機構申請必須使用指定的表格；明確說明申請者使用之意圖；敘述欲使用之目的；指定費用。</p> <p>文化機構必須於指定之期間內結束申請。倘未完成，即視為未同意傳統所有人之申請。</p>

			<p>申請必須包含一定的資訊描述(細則第7條)及表格須公開獲得。申請必須提出標的之樣本。</p> <p>申請程序不須法律服務及免除付費(法律第7條)。</p> <p>可以對公開出版之登記提出上訴(細則第10條)。</p> <p>集體權利申請者的公開,由原住民及傳統生產技術或使用方式所進行,排除實驗及認識之程序(細則第12條)。</p> <p>原住民集體權利審查員之位置,是建立於工業財產辦公室,去測試全部申請案,確認工業財產的登記並非授予其違反法律(法律第9條)。</p>	<p>申請必須經由傳統所有人之複本公開出版,經由國營報紙,如果需要則經由收音機或電視傳播。</p> <p>對申請案之上訴,必須於公開後28日內為之。</p> <p>如果使用者與所有人直接洽商,文化機構仍然必須提供授權使用協議書之影本(25(2)條)。</p> <p>文化表現形式的使用,被授權使用者必須與同意授權的傳統所有人達成協議,授權使用之約定必須包括下列條款:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 使用傳統知識或文化表現形式衍生之財政收入或其他利益。 2. 使用衍生之賠償、費用、權利金或其他支出。 3. 使用係專屬或非專屬使用。 4. 允許延展使用之期間及權利。 5. 有關使用揭露之要件。 6. 從使用傳統知識或文化表現形
--	--	--	---	--

					<p>式衍生之傳統所有人之任何智慧財產權可能之利益分配。</p> <p>7. 傳統所有人接受的安排。</p> <p>8. 申請人教育或訓練之需要。</p> <p>9. 出版的控制。</p> <p>10. 明確說明協議書中之權利何者可以轉讓。</p> <p>11. 因協議書衍生爭議之適用法。</p> <p>12. 傳統所有人人格權之尊重。</p> <p>如果預期的使用者與傳統所有人達成授權使用之協議，傳統所有人即被視為已授予事先認知之同意予意圖之使用。</p> <p>文化機構必須維護授權使用協議登記者之權利。</p>
現有或新設主管機構之責任	<p>主管機關－負責管理國內著作人權利之主體。</p> <p>民俗創作的使用者必須取得主管機關之授權。</p> <p>主管機關定義於第 18 條。</p> <p>主管機關收取</p>	<p>主管機關由國家立法決定 (9 (1) 條)。</p> <p>法院有權接受上訴，對抗主管機關之決定 (11 (1) 條)。</p> <p>或</p> <p>法院有權管轄違反第 6 條至第 11 (2) 條之行爲。</p>	無特別條款關於民俗創作。	<p>申請註冊需向工業財產權局或著作權局 (法律第 4 條)</p> <p>工業財產權局中之集體權利及民俗創作部門負責審核申請及登記之維護 (法律第 7 條)。</p>	<p>文化機構必須：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 接受及處理申請案； 2. 確認傳統之所有人。 3. 監督法律之執行及違反之通知。 4. 發展授權使用協議書之標準條款。

	的金錢必須用於保護及傳播國內之民俗創作（17條）。			工業財產權局及集體權利及民俗創作部門之官員得至原住民社區搜集必要之訊息，以執行其想要提出之申請。	5.保存登記之授權使用協議書。 6.對傳統所有人及使用者提供訓練及教育。 7.發展倫理的規範。 8.提出諮詢的指導方針。 9.與地區團體保持連繫。 10.保持傳統所有人與知識之記錄。 11.提供”習慣性使用”意義之引導。
處罰及執行程序	進口保護作品的複製品至國境內，構成侵害且可查扣。侵害者有義務停止侵害；賠償損害；如屬故意應處罰金、有期徒刑或併科。（第15條（1））。侵害違反國家文化遺產，可藉由各種合法手段抑制（第15條（2））。侵害物應沒收（第15條（3））。	犯行由制定法律之國家決定（第6條）。沒收違法的標的（第7條）。收費用於維護國家文化（第10條（3））。假使需要罰金，省略確認資源（第6條）	無特別條款規範民俗創作。	禁止進口、走私受保護標的之重製品及其他違法。所處之罰金將分給各自的原住民族群（第17-21條）。除了受影響的原住民族群，地區或國家主管亦可採取預防性行動。	各種犯行將以罰金或有期徒刑或併科來判處。傳統的擁有者也可提起民事訴訟。救濟：假扣押、賠償損害、公開道歉、停止或防治所有權或不敬的對待，要求記述獲利、查扣標的。沒有可依靠之調解程序、ADR，習慣法
保護期限	在時間上無限制（6（2）條）	無時間限制	財產權：著作人終身加死後 70	保護期限不明確（非無限制）	人格權及傳統文化權持續永久有

			年。 人格權：無時間限制。在財產權屆滿後，行政機關的集體權（第60條）有權要求人格權的執行。不知名的著作人，在其第1次發行或著作被公眾合法得到後70年。	法律第7條	效，為不可剝奪，不能放棄或移轉（第9及13（4）條）
與現存 IP 法律的互動	民俗創作的衍生作品被認為是著作權之作品（第2條）。	在第12條，就其他現存法律或已存在的保護形式對任何適用於民俗創作的保護並無任何限制或偏見。	將民俗創作視為著作權作品及在相關權利中對表演加以保護。無論如何，也規定公共領域的支付制度。除非經主管機關授權，禁止扭曲、毀滅、利用、銷售、處理和非法移轉任何部分或一部之組成文化遺產之財產（第73條（1））。依第73條（2）規定，作為營利目的的下列行為將被禁止： 1.發行、重製、散布文化財產的複製品； 2.背誦、公開演出、及其他任何	1984 巴拿馬著作權法並未對民俗創作提供著作權保護（第9條）。其他相關者為1997.7.30 第27號法律建立保護、推廣及發展手工藝及1982.5.5第14號法律制定監管、保護、管理國家歷史遺產之標準。本法律、細則也含財政法規、習慣法及商標立法。	本法不影響在法 律開始前立即存 在之權利，包括 智慧財產權 （IPRs） 根據相關 IP 法 律，賦與 IP 擁有 者，衍生著作中 之 IPR（以傳統 為基礎之創新）。如果衍生著作是商業化，將產生一定權利。

			<p>藉由有線、無線方式對大眾傳輸。</p> <p>特別是就借用文化遺產創作原件時，對這些權利有許多限制(第 74 條(1)(c))。</p> <p>國家應就組成文化遺產之要素，進行編列目錄、制定、分類、設置保護及說明機制(第 72 條)。</p> <p>建立文化遺產高層委員會(第 97 條)，供諮詢有關保護、防衛及推展文化遺產之相關事宜。</p>		
習慣法與禮儀	未提		未提	登記不能影響原住民之間知識實物的傳統的改變。	假使有爭端，習慣法與慣行能被作為解決爭端的一種方式。
地區與國際的保護	<p>未經授權於國外重製、改作之民族民俗創作，將不能於國境內進口或散布(6(3)條)16(2)條。</p> <p>替代性 X 法律憑藉國家已生效條約，適用於全部受保護作品及民族民俗</p>	<p>互惠的問題(14(i)條)</p> <p>國際條約或其他協議之基礎。(14(ii)條)</p>	<p>第 3(1)條：有關智慧財產領域之權利，規定於協議書之附錄，是每一會員國已生效之立法所規範之獨立國民權利。</p> <p>第 4(2)條：協議書及附錄適用於全部每一批准或同意</p>	<p>當藉由國際互惠協議，其他國家之藝術的及傳統的表現形式享有相同的法律保護(法律第 25 條)。</p> <p>禁止進口非原創的保護標的重製物(第 17 條)。</p>	<p>根據互惠安排，法律對出現於其他亦提供相同保護之國家或領域之傳統知識及文化表達形式提供相同的之保護。</p>

	創作作品。 替代性 Y 增加 進一步之法律 申請包括國家 已公告之民族 民俗創作。		此協議書之國 家。		
--	--	--	--------------	--	--

(2) WIPO/GRTKF/IC/7/3:附件一：傳統文化表現形式／民俗創作：政策目標和原則－2004 年 8 月 20 日

1.政策目標：

承認價值、增進尊重、符合族群的實際需求、賦予族群權力、支持習慣作法、助於保護傳統文化、尊重相關國際協定及程序並與其合作、鼓勵族群創新與創造、促進思想和文化交流、助於文化多樣性、鼓勵族群發展及合法交易活動、排除無效智慧財產權、加強確定性透明度及相互信任、與保護傳統知識互補。

2.核心原則：

(1) 一般指導原則

對相關族群的期望和預期作出回應、保持平衡性與比例性、尊重其他國際和地區法律文件及程序並與之相互合作、彈性與全面原則、認識文化表現形式具體本質、特性及傳統形式、尊重習俗上使用和 TCEs/EoF 的傳達、保護的有效性及其可接受性。

(2) 具體的實質性原則

足供我國制定「原住民族傳統智慧創作保護條例」的參考。

i 關於受保護客體範圍：

提議使用 1982 年 WIPO/UNESCO Model Law 規定為範圍，即區分為：口頭表現形式、音樂表現形式、行動表現形式、有形表現形式。

實際使用什麼語詞來稱呼受保護客體，應由各國和地區自行決定。

ii 保護標準：

(i) 屬於創造性智慧活動的產物，包括集體和累積的創造力。

(ii) 能反映某一族群獨特的文化特徵及該族群發展及維持文化遺產的特性。

iii 受益人：

(i) 根據族群的習慣法和慣例保管並保護 TCEs/EoF 的各族群。

(ii) 維持和使用 TCEs/EoF 作為傳統文化遺產特性的各族群。

iv 權利的管理

應委派一個主管單位（可以是一個現有的局或機構）負責宣傳、教育、提供諮詢意見，以及指導、監督、解決爭議及其他職能。利用 TCEs/EoF，應獲得有關族群必要的授權；權利屬那一族群方面出現不確定性或爭議時，應盡量參照習慣法和慣例加以解決；授權使用 TCEs/EoF 所收取的利益，應直接由分給有關的原住民或族群。

v 保護範圍：

應制定適當措施，防止對 TCEs/EoF 及其衍生形式，進行重製、改作、公衆播送及以其他類似方式加以使用；進行任何歪曲、篡改、修改或進行其他減損行爲；以及由第三方獲得其知識產權；對 TCEs/EoF 的表演，則按 1996「WIPO 表演與錄音物條約」（WIPO Performances and Phonograms Treaty）的要求保護人格權和財產權；以及在使用 TCEs/EoF 時，表示其源自相關的原住民或其他文化族群；對 TCEs/EoF 進行的任何侵害、歪曲、篡改或其他修改、減損行爲，應加以制止並給予民事或刑事制裁。

vi 保護期間：

任何對 TCEs/EoF 的保護期間，均應以該 TCEs/EoF 繼續由相關原住民或傳統或文化族群維持和使用，並仍具有反映文化特徵和傳統遺產的特性爲限。

vii 手續：

TCEs/EoF 的保護不需履行任何手續。

viii 與智慧財產權保護的關係

對 TCEs/EoF 的專門保護不能取代，而係補充其他依據智慧財產權可適用於 TCEs/EoF 及其衍生形式的任何保護。

ix 國際和地區保護

應建立法律和行政機制，確保各國制度能有效保護外國權利人的 TCEs/EoF。應委派現有的或新的地區組織依據習慣法、本地資訊資源、法院外爭議解決辦法(ADR)及其他必要的實用安排，解決由各不同國家的族群對 TCEs/EoF 提出的對抗性主張。

此有關傳統文化表現形式／民俗創作的政策目標和原則，在歷次會議一再被提出討論、修正，內容實大同小異，故不再贅述。

其他與傳統文化表現形式／民俗創作相關之會議文件¹⁹¹尚有：

¹⁹¹ 此等文件可於前述 WIPO 網站取得：http://www.wipo.int/meetings/en/topic.jsp?group_id=110, last visited on May.22, 2006.

- (3) WIPO/GRTKF/IC/1/3：智慧財產權和遺傳資源、傳統知識與民俗創作相關問題：概觀（an overview）－2001年3月16日。
- (4) WIPO/GRTKF/IC/5/3:傳統文化表現形式法律保護的綜合分析－2003年5月2日。
- (5) WIPO/GRTKF/IC/6/3:傳統文化表現形式／民俗創作：政策和法律選擇－2003年12月1日。
- (6) WIPO/GRTKF/IC/6/6:傳統知識和傳統文化表現形式：國際層面－2003年11月30日。
- (7) WIPO/GRTKF/IC/6/14:傳統文化表現形式／民俗創作：法律保護。－2004年4月14日
- (8) WIPO/GRTKF/IC/7/4:傳統文化表現形式／民俗創作的保護：政策選擇和法律機制的概要和分析－2004年8月27日。

3.出版物：另 WIPO 亦出版部分與民俗創作／傳統文化表現形式相關之出版物¹⁹²亦值參考。

最近於 2005 年 6 月 6 日~10 日於瑞士日內瓦召開第八次會議，會議期間開發中國家及已開發國家就是否通過關於民俗創作和傳統知識具有約束力之國際文件方面意見出現嚴重分歧。加拿大代表對於有關民俗創作之工作文件 4 的討論中，首先認為在尚未明確 IGC 的工作方向是形成有約束力之國際文件情況下，不宜在該文件中使用「條款」的文句，美國、日本及澳大利亞等國亦紛紛贊同，認為目前討論之結果有多種可能，不同意 IGC 朝有有約束力之國際公約方向邁進。

惟非洲集團、巴西、印度等國認為 IGC 之工作目標就是形成有約束力之條約，

¹⁹² 出版物有：

- (1) Study No. 1 「智慧財產權與傳統文化表現形式案例研究」
“Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions” . Prepared by Ms. Terri Janke, Terri Janke for the WIPO. (WIPO Publication No. 781E).
- (2) Study No. 2 「民俗創作／傳統文化表現形式保護研究」 “A Study on the Protection of Expressions of Folklore/Traditional Cultural Expressions. India, Indonesia and the Philippines” . Written by Mrs P.V. Valsala G. Kutty for WIPO. (WIPO Publication No. 912E).
- (3) Booklet No. 1 「智慧財產權與傳統文化表現形式／民俗創作」 “Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions/Folklore” .(WIPO Publication No. 913E).
- (4) Background Paper No. 1 「傳統文化表現形式／民俗創作法律保護的綜合分析」
“ Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore” . (WIPO Publication No. 785E).

雙方相持不下，嗣後於有關傳統知識之文件 5 的討論中，亦出現同樣完全對立之觀點，致會議陷入僵局，直到會議結束，仍未達成任何實質性的結論。

6.7 通過國際文件之困難

2005 年 12 月 18 日在香港舉行的世界貿易組織（WTO）貿易談判中，美國與歐洲國家逐漸發現一項全球政治的新現實：開發中國家已越來越強勢。以印度為首的 110 個貧窮開發中國家聯合起來，對歐美等經濟大國施壓要求進一步撤除貿易藩籬。非洲與加勒比海地區各國的目標是抵抗經濟大國降低服務業藩籬的要求；印度及其他國家則目的在對抗美國所提大幅削減製造業關稅的提案。110 國的結盟是史上首次如此眾多利益互異的國家，團結起來對抗富有國家的主導地位。其成員從第一世界邊緣的國家如巴西與印度，直到最低度開發國家如尚比亞與貝南。幾十年來，富有國家一直是制定全球貿易遊戲規則的主導角色，但兩年前墨西哥坎昆（Cancun）會議談判破裂，巴西與印度崛起成為對抗第一世界主宰地位的新領導者，在此次香港會議終於開花結果。該聯盟成員表示，他們團結起來是為了促使多哈（Doha）回合談判聚焦在發展議題，而非為西方跨國公司要求開放開發中國家市場的目標效力。多達 110 國的聯盟凸顯出貧窮國家如何爭取 WTO 談判方向的掌控權¹⁹³。貧窮國家認為 WTO 是財團優先、利潤至上之全球化，所謂「反全球化」運動，其實爭取的是公義、尊嚴的全球化，拒絕企業宰制一切之全球化。對平等新社會的嚮導與追求，令貧窮國家相信「另一個世界是必要的」（another world is necessary）¹⁹⁴。

長久以來，接受一份既符合發展中國家的願望，遵循 1982 年示範條款基本方針的保護民俗創作國際文件，遭遇下列嚴重的困難：

1. 許多國家（大都為已開發國家，部分為開發中國家）認為民俗創作是屬於公共領域。
2. 政治國界的劃分與文化領域之界限往往不相吻合，造成同一地區的民俗創作可能為不同國籍之社群所擁有，如何認定其歸屬，國際間對此問題，仍無統一之解決方案。
3. 歷史上的邊界變動以及藝術表現形式（不是地理政治關係，而是文化關係的藝術表現形式）的性質，時而變化，均引起一些問題。
4. 在許多情況下，一種民俗創作之內容並非一家獨有。不同社群可能都使用同一種表現形式或是部分表現形式，皆可要求享有同樣的專有權。對民俗創作進行之研究顯示，於相距甚遠之某些社群，發現具有類似形式或共同成分的民俗創作之情況，並不少見。
5. 民俗創作不斷發展變化，因此主管機關很難對某種向公眾傳播的民俗創作之歸屬

¹⁹³ 〈WTO 會議，110 窮國結盟爭談判主導權〉，聯合新聞網，經濟日報，2005 年 12 月 18 日。

¹⁹⁴ 洪家寧，〈為什麼他們反對 WTO？〉，《天下雜誌》，2006 年 1 月。

發表意見。

- 6.有人認為為維護國家、社群或作者團體之利益，採用與著作權一樣的價目表和條件，對民俗創作明確實行公有領域有償使用制度，這樣就可以確保有更多人參與對民俗創作的利用。

已開發國家大多認為民俗創作，倘以現存智慧財產權體系進行評價，多為公共領域之作品，認為不必要另行創設特殊權利進行保護，造成對現存智慧財產權體系之破壞，另在歐洲國家認為文化為國內事務，不宜以國際協定加以保護。導致民俗創作在國際間從 1960 年代提出討論迄今已 40 餘年，已開發國家與開發中國家對此後仍爭執不休，迄今未能簽署有關民俗創作的國際公約，惟已開發國家或為顧及為數眾多的開發中國家日後於其他智慧財產權公約之抵制，尚不敢貿然拒絕有關民俗創作國際公約之討論，致延宕至今。

亦有認國際間研討的緩慢，抵擋不住科技的迅速發展，民俗創作廣泛被商業化利用之情形，已達氾濫的程度，但另一方面，卻仍有許多國家認為國內實務經驗不足，或為維護本國經濟利益，因此訂定國際公約的時機並未成熟，最大困難還在缺乏適當之資源去認定應當保護的民俗創作內容之範疇，以及區域界定的困難，連文物該屬那個族群之問題也不能解決，少有國家因此願意去保護他國之民俗創作，因此這項國際立法即被延宕至今¹⁹⁵。

回顧過去採用突尼斯模範法的四十多個國家（主要在非洲），惟在 WIPO 之論壇上卻看不到這些國家有什麼值得稱道之經驗展示。如今，WIPO 繼續在過去的框架下進行爭論不休的討論，展望未來似難有轉圜之餘地¹⁹⁶。

¹⁹⁵ 賀德芬，前揭註 71，頁 14。

¹⁹⁶ 崔國斌，前揭註 56，頁 67-78。

七、相關國家及我國法律對民俗創作之保護

7.1 相關國家法律對民俗創作之保護

7.1.1 開發中國家保護民俗創作之立法及部分案例

1. 中國

(1) 相關立法：

中國於 1991 年制定「著作權法」時，對於是否將民俗創作（中國當時稱為「民間文學藝術作品」）列為著作權之保護客體，爭論十分激烈，部分人士認為民俗創作的作者不明，一旦對其保護會限制民俗創作之發展與傳播，因此持反對立場；另一部分則站在國家或民族利益之立場，以「開發中國家突尼斯模範法」為例，認為民俗創作為著作權保護之客體，應由國家享有著作權¹⁹⁷。最後立法機關採納後者建議，將民俗創作列為特殊之客體，而於中國著作權法第 6 條規定「民間文學藝術作品的著作權保護辦法由國務院另行規定。」，2001 年 10 月修改的「著作權法」仍保留第 6 條規定，但於第 3 條中將「雜技藝術作品」增加為著作權法保護的客體。1997 年國務院雖頒布「傳統工藝美術保護條例」，2003 年 11 月完成「中華人民共和國民族民間傳統文化保護法」草案，為配合 UNESCO 之用詞，2004 年 8 月法律草案名稱已改為「中華人民共和國非物質文化遺產保護法」草案。

草案共 7 章 60 條，內容主要涉及繼承人保護、文化遺產本身的保護及相關的人格權與財產權三部分，草案對民間傳統文化的智慧財產權保護僅有 3 條原則性規定：民族民間傳統文化的智慧財產權保護期間不受限制；公開使用時應表示其來源民族、群體或區域；國家機關和自治機關應當維護權利並可提起訴訟，顯然不夠完整。首先未明確規定權利主體，僅於草案第 30 條規定，公開使用民族民間傳統文化表現形式，應當通過適當方式表明其來源民族、群體或區域。其次缺乏權利內容，草案只規定姓名表示權，就權利主體是否應享有其他人格權與財產權，卻未規範。目前草案仍在進行進一步的修改中¹⁹⁸。

反而，有 26 個少數民族、8 個自治州之雲南省於 2000 年 9 月 1 日率先施行「雲南省民族民間傳統文化保護條例」，為中國第一部保護民間傳統文化之地方性法規，該條例主要係就「民族民間傳統文化」進行定義¹⁹⁹，並指出民族民間傳

¹⁹⁷ 劉春田主編，《中國知識產權二十年》，專利文獻出版社，1998 年，頁 35-36。轉引自張辰，前揭註 42，頁 100。

¹⁹⁸ 臧小麗，〈對「非物質文化遺產保護法」草案的建議〉，中國藝術報 403 期，Available at http://www.cflac.org.cn/chinaartnews/2005-11/04/content_5507116.htm, last visited on May 22, 2006.

¹⁹⁹ 雲南省民族民間傳統文化保護條例第 2 條規定：「本條例所保護之民間傳統文化是指：
（一）各少數民族的語言文字；
（二）代表性的民族民間文學、詩歌、戲劇、曲藝、音樂、舞蹈、繪畫、雕塑等

統文化資料和實物，如確定為文物者，則歸「中華人民共和國文物保護法」保護，另外條例就民間傳統文化的保護與搶救、文化傳承人之推薦與認定、民間傳統文化工藝美術珍品的交易與出境、民間傳統文化的獎勵與處罰等進行規範，主要係通過行政管理方式對民間傳統文化予以保護，並未將其視為一種財產權，而具體規範所有者與使用者的權利義務關係。

(2) 案例

1. 黑龍江省饒河縣四排赫哲族鄉人民政府 v. 郭頌、中央電視台、北京北辰購物中心（烏蘇里船歌）案件

原告以「烏蘇里船歌」是赫哲族民歌，屬於著作權法保護之民俗創作作品，赫哲族人民依法享有署名權等人格權利及獲得報酬權等財產權利。1999年11月12日於「南寧國際民歌藝術節」晚會上，中央電視台稱「烏蘇里船歌」為汪雲才、郭頌創作，而非赫哲族民歌，業已侵害原告權利。嗣後該晚會被錄製成VCD向全國發行，北京北辰購物中心則銷售含有「烏蘇里船歌」之侵權CD，圖書及錄音帶，亦侵犯原告之權利，原告請求判決（1）在中央電視台播放「烏蘇里船歌」數次，說明其為赫哲族民歌，並對其侵害行為道歉；（2）賠償原告財產損害人民幣40萬元，精神損害人民幣10萬元；（3）承擔本案訴訟費及因訴訟支出之費用8305.43元。

北京市第二中級人民法院則認本案爭點為：

（1）原告赫哲族鄉政府是否有權，以自己名義提起對赫哲族民間音樂作品保護的訴訟？

法院認為赫哲族世代傳承之民間曲調，是赫哲族民俗創作的部分，也是赫哲族群的共同創作及每一個成員享有的精神文化財富。它不歸屬赫哲族的某位成員，但又與每位赫哲族成員權益有關。因此，該族每位成員都有維護其民俗創作不受侵害之權利。原告依法為赫哲族部分群體的政治及公共利益代表，在赫哲族民俗創作受到侵害時，原告自得以自己名義提起訴訟。

（2）「烏蘇里船歌」音樂作品的曲調是否依據赫哲族民間曲調所改編？

-
- （三） 具有民族民間特色的節日和慶典活動、傳統的文化藝術、民族體育和民間遊藝活動、文明健康或者具有研究價值的民俗活動；
 - （四） 集中反映各民族生產、生活習俗的民居、服飾、器皿、用具等；
 - （五） 具有民族民間傳統文化特色的代表性建築、設施、標識和特定的自然場所；
 - （六） 具有學術、史料、藝術價值的手稿、經卷、典籍、文獻、譜、碑、楹聯以及口傳文化等
 - （七） 民族民間傳統工藝傳承人及其所掌握的知識和技藝；
 - （八） 民族民間傳統工藝製作藝術和工藝美術珍品；
 - （九） 其他需要保護的民族民間傳統文化。

被告亦不否認在其「烏蘇里船歌」創作中擷取赫哲族民歌「想情郎」等基本曲調，另中國音樂著作權協會所做鑑定結論亦指出「烏蘇里船歌」之主曲調與「想情郎」、「狩獵的哥哥回來了」之曲調基本相同，因此認定「烏蘇里船歌」之主曲調是郭頌等人在赫哲族民間曲調「想情郎」的基礎上，進行再創作改編完成之作品，應說明所創作新作品之出處。

最後法院判決被告日後使用應註明“根據赫哲族民間曲調改編”，並登報刊登「烏蘇里船歌」係根據赫哲族民間曲調改編之聲明。

判決後被告不服上訴北京市高級人民法院，亦遭駁回。

2. 白秀娥 v. 中國國家郵政局、郵票印製局案件

陝西民間剪紙藝術家白秀娥於 1999 年底，應國家郵政局、郵票印製局邀請將其製作之數十幅蛇圖剪紙交郵票印製局，以為設計辛巳蛇年郵票選擇，郵票印製局留下其中四幅剪紙影本，2000 年 11 月白秀娥被告知未被選用，並支付其 970 元之資料費，嗣後其從報紙始悉 2001 年蛇年生肖郵票使用其「蛇」剪紙作品，白秀娥遂向北京市第一中級人民法院起訴國家郵政局、郵票印製局所印製發行之郵票侵犯其公開發表權、姓名表示權、修改權、同一性保持權、獲得報酬等五項著作權，要求賠償損失人民幣 100 萬元，2001 年 11 月一審法院判決認為，本案的剪紙為著作權法所規定的美術作品，應受著作權法保護，惟因原告已許可被告以適當方式使用該剪紙圖案，並做必要修改，且被告在相關媒體及文件上皆已表示了原告剪紙作者身分，祇判決被告應按美術作品之付費標準，再行支付作品使用費 4685 元。二審判決雙方爭執之要點在白秀娥剪紙作品究係「一般美術作品」或「民俗創作」。被上訴人代理人認為系爭剪紙作品傳承陝西民間剪紙之基本特徵及表現形式，應屬「民俗創作」，而非「一般美術作品」。惟二審判決仍認此為「一般美術作品」，應受著作權保護，改判賠償 24 萬元，再審判決賠償 7 萬元，原告現仍上訴最高法院中²⁰⁰。值得注意者本件歷審判決皆認為系爭剪紙作品雖傳承陝西民間剪紙之基本特徵及表現形式，但白秀娥已加入其原創性，仍屬一般之美術創作，而非被告辯稱之民俗創作。

3. 趙夢林 v. 上海靈獅廣告公司等案件

(1) 趙夢林以其所創作之「京劇臉譜」畫冊，收錄其獨立創作之京劇臉譜 272 幅於 1992 年由朝華出版社出版，其為該畫冊之著作權人，趙夢林嗣後陸續發現數起侵害其臉譜美術作品之案例，而分別於上海市第一中級人民法院，對上訴人即被告上海靈獅廣告有限公司、被告上海金豐投資股份有限公司及上海房屋銷售有限公司發行之「居易屋訊」廣告中，未經原告許可擅自使用「京劇臉譜」中 30 幅作

²⁰⁰ 〈白秀娥剪紙案又起波瀾〉，北京知識產權律師網，
<http://www.biplawyer.com/resource.asp?id=4180>, last visited on Jan 9, 2006.

品，且未註明作者姓名，對該三家公司提出侵害著作權之民事訴訟，被告辯稱京劇臉譜為中國民俗創作，依據中國著作權法規定民間文學藝術作品（民俗創作）的著作權保護由國務院另行規定，不受「著作權法」保護。對京劇臉譜賦予著作權，將嚴重限制京劇等傳統文化的繼承與發展。被上訴人趙夢林辯稱「京劇臉譜」作品是其對京劇臉譜此一豐富文化遺產經過收集整理，以自己之正臉畫法繪製出版，為具有獨創性之智慧成果，依法對其享有著作權，應受到法律保護，該案最後法院判決被告上海靈獅廣告及上海房屋銷售應共同賠償原告人民幣 20 萬元及登報道歉²⁰¹。

(2) 另趙夢林又於北京市對北京永和大王餐飲有限公司以其於 2001 年 8 月至 9 月間之“和家將·齊亮相”超值優惠卷行動中，未經許可使用「京劇臉譜」畫冊中 7 幅作品作為優惠活動的廣告宣傳內容，向北京市第二中級人民法院提出侵害著作權之訴訟，請求賠償人民幣 50 萬元。實則被告所使用之京劇臉譜亦來自上海靈獅廣告有限公司設計製作之「居易屋訊」廣告，由於民俗創作具有創作主體不確定及表達形式在傳承中不斷變遷之特性，本案京劇臉譜作品係由原告趙夢林繪製而成，具有明確的創作主體，雖然其創作過程中參考了傳統京劇臉譜，但並非單純收錄編排傳統臉譜，而係改變傳統畫法，自行創作之正臉畫法，因此判定趙夢林繪製之京劇臉譜作品具有獨創性，而判決被告須登報道歉並賠償人民幣七萬元。一般法院確定侵權賠償數額時，會考慮包括美術作品的歷史文化及藝術價值；侵權使用方式、時間、範圍、侵權使用者的獲利情況以及侵權者的過失程度等因素²⁰²。

4. 大陸著名詞曲作家王洛賓²⁰³準備將「在那遙遠的地方」等歌曲版權賣斷給台灣某公司，在大陸社會引起強烈反應，認為這些民歌皆為新疆地區流傳之維吾爾族、哈薩克族民歌，是該民族集體創作之成果，任何人不能以任何形式據為已有，王洛賓只是進行記錄與整理，沒有權利賣斷民歌版權²⁰⁴。惟本文認為記錄與整理者對傳統民歌的保存，實功不可沒，倘非這些從事田野調查的學者勞心勞力，現代人可能很難再能聆聽老祖宗代代相傳之悠揚歌曲，故應賦予記錄與整理者一定之權利，不能全面抹煞其貢獻。

²⁰¹ 上海市第一中級人民法院（2003）滬一中民五（知）終字第 5 號，判決內容詳參北大法意，http://www.lawyee.net/Case/Case_Display.asp?RID=48760, last visited on May 22, 2006.

²⁰² 法律教育網，趙夢林訴北京永和大王餐飲有限公司
http://www.chinalawedu.com/news/2004_5/27/1120589419.htm, last visited on May 22, 2006.

²⁰³ 王洛賓，從事音樂創作 60 幾年，一生大都待在大陸西部邊疆，被大陸譽為「現代歌曲之王」、「西部歌王」，於 1996 年 3 月 14 日過世，享年 83 歲，生前搜集、整理不少大陸西北地區民歌如：維吾爾族《掀起你的蓋頭來》、《喀什噶爾舞曲》、《青春舞曲》、《阿拉木汗》、《半個月亮爬上來》、《依拉拉》、哈薩克民歌《流浪之歌》、《我等你到明天》、《羊群裏躺著想念你的人》、《瑪依拉》、《黃昏裏的炊煙》、《都他爾和瑪麗亞》、《暮色蒼茫》等。在蒐集整理民歌的基礎上，王洛賓還改編了許多民歌，如吐魯番民歌《達坂城》，重新改編並定名為《馬車夫之歌》，如《在那遙遠的地方》這首經典之作，就是王洛賓根據哈薩克民歌《潔白的前額》改編的。

²⁰⁴ 大陸《人民音樂》雜誌，1994 年 6 月報導。

2.突尼西亞共和國 (Republic of Tunisia) :

於 1967 年率先於立法中規範民俗創作，在其 1994 年 2 月 24 日第 94-36 號文學及藝術財產法中，第 1 條指出著作權存在之著作包括民間傳說給予靈感之著作。第 7 條則規定國家遺產之民間傳說形式部分及民間傳說之任何抄本，為營利目的利用，需經文化部長授權並支付費用，作為依本法設立之著作權保護局福利基金。製作民間傳說給予靈感之著作，亦需經文化部長授權，全部或部分轉讓著作之著作權或該著作之專有授權。本法定義範圍內之民間傳說是指代代相傳之藝術遺產和傳統習俗及民間故事、著作、音樂及舞蹈等民間創作²⁰⁵。

3.塞內加爾 (Senegal) :

1973 年將民俗創作納入著作權法，著作權法第 1 條規定民間傳說及依據特別條款，自民間傳說改編之著作，該特別條款係依有關保護國家遺產特別法制定。第 9 條則規定：「民間傳說原本屬於國家文化遺產。就本法所稱：**a.民間傳說**：係指被認定是塞內加爾國民之著作人所創作之一切文學與藝術創作，代代相傳並構成塞內加爾傳統文化遺產基本要素。**b.民間傳說給予靈感之著作**：係指借用塞內加爾傳統文化遺產要素所創作之著作。以營利為目的利用而公開演出及直接間接固定民間傳說，須經塞內加爾著作權局 (BSDA) 事先授權，支付版稅，金額依各類創作之習慣條件決定。對收集民間傳說之著作，應付版稅分類如下：

a.收集而無改編或個人創作:50% 給收集者；50% 給塞內加爾著作權局。

b.收集加上改編或改寫：75% 給著作人；25% 給塞內加爾著作權局。

版稅收入由塞內加爾著作權局管理，為作家之利益而用於文化及福利²⁰⁶。

4.菲律賓 (Philippines) :

在其 1997 年頒布之原住民權利法 (The Indigenous Peoples Rights Act of 1997, Republic Act No. 8371) ²⁰⁷，主要是確認、保護及推廣原住民文化社群/原住民 (indigenous cultural communities/ indigenous people) 之權利、創立全國的原住民委員會、建立執行機制、相關基金等。全部計 84 條，分為 13 章：包括 1.總則 2.用詞定義 3.祖傳領域權 (rights to ancestral domains)：祖傳土地/領域之觀念，原住民所有權之概念，祖傳土地/領域的組成，祖傳領域權，所有權，發展土地及自然資源，居留於地區之權，規範移民進入之權，安全及乾淨的空氣及水，請求部分保留之權利，解決紛爭之權等等。4.自我統治及授權之權利 (rights to self-governance and empowerment) 5.社會正義及人權 6.文化完整性 (cultural integrity)：保護原住

²⁰⁵ 行政院原住民族委員會，委託蔡明誠教授研究有關原住民族傳統智慧創作保護法 (草案) 之附件「突尼西亞文學及藝術財產法」中譯本，行政院原住民族委員會。

²⁰⁶ 同前註，「塞內加爾著作權法」中譯本。

²⁰⁷ 法條全文，請參閱 http://www.grain.org/brl_files/philippines-ipra-1999-en.pdf, last visited on May 22, 2006.

民文化，教育制度，文化多樣性的確認，社群智慧權，宗教、文化場所、典禮。
7.原住民全國委員會 8.祖傳領域的劃定及確認：頒發祖傳領域項目證書及祖傳土地項目證書。9.權利執行之管轄及程序 10. 祖傳領域基金 11.罰則 12.北部與南部文化社群辦事處之合併 13.最後條款。法律性質與我國原住民基本法較為近似。

5.巴拿馬 (Panama)：

包括 2000 年公布之第 20 號巴拿馬法 (Panama Law No.20, June 26, 2000)²⁰⁸及 2001 年公布之第 12 號施行細則 (Executive Decree No.12, March 20, 2001)²⁰⁹。第 20 號巴拿馬法主要以特別智慧財產權體系規範原住民社群集體權利，為保護他們的文化特徵及傳統知識所頒布之法律。全部計 28 條，分為 7 章，包括目的、適格保護標的、集體權利之登記、原住民藝術及文化表現形式之推廣、權利的使用及商業化、禁止與處罰等。

第 12 號施行細則為針對名詞定義，適格保護標的之細目 (計分 77 項)，申請登記之細節，禁止與處罰的細節等進行規定，相關內容可參閱前揭表四。巴拿馬負責保護及推廣民俗創作之主管機關為國家文化局 (National Institute of Culture)，手工藝品則為工商部 (Ministry of Commerce and Industry) 管轄之業務。

6.千里達及托巴哥共和國 (Republic of Trinidad and Tobago)：

1983 年曾頒布「民俗創作保護法」草案，就具備什麼條件始能稱為「民俗創作」，規定了三個要件：(一)該創作必須已存在一百年以上；(二)創作必須能反映千里達及托巴哥的民族文化；(三)該創作必須是千里達及托巴哥著作權法不保護的作品²¹⁰。

7.另 1968 年為玻利維亞 (Bolivia) (僅在音樂民間創作方面)，1970 年是智利 (Chile)、伊朗 (Iran) 及摩洛哥 (Morocco)，1975 年為肯亞 (Kenya)，1977 年是古巴共和國 (Republic of Cuba) 及馬利共和國 (Republic of Mali)，1978 年為布隆迪 (Burundi) 及科特迪瓦 (Cote d'Ivoire)，1980 年是幾內亞 (Guinea)，1982 年是巴巴多斯 (Barbados)、喀麥隆 (Cameroon)、哥斯大黎加共和國 (Republic of Costa Rica)、哥倫比亞 (Columbia)、馬達加斯加 (Madagascar) 及剛果共和國 (Republic of Congo)，1983 年為盧安達 (Rwanda)，1984 年是貝南共和國 (Benin)

²⁰⁸ 法條全文，請參閱 <http://www.ichrdd.ca/english/commdoc/publications/indigenous/lawPanama.html>, last visited on May 22, 2006.

²⁰⁹ 法條全文，請參閱 <http://www.ichrdd.ca/site/publications/index.php?lang=en&subsection=catalogue&id=1346&page=3>, last visited on May 22, 2006.

²¹⁰ 鄭成思，前揭註 35，頁 126。

及布吉納法索 (Burkina Faso) , 1985 年為中非共和國 (Central African Republic) 及迦納共和國 (Republic of Ghana) , 1986 年為扎伊爾 (Zaire) 、多明尼加共和國 (Republic of Dominican) , 1987 年印尼 (Indonesia) 、1988 年及 1992 年奈及利亞 (Nigeria) 、1989 年賴索托 (Lesotho) 、馬拉威 (Malawi) 、1990 年安哥拉 (Angola) 、1993 年多哥 (Togo) 、1993 年尼日 (Niger) 、1994 年為巴拿馬 (Panama) 、越南 (Vietnam) , 大多為開發中國家, 立法主要係參考 1976 年之開發中國家突尼斯模範法²¹¹。

7.1.2 已開發國家國家保護民俗創作之立法及部分案例

1. 美國

美國於 1990 年制定「印地安藝術品及手工藝品法」(Indian Arts and Crafts Act of 1990, P.L.101-644)²¹²及 2000 年制定施行細則 (Indian Arts and Crafts Enforcement Act of 2000, P.L.101-497) 並於 2003 年 9 月修訂, 此法係有關廣告須真實 (truth-in-advertising) 之法律, 其禁止於美國境內行銷印地安藝術及手工藝產品時為歪曲印地安之描述。倘於銷售或為銷售而陳列任何藝術或手工藝產品時, 虛偽標示印地安生產、印地安產品或係特別印地安或印地安部落或印地安藝術及手工藝組織、居住於美國境內皆為不法。假如第一次違反本法, 個人可能面臨最高美金 25 萬元或科或併科 5 年有期徒刑。如果係企業違法, 可能面臨民事賠償或科處罰金最高至 100 萬元。

依本法規定, 印地安被定義為任何中央或地方承認之印地安部落或個人或個人證實係印地安部落的藝術家。該法涵蓋全部印地安及印地安形式之傳統或當代藝術及 1935 年以後生產藝術及手工藝產品。該法在美國被廣泛地利用於任何在美國的行銷。某些傳統項目包括印地安樣式之珠寶、陶器、編籃、石雕神物、編織毯、克奇納神玩偶及服飾經常被非印地安人重製。

所有產品關於與印地安遺產及部落相聯結之生產者必須誠實地行銷, 以免誤導消費者。當行銷藝術品或手工藝品時, 使用部落名稱或經認證之印地安藝術家或部落時, 倘其實際並未創作該手工藝品, 則皆屬違法。例如產品銷售時如果生產者非印地安成員、經認證之藝術家或印地安部落, 卻標示「印地安珠寶」將違反本法, 或產品並非 Hopi 印地安成員、經認證之藝術家或印地安部落生產, 卻標示 Hopi 珠寶, 亦將違反本法。

2. 英國

²¹¹ 米哈伊·菲切爾, 前揭註 37, 頁 5 以下; Lypzic, 前揭註 8, 頁 66。

²¹² 法律的介紹可參考下列網頁 <http://www.artnatam.com/law.html>, last visited on May 22, 2006.

英國於其 1988 年的著作權法（Copyright, Designs and Patents Act 1988）將民俗創作視為作者身份不明之作品（anonymous unpublished works.），於該法第 169 條第 1 項規定²¹³：如果有證據證明作者身份不明之文學、戲劇、音樂或藝術作品之作者（或共同著作中之任何一位作者），因與英國以外的國家有連結而具備合格的主體資格時，在未有反證前，應推定其具備主體資格，故其作品應受著作權保護，但須符合本章之各項規定。

在其他已開發國家之著作權法尚未見類似英國之規定。

3. 澳洲

(1) 相關立法：

就澳洲原住民族言，澳洲原住民族特別考量文化層面，提出「原住民族文化與智慧財產權」（Indigenous Cultural and Intellectual Property Rights）之名詞，強調其特質為生活傳統（living tradition）、自然整體（holistic nature）、及群體所有權（communal ownership）、責任與保管者（responsibility and custodianship）、使用原住民族文化與智慧財產權的同意權（consent to use indigenous cultural and intellectual property rights）。澳洲原住民族認為原住民族文化與智慧財產權於被使用過程中，並未受到尊重，就原住民族文化與智慧財產權中，原住民所關切的事項包括：濫用原住民族藝術及文化表現形式、未經授權使用秘密/神聖的文物、濫用原住民族語言、濫用原住民族的精神性物件、挪用原住民生物多樣知識、收集自然資源、盜用原住民族的文物及遺傳資源、土地及遺址的使用與管理、原住民族文化的書面化、未經告知使用研究文化資源、使用原住民族音樂、新科技的衝擊、原住民族文化真實性與完整性的維護、藝術品的高價轉售、媒體的誤導、不公平契約等²¹⁴。

但澳洲憲法所制定的自治區（the commonwealth）特別法，目前仍係使用澳洲現行的著作權法、新式樣法、專利法、植物種苗法、商標法等智慧財產權法、文化遺產法及其他相關法律，以提供原住民族文化與智慧財產權的相關保護，並未制定特別法加以保護。

²¹³ 條文原文為 169.(1) Where in the case of an unpublished literary, dramatic, musical or artistic work of unknown authorship there is evidence that the author (or, in the case of a joint work, any of the authors) was a qualifying individual by connection with a country outside the United Kingdom, it shall be presumed until the contrary is proved that he was such a qualifying individual and that copyright accordingly subsists in the work, subject to the provisions of this Part. Available at http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/Ukpga_19880048_en_11.htm#mdiv169, last visited on May 22, 2006.

²¹⁴ Written and researched by Terri Janke, prepared for Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Commission, *Our Culture Our Future: Report on Australian Indigenous Cultural and Intellectual Property Rights* p.19-41, <http://www.frankellawyers.com.au/media/report/culture.pdf>, last visited on May 22, 2006.此篇報告加附件總計有 380 頁，完成於 1998 年，對澳洲原住民族文化與智慧財產權內容有深入完整的探討，分三大部分討論 1.原住民族文化與智慧財產權的性質 2.現行澳洲法律架構的保護 3.保護的未來策略。

(2) 案例

i. Yumbulbul v. Reserve Bank of Australia (1991) 21 I.P.R. 481

本案澳洲原住民藝術家 Yumbulbul 經由族群系列的開啓活動與儀式，得以學會 Clan 族中「北極晨星」(morning star pole) 的圖樣及其含意。於其最後一個參加儀式中，被提示該族神聖物品，且被長老授權繪製，並展示於經過挑選之博物館。其後，他將所繪製之「北極晨星」圖案，授權予澳洲準備銀行，最後卻遭受該族人之批評表示，被授權繪製北極晨星的作者負有義務去阻止「北極晨星」被以任何毀損其意義之方式重製或使用。

基此，儘管授權在先，Yumbulbul 仍控告澳洲準備銀行將其雕刻品上之圖樣印製於為慶祝歐洲移民澳洲兩百年所鑄之澳洲新版十元硬幣之行爲已侵害著作權。Yumbulbul 主張依該族習慣法個人並無權利爲此授權，任何人欲使用該圖樣，須得族群長老之同意。澳洲準備銀行主張，依據澳洲著作權法規定，Yumbulbul 對此圖樣擁有著作權，且其已授權銀行使用此一圖樣。而且依據 1968 年澳洲著作權法第 65 條至第 68 條有關任何人有權重製常態展覽之雕刻作品規定，該銀行仍有權重製北極晨星圖樣。

法院最後判決此授權爲有效，且該法官亦意識到澳洲對民俗創作保護之不足，表示澳洲著作權法並未承認原住民團體所主張去管制那些本質爲該族共有物品之使用與重製之權利。故其建議法律必須考慮制定承認原住民團體擁有使用與重製神聖物品之共同利益。該建議嗣後被聯邦司法部採納，並參考 UNESCO 與 WIPO 通過之 1985 年「保護民俗創作以對抗不法利用與其他損害行爲之法律示範條款」發表研究報告，建議創立有關民俗創作之「法定保管人」(statutory custodian)²¹⁵。

ii. Milpurrurru v. Indofurn Pty. Ltd., (1994) 54 F.C.R. 240 (Austl.)

本案爲澳洲 Milpurrurru 族 8 位原住民藝術家以 Milpurrurru 族創造故事爲題材的創作作品，在未經同意下，被 Indofurn 公司擅自重製使用於越南製造的地毯上，且進口約 200 件至澳洲。藝術家指控被告未經授權擅自使用其設計於進口地毯上已侵害著作權，藝術家要求 Indofurn 公司於銷售時，地毯商品上應標示源自原住民藝術家設計的標籤，並於每件地毯售出時須支付權利金。由於此案被法院判定爲文化侵權 (cultural harm) 和集體侵害 (aggregated damages)，故法院最後判決懲罰性賠償，被告須賠償澳幣 7 萬元。法院判決也指出賠償的規定，並未確認被

²¹⁵ (1976-1978) 29 FLR 233. 轉引自陳昭華，前揭註 9，頁 327-328。

告侵害原住民法內所有權人之權利，澳洲 Milpurruru 族雖是此案藝術品所採用冥想 (dreaming) 故事及圖像之傳統所有權人，但本案被告並未侵害原告此項權利²¹⁶。

4. 加拿大

(1) 相關立法

加拿大亦係以現行智慧財產權法制來本國保護原住民族的傳統智慧民俗創作，並未制定特別法，產生了保護上的限制。亦即如何調和原住民整體文化或群體所有的價值觀與現行智慧財產權法間，於經濟或私人財產觀點中之矛盾與衝突。原住民族提出的因應之道，發展部落內的地方機制、設置事先告知的管道，建立釐清的法律機制或專責單位公共所有的範疇、契約的協議、提供原住民智慧財產相關資訊，使原住民能享受傳統智慧衍生的利益²¹⁷。

(2) 案例

岩雕對加拿大的 Snuneymuxw First Nation 原住民族而言，具有特殊的宗教意義，未經授權是不能隨意重製或使用這些 petroglyph (古代岩雕圖像)，惟為獲得法律保護，1999 年 Snuneymuxw 原住民族藉由將這些岩雕圖像申請商標註冊，以遏阻當地商人將岩雕圖像使用於 T 恤、珠寶、風景明信片等從事商業性銷售。加拿大原住民族經常利用商標來作為識別標記，用以保護傳統物件與宗教儀式，包括傳統藝術、藝術品、食品、服飾、觀光服務及原住民經營之事業，許多原住民商店或組織，將族群傳統象徵符號或名稱申請商標，以防止他人不當的使用²¹⁸。

7.2 我國法律對原住民族文化及民俗創作之保護及案例

7.2.1 我國相關法律規定

1. 憲法增修條文

我國憲法增修條文第 10 條第 12 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。」，同條第 13 項規定：「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

²¹⁶ See WIPO IGC Fifth Session , available at http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2003/igc/doc/grtkf_ic_5_inf_2.doc, last visited on May 22, 2006.

²¹⁷ 李芙蓉，《台灣原住民族傳統文化與智慧財產權之研究》，元智大學藝術管理研究所碩士論文，92 年 12 月，頁 117-118。

²¹⁸ IGC, *supra* note 216.

福利事業予以保障扶助並促進其發展，其辦法另以法律定之。」，由「國家應依民族意願」的規定，指出「民族意願」為國家可否干預或如何干預的界限，在「民族意願」範圍內，原住民族有自主的權限，可以對原住民族地位、政治參與、教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業之保障，自我決定甚至立法行為，亦不得違反民族意願。民族意願原則做為民族自主的範圍，是原住民族主體性的憲法表達，自我決定及自我承擔乃主體性的顯現²¹⁹。

2.著作權法

我國著作權法於 2003 年 7 月 9 日修正時，於第 7 條之 1 第 1 次出現「民俗創作」之名詞，即「表演人對既有著作或民俗創作之表演，以獨立之著作保護之。表演之保護，對原著作之著作權不生影響」，該條係保護表演人之表演，並非保護民俗創作。惟原住民族文化創作或民俗創作祇要能符合著作權法規範之著作要件，即得於一定之存續期間內享有著作權之保護。

3.文化資產保存法

我國 2005 年 2 月 5 日修正之『文化資產保存法』於第 1 條之立法宗旨即指「為保存及活用文化資產，充實國民精神生活，發揚多元文化，特制定本法。」，此多元文化即包括原住民族文化，而其保護重點為文化資產之保存、維護、宣揚及權利移轉（第 2 條），此與「原住民族傳統智慧創作保護條例草案」之保護，著重於對原住民族傳統智慧創作賦與特殊權利仍有不同。該法第 3 條對「文化資產」規範對象甚廣，不僅包括實體之古蹟、歷史建築、聚落、遺址、古物、自然地景，且包含未必以實體表現之傳統藝術、民俗等。

4.原住民族教育法

2004 年 9 月 1 日修正公布之「原住民族教育法」，全文計 35 條，涉及原住民族文化之規定有：

第 2 條：原住民為原住民教育之主體，政府應本於多元、平等、自主、尊重之精神，推展原住民教育。

第 20 條：各級各類學校相關課程及教材，應採多元文化觀點，並納入原住民各族歷史文化及價值觀，以增進族群間之瞭解及尊重。

第 21 條：各級政府對學前教育及國民教育階段之原住民學生，應提供學習其族語、歷史及文化之機會。

第 24 條：原住民族教育師資應修習原住民族文化或多元文化教育課程，以增進教學之專業能力。

²¹⁹ 浦忠勝，前揭註 42，頁 94。

5.原住民族發展法草案

原住民族發展法草案現由行政院送請立法院審議中，與原住民文化相關之條文有：

第 7 條：政府應積極保存與維護原住民族語言及文化，並輔導文化產業之永續發展及專業人才之培育。

第 9 條：政府應保障原住民族使用媒體及資訊之權利，並輔導原住民族媒體及資訊事業。

第 10 條：政府對原住民族傳統之生物多樣性組織及智慧創作，應予保護，並促進其發展；其相關事項，另以法律定之。

第 10 條與「原住民族基本法」第 13 條相同，即為「原住民族傳統智慧創作保護條例」草案之濫觴。

6.原住民族自治區法草案

原住民族自治區法雖於 2003 年 6 月 3 日經行政院通過並送立法院審議，惟因行政院所提「原住民族自治區法」草案將原本 104 條文的自治法草案刪改成 15 條，致行政院版本之「原住民族自治區法」草案送立法院後，立法院原住民籍委員認為，行政院版本只是宣示性，為急就章之架構，只為及早兌現總統的選舉諾言及支票，無法滿足及符合原住民自治的需要，故蔡中涵委員（計 19 條）、楊仁福委員（計 13 條）、高金素梅委員（計 39 條）及曾華德委員（計 92 條）等原住民籍委員，分別提出「原住民族自治法」草案不同版本，原住民自治制度實仍面臨下列困境：原住民本身的意願、制度利益有所牽動及衝突（與現今住在山地之平地人所生土地之糾葛與衝突）、原住民族自治人才是否足夠、國家態度的支持（自治需要配套修正的法律，形式修正、實質修正約有八十種之多）、自治能力（財政、人力、自治區規劃）及制度抉擇之困境（迄今原住民族自治法的版本就有五種之多，如何協調、整合，都是影響原住民族自治是否成功之關鍵）²²⁰。

上述草案行政院版本與原住民文化方面相關之條文如下：

第 4 條：自治區行政區域之範圍，應參酌各族之分布區域、歷史、文化、民族關係及地理鄰接等因素劃定之。

第 6 條：自治區居民享有平等參與自治區政治、經濟、社會、教育及文化生活之權利，並受同等對待。

第 7 條：自治區依自決原則，自主決定其政治、經濟、社會、文化及其自治事項之發展。

²²⁰ 馬賴古麥，〈原住民族自治的展望〉，《國政研究報告》，財團法人國家政策研究基金會，2005 年 11 月 30 日，<http://www.npf.org.tw/PUBLICATION/IA/094/IA-R-094-011.htm>, last visited on May 22, 2006.

7.原住民族傳統智慧創作保護條例草案

此草案於2005年2月16日經行政院院會通過將草案送交立法院審議，2005年10月21日立法院第6屆第2會期內政及民族委員會第7次全體委員會審查結果，因各民族咸認相關爭議仍多，為期周延，通過應請委員會先行辦理公聽會後再行逐條審查，詳待後敘。

另送請立法院審議中者，尚有「原住民族語言發展法草案」；其他與原住民文化相關之法案包括「原住民族認定法草案」、「原住民族生物多樣性權益保障法草案」刻正由行政院原住民族委員會研擬中。

8.行政院原住民族委員會研訂之「原住民族文化振興發展第二期六年計劃」 (2005年-2010年)

原住民族文化振興發展第一期六年計劃，自民國 88 年至 93 年已實施完畢，第二期六年計劃主要計劃項目為：

- 1.健全原住民族文化法規與行政。
- 2.改善原住民族文化環境。
- 3.推展原住民族文化活動。
- 4.原住民族文化資產保存與應用。
- 5.原住民族表演、視覺及工藝藝術 傳承與創新。
- 6.原住民族文化人才與文化團體之扶植。
- 7.推展原住民族文化之研究。

7.2.2 國內案例

1. 雅美族（達悟族）

2003 年財團法人台灣網路資訊中心於台北舉辦「亞太網路科技高峰會」時，曾以蘭嶼達悟族之象徵圖騰拼板船、船眼及波浪紋等作為大會標誌，卻未事先徵詢達悟族的同意，就擅自使用達悟族傳統圖騰，非常不尊重達悟族人，蘭嶼鄉長要求主辦單位應公開向達悟族人道歉²²¹。

2.阿美族

台灣台東阿美族經世代創作、傳承，發展出「第二首長歌」（母語「巴拉芳」即「歡樂飲酒歌」）經郭英男（里望）先生與郭秀珠（以蓋）女士重新編曲，以對

²²¹ 〈圖騰被用作標誌 達悟族要求道歉〉，聯合報，2003 年 2 月 20 日，第 18 版。

位與合聲之形式演唱。於 1978 年由音樂學者許常惠於進行民俗音樂田野調查時，錄製由郭英男夫婦演唱之「歡樂飲酒歌」²²²。1988 年 5 月法國文化教育部邀請中華民國民俗藝術基金會帶領台灣原住民前往巴黎世界文化會館參加「太平洋地區原住民舞蹈音樂節」。在行政院文建會資助下，郭英男夫婦赴法演出。法國文化之家收錄郭英男夫婦演唱之歡樂飲酒歌，製作為「台灣原住民複音歌唱」之雷射唱片，雷射唱片之發行封面並未註明演唱者郭英男之姓名。1993 年德國維京唱片公司（Virgin Record Company of Germany）委託瑪寶音樂公司（Mambo Music Company）為「謎」（Enigma）樂團製作「徘徊不定」（The Cross of Changes）唱片專輯。瑪寶音樂公司於取得法國文化之家授權使用「歡樂飲酒歌」後，即將其揉合現代舞旋律編入「返璞歸真」（Return to Innocence）單曲中。該專輯一經發行極為賣座，持續四週保持全球第四名，銷售量亦超過五百萬張。1996 年美國亞特蘭大夏季奧運會使用「返璞歸真」一曲中「歡樂飲酒歌」之樂曲片段作為奧運宣傳短片之配樂，使用過程並未標明演唱者為郭英男，或支付任何權利金。1997 年郭英男以其編曲之音樂著作權及表演著作權被侵害為由，在美國洛杉磯聯邦法院提起侵權訴訟，被告包括維京唱片、瑪寶音樂、EMI 唱片、謎樂團及其團長、奧委會。1999 年法官要兩造進行調解，於六月達成和解，被告等承認郭英男夫婦之「編曲」及「表演」著作權，致贈二張白金唱片感謝其貢獻，並同意於日後重製專輯時，註明「台灣阿美族郭英男及郭秀珠夫婦編曲及演唱」等字樣²²³。

本件郭英男夫婦改編樂曲及唱腔，即有編曲之音樂著作權；再者，其配合許常惠之基金會無償為表演以供製作錄音帶，亦應為該錄音著作之共同著作人（如該錄音具有原創性）。基金會未經郭氏夫婦同意即予轉讓法國文化之家，依 81 年我國舊著作權法第 41 條第 1 項前段「共同著作之著作財產權，非經著作人全體同意，不得行使之」之規定，其著作財產權之移轉自屬無效；又郭氏夫婦如有音樂著作權，則許常惠讓與法國文化之家之著作財產權範圍究竟多大，是否包括改作權或公開播送權，攸關奧委會之使用是否合法，亦有推究之必要。另奧委會使用該音樂時，未表明主唱者及編曲者之姓名，亦涉及著作人格權之侵害問題²²⁴。

3. 排灣族

排灣族的婚禮因有新娘盪鞦韆儀式極具特色，常被一般商業表演活動將其作為舞蹈之一部分，惟排灣族傳統上若女方不具貴族身分，婚禮是不准以此方式舉行，故一般商業表演既未尊重排灣族的傳統，也已扭曲及傷害此民俗創作的真實性及完整性。

²²² 亦有族人謂「歡樂飲酒歌」為馬蘭人所有族人所共有，郭英男不能私攬此利益。

²²³ 黃秀蘭，〈郭英男歡樂飲酒歌侵權案研討綱要〉，《台灣原住民文化財產權會議實錄》，台灣原住民部落振興文教基金會，民國 88 年 10 月 15、16 日，頁 99 以下。

²²⁴ 羅明通，《著作權法論》第 2 冊，台英國際商務法律事務所，2004 年 1 月，第 5 版，頁 6。

4.日本學者採集原住民歌謠

日據時代音樂學者黑澤隆朝（Kurosawa Takatomo）走遍台灣 150 餘個原住民部落，採集歌謠近千首，製成唱片 20 餘張，並於 1952 年向聯合國教科文組織（UNESCO）推介，並發表論文介紹原住民族音樂，1953 年於法國巴黎國際民俗音樂大會上介紹布農族的「祈禱小米豐收歌」，此為台灣原住民音樂第一次被推向國際舞台，也促成日據時代至今，音樂學者有計劃地對原住民音樂的調查研究²²⁵。



²²⁵ 林美蓉，〈台灣原住民族的智慧財產權〉，《原住民族權利國際研討會論文集》，許介麟主編，國立台灣大學法學院發行，1999 年 6 月，頁 320。



八、法院實務對民俗創作是否保護之可能考量因素

8.1 創作人身分的確定

即證明該著作確係主張權利人所創作，民俗創作由於係代代相傳，不可能每一部分或細節皆為傳承者所獨創，惟祇要對民俗創作的部分表達，確為傳承者所獨自創作，依法即具著作人身分。原住民族傳說故事之講述者，並非僅係原封不動地將祖先流傳的故事向後代轉述，而須根據自己所處社會的時代環境，對傳說故事之內容或語言表述方式作相應的調整，以滿足當時社會的需求，無形中其個人之原創性即融入傳說故事中。但如果傳統族群對民俗創作人身分的確定係由習慣法來確認，則此時自應適用習慣法。民俗創作的變遷性，相對亦肯定每一傳承者於傳承過程中對民俗創作所做之貢獻。惟創作人身分的確定，亦涉及創作人依其教育經歷是否具備創作之能力、是否有充裕或合理而足以完成該著作之時間及支援人力、是否能提出創作過程之相關文件，例如美術著作創作過程所繪製之各階段草圖，劇本創作中增刪之草稿，創作過程中開會紀錄²²⁶。

惟當作者不明時，實務通常將作品的持有人視為著作權人。民俗創作一般與作者不明之作品並無本質上之差別，因此，傳承者之於民俗創作，與持有人之於作者不明之作品，性質實為相似。故著作權法如推定目前的傳承者為著作權人，似亦合乎邏輯，且現在之傳承者本來即有可能對民俗創作的傳承具有原創性之貢獻而為再創作之作品。例如中國於其「中國民間文學藝術作品保護條例」之特別法尚未正式立法前，其部分法院依據現有著作權法體系，拒絕將傳承者完成的作品認定為民俗創作，例如在民間剪紙藝術家白秀娥起訴國家郵政局郵票印製局侵犯著作權糾紛案²²⁷、京劇臉譜案，法院都推定製作剪紙及臉譜作品者為作者，而將否定原告為著作權人之舉證責任由被告負擔。

8.2 創作是否仍在保護期限

大部分國家（包括我國）之著作權係採創作保護主義，即著作創作完成時即受著作權法保護，故著作完成之證明攸關著作保護起始點之決定，及法律適用之準據。且著作抄襲之判定以接觸及實質相似為要件，完成在前之著作既可免於抄襲之嫌疑，並可主張完成在後之著作係出於接觸並抄襲其著作。故訴訟上著作完成之時間，往往成為雙方攻防之焦點。民俗創作由於流傳久遠且多以口頭傳承，並未以書面、錄音或錄影方式固定，很難確定著作完成之時間，即使民俗學者搜羅零星的歷史典籍，最後僅能證明類似型態的作品古已有之，亦難確定最近一版的最早完成日期。由於民俗創作的變遷性，在缺乏前後不同版本的對照下，實務

²²⁶ 羅明通，《著作人舉證責任及方法》，經濟部智慧財產局發行，89年12月，頁10。

²²⁷ 白秀娥案，前揭註200。

不能逕自推定民俗創作已進入公共領域，一般法院通常推定帶有傳統文化特徵之作品為新的原創作品，除非被告能反證該作品古已有之。亦即民俗創作只有在版本內容明確著作完成時間確定下，始能確定該著作已超出著作權保護期間而屬公共領域之範疇。

8.3 是否為獨立創作

所謂「獨立創作」乃指著作人為創作時，未接觸參考他人先前之著作，凡經由接觸並進而抄襲他人著作而完成之作品，即非獨立創作之著作。著作權法重在著作人之獨立創作，故著作人之作品雖與他人完成在前之著作雷同或相似，只要能證明係著作人獨立創作完成，仍受著作權法保護。

8.4 是否為不受保護的公共財產

我國著作權法第10條之1規定：「依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」，此即所謂著作權法保護思想之表達，但不保護思想本身之展現。因此，他人著作若未接觸，縱然著作之觀念或思想均自同一來源，但只要創作之成果，兩著作表達方式不同，即不構成抄襲。故縱然已接觸著作中之思想、概念或觀念等屬於公共財產部分，且創作結果，表達方法相似，但只要未接觸他人著作表達之部分，亦符合獨立創作之要件。從而如何證明創作者僅接觸思想而不及於表達，乃成為問題所在²²⁸。

²²⁸ 羅明通，前揭註 226，頁 4-6。

九、從民俗創作保護觀點探討「原住民族傳統智慧創作保護條例」草案

9.1 台灣原住民族之分類與地區

依日本學者宮本延人之研究，早期台灣原住民可分為三類共 21 族：

第一類（仍使用固有語言者）有 12 族：泰雅族、西利克族、賽夏族、布農族、曹族、加那加那布族、撒阿羅阿族、魯凱族、排灣族、卑南族、阿美族、雅美族。

第二類（部分使用固有語言，平時使用台語）有 3 族：葛瑪蘭族、巴色茲族、薩澳族（邵族）。

第三類（已不使用固有語言者，祇存在古老記憶中）有 6 族：凱達格蘭族、塔歐卡斯族、巴布拉族、巴布紗族、赫阿尼阿族、西拉雅族²²⁹。

惟依據我國政府歷年來核定之原住民族，截至目前行政上劃分為 12 族，阿美族、泰雅族、排灣族、布農族、魯凱族、鄒族、賽夏族、雅美族（以上為 1954 年由內政部核定）、邵族（2001 年 8 月 8 日由行政院核定）、噶瑪蘭族（2002 年 12 月 25 日由行政院依據原住民族別認定辦法第 2 條²³⁰於第 2818 次院會通過）、太魯閣族（2004 年 1 月 14 日由行政院於第 2874 次院會通過）。

台灣原住民地區由行政院於 91 年 4 月 16 日頒定「原住民地區」具體範圍為 30 個山地鄉²³¹及 25 個平地原住民鄉（鎮、市）²³²，合計為 55 個鄉（鎮、市）。

9.2 原住民族傳統藝術簡介

原住民族藝術品，依據行政院原住民族委員會（下稱原民會）之分類將其分為音樂創作、雕刻（排灣族、魯凱族、阿美族、卑南族、泰雅族、雅美族）、編織（賽夏族、魯凱族、雅美族）、陶藝（除泰雅和賽夏族外，均持有陶器；鄒族、布農、阿美和雅美諸族且至晚近仍有陶器的製成，不過今日繼續製陶的，恐怕只有

²²⁹ 宮本延人著，魏桂邦譯，《台灣的原住民族》，晨星出版社，1992 年，頁 68。

²³⁰ 「原住民族別認定辦法」，為民國 91 年 6 月 12 日發布，第 2 條規定：「本辦法所稱民族別，指阿美族、泰雅族、排灣族、布農族、卑南族、魯凱族、鄒族、賽夏族、雅美族、邵族及其他經行政院核定之民族。」。

²³¹ 30 個山地鄉包括：台北縣烏來鄉、桃園縣復興鄉、新竹縣尖石鄉、五峰鄉、苗栗縣泰安鄉、台中縣和平鄉、南投縣信義鄉、仁愛鄉、嘉義縣阿里山鄉、高雄縣桃源鄉、三民鄉、茂林鄉、屏東縣三地門鄉、瑪家鄉、霧台鄉、牡丹鄉、來義鄉、泰武鄉、春日鄉、獅子鄉、台東縣達仁鄉、金峰鄉、延平鄉、海端鄉、蘭嶼鄉、花蓮縣卓溪鄉、秀林鄉、萬榮鄉、宜蘭縣大同鄉、南澳鄉。

²³² 25 個平地原住民鄉(鎮、市)包括：新竹縣關西鎮、苗栗縣南庄鄉、獅潭鄉、南投縣魚池鄉、屏東縣滿洲鄉、花蓮縣花蓮市、光復鄉、瑞穗鄉、豐濱鄉、吉安鄉、壽豐鄉、鳳林鎮、玉里鎮、新城鄉、富里鄉、台東縣台東市、成功鎮、關山鎮、大武鄉、太麻里鄉、卑南鄉、東河鄉、長濱鄉、鹿野鄉、池上鄉。

阿美和雅美二族)琉璃珠(排灣族)等五大類，但原住民傳統智慧創作保護條例保護之「智慧創作」則不限於上述五大分類，草案第 3 條將保護之「智慧創作」列示出宗教祭儀、音樂、舞蹈、雕塑、編織、圖案、服飾及其他文化成果的表達，究竟原住民傳統之宗教祭儀、音樂、舞蹈、雕塑、編織、圖案、服飾有那些值得保護，茲概述於後。

9.2.1 宗教祭儀

台灣原住民族傳統社會存在著泛靈崇拜，特別崇拜祖靈，認為祖靈一直關照子孫在世間之所做所為，若行事遵從祖先的旨意，便得安居樂業；此信念具體表現於各種儀式如農事、播種、狩獵、征戰等活動，皆會舉行一定之儀式，以祈求祖靈或其他神祇的庇佑。由於傳統信仰在部落中發揮強大的整合社會功能，使族人的心靈能獲得穩定的力量，族人為不觸犯祖靈會在祭祀時對祖靈表示感謝及祈禱，同時為避免觸犯祖靈而設的禁令，也支配著族人的習慣和道德觀²³³。祭儀是原住民族的文化精髓，因為祭典的神聖性，故在祭典中存在著諸多的禁忌，原住民祭儀除了反映與傳統生產活動之關連，更具體表達其生命觀及宇宙觀。也因為歷史因素、地理環境、傳統習俗等差異，每個族群各自產生歲時祭儀及拔除災禍的祭儀²³⁴。



²³³ 鈴木質，《台灣原住民風俗》，原住民出版事業有限公司，1999年，頁116-136。

²³⁴ 李娜莉、涂麗娟、陳佩儀撰文，《台灣原住民祭典完全導覽》，常民文化事業股份有限公司，2001年，頁162-165。

表五：台灣原住民重要定期祭典年曆表

時間	祭典名稱	族別	舉辦地點
1 月	聯合豐年祭	卑南族	台東縣
2 月	戰祭	鄒族	阿里山鄉特富野部落
3 月	飛魚祭	雅美族	台東縣蘭嶼鄉
4 月	飛魚祭	雅美族	台東縣蘭嶼鄉
	除草祭	卑南族	台東縣卑南鄉下賓朗部落
	打耳祭	布農族	台東縣延平鄉、高雄縣三民鄉
	傳統民俗活動	布農族	台東縣海端鄉
5 月	聯合豐年祭	布農族	台東縣延平鄉
	海祭	阿美族	花蓮縣豐濱鄉大港口村
6 月	捕魚節	阿美族	花蓮縣
7 月	豐年祭	卑南族	台東縣
	海祭	卑南族	台東縣
	豐年祭	泰雅族	台北縣烏來鄉
	小米收穫祭	鄒族	阿里山鄉
	收穫節、迎賓節	雅美族	台東縣蘭嶼鄉
	豐年祭	阿美族	東海岸國家風景區
8 月	豐年祭	排灣族	屏東縣
	海祭	卑南族	台東縣
	豐年祭	魯凱族	屏東縣
	豐年祭	阿美族	東海岸國家風景區、瑞穗鄉奇美村
	戰祭	鄒族	阿里山鄉達邦部落
9 月	豐年祭	排灣族	屏東縣
	生命豆祭 (傳統婚禮儀式)	鄒族	阿里山鄉達邦部落
	豐年祭	邵族	南投日月潭
10 月	五年祭	排灣族	屏東縣來義鄉、台東縣達仁鄉
11 月	矮靈祭 (每二年舉辦一次)	賽夏族	苗栗縣南庄鄉向天湖
	聯合豐年祭	泰雅族	苗栗縣泰安鄉
12 月	猴祭	卑南族	台東縣卑南南王里

資料來源：行政院原住民族委員會網站 (<http://www.apc.gov.tw/official/index.aspx>)

9.2.2 音樂

台灣原住民音樂如同其他原始音樂是於種族或地域中自然產生的音樂，歌曲仰賴口傳，隨著不同時代習慣用法而改變，原始音樂的音節，常為一種自然抒發的情感，輕鬆而帶感傷，曲調單純。泰雅族在唱法上有吟誦唱法及民歌唱法；賽夏族除了一般所唱的歌之外，矮靈祭的祭歌最為重要；布農族的音樂大都以自然泛音的 do, mi, sol, do 所構成，族人中合唱甚為普遍。祈禱小米豐收歌 pasibutbut 這世界唯一僅有的特殊唱法，是布農族最具特色的歌謠；鄒族歌謠中包括有單音性歌謠與和音唱法，單音性歌謠都以獨唱和齊唱方式出現；阿美族的歌謠豐富又富有變化，歌謠中旋律的變化和音樂形式的多樣性反映了阿美族熱情開朗的性格，唱法上包含吟誦、對唱、領唱與應答及卡農唱法。阿美族的豐年祭歌謠有其神聖性，平時不得隨意演唱，在耆老的認知上，隨意唱豐年祭歌將會帶來不祥之事，也會導致部落收成欠佳；抒情、流暢、高亢、悠遠，在卑南歌謠最為常見；排灣族是一個出產情歌最為豐富的民族；單音性與多音性歌謠是魯凱族的特徵。

樂器種類有縱笛、橫笛、膜笛、口簧琴、竹琴、弓琴、杵、背鈴、臀鈴、鈴鐺拍板等²³⁵。

9.2.3 舞蹈

舞蹈與音樂常為同時出現，各族都以歌聲調節舞步，極少有應用樂器。原住民舞蹈大致可分「祭舞」與「酒舞」，祭舞都以集體舉行，即以部落為單位，參加人數多至數百人。酒舞則在屋內或庭院中舉行，由二至三人並肩而舞，或為四人對舞，泰雅族的「musalipo」舞、排灣族「Iumaktsurang」舞、阿美族「marakatsuwai」舞，都是在酒宴時向客人獻舞的歡樂舞蹈。還有一種所謂的「模擬舞」，在賽夏族與曹族的祭舞中，有小部分由少數人作模擬式的舞蹈，矮靈祭中的迎神舞和送神舞即其一例。另阿里山曹族軍神祭中的迎神與送神，舞中有招手、踏足、揮刀、頓腳等姿勢，亦屬模擬式的舞蹈²³⁶。

9.2.4 雕塑

台灣原住民族本無文字，便透過具體形式紀錄文化內容，例如以刀為筆記錄紀念性事物，利用雕刻記錄部落故事，此類媒介表現內容與部落文化產生密切關聯。台灣原住民族喜歡在日常生活器物予以雕刻，除了美觀外，更傳達了文化意涵。例如排灣族和魯凱族的頭目，通常將刻有人頭或百步蛇或鹿等獵物的圖案的雕刻品橫掛屋簷下以彰顯頭目身份，也會在屋內立起雕刻著祖靈像的大型柱雕。

²³⁵ 詳參原民會文化園區管理局網站，<http://www.tacp.gov.tw/ART/FMART.HTM>, last visited on May 22, 2006.

²³⁶ 劉其偉，前揭註 40，頁 174-175。

在阿美族住屋的木柱和橫樑上，發現刻有許多簡單的紋飾。木雕不僅是阿美族人用以記載英勇事蹟的方式之一，也是男女表達情愛的一種方法。關於木製器具上的雕飾，排灣和魯凱族最為發達，排灣族不但在日常器具上如木臼、木杵、木梳、木杯、木桶、木匙、木製連杯、屏風、雕板、雕壺施有雕刻，在武器和宗教用具上，也多施以同樣雕刻。雅美族在木刻藝術上常表現於屋柱、拼板船的舷板、小船的船頭。

9.2.5 編織

原住民以桂竹、黃籐、月桃、水籐等材料編織各種用途之編器，例如種子籃、背籃、提籃、線籃、便當、食籃、置物盒、藤帽、藤盔等各種編器。原住民喜歡在服飾上為刺繡，散見於排灣、卑南、布農、曹族及漢化的平埔族。排灣族、卑南族多為十字繡，魯凱族則擅長直線繡、緞面繡、及鍊形繡，雅美族織布可同時表現多種的不同織紋，雅美人稱為十七種織紋。其織紋、衣別則依年齡、性別及審美觀點而有別，夾織時各有其禁忌，至今族人猶遵行不改。如 *singat*、*gazok* 之織紋，相傳早期有人織成衣物，穿用後不久即死，後人因知此一禁忌故不敢進行²³⁷。

9.2.6 圖案

原始藝術許多飾紋，大都帶有宗教信仰或咒術的意義，少有為純美（*pure art*）而創作。原始藝術常是象徵著力量，它是藉直覺、感受，表達其精神和生活，因此造形粗獷，色彩強烈。台灣原住民族之圖案散見於原住民生活的許多領域，例如紋面、服飾、雕刻、手工藝、壁板等。例如排灣族常見之紋樣有人像紋、人頭紋、蛇形紋和鹿形紋，傳統信仰認為貴族的祖先為百步蛇之後裔，故在家中之樑柱會雕刻百步蛇圖案，有關百步蛇和人頭圖案，傳統上限定是貴族或權勢者始能專有這些圖案之使用權。由於相信百步蛇與祖先有關，百步蛇紋飾成為排灣族敬畏祖先之表徵形式²³⁸。雅美族傳統藝術主要之紋樣則有人像紋、太陽紋、波浪紋及渦卷紋，這些紋樣結合了對大自然的觀察和文化傳統，不僅呈現整個家族的來源，亦有記錄神話和傳說之功能。

9.2.7 服飾

1.衣服：各族群皆有屬於自己特殊風格的衣服，依據衛惠林教授歸納，可分為四種形式：（1）北部型：以泰雅族和賽夏族為代表。（2）中部型：以曹族和布農族為代表。（3）南部型：以排灣族、魯凱族及卑南族為代表。（4）雅美型²³⁹。例如魯凱族和排灣族的貴族衣裙上，常見綴飾、刺繡及珠工的裝飾紋樣。魯凱族相

²³⁷ 文化園區管理局網站，前揭註 235。

²³⁸ 林建成，《台灣原住民藝術田野筆記》，藝術家出版社，2002 年，頁 38。

²³⁹ 劉其偉，前揭註 40，頁 124。

信其祖先由太陽所生，故頭目和貴族階級服飾裝飾上會有獸牙串連圈成太陽狀，做為階級之表徵符號。

2.飾物：台灣原住民各族男女皆重裝飾，主要裝身材料有貝珠與貝片，其次為琉璃珠、豬牙、熊牙、羴牙，再次為羽毛、獸皮、獸類的尾毛與生花，此外尚有銀銅手飾、錢幣、鈕扣、竹管以及陶製的鈕。以裝飾部位區分，又可分為頭飾、耳飾、頸飾、肩飾、胸飾、臂環、腕環、指環、腳飾等²⁴⁰，祇是各族使用的材料、裝飾的部位各有不同。惟上述各族飾物，目前祇能見諸傳統祭儀，平日少有人穿著，即使有傳統衣飾，所用質料亦為塑膠代用品，已失原有古樸之情趣。

9.2.8 其他文化成果的表達

除了上述「原住民族傳統智慧創作保護條例」草案第 3 條所例示規定之宗教祭儀、音樂、舞蹈、雕塑、編織、圖案、服飾等智慧創作外，同條概括規定所稱「其他文化成果的表達」究竟原住民族有那些傳統智慧創作可能被認定為其他文化成果的表達，亦值探究：

1.武器與裝飾：

台灣原住民諸族之武器有佩刀、長槍（矛）、弓箭、火槍，防禦武器僅有木製盾牌。武器之附屬品有警鈴及火藥筒等。此等武器除弓箭及火槍無紋樣之雕劃外，其他如番刀的刀鞘（紋樣有人像、蛇紋）、木盾（表面多施以美麗飾文，排灣族尚有人頭紋、鹿紋、蛇紋）、長槍等，均施以雕刻和施彩，且部份番刀的彎月造型優美，極具藝術價值。警鈴及火藥筒不但有雕刻，還有鑲嵌，非常精緻。

2.宗教用器裝飾：

占卜為原住民尋求與精靈世界溝通，或與祖先保持和諧的方法，或對神祇的建議。祭儀時所使用之占卜道具箱、木壺、木罐、瓢罐多施以美麗裝飾。

3.家屋的雕飾：

原住民各族中排灣族及魯凱族係以貴族為中心的社會，因此家屋的雕飾最為發達，可分為立柱雕飾（象徵大頭目小頭目之權勢大小，有精簡各異之雕飾，雕刻的祖像，依聚落不同而大同小異，主題除人物外，亦有以蛇紋、鹿紋或人頭紋作為填充。）、壁板（壁板與立柱最顯著不同，就是壁板雕刻的雕面較大，雕度較淺，紋樣也較寫實，且多組合紋或群像。除石壁外，木造壁板多施彩色。）、簷桁、橫樑雕飾（為排灣族貴族家屋獨有之裝飾，數量上簷桁雕刻比其他立柱、壁板、石壁的雕刻為多，簷桁、橫樑的主要紋樣為人頭紋、蛇紋、鹿紋、豬紋，

²⁴⁰ 劉其偉，前揭註 40，頁 136。

及其他幾何紋，至於人像雖依地域而有不同，但大致與立柱、壁板的雕刻相類似。) 及門板、獨石、記事板等。

4. 陶器

臺灣原住民族各族，除泰雅和賽夏族外，均持有陶器；鄒族、布農、阿美和雅美諸族且至晚近仍有陶器的製成，不過今日繼續製陶的，恐怕只有阿美和雅美二族了²⁴¹。現存各原住民族，在日據時期可能早已停止製造陶器，由於此原因，故保有陶器的族人均視其為傳家寶。台灣現存的原住民製陶技術僅見於蘭嶼，排灣和魯凱族的陶壺，大都為祖先所遺留，族人對這些遺物產生許多傳說，深信它具有超自然力，而為一種神物。有謂他們的祖先就是從陶壺中生出。擁有此等陶壺，僅限於貴族階級²⁴²。

9.3 我國原住民族傳統文化之維護與保存

在外來文化的侵襲下，原住民文化逐漸喪失，許多原住民不但不認同自身，連母語都不會講，如何推動原住民文化。「有人說，原住民傳統文化已逐漸式微，原住民就像夕陽西下一般，是個即將沒入黃昏的民族。

然而，原住民在台灣斯土淵遠流長了幾千年，無數時代變遷的狂流裡，原住民慣有的那種既『隨波逐流』又『力挽狂瀾』的雙重性，一如海上波峰與波谷之間的船身，它所能選擇或被迫選擇的，既不是波峰與也不是波谷，而是繼續地努力穩住船身，往前航行。

永遠的部落，東華大學首創全國第一所『原住民族學院』，致力『夕陽無限好，星星更美麗』的民族未來發展，我們在這裏不再緬懷失落的民族宿命，而是要反省探究。」。此為國立東華大學「原住民族學院」網站首頁之流動文字，深刻傳達了原住民傳統文化之現況²⁴³。

9.3.1 原住民族傳統文化之困境

1. 在行政院文化建設委員會（下稱文建會）於 1995 年提出「文化產業化，產業文化化」後，台灣之「文化產業」概念隨即成為族群總體營造之核心，原住民之工藝品亦屬於文化產業之一環，部落觀光原以為會為部落的原住民帶來較多之經濟

²⁴¹ 文化園區管理局網站，前揭註 235。

²⁴² 劉其偉，前揭註 40，頁 106-107。

²⁴³ 詳參國立東華大學網站 <http://www.ndhu.edu.tw/~cis/>, last visited on May 22, 2006. 國立東華大學於 2001 年 8 月成立「原住民族學院」，目前共設有族群關係與文化研究所、民族發展研究所、民族藝術研究所、原住民研習中心及民族文化學系、民族語言與傳播學系，是國內第一所培育原住民人才並以原住民文化為研究主體的學院。並於 2004 年 8 月增設「民族藝術研究所」，旨在培養具人文關懷的現代族群藝術創意與經營行銷人才，強調人類學角度的藝術學理探討，落實族群藝術創作和研究之本土特色，發展族群藝術創意、文化產業以及經營行銷之可能空間，並推廣原住民藝術之國際舞台

利益，但因手工藝品的手工製作，無法像機器大量製作後能提供大量產品，迅速滿足遊客之需要。台灣部落經常出現當大量遊客光臨後，當地商家為大量販售，只能藉由引入平地工廠所製作之廉價原住民工藝品，對大部分只在乎擁有的平地遊客，對所購買的紀念品是否為當地製作，並不在意。惟此價格戰卻已嚴重排擠原住民手工藝品的銷售市場，造成手工製作之傳統工藝品，因較為昂貴銷路大減。現在連大陸工藝界也在剽竊原住民產品，如排灣族百步蛇圖案，為排灣族共有之圖騰，現被拿到大陸加工後又送回台灣販賣，在大陸 100 件數量可在一、二日內交貨，原住民 100 件則須約一個月，當然大陸產品就會侵入原住民手工藝市場（不過此為目前台灣市場整體共有之問題，並非原住民地區所獨有）。另在人潮互動過程中，平地的價值觀，加速改變原住民向「平地生活看齊」的心願，學會以「平地人的眼光」看待從小成長的地方，已加速分離原住民與土地之關係²⁴⁴。

2. 每年原住民部落舉行祭典時，如豐年祭、矮靈祭等，部落地區總是吸引大批人潮，但因多數地區缺乏周全之觀光休憩措施，如食宿設備不足、大眾交通工具缺乏，反而無法留住觀光客的消費，甚至因種種周邊規劃不足，觀光人潮帶來之垃圾、髒亂、喧鬧及交通壅塞，導致原住民未蒙其利反受其害，進而引發部分原住民反彈，以封山舉動，宣示其自然主權。

3. 又許多不合時宜的法令規章，亦限制原住民地區的發展，如山坡地保育利用條例、水土保持法、環境影響評估法、森林法、山坡地開發建築管理辦法等。

4. 我國在八〇年代以前，原住民文化是在國家文化認可範圍之外，當時的政策係要強力抹除原住民文化的存在（即進行所謂「山地人民生活改進運動」，標榜「推行母語，改進衣著、飲食、居住、日常生活，以及改革風俗習慣」等六大目標，以早日達成「山地平地化」的同化目標）。目前，國家財力雖足以支持原住民傳統文化，同化政策也在社會新思潮壓力下做了修正，原住民傳統文化似乎振興有望。然而，財力可能會衰退，政策也可能隨主政者的更替而變更，其穩定性都不是永久的。且原住民還得提出一份維護或發揚執政者所認可之「傳統文化」的計劃書，始能達到追求文化傳承的目的。總而言之，文化的形式由國家認定，呈現的機會也由國家給與，都是一種單方面之武斷決定²⁴⁵。

9.3.2 原住民族表演與傳統文化的糾葛

1. 一般以觀光為主要生計之原住民表演社群，表演時必須努力表現傳統或原始性，以期讓觀光客能獲得真實的傳統感。「傳統」在觀光情境中，往往是會被再創造或

²⁴⁴ 呂龍潭，〈原住民傳統文化產業之困境與未來因應之道〉，《原住民傳統文化產業維護與保存學術研討會》，2004年7月15-16日，頁175-189。

²⁴⁵ 謝世忠，〈6. 「傳統文化」的操控與管理〉，《族群人類學的宏觀探索》—台灣原住民論集，台灣大學出版中心，2004年5月初版，頁121-122。

修改，以便符合觀光客的需求。台灣目前最能長期表現原住民文化的兩處觀光地點，一為由民間投資位於南投縣魚池鄉的「九族文化村」，於 1986 年開幕建造時，確經專家學者仔細指導，每一族群部落建築的復原，都儘量依民族誌文獻中的圖片或現存的成品中，原樣再造。且於歌舞與技藝表演方面，最初幾年亦均以原鄉所正常出現的傳統節目如祭儀、慶典活動等為號召。惟到 1990 年，原地清唱跳舞的忠實呈現方式和操作技藝的演出均因難以獲觀眾共鳴而取消。另一地點為前台灣省民政廳直轄位於屏東縣瑪家鄉北葉村的「台灣山地文化園區」，亦係依部落原屋的模樣，在園區內重建各族的屋舍建築，1980 年省政府民政廳委託中央研究院民族學研究所規劃設計，陸續完成九族的「原住民傳統建築聚落文化展示」，園區內靜態的房舍陳列與動態的歌舞展演，均以傳統為最高要求，然而現實問題很快即困擾園區之營運。許多遵循傳統之設計皆被迫更改，如平展式之看台改為階梯式看台，舞台因舞者赤足感覺不舒服由小石鋪陳改為磨光水泥地，清唱方式則改為無線麥克風輔助。綜觀兩地皆為事先經專人規劃之原住民傳統文化展示地，於營運之初亦全心將部落生活原貌搬遷於此，後來仍迫於觀光現實之考量，而作展現方式之修正²⁴⁶。

2.以九族文化村為例，較重商業利益，其「文化工作隊」舞者為迎合觀光客需求，舞曲內容即為彈性改變，甚至綜合原本專屬某一部落於某一特定節日所跳之舞蹈而成一新舞碼。傳言九族村的編舞者曾把黑人在電影上所跳的舞和音樂，搬到該村的舞台上，說是阿美族的歌舞；又把印尼的竹樂器，充當鄒族的傳統。似乎傳統的保存必須建立在觀光的輸出上，已困擾大多數表演的山青團員。山地展演以外之其他遊樂設施，愈到晚近愈成為九族村廣告宣傳之重點，如 1991 年以來，該地即以「迪斯奈精華在九族」為號召，吸引純為消遣娛樂之客人，此正反映創立之初原本強調傳統歌舞祭儀活動原樣演出之理想，已不復見之現實。

3.至於瑪家「台灣山地文化園區」因為公營，背負較多傳承文化之重任，政府或學術界對「傳統」的要求，已成為團員正常工作外之壓力，負責領導「文化服務員」的老師，即一直往突破各種外在限制努力，認為「一個民族除應掌握傳統，如果沒有自省並跟著往前走的能力，是註定要滅亡的。如炒肉加鹽一樣，魯凱歌加上伴奏，仍為魯凱歌，應該兼顧現實與傳統，學者的看法（即要求無伴奏清唱），必須做一些調整。」，這位老師甚至將西洋電影主題曲與山地歌曲結合編曲。他說祇要很多人買來聽，我們的目的就達到了。由於環境的影響，大多數團員均已接受「傳統的才穿傳統的衣服，創作的則不需要這麼嚴格，只要像就可以了」的原則²⁴⁷。顯然傳統文化的表現與認定，存在明顯主觀選擇性，不論在九族村或文化園區，山青團員清楚知道自己是處於傳統與非傳統及文化保存與商業演出之相對位

²⁴⁶ 謝世忠，〈5.觀光過程與「傳統」論述〉，《族群人類學的宏觀探索》—台灣原住民論集，台灣大學出版中心，2004 年 5 月初版，頁 101-102。

²⁴⁷ 前揭註，頁 102。

置，大家皆有傳達傳統之任務在身，卻常因此會排拒「純」的傳統，由於任意改變或丟棄傳統，可能被社會所責難，又受限於生活與工作的實際需要，不得不採取保留傳統外觀或僅以口頭文字宣傳傳統之策略，惟在實質內容上做大幅修改的變通措施。

4.另台北市政府於 1995 年 6 月 18 日舉辦「原住民民俗聯合婚禮」，在「排灣族」迎親儀式啓幕之後，6 對原住民新人帶領其餘 115 對漢人新婚夫婦，一起於市府廣場前參加「魯凱族」的盪鞦韆活動，再共飲竹筒中之米酒，並接受祭司頭目的祝禱，最後新郎以「泰雅族」舊有方式背新娘回家。整個活動綜合各族的部分儀式行爲，是一強調娛樂效果的綜攝性風俗表演。此種綜合式的文化示範，在地方政府舉辦的活動中頗爲常見。不過，此畢竟祇是表演，表演以外之實際生活，已難見這些傳統繼續爲原住民所依循，亦即這些「文化活動」與日常生活的情境，似乎係彼此分立的²⁴⁸。

5.由於「傳統」、「真實性文化」、及「古老歷史」等爲當前國家認定原住民文化之標竿，因而，以各族群部落傳統祭儀（如豐年祭等）爲名的活動企劃案，幾乎都能獲得補助。因此原住民於熟悉政府文化政策的運作模式後，藉此外來資源，使傳統祭儀得以維繫不斷，整體族群的共同任務，即可輕易達成。即使只有 3 至 5 萬元的補助，也足以讓部分原住民暫時放下工作，共同延續祖先傳統祭儀的任務。原住民在劇烈變遷的社會環境中，能因政府資源的補助，使傳統祭儀（豐年祭多爲族人自我認同的重要代表活動之一）得以延續，或許爲巧合之發展，但至少使原住民文化因此得以長存。

9.3.3 原住民族傳統文化之創新

「傳統的再生」，究竟是「維繫原貌的傳統」或「再生的傳統」。前文建會主委陳其南於其任內提出「文化產業化」的觀念，應是傾向於「再生的傳統」，即規劃當地居民以參與的方式，就當地產業特色進行營造、行銷及推廣，藉以構成具有當地主體之文化。許多原住民藝術家於創作時，亦大都傾向於「再生的傳統」與藝術形式的創新。原住民工藝具有高度文化價值，但因多爲個人式技藝，傳承不易，往往迅速面臨式微問題。將原住民工藝適度商品化，應能有效傳承、發展原住民工藝產業。現在蓬勃的原住民個人創造工藝現象，依據前原民會主委陳建年民國 93 年於立法院的報告，原民會辦理族群型技藝訓練，以提昇原住民族部落文化產業，並協助開創個人工作室，創造原住民部落就業機會，92 年度補助訓練 317 人，另補助公共服務擴大就業－文化產業計畫之材料費，培訓 749 人，並輔導原住民成立傳統藝品工作室（坊）及充實工藝匠師工作坊設備 44 處²⁴⁹。例如屏東

²⁴⁸ 謝世忠，前揭註 245，頁 123。

²⁴⁹ 立法院第 5 屆第 5 會期內政及民族委員會第 6 次全體委員會議紀錄，主任委員陳建年報告業務

三地門的琉璃珠工作室，台北縣烏來的十幾個泰雅編織工作坊，基本上係在台灣多元國家文化建構運動的鼓勵（從同質文化的追求，歷經多元與傳統併存時期，再轉至鼓勵多元創造的模式），加上原住民尋求文化認同，以及回歸部落（如在部落中教習技藝，並設計吸引商機的條件）和走出自我（如創作新作，展現新世界觀）等混合價值作用之結果²⁵⁰。

9.3.4 原住民族群總體營造的困境

行政院「挑戰 2008 國家重點發展計劃」中，原住民族委員會負責規劃、執行之「原住民新部落運動」即是將「族群總體營造」的概念與方法運用於原住民部落，讓部落成員共同參與部落事務，為未來發展擬定共同願景。「原住民新部落運動」主要分為「部落族群產業發展」、「部落族群新風貌」、「營造學習型部落與族群」及「蘭嶼族群總體營造」等四項子計劃。其中「部落族群產業發展」係屬部落「造產」運動，「部落族群新風貌」係屬部落「造景」運動，「營造學習型部落與族群」則為「造人」運動。整體立意良善，如確實執行，應大有可為。以新竹縣尖石鄉司馬庫斯部落為例，20 餘戶的泰雅族人，有一半以上的住戶以族群總體營造的精神與理念經營部落，採取合作經營模式，將 7 家民宿整合成一個共同事業體，居民將民宿賺來的收入全數集中，除了保留部分家用外，百分之二十償還貸款，百分之二十作為子女教育基金，並自共同基金中提撥 300 萬元，在部落興建一座雪霸國家公園遊客中心，以服務外地到訪的遊客；除了實質經濟效益外，更重要的是發揮傳統文化中部落族人彼此照顧、合作以及共同分擔分享的精神。2003 年行政院原住民族委員會評選為全族群營造 6 個最佳部落的第 1 名²⁵¹。司馬庫斯部落的共產制度，將族人的土地、民宿、農產品皆由族人共同經營開墾，營收作為部落共同基金，支付孩子教育費、老人福利等，目前已有 7 位孩子就讀大學，1 位進入研究所就讀。司馬庫斯的共產制度，是在頭目下設「八部一會」，包括農業、工程、文化教育、經濟、開發、人事、環境資源等部會。族內所有營收資產全部集中共管，每人每月領 1 萬元零用金，其他交付給部落共同基金，以支付孩子教育費、老人福利、醫療等費用²⁵²。

惟在「本土化」及「族群總體營造」的口號下，台灣許多鄉鎮曾掀起興建原住民文物館的熱潮，短短六年多即興建四、五十座各式館舍。惟因事先缺乏規劃，不少原民館根本沒有典藏可供展出，有些甚至連基本的開張營運費用都缺乏，變成關門養蚊子之「蚊物館」。以宜蘭縣大同鄉之泰雅生活館為例，建築外牆飾滿泰雅圖騰，1.5 公頃之佔地，配置有廣場、瞭望台和穀倉，看來讓人驚豔；可惜花費

概況，《立法院公報》第 93 卷第 20 期，93 年 4 月 1 日。

²⁵⁰ 謝世忠，〈7.傳統與新傳統的現身－當代原住民的工藝體現〉，《族群人類學的宏觀探索》－台灣原住民論集，台灣大學出版中心，2004 年 5 月初版，頁 133-148。

²⁵¹ 轉引自李芙蓉，前揭註 217，頁 173。

²⁵² 〈共產制度 助司馬庫斯孩子就學〉，聯合報，2005/10/24/C2 版/桃竹苗新聞。

四千萬元之建設，完工近四年，內部依然空空如也，沒有文物，連水電也沒接，偌大的館舍中祇擺了一張乒乓球桌，仍在遙遙無期等待開張，原住民人口才三千多人之彰化縣，也斥資四千多萬元興建彰化原住民文物館；惟 2004 年 10 月完成後，因軟體及經費不足，至今尚未啓用。此亦引起當地客家族群之感慨，彰化客家人口超過 16 萬人，卻無固定會館可聚會²⁵³。此事實顯示政府近年來給予原住民族保存傳統文化的經費並不少，祇可惜台灣地方政壇常各自為政，爭取經費跑第一，祇重視外觀看得見的硬體建設，以宣揚政績，卻缺乏整體考量，忽略後續軟體建設的規劃，始會釀成前述不少原民館無典藏可供展出的怪現象。

9.4 我國「原住民族傳統智慧創作保護條例」草案之由來及立法依據

9.4.1 草案由來及立法進度

民國89年1月間，行政院審查行政院原住民族委員會提送之「原住民族發展法」（草案）有關原住民族傳統智慧創作保障之條文時，鑒於原住民族傳統智慧創作之保護極為重要，因此建議原本的「授權條文」擴充為「專章」，原委會遂委託台大法律學院蔡明誠教授，研擬「原住民族傳統智慧創作保護專章」條文，惟於該專章條文研擬完成後，經邀請相關機關研商，與會代表一致主張該專章條文應單獨另外制定專法，至於發展法內只需訂定授權條文即可。因此原來研擬之「原住民族發展法」專章條文，遂更名為「原住民族傳統智慧創作保護法」草案²⁵⁴。並在91年11月18日送進立法院，於94年2月16日經行政院院會通過將草案送交立法院審議，94年10月21日立法院第6屆第2會期內政及民族委員會第7次全體委員會審查結果，因各民族咸認相關爭議仍多，為期周延，通過應請委員會先行辦理公聽會，以期周延後再行逐條審查。

9.4.2 立法依據

我國立法院於民國94年1月21日第五屆第六會期的最後一次會議中，三讀通過與原住民權益有重大關係的「原住民族基本法」，希望藉此法「保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係」。在這部法律中，與智慧財產權有關者，為第13條規定：「政府對原住民族傳統之生物多樣性知識及智慧創作，應予保護，並促進其發展；其相關事項，另以法律定之。」這項立法，象徵我國正式以法律承諾對於原住民族傳統智慧創作的保護，相關的立法工作必須開始積極推動。原住民族對於其傳統智慧創作之保護，有兩個關切點，一是文化上的肯定，一是經濟上的回饋。在文化上的肯定方面，包括要讓公眾知悉那是特定部族的傳統，不得任意刪改或歪曲其內容，不得在不當時空展現等；在經濟上

²⁵³ 〈六年 50 座原民館---展空氣〉，聯合報，2005/08/08。

²⁵⁴ 〈原住民族傳統智慧創作保護法草案出爐〉，《行政院原住民族委員會 簡訊月刊》
<http://www.apc.gov.tw/upload/publish/monthly/32/32-09.htm>, last visited on May 22, 2006.

的回饋方面，利用其傳統智慧創作，應該支付使用報酬，回歸族人共享。「原住民族基本法」完成立後，「原住民族傳統智慧創作保護條例草案」也將更會積極立法，國際間所遭遇的衝突與矛盾，同樣地會在我國發生，我們到底是要站在已開發國家這一邊，還是低度開發國家或開發中國家這一邊，這是一個文化議題，而不是經濟議題²⁵⁵。

從維護文化多樣性及原住民族權益保護觀點看，臺灣原住民族數百年來歷經外在政治環境之劇變與衝擊，其傳統文化正在逐漸流失，政府及民間亟應重視此一議題，採取必要法律措施，以維護其文化保存，並促進其發展。

從國際發展趨勢觀點看，原住民族權益保護之議題，近年來在國際上愈受重視，並對其傳統文化之保障訂定規範，以宣示維護其權利之精神及行動。例如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3條：「原住民有權擁有、享有、並解釋其傳統文化。」；及聯合國「原住民族權利宣言」（草案）第12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29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...口授傳統、文學、圖案、觀賞藝術和表演藝術。」等規定，亦顯示保護原住民族傳統智慧創作之價值及必要性。再者，聯合國教科文組織及世界智慧財產權組織於1976年制定「開發中國家著作權突尼斯模範法」欲擴大著作權法之保護範圍(如存續期間之例外、民俗著作不以固著為要件、引進著作人格權防止損壞、汙辱民俗著作)，使之包括原住民族傳統智慧創作，比前揭規範祇是原則性宣示，更具實質意義，對於我國亦深具啓示意義。我國面對此一尊重原住民族傳統智慧創作成果之潮流下，雖然在憲法增修條文第10條第11項宣示：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」，可作為保護之憲法基礎。然而政府應更進一步正視國內現行法對於原住民族傳統智慧創作保護不足之實際問題，提出更具體之法律保護措施，以資適用，爰依原住民族基本法第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。」並參考國際發展及斟酌國內需求，擬具原住民族傳統智慧創作保護條例」草案，計23條。

²⁵⁵ 章忠信，〈立法院通過原住民族基本法〉，著作權筆記網頁，94.01.25.完成，
<http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=4&act=read&id=131>, last visited on May 22, 2006.

蔡明誠教授在前述制定「原住民族傳統智慧創作保護專章」之說帖²⁵⁶中，另從人類全體及原住民族之不同觀點，提出應保護之理由，頗值參酌：

1. 從人類全體之觀點

不同的文化在彼此面對、相互適應的過程中，所對應出來的生活方式與思考模式，因牽涉知識體系本質上的矛盾與政經利益的衝突，免不了以自我為中心而蔑視少數民族。這種情形迫使我們警覺人類文化或某一個特定的社會文化體系中獨斷地一致性，將會帶來滅絕選擇的適應危機；亦即維護文化多樣性將有助於全體人類的適應性與創造性。

臺灣的原住民族屬於南島民族之一支，是學術界公認的事實；南島民族分佈於臺灣、東南亞諸國、非洲馬達加斯加、與大洋洲諸國及島嶼。徒居馬達加斯加者，曾經過法國的殖民統治，在文化上可能更被非洲同化；散居東南亞者，數百年來歷經伊斯蘭教與基督教洗禮以及荷蘭、西班牙、英國與美國深度殖民統治。能夠保存正宗南島文化者，當推我國原住民及大洋洲島民。而臺灣的原住民族歷經各種外來統治，平埔族文化已跡近消失殆盡，唯有高山族能延續南島文化，但也正在逐漸流失中，此時此刻重視其文化的保存與發展正是刻不容緩之事。

2. 從原住民族之觀點

世界上任何一個民族的文化特質，都是長久的歷史發展過程中逐漸形成的，它有獨特的風格、穩定的形式以及自成體系之運作方式，所以藝術文化的不同，正足以顯示每個民族的特殊性。對原住民個人言，人性尊嚴的實踐不僅要靠個人的成就，還與其所屬文化尊嚴的實現有關，因為個人之自我認同包含文化之認同。如果所屬文化無法發展或遭歧視，個人尊嚴也會遭受減損。對弱勢的原住民族言，來自於大社會的滲入與壓迫的適應、族群認同與文化之潰散，是其受統治之後長久以來永無休止的惡夢；在統治者刻意地進行同化策略、原住民族文化難以在強勢文化中生存發展，原住民族文化的存續，已經是整個族群從「有」到「無」的生死問題，這是與其他優勢族群最大的不同之處。

9.5 「原住民族傳統智慧創作保護條例」草案值得探討之問題

9.5.1 「原住民族傳統智慧創作保護條例」草案探究

第 1 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

²⁵⁶ 行政院原住民族委員會，委託蔡明誠教授草擬「原住民族傳統智慧創作保護專章」之說帖，詳原住民族傳統智慧創作保護法（草案）之說明之附錄壹。

化發展，依原住民族基本法第十三條之規定，制定本條例。

1.章仁香委員認為本條例完成立法後，將限制社會大眾利用原住民文化的機會，反而使得原住民文化的傳播和流傳受到相當限制。申言之，如果原住民傳統文化能廣為流傳，不但不會「流失」，而且會自動產生「保存」功能，甚至文化因流傳而獲得「發展」的機會。如果原住民傳統文化不能廣為流傳，反而不利於原住民文化之發展²⁵⁷。因此本條例能否兼顧「保護原住民傳統智慧創作權益」和「促進原住民文化發展」兩個立法目的，實待商榷。葉宜津委員亦認既然是「傳統」，怎會又是「創作」？如果以著作權的概念來看，傳統的保護是有排他性的，如果是好的傳統，當然流傳越廣越好，要保護原住民之智慧創作，應該是要教育原住民有智慧財產權觀念，現有的著作權法已足保護，而非另外制定一個保護傳統智慧創作的法律，否則可能愛之適足以害之，基本上保護傳統與鼓勵創作是互為矛盾的²⁵⁸。

2.智慧創作僅限於「原住民族」始予保護，其他漢族、客家族群之智慧創作同樣面臨外在環境之劇變與衝擊，亦逐漸流失中，為何僅保護「原住民族」之智慧創作，而不保護「漢族」、「客家族群」之智慧創作。此與我國「文化資產保護法」並未區分不同族群而給與一視同仁之保護相較，此草案對其他族群之智慧創作未予納入保護是否有不公之處，亦值探討。葉宜津委員於法案審查會即指出，這項法案與現行的智慧財產權是互相矛盾的，如果連宗教儀式也在保護之列，以後是不是也要制定漢人傳統文化保護、客家人傳統文化保護等等法律²⁵⁹。

3.另從我國「遺傳資源法」草案初稿²⁶⁰，亦係將遺傳資源定位為全民所共有，而未將其區分原住民族、漢族或客家族群所有，因為遺傳資源所在處以森林最為密集，大多位於原住民所居山地，倘欲認真探究，原住民站在自主權的立場，亦可主張該區的遺傳資源應為原住民族所有，惟此與生物多樣性公約第 1 條及波昂準則第 11 條、第 15 條所揭櫫的「遺傳資源屬於國家主權為全民所共有」的基本精神相違。

第 2 條：本條例所稱主管機關為行政院原住民族委員會。

1.按「行政院原住民族委員會」主要組織包括：

- (1) 企劃處：分設綜合規劃及民族自治科、管制考核及資訊管理科。
- (2) 教育文化處：分設原住民族教育科、原住民族文化科、社會教育與傳播媒體科、原住民族語言科。

²⁵⁷ 立法院第 5 屆第 3 會期內政及民族委員會審查「原住民傳統智慧創作保護條例草案」第 1 次會議紀錄，章仁香立委發言紀錄，立法院公報第 92 卷第 32 期，92 年 5 月 19 日。

²⁵⁸ 立法院，前揭註 257，葉宜津立委發言紀錄。

²⁵⁹ 立法院，前揭註 257，葉宜津立委發言紀錄。

²⁶⁰ 遺傳資源法，前揭註 27。

- (3) 衛生福利處：分設衛生保健科、社會福利科、就業服務科。
- (4) 經濟及公共建設處：分設原住民金融科、產業發展科、住宅輔導科、部落建設科。
- (5) 土地管理處：分設規劃開發科、管理輔導科、土地利用科。
- (6) 文化園區管理局²⁶¹。

該業務職掌可說包羅萬象，儼然原住民的「行政院」，原住民「傳統智慧創作」，似非其專業，此與「行政院文化建設委員會」之職掌，亦有重疊之處。本條草案第 2 條最初係規定「本章業務由本法主管機關行政院原住民委員會指定智慧創作專責機關。必要時，得將部分事項委託相關之公益法人或團體。」²⁶²，似乎較為妥適。且有關原住民傳統文化，於原民會 1996 年成立前，本即為文建會主管之業務。且文建會依據 2005 年 2 月 5 日修正公布之「文化資產保護法」，業於 2005 年 12 月 30 日及 2006 年 1 月 12 日陸續訂定公布一系列有關傳統藝術民俗及有關文物、文化資產、古蹟、古物、聚落及遺址之相關管理辦法，例如：

2005 年 12 月 30 日訂定：

「傳統藝術民俗及有關文物指定及廢止審查辦法」、「古物分級登錄指定及廢止審查辦法」、「文化資產獎勵補助辦法」、「文化資產保存技術保存傳習及人才養成輔助辦法」、「古蹟指定及廢止審查辦法」、「古蹟管理維護辦法」、「古蹟修護及再利用辦法」、「文化景觀登錄及廢止審查辦法」、「古物分級登錄指定及廢止審查辦法」、「公有古物複製及監製管理辦法」、「聚落登錄廢止審查及輔助辦法」、「遺址指定及廢止審查辦法」、「遺址監管保護辦法」、「遺址發掘資格條件審查辦法」。

2006 年 1 月 12 日訂定：

「古蹟歷史建築及聚落修復或再利用採購辦法」、「歷史建築登錄廢止審查及輔助辦法」、「古蹟及歷史建築重大災害應變處理辦法」²⁶³。

2. 由文建會公布之上述有關傳統藝術民俗及有關文物等系列管理辦法，可知文建會才是國內專業的傳統藝術民俗主管機關，無論就所建置的法令或管理人才，皆是

²⁶¹ 文化園區管理局業務職掌：

1. 原住民文化資料與文物之蒐集、整理、研究、典藏、編印、陳列展示促進學術交流事項。
2. 原住民傳統工藝技術展示之策劃、展出及技術人才之訓練事項。
3. 原住民音樂舞蹈及民俗活動之研究、編纂、策劃、演出及人才之訓練事項。
4. 原傳統建築物與原住民生活形態展示管理及維護事項。
5. 原住民視聽資料之製作、使用、保管事項。
6. 園區內公共設施與環境衛生之管理維護及遊客服務事項。
7. 研考、議事、公共關係、文書、檔案、印信、出納、事務管理、財產管理等相關事項。
8. 其他有關原住民族文化維護保存、研究發展、學術研究及交流、社會教育活動事項。

²⁶² 蔡明誠，前揭註 205。

²⁶³ 法令內容，請參閱行政院文化建設委員會網站，

<http://www.cca.gov.tw/app/autocue/declare/newDeclare.jsp>, last visited on May 22, 2006.

剛踏入此領域之原住民族委員會所不及；而且文建會已建置的有關的傳統藝術民俗文物、文化資產、古蹟、古物、聚落及遺址等管理法令適用於國內各族群，並未將原住民族排除在外，原住民族是否有必要另起爐灶，另行制定一套獨立的法令管理體系，實值三思。否則從經濟的角度，重覆制定不僅疊床架屋浪費公帑，且受限於經費限制及專業人才難覓，原民會於日後草案立法後是否有人力、物力獨力進行「原住民族傳統智慧創作」登錄、指定、廢止審查及保護等管理運作之執法，實令人擔憂。

第 3 條：本條例所稱智慧創作，係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。

【立法理由】：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。

1. 章仁香委員認本條應把「等」及「民俗技藝」刪除，並將「及」改為「或」字，法條的文義始會清楚。首先本條立法技術是採「例示加概括規定」，前面宗教祭儀等七種類型既為例示，即無七種類型後再加「等」字之必要，因為「其他文化成果之表達」的概括規定，已足包括「等」字，無須此贅字。又「宗教祭儀、音樂、舞蹈」與民俗技藝是兩個不相關聯的概念，草案將民俗技藝加於其後，連貫讀取即成「原住民族傳統之宗教祭儀（音樂、舞蹈）民俗技藝」，宗教祭儀變成為民俗技藝，除了不通，也會貶低宗教祭儀之神聖性，故「民俗技藝」於此應為贅文，似應將其刪除。另於「其他文化成果的表達」句子前加上「及」字，將使條文規範之文義產生混淆，會形成原住民族傳統文化成果表達須同時具備宗教祭儀、音樂、舞蹈等成分，故應將「及」字改為「或」字²⁶⁴。

2. 另章仁香委員認為原住民的「神話故事」和「傳說故事」是原住民文化的核心，應為本條例保護之對象。惟原民會浦忠成副主任委員認為此屬於各民族神話傳說內涵的文化產物，多半附著於宗教祭儀及音樂，甚至很多圖案上，故並未針對原住民的神話和傳說單獨保護²⁶⁵。由原民會委託蔡明誠教授草擬之草案初稿就本條之立法說明指出「原住民族之智慧創作可能包含：

(1) 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、

²⁶⁴ 立法院第 6 屆第 2 會期內政及民族委員會第 7 次全體委員會議紀錄，章仁香立委發言紀錄，《立法院公報》第 94 卷第 54 期，94 年 10 月 6 日。

²⁶⁵ 立法院，前揭註 257，章仁香立委發言紀錄。

傳說故事、詩歌等，全是以口頭語言所創造、傳播者。

(2) 音樂：傳統歌謠、傳統歌謠之演唱及以樂器演奏等表演。

(3) 人體藝術表現：舞蹈、祭典儀式。

(4) 有形表現形式：繪畫、紋面、雕刻、陶器、編織、珠寶、其他工藝品等。

但如何確認其權利之意義及範圍，因年代久遠，誠屬不易，故將保護標的限於創作之表達，而不及於構想部分。而在智慧創作之立法定義將口傳文學捨棄，另將屬於有形表現形式中之繪畫、紋面、陶器、珠寶未予列示，日後認定時是否歸類為其他文化成果之表達，仍待觀察。

3. 「宗教祭儀」列入保護，於法案審查時引起很多立委質疑，曾華德委員指出原住民宗教祭儀目前與山地到處林立之教會顯然相衝突，全省每一部落目前平均都有四到五個教會²⁶⁶。平常仍會進行傳統祭儀的部落，大概只有排灣族等，惟此似指山地部落目前的宗教信仰已為天主教或基督教所取代，傳統宗教祭儀已不復見，此時再賦予其特別權利，是否有其實益，實值深思。

4. 蔡中涵委員認為 1991 年聯合國秘書長於人權委員會中，特別把原住民智識產權明確地分成三部分，本條例應考慮將此分類方法納入，亦即 1. 民俗及手工藝：包括口傳文學、音樂、舞蹈、圖案、設計、編織等。2. 生物多樣性，包括生藥、植物、一般原住民身邊可以使用之材料。3. 原住民的智慧，包括動植物、生活的型態、生活的技能及技藝等。以上三類為世界公認原住民智慧財產的分類。另 WIPO 所提倡集體管理概念，與原住民集體所有制可以互相聯結，但是原民會並未使用 WIPO 概念及聯合國分類。

第 4 條：本條例所稱智慧創作應經主管機關認定並登記，始受本條例保護。

前項智慧創作之認定標準由主管機關定之。

【立法理由】：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。

1. 草案係採認定登記制，原則須原住民族或部落主動申請，主管機關始會受理並進行認定及登記。惟楊仁福委員認為從過去到現在，原住民族不但未能從登記制度得到利益，反而不斷受到登記制度之戕害，最明顯的是土地採登記制度後，原住民反而變成居無定所，淪為竊占土地之人。故其認為有登記才受保護之機制應予暫停，因為原住民的智慧創作不可能全部納入登記的機制中，應將原住民智慧創

²⁶⁶ 原住民部落許多幼稚園皆為教會所創辦，教會對原住民傳統信仰及生活已產生很大的衝擊。

作列為原住民族自治事項，交由各族為之，再向中央主管機關報備即可²⁶⁷。另有學者認為採登記保護制，若有原住民因資訊傳遞不良，致未能全面登記相關智慧創作，恐反而對智慧創作有保護不周之處；認為應採取只要存有該智慧創作即予保護，登記僅供專用權之推定，並輔以政府主動進行調查建檔²⁶⁸。惟就登記制度言，立法技術若非採「登記生效主義」或「登記對抗主義」，以「生效」、「對抗」為誘因，將很難驅使權利人前來登記。故無論採報備制或實質存在制，因不登記亦無失權效果，實難有登記之誘因。

2.另昔日我國著作權採登記制，除造成行政人力之大量擴張外，且對前來登記之著作權真實性，權利人彼此爭議不斷，導致進行撤銷、異議等行政救濟案件亦大量增加，行政機關不堪負荷，最後祇好將著作權登記制度取消，改採創作主義，殷鑑不遠，亦值深思。

3.本條例所稱智慧創作應經主管機關認定並登記始受保護，且智慧創作之認定係由主管機關另行組成審議委員會定之。惟日後智慧創作遭受侵害時，智慧創作之專用權人依法在原住民法法院或法庭尚未設置前²⁶⁹，仍應訴請普通法院請求排除侵害或損害賠償。但一般被告如被訴侵害智慧創作時，皆會先挑戰智慧創作權利之有效性，提起撤銷智慧創作之認證，雖然普通法院有獨立審判之權，惟原則仍會尊重行政機關之專業認定權限；於審議委員會尚未做出撤銷與否之處分前，此時是否應有停止民事訴訟程序之機制，亦應列入考量。

4.認定標準，似可參考前述文建會已頒布之「傳統藝術民俗及有關文物指定及廢止審查辦法」第 2 條第 1 款以是否具有藝術性、特殊性、地方性做為認定「傳統藝術」之基準。第 2 款以是否具有傳統性、地方性、歷史性、文化性、典範性做為認定「民俗及相關文物」之基準。

5.智慧創作的內容、範圍為何，攸關日後侵害的認定，故智慧創作申請時，申請人應提供詳實的記錄物件，例如：音樂的樂譜及記錄光碟片、舞蹈或傳統祭儀的記錄光碟片、雕刻的六面圖、圖案的平面圖、編織及服飾的彩色相片等，以確定所登記智慧創作的內容及範圍，藉以避免日後主張權利之混淆與爭執。

第 5 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

²⁶⁷ 立法院，前揭註 257，楊仁福立委發言紀錄。

²⁶⁸ 陳益智，〈談傳統民俗文化藝術之保護—兼論原住民傳統智慧創作保護法草案〉，《科技法律透析》，2004 年 7 月，頁 48。

²⁶⁹ 原住民基本法第 30 條規定：「政府處理原住民事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益，原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯。
政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭。」。

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。

【立法理由】：

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。

1.因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。惟依據原住民族教育法第 6 條有關民族教育審議委員會之設置，係規定前項委員會由教師、家長、專家學者組成，其中具原住民身分者，不得少於二分之一，並應兼顧族群比例。不過原住民代表究應占多少比例始為恰當，並無客觀數據支持，且如何兼顧族群比例，亦為一大難題，倘原住民 12 族每族各派一位，是否有如此多的專業人才，又每族一名是否人數過多，皆為待克服之問題。楊仁福委員認原住民代表應提高為三分之二，否則非原住民部分即占三分之二，可能不瞭解原住民。原民會主委瓦歷斯。貝林表示三分之一的原住民代表應足以代表原住民角色，因為專家學者與有關機關人員係指具有公正及專業立場，若是原住民占三分之二，可能呈現哪個族群多即傾向該族群之意見之顧慮。

2.另陳秀惠委員認為草案中定義之智慧創作項目，包括宗教祭儀、音樂、舞蹈、雕塑、編織、圖案、服飾等，這些項目甚為抽象，無法清楚以法律規範權利主體，認定的人員是否具有專業知識²⁷⁰甚為重要。

第 6 條：智慧創作申請人，應備申請書、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。

【立法理由】：

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

²⁷⁰ 林正二委員於立法院第 6 屆第 2 會期內政及民族委員會第 7 次全體委員會議時，即舉一例，蘭嶼雅美族的歌曲很少，故大多是唱阿美族的歌曲，其中一首為 E An So Lung，這首歌在雅美族間廣為流傳，許多人會誤認此為雅美族的歌曲，倘專家不知此首歌之由來，可能引發族群間之爭執。

遵循。

1.原蔡明誠教授所擬之草案第7條「智慧創作之申請權人，應依原住民族習俗認定之，申請權人得為特定民族、部落或家族。申請權人不能認定者，推定全部原住民族享有。」，其申請人尚包括「家族」，該條草案說明²⁷¹提出「總有」的概念，指出「智慧創作之申請權人係未來取得專用權之人，如認定錯誤，影響原住民族之權益殊鉅。爰特設本條規定，確定申請權人之範圍，並明文肯定原住民族傳統智慧創作之歸屬，具有團體性質，類似『總有』之性質，應使具有特殊身分之原住民整體享有申請權及專用權。」。

2.本條規定申請人以原住民族或部落為限，惟許多保護民間傳說的國家，例如突尼西亞、阿爾及利亞、塞內加爾著作權法²⁷²皆規定民間傳說是屬於國家文化遺產，而非歸屬族群或部落所有。

3.就申請人是否以原住民族或部落²⁷³為限，楊仁福委員認為應以「族」為單位，因此關係日後智慧創作授權收入之歸屬問題。例如花蓮之太巴朗部落及馬太鞍部落都是阿美族，倘以部落為單位，申請人若為太巴朗部落，馬太鞍部落就無法獲得分配，阿美族全省有大大小小的部落。希望以族群為單位，以免各部落產生糾紛²⁷⁴。惟原住民傳統智慧創作的所有權本即有各種型態，可能歸屬於某一族群，亦可能為兩個以上族群共有，或同一族群的不同部落分別擁有不同的圖騰，或該智慧創作為家族或個人所創作等等。本文認為往上限縮權利主體為「原住民族」，雖可減少「部落」間之爭執，但經濟誘因一旦消失，相對亦會降低部落申請智慧創作之意願。且部落為原住民集體組織之實體，族群僅是虛擬的名稱，倘全部原屬「部落」之智慧創作，因法律的擬制設計，一律強制由所屬之「族群」所有，雖然理論上可減少各部落間對日後智慧創作授權收入之歸屬產生糾紛，卻勢必嚴重降低部落申請智慧創作之意願與協助，解決部落間爭執，應可以部落共有的方式解決。

4.瓦歷斯貝林委員認為原住民族的社會結構除了各族及部落外，尚有家族性的世族、社群等，這些都與智慧創作有關，所以智慧創作的申請人並非如此單純。他認為本條訂的太草率，有違目前傳統原住民的社會結構。陳秀惠委員認為首應釐清權利主體與客體之關係，目前台灣約有 824 個部落，如何在本條例中清楚規範

²⁷¹ 行政院原住民族委員會，委託蔡明誠教授研究有關原住民族傳統智慧創作保護法（草案）之說明。

²⁷² 蔡明誠，前揭註 205，突尼西亞著作權法第 7 條、阿爾及利亞著作權法第 14 條、塞內加爾著作權法第 9 條。

²⁷³ 「部落」，依原住民族基本法第 2 條第 4 款規定，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。

²⁷⁴ 立法院，前揭註 264，楊仁福立委發言紀錄。

智慧創作之權利歸屬，仍應審慎思考。另有關授權使用而產生之經濟利益應如何分配亦應具體規範，以免原住民族內部發生資源掠奪之抗爭²⁷⁵。

5.有關代表人之選任將來亦有爭議，曾華德委員即以排灣族為例，指出排灣族有所謂的「家團」²⁷⁶，而每一家團有自己家團之圖騰，但因排灣族為一族群，由屏東到台東約有 80 幾個部落，將來圖騰部分如何認定，且排灣族還分成北排灣、中排灣、南排灣、東排灣等族，曾華德擔心如果任由排灣族自行推舉代表人，本條例可能反而帶給部落困擾及製造族人紛爭與傷害。故建議應增加主管機關主動依職權介入登記、調查的機制。否則以現在原住民族群懂法律的人不多，如果期待他們自行提出申請，不提出就喪失權利，可能帶來很多問題²⁷⁷。且脆弱的部落體質，瓦解的社群組織以及失序的領導文化，早已弱化原住民族群原來倚賴之集體動員能量。瓦歷斯貝林委員另認為條文中應規範代表人之責任及權限。

第 7 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。

【立法理由】：經認定為智慧創作後，智慧創作專用權分別由申請人、全部原住民族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。

1.現有原住民族雖經行政院核定暫時劃分為 12 族，但不代表數目自此不再變更，依法可依行政院核定而增加。且最新核定之邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族，以前可能行政上劃歸為其他族群，屆時智慧創作如何與舊有族群相區分，恐生爭議。另原住民是否皆能認同行院所為之族群區分，亦為可能之變數。且依日本學者宮本延人之研究，早期台灣原住民可分為三類計 21 族，若縮小範圍，排灣族還分為北排灣、中排灣、南排灣、東排灣等族²⁷⁸，故日後欲認定智慧創作屬於何一特定原住民族或部落，可能會產生不少爭議。且原住民各族確有幾個族群的神話故事

²⁷⁵ 立法院，前揭註 264，陳秀惠立委發言紀錄。

²⁷⁶ 家團：排灣族的政治制度建立在長嗣繼承與土地制度上。長嗣承家，繼承父母的家庭，家系(族)與財產；餘子外出，離開自己的出生家庭在長嗣的幫助下或建新家或到配偶的家裡去經營家庭生活。擁有大批土地(其中包括農地、宅地、河流與山林)的家族，排灣人稱之為酋長(團主) kamamatsangilanan，詳參石磊，台灣原住民—排灣族，「1999 台東南島文化節」學術演講，<http://aaawww.tolaku.com/paiwan/paiwan.htm>, last visited on May 22, 2006。

²⁷⁷ 立法院，前揭註 264，曾華德立委發言紀錄。

²⁷⁸ 立法院，前揭註 264，曾華德立委發言紀錄。

或圖騰是相近似，很難區分與考證，藉由立法強制由全部原住民族取得，未必能為各族群所信服。

2.倘認定結果，智慧創作係由原住民與其他族群的族人共同創作，屆時智慧創作之權利如何歸屬，倘分配不均，亦可能導致族群之內部分裂。

3.第二項將智慧創作認定屬於「申請人及其他特定原住民族或部落」，但本條所謂「申請人」於第六條即已明定為「原住民族或部落」，故本項之申請人實為贅文，應將「申請人及其他特定」等文字刪除。

4.本條明文肯定智慧創作之歸屬，具有團體性質，類似「總有」之性質，使具有特殊身分之原住民團體享有申請權及專用權。

第 8 條：智慧創作專用權人之名稱有變更者，應申請變更登記。

【立法理由】：明定專用權人名稱有變更時，應申請變更登記。

第 9 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，應公告於政府公報，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。

【立法理由】：

一、原住民族智慧創作為數甚豐，主管機關應建立登記簿，以利管理，並應將相關資料公告於政府公報並公開於資訊網路，以昭公示及公信，爰規定第一項及第二項。

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。

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。

誠如日本民俗學者岡田謙所指民俗絕非固定不移，而是隨時代有所變易，受新的文化影響，會加以適應而改變自己的形貌，因此若要求取固定的民俗，勢必徒勞無功。且民俗既是代代相傳，一直處於變動中，又如何界定其範圍，如強制進行登記作業，日後執行侵害的認定，將產生許多爭執。早期我國著作權採登記

制時，即耗費國家眾多人力、物力，進行認定著作真正創作人之程序，始終爭議不斷，此為後來著作權廢止登記制之重要原因之一，殷鑑不遠。更何況智慧創作為一活的文化，如何建立一套可行之工作機制進行確認，此為國際上研討數十年，迄今仍爭議不休，無法解決的問題。

第 10 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。

【立法理由】：

- 一、第一項規範智慧創作專用權之範圍。
- 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。
- 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。
- 四、第四項明定原住民就其所屬民族、部落或全部原住民族之智慧創作得為使用及收益；又本條所謂「全部原住民族之智慧創作」係指第七條第三條、第十二條及第十五條第二項規定之情形。

1.智慧創作專用權人係以特定民族、部落或全部原住民族為限，惟特定民族、部落或全部原住民族，既非自然人或法人，是否屬非具有權利能力之「團體」，依我國大法官會議解釋釋字第 486 號解釋，憲法上所保障之權利或法律上之利益受侵害者，其主體均得依法請求救濟。如非具有權利能力之「團體」，有一定之名稱、組織，而有自主意思，以其團體名稱對外為一定商業行為或從事事務有年，已有相當之知名度，為一般人所知悉或熟識，且有受保護之利益者，不論其是否從事公益，均為保護之對象，而受憲法之保障。惟查特定民族、部落或全部原住民族，是否歸屬上述非具有權利能力之「團體」²⁷⁹，而為保護之權利主體，尚有爭議。

²⁷⁹ 我國學者昔日認為「非法人團體」應具備之要件為：1.一定之目的及組織，並具有繼續性。2.一定之名稱及設有事務所。3.有其獨立之團體財產。4.設有代表人或管理人。惟「非法人團體」

惟縱其最後被認為係權利保護之主體，亦不應賦予人格權之保護。按人格權之保護以自然人為限，特定民族、部落或全部原住民族並非人格權之權利主體，何來「創作人格權」，倘強以特別法賦予其權利，勢將紊亂整個民法權利主體之體系，是否有必要以此破壞法律整體架構，給予特別權利之保護，實應深思。且日後當智慧創作專用權人就權利行使有所爭執，訴諸法院時，民事庭法官亦係以民事法理來審理智慧創作之財產權及人格權的有無，屆時恐爭議不斷。

2.倘本條申請人以原住民族或部落為限，可能對原住民族文化發展，產生不利之影響。章仁香委員舉例謂如有一阿美族人將所研究搜集之阿美族和排灣族傳統歌謠編纂成書，依據本條第 4 項規定，因其為阿美族人，故就其所屬阿美族之智慧創作得使用收益，不需授權。但就排灣族傳統歌謠的使用，則須得排灣族智慧創作專用權人的授權。故這位阿美族人的智慧創作，依著作權法規定雖可取得著作權，但就排灣族部分，不能取得智慧創作專用權，顯不合理²⁸⁰。

第 11 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。

【立法理由】：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。

第 12 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。

【立法理由】：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 7 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族享有。

1.有認將部落拋棄之專用權逕自歸屬於全部原住民族享有，其合理性似不若將部落拋棄之專用權，歸屬其所屬之特定民族²⁸¹。

2.瓦歷斯貝林委員認為拋棄智慧創作專用權，須經主管機關同意，此與一般權利之拋棄為單獨行為，一經意思表示即已生效似有不同，也容易受主管機關的左右。原民會浦忠成副主任委員答稱傳統智慧創作是文化性、集體性的，不應經由單一的拋棄行為而不存在，所以拋棄之智慧創作專用權，應歸屬於全部原住民族享有

縱有訴訟法上之當事人能力，與是否具備實體法上之權利能力應分別以觀。參照楊建華，《民事訴訟法問題研析(一)》，1985 年 9 月，頁 29、31。

²⁸⁰ 立法院，前揭註 257，章仁香立委發言紀錄。

²⁸¹ 陳益智，前揭註 268，頁 48。

第 13 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。

【立法理由】：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 37 條規定訂定第 3 項至第 5 項如上。

有謂專屬授權將使原住民本身不能行使權利，影響其基本權利甚鉅，在無公權力介入之配套措施下，在經濟力不平等的情況下，商業性的授權契約，委諸非原住民來利用，對文化發展是否有利，宜審慎評估。當初山地保留地出租，任由漢人利用之歷史是否重演，實令人憂心。

第 14 條：智慧創作專用權依第七條第一條或第二條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，設立共同基金並專戶儲存，由選任代表人負責管理使用。

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。

【立法理由】：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族或部落者，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族智慧創作保護工作，特明定將屬於全部原住民族智慧創作專用權之收益，撥入原住民族綜合發展基金。

第 15 條：智慧創作專用權，應永久保護之。

²⁸² 立法院，前揭註 257，瓦歷斯貝林立委發言紀錄。

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。

【立法理由】：原住民族之傳統智慧創作，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，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 7 條之立法目的。

1.除斯里蘭卡著作權法對民間傳說採永久保護外，其他阿爾及利亞、塞內加爾、突尼西亞等國著作權法對民間傳說皆與其他著作權同樣設有保護期限的限制。

2.又「保護」原住民族之智慧創作與「促進」原住民族文化發展兩者是否會有衝突，由於草案第 15 條對智慧創作之專用權係永久保護，如此藉由立法取得經濟上獨占地位，是否反而會阻礙原住民族文化發展，實待觀察。章仁香委員指出，原住民傳統智慧的特徵是集體發展、代代相傳，並不是一個死的文化，而且是一直往前走，因此，對原住民的文化發展，法律應該採取積極鼓勵的態度，而非限制，尤其應該提供原住民個人創作的誘因，但原民會所提草案不僅是打擊個人創作，更違背本草案的立法宗旨²⁸³

3.曾華德委員亦謂從市場觀點言，永久保護將造成市場獨占地位，可能會有價格過高，造成市場交易失靈之情事，導致無人願意購買，這對原住民智慧創作之宣導，反而是一大傷害。

第 16 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。

【立法理由】：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 51 條、第 52 條、第 65 條及商標法第 30 條第 1 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，得以使用已公開發表之智慧創作，不構成專用權之侵害。

本條合理使用之例示規定僅有二款似乎太少，與「保護民俗創作以對抗不法

²⁸³ 立法院，前揭註 257，章仁香立委發言紀錄。

利用與其他損害行為之法律示範條款」規定不同，亦與我國著作權法第 44 條至 66 條之詳細規定差異甚大，本條僅以其他正當目的之概括條款，意圖涵括其他合理使用之情況，日後恐生不少爭議，似有增訂其他合理使用規定之必要。

第 17 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

【立法理由】：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。

本條係屬救濟權之性質，是原權利遭受不法干涉或侵害而發生之權利，我國著作權法第 84 條、商標法第 61 條第 1 項、專利法第 84 條第 1 項、營業秘密法第 11 條第 1 項均有相同規定²⁸⁴。

第 18 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，自請求權人知有行為及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅，自侵權行為時起，逾十年者亦同。

【立法理由】：

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 1 項。

二、該請求權之行使，不宜毫無時間限制，特參照民法第 197 條第 1 項消滅時效規定，規定第 2 項。

第 19 條：前條損害賠償，被害人得依下列規定擇一請求：

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

²⁸⁴ 著作權法第 84 條：「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。」，商標法第 61 條：「商標權人對於侵害其商標權者，得請求損害賠償，並得請求排除其侵害，有侵害之虞者，得請求防止之。」，專利法第 84 條：「發明專利權受侵害時，專利權人得請求損害賠償，並得請求排除其侵害，有侵害之虞者，得請求防止之。」，營業秘密法第 11 條第 1 項：「營業秘密受侵害時，被害人得請求排除之，有侵害之虞者，得請求防止之。」。

增至新臺幣一百萬元。

【立法理由】：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。

第 20 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

【立法理由】：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為其他必要處置之請求權。

第 21 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。

【立法理由】：參酌 1982 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，明定本條，以處理外國人權利保護問題。

9.5.2 經濟部智慧財產局對本法案之看法

1.現代各國智慧財產權制度主要源於西歐是以個人創作為基礎所設計的一套法律制度，在設計時並沒有考慮到原住民集體、傳統創作的部分。一般講到集體、傳統創作，是指一般所謂的民俗文物、傳統知識、傳統醫藥。這個草案只限於傳統民俗文物的部分，關於傳統知識、傳統醫藥，與專利的關係較為密切。

2.關於本草案與著作權的關係，雖然有關係，但並沒有重疊，因為著作權規範的是個人的創作狀況，但本草案著重的是集體、傳統的創作，所以性質上並不相同。

3.有關權利期間的問題，著作權有關財產權的保護是終生加五十年，但是原住民傳統智慧創作的保護期間是永久性的，一直在繼續保護的狀態，不會因為五十年期間屆滿而失去權利。

4.在著作權上，財產權是歸於著作人，但是本草案的設計，財產權是歸於原住民部落。剛才提到有註冊、沒註冊的問題，著作權是採取創作保護主義，依據伯恩公約的規定不能夠有註冊制度，但是本草案規定採註冊制度。

5.WTO TRIPS 的規定還不足以據為本草案的規範，因為它只規定表演人的保護，尚無包含本草案所要包含的範圍。

6.世界智慧財產權組織在 1996 年所通過的表演人國際公約，其中規定民俗文物的表演必須以表演來加以保護，我們也將此國際保護標準納入著作權法修正草案中。惟必須透過這個草案才能讓經濟的利益回饋到原住民的社會，這應是本草案的主要目的。但據我們了解，這個法律規定算是溫和的，與著作權雖有部分待釐清，但並沒有衝突，從立法的速度上而言，與別的原住民資產豐富的國家相較，並沒有燥進、超前，所以，我們對這個法案樂觀其成²⁸⁵。

本文認為上述看法為經濟部智慧財產局著作權組陳淑美組長於立法院審查該法案時之代表發言，宥於智慧財產局與原民會同為行政院之所轄單位，感覺上智慧財產局之發言，似有行政上配合運作的傾向，其論點主要係以著作權規範的是個人的創作狀況，本草案則是集體、傳統的創作，兩者性質並不相同，故賦予原住民智慧創作不同於西方著作權制度的設計（如明確的創作主體、有限的保護期間、公共領域等），給予集體、傳統創作永久的保護。惟此論點並未說明為何原住民傳統智慧創作的保護期間是永久性的，而現代原住民的創作則須受現行著作權法的規範，且有時間的限制；為何原住民族可無償使用其他族群已歸於公共領域之創作，但其他族群卻不能無償使用原住民族原應歸入公共領域之創作。實則，著作權公共領域制度即是為促進國家文化發展，給予原住民傳統智慧創作永久保護，在使用者需付費的前提下，將導致其他族群無法自由利用此原屬公共領域的創作，勢必造成使用者因此減少，原住民族文化發展相對亦將受到一定程度的阻礙，能否因此達到讓經濟利益回饋原住民社會的目的，實令人懷疑。

9.5.3. 原住民族傳統智慧創作權利性質之定位

原住民族傳統智慧創作的權利性質，究竟為「自主權」、「文化權」或「財產權」，或為幾種權利之競合，茲從草案相關規定探究如下：

1. 自主權

從草案之立法依據所提出之聯合國人權委員會「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3條：「原住民有權擁有、享有、並解釋其傳統文化。」；及聯合國「原住民族權利宣言」（草案）第12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，---，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。」等規定，可看出本草案立法依據包括原住民「自主權」在內。另從草案第2條規定主管機關為原民會，且第4條規定智慧創作應經主管機關認定並登記始受保護，且認定標準由主管機關定之，另第5條亦規定參與智慧創作之認定，原住民不得少於一定比例，顯示原民會有權解

²⁸⁵ 立法院，前揭註 257，經濟部智慧財產局代表陳淑美組長發言紀錄。

釋其傳統文化。又從第10條及第15條規定智慧創作專用權人應以特定民族、部落或全部原住民族名義行使權利，且若專用權人消失，專用權則歸屬全部原住民族所有，此亦可看出原住民有權擁有、享有其傳統文化等自主權之色彩。

2. 文化權

文化權係指任何人都有保持他自己做為某一個文化社群成員的權利，當其權利受威脅時，國家應設法排除其威脅。亦有認文化權具有個人性權利與集體性權利的雙重面向，個人有選擇認同其文化歸屬，並遵循其文化而行為、生活的自由；族群有維持、實行、發展其族群認同、慣行制度、知識語言意識型態等文化理念之自由²⁸⁶。從草案第1條立法目的之一即為「促進原住民族文化發展」，另立法依據所提出聯合國「原住民族權利宣言」（草案）第29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，包括口授傳統、文學、圖案、觀賞藝術和表演藝術。」等規定，及憲法增修條文第10條第11項宣示：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」，亦可見智慧創作專用權具有濃厚的文化權性質。

3. 財產權

所謂財產權係指以財產上利益為標的之權利，原則上人格權及身分權以外的其他權利，均可歸類為財產權。財產權一般又分為債權、物權、準物權及無體財產權四種，草案第11條立法理由即謂智慧創作專用權具有財產權性質，惟智慧創作應屬財產權中的「無體財產權」，而無體財產權係以人類精神的創造物為標的之權利，一般皆有存續期間之限制，但本草案卻賦予智慧創作永久的保護。另財產權的性質即為得自由拋棄、讓與或繼承。但草案第11條、第12條卻規定智慧創作專用權不得讓與或拋棄，又有濃厚人格權的權能規定，且草案第10條亦明白規定智慧創作專用權包括智慧創作財產權及智慧創作人格權。故智慧創作既是財產權又是人格權，此與智慧創作之專用權人為原住民族或部落，該權利為集體權利，主張權利之主體為原住民族或部落，依法原住民族或部落並非法人，亦非屬非法人團體，並無人格存在，如何主張其人格權被侵害，似有衝突存在。

綜上所述智慧創作的權利性質似兼具「自主權」、「文化權」及「財產權」之性質。

9.5.4 其他立法或執法之問題

1. 原住民族特殊社會制度的考量：

²⁸⁶ 林淑雅，《台灣原住民族運動的憲法意義》，台灣大學法研所碩士論文，1998年6月，頁27-28。

排灣族和魯凱族與其他族群相比，傳統上有比較特殊之頭目、貴族、勇士與平民四個階級區分制度²⁸⁷，包括取名都不一樣。原住民部落於外來文化入侵後，原有階級區分之社會制度已趨淡化、瓦解，許多原住民傳統藝術皆為頭目、貴族家族而存在，如果就此還要保護，可能反而引發更大的衝突。以圖騰而言，北排灣、中排灣、南排灣及東排灣在取向及定位上都不相同，且現已趨於混亂，相互間都在抄襲，重新找回之動機，雖然立意良好，惟應先至各族辦理立法說明會，否則某些立委為貴族及頭目出身，族人可能以為本法只是為了其家族的圖騰、制度及權利才來制定，可能引發更多的誤會²⁸⁸，以上適足證明日後原住民傳統智慧創作之認定，可能衍生許多糾紛。

2. 智慧創作的認定困難：

(1) 就智慧創作之個別性：

智慧創作的特性，即其為發展中的文化(living culture)，代代相傳不斷地變動，傳統上亦很難有一確定之內容或範圍。如今為了辦理登記及方便日後侵害之認定，以行政力量強迫限制智慧創作之範圍，雖然可以滿足行政管理之需要，日後如何執行侵害認定卻大有問題。又國內原住民部落眾多，文物種類同質性高，如何定義、如何區隔，「傳統」如何界定，皆將困擾主管機關的認定。

(2) 就智慧創作之涵蓋種類：

國際上有關民俗創作的範圍究應包括那些種類，各國迄今仍意見分歧，無法統一，此亦為國際文件仍無法簽署的原因之一，亦會影響保護外國民俗創作互惠規定之落實（如草案第 21 條）。

3. 保護智慧創作的定位：

保護智慧創作究應定位在賦與「特別權利」或「保存」：

(1) 賦與「特別權利」：

是否賦與「特別權利」，應先探究智慧創作與一般智慧財產權本質有無差異，如無差異，特別的保護將失其正當性，只是「權宜」，無法為特殊權利的建立，提供完整的說理基礎。或謂智慧創作之神聖性²⁸⁹，與其社會制度、文化及宗教息息

²⁸⁷ 排灣族社會組織採階級制度，分為頭目、貴族、勇士與平民四個階級，為了顯示貴族階級的特殊身分、經濟上的特殊權利及神話傳說的基礎，以各類紋樣來表現，例如頭目階級的家屋樑柱、壁板及木製器物都有雕刻紋樣，有人像紋、人頭紋、蛇形紋和鹿形紋，魯凱族也有階級制度，民俗創作被貴族用來加強集體意識，並鞏固其特權。詳王嵩山，原住民兩種平權社會，蔡中涵編著，原住民教育叢書，《原住民歷史文化（二）》，台北教育廣播電台，1996，頁 722。

²⁸⁸ 立法院，前揭註 257，曾華德立委發言紀錄。

²⁸⁹ 此處所稱之神聖性並非強調其宗教內涵，而係強調作品係表達原住民對於世界乃至宇宙的想像與超然聯繫，並進一步滲透其文化、宗教與社會體系，參考孫大川，1999；Viviane Gray, *The*

相關，並表達其集體意識，無法歸類為現代意義下的財產，例如排灣族的雕像，往往象徵其家族地位，現代財產概念只能表達其一小部分意義。惟部分民俗創作表達其神聖性，並非僅有原住民族，客家族群或漢族之民俗創作亦有同樣問題，無法作為賦與特殊權利之理論基礎。

另賦與「特別權利」是否為「保存」智慧創作之必要條件？賦與特別權利，實際無法免除智慧創作不被污蔑。賦與特別權利之目的，如係為鼓勵權利人繼續創作，本法設計之權利人卻為原住民族或部落，並非實際創作之主體，是否有違權利賦與之本旨。

(2)「保存」：

如何在智慧創作的保護與保存及文化自由流通之間取得平衡，是保護智慧創作應思考的重大課題。過度保護顯然有礙智慧創作之發展與創新，智慧創作日後倘祇有原住民可自由利用時，勢必會阻礙其流通利用，一個無法流通、利用的文化，隨著時間流逝，極易遭人淡忘，將會影響該民俗文化的保存。且就「保存」之立場，我國「文化資產保存法」立法宗旨即為保存、維護、宣揚「文化資產」，此文化資產亦包括原住民族傳統智慧創作，且其第五章就「傳統藝術、民俗有關文物」之調查、採集、整理、研究、推廣、保存、維護等亦已有原則性規定，實無須另起爐灶，賦與特別權利，且因此破壞智慧財產權「公共領域」等法律機制。倒是美國規範印地安藝術品及手工藝品的的方法值得我國參酌，即是採用廣告真實制度，僅有政府認可的部落登記成員可以販賣任何印地安藝術品或手工藝產品，若以虛偽方式表示其為印地安生產、印地安產品、特別的印地安產品、印地安部落、印地安藝術及印地安組織、印地安住民等方式，皆應被禁止，除可保障原住民經濟利益外，亦不會破壞智慧財產權長久施行的法律體制。

4. 跨國侵害的難以追訴

我國雖不致發生同一地區之民俗創作為相鄰國境族群共同擁有之現象，但由於有關民俗創作的國際規範，迄今尚未建立，對於外國人於其內國侵害使用我國原住民傳統智慧創作之行爲，不管是實體的使用或網路上的數位使用與數位傳播，由於侵權行爲地並非我國法院管轄範圍，又缺乏國際規範的依據，將無法至侵權行爲所在國家，對行爲人進行追訴，造成草案的嚴格規範最後只能拘束本國人的創作行爲，無形中遏阻本國人在原住民傳統文化的研究與發揚，卻無法規範外國人的任何扭曲、污蔑及利用的行爲。

5. 集體管理的問題

Importance of the Object : An Experiential Study of the Object as Functional, Decorative, Sacred and Profane。轉引自浦忠勝，前揭註 41，頁 96。

由於智慧創作專用權，草案規定權利人限於特定原住民族、部落或全部原住民族，皆為擬制之團體，且原住民族或部落普遍缺乏智慧財產權管理的專業知識，草案第 14 條亦規定智慧創作之收入，應以原住民族或部落利益為目的，設立共同基金並專戶儲存，由選任代表人負責管理使用。雖然對著作權與相關權利進行集中管理，能使權利人有效地行使著作權與相關權利，也有助於著作利用人能有效率地獲得有關權利的資訊，進而降低獲得權利人授權與協商權利金的時間成本。

著作權與相關權利的集中管理實務包括：掌控著作的終端利用情形，與利用人協商權利金與使用期間，授與著作利用的許可，收取利用人所支付的報酬並分配給權利人。²⁹⁰ 其主要功能可分為六項，分別是：取得權利人授權，建立憑證，授與許可，行使著作財產權與收取權利金，分配權利金，以及對著作權進行國際層面的管理。²⁹¹

現行著作權與相關權利之集體管理系統，WIPO 將其分類成下列三種常見的運作方式：²⁹²

(1) 傳統集中管理組織 (traditional collective management organizations)

著作人不參與著作權管理工作，而由組織之成員進行實際運作，負責管理著作人之權利，與著作利用人協商著作利用方式、授權利用著作，由利用人取得權利金後分配給著作人。

(2) 權利管理中心(right clearance centers)

著作權利人直接參與決定著作利用的期間和報酬，而權利管理中心則作為著作人的代理人，負責對同意該利用期間與報酬的著作利用人授與許可。

(3) 一次管理系統 (one-stop-shops system)

“one-stop-shops”將各種分別獨立的著作權管理組織互相結合，形成一個平台供各類型著作的利用能更有效率地進行授權。近年來多媒體著作物的市場成長迅速，多媒體著作物的利用牽涉了各種類型不同的著作，結合了各種不同形式的著作，“one-stop-shops”能有效結合各種著作權的管理機制，近年來有擴張的趨勢。

²⁹⁰ See WIPO Doc. PCIPD/1/7, para.15. (May 25, 1999)

²⁹¹ See WIPO Doc. PCIPD/2/3, para.3. (Jan. 22, 2001)

²⁹² See “How does collective management work?”, available at http://www.wipo.int/about-ip/en/about_collective_mngt.html#P79_9076, last visited on May 22, 2006.

由於智慧創作內容廣泛，包括宗教祭儀、音樂、舞蹈、雕塑、編織、圖案、服飾等不同類型，結合了各種不同形式的智慧創作，似宜採取一次管理系統，以有效結合各種智慧創作的管理機制。且原住民族傳統智慧創作受限於其傳統性，衍生的新創作，依法應屬著作權法的保護著作，智慧創作經各民族或部落申請認定後，數量即趨固定，不致有一再增加的情事，故智慧創作的數量應係有限且固定，可能發生之問題，較傾向於權利金的收取與分配可能產生爭議，以及跨國侵害的難以管理與收取。





十、結論

民俗創作在國際間從 1960 年代提出討論迄今已 40 餘年，已開發國家與開發中國家就民俗創作應否特別立法加以保護，長期以來仍存有重大歧見，已開發國家大多認為，民俗創作倘以現存智慧財產權體系進行評價，多為已歸屬公共領域（public domain）的作品，認為不必要另行創設特殊權利進行保護，造成對現存智慧財產權體系的破壞，認以現有智慧財產權制度或修正的財產權制度或選擇非智慧財產權如財產法、不公平競爭、契約與授權之利用等方式即足保護，或以認定為重要文化遺產、籌組信託基金、發展文化生態保護等方式進行保護。最大問題仍在缺乏適當資源，認定應受保護民俗創作的範疇為何，以及區域界定的困難，連文物該屬那個族群之問題亦難以解決。少有國家願意因此去保護他國的民俗創作，以致國際間迄今仍缺乏一可供各國共同遵守的國際規範。WIPO 於 2001 年 6 月在 IGC 第 2 次會議，針對 1982 年示範條款（the Model Provisions）適用的整體考量，進行保護民俗創作國家經驗問卷調查，調查結果顯示僅有 23 國即：巴貝多、布吉納法索、科特迪瓦、克羅埃西亞、厄瓜多爾、迦納、幾內亞、印尼、伊朗、肯亞、墨西哥、莫三比克、納密比亞、巴拿馬、菲律賓、塞內加爾、斯里蘭卡、多哥、突尼西亞、英國、坦桑尼亞、美國、越南表示對民俗創作將其視為智慧財產權提供特別保護，15 國表示有採用某些示範條款內容。許多已開發國家表示傳統智慧財產權體系已足保護民俗創作；或認民俗創作依現行智慧財產權架構已屬公共領域，應不受保護，其能豐富國家社會文化之多元性，故其利用不應受限制；亦有謂沒有特別保護係因未被國內利益團體或其他團體所要求。WIPO 整理各會員國保護民俗創作的方式後，亦指出沒有一種保護方式是適用於全體會員國（no“one-size-fit-all”solution）。回顧過去採用突尼斯模範法的 40 多個國家（主要分佈在非洲），迄今在 WIPO 論壇上亦不見這些國家曾提出值得誇耀的經驗展示。民俗創作之保護方向是否應改弦更張，從特別立法保護（protection）的立場，轉為保存(conservation)的方向發展。

我國擬以制定「原住民族傳統智慧創作保護條例」特別立法的方式，對原應歸屬公共領域或著作人不詳的原住民族傳統智慧創作，賦與特別權利，且採永久保護的方式，能否實現保障智慧創作的目的尚未可知，卻已破壞傳統著作權法原創性、可得確定的著作人、有限保護期限、公共領域等要求。草案的立法目的為「保護原住民傳統智慧創作權益」及「促進原住民文化發展」，惟條例施行後將限制社會大眾利用原住民文化的機會，反而使得原住民文化的傳播和發展受到相當限制，原住民文化如能廣為流傳，不但不會「流失」，而且會自動產生「保存」功能，甚至文化因流傳而獲得「發展」的機會，故條例施行後，能否兼顧上述兩個立法目的，實待商榷。

又草案僅保護特定的原住民族，而未涵括國內其他漢族、客家族群的民俗創

作，徒增國內族群間的紛爭，且有礙國家文化多樣性的發展。惟亦有站在全體人類觀點，提出唯有原住民族能延續南島文化，因其逐漸流失，故其保護刻不容緩。另從原住民族觀點，在統治者刻意進行同化政策下，原住民族文化已難在強勢文化中生存發展，原住民族文化的存續已是族群從「有」到「無」的存亡問題，此為與其他優勢族群的不同之處。另草案智慧創作的申請人以「原住民族」或「部落」為限，原住民立委對此亦有不少意見，有認應以「族」為申請人，因部落有於地理因素散居各地，倘歸屬某一部落，日後就智慧創作授權收入如何分配，恐生爭議。且台灣目前約有 824 個部落，以排灣族為例，由屏東到台東就有 80 幾個部落，而排灣族尚分為北排灣、中排灣、南排灣、東排灣等族。另原住民族雖經行政院核定，行政上暫時劃分為 12 族，但不代表族群數目自此不再變更。且最新核定的邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族，以前可能在行政上劃歸為其他族群，屆時智慧創作如何與舊有族群相區分，恐生爭議。另原住民是否皆能認同行政院所為之族群劃分，亦為可能之變數。且原住民各族確有幾個族群的神話故事或圖騰是相近似，很難區分與考證，藉由立法強制由全部原住民族取得，未必能為各族群所信服。故將來智慧創作如何認定權利歸屬，授權的經濟利益如何分配，若規劃不當，可能反而帶給部落困擾及製造原住民間之紛爭與對立。

且我國行政院文化建設委員會是國內專業的傳統藝術民俗主管機關，無論就所建置的法令或管理人才，皆是剛踏入此領域的行政院原住民族委員會所不及。而且文建會於 2005 年 12 月至 2006 年 1 月間，方行建置一系列相關傳統藝術民俗文物、文化資產、古蹟、古物、聚落及遺址等管理辦法，適用於國內各族群，並未將原住民族排除在外，原住民族是否有必要另起爐灶，再行制定一套獨立的法令管理體系，實值三思。且從經濟的角度，重覆制定，不僅紊亂法律體系、浪費公帑；且受限於經費限制及專業人才難覓，原民會於日後草案立法後，是否有人力、物力獨力進行「原住民傳統智慧創作」登錄、指定、廢止審查及保護等管理運作之執法，實令人擔憂。

草案第 15 條對智慧創作的專用權採永久保護，如此藉由立法取得經濟上獨占地位，是否會有價格過高，造成市場交易失靈之情事，倘導致無人願意購買，反而阻礙原住民族文化發展。原住民傳統智慧創作的特徵是集體發展、代代相傳，是一活的文化（living culture），不斷地發展、蛻變中，故對原住民文化發展，立法應係採取積極鼓勵的態度，而非限制，尤應提供原住民個人創作的誘因，但本草案不僅可能打擊個人創作，更違背其促進原住民文化發展立法宗旨，依據美國 CRS（Congressional Research Service）的報告指出只有 2% 之著作，在存續期間屆滿後仍有市場利益²⁹³，原住民傳統智慧創作多為已落入公共領域之創作，尚存有多少市場利益，雖未經實證調查及統計分析，惟從國內的報章檢索或法院的案例搜尋，皆顯示原住民傳統智慧創作實際發生被侵害的案例非常有限，日後會有多少人願

²⁹³ Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186, 248 (2003) (Breyer, J., dissenting).

意付費使用原住民傳統智慧創作，實值懷疑。一個活躍的公共領域會產生一個文化的意外之財，知識不會因使用而耗盡，透過交換與分享方能促成其推廣與發展，草案是否正讓原住民傳統文化從一自由文化轉變為允許的文化，對原住民文化的使用與創新，是否反而會產生不利的影響，實應三思。

美國「印地安藝術品及手工藝品法」，禁止以虛偽標示或不實廣告方式於美國境內行銷印地安藝術品及手工藝品；日本將重要民俗創作認定為文化遺產，指定守護者進行傳承；歐美等國以信託基金資助民俗創作的傳承及弘揚；北歐、加拿大等國發展文化生態保護，將民俗創作原地保存於所屬族群或環境，使之成為「活文化」的展示等保護方式，皆值我國參酌。此外，幫助原住民接受及瞭解現行的智慧財產權體系；教育國人尊重其他族群民俗創作的文化特性，以減少扭曲、竄改，甚至醜化其他族群民俗創作情事的發生；適當修改現行體制或更能反映原住民文化特性；加強民俗創作的調查、整理及保護；培養民俗創作人才與學術研究；透過現有族群總體營造，建構地方意識與參與式的族群共同體，以發展原住民傳統藝術旅遊觀光，間接促成民俗創作的保存，方是可長可久保護民俗創作的方式。

我國「原住民族傳統智慧創作保護條例」日後立法施行會產生那些問題；國際間是否會就民俗創作通過一可供各國共同遵守的國際規範；世界智慧財產權組織（WIPO）於 2000 年成立之「智慧財產權與遺傳資源、傳統知識及民俗創作政府間委員會」（簡稱 IGC）就民俗創作等已進行的九次會議討論，日後會獲致什麼結論或共識；民俗創作能否透過表演等鄰接權來加以保護，是否會發展為一新興權利，皆是未來值得進一步研究之課題。



參考文獻

一、中文書籍

1. 王嵩山, 原住民兩種平權社會, 蔡中涵編著, 原住民教育叢書, 原住民歷史文化(二), 台北教育廣播電台, 1996年。
2. 林珀姬.吳榮順, 福佬民歌, 高雄縣立文化中心印行, 高雄, 1999年8月。
3. 林建成, 台灣原住民藝術田野筆記, 藝術家出版社, 台北, 2002年。
4. 林淑雅, 台灣原住民族運動的憲法意義, 台灣大學法研所碩士論文, 1998年6月。
5. 李娜莉、涂麗娟、陳佩儀, 台灣原住民祭典完全導覽, 常民文化事業股份有限公司, 台北, 2001年。
6. 李芙蓉, 台灣原住民族傳統文化與智慧財產權之研究, 元智大學藝術管理研究所碩士論文, 2003年12月。
7. 張紫晨主編, 中外民俗學詞典, 一版, 浙江人民出版社, 1991年1月。
8. 曾永義等著, 鄉土的民族藝術, 一版, 行政院文化建設委員會, 台北, 1988年4月。
9. 原住民族記錄文化促進會編, 給原住民的書, 初版, 文英堂出版社, 台北, 1999年5月。
10. 宮本延人, 台灣的原住民族, 魏桂邦譯, 晨星出版社, 台中, 1992年。
11. 鄭成思, 版權法, 中國人民大學出版社, 北京, 1997年。
12. 鄭傳寅、張健主編, 中國民俗辭典, 商務印書館香港分館, 香港, 1987年8月。
13. 劉其偉編著, 台灣原住民文化藝術, 八版, 雄獅圖書股份有限公司, 台北, 2004年7月。
14. 鈴木質, 台灣原住民風俗, 原住民出版事業有限公司, 台北, 1999年。
15. 羅明通, 著作權法論, 台英國際商務法律事務所, 第5版, 台北, 2004年1月。
16. 羅明通, 著作人舉證責任及方法, 經濟部智慧財產局發行, 2000年12月。
17. Delia Lypzic, Copyright and Neighboring Rights, 著作權和鄰接權, 聯合國教科文組織, 中國對外翻譯出版公司, 北京, 2000年。

二、英文書籍

1. Background Paper No.1, Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore, WIPO Secretariat.(2003).

三、中文期刊報章論文

1. 王鶴云,「保護民族民間文化的立法模式思索」, 鄭成思主編, 知識產權文叢第8卷, 中國方正出版社, 北京, 178~185頁, 2002年11月。
2. 卡馬爾.普里文,「民間文學藝術表現形式的保存與維護」, 高凌瀚譯, 版權公報中文版, 1998年第4期。
3. 卡馬爾.普里,「國家的法律對民間文學表現形式的保護」, 民間文學藝術法律保護研討會綜述, 第4期, 著作權, 中國國家版權局及中國版權研究會發行, 12~18頁, 1993年11月。

4. 台邦。撒沙勒，「全球脈絡下的部落主權：國際關於原住民智慧財產權之探討和展望」，生物多樣性與台灣原住民發展研討會，蔡中涵編，財團法人原住民文教基金會，台北，69~89 頁，2000 年 12 月。
5. 米哈伊·菲切爾，「通過知識產權建立民間文學藝術國際保護的努力」，民間文學藝術法律保護研討會綜述，第 4 期，著作權，中國國家版權局及中國版權研究會發行，5~11 頁，1993 年 11 月。
6. 李崇僊，「傳統知識法律保護之原理與模式」，科技法律透析，50~62 頁，2004 年 7 月。
7. 呂龍潭，「原住民傳統文化產業之困境與未來因應之道」，原住民傳統文化產業維護與保存學術研討會，175~191 頁，2004 年 7 月。
8. 林怡婷、郭錦萍，「圖騰被用作標誌 達悟族要求道歉」，聯合報，2003 年 2 月 20 日，第 18 版。
9. 林美蓉，「台灣原住民族的智慧財產權」，原住民族權利國際研討會論文集，許介麟主編，國立台灣大學法學院發行，315~344 頁，1999 年 6 月。
10. 洪家寧，「為什麼他們反對 WTO？」，天下雜誌，2006 年 1 月號。
11. 浦忠勝，「為何要立法保護原住民族傳統智慧創作？—建構原住民族法體系觀點」，文化運用與智慧財產權文選集，93~101 頁，2000 年 10 月。
12. 郭紀舟，「文資法是雞毛或令箭？」，中時電子報，2005 年 11 月 14 日。
13. 陳昭華，「民俗智慧創作保護之研究」，輔仁法學第 22 期，251~347 頁，2002 年 12 月。
14. 陳昭華，「地理標示保護之研究」，輔仁法學第 25 期，1~69 頁，2004 年。
15. 陳益智，「談傳統民俗文化藝術之保護—兼論原住民族傳統智慧創作保護法草案」，科技法律透析，29 頁~49 頁，2004 年 7 月。
16. 章忠信，「原住民族智慧財產權之保護」，台灣原住民文化財產權會議實錄，台灣原住民部落振興文教基金會，129~160 頁，1999 年 10 月。
17. 黃秀蘭，「郭英男歡樂飲酒歌侵權案研討綱要」，台灣原住民文化財產權會議實錄，台灣原住民部落振興文教基金會，99~115 頁，1999 年 10 月。
18. 崔國斌，「否棄集體作者觀：民間文藝版權難題的終結」，中國法制與社會發展，第 5 輯，67~78 頁，2005 年。
19. 崔國斌，「傳統知識保護的困境」，專利法研究（2002 卷），中國專利局，法律出版社，2004 年。
20. 張辰，「論民間文學藝術的法律保護」，知識產權文叢第 8 卷，鄭成思主編，中國方正出版社，北京，73~132 頁，2002 年 11 月。
21. 張念慈，「共產制度 助司馬庫斯孩子就學」，2005 年 10 月 24 日，聯合報 C2 版/桃竹苗新聞。
22. 賀德芬，「民俗文化財的法律保護」，台灣原住民文化財產權會議實錄，台灣原住民部落振興文教基金會，36~51 頁，1999 年 10 月。
23. 楊勇勝，「論民間文學藝術作品的權利主體」，浙江師範大學學報（社會科學版），42~46 頁，2004 年第 1 期。
24. 楊迪文、吳淑君、鄭毅，「六年 50 座原民館---展空氣」，2005 年 8 月 8 日，聯合報。
25. 蔡明誠，「結合著作與契約目的讓與理論—評最高法院 86 年台上字第 763 號民事判決」，資訊法務透析，21~24 頁，1997 年 7 月。
26. 謝世忠，「傳統與新傳統的現身—當代原住民的工藝體現」—族群人類學的

- 宏觀探索，台灣原住民論集，初版，台灣大學出版中心，133~152 頁，2004 年 5 月。
27. 謝世忠，「傳統文化的操控與管理－國家文化體系下的台灣原住民文化」－族群人類學的宏觀探索，台灣原住民論集，初版，台灣大學出版中心，115~132 頁，2004 年 5 月。
 28. 謝世忠，「觀光過程與傳統論述－原住民的文化意識」－族群人類學的宏觀探索，台灣原住民論集，初版，台灣大學出版中心，99~113 頁，2004 年 5 月。
 29. 立法院第 5 屆第 3 會期內政及民族委員會審查「原住民傳統智慧創作保護條例草案」第 1 次會議紀錄，立法院公報第 92 卷第 32 期，92 年 5 月 19 日。
 30. 立法院第 5 屆第 5 會期內政及民族委員會第 6 次全體委員會議紀錄，主任委員陳建年報告業務概況，立法院公報第 93 卷第 20 期，93 年 4 月 1 日。
 31. 立法院第 6 屆第 2 會期內政及民族委員會第 7 次全體委員會議紀錄，立法院公報第 94 卷第 54 期，94 年 10 月 6 日。
 32. 行政院原住民族委員會委託蔡明誠教授之「原住民族傳統智慧創作保護法(草案)說明」研究報告，1~24 頁。
 33. WTO 會議：110 窮國結盟爭談判主導權，聯合新聞網，經濟日報，2005 年 12 月 18 日。
 34. 經濟部智慧財產局委託國立清華大學研究「世界智慧財產權組織 1996 年至 2004 年相關著作權重要規範暨議題之現況及發展趨勢研究」期末報告，有關民俗創作之著作權保護部分，計劃主持人陳曉慧，86-98 頁，93 年 12 月 22 日。

四、英文期刊報章論文

1. A.O. Amegatcher (COSGA)，“Protection of folklore by copyright — a contradiction in terms”，Copyright Bulletin UNESCO, April-June (2002) .
2. Angela R. Riley, “Recovering Collectivity: Group Rights to Intellectual Property in Indigenous Communities”，18 Cardozo Arts & Ent. L. J. 175, (2000) .
3. Christine Haight Farley, “Protecting Folklore of Indigenous People: Is Intellectual Property the Answer? ”30 Conn. L.Rev. 1 (1997) .
4. Joseph Wambugu Githaiga, “Intellectual Property Law and the Protection of Indigenous Folklore and Knowledge”，Murdoch University Electronic Journal of Law, vol. 5, No 2, June (1998) .
5. Lucy M. Moran,“ Intellectual Property Law Protection for Traditional and Sacred “Folklife Expressions” — Will Remedies Become Available to Cultural Authors and Communities? 6 U. Balt. Intell. Prop. J. 103 (1998) .
6. Michael Blakeney, “Milpurrurru & Ors v. Indofurn & Ors : Protecting Expressions of Aboriginal Folklore under Copyright Law”.Murdoch University of Law, vol. 2, no.1, April (1995) .
7. Paul Kuruk, “African Customary Law and the Protection of Folklore”，Copyright Bulletin UNESCO, April-June (2002) .

五、WIPO 會議文件

1. WIPO/GRTKF/IC/1/3.
2. WIPO/GRTKF/IC/3/10.

3. WIPO/GRTKF/IC/3/10, Annex I
4. WIPO/GRTKF/IC/3/10 Annex III.
5. WIPO/GRTKF/IC/5/3
6. WIPO/GRTKF/IC/5/8: Composite Study on the Protection on Traditional Knowledge.
7. WIPO/GRTKF/IC/6/3.
8. WIPO/GRTKF/IC/6/6.
9. WIPO/GRTKF/IC/6/14, Agenda item 5 : Folklore.
10. WIPO/GRTKF/IC/7/3, Annex I .
11. WIPO/GRTKF/IC/7/4
12. WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4, Annex I .
13. WIPO Doc. PCIPD/1/7, para.15.
14. WIPO Doc. PCIPD/2/3, para.3.

六、其他

(一) 網站

1. <http://wordpedia.tbol.com/article?i=027036>
2. <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001277/127784e.pdf#page=31>
3. <http://www.wipo.int/tk/en/folklore/>
4. http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2004/igc/pdf/grtkf_ic_6_14.pdf
5. http://www.tipo.gov.tw/cooperation/cooperation_4_3_12.asp
6. <http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=6&list=20>
7. <http://seed.agron.ntu.edu.tw/IPR/GI/gi.htm>
8. <http://www.cca.gov.tw/law/eajflaw3.htm>
9. <http://www.tacp.gov.tw>
10. <http://www.apc.gov.tw>
11. http://www.oapi.wipo.net/doc/en/bangui_agreement.pdf
12. <http://www.wipo.int/tk/en/documents/pdf/grtkf-ic4inf2-annex.pdf#search='The%20Pacific%20Regional%20Framework%20for%20the%20Protection%20of%20Traditional%20knowledge%20and%20Expressions%20of%20Culture%2C%202002>
13. http://portal.unesco.org/unesco/ev.php?URL_ID=23772&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201&reload=1101727325#
14. http://portal.unesco.org/en/e/v.php-URL_ID=13039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
15. http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13055&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
16. http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=17716&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
17. http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=2226&URL_DO=DO_TOPIC

- &URL_SECTION=201.html
18. http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=16429&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
 19. <http://scitech.people.com.cn/BIG5/1057/4099627.html#>
 20. http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
 21. http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13141&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
 22. http://portal.unesco.org/unesco/ev.php?URL_ID=13147&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201&reload=1142693366
 23. http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
 24. http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=6209&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
 25. http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=17718&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
 26. <http://taipei.tzuchi.org.tw/rhythms/magazine/content/33/1/content1.htm>
 27. http://www.wipo.int/meetings/en/topic.jsp?group_id=110
 28. http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2001/igc/doc/grtkfic2_7.doc
 29. http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2002/igc/doc/grtkfic3_10.doc
 30. <http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=4&act=read&id=131>
 31. http://www.cflac.org.cn/chinaartnews/2005-11/04/content_5507116.htm
 32. <http://www.biplawyer.com/resource.asp?id=4180>
 33. http://www.lawyee.net/Case/Case_Display.asp?RID=48760
 34. http://www.chinalawedu.com/news/2004_5/27/1120589419.htm
 35. http://www.grain.org/brl_files/philippines-ipra-1999-en.pdf
 36. <http://www.ichrdd.ca/english/commdoc/publications/indigenous/lawPanama.html>
 37. <http://www.ichrdd.ca/site/publications/index.php?lang=en&subsection=catalogue&id=1346&page=3>
 38. <http://www.artnatam.com/law.html>
 39. http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/Ukpga_19880048_en_11.htm#mdiv169
 40. <http://www.frankellawyers.com.au/media/report/culture.pdf>
 41. http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2003/igc/doc/grtkf_ic_5_inf_2.doc
 42. <http://www.npf.org.tw/PUBLICATION/IA/094/IA-R-094-011.htm>
 43. <http://www.tacp.gov.tw/ART/FMART.HTM>
 44. <http://www.ndhu.edu.tw/~cis/>
 45. <http://www.apc.gov.tw/upload/publish/monthly/32/32-09.htm>
 46. <http://www.cca.gov.tw/app/autocue/declare/newDeclare.jsp>
 47. <http://aaawww.tolaku.com/paiwan/paiwan.htm>

48. http://www.wipo.int/about-ip/en/about_collectivw_mngt.html
49. http://tean.formosa.org/pub/kenya_bio/indig.html
50. <http://www.tipo.gov.tw/service/news/ShowNewsContent.asp?wantDate=false&otype=1&postnum=9142&from=board#>

(二) 案例

1. 台灣高等法院高雄分院 89 年度上易字第 2183 號判決。
2. Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186, 248 (2003) (Breyer, J., dissenting).

