



《高大法學論叢》

第 14 卷第 2 期 (03/2019), 頁 1-68

原住民族文化成果保護之 立法與法理

黃致穎*

摘要

傳統知識和傳統文化表達應受到保護，是國際間的多數見解。台灣也依循此依潮流，並制定相關法規。但是利用法律給予保護，並承認由原住民族取得集體權利的作法，卻受到學者的批評。論者有認為此種作法會抵觸以個人主義為主的法制度，並且可能侵蝕公共領域。即便如此，臺灣法的設計，仍然和著作權法有許多類似處。

建構法律的理論，不是僅以誘因理論為限。且從國際間的發展來看，最初只是基於避免原住民族遭剝削之故，而提倡保護傳統知識和傳統文化表達。雖然從之後的發展可知，對此提供保護，有助於文化多樣性，以及豐富人類遺產的功用。但是正當化保護理由，和抵觸現行法制度間，仍存有相當的落差。

*立穎律師事務所主持律師，國立成功大學法學博士。

本文主張，現行法的作法是正確，但是可以從其他方面提供進一步的說理。從國際條約的發展可知，最初的關心重點，不是在於文化多樣性，而是在於避免剝削，以促進文化發展。雖然目前已有多種方案和提議，為促進發展一事提供保護基礎。但若不改變思維方式，很可能會認定，傳統智慧財產權，無法對此提供保護，而新創設的制度，卻又有難以理解之處。權利的排他性，為文化發展一事，提供了一個不受干擾的空間。在智慧財產權法理論中，也有專注發展空間的論點下，本文主張應該從「維持發展空間」的角度，去理解此一議題。

The Theory and Legislation on Indigenous Cultural Achievements Protection

Chih-Ying Huang^{**}

Abstract

It is commonly accepted that traditional knowledge and traditional cultural expression shall be protected among the nations. Taiwan also follow this trend and promulgated acts protecting such. Scholars, however, criticize the method of using laws protecting traditional knowledge and admitting a collective right for indigenous peoples. Scholars believe that such approach may contradict legal systems based on individualism and erode the public domain. Even though, it can be found that the current structure adopted by Taiwan has many similarities with copyright law.

Nevertheless, legal theories do not limited to incentive theory. The international development on this topic started from a simple idea that indigenous peoples shall not be exploited. Though it is known that protecting traditional knowledge is beneficial to cultural diversity and human heritage, some gaps between justification of protection and contradicting current legal system still exist.

This article proposes that current approach on this issue is accurate. We, however, need to comprehend the issue with another

^{**} Lead Attorney, Li-Ying Law Firm, Ph.D. in Law, National Cheng Kung University, Taiwan.

perspective. Through the development of international treaties, we can fully aware that the initial concern is not about cultural diversity but about development through avoiding exploitation. Various propositions and approaches have been raised on this subject. It is, however, that without changing our ways of thinking, traditional intellectual property rights fails to provide protection while the newly founded mechanism has unexplainable problems. The exclusivity of right creates a space free of interference for cultural development. Under the premise that such theory also exists under intellectual property laws, the article argues we should approach this subject with such perspective.

原住民族文化成果保護之 立法與法理

黃致穎

目錄

壹、前言

貳、臺灣對於原住民文化成果的保護

一、文化成果的概念

二、立法者思維

三、原住民族傳統智慧創作保護條例之特點

四、小結

參、原住民文化成果保護的內涵及演變

一、「保護原住民族」概念的起源

二、保護原住民族概念的建立

三、國際條約的進一步發展

四、小結

肆、原住民族文化成果保護的立法方式

一、運用既存制度

二、承認集體性權利

三、法制之比較

伍、原住民族文化成果保護立法方式之爭議

一、利用智慧財產權提供保護之疑慮

二、原住民族文化成果保護之法理基礎

三、本文見解

陸、結論

關鍵字：智慧財產權、文化多樣性、文化成果、發展空間、公共領域。

Keywords: intellectual property, cultural diversity, cultural achievement, developing capacity, public domain.

壹、前言

從歷史發展可知，保護文化成果的需求，是為了避免原住民再次受壓迫。但是此種避免文化性的全面殖民，不但會因為文化的多面向，而有保護法規雜亂之憾；同時也因為背後哲理的不同，出現傳統的西方智慧財產權法制，不見得能適應此景的疑問。換言之，因為西方文化下的個人主義，和法律制度是本於「利用型態」不同，而有不同設計的基本前提，利用傳統智慧財產權，來保護傳統文化表達，會因為「文化的多面向」，而出現「傳統文化成果」的定義困難，以及法規龐雜、多源的問題。而原住民族和西方文化在社會制度哲理上的別，會在是否要給予永久保護、是否要限縮公共領域（public domain）、權利主體如何確定等具體的細節問題上，出現彼此衝突之點。

基於上述困境，論者有直接從現行法制，或是另修新法的角度，來解決「如何保護（原住民族）傳統文化表達？」此一問題。但是也有看法以為，給予原住民保護，可能會牴觸傳統智慧財產法制中，強調給予勞動者報酬或是維持公共利用機會的論點。簡言之，給予一種「集體性的權利」，和造成公共領域的剝奪，是論者擔心保護原住民族文化成果，會破壞智慧財產權法制的理由。

為了解答上開疑惑，必須先從定義文化、文化成果的概念出發，以歷史角度來理解，國際組織鼓吹「保護原住民族文化成果」時¹，其所持的理由和目的。之後再從我國法的立法過程，來說明我國法和國際條約，針對保護文化成果一事，於立場上的差

¹ 從時間點而言，最早注意到原住民族文化成果問題者，是國際勞工組織，一個和智慧財產權無關的機構；同時最初在討論時，也沒有直接切入「會不會和智慧財產權法制衝突」此類細節問題。

別。藉由此一比較過程，可以發現在討論原住民族文化成果的保護時，之所以會碰到難點，是在於在思考上，仍然受到個人主義的影響；且我國立法者於立法時，也沒有意識到國際條約所強調的核心點。

再從比較的角度來觀察，論者對於如何保護一事，所提出的不同看法，在實務上分別有被國家或是法院見解所採納。單純從結果而論，前述的「是用既存制度」或是「採用新概念的權利」區別，似乎均言之成理，也各有難以理解的疑點。若沒有其他的資料，似乎很難判斷孰是孰非。基此，為了能完整問題核心，應該先由國際條約的歷史發展，來理解保護原住民族的文化成果，其最終目的在於保障原住民族的生存發展機會。並以「保存發展機會」為契機，去整理目前出現在他國條文和實務見解的看法，以及學者所為之批評，有無可取之處。

本文主張，保護文化成果和智慧財產權法制間，不必然有所衝突。而是要從不同的角度，去理解為何會有「利用法律來保護文化成果」的需求。依本文見解，我國法和國際條約，針對保護文化成果議題，在理解上的差異性，是造成批判的緣由。但從不同的智慧財產權本質理論，吾人或許可以用不同的角度，來看待此一問題。

貳、臺灣對於原住民族文化成果的保護

一、文化成果的概念

文化，是指人類基於生存目的，面對自然環境所演變而生，一種累積而成的經驗或精神財富。換言之，文化一詞，是人類生活行為的總集，是作為描述各種生活習慣、方式和傳統的總稱。從此一角度觀之，就可以發現文化的多義性，會隨著生活形態的

豐富，而有不同面向。所謂保護文化，就是保護各種型態的習慣、知識或生活方式，而難以用單一規則來加以全部規範。

所以，既然文化是一種生活面向，則文化就是一種複雜、難以清晰定義的概念。它可能是一種智慧創作結果，也可能是一種利用自然資源的想法或方式。進一步而言，原住民族的文化成果，可能會是以依附在實體物上（如：傳統服飾），或是用肢體或言語活動（如：傳統舞蹈，口述故事）來呈現；也有可能是一種特殊資源，而被以某種方式代代流傳下來（如：供作特殊用途的植物）；更可能是一種從智能活動中所發展出來的 know-how、技術、教導、慣行或是學習。換言之，文化是一種代表民族特質，從結果而言會有「有形」（如：舞蹈、服飾、特殊品種植物）或「無形」（如：習慣、教導方式）層面的有體或無體物。

基於上開現實情狀，國際組織就針對原住民族文化中，可供作保護對象的有形或無形物質或資源，分別給予定義。申言之，WIPO 下的跨政府委員會（Intergovernmental Committee, IGC），把「傳統知識」（Traditional Knowledge），定義為一種「由族群所代代相傳，可供為形成或發展文化特質」的技術、know-how 和慣行；且其廣義概念，可包含到「傳統文化表達」（Traditional Culture Expression）²。至於「傳統文化表達」，則是一種由族群內部所代代相傳，形成該族群或原住民族代表或文化的一部，並為傳遞其民俗文化的表達形式³。至於「生物資源」（Genetic Resources）部分，則指具有現存或潛在價值的基因物

² <http://www.wipo.int/tk/en/tk/>（最後瀏覽日：3/23/2018）。

³ 依據 WIPO 的認知，其可包含到音樂、美術、舞蹈、姓名、表演、標誌（sign）、符號（symbol）、儀式、建築外觀、手工作品、口述文學，參世界知識產權組織，<http://www.wipo.int/tk/en/folklore/>（最後瀏覽日：3/23/2018）。

質，其可以包含動植物、微生物或是遺傳資源⁴。為了便利說明，本文將此三種類型，合稱為原住民族的傳統文化成果。

相對於此，有論者針對上開內容，將原住民族基於族群存活，所孕育而生的成果，大別分為「維持某種特殊品種」和「基於集體創作並代代相傳的成果」二類。前者即是生物多樣性，後者即是傳統文化表達。易言之，所謂傳統文化表達，指原住民族或社群，隨著自然或歷史因素由集體所創作並隨時間演進和相傳，而可代表該民族或族群的創作⁵，而屬於原住民族文化的一種呈現。此外，我國是在原住民族基本法第 13 條，同時提及「生物多樣性」和「原住民族傳統文化表達」二事，並就後者用原住民族傳統智慧保護條例提供保護。

由上可知，WIPO 所稱的「傳統知識」，是一種比「傳統文化表達」還要寬闊的概念。它可以涵蓋到傳統智慧財產權體系中，應由專利法或營業秘密法所保護的無體物。同時 WIPO 下的「傳統文化表達」，其包含了標誌和符號，而可以涵蓋到傳統法制下，可能由商標法所保護的範圍。WIPO 的定義，更完整的涵蓋文化所可能產生的面向。並且從 WIPO 強調符號、標誌、技術、慣行等語可知，在傳統著作權法概念，是在保護表達方式的前提下，有「彰顯來源」的標誌，或是注重「解決問題」的技術，是否可能被著作權所涵蓋，就有所疑問。進而會運用商標法、專利法的體制，來提供保護。

基此，因為我國原住民族傳統智慧創作保護條例（下稱保護條例）第 3 條中，把「文化成果」一詞，大體定義成「WIPO 所稱之傳統文化表達」，但又沒有如同 WIPO 的「傳統知識」般的廣

⁴ 世界知識產權組織，<http://www.wipo.int/tk/en/genetic/>（最後瀏覽日：3/23/2018）。

⁵ 陳昭華（2006），〈原住民族傳統文化表達之保護〉，《輔仁法學》，31 期，頁 145。

泛。從而我國法下的「文化成果」，是一個比較狹義的概念，而偏向於討論詩歌、畫作、舞蹈及文化表達形式的保護。依循此一作法，就會使草藥、傳統療法等技術層面的文化結晶，需要用其他法律來保護。

二、立法者思維

從草案總說明⁶可見，臺灣立法者在討論此議題時，是以「開發中國家著作權突尼斯模範法」（下稱突尼斯模範法），和「聯合國土著民族權利宣言」為基礎。由強調「國際對此已提供保護」和「保護方式是依循傳統智慧財產權制度」等點，認為應該立法保障原住民族的文化成果。

因此，或許是受到突尼斯模範法的影響，立法者選擇用著作權法的模式，來為文化成果提供保障。同時，也因為強調商業過程的結果，保護條例下的權利，就是一種保護文化成果的智慧創作專用權。可分為有經濟價值的智慧創作財產權，以及有人格區向的智慧創作人格權。也因為「偏向經濟利益」的思考模式，保護條例會在一些設計上，出現了類似有體物財產的想法。

由原住民委員會主委的發言，可見保護條例的最終目的，是為了確立原住民族的文化主體性。而用「給予經濟上幫助」手段，來保存原住民族文化。在這邏輯下，依照行政機關的想法，會注重「商業化」過程，而把文化成果，視為一種有市場價值的資產⁷。因此，此種思維下之保護條例，其立法目的就會出現下面

⁶ 就行政院提出之草案版本，參立法院公報處（2005），〈第 6 屆第 1 會期第 2 次會議議案關係文書〉，《立法院公報》，94 卷 10 期，頁 338；就立法委員楊仁福先生等人所提出之草案版本，參立法院公報處（2005），〈立法院第 6 屆第 2 會期第 7 次會議議案關係文書〉，《立法院公報》，94 卷 55 期，頁 107。

⁷ 立法院公報處（2006），〈立法院第 6 屆第 2 會期內政及民族委員會第 7

兩種特性。

(一) 確認原住民族的文化主體性

受到上開影響，我國法的設計，是採取多種法律保護的模式。為了落實「原住民族的文化主體性」的要求，臺灣是把保護條例，充作一種成文法的保護依據。在整個體系定位上，保護條例的母法為原住民族基本法；且從條例第 22 條「不影響智慧創作專用權人或第三人依其他法律所取得之權益」等語，可見其是處於一種補充性法律的地位。

因此，原住民族傳統文化成果的保護，臺灣不採取單線的保護模式。立法理由明確說明，文化資產保存法，也有可能會在個案中提供保障⁸。從立法理由可以發現，保護條例是針對「思想的表達」給予保護⁹，而不及於思想本身。因此保護條例的保護客體，會和文化資產保存法間，有部分重疊的情形；同時保護條例也可能不會保障流傳下來的傳統技術。

(二) 確保原住民族享有商業利益

但從「商業利益」的觀點來看，我國法對於文化成果的保護，變成是一種貌似著作權法，但是專注商業利益的設計。首先，有關權利的初始分配一事，保護條例是採取登記保護制度，且給予權利人財產利益和人格利益的保護。其次，為了落實保護原住民族的立法目的，原住民族或部落取得之智慧創作專用權，不僅不得設質、讓與或為強制執行標的；且權利所生之收益，亦必須用於原住民族或部落上。

復從條文文字可見，「將權利和利益維持在原住民族內」的想

次全體委員會議紀錄》，《立法院公報》，94 卷 54 期，頁 50。

⁸ 立法院公報處（2007），〈立法院第 6 屆第 6 會期第 14 次會議記錄〉，《立法院公報》，96 卷 85 期，頁 117。

⁹ 立法院公報處，同前註 6，頁 101-102。

法，是立法者所最關心的重點。依照保護條例第 12、15 條，不但專用權非經許可不得拋棄，同時若拋棄時，該權利會歸由全部原住民族享有。準此以觀，由此種「僅有原住民享有」、「僅可授權、不得讓與」以及「原權利人拋棄或消失時，由全體原住民族享有」等情，可證立法機關的重心在於把傳統文化成果和其所生的利益，完全限制在原住民族或部落內。

順著此二目的，立法者除了引用著作權法的基本架構外，更會在「保護客體」、「權利主體」、「權利行使」等議題上，作出比較特殊規範，以落實「確認文化主體性」和「確保商業利益」等目標。以下將就此說明。

三、原住民族傳統智慧創作保護條例之特點

（一）保護客體

依照行政院版本，所謂「原住民族智慧創作」，是包含了口傳文學、傳統服飾、舞蹈、音樂、黥面、工藝品等多項文化創作結果的上位概念¹⁰，約略等同於 WIPO 所稱的「傳統文化表達」。換言之，保護條例並未處理「傳統知識」和「生物資源」的議題；而文化資產保存法第 3 條，把「傳統知識」納入保護對象，但是其並非以原住民族為限。

從另一角度觀之，可以發現臺灣法在保護原住民族傳統文化成果時，所出現的差別待遇。依循本文所界定的概念，原住民族為了生存所發展的文化、慣行和經驗，可以分成「傳統文化表達」、「傳統知識」和「生物資源」等三類。立法者將「傳統文化表達」，列為「源自於原住民族基本法」，而需要特別法保障的類別。但是同屬於文化面向一類的「傳統知識」，立法者卻認為「原住民族」和「其他民族」的傳統知識同類，應給予無差別的平等

¹⁰ 同前註，頁 340。

保護。

準此，當原住民族本於其對大自然和生命的理解，在其文化中分別發展出歌頌生命的舞蹈，和可以延年益壽的草藥時，前者即屬於原住民族智慧創作，受到保護條例規範而具有集體專屬性；但後者則會是一種具無形文化資產性質的傳統知識，而可以由個人¹¹所取得。從而，暫且不論此一作法是否適當，臺灣地區對原住民族傳統文化成果的保障，顯然會因「呈現的形態」不同而有所差別。

（二）權利主體之認定

其次，保護條例對於權利主體的界定，也可能出現疑問。保護條例將「原住民族」和「原住民部落」，列為兩種獨立可取得權利的主體。此一設計雖然有助於維護原住民族和部落各自的傳統。但是伴隨著現行原住民族的族群區分細緻化，保護條例對於權利主體的界定，可能出現問題。

首先，從立法資料可以發現，雖然不以個人為權利主體，是一個既存的共識¹²，但是取得之「主體」單位為何，顯然有所分歧。在原住民族是由各「部落」所組成之下，有立法者就認為，所謂創作行為，應是應該由更小、更緊密的部落為創作¹³。易言之，從「創作來源」才是應受保護主體的思維來看，原住民族，一個較為上位的概念，可能不是實際創作族群，而讓其權利取得正當性出現疑問。

其次，立法者在一開始就懷疑，考量到台灣各原住民族的傳統領域重疊，以及各自創作內容類似等情，草案的設計，將會在

¹¹ 參文化資產保存法第 89 條。

¹² 立法院公報處（2007），〈立法院第 6 屆第 6 會期內政及民族委員會第 6 次全體委員會會議紀錄〉，《立法院公報》，96 卷 82 期，頁 392。

¹³ 同前註，頁 392。

「某特定作品或圖樣，應歸屬給何原住民族」的認定上產生爭議¹⁴。同時，在各原住民族內，會再細分成不同的部落或分支的實情下，草案的「給予該原住民族」的設計，仍然可能會讓各部落間產生爭執¹⁵。對此，原民會則以「設立專業審議委員會」的方式，讓該委員會針對爭執的智慧創作，是由族群或是部落所完成一事進行判斷，進而決定歸屬。

即便如此，這仍有實施上的困難。首先，現實上而言很難去判斷特定的創作，無論是音樂、圖騰、傳說或是工藝，實際上是被何人或何群體所完成。其次，此種想法無法解釋，為何僅要追蹤到「何族／部落」完成創作，而不是追溯到實際創作的「個人」？更重要者在於，從立法者的討論可知，原住民族智慧創作的核心在於「族群」，無論其是以部落、原住民族或村落等形式被呈現出來。此一「注重群體」的特性，顯然和智慧財產法制，以關注個人為主的基礎脈絡間，具有重大差別。且從後述內容可知，無論是國際性條約或是智慧財產局¹⁶，均認為在討論權利主體問題時，個人並非是關注重點，亦即於保護原住民族文化成果時，讓群體而非個人，作為權利的享有者。

（三）權利行使

從經濟部智慧財產局意見，可以發現「智慧創作專用權」是一種具有智慧財產權性質的權利¹⁷，而且可被其他原住民族繼承。由原民會的回應可見，保護條例之架構，是要用「創造出專用權」此一法律狀態的方式，來追求商業利益，以回饋到原住民身上¹⁸。而作為權利人的原住民族或部落，則是只能透過授權方

¹⁴ 立法院公報處，同前註 7，頁 47-48。

¹⁵ 同前註，頁 49。

¹⁶ 同前註，頁 52。

¹⁷ 立法院公報處，同前註 12，頁 389。

¹⁸ 立法院公報處，同前註 7，頁 54-55。

式，來攫取文化成果的市場價值。

其次，搭配保護條例強調權利不得拋棄、強制執行，以及智慧創作人格權受侵害，亦得請求損害賠償等規定，立法者創造出了一種無法藉由「交換行為」而獲利的權利。此種設計落實了原住民族作為文化主體的初衷，也避免第三人藉由經濟優勢來脅迫原住民。

但此種「不可讓與、只可授權」機制，會讓整個文化成果的利用行為，完全受制於最初的權利初始分配上。從立法資料可見，立法者不僅對「誰可取得權利」一事有所爭執。同時在理解到由審議委員會，來決定何人可取得權利一事時，又對成員組成有所疑問¹⁹。更引人注目者，則是立法者從權利獨占性特點，認為現行機制設計，可能會使市場機制失靈，進而排斥永久保護的提議²⁰。

此外在草案討論時期，有論者即從欠缺配套及經濟弱勢角度，認為授權制度本身，也可能對原住民族不利，進而提出不同的質疑理由²¹。雖然所持理由各異，但是對授權制度本身，抱持狐疑的看法，則是立法者和論者間的共同意見。如後述般，現行法的設計，不僅和多數人理解下的傳統智慧財產權制度有別，而且在實際操作時，也會出現困擾著立法者的難題。

四、小結

立法者以模仿智慧財產權制度，來設計保護基礎的作法，顯然有討論空間。申言之，法律內容必須配合文化和社會結構來設

¹⁹ 同前註，頁 48、52。

²⁰ 同前註，頁 50。

²¹ 陳益智（2004），〈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》，16卷7期，頁 48。

計。在原住民族的文化發展，不同於西方國家的前提下，以個人主義為基礎的西方法制度，不見得可以適用在原住民族身上。

基此，因為發展上的本質差別，保護條例的設計，就會在「權利主體」和「保護模式」等節上產生疑問。從立法理由可知，我國法到國際條約的影響甚深。然而，在參考立法理由後，吾人不容易理解，為何遵循國際條約的想法，會在權利主體的認定上，得出如保護條例所示的看法。細觀立法者所引的條約，雖承認原住民族享有智慧財產權。然而其所使用的文字，是「原住民族」(indigenous peoples)，而沒有進一步細分出「部落」(tribe)概念。如此一來，為何立法者會引進一個聯合國土著民族權利宣言所未提及的分類²²，即是一個令人好奇的疑問。

其次，則是立法者所預先提出的「承認智慧創作專用權」結論。有學者認為，因為本質上的差異，傳統概念的智慧財產權，無法在不牴觸現行制度的前提下，保護原住民族文化的精髓²³。也有學者指出，聯合國內部組織曾從文化成果本身，屬於公共領域之一部份的角度，認為不應該用智慧財產權來保護文化成果，而應以其他設計為之²⁴。

基於上開的擔憂，雖然保護條例以「專用權」一語，和智慧財產權加以區隔。但因為條文上和著作權法仍有類似處，保護條例是否可以提供完整保護，就會是一個令人注意的問題。特別是在考量到「現行制度無法保障」的描述，是針對「難以確認權利

²² 參照楊仁福立委所提版本，提案委員認為應以「原住民族」而非部落為權利人，而和行政院版本有所差別，參立法院公報處，同前註 6，頁 110。此外，如後所述般，有「原住民族」和「部落」二詞分類者，則是立法者所未參考到的國際勞工組織下的條約。

²³ 陳益智(2004)，同前註 21，頁 47。

²⁴ Hannibal Travis, *The Cultural and Intellectual Property Interests of the Indigenous Peoples of Turkey and Iraq*, 15 Tex. Wesleyan L. Rev. 415, 431 (2009).

主體」、「保護期間有限制」等實際運用上困難時，單純的另立法，但是沒有在條文解釋上作出調整時，可能會讓人在理解和運用上，更容易陷入「依文字單純解讀」的陷阱。

進一步而言，假若保護條例的作法正確，在已有見解認為，對於原住民族的文化保護，應該更慎重為之的前提下，立法者僅以「要保護文化成果」一語，在沒有說明參考何國法律的同時，本於著作權法條文，變更部分文字內容，並主張讓原住民族取得商業利益，是保護文化成果的最佳方式，可能就有需要補充說明之處。

為了回答上開疑問，本文會從歷史發展的角度，去理解在整個原住民文化成果保護的議題上，國際條約是如何的演進和變遷。進而從「歷史演變」的觀點，整理出在解釋、運用上開國際條約時，應該遵守的基本原則。

參、原住民文化成果保護的內涵及演變

一、「保護原住民族」概念的起源

從下述的條約演變可知，保護原住民族文化成果，事實上是回復原住民族權利運動中的一個插曲。自 15 世紀哥倫布發現新大陸時起，西方國家就開始競相染指歐洲以外地區的土地、資源和人民。這種基於文化歧視，對其他民族進行剝削、掠奪的作為²⁵，在日後開始受到挑戰並出現反省聲浪。

然而依照學者整理²⁶，最初關心「原住民族遭剝削」一事，

²⁵ 吳豪人、黃居正（2006），〈對市民財產制度的再檢視：由司馬庫斯部落公約到自然資源的歸屬〉，《台灣國際法季刊》，3卷1期，頁213-216。

²⁶ 田村善之編，李揚譯，《日本現代知識產權法理論》，頁255-257，北京：法律出版社。

在法律上的重要性時，其是強調原住民族的「整體」，在勞動環境、社會地位等各面向，受到其他民族的壓迫此一不平等狀態，而需要各國對原住民提供保護。易言之，「保護原住民族」這一個大概念架構，最初是從「作為勞工的原住民，未受到相關保障」此一現實問題獲得啟發。也因此，國際勞工組織（International Labor Organization，下稱 ILO），成了最早提倡「保護原住民族文化成果、資源」的發言人，即便該組織係一個在業務上沒有牽涉到原住民族保護，也未涉獵智慧財產權法制的國際組織。

準此，ILO 的成員在西元（下同）1957 年簽署了「土著居民與部落居民條約」（C107-Indigenous and Tribal Populations Convention¹ 1957 (No.107)，下稱 107 號條約），並且在 1989 年再次修定 107 號條約（此一修訂版本，下稱 169 號條約）。之後在 1992 年聯合國人權理事會接手了原住民保護業務，由其下轄的人權促進保護小委員會，於 1994 年提出了「聯合國土著民族權利宣言草案」（Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous People，下稱 UNDRIP），並於 2007 在聯合國大會中通過。至此，107 號條約、169 號條約（及該條約所援引的條約）和 UNDRIP，共同建立了「保障原住民族」此一各國需努力達成之「保障原住民族」之立法目標。而此種保障，不僅止於文化創作成果，也包含了「返還土地給原住民族」、「給予適當就業機會和訓練」、「不得歧視」等要求。

二、保護原住民族概念的建立

首先，107 號條約是從務實的角度，去說明「必須保護原住民族」此一現實需求。該條約在前言中提及，基於費城宣言所提倡，任何人都可在無經濟壓力且有同等機會的狀態下，追求物質生活的完善（material well-being），以及精神發展（spiritual

development) 一事，國家必須藉由「提昇社經地位」方式，來保障原住民族所得享有之精神發展機會²⁷。易言之，保障精神發展是 107 號條約所揭橈之目的，其手段在於「國家以現行法或專法方式」，提昇其工作和生活環境，以保障其社經地位²⁸，亦即讓原住民族享有某種集體性權利。

在此概念下，107 號條約特別專注原住民族和土地間的關連性。其認為「保障原住民族土地所有權」，是保障社經地位的一種具體實踐方式；同時該條約也提出了「原住民族」、「部落」、「準部落」(semi-tribal people) 等名詞，並且影響到之後的 169 號條約。107 號條約中，雖提及當現行法保障不足時，國家應立法保障原住民族的「傳統制度、風俗」²⁹。然而條約並沒有特別說明，要保障哪種「類型」的制度和風俗。基此，對於文化成果創作一節，原住民族雖取得保護依據，可是並沒有說明何種情形屬於保障不足，也沒有說明受保護內容。

為了強化 107 號條約的「提昇原住民族地位」主張，169 號條約在前言中明確規範，基於世界人權宣言，經濟、社會及文化權利公約和公民權利及政治權利國際公約此三項國際公約，簽約國有保障原住民族的義務。此一設計讓 107 號條約所關注的「現

²⁷ 此見該條約前言：「Considering that the Declaration of Philadelphia affirms that all human beings have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity,」。

²⁸ 參條約第 3 條第 1 項：「So long as the social, economic and cultural conditions of the populations concerned prevent them from enjoying the benefits of the general laws of the country to which they belong, special measures shall be adopted for the protection of the institutions, persons, property and labour of these populations.」；條約第 15 條。

²⁹ 參條約第 7 條第 2 項：「2. These populations shall be allowed to retain their own customs and institutions where these are not incompatible with the national legal system or the objectives of integration programmes.」。

實需求」，有了法源基礎。同時維持 107 號條約所強調的「原住民族接近土地」之權。

然而 169 號條約不僅止於此。該條約第 15 條承認，原住民族對「自然資源」的利用、管理和保存應受到保障³⁰。考量到前述「生物資源」和自然資源間的關連性，可徵 169 號條約，已經開始認識到原住民族的文化成果需受到保護，但是受限於 169 號條約簽署時，相關概念仍屬於萌芽階段之故，條約對此並沒有加以深入追查；同時其對「資源」的概念，也強調在必須「從土地所出現」的類別為主。

另一個佐證 169 號條約處理「原住民族文化成果」議題的證據，在於條約第 23 條。該條強調，原住民族的手工作品（handicraft）、傳統活動（traditional activity），必須被視為保存文化時的重要因素，而和文化發展及社經地位之提升相關；國家必須確定此類活動有被強化，同時需給予技術和經濟上的補助³¹。雖然

³⁰ 參條約第 15 條：「1. The rights of the peoples concerned to the natural resources pertaining to their lands shall be specially safeguarded. These rights include the right of these peoples to participate in the use, management and conservation of these resources. 2. In cases in which the State retains the ownership of mineral or sub-surface resources or rights to other resources pertaining to lands, governments shall establish or maintain procedures through which they shall consult these peoples, with a view to ascertaining whether and to what degree their interests would be prejudiced, before undertaking or permitting any programmes for the exploration or exploitation of such resources pertaining to their lands. The peoples concerned shall wherever possible participate in the benefits of such activities, and shall receive fair compensation for any damages which they may sustain as a result of such activities.」

³¹ 參條約第 23 條：「1. Handicrafts, rural and community-based industries, and subsistence economy and traditional activities of the peoples concerned, such as hunting, fishing, trapping and gathering, shall be recognised as important factors in the maintenance of their cultures and in their economic self-reliance and development. Governments shall, with the participation of these people and whenever appropriate, ensure that these activities are strengthened and promoted. 2. Upon the request of the peoples concerned, appropriate technical and financial assistance shall be provided wherever possible, taking into account the traditional technologies and cultural

169 號條約在「原住民族有無自我決定權 (self-determination)」上，出現模擬兩可的文字³²，但其仍承認原住民族文化成果應受保護³³，並強調國家應尊重、保護原住民文化、宗教和精神價值³⁴。

另一個值得注意者，則是 169 號條約說明了「原住民族」(indigenous people) 和「部落民族」(tribal people) 概念。根據 169 條約第 1 條定義，所謂「部落民族」，是指存於一國之內，且其社會、文化及經濟狀況，不同於該國內的其他族群，並有保留全部或部分自身風俗、傳統或法規範的群體³⁵。而所謂「原住民族」(indigenous people)，是指先於殖民、征服或在建立現存國家前，即已居住於該特定區域內，並保留自身社會、經濟、文化、政治制度的群體之後代³⁶。

characteristics of these peoples, as well as the importance of sustainable and equitable development.」。

³² 條約第 1 條第 3 項，是以「本條約所使用之『原住民族』一詞，不得解為其有暗示『任何國際法上權利，會和該詞相連結』之義」文字，來減少該條日後被解讀成「承認原住民族的國際法上權利」的機會，進而讓「是否承認原住民族的民族自決權」此一問題，產生模糊空間，參該條項原文：「The use of the term “peoples” in this Convention shall not be construed as having any implications as regards the rights which may attach to the term under international law.」。

³³ 常本照樹 (2005)，〈先住民族の文化と知的財産の国際的保障〉，《知的財産法政策学研究》，8 期，頁 20-21。

³⁴ Alessandro Fodella, *International Law and the Diversity of Indigenous Peoples*, 30 *Vt. L. Rev.* 565, 586 (2006).

³⁵ 169 號條約第 1 條第 1 項 a 款：「(a) tribal peoples in independent countries whose social, cultural and economic conditions distinguish them from other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations;」。

³⁶ 169 號條約第 1 條第 1 項 b 款：「(b) peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonisation or the establishment of present state boundaries and who, irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions.」。

比對我國原住民族基本法，可以發現我國法和 ILO 間，就「原住民族」和「部落」的認知有所出入³⁷。從法位階觀之，在解釋保護條例的文字時，似乎應採取原住民族基本法的認定；然而若考量和國際條約的接軌，ILO 的解讀似乎亦有參考價值。更重要的是，藉由 ILO 定義，吾人認知到兩種文化成果可能遭到侵害的族群：和現在統治者為不同種族，因為殖民而被迫害；以及不必然有受殖民的歷史，僅是單純的有獨自文化發展的族群。

綜觀 107 號條約、169 號條約之存在目的，可以發現保護方式的轉折。ILO 最初是從「保障原住民勞動者」的現實需求，立於「保護原住民族」的觀點，提出並要求會員簽署上開條約。107 號條約的核心，是在於「提升社經地位」一事，並且從原住民族傳統上對土地的重視，導出「原住民族享有（本來具有但被剝奪的）土地所有權」結論。然而，因為傳統技術和產業活動，與文化、經濟的發展間，具有密切關連性，169 號條約便基於 107 號條約所強調的「提升社經地位」目標，增加了保障傳統活動、手工作品等具體規範。

基於上開的認知，吾人可以發現 UNDRIP 第 12 條第 1 項進一步強調，原住民族有權去發展、表現、練習及教導傳統文化³⁸。同時於第 26 條中強調對資源的控制權，於第 31 條中承認原住民族對其傳統知識、傳統文化表達、科學技術及藝術表達、智慧財產

³⁷ 按我國原住民族基本法第 2 條文義，「原住民族」和「部落」間的關係，是一種上下階層的概念，且我國法下的原住民族，不以「獨立的典章制度」為成立要件。但是 169 號條約卻認為，部落不見得是原住民族的內部單位，同時強調原住民族必須是先於國家存在，而有獨特法制度的群體。

³⁸ 參該宣言第 12 條第 1 項：「Indigenous peoples have the right to manifest, practise, develop and teach their spiritual and religious traditions, customs and ceremonies; the right to maintain, protect, and have access in privacy to their religious and cultural sites; the right to the use and control of their ceremonial objects; and the right to the repatriation of their human remains.」。

權等，享有維持、利用及控制之權³⁹。至此，原住民族的傳統知識、傳統文化表達、生物資源的保障，開始有了法條基礎，且從宣言用字可知，其範圍極為廣泛。

雖然 UNDRIP 第 31 條第 2 項，就前項所承認的原住民權利，對簽約國課予立法保護的義務⁴⁰。然而其並未對「是否要另立新法為之？」、「其保護之法理基礎為何？」加以說明。從 107 號條約可證，對於原住民族的保障，是一種現實上期待，以避免原住民再次受到剝削；且從 169 號條約可知，最初的法律基礎，是援引自政治或人權性質濃厚的公約，而和智慧財產權法制不甚相符。復對照從 1980 年代起，國際間雖然注意到原住民族保護問題，但大多是在個別、獨立的條約中，提及相關議題一節，可證 107 號條約、169 號條約和 UNDRIP，僅是一個方向性的指引，而需要由其他國際條約或內國法來加以充實。

三、國際條約的進一步發展

由歷史發展可知，對於原住民族的保護，特別是有關於文化（或是智慧創作）成果的保護，是採取倒敘式的保護。亦即觀察具體的創作成果態樣，分別提供保障。復從另一角度觀察，因為法律上所稱的權利，是一種對於「他人行為」加以控制的特權。在原住民族的文化表現，是一種多面向的結果，而有不同類型的

³⁹ 參該宣言第 31 條第 1 項：「Indigenous peoples have the right to maintain, control, protect and develop their cultural heritage, traditional knowledge and traditional cultural expressions, as well as the manifestations of their sciences, technologies and cultures, including human and genetic resources, seeds, medicines, knowledge of the properties of fauna and flora, oral traditions, literatures, designs, sports and traditional games and visual and performing arts. They also have the right to maintain, control, protect and develop their intellectual property over such cultural heritage, traditional knowledge, and traditional cultural expressions.」。

⁴⁰ 該宣言第 31 條第 2 項：「In conjunction with indigenous peoples, States shall take effective measures to recognize and protect the exercise of these rights.」。

利用行為下，考量現行法制度的「不同利用態樣，委由不同法律規制」設計，不少國際條約，均會對此有部分（但是不完全）的觸及，從而呈現多路線、多方的討論方式，進而促使國家對原住民族的文化成果，提供多面向保護⁴¹。

首先，針對「傳統文化表達」部分，因為其性質上多偏向一種藝術、文學或表演特性，所以著作權法的國際規範，即觸及了此部分保障。舉例而言，伯恩公約第 15 條第 4 項⁴²，對於著作人不明著作之保護，或許可以用作為「無法找到原始創作人」的傳統民謠之保護工具。而 WIPO 表演及錄音製品條約（WIPO Performances and Phonograms Treaty，下稱 WPPT）第 2 條 a 項，規定表演者包含「表演『民間文學藝術作品』之人」一節⁴³，則是間接承認民間文學（folklore）應受保護。

至於生物多樣性公約（Convention on Biological Diversity）第 8 條 J 項，強調了原住民族在「具體化傳統生活模式」時，所使用的知識、發明及作法應予維持並鼓勵，同時應使其能分受因此所生的利益⁴⁴；以及食物及農業之植物遺傳國際條約

⁴¹ Nancy Kremers, *Speaking with a Forked Tongue in the Global Debate on Traditional Knowledge and Genetic Resources: Are U.S. Intellectual Property Law and Policy Really Aimed at Meaningful Protection for Native American Cultures?*, 15 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 1, 3 (2004).

⁴² 該條約第 15 條第 4 項 a 款：「(a) 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.」。

⁴³ 該條約第 2 條 a 項：「(a) “performers” are actors, singers, musicians, dancers, and other persons who act, sing, deliver, declaim, play in, interpret, or otherwise perform literary or artistic works or expressions of folklore」。

⁴⁴ 該條約第 8 條 J 項：「(j) Subject to its national legislation, respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application with the approval and

(International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture) 第9條第2項a款內容⁴⁵，則是反應了原住民族對生物資源的利用行為應受保護的意旨。此外，TRIPs 第27條第3項B款中，討論植物和專利權保護對象關連性一節，亦可以作為類似保護手段。

此外，WIPO 在 1982 年發布了「對於保護傳說以免遭非法剝削和不正行為之模範法」(WIPO/UNESCO Model Provision for National Laws on the Protection of Folklore Against Illicit Exploration and Other Prejudicial Actions，下稱模範法)，其中就有對民俗創作 (folklore) 提供建議，並認為宜用特殊法規加以規制⁴⁶。2003 年的保護非物質性文化遺產條約 (Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage)，承認原住民族在創造文化遺產上，所扮演的角色⁴⁷；2005 年保護及促進文化多樣性表達條約 (Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expression)，強調尊重各文化和保障原住民族之文化表達⁴⁸，可知原住民族的傳統文化表達，確實已被國際間所廣泛討論。

從上述內容可知，無論是傳統知識、傳統文化表達或是生物

involvement of the holders of such knowledge, innovations and practices and encourage the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of such knowledge, innovations and practices」。

⁴⁵ 該條約第9條：「The Contracting Parties agree that the responsibility for realizing Farmers' Rights, as they relate to plant genetic resources for food and agriculture, rests with national governments. In accordance with their needs and priorities, each Contracting Party should, as appropriate, and subject to its national legislation, take measures to protect and promote Farmers' Rights, including: a) protection of traditional knowledge relevant to plant genetic resources for food and agriculture;」。

⁴⁶ 章忠信 (1999)，〈原住民族智慧財產權之保護〉，《智慧財產權》，12 期，頁 14。

⁴⁷ 參該條約前言。

⁴⁸ 參該條約第2條第3項及第7條第1項a款。

資源，國際條約對此已有長期的討論。問題點在於各該國際條約或會議，是從西方國家下，本於個人主義所生之法制度，去觀察原住民族的文化成果中，和該法制度相關的面向，而給予個別的保護和討論。就文化成果保護，給予完整性或基礎性討論的條約，反而是前述具備政治或人權性質的國際規範；而且對此提議加以規範者，乃是以保護勞工為己志的 ILO。

四、小結

嚴格而言，有關於保護原住民族文化成果此一議題，國際間是從多角度的方式去處理。107 號條約、169 號條約和 UNDRIP，是從政治、人權角度去論述「為何要提供保護」此一基本概念。在確定要提供保護的大前提後，伯恩公約、WPPT 則是從著作權法制的觀念著手。生物多樣性公約、食物和農業之植物遺傳國際條約，則是由農業、環境的觀點來處理。至於 TRIPs 和模範法部分，則是一種建議性、間接性的作法。

之所以如此複雜，是因為文化和歷史發展所致。自 1492 年以來，西方國家一直不認為原住民族是一個「需要被特別關注」的群體。換言之，在討論「如何保護原住民族的文化成果」時，若非是採取「無保護需要」觀點，就是認為「和其他族群相同」。在西方個人主義，不被原住民族所接納的前提下，論者必須先解決「為何要給予保護」此一問題。此即為 107 號條約以下的國際條約，所去碰觸的議題。

進一步而言，也因為文化的展現，可以用各種方式、各種地點為之。從呈現結果去反推保護模式，不可避免地會出現上開法規雜亂的結果。亦即不同的創作形態，分規由不同國際條約來規範。然而從 107 號條約可知，無論法規範的繁雜與否，最重要的目的，是在尊重原住民族，不要讓其文化成果受到剝削，進而產

生另一層面的殖民。至於「如何提供保護」，則是另一層面的問題。

準此，在討論「如何提供保護」，即是否要另立新法規範時，吾人會不可避免地接觸到，「保護原住民族的法理基礎為何？」此一疑問。上開國際規範，給予我們條約上的依據。107 號條約內容，讓吾人認知到保護的現實必要性。但是在討論「是否要另立新法？」或是「如何將此議題，融入到現行法規範？」時，就必須要接觸到「法理基礎」和「使用何種法律保護」，此一國際條約所未接觸的內容。

肆、原住民文化成果保護的立法方式

如前所述，國際條約中僅承認「應給予保護」。然而以現行制度或是另立新形態的智慧財產權給予保障，則是委由各國為之。基於討論上的方便，本文就「各國如何落實保護」一事，大別區分成用「不變動基礎法概念」作法，以「適用既存制度」的方式來提供保障；以及「創造另一種形態的智慧財產權」，來保障原住民的文化成果兩種模式，以便能取得較為鳥瞰式的概念

為了進一步理解不同模式下的差異，本文基於上開「利用既存制度」和「承認集體性權利」分類，就前者以美國為例，就後者則以巴拿馬和美洲人權國家法院為範本，進一步探究各自的思維、關注點和優劣處。

一、運用既存制度

美國官方從一開始就認為，有必要保護原住民族傳統文化成果。但因為條約未強制保護方式，所以正確的作為，應該是先探討美國國內的現行法是否足夠，以及特別法若存在，會對其他法

律造成何種影響⁴⁹。換言之，美國官方態度，不是設計一個「特殊」的智慧財產權，而是以其他「非」智慧財產權法規，或是套用現行智慧財產權法等作法，來保護文化成果。

基於上開前提，可知在 UNDRIP 生效前，美國即有「1990 年美洲原住民墳墓保護及修護法」(The Native American Graves Protection and Repatriation Act of 1990，下稱 NAGPRA 法)和「1990 年印地安民族藝術及工藝法」(Indian Art and Craft Act of 1990，下稱 IACA 法)，來保護原住民的文化成果。首先，觀察到文化成果是一種有體物此一事實，NAGPRA 法規定，受政府資助的博物館或機構收藏的遺骸或宗教物品，不得任意被交易⁵⁰。雖然受該法所規範者，無論在「客體」或「類型」上均有限制，然而其暗示著原住民族本身，對於該等物品享有某種共有的權利，而需要以法律來保護。

其次，不同於 NAGPRA 法針對文化成果的「實體物」本身進行規範，IACA 法則是針對「濫用」(misappropriate)原住民族圖樣，而使他人誤認該產品或服務係來自原住民族的行為者，課以刑事和民事上責任⁵¹。論者就有以為，美國商標法的團體商標 (collective mark) 和證明標章 (certification mark) 概念，可作為落實 IACA 法的工具⁵²。

美國也同時用行政手段，來對原住民提供保護。州政府 (如：阿拉斯加) 和聯邦貿易委員會，也會從州和行政機關的角度，輔佐原住民辦理品牌認證，或是教導遊客辨識方法等作為，

⁴⁹ Nancy Kremers, *supra* note 41, at 61-62.

⁵⁰ Rachael Grad, *Indigenous Rights and Intellectual Property Law: A Comparison of The United States and Australia*, 13 Duke J. Comp. & Int'l L 203, 228-229 (2003).

⁵¹ Lindsey Schuler, *Modern Age Protection: Protecting Indigenous Knowledge Through Intellectual Property Law*, 21 Mich. St. J. Int'l L. 751, 769 (2013).

⁵² Nancy Kremers, *supra* note 41, at 93.

來避免第三人利用原住民的文化成果，從中牟取利益；並且對違反認證規定之人，課以刑事責任⁵³。

此外，美國專利及商標局，也依循「避免原住民圖像遭濫用」的思維，在商標電子搜尋系統中，針對原住民圖樣（insignia）建立一個子資料庫。藉此，美國商標及專利局，可以把「會讓人誤解和美洲原住民有關連」的商標申請案駁回⁵⁴，而間接的保護原住民圖樣。易言之，從前述內容可徵，美國法雖然承認保護原住民傳統知識的重要性，但是其並沒有直接地修正智慧財產權法，也沒有另定一個「有關智慧財產保護」的新法。而是從其他和「智慧財產權無關」的法規，或是行政措施上，給予不同程度的保障。

有論者以為，美國官方如此保守的態度，主要是因為另立新規範的提議，顯然和美國智財局的傳統作法有違，同時若貿然給予保護，可能會和美國公眾利益相衝突⁵⁵。此外，因為美國境內的原住民，實際上擁有自己的土地，所以前開國際條約所持，「從控制土地所有權，來進一步推展文化發展（和伴隨而來的新權利）」的論證模式，會因為「美國原住民本來就有土地」一事，而無法直接論證或套用在美國國情上。

但是經細細思量後可以發現，此種「對土地有控制權」一事，和 ILO 所強調的最終目的，並無直接的關連。從前述內容可知，強調「對土地的控制」，是一種基於「原住民族文化特性」的觀察結果。之所以出現在條約中，是一種歷史上的偶然，但不能認定其為最重要的關鍵因素。論者明確指出，此種「因為原住民

⁵³ Dinisha L. Fernando, *Intellectual Property and the Protection of Indigenous Culture in the United States and New Zealand: An Effective Solution for Indigenous Communities?*, 12 *Cardozo Pub. L. Pol’y& Ethics J.* 149, 170-171 (2013).

⁵⁴ *Id.* at 171-172.

⁵⁵ Nancy Kremer, *supra* note 41, at 64-65.

有土地，所以無需特別法保護」論點，無法解決原住民欠缺議約能力的疑問⁵⁶。且從 UNDRIP 的條文觀之，議題的重心，應該在「保存原住民文化」。

而且，若採取傳統智慧財產權來提供保護，除有因為「傳統文化成果，多屬於公共領域」之故，而有侵害公眾利益疑問外。另一個問題點在於，受限於美國法多從經濟角度來解讀智慧財產權體系，美國商標法下的「商業上使用」要件，會讓其他非基於商業使用，但是可能會扭曲該圖樣或作品在傳統文化下的原本意義的利用行為，無法被加以阻止。

另一個值得注意之點，則是美國著重在「控制」濫用原住民族文化成果的「他人行為」一事。美國對於原住民族文化成果的保護，有著手段多元，且保護面向廣泛的特性。其不但有專注在「濫用文化成果牟利」一事，而用商標法、品牌認證來規制；同時也有單純的禁止「散布」行為，而由文化方面法規著手。從宏觀角度而言，美國官方所厭惡者，就是濫用文化成果一事。至於為何厭惡濫用行為，美國提出了文化保存、交易秩序維持等多種理由，但沒有一貫見解。

二、承認集體性權利

承認一種集體性權利，來保障原住民族文化成果的作法，是不考慮美國模式時的另一種選擇。但因為國際條約的沉默，所以在建立集體性權利概念時，可能會因關注點的不同，而有不同的論理基礎。即便如此，以巴拿馬、美洲人權國家法院的看法為例，吾人仍然可以發現，即便論證過程的差異，最後仍會導出「保障經濟利益以維持發展機會」的結論。

⁵⁶ *Id.* at 69-70.

(一) 法院的見解

1. *Saramaka v. Suriname* 案

原告即居住於蘇利南共和國中的原住民 *Saramaka* 族主張，原告本世居於蘇利南河上游，卻因為第三人興建水庫之故，無法進入世居地。而被告即蘇利南共和國，未立法保障原告進入「世居之地」的權利一事，已經侵犯原告本於美洲人權公約（*American Convention on Human Rights*）第 21 條所享有的財產權，以及同公約第 3 條的「被承認為法律上之人」（*Right of Judicial Personality*）之權。對此，蘇利南共和國則是主張，*Saramaka* 族並未享有上述權利。

對此，美洲國家人權法院（*Inter-American Court of Human Rights*）認定，蘇利南共和國必須本於「維護 *Saramaka* 族存活」目的，承認 *Saramaka* 族對於其世居地享有集體權利⁵⁷。同時也必須依據 *Saramaka* 族的傳統規章，承認其傳統上所享有的一切財產權。此外，蘇利南共和國並應對於有助於 *Saramaka* 族的社會、文化、經濟發展有助益的土地和「資源」，提供行政或立法上的協助，以保障對 *Saramaka* 族該等土地或資源的權利。

換言之，判決本身雖然專注在「對世居土地的控制」一事，但是法院也認知到土地和文化發展的重要性。並且強調只有「對文化、社會發展有助益」的資源，才是國家所應該提供保護的客體。易言之，此種以「必須對發展有幫助」作為限制條件的想法，揭露出保障重心是在「發展」機會，而非單純的資源或有體物上。

2. *Sarayaku v. Ecuador* 案

此種「對財產提供保護，是為了文化發展」的思考邏輯，可

⁵⁷ *Saramaka People v. Suriname*, Preliminary Objections, Merits, Reparation and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 172 (Nov 28, 2007).

以在另一判決中發現端倪。*Sarayaku v. Ecuador* 案中，厄瓜多政府在未先經 Sarayaku 族的同意下，於 1990 年代間，允許石油公司在該族群的世居土地上從事石油開採。原告即 Sarayaku 族，便以石油公司的開採行為，造成該族群文化傳播的阻礙為由，請求厄瓜多政府給予金錢和非金錢上補償。

美洲國家人權法院認為，原住民和土地間的緊密關聯，以及因此所孕育出的非物質資源，讓原住民族對土地之權，呈現出一種共有、和傳統財產概念不同的面貌⁵⁸。準此，美洲國家公約第 21 條所稱的「財產權」，應保護「和土地緊密結合」的特殊態樣，以便讓原住民族可以存活。在此論述下，公約第 21 條的財產權，是為了維持文化認同、社會結構之目的而生⁵⁹，包含到所有和土地緊密結合的無體和實體物。而所謂「和土地的緊密關聯」一事，法院認為可從祭典、耕種、傳統慣行等外界事實來獲得佐證⁶⁰。

準此，基於前述「維持生活」論點，法院在 *Sarayaku v. Ecuador* 案中，再次重申「事前需經原住民同意」、「利用土地和自然資源所生的利益，必須和原住民分享」等基本原則⁶¹。此種「為了維持生活，所以要让原住民分享利益」論點，法院認為是在考量 169 號條約精神後，所作出的結論⁶²。

從上開判決意見，可以發現法院將「財產權」的概念，擴張到無體物的層次。雖然此是對於國際條約名詞的解讀，但是藉由此種擴張概念，論者即可把「祭典」，一種屬於文化成果的無體

⁵⁸ *Sarayaku v. Ecuador*, Merits and Reparations, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No.245 (Jun 27, 2012).

⁵⁹ *Id.* at 37.

⁶⁰ *Id.* at 37.

⁶¹ *Id.* at 39.

⁶² *Id.* at 40.

物，認為是佐證「族群和土地緊密結合」關係的依據，進而承認保護必要。此種擴張保護範圍的設計，依照法院看法，是為了追求兩階段目的。初步而言是維持族群存活，最終目的則是文化發展。此點可從法院強調，為了落實人權保障，國家必須保障原住民族的文化認同（*cultural identity*）權乙節來獲得證實⁶³。

令人注意的是，原告雖然主張 *Sarayaku* 族的幾位成員，在某次陳情行動中受到粗暴對待，而政府未在抗議行動中提供保障的行為，顯然未落實美洲人權公約對「*Rights to Personal Integrity*」和「*Rights to Personal Liberty*」等權利一事。但判決似乎認為條文中的「個人」（*personal*），應該是會更專注在族群的「全體」本身自由和完整性，而不會以「單純個人」的傷勢，作為認定有無侵害的一句⁶⁴。易言之，判決認為被視為應受保護者，應該是族群本身，而不是依賴族群而發展的個人。

3. *Villagran-Morales et al. v. Guatemala* 案

藉由對國際條約的引用，厄瓜多法院開始承認集體性權利概念。在 *Villagran-Morales et al. v. Guatemala* 案中，瓜地馬拉法院認為，「有尊嚴的存活」，乃是構成原住民族權利的基礎。換言之，就 169 號條約所強調，原住民應有權進入傳統土地的主張，即可從「維持個體健康」的角度，說明「允許進入傳統土地」之保護必要性。再以此為基礎，發展出文化認同⁶⁵。易言之，ILO 所要賦予給原住民者，就是一種財產權；而此種「個體健康」和「文化認同」、「維持有尊嚴生活」的論證模式，是拉丁美洲國家，為了解釋一個具有財產性質的權利，所作的努力。

⁶³ *Id.* at 61.

⁶⁴ *Id.* at 68.

⁶⁵ Inter-American Commission on Human Rights, *Indigenous and Tribal Peoples Rights Over Their Ancestral Lands and Natural Resources: Norms and Jurisprudence of The Inter-American Human Rights System*, 35 Am. Indian L. Rev. 263, 272 (2011).

從上開判決可知，ILO 最早強調的「對土地控制」之權，是一種控制實體物的權利。此種控制權的正當化理由，是基於原住民對土地的利用關係，而作為族群發展之用。為了測定此種利用關係，美洲國家人權法院，開始關注到祭典、儀式此類外顯事實，進而發展出「有祭典存在，即可推論出利用關係」的論證，而依此承認原住民族受保護的正當性。而瓜地馬拉法院，則基於保護利用關係的結論，去進一步擴張到直接保護祭典。

（二）巴拿馬之立法方式

相較於前述判決中，所採取的複雜論理，巴拿馬政府在 2001 年，直接承認原住民族的集體權利，來保障巴拿馬原住民的 mola 布料織法，不會因為被他人仿造之故，而使文化成果遭他人剽竊利用⁶⁶。

因為過去的複雜歷史，以及政府無力控制國內的多元種族之故，巴拿馬原住民族，在爭取權利以維持生活一事上，具有較大的操作空間。此種政治現實迫使巴拿馬政府承認，境內的原住民族對其土地享有所有權⁶⁷。這類因為現實而承認保護的特點，讓巴拿馬的原住民，和 ILO（以及跟隨其看法的美洲國家人權法院）出現了基本的差異：巴拿馬原住民無需討論，為何原住民族需要受到法律保護，而只需確認「哪些範圍，是受到保障」。

準此，不同於前述的先建立「原住民和土地關連」，以及「基於維持關聯性目的，而擴張保護客體」的論證順序，巴拿馬原住民，和其他國家原住民族相較，本來就享有較高的政治上地位。巴拿馬政府所要處理的問題，即是如何調整各方利益，亦即確定原住民族保護範圍。

⁶⁶ Irma De Obaldia, *Western Intellectual Property and Indigenous Cultures: The Case of the Panamanian Indigenous Intellectual Property Law*, 23 B.U. Int'L.J. 337, 338,361 (2005).

⁶⁷ *Id.* at 362.

基於上開「確定保護範圍」認知，此部法律的第一個特性，就是要求經過「登記」的作品，始可受到保護。從而讓權利的主體，限制在於「部落」而非個人⁶⁸。有見解以為，此種結合習慣法後所生的登記制度，和我國法極為類似⁶⁹。但如果考量到前述的歷史背景，可知此種設計有著更深層的意義。深言論之，登記制度反應出了巴拿馬政府受到各種現實因素影響，為了追求「保護原住民族」以及「考量非原住民族利益」，所提的折衷手段。

其次，這部法律也將受保護的作品，界定在「作品的發想來自於原住民，且為原住民所創作」，並且可將此作為商業收入的範圍內⁷⁰。此種「必須為原住民所創作」、「作品必須是有商業目的」的要求，使巴拿馬原住民所取得之集體權利，和傳統著作權有別。藉由這些特性，吾人可以明確認知，為了追求「保護（原住民族）生命權」目的，巴拿馬政府是用 1.保護集體權利和 2.促進權利商業化作法，強調原住民文化價值和社會正義，是國家責無旁貸的義務。易言之，以商業化權利來追求正義的作法，是巴拿在作為保護原住民族傳統文化時，有別於其他國家和傳統智慧財產權理論之處。

三、法制之比較

從前述內容可知，保障原住民族的傳統文化成果，帶有「保障族群生存」的意味。相對於此，傳統智慧財產權則是以保障「成果本身」為目的，而和前述之「保障族群生存」之目的相左。因此，一些傳統智慧財產權法下的設計，在原住民眼中，就會是一種「無意義」概念。最簡單之例，即是「提供散布機會」，

⁶⁸ *Id.* at 366.

⁶⁹ 楊智傑（2010），〈原住民族傳統文化表達之保護模式比較與建議〉，《國立中正大學法學集刊》，30期，頁16。

⁷⁰ *Id.* at 367.

一個傳統智慧財產權體系所關注的重心，就是在討論如何保護原住民傳統文化成果時，一個可有可無（甚或是牴觸原住民族文化）的想法⁷¹。

不同國家及法院，採用不同的途徑，來達成保護族群生存此一目。美洲國家人權法院（以及採相同看法的厄瓜多法院），是從 ILO 在條約中所強調的「維持尊嚴生活」、「對土地應有控制權」等目標及手段，導出完全不同的保護模式。彼等從「土地和原住民的緊密關聯性」出發，認為一旦內國法院保護原住民的土地和資源時，此時即應該有某種集體性權利存在，並去強調權利和文化認同、社會福祉的關連性⁷²。

此種「表面上是財產權，但內部法理和尊嚴、文化緊緊相連」的論證法，可說是引進 169 號條約精神時的特色。換言之，藉由強調文化認同、有尊嚴生活等節，拉丁美洲國家，多認為 ILO 所強調的「接近土地」之權，不管性質上是否為財產權，它是一種為了「族群發展」而存在的權利。此種權利性質和目的不同的作法，讓傳統的「財產權保護財產利益、非財產權保護人格利益」見解，可以有不同的思考方向。

有論者以為，受到宗教、民主化和國際條約的影響，美洲國家人權法院的法官，會從其所熟悉的「尊嚴」（dignity）概念，導出「維持有尊嚴生活」的論證⁷³。這種文化身份的概念，依照論者整理，是構成廣義生命權的重要部分，而可作為原住民財產權、文化身份權的基礎⁷⁴。換言之，前開法院是認為，為了保障文化成果，原住民族必須要有一種財產權，但其卻是基於一種不

⁷¹ Irrma De Obaldia, *supra* note 66, at 346 .

⁷² Thomas A. Antkowiak, *Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court*, 35 U. Pa. J. Int'l L. 113, 157-160 (2013) .

⁷³ *Id.* at 178.

⁷⁴ *Id.* at 179.

具財產性質的尊嚴概念所生。

相對於此，巴拿馬政府的作法，卻比前述想法更為激進。如同論者所言，巴拿馬的作法，是讓原住民取得「管控關係」的權利，而非經濟上權利⁷⁵。但是將保護手段限制在財產權上，會讓原住民族所取得之權利，因為公共利益等理由而受到影響；此外，如果認為給予金錢報償以追求正義是一個妥當作法，這就表示正義是一種可以用金錢購買的概念，所剩的問題僅是在數額的決定。這種思考方式，顯然和 ILO 所提倡的「不願再被殖民」理念完全相左。準此，巴拿馬的作法，對於「保護自我發展/生存」一事，欠缺完整設計。

進一步而言，在登記制度重心在於確認被登記物的來源，以避免遭他人搶註冊或申請的前提下，巴拿馬政府的作法，雖然在「確認成果來源，以維持原住民族尊嚴」面向上有其成效，但其同時強調「給予原住民族金錢報償」的觀點，將會使法制度更偏向「報酬」，而忽略了「維持發展機會」，始為最終目的之初衷。由此可知，巴拿馬政府的作法，顯然是一種更積極，但是偏離了最初思考途徑的作法。

承前，巴拿馬專注「經濟報酬」的看法，和美國政府的作法有相似之處。但是其最初目的（以及學者的整理意見）中，強調原住民族存續一事，卻和 ILO 以及美洲國家人權法院的論理相符。換言之，此種論理過程和結論的差異性，讓巴拿馬法呈現出一種混合各家之長的特色。

準此，既然美國作法和美洲國家人權法院的見解，分別代表「注重報酬」和「關心發展」，此兩種截然不同的立場，而巴拿馬法是混合兩種見解，則對巴拿馬法所抱持的疑問，在美國法中也

⁷⁵ Silke von Lewinski, *The Protection of Folklore*, 11 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 747, 765-766 (2003).

應該會出現。以下將對此加以整理，並提出本文看法。

伍、原住民族文化成果保護立法方式之爭議

一、利用智慧財產權提供保護之疑慮

有學者對利用智慧財產權提供保護的作法抱持懷疑態度。採用現行制度提供保護的方式，是假定原住民族所取得的智慧財產權，和其他智慧財產權般，具有相同特點和理論基礎。然而論者見解以為，基於下述的疑慮，即便要以智慧財產權來保護傳統文化成果，也會和文化流通、利用及發展等智慧財產權目的相衝突⁷⁶。

易言之，從誘因理論的觀點，保護傳統知識，除保障原住民族權益外，更重要者在於公平分享傳統文化⁷⁷。在此概念下，吾人可以發現，將傳統文化成果，納入智慧財產權的保護範圍，最少會有下列疑問：

（一）對於公共領域的侵蝕

在意識到原住民族強調集團主義，進而注重資源共同擁有及分享此點後，有學者認為從智慧財產權法的觀點來看，原住民的文化成果，即是一種處於公共領域（**public domain**）內的知識⁷⁸。換言之，若對於處於公共領域內的文化成果，無論其是傳統文化表達或是傳統知識，以給予權利的方式進行保護，將可能造成文化傳遞的不便。準此，在現行智慧財產權體系中，利用關注資訊流通的著作權法和專利法，把本屬於公共領域的成果，用權利方式來保障時，將會是完全牴觸原先的設計目的。

⁷⁶ 陳昭華，同前註 5，頁 170。

⁷⁷ 同前註，頁 174。

⁷⁸ 林三元（2008），〈原住民族傳統智慧創作保護條例初探—建構文化財產權之省思〉，《興大法學》，3 期，頁 78-79。

雖然從「權利作為刺激或獎勵創作的對價」角度，認為傳承知識之人，必須從傳承行為中獲得合理的回報⁷⁹，但是給予原住民族文化成果保護，可能會限制文化傳播，造成他人對本屬公共領域中的資訊，喪失利用的機會⁸⁰。

（二）立法目的上之差異

其次從立法目的的角度，可以發現智慧財產權和原住民族傳統文化成果的衝突點。以我國著作權法和專利法為例，條文中的「促進文化發展」、「促進產業發展」文字，表示智慧財產權的其中一個立法目標，是在於鼓勵資訊流通⁸¹。而原住民族強調「資訊僅限於特殊階層之人得享有」的觀點，正好和前述目標相牴觸。因此，有看法即認為，若要以智慧財產權的形式，來保護傳統文化成果時，即便依個別情形作出調整，仍然會和文化流通一事發生衝突⁸²。

以著作權法為例，因為傳統的西方法制，是在個人主義及天賦人權下，以強調「理解創作人」、「保護期間的限制」和「屬於公共領域的知識，可自由取用」理念，來發展出諸如保護期間、合理使用等概念。因此強調「社會先於個人存在」原住民族文化，會更偏向群體而非個人，使得諸如合理使用、作者認定等設計，完全無法在此提供作用⁸³。

再者，從制度目的觀之，也可以發現傳統智慧財產權體系的不足處。ILO 的最初目的，是要避免原住民族文化內涵，因為他人的濫用行為，而遭到扭曲或滅絕，但是現行智慧財產權，並未

⁷⁹ 陳益智（2004），〈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》，16卷7期，頁34。

⁸⁰ 林三元，同前註78，頁60、80。

⁸¹ 楊崇森（2013），《專利法理論與應用》，修訂三版一刷，頁7，台北：三民書局。

⁸² 陳昭華，同前註5，頁170。

⁸³ Rachael Grad, *supra* note 50, at 224-226.

針對「文化內涵」一事提供任何保護。申言之，著作權保護對思想的「表達方式」；商標權僅是保障「來源的正確性」，而不關注內容的正確性；至於專利權部分，則會偏向認定任何對原技術的改變，會成為一個新的發明。易言之，因為傳統文化被扭曲，而出現扭曲後成果無法反應或是詆毀原住民傳統的情形，是原住民族所懼怕，同時傳統智慧財產權體系，所未能處理之點⁸⁴。

（三）經濟上的劣勢

此外，有論者整理 WIPO 意見認為，用商標法保護傳統文化表達的缺點，在於商標維持費用過鉅，且管理、訴訟成本過高，而令經濟弱勢的原住民因而卻步⁸⁵。換言之，在原住民族多是經濟弱勢的情形下，對於傳統商標權、專利權等制度，就會因為「繳納費用」問題，而對原住民造成另一種非法律上的阻礙。此外，因為資金的欠缺，原住民常常無法在國際會議中出席。此種「因故」無法出席國內或國際立法會議的情形，讓「欠缺原住民意見」的傳統智慧財產權制度，無法正確的保護（原住民族眼中）的傳統文化成果⁸⁶。

進一步而言，繳納年費、申請費的要求，讓原住民在「請求權利保護」上卻步。然而此種經濟困境，不是僅在「法規範設立」、「需要繳納費用」等節產生負面影響。進而言之，若認為原住民族所取得者，是一種集體性質的財產權，其可能會在公益需求，或是為了存活的急迫需求下，被迫賤賣「以財產權形式被保護」的傳統文化成果，而無助於自治（*autonomy*）的發展⁸⁷。在設計法律制度時，常被人忽略之點，在於因為資訊不平等，給予權利不等同於給予完整保障。現實上更可能會因為議約地位差

⁸⁴ Nancy Kremers, *supra* note 41, at 94.

⁸⁵ 陳昭華，同前註 5，頁 166。

⁸⁶ Nancy Kremers, *supra* note 41, at 57-58.

⁸⁷ Thomas A. Antkowiak, *supra* note 72, at 141.

距，和先天條件不同，而使一方受壓榨。

（四）牴觸國際條約

除了上開制度和經濟面的問題外，直接利用智慧財產權制度的作法，也不見得能被人民及國際條約所接受。首先就原住民族而言，基於西方文化所發展出的智慧財產權，潛意識下可能會被認為是另一層面的殖民手段而不被接受⁸⁸。同時，若認為原住民族所取得者，是一種現行制度下的「集體性」權利，那此就表示現行智慧財產權體系，會因為人種的不同，而設計出不同的權利。此種「因為人種」而作出的差別待遇，就是違反世界人權宣言的不因種族而為差別待遇要求⁸⁹。同時，此種因為人種所生的不同處置，也有可能違反國民待遇原則。

（五）偏離保護原住民族的初衷

最後，亦有論者從現實角度認為，強調傳統智慧財產權的保障，並不是因為性質上的相仿，而是為了平衡貿易上的逆差。TRIPs 條約的成立，讓技術先進國可以在國際間受到保護，但對於技術落後國而言，在著作、發明等精神產物上，是處於劣勢地位。因此擁有較多傳統文化成果的發展中國家而言，會利用「智慧財產權的排他性」特點，來禁止先進國家掠奪文化成果掠奪的行為，而享有「智慧財產權偏向保護權利人」的利益⁹⁰。

把文化成果轉化成商業化權利，是作為發展原住民族的手段。從另一方面而言，此種控制權本身，也有阻止他人進入或散布的功能，此在某些被原住民視為「神聖」的知識、技術或手段，就會導出不得被公開，也不可被利用的結論，而與鼓勵資訊流通的西方思維相違背。準此，因為理念上的重大差異，基於維

⁸⁸ Rachael Grad, *supra* note 50, at 203,230.

⁸⁹ Catherine J. Irons Magallanes, *Indigenous Rights and Democratic Rights in International Law: An "Uncomfortable Fit"?*, 15 UCLA J. Int'l L & For. Aff. 111, 175 (2010).

⁹⁰ *Id.* at 22.

持或發展原住民族文化的理念，而保護傳統文化成果的想法，容易讓人有成立國中之國的疑慮。

二、原住民族文化成果保護之法理基礎

從 107、169 號條約可知，「確保精神發展機會」和「提昇社經地位」，彼此間具有手段、目的之關連性。美洲國家人權法院從此種關連性出發，去進一步界定，169 號條約所保障者，乃是原住民的生命權，一個存於各國內法制的權利。進而從「給予土地所有權，有助於原住民族文化認同，進而提升健康（生命權）」論述，把本來屬於一種媒介的文化認同概念，作為承認智慧財產權作為保護手段的理由。最明顯之例，就是巴拿馬所強調的「給予可商業化的智慧財產權，讓原住民因此取得利益」的思維。

UNDRIP 直接承認，智慧財產權可作為保護傳統文化成果的模式。但此一作法妥當性，一直被論者所懷疑。107、169 號條約所提供的思維模式，和美洲國家人權法院的論述基礎，是一種本於「原住民族文化特性」，所為的說明。在原住民族和西方國家間，法制度上有著本質上的差別時，美洲國家人權法院的作法，就會有所不足。

在介紹美國作法時，論者即有認為⁹¹，現行智慧財產權制度，之所以不能直接保護原住民族傳統文化，是因為兩者間，在基本思維上就有所不同，而反應在保護期間、公共領域的維持等細節或基本問題上。然而，二者間的差異在哪、有無可能進行調整，則是需要討論的問題。

（一）集體權利的基礎

1. 強調對抗的西方思維

從霍布斯的巨靈論起，西方國家的社會，是一種「由下而

⁹¹ Rachael Grad, *supra* note 50, at 224-226.

上」所建立起的制度。由人民將個人的自由，交由一個可能是君主或是民主體制的政府。而政府之存在目的，是為了「協助人民存活、發展」之用。

因此，由此社會體系所發展的法制度，就有濃厚的個人主義色彩。在此種個人主義下，社會和國家就是人民放棄部分自由，以換取保障、安全和成長的成果。在這邏輯下，人民早於社會和國家而生，法律則是為了「個人自治」而存於國家和社會中的一種行為限制規範；而權利是作為限制國家作為之用，且從形而上的角度觀之，人民可以脫離社會而生存⁹²。

論者有用美國法的發展，來解釋和證明此一簡單的思維。於建國之初，美國究竟是要採取聯邦或邦聯概念，美國立法者間有著激烈的辯論。而從彼邦建國之初對於州權的討論和保障，可以發現「集體權利」，亦即權利由多數人所共享的概念，是一種無助於達成國家統一的想法，並且成為以後美國內戰的導火線之一⁹³。這種因為歷史和當初現實因素的考量，讓美國在日後討論原住民族保護時，偏向「利用現有制度」作法，同時會因理論上的差別，出現扞格之處。

2. 強調合作的文化思想

相對而言，原住民族並非是如此。如前所述，107 號條約（和多數國際條約）認為，在保護原住民時，是要保護他們的「集體」權利。此種集體權利的概念，和西方國家的自由概念有所衝突。非西方國家的民族，會從自身文化傳統，認為人和家族緊密結合，而沒有「人可脫離社會而生」的認知。

進一步而言，不同於西方國家的對抗概念，原住民族中的權

⁹² Robert N. Clinton, *The Rights of Indigenous Peoples as Collective Rights*, 32 *Ariz. L. Rev* 739, 740 (1990).

⁹³ *Id.* at 744.

利，是同時有屬於整體所有的「集團性權利」，和分由個別享有的「個人性權利」。此二種權利的差異，在於集團性權利有一種威權性質；而個人性權利，則是由族群中的個體所取得⁹⁴。端賴各原住民族群間的文化、慣行，此種集體/個人權利本身，有時會僅有特定人階層之人才可享有（如：部落長老）。但無論是何種內容，都必須本於「族群全體利益」而行使，屬於一種「為延續族群生命」而生的設計。

換言之，在原住民族文化中，個體只有在族群本身可以存活的前提下，才有獲得發展之機會；而集體性權利，就是在幫助該族群內的個體，免受社會歧視⁹⁵。此種因為文化上差異，而對「自治」一詞有不同解讀的結果，造成原住民族對於集體權利和個人權利的認知，呈現出一種補充關係，和西方思維下的互斥概念，有著南轅北轍的想法。基此，強調個人主義的社會和法制度，認為權利是個人和群體間的對抗成果；但是就原住民族而言，是指人和家族間的關連性⁹⁶。換言之，對以個人性為取向的權利本質理論而言，原住民的集體權利即是一種和基本前提相左的想法⁹⁷。

承前所述，西方個人主義為起點的智慧財產權體系，就會注意到個人的自由，特別是經濟方面的自由；相對而言，從原住民族的文化發展觀之，對於文化成果給予保護，就需要考慮到對「集團文化」的尊重⁹⁸。從而，若認為原住民族的集體性權利，是作為族群內個體發展自我的基石，則此種集團性是從而何來，

⁹⁴ 常本照樹，同前註 33，頁 16。

⁹⁵ Maria Noel Leonizardo, *Gender Equality and Indigenous Peoples' Right to Self-determination and Culture*, 28 Am. U. Int'l L. Rev. 1053, 1067-1068 (2013).

⁹⁶ *Id.* at 742.

⁹⁷ Irrra De Obaldia, *supra* note 66, at 340.

⁹⁸ 常本照樹，同前註 33，頁 14。

便是理解原住民族文化（和導引權利的理論基礎）時，所需要理解的問題。

論者雖有從創作過程的集體性，來說明之所以其為集體權利的緣故，是因為難以確認實際創作人，以及為了對應其有世代傳承的特點⁹⁹；也有看法認為，之所以如此，是因為個體在族群中出生，和族群本身有密不可分關係之故¹⁰⁰。但是從前述的文化差異可見，原住民族的文化成果，之所以要用集體性權利來保護，事實上有更深層的涵義。

在 107 號條約中，其將土著居民（indigenous people）和部落居民（tribal people）定義為「和土地有緊密關聯」的族群。此種緊密的關連性，讓原住民族對外和欺壓者間，在文化、社會及經濟上會有顯著差別¹⁰¹；對內則是以「相互扶持、利用他人經驗」的模式，來追求自我成長。也因此，原住民族所為之創作成果，就會和原住民族所共享，諸如土地、文化、自我決定等資源間，有著緊密關連¹⁰²。由此觀之，既然文化成果是本於「共享」資源所生，則作為派生物的權利，也應該是具有共享性。

復從創作過程觀之，既然成果是本於文化而生，而會成為文化的一部分，而使其成為日後的創作資源。換言之，原住民族下的創作成果，會變成該族群文化的一部分，則該成果本身，就必

⁹⁹ 原住民族委員會（2015），《認識原住民族傳統智慧創作保護條例：原住民族傳統智慧創作專用權申請作業手冊》，頁 10，新北：原住民族委員會。

¹⁰⁰ 陳昭華，同前註 5，頁 149。

¹⁰¹ Siegfried Wiessner, *Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis*, 12 Harv. Hum. Rts. J. 57, 60 (1999).

¹⁰² Bastida-Munoz, MindahiCrescencio& Geraldine A. Patrick, *Traditional Knowledge and Intellectual Property: Beyond TRIPs Agreements and Intellectual Property Chapters of FTAs*, 14 Mich. St. J. Int'l 259, 279 (2006).

須讓族群內的所有人共享，以保護該族群的資源和傳統知識¹⁰³。準此，不讓文化成果成為族群內個體的「單獨」權利，就是為避免個體藉由權利排他性，阻擋族群內的他人使用行為。

（二）文化成果和公共領域的關連

藉由理解集體性權利的概念，讓吾人得從另一角度，理解文化成果和公共領域間的關係。如前所述，運用現行智慧財產權體系，來保護原住民族文化成果的問題點，在於此作法可能造成公共領域喪失；以及以個人為主的西方思想，和以團體為主的原住民族文化間，有著基本出發點的不同。拉丁美洲國家，從「經濟上優勢，可以協助原住民發展」的角度，來建構其法律制度，但是此種思維是來自於 ILO 條約的關注。因此，如何把 ILO 所發現的內容，轉化成法律制度，必須從法學理論所植基的哲學思想來著手。

注意到原住民族文化特徵，所謂「給予集體權利會侵蝕公共領域」的擔憂，似乎有可以修正之處。如前所述，公共領域的概念，仍然存續於原住民族文化中，而且是原住民族中的個體，所賴發展的重要基石。論者所擔憂之點，不是因為給予集體權利，會阻礙原住民族發展，而是因為給予集體權利，會變成原住民族和其他族群間，在文化成果利用上，產生對抗狀態。

基此，既然保護原住民族文化成果，是為了延續族群的文化。則給予原住民族集體權利，就是合於其文化傳統，而應該加以承認。本文以為，論者所謂「文化成果本屬公共領域」的描述，是針對原住民個體本身，在原住民族內的利用行為，所為的觀察。

但對外人而言，原住民族的文化成果，不必然是屬於公共領域內的資訊。如前所述，文化成果本身，是原住民族賴以為生的重要資訊。其可能會再細分成兩大類：該資訊僅有特殊人得取得

¹⁰³ *Id.* at 280.

（如：長老），以及該資訊是族群內的所有人共享。基於此一認知，就前者而言，本來就不會是公共領域的資訊，反而更類似（若硬要比擬）一種祕密。且就族群內可共享的資訊而言，有可能是攸關生存的重要資訊，而不會對其他族群開放；或是單純的一般資訊，而可任由他人分享。因此，就外人而言，僅有最後一類的文化成果，始屬於公共領域。

準此以觀，基於由上而下的集體主義，文化成果本身，本來就是在族群中可以自由流通、利用的資訊。給予族群權利，是為了維持「族群內自由流通」的傳統，並且避免該成果遭他人濫用，或未經許可而掠奪。從而，就「僅有特定長老可取得」和「攸關生存」的文化成果而言，因為傳統上原住民族本來就對此嚴加管控，要無可能落入（開放給外人）公共領域內。僅有最後一類成果，會牽涉到「給予權利有無侵害公共領域」的問題。即便如此，在文化成果常被濫用的歷史脈絡下，基於保護原住民的初衷，仍然需要對外人的利用行為，給予某種限制。而此種限制，依照前述國際條約的主旨，就是給予原住民族一個集體權利。

綜上，在認知到原住民族文化的發展過程後，依循論者的「避免文化衝突」提議¹⁰⁴，本文認為利用現行制度提供保護時，問題的癥結點在於，有無辦法設計一種法制度，可以同時滿足「族群內個體利用行為」，以及「原住民族和其他族群間，如何適當利用文化成果」此二要求。在此論點下，接下來的問題，就是如何讓一個族群可以取得，為了彰顯個人發展的權利。以及如何調整原住民族和其他族群間，因為利用文化成果，所產生的衝突。

¹⁰⁴ 田村善之（2006），〈傳統的知識と遺伝資源の保護の根拠と知的財産法制度〉，《知的財産法政策学研究》，13期，頁54。

（三）排除干擾的需求

1. 觀念上的盲點

理解到保護原住民族對集體權利的需求，以及其和公共領域間的關係後，再來重新檢視，論者以為現行權利制度有所欠缺的論述，是否有可修正之處。本文主張在保護原住民族文化成果時，仍然可以使用現行智慧財產權制度為之，然而應該從不同角度來理解。

「促進技術或創作的勃發」，是智慧財產權的最終目的；但是達成此點的手段，可以用給予報酬方式為之，或是「保護創作過程」，讓其自由發展。美國有學者認為，智慧財產權是鼓勵為取向，以「給予獨占控制」之權，讓最初的發明人或著作人，可從中獲利並提供創作動機。然而，依此模式來解讀文化保護的制度設計，會讓論述重點，轉成「此類文化成果，會有多大的經濟價值？」，進而導出「無商業化價值」的文化成果，不應受到法律保護的結論。

獎勵模式的論點，和原住民族文化發展有所出入。如後述般，給予原住民族現行制度下的權利，是為了借重權利的排他特點，來消除原住民族長期間受外力干擾的現狀。在原住民族的文化中，創作是伴隨生活而來，一種自然的人類活動行為。傳統上的「有鼓勵始有創作」的假設，和原住民族的文化發展不同，也不需要對報酬一事給予特別保障。

進言論之，因為社會地位的弱勢性，保護原住民族的文化成果，重心在於「排除外力的不當干涉」，以維持族群延續。自古以來，市場價值本來就非原住民族文化的重心。讓文化成果的商業價值，回歸到原住民族身上，是可取的想法，但和文化延續並無直接關連。

從創作的產生過程也可以發現，「獎勵」不是一個必要的需

求。從歷史觀之，創作是人類與生俱來的行為。而原住民因為生活而創作的特性，讓文化成果成為一種「即便無權利保護」，也會自然發生的產物。智慧財產權制度，之所以無法保護原住民族的原因，是在於以「有刺激才有創作」的觀點，和原住民族文化發展的歷程不同。ILO 和美國官方看法，已經明確表明，原住民族所企求者，是不被干擾的空間。給予權利之所以有保護成效，是因為權利的排他性，而非其所帶來的刺激效果。簡言之，需求重心在於排除干擾，而不是給予獎勵。

2. 權利的排他性

理解上開需求後，再重新思考智慧財產權制度之存在目的。比較優勢的觀點以為，智慧財產權制度之存在，是為了達成兩種截然不同的目標：鼓勵人們在藝術、工藝上創新，以及促使此類創新資訊，可以廣泛傳播。易言之，在此一脈絡下，智慧財產權是一種「暫時」性的必要之惡，為了鼓勵創新，權利必須有排他性，以便權利人從中獲利；但為了資訊傳播，此種排他性必須有期間限制，以減少排他性的影響。

搭配民法財產權理論，可以再次確認權利的特性。討論民法財產權的本質時，傳統上的見解會從「使特定人享受利益」的論點，認為權利的功能在控制財產或是他人作為，而從控制過程中獲利¹⁰⁵。由「藉由控制過程獲利」一語，可以明確發現，權利人之所以能夠獲利，是來自於權利的排他性。權利的本質，就是一種排除他人作為的特權。此種排他性，依照智慧財產權學者看法，會帶來經濟利益，而有利於技術、文化發展，但需要適度節制。

從洛克的論理可知，正當化公共領域的概念，是因為洛克基

¹⁰⁵ 施啟揚（1996），《民法總則》，增訂七版，頁 26，台北：三民書局；王澤鑑（1997），《民法總則》，頁 40，台北：自版。

於宗教理念，認為所有的資源，均應給人類共享；但又因為「勞動」、「獎勵」的論理結構，可能會造成資源遭到過度剝削，進而需要名為「公共領域」的限制閥。

然而康德、黑格爾理論完全採取不同作法。因為不接受「所有物品都是無償為人類存在」，此種宗教上的信念¹⁰⁶。黑格爾則是從發展過程，來強調權利的存在，是作為一種輔助工具，而不是獎勵的獎品。深言之，不同於邊沁所關心的「整體公眾利益」，黑格爾雖認為社會是由人所組成，但只要人的「發展過程」不受干擾，則藉由正常發展過程所出現的人，以及因此所組成的社會，就是一個完美的社會。易言之，黑格爾此種「注重發展過程」邏輯，和因此所得的法學理論，就會注重權利人的「自由行使」權利和權利客體一事¹⁰⁷。

準此，相較於洛克理論的支持者，必須從「藉由勞動行為，資源從共享轉化成個人獨享」¹⁰⁸的最後成果，才可以發現自由才是權利的限制對象一節¹⁰⁹，黑格爾則是直接在人的發展過程中，必須仰賴自由一事，使讀者更容易發現到，權利作為一種限制他人作為之獨特性。

上開邏輯可以吾人協助理解，巴拿馬政府的制度功能及特點。巴拿馬政府的作法，雖然符合一般直覺，然而邏輯上難以被接受之故，乃是因為其增加了「報酬」概念，並同時納入了「有鼓勵始有發展」思維。如果貫徹黑格爾理念，應該是把權利人視為一種「文化成果」的管理人，以權利的防禦功能，作為整個制

¹⁰⁶ 但需注意者，在黑格爾體系下，權利仍應該受到某程度的限制，但其並非利用 commons 概念，而是強調「應尊重他人」一事，參 G.W.F. Hegel, PHILOSOPHY OF RIGHTS, 53 (1896).

¹⁰⁷ Peter Drahos. A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY, 77 (1996).

¹⁰⁸ Jeremy Waldron, THE RIGHT TO PRIVATE PROPERTY, 154-155 (1988).

¹⁰⁹ Lior Zemer, THE IDEA OF AUTHORSHIP IN COPYRIGHT, 58-59 (2007).

度的設計核心。

基此，論者開始從哲學角度探討財產權的功用。在個人主義的氛圍下，尚可區分為關注報酬和勞動的對價，而以洛克為主；以及注重發展過程不受干擾一節，而以康德、黑格爾為中心。此二種差異，分別導出了智慧財產體權中的精神所有權說和人格權說。基於上開差異，Margaret Jane Radin 從黑格爾對權利的看法¹¹⁰，認為當權利本身和生存息息相關時，則此種權利，就應該具有不可分離性¹¹¹。易言之，權利是和人格的發展及成長有關，當這種關聯性越密切時，即應承認權利專屬性（inalienability）。

藉由 Radin 的看法，讓吾人對權利的概念，有了不同的切入點。長久以來，在智慧財產體系中，因為背後理論的差異，智慧財產權被視為一種「獎勵」措施。它可能是獎勵創作行為給社會帶來進步；也可能是獎勵公開行為，減少研發成本的重複支出。但藉由 Radin 的「某些財產和權利人生活有密切關係」論點，讓吾人理解到，權利是一種工具，但並非作為鼓勵之用，而是為了協助權利人的生活、發展。

準此，如同其他財產權般，智慧財產權制度不是僅是保護創作成果以及其在市場上的經濟價值。更重要者在於，智慧財產權有著防止他人對創作成果，進行不當干涉的功能¹¹²。此種排他性功能，不容易從以洛克為主的報酬理論來發現，但卻是為了保護經濟價值一事上，所不可或缺的特點。

¹¹⁰ Robert P. Merges、Peter S. Menell、Mark A. Lemley、Thomas M. Jorde 著，齊筠、張清、彭霞、尹雪梅譯（2003），《新技術時代的知識產權法》，頁 7，北京：中國政法大學。

¹¹¹ Margaret Jane Radin, *Property and Personhood*, 34 *Stan. L. Rev.* 957,959-61,986-88(1982).

¹¹² 長谷川晃（2006），〈先住民の知的財産保護における哲学的文脈〉，《知的財産法政策学研究》，13 期，頁 31。

三、本文見解

(一) 基本論點

基於上述內容，本文認為在討論保護文化成果的權利時，應該依循不同角度，來理解既有制度內涵。首先，既然權利是一種限制他人作為的特權。此種特權的行使，可使非權利人無法濫用權利客體，並依此對權利客體本身，畫出一個不受控制的範圍。在該範圍內，權利人得自由行使權利，以追求自身人格的發展。並且和前述的「智慧財產權有禁止他人干涉」的功能相符。

從而，權利即是一種「利用排除他人作為」，來協助權利人發展、存活的工具。傳統智慧財產權理論，從利用後所得之經濟價值，認為權利帶有一種鼓勵的特性；但若關注到權利有「排除來自第三人的剝削」特點時，吾人即可把權利制度，理解成一種維持發展空間的工具。

承前，之所以排斥用傳統智慧財產權的作法，乃是因為「獎勵」角度的論述，和 ILO 的「協助發展」一節，是兩個不同的切入點之故。但若從「利用排他性來畫出發展範圍」的觀點，則可以發現 ILO 的思維核心，和現行法律制度並不會產生衝突。

申言論之，既然整個原住民族保護議題，是起源自原住民的實體資源和無形文化成果，遭到殖民國剝削。無論 ILO 和中南美洲國家，是如何強調「擁有權利」、「享有土地所有權」，其均是在於給予原住民「排除」剝削的能力。而權利的排他性，正是目前西方社會制度中，可以有效達到此一成果的手段。準此，利用權利排他性，來追求發展空間的論述，將是一個可考慮，且更有說服力的著力點。

(二) 權利作為維持發展空間的手段

強調權利作為維持發展空間的手段，才是保護文化成果的重

心。論者有提出，在討論文化成果保護時，我國應該去接受一種全新的、名為「文化財產權」(cultural property) 概念¹¹³。然而，對此已有論者主張，所謂「文化財產」一詞，應該是在強調權利作為一種保護文化成果的工具¹¹⁴。ILO 所念茲在茲者，乃是原住民族的文化保存。而「文化財產權」的概念，不是在於給予新的權利，而是調和原住民族和其他團體間，要如何利用文化成果，調和各自利益的設計¹¹⁵。換言之，利用既有權利制度的功能，來保護原住民族文化¹¹⁶，才是整個議題的重心。而從前述「權利作為保護成果工具」的論點，可見權利的「排除他人作為」特性，始為達成前開目標的重點。

從維持發展空間的角度，可以讓「保護原住民族文化」目標，和基本智慧財產權體系相符。在黑格爾理論下，保障個人的發展空間，不僅要「避免過度干涉」外，更要給予充足的利用素材。濫用文化成果，會扭曲該成果原本的面貌，而無法再被後人利用。換言之，在討論文化成果的議題時，目標在於完整傳承。其作法就是讓原住民族取得權利，藉由權利的排他性，畫出一個「不被非原住民所干擾」的發展空間。基此，藉由強調「避免過度干涉」論點，可見文化成果的保護，應該更著重被「濫用」後，造成文化被扭曲理解的情形。而不是強調授權、商業獲利。

(三) 強調程序對話

了解到保護原住民族文化成果和「維持發展空間」的關連後，則權利本身就應要歸屬給族群或是部落。蓋在原住民族社會

¹¹³ 林三元(2012)，《原住民族傳統智慧創作專用權之法學實證研究》，頁148，國立交通大學科技管理研究所博士論文。

¹¹⁴ Kristen A. Carpenter & Sonia K. Katyal & Angela Riley, *In Defense of Property*, 118 Yale L.J. 1022, 1066 (2009).

¹¹⁵ *Id.* at 1124.

¹¹⁶ *Id.* at 1125.

中，文化成果是集體創作，而作為族群內個人的發展基礎。基此，權利應由原住民族或部落享有，便是一種需要從文化角度來理解的問題。準此，由文化發展角度的觀點，來回答台灣立法者在創作條例修法時，所提出的「部落或是族群取得」疑問，其答案應該就是，視具體個案中的部落本身，有無可能獨立發展出自身文化。

其次，在理解如何文化成果時，本文以為應該將問題拆解成「原住民族和其他民族間」的利用問題，以及「原住民族內部間」的利用問題二者。前者，即是 ILO 所著重的典型文化衝突。將權利給予原住民族或部落，是要讓其成為文化成果的保護者。是否得以讓其他民族利用該成果，應該是基於「避免文化衝突」的角度，從鼓勵族群間的對話來著手¹¹⁷。

在此類型下，若利用現行法制度來提供保護，不應該專注在是否獲得報償，而是在於允許或限制保護文化成果的權利，會不會造成「原住民族發展困難」（即限制文化成果權利，以放寬利用行為），或是「創作素材的減少」（即承認文化成果權利，而限制其他族群的利用）。給予原住民族金錢補償，可作為「推定」雙方已有合意的證據，但是並非所有的衝突，都僅能用金錢來彌補。

相對於此，原住民族的內部利用，則是一個無關乎文化衝突，僅是「避免資訊不流通」問題。誠然，在某些原住民族文化內，的確存有「資訊僅有特定人可享有」的傳統。然而本文以為，在現行社會制度下，原住民族仍屬於一國之中的一個族群，其無法超越國家而獨立存在，而必須受到某種制約。在此前提下，原住民族的個體，在利用該族群內的文化成果時，就必須從傳統智慧財產權制度下，所鼓吹的資訊的利用、流通性觀點¹¹⁸，

¹¹⁷ 田村善之，同前註 104，頁 55、58。

¹¹⁸ 中山信弘（2014），《著作權法》，二版，頁 29，東京都：有斐閣；中山

來加以審酌。

然而，只是單純的給予原住民族權利，無法完整調和原住民族和現行法制度，在行使文化成果上的衝突。由前可知，強調「彼此競爭以求改變」的西方思想，和「集體管理知識以求進步」的原住民文化，是利用現行法制度，保護原住民族文化成果時，何以出現如前述般疑問的根源。換言之，若採取西方國家的存續期間設計，會完全牴觸原住民的「集體發展」文化，而屬一種文化迫害；同時也因為「避免文化衝突」之故，原住民的文化成果，和一般智慧財產權相較，要無更加需要保護之理¹¹⁹。易言之，從法制度設計而言，文化成果的保護，是一種對不同文化的尊重。

尊重原住民族文化，會無可避免地帶來下列問題：因為集體管理之故，常會伴隨著「需經部落／長老同意」的文化習慣，而使得利用上出現排他性，使非原住民面臨到利用困難。此種利用困難點，會在實施現行智慧財產權法，來提供保護時，牴觸「保護期間」、「合理使用」制度¹²⁰，進而出現論者所擔憂的「侵蝕公共領域」疑問。表面上觀之，上開疑問似乎千頭萬緒，但是本質上而言，均是因為文化衝突而生。

從而，在保護文化成果的議題上，本文主張給予金錢或是任何形式的補償，可能不是最佳的保護手段。畢竟給予金錢補償方式，無法完全保護「經過長老同意才可利用傳統知識」此種原住民的文化特徵。換言之，重點不是在於補償，而是「原住民族文化中，本來就無強調補償一事，而是注重集體利用以發展」。此種文化特徵一旦被改變，就是對文化的不尊重，也就是外來文化壓迫。

信弘（2012），《特許法》，二版，頁7，東京都：有斐閣。

¹¹⁹ 田村善之，同前註104，頁55。

¹²⁰ Rachael Grad, *supra* note 50, at 225.

因為文化衝突而生的落實困難，無法用法律來直接解決。論者有認為，此種文化衝突，從法律面而言，應該是提供各方對話的機會¹²¹，而不是強行修正制度中的細部規定。為了在智慧財產體系中，導出「提供對話機制」設計的基礎，論者有從強調自由的觀點，說明對話是作為促進表現自由和穩定社會結構的方式¹²²。準此，除了前述從 ILO 強調的「避免干擾」而導出以自由為主的法理思想外，吾人也可以從「強調對話」此一現實上要求，發現強調發展空間和對話，在保護文化成果一事上，所具備的積極功能。

準此可知，「權利作為協助發展的手段」，始為建構整個原住民族文化成果保護法制的核心概念。且若從「權利作為限制他人作為」特權之觀點，此一主張亦不會與現行法制度，出現重大衝突。對於「使用現行法制度提供保護」一事有所擔憂的看法，或許是因為尚無法合理解釋，說明為何權利是作為協助發展，而非作為一種對價對象之故。為了達成此一目標，吾人必須從強調「發展過程」的哲學思想出發。但是在現行理論和哲學思想，仍然以個人為基礎的前提下，如何把該等以「個人」為主的論述，運用到強調「族群」的原住民文化，即是接下來的問題。

（四）和國際潮流的配合

權利有維持發展空間之效的論點，符合 ILO 初衷。由前述可知，原住民族極度仰賴土地，同時會從控制行為中，來發展自身文化、社會和法律制度。換言之，因為外來種族在殖民過程中奪取土地的行為，原住民族最初主張的主軸，為「自我決定」如何利用土地之權。此種權利從「決定對土地利用」行為開始，其目

¹²¹ 田村善之，同前註 104，頁 58。

¹²² Neil Netanel, *Copyright and Democratic Civil Society*, 106 Yale L.J. 283, 341 (1996); William Fisher, *Property and Contract on the Internet*, 73 Chicago-Kent Law Review 1203, 1216-1217 (1998).

的乃是一種「去殖民化」的權利，而由族群所共同享有。

為了讓「控制土地」的主張，有更堅強的立論基礎，國際公約分別從不同的角度，來推導保護的正當性。因為 169 號條約延續了 107 號條約的「維護原住民族生存」精神，承認了「自我發展」和「保持文化完整性」之權¹²³。準此，有論者即從「促使原住民族存活、發展」的觀點主張，有關原住民族的規範，應追求保存文化完整性、非歧視以及社會發展和自治等目標¹²⁴。此一切入點讓拉丁美洲國家法院，以「保持原住民族存活」觀點，來發展原住民族的集體權利¹²⁵，並進而導出了財產權概念。

相對於「保障族群存活」的觀點，UNDRIP 則認定，原住民族對於「豐富文化多樣性，增加人類共同遺產」一事上有其貢獻，可以享有「自我決定」、「發展文化」和「保障原住民族土地」等權利¹²⁶。並以此權利為起點，發展自身經濟、文化和社會¹²⁷。

表面觀之，ILO 和聯合國在處理文化成果議題時，是採取不同的態度。ILO 最初目的是在保障族群存活。並於日後的發展中，導出了「控制土地」和「保持文化完整性」之權。拉丁美洲國家從作為上位概念的「保持存活」之權，以及屬於細部落實方式的「控制土地」之權等內容，導出文化成果必須受到保護的結論。然而 UNDRIP 卻由「文化的保存，可以增加人類共同遺產」的優勢，去承認原住民族所享有者，和其他族群相同，而有自我決定、發展文化的權利，並依此認為文化成果必須受保障，是因

¹²³ Russell Lawrence Barsh, *Indigenous Peoples in 1990s: From Object to Subject of International Law?*, 7 Harv. Hum. Rts. J. 33, 45 (1994).

¹²⁴ Thomas A. Antkowiak, *supra* note 72, at 121.

¹²⁵ Inter-American Commission on Human Rights, *supra* note 65, at 272.

¹²⁶ Siegfried Wiessner, *Re-enchanting the World: Indigenous Peoples' Rights as Essential Parts of a Holistic Human Rights Regime*, 15 UCLA Int'l & For. Aff. 239, 253 (2010).

¹²⁷ *Id.* at 254.

為其作為人類共同遺產資料庫一環。

但深思其思維，無論是 ILO 或是 UNDRIP，均承認文化成果的保護，必須以「維持發展機會」為起點。兩者的差異點在於，以 ILO 為基礎的論點，會去偏重將權利給予原住民族，是為了使其得以排除濫用文化成果行為，進而從發展自身文化過程中，延續族群。相對於此，UNDRIP 雖亦承認原住民族應有發展之權，但其是更專注文化成果本身，對於整體人類的貢獻。易言之，「保護發展機會」是一個共識，只是一者作為目的，另一則認其為手段。

美國的作法，可以進一步支持「維持發展機會，在於限制他人作為」的論點。如前所整理般，在落實保護原住民族文化成果的議題上，美國採取了不同取向。雖然論者對此多有批評，且支持此種作法的論點，也或有可討論之處。但不可諱言者，美國之所以如此，是因為其抓住了問題的核心點—只有排除外界干擾，始有發展機會一事。

順著此一邏輯，吾人即可以發現，為何美國官方對此如此保守，是因為所有的權利制度，其本質上就是有排他性，而有「畫出他人不可任意侵入範圍」的功能。從結果而言，既然現存制度即有此一機能，從務實角度觀之，本來就沒有「一定要有新權利」的迫切性存在。

（五）小結

財產作為人格「發展」媒介的論點，是一個已被提起的看法¹²⁸。而前述可知，權利之所以是人格發展媒介，不是因為權利人可從財產交換過程中，獲得經濟上資助；而是單純的「處分」或「利

¹²⁸ Steven Cherenky, *A Penny for Their Thoughts: Employee-Invention, Preinvention Assignment Agreement, Personality, and Personhood*, 81 Calif. L. Rev. 595, 642 (1993).

用」行為，在不受他人干預的前提下，得以有效反應權利人的想法。此種切入點的差異，會制度的思考重心，在市場或交換價值，或是維持發展空間的觀點間徘徊。

專注在「交換後所獲得的經濟利益」，並認為必須先獲得利益，族群才有發展的作法，不能調為錯誤。但從 169 號條約的沿革可知，所謂「給予土地」（以及日後的其他權利），只是一種避免原住民再次受殖民或干擾的手段。整個文化成果保護的核心，是在讓文化有發展機會，亦即不受他人不當干預。

如此一來，如同前述般，當立法者利用財產權制度，對文化成果提供保障時，即應該是在借重權利的「排他性」功能，來阻擋來自文化優勢者的騷擾。也因為文化本質上的差異，吾人必須在以個人主義為基石的制度下，提供可使各方對話的窗口。此種「利用權利排他性」和「提供對話制度」的要求，是利用現行法律制度，來保護文化成果時，所必須達成的目標。

準此，保護條例中有關於「原住民族得繼承他族權利」的設計，可能就有討論空間。按保護條例第 15 條，原專用權消失時，該專用權改由全部原住民族享有；同條例第 12 條，則規定專用權一旦拋棄，則仍然留於原住民族間。表面上觀之，其似將專用權保護的文化成果，視為一種物之權利，而將原住民族視為有共同關係之人，而讓權利於該群體內流傳。

此種做法雖然有助於原住民族文化的傳承，但是「可以繼承」的思維，可能會使人誤解，台灣原住民族是一個「沒有區別性」的群體。在承認台灣原住民概念，還可再分成排灣、泰雅等共 16 類族群的前提下，允許繼承他族權利，就表示某一族的文化，可以被另一族繼承，而對接受的族群而言，會變成另一種文化的強迫接受；對被繼承的族群而言，就是政府強制其「公開」自身文化，給他族群使用。單純的財產權角度，不見得理解此一

差異。但從文化傳承和強調保護發展空間的觀點，則可以對此提供不同，且更符合原住民族期望的解讀。

陸、結論

立法者認為，給予原住民族文化成果專用權，可以維持原住民族的文化主體性¹²⁹。換言之，當現行制度認定，得取得專用權者，包含「原住民族」和「部落」二者時，就表示立法者認定，各別的原住民族（如：泰雅族）和該族下的部落（如：位於南投的瑞岩部落），是兩個不同的文化發展群體。現行法對於取得主體的多樣化設計，就是維持文化主體性的思維，並和 ILO 強調各民族間，無論人數多寡，均有同等發展機會的理念契合。

細觀原住民族文化可知，所謂「原住民族」的概念，是作為個體發展的基台。此種「需先有大我」的特點，讓整個「族群」成為一個「族群內的個體發展」時，所必須具備的工具。換言之，給予族群權利，不是要讓其可以自由利用、處分文化成果，而是要讓其作為守護者。藉由權利的排他性，族群本身可以成為「排除」不當利用或濫用文化成果的代理人。由此可知，任何因為行使權利所得之利益，或者是所排除的他人行為，均是為了族群內的個體。亦即，利益回歸於全體而非個人。

準此，在確立權利主體時，即應自個體和族群間的關連性著眼。文化是一種本於生活所生的經驗累積。換言之，權利的取得人，其肩負著「維持族群內個體發展」的任務。特定文化成果，是由何族群或部落所生，固然是判斷權利初始歸屬時的重要標準，但更重要者在於，取得該權利之群體，是否能有效維護該群體下「所有」個體的發展空間。從而，當某原住民族下的特定部

¹²⁹ 立法院公報處，同前註 7，頁 47。

落，和同族間的其它部落，有著截然不同的習俗和慣行時，就配合該特別習俗或慣行，所生之特定文化成果，即非不可由該部落作為權利人，以反應「該成果基於該特殊習俗所生」的事實。

然而，允許原住民族整體，去繼受「已消失」族群或部落的權利，是變相要求全體原住民，去接受已消失族群的文化，和ILO所提倡的「所有民族均是平等」的初衷相違背。就如同保護條例於「權利取得」階段，基於「文化發展差異」，認為部落或民族間，屬於相互獨立的發展體，而可單獨為權利主體般，在權利主體消逝的階段，認為專用權可被繼受，顯然會和權利初始分配時，強調部落和民族間的獨特性一點相背離

再者，就專用權的拋棄而言，可能也有疑問。依照保護條例第12條的文字，一旦原專用權人決定拋棄文化成果的控制權，更合理的假設，似乎是該族群欲將自體文化的精華，放由公眾所享有。若仍認整體原住民族，可以自動取得該專用權，不但有強迫其他原住民族接受他族文化的困擾，同時也會和原權利人藉由放棄行為，將文化成果分享給大眾的理念衝突。

綜上，保護原住民族文化成果，乃是一個無法避免的課題。因為文化上差異，以及欠缺更有效的工具，以現行制度提供保護，仍存有著一些疑問。本文從改變法制度的理解角度，嘗試去對於現行法的設計，提供不同的看法和建議。

參考文獻

一、中文部分

- Robert P. Merges、Peter S. Menell、Mark A. Lemley、Thomas M. Jorde 著，齊筠、張清、彭霞、尹雪梅譯（2003）。《新技術時代的知識產權法》。北京：中國政法大學。
- 王澤鑑（1997）。《民法總則》。台北：自版。
- 田村善之編，李揚譯（2010）。《日本現代知識產權法理論》。北京：法律出版社。
- 吳豪人、黃居正（2006）。〈對市民財產制度的再檢視：由司馬庫斯部落公約到自然資源的歸屬〉，《台灣國際法季刊》，3 卷 1 期，頁 207-263。
- 林三元（2008）。〈原住民族傳統智慧創作保護條例初探—建構文化財產權之省思〉，《興大法學》，3 期，頁 58-90。
- 林三元（2012）。《原住民族傳統智慧創作專用權之法學實證研究》，國立交通大學科技管理研究所博士論文。
- 施啟揚（1996）。《民法總則》，增訂七版。台北：三民書局。
- 原住民族委員會（2015）。《認識原住民族傳統智慧創作保護條例：原住民族傳統智慧創作專用權申請作業手冊》。台北：自版。
- 章忠信（1999）。〈原住民族智慧財產權之保護〉，《智慧財產權》，12 期，頁 1-23。
- 陳昭華（2006）。〈原住民族傳統文化表達之保護〉，《輔仁法學》，31 期，頁 143-188。
- 陳益智（2004）。〈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》，16 卷 7 期，頁 29-49。

- 楊崇森（2013）。《專利法理論與應用》，修訂三版一刷。台北：自版。
- 楊智傑（2010）。〈原住民族傳統文化表達之保護模式比較與建議〉，《國立中正大學法學集刊》，30期，頁49-97。

二、日文部分

- 中山信弘（2012）。《特許法》，二版。東京都：有斐閣。
- 中山信弘（2014）。《著作権法》，二版。東京都：有斐閣；
- 田村善之（2006）。〈伝統的知識と遺伝資源の保護の根拠と知的財産法制度〉，《知的財産法政策学研究》，13期，頁53-70。
- 常本照樹（2005）。〈先住民族の文化と知的財産の国際的保障〉，《知的財産法政策学研究》，8期，頁13-36。
- 長谷川晃（2006）。〈先住民の知的財産保護における哲学的文脈〉，《知的財産法政策学研究》，13期，頁27-51。

三、英文部分

- Antkowiak, Thomas A. (2013). *Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court*, University of Pennsylvania Journal of International Law, 35, 113-187.
- Barsh, Russell Lawrence (1994). *Indigenous Peoples in 1990s: From Object to Subject of International Law?*, Harvard Human Rights Journal, 7, 33-86.
- Bastida-Munoz & Crescencio, Mindahi & Patrick, Geraldine A. (2006). *Traditional Knowledge and Intellectual Property: Beyond TRIPs Agreements and Intellectual Property Chapters of FTAs*, Michigan State Journal of International Law, 14, 259-289.

- Carpenter, Kristen A.&Katyal, Sonia K. & Riley, Angela (2009). *In Defense of Property*, Yale Law Journal, 118, 1022-1125.
- Cherensky, Steven (1993). *A Penny for Their Thoughts: Employee-Invention, Preinvention Assignment Agreement, Personality, and Personhood*, California Law Review, 81, 595-669.
- Clinton, Robert N. (1990). *The Rights of Indigenous Peoples as Collective Rights*, Arizona Law Review, 32, 739-747.
- Drahos, Peter (1996). *A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY*. England: Dartmouth Publishing.
- Fernando, Dinisha L. (2013). *Intellectual Property and the Protection of Indigenous Culture in the United States and New Zealand: An Effective Solution for Indigenous Communities?*, Cardozo Public Law, Policy & Ethics Journal, 12, 149-181.
- Fisher, William (1998). *Property and Contract on the Internet*, Chicago-Kent Law Review, 73, 1203-1256.
- Fodella, Alessandro (2006). *International Law and the Diversity of Indigenous Peoples*, Vermont Law Review, 30, 565-594.
- Grad, Rachael (2003). *Indigenous Rights and Intellectual Property Law: A Comparison of The United States and Australia*, Duke Journal of Comparative and International Law, 13, 203-231.
- Hegel, G.W.F. (1896). *PHILOSOPHY OF RIGHTS*. Canada: Botache Books.
- Inter-American Commission on Human Rights (2011). *Indigenous and Tribal Peoples Rights Over Their Ancestral Lands and Natural Resources: Norms and Jurisprudence of The Inter-American Human Rights System*, American Indian Law Review, 35, 263-496.

- Kremers, Nancy (2004). *Speaking with a Forked Tongue in the Global Debate on Traditional Knowledge and Genetic Resources: Are U.S. Intellectual Property Law and Policy Really Aimed at Meaningful Protection for Native American Cultures?*, Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, 15,1-146.
- Lewinski, Silkevon (2003). *The Protection of Folklore*, Cardozo Journal of International & Comparative Law, 11, 747-768.
- Magallanes, Catherine J. Irons (2010). *Indigenous Rights and Democratic Rights in International Law: An “Uncomfortable Fit”?*, UCLA Journal of International and Foreign Affairs, 15, 111-185.
- Netanel, Neil (1996). *Copyright and Democratic Civil Society*, Yale Law Journal, 106, 283-387.
- Obaldia, IrmaDe (2005). *Western Intellectual Property and Indigenous Cultures: The Case of the Panamanian Indigenous Intellectual Property Law*, Boston University International Law Journal,23, 337-394.
- Radin, Margaret Jane (1982). *Property and Personhood*, Stanford Law Review, 34, 957-1015.
- Schuler, Lindsey (2013). *Modern Age Protection: Protecting Indigenous Knowledge Through Intellectual Property Law*, Michigan State Journal of International Law, 21, 751-777.
- Travis, Hannibal (2009). *The Cultural and Intellectual Property Interests of the Indigenous Peoples of Turkey and Iraq*, Texas Wesleyan Law Review, 15, 415-494.
- Waldron, Jeremy (1988). *THE RIGHT TO PRIVATE PROPERTY*. Oxford: Clarendon Press.

- Wiessner, Siegfried (1999). *Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis*, Harvard Human Rights Journal, 12, 57-128.
- Wiessner, Siegfried (2010). *Re-enchanting the World: Indigenous Peoples' Rights as Essential Parts of a Holistic Human Rights Regime*, UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs, 15, 239-288.
- Zardo, Maria Noel Leoni (2013). *Gender Equality and Indigenous Peoples' Right to Self-determination and Culture*, American University International Law Review, 28, 1053-1090.
- Zemer, Lior (2007). *THE IDEA OF AUTHORSHIP IN COPYRIGHT*. England: AshgatePublishing.

