



探討原住民族傳統智慧創作 人格權之內涵

洪 淳 琦*

要 目

壹、前 言	一、個人權與集體權的關聯性與論證模式
貳、著作人格權	二、人格權與人性尊嚴
一、著作人格權之內涵	三、姓名權與命名權
二、著作人格權發揮保護著作整體的功能	四、文化權
參、原住民族傳統智慧創作人格權	五、原住民族身分暨文化認同權
一、公開發表權	(一) 集體權的首次承認
二、名稱表示權	(二) 身分認同權與文化權的關聯
三、禁止不當變更權	(三) 身分暨文化認同權與原創條例的關聯
肆、智慧創作人格權的憲法基礎	

DOI : 10.53106/102398202024090178003

* 國立清華大學科技法律研究所副教授，英國倫敦大學瑪麗皇后學院法學博士。本文為國科會專題研究計畫（111-2410-H-007 -006 -MY2）之部分研究成果。非常感謝本文匿名審查人之寶貴意見，協助釐清論點並豐富內容。國立清華大學科技法律研究所陳佳瑜、黃怡嘉同學負責協助本文之資料整理，在此併致謝忱。

投稿日期：一一二年八月三十一日；接受刊登日期：一一三年三月十五日

責任校對：鍾淑婷



六、小 結

伍、憲法權利之落實：與原住民族習慣法共構原住民族智慧創作人格權

一、為何要由國家法與原住民族習慣法共構智慧創作人格權？

(一)充分落實憲法權利與回應國際趨勢

(二)以原創條例承認習慣法之潛力及其限制

二、智慧創作人格權範圍的界定：認真對待智慧創作說明書

(一)合理使用原則與部落內部認定之使用規則的衝突

(二)保護傳統智慧創作之「法」的形成

三、智慧創作說明書中三種特殊使用規則分析

(一)禁止所有未授權使用

(二)強調「絕對禁止修改其中的重要思想」

(三)強調「事前諮詢」程序以符合使用規範

四、何謂「專有以歪曲、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」？

(一)原創條例與著作權法中的「致損害其名譽」

(二)應採取主觀標準或客觀標準判定「不當變更」？

(三)外部人使用，宜進行事前諮詢與授權

陸、結 論



摘 要

本文探討原住民族傳統智慧創作人格權之內涵，包含其法律定義、憲法基礎、與如何落實。首先，本文借用著作人格權能保護著作整體，並尊重著作人使用意願的特質，理解智慧創作人格權之內涵，並探討其與著作人格權之異同。其次，本文探討智慧創作人格權的憲法基礎，至少應涵蓋四個憲法基本權利：人格權、姓名權與命名權、文化權、以及原住民族身分認同權。最後，為了落實上開憲法權利，智慧創作人格權之內涵，應由國家法與原住民族習慣法共構；故本文探討如何適用參考智慧創作說明書及原住民族習慣法，來決定權利範圍與侵權標準，以深化憲法及國際法中尊重多元文化、保護原住民族文化權與文化認同的目標。

關鍵詞：原住民族傳統智慧創作保護條例、智慧創作人格權、著作人格權、姓名表示權、禁止不當變更權、文化權、法律多元主義



壹、前言

在著作權法中，著作人格權是用以連接「作者」與其「著作」的一種個人權利。作者既然將其人格表現於著作上，作者與著作的緊密聯繫就不會消失¹；所以即使著作財產權已轉讓、已授權他人使用、或者他人合理使用著作等情形，作者基於著作人格權，仍擁有對著作一定的控制力²。

世界智慧財產權組織（World Intellectual Property Organization, WIPO）為保護原住民族傳統文化表達（Traditional Cultural Expressions），在正在協商的「保護傳統文化表達：草案條款」（The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles，下稱「WIPO草案條款」）中，創設特別權利（*sui generis rights*），亦借用上述著作權法的邏輯，將原住民族的權利，分為財產權和人格權兩個面向³。臺灣的原住民族傳統智慧創作保護條例（下稱「原創條例」），也採取著作人格權極為相似的法律條款，來創設「智慧創作人格權」，好用以聯繫「原住民族／部落」與他們的「傳統智慧創作」。但是，原住民族傳統智慧創作人格權應有什麼內容，與著作人格權又應有什麼不同？它的憲法基礎是什麼？傳統智慧創作人格權，應如何應用，以連結原住民族與他們的傳統智慧創作？

為回答這些問題，本文將探討智慧創作人格權之內涵、憲法基礎、與如何落實。智慧創作人格權值得專文探討，一方面是由於許

¹ Cyrill Rigamonti, *Deconstructing Moral Rights*, 47 HARV. INT'L L.J. 353, 355-56 (2006).

² 陳思廷，著作人格權法制之研究：法國法之考察借鏡，載：國際比較下我國著作權法之總檢討（上冊），頁197，2014年12月。

³ WIPO, *The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles*, Rev. (September 16, 2022), Section 5.1, Alt. 1 & Alt. 2, WIPO/GRTKF/IC/45/5, Annex, page 11.



多研究者認為，著作人格權的內涵，比起著作財產權，更能滿足原住民族想要求外界在使用其文化時，能先進行事前諮詢，以保護傳統使用習慣、避免毀損文化神聖性的期望⁴。紐、澳等國，在未有足夠的實定法，來保障原住民族智慧財產權之前，都想先採取類似著作人格權的保護模式⁵，來立法保護原住民族傳統智慧創作。另

⁴ Brigitte Vézina, *Ensuring Respect for Indigenous Cultures: A Moral Rights Approach*, 243 CENTRE FOR INTERNATIONAL GOVERNANCE INNOVATION PAPERS 1-22 (2020); Matthew Rimmer, *Introduction: Mapping Indigenous Intellectual Property*, in INDIGENOUS INTELLECTUAL PROPERTY 1-44 (Matthew Rimmer ed., 2015); Jane Anderson, *Indigenous Communal Moral Rights: The Utility of an Ineffective Law*, 5(30) INDIGENOUS LAW BULLETIN 8 (2004); Australian Law Reform Commission, *Copyright and the Digital Economy (ALRC Report 122)*, available at <https://www.alrc.gov.au/publication/copyright-and-the-digital-economy-alrc-report-122/> (last visited: 2023.08.25); Jane Anderson, *The Politics of Indigenous Knowledge: Australia's Proposed Communal Moral Rights Bill*, 27 U. OF NEW SOUTH WALES L.J. 585, 596-97 (2004); Terri Janke, *Berne, Baby, Berne: The Berne Convention, Moral Rights and Indigenous Peoples Cultural Rights*, 5(6) INDIGENOUS LAW BULLETIN 14 (2001).

⁵ 澳洲曾想修正著作權法，新增原住民族集體人格權法案（Indigenous Communal Moral Rights Bill 2003），但未能立法完成，參Rimmer, *id.*; Anderson, *Indigenous Communal Moral Rights: The Utility of an Ineffective Law*, *supra* note 4; Anderson, *The Politics of Indigenous Knowledge: Australia's Proposed Communal Moral Rights Bill*, *supra* note 4, at 596-97. 紐西蘭則是在2014年援引著作人格權邏輯，完成毛利戰舞之名稱表示權法（Haka Ka Mate Attribution Act 2014）立法。但本法僅針對一項智慧創作進行保護：毛利戰舞（Haka Ka Mate）；並只承認一項人格權，即「名稱表示權」。該法第9條明定，毛利部落Te Runanga o Toa Rangatira擁有表示該戰舞來源部落之「名稱表示權」（right of attribution），但對於更能禁止他人挪用部落文化的權利：「禁止不當變更權」（right of integrity），該法並未承認。參Parliamentary Council Office, *Haka Ka Mate Attribution Act 2014*, NEW ZEALAND LEGISLATION, available at <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2014/0018/latest/whole.html?fbclid=IwAR3LpO9ahUfVUB8Cgqg-UaQRdii3WzfcgZh8gh4AgMo9uig>



一方面，在臺灣的學術討論中，討論原住民族智慧創作之整體權利內涵與實施情形⁶、或「合理使用」的條件限制者較多⁷，但單獨討論智慧創作人格權者較少；而憲法法庭幾個與原住民族權利有關的新判決適時出現，可成為智慧創作人格權內涵之參考標準，也成為專文深入探討智慧創作人格權的時機。本文因此以國際常單獨看重的「智慧創作人格權」或「類推著作人格權」之內涵為主軸，探討如何在我國法的脈絡下，理解、適用、並落實智慧創作人格權。

本文架構安排如下：第貳章先探究讀者們較熟悉的著作人格權，以便後續理解、分析、對照原創條例應如何妥適援引著作權既有概念；以及在適當時，區別智慧創作人格權與著作人格權的差異。雖然智慧創作專用權採用著作權的邏輯來操作是否妥適，曾受質疑⁸；但既然原創條例業已借用著作人格權的法律概念，除了看

FMohXiOTAGg #DLM5954411 (last visited: 2023.08.25).

6 如：黃居正，傳統智慧創作與特殊權利——評析「原住民族傳統智慧創作保護條例」，台灣原住民族研究季刊，3卷4期，頁11-46，2010年12月；黃居正、邱盈翠，原住民族傳統智慧創作之歸屬與運用：集體財產管理制度之探討，臺灣社會研究季刊，90期，頁1-42，2013年3月；黃居正、邱盈翠，臺灣原住民族集體同意權之規範與實踐，臺灣民主季刊，12卷3期，頁43-82，2015年9月。

7 如：黃居正、陳曉慧，原住民族傳統智慧創作之合理使用，載：傳統智慧與公共領域：原住民族傳統智慧創作保護論文集，頁161-188，2009年9月；江雅綺、劉博文、王綱，探討原住民族傳統智慧創作保護條例中合理使用條款之適用與突破，世新法學，15卷1期，頁177-243，2021年12月；洪淳琦，原住民族傳統智慧創作保護條例中的「合理使用」原則初探——兼論奇美部落訴原住民族委員會案，月旦法學雜誌，323期，頁99-113，2022年4月；黃晴釩，原住民族傳統智慧創作保護條例中合理使用之認定：以奇美部落案為例，國立臺北科技大學智慧財產權研究所碩士論文，2022年1月。

8 如林三元指出，在現代法律制度建立之前，原住民族傳統智慧創作早已存在，賦予原住民族智慧財產權的保護，與著作權「提供誘因、激勵創作」之考量截然不同。參林三元，原住民族傳統智慧創作專用權，頁195，2013年8



著作權和原住民族傳統智慧創作有什麼差異以外，也可注意他們有什麼有建設性的交集之處（productive link）⁹。第參章討論原創條例如何安排智慧創作人格權下的三個權利：「公開發表權」、「名稱表示權」、及「禁止不當變更權」，來回應原住民族對保護文化免於被誤用的急迫性，並確立智慧創作人格權自身獨有的內涵。第肆章討論智慧創作人格權之憲法基礎，尤其人格權、姓名權與命名權、文化權及身分認同權等四個基本權利。第伍章主張，為落實上述憲法權利，原住民族習慣法，應實質納入智慧創作人格權範圍之判斷標準，形成「以國家法與原住民族習慣法共構的智慧創作人格權」。本文整理目前智慧創作之登記實務，並發現基於原創條例要求，許多與智慧創作文化意義與使用規範相關之習慣法，已藉由法定必備文件「智慧創作說明書」公告。最後，本文探討如何適用參考智慧創作說明書及原住民族習慣法，初步提出更尊重原住民族習慣法之「禁止不當變更權」侵權判斷標準，以平衡權利人與公眾之利益，並能深化憲法尊重多元文化、保護原住民族文化權與文化認同的目標。

月。又如，黃居正、陳曉慧均主張著作權合理使用之邏輯，無法適用於智慧創作人格權，故原創條例中關於合理使用之條款應重新評估，參黃居正，傳統智慧創作與特殊權利——評析「原住民族傳統智慧創作保護條例」，同註6，頁29-31；黃居正、陳曉慧，同前註，頁176-188。

9 Haidy Geismar, *Copyright in Context: Carvings, Carvers, and Commodities in Vanuatu*, 32 AMERICAN ETHNOLOGIST 437, 440 (2008); HAIDY GEISMAR, TREASURED POSSESSIONS: INDIGENOUS INTERVENTIONS INTO CULTURAL AND INTELLECTUAL PROPERTY 64 (2013). 另亦有臺灣學者認為原創條例面對著作權概念，可「同中求異」，參江雅綺、劉博文、王綱，同註7，頁182-195。



貳、著作人格權

一、著作人格權之內涵

著作人格權在著作權最重要的國際公約——伯恩公約中進行約定。至於《與貿易有關之智慧財產權協定》（下稱「TRIPS」），因各國意見不同，尤其是美國較不支持著作人格權概念，最後未把著作人格權的基本保護義務納入TRIPS規範¹⁰。

伯恩公約中的著作人格權，在第6^{bis}條第1項規定為「獨立於作者的經濟權利，甚至在上述經濟權利轉讓之後，作者仍保有要求表示作者姓名的權利，並有權禁止對其著作有任何損其名譽或聲譽之虞的歪曲、割裂或其他更改，或與著作相關之其他貶損行為」¹¹。依據本條文，伯恩公約對著作人格權之內涵，主要承認作者有表明其作者身分之「姓名表示權」（the right of attribution），及禁止損害作者聲譽的歪曲、割裂等之「禁止不當變更權」（the right of integrity）兩種權利。

著作人格權保護期間則依第2項，各會員國至少須保護與著作財產權期滿相當之時間為止，除非在批准或加入伯恩公約時，該會員國法律中已有在作者死後對人格權不予保護的條款，會員國才有

¹⁰ Elizabeth Schere, *Where Is the Morality? Moral Rights in International Intellectual Property and Trade Law*, 41 *FORDHAM INT'L L.J.* 773, 779 (2018); Peter K. Yu, *Moral Rights 2.0*, in *LANDMARK INTELLECTUAL PROPERTY CASES AND THEIR LEGACY: IEEM INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY CONFERENCES* 11, 14 (Christopher Heath & Anselm Kamperman Sanders eds., 2011).

¹¹ Article 6^{bis} (1) of the Berne Convention, "Independently of the author's economic rights, and even after the transfer of the said rights, the author shall have the right to claim authorship of the work and to object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the said work, which would be prejudicial to his honor or reputation."



權規定對人格權在作者死後即不予保護。¹²會員國亦可選擇對著作人格權採永久保護。

臺灣不是伯恩公約會員國，且臺灣有簽署之TRIPS，並未強制會員必須立法保護著作人格權，故對臺灣來說，其實並無國際條約義務，須立法保護著作人格權。然而，臺灣先是參酌日本之著作人格權規定，將保護範圍及保護時間，設定為優於伯恩公約之最低義務。例如，我國對著作人格權採取「永久保護」¹³，期間長於前述伯恩公約第6^{bis}條第2項規定之「會員國至少應給予著作財產權相同保護期間之著作人格權」。另外，伯恩公約未規範之「公開發表權」，我國也承認為著作人格權的一環，目前規定在我國著作權法第15條第1項前段：「著作人就其著作享有公開發表之權利。」亦即著作人對於尚未公開發表的著作，在我國享有決定是否公開發表、及如何公開發表的權利¹⁴。最後，我國也仿效日本，提供較大保護範圍的「同一性保持權」。不過，在1998年著作權法修法時，

¹² Article 6^{bis} (2) of the Berne Convention, “The rights granted to the author in accordance with the preceding paragraph shall, after his death, be maintained, at least until the expiry of the economic rights, and shall be exercisable by the persons or institutions authorized by the legislation of the country where protection is claimed. However, those countries whose legislation, at the moment of their ratification of or accession to this Act, does not provide for the protection after the death of the author of all the rights set out in the preceding paragraph may provide that some of these rights may, after his death, cease to be maintained.”

¹³ 著作權法第18條前段：「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。」有關我國著作人格權仿效日本立法例之討論，以及與伯恩公約規定之著作人格權內涵的異同，參蕭雄淋，著作權法上有關著作人格權修正的若干議題，智慧財產權月刊，185期，頁35-45，2014年5月。

¹⁴ 王怡蘋，公開發表權之保護與限制，國立臺灣大學法學論叢，48卷2期，頁753，2019年6月。



限縮了以維持著作完整性為目標的「同一性保持權」，改參照伯恩公約的立法模式，必須著作之歪曲、割裂、竄改已達「損害作者名譽」程度，始屬於本條權利得主張的範圍，1998年修法後，「同一性保持權」通常改稱為「禁止不當變更權」或「禁止醜化權」¹⁵。

因此，我國現行著作權法中的著作人格權，除了「公開發表權」為伯恩公約所無（內涵如前段所述），兩項權利則與伯恩公約的著作人格權規定相似，目前分別規定於第16條第1項之「姓名表示權」：「著作人於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。著作人就其著作所生之衍生著作，亦有相同之權利。」以及第17條之「作品禁止不當變更權」：「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之內容、形式或名目致損害其名譽之權利。」

著作人格權被認為是受憲法保障之權利。學者王怡蘋認為著作權的財產權與人格權，分屬於憲法第15條財產權及憲法第22條保護範疇¹⁶。蔡明誠大法官則認為，從著作人格權可「保障人格發展自由」的角度，納入憲法人格權之保障範圍¹⁷，肯定著作人格權為憲法第22條保護之基本權。學者陳仲麟認為著作人格權雖為人格權的一種，然可以更直接地由「言論自由／著作自由」中表現自我的性質，作為著作人格權的憲法基礎¹⁸。由此可知，人格權與著作自由

¹⁵ 黃絜，著作人格權中禁止醜化權之研究——以日本法與我國法之比較為中心，國立臺北教育大學人文藝術學院文教法律研究所碩士論文，頁60-66、145，2012年7月；陳仲麟，著作自由作為著作人格權的憲法基礎，東海大學法學研究，34期，頁55，2011年6月；蕭雄淋，同註13，頁40-41。

¹⁶ 王怡蘋，戲謔仿作（Parodie）與著作權保護，智慧財產評論，11卷1期，頁22，2013年6月。

¹⁷ 蔡明誠，智慧權法原理，頁52-53，2023年2月。

¹⁸ 陳仲麟，同註15，頁49-89。



可作為著作人格權之憲法基礎。

二、著作人格權發揮保護著作整體的功能

著作人格權乃將「作品」視為作者本人的遠端延伸¹⁹。藉由著作人格權，作者得維持作品的完整性，以保障作者之名譽和人格。這種維持著作完整性的思考，被認為能稍微緩解著作權法中，有時過度僵化的思想（ideas）與表達（expressions）二元區分原則；使得著作權能完整發揮保護著作「整體」的功能²⁰。

何謂思想與表達二分原則？為何有時思想與表達二分原則，在保護著作權上略顯僵化？思想與表達二分原則，在美國聯邦最高法院1954年的Mazer v. Stein案²¹中，簡要的表達了其內涵：「與專利權不同，著作權不賦予公開的技術思想專有權；著作權僅保護思想的表達，而非思想本身」²²。TRIPS第9條第2項也肯定思想與表達二分原則：「著作權應保護表達，而非思想、程序、操作方法或數學概念本身」，所有WTO會員均應遵循此原則，以平衡作者獨占權利、與知識共享流通的公共利益。

我國明文在著作權法中加入思想與表達二分原則，是為因應加入WTO之進程，1998年才依據TRIPS規範，通過著作權法第10條之1：「依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及

¹⁹ K. E. GOVER, ART AND AUTHORITY: MORAL RIGHTS AND MEANING IN CONTEMPORARY VISUAL ART 1 (2021).

²⁰ Rikki Sapolich, *When Less Isn't More: Illustrating the Appeal of a Moral Rights Model of Copyright Through a Study of Minimalist Art*, 47 IDEA: THE INTELLECTUAL PROPERTY L. REV. 453, 491 (2006).

²¹ Mazer v. Stein, 347 US 201 (1954).

²² 'Unlike a patent, a copyright gives no exclusive right to the art disclosed; protection is given only to the expression of the idea—not the idea itself.' 347 US at 217.



於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」本條在行政院草案版本中並沒有出現，而是朝野協商時新加入之條文，協商結論說明為：「本條為著作權法之基本法理，亦為與貿易有關之智慧財產權協定（TRIPS）第9條第2項所明文規定，爰增訂如上」²³。

雖說僅保護表達、不保護思想的二分法，現在被當作著作權法之基本法理，但根據學者Richard Jones之批評，思想與表達不可能截然二分，因為現實中根本沒有所謂「不經表達的思想」（*expressionless idea*）及「沒有思想的表達」（*idealess expression*）²⁴。在早期美國法院的案例中，思想和表達都被視為「作者的智慧創作」（*intellectual creations*）²⁵，法院在判斷是否得以受著作權法保護的基準，是取決於作品中的是否具備足夠的「原創性」（*originality*）與「創作性」（*creativity*），而非依賴思想與表達之間這種人為的區分²⁶。另外，學者Akbar Ismanjanov也指出，著作權法要保護「創作性」，又說只保護「表達」，兩者其實常常矛盾，因為「思想」經常才是「創作性」的來源²⁷。

基於保護「創作性」及保護「表達」的矛盾，著作人格權較偏重保護作品不被割裂、歪曲的「整體保護」特性，在某些藝術領域中，反而漸漸受到注意，有時重要的程度超過著作財產權。例如，

²³ 立法院公報，第86卷第35期，院會紀錄，頁48-49。

²⁴ Richard H. Jones, *The Myth of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law*, 10 PACE L. REV. 551, 553 (1990).

²⁵ *Id.* at 554.

²⁶ *Id.* at 598; Akbar Ismanjanov, *Creativity Oriented Originality in Non-Protection of Ideas: Inter-Compliance of Originality and Idea-Expression Dichotomy*, 5 INTEL. PROP. RIGHTS. 191, 192-94 (2017).

²⁷ Ismanjanov, *id.* at 191.



Rikki Sapolich主張，著作人格權才能保護極簡主義藝術家的權益；極簡藝術、觀念藝術等創作者，其作品的特殊性及創作性，多來自於抽象的思想概念，而不是表達；而著作人格權聚焦於防範藝術的「整體」本質是否被歪曲變更等，不會嚴格區分思想與表達，更適合保護現代藝術²⁸。

另外，在舞蹈創作領域，許多編舞家最希望他們藉由舞蹈表達的獨特藝術宣言（artistic statement）受到保護，而不是在意該舞作能獲取什麼經濟利益，因此他們常在意著作人格權超過著作財產權²⁹。編舞家要求舞蹈著作重現必須經過「授權使用」，除了維護其經濟利益外，更主要是要求舞碼的呈現，必須在原編舞家或其授權之人的指導監督之下進行，以確保舞作的藝術理念未被歪曲或變更³⁰。

著作人格權這種保護整體創作的完整性，以及原著作人希望藉著作權之授權，獲得監督授權後的作品之權限，都與擁有傳統智慧創作的原住民族或部落的想法相似。沒有為原住民族創設特別權利的澳洲，曾研議在著作權法中，加入原住民族集體著作人格權（Indigenous Communal Moral Rights Bill 2003）³¹。當時提倡修法者對於提倡集體人格權模式的理由亦為：「著作權不保護風格、方法或思想，但原住民族對其文化的風格、形象常有需要保護之需

²⁸ Sapolich, *supra* note 20, at 491.

²⁹ Francis Yeoh, *Choreographers' Moral Right of Integrity*, 8 J. OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW & PRACTICE 43, 44 (2013).

³⁰ *Id.* at 46.

³¹ Rimmer, *supra* note 4; Anderson, *Indigenous Communal Moral Rights: The Utility of an Ineffective Law*, *supra* note 4; Anderson, *The Politics of Indigenous Knowledge: Australia's Proposed Communal Moral Rights Bill*, *supra* note 4, at 596-97.



求」³²。故可知著作人格權一直都是維護創作中抽象風格、思想、方法，較為可能的法律工具。

在臺灣我們不需類推著作權法中的著作人格權，因為原創條例已立法創設之「智慧創作人格權」，便可像著作人格權一樣，發揮保護創作整體之功能，回應原住民維持文化完整性迫切需求；以維護傳統智慧創作背後，專屬於民族或部落的「整體世界觀」（holistic worldview）³³。另外，即使他人未事前經由著作權人授權之使用，被判定屬於「合理使用」的範圍；或者即使已經原著作權人授權進行重製、改作，也不能就此免除著作人格權所賦予的表示姓名、不當變更禁止等使用義務³⁴；原創條例的邏輯也應為如此³⁵，以確保專用權人對其智慧創作基本的文化控制權。最後，著作人格權與智慧創作人格權，雖然分屬不同法律、立法目的不同，但就作品作為創作者的延伸，使作品獲得更整全保護的目標，有互相參考之處，因此，就智慧創作人格權與著作人格權均包含的三個權利：公開發表權、禁止不當變更權、姓名表示權，由於著作權已經累積較多判決及學說，亦可依其性質判斷，思考是否有豐富智慧

³² Rupert Myer, Report of the Contemporary Visual Arts and Craft Inquiry, DEPARTMENT OF COM., INFO. TECH. AND THE ARTS (AUSTRALIA) 151 (2002), available at <https://apo.org.au/node/140716> (last visited: 2023.08.25).

³³ Natalie Stoianoff & Evana Wright, *Fair Use and Traditional Cultural Expressions*, in MAKING COPYRIGHT WORK FOR THE ASIAN PACIFIC: JUXTAPOSING HARMONISATION WITH FLEXIBILITY 75, 77 (Susan Corbett & Jessica Lai eds., 2018).

³⁴ 王怡蘋，同註16，頁25；張郁齡，原住民文創產業「創作端」之取樣授權問題研究，台灣原住民族研究季刊，7卷4期，頁10-11，2014年12月。

³⁵ 原創條例第16條關於合理使用的條款，與著作權法邏輯相同，應為智慧創作財產權之限制，不及於智慧創作人格權之論述，參林三元，同註8，頁236；馬鈺婷，從財產權理論看我國原住民族傳統智慧創作之審查實務，國立陽明交通大學科技法律研究所碩士論文，頁25-27，2019年1月；江雅綺、劉博文、王綱，同註7，頁195-202。詳細分析，可參本文第五章第二節論述。



創作人格權判準的可能。以上均為本文前言中所稱之「智慧創作人格權與著作人格權建設性交集之處」。

除了作品完整性的維護與對作者人格的保障外，著作人格權在臺灣、日本、法國均提供永久保護的權利³⁶，也使得大眾或可更理解原住民族傳統智慧創作這個代代相傳、需永久保護的權利。著作人格權的永久保護的正當性，在法國法中為保護「文化公益」，以「避免著作內容被後人任意掠奪、扭曲、以至於歷史失真，此保護的永久性，實具有保護文化的共同歷史記憶之重要性」³⁷。如果個人之作品，所承載之歷史重量及公益性，就足以正當化著作人格權永久保護的規定，則原本就是代代相傳、不斷隨時代變化的原住民族集體智慧創作，再基於當代原住民族文化之延續，亟需受承認及保護，以糾正殖民政策的錯誤等考量，應更有正當理由值得法律永久保護。從兩種人格權的共同關注目標出發，以下第參章再就智慧創作人格權的獨特內涵進行分析。

參、原住民族傳統智慧創作人格權

「智慧創作人格權」一詞，先前未曾出現在其他立法中，第一次「就特殊原住民族傳統智慧創作，明文承認……智慧人格權」者³⁸，就是在原創條例。原創條例的「智慧創作人格權」，借用了著作人格權的體例與詞彙³⁹，同樣有類似著作人格權中公開發表

³⁶ 陳思廷，同註2，頁199-200。

³⁷ 陳思廷，同註2，頁224。

³⁸ 蔡明誠，同註17，頁14。

³⁹ 原創條例第10條第2項智慧人格權之立法理由：「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、名稱表示權以及禁止不當改變權（或稱同一性保持權），以充分保護智慧創作之權益。」參立法院議案關係文書，院總第1722號政府提案第10043號，頁



權、姓名表示權與禁止不當變更權三種細項權利的規範，詳參原創條例第10條第2項：「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。」

然而，雖原創條例與著作權法中均使用「人格權」(moral rights)一詞，且人格權下包含的公開發表權、姓名表示權、禁止不當變更權，權利名稱近乎相同，也可能追求某些特定相似的目標，已如第貳章所述；但其權利內涵在實踐上，也應注意其差異。

首先，因為著作權法與原創條例立法目的相當不同，著作權法保護著作人之著作權益以外，也隨時注意如何調和、平衡公共利益⁴⁰；而原創條例的立法目的，則是為了保護原住民族傳統智慧創作，扭轉過去主流文化隨意取用、歪曲之情況，以促進原住民族文化未來發展⁴¹，立法目的中並未再提及保護原住民族文化時，還要隨時考慮、平衡「公共」利益——畢竟公共利益在此常屬於主流強勢文化之利益，過度考慮主流公共文化，對於原住民族文化保護反而不足⁴²。立法目的的差異，可能會影響到不同法律中之人格權範

政55，2005年3月4日，<https://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lgmeetimage?cfc9cfcecfcdcfcec5ccccc8d2cccbbb>，最後瀏覽日：2023年8月25日。

⁴⁰ 著作權法第1條：「為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，特制定本法。本法未規定者，適用其他法律之規定。」

⁴¹ 原創條例第1條：「為保護原住民族之傳統智慧創作（以下簡稱智慧創作），促進原住民族文化發展，依原住民族基本法第十三條之規定，制定本條例。」

⁴² 著作權法與原創條例之立法目的比較，參洪淳琦，同註7，頁104。



圍之判斷。

另外，著作權雖有共同著作⁴³、共有著作權⁴⁴、或由法人擁有著作權⁴⁵之情形，但其權利均是建立在私有財產權的邏輯基礎上。但原創條例的智慧創作專用權為集體權，由原住民族或部落集體行使權利⁴⁶，即使部落的人員因為生死、婚姻、遷徙而改變，原住民族或部落作為一個整體，仍是原創條例之權利人。原創條例除了保護原住民族集體的經濟權利外⁴⁷，並以傳統智慧創作人格權，保障集體性的創作人格權。不過，這種前所未有的，建基於集體權中的「人格權」概念，並細分為公開發表權、名稱表示權、禁止不當變更權這三種權利，究竟如何正確理解與應用？本章就此三種權利的法定意涵，分點探討。

⁴³ 著作權法第8條：「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。」

⁴⁴ 著作權法第36條第1項：「著作財產權得全部或部分讓與他人或與他人共有。」

⁴⁵ 著作權法第33條：「法人為著作人之著作，其著作財產權存續至其著作公開發表後五十年。但著作在創作完成時起算五十年內未公開發表者，其著作財產權存續至創作完成時起五十年。」法人因被擬制為人，而擁有著作權，著作權仍屬私有財產之範疇。

⁴⁶ 然各族群及部落集體行使權利之方式，會依據傳統習慣法而有所不同，參黃居正、邱盈翠，臺灣原住民族集體同意權之規範與實踐，同註6，頁65-74。

⁴⁷ 王泰升教授認為：「2007年制定《原住民族傳統智慧創作保護條例》，確認了『原住民族傳統智慧創作專用權利』的集體性權利，等於是保障其傳統文化的經濟價值。」參王泰升，台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、地域與法文化，國立臺灣大學法學論叢，44卷4期，頁1684，2015年12月。當然，原創條例除了保障經濟價值外，也追求原住民族傳統文化的非經濟面向、維護文化整全發展的價值。



一、公開發表權

原住民族傳統智慧創作保護條例描述公開發表權為：「就其智慧創作專有公開發表之創作人格權」。此公開發表權，在內容上與著作人格權中的公開發表權應相似，由專用權人決定是否公開發表、或如何公開發表，但在執行面上有兩個不同之處。一個是許多流傳已久的原住民族智慧創作早已公開，當代原住民族成員，無法主張第一次公開發表之權利。第二個是由於智慧創作專用權採取登記保護主義，故登記、公告專用權等行政程序本身的公開性，可能會影響到專用權人之公開發表權。

針對上述因登記程序造成的智慧創作公開問題，目前原住民族傳統智慧創作保護實施辦法，設有可不必完全公開智慧創作內容的登記制度。依原住民族傳統智慧創作保護實施辦法第11條規定，傳統智慧創作保密或公開與否，基本上得交由傳統智慧創作專用權人，根據民族或部落的習慣法來自行決定，如申請登記之專用權人認定不宜公開者，雖我國對傳統智慧創作之保護採登記後公開的制度，但申請人經敘明不得公開的理由後，仍得選擇不公開，並不影響其取得專用權⁴⁸。或者，申請人也可以選擇不必完全公開其傳統智慧創作，僅公開部分內容，如賽夏族於申請paSta'ay巴斯達隘（矮靈祭）時，就文字敘述祭典流程、祭旗、肩旗的照片、祭歌的曲譜與錄音全部公開，但由於祭典本身強烈的神聖性，列為登記附件一到附件三的祭典全程錄影檔，便沒有對公眾公開，必須另外向賽夏族申請授權觀看或利用⁴⁹。

⁴⁸ 原住民族傳統智慧創作保護實施辦法第11條：「智慧創作說明書應載明下列事項：……四與智慧創作申請人社會脈絡密切相關，不宜公開之理由。」

⁴⁹ 參賽夏族，paSta'ay巴斯達隘（矮靈祭）之申請說明書，頁28，<https://www.titip.cip.gov.tw/public/order/1050711000044/text/%E7%94%B3%E8%AB%8B%E6>



二、名稱表示權

原創條例第10條規定中的名稱表示權，是指專用權人就其智慧創作，「專有表示專用權人名稱之創作人格權」。專用權人的名稱，可能為原住民族或部落⁵⁰，亦可能是原住民族部落中的家族⁵¹。如果與著作權的姓名表示權相比較，專用權人之名稱表示權，沒有包含著作人可依著作權法第16條第1項，「使用別名或不具名」的權利，另外也沒有留下著作權法第16條第4項：「依著作利用之目的及方法，於著作人之利益無損害之虞，且不違反社會使用慣例者，得省略著作人之姓名或名稱」之例外規定。立法者限縮專用權人的名稱得不被其他使用人提起的例外情況，甚至限縮專用權人自己使用別名或不具名之權利，應是為了矯正過去各種引述、使用原住民族傳統文化元素時，常忽略標示出於哪個部落或民族的情況。

名稱表示權對於傳統智慧創作的持有民族或部落而言非常重要。它是確保傳統智慧創作在被使用、改作或其他利用時，大家都記得到底是哪個原住民族、或部落提供了這些寶貴的文化資產。

%9B%B8%E8%A1%A8-1050711000044-paSta%E2%80%99ay%E5%B7%B4%E6%96%AF%E9%81%94%E9%9A%98%EF%BC%88%E7%9F%AE%E9%9D%88%E7%A5%AD%EF%BC%89.pdf，最後瀏覽日：2023年8月25日。

50 原創條例第6條第2項前段：「前項申請人以原住民族或部落為限，並應選任代表人為之。」

51 在智慧創作登記實務中，逐漸產生註記由家族為主體的專用權人，如排灣族佳平部落金祿勒家族申請祖靈主柱與祖靈側柱（證號：排EG000044、排EG000043）；排灣族望嘉部落嘉羅英岸家族登記「祖靈雙面石雕柱」（證號：排EG000022）、排灣族巴格達外家族登記其家族歌（證號：排D000069）。所有已登記公告之原住民族傳統智慧創作資料可參原住民族傳統智慧創作保護資訊網，<https://www.titic.cip.gov.tw/>，最後瀏覽日：2023年8月25日。



釐清文化的歸屬者，或許是原住民族讓世界瞭解其文化成果及相關習慣法的第一步。

在臺灣原住民族登記傳統智慧創作的過程中，藉由「表示專用權人是誰」來確保「被外界記得」，常是原住民族想要登記取得專用權之動機。以下對話是個很好的例子，讓我們看到排灣族巴格達外（Pakedavai）家族的耆老與較年輕的家族成員，在討論要不要申請登記巴格達外家族的傳統智慧創作時，年輕家族成員是如何回答耆老的疑問。這些對話也直指名稱表示權可以支持原住民族、部落或家族之文化「被外界記得」之重要功能：

耆老問：「這些東西本來就是屬於巴格達外的。為什麼我們還要向別人解釋、申請呢？」

年輕與中生代成員回答：「但是我們從來沒有主動、完整地向外界敘述我們石板屋中的故事。如此下去，總有一天巴格達外會被遺忘，再也沒有人知道這些東西是我們的了⁵²。」

希望被記得、不願被遺忘，乃巴格達外家族決定登記專用權的重要動機。名稱表示權加強傳統智慧創作之「來源」的標註義務，在複製門檻非常低的現代社會中，更加重要。要求表示專用權人名稱，並且決定以何種方式展現專用權人名稱，都是名稱表示權的重點。

三、禁止不當變更權

本權利在國際條約中通常原文為「right of integrity」⁵³，原文

⁵² 邱盈翠、包梅芳、達比利決·阿利夫，「原住民族傳統智慧創作保護條例」與身分性文化敘述：排灣族巴格達外（Pakedavai）家族之實踐，台灣原住民族研究季刊，8卷1期，頁10，2015年7月。

⁵³ WIPO草案條款，第5條備選方案2明文規定為：權利人擁有「表示姓名的人格權」以及「請求使用智慧創作時，以尊重智慧創作完整性（integrity）方式為



相當明確表達其權利內涵，就是確保創作之整全性、完整性。維護傳統智慧創作的完整性的方法，可藉原創條例第10條第2項第2款「禁止不當變更權」之規定來落實：專用權人將「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」。

我們可以先藉由比較著作人格權的概念，來瞭解原創條例的禁止不當變更權的內涵。著作人格權中的禁止不當變更權，預設作者與作品不可分的關係，藉由確保著作的完整性（*integrity*），避免創作者在該作品上所展現的人格和名譽受損。「*Integrity*」這個字在劍橋大學美語字典中有兩個意思，一個是道德上、人格上的誠信（*the quality of being honest and having strong moral principles*）；二是指整體、全體（*wholeness and unity*）。這兩個意思相當恰好的包含著作人格權中的*right of integrity*：作者的人格誠信，與保全作品的「整體完整」，可謂一體兩面的字義⁵⁴。

同樣的邏輯，應用在原創條例中的禁止不當變更權上，這個權利也預設原住民族與其傳統智慧創作之間不可分的緊密關係，藉由防止外界不當挪用、扭曲或呈現原住民族文化表達，避免原住民族的集體人格以及文化的整全性（*cultural integrity*）受損⁵⁵。保障原

之的人格權」。原文為：Section 5.1, Alt. 2, (a) ii. “Beneficiaries have the moral right of attribution and the moral right to the use of their traditional cultural expressions in a manner that respects the integrity of such traditional cultural expressions.” See the Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles, Rev. (September 16, 2022), WIPO/GRTKF/IC/45/5, Annex, page 11.

⁵⁴ Cambridge Dictionary, *Integrity* (in AMERICAN DICTIONARY), available at <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/integrity?q=Integrity> (last visited: 2023.08.25).

⁵⁵ 尊重原住民族文化價值、實踐整全性，是國際勞工組織第169號公約第5條第(b)項所宣示之精神：「原住民族文化價值、實踐與機制的整全性，應予尊



住民族的尊嚴，與保護原住民族文化整全性，其一體兩面的內涵，也在WIPO草案條款中被揭示。該條款前言指出，保護傳統智慧創作的目的，便是尊重傳統智慧創作，以及維繫這些傳統智慧創作之「傳統智慧創作擁有者的尊嚴」、「文化整全性」、及神聖價值⁵⁶。學者Brigitte Vézina也強調藉由禁止不當變更權，保護傳統智慧創作「整體性」的重要，畢竟「維持傳統智慧創作完整（integrity）、脈絡（context）和整體本質（holistic essence），才是能正確表現原住民族文化的基礎」⁵⁷。

原創條例的禁止不當變更權，確實是保持原住民族集體文化完整發展的法律工具之一，用以要求外界謹慎對待原族民族文化，否則依據過去的經驗，原住民族的傳統智慧創作，常被矮化、冒犯、褻瀆或甚至直接滅絕⁵⁸。「保護傳統知識及智慧創作之太平洋模範法綱要規則」（Guidelines for developing national legislation for the protection of traditional knowledge and expressions of culture based on the Pacific Model Law 2002）也強調，藉由人格權保護模式保護原

重。」參Indigenous and Tribal Peoples Convention, ILO Convention 169 (1989), Article 5(b): “the integrity of the values, practices and institutions of these peoples shall be respected.”

⁵⁶ The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles, Rev. (September 16, 2022), Preamble 7, “Promoting respect for traditional cultural expressions, and for the dignity, cultural integrity and spiritual values of the traditional cultural expression holders who maintain those expressions.” WIPO/GRTKF/IC/45/5, Annex, page 2.

⁵⁷ “Maintaining the overall integrity, context and holistic essence of TCEs is fundamental for the proper representation of Indigenous cultures.” See Vézina, *supra* note 4, at 8.

⁵⁸ Alberto Vargas, *WIPO’s Proposed Treatment of Sacred Traditional Cultural Expressions as a Distinct Form of Intellectual Property*, 23 CHICAGO J. OF INT’L L. 235, 264-70 (2022).



住民族傳統智慧創作，主要可「透過防止歪曲、改變或錯誤呈現傳統智慧創作者之作品，化解原住民族對外界不正使用原住民族文化表達的焦慮」⁵⁹。

綜上所述，「公開發表權」支持原住民族可依其習慣法，自行決定是否公開受保護的傳統智慧創作、以及何時公開該智慧創作。「名稱表示權」，將專用權人如何表示其名稱，劃歸為原住民族得依其慣習自行決定之權利，他人在利用原住民族文化成果時，不得隨意抹除原貢獻者。最後，「禁止不當變更權」，使原住民族擁有主動排除歪曲、竄改、或不當呈現原住民族文化的權利，以免文化的整全性、以及原住民族集體的人格尊嚴被同時破壞。

理解智慧創作人格權之基本內涵後，本文下一步將釐清智慧創作人格權的憲法基礎。如同著作人格權可被憲法第22條人格權所涵蓋，智慧創作人格權的豐富內涵，也至少被憲法第22條所保障的四個權利所支持。究竟憲法基本權如何支持智慧創作人格權的存在基礎？而智慧創作人格權的落實，又是否能強化憲法某些基本權的落實？將在下一章進行闡述。

肆、智慧創作人格權的憲法基礎

學者Terri Janke指出，原住民族禁止外界不當變更其傳統智慧創作；或要求他人利用時，應表示來源部落的名稱等主張，應為基

⁵⁹ “The integrity right that protects the reputation of creators may address anxiety over inappropriate use of expressions of culture by preventing distortion, alteration or misrepresentation of creators’ works.” Secretariat of The Pacific Community, Guidelines for Developing National Legislation for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture Based on the Pacific Model Law 2002, 9 (2006), available at <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/spc/spc001en.pdf> (last visited: 2023.08.25).



本人權⁶⁰。同樣的，在臺灣憲法脈絡下，智慧創作人格權的主張，也應為我國憲法基本人權內涵所支持。在過去的研究中，多位學者已建構憲法上「原住民族特別權利體系」、及國際人權法上第三代人權——即集體權之理念，來探討智慧創作專用權整體之憲法基礎，相當值得參考⁶¹。然而，目前釋憲實務並未能完全肯認原住民族特別權利、平行主權的地位，亦是無奈的事實。本文試圖另循途徑，以目前釋憲實務上所肯認的個別憲法權利作為基準，集中探討「智慧創作人格權」之憲法依據。以目前尚有缺憾的釋憲實務為基礎，也己能提供法院判斷原住民族智慧創作人格權範圍時，一定的憲法依據。

依照原創條例，智慧創作人格權與智慧創作財產權，均由原住民族或部落集體行使，例如：專用權人必須登記為部落、民族、或全體原住民族⁶²，該專用權之使用收益，均必須以原住民族或部落

60 Janke, *supra* note 4. (“The right to protect integrity and to be attributed for cultural material is a human right.”)

61 黃居正，傳統智慧創作與特殊權利——評析「原住民族傳統智慧創作保護條例」，同註6，頁12-14；黃居正、邱盈翠，臺灣原住民族集體同意權之規範與實踐，同註6，頁45-48；林孟玲，智慧創作專用權之性質與使用倫理，科技法學評論，12卷1期，頁196-201，2015年6月。

62 參原創條例第6條第2項：「前項申請人以原住民族或部落為限，並應選任代表人為之……」；原創條例第7條另規定由申請人與其他特定民族或部落，或全體原住民族取得專用權的情形：「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。」



之共同利益為目的⁶³等，均顯見在法律層次上，我國立法者已率先承認智慧創作人格權、智慧創作財產權為「集體權」，實具有劃時代的意義。

不過相比之下，在憲法層次，我國大法官直到2022年的111年憲判字第17號判決，宣示憲法保障「原住民族身分認同權」後，才開始承認原住民族憲法權利上的集體權面向⁶⁴；而憲法上集體性質之「文化權」，或集體性質之「人格權」，都尚無機會獲得大法官完整承認。不過，大法官肯定之憲法保障的人格權、姓名權與命名權、文化權，雖然目前大多只論及個人權利的層次，但究其性質，仍與原住民族智慧創作人格權之內涵相關，得成為智慧創作人格權之憲法基礎。以下先就憲法解釋中，個人權利與集體權利的論證模式進行簡要說明，再個別探討人格權、姓名權與命名權、文化權、身分暨文化認同權，如何能成為智慧創作人格權的憲法基礎。

一、個人權與集體權的關聯性與論證模式

本文對智慧創作人格權憲法基礎的探究，同時參照已被釋憲實務肯定的個人權利及集體權利，因為憲法上的個人權利，如合適者，亦可能作為原住民族文化集體權之論理基礎。知名法哲學家 Joseph Raz 指出：性質適合的個人權利，可作為集體權的哲學基礎，因為個人權利常預設能促進共善，集體權利與個人權利常追求相同的目標⁶⁵。追求群體共同利益的、個別之個人權利，集合在一起之後，可能會產生新的集體權；如同多元文化主義學者 Will

⁶³ 原創條例第14條：「智慧創作專用權依第七條第一款或第二款規定為原住民族或部落取得者，其智慧創作之收入，應以原住民族或部落利益為目的，設立共同基金；其收支、保管及運用辦法，由主管機關另定之。」

⁶⁴ 本判決之分析，參本章第五節。

⁶⁵ Joseph Raz, *Rights and Politics*, 71 IND. L.J. 27, 31-34 (1995).



Kymlicka所言，集體權之承認，常是因為可以確保群體內成員之「個人自由」，而得以有存在之正當性⁶⁶。

個人與集體的權利從來都並非截然對立的概念。事實上，從個人權利出發，推論後續集體權利存在的正當性，是在西方自由主義憲法架構下，常見且更容易被接受的權利解釋方式。除了憲法，物權法之「共有」類型，也常從個人的概念出發，解釋集體共有權利。例如學者吳豪人認為，原住民族集體權利，可參酌歷史上日耳曼法、以及勞工法先驅學者Otto von Gierke的「總有」(Gesenteigentim)概念。在此概念下，法人團體並非「法的擬制」，而是「實在的總和人」(Reale-Gesamtperson)，也就是「與自然人相同的真正、實在的人」。而總有概念，則是這種「實在的總和人」的所有權結構之法解釋⁶⁷。依此見解，原住民族或部落，應可以想像以一個一個活生生的實在人，組合成「實在的總和人」之法律主體。

我國大法官亦常從保障個人權利的路徑，來推導後續涉及非法人團體或法人之集體性質權利⁶⁸。例如司法院釋字第479號，從個別社團成員之結社自由，肯定社團自我決定名稱之姓名權⁶⁹；或者司法院釋字第573號，從肯定個人宗教自由出發，肯定寺廟作為落實人民信仰宗教自由之團體，因此寺廟之財產權應受保護⁷⁰。當

⁶⁶ 如Kymlicka認為，集體文化權能確保文化群體中每個人的個人自由，因此應予承認。參WILL KYMLICKA, *MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS* 75 (1995).

⁶⁷ 吳豪人，日治時期的祭祀公業——臣民與帝國之間的「絕緣體」？，輔仁法學，50期，頁129-130，2015年12月。

⁶⁸ 陳仲嶸，反思私法人的憲法權利地位，國立臺灣大學法學論叢，51卷3期，頁629，2022年9月。

⁶⁹ 同前註，頁627-628。此號解釋將於後續第三節有更多分析。

⁷⁰ 陳仲嶸，同註68，頁628。



然，非法人團體或法人之集體，與原住民族的集體概念仍不盡相同，然而到了111年憲判字第17號，大法官也從保障個別原住民的人性尊嚴的角度出發，承認了原住民族集體之身分認同權。

由上述可知，個人權利和集體權利，經常可以作為「互相支援」的權利⁷¹。當然，兩者雖經常互相支援，有時也可能產生個人權與集體權衝突；但權利衝突乃為常態，因為即便沒有集體權，不同的個人基本權利衝突也不會比較少見⁷²，所以理論上不會因集體權與個人權會產生衝突，就否定兩者互相補充或並存的可能。更有學者認為，傳統智慧創作的集體權，較不會發生個人與集體權利衝突之問題，因為智慧創作專用權是將原本屬於部落之文化表達財產化，權利自然歸屬於原住民族或部落，對個別原住民之基本權並無侵害可言；況且，落實智慧創作專用權，可提高原住民族自治能力，也才能真正提升原住民作為權利主體的法律上地位⁷³，個人與群體權利乃相輔相成。

我國憲法確實應可支持發展原住民族文化相關權利之集體權性質。憲法增修條文第10條第10項肯定我國為多元文化之國家，並積極維護「原住民族語言及文化」；同條12項也已明白提及國家應積極保障原住民「族」之文化發展。我國憲法法庭111年憲判字第17號更明揭：「憲法係明文肯認臺灣原住民族文化，所以特予保護，並係為維護其至今仍存續之語言、習俗、傳統等文化特徵等，且進

⁷¹ JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 193-216 (1988); Peter Jones, *Group Rights*, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY 8 (Edward N. Zalta & Uri Nodelman eds., 2022), available at <https://plato.stanford.edu/archives/fall2022/entries/rights-group/> (last visited: 2023.10.30).

⁷² JEREMY WALDRON, LIBERAL RIGHTS: COLLECTED PAPERS 1981-1991, at 203-04 (1993).

⁷³ 林三元，同註8，頁231。



而督促國家擔負積極維護及發展責任」⁷⁴。另外基於國際原住民族權利與學說之發展，學者主張原住民族與臺灣為平等主權之政治關係，應以原住民族歷史正義與轉型正義為基礎，肯定原住民族集體權利⁷⁵。可見釋憲實務的後續進展，會有更多原住民族集體權的面向被肯定（詳參本章第四節文化權之分析）。但即使尚未到達這程度，以肯定原住民個人權利出發的我國諸多憲法解釋，仍可能作為釐清原住民族智慧創作人格權的憲法基礎。

思考智慧創作人格權的三種權利與憲法基本權利的關係，可能會發現：智慧創作人格權中的「公開發表權」，乃由專用權人決定是否公開其創作，攸關自我決定，至少與憲法第22條保障之人格權相關。智慧創作人格權的「名稱表示權」，似與大法官明白肯認之憲法第22條保障的人格權與姓名權相關。最後，「禁止不當變更權」保護原住民族文化的整全性，也應與憲法法庭肯定的原住民（族）的文化權、身分認同權有所連結，再來本文便依照釋憲實務發展之順序，分析這幾個候選的憲法權利。為促進理解，以下有時也會以讀者較熟悉的「著作人格權」作為對照之對象，藉此說明智慧創作人格權之內涵。

二、人格權與人性尊嚴

憲法法庭111年憲判字第4號判決理由書，特別強調原住民的人性尊嚴及人格權，乃是論述原住民之身分認同權的基礎：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值，人

⁷⁴ 參111憲判字第17號解釋理由書，第36段。文化權的集體權面向之未來發展，另可參本章第五節分析。

⁷⁵ 蔡志偉，從「王光祿釋憲案」論原住民族狩獵文化權利的憲法保障，國立臺灣大學法學論叢，51卷3期，頁703-713，2022年9月。



格權作為個人人格的基礎，乃為不可或缺之基本權利，而為憲法第22條所保障之基本人權之一」。另外，更強調「人格權保護的是特定人之身分、資格及能力，暨以此所衍生出之諸多與人不可分離之社會利益。」

如先從著作人格權進行思考，學者通常認為「著作人格權」之憲法基礎為憲法第22條之人格權⁷⁶。如參照上述憲法法庭111年憲判字第4號判決理由書，因為著作人格權將「創作」與著作人的身分、資格、能力深刻聯繫起來，並強調其「不可分離」的社會利益，確實與憲法人格權的概念相符。著作人格權甚至比一般民法上的人格權保護的時間更久，一般人格權會因權利主體的死亡而消滅，但著作人的人格權，因為依附著不會滅失的作品本身，包含我國在內的不少國家，均將著作人格權設定為永久保護的權利，均展現法律試圖保護著作人人格與著作本身的深刻連結性⁷⁷。

原住民族智慧創作人格權，即便在釋憲機關尚未承認原住民族集體權之前，也已可類推著作人格權的概念，從憲法保障之人格權中找到憲法基礎。原住民族的傳統智慧創作，其創作者常不是某個單一個人，創作的時間點也常不是特定的某個時點，但並非就變成「沒有著作人」的作品，也不可以認定為因此沒有任何著作人的人格權需要保護。相反的，原住民族傳統智慧創作是超越時間空間的集體創作，可以說是有無數個著作人協作的成果⁷⁸。這些傳統智慧創作由代代相傳的創作者、守護者、傳承者、改良者，依循傳統慣

⁷⁶ 王怡蘋，同註16，頁22；蔡明誠，同註17，頁52-53。

⁷⁷ 陳思廷，同註2，頁201-202。

⁷⁸ Shun-Ling Chen, *Collaborative Authorship: From Folklore to the Wikiborg*, 2011 J. OF LAW, TECHNOLOGY AND POLICY 131, 150-57 (2011); DANIELA SIMONE, COPYRIGHT AND COLLECTIVE AUTHORSHIP: LOCATING THE AUTHORS OF COLLABORATIVE WORK 130 (2019).



習，貢獻自己的心力，守護智慧創作所形成；原創條例立法理由亦已明揭，原住民族傳統智慧創作成果並非僵固不動的傳統，而是還在演變的集體的文化表達⁷⁹。原住民族或部落中無數的創作者與傳承者，扮演部落整體文化「守護者」⁸⁰或「受託人」⁸¹，無數個別的人格依循習慣法，累積展現在集體傳統智慧創作上，憲法應有承認並保護這些守護者之人格權之空間，並承認其「創作」與這些跨越世代的「創作者／守護者們」不可分離的聯繫。

澳洲聯邦法院（Federal Court of Australia）1994年的Milpururru and Others v Indofurn Pty Ltd and Others⁸²一案，認定重製原住民族傳統智慧創作的行為，在侵害個別貢獻成員之人格權時，亦同時侵害集體部落文化傳統及整體文化環境，可供論證個別成員權利與部落整體權利的參考。在此案中，Indofurn公司未經屬於部落成員的圖像創作者同意，也未經部落集體同意，就將描繪部落神聖敘事、傳統領域、及夢境的神聖圖案，委託越南製造商，製成可供任何人日常使用的地毯進口澳洲⁸³。

⁷⁹ 原創條例草案第3條立法理由：「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。」參立法院議案關係文書，同註39，頁政54。至於原住民族傳統的流動、發展、混雜性分析，可參洪淳琦，作為混雜性（Hybridity）的傳統：以Homi Bhabha的後殖民觀點論原住民族傳統智慧創作保護條例，國立臺灣大學法學論叢，50卷1期，頁36-42，2021年3月。

⁸⁰ SIMONE, *supra* note 78, at 127.

⁸¹ 林孟玲，同註61，頁209-210。

⁸² George Milpururru, Banduk Marika, Tim Payunka and the Public Trustee of the Northern Territory v Indofurn Pty Ltd, Brian Alexander Bethune, George Raymond King and Robert James Rylands, Cth (1994) FCA 1544, available at <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/FCA/1994/1544.html> (last visited: 2023.11.03).

⁸³ 這些個別成員依部落傳統文化所製作的作品，部分被澳洲國家藝廊或國立澳



澳洲聯邦法院認為，Indofurn公司未經個別創作者或部落的授權，且未遵守部落規範便使用這些神聖的圖案，造成部落集體文化極大的傷害⁸⁴。另外，就個別圖像創作者們而言，除了著作權侵權問題外，一方面本事件讓個別創作者無法善盡其文化守護者之角色，會造成個人在社群生活中困窘的處境；另一方面又造成創作者所屬之集體文化環境（cultural environment）之損害，也等同是創作者個人之文化權與人格權上的損害（the cultural and personal hurt）⁸⁵。由此案可窺見，防止未經同意便複製原住民族智慧創作，可保障個別貢獻者之人格權，亦保護部落集體文化，兩者為一體兩面，而非互相排斥。

在我國，個別原住民憲法上人格權與人性尊嚴，也已是讓大法官逐漸肯定與文化相關之原住民族權利的重要基礎。釋憲實務中，要承認集體原住民族文化權，均先從個別原住民人格權開始論述，後續第四、五點會進行更多說明。

三、姓名權與命名權

「姓名權」為上述人格權的下位概念，司法院釋字第399號特

洲博物館所典藏，並印製成作品型錄。在印製成作品型錄時，澳洲國家機構分別獲得個別創作者、與其文化內涵擁有者（traditional owner，即其所屬部落或社群）之授權。同前註，判決第10段。

⁸⁴ 同註82，判決第19段。

⁸⁵ 同註82，參判決第64段、及第144段內文：“In the present case the infringements have caused personal distress and, potentially at least, have exposed the artists to embarrassment and contempt within their communities if not to the risk of diminished earning potential and physical harm. The losses arising from these risks are a reflection of the cultural environment in which the artists reside and conduct their daily affairs. Losses resulting from tortious wrongdoing experienced by Aborigines in their particular environments are properly to be brought to account.”



別指出其受憲法第22條保障：「姓名權為人格權之一種，人之姓名為其人格之表現，故如何命名為人民之自由，應為憲法第22條所保障。」姓名權為著作人格權「姓名表示權」之的憲法基礎⁸⁶。

如何命名雖為人格之表現，但智慧創作人格權涉及集體的命名，個別之姓名權作為其憲法基礎仍有所不足，惟另可參照司法院釋字第479號，團體成員對團體的名稱選定權（下稱「命名權」）。在本號解釋文中，大法官明文承認：「憲法第14條規定人民有結社自由，旨在保障人民為特定目的，以共同之意思組成團體並參與其活動之自由。就中關於團體名稱之選定，攸關其存立之目的、性質、成員之認同及與其他團體之識別，自屬結社自由保障之範圍。」大法官在此承認，一般團體成員依其群體的決議，決定團體名稱，攸關社團成員的「認同」，更是牽涉結社自由之重要政治性權利。

⁸⁶ 依本號解釋，已可先釐清著作權法中的「姓名表示權」與憲法上「姓名權」的關聯。憲法第22條人格權，得為著作人格權的憲法基礎；而本號解釋中，大法官所宣示之「姓名權」本身為「人格權」的下位概念，亦可為著作權法的「著作人格權」下的「姓名表示權」，找到憲法基礎。著作權法第16條第1項規定，「著作人於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。」因此著作人的著作人格權，包含著作人如何選擇姓名、是否具名之自由，此可謂憲法姓名權內涵的落實。另外，藉由姓名表示權，使公眾知道該位「作者」與「著作」間的關係，不得任意省略著作人之姓名或名稱，或未明示其出處，也是用以保障著作人憲法上人格權的一種方式。姓名表示權的內涵，詳參陳思廷，同註2，頁209；林洲富，保護著作人格權之姓名表示權——評最高法院106年度台上字第54號民事判決，裁判時報，74期，頁56，2018年8月。相對的，「智慧創作人格權」並未如著作權法第16條第1項一般，明文規定著作人有表示本名、別名或不具名的權利，而僅在原創條例第10條第2項第2款提及「就其智慧創作，專有表示專用權人名稱之創作人格權。」故原創條例中的姓名表示權，主要應是要求使用智慧創作時，應表示專用權人所認同的民族、部落、家族名稱，以確認專用權人與其傳統智慧創作之間的聯繫。



以司法院釋字第399號、第479號解釋的精神，來思考原住民族或部落群體的姓名權與命名權時，在個別原住民層次上，確立所屬團體（即家族、部落、民族）之名稱，並確立其代代相傳的文化表現，與特定家族、部落、民族名稱之聯繫，攸關其群體成員的「認同」，屬於憲法人格權應保障之範圍。因此，Jane Anderson教授指出，將原住民族或部落名，當作可隨意取用的名稱，如在美國公司把印第安部落名稱Cherokee當座車名，Apache則當作軟體名稱等，都大有問題。這些私人企業任意的取用，都忽略原住民族或部落的名稱，蘊含其民族與土地、文化、傳統知識的內在關聯性。對原住民而言，所屬族群名稱之使用相當重要（names matter），它不能僅被窄化為只是涉及經濟利益的權利⁸⁷；族群名稱的使用規範，為保護族群成員人格權、文化權利甚至政治權利的一環。

對於臺灣個別原住民與原住民族來說，決定自我的族群名稱也是絕對重要的政治權利。過去原住民族經歷一連串「還我族名」運動，打破國家自行認定的「九族」，在2000年後增加了邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族、撒奇萊雅族、賽德克族、拉阿魯哇族及卡那卡那富族，為「原住民族正名運動」成功之例⁸⁸。原民運動者、學者以撒克·阿復指出：命名，是非主流群體向主流群體明確訴說其想法、感受的行動；命名「區分了群體，也強化了對自己群體的認

⁸⁷ Jennie Rose Halperin, *Is It Possible to Decolonize the Commons? An Interview with Jane Anderson of Local Contexts*, CREATIVE COMMONS (Jan. 30, 2019), available at <https://creativecommons.org/2019/01/30/jane-anderson/> (last visited: 2023.08.25).

⁸⁸ 以撒克·阿復，原住民族正名運動vs.象徵暴力——象徵抗爭進路下的正名運動及其衍生性社會實踐，台灣原住民族研究學報，4卷3期，頁187，2014年9月。



同」⁸⁹，展現在多元文化社會中，一群體與他群體有差異、有區別之集體人格。

在傳統智慧創作登記的實務中，十六族的民族名稱雖藉過去的正名運動，目前名稱已固定⁹⁰，但關於登記專用權之申請人為部落，或特定部落內之家族時，其部落和家族的族語與漢語之正確名稱，乃由申請人自行確定，此時傳統智慧創作之登記，如同另一次命名與正名的行動。例如，過去政府官方調查資料均記載的「三地門」部落⁹¹，其中的貴族家族在申請其智慧創作時，將其專用權人名稱，由「三地門部落」改登記正名為「達拉發站部落」（tjaravacalj），而該家族登記為「巴格達外（pakedavai）」家族⁹²。因此，憲法上承認的人格權、姓名權及對團體的命名權，可作為保障智慧創作人格權中「名稱表示權」的基礎。在智慧創作人格權中，保障原住民集體行使的「名稱表示權」，可確保外界正確使用族名、部落名與家族名，彰顯原住民族團體與其他團體的區別，並藉由在各種使用智慧創作的場合，表示其群體之名，凝聚原住民族成員的認同，並確認智慧創作的族群來源，以確保「該原住民族或部落」，與「其傳統智慧創作」之間的連結關係，落實憲法上的人格權、姓名權與命名權。

⁸⁹ 同前註，頁194。

⁹⁰ 宜注意未來仍會有新的民族爭取承認及正名，如提起憲法法庭111年憲判字第17號憲法訴訟之西拉雅族。

⁹¹ 臺北帝國大學土俗人種學研究室，台灣原住民族系統所屬之研究（第二冊），頁174，2011年1月。

⁹² 可參排灣族巴格達外家族（pakedavai）之傳統智慧創作「kemasi tjaravacalj ni dralaqus pakedavai a parutavak排灣族tjaravacalj巴格達外家族歌」，證書號：排D000069。



四、文化權

原創條例之立法，乃保障原住民族各種傳統文化表達，自然會令人聯想到文化權可以作為智慧創作人格權的憲法基礎。然文化權比起前述的人格權與姓名權，大法官承認的相當晚；直到2021年的司法院釋字第803號解釋，才明文肯定個別原住民的文化權受憲法第22條保障。

司法院釋字第803號解釋論證文化權為憲法基本權的方式，可分為三個面向⁹³。第一是與前兩點論述的「人格權」、「姓名權／命名權」相同，由憲法維護人性尊嚴與尊重人格自由發展的核心價值出發。第二個是考量我國憲法增修條文第10條第11項、第12項前段之文義，肯定「原住民族之文化為憲法所明文肯認，國家有保障、扶助並促進其發展之義務」⁹⁴。最後，大法官亦根據憲法增修

⁹³ 本文指出之大法官論述文化權的三個面向，乃參照司法院釋字第803號解釋理由書第19段論述：「身為原住民族成員之個別原住民，其認同並遵循傳統文化生活之權利，雖未為憲法所明文列舉，惟隨著憲法對多元文化價值之肯定與文化多元性社會之發展，並參諸當代民主國家尊重少數民族之發展趨勢，為維護原住民之人性尊嚴、文化認同、個人文化主體性及人格自由發展之完整，進而維繫、實踐與傳承其所屬原住民族特有之傳統文化，以確保原住民族文化之永續發展，依憲法第22條、憲法增修條文第10條第11項及第12項前段規定，原住民應享有選擇依其傳統文化而生活之權利。此一文化權利應受國家之尊重與保障，而為個別原住民受憲法保障基本權之一環。」

⁹⁴ 司法院釋字第803號解釋理由書第19段前段：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，為自由民主憲政秩序之核心價值（本院釋字第603號解釋參照）。憲法增修條文第10條第11項規定：『國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。』第12項前段規定：『國家應依民族意願，保障原住民族之地位……並對其教育文化……予以保障扶助並促其發展……。』是原住民族之文化為憲法所明文肯認，國家有保障、扶助並促進其發展之義務（本院釋字第719號解釋參照）。」



條文、及國際上各國肯定「多元文化」之趨勢⁹⁵，首次肯認原住民之「文化權」為憲法第22條所保障的基本權。

司法院釋字第803號解釋從維護原住民的人性尊嚴出發，推導出憲法第22條保障文化權的想法，與學術討論的潮流相似。例如，Michael Brown在著名的「誰擁有文化？」一書中，探問如何能提升在主流文化中，對原住民族文化及自我表達的尊重；其中強化人格尊嚴（dignity）的保障，是Brown一再強調的重點⁹⁶。除了大法官在釋字第803號中，由個別原住民人性尊嚴之保障，衍生出個別原住民文化權應受憲法保障以外；當時釋字第803號多份鑑定人與法庭之友意見，認為原住民族權利可再走的更遠，憲法第22條應得進一步直接肯定原住民族集體的「文化權」⁹⁷。另外，學者Cindy Holders亦指出文化權乃從人性尊嚴出發的集體權利，國際人權法將文化權作為維護人性尊嚴的基礎（as basic）：「作為行動的文化權利，可能歸屬於民族（peoples）或個人（persons）。保護民族與個人參與、形塑文化的能力，如同保護遷徙自由、言論自由及免於酷刑的自由，都是為了保護其人性尊嚴的基礎成分」⁹⁸。

⁹⁵ 在參酌各國立法趨勢作為文化權的依據時，大法官也特別援引了幾個重要的國際人權公約作為基礎。依據司法院釋字第803號解釋註1，大法官援引公民與政治權利公約第27條「凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之」；經濟社會文化權利公約第15條第1項「人人有權參與文化生活」；以及聯合國人權事務委員會的第23號一般性意見第7點，「文化本身以多種形式表現出來，包括與土地資源的使用有聯繫的特定生活方式，原住民族的情況更是這樣。」

⁹⁶ MICHAEL F. BROWN, WHO OWNS NATIVE CULTURE? 10 (2004).

⁹⁷ 不過司法院釋字第803號解釋後來並未明文肯定文化權之集體權性質。鑑定人、相關機關與法庭之友對原住民族文化權的整理，參蔡志偉，同註75，頁713-723。

⁹⁸ Cindy Holder, *Culture as a Basic Human Right*, in DIVERSITY AND EQUALITY: THE



Holder 並強調，不論是個人或集體的文化權，其中所指涉的「文化」，應該是一種主動的行動／活動（activity），而不是靜態的、任人取用與消費的客體（objects）⁹⁹。將文化看成行動，「維持人性尊嚴」才不會只是一個空泛的、無形的、或只是心理層次的議題，而是能提升為一個實體的、政治的議題¹⁰⁰。

這種可能歸屬於個人、未來更可能歸屬於族群的「行動性的」文化權，也才能呼應司法院釋字第803號解釋保障人性尊嚴的目標¹⁰¹。而原創條例，正是保護「行動性的多元文化」的法律，因為它要保護的不是在博物館裡靜態展示的文化客體，而是保持原住民族文化多樣性的時間動態。文化權成為智慧創作人格權的基礎，支持原住民族藉由智慧創作人格權，既取回對智慧創作的詮釋權，以追溯正確的「過去」，又排除外人侵害或挪用，繼續依自己的文化脈絡，往「未來」發展，以確保群體內成員人格自由發展的文化結構¹⁰²。

CHANGING FRAMEWORK OF FREEDOM IN CANADA 78, 81 (Avigail Eisenberg ed., 2006). 粗體為作者所加。

⁹⁹ Cindy Holder, *Culture as an Activity and Human Right: An Important Advance for Indigenous Peoples and International Law*, 33 ALTERNATIVES: GLOBAL, LOCAL, POLITICAL 7, 8 (2008).

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ 不能忘記的是，將文化視為一種憲法應保障的行動，能豐富文化權的內涵；但同時，憲法上的文化權，也是靠原住民（族）的行動，所爭取到的權利。憲法上的文化權，與人民的文化行動，是相互形塑的：不論是司法院釋字第803號解釋由原住民族個人，不斷履行狩獵傳統、參與祭儀行動，或者到後來憲法法庭111年憲判字第17號，西拉雅族漫長地爭取「成為原住民族」，以維護自身的集體文化認同，都是原住民（族）保護文化的「行動」，最終爭取到大法官對我國憲法確實保障文化權的肯認。

¹⁰² KYMLICKA, *supra* note 66, at 84-93.



五、原住民族身分暨文化認同權

承接上述對文化權的討論，與文化權相關的「原住民族身分認同權」，進一步獲憲法法庭111年憲判字第17號判決肯定，得作為智慧創作人格權之憲法基礎。以下分三點分析，先描述其集體權的性質，再釐清原住民族身分認同權與文化權的關聯性，最後再論述為何憲法上的原住民族身分認同權，與保護智慧創作人格權息息相關，可為智慧創作人格權之憲法基礎。

(一) 集體權的首次承認

本號憲法判決劃時代的意義，乃此為憲法法庭第一次清楚承認原住民族權利的「集體權」面向。該判決理由第20段稱：「由憲法第22條及憲法增修條文第10條第11項及第12項前段之規定整體觀察，受憲法保障之原住民身分認同權，除保障個別原住民之身分認同外，亦包括各原住民族之集體身分認同。」

黃昭元大法官在本判決的協同意見書（謝銘洋大法官加入），特別強調本判決為第一個承認憲法保障「原住民族」「集體權」的憲法判決：「直到本判決，以原住民族為權利主體、具集體權性質之憲法上『原住民族身分認同權』終於正式登場，甚至成為本件違憲審查的主要權利依據，而非配角。這項權利，從此也成為我國憲法第22條所保障非明文權利譜系中之特定權利類型」¹⁰³。許志雄大法官也在其協同意見中提及，「此乃大法官首度承認原住民族……集體權，勢必對基本權之主體及譜系造成衝擊，值得關注」¹⁰⁴。

¹⁰³ 憲法法庭111年憲判字第17號，黃昭元大法官協同意見書，第7段。

¹⁰⁴ 憲法法庭111年憲判字第17號，許志雄大法官協同意見書，頁2。



(二)身分認同權與文化權的關聯

原住民族身分認同之集體權，被肯定為憲法第22條所保障以後，也間接豐富了原住民族文化權未來可發展的集體權面向，以彌補釋字第803號的未竟之功。原住民族身分認同權，可包含在廣義的文化權範圍內，可從該憲法判決兩個隱含的方向得知。

首先，憲法法庭111年憲判字第17號判決之理由書強調，原住民（族）的身分認同權受到憲法第22條保障，而其內涵主要為「文化認同」：「受憲法第22條規定保障之原住民（族）身分認同權，其內涵主要即為文化認同；唯個別原住民具族群文化認同，始能確保其所屬原住民族文化暨族群之永續發展，斯乃應受憲法之特予保障」¹⁰⁵。這段理由顯示，原住民族身分認同權，與維護個別原住民能認同其所屬之「原住民族文化」息息相關；而唯有維繫原住民族內部成員集體的文化認同，也才可能出現集體的身分認同，原住民族的「集體身分認同」與「文化認同」，甚至常為互相用以理解、解釋的相似概念¹⁰⁶，也因此以下本文有時將身分認同權，更詳細的稱為「身分暨文化認同權」。文化認同（**cultural identity**）甚至比身分認同一詞，更常被各種原住民族權利相關之國際文件使用，且被認為是國家當然應保障之原住民族權利的一環¹⁰⁷。另

¹⁰⁵ 憲法法庭111年憲判字第17號理由書，第37段。

¹⁰⁶ 如學者Jessica Lai解釋，集體認同之產生，就是透過文化認同：即透過共同之生活方式，來傳承文化、共享意義，因此能區別自身與他群體。參JESSICA CHRISTINE LAI, INDIGENOUS CULTURAL HERITAGE AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: LEARNING FROM THE NEW ZEALAND EXPERIENCE? 12 (2014).

¹⁰⁷ 例如，聯合國教科文組織的文化多樣性宣言之前言，強調「文化是當代認同論辯的中心」（culture is at the heart of contemporary debates about identity），第1條則強調「文化多樣性，就建基在群體認同的多樣性與獨特性中」（Culture takes diverse forms across time and space. This diversity is embodied in the uniqueness and plurality of the identities of the groups and societies making up



外，聯合國教科文組織的文化多樣性宣言第5條宣示：落實「文化權」，才能厚植保護「文化認同」之土壤¹⁰⁸，亦可見「文化權」與「身分暨文化認同權」之相關性。

另一方面是憲法法庭論證原住民族集體權時，其憲法依據為憲法第22條、以及憲法增修條文第10條第11項、第12項之整體觀察。不論增修條文第10條第11項「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」；或第12項「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……予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之」，多次提到要肯定和維護的都是原住民族的「文化」，可以說原住民族的文化權乃其憲法增修條文所關注的核心。國際法協會（International Law Association）在原住民族權利最終報告書也指出，整個聯合國原住民族權利宣言的主要核心，就是保護原住民族的「文化權與文化認同」¹⁰⁹。國內與國際

humankind.) 參UNESCO, *Universal Declaration on Cultural Diversity* 41 ILM 57 (Nov. 2, 2001), General Conference and Art. 1. 另外，國際法協會（International Law Association）在2012年第5號決議「原住民族權利」（RESOLUTION No. 5/2012, RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES），第6條中明定：「國家必須承認、尊重、保護及落實原住民族的文化認同（在各個面向上的文化認同，包含文化遺產）；並與原住民族善意合作，以各種可能之手段，確保文化認同能維持，並傳給未來世代。」[States are bound to recognise, respect, protect and fulfil indigenous peoples' cultural identity (in all its elements, including cultural heritage) and to cooperate with them in good faith—through all possible means—in order to ensure its preservation and transmission to future generations.] See ILA Resolution No 5/2012 on the Rights of Indigenous Peoples, adopted at the 75th Conference (Sofia 2012) para 6.

¹⁰⁸ “Cultural rights as an enabling environment for cultural diversity”, Article 5, UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity (2001).

¹⁰⁹ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES, FINAL REPORT 16 (2012).



文件既均將「文化權」與「文化認同權」兩者論述並立，可知憲法上承認身分暨文化認同權之集體性，已為憲法更多元面向之集體文化權發展，奠定基礎。

(三)身分暨文化認同權與原創條例的關聯

身分暨文化認同權的集體權性質，既受我國憲法保護，且大法官及國際文件均承認原住民族身分認同權的充分保障與實踐，可促進保護其文化認同及文化權。此時，原創條例身為保護原住民族智慧創作，並創設智慧創作財產權與人格權為集體權的法律，實為落實原住民族憲法上身分暨文化認同權的有效起點¹¹⁰。聯合國原住民族權利宣言第31條明文肯定原住民族傳統智慧創作、文化資產等應受保護，因為該宣言認為這些保護，為維繫原住民族文化認同的要務之一¹¹¹。學者Brigitte Vézina更是明確指出保護智慧創作，與保護原住民族身分認同之間的關係：「智慧創作常含有構成原住民族的認同的元素，可標舉擁有者與其他民族不同之處，並因此反映它們的民族集體人格（peoplehood）。智慧創作人格權因此可以滿足人權法上的責任，保護原住民族的認同」¹¹²。

¹¹⁰ 黃昭元大法官認為，我國法律已經承認的各種原住民族集體權，如原創條例之傳統智慧創作專用權，即為一例。這些法律位階中的集體權，雖不當然是目前原住民族身分認同權所涵蓋的保障範圍，但「各種法律位階之集體權中，也可能會有其相對應的憲法位階之集體權，性質與本判決所承認的身分認同權類似。」參憲法法庭111年憲判字第17號，黃昭元大法官協同意見書，第8段。

¹¹¹ Tobias Stoll, *Intellectual Property and Technologies: Article 31, in THE UN DECLARATION ON THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES: A COMMENTARY* 299, 315-16 (Jessie Hohmann & Marc Weller eds., 2018).

¹¹² “TCEs often encompass cultural elements that are integral to Indigenous peoples’ sense of identity, that bear the distinct mark of their holders and, indeed, that reflect their peoplehood. Moral rights can therefore fulfill the duty, arising out of



除上述國際文件及國外學者見解外，國內學者也指出我國憲法上的身分認同權與智慧創作專用權的關聯。學者劉靜怡指出，藉由智慧創作專用權來維繫「文化表現的正統性（authenticity），與身分認同等原住民族自我認知的要素的評價與應用，一向密切相關」¹¹³。因為原住民在區別其創作之特徵與他人創作的差異時，常乃是強調身分上的正統性¹¹⁴；如任何人都可以不論身分、不顧族群習慣，隨意取用原住民族智慧創作，將使得原住民族之身分認同，隨著其智慧創作之正統性被稀釋，也逐漸凋零。學者林三元在進行智慧創作專用權之實證研究時，亦發現肯定自我認同的法制環境，是實踐多元文化憲法內涵的首要任務¹¹⁵；而傳統智慧創作專用權的設計，也就是為了協助尋找原住民「文化身分的支撐點，讓原住民……發覺傳統文化的價值，使原住民產生族群認同，進而體認其文化主體性」¹¹⁶。至於原住民族文化主體性之建立，林三元也認為在法規面必須藉由智慧創作人格權的體現¹¹⁷。

六、小 結

綜上所述，從人性尊嚴的尊重，大法官肯定憲法第22條涵蓋姓名權與人格權，不論是智慧創作人格權的整體內涵，或其中攸關自我決定的「公開發表權」、保護群體名稱與群體成員認同的「名稱

human rights law, to protect the identity of Indigenous peoples.” See Vézina, *supra* note 4, at 18.

¹¹³ 劉靜怡，建立原住民公共領域——政策與規範的考察，載：傳統智慧與公共領域：原住民族傳統智慧創作保護論文集，頁113，2009年9月。

¹¹⁴ 同前註。

¹¹⁵ 林三元，同註8，頁174。

¹¹⁶ 林三元，同註8，頁180。

¹¹⁷ 林三元，同註8，頁234。



表示權」，均可被憲法之人格權、姓名權與命名權所支持。另外，分析大法官近期肯認的原住民族文化權（司法院釋字第803號解釋）、以及原住民族身分認同集體權（憲法法庭111年憲判字第17號）意旨可知，這兩個憲法權利除了奠定智慧創作人格權乃集體權的憲法基礎外，更成為智慧創作人格權中之「禁止不當變更權」之重要基礎——維繫原住民族文化成果的完整性，乃憲法文化權、身分暨文化認同權所賦予之義務。

智慧創作人格權的上述憲法基礎，也使國家負有義務，促進原創條例及智慧創作人格權之落實。在尊重原住民族自我決定、自我管理文化的國家義務下，下一章觀察原住民族在智慧創作使用和管理上的習慣法，尤其是從已經登記完成的原住民族傳統智慧創作說明書中，理解原住民族如何登記其智慧創作之使用規則及禁忌，來展現其憲法文化權及文化認同權的主張。同時探討智慧創作說明書在原創條例中的效力，及智慧創作人格權之適用原則，以確認原創條例如何回應原住民（族）的憲法權利。

伍、憲法權利之落實：與原住民族習慣法共構原住民族智慧創作人格權

一、為何要由國家法與原住民族習慣法共構智慧創作人格權？

(一)充分落實憲法權利與回應國際趨勢

傳統智慧創作人格權所蘊含的憲法人格權、姓名權、文化權、身分認同權等概念，指引國家立法保障原住民族文化的進程，及各級法院面對原住民族事務時所應有的認知基礎。

除了憲法基本權利得作為智慧創作人格權之基礎以外，相對來看，如果能具體落實智慧創作人格權及原創條例，也就是同時落實



了這些憲法基本權利。例如，憲法法庭111年憲判字第17號藉著肯認原住民族身分認同與文化認同，積極「確保其所屬原住民族文化暨族群之永續發展」¹¹⁸，而原創條例就是在積極落實屬於集體文化一環的「集體智慧創作」保護。另外，原創條例規定由「原住民族」或「部落」為權利人，原住民個人無法單獨行使智慧創作人格權或財產權，也是落實憲法法庭111年憲判字第17號首次承認的「原住民族集體權」的法律¹¹⁹。傳統智慧創作甚至被認為是「理解原住民族集體權最好的方法」，因為若細究每一項傳統智慧創作背後的意義，都能從中「增進對原住民族集體權的認知與體會」¹²⁰。

原創條例及其中的智慧創作人格權，既可作為落實憲法文化權及集體身分／文化認同權之法律及權利，如何解釋法律、適用法律以充分落實憲法權利，乃本章要進一步處理的問題。

關於如何保護原住民族的傳統智慧創作，來落實原住民族文化權利，聯合國原住民族權利宣言第31條第2項強調：國家應「與原住民族合作」（“in conjunction with indigenous peoples”），承認和保護原住民族傳統智慧創作¹²¹，而原創條例事實上已經在進行這項國家與原住民族合作的嘗試。

誠如學者林淑雅所言，「當國家針對傳統智慧創作保護進行立法時，就是將傳統習慣規範的適用範圍擴張適用到非族人、非原住

¹¹⁸ 參憲法法庭111年憲判字第17號，理由書第37段。

¹¹⁹ 原住民族或部落集體權行使之落實方法，參黃居正、邱盈翠，臺灣原住民族集體同意權之規範與實踐，同註6，頁65-73。

¹²⁰ 江雅綺、劉博文、王綱，同註7，頁193。

¹²¹ Article 31.2 of United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, “In conjunction with indigenous peoples, States shall take effective measures to recognize and protect the exercise of these rights.”



民的一種國家決定」¹²²。原創條例的實行，因此必須倚重原住民族習慣法，來共構何謂智慧創作，以及如何使用智慧創作的標準，同時也建構智慧創作人格權侵權的界線。

本文所指的「習慣法」，採取Swiderska等學者提出之較廣義的定義：習慣法包含原住民族的「世界觀、原則或價值、行為準則和規則、慣習的實踐。習慣法由社群內部機構來執行，可能有處罰機制。……習慣法乃獲在地承認，且經常是口頭地被傳承、適用與持續演進」¹²³。而原住民族智慧創作所蘊含的世界觀、文化意義與價值，或者如何使用該智慧創作的相關行為準則、規範、禁忌等，都可包含在這個定義中。

宣示原住民族習慣法重要性，是各國憲法及國際條約的趨勢。根據學者統計，基於憲法文化權的內涵，至少已有115國憲法承認原住民族或當地社群習慣法的重要性¹²⁴。另外，原創條例立法時，所提出的《原住民族傳統智慧創作保護條例草案總說明》中，

¹²² 林淑雅，原住民族傳統智慧創作的認定與保護難題——以泰雅染織文化為例，載：傳統智慧與公共領域：原住民族傳統智慧創作保護論文集，頁218，2009年9月。

¹²³ “Customary laws include customary worldviews, principles or values, rules and codes of conduct, and established practices. They are enforced by community institutions, and can have sanctions attached...They are locally recognised, orally held, adaptable and evolving.” See Krystyna Swiderska, *Protecting Community Rights over Traditional Knowledge: Implications of Customary Laws and Practices. Key Findings and Recommendations 2005-2009*, INT’L INSTITUTE FOR ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT 5 (2009).

¹²⁴ Katrina Cuskelly, *Customs and Constitutions: State Recognition of Customary Law around the World*, INT’L UNION FOR CONSERVATION OF NATURE 6, 31-94 (2011), available at <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/2011-101.pdf> (last visited: 2023.08.25).



提及本法依據三份國際文件¹²⁵，而其中的兩份文件——《聯合國原住民族權利宣言》與《聯合國人權委員會「保護原住民族文化遺產之最終報告」》，均提到保護傳統智慧創作，必須充分考慮原住民族習慣法。

詳細觀察這兩份文件，聯合國原住民族權利宣言第3條，概括強調原住民族對其事務之自決權與自我管理之權能，以增進文化發展¹²⁶；第27條明文提到原住民族「法」（indigenous peoples' law），亦即對於原住民族資源的承認與保護，必須「尊重原住民族法、傳統、慣習與土地使用系統」¹²⁷。另外關於原住民族與國家或其他第三人的紛爭解決機制，同宣言第40條也強調，原住民族有權享有公平有效的紛爭解決程序，來救濟其個人權或集體權的侵害，而這些程序必須充分考慮原住民族的習慣、傳統、規則、及法律系統（customs, traditions, rules and legal systems of the indigenous peoples）¹²⁸。至於聯合國人權委員會最終報告書，在附件中提出

¹²⁵ 三份國際文件為聯合國原住民族權利宣言、聯合國人權委員會「保護原住民族文化遺產之最終報告」、以及「開發中國家著作權突尼斯模範法」，立法院議案關係文書，同註39。原創條例引用三份國際文件之介紹與分析，參洪淳琦，同註7，頁101-102。

¹²⁶ Article 3 of United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, “Indigenous peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.”

¹²⁷ Article 27 of United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, “...due recognition to indigenous peoples' laws, traditions, customs and land tenure systems...”

¹²⁸ Article 40 of United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, “Indigenous peoples have the right to access to and prompt decision through just and fair procedures for the resolution of conflicts and disputes with States or other parties, as well as to effective remedies for all infringements of their individual and



的「保護原住民族文化資產原則與方針」(Principles and Guidelines for the Protection of The Heritage of Indigenous People)第3條指出,「原住民族應被承認為其文化、藝術、科學的主要管理者與解釋者,不論這些文化、藝術及科學是創造於過去、或未來將繼續發展」¹²⁹;原住民族要能成為其文化、藝術之解釋者與管理者,國家和第三人自然必須尊重原住民族的傳統慣習與法律系統,而非以國家法強加解釋原住民族的文化。

由上述憲法與國際文件可知,肯認原住民族習慣法的效力,始能落實憲法文化權、多元文化主義的實質內涵,並呼應國際文件中「國家與原住民族合作」來保護傳統智慧創作之趨勢¹³⁰。此外,在原住民族與他人的紛爭解決中,如判斷第三人或國家是否侵害原住民族傳統智慧專用權與否,不論從實際法律判斷的需求,或從由原住民族自己管理與解釋文化的國際人權精神,法院須充分考量原住民族的習慣法。法院判斷何謂原住民族習慣法並不容易,所幸關於傳統智慧創作專用權的習慣法,有相當大部分已經記載於申請登

collective rights. Such a decision shall give due consideration to the customs, traditions, rules and legal systems of the indigenous peoples concerned and international human rights.”

¹²⁹ Principle 3, Principles and Guidelines for the Protection of The Heritage of Indigenous People, “Indigenous peoples should be recognized as the primary guardians and interpreters of their cultures, arts and sciences, whether created in the past, or developed by them in the future.” Erica-Irene A Daes, Protection of the Heritage of Indigenous People: Final Report of the Special Rapporteur, Erica-Irene Daes, in Conformity with Subcommission Resolution 1993/44 and Decision 1994/105 of the Commission on Human Rights, Annex (1995), available at <https://digitallibrary.un.org/record/188839> (last visited: 2023.08.25).

¹³⁰ Brendan Tobin, *Traditional Knowledge Sovereignty: The Fundamental Role of Customary Law in Protection of Traditional Knowledge*, in INDIGENOUS INTELLECTUAL PROPERTY 565, 591 (Matthew Rimmer ed., 2015).



記時的「智慧創作說明書」中，此於下一節再進行分析。

(二)以原創條例承認習慣法之潛力及其限制

原創條例在承認原住民族習慣法的實務上，原住民族傳統智慧創作保護實施辦法（下稱「實施辦法」）已多處規定，應由「原住民族或部落依其組織型態及習慣」，作為實現原創條例的判準。例如申請登記或管理專用權的時候，應選任代表人來代表原住民族或部落實施，而關於代表人的選任，依實施辦法第3條明文認定應依原住民族或部落之習慣：「……代表人，應……由該原住民族或部落依其組織型態及習慣選派之」。代表人是否領有報酬，也是依原住民族組織型態及習慣決定¹³¹。如代表人怠於行使職務經主管機關發現，也不是由主管機關能自行另行決定代表人，而是敦請專用權人之原住民族或部落，「再依其組織型態及習慣重新選任代表人」¹³²。

另外，原創條例之規定，促使原住民族在登記傳統智慧創作的內涵時，必須記錄該傳統智慧創作相關的習慣法。原創條例第6條第1項：「智慧創作申請人應備具申請書、說明書、必要圖樣、照片等相關文件或提供視聽創作物，向主管機關申請登記。」原創條例在此產生與著作權法最大的差異：即原住民族傳統智慧創作，採取登記保護主義。因此，為取得法律上的保護，程序上不像著作權，創作完成即得到保護，反而比較像專利權的申請程序，原住民族必須踐行類似專利權申請，必須備具申請書、說明書、圖樣

¹³¹ 實施辦法第6條：「代表人是否受有報酬及其內容，由該原住民族或部落依其組織型態及習慣定之。」

¹³² 實施辦法第7條：「代表人不能執行職務或怠於執行職務，經主管機關通知後三十日未改善者，主管機關得促請選任代表人之原住民族或部落，依其組織型態及習慣重新選派代表人。」



(式)，並通過主管機關實質審查。

不過，若和專利權相比，專利申請由來已久，已演變出一套特定的申請專利範圍與專利說明書的「文法」¹³³；然而智慧創作專用權的申請，並未仿照專利法區分「申請專利範圍」與「說明書」，將法律文件與技術文件分離的規範，反而是考量智慧創作本身的歷史性、文化意義、未來持續利用變動等特性，將原創條例的內涵，分點全部展現於「智慧創作說明書」中，故原住民族仍有較大的敘事空間，將智慧創作之權利內涵與範圍，於「智慧創作說明書」中確定。另一方面，現行實施辦法第11條規定，說明書應記載之論述重點，為智慧創作之「歷史起源、背後的文化意義、過去、現在與未來的應用現況」，以及「智慧創作與申請人之社會、文化關聯，包括身份關係、習俗及禁忌等」¹³⁴，因此與該智慧創作相關的文化意義、習俗、禁忌等廣義的原住民族習慣法，均成為原住民族或部落得詳加記載之事項，也成為權利內涵的一部分。

原創條例如運作得當，則如同國家法建立框架後，再依據原住

¹³³ 例如申請專利範圍之文句、項數安排，甚至何處要出現阿拉伯數字，都於專利法施行細則第18條第1項至第3項詳細規定：「1.發明之申請專利範圍，得以一項以上之獨立項表示；其項數應配合發明之內容；必要時，得有一項以上之附屬項。獨立項、附屬項，應以其依附關係，依序以阿拉伯數字編號排列。2.獨立項應敘明申請專利之標的名稱及申請人所認定之發明之必要技術特徵。3.附屬項應敘明所依附之項號，並敘明標的名稱及所依附請求項外之技術特徵，其依附之項號並應以阿拉伯數字為之；於解釋附屬項時，應包含所依附請求項之所有技術特徵。」

¹³⁴ 實施辦法第11條第3款：「智慧創作說明書應載明下列事項：三、智慧創作之內容，包括下列項目：
(一)符合本辦法規定之特徵、範圍。
(二)智慧創作之歷史意義、現存利用方式及未來發展。
(三)智慧創作與申請人之社會、文化關聯，包括身份關係、習俗及禁忌等。
(四)與智慧創作申請人社會脈絡密切相關，不宜公開之理由。」



民族習慣與文化脈絡，來決定智慧創作專用權的實質內涵¹³⁵，這猶如智慧財產權領域的法律多元主義之初步實踐。關於法律多元主義，學界有不少討論。不論是強調臺灣乃具備多元且多源的國家法，並分析國家法與其他民間規範如何糾結與互動¹³⁶；或主張在國家法中承認更多原住民族習慣法存在的空間，以保障原住民族權利¹³⁷；或者更進一步，賦予原住民族習慣法更多動能，而使其與其他現代國家法體系一起建造新的混雜法律形式¹³⁸，以解決一國多元族群面臨的各種問題等等，有各種層次的討論。但在國家承認原住民族法的實踐層次，我國仍有許多改善的空間。如原創條例能融合更多傳統習慣法，可以減低許多學者對國家立法保護原住民族智慧財產的疑慮，否則他們常批評國際智慧財產權或國家法的保護是「由上而下」(Top-down)，忽略各種族群的多元面貌¹³⁹。

不過，在原住民族或部落登記其習慣法時，我們也必須理解，

¹³⁵ 黃居正、邱盈翠於分析原住民族如何依原創條例進行集體財產管理時，指出「原住民族的傳統習慣法與社群內部秩序，在創作歸屬的判定與管理過程中扮演著不可或缺的角色。」參黃居正、邱盈翠，原住民族傳統智慧創作之歸屬與運用：集體財產管理制度之探討，同註6，頁13。

¹³⁶ 王曉丹，理解法律多元——行動者視角的分析框架，月旦法學雜誌，320期，頁70-71，2022年1月。

¹³⁷ 王泰升，在法學與國家法中看見原住民族法律，政大法學評論，134期，頁28-36，2013年9月；王泰升，論台灣社會上習慣的國家法化，國立臺灣大學法學論叢，44卷1期，頁51-56，2015年3月；王泰升，同註47，頁1690-1693。

¹³⁸ João Vitor Cardoso & Millaray Rayen Pacheco-Pizarro, *Water Rights, Indigenous Legal Mobilization and the Hybridization of Legal Pluralism in Southern Chile*, 54 LEGAL PLURALISM AND CRITICAL SOCIAL ANALYSIS 117, 124 (2022); Chris Thornhill et al., *Legal Pluralism? Indigenous Rights as Legal Constructs*, 68 U. OF TORONTO L.J. 440 (2018).

¹³⁹ Angela R. Riley, "Straight Stealing": Towards an Indigenous System of Cultural Property Protection, 80 WASHINGTON L. REV. 69, 86 (2005).



這些登記文件是用統治者語言和概念寫下的「自我民族誌」(autoethnography)。自我民族誌是知名後殖民研究學者Mary Louise Pratt觀察殖民地之藝術創作與文學表達後，提出的概念：「如果民族誌是一種歐洲人重現他者的文體，那自我民族誌就是原住民族、被殖民者，用以對話、對抗殖民母國再現的方式」¹⁴⁰。原住民族的「自我民族誌」，常不是完全真實的再現原住民族文化，主要目標是回應和對抗常見的「民族誌」（通常由隸屬他國、他種文化社群的研究者寫成）。下一節賽夏族登記的ta'ay傳說，便是自我民族誌的適例¹⁴¹，賽夏族在登記ta'ay傳說時，事實上文字無法描述習慣法中，賽夏與ta'ay之間既神聖又複雜的關聯性，但用殖民者的語言，登記並解釋自己的傳說與歷史脈絡，主要是為了與殖民者對話，更正過去殖民者民族誌的錯誤¹⁴²。

原創條例所提供的現階段保護方式，多半被認為是一過渡階段的法律保護方式(in the interim)¹⁴³，畢竟它僅是在國家法框架

¹⁴⁰ Pratt定義「自我民族誌」之原文：“A third and final idiosyncratic term that appears in what follows is ‘autoethnography’ or ‘autoethnographic expression.’ I use these terms to refer to instances in which colonized subjects undertake to represent themselves in ways that engage with the colonizer’s own terms. If ethnographic texts are a means by which Europeans represent to themselves their (usually subjugated) others, autoethnographic texts are those the others construct in response to or in dialogue with those metropolitan representations.” 參MARY LOUISE PRATT, *IMPERIAL EYES: TRAVEL WRITING AND TRANSCULTURATION* 9 (2d ed. 2008).

¹⁴¹ 可參下述第二節，第㉑點。

¹⁴² 關於原住民族或部落藉原創條例的登記行動，與前殖民者、國家或人類學者的官方記錄進行協商、補充、或更正之例子，可參洪淳琦，同註79，頁43-49。

¹⁴³ Danielle M. Conway, *Indigenizing Intellectual Property Law: Customary Law, Legal Pluralism, and the Protection of Indigenous Peoples’ Rights, Identity, and*



下，由熟悉國家法的法官來判定與執行，未能達成原住民族完全自我管理文化與解釋文化的境界。只是至少依照原創條例，可先落實聯合國原住民族權利宣言之要求，符合國家以「與原住民族合作」的方式，來保護智慧創作的義務。但國家與原住民族這樣的協作方式，並未能脫離不平等的權力關係¹⁴⁴。法律研究者或許必須感謝願意加入協作——即願意向國家登記保護的原住民族或部落，因為如同Nopera Demmis-McCarthy引用毛利人之諺語：「是法（the Law）推動你的獨木舟跟隨我前進，而唯有法可以矯正法」，只有原住民族習慣法的加入，能矯正當代國家法及國際條約在保護原住民族傳統智慧創作上的明顯缺失¹⁴⁵，成為推動獨木舟、往較好的境界前進之「法」；並成為奠定原住民族習慣法效力、落實憲法權利、及未來邁向原住民族自治的一小步。

二、智慧創作人格權範圍的界定：認真對待智慧創作說明書

在理解原創條例乃由國家與原住民族合作，來創建保護智慧創作的平台後，本節具體分析原住民族如何敘述智慧創作之起源思想與使用的規則，並引用習慣法來建構智慧創作專用權的範圍。由於本文著重智慧創作人格權的內涵討論，故主要觀察與人格權範圍相關之敘述。觀察目前所有已登記成功、取得專用權的智慧創作說明

Resources, 15 TEXAS WELLYAN L. REV. 207, 208 (2009).

¹⁴⁴ Robin Boast, *Neocolonial Collaboration: Museum as Contact Zone Revisited*, 34 MUSEUM ANTHROPOLOGY 56, 60 (2011).

¹⁴⁵ 諺語之毛利語原文：Ko te waka hei hochoenga mo koutou i muri i ahau, ko te Ture, mā te ture anō te Ture e āki. 英語翻譯：The canoe for you to paddle after me is the Law, for only the Law can correct the Law. 參Nopera Dennis-McCarthy, *Indigenous Customary Law and International Intellectual Property: Ascertainig an Effective Indigenous Definition for Misappropriation of Traditional Knowledge*, 51 VICTORIA UNIVERSITY OF WELLINGTON L. REV. 597, 588-89 (2020).



書共89件後，本文特別挑選出說明書中，與我們印象中的智慧財產權概念，看似有些背道而馳的習慣法記載，來思考如何依憲法與國際法的精神，劃定智慧創作人格權的範圍。

分析說明書中原住民族論述的模式和內容是重要的，這一方面是因為根據原住民族文化權，文化遺產、文化表達的內容與範圍，應由原住民族自我決定與定義，已如前述¹⁴⁶，故法學研究應更認真看待這些原住民族自己撰寫的說明書。另一方面，這些說明書架構了智慧創作專用權的實體權利內涵，它不是作文比賽，而是會實質影響往後法院判斷侵權的基準。

原住民族或部落所登記之智慧創作說明書，除了詳述其智慧創作的思想與應用的描述性文字外，還有規定外界應如何使用的規範性文字，例如有不少說明書絕對地明文「禁止所有未經授權的使用」，或者使用時一定不能改變傳統智慧創作的「重要思想／精神」。這種寫法，與原創條例的某些明文規範表面上似有所衝突。例如，原創條例草案總說明中分明揭示：「……參考著作權法第10-1條之精神，將保護標的限於創作之表達，不及於構想部分，以開放後人思想創作之自由空間」¹⁴⁷，何以原住民族可事前在說明書中要求，控制他人不得改變該智慧創作之思想或重要精神？又例如，原創條例就專用權設有不必事先授權的例外條款，此為原創條例第16條第1項的合理使用之規定：「具有下列情形之一者，得使用已公開發表之智慧創作：一、供個人或家庭為非營利之目的使用者。二、為報導、評論、教育或研究之必要使用者。三、為其他正當之目的，以合理方法使用者。」原住民族在說明書中事前宣告「禁止所有未經事前授權的使用」，不就等於永遠排除了原創條例

¹⁴⁶ Stoll, *supra* note 111, at 306; Daes, *supra* note 129, at Annex.

¹⁴⁷ 立法院議案關係文書，同註39，頁政54。



中「合理使用」的規定？

(一) 合理使用原則與部落內部認定之使用規則的衝突

本項先釐清申請人於智慧創作說明書所提出之智慧創作使用規則，與原創條例中合理使用原則的關係。學者研究曾指出，法律中的合理使用條款，與原住民族內部對其傳統智慧創作所認知的使用規則，經常可能衝突¹⁴⁸。不過，本文認為，如一智慧創作具備神聖性或重要文化意涵，以至於違反該專用權人習慣法中確實存在的使用規則，會造成該智慧創作之「不當變更」時，這些智慧創作說明書的使用規則，便可能可解釋為智慧創作人格權主張，成為外界使用時也應遵守之範圍。如此一來，即使未遵守原住民族使用習慣之使用人，主張自己可通過原創條例第16條第1項合理使用的檢驗，亦僅能解釋為該使用人無侵害智慧創作財產權，但專用權人智慧創作人格權之主張，應不受影響。如此應可部分解決合理使用條款，與原住民族的內部認知的使用規則衝突的問題。

詳言之，本文就智慧創作人格權之應用，採取與著作權法體系相同解釋方式。所以，原創條例第16條第1項揭示之「一、供個人或家庭為非營利之目的使用者。二、為報導、評論、教育或研究之必要使用者。三、為其他正當之目的，以合理方法使用者」三種使用態樣，應僅為智慧創作財產權之限制，而不是智慧創作人格權的限制。這種解釋，主要乃參照立法邏輯及多位學者論述，以下將分述之。

首先在立法的體例上，原創條例第16條第1項第3款的體例，依序相似於著作權法第51條、第52條、第65條¹⁴⁹。原創條例既仿效

¹⁴⁸ Stoianoff & Wright, *supra* note 33, at 82. 這些衝突也似出現在臺灣原住民族所撰寫的智慧創作說明書中，本章第三節將摘錄分析。

¹⁴⁹ 洪淳琦，同註7，頁105-107；江雅綺、劉博文、王綱，同註7，頁183。



著作權法，進行「智慧創作財產權」與「智慧創作人格權」之區分，而著作權法第51條、第52條、第65條，又均僅為對著作財產權限制之規定，故參考這些著作權法條文後，所產生之原創條例第16條第1項，按邏輯來說，應也僅是對智慧創作財產權之限制¹⁵⁰，不及於智慧創作人格權。若解釋上突然將合理使用原則，擴張為同為智慧創作財產權與智慧創作人格權之限制，反而無學說或判決前例可循，解釋上可能會紊亂著作權法及原創條例體系。

在著作權法領域，學者早已指出著作財產權與著作人格權，不可能適用相同的限制標準。理由除了著作權法第66條已明確表示著作財產權的限制，不適用於著作人格權的限制以外；更根本的原因是，著作人格權與著作財產權之保護目的不同，限制權利的考量因素本就不同，著作人格權本質上無法直接適用著作財產權之限制規定¹⁵¹。詳言之，著作財產權在保障權利人之經濟收益，而著作人格權在維護著作人與其著作間的人身關係，合理使用作為著作財產權之限制規定，所考量的例如是否該使用有商業或營利目的、或是否造成被利用著作之市場價值影響等，與著作人格權不具備直接的關係，故不應將合理使用原則，直接擴大適用至著作人格權的限制¹⁵²。同理，在原創條例中，智慧創作人格權與財產權之內涵，既已確定借用著作權之區分邏輯，故保障原住民族「經濟收益」之智慧創作財產權的限制規定，不應直接同時適用於智慧創作人格權上。當然，並非因此著作人格權或智慧創作人格權就是毫無限制，而是未來可以另從其保障目的角度，思考其範圍與限制。

另外，因為原創條例第16條第1項文字為「具有下列情形之一

¹⁵⁰ 馬鈺婷，同註35，頁25。

¹⁵¹ 王怡蘋，同註14，頁754。

¹⁵² 王怡蘋，同註14，頁754。



者，得使用已公開發表之智慧創作：一、供個人或家庭為非營利之目的使用者。二、為報導、評論、教育或研究之必要使用者。三、為其他正當之目的，以合理方法使用者。」或許必須再考慮本條上出現的「『得使用』已公開發表之智慧創作」等文字，是否解釋為專用權人已同時無法主張智慧創作人格權與財產權？不過，原創條例第16條的「得使用已公開發表之智慧創作」之文字，也僅與其參考之著作財產權限制的法條文字相似，如著作權法第51條：「供個人或家庭為非營利之目的，在合理範圍內，『得利用』圖書館及非供公眾使用之機器重製已公開發表之著作。」第52條：「為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，『得引用』已公開發表之著作。」既然著作權法第51條、第52條出現「得利用」、「得引用已公開發表之著作」等文字，也僅代表著作財產權的限制，對著作人格權不生影響¹⁵³；原創條例第16條第1項也應作相同解釋。不會因為法條文字上出現「得使用智慧創作」這幾個字，就可逕行解釋本條同時限制了智慧創作人格權與智慧創作財產權。

多篇學術文獻亦支持原創條例第16條的規定，僅是對智慧創作財產權之限制。如馬鈺婷認為原創條例第16條「既是參考著作權法之規定，本文認為……第16條亦是對智慧創作財產權之限制」¹⁵⁴。林三元分離看待智慧創作人格權與智慧創作財產權，使兩者分別肩負不同的重要功能。他指出原住民族文化主體性體現為「智慧創作人格權」，以原創條例第10條第2項三種智慧創作人格權權利為基礎；而原住民族時常亦有意願分享自己的文化，此稱為文化外溢，

¹⁵³ 著作權法第66條：「第四十四條至第六十三條及第六十五條規定，對著作人之著作人格權不生影響。」

¹⁵⁴ 馬鈺婷，同註35，頁25。



可體現為「智慧創作財產權」的應用上，與外界分享的原則，依原創條例第16條之「合理使用原則」來操作¹⁵⁵。江雅綺等則更明白表示，原創條例第16條已把合理使用的運作標準，幾乎等同於著作權法合理使用的規範運作¹⁵⁶。不過，他們也強調，原住民族文化經常被錯誤使用、或觸犯禁忌的狀況，雖然「並非財產層次的合理使用所要解決的問題」；「但這當然不意味著族人的傳智及文化可以被任意使用，如同著作權法中成立合理使用，並不影響著作人格權是否受侵害的判斷」¹⁵⁷，明白表示原住民族文化被觸犯禁忌等之錯誤使用，為智慧創作人格權之判斷範圍，於是否成立合理使用無涉。

至於學術文獻中，未區分合理使用原則所排除者，是否只限於智慧創作財產權之分析，內容上反而常是依據憲法及國際法的原住民族權利內涵，主張智慧創作專用權，完全無法套用著作權的合理使用之邏輯，故應全面不能適用合理使用¹⁵⁸。這樣的見解，對外界欲主張合理使用者，恐更不利。

因此，不論從類推著作權之概念，或從原創條例本身法律體系來解釋，或從憲法保障原住民（族）文化權及身分文化認同權的角度論理，都應該將合理使用條款解釋為僅能排除智慧創作財產權的侵害，智慧創作人格權之主張不受影響。我們應依原創條例規範及已登記之智慧創作說明書，另行判斷是否侵害智慧創作人格權。

¹⁵⁵ 林三元，同註8，頁236。

¹⁵⁶ 江雅綺、劉博文、王綱，同註7，頁201。

¹⁵⁷ 江雅綺、劉博文、王綱，同註7，頁201-202。

¹⁵⁸ 黃居正、陳曉慧，同註7，頁172-188；林孟玲，同註61，頁211-212；黃居正，傳統智慧創作與特殊權利——評析「原住民族傳統智慧創作保護條例」，同註6，頁27-28、30。黃居正在其文中指出，原創條例中的合理使用條款，容許其他人在一定條件下合理使用智慧創作，是違憲的錯誤設計。



退萬步言，即使合理使用原則可同時成為智慧創作人格權與智慧創作財產權的例外，是否構成「合理」使用，亦應詳加考量專用權人登記時所記載之習慣法。如某種未經授權之使用，會強烈摧毀部落或民族使用該文化之習慣，例如隨意展演根本不能任意公開的賽夏族神聖祭儀paSta'ay，實在也很難以任何理由主張其使用為「合理」。可見原住民族習慣法，至少也能用以解釋於第16條第1項第3款：「為其他正當之目的，以合理方法使用者」中，「合理方法」究竟為何的判準上¹⁵⁹。所以不論如何，智慧創作說明書之內容，都需認真對待。

(二)保護傳統智慧創作之「法」的形成

原創條例的主管機關——原住民族委員會（下稱「原民會」），亦「認真對待」智慧創作說明書的實質審查程序。曾參與原民會輔導申請人參與審查程序的馬鈺婷，在其論著中詳細描述原民會審查傳統智慧創作申請案之過程。在此茲舉一例：馬太鞍部落原本欲申請「男子傳統服飾」之專用權，最後經審查委員建議，限縮標的範圍至「五片流蘇裙」。修改標的範圍再行審查後，原民會又擔心「大馬太鞍地區」有其他分支部落，亦使用很類似的服飾，又要求修改說明書，使大馬太鞍的分支部落，如鳳信部落、中興部落、拉所艾部落等，得共有五片流蘇裙的專用權。馬太鞍部落為避免與其他部落共有，以致未來權利行使手續過度繁雜，因此再限縮五片流蘇裙之申請範圍。原民會仍不放心，再依職權主動邀集分支部落召開共識會議，最後分支部落均認同馬太鞍部落為五片流蘇裙之起源部落，對專用權申請範圍亦無異議，同意申請人為馬太鞍部

¹⁵⁹ 洪淳琦，同註7，頁107-109。



落，最後原民會才終於完成審查，核發專用權證書¹⁶⁰。由此例可見原民會詳加審查各類申請書表的狀況。

這些實質審查過程，亦奠定智慧創作說明書確實是權利範圍及使用規則之判準的正當性。此時原住民族習慣法，依法（原創條例）進行登記，主管機關實質審核申請書表並公告後，自然成為國家法的一部分。習慣法與國家法，共同解釋智慧創作專用權的範圍，及其權利之例外，此乃立法者藉由原創條例所創設之制度，且有憲法數個基本人權概念所支持，更落實聯合國原住民族宣言「國家應與原住民族合作，保護其傳統文化」的目標。

如果外界或法院沒有接受「原住民族習慣法」（至少是已經在說明書中詳載，也獲實質審查通過的習慣法），應與國家法律同為「法」，可共構智慧創作專用權的前提，而是對智慧創作說明書中的內容視而不見，簡略地自行演繹合理使用之規則，這樣的法院判決，等於以國家之力，將違反原住民族習慣法的行為正當化、合法化；造成不論族人或外部人，都開始對原住民族習慣法的效力感到懷疑。欠缺規範力的習慣法，將逐漸凋零¹⁶¹，對原住民族文化存續發展之損害巨大。不論從前述憲法保障之原住民（族）基本權，及原創條例立法時所宣示依循之國際法原則，都不應讓說明書中記載之習慣法、禁忌與使用規則淪為裝飾。

但這種由登記中展現的習慣法，與原創條例共構智慧創作人格權的方式，最極致的程度大概為何？以下就目前通過的智慧創作說明書中，申請人提出相當嚴格的使用規則者（通常為較絕對的禁止

¹⁶⁰ 馬鈺婷，同註35，頁98-100。

¹⁶¹ 謝世忠、郭倩婷、楊鈴慧、劉瑞超、李韋誠，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第二期委託研究——泰雅族、太魯閣族，頁151-152，2007年3月。



外界使用的態樣)，進行整理與探討。專用權人會嚴格禁止未經事前授權之使用者，為數不多；通常都是因為依據習慣法，該智慧創作有相當重要的神聖性或文化意義，此時說明書中會詳加記載與該智慧創作使用相關之習慣或禁忌。本文統整出「禁止所有未授權使用」、「絕對禁止修改其中的重要思想」、「強調事前諮詢程序以符合使用規範」三種類型，分別敘述。本文分析後認為，下述所摘錄的說明書要求，均記載專用權人之習慣法依據，且能為智慧創作人格權的請求範圍所涵蓋；使用規則較為嚴格之智慧創作，多為部落最神聖的祭典、祖靈柱（祖靈之棲所）、或攸關民族認同與文化存續的起源傳說，非專用權人實在無任意舉行其他族群的祭典、穿戴其他族群領袖之禮冠或各階級服飾、或複製別人神主牌的必要，故即使此類型之智慧創作不能任意使用，也未造成公益明顯的損害，法院應予以最大程度的尊重。

三、智慧創作說明書中三種特殊使用規則分析

(一)禁止所有未授權使用

排灣族祖靈柱、與阿美族奇美部落祭典歌舞服飾，基於部落使用上的慣習，均在其智慧創作說明書中，出現「禁止所有未授權使用」之要求。就其內涵，這些要求通常是依據習慣法來追求該智慧創作本身的完整性，以免未經事前同意的使用，破壞建基於該智慧創作上的文化認同與傳承，或嚴重觸犯禁忌。

1. 排灣族佳平部落金祿勒家族、望嘉部落嘉羅芙岸頭目家族的祖靈柱：禁止外界未授權之使用，以保護排灣族貴族祖靈信仰與家族起源傳說，並平衡國家擁有祖靈柱原件之困境。



排灣族佳平部落之祖靈主柱「姆麗丹」¹⁶²、祖靈側柱「姆媧蓋依」¹⁶³，以及望嘉部落嘉羅芙岸頭目家族之祖靈雙面石雕柱¹⁶⁴，均已登記為傳統智慧創作。這些祖靈柱，是家族最重要的神聖標記，既為祖靈之棲所，又為敘述排灣族貴族歷史起源之象徵，及傳統領袖權力地位之表徵。¹⁶⁵在這幾份智慧創作說明書中，金祿勒家族與嘉羅芙岸頭目家族均以相同的文字強調：「本標的……對部落族人而言，為排灣族貴族祖靈信仰與家族起源傳說之意義。為使本標的得以據實傳遞其歷史脈絡、落實保存與傳承傳統智慧，及強化外部社會於文化的認識與尊重，故禁止他人以任何形式利用或其他方式表現，若未經申請人同意授權，則屬侵權」¹⁶⁶。

¹⁶² 保護標的全名為kaumaqan a cukes i kaviyangan ni zingrur ti mulitan（排灣族佳平部落金祿勒家族祖靈主柱姆麗丹），證書號：排EG000043。

¹⁶³ 保護標的全名為kaumaqan a palarulj i kaviyangan ni zingrur ti muakai（排灣族佳平部落金祿勒家族祖靈側柱姆媧蓋依），證書號：排EG000044。

¹⁶⁴ 保護標的全名為Vungalid Tjaluvuan mazazangiljan ljeqaqeccev vincian a qaciljai望嘉部落嘉羅芙岸頭目家族祖靈雙面石雕柱，證書號：排EG000022。

¹⁶⁵ 郭玉敏，物、靈與遺產建構：從排灣望嘉雙面祖先像石雕柱談起，博物館與文化，21期，頁100，2021年6月。

¹⁶⁶ 排灣族佳平部落金祿勒家族，祖靈主柱姆麗丹之智慧創作說明書，頁5，[https://www.titic.cip.gov.tw/public/order/1060321000021/text/%E7%94%B3%E8%AB%8B%E6%9B%B8%E8%A1%A8-1060321000021-kaumaqan%20a%20cukes%20i%20kaviyangan%20ni%20zingrur%20ti%20mulitan%20\(%E6%8E%92%E7%81%A3%E6%97%8F%E4%BD%B3%E5%B9%B3%E9%83%A8%E8%90%BD%E9%87%91%E7%A5%BF%E5%8B%92%E5%AE%B6%E6%97%8F%E7%A5%96%E9%9D%88%E4%B8%BB%E6%9F%B1%E5%A7%86%E9%BA%97%E4%B8%B9\).pdf](https://www.titic.cip.gov.tw/public/order/1060321000021/text/%E7%94%B3%E8%AB%8B%E6%9B%B8%E8%A1%A8-1060321000021-kaumaqan%20a%20cukes%20i%20kaviyangan%20ni%20zingrur%20ti%20mulitan%20(%E6%8E%92%E7%81%A3%E6%97%8F%E4%BD%B3%E5%B9%B3%E9%83%A8%E8%90%BD%E9%87%91%E7%A5%BF%E5%8B%92%E5%AE%B6%E6%97%8F%E7%A5%96%E9%9D%88%E4%B8%BB%E6%9F%B1%E5%A7%86%E9%BA%97%E4%B8%B9).pdf)，最後瀏覽日：2023年8月25日；排灣族佳平部落金祿勒家族，祖靈側柱姆媧蓋依之智慧創作說明書，頁5，[https://www.titic.cip.gov.tw/public/order/1060321000022/text/%E7%94%B3%E8%AB%8B%E6%9B%B8%E8%A1%A8-1060321000022-kaumaqan%20a%20palarulj%20i%20kaviyangan%20ni%20zingrur%20ti%20muakai\(%E6%8E%92%E7%81%A3%E6%97%8F%E4%BD%B3](https://www.titic.cip.gov.tw/public/order/1060321000022/text/%E7%94%B3%E8%AB%8B%E6%9B%B8%E8%A1%A8-1060321000022-kaumaqan%20a%20palarulj%20i%20kaviyangan%20ni%20zingrur%20ti%20muakai(%E6%8E%92%E7%81%A3%E6%97%8F%E4%BD%B3)



說明書中禁止以任何形式利用的規則，除了是基於智慧創作人格權的要求，亦是原住民族的應變方式，用以平衡國家擁有其神聖祖靈柱原件的無奈狀況。事實上，金祿勒家族之祖靈主柱姆麗丹的原件，乃由中央研究院民族學研究所收藏；金祿勒家族祖靈側柱姆媧蓋依，以及嘉羅芙岸頭目家族的雙面祖靈柱，則典藏在臺大人類系，原件都不在專用權人手中，專用權人僅擁有祖靈柱的複製品¹⁶⁷。2012年，祖靈柱還被審定為「國寶」，使國家變成排灣族神聖的祖靈柱之所有人，而中央研究院與臺大成為保管單位，至於祖靈柱的原所有人，地位又更加邊緣¹⁶⁸，因為祖靈柱原件之物權與控制權，已不在金祿勒家族及嘉羅芙岸頭目家族手上。

因為如此，金祿勒家族與嘉羅芙岸頭目家族在無法成為「有體財產」之所有權人時，依原創條例註冊為「無體財產」之專用權人，確實是收回祖靈柱控制權和詮釋權的一種法律策略¹⁶⁹，同時

%E5%B9%B3%E9%83%A8%E8%90%BD%E9%87%91%E7%A5%BF%E5%8B%92%E5%AE%B6%E6%97%8F%E7%A5%96%E9%9D%88%E5%81%B4%E6%9F%B1%E5%A7%86%E5%AA%A7%E8%93%8B%E4%BE%9D).pdf，最後瀏覽日：2023年8月25日；排灣族望嘉部落嘉羅芙岸頭目家族，祖靈雙面石雕柱之智慧創作說明書，頁5，<https://www.titiprc.cip.gov.tw/public/order/1060321000011/text/%E7%94%B3%E8%AB%8B%E6%9B%B8%E8%A1%A8-1060321000011-%E6%9C%9B%E5%98%89%E9%83%A8%E8%90%BD%E5%98%89%E7%BE%85%E8%8A%99%E5%B2%B8%E9%A0%AD%E7%9B%AE%E5%AE%B6%E6%97%8F%E7%A5%96%E9%9D%88%E9%9B%99%E9%9D%A2%E7%9F%B3%E9%9B%95%E6%9F%B1.pdf>，最後瀏覽日：2023年8月25日。

¹⁶⁷ 郭玉敏，同註165，頁85。

¹⁶⁸ 陳叔倬，原住民族文物的管理與返還：臺灣與美國的比較，載：當代臺灣原住民族的文化展演與主體建構，頁229，2017年8月。

¹⁶⁹ 參童元昭於「從佳平部落金祿勒家族祖靈柱申請傳統智慧創作保護談文化認同之凝聚」講座之與談內容，Djupelang，從佳平部落金祿勒家族祖靈柱申請傳統智慧創作保護談文化認同之凝聚，臺灣原住民族圖書資訊中心部落格，https://tiprc.cip.gov.tw/blog_wp/?p=18092，最後瀏覽日：2023年8月25日。



藉無體財產權，能保障祖靈柱最重要的神聖性與歷史文化意義等抽象概念，因此金祿勒家族收回使用、重製祖靈柱的事前授權權利，更形重要。

2. 阿美族奇美部落之祭典服飾與歌舞：依部落習慣法，祭典之歌舞及服飾表現，限定由部落內特定階級或性別擔任，故禁止外界任何未授權之使用。

原住民族祭典，除了要求祭典歌舞的正確重現外，在什麼時間（歲時祭儀）進行？表演者的身分、階級、性別應為何？均可能是維護祭儀神聖性中最重要的規則。外界不管部落規則就任意表演祭典歌舞，事實上會摧毀部落的年齡階層、歲時規則及祭典所展現的神聖性與宇宙觀。

因此，阿美族奇美部落的送靈祭歌¹⁷⁰、勇士歌曲舞蹈¹⁷¹、勇士階級服飾¹⁷²，登記傳統智慧創作時，在說明書中要求絕對的「事前授權」，其實是藉著事前授權的要求，確保吟唱者、展演者、場所、搭配之服裝及動作，祭儀樂舞舉行或展演的時間等，均符合部落規範，以維護神聖文化的完整性¹⁷³。他們強調事前授權對保護部落習慣法及部落尊嚴的重要性：「外界的展演與挪用，經常未深入了解奇美部落的文化，採取截斷性、去脈絡性，甚至恣意

¹⁷⁰ 保護標的全名為：阿美族奇美部落送靈祭歌-Kahahayan，證書號：美D000011。

¹⁷¹ 保護標的全名為：阿美族奇美部落Pawali-Ciopihay歌曲舞蹈，證書號：美CD000009。

¹⁷² 保護標的全名為：阿美族奇美部落勇士（Ciopihay）服飾，證書號：美CD000008。

¹⁷³ 原民會所屬舞團曾在未經奇美部落同意下，公開展演阿美族勇士舞，非部落成員另外還穿戴勇士階級服飾，嚴重破壞部落習慣法與其智慧創作的完整性，因此奇美部落提起損害賠償訴訟，原民會則主張自己的使用符合「合理使用」原則。本案分析可參洪淳琦，同註7，頁99-113。



混合其他部落或自創性元素的方式不當利用，對於奇美部落嚴謹之傳統組織、慣習與部落尊嚴，形成嚴重侵害」¹⁷⁴。這些為了維繫習慣法而對智慧創作完整性的特殊要求，可轉化為「禁止不當變更權」之要求。以下列舉幾個說明書中說明的詳細展演規則，違反規則之展演，即相當可能屬於損及部落尊嚴的「不當變更」：

(1)送靈祭歌

說明書中詳列送靈祭歌展演時，性別及年齡階級的分工：「Kahahayan送靈祭歌通常由女性領唱（男性也可），除第一、第二階級的男性不可進行領唱外，其餘階級不分男女皆可領、答唱，但此送靈祭歌僅能在祭儀的最後一日、最後一階段中吟唱，也代表Ilisin（年祭）連日的歌舞祭儀即將告一段落之涵義」¹⁷⁵。

(2)Pawali-Ciopihay舞蹈、歌曲與Ciopihay階級之整體服飾

說明書中詳列展演的時機、成員等部落習慣法：「Ciopihay階

¹⁷⁴ 阿美族奇美部落，Pawali-Ciopihay舞蹈、歌曲，智慧創作說明書，頁6，<https://www.titic.cip.gov.tw/public/order/1060322000031/text/%E7%94%B3%E8%AB%8B%E6%9B%B8%E8%A1%A8-1060322000031-Pawali%E2%94%80Ciopihay%E8%88%9E%E8%B9%88%E3%80%81%E6%AD%8C%E6%9B%B2.pdf>，最後瀏覽日：2023年8月25日；阿美族奇美部落勇士（Ciopihay）服飾，智慧創作說明書，頁6-7，<https://www.titic.cip.gov.tw/public/order/1060322000030/text/%E7%94%B3%E8%AB%8B%E6%9B%B8%E8%A1%A8-1060322000030-%E9%98%BF%E7%BE%8E%E6%97%8F%E5%A5%87%E7%BE%8E%E9%83%A8%E8%90%BD%E5%8B%87%E5%A3%AB%EF%BC%88Ciopihay%EF%BC%89%E6%9C%8D%E9%A3%BE.pdf>，最後瀏覽日：2023年8月25日。粗體為作者所加。

¹⁷⁵ 阿美族奇美部落，Kahahayan—阿美族奇美部落送靈祭歌之智慧創作說明書，頁6，<https://www.titic.cip.gov.tw/public/order/1060322000034/text/%E7%94%B3%E8%AB%8B%E6%9B%B8%E8%A1%A8-1060322000034-Kahahayan%E2%80%94%E9%98%BF%E7%BE%8E%E6%97%8F%E5%A5%87%E7%BE%8E%E9%83%A8%E8%90%BD%E9%80%81%E9%9D%88%E7%A5%AD%E6%AD%8C.pdf>，最後瀏覽日：2023年8月25日，粗體字為筆者所加。



級之整體服飾目前只能在部落舉行之歲時祭儀（如：捕魚祭、年祭）中准以正式穿戴」¹⁷⁶。以及「Pawali之歌謠領唱僅限奇美部落第三階級以上之男性，舞蹈僅限奇美部落第二階級Ciopihay，只適合在嚴肅的部落歲時祭儀（如：Ilisin年祭）中表現，或以奇美部落為主體之對外展演，不宜在其他場合及未經奇美部落授權同意下，任意進行去脈絡化之展演」¹⁷⁷。

奇美部落強調，未能事前進行授權的展演，便是對其智慧創作的不當變更，甚至在其習慣法脈絡下，造成原住民族信仰及自然資源管理上的損害：「若非年祭期間或其他不適當的時機展演Pawali-Ciopihay勇士舞，則一是對祖先不敬，其二可能對當年的農作物收穫造成歉收影響」¹⁷⁸。

(二)強調「絕對禁止修改其中的重要思想」

原住民族的傳說，其說明書中經常出現「禁止改編、改作」等字樣，其理由為傳說作為口述歷史中重要的角色，如任意改變會影響族群之歷史及文化傳承，故所有的傳說以專用權人登記的版本為主，神話傳說之改編、改作，必須符合原住民族在說明書中所確立之重要觀念。已獲得專用權之賽夏族「ta'ay傳說」¹⁷⁹、邵族「追逐白鹿傳說」¹⁸⁰、與邵族「貓頭鷹傳說」¹⁸¹，均十分注重傳說之

¹⁷⁶ 阿美族奇美部落，同註174，阿美族奇美部落勇士（Ciopihay）服飾之智慧創作說明書，頁6-7。

¹⁷⁷ 阿美族奇美部落，同註174，Pawali-Ciopihay舞蹈、歌曲之智慧創作說明書，頁6-7。

¹⁷⁸ 阿美族奇美部落，同註174，Pawali-Ciopihay舞蹈、歌曲之智慧創作說明書，頁6-7。

¹⁷⁹ 保護標的全名為：ta'ay傳說，證書號：夏J000072。

¹⁸⁰ 保護標的全名為：inkahiwan qmaqutilh mapuzipuzi a lhkaribush a qnuan a lalawa（追逐白鹿的傳說），證書號：邵J000042。



正確性，在這些智慧創作的說明書中，都明文禁止一切不符自己民族版本的使用、改編，以下觀察他們在智慧創作說明書中的說明。

1. 賽夏族傳說中之ta'ay，不應被描繪為邪惡的矮人

賽夏族對於外界總將ta'ay描述為邪惡的、會玷汙婦女的形象感到不滿，對ta'ay錯誤形象的描述，會影響矮靈祭與ta'ay的神聖關聯，「不敬矮人」，更是嚴重違反賽夏族傳統習慣法。因此賽夏族提出正確版本的說明書，乃向外界更正的第一步，也藉由法律權利，對抗外界對神聖傳說的隨意描繪。說明書中記載：「賽夏族內部利用部分，目前希望能夠提出自己民族統一詮釋的版本，以作為文化傳承之用。外部利用部分，任何外部團體或文史工作者故事採集，在未經賽夏族主祭家族同意授權，皆禁止隨意延伸著述出版品或影視工作者不敬矮人之改編展演」¹⁸²。

賽夏族對ta'ay傳說的保護需求，恰巧是智慧創作人格權能發揮功能的適例。詳言之，賽夏族人之所以想將ta'ay傳說登記為受保護的傳統智慧創作，是因為只有維持在他們的口述故事中ta'ay之正確形象，才能維持他們與ta'ay之間的神聖關係。若傳統智慧創作專用權，還是遵循著作財產權的規則，則文學故事中角色人物的「簡單特徵」，例如角色人物是邪惡的、善良的、還是英雄角色，都很可能會被視為不受保護的「思想」¹⁸³，可隨意變動。但賽夏族強調

¹⁸¹ 保護標的全名為：Shmadia wa lalawa（邵族傳統貓頭鷹傳說故事與文化意義），證書號：邵J000041。

¹⁸² 賽夏族，ta'ay傳說之智慧創作說明書，頁9，<https://www.titic.cip.gov.tw/public/order/1081014000010/text/%E7%94%B3%E8%AB%8B%E6%9B%B8%E8%A1%A8-1081014000010-ta%E2%80%99ay%E5%82%B3%E8%AA%AA.pdf>，最後瀏覽日：2023年8月25日，粗體為作者所加。

¹⁸³ Jones, *supra* note 24, at 571-72; Tze Ping Lim, *Beyond Copyright: Applying a Radical Idea—Expression Dichotomy to the Ownership of Fictional Characters*, 21 VANDERBILT J. OF ENT. & TECH. L. 95, 104-14 (2018).



ta'ay本身的個性和形象，才是整體傳說要保護的核心，否則就是對傳說之同一性、以及民族的文化造成嚴重的損害，因此禁止任何不敬矮人的改編。這些訴求通常必須行使其智慧創作人格權中的禁止不當變更權，賽夏族才可能有權預防或排除其侵害。

2. 邵族追逐白鹿傳說、貓頭鷹傳說應事前授權，並禁止改編

邵族將重要傳說登記為傳統智慧創作，以回應日月潭觀光化後，周邊商業活動假借邵族名義，私自將民族起源傳說任意改編，造成邵族文化傳承延續上的重大影響，因此邵族決定取得專用權，來對抗侵蝕文化根基的錯誤描述，這些需求，可以從以下兩個智慧創作說明書來理解。

在邵族追逐白鹿傳說的智慧創作說明書中，邵族雖歡迎追逐白鹿傳說的非營利使用、教育用途之使用，但強調將隨時以專用權來維護「外部利用內容上之正確性」；所謂的維護傳說之正確性，邵族也列舉幾項禁止之改編，包含禁止「將白鹿變成黑鹿」，或「加入腥羶色比喻」等，以免「讓具神聖性的傳說，便成了荒謬怪誕的故事」¹⁸⁴。

另外，邵族「貓頭鷹傳說」，則被觀光禮品店業者誤傳為「邵族貓頭鷹可助孕」的傳說。邵族藉由登記取得權利，並在說明書中進行澄清，以禁止傳說淪為助孕商品後，將徹底破壞傳說之神聖性。邵族不是想利用原創條例，使得所有禮品店業者都不能再做貓頭鷹商品，而是強調如果業者要講述邵族的貓頭鷹傳說，就負有講

¹⁸⁴ 參邵族，追逐白鹿的傳說之智慧創作說明書，頁10-11，[https://www.titic.cip.gov.tw/public/order/1050425000002/text/%E7%94%B3%E8%AB%8B%E6%9B%B8%E8%A1%A8\(%E5%85%AC%E5%91%8A%E7%89%88\)-1050425000002-inkahiwan%20qmaqutilh%20mapuzipuzi%20a%20lhkaribush%20a%20qnuan%20a%20lalawa%EF%BC%88%E8%BF%BD%E9%80%90%E7%99%BD%E9%B9%BF%E7%9A%84%E5%82%B3.pdf](https://www.titic.cip.gov.tw/public/order/1050425000002/text/%E7%94%B3%E8%AB%8B%E6%9B%B8%E8%A1%A8(%E5%85%AC%E5%91%8A%E7%89%88)-1050425000002-inkahiwan%20qmaqutilh%20mapuzipuzi%20a%20lhkaribush%20a%20qnuan%20a%20lalawa%EF%BC%88%E8%BF%BD%E9%80%90%E7%99%BD%E9%B9%BF%E7%9A%84%E5%82%B3.pdf)，最後瀏覽日：2023年8月25日。



述正確版本的義務，但如果不願意守護正確版本的傳說，則邵族要求貓頭鷹產品不可與邵族連結：「族人並非排斥貓頭鷹相關的商品，而是希望透過申請傳統智慧創作的保護，來傳達貓頭鷹作為邵族人所崇敬之守護神的故事與文化意義」¹⁸⁵。

為捍衛其傳說精神不能改變，邵族對於傳說的商業使用，嚴守事前授權制，說明書中記載：「作為商標、廣告行銷符號、印在商品上或社會大眾可辨識為……傳說時之其他型態使用，皆須要填寫申請書，無論是否為原住民族傳統智慧創作保護條例中所規定的合理使用範圍，皆須向邵族傳統智慧創作保護委員會提出申請，再由委員會審議是否授權給申請者或單位¹⁸⁶」。

邵族之所以能禁止外界任意改編其傳說，並在說明書明文規範營利性的利用，「不論是否為合理使用範圍，均須先提出申請」，其主要的請求權基礎，就只能是不受合理使用條件影響的「智慧創作人格權」了。邵族在說明書中詳細說明了其民族起源傳說對族群文化延續與認同的重要性，更強調使用民族傳說，必須完全依照習慣法之規範。未經同意就加油添醋、任意誇大的營利性使用，會嚴重損害邵族民族尊嚴與人格，屬於智慧創作之不當變更，則邵族確實仍有主張智慧創作人格權侵害的空間，來禁止非事前授權之營利性利用¹⁸⁷。

¹⁸⁵ 參邵族，傳統貓頭鷹傳說故事與文化意義智慧創作說明書，頁7，[https://www.titic.cip.gov.tw/public/order/1041028000017/text/%E7%94%B3%E8%AB%8B%E6%9B%B8%E8%A1%A8\(%E5%85%AC%E5%91%8A%E7%89%88\)-1041028000017-Shmadia%20wa%20lalawa%EF%BC%88%E9%82%B5%E6%97%8F%E5%82%B3%E7%B5%B1%E8%B2%93%E9%A0%AD%E9%B7%B9%E5%82%B3%E8%AA%AA%E6%95%85%E4%BA%8B%E8%88%87%E6%96%87%E5%8C%96%E6%84%8F%E7%BE%A9%EF%BC%89.pdf](https://www.titic.cip.gov.tw/public/order/1041028000017/text/%E7%94%B3%E8%AB%8B%E6%9B%B8%E8%A1%A8(%E5%85%AC%E5%91%8A%E7%89%88)-1041028000017-Shmadia%20wa%20lalawa%EF%BC%88%E9%82%B5%E6%97%8F%E5%82%B3%E7%B5%B1%E8%B2%93%E9%A0%AD%E9%B7%B9%E5%82%B3%E8%AA%AA%E6%95%85%E4%BA%8B%E8%88%87%E6%96%87%E5%8C%96%E6%84%8F%E7%BE%A9%EF%BC%89.pdf)，最後瀏覽日：2023年8月25日。

¹⁸⁶ 同前註，頁7-8；邵族，同註184，頁12。

¹⁸⁷ 如何判斷邵族智慧創作之不當變更，可參本文下一章之分析。



在這一類型的說明書中，專用權申請人並非能無的放矢、任意主張不受法定合理使用範圍之拘束，而是必須將其智慧創作人格權的內涵，真正按其文化規則與禁忌來記載，並說明外界大眾須共同遵守之義務，最後再獲主管機關邀集之審查專家及原民代表確認後，這些對外公告之說明書，才因此可成為智慧創作人格權的內涵。目前這樣記載的部落或民族，數量並不多。如本節的整理，通常只會發生在對部落來說最神聖之文化內容，以致於未事前獲得同意的使用，可能對部落尊嚴造成強烈的侵害時，才會在說明書中如此記載；有習慣法的支持，也才可能被認為屬於智慧創作人格權（尤其是禁止不當變更權）之權利範圍。禁止不當變更之標準，留待下一節繼續深入討論。

（三）強調「事前諮詢」程序以符合使用規範

阿美族馬太鞍部落的「部落領袖大禮冠盤帽」¹⁸⁸，是象徵部落主權之聖物，他們強調不論是使用大禮冠盤帽的意象、重製大禮冠盤帽、或直接穿戴大禮冠，都須事前諮詢，以符合設計、重製或穿戴之規則與禮節。目前馬太鞍登記之大禮冠盤帽樣式，乃以中央研究院民族所典藏之第66代Sapalengaw部落領袖Unak Tafong（何有柯）所擁有的大禮冠盤帽為基礎¹⁸⁹。

¹⁸⁸ 保護標的全名為：阿美族馬太鞍部落領袖大禮冠盤帽（O pakowawan no Sapalengaw no Fata'an a niyaro'），證書號：美H000002。

¹⁸⁹ 馬太鞍部落，馬太鞍部落領袖大禮冠盤帽說明書，頁7，<https://www.titic.cip.gov.tw/public/order/1050425000005/text/%E5%85%AC%E5%91%8A%E7%89%88%E7%94%B3%E8%AB%8B%E6%9B%B8%E8%A1%A8-%E9%98%BF%E7%BE%8E%E6%97%8F%E9%A6%AC%E5%A4%AA%E9%9E%8D%E9%83%A8%E8%90%BD%E5%8E%9F%E4%BD%8F%E6%B0%91%E6%97%8F%E5%82%B3%E7%B5%B1%E6%99%BA%E6%85%A7%E5%89%B5%E4%BD%9C%E5%B0%88%E7%94%A8%E6%AC%8A1050425000005%E7%BE%8EH000002.pdf>，最



本件第66代部落領袖之原件被中央研究院典藏，成為國家的財產之一，但即使如此，馬太鞍部落仍強調大禮冠象徵神聖部落主權，往後任何機關（包含中央研究院）或任何人的使用，仍必須諮詢馬太鞍部落，穿戴的方式與場合亦應符合部落之習慣法。這種的維護智慧創作完整性的需求，馬太鞍部落在智慧創作說明書中明載：「大禮冠盤帽之配戴乃大馬太鞍地區部落領袖之專屬榮耀，對馬太鞍部落具有特殊的意義，非部落之頭目、祭司或部落領袖不得任意仿製穿戴……相關現有及未來於任何場合、型式之部落領袖大禮冠盤帽意象、造型、製作及使用，均應符合馬太鞍部落制定之相關規範及諮詢」¹⁹⁰。馬太鞍部落的智慧創作說明書清楚強調：要符合馬太鞍部落關於大禮冠盤帽之使用相關規範，除了詳閱說明書外，要避免侵害原住民族的智慧創作人格權，其方法就是「事前提出諮詢」。

從以上幾個智慧創作說明書的重點，包含在說明書中就強調禁止任何未授權之使用，或強調使用一定必須在「事前」進行授權或諮詢，或強調民族傳說的禁忌或神聖的精神，不管在任何時候任何場合，都禁止增刪、歪曲。在法律上，其實大多可解釋為智慧創作人格權——尤其是其中的「禁止不當變更權」之請求權範圍。此亦為學者江雅綺等指出的重點：智慧創作人格權，「應具有捍衛該權利主體對該作品的連結及主觀情感的功能」¹⁹¹。

在此必須強調，這樣的法律解釋，不是智慧財產權法制特別對原住民族開放特例。即使是著作權法的著作人格權，本來就十分強調創作與作者人格本身的連結性，可由作者預防和排除各種歪曲著

後瀏覽日：2023年8月25日。

¹⁹⁰ 同前註，頁6。

¹⁹¹ 江雅綺、劉博文、王綱，同註7，頁187。



作所造成之人格權侵害，其他使用人即使符合合理使用標準不須事前授權，還是可能構成著作人格權侵害。更何況，原創條例的立法目標，是為扭轉過去原住民族文化落入「公共領域」（public domain），被視為可任意取用的「原料」，且不須表示智慧創作來源的狀況；以及阻止外界過去不管任何部落禁忌，任意取用原住民族文化¹⁹²，造成部落文化傳承斷裂、甚至文化滅絕¹⁹³的困境繼續發生。因此，傳統智慧創作專用權人維繫習慣或禁忌的需求，被智慧創作人格權的內涵所包容及轉譯，應屬合理，法院應依習慣法之精神，認定智慧創作人格權範圍。

本節所述的這些智慧創作說明書，印證了人類學者Geismar觀察，西方的智慧財產權概念，亦可以被原住民族加以利用，並依據習慣法，設立該傳統智慧創作使用界線的請求權基礎¹⁹⁴。原創條例創造了將原住民族未成文之習慣，轉化為法定權利的機會，因此政府機關、法院、或其他非所屬部落之外人，也被法律要求要更理解原住民族對其智慧創作的各種使用規則、禁忌、習慣法¹⁹⁵。

¹⁹² 黃居正，傳統智慧創作與特殊權利——評析「原住民族傳統智慧創作保護條例」，同註6，頁12-13；黃居正、邱盈翠，原住民族傳統智慧創作之歸屬與運用：集體財產管理制度之探討，同註6，頁18。

¹⁹³ Conway, *supra* note 143, at 207-08.

¹⁹⁴ Geismar, *Copyright in Context: Carvings, Carvers, and Commodities in Vanuatu*, *supra* note 9, at 453.

¹⁹⁵ 本文之匿名審查人建議，或可直接修正原創條例，對於特定原住民族傳統智慧創作，例如「涉及宗教祭儀、身分地位等之傳統文化表達或觀念等，給予特別保護，排除於權利限制之列，不允許他人合理使用。這種由立法者以法律明文規範之作法，或許優於讓司法機關以個案判斷之不穩定性？」不過，本文認為，即使修改原創條例，讓法律明定涉及宗教祭儀、身分地位之智慧創作，不允許他人合理使用；真正面對侵權爭議時，法院對於那些是真正涉及宗教祭儀、涉及身分地位的智慧創作，因此可以得到特別保護？還是得考察原住民族習慣法、以及智慧創作說明書的記載，進行個案判斷。原創條例



四、何謂「專有以歪曲、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」？

原住民族主張依據習慣法，維持文化表現之「完整性」的需求，已在前述摘錄的說明書中充分展現。因此，原住民族或要求事前授權、尊重；或不容許神聖文化的精神和概念被任意扭曲，在有了原創條例立法之後，這些要求得轉化為法律上的權利；最主要的依據，便是智慧創作人格權中的「禁止不當變更權」，亦已如前述。WIPO草案條款將各國應承認之禁止不當變更權，直接定義為「要求以尊重傳統智慧創作完整性之方式，使用該傳統智慧創作之權」（the moral right to the use of their traditional cultural expressions in a manner that respects the integrity of such traditional cultural expressions¹⁹⁶），顯見原住民族依據習慣法，維護智慧創作完整性的規範，為禁止不當變更權的最主要目的。原創條例之條文，是否能落實此目的？因此，本文最後一節將聚焦於禁止不當變更權的法律適用問題。

（一）原創條例與著作權法中的「致損害其名譽」

原創條例第10條第2項第3款對禁止不當變更權之法律要件規定為：「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。」

這個條文明顯由著作權法第17條「禁止不當變更權」全文移植過來，著作權法第17條規定：「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之內容、形式或名目致損害其名譽

無論怎麼修法，怎麼明定侵權的要件，法院都不太可能外於原住民族習慣法，進行真空的判斷。

¹⁹⁶ 參WIPO，同註53。



之權利。」使得不論著作權人或智慧創作專用權人，均必須以「致損害其名譽」，作為啟動防止他人改變創作內容的法定條件。然而，即使是著作人個人，或共同著作之共同著作人的名譽，加上「致損害於名譽」的要件，已造成相當多的疑慮，亦有不少學者檢討在著作權在1998年修法後，增加「致損害其名譽」此要件之妥適性¹⁹⁷。但在原創條例中，智慧創作人格權為集體權，權利人是部落或民族時，此時應該怎麼解釋歪曲竄改致部落、或民族的名譽受損，也是值得深入檢視的問題。

首先應注意的是，著作人格權中的「禁止不當變更權」（right to integrity），是承認作品與作者之間的緊密聯繫，希望藉著作作品的完整性（integrity）的追求，使作者本身的創作理念與人格不被扭曲。在我國著作權法中提及的著作人的「名譽」，在伯恩公約中使用的是「名譽或聲望」（honour or reputation），它與民法第195條所謂侵害「名譽」應負之損害賠償責任，並非以同樣概念來判斷¹⁹⁸，而是由著作權相關判決與學說發展自己的「致損害其名譽」之標準。智慧創作專用權中的禁止不當變更權也應如此解釋，其內涵為承認部落民族、與其智慧創作之間的緊密連結，追求部落、民族的集體智慧創作的完整性，藉此保全其族群集體的名譽或聲望；並從保障智慧創作整體性的目的，以及保障原住民族文化權及集體身分認同權的憲法基礎，來整體觀察何種情形可以算是損害族群的名譽與聲望，不應囿於原本民法上對個人名譽之既定概念。

原創條例領先於我國憲法解釋實務¹⁹⁹，在智慧創作人格權的

¹⁹⁷ 蕭雄淋，同註13，頁40-41；黃致穎，論著作權法第17條「致損害其名譽」要件之妥當性，高大法學論叢，12卷2期，頁163-244，2017年3月。

¹⁹⁸ 黃致穎，同前註，頁223-224。

¹⁹⁹ 目前臺灣憲法法庭尚未承認「集體的原住民族人格（或族格）權」，智慧創作人格權與憲法人格權的關係，參第四章第二節分析。



法律保護範圍，承認族群集體的人格權（或有學者直接稱為「族格」權²⁰⁰），並以「維持智慧創作完整性」為方法，來保護專用權人集體的名譽、聲望。關於外界不當的使用，是否已造成族群集體名譽或聲望的侵害，而形成「不當變更」，登記時必備的智慧創作說明書所記載的習慣法及使用規則，可成為高度可參考的標準來進行判斷，已在本章第三節提及。其他細部判準，將於下一節分析。

(二)應採取主觀標準或客觀標準判定「不當變更」？

著作權法中，對何謂破壞著作完整性，並達到著作人名譽受損的程度，常區分為較偏重於「客觀標準」（偏重一般大眾觀點）、或「主觀標準」（偏重著作人主觀感受），而我國法院與學說標準仍未定論²⁰¹。也有學者認為，依伯恩公約之精神，如該變更可證明客觀上屬於「合理」（reasonable）的變更，或如果原作者同意此種變更，則並非「不當變更」，似兼採主、客觀標準²⁰²。

由於著作人格權的不當變更標準仍未達定論，且群體權利的客觀、主觀標準，也不應與個人權利的標準等同視之，故傳統智慧創

²⁰⁰ 林孟玲，同註61，頁206-209。

²⁰¹ 在著作權中，對歪曲、割裂著作致損害其名譽之標準，該名譽損害之標準，究竟應偏重主觀標準或客觀標準，尚無固定的判準。在臺灣，法院有採取偏重「客觀」評價中的名譽者，即以「變動著作行為，是否致使公眾錯誤評價原著作人之結果產生」為準；也可能採取客觀與主觀綜合評價，必須「變動著作行為是否違反原著作人主觀上意思而實行，且於客觀上產生侵害原著作人人格利益之結果」，始構成著作人格權的違反。參：黃絜，同註15，頁115-117。或者，亦有學者認為以大眾觀點為準時，對著作人保護不足，而以著作人感受為準時，又過度流於主觀，故主張採取「以專業創作團體的多數意見」，作為折衷侵害禁止不當變更權之標準。參蕭雄淋，新著作權法逐條釋義(一)，頁226，2001年8月，2版。

²⁰² Janke, *supra* note 4.



作人格權之標準，應就原創條例設定之保護目的與性質，進行與著作人格權標準不同之考量，故以下分析如何具體判定已構成「不當變更」的標準。

1. 採主、客觀綜合評量標準

曾任WIPO原住民族智慧財產專家的加拿大學者Brigitte Vézina指出，在衡量是否為不當變更智慧創作，致冒犯原住民族時，可「綜合衡量主、客觀標準」。但必須注意的是，此處所提出的客觀標準，並非是一般不瞭解原住民族文化的「大眾」觀點。客觀標準，Brigitte Vézina係指可以依據立法、判例法、原住民族法、慣習或其他客觀規則所樹立的標準，以觀察是否造成群體成員人性尊嚴、文化權、及身分／文化認同之損害；主觀標準，則指的是偏重探詢主張受侵害的原住民社群觀點²⁰³。

傳統智慧人格權侵害時，如採取「客觀」標準——探詢實定法、判例或其他原住民族法標準，目前我國雖較無法律或法院實務建立之基準。不過，即使以一般大眾可理解的標準來看，上一節智慧創作說明書中，專用權人所提及的外界誤用之例，也明顯可發現原住民群體的名譽或尊嚴遭損害之情況。例如「邵族貓頭鷹傳說，遭誤用為貓頭鷹助孕商品」，或「邵族追逐白鹿傳說變成腥羶色故事」的例子²⁰⁴，這些改編，即使依一般公眾觀點，也能理解為是神聖文化，被降格為純商業性或情色文化，而損害專用權

²⁰³ “When applying the right of integrity, the determination of what is offensive should not be narrowly prescribed but based on the facts at hand. Assessment should be done both subjectively, from the point of view of the community that claims violation, and objectively, by the court, within the framework of guidelines to be developed legislatively or through case law, as informed by Indigenous customary laws, practices and protocols.” See Vézina, *supra* note 4, at 18.

²⁰⁴ 可參：本章第三節，邵族追逐白鹿傳說與貓頭鷹傳說之智慧創作說明書。



人之客觀名譽。另外，奇美部落也提到，外界將只有特定勇士階級（Ciopihay階級）在正式祭典時可穿戴之勇士帽，改作為商業酒類促銷人員的頭飾，亦使公眾錯誤評價奇美部落文化，認為勇士階級服飾是沒有任何嚴肅穿戴規則的裝飾品；與酒類促銷的商業活動連結，亦破壞祭典服飾之神聖性。這些不經授權的誤用，將降低外界對專用權人文化之客觀評價。

當然，上述誤用的例子，如從專用權人之主觀社群標準來看，也已構成不當變更，因為這些改編，使專用權人對其智慧創作的的神聖性、重要性可受到外界尊重的「主觀期望」受損，對內更造成部落成員對文化的集體認同度下滑，損及文化之存續根基²⁰⁵，造成成員不再認同文化的神聖性，或不再遵守部落祭儀規範及嚴謹的年齡階層之規則。這些考量因素，均可能認定該等變更已損害部落或民族整體的人格尊嚴。

2. 偏重主觀標準

除了上述幾個例子外，原住民族文化成果常有以下兩種情況，由於欠缺客觀判斷標準，不當變更的侵害，應更偏重社群內部的主觀判準為主。

一種是外界並不熟悉的傳統智慧創作。因此，該專用權人的智慧創作或文化表現，沒辦法依據客觀累積的評價；而該歪曲、割裂或竄改所造成的評價之受損，也並非只是神聖文化變低俗、或神聖精神改變成純商業活動，這種大眾容易理解的破壞創作者尊嚴的狀況。因此，在判定是否為禁止不當變更權的侵害時，會更偏向以是否損害專用權人群體內部的集體規則為準。

另外一種是，外界誤用、誤傳已久之傳統智慧創作，也不該使用「客觀判準」來判斷是否已侵權。因為此時所謂的「客觀評價」

²⁰⁵ LAI, *supra* note 106, at 11-13.



判準，反應的只是社會主流的「刻板印象」，並非真實客觀，而在少數群體權利保障中，有時最需要的就是避免迎合所謂的「客觀」——或說多數人、社會主流認定的價值。外界誤用、誤傳以久的專用權人，之所以想要登記創作，就是為了扭轉過去外界的錯誤印象，避免未來繼續被誤用，如再以社會大眾的觀點，來判斷該誤用是否降低了對該文化的評價，將使本條禁止不當變更權的保護形同具文。例如，上節提及賽夏族藉由獲得ta'ay傳說之專用權，用以糾正對矮人形象被外界誤用已久之情形，如未來仍有將矮人描述的十分邪惡的改編故事或影視問世，即使由於大眾長久對矮人的誤解，以至於該改編未使大眾對ta'ay傳說的評價下降，但由於這種嚴重影響專用權人主觀民族尊嚴之感情，並破壞賽夏族與ta'ay之間互動之神聖習慣法，本件應以賽夏族的社群觀點，判定這些改編會侵害賽夏族之禁止不當變更權。

3. 主、客觀標準界線模糊

學者Brigitte Vézina雖主張就是否損及原住民族之名譽或聲望，得兼採主觀、客觀標準，但須注意的是，他是以著作人格權的模式，來考量禁止不當變更權的判定方法，他所推論的權利，是不需登記即保護的。但是，在臺灣原創條例的脈絡下，主觀與客觀標準之區分更常是界線模糊的，主要的原因是原創條例的保護，採取登記保護主義之制度。

詳言之，前節整理原住民族傳統智慧創作說明書時，本文發現原住民族在智慧創作說明書中，常常已詳細登記那些智慧創作，為最神聖不能改變的部分，為外界提供了使用的遵循規範。因此，如果外界未經授權的使用，違反的是部落賴以維繫存續的文化使用習慣、傳統與規則，且這些規則已在說明書中事前詳細記載，此時相當可能已構成「不當變更」。我們當然可以說，這樣的判斷，是較偏重受侵害之原住民族社群的主觀觀點；但同時，該標準已經過原



民會的行政流程、外聘專家學者及原住民族代表之審查、專用權人的反覆修正，並經過對外公告公示，使外界也可以理解那些變更，會侵害專用權人對智慧創作之主觀名譽感情或期望。以登記文件為基準的智慧創作範圍與說明書，對於何謂侵害智慧創作人格權，可以說已經提供相對清楚的客觀指引。如同我們不會說專利的說明書與申請專利範圍，是一種流於專利權人的「主觀」論點，因為其保護範圍乃經過與政府協商、專家學者的審查、數度修改或申復程序等，雖為權利人所撰寫，但該等文件就是判斷專利客觀範圍之文件。這種以原住民族在地觀點出發，所撰寫的智慧創作說明書，來作為判斷權利範圍的客觀標準，乃融合主、客觀標準，也是本章第一節基於憲法保護原住民族文化權與多元文化主義，所形容的「國家法與原住民族習慣法共構智慧創作人格權」。

因此，本文主張，如違反專用權人於說明書中，明文記載該智慧創作之習慣法，及會損害智慧創作完整性的禁止行為，因說明書內容已經過主管機關嚴格的實質審查，應大致可直接認定為損害群體名譽之「不當變更」。至於其他智慧創作說明書中未予以記載之智慧創作誤用情形，或記載不夠清楚時，則在可前述第1點、第2點，依個案不同，選擇主觀和（或）客觀標準，來評價是否為「不當變更」。

（三）外部人使用，宜進行事前諮詢與授權

智慧創作人格權之保護模式，對智慧創作、及其所維繫之集體認同與文化存續發展，提供整體性的保護。而智慧創作人格權所要求的，其實一言以蔽之，就是使用原住民族文化前的「尊重」。本文第貳章討論著作人格權時，提及編舞家相當關注著作人格權，因為他們並非在意舞作的個別動作被抄襲，而是在意編舞作品整體所展現的編舞家人格，及他們透過舞蹈所要傳達的藝術宣言，能否被



維持。因此編舞家常要求作品的演出，必須實踐「事前諮詢及授權」程序²⁰⁶。智慧創作人格權也應如此理解，我們已從前一節所整理的智慧創作說明書中發現，文化容易被誤用的部落，相當強調事前授權或諮詢程序的重要性。

紐西蘭學者Jessica Lai指出，原住民族對自己的文化資產進行使用、保護、分享時，有自己在地的（習慣）法律要依循；關於其他人如何使用原住民族的文化資產，會「希望自己能參與該決定」；相對地，通常使用人也會想要先聽聽看原住民族的意見，一方面以免冒犯原住民族之禁忌²⁰⁷，更避免事後糾紛。紐西蘭雖未完整立法承認原住民族智慧創作的特別權利，但不論有無立法保障，事前的參與、諮詢，一直都是利用原住民族文化資產利用時最重要的守則、步驟。依據同樣的邏輯，上一節所摘錄之涉及神聖性文化的智慧創作說明書，均主張禁止未經事前授權之使用。

另要注意的是，由於各族或部落之習慣法，對不同的智慧創作，有不同的使用和管理規則，以及背後不同的文化意義需要維護，這是「非均質性的文化自治」²⁰⁸；故何謂侵害智慧創作人格權，不太會有一套完全一致的標準或公式，而會依據原住民族習慣法、及其在傳統智慧創作登記文件中的記載而異。也因此，登記的公示效果也特別重要，它擔任了權利人與外部人溝通的平台，也是法院判決的依據。另外，公示文件中詳細記載代表人是誰，以及代表人聯繫方式，也讓大家容易找到專用權人之代表人，進行事前諮詢。

²⁰⁶ Yeoh, *supra* note 29, at 46.

²⁰⁷ LAI, *supra* note 106, at 312.

²⁰⁸ 林淑雅，多元民族國家的原住民族基本權，律師雜誌，247期，頁11-22，2000年4月；以撒克·阿復，同註88，頁188-189。



這樣的公示效果，也已平衡了公眾與原住民族之間的權利²⁰⁹。和不須登記的著作權比起來，著作人格權常到了產生爭議後，才由法院判斷是否第三人對著作之使用，是否侵害作者的名譽或人格權，這種無法確認作者態度的不確定性，確實造成使用者（甚至可能是合法授權者）使用該著作的困難性，不利思想的流通與知識的共享。比較起來，原住民族對於智慧創作的 Usage 方式，有其習慣法為客觀依據，再以白紙黑字記錄下來，且經原住民族主管機關、及外聘的專家學者與原住民代表實體審查通過，登載在政府公開資訊中，並全部在網路上公開，相當方便查閱。原住民族習慣法被要求記錄下來，且還必須經過國家審查，從應尊重多元文化的憲法精神來看，原住民族已有相當程度的退讓。如果其他使用人，還要再否定這些攸關原住民族文化存續、民族尊嚴的使用規則，宣稱自己可以任意使用，或者認為遵守規則反而不利於原住民族文化推廣²¹⁰，實在是視憲法及法律為無物，不足採納。

陸、結 論

本文藉由關於著作權與原住民族權利的法律與國際文件，探討

²⁰⁹ 第參章曾經提及，原創條例的立法目的，並未如著作權法一般，在提及在保護專用權時，還要隨時考慮、平衡「公共」利益——畢竟公共利益在此常屬於主流強勢文化之利益，過度考慮主流公共文化，對於原住民族文化保護反而不足。另參洪淳琦，同註7，頁104。

²¹⁰ 例如，同註173提及之奇美部落訴原民會案，原民會忽略一切說明書中記載的習慣法及智慧創作人格權範圍，主張自己可未經授權便使用，理由為推廣和傳承奇美部落文化。如臺北地院審理時答辯：「南島論壇中使用系爭傳統創作，係為推展我國原住民部落文化於國際間之公益使用目的，使用方法為在8月1日『原住民族日』於我國總統、各機關、各國代表出席之公益活動，無任何營利行為，並由司儀以中英文介紹……充分說明智慧創作出處及文化內涵，應係有助智慧創作之推廣與傳承」；參臺北地方法院109年度原重國字第1號民事判決，貳、實體部分，二、(一)被告原民會答辯摘要。



智慧創作人格權的內涵、憲法基礎、及如何適用。原創條例立法時，雖借用我國著作人格權的相同法條文字與邏輯，賦予原住民族「公開發表權」、「名稱表示權」及「禁止不當變更權」，然在理解智慧創作人格權的內涵時，須釐清與著作人格權的異同。雖從立法目的與憲法基礎來說，兩種人格權有許多不同；但以相似處來說，著作人格權符合某些創作領域（如當代觀念藝術、前衛藝術、舞蹈著作等）著作人之利益，例如要求創作重要精神的保護，創作完整性的保護、強調尊重作品與作者人格之連結性、以及踐行事前諮詢、授權的重要性等，其實也常是原住民族要藉智慧創作人格權所達到的重要或首要保護目標。著作人格權所累積之原則，因此亦有供智慧創作專用權充實內涵的可能。

分析大法官歷年對憲法第22條所涵蓋的基本權與保障人性尊嚴的關係後，本文認為智慧創作人格權，得以憲法第22條保障之人格權、姓名權與命名權、文化權及身分暨文化認同權為其憲法基礎。如在上述憲法基礎上，思考智慧創作人格權的內涵，「公開發表權」重視原住民族何時發表、如何發表的自我決定權，攸關內部成員之人格權與人性尊嚴；姓名權為人格權的一種，團體成員自我決定團體名稱之命名權，也已被大法官所肯認受憲法保障，可成為「名稱表示權」之重要基礎，原住民族、部落、家族因此得要求他人在利用時，顯示其正確名稱。至於近期大法官所肯認的文化權、及原住民族集體的身分暨文化認同權，除提供公開發表、名稱表示權之集體權基礎外，也提供「禁止不當變更權」排除他人未經授權便挪用、變更原住民族文化的憲法基礎，藉由該權利來防止破壞與智慧創作相關之習慣法效力，以保障原住民族或部落文化之集體發展，並保護族群的整體聲望，不被各種歪曲、割裂的文化挪用所損害；回過頭來也呼應憲法第22條整體對人性尊嚴的終極追求。

在落實智慧創作人格權的討論中，本文強調不能忽略的是原住



民族在登記專用權時之法定必備文件：「智慧創作說明書」。如仔細閱讀智慧創作說明書，會發現有些專用權人，明文「禁止所有未經授權的使用」，或者要求外界使用時，一定不能改變傳統智慧創作中的「重要思想／精神」。這種絕對的寫法，與原創條例的明文規範表面上似有所衝突，但若從智慧創作人格權乃保護創作整體完整性，避免不當變更損害專用權人之名譽聲望的角度思考，本文所摘錄的說明書中，其明示禁止使用的態樣，乃依據其習慣法所劃定，且對於族群集體文化認同與文化存續有重大的影響，屬於合理的權利範圍主張。因此，如這些說明書所載之智慧創作使用規則，確實是原住民族使用該智慧創作的習慣法時，外界及法院應給予程度最大的承認與尊重，這也能落實「習慣法與國家法共構智慧創作人格權」之法律多元主義初步目標。

以登記文件為基準的智慧創作範圍與說明書，對於何謂侵害智慧創作人格權，尤其是何謂侵害禁止不當變更權，可以說已經提供相對清楚的客觀指引標準。登記的公示效果，也已平衡公眾與原住民族之間的權利衝突。和著作人格權常無法確定著作人觀點相比，原住民族對於智慧創作的使用方式，有其習慣法為客觀依據，再以白紙黑字記錄下來，且經原住民族主管機關、及外聘的專家學者與原住民代表實體審查通過，登載在政府公開資訊中，並全部在網路上公開，外界較容易依循。因此，如同專利登記說明書及申請專利範圍，智慧創作說明書構成智慧創作人格權、財產權的法定範圍，不論是專用權人、非專用權人、主管機關及法院，均須嚴肅認真對待。



參考文獻

一、中 文

1. 王怡蘋，戲謔仿作（Parodie）與著作權保護，智慧財產評論，11卷1期，頁1-29，2013年6月。
2. 王怡蘋，公開發表權之保護與限制，國立臺灣大學法學論叢，48卷2期，頁751-789，2019年6月。
3. 王泰升，在法學與國家法中看見原住民族法律，政大法學評論，134期，頁1-46，2013年9月。
4. 王泰升，論台灣社會上習慣的國家法化，國立臺灣大學法學論叢，44卷1期，頁1-69，2015年3月。
5. 王泰升，台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、地域與法文化，國立臺灣大學法學論叢，44卷4期，頁1639-1704，2015年12月。
6. 王曉丹，理解法律多元——行動者視角的分析框架，月旦法學雜誌，320期，頁70-89，2022年1月。
7. 以撒克·阿復，原住民族正名運動vs.象徵暴力——象徵抗爭進路下的正名運動及其衍生性社會實踐，台灣原住民族研究學報，4卷3期，頁183-202，2014年9月。
8. 江雅綺、劉博文、王綱，探討原住民族傳統智慧創作保護條例中合理使用條款之適用與突破，世新法學，15卷1期，頁177-243，2021年12月。
9. 吳豪人，日治時期的祭祀公業——臣民與帝國之間的「絕緣體」？，輔仁法學，50期，頁91-164，2015年12月。
10. 林三元，原住民族傳統智慧創作專用權，2013年8月。
11. 林孟玲，智慧創作專用權之性質與使用倫理，科技法學評論，12卷1期，頁191-227，2015年6月。
12. 林洲富，保護著作人格權之姓名表示權——評最高法院106年度台上字第54號民事判決，裁判時報，74期，頁51-59，2018年8月。
13. 林淑雅，多元民族國家的原住民族基本權，律師雜誌，247期，頁11-22，2000年4月。



14. 林淑雅，原住民族傳統智慧創作的認定與保護難題——以泰雅染織文化為例，載：傳統智慧與公共領域：原住民族傳統智慧創作保護論文集，頁189-218，2009年9月。
15. 邱盈翠、包梅芳、達比利決·阿利夫，「原住民族傳統智慧創作保護條例」與身分性文化敘述：排灣族巴格達外（Pakedavai）家族之實踐，台灣原住民族研究季刊，8卷1期，頁1-42，2015年7月。
16. 洪淳琦，作為混雜性（Hybridity）的傳統：以Homi Bhabha的後殖民觀點論原住民族傳統智慧創作保護條例，國立臺灣大學法學論叢，50卷1期，頁1-67，2021年3月。
17. 洪淳琦，原住民族傳統智慧創作保護條例中的「合理使用」原則初探——兼論奇美部落訴原住民族委員會案，月旦法學雜誌，323期，頁99-113，2022年4月。
18. 馬鈺婷，從財產權理論看我國原住民族傳統智慧創作之審查實務，國立陽明交通大學科技法律研究所碩士論文，2019年1月。
19. 張郁齡，原住民族文創產業「創作端」之取樣授權問題研究，台灣原住民族研究季刊，7卷4期，頁1-29，2014年12月。
20. 郭玉敏，物、靈與遺產建構：從排灣望嘉雙面祖先像石雕柱談起，博物館與文化，21期，頁81-110，2021年6月。
21. 陳仲麟，著作自由作為著作人格權的憲法基礎，東海大學法學研究，34期，頁49-89，2011年6月。
22. 陳仲麟，反思私法人的憲法權利地位，國立臺灣大學法學論叢，51卷3期，頁617-683，2022年9月。
23. 陳叔倬，原住民族文物的管理與返還：臺灣與美國的比較，載：當代臺灣原住民族的文化展演與主體建構，頁227-258，2017年8月。
24. 陳思廷，著作人格權法制之研究：法國法之考察借鏡，載：國際比較下我國著作權法之總檢討（上冊），頁195-227，2014年12月。
25. 黃居正，傳統智慧創作與特殊權利——評析「原住民族傳統智慧創作保護條例」，台灣原住民族研究季刊，3卷4期，頁11-46，2010年12月。
26. 黃居正、邱盈翠，原住民族傳統智慧創作之歸屬與運用：集體財產管理制度之探討，臺灣社會研究季刊，90期，頁1-42，2013年3月。



27. 黃居正、邱盈翠，臺灣原住民族集體同意權之規範與實踐，臺灣民主季刊，12卷3期，頁43-82，2015年9月。
28. 黃居正、陳曉慧，原住民族傳統智慧創作之合理使用，載：傳統智慧與公共領域：原住民族傳統智慧創作保護論文集，頁161-188，2009年9月。
29. 黃致穎，論著作權法第17條「致損害其名譽」要件之妥當性，高大法學論叢，12卷2期，頁163-244，2017年3月。
30. 黃晴釩，原住民族傳統智慧創作保護條例中合理使用之認定：以奇美部落案為例，國立臺北科技大學智慧財產權研究所碩士論文，2022年1月。
31. 黃絮，著作人格權中禁止醜化權之研究——以日本法與我國法之比較為中心，國立臺北教育大學人文藝術學院文教法律研究所碩士論文，2012年7月。
32. 臺北帝國大學土俗人種學研究室，台灣原住民族系統所屬之研究（第二冊），2011年1月。
33. 蔡明誠，智慧權法原理，2023年2月。
34. 蔡志偉，從「王光祿釋憲案」論原住民族狩獵文化權利的憲法保障，國立臺灣大學法學論叢，51卷3期，頁685-755，2022年9月。
35. 劉靜怡，建立原住民公共領域——政策與規範的考察，載：傳統智慧與公共領域：原住民族傳統智慧創作保護論文集，頁97-119，2009年9月。
36. 蕭雄淋，新著作權法逐條釋義(一)，2版，2001年8月。
37. 蕭雄淋，著作權法上有關著作人格權修正的若干議題，智慧財產權月刊，185期，頁34-51，2014年5月。
38. 謝世忠、郭倩婷、楊鈴慧、劉瑞超、李韋誠，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第二期委託研究——泰雅族、太魯閣族，2007年3月。

二、外 文

1. Anderson, Jane, *Indigenous Communal Moral Rights: The Utility of an Ineffective Law*, 5(30) INDIGENOUS LAW BULLETIN 8 (2004).
2. Anderson, Jane, *The Politics of Indigenous Knowledge: Australia's Proposed*



- Communal Moral Rights Bill*, 27 U. OF NEW SOUTH WALES L.J. 585 (2004).
3. Boast, Robin, *Neocolonial Collaboration: Museum as Contact Zone Revisited*, 34 MUSEUM ANTHROPOLOGY 56 (2011).
 4. Brown, Michael F. (2004), *WHO OWNS NATIVE CULTURE?*, MA: Harvard University Press.
 5. Cardoso, João Vitor & Pacheco-Pizarro, Millaray Rayen, *Water Rights, Indigenous Legal Mobilization and the Hybridization of Legal Pluralism in Southern Chile*, 54 LEGAL PLURALISM AND CRITICAL SOCIAL ANALYSIS 117 (2022).
 6. Chen, Shun-Ling, *Collaborative Authorship: From Folklore to the Wikborg*, 2011 J. OF LAW, TECHNOLOGY AND POLICY 131 (2011).
 7. Conway, Danielle M., *Indigenizing Intellectual Property Law: Customary Law, Legal Pluralism, and the Protection of Indigenous Peoples' Rights, Identity, and Resources*, 15 TEXAS WELEYAN L. REV. 207 (2009).
 8. Dennis-McCarthy, Nopera, *Indigenous Customary Law and International Intellectual Property: Ascertaining an Effective Indigenous Definition for Misappropriation of Traditional Knowledge*, 51 VICTORIA UNIVERSITY OF WELLINGTON L. REV. 597 (2020).
 9. Geismar, Haidy, *Copyright in Context: Carvings, Carvers, and Commodities in Vanuatu*, 32 AMERICAN ETHNOLOGIST 437 (2008).
 10. Geismar, Haidy (2013), *TREASURED POSSESSIONS: INDIGENOUS INTERVENTIONS INTO CULTURAL AND INTELLECTUAL PROPERTY*, NC: Duke University Press.
 11. Gover, K. E. (2021), *ART AND AUTHORITY: MORAL RIGHTS AND MEANING IN CONTEMPORARY VISUAL ART*, Oxford: Oxford University Press.
 12. Holder, Cindy (2006), *Culture as a Basic Human Right*, in Avigail Eisenberg ed., *DIVERSITY AND EQUALITY: THE CHANGING FRAMEWORK OF FREEDOM IN CANADA*. (Vancouver: UBC Press).
 13. Holder, Cindy, *Culture as an Activity and Human Right: An Important Advance for Indigenous Peoples and International Law*, 33 ALTERNATIVES: GLOBAL, LOCAL, POLITICAL 7 (2008).
 14. Ismanjanov, Akbar, *Creativity Oriented Originality in Non-Protection of Ideas:*



- Inter-Compliance of Originality and Idea-Expression Dichotomy*, 5 INTEL. PROP. RIGHTS. 191 (2017).
15. Janke, Terri, *Berne, Baby, Berne: The Berne Convention, Moral Rights and Indigenous Peoples Cultural Rights*, 5(6) INDIGENOUS LAW BULLETIN 14 (2001).
16. Jones, Richard H., *The Myth of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law*, 10 PACE L. REV. 551 (1990).
17. Kymlicka, Will (1995), *MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS*, Oxford: Oxford University Press.
18. Lai, Jessica Christine (2014), *INDIGENOUS CULTURAL HERITAGE AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: LEARNING FROM THE NEW ZEALAND EXPERIENCE?*, Cham: Springer International Publishing.
19. Lim, Tze Ping, *Beyond Copyright: Applying a Radical Idea—Expression Dichotomy to the Ownership of Fictional Characters*, 21 VANDERBILT J. OF ENT. & TECH. L. 95 (2018).
20. Pratt, Mary Louise (2008), *IMPERIAL EYES: TRAVEL WRITING AND TRANSCULTURATION* (2d ed.), New York: Routledge.
21. Raz, Joseph (1988), *THE MORALITY OF FREEDOM*, Oxford: Oxford University Press.
22. Raz, Joseph, *Rights and Politics*, 71 IND. L.J. 27 (1995).
23. Rigamonti, Cyrill, *Deconstructing Moral Rights*, 47 HARV. INT'L L.J. 353 (2006).
24. Riley, Angela R., *“Straight Stealing”: Towards an Indigenous System of Cultural Property Protection*, 80 WASHINGTON L. REV. 69 (2005).
25. Rimmer, Matthew (2015), *Introduction: Mapping Indigenous Intellectual Property*, in Matthew Rimmer ed., *INDIGENOUS INTELLECTUAL PROPERTY*. (Cheltenham: Edward Elgar Publishing).
26. Sapolich, Rikki, *When Less Isn't More: Illustrating the Appeal of a Moral Rights Model of Copyright Through a Study of Minimalist Art*, 47 IDEA: THE INTELLECTUAL PROPERTY L. REV. 453 (2006).
27. Schere, Elizabeth, *Where Is the Morality? Moral Rights in International Intellectual Property and Trade Law*, 41 FORDHAM INT'L L.J. 773 (2018).



28. Simone, Daniela (2019), *COPYRIGHT AND COLLECTIVE AUTHORSHIP: LOCATING THE AUTHORS OF COLLABORATIVE WORK*, Cambridge: Cambridge University Press.
29. Stoianoff, Natalie & Wright, Evana (2018), *Fair Use and Traditional Cultural Expressions*, in Susan Corbett & Jessica Lai eds., *MAKING COPYRIGHT WORK FOR THE ASIAN PACIFIC: JUXTAPOSING HARMONISATION WITH FLEXIBILITY*. (Canberra: ANU Press).
30. Stoll, Tobias (2018), *Intellectual Property and Technologies: Article 31*, in Jessie Hohmann & Marc Weller eds., *THE UN DECLARATION ON THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES: A COMMENTARY*. (Oxford: Oxford University Press).
31. Swiderska, Krystyna, *Protecting Community Rights over Traditional Knowledge: Implications of Customary Laws and Practices. Key Findings and Recommendations 2005-2009*, INT'L INSTITUTE FOR ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT 5 (2009).
32. Thornhill, Chris et al., *Legal Pluralism? Indigenous Rights as Legal Constructs*, 68 U. OF TORONTO L.J. 440 (2018).
33. Tobin, Brendan (2015), *Traditional Knowledge Sovereignty: The Fundamental Role of Customary Law in Protection of Traditional Knowledge*, in Matthew Rimmer ed., *INDIGENOUS INTELLECTUAL PROPERTY*. (Cheltenham: Edward Elgar Publishing).
34. Vargas, Alberto, *WIPO's Proposed Treatment of Sacred Traditional Cultural Expressions as a Distinct Form of Intellectual Property*, 23 CHICAGO J. OF INT'L L. 235 (2022).
35. Vézina, Brigitte, *Ensuring Respect for Indigenous Cultures: A Moral Rights Approach*, 243 CENTRE FOR INTERNATIONAL GOVERNANCE INNOVATION PAPERS 1 (2020).
36. Waldron, Jeremy (1993), *LIBERAL RIGHTS: COLLECTED PAPERS 1981-1991*, Cambridge: Cambridge University Press.
37. Yeoh, Francis, *Choreographers' Moral Right of Integrity*, 8 J. OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW & PRACTICE 43 (2013).



38. Yu, Peter K. (2011), *Moral Rights 2.0*, in Christopher Heath & Anselm Kamperman Sanders eds., LANDMARK INTELLECTUAL PROPERTY CASES AND THEIR LEGACY: IEEM INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY CONFERENCES (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International).



Exploring Moral Rights to Traditional Cultural Expressions of Indigenous Peoples

Chun-Chi Hung^{*}

Abstract

This article delves into the essence of moral rights to Traditional Cultural Expressions (TCEs), examining their legal definition, constitutional underpinnings, and practical implementation. It begins by contrasting the moral rights associated with TCEs to those of authors, exploring the essence of the moral rights of TCEs in Taiwan with the perspective that the moral rights of authors safeguard the integrity of their works and respect their honor and reputations. Subsequently, the constitutional foundation of moral rights to TCEs is examined, discussing the four fundamental rights covered by Article 22 of the Constitution: the personality right, the right to one's name, the cultural right, and the right to Indigenous identity. Finally, to enforce the aforementioned constitutional rights, this article asserts that moral rights to TCEs must be constructed collaboratively by national law and Indigenous customary law. Therefore, this article explores the specifications of registered TCEs and Indigenous customary law to

* Associate Professor, Institute of Law for Science and Technology, National Tsing Hua University; Ph.D. in Law, Queen Mary University of London.

Received: August 31, 2023; accepted: March 15, 2024



determine the scope of moral rights and standards for infringement. This serves to enhance the goals of respecting cultural diversity, safeguarding Indigenous cultural rights, and preserving cultural identity within constitutional and international law.

Keywords: Protection Act for the Traditional Intellectual Creations of Indigenous Peoples, Moral Rights, Right of Attribution, Right of Integrity, Cultural Rights, Legal Pluralism