

原住民族傳統智慧創作之保護及合理使用

章忠信

壹、緣起

貳、智慧財產權制度與原住民族傳統智慧創作之保護發展

參、我國原住民族傳統智慧創作之保護法制

一、傳智條例之制定及智慧創作專用權認定公告

二、傳智條例之重要內容

肆、智慧創作之合理使用

一、合理使用不限於針對「智慧創作財產權」，亦及於「智慧創作人格權」

二、專用權人不得拒絕合理使用

三、註明出處並非合理使用之構成要件

四、合理使用之解釋應參考著作權法之相關規定

伍、奇美部落勇士舞之爭議評析

一、法院認定之事實

二、法院之判斷

三、本案評析

陸、結論

作者現為東吳大學法學院、國立臺北科技大學智慧財產權研究所兼任助理教授。
本文相關論述僅為一般研究探討，不代表本局及任職單位之意見。

摘要

原住民族傳統智慧創作保護條例規定，原住民族傳統智慧創作經提出申請，獲得原住民族委員會認定、登記並公告，所屬原住民族或部落享有包括智慧創作財產權及智慧創作人格權之原住民族傳統智慧創作專用權。原住民族傳統智慧創作，於文化層面係透過文化資產保存法加以保護，於經濟層面則係透過原住民族傳統智慧創作保護條例賦予原住民族或部落一項專有權利，該項智慧創作專用權雖亦深具文化權意涵，仍被歸類為智慧財產權之一環。於是原住民族傳統智慧創作專用權究竟應如何有效保護及妥適限制，成為各界關切核心，本文透過法制探索及實際案例分析，提出原住民族傳統智慧創作保護條例之適用見解及修正建議。

關鍵字：智慧財產權、原住民族、傳統智慧創作專用權、著作權、合理使用

Intellectual Property Rights、Indigenous Peoples、Exclusive Rights of
Traditional Intellectual Creations、Copyright、Fair Use

壹、緣起

依據原住民族傳統智慧創作保護條例（下稱「傳智條例」）規定，原住民族傳統智慧創作經提出申請，獲得原住民族委員會（下稱「原民會」）認定、登記並公告¹，所屬原住民族或部落，就該項原住民族傳統智慧創作，享有包括智慧創作財產權及智慧創作人格權之原住民族傳統智慧創作專用權（下稱「智慧創作專用權」）²。

原住民族傳統智慧創作，於文化層面，係透過文化資產保存法加以保護³；於經濟利益層面，則係透過傳智條例賦予原住民族或部落一項專有權利⁴，該項智慧創作專用權雖亦深具文化權意涵，仍被歸類為智慧財產權之一環。

智慧財產權制度在均衡創作發明者之私權及公眾接觸人類智慧成果之公益，智慧創作專用權雖屬原住民族或部落之集體權而非屬於個人，但於法律制度上仍須就此具私權性質之集體權加以限制，以利與公益之均衡，傳智條例乃有第 16 條合理使用之規範。

原民會於 107 年 8 月主辦「2018 南島論壇」活動中，由其所屬原住民族文化發展中心（下稱「文發中心」）之娜麓灣樂舞劇團演出阿美族奇美部落享有智慧創作專用權之「勇士舞」，引發侵權爭議。該案並無事實上之爭議，而係集中於該項演出是否構成合理使用。本文從原住民族傳統智慧創作之本質，探討法制上如何從文化層面及經濟層面保護原住民族傳統智慧創作，同時兼顧公眾接觸人類智慧成果之公共利益。

¹ 傳智條例第 4 條第 1 項規定：「智慧創作應經主管機關認定並登記，始受本條例之保護。」

² 傳智條例第 10 條第 1 項規定：「智慧創作專用權，指智慧創作財產權及智慧創作人格權。」

³ 文化資產保存法第 13 條規定：「原住民族文化資產所涉以下事項，其處理辦法由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之：一、調查、研究、指定、登錄、廢止、變更、管理、維護、修復、再利用及其他本法規定之事項。二、具原住民族文化特性及差異性，但無法依第三條規定類別辦理者之保存事項。」

⁴ 關於文化資產保存法與傳智條例之相互關係，請參閱拙作，當文化資產保存法遇上原住民族傳統智慧創作保護條例時，當代法律第 22 期，頁 118-128，2023 年 10 月，<http://www.copyrightnote.org/paper/pa00140.pdf>（最後瀏覽日：2025/01/30）。

貳、智慧財產權制度與原住民族傳統智慧創作之保護發展

智慧財產權制度，起源於工業革命之後，歐洲國家有感於人類創作發明成果，得透過科技方式快速複製、散布，產生巨大經濟利益，應就該項利益進行重新分配，對創作發明者始為公平合理。

歐洲國家憑藉其善用科技之優勢，於世界各地建立殖民地，長達數世紀。隨著時代推移，各殖民地紛紛獨立，歐洲國家尊重創作發明者之智慧財產權制度，乃隨著全球貿易之擴展，蔚為普世價值，為各國法制所遵循。

由已開發國家所主導，以保護歐洲國家現代產業利益為核心之智慧財產權制度，認定過去各殖民地原住民族原本代代相傳、年代久遠之「傳統知識 (Traditional Knowledge, TK)」、「傳統文化表達 (Traditional Cultural Expression, TCE)」及「基因資源 (Genetic Resources, GR)」，屬於「公共領域 (public domain)」，得被自由利用，不再受智慧財產權制度之保護⁵。該項觀點及據此所建立之智慧財產權法制，引發世界各地原住民族之質疑。一方面以智慧財產權法制之建立，均由已開發國家所主導，並未融入開發中或低度開發國家之觀點，二方面係該項制度導致已開發國家得自由利用開發中或低度開發國家之傳統智慧成果，但開發中或低度開發國家欲利用已開發國家之智慧成果卻須取得授權，致生原住民族傳統智慧成果被已開發國家任意掠奪之不公平現象。

為解決此項爭議，聯合國教科文組織 (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, UNESCO) 與世界智慧財產權組織 (World Intellectual Property Organization, WIPO) 於 1976 年通過「開發中國家著作權突尼斯模範法典 (Tunis Model Law on Copyright for Developing countries)」，將「民俗創作 (folklore)」納入著作權保護標的，以保護原住民族傳統智慧創作。WIPO 並自 2000 年開始，成立「智慧財產、基因資源、傳統知識及民俗創作跨政府委員會 (The

⁵ “Regarding the protection of traditional knowledge (TK) and traditional cultural expressions (TCEs), and from the perspective of indigenous peoples and local communities, the ‘public domain’ operates to exclude TK and TCEs from protection and can be used to justify their misappropriation.” 參見 William Van Caenegem, “The Public Domain: Scientia Nullius?” (2002) E.I.P.R., 329 – 330.

WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (IGC))」，討論建立包括保護基因資源、傳統知識及原住民族傳統文化表達之國際性公約，以扭轉前述失衡之國際智慧財產權法律秩序。於「傳統文化表達」方面，IGC 於 2011 年 7 月第 19 屆會議中，曾提出一份「保護傳統文化表達 (THE PROTECTION OF TRADITIONAL CULTURAL EXPRESSIONS: DRAFT ARTICLES, WIPO/GRTKF/IC/19/4) 」之條約草案⁶，該項草案逐步被修正為第二版 (WIPO/GRTKF/IC/28/6)⁷，演進至 2022 年 12 月第 46 屆會議中最新版 (WIPO/GRTKF/IC/46/5)⁸。然而，由於意見分歧，迄今尚未完成正式公約⁹。

參、我國原住民族傳統智慧創作之保護法制

一、傳智條例之制定及智慧創作專用權認定公告

我國於 96 年 12 月通過傳智條例，可謂世界較前段完成保護原住民族傳統智慧創作立法之國家。由於立法之目的在保護原住民族傳統文化之表達，接近於既有智慧財產權制度中之著作權法，傳智條例草案之研擬，多以著作權法之架構為本，參酌原住民族傳統文化之特殊性，加以調整而完成。傳智條例完成立法後，仍因各方意見錯縱複雜，相關子法延宕多時，直至 104 年始全部完成訂定發布。依據傳智條例第 4 條第 1 項規定，智慧創作應經原民會認定並登記，始享有智慧創作專用權而受保護。原民會於 106 年 10 月公告首批 7 件專用權。引發本文討論爭議之阿美族奇美部落享有智慧創作專用權之「勇士舞」等，則係於 107 年 4 月 25 日第 2 批公告之 4 件專用權中之阿美族奇美部落勇士 (Ciopihay) 服飾、Pawali—Ciopihay 舞蹈及歌曲、Kahahayan—阿美族奇美部落送靈祭歌之 3 件智慧創作。

⁶ 參見 WIPO 網站，http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_19/wipo_grtkf_ic_19_4.pdf (最後瀏覽日：2025/01/30)。

⁷ “The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles Rev. 2”，http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_28/wipo_grtkf_ic_28_6.pdf (最後瀏覽日：2025/01/30)。

⁸ 參見 WIPO 網站，https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_46/wipo_grtkf_ic_46_5.pdf (最後瀏覽日：2025/01/30)。

⁹ 目前唯一有進展者，為 2024 年 5 月 24 日所通過「世界智慧財產權組織關於與傳統知識有關之智慧財產、基因資源公約 (WIPO TREATY ON INTELLECTUAL PROPERTY, GENETIC RESOURCES AND ASSOCIATED TRADITIONAL KNOWLEDGE) 」，https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2024/article_0007.html (最後瀏覽日：2025/01/30)。

二、傳智條例之重要內容

（一）傳智條例保護之標的

傳智條例保護之標的為「原住民族之傳統智慧創作」，依據第3條規定，「指原住民族傳統之宗教祭儀、音樂、舞蹈、歌曲、雕塑、編織、圖案、服飾、民俗技藝或其他文化成果之表達。」該項智慧創作，依原住民族傳統智慧創作保護實施辦法第23條第1項第3款規定，「應能以客觀之形式表現，且不以附著於特定物質或材料者為限」。為使智慧創作之範圍及內容具體明確，符合「客觀性」要件，於申請專用權時，依實施辦法第9條規定，得以各種不同客觀形式，併用多種媒材，如文字說明、攝影、錄音或錄影等視聽媒體、圖式、樣本等原件或重製品，使該智慧創作附著於外界可藉以認知及接觸之媒材上。

國際間就此議題多係以「傳統文化表達」為保護標的，傳智條例就此部分，則孳生似有「過」與「不及」之疑義。在「過」方面，傳智條例草案第3條立法理由原本「將保護標的限於創作之表達，而不及於構想部分」¹⁰，然最後之立法結果，不僅保護「表達」，更及於保護「與社會文化生活相關之工藝、實用技術及使用之工具、工法」。¹¹在「不及」方面，傳智條例保護「原住民族之傳統智慧創作」，而不保護「傳統文

¹⁰ 傳智條例草案第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。原住民族之重要文化資產包含口傳文學、傳統歌謠、傳統歌謠之演唱及以樂器演奏等表演、舞蹈、祭典儀式、繪畫、紋面、雕刻、陶藝、編織、其他工藝品等，其值得保護之智慧創作不少。惟為避免保護過於廣泛，參考著作權法第10條之1之精神，將保護標的限於創作之表達，而不及於構想部分，以開放後人思想創作之自由空間。」

¹¹ 關於傳智條例保護之標的範圍，請參閱拙作，台灣原住民族傳統智慧創作保護範圍初探，第三屆海峽兩岸“法律、政策與民族事務”高端論壇，雲南大學法學院及東吳大學法學院，頁44-57，<http://www.copyrightnote.org/paper/pa0095.doc>（最後瀏覽日：2025/01/30）。

化『表達』」，從而，「賽德克巴萊」¹²及「拉魯（Lalu）」¹³因非「創作」而僅屬於「名詞」，自不在傳智條例保護範圍¹⁴。

（二）智慧創作專用權之取得

傳智條例第4條、第6條、第7條及第9條規定，智慧創作應由「原住民族」或「部落」¹⁵提出申請，經原民會認定、登記並公告，始享有智慧創作專用權。由於智慧創作係由特定「原住民族」或「部落」所完成並代代相傳、演化且流傳久遠，智慧創作專用權屬於「集體權」，無法為個人所享有，依傳智條例第10條規定，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以特定民族、部落或全部原住民族名義行使權利。不過，個別之原住民就其所屬民族、部落或全部原住民族之智慧創作，傳智條例第

¹² 針對「賽德克·巴萊」被申請商標註冊引發賽德克族人不滿之爭議案件，雖然原民會於99年9月16日之新聞稿稱：「『賽德克·巴萊』應當是原住民族傳統智慧創作保護條例所保護的客體，不得登記為商標。」然該案之解決係魏德聖所屬果子電影有限公司於99年9月21日依據商標法規定拋棄商標權。隨後，負責商標註冊之商標法專責機關智慧局於104年訂定之「商標妨害公共秩序或善良風俗審查基準」，卻將該案作為商標法第30條第1項第7款「妨害公共秩序或善良風俗」而不得註冊之範例，認為「『賽德克·巴萊』意指『真正的賽德克人』，係賽德克族人神聖的自稱及其文化象徵，第三人以『賽德克·巴萊』申請商標註冊，作為商業上之使用，明顯衝擊賽德克族傳統的文化價值，且形同剽竊賽德克族人的文化成果，應不得註冊。」並非以其為智慧創作專用權而不得註冊。又2014年6月美國專利商標局（US Patent and Trademark Office, USPTO）以「對北美原住民構成歧視」為理由，撤銷美式職業足球聯盟（NFL）「華盛頓紅人隊（Washington Redskins）」之6項商標權註冊案。參見 US patent office strips Washington Redskins of 'offensive' trademarks, <https://www.theguardian.com/sport/2014/jun/18/washington-redskins-lose-trademark-team-us-patent-office>（最後瀏覽日：2025/01/30）。

¹³ 邵族於111年12月7日獲得「邵族Lalu祖靈信仰及文化意義」（鄒 ADEIJ000084）等宗教祭儀、歌曲、雕塑、民俗技藝及其他文化成果表達等類別之智慧創作專用權，隨後又於113年6月申請獲准將名稱修正為「邵族Lalu及其祖靈信仰與文化意義」，但該專用權之範圍並不及於「拉魯（Lalu）」一詞，邵族人仍無從將涵碧樓自92年4月16所取得含有「Lalu」在內之圖案之商標權註冊加以撤銷。

¹⁴ 傳智條例立法討論時，已有學者陳昭華指出，「在名詞方面稱為『傳統智慧創作』，……我認為在名詞方面儘可能不要用到創作，則可以避免這方面的問題。UNESCO用到的是傳統文化表達，這種情形可能可以規避掉將來在認定上，一定要認定為創作時的困擾。」參見立法院公報第96卷第77期，96年11月05日立法院內政及民族委員會舉行「原住民族傳統智慧創作保護條例草案」公聽會紀錄，陳昭華教授之說明。

¹⁵ 雖然傳智條例第6條第2項規定，申請人以「原住民族」或「部落」為限，但實務上，已有鄒族達邦社（鄒 AJ000085）（鄒 J000071）（鄒 AD000070）、鄒族特富野社（鄒 AD000059）（鄒 J000060）（鄒 J000034）（鄒 AJ000033）（鄒 D000004）、排灣族巴格達外家族（排 D000069）、排灣族佳平部落—金祿勒家族（排 EG000043）（排 EG000044）、排灣族望嘉部落嘉羅芙岸家族（排 EG000022）、卑南族初鹿社（初鹿部落、龍過脈部落）（卑 IJ000020），分別以「社」或「家族」之身分，申請取得專用權。

10 條第 4 項明定其「得使用收益」，至於實際之使用，仍應依據其所屬民族、部落或全部原住民族之內部制度，未必就真能自由使用¹⁶，例如，依所屬民族、部落之制度，不具一定身分之原住民或不適當之場域、時間，不得使用某項智慧創作¹⁷，或必須獲得其民族或部落中特定身分者之同意始得利用¹⁸。

（三）智慧創作專用權之內容

傳智條例第 10 條參考著作權法「著作人格權」及「著作財產權」之分類，將智慧創作專用權區隔為「智慧創作財產權」及「智慧創作人格權」。「智慧創作人格權」並參考「著作人格權」再區隔為「公開發表之創作人格權」、「名稱表示之創作人格權」及「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「禁止不當變更之創作人格權」。至於「智慧創作財產權」，並未如「著作財產權」再區分重製權、公開口述權、公開上映權……等各種不同權能，而僅規定由權利人「專有使用及收益其智慧創作之財產權」。

（四）智慧創作專用權之特性

智慧創作專用權不單純僅是智慧財產權，亦兼具文化權之特性¹⁹，從而，傳智條例對於智慧創作專用權，有諸多特別規定如下：

1、不得讓與等之限制

傳智條例第 11 條規定：「智慧創作專用權不得為讓與、設定質權及作為強制執行之標的。」目的在使智慧創作專用權專屬於其所屬之特定民族或部落，避免外人以各種名目，取得智慧創作專用權。

¹⁶ 馬鈺婷，簡介原住民族傳統智慧創作專用權及實務狀況，萬國法律第 229 期，頁 28，2020 年 2 月。

¹⁷ 賽夏族之智慧創作「paSta'ay 巴斯達隘（矮靈祭）」（夏 ADJ000027），限定由族人在特定時間、地點呈現，不得授權異族群。

¹⁸ 賽夏族之智慧創作「paSta'ay kapa:tol、katapa:ngasan、kilakil、lingling'ara、sinaton、babte、romhaep」（夏 ADJ000027）可授權他者於不特定的時間、地點展演或製造，但無論本族人或異族群，都須主祭家族或製造氏族的同意。

¹⁹ 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，世新法學第 15 卷第 1 號，頁 193，2021 年 12 月。

2、不得拋棄之限制

傳智條例第 12 條前段規定，智慧創作專用權非經原民會同意，不得拋棄，目的同樣在避免外人以各種方式，迫使原住民族或部落拋棄其智慧創作專用權，以使外人得任意使用該智慧創作。即使智慧創作專用權人基於民族自決且無外力介入情形下，堅持拋棄其智慧創作專用權，例如祖靈指示族人不再使用該智慧創作，導致原民會必須尊重而同意，該項智慧創作依傳智條例第 12 條後段規定，亦不至於落入「公共領域」，而係「歸屬於全部原住民族享有」，外人仍不得任意使用該智慧創作²⁰。

3、專屬授權非經登記不生效力

由於智慧創作專屬授權他人使用之後，依傳智條例第 13 條第 5 項規定，將發生極強烈之效果，使「專屬授權之被授權人在授權範圍內，得以智慧創作專用權人之地位行使權利」，且「智慧創作專用權人及各原住民在專屬授權範圍內，不得行使權利」，對智慧創作專用權人影響極大，為使智慧創作專用權人審慎其事，並透過申請登記之公開程序使原民會有介入保護之機會，外人不應輕易損及原住民族或部落智慧創作專用權，同條第 2 項乃要求「智慧創作財產權之專屬授權，應由各當事人署名，檢附契約或證明文件，向主管機關申請登記，非經登記，不生效力。」以登記生效制度保障智慧創作財產權。

4、收益使用之限制

屬於「集體權」之智慧創作專用權，無法為個人所享有，其收益亦不得任意使用，傳智條例第 14 條乃規定，智慧創作專用權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，依原民會訂定之原住民族傳統智慧創作保護共同基金收支保管及運用辦法進行收支、保管及運用；智慧創作專用權

²⁰ 原民會浦忠成副主任委員答覆立法委員瓦歷斯貝林質詢時述及：「傳統智慧創作是文化性、集體性的，不應經由單一的拋棄行為而不存在，所以拋棄之智慧創作專用權，應歸屬於全部原住民族享有。」參見立法院第 5 屆第 3 會期內政及民族委員會審查「原住民傳統智慧創作保護條例草案」第 1 次會議紀錄，立法院公報第 92 卷第 32 期，92 年 5 月 19 日。

依法為全部原住民族取得者，其收入應納入原住民族綜合發展基金，並以促進原住民族或部落文化發展之目的為運用。

5、永久保護

著作權法所保護之著作，於創作完成時，其表達之內容即固定不變。智慧創作則不然，其於代代相傳過程中，內容可能隨不同時空環境而蛻變演化，時時處於變動當中²¹，又以其兼具文化權之特性，不應因期間經過而消滅，傳智條例第15條第1項乃明定，智慧創作專用權應永久保護。更進一步地，即使享有智慧創作專用權之特定原住民族或部落消失，同條第2項仍使智慧創作專用權之保護視同存續而不消滅，而該專用權則改歸屬於全部原住民族享有，外人仍不得任意使用該智慧創作。

肆、智慧創作之合理使用

凡屬智慧財產權者，基於均衡權利人之私權及公眾近用人類智慧成果之公益，法制上必有權利效力所不及之範圍、權利之限制或合理使用之規範²²，使公眾得自由利用人類共同智慧之成果。合於各智慧財產權法律所明定之前述利用行為，不僅無須取得權利人之授權，權利人甚至無反對之權利。

傳智條例本於私權與公益均衡之考量，亦於第16條明定合理使用原則²³，條文內容如下：

「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。

²¹ 傳智條例第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。」

²² 專利法第59條、第60條及第61條規定專利權之效力所不及；商標法第36條規定不受商標權之效力所拘束或不得主張商標權；著作權法第44條至第65條著作財產權之限制或合理使用。

²³ 行政院傳智條例草案總說明立法要點關於第16條之說明：「在正當目的下之合理使用之原則，以免過度保護智慧創作，不利於社會文化發展及進步。」

三、為其他正當之目的，以合理方法使用者。

前項之使用，應註明其出處。但依使用之目的及方法，於智慧創作專用權人之利益無損害之虞，且不違反社會使用慣例者，不在此限。」

依該條文之立法理由，係「為避免過度保護智慧創作，致阻礙人類文化發展，爰參照著作權法第五十一條、第五十二條、第六十五條及商標法第三十條第一項（按：該條文已修正移列為現行條文第36條第1項）等規定之原則，明定在具有正當目的之合理範圍內，並註明出處時，得以使用已公開發表之智慧創作，不構成專用權之侵害。」

傳智條例第16條關於合理使用之規定，得進一步分述其適用情形如下：

一、合理使用不限於針對「智慧創作財產權」，亦及於「智慧創作人格權」

本條之立法係參照著作權法第51條、第52條及第65條，著作權法之各該條文明列於著作權法第三章第四節第四款「著作財產權之限制」項下，第65條第1項明定：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。」第66條並明文規定：「第44條至第63條及第65條規定，對著作人之著作人格權不生影響。」著作權法將「著作財產權之限制」與「合理使用」混於一爐，並非正確，蓋前者係立法者於立法之時，以法律明文限制「著作財產權」之行使，乃明列於著作權法第三章「著作人及著作權」第四節「著作財產權」之第四款「著作財產權之限制」；後者則係立法者理解某些應開放公眾自由利用著作之行為，無法以法律逐一預為明定，乃明列幾項抽象之判斷原則，再委由司法機關依個案事實認定。不僅如此，即使是「著作財產權之限制」，第44條、第45條及第49條規定得利用之標的，均及於「未公開發表之著作」，已影響第15條關於「著作人格權」中之「公開發表權」，又第52條之引用，於戲謔仿作之大幅改變原著作原貌之情形，亦將影響第17條關於「著作人格權」中之「禁止不當改變權」，並非真的對著作人格權不生影響²⁴。

²⁴ 「合理使用」與「著作財產權之限制」，其實係兩個不同概念，而其對著作人格權，亦有所影響。詳請參閱拙作，著作財產權之限制與合理使用，當代法律第27期，頁88-103，2024年3月，<http://www.copyrightnote.org/paper/pa0145.pdf>（最後瀏覽日：2025/01/30）。

傳智條例並未如著作權法般，明定「智慧創作財產權之限制」專款，區隔「智慧創作財產權」與「智慧創作人格權」而做不同限制，亦未如著作權法第 66 條明示本條對於「智慧創作人格權」不生影響，其僅將使用標的限制於「已公開發表之智慧創作」，排除「尚未公開發表之智慧創作」，以示尊重「智慧創作人格權」中之「公開發表之創作人格權」。此外，傳智條例第 16 條第 2 項要求依第 1 項之合理使用，「應註明其出處」，於但書則又參酌著作權法第 16 條第 4 項關於「著作人格權」中之「姓名表示權」之例外規定²⁵，明定合理使用應註明其出處之例外規定為「但依使用之目的及方法，於智慧創作專用權人之利益無損害之虞，且不違反社會使用慣例者，不在此限。」由此可知，傳智條例之合理使用，已特別將「智慧創作人格權」之特性納入考量，並規範排除適用之範圍，其對於智慧創作專用權之限制，顯然不限於針對「智慧創作財產權」，亦及於「智慧創作人格權」。

二、專用權人不得拒絕合理使用

合理使用係傳智條例賦予利用人得自由利用智慧創作之「特權 (privilege)」，而非「權利 (right)」，亦即利用人於條例允許之範圍內利用智慧創作，不構成侵害智慧創作專用權，係屬於一種得主張不構成侵權之「抗辯權 (affirmative defense)」，而非得讓與或授權他人行使之「專有或排他權 (exclusive right)」。如同國會議員於國會質詢中之言論免責權，其出言不遜固得免於構成毀謗或公然侮辱之罪責，但並非謂國會議員於國會質詢中有毀謗或公然侮辱他人之權利。綜言之，智慧創作利用人之合理使用行為，無須取得權利人之授權，權利人甚至無權反對。以 108 年 1 月 16 日公告之 Shmadia wa lalawa (邵族傳統貓頭鷹傳說故事與文化意義) (邵 J000041) 為例，邵族於申請書上特別敘明：「無論作為商標、廣告行銷符號、印在商品上或社會大眾可辨識為 Shmadia wa lalawa (邵族傳統貓頭鷹傳說故事與文化意義) 時之其他型態使用，皆需要填寫申請書，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

²⁵ 著作權法第 16 條第 4 項規定：「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。」

位。」該項單方面拒絕適用傳智條例第 16 條合理使用規定之要求，最後於原民會之專用權公告中，並未予納入權利主張範圍²⁶。

三、註明出處並非合理使用之構成要件

傳智條例第 16 條第 1 項序文明定，「具有下列情形之一者，得使用已公開發表之智慧創作」，第 2 項本文接續規定，「前項之使用，應註明其出處」，則未註明出處，是否影響合理使用之構成，滋生疑義。

按著作權法第 64 條第 1 項規定：「依第四十四條至第四十七條、第四十八條之一至第五十條、第五十二條、第五十三條、第五十五條、第五十七條、第五十八條、第六十條至第六十三條規定利用他人著作，應明示其出處。」違者得依第 96 條規定科新臺幣 5 萬元以下罰金。

著作權法「合理使用」之前提，應於客觀上使讀者知悉本件著作中有利用其他著作，始需進一步討論其利用其他著作之情形是否構成「合理使用」；如直接將其他著作使用於本件著作中，令讀者無法知悉、區隔，即毋需進一步討論該等利用行為是否構成「合理使用²⁷」。至於「明示出處」，則非「合理使用」之要件之一，亦即，只要利用人於利用結果中使讀者得以辨別哪一部分係「利用人於本件利用結果中之自著部分」，哪一部分係「利用人於本件利用結果中利用他人享有著作財產權之部分」，即使未「明示出處」，仍無礙於「合理使用」之成立。故合於「合理使用」之行為而未依著作權法第 64 條規定「明示出處」者，僅係「違

²⁶ 參見原民會邵 J000041 公告，[https://www.titic.cip.gov.tw/public/order/1041028000017/text/公告\(證書\)-1041028000017-Shmadia%20wa%20lalawa\(邵族傳統貓頭鷹傳說故事與文化意義\).pdf](https://www.titic.cip.gov.tw/public/order/1041028000017/text/公告(證書)-1041028000017-Shmadia%20wa%20lalawa(邵族傳統貓頭鷹傳說故事與文化意義).pdf)（最後瀏覽日：2025/01/30）。

²⁷ 最高法院 84 年度台上字第 419 號刑事判決：「第 52 條規定……所謂『引用』他人著作，須所引用他人創作之部分與自己創作部分得加以區辨，如不能區辨何者為自己之創作，何者為別人之創作，亦即將他人之創作當作自己創作加以利用，則非屬引用。」

反著作權法第 64 條規定」，並非「侵害著作權」之行為，乃依第 96 條規定「科新臺幣五萬元以下罰金」，其罰則較「侵害著作權」之行為低甚多²⁸。

雖然傳智條例第 16 條立法理由稱「在具有正當目的之合理範圍內，並註明出處時，得以使用已公開發表之智慧創作，不構成專用權之侵害」，似乎將「在具有正當目的之合理範圍內」及「註明出處」並列為合理使用智慧創作之要件，然第 1 項序文與第 2 項本文卻係分列規定，體例相同於前述著作權法之分列模式，只能謂立法者誤認「明示出處」為「合理使用」之要件之一，條文援用著作權法之立法體例，使「註明出處」獨立於「合理使用」之構成要件外，另作要求，立法說明卻將「註明出處」並列為合理使用智慧創作之要件，解釋上，自然須依法條文義，認定「註明出處」並非「合理使用」之要件之一。惟因目前侵害智慧創作專用權，傳智條例並無刑責處罰，則「合理使用」而未「註明出處」自亦無刑責處罰。

如同前述關於是否構成著作之合理使用之判定，對於智慧創作之合理使用，仍以一般人客觀上足以辨識其非利用人自己之智慧創作為前提；如使用智慧創作之結果，一般人客觀上不足以區隔或辨識其利用之部分係其他民族或部落之智慧創作，即毋需進一步討論該等利用行為是否構成「合理使用」。

四、合理使用之解釋應參考著作權法之相關規定

傳智條例第 16 條之合理使用規定雖僅明文 3 款，但主要仍在參照著作權法第 44 條至第 65 條之合理使用規定。細究該條立法理由，分別援引 90 年代傳智條例立法當時之著作權法第 51 條、第 52 條、第 65 條及商標法第 30 條第 1 項規定可知，第 1 款之「供個人或家庭為非營利之目的使用者」，係對應著作權法第 51 條之「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

²⁸ 臺灣高等法院 95 年度智上字第 47 號民事判決：「惟按著作權法第 64 條規定之違反，與著作之利用是否構成合理使用，並無必然關係。因之，縱違反明示出處之義務，亦非當然構成著作財產權之侵害，仍應檢視該利用行為是否合於合理使用各條文之規定。是著作財產權被侵害時，可能同時構成本條之違反，惟本條之規定並非著作合理使用之必要條件。故著作縱未依本條以合理之方式明示其出處，亦無妨於合理使用之成立。要之，著作之利用雖已合於合理使用之情形，就未明示出處部分，則應依著作權法第 64 條及第 96 條處罰之（參見羅明通著，著作權法論，第 190 頁至第 191 頁）。由是觀之，被上訴人雖未於系爭網頁明示系爭圖像攝影著作之出處，但無礙於其所辯之合理使用，併此指明。」

眾使用之機器重製已公開發表之著作。」第2款之「為報導、評論、教育或研究之必要使用者」，係對應著作權法第52條之「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。」第3款之「為其他正當之目的，以合理方法使用者」，係對應於92年著作權法第65條第2項不屬於第44條至第63條所定「列舉式合理使用」之「概括式合理使用」條文之「其他合理使用之情形」。至於立法理由援引92年商標法第30條第1項規定，則係基於該條項第1款之「描述性或指示性善意之合理使用」而言²⁹，亦即，傳智條例第16條所定3款之合理使用，亦有「描述性或指示性善意之合理使用」之情事，例如，於行銷自己生產之編織素材之DM上，附上享有智慧創作專用權之原住民族編織圖案，以說明該編織有使用自己生產素材之「描述性善意之合理使用」；於行銷修繕附有智慧創作專用權之合法原住民族編織、服飾之服務時，使用該圖騰於店招中之「指示性善意之合理使用」。

傳智條例第16條之合理使用規定，於立法討論時，有建議修正為「善意且合理使用」³⁰，惟未被採納。又傳智條例之合理使用規定，僅於第16條第1項明定3款，第1款及第2款為「列舉式合理使用」，第3款為「概括式合理使用」，未如著作權法第44條至第65條共22條之多，主要原因乃在於傳智條例全文僅23條，難以一一比照著作權法移列，且事實上著作權法第三章第四節第四款之「著作財產權之限制」，尚包括第47條之「法定授權」³¹、第57條、第59條之1及第60條之公開展示權、散布權及出租權之「權利耗盡原則」，未必即適合於智慧創作專用權。

²⁹ 92年商標法第30條第1項第1款規定：「下列情形，不受他人商標權之效力所拘束：一、凡以善意且合理使用之方法，表示自己之姓名、名稱或其商品或服務之名稱、形狀、品質、功用、產地或其他有關商品或服務本身之說明，非作為商標使用者。」

³⁰ 立法委員楊仁福所提之條例草案，曾建議本條採用「善意且合理使用」之文字，惟負責行政院傳智條例草案研擬之蔡明誠教授說明，「『善意且合理使用』是取自商標法，而商標法在民國82年修法時，曾參考美國商標法，但我們要保護的是不受著作權法保護的對象，所以在『合理使用』的範圍必須參照著作權法，如果再加入『善意』二字，那麼在執行上可能會產生一些問題，這方面要再深入討論。」參見立法院公報第96卷第77期，96年11月05日立法院內政及民族委員會舉行「原住民族傳統智慧創作保護條例草案」公聽會紀錄，蔡明誠教授之說明。

³¹ 112年再度增訂第46條之1之遠距教學之「法定授權」。

92 年著作權法第 65 條第 2 項規定，針對第 44 條至第 63 條所定「列舉式合理使用」及該項所列之「概括式合理使用」，明定其判斷「應審酌一切情狀」，尤其揭示 4 款「必要之判斷基準」，包括：「一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二、著作之性質。三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」

從前述研擬傳智條例草案之蔡明誠教授說明，傳智條例「要保護的是不受著作權法保護的對象，所以在『合理使用』的範圍必須參照著作權法」，其係以傳智條例在保護「非由個人獨力完成，而係由整個原住民族、部落全體共同形成，代代相傳，並依時空環境變化調整，具集體權之性質，原屬不受著作權法所保護之『公共所有（public domain）³²』」，但本質上仍係「傳統文化成果之『表達』」，等同於著作權法所保護之標的，故第 16 條關於合理使用規定之適用，得援引著作權法第 65 條第 2 項之 4 款判斷基準，並得將著作權法第 44 條至第 63 條所定「列舉式合理使用」，透過傳智條例第 16 條第 1 項第 3 款之「概括式合理使用」條款，適用於智慧創作之合理使用³³。

伍、奇美部落勇士舞之爭議評析

一、法院認定之事實

本案起源於阿美族奇美部落主張，原民會 107 年 8 月主辦「2018 南島論壇」活動中，未經授權由其所屬文發中心之舞團錯誤展演其享有智慧創作專用權之「勇士舞」等智慧創作，觸犯部落禁忌、文化、慣習，並損及部落名譽，不法侵害其智慧創作專用權，依據國家賠償法第 2 條第 2 項前段、後段、國家賠償法施行細則第 18 條、傳智條例第 18 條第 1 項前段、後段、民法第 184 條第 1 項前段、

³² 臺灣高等法院 111 年度原重上國字第 1 號民事判決。

³³ 惟有認為智慧創作專用權強調文化完整性之維護，不應適用著作權之合理使用認定基準，參見林孟玲，智慧創作專用權之性質與使用倫理——給原創條例的幾點建議，科技法學評論第 12 卷第 1 期，頁 211-213，2015 年 7 月；黃居正、陳曉慧，原住民族傳統智慧創作之合理使用，收錄於劉靜怡等編著之「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 164，2009 年。

第2項、第185條第1項等規定，要求原民會等賠償其損害等，經法院判決奇美部落敗訴確定³⁴。

原民會先否認展演內容有誤，又抗辯其展演屬於合理使用，不構成侵害傳智創作財產權，同時主張傳智條例僅保護文化成果之表達，不及於部落禁忌，於南島論壇之重要場合利用該智慧創作，縱有些微失誤或與本案智慧創作內容不符，亦不構成傳智創作人格權之侵害。

法院調查之事實，確認奇美部落先前已對外公開發表本案智慧創作：

- (一) 文發中心舞團總監證實，其81年間成立原舞者舞團，接受奇美部落長者指導而表演整個樂舞，之後每年都參與部落祭典觀摩，後來將奇美部落歌舞帶到文化園區，由娜麓灣劇團負責展演，娜麓灣劇團於86年起就得到部落指導，原舞者劇團到110年都繼續展演奇美勇士舞，部落都知悉。
- (二) 奇美部落承認，其於本案發生前曾在國家兩廳院展演本案智慧創作；108年8月曾授權花蓮縣玉里鎮公所辦理該鎮「2019原舞震璞石～傳唱縱谷情」聯合慶豐年活動文化展演，亦曾授權金山高中原住民專班學生演出。
- (三) 文發中心曾於83年及102年派人前往奇美部落為本案智慧創作之調查，有田野調查紀錄。

二、法院之判斷

(一) 一審法院之判斷

一審法院僅於程序上以請求對象錯誤而駁回奇美部落之主張，並未就是否構成侵害智慧創作專用權作實質判斷，其援引最高法院104年度台上字第1479號判決，以公務員因執行公法上之職務，行使公權力，造成人民之損害，國家或地方機關除依國家賠償法規定應負損害賠償責任外，並不負民法侵權行為損害賠償責任。被害人即不能依民法第184條

³⁴ 臺灣臺北地方法院109年度原重國字第1號、臺灣高等法院111年度原重上國字第1號民事判決及最高法院114年度台上字第77號民事裁定。

規定，請求國家或地方機關負侵權行為損害賠償責任。一審法院認定，原民會文發中心始為南島論壇開幕式展演之文化服務提供之公權力行使機關，原民會毋庸負國家賠償責任，亦不負民法侵權行為損害賠償責任。至於另一被告優利公司，對於派遣至原民會文發中心展演之娜麓灣舞團所展演之內容，並無指揮監督之權，亦無需承擔侵權行為責任。

（二）二審法院之判斷

原告於二審時，追加原民會文發中心為被告，二審法院認定：

- 1、系爭傳智創作於系爭展演前即曾對外公開發表。
- 2、系爭展演使用系爭傳智創作具正當目的：二審法院認定，原民會所承辦之南島論壇活動，於文化、政治、外交上均具正向且值肯定之重要意義，奇美部落亦坦言南島論壇涉及高度政治性之國家利益，而與國家主權之展現緊密牽連，從而，原民會以奇美部落之勇士舞等優越之部落文化、歌舞、服飾、祭歌，特別於 107 年 8 月 1 日之原住民族日之重要且嚴肅之南島論壇開幕式上展現，亦在提升其國內外能見度、知名度，更寓有社會對奇美部落文化之正面、積極、肯定之意涵，確無冒犯上訴人文化禁忌之惡意，並具正當目的。
- 3、傳智條例第 16 條規定本於憲法第 23 條基本人權限制之憲法委託，以「合理使用」權衡智慧創作專用權人之私益與社會大眾之公共利益，而為智慧創作專用權人之權利範圍賦予合理之限制，藉此解決兩者基本權之衝突，依該條規定而合理使用原住民族已登記智慧創作，自不構成侵害智慧創作財產權。

（三）三審法院之判斷

最高法院以原告上訴理由非表明下級法院判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，更未具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，認其上訴不合法，乃以裁定駁回上訴，全案原告敗訴確定。

三、本案評析

(一) 法院確認智慧創作專用權之智慧財產權本質

二審法院以「智慧創作專用權非絕對權利」，認定國家「須維護他人合理利用傳智創作之權益」，確認傳智條例第16條規定之「合理使用」，目的在合理地限制智慧創作專用權人之私權，以確保社會大眾之公共利益。縱使智慧創作專用權兼具文化權之特質，本質上仍係智慧財產權，於傳智條例中，應就此專用權為適當之限制，而非使其成為絕對權利。

(二) 著作權法第55條之隱含援引

二審法院於本案關於利用智慧創作是否合於合理使用之情形，一方面認定「不宜採取單一判斷基準，應以人類智識文化資產之公共利益為核心，以利用傳智創作之類型為判斷標的，綜合判斷傳智創作利用之型態與內容。」另方面明白援引著作權法第65條第2項所定之4款基準，逐一判定合於合理使用之要件。包括利用目的與商業營利無關；所利用之智慧創作，其性質於起初發展之際，亦期待於未來能反覆利用、再現，以彰顯部落之文化價值；原民會等展演僅8分鐘，相較於完整呈現奇美部落豐年祭舞蹈表現至少4天，所佔比例微少，質、量內容並非廣泛；劇團不因此次展演另收額外報酬，堪認展演內容既未對觀眾直接或間接收取任何費用，也未對表演劇團支付額外對價報酬，其利用結果對本案智慧創作潛在市場與現在價值之影響輕微。

二審法院於判決書述及「劇團不因此次展演另收額外報酬，堪認展演內容既未對觀眾直接或間接收取任何費用，也未對表演劇團支付額外對價報酬」，其實係隱含援引著作權法第55條之內容。著作權法第55條規定：「非以營利為目的，未對觀眾或聽眾直接或間接收取任何費用，且未對表演人支付報酬者，得於活動中公開口述、公開播送、公開上映或公開演出他人已公開發表之著作。」該條適用情形最典型者，為國慶大典之公開演出。一年一度之國家慶典舉行，目的絕非營利，參與出席者未支付任何直接間接費用，慶典中之全員大合唱，無人支領任何報酬，

此一情況完全符合該條所定條件，得公開演出他人已公開發表之音樂著作，並透過廣播電視公開播送。相較於此，原民會於難得爭取到主辦之「2018 南島論壇」活動，由其所屬文發中心之舞團展演「勇士舞」等智慧創作，其重要性不下於年度國家慶典，原本亦符合著作權法第 55 條規定之條件，關於智慧創作之利用，自得依傳智條例第 16 條第 3 款所定之「為其他正當之目的，以合理方法使用者」，認定其為合理使用而不構成侵害智慧創作專用權。

（三）合理使用之行為，無待授權，權利人甚且無權反對

奇美部落主張「傳智創作合理使用之前提，應建立在已得傳智權人事先同意之上。傳智條例之立法體例雖與著作權法相近，但兩者立法目的不同，不應為相同概念之法律解釋。」該項主張完全無法理基礎，甚至有違合理使用之目的在適當限制智慧創作專用權之本旨。智慧創作合理使用之建立，係基於公益原因，使公眾得於法律所允許之情形下，自由利用智慧創作，排除智慧創作專用權人主張權利之限制，利用人無待取得智慧創作專用權人之授權，智慧創作專用權人甚至無權反對。法院乃根據傳智條例第 16 條之立法理由，明白指出，「立法理由既已明揭參考著作權法之相關規定後，認為只要目的正當、範圍合理，註明出處後即可無償使用已公開發表之傳智創作，而不構成專用權之侵害，益見傳智條例無法與著作權法之合理使用概念切割。」因此認定奇美部落之主張係誤解傳智條例第 16 條之立法。

（四）法院誤認「合理使用」僅對智慧創作財產權進行限制

如前所述，傳智條例第 16 條第 1 項所規定之「合理使用」，不限於針對「智慧創作財產權」，亦及於「智慧創作人格權」。惟二審法院明指「第 3 款所規定之『合理使用』，既係對傳智創作財產權所為之限制，而允許他人在未經事先同意而為合理使用時，取用部分傳智創作加以“改作”或以不同方式為利用，則法院於考量符合阻卻侵害傳智創作財產權『合理使用』之違法性時，自無須再行斟酌他人是否係依傳智創作之原有狀態或予以變形利用。」此項見解係為處理奇美部落關於「展演內容

之錯誤侵害部落禁忌文化」之主張，二審法院藉此認為該主張與「傳智創作財產權所衍生之文化財產利益無關，自與合理使用與否無涉。」實則，縱有「展演內容之錯誤侵害部落禁忌文化」之事實，亦不致構成侵害「智慧創作人格權」中之「禁止不當變更之創作人格權」。蓋「禁止不當變更之創作人格權」僅能處理「損害其名譽」之變更，無法解決「侵害部落禁忌文化」之爭議。此一部分，二審法院於後續處理奇美部落主張「智慧創作人格權」中之「禁止不當變更之創作人格權」被侵害之判定時，亦為相同之論述，認為該條之目的「在於確保傳智創作之完整性，避免傳智創作因他人之竄改而貶損價值，導致名譽受損。故是否構成侵害傳智創作權人之同一性保持權（或不當變更禁止權），端視改變結果有無損害傳智權人之名譽為斷，並非謂任何改變行為，均屬侵害行為。」

（五）法院指出傳智條例所未處理之原住民族或部落之禁忌議題

奇美部落指控原民會舞團展演錯誤，以致觸犯部落禁忌、文化、慣習，而有害於部落情感一節，不問本案事實是否真有所指，專用權申請書上有無特別敘明，該等議題均非傳智條例所能解決。

著作權法第 87 條第 1 項第 1 款將「以侵害著作人名譽之方法利用其著作人」「視為侵害著作權」之行為，亦即當著作之誤用行為雖未有「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」之情形，難以構成侵害「著作人格權」中之「禁止不當變更權」，然其不當之利用行為，顯然造成著作人名譽受侵害，法律乃以擬制規定，將其定位為「視為侵害著作權」，使著作人有權主張權利，加以禁止。實務案例如基隆市原住民文化會館未經授權，將旅居英國之阿美族畫家優席夫創作之笑容燦爛原住民女性畫像，當作廁所標示³⁵，不僅構成侵害重製權，其不當設置亦有構成「以侵害著作人名譽之方法利用其著作人」之嫌，恐已構成「視為侵害著作權」之行為。無論係就著作內容為不當變更，或

³⁵ 參閱王寶兒、王朝鈺、蔡欣羽，基隆市府未經授權用圖 原民藝術家優席夫接受道歉，中央通訊社，<https://www.cna.com.tw/news/acul/202111290225.aspx>（最後瀏覽日：2025/01/30）。

對著作為不當之利用，著作權法關於著作人格權之保護，均集中於著作人之名譽是否受侵害，並未考量到對著作人之禁忌、文化、慣習等之尊重議題。

傳智條例並未援引前述著作權法「視為侵害著作權」之體例，二審法院僅得另闢蹊徑，將傳智創作依其傳統知識類別區隔為：「具神聖性質、應保持秘密且不公開之最高核心傳智創作」、「與部落族人具緊密關聯之傳智創作」及「得以廣泛傳播之傳智創作」3種層次，各按其賦予「核心保護」、「高度保護」及「一般保護」之比例原則，作為判斷是否係違反傳智創作權人文化意涵之不當方式利用智慧創作以致侵害名譽之依據。據此分類，二審法院將奇美部落之勇士舞等智慧創作定位為第2類之「與部落族人具緊密關聯之傳智創作」，認為不得僅因展演內容與智慧創作專用權登記內容有所不同，即指已冒犯部落名譽情感而當然構成智慧創作人格權之侵害。

事實上，著作權法或傳智條例均未處理著作人或原住民族、部落之禁忌、文化、慣習議題。傳智條例之「公開發表之創作人格權」或許得保護不得任意公開之智慧創作，第16條亦明定合理使用之標的限於「已公開發表之智慧創作」，至於第1項第3款之「為其他正當之目的，以合理方法使用者」，其判準在強調「目的正當性」及「方法合理性」，對於使用結果是否觸犯禁忌或違反文化或慣習，並未納入考量，其究竟係立法疏漏？抑或有意不在傳智條例中處理？已無爭議實益，惟可留待未來檢討傳智條例時，一併重新考量是否納入處理。至少，依據現行傳智條例之規定，均不至於有違法侵權之情事。

（六）法院指出申請書與公告內容差異之效果議題

二審法院於判決中述及，原民會於本案智慧創作之公告內容，並未提及因錯誤利用服飾、舞蹈歌曲、送靈祭歌將會觸犯部落禁忌、文化、慣習等內容，奇美部落提出申請時之「原住民族智慧創作說明書」亦僅有部分相關敘明，因而認定其未達第1類之「具神聖性質、應保持秘密且不公開之最高核心傳智創作」。二審法院之認定引發值得關切之議題，

即原民會依傳智條例對於智慧創作之認定，是否只能對於申請內容照單全收，不得有所變更或拒絕？從傳智條例第4條之規定及實務做法，原民會應有一定之裁量空間，包括不予認定、僅選擇適當內容納入公告範圍³⁶、依第7條第2款或第3款規定認定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，或登記為全部原住民族取得智慧創作專用權。惟原民會之裁量必須有其依據，包括傳智條例第5條之合格審查人員及實施辦法所定之審議認定程序，甚至依據文化資產保存法第13條授權訂定之原住民族文化資產處理辦法，就原住民族文化資產所進行之調查、研究結果，以避免程序違法及實質認定之專斷，並協助原住民族或部落確認智慧創作之起源、發展、範圍及歸屬。

（七）原住民族智慧創作之展演與禁忌之變通

原住民族之智慧創作，有諸多原本即屬生活日常，非供展演之用，外人以其為吸引觀光之工具，實非尊重多元文化之舉。日本為主辦2020年奧運，通過愛努新法案，卻引發愛努族人不滿，堅決反對將愛努「觀光資源化」。愛努族人主張，愛努文化不該成為吸引「百萬觀光客」之展演工具，歷史正義及原住民族權利，始為愛努族人真正所需³⁷。

原住民族之智慧創作，亦常隱含某些禁忌或限制，不宜對外展演，面對不得已之情境，亦僅得透過變通方式因應。邵族儀式性杵音 Mashtatun 與傳統祖靈祭有關，因具儀式性而須遵守相關禁忌，儀式進行期間須謹言慎行；非儀式性的杵音 Mashbabiar 純係因應日據時期日本人要求觀光

³⁶ 例如前述 Shmadia wa lalawa（邵族傳統貓頭鷹傳說故事與文化意義）（邵 J000041）案，邵族於申請書上特別敘明：「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」，原民會之專用權公告並未予納入。

³⁷ 參見許仁碩，原住民不是觀光財：日本爭議的「愛努人新法」，聯合新聞網，https://global.udn.com/global_vision/story/8664/3725787（最後瀏覽日：2025/01/30）。

演出，而應變發展之邵族傳統歌舞文化活動³⁸，因不具儀式性，而較無特殊之禁忌。

陸、結論

奇美部落勇士舞案，業經司法機關判決確定不構成侵害智慧創作專用權，釐清一些爭議，亦留下法制上尚待解決之議題。傳智條例係世界先進之立法，然立法過程其實有諸多議題並未仔細思考清楚。事後不必有先見之明，前人對於尊重多元文化，保護原住民族傳統文化表達之努力及成就，不容抹煞，惟原住民族傳統文化表達之保護，究係於文化資產保存法中，以國家之資源結合全民之努力保護多元文化？抑或於傳智條例賦予特定原住民族或部落具智慧財產權性質之專有權？又如何兼顧私權與公益之均衡，在在考驗各方之智慧，需要共同努力。

此外，法固有時窮，惟不可期待特定法律完全處理所有議題，不僅如此，是否所有議題均需以法律，亦可思考。法律所不處理或無法處理之議題，或許必須透過其他方式解決，例如，文化尊重、組織形象維繫、社會輿論壓力或創新創意之追求等³⁹。

³⁸ 依據「Mashtatun 邵族儀式性杵音／音樂、Mashbabiar 邵族非儀式性杵音與 Izakua 歌謠／音樂、歌曲、taturtur 長木杵／雕塑」（邵 BDE000007）申請書所記載：「邵族 Mashbabiar 是由 Mashtatun 演變而來。日治時期，日本人興建發電廠工程前，當時的邵族族人大多居於 Lalu 及東南側的 Taringquan 部落一帶。因日本人常來日月潭旅遊，聽到邵族美妙杵音，因而要求邵族族人表演給觀光旅客欣賞，邵族族人因此得到經濟收入。從那時起，Mashbabiar 成為邵族的重要經濟活動。」

³⁹ 自 1915 年即開始使用「克里夫蘭印地安人隊（Cleveland Indians）」之美國職棒大聯盟 MLB 勁旅，2021 年 7 月將隊名改為「克里夫蘭捍衛者隊（Cleveland Guardians）」（或譯為「悍將」）；1933 年創立之職業美式足球聯盟（NFL）「華盛頓紅人隊（Washington Redskins）」，於 2020 年 7 月宣布放棄「紅人」隊名。2022 年 2 月正式命名為「華盛頓司令隊（Washington Commanders）」。其背後原因係贊助商基於社會認為各該隊名對原住民族之不尊敬，撤銷廣告贊助，迫使各運動隊伍改名。