



## 原住民族傳統智慧創作專用權之合理使用問題 ——以著作權合理使用四個判斷基準為中心

張郁齡

### 壹、前言

### 貳、原住民族傳統智慧創作保護條例

### 參、傳智條例合理使用規範之適用爭議

- 一、合理使用屬性
- 二、國際條約之合理使用規定
- 三、傳智條例之合理使用爭議

### 肆、套用著作權合理使用四個判斷基準之可行性評析

- 一、利用之目的與性質
- 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

### 伍、結論

作者現為東華大學法律學系副教授。

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

保護原住民族文化已是普世價值，在國際條約的指導下、我國順應潮流在憲法及原住民族基本法的授權下，制定原住民族傳統智慧創作保護條例（下稱傳智條例），保護原住民族的傳統智慧創作（下稱智慧創作）。傳智條例套用著作權法的架構，但也因保護法益的差異，以文化主體性為重的傳智條例內容，援用重商主義之著作權法條文的結果，引發原住民族與智慧創作利用者對傳智條例內容的認知歧異，奇美部落勇士舞案的合理使用爭議即為一著例。傳智條例的合理使用規定充滿法律不確定性，如何界定合理使用範圍以解決紛爭，本文建議在著作權法合理使用原則之四個判斷基準的舊有架構下，抽換概念以原住民族文化主體性為主要思維後，仍然可發展具原住民族特色之合理使用判斷基準。

關鍵字：原住民族傳統智慧創作、原住民族傳統智慧創作專用權、近用、合理使用、合理使用四個判斷基準、戲謔仿作、轉化性使用

the Traditional Intellectual Creations of Indigenous Peoples、the Exclusive Right to Use the Traditional Intellectual Creations of Indigenous Peoples、Access、Fair Use、the Four Fair Use Factors、Parody、Transformative Use

## 壹、前言

原住民族傳統智慧創作保護條例（下稱傳智條例）透過創設智慧創作專用權（下稱專用權），為原住民族的傳統智慧創作（下稱智慧創作）提供保護，以維護其文化主體性。自 2007 年實施以來，至今已十餘載，傳智條例沿用著作權法架構而創設，立基於市場經濟的著作權法與強調文化主體性之傳智條例，兩者在本質上的差異引發許多學者分別從文化權與智財權角度對條文內容做不同的解讀。又傳智條例的內容除確認智慧創作的權利歸屬外，亦規範智慧創作的授權使用與後續經濟收益的分配，傳智條例兼具文化保存與經濟活動的特色，造成權利人與使用者對傳智條例功能的認知歧異，影響所及是傳智條例的適用充滿爭議。奇美部落勇士舞案讓傳智條例的合理使用爭議正式浮上檯面，成為大家關切的議題，由於合理使用制度具有維護原住民族文化主體性，與非原住民族近用（access）<sup>1</sup> 原住民族文化的公私益平衡功能，如何減少歧異，發展出一可獲共識、具定錨效果之合理使用判斷基準，是傳智條例的當務之急。

## 貳、原住民族傳統智慧創作保護條例

1996 年亞特蘭大奧運宣傳主題曲，引用阿美族歌手郭英男之「老人飲酒歌」片段，引發了著作權糾紛，這場國際訴訟最後以庭外和解收場，雖然成功引起全球對台灣原住民族音樂的關注，但也促使我國開始正視原住民族文化被不當使用的現象。在憲法增修條文第 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」，及原住民族基本法第 13 條「政府對原住民族傳統之生物多樣性知識及智慧創作，應予保護，並促進其發展；其相關事項，另以法律定之。」之指導下，於 2007 年通過傳智條例，為原住民族智慧創作提供一平行於傳統著作權制度，專屬於原住民族或部落之特殊權利<sup>2</sup>（專用權）。

<sup>1</sup> 意指獲得接觸或使用某物的權利或機會。

<sup>2</sup> 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 9 月。

在傳智條例的授權下，2015 年起陸續頒布《原住民族傳統智慧創作保護實施辦法》（下稱實施辦法）、《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》、《原住民族傳統智慧創作專用權申請案審議作業要點》、《原住民族傳統智慧創作專用權證書核發及管理作業要點》、《原住民族傳統智慧創作專用權認證標記授與及管理作業要點》及《原住民族傳統智慧創作財產權專屬授權登記作業要點》，以落實傳智條例的有效實施。2017 年起開始陸續公告經審定之原住民族傳統智慧創作專用權，迄今各族群或部落總計共有 95 件智慧創作取得專用權<sup>3</sup>。

傳智條例的內容可約略分為「權利取得」、「權利行使」與「權利限制」三面向。權利取得內涵主要是權利保護原則的確立、權利主體及客體的認定：傳統智慧創作專用權的取得採登記保護原則，專用權包括智慧創作財產權（下稱創作財產權）及智慧創作人格權（下稱創作人格權），皆由所屬民族、部落或全部原住民族共同享有（第 10 條）。因文化保存的目的，專用權享永久保護（第 15 條）。但得申請之權利主體僅限原住民族或部落，個人非適格之申請人（第 6 條）。權利客體則為原住民族傳統之宗教祭儀、音樂、舞蹈、歌曲、雕塑、編織、圖案、服飾、民俗技藝或其他文化成果之表達（第 3 條）。

權利行使內涵主要規範文化資產的使用方式，及相關經濟收益的獲取與分配：專用權只可授權他人使用（第 13 條），但不得讓與、設定質權及作為強制執行之標的（第 11 條）。非經原住民族委員會同意，不得拋棄，即使拋棄，該項專用權亦歸屬全原住民族享有，不得任意由他人使用（第 12 條）。原住民就其所屬民族、部落或全部原住民族之智慧創作，得使用、收益（第 10 條第 4 項）；他人任何使用、收益傳統智慧創作的行為，原則上需事前獲得所屬原住民族或部落的授權。智慧創作之收入，則應以所屬原住民族、部落或全部原住民族利益為目的，設立共同基金（第 14 條第 1 項）。

權利限制內涵係基於公共利益的考量，於特定情形下對專用權的行使範圍加以限縮，通常以「合理使用」稱之：原則上（1）供個人或家庭為非營利之目的

<sup>3</sup> 原住民族傳統智慧創作保護資訊網，專用權查詢，<https://www.titic.cip.gov.tw/app/index>（最後瀏覽日：2025/02/10）。

之使用；（2）為報導、評論、教育或研究之必要使用；及（3）為其他正當之目的，以合理方法使用等情形，得於註明出處後使用已公開發表之智慧創作（第 16 條第 1 項）。

## 參、傳智條例合理使用規範之適用爭議

傳智條例已實施十餘年，在實務上產生許多爭議，著名者如 2010 年「賽德克巴萊」商標申請事件、2017 年「達悟族拼板舟」申請新型專利事件、2017 年台北文學獎之舞台劇獎首獎醜化「賽夏族小米女神」事件<sup>4</sup>、2018 年「阿美族豐年祭」案<sup>5</sup>、2020 年「Lalu／拉魯—邵族最高祖靈聖地」案<sup>6</sup>、及 2024 年「奇美部落勇士舞」案<sup>7</sup>。

傳智條例係借用著作權法的架構，建構智慧創作的保護體系，內容包含文化保存（專用權歸屬）與市場經濟（授權使用）兩種規範，可謂為文化法規與經濟法規兼具的一種法律規範，受規範對象包括原住民族，及可能經濟活動之交易相對人（多為非原住民族群）。對傳智條例的期許差異，導致原住民族從文化權角度，非原住民族從經濟利用角度各自解讀傳智條例內涵<sup>8</sup>，此認知衝突現象明顯體現於上述爭議中所涉及之文化表達成果範圍、權利授權、創作人格權及合理使用等面向。

其中關於合理使用議題，援用著作權法理，傳智條例亦有合理使用規定，依其立法理由，係為避免對智慧創作的過度保護，致妨礙文化發展，因此創設合理使用空間，明定在特定範圍內，並註明出處者，得使用已公開發表的智慧創作，而不會構成專用權的侵害。然如前所述，立基於市場經濟理論的著作權制度，與

<sup>4</sup> 黃驛淵，原民神女變慾女！台北文學獎首獎爆醜化賽夏族 21 日赴部落溝通，上報，[https://www.upmedia.mg/news\\_info.php?Type=1&SerialNo=19270&utm\\_source=latest&utm\\_medium=post](https://www.upmedia.mg/news_info.php?Type=1&SerialNo=19270&utm_source=latest&utm_medium=post)（最後瀏覽日：2025/03/28）。

<sup>5</sup> 智慧財產法院 106 年度民著上易字第 2 號民事判決。

<sup>6</sup> 臺北高等行政法院 108 年度原訴字第 7 號判決。

<sup>7</sup> 臺灣高等法院 111 年度原重上國字第 1 號民事判決。

<sup>8</sup> 張郁齡，原住民族傳統智慧創作專用權的著作權糾葛—簡析智財法院 106 年民著上易字第 2 號判決，台灣法學雜誌 388 期，頁 195，2020 年 3 月。

重視文化主體性的傳智條例，有體制上的明顯差異，因此傳智條例之合理使用規範是否適合直接援用著作權法之合理使用法理，尤其是合理使用的四個判斷基準（four fair use factors），成為關切的重點。

## 一、合理使用的屬性

著作權法隸屬於智慧財產權，有限的保護期間彰顯其為具有公益性的特殊財產權，市場失靈（market failure）理論<sup>9</sup>下，基於搜尋侵權及後續訴訟的高昂成本考量，著作權人無力阻止所有未獲授權的使用行為，只能容忍有些侵權行為的存在，另一方面，為讓著作權作品的經濟收益在激勵作者的創作誘因之餘，亦能讓一般民眾有近用文化創作的機會，合理使用制度扮演了一調和公、私益衝突的重要角色。在特別情形下，其允許使用者在未獲著作權人授權情形下的使用行為，雖然構成著作權侵權，但無須負擔法律責任。因此，合理使用規定係用來處理未獲授權的使用行為，若權利人同意使用，則逕按授權相關規定處理即可，無合理使用發生之問題，權利人未獲通知或縱不同意，使用者的使用行為若符合合理使用的規定，仍可自由無償使用，所謂需先獲得權利人同意，方有討論合理使用空間之說詞，實乃對合理使用概念之誤解<sup>10</sup>。

合理使用原則雖讓使用者可逕行使用著作權作品，而無侵權的法律責任，但合理使用並非使用者的「權利」，而僅係得以作為著作權侵權訴訟中為自己減免責任的「抗辯」理由。此外，未見於法律條文而從司法實務發展而來的合理使用法理尚有戲謔仿作（parody）、轉化性使用（transformative use）等，亦被認定可成為侵權訴訟中之有效抗辯。又合理使用為一不確定法律概念，因此合理使用的主張是否成立，由法院做最後判斷，但合理使用原則僅適用於著作財產權，不包括著作人格權。

<sup>9</sup> Wendy J. Gordon, Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982).

<sup>10</sup> 臺灣高等法院 111 年度原重上國字第 1 號民事判決。

## 二、國際條約之合理使用規定

專用權性質的合理使用規範在相關的國際條約中並不多見，1982 年聯合國教育、科學及文化組織（United Nations Education Scientific and Cultural Organization, UNESCO）與世界智慧財產權組織（World Intellectual Property Organization, WIPO）合作制定之《保護民間文學藝術表現形式免於非法利用和其他損害行為的國家法律示範條款》（Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and other Prejudicial Actions）（下稱示範條款）對民俗創作有較詳細的合理使用規定。規定下列情形屬合理使用：（1）基於教育目的的使用；（2）原創作品中以插圖形式使用，且在合理範圍內；（3）利用民俗創作以產生一原創作品<sup>11</sup>。此外，當民俗創作僅在下列情形作為附帶（incidental）使用時，亦有合理使用之適用：（1）以攝影、廣播、聲音或影像等方式報導新聞，使用可聽聞的民俗創作以呈現新聞事件；（2）一長期放置於公共場所之物件內含民俗創作的素材，而民俗創作的影像是被納入照片、電影或電視廣播中<sup>12</sup>。

2002 年《保護傳統知識與文化表達之太平洋地區架構》（Regional framework for the protection of traditional knowledge and expressions of culture）下之《保護傳統知識與文化表達標準法》（Model Law for the Protection of Traditional Knowledge and Expression of Culture）（下稱標準法）則規定若註明來源，下列情形屬合理使

<sup>11</sup> Section 4,1 The provisions of Section 3 shall not apply in the following cases: (i) utilization for purposes of education; (ii) utilization by way of illustration in the original work of an author or authors, provided that the extent of such utilization is compatible with fair practice; (iii) borrowing of expressions of folklore for creating an original work of an author or authors;

<sup>12</sup> Section 4,2 The provisions of Section 3 shall not apply also where the utilization of the expressions of folklore is incidental. Incidental utilization includes, in particular: (i) utilization of any expression of folklore that can be seen or heard in the course of a current event for the purposes of reporting on that current event by means of photography, broadcasting or sound or visual recording, provided that the extent of such utilization is justified by the informatory purpose; (ii) utilization of objects containing the expressions of folklore which are permanently located in a place where they can be viewed by the public, if the utilization consists in including their image in a photograph, in a film or in a television broadcast.

用：（1）面對面講學；（2）批判或評論；（3）新聞報導；（4）司法程序；（5）附帶使用<sup>13</sup>。

2022年在智慧財產權與遺傳資源、傳統知識和民間文學藝術政府間委員會（The WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, IGC）會議上提出的《保護傳統文化表達條款草案》（The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles）（下稱條款草案）則從原住民族文化權視野，規範傳統文化表達的合理使用。大體而言，在所屬族群或部落內部，傳統文化表達的保護不應限制該文化表達的慣常使用、創新與發展（article 5.1）。合理使用只發生於非原住民族群（outside the membership of the beneficiary community）使用傳統文化表達的情形，或傳統文化表達被非通常使用（outside traditional or cultural context）的情形（article 5.2）。此外，在註明出處（acknowledges the beneficiaries）、不冒犯或貶抑原住民族群或部落（not offensive or derogatory to the beneficiaries），及不損害原住民族群或部落之合法權益（not unreasonably prejudice the legitimate interests of the beneficiaries）的前提下，可允許下列兩種行為：（article 5.3）

- （一）非營利性質之文化資產保存機構，例如圖書館、博物館等，基於保存、展示、研究、演示和教育等目的使用傳統文化表達。
- （二）以傳統文化表達為發想而產生的原創作品。

### 三、傳智條例之合理使用爭議

傳智條例的合理使用規定於第16條，相較於《著作權法》及《示範條款》、《條款草案》，傳智條例的合理使用規定略顯簡略，僅例示規定供「個人或家庭為非營利之目的使用」及「為報導、評論、教育或研究之必要使用」兩種情形（第

<sup>13</sup> Section 7 (4) (2) does not apply to the use of traditional knowledge or expressions of culture for any of the following: (a) face to face teaching; (b) criticism or review; (c) reporting news or current events; (d) judicial proceedings; (e) incidental use.

(5) A user of traditional knowledge or expressions of culture mentioned in paragraphs (4)(a) to (d) must make sufficient acknowledgement of the traditional owners by mentioning them and/or the geographical place from which the traditional knowledge or expressions of culture originated.

16 條第 1 項第 1、2 款），註明出處後，即可使用已公開發表的智慧創作，不構成創作財產權之侵害，另外規定「為其他正當之目的，以合理方法使用者」，亦屬合理使用行為（第 16 條第 1 項第 3 款），作為補充的概括條款。

前面的例示規定雖然看起來較著作權法的相關規定，合理使用空間明顯限縮，但概括規定的模糊性，理論上可讓著作權法所提及之例示規定（著作權法第 44-62 條），有機會以「正當目的」之名重現，成為傳智條例合理使用之適用對象。又傳智條例的例示規定無如著作權法的「合理範圍」使用限制，從這層面觀之，傳智條例實提供比著作權法更多的合理使用空間。若基於傳智條例核心價值「文化完整性」之維持，認為不宜擴大合理使用空間，仿著作權法納入「合理範圍」使用限制，實有必要。再者，合理使用條款中「必要使用」、「正當目的」、及「合理方法」等用詞皆屬法律不確定概念，如何為這些不確定概念及早設立一可供遵循的原則性判斷準則，亦為傳智條例的當務之急。

## 肆、套用著作權合理使用四個判斷原則的可行性評析

如前所述，傳智條例的合理使用規定急需有一具定錨效果之判斷準則，來處理條文的不確定概念問題，但傳智條例施行至今，除奇美部落勇士舞案件，並無相關案件，尚無法據以形塑具原住民族特色之判斷準則時，為讓傳智條例能順利實施，可否沿用著作權法合理使用之四個判斷準則，引起許多正反的論辯。質疑者認為專用權與著作權所要保護的法益並不相同，專用權強調文化完整性的維護，著作權則重視個人經濟利益的保護，四個判斷基準係立基於市場經濟的考量，因此傳智條例不宜採用著作權法合理使用之四個判斷基準<sup>14</sup>。

本文認為傳智條例與著作權法確有本質上的差異，傳智條例若能自行發展一全新具傳智條例精神之判斷原則自是最好，但緩不濟急時，套用著作權法的四個

<sup>14</sup> 林孟玲，智慧創作專用權之性質與使用倫理——給傳智條例的幾點建議，科技法學評論 12 卷 1 期，頁 211-213，2015 年 7 月。黃居正、陳曉慧，同註 2，頁 161-188。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 107，2022 年 4 月。

判斷基準以解決問題，亦不失為一可行方式。首先，傳智條例之文化成果表達的性質實屬智慧財產權範疇，專用權被視為是一平行於著作權保護之特殊的智慧財產權<sup>15</sup>，在智慧財產權體系下，有些架構、規範本即可互通有無，以處理相同或類似問題：傳智條例本身的體例即是沿用著作權法的架構，條文中也採用了智慧財產權諸多特有的規範，例如著作人格權、專屬授權及登記制度等，《實施辦法》仿專利說明書，要求專用權的申請須附智慧創作說明書（第9條第1項第3款），實務運作上也利用商標法「聲明不專用」之法律技術，處理一文化表達為多部落或族群共有時的專用權歸屬問題，例如賽德克族的 cnuru/snuru（斜織紋）申請專用權時，即聲明在專用權內不排除泰雅族及太魯閣族在編織上的使用<sup>16</sup>；其他國家如美、澳對原住民族文化表達也採類似商標認證保護，以維護其文化正統性<sup>17</sup>。

依此，對於同樣具有平衡權利人與使用者權益功能的合理使用問題，傳智條例不妨可利用著作權法四個判斷準則作為基本架構，只要在內容的詮釋上抽換概念，以原住民族文化主體性為主要思考方向，依然能有效達成合理使用的立法宗旨，亦即在不影響原住民族文化完整性的前提下，讓非原住民族群亦有機會可接近、使用、理解原住民族文化，達到文化交流、對話的調和功能。

合理使用之四個判斷基準為著作權法之重要理論，所謂四個判斷基準包括：（1）利用之目的及性質；（2）著作之性質；（3）所利用之質量及其在整個著作所占之比例；（4）利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響（著作權法第65條第2項），主要目的在避免合理使用的過度使用損害著作權人的基本權益。四個判斷基準係由美國司法實務<sup>18</sup>發展而來，在1976年之美國著作權法正式法典化<sup>19</sup>，Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 案<sup>20</sup>後，成為美國法院詮釋合理使用

<sup>15</sup> 部落大小聲，部落大小聲（240）原民傳統智慧如何合理使用？從奇美部落傳統智慧創作專用權侵權案談起，Youtube，[https://www.youtube.com/watch?v=pjfh\\_WhiRcc&t=2061s](https://www.youtube.com/watch?v=pjfh_WhiRcc&t=2061s)（最後瀏覽日：2025/02/10）。

<sup>16</sup> 李崇禧，原住民工藝創作保護之制度模式比較——美國與澳洲之法制經驗分析，中原財經法學21期，頁37-77，2008年12月。

<sup>17</sup> 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，臺大法學論叢50卷1期，頁19-20，2021年3月。

<sup>18</sup> Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841).

<sup>19</sup> 17 U.S.C. § 107 (1976).

<sup>20</sup> Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 579 (1994).

問題時的主要判斷原則，經過多年的案例累積，四個判斷基準已是一發展成熟的理論，本文認為其豐富的實務經驗，在抽換概念後，依然可作為傳智條例處理相似問題的重要參考。

## 一、利用之目的及性質

在著作權法，利用之目的及性質主要討論營利目的或非營利目的，基本上非營利行為較易被視為是合理使用，但此並非絕對，在特殊情形下，營利行為亦可構成合理使用，例如著名的 Campbell 案。在不侵害文化主體性的情況下，這些觀點在傳智條例應也可適用為是。

除此之外，利用的目的若被認定屬轉化性使用，美國著作權司法實務普遍認為一旦有別於原作品，新作品展現了新的表達（expression）、意義（meaning）或訊息（message），且不會取代原作品的市場時，此種轉化性使用構成合理使用<sup>21</sup>。戲謔仿作則涉及對原作品的批判或挑戰，本就不易獲得權利人之授權，因此若被認為有助呈現社會的多元價值，亦屬轉化性使用，受言論自由之保障。此對原住民族智慧創作而言，非在文化背景或慣習下的轉化性使用產生的新作品，特別是戲謔仿作，常被認為會損及原住民族的文化情感或族群尊嚴而難有合理使用空間。

對此，本文認為專用權雖係為保護原住民族智慧創作所創設的特殊權利，但從法制面觀之，憲法雖有原住民族條款，但其屬性被視為僅是一「基本國策」，而非「基本權利」，基本國策無法如基本權利般直接創設人民或原住民族的權利，僅課以國家機關一定作為義務，以完成基本國策的規範內容<sup>22</sup>。言論自由與原住民族保護皆為我國憲法所保護，但依章節安排，兩者的憲法位階並不相同，言論自由的屬性為基本權利，原住民族保護則被視為是基本國策，因此，言論自由的效力應較原住民族保護具優先性，亦即原住民族文化成果表達之戲謔仿作亦得享有合理使用空間。此外，從傳智條例合理使用規定之立法理由「避免對智慧創作的過度保護，致妨礙文化發展」，及第 22 條規定「本條例之規定，不影響智慧

<sup>21</sup> *Id.* at 579.

<sup>22</sup> 林明昕，原住民族地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」？，憲政時代 29 卷 3 期，頁 339，2004 年 1 月。

創作專用權人或第三人依其他法律所取得之權益。」觀之，立法者並無意使專用權成為一絕對權利。高等法院審理奇美部落勇士舞案時，亦指出傳智條例合理使用目的係為專用權的權利範圍賦予合理之限制，專用權並非絕對權利<sup>23</sup>，仍應有所制衡。所以考量整體情況下，轉化性使用或戲謔仿作背後所欲傳達之公共利益的重要性大於文化情感的保護時，仍應給予合理使用空間為宜。

## 二、著作之性質

利用作品的性質會影響合理使用空間的大小，原則上，原創性高的作品或未出版的作品，著作權實務上認為應給予著作權人較多的保護，而較無合理使用的可能，前者考量作者的貢獻投入多，後者則因發表未出版作品行為會嚴重侵害作者著作人格權之公開發表權<sup>24</sup>。但在戲謔仿作情形，利用特定知名作品進行批判本屬當然，因此被利用作品的屬性為何的討論已無必要<sup>25</sup>，因為前者的轉化性價值遠高於著作權人個人權益的保護。

同理，在傳智條例應也可援引辦理，將「著作之性質」置換為「文化表達之性質」，原住民族文化表達的種類多元，《實施辦法》認定之文化表達，強調須具備關聯性<sup>26</sup>、歷史性<sup>27</sup>及客觀性<sup>28</sup>等三要件（第23條），本文認為可以這三要件作為此基準的審酌因素，當這三要件與特定族群或部落的連結愈緊密，表示專屬性愈強，例如神聖性或秘密性文化表達，較無合理使用餘地應可被接受，反之，則合理使用的範圍可以較大。換言之，依其被使用的條件、資格、場地、時間等因素，衡量其對特定部落或族群的重要性後，給予不同程度的保護，重要性高者，合理使用空間小，重要性低者，合理使用空間大。

再者，《實施辦法》肯認多個族群或部落可能擁有相同或相似的文化表達，若無法確認某特定文化表達的歸屬關係時，則視其歸屬全部原住民族所有（第24

<sup>23</sup> 臺灣高等法院 111 年度原重上國字第 1 號民事判決。

<sup>24</sup> Harper & Row v. Nation Enterprises, 471 US 539, 551 (1985).

<sup>25</sup> Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 586 (1994).

<sup>26</sup> 關聯性：足以表現出應認定歸屬之原住民族或部落之個性特徵，及應與該原住民族或部落之環境、文化、社會特質具有相當程度之關聯性，而足以代表其社群之特性。

<sup>27</sup> 歷史性：具有世代相傳之歷史性，該世代未必須有絕對之時間長度，成果表現亦無須具有不變或固定之成分。

<sup>28</sup> 客觀性：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。

條），對於這些共有的文化表達，專屬性程度低，只要不涉神聖／秘密性文化表達，不妨給予較大的合理使用空間，讓非原住民族有更多機會透過文化近用認識、理解，進而尊重原住民族文化。

此外，有些國際條約將文化表達的使用採分層保護的方式，本文認為這些分類也可成為判斷「文化表達之性質」的審酌因素之一，供傳智條例適用時參考。例如《標準法》將傳統知識或文化表達的使用，分為通常使用（customary use）與非通常使用，非通常使用須先獲傳統所有者的知情同意（prior and informed consent）<sup>29</sup>，而所謂通常使用，係指依傳統慣例使用傳統知識或文化表達<sup>30</sup>，若將屬神聖／秘密之傳統知識或文化表達以非通常方式使用，將面臨罰款或刑事的處罰<sup>31</sup>。非通常使用既為非依傳統慣習之使用方式，稍一不慎恐影響特定部落或族群的文化完整性，故需先獲得知情同意。《示範條款》甚或要求即使是該特定族群族人以營利為目的（gainful intent）之超出傳統慣習（outside their traditional or customary context）的使用，亦需先獲得特定族群的授權（authorization），反之，不論是否為營利目的，通常方式之使用無須獲得授權<sup>32</sup>，亦即通常方式之使用及非營利性之非通常使用不受拘束，可自由為之，但營利性之非通常使用須獲授權，可見原住民族群對營利性之非通常使用的高度關切，因此合理使用空間宜小不宜大，簡言之，保護程度高者，合理使用空間小，保護程度低者，給予較大合理使用空間。

<sup>29</sup> Model Law for the Protection of Traditional Knowledge and Expression of Culture, clause 14: This Part sets out the procedure for obtaining the prior and informed consent of the traditional owners to use their traditional knowledge or expressions of culture for a non-customary use (whether or not of a commercial nature).

<sup>30</sup> Clause 4: customary use means the use of traditional knowledge or expressions of culture in accordance with the customary laws and practices of the traditional owners.

<sup>31</sup> Clause 28: This clause creates an offence where a person uses ‘sacred-secret’ traditional knowledge or expressions of culture in a non-customary way. ‘Sacred-secret’, as defined by clause 4, means any traditional knowledge or expressions of culture that have a secret or sacred significance according to the customary laws and practices of the traditional owners concerned. The offence is punishable on conviction by a fine and/or imprisonment.

<sup>32</sup> Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and other Prejudicial Actions, Section 3,41: ... In conclusion, it was agreed that utilizations made both with gainful intent and outside their traditional or customary context should be subject to authorization. This means, among other things, that an utilization—even with gainful intent—within the traditional or customary context is not subject to authorization. On the other hand, an utilization, even by members of the community of origin of the expression, requires authorization if it is made outside that context and with gainful intent.

至於原住民族文化表達可供非原住民族的文化近用程度，為確保文化表達在合適的文化背景下被使用，減少原住民族自覺喪失文化詮釋權，原住民族群或可取法《標準法》或《示範條款》作法，嘗試將文化成果表達做分層保護的規劃，以利合理使用判斷時對此基準的審酌。

### 三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例

在著作權實務，作品被使用部分的數量多寡，關係著合理使用主張是否成立。理論上，著作權作品的全部使用構成著作權的重製侵權，無合理使用可言，部分的使用則視情況容許有合理使用的空間。但此基準是相對性的比較<sup>33</sup>，數量雖為一關鍵因素，但不一定是決定性因素，尚須考量被使用部分的內容是否構成作品的主要部分，所使用部分的數量雖然不多，但其內容卻是整個作品的精華所在時，例如量性研究的結論，常被視為如同使用作品之全部，無成立合理使用之可能。例外情形為戲謔仿作，由於係對特定作品進行批判的轉化性使用，本就需針對作品最核心、最為人熟知部分進行使用，方能達到其戲謔仿作的創作目的，因此，使用數量多寡或是否為核心精華部分的考量，對戲謔仿作是否構成合理使用的討論亦是無實益的<sup>34</sup>。

抽換概念至傳智條例，所謂的「質」係指所利用文化表達的內涵，「量」則為所使用的比例，理論上，神聖／秘密性文化表達這類與特定族群或部落有高度連結的文化表達，即使為少量使用，由於破壞文化完整性，嚴重冒犯族群或部落情感，自不宜成立合理使用。另文化表達被以非通常方式使用時，常易對文化完整性有負面影響，自應與神聖／秘密性文化表達的處遇採同樣審慎作法為宜。反之，《示範條款》建議不論有無營利，通常使用可自由為之，如果原住民族可接受此種說法，表示文化表達之通常使用並無侵權問題，也無後續討論合理使用適用之必要，如果無法全盤接受自由使用，至少對於以通常方式使用，或有成為原住民族文創產業商品可能性的文化表達，則不妨參照著作權實務，允許他人可有部分使用的合理使用空間。

<sup>33</sup> 章忠信，著作權法逐條釋義，頁195，五南，2019年9月5版。

<sup>34</sup> Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., at 589.

#### 四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響

合理使用的存在一方面調和權利人經濟利益維護與使用者可近用作品之公共利益的關係，另一方面，為避免合理使用的過度擴張，損及權利人的應有權益，又以四個判斷基準限制合理使用的範圍，其中第四個判斷基準「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」主要著眼於著作權人經濟利益的損失，而這損失包括現實的損失及未來的損失。誠如法律經濟學派的重要人物Posner法官所言，「對於公平正義的追求，不能只注重成果，而無視代價（成本）的付出<sup>35</sup>」，如果自由使用著作權作品的結果，反而對原創作品產生「市場取代」效果，造成著作權人的重大經濟損害，此顯已逾越合理使用制度平衡公私益的立法目的。

在傳智條例方面，文化表達乃原住民族世代傳承的集體文化表現，並非經濟市場的產物，有鑒於文化表達與著作權作品兩者在本質上的差異，相較於前三項判斷基準，本文認為具商業利用思維之第四項判斷基準確實不適合作為傳智條例合理使用之判斷基準，應以「文化維護」為核心的「利用結果對所屬族群或部落文化主體性之影響」取而代之為宜。

由於原住民可自由使用其所屬族群或部落的智慧創作（第10條第4項），理論上原住民族群內部並無合理使用適用的問題，族人使用文化表達的行為主要受族群或部落的內部規範所約束，但此內部規範並非傳智條例的適用對象<sup>36</sup>，只有非原住民族使用智慧創作時才會觸及合理使用問題。因此，傳智條例某種程度可視為是原住民族群與非原住民族群進行文化交流或對話的窗口<sup>37</sup>，據學者林三元的田野調查，在不違背傳統慣習的情形下，原住民族事實上樂意與他人分享其文化成果表達<sup>38</sup>，非原住民族群雖需學習尊重原住民族文化，但大多數人受限於不了解原住民族文化，無相同文化經驗，常難感同身受原住民族群或部落的文化情感。對此因資訊不對等所造成之資訊落差困境，實有賴原住民族群主動幫助非

<sup>35</sup> 熊秉元，法律經濟學開講，頁46，時報文化，2007年8月。

<sup>36</sup> 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229期，頁28，2020年2月。

<sup>37</sup> 李彥君，多元文化主義下原住民族傳統智慧創作專用權的再詮釋——從權利基礎到合理使用，國立中正大學財經法律學研究所碩士論文，頁131，2021年。

<sup>38</sup> 林三元，原住民族傳統智慧創作專用權，頁166，元照，2013年9月。

原住民族群補足這方面的不足，可利用各種管道例如原住民電視台的宣導，或在專用權申請書內詳細說明智慧創作的歷史、特色、使用方式及限制，尤其是文化禁忌，一方面可藉此主動掌控文化詮釋權，一方面亦可引導非原住民族群認識，進而理解、尊重智慧創作，減少因誤解而不當使用其傳統文化表達的情事。

## 伍、結論

文化係指特定族群世代傳承之生活方式的整體表現，作為一種生活事實，文化就像空氣與水，是一種公共財，眾人得共享共有之，但為解決處於政經弱勢之原住民族文化在主流社會被不當使用的情形，我國傳智條例特創設專用權以保護原住民族的智慧創作。另一方面，文化貴在流通與利用，且文化不斷的演進，透過與外界的互動持續產生變化，甚或互相影響，所以在文化保存與正名之餘，傳智條例亦利用授權制度及合理使用規定，使原住民族文化與其他文化能有互相交流與溝通的機會。

傳智條例之合理使用爭議顯示原住民族群與非原住民族群面對近用原住民族文化問題時的價值衝突，文化無優劣之別，這些價值亦無對錯之分，只有依據當時氛圍的取捨問題。面對合理使用爭議，若尚無法創設一具原住民族特色之合理使用判斷基準時，為解決問題，仍可借用著作權法合理使用之四個判斷基準為基本架構，在內容詮釋上抽換概念，以文化主體性取代市場經濟思維，逐一對四個判斷基準從學理及實踐面進行衡量比較，再據以決定何種族群利益在特定目標上得享有優先性，如此方能建制一較符合大多數人期待之傳智條例。