

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

林孟玲^{*}

摘 要

原住民族智慧創作保護條例的制定，對於保護原住民族的傳統智慧創作、文化成果之表達有顯著的貢獻。原創條例雖然立法意旨甚佳，是專門為保護原住民族傳統智慧創作所量身定作之立法，也注意到了原住民族智慧創作有別於著作權之概念，而做出調整。但是條例所用的權利保護概念，卻仍沿用著作權之規定，是美中不足之處。例如：「智慧創作專用權」的內涵仍沿用著作權的權利概念「智慧創作財產權」與「智慧創作人格權」；如果對於智慧創作專用權造成侵害，智慧創作專用權人的救濟管道與著作權受侵害的救濟方式並無二致，包括：排除侵害請求權、請求防止侵害請求權、損害賠償請求權、請求銷毀侵害智慧創作之物。此外，原創條例並未提及使用原住民族之傳統智慧創作時，不能違反原住民族傳統價值等觀念，有如進行關於原住民族的學術研究時，有特別應遵守的研究倫理。本文從智慧創作專用權性質之討論出發，繼而探討智慧創作財產權與智慧創作人格權之內涵。舉

DOI：10.3966/181130952015061201005

^{*} 逢甲大學財經法律研究所助理教授；美國亞利桑納大學法學博士。作者感謝兩位匿名審查委員提供的寶貴意見以及有趣的思考點，使本文更加深入與完善。

投稿日：2014 年 11 月 29 日；採用日：2015 年 3 月 18 日

例說明基於部落習慣法而來的，智慧創作之使用所應注意之使用倫理後，最後亦根據部落習慣法，闡述現行智慧創作專用權之權利救濟管道妥適性。本文之建議期使原創條例能真正落實其立法目的：保護原住民族傳統智慧創作以及促進原住民族文化發展。

關鍵詞：原創條例、智慧創作專用權、智慧創作財產權、智慧創作人格權、智慧創作使用倫理

Cite as: 12 TECH. L. REV., June 2015, at 191.

The Legal Character and Culturally Appropriate Practices of Traditional Indigenous Intellectual Creations— Suggestions for the Protection Act for the Traditional Intellectual Creations of Indigenous Peoples

Meng-Ling Lin^{*}

Abstract

The enactment of the Protection Act for the Traditional Intellectual Creations of Indigenous Peoples makes great contributions to the development and protection of indigenous traditional intellectual creations by adopting indigenous legal concepts suitable to tribal culture. For example, it recognizes collective rights to indigenous creations. Also, it recognizes that the period for legal protection of indigenous traditional intellectual creations as an exclusive right is permanent. However, concepts of traditional intellectual creation, economic right, moral right, and remedies in this act still derive from Copyright Law, and remain inadequate for proper adoption of indigenous tribal common law. Also, the Act does not refer to

^{*} Assistant Professor of Law, Department of Financial and Economic Law, Feng Chia University; S.J.D., James E. Rogers College of Law, University of Arizona.

nor adopt culturally appropriate practices of traditional intellectual creations, which is very important to indigenous peoples in order to prevent cultural appropriation, but also to foster respect between cultures. This article thus gives some examples to elaborate these significant concepts, including indigenous traditional intellectual creation exclusive rights, traditional intellectual creation economic right and moral rights, culturally appropriate practices regarding indigenous traditional intellectual creations, and culturally appropriate remedies when traditional intellectual creation exclusive rights are infringed. These suggestions should help to better protect and promote indigenous traditional intellectual creations and cultures in appropriate fashion.

Keywords: The Protection Act for the Traditional Intellectual Creations of Indigenous Peoples, Indigenous Traditional Intellectual Creation Exclusive Right, Traditional Intellectual Creation Economic Right, Traditional Intellectual Creation Moral Right, Culturally Appropriate Practice of the Traditional Intellectual Creations

1. 前言

原住民族傳統智慧創作保護條例（以下簡稱「原創條例」）的制定，對於保護原住民族的傳統智慧創作、文化成果之表達有顯著的貢獻。因為其不同於西方的著作權制度，具體反應了原住民族權利的特點：權利的主體是「原住民族或部落」（群體）而非「個人」；權利保護期間為「永久」而非現行著作權法的「著作人終身加死後五十年」。

原創條例雖然立法意旨甚佳，是專門為保護原住民族傳統智慧創作所量身定作之立法，也注意到了原住民族智慧創作有別於著作權之概念，而做出調整。但是條例所用的權利保護概念，卻仍沿用著作權法之規定，是美中不足之處：原創條例第 10 條所謂「智慧創作專用權」仍沿用著作權法的權利概念「智慧創作財產權」與「智慧創作人格權」（類似：著作財產權與著作人格權）；如果對於智慧創作專用權造成侵害，智慧創作專用權人的救濟管道與著作權受侵害的救濟方式並無二致，包括：排除侵害請求權、請求防止侵害請求權（第 17 條）、損害賠償請求權（第 18 條）、請求銷毀侵害智慧創作之物（第 20 條）等。此外，原創條例並未提及使用原住民族之傳統智慧創作時，不能違反原住民族傳統價值等觀念，有如進行關於原住民族的學術研究時，有特別應遵守的研究倫理。

換言之，智慧創作專用權的性質、智慧創作人格權、智慧創作財產權等概念，均有進一步探討之必要。此外，本文將進一步論述智慧創作之使用倫理以及討論現行智慧創作專用權之權利救濟管道妥適性；希冀對於原創條例提出幾點建議，以確實尊重原住民族的文化，並貫徹原創條例的立法目的：保護原住民族傳統智慧創作以及促進原住民族文化發展。

2. 智慧創作專用權之性質

2.1 特殊權利：對傳統智慧財產權的反動

2.1.1 西方殖民主義對於原住民族智慧創作之剽竊歷史

對於原住民族智慧創作保護的呼聲起源於：西方殖民主義對於原住民族智慧創作之剽竊歷史而生的反動¹。盜用、誤用及濫用的事件，經常發生在商業領域。舉例而言，美洲原住民族的族名，經常被剽竊作為品牌的名稱，如：汽車商品名稱：The Jeep Grand Cherokee、Mazda Navajo，學校運動隊伍的名稱，如：The University of North Dakota Sioux，或被當作商品的商標使用²。為了追求商業利潤，娛樂工業未經過同意，就透過電影、電視、網路及文學，不當地利用美洲原住民族的聖歌（sacred songs）³；也並未對於因此而造成的侮辱及傷害向原住民族道歉⁴。一個著名的例子是：在 2004 年葛萊美獎頒獎典禮的表演裡，穿著比基尼女郎的歌舞秀，其背景音樂就是使用

¹ 美國法中關於原住民族文化資產理論（cultural property）的討論，同時涵蓋具體的，如：文學、藝術的創作，也包含抽象的面向，如：傳統宗教祭儀、傳統知識、宗教信仰……等。JOHN HENRY MERRYMAN, THINKING ABOUT THE ELGIN MARBLES: CRITICAL ESSAYS ON CULTURAL PROPERTY, ART AND LAW 110-13 (2009); LAURA S. UNDERKUFFLER, THE IDEA OF PROPERTY: ITS MEANING AND POWER 110 (2003); John Henry Merryman, *Two Ways of Thinking About Cultural Property*, 80 AM. J. INT'L L. 831, 831 (1986); Manlio Frigo, *Cultural Property v. Cultural Heritage: A "Battle of Concepts" in International Law?*, 86 INT'L REV. RED CROSS 367, 369 (2004); Jeffery J. Rachlinski, *The Limits of Social Norms*, 74 CHI.-KENT L. REV. 1537, 1537-67 (2000). 因此美國法中關於原住民族文化資產理論的討論，同時適用於我國法關於原住民族傳統智慧創作，以及原住民族傳統生物多樣性知識的討論。

² Kelsey Collier-Wise, *Identity Theft: A Search for Legal Protections of Intangible Indigenous Cultural Property*, 13 GREAT PLAINS NAT. RESOURCES J. 85, 86 (2010); see also Angela R. Riley, "Straight Stealing": *Towards an Indigenous System of Cultural Property Protection*, 80 WASH. L. REV. 69, 76 (2005).

³ Collier-Wise, *id.* at 87.

⁴ *Id.*

Navajo 原住民族的聖歌「Beauty Way」⁵。由於這首聖歌應該適用於修復和平與和諧的場合，而非這種娛樂用途，Navajo 原住民族因而感到羞辱感而且受到傷害⁶。

對於這類不名譽的侵權事件，卻是無法可管。美國聯邦法律僅僅禁止非原住民製造的產品，假裝為原住民族所製造的事件，卻並未規範非原住民的藝術家販賣仿造、廉價的手工藝品的情況⁷。類似情形：未經授權，就將原住民族的藝術使用於非原住民所製造的商品，例如：將有神聖意涵的圖案，印製於紀念品 T 恤上。這類不公平的事件原住民族卻束手無策，因為這種行為不屬於侵害著作權⁸。這類原住民族的文化剽竊事件，為非原住民族的公司行號賺取了龐大的商業利潤；既未取得原住民族的同意，原住民族也未從這些商業行為裡分一杯羹，可笑的是，現行的智慧財產權制度竟成了幫凶⁹。在我國，也有類似事件：原住民自我書寫或使用原住民圖像，卻反而被非原住民人士控告原住民侵害著作權，而非原住民人士以研究名義至部落蒐集資料卻毫無規範，甚是荒謬¹⁰。由於此類許多不名譽的歷史，人們開始討論起究竟現行的智慧財產權制度能否提供原住民族適當的救濟途徑¹¹；也因此促成了「原住民族傳統智慧創作保護條例」的制定。

2.1.2 與傳統智慧財產權相平行之規範

比較法上，對於原住民族的傳統文化表達有數種保護模式，包括：公共所有模式（原住民族的傳統文化表達為全民所共享，任何人皆可自由使用與修改）、習慣法模式（透過原住民族的習慣法來保護其傳統文化表達）、認

⁵ *Id.*

⁶ Riley, *supra* note 2, at 70-72.

⁷ Collier-Wise, *supra* note 2, at 87-88.

⁸ *Id.* at 88.

⁹ *Id.* at 86.

¹⁰ 國立臺灣史前文化博物館編，重現泰雅：泛泰雅傳統服飾重製圖錄，頁 10（2008）。

¹¹ Kristen A. Carpenter et al., *In Defense of Property*, 118 YALE L.J. 1022, 1033 (2009).

證模式（得到原住民族認證的產品，才能獲得認證標誌）、商業應用與利益分享模式（首先將原住民族傳統文化表達加以商業化應用者，就可以獲得權利保護）、信託模式（原住民族以外的單位，如：國家、下級政府組織或部落組織，作為受託者，為了傳統文化表達所有者的利益而運作）與所有權模式（傳統文化表達相關權利屬於原住民族社群中的團體或個人，類似智慧財產權制度）¹²。但從原創條例的規範內容可知，立法者最後以特別法的方式，對於原住民族的傳統智慧創作加以保護，賦以所謂「智慧創作專用權」，如此方式使得所有使用原住民族智慧創作之人，包括非原住民族，都必須遵守原創條例的相關規定，等同擴張了原先部落習慣法的適用範圍，可謂尊重多元文化、確立原住民族的特殊權利制度的一種體現¹³。此外，從原創條例的內容可知，其為與現行智慧財產權制度相平行之規範。依原創條例第 10 條，部落一方面可享原創條例智慧創作專用權之相關規定，另一方面，部落及其成員可在部落習慣法或無規範下使用收益及管理其權利。並且，依原創條例第 22 條之規定，傳統智慧財產權的權利人，仍可享有權利，不受原創條例規範之影響。由此可知，原創條例乃與傳統智慧財產權制度並行，共同保護原住民族的傳統智慧創作¹⁴；若原住民文化工作者的智慧創作個案判斷合乎著作權法原創性之要求，則可能為著作權法保護之著作。當然，這樣的智慧創作是受到部落文化的薰陶而產生的作品，論者指出，為了能夠判斷原創條例所保護之原住民族祖先文化遺產與新創表達之別，有必要對於原住民族傳統中的文化表達，包括：宗教祭儀、音樂、舞蹈……等，進行調查¹⁵。

¹² 楊智傑，「原住民族傳統文化表達之保護模式比較與建議」，中正法學集刊，第 30 期，頁 50-62（2010）。

¹³ 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」，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）。

¹⁴ 黃居正，「特殊權利概念的重建——評析原住民族傳統智慧創作保護條例」，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 125-126（2009）。

¹⁵ 林三元，原住民族傳統智慧創作專用權，頁 138-140（2013）。本書作者將調查原住民族傳統智慧創作的過程稱為「文化基因工程」之調查，表示調查深植於文化傳統的原住民族文化表達，堪稱創意十足。

本文認為：為使原創條例與現行智慧財產權制度平行共存，並落實利益分享與建立部落文化主體性之要求，可以考慮使用「正統性標示制度」（labels of authenticity），正統性標示制度可證明藝術創作為原住民所創作、使用部落文化素材（經由調查確認部落文化素材）並且合乎部落習慣法之使用，則由原住民族或部落授予該標示¹⁶；如為非原住民，則依原創條例第 13 條經智慧創作專用權人的授權而使用或生產傳統智慧創作。

基於上述原創條例是一種對傳統智慧財產權反動下的一種特殊權利，智慧創作專用權相較於傳統的著作權，有其特殊之處。首先，原創條例的保護客體——「智慧創作」，包括：原住民族之宗教祭儀、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（原創條例第3條），皆含有原住民族傳統的文化元素在內，這些文化元素很可能發生在遙遠的過去，而與著作權的保護客體需具有創造性不同¹⁷。換言之，原住民族的智慧創作如果不是新的創作，應為自亙古即已存在，只不過透過本條例之規定，由主管機關認定並登記，方受保護（原創條例第4條第一項）¹⁸，因此，智慧創作專用權之登記，應是權利行使而非取得的要件¹⁹；也就是，智慧創作能否表現原住民族的傳統文化才是重點。當然，傳統智慧創作一開始也可能具有創作性，並且在世代傳承的過程中不斷加入新的元素，就如同原住民族文化本身並非是停滯不動，而是與時俱進的，故稱之為智慧創作並無

¹⁶ 參考黃居正、邱盈翠，「原住民族傳統智慧創作之歸屬與運用」，台灣社會研究季刊，第 90 期，頁 20-26（2013）。本文整理了澳洲的 NIAAA 標示制度，包括了具備文化正統性的「正統性標章」以及由原住民創作，授權非原住民生產；或者由原住民及非原住民合作創造、製造的「合作性標章」。紐西蘭的「毛利保護標示制度」，包含三種證明標章：完全由毛利族藝術家所創作的、由多位創作者所創作，但多數創作者為毛利族、第三種是由具毛利血統與不具毛利血統之工作者共同合作完成的毛利合作標章。區域型標示制度則由地區性的原住民藝術中心所發展的標示制度。

¹⁷ 黃居正，前揭註 14，頁 145-146。

¹⁸ 同前註，頁 130-131。

¹⁹ 林淑雅，前揭註 13，頁 213。

不妥；但是這樣的創作與著作權之創作，除了因為傳統智慧創作本身的特性與文化聯繫一起，故保護期間應有不同之外，其創作也離不開原住民族或部落文化本身，這也顯現出前述調查屬於原住民族傳統中的文化表達的重要性，因為這樣的文化，不同於主流文化，足以區隔著作權之創作。智慧創作專用權之登記，正是為了防止以往傳統智慧創作被誤用或濫用的窘境，對於非原住民族可以主張智慧創作人格權，禁止他人損害智慧創作人之名譽，並可專有使用及收益智慧創作財產權（參考原創條例第10條）以及授權他人使用智慧創作財產權（第13條），故稱智慧創作專用權之登記為權利行使之要件。

第二，智慧財產權的目的在於鼓勵創新，其報酬則是使智慧財產權人擁有獨占權、商業利潤；但另一方面為促使人類文明進步，其獨占權有一定時間之限制。智慧創作專用權的保護及推廣則有賴於部落或原住民族的社會關係；且智慧創作本身與原住民族的文化息息相關，因此與原住民族的知識體特性一般具有綜合性、一體性、不可分割性；有賴瞭解部落習慣法以及傳統知識與智慧來運用智慧創作，因此文化的保存與促進而非商業化才是主要考量；也因此，權利應永久保護²⁰。

第三，如前所述，智慧創作專用權應永久受保護。因此，當智慧創作專用權人消失，或傳統智慧創作之歸屬不明時，其權利之保護仍然存在，而為全部原住民族所有（原創條例第7條第一項第三款），而非落入公有領域（public domain）任人利用²¹。事實上，將傳統知識置於所謂公有領域，會造成自由、無償的商業利用，因此所謂公有領域的概念不為原住民族所喜²²。公有領域之存在，與憲法上的言論自由息息相關，使人們可以在公共

²⁰ 同前註，頁 192-193。

²¹ 黃居正，前揭註 14，頁 146。

²² Working Group on Indigenous Populations, Commission on Human Rights, Joint Statement from the Indigenous World Association and Indigenous Media Network, E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/CRP.3 (July 13, 2005), available at <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/WG/E-CN4-Sub2-AC4-2005-CRP3.doc>.

領域裡無償地自由利用與公共事務相關的著作或知識，此為促進自由民主的社會所必須。此時，所謂著作物或與公共領域相關的知識，不再是私有財產權的標的，而為全體公眾所有，即是所謂「公有領域」²³。而這一點，與智慧創作專用權的保護目的不同。傳統的智慧財產權制度裡所謂「公有領域」的概念與原住民對於知識內容的歸屬以及管理的概念，大不相同。前者強調經濟效益極大化，以自由近用來鼓勵創作、促進知識產業。原住民對於知識內容的觀念則是：受限於身分認同下的排他規範。例如：某些原住民族限制必須具備某種身分，並且經過一定的儀式，獲得部落的認可，才能開始創作。必須經過確認的，甚至及於創作的內容、設計以及精神意識²⁴。換言之，原住民族傳統智慧創作之保護，乃是基於尊重多元文化而來，對於原住民族實踐其傳統文化下所表現的智慧創作行為加以保護，其保護並有助於原住民族表達其有異於主流社會的政治、社會制度之理念。如此目的，使得原住民族傳統智慧創作一旦進入所謂公有領域，任何人皆得以無償利用，甚至商業性的使用的結果，有所扞格²⁵。並且，也因為智慧創作專用權的永久存在，如果專用權的侵害，發生在權利登記之前，也應認為原住民族可以回溯主張權利，才合乎智慧創作專用權的權利存續性質²⁶。

第四，智慧創作專用權的取得方式與保護目的不同於一般智慧財產權，而與原住民族群體的文化與利益緊密相連，因此不宜作為讓與、設定質權、強制執行之標的（原創條例第11條），也不得任意拋棄，除非經主管機關同意。即使拋棄，權利亦歸屬於全部原住民族享有（原創條例第12條）²⁷。

²³ 邱盈翠、黃居正，「公共領域的結構轉型——理論變遷與司法實務的觀點」，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 230-239（2009）。

²⁴ 劉靜怡，「建立原住民公共領域——政策與規範的考察」，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 100-106（2009）。

²⁵ 邱盈翠、黃居正，前揭註 23，頁 254-256。

²⁶ 林淑雅，前揭註 13，頁 213。

²⁷ 黃居正、陳曉慧，「原住民族傳統智慧創作之合理使用」，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 175（2009）。

2.2 集體性權利：反映原住民族的文化與社群發展

原創條例是一部實現多元文化主義的法律。如前所述，條例中所謂智慧創作專用權，其權利性質完全不同於現行的智慧財產權。原創條例是與傳統智慧財產權平行規範的另一種制度，只要智慧創作經由主管機關認定並經登記，即享有智慧創作專用權（包括：智慧創作財產權及智慧創作人格權），不受該智慧創作是否已有著作權之影響²⁸。原創條例的實行，也將原本即存在但未獲承認的原住民族權利，透過主流社會的認定機制，加以肯認為所謂「智慧創作專用權」²⁹。

2.2.1 智慧創作專用權乃為集體性權利

原創條例規定，智慧創作專用權的權利主體為原住民族或部落，權利的使用收益（第6條第二項），亦以部落或原住民族之利益為目的（第14條）；凡此皆可顯示智慧創作專用權為一種集體性的權利：原住民族或部落的集體意識與利益大於成員個人的意識與利益，也只有族群有權主張智慧創作財產權（以族群之名義專有使用及收益）（第10條第三項）及智慧創作人格權（公開發表、表示專用權人名稱、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）（第10條第二項）³⁰。事實上，從原創條例的保護客體——智慧創作（包括：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……等文化成果之表達）³¹可知，與原住民族或部落的文化息息相關。所謂「文化」的概念涵蓋了生活的各個層面，包括了文化團體每天的精神與物質層面，以及

²⁸ 黃居正，前揭註 14，頁 140。

²⁹ 同前註。

³⁰ 同前註，頁 141-143。

³¹ 原住民族傳統智慧創作保護條例第 3 條規定如下：「本條例所稱智慧創作，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。」

該團體如何看待自己³²。所有人，包括原住民族，應有權接近並享有屬於自身的文化以及其他文化³³。此外，所稱的文化團體可以是任何一種享有相同文化的團體，包括：種族、宗教或國族團體³⁴；當然也包含原住民族。由於，文化是一種集體性的概念，形成了團體成員們的共同記憶與經驗。因此，智慧創作專用權實在是本於原住民族所生活的文化脈絡，使原住民族或部落得以合乎部落文化的方式管理其智慧創作，因此，智慧創作專用權之創設有益於部落文化發展³⁵，是一種集體性的權利。舉例而言，泰雅族的染織文化是世代累積的文化，染織工作由女性族人集體合作完成，染織規範則可表達群體界限、內部分工，尊重個人創造³⁶；凡此，皆可表明泰雅染織的智慧創作專用權，是泰雅族的集體性權利。

2.2.2 智慧創作乃為原住民族文化與社群發展之縮影

原住民族的創作，即使是個人的創作，其表彰的精神仍為族群的集體存在、共同生命的詮釋。也因此，原住民族能夠透過個人的創作連結到宇宙的整體，表彰其宇宙觀³⁷。關於原住民族的智慧創作專用權，是原住民族的集體性權利；並且智慧創作得以反映原住民族的文化與社群發展，本文擬以泰雅族的織物（包括：傳統服飾、織布技藝、織物與紋飾）為例加以說明。

泰雅族的染織文化，可以反映泰雅族的文化傳統以及部落的內部秩序。泰雅族的織物有多重功能：代表彩虹橋的傳說³⁸、代表民族的服飾（使成員

³² Jonathan Hart, *Translating and Resisting Empire: Cultural Appropriation and Postcolonial Studies*, in *BORROWED POWER: ESSAYS ON CULTURAL APPROPRIATION* 137, 137-38 (Bruce H. Ziff & Pratima V. Rao eds., 1997).

³³ Avishai Margalit & Moshe Halbertal, *Liberalism and the Right to Culture*, 61 *SOC. RES.* 491, 491-510 (1994).

³⁴ *Id.* at 497-98.

³⁵ See Riley, *supra* note 2, at 90.

³⁶ 林淑雅，前揭註 13，頁 199。

³⁷ 劉靜怡，前揭註 24，頁 107。

³⁸ 泰雅族的傳說有謂：如果泰雅人在世時能夠盡力負責自己應完成的任務，男子能夠

間有共同的認知與體驗，從而產生歸屬感）、保護身軀（免於受氣候以及大自然的傷害）、順應自然環境（因地制宜，對不同的自然環境加以適應）、反映社會規範（從出生到死亡，依社會規範與個人能力而穿著適當的服飾）、投射宗教性（是一種特殊的象徵物，能與神靈世界溝通）、記述傳說與事件（利用菱紋與幾何圖形加以記述）、審美的功能（具有形、色、圖紋的工藝美術作品）³⁹。泰雅族的染織文化傳統表現於⁴⁰：形（型態）、色（顏色）、質（材質）、紋（織樣）、技（技法）、用（功能）、意（意義）、傳（傳承）。與部落文化與內部秩序有關者如下：1.形：泰雅族的基本服裝結構，男、女有所不同，穿著樣式也因場合不同、不同支系的生活習慣差異而有異。2.色：織品的原料為苧麻線，利用不同的處理方式，如：水煮、曝曬，或利用其他不同原料，如：黑土或各種不同的植物染成黑、黃、紅、藍等不同顏色。顏色也有其特殊意義，例如紅色有保護的意義，因為可以驅逐惡靈，同時也象徵生命與力量。泰雅人喜歡紅色與黑色，擅以簡單的顏色創造出繁複的織品。3.質：織布的原料為紅苧麻，質地較粗，麻線與織布都堅硬耐用。4.紋：織物的基本紋路是菱紋，型似眼睛，代表靈魂與祖靈。另有杵、臼、遷移路徑歷史紀錄的標記等圖紋。圖紋的功用可以傳達神話、傳說、祭典、儀禮等意義。泰雅的重要祭儀：祖靈祭，出自於族人相信人死後仍然以不同的方式存在。遵守規範的泰雅人會被善靈所保佑。這種象徵性的圖紋包括：紋面的傳說、祖靈的傳說。5.技：基本的織布工具為地織機（腰織機），工具雖簡單，卻可織出複雜的圖紋。6.用：布種依照用途和技術大致上可區分為平織布（日用、工作用）、披肩布、裙（一般日常或禮用）、菱紋、斜紋粗織布（綁腳布用）、挑、浮織布（禮用上衣、禮用具

護衛家園、精於守獵，女人能夠盡力維持家庭、努力織布，則死後能夠藉由祖先搭好的彩虹祖靈橋，前往福地享受幸福快樂的生活。尤瑪·達陸，織起一座彩虹祖靈橋——泰雅族解說叢書編織篇，頁 11（2003）。

39 同前註，頁 11-19。

40 同前註，頁 33、88-90、99；林淑雅，前揭註 13，頁 194-197。

珠)。7.意：織品的紋樣可以表現歷史、神話、願望情感……等，不同的織紋、織法也可以表示不同的家族、部落、群。由於泰雅族沒有文字，因此透過織物紋飾可以紀錄族群信仰以及傳統的面貌；相當於一種歷史紀錄，可以呈現族群共同的生活經驗與記憶。8.傳：織藝的傳承為母傳女。屬於部落的共同織紋織法，由部落女巫師決定、詮釋與傳承。每一家戶女性也可發展其自己的特色，加以創作。

從上述泰雅族染織文化之發展，可以看出染織文化可以反映部落或群的內部秩序、部落成員的角色與責任，甚至與泰雅族的神話、祭儀、編織、圖案、技藝、歌曲等等文化表現形式相關連；而原住民族的文化表現又與語言、地理環境、宇宙觀息息相關⁴¹。因此，可謂「見微知著」、「從一粒沙裡看世界」，從染織文化加以分析，可以窺知整個泰雅族背後的文化、社群組織與發展，成員間的關係與責任歸屬，族群內部的權力結構與管理權能，與他族之間的關係，乃至族群的世界觀及宇宙觀。

關於原住民族文化另一個因小見大的例子，莫過於原住民族的基因（gene）。原住民族的基因雖非文學、藝術的創作，而屬於原住民族自然資源的範疇，但兩者皆可反映原住民族文化中的互相聯繫的概念（inter-connectedness concept）——原住民族的基因不僅與追溯其祖先有關，亦深受其所屬的環境與社會所影響⁴²。以美洲原住民而言，基因樣本的目的與責任相當於原住民族與宇宙的關係⁴³，而非物質的利用與價值⁴⁴；以此而言，對於原住民族基因樣本之保護可視為促進原住民族的社群發展⁴⁵。此外，這種互相聯繫之概念，也影響了許多美洲原住民族認為：即使身體的某一部分從

⁴¹ 林淑雅，前揭註 13，頁 197-209。

⁴² Debra Harry, *Indigenous Peoples and Gene Disputes*, 84 CHI.-KENT L. REV. 147, 190-91 (2009).

⁴³ *Id.* at 181.

⁴⁴ J. Janewa OseiTutu, *A Sui Generis Regime for Traditional Knowledge: The Cultural Divide in Intellectual Property Law*, 15 MARQ. INTELL. PROP. L. REV. 147, 191 (2011).

⁴⁵ *Id.* at 188.

人的身上移除，仍然被視為是人體身上的一部分。故，對其濫加利用足以對於個人、甚至家庭造成傷害。因此，保全身體物質的完整性十分重要⁴⁶；這樣的觀念也影響了原住民族的權利受侵害時，救濟方式的妥適性（詳後述）。

3. 智慧創作專用權的內涵

前已論及，智慧創作專用權既是一種特殊權利，不同於一般的智慧財產權，也是一種集體性權利，能夠反映原住民族的文化與社群發展；其內涵：智慧創作人格權與智慧創作財產權，自不同於著作權法的著作人格權與著作財產權，而有進一步闡明的必要。

3.1 智慧創作人格權——象徵「族格」而非「人格」

原創條例第13條提及，智慧創作財產權可以授權他人使用，並且可以約定授權使用之地域、時間、內容、使用方式……等⁴⁷。惟智慧創作財產權不同於一般的財產權與智慧財產權，其內涵也有其特殊之處。先從財產權內涵的變遷說起：

傳統財產權的內涵，不外與金錢價值有關；然而，美國學者Margaret Jane Radin的理論，就提及財產權的內涵有人格、人的特性（personhood）在內，其理論突破了傳統財產法的觀念，從可量化、可商品化、可轉讓的，過渡到與個人的特性有關，並且不可替代⁴⁸。由這一點出發，一些屬於原住民族的財產與族群的尊嚴密切相關，價值並非僅止於物質，非市場可以衡量，

⁴⁶ Rebecca Tsosie, *Cultural Challenges to Biotechnology: Native American Genetic Resources and the Concept of Cultural Harm*, 35 J.L. MED. & ETHICS 396, 405 (2007).

⁴⁷ 原創條例第 13 條第一項規定如下：「智慧創作專用權人得將智慧創作財產權授權他人使用；其授權使用之地域、時間、內容、使用方式或其他事項，依當事人之約定；其約定不明部分，推定為未授權。」

⁴⁸ Carpenter et al., *supra* note 11, at 1060-65.

重要性可以視為與族群的存亡密切相關⁴⁹。這種論述對原住民族而言，格外重要；因為很多與原住民族有關的「財產」，例如：土地，價值就遠非金錢可以衡量⁵⁰。然而，Radin 的理論卻受限於個人主義的模式以及個人自主，因為其仍然強調個人特質以及自我發展⁵¹。這樣的理論模式不能滿足原住民族智慧創作的權利需求，因為其所需的是群體整體的利益，而非個人自主的要求⁵²；為了回應這樣的訴求，學者在現代法律與政策，尤其是財產法的領域，提出民族（peoples）以及族格（peoplehood）的概念以滿足之⁵³。

首先，族格的概念闡述了某些智慧創作，例如：原住民祖傳遺產（cultural patrimony），值得特殊的保護，因為他們是如此的神聖且與族群的認同、經驗、文化的存亡密切相關⁵⁴；這樣的觀念與個人的權利截然不同⁵⁵。如此看來，原住民族的智慧創作可指稱各種考古的、史前的、歷史的、文學的、藝術的及科學的，具有宗教性重要意義的智慧創作⁵⁶。因此，要瞭解智慧創作的內涵就必須瞭解原住民族的文化，因為兩者是如此的密切相關⁵⁷。原住民族智慧創作保護的觀念，不僅促進並強化了族群的價值，也提供了過去以及未來世代的成員，所必要的歸屬感⁵⁸。因此，藉由保護智慧創作，族群成員可以瞭解並促進其文化傳承，保護智慧創作也是一種義務，

⁴⁹ *Id.* at 1047-48.

⁵⁰ *Id.* at 1049.

⁵¹ *Id.* at 1050.

⁵² BRIAN EDWARD BROWN, RELIGION, LAW, AND THE LAND: NATIVE AMERICANS AND THE JUDICIAL INTERPRETATION OF SACRED LAND 15 (1999).

⁵³ Carpenter et al., *supra* note 11, at 1050.

⁵⁴ *Id.* at 1060-65; See also John Alan Cohan, *An Examination of Archaeological Ethics and the Repatriation Movement Respecting Cultural Property*, 27 ENVIRONS ENVTL. L. & POL'Y J. 349, 384 (2004).

⁵⁵ Carpenter et al., *supra* note 11, at 1050-60.

⁵⁶ Cohan, *supra* note 54, at 383-84.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.*

爲了文化延續所產生的義務⁵⁹。

原住民族智慧創作中，「族格」的觀念超越了傳統財產法的所有權模式，強調的是原住民族的照管責任（*custodial duties*）；對於智慧創作的集體義務，講究的是一種忠實義務，可與族群內在的價值相和諧⁶⁰。換言之，原住民族的智慧創作不僅可以描繪部落的文化認同，包括：促進族群的慣習、實踐以及各種信仰⁶¹，也能夠促進族群的共同價值：獨有的群體價值、和諧的群體生活以及族群的團結⁶²。綜上，原住民族的智慧創作是共有的、爲族群整體所共有⁶³。這種集體性也暗示了原住民族智慧創作之保護必須本於族群整體的利益，甚至是未來的世代⁶⁴。也由於原住民族的智慧創作蘊含這種歷史意義，包括：過去、現在及未來的世代⁶⁵，爲了族群的最佳利益起見，原住民族的智慧創作不應被任意地讓與以及剝奪⁶⁶。由於原住民族智慧創作之保護是基於族群的利益，是集體性的概念；要透徹瞭解智慧創作的內涵，就必得在部落的文化脈絡中，深入探究原住民族的信仰以及部落的規範或習慣法⁶⁷。

從原創條例的立法過程可知，智慧創作專用權的提出同樣是爲了滿足原住民族或部落集體的需求；所謂智慧創作人格權不啻是「族格」權，即使用語不變，內涵也應該從「族格」來加以思考與理解，以便肯認族群集體的尊嚴與利益。本文亦認爲，族格的概念與目前法人的概念並不相同，因爲族格的理解離不開原住民族或部落的文化認識，一般的公法人或私法人（包括社團法人及財團法人）並未涉及文化的概念。這樣的認識與以下的智慧創作使

59 *Id.* at 384.

60 Carpenter et al., *supra* note 11, at 1028.

61 Cohan, *supra* note 54, at 382-83.

62 *Id.* at 383.

63 *Id.* at 387.

64 Tsosie, *supra* note 46, at 398.

65 Cohan, *supra* note 54, at 384.

66 *Id.* at 384-85.

67 *Id.*

用倫理息息相關：出於部落的利益應為最大考量起見，使用者必須明瞭部落的禁忌、智慧創作使用時所應注意的角色與責任。

3.2 智慧創作財產權——忠實、照管之義務而非所有權之模式

原住民族之傳統智慧創作不同於財產權的所有權概念，所強調的是照管財產的職責（stewardship）。照管財產的職責，連同前述的「族格」概念，一同闡明了以族群為本的利益⁶⁸；因此，這也是一個集體的而非個人主義的概念。根據學者James Davis、F. Schoorman以及Lex Donaldson等人的看法，所謂照管財產職責的模式，係指：集體的行為是出於集體利益，而非以個人利益為主的考量，因此，以集體的方式來管理財產優於個人主義式處理財產的方式⁶⁹。總而言之，照管財產的職責強調的是受託人的責任以及忠實義務，而非一種自利的行為⁷⁰，這樣的義務與責任使得管理人出於忠實義務與責任感來照管財產⁷¹。

不同的是，主流的財產法所強調的是所有權的模式：將對於財產而生的權利與義務繫於所有權人的責任，去探討個人對於財產完全且排他的掌控，包括：有權剝削、任意利用、或毀壞……等任意的處置⁷²。換言之，全憑所有權人自由任意的處置。相反的，照管財產的職責強調的是，以分配集體義務的方式，來盡保管的責任以及受託人的地位⁷³。也因為所強調者乃保管的責任以及受託人的地位，以照管財產職責的觀點，所著眼的是環境的永續經

⁶⁸ Carpenter et al., *supra* note 11, at 1029.

⁶⁹ See James H. Davis et al., *Toward a Stewardship Theory of Management*, 22 ACAD. MGMT. REV. 20, 24-25 (1997).

⁷⁰ See Robert C. Clark, *Agency Costs Versus Fiduciary Duties*, in PRINCIPALS AND AGENTS: THE STRUCTURE OF BUSINESS 55, 72-73 (John W. Pratt & Richard J. Zeckhauser eds., 1985).

⁷¹ *Id.* at 73.

⁷² Carpenter et al., *supra* note 11, at 1066.

⁷³ *Id.* at 1074.

營、重視非人類生命的內在價值，因此這種模式有益於生態的平衡⁷⁴、傳達了相互依存的理念：地球上的人類共乘於一艘地球號之船，休戚與共；人類彼此之間，包括不同世代與不同種族，都互負有義務與責任⁷⁵。並且，正因為所強調的是全球的永續生存以及人類與自然的互相依存的關係，所謂照管財產的職責所看重的是自然資源的內在與道德價值，而非僅著眼於市場價值⁷⁶。長期而言，這種觀點在資本主義消費模式席捲全球的今日，相較於所有權模式下，將資源耗盡的觀點，顯然要高明許多。

原創條例雖然點出了智慧創作財產權可以授權他人使用，以及約定使用之地域、時間、內容、使用方式（原創條例第13條第一項），立法院的院會紀錄也提及了，智慧創作專用權通常係共有或總有的所有形式⁷⁷，但不論是數人共同享有所有物的共有或總有⁷⁸（村落團體專有對於所有物之管理權能，並依照村落共同生活之規範為之），皆未強調，不管是智慧創作專用權人或是被授權人，都負有照管智慧創作的職責，以及由此而來的受託人的義務與忠實責任需要遵守。這一點於上述的族格概念密切相關，應一併理解。其實，照管智慧創作的職責，以及因此而生的受託人義務與忠實責任的具體化，就是本文下述的智慧創作使用倫理。

⁷⁴ See Rhys H. Williams, *Constructing the Public Good: Social Movements and Cultural Resources*, 42 SOC. PROBS. 124, 138 (1995).

⁷⁵ Carpenter et al., *supra* note 11, at 1078.

⁷⁶ See Eric T. Freyfogle, *Bounded People, Boundless Land*, in STEWARDSHIP ACROSS BOUNDARIES 15, 29 (Richard L. Knight & Peter B. Landres eds., 1998).

⁷⁷ 立法院公報，第96卷第85期，2007年12月，頁108。

⁷⁸ 總有是共同所有的三種類型中（總有、共有、合有），團體性質最為強烈者，見諸於日耳曼法村落共同體之所有型態。村落共同體之居民互相結合為一團體，村落團體專有對於所有物之管理權能，並依照村落共同生活之規範為之。村落個別住民基於其村落住民資格，享有所有物之使用收益權能，此權能乃基於團體一分子之資格而享有，失去資格，亦喪失對於所有物之管理權能。個別村民不能單獨讓與、沒有應有部分，也不能請求分割。總有是團體性質最濃厚的共同所有的型態。我國民法物權並未規範此種型態，但從我國習慣上之宗族財產及會館，可看出其影子。鄭玉波著，黃宗樂修訂，*民法物權*，頁158-159（2012）。

4. 智慧創作之使用倫理

4.1 有別於著作權法「合理使用理論」的智慧創作使用倫理

關於智慧創作專用權之使用，於原創條例第 13 條第一項規定，智慧創作專用權人得將智慧創作財產權授權他人使用，並依當事人約定授權使用之地域、時間、內容、使用方式或其他事項⁷⁹。此外，第 16 條提及，雖未經授權，但得使用已公開發表之智慧創作之情形，包括：供個人或家庭為非營利之目的使用者；為報導、評論、教育或研究之必要使用者；為其他正當之目的，以合理方法使用者。上述使用，應註明出處⁸⁰。第 16 條之規定雖非完全出自著作權法第 65 條合理使用他人著作之規定，但其精神一致，皆是以——是否影響原著作物之商業市場價值——為判斷標準。然而，原住民族的智慧創作專用權性質不同於著作權已如前述，套用著作權法的合理使用理論並不妥當。原住民族的智慧創作應有一套合乎原住民族傳統價值之使用倫理；有如關於原住民族的學術研究，應有合乎原住民族特殊文化所應遵守的研究倫理一般。

關於智慧創作之使用，何以不適用著作權法的合理使用理論？首先，原住民族傳統智慧創作的保護是基於對原住民族傳統文化的尊重，以及由此而生的表現方式之正統與完整；此觀諸：智慧創作專用權的保護期間為永久（原創條例第 15 條第一項）、智慧創作專用權不隨專用權人消失而消滅，而

⁷⁹ 原創條例第 13 條第一項規定如下：「智慧創作專用權人得將智慧創作財產權授權他人使用；其授權使用之地域、時間、內容、使用方式或其他事項，依當事人之約定；其約定不明部分，推定為未授權。」

⁸⁰ 原創條例第 16 條規定如下：「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。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。」

是歸於全部原住民族享有（第 15 條第二項）、關於智慧創作之公開發表及表示專有權人名稱、禁止他人以不正當之方法改變智慧創作致損害名譽等智慧創作人格權（第 10 條第二項）屬於部落或原住民族等規定可知。上述規定皆與著作權法的合理使用理論所著重的權利的利用是否合乎權利所有人的經濟效益並不相同；甚至智慧創作專用權的權利存在之時，並無所謂市場交易秩序，所以也無影響原智慧創作之市場價值的問題⁸¹。是故，著作權法第 65 條⁸²合理使用他人著作之規定，未必合乎智慧創作專用權的使用方式：原創條例的立法目的非單純爲了經濟利益而存在，著作權法中的市場影響性爲中心的合理使用判斷標準有疑義⁸³。因此，原創條例第 16 條套用著作權法的「合理使用理論」之模式，並不恰當。

此外，合理使用理論認爲，只要非授權性的利用不致影響原著作的商業價值，即屬於合理使用之範疇；但是對於原住民族智慧創作之使用，所強調者乃對智慧創作的受託責任與忠實義務⁸⁴，使用智慧創作所產生的經濟收益，只是對於智慧創作專用權保障的附帶結果而非目的⁸⁵；換言之，是否以尊重原住民族傳統文化之方式使用智慧創作，才是重點。第三，合理使用理論透過對於著作權的限制，以提供形成多元文化社會所需的知識文化，進而促進人類文明的進步，因此透過對於原作品的變形使用以達到批判的目的，是合理使用的目的之一；但是對於原住民族智慧創作之使用，更在乎的是維持智慧創作本身的全貌，或是能反映族群文化的進化，以尊重傳統、維持

⁸¹ 黃居正，前揭註 14，頁 148-149；黃居正、陳曉慧，前揭註 27，頁 183。

⁸² 著作權法第 65 條規定如下：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以爲判斷之基準：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。……」

⁸³ 黃居正、陳曉慧，前揭註 27，頁 161-188。

⁸⁴ Clark, *supra* note 70, at 72-73.

⁸⁵ 黃居正，前揭註 14，頁 150-151。

傳統⁸⁶。換言之，所著重的是：智慧創作的使用能否發揚原住民族的文化與傳統。第四，合理使用理論以使用原著作的質與量，以及是否影響市場的整體秩序來判斷是否構成合理使用。然而，原住民族傳統智慧創作由於其象徵的文化意義，以及使用者所應注意的角色與責任，都與使用的質與量、是否影響市場的整體秩序無必然關連。不合乎部落習慣法的使用，即使只是「少量」，也足以構成對於文化的褻瀆⁸⁷。

總之，著作權法以著作的經濟價值為是否合理使用的判斷標準；而智慧創作專用權的使用是基於多元文化精神之體現下，對於原住民族傳統文化的最大尊重。

4.2 原住民族傳統智慧創作之使用倫理

強調原住民族傳統智慧創作所應注意之使用倫理的用意在於：不合乎使用倫理的使用智慧創作，雖然不致構成對於智慧創作專用權之侵害，卻可能由於不尊重原住民族的傳統價值，而對原住民文化和社會造成傷害。論者指出，原住民族的傳統習慣規範與國家法律共同規範部落的秩序，為求延續原住民族的文化命脈，應將沒有文字的原住民族傳統習慣規範納入國家法制之中，以其為解釋傳統智慧創作之依據⁸⁸。實則，在傳統習慣規範納入國家法制之前，智慧創作使用倫理如同醫學倫理準則或產業行為準則，雖無法拘束力，但在法規制定之前，作為一種指導方針可以幫助形成原住民族的集體權利意識，建立文化主體性，若干時日之後，可再評估是否有納入現行法制之必要。有學者認為：與智慧創作之使用相關的倫理準則包括：與智慧財產權相關的原則，如：事先知情同意、必須揭露智慧創作之來源。此外，尚有：肯認原住民族的自主性（autonomy）、且與群體進行有效、成功的協商，以便能同時嘉惠使用者以及被使用者⁸⁹。其實，原創條例的內容就是具

⁸⁶ 同前註，頁 152。

⁸⁷ 黃居正、陳曉慧，前揭註 27，頁 184-185。

⁸⁸ 林三元，前揭註 15，頁 203、207。

⁸⁹ Johanna Gibson, *Spring 2008 Symposium: The 60th Anniversary of the Declaration of Hu-*

體化事先知情同意以及同時嘉惠使用者與被使用者等原則。第 16 條第二項也有提及必須揭露智慧創作之來源⁹⁰。但本文認為在進一步調查原住民族傳統智慧創作的相關習慣法之前，至少有以下兩點需要加以強調：

4.2.1 瞭解部落習慣法之禁忌

使用智慧創作之人有義務尊重文化多樣性（the duty of respect for cultural diversity）⁹¹。因此，有義務瞭解部落習慣法之禁忌。觸犯了部落習慣法的禁忌，雖不至於侵害智慧創作專用權，卻可能因為不尊重的使用行為，而傷害了部落固有的文化。因此，首先要瞭解的是：何謂部落習慣法？部落習慣法是維繫部落完整與特性的必要機制；藉由部落習慣法，族群成員得以參與其文化生活⁹²。因此，維持部落習慣法是部落文化，及精神生活延續之必要手段；習慣法的存在反映部落之歷史、認同，凝聚了成員，使該部落與其他部落有所不同⁹³。部落存在之合法性端賴其對習慣及傳統的責任，而這都表現於習慣法之中⁹⁴。部落習慣法之實施是文化自決權以及文化權之展現，國家不應試圖以立法的方式加以規範，只要能確保習慣法的實施即可⁹⁵。舉例而言，智慧創作專用權自亙古即已存在、先於現行智慧財產權制度而存在；也因此，任何意圖透過特別法（例如：國家檔案法或文化資產保存法）對於智慧創作加以利用，卻可能損及依照原住民族部落習慣法使用智慧創作之方式者，皆無正當性可言⁹⁶。

man Rights: A Reality Check: The UDHR and the Group: Individual and Community Rights to Culture, 30 *HAMLIN J. PUB. L. & POL'Y* 285, 290 (2008).

⁹⁰ 原創條例第 16 條第二項規定如下：「前項之使用，應註明其出處。……」

⁹¹ JAMES TULLY, *STRANGE MULTIPLICITY: CONSTITUTIONALISM IN AN AGE OF DIVERSITY* 55 (1995).

⁹² Gibson, *supra* note 89, at 310.

⁹³ *Id.* at 310-11.

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ *Id.* at 311.

⁹⁶ 黃居正，前揭註 14，頁 160。

以泰雅族為例，泰雅人在生活中與自然界的互動過程中，產生行為的規範準則、社會價值的依據，包括對於宇宙存在的想法以及人際關係規範的基本概念，稱之為 GaGa（規範、法則、禁忌）⁹⁷；觸犯了 GaGa 可能受到神靈的懲罰。遵守同樣 GaGa 的族人共同舉行祭儀、共勞共享⁹⁸。關於傳統泰雅族的編織，織布工具的修整以及織作的程序，如不遵守 GaGa，所可能有的「報應」，皆應為原住民族傳統智慧創作的分享與被分享者所知：

傳統泰雅族染織工作，專屬於女性，並由此發展出許多禁忌。織機通常由父兄或家中長者或其他技藝較佳的族人製作，並且日後修繕必須由同一男性為之，否則另一為修繕的人將會罹患足疾；男性不得碰觸織機、不可織布；男性出外狩獵、獵首時，部落與家人不可接觸生麻或織布，否則可能誤觸陷阱或遭意外；播種祭時，不可接觸麻或持針，否則小米將遭蟲害；善織的女性，才可以雙手皆配戴間屬手環，兩手食指亦可戴指環；不得撿拾他人遺落的麻線納為己有，否則懷孕時，胎兒會被「麻線」纏繞夭折；女性紋面後復原期間，不可穿紅色衣物，家人不可穿著花紋衣物，避免傷口復原不良⁹⁹。

此外，原住民族的基因研究是一個絕佳例子，說明瞭解部落習慣禁忌的重要性。正因為關於原住民族的基因研究有太多負面例子，造成不良影響以及損及原住民族的文化，美國原住民代表大會（the National Congress of American Indians, NCAI）曾在 1993 年公開反對人類基因組多樣性計畫（the Human Genome Diversity Project）。其理由為：許多原住民族認為，蒐集原住民族的基因樣本，如：血液、毛髮，以及其他身體組織，違反了宗教及文化的價值，因而是對原住民族的不尊重¹⁰⁰。基於此點，不應該基於科學研究的理由，就對於原住民族的祖先遺骸任意的處置、隨意的奪取其基因樣本。

⁹⁷ 尤瑪·達陸，前揭註 38，頁 98。

⁹⁸ 蔡玉珊，台灣原住民織物：織紋結構與圖案分析，頁 13（2006）。

⁹⁹ 林淑雅，前揭註 13，頁 199。

¹⁰⁰ Harry, *supra* note 42, at 190. 美國原住民代表大會是美國政府機構裡，代表多數美國原住民族政府的規模最大與歷史最悠久的組織。

美洲原住民族 Western Shoshone 長老們常言，對其而言，他們的祖先代表其文化與過去；因此其必須尊敬與保護其祖先與墓穴，不能任意挖掘墳墓、任意將遺骸移置¹⁰¹。一旦這些遺骸被傷害了，即使是合理補償（just compensation）也不能彌補對於原住民族造成的文化傷害（cultural harm）¹⁰²。

4.2.2 瞭解部落習慣法之部落成員角色與責任

原住民族傳統知識與智慧創作的分享，被分享者必須知道其在習慣法上的「角色與責任」¹⁰³；同樣的，智慧創作的使用者，也應注意其使用者的角色與責任。原住民族傳統智慧創作由於其所蘊藏的文化意義，使得使用者在使用時，必須注意其身分是否適當，以及利用行為所伴隨的責任與義務，以免破壞原住民族社會對財產與由之而生的權力關係內部秩序¹⁰⁴。誤用以及濫用智慧創作會導致創作者個人乃至於整個部落的精神或其他具體的嚴重傷害，也因此，濫用原住民族傳統智慧創作不僅只是對於群體的道德權利（moral rights）造成冒犯，甚至可能危及原住民族的文化存亡¹⁰⁵；因此，對於智慧創作或是傳統知識的尊重而言，十分重要。

¹⁰¹ CHRISTOPHER SEWALL, DIGGING HOLES IN THE SPIRIT: GOLD MINING AND THE SURVIVAL OF THE WESTERN SHOSHONE NATION 31 (1999).

¹⁰² See Cortelyou C. Kenney, *Reframing Indigenous Cultural Artifacts Disputes: An Intellectual Property-based Approach*, 28 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 501, 519 (2011) (本文討論智慧財產權與原住民族手工藝品之關係)。並非所有的原住民族皆對於基因研究與基因樣本有相同的看法。有些對於基因樣本持有宗教或精神層面的觀點的原住民族，由於不當的基因研究，使其對於基因研究相當敏感甚至持反對態度。See Mary Daniel, *Tribal DNA: Does It Exist, and Can It Be Protected?*, 30 OKLA. CITY U. L. REV. 431, 472 (2005).

¹⁰³ Gibson, *supra* note 89, at 312.

¹⁰⁴ 黃居正、陳曉慧，前揭註 27，頁 185。

¹⁰⁵ Statement by the Tulalip Tribes of Washington on Folklore, Indigenous Knowledge, and the Public Domain (July 9, 2003), to Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Fifth Session, Geneva, July 5-17, 2003, available at <http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/igc/ngo/tulaliptribes.pdf>.

舉例而言，上述的泰雅族染織可表達其文化傳統，欲獲得染織技巧的人，必須對於該文化傳統加以尊重。除了以酒、糯米糕或其他物品向創新者購買技術、使用新技法時需謹記著傳授者、爲了避免織法被模仿，在母傳女或學習織法過程中，如有其他人接近，就會停止傳授過程¹⁰⁶。此外，由於泰雅族的部落、群之間有不同的織紋、織法，因此可以織紋、織法來判斷是否是我群的成員。部落、群的獨特織紋、織法，加上織女的自我創作、織技傳女不傳媳的原則，使女性結婚後，學習新的織紋、織法，也帶進原生家庭的織紋、織法；因此，織品可以透露出織者的社會脈絡，泰雅族內部的遷徙歷程、通婚，與部落間的關係¹⁰⁷。此外，內部成員對於泰雅染織的使用收益，亦應回到部落內部的自我管理機制，也就是部落習慣法的最佳使用方法，用以約束使用者；例如，在不瞭解染織文化的整體情形下，就將其用於商業利用而非文化傳承，就是一種不恰當的使用方式¹⁰⁸。

爲求傳承傳統織布服飾與技術，織布的材質、色彩、圖紋、形式的遵守十分重要，如果隨意搬用或不當的穿著以及使用，都可能傷害服飾的內涵以及工藝的技法與藝術。服飾行爲反映了傳統服裝樣式、習慣、宗教、道德觀念，傳承上應考量這些文化因素，包括：掌握地區的特徵、分辨服飾的特性，瞭解泰雅服飾的相同與相異之處，即使加以改造，也根據典型的泰雅方式，才有利於泰雅文化的保存¹⁰⁹。

5. 智慧創作專用權之救濟管道妥適性

5.1 損害賠償可為金錢以外之替代物

有鑑於上述智慧創作專用權的特殊性質，有別於傳統的智慧財產權，目前原創條例第17條以下所規範之權利受侵害之救濟管道，有再斟酌之餘地。

¹⁰⁶ 林淑雅，前揭註 13，頁 196。

¹⁰⁷ 同前註，頁 198-199。

¹⁰⁸ 同前註，頁 213。

¹⁰⁹ 尤瑪·達陸，前揭註 38，頁 111、113。

原創條例的權利侵害救濟管道根據立法院公報的會議紀錄¹¹⁰，仍舊仿照著作權的權利侵害救濟管道：智慧創作專用權人的排除侵害請求權（第17條、第20條）、預防侵害請求權（第17條）、損害賠償請求權（第18條），損害賠償請求權則以金錢加以計算（第19條）。

但是，以智慧創作專用權的特殊性質而言，金錢並非損害賠償的絕佳方式。至少，不應該是主要或唯一的方式。例如：上述的泰雅族織品，因為有其特殊的文化意義，因此可被當成貨幣使用，例如：貝珠是布衣的材料，貝板是衣服上象徵地位的裝飾品；貝珠衣、裙可作為侵害行為賠償的有價物質¹¹¹。前亦論及，泰雅染織的織法傳承必須予以尊重而不可任意模仿，如果有人未事先告知原創者而加以模仿，賠償的方法是被罰一把鐮刀或鋤頭¹¹²。不論是以上的貝珠衣、裙，或是鐮刀、鋤頭，都可看出，原住民族絕大多數並非以金錢為其權利侵害救濟之方式，可能以其他具代表性的物品作為損害賠償的替代物。

5.2 回復原狀為主要的救濟方式

在傳統財產法的領域，權利侵害的救濟方式多為經濟上的賠償¹¹³。對於某些美洲原住民族而言，某些傳統智慧創作以金錢價值作為賠償或許為可接受之方式；在這種情況下，研究人員與原住民族間可以簽訂關於利益分享的協定¹¹⁴，經由這些補償或替代物，研究人員可以減輕其法律責任甚至增進其學術名譽¹¹⁵。然而，對多數原住民族而言，回復原狀或許是一個更令其滿意的權利侵害之救濟方式。事實上，聯合國原住民族權利宣言第 11 條第二項曾

¹¹⁰ 立法院公報，前揭註 77，頁 114-115。相同見解亦認為智慧創作專用權的權利救濟管道與民法及著作權法一致。參考林三元，前揭註 15，頁 41。

¹¹¹ 黃榮泉、黃智慧，番族慣習調查報告書第一卷——泰雅族，台灣總督府臨時台灣舊慣調查會原著，中央研究院民族學研究所編譯，頁 255（1996）。

¹¹² 同前註。

¹¹³ See Kenney, *supra* note 102, at 519.

¹¹⁴ *Id.* at 519-20.

¹¹⁵ *Id.* at 520.

提及：「各國應通過與原住民族共同制定的有效機制，對未事先獲得原住民族自由知情同意，或在違反其法律、傳統和習俗下拿走的原住民族文化、知識、宗教和精神財產，予以補償，補償可包括歸還原物。」¹¹⁶

不以金錢為主要救濟方式的理由在於：不論是原住民族的智慧創作、原住民族傳統生物多樣性知識或是原住民族自然資源，對於原住民族而言經常是神聖的，並且帶有宗教意義；因此，對於這些權利的侵害是一種道德上的錯誤。與原住民族傳統知識與智慧創作相關的權利可視為是道德的權利。舉例而言，許多美洲原住民族認為基因樣本對其有文化以及精神上的意義。甚至有些部落認為基因樣本不屬於人類所有，因為他們是神聖的、帶有宗教意義¹¹⁷。如同羅馬法中的「神物法」（*Res divini juris*）概念，取走或濫用基因樣本，都是褻瀆了神聖¹¹⁸，而不僅是侵害了經濟上的權利¹¹⁹。在這些情況下，美洲原住民族寧可要求祖先遺骸以及基因樣本的返還，而非金錢等物質，因為遺骸以及基因樣本與其祖先、未來世代、甚至宇宙整體緊緊聯繫¹²⁰；因而，金錢的救濟方式就是不恰當，甚至是唐突的、冒犯的¹²¹。也基於這種互相聯繫的概念，對於遺骸或是基因樣本任意的處置或濫用都足以傷害族群本身¹²²。

¹¹⁶ United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, G.A. Res. 61/295(XI), U.N. Doc. A/RES/61/295 (Sept. 13, 2007).

¹¹⁷ Harry, *supra* note 42, at 181.

¹¹⁸ James W. Zion, *The Right of Native Peoples to Genetic Material as Cultural Property*, INT'L INST. FOR INDIGENOUS RESOURCE MGMT. 18 (2003), available at <http://www.iiirm.org/publications/Articles%20Reports%20Papers/Genetics%20and%20Biotechnology/Jim%20Zion%20Paper-Native%20Peoples%20Genetic%20Material%20Rights.pdf>.

¹¹⁹ See Jill Koren Kelly, *Owning the Sun: Can Native Culture Be Protected by Current Intellectual Property Law?*, 7 J. HIGH TECH. L. 180, 180 (2007) [本文討論何謂道德性權利 (moral rights)] .

¹²⁰ See Kenney, *supra* note 102, at 519.

¹²¹ See *id.* at 520 (Discussing liability rules and sacred objects and human remains).

¹²² See Laura Rowe, *You Don't Own Me: Recommendations to Protect Human Contributors of Biological Material After Washington University v. Catalona*, 84 CHI.-KENT L. REV. 227,

例如：居住於美國亞利桑納州大峽谷谷底的 Havasupai 原住民族就認為，血液樣本可作為連結今世與來生的橋樑，而且會影響樣本所有者來世的命運¹²³。正因為如此，Havasupai 原住民族相信保存生物樣本的完整性非常重要，不能加以毀損：如此一來，死者方能順利地進入來世¹²⁴。這也意味著，Havasupai 原住民族成員死時，如果身體不能維持完整，就難以進入靈性世界（the Spirit World）¹²⁵；因而，對於佚失的血液樣本而言，唯一適當的救濟方式就是加以歸還¹²⁶。從這個例子看來，以原住民族的祖先遺骸與基因樣本而言，回復原狀是一種最為妥當的救濟方式。當回復原狀為可能時，就不該考慮以金錢等其他方式作為替代。

6. 結論

原創條例的目的為：保護原住民族之傳統智慧創作、促進原住民族文化發展¹²⁷。本文就是立基於此之發想，提出對於原創條例的幾點建議：首先，理解智慧創作專用權的特殊性——是一種特殊權利、集體性權利，能夠反映原住民族的文化與社群發展；此外，有必要對智慧創作專用權的內涵，包括：智慧創作財產權與智慧創作人格權，重新理解，瞭解其與著作權法的著作財產權與著作人格權概念並不相同。另外，關於智慧創作之使用，有不同於著作權法「合理使用理論」的使用倫理應加以注意，以避免對於原住民族

249 (2009).

¹²³ Harry, *supra* note 42, at 189-90.

¹²⁴ Katherine Drabiak-Syed, *Lessons from Havasupai Tribe v. Arizona State University Board of Regents: Recognizing Group, Cultural, and Dignitary Harms as Legitimate Risks Warranting Integration into Research Practice*, 6 J. HEALTH & BIOMEDICAL L. 175, 214 (2010).

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ See Leslie E. Wolf, *Advancing Research on Stored Biological Materials: Reconciling Law, Ethics and Practice*, 11 MINN. J.L. SCI. & TECH. 99, 123 (2010).

¹²⁷ 原創條例第 1 條規定如下：「為保護原住民族之傳統智慧創作，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。」

的文化造成傷害；本文認為在瞭解十四個族關於傳統智慧創作之部落習慣法之前，原住民族傳統智慧創作使用倫理至少有兩點應予注意：瞭解部落習慣法之禁忌、瞭解部落習慣法中部落成員的角色與責任。本文以泰雅族的染織文化與美洲原住民族的基因研究為例，說明原住民族傳統知識與智慧創作至少有兩點使用倫理必須加以注意：瞭解部落習慣法之禁忌，以及必須瞭解部落習慣法中部落成員的角色與責任。最後，立法者必須理解，對於多數原住民族而言，權利侵害的最佳救濟管道：損害賠償的標的物可能是其他有文化象徵意義的物品，而非金錢。多數情況，對多數原住民族而言，回復原狀是主要且重要的救濟管道，金錢賠償可能對原住民族構成冒犯。

假使原創條例的修正能考量以上諸點，則法令的實施將更貼近原住民族的需求。

參考文獻

中文書籍

- 尤瑪·達陸，〈織起一座彩虹祖靈橋——泰雅族解說叢書編織篇〉，內政部營建署雪霸國家公園管理處出版，苗栗（2003）。（You-Ma · Da-Liu, *Weaving a Rainbow Bridge Toward Afterlife—Series of Atayal People's Weave, Construction and Planning Agency Ministry of the Interior Shei-Pa National Park Publishing, Miaoli* (2003).）
- 林三元，〈原住民族傳統智慧創作專用權〉，元照出版，臺北（2013）。（Lin, San-Yuan, *Empirical Legal Study on the Right of the Traditional Cultural Expressions of Indigenous Peoples, Angle Publishing, Taipei* (2013).）
- 蔡玉珊，〈台灣原住民織物：織紋結構與圖案分析〉，臺中縣立文化中心出版，臺中（2006）。（Tsai, Yu-Shan, *Taiwanese Indigenous Peoples: Analysis of Weaving Structure and Pictures, Taichung Culture Center, Taichung* (2006).）
- 鄭玉波著，黃宗樂修訂，〈民法物權〉，三民出版，臺北（2012）。（Zheng, Yu-Bo [auth.], Huang, Zong-Le [ed.], *Property Law, San Min Book, Taipei* (2012).）

中文期刊

- 黃居正、邱盈翠，〈原住民族傳統智慧創作之歸屬與運用〉，《台灣社會研究季刊》，第 90 期，頁 20-26，2013 年 3 月。（Huang, Chu-Cheng & Ying-Tsui Chiu, *Entitlement and Applications of the Indigenous Traditional Cultural Creations: An Overview of the Collective Management System, Taiwan: A Radical Quarterly in Social Studies*, no. 90, at 20-26, Mar. 2013.）
- 楊智傑，〈原住民傳統文化表達之保護模式比較與建議〉，《中正法學集刊》，第 30 期，頁 50-62，2010 年 7 月。（Yang, Zhi-Jie, *To Compare and Suggest to Several Models of Indigenous People's Traditional Cultural Expression, National Chung Cheng University Law Journal*, no. 30, at 50-62, July 2010.）

中文論文集

- 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〉，《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，數位典藏與學習之學術與社會應用推廣計畫、數位典藏與數位學習國家型科技計畫拓展台灣數位典藏計畫出版，臺北（2009）。（Lin, Shu Ya, Critical Issues of the Protection of Indigenous Cultural Creations—A Case Study on Atayal Dye and Weave Culture, Traditional Knowledge and Public Domain—Indigenous Peoples Traditional Intellectual Creations Protection, at 189-218, The Project of Academic and Social Promotions and Applications for Digital Archives and Learning and Taiwan e-Learning and Digital Archives Program Publishing, Taipei (2009).)
- 邱盈翠、黃居正，〈公共領域的結構轉型——理論變遷與司法實務的觀點〉，《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 219-256，數位典藏與學習之學術與社會應用推廣計畫、數位典藏與數位學習國家型科技計畫拓展台灣數位典藏計畫出版，臺北（2009）。（Chiu, Ying-Tsui & Chu-Cheng Huang, Structural Transmutation of the Public Domain—Pragmatic and Theoretical Perspectives, Traditional Knowledge and Public Domain—Indigenous Peoples Traditional Intellectual Creations Protection, at 219-256, The Project of Academic and Social Promotions and Applications for Digital Archives and Learning and Taiwan e-Learning and Digital Archives Program Publishing, Taipei (2009).)
- 黃居正，〈特殊權利概念的重建——評析原住民族傳統智慧創作保護條例〉，《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 121-160，數位典藏與學習之學術與社會應用推廣計畫、數位典藏與數位學習國家型科技計畫拓展台灣數位典藏計畫出版，臺北（2009）。（Huang, Chu-Cheng, Reconstructing Indigenous Sui Generis—Interpreting the new Protection Act for the Traditional Intellectual Creations of Indigenous Peoples, Traditional Knowledge and Public Domain—Indigenous Peoples Traditional Intellectual Creations Protection, at 121-160, The Project of Academic and Social Promotions and Applications for Digital Archives and Learning and Taiwan e-Learning and Digital Archives Program Publishing, Taipei, (2009).)

黃居正、陳曉慧，〈原住民族傳統智慧創作之合理使用〉，《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，數位典藏與學習之學術與社會應用推廣計畫、數位典藏與數位學習國家型科技計畫拓展台灣數位典藏計畫出版，臺北（2009）。（Huang, Chu-Cheng & Hsiao-Hui Chen, Fair Use of Indigenous Traditional Intellectual Creations, Traditional Knowledge and Public Domain—Indigenous Peoples Traditional Intellectual Creations Protection, at 161-188, The Project of Academic and Social Promotions and Applications for Digital Archives and Learning and Taiwan e-Learning and Digital Archives Program Publishing, Taipei (2009).)

劉靜怡，〈建立原住民公共領域——政策與規範的考察〉，《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，數位典藏與學習之學術與社會應用推廣計畫、數位典藏與數位學習國家型科技計畫拓展台灣數位典藏計畫出版，臺北（2009）。（Liu, Ching-Yi, Towards an Indigenous Public Domain, Traditional Knowledge and Public Domain—Indigenous Peoples Traditional Intellectual Creations Protection, at 97-119, The Project of Academic and Social Promotions and Applications for Digital Archives and Learning and Taiwan e-Learning and Digital Archives Program Publishing, Taipei (2009).)

其他中文參考文獻

立法院公報，第 96 卷第 85 期，2007 年 12 月。（The Legislative Yuan Bulletin, vol. 96, no. 85, Dec. 2007.）

黃榮泉、黃智慧，番族慣習調查報告書第一卷——泰雅族，台灣總督府臨時台灣舊慣調查會原著，中央研究院民族學研究所編譯，中央研究院民族學研究所出版，臺北（1996）。（Huang, Rong-Quan & Zhi-Hui Huang, The First Volume of Indigenous Peoples Traditional Custom Report—Atayal, Taiwan Governor-General Taiwan Temporary Traditional Custom [auth.], Institute of Ethnology, Academia Sinica [ed. & trans.], Institute of Ethnology, Academia Sinica Publishing, Taipei (1996).)

國立臺灣史前文化博物館編，《重現泰雅：泛泰雅傳統服飾重製圖錄》，國立臺灣史前文化博物館出版品編輯委員會出版，臺東（2008）。（National Museum of Prehistory (ed.), *Re-Present Atayal People's Traditional Clothes by Copy Pictures*, National Museum of Prehistory Editorial Board Publishing, Taitung (2008).)

英文書籍

BROWN, BRIAN EDWARD, *RELIGION, LAW, AND THE LAND: NATIVE AMERICANS AND THE JUDICIAL INTERPRETATION OF SACRED LAND* (1999).

MERRYMAN, JOHN HENRY, *THINKING ABOUT THE ELGIN MARBLES: CRITICAL ESSAYS ON CULTURAL PROPERTY, ART AND LAW* (2009).

SEWALL, CHRISTOPHER, *DIGGING HOLES IN THE SPIRIT: GOLD MINING AND THE SURVIVAL OF THE WESTERN SHOSHONE NATION* (1999).

TULLY, JAMES, *STRANGE MULTIPLICITY: CONSTITUTIONALISM IN AN AGE OF DIVERSITY* (1995).

UNDERKUFFLER, LAURA S., *THE IDEA OF PROPERTY: ITS MEANING AND POWER* (2003).

英文期刊

Carpenter, Kristen A. et al., *In Defense of Property*, 118 YALE L.J. 1022 (2009).

Cohan, John Alan, *An Examination of Archaeological Ethics and the Repatriation Movement Respecting Cultural Property*, 27 ENVIRONS ENVTL. L. & POL'Y J. 349 (2004).

Collier-Wise, Kelsey, *Identity Theft: A Search for Legal Protections of Intangible Indigenous Cultural Property*, 13 GREAT PLAINS NAT. RESOURCES J. 85 (2010).

Daniel, Mary, *Tribal DNA: Does It Exist, and Can It Be Protected?*, 30 OKLA. CITY U. L. REV. 431 (2005).

Davis, James H. et al., *Toward a Stewardship Theory of Management*, 22 ACAD. MGMT. REV. 20 (1997).

- Drabiak-Syed, Katherine, *Lessons from Havasupai Tribe v. Arizona State University Board of Regents: Recognizing Group, Cultural, and Dignitary Harms as Legitimate Risks Warranting Integration into Research Practice*, 6 J. HEALTH & BIOMEDICAL L. 175 (2010).
- Frigo, Manlio, *Cultural Property v. Cultural Heritage: A "Battle of Concepts" in International Law?*, 86 INT'L REV. RED CROSS 367 (2004).
- Gibson, Johanna, *Spring 2008 Symposium: The 60th Anniversary of the Declaration of Human Rights: A Reality Check: The UDHR and the Group: Individual and Community Rights to Culture*, 30 HAMLINE J. PUB. L. & POL'Y 285 (2008).
- Harry, Debra, *Indigenous Peoples and Gene Disputes*, 84 CHI.-KENT L. REV. 147 (2009).
- Kelly, Jill Koren, *Owning the Sun: Can Native Culture Be Protected by Current Intellectual Property Law?*, 7 J. HIGH TECH. L. 180 (2007).
- Kenney, Cortelyou C., *Reframing Indigenous Cultural Artifacts Disputes: An Intellectual Property-based Approach*, 28 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 501 (2011).
- Margalit, Avishai & Moshe Halbertal, *Liberalism and the Right to Culture*, 61 SOC. RES. 491 (1994).
- Merryman, John Henry, *Two Ways of Thinking About Cultural Property*, 80 AM. J. INT'L L. 831 (1986).
- OseiTutu, J. Janewa, *A Sui Generis Regime for Traditional Knowledge: The Cultural Divide in Intellectual Property Law*, 15 MARQ. INTELL. PROP. L. REV. 147 (2011).
- Rachlinski, Jeffery J., *The Limits of Social Norms*, 74 CHI.-KENT L. REV. 1537 (2000).
- Riley, Angela R., *"Straight Stealing": Towards an Indigenous System of Cultural Property Protection*, 80 WASH. L. REV. 69 (2005).
- Rowe, Laura, *You Don't Own Me: Recommendations to Protect Human Contributors of Biological Material After Washington University v. Catalona*, 84 CHI.-KENT L. REV. 227 (2009).
- Tsosie, Rebecca, *Cultural Challenges to Biotechnology: Native American Genetic Resources and the Concept of Cultural Harm*, 35 J.L. MED. & ETHICS 396 (2007).

Williams, Rhys H., *Constructing the Public Good: Social Movements and Cultural Resources*, 42 SOC. PROBS. 124 (1995).

Wolf, Leslie E., *Advancing Research on Stored Biological Materials: Reconciling Law, Ethics & Practice*, 11 MINN. J.L. SCI. & TECH. 99 (2010).

英文論文集

Clark, Robert C., *Agency Costs Versus Fiduciary Duties*, in PRINCIPALS AND AGENTS: THE STRUCTURE OF BUSINESS 55 (John W. Pratt & Richard J. Zeckhauser eds., 1985).

Freyfogle, Eric T., *Bounded People, Boundless Land*, in STEWARDSHIP ACROSS BOUNDARIES 15 (Richard L. Knight & Peter B. Landres eds., 1998).

Hart, Jonathan, *Translating and Resting Empire: Cultural Appropriation and Postcolonial Studies*, in BORROWED POWER: ESSAYS ON CULTURAL APPROPRIATION 137 (Bruce H. Ziff & Pratima V. Rao eds., 1997).

其他英文參考文獻

Statement by the Tulalip Tribes of Washington on Folklore, Indigenous Knowledge, and the Public Domain (July 9, 2003), to Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Fifth Session, Geneva, July 5-17, 2003, available at <http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/igc/ngo/tulaliptribes.pdf>.

Working Group on Indigenous Populations, Commission on Human Rights, Joint Statement from the Indigenous World Association and Indigenous Media Network, E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/CRP.3 (July 13, 2005), available at <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/WG/E-CN4-Sub2-AC4-2005-CRP3.doc>.

Zion, James W., *The Right of Native Peoples to Genetic Material as Cultural Property*, INT'L INST. FOR INDIGENOUS RESOURCE MGMT. 18 (2003), available at <http://www.iiirm.org/publications/Articles%20Reports%20Papers/Genetics%20and%20Biotechnology/Jim%20Zion%20Paper-Native%20Peoples%20Genetic%20Material%20Rights.pdf>.