

原住民族傳統智慧創作專用權之權利 保護客體——臺北高等行政法院 108年度原訴字第7號判決評析

游育倫*

壹、前言

原住民族傳統智慧創作保護條例（下稱傳智條例）所保障之原住民族傳統智慧創作（下稱智慧創作），依該條例第3條規定，係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」，由其立法理由可知，該規定係參考著作權法第10條之1之精神而來，並闡述為避免智慧創作之保護範圍過廣，將保護標的限於創作之「表達」，而不及於構想部分，實務上因而有邵族之「Lalu / 拉魯——邵族最高祖靈聖地」申請案遭原住民族委員會（下稱原民會）以該申請案僅為抽象概念，並未將思想、概念以傳智條例第3條之形式「表達」於外，而否准其智慧創作專用權申請所生之爭議。然而該申請案之「Lalu / 拉魯」，為客觀上可以口述對外表現之邵族族語，認為其僅為構想、概念，應係受著作權法中，著作權之保護必須有一定之表現形式所影響，但著作權法與傳智條

例之立法目的有所不同，其關於受保護創作之「表達」範圍是否應有不同解釋？又一般認為智慧創作之構成可歸納為3要件，即「歷史性」、「與族群關聯性」及「客觀性」，但原民會卻認為尚需有「獨特性」之要求，可知在智慧創作專用權之客體要件上亦存在爭議；再智慧創作專用權之准駁處分，是否必須召開正式審議會委員會議，邵族與原民會亦有不同之看法，有研究以釐清：智慧創作專用權之權利保護客體、要件及正當行政程序等問題之必要，本文乃欲藉由評析上開案例加以探討。

貳、臺北高等行政法院108年度原訴字第7號判決介紹¹

一、案例事實

（一）事實概要

南投縣魚池鄉邵族文化發展協會經原民會核定公告為標竿團隊，輔導邵族召開共識部落會議，推選毛隆昌為代表人，代表邵族

* 本文作者係臺灣臺南地方法院法官（感謝國立成功大學法律學系陳思廷副教授對本文的啟發與指導，惟文責仍由作者本人自負。）

註1：以下內容整理自臺北高等行政法院108年度原訴字第7號判決。

(下將毛隆昌及邵族統稱邵族)提出智慧創作專用權申請。原民會所委託之國立清華大學(下稱清華大學)曾2次因原民會請邵族補正,而協助邵族檢送、補正「Lalu/拉魯—邵族最高祖靈聖地」申請案(下稱系爭申請案),最後1次於106年2月24日檢送後。原民會以106年3月7日原民經字第1060011666號函(下稱106年3月7日函)表示系爭申請案已收悉,將納入正式審議會委員會議審查,會議時間另行通知。嗣原民會認為系爭申請案非屬原創條例所稱之智慧創作,未經正式審議會委員會議審查,以107年11月15日原民經字10700666032號函駁回邵族之申請(下稱原處分)。邵族不服原處分,提起訴願遭以「以Lalu一詞為創作中心之文學、祖靈所在、母語發音等抽象思想為據,應僅為抽象概念,並未將思想、概念以原住民族傳統智慧創作保護條例第3條之形式表達於外,非該條例所欲保護之智慧創作標的」²為由駁回,邵族不服而提起行政訴訟。

(二) 邵族之主張

系爭申請案是以邵族族語Lalu,表達邵族祖靈所在、生死歸屬等傳統信仰,為邵族長久以來文字、文學、祭祀活動等文化創作的總結與表徵,與邵族文化具有密不可分、排他而獨有的關聯性、精神性與歷史性,符合原住民族傳統智慧創作保護實施辦法(下稱傳智實施辦法)第23條第1項所定要件;而所謂文化成果的表達,形式及內容多樣,有以文字、語言為表達方法者,且不因字數、音節長短而有差異。Lalu為邵族族語,為邵族祖靈

所在等文化信仰的客觀表達,不因未以圖案、音樂、雕刻等形式為表達方法而有所減損,符合傳智實施辦法第2條立法理由所定,以書寫或口述語文形式呈現精神文明的方法。系爭申請案所欲申請保護者,是邵族以Lalu一詞述說其祖靈所在此一精神信仰的表達方法。原處分以Lalu一詞為日月潭中島嶼的地名,非屬智慧創作,而駁回系爭申請案。但日月潭中的島嶼,直至89年2月19日始以「拉魯島」命名。以時間軸觀之,邵族基於百年以來祖靈文化的信仰,發展出Lalu族語在先,政府取其同音漢字命名「拉魯島」在後,原民會不能以此否定系爭申請案。又訴願決定稱Lalu僅為抽象概念,未以傳智條例第3條之形式對外表達,亦無依據。語言及文字為聯合國保護無形文化遺產公約第2條第2款第1項明文的表現形式之一,亦為受智慧財產保護的客體。系爭申請案應無原民會所稱僅涉及構想、思想範疇,而未以具體形式為創作表達的問題。

智慧創作專用權的認定基準,已明定於傳智實施辦法第23條第1項,僅有關聯性、歷史性及客觀性3項標準。並無原民會所創設之第4項「獨特性」要件。傳智實施辦法第23條立法理由中雖提及「獨特的文化軌跡」,但此僅是解釋關聯性、歷史性及客觀性3項標準之文字敘述,並非獨立要件。

原民會以106年3月7日函表示正式審議會會議時間將另行通知,故系爭申請案是否符合智慧創作專用權要件之認定,原民會已裁量決定應依原創實施辦法第20條規定召開審議會

註2：行政院院臺訴字第1080179441號訴願決定書。

議，原民會卻未召集審議會議，即作成原處分駁回系爭申請案，除有行政程序法第10條裁量怠惰的瑕疵外，其前後反覆，已違反信賴保護原則中的禁反言原則。又原民會發布之「原住民族傳統智慧創作專用權申請案審議作業要點」（下稱傳智審議要點）第2點前段明確揭示，原民會就智慧創作專用權申請案之審查，應遴聘（派）有關機關人員、專家學者及原住民代表審議，故原民會就系爭申請案的審查應行正式的審議會議，並無裁量空間，而系爭會前會之組成不符合上開要點第2點後段之規定，故原民會作成原處分，違背法定程序。

（三）原民會之抗辯

依傳智條例第3條及立法理由可知，智慧創作僅限於表達，而不及於思想、概念。系爭申請案之Lalu一詞為精神層面的思想範疇，沒有以傳智條例第3條所定之具體形式為創作表達。且Lalu屬地名，單純地理區域的表彰不具有原創性，系爭申請案以「Lalu / 拉魯——邵族最高祖靈聖地」為標的，僅為地理區域的表彰而難認有原創性，不是傳智條例所保護的智慧創作。

智慧創作專用權依傳智實施辦法第23條規定及立法說明，其審查標準包括具有個性特徵、關聯性、社群特性、歷史性、能以客觀形式表現（即創作具體的表達）、獨特性、智慧創作等。原民會駁回系爭申請案，主要是因為邵族以地名申請，不符合前述審查基準，尤其是系爭申請案不具獨特性要件。

傳智實施辦法第21條規定，原民會「得」召開審議會議，而非「應」召開審議會議，故原民會得基於職權裁量決定是否召開審議

會議。系爭申請案未強調申請標的之獨特性、相關佐證資料不足等，經原民會多次通知補正仍未能完成補正，不符合傳智條例第3條所稱之智慧創作，原民會即無召開審議會議的必要，得按內部逐級審查的程序駁回申請，故原民會未召開正式審議會議，並無裁量瑕疵。

二、判決見解

「Lalu」一詞既為邵族的語言（文），已屬客觀的表達形式，且依邵族主張，該口語表達得以結合邵族神話、祖靈信仰的祭儀、禁忌等得以口述語文形式呈現的精神文明內容，則系爭申請案是否屬於傳智條例第3條立法理由所稱的「構想」或「思想」，而不應准允智慧創作專用權，應透過正式審議會委員會實質審查系爭申請案申請書中所載智慧創作的內容是否均屬「構想」層次，不能僅因「Lalu」一詞即概括認定非屬具體表達，不受傳智條例保護。

系爭申請案是否符合智慧創作之定義，應實質審查系爭申請案申請書中所載內容是否符合傳智實施辦法第23條第1項規定的3項基準（與社群的關聯性、歷史性及客觀性），以為認定。

傳智條例第5條及傳智實施辦法第20條規定，形式上雖授權原民會得裁量決定是否遴聘（派）有關成員組成委員會進行審查，然參酌傳智條例第5條規定之立法理由，智慧創作之認定，事涉專業事務，有賴具有特殊專業知識或經驗的學者或專家參與，且本於原住民族自治的精神，亦宜有一定比例之原住民代表參與；再參酌傳智實施辦法第23條認

定智慧創作之3項基準（與社群的關聯性、歷史性及客觀性），其解釋及適用無不涉及具體個案的歷史考據、部族的文化傳統、演進、部族間之文化差異等判斷，因此，就事務領域之特性而言，本即適宜透過委員會之型態，吸納專業及多元意見作為智慧創作專用權申請案准駁之依據。再依傳智審議要點第2點規定，原民會已依傳智條例第5條及傳智實施辦法第20條規定之授權，就審查智慧創作專用權申請案之審議程序及組織型態，經合目的性的適法裁量後，認為應經由依循傳智審議要點規定組成的審議會審查；且依傳智審議要點第3點規定，審議委員的遴聘（派）應考量審議委員與智慧創作之種類與內容的關聯性，亦顯示此一審議程序所欲達成具專業及代表性之審查目的，適於作成足以保護傳統智慧創作之正確決定。因此傳智審議要點規定之審議會，為審查智慧創作專用權申請案所應遵循之正當行政程序，尚非原民會循一般行政程序、逐級簽核作成處分可比擬，不得任意省略，原民會予以省略，違背自己關於審查智慧創作專用權之合義務性裁量，在不同個案或同一個案的不同程序階段間，形成不合理的差別待遇，有違平等原則，也侵害邵族所得享有的無瑕疵裁量請求權。系爭申請案並非形式上有重大缺漏，無待正式審議會委員會議實質審查，即可程序駁回之案例類型。故原民會未召開正式審議會委員會議，逕以原處分駁回，違反傳智審議要點第2點規定，行政程序有重大瑕疵，難以維持；但因系爭申請案涉及邵族之歷史、文化傳統、演進與發展等判斷，有經專業及具原住民代表性之委員會重行審議，為

有關之審查、釐清或通知邵族陳述、補正的必要，不宜由法院逕行代為決定，而判命原民會依本判決法律見解另為行政處分。

三、爭點

- (一) 智慧創作專用權所保護之智慧創作「表達」為何？
- (二) 智慧創作專用權之客體要件是否包含原民會所稱之「獨特性」要件？
- (三) 傳智審議要點規定之審議會，是否為審查智慧創作專用權申請案所應遵循之正當行政程序？

參、原住民族傳統智慧創作專用權之權利保護客體

由上開判決之爭點可知，實務上目前對於智慧創作專用權保護之客體範圍、構成智慧創作專用權之客體要件以及審查智慧創作專用權之正當行政程序存在爭議，本文擬據上開爭點探討智慧創作專用權之權利保護客體，而權利保護客體之審查，與行政程序彼此相連，其客體範圍之界定，亦與是否構成侵權相關，故一併討論之。

一、原住民族傳統智慧創作專用權所保護之智慧創作「表達」

傳智條例第3條規定：「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」，其立法理由並表示：「…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」，論者有表示，智慧創作專用權保護標的非常多元，由於係以財產權之型態加以保護，故必須以外界可以客觀認知、理解其內容的表達形式，不能只是一種猶存在腦海裡的思考或想法，因此參考著作權法，將保護標的限於創作之表達，而不及於構想，以開放後人在思想上演進與創作之空間自由³。本文認為此見解應係受著作權之保護以具有一定之表現形式所影響，亦即受著作權保護之創作之內容必須要能為人類感官所能感受得知⁴，就此而言，系爭申請案「Lalu / 拉魯」之表達，似乎係「一般」外界之人無法客觀認知、理解顯示系爭申請案指稱代表「祖靈所在」之表達形式，以此種思維，無怪乎原民會認為「Lalu / 拉魯」並非「表達」，僅係「概念」、「構想」。

然而依傳智條例第1條規定，傳智條例之立法目的係為保護智慧創作、促進原住民族之文化發展，而本文認為，實際上保護智慧創作僅為手段，最終之目的均係為保障原住民族之傳統文化，而保障原住民族傳統文化，則係源於現今社會肯認傳統文化及多元文化之價值⁵，為避免弱勢、少數之文化因強勢、主流文化之侵襲而混淆、消逝，斷絕其傳

承，而特別立法保障，以維持文化之傳統及多樣性，使多元之傳統文化得以傳承、延續。傳智條例即係因認為原住民族之傳統文化在我國社會屬於弱勢、少數文化，而特別加以立法保護，自不能以一般多數人無法客觀認知、理解其表達之意義，即認為非屬客觀之「表達」。蓋現實上許多原住民族傳統智慧創作之表達，於社會上多數之一般人客觀上觀察，大多均僅能見其形式，而無法透過其形式了解背後代表之原住民族傳統文化意義，此源於社會上一般多數人代表之觀念、價值即係使主流文化強勢之原因，無法期待其具備理解原住民族傳統文化意義之能力，即便係已經取得智慧創作專用權者亦然，如賽德克族之「sapah cbiyaw/sapah cbeyo/sapsh sbiyaw傳統家屋」之智慧創作專用權所欲保護者不僅建築本身，尚包括祖先對於判斷在哪蓋、如何蓋房子的傳統知識⁶，徒以建築之客觀表達，社會上多數之一般人著實無法認知、理解其表達之意義。

故本文認為，解釋傳智條例第3條之「表達」應有不同思維，判斷所謂足以客觀認知、理解其內容之表達，應參照傳智實施辦法第23條第1項第1款規定，以關聯之原住民族或部落之一般人能夠客觀認知、理解其表達之意義為已足，不能以整體社會之多數人

註3：黃居正（2015），《認識原住民族傳統智慧創作保護條例：原住民族傳統智慧創作專用權申請手冊》，第22-23頁，原住民委員會。

註4：謝銘洋（2019），《智慧財產權法》，9版第1刷，第100頁，元照出版公司。

註5：林三元（2013），《原住民族傳統智慧創作專用權》，第241頁，元照出版公司；陳昭華（2006），〈原住民族傳統文化表達之保護〉，《輔仁法學》，第31期，第158頁。

註6：馬鈺婷（2021），〈原住民族傳統智慧創作保護要件及審查正當程序——臺北高等行政法院108年度原訴字第7號判決〉，《萬國法律》，第236期，第68頁。

為判斷，否則即失去傳智條例之立法意義，由黃居正教授引用加拿大最高法院判決，亦認為多元文化主義下，原住民權利之基本解釋原則，應採用有利於原住民之解釋為基準，非以該用語之技術意義，而是原住民能自然理解之語言解釋⁷，應可為印證。蓋傳智條例之立法目的係在保護在我國屬於弱勢、少數、一般在主流文化背景下生長之人理解有限之原住民族傳統文化，若強求可受傳智條例保護之「表達」，需要達到整體社會一般人客觀上均能認知、理解其意義，豈非將可受保護者限於強勢、主流文化？

雖有見解認為傳智條例沿用重商主義之著作權法架構而成，條文內容多直接套用著作權法條文與概念填充，但傳智條例與著作權法之立法宗旨各不相同，若有文化特殊性需求時，宜以明文方式凸顯之，應儘量避免對所借用之著作權法架構，透過不同於傳統著作權概念之解釋給予新解，否則將使傳智條例欠缺一貫性與穩定性，也易使智慧創作利用者面臨法律不確定性之潛在風險⁸。但本文認為，在立法技術上就相同之名詞於不同法律上之相異定義予以明文說明，確實可以強化、穩定該法律之體系，但是就實務而言，期待立法緩不濟急，而就傳智條例保護之「表達」有異於著作權法之解釋，實際上透過傳智條例之立法目的及傳智實施辦法第23條第1項第1款規定之體系解釋即可達成，此

均為傳統之法律解釋方法，應不致於產生上開見解擔心造成使傳智條例欠缺一貫性與穩定性，及易使智慧創作利用者面臨法律不確定性潛在風險之結果。

另有論者認為傳智條例第3條規定僅保護智慧創作之「表達」，無法滿足原住民族或部落之需求，因原住民族所期盼受保護者，實際擴方法、概念及程序，並舉例如排灣族或魯凱族之傳統琉璃珠，其所要求之保護，絕非僅限於某一個創作完成之琉璃珠「表達」，而係認為琉璃珠之所有及配戴，應符合貴族、勇士或平民身分；魯凱族認為其傳統常見之「原住民雙手各執一隻百步蛇」之圖騰，受保護者不限於某一幅圖騰，而係指任何外人繪製之「原住民雙手各執一隻百步蛇」之圖騰，均應取得魯凱族之同意或授權，然「原住民雙手各執一隻百步蛇」在著作權法上僅係一種「概念」，而非「表達」等等，且傳智實施辦法第2條第1項第6款及第9款將「創造織物之方式」、「與社會文化生活相關之工藝、實用技術及使用之工具、工法」分別納入「編織」及「民俗技藝」之保護範圍，已逾越傳智條例第3條關於智慧創作之定義限於「文化成果之表達」範圍，應透過修法使智慧創作之範圍不限於「表達」擴大及於「使用方法及概念」，始能符合原住民族及部落之期待⁹，有論者亦認為傳智實施辦法第2條第1項第6款及第9款規定係屬與傳

註7：黃居正（2010），〈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」〉，《台灣原住民研究》季刊，第3卷第4期，第26-27頁。

註8：張郁齡（2020），〈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號民事判決〉，《台灣法學雜誌》，第388期，第195-196頁。

註9：章忠信（2017），〈原住民族傳統智慧創作之保護困境與突破〉，《臺灣原住民族法學》，第3期，第86-87頁。

智條例第3條根本上之定義矛盾，必須透過修法解決¹⁰。

然而論者李彥君認為，上開看法實係受到著作權法中思想與表達二分原則之影響，但李氏認為傳智條例第3條立法理由雖然表明係參考著作權法第10條之1關於思想與表達二分原則之規定而來，但傳智條例所保護之智慧創作並非不能及於表達背後之「思想」，蓋原住民族文化表達之特性在於「文化」與「結果」間的緊密不可分關係，故認為傳智條例關於智慧創作之保護，並不以思想與表達二分為前提，蓋著作權之權利保護內涵在於經濟誘因之給予及公眾近用、促進創新之考量，但保護智慧創作之目的，則在於保護及發展原住民族傳統文化，反而應在思想與表達合一時，亦給予智慧創作專用權之保護¹¹。

本文認為李氏之見解雖然似與傳智條例第3條「…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」之立法理由有所衝突，但可以本文後述之方式，即以「表達」之外觀保護智慧創作之內涵，而在他人「僅」使用智慧創作之「構想」、「概念」加以創新，而「未」使用與該智慧創作相同或相似之「表達」形式時，則認為非屬智慧創作專用權之侵害，以兼顧開放後人思想創作自由空間之公益性，弭平如此解釋與傳智條例第3條立法

理由之衝突，故仍可以贊同，並可解決依著作權法概念解釋智慧創作專用權使其保護僅止於智慧創作之「表達」看法之不當。蓋在著作權法上關於思想與表達合併時，即表達某一思想僅有一種或少數幾種時，為避免思想遭到著作人壟斷，基於公益之理由，該有限之表達方式，即不受著作權法之保護¹²，此係基於著作權法鼓勵創新之立法目的，但在傳智條例保護及發展原住民族傳統文化之立法目的下，當智慧創作僅能以少數之表達方式傳達其思想、概念時，則反而更值得以法律保護，即在智慧創作專用權上，不應有著作權法上當著作權之思想與表達合併時，其著作權即不受保護之限制。否則原住民族之傳統文化一旦受到強勢、主流文化之侵襲，取用其智慧創作之表達形式，用主流文化之想法錯誤理解智慧創作之內涵，甚至直接用以表徵主流文化，將造成原住民族之傳統文化淡薄、稀釋之結果，使智慧創作徒留「表達」之形式，失去其最重要之思想內涵；再者，以「表達」之外觀保護智慧創作之內涵亦有其必要性，蓋在傳智條例第3條開放後人思想創作之自由空間之立法目的上，若他人僅使用智慧創作之「構想」、「概念」加以創新，而未使用與該智慧創作相同或相似之「表達」形式，因不會使原住民族之傳統文化內涵淡薄、混淆，而不落入智慧創作專用權侵害之射程，如此解釋亦符合傳

註10：馬鈺婷（2019），《從財產權理論看我國原住民族傳統智慧創作之審查實務》，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，第23頁。

註11：李彥君（2021），《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學位論文，第67-72頁。

註12：謝銘洋，前揭註4，第314-315頁；最高法院100年度台上字第283號裁定。

智條例第3條之立法理由：「…將保護標的限於創作之表達，而不及於構想部分…」。

二、原住民族傳統智慧創作專用權之客體要件

依傳智條例第4條第2項規定，智慧創作之認定標準，由主管機關原民會定之，原民會因而依上開條項授權，訂定傳智實施辦法第23條第1項，規定認定智慧創作應參考下列3項基準：

- (一) 該申請認定之文化成果表達，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。
- (二) 應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。但申請之原住民族或部落，應說明申請時對於該智慧創作之管領及利用狀態。
- (三) 文化成果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。

上開三項要件，學說上稱為「原創三性」或「原創三要件」，即「與社群之關聯性」、「歷史性」及「客觀性」¹³，為智慧創作專用權之客體要件。論者馬鈺婷整理學說見解，認為「與社群之關聯性」部分，須充分說明智慧創作對於族群、部落等社群的文化意義；智慧創作與其他族群、部落之文化成果

表達間的差異；製作創作所呈現的形制、內容，還有智慧創作與族群、部落等社群間特殊的連結關係等。換言之，關聯性可分成兩部分，一是「我者關聯性」，即申請人與智慧創作之關係，一是「他者關聯性」，即智慧創作與他者之文化成果表達間之關係；「歷史性」部分，只要提出申請的族人認為具有時間上的延續，且智慧創作在其社群內部已經有世代相傳的事實，即可滿足此要件，不過所謂時間延續，必須延續到認定時點，蓋傳智實施辦法第23條立法理由有謂：「智慧創作內容之管領與利用狀態，在申請、認定與登記時，仍『繼續存在』」，但應認為只要智慧創作現在繼續被保存、利用或族人有意願或能力繼續加以保存、利用，即屬於「繼續存在」之管領與利用狀態；「客觀性」部分，族人所申請的智慧創作，必須擁有可描述或可記錄的客觀表徵，即是再次重申傳智條例保護「表達」之精神¹⁴。

本文認為，符合上開原創三性客體要件之智慧創作，本身即屬獨特得與其他智慧創作相區別之存在，應無再單獨審查原民會所稱「獨特性」要件之必要，即並無獨立之「獨特性」要件存在，且原民會在系爭申請案係以邵族以地名申請為理由，認為系爭申請案不具備獨特性，亦顯然誤解傳智實施辦法第23條立法理由中所稱「獨特的文化軌跡」之意義。應認為所謂智慧創作「獨特的文化軌跡」特質，係指該智慧創作在特定族群延續之世代相傳上具備獨特之關聯意義，即應在

註13：黃居正，前揭註3，第29頁。

註14：馬鈺婷，前揭註10，第34-35頁。

「與社群之關聯性」及「歷史性」判斷智慧創作是否獨特。

惟由上述學說認為：判斷智慧創作是否具備「與社群之關聯性」，申請人除須說明「我者關聯性」外，尚須說明「他者關聯性」，可知學界已普遍認知到現實上存在：不同原住民族之相異智慧創作內涵，以相同、相近之方式表達之問題，故在智慧創作之「客觀性」要件判斷上是否需具備獨特性，方為爭議點。蓋如百步蛇圖騰，不僅魯凱族、排灣族有此種表達方式，泰雅族、賽夏族亦有以菱形紋代表百步蛇之圖騰，但各族卻有相異之解釋，有認為係祖靈之眼，有認為係祖靈之頭¹⁵，申言之，智慧創作之「表達」是否需具備獨特性，方屬最大之爭議。

本文前已說明，基於傳智條例保護原住民族傳統文化之立法目的，智慧創作之「表達」，應以關聯之原住民族或部落之一般人能夠客觀認知、理解其表達之意義為已足。然而如上開實例所述，在魯凱族、排灣族、泰雅族、賽夏族均有相同或相近之百步蛇圖騰表達方式，且各有其相異之意義，其表達意義若分別為其族或部落之一般人能夠客觀認知、理解時，是否均能取得智慧創作專用權？本文認為基於傳智條例保障多元文化之立法目的，應肯認若不同族群就相同或相近之創作表達各有相異之意義時，其表達之意義若分別為其族或部落之一般人能夠客觀認知、理解時，應均能取得智慧創作專用權，即智慧創作之「表達」不應要求具備獨特

性。應注意者，此時不應落入傳智條例第7條第2款「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」之射程，蓋相同表達形式之不同文化內涵智慧創作，仍應屬不同之智慧創作專用權，此由傳智實施辦法第23條第2項規定「…參考基準之適用及解釋，應由主管機關就申請案件之具體事實，參酌申請人所提出之申請書、說明書、必要圖樣、照片、相關文件及參與認定人員之意見，綜合判斷之」，或可加以應證，蓋若僅須從客觀之「表達」判斷是否取得智慧創作專用權，即無綜合如此多資料加以審酌之必要。論者李彥君亦認為，對於智慧創作之「表達」之定義，除「表達」外，應包含其背後之思想、方法，且兩者必須被視為一個整體，以回應文化表達本身與族群「連結」之性質，並透過申請書對於相同或相似的文化表達進行外觀上的比較分析，或內涵上的族群連結性、歷史性的說明，以區別兩種相同或相似的文化表達在內涵上的相異之處，而使該兩個權利主體都分別有取得智慧創作專用權之機會¹⁶。

三、原住民族傳統智慧創作專用權之侵權判斷

承前說明，本文基於傳智條例保障多元文化之立法目的，肯認若不同族群就相同或相近之創作表達各有相異之意義時，其表達之意義若分別為其族或部落之一般人能夠客觀認知、理解時，又符合原創三性之要件，應

註15：馬鈺婷，前揭註10，第142-143頁。

註16：李彥君，前揭註11，第72-73頁。

均能取得智慧創作專用權，此時即會產生下列問題：

- (一) 不同之原住民族社群依其登記取得之智慧創作專用權為表達時，若其智慧創作專用權表達之方式相同或近似，是否侵害其他社群之智慧創作專用權？
- (二) 某原住民族社群之智慧創作，尚未登記取得智慧創作專用權之前，因為其智慧創作之表達與其他原住民族社群登記取得之智慧創作專用權之表達相同或近似，是否侵害該其他社群之智慧創作專用權？
- (三) 非原住民族社群之人使用與某原住民族社群登記取得之智慧創作專用權相同或相似之表達外觀時，是否構成智慧創作專用權之侵害？
- (四) 非原住民族社群之人使用與某原住民族社群尚未登記之智慧創作相同或相似之表達外觀，但其後該原住民族社群登記取得該智慧創作專用權，是否構成智慧創作專用權之侵害？

在上述（一）、（二）之問題，基於傳智條例保障多元文化之立法目的，應認為不會構成智慧創作專用權之侵害，應無疑義，在（二）之部分，尤應注意登記在先之智慧創作專用權不能影響其他以相同或相似表達形式卻有不同內涵之智慧創作取得智慧作專用權登記之權利。

而在上述（三）之問題，則應認為只要是未

經授權且不符合傳智條例第16條規定之合理使用，即應構成智慧創作專用權之侵害，無論是否利用該智慧創作之內涵，蓋如同論者李彥君所述，對於非原住民族的人而言，對於他們有意義的利用行為就是使用文化表達的「外觀」，內涵對於他們並無意義也難以想像如何利用，因此在判斷侵權之議題上，是只要未經同意也無合理使用，即構成侵權¹⁷。

最後，在上述（四）之問題，因為智慧創作專用權依傳智條例第4條第1項規定，採登記主義，故在尚未登記前，非原住民族社群使用與某原住民族社群尚未登記之智慧創作相同或相似之表達外觀時，自不會構成智慧創作專用權之侵害；但當該智慧創作專用權登記取得之後，依傳條例第7條規定，自登記之日該原住民族社群即取得智慧創作專用權，故自斯時起，非原住民社群使用該智慧創作表達外觀時，自應構成智慧創作專用權之侵害。但在此問題最大之爭議應在於：非原住民社群已先行就該智慧創作之表達登記取得商標權時，其後登記取得之智慧創作專用權是否能夠禁止該非原住民社群使用該商標？在實務上，除本判決中邵族與涵碧樓酒店就「Lalu」之爭議外，尚有賽德克族與電影「賽德克·巴萊」、噶瑪蘭族與多家廠商、金車股份有限公司及葛瑪蘭客運間之「噶瑪蘭」、「葛瑪蘭」、「Kavalan」商標登記事件，論者有認為因依傳智條例第7條規定，智慧創作專用權並無溯及之效果，對於已取得之商標恐無效用¹⁸。但本文認為相較於商標

註17：李彥君，前揭註11，第73頁。

註18：馬郁婷（2020），〈簡介原住民族傳統智慧創作專用權及實務現況〉，《萬國法律》，第229期，第26-27頁。

法為民商法體系下一般之財產權，智慧創作專用權應屬外於民商法體系之特殊權利，蓋保護智慧創作專用權之主要目的係在於其文化價值，保障、肯認其財產權性質，亦僅係維護其文化價值之手段，應認為相較於商標法，傳智條例應屬特別規定，自應優先於依普通規定取得之商標權，且在智慧創作專用權登記以後，亦僅係禁止之後之商標使用行為，並無溯及之問題，故本文認為一旦登記取得智慧創作專用權，若該非原住民族社群未經授權且不符合傳智條例第16條規定之合理使用，取得該智慧創作專用權之原住民族社群應可禁止該非原住民族社群已取得之商標使用。章忠信教授亦認為，傳智條例基於保障利用人信賴利益及既得利益之原則，對於智慧創作專用權並無溯及規定，申請人對於其取得智慧創作專用權前利用智慧創作之行為，固不得主張智慧創作專用權，但於取得權利之後，則可禁止該利用人繼續使用其智慧創作¹⁹。

在本件案例中，原處分遭本判決廢棄發回後，若邵族就系爭申請案最終登記取得智慧創作專用權，其就涵碧樓酒店先前使用「Lalu」作為商標所取得之利益固無影響，但系爭申請案登記取得智慧創作專用權之後，因涵碧樓酒店係商業使用「Lalu」作為商標，難以符合傳智條例第16條規定之合理使用，涵碧樓酒店若未取得邵族之授權，邵族應得向後禁止涵碧樓酒店繼續使用該商標。如此而言是否有過度侵害商業利益之問題？本文

認為，在關於涉及原住民族身分表徵、傳統禁忌等不得任意使用之智慧創作表達，為達成傳智條例保障原住民族之傳統文化之立法目的，固僅能禁止非原住民族社群任意使用該智慧創作之表達，但在僅係為避免原住民族傳統文化遭淡薄、混淆，而無禁止特定使用之智慧創作，則可透過授權使用解決商業利益之問題，且於此種情形，原住民族社群透過授權商業使用，不僅可取得對價，有利於進行傳統文化發展，更可透過與商業使用者之授權協商，要求使用者明示其表達所代表之原族民族傳統文化意義，更可達成促進原住民族傳統文化發展之目的。

四、審查原住民族傳統智慧創作專用權之正當行政程序

黃居正教授認為，依傳智條例第4條規定，智慧創作專用權之取得係採「實質審查」及「登記要件」主義，藉由申請、實質審查與登記之程序，原民會可以尋求嫻熟於申請標的之專家學者、族群與部落人士之協助，集合眾人之智慧，共同確認智慧創作敘述內容之正確性、本真性與因此應歸屬之社群²⁰，就此而言，為就智慧創作專用權為「實質審查」，似「應」召集包含專家學者、族群與部落人士組成之委員會審議，方足以達成「實質審查」之目的，蓋如同學者林三元所述，由於臺灣原住民族多達十餘族，同一族群中又有不同之氏別或居住在不同區域，各族之間或不同部落之間的文化差異，也形成了不

註19：章忠信，前揭註9，第91頁。

註20：黃居正，前揭註3，第26-27頁。

同的藝術創作種類，行政機關應無能力認定各種類型之「權利客體」，亦應無學者專家可精通不同族群之文化創作，進而決定應否賦予智慧創作專用權，故原民會除就聘（派）有關機關人員、專家學者及原住民代表辦理智慧創作之認定須有明確之遴選辦法外，更必須「走出辦公室，進入部落」，進行原住民族「文化普查」之基礎工作，建立未來認定智慧創作之標準²¹，可知組成包含專家學者、族群與部落人士組成之委員會審議，應為實質審查智慧創作專用權之正當程序。

然而傳智條例第5條係規定：「主管機關得遴聘（派）有關機關人員、專家學者及原住民代表，辦理智慧創作之認定及其他法令規定事項，其中原住民代表不得少於二分之一」；傳智實施辦法第20條亦規定：「主管機關為審查智慧創作之申請，得遴聘（派）有關機關人員、專家學者及原住民代表，辦理智慧創作之認定及其他法令規定事項，其中原住民代表不得少於二分之一」，依此規定，原民會就審查智慧創作專用權之程序，似有是否召集包含專家學者、族群與部落人士組成之委員會審議之行政裁量空間，但傳智實施要點第2條前段卻規定：「智慧創作申請之審查，應由本會依申請案件遴聘（派）有關機關人員、專家學者及原住民代表審議之；原住民代表不得少於二分之一」，似又顯示原民會應召集上述多元成員之委員會審議智慧創作專用權之申請，並無行政裁量之空間。

論者有認為依傳智條例第5條之立法理由，立法者並非給予主管機關是否召集包含專家學者、族群與部落人士組成之委員會審議智慧創作專用權之裁量權，解釋上應係指審查程序本來就應由具有特殊專業知識或經驗之學者或專家參與，但考量行政機關人力，方規定讓主管機關「得」以現有相關行政人員兼任參與，而傳智實施辦法第21條規定僅細重申此旨，而原民會裁量結果制定傳智審議要點，規定審查程序「應」由原民會遴聘（派）有關機關人員、專家學者及原住民代表審議之，而認為召開多元成員之審議會實質審查，為審查智慧創作專用權之正當程序，非得由原民會裁量是否召開²²。

但李建良教授則表示，傳智條例第5條及傳智實施辦法第20條之規定均係載明主管機關「得」遴聘（派），且該二規定均非智慧創作專用權審查程序及組織之授權條款，傳智實施要點第2點規定是否係受上開二規定授權而制定，值得商榷；且傳智實施辦法與傳智實施要點均為原民會訂定，原民會如認為上開審議程序可達成具專業及代表性之審查目的，適足以作成保護原住民族傳統智慧創作之正確決定，理應直接規定於傳智實施辦法，何以透過自我授權之方式，另為相左之規定，並形成行政規則超越法規命令之乖謬現象，況傳智實施要點係由原民會於104年11月12日以書函訂定下達，並未對外公布，未刊登在政府公報或收錄在全國法規資料庫，

註21：林三元（2008），〈原住民族傳統智慧創作保護條例初探——建構文化財產權之省思〉，《興大法學》，第3期，第80-83頁。

註22：馬鈺婷，前揭註6，第67頁。

是否具有外部拘束力，不無疑問²³。否定可由上開規定直接推導召開多元成員之審議會實質審查，為審查智慧創作專用權之正當程序，非得由原民會裁量是否召開之結論。

本文認為李建良教授之看法為可採，蓋傳智審議要點之屬性、定位未明，實際上就原民會是否召開多元成員之審議會實質審查智慧創作專用權之事項，確定具有法規範效力者，應僅有傳智條例第5條及傳智實施辦法第20條規定，而上開規定亦確實賦與原民會行政裁量空間，自不能僅以原民會有傳智審議要點第2點之規定，即認原民會就智慧創作專用權之申請案未召開審議會審查逕為行政處分，即違反正當法律程序。而本文前雖表示，組成包含專家學者、族群與部落人士組成之委員會審議，應為實質審查智慧創作專用權之正當程序，但重點應在於智慧創作專用權申請案是否進入「實質審查」為分界，申言之，傳智條例第5條及傳智實施辦法第20條規定保留原民會行政裁量之空間，有確保將行政效能保留與形式上符合原創三性之申請案之公益性，如前所述，審議會為進行實質審議，必須「走出辦公室，進入部落」，進行原住民族「文化普查」之基礎工作，須消耗龐大之行政資源，若智慧創作專用權申請案處於形式上明顯不符合智慧創作專用權之要件時，原民會自得裁量不召開審議會審議，但在申請案形式上符合時，因行政機關內部程序無論代表性、專業性，均不足以作成保護原住民族傳統智慧創作之正確決定，

故此時裁量收縮到零，原民會即應召開審議會實質審議。尤應注意，考量原住民族傳統文化在現今社會之弱勢處境，所謂智慧創作專用權申請案形式上不符合智慧創作專用權之要件，應僅以重大、明顯為限，若需要進行相當之調查，即非屬之。

肆、判決評析——代結論

本案例中，邵族欲申請「Lalu / 拉魯」之智慧創作專用權，其動機除「Lalu」遭涵碧樓用以作為商標外，本文認為更強烈之誘因，顯示在原民會在訴訟中以「『Lalu / 拉魯』屬地名，系爭申請案僅為地理區域的表彰，不是傳智條例所保護的智慧創作」之抗辯，明確彰顯現今社會主流文化擅自利用智慧創作之表達形式後，藉由轉化其意義掏空智慧創作內涵之情況嚴重。邵族族語有「Lalu」之表達在先，而「Lalu / 拉魯」作為地名、飯店英文名稱在後，但在主流文化之認知，卻已經將該表達之意涵等同地名，若「Lalu / 拉魯」確是邵族以Lalu一詞述說其祖靈所在此一精神信仰的表達方法，但一般人僅將之意涵等同地名，以此主流思想長久侵襲邵族之結果，確實有造成邵族傳統文化淡薄、混淆，最終可能消逝之危險。但邵族關於「Lalu / 拉魯」之表達，是否為邵族內之一般人均能夠客觀認知、理解其述說祖靈所在之意義，則有賴實質審查，故本判決表示：「『Lalu』一詞既為邵族的語言（文），已屬客觀的表達形式，

註23：李建良（2021），〈原住民族的智慧創作與專用：保護乎？限制乎？——臺北高等行政法院108年度原訴字第7號判決〉，《台灣法律人》，第4期，第150-151頁。

且依邵族主張，該口語表達得以結合邵族神話、祖靈信仰的祭儀、禁忌等得以口述語文形式呈現的精神文明內容，則系爭申請案是否屬於傳智條例第3條立法理由所稱的『構想』或『思想』，而不應准允智慧創作專用權，應透過正式審議會委員會議實質審查系爭申請案申請書中所載智慧創作的內容是否均屬『構想』層次，不能僅因『Lalu』一詞即概括認定非屬具體表達，不受傳智條例保護，本文基於前述智慧創作之表達以關聯之原住民族或部落之一般人能夠客觀認知、理解其表達之意義為已足，不能以整體社會之多數人為判斷之立場，認為應予贊同。應注意者，即便系爭申請案之後經審查通過登記，若有非邵族之人利用系爭申請案表達之內涵，在創作中虛構某族原住民以特定言語（與「Lalu / 拉魯」不同亦非相似）呼喊其祖靈所在之情節，因未使用與系爭申請案相同或相似之「表達」形式，不會使邵族之傳統文化內涵淡薄、混淆，應不落入該智慧創作專用權侵害之射程。

關於原民會在本判決訴訟中所提出系爭申請案不具備獨特性之要件部分，本判決雖未明確表達智慧創作專用權並無獨立之「獨特性」客體要件，但判決理由表示：「系爭申請案是否符合智慧創作之定義，應實質審查系爭申請案申請書中所載內容是否符合傳智實施辦法第23條第1項規定的3項基準（與社群的關聯性、歷史性及客觀性），以為認定」，應係否認智慧創作專用權有獨立之「獨特性」客體要件，與本文先前說明，符合原創三性客體要件之智慧創作，本身即屬獨特得與其他智慧創作相區別之存在，應無再單獨審查所

謂「獨特性」要件之必要，即並無獨立之「獨特性」要件存在，互為印證，值得贊同，而傳智實施辦法第23條立法理由中所稱「獨特的文化軌跡」之意義，則係指該智慧創作在特定族群延續之世代相傳上具備獨特之關聯意義，即應在「與社群之關聯性」及「歷史性」判斷智慧創作是否獨特，但應注意，基於傳智條例保障多元文化之立法目的，應肯認若不同族群就相同或相近之創作表達各有相異之意義時，其表達之意義若分別為其族或部落之一般人能夠客觀認知、理解時，應均能取得智慧創作專用權，即智慧創作之「表達」不應要求具備獨特性。

本判決基於傳智審議要點第2點係原民會依傳智條例第5條及傳智實施辦法第20條規定之授權，就審查智慧創作專用權申請案之審議程序及組織型態，經合目的性的適法裁量後，認為應經由依循傳智審議要點規定組成的審議會審查，認為原民會就系爭申請案未召開審議會審查，不符合正當行政程序，本文就結論上雖贊同，但仍認為傳智審議要點之屬性、定位未明，實際上就原民會是否召開多元成員之審議會實質審查智慧創作專用權之事項，確定具有法規範效力者，應僅有傳智條例第5條及傳智實施辦法第20條規定，而上開規定亦確實賦與原民會行政裁量空間，不能僅以原民會有傳智審議要點第2點之規定，即認原民會就智慧創作專用權之申請案未召開審議會審查逕為行政處分，即違反正當行政程序。但本判決理由中所提及「系爭申請案並非形式上有重大缺漏，無待正式審議會委員會議實質審查，即可程序駁回之案例類型」，則與本文認為傳智條例第5條及傳智實施辦法第

20條規定保留原民會行政裁量之空間，以確保將行政效能保留與形式上符合原創三性之智慧創作專用權申請案，在智慧創作專用權申請案處於形式上明顯不符合智慧創作專用權之要件時，原民會自得裁量不召開審議會審議，但在申請案形式上符合時，因行政機關內部程序無論代表性、專業性，均不足以作成保護原住民族傳統智慧創作之正確決定，故此時裁量收縮到零，原民會即應召開審議會實質審議，及所謂智慧創作專用權申請案形式上不符合智慧創作專用權之要件，應僅以重大、明顯為限，若需要進行相當之調查，即非屬之之看法，若合符節。由系爭申請案經原民會多次命邵族補正之情況，可知原民會就系爭申請案必須為相當之調查，而非形式上即可認定不符合智慧創作專用權要件之情形，可知系爭申請案形式上應無重大、明顯之瑕疵，此時裁量收縮到零，原民會即應召開審議會實質審議，原民會未為之即作成原處分，確有違反正當行政程序。

原處分遭本判決廢棄發回後，若邵族就系爭申請案最終登記取得智慧創作專用權，其

就涵碧樓酒店先前使用「Lalu」作為商標所取得之利益固無影響，但同前所述，系爭申請案登記取得智慧創作專用權之後，因涵碧樓酒店係商業使用「Lalu」作為商標，難以符合傳智條例第16條規定之合理使用，涵碧樓酒店若未取得邵族之授權，邵族應得向後禁止涵碧樓酒店繼續使用該商標。而就如此作法是否過度侵害商業利益部分，如同本文前所敘述，在關於涉及原住民族身分表徵、傳統禁忌等不得任意使用之智慧創作表達，為達成傳智條例保障原住民族之傳統文化之立法目的，僅能禁止非原住民族社群任意使用該智慧創作之表達，但在僅係為避免原住民族傳統文化遭淡薄、混淆，而無禁止特定使用之智慧創作，則可透過授權使用解決商業利益之問題，且於此種情形，原住民族社群透過授權商業使用，不僅可取得對價，有利於進行傳統文化發展，更可透過與商業使用者之授權協商，要求使用者明示其表達所代表之原族民族傳統文化意義，更可達成促進原住民族傳統文化發展之目的。

（投稿日期：2021年2月7日）