

# 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

李崇僖\*

### 目次

- 壹、原住民族文化財產權之理念與實際
  - 一、問題之提出
  - 二、國內文獻回顧
  - 三、原住民工藝創作保護之特殊意義
- 貳、美國「印地安藝術與工藝法」之法制經驗
  - 一、法律之制訂背景與內容
  - 二、制訂後之重要案例
  - 三、對該法律之檢討
- 參、澳洲對原住民工藝創作保護之經驗
  - 一、以著作權保護之案例
  - 二、原住民族集體人格權之可能性
- 肆、商標權與著作權模式之利弊比較
  - 一、文化傳承弘揚之考量
  - 二、符合市場現實之必要
  - 三、法律執行成本之評估
- 伍、結論：對我國之啓示

關鍵字：文化財產權、傳統工藝創作、證明標章、團體商標、集體人格權

投稿日期：九十七年十月二十五日；接受刊登日期：九十七年十二月二十二日

\*中原大學財經法律學系助理教授。

## 壹、原住民族文化財產權之理念與實際

### 一、問題之提出

文化是什麼？依據民族誌學的定義方式，文化係指包括知識、信念、藝術、道德、規範、習俗及任何該社會成員所獲得之能力與習慣等的複合體<sup>1</sup>。此種定義方式雖有延伸範圍過廣之缺失，但亦有助於人類學者摒棄菁英主義之觀點，客觀地關照不同社會的整體文化風貌，因此廣為社會學者與人類學者採用。然而對於研習法律者而言，文化又意味著什麼呢？凡事講求權利義務關係界定的法律人，若嘗試將文化內涵加以權利化，在法釋義學上會遇到怎樣的問題呢？在法政策學上是否有其合理性呢？在法實證的觀點上，此種將文化內涵加以權利化的嘗試，會對文化本身造成哪些衝擊或干預呢？

基於前述略顯籠統的問題意識，本文乃大膽地提出文化財產權（cultural property rights）此一概念為出發點，雖然在寫作範圍上無法涵蓋所有文化類型之權利化問題，僅能以工藝創作保護為論文題目，但背後的問題毋寧是更為全面性的。所謂文化財產權之概念，乃是對應於智慧財產權此一大家較熟悉之概念而生，是一個較少被學界或國際法實務上探究的概念，也是個初探性的理論嘗試。所謂文化財產權與智慧財產權之對應性，乃係指智慧財產權具有一種基於公共政策目的而建構之特性，因為知識這種無形資產，在缺乏法律保護之情

---

<sup>1</sup> Laura Desfor Edles 著（陳素秋譯），文化社會學的實踐，頁 6，韋伯文化初版（2006）。

形下將會因為其不具有可排他性與獨享性，因此使用者不必付費，創造者無法獲益，最終將導致知識、文化、創新活動之萎縮枯竭。建構智慧財產權體系之目的即在於提供一個法律保障，作為一種鼓勵創新研發、文化創作的誘因，這是一般法律人皆能理解制度原理，而其背後的預設就是知識生產創造的活動是一種具有高度社會價值的活動，需要被鼓勵與促進。與此相類似的，值得整體社會去思考的是，傳統文化的傳承發展本身是否也是具有重要社會價值的活動，需要被鼓勵與促進？如果是，我們的法律體系提供了怎樣的鼓勵機制？此問題如果放到多元文化價值的視野下，則我們的法律是否曾正視過少數族群的文化危機，是否能肯認這些文化存續的社會價值？

本文所欲探討之文化財產權概念，與廣義的文化財（**cultural property**）概念有所不同。國際上一般所稱之文化財，基本上類似我國「文化資產保存法」所保護之對象，亦即包含有形與無形的歷史文化資產，而其保護模式主要以政府之財政資源、管制措施等方式為之，而非賦予相關當事人（或團體）一種權利。甚至文化資產保存法本身的管制手段就包含某些對當事人的權利限制，例如古蹟之開發限制即是。此種保護國家資產的概念，與智慧財產權制度的思考當然是完全不同的，也非本文所要建構之文化財產權概念。不可否認的，文化資產保存法的保護模式對於珍貴文化資產的保護是不可或缺的，但是否為足夠呢？基於當代許多傳統文化快速流失的情況，理應有重新思考權利建構模式之可能價值。

就制度原理而言，鼓勵知識創新的智慧財產權制度與鼓勵文化傳承的文化財產權制度是截然不同的，因為知識創新重視的是創造出與過去不同的東西，而文化傳承則重視對過去的東西之保存與發揚，因

此既有之智慧財產權制度是否能有效地保護傳統文化傳承所產生之社會價值，本身即存在理論與制度設計上諸多問題，因此論者多主張以特別立法方式保護<sup>2</sup>。實則，傳統文化財之概念可涵蓋之範圍相當廣泛，包括對生態資源利用相關之傳統知識（Traditional Knowledge）、生態資源保育之成果本身（Genetic Resources），以及純粹文化表現層面（Cultural Expression）等。其中在文化表現層面又可區分為無形的音樂、舞蹈、傳說等藝術，以及有形的工藝品創作等。本文認為，智慧財產權制度中的著作權與商標制度，對於文藝表現層面之文化成果其實仍有提供一些補充保護之可能性，而且也確實成為某些國家對文化財產權的保護方式，例如本文將介紹的美國及澳洲立法例即是。

當代社會對於傳統文化保護議題日益重視，有其時代背景與特殊意義。因為任何知識文化創新活動都是立基於過去的文化成果累積，智慧財產權制度只保障創新的部分（無論專利權或著作權皆是如此），這點無可厚非。但當代社會最大的問題就是對於創新部分的保護制度快速膨脹，而對於其創新之根源卻視為理所當然。就智慧財產權制度的觀點而言，這些傳統的部分即為所謂「公共領域」（public domain），任何人皆得加以利用，這是有助於更多創新活動發展的制度環境。然而我們可能忽略了這種對傳統文化一概而論的態度有其危險性，亦即在制度上過度膨脹智慧財產權，全然抹煞傳統文化與公共知識維護者之貢獻，可能會帶來整體社會的損失，那就是傳統精神的流失。

---

<sup>2</sup> 相關特別立法之整理研究，詳見 SILKE VON LEWINSKI, INDIGENOUS HERITAGE AND INTELLECTUAL PROPERTY: GENETIC RESOURCES, TRADITIONAL KNOWLEDGE AND FOLKLORE (2004).

前述課題放到多元文化社會的脈絡中，則問題更為急迫。因為少數族群受到主流社會的文化侵襲與資源掠奪，其文化流失的速度特別快。如果沒有特別保護措施，則多元文化只是一句口號罷了。許多重視多元文化精神的國家，都強調在法律體系中的保護措施，因為法律如果成爲一種族群盲目（ethnic-blindness）的制度，將所有族群視爲同一，適用完全相同的法律，則僅爲一種形式的平等，帶來的卻是實質的不平等。凡是重視原住民族權益的國家，大多會針對原住民制定特殊之法律體系，只是立法模式各國有所不同，利弊互見。本文之目的即是以美國處理印地安文化保護之法律以及澳洲對原住民之保護制度爲例，尤其針對其中之工藝創作保護議題，藉此比較探討我國針對原住民族工藝創作保護之可能性。我國已於二〇〇七年十二月立法通過與此相關之「原住民族傳統智慧創作保護條例」，而美國、澳洲之立法模式與發展趨勢與我國略有不同之處，值得我們深入瞭解其優劣以利於將來檢討我國制度<sup>3</sup>。

## 二、國內文獻回顧

有關原住民文化財產權之概念以及保護制度問題，我國學界向來討論不多，最重要之學術論著爲陳昭華教授所著之「民俗智慧創作保護之研究」一文<sup>4</sup>，該文不僅對民俗智慧創作提出具體定義<sup>5</sup>，並詳細

---

<sup>3</sup> 除美國、澳洲之外，高度重視原住民權利的工業化國家如加拿大，亦有相關之權利保護制度，而開發中國家有相關立法者亦不少。但本文限於篇幅，無法比較所有國家之立法，僅以美國、澳洲兩個各具明顯特色之制度進行比較。

<sup>4</sup> 陳昭華，民俗智慧創作保護之研究，輔仁法學，第二十二期，頁 1-97(2001)。

<sup>5</sup> 依該文之定義，民俗智慧創作係指由一族群藉由其族群之智慧，世代相傳，

引介了國際規範以及各國立法例中對民俗智慧創作之保護方式，更重要的是該文針對現行著作權法制是否能達到保護目的有非常精闢完整之分析，此點對於學術界有重要之貢獻。但該文對於著作權以外之其他制度是否可用於保護民俗創作則缺乏探討，本文認為此部分仍有補強之價值。在陳文之後，我國學術界對此問題之探討未見延續，直到「原住民族傳統智慧創作保護條例草案」出爐以後，法學界才開始重新重視此議題，並針對該草案提出許多分析評論意見<sup>6</sup>。

在我國立法通過「原住民族傳統智慧創作保護條例」之後，對該法律之評論意見主要為林三元法官所著「原住民族傳統智慧創作保護條例初探」一文<sup>7</sup>。林法官在該文中強調智慧創作保護制度之制訂應以實證調查為基礎，真正瞭解原住民部落之需求，並適切地決定權利主體資格。該文對於我國制訂之保護條例是否能達到保護原住民文化之目的相當擔憂，認為該法律是一種由上而下的制訂過程，且過度強調對外國法之引用，在實踐上將可能產生與現實脫節之問題。本文認為該作者之擔憂確有其重要性，對原住民之保護不可能採用單純法律移植的方式解決，而原住民部落的組織化與權利意識亦是落實保護的重要社會基礎。然而，本文亦認為現實中對於原住民傳統文化之保

---

逐漸發展演進，所展現及延續具有傳統藝術創作特性之下列文化成果之表達形式：一、口述的表達形式；二、音樂的表達形式；三、動作的表達形式；四、其他的表達形式。

<sup>6</sup> 其中值得參考者包括林佳陵，原住民族民俗創作之法律保護，律師雜誌，第二八九期，頁 120-127（2003）；林柏年，論原住民族智慧權保障機制之建構，原住民教育季刊，第三十五期，頁 57-76（2004）。

<sup>7</sup> 林三元，原住民族傳統智慧創作保護條例初探，興大法學，第三期，頁 57-90（2008）。

護，原本就是面臨現代法律體系與傳統部落文化運作的矛盾，此一基本問題是各國都同樣面對的，因此就法政策層面而言，其他國家如何處理現代法體系與傳統文化的調和適應，其經驗仍具有重要的參考價值。所以本文之研究仍以比較法為主旨，即希望加強我國學界對於現代法與傳統文化互動此一分析面向之探究。

### 三、原住民工藝創作保護之特殊意義

首先應說明者為，廣義的原住民文化財產權，可以指涉原住民所有的文化遺產（cultural heritage）<sup>8</sup>，而文化遺產之內容可包括原住民族無形的傳統知識（例如對生態資源之利用知識），以及音樂舞蹈等文化表現形式。但從法律保護的角度而言，文化遺產之有形性或無形性在保護方式之選擇上有相當大的差別，無形的文化遺產特別容易面臨流失的危機，因此必須透過族群教育、耆老口述記錄等方式加以保存，而有形的文化遺產則適合由文化資產保存法這類的法律加以保護。而我國目前制定的「原住民族傳統智慧創作保護條例」，其保護範圍是包括有形與無形的成分，因為有音樂舞蹈，也有雕塑、圖案、紡織等。因此，本文所討論的工藝創作保護問題，也並非該條例所欲處理問題之全部，僅是一個較具有經濟意義的面向而已。故本文所介紹之美國相關立法，也並不同於我國的保護條例，兩者在保護方式與目的上有相當程度的差異。

經濟上意義確實就是本文針對工藝創作保護加以討論的主因。傳

---

<sup>8</sup> 此處並非意指本文認為原住民族所有的文化遺產都應該以一種財產權的形式加以保護，文化財產權的概念僅是一個新的理論嘗試，故在此僅是提出可能值得列入討論的範圍，也就是原住民文化遺產之範圍，並不直接產生規範性的涵攝意義。

統工藝品之製作原本對於原住民族而言具有精神上或生活上之重要功能，而在當代藝術商品化與觀光消費的刺激下，傳統工藝品則又成為各國原住民族家庭的重要副業，因為原住民工藝品所呈現的原始、素樸風格，總能在市場上吸引不少認同者。而在原住民部落大多就業困難的情形下，自給自足又能承繼先人傳統的工藝創作就成了原住民家庭的優先選擇。此外，有些原住民族在傳統上有匠師特別專長於手工藝品創作，乃屬於專業的傳統承繼者（在社群成員分工比較完整的進步農業社會中特別常見），而手工藝品市場也就成為其唯一的經濟來源<sup>9</sup>。相較於其他文化遺產，工藝創作是對當代原住民族來說最直接影響其經濟收益的文化遺產，也是最需要被創設文化財產權的項目。因為傳統音樂、舞蹈等如果被其他商業團體抄襲借用，其所帶來的頂多是文化上的剝奪感或認同情感上的衝擊，但原住民族原本即不依靠這些無形文化謀生，自然不會直接導致經濟利益受損。傳統工藝創作被抄襲卻是攸關原住民家庭收入或工藝專業者生計的大事。

事實上原住民族傳統工藝創作被外界抄襲利用已是常態，且造成原住民家庭大量的經濟利潤損失。單以美國印地安人之情形為例，根據一份二〇〇五年出版的官方報告顯示，從一九九〇年「印地安藝術與工藝法」修法以來，國外進口或美國境內仿冒的印地安工藝品所侵蝕的市場價值，已經累積高達四億至五億美金<sup>10</sup>。此種大量製造的仿

---

<sup>9</sup> 此處所談僅是一種通論式的描述，並不限定於美國印地安人或台灣原住民族，亦可適用於澳洲的毛利人，甚至印度鄉村的傳統部族等世界各民族。

<sup>10</sup> U. S. Dep. Of Interior, Office of Inspector General, *Indian Arts and Crafts: A Case of Misrepresentation* (2005). 轉引自 Roberto Iraola, *The Civil and Criminal Penalty Provisions of the Indian Arts and Crafts Act of 1990*, 36 CUMBERLAND LAW REVIEW 293, 294 (2006).

冒品，不僅侵蝕印地安人的經濟利潤，其粗糙的品質更損及文化認同與尊嚴。根據學者研究指出，這些大量的仿冒品充斥市場，造成了以下四個問題<sup>11</sup>：

仿冒品剝奪印地安藝術工作者之經濟基礎，導致其無法謀生。因為仿冒品便宜，且到處可以買到（例如旅館之禮品店，路邊的攤位）；

仿冒品可能導致文化滅絕，若印地安藝術家被逐出市場，則印地安文化與技藝將永遠消失。

仿冒品使消費者對印地安藝術產業的信賴消失，因為真假難辨，將降低消費者之購買意願，導致市場萎縮。

仿冒品對手工藝品所代表的印地安文化造成傷害，印地安藝術工作者多以手工製造，選用適當而罕見的材料，並耗費相當時間使其臻於完美。仿冒品通常使用劣等材料且大量生產，將導致文化上的誤導，破壞原住民對其自身文化之信仰與認同。

然而如何杜絕這些仿冒品卻一直是個難題。首先這些工藝創作一旦係沿襲於傳統形式，則無法獲得著作權的保護，因此無法主張仿冒者為侵權。另一方面，這些原住民家庭多半不會想到去申請商標註冊（亦不堪負擔相關成本），且以族群為申請單位亦會面臨現實法令上的權利資格問題，因此亦無法透過商標方式保護。在此背景下，美國國會乃制定了「印地安藝術與工藝法」（Indian Arts and Crafts Act，

---

<sup>11</sup> Jennie D. Woltz, *The Economics of Cultural Misrepresentation: How Should the Indian Arts and Crafts Act of 1990 Be Marketed?*, 17 FORDHAM INTELLECTUAL PROPERTY, MEDIA AND ENTERTAINMENT LAW JOURNAL, Winter 443, 455-457 (2007).

以下簡稱 IACA) 希望建立特殊的保護制度。該法律之設計構想為何，實際運作經驗又能收多少成效，此皆為本文所希望探討者。另一方面澳洲雖然亦高度重視原住民傳統文化權利，但並未以特別立法方式提供保護，而是在判例法中以著作權、商標權等既有之智慧財產權模式進行保護，其成效如何亦可供我國評估參考。

雖然本文以探討文化財產權之概念為起點，但文化財產權與智慧財產權並非完全對立的兩種概念，事實上保護文化財產權的方式難免要借用到智慧財產權體系之部分原理原則。本文之分析將指出，智慧財產權體系中的商標法與著作權法，其實深刻影響著文化財產權保護之立法思維。本文所主要探討之美國 IACA 立法，以及澳洲之保護模式都與著作權或商標權制度有高度關連性。

## 貳、美國「印地安藝術與工藝法」之法制經驗

### 一、法律之制訂背景與內容

早在十九世紀中葉，美國西部就已建立廣大的印地安保留區，避免其遭受白人之侵擾。暫且不論印地安保留區政策背後的種種政治考量與結果，至少為因應印地安保留區之治理需求，在美國法律體系中已逐漸發展出完整的印地安法體系，其中涉及土地利用、水與礦產資源治理、經濟開發、文物保存等諸多環節。本文所欲探討之工藝創作保護體系，亦是在印地安法體系整體下的一環<sup>12</sup>。

---

<sup>12</sup> 我國從制定原住民族基本法以後，涉及原住民事務之法律修訂需求多達數十項，每項都深刻觸及部會之間的權力分配、資源治理等調整，經常在行政

由於美國境內的印地安手工藝品市場上充斥著從亞洲國家進口的廉價品競爭，因此美國早在一九三五年就制定了「印地安藝術與工藝法」，其中主要規定內政部應設置主管機關 **Indian Arts and Crafts Board**（以下簡稱 **IACB**），以發展印地安手工藝技術與市場，促進印地安部落與保護區之經濟利益。在該法中還賦予主管機關創設相關商標與制定行政規則之權力。然而，經過數十年的施行結果，市場充斥廉價競爭品的情況仍未見改善，因此美國於一九九〇年修訂了全新的 **IACA**，其中增加了冒用 **IACB** 創設標章者之刑罰，以及龐大的民事賠償責任。以下的討論將針對一九九〇年修訂後至今之 **IACA** 法律內容與實踐情形。

一九九〇年 **IACA** 之修訂除了與印地安工藝品仿冒問題嚴重有關之外，亦與當時之政治環境有關。事實上，一九九〇年對美國印地安人文化自主意識是具有相當重要意義的一年，該年不僅凱文科斯納所導演的「與狼共舞」上映，獲得電影學院頒發當年度最佳影片獎，同時該年聯邦眾議院亦出現第一位印地安人國會議員 **Ben Nighthorse Campbell**，此君原即為印地安珠寶銀器創作者之身分。而 **IACA** 即是在 **Campbell** 之提倡，以及某些印地安族自治政府大力支持下通過修訂的。在此種大眾文化覺醒與政治代表強化的背景下，迅速通過有著強烈的族群正義與經濟補償色彩的法案也就不令人意外，但其中亦夾雜著合法性的印地安自治政府藉由法律強化其代表性地位之企圖。因為

---

院會中僵持不下，造成總體法政策的模糊未明。另一方面，目前國內法學界尚未重視外國原住民法體系之研究，以致缺乏更全面性之論述。關於美國印地安法體系，可參考 **DAVID H. GETCHES, CHARLES F. WILKINSON, ROBERT A. WILLIAMS, CASES AND MATERIALS ON FEDERAL INDIAN LAW (2005)**。

該法律對於印地安人之認定採取嚴格規定（必須為部落成員名單中之印地安人方受保護），可產生明顯的排他效果，增強族群自治政府的法律地位，另一方面卻忽視了印地安人身份建構的複雜歷史<sup>13</sup>，以及印地安藝術市場的實際社會結構（部落以外的展售場所為游離性印地安人的主要合作對象），導致許多不盡合理的法律效果。

IACA 之基本規範原則就是採用類似商標之精神，所處罰之行爲乃是向消費者謊稱爲印地安工藝品之行爲。一九九〇年新修訂之 IACA 與先前規範不同之處即在於將原本的輕罪處罰改變爲重罪，可科以高額罰金以及相當刑期。依據 IACA 規定，個人違反此規定者，第一次違法之罰金爲 25 萬美金以下，並可科五年以下徒刑，若爲法人則罰金可達 100 萬元。若爲再犯者，個人可罰 100 萬元以下，並可科 15 年以下徒刑，法人可罰 500 萬元以下，這是相當重的處罰。不僅如此，違反本法之行爲可以公益訴訟方式爲之，包括司法部長、印地安部落或相關手工藝協會皆可提出訴訟。因爲被侵害者可能是某個小部落，難以透過訴訟主張權利，或者根本無從確認受害者（當販售者單純標榜其爲印地安藝術品，而未指明特定部落時），因此公益訴訟方式可用以請求民事與刑事救濟。

除刑事追訴外，若能確定受害之部落，則受害者亦可請求民事賠償。IACA 規定應負賠償責任之情形爲「行爲人直接或間接要約、展

---

<sup>13</sup> 印地安人在歷史上遭受美國政府的強制同化政策，已經有許多部落遭到消滅，許多印地安人成爲沒有部落歸屬的游離成員。此外，許多印地安人基於歷史的憤怒，亦拒絕接受美國政府對其身份之證明。凡此種種，都使 IACA 的身份認定等於只保障了未被消滅的印地安部落，卻反而剝奪了游離性印地安人的生計。

售或販賣某物品，而錯誤地暗示（*falsely suggest*）該物品係印地安製造、為印地安產品或該物品乃係特定印地安人或印地安部落或印地安手工藝組織所製造者」<sup>14</sup>。主管機關IACB對該法律之解釋規則為，不僅不可謊稱印地安人名義，亦不可使用「美國原住民」（*Native American*）這樣的標示。但是該法律並不禁止「印地安風格」（*Indian-style*）或「美國原住民風格」這樣的標示<sup>15</sup>。此種解釋原則乃是因為，IACA之基本規範原則是採取商標制度之原理，而非著作權之原理。換言之，法律並不禁止印地安部落以外之人製造與印地安工藝相類似之手工藝產品，而是禁止其標榜為印地安產品或印地安人製造。因此若僅標示為「印地安風格」，其實等於明白表示其並非正統印地安產品，是不會導致消費者混淆誤認的，也就為本法所容許。

IACA此種規範原則與澳洲及加拿大之保護模式雖接近但仍有差異，後者是直接以商標制度加以保護（例如團體商標或證明標章），而非透過特別立法<sup>16</sup>。而此種保護模式與我國所採取的類似著作權保

<sup>14</sup> “directly or indirectly, offers or displays for sale or sells a good, with or without a Government trademark, in a manner that falsely suggests it is Indian produced, an Indian product, or the product of a particular Indian or Indian tribe or Indian arts and crafts organization”，此為 2000 年 11 月國會通過「印地安手工藝產業執行法」（*Indian Arts and Crafts Enforcement Act of 2000*）所新增之具體定義規定，但民事賠償請求權是在 1990 年之法律中就已存在。

<sup>15</sup> 25 C. F. R. 309.3 (a) (2006). 主管機關此一解釋原則，乃是為了與聯邦巡迴上訴法院對該法律之解釋保持一致。相關聯邦法院判決意見，詳見本文貳、二、（三）之說明。

<sup>16</sup> Betsy J. Fowler, *Preventing Counterfeit Craft Designs, in POOR PEOPLE'S KNOWLEDGE: PROMOTING INTELLECTUAL PROPERTY IN DEVELOPING COUNTRIES* 116-123 (Michael Finger & Philip Schuler eds., 2004).

護方式顯然不同，關於其各自之利弊本文將於後詳述。美國採取之類似商標模式保護，可視為文化財產權與智慧財產權模式的中間類型，企圖兼顧「傳統保護」與「創作自由」的折衷模式。但採用商標保護模式其實預設了重要的事實前提，那就是消費者會願意支付較高之價格購買真正印地安人製造的工藝品，只要能加以區辨，只有少數人願意購買低價的仿製品。然而這樣的前提是否有點違反市場經濟邏輯呢？當你可以在觀光區的馬路邊以五分之一的價格買到近乎相同的工藝品（或許材料質地有些差異），多少人會願意掏出更多錢來買有標示印地安製造的產品呢？換言之，只要仿製品可以持續合法地在市場上競爭，印地安人工藝的市場利益仍會受到侵蝕。IACA之立法目的是保護印地安人之手工藝品市場利益，但手段與目的之間仍存在著落差。不僅如此，IACA之立法施行還帶來了其他意料之外的負面效果，本文以下即檢討IACA之實踐過程產生的爭議與後果。

## 二、制訂後之重要案例

### （一）立法之衝擊

雖然IACA於一九九〇年大幅修訂，但其後並未立即提供主管機關足夠之經費人力進行法律執行與查緝工作，因此在立法後長達六年的期間，該法律是處於無法執行的情況<sup>17</sup>。儘管如此，該法律規定所具有的全面影響力仍然對工藝品市場產生了明顯的寒蟬效應。舉例而言，IACA對於印地安人之定義僅限於那些聯邦政府或州政府承認之部落成員。但由於印地安人之實際範圍並不僅如此，許多部落並不願

---

<sup>17</sup> William J. Hapiuk, *Of Kitsch and Kachinas: A Critical Analysis of the Indian Arts and Crafts Act of 1990*, STANFORD LAW REVIEW 1009, 1014 (2001).

意尋求美國政府之承認，也有不少印地安人是脫離其部落而獨自生活，因而導致即使血統上是印地安人，在法律上亦未必被承認，當然也就不符合IACA所認定之印地安人。正因如此，IACA在一九九〇年修訂通過後的第一個社會反應就是博物館關門。例如奧克拉荷馬州的五大文明部落博物館（Museum of Five Civilized Tribes）在該年底就宣布關門，其理由是他們雖然確定其展示的物品是印地安人所製作，但並不確定在IACA之認定下是否合法<sup>18</sup>。類似此種對藝術展售業者的寒蟬效應，只會造成印地安手工藝創作者面臨更嚴峻的市場環境。

## （二）訴訟之類型

IACA施行至今，所出現之刑事追訴案件僅只兩件，第一個案子是Wayne Eagleboy在一九九八年被控販賣兩項標示為「由印地安人製造」的藝術品給博物館，但他本人並非任何印地安自治組織的成員。此案經當事人提出認罪減刑協商後，最後以輕罪判刑，罰金 250 元並處以緩刑<sup>19</sup>。

第二個案子則是Nader Pourhassan在二〇〇一年被控謊稱印地安商品（實則為越南製造的補夢網）。在訴訟審理前，被告主張IACA之用語模糊而應無效，請求法院駁回起訴。法院認為，刑事規定必須明確規範違法行為，使一般人得以理解何種行為被禁止，且該規定必須避免被任意適用。由於本案涉及憲法第一修正案之權利保護，因此必須接受嚴格的合憲性審查，亦即不可規定模糊（vagueness）。本案

<sup>18</sup> Hapiuk, *supra* note 17, at 1011.

<sup>19</sup> Iraola, *supra* note 10, at 317-320. 本案因係以認罪協商結案，故無相關判決文號可引用。

被告主要針對IACA有關「印地安製造」(Indian produced)之認定，以及「錯誤地暗示」(falsely suggests)之解釋，認為過於模糊而無效。對於「印地安製造」一詞，法院認為此意義已於施行規則中詳細規定，並非模糊；至於「錯誤地暗示」一詞雖然用語有些曖昧，但法條規定了明知與故意要件，已足使一般人理解何種行為被禁止，且此規定之模糊程度並未到達可被恣意適用的可能。因此，被告之違憲主張並不成立<sup>20</sup>。

根據IACA所提起的第一宗民事訴訟求償案件，不是針對進口仿製品的業者，也不是針對不在部落成員名單中的印地安人，而是針對最有錢的機構，也就是百貨業者。這似乎是非常合理的結果，因為印地安工藝組織要去追查進口仿製品的來源，包括是由誰進口的，其實相當耗費成本；如果要去控告非在部落成員名單中的印地安人，亦會造成印地安人內部紛爭的社會觀感。無論如何，選擇最有錢的人作為被告，是民事訴訟的最佳策略。第一件案件就是一九九八年由聖語族(Ho Chunk Nation)向伊利諾州聯邦地方法院提起，控告百貨業J. C. Penney與連鎖量販店Wal-Mart販賣違反IACA的商品，並分別求償兩億四千萬美元與一億兩千萬美元的賠償金額<sup>21</sup>。

此案衍生出幾個IACA規範上的問題，首先是聖語族並不需要證明其本身有銷售手工藝品，且不必因被告之違法展售行為而成為受害者，此種規定等於認定IACA賦予印地安族群一種類似財產權的權利，亦即只要冒用了印地安人的名義就產生求償基礎，並不以這樣的

---

<sup>20</sup> 148 F. Supp. 2d 1185, (D. Utah, 2001).

<sup>21</sup> Hapiuk, *supra* note 17, at 1014, 1038. 此僅為原告求償之金額，此兩案其後並未經法院判決，應是訴訟雙方已達成未公開的和解。

行為構成實質損害為要件。另一方面，由於 IACA 僅以印地安人為標示範圍，並不是以各族群之名義為標示方式，因此當 J.C. Penney 與 Wal-Mart 違法展售了印地安工藝品，則等於同時侵害了所有印地安人的權利。如此一來，不僅聖語族可以提起訴訟，其他族群也可提起訴訟求償。被告之行為只有一次，卻可能受到多重的訴訟求償，並不合理，但 IACA 的條文本身並未處理此問題。

此外，IACA 僅以印地安人為標示方式，也容易引發印地安人各族群相互之爭執。目前被聯邦政府承認的印地安部落就有七百多個，其他還有許多是被各州政府承認的部落，雖然不是所有部落都以手工藝品著稱，但可以想見彼此在印地安手工藝市場上的競爭仍然相當激烈。甚且，不是以手工藝品傳統著稱的部落，也可能為了生計而去模仿其他部落的傳統藝術，而由於彼此都是被承認的印地安部落，自然沒有人構成違反 IACA 的問題。可是各部落彼此間的衝突就會產生。例如有 Hopi 族控訴 Navajo 族盜用其傳統 Kachina 玩偶的案例，Hopi 族人士主張，Kachina 玩偶與 Navajo 族沒有任何淵源，但 Navajo 族人士擅自製作這種玩偶來販賣，且刻意使用與 Hopi 族傳統不同的材料。Hopi 族傳統上使用楊樹（cottonwood）來製作，而 Navajo 族則用西印度輕木（balsa wood）<sup>22</sup>。從 IACA 的規定來看，Navajo 族人士並不違法，但是從保護消費者與尊重傳統文化的立意來看，這是明顯誤導消費者以及盜用他人傳統文化的典型行為。

### （三）法院對該法之限縮解釋

雖然援引 IACA 而提起訴訟的案件並不多，但仍有兩件案例經過

---

<sup>22</sup> Woltz, *supra* note 11, at 464-465.

上訴而進入到聯邦巡迴上訴法院並獲得判決。值得注意的是，在這兩件案件中法院對於IACA之適用範圍呈現出限縮適用的立場，並確立了IACA執法機關對該法律之立場，因此特別值得加以分析。此兩案件分別為*Native American Arts, Inc. v. The Waldron Corp.* (2005)<sup>23</sup>以及*Native American Arts, Inc. v. Hartford Casualty* (2006)<sup>24</sup>。在*Waldron*一案，原告主張被告Waldron並非印地安人，卻製造販賣印地安風格的首飾，並對商品冠以印地安族名作為銷售方式，因此違反IACA。然聯邦第七巡迴上訴法院認為，該法所謂「錯誤地暗示」(false suggestion)之意義並非涵蓋所有使用到印地安此一字眼的銷售方式。法律之意旨為關於錯誤地暗示問題應屬事實認定問題，應交由法官或陪審團依據銷售外觀之整體(entire sales package)加以判斷。而在本案中法院認為被告之銷售方式並未達到錯誤地暗示其與印地安部落有關連，故原告應敗訴。同樣的，在*Hartford*一案中法院亦強調並非只要用到印地安這樣的字眼就是違反IACA，原告必須舉證其所受到之損害乃是因為被告錯誤地宣稱其為正統的印地安藝術<sup>25</sup>。

### 三、對該法律之檢討

#### (一) 印地安工藝品市場之現實

就實際運作經驗來看，IACA 並未達到其立法目的。由於美國印

---

<sup>23</sup> 399 F. 3d 871 (7th Cir. 2005).

<sup>24</sup> 435 F. 3d 729 (7th Cir. 2006).

<sup>25</sup> 關於判決見解，另可參閱 Meghan Ruesch, *Creating Culture: Protection of Traditional Cultural Expressions and Folklore and the Impact on Creation and Innovation in the Marketplace of Ideas*, 35 SYRACUSE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND COMMERCE 369, 374-375 (2008).

地安藝術品市場實在非常龐大，以致幾乎所有能想得到的脫法行為都在現實中可以發現。從最簡單來說，非原住民工藝家只要為自己取個藝名，看起來像是印地安人的名字，並於其作品上簽名，同時標示為「印地安風格」之作品，則這樣的作品在觀光區的商店中就可以賣得很好，消費者根本不會從法律規定的認知立場去區分。如果真要區分，消費者可能從價格一眼可以看出差別，真正印地安家庭的手工藝術品，價格多是進口仿製品的五至十倍。正因如此，許多並非印地安家庭的作品，其在定價上也會刻意調高，這反而比較好賣。

脫法行為之極致表現則是有廠商到菲律賓的村落去設立手工藝品工廠，並且將該村改名為Zuni，這是美國新墨西哥州著名印地安部落的名稱。這樣的進口產品，就可以明白標示著“Made in Zuni”，就商品標示規範之意義來說，此舉沒有錯誤標示問題，就IACA之規範而言，不去刻意強調印地安產品即可，並不會減損其對消費者的吸引力<sup>26</sup>。

在全球化經濟的時代，所謂印地安製造（Indian produced）的藝術品其實背後有著非常錯綜複雜的貿易網絡。例如由企業主提供半成品材料，雇用印地安家庭進行最後階段之加工，亦可稱為印地安製造。更遑論向印地安人購買其名義，實則完全未經印地安人製造者，亦所在多有。至於印地安風格（Indian style）這樣的產品，其背後的交易網路與市場考量就更複雜了。許多消費者希望購買原住民產品的原因，是看重其所使用之材料為當地特有材質，因此願意用比較高的價格去收藏，心態上卻未必關心這是否為原住民自己製作，或是原住民家庭從中獲得多少報酬的問題。因此，有不少業者就從印地安地區

---

<sup>26</sup> Hapiuk, *supra* note 17, at 1044.

大量砍伐或購買相關材料，然後運送到第三世界進行製作，再以印地安風格的產品標示回銷美國，其在銷售上會特別標榜美國當地特有材質，且由於製作價格比印地安家庭所製者低廉許多，在價格上就有相當的競爭力<sup>27</sup>。

即使消費者充分理解了「印地安製造」與「印地安風格」在法律上有何差別，亦很難真正瞭解其在現實上所能代表的意義。如前所述，即使是合法標示為「印地安製造」的產品，其也可能是印地安家庭代工的型態。相對的，所謂印地安風格的產品，也有不少是非原住民的藝術家，因受到原住民藝術的感召，進而去向印地安人學習藝術創作，在取得部落或其長老的同意後進行創作，此種對印地安傳統文化的尊重作法，在 IACA 的標示原則下是無法與其他粗魯惡意盜用的業者做出區隔的。

## （二）以商標制度保護更可行

由於 IACA 在立法設計上以及實務運作上有前述諸多缺陷，學界因而有不少批評。有學者就主張，應該廢除虛有其表的 IACA，對於進口仿製印地安藝品的問題，採用現行「綜合貿易法」(Omnibus Trade Bill of 1988) 加以規範，亦即採取邊境措施進行防堵會更為有效<sup>28</sup>，因為對印地安手工藝品市場衝擊最大的乃屬進口低廉產品，而非美國

---

<sup>27</sup> Julie Hollowell, *Intellectual Property Protection and the Market for Alaska Native Arts and Crafts*, in INDIGENOUS INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: LEGAL OBSTACLES AND INNOVATIVE SOLUTIONS 63 (Mary Riley ed., 2004).

<sup>28</sup> Jon Keith, *Regulation of Counterfeit Indian Arts and Crafts: an analysis of the Indian arts and crafts of 1990*, 18 AMERICAN INDIAN LAW REVIEW 487, 511 (1993).

境內之不法生產者<sup>29</sup>；此外亦有學者主張應揚棄IACA，直接以商標法中的證明商標制度達到保護目的<sup>30</sup>。目前IACA雖然採行部分商標法中的原則，但其商標基本上只有一種，就是印地安製造、美國原住民製造等標示，且其商標所有權屬於國家，各族並不能自行決定其特有之標示。此種規定方式某程度造成了前述一些實務上的缺陷。因此如果回復到證明標章之精神，由各印地安部落自行申請取得其證明標章，則消費者將更能辨認該商品之來源，且不會產生各族彼此間的合法抄襲問題。此外，本文前述有關游離性印地安人的保障問題，亦可能獲得解決，因為證明標章是用以證明他人商品的制度，只要設立一個公正的認證單位，則可對於具有印地安身份之藝術家或者已經獲得部落許可的其他藝術家進行身份認證，不必限定其必須屬於印地安自治政府之成員。至此，似乎文化財產權的保護方式又與智慧財產權體制趨同，可以相互為用了。

### 參、澳洲對原住民工藝創作保護之經驗

澳洲並不像美國有針對原住民工藝創作保障另訂特別法，因此實務上僅能以既有之智慧財產權法體系加以解釋適用，以期達到保障目的。在智慧財產權法體系中，與原住民工藝創作保護有關者概為商標法與著作權法，就如同美國IACA也是採用一種類似商標制度之原

---

<sup>29</sup> 綜合貿易法在 1990 年的修訂中規定，從國外進口印地安風格之商品，必須以無法消除之方式標示其生產國，以避免進口後遭貿易商塗去原產國標示，冒充印地安製造之商品。

<sup>30</sup> Hapiuk, *supra* note 17, at 1067-1069.

理，商標法確實可能作為提供工藝創作保護之基礎。尤其許多對原住民工藝創作產業的傷害都是來自於刻意模仿、誤用圖案或其他不尊重文化精神的商業行徑，如果要透過著作權去主張保護，有時會面臨認定上之問題，且對原住民團體而言是一種極耗費心力的法律救濟。因此如何在市場上讓消費者可以區隔出正統原住民藝術與其他商業濫用，就成為最關鍵之處。對此，澳洲智慧財產局（Australian Intellectual Property Organization）就認為證明標章相關條款（certification provisions）可以被用以保障正統的原住民藝術創作，區隔出仿冒、欺騙的商品<sup>31</sup>。此種見解與前述美國學者對IACA改革之見解一致，都是認為商標法是最適合於保護原住民工藝創作市場之法律工具。

然而澳洲法院在判決實務上卻有不同想法。首先，如果要求所有原住民族部落都要先申請證明標章或其他商標權才能獲得保護，其實對於原住民社群而言有些不切實際，而法院當面臨原住民團體與其他商業團體或藝術創作者產生糾紛時，若僅以該原住民未申請商標註冊為理由駁回其訴訟，亦恐無法回應真正的社會問題與需求。因此，實務上澳洲法院發展出以著作權此種不要求註冊的智慧財產權制度作為保護手段的新見解。此種見解在各國並不多見，其保護效果與客觀限制如何，值得進一步探究。

### 一、以著作權保護之案例

澳洲法院嘗試以著作權制度處理原住民工藝創作保護問題，目前有兩件較重要之案例，不僅在法制上意義重大，其判決之影響亦屬深遠，可謂直接導致後來澳洲著作權法修法之背景。此兩件案例分別為

---

<sup>31</sup> J. Fowler, *supra* note 16, at 118.

*Milpururru v. Indofurn Pty. Ltd.*<sup>32</sup>以及*Bulun Bulun v. R & T Textiles Pty. Ltd.*<sup>33</sup>。在*Milpururru*一案中，原告Milpururru代表其原住民族群主張被告公司生產之地毯擅自使用了原住民族藝術家們共同創作的有關天地創始的神話故事（Dreamtime），如此作為侵犯了原住民藝術家們的著作權，以及原住民族群的文化遺產。法院之判決認為，被告公司侵害了原住民藝術家們的著作權，將該圖案盜用於地毯上之行為應負損害賠償責任。表面上看來這似乎是個標準的著作權侵害案件，但其特殊之處在於作為賠償對象的原住民藝術家們其實並非可得特定的少數人，而是作為該原住民族群之訴訟代表而主張權利並獲得賠償。換言之，被告公司因侵害而須賠償的金額並非典型的著作權人損害，而是源於該等原住民藝術家在族群中之特殊地位受到侵害，以及原住民社群文化傳統的價值與尊嚴受到扭曲<sup>34</sup>。此案件顯示法院企圖透過對原住民族群中的藝術創作者特殊身份地位之承認，轉化為侵害著作權者不僅侵害創作者之權利，也侵害了該等創作者在其族群中之地位。因此商業團體盜用原住民社群之特殊圖案，同時侵害了原住民創作者與該族群整體之權利。

到了*Bulun Bulun*一案，族群本身之地位更加凸顯，進而可能超越原住民藝術家本身之權利，而成為一種獨立的權利。在該案中，*Bulun Bulun*作為某原住民族Ganalbingu之有權創作者，其控告R & T Textiles公司侵犯其著作權。在此案中，Milpururru以族群代表人之身分參與此訴訟。其後，雖然*Bulun Bulun*與被告公司達成和解，被告公司承認

---

<sup>32</sup> 54 F. C. R. 240 (Austl.), 1994.

<sup>33</sup> 86 F. C. R. 244 (Austl.), 1998.

<sup>34</sup> Ruesch, *supra* note 25, at 377.

侵害著作權並提出賠償金額，但Milpururru主張其有權代表族群之利益繼續此訴訟。因為Bulun Bulun之創作的著作權乃屬於該族群所擁有，Bulun Bulun本身則是受族群之委託（held in trust），對該權利負有忠實管理之義務（fiduciary duty）。如果出現侵權行為，且受委託者未盡其忠實管理權利之責任時，該族群有權利自行主張權利<sup>35</sup>。換言之，相較於先前的案例，本案已經直接涉及對原住民族群之自身權利的承認問題，因為Bulun Bulun已經願意與被告和解，因此如果原住民族群代表能繼續進行訴訟，必須其本身亦為受害者，並且有法律上之權利可主張才行。對此困難問題，法院之見解具有重要之突破意義。該案法院認為，雖然Bulun Bulun與Ganalbingu族之間沒有明文的委託契約，但忠實管理之義務確實存在。而此一義務包含兩大部分，一是不可違反該族群習慣法之方式進行創作，二是當有侵權者出現時，該受託者為族群之利益應加以限制或求償。在本案判決中，法院仍未言明原住民族群本身是否可以進行訴訟，或在何種條件下可進行訴訟，僅曰該族群有權利要求受委託管理其族群藝術文化之人（在本案為Bulun Bulun）必須採取法律救濟<sup>36</sup>。

由於前述兩項判決都涉及原住民族群之訴訟地位問題，並且都涉及著作權侵害之問題，因此產生原住民族群本身之著作人資格問題。相關判決雖提出新的思考方式，亦即著作權是一種可能的救濟管道，但仍留下許多法制上的疑點。法院對原住民族群本身之訴訟資格採取

---

<sup>35</sup> Jane Anderson, *The Politics of Indigenous Knowledge: Australia's Proposed Communal Moral Rights Bill*, 34 UNIVERSITY OF NSW LAW JOURNAL (2004), <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/2004/34.html> (last visited Oct. 10, 2008).

<sup>36</sup> 86 F. C. R. 263, 1998.

了部分承認之立場，是認為此種傳統藝術文化原本即不屬於部落藝術家個人所擁有，因此如果任由該藝術家自己決定是否追訴侵權者，似與客觀情理不符。但若承認原住民族群本身可以依據著作權法提起訴訟，則又會面臨缺乏法理依據之問題。畢竟著作權法中僅承認共同著作，且共同著作必須是特定某些人的共同創作。在現實上一個族群所共同擁有的文化藝術表現，並非當代這些人的共同著作，必須以另一個法律概念，例如部落或族群集體所擁有或類似此種概念，才能符合原住民藝術之歷史現實。但法院終究無法創設法律上所沒有的概念及權利主體，這樣曖昧不明的判決也就留下了法律改革的空間。

## 二、原住民族集體人格權之可能性

前述相關判決引發了輿論廣泛探討族群權利地位問題，到了一九九九年演變成爲澳洲聯邦國會中對於著作權法修法之爭論，參議員 Aden Ridgeway 就主張應在著作權法中加入原住民族群之人格權條款。參議員之提案雖在當時以時間過於倉促之理由未獲支持，但澳洲政府卻已宣示將會修法承認原住民族之集體權利<sup>37</sup>。不難發現，原住民族「集體人格權」(communal moral rights)此一概念之提出，除有法院判決所鋪設之歷史舞台外，其幕後亦多少摻雜有政治訴求之意味。澳洲內閣最早提出此概念之時機是在國會改選前夕，在二〇〇一年所提出之藝文政策說帖中。其後在二〇〇三年之新聞發表會上，內閣正式提出將在著作權法修法提案中納入集體人格權制度，使原住民族有自行提出訴訟，捍衛文化傳統之法律地位<sup>38</sup>。隨後提出的著作權

<sup>37</sup> Anderson, *supra* note 35.

<sup>38</sup> Press Release, Richard Alston, Senator the Hon, Indigenous Communities to Get New Protection for Creative Works (May 19, 2003), <http://www.>

法修正案中，確實將原住民族之集體人格權制度納入，此舉在各國間是相當重要之創舉。

應強調的是，集體人格權之概念雖然看似著作權法上著作人格權概念之延伸，但其實澳洲政府所提出之法案對於此概念並非完全採用著作人格權之原理，而是有相當大的差異。簡言之，集體人格權之成立並非如著作人格權一樣是在創作完成後自然取得的，而是必須具備以下五項要件：（一）必須有可作為著作權客體之作品存在，例如文學、戲劇、音樂等，這是任何著作權保護都必須具備的要件；（二）該作品必須使用到原住民族群共享之傳統、習俗或信仰內涵；（三）原住民部落必須與創作該作品之作者（著作權人）達成協議，亦即該作者承認係經原住民族同意而使用其傳統元素，此協議不一定要以書面形式；（四）客觀上該作品必須真有使用到原住民族傳統；（五）與該作品相關之利害關係人必須同意集體人格權之權利行使方式，且此種同意必須以書面形式為之<sup>39</sup>。

從前述要件內容可知，澳洲政府對於集體人格權之想像大約來自於 *Bulun Bulun* 一案之相關事實背景，亦即有些原住民藝術家其乃是經過部落之合法授權創作，將來一旦發生著作權被侵害之情事時，除原住民藝術家本身，應允許部落亦可為自身利益行使權利，而其權利之來源就是該原住民藝術家經過部落授權這一點。然而，此種立法模式過度侷限於有限的經驗。我們可以理解的是，所有看得到的原住民

---

[richardalston.dcita.gov.au/Article/0,,0\\_4-2\\_4008-4\\_114525,00.html](http://richardalston.dcita.gov.au/Article/0,,0_4-2_4008-4_114525,00.html) (last visited Oct. 10, 2008).

<sup>39</sup> Anna Kingsbury, *Protecting Indigenous Knowledge and Culture through Indigenous Communal Moral Rights in Copyright Law: Is Australia Leading the Way?*, 12 NEW ZEALAND BUSINESS LAW QUARTERLY 162, 162 (2006).

藝術作品，當然應該都是先由合法的原住民藝術家（或經授權的非原住民藝術家）之創作開始，然後才会有他人盜用、濫用、誤用之問題。因此如果建立原住民藝術家與原住民族群之間的法律關係，就可藉由此關係讓原住民族群本身擁有某種特殊權利地位。然而，現實上並非所有原住民藝術作品都可以找到真實作者，且並非所有原住民族群都能懂得善用法律制度去保障自身權益，因此集體人格權終究不如著作人格權一樣廣泛的保護效力。

澳洲政府提出集體人格權之修正案後，由於內容不夠明確，且有保障不足之疑慮，引來許多批評。最終，國會在通過著作權法修正案時並未一併通過有關集體人格權之條文。因此，就目前澳洲之規範實務而言，集體人格權仍僅具有學術探討之價值。

#### 肆、商標權與著作權模式之利弊比較

前述對美國與澳洲有關保護原住民藝術創作之法制經驗分析，可發現商標制度與著作權制度是在智慧財產權法中與此議題最直接相關之制度。雖然美國採取特別法保護，其原理原則亦與商標制度非常接近；而雖然澳洲採取著作權與商標權共同保護之模式，其亦思考過修改著作權法以建立特別權利制度之需要。由此可見，法律制度在面對原住民族傳統文化保護以及經濟利益保障此一複雜議題時，固然面臨既有制度無法充分適用之問題，亦必須考慮新制度不能偏離既有制度精神太遠，否則會產生更多規範面上的新問題。在舊制度的基礎上建構新的制度模式，可能是比較妥適的法制改革方式。然而，此種法制改革的前提就是對於舊制度的利弊得失必須經過審慎評估，才能作

適當的選取與改革。本節因此針對商標權與著作權作為保護原住民傳統工藝創作之法律制度，各有哪些利弊作為分析對象，以期總結美國與澳洲之法制經驗，提供我國法制上之參考。

就此兩種智慧財產權之制度原理而言，商標制度並不賦予權利人對於創作內容一種財產權，而是針對交易上標識提供一個專用權，供消費者認明商品或服務之來源；著作權則是對於創作者之創作內容賦予財產權，使其具有絕對之排他權。因此，就商標模式之優點而言，原住民之藝術在當代社會中難免影響到其他藝術工作者的創作風格，如果將原住民之藝術完全界定為其他人不可模仿之範圍，則可能導致其他藝術創作者動輒得咎，因而扼殺了創作的自由空間。換言之，以商標模式保護原住民文化財產權之好處在於維護了整體社會的創作自由。但另一方面，以商標方式保護容易顯現出不足之處，亦即其他創作者即使模仿原住民之創作藝術並不構成違法，只要該作品在販賣時不要標示原住民產品或原住民製造者，或者不要冒用原住民部落團體所申請之商標，即可免除責任。此種保護模式並無法完全禁絕仿冒品，充其量僅是提供消費者一個較為明確的選擇依據。相反的，如果採用著作權保護模式，則可阻止他人擅自模仿，是以此種保護模式更能解決原住民族關心之文化盜用問題。然而，著作權保護模式最大的問題在於創作保護之範圍難以界定，傳統創作之歸屬亦可能產生爭議。因此需要搭配審查與登記制度，以利釐清權利歸屬與權利人為何，但此點可能成為更多糾紛的來源。

本文認為，除了利用既有之商標制度與著作權制度提供保護之外，如果要思考特別法或特殊權利之建構，則應該依據不同社會之特性與保護需求，具體評估相關法制對該社會之可能影響，而非抽象地

比較與選取某一種類型的特別法或特殊權利制度。畢竟，我們所探討的是兼顧文化性以及經濟性之議題，在不同社會以及不同產業環境中都應有不同之制度因應模式。正因如此，本文以下將以三項考慮因素分別探討制度選擇上應思考之社會影響層面。

### 一、文化傳承弘揚之考量

保護原住民族傳統文化藝術與工藝創作之目的主要是維護其文化之傳承，因為在當代社會中處於邊緣化地位的原住民社群，其文化流失之速度甚快，若不施予保護政策，則強勢文化將在傳統部落中迅速取代舊文化之地位。於肯認保留多元文化之前提下<sup>40</sup>，讓舊文化獲得傳承發展本身就具有社會價值。

然而文化是人群生活的表現，是活的事物，不是死的文物。因此所謂促進多元文化發展之意義並非將少數族群之傳統文化視為靜態事物地加以保存，而是應該促進該文化內涵能在當代與其族人之生活結合，成為其生活的一部份。換言之，維護多元文化並非保存博物館式的文物，而是讓族群文化與其生活成為一體。唯有生活化的傳統文化，才能自然地傳承發展，並且讓族群中人因其生活文化而獲得真實的認同。將此觀點放在本文所探討之原住民族工藝創作保護問題上，將可推導出為何標明正統的原住民族手工藝品是一件重要的事情。因為原住民工藝品對原住民之意義並不僅是一個可以營業的謀生工具，而是這些工藝品的內涵本身就具有文化上的重要意義<sup>41</sup>。如果拋

<sup>40</sup> 我國憲法增修條文第十條第十一項亦明文規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」

<sup>41</sup> 例如台灣原住民各族中，不同的服飾與編織，分別代表了穿戴者在部落中的身份地位，也蘊含該族群普遍的信仰於其中。換言之，工藝之設計與使用

開這層文化上的意義，僅從經濟生活層面著眼，則目前看到有些廠商會以雇用原住民勞工之方式大量製作原住民工藝品，在法規範上之評價將很難釐清究竟是否有符合法律保障原住民文化財產權之意旨。因為大量生產可能更有效率，售價更低廉，市場競爭力更強，而同時原住民的就業機會也獲得改善，表面上看來是個雙贏局面。但其實這樣的生產模式很可能已經使工藝品之生產脫離了文化脈絡，最終僅變成一種商品經濟。這樣的法律保護並無法達到文化傳承之目的。就此點考量而言，透過證明標章或團體商標等制度，鼓勵正統的原住民手工藝品市場發展，不僅是可行的，且是最基本應有的法律保護模式。在商品市場上正統與非正統的手工藝產品往往很難透過內容差異去區隔，因為非屬該族群成員之一般消費者很難真正瞭解其差異，因此即使用類似著作權方式保障某些內容，其實仍難保沒有相類似或改造過的競爭產品出現。對消費者來說，以商標去認明其所認為值得購買之文化產品，是比較簡單的方法。

另一方面，文化原本即是演變與流動的，其演變乃配合社會環境因素，其流動可增進跨文化間之相互理解。如果以著作權形式進行保護，可能產生其他創作者動輒得咎之問題，也因此會阻礙文化的流通與相互影響變遷。長遠而言，這會導致多元文化保障之真正意義不復存在，因為保障多元文化之真正目的應是在促進不同文化彼此之交流與相互影響，而非封閉與隔離方式的發展。

## 二、符合市場現實之必要

---

通常連結於文化性的意義。參閱王嵩山，台灣原住民的社會與文化，頁 50，聯經出版，初版（2001）。

原住民手工藝品不僅負載著族群文化傳承之意義，在當代的經濟生活中亦是許多原住民家庭重視的副業。因為許多手工藝品都是家庭中的婦女或老人就可製作（例如排灣族的琉璃珠），可讓非正式勞動力也加入經濟生產，此對於原本已就業困難的部落地區而言是重要的經濟來源。因此確保原住民家庭所製作手工藝品之市場機會，是同樣重要的考量。就此點而言，目前原住民手工藝品之主要銷售管道有兩方面，一是在部落中以結合部落觀光經濟之模式銷售，亦即外來觀光客進入部落後，以購買紀念品之心態所進行之消費；另一種則是在部落以外之展售點銷售，例如展覽會、機場、車站等，此種銷售之對象可能包含外國人對台灣原住民文化有興趣者。理論上，結合部落觀光之手工藝產業是比較不容易出現外地仿冒品入侵之問題，因為部落本身可以形成篩選機制。比較成爲問題的就是在部落以外發展的手工藝品市場<sup>42</sup>，而這部分應該以何種法律形式加以保護，就是主要問題。

以商標制度加以保護，固然可以讓消費者辨明哪些手工藝品是真正來自原住民家庭手工製作者，而非以機器大量生產製造或從越南、中國等廉價勞工處生產進口者，但在無法禁止其他仿冒產品同時在市場上競爭的情形下，此種保護能達效果之前提是消費者願意付出更高的價格去購買正統的產品。此種前提是否能成立，必須從市場現實去瞭解。以國外之經驗而言，美國阿拉斯加的原住民雖然發展出了Silver Hand這樣的證明標章來標明原住民正統工藝品，但展售商店卻未必願意配合使用這些標章，因為這些價格較昂貴的正統藝術品銷售量不

---

<sup>42</sup> 例如行政院原住民委員會於屏東設置的原住民文化園區販售部，就被原住民檢舉其中手工藝品充斥著大陸貨，其中主要是帽子、皮件。見林順良，聯合報，「屏東原民園區販賣藝品，充斥大陸貨」，C1版，2008年10月3日。

大，但其展售在顯眼處或甚至標明其證明標章，往往會使店內其他低價的非正統工藝品之銷售受到影響，因為這種證明標章等於明示或暗示了其他未使用該證明標章之商品為仿冒品<sup>43</sup>。如何能結合行銷通路，使證明標章之真實意義傳達給消費者，將是以商標制度保護工藝品之成功關鍵。相對的，以著作權模式保護工藝品，則是直接對產品內容進行區隔，在理想狀況下消費者若希望購買原住民風格的工藝品，只能買到正統的作品，其他企圖混淆或仿冒的商品，將會因侵害著作權或某種特殊權利而被逐出市場。然而對原住民團體而言，主張著作權法上之權利所需要付出之法律成本是相對較高的。

### 三、法律執行成本之評估

當考量有關原住民保護相關之法律制度時，必須注意到原住民族是比較不熟悉法律運作的弱勢者，因此如果設計過於複雜或執行成本過高的法律保護制度，往往原住民不會真的去使用這個制度，其結果就是法律保護成爲一種徒具形式，缺乏實效的樣版。在此原則下，可以進一步探討有關原住民工藝創作保護之制度，採行商標模式或著作權模式何者較爲可行之問題。

如果採取商標模式之保護，則主要是以證明標章或團體商標之方式使消費者可辨明該商品是否爲原住民正統之作品。就原住民族部落所具有之團體生活特性而言，哪些人是部落成員是很清楚可界定的，因此若該部落申請一團體商標，其成員在販售工藝品時可使用該商標，應不會有資格認定上之問題，且此種運作之成本並不高，因爲不需要另外組織一個商業團體的組織成本，而是以既有的部落組織特性

---

<sup>43</sup> Hollowell, *supra* note 27, at 66.

即可運作。就目前我國法令而言，唯一存在之問題點就是團體商標必須為具有法人資格之團體才可申請（我國商標法第七十六條參照），而目前原住民部落並不具有法人資格。此問題之解決方法除了立法賦予部落法人資格外，亦可不必另行立法，而是鼓勵各部落以類似社區發展協會等方式建立有法人資格之社團組織，則可進行申請，但前提是該部落所有成員若有意願參與工藝品市場，則都有資格成為該協會之會員，才能達到普及保障之目的。此外，亦有學者主張應修訂我國商標法，取消團體商標與團體標章需具有法人資格者才可申請之規定，以與證明標章之規定標準一致<sup>44</sup>。至於證明標章之方式，由於商標法規定申請證明標章之人必須其本身非為從事該商品或服務之業務者，且必須為法人、團體或政府機關（我國商標法第七十二條參照）。因此關於原住民正統工藝品之證明，可考慮由行政院原住民族委員會或該部落所在之地方政府去申請證明標章，同樣可達維護原住民工藝品市場競爭秩序之目的。至於對違法者之追訴成本方面，商標侵權之認定困難度並不高，且相關訴訟費用在團體商標可由部落支付，在證明標章可由地方政府支付，亦可符合政府宣示照顧原住民族權益之美意。

至於以著作權模式提供保護，則首先遇到之問題就是現行著作權法之原理並無法直接對原住民工藝創作提供保護，因為其中許多並非當代之創作，而是傳承自古之著作。換言之，不像現行商標法可直接提供保護，在著作權模式上必須另訂特別法才可能實現保護。另訂特別法或在著作權法中創設特別權利制度，則勢必要以登記制度或類似澳洲之集體人格權模式加以運作。因為要確認哪些族群擁有哪些傳

---

<sup>44</sup> 謝銘洋，智慧財產權法，頁 135，元照出版，初版（2008）。

統創作之所有權，透過事前審查與登記機制，可對社會大眾產生公示作用<sup>45</sup>。至於澳洲之著作權法修正案中提出之集體人格權，則是透過創作者與原住民部落間簽訂契約之方式達到確認部落權利存在之方法。可以想見，此種保護制度的好處是原住民族可確實主張其對某些創作內容的所有權，排除他人未經授權之使用。然而創設這個權利的過程以及其執行，所必須付出之成本可能高過於商標制度的運作成本。以下即分析著作權保護模式之運作成本。

就審查與登記制度而言，其成本包括部落必須先調查清楚自身有哪些傳統創作值得保護，才知道要去進行登記；再則政府部門必須對申請登記案進行基本調查，才能確定可以給予登記；接著可能因為這樣的登記而引發不同族群間有關同一創作歸屬權之爭議，需要主管機關進行協調與歸屬確認；即使登記完成後，亦可能產生對於某一商品是否有構成侵害原住民已登記之傳統創作權利的認定爭議，將需要法院個案判斷。凡此種種，皆說明了登記審查制度並不是減少法律執行成本的有效方法。當然，這樣的法律執行成本如果絕大部分都非由原住民本身要負擔，而是執行法律的主管機關或法院所要負擔者，則或許問題不大<sup>46</sup>。另一方面，澳洲所擬採取之集體人格權制度，固然省

---

<sup>45</sup> 巴拿馬是全球第一個以特別之著作權立法提供對傳統知識全面性保護的國家。該國於 2000 年即修改著作權法創設了原住民族著作集體權，該制度亦是以登記與審查方式為基礎。參閱 WIPO, *Review of Existing Intellectual Property Protection of Traditional Knowledge*, p. 7 (2002), [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_3/wipo\\_grtkf\\_ic\\_3\\_7.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_3/wipo_grtkf_ic_3_7.pdf) (last visited Oct. 13, 2008).

<sup>46</sup> 儘管如此，所謂法律所造成之成本其實包括了法律執行上不確定性程度所造成之風險。因此，即使本文所提出之各種執行成本並非直接由原住民本身去負擔，但主管機關或法院究竟會如何去認定與處理相關爭議若缺乏明確標

去了登記與審查制度的困擾，卻有將法律執行成本完全轉嫁給原住民部落的問題存在。因為原住民部落必須自己與創作者進行契約洽談，其中的協商成本可能遠超過原住民部落所可能負擔之程度。換言之，澳洲所曾經擬議的集體人格權制度，其實仍僅適用於對法律制度比較熟悉的原住民部落，未必所有原住民皆可以此制度獲得保護。

### 伍、結論：對我國之啟示

我國在二〇〇八年有部電影「海角七號」非常賣座，間接使該電影中出現的原住民傳統工藝品琉璃珠大受市場歡迎，銷售額達到百萬元之譜<sup>47</sup>。無庸置疑，許多工藝創作都需要好的行銷才能開創市場，然而琉璃珠的例子卻讓筆者聯想到，這樣一種排灣族與魯凱族婦女長期傳承的工藝技術，在一夕爆紅而銷路暢旺之時，一般原住民家庭是否真能獲得實質利益？據悉這次的琉璃珠銷售熱潮主要給一位原住民所開設的工坊帶來龐大商機。然而，如果能透過部落的團體商標或證明標章制度，是否也可能讓一般原住民家庭也能銷售這項商品呢？或許一般原住民家庭所製作銷售的琉璃珠還更能獲得消費者青睞呢，但由於保障制度之闕如，消費者並無法買到出自原住民家庭的琉璃珠，反而要擔心可能買到海外進口的仿製品。

其實我國已經在二〇〇七年底制定了相關的保護制度，此即「原住民族傳統智慧創作保護條例」。該條例在制度原理上是採取類似著

---

準與可預測性，則對原住民族而言，並無法確定法律提供了多少程度的保障。

<sup>47</sup> 陳志齡，李思嫻，顏甫珉，聯合報，「海角七號爆紅，周邊商品賺到」，D7版，2008年9月25日。

作權保護模式，亦即將特定之創作內容視為原住民族或部落所擁有（即法律所謂智慧創作專用權），並採登記審查方式。然而著作權保護模式除有本文前述諸多執行上問題外，在我國實施上所將面臨之權利主體資格<sup>48</sup>與權利歸屬界定問題，亦有學者已提出相關質疑<sup>49</sup>。目前該條例仍有待細部之審查規則制定才能執行，將來之執行成效如何仍頗多疑慮。本文從美國與澳洲相關法制經驗之分析，認為商標保護模式為比較立即可行之保護方式，雖然該制度並不足以將盜用、仿冒原住民工藝的商品逐出市場，但能做到市場區隔亦有其現實上意義。相對的，著作權保護模式無論在制度設計上或法律實務經驗之累積上都需要更多時間去發展，並非透過立法完成即可直接收效。雖然我國已經參考著作權制度原理而制定了「原住民族傳統智慧創作保護條例」，從法政策上確實有必要在此立法基礎上進行規範體系之發展深化，故應致力於對該條例之法釋義與學說理論發展。然而，此又屬另一龐大工程，並非本文寫作之目的與探討之範圍，有待另文再行申論。

---

<sup>48</sup> 依該法規定，僅原住民族或部落可為傳統智慧創作之申請人（第六條第二項），但我國原住民族自治相關體制尚未完全建立的情形下，如何確立其權利主體資格（法人地位）？又其內部之組織與代表產生方式即使依據習慣法為之，亦應有法律明文授權為宜。

<sup>49</sup> 林三元，同註7，頁72-82。

## 參考文獻

### 書籍

王嵩山，台灣原住民的社會與文化，聯經出版，2001。

謝銘洋，智慧財產權法，元照出版，2008。

Laura Desfor Edles 著(陳素秋譯)，文化社會學的實踐，韋伯文化，2006。

GETCHES, DAVID H., CHARLES F. WILKINSON, ROBERT WILLIAMS, CASES  
AND MATERIALS ON FEDERAL INDIAN LAW (West Group 2005).

LEWINSKI, VON SILKE, INDIGENOUS HERITAGE AND INTELLECTUAL PROPERTY:  
GENETIC RESOURCES, TRADITIONAL KNOWLEDGE AND FOLKLORE  
(Kluwer Law International 2004).

### 期刊論文

林三元，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，第三期，頁 57-90 (2008)。

林佳陵，原住民族民俗創作之法律保護，律師雜誌，第二八九期，頁  
120-127 (2003)。

林柏年，論原住民族智慧權保障機制之建構，原住民教育季刊，第三十  
五期，頁 57-76 (2004)。

陳昭華，民俗智慧創作保護之研究，輔仁法學，第二十二期，頁 1-97  
(2001)。

Hapiuk, William J., *Of Kitsch and Kachinas: A Critical Analysis of the  
Indian Arts and Crafts Act of 1990*, STANFORD LAW REVIEW, 1009  
(2001).

- Iraola, Roberto, *The Civil and Criminal Penalty Provisions of the Indian Arts and Crafts Act of 1990*, 36 CUMBERLAND LAW REVIEW, 293 (2006).
- Keith, Jon, *Regulation of Counterfeit Indian Arts and Crafts: an analysis of the Indian arts and crafts of 1990*, 18 AMERICAN INDIAN LAW REVIEW, 487 (1993).
- Kingsbury, Anna, *Protecting Indigenous Knowledge and Culture through Indigenous Communal Moral Rights in Copyright Law: Is Australia Leading the Way?* 12 NEW ZEALAND BUSINESS LAW QUARTERLY, 162 (2006).
- Ruesch, Meghan, *Creating Culture: Protection of Traditional Cultural Expressions and Folklore and the Impact on Creation and Innovation in the Marketplace of Ideas*, 35 SYRACUSE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND COMMERCE, 369 (2008).
- Woltz, Jennie D., *The Economics of Cultural Misrepresentation: How Should the Indian Arts and Crafts Act of 1990 Be Marketed?*, 17 FORDHAM INTELLECTUAL PROPERTY, MEDIA AND ENTERTAINMENT LAW JOURNAL, 443 (2007).

### 專書論文

- RILEY, MARY ED., *INDIGENOUS INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS : LEGAL OBSTACLES AND INNOVATIVE SOLUTIONS* (AltaMira 2004).
- FINGER, MICHAEL & SCHULER, PHILIP EDS., *POOR PEOPLE'S KNOWLEDGE: PROMOTING INTELLECTUAL PROPERTY IN DEVELOPING COUNTRIES* (Oxford University Press 2004).

**報紙**

林順良，聯合報，「屏東原民園區販賣藝品，充斥大陸貨」，C1 版，2008 年 10 月 3 日。

陳若齡，李思嫻，顏甫珉，聯合報，「海角七號爆紅，周邊商品賺到」，D7 版，2008 年 9 月 25 日。

**網路資源**

Anderson, Jane, *The Politics of Indigenous Knowledge: Australia's Proposed Communal Moral Rights Bill*, 34 UNIVERSITY OF NSW LAW JOURNAL (2004), <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/2004/34.html> (last visited Oct. 10, 2008).

Press Release, Richard Alston, Senator the Hon, Indigenous Communities to Get New Protection for Creative Works (May 19, 2003), [http://www.richardalston.dcit.gov.au/Article/0,,0\\_4-2\\_4008-4\\_114525,00.html](http://www.richardalston.dcit.gov.au/Article/0,,0_4-2_4008-4_114525,00.html) (last visited Oct. 10, 2008).

WIPO, Review of Existing Intellectual Property Protection of Traditional Knowledge (2002), [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_3/wipo\\_grtkf\\_ic\\_3\\_7.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_3/wipo_grtkf_ic_3_7.pdf) (last visited Oct. 13, 2008).

## 摘要

有關原住民文化財產權保護之議題，國內向來討論不多。然近年來我國原住民權利與認同意識高漲，原住民相關文化傳統亦逐漸受到社會重視，融入重要經濟活動中，而其中又以工藝創作所帶來之商機最為明顯，我國亦已通過相關法律加以保護。然有鑑於我國之法律制定後尚無實際應用案例，是否窒礙難行亦引發社會疑慮，是以本文擬以美國及澳洲對原住民文化財產保護之法制為例，透過比較法制經驗為基礎，希望提供我國法制與實務上參考。透過本文之分析可發現，商標制度保護與著作權保護模式各有其利弊，我國應適度加強商標模式保護之機制，以提高保護之實益。

## **Comparative Study on Legal Protections of Indigenous Crafts: Experiences from U. S. and Australia**

**Chung-His Lee**

### **Abstract**

The Protection for indigenous cultural property is an important but rarely explored issue in Taiwan. Recently, along with the uprising conscious for identity and legal rights in indigenous communities, their traditional culture and art also increasingly attracts consumers' attention. Although our country has passed an act for protecting indigenous peoples' traditional creations, the details are still unclear. This article seeks to analyze an optimal protection model for the issue, based on a comparative study on U. S. and Australian legal systems. According to my study, I suggest to strengthen our trademark system for protecting indigenous crafts. This may be more efficient way to provide instant protection.

Key words: Cultural property, Traditional crafts, Certification mark, Group trademark, Communal moral rights