

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*

洪淳琦**

<摘要>

我國的《原住民族傳統智慧創作保護條例》（下稱「原創條例」），在既有智慧財產權框架下，另創設「特別權利」，保護原住民族的傳統智慧創作。不少人認為原創條例無法回應不斷變動的原住民族傳統智慧創作，且可能更強化原住民族文化為「他者」的刻板印象。但，傳統智慧創作是否一律不宜受到現代法律的保護？

本文認為，如果法律的設計，能承認原住民族文化不是僵固的傳統，並容許原住民族在其「混雜性」（Hybridity）的文化中行動的可能性，就能減低上述疑慮。本文首先分析反對原創條例的主要理由；其次，採取後殖民學者 Homi Bhabha 的混雜性理論，從文化混雜性作為描繪性概念與抵抗性策

* 感謝兩位匿名審查人及編審委員的寶貴意見與建議，讓作者得以對本文結構進行調整，以增進可讀性，並進一步釐清Homi Bhabha的「混雜性」論點。另外，作者曾於中研院民族所發表演講時，與民族所比較南島研究群學者們，特別是本文中有摘錄其論點的人類學者郭佩宜老師、林開世老師，請教人類學者對原住民族傳統智慧創作保護條例之疑慮，這些討論幫助作者釐清本文第貳章之論述，作者十分感謝並珍惜這樣跨學科的交流機會。

** 國立清華大學科技法律研究所助理教授，英國倫敦大學瑪麗皇后學院法學博士。

E-mail: chunchihung@mx.nthu.edu.tw。

• 投稿日：10/22/2019；接受刊登日：12/25/2020。

• 責任校對：簡凱葳、何思奕、吳珮珊。

• DOI:10.6199/NTULJ.202103_50(1).0001

略兩層次，分別探討混雜性、協商、翻譯等概念，用以對照傳統智慧創作的特質，及原住民族在其文化混雜性中行動的可能。最後，本文分析文化混雜性如何藉原創條例被承認及展現。

藉上述分析，本文發現，原創條例及其子法已部分承認傳統文化的混雜性；原住民族得依據原創條例，展現文化混雜性的行動，藉由登記制度敘述其文化的真實態樣、並與國家進行協商。原住民族也藉由專用權的獲得，保留了敘事和翻譯的權力。由此可知，依據原創條例及原住民族的行動，仍可創造出一條不囿於「傳統」的法律保護可行之路。

關鍵詞：原住民族傳統智慧創作保護條例、原住民族傳統智慧創作、傳統文化表達、霍米巴巴、混雜性、協商、翻譯、登記制度、後殖民理論、他者

◆目次◆

壹、問題與背景

貳、反對原創條例：以法律來保護傳統智慧創作的主要問題

一、持續變動的傳統文化無法以法律保護？

二、法律保護製造「他者」？

參、解析文化的混雜性

一、混雜性的定義與兩個面向

二、Bhabha 的混雜性概念

肆、混雜性的「國家承認」與「原住民族行動」

一、國家制度承認混雜性事實

二、原住民族展現混雜性行動

三、小結

伍、結論

壹、問題與背景

我國於 2007 年通過了《原住民族傳統智慧創作保護條例》（下稱「原創條例」）。在既有的智慧財產權法規範框架下，原創條例另外創設了特別權利（*sui generis rights*）¹保護原住民族的傳統智慧創作²。部落或原住民族得為申請人³，申請登記部落或民族共有的傳統智慧創作，通過原住民族委員會（下稱「原民會」）審查並完成登記後⁴，成為「原住民族傳統智慧創作專用權」人。該專用權受到永久保護⁵，權利內容包含智慧創作財產權及智慧創作人格權⁶。

然而，原創條例以智慧財產權法架構下的特別權利，來保障原住民族傳統智慧創作，在尚未正式實施前曾受到不少質疑。最主要的爭議，一是原住民族傳統智慧創作呈現多元、流動、混雜的態樣，與現代法律經常需要清楚定性、定義有所衝突，而現代國家法律所定義的「財產」概念，是否能成功「翻譯」至原住民族文化上，也遭受懷疑⁷。二是與法律製造「他者」問題相關，「特別權利」保護方式，以二元區隔原住民族智慧創作與其它「現代」創作，將加強原住民族文化是「傳統」的、靜止不動的刻板印象，增加塑造他者的嫌疑⁸。

¹ 關於特殊權利的定義，參本文第貳章。

² 依原創條例第3條之定義，傳統智慧創作包含「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。」

³ 原創條例第6條第2項：「……申請人以原住民族或部落為限……。」

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

⁵ 原創條例第15條第1項：「智慧創作專用權，應永久保護之。」如原申請專用權的部落或民族消失，則依同條第2項規定：「智慧創作專用權人消失者，其專用權之保護，視同存續；其專用權歸屬於全部原住民族享有。」

⁶ 原創條例第10條第1項：「智慧創作專用權，指智慧創作財產權及智慧創作人格權。」

⁷ 關於人類學者對法律的質疑，將於第貳章介紹。

⁸ 關於塑造「他者」與保護原住民族傳統智慧創作之關聯，及「他者」的定義，請參第貳、二、介紹。

但，法律就此放手不保護嗎？智慧財產權學界有非常多的討論，批評西方智慧財產權法律概念，隨著自由貿易的談判擴張到全球，是已開發國家以經濟手段，壓迫未開發國家的「新殖民主義」⁹；而這樣的殖民主義概念，更影響到智慧財產權原則，因此原住民族的傳統智慧，如同殖民者所佔領的土地，常被視為「無主物」、「人類共同遺產」，任何人都可以不顧原住民族文化禁忌隨意免費使用¹⁰。智慧財產權法制一方面欠缺足夠法律保護的原住民族傳統文化；另一方面，既有的著作權等權利，卻不斷企圖擴張保護範圍和期間，兩相比較，對比懸殊¹¹。因此，直接以法律窒礙難行作為理由，就停止思考原住民族傳統文化之法律保護的可能性，似也並非洽當。

在各國尚在討論是否擴張智慧財產權範圍至原住民族文化時，臺灣卻迅速完成立法、並開始正式實行，為世界少見¹²。從臺灣的實例出發，可以持

⁹ Andreas Rahmatian, *Neo-Colonial Aspects of Global Intellectual Property Protection*, 12 J. WORLD INTELL. PROP. 40, 42 (2009); DUNCAN MATTHEWS, GLOBALISING INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: THE TRIPS AGREEMENT 8 (2002); VANDANA SHIVA, BIOPIRACY: THE PLUNDER OF NATURE AND KNOWLEDGE 112 (1998).

¹⁰ Rosemary J. Coombe, *The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity: Native Claims in the Cultural Appropriation Controversy*, 6 CAN. J. L. & JURIS. 249, 258 (1993); Laurie Anne Whitt, *Indigenous Peoples, Intellectual Property & the New Imperial Science*, 23 OKLA. CITY U. L. REV. 211, 249 (1998); DEBORA J. HALBERT, RESISTING INTELLECTUAL PROPERTY 150 (2005); Shahrukh Khan, *A New Kind of Colonialism: The Ramifications of Intellectual Property Rights*, 35 HARV. INT'L REV. 37, 37 (2014); LAURELYN WHITT, SCIENCE, COLONIALISM, AND INDIGENOUS PEOPLES: THE CULTURAL POLITICS OF LAW AND KNOWLEDGE 15-18 (2009); MICHEL DE CERTEAU, CULTURE IN THE PLURAL 134 (Tom Conley trans., 1997).

¹¹ JAMES BOYLE, SHAMANS, SOFTWARE, AND SPLEENS: LAW AND THE CONSTRUCTION OF THE INFORMATION SOCIETY 125-130 (1996).

¹² 楊智傑（2010），〈原住民傳統文化表達之保護模式比較與建議〉，《中正大學法學集刊》，30期，頁64。原創條例於2007年公布生效，但同樣以特別權利、登記制度為基礎，思考如何保護傳統智慧創作的國家法律，最相似的只有巴拿馬2000年的「原住民族集體智慧財產權的特別立法」(Special System for the Collective Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples, Panama Law No. 20)。國際上雖有不少關於保護傳統智慧創作的討論與模範法制訂，但極少落實為各國立法，如1985年聯合國教科文組織（UNESCO）與世界財產權組織（WIPO）所頒布的模範法Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore

續檢驗原住民族傳統智慧創作究竟應如何受現代法律的保護？當它與智慧財產權概念連結後，是否就註定得忽略原住民族文化的流動與混雜、或者註定只能採取將原住民族文化視為他者的保護方式？確實，如同質疑原創條例者所指出的，傳統智慧創作不是與「現代」隔絕的純粹「傳統」、也不是固定不變的文化。但本文認為，如果法律的設計，能回應原住民族文化「混雜性」（Hybridity）的事實、並使原住民族展現混雜性文化行動，就能減低智慧財產權概念下，無法回應原住民族傳統智慧創作的真實態樣的困境，或將原住民族傳統智慧創作視為「他者」、「與現代隔絕的傳統」之危險。

因此，原住民族文化的「混雜性」，一方面是批評者在擔心法律無法回應原住民族多元文化時，所使用的事實主張，但本文認為它也可以是開創法律更多可能性的概念與行動起點。本文將以 Homi Bhabha 對文化混雜性的後殖民批評為中心，對照原住民族申請登記智慧創作以取得權利時的行動，並分析通過國家審查取得專用權的案例，指出依據原創條例，仍可以創造出一條不囿於「傳統」的法律保護可行之路。

以下本文將分成三部分，第貳章介紹兩個主要原創條例受批評的理由：一是法律無法回應原住民族傳統智慧創作在歷史發展上的變動性、也無法評價與其他各文化群體混合的狀態；二是法律保護可能加深原住民族傳統智慧創作為「他者」的刻板印象；反對者始終擔憂的，是原住民族將更捲入法律所架構的殖民結構。面對上述反對的理由，第參章分析後殖民理論中的「混雜性」的定義，並特別分析 Bhabha 混雜性概念中的兩個面向：描繪性概念與抵抗性策略，以回應反對者的疑慮。本文認為 Bhabha 的混雜性概念，一方面可以忠實描述原住民族文化中，多樣化、隨時間改變、與其他文化群體

Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions、太平洋共同體（the Pacific Community）的模範法 Model Law for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture；而國際條約草案層級的 The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles（保護傳統文化表現形式：條款草案），乃世界智慧財產權組織於2014年提出第一版，至今各國仍未達任何談判結果。會議記錄及當時的條款草案文件，參：https://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=32091（最後瀏覽日：12/18/2020）。

交流混合等特質，另一方面又可在文化流動混雜的事實基礎上，進一步發掘原住民族展現的「行動」面向，例如被殖民者在進入法律結構時，仍可能藉其混雜性特質，與主流文化及國家敘事進行協商、翻譯。最後第肆章，便依照文化混雜性中的兩個面向，分別進行我國原創條例法規的探討。一是檢視目前保護原住民族傳統智慧創作的立法技術及實行結果，是否能涵納原住民族文化混雜性的事實狀態，此節將觀察國際條約草案及臺灣的原創條例，如何將傳統智慧創作的內涵翻譯為法律定義，也分析已通過審查、取得專用權的傳統智慧創作說明書之內容，觀察國家的審查機制是否承認文化混雜性；二是從文化混雜性的行動策略出發，檢視臺灣原住民族申請登記時所撰寫的智慧創作說明書，是否能藉登記的行動展現文化混雜性，與國家及主流文化主動進行協商、翻譯，以觀察文化混雜性如何從問題變成解決問題的策略。

貳、反對原創條例：以法律來保護傳統智慧創作的主要問題

一、持續變動的傳統文化無法以法律保護？

原住民族文化難以定義和畫分界線的狀況，形成法律為傳統智慧創作定義、定性的困難。因此，在原創條例實施前，國內不少學者對於法律如何保護「傳統文化」，抱持懷疑的態度。人類學者林開世以原住民各族傳統編織為例，指出各族文化互相混合和擷取的情形：例如，泰雅族的編織會擷取其他原住民族部落的圖案花紋到自己的織品上；賽夏族的編織因為地理鄰近的關係，也常與漢族客家文化、或泰雅族的風格混合。原創條例如果忽略文化混合擷取的情形，只給予單一部落或群體法律權利，等於以人工凍結了文化的邊界，也對其他沒有被承認的文化群體或個人不公平¹³，並將文化「畫出

¹³ 林開世（2007），〈Using Intellectual Property Rights to Protect Indigenous Cultures: Critique on the Recent Development in Taiwan（用智慧財產權來保護原住民文化：對臺灣最近的發展之批判）〉，《考古人類學刊》，67期，頁198。

一條人為的界線，把人群之間存在的文化流動、交換、採借，作一種特意的切割。¹⁴」另外，他也指出，在當代的文化政治中，臺灣各原住民族群常需要展現和其他各族的差異給外人觀看，因此有些編織及傳統服飾甚至根本是很近期才出現的，藉此與他族區別¹⁵。這些不純粹的「傳統」，法律也應該給予權利嗎？

人類學者郭佩宜則指出「族群」、「部落」和「文化」沒有本質性的存在，這也常是人類學家面對法律時的尷尬。一方面，晚近人類學解構了「族群」及「部落」，認為他們「並非固著不變的群體，也沒有本質性的存在，而往往經歷重組、混雜與認同再塑的過程。¹⁶」但這樣的立場常常會動搖原住民族主張集體權利的基礎，造成主張權利時較不利的影響。另一方面，雖然將文化視為靜態的、可以和現代做二元區別的，對於爭取智慧財產有利，但是現代許多人類學家多已主張「文化是流動的、混雜的，所謂傳統，其實不斷被發明與再創造。¹⁷」她認為文化混雜的看法，或許比較貼近實際的文化動態，但對原住民爭取法律上的文化財產權時，也有負面作用¹⁸。

另外，郭佩宜也提醒，原創條例必須處理「文化翻譯」的問題，例如「如何將地方文化中對人、物、地、祖先、靈力等關係轉譯為歐美法律知識系統可以處理的概念？」¹⁹她舉所羅門群島的 Langalanga 人對貝珠錢的看法為例來說明。Langalanga 人對知識的想法，與西方的「財產」概念不同：知識對當地人而言並非個人所有，而為氏族或社群共同享有；而知識及技藝的根源是祖靈賦予的能力，也因此必須回饋於祖靈與社群²⁰。因此，她認為法律承認、及原住民族應該宣稱的智慧財產，應該「不是特殊的工法專利、也非商

¹⁴ 林開世（2008），〈一個法案保護了什麼？〉，《人類學視界》，1期，頁3。

¹⁵ 林開世，前揭註13，頁198。

¹⁶ 郭佩宜（2008），〈法律是解藥，還是毒藥？〉，《人類學視界》，1期，頁7。

¹⁷ 郭佩宜，前揭註16，頁7。

¹⁸ 郭佩宜，前揭註16，頁7。

¹⁹ 郭佩宜，前揭註16，頁6。

²⁰ 郭佩宜，前揭註16，頁6。

業祕密，而是要求法院承認這整套文化的價值。²¹」但也質疑「以財產來概念化與協商傳統知識，是否恰當？」²²」

最後，如觀察臺灣原住民族對於自身文化的看法，如法律學者林三元進行相關田野調查時，也發現不少原住民受訪者，提及不同文化群體間的混合交流：「文化有時候它是相通的。²³」或者傳統並非固定不動的：「我們排灣族的創作，也是會隨著時代這樣子去改變……一定會有新的基因進來。²⁴」因此，對於法律的排他性，是否阻礙文化交流，或者阻礙傳統文化未來的流動與彈性？也確實有原住民受訪者表示擔憂：「法律它之所以被定為律法，就在於它那個死刻板板，鐵框框的那個形態裡面。……真的適用在原住民地方嗎？」或者「哪怕真的是有了保護法，是不是，是不是造就了很多人使用了一些冰箱來鞏固了這樣的一個權利。²⁵」

由上述可知，反對者常基於傳統文化的事實狀態，而懷疑原創條例的功能。最主要被反對者提及的狀況為：一是原住民族傳統與其他文化一樣，並不是停滯不前的、也不是可與現代二元區隔的；二是不同文化間會不斷互相模仿、擷取；三是傳統文化表達的內涵與整套價值，經常不能被法律強制分類及概念化²⁶。

二、法律保護製造「他者」？

另外一個對法律保護原住民族文化的常見難題，是即使理解傳統智慧創作動態多元的混雜性事實，進入法律定義和解釋時，傳統智慧創作卻常只能被歸於一般智慧財產權概念的對立面，變成智慧財產權的「相反」（the

²¹ 郭佩宜，前揭註16，頁8。

²² 郭佩宜，前揭註16，頁8。

²³ 林三元（2013），《原住民族傳統智慧創作專用權》，頁161，元照。

²⁴ 林三元，前揭註23，頁161。

²⁵ 林三元，前揭註23，頁129。

²⁶ 此三種分類面向乃受審查委員意見啟發後改寫，審查委員之一認為本篇論及之原住民族傳統智慧創作混雜性用法，可以歸結為：一、傳統智慧創作於表達形式上的多樣性。二、傳統智慧創作於歷史縱向層次上的延續性或發展性。三、傳統智慧創作於不同文化間橫向互動所形成的混雜性。

opposite）。因為在沒有原創條例以前，大多數的傳統智慧創作都被歸類為可自由取用的公共領域（public domain）範圍；而承認傳統智慧創作應以法律保護後，則是被設定為是一種特別權利（*sui generis* rights）。不論是哪一種，被認定為是智慧財產權法上的相反面，似乎是原住民族傳統智慧創作法律解釋上難以逃脫的宿命：

（一）傳統智慧創作被認定為公共領域時

原住民族傳統智慧創作通常被認定為是不受智財權保護的公共領域素材。而所謂的公共領域，根據 James Boyles 教授的定義，「公共領域指的是不受智慧財產權保護的材料（The public domain is material that is **not** covered by intellectual property rights）²⁷」，這定義充分表現出公共領域在法律上常沒有自己的定義，而直接被反面定義為「『非』智慧財產權」。另外 Boyles 也說：「在公共領域中的自由，是建基於財產權的缺席上（In the public domain, freedom is based on the absence of property rights.）²⁸」這種對公共領域的理解，透露出財產權利與公共領域的二元對立：只有在**沒有**財產權的時候，才**有**可以自由供公眾使用的公共領域。

（二）傳統智慧創作作為「特別權利」時

針對特別權利“*sui generis*”的定義，Peter Groves 編寫的智慧財產權法字典是這樣解釋的：

「拉丁語，『自己歸於一類』（‘of its own kind’）。應用在智慧財產權領域，是指為了一特定問題的特別需要（to a right designed to address the specific needs of a particular issue），創設權利。²⁹」

²⁷ JAMES BOYLE, *The PUBLIC DOMAIN: ENCLOSING THE COMMONS OF THE MIND* 38 (2008). 粗體為作者所加。

²⁸ James Boyle, *Cultural Environmentalism and Beyond*, 70 *LAW & CONTEMP. PROBS.* 5, 10 (2007).

²⁹ PETER GROVES, *A DICTIONARY OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW* 298 (2011).

這種「自己歸於一類」，為了因應特別需要而生的特別權利，被定義為「落在專利、商標、著作權、營業秘密的原則之外」³⁰，暗示著特別權利是智財權的一種「例外」態樣。傳統智慧創作為了受到「特殊權利」之保障，又特別需要強調其「傳統」面向，以對比其他現代創作。事實上，傳統智慧創作的法律保護，確實有許多不同於其他一般智慧財產權的概念：例如法律對其無期限的永久保護，相對於著作權有期限的保護；或者法律設定傳統智慧創作由部落或民族取得「共有」的專用權，相對於以個人財產權為原則的著作權，加強了原住民族與其他一般大眾文化的二元對立（binary distinction），強化傳統／現代³¹、共有／個人財產、永久／有期限保護等二元區分的刻板印象。

法律定性上的二元區分雖然常見，也不可能完全揚棄，但在傳統智慧創作領域中，成為智財權的對立／相反面，正是描述被殖民過、邊緣化的文化時，所應極力避免的。因為在此過度強調二元對立區分，會使原住民族傳統智慧創作，成為智慧財產權體系中的「他者」（the Other）。所謂的「他者」，依後殖民學者 Edward Said 在《東方主義》一書的定義，指的就是「非西方」的；他引用英國 1877 到 1907 年間英國駐埃及總督的 Cromer 爵士描述東方的方式，來說明這種西方對東方的「他者」想像：「我認為總體來說，東方在行動、言說和思想上就是完全相反於歐洲（‘I content myself with noting the fact that somehow or other the Oriental generally acts, speaks, and thinks in a manner **exactly opposite to the European**’）。³²」這樣東方／西方二元對立的建構，把東方認為是「非歐洲」（What the Europe is not），讓東方作為西方的對照組，使非西方成為西方自戀形象的「倒影」³³，正是奠定殖民論述

³⁰ PROTECTING TRADITIONAL KNOWLEDGE: THE WIPO INTERGOVERNMENTAL COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY AND GENETIC RESOURCES, TRADITIONAL KNOWLEDGE AND FOLKLORE 352 (Daniel F. Robinson, Ahmed Abdel-Latif & Pedro Roffe eds., 2017).

³¹ Rahmatian, *supra* note 9, at 60.

³² EDWARD W. SAID, ORIENTALISM 39 (2003). 粗體為本文作者所加。

³³ ROBERT J. C. YOUNG, WHITE MYTHOLOGIES: WRITING HISTORY AND THE WEST 49 (2d ed. 2004).

中「歐洲優越」（European superiority）的基礎³⁴。智慧財產法學者 Andreas Rahmatian 也批評法律保護傳統智慧創作時，保護到的是與現代隔絕的、純粹的傳統，而這種將傳統智慧創作與現代文化想像成隔絕、二元對立的立法，就是一種新的「東方主義」³⁵。

至於在臺灣原住民族的歷史脈絡下，不論是十九世紀前歐洲人與漢人，對原住民做成各種欠缺具體細節的描繪時，所表現出的偏見³⁶；或者日本統治之後開始使用科學分類，做原住民族的文化調查³⁷、或收集展示原住民族文物³⁸，其對臺灣的殖民統計調查的詳細程度，被認為是當時世界第一³⁹；這些殖民調查與敘述，雖非 Said 原初所設定的「東方／西方」的二元對立，但將原住民族描繪成的「未開化」、「自然的」，再將殖民者設定為「文明」、「現代化」的手段，其塑造二元對立的模式是相同的⁴⁰。因此，不論把原住民族傳統智慧歸類為「非智慧財產權」、智慧財產權的「相反」、或智慧財產權的「例外」，除了不符現實，更可能重複根深蒂固的偏見，造成原住民族文化不是創作、不屬於現代、比較低等、例外、相反等的錯覺。

東方主義式的論述並不容易避免。連許多支持原住民族文化應受到更多法律保護的學者，為了強調傳統智慧創作應受保護，有時也落入了上述東方

³⁴ Diane Otto, *Postcolonialism and Law?*, 15 THIRD WORLD LEGAL STUD. at vii, viii (1999).

³⁵ Andreas Rahmatian, *Universalist Norms for a Globalised Diversity: On the Protection of Traditional Cultural Expressions*, in 6 NEW DIRECTIONS IN COPYRIGHT LAW 199, 207 (Fiona Macmillan ed., 2007).

³⁶ 胡家瑜（2006），〈博物館、人類學與臺灣原住民展示：歷史過程中文化再現場域的轉形變化〉，《國立臺灣大學考古人類學刊》，66期，頁96-97。

³⁷ 胡家瑜，前揭註36，頁99-102。

³⁸ 胡家瑜（2004），〈博覽會與臺灣原住民：殖民時期的展示政治與「他者」意象〉，《國立臺灣大學考古人類學刊》，62期，頁3-39。

³⁹ GEORGE WATSON BARCLAY, *COLONIAL DEVELOPMENT AND POPULATION IN TAIWAN*, at x (2015).

⁴⁰ 胡家瑜，前揭註38，頁16。她指出：「博覽會展示運用原住民物質符號的組合排列，流動地傳達『自然』、『天真』、『奇特』、『野蠻』、『原始』、和『落後』等多層印象。這些印象經常進一步延伸出臺灣社會未開化和等待被『教化』的聯想，因此成為殖民者表現統治管理效率以及宣揚『現代化』理想的對照基礎。」

主義的思考，忽略了傳統智慧創作的多元態樣，變得過於強調傳統智慧創作與一般私有財產的對立性。如知名的文化財產學者 Angela R. Riley 替創設原住民族智慧財產權進行辯護時，就強調：「著作權的『原創性』的概念完全相反（in strict opposition to）於原住民的創作概念⁴¹」「著作權裡個人『作者』的概念，也與原住民社群裡面集體的創作方法完全相反。⁴²」他因此主張只有承認共有財產制（a group rights model of ownership）才能保護原住民族的智慧創作⁴³。又例如 Caroline Joan ‘Kay’ S Picart 在其提倡原住民族智慧財產保護的專書中，批評因歐洲樂團 Enigma 不當挪用 Difang（郭英男）和 Igay 夫婦的演唱版本，引起全球矚目的著作權爭訟的「馬蘭飲酒歡樂歌」案例時⁴⁴，竟分析此案例之發生主因，是樂團所代表的西方「極端個人主義」與阿美族部落的「極端群體主義」之間的文化衝突⁴⁵。

這樣的二元區分論述方式，當然忽略了原住民族文化多元、混雜、動態的事實面向。人類學研究早已主張原住民族對於財產及資源管理的概念，不

⁴¹ Angela R. Riley, *Recovering Collectivity: Group Rights to Intellectual Property in Indigenous Communities*, 18 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 175, 188 (2000).

⁴² *Id.* at 191.

⁴³ *Id.* at 178.

⁴⁴ 馬蘭飲酒歡樂歌的侵權爭訟，已成為英語世界在介紹原住民族傳統智慧創作遭不當挪用、剽竊時，幾乎一定會介紹到的案例。詳細案件介紹可參：Nancy Guy, *Trafficking in Taiwan Aboriginal Voices*, in *HANDLE WITH CARE: OWNERSHIP AND CONTROL OF ETHNOGRAPHIC MATERIALS* 195, 195-209 (Sjoerd R. Jaarsma ed., 2002); Timothy D. Taylor, *A Riddle Wrapped in a Mystery: Transnational Music Sampling and Enigma's "Return to Innocence"*, in *MUSIC AND TECHNOCULTURE* 64, 64-92 (René T. A. Lysloff & Leslie C. Gay, Jr. eds., 2003); SHZR EE TAN, *BEYOND "INNOCENCE": AMIS ABORIGINAL SONG IN TAIWAN AS AN ECOSYSTEM* 1-4 (2012); Alan Story, *Don't Ignore Copyright, the "Sleeping Giant" on the TRIPS and International Educational Agenda*, in *GLOBAL INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: KNOWLEDGE, ACCESS AND DEVELOPMENT* 125, 138-139 (P. Drahos & R. Mayne eds., 2002); Alpana Roy, *Copyright: A Colonial Doctrine in a Postcolonial Age*, 26 COPYRIGHT REP. 112, 115-116 (2008).

⁴⁵ CAROLINE JOAN "KAY" S. PICART, *LAW IN AND AS CULTURE: INTELLECTUAL PROPERTY, MINORITY RIGHTS, AND THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES* 48-49 (2016).

一定與個人財產制「完全相反」⁴⁶。以臺灣為例，許多文獻早已指出臺灣原住民族不一定對其資源都採取共有共管，例如泰雅族既有共有制，也有個別財產制。當一部落人數較少時，對土地採取共有制，只有耕作期間地權屬於耕作者；但人口變多後，因為土地資源變少，即使休耕期耕作者也繼續占有土地，開始出現個別財產制概念⁴⁷。又例如阿美族，不同層次的共有制與私有制同時存在於社會，例如海洋、山川、草原、墓地等，屬於部落共有；但耕地、房舍等可能屬於家族共有；至於漁網、弓箭等個人器具就屬於個人財產⁴⁸。因此，以原住民族與西方財產制之間，只有「共同」／「個人」這種「完全相反」的對比宣稱，來主張創設原住民族的特別權利，其實是忽略各原住民族、各部落間的差異，且與事實不符的說法。

綜合本節所述，二元對立區別的論述模式，適用於理解原住民族傳統智慧創作時，常會被批評其抹去了傳統智慧創作最需要保護的動態、多元的特徵，也強化了原住民族就是「他者」的概念，加深大眾認為原住民族文化就是單一面向、「不會變動」的誤解⁴⁹。

最後，原創條例實行後，可能形成原住民族更深地被捲入法律建構的殖民體制中，才是人類學家們的最深擔憂。郭佩宜指出，原創條例理想上原住民族文化能衝撞西方法律體系，但現實上原住民族可能依舊被法律規訓、仍然很難脫離殖民結構：

⁴⁶ 例如，知名的法律人類學者Marilyn Strathern以巴布亞紐幾內亞人為例，觀察其氏族結構，許多人都誤認他們是集體管理資源、採取共有財產制的民族，但經Strathern教授進行人類學調查後，發現並非如此。參Marilyn Strathern, *Imagined Collectivities and Multiple Authorship*, in CODE: COLLABORATIVE OWNERSHIP AND THE DIGITAL ECONOMY 13, 15 (Rishab Ghosh ed., 2006).

⁴⁷ 林淑雅（2011），〈差異而不平等：原住民族產權特殊性的理解〉，《台灣原住民族研究學報》，1卷3期，頁105。

⁴⁸ 蔡中涵（2011），〈阿美族傳統社會組織與財產制〉，《台灣原住民族研究學報》，1卷3期，頁9-11。

⁴⁹ Christoph Antons, *Chapter 1: Introduction*, in TRADITIONAL KNOWLEDGE, TRADITIONAL CULTURAL EXPRESSIONS, AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW IN THE ASIA-PACIFIC REGION 1, 4 (Christoph Antons ed., 2009).

「我們的理想是以原住民文化的概念衝撞歐美法律體系，期望鬆綁西方關於財產、人／物關係的預設，從而建立更周延、更包容的多元文化法律體系。然而在現實政治角力下，……在既定法律體制內尋求改革，能夠翻轉該體系，還是無形中反而被法律給規訓化呢？把政治權力問題和文化當成法律處理，從知識體系的權力位階來看，終究沒有脫離殖民結構⁵⁰。」

林開世因為擔憂原住民族認真去使用原創條例，受文化商品化邏輯影響，與國家法律太過靠近，直接主張不應認真看待原創條例，寧可它只是政府用來敷衍原住民族的工具：

「也許大多數的人就是把這個法案當成是一個政治運作的產物，用來搪塞原住民基本法中的規定，不必太過嚴肅看待。令人擔心的是如果有一些原住民部落確實認真的看待這個條例，開始嚴肅的依規定開始申請登記其傳統文化成果，並積極的運用條例中的條文去爭取權益，那所有的麻煩才剛開始。⁵¹」

面對以上反對者的諸多質疑，如要正確的適用和評價原創條例，第一步必須先承認人類學家們的觀察正確：「原住民族傳統智慧創作」雖然名為「傳統」，但它們不是亙古不變、對外隔絕的傳統。原住民族傳統智慧創作與主流文化相同，都是表現形式多元、且與其他群體持續混合、交流的，它也隨時代演進而不斷改變。但它們在現實上尚有與其他強勢主流文化不同之處，如原創條例的反對者所言，當原住民族文化進入法律體系，必須思考國家與原住民族之間的權力關係，原住民族文化確實還有如何與國家體制對話或對抗的問題。

為了回應反對者的質疑，本文將繼續討論原住民族文化和現代法律概念是否有不可避免的衝突？是否原住民族沒有辦法完全翻轉整個法律體制，就必須完全遠離法律？不論是原住民族文化多元混雜的事實狀態，或者原住民族面對現代國家法律體制的行動策略，本文認為後殖民理論家 Homi Bhabha

⁵⁰ 郭佩宜，前揭註16，頁8。

⁵¹ 林開世，前揭註14，頁5。

所提出的「混雜性」，是很好的分析概念與思考起點，下一章將更詳細分析其中的意義。

參、解析文化的混雜性

本文採取後殖民理論觀點，乃希望反思原住民族傳統智慧創作在殖民主義陰影下的學術批評。除了第壹章所述，許多批評認為智慧財產權的形成與殖民主義有相當的關聯以外；臺灣原住民族，通常被認為自 1624 年荷蘭人來臺開始，已歷經 6 個時期的殖民政權⁵²，一直在與自己語言、文化、及法律體系差異甚大的政權統治下。原住民族面臨與殖民政權在文化上、法律上的差異，因此如第貳章所述，原創條例反對者會質疑西方及現代國家帶來的智慧財產權法律，如何能涵納原住民族文化；也質疑就算法律保障了其權利，也同時會塑造原住民族為東方主義式的他者；更擔心原住民族愈認真適用法律，就使原住民族愈深地捲入殖民體制。

面對這些殖民主義的質疑，採取後殖民理論這個理論工具，不是單純只反對殖民⁵³，而是可以進一步用來理解並分析殖民的運作、及被殖民者的行動⁵⁴。其中，Homi Bhabha 為印度裔的英國學者，與前述《東方主義》一書

⁵² 以臺灣原住民族的觀點，6個不同殖民者及時期包含荷蘭（1624-1662）、西班牙（1626-1642）、中國明鄭時期（1662-1683）、中國清朝（1683-1895）、日本（1895-1945）及中華民國（1945迄今）。參Mark Munsterhjelm, *The First Nations of Taiwan: A Special Report on Taiwan's Indigenous Peoples*, 26 CULTURAL SURVIVAL Q. MAG. (2002), <https://www.culturalsurvival.org/publications/cultural-survival-quarterly/first-nations-taiwan-special-report-taiwans-indigenous> (last visited Dec. 18, 2020); J. Bruce Jacobs, *Taiwan's Colonial Experiences and the Development of Ethnic Identities: Some Hypotheses*, 5 TAIWAN COMPAR. PERSP. 47, 48 (2014).

⁵³ Stuart Hall, *When was 'The Post-colonial'? Thinking at the Limit*, in THE POST-COLONIAL QUESTION: COMMON SKIES, DIVIDED HORIZONS 242, 247 (Iain Chambers & Lidia Curti eds., 1996).

⁵⁴ *Id.* at 254.

作者 Edward Said 及印度裔美國學者 Gayatri Chakravorty Spivak⁵⁵常被認為是世界最知名的 3 位後殖民理論家⁵⁶。本文會偏重採取 Bhabha 的概念，是因為他不是只把殖民看成是殖民者的單向壓迫，而會特別分析被殖民者的行動及其文化、心理狀態，強調殖民的歷史過程中，被殖民者也會藉由各種文化展現，反抗殖民者的權力⁵⁷；就本文所關心的問題來說，Bhabha 的理論如能引申到法學研究領域，將不只帶來對智慧財產權法的批判（雖然批評反省絕對相當重要），還可以將原住民族放在理論的主角位置，從而對原住民族在既定的法律體系下如何回應，又該如何評價這個智財權法上新的「特別權利」，有更深入的觀察和思考。

再回到本文欲使用的「混雜性」一詞來看，這一個名詞是 Bhabha 引入文化研究領域後，才使得「混雜性」成為後殖民批評辭典中不可或缺的詞彙，更逐漸形成複雜的體系。尤其是 Bhabha 獨特主張混雜性中的「顛覆策略」，豐富了混雜性的內涵⁵⁸。多數研究文化混雜性意義時，必先探究 Bhabha 的概念；而 Bhabha 混雜性中的特殊顛覆面向，也是本文最在意的重點。本文因此選擇直接參照 Bhabha 的理論原本，以分析 Bhabha 對混雜性概念的詮釋為主，其次也參考國內學者如何利用 Bhabha 的理論來分析臺灣的文化混雜現象。

一、混雜性的定義與兩個面向

文化的「混雜性」，依 Chris Baker 及 Emma A. Jane 在其文化研究經典教科書《文化研究：理論與實踐》中定義，是指「不同的文化元素混合後，

⁵⁵ Spivak 以 1983 年發表“Can the Subaltern Speak?”（底層人能發聲嗎？）一文，討論印度寡婦殉葬（Sati）的歷史，奠定其女性主義、後殖民歷史學者的學術地位。最能一探其學術思想的中文翻譯專書，可參史碧華克（著），張君玖（譯）（2006），《後殖民理性批判：邁向消逝當下的歷史》，群學。

⁵⁶ ROBERT J. C. YOUNG, COLONIAL DESIRE: HYBRIDITY IN THEORY, CULTURE AND RACE 154 (2005); B. J. MOORE-GILBERT, POSTCOLONIAL THEORY: CONTEXTS, PRACTICES, POLITICS 1 (1997).

⁵⁷ DAVID HUDDART, HOMI K. BHABHA 1 (2006).

⁵⁸ 生安鋒（2005），《霍米巴巴》，頁 143，揚智。

產生新的意義與認同。混合物會以混合（fusion）與混語（creolization）的方式破壞原先文化疆界的穩定，並使其模糊化。⁵⁹」該定義強調不同文化之間的橫向混合及邊界不穩定。而 Peter Brooker 在「文化研究詞彙」一書中，引用 Paul Gilroy 的觀點⁶⁰定義混雜性：「主體、在地或國族……『總是未完成的，還在創造中的，認同的變動與不穩』。⁶¹」此描述則是較強調文化發展過程中，時間縱向的不斷延續變動。以上混雜性的定義，涵蓋上一章人類學家所指出的臺灣原住民族文化的態樣：包含原住民族傳統智慧創作常常與不同文化互動混合，邊界模糊，且不斷延續變動等狀態，因此「文化混雜性」一詞，應可大致代表現今研究者所認知的原住民族文化的事實狀態。

但再仔細分析 Chris Baker 和 Emma A. Jane 定義的混雜性，可以觀察出兩個層次，一是在描繪混雜性的事實狀態，如該定義的前半：「不同的文化元素混合後，產生新的意義與認同。」而此定義後半段：「混合物會以混合與混語的方式破壞原先文化疆界的穩定，並使其模糊化。」則側重混雜性可能的顛覆及改變功能：不同文化群體間語言及文化的混合交流，使原先的文化疆界模糊。

在 Bhabha 論述被殖民者的文化時，混雜性一詞涵蓋兩個層次的情形，更加明顯。國內學者陳光興指出 Bhabha 的「混雜性」一詞（混雜性被陳光興翻譯為「雜種」），「不僅是描繪性概念，指涉殖民狀態中兩種不同的文化的雜交效果，同時它也指涉抗拒的策略，特別是雜種化的效果：模糊（ambivalence）。⁶²」生安鋒也認為 Bhabha 至少在兩種意義上使用混雜性這個詞，一種是「做為殖民文化和殖民話語的一種狀況」，另一種則是做為挑戰、顛覆的功能⁶³。在殖民者的話語總是將自己描述為客觀、或正常的論

⁵⁹ Chris Barker, Emma A. Jane（著），羅世宏（譯）（2018），《文化研究：理論與實踐》，3版，頁640，五南。

⁶⁰ PAUL GILROY, THE BLACK ATLANTIC: MODERNITY AND DOUBLE CONSCIOUSNESS, at xi (1993). 下文雙引號處為Gilroy觀點。

⁶¹ Peter Brooker（著），王志弘、李根芳（譯）（2003），《文化理論詞彙》，頁192，巨流圖書。

⁶² 陳光興（2006），《去帝國：亞洲作為方法》，頁148，行人。

⁶³ 生安鋒，前揭註58，頁149。

述中，混雜性的文化表現能替自己開闢出協商的空間。協商不是被同化，而是拒絕二元對立，產生一種表述上的能動性⁶⁴。同時陳光興認為這種混雜性文化的模糊策略，模糊殖民者與被殖民者之間截然二分的權力關係，是一種被殖民者「有禮貌」的對抗，甚至殖民者可能不會察覺⁶⁵。

綜上所述，本文「文化混雜性」概念的提出，一方面是用以描述並承認原住民族文化多元混雜的事實，避免將原住民族描述成一種本質主義「應該如此」，或者和「我們」主流文化完全不同的東方主義式思考。另一方面用以強調正是混雜的事實狀態，可以延伸其顛覆殖民者文化的策略面向。策略面向部分的提出，正是 Bhabha 對豐富混雜性概念的特殊貢獻。

Bhabha 並未對原住民族的傳統智慧創作的法律議題發表過意見，但傳統智慧創作的混雜性內涵，恰巧 Bhabha 的理論均有觸及。申言之，傳統智慧創作的英文定義 traditional cultural expressions 三個單字如分開來看，則不論是傳統、文化、或表達，這 3 個詞彙 Bhabha 均有與文化混雜性相關之分析。另外除了 Bhabha 對「傳統」、「文化」、「表達」的看法以外，建基在「混雜性」基礎上的「翻譯」與「協商」，是從被殖民者的混雜性文化現象中，延伸的兩種重要的反抗策略，也是臺灣原住民族在原創條例制度中常展現的行動，本章也將一併介紹。以下，就 Bhabha 對傳統、文化、表達、翻譯、協商這 5 個與混雜性相關的概念，區分為三點分析。

二、Bhabha 的混雜性概念

（一）傳統（tradition）與文化（culture）

1. Bhabha 針對混雜性的事實面描述

Bhabha 拒卻用本質主義的方式理解或定義文化，而是強調文化的混雜性事實。對照前一章原創條例反對者主張的原住民族文化態樣，與 Bhabha 描述的混雜性狀態也相似。其中包含了（1）Bhabha 說明文化間互相採借、

⁶⁴ 生安鋒，前揭註 58，頁 145。

⁶⁵ 陳光興，前揭註 62，頁 149。

交流、混合的：沒有「純粹」的傳統，「文化的位置 (the location of culture)」不是在純粹從傳統繼承下來的中心，而是在各種文明接觸的邊緣。在這邊緣，新的、居間的 (in-between)⁶⁶、或混雜 (hybrid) 的認同於焉產生」⁶⁷。

(2) 文化也沒有什麼「本來」的樣貌，「文化是持續產生混雜的過程」⁶⁸，從過去到現在不斷改變。也因此，(3) 他質疑其劃界及分類的困難：「怎麼替語言劃界？替文化劃界？替學科劃界？為民族劃界？」⁶⁹ 部落的疆界、成員組成與成員的文化認同，因為相互接觸，會產生新的對話或混合，因此文化不易固定及分類。

除了本文引用 Bhabha 來理解原住民族的混雜性文化以外，鄒族的學者浦忠勇也曾引用 Bhabha 的概念來形容鄒族的傳統祭儀 *mayasvi* (戰祭)：「祭儀展演是呈現了混雜性 (hybrid) 的現象。⁷⁰」*mayasvi* 絕不是與現代隔絕的「傳統」，相反的，它展現了過去與現在持續的對話。浦忠勇進一步主張，「混雜性，意味著祭儀實際上是含納了過去與現在、內部與外部的不同文化元素，客觀又固定不變的祭儀傳統幾乎難以維繫，所以鄒族主體性如果要以懷舊式地建構在無法重返的過去歷史，或者建構在以抵抗外來殖民文化的解殖基礎上，似乎輕忽了被捲進現代世界之鄒族社會的真實狀況：混雜性、歧異與不連續的後殖民特質。⁷¹」

⁶⁶ 「In-between」一詞，學界並未有統一中文翻譯，本文採用「居間性」，以表彰既非我也非他、在兩者「之間」的概念。採取相同譯法之國內學者，如羅雅文 (2007)，〈小川樂〈歐巴桑〉〈有朝一日〉中的認同困境〉，中文摘要，國立成功大學外國語文學系在職專班論文；游雅雯 (2015)，〈馬來西亞華人認同的形塑與變遷：以馬華文學為分析文本〉，《台灣國際研究季刊》，11卷1期，頁166；蔡仲禮 (2017)，〈殖民者與被殖民者的灰色想像：以日治中期（一九二〇到一九三七）台灣政治社會文化反對運動為中心〉，《全球政治評論》，58期，頁100、119。但請注意居間性與民法之「居間」概念沒有關聯。

⁶⁷ Homi K. Bhabha, *In Between Cultures*, 30 NEW PERSPECTIVES Q. 107, 107 (2013).

⁶⁸ Jonathan Rutherford, *The Third Space: Interview with Homi Bhabha*, in *IDENTITY: COMMUNITY, CULTURE, DIFFERENCE* 207, 211 (Jonathan Rutherford ed., 1990).

⁶⁹ HOMI K. BHABHA, *THE LOCATION OF CULTURE* 59 (1994).

⁷⁰ 浦忠勇 (2011)，〈鄒族戰祭的意義與詮釋〉，《台灣原住民研究論叢》，10期，頁98。

⁷¹ 浦忠勇，前揭註70，頁98。

浦忠勇描述 *mayasvi* 的演變，依日治時期記載，*mayasvi* 的核心為人頭祭，但由於現代國家的刑法規定及社會變遷，鄒族已不再重現此部分的儀式。另外，過去 *mayasvi* 是部落內的集體祭儀，沒有對外表演的意圖；但現在已經歡迎觀光客，成為部落對外表達主體及認同的平臺。達邦社甚至出現過以大型電視牆轉播 *mayasvi* 以應付大量遊客⁷²。最後，原本對祭典有發言權的鄒族長老會議 *soekayo*，為了因應現代祭典的挑戰，改成立「部落祭典委員會」，其中成員除了頭目及長老之外，還納入了鄉長、民意代表、公部門人員等現代國家的代表，也有教會人士加入，而婦女及年青人也成為新成員⁷³。*mayasvi* 的舉辦也領取國家的補助，部落如何與國家進行協商，形成新的 *mayasvi* 傳統等等，都成為新的課題。

因此，法律的保護確實不是懷舊式地追回那個日治時期以前、以人頭祭為主的祭儀，因為在鄒族與其他不同文化接觸的過程中，新的、混雜性的「傳統」已經誕生，且持續變動。況且，最早文獻記載描述的所謂「傳統 *mayasvi*」，也不是什麼祭典「原始面貌」，它只是某個時間點下的樣貌，而傳統會一直改變它的形貌。

2. Bhabha 針對混雜性的策略層次描述

混雜性是殖民權力運作下的文化事實表徵，但混雜性也能策略性地改變殖民者的穩定宰制。Bhabha 強調「文化是混雜的」這個事實狀態，蘊含打破二元區分假定的行動功能面向。混雜性可重新檢視殖民力量的各種二元區分的假定，擾動殖民者認為自己文化高級、純粹的自戀心態⁷⁴，質疑其權威的形象⁷⁵；使得被劃為「他者」的被殖民者，其陰影（the shadow）永遠籠罩著殖民者的「自我」（the self）⁷⁶，藉著混雜性文化的模糊，打破二元區分，削減殖民者的力量。

⁷² 浦忠勇，前揭註70，頁104-105。

⁷³ 浦忠勇，前揭註70，頁116-117。

⁷⁴ BHABHA, *supra* note 69, at 112.

⁷⁵ *Id.* at 113.

⁷⁶ *Id.* at 60.

其次，文化混雜性的顛覆策略層次，可以從文化居間性（culture's in-between）⁷⁷的概念出發。文化居間性是混雜性產生的特徵之一，在殖民者與被殖民者文化接觸中，產生的文化被 Bhabha 形容為：「不是『我』，也非『他』，而是兩者之間」（Neither One nor the Other, but, *something else besides, in-between.*）⁷⁸。這「兩者之間」與他另一概念「第三空間」（the third space）呼應：Bhabha 強調文化混雜性概念，並非兩種文化相遇而產生第三種不同的文化，而是產生「第三空間」。第三空間強調兩種有差異的文化相遇時，各種可能的碰撞、協商、翻譯、融合會發生，第三空間可以取代之前建構其文化的歷史敘事、可建立新的權力架構、可產生新的政治動機等等⁷⁹。殖民與被殖民雙方在持續的交流、翻譯中，被殖民者會產生一些「戲擬、學舌的『不純』與『雜質』」，穿透、改變殖民者的文化及語言，成為對殖民主義顛覆、反抗的工具之一。⁸⁰

臺灣文學研究者陳芷凡亦曾以 Bhabha 的第三空間來看臺灣原住民族的文學創作。第三空間是「從國族、文化、語言面向探討邊界（boundaries）與交界（interstices）的問題」，原住民族文學以混雜性的語言，建立自己的敘事，在其文學作品中常常「以族語思考而寫出漢語，或是以漢語思考而仿寫成回母語」，或作品中並置漢語與母語，語言、文化得以在原漢之間彼此穿透，在作品間形成第三空間，以模糊混雜的語言，進行對殖民主義的反抗⁸¹。

⁷⁷ Rutherford, *supra* note 68, at 212-13; Bhabha 的文化居間性（culture's in-between），另可參 Homi K. Bhabha, *Culture's In-Between*, in *QUESTIONS OF CULTURAL IDENTITY* 53 (Stuart Hall & Paul du Gay eds., 1996).

⁷⁸ BHABHA, *supra* note 69, at 219.

⁷⁹ Rutherford, *supra* note 68, at 211.

⁸⁰ 陳芷凡（2014），〈「第三空間」的辯證：再探《野百合之歌》與《笛鶴》之後殖民視域〉，《臺灣文學研究學報》，19期，頁119。

⁸¹ 陳芷凡肯定 Bhabha 的第三空間可能作為對殖民主義顛覆、反抗的工具之一，但他同時也指出雖然語言與意義可能產生顛覆與反抗的能動性，有時候卻也因為其中交流和權力關係的複雜度，又讓「此能動性的力度與方向，有所偏離」，所以這種第三空間的能動性面向是複雜的，不同的文學作品可能有不同的狀況。參陳芷凡，前揭註80，頁115、119-120、142。

Bhabha 之文化居間性與少數群體面對主流文化論述相關者，約有下列幾個面向。第一是居間性對文化認同的描述：被殖民者或少數群體面對主流文化時，所形成的文化表現、及認知「自己是誰？」的文化認同上，除了與主流文化全面對抗的選擇以外，更常是在自我與他者兩者之間的擺盪、協商，在兩者之間不斷打開自己的疆界，並非二元對立的區分「我」與「他」。第二，居間性會打亂殖民／主流權力的敘事時序：Bhabha 認為「文化間差異的能動性以未來之形式存在——在這其中，過去並非就是起源，現在也並非只是曇花一現。⁸²」這個說法是挑戰當權者的歷史敘事，過去、現在、未來不是只能照主流文化的論述線性發展、而且已經被安排好的因果關係；相反的，過去會被現在融合，而使得未來再度成為一開放命題（an open question），少數群體可以加入撰寫歷史的行列，而不是被已固定的、主流文化所給定的「過去」給限制住⁸³。第三，居間性因此也會逐漸影響法律：例如少數群體的觀點的加入，展現混雜性何以重寫規則：Bhabha 認為少數群體（如原住民族）的出現，產生在二元區分之外（如國家與非國家之間、個人權利與集體需求之間以外），一個有裂隙的公共領域，人們也不能再單以種種二元對立的思考模式，來想像法律權利⁸⁴。這些敘事觀點的改變，或許並非立即看得出成果，但藉由少數群體觀點加入，可能在緩慢過程中，文化的居間性將漸漸改變國家及原住民族雙方。

另外，回應人類學者對法律賦予權利時，傾向將族群、部落本質化的疑慮，如果照 Bhabha 的理念，原住民族在爭取權利的過程中，因此更必須承認與展現其文化的混雜性與居間性，以確立少數群體或被殖民者不需要被想像成一個同質性的集體，才能主張權利⁸⁵，畢竟文化群體內的成員本來就不可能沒有差異。殖民政府過去經常強調「我們」（如主流的漢文化）和「他們」（如原住民族）本質上的、固定的（fixity）不同，以作為不合理差別

⁸² BHABHA, *supra* note 69, at 219.

⁸³ *Id.* at 219.

⁸⁴ Homi K. Bhabha, *On Minorities: Cultural Rights*, 100 RADICAL PHIL. 3, 4-5 (2000).

⁸⁵ Rutherford, *supra* note 68, at 213.

待遇的基礎⁸⁶，所以強調文化群體成員不可能同質、傳統不可能純粹，除了是忠實描繪文化混雜性事實以外，更是對抗殖民主義論述的行動⁸⁷。群體不需要被統整為單一的、本質的模樣來代表，也不需要規定群體內成員只能認同或表現同一種模樣的文化，才可避免壓制混雜性的新的霸權出現⁸⁸。

最後，文化的混雜性，從不是用來「慶祝」多元文化的新名詞；後殖民理論的混雜性概念，仍然提醒著不同文化之間的不平等、衝突或危機依然存在⁸⁹。只是在這些不平等的夾縫中，藉混雜性、居間性所開啟的空間，是被殖民者得以「協商」與「翻譯」行動的空間，本文將連結到下述第（二）、（三）點說明。

（二）表達（expressions）與協商（negotiation）

「表達」包含傳達「敘述」（narratives）。敘述對 Bhabha 來說，是指將語言投入於探索，並試著進行各種社群內文化意義的修正⁹⁰。本文認為思考「表達」此概念的內涵時，可以連結到 Bhabha 強調的少數文化群體「敘述的權利」（the right to narrate）。Bhabha 的敘述，指涉的不只是法律或程序上的權利，還包含了美學和道德的層次⁹¹；傳統智慧創作（英語的 traditional cultural expressions）裡的「表達」一詞，也應解釋為包含原住民族各種形式的創作與敘述，一方面藉由敘述維持著原住民文化認同，一方面仍保持能質疑、修改、變動傳統的空間，支持文化的混雜性行動。

另外很重要的一點是，Bhabha 認為敘述的權利在於一個群體擁有和他人對話的權利，能表達自己的想法，且知道該表達能得到應有的尊重與重

⁸⁶ BHABHA, *supra* note 69, at 66-67.

⁸⁷ HUDDART, *supra* note 57, at 5.

⁸⁸ BHABHA, *supra* note 69, at 30.

⁸⁹ Homi K. Bhabha, *Art & National Identity: A Critics' Symposium*, 79 ART AMERICA 80, 82 (1991).

⁹⁰ Homi K. Bhabha, *On Writing Rights*, in GLOBALIZING RIGHTS: THE OXFORD AMNESTY LECTURES 1999, at 162, 179-80 (Matthew J. Gibney ed., 2003).

⁹¹ Homi K. Bhabha, *Democracy De-realized*, 50 DIOGENES 27, 34 (2003).

視。表達不是只有「說」，更重要的是被聽見（to be heard）⁹²。另一後殖民理論學者 Gayatri Chakravorty Spivak 也強調，說話如果沒有「被聽見」，就不能算是已經「說了」⁹³。傳統智慧創作的保存，不是只讓原住民族單方說、但沒有人聽，反而應該開啟不同文化群體間有效的對話、協商，原創條例也應該要達到這目標，才算是支持原住民族敘事、協商的權利。

除了「敘述」／「表達」的內涵，是指應保障少數群體的法律上的敘事權利，及其美學和道德層次的探索、協商，並開啟不同群體的有效對話以外，Bhabha 也提出「協商」的概念，本文認為此概念亦有助於理解臺灣原住民族申請登記傳統智慧創作時的混雜性行動。關於「協商」，他首先指出，國家／國族由兩種敘事結構不斷協商、互動而構成，一種是訓導性的（pedagogical），另一種是展演的（performative）。訓導性的面向，企圖建構人們所理解的現存社會現實，但人民零碎的展演性敘事，常挑戰並進而改變國家訓導式的論述，提醒大家所有的社會事實都是開放、變動的⁹⁴。有效的顛覆國家訓導式論述的策略，常不再是二元對抗，而是協商。這種協商可以說是一種新的時間書寫（time of writing），將國家建構的、充滿疑義的「現代」經驗，重新寫成一種混雜的、「非現代也非傳統」的時間與空間⁹⁵。

協商與文化混雜性仍然相關：Bhabha 指出「文化混雜的過程，形成了意義協商的空間」⁹⁶。文化居間性、混雜性的出現，是替殖民機制「製造問題」，開啟協商的契機；藉以扭轉殖民的論述，使得原本被否定的知識可以進入到主流的論述，搖動主流權威的基礎⁹⁷。

以下以身兼土坂村人及研究者的朱連惠，所描述的臺東土坂村排灣族的 *Maljeveq*（最常被熟知的漢語翻譯為「五年祭」，雖然此翻譯不能展現其祭

⁹² *Id.* at 34.

⁹³ Gayatri Chakravorty Spivak, *Translation as Culture*, in IN TRANSLATION: REFLECTIONS, REFRACTIONS, TRANSFORMATIONS 263, 274 (Paul St-Pierre & Prafulla C. Kar eds., 2007).

⁹⁴ HUDDART, *supra* note 57, at 81.

⁹⁵ BHABHA, *supra* note 69, at 141.

⁹⁶ Rutherford, *supra* note 68, at 210.

⁹⁷ BHABHA, *supra* note 69, at 114.

儀內涵）演變概況，來思考「協商」。藉此可以觀察到 *Maljeveq* 如何與國家及教會互動，使得原住民族藉著文化協商行動，不斷改變其傳統祭典的態樣，但仍嘗試保持主體地位。

土坂村的 *Maljeveq* 裡面的 *Djiemuijat*（多譯為「刺球儀式」）是祭典的高潮，代表神與人盟約的更新。祭司（*Parakaljai*）將不同文化意義的祭球拋向空中，有資格的家族代表們，持 10 公尺長的麻竹竿，企圖刺中祭球。有些球可能是福球，有些球可能是代表運勢較凶的意義，另外也有祭球有更複雜、在刺中當下都未能理解的意涵⁹⁸。刺球儀式過去嚴格限制只有部落成員可以參加。各家族代表所持之竿子，會有不同樣式和花紋，部落法律嚴格限制不同社會階級的家族，僅能持符合該階級樣式的竿子。例如，只有最高階級的家族，能拿到有菱形黑被線條樣式的百步蛇紋（*vecik*）的竹竿⁹⁹。貴族或家臣所持之竿，會有側出的尖刺，但曾經出草或獵到大型獵物的勇士、或對部落有功者，也可用獵首、獵物（或者近代開始是以金錢）購買尖刺的權力，提升其家族的地位¹⁰⁰。部落裡的平民，僅能持有沒有尖刺也沒有百步蛇紋的素竿（*sedesep*）¹⁰¹。

1973 年開始，天主教會開始放鬆對當地原住民舉行傳統祭儀教義上的限制，並表示想參與儀式的意願。教會在部落領袖授權下得到了持竿的權力，除了持素竿以外，也依部落法律，以金錢向領袖購買了得使用一隻側出尖刺的竿子的權力¹⁰²。到 1983 年，政府官員藉由補助祭儀的舉行，也進入

⁹⁸ 莎伊維克·給沙沙（2012），〈五年祭的祭球〉，《原住民族文獻》，2期，頁37-38。

⁹⁹ 蔣斌（2014），〈排灣族五年祭 *ljeveljveqan* 意義的初步分析〉，鄭漢文（主編），《傾聽·發聲·對話 *Maljeveq*：2013 台東土坂學術研討會紀事》，頁51-53，東臺灣研究會。

¹⁰⁰ 朱連惠（2006），《排灣族五年祭與文化認同》，頁70，國立東華大學族群關係與文化研究所碩士論文。

¹⁰¹ 蔣斌，前揭註99，頁53；朱連惠，前揭註100，頁70。

¹⁰² 朱連惠，前揭註100，頁70-71。

了刺球儀式場域。土坂村雖然也改變慣例，開始允許民意代表、政府官員們的加入，但幾乎只賦予他們象徵平民地位的素竿¹⁰³。

本文認為，土坂村舉行傳統祭儀五年祭時，試圖在變動的社會環境中，繼續維持部落的階級和秩序。部落與國家、教會的靈活互動，打亂教會、國家「長官」們企圖凌駕祭典中部落階級排序的計畫；部落也在國家及教會企圖控制部落文化的各種訓導式論述中，維持自己的領袖和主導地位，教會必須以相當的對價才能加入祭典，政府官員在祭典中只能隸屬平民階級。以自身的展演性敘述，部落繼續和國家、教會進行文化協商，延續但也持續改變著五年祭這個「傳統」。這個案例也體現 Bhabha 上述所主張的，有效顛覆國家訓導式論述的策略，不一定是二元對抗，也可以倚靠文化協商。

在原創條例實施後，國家登記的程序和內涵，透過原住民族登記時所展現的協商能力，亦可能逐漸改變登記的模式，展現光從法條文字所不能預測的風貌。這將在本文第肆部分繼續以實例來說明。

（三）翻譯（translation）

文化翻譯（cultural translation）一詞，最初是指文化人類學或民族誌學的寫作概念；人類學家去觀察、理解、翻譯其他文化，「將其他語言中蘊含的其他文化思維方式，盡可能鮮明地向西方讀者以西方語言來傳達」¹⁰⁴。但朴美貞、梁明心特別指出，Bhabha 重新使用這個字，瓦解文化翻譯隱含的西方權威概念，轉而關注文化間交流的居間性¹⁰⁵。翻譯不再是西方文化要翻譯、再現異國情調文化的西方中心主義的體現，而是承認不同的文化間的交流，都一定會有翻譯的狀態存在，所有文化也都有翻譯的能力，被殖民者還可能使用翻譯作為進一步改變殖民者文化的策略，這種翻譯的概念將在以下詳細論述之。

¹⁰³ 天主教會與民意代表的加入過程，參朱連惠，前揭註100，頁71、81。

¹⁰⁴ 朴美貞、梁明心（2015），〈淺析霍米巴巴的混雜性和基於文化翻譯理論的多元文化翻譯〉，《哲學與文化》，42卷5期，頁59。

¹⁰⁵ 朴美貞、梁明心，前揭註104，頁61。

在文化象徵的意義上，Bhabha 提出文化翻譯的概念，指出「各種形式的文化都某程度相互關聯，因為文化是指涉（signifying）或象徵（symbolic）的活動。¹⁰⁶」文化不可能隔絕地存在，所以異文化之間的接觸和理解，就脫離不了文化翻譯，可以說是文化的差異催生了文化翻譯¹⁰⁷。Bhabha 認為，既然文化的「原本」（the original，即原始版本）一定需要開放「翻譯」，那它本身就不可能宣稱有一種先驗的、整體的本質存在。翻譯模仿「原本」，但其模仿反而強調了文化的「原本」幾乎不可能再現，只可能模擬、仿製、變遷、變形等等¹⁰⁸。Bhabha 也認為「文化翻譯」事實上是「文化混雜性」理念的基礎：因為文化處處需要翻譯、再現與再生產，文化翻譯的行動等同否定了任何「本質如此」的、固定的文化存在，文化只可能是混雜性產生的過程¹⁰⁹。

除了文化翻譯之不可避免，另一層次 Bhabha 也強調「不能翻譯」（untranslatability）。這裡的「不能翻譯」與前面的「文化必然有翻譯」並不衝突，強調的是「原作」（應指在翻譯當下的原作，但不是本質不變的原作）在翻譯過程中，有其不能翻譯之處。Bhabha 曾引述班雅明（Walter Benjamin）對翻譯作品的看法，說明翻譯本身的獨特性，及其與原作的關係¹¹⁰。班雅明認為：「在翻譯中，原作達到了一個更高、更純粹的語言境界。譯作……無法佔有這個境界的全部。……翻譯的轉換雖不可能全面，但譯作會到達一個領域——超越只是傳遞內容的領域：這領域的中心就是不能被翻譯的部分。¹¹¹」翻譯讓原作保有無可替代的地位，而且就是因為有部分不能被翻譯，反而讓譯作超越傳達內容的任務，到達不同的境界。

¹⁰⁶ Rutherford, *supra* note 68, at 209-10.

¹⁰⁷ BHABHA, *supra* note 69, at 160.

¹⁰⁸ Rutherford, *supra* note 68, at 210.

¹⁰⁹ *Id.* at 211.

¹¹⁰ BHABHA, *supra* note 69, at 163.

¹¹¹ WALTER BENJAMIN, ILLUMINATIONS 75 (Hannah Arendt ed., Harry Zohn trans., Schocken Books 1986) (1969).

既然翻譯在文化接觸中一定無法避免，Bhabha 的翻譯概念可以幫助大家重新思考，是否原住民族文化，一定不能採取智慧財產權的法律概念去理解或敘述？再延伸 Bhabha 的觀點，本文認為翻譯雖不能避免，局部「不能翻譯」的情形卻可成為一種原住民族的反抗。原住民族開始撰寫傳統智慧創作說明書，好能進行登記、取得法律上專用權時，可視為是他們在進行一部傳統文化的「譯作」。確實，每個原作都有不能被翻譯的部分，如同原住民族傳統智慧創作在法律保護下呈現的樣貌，或許與實際活生生的田野呈現的不同，但不能立即推導出不適用於智財法律的結論。原住民族仍可藉著申請書——這由他們主動寫出的「譯作」，和主流文化溝通，使普羅大眾能盡量理解申請人的文化，並得到法律上的權利。另外，正因為原住民族文化有不能被翻譯的地方，國家法律、登記制度也不能掌握全面的「原作」，本文認為這種「不能翻譯」，反而可以維持少數文化的主體性。這種國家永遠只能掌握局部、且不能抓住原住民族傳統智慧創作真正的、流動的原貌，反而是可防範少數群體文化被國家全面控制的優點。

部落與國家接觸互動時，也漸漸開始使用「翻譯」這個名詞，及考慮「翻譯」問題。如，鄭漢文在《傾聽·發聲·對話 Maljeveq：2013 台東土坂學術研討會紀事》一書的序中，討論排灣族 Maljeveq 傳統祭儀的漢語名稱時，提到：「在還不需要翻譯的年代，Maljeveq 一說出，沒有人問這是什麼意思，更沒有人問接下來要做什麼？**在主流文化的接觸過程中，一切的事務，都需要透過翻譯，並且以主流文化的語彙，企圖貼近文化的本義。**¹¹²」又例如奇美部落在描述為什麼想要申請原創條例的專用權時，也認為這起因於部落「試圖翻譯」的需求：

「……現在我們面臨問題是當代特有的難題。由於當代臺灣主流社會的文化與價值與原住民的文化與價值差異太大，我們常常要面臨**試圖翻譯**，讓外界主流文化的他者能理解我們的文化，進而懂得尊重原住民。例如，我們試圖翻譯原住民的 ilisin（年祭）就像漢人的過年，外人看似歡樂歌舞其實

¹¹² 鄭漢文（主編）（2014），《傾聽·發聲·對話 Maljeveq：2013 台東土坂學術研討會紀事》，頁 6，東臺灣研究會。粗體為本文作者所加。

有嚴肅的儀式意涵，我們用我們的方式祭祀我們的祖先，外來的客人應該要懂得尊重，而不應認為自己有權力拿著相機闖入祭場肆意攝影。我們明白這當然是不完美的翻譯，但像這樣不完美的翻譯也讓越來越多外人懂得尊重原住民的祭典、喜愛原住民的文化。」

對我們而言，「原住民族傳統智慧創作保護條例」的通過，與其智慧創作專用權申請制度的正式實施，是**國家第一次懂得原住民族這種需要翻譯與尊重的需求而制定的法律**。然而事實上，在決定申請「原住民族傳統智慧創作專用權」之前，奇美部落內部也有許多猶疑、討論與辯論。首先，法律的形式與價值與原住民文化的邏輯與價值畢竟還是非常不同，即便「**原住民族傳統智慧創作保護條例**」在法律界甚至也算是一部試圖翻譯、用法律的形式**要求大家懂得尊重原住民族集體價值的法律**。但我們要不要進入那樣的遊戲規則？法律會不會形成另一個牢籠？初期我們也有所疑惑。但後來大家因為深切意識到外界許多力量已經侵門踏戶、大刺刺毫不尊重部落文化主權，任意以歪曲不正確的方式取用我們的樂舞文化，所以決定申請「原住民族傳統智慧創作專用權」。並且經過一個困難的過程，終於通過取得專用權¹¹³。

當然，向國家申請登記傳統智慧創作的專用權，並在登記程序時進行翻譯、協商，是一種原住民族面對國家控制及主流文化強勢入侵的回應方式，但本文也要強調這不是唯一一種方式。對原創條例及登記仍有疑慮的部落，能選擇不去登記，拒絕國家法律及登記制度，而改採取習慣法、秘密保存或其他方式來保障自己的傳統智慧。這種選擇性，也如同 Bhabha 所形容的：弱勢文化有兩種方式可以反抗殖民者的體制，一是以實際的行動，與殖民者的論述進行協商和翻譯；另一個是拒絕殖民者的體制，避免進入它的體制中¹¹⁴。現行法就原住民族傳統智慧創作採登記保護主義，讓原住民族選擇是否

¹¹³ 奇美部落2018年8月12日，針對原民會所屬舞團，未經授權展演已經取得專用權的奇美部落勇士舞事件，在官方Facebook網頁做出聲明：奇美部落，https://www.facebook.com/kiwit01/posts/1870205436352067:0?__tn__=K-R（最後瀏覽日：12/18/2020）。粗體為本文作者所加。

¹¹⁴ MOORE-GILBERT, *supra* note 56, at 131-132.

登記自己的傳統智慧創作取得專用權，也留給原住民族選擇是否進入國家法律系統的空間。

截至本文寫作完成時，原住民族傳統智慧創作的申請案件，已有 74 件通過原民會審查，取得專用權¹¹⁵。以下第肆部分，本文就願意進入登記制度的原住民族申請案件，進行更進一步的分析。觀察 Bhabha 之「作為混雜性的文化」概念，如何在原創條例中被承認，又在原住民族的登記行動中豐富地體現出來。

肆、混雜性的「國家承認」與「原住民族行動」

原創條例規定了原住民族取得傳統智慧創作專用權的程序。原創條例第 4 條採取的是登記保護主義：「智慧創作應經主管機關認定並登記，始受本條例之保護。」申請登記的方式則是先依照同法第 6 條，「智慧創作申請人應備具申請書、說明書、必要圖樣、照片等相關文件或提供視聽創作物，向主管機關申請登記。前項申請人以原住民族或部落為限，並應選任代表人為之……」。再依第 7 條第 1 款：「智慧創作經認定屬於申請人者，應准予登記，並自登記之日起，由申請人取得智慧創作專用權。」

原創條例另將智慧創作的認定標準¹¹⁶、選任代表人的方法¹¹⁷、智慧創作的申請、登記、證書核發¹¹⁸等施行項目，授權原創條例主管機關原民會訂定，故原民會訂定了原創條例的施行細則——「原住民族傳統智慧創作實施辦法」（下稱「實施辦法」）。另外，部落為了申請登記傳統智慧創作，必須

¹¹⁵ 原住民族傳統智慧創作專用權的查詢與公告，參原住民族委員會，原住民族傳統智慧創作保護資訊網，<https://www.titc.apc.gov.tw/>（最後瀏覽日：12/18/2020）。

¹¹⁶ 原創條例第4條第2項：「……智慧創作之認定標準，由主管機關定之。」

¹¹⁷ 原創條例第6條第2項後段：「其代表人之選任辦法，由主管機關定之。」

¹¹⁸ 原創條例第9條第4項：「智慧創作之申請、登記、證書之核發、換發、註銷及認證標記之授與、撤銷、廢止辦法，由主管機關定之。」

撰寫「智慧創作申請書」、「智慧創作說明書」及其他申請資料（如圖樣、照片、影片），來佐證或補充文字說明。

本文認為，以上這個法律、行政命令、與申請者的行動所形成的登記制度，部分回應了傳統智慧創作的混雜性現象，並且成為原住民族展現文化混雜性、與國家文化協商、翻譯的平台。第肆章將分為兩節，就法律形成的制度（含原創條例、實施辦法及國家核發專用權之傳統智慧創作種類），如何回應混雜性的事實態樣在第一節詳述（參第一節），原住民族撰寫的智慧創作說明書如何進行協商和翻譯等混雜性行動策略，則在第二節進行分析。

一、國家制度承認混雜性事實

（一）原創條例制度嘗試回應文化混雜性

現今法律已試圖做一些「非二元對立」的調整，希望能多涵蓋傳統智慧創作的整體文化價值，以強調動態多元的方式來定義原住民族傳統智慧創作。本文先進行法規部分之檢視。

1. 法律嘗試定義混雜的傳統智慧創作

「原住民族傳統智慧創作」根據原創條例第 3 條，定義為「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。」原創條例針對混雜的原住民族文化，不提出單一定義，改選擇採取例示方式，來指出一些大家原本較熟悉的創作分類，如雕塑、音樂、編織等等，但再加上「其他文化成果之表達」來擴增其範圍；好使不能被法律事前指稱的文化表現，藉著「文化成果之表達」，仍然有彈性通過個案審查，進入法律的保護體系。

在國際上，2017 年聯合國世界智慧財產權組織（下稱「WIPO」）提出之 The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles, Rev.2（保護傳統文化表現形式：條款草案，協調人第二次修訂稿），試圖以國際條約草案，來尋求會員國對保護傳統智慧創作的共識，可惜至今未能得到多國共識。不過，其中第 2 條就提出兩個版本，嘗試更正面來定義傳統智慧創作，

並希望在定義中能包含多樣化、變動的原住民族或在地社群的文化，雖非原創條例的體例，但該條文顯見目前最新的國際條約草案發展也是承認混雜性事實的，值得參考。其定義如下：

傳統智慧創作（traditional cultural expressions）係指任何〔藝術和文學〕¹¹⁹、〔其他創意和精神〕、〔創意和文學或藝術〕的表達，不論是物質形式還是非物質形式，或者物質形式與非物質形式的組合，例如動作、物質、音樂和聲音、語言和文字〔及其改編作品〕，**無論其以何種形式體現、表達或說明**〔可能存在於書面/經過整理的、口頭的或其他形式〕，由原住民〔民族〕和在地社區集體〔創造〕／〔產生〕、表達和延續的；是原住民〔民族〕和在地社區的文化〔和〕／〔或〕社會認同和文化遺產的獨特產物和／或與之有直接關聯；且代代相傳的，**無論是否連續。傳統智慧創作可能是動態、不斷演變的**¹²⁰。

而替代項提供另一種定義選擇：「傳統智慧創作包括各種動態的形式，在傳統文化中創造、表達和表現，是原住民在地社區和其他受益人集體的文化與社會認同的組成部分。¹²¹」

¹¹⁹ 由於此條款仍是草案，WIPO 標示〔〕時，表示提供不同文字選項供會員國協商、談判。

¹²⁰ WIPO, *The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles, Rev.2*, art. 2, WIPO/GRTKF/IC/34/6 (2017). 英文版原文為：“Traditional cultural expression means any form of [artistic and literary], [other creative, and spiritual,] [creative and literary or artistic] expression, tangible or intangible, or a combination thereof, such as actions, materials, music and sound, verbal and written [and their adaptations], regardless of the form in which it is embodied, expressed or illustrated [which may subsist in written/codified, oral or other forms], that are [created]/[generated], expressed and maintained, in a collective context, by indigenous [peoples] and local communities; that are the unique product of and/or directly linked with and the cultural [and]/[or] social identity and cultural heritage of indigenous [peoples] and local communities; and that are transmitted from generation to generation, whether consecutively or not. Traditional cultural expressions may be dynamic and evolving.” 中文翻譯之粗體為本文所加。

¹²¹ *Id.* art. 2. 英文版原文為：“Traditional cultural expressions comprise the various dynamic forms which are created, expressed, or manifested in traditional cultures and

由上述定義可知，法律不如原創條例反對者所推想的如此無法應變現實，不論原創條例或國際條約草案都體認到文化混雜性的事實。尤其國際條約草案中嘗試定義混雜性的傳統智慧創作時，與文化混雜性相關的形容詞彙幾乎都出現了，包含：（1）表達方式上可以是「物質形式還是非物質形式，或者物質形式與非物質形式的組合」，「無論其以何種形式體現、表達或說明」；（2）在時間上「代代相傳，無論是否連續」；（3）因為與其他群體交流協商，所以「可能是動態、不斷演變的」。

2. 實施辦法嘗試回應文化混雜性

延續原創條例的定義，在實施辦法中，也可以找到試圖承認文化混雜性的軌跡。實施辦法第2條，除了就原創條例第3條所例示之各類型的智慧創作給予定義，更在第2項規定「智慧創作之種類，申請人得擇一或合併不同種類申請登記，亦得僅申請登記其結合性文化成果表達中之一部。」這與前一節的國際條約草案的預設相似，希望能提供較為彈性的方式，使申請人自行決定申請範圍，可以擇一或合併不同種類的智慧創作，回應原住民文化難以以西方創作標準進行分類、或難以定義的情形，另外也准予申請人僅申請結合性文化成果表達之中的一部。在申請實務上，原住民族合併或分離文化表現種類來申請的情形非常多，如已核准登記的魯凱族達魯瑪克部落takeakeala雕像，只有一個專用權標的，卻涵蓋了宗教祭儀、雕塑、圖案、其他文化成果表達共4個種類的智慧創作¹²²。又例如賽德克族將在同一祭典上演唱的傳統祭典舞歌ekaibe（一起來跳舞）¹²³、siyo siyo sii／siyo siyo siey／siyo siyo sii（你能，我能，你看）¹²⁴等祭典歌謠，分開成不同的申請標的，

are integral to the collective cultural and social identities of the indigenous local communities and other beneficiaries.”

¹²² 參魯凱族達魯瑪克部落（05/30/2016），《takeakeala雕像之原住民族智慧創作申請書》，頁1，https://www.titic.apc.gov.tw/order?order_id=196（最後瀏覽日：12/18/2020）。

¹²³ 賽德克族（10/28/2015），《ekaibe（一起來跳舞）之原住民族智慧創作申請書》，https://www.titic.apc.gov.tw/order?order_id=314（最後瀏覽日：12/18/2020）。

¹²⁴ 賽德克族（10/28/2015），《siyo siyo sii／siyo siyo siey／siyo siyo sii（你能，

申請種類指定為「歌曲」和「舞蹈」，而沒有將整個傳統祭典視為一個標的申請。

接下來，實施辦法第 11 條規定，「智慧創作說明書應載明下列事項：……智慧創作之歷史意義、現存利用方式及未來發展。」保護標的雖然是「傳統智慧創作」，但說明書上應記載事項裡的「傳統」，並非只是描繪「過去」，相反的，該文化的「現在」和「未來」，在法律評價上也同等重要。這項規定使得許多申請書詳實記載文化的變化，因為申請人不會需要證明自己的文化是不變的過去、或者隔絕的過去，才獲得保護。例如已取得專用權的噶瑪蘭族「女子禮裙」的申請說明書中，直接承認傳統女子禮裙的樣式，早已不復族人記憶，所申請的標的乃是族人後來經由標本復織、重建的「傳統」¹²⁵。其申請說明書中「歷史意義」說明欄，也記載其他族群的交流混合：「從新娘禮裙中，亦可看出噶瑪蘭族與其他族群間的交流，如：玻璃珠、鈴鐺、瑪瑙，應是與外族交換（以物易物）所取得的材料。」¹²⁶

再者，實施辦法第 23 條：「認定智慧創作時，應參考下列基準：……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。」此條雖然仍強調受保護的智慧創作應有一定程度的世代相傳特性，但存在時間的長度不是一定需要多麼久遠，也不應該是代代相傳後完全不變。此條主要是規定申請人在申請時，必須對智慧創作還有管領和利用的事實，才有作為申請人之資格。例如，邵族的「非儀式性杵音」的產生年代始於日治時期，並不是大家想像中誕生於久遠以前的傳統文化，但也符合世代相傳的歷史性規定，通過核准取得專用權¹²⁷。

我能，你看）之原住民族傳統智慧創作申請書》，https://www.titic.apc.gov.tw/order?order_id=85（最後瀏覽日：12/18/2020）。

¹²⁵ 噶瑪蘭族（05/11/2016），《tibay（女子禮裙）之原住民族智慧創作說明書》，頁5，https://www.titic.apc.gov.tw/order?order_id=181（最後瀏覽日：12/18/2020）。

¹²⁶ 噶瑪蘭族，前揭註125，頁5。

¹²⁷ 邵族（10/28/2015），《Mashtatun邵族儀式性杵音／音樂、Mashbabiar邵族非儀式性杵音與Izakua歌謠／音樂、歌曲、taturtur長木杵／雕塑之原住民族智慧創作說明書》，頁11、14，https://www.titic.apc.gov.tw/order?order_id=83（最後瀏覽

另外值得一提的是，實施辦法的制定與實行，與其他行政命令的制定相當不同。鮮少外國立法例可參考的原創條例¹²⁸，於 2007 年公布施行後，遲遲未能制定施行子法，因此原住民族也無法登記專用權。直到 2011 年，原民會開始推動「原住民族傳統智慧創作保護試辦計畫」，共有代表 12 個臺灣原住民族¹²⁹的 14 個民族、部落、家族，在還沒有施行辦法前，先進行「模擬」的試辦登記與專用權申請，藉這些團體模擬申請的經驗及意見，使原民會得以確保未來訂定實施辦法的可行性。試辦計畫測試了原住民族申請程序過程會遇到的問題，如部落如何進行集體討論來同意申請標的的範圍、或申請程序中可能需要的政府資源等等，也驗證實施辦法草案中申請標的的範圍、要件、期日期間是否合宜¹³⁰。各部落積極加入模擬試辦計畫，可以說是

日：12/18/2020）。

¹²⁸ 依立法當時行政院所提之草案總說明，所參考的規範均僅有原則性宣示的法律文件，包含：（一）聯合國人權委員會所提「保護原住民遺產報告書及其附件：保護原住民遺產之原則及準則」第3條：「原住民有權擁有、享有、並解釋其傳統文化。」（二）聯合國原住民族權利宣言第12條（草案版）：「原住民有權遵循和振興其文化傳統和習俗。包括有權保存、保護和發展其文化的就有、現有和未來的形式，例如考古和歷史遺址、人工製品、圖案設計、典禮儀式、技術、觀賞藝術和表演藝術，有權收回未經他們自由和知情同意或違反其法律、傳統和習俗而奪走之文化、知識、宗教、精神財產。」、第29條（草案版）：「原住民對其文化和智慧財產的全部所有權、控制權和保護權應得到承認。原住民有權採取特別措施、發展和保護自己的科學、技術和文化表現形式，包括……口授傳統、文學、圖案、觀賞藝術和表演藝術。」（三）聯合國教科文組織及世界智慧權組織「開發中國家著作權突尼斯模範法」擴大著作權保護範圍的原則，如存續期間的例外，民俗著作不以固著為要件、引進著作人格權防止損壞、汙辱民俗著作。參：立法院議案關係文書（2005），《院總第1722號 政府提案第10043號》，頁政52-53，<https://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lgmeetimage?cfc9cfcecfcdcfcec5cccc8d2cccbcb>（最後瀏覽日：12/18/2020）。

¹²⁹ 共有阿美族、泰雅族、排灣族、布農族、魯凱族、鄒族、雅美族、邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族、撒奇萊雅族、賽德克族參與。參：黃居正、邱盈翠（2015），〈台灣原住民族集體同意權之規範與實踐〉，《臺灣民主季刊》，12卷3期，頁66。

¹³⁰ 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作業手冊》，頁17，原住民族委員會。

動。或許這也是為什麼後來實施辦法的條文，能部分回應原住民族傳統智慧的文化混雜性的原因之一。

原創條例及其實施辦法開始回應傳統智慧創作的混雜性，因此原住民族提出的申請說明書，應該能敘述其文化的真實樣貌，不須為了得到權利，而違背事實，主張智慧創作是從未改變過、或與其他文化隔絕的傳統。下一節本文將舉例一些忠實展現傳統文化的混雜性的智慧創作說明書，它們均已審核通過，獲得專用權。

（二）持續變動的混雜性傳統亦可授予專用權

本節從國家核准傳統智慧創作登記的結果觀察，主管機關確實核准了不少非典型的、混雜性的「傳統」之專用權申請，包含「近期」的傳統、失傳後又重建的傳統、多版本的傳統、與其他部落混雜的傳統；這些申請標的，挑戰了過去對「傳統文化」的想像。從目前審查的結果來看，法律並非只會承認「隔絕的、不變的」傳統。另外需要注意的是，本節雖從國家承認混雜性事實的角度來整理申請書、說明書，但也不能忽略部落的申請行動，已表現了混雜性的行動面向。部落或民族自主選擇登記這些非典型的傳統，藉由書寫自己的傳統、獲得權利來滲透國家原先的線性時間及歷史敘事；少數群體可以開始加入撰寫歷史及國家檔案的行列，盡量不被已固定的、主流文化所給定的「過去」限制住¹³¹；藉由登記過去被否定的知識，漸漸進入主流法律論述，以利鬆動主流文化敘事的權威基礎¹³²。以下就來分析這些已登記之「傳統」智慧創作。

¹³¹ BHABHA, *supra* note 69, at 219.

¹³² *Id.* at 114.

1. 近期的傳統

目前所通過的 74 件申請案中，可以找到一些「近期的傳統」。例如，邵族通過申請的「杵音」，包含儀式性杵音 Mashtatun 及非儀式性的杵音 Mashbabiari 兩種。其中非儀式性杵音，在其智慧創作說明書中是這樣敘述：「邵族 Mashbabiari 是由 Mashtatun 演變而來。日治時期，日本人興建發電廠工程前，當時的邵族族人大多居於 Lalu 及東南側的 Taringuan 部落一帶。因日本人常來日月潭旅遊，聽到邵族美妙杵音，因而要求邵族族人表演給觀光旅客欣賞，邵族族人因此得到經濟收入。從那時起，Mashbabiari 成為邵族的重要經濟活動。¹³³」由此可知，非儀式性杵音是非常晚近才出現的「傳統」，而且是因為觀光目的，才從儀式性杵音改編、發明出來的傳統，與一般人想像中的傳統差距不小，但由於仍符合原創條例實施辦法中「世代相傳」的歷史性要件，取得了專用權。

另外，噶瑪蘭族的 kisaiz 儀式依過去的記載及耆老的記憶，是一種治病儀式，但 1950 年代以後已經完全停止舉行¹³⁴。後來，噶瑪蘭族在爭取正名的過程中，找回 kisaiz 儀式，並把它從過去的除瘟祭改編成「樂舞」，賦予它當代政治與認同展演的新意義，使它成為代表噶瑪蘭族文化的最重要的表演¹³⁵。智慧創作說明書中噶瑪蘭族如此敘述這個樂舞儀式：「kisaiz 儀式……隨著時代變遷及醫療進步，許多與治病儀式相關的祭典已不再舉行，然而新社部落的噶瑪蘭族則會以 kisaiz 祭典中部分的歌舞對外進行展演，藉此向外界展現族群的文化特性，自 1987 年起，新社部落的族人將傳統的 kisaiz 儀

¹³³ 邵族，前揭註127，頁12。

¹³⁴ 噶瑪蘭族（10/27/2015），〈kisaiz（除瘟祭）樂舞之原住民族智慧創作說明書〉，頁8，https://www.titic.apc.gov.tw/order?order_id=180（最後瀏覽日：12/18/2020）。

¹³⁵ 劉璧榛（2014），〈從祭儀到劇場、文創與文化資產：國家轉變中的噶瑪蘭族與北部阿美之性別與巫信仰〉，《考古人類學刊》，80期，頁156-157；劉璧榛（2010），〈從kisaiz成巫治病儀式到當代劇場展演：噶瑪蘭的女性巫師權力與族群性協商〉，胡台麗、劉璧榛（主編），《台灣原住民巫師與儀式展演》，頁531-532，中央研究院民族學研究所。

式改編為樂舞展演形式，作為噶瑪蘭族群文化的展現方式」¹³⁶。此外，說明書中也列出改編為樂舞的 kisaiz 的各次重要的表演地點及活動名稱¹³⁷。由說明書的記載可知，Kisaiz 改編為樂舞的表現形式，比起邵族的非儀式性杵音，甚至是更晚近才出現的——最早只能溯及至 1987 年開始。然而，這種為了表彰自己文化傳統、對外訴求正名時才被重新改編的傳統，仍然獲得承認，成功取得專用權。因此，文化是否原始、不變、或古老，都不是原創條例所要求的「傳統」要件，主要是必須強調「現在」與過去的傳統如何連結。

2. 失傳後又重建的傳統

除了上述因為表演需求而改變形態的「傳統」，也有許多是根本已消失、但又經部落努力後，以現代科技重建的「傳統」獲得專用權。例如，獲得專用權的魯凱族達魯瑪克部落入口處 takeakeala 雕像是最近重建過的，過去的模樣究竟是什麼，已經非常模糊。智慧創作說明書上記載：「歷史脈絡下的 takeakeala 雕像……現今部落族人印象中之確切整體形象相當薄弱及有限，僅能透過少數年邁耆老口述以及黑澤隆朝相關著作得以了解」¹³⁸。達魯瑪克部落在考察文獻及凝聚部落共識後，連重建雕像的工具、手法也從傳統的手工轉向機器製作：「現今標的造形產生之緣由，係依族人過去記憶及相關圖像文獻……並經共識討論後，由部落族人潘明定重製，而過去雕像製作方式係以手工打造，現今因時代轉變，多為專業機器及工具所製，圖像呈現較為完美。¹³⁹」

原住民族傳統智慧創作在失傳後，依照被「標本化」的物件或書面紀錄重建，最後重新融入部落文化後，再進一步依據原創條例取得專用權的故事不少。以下 2 個噶瑪蘭族傳統智慧創作的例子，和達魯瑪克部落相較，他們連族人、耆老們的些微記憶都徹底消失了，可以說是完全是依歷史標本或檔案重建的。

¹³⁶ 噶瑪蘭族，前揭註134，頁7。

¹³⁷ 噶瑪蘭族，前揭註134，頁7。

¹³⁸ 魯凱族達魯瑪克部落，前揭註122，頁6。

¹³⁹ 魯凱族達魯瑪克部落，前揭註122，頁4。

噶瑪蘭族的 tibay 女子禮裙，在其智慧創作說明書中直接自承：「當代噶瑪蘭族人並無新娘禮服的記憶，但自清代文獻及國外博物館的藏品記錄中，皆曾提及此套華麗的服飾¹⁴⁰」但「當代噶瑪蘭族人積極延續傳統，例如：江鳳蓮（花蓮縣新城鄉加禮宛人）、偕淑月（花蓮縣豐濱鄉新社人）以臺灣大學胡家瑜老師處取得之樣本，復原紋樣與織法，成功地複製噶瑪蘭族傳統女子盛裝禮服，藉以理解祖先之編織技藝與技術。¹⁴¹」2013 年起，噶瑪蘭族婦女在豐年祭時，會穿上這套女子禮裙¹⁴²，以表彰噶瑪蘭的身分認同。

另外，噶瑪蘭族的木雕圖紋 temiqal 也是從部落已無人能辨識，到重建、典藏並取得專用權：「噶瑪蘭族木雕圖紋之傳統智慧創作專用權，為早年日籍人類學家所收藏於博物館及研究單位內之標本，後經本族文化復振工作之推動，由新社部落噶瑪蘭族人至實地參訪接觸收藏品後，依翻拍相片複製、還原於新社香蕉絲工坊及工藝之家內典藏，乃今後噶瑪蘭族人全體共享之傳統智慧創作結晶。¹⁴³」現在噶瑪蘭族人會將木雕的圖紋轉印在布上，作為活動旗，「作為噶瑪蘭族人發展族群認同之圖騰象徵符號」¹⁴⁴。

噶瑪蘭的新娘禮裙和木雕圖紋從族群歷史上再度出現，是為了展演自己的文化，表彰在現代國家下的身分特殊性，噶瑪蘭人藉由重塑傳統、展演、登記專用權，「與轉變中的當代國家進行動態協商，並藉此得以確立其原住民族文化公民的新身分。¹⁴⁵」這種動態協商中的傳統也獲得原創條例承認。

3. 多版本的傳統

原創條例可以將專用權賦予持續變動、古今混雜、甚至多版本的傳統。以已獲得專用權的特富野社歷史頌為例，本身就是在敘述鄒族的歷史傳統，在智慧創作說明書中，特富野社說明：「祭歌內容都是祖先留下來的，是祖

¹⁴⁰ 噶瑪蘭族，前揭註125，頁5。

¹⁴¹ 噶瑪蘭族，前揭註125，頁7。

¹⁴² 噶瑪蘭族，前揭註125，頁7。

¹⁴³ 噶瑪蘭族（10/27/2015），《木雕圖紋temiqal之原住民族智慧創作說明書》，頁4，https://www.titic.apc.gov.tw/order?order_id=124（最後瀏覽日：12/18/2020）。

¹⁴⁴ 噶瑪蘭族，前揭註143，頁6。

¹⁴⁵ 劉璧榛（2010），前揭註135，頁506。

先走過的路，是一個族群之所以存在、綿延的軌跡。」正因為歷史頌代表的是部落生活的軌跡，所以會「隨時代事蹟不斷增加其頌詞內容。¹⁴⁶」

另外，因為「頌詞內容各自代表不同的家族遷移過程，以及各家族共聚於特富野社後所發生的一些史事」¹⁴⁷，所以「頌詞版本多樣，使用及記憶上呈現特殊化及片面化」¹⁴⁸，目前特富野社各主要家族都有自己的頌詞版本。

過去的歷史頌頌詞是用古鄒語演唱。古鄒語的部分擁有多意義特質：「具多意義性、象徵性本質，語音多存古語或是隱晦式的語境表現，難懂其真正詞意，故不輕易更改」¹⁴⁹。但由於古鄒語已經漸漸難以為族人理解，所以，「為傳承其涵義，現今鄒族特富野社除了傳統的古老頌詞之外，也將非平常性語彙古鄒語的部分，今匯聚部落耆老的智慧重新編整出現代所見之 tohpxngx 頌詞（古語結合現代詞彙），才將此流傳久遠的族群記憶再次呈現，並賦予新的傳統意義和力量。¹⁵⁰」現在演唱的方式是在古鄒語頌詞中，再加入今譯頌詞¹⁵¹，成為結合「傳統」與「現代」——或者更應該說是打破傳統和現代邊界——的頌詞。

最後，雖然鄒族特富野社的說明書中已記載了歷史頌的曲調樂譜、及五份不同的頌詞版本，但說明書仍強調旋律和音調都隨著祭典氛圍會有所改變，也說明頌詞「因隨著時代不斷的演進，各家族所立之功績會依時空條件而有所不同，故形成其頌詞的語彙與功績內容不斷添加或調整」¹⁵²，保持申請標的未來繼續變動的可能性。

由上述特富野社歷史頌的例子可知，原創條例承認多元版本、持續變動的傳統；特富野社也不會因為登記、取得專用權，就讓文化停止變動，他們

¹⁴⁶ 鄒族特富野社（10/27/2015），《tohpxngx（歷史頌）之智慧創作說明書》，頁4，https://www.titc.apc.gov.tw/order?order_id=204（最後瀏覽日：12/18/2020）。

¹⁴⁷ 鄒族特富野社，前揭註146，頁4。

¹⁴⁸ 鄒族特富野社，前揭註146，頁6。

¹⁴⁹ 鄒族特富野社，前揭註146，頁4。

¹⁵⁰ 鄒族特富野社，前揭註146，頁9。

¹⁵¹ 鄒族特富野社，前揭註146，頁7。

¹⁵² 鄒族特富野社，前揭註146，頁9。

反而事先在申請書中強調，歷史頒代表部落各時代的事蹟，日後傳統智慧創作一定還會持續變動。

4. 與其他部落交流、混雜的傳統

本文第貳章摘錄之林開世教授質疑原創條例的理由，其一就是以許多部落的編織風格會互相模仿融合為例，主張法律可能無法處理所有權歸屬的問題。然而賽德克族已有一系列的織紋取得專用權，專用權說明書中也面對了部落或鄰近民族間互相模仿，權利如何界定的問題。

賽德克族的 cnuru／cnuru／snuru（斜織紋）認為有許多織紋可能與泰雅族及太魯閣族的應用相似，因此在權利範圍上，部分聲明不專用。專用權說明書中表示：「在本智慧創作之文化意涵及歷史源流，在泛紋面族群中有許多相同之處，目前在文化流動尚無考證界定先後時，cnuru／cnuru／snuru 在專用權內應不排除泰雅族及太魯閣族在編織上之使用。¹⁵³」其他賽德克族織紋，如 pala(pacang) doriq／pala(capang) doriq／pala(pacang) dowriq（此織紋未有適合之中文翻譯）¹⁵⁴、pala bale(paru)／pala paru／pala balay(paru)¹⁵⁵（賽德克族傳統兩條對稱織紋）、pala pungu（賽德克族傳統披肩）¹⁵⁶的權利範圍，同樣也聲明不排除泰雅族及太魯閣族使用。賽德克族聲明對某些民族不專用後，國家即賦予權利，表示原創條例的運作，是理解這些文化間互

¹⁵³ 賽德克族（03/21/2017），《cnuru／cnuru／snuru（斜織紋）之原住民族智慧創作申請書》，頁2，https://www.titic.apc.gov.tw/order?order_id=305（最後瀏覽日：12/18/2020）。

¹⁵⁴ 賽德克族（03/21/2017），《「pala(pacang) doriq／pala(capang)doriq／pala(pacang) dowriq」之原住民族智慧創作申請書》，頁2，https://www.titic.apc.gov.tw/order?order_id=304（最後瀏覽日：12/18/2020）；賽德克族（04/26/2016），《pala bale(paru)／pala paru／pala balay(paru)（賽德克族傳統兩條對稱織紋）之原住民族智慧創作申請書》，頁2，https://www.titic.apc.gov.tw/order?order_id=291（最後瀏覽日：12/18/2020）。

¹⁵⁵ 賽德克族（04/26/2016），前揭註154，頁2。

¹⁵⁶ 賽德克族（04/26/2016），《pala pungu（賽德克族傳統披肩）之原住民族智慧創作申請書》，頁2，https://www.titic.apc.gov.tw/order?order_id=290（最後瀏覽日：12/18/2020）。

相採借的混雜性事實的；這樣的混雜性事實，藉由智慧財產權原有的「聲明不專用」法律技術（如商標法第 29 條第 3 項¹⁵⁷），即可同時賦予權利、並界定專用範圍。

另外，上述斜織紋的專用權說明書上，是如此形容保存斜織紋工藝的陶賽部落：

「今日陶塞（山里）族人先輩大部分是於民國 29 年從陶塞流域（現今太魯閣國家公園中的迴頭彎地帶）遷徙過來，因遷徙的歷史經驗於部落內常被傳誦，因此當地人又自稱為『Alang Tawsay』（陶塞部落）。陶塞部落因東遷的經驗，特別是以搭火車遷徙的特殊記憶。其在編織工藝上，除了受到沿途部落的影響之外，大部分仍保存陶塞舊部落的技藝與圖紋，也因此凝聚了 Tuda 原有的族群意識。¹⁵⁸」

這段申請書說明中，可以看出近代部落遷徙、變動的歷史被寫進了專用權說明書中，近代原住民族遷徙的交通工具也不如大家所想像的「傳統」，而是所謂「現代化」後才有的火車，可見陶賽部落在現居的落腳的歷史並不長久。部落遷徙過程中，也採擷了沿途部落的智慧，造就現在被法律承認的斜織紋專用權。賽德克族這一路的混雜性脈絡，不論是部落的遷徙重組，或發生於近代的、文化上的交流模仿，都被專用權說明書一一記載下來，被法律賦予權利——但同時法律也不排除陶賽部落交流混雜過的其他部落，來申請其傳統智慧創作的權利。

以上這些智慧創作說明書，如實記載其混雜性事實，而仍得到專用權的情形，逐漸也將影響國家對傳統文化的概念，是突破對「族群」、「文化」本質化定義的契機。

¹⁵⁷ 商標法第 29 條第 3 項：「商標圖樣中包含不具識別性部分，且有致商標權範圍產生疑義之虞，申請人應聲明該部分不在專用之列；未為不專用之聲明者，不得註冊。」

¹⁵⁸ 賽德克族，前揭註 153，頁 4。

二、原住民族展現混雜性行動

本節將觀察原住民族藉著申請登記所展現的文化混雜性策略功能，尤以協商與翻譯兩者為中心。依據原創條例，部落或民族一方面藉由登記取得傳統智慧創作的專用權後，可防止其他人任意扭曲、剽竊文化財產，重新取得文化詮釋的控制權；另一方面，原住民族或部落在進行登記時，就已可藉著登記程序的各種書表附件，修正過去錯誤的國家檔案資料，與國家的訓導式敘述進行協商，並由自己撰寫的申請說明書，自己翻譯、論述其混雜的傳統，確認原住民族的主權及文化主體。

以下第（一）點，本文先以原創條例施行後，第一批通過國家核准登記的7件申請說明書為例，觀察提出申請的原住民族，如何與政府檔案及人類學研究對話協商。這些申請書內容，均充分顯現出與這些檔案研究對話的意願。另外，登記時申請人充分利用數位科技重現傳統文化，鬆動傳統與現代、口傳與書面截然二分的現象，申請書成為結合文字、圖說、影音、樣本的混合文件，來「翻譯」傳統智慧創作的「原作」，將在第（二）點進行討論。

（一）與官方殖民檔案及學術研究進行文化協商

邱盈翠與排灣族巴格達外家族的包梅芳、達比利決·阿利夫，主張原住民族決定向國家登記其傳統智慧創作，經常是為了建立原住民族觀點的敘述，要求國家聆聽，並與國家協商和確認文化的主體性和詮釋權。他們以排灣族的頭目家族巴格達外家族申請登記其傳統智慧創作為例，說明申請登記的動機是「確立自身物質文化物件與非物質文化敘述被『符合身分』者加以『正確』詮釋之需求，係部落傳統組織崩解後，維繫家族共同記憶與主體尊嚴的重要取徑，亦是家族成員的生命想望。¹⁵⁹」這樣的動機如同第參章已介

¹⁵⁹ 邱盈翠、包梅芳、達比利決·阿利夫（2015），〈「原住民族傳統智慧創作保護條例」與身分性文化敘述：排灣族巴格達外（Pakedavai）家族之實踐〉，《台灣原住民族研究季刊》，8卷1期，頁5。原文之「符合身分」與「正確」為單引號，本文因行文需要改雙引號。

紹過的文化混雜性行動策略：少數群體藉混雜性的文化表現，改變殖民的論述，使得原本被否定的知識可以進入到主流的論述，搖動主流權威的基礎¹⁶⁰。

從原創條例施行後第一批取得專用權的申請說明書中，也確實發現原住民族藉著登記傳統智慧創作，欲建立自己的敘述觀點，並對殖民政府官方檔案或人類學家的研究進行引用、對話及修正，藉此確立並凝聚民族、部落或家族的共同記憶。最早一批通過國家核准登記的 7 件申請案由 2 個部落與 2 個原住民族提出，分別為阿美族馬太鞍部落、鄒族特富野社、賽德克族、邵族。7 件獲准登記的傳統智慧創作，依申請人選定的名稱，均採族語與中文並行，分別是：（1）馬太鞍部落男性傳統服飾：五片流蘇裙（O fohkad i ilisinin no Fata'an a niyaro'）、（2）馬太鞍部落部落領袖大禮冠盤帽（O pakowawan no Sapalengaw no Fata'an a niyaro'）、（3）馬太鞍部落 Palakaw（巴拉告傳統捕魚技藝工法）、（4）鄒族特富野社 tohpxngx（歷史頌）、（5）鄒族 yxsx no cou 男女傳統服飾、（6）賽德克族 sapah cbiyaw／sapah cbeyo／sapah sbiyaw 傳統家屋（構造形式、外型特徵、室內格局）、（7）邵族的 Mashtatun（儀式性杵音）、Mashbabiari（非儀式性杵音）與 Izakua 歌謠、taturtur 長木杵。以下本文以申請的部落與民族為單位，來看第一批取得專用權的智慧創作說明書，恰巧 4 個申請團體展現 4 種不同種類的協商風格。

1. 阿美族馬太鞍部落：引用人類學文獻

馬太鞍部落申請登記 3 項傳統智慧創作（五片流蘇裙、部落領袖大禮冠盤帽、巴拉告捕魚技法），3 項都通過審查取得專用權。馬太鞍部落的申請順利，據申請人說法，有一部分是因為人類學調查已留下書面文獻，而且這些書面文獻與馬太鞍部落的口傳歷史與申請書中的主張相符合，故部落選擇在申請時作為證據引用¹⁶¹。

¹⁶⁰ BHABHA, *supra* note 69, at 114.

¹⁶¹ 馬太鞍部落申請智慧創作的代表人 Lalan Unak（蔡義昌），在電視訪談中如此表示。參：原住民族電視臺（03/02/2018），〈東海岸之聲第 205 集 7 項原創獲專用權 保障族群傳統智慧〉，YouTube，https://www.youtube.com/watch?v=cHLni_VcZes（最後瀏覽日：12/18/2020）。

馬太鞍部落在申請登記五片流蘇裙的說明書中，引用臺灣總督府 1914 年的《蕃族調查報告》¹⁶²、及人類學家李亦園 1962 年所寫的《馬太安阿美族的物質文化》¹⁶³¹⁶⁴。在部落領袖的大禮冠盤帽申請說明書裡，除引用《馬太安阿美族的物質文化》¹⁶⁵一書¹⁶⁶，由於中研院民族所已經直接收藏 66 任部落領袖的大禮冠盤帽，申請書上還直接附上中研院該「標本」的照片、及中研院民族所的標本編號¹⁶⁷。至於捕魚技法巴拉告的申請書，則引 1960 年丘其謙的《馬太安阿美族的漁撈生活》¹⁶⁸裡所記載的報導人敘述，證明馬太鞍是阿美族裡唯一使用巴拉告方式捕魚的部落¹⁶⁹。

馬太鞍申請登記智慧創作的代表人 Lalan Unak 受訪時，拿出厚厚一疊人類學田野資料，表示部落裡還多次開讀書會來閱讀這些研究，不過，他認為這不表示部落只是受制於外人研究的檔案資料；相反的，原住民族引用學術研究，應該視為其對外人調查研究的事後認可；如果經過部落集體閱讀討論後，還是在申請書中引用、同意某些學術調查的資料，應該解釋成部落認為這些資料仍符合事實，是部落賦予這些學術研究可信度¹⁷⁰。

¹⁶² 臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會（著），中央研究院民族學研究所（編譯）（2009），《蕃族調查報告書（第二冊）阿美族奇密社、太巴塢社、馬太鞍社、海岸蕃》，頁185-186，中央研究院民族學研究所。

¹⁶³ 李亦園（1962），《馬太安阿美族的物質文化》，頁97-130，中央研究院民族學研究所。

¹⁶⁴ 馬太鞍部落（04/25/2016），《馬太鞍（Fata'an）部落男性傳統服飾：五片流蘇裙（O Fohkad i Ilisinin No Fata'an a Niyaro'）之原住民族智慧創作說明書》，頁5-6，https://www.titic.apc.gov.tw/order?order_id=81（最後瀏覽日：12/18/2020）。

¹⁶⁵ 李亦園，前揭註163，頁124-127。

¹⁶⁶ 馬太鞍部落（04/25/2016），《阿美族馬太鞍部落領袖大禮冠盤帽（O pakowaw an no Sapalengaw no Fata'an a niyaro'）之原住民族智慧創作說明書》，頁7-8，https://www.titic.apc.gov.tw/order?order_id=103（最後瀏覽日：12/18/2020）。

¹⁶⁷ 馬太鞍部落，前揭註166，頁9。

¹⁶⁸ 丘其謙（1960），〈馬太安阿美族的漁撈生活〉，《中央研究院民族學研究所集刊》，10期，頁57-84。

¹⁶⁹ 馬太鞍部落（04/25/2016），《阿美族馬太鞍部落Palakaw：巴拉告傳統捕魚技藝工法之原住民族智慧創作說明書》，頁4，https://www.titic.apc.gov.tw/order?order_id=112（最後瀏覽日：12/18/2020）。

¹⁷⁰ Lalan發言，參原住民族電視臺，前揭註161。

2. 鄒族特富野社：將人類學資料列為過去式

鄒族在申請鄒族男女傳統服飾的專用權時，於說明書中引用了日本政府資助的人類學家佐藤文一的研究《臺灣原住種族的原始藝術研究》¹⁷¹。從現代的觀點來看，佐藤文一的著作是典型殖民者支持的研究，他也是主張原住民藝術是「原始藝術」的集大成研究者¹⁷²，他所謂的「原始」文化，也是一種原始／現代文化二元對立的東方主義式論述，是指主張原住民的發展程度微弱，幾乎和史前時期相差不遠¹⁷³，卻刻意忽略原住民族的文化其實是與殖民者同時存在於當下的、會變動的文化主體。

不過鄒族的說明書中引述佐藤文一對於傳統服飾的研究時，也將他放在象徵「過去」的歷史意義欄位¹⁷⁴。放在這個欄位，除了是引述「過去」曾留下的檔案資料，也可以視為申請者將這樣的人類學研究，標示為已不符合現在事實的「過去式」；因為申請者立即在申請書的下一個章節，附上自己拍攝的服飾照片、並詳細的敘述這些服飾的文化意涵，標示在智慧創作的「現在」¹⁷⁵。

傳統文化的變動性在智慧創作說明書中強調的很清楚，顯示鄒族的傳統藝術創作並不「原始」，它早已和過去相比經過大幅改變，且隨著時代變遷持續變動，正如說明書中強調：「服飾材料的來源，隨著自然環境，和社會往來交易的對象，與時代而不同」¹⁷⁶。服飾的顏色，說明書中也強調已隨社會狀況及與外界進行商業交易而改變：「由於狩獵已不再是男性的主要工作，婦女們也不再從事織布的工作，轉而購置現成的皮毛、各種顏色的布料及邊條來製作傳統服飾，所以顏色在服飾上的使用就變得非常豐富，當然也

¹⁷¹ 鄒族（10/27/2015），《yxsx no cou男女傳統服飾之原住民族智慧創作說明書》，頁6，https://www.titic.apc.gov.tw/order?order_id=307（最後瀏覽日：12/18/2020）。

¹⁷² 松田京子（著），周俊宇（譯）（2019），《帝國的思考：日本帝國對臺灣原住民的知識支配》，頁314，衛城出版。

¹⁷³ 松田京子，前揭註172，頁318。

¹⁷⁴ 鄒族，前揭註171，頁4-6。

¹⁷⁵ 鄒族，前揭註171，頁14-16。

¹⁷⁶ 鄒族，前揭註171，頁5-6。

因此改變了傳統鄒族對顏色的認知與運用」¹⁷⁷，只是精神上「衣著、飾品色彩也依然以臺灣藍鵲之色彩：紅、藍、黑、白為主軸，精神內涵亦保有族群文化精神」¹⁷⁸。

3. 邵族：更正人類學文獻

邵族所居住的日月潭，從日治時期就是觀光勝地，因此杵音的展演留下了許多當時觀光客所拍下的照片，這些照片過去被人類學學術單位典藏，在申請時被邵族拿來做為杵音在過去確實存在的證據¹⁷⁹。另外邵族的申請說明書，也引用人類學家陳奇祿於 1958 年所做的《日月潭邵族調查報告》¹⁸⁰，說明杵音的歷史意義¹⁸¹。不過，邵族也並非全盤接受人類學報告的內容，反而是藉申請的機會，特別標註了陳奇祿當初報告中的錯誤，並予以更正，例如將報告中的「豐年祭」改為 Lus'an（祖靈祭），「主祭」改為 pariqaz（主祭者）¹⁸²。

邵族自己選擇較適宜的中文與族語對譯，雖使用中文不能完全展現族語的文化意義（即本文第參部分所指出的，確實有「不能翻譯」的部分），但負擔對外界翻譯及解釋的功能。智慧創作說明書於是會有兩種語言交雜，如第一段邵族的說明書是這樣寫：「Mashtatun 傳統儀式性杵音，依循傳統必須在每年農曆 7 月最後一天，也就是在 Lus'an（祖靈祭）的前一天晚上，在袁氏 Daduu（傳統領袖）家屋內舉行，此為迎接 Lus'an（祖靈祭）與傳訊的祭儀。在此儀式中，除了杵音之外並沒有吟唱任何歌謠。族人聚集於 Daduu 家屋，以有韻律的方式使用 taturtur（長木杵）敲擊石頭產生節奏聲響。¹⁸³」邵族以「祖靈祭」（不使用一直被誤用的豐年祭）來形容 Lus'an，以「傳統

¹⁷⁷ 鄒族，前揭註171，頁6。

¹⁷⁸ 鄒族，前揭註171，頁6。

¹⁷⁹ 邵族，前揭註127，頁15-20。

¹⁸⁰ 陳奇祿（1958），《日月潭邵族調查報告》，國立臺灣大學考古人類學系。

¹⁸¹ 邵族，前揭註127，頁11-12。

¹⁸² 邵族，前揭註127，頁12。

¹⁸³ 邵族，前揭註127，頁4。

領袖」（避免使用「頭目」等貶抑性漢字）來說明 Daduu，最後再以「長木杵」與「傳統儀式性杵音」來指稱申請標的 Taturtur 及 Mashtatun。

4. 賽德克族：修正文獻、並依修正版本重建傳統

賽德克族申請登記其傳統家屋的構造形式、外型特徵及室內格局。賽德克族的智慧創作說明書，引述了日本殖民時期的建築師千千岩助太郎 1932 至 1940 年間所拍攝之照片¹⁸⁴及測繪紀錄之紙稿文獻¹⁸⁵，作為過去傳統家屋存在的證據。

不過，除了引述過去的書面紀錄，賽德克族更採取相當積極的行動，與過去的書面記載對話、協商：他們直接重建了家屋，而且家屋並不是以千千岩助太郎的記載重建。賽德克族在 2011 年時，向政府申請家屋重建計劃；在重新繪製家屋室內外構造的過程中，賽德克人自己進行田野調查，特別是收集了大量的耆老的口傳記憶，修正殖民政府及民間學者的錯誤記載，來重建民族的記憶。他們也認為，恢復外在的硬體設備不是最重要的，重要的是在修正歷史資料和重建家屋的過程中，群體認同的建立。因此在傳統家屋的智慧創作說明書中強調：「傳統家屋的重現與復原，其核心目的在於其象徵內涵的復原。單單住屋硬體的復原，無法完全達到『認同』的目的，而在賦予儀式、記憶等象徵之後，方顯示出差異，因而產生群體認同，凸顯其主體性」¹⁸⁶。

這個重建計畫進行中拍攝的大量照片，及家屋重建的影像紀錄，也成為申請登記傳統智慧創作的輔助資料，最後賽德克族也依原創條例取得專用權。

從以上第一批通過登記申請的文件分析可知，申請人並非全盤接受人類學文獻及殖民政府的官方檔案，而是以多種方式與檔案文獻進行協商對話，

¹⁸⁴ 賽德克族（10/28/2015），《Sapah Cbiyaw／Sapah Cbeye／Sapah Sbiyaw傳統家屋：構造形式、外型特徵、室內格局之原住民族智慧創作說明書》，頁8、12，https://www.titac.apc.gov.tw/order?order_id=315（最後瀏覽日：12/18/2020）。

¹⁸⁵ 賽德克族，前揭註184，頁2。

¹⁸⁶ 賽德克族，前揭註184，頁21。

並進行文化翻譯。依目前已公開的智慧創作說明書分析及申請人自述，如果上述文獻被沒有疑問地採用，應表示經過申請人的集體討論後，被認為適用於申請中的事實。如果過去的文獻資料不符部落文化的現況，許多申請者會進行自己的田野調查、匯集耆老的共識，並在申請書上直接指出錯誤，以修正文獻資料或政府檔案的錯誤。另外也可從申請者小心挑選適合最貼近族語意義的中文用語、並更正過去錯誤翻譯中，看到他們主動進行文化翻譯的痕跡。甚至像賽德克族，參考、修正過去的文獻，再匯集耆老的智慧和記憶，借兩者之力重新修建自己的傳統後，再將其重建成果進行智慧創作專用登記，對既存的主流文獻進行修正與協商。這些申請書的內容與對話的行動，都隱含著原創條例的重點並非保障過去或傳統，而是要保存這些傳統智慧創作能夠生生不息的狀態。

原住民族或部落完成登記後，根據原創條例第 10 條，由該民族或部落共有該智慧創作的人格權及財產權。此後，根據智慧創作財產權，申請人可以「以特定民族、部落或全部原住民族名義，專有使用及收益其智慧創作之財產權，並行使前項之權利」（參原創條例第 10 條第 3 項），使用該傳統智慧創作的權利專屬於申請人，其他人想要使用必須獲得授權。另外，申請人也擁有智慧創作人格權，其中原住民族可以「專有禁止他人以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變其智慧創作之內容、形式或名目致損害其名譽之創作人格權」（同法第 10 條第 2 項第 3 款）。從此，原住民族可以依法防止未經授權的各種剽竊行為，更可以防止外人隨意違反文化脈絡進行歪曲的仿製或改變其內容，以致侵害原住民族或部落的人格權。取得專用權，可以說是在法律上樹立自己文化敘述專屬權的第一步。藉由登記，原住民族重新取回其作為文化主體所擁有的「敘述的權利」，也是逐漸翻轉政府、人類學家與部落權力關係的第一步。

（二）活用數位科技進行文化翻譯

最後，本文指出一項與「傳統」想像背道而馳的元素介入登記制度：那就是為了在申請書中充分描述文化的內涵，不少原住民族在登記上使用數位

科技方式再現其文化表現，作為登記文書的一部份。數位科技在專用權登記制度的出現，模糊了口傳文化與文字文化二元對立的界線，也開始挑戰認為把原住民族的無形、口傳文化轉化為書面記載，會僵固文化發展的疑慮¹⁸⁷。

重要的智慧財產權學者 Brad Sherman 和 Lionel Bently 曾就現代智慧財產權的登記制度中提出觀察。他們認為，英國 1839 年的設計著作權法（The Design Copyright Act in the UK, 1839）建立了第一個「現代」的智慧財產權登記制度，而智慧財產權的登記制度走向現代的過程，有 3 個重要特徵。第一個，現代登記制度改變了申請人登記的證據生產方式。過去如果有設計樣本的寄存或類似的登記制度，是存放在各種私人商會（guild）裡，但現代化登記制度將這些設計、創作的資料管理，推向國家統一管理、中央集權模式¹⁸⁸。第二個，現代登記制度改變知識被控制、存放、傳輸和使用的方式。它使書面的證據取代了複製品（copy）或標本（model）¹⁸⁹，它也開始產生標準化的文字。紙本、文字的重要性越來越加強後，大家對智慧財產的理解、管理，也從記憶為基礎（memory-based）轉向文字為基礎（print-based）¹⁹⁰。第三個是現代登記制度的官僚化，各種紙本書面的制式往來、對申請標的的分門別類，也逐漸使普羅大眾覺得智慧財產權的登記，是與日常生活越來無關的制度¹⁹¹。

¹⁸⁷ 將口傳與書面視為對立的兩個文化領域，並提出原住民族傳統智慧的口傳文化轉為書面記載會僵固文化、或產生選擇性記錄的擔憂，參Silke von Lewinski, *An Analysis of WIPO's Latest Proposal and the Model Law 2002 of the Pacific Community for the Protection of Traditional Cultural Expressions*, in TRADITIONAL KNOWLEDGE, TRADITIONAL CULTURAL EXPRESSIONS, AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW IN THE ASIA-PACIFIC REGION 109, 121 (Christoph Antons ed., 2009); WIPO, INTELLECTUAL PROPERTY NEEDS AND EXPECTATIONS OF TRADITIONAL KNOWLEDGE HOLDERS: WIPO REPORT ON FACT-FINDING MISSIONS ON INTELLECTUAL PROPERTY AND TRADITIONAL KNOWLEDGE (1998-1999) 121 (2001).

¹⁸⁸ BRAD SHERMAN & LIONEL BENTLY, THE MAKING OF MODERN INTELLECTUAL PROPERTY LAW: THE BRITISH EXPERIENCE, 1760-1911, at 70-73 (1999).

¹⁸⁹ *Id.* at 72.

¹⁹⁰ *Id.* at 72.

¹⁹¹ *Id.* at 72.

不過，原創條例及其實施辦法所展現的登記制度，挑戰了學者們所理解的現代智慧財產權登記制度。原住民族的登記與其他智慧財產權登記不同，在很多情況下書面文字無法取代複製品；記憶模式也可能與文字模式並重，而不是相互取代的關係；也可能不是「與日常生活無關」。本文以下從原住民族用以描繪、登記其傳統智慧創作的媒介來分析。

原創條例實施辦法第9條規定：「智慧創作之申請，應由申請人備具下列文件，向主管機關提出：一、申請書。二、選任代表人之身分證明、證明文件、授權書或部落會議紀錄。三、智慧創作說明書，得輔以照片或視聽媒體。四、必要之圖式、樣本等原件或重製品。五、其他有助於說明傳統智慧創作之相關文件。」這一條著眼於使原住民族更能表達翻譯其混雜多樣化的文化表現。因此，呈現傳統智慧創作的媒介並不一定只有書面的文字。原創條例規定申請書所應備之文件，可以輔以照片或視聽媒體，也可以把樣本的原件或重製品直接提送給主管機關，或者其他可能有助於說明智慧創作的相關證據。

原創條例允許數位科技媒體的介入後，科技除了可用以幫助重建「傳統」（如本章先前提到的噶瑪蘭族的女子禮裙及木雕圖紋，就是從相片等現代科技中，重新復織、複製），還可以用以記錄、登記不容易由文字表達的「傳統」。除了在文字敘述中，找到外人可以理解的方式，主動書寫、翻譯其文化以外，在以數位科技為媒介進行登記時，原住民族亦開始脫離過去被動被人拍攝、紀錄的角色；申請人主動拿起相機、錄音錄影設備，記錄、「翻譯」自己的文化，並將錄像或錄音成為申請書的一部分，以補充文字的說明，使記錄能盡量貼近混雜性文化的本質，改寫國家的檔案紀錄。以下試舉四例。

1. 阿美族迦納納部落 ilisin：limorak

已完成登記取得專用權的阿美族迦納納部落 ilisin：limorak，附上了數位檔案翻譯、再現其傳統文化，並在說明書中展現「與其他部落共享但又各自表述」的文化特質。公告的申請說明書中附上 MP4 檔案，有 17 分鐘的祭儀錄像，紀錄了祭儀時的穿著、祭歌的聲響、祭儀舞蹈動作、隊型，比文字

描述更完整地呈現申請標的的內涵¹⁹²。宜注意的是，在申請書中，迦納納部落也強調附件中的數位影像不是唯一的版本：「阿美族的 ilisin 祭歌從不為部落獨有，反而希望獲得保存延續，日後成為秀姑巒地區各阿美族部落共有，由部落間彼此共享，但又可各自表述。¹⁹³」專用權公告中更劃出 25 個關係部落，說明此祭歌的遷徙路徑及流傳範圍¹⁹⁴，迦納納取得的專用權不會排除其他關係部落的使用。這些關係部落間繼續共享、衍生的各自版本，是互相模仿混雜後的傳統，其他部落只要願意提出申請，並確認其文化在部落自己的延續管領中，也會獲得原創條例承認，就自己的版本取得專用權。

2. 馬蘭阿美少年報訊

馬蘭阿美少年報訊的儀式祭歌，在翻譯過程中顯現其祭歌傳統的延續性及變動性。祭歌一方面採取五線譜記譜，但也附上 1 分 15 秒的影像檔¹⁹⁵，以彌補一直以來，西式記譜法無法完整記錄原住民族祭歌曲調的問題。另外可以從申請書看出，這首曲子的功能經過很大的改變，從馬蘭還有聚會所制度時 pakarongay 階級利用歌聲通報訊息的歌曲，改變成大家拜訪親友時所唱：「隨著時代演進，阿美族的聚會所制度瓦解，現今的聚會所場地週邊也不再適合 pakarongay 繞行唱跳，然而阿美族原是能歌善舞的民族，在生活

¹⁹² 阿美族迦納納部落（04/25/2016），《「ilisin：limorak儀式祭歌」之原住民族智慧創作申請書》，附件MP4影音檔，https://www.titic.apc.gov.tw/order?order_id=240（最後瀏覽日：12/18/2020）。

¹⁹³ 阿美族迦納納部落，前揭註192，頁12。

¹⁹⁴ 迦納納部落在專用權證書中已劃定範圍：「limorak祭歌的流傳，從族人口述整理的遷徙路徑，大致呈現一個文化圈，範圍包含如下：臺東縣內的重安部落、阿拉巴灣部落、富興部落、新福部落、八伊拉善部落；花蓮縣內的吉拉米代部落、達蘭埠部落、姆拉丁部落、馬里旺部落、黑暗部落、哈拉灣部落、瑟冷部落、瑪谷達瑗部落、洛合谷部落、滿自然部落、巴島力安部落、都魯蘭部落、織羅部落、馬太林部落、下德武部落、苓雅仔部落、山興部落、中興部落、脊櫓棧部落、奇美部落等25個關係部落。」參阿美族迦納納部落，前揭註192，頁1。

¹⁹⁵ 大馬蘭地區部落（馬蘭、馬當、伊濤、豐年、大橋、新馬蘭、布頌、加路蘭、石川、富岡、豐里、常德、高坡、豐原、巴古崙岸）（03/22/2017），《sapilekal no pakarongay（馬蘭阿美少年報訊）之原住民族智慧創作申請書》，附件MP4影音檔，https://www.titic.apc.gov.tw/order?order_id=237（最後瀏覽日：12/18/2020）。

中的任何層面皆離不開歌舞，因此這首歌謠也轉化成為平時親友拜訪或提親時，促進歡樂氛圍，大多由主人（造訪人）帶頭領唱一遍，眾人跟著齊和，賓客盡歡。通常善於吟唱者，會視情況在旋律上即興填詞，敘述造訪之目的或相互讚美。¹⁹⁶申請書中雖留下影音記錄，但說明詞是「即興」，隨著吟唱當時的環境會有所改變，也可以說是一種多版本的傳統。

3. 馬蘭阿美飲酒歡樂歌

因歐洲樂團 Enigma 不當挪用而引起全球矚目的著作權爭訟的「馬蘭飲酒歡樂歌」，已依原創條例取得專用權。在其智慧創作說明書中，申請人也附上影音檔案¹⁹⁷。馬蘭部落所錄製的影片，選擇安排大馬蘭地區各部落領導階層來即席演唱，在文化翻譯過程中，彰顯文化主權。此外，申請書也強調這個錄影不是要固化曲調或表現方式，錄影中的音樂也絕對不是唯一一種表現版本¹⁹⁸。影片中可以看到大馬蘭地區各部落 Itukalay（領導階層）排列坐著，順序依申請書說明，是「左 1-高淑娟、左 2-馬蘭部落林建宏、左 3-豐年部落楊寶正、正中-馬當部落朱高輝、右 1-馬蘭部落林德旺、右 2-馬蘭部落羅福慶、右 3-布頒部落賴進龍。¹⁹⁹」這個主動的影像紀錄與領導階層的自發聚集，可以說是在跨國侵權案件發生後二十餘年後，由大馬蘭地區的部落們取回主導權，並主動申請登記、錄影、及撰寫論述的一次嘗試。

¹⁹⁶ 大馬蘭地區部落（馬蘭、馬當、伊濤、豐年、大橋、新馬蘭、布頒、加路蘭、石川、富岡、豐里、常德、高坡、豐原、巴古崙岸），前揭註195，頁5。

¹⁹⁷ 大馬蘭地區部落（馬蘭、馬當、伊濤、豐年、大橋、新馬蘭、布頒、加路蘭、石川、富岡、豐里、常德、高坡、豐原、巴古崙岸）（03/22/2017），《sapilitemoh to nani riyaray a kapot no sefi a radiw（馬蘭阿美飲酒歡樂歌）之原住民族智慧創作申請書》，附件MP4影音檔，https://www.titic.apc.gov.tw/order?order_id=183（最後瀏覽日：12/18/2020）。

¹⁹⁸ 申請書對附上影片作為證據的說明如下：「本曲係實踐於生活的文化資產，由各部落Itukalay（領導階層）代表即席自然演繹最真實，係非制約矯作刻意固化本曲為嚴謹，反失去文化生命具有延展的實質意義。」參大馬蘭地區部落（馬蘭、馬當、伊濤、豐年、大橋、新馬蘭、布頒、加路蘭、石川、富岡、豐里、常德、高坡、豐原、巴古崙岸），前揭註197，頁6。

¹⁹⁹ 大馬蘭地區部落（馬蘭、馬當、伊濤、豐年、大橋、新馬蘭、布頒、加路蘭、石川、富岡、豐里、常德、高坡、豐原、巴古崙岸），前揭註197，頁7。

以影像來保存文化，並進一步登記取得專用權，成為許多部落申請登記時的一貫想法。原創條例的登記制度並沒有像前述西方學者 Brad Sherman 和 Lionel Bently 所分析的，一定得從記憶為主轉向文字為主的紀錄，反而可以藉由多樣化的媒體，保存動態的記憶。另外，登記制度並未離文化產出者越來越遠，相反的，申請者得主動記錄，主動選擇智慧創作的分類標準，以各種有創意多元的方式，更忠實重現原住民族混雜的傳統智慧創作。

4. 賽夏族 paSta'ay

不過，並非所有申請案件都附有影音紀錄，也並非即使申請登記時附有影像就會公開。例如，賽夏族 paSta'ay 巴斯達隘（矮靈祭）的智慧創作說明書仍僅公開文字記錄，不公開傳統智慧創作的影音檔案。但這樣限制於書面文字記載的傳統智慧創作，是申請人服從自己文化脈絡及禁忌的狀況下的選擇。賽夏族 paSta'ay 申請登記的標的範圍相當廣泛，包含祭儀本身、祭歌、及祭儀中採用的器物²⁰⁰，如有影音記錄應該能相當完善的紀錄標的範圍。但，如參照原民會公開的 paSta'ay 智慧創作說明書，附件 4 到附件 7 是南、北祭團的祭歌的書面曲譜資料和歌詞，這些附件隨著說明書一併開放大眾查詢；然祭儀的完整影音記錄（附件 1 至 3）雖亦為說明書之附件，但並未對外公開。因為 paSta'ay 是需要遵守許多禁忌的祭儀，不可在任何非祭儀時間任意演唱，所以申請書中特別強調「有關非公開之祭典過程及祭歌的影音、詮釋必須加以限制，不可隨意播放」²⁰¹，「本申請案內……影片列為附件部分另行向智慧創作專用權人授權」²⁰²。

當賽夏族得到法律上的專用權後，智慧創作說明書中所強調外人應避免的行為，諸如「舉凡 paSta'ay 儀式過程、祭祀場地空間、祭儀器物等等是不

²⁰⁰ 此標的包含 paSta'ay kapa:tol 巴斯達隘祭歌、katapa:ngasan 臂鈴、kilakil、lingling'ara 肩旗、sinaton 十年大祭祭旗、babte 蛇鞭、romhaep 竹占儀式。參：賽夏族（07/11/2016），《paSta'ay 巴斯達隘（矮靈祭）之原住民族智慧創作申請書》，頁 1，https://www.titic.apc.gov.tw/order?order_id=184（最後瀏覽日：12/18/2020）。

²⁰¹ 賽夏族，前揭註 200，頁 28。

²⁰² 賽夏族，前揭註 200，頁 28。

可任意侵擾阻礙。所以，不可隨意參與儀式進行，進入祭祀場地空間參觀、拍照（含空拍機拍照）、錄音（影）……等行為」²⁰³，申請人都可依法排除。因為依原創條例第 10 條，賽夏族擁有 paSta'ay 儀式的智慧創作人格權與智慧創作財產權，未經賽夏族授權的拍照、錄音、錄影，或以其他方式重製 paSta'ay，均為侵害專用權的行為。因此，依照原創條例取得專用權後，賽夏族保留了族人自己決定何時、何地以數位科技進行錄製或重現祭儀的空間。

三、小結

本章首先試圖辨認出原創條例與傳統智慧創作申請說明書中，國家承認「混雜性」傳統、及原住民族展現「混雜性」文化的軌跡。仔細分析法條文字及成功取得專用權的傳統智慧創作，本文發現原創條例可以支持態樣多元、多版本、持續變動、近期重建、或與其他部落交流融合的「傳統」申請專用權。與其說原創條例強調「過去」，不如說更強調「現在」如何與過去連結。恰如 Bhabha 所形容，文化混雜性是「過去與現在融合，而使未來再度成為一開放命題」²⁰⁴。以目前原創條例的運作情形觀之，尚未發現如批評者所擔憂的，法律強制凍結文化於「過去」、卻阻礙未來的現象。另外，部落因為遷徙，沿途採擷其他部落的文化元素，或者認知到自己的文化是被包含吸納在更大的文化群體中時，照樣可以申請專用權，只是需要將文化內涵和遷徙過程詳細記錄，一方面部分呼應人類學家的期望，使法律權利能盡量「承認這整套文化的價值」²⁰⁵，而不只是承認財產權而已；另一方面又能藉此釐清「聲明不專用」的法律保護範圍。

再者，從原住民族的行動——「協商」角度觀察，自原住民族申請說明書撰寫的過程中，本文發現原住民族會引用過去的殖民檔案作為過去傳統智慧創作存在的證據，但並非一定全盤接受這些文獻，而是與殖民檔案及人類

²⁰³ 賽夏族，前揭註200，頁27-28。

²⁰⁴ BHABHA, *supra* note 69, at 219.

²⁰⁵ 郭佩宜，前揭註16，頁8。

學研究進行協商、對話、更正；更可以以這些文獻為基礎，重建自己失傳的「傳統」，並以這些重建的傳統，繼續與國家主流文化進行動態的協商，彰顯自己的獨特文化身分。

最後，在原住民族的「翻譯」行動部分，本文發現數位科技的檔案依原創條例的規定，也得以成為專用權說明書的一部分後，改變了現代登記制度記錄傳統文化的方式，模糊口傳文化與書面記載的二元對立，某些情形下也能更詳盡紀錄文化的動態與混雜性。當然，數位檔案的記載和翻譯，不是文化表現的「原本」，與文化的現實一定有所落差，但也就是因為大家知道影像只是「翻譯」，故影像紀錄不會凍結文化，文化本身將繼續變動；以前述案例為例，申請人在說明書中，幾乎都強調影像檔案只是一時一刻的紀錄，不代表文化內涵的全部。原創條例的申請程序，附帶地使原住民族也可以主動地拿起相機、錄影機，翻譯與記載自己的文化，而不再只是被動地被拍攝者、被紀錄者；更可藉著得到傳統智慧創作專用權，防止、排除他人對自己文化未經授權或不當的紀錄、拍攝或其他的重製行為。

伍、結 論

本文藉著 Homi Bhabha 的理論，嘗試釐清原創條例被反對的理由，並藉由其兩層次的混雜性理論，分析國家法規如何回應混雜性文化事實、原住民族的混雜性文化又如何回應或滲透法律的問題。藉混雜性的概念和行動，也減緩法律上將原住民族傳統智慧創作視為他者的困境。Homi Bhabha 將傳統及文化視為群體間不斷協商、打開疆界、不是「我」也非「他」的居間性概念，正好用以挑戰外界對原住民族傳統智慧創作論述中，傳統／現代、集體／個別、口傳／文字等二元對立的錯誤想像。

原創條例施行以後，原住民族傳統智慧創作不再是公共領域的材料、不再是智慧財產權的相反面。有了正確對於傳統智慧創作的認知，原創條例所創設的「特別權利」，也不再是用以區別對待傳統文化和現代文化的法律概念；它保護的標的是原住民族文化的混雜性事實：包含持續變動的傳統、失

傳後又復振的傳統、多版本的傳統、與其他部落交流模仿後的傳統。而採取登記保護主義的原創條例，確實會使原住民族主張權利時付出相當多的時間、勞力成本，應繼續檢討在行政程序或審查密度上如何改進，但目前原住民族及部落仍藉由積極的行動，越過重重官僚行政手續的關卡，將登記制度轉化為他們主動進行文化論述、糾正過去殖民檔案錯誤的協商平台；申請人也願意使用漢族語言及數位科技檔案進行登記，「翻譯」他們的文化給主流社會知道，並藉由登記公告，告知所有人關於原住民族傳統智慧創作的文化脈絡、禁忌以及法律上的權利範圍。

因此，原住民族傳統智慧創作的文化混雜性，不再只存在於後殖民理論的主張，它已經開始被原創條例承認，更藉由原住民族申請登記其傳統智慧創作的行動中表現出來。法律不再是單向的國家訓導式敘述，原住民族藉由自身文化的展演性敘述、藉由與國家的登記協商，也可以逐漸改變法律的內涵。因此，對於原創條例的評價，不能只觀看法律條文本身。隨著更多的申請案件公布及申請說明書的分析，相信屬於臺灣的原住民族的多元、動態的「傳統」，能繼續被法律所承認；也藉由法律權利的獲得，原住民族能保留自己敘事的權利，用主動的方式，敘述更多自己持續變動的故事、混雜交織的文化給別人聽。依據原創條例，仍可以創造出一條不囿於「傳統」的法律保護可行之路。

參考文獻

一、中文部分

- Chris Barker、Emma A. Jane（著），羅世宏（譯）（2018），《文化研究：理論與實踐》，3 版，五南。
- Peter Brooker（著），王志弘、李根芳（譯）（2003），《文化理論詞彙》，巨流圖書。
- 丘其謙（1960），〈馬太安阿美族的漁撈生活〉，《中央研究院民族學研究所集刊》，10 期，頁 57-84。
- 史碧華克（著），張君玫（譯）（2006），《後殖民理性批判：邁向消逝當下的歷史》，群學。
- 生安鋒（2005），《霍米巴巴》，揚智。
- 朱連惠（2006），《排灣族五年祭與文化認同》，國立東華大學族群關係與文化研究所碩士論文（未出版），花蓮。
- 朴美貞、梁明心（2015），〈淺析霍米巴巴的混雜性和基於文化翻譯理論的多元文化翻譯〉，《哲學與文化》，42 卷 5 期，頁 57-72。
- 李亦園（1962），《馬太安阿美族的物質文化》，中央研究院民族學研究所。
- 松田京子（著），周俊宇（譯）（2019），《帝國的思考：日本帝國對臺灣原住民的知識支配》，衛城出版。
- 林三元（2013），《原住民族傳統智慧創作專用權》，元照。
- 林淑雅（2011），〈差異而不平等：原住民族產權特殊性的理解〉，《臺灣原住民族研究學報》，1 卷 3 期，頁 103-121。<https://doi.org/10.6396/JTIS.201109.0103>
- 林開世（2007），〈Using Intellectual Property Rights to Protect Indigenous Cultures: Critique on the Recent Development in Taiwan（用智慧財產權來保護原住民文化：對臺灣最近的發展之批判）〉，《考古人類學刊》，67 期，頁 185-220。<https://doi.org/10.6152/jaa.2007.06.0008>

- （2008），〈一個法案保護了什麼？〉，《人類學視界》，1 期，頁 2-5。 <https://doi.org/10.29823/AV.200803.0001>
- 邱盈翠、包梅芳、達比利決·阿利夫（2015），〈「原住民族傳統智慧創作保護條例」與身分性文化敘述：排灣族巴格達外（Pakedavai）家族之實踐〉，《台灣原住民族研究季刊》，8 卷 1 期，頁 1-42。
- 胡家瑜（2004），〈博覽會與臺灣原住民：殖民時期的展示政治與「他者」意象〉，《國立臺灣大學考古人類學刊》，62 期，頁 3-39。
- （2006），〈博物館、人類學與臺灣原住民展示：歷史過程中文化再現場域的轉形變化〉，《國立臺灣大學考古人類學刊》，66 期，頁 94-124。
<https://doi.org/10.6152/jaa.2006.12.0006>
- 浦忠勇（2011），〈鄒族戰祭的意義與詮釋〉，《台灣原住民研究論叢》，10 期，頁 95-123。 <https://doi.org/10.29763/TISR.201112.0004>
- 莎伊維克·給沙沙（2012），〈五年祭的祭球〉，《原住民族文獻》，2 期，頁 37-38。
- 郭佩宜（2008），〈法律是解藥，還是毒藥？〉，《人類學視界》，1 期，頁 6-8。 <https://doi.org/10.29823/AV.200803.0002>
- 陳光興（2006），《去帝國：亞洲作為方法》，行人。
- 陳奇祿（1958），《日月潭邵族調查報告》，國立臺灣大學考古人類學系。
- 陳芷凡（2014），〈「第三空間」的辯證：再探《野百合之歌》與《笛鸛》之後殖民視域〉，《臺灣文學研究學報》，19 期，頁 115-144。
- 游雅雯（2015），〈馬來西亞華人認同的形塑與變遷：以馬華文學為分析文本〉，《台灣國際研究季刊》，11 卷 1 期，頁 139-170。
- 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作業手冊》，原住民族委員會。
- 黃居正、邱盈翠（2015），〈台灣原住民族集體同意權之規範與實踐〉，《臺灣民主季刊》，12 卷 3 期，頁 43-82。

- 楊智傑（2010），〈原住民傳統文化表達之保護模式比較與建議〉，《中正大學法學集刊》，30 期，頁 47-97。https://doi.org/10.30094/NCCULJ.201007.0002
- 臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會（著），中央研究院民族學研究所（編譯）（2009），《蕃族調查報告書（第二冊）阿美族奇密社、太巴塢社、馬太鞍社、海岸蕃》，中央研究院民族學研究所。
- 劉璧榛（2010），〈從 kisaiz 成巫治病儀式到當代劇場展演：噶瑪蘭的女性巫師權力與族群性協商〉，收於：胡台麗、劉璧榛（主編），《台灣原住民巫師與儀式展演》，頁 505-555，中央研究院民族學研究所。
- （2014），〈從祭儀到劇場、文創與文化資產：國家轉變中的噶瑪蘭族與北部阿美之性別與巫信仰〉，《考古人類學刊》，80 期，頁 141-178。https://doi.org/10.6152/jaa.2014.06.0005
- 蔡中涵（2011），〈阿美族傳統社會組織與財產制〉，《台灣原住民族研究學報》，1 卷 3 期，頁 1-17。https://doi.org/10.6396/JTIS.201109.0001
- 蔡仲禮（2017），〈殖民者與被殖民者的灰色想像：以日治中期（一九二〇到一九三七）台灣政治社會文化反對運動為中心〉，《全球政治評論》，58 期，頁 97-124。
- 蔣斌（2014），〈排灣族五年祭 ljeveljveqan 意義的初步分析〉，收於：鄭漢文（主編），《傾聽・發聲・對話 Maljeveq：2013 台東土坂學術研討會紀事》，頁 40-69，東臺灣研究會。
- 鄭漢文（主編）（2014），《傾聽・發聲・對話 Maljeveq：2013 台東土坂學術研討會紀事》，東臺灣研究會。
- 羅雅文（2007），《小川樂〈歐巴桑〉〈有朝一日〉中的認同困境》，國立成功大學外國語文學系在職專班論文（未出版），臺南。

二、英文部分

- Antons, C. (2009). Chapter 1: Introduction. In C. Antons (Ed.), *Traditional Knowledge, Traditional Cultural Expressions, and Intellectual Property Law in the Asia-Pacific Region* (pp. 1-36). Kluwer Law International.
- Barclay, G. W. (2015). *Colonial Development and Population in Taiwan*. Princeton University Press.
- Benjamin, W. (1986). *Illuminations* (Hannah Arendt, Ed.; Harry Zohn, Trans.). Schocken Books. (Original work published 1955)
- Bhabha, H. K. (1991). Art & National Identity: A Critics' Symposium. *Art in America*, 79(9), 80-83.
- (1994). *The Location of Culture*. Routledge.
- (1996). Culture's In-Between. In S. Hall & P. du Gay (Eds.), *Questions of Cultural Identity* (pp. 53-60). SAGE Publications.
<https://doi.org/10.4135/9781446221907.n4>
- (2000). On Minorities: Cultural Rights. *Radical Philosophy*, 100, 3-6.
- (2003). Democracy De-realized. *Diogenes*, 50(1), 27-35.
<https://doi.org/10.1177/039219210305000104>
- (2003). On Writing Rights. In M. J. Gibney (Ed.), *Globalizing Rights: The Oxford Amnesty Lectures 1999* (pp. 162-183). Oxford University Press.
- (2013). In Between Cultures. *New Perspectives Quarterly*, 30(4), 107-109. <https://doi.org/10.1111/npqu.11411>
- Boyle, J. (1996). *Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society*. Harvard University Press.
<https://doi.org/10.2307/j.ctvk12s8g>
- (2007). Cultural Environmentalism and Beyond. *Law and Contemporary Problems*, 70(2), 5-21. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3084148>

- (2008). *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. Yale University Press.
- Coombe, R. J. (1993). The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity: Native Claims in the Cultural Appropriation Controversy. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 6(2), 249-285. <https://doi.org/10.1017/S0841820900001922>
- de Certeau, M. (1997). *Culture in the Plural* (T. Conley, Trans.). University of Minnesota Press.
- Gilroy P. (1993). *The Black Atlantic: Modernity and Double Consciousness*. Verso.
- Groves, P. (2011). *A Dictionary of Intellectual Property Law*. Edward Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9781849807784>
- Guy, N. (2002). Trafficking in Taiwan Aboriginal Voices. In S. R. Jaarsma (Ed.), *Handle with Care: Ownership and Control of Ethnographic Materials* (pp. 195-209). University of Pittsburgh Press.
- Halbert, D. J. (2005). *Resisting Intellectual Property*. Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203799512>
- Hall, S. (1996). When was 'The Post-colonial'? Thinking at the Limit. In I. Chambers & L. Curti (Eds.), *The Post-colonial Question: Common Skies, Divided Horizons* (pp. 242-260). Routledge.
- Huddart, D. (2006). *Homi K. Bhabha*. Routledge.
- Jacobs, J. B. (2014). Taiwan's Colonial Experiences and the Development of Ethnic Identities: Some Hypotheses. *Taiwan in Comparative Perspective*, 5, 47-59.
- Khan, S. (2014). A New Kind of Colonialism: The Ramifications of Intellectual Property Rights. *Harvard International Review*, 35(3), 37-39.
- Matthews, D. (2002). *Globalising Intellectual Property Rights: The TRIPS Agreement*. Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203165683>

- Moore-Gilbert, B. J. (1997). *Postcolonial Theory: Contexts, Practices, Politics*. Verso.
- Munsterhjelm, M. (2002, June). The First Nations of Taiwan: A Special Report on Taiwan's indigenous peoples. *Cultural Survival Quarterly Magazine*, 26(2). <https://www.culturalsurvival.org/publications/cultural-survival-quarterly/first-nations-taiwan-special-report-taiwans-indigenous>
- Otto, D. (1999). Postcolonialism and Law?. *Third World Legal Studies*, 15, vii-xviii.
- Picart, CJ “Kay” S. (2016). *Law In and As Culture: Intellectual Property, Minority Rights, and the Rights of Indigenous Peoples*. Rowman & Littlefield.
- Rahmatian, A. (2007). Universalist Norms for a Globalised Diversity: On the Protection of Traditional Cultural Expressions. In F. Macmillan (Ed.), *New Directions in Copyright Law* (Vol. 6, pp. 199-231). Edward Elgar Publishing.
- (2009). Neo-Colonial Aspects of Global Intellectual Property Protection. *Journal of World Intellectual Property*, 12(1), 40-74. <https://doi.org/10.1111/j.1747-1796.2008.00349.x>
- Riley, A. R. (2000). Recovering Collectivity: Group Rights to Intellectual Property in Indigenous Communities. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 18(1), 175-225.
- Robinson, D. F., Abdel-Latif, A., & Roffe, P. (Eds.). (2017). *Protecting Traditional Knowledge: The WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*. Routledge.
- Roy, A. (2008). Copyright: A Colonial Doctrine in a Postcolonial Age. *Copyright Reporter*, 26(4), 112-134.

- Rutherford, J. (1990). The Third Space: Interview with Homi Bhabha. In J. Rutherford (Ed.), *Identity: Community, Culture, Difference* (pp. 207-221). Lawrence and Wishart.
- Said, E. W. (2003). *Orientalism*. Penguin.
- Sherman, B., & Bently, L. (1999). *The Making of Modern Intellectual Property Law: The British Experience, 1760-1911*. Cambridge University Press.
- Shiva, V. (1998). *Biopiracy: The Plunder of Nature and Knowledge*. Green Books.
- Spivak, G. C. (2007). Translation as Culture. In P. St-Pierre & P. C. Kar (Eds.), *In Translation: Reflections, Refractions, Transformations* (pp. 263-276). John Benjamins Publishing. <https://doi.org/10.1075/btl.71.26spi>
- Story, A. (2002). Don't Ignore Copyright, the 'Sleeping Giant' on the TRIPS and International Educational Agenda. In P. Drahos & R. Mayne (Eds.), *Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development* (pp. 125-143). Palgrave Macmillan. https://doi.org/10.1057/9780230522923_8
- Strathern, M. (2006). Imagined Collectivities and Multiple Authorship. In R. Ghosh (Ed.), *CODE: Collaborative Ownership and the Digital Economy* (pp. 13-28). MIT Press.
- Tan, S. E. (2012). *Beyond 'Innocence': Amis Aboriginal Song in Taiwan as an Ecosystem*. Ashgate. <https://doi.org/10.1163/24688800-00102012>
- Taylor, T. D. (2003). A Riddle Wrapped in a Mystery: Transnational Music Sampling and Enigma's "Return to Innocence". In R. T. A. Lysloff & L. C. Gay, Jr. (Eds.), *Music and Technoculture* (pp. 64-92). Wesleyan University Press.
- von Lewinski, S. (2009). An Analysis of WIPO's Latest Proposal and the Model Law 2002 of the Pacific Community for the Protection of Traditional Cultural Expressions. In C. Antons (Ed.), *Traditional Knowledge*,

Traditional Cultural Expressions, and Intellectual Property Law in the Asia-Pacific Region (pp. 109-126). Kluwer Law International.

Whitt, L. A. (1998). Indigenous Peoples, Intellectual Property & the New Imperial Science. *Oklahoma City University Law Review*, 23, 211-260.

Whitt, L. (2009). *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples: The Cultural Politics of Law and Knowledge*. Cambridge University Press.
<https://doi.org/10.1017/CBO9780511760068>

World Intellectual Property Organization. (2001). *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders: WIPO Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999)*.

Young, R. J. C. (2004). *White Mythologies: Writing History and the West* (2nd ed.). Routledge.

----- (2005). *Colonial Desire: Hybridity in Theory, Culture and Race*. Routledge.

**Tradition as Homi Bhabhaian “Hybridity”: A Postcolonial
Perspective on Taiwan’s Protection Act for the Traditional
Intellectual Creations of Indigenous Peoples**

*Chun-Chi Hung**

Abstract

The Protection Act for the Traditional Intellectual Creations of Indigenous Peoples (“Protection Act”) has created a *sui generis* right for Indigenous peoples’ traditional cultural expressions under the legal framework of intellectual property. Some scholars suggest that it is not appropriate for Indigenous peoples’ traditional cultural expressions to be protected by modern intellectual property law. They argue that modern intellectual property law cannot respond to Indigenous peoples’ changing and diverse cultures and may result in Indigenous peoples being viewed as “the Other”. However, can modern intellectual property law only do harm to Indigenous peoples’ traditional cultural expressions?

If the Protection Act can recognize hybridity existing in Indigenous peoples’ traditional culture and allow Indigenous peoples’ actions through their cultural hybridity, the above-mentioned doubts can be avoided. In this article, I firstly analyze the main arguments against the Protection Act. Secondly, I adopt Homi Bhabha’s theory regarding hybridity, in-between, negotiation and translation to understand the characteristics of Indigenous peoples’ traditional cultural expressions and Indigenous peoples’ actions based on their cultural hybridity. Finally, I observe how the Protection Act recognizes the hybridity of Indigenous peoples’ culture and how Indigenous peoples describe and claim their tradition in the specifications in order to apply for registration of traditional cultural expressions.

* Assistant Professor, Institute of Law for Science and Technology, National Tsing Hua University.

E-mail: chunchihung@mx.nthu.edu.tw

This article has found that the Protection Act and its by-law have partially recognized the hybridity of Indigenous peoples' culture. Indigenous peoples have commenced a dialogue with the modern state and described their hybrid and changing tradition in the process of registering their traditional cultural expressions. Through obtaining the exclusive legal right to use their traditional cultural expressions, Indigenous peoples can maintain their power to narrate, negotiate and translate their culture. A way beyond isolating "tradition" to protect traditional cultural expressions has been created by means of the establishment of the Protection Act and the actions of Indigenous peoples.

Keywords: The Protection Act for the Traditional Intellectual Creations of Indigenous Peoples, traditional cultural expressions, Homi Bhabha, hybridity, negotiation, translation, registration system, postcolonial theory, the Other