

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