

土著民族的文化与知识产权研究

[日]常本照树 著 [日]铃木敬夫 吕艳滨 译

【摘要】 2007年9月,联合国大会通过了《联合国土著民族权利宣言》,该宣言第31条对土著民族的文化享有权利以及知识产权必须进行保护、发展的规定,是人类历史上划时代的规定。本文阐述土著民族乃至少数民族的文化知识产权被国际承认的经过,并对与知识产权保护相关联的种种国际人权标准进行详细的考察。同时,对西欧知识产权法中对土著民族的传统知识和遗传资源进行商品化榨取的主张提出了批判性意见。

【关键词】 ILO169号条约 土著民族 少数民族的知识产权 遗传资源 传统知识 阿伊努民族

一、前言

可以说,土著民族的权利回归运动是从15世纪欧洲列强开始经营殖民地之时兴起的,而在20世纪60-70年代间,则以非洲裔美国人寻求保障公民权利运动为背景而逐步高涨,并传播至其他国家。^[1]“1977年,关于此问题的NGO会议在联合国总部日内瓦召开,此时,各国政府是将‘土著(indigenous)’理解为原先居住在南北美洲的人们的”,^[2]其法律问题则主要是对个人的歧视问题。但是,由于世界各国对土著民族作为拥有与历史关系密切的文化、政治体制以及土地权等的特有的集团而生存发展的要求不断予以关注,所以,土著民族问题被认为是国际法上特有的问题。过去,人们认为,其人口约有4000万人,而最近人们一般推定其应有约3亿7千万人。^[3]

ILO自20世纪20年代初期开始参与土著民族保护的问题,将其作为殖民地劳工保护问题的一环,并于1957年首次就土著民族问题通过了最早的国际文件《土著居民与部族居民(Indigenous and Tribal Populations)条约》(第107号条约),而在土著民族运动不断高涨的背景下,该组织认识到同化主义的严重性,所以,于1989年通过了第169号条约,将原条约修改

作者简介:常本照树,日本北海道大学大学院法学研究科教授、法学博士。

译者简介:铃木敬夫,日本札幌学院大学名誉教授,汕头大学法学院教授,法学博士;

吕艳滨,中国社会科学院法学研究所副研究员,法学博士。

* 本文原载于田村义之编:《新时代知识产权法政策学的创造》(第12章),有斐阁2008年。感谢作者及出版者授权在本刊发表中文译文。

[1] 亨利·史都华(Henry Stewart):《土著居民运动:其历史、发展、现状与展望》,载青木保等编:《岩波讲座文化人类学6 纠纷与运动》,岩波书店1997年。

[2] 爱丽卡·艾琳·A·达爱斯(Erica Irene A.Daea)著、富田麻理译:《世界土著民族保护与人权》,雅纳斯·西蒙尼德斯(Janusz Symonides)编:《国际人权法年鉴》,明石书店2004年,第390页。

[3] 岩泽雄司:《联合国对土著民族的新举措》,《法律家》1293号(2005年)第90页。

为应尊重土著民族自身对其文化、生活样式、传统以及习惯的选择。^[4]

而且,1982年,联合国经济社会理事会在联合国人权委员会(2006年,人权理事会取代了原人权委员会,被设置为联合国大会的下属机关。)^[5]下设的“反歧视及保护少数人小委员会”(简称“人权小委员会”,其正式名称于1999年被改为“人权促进保护小委员会”。)中设置了土著居民工作委员会(Working Group on Indigenous Population),意在对比土著居民的人权状况进行研究,并为土著居民权利设定新的标准。该机构于1994年起草了《联合国土著民族权利宣言草案》,自1995年开始,人权委员会持续对该宣言草案进行了审议,2006年6月,人权委员会通过了该草案,最终,联合国大会于2007年9月13日通过了该宣言。^[6]

在这样的潮流之中,根据国际人权公约设立的人权委员会(公约人权委员会)以及根据《禁止种族歧视公约》设立的禁止种族歧视委员会在对包括土著民族在内的人权状况进行研究的过程中,逐步开始使用不断明确化的、涉及土著民族的国际标准。这些标准也影响到了世界银行、美国开发银行、欧盟等国际组织。

而土著民族在国内法上的法律地位都是由各国根据其自己国情而逐步发展确立起来的。^[7]这其中历史最为悠久的乃是美国的土著民族法制,该法制几乎没有受到国际法的影响,^[8]而是自行发展演进的。^[9]而其他国家则或多或少地受到了国际社会上关于土著民族相关讨论的影响。

日本也有数万人的阿伊努民族生活在以北海道为中心的区域内,日本政府虽然将阿伊努民族视作少数民族,却拒绝将其定位为土著民族。但是,1997年札幌地方法院所作出的二风谷水库判决^[10]则根据1981-1983年间Martinez-Cob向联合国人权小委员会提交的“关于土著居民歧视问题的研究”的特别报告中提出的土著居民的定义等,认定阿伊努人的特征与该定义相符,并认定其属于日本的土著民族。^[11]该报告指出:“所谓土著居民,乃是指,在历史上国家尚未开始统治之前就在其现在所统治的地域居住,拥有与作为国家支持母体的多数民族不同的文化与意识形态,之后虽受到多数民族的统治,但没有丧失具有连续性的独特文化以及自主性的社会集团。”

西欧发达国家对土著民族的侵夺是以侵占其土地,破坏其政治与社会体制,压制其宗教与生活样式等为其主要形式而开始的。最近,包括发达国家生物工程企业对土著民族医疗的知

[4] 托梅(Manuela Tomei)等著、苑原俊明等译:《土著民族的权利——ILO第169号条约手册》,论创社2002年。

[5] 木村徹也:《人权理事会的成立经过及现状》,《国际人权》第18号(2007年)第103页。

[6] 关于草案的起草过程及其内容,可参见苑原俊明:《世界人权宣言与联合国人权标准制定运动——以土著民族权利宣言草案为核心》,《国际人权》第10号(1999年)第18页。关于2007年9月13日该宣言的通过,可参见<http://www.un.org/News/Press/docs/2007/ga10612.doc.htm>。

[7] 关于主要国家的土著居民法制,可参见国立国会图书馆调查以及立法考查局:《特集:土著民族》,《外国立法》第32卷第2、3号(1993年);常本照树:《土著民族与宪法》,本多俊和等编:《文化人类学研究——土著居民的世界》,放松大学教育振兴会2005年。

[8] See Note, International Law as an Interpretive Force in Federal Indian Law, 116 Harv. L. Rev. 1751 (2003).

[9] 常本照树:《土著民族在国内法上的地位——以美国为中心》,《文化人类学研究》第5卷(2004年)第49页。

[10] 札幌地判平成9·3·27判时1598号第33页。

[11] 值得注意的是,判决距离对土著民族的认定以及对根据自决权产生的“先住权”的承认还有一定的距离。对于阿伊努民族的法律地位,可参见常本照树:《阿伊努民族的法律与裁判》,阿部昌树等编:《全球化时代的法与法律家》,法律评论社2004年。

识、生物资源的不当利用在内,发达国家的活动在各个方面都对土著民族的文化构成了侵害。对此问题,土著民族、国际社会等有着以知识产权保护为核心的框架对有关问题加以解决的倾向,但是,西欧知识产权概念与土著民族传统知识^[12]、财产的观点有着实质性的差异,无论是从理论上,还是从实务上,都有进一步对其进行深入讨论的必要。

本文的目的就是要对此问题进行初步研究,并为今后的研究提供研究的素材。对此问题,有的研究是将其作为新的“南北问题”提出来的,并将其研究的重点放在拥有土著民族的发展中国家的,而本文则主要关注土著居民本身,并对有关问题进行整理。

二、土著居民文化的特点

前述二风谷水库判决中所采用的土著民族的定义^[13]基本上为国际上所通用,但是,与之相符合的民族千差万别,有美国的印第安人、加拿大的因纽特人(Inuit)、斯堪的纳维亚萨米族人(Sami)、新西兰的毛利人(Maori)、台湾的土著居民、日本的阿伊努人(Ainu)等,受到各自民族的文化传统、宗教、习惯、自然环境等的影响,其文化也并不一样。对传统生活样式的维持、对西欧文化的摄取程度等都存在差异。但是,我们也并非不可以发现土著居民共有的、土著民族文化的本质要素。^[14]

第一乃是权利的集体性。西欧的权利概念是以个人为权利主体的,而与之不同的是,土著民族权利是以民族这一团体为核心的。土著民族生长在集体之中,与集体浑然一体,集团成为每个土著居民主体性的重要组成部分。但是,这并不意味着不存在个人权利。也就是说,个人权利与集体权利的平衡是由各自共同体自行决定的。而且,虽然说是集体性的权利,但是,集体成员并非都处在同样的立场上。在那里是存在权威的,不同的成员享有不同的权利。比如,集体共同继承了特定的技术、知识,但是,并不意味着集体的全体成员都有权使用这些技术或者将这些技术让渡给外部主体。这些权利中有不少是由长老、族长等行使。但是,他们行使权威必须遵守集体的法律或者习惯,并必须符合整个集体的利益。

第二乃是土地所具有的意义。土著民族集体权利的重要组成部分是对土地的管理和使用。对土著民族而言,土地不仅是经济活动的基础,也是精神、宗教生活的基础;不仅对物理生存、而且对文化生产都具有核心的意义。这就是为什么土著民族不仅重视土地权利,而且重视对自然资源及其知识所享有的权利。来自欧洲的移民带来了土地所有权的观念,并对民族的土地进行抢夺,这不仅夺取了土著民族的土地本身,也破坏了土著民族与其土地之间的联系,并深刻地威胁到其集体主体性(identity)、权利体系。

第三乃是文化的特征。土著民族的文化不仅表现在与土地之间的特殊关系,还表现在对土地与资源的使用方式、对医疗的知识、传统艺术、价值观之中。这些文化对维持土著民族的主体

[12] 所谓传统知识这一词语的意义并不是十分确定,而本文姑且将其定位为“民族所继承的,涉及文化的表现形式、对生物资源的运用方式等的全体知识”。参见田村善之:《传统知识与遗传资源的保护根据与知识产权法制》,《知识产权法政策学研究》第13号(2006年)第61页注释1。

[13] 关于土著民族定义的有关问题,可参见本多俊和:《土著民族是指什么?》,本多俊和等编:《文化人类学研究——土著居民的世界》,放松大学教育振兴会2005年。

[14] Peter-Tobias Stoll & Anja von Hahn, Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law, in Silke Von Lewinski ed., Indigenous Heritage and Intellectual Property 14-17 (Kluwer, 2004); Julian Burger, Report from Frontier; The State of the World's Indigenous Peoples 13-16 (Zed Books, 1987).

性有着核心意义。土地不为个人所有,与此相同,土著民族的文化、知识财产也不由个人单独占有。西欧法律体系中所谓的知识财产的观念,即个人对新发明或者创造的事物享有排他性权利的观念,在提及土著民族对自身知识财产、遗产等的前提下,是无法获得共享的。

土著民族的文物、知识多数都是经历数代以口头传承的,一般不存在予以记录的证据。自古以来的传统发挥着重要的作用,这是没有错的;但是,将土著民族的文化限定于这样的传统之中,并认定应当像过去产生的情况那样予以保存的话,就不是很妥当了。土著民族的知识、艺术性创作活动不断发展,并根据变化的环境、民族的需要等发生变化。在使用“传统知识”这一词语时,“传统的”未必就是“古老的”,而只是表明起源于土著民族的文化,这一点是需要注意的。

三、土著民族的知识财产与国际人权标准

前面提到的 Martinez-Cob 在其对土著民族的歧视这一报告中指出,现有的一般性人权标准多数对土著民族适用得不充分,不仅如此,人权标准的内容对于保障土著民族应有的地位、权利来说也不是十分妥当。^[15]

就土著民族的知识、资源而言,恐怕也是同理。在分析此问题时,妥当的做法是对关于知识产权保护的一般性国际标准和以土著民族为对象的人权标准进行区分。也就是说,应当首先确认知识产权保护标准是否可以适用于土著民族的资源、知识,接着,还要确认以土著民族为对象的人权标准即便不是以保护资源、知识为目标的,也要对解决该问题是有效的。

在涉及知识产权保护的国际人权标准方面,《世界人权宣言》第 27 条第 2 款以及《经济、社会和文化权利国际公约》第 15 条第 1 款 C 都规定了个人对于由自己作为作者(author)的作品所产生的利益所享有的权利。“作者”一词仅规定在著作权法中,而没有被规定在工业所有权法制中,因此,仅仅对其著作权加以保护,但是,这并不意味着明确排斥对其适用专利权保护,同时,在《世界人权宣言》起草过程中,也有观点讨论过工业所有权的问题,因此,似乎可以理解为两者的保护都是允许的。但是,国际人权公约基本上被理解为对个人权利加以保护,且其条文的主语为“任何人”(everyone),因此,其中所规定的都是个人的权利,而不是集体的权利。因此,土著居民以个人名义主张权利毫无问题,而以民族名义主张权利就会比较困难。各缔约国对《经济、社会和文化权利国际公约》所规定的权利内容拥有较大的裁量权,只有在完全不作为权利予以保护的情况下才会存在违反公约规定的问题。所以,各国关于既有知识产权保护的法规即便对保护土著民族的资源、知识是不充分的,也很难被认定为违反国际人权公约的规定。^[16]

国际人权公约中有一条规定虽然不是以直接保护知识产权为目的的,但是,因其与知识产权的关系而可以作为主要的国际标准,这便是两公约第 1 条所规定的民族自决权。众所周知,自决权是土著民族众多权利的核心,有时也在与土著资源、知识的关系中被予以援用。特别是自决权的经济属性来自两公约共同的第 1 条第 2 款。因此,国家不得在不承认民族的国内自决权的前提下,处分自然资源。当然,在 1990 年的 *Ominayak and the Lubicon Lake Band v. Canada* 案件中,^[17] 联合国公民权利与政治权利国际公约人权委员会没有认同克里印第安人

[15] U. N. Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations, U. N. Doc. E/CN. 4/Sub. 2/1983/21 Add. 8, para. 625.

[16] Stoll & Hahn, *supra* note 14, at 17-19.

[17] *Ominayak and the Lubicon Lake Band v. Canada*, 1990 Annual Report of the Human Rights Committee, U. N. Doc. A/45/40, Bd. II, App. A (1990).

(Cree Indian)援引人权公约第1条第2款的主张,而仅仅认同了其援引《公民权利与政治权利国际公约》第27条的主张,所以,迄今还没有自决权适用于土著民族的先例。而且,需要注意的是,民族自决权常常是土著民族与主权国家之间进行交涉的最大对立点。但是,不仅是学术上,就连实务中也逐步认识到,不应将自决权作为传统意义上的分裂的独立权利,而是应将其理解为国内的高度自治权。^[18]我想,今后就土著资源、知识等主张其自决权的重要性也会增加。比如,对土著民族的自治保障可以有各种各样的观点,其中可以包括根据土著民族的个性制定和适用国内性、国际性的环境保护标准,制定利用土著民族领域内生物资源的规则等。^[19]

《公民权利与政治权利国际公约》第27条中关于保障文化性权利的规定值得我们予以关注。该条将属于“少数民族”的个人作为权利主体,而在实务中,前文提到的 *Ominayak and the Lubicon Lake Band v. Canada* 案件中,印第安人被适用了第27条的规定,公约人权委员会对该条解释的一般性意见第23条也认同将该条适用于土著民族,因此,毫无疑问,第27条适用于土著民族是没有问题的。即便对于所保障的内容,第27条并不限于禁止歧视、排除对日常生活的妨碍,而是保障民族成员享有民族文化、从事宗教性行为、自由使用民族语言。一般性意见第23条规定:“对于土著民族,应特别保障其与资源使用有关的独特的生活方式,其中,不仅包括捕鱼、狩猎等从事传统活动的权利等与经济性活动有关的权利,还包括确保土著居民为切实享有权利而有效地参与对自己有影响的决定的有关措施。”^[20]

其次,让我们来确认一下以土著民族为对象的国际人权标准。

关于土著民族的、有法律拘束力的国际标准只有前述 ILO 第 169 号条约,而《联合国土著民族权利宣言》虽没有法律上的拘束力,但其内容的包容性则十分值得我们注意。除此之外,在区域性层面上,《土著民族权利的美洲宣言》正在由美洲机构(OAS)进行讨论。

ILO169 号条约是根据包括“世界土著民族协议会 (World Council of Indigenous Peoples)”代表在内的专家委员会的建议,于 1989 年通过的,截至 2007 年 7 月,挪威、丹麦、西班牙,以及中南美洲共 19 个国家批准了该条约。^[21]该条约确立了尊重土著民族文化、生活方式、传统以及习惯的方针,其基本观点乃是,土著民族在其生活的国内环境内,应当保持其自身主体性、社会机构以及传统。为此,应当广泛地保障其在文化、土地、资源、就业、教育、社会保障等方面的平等,以及其参与影响其利益的政策、开发计划制定的权利。值得关注的是,该条约虽然回避了对民族自决权的承认,但是,它并不限于保障个人权利,而是认同对拥有独立主体性、有组织的民族加以保障。^[22]而在该条约获得通过的 1989 年当时,关于知识产权的国际性讨论才刚刚开始,也还没有直接涉及到土著资源、民间艺术、传统知识等土著民族的知识财产。^[23]但是,其第 23 条保障土著民族的传统性生活活动、传统性技术等,与之有着一定的相关性,除此之外,与生物资源的传统性知识及其保护不能与民族所居住的土地相分离,所以,第 13、14 条关于土地权的规定与之有关联。第 15 条规定了土著民族对属于土著民族土地的天然资源享有

[18] S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law* 110-115 (Oxford, 2nd ed., 2004).

[19] Stoll & Hahn, *supra* note 14, at 19.

[20] 日本律师联合会:《国际人权公约与日本的司法、市民的权利》,高知书房 1997 年,第 454-455 页。

[21] <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifce.pl?C169>.

[22] Anaya, *supra* note 18, at 60.

[23] ILO 秘书处负责人发布的指南指出,该条约的任何规定都不妨碍后述《联合国土著人民权利宣言》草案等所规定的对土著民族知识产权的保障。托梅(Manuela Tomei)等著,苑原俊明等译:《土著民族的权利——ILO 第 169 号条约手册》,论创社 2002 年,第 18-19 页。

权利,对资源的使用、管理、保护等权利加以保障;第15条第2款中所规定的“其他资源”可以理解为包含土著民族所孕育的传统性资源。

《联合国土著民族权利宣言》因其是关于土著民族权利最早的、全面性的国际文件而受到人们的关注,^[24]该宣言最初的草案是由人权小委员会土著民族工作组的戴斯(Erica-Irene A. Daes)议长于1988年提出的,人权小委员会在此基础上进行了讨论,并于1994年通过了该草案,草案由前言和45条正文组成,自1994年开始,人权委员会工作组继续对其进行了审议。土著民族呼吁联合国大会能够在于1994年12月开始的“世界土著人民国际10年”之间通过该宣言,但是,有关方面一直没有能够就自决权、集体性权利等达成一致意见,结果未能实现该目的。^[25]之后,该草案最终于2006年6月被提交给人权理事会第一次会议进行审议,结果,经过近20年的时间,到2007年9月共有143个国家赞成,4个国家反对,11个国家弃权,最终该宣言获得了通过。

该宣言没有法律拘束力,但是,类似宣言、决议等的软法乃至非法律规范有可能成为习惯法,或者因有关国家的合意而具有拘束力,而且,中美洲伯利兹的最高法院早在2007年10月以该宣言为依据,做出判决认定,土著民族的土地权属于国际习惯法上的权利,应当在国内法上加以保护。^[26]这让我们看到了联合国宣言在国内予以实施的可能性,这值得我们重视。另外,我们也期待着相关国际组织将其作为事实上的判断标准,从而对相关国家产生影响力。在此意义上,特别值得注意的乃是“土著问题常设论坛”^[27]的活动,该论坛是由经济社会理事会于2002年设置的,由人数相等的来自土著民族代表和政府代表组成将其作为土著民族问题的咨询机构。

在土著民族权利宣言中,第31条就文化权以及知识产权作出了规定。

第31条第1款规定:“土著民族不仅有权保持、管理、保护、发展与人为或有机的资源、种子、药品、动物区系和植物区系的财产有关的知识、口头传承、文学、设计、体育、传统游戏、视觉艺术以及演出艺术等在内的自身科学、技术、文化的表现形式,还有权保持、管理、保护、发展文化遗产、传统文化表现等。”该条第2款要求国家承认土著民族行使该条所保障的权利,并为保障该权利采取有实效的手段。

第11条第1款中规定:“土著民族有权实践和发展其文化传统和习惯,这包括维持、保护和发展考古学以及历史性场所、加工品、文字、仪式、技术、视觉艺术以及演出艺术、文学等其文化的过去、现在和未来的表现。”藉此来实践文化传统、习惯等,并对其加以发展,而第2款则规定了国家的义务,即国家应当通过有效的机制来保障未经向土著民族充分说明并获得其同意

[24] <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/en/drip.html>.

[25] 相内俊一:《〈联合国土著人民权利宣言〉制定过程与“10年”》,上村英明等编:《全球化时代的土著民族》,法律文化社2004年。

[26] 联合国宣言通过1个月,伯利兹最高法院在判决中就指出,“本宣言体现了国际法对土著民族以及其土地和资源的一般原则,有着伯利兹政府不得无视的效力”,并承认了玛雅民族对其习惯上使用的土地所拥有的权利。Cal v. Attorney General of Belize, Claims Nos. 171 & 172 (Belize Supreme Court, Oct. 18, 2007), available at http://www.law.arizona.edu/depts/iplp/advocacy/maya_belize/documents/ClaimsNos171and172of2007.pdf.

[27] See John Carey & Siegfried Wiessner, A New United Nations Subsidiary Organ: The Permanent Forum on Indigenous Issues, ASIL Insights, Apr. 2001, at <http://www.asil.org/insights/insigh67.htm>. 岩泽雄司:《联合国对土著民族的新举措》,《法律家》1293号,2005年,第90页。

或者违反土著民族法律与传统而取得土著民族的文化性、知识性、宗教性、精神性财产。

权利宣言还进一步规定了土著民族在土地以及资源方面的权利。第32条规定,土著民族有权根据自己的法律、传统、习惯来开发和管理资源。特别是,国家就矿物、水以及“其他资源”的利用和开发而许可对土著民族的土地以及资源产生影响的项目,应当事前允许土著民族自由选择且在事前对其进行充分的说明以取得其同意。当然,虽然此处没有直接涉及传统性知识以及资源,但是,我们可以作出广义解释,来认定这些都包含在“其他资源”之中。

这样,权利宣言对土著民族的知识财产设定了广泛的规定,而对于这些权利的实现方法以及同其他知识财产法制的关系,则不是十分明确。但是,比较有影响力的观点认为,它与TRIPs协定等既有的知识产权国际规则相抵触,^[28]因此,以联合国为核心的各类国际组织如何处理此问题就备受关注。“土著问题常设论坛”掌握着其中的重要环节,该论坛自2002年5月第一次会议以来,从WTO以及世界知识产权组织(WIPO)那里收集和研究了与传统知识有关的信息,并将其作为联合国与土著民族有关的系列问题之一,^[29]而且,今后,该论坛还会从土著民族文化保护的视角参与有关的知识产权问题。常设论坛关于知识产权保护的最新成果有,于2005年9月在巴拿马召开了关于土著民族传统知识的国际学术研讨会,在2006年5月召开的论坛第5次会议上发表了论坛报告。学术研讨会共有来自土著民族团体、联合国各机构以及其他政府间组织的28位专家参加,其中包括来自WIPO、生物多样性公约(CBD)秘书处的专家。^[30]研讨会报告包括传统知识问题,并指出了土著民族所面对的各种问题,并为了应对这些问题而对包括常设论坛、WIPO等各机构提出了建议。^[31]

常设论坛根据该报告书所作出的建议中有两点值得关注。也就是说,第33节指出:“土著民族的传统知识不仅支撑着土著民族的日程生活,也是确保其民族自主性、自我决定的重要因素。土著民族的知识反映了其集团性世界观,对世界文化、生物多样性作出了贡献,也是土著民族以及全体人类文化方面、经济方面丰富的源泉。但是,传统知识受到了各方面的威胁。为此,国内和国际上为了加强对传统知识的保护而在立法、政策方面采取了各种措施。但是,正如学术研讨会报告书所强调的,对土著民族的权利,尤其是其人权的尊重才是保护和促进传统知识和文化表现形式的核心内容”。第35节又指出:“对传统知识的保护乃是土著民族的重要问题,但是,许多相关的人士认为,知识产权保护对于保护传统知识并不是十分成功。在国际层面上,发展中国家和土著民族对于纠正知识产权法律制度的不平衡提出了很多的建议。其中一个重要的建议是,在申请专利时,要公开遗产资源的来源。藉此,发展中国家可以发现外国是如何使用遗产资源等并取得专利的,并确认是否事前取得了有关主体的同意,是否分配了利益。”

[28] See Rosemarie J. Coomie, Intellectual Property, Human Rights & Sovereignty: New Dilemmas in International Law Posed by the Recognition of Indigenous Knowledge and the Conservation of Biodiversity, 6 Ind. J. Global Legal Stud. 59, 71 n. 50 (1998).

[29] Review of Activities of the United Nations System Relating to Indigenous Peoples: An Interactive Discussion, World Intellectual Issues, 1st Sess., Provisional Agenda Item 6, U.N. Doc. E/CN.19/2002/2/Add.1 (2002); Review of Activities of the United Nations System Relating to Indigenous Peoples: An Interactive Discussion, World Trade Organization (WTO) Activities Relating to Indigenous Peoples, U.N. ESCOR Permanent Forum on Indigenous Issues, 1st Sess., Provisional Agenda Item 6, U.N. Doc. E/CN.19/2002/2/Add.6 (2002).

[30] E/C.19/2006/2.

[31] E/2006/43 E/C.19/2006/11.

关于《土著民族权利美洲宣言》,^[32]OAS大会于1989年要求着手起草该宣言,泛美洲人权委员会于1995年通过了该草案,经过与政府、土著民族团体、国际组织、专家的协商,在进行修改的基础上,人权委员会于1997年2月通过了《土著民族权利美洲宣言》草案。现在,加盟国以及土著民族等正在朝向达成一致意见而在与设在司法与政治问题委员会的草案起草工作组进行商讨。^[33]美洲宣言的内容包括:对享有人权所必须的集体权利的保障(第2条第2款),禁止歧视(第6条),土著人民的文化发展(第7-8条),确保文化完整性的权利,保持固有语言、教育制度的权利,加强环境保护的权利,结社权,政治性权利(第14-17条),包含利用土地以及资源的权利在内的社会性、经济性、财产性权利(第18-21条)。

对于土著人民的知识产权,美洲宣言第20条作了如下规定:(1)土著人民对其文化性、艺术性、精神性、技术性以及科学性遗产拥有被承认的权利以及对其予以完全所有、管理、保护的权力,拥有依据商标权、专利权、著作权以及其他国内法上制定的程序获得知识产权法律保护的权利,拥有发展、使用、共享、销售其遗产的权利,以及为了确保上述遗产能够代代相传而采取措施保障其法律地位以及制度上的能力的权利。(2)土著人民拥有管理、发展、保护自身人文和遗传性的全部资产、人种、医疗、植物和动物方面知识、传统设计和程序等在内的自身科学技术的权利。(3)国家应当采取措施,确保土著人民能够参与制定其行使上述权利(无论公私)的条件。

而且,美洲宣言与《联合国土著人民权利宣言》一样,要求对土地权和自然资源使用权的保护采取有效的法律机制。同时,美洲宣言草案将传统医疗视作土著人民的习惯,规定土著人民有权保护土著人民传统领域内重要的药用植物、动物、矿石。

四、知识产权与传统知识

如前所述,土著民族的知识性、文化性财产在知识产权法领域往往被作为遗传资源、传统知识以及民间艺术问题。WIPO在此领域的活动开始于1978年与UNESCO共同从事的“民俗的表现”活动,在民俗方面,早于其他知识产权问题形成了成果,即1982年的《保护民间艺术表达、防止不正当利用及其他侵害行为的国内法示范条款》。另外,1996年的《世界知识产权组织表演和录音制品条约》也对民间艺术作出了明确的规定。同时,1996年召开了“联合国教科文卫组织及世界知识产权组织保护民间艺术世界论坛”。该论坛通过行动纲领,提议就民间艺术的国际保护形成合意开展进一步的努力与协商。^[34]

1998年,WIPO在民间艺术的基础上,开始有关“传统知识、创新与创造性”的工作。1998年和1999年分别召开了“知识产权以及传统知识圆桌会议”,在传统知识的政策制定者与土著居民之间交换了意见。在圆桌会议上,特别就更为有效地适用和改善知识产权法制以保护传统

[32] Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples(Approved by the Inter-American Commission on Human Rights on February 26,1997,at its 1333rd session,95th Regular Session),OEA/Ser/L/V/II.95 Doc.6(1997),available at <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/indigenousdecl.html>.而且,该宣言草案虽然使用了人民(Peoples)这个词,但是,同ILO169号条约一样,有关规定割断了与民族自决权的关系,第1条第3款。

[33] <http://www.oas.org/consejo/CAJP/Indigenous%20documents.asp>.

[34] WIPO Secretariat,Matters concerning Intellectual Property and Genetic Resources,Traditional Knowledge and Folklore—an Overview,WIPO/GRTK/IC/1/3(2001).

知识的可能性进行了探讨。^[35]而且,1998年至1999年,WIPO“为了了解包括传统知识以及创新的传承人在内的新的受益人对知识财产的需求和期待”,先后在世界各地进行了9次实际调查。相关报告(Report on the Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders)在经过公开征询意见的基础上,经过修改后,WIPO于2001年4月对其予以公布,^[36]根据该成果,WIPO召开了研讨会对传统知识传承人进行了知识产权方面的培训,并就知识财产和传统知识的结合点进行了案例教学和试验项目。^[37]

2000年,在WIPO第26届全体会议上,成员国决定设置特别机构来讨论遗传资源、传统知识、民间艺术所涉及的知识产权问题。该机构被命名为“知识财产、遗传资源、传统知识以及民间艺术政府间委员会”,该委员会所获得的授权包括:为扩大对传统制度的保护而研究相关法律、政策,对各国关于依法保护民间艺术的经验报告进行研究,土著民族的经验进行交流,提议修改国际专利制度以使其包含对传统知识的保护,研究遗传资源合同的示范条款等。^[38]在政府间委员会,发达国家与发展中国家之间有着严重的对立,^[39]截至2003年,上述授权期满结束,从该委员会自大会获得第二阶段的授权开始,我们可以发现,在对传统知识进行政策性讨论、现状分析以及对新制度的研究诸多方面,该委员会作为核心性机构的地位得到了强化。获得新授权后,第7次政府间委员会会议于2004年11月召开,会上各方代表对传统知识、民间艺术保护所需的政策性目的、基本原则草案进行了研究。^[40]

1992年6月,“联合国环境开发会议”,即所谓的地球峰会在里约热内卢召开,在该会议上,有关方面提出了一个条约的草案,这就是《生物多样性条约》(CBD)。^[41]该条约考虑到生物多样性对人类所具有的直接性和间接性价值以及伦理性价值,同时,也与土著民族知识财产的保护有着极强的关联性,在考虑其国际保障方面具有重要的地位,因此,试图寻求对其加以保护。

而且,WIPO没有使用土著民族(Indigenous Peoples)的概念,而是使用了传统知识的保有者(traditional knowledge holders)这一概念,和其相似的是,CBD使用了“土著的、当地的集体(indigenous and local communities)”的概念,而没有使用土著民族的概念。严格地讲,集体这样的用语主要是指有限的场所、居住地区等,而不适宜用来指在更广阔的地域内居住的民族。但是,对于土著民族而言,如前所述,许多主权国家一贯的态度是,回避使用可以与自决权一同使用的“peoples”这一词语,而使用indigenous community这样的词语。而且,local这一词语可以理解为,维持传统生活模式的集体即便没有满足土著的要件,为了明确其被包含在宣言所规

[35] Roundtable on Intellectual Property and Indigenous Peoples(1998);http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=3505 and Roundtable on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1999);http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=3898.

[36] WIPO Secretariat, supra note 34, at 11.

[37] 最近的例子有 <http://www.wipo.int/meetings/en/>.

[38] <http://www.wipo.int/tk/en/igc>.

[39] 关于截至2003年7月第5届会议的讨论,参见大泽麻衣子:《传统知识的保护与知识产权的国际努力》,《企业与法律创造》第1卷第2号(2004年)第111页。

[40] http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=6183.

[41] 关于CBD与知识产权的关系,可参见茶园成树:《生物多样性条约与知识产权》,《日本工业所有权法学会年报》第22号(1998年)第115页;高仓成男:《生物资源与知识财产》,《知识产权管理》第52卷第3号(2002年)第309页。

定的对象之中而将其追加到其中。

CBD 的目的包括:(1)保护生物多样性;(2)确保生物多样性构成要素的可持续利用;(3)公正、均衡地分配从遗传资源利用中获取的利益。CBD 尤其是要通过对遗传资源的利用、技术转让以及资金支持来实现上述目的。这其中值得注意的乃是第(3)项目的。维持传统生活模式的土著的、当地的集体创造、发展、使用了与保持和持续发展生物多样性及其构成要素相关的知识、技能以及习惯,因此,CBD 关注的是其中的任何获利、报酬等。这可以说,传统意义上的活动、土地与资源的利用依赖于生态性的保护与稳定。

CBD 关于土著的、当地的集体的核心性条款乃是第 8 条第 J 款。^[42]该款设计了 3 项不同的义务是:第一,成员国必须尊重、保护、维持传统知识。这在一定程度上也是要求尊重土著集体本身。第二,该款规定要求取得传统知识保有者的同意和参与,并更广泛地适用传统知识。比如,农业的传统方法在社会性、环境性条件具有相似状况的其他集体也可以予以适用,或者适用于非传统意义的农民。而且,该款被认为可以涵盖集体从销售该知识、由此产生的产品等的收入所获得的利益。并且,第三项义务是鼓励对由传统知识产生的利益进行公平的分配。这样,CBD 第 8 条第 J 款规定了成员国保护生物多样性的一系列义务,但是,其不足之处在于,相关规定的内容均需要各国根据国内法的规定加以贯彻。

CBD 对传统知识的处理一直都在条约缔约国会议 1996 年以来的议程之中。其活动成果中最引人注目一个乃是,2000 年的第 5 届缔约国会议(COP-5)设置了“关于遗传资源利用以及利益分配的特别开放工作组会议”,该机构于 2002 年提出建议,在第 6 届缔约国会议(COP-6)上通过了《遗传资源利用以及公平分配由此产生利益的指南》(简称“波恩指南”)。^[43]这不仅要求包括企业在内的遗传资源利用者尊重土著民族的法律权利和习惯,还要求在利用遗传资源、传统知识之际取得相关土著民族的同意,并妥善保管关于遗传资源出处的信息,除了金钱性利益之外,还要向其分配非金钱利益,包括能力开发、地区贡献等。

当然,这只是各国的国内措施,以及关于传统知识等利用人与提供人之间进行协商所应遵循的任意性指南,所以,并没有法律拘束力。因此,该指南通过之后,在国内拥有遗传资源的发展中国家开始致力于制定国内立法,而在发达国家则出现了众多的专利申请,在此状况下,如果不要求发达国家就标明出处、取得同意等提出证据等承担义务的话,该规定就不能具有实际效果。因此,如前所述,不仅 CBD,连 WIPO、WTO 等也都提出确立具有法律拘束力的国际性标准。而很多发达国家则提出了强烈的反对意见,认为这与传统专利法上所要求的法定要件是相冲突的,不过,以欧洲为中心,有些国家也表示理解此类规定,因此,此方面今后的发展很值得我们关注。

值得我们注意的是,缔约国于 2004 年 2 月召开了第 7 次会议(COP-7),^[44]在此次会议上,通过了《因开发行为而对陆地以及水域中的神圣领域以及为土著民族传统上占有和利用的地域实施文化性、环境性、社会性影响评价行政规范的自律性指南》。^[45]从具有包罗万象这一意义的莫霍克族(Mohawk)印第安一词出发,这被称为 Akwe:Konguidelines,而该指南对于圣地以及

[42] <http://www.biodiv.org/programmes/socio-eco/traditional/>; 藺巳晴:《企业的社会责任与土著人民和地域社会的权利》,亚洲与太平洋人权信息中心编:《企业社会责任与人权》,现代人文社 2004 年,第 68 页。

[43] 藺巳晴:《企业的社会责任与土著人民和地域社会的权利》,亚洲与太平洋人权信息中心编:《企业社会责任与人权》,现代人文社 2004 年,第 69-71 页。

[44] 关于 COP-7 的概要,参见 <http://www.biodiv.org/programmes/socio-eco/traditional/akwe.aspx>。

[45] <http://www.biodiv.org/doc/publications/akwe-brochure-en.pdf>。

土著民族的占有地域实施的开发行为,要求进行事前的影响评价,并规定了提倡的评价内容。^[46]在柔弱的社会制度以及脆弱的生态环境中进行经济开发之时,一般要进行社会(文化)影响评价、经济影响评价、环境影响评价等。指南以保护传统知识为目的,其规定的提倡内容主要是要求上述事前的影响评价实行单一的程序且具备较好的效率,并偏重于文化影响评价。缔约国会议要求各国完善国内法以确保其规定尊重并符合指南的精神,同时,也呼吁土著民族对此予以利用。

2006年召开的第8届缔约国会议(COP-8)的一个重要目的就是为“公正、平等地分配由遗传资源(包括传统知识)的利用所产生的利益(第1条)”而建构国际性机制,并就上述标示出处制度等的必要性进行了讨论,而工作组会议就此进行了审议,但并没有得出结论。^[47]

五、土著民族的主张

最后,我们来确认一下土著民族自身对此问题的主张。如前所述,自20世纪70年代权利回复运动开始以来,在传统知识保护的国际化讨论中,土著民族渐渐地发挥越来越大的作用。土著民族最初的核心性宣言乃是1984年“世界土著民族评议会”大会通过的《世界土著民族评议会基本原则宣言》(Declaration of Principles of the World Council of Indigenous Peoples)。^[48]该宣言以当时重要的问题为焦点,包含了禁止歧视、自决权、政治性参与,以及土地与资源权利等的主张,同时,还支持“土著民族的文化乃是人类文化财产的一部分”,并宣称“土著民族应取回对其包括遗迹、人工遗存、设计以及其他艺术表现形式在内的物质文化所拥有的原创性权利”。

土著民族自身在会议中形成的相对较早的重要成果是以土著民族的文化、知识财产为其重点的,包括1993年在新西兰召开的“土著民族文化、知识产权第一次国际会议”所通过的《土著民族文化、知识产权 Mataatua 宣言》。^[49]该会议有包括阿伊努民族在内的14个国家150余名土著人参加,并就土著民族的知识与价值、生物多样性与生物工程、习惯性环境管理、艺术、音乐、语言、物质性或非物质性文化等事项进行了讨论。

Mataatua 宣言在序言中宣称“全世界的土著民族拥有自己决定权,在该权利的行使方面,土著民族乃是自身文化、知识产权等权利的排他性所有者”,“土著民族有管理其传统知识的能力,但是,对该知识加以定义和管理的基本权利应由国际社会予以保障,在此条件下,该知识应提供给全人类。”

该宣言接着就土著民族、国家以及国内和国际组织、联合国发出了如下的建议,即:对于土著民族而言,建议其对自己的文化性、知识性财产进行定义;在记录传统性、习惯性知识(录音、录像、记录)时设定外部使用者应遵守的伦理标准,为保护、保存、发展土著民族传统知识、文化财产而发展和维持传统习俗、制裁措施;对于国家以及国内和国际组织,建议土著民族为其习惯性知识的守护者,应允许他们享有保护和普及其知识的权利,应承认土著民族的文化性、知识性财产归属于至少是创作它们的人们。在这些一般性意见之外,宣言还提出了一些具体性建

[46] 关于指南的解释与日文译本,参见田上麻衣子:《CBD·Akwé:Kon 指南》,《知识产权法政策学研究》第10号,2006年,215页。

[47] http://www.jpo.go.jp/torikumi/kokusai/kokusai2/pdf/living_thing_meeting/meeting.pdf.

[48] <http://www.cwis.org/fwdp/Resolutions/WCIP/wcip.txt>.

[49] <http://aotearoa.welliington.net.nz/imp/mata.htm>.

议,比如,在土著民族共同体确立适当的保护机制之前,必须暂时停止对土著民族药用植物、人类遗传物质的继续商业化使用,博物馆等机构所保存的所有土著民族的人类骨骼、陪葬品等都应当按照符合其归属地文化的方式予以返还。对于联合国,宣言建议,通过持续性的政策和行动对正在侵害土著民族文化、知识产权的国家进行监督,并对此采取必要的行动。

之后,土著民族就其知识性、文化性财产所发布的宣言有被提交给2004年5月土著问题常设论坛第3届大会的《土著知识保护的土著民族共同宣言》。^[50]该宣言是由北美美土著民族以及专家组成的“生物殖民主义土著民族协议会”、夏威夷的土著民族组织、以及亚洲、非洲的土著民族共同提议的,意在向常设论坛以及CBD、WIPO、UNESCO等国际机构提出保护土著知识的建议,并就土著民族关于传统知识等的保护提出了基本主张。该宣言指出,常设论坛的责任是对WIPO和CBD提出的建议,包括,两者应认识到为保护传统知识、民间艺术而创设国际体制的论坛并非十分合适,而应当在人权小委员会下设的土著人民工作组层面上进行研究,常设论坛应当成为研究传统知识等保护的机构的协调机构,并参与WIPO政府间委员会等对传统知识等进行特殊保护的工作。对于CBD,关于第8条第J款的特别开放工作组根据土著民族的习俗法而开发有效果的特别保护。而且,宣言对于WIPO以及UNESCO等国际机构,则就土著知识的保护建议与土著民族进行协商探求对土著民族习俗法的承认、传统保护方法等知识产权方法之外的保护手段。

在此基础上,宣言对土著知识提出了如下主张:现在联合国各机构关于传统知识的讨论不是集中于对其加以保护,而是对其进行榨取。有的主张,在保护机制方面,应当采用西欧的知识产权法,但是,这不仅是不充分的,而且也是十分危险的。参与CBD、WIPO等国际机构的土著民族一贯主张土著民族对传统知识、生物资源享有固有而不可让渡的权利。在土著民族的传统知识等上设定知识产权只不过是拥有一定的较短期限的知识产权来对土著民族的知识、资源等加以保护,由此将其变为个人所有的、可以让渡的商品。西欧的财产法特别是知识产权法与保护土著民族传统知识等的习俗法是不一致的。在关于传统知识等的国际性讨论中,对利用加以管制以及对利益进行分配乃是最大的焦点问题。特别是,CBD下设的利用与利益分配特别开放工作组所开展的“利用与利益分配国际体制”工作在持续性开发的名义之下促进了对传统知识、遗传资源等的榨取。在WIPO的政府间委员会,现行的或者经过修正的知识产权制度对传统知识等的保护是有效的。也有的建议,土著民族应该登记其有关知识,将其纳入数据库。实际上,WIPO促进了成员国对土著知识的收集与数据库化。但是,土著民族关于与生物多样性相关的传统知识进行保护与交流的主要手段还是习俗法或者口头传承。传统知识是动态的,无法适合知识产权法的要件进行单纯的文字化并进行记录。WIPO所提议的共同专利制度只不过是以商业化目的对其进行保护,因此,并不是十分合适的保护方式。而且,也有的观点主张,已经为世人所周知的土著知识属于公共领域,即便进行登记或者转化成数据库,传统知识等也不属于公共领域,土著民族拥有对该知识所有、使用的全部权利。同样,未经土著民族事前同意而取得的土著知识不属于公共领域,所有权利均应当由土著民族享有。

基于这样的主张,宣言对常设论坛提出的建议是:为了保障作为土著民族基本权利的自决权以及决定是否允许他人利用传统知识、生物资源、领域的权利,并对传统知识等进行保护,应当发动联合国各机构建立真正能够符合土著民族习俗法、传统习惯的特别的机制。

[50] <http://www.ipcb.org/resolutions/htmls/pf2004.html>.

六、小结：“土著”民族的含义

如本文开头所述,发达国家对土著民族的侵夺是从土地开始的,而这不仅意味着土地的丧失,重要的是对土著民族文化的破坏。今天,民族文化本身已经成为了被侵夺的对象。

文化的意义可以从广义和狭义两方面来加以理解。狭义上可以是从仪式到普通生活;广义上也包括威尔·金里卡所说的构成社会要素的文化。^[51]但无论如何,其文化享有者自主性的形成都具有十分重要的意义。但是,土著民族的文化具有集体性,在很多方面不同于西欧的观念,不仅如此,还存在政治性、经济性、社会性边界,所以,在西欧主流社会,其文化的特性往往被认为是不妥当的。^[52]

的确,受到20世纪70年代以来所兴起的权利回复运动的影响,20世纪80年代以来国际人权标准开始逐步加大了对土著民族文化的关注,但是,这些都存在很多的不足,其中,多数都限定于权利主体为个人这一情形,其内容欠缺具体性,未必具有法律拘束力。之后,在知识产权领域,有关方面也试图以土著民族的传统知识等为重点来研究对其采取有效的解决措施,但是,这其中仍旧遗留了大量的重大问题,比如,只关注经济性因素,而忽视文化性方面,土著民族传统知识与西欧知识产权法之间的差异无法从制度上得到解决。

对此问题,田村善之(Tamura Yoshiyuki)教授指出:“为什么必须保护传统知识、遗传知识呢(或者说,为什么有必要加以保护呢),关于其原理各界并没有形成定论”,“以回避文化冲突为根据,对传统知识的利用设定一定制约的必要性予以肯定的观点”是“有希望的根据”;“由于现有知识产权法所依据的文化,其权利存续期间被加以区分,并对传统知识进行自由的利用,这样一来,在对传统知识进行管理的同时,也就对其造成了伤害。因此,为了防止前者的文化所具有的单方面的优越性,有必要对传统知识的利用进行一定的限制。”因此,“我们必须留意主张既有知识产权法文化优越于传统知识文化的观点。但是,在同样的意义上,传统知识文化难道没有优越于知识产权文化的道理吗?应当对两者进行调整,使其能够对等。”^[53]

对此,长谷川晃(Hasegawa Ko)教授认为:“关于土著民族的知识产权保护,有必要在与个人作为其主体这一前提有所不同的条件下对其进行考虑”,并强调了土著民族的特殊性,即“对于土著民族知识产权的保护比较重要的乃是,将社会知识作为整体对其采取怎样的保护措施,而不是为了在社会上发掘知识创造力而进行激励”。而且,他认为,“土著民族的基本状况是,他们多数是文化上的少数派,人口极其稀少,并受到来自文化上的多数派的文化压制和榨取”,现实中存在着“要求平等对待以尽可能纠正这种压制和榨取的诉求”,“关于土著民族知识财产的保护,本来重要的乃是完善其活动能力,使其能够平等地享受信息的自由,在这一意义上,信息平等的价值更为重要”。^[54]

仔细思考一下,解决本问题的方向性乃是以田村教授“文化冲突”的观点为基础。在此方

[51] Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship* (Clarendon Press, 1995); 石山文彦:《多文化主义的规范性理论》,日本法哲学会编:《多文化时代与法律秩序》,有斐阁1997年。

[52] 关于土著民族文化与自主性,参见常本照树:《宪法最前线或者最边缘——土著与少数民族的权利》,纸谷雅子编:《日本国宪法解读》,日本经济新闻社2000年。

[53] 田村善之:《传统知识与遗传资源的保护根据与知识产权法制》,《知识产权法政策学研究》第13号(2006年)第53-55页。

[54] 长谷川晃:《土著民族知识产权保护的哲学脉络》,《知识产权法政策学研究》第13号(2006年)第33-35页。

面,问题是怎样理解土著民族的特殊性。长谷川教授指出了“平等要求”的重要性。进一步说,土著民族的本质正如本文开始所提到的那个定义那样,正是其“土著”的特点。

在此,让我们回过头来看看1997年二风谷水库事件中札幌地方法院的判决。该判决最大的亮点乃是,从日本宪法第13条推导出了民族的文化享有权利,并认定,为了建设水库而征收土地是违法地侵害该权利的行为。因此,判决认为,文化享有权利是“属于少数民族(个人)的”权利,而阿伊努人属于土著人民,因此,相对于移民等少数民族,应对其文化享有权利进行更高层次的保障。也就是说,判决认为,土著民族乃是少数民族的一种形态,其特点是,受到多数民族的支配,没有获得任何辩驳的机会。其过程是,多数民族没有得到少数民族的同意就对其进行支配。因此,多数民族应当对少数民族给予更多的关心,有义务多多关心少数民族;对于土著民族,更应当慎重地“调整其文化冲突”。未经其同意而对其加以支配的,不仅限于政治性、军事性支配,还包括文化、价值观以及法律制度的支配等。因此,在解决西欧国家单方面推广利用自身价值观所形成的知识产权法律制度所产生的问题方面,在对其与土著民族的文化进行调整时,就要留意多数民族对土著民族文化所应负有的较强的注意义务。当然,即便在知识产权法的文化上承担较多的注意义务,其具体化也是十分困难的,这里也只能限于提出有关的问题。至少,作为实体理论,对于本文所提到的“土著问题常设论坛”提出的建议、土著民族自身提出的各种宣言,是否能够全部予以接受姑且不论,至少要对其予以12分的尊重与注意,这是十分明确的。而作为程序理论,涉及土著民族重要利益的审议、决定过程都应当确保土著民族能够有实质性地参与其中,关于土著民族权利的各种国际标准都已经指明了这一点。

正如二风谷水库判决所指出的那样:“多数民族总是因为自己占据多数而无视乃至忘却少数民族的利益,特别是,该利益很难从多数民族普通的价值观中推导出来,而在关系到少数民族利益的时候其倾向就很明显。”我们应当怀着对土著民族“独特文化衰退的历史过程的反思之意”,来最大限度地关注如何保障土著民族的文化。

附记:本文在拙稿《土著民族的文化与知识财产的国际保障》(《知识产权法政策学研究》第8号[2005年]第13页)基础上,根据联合国大会通过的《联合国土著民族权利宣言》进行了修改,并对“土著”民族特点进行了若干考察。