



联合国

经济及社会理事会



Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/1993/28
28 July 1993

CHINESE
Original: ENGLISH

人权委员会

防止歧视及保护少数小组委员会

第四十五届会议

临时议程项目 14

对土著人民的歧视

防止歧视及保护少数小组委员会特别报告员、土著居民问题
工作组主席埃丽卡-伊雷娜·泽斯撰写的关于保护
土著人民的文化财产和智力产权问题的研究报告

GE.93-14367(EXT)

目 录

	段 次	页 次
导言	1 - 17	4
一、本研究报告的基本概念	18 - 32	7
二、当代涉及土著人遗产的问题	33 - 117	11
A. 神圣遗址的保护与利用	36 - 43	12
B. 遗体的归还和重新埋葬	44 - 48	14
C. 神圣物品和礼仪物品的回收	49 - 57	16
D. 确保艺术品是真品	58 - 67	18
E. 传统图案的集体权利	68 - 80	21
F. 表演艺术中的问题	81 - 83	24
G. 失密	84 - 86	25
H. 旅游和隐私问题	87 - 89	26
I. 医学研究和“生物探索”	90 - 102	27
J. 土著人的科学和技术	103 - 106	31
K. 社区控制研究工作	107 - 109	32
L. 专业组织和伦理道德	110 - 114	33
M. 重大问题的总结	115 - 117	34
三、国际法律文件和机构	118 - 158	35
A. 人权文件	118 - 122	35
B. 教科文组织恢复文化财产的机构	123 - 127	36
C. 文学和艺术作品的版权	128 - 133	37
D. 对科学发现的专利保护	134 - 144	38

目 录(续)

	段 次	页 次
E. 商标和工业设计的保护	145 - 148	41
F. 同土著人有关的特别文件	149 - 151	42
G. 国际贸易和援助措施	152 - 153	43
H. 国际私法	154 - 158	44
四、结论和建议	159 - 181	45
A. 行动基础	159 - 163	45
B. 基本原则	164 - 170	46
C. 承认所有权	171 - 175	48
D. 收回流失或流散的遗产	176	49
E. 预防遗产的进一步流失	177 - 180	49
F. 研究报告的未来作用	181	50
附件一、专题研究和文件		51
A. 抢劫奇尔卡特鲸屋		51
B. 归还夏威夷人遗骨		52
C. 水电与圣地:斯洛夸尔米瀑布		53
D. 贝伦宣言		54
E. 经济植物学学会:准则草案		55
F. 珍藏品保管人的建议		57
附件二、教科文组织关于国际文化合作原则宣言的第 67 项原则		59
参考文献		63

导 言

1. 对于全世界的土著人民来说,保护文化财产和智力产权已变得日益重要和紧迫。“土著”这个概念就包含独特的和单独的文化私生活方式的观念,这种观念是以基本上与某一块领土有联系的长期传统和知识为基础的。土著人民如果没有能力保持、恢复、发展和教授他们从先辈们那儿继承下来的智慧,就无法作为与众不同的国家,社会和民族生存下去或行使他们的基本人权。

2. 1981年,由联合国教科文组织主持在哥斯达黎加的圣约瑟举行会议,讨论与美洲土著人民特别有关的种族灭绝问题。与会代表就原则声明达成协议,其中特别重申了土著人民维护和发展他们自己的文化和各种文化遗产的权利。后来逐渐被称为“圣约瑟宣言”的这个文件,是联合国系统中第一次正式承认种族灭绝罪恶和长期存在的危险以及各国政府和政府间机构在防止土著人民文化和智力遗产遭到任何进一步侵蚀方面应当发挥的作用的文件。

3. 1982年成立土著居民问题工作组为土著人民对这个重要问题发表他们自己的意见提供了一个论坛。工作组自举行其第一届会议以来,一再听到来自各大洲的土著人代表谈到他们把保护他们的精神和文化生活、艺术以及科学和医学知识置于优先和迫切地位。这些问题不仅反映在工作组前10届会议的报告里,而且也反映在这样一个事实中,即土著人民权利宣言草案中写进了关于种族灭绝、文化发展、保护智力产权、宗教信仰自由和控制教育等具体条款。

4. 保护文化财产和智力产权基本上是与实现土著人民的领土权利和自决联系在一起。有关价值观念、自主或自治、社会组织、管理生态系统、土著人民中间保持和睦和重视土地的传统知识,体现在每一代土著儿童必须学习和补充的艺术、歌曲、诗歌和文学作品里。表现每一个土著民族具体特性的这些丰富多采的形式,为维持、发展、必要时恢复土著人社会的一切方面提供了所需的资料。

5. 本项研究报告是由特别报告员提议,联合国主管机构和经济及社会理事会授权进行的,作为对土著人民本身在工作组各届年会上和联合国系统其他地方所表示的关切作出反应的第一个正式步骤。它应当为工作组和其他国际机构规定适当标准奠定基础,为在某种程度上马上缓和土著人民的文化、精神、艺术、宗教和科学传统的完整性受到的普遍而日益严重的威胁规定了一些具体的体制措施。

本项研究的背景和任务

6. 防止歧视及保护少数小组委员会在其1990年8月31日第1990/25号决议中委托埃丽卡-伊雷娜·泽斯女士起草关于土著人民文化财产的所有权和控制权问题的文件,以便提交土著居民问题工作组第九届会议。

7. 小组委员会在其1991年第四十三届会议上审议由泽斯女士起草的工作文件(E/CN.4/Sub.2/1991/34)中所载的结论和建议以后,在1991年8月29日第1991/32号决议中对作者表示赞赏,并决定把进一步撰写关于国际社会为使土著人民的文化财产更加得到尊重而应采取的措施的研究报告这一任务交给她,这项研究报告将于1993年提交其第四十五届会议。

8. 小组委员会还在其1991年8月29日第四十三届会议的第1991/31号决议中,要求秘书长对土著人民在多大程度上可以利用现行国际标准和机构来保护他们的智力产权,提请注意任何差距或障碍以及注意可能采取的解决措施草拟一份简要说明。

9. 小组委员会1992年在其第四十四届会议上,对秘书长关于智力产权的简要说明(E/CN.4/Sub.2/1992/30)表示欢迎,并在其1992年8月27日第1992/35号决议中表示相信,

“在土著人民的法律或哲学中,文化财产和智力产权是有关系的,保护这种财产和产权对土著人民在文化和经济方面的生存和发展是必不可少的”。

小组委员会建议特别报告员在她的报告中对这种关系进行审议,并建议将这项研究报告的名称改为“保护土著人民的文化财产和智力产权”。

10. 人权委员会在其题为“土著人民文化财产的所有权和控制权”的第 1992/114 号决定中,未经表决就决定向经济及社会理事会建议它赞同指定埃丽卡-伊雷娜·泽斯女士为小组委员会的特别报告员,由她来撰写关于国际社会为使土著人民的文化财产更加得到尊重而应采取的措施的研究报告,以便提交 1993 年小组委员会的第四十五届会议。经济及社会理事会在其 1992 年 7 月 20 日第 1992/256 号决定中,批准了指定泽斯女士为特别报告员。

11. 特别报告员在撰写这份报告时,特别考虑到了这项研究与政府间机构的有关活动,尤其是土著居民问题工作组计划在其第十一届会议上完成土著人民权利宣言草案、预料新设立的联合国持续发展委员会对《21 世纪议程》有关土著人民的规定(A/CONF.151/26/Rev.1,第一卷)的实施,以及美洲人权委员会正在对编写美洲土著人民权利的法律文书的可能性所进行的研究等活动的关系。

概况

12. 鉴于特别报告员的时间和资金有限,对问题和可能的解决办法进行全面的全球性调查不属本研究报告的范围。然而,凡是可以从可靠的第一手来源得到数据的,已努力提供每一个问题的具体实例。当然一定还有许多其他例子,或许是更好的例子。

13. 大多数例子在本研究报告里直接提到了。对几个有趣的专题研究也作了比较详细的阐述载于附录,这些专题研究是根据直接有关的土著人民向特别报告员提供的资料进行的。

14. 由于缺乏足够的时间和手段,与土著人组织进行直接磋商的范围受到了严重限制。尽管如此,特别报告员还是幸运地直接从以下土著民族、人民和组织获得了

详细资料：土著和托里斯海峡岛民委员会；阿拉斯加本地领导项目；科尔维尔部族联邦；关心夏威夷祖先组织；科迪亚克地区土著人协会；纳瓦霍民族司法部；北坡镇伊纽皮亚特人历史、语言和文化委员会；斯诺夸尔米部族；祖尼人村庄考古方案。

15. 特别报告员也乐于赞赏关心保卫土著人民权利的其他组织作出的重要贡献，这些组织包括阿拉斯加法律服务公司；美国印第安人宗教仪式用品归还基金会；文化管理委员会；文化幸存；雨林联盟；世界资源研究所；世界监视网研究所。也应赞扬以下公司免费提供关于它们有关研究活动的资料：埃克森公司；默克股份有限公司；沙曼制药股份有限公司。关于应用人类学学会和经济植物学学会活动的资料是分别由汤姆·格里夫斯博士和布赖恩·布姆博士提供的。

16. 特别报告员还要感谢美国参议院印第安人事务小型委员会给予合作，感谢以下美国政府机构：印第安人工艺美术委员会(农业部)；国立卫生研究所属下全国癌症研究所；全国种质资源实验室(卫生部)；国家公园管理局(内政部)。

17. 特别报告员感谢土著问题专家玛丽·巴蒂斯特博士、米克马克民族社区研究中心阿帕穆埃克研究所，以及助理研究员利蒂希亚·泰勒、雷莎·勒纳和雷切尔·斯蒂文斯的协助；感谢全球自然基金会的艾米·汤森，她帮助编纂了在撰写这份报告时所用的许多有关文件。

一、本研究报告的基本概念

18. 从15世纪起欧洲人到其他区域探险，并在那里开拓殖民地，这导致欧洲各大帝国迅速强占土著人民的土地和自然资源。但是被掠夺的不仅是这些。欧洲各帝国还获得了关于包括玉蜀黍和马铃薯在内的新的粮食作物和药品的知识，这样就有可能养活越来越多地集中到城市里进行欧洲工业革命所需的劳工。随着工业化的继续进行，欧洲国家着手获取部族艺术，研究外国文化。土著民族接连丧失它们的土地、科学、理念、艺术和文化。

19. 今天,这一过程正在全世界所有地区重复,因为非欧洲国家把它们的活动扩大到以前被认为是偏僻的。无法达到的或者没有价值的区域,如沙漠、北极冻土带、山峰和雨林。具有讽刺意味的是,由于宣传这些新开发地区的土著人民成为受害者,欧洲人对得到土著人民的艺术、文化和科学又产生兴趣了。土著人地区的旅游业日益发展,与此同时,土著人的艺术商业化,考古场所和寺庙遭到破坏。

20. 同时,“绿色革命”、生物技术、同癌症和艾滋病作斗争需要新药等情况使得人们对收集土著人民的医药、生物和生态知识产生了新的强烈的兴趣。土著人民之中有许多人处境危险就成了更快地获得土著人民的知识的理由。因此,迫切需要采取措施使土著人民能保持对他们剩下来的文化、知识和自然财富的控制权,这样他们才有可能生存下去和自我发展。

21. 特别报告员在撰写本研究报告时,不得不得出这样的结论,从土著人民的观点来看,文化财产和智力产权的区别是人为的区别,并不非常有益。工业化社会往往把艺术和科学区别开来,或者把创作的灵感和逻辑分析区别开来。土著人民则认为人类思想和心灵的一切产物都是互相联系的,出于同一个源泉:人与其土地的关系,他们与分享土地的其他生物和精神世界的亲属关系。由于知识和创造力的最后源泉是土地本身,所以某一个民族的一切艺术和科学都是同一个基本关系的表现,可以认为是整个民族的表现。

22. 例如,一首歌不是“商品”,不是“货物”,也不是一种“财产”,而是人和其领土之间古老的、持续的关系的一种表现。由于它是某个民族和其领土之间一种持续的关系的表现,所以不能想像,一首歌或这一民族集体特性的任何其他因素可以长期或完全转让出去。

23. 因此,称每一个土著民族的集体“遗产”比区分“文化财产”和“智力产权”来得简单、合适。因此,例如,厄瓜多尔文化遗产法第 3501 号(1979 年)适用于土著人民本身认为是“他们文化经常的和有效的表现和识别手段”的每一件东西。

24. “遗产”是属于一个民族与众不同的特性的每一项东西,如果他们愿意,他们可以和其他民族分享这种遗产。它包括国际法规定为人类思想和技艺的创造性产物的所有东西,如歌曲、故事、科学知识和艺术品。它也包括历史和大自然的遗赠;如人类遗体、自然景观,以及与一个民族长期有联系的自然发生的动植物物种。

25. 使每一个土著民族具有它自己的尊严和价值的,不仅仅是拥有独特遗产的能力,而且是时时与其他民族分享这种遗产的某些方面的能力。只要遗产仍在一个民族的控制之下,它可以继续在适当的时候和以适当的方式与其他民族分享。例如,北美西北部太平洋沿岸的土著民族是海洋鱼类的捕捞者。每一个民族或群体世世代代与鲑鱼的亚种(或“洄游”)有关,这种鲑鱼每年洄游到它的领土,被视为它的亲属。每一个群体的尊严和荣誉都取决于举行宴会以及与其他群体分享这些鱼的能力,是否具有这种能力又取决于对生态系统进行明智的管理。鲑鱼是这些民族的遗产的一个主要部分,不仅在于食用或买卖鲑鱼,而且还在于分享,如果某一个亚种的鲑鱼消失了,那么这一切就完结了。与鲑鱼有关的歌曲、故事、图案、艺术品和生态智慧都是这同一份遗产的互相关联的因素。

26. 实际上,土著人民根本不把他们的遗产看作产权,即不把它看作某种有所有者的,用于获取经济利益的为目的的东西,而是把它看作群体和个人的责任。拥有一首歌、一个故事或医学知识就有某些责任来尊重和保持同这首歌、这个故事或医药与之有关的人、动物、植物和地方的相互关系。对于土著人民来说,遗产是一套关系,而不是一批经济权利。超出这种关系,“物品”就毫无意义,不论它是圣地或举行仪式的工具等物体,还是歌曲或故事等无形的东西。把它出售以后这种关系必定就完结了。

27. 土著人民保护遗产和决定何时,与谁分享遗产始终有他们自己的法律和程序。这些规则可能是复杂的,不同的土著民族中间有很大的差别。要详细描述这些规则几乎是不可能的;无论如何,每一个土著民族都必须按照自己的理解自由解释他们

自己的法律制度。然而,土著民族法律制度的结构看来有相似之处,这里可以概括地说一说。

28. 一般说,遗产是一项集体权利,与一个家族、氏族、部族或其他亲属集团有关。只有整个群体才能同意分享遗产,它的同意必须通过具体作决定的程序来表示,具体作决定的程序可能是不同的,这要看涉及的是歌曲、故事、医药还是遗产的某个其他方面。无论以什么方式表示同意,它都是暂时的,可以取消的;遗产决不能转让、放弃或出卖,有条件的使用除外。因此,分享就在知识的传授者和接受者之间产生一种关系。传授者保持着权威,以确保知识得到适当的应用,接受者继续承认并回报所接受的知识。

29. 虽然遗产是集体的,但是通常都有这样一个人,把他称为每一首歌、一个故事、一个名字、医药、圣地和土著民族遗产其他方面的保管人或看守人最恰当。这样一个人的责任不应与所有权或产权混淆。传统的保管人充当整个群体利益的托管人,只有在他们继续为群体的最大利益服务的时候,他们才在这方面享受特权和地位。

30. 所以,概括起来说,每一个土著社区都必须对自己的遗产的一切内容长期保持控制权。它可能根据自己的法律和程序,分享享受和使用其遗产的某些内容的权利,但是始终保留确定如何使用分享的知识的永久性权利。这种管理遗产的持续的集体权利对每一个土著人社会的特性、生存和发展是极其重要的。

31. 因此,试图把土著民族的遗产细分为“文化的”、“艺术的”或“知识的”等单独的法定类别,或者细分为歌曲、故事、科学或圣地等单独的内容也是不恰当的。这就意味着,对不同的遗产要进行不同层次的保护。一切遗产都应当作为一个单一的、互相关联的整体加以管理和保护。

32. 首先,文化财产和智力产权目前的合法保护形式如版权和专利,显然不仅不足以保护土著民族的遗产,而且自有其内在不合适之处。目前的合法措施提供保护的期限有限,共同的是通过发放许可证或销售促进思想的传播和应用。使土著民族受制

于这样一种法律制度对它们的特性会产生与许多国家实行土地所有权私有化对它们的领土所产生的同样的影响,即分裂或碎片,并出售碎片直到一无所剩为止。

二、当代涉及土著人遗产的问题

33. 保护土著人遗产的最全面的立法计划在美国也许能找到,美国有法律保护土著民族拥有礼仪物品、人类遗体,利用传统的宗教遗址,专售作为“印第安人”产品的艺术品和手工艺品的权利。这些法律包括1990年土著美国人坟墓保护和归还法,此法适用于人类遗体和和文化上有重要意义的物品;1991年美国印第安人国家博物馆法,根据此法,国家博物馆中的大部分有关收藏品放到新博物馆陈列,新博物馆由总统指定的一个土著人委员会管理。尽管如此,涉及美国土著民族遗产的问题继续产生,美国仍然是世界上来自其他区域的土著民族遗产的最大消费国之一。因此,美国提供了估价遗产保护措施实例的一个丰富来源。

34. 在澳大利亚,1984年的土著和托里斯海峡岛民遗产法规定,土著事务部长应土著人民请求,可以宣布某个地点或物件作为澳大利亚的土著遗产受到保护。1987年,通过了与澳大利亚东南部的维多利亚州有关的一项有力得多的措施。这项措施规定,维多利亚州的土著居民可以要求土著事务部长保护任何“土著文化财产”,如果这位部长拒绝,这件事情可以提交仲裁。这不仅包括遗址和物件,而且也包括“民俗学”,根据定义,民俗学包括歌曲、仪式、典礼、舞蹈、艺术、习俗和信仰。因此,澳大利亚也为本研究报告提供了丰富的实例和分析来源。

35. 选择和组织说明目前在保护土著民族的遗产方面所存在的问题的以下例子,是为了说明应当用国家和国际措施来解决的问题的多样性。这包括对美国、澳大利亚和一些其他国家现行全国性措施进行一些讨论。目前的国际标准和办法对这些问题的适用性在本报告的第三节中加以讨论。

A. 神圣遗址的保护与利用

36. 大多数国家已经通过了识别在历史上和文化方面具有重要意义的地方的程序。这种法律并不总是始终如一地应用于土著民族所关心的遗址,并且往往阻止不了政府本身处理或为其他目的开发遗址。

37. 例如,美国可以保护与重要历史事件或在历史上有意义的人物有关的建筑物、建筑物群、景点或地形,它们具有提供重要历史资料的潜力,或者代表一种独特的历史人物活动或环境。这可能包括土著民族采集粮食或药材和举行宗教仪式的地方。建议政府机构在确定一个遗址是否重要时直接同土著人民商量。也建议政府机构尊重土著民族保守秘密的愿望,例如对与传统的圣教导有联系的遗址保守秘密。

38. 许多政府机构定期与土著宗教领袖合作保护和解释有意义的遗址。目前进行的合作涉及保护南达科他州翁第德尼的一个遗址,美国第七骑兵团 1890 年在那里包围并杀害了 250 多名拉科塔人(苏人)。翁第德尼被在那儿死亡的人的后裔视为圣地,所以很可能被辟为由奥格拉拉苏族和夏延河苏族控制,由联邦政府提供经费和法律保护的特别历史遗址。管理计划由来自国家公园管理局和两个部族的历史学家和有关专家组成的小组制订。他们建议用这个遗址“来增进人们对拉科塔历史和文化的了解,”促使“拉科塔和白人社会愈合”。据美国国家公园管理局说,所有标示物和旅行指南都是两种语文的,而且都是“从拉科塔的观点出发的”(1993 年)。

39. 在美国富尔斯·克劳诉古利特案(1982 年)中,拉科塔(苏族)长者控诉说,把他们最神圣的山南达科他州的贝尔比尤特辟为公园会亵渎这个遗址,并会导致把他们的宗教习俗开发为吸引游客的节目。游客已开始打断一些仪式,打扰正在贝尔比特山的偏僻部分寻找显圣的拉科塔人的隐私。一家联邦法院驳回了这些申诉,说游客的干扰对继续把贝尔比尤特用于举行仪式不会构成不可克服的障碍。拉科塔继续使

用为游客修建的小路和露天停车场范围内的这座山。

40. 贝尔比尤特纠纷仅仅是1980年以来发生的好几起案件中的一起,在这个案件中,美国的法院拒绝保护土著民族在政府拥有的土地上举行仪式的地点不受发展项目的影晌。西科雅诉田纳西流域管理局案(1980年)是告水电站工程淹没了切罗基族古代首府。在巴多尼诉希金森案(1980年)中,纳瓦霍族酋长们试图阻止彩虹桥向游客开放,彩虹桥是长期以来用作举行仪式地点的独特自然地点。在威尔逊诉布洛克案(1983年)中,霍皮族的酋长们试图阻止在一座圣山上修建滑雪场,但没有成功。最后,在林诉西北印第安人公墓保护协会案(1988年)中,最高法院允许修建森林公路来扰乱加利福尼亚的胡帕墓地。最高法院解释说,政府有权对公共财产想做什么就做什么,即使这样做看来与宪法中“宗教信仰自由”的保证相抵触。

41. 维克西著《美国印第安人宗教信仰自由手册》(1991年)第108-110页上列出了美国被各土著民族认为是神圣的30处山、湖、人造小丘和原始人石刻。在美国也许仍然用于举行仪式的或者在文化上具有重要意义的遗址总数可能多达300处。在这些遗址中,有许多已辟为公园,但是没有什么遗址已经作出安排来确保它们继续具有高尚的品味和供土著民族使用。其他遗址,如斯诺夸尔米瀑布(附录C)受到工业活动的威胁。

42. 美国国会正在审议1978年美国印第安人宗教信仰自由法的修正案,这将有助于保护进入和利用联邦政府拥有的土地上“宗教遗址”的权利。将要求政府机构尽量减少其活动对这种遗址的不利影响。政府机构还得将拟议中政府的活动通知土著宗教领袖,并在准备对这些影响的书面估价时同他们商量。土著人民将能够在联邦法庭上对政府的活动提出异议,并要求对从宗教领袖处获得的资料仍要保密。“宗教遗址”包括土著民族认为是神圣的地方、用于收集在典礼中使用的材料的地方和举行典礼的地方。应当指出,这个法律草案将使政府官员能确定哪些群体是土著居民,从而有资格受到保护。

43. 澳大利亚也进行许多有关识别和保护土著民族圣地的活动,其结果也是有好有坏。澳大利亚政府决定将乌卢鲁国家公园(埃雷斯岩山)交给土著人管理和控制一事被广为宣传。许多其他重要遗址仍需保护,主要是矿业公司拥有或租借的土地上的遗址,对这种遗址,现行的立法措施是无效的。西澳大利亚阿盖尔钻石矿是一个专让土著人参加就发展工作作出决定,从而对土著人的遗产产生后果的突出例子。一切大规模的发展项目,如水电站大坝、采矿和伐木,都可能对圣地和举行典礼的地方产生影响。

B. 遗体的归还和重新埋葬

44. 一般说来,国家法律制度规定,地下发现的任何东西属政府或土地所有者所有。这样,例如美国的考古学家和其他人就能得到在土著人坟墓里发现的遗骨和其他东西的所有权,这些坟墓一般不是法定的“公墓”,也不是作为“公墓”受到保护。然而,1986年,路易斯安那州的一家法院裁决,好几个图尼卡——比洛克西印第安人坟墓中的墓葬属该部族在世的成员所有(查里埃诉贝尔案)。法院解释说,埋葬并不等于打算放弃对尸体和随葬物品的权利。埋葬以后这部分印第安人是否保持对他们的坟墓的权利必须由该民族的文化 and 习俗来决定。图尼卡——比洛克西表明,在任何外部标志消失以后很长时间,他们在文化上和宗教方面仍与他们的墓地保持着关系。美国好几个其他州现在也通过了保护土著人墓地的法律。正如早些时候所指出的,联邦政府已制订了土著人坟墓保护和归还法。

45. 土著人坟墓保护和归还法规定,为联邦政府所有或由联邦政府提供经费的一切博物馆和其他机构必须对它们收藏中的土著人遗体进行清点,并通知有关土著民族。如提出要求,遗体必须归还与他们“有文化联系的”任何现代集团。据宣布,将来在政府拥有的土地上可能发现的任何遗体、墓葬物品、“圣物”或目前有重要文化或历史意义的物品,归与它们“有文化联系的”现代土著集团所有。“文化联系”的

意义仍在土著领袖和政府官员之间讨论。政府官员 1992 年 10 月提出的定义,要求证明亲属关系和文化“特性”,万一有两个现代集团急着提出要求,那么这些物品的保管权将交给与它们的文化关系“最密切的”集团。由于在 19 世纪 80 年代以前美国的政策强行霸道地重新安置和合并部族,所以要找出 19 世纪集团和 20 世纪集团之间的这些关系无疑是非常复杂的。

46. 根据美国国会的报告,各博物馆和科学机构的收藏品中贮存着数以千计的土著人尸体。仅在史密森学会的收藏品中就发现了大约 18,500 具尸体。

47. 阿拉斯加拉森湾的土著阿卢蒂克人在史密森学会发现了 756 个来自他们地区的人的尸体,他们在土著人控制的法律服务组织土著美国人权利基金会的协助下,为归还这些尸体同博物馆官员进行了长达两年的斗争。拉森湾的尸骨是由海特列希加在本世纪 20 年代和 30 年代挖掘出来的,海特列希加因发表有关美国印第安人生理学当时已经很著名了;据村里的老人们说,他挖掘的坟墓有些只有 10 年到 20 年的历史。博物馆的官员们拒不归还这些遗体,他们争辩说,它们年头太久,找不到可靠的现在的阿卢蒂克人。即使在他们同意归还遗骨以后,博物馆的官员们也争辩说,它们应当保存在阿拉斯加的一座博物馆里,而不是重新埋葬。阿卢蒂克人最终获得了胜利,并在 1991 年将这这些遗骨重新埋葬了,但是为了证明他们的要求,他们付出了估计达 10 多万美元的代价。

48. 收集印第安人遗骨的工作在北美时兴了多年,大量头盖骨和其他东西仍在私人手中。例如,1908 年一个淘金者从阿拉斯加的因纽皮亚特领土搬走两具“木乃伊”,并将它们作为巡回珍品展览的一部分展出多年。今年早些时候,这个人的家属通过辛辛那提自然史博物馆与因纽皮亚特人领袖进行了接触,把这两具遗体归还给他们,以便按照因纽皮亚特人的信仰在阿拉斯加的巴罗重新埋葬。堪萨斯州萨莱纳附近的一个波尼埋葬区在本世纪 30 年代被挖掘,尸骨被当作当地吸引旅游者的一个项目展览,直到 1989 年波尼族领袖成功地将这些坟墓关闭时为止。从内布拉斯加州历

史社发现了数百具其他波尼人尸骨。在这种情况下,土著人坟墓保护和遣返法帮不了什么忙。事实证明,在向其他国家遣返遗骨的问题上,此法也是不起作用的(附录一, B 节)。

C. 神圣物品和礼仪物品的回收

49. 除了有计划地非法“挖掘”考古现场以获得可以买卖的古物以外,土著民族还得同旅游者、艺术品商人和学者不断努力购买现在仍在使用的有文化价值的物品的行为作斗争。贫穷、无知和丧失土地权是进行这种非法交易的重要因素,因为丧失自己养活自己的能力土著人民可能沦落到出卖遗产的地步。土著人民自己的习惯法一般禁止个人出售这种物品,但是正如鲸屋案(附件一 A 节)所表明的,这种物品一旦运出某个土著居民区,那么再要找回来就很难并且很费钱了。一些国家已制定法律禁止出口土著人民的遗产,其中包括澳大利亚的 1986 年的文化动产法,但是它们并不总是起作用的。

50. 玻利维亚科罗马的艾马拉人最近成功地作出安排,收回了克皮斯(q'epis),那是成捆圣衣,它们可以证明某个艾马拉人村落的精神起源和历史,体现了他们祖先的精神(洛博,1991年)。根据传统,每一捆圣衣在各家族中间轮流负责照顾,虽然它们是公有的。1970年代末,这些历史悠久的圣衣中,有些圣衣不见了,虽然被人卖给北美艺术品商人了。一位人类学家后来获悉,这些服装中的一些服装将在旧金山出售。他使科罗马警惕起来,他们派了代表去美国。在玻利维亚政府的支持下,他们说明美国官员将这些偷来的克皮斯没收,并于1989年对一切科罗马纺织品实行紧急进口限制。

51. 就科罗马纺织品而言,美国和玻利维亚都是教科文组织文化财产公约的签署国。玻利维亚宪法第191条禁止出口文化财产,玻利维亚政府支持科罗马人民的努力。碰到两国都有适当的法律机制,而且有关国家之间都有合作精神这种情况是很幸

运的,但是这是难得碰到的。人们能够偶然发现他们的圣物被弄到什么地方去了,这也是幸运的。另一方面,虽然科罗马能够用这些手段制止向美国进一步出口圣衣,但是他们必须向美国的法院提出要求来证明他们的所有权并重新拥有个别圣衣,这却是一个漫长的和费钱的过程。

52. 在博物馆的收藏品中不断发现在宗教和文化方面具有重大意义的物品。十多年前,六族易洛魁联邦的首脑们发现,加拿大警察在1920年代从他们的聚居区没收的好几条贝壳串珠带子被纽约市一家私人人种博物馆海伊基金会收藏着。这些由蓝色和白色贝壳串珠做成的物品是六族宪法和外交史的不可替代的文件。经过多年谈判和以采取法律和政治行动相威胁以后,这家博物馆同意将这些带子归还给在加拿大的六族首领。

53. 加拿大东部的米克马克人就不是那么幸运了:本世纪早些时候,一条记录着1610年与罗马教廷缔结的一项条约的很大的米克马克贝壳串珠带被拍成照片在梵蒂冈人种博物馆展出。今天,梵蒂冈声称对这条带子一无所知。19世纪40年代一项完整独特的拉科塔苏族礼仪用圆锥形帐篷现在仍贮藏在柏林的民俗博物馆里,是由拉科塔参观者在1981年发现的。人类学家们在1915年前后得到的克劳人、萨克人和福克斯人成捆的礼仪圣衣现在仍在美国各博物馆。仅来自美国的同样有意义的数百件圣物散落在世界各地。拉科塔已开始对他们失散的文化财产进行全球性清点,并在几乎每一个工业化国家的博物馆里找到了这种物品。科迪亚克岛人民已在俄国发现了他们遗失的大部分物品。

54. 美国印第安人礼仪物品归还基金会是为了教育公众认识归还圣物的重要性,并促进为归还某些物品,尤其是土著美国人坟墓保护和归还法不包括的私人收藏品中的物品进行谈判而建立的组织的例子。该组织的创始人伊丽莎白·萨克勒1991年在纽约索思比拍卖行买到霍比族神圣面具,然后将它们归还给霍比族长者,因而变得相当引人注目。

55. 在归还这种物品时常遇到的一个问题是识别应接受归还物品的适当的族长或宗教领袖。霍比族宗教领袖1990年在参观菲尼克斯赫德博物馆时发现了霍比族的一块礼仪盾牌。他们使博物馆的官员们相信,原来由一个霍比族人在1970年代出售的这块盾牌具有重要的礼仪意义,为集体所有,由个人出售不可能是合法的。博物馆同意归还这块盾牌,但是与此同时,这块盾牌历来所属的霍皮地不会堂分裂成了两个新的派别。这样,霍皮部族委员会就要两派商量,商定由哪一派来保管这块盾牌。1992年4月,商定这块盾牌由奥赖比村的科约特氏族保管,这样这块盾牌就归还了。

56. 并不是所有物品都必定有重大文化价值,不论出于什么原因,许多物品将继续被博物馆获得、拥有和展出。在这种情况下,土著人民声称他们十分关心确定对这些物品如何解释的问题。博物馆对公众形成关于土著文化的性质、价值和当代的活力的概念是一个重要因素。土著人民理所当然地认为,博物馆的收藏品和陈列品应当用于促进对他们的特性和文化的尊重,而不是用来为殖民主义或掠夺行为辩护。

57. 一个有关问题是收集和使用药用植物和羽毛等礼仪物品的权利问题。在美国已经有不少人对印第安人得到秃鹰羽毛或使用仙人球膏的权利提出起诉,秃鹰是受到保护的,美国的法律把仙人球膏列为危险的麻醉品。在这两个案件中,迄今为止的解决办法是把它们当作有利于土著文化习俗的有法可依的特殊例外。然而,美国的法院一般同意宪法所保证的“礼拜自由”不要求这些例外。还会产生类似的问题,例如在安第斯国家会产生关于土著人民药用和在社交场合使用古柯叶的传统问题,在阿马索尼亚产生关于越来越稀少鸟类羽毛的礼仪用途问题,土著人民坚持认为,他们欣赏宗教和文化方面的完美,这应当优先于其他人为了利润和取乐而利用野生动物的行为。

D. 确保艺术品是真品

58. 土著人民的艺术和文化在全世界越来越受欢迎,这种情况对土著人民解释

他们自己的文化，保卫他们文化的完整性，以及如果他们希望的话，从其他人利用和欣赏他们的文化展示而接受公平和公正的补偿的能力提出越来越严重的挑战。

59. 澳大利亚土著事务部 1989 年的报告《土著工艺美术工业》中说明了这个市场的大小。1988 年，仅澳大利亚土著艺术品一项的零售总额就达到 1850 万澳元 (1280 万美元)，生产这些艺术品的土著工匠达 5000 人。这在全世界土著人民的产品贸易总额中所占的百分比大概是很小的。

60. 支配这种贸易的是大进口商，其中包括新一代“展览厅”进口商，为美国的一号码头联营商店 (Pier One) 和成本加成联营商店 (Cost Plus)，它们在自己的联营零售商店出售手工艺品。这些进口商以比他们支付给生产者的高出 2-6 倍的价格零售手工艺品。少数非政府组织也销售土著人民的工艺品，作为支助土著人民发展的一个方式。非政府组织支付给生产者钱比较多，但是也只占一切手工艺品销售额的大约 10%。生产者价格停留在如此低的水平上的一个原因是这些手工艺品复制很容易。

61. 一些图案别致的纺织品，如苏拉威西的伊卡特布和墨西哥的萨波特克小地毯已在工业化国家占领了庞大的市场。然而，这些物品用机器复制是很容易的，而且成本较低。如大量生产，它们很快就会失去新奇性和商业价值。例如，由国际劳工组织和瑞士开发机构 (COTESU) 提供部分资金的一个小型开发项目已在玻利维亚的贾尔克人中间恢复了传统的编织，并雇用了好几百名编织工人生产纺织品供国内旅游市场销售。这个项目的组织者不愿意扩大到海外，唯恐对这些设计的控制权落入大规模生产企业的手中 (希利，1992 年)。纺织品图案受到法律保护将大大扩大土著人民这种产品的市场，并保护它们不被复制。

62. 加拿大政府在 1970 年代鼓励因纽特艺术家组织社区合作社，为因纽特的产品采取独特的商标，并确保它们不是赝品。这对销售模板印花布起了重要作用。自从因纽特人 20 多年前首次试验这种艺术方法以来，这种印花布受欢迎的程度和价值已

经大大提高了。每一个合作社的艺术家每年决定生产和销售数量有限的印花布。复制的印花布数量是固定的，对它们既做记号又编号。这样，图纽特艺术家就避免了与大量生产有关的价低质次的问题。与此成对照的是，美国的纳瓦霍和霍皮的银匠们在1970年代有一个短暂的繁荣阶段，直到市场上充斥价廉质次的银器和仿制品时为止。

63. 澳大利亚土著艺术管理协会目前正在制订一个贴标签计划，以确保土著产品和具有土著特色的产品是真品。它还在版权问题上充当土著艺术家的主要代理人，其中包括遭到侵权时提出法律诉讼。

64. 美国的印第安工艺美术委员会是为了推销土著产品在1935年成立的。1990年，新的联邦立法授权该委员会对个体艺术家以及部族和土著组织的商标进行注册，并且规定，除非一件产品确实是由美国政府承认的一个印第安部族的成员生产的，否则把它作为“印第安”产品出售就是犯罪行为。虽然这项新法律为土著艺术家提供了重要的额外保护，但是它也已受到某些部族的批评，说它将目前得到政府承认的100多个印第安部族和群体排除在外。属于这些群体的成员的艺术家的艺术品如称他们的艺术品是“印第安人的”可以被判监禁。

65. 一个有关的问题是取得或控制历来用于生产具有重要文化价值的物品的材料问题。例如，加利福尼亚州卡鲁克人中的传统编篮工人已经在抱怨说，污染正在毁灭他们用于编织蓝子的野草。得不到这些植物，他们的蓝子就不可能是真货，并且失去其文化和商业价值。同样，美国印第安人长期用于制作礼仪烟斗的软红石只由明尼苏达州的一个采石场出产。美国法律保护这个采石场，原则上只有土著工匠才有资格使用它。然而，最近由于消费者对印第安烟斗感兴趣，就有许多出售复制品的现象。

66. 当西方消费者需要大量货物时，土著人民就有一种生产比传统物品容易制造的，并且更符合西方人趣味的特别产品的倾向。阿拉斯加和加拿大北极地区的因纽特人中间，雕刻皂石和厚层泥岩的业务是在19世纪80年代作为一个出口业开始的。

然而，不应当用这一事实来否定对因纽特人的法律保护。随着时间的推移，文化变化并发展了，独特的、代表土著人民集体表达方式的新主题完全和殖民地以前的主题一样具有生命力。

67. 据观察，被认为是“传统的”许多艺术形式实际上是旅游者和博物馆最近需求土著艺术品的结果。正如新西兰国家博物馆罗杰·尼切（Aoteoroa）所说的，这种顾客往往挑选某种艺术风格和媒介物，这样就会产生一种可能使土著文化创造性的自然发展窒息的“正统”。另一方面，美国和加拿大西北部太平洋沿岸的许多土著人艺术家认为，最近他们的作品被认为是“高雅”艺术，而不仅仅是民间手工艺品或古玩，这有助于他们人民的传统和经济恢复活力。

E. 传统图案的集体权利

68. 正在出现的一个复杂问题是土著艺术家和非土著艺术家用“现代”艺术品来表现传统形象和图案。有些土著艺术家抱怨说，他们的作品只有在表现“传统的”主题或手法，或使用木头和羽毛等材料时才被认真对待。实际上，一批多半使用西方手法的美国印第安艺术家，1984年以“没有珠子——没有小饰物”为题在万国宫展出了他们的作品就表明了这一点。另一方面，运用传统主题可能被认为是破坏了文化的完美性，尤其是如果被一位非土著艺术家运用的话。1988年，澳大利亚土著艺术家、作家和演员举行了一次“讨论版权问题的圆桌会议”，这次会议抱怨说，非土著人正带头运用土著基本花纹和主题，往往导致误解和消极的陈规老套。

69. 当艺术品与个别艺术家联系在一起时，它们作为艺术家的个人财产，往往具有较大的价值，也比较容易得到法律保护。然而，土著人民对个人在艺术中的作用的看法可能是很不同的。例如，美国普韦布洛妇女和厄瓜多尔基查阿妇女早就制作和出口独特的陶器了。在这两种文化中，陶工的风格是符合公认的传统，但是他们雕塑或描绘形象却是非常个性化的。因此，一些群体和个人很关心保护这些产品的艺术优

点和商业价值。

70. 为审查澳大利亚土著工艺美术工业而指定的一个委员会 1989 年的报告中对这些问题进行了有价值的讨论。报告指出,土著人民认为,出售一件艺术品并没有使传统主题已被艺术家利用的土著人群体失去兴趣,报告着重指出,现行版权法并不承认这种群体权利。可以援用道义权利要求对某件作品的创作者进行正确的识别,保护作品不被用于不适当的或卑劣的用途,如公开展出神物,但是不保护艺术家的经济利益,也不确保供出售的艺术品都是高质量的真品。该委员得出结论说,土著人民获得一切权利的最好办法是通过社区控制的文化机构给予支助和由当地艺术家组织提供资助。“文化自主是这一行业未来的活力的一个组成部分。”

71. 在尤姆布卢尔诉澳大利亚储备银行案(1991年)中,一位土著艺术家控诉说,这家国家银行未经允许就在 10 澳元钞票上复制了他的一件艺术品。虽然这位艺术家本身曾在授权复制的文件上签了字,但是他说,根据习惯法,也要得到加尔普人长者的同意,因为基本主题是属于加尔普人的,这一案件最终是在法庭以外解决的,但法官评论道,与艺术家个人的权利相反,看来社区的权利并没有得到适当的保护、然而,至少在土地纠纷中,澳大利亚高等法院已经承认部族长者是法定保管人,他们可以代表自己的社区向法院提出起诉(奥纳斯诉澳大利亚奥尔科有限公司案(1981年))。

72. 涉及土著艺术品复制问题的一些案件已由艺术家个人成功地提交澳大利亚法院,例如 1989 年布伦·布伦诉尼基姆控股有限公司案,这个案件涉及擅自在为获利而生产的 T 恤衫上印制土著画家的作品。这些诉讼在法庭以外得到解决,向艺术家们支付了约 15 万澳元补偿他们的损失和费用。然而,诉讼费用高昂,政府对法律服务的援助是不够的。趋势一直是试图通过谈判解决问题,如在上面提到的案件中那样。尤其是当纠纷是土著人民本身中间的纠纷时,许多纠纷是通过谈判解决的,例如 1988 年发生了一起蒂维土地委员会反对悉尼土著艺术家的作品中描写蒂维人埋葬柱的案件。

73. 涉及版权和文化遗产问题的另一个案件是由艺术家特里·尤姆布卢尔提出的，他控告1988年10元塑料纪念币上复制他的礼仪“晨星柱”。他控告的对象是澳大利亚储备银行、为作出安排而进行谈判的代理人安东尼·沃利斯，以及他的公司土著艺术家代理机构有限公司（尤姆布卢尔诉澳大利亚储备银行案）。

74. 储备银行依据的是申请人与代理之间达成的一项协议，这项协议允许复制“晨星柱”。尽管如此，储备银行通过协议解决了同申请人的纠纷，在无需承担责任的情况下支付一笔钱了事。申请人和代理人之间的这场官司继续打下去，但是在审理这件事以后达尔文的联邦法院驳回了这起诉讼（1991年）（21 IPR 481）。

75. 这一裁决特别令人关心，因为法院表明，令人不安的是，复制艺术作品的传统土著权利没有得到现行法律的保护。

76. J. 弗伦奇根据代理人设法依据的辩护驳回了这起诉讼，代理人辩护说，由于版权法第65和68条的规定，上述复制依法是允许的。这几条中规定，长期公开展出的雕塑允许复制。这个案件中的艺术作品是悉尼澳大利亚博物馆中长期公开展出的一根柱子。申请人辩解说，这根杆子不是雕塑。虽然法官没有对这个问题作出裁决，但是他说，如果代理人对第65和68条的看法正确的话，

“那么看情况是某一位土著艺术家严重误会了在某几类作品中公开展出对他们的版权的影响。这个问题以及法律承认土著人民对复制圣物的集体利益的问题是法律改革者和立法者要考虑的事情”。

77. 在尤姆布卢尔案件中还产生了设计的部族所有人的权利问题，因为申请者说，允许复制“晨星柱”的权利属于这些权利的部族所有者即阿纳姆地方东北部的加尔普氏族的长者，而不是作为柱子的创作者和版权所有者的他本人。因此，申请者承认，复制“晨星柱”必须经有关部族所有者允许。申请者说，他不能允许复制，如果他签署的协议允许复制的话，那是他不了解情况会是这样。

78. 这个问题表明，根据版权法理解的艺术作品的所有权和土著法律中的所有

权观念之间的办法是根本不同的。前者是以版权利益的创造者个人在这种利益中拥有产权的概念为基础的：后者是以根据土著传统在保管的基础上加以管理的集体权利为基础的。根据土著法律，对艺术作品的权利是集体所有的。在一个部族内只允许某些艺术家画图案，这种权利是以在一个部族中的地位为基础的。享有画图案的权利并不意味着这位艺术家可以允许复制一种图案。这种复制或重画的权利将取决于图案权利部族所有者是否允许。

79. 如果将版权原则应用于这个问题，那么可以说，图案的部族所有者在这种图案的版权中享有公平的利益，因为他们，而不是版权法定所有者本身有权允许复制这种图案或不允许复制这种图案，在版权并未根据版权法第 196 条的规定由版权所有者转让给部族所有者的情况下，权利的部族所有者对版权没有合法利益，版权法第 196 条规定，任何转让都要采取书面形式（见科林·戈尔范，《智力产权法》，联邦出版社，1992 年，第 51-53 页）。

80. 肯尼思·马多克联系土著澳大利亚人画身的习俗时讨论了保护图案的复杂性（1988 年）。有些图案使用得很广，而另一些图案已承认了创作者，图案的用途限于已购买了将这些图案戴在身上的发起人。某一种基本花纹使用或复制程度是当地习惯法问题，以及某一种基本花纹的历史、它的创作者和第一个所有人之间达成的协议问题。马多克断定，不可能为所有土著基本花纹制定一项一般规则。此外，这表明需要通过土著人民自己的机构和代表授权土著人民自己来解释和实施他们自己的有关处理其遗产的法律。

F. 表演艺术中的问题

81. 虽然很经常地对于物品表示了这些关注，但是这种关注也可适用于表演艺术。例如，据说，人们为旅游者“编选了”传统的巴厘舞蹈和仪式，在 70 年代，人们指责旅游者对附近苏拉威西的托拉查人的兴趣高涨把传统的托拉查人葬礼变成精

神上空虚的商业景点。由于对土著文化普遍感兴趣，因此更多地把传统音乐和舞蹈的内容收编到非土著表演者出版的并在许多情况下取得版权的作品中去。

82. 据说，未经许可出售在土著社区录制的音乐的问题日增。这种录制品的经销商一般认为，由于传统歌曲是古老的，不需付使用费。此外，非土著表演者经常对传统的曲调作些改修，这样就能把它们作为“新作”或“原作”取得版权（《西格》，1991年）。亚马孙音乐在最近几年特别流行，但是，土著人很少因此而得到任何报酬。一个值得称赞的例外是米尔顿·纳西门托根据土著亚马孙音乐录制的唱片集《Txai》，根据同巴西土著人联盟达成的一项协议，出售这部唱片集为促进土著人权利筹集资金。另外，据说，非法翻录中非的姆布蒂人（“俾格米人”）的传统歌曲的问题也日增。

83. 土著人关于音乐权的习惯法可能是复杂的，并可能同本国法律大不相同。比如，在巴西的苏亚人中，首次公演一首歌的单个作曲者和歌手有权使用这首歌。此外，同典礼有联系的歌曲由部族掌管（《西格》，1991年）。在北美太平洋西北地区的萨利什人中，歌曲属于世系，但是在每一代，一支歌只能由已授与唱这支歌的权利的单独一个人唱。个人的名字也这样一代一代往下传。

G. 失密

84. 通常限于社区内的个别人和组织获得神圣知识，例如以正式仪式加入的男女成员即特别宗教团体的成员。这可能造成两种问题。单独的个人可能永远不会知道社区中可能存在的文化事务的全部情况。也许要确定一个地点、物品或设计是否重要，先需要一个同各团体和长者广泛协商的过程。此外，必需的资料也许是机密的，因此不能向外人、甚至社区的其余人完全泄露。

85. 美国的祖尼人一直在努力解决这些问题。祖尼人中的宗教知识分别由六个会堂、十四个医学团体以及若干部族、祭司和个别专家掌握；保护祖尼人文化官员安

德鲁·奥索尔解释说，“因此，例如，掌雨祭司拥有关于水和水资源的一般知识，但是，关于不同地理区域的水和水资源的专门知识则由他们分别掌握。”为了能对涉及他们地区的政府开发计划立即和准确地作出反应，祖尼人举行了一次他们的宗教领袖会议，商定成立一个由六位主要领袖组成的委员会，充当咨询机构和调解人。这就保证了在作出一项决定之前请教过所有有关的长者。不幸的是，仍然有这样的情况：就一项政府项目可能产生的不利影响请教祖尼人，而祖尼人“决定，从文化上说最好是什么也不说，甘冒这个项目地点遭到毁灭的风险”，也不透露其宗教的性质和场地。

86. 在这方面的一项有趣的澳大利亚法院判决是福斯特诉芒福德案，这项裁决禁止一本载有长者在私下同一位著名人类学家共同拥有的神圣知识的书出售。据认为，这位人类学家在收到资料时知道这种资料的性质是受限制的，因为他已研究有关的人好多年了。在另一些情况下，如果没有某种书面协议的证据，就可能难以确定资料的性质是受限制的。

H. 旅游和隐私问题

87. 仍然有一些非自愿地展览土著人和他们的社区来吸引旅游者的情况。在西方动物园中和国际展览会上公开展览土著人在一个世纪以前是司空见惯的事。像所报道的今天在某些东南亚国家向旅游者展览部落人一样，这些活动可能包含暗中的强制形式，只要土著人享受不到法律规定的全部自由和得不到他们自己的谋生和发展手段，这些活动很可能会继续下去。

88. 许多国家在旨在从海外吸引旅游者的广告中刊登土著人，而不同这些人本人商量，也不向他们提供控制或获得从增加的旅游者流量中得到的收益的法律手段或制度手段。在澳大利亚、加拿大、美国、印度尼西亚以及包括危地马拉在内的大多数中美洲和安第斯国家就是这种情况，在危地马拉，带有讽刺意义的是，继续一方面向旅游者宣传玛雅文化，另一方面对玛雅人使用暴力。

89. 文化完整也意味着应该禁止在商业上贬低土著人的形象。在美国和加拿大都有一些近例，在那里，土著人抗议把“印第安人”漫画用作体育队的吉祥物或标志，反对取诸如“红皮人”或“斗士”之类的名称，取得了成功。然而，美国汽车制造商继续以土著人的名字（例如，“切罗基牌”）销售卡车，也继续使用印第安人的象征销售许多别的产品。文化自主和完整权应该包括尊重一个人自己的名字的权利。

I. 医学研究和“生物探索”

90. 虽然在天然生长的植物和微生物中发现了许多重要的药剂，但是据生物化学家乔治·阿伯斯-舍恩伯格说，在自然界找药“是极其困难和不可预测的”。数十万种物种尚未研究，因此选择物种进行研究是非常重要的。任意筛选物种就像任意筛选合成化合物一样会是极其费时和费钱的。集中于在传统医学中使用的物种，就能把费用减少到最低限度。迈克尔·布莱利克（1990年）发现，使用传统知识使为医学财产筛选植物的效率提高了400%以上。

91. 生态系统相对来说未受干扰的欠发达国家同工业化国家相比是“基因丰富的”，但是通常没有从在它们的领土内作出的发现中获得经济利益。例如，药品长春新碱和长春碱40年来一直用于治疗某几种癌症。这两种药原先是在“红长春花”中发现的，红长春花是原先生长在马达加斯加的一种开花植物，祖传医师早已在该国使用。目前这些药品的销售额约达1亿美元，但是马达加斯加和该国的祖传医师都没有分享到其中的任何好处。从传统药衍生的其他药品在全世界的销售额估计高达430亿美元。在现在筛选植物种类的主要美国医药公司中有默克公司、史克-比彻姆公司、孟山都公司、斯特林公司和布里斯托尔-迈尔斯公司。

92. 美国全国癌症研究所（癌研所）在1960年开始执行一项收集和研究所天然存在的物质的全球计划。到1981年，它试验了35,000种植物和甚至于为数更多的微生物。这项努力自1986年以来加强了，更重视发现治疗艾滋病的药物。癌研所自

1986年以来花650万美元雇用三个美国机构在28个国家收集植物种类。这项工作大多通过同有关国家中的22个全国性组织和机构订立的分包合同来实施,其中只有一个组织(在津巴布韦的)代表祖传医师。虽然癌研所要求分包机构征得参加这项研究的“本地医师”的同意,但是它并不规定,土著人因他们的医学知识而得到报酬或把他们列入因而取得的专利。

93. 1992年6月,美国全国卫生研究所同美国国际开发署合作开始实施一项新的计划,为发展中国家中的“发现新药”项目提供资金,利用“最有可能实现医学潜能的传统文化所拥有的知识财富”。已拨款大约150万美元用于1994年的三个项目。将向大机构提供赠款,而大机构可能雇用发展中国家中的较小组织进行实际的实地研究。接受这些赠款的机构负责作出安排,同有关国家中的所有参加组织“公平地”分享由于它们的研究而获得的任何利润。然而,在为这个新计划提供的文件中没有提到将寻求并利用其知识的土著人的权利。

94. 1992年8月,全国卫生研究所召开了一次研讨会讨论这个计划,该研究所官员在会上承认研究土著人的传统知识的价值。至于研究人员是否需要征求土著人的知情同意和提供有用的医学和植物资料的土著人是否有权作为因而获得的任何专利的共有者得到报酬,存在某种疑问。全国卫生研究所的官员认为,土著人的权利将完全取决于同他们或同东道国政府订立的任何合同的条款。然而,在过去,生物探索者一般不同土著人订立合同,而同东道国的学术研究机构订立合同,这些机构担当实地研究员和收集员。

95. 从事生物探索的医药公司日益增多,但是大多数合同安排遵循同样的方式。一家拥有试验标本的化学性能所必需的实验设施的跨国公司同在野外实际采集标本的当地大学和非政府组织订立合同。采集人一般按每件标本或每公斤标本领取统一酬金。他们还可能根据合同从销售靠他们的标本造出的产品中领取提成费。这种提成费可能为销售额的1%至10%。然而,采集人通常不同可能向他们提供生态知识的土

著人达成任何正式的合同安排。

96. 总部设在美国的世界上最大的医药公司之一默克公司在1991年同哥斯达黎加的全国多种生物品种研究所签订了一项采集植物和昆虫标本的协定。默克公司将享有研究全国多种生物品种研究所在两年里采集的品种的潜在商用价值的专有权利和享有获得可能发现的任何有用化合物的专利的权利,交换条件是,向全国多种生物品种研究所提供实验设施并按照从任何专利中获得的利润向该研究所支付提成费。这项协定没有说明全国多种生物品种研究所将如何鉴别可能有价值的品种,也没有说明是否由于土著人向全国多种生物品种研究所提供资料而将付给他们报酬。然而,据说全国多种生物品种研究所计划培养农村的人采集标本,希望争取对保护植物品种努力的支持。这种地方参与的实际程度尚不清楚。

97. 也设在美国的沙曼医药公司采取了多少有点不同的办法。沙曼医药公司采用了它所谓的“以民族植物学为基础的发现方法”,该法集中于了解传统药物,而不集中于设法筛选大量以前未研究过的品种。用这个办法采集的400种品种中的大约一半已显示出某种疗效,其中包括两种抗病毒药,这两种药目前正在进行临床试验。沙曼公司发现和研制这些新药的费用仅为实验室合成和筛选方法的费用的十分之一。沙曼医药公司已同土著组织签订了采集植物的合作协定,例如,该公司在1992年12月同秘鲁的阿瓜鲁纳和万比萨委员会签订的合同。该公司还组织了一个特别基金会医治森林保护基金会以支助土著人的基层计划。据沙曼医药公司副总经理斯蒂芬·R.金说,“我们许诺用销售额的一部分报答所有同我们合作的人”,不管他们是否提供了导致生产出有价值产品的资料。他说,“如果我们在二三年中访问55个村子,在这些访问中只要得到一二种产品,我们就感到很高兴了。”

98. 发展中国家的一些研究组织正设法为土著人争取更多的好处。巴西药用植物基金会已说服一些医药公司向土著人社区购买诸如提取物之类经过加工的植物材料(这增加当地的就业)并同提供有用资料的社区均等地分享利润。巴西药用植物基

金会在同外国公司的安排中设法获得经销靠巴西的品种制造的任何药品的权利，以便土著人和其他巴西人能分享研究的医疗好处和经济好处。尚不知道诸如利利公司之类的生物技术大公司认为这种条件能否接受，利利公司去年在沙曼医药公司投资400万美元。还应该指出，西方医学公司主要寻求治疗西方人特别关注的疾病，例如心血管病和癌症，而发展中国家中大多数人关心的重点不同。

99. 大多数国家的工业财产法原则上只保护“新知识”。诸如传统医师多少个世纪以来使用的草药之类的“旧知识”一般被视为不可取得专利的。然而，生物技术公司能为在天然生长的、广泛使用的植物种类中找到的分子的实验室合成复制品获得专利权。例如，两家公司最近为 *azadirachtin* 的合成衍生物获得了专利，这是尼姆树 (*Neem*) 种子中的活性物质，印度农村里的人多少个世纪以来一直把它用作杀虫剂。

100. 应该认识到知识比植物本身具有更长远的价值。一旦对一种植物的研究导致对活性分子进行鉴定和化学分析，研究在实验室中合成这种分子的方法只是个时间问题了。例如，墨西哥的野甘薯 (*Dioscorea spp.* 薯蓣) 曾经是制造类固醇的主要原料，但是，这种墨西哥产品在70年代价格猛涨，结果研究了合成活性分子薯蓣皂苷配基 (*diosgenin*) 的几种办法。墨西哥因此失去了这个市场。

101. 在报酬或好处方面，迄今为止在工业惯例中出现了两种方法。一种方法是向个人支付资料费；由沙曼医药公司开创的另一种方法是依靠中间机构在所有参加的社区中更广泛地分配经济好处。迄今为止这些方法大多绕过土著人的现有政治领导。

102. 在另一方面，对于向土著人社区领袖直接支付大笔钱的社会影响表示了关注。支付提成费可能会增加传统领袖的努力；而减少他们对自己的人民所负的责任。支付提成费还可能引起不同的部族和社区之间在传统知识的所有权问题上发生冲突，例如，几个部落历来使用一种药用植物，但是只有其中一个把它的知识卖给一家医药公司。通过中间的非政府组织分发钱款并不解决这些问题。中间机构避免不了选

择它们将支持的社区和单个领袖。在这两种情况中不论发生哪一种情况,土著人自己需要为有效地同外界和外来资金打交道而成立新的机构。应该鼓励这样做,而不鼓励建立中间机构。

J. 土著人的科学和技术

103. 虽然目前把注意力集中于筛选天然生长的植物和昆虫品种以便可能在医学上应用,但是在农业生物技术方面最终可能多种遗传品种有更大的市场。可以使用不论天然生长的品种还是人工栽培的品种(例如在土著人社区和部落社区发现的数以百计当地的稻米、玉米和土豆品种)的不寻常的、有用的特性来改变商品粮食和纤维作品的遗传结构,例如提高它们对极度的温度、干旱或病害的抵抗力。今天仅由土著人种植的植物可能在遗传上进行改良以用于发展商用。科学家最近对“桃棕桐”感兴趣,就证明了这一点。“桃棕桐”是土著人长久以来在亚马孙地区种植的一种果树。桃棕桐在每公顷的产量、蛋白质含量和适应热带耕作的性能方面比玉米优越(布拉利克,1984年)。农学家依靠美国国际开发署提供的资金一直在采集挑棕桐的各种遗传品种,目标是研究一种具有商业潜力的品种。首先种植这种植物的土著人将得不到直接的好处。

104. 土著人的生态和生态系统管理的知识也可能有商业价值。例如,秘鲁的亚内沙森林合作就在80年代开发的商用森林项目把传统的森林生态知识应用于增加或尽量减小伐木对森林地区的长期生产率的影响。亚内沙森林合作就经理曼努埃尔·拉萨罗(1993年)称森林计划是一个“西方技术提供‘硬件’而土著人的知识提供‘软件’的计划。”同样,在70年代,加拿大新斯科舍的米克马克族渔民把传统的海洋生态系统知识应用于解决牡蛎在柔软多泥的海底日益增多的问题。然而,能优先进入金融市场的非土著企业很快抄袭了他们的方法。结果,他们从他们的发现中得不到什么经济利益。对生态过程的这种洞察力不属于现有的专利法,难以作为“知

识”保护。

105. 此外，土著人的技术也有可能用于商业，例如，利比里亚的克佩勒人的冶金术，据说，他们发现了别的地方不知道的抗腐蚀合金。

106. 应该指出，联合国机构出力为若干使商业植物品种同土著人开发的品种杂交的项目提供资金和技术援助。联合国开发计划署最近批准了国际土豆中心的一个全球项目，费用为470万美元，这个项目使用生物技术把土著人种植的土豆品种的抗虫害特性转移到商业上种植的土豆品种(DP/PROJECTS/REC/48)。目前正在对香蕉进行类似的努力，费用相同(DP/PROJECTS/REC/49)。项目文件并没有表示意识到土著人的智力产权。

K. 社区控制研究工作

107. 在土著人已经行使很大程度的地方自治的美国，若干印第安部落已颁布了管理考古或文化研究的法律。在华盛顿州的科尔维尔联合部落成立了他们自己的考古和历史资源委员会，该委员会确定一些遗址在文化上是否重要，颁发研究许可证，为保护和修复遗址提出建议。此外，科尔维尔部落当局通过了条例，规定如未事先申请许可证和同意尊重个人的隐私，就不得在社区进行任何种类的社会文化研究。另外许多美国印第安部落通过了类似的条例，根据美国的法律制度，这些条例具有法律效力。美国人数最多的土著人纳瓦霍部落有一块2.5万多平方公里的领地，它已通过了惩处纳瓦霍人和实际上赶走对文化财产进行未经许可的研究或交易的非纳瓦霍人的法律。

108. 同样，根据本国法律享有一定程度的地方自治的巴拿马库纳人现在要求到他们面积为60000公顷的库纳亚拉保留林参观的科学家付入林费，雇用库纳人当向导和助手，培训库纳族科学家，向库纳当局提供研究报告的副本以及分享诸如照片和植物标本之类的研究成果。库纳人出版了一本26页的“科学监控和合作”手册，作

为访问学者的指南。

109. 为监督研究工作、促进教育和培训以及保存重要物品和文件的收藏建立以社区为基础的机构显然是至关重要的。然而,在大多数国家中,这个过程仅仅是开始。在美国,在70年代国家为土著文化和教育机构提供了资助。目前,在美国有123个博物馆和文化机构坐落在土著人社区并由土著人社区管理,为在其他国家创办这种计划提供大量知识宝库。

L. 专业组织和伦理道德

110. 西方学者对土著人的知识感兴趣和保护土著人控制其知识的传播和使用的权利两者之间的关系越来越紧张。创办了一些学术期刊,专门致力于研究土著人的知识,例如《种族生物杂志》、《种族药理杂志》和《土著人知识和开发导报》。以这种方式透露的资料在土著人有机会维护自己的权利之前可以在商业上使用。同样,最近在法国成立了世界保护土著文化基金会,其目的是收集和传播土著人的知识。虽然世界保护土著文化基金会许诺限制查阅其档案,但是可能要问,它为什么不宁可加强社区拥有自己的研究和文献资料设施的能力。加速西方对土著人知识的研究在目前时刻与其说对土著人带来好处,不如说对他们造成威胁。

111. 在1988年,国际种族生物学会在巴西贝伦举行的第一次国际大会上在对土著人进行研究方面通过了一个道德宣言。这个宣言要求科学家以有用的方式把他们的研究成果归还给他们所研究的种族并要求对获取和在商业上使用传统知识支付“正当的报酬”。附件一D节载有这个宣言的全文。

112. 一大部分分子探索人员所属的经济植物学会目前正在审议通过一个职业道德守则。目前的草案转登在附录E中,这个草案鼓励研究人员尊重提供资料的人的隐私,在被要求保密的情况下保守资料的机密以及保证对提供有用数据的人给予报酬。

113. 诸如应用人类学学会之类的其他有关专业组织也在制订行为标准。许多人类学家现在认为,研究人员能在土著人社区和公司之间起“经纪人”的作用,从而最好地报答土著人社区。他们还主张建立诸如治疗管理委员会之类的非政府组织,通过小笔赠款和培训计划间接地报答社区。许多土著人组织,特别在亚马孙地区的土著人组织,已批评这些建议是制造一种新殖民主义,西方的学者和非政府组织控制流向土著人社区的资金。

114. 国际博物馆理事会的道德守则(1971年)鼓励博物馆官员在购买任何有怀疑的物品之前先同来源国的文化当局商量。如果一个博物馆不先同来源国联系就取得一件具有重要文化价值的物品,那么在以后的所有权纠纷中将不认为它是一个“清白无辜的”购买者。国际博物馆理事会把这应用于“对各国的文化特性和历史非常重要的”物品。当然,对于具体的物品是否“重要”,可能会有很大的不同见解。此外,重要的是让土著人直接参与各自国家中负责文化事务的国家的部和机构的工作,以便在外国博物馆同它们联系时它们能提供全面和精确的资料。

M. 重大问题的总结

115. 应国会的要求,美国国家园林管理局最近同美国印第安人协会合作对保护和开发印第安人历史遗址所需采取的措施进行了一次研究。这次研究的报告《珍宝财富的看守者》指出,虽然一些印第安部落强烈反对研究,但是另一些印第安部落已开始制订自己的考古计划和建立自己的博物馆。这个报告最后说,“关键问题是控制。”一旦向土著人保证控制对他们的文化遗产的整理和解释,他们就会愿意同政府机构和学术机构进行合作。这次研究的建议全文转载在附件一F节中。

116. 如鲸屋个案研究(附录A)充分证明的,保护的一个基本内容是尊重土著人自己的法律和制度,这些法律和制度规定什么是财产,谁有权整理财产。虽然最终确认社区有权解释和应用自己的传统法律,但是经过了六年花费很大的法律诉讼之

后才在联邦法院解决这个问题。在有争执的物品移走之后将近10年，这些物品的保管仍成问题。

117. 在1992年2月，居住在热带森林中的29种土著民族的代表在马来西亚的槟榔屿举行会议，他们在会上特别商定，“在我们领土上的所有调查应经我们的同意并根据相互协议在共同控制和指导下进行，其中包括提供达到这种控制所必需的培训、出版和对土著机构的支助。起始问题是保证社区对研究活动的控制。只有土著人能对进入他们的领地规定条件，他们才能坚持谈判争取从将来任何研究成果中分享一份好处。

三、国际法律文件和机构

A. 人权文件

118. 《世界人权宣言》第二十七条(二)和《经济、社会、文化权利国际公约》第15条(1)都提到人人有权“对由于他所创作的任何科学、文学或美术作品而产生的精神和物质的利益享受保护。”这些条款是针对个人的，而不是针对团体的。

119. 《消除一切形式的种族歧视国际公约》第五条(卯)禁止歧视不论是个人的还是集体的财产所有权。一国政府未能保护土著人享有自己遗产的集体权利，即使按照土著人拥有的权利小于国家或者小于博物馆和学术机构的论点是有道理的，也是不公平的。

120. 特别报告人路易斯·瓦伦西亚·罗德里格斯在其最近作的关于拥有财产权的报告中总结说：“由于能够拥有财产而获得的安全和尊严感是追求幸福和行使其他各种人权的一个必不可少的先决条件”并且“同所有其他人权和基本自由有关”(E/CN.4/1993/15, 第481段)。他还提请大家注意目前越来越趋向于国际和国内承认土著人享有土地和其他资源的集体权利是促进经济稳定和文件发展的一个因素(第378段至396段)。

121. 联合国教科文组织的《国际文化合作原则宣言》(1966年)称,“每种文化都具有尊严和价值,必须予以尊重和保存”,此外,“每一人民都有发展其文化的权利和义务”。这说明,各民族拥有保持文化完整的集体权利,其中包括确定、解释和决定将来对自己文化的改变的性质的权利。

122. 诸如人权事务委员会之类的联合国人权机构迄今为止还没有用来解决保护土著人的遗产的问题。

B. 教科文组织恢复文化财产的机构

123. 联合国系统内在文化财产和遗产领域的领导机构是联合国教科文组织,在这个领域的主要文件是联合国教科文组织的《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转移其所有权的方法的公约》(1970年)。这个公约为保护重要文物规定了两个主要办法。一个缔约国可要求其他缔约国对一件物品或一类物品实行紧急进口控制。一个缔约国还可要求归还某种境况下损害提出要求的国家的利益而非法出口的物品。

124. 联合国教科文组织的这个公约有几个缺点。要求必须由国家提出,卷入纠纷的两国都必须都是这个公约的缔约国,拿走物品必须发生在这个公约在两国生效以后——必须在1972年以后。诸如法国、德国、日本和联合王国之类最大的艺术品进口国大多不是缔约国,而且土著人的许多文化财产是在1972年以前失去的。

125. 美洲国家组织的《保护美洲国家考古和艺术遗产公约》(《圣萨尔瓦多公约》,1976年)采取同样的方针,具有同样的缺点。

126. 在1978年,联合国教科文组织还成立了促使文化财产送回原有国政府间委员会,授权应各国的要求进行斡旋和调停,并例如同国际博物馆理事会和联合国教科文组织的国家委员会一起组织编制文化财产目录的项目。迄今为止,土著人还未能参加这个委员会的工作。此外,该委员会一直避开国家和它们的选民之间的纠纷。例

如,该委员会不愿受理苏格兰提出享有举行加冕典礼的斯昆石的要求,理由是,那是联合王国的内政。

127. 大多数拉丁美洲国家已把它们哥伦布前的手工艺品收归国有,以便保护它们。然而,国有制可能同土著人的利益发生抵触。在1974年把阿福-亚-科姆塑像送回喀麦隆后,国家当局和科姆人之间就看管问题发生了一场纠纷。最终商定把它送回科姆人领地上的原址,而不是送回国家的首都。澳大利亚政府一直把从别国送回国的土著人物品还给土著人物主,但是在另外许多国家中,送回国的物品由国家自己保管,不还给制造物品的本人。

C. 文学和艺术作品的版权

128. 世界知识产权组织执行各种保护智力产权的公约。有些公约制订登记和实施财产权的国际机制。然而,大多数公约仅仅为缔约国的国家立法的应负责任和对等而规定标准。因此,土著人一般不能直接通过世界知识产权组织的机制为他们的遗产获得保护,但是也许能使用世界知识产权组织来促使加强有关国家中的国家机制。

129. 最初在1886年通过的《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》为协调缔约国的版权法制订了国际标准。可对包括音乐、舞蹈、绘画和雕刻在内的许多创作表现形式给予法律保护,保护时间为创作者的终生加上50年。对文学和艺术的表演者也可给予保护(“类似权利”)。在1961年通过的《保护表演者、唱片录制者和广播组织国际公约》(《罗马公约》)中进一步制订了保护表演者的起码标准。

130. 澳大利亚法律改革委员会1993年4月草拟的《议题文件》简明地解释了使用现有法律保护土著人文化遗产的困难。传统图案不是单个艺术家能随心所欲地随意出售或者留下的唯一财产,而受家庭一级、社区一级和部落一级层层团体权利的支配。关于处理一个图案或带有这个图案的物品,也许需要同许多不同的人商量。版权法并不作这样细微的区分,而只承认一个单独的所有者。此外,版权和其他种类的智

力产权的保护时间是有限的,而土著人认为文化权是永久的。因此,把平常的版权原则应用于土著人遗产从根本上改变艺术家和社区之间的关系,并不提供适当的保护。

131. 《伯尔尼公约》第2条(2)允许每个缔约国确定一件作品是否必须“固定”在某种实际形式上,例如书面文件还是照相,然后才能给予版权保护。要求固定的规定给口述文学作品、诗歌和歌曲带来一个问题,因为口述文学作品、诗歌和歌曲由于本身的性质一代一代由口语重复并且经常修改。

132. 在1971年修正了《伯尔尼公约》,使缔约国能委任“有关当局”来管理本国“民间传说”的许可证发放、使用和保护。世界知识产权组织把这看作在每个国家中包括“表达本国特性的文化的传统表现形式”(《保护民间传说的表达形式》,世界知识产权组织文件GIC/UK/CNR/VI/12)。然而,土著人肯定会反对国家管理他们的民间传说作为国家遗产的一部分,把使用费付给国家而不是付给他们自己的社区。按照《伯尔尼公约》,每个国家可把对民间传说的确定、保护和许可证发放所负的责任委托给土著人自己,但是,据特别报告人所知,还没有一个国家这样做。迄今为止,只有少数国家,其中包括玻利维亚和智利,通过了关于本国民间传说的法律。

133. 在1982年,世界知识产权组织草拟了《保护民间传说表达形式防止非法利用和其他侵害行动国家法律典范条款》,其中包括有形的文化表达形式,例如陶器、服装、首饰和编织物。不要求固定形式。这个典范法禁止“未经有关当局或社区本身的批准以赚钱目的在其传统或习惯范围之外”使用以及禁止任何不是没能查明民间传说的种族起源就是歪曲其内容的出版或使用。某些非洲国家已根据世界知识产权组织的范本通过了立法。

D. 对科学发现的专利保护

134. 《保护工业财产巴黎公约》最初是在1884年开始生效的,其目的是在各国有关技术专利、工业设计专利、商标专利、商业名称专利、原产地名称和防止不公平

竞争的法律方面保持某种起码的一致。

135. 对于保护土著人遗产使用专利问题有三项限制：(a) 专利只适用于“新”知识，(b) 专利权通常给予个人或公司，而不给予文化或民族，(c) 给予的专利权是时间有限的。因此，专利不用于保护传统知识或“旧”知识或者人们希望继续保守秘密的知识。

136. “新”是可获得专利的一个基本要求。如果一种产品或方法已经在世界上别的地方出现，那么它通常不能获得专利。还必须说明这种产品的制造方法，以便能够仿造或仿效。因此，植物和动物只有在用一种能够说明、控制和重复的方法（例如遗传工程）培养出来的情况下才能获得专利。根据《欧洲专利公约》和一些国家法律制度，不准许对物种和生物方法给予专利，在另一些国家中，只对具有在大自然中还没有发现的一种形式、质量或特性的生物体给予专利（《保护生物技术领域的发明》，世界知识产权组织文件 WIPO/IP/ND/87/2）。

137. 就分离和净化天然生长的各种微生物品种来说，这些条例有一个例外。《国际承认用于专利程序的微生物保存布达佩斯条约》（1977年）规定建立一个保存微生物和登记它们的商业使用权的国际机构网。据设想，土著人可使用这个条约维护他们对长久以来用于发酵的酵母菌株和其他微生物享有的权利。然而，他们需要实验设施来分离和净化这些微生物。

138. 《保护植物国际公约》（1961年）实施了一个保护“植物培育人”权利的特别法律制度。要获得保护，申请人必须保存一个植物品种样品供检查。这个样品必须能明显区别于大家已经知道存在的任何植物品种。它还必须是稳定的和同质的，也就是说，“它必须在经过屡次繁殖后同它的说明完全相同”。如果这个品种以前从来没有销售过或提供过，那么就假设它是新的，在这种情况下，它的区别特征要么属于自然起因，要么属于人工起因。因此，可能为诸如各种玉米和土豆之类历来起源不明的植物以及用于医药的、非土著人社会以前不知道的天然生长的物种获得保护。为植物培

育人的权利获得保护的主要障碍是保存品种样品并通过屡次繁殖试验证明它是稳定的和同质的费用。

139. 联合国粮食及农业组织（粮农组织）最近按照一项承认“农民的权利”的协议成立了一个国际植物遗传资源基金会。然而，与“植物培育人的权利”不同，这些不是个人的权利，而是国家从诸如香蕉和稻米之类起源不明的植物的商业开发中得益的权利。在一家生物技术公司由于使用在传统生长的植物品种中发现的基因而获得利润时，这家公司应把这笔收入中的一部分付给这个基金会，由它为这些基因的来源国保管。然而，没有机制保证农民或他们的社区从这些支付款项中得到任何好处。农民的权利在1992年的《多年生物品种公约》中也得到了承认。

140. 土著人的传统生态系统知识不仅仅包括识别有用物种的能力，而且包括范围广泛的一系列对生态和动物行为的基本过程的科学洞察力和判断力。然而，一般不把科学发现列入专利保护。虽然《关于国际科学发现记录的日内瓦条约》（1978年）为承认发现人的身份规定了一个办法，但是这个条约的第1条规定科学发现是“认识迄今为止没有认识的和不能核实的物质宇宙的现象、特性和规律”。

141. 土著人的传统知识好多应用于解决诸如捕鱼、制造陶器或管理森林之类的实际问题，也许仍然作为“技术”获得专利。技术可包括任何有用的、系统的、为了解决一个具体问题编制的和能以某种方式传送给别人的知识。（《工业财产的要素》，世界知识产权组织文件WIPO/IP/AR/85/7）。然而，传统技术能否获得专利取决于国家的立法，许多国家也许不认为久已掌握的知识在崭新和创造力方面足以有资格获得专利保护。

142. 虽然在天然生长的物种中发现的分子不能照此获得专利，但是用于分离或净化分子或合成分子的化学方法可以作为技术获得专利。此外，天然存在的分子往往为具有同样有价值特征的有关分子的合成提供生物化学家所谓的“提示”或线索。因此，虽然土著人可能指导生物化学家找到有价值的分子，但是只有生物化学家所做的

工作才被看作是专利的。

143. 认为在实验室中分离一种化合物的工作比数百年来观察和试验天然生长的物种的工作更值得获得法律保护和报酬是不公平的。况且很明显,使用土著人的知识为实验室的分析选择植物,大大降低发明新产品的费用。因此,传统知识具有经济价值,不应把它视作“不需成本的货物”。

144. 这些问题不是土著人独有的。工业部门中的许多有用的主意也没有资格获得专利保护。它们包括“专门知识”(使用某一种技术或装置的经验)和商业机密(例如给某些加工食品和饮料加味的配方)。公司一般保护它们的专门知识和行业秘密,不准外人参观它们的工厂或不准外人同它们的雇员交谈,除非他们同意签订一项为使用他们学到的无论什么知识规定条件的合同。土著人也可不提供他们的知识,订有规定保守机密、适当使用和给予经济利益的许可证使用协议的除外。眼下,这似乎是保护生态知识、医药知识和精神知识的最有效办法。

E. 商标和工业设计的保护

145. 土著人的传统艺术图案也许可列入保护“工业设计”的现有规定,在《巴黎公约》中规定“工业设计”是“一件有用物品的观赏或审美方面”。然而,一项设计要能够受到保护,就必须是“有独创性的”,在大多数国家的法律制度中,对工业设计的保护时间短于对版权的保护时间,往往只有15年。这对具有特别文化和精神意义的设计来说是不适当的,因为在这方面保护设计的完整性可能比开发利用其商业价值更加重要。

146. 用于识别一种土著人或社区的独特图案也许也可作为集体商标受到保护。加拿大和另一些国家已使用特别“证明”标志来鉴别土著人的真正作品。两者又都根据《巴黎公约》第7条之二。不仅图案能获得商标保护,而且字的顺序也能获得商标保护,因此,比如说,部族和部落的名称也许可列入。与保护版权和工业设计不同,

商标保护不限时间,但通常只需登记并继续使用。然而,如果一个商标或设计已被其他商标或设计广为模仿,在某些国家的国家法律下就可能会出现这个问题。

147. 虽然不能把原产地的标记作为商标注册,但是如《保护产地名称及其国际注册里斯本协定》(1966年)所规定的,可以使用这些标记来核实产品的真实性。这个协定规定,登记一个地区的地理名称,这个名称“有助于标明一项产品的原产地、质量和特色,这种特色完全或主要由地理环境,其中包括自然因素和人的因素”。这可以同区别商标结合起来鉴别土著社区的独特产品。

148. 《巴黎公约》第10条之二禁止在贸易中的不公平竞争,称这种竞争为“带有一种不择手段对一个竞争者的机构、商品或工商业活动制造混乱的性质的行为”,并禁止“那些在贸易过程中使用易于使公众对商品的性质、制造工序、特征、是否适用或数量产生误解的标记或说明。”这可应用于在使用土著人的设计图案或民间传说的产品的真伪问题上的各种纠纷。然而,它只应用于交易的产品,而不应用于维护土著人希望留作自己专用的物品的机密或完整。

F. 同土著人有关的特别文件

149. 国际劳工组织的《土著人和部落人公约,1989年》(第169号)在1991年开始生效,该公约的第4条规定,“应该酌情采取特别措施,按照有关土著人自己‘自由表达的愿望’保护他们的人身、机构、财产、劳动、文化和环境”。此外,“应该尊重这些土著人的价值观念、习惯做法和制度的完整”,他们“应有权保持他们自己的习惯和制度”,并有权“在可能的程度上管理他们自己的经济、社会和文化发展”(第5条、第7条和第8条)。缔约国应该“考虑有关土著人同〔他们的〕土地或领地的关系对他们的文化和精神价值观念的特别重要性”(第13条)。虽然这些条款没有明确地提到文化财产或智力产权,但是看来这些条款范围广泛,足以要求采取措施保护如这里所规定的有关土著人的全部遗产和要求尊重土著人自己有关遗产的法

律和制度。

150. 《里约环境及发展宣言》的第 22 条宣称,“土著人及其社区和其他当地社区由于其知识和传统做法对环境的管理和发展起着极其重要的作用。各国应该承认并充分支持他们的特性、文化和利益,使他们能有效地参加达到可持续发展的工作”(《联合国环境与发展会议的报告》,A/CONF.151/26/Rev.1,(第一卷))。如此强调土著人对他们所处的生态系统的传统知识的“极其”重要作用,就为国内和国际采取措施保护土著人的遗产提供强有力的支持。

151. 联合国环境与发展会议还通过了《21 世纪议程》,这是一个全面的行动计划。这个计划的第 26 章完全用于谈土著人的作用,并特别要求各国“采取或加强将保护土著人的智力产权和文化财产和保护维护习惯和行政制度和做法的权利的适宜政策和法律手段”(A/CONF.151/26/Rev.1(第一卷)第 26.4(b)段)。《21 世纪议程》鼓励各国政府和国际机构同土著人合作,“承认和促进土著人的传统方法和知识”,并把这种知识应用于管理资源(A/CONF.151/26/Rev.1(第一卷)第 15.4(g)段、第 16.7(b)段、第 16.39(a)段、第 17.75(b)段和第 17.82(c)段)。由所有成员国一致通过的这些条款对于同土著人本身合作制订新的国际措施来保护土著人的遗产给予强有力的支持。

G. 国际贸易和援助措施

152. 关税及贸易总协定(关贸总协定)乌拉圭回合谈判一直专注与贸易有关的智力产权问题。工业化国家要求全世界严格遵守授予生物技术开发者的专利权。发展中国家、农民组织和基层非政府组织则反对这一立场。它们认为,它将加强跨国公司控制它们用在南半球采集的遗传资源发明的药物和通过遗传工程培育的植物的能力。关于生物多样性的商业开发,工业化国家同样反对任何偏向发展中国家的做法。1992 年的《生物多样性公约》要求所有缔约国按比例承担保护南半球多种生物生态

系统的费用,但是,几个国家发表了从非常狭义的角度解释这项公约的宣言。大多数土著人民的利益与发展中国家息息相关,并且可能由于一项有利于生物技术公司而不利于管理多种生物生态系统的国家和人民的关贸总协定规定而受到严重破坏。

153. 1990年以来,美国曾几次试图颁布要求尊重土著人民智力产权的新法律,但是没有成功。参议院第748号法案要是获得通过,就会在美国的对外援助中优先考虑对土著人民的保护,其中包括保护“他们有关植物和植物资源的传统知识的所有权”。众议院与参议院的第354号共同决议案要是获得通过,就会指示美国外交官在当前的关贸总协定谈判中考虑传统知识。众议院第1596号法案要是获得通过,就会要求美国的外交政策和对外援助与土著人民的权利保持一致。将来可能进一步努力把美国的援助和贸易政策同尊重土著人民的土地和遗产联系起来。欧洲议会1989年通过的一项决议要求欧洲委员会和理事会在对外援助协议中附加这样的条件(转载于E/CN. 4/Sub. 2/AC. 4/1989/3号文件,第7页至11页)。更加可取的是商定通用的标准,而不是让尊重土著人民权利的问题通过单边经济政策和双边谈判来解决。

H. 国际私法

154. 国内法庭通常应用有关嫌疑被盗地点的法律,将脏物归还国外的失主。然而,在解释当地的法律上经常发生争议。例如,就巴台农神庙大理石雕刻案来说,不列颠博物馆认为,这些雕刻是在土耳其占领希腊期间经土耳其授权运走的。在最近关于从塞浦路斯土耳其占领区一座教堂运走拜占庭时期马赛克的诉讼中也提出了同样的论点。美国一个法庭得出的结论是,土耳其的占领没有中止塞浦路斯的法律,而该国的法律承认那些马赛克是东正教会的财产(塞浦路斯独立东正教会诉戈德伯格案,1990年)。

155. 在这样的案件中,根据传统法或习惯法证明所有权可能是决定因素。英国一个法庭驳回新西兰试图从伦敦收回一些重要的毛利人门嵌板的起诉,因为提出的

收回要求是以新西兰的出口控制法而不是一个特定毛利人部落的先前所有权为依据的（新西兰司法部长诉奥蒂兹案，1982年）。形成鲜明对照的是，印度为收回被从印度教庙宇的废墟上非法弄走的湿婆圣像在联合王国提出的起诉则获得胜诉。根据印度教法律，这些庙宇和主神湿婆被视为两名原告，这等于承认圣像是作为一个民族的印度教徒的财产（格林菲尔德，1989年）。

156. 如果比较广泛地宣传土著人民的传统法律，购买者就无法以不知道非法购买文物为理由进行辩解。就众所周知或有大量文献记载的文物而言，法庭将应用买主自行小心的原则。然而，如果无法根据当地法律或习惯法确定文物的归属，法庭不肯把购买者视为窃贼。

157. 国际统一私法学社（统法社）起草了一项关于盗窃或非法出口文物问题的公约草案（统法社第七十号研究报告，第19号文件（1990年））。统法社的公约草案规定每个缔约国的法院都应受理其他缔约国的收回要求，并要求提出收回要求的国家对被盗文化财产的无辜购买者提供“赔偿”。它允许（但不要求）追溯性地应用它的条款。它还列举了由法院在断定是否归还一件特定文物时考虑的若干因素。这些因素包括这件文物对要求收回的国家来说“在文化上的突出重要性”以及它对该国“活的文化用途”。

158. 然而，一些国家不承认土著人民是能够集体拥有财产或能够在全国法院提出诉讼的合法实体。在另一些国家，他们还可能缺少提出诉讼的财力，迫使他们依赖本国政府的支持。

四、结论和建议

A. 行动基础

159. 作为与众不同的民族，土著人民特别容易失去他们的遗产。他们通常被政

府视为“落后”的民族，一直是咄咄逼人的文化同化政策的目标。他们的艺术品和知识常常不被视为世界财富，并在殖民化过程中被完全毁坏。他们遗体的价值常常被看得比他们的文化还高，并且被博物馆收藏。旅游业、消费者对“原始”艺术日益增多的需求以及生物技术的发展，现在威胁着土著人民保护其残存的遗产的能力。

160. 1992年5月18日至22日在智利圣地亚哥举行的联合国关于实现土著人民的可持续和无害环境自我发展的实际经验问题的技术会议提出如下建议：

“经土著人民同意，联合国系统应采取措施有效地保护土著人民的财产权（包括智力产权）。这些财产特别包括文化财产、遗传资源、生物技术和生物多样性”（E/CN.4/Sub.2/1992/31，第五节，建议10）。

参加这次会议的专家还强调了加强土著人民自己的机构和全世界这种机构之间交流信息的重要性。1992年联合国环境与发展会议通过的文件加强了这些建议。

161. 防止歧视及保护少数人小组委员会在1991年8月29日通过的第1991/32号决议中强调指出，国际上贩卖土著人民的文化财产“削弱土著人民在自由和不失身分的情况下寻求自己的政治、经济、社会、宗教和文化发展的能力”。这一点同样紧急地适用于土著人民遗产的所有方面。

162. 土著人民遗产的进一步流失，不光有损于他们的自决和发展，而且还破坏他们所在国家的未来发展。对许多发展中国家来说，土著人民的知识可能是实现可持续的国家发展的关键，而不过多地依赖引进的资本、材料和技术。

163. 由于生物技术工业的发展、世界许多地区对土著人民的土地的继续破坏以及土著人民的艺术和文化在旅游和出口方面受到欢迎，保护土著人民的遗产需要采取紧急和有效的国际行动。

B. 基本原则

164. “遗产”包括某个民族、他们的土地和其他生物以及在同一土地上的神灵之

间的关系的所有表现，并且是同其他民族保持社会、经济和外交关系——通过分享——的基础。遗产的所有方面相互关联，不能与有关民族的传统领土分开。至于什么有形和无形的项目构成一个特定土著民族的遗产，必须由有关民族自己决定。

165. 各种物品、设计或知识一旦被非土著人民获得，就很难收回，因此，保护土著人民遗产的最关键和有效的手段是土著人社区能够控制进入其领土的通路。要做到这一点将需要划分土地边界以及对培养土著人社区的能力给予支持。

166. 在实施所有发展项目之前，应首先同有关土著人民合作评估对土著人民遗产的潜在影响。试图确认具体的“圣地”或者对土著人民具有特别文化重要性的地点工并容易，在许多情况下也是不合适的。所有土地和资源在较大或较小程度上都是神圣的，并且与土著人民的文化和精神生活不可分割。最重要的地点常常不能向外来者显露。必须假定，在一个特定民族的传统领土内，事事都对他们具有传统上的文化和精神价值及重要性。

167. 如果试图汇编一个土著人民承认的各种文化财产和智力产权目录，由他们的法律规定允许转让使用权，那也是困难的、不合适的。除了这项任务极其复杂以及所需的大部分资料保密以外，还有一个危险是，这样一个目录会怂恿外来者认为，土著人民的遗产可以出售。虽然公众加深对土著人民自己的法律大纲的认识是可取的，但是必须由每个土著人民自己准确制定和应用这些法律。最重要的是，必须承认，土著人民想完整无损地保存他们的遗产。

168. 关于土著人民的独特艺术品、设计和民俗的商业发展，需要加强土著人民和社区利用诸如商标和版权法等现有法律的体制能力。这种能力将通过在国家立法和国际文书中承认他们确定和控制自己遗产的权利来加强。

169. 关于土著人民的医学和生态知识可能在商业上的应用，现有的法律体系是不够的。因此，集中力量加强土著人民监督在其领土上进行的研究并建立自己的医学和生态研究机构的能力必不可少。

170. 在世界大部分地区，土著人民已经蒙受了极度的苦难，他们的社会和文化生活受到干扰。这种情况破坏了家庭以及传统的教育和训练制度，从而削弱了土著人民将其知识和艺术代代相传的能力。因此，土著人民遗产的未来完整性根本上不可避免地取决于能否承认和加强每个土著民族控制和发展自己的教育形式的权利。

C. 承认所有权

171. 土著人民是其作品、艺术品和思想的真正集体所有者，对其遗产的这些组成部分的转让，除非符合土著人民自己的传统法律和惯例并得到他们自己的地方机构的批准，否则不应得到国家或国际法律的承认。这一原则应该由大会、诸如知识产权组织和教科文组织这样的有关专门机构以及区域政府间组织来通过。

172. 大会在1991年10月22日的第46/10号决议中重申了财产目录的重要性，认为这是确认和收复文化财产的必要手段。土著人民缺少汇编其流散财产目录或安排收回在国外的物品的必要资源。各国政府、国际机构和有关非政府组织应对这些需要给予紧迫的注意和重视。

173. 需要教育公众以及科学和学术团体尊重土著人民的隐私、文化完整性以及通过自己的法律和制度控制自己遗产的权利。诸如开发计划署、教科文组织和知识产权组织这样的团体和机构应该同土著人民以及特别是代表人类学家、博物馆和医学研究人员的组织共同举办研讨会。

174. 需要加强宣传和了解土著人民的传统法律以及保管、保护和转让文化及智力财产的程序。这将有助于防止争端，保护土著人民免于面临基于无知或经其同意的非正义要求。教科文组织可能认为这是一项需要同土著人学者和机构合作的长期任务。

175. 人权事务中心、国际劳工组织和教科文组织应同土著人民和土著人民问题专家合作，制订保护土著人民所有遗产的原则和准则以及起草和公布这方面的示范

性国家法律。

D. 收回流失或流散的遗产

176. 关于圣物、宝贵的植物以及已经被他人盗用的土著人民的其他遗产，现有的国家和国际法律及法律机制没有提供足够的补救办法。联合国、教科文组织及其他有关机构应同土著人民合作采取下述措施：

(a) 制订计划，向土著人民提供财务和技术援助，汇编全世界博物馆和科研机构的收藏品目录；

(b) 建立一种类似于教科文组织负责国家间文化财产归还的现有机构的调停机制，它能审理土著人民提出的申请，为归还他们在国外的文化财产提供便利；并且

(c) 为土著人民的遗产建立一项信托基金，其授权是在有关民族提出要求时或在有关民族不能马上确认的情况下充当保护和授予使用土著人民遗产的权利的全球代理人。

E. 预防遗产的进一步流失

177. 关于仍然掌握在土著人民手中的文化和智力财产，最有效的保护是土著人民控制在其领土上的研究、旅游和发展。土著人民必须能够规定访问者进入其领土和社区的条件，即访问者正式同意宣布其访问目的，接受社区负责人的监督，尊重个人的隐私并让土著人民分享研究的成果和经济好处。土著人民还必须能够管理在其领土上进行的贸易，至少做到给商人发放许可证并检查运进或运出其社区的货物。

178. 联合国系统应通过技术援助和全球环境基金这样的金融机制，在建立土著人民管理其领土上的研究、旅游、贸易和发展的能力方面发挥重要作用。这种用于建立能力的国际援助应包括发展由土著人民自己控制的、可取代外国中间机构的新科研机构和教育机构，以及：

(a) 讲授有效地应用现有的有关国际规则和利用特别是有关专利权和版权、获

得植物培育者的权利及集体商标和证明标志的注册等方面的机制或程序。

(b) 对民俗、植物品种和根据现行法律可得到保护的其他遗产的研究和文献，包括支持起草所需的申请；

(c) 发展保护各方面遗产的社区基础设施，其中包括监督和宣传办事处以及土著人艺术家和演员组织。

179. 知识产权组织应该成立一个专家组，为将来可能修改巴黎公约和伯尔尼公约提出有关下述问题的建议：

(a) 承认土著人社区是拥有和许可使用艺术品、民俗和其他形式的文化和智力财产的主管当局；

(b) 延长文化和宗教上重要的艺术品和表现形式的最长保护期；以及

(c) 灵活解释可获专利条件，以便将有关医学、生态系统和专门技能的传统知识包括在内。

180. 极其重要的是，当前的关贸总协定乌拉圭回合谈判不禁止各国政府颁布法律，对土著人民的遗产给予比适用于文化、艺术、智力或工业财产的其他法律更加长期或更加严格的保护。

F. 研究报告的未来作用

181. 本研究报告可继续补充，办法是授权特别报告员拟订与保护“土著人遗产”有关的基本原则和准则，并促进土著人民与联合国、教科文组织、知识产权组织、国际金融机构以及这个领域的科研和专业团体之间的更加广泛的对话。

附 件 一

专题研究和文件

A. 抢劫奇尔卡特鲸屋

1. 阿拉斯加州东南部的特林基特人按照传统分为几个部族。每个部族又分成若干家庭群,这样定名是因为每个家庭群最初都生活在一个大木房里,并且作为一个经济单位在一起劳动。由于特林基特人采纳了一些西方技术,各家人生活在较小的西式房屋里。然而,各部族仍保留着较大的传统房屋,作为举行仪式的中心。这些房屋装饰着描绘本部族祖先和历史的图腾柱和雕刻板。每个房屋都有一名传统的看管人或受托人(在特林基特语中称 hitsati)。看管人掌管房屋的钥匙,并且常常负责记载和讲授本家庭群的历史。

2. 在这些房屋中,最有名的一个是最初建于1830年代的奇尔卡特村的加纳克斯特蒂(拉文)部族的鲸屋。奇尔卡特村有按照尊重印第安人自治权的国家法律成立的自己的部落委员会。1976年,在附近的蛙屋遭抢劫之后,部落委员会颁布的法律规定,未经委员会许可,不得从本社区拿走文化财产。

3. 1984年,一名艺术品商人说服居住在奇尔卡特村的几个特林基特人从鲸屋拿走了四个图腾柱和一块大雕刻板。这些物品随后又运到西雅图出售,但是该村让联邦法院下达了一项命令,要求临时停止出售这些物品,理由是拿走这些物品可能是非法行为。联邦法院最后决定,这些图腾柱和雕刻板的所有权问题必须由该村自己通过它自己的法庭来决定。因此,村法庭就所有权问题举行听证会,听取了族长和熟悉特林基特人传统法律的人类学家的作证。预计它将在今年晚些时候作出决定。

4. 村法庭必须解决在如何解释特林基特法律上的争议。拿走图腾柱和雕刻板的特林基特人坚持认为,他们这样做得到了鲸屋看管人的允许。村领导人坚持认为,那个看管人只是看管人而已,他无权处理财产。他们还坚持认为,屋内陈设品属于整个

部族，而不只是家庭群，因此，整个部族必须批准影响一个房屋或其陈设品的任何行动。

B. 归还夏威夷人遗骨

5. 夏威夷土著人的当代领袖说，他们的社区“陷入了精神上的困境，因为他们的祖先没有安息”（阿亚乌，“恢复祖先基础”，第195至196页）。他们将收藏和出口人的遗骨比作奴役，最近发起了一场争取归还和重新埋葬夏威夷人遗骨和随葬品的全球运动。

6. 1989年成立了土著人组织——关心夏威夷祖先组织，其目的是对修建里茨-卡尔顿饭店期间毁坏毛伊岛上的大约1,100座坟墓提出抗议。所有尸体最终都按照夏威夷州长的命令重新安葬，夏威夷州买下了墓地的使用权，以便进行保护。由于这次取得了成功，关心夏威夷祖先组织发起了一场争取从世界各地的博物馆找回人类遗骨的全球性运动，然后在夏威夷重新安葬。在过去三年里，该组织通过谈判从美国的18个博物馆以及澳大利亚、加拿大和瑞士的博物馆找回了夏威夷人的遗骨。

7. 该组织的这些努力得到了美国新法律的帮助。美国土著人坟墓保护和遗返法已于1991年由国会修正，把保护夏威夷土著人包括在内。它适用于得到美国政府财政援助的博物馆。政府提供经费的机构需要汇编它的拥有的人类遗骨目录，以确定每具遗骨的“文化联系”。人类遗骨同某一个土著民族的联系一经确定，如果有关的土著人提出要求，该机构就必须“迅速归还”。然而，在具体遗骨的特性上常常发生争议。

8. 例如，檀香山主教博物馆曾在1921年向美国自然历史博物馆提供过24具人类遗骨。这些遗骨只是被确认为“夏威夷人”，但是关心夏威夷祖先组织指出，这些遗骨最初是从一位考古学家那里弄到的。这位考古学家因挖掘莫洛凯岛上的莫奥莫米沙丘而成名。关心夏威夷祖先组织同莫洛凯岛上的土著人社区一道说服博物馆负

责人通过谈判归还这些遗骨，以便按照夏威夷的传统安葬习俗在它们的原来岛屿上重新安葬。

9. 关心夏威夷祖先组织在海外没有取得这么大的成功。就伦敦不列颠博物馆收藏的149具夏威夷人头盖骨来说，该博物馆坚持认为，英国法律不准归还这样的人类遗骨。美国国务院不肯介入此事，它指出，美国同联合王国没有适用的文化财产协议。同样，当关心夏威夷祖先组织要求德累斯顿国家人类文化博物馆归还三具夏威夷人头盖骨时，博物馆负责人说，这些头盖骨是德国的财产，因此不能让出。美国政府再次表示，在同德国没有相关协议的情况下，它不能采取任何行动。

C. 水电与圣地：斯诺夸尔米瀑布

10. 斯诺夸尔米瀑布是华盛顿州斯诺夸尔米河上的一个落差85米的壮观瀑布，它位于西雅图东面，与该市仅有咫尺之遥。瀑布下面是一个丰圆的盆地。斯诺夸尔米人用这个地方采集药单，获得精神力量。瀑布还是山区人民同海上的传统贸易的一个关键控制点。斯诺夸尔米人长期以来一直控制着这种贸易。其他土著人把瀑布视为圣地，并在那里由斯诺夸尔米人主持举行仪式。

11. 1855年，斯诺夸尔米人同其周围的部落签署一项条约，他们按照条约放弃了大部分领土，换取一些小片“印第安人保留地”，发展援助以及对其狩猎和捕鱼权的法律保护。许多斯诺夸尔米人对在海岸拨给他们远离他们山间家园的土地表示不满，因此拒不离开瀑布周围的地区，并且留在那里的小社区里。然而，美国政府拒绝承认这个社区是一个“印第安人部落”，因此未对它要求的狩猎、捕鱼或文化权利给予保护。

12. 在签署条约五十年之后，皮吉特湾电力照明公司获得了在瀑布进行电力开发的特许权，瀑布周围的森林也向伐木公司开放。电力公司在瀑布的岩石面上开凿隧道和水道，在顶端修建一座发电厂。后来它又建了一个公园和俯视瀑布的望台，这

些设施已成为这个地区最重要的旅游景点之一。斯诺夸尔米人继续利用瀑布下的水塘进行宗教活动，隐私已经减少。他们还一再抗议改变自然风景。

13. 最近，皮吉特湾电力公司宣布了扩建其发电设施和从瀑布增加引水的计划。在瀑布周围开发城市规划区的计划还使斯诺夸尔米人惊恐不要。1990年，部落领导人同当地基督教会成立一个联盟。首先，他们说服华盛顿州官员提出申请，要求把瀑布列入《全国古迹登记册》。皮吉特湾电力公司对此提出抗议，迄今为止一直阻止批准这个申请。

14. 1992年，斯诺夸尔米人及其支持者提出诉讼，反对再给这个发电厂发放许可证。根据联邦法律，所有发电设施必须定期经过审查，以确定它们的运行是否仍然符合公众利益。据认为，对某些文化和环境资源的不利影响是这些定期审查的一部分。斯诺夸尔米人坚持认为，瀑布在文化上的重要性超过其发电的用途。电力公司则认为，由于联邦政府不承认斯诺夸尔米人是一个“印第安人部落”，他们不能根据联邦立法里称享有印第安人的文化或宗教权利。

15. 在本报告正在编写的时候，美国政府印第安人事务司公布一项“拟议的”决定，称斯诺夸尔米人实际上是一纲印第安人部落，这可能使在瀑布问题上的争议结局发生重大变化。

D. 贝伦宣言

16. 1988年7月，第一届国际人种生物学代表大会代表一项由国际人种生物学协会签署的立场声明。该协会是在代表大会期间成立的。“贝伦宣言”基本上肯定了国际劳工组织提出的建议。它还试图把印第安人的权利变为科学家及世界经济和政治领导人的责任范围。宣言全文如下：

“作为人种生物学家，我们感到忧虑的是，

由于

——热带森林和其它脆弱生态系统在消失，

——许多植物和动物物种面临灭绝的威胁，

——全世界的土著人文化被扰乱和破坏：

并且鉴于

——人民的经济、农业和健康状况有赖于这些资源，

——土著人管理着世界上 99% 的遗传资源，以及

——文化和生物多样性之间有着不可分割的联系；

我们国际人种生物学协会的成员强烈敦促采取下述行动：

从此以后：

1. 应将相当一部分发展援助用于旨在执行人种生物目录汇编、保护和管理计划的努力；
2. 应该建立各种机制，从而承认土著人专家是适当的权威，并在影响到他们、他们的资源和他们的环境的所有计划中与他们磋商；
3. 所有其他不可剥夺的人权都应得到承认和保证，其中包括文化和语言特性；
4. 应该制订程序，对利用土著人的知识及其生物资源给予补偿；
5. 应该执行各种教育计划，提醒国际社会注意人种生物学知识对造福人类的价值；
6. 所有医学计划都应包括承认对传统治疗药物的重视并采纳增强这些人口的健康状况的传统保健方法；
7. 人种生物学家应将其研究成果提供给他们与之合作的土著人，尤其是包括用土著人语言来传播这些成果；
8. 应促进在土著人和农民中间交流有关资源保护、管理和持续利用的信息。”

(1988年7月22日)

E. 经济植物学学会：准则草案

“经济植物学方面的职业道德准则：初步准则草案

前 言

“经济植物学家在进行研究的过程中常常面临与其数据搜集需要与方法以及与传播和利用其研究结果有关的棘手道德准则问题。经济植物学家是一个形形色色的群体，有着大不相同的科学背景和职业联系，因此，他们遇到的道德问题既多种多样又错综复杂。本文件为经济植物学学会成员的职业行为提出准则。

“1. 经济植物学学会成员对公众负有责任。

A. 他们将努力利用他们的知识、技能和所受的训练改善人类的福利。他们将明确拒绝从事将给任何人带来危害的专业研究。

B. 他们将努力保持专业能力，不对他们不了解情况的问题提供咨询。

C. 他们将不从事也不允许传播有关经济植物学的虚假、骗人或言过其实的情报。

“2. 经济植物学学会成员对被研究者负有责任。

A. 他们将把研究的目标和可能取得的成果明确、如实地传达给所有提供情报者。如果研究有商业上的目标，他们将加以说明，并公布可能有理由指望取得的商业性成果。

B. 他们将遵守提供情报者或其机构对研究作出的所有规定和限制。他们将不“诱骗”提供情报者泄露“秘密”情报。他们将提供要求提供的任何报告或结果。

C. 他们将尊重提供数据或资料的人提出的保密要求，倘若保守这样的秘密无损于其他道德准则上的考虑的话。

D. 他们将尊重提供情报者的匿名和隐私权，如果有这种要求的话。

E. 当从提供情报者那里获得的材料或情报可能有理由指望取得商业收益的时候,他们将同雇主安排对提供情报者给予公平的经济补偿,并竭尽全力确保补偿的支付。

“3. 经济植物学学会成员对东道国政府和其他东道主机构负有责任。

A. 他们将诚实、全面地遵守要求公布项目目标、赞助和方法的所有规章以及提交报告和样本并提供特定服务(例如研讨会和培训)的义务。

B. 他们在形势需要的时候明确表示,他们不会把违反职业道德作为获得从事研究的许可的条件。具体地说,他们不会提供可能损害提供情报者或其他人的秘密情报或报告。

C. 他们将帮助他们的外国合作者加强其机构的物质资源和人力资源。

“4. 经济植物学学会成员对本职业负有责任。

A. 他们将在这个领域保持一定程度的正直和职业行为,从而不危及他人的未来研究。

B. 他们不会把别人的成果当作自己的成果发表。

C. 他们不会竭尽全力利用他们的材料进行欺骗或危害他人。

“5. 经济植物学学会成员对赞助者负有责任。

A. 他们将诚实地公布他们从事特定工作的资格和能力以及有关的限制。

B. 他们将向赞助者不折不扣地表明,他们将遵守经济植物学学会的道德准则,其中包括关于向被研究者提供有关研究目标、包括商业目标以及可能取得的研究成果的规定。”

F. 珍藏品保管人的建议

“珍藏品保管人

“保护印第安人土地上的历史文物和文化传统

“美国内政部国家公园管理局向国会提交的一份关于部落保护筹资需要的报告

“1990年5月

“建议

“1. 美国人民及其政府应该肯定,作为一项国家政策,美国印第安人部落文化的历史和文化基础应作为我们的社区生活和发展的一个重要组成部分来予以保护和维护。

“2. 关于美国印第安人文化遗产的国家政策应该承认,保护印第安部落的文化遗产的计划在性质上不同于美国的其他保护计划。

“3. 联邦政策应鼓励向博物馆、文物保护、艺术品、慈善行为、教育和研究项目提供赠款的机构,对由印第安人部落执行或同他们合作执行的项目建议给予合情合理的重视。

“4. 联邦政策应要求联邦机构并鼓励州政府和地方政府确保印第安人部落在尽可能大的限度内参与影响到对他们具有文化重要性的财产的决策。

“5. 联邦政策应鼓励州政府和地方政府颁布法律和法令,规定确认和保护对印第安人部落具有重要意义的财产,以便使这样的财产免受土地利用和开发的影响,并且免遭抢劫和恶意破坏。

“6. 联邦政策应鼓励在公立学校及其他教育和解释性计划中准确地表述印第安人部落的文化价值观、语言和历史。

“7. 联邦政策应承认语言在维护印第安人部落传统的完整及部落的特性和福利感方面的重要性。应结合下面建议的对国家历史文物保护法的修正作出帮助部落保护和利用其语言和口头传统的全国性努力。

“8. 关于人类遗骨、随藏品和圣物的挖掘、保留、展出、研究、归还和适当的文化处理,应制订一项全国性方针,作为制订一项一贯的美国印第安人文化遗产政策的一部分工作。

“9. 应尊重部落对某种情报保密的需要。

“10. 联邦政策应规定印第安人部落适当参与在部落土地和保留地以外的祖传土地上进行的联邦资助的保护研究。

“11. 为实现部落参与保护活动，考虑批准成立一个全国性民间组织，促进和帮助保护印第安人部落的文化遗产也许是可取的。

“12. 应该制订全国计划，对部落成员进行与保护有关的纪律训练。

“13. 经过修正的国家历史文物保护法（16 U.S.C. 470）应该再次修正，设立一个单独的章节，授权制订计划、政策和程序，以便保护部落的遗产并给予财政支持，作为每年拨款手续的一部分。”

附件二

教科文组织关于国际文化合作原则宣言的

第 67 项原则

“O. 享受文化的权利；国际文化发展和合作

“67. 国际文化合作原则宣言

“联合国教育、科学及文化组织大会在 1966 年 11 月 4 日举行的第十四次会议上发表

“联合国教育、科学及文化组织大会于 1966 年 11 月 4 日本组织成立 20 周年之际在巴黎举行第十四次会议，

“忆及本组织组织法宣告，‘战争起源于人之思想，故务需于人之思想中筑起保卫和平之屏障’，为使其免遭失败，和平尚必须莫基于人类理性与道德上之团结，

“忆及章程还声明，文化之广泛传播以及为争取正义、自由与和平对人类进行之教育为维护人类尊严不可缺少之举措，亦为一切国家本关切互助之精神，必须履行之

神圣义务，

“认为，本组织成员国赞成寻求真理及自由交流思想和知识，同意并决心发展和加强会员国人民之间的交流手段。

“认为，尽管取得了促进知识和思想的发展和传播的技术进展，不了解各国人民的生活方式和习惯，仍然是各国之间的友谊、和平合作和人类进步的障碍，

“考虑到联合国大会陆续发表的《世界人权宣言》、《儿童权利宣言》、《给予殖民地国家和人民独立宣言》、《联合国消除一切形式种族歧视宣言》、《在青年中促进各国人民之间和平、互尊和了解的理想的宣言》以及《不容干涉各国内政和保护各国独立和主权的宣言》，

“通过本组织头二十年的经验确信，如果要加强国际文化合作，就需要确认它的原则，

“宣布这项国际文化合作原则宣言，最终目的是，各国政府、权力机构、组织、社团和负责文化活动的机构，得经常以这些原则为指导；并为达到本组织组织法提出的通过世界各国人民间教育、科学及文化联系，促进实现《联合国宪章》制订的和平与福利的宗旨的目的：

“第一条

1. 每一种文化都有必须得到尊重和保护的尊严和价值观。
2. 每一个民族都有发展其文化的权利和义务。
3. 各种文化丰富多彩、形形色色，彼此之间相互影响，构成全人类的共同遗产的一部分。

“第二条

各国应并肩努力和尽可能同时发展不同的文化分支，以便使技术进步同人类的智力和道义上的进展协调一致。

“第三条

国际文化合作应包括与教育、科学和文化有关的智力和创造性活动的**所有方面**。

“第四条

国际文化合作的**各种形式**，无论是**双边的**还是**多边的**，**区域的**还是**全球的**，其目的应是：

1. 传播知识，激发才智和丰富文化；
2. 发展各国人民之间的和平关系和友谊，增进对彼此生活方式的了解；
3. 促进本宣言前言忆及的联合国各宣言中提出的原则的实施；
4. 使每一个人**都能获得知识**，欣赏各国人民的艺术和文学，分享世界各地在科学方面取得的进步和由此带来的好处，促使文化生活更加丰富；
5. 提高世界各地人们的精神和物质生活水平。

“第五条

文化合作是所有民族和所有国家的权利和义务，他们应该相互交流知识和技能。

“第六条

国际合作虽然通过其有益行动促使所有文化更加丰富，但是应尊重各种文化的独特性质。

“第七条

1. 在最自由的交流和讨论基础上广泛传播思想和知识，对创造性活动、寻求真理和发展个性必不可少。

2. 在文化合作中，应该强调有助于创造一种友好与和平气氛的思想和价值观。在态度和发表见解方面应避免给人以敌对的印象。应在提供和传播情报方面竭尽全力确保情报的真实性。

“第八条

文化合作应有利于进行文化合作的所有国家。应本着广泛互惠的精神安排文化

合作所实现的交流。

“第九条

文化合作应有助于在各国人民之间建立稳定、长期的关系,这种关系应尽可能少受国际生活中可能出现的紧张状态的影响。

“第十条

文化合作应特别注意本着友好、国际谅解与和平的精神对青年人进行道德和智力教育,并促使各国注意在变化最多的部门激发才智和促进对年轻人的培训的必要性。

“第十一条

1. 各国应在其文化关系中铭记联合国的原则。在寻求实现国际合作时,应尊重各国的主权平等,并应尽量不干涉基本上属于各国国内管辖范围的事务。

2. 本宣言的原则应在适当考虑人权和基本自由的情况下应用。”

参 考 文 献

注：美国国家公园管理局出版的一本刊物 CRM，专门报道文化管理活动，其中包括政府机构和土著人之间进行合作研究的例子。马萨诸塞州坎布里奇的文化幸存公司出版的《文化幸存季刊》提供有关当前发展问题，其中包括控制和销售遗产的大量资料。对本研究报告特别相关和有用的出版物包括：

Abdullahi Ahmed, An - Nalim, ed. Human Rights in Cross - Cultural Perspective, A Quest for Consensus, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1992.

Albers - Schonberg Georg, "The continuing importance of natural products for medicine", paper presented to the 2nd Princess Chulabhorn Science Congress, Bangkok, 2 - 6 November 1992.

Ayau Edward Halealoha, "Restoring the ancestral foundation of native Hawaiians; implementation of the Native American Graves Protection and Repatriation Act", In Arizona State Law Journal 24: (1992) pp. 193 - 216.

Bifani, Paolo, "The new mercantilism and the international appropriation of technology," Technology, Trade Policy and the Uruguay Round, UNCTAD/ITP/23, February, 1990, p. 23.

Blalick Michae, "Palms, people and progress". In Horizons 3 (4) 1984 pp. 32 - 37.

Blalick, Michael. Ethnology and the identification of therapeutic agents from the rainforest". In D. J. Chadwick and J. Marsh, eds. Bioactive Compounds from Plants. 1990.

Cunningham, A. B. Indigenous knowledge and biodiversity. In Cultural Survival Quarterly (Summer 1991), pp. 4 - 8.

Daes, Erica - Irene A. Working paper on the question of the ownership and control of the cultural property of indigenous peoples (E/CN. 4/Sub. 2/1991/34).

Dixon Rod A. and Michael C. Dillon, Aborigines and Diamond Mining: The Politics of Resource Development In East Kimberley Western Australia. (1990).

Elisabetsky, Elaine. Folklore, tradition or know - how? Cultural Survival Quarterly Summer 1991). pp. 9 - 13.

Fenton, William N. "Return of eleven wampum belts to the Six Nations Iroquois Confederacy on Grand Riverm Canada", Ethnohistory 36 (4): 392 - 410, 1989.

Francis, Daniel. The Imaginary Indian: The Image of the Indian in Canadian Culture. 1992.

Golvan, Colin. Aboriginal art and the protection of indigenous cultural rights. In Aboriginal Law Bulletin 2 (56): June 1992. The Federation Press in association with Golvan Arts. An introduction to intellectual property law.

Gray Andrew, editor. Between the Spice of Life and the Melting Pot : Biodiversity Conservation and Indigenous Peoples, International Work Wocument Group for Indigenous Affairs. No. 70, 1991.

Greenfield, Jeannette. The Return of Cultural Treasures. 1989.

Healy, Kevin. Ethnodevelopment among the Jalqu'a of Bolivia. In Grassroots Development 16 (2): 22 - 24. 1992.

International Council of Museums. "Study of the Principles, Conditions and Means for the Restitution or Return of Cultural Property in View of Reconstituting Dispersed Heritages", in Museum 31 (1): 62 - 67. 1979.

Lazaro Manuel, Mario Pariona and Robert Simeone. "A natural harvest", Cultural Survival Quarterly (Spring 1993), pp. 48 - 51.

Lobo, Susan. "The fabric of Life; repatriating the sacred Coroma textiles", Cultural Survival Quarterly (Summer 1991), pp. 40 - 46.

Maddock, Kenneth. Copyright and traditional designs - An Aboriginal Dilemma. Aboriginal Law Bulletin 2 (34): 8 - 9 October 1988.

Moran, Katy. Ethnobiology and U. S. policy. In Mark Plotkin and Lisa Famolare, eds. Sustainable Harvest and Marketing of Rainforest Products, 1992.

Ono, Koichi, Protection of new or advanced biotechnology by intellectual property rights. In Worldwide Forum on the Impact of Emerging Technologies on the Law of Intellectual Property, WIPO, 1989.

Peterson, Kristin. Recent intellectual property trends in developing countries. In Harvard International Law Journal 33 (1): 277 - 290, 1992.

Pullar, Gordon L. The Qikertarmiut and the scientist: Fifty years of clashing worldviews. Paper presented at the American Anthropological Association, San Francisco, 3 December 1992.

Sackler, Elizabeth, Martin Sullivan and Richard Hill. Three voices for repatriation. In Museum News. September/October 1992. pp. 58 - 61.

Seeger, Anthony. Singing other peoples' songs. In Cultural Survival Quarterly, Summer 1991. pp. 36 - 39.

United Nations. Report of the Secretary - General. Intellectual property of indigenous peoples 联合国秘书长的报告, 《土著人民的智力产权》(E/CN. 4/Sub. 2/1992/30).

United States Congress, Senate Select Committee on Indian Affairs. Native American Grave and Burial Protection Act. Senate hearing 101 - 952, 1990.

U. S. Congress, Senate Select Committee on Indian Affairs, Religious Freedom

Act, Senate hearing 102 - 698. 1992.

U. S. Department of the Interior, National Park Service, Guidelines for the Identification and Evaluation of Traditional Cultural Properties, National Register Bulletin No. 38. 1992.

U. S. Department of the Interior, National Park Service, Keepers of the Treasures; Protecting Historical Properties and Cultural Traditions on Indian Lands. 1990.

U. S. Department of the Interior, National Park Service, Wounded Knee South Dakota; Draft Study of Alternative Environmental Assessment, January 1993.

U. S. National Institutes of Health, National Institute of Mental Health, National Science Foundation, and U. S. Agency for International Development, "International Cooperative Biodiversity Groups", RFA No. TW-92-01 (12 June 1992).

U. S. National Institutes of Health. Information Workshop to discuss the request for application TW - 92 - 01 "International Cooperative Biodiversity Groups". August 1992.

Vecsey, Christopher, editor. Handbook of American Indian Religious Freedom . 1991.