

文化多样性的主权、 人权与私权分析

吴汉东^{*}

内容提要：文化传统保护与文化发展选择是国家文化主权的基本内容；保护文化多样性的权利和自由属于基本人权的范畴；知识产权对文化创造参与者的支持和激励具有重要意义。《文化多样性公约》以主权和人权作为文化多样性保护的基本举措，并以对艺术家的知识产权保护作为补充措施，由此构建了一个保护文化多样性的多元权利形态。

关键词：文化多样性 文化主权 文化权利 知识产权

2005年10月19日，在法国巴黎举行的第33届联合国教科文组织大会以绝对多数票通过了《保护和促进文化表现形式多样性公约》（以下简称《文化多样性公约》）。联合国教科文组织认为，《文化多样性公约》与《世界遗产公约》、《保护非物质文化遗产公约》为国际社会保护文化多样性提供了一个有力的行动框架。在一年的时间内，美洲议会联盟、欧盟先后批准了这一《公约》，并呼吁其成员国支持该《公约》。在一些发展中国家的推动下，至2006年底，该《公约》批准国家已达35个，我国也于2006年12月29日经全国人大常委会第二十五次会议批准加入该公约。2007年1月30日，《文化多样性公约》正式生效。美国对该公约始终持反对态度，认为该《公约》会被一些国家滥用以否定本国公民的人权和艺术自由，同时有可能阻碍文化产品和服务的自由贸易。^[1]《文化多样性公约》涉及文化主权、文化权利以及知识产权等一系列重大问题，上述权利形态是何关系，应秉持何种原则、规则加以处理，美国等个别国家与大多数国家的立场差异说明什么，本文试对这些问题作出探讨。

一、文化多样性与国家文化主权

国家文化主权是《文化多样性公约》提出的一个重要法律问题，涉及各缔约国保护和促进文化表现形式多样性的政策目标和指导原则。《公约》第1条“目标”第8款规定：“重申各国拥有在其领土上维持、采取和实施他们认为合适的保护和促进文化表现形式多样性的政策和措施的主权。”

* 中南财经政法大学知识产权研究中心教授。

本文系作者主持的教育部哲学社会科学重大攻关项目“知识产权制度的变革与发展研究”的阶段性成果之一，申请编号：04JZD0016，马波博士为论文写作搜集资料、查对索引，做了大量工作。

[1] Louise V. Oliver, *UNESCO Convention could limit freedom of cultural expressions and trade*, <http://geneva.usmission.gov/Press2005/2010Oliver.htm>, 2006年10月20日访问。

第2条“指导原则”第2款“主权原则”规定：“根据《联合国宪章》和国际法原则，各国拥有在其境内采取保护和促进文化表现形式多样性措施和政策的权利。”这里所讲的主权，即是各缔约国拥有的文化主权。

包括文化主权在内的主权原则，是国际社会共同接受的国际关系准则。从本源上讲，权力是与国家相伴而生的概念，有国家就会有相应的国家权力。主权虽为国家权力的一种表现形式，但并非生而有之，而是一个历史的概念。从古代社会到中世纪时期，国家与国家之间的关系奉行的是弱肉强食法则，国家主权没有产生的基础和条件。只有到了近代，随着民族国家的兴起，国家才逐渐形成主权的观念。从17-18世纪开始，主权原则首先在西欧确立起来，主权自此成为国家最高权力的体现。^[2]第二次世界大战以后，主权概念和原则从以往有限的地域逐步扩展到整个世界，成为各国建立联合国时的重要主张。1946年《联合国宪章》在关于联合国基本原则的规定中，第1条就明确宣布，“本组织基于各成员国主权平等之原则”。时至人类社会走向经济全球化的今天，国家主权仍然是维系当代国际关系的基本出发点。维护国家主权的基本宗旨在于实现主权平等，其要义是指各国应当相互尊重主权，各国拥有决定其政治、社会、经济和文化制度的权利。《文化多样性公约》提出“主权原则”(principle of sovereignty)，指的就是文化主权。这说明，主权原则作为一项传统的国际法原则并没有过时，它依然是现代国际关系的法律基础。

文化主权与经济主权是现代国家主权原则的新内涵。近代国家主权原则自提出以来，不仅地域适用范围扩展到整个世界，而且在内容构成方面也有所变化，即从政治领域发展到经济、文化和社会生活等领域。国家主权最初主要指政治和安全上的独立权和平等权。《联合国宪章》规定，“各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何会员国或国家之领土完整与政治独立”。20世纪60年代以后，发展中国家基于发展民族经济的需要，提出了维护经济主权的主张。1962年联合国大会通过《关于自然资源之永久主权宣言》，宣布“各民族及各国族行使其对天然财富与资源之永久主权”。1966年联合国大会通过《经济、社会、文化权利国际公约》，该公约规定“所有人民得为他们自己的目的自由处置他们的天然财富和资源”。这即是以自然资源永久主权为主要内容的经济主权原则。主权概念延伸到文化领域始自20世纪90年代，尽管这一时期尚无正式的国际文件对文化主权加以准确界定，但它已成为许多国家频繁使用的概念，用来指称国家维护本民族传统价值观和生活方式的至高无上的权力。^[3]联合国教科文组织在近六十年的历程中一直致力于“保护和促进丰富多彩的文化多样性”和“制定必要之国际协定，以便于运用文字与图像促进思想之自由流通”。^[4]2001年该组织通过《世界文化多样性宣言》及其《行动纲领》。《宣言》参照教科文组织颁布的国际文件中有关文化多样性和文化权利的条款，专章讨论了文化权利与人权的关系，但并未涉及文化主权问题。2005年10月，联合国教科文组织正式通过《文化多样性公约》，基于保护和促进文化表现形式的立场，第一次以国际公约的形式确认了文化主权原则。^[5]可以说，正是由于经济主权和文化主权的形成，使得主权观念发展成为涉及政治、安全、经济、社会生活、文化传统和价值观念等方面的原则规范体系。

[2] 参见刘杰：《秩序重构：经济全球化时代的国际机制》，高等教育出版社1999年版，第190页。

[3] 参见前引[2]，刘杰书，第235页。

[4] 引自《总干事关于制定〈保护文化内容和艺术表现形式多样性公约草案〉所取得的进展情况的报告·附件三》，联合国教科文组织执行局2005年3月31日第171届会议，<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001388/138884C.pdf>，2006年3月1日访问。

[5] 2005年1月31日至2月11日举行关于公约草案初稿的第二次政府间会议，会议在“国家层面的权利和义务”这一条款中“增加了一项关于国家主权的新原则”。参见《总干事关于应该制定一项规章的情况和该规章可能涉及的范围的初步报告，及一份保护文化内容和艺术表现形式多样性公约的草案初稿》，联合国教科文组织2005年8月4日第33届会议，<http://www.sipo.gov.cn/sipo/ztxx/yczyhctzsbh/zlk/gihywj/200510/P020060403598672034715.pdf>，2006年8月4日访问。

文化传统保护与文化发展选择是文化主权原则的基本内容。一般而言,文化主权原则是指“一个国家的文化主权神圣不可侵犯,一个国家的文化传统和文化发展选择必须得到尊重,包括国家的文化立法权、文化管理权、文化制度和意识形态选择权、文化传播和文化交流的独立自主权等”。〔6〕文化主权原则在《公约》中表现为缔约国采取有关保护和促进文化表现形式多样性的政策和措施的主权。根据《公约》的解释,“文化政策和措施”是指地方、国家、区域或国际层面上针对文化本身或对个人、群体或社会的文化表现形式产生直接影响的各项政策和措施,包括与创作、生产、传播、销售和享有文化生活、产品与服务相关的政策和措施。缔约国根据《公约》第6条的规定,得以制定和实施文化政策、采取措施的主权行为有:(1)为了保护和促进文化表现形式的多样性所采取的管理性措施;(2)以适当方式在本国境内为创作、生产、传播和享有本国的文化活动、产品与服务提供机会的有关措施,包括语言使用方面的规定;(3)为国内独立的文化产业和非正规产业部门活动能有效获取生产、传播和销售文化活动、产品与服务的手段而采取的措施;(4)提供公共财政资助的措施;(5)鼓励非营利组织以及公共和私人机构、艺术家及其他文化专业人员发展和促进思想、文化表现形式、文化活动、产品与服务的自由交流和流通,以及在这些活动中激励创新精神和积极进取精神的措施;(6)建立并适当支持公共机构的措施;(7)培育并支持参与文化表现形式创作活动的艺术家和其他人员的措施;(8)旨在加强媒体多样性的措施,包括运用公共广播服务。上述措施涉及文化管理措施、文化设施建设措施、文化资助措施、文化激励措施、文化产业机构的建立和支持措施、文化人员的培养和支持措施等,这些政策措施可根据缔约国自身的特殊情况和需求在其境内作出,但应与《公约》所规定的保护和促进文化表现形式多样性之目标相符。对此,加拿大政策文化顾问、加拿大文化多样性国际交流委员会主席 Garry Neil 评价说,关于缔约国权利和义务的规定是《公约》的核心内容,但是《公约》第4章即“权利和义务”规定的重点放在权利而非义务上,最主要的一点是缔约国基于保护和促进文化多样性的目的可以在其境内采取适当的文化政策和措施。〔7〕值得注意的是,《公约》还规定了缔约国对“脆弱文化表现形式”得以确认和采取适当保护措施的权利。所谓“脆弱文化表现形式”是指“文化表现形式属于面临消亡危险,受到严重威胁,或是需要紧急保护的特殊情况”。缔约国有权确认受紧急保护的特殊情况,但应向政府间委员会报告应对该类情况所采取的有关措施,后者可以对此提出合适的建议。

文化多样性的保护与发展实质上是一个国家特殊的文化主权形态,文化多样性与文化主权有着内在的联系。首先,对文化多样性的尊重即是对国家文化主权的尊重。与经济全球化相伴而生的文化全球化,并不能消解文化的民族性和多样性。当今世界的情况是,一万多个不同的社会群体生活在大约二百多个国家之中。就一国内部而言,许多国家都是多文化、多民族的,维护文化的多样性主要在于对少数人群体权利的尊重;但就国际社会而言,文化的多样性意味着语言、宗教以及生活方式的差异性,承认这种文化多样性就是承认不同国家文化主权的独立性和自主性。“尊重不同文化的平等地位,尊重不同文化的多样性和它们丰富的活力,尊重完成发展的不同路径”,〔8〕这是实现文化多样性的伦理基础,〔9〕也是国家文化主权原则的法律要求。其次,捍卫文化主权的独立性和自主性,才能有效地保护和发展文化的多样性。国家不分大小,民族不分强弱,都应有维护自己

〔6〕 胡惠林:《文化产业学》,高等教育出版社2006年版,第149页。

〔7〕 Garry Neil, *Assessing the Effectiveness of UNESCO's New Convention on Cultural Diversity*, 2 *Global Media and Communication* 257-262 (2006)

〔8〕 前联合国秘书长、世界文化与发展委员会主席佩雷斯·德奎利亚尔语。引自联合国教科文组织、世界文化与发展委员会:《文化多样性与人类全面发展》,广东人民出版社2006年版,第3页。

〔9〕 世界文化与发展委员会认为,多元化(pluralism)是全球伦理的基本原则,其意思是指“文化多元化是人类社会的基本特征,而且无处不在,无时不在。民族认同是对抗全球化压力的一个正常的健康有益的反映”参见前引〔8〕,联合国教科文组织、世界文化与发展委员会书,第3页。

文化传统和选择文化发展路径的权利。必须看到,“传统的经典式的属于少数人的精英文化对话语权的垄断和对大众文化的一种霸权,在当代国际关系中,已经演变成一种少数文化产出国对其他国家的文化霸权”。^[10]西方主流国家的强势文化对世界的影响力越来越大。美国文化的“全球化”被形象地概括为“三片”,即代表美国饮食文化的麦当劳“薯片”,代表美国电影文化的好莱坞“大片”,代表美国信息文化的硅谷“芯片”。^[11]资料显示,2000年美国控制了全球75%的电视节目生产和制作;美国影片只占全球电影产业的6.7%,却取得全球85%的票房收入。可以说,文化产业的全球化和文化霸权的形成,使得民族国家的文化主权不断弱化,使得传统文化走向边缘化。文化多样性和文化主权之间的关联性说明:一方面,保护和发展文化多样性,有助于形成民族的文化认同感和民族的精神凝聚力,从而维系国家的文化安全(国家文化主权),在这个意义上说,保护和发展文化多样性就成为有效维护国家文化主权和文化安全的政策选择;另一方面,尊重国家文化主权平等,承认各国文化发展的独立性和自主性,才可能保持不同民族、种族文化的存在,在国际间实现文化生态平衡,化解经济全球化与世界文化多元化之间的矛盾和冲突。

保护和发展文化多样性的文化主权原则与世界贸易组织规则,从根本上来讲并不是矛盾和冲突的。《公约》第20条规定了《公约》与其他条约之间的关系,即“相互支持、互为补充和不隶属”。《公约》强调,“本公约的任何规定不得解释为变更缔约国在其为缔约国的其他条约中的权利和义务”。这说明,《文化多样性公约》与世界贸易体制在本质上应是一致的。美国对于《公约》提出一个重要的反对意见,即认为《公约》对于已经建立的国际贸易体系具有潜在的破坏性。“美国政府担心,缔约国可能对《公约》错误解读,将一部分贸易、服务和农产品与文化的表达方式相关联,对其进行保护从而形成新的贸易壁垒。”^[12]其实不然,根据《公约》第4条“定义”,“文化活动、产品与服务是指从其具有的特殊属性、用途或目的考虑时,体现或传达文化表现形式的活动、产品与服务,无论他们是否具有商业价值”。教科文组织“独立专家会议”认为,《公约》的保护对象是以文化活动、产品与服务为载体的文化表现形式;文化活动、产品与服务具有商品内涵和文化内涵的双重秉赋。^[13]这种解释是有意义的:在国际贸易协定(包括世界贸易组织《货物贸易协定》、《服务贸易协定》、《与贸易有关的知识产权协定》)中,文化活动、产品和服务的交易,涉及的是文化的财产属性与知识产权问题;而《公约》强调的是文化多样性的保护,国家采取有关保护的政策措施,是文化主权行为的表现。“独立专家会议”认为,这里的“保护”一词在任何情况下都不成为缔约国闭关自守的遁辞。关于文化表现形式的交流,专家们既强调了市场的力量,也指出了市场的缺失。无限制的文化市场和绝对的文化贸易自由,有可能造成文化生态的失衡,在文化表现形式处于弱势的情况下,国家干预对保护文化多样性是必要的。^[14]从世界贸易组织相关政策文本的解读,我们也可以得出相同的结论。世贸组织所形成的诸多协定,广泛涉及文化的各个领域。它所确立的国际文化贸易原则,实质上是当今国际社会一种新的国际文化关系准则,成为处理国家与国家之间文化贸易关系和争端的规范。世贸组织在它的政策系统中不仅包括了“市场准入”、“透明度”、“非歧视”和“最惠国待遇”等原则,而且也规定了“涉及保持传统文化的艺术品和文化”、“允许例外和实施保障措施”、“维护国家安全”等原则和规则。这就为世贸组织成员尤其是发展中国家行

[10] 前引[6],胡惠林书,第151页。

[11] 薛晓源:《全球化与文化产业研究》,载林拓主编:《世界文化产业发展前沿报告》(2003-2004),社会科学文献出版社2004年版,第3页。

[12] See *The Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*. <http://geneva.usmission.gov/Press2005/1011Unesco.htm>, 2006年10月11日访问。

[13] 参见前引[4]。

[14] 参见2005年3月3日《关于总干事的初步报告,其中附有两份〈保护文化内容和艺术表现形式多样性公约〉草案初稿》, <http://portal.unesco.org/culture/fr/file-download.php/b1d0es4fd7fb9be2157db6455d171836203-6-reportch.pdf>, 2007年2月1日访问。

使文化主权, 保护和发展文化多样性留下了必要的制度空间。这意味着, 任何国家都可以在世贸组织框架内消解文化产品贸易壁垒、开展自己的对外文化贸易, 同时也可以根据例外条款保护本国文化传统和文化利益。在这里, 文化市场的对外开放, 是贸易自由使然; 同时, 文化市场也应是双向开放, 须以文化多样性的存在为基础。可以认为, 世贸组织的文化产品贸易, 应是一个基于文化多样性平台而平等进行的国际文化贸易。正如有的学者指出的那样, “世贸组织的原则是保护本国文化的个性化, 支持各国文化的多样并存, 维护世界文化的丰富性和多样性”。^[15] 世界贸易组织所主张的文化贸易自由, 并不应该是对保护文化多样性之文化主权的否认。

二、文化多样性与文化权利

人权和基本自由是《文化多样性公约》提出的一个核心法律问题, 是这一国际文件框架得以形成的基础。《公约》在序言中指出了颂扬文化多样性对充分实现《世界人权宣言》和其他公认的文书主张的人权和基本自由所具有的重要意义。《公约》第 2 条第 1 款规定了首要指导原则, 即“尊重人权和基本自由原则”, “只有确保人权, 以及表达、信息和交流等基本自由, 并确保个人可以选择文化表现形式, 才能保护和促进文化多样性”。《公约》强调了基本人权和文化多样性的本质联系, 在这里, 基本人权涉及的主要是文化权利。

基于文化多样性的文化权利是一项国际人权。关于人权的国际文件并没有对文化权利作出明确的定义说明, 但是依据相关国际人权公约对该类权利的列举式规定, 我们可以将文化权利解释为公众参加文化活动并从中享有利益的权利。在 20 世纪以前, 人权问题均由一国权利宣言或宪法类文件加以确认。对文化自由与知识传播的权利问题, 往往根据国家政治、经济、文化等制度的具体情况, 以宪法性文件加以规定, 是为国内人权。1789 年法国人权宣言宣称: “文化交流思想和意思是最珍贵的人权之一。”美国宪法的制定者提出了著名的“3P”文化政策, 其中含有“促进知识”的政策 (the promotion of learning)。^[16] 加拿大权利法案有两条涉及文化权利的规定: 一是每个人都拥有自由参加社会文化生活的权利, 以享受艺术与分享科技进步的利益; 二是每个作者都有权利维护其科学、文学及艺术作品所产生的精神利益和物质利益。^[17] 进入 20 世纪以后, 以《联合国宪章》为开端, 一系列的国际性、地区性的人权宪章相继诞生, 人权成为国际法的调整对象之一, 文化权利的相关问题因此具有了国际人权意义。1948 年《世界人权宣言》第 27 条宣布了两条权利: (1) 人人有权自由参加社会的文化生活, 享受艺术, 并分享科学进步及其产生的福利; (2) 人人得享有基于其所创作的任何科学、文学或美术作品而产生的精神和物质利益的权利。《世界人权宣言》宣示的权利在 1966 年《经济社会和文化权利国际公约》得到进一步发展, 该《公约》第 15 条将文化权利确认为: (1) 参加社会文化生活的权利; (2) 享受科学进步及其产生的利益的利益的权利; (3) 对自己的智力成果所产生的精神上的和物质上的利益享有被保护的权力。从上述人权文书中, 我们可以看出, 文化自由是文化多样性的必要条件, 文化权利是文化多样性的法律保障。正如教科文组织一份文件所指出的那样, “言论自由、传媒多元化、语言多元化, 所有文化平等享有艺术表现形式和科学技术知识, 所有文化都有利用表达和传播手段的机会等”, 这些都是文化多样性的实现途

[15] 前引 [6], 胡惠林书, 第 166 页。

[16] 其他两项政策是“公共领域保留”的政策 (the preservation of public domain)、“保护作者”的政策 (the protection of the author), 参见 L. Ray Patterson & Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright: A Law of User's Right*, The University of Georgia Press, 1991, pp. 49-55.

[17] A. A. Reyes, *Copyright and Fair Dealing in Canada, Fair Use And Free Inquiry*, Ablex Publishing Co., 1980, p.213.

径,^[18]当然同时也是文化权利保障的法律要求。

文化多样性的权利和自由属于集体人权的范畴。现代人权主体观念的一个重要变化,便是由过去单纯的个人人权发展成为“以种族、民族为构成内容的集体人权”。^[19]它是“集体的权利,即群体或人民的权利”。^[20]民族(或人民的)的自决权是最早和最广泛地被接受的一项集体人权。作为不同的生活共同体,每个民族都有自由的相对稳定的生活地域,在历史发展中形成了自己独特的语言文字、宗教信仰、风俗文化。^[21]有基于此,这些特定的社会群体对内形成了自己的文化认同和民族认同,对外则产生了争取社会理解和认可的政治法律诉求。1966年《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约》用相同的措辞确认了民族自决权,即“所有人民都有自决权。他们凭这种权利自由决定他们的政治地位,并自由谋求他们的经济、社会和文化的发展”。民族自决权对保护文化多样性的权利实现,有着基础性的作用。1952年联合国大会通过的《关于人民和民族自决权的决议》指出:“人民和民族应是享有自决权,然后才能保证充分享受一切基本人权。”1955年不结盟国家亚非会议发表的《万隆宣言》重申:“自决是充分享受一切人权的先决条件。”上述国际人权文书表明,民族自决权首先是政治自决,但也包括经济、社会、文化发展的自决。文化多样性的问题,实质上涉及文化遗产、文化发展的自由选择。这种文化权利的行使,当以自决权利的存在为前提。民族自决权是一项集体人权,隐含着文化生活方式自决的内容。其实,文化权利和自由如同发展权一样,既属于个人的人权,也属于集体的人权;但在文化多样性保护方面,文化权利和自由主要是集体人权。在这里文化权利作为集体人权与该集体的个人人权并不是对立的:集体人权是为了保障个人人权而从其中推导出来的权利,而且集体人权和个人人权有着同样的道德价值。世界文化与发展委员会关于“文化多样性与人类全面发展”的报告,深刻地阐述了文化权利与自由的基本内涵。第一,“文化自由是一种集体自由,它指的是人类群体自由选择生活方式的权利”。第二,“真正的文化自由是整体自由的保证。它不仅保证集体的利益,也保护集体之中每个人的权利”。第三,“通过保护不同的生活方式,文化自由鼓励创造性、尝试和多样性”。“正是多文化社会所产生的多样性,以及多样性赖以生存的创造性,使这些社会更具有创新能力,更有活力,生存繁衍更加久远。”第四,“文化的核心是自由,特别是决定什么是有价值的东西,寻求我们所期望的那种生活方式的自由”。^[22]可以说,文化多样性实质上是文化方式和文化发展自由选择的结果,这种文化自由乃是基于文化认同之群体的权利。

文化保护和人权保护具有“相似性”,“他们交织在一起,不可分离”。^[23]美国学者所说的“相似性”,是指某些文化活动、文化行为既是保护文化多样性的必要措施,也是保障文化权利的基本要求。《文化多样性公约》和有关人权公约用不同的措辞表述了相同的观点。国际人权文书提出了“参加文化生活的权利”、“享有科技进步利益的权利”和“作者权益保障的权利”,这是一般意义上的文化权利,在文化多样性领域,相关文化权利还有具体的表现。(1)享有自身文化尊严和文化自由。2001年《世界文化多样性宣言》认为,保护文化多样性与尊重人的尊严是密不可分的。“它要求人们必须尊重人权和基本自由,特别是尊重少数人群体和土著人民的各种权利。”尊重人的人权和基本自由,即要求尊重他人文化的尊严,尊重他人文化选择的自由。这是保护文化多样性的基本

[18] 引自《制定一份文化多样性准则性文件的可能性:对相关的技术与法律问题的初步研究》,联合国教科文组织执行局2003年3月12日第166届会议, <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001297/129718c.pdf>, 2006年3月1日访问。

[19] 徐显明:《人权主体之争引出的几个理论问题》,《中国法学》1992年第5期。

[20] 英国国际法学者斯塔克语。转引自李泽锐:《国际人权法论》,载冯卓然、谷春德主编:《人权论集》,首都师范大学出版社1992年版,第318页。

[21] 参见曲相肇:《人权主体论》,载徐显明主编:《人权研究》第1卷,山东人民出版社2001年版,第31页。

[22] 前引[8],联合国教科文组织、世界文化与发展委员会书,第5页。

[23] Eiream Brooks, *Cultural Imperialism vs. Cultural Protectionism: Hollywood's Response to UNESCO Efforts to Promote Cultural Diversity*, 2006 *The Journal of International Business & Law* 112.

要求。此外,《文化多样性公约》特别强调了少数人群体(含土著人民)的权利问题。在国际上,该群体是指那些处于社会边缘、自身比较脆弱的群体,他们生活在多数人群体及占统治地位文化的意识形态的影响之中。^[24]根据《文化多样性与人类全面发展》报告的划分,少数人群体包括四类人群,即土著人民、地域型少数人群体、非地域型少数人群体或游牧民族、移民。^[25]1992年联合国《属于民族、种族、宗教和语言少数人群体的权利宣言》列举的权项有文化自由、宗教自由、语言自由和参与文化、宗教、社会、经济和公共生活的权利。这些权利和自由是必须和重要的。可以认为,提升少数人群体异质文化的地位,防止民族同化趋势出现,是文化多样性的可靠保证。(2)参与文化生活的权利及选择自由。《世界文化多样性宣言》规定:“每个人都应当能够用其选择的语言,特别是自己的母语来表达自己的思想,进行创作和传播自己的作品;每个人有权接受充分尊重其文化特性的优质教育和培训;每个人都应当能够参加其选择的文化和从事自己所特有的文化活动。”这里列举的权利主要是语言多样性的权利、文化教育的权利以及文化活动选择与参加的自由。按《宣言》的说法,上述权利为文化多样性提供了有利条件。(3)文化表达与传播的平等权利。文化多样性是所有人的文化多样性,也是人类社会所有文化的多样性。《世界文化多样性宣言》规定:“在保障思想通过文字和图像的自由交流的同时,务必使所有的文化都能表现自己和宣传自己的言论自由、传媒的多元化、语言多元化、平等享有各种艺术表现形式、科学和技术知识——包括数码知识——以及所有文化都有利用表达和传播手段的机会等。”《文化多样性公约》的任务,即是保障多样性的文化都有利用不同表达和传播手段的机会。不同文化平等享有这种权利,意味着文化多样性实现的可能。

以基本人权为基础的文化多样性,有助于实现人类的全面发展。文化多样性与经济、社会发展的关系,涉及到文化权利和发展权利这两项基本人权之间的协调和互动。发展权原则是一个“有关新国际经济秩序的国际法原则”。^[26]发展权是第三代人权的重要内容。1974年《各国经济权利和义务宪章》对发展权作了明确阐释:发展权是普遍的权利,即“每个国家有权分享科学技术进步和发展的利益,以加速其经济和社会发展”。发展权对发展中国家尤为迫切和重要。该宪章要求,“所有国家应促进发展中国家取得现代科学和技术成果”,“帮助发展和改造发展中国家的经济”。这一诉求反映了第三世界民族主义的出现以及他们要求权力、财富以及其他重要资源在全球范围内分配的愿望。^[27]发展权的实现,有赖于某种社会秩序和国际秩序的建构。按照1986年《发展权利宣言》的要求,就社会秩序而言,各国应在本国采取一切必要措施实现发展权利,确保所有人在获得基本资源、教育、保健服务、粮食、住房、就业、收入公平分配等方面的机会均等;就国际秩序而言,各国应加强合作,以确保发展,清除发展的障碍,单独或共同采取措施,制定国际发展政策,以期充分实现发展权利。^[28]关于发展的基本内涵以及文化与发展关系,上述国际人权文书并没有作出回答。世界文化与发展委员会认为,“没有人文背景的发展,只是一种没有灵魂的经济增长而已,经济的繁荣本身就是人类文化发展的一部分”。他们所主张的发展观,是“人的全面发展”思想。“与只注重经济增长的发展观不同,它是从文化条件来看待经济增长和社会进步的。”发展是为了消除贫困。但是,贫困不仅是物质生活贫乏,同时也意味着在社会生活方面缺乏选择的权利,

[24] 根据人种学家的研究,在构成国际社会的180个主权国家中,生活着3000—5000个在人种、种族、宗教、语言或文化方面不同于所在国多数人的所谓少数人群体。参见[奥]曼弗雷德·诺瓦克:《人权公约评注》,毕小青等译,三联书店2003年版,第475页。

[25] 前引[8],联合国教科文组织、世界文化与发展委员会书,第18页。

[26] 杨泽伟:《新国际经济秩序研究》,武汉大学出版社1998年版,第65页。

[27] 夏旭东等:《世界人权纵横》,时事出版社1993年版,第16页。

[28] [挪威]A·艾德:《人权对社会和经济发展的要求》,转引自曲相晖:《人权主体论》,载徐显明主编:《人权研究》第1卷,山东人民出版社2001年版,第36页。

包括接受教育和获取知识的机会、政治和社会自由、参加文化活动的权利等。“人的全面发展”观，不仅强调“物质生活资料的丰富”，而且注重“人类不断增长的选择能力和选择范围”。该委员会的结论性意见是，“文化是人类进步与创造力的源泉”，“必须把文化发展纳入到发展概念的整体之中”。^[29]文化与发展的关系告诉我们，在基本人权体系中，文化权利与发展权利不应是相互孤立，彼此隔绝的。一方面，保障文化权利，尊重文化生活方式选择的自由，促进文化多样性的发展，即是发展权实现“人的全面发展”目标的重要内容；另一方面，保障发展权，建构新的社会秩序和国际秩序，加速经济社会发展，可以为各国特别是发展中国家的文化发展提供重要物质基础和社会环境，从而实现文化多样性领域的人权目标。在当代世界，文化国力已经成为综合国力的重要指标体系之一。文化经济是硬实力，文化影响则是软实力。少数发达国家的发展战略之一，即是在全球范围内不断扩大其文化影响力和文化出口贸易额。以电视和卫星电视为例，西方国家完全垄断了电视节目市场。在许多第三世界国家，60%—80%的电视节目来自美国，几乎成为美国电视的转播站，而非洲国家的外来电视节目更占节目总播出的90%。亚太地区的人口几乎占世界人口的三分之一，被西方国家视为“最大也是最后一个市场”。目前亚太地区上空拥有200多个卫星电视频道，其中大部分是西方三大电视集团对亚洲开办的专门频道。^[30]在这种以合法形式进行的文化垄断下，发展中国家的多样性文化在生存和发展方面遭遇着前所未有的困境。必须认识到，发展的实质在于发展中国家的文化发展，发展权核心是发展中国家促进“人的全面发展”的发展权。对于发展中国家而言，以文化权利和发展权利为法律武器，推进文化发展与经济发展，或者说文化与经济综合发展，有着特别重要的战略意义。

三、文化多样性与知识产权

《文化多样性公约》对知识产权并没有专门规定，仅在序言中确认“知识产权对支持文化创造的参与者具有重要意义”。以文化主权和文化权利的形式来解决文化多样性的保护问题，是《公约》采取的基本举措。但是《公约》所述及的“文化表现形式”——“文化活动、产品与服务”、《世界文化多样性宣言》强调的作者和艺术家的权利等，无一不与知识产权有关。

文化表现形式以及体现或传达文化表现形式的活动、产品与服务，可以受到知识产权保护。文化多样性保护强调的是文化表现形式的独特性、多元性的文化特征，知识产权保护则着眼于具有不同特性的文化表现形式本身及其载体。《公约》将“文化表现形式”解释为“个人、群体和社会创造的具有文化内容的表现形式”。有学者认为，文化多样性是人类在长期过程中形成的生活方式，其表现形式可以是有形的，如村落、庙堂、建筑、饮食、舞蹈、传统的加工活动（如烹调、编制、舂米、雕刻）、实物（如衣服、家具、农具、生活用具、民间工艺品）、礼仪活动等，也可以是无形的，如语言、文字、音乐、戏剧、舞蹈、信仰意识等。^[31]上述表现形式，符合保护条件的，可以视为知识产权客体。此外，《公约》规定多样性的文化表现形式应能平等享有各种传播手段，其涉及的领域包括电影、电视、有线电视、广播、摄影、视觉艺术、网络、出版、通信、娱乐游戏等，这些传播手段都涉及到知识产权保护问题。联合国教科文组织执行局认为，对上述文化表现形式，该国际组织已颁布两项著作权公约，即1952年《世界版权公约》和1961年《保护表演者、录音制品制作者和广播组织罗马公约》。上述两个《公约》的适用范围通过世界贸易组织批准的《知识产权协定》（1994年）和世界知识产权组织通过的《因特网条约》（1996年）而有了新近更新。有

[29] 前引[8]，联合国教科文组织、世界文化与发展委员会书，第1页以下。

[30] 张正鹄等编著：《WTO与中国文化产业政策》，中共中央党校出版社2001年版，第19页。

[31] 参见刘冬雪：《文化全球化与文化多样性》，《社会科学季刊》2003年第1期。

基于此, 教科文组织认为在著作权方面没有必要考虑新的准则性行动。^[32] 这说明, 符合条件的文化表现形式, 可以受到现代知识产权法的保护。

《文化多样性公约》强调采取包括知识产权在内的文化政策和措施, 以鼓励和支持艺术家和参与创造活动的其他人员。《世界文化多样性宣言》率先对此作出了原则性宣示, 即“应当特别注意创作意愿的多样性, 公正地考虑作者和艺术家的权利”。《公约》多个条款涉及到上述问题, 要求缔约国努力承认艺术家以及参与创作活动的其他人员在培育文化多样性方面的核心作用, 采取文化政策与措施鼓励和支持他们“发展和促进思想文化表现形式或文化活动、产品、服务的自由交流和流通”。^[33] 艺术家及参与创作活动的其他人员的权利, 不仅是作为人权的文化权利, 同时也是作为私权的知识产权。世界文化与发展委员会的报告认为, 在文化多样性方面, “保护艺术家的权利至关重要”。这有两个方面的原因。一是新传播技术的出现。“技术发展为艺术家的创造活动拓展了新的领域, 但同时又危害着他们的权利。”^[34] 在数字压缩、虚拟映像和各种多媒体产品层出不穷的情况下, 知识产权制度的任务应是更好地保护艺术家的权利, 同时确保更多的人有机会接触艺术产品。二是新国际贸易体制的形成。知识产权国际保护成为当代国际经济、文化、科技贸易领域的重要法律秩序。以《知识产权协定》为核心的国际知识产权制度, 使得版权保护朝着以贸易为中心而不是以作者为中心的方向变化, 其后果不仅使得艺术家的精神利益得不到有效保护, 造成作者权利的缺失, 而且由于文化产品进出口贸易的不平衡, 损害了发展中国家艺术家的创造积极性和这些国家文化产业的发展。在文化多样性的保护与发展过程中, 鼓励多样性的文化创造活动, 离不开知识产权保护; 同时, 文化自由与艺术创造之间的联系又超越了知识产权问题, 绝不限于私权保护本身, 还涉及“对艺术的资助, 对创造活动的补贴, 艺术教育, 艺术与新技术, 艺术家的工作条件, 艺术家的纳税与健康, 集体谈判的权利和艺术家的流动”等问题。有鉴于此, 世界文化与发展委员会报告建议, 探索建立一套新的知识产权法律体系, 以确保艺术家的合法权益得到有效保障; 而且也应采取特殊的社会、法律、财政和制度性的措施来维护艺术家的特殊地位。^[35]

知识产权法律制度对文化多样性的保护也有局限性, 传统文化表现形式或者说传统知识, 是现代知识产权制度尚未解决的难点问题。从文化视角看, “传统知识是一种文化要素, 即是文化多样性的有机组成部分”;^[36] 从法律角度看, 传统知识是知识产权对象的智力创造源泉。传统知识是传统部族在千百年来生产、生活实践中创造出来的知识、技术、经验的总称。按照世界知识产权组织的说法, 传统知识是指基于传统所产生的文学、艺术或科学作品, 表演, 发明, 科学发现, 外观设计, 标记, 名称及符号, 未公开的信息, 以及一切来自产业、科学、文学艺术领域内的智力活动所产生的基于传统的创新或创造。^[37] 传统知识的具体类型几乎囊括了《世界知识产权组织公约》所规定的一切知识财产形式, 但它与现代知识产权客体有明显的区别, 即传统知识这个概念深刻地表明了该类知识的本源性和文化的文化性(附属于特定部族或地域而不是个人的智力成果)。长期以来, 传统知识一直被简单地归属于共有领域, 任由他人自由而无偿的获取、利用。近年来, 国际社会十分重视传统知识的保护问题, 并对制度安排进行了有益的探讨, 形成了多种主张。(1) 采用现行制度保护。根据世界知识产权组织对一些国家的调查,

[32] 见前引[18]。

[33] 参见《文化多样性公约》第6条第5款、第7款, 第7条第2款。

[34] 前引[8], 联合国教科文组织、世界文化与发展委员会书, 第165页。

[35] 同上书, 第165页。

[36] 严永和:《论传统知识的知识产权保护》, 法律出版社2006年版, 第49页。

[37] See Revised Version of TK Policy and Legal Options, WIPO Intergovernmental Committee On IP and GR, TK and F, Sixth Session (Geneva, March 15 to 19, 2004), p.6.

许多国家包括北美、西欧的一些发达国家认为现行知识产权制度原则上可适用传统知识保护。^[38]现行知识产权制度对传统知识的保护方式包括：著作权及邻接权（以民间文学艺术表达为主的传统知识为保护对象）、^[39]专利权（以遗传资源的利用、开发有关的产品和方法为保护对象）、植物品种权（以改进原生状态物种的新植物品种为保护对象）、外观设计权（以传统的手工艺品为保护对象）、商标权（以含有传统知识的商品或服务所采用的个体或团体标记为保护对象）、地理标志权（以各类天然、传统和工艺品所采用的社区标记为保护对象）、反不正当竞争（以未公开的传统知识为保护对象）。^[40]必须看到，现行知识产权制度无法对所有形式的传统知识提供保护，且在实施过程中在主体确认、客体保护条件、权利保护期限、利益分配等方面存在着诸多困难，因此，适用现行制度保护，只能是应急之策，恐怕难为长远之计。（2）采用专门制度保护。一些学者和非政府组织强烈建议的方法是建立一种专门制度，即为适应传统知识的本质和特点而创设独立法律制度，这也有两种制度选择。一是单一保护制度，即建立一种涵盖传统知识保护各个方面的综合性制度。一些国家和某些区域性的政府间组织和机构，尝试创设所谓的“社区权”、“社区知识产权”、“传统资源权”制度，对土著文化社区的传统知识给予保护，例如，安第斯组织正在起草的“保护传统知识的共同制度”，太平洋岛国拟议中的《传统知识和文化表达的示范法》，以及菲律宾、厄瓜多尔、巴西、委内瑞拉等国的宪法和法律中关于“社区权”的相关制度。这种保护制度受到国际社会的关注，但其实际施行却进展甚微。有鉴于此，一些发展中国家建议构建专门的“数据库保护制度”，即将传统知识在整体上作为特殊的数据库加以保护。这种特殊数据库除获得一般数据库的作者权外，还包括对数据库实际记录的知识本身所享有的权利，对已经登记的知识表达形式复制和具体内容利用所享有的权利。^[41]这种保护制度是著作权与未公开信息保护制度相结合的产物，既保护了思想表达，又可保护思想内容，有其合理性。二是多种保护制度。考虑到单一保护制度要处理传统知识的不同主题（如作品、技术或标记等），较难对其制定共同规则，一些国际组织以及部分国家建议对传统知识中易限定的部分（特别是民间艺术创作、传统医药等），先行给予专门保护，例如，1996年世界知识产权组织在其《表演与录音制品条约》中将民间文艺列入受保护的表演范畴，2000年，欧洲委员会提出《关于知识产权法下民间文化表现形式的国际保护报告》，以及泰国制定的传统泰药知识法、中国制定的《传统工艺美术保护条例》等。这种制度保护对象明确，权利界定清楚，其立法有可资借鉴之处。关于专门制度的法律属性，即是否属于知识产权保护机制的范畴，国际上有不同的认识。有的认为这是一种“专门的知识产权制度”，尽管它的学理基础、规范方法与典型的知识产权制度有较大的差异；也有的认为这种制度“处于现行知识产权体系的保护之外，它实际上归属于国际社会正在讨论的一个更为宽泛的权利系统——传统资源权”。“如果说现行知识产权制度是对智力创新的激励，那么传统资源权就是对智力源泉的涵养。”^[42]可以认为，传统知识保护是当代知识产权国际保护制度发展过程中的新问题，也是文化多样性保护必须面对的重要法律问题。

以知识产权的形式对文化多样性进行保护是必要的，但当代国际知识产权制度在这一方面存在明显的不足。《知识产权协定》在序言中宣示“知识产权为私权”。在诸多知识产权公约中，《知识

[38] 参见朱雪忠：《传统知识的法律保护初探》，《华中师范大学学报》社会科学版2004年第3期。

[39] 联合国教科文组织与世界知识产权组织合作，为非洲国家制定了《突尼斯著作权示范法》，着力保护一些民间风俗和原始工艺品，而不考虑民间风俗是否能够被固定于有形物质之上。《突尼斯著作权示范法》在法律实践中对非洲一些国家如布隆迪、喀麦隆、加纳、几内亚、象牙海岸、马里、刚果等产生了重大影响。参见前引[23]，Brooks文。

[40] 参见 Carlos Correa：《传统知识与知识产权》，国家知识产权局译，<http://www.biodiv-ip.gov.cn/zsjs/ctzs/ctzsyzyzcq/default.htm>，2006年12月9日访问。

[41] 参见宋红松：《传统知识与知识产权》，《电子知识产权》2003年第3期。

[42] 龙文：《论传统知识产权权利的实现形式》，载国家知识产权局条法司编：《专利法研究》（2004），知识产权出版社2004年版。

产权协定》第一次明确界定了知识产权的本质属性,即以私权名义强调知识财产私有的法律形式。在西方国家,私权神圣是一项基本的法律原则。承认知识产权为私权,意味着知识产权与其他财产权一样都处于同样的私权地位,从而在理念和制度上可以为知识产权提供有力的法律保障。知识财产私权化在国内法和国际法领域的扩张造成的后果值得我们重视。一方面,知识财产私权化在国内法领域的拓展,导致原来人们所共有的生产、技术、市场知识和技能开始划归私人领域,知识财富的公有领域相对缩小,从而造成知识创造者的个人利益与知识利用者的公众利益之间的冲突。^[43]另一方面,知识产权在国际法领域的加强,迫使经济、技术、文化处于落后地位的发展中国家不得不接受以扩大私权保护范围、提高私权保护水平为发展方向的国际知识产权保护新体制,这势必造成他们与发达国家之间在知识财产利益方面的不平衡。知识产权的理念与制度,张扬的是神圣的私权,这与作为普遍人权、集体人权的文化权利是不同的。与《文化多样性公约》的宗旨不同,以《知识产权协定》为核心的知识产权国际保护制度,极力保护的是文化表现形式的独创性、新颖性,而忽视了文化表现形式的多样性。我们看到,现代欧美文化类型以其“现代性”为特征称雄于世界。从文化的角度看,欧美文化对各地原住民文化、传统文化的同化,日益蚕食着世界文化的多样性;从法律的角度看,西方国家主张的法律精神及制度准则,已经成为国际社会生活的指南。^[44]在知识产权领域,欧美文化类型在知识产品的现代化生产中,以各种“智力创新”的形式得到欧美国家主导的国际知识产权制度的周延保护。与此相反,知识产权制度对不同的文化类型即“智力源泉”却缺乏必要的法律涵养,这一制度“只能保护知识财产上的财产利益而难以保护其同时存在的文化利益”。^[45]在国际社会,一些以知识产权名义所进行的文化创作、生产、传播行为对他种类型的文化表达和知识形式等构成不当占有和利用,损害了文化的多样性,特别是非主流文化、传统部落文化、少数人群体文化的存在和发展。其常见形式有:(1)对他种类型的文化赋予不同的意义而并入另一种类型中,损害特定文化生存的独立性;(2)以文学、艺术作品形式失真地编排他种类型的文化生活,损害传统部落文化表现形式的真实性;(3)对他种类型的文化表现形式如歌曲、舞蹈、戏剧、医药等进行占有和利用,既不标示来源,又不支付报酬,损害传统文化资源的合法权益;(4)利用电视、电影、网络、音像、广播、出版等技术控制文化传播手段,扩展单一文化的传播空间和时间,损害弱势文化得以平等表达的机会。我们看到,发展中国家经过千百年实践积累下来的传统知识、传统文化表达,正被一些发达国家无偿的利用,甚至成为这些国家的知识产权。迪斯尼动画片《狮子王》在当年获得了极高的票房收入。其中一首“雄狮今夜沉睡”的配乐,其版权使用收入在2000万美元左右。这首乐曲最初是由非洲祖鲁族歌唱家林达根据本民族歌曲改编的,林达仅拿到象征性的1英镑。好莱坞根据中国传统故事“木兰从军”拍成的娱乐大片,在全球赚了超过20亿美元的票房收入。而中国观众必须支付费用,才能观赏以西方现代艺术形式表现的本土民间传说。^[46]这一情形表明,以知识产权为后盾的西方主流文化在不断张扬,而以文化权利为表征的文化多样性却日趋弱化。《知识产权协定》立足于知识财产的私权属性,着力于与贸易有关的知识产权保护,未能顾及文化创作的源泉——文化多样性的问题,实质上是对文化权利这一基本人权的忽视。关于知识产权所保护的作品与文化多样性的关系,《世界文化多样性宣言》作出了明确的阐述。其第1条强调:“文化多样性是交流、革新和创作的源泉,对人类来讲就像生物多样性对维持生态平衡那样必不可少。”第7条指出:“每项创作都来源于有关的文化传统,但也在同其他

[43] 参见袁泳:《知识产权法与技术、文化创新》,《北京大学学报》(哲学社会科学版)1997年第5期。

[44] 参见前引[36],严永和书,第61页。

[45] 有学者认为,知识产权不能充分保护文化多样性。在文化类型之间占有和利用中引起的财产损害,知识产权法作出了回应;而所造成的文化损害,知识产权法则没有相应补偿机制。参见Rebecca Tsosie, *Reclaiming Native Story: An Essay on Cultural Appropriation and Cultural Rights*, 34 Ariz. St. L. J. 299 (2002)。

[46] 参见《民族传统资源保护需突破僵局》,《光明日报》2006年12月21日。

文化传统的交流中得到充分的发展。因此,各种形式的文化遗产都应当作为人类的经历和期望的见证得到保护、开发利用和代代相传,以支持各种创作和建立各种文化之间的真正对话。”有鉴于此,《文化多样性公约》在序言中宣称:“文化多样性是人类共同遗产”,并在“指导原则”中赋予保护文化多样性以基本人权的意义。上述规定说明了文化传统对智力创作成果的本源意义,表述了文化多样性对创作意愿选择的存在价值。没有文化传统多样性的存在,文化创作就成为无源之水,文化创作自由也就无法实现。可以认为,在文化领域,《文化多样性公约》是对《知识产权协定》的有益补充,它着力于解决现行知识产权制度保护智力成果而忽视智力源泉的弊端,为实现文化权利与知识产权之间的平衡与协调提供了可能。

四、文化多样性的权利协调与制度安排

文化多样性领域的多元权利形态,发挥着各自的制度功能,服务于共同的缔约目标,他们并不是相互孤立和隔绝的,也不应是彼此冲突和对立的。多元权利形态如何实现缔约目标,多元权利形态之间关系应该如何处理,这涉及到法律原则遵循和法律制度安排的诸多问题。

1. 文化主权的正当行使、自动限制与文化多样性的缔约目标。文化传统保护与文化发展选择,是《文化多样性公约》的缔约目标,也是国家文化主权的基本内容。在本国领土范围内采取措施保护文化多样性,应是国家享有的文化主权;同时,致力于文化多样性发展的双边、多边合作,则是国家应尽的国际义务。文化多样性缔约目标的实现,与文化主权的行使有着密切的联系。在这里,首要的问题是维护文化主权。在文化全球化和文化产业全球化的今天,我们面临着“风险文化的时代”。英国学者斯科特·拉什为此警告说:“始料不及的风险和危险将不再是由工业社会的物质化生产过程中所产生的风险和危险,而是从信息领域、从生物技术领域、从通讯和软件领域产生出的新的风险和危险。”^[47]当今时代的“文化风险”,即表现为民族国家文化主权的弱化和传统文化边缘化。在全球范围内,许多民族、部落的传统文化与所谓的主流文化、强势文化一直存在着某种紧张状态,这一情况,不仅存在于东西文化之间,而且也表现在欧美文化内部之中。“法国对好莱坞电影在全球畅通无阻感到不妥和恐惧,为抑制美国娱乐业的入侵,法国在欧共体内寻求建立欧洲及国家定额管理制度。澳大利亚的文化产业委员会也感到不安,他们建议政府在遵守世界贸易组织规则的基础上,建立和创建‘文化防火墙’制度。加拿大在世界贸易组织裁决其对美国杂志采取的限制措施有悖自由贸易原则之后,采取了‘论坛应变’(form shifting)的措施,建立起多元文化网。”^[48]在《文化多样性公约》生效之后,民族国家根据《公约》规定,采取必要并适当的文化管理措施、文化资助措施、文化鼓励和扶持措施等,应被视为是一种文化主权行为。这种文化主权是文化多样性存在和发展的法律基础。上述所言即是主权的正当行使。与此相关的另一个问题是文化主权的自动限制。文化产品贸易与文化服务贸易是世界贸易组织框架内国际贸易的重要内容。参与国际贸易体制意味着国家不能完全按照自己的利益愿望制定经济、文化等政策,在对外经济、文化交往中受到有关国际规则的制约;由于文化霸权在国际上的出现,参与国际贸易体制还会使许多国

[47] [英] 斯科特·拉什:《风险社会与风险文化》,《马克思主义与现实》2002年第4期。

[48] 前引[11],薛晓源文。

家保护和发展民族文化的主权能力下降。^[49]前者表现了国家以主权必要限制来换取国际经济利益的追求,后者则意味着文化霸权对他国文化主权的侵蚀。笔者认为,国家文化主权的自由限制来源于国际公约的约束力,而不应是个别国家的政治强权、经济强势和技术强力,这是对文化多样性保护进行国际协调的重要前提。当然,国家的文化主权行为应有合理的边界,即应符合文化多样化的缔约目标,不得侵犯受到国际法保障的人权和基本自由,不得影响缔约国在其他公约中所承担的国际义务。上述所言即是主权的自动限制,其出发点都应是保护文化多样性的缔约目标。

2. 文化权利的基本内涵、实现途径以及对文化主权的影响。《文化多样性公约》将“文化多样性”定义为“各群体和社会借以表现其文化的多种不同形式”。“文化表现形式”则是个人、群体和社会创造的“源于文化特征或表现文化特征的象征意义、艺术特色和文化价值”等文化内容的表现形式。《公约》的目标即是保护“文化表现形式”的多样性。这里的“保护”意指为“保存”(preservation)、“维护”(safeguarding)和“加强”(enhancement)文化表现形式多样性而采取措施。相关国际公约和一些国家采取多种措施保护文化多样性。(1)有形文化财产的物理保护和无形文化财产的固化保护。国际公约确认国家、民族或部族对于文化遗产物(如古人类遗址物、墓葬物、神圣物等)及其他文化财产的物理表现形式的所有权,和对非物质文化遗产(如民俗、民歌、民间舞蹈、口头传说)的管领和控制权。上述即是自身文化享有权。缔约国有义务资助“收集整理文化多样性的各种有形无形表现形式,并以适当的方式加以保存,从而满足将来可能发生的文化需求”。^[50](2)对文化身份认证权利的保护和对文化表达形式选择自由的保护。国际公约确认各民族、部族以及少数人群体有权维护自己的文化身份和文化尊严,表达和信奉其语言、宗教、传统、风俗(违反国家法律和国际标准的习俗除外)等。上述即是文化表达的选择权。缔约国有义务采取立法措施提供必要条件,维护各民族、部族的文化特征。在这里,应特别注意创造条件使少数人群体学习其母语或以其母语接受教育,鼓励社会人群对少数人群体历史、语言和文化的了解。^[51](3)对传统文化生存和加强之权利的保护。国际公约确认不同民族、部族有权对其文化传统享有全部经济利益,平等享有文化的各种表现形式和利用各种传播手段,以维持自身文化存在,推进文化多样性,促进传统文化繁荣。上述即是文化生存和延续的发展权。缔约国有义务提供和创造适当的社会条件,推动民族文化产业;采取必要的政策和法律措施,保障文化主体充分实现其文化价值和获取经济利益,为文化多样性的存在、发展孕育所需的物质基础和经济资源。保护文化表现形式的多样性,是个人、群体或社会享有的文化权利,也是对国家正当行使文化主权的法律要求。文化主权与文化权利的关系,有一个不断发展与变化的过程,实际上表现为国际人权机制对国家主权行为的影响以至干预。“国际人权机制自第二次世界大战后形成并逐渐作用与实践,它的每一步都伴随着其超国家性的不断增强。”^[52]《联合国宪章》在将人权纳入国际规范时,只是将联合国的人权责任界定为“鼓励、推动、作成建议”等非强制性权力;《世界人权宣言》仅是要求“努力通过教诲和教育促进对权利和自由的尊重”;但《公民权利和政治权利国际公约》对缔约国的人权要求有了提升,规定“每一缔约国尽最大能力采取步骤或经由国际援助和合作”,尤其包括用立法的方法来

[49] 以政治、经济、科技优势为后盾所形成的“文化霸权主义”,危及着多样性文化的进程。有学者认为,信息交往首先需要双方都能够解码的信息代码。目前网络上通行的是英文,首先是“ASCII(American Standard Code for Information Interchange 美国信息交换标准代码)”,它虽冠名“美国”,但实际上是国际交换标准代码。这种以某种语言为主导的跨国信息交流有可能压抑他种语言形式从而限制文化的多样性发展。更为严重的是,信息的流向远非对等,多由发达国家流向发展中国家,随着经济、科技信息的流入,同时也会发生意识形态、价值观念、宗教信仰等文化的“整体移入”,致使其他国家的原有文化受到压抑。参见乐黛云:《全球化时代的多元文化发展问题》,载中华孔子学会、云南民族学院编:《经济全球化与民族文化多元发展》,社会科学文献出版社2003年版,第87页。

[50] 前引[36],严永和书,第80页。

[51] 参见1992年联合国大会《关于民族或种族、宗教和语言上属于少数的人的权利宣言》。

[52] 参见前引[2],刘杰书,第217页。

促进权利的实现。该公约还特别设立“人权事务委员会”，授权其“接受和审议一缔约国指控另一缔约国不履行它在本公约下的义务的通知”。《经济、社会和文化权利国际公约》则进一步规定，缔约国对于人权保护所采取的措施和取得的进展，应向联合国秘书长提出报告，并由后者转交联合国经济和社会理事会进行审议，该委员会可以提请联合国其他机构（包括它们的辅助机构、专门机构）对有关人权事项予以注意，以在各自的权限内决定是否采取旨在有助于履行公约的国际措施。缔约国违反国际人权义务应承担何种法律后果，相关人权公约未作具体规定。但据一些学者的研究，如果有关国家侵犯了受害人（包括个人或群体）的权利，“人权委员会”可为受害者提供“衡平救济”（equitable remedies）以及其他保护措施，例如侵害调查、赔偿或其他赔偿、终止侵害、阻止后续侵害、侵害国法律修订等。^[53] 这些说明，由于国际人权机制的影响，缔约国的文化主权行为须以基本人权的实现为目标，并在文化权利方面自动限制其主权的排他性效力。

3. 知识产权与文化权利的价值目标取向及权利之间冲突的协调。知识产权制度是以保护私人创作成果，促进信息自由传播为其立法宗旨的。对此，国际人权公约强调了保护文化多样性与上述目标的关联性。《文化多样性宣言》认为，“文化多样性是交流、革新和创作的源泉”。在这里，宣言描述了作品创作性与文化多样性的关系。可以说，文化多样性为作品创造性提供了必要的智力源泉和文化土壤；同时，文化的创作和传播也有助于多样性文化之间的交流和发展。《文化多样性公约》在“开放和平衡原则”中进一步指出，“在采取措施维护文化表现形式多样性时，各国应寻求以适当的方式促进向世界其他文化开放，并确保这些措施符合本公约的目标”。《公约》重视“表达、信息和交流等基本自由，并确保个人可以选择文化表现形式”，并以此作为保护和促进文化多样性的人权基础。可以认为，文化多样性固然是对“文化霸权主义”的一种反抗，但并非意味着对“文化孤立主义”的承认。“文化孤立主义”或称“文化部落主义”，反对文化交往和沟通，在一个封闭的环境中虚构自己的“文化原貌”，固守排他性、封闭性的本土文化，^[54] 这些并不是《公约》所倡导的文化多样性保护。笔者认为，知识产权与文化权利在鼓励文化创造和交流方面有着相通和共融的地方，但是两种权利形态也是有区别的。知识产权是一项私权，着眼于保护私人智力创造。从国际范围来看，知识产权资源并不为一切人所实际享有，也并不由各个国家均衡掌控。在文化产业和版权业扩张的今天，这一权利多为发达国家具有文化传播实力的出版大亨、传媒巨头、影视公司老板所把持。文化权利是一项集体人权，致力于维护文化多样性。发展中国家拥有丰富的传统知识和文化资源，但其民族、部族的文化权利难以有效的实现。以知识产权为后盾的文化全球化和全球化的文化产业正挤压着多样性文化的生存空间，这即是知识产权与基本人权的冲突。自进入后《知识产权协定》时代以来，国际社会十分关注知识产权与基本人权的关系问题。国际贸易领域的知识产权问题与国际政治领域的人权问题，被喻为当代国际关系的两大热点问题。2000年，联合国人权促进保护小组委员会发表了“知识产权与人权”的报告，审查了《知识产权协定》对国际人权带来的影响，宣称，“由于《知识产权协定》的履行没有充分反映所有人权的基本性质和整体性，包括人人享有获得科学进步及其产生利益的权利、享受卫生保健的权利、享有食物的权利和自我决策的权利，所以，《知识产权协定》中的知识产权制度作为一方与另一方的国际人权之间存在着明显的冲突”。^[55] 对此，前任 GATT/WTO 法律顾问 Patesmann 教授提出尖锐的批评：《知识产权协定》没有参照人权法，其根源在于“制定贸易政策的政治家宁愿选择避免人权对话，从而使得政治

[53] Lauren E. Godshall, *Making Space for Indigenous Intellectual Property Rights under Current International Environmental Law*, 15 Geo. Int'l Envtl. L. Rev. 497 (2003). 转引自前引 [36], 严永和书, 第 82 页。

[54] 参见前引 [49], 乐黛云文。

[55] See *Intellectual Property and Human Right*, UN Sub-Commission on Human Rights Resolution 2001/21, [http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.SUB.2.RES.2001.21.En?Opendocument](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.SUB.2.RES.2001.21.En?Opendocument), 2006 年 12 月 9 日访问。

化的贸易关系不具有民主色彩”。^[56] 国际社会十分重视知识产权与文化权利的关系，并努力改革现有的国际知识产权制度，使之符合国际人权的标准。《文化多样性公约》的缔结即是一个良好的示范。根据国际公约的原则规定和国际人权的一般理论，我们可以得出处理知识产权与文化权利之间关系的一般性结论。一是权利的冲突奉行“法益优先保护”的原则。保护文化多样性的文化权利是国际公约承认的基本人权，上述权利是民族、部族或其他社会群体维护其文化身份和文化尊严所不可或缺的重要权利，也是个人、群体和社会选择文化表达的基本自由。相对于知识产权这一财产权利而言，上述权利应当具有优越地位，即应看作是具有优先性的法价值。实行“法益优先保护”原则，意味着现代知识产权制度不仅要符合国际知识产权公约的规定，而且不应与国际人权标准相冲突，立法者在为知识产权提供法律保护时，应符合其必须遵守的国际人权义务。二是权利的协调实行“利益平衡”的原则。其实，知识产权与文化权利在本质上可以达到一致。包括知识产权在内的私人财产权是基本人权实现的基础，这是我们实现权利协调的一个重要条件。“利益平衡”是民法精神和社会公德的要求，也是“人权思想和公共利益原则”的反应。^[57] 它要求当事人之间、权利与义务主体之间、个人与社会之间的利益关系应当符合公平的价值理念。知识产权法所强调的利益平衡，实际上是与一定形式的权利限制、权利利用制度相联系的，也就是说，出于保护文化多样性这一公共利益目标，出于对文化权利等基本人权的尊重，在一定情况下应对知识产权作出必要的限制。

Abstract: The protection of cultural tradition and the selection of cultural development are the basic content of a nation's cultural sovereignty. The right and liberty of protecting diversity of cultural expressions is a kind of human rights. The intellectual property rights can support and promote the creation of cultural expressions. Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions uses cultural sovereignty, cultural human rights and the intellectual property rights to construct a system to protect the diversity of cultural expressions.

Keywords: diversity of cultural expression, cultural sovereignty, cultural human rights, intellectual property rights

[56] E. U. Patesmann, *The WTO Constitution and Human Rights*, *Journal of International Economic Law*, Vol. 3, 2000. 转引自孙皓琛：《WTO与WIPO：TRIPS协议框架中的冲突性因素与合作契机之探讨》，《比较法研究》2002年第2期。

[57] [美] 奥德里·R·查普曼：《将知识产权视为人权：与第15条第1款第3项有关的义务》，载国家版权局主编：《版权公报》2001年第3期。