

## 8号

# 有关知识产权与传统知识、传统文化表现形式和遗传资源的争议的替代性争议解决法\*

替代性争议解决法 (ADR) 是一种正式的、基于法院的系统的替代方法，用来解决传统知识 (TK)、传统文化表现形式 (TCE) 和遗传资源 (GR) 方面出现的知识产权 (IP) 争议。这些争议往往属于敏感问题，从文化和经济的角度来看，所涉各方可能多种多样。通过替代性争议解决法，当事方自己承担解决冲突的责任，并能够考虑到法律规范以外的问题。这一点尤为重要，因为传统知识、传统文化表现形式和遗传资源方面的争议在法律、社会、政治、文化和历史层面错综复杂。

土著人民与传统及当地社区对知识产权有着独特的需求和期望。传统知识、传统文化表现形式和遗传资源相关问题通常与知识相关文化价值及其流传和使用盘根错节地交织在一起。许多分歧都涉及到文化上适当使用、知识共享和适当的归属等问题。法院程序未必能够解决这种性质的问题，因为对这些问题往往没有公认的法律依据。事实上，这种程序一般只能解决法律问题。诉讼可能会进一步使土著人民与传统及当地社区，无论在财政上还是物质上，陷入不利境地。他们可能会在利用法律制度以及对其权利要求合法立案上面临困难。此外，司法程序的对抗性也可能对开展建设性对话造成阻碍。

基于上述原因，替代性争议解决法便成为供土著人民、传统及当地社区以及第三方用户解决争议的一项重要选择。此外，替代性争议解决法还对以为保护传统知识和传统文化表现形式以及规管知识产权与获取和共享遗传资源之间的关系而制定一部国际法律文书为目的所开展的当前工作给予了补充。本文对在知识产权与传统知识、传统文化表现形式和遗传资源相关争议中使用替代性争议解决法方面的重点问题进行了总结。

## 什么是替代性争议解决法？

替代性争议解决法力求以非对抗性的方式解决争议，目的是实现各方互利共赢的结果。替代性争议解决法可能对每种争议所具有的独特问题尤为敏感，因此可以通过建立适当的程序解决这些问题。

替代性争议解决法是诉讼的一种替代方式，可以用来解决得到了不同程度的法律咨询的各当事方之间的冲突。其特点是，既有正式程序，也有非正式程序，可以提供诉讼范围之外的选择，并在确定争议内容和达成和解的最适当的方式上给予当事方更多的控制力度。

\* 本文由马萨诸塞大学人类学系遗产与社会中心助理教授兼纽约大学法学院法学副教授 Jane E. Anderson 博士编写。

替代性争议解决法的四种关键方法是谈判、调解、仲裁与合作法（下文将对调解与诉讼进行更详细的审查）。尽管这些方法之间存有差异，但是这四种方法均提供灵活机动的程序，以加强当事方对争议所涉问题的认识，如对历史和政治问题的认识，也可以帮助查明争议核心的关键问题，从而以敏感的方式对其予以解决。

替代性争议解决法的当事方可以是个人、社区、集体、组织、企业，也可以是国家。由于替代性争议解决法不必与任何特定的国家法院制度关联，因此，如果争议涉及不同国家和多个法律管辖区的当事方时，采用这种方法就尤为妥当。替代性争议解决法也可以成为解决土著、传统及当地社区本身之间的争议的有用策略。

例如，替代性争议解决法本可以成为 2013 年解决事关在法国巴黎拍卖 70 件霍皮和祖尼面具的争议的一种备选方法。这些面具在 19 世纪末、20 世纪初制造于北美，非常受收藏家的追捧。从土著人的角度来看，这些面具属于圣物，含有在祖尼和霍皮族现代文化做法中仍具有活力、意味深长的文化和精神元素。争议围绕谁应当是这些面具的合法拥有者展开，提出了关于最初的收购条件的法律和非法律问题，涉及了转售权、真品、持续私有财产权，以及关于复制面具图像、获取并管理其中所体现的文化知识的基本知识产权。由于争议涉及多个法律领域，各方的文化观点各不相同，因此替代性争议解决法可以促使把非法律要素，尤其是作品的文化意义，列入考虑范围之内。

## 调解

调解是一种不具约束力的程序，手续简单，其中规定当事方自愿提交争议解决请求。有一个中立的中间人，即调解人，帮助当事方达成令双方满意的基于利益的解决结果。与法院程序相反，调解让当事方自行决定争议解决的结构和条件。调解人与当事方共同确定调解的最佳架构和使用方式，其中包括找出需要讨论的重点问题。调解是一种保密程序，但当事方另有约定的除外。当事方可以随时从调解中退出。调解也可以解决非法律问题。调解鼓励当事方就各方对争议的理解展开对话，共同制定一种可以解决每一方问题的解决方法。没有第三方会把解决方法或补救措施强加给它们。调解不具约束力，不能强迫一方当事方接受其不喜欢的结果。

## 仲裁

仲裁是一种比调解更正式的程序。尽管仲裁与调解有一些共同的原则，但是还是在几个方面有所不同。经当事方协议，可以将争议提交给一个或多个仲裁员，由其做出有约束力的最终决定。仲裁过程类似于法庭程序，仲裁请求一经提交，当事方便不能单方退出程序。但与法院程序不同的是，仲裁允许当事方选择合适的仲裁员，并对仲裁过程保密。由仲裁员组成的仲裁庭或陪审团呈交最终判决书，称为“裁定书”。仲裁也看重当事方的法律立场，根据适用的实体法做出决定。任何最终决定都对当事方有约束力，依照《承认及执行外国仲裁裁决公约》（纽约，1958 年），可以在国际上强制执行。

## 利用调解和仲裁解决有关传统知识、传统文化表现形式和遗传资源的争议的优势

替代性争议解决法，特别是调解与仲裁，对解决关于传统知识、传统文化表现形式和遗传资源的争议有许多优势。这种程序可以以承认当事方的不同的文化价值体系的方式找出分歧所在，也更容易解决切身的需求，加强当事双方之间新建立的关系。另一个优势是能够仅用一种中立程序，便可以解决多个管辖区的问题。因此，当事方能够在法院程序之外找出解决方案。重要的一点是，替代性争议解决法还鼓励选择对眼前的问题有着从土著社区汲取的切身经验和专业知识或了解土著法律事务的中立调解人或仲裁员。以下段落着重指出其对土著人民和传统及当地社区，以及第三方用户的特定优势。

### 对土著人民和传统及当地社区的优势

对于土著人民和传统及当地社区来说，替代性争议解决法提供了一种解决争议的条件，承认人们对知识产权和第三方使用传统知识、传统文化表现形式和遗传资源存在文化、道德和历史上的关注。

通过替代性争议解决法，有助于：

- 认识不同的价值体系；
- 促使将各种习惯法整合在一起；
- 认识争议中的法律和非法律要素；
- 提供文化上适当的补救措施。

另一个优势是，社区本身可以成为当事方，土著人民和传统社区可以代表其自己，不必依赖昂贵的或无法得到的法律建议。有关程序甚至可以其选择的语言进行。

### 对第三方用户的优势

对于第三方用户，包括博物馆、档案馆、图书馆、科研院所、大专院校、个人和企业来说，替代性争议解决法提供了承认并解决权利要求中相互关联的社会、文化和政治要素之手段。

通过替代性争议解决法，有利于：

- 在社区和机构之间建立关系；
- 减少仇恨和误解；
- 以不太正式的、不太对抗性的方式解释动机和意图；
- 进行对话，为了解文化差异创造条件；
- 提高衍生于传统知识、传统文化表现形式和遗传资源的潜在产品的价值。

土著人民有权借助公正和公平的程序，并通过这些程序迅速获得裁决，解决同各国或其他当事方的冲突或争端，并就其个人和集体权利所受到的一切侵犯获得有效的补偿。这种裁决应适当地考虑到有关的土著人民的习俗、传统、规则和法律制度以及国际人权。

《联合国土著人民权利宣言》第 40 条

### 替代性争议解决法的潜在挑战

不过，替代性争议解决法不是法律保护传统知识、传统文化表现形式和遗传资源的替代方式，应当被理解为是争议解决的补充战略或额外资源。任何涉及传统知识、传统文化表现形式和遗传资源的替代性争议解决程序都应当从一开始便切合解决跨文化差异的可能性，并在必要时促使把习惯法程序和协议整合在一起。

## 结论

替代性争议解决法是解决有关知识产权与传统知识、传统文化表现形式和遗传资源的冲突的替代诉讼法。这是因为所产生的问题不仅涉及如何解决彼此矛盾的法律诉讼，而且也涉及复杂的利益和责任问题。这些问题是经过过去和现在与土著人民的接触而形成的，在传统及当地社区中依然存在。因此，替代性争议解决法有助于对利害关系所在和谁是当事方有更充分、更全面的了解。

故此，替代性争议解决法成为供土著人民、传统及当地社区以及第三方用户解决争议的一项重要选择。替代性争议解决法并不取代为制定国际法律文书而正在付出的努力。相反，它是一种辅助工具，可以提高任何未来国际文书的适用性和有效性。

### WIPO 的仲裁和调解服务

WIPO 仲裁和调解中心成立于 1994 年，致力于为解决私人当事方之间的国际商业争议提供替代性争议解决办法。该中心的仲裁、调解和专家鉴定程序由跨境争议解决领域的权威专家制定，因其适合解决涉及知识产权问题的争议案件而得到广泛认可。

作为 WIPO 特定行业替代性争议解决服务的一部分，该中心提供争议解决、咨询和案例管理服务，帮助当事方解决艺术和文化遗产领域的争议。这一领域的 WIPO 替代性争议解决程序涉及不同的当事方，其中包括艺术家、美术馆、博物馆和土著及当事社区。例如，该中心就一件文物的归还和相关知识产权问题在一家博物馆和一个土著社区之间进行了“斡旋”。此外，该中心现在也与国际博物馆理事会一道对艺术和文化遗产争议进行调解。

在生物多样性领域，该中心向《粮食和农业植物遗传资源国际条约》(ITPGRFA) 秘书处提供技术援助，制定了与标准材料转让协议有关的争议调解规则及业务指南。

关于该中心的更多信息可见于 [www.wipo.int/amc/en/](http://www.wipo.int/amc/en/)；关于艺术和文化遗产领域的争议解决服务可见于：[www.wipo.int/amc/en/center/specific-sectors/art/](http://www.wipo.int/amc/en/center/specific-sectors/art/)；关于生物多样性领域的争议解决服务可见于：[www.wipo.int/amc/en/center/specific-sectors/biodiversity/](http://www.wipo.int/amc/en/center/specific-sectors/biodiversity/)。

## 其他信息

Anderson, Jane, “侵犯前景，第二卷第一部分，关于解决知识产权与土著知识的争议 - 序言，2012 年。

Bauman, Toni 和 Pope, Juanita, 扎实地工作：土著争议解决与冲突管理案例研究，2008 年。

Bell, Catherine 和 Kahane, David (编辑) 原住民背景中的跨文化争议解决，2004 年。

Osi, Carlo “了解土著争议解决程序和西方的替代性争议解决法：形成适当的方法，取代诉讼法，卡多佐争议解决期刊，第 10 卷第 163 期，2008 年。

Sarfaty, Galit, 国际规范在 Pimicikamak Cree 部落传播：一种法律调解模式，哈佛国际法杂志第 48 卷，2007 年。

Theurich, Sarah, 艺术与文化遗产争议解决，WIPO 杂志，2009 年第 4 期。

Wichard, J. Christian 和 Wendland, Wend B., “调解是解决土著 / 传统社区与工业企业之间有关传统知识的争议的一种选择，艺术与文化遗产：法律、政策与实践，Barbara T. Hoffman( 主编 )，2006 年。

WIPO 仲裁与调解中心，知识产权仲裁与调解参考书目：[www.wipo.int/amc/en/center/bibliography/general.html](http://www.wipo.int/amc/en/center/bibliography/general.html)。

## 世界知识产权组织

34, chemin des Colombettes  
P.O. Box 18  
CH-1211 Geneva 20  
Switzerland  
瑞士

电话: +4122 338 91 11  
传真: +4122 733 54 28

WIPO驻外办事处联系方式请见：  
[www.wipo.int/about-wipo/zh/offices/](http://www.wipo.int/about-wipo/zh/offices/)

© WIPO, 2016年



署名3.0政府间组织许可  
(CC BY 3.0 IGO)

CC许可不适用于本出版物中的非WIPO内容。

封面饰图取自 Susan Wanji Wanji 的作品“Munupi Mural” /  
© Susan Wanji Wanji, Munupi Arts and Crafts