

知识产权与遗传资源、传统知识和 民间文学艺术政府间委员会

第十八届会议

2011年5月9日至13日，日内瓦

保护传统文化表现形式：条款草案

秘书处编拟的文件

导 言

1. 在2010年7月19日至23日举行的第一届闭会期间工作组(IWG 1)上，六个非正式、不限成员名额起草小组编拟了关于传统文化表现形式的条款草案。2010年7月23日，IWG 1全会对这些条款草案作了评论，并加以充实，增加了备选方案。
2. 按IWG 1的要求，秘书处编拟了一份文件，收入IWG 1上编拟的条款草案，作为文件WIPO/GRTKF/IC/17/9在2010年12月6日至10日举行的委员会第十七届会议(IGC 17)上提供。除条款草案本身以外，该文件还包括(i) 相关起草小组报告员所作的介绍；(ii) 2010年7月23日IWG 1全会上专家对拟议条款所作的评论；以及(iii) 专家在同一天提出的其他备选方案。
3. 在IGC 17上，对WIPO/GRTKF/IC/17/9中所载的条款草案进行了讨论，委员会还成立了一个非正式不限名额起草小组，对条款作进一步完善。

4. 委员会注意到起草小组编拟的条款草案案文，该案文按委员会的要求，被附在委员会第十七届会议的报告之后。委员会还要求把该案文作为本届会议的一份工作文件提供。现将该案文作为附件附于本文件。
5. 此外，为争取进一步完善条款草案，尤其是减少备选方案和可选建议的数量，委员会请委员会主席在各位副主席的帮助下，在委员会下届会议之前与所有代表团进行非正式磋商，并在可能时编拟进一步的条款草案(主席案文)，如委员会希望，交委员会下届会议审议。主席未能编制出条款的进一步草案。为此，特编写了一份关于磋商程序的说明，并作为文件 WIPO/GRTKF/IC/18/INF/10 印发。
6. 本文件是*保护传统文化表现形式：条款草案*(文件 WIPO/GRTKF/IC/18/4)经修订的版本。该版本中包括关于上文第 5 段所述的主席磋商程序方面的最新信息。其他修改还包括，第四条第(4)款前后的方括号，以使当前的条款草案与载于文件 WIPO/GRTKF/IC/17/12/Prov.中的第十七届会议的报告一致。

本文件的编拟与结构

7. 为了让本文件尽量简短、清楚，根据委员会第十七届会议的决定，在附件中，成员国提出的修正被写入案文。建议的增补用下划线表示，成员国建议删除或提出疑问的文字用方括号括起。观察员的文字建议，得到成员国支持的，也一并写入。备选文字用斜线隔开。脚注中的文字均非来自秘书处。
 8. *请委员会对附件中所载的条款进行审查并发表评论意见，以拟定这些条款的更新稿。*

[后接附件]

附件

目 标（以后讨论）

保护传统文化表现形式，应以如下各项所述内容为目标：

承认价值

(i) 承认土著人民及社区和传统及其他文化社区认为其文化遗产具有固有价值，包括社会、文化、精神、经济、科学、思想、商业和教育价值，并肯定传统文化和民间文艺构成造福于土著人民和传统及其他文化社区以及全人类的创新与创造框架；

增进尊重

(ii) 增进人们对传统文化和民间文艺，以及对保存并维持这些文化和民间文艺表现形式的各族人民和各社区的尊严、文化完整及其哲学、思想和精神价值的尊重；

满足各社区的实际需求

(iii) 以土著人民及社区和传统及其他文化社区直接表示的愿望和希望为指引，尊重其依国内法和国际法享有的权利，为实现这些人民和社区的福利及其可持续性经济、文化、环境和社会发展做贡献；

防止盗用和滥用传统文化表现形式

(iv) 向土著人民及社区和传统及其他文化社区提供法律和实际手段，包括有效的执法手段，以防止其传统文化表现形式及其〔演绎形式〕〔改编形式〕被盗用，以及〔控制〕超出习惯和传统背景的使用方式，并促进公平分享因使用这些表现形式而产生的利益；

对各社区赋予权力

(v) 在方式上做到公平兼顾各方利益，并有效地对土著人民及社区和传统及其他文化社区赋予权力，使其能对自己的传统文化表现形式有效行使权利和权力；

维护习惯做法和社区合作

(vi) 尊重这些社区自身、内部和相互之间继续以其习惯的方式使用、发展、交流和传播传统文化表现形式；

帮助保障传统文化

(vii) 帮助保存和保障传统文化表现形式产生和维持的环境，以直接造福于土著人民及社区和传统及其他文化社区，并造福于全人类；

鼓励社区创新与创造

(viii) 奖励和保护尤其是土著人民及社区和传统及其他文化社区进行基于传统的创造与创新;

按照公平条款促进思想和艺术自由、研究和文化交流

(ix) 按照对土著人民及社区和传统及其他文化社区公平的条款, 促进思想和艺术自由、研究实践和文化交流;

帮助实现文化多样性

(x) 帮助促进和保护文化表现形式的多样性;

促进 [社区] 土著人民及社区和传统及其他文化社区的发展及合法贸易活动

(xi) 在 [社区] 土著人民及社区和传统及其他文化社区及其成员愿意的情况下, 通过发展和扩大传统创作和创新的营销机会等手段, 促进人们利用传统文化表现形式进行 [社区] 土著人民及社区和传统及其他文化社区的发展, 并承认传统文化表现形式是属于各社区的并能体现其自我特征的财产;

预防未经授权的知识产权

(xii) 预防授予、行使和实施他人未经授权对传统文化表现形式及其 [演绎形式] [改编形式] 获得的知识产权;

增强确定性、透明度和相互信任

(xiii) 增强土著人民及社区和传统及文化社区与学术、商业、政府、教育和传统文化表现形式的其他使用者之间关系中的确定性、透明度和相互尊重与理解。

总指导原则（以后讨论）

- (a) 反映相关社区的愿望和希望
- (b) 平衡
- (c) 尊重和符合国际和区域协定及文书
- (d) 灵活性和综合性
- (e) 对文化表现形式的具体特点和特征予以承认
- (f) 与保护传统知识互补
- (g) 尊重土著人民及 [其他传统社区] 社区和传统及其他文化社区的权利和对土著人民及 [其他传统社区] 社区和传统及其他文化社区负有义务
- (h) 尊重传统文化表现形式的习惯使用和传播方式
- (i) 保护的有效性和可获得性

第 一 条

保护的客体

1. “传统文化表现形式”¹是指体现以及 [代代相传] 传承传统文化和知识的任何形式，不论是物质形式还是非物质形式，或者物质形式与非物质形式的组合，/是指第二条定义的受益人的物质或非物质创造形式，其中包括，但不限于：
 - (a) 语音或文字表现形式，例如故事、史诗、传说、诗歌、谜语及其他记叙性作品；词语、 [标志、] 名称 [和符号]；
 - (b) [音乐或声音表现形式，例如歌曲 [、节奏] 和器乐，系典礼表现形式的声音；]
 - (c) 动作表现形式，例如舞蹈、戏剧、仪式、典礼、在圣地和巡游中举行的典礼、 [运动和 [传统]] 竞赛、木偶戏及其他表演，无论是已固定的还是未固定的；
 - (d) 物质表现形式，例如艺术的实体表现形式、 [手工艺品、] [化装游行服饰作品、] [建筑] 和物质 [精神形式] 及圣地。
2. 保护 [应当] 应延及系一族人民或一个社区，包括第二条定义的一个土著人民或当地社区和文化社区或民族的 [独有] /象征/典型产物并 [作为其社会或文化认同或者社会或文化遗产一部分而] [属于] 得到该人民或该社区使用和发展的任何传统文化表现形式。受保护的传统文化表现形式应当：
 - (a) 是 [创造性智力活动] 的产物，包括社区创造力 [的产物]；
 - (b) 表明土著人民及社区和传统及其他文化社区的文化与社会认同和文化遗产 [具有真实性/是真正的特点]；而且
 - (c) 系由民族、国家、土著人民及社区和传统及其他文化社区或由根据该土著人民及社区和传统及其他文化社区的土地保有习惯制度或法律/习惯规范体系或传统/祖传惯例有权利或有责任的个人所维持、使用或发展的，或者属于一个土著/传统社区。
3. 用来指称受保护客体的具体用词，应在国家、区域和次区域层面上决定。

¹ 本案文中，“传统文化表现形式”和“民间文艺表现形式”为同义词。

第 二 条 受 益 人

传统文化表现形式的保护措施，应当/应使：

备选方案一： 土著人民、社区²和民族、当地社区和文化社区 [及这些社区中的个人]

备选方案二： 人民和社区， [例如] 包括土著人民、社区、当地社区、文化社区和/或民族及具体群体和家庭与少数民族

受益 [：] 。

[[根据

备选方案一： 相关的国家/国内法律和/或习惯，

备选方案二： 其法律和/或习惯，包括习惯法和社区礼仪，]

其系 [被推定受托付] [受托] [保管和] 保障 [或由其持有] 传统文化表现形式， [并] 或将传统文化表现形式作为其文化与社会认同和文化遗产的 [特点或真正表现] 象征加以维持、控制、使用或发展的。传统文化表现形式为一个民族所特有的，国家/国内法律所确定的机构。]

² 脚注说明社区的不同层次。

第 三 条

保护范围

A 条

秘密的传统文化表现形式

对于受益人/土著人民 [或] 当地或文化社区、或民族为之保密的受保护传统文化表现形式，该人民 [或] 社区或民族应当/应有办法通过适当而有效的 [法律和实际] 恰当措施，防止任何未经授权的固定、披露、使用和其他利用。

备选方案一

B 条

为其他 [受保护的] 传统文化表现形式保证的权利

对于 [受保护的] 传统文化表现形式，应当有适当而有效的法律和实际措施确保第二条规定的有关受益人 [土著人民和当地社区] 拥有授权和禁止进行下列活动的不可剥夺的专有集体权利：

- a) 对于词语、标志、名称和符号以外的传统文化表现形式：
- + 固定；
 - + 复制；
 - + 公开表演；
 - + 翻译或改编；
 - + 向公众提供或传播；
 - + 发行；

以及

- b) 对于系词语、标志、名称和符号的传统文化表现形式，包括其演绎形式：
- + 任何非传统用途的为商业目的的使用；
 - + 获得或行使知识产权；
 - + 许诺销售或销售被虚假表现为第二条定义的受益人创作的传统文化表现形式的物品；
 - + 具有贬抑、冒犯第二条定义的受益人或虚假暗示与之有联系，或使其蒙受耻辱或名声败坏的任何使用

[受保护的传统文化表现形式未经授权的使用者曾作出 [真实善意] 经证实的努力寻找这些权利的受益人，未找到的，在符合 C 条规定的情况下，受益人仅有权 [为已进行的使用并在授权继续使用的情况下] 获得合理报酬或利益分享。]

C 条

署名、声誉和完整

受益人/土著人民 [或] 当地社区或民族应当有权被承认为受保护的传统文化表现形式的来源，但省略不提系由使用方式所决定的除外，对于对该传统文化表现形式进行任何歪曲、篡改或其他修改，或进行其他减损行为，/包括在商品或服务上进行任何虚假、混淆或误导性表示，暗示这些土著人民、当地社区和民族予以认可或与之有联系，可能有损于受益人/土著人民 [或] 当地社区 [或民族] 的声誉或完整性的行为，应当有权提出反对。

备选方案二

B 条

第一条和第二条定义的传统文化表现形式受益人的经济权利和精神权利，[应] [应当] 以合理、兼顾各方利益的方式予以保障。

关于精神利益，除非被证明不可能/除省略不提系由使用方式所决定的以外，受益人应有权被承认为传统文化表现形式的来源，对于对该传统文化表现形式进行任何歪曲、篡改或其他修改，或进行其他减损，可能有损于传统文化表现形式的声誉或完整性的行为，应有权提出反对。

备选方案三

应提供适当而有效的 [法律和实际] 措施，以：

- 1) 防止对秘密传统文化表现形式进行 [未经授权的固定、披露、使用和其他利用] 披露；
- 2) 要求承认受益人³为传统文化表现形式的保管人，除非被证明不可能；
- 3) 提供保护，禁止可能有损受益人声誉或传统文化表现形式完整性的对传统文化表现形式的冒犯性使用；
- 4) 提供保护，禁止在贸易中使用暗示与受益人有不存在的联系的非真实传统文化表现形式；
- 5) 为传统文化表现形式的以下使用 [酌情] 向受益人提供合理报酬 [[使] 确保受益人有授权对传统文化表现形式进行以下使用的专有、不可剥夺的权利]：
 - i. 固定

³ 将由第二条定义。

- ii. 复制
- iii. 公开表演
- iv. 翻译或改编
- v. 向公众提供或传播

第 四 条

权利的集体管理

1. 第三条规定的权利的集体管理，属于第二条定义的受益人。[受益人可以根据国家/国内法律/其传统决策和治理程序/国际法授权 [或者属于] [根据受益人的请求代表其行事的] [指定] 国家主管机构 [（例如区域、国家或地方机构）]。授权时，主管机构 [授权时] 可以：
 - (a) 只有按受益人的传统决策和治理程序经过适当磋商、取得受益人的事先知情同意或批准和参与之后才授予许可；
 - (b) 对使用传统文化表现形式收取货币或非货币利益，但此种利益应当/应由主管机构直接提供给有关受益人或者用于受益人的利益；
 - (c) [[只有] 按受益人的国家/国内程序及其习惯权利 [传统决策和治理程序] 经过适当磋商、取得受益人的事先知情同意或批准和参与之后才应当/应由指定主管机构向使用者授权]；并且
 - (d) 主管机构对使用传统文化表现形式/民间文艺表现形式所收取的任何货币 [或] 和非货币利益，应当/应由指定主管机构直接提供给有关受益人或者用于 [受益人的利益] 相关受益人的直接利益和传统文化表现形式的保存。]
2. 在受益人提出请求的情况下，指定主管机构 [应当] 可以/应与受益人协商：
 - (a) 履行宣传、教育、咨询和指导等职能；
 - (b) 监督传统文化表现形式的使用，以确保使用做到公正和恰当；
 - (c) 制定确定任何货币或非货币利益的标准；并
 - (d) 在为使用传统文化表现形式而进行的任何谈判中提供援助。
3. [主管机构应当每年以透明方式向 WIPO 报告因使用传统文化表现形式而产生的利益的分配情况。]
4. 权利的财务方面的管理，应在有关收取的货币的来源与数额、权利管理的支出（如果有）和向受益人分配货币等方面保证透明。

第 五 条

例外与限制

1. 传统文化表现形式的保护措施：
 - (a) 不得限制受益人在 [传统和习惯范围] 社区内和社区之间，对传统文化表现形式进行 [按习惯法和惯例] 符合成员国国内法的 [属于正常的] 创造、习惯使用、传播、交流 [和发展]；并且
 - (b) 应仅适用于 [在受益社区成员范围以外或者] 在传统或习惯范围以外对传统文化表现形式进行的利用。
2. [在某些特殊情况下提供例外和允许使用受保护的传统文化表现形式，应当依据《伯尔尼公约》和 WCT 由国家/国内立法决定，条件是这种利用不与受益人对传统文化表现形式的正常利用相抵触，也不无理地损害受益人 [的合法利益]。]
- 2.备选 有关方可以采用适当的例外或限制，条件是对传统文化表现形式的使用符合公平做法，尽可能承认土著或当地社区，并且不冒犯土著或当地社区。
3. 除保护秘密传统文化表现形式禁止披露以外，任何行为被关于受版权保护的作品或者受商标法保护的标志和符号的国家/国内法所允许的，不得被传统文化表现形式保护所禁止 [，条件是传统文化表现形式保护的此种例外限于某些不与受益人对传统文化表现形式的正常利用相抵触、也不无理地损害受益人合法利益的特殊情况。]
4. [以下行为应当允许，不论这些行为是否已经为第 2 款所允许：
 - (a) 为非商业性文化遗产保护而录入档案、目录、进行传播的目的，制作传统文化表现形式的记录品及其他复制品；及偶然使用；以及
 - (b) 受益人创作或者与受益人联合创作受传统文化表现形式启发/传统文化表现形式借鉴的原创作品。]

第 六 条

保 护 期

备选方案一

1. 传统文化表现形式的保护期，应以传统文化表现形式继续符合本规定第一条规定的保护标准为限；而且，
2. 对传统文化表现形式进行保护，使其不受目的是对其造成伤害或者对其所属的社区、土著人民及社区或地区的声誉或形象造成伤害的任何歪曲、篡改或其他修改或侵犯，应没有期限。
3. 秘密传统文化表现形式只要继续符合第一条规定的保护标准，应当继续享受给予已披露传统文化表现形式的保护。

备选方案二

1. 至少在涉及传统文化表现形式的经济方面时，对其进行的保护应当有时间限制。

第 七 条
手 续

作为总原则，传统文化表现形式的保护无须履行任何手续。

第 八 条

制裁、救济和行使权利

备选方案一

1. 缔约各方承诺根据其法律制度酌情采取 [必要的] 措施，确保本文书的适用。
2. 缔约各方将采取足以遏制进一步侵权的措施，制止对受益人经济利益和/或精神利益的故意侵犯或因疏忽而造成的侵犯。
3. 维护本文书所给予的保护的补救办法，应当遵守申请保护之地的国家立法。

备选方案二

1. 在发生违反传统文化表现形式保护的情况下，应当有容易获得、适当而充分的执法和争议解决机制、边境措施、制裁和救济，包括刑事和民事救济。
2. 按第四条的规定指定 [指定主管机构] 的，可以另外要求其负责为第二条所指的受益人提供有关权利行使问题的咨询意见和援助，在适当时根据受益人的请求提起本条规定的救济等任务。
3. 维护本文书所给予的保护的补救办法，应当遵守申请保护之地的国家立法。
4. 传统文化表现形式为不同国家或者为多个管辖区的土著人民和社区共有的，缔约各方应当提供合作与援助，为执行本文书所规定的执法措施提供方便。

拟议的关于法院外争议解决的第八条之二

传统文化表现形式的受益人之间或者受益人和使用者之间发生争议的，每一方均有权将问题提交给一个受国际法和/或国家/国内法律承认的独立的法院外争议解决机制。⁴

⁴ 如 WIPO 仲裁与调解中心。

第 九 条

过渡措施

1. 本规定适用于在本规定生效时符合第一条所列标准的一切传统文化表现形式。

备选方案一

2. 国家应当确保有必要措施，维护第三方已获得并且被国家/国内法律承认的权利。

备选方案二

2. 对传统文化表现形式进行在本规定生效之前已经开始的但为本规定所不允许或以其他方式受本规定管制的持续行为，应在本规定生效之后的一段合理期限内，使这些行为符合本规定，但须尊重第三方已事先获得的权利，第 3 款规定的情况除外。
3. 传统文化表现形式对对其拥有权利的相关社区有特别意义，被拿到社区的控制之外的，社区应有权索回这些传统文化表现形式。

第 十 条

与知识产权保护及其他保护、保存和促进形式之间的关系

备选方案一

根据 [本规定] 本文书对传统文化表现形式/民间文艺表现形式进行的保护， [不取代而应] 补充国际知识产权文书以及有关维护、保存和促进文化遗产和文化表现形式多样性的其他有关法律文书和 [方案] 行动计划依照国际法规定的对该表现形式及其演绎作品/改编作品所适用的保护和措施。

尽管有本备选方案的规定/不管有何相反规定，保护传统文化表现形式是为了保障土著人民的物质和非物质文化遗产的，应没有期限。

备选方案二

本文书所规定的保护，不应减损而且不应以任何方式影响国际知识产权法律文书规定的保护。因此，本文书的任何条款均不得解释为有损于这种保护。

第十一条

国民待遇

依据实施本国际条款的国家/国内措施或法律，对传统文化表现形式实行保护所产生的权利和利益，应提供给按国际义务或约定中的定义属于某一规定国家的国民或居民的所有符合资格的受益人。凡符合资格的外国受益人，均应享受与作为保护国国民的受益人相同的权利和利益，并享受本国际条款所专门授予的权利和利益。

[附件和文件完]