

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

第三十七届会议

2018年8月27日至31日，日内瓦

保护传统文化表现形式：差距分析更新草案

秘书处编拟的文件

1. 产权组织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（“政府间委员会”）在2008年2月25日至29日在日内瓦举行的第十二届会议上决定，秘书处将考虑到政府间委员会以往的工作，编拟一份文件，作为政府间委员会第十三届会议的会议文件，该文件将：
 - (a) 说明国际上在保护传统文化表现形式方面现有哪些义务、规定和可能性；
 - (b) 说明国际上在这方面存在哪些差距，并尽量以具体例子予以说明；
 - (c) 提出与确定是否需要弥合这些差距相关的考虑因素；
 - (d) 说明弥合任何所指明的差距现有哪些选项或可能需要制定哪些选项，包括法律及其他选项，以及应在国际、区域还是国家层面加以处理；
 - (e) 提供一份附件，按上文（a）项至（d）项提及的各项内容列出矩阵表。
2. 根据要求，秘书处应“明确说明据以开展分析的实际定义或其他依据”。
3. 秘书处当时编拟了传统文化表现形式保护差距分析的第一份草案，并在政府间委员会成员中散发，以征集评论意见。考虑到所收到的评论意见¹，编拟了进一步的差距分析草案，作为文件

¹ 当时收到的评论意见仍可在产权组织网站上查阅：<http://www.wipo.int/tk/en/igc/gap-analyses.html>。

WIPO/GRTKF/IC/13/4 (b) Rev. 提交给 2008 年 10 月 13 日至 17 日举行的政府间委员会第十三届会议。

4. 政府间委员会第十二届会议当时就传统知识 (TK) 作出了同样决定, 因此在政府间委员会第十三届会议上就有两份差距分析草案供审议, 分别载于文件 WIPO/GRTKF/IC/13/4 (b) Rev. (传统文化表现形式) 和 WIPO/GRTKF/IC/13/5 (b) Rev. (传统知识)。

5. 在上述阶段之前, 政府间委员会已经广泛审查了传统文化表现形式保护的法律和政策可选方案。审查全面分析了现有的国家和地区法律机制, 对多种国家经验、传统文化表现形式保护的共同要素、案例研究、正在开展的国际政策和法律环境调查以及在委员会往届会议中获得支持的传统文化表现形式保护的关键原则和目标作了小组介绍。按照委员会的要求, 这些更早期的基础性工作总结载于文件 WIPO/GRTKF/IC/13/4 (a), 随文件 WIPO/GRTKF/IC/13/4 (b) Rev. 中的差距分析草案一并提交。

6. 2017 年, 产权组织大会要求秘书处“更新 2008 年关于传统知识和传统文化表现形式现有保护制度的差距分析”。

7. 依照此决定, 本文件的附件一载有更新后的 2008 年传统文化表现形式保护差距分析草案。之前差距分析的结构、形式和内容基本没有变化, 只是反映了更贴近现在的国际文书或者立法或政策的发展动向。因此, 现在这一版按照政府间委员会的要求, 主要是“更新”。具体而言, 变动过的段落是第 1、2、6-8、10、13、14、17、19-21、24、35、38、41-43、45-47、48、50、51-53、57、58、61-64、71-73、78、79、85、86、88、91、96、100、101、104、106-108、110 和 113 段。附件二更新了与上述 (a) 至 (d) 项提及项目相应的方框内容。

8. 2008 年 10 月的政府间委员会第十三届会议没有长时间讨论文件 WIPO/GRTKF/IC/13/4 (b) Rev.², 而且该届会议的决定只反映出委员会“注意到”该文件³。政府间委员会当时没有决定在以后会议上审议该文件。

9. 请委员会审议附件一和附件二所载的更新后的差距分析草案。

[后接附件]

² WIPO/GRTKF/IC/13/11。

³ WIPO/GRTKF/IC/13/DECISIONS。

附件一

保护传统文化表现形式差距分析更新草案

目录

一、编拟本分析所使用的参考资料及其他材料.....	3
二、据以进行分析的实际定义及其他依据.....	3
传统文化表现形式.....	3
传统文化表现形式的特点.....	3
传统文化表现形式所采用的具体形式.....	4
“保护”的含义.....	5
知识产权保护的一般特点.....	5
与传统文化表现形式最相关的知识产权保护形式.....	5
相关的国际知识产权公约和条约.....	5
“保护”，而不是“保障”、“保存”或“促进”.....	6
保护传统文化表现形式的目标.....	6
希望为传统文化表现形式采取的具体保护形式.....	7
“差距”的含义.....	7
本分析文件中未直接涉及的差距.....	9
保护范围分层法背景下的差距.....	10
提 要.....	10
三、分 析.....	12
A. 国际上在保护传统文化表现形式/民间文艺表现形式方面已有的义务、规定和可能性.....	12
文学与艺术作品.....	12
传统文化表现形式的表演.....	14
外观设计.....	15
秘密传统文化表现形式.....	15
土著与传统名称、文字和符号.....	16
B. 国际上在这方面存在的差距，并尽量以具体例子加以说明.....	16
文学和艺术制品.....	16
传统文化表现形式的表演.....	19
外观设计.....	19
秘密传统文化表现形式.....	19
土著与传统的名称、文字和符号.....	20
C. 与确定是否须弥合这些差距相关的考虑因素.....	20
是否要在国际、地区、国家和/或地方层面弥合这些差距.....	20
立法、实践、能力建设.....	20
法律与政策环境.....	21
政策问题.....	21
经济、文化与社会目标.....	21
特定的技术与法律问题.....	22
操作上的问题：权利的管理与遵守.....	23
D. 在国际、地区或国家层面现有的或可能制定的弥合任何已查明的差距的选项，包括法律和其他方面的选项.....	23
文学艺术制品.....	23
承认共有权与利益.....	23
共有的精神权利.....	23
明确《伯尔尼公约》第十五条第4款的范围.....	24
付费公有领域.....	24
孤儿作品.....	24

转售权.....	25
使用显著性标志和反不公平竞争原则打击盗用与传统文化表现形式相关声誉（“风格”）的行为.....	25
演绎作品和对文学艺术制品的防御性保护.....	26
规约、行为准则、合同和其他实用工具.....	26
登记簿与数据库.....	27
集体管理.....	27
传统文化表现形式的表演.....	27
外观设计.....	28
秘密传统文化表现形式.....	28
土著与传统名称、文字和符号.....	28

一、编拟本分析所使用的参考资料及其他材料

1. 本文件中所载大量资料均来自政府间委员会早期的文件⁴，以及以前为政府间委员会开展工作编写的其他出版物和材料⁵。尤其请注意文件WIPO/GRTKF/IC/6/3。各该文件和材料均可以在产权组织网站上查阅，网址：<http://www.wipo.int/tk/en/folklore/>。此外，还参考了其他一些出版物、文件和文章⁶。

二、据以进行分析的实际定义及其他依据

传统文化表现形式

2. “传统文化表现形式”或“民间文艺表现形式”（这两个术语将在本文件中交替使用，其英文缩写均为“TCEs”），国际上尚无既定的或认可的定义。不过，在国家和地区法律以及国际文书中，已提出过不少定义⁷。

3. 对保护客体作出定义，长期以来都是保护传统文化表现形式方面的一个最根本的挑战。传统文化表现形式的定义如何，可以直接影响到其受知识产权保护的程度和方式。本分析草案无意对传统文化表现形式提出具体的定义，但对这一术语的含义达成一定的共识，对编拟分析报告是不可或缺的。

4. 因此，本文件的宗旨并不是提出一个单一的定义，甚至认为国际上未必非要作出定义不可；在这一问题上，政府间委员会的与会者观点不一。然而，仅仅为开展本分析的目的，对“传统文化表现形式”这一术语的含义加以界定，也是有益的。

传统文化表现形式的特点

5. 以往的文件和材料中，对传统文化表现形式的特点已有过长篇幅的叙述⁸。

6. 为进行本项分析的目的，可以回顾一下两个问题。第一，传统文化表现形式所包含的，从年代久远、曾由“佚名作者”创作的早已存在的材料，直到传统文化的最新的当代表现形式，可能无所不包；期间还经历过无数次增补、日积月累的改编、模仿、振兴、复兴和再创造。传统文化表现形式作为活遗产的一部分，不断地由社区和群体根据其所处环境及其与自然和历史的互动而加以再创造，并给这些社区和群体以一种认同和延续感。因此，也许可以对早已存在的传统文化表现形式与其当代的诠释和改编作品之间加以区分。

⁴ WIPO/GRTKF/IC/3/10；WIPO/GRTKF/IC/5/3；WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3；WIPO/GRTKF/IC/6/3 和 6/3 Add.；WIPO/GRTKF/IC/7/3；WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4；WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)、(a)Add. 和 (a)Add.2；WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)；WIPO/GRTKF/IC/12/4(a)、(b)和(c)。

⁵ 产权组织，“传统文化表现形式/民间文艺表现形式法律保护分析汇编”，2004年；Janke，“关注文化：知识产权与传统文化表现形式案例研究”，产权组织，2003年；Kutty，“民间文艺表现形式/传统文化表现形式保护方面的国家经验——印度、印度尼西亚、菲律宾”，产权组织，2004年。

⁶ McDonald, I.，“保护土著知识产权”（澳大利亚版权委员会，悉尼，1997年、1998年）；Palethorpe 和 Verhulst，“关于依知识产权法对民间文艺表现形式进行国际保护情况的报告”（欧洲共同体委托编写的研究报告），2000年10月；“保护传统文化表现形式：政策问题以及从版权角度考虑的问题”，加拿大文化遗产部政策文件，2004年；Lucas-Schloetter, A.，“民间文学艺术”，收录于 von Lewinski, S.（编著），《土著遗产与知识产权》，2004年；政府间委员会第三十四届会议主席关于传统文化表现形式的通知见：http://www.wipo.int/meetings/zh/doc_details.jsp?doc_id=373916。

⁷ WIPO/GRTKF/IC/3/9；WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4。另见以下法律数据库：<http://www.wipo.int/tk/en/databases/tklaws/>。

⁸ WIPO/GRTKF/IC/6/3；产权组织，“分析汇编”。

7. 第二，传统创作活动是充满动态的集体与个人创作之间相互作用的结果，因此，“传统”创作作品的一个标志性特征是，其能代表一种活的传统，并能代表仍然传承和实践这种传统的社区。即使某个人在其习惯背景下创作出基于传统的作品，该创作作品也不由该个人所“拥有”，而属于社区共同的责任、身份和保管的范畴。正是由于这一特点，这一创作作品才被标榜为“传统”。

8. 纵观起来，一般而言，传统文化表现形式：

- (a) 属于智力创作活动的成果，
- (b) 是代代相传的，无论是口头传承还是通过模仿传承的，
- (c) 反映社区的文化和社会特征，
- (d) 由具有社区遗产特征性的要素构成，
- (e) 通常由佚名作者和/或无法找到的作者和/或由社区创作，
- (f) 往往主要是为精神和宗教目的而创作的，
- (g) 在其创作和再制作过程中往往利用了自然资源，以及
- (h) 在社区内不断地演变、发展和再创造。

9. 在本分析草案中，“社区”一词的用法与过去为政府间委员会编拟的文件中的做法一致，即：用以广泛指称土著人民以及传统、当地及其他文化社区。使用这些术语，并无意表明政府间委员会的成员已对传统文化表现形式保护的受益者达成共识，和/或对这些术语或其他术语的有效性或恰当性达成共识。本分析文件中使用这些术语，也不影响或限制国内法或地区法以及在国内或地区工作中使用其他术语。

传统文化表现形式所采用的具体形式

10. 可以认为，传统文化表现形式包括大量有形的、无形的和混合形式的创意表现⁹。

11. 然而，建议本分析文件尽量重点突出、有的放矢，针对那些似乎最容易受到以类似知识产权的方式加以利用之影响的某些具体传统文化表现形式进行分析。以往的材料中已提出并讨论了滥用和盗用传统文化表现形式的具体事例¹⁰。这些例子涉及到对传统音乐和歌曲、视觉艺术（尤其是绘画）、传统乐器、手工艺品（包括其中所含设计和“风格”）、传统文化表现形式的表演、神圣和秘密传统文化表现形式、传统文化表现形式的录音和文献以及土著文字、名称和符号的利用情况。

12. 通过这些例子，表明保护传统文化表现形式可以指保护：（i）具有创造性和显著特征的表现形式本身；和/或（ii）与之相关的声誉或显著特征；和/或（iii）其制作方法（例如，手工艺品、乐器和纺织品的制作方法）。

13. 其中第三类涉及的是工艺品、乐器和纺织品等传统文化表现形式的制作方法，在委员会的工作中更多的是作为狭义“传统知识”来处理的。文件 WIPO/GRTKF/IC/37/6 以协调的方式补充论述了传统知识问题。[秘书处的说明：如前述解释，此文件也是 2008 年编拟的传统知识差距分析的更新版本。]

14. 在此背景下，建议本分析侧重于上述前两类中的具体例子，具体如下：

⁹ 见“关于传统知识可能采用的各种不同体现形式的清单和简要技术性解释”，WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9。

¹⁰ WIPO/GRTKF/IC/5/3；产权组织，“分析汇编”。

- (a) 文学艺术制品¹¹，例如音乐和视觉艺术；
- (b) 传统文化表现形式的表演；
- (c) 手工艺品及其他创意艺术中所含的设计；
- (d) 秘密传统文化表现形式；以及
- (e) 土著和传统名称、文字和符号。

15. 按重点进行分析的意图是，争取让本分析尽量实际、具体。但并不表明传统文化表现形式中的其他形式，以及无形文化遗产中的其他要素，就没有价值或不受影响。

“保护”的含义

知识产权保护的一般特点

16. 知识产权制度具有多样化的性质，而且根据其试图实现的政策目标的不同而有所不同。举例而言，版权是指作者对其智力创作作品的利用加以控制的权利。然而，版权提供的这种控制权并非绝对的，因为还需要受到各种为平衡保护创造力和传播信息的需求而专门规定的例外与限制的约束。商标和地理标志的保护，却旨在保护生意人的商誉和名声及其产品，以防止他人未经许可可能误导消费者的方式使用这些标志。

17. 知识产权保护中可以包括财产权。在有财产权的情况下，例如版权中的经济权利，财产权可以让权利人积极地自己行使这些权利、许可他人行使这些权利（即：权利的许可使用）、和/或防止他人行使这些权利。

18. 知识产权保护未必总是授予财产权——例如，版权中的精神权利允许对如何使用作品加以控制，而不是对是否允许使用作品加以控制；在某些情况下，甚至在经济权利保护期届满之后亦是如此。同样，版权中的强制（非自愿）许可允许对如何使用某一作品以及如何支付“公平报酬”或“合理使用费”加以规定（例如，见《伯尔尼公约》（1971 年）第十一条之二第（2）款和第十三条第 1 款）。

与传统文化表现形式最相关的知识产权保护形式

19. 由于许多传统文化表现形式都属于文学和艺术作品及表演，因此版权及相关权与传统文化表现形式的保护尤其相关¹²。传统的设计作品有可能作为工业品外观设计而受到保护。就名称、标记和符号而言，保护商标和标志的知识产权制度以及反不正当竞争方面的法律最具相关性。

相关的国际知识产权公约和条约

20. 产权组织管理的版权及相关权公约与条约，提供的只是一种国际框架，规定了一些原则和标准，让批准这些公约和条约的各国在国内法中落实。国际公约和条约中在大量问题上都规定了灵活性，因此，一个管辖区与另一个管辖区的国内立法可能大相径庭。所以说，知识产权保护实际上首先

¹¹ 依照《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》第二条，“‘文学和艺术作品’一词包括文学、科学和艺术领域内的一切成果，不论其表现形式或方式如何，诸如书籍、小册子和其他文字作品；讲课、演讲、讲道和其他同类性质作品；戏剧或音乐戏剧作品；舞蹈艺术作品和哑剧；配词或未配词的乐曲；电影作品和以类似摄制电影的方法表现的作品；图画、油画、建筑、雕塑、雕刻和版画作品；摄影作品和以类似摄影的方法表现的作品；实用艺术作品；与地理、地形、建筑或科学有关的插图、地图、设计图、草图和立体作品。”

¹² 以往文件列出了版权及相关权的基本原则，并将其适用于传统文化表现形式。见文件 WIPO/GRTKF/IC/6/3。

是一个国内法问题。重要的是，国际条约根据国民待遇和互惠原则亦为在外国管辖区行使权利提供了便利。

21. 本分析文件中将提及的国际知识产权公约和条约主要有：

- (a) 《保护表演者、录音制品制作者和广播组织国际公约》，1961 年（“1961 年《罗马公约》”）；
- (b) 《保护工业产权巴黎公约》，1967 年（“1967 年《巴黎公约》”）；
- (c) 《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》，1971 年（“1971 年《伯尔尼公约》”）；
- (d) 《保护录音制品制作者防止未经许可复制其录音制品公约》，1971 年（“1971 年《录音制品公约》”）；
- (e) 《TRIPS 协定》，1994 年；
- (f) 《产权组织版权条约》，1996 年；
- (g) 《产权组织表演和录音制品条约》，1996 年；以及
- (h) 《视听表演北京条约》，2012 年（“2012 年《北京条约》”）（条约尚未生效）。¹³

“保护”，而不是“保障”、“保存”或“促进”

22. 按照委员会以往的讨论情况，委员会 2008 年 2 月在第十二届会议上通过的决定中所载的“保护”一词，被理解为知识产权意义上的保护（有时被称为“法律保护”），即：保护人的智力创造和创新，以防止未经许可的使用。

23. 这一意义上的知识产权“保护”，与文化遗产的“保障”、“保存”和“促进”有所区别，后者一般是指对有形的和无形的文化遗产加以认定、文献化、传播和振兴，以确保其得到维护或保持活力。关于对传统文化表现形式自身加以保存和予以促进的文书和计划很有价值，而且可以补充传统文化表现形式的保护，但根据委员会 2008 年 2 月的决定，本分析文件侧重于传统文化表现形式的法律保护。涉及保障和促进活遗产的非知识产权法律和计划，在补充知识产权保护方面的法律当中可以发挥有益的作用。各社区在传统文化表现形式方面提出的许多希望，也许并不需要通过知识产权式的措施，而通过文化遗产的保障、保存和促进措施和计划，即可予以满足。另外，社区还利用其他手段，例如习惯法中的手段，来防止他人以不受欢迎的方式使用其传统文化表现形式。还有人指出，传统名称、文字和符号及其他传统文化表现形式只要使用得当，可以有助于保存和促进土著文化。

保护传统文化表现形式的目标

24. 以往的文件中提到了各国和各社区在传统文化表现形式方面提出的诸多目标¹⁴。其中一些目标具有笼统的性质，而另一些目标则与知识产权和传统文化表现形式的保护有着更直接的相关性。此外，文件中还提及《联合国土著人民权利宣言》，认为这份资料反映了土著人民的希望。

25. 为使本项分析的重点具体而适当，并根据以往的讨论情况和政府间委员会 2008 年 2 月的决定，建议本项分析的直接重点放在专门涉及传统文化表现形式的知识产权保护的各项目标上。

¹³ 注意没有提及 2015 年的《关于为盲人、视力障碍者或其他印刷品阅读障碍者获得已出版作品提供便利的马拉喀什条约》，因为与传统文化表现形式无关。

¹⁴ WIPO/GRTKF/IC/6/3。

26. 需要回顾的是，考虑到还有一些非知识产权的保护选项，政府间委员会的与会者提到了传统文化表现形式方面的各种与知识产权相关的经济和非经济目标，例如：

- (a) 利用知识产权保护支持经济发展：一些社区希望对其传统文化表现形式获取和行使知识产权，以便加以商业性利用，为其经济发展作出贡献；
- (b) 利用知识产权保护防止他人以不受欢迎的方式使用：一些社区可能希望对传统文化表现形式行使知识产权，以防止他人对其传统文化表现形式加以利用和商业化，包括具有冒犯和诋毁文化性质的使用；以及
- (c) 以保护抵制知识产权：一些社区还十分关注如何防止他人对传统文化表现形式及其派生和改编作品获取或持有知识产权。其中包括利用防御性机制，阻止或竭力防止第三方持有被认为有损于社区利益的知识产权，或未征得社区同意获取的知识产权（“防御性保护”）。

希望为传统文化表现形式采取的具体保护形式

27. 在全世界范围各种不同的传统文化表现形式，有着不同的使用方式。委员会以往的文件中举例列出了土著社区提请注意的各类盗用文化表现形式的行为¹⁵。

28. 通过这些具体的事例，表明这些社区及其他利益有关者呼吁：

- (a) 保护传统文化表现形式，防止未经许可的使用，例如复制、改编、发行、表演及其他此类行为，尤其是商业使用；
- (b) 防止对传统文化表现形式进行侮辱性、减损性和/或文化和精神上的冒犯性使用；
- (c) 防止通过以下方式盗用传统文化表现形式的声誉或显著性特征：通过对真实性或来源使用误导性或虚假的声明，或通过采用其“风格”，让人联想到真实的传统产品；
- (d) 防止在使用传统文化表现形式时不说明来源的做法；
- (e) 对传统文化表现形式进行防御性保护（亦即：保护传统文化表现形式，防止他人对传统文化表现形式或其改编作品获取知识产权）；
- (f) 未经许可披露机密传统文化表现形式或秘密传统文化表现形式。

29. 为了明确各种选项，并让本项分析的重点具体、可行、建议本分析文件依据以往文件中已确定并讨论过的上述六大保护形式进行。

30. 在传统文化表现形式的防御性保护方面，建议专门侧重于要求提供保护，以防止发生未经许可的以下行为进行分析：（i）对传统文化表现形式的派生作品，包括手工艺品，行使版权及外观设计权，以及（ii）对土著和传统名称、文字和符号获得商标保护。

“差距”的含义

31. 政府间委员会在第十二届会议上作出决定，要求对“国际上提供传统文化表现形式/民间文艺表现形式保护方面现有有哪些义务、规定和可能性”上存在的“差距”进行分析。

¹⁵ WIPO/GRTKF/IC/5/3 和 WIPO/GRTKF/IC/6/3。

32. 政府间委员会的该项决定中使用的“差距”一词，在概念上是指某项经济、文化或社会需求未得到满足。了解清楚这些经济、文化或社会需求，看其是否“未得到满足”，是一项具有不确定因素的工作，因为政府间委员会内部对这些问题尚未达成一致意见。某一需求未得到满足如何被确定为“差距”，尤其是确定是否应当弥合该差距，应当由成员国来决定。

33. 然而，从实用的角度出发，为了执行政府间委员会的决定，可以参考以下方面来确定差距：

- (a) 各国和各社区希望提供哪些保护形式（如上文所述）；和/或
- (b) 对传统文化表现形式而言，现有知识产权制度中已知存在哪些具体的技术性缺陷。过去已完成的调查问卷以及为政府间委员会编写的其他文件和材料中，已对此加以引述并进行过长篇幅的讨论¹⁶。

34. 关于所希望的保护形式，上文已加以明确。知识产权制度中与传统文化表现形式最相关的具体技术性限制，被认为有如下几点：

- (a) “原创性”要求：版权只保护“原创性”作品，而许多传统的文学艺术作品都不具有此种意义上的“原创性”。同样，传统的设计由于不具有“新颖性”或“原创性”，而被认为不受工业品外观设计的保护。另一方面，传统文化表现形式的改编作品却可以作为“原创性”版权作品和设计作品而受到保护，因此有人呼吁提供“防御性保护”（见下文）；
- (b) “所有权”：版权和工业品外观设计保护通常要求指明已知的创作者个人（一人或多人），以确定权利人，并需要准确地确定谁能受益于这些权利。然而，对于传统文化表现形式而言，要指明其创作者，并因此而确定权利人以及传统文化表现形式的受益者，即使有可能，也是非常困难的，因为传统文化表现形式都是社区共同创作并持有的，和/或因为创作者根本就不得而知和/或无法找到。就连知识产权意义上的“所有权”这一概念，对许多土著人民来说都是舶来品（见下文“概念上的差异”）；
- (c) 固定：由于许多国内版权法中对固定所规定的要求，无形的和口头的文化表现形式，例如民间传说、舞蹈或歌曲，除非以某种形式或介质加以固定，否则便得不到保护。即使一些“固定下来”的表现形式，可能也满足不了“固定”要求，例如脸谱、身体彩绘和沙刻。然而，另一方面，传统文化表现形式的录音和文献所产生的权利，却属于对这些固定行为负有责任的人，例如人种音乐学家、民间文艺研究者及其他研究人员，而不属于传统文化表现形式的传承人；
- (d) 保护期：版权、相关权和工业品外观设计保护的保护期都有限，因此被认为不适合传统文化表现形式。第一，无法满足对传统文化表现形式进行永久性或至少以与有关社区的存续期相同的期限加以保护这一需求。而且，有限的保护期要求作品的创作或首次发表的日期确定，而传统文化表现形式的这一日期往往是不得而知的；
- (e) 手续：虽然版权及相关权无须履行任何手续，但工业品外观设计和商标保护却有注册和续展要求。这些方面的要求被认为对土著和传统社区利用这些方面的知识产权制度构成了障碍；

¹⁶ 例如：WIPO/GRTKF/IC/1/5；WIPO/GRTKF/IC/3/11；WIPO/GRTKF/IC/5/3；WIPO/GRTKF/ IC/6/3。

- (f) 例外与限制：除多数知识产权的保护期都有限这一点外，还有人认为知识产权法律中所特有的其他例外与限制也不适合传统文化表现形式。例如，根据典型的版权例外，某一公共场所永久陈列的雕刻或手工艺艺术作品，可以未经授权而被复制到摄影、绘画及其他介质上，而这有可能会使土著人民的感情受到刺激，并可能破坏习惯权利。同样，国内版权法中往往允许公共档案馆、图书馆等机构复制作品向公众提供。这些例外与限制中，有一些已受到土著和传统社区的批评；还有一些土著和当地社区则强调任何例外与限制都必须兼顾公共利益；以及
- (g) 防御性保护：土著人民和社区对非土著公司和个人模仿或抄袭其传统文化表现形式，或者以这些传统文化表现形式为灵感进行创作，以及对其派生作品、设计、标志或其他作品获取知识产权的行为非常关注。例如，有关社区已对外界在商业活动当中使用某些文字、名称、设计、符号及其他显著性标志，以及将其注册为商标的行为表示关注。此外，无论是版权还是工业品外观设计法律，都不对文学艺术作品和外观设计的“风格”加以保护。

本分析文件中未直接涉及的差距

35. 概念上的差异：建议侧重于现有知识产权制度中已知的这些具体的技术性缺陷进行分析，并不意味着有意偏离土著人民的希望和认识与传统知识产权制度之间存在的更深层的概念上的差异。另外，概念上的差异与技术上的缺陷之间的联系已得到承认。委员会和其他会议的与会土著代表已明确表示，怀疑传统知识产权制度能否满足其根本需求。举例而言，传统知识产权制度中的“所有权”这一概念本身，就被认为与习惯法和习惯体系中的责任和保管等概念不符。版权为个人授予独占性私有财产权，而土著作者遵循的却是能动而复杂的规则、条例和责任，后者更接近于对本质上由社区共有的权利加以使用或管理¹⁷。

36. 本分析文件不可能全面讨论这些更具有根本意义的差异，更不用说为之提供解决办法。版权制度，从根本上讲，是用来尽可能以公平和兼顾各方利益的方式对创意作品加以商业性利用。另一方面，许多传统文化表现形式的创作主要是用于精神和宗教目的，而不是为了尽可能多广泛地向公众传播。正如过去已在委员会中讨论的情况那样¹⁸，土著社区在其传统文化表现形式方面的需求，凡无法在知识产权框架中得到满足的，也许可以通过建立知识产权专门制度的方式，和/或通过采用非知识产权的机制，例如涉及亵渎、文化权利及其他人权、尊严、文化遗产保存、诽谤、宣传权和隐私等方面的法律来满足。《联合国土著人民权利宣言》被认为是反映土著人民的这一方面的希望的文书之一，可资参考。

37. 操作上的差异：第二，产权组织在本工作计划开始之际于1998年和1999年所开展的实况调查工作¹⁹中，着重提到了土著和当地社区在有效利用各种知识产权工具方面遇到的障碍，其中最重要的也许包括实际和操作上的障碍，例如缺乏获得适当法律意见的机会以及获取和行使权利方面的经济手段。Janke在为产权组织编写的研究报告中，例如在关于“利用商标来保护传统文化表现形式”一章

¹⁷ 见 WIPO/GRTKF/IC/3/11，第3页；McDonald，第45页。

¹⁸ WIPO/GRTKF/IC/5/3 和 WIPO/GRTKF/IC/6/3。

¹⁹ 产权组织，“实况调查报告”；WIPO/GRTKF/IC/3/10 和 WIPO/GRTKF/IC/5/3。

中，证实存在这些操作上的障碍。关于如何克服这些障碍，人们提出过无数建议，包括采用替代性争议解决方式²⁰。但这些操作上的障碍并非本分析文件的重点所在。

38. 共有传统文化表现形式：第三，保护传统文化表现形式方面的一个重要而经常出现的问题是，对于同属一个国家领土或分属不同领土的一个以上的社区共有的传统文化表现形式，如何确定其所有权。解决这一问题的选项之一是，共同拥有权利，让各社区分别对相同或类似的传统文化表现形式拥有权利。在此方面的一个重点是，让习惯法和习惯规约成为决定性因素。解决这一问题的另一个可能的办法是，让国家或某一法定机构拥有权利。在如何解决“地区民间文艺”的问题上，现有的地区组织和机制也许可以发挥重要的作用。

39. 知识产权制度中固有的差距：最后，还有人试图强调：（i）有些差距是传统文化表现形式特有的，以及（ii）传统文化表现形式可用的保护手段的一些差距是知识产权制度固有的，而不是传统文化表现形式特有的（例如版权法中的限制与例外）。知识产权制度并不是一种为保护客体提供绝对控制的制度，尤其是版权及相关权制度，这些制度中有大量的例外与限制。知识产权制度的界限，其中包括对保护客体的范围作出的决定，往往反映出一些重要的政策考虑，例如言论自由和对公有领域的保护。关于政策考虑方面的讨论情况，亦请见下文“政策问题”。例如，正如某一评论家所指出的，以其他文化为灵感进行创作，属于创造性工作的一部分，因此，借用传统文化表现形式的“风格”，未必非被视为盗用不可，尤其在已注明传统文化表现形式的来源时更是如此。

40. 本分析文件草案无意对这些范围更广泛的概念上的和操作上的差距作进一步分析。这些差距都相当重要，而且具有相关性，然而，委员会对此已进行过讨论，而且还可以进一步加以讨论。

保护范围分层法背景下的差距

41. 在第二十七届会议上，政府间委员会在讨论中介绍了一种保护范围分层法，据此，可以向权利人提供不同种类或不同层面的权利或措施，视客体的性质和特点而定，并根据受益人所施行的控制水平和传播程度而定。这种分层法建议对一系列传统文化表现形式进行区别性保护，不论其是已向一般大众公开，还是秘密的、神圣的或不为社区外人员所知、仅由受益人掌握。例如，这种方法提出，专有经济权利可能适合某些形式的传统文化表现形式（例如，秘密的和神圣的传统文化表现形式），而基于精神权利的模式可能更适合已可公开获得的、或广为人知但仍属于特定土著人民和当地社区的传统文化表现形式。

42. 应当注意的是，在保护范围分层法的背景下，国际层面能够确认的差距可能不同，这取决于对分层的界定，并且考虑到诸多因素，例如传统文化表现形式的性质和特点、受益人施行的控制水平和传播程度。

提 要

43. 下表按上文所述情况，对本项分析所采用的结构作了总结。之所以采用这一办法，是为了方便编写和阅读本分析文件。当然，在实践当中，各种问题极少以这种分得十分“清楚”的方式出现。这样做，还可以了解现有知识产权制度中可能存在哪些具体选项为各社区所使用，或可以为其所使用。此外，传统文化表现形式与传统知识形式之间，往往关系密切（见 WIPO/GRTKF/IC/37/6）。因此，如

²⁰ 产权组织，“实况调查报告”；WIPO/GRTKF/IC/3/10 和 WIPO/GRTKF/IC/5/3；WIPO/GRTKF/IC/2/10 和 WIPO/GRTKF/IC/3/15。

果按实际生活中所发生的或可能发生的情况来衡量，所采取的做法难免有些人为的因素。不过，认为采用这种方法和结构可能会为政府间委员会的讨论提供便利。

传统文化表现形式的主题：	希望提供保护：	已知的缺陷：
(i) 文学艺术制品，例如传统音乐和视觉艺术 (ii) 传统文化表现形式的表演 (iii) 设计 (iv) 秘密传统文化表现形式 (v) 土著和传统名称、文字和符号	(i) 保护传统文化表现形式，以免被未经许可加以使用 (ii) 防止侮辱性、减损性和/或文化和精神上的冒犯性使用 (iii) 防止对真实性和来源作出虚假和误导性声明 (iv) 使用传统文化表现形式而不注明来源 (v) 对传统文化表现形式进行防御性保护 (vi) 未经许可披露机密传统文化表现形式或秘密传统文化表现形式	(i) 原创性要求 (ii) 所有权 (iii) 固定 (iv) 保护期 (v) 手续 (vi) 例外与限制 (vii) 防御性保护

三、分 析

A. 国际上在保护传统文化表现形式/民间文艺表现形式方面已有的义务、规定和可能性

文学与艺术作品

44. 传统意义上文学艺术作品是受版权法的保护，国际上这一点具体体现在 1971 年的《伯尔尼公约》、1994 年的《TRIPS 协定》和 1996 年的《产权组织版权条约》。因此，在传统的文学和艺术作品方面，涉及到这些国际文书。

45. 根据这些文书，存在着保护文学与艺术传统文化表现形式的义务、规定和可能性：

- (a) 具有充分“原创性”并有署名作者或合作作者的传统意义上的文学艺术作品，可作为版权作品加以保护。“原创性”在相应的国际条约中并没有明确界定，并且在国内法中也没有总体界定。这个问题往往由涉及到具体情况的各国来决定。我们可以这样讲，总体上如果在一部作品中具有一定程度的智力创作并且没有抄袭他人的作品，那么这部作品就具有“原创性”²¹。总体上看，为满足版权法所规定的原创性的要求，作品需要具备相对较低水平的创造性。某一特定社区的原创性传统文化表现形式，如果不是抄袭他人作品的内容，可能就具有充分的“原创性”。诸如澳大利亚²²、中国²³和世界其他地区的隶属于不同管辖区的案例法均确认²⁴，凡依据以前所存在的传统文学艺术作品或受这些传统作品的启发所进行的改编或演绎而形成的当代传统文化表现形式，都可以作为版权作品受到保护。我们目前在这里所讨论的可以提供的保护，是针对当代的文学艺术作品的，这些作品含有新的元素并且一般说来，作者（或多名作者）仍然在世或是可以识别的²⁵。见下文有关已存在的代代相传（基本上未作改变）的文学艺术作品的“差距”。
- (b) 凡尚未“出版”的作品以及“作者不详”但推定为伯尔尼联盟成员国国民的作品，依据 1971 年《伯尔尼公约》第十五条第 4 款的规定，可作为版权作品予以保护。本条规定纳入了 1967 年《伯尔尼公约》的文本中，旨在为无法确定作者身份的传统表现形式提供保护。国内立法应指定一个“主管机构”代理作者的此类事宜，并可通过向产权组织总干事作出的书面声明通知其他国家。迄今为止只有一个国家——印度发表了此种声明，虽然一些其他国家根据该公约第十五条第 4 款的规定，以立法形式规定了这一保护。我们认为指定一个上述的主管机构、向产权组织送达的声明以及就此向其他成员国发出的进一步通知，都是为切实执行该条规定采取的步骤，但并不是所规定的保护本身的组成部分²⁶。换言之，根据该公约存在着对身份不详作者未出版作品的保护；而指定主管机构并采取后续行动就是旨在为这种保护的实施和执法提供便利。根据《伯尔尼公约》第七条第 3 款的规定，一旦作品“合法向公众提供”，保护期将在 50 年届满。另一方面，公约所规定的 50 年的保护期仅是一种最短的保护期限，成员国可在其国内法中规定期限

²¹ Palethorpe 与 Verhulst, 第 28 页；另见 Ricketson, S. 与 Ginsburg, J. 所著：国际版权与邻接权：《伯尔尼公约》及其以后的国际公约（纽约，2005 年），第 511 页至 514 页。

²² M, Payunka, Marika 等人诉 Indofurn 有限公司 30 知识产权 209；Bulun Bulun 诉 R & T 纺织品有限公司(198)41 知识产权 513。

²³ 北京最高人民法院的判决，案例 No. 246, 2003 年 12 月 17 日。

²⁴ Lucas-Schloetter, 在上文脚注 238 和 301 至 304 页上所引述的案例。

²⁵ WIPO/GRTKF/IC/5/3 和 WIPO/GRTKF/IC/6/3。

²⁶ 可以回顾一下，版权乃是一种自动产生的权利，不取决于任何手续。

更长的保护期（第七条第 6 款）。因此从理论上讲，一个国家可以根据第十五条第 4 款为作品规定一百年甚至一千年的保护期。然而，就国际上的情况而言，该公约第七条第 8 款“保护期限的比较”的规定即可适用，除非国家法律另有规定。这就是说，（i）保护期受提出保护诉求的国家的制约，但是（ii）如果在该国的保护期比受保护作品起源国的保护期更长，则适用期限较短的保护期。在实践中，这就意味着比下限保护期更长的保护期限，只有在两个国家均对较长保护期作出规定的情况下才有可能适用——如果情况不是这样，那么可以适用较短的保护期。该公约第二十条允许缔约国之间签订特别协议，规定此种协议将给予作者比公约赋予的更加宽泛的权利，或规定协议可载有不违反该公约的其他规定。第七条第 3 款则规定，不要求各国保护有理由推定作者已经死亡 50 年的不具名作品。

- (c) 传统文化表现形式的选集、汇编和数据库，无论是以前存在的或者是当代的，本身都可以作为版权作品保护。《TRIPS 协定》和《产权组织版权条约》对此都有明确的规定，不享有版权的资料的汇编作品可作为汇编和数据库进行保护。此外，在某些管辖区内，对数据库有特殊的专门保护。见下文的“登记簿与数据库”。

46. 对所有以版权（见上文自（a）至（c）段）进行保护的这些作品而言：

- (a) 版权所有人将享有使其能够授权或阻止进行与版权保护相关的各种行为的经济权利，其中包括复制、改编、公开表演、发行和向公众传播。
- (b) 作者还享有精神权利：作品的从属、完整性（即阻止他人歪曲其作品的权利）和出版权（即有权决定何时、何地 and 以何种形式出版或不出版作品的权利）。许多人认为精神权利对传统文化表现形式是极其有用的。
- (c) 经济权利将在作者死后延续 50 年，或者在合作作品的情况下，在最后一个生存的作者死后延续 50 年。确切的保护期限取决于国内法的规定。另一方面，精神权利依据国内法则可以无限期延长。
- (d) 依据国际版权法，“固定”是保护的一种要求（因此，“非固定的”绘画和其他诸如人体彩绘和沙雕，原则上依据国际准则是可以保护的）。“固定”的障碍仅涉及到那些（主要是普通法）选择在国家层面把固定作为一项保护要求的国家。此外，多数在使用时容易受到侵害的传统文化表现形式均采用固定方式（诸如视觉艺术、工艺品），在这方面的一种例外情况可能就是传统文化表现形式的活表演或现场表演（有关这方面的内容，见下文的“传统文化表现形式的表演”）。
- (e) 对由一个以上作者创作的作品提供版权保护，条件是这些作者是可以查明的，或者某一法人系版权所有人。
- (f) 版权保护没有任何附加程序。
- (g) 依据 1971 年的《伯尔尼公约》和 1994 年的《TRIPS 协定》，在国际层面实施保护。因此，作为版权作品进行保护的传统文化表现形式，在属于这些文书缔约国的外国，也应根据“国民待遇”的原则予以保护。

47. 应当注意，在许多司法管辖范围内，传统文化表现形式诸如音乐的录音制品是在“相关权”法律下进行保护。关于这种作品：

- (a) 对传统音乐（和诸如传说和谚语等其他传统文化表现形式）录音制品给予的保护源于 1961 年的《罗马公约》、1994 年的《TRIPS 协定》和 1996 年涉及“相关权”的《产权组织表演和录音制品条约》。对录音制品给予的保护为传统文化表现形式提供了间接保护，同时也促进了传统文化表现形式的保存与推广。传统文化表现形式曾一度仅仅通过口头的传统方式进行传播，因此根据要求固定作为版权保护标准的国内法，这种传统文化表现形式就无法受到保护；现在则可以通过在录音制品中的固定进行间接保护。录音制品的相关权利人实际上是录音制品的制作人，因而他们享有复制、发行、出租和向公众提供的专有权。依据《罗马公约》第十二条和 1996 年的《产权组织表演和录音制品条约》第 15 条的规定，在商业性出版录音制品用于广播和向公众传播的情况下，他们还享有获取报酬的任择权利。这种合理的报酬要与其表演被录制的表演者分享（进一步见下文中的“传统文化表现形式的表演”）。根据 1996 年《产权组织表演和录音制品条约》第 15 条的议定声明，依国内实施法律，对于非商业营利目的出版的传统文化表现形式录音制品的制作人，也应授予此种权利（对录音制品中所包含的传统文化表现形式的表演者也可这样做，进一步见下文）。这项议定声明的通过，具体考虑了广播和向公众传播的其他形式对非营利性录音制品的大规模使用这一现实（例如民俗录音制品）。

传统文化表现形式的表演

48. 尽管过去曾有一种观点认为，即使是传统文化表现形式的表演者，根据 1961 年的《罗马公约》亦应受到保护；1996 年的《产权组织表演和录音制品条约》和 2012 年的《北京条约》（尚未生效）则消除了这方面的任何疑虑，该条约目前对“民间文学艺术表现形式”的表演者的权利给予明确保护。1996 年的《产权组织表演和录音制品条约》提供的保护包括了精神权利、各项专有经济权利以及为商业目的出版录音制品录制的表演时可供选择的获酬权。《产权组织表演和录音制品条约》第 15 条的议定声明亦适用于表演者。

49. 对表演者权利的保护期限为自表演在录音制品中固定后至少 50 年。如表演未被固定（诸如现场表演），则保护期就无从谈起，因为保护只能是与现场表演同步进行的行为²⁷。

50. 《北京条约》生效后，将为在电影和电视等视听媒体中录制表演的表演者以及直接在视听制品中录制表演的音乐人提供保护。与 1996 年的《产权组织表演和录音制品条约》相似，2012 年的《北京条约》将为“文学或艺术作品或民间文学艺术表达”的视听表演规定权利。所提供的保护包括精神权利以及一系列经济权利，包括未录制表演的经济权利，复制、发行、出租的权利，提供已录制表演的权利，以及广播和向公众传播的权利²⁸。表演者权利的保护期，自表演录制之时算起，至少持续到 50 年期满为止²⁹。

51. 可以说，传统文化表现形式的表演者依据国际相关权法受到广泛保护，或者至少与其他表演受到同等保护。1996 年的《产权组织表演和录音制品条约》第 5 条至第 10 条为表演者就其表演的声音部分确立了一系列精神权利和经济权利。2012 年的《北京条约》第 5 条至第 11 条为在视听媒体中录制作品的表演者确立了一系列精神权利和经济权利。在国家层面的这种保护的现实范围，取决于这些

²⁷ 1996 年《产权组织表演和录音制品条约》第 5 条和第 6 条。

²⁸ 2012 年《北京条约》第 5 至 11 条。

²⁹ 2012 年《北京条约》第 14 条。

国家在多大程度上批准与实施这些条约。可能需要注意的是，2012 年《北京条约》尚未生效³⁰，有些国家尚未批准 1996 年的《产权组织表演和录音制品条约》³¹。

外观设计

52. 上文许多有关文学艺术制品的分析，也涉及到了外观设计。对较早时期的传统设计进行了大量现代改编的传统外观设计，符合作为工业品外观设计保护的资格，并可以按照工业品外观设计进行注册；其他文献材料引证了有关中国和哈萨克斯坦在这方面的事例³²。另一方面，源于久远过去的原始外观设计或对这些外观设计的复制，将不受保护。不过保护传统外观设计的经验并不多见。

53. 一些成员国已经在《外观设计法条约》草案的背景下提出了一项提案，事关要求公开工业品外观设计中使用或包含的传统文化表现形式、传统知识或生物/遗传资源的产源或来源，作为申请的一项要素³³。

秘密传统文化表现形式

54. 秘密传统文化表现形式的一种行之有效的保护方式即不要对它们进行公开，但案例法表明至少在某些管辖区内，根据普通法秘密传送的信息受到保护，不允许对之进一步公开。在澳大利亚“Fostery诉Mountford (1976 年) 29 FLR 233”案例中，澳大利亚的一个土著社区可以禁止公开有关其圣址、物品和其他对该社区具有浓厚宗教和文化意义的传统文化表现形式以及以良好意愿和秘密向人类学家披露的传统文化表现形式的形象和信息³⁴。有关相关政策方面意见的讨论，请参看下文“政策问题”项下的内容。

55. 普通法规定的这种保护形式，也在从国际知识产权条约到反不公平竞争法的具体保护条款中得到印证（1967 年《巴黎公约》第十条之二和《TRIPS协定》第三十九条），这些条约中包含了禁止公开秘密信息的保护条款。例如，“Foster诉Mountford”案中就以“泄密”作为 1994 年《TRIPS协定》第三十九条提及的“违背诚实商业做法”³⁵的一种形式。

56. 保护秘密信息既不需要任何程序，也不需要社区与接受信息当事人之间的契约关系。但是，土著和其他社区在主张权力方面会遇到实际的障碍，例如有限地获得法律服务和资金筹措的问题。见上文的“操作上的差距”项下的内容。

57. 此外，人类学研究人员和其他人士近期已制定了道德行为守则和规约，这些原则可以有助于避免在 Mountford 案例中出现的对文化造成的伤害（更多内容请见下文的“规约、行为守则、合同和其他实用工具”）。产权组织已在以下网址建立了一个可以进行检索的有关此种守则和规约的数据库：http://www.wipo.int/tk/en/databases/creative_heritage/。

³⁰ 《北京条约》将在三十个有资格的有关方交存批准书或加入书三个月之后生效。截至 2018 年 6 月 25 日，已有 20 个国家交存了文书。

³¹ 截至 2018 年 6 月 25 日，96 个国家已经批准。

³² WIPO/GRTKF/IC/5/3 和产权组织，“分析汇编”。

³³ SCT/35/2。

³⁴ 产权组织，“分析汇编”。

³⁵ 为《TRIPS 协定》第三十九条的目的，“违背诚实商业做法的方式”指“至少诸如违约、泄密和诱使人违约泄密等行为，并包括通过在获得信息时已知、或主要因疏忽而不知涉及了此种做法的第三方来获得未泄露的信息”，见《TRIPS 协定》脚注 10。

土著与传统名称、文字和符号

58. 这里共有两个方面的内容，即：

- (a) 防御性保护：土著社区对非土著公司和个人在贸易过程中使用其文字、名称、外观设计、符号和其他显著性标记并将之注册为商标和/或域名的做法感到关注；以及
- (b) 积极的保护：社区对用作商标、证明商标和集体商标以及地理标志的土著名称、文字和符号进行积极保护。

59. 在防御性保护方面，《巴黎公约》第六条之五规定，“违反道德或公共秩序的，尤其是具有欺骗公众的性质的”，可拒绝注册或使注册无效。在多数国家的国内商标法律中也可以找到相应的规则。

60. 反不公平竞争的一般法律，包括反“假冒”的保护形式，在这方面都可以适用并且也是有用的。

61. 在积极保护方面，对于希望将具有“显著性”的商标进行注册的社区提供了国际原则和程序。商标保护具有潜在的不确定性。若干土著社区也已注册集体商标或证明商标（进一步见下文）以及地理标志³⁶。

B. 国际上在这方面存在的差距，并尽量以具体例子加以说明

文学和艺术制品

62. 我们可以看到以下差距³⁷：

- (a) “原创性”的要求：对以前存在的传统文化表现形式的仿制或再创造的传统文化表现形式，不大可能满足其“原创性”的要求，因而也不大可能作为常规版权作品加以保护。这就是说，其创作者不大可能被赋予经济权利（应当指出，精神权利亦可适用于“公有领域”中的作品，可能还包括以前存在的传统文化表现形式）。此外，就作为常规版权作品受到保护的传统文化表现形式而言，法律没有根据作者的身份进行任何区别，这就是说，即使一个现代民间文学艺术表现形式的作者不属于传统来源地的相关社区的成员，也可以符合原创性的要求。这一点可能会使土著和传统社区感到恼火，因为他们希望阻止或至少是限制不属于相关社区的人享有源于该社区创作作品的版权的能力（见下文“防御性保护”项下的内容）。
- (b) 保护“风格”：我们最常听到的诉求之一就是某一土著作品的“风格”被模仿或盗用。版权法和外观设计法准许对作品中非原创性的元素或原始思想和概念进行仿效，这是一种放之四海而皆准的惯常做法，因为创造需要从其他作品中摄取营养并由此而激发灵感。所以，即使对于传统内容为基础的文化表现形式赋予了版权，版权保护本身也将不会阻止他人运用受保护作品的传统“风格”。只有当一种风格含有原创性的表现形式的时候，风格的元素才会受到保护。此外，反不公平竞争法和普通法对仿冒的侵权行为的规定，也可能有助于解决这方面的问题（见下文）。这些可能涉及到对作为一种保护客体风格

³⁶ 一般而言，关于利用现有知识产权工具保护和促进传统知识和传统文化表现形式，见产权组织，《保护并弘扬您的文化：土著人民和当地社区知识产权实用指南》，2017年。

³⁷ 这里没有把固定要求作为一种“差距”处理，因为这不是国际版权法规定的一项要求。

本身的保护，或者涉及到防范根据对某一风格或具有显著性图像或符号的使用，提出误导性的含义或说明。实际上这一点与以独特“风格”体现或表现的某种传统文化表现形式的声誉相关，即盗用的客体。

- (c) 所有权：在原始和以前存在的传统文化表现形式的情况下，针对作品的版权，某些国家的制度对这类表现形式可能不给予任何保护，因为这些表现形式没有可查明的作者或数个作者；其权利人是寻求保护的某一社区或其他集体。换言之，在一段时间内由身份不明的多个作者集体创造的作品可能不受版权的保护。不过仍然有一种可能性，这就是上文所讨论过的《伯尔尼公约》第十五条第 4 款所提供的保护³⁸。本条规定的缺点包括它是任择性的并且多数国内法未将这一规定列入立法内容。对此类作品的保护期自该作品“合法向公众提供”起至少 50 年。对社区的作用并未明确提及，而是由一个“主管机构”代表作者行使权利。《伯尔尼公约》第七条第 3 款也对该条规定的保护作出了限制，该款指出在合理推定作者已死亡 50 年的情况下，各国无需对匿名作品予以保护。
- (d) 保护期：版权保护的期限通常延续到作者死后 50 年，或者在某些管辖区内延长至 70 年。1971《伯尔尼公约》规定 50 年为最低保护期限，各国可自由选择更长的保护版权的期限。然而，通常不使版权保护期成为无限的规定，乃是版权制度不可或缺的组成部分；这一制度立足于一种理念：保护期是有限的，这样作品才会最终进入公有领域。在许多国内法中，精神权利往往是无限的，在国内法中有关经济权利的保护期存在着若干不同之处。
- (e) 例外与限制：知识产权制度中“公有领域”的要素³⁹在一些土著社区中受到批评和/或对此有所争议，这是一个不为这些社区承认的概念。此外，在版权法中某些特定的司空见惯的例外与限制也遭到批评，认为它们对于传统文化表现形式是不适宜的。这些例外情况比如允许在公共场合长期展示的雕塑或手工艺品可被以照片、绘画和其他方式进行复制而不经任何许可⁴⁰。同样，国内版权法往往允许公共档案馆和图书馆制作作品的复制品并向公众提供。土著社区对此类的例外与限制表示关注。已对版权与相关权保护的期限分别进行了探讨。
- (f) 防御性保护：这里提出的问题涉及到是否应该以及应如何对某些演绎作品进行管理的问题，这些作品是由那些与他们所改编或因此而受到触发的传统与文化材料毫无关联的作者所创造的。这方面的讨论亦可适用于传统外观设计。由于在这方面以前已经进行了广泛讨论⁴¹，来源于公有领域的材料的演绎作品亦可受到版权保护，因为对公有领域的材料已经进行了全新的诠释、安排、改编或汇编；或甚至以数字加强、彩色化处理和类似手段的形式对这些材料进行了“再包装”，从而产生了具有充分“原创性”的全新的独特表现形式。即使作者不属于传统来源地社区的成员，也可以满足原创性的要求。在这

³⁸ 我们经常讨论的解决所有权问题的其他可能性，就是依据版权为匿名作品和合作作品和/或汇编作品提供的保护。但由于这些可供选择的方案通常被看作是不够充分的，所以对这些方案未作进一步讨论。见 WIPO/GRTKF/IC/5/3 和 WIPO/GRTKF/IC/6/3。

³⁹ 见“关于知识产权制度中‘公有领域’这一用语特别涉及传统知识和传统文化表现形式/民间文艺表现形式保护时的含义的说明”，WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8。

⁴⁰ McDonald, I., 见前文引用的著作，第 44 页。

⁴¹ 具体见 WIPO/GRTKF/IC/5/3 和 WIPO/GRTKF/IC/6/3。

方面，社区为寻求一种防御性保护的形式，以拒绝或至少限制不属于相关社区的作者享有源于该社区文化传统的创作作品版权的能力。

- (g) 录音制品和文献的所有权：就传统文化表现形式的录音制品和文献（包括传统表演）而言，一点不足之处就是，上文所谈到的对制作者给予保护，但这些制作人无须并且往往不是相关社区的成员。制作者往往是一个人种音乐学家、民俗学家或其他采风者。土著居民和当地社区有时会争辩说，在其传统文化表现形式被民俗学家或其他实地工作者首次录制或记入文献，或当这些表现形式其后被博物馆、档案馆和其他收藏馆所向公众展示或提供时，它们的知识产权及其利益以及习惯法和土著法所规定的种种权利与利益，没有始终得到充分考虑。民俗学家、采风者、实地工作者、博物馆、档案馆等所从事的活动，对保存、保护、维持和向后代人传播无形和有形形式的文化遗产无疑极其重要，文化机构在这方面也发挥了极有价值的教育作用。这一问题以实际方式显示出上面所讨论的在“保存”和“保护”之间可能出现的紧张局面，因为保存的程序本身可能加剧对缺少保护的关注，并有因疏忽而使传统文化表现形式进入“公有领域”而遭受无谓的利用的风险。国际博物馆理事会（ICOM）等专业性组织和协会与文化机构，已制定了具体做法并编制了有价值的道德和与知识产权相关的行为守则、规约和示范合同以解决这些问题。在网址http://www.wipo.int/tk/en/databases/creative_heritage/上的产权组织可检索数据库中，有许多这方面的规定（见下文“规约、行为守则、合同和其他实用工具”项下的内容）⁴²。

63. 事例：

- (a) 由土著居民绘制的包括岩画艺术在内的各种绘画，已被非土著个人复制在地毯、印花衣服套布、体恤衫、女装和其他服装及贺卡上，其后由这些人进行营销出售。传统美术作品还被作为墙纸在网上提供。土著人的纹身图案也被复制，并用在传统环境之外的其他领域；
- (b) 传统音乐已被采样并以数字方式与工业噪音电子舞曲（“techno-house”）的旋律相融合，从而制作了一种受版权保护的畅销“世界音乐”唱片；
- (c) 为对纪念品市场提供商品，运用普通传统艺术风格的艺术品和工艺品（诸如编织篮子、小型绘画和雕像）被复制、仿制，并在诸如体恤衫、擦拭茶杯用的抹布、餐具店、扑克牌、明信片、杯垫、冷却器、日历和计算机鼠标垫等这些非传统性的商品方面进行大规模生产；
- (d) 一件雕刻品使用了一种神圣的传统标志。雕刻家对这件雕刻品的版权提出权利主张，但社区称他在未经同意的情况下使用了该社区的符号；
- (e) 人种志学的录音制品含有描述入会仪式的敏感材料，这些录音制品被一个文化单位用于教育和商业目的。社区不是这些录音制品的权利所有人，并且依据知识产权法，没有对此提出反对意见的法律依据。

⁴² 传统文化表现形式文献相关问题的其他信息亦可见以下出版物：托尔森和安德森，《知识产权与传统文化保护：博物馆、图书馆和档案馆法律问题与实践选择》，产权组织，2010年；以及产权组织，《传统知识文献编制——工具包》，产权组织，2017年。

传统文化表现形式的表演

64. 正如上文所述，传统文化表现形式的表演受到国际相关权法律的广泛保护，即 1996 年的《产权组织表演和录音制品条约》和 2012 年的《北京条约》，以下几个方面被看作是这种保护形式的缺点：

- (a) 此种保护是为了维护传统文化表现形式的表演者的利益，而不是出于对相关社区利益的考虑，在表演者不是该社区成员的情况下，尤其存在这种弊病。如果表演者属于同一社区，那么很可能出现的情况就是该社区将从这种保护中直接受益；
- (b) 由于 2012 年的《北京条约》尚未生效，依据 1996 年的《产权组织表演和录音制品条约》，目前只有某些声音表演受到保护。这一规定适用于所有的表演，而不仅仅是传统文化表现形式的表演；
- (c) 同样，由于 2012 年的《北京条约》尚未生效，对音像部门表演者的权利有所限制（一般来说，不仅仅限于传统文化表现形式方面）。依据 1961 年的《罗马公约》第十九条的规定，一旦表演者同意将其表演纳入视听固定物，该公约第七条的权利“就不再适用”。这就是说，除固定物的权利之外，对表演者的权利在音像部门是有所限制的；
- (d) 表演一经固定在录音制品中，表演者的权利至少限制在 50 年，或者根据《罗马公约》限制在 20 年内。保护期不涉及未经固定的表演。因此，保护期的问题不被看成是一种“差距”。

65. 事例：由土著居民现场表演的歌曲和舞蹈被制成录像制品，并在其后以 DVD 的形式进行复制或出版并在国际互联网上张贴。

外观设计

66. 就文学艺术制品而言，纯粹古老的外观设计不受保护，因为它们不是“新的”或“原创性的”。此外，对外观设计的保护期限要比版权作品更短。外观设计保护还取决于履行某些手续。

67. 事例：非土著居民复制了在手工编织或手工制作的纺织品、地毯、编织物和服装上的外观设计图案，并使之商业化。

秘密传统文化表现形式

68. 尽管前面指出，《TRIPS 协定》第三十九条和《巴黎公约》第十条之二可以在一定情况下为秘密传统文化表现形式提供充足的保护，但这些规定可能主要适用于工业和商业信息。正如上文提及的 Mountford 案例中所说明的情况，传统文化表现形式的公开往往造成文化与精神方面而不是经济上的伤害。因此，这可能被认为是在对未披露信息和秘密信息提供保护方面的一个差距。

69. 此外，不能肯定的是，出于这种目的，是否所有秘密传统文化表现形式都被看作是“机密的”。许多传统文化表现形式已经在社区内部公开，这种披露涉及到生活在广袤地区的许多人群，并且这些人群生活在一种以上的生活环境中，例如农村和城市生活环境。换言之，有时不是很清楚在哪些圈子中秘密传统文化表现形式可以公开而又不丧失其秘密的属性。

70. 事例：已向一位人类学家披露的秘密信息被该人类学家公开（见上文的 Mountford 案例）。在某些情况中，博物馆、档案馆和其他此类机关会在不经意间披露秘密信息。

土著与传统的名称、文字和符号

71. 在防御性保护的背景下，前文已经提到，在国际商标法中，对存在着因“违反道德或公共秩序，尤其是具有欺骗公众的性质的”商标可拒绝注册或使注册无效的可能性。

72. 尽管这种保护似乎从整体上看是充分的，但仍然存在着某种“差距”，这一点体现在当“违反道德”和“违反公共秩序”依据国内法、条例和案例法执行时，都是比较宽泛的概念，这些规定确定了某一国家公共道德或公共欺诈的适用标准。这些标准在适用于商标申请时，各国国内法之间的差距很大；同样，衡量欺诈或冒犯行为的公共概念之间也有很大差异。对这些概念进行解释，需要商标局工作人员和司法官员酌情进行有价值的判断，这些工作人员和司法官员中的很多人，可能不具备有关土著社区和传统文化表现形式方面的任何具体经验。此外，商标法不会阻止用户不经商标注册，就以“违反道德”、“违反公共秩序”或“具有欺骗公众的性质的”方式使用土著与传统的名称、文字和符号，也不会阻止使用或注册认为不“违反道德”、不“违反公共秩序”或不“具有欺骗公众的性质的”土著与传统的名称、文字和符号（虽然可能适用其他驳回理由）。

73. 在积极保护的背景下，虽然对于希望注册具有显著性的商标的社区，有相应的国际原则和程序，但商标制度不提供全面的保护制度，因为注册与社区相关的所有土著与传统的名称、文字和符号费用过高，令人望而却步。此外，商标法可能要求标志在贸易过程中投入使用才视为有效，这对于神圣和秘密的传统文化表现形式可能是个问题。

74. 鉴于这些理由，一些国家和地区组织已经颁布了专门措施，用于保护传统文化表现形式，防止将之作为商标使用。见下文“现有或可能制定的用于弥合任何可查明差距的国际、地区或国内层面的选项，包括法律和其他方面的选项”标题下的内容。

75. 事例：非土著实体在公司徽标、体育用品、时装、运动队、比赛和玩具、摩托车、武器和酒类制品上对土著文字、名称与标志进行商业性使用。

C. 与确定是否须弥合这些差距相关的考虑因素

76. 有关是否应弥合上述查明的种种差距的决策，需要由参与该委员会工作的人作出。本章内容说明了某些在作出此类决定时希望考虑的问题和因素。

是否要在国际、地区、国家和/或地方层面弥合这些差距

77. 其中的一项考虑就是差距可能的程度或是否需要弥合。尽管其他方面差距可能在地区、国家和/或地方层面解决，但某些差距可能需要借助某种类型的国际文书的方式在国际层面上加以解决⁴³。这项文件在成员国希望通过的文书类型方面并未涉及现有选项的范围，这一点已在文件 WIPO/GRTKF/IC/12/6 中进行了充分讨论。

立法、实践、能力建设

78. 可以通过立法行动弥合差距问题（无论是在国际、地区或国家层面颁布新的法律标准，或对现有的标准进行改进）；发展实用工具（例如提供示范性补偿/利益分享合同或研究议定书或者制定许可方案）和/或通过能力建设（诸如加强社区与第三方进行更加平等的谈判的能力）。

⁴³ 见有关可能采用的一项国际文书的一系列选项，WIPO/GRTKF/IC/12/6。

法律与政策环境

79. 一种考虑可能涉及到在其他论坛开展保护传统文化表现形式主题的讨论的程度，或者在多大范围上依据其他政策领域的法律文书，传统文化表现形式已经成为保护的客体。例如，联合国教科文组织的两项公约涉及到传统文化表现形式的主题，这就是在以前的文件中所讨论的 2003 年《保护非物质文化遗产公约》和 2005 年《保护和促进文化表现形式多样性公约》。有关传统文化表现形式的保护问题，还在某些人权与土著问题论坛上进行了讨论，《联合国土著居民权利宣言》提供了有关保护传统文化表现形式的表达方式⁴⁴。有关独立国家土著和部落人口问题的国际劳工组织 169 号公约也与此相关。这些不同的政策进程如何能彼此相辅相成，乃是另外一个需要考虑的因素。

80. 产权组织内部政策环境也是直接相关的。产权组织发展议程的内容之一就是“在不损害任何成果的条件下，促请政府间委员会加速保护遗传资源、传统知识与民间文学艺术的进程，包括可能制定一项或多项国际文书。”

政策问题

81. 参与委员会工作的人员还希望审议为什么会首先产生这些差距，以及处理这些差距的政策执行问题。

82. 对传统文化表现形式的可能的保护提出一系列复杂的文化、经济、社会和与贸易相关的问题。以前的文件已在一定程度上讨论了政策问题⁴⁵。

83. 就知识产权政策而言，对传统文化表现形式是否保护，可以从这种保护对促进与保护创造和创新以推动可持续经济发展、推动当地和农村社区发展所产生的影响的角度来进行评估。从相关知识产权制度的核心政策理念的角度，可以对给予传统文化表现形式的无限保护或对“风格”保护的要求，进行有价值的评估。此外，发展审视知识产权保护和传统文化表现形式的适宜政策框架的有机组成部分，就是要更加明确地了解所谓“公有领域”的作用、概要和范围以及对保护传统文化表现形式的“公有领域”的影响⁴⁶。一个关键性的政策挑战，是需要协调对传统文化表现形式的任何新的保护与现行的知识产权制度和其他制度之间的关系。

84. 然而，传统文化表现形式的保护还涉及到其他重要的政策领域。参与该委员会工作的人员可能希望审议与传统文化表现形式的保护相关的下述问题：维护与保存文化遗产；言论自由；尊重土著和其他传统社区的权利、利益和诉求；承认习惯法、规约和做法；获取知识与“公有领域”的范围；应对多元文化的挑战；以及促进文化多样性，其中包括语言的多样性，并推动获取文化表现形式多样性的进程。

经济、文化与社会目标

85. 如我们在前面所讨论的，明确应对这些问题的政策举措，使我们意识到需要清晰地了解保护传统文化表现形式旨在实现的广泛的经济、文化与社会目标。以前的文件业已明确了一系列试图通过传统文化表现形式的保护进行梳理的各目标，例如：

- (a) 承认传统文化表现形式的价值；
- (b) 增进对传统文化表现形式的尊重；

⁴⁴ 以文件 WIPO/GRTKF/IC/12/INF/6 的方式向该委员会提供了上述宣言。

⁴⁵ WIPO/GRTKF/IC/5/3 和 WIPO/GRTKF/IC/6/3 和 WIPO/GRTKF/IC/7/3。

⁴⁶ 见产权组织文件 WIPO/GRTKF/IC/5/3 第 22 至 33 段，及其后的文件。

- (c) 满足各社区的实际需求；
- (d) 防止盗用传统文化表现形式以及对传统文化表现形式冒犯性、贬损性的和未经授权的使用；
- (e) 赋予各社区权利；
- (f) 维护惯例和社区合作；
- (g) 协助维护传统文化；
- (h) 鼓励社区创新与创造；
- (i) 以公平的条件促进思想与艺术自由、研究和文化交流；
- (j) 推进文化多样性；
- (k) 推动社区发展与合法贸易活动；
- (l) 防止未经授权的知识产权；
- (m) 提高确定性、透明度与相互信任；
- (n) 控制在传统和习惯背景之外使用传统文化表现形式的方式；
- (o) 促进在自由事先知情同意的情况下使用传统文化表现形式产生的惠益的公平分享；
- (p) 承认第三方已经获得的权利，并规定法律上的确定性和丰富且易于获取的公有领域；
- (q) 帮助防止对传统文化表现形式错误授予知识产权。

特定的技术与法律问题

86. 委员会成员还希望评估弥合已查明的特定技术和法律问题方面存在的差距，因为这些问题对审议知识产权和传统文化表现形式是必要的。这些问题是：

- (a) 利用知识产权保护传统文化表现形式应实现的目标是什么？
- (b) 应保护哪些传统文化表现形式？
- (c) 谁应受益于此种保护，或谁应是可受保护的传统文化表现形式的权利所有人？
- (d) 哪些形式的与可受保护的传统文化表现形式相关的做法或行为应视为不可接受或非法的？
- (e) 对于可受保护的传统文化表现形式，是否应有例外与限制？
- (f) 应给予多长的保护期？
- (g) 是否应有相关手续（如审查和登记）？
- (h) 应当如何管理这些权利？
- (i) 对于视为不可接受或非法的做法或行为，应适用哪些制裁和处罚？
- (j) 新认可的传统文化表现形式中的权利是否应有追溯力？
- (k) 应如何对待外国权利人/受益人？

操作上的问题：权利的管理与遵守

87. 保护在实践中应当是可行和可以实施的，从传统社区的观点而言，情况尤其是这样；并且不当给权利持有人或管理者造成过于沉重的管理负担。人们广泛地认识到，对传统文化表现形式的保护必须提供适宜的技术援助、提高能力的举措，并为符合社区意愿的文献提供支助。

D. 在国际、地区或国家层面现有的或可能制定的弥合任何已查明的差距的选项，包括法律和其他方面的选项

88. 一种选项就是要颁布一项专门、独立的法律，为传统文化表现形式提供保护，这项法律弥合了我们所识别的常规的知识产权法律中存在的种种差距。一些国家和地区组织已经颁布了此类法律。许多国家在其版权立法框架内为传统文化表现形式提供了专门保护；其他国家则在另外的立法中对传统文化表现形式主题提供了类似于知识产权的保护，例如，维护文化遗产和贸易惯例的立法。在产权组织网站上提供了这些法律的案文⁴⁷，在该委员会以前的文件中已对其中的许多案文进行了分析和比较⁴⁸。这些法律和举措可以全面弥合我们所查明的差距，并提供直接针对传统文化表现形式的完整保护形式。例如，可能对未明确保护的共有权作出了规定。是否颁布此种法律乃是成员国的一项政治和政策决议。在作出决定时，要考虑到上面所提出的各种政策、操作和技术层面的因素。

89. 这一部分内容的重点，主要是侧重于对有关的现行知识产权法律以及弥合特定差距的非法律性选项进行的具体调整与改进。这些调整与改进，从满足传统文化表现形式持有人的特殊需求以及针对传统文化表现形式的特定品质这一意义上来说，具有特殊性。这些选项不一定是相互排斥的。

文学艺术制品

承认共有权与利益

90. 法院已经准备承认版权作品中的共有利益。在澳大利亚的“Bulun Bulun诉R & T 纺织品 (Pty) 有限公司 (1998) 41 IPR 513”的案例中⁴⁹，法庭认为土著社区准许一位个体土著艺术家依据传统法和习俗的要求创造一件艺术作品，该艺术家负有采取行动保护社区文化完整性的受托义务。该艺术家与社区之间作为一种相互信任与信赖的关系，产生了上述受托义务。习惯法系显示这种关系特征的实际环境。由于这种受托关系，该社区的基本权利就是在该艺术家违反其义务的情况下，可采取行动阻止艺术家行使其受托义务。

共有的精神权利

91. 精神权利（表明作者身份和反对损害行为）可以满足许多涉及传统文化表现形式的的需求，并在保护期限方面具有潜在的不确定性或无限性。（见上文）。然而，精神权利象版权所规定的经济权利一样，是与某个可以确定身份的作者或多个作者相联系的。共有精神权利可能成为继续进行探讨的一种途径。在 2003 年，上一届的澳大利亚政府公布了一项有关土著共有精神权利（ICMR）法案的征求意见稿，这份草案旨在保护土著社区的文化利益⁵⁰。ICMR被看作是土著居民防止对其传统、习俗和信仰的作品、绘画采取损害行为的可能手段。拟议的法律草案的部分内容受到土著居民和其他利益相关者的批评。但法案尚未通过成为法律。

⁴⁷ <http://www.wipo.int/tk/en/databases/tklaws>。

⁴⁸ WIPO/GRTKF/IC5/INF 3, WIPO/GRTKF/IC/5/3 和产权组织，“分析汇编”。

⁴⁹ 见 Janke, Terri, 《思想文化——传统文化表现形式的保护》，产权组织委托撰写。

⁵⁰ 见澳大利亚代表团的发言（WIPO/GRTKF/IC/5/15 第 131 段）。

92. 值得我们回顾的是，在许多国内法中，精神权利的保护，可以并且往往是无限期延续的。实际上，在作品进入公有领域以后，精神权利继续适用，这一点也包括以前存在的传统文化表现形式。

明确《伯尔尼公约》第十五条第 4 款的范围

93. 《伯尔尼公约》第十五条第 4 款在实践中的使用非常有限。所以可能很值得我们在这里探讨一下相关的理由。在该委员会进行的讨论建议，一种可供选择的方案就是对《伯尔尼公约》第十五条第 4 款进行重新审议，并探讨对这一规定进行改进的选项⁵¹。

94. 这些选项可能包括对下述方面作出的澄清：(i) 根据该条规定进行的保护亦可延及“已版的”作品；(ii) 适用于第十五条第 4 款作品的保护期是最低保护期，如愿意，成员国可自由适用更长的保护期，条件是这种保护期是有限的，以及 (iii) 提及的“主管机构”可包括社区依据国内法建立的一个机构或这些社区享有充分话语权的某些其他机构。

95. 保护期不是无限的，从而作品最终可以进入公有领域；这一点被广泛看作是在版权制度内部保持平衡的不可或缺的因素。但也有些例外情况，在许多国内法中，精神权利是无限的。出于慈善事业利益的考虑，根据《联合王国版权法》，《彼得·潘》这部著名作品的版权永久存在。欧盟的某些成员国赋予了较长的保护期，旨在抵消两次世界大战对作者作品使用的影响，为保护以前未出版的作品，还有些特殊规定⁵²。

96. 没有对《示范条款》、《巴拿马法》和《太平洋地区框架》规定期限。已建议保护可限于“前瞻性的”保护期，并建议可对传统文化表现形式再保护 150 年⁵³。此外，还建议最长的保护期可与社区存在的时间挂钩。这就会出现类似于商标侧重于目前使用的情况。这样，一旦查明的传统文化表现形式所属的社区不再使用它们，或该社区不复以一个确定的实体继续存在，则对该传统文化表现形式的保护就此失效⁵⁴。

付费公有领域

97. 一些国家采用了这种制度。根据这一制度，对进入公用领域的作品也需要支付费用，收取的费用往往上交国家文化基金或类似的基金组织。这种方法为使用传统文化表现形式付酬（前提是这些作品被认为属于“公有领域”），但这并不妨碍其他人对传统文化表现形式的使用。这种方法因而可以被描述成是一种“先使用，后付钱的”的计划。有些人批评这种方法确立了一种永久性的版权，从而使作品被排除在创造性的圈子之外。一种更为普遍的类型方法被称之为一种“补偿责任制度”。

孤儿作品

98. “孤儿”作品系指作者未知或不详的版权作品。传统文化表现形式通常被看作是从未有过版权意义上的作者的作品，因此作品本身并非具有“孤儿”的身份。此外，土著社区可能会对指称其传统文化表现形式是“孤儿”这一点比较敏感，因为作品是社会性和集体创造的；社区还会争论说，这些作品确有可以鉴定的作者身份，虽然是集体性的。然而，就传统文化表现形式而言，情况往往是不存在一个可确定身份的作者所创造的经固定的单一表现形式。人们可以争辩说，某一传统文化表现形式与“孤儿”作品相类似，故而法律或目前涉及无法确认作者身份的提案可以为传统文化表现形式的保护提供意见或选项。

⁵¹ 见意大利代表团和巴西代表团在该政府间委员会第十二届会议上的发言。

⁵² 欧盟指令 93/98/EEC，序言六和第 4 条。

⁵³ 见 WIPO/GRTKF/IC/5/15 第 37 段。

⁵⁴ Scafidi, S., “知识产权与文化产品”，81 *B. U. L. Rev.* 793。

99. 一些司法管辖范围正在考虑或已经通过立法。例如，加拿大就已实施这方面的立法，法律制定了允许使用已发表作品的强制许可计划，由国家版权机构代表未确定身份的版权所有人发放使用许可⁵⁵。2012 年，欧盟通过了“孤儿作品指令”⁵⁶，为其成员制定了孤儿作品数字化和在线展示的共同规则。在美利坚合众国，版权局审查了孤儿作品的问题，并在 2015 年 6 月发布了分析结果，建议使用有限责任模式⁵⁷。

转售权

100. 在《伯尔尼公约》（第十四条之三）对转售权（追续权）作出了可供选择的规定，只有部分而不是所有的管辖区都对此予以承认。这些不可剥夺的权利可以使艺术家（或者他或她的继承人）在一件艺术作品被艺术市场的专业人员（拍卖人、画廊或其他艺术中间商）转售时，可从该艺术作品的销售价格中分得一定比例的报酬；这种做法的目的就是要在艺术家创作的作品升值时，这些艺术家也可以在经济上有所收益。欧洲联盟在 2001 年颁布了一项有关这一问题的指令，以此统一了欧盟成员国在转售权方面的方法⁵⁸。该指令要求每一个欧盟成员国颁布立法，在艺术家的有生之年及死后七十年这一期限内，赋予艺术家按高低浮动的比例从其作品的转售收益中获取一定比例、有一定上限的利益的权利。若干拉丁美洲国家和非洲国家也采用了转售权。转售权还可以被用来作为一种利益分享机制，把拍卖公司销售土著艺术品的收益部分转给土著艺术家，条件是这些艺术家被视为“作者”，并且其传统文化表现形式是受版权保护的，而通常情况也正是这样⁵⁹。

使用显著性标志和反不公平竞争原则打击盗用与传统文化表现形式相关声誉（“风格”）的行为

101. 这方面的选择包括：

- (a) 反不公平竞争法和普通法的假冒侵权法：传统文化表现形式显著独特的“风格”，往往含有或体现了与某种传统文化表现形式相关的声誉，这正是被盗用的客体。在这方面的保护包括防止对“真实性”或与社区的关联或认可提出的虚假诉求。不公平竞争法和普通法的仿冒原则也会对此有所帮助。这些可能关系到作为保护客体的风格本身的保护，或者涉及到防止根据使用某种风格或显著性的图像或符号进行的误导性诠释。这一讨论亦可适用于传统的外观设计。
- (b) 证明商标：若干国家的土著社区已注册了证明商标和/或集体商标或“真实性标签”，这些国家有澳大利亚、新西兰、加拿大、美利坚合众国（阿拉斯加）、日本⁶⁰、巴拿马、斐济⁶¹。
- (c) “广告的真实性”与标签法：美国 1990 年的《印地安艺术与工艺品法》（IACA）为美国本土工匠提供保护，方法是经印地安艺术与工艺品委员会授权，确保本土工匠的印地

⁵⁵ 《加拿大版权法》第 77 条，见 <http://www.cb-cda.gc.ca/info/act-e.html#rid-33751>。

⁵⁶ 关于允许使用孤儿作品的某些情况的指令，2012 年。http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works/index_en.htm#maincontentSec1。

⁵⁷ <https://www.copyright.gov/orphan/>。

⁵⁸ 关于原创艺术作品作者利益的转售权指令，2001 年。

⁵⁹ 关于转售权，见 Farchy, J. 和 Graddy, K, “艺术家转售权的经济影响”，文件 SCCR/35/7。

⁶⁰ 由日本大分县发起的一个村庄一种产品的倡议，使用了一种证明制度。从日本推出一个村庄一种产品的倡议以来，泰国、印度尼西亚、老挝和柬埔寨已采用了这项举措。

⁶¹ 见“分析汇编”。

安手工制品的真实性。IACA是一部“诚信营销”的法律，防止销售以“印地安人制作”的名目而实际上并非由印地安人制作产品的商品，这部法律已对此作出了规定⁶²。

- (d) 地理标志：委员会的若干成员强调了在这一领域中潜在使用地理标志的问题。某些传统文化表现形式，诸如使用天然资源制作的手工艺品，可能符合作为“商品”的条件，这些产品可以由地理标志进行保护。此外，某些传统文化表现形式本身可能就是地理标志，诸如土著与传统的名称、标记和其他标识。在有关传统文化表现形式和相关的传统知识方面，葡萄牙、墨西哥和俄罗斯联邦已经提供了将之注册为地理标志的相关例证⁶³。
- (e) 反不公平竞争或贸易惯例法：不公平竞争法的一般原则载于《巴黎公约》第十条之二并纳入了《TRIPS协定》。在该委员会的讨论中，人们已经承认这些一般性原则是有价值的。此外，依据特定的贸易惯例法，澳大利亚的一家公司被禁止继续将其一系列手绘或手雕的土著东方纪念品，描述为或说成是“原住民艺术”或“真实性的”，除非有理由相信这件艺术品或纪念品是由原住民血统的个人绘制或雕刻的。由于该公司表示其部分手绘的原住民风格的纪念品是“真实的”、“经认证为真实的”和/或“澳大利亚原住民的艺术”，这些说明可能对顾客造成误导，因为多数当地艺术家制作的纪念品并非出自原住民或具有原住民血统的人士之手；为此对这家公司提起诉讼⁶⁴。

演绎作品和对文学艺术制品的防御性保护

102. 这就提出了一系列在以前文件中已详细讨论过的基本政策问题⁶⁵。

103. 与传统文化表现形式相关的一些法律和文化政策问题，可能集中在是否就传统文化表现形式授予一项改编权以及可能适宜的例外与限制。改编权适用于根据传统文化表现形式创作的演绎作品：这些作品可以独立地符合作为原创性作品的版权保护资格。改编权可允许社区或其他权利持有人禁止或授权此类演绎作品，或者作为一种备选方案，当作品是从社区的传统文化表现形式派生而来的情况下，可对其使用收取合理的报酬。如没有这种改编权，社区就无法根据类似于知识产权的制度，对其文化材料和传统的使用进行控制。是否授予改编权还与“传统文化表现形式”的确切含义密切相关。

104. 应当注意的是，无视不属于社区成员作者的此类演绎作品的版权，会挫伤创造性并在属于社区和不属于社区的作者之间造成不公平的现象。一种选项可能是要求外部作家告知社区，其传统的文化内容被用作创作的素材，对版权的使用进行利益分享并且/或尊重所使用的重要传统的精神权利。

规约、行为准则、合同和其他实用工具

105. 诸如规约、行为准则和合同这些实用工具在弥合保护传统文化表现形式的差距方面，可以发挥富有价值的实际作用。一些土著社区已发展了他们自己与知识产权相关的规约和使用许可，用于满足获取和使用传统文化表现形式的外部请求；一些文化机构和专业社团也已经制定了道德规范和与知识产权相关的行为守则和示范合同。诸如此类的实用工具对补充和/或明确成文法或普通法所提供的保护方面发挥了非常有价值的作用，这一点体现在它们满足了社区的各种需求和意愿，其中包括对其习惯法的要素的承认。为了使这些实用工具在实践中真正发挥有效作用，除提供这些工具之外，还必须辅以旨在加强社区谈判、起草、订立和执行规约以及合同方面能力的能力建设活动。

⁶² WIPO/GRTKF/IC/3/10, 第 122(i)段。

⁶³ 见 WIPO/GRTKF/IC/5/3。

⁶⁴ 进一步见 WIPO/GRTKF/IC/5/3。

⁶⁵ 特别见 WIPO/GRTKF/IC/5/3 和 WIPO/GRTKF/IC/6/3。

106. 产权组织的创造性遗产项目⁶⁶，是针对在传统文化表现形式被录制、记入文献和数字化时进行知识产权管理这一特定需要的举措。这一能力建设项目为社区和博物馆、档案馆以及其他文化机构提供了与知识产权相关的培训、信息和咨询。产权组织 2010 年出版了面向博物馆和其他机构的参考书，名为《知识产权与传统文化保护：博物馆、图书馆和档案馆的法律问题和实用选择》⁶⁷。本项目已为社区提供了文化文献记载、归档和知识产权管理方面的培训。面向肯尼亚莱基皮亚的马赛社区的培训计划实验项目于 2008 年 9 月举行⁶⁸。2011 年，该计划与牙买加的 Maroon 和 Rastafari 社区合作开展，并借鉴了从马赛社区汲取的经验教训。培训由产权组织与美洲民俗文化中心在华盛顿的国会图书馆和位于北卡罗来那州的杜克大学的文献研究中心协作举办。该项目已建立了一个供社区、博物馆和其他机构、专业协会和其他组织使用的规约、行为守则和示范合同的公共、可检索数据库，数据库的网址为 http://www.wipo.int/tk/en/databases/creative_heritage/。其他资源包括对博物馆与档案馆在管理知识产权问题方面的经验进行的调研⁶⁹。

登记簿与数据库

107. 传统文化表现形式的登记簿、盘存、数据库和清单在其法律保护方面可以发挥作用。然而，用于维护文化遗产和推广计划的传统文化表现形式的录制与数字化即使可能很有价值，也可能在不经意间使传统文化表现形式遭受未经授权的使用与利用的厄运。在传统文化表现形式的录制、数字化和传播期间，对知识产权进行战略性的管理乃是必要的（见上文的创造性遗产项目）。

108. 登记簿、盘存、数据库和清单特别可以对以下方面提供服务：（i）保存并维护传统文化表现形式；（ii）作为创造者和企业家的一种资源；（iii）查明可能对传统文化表现形式进行利益分享和享有权利的社区；（iv）提供各种手段，借此可以获得或记录传统文化表现形式的主动权利；以及（v）可以作为通过对数据库专门保护的方式获取传统文化表现形式的保护机制。登记簿无须体现所有寻求保护的传统文化表现形式，从这一意义上说，登记簿可以是非穷尽性的。传统文化表现形式的某些文献形式，还可以作为仅为社区保留的某种机密传统文化表现形式或秘密传统文化表现形式的记录。

集体管理

109. 对权利管理的相关挑战，现行的集体管理组织可能是一种管理传统文化表现形式权利的实用手段。委员会成员⁷⁰和集体管理组织本身已表示有兴趣进一步探讨这种可能性⁷¹，不过其他人则对建立可能会妨碍作者、艺术家和出版商对传统文化表现形式正常使用的管理机构感到关注。

传统文化表现形式的表演

110. 对传统文化表现形式的表演，已给予了与对其他表演提供的同等保护。例如，1996 年《产权组织表演和录音制品条约》第 5 至第 10 条和 2012 年《北京条约》（条约尚未生效）的第 5 至 11 条为表演规定了一系列精神权与经济权。规约、行为守则和合同这类实用工具，还可以在这一领域发挥有价值 and 切实可行的作用。

⁶⁶ 见 <http://www.wipo.int/tk/en/folklore/culturalheritage/index.html>。

⁶⁷ http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/1023/wipo_pub_1023.pdf。

⁶⁸ 见 Wendland，“管理数字化土著音乐中的权利”，《WIPO 杂志》，2016 年 10 月，http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2016/05/article_0003.html。

⁶⁹ <http://www.wipo.int/tk/en/resources/surveys.html>。

⁷⁰ GRULAC（WIPO/GRTKF/IC/1/5，附件二，第 5 页）。

⁷¹ 诸如国际影印复制权利组织联合会（IFRRO）。

外观设计

111. 这方面的内容，可见上文文学艺术作品项下的内容，特别是“利用反不公平竞争原则打击盗用与传统文化表现形式相关声誉的行为，包括‘风格’和‘演绎’作品以及对文学艺术作品的防御性保护”标题下的内容。此外，诸如规约、行为守则和合同这类实用工具在弥合保护传统文化表现形式差距方面，可以发挥非常有价值和切实可行的作用。

秘密传统文化表现形式

112. 下述做法对弥合上文已查明的差距具有可选择性：

- (a) 允诺禁止反言：允诺禁止反言原则是在第二方合理地依赖于另一方的承诺并据此行事的情况下，防止另一方反悔对第二方的承诺而对其造成伤害。例如，某一社区依据研究人员向其作出的不公开任何向该研究人员披露的秘密信息的口头承诺，就能够利用这一准则防止该研究人员披露这些信息。这一做法可以成为处理诸如 Mountford 案例的另一个依据。这一准则的使用还可以保护那些不见得具有商业价值的信息。
- (b) 规约、合同、许可方式：见上文的讨论。这些切实可行的工具对管理秘密传统文化表现形式的获取，也会是十分有用的。
- (c) 登记簿与数据库：见上文的讨论。保密登记簿与数据库也可以服务于保护传统文化表现形式的目的，登记簿与适宜的合同和许可方式相辅相成，根据社区规定的条件可用于管理传统文化表现形式的获取与使用。

土著与传统名称、文字和符号

113. 在防御性保护方面，某些地区组织和国家已采取措施防止在未经许可的情况下将土著标志作为商标进行注册。这些属于国家措施或在某一地区组织中适用的举措，可以在更广的范围内采用。在以前的文件中已对这些内容作出了详细报告并还包括下述内容，例如：

- (a) 安第斯社区委员会的第 486 号决议第 136 条 (g) 款规定：“对其在贸易中的使用可能不适当地影响到第三方权利的标记，可不予注册，特别是在下述情况下不予注册：它们含有土著、非洲—美洲社区的名字、名称、文字、字母、特征或用于区别其产品、服务的标记或其加工的方法、或构成这些社区文化或实践的表现形式；社区本身提出的申请或经社区明确同意的情况除外；”
- (b) 美国专利与商标局为涵盖美国所有各州和联邦承认的美国原住民部落的正式徽记而建立了一个综合性数据库⁷²。美国专商局可以拒绝登记提出申请的任何谎称与某一土著部落或该部落保持的信仰相关的商标⁷³；以及
- (c) 《新西兰商标法》规定如在某一商标的使用或注册被认为可能冒犯社区某一重要组成部分（包括该国的土著居民——毛利人）的情况下，可拒绝其使用或注册⁷⁴。

[后接附件二]

⁷² 见 1999 年 9 月 30 日的“关于美国原住民部落正式徽记的报告”。

⁷³ 同上，第 24-26 页。

⁷⁴ 该法见：<http://rangī.knowledge-basket.co.nz/gpacts/public/text/2002/an/049.html>。

预期保护内容	A. 现有保护	B. 差距	D. 可选方案
文学艺术制品	<ul style="list-style-type: none"> • 对传统文化的当代表现形式进行版权保护 • 《伯尔尼公约》第十五条第 4 款 - 对佚名作者未发表的作品进行版权保护 • 传统文化表现形式的采集、汇编和数据库 • 传统文化表现形式的录音和文献 	<ul style="list-style-type: none"> • 基于先前存在传统文化表现形式的传统文化表现形式不可能满足“原创性”要求 • 版权法保护作品的特定表达，但不保护潜在的想法，这可能使保护“风格”变得困难 • 没有明确的社区权利保护 • 保护期有限 • “公有领域”及其他例外与限制 • 派生作品、改编和防御性保护 • 录音和文献的权利 	<ul style="list-style-type: none"> • 承认社区权利 • 社区精神权 • 澄清《伯尔尼公约》第十五条第 4 款 • 付费公有领域 • 孤儿作品 • 转售权 • 利用反不正当竞争原则，处理盗用传统文化表现形式声誉（“风格”）的行为 • 文学艺术制品的派生作品和防御性保护 • 规约、行为守则、合同及其他实用工具 • 专门、单独的法律 • 注册簿和数据库 • 集体管理

预期保护内容	A. 现有保护	B. 差 距	D. 可选方案
传统文化表现形式的表演	<ul style="list-style-type: none"> • 1996 年《产权组织表演和录音制品条约》提供的保护 • 2012 年《北京条约》（条约尚未生效）提供的保护 	<ul style="list-style-type: none"> • 对已录制表演的保护期有限 	<ul style="list-style-type: none"> • 规约、行为守则、合同及其他实用工具 • 专门、单独的法律
外观设计	<ul style="list-style-type: none"> • 当代设计享有工业品外观设计保护 • 传统外观的采集、汇编和数据库 	<ul style="list-style-type: none"> • 早已存在的设计不受保护 • 对设计的保护期有限 • 手续 	<ul style="list-style-type: none"> • 利用反不正当竞争原则，处理盗用传统文化表现形式声誉（“风格”）的行为 • 规约、行为守则、合同及其他实用工具 • 专门、单独的法律 • 注册簿和数据库

C. 相关考虑因素:

- 可能或需要从哪一层次来弥合有关差距（国际、区域、国家和/或当地各个层面）
- 选择采取哪些措施来弥合差距（立法行动、开发实用工具、能力建设）
- 其他国际论坛对传统文化表现形式的保护客体进行的讨论已达到何种程度，以及哪些传统文化表现形式已成为其他政策领域有关法律文书的保护客体
- 政策影响
- 经济、文化和社会目标
- 具体的技术和法律问题
- 操作上的问题：权利管理和遵守情况

[附件二和文件完]