

WIPO

世 界 知 识 产 权 组 织
日 内 瓦



WIPO/GRTKF/IC/9/4

原文：英文

日期：2006年1月9日

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

第九届会议
2006年4月24日至28日，日内瓦

保护传统文化表现形式/民间文艺表现形式： 经修订的目标与原则

秘书处编拟的文件

目 录

- 一、导 言
 - 二、内容或实质
 - 三、形式或地位
 - 四、程 序
 - 五、结 论
- 附 件：

保护传统文化表现形式/民间文艺表现形式经修订的规定草案：政策目标和
核心原则

- 一、政策目标和说明
- 二、指导原则和说明
- 三、实质性条款和说明

一、导 言

1. 知识产权与遗传资源、传统知识和民间文艺政府间委员会(下称“委员会”), 依据 WIPO 过去数十年间在保护传统文化表现形式(TCEs)/民间文艺表现形式(EoF)方面开展的工作、其对现有国家和地区法律机制以及现有知识产权(IP)及其他法律规定的保护形式进行的全面分析、所广泛开展的社区磋商和实地考察与案例研究以及对国际政策和法律环境进行的调查, 广泛审查了保护传统文化表现形式/民间文艺表现形式的法律和政策选项。

2. 在第六届会议上, 委员会经对保护 TCEs/EoF 的各种法律和政策选项(文件 WIPO/GRTKF/IC/6/3 和 6/3 Add.)进行讨论, 决定编写一份关于保护 TCEs/EoF 的政策目标与核心原则的概览性文件。根据委员会的指示, 当时提供了有关材料的草案, 供委员会在第七届和第八届会议上审议, 具体如下:

(i) WIPO/GRTKF/IC/7/3, 提出了目标与原则的初步草案, 由委员会在第七届会议上进行了广泛的审查;

(ii) 委员会设立了闭会期间提意见程序, 并收到众多成员国和委员会观察员发表的大量意见;

(iii) WIPO/GRTKF/IC/8/4, 将成员国和委员会观察员发表的意见纳入目标与原则草案中, 并由委员会在第八届会议上进行了广泛的审查。

3. 文件 WIPO/GRTKF/IC/7/3 认为, 这些目标与原则草案将是“保护 TCEs/EoF 方面可能的实质性要件, 至于其在国际、地区和国家各级可能具有的背景和法律地位, 目前不作定论, 并因此将促成成员国将来对这些问题作出决定。”文件中的材料, “对委员会而言, 从本质上讲并非新材料, 只不过是将从 TCEs/EoF 保护方面已由委员会广泛讨论的现有法律机制和大量实际经验加以提炼和整理而已, 而且基本利用了委员会自身的讨论情况和委员会收到的各类材料。”因此, 特借鉴委员会前几届会议大量调查过的处于各经济发展水平的许多地区的国家和社区, 在保护 TCEs/EoF 方面已有报道和文字记录的国家或地区经验, 编拟了本文件。

4. 本文件中包括以下方面的草案:

(i) 政策目标, 可以为该保护确定共同的总方向, 并提供一以贯之的政策框架;

(ii) 总指导原则, 可以确保实质性原则一致、平衡、有效; 以及

(iii) 具体的实质性原则, 可以从法律本质上确定保护范围。

5. 委员会决定将处理国际层面的工作与其在 TCEs 保护方面的工作紧密结合起来。WIPO/GRTKF/IC/6/6 和 WIPO/GRTKF/IC/8/6 这两份互补性文件中列有对委员会工作中的国际层面提出的各种考虑。该两份文件是作为信息资源提供给委员会的, 并与委员会的工作具有潜在的相关性。例如, WIPO/GRTKF/IC/8/6 中提供的信息可能与本目标与原则草案所处的国际背景相关。

6. 委员会成员普遍支持将WIPO/GRTKF/IC/7/3 所载的目标与原则作为继续开展保护TCEs/EoF工作的依据。¹根据第七届会议上所发表的大量意见，以及委员会众多参与者在委员会设立的闭会期间提意见程序中发表的意见和具体措词建议，随后又编制了该文件的一份经修订的版本。该经修订的版权已作为WIPO/GRTKF/IC/8/4 的附件分发。

7. 在委员会第八届会议上，一些代表团支持将经修订的条款(WIPO/GRTKF/IC/8/4)作为继续开展工作的依据(当然并不意味着该文件就一定合适或接近最终形式)，而一些代表团却对进一步就经修订的这些具体实质性原则(WIPO/GRTKF/IC/8/4 附件第三部分)进行讨论和磋商表示反对。

8. 委员会在第八届会议上认为，委员会就TCEs所开展的程序和工作已得到广泛支持。然而，委员会“注意到”在这一问题上“存在着各种不同的观点”，²而且在委员会根据该议程项目开展未来工作的具体依据上，也没有指明任何具体的方向。WIPO大会随后于2005年10月同意延长委员会的任务授权，将现有期限延长至2006-2007两年期。

9. 考虑到委员会已延长期限的任务授权涉及其所开展工作的国际层面，而且不排除取得任何成果的可能性，因此可能需从三个方面考虑委员会在TCEs/EoF方面开展的工作：

- (i) 任何成果的内容或实质；
- (ii) 任何成果的形式或法律地位；以及
- (iii) 为取得任何议定的成果必须开展的磋商及其他工作程序。

现将这三个方面的问题简要介绍如下。

二、内容或实质

10. 本文件在附件中转录了载于文件 WIPO/GRTKF/IC/8/4 附件中的目标与原则草案的最新版本。鉴于委员会上一届会议的讨论情况，未对这些目标与原则作出任何修正或更新。文件 WIPO/GRTKF/IC/7/3 和 WIPO/GRTKF/IC/8/4 全面介绍了这一材料的详情和由来；后一文件尤其介绍了两个版本之间的差异，以及开展提意见程序之后所作的修改。

11. 同过去一样，编写该文件，并不意味着已预先确定其地位或法律影响。然而，该文件的确一如既往地重点提出了国家、地区和国际各级决策者在考虑保护TCEs/EoF 方面的适当形式和手段时可能需要权衡的具体问题。因此，相关的国家、地区和国际活动中也都在相应地处理这些目标与原则草案中提出的相同问题。委员会本身也在多次会议上对这些问题进行了审查(例如，参见文件 WIPO/GRTKF/IC/2/8、

¹ WIPO/GRTKF/IC/7/15。

² WIPO/GRTKF/IC/8/15 Prov., 第 163 段。

WIPO/GRTKF/IC/3/10、WIPO/GRTKF/IC/4/3、WIPO/GRTKF/IC/5/3 和 WIPO/GRTKF/IC/6/3)。反复出现的问题有：

- (a) TCEs/EoF 保护客体的性质，以及可能的说明和定义；
- (b) 受保护客体的标准；
- (c) TCEs/EoF 的拥有人、传承人或保管人或者受保护的其他受益人的身份；
- (d) 保护的性质，包括可能需要履行的手续，以及登记及其他形式的正式通知的作用；
- (e) 权利的范围和例外；
- (f) 保护期限；
- (g) 政府机构或其他主管单位的作用；
- (h) 与常规知识产权保护及文化遗产保护计划之间的关系；
- (i) 过渡措施，保护的追溯力以及公有领域的作用和地位；
- (j) 国际和区域保护；以及
- (k) 对外国权利人或受保护的其他外国受益人的承认。

12. 随着其他政策和立法程序继续对这些问题进行处理，在保护 TCEs/EoF 方面已积累了进一步的经验。当委员会继续对 WIPO/GRTKF/IC/8/4 中所载的条款草案及任何其他材料草案进行讨论之时，各国家和地区所提供的经验教训和具体政策选项，也许有助于进一步了解这些问题。关于各国家和地区在 TCEs/EoF 保护方面采用的政策选项和法律机制的具体范围，参见文件 WIPO/GRTKF/IC/7/4。根据委员会第七届会议的请求，目前正在为委员会编制该文件的一份更新版本，即：文件 WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4。这可能会在国家和地区程序是如何落实这些目标与原则，及其为保护 TCEs/EoF 采用哪些具体的政策选项方面，提供进一步的信息。

三、形式或地位

13. 期限已得到延长的委员会任务授权并未预先确定委员会工作取得的任何成果可以采用何种形式或具有何种性质，但同时也未排除取得任何成果的可能性。关于任何成果可能具有的形式或地位问题，委员会在第六届会议上审议的文件 WIPO/GRTKF/IC/6/6 中提出了如下一些可能的设想：³

- 制定一项或多项具有约束力的国际文书(例如要求缔约方必须在国内法中适用某些规定标准)，其中包括单独文书、现有文书的议定书或现有协定的特别协议；

³ WIPO/GRTKF/IC/6/6，第 34 段。

- 发表一项声明，阐明核心目标与原则，并规定 TCEs/EoF 传承人的需求和期望为一项政治优先事项(例如：为可能取得更确切的法律成果而进一步开展下一阶段工作提供政治依据)；
- 制定其他形式的软法律或不具约束力的文书，例如声明或建议(比如：建议、鼓励或促请各国在国内法及其他行政和非法律程序和政策中落实某些规定标准)；
- 制定指导方针或示范法条(例如：为各国在保护 TCEs/EoF 方面开展的立法活动之间的合作、交流及相互兼容提供依据)；
- 对现有法律文书进行权威性 or 说服力解释(例如：指导或鼓励对现有义务作出解释，以便加强对 TCEs/EoF 的预期保护，制止盗用和滥用行为)。

14. 可能还要指出的是，在文书法律形式方面存在的这些选项相互之间并不排斥：过去的经验表明，许多政策领域中的很多国际公约一开始采取的便是某种不具约束力的文书形式。因此，分阶段开展工作的做法也是可取的。同样，附件中还为各地区和国家制定地区或国家法律、条例、法律或政策等文书，提供了可以采用的法律内容。

15. 这些选项均在文件 WIPO/GRTKF/IC/9/6 中进一步加以审议，并在 WIPO/GRTKF/IC/6/6 中加以更全面的解释。

四、程 序

16. 委员会还对商讨和进一步制定材料草案的各种可能性，以及最好应采取哪些程序性步骤等问题，进行了审议。这些步骤是指除通过认可与会、修改程序和创建自愿基金等方式加强土著和当地社区的参与程度已经采取的步骤之外的步骤。在第七届会议上，委员会对多种可能性进行了审查，并为进一步制定目标与原则草案设立了闭会期间提意见的程序。文件 WIPO/GRTKF/IC/8/4 中提出了一项关于进一步开展闭会期间提意见程序，以“考虑进一步加强委员会，以及在可能的情况下各附属机构，在直接编制未来草案中的作用”的建议。

17. 所讨论的这些可能性中包括以下一项或多项内容：

- 举行专家级或辅助性磋商，例如专门处理某些具体问题，或纯粹从专家的角度编写文件；
- 同过去一样，开展闭会期间提意见程序；
- 由各国政府继续与利益攸关者，尤其是 TCEs/EoF 持有人和保管人，进行磋商，并通过区域机构及其他论坛进行磋商；
- 采取程序性措施，例如在 IGC 会议开始前举办专家小组会议，由传统和当地社区主持。

文件 WIPO/GRTKF/IC/9/6 对这些可能性的背景作了进一步介绍。

五、结 论

18. 本文件简要回顾了委员会从以下三个方面就 TCEs/EoF 开展工作时需要考虑的各种可能性：

- (i) 其工作的实质或内容；
- (ii) 其工作取得的任何成果所具有的形式、性质或法律地位；
- (iii) 为加快取得任何预期成果的进程而需要采用的程序或方法。

19. 关于 TCE 保护的具体内容，本文件附件中转录了正由委员会审议的文件的最新版本，并指出，委员会成员就该文件的相关内容持不同的立场。另一份文件，WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4，为 WIPO/GRTKF/IC/7/4 的修订版，提供了关于各国家主管单位和地区机构如何落实与附件中所载的目标与原则相关的保护形式的最新材料。

20. 请委员会：

(i) 对加速其保护 TCEs 方面的工作进程的各种可能性进行审议，其中包括这一工作可能取得的成果的实质或内容，任何此种成果具有的形式或法律地位，以及为取得任何此种成果需要采用的最佳程序；

(ii) 继续就附件中所载的条款草案进行审查和发表评论意见，包括根据不断更新的社区、国家和地区经验来进行审查和发表评论意见；

(iii) 根据在已得到延长的委员会任务授权的期限内被认为可能取得的任何成果，考虑应采取什么样的适当程序来修订和更新保护 TCEs 方面的材料，提交委员会第十届会议；以及

(vi) 为如何进一步加强委员会，以及在可能的情况下，各附属机构，在直接编拟本材料的未来草案中的作用提出各种选项。

[后接附件]

附 件

保护传统文化表现形式/民间文艺表现形式
经修订的规定

政策目标和核心原则

目 录

注意：本条款草案系原封不动地转自知识产权与遗传资源和民间文艺政府间委员会（下称“委员会”）第八届会议上审议的文件 WIPO/GRTKF/IC/8/4 的附件。委员会成员对能否接受该资料作为开展未来工作的依据发表了不同的意见，尤其是涉及第三部分：实质性原则的有关段落。WIPO/GRTKF/IC/8/15 中对各该不同意见作了全面介绍。

一、目 标

- (i) 承认价值
- (ii) 增进尊重
- (iii) 满足各社区的实际需求
- (iv) 防止盗用传统文化表现形式/民间文艺表现形式
- (v) 对各社区赋予权力
- (vi) 维护习惯做法和社区合作
- (vii) 帮助保障传统文化
- (viii) 鼓励社区创新与创造
- (ix) 按照公平条款促进思想和艺术自由、研究和文化交流
- (x) 帮助实现文化多样性
- (xi) 促进社区发展及合法贸易活动
- (xii) 预防未经授权的知识产权
- (xiii) 增强确定性、透明度和相互信任

二、总指导原则

- (a) 反映相关社区的愿望和希望的原则
- (b) 平衡原则
- (c) 尊重和符合国际和区域协定及文书的原则
- (d) 灵活性和综合性原则
- (e) 对文化表现形式的具体特点和特征予以承认的原则

- (f) 与保护传统知识互补的原则
- (g) 尊重土著人民及其他传统社区的权利和对土著人民及其他传统社区负有义务的原则
- (h) 尊重 TCEs/EoF 的习惯使用和传播方式的原则
- (i) 保护的有效性和可获得性原则

三、实质性原则

1. 保护的客体
2. 受益人
3. 盗用行为(保护范围)
4. 权利的管理
5. 例外与限制
6. 保护期
7. 手续
8. 制裁、补救办法和行使权利
9. 过渡性措施
10. 与知识产权保护及其他保护、保存和促进形式之间的关系
11. 国际和区域保护

一、目 标

保护传统文化表现形式或民间文艺表现形式¹，应以如下各项所述内容为目标：

承认价值

(i) 承认土著人民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；

防止盗用传统文化表现形式/民间文艺表现形式

(iv) 向土著人民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被盗用，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/民间文艺表现形式行使权利和权力；

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/民间文艺表现形式；

¹ 在本规定中，“传统文化表现形式”和“民间文艺表现形式”被作为同义词使用，可以互换，并可以简称为“TCEs/EoF”。使用这些术语并不意味着委员会的参与者之间已就这些或其他术语的有效性和恰当性达成一致，亦不影响或限制国内法或地区法中使用其他术语。

帮助保障传统文化

(vii) 帮助保存和保障传统文化表现形式/民间艺术表现形式的产生和维持的环境，以直接造福于土著人民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) 奖赏和保护尤其是土著人民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；

促进社区发展及合法贸易活动

(xi) 在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/民间艺术表现形式进行社区发展，并承认传统文化表现形式/民间艺术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/民间艺术表现形式及其演绎形式获得的知识产权；

增强确定性、透明度和相互信任

(xiii) 增强土著人民和传统及文化社区与学术、商业、政府、教育和 TCEs/EoF 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。

[后接关于目标的说明]

说 明

目 标

背 景

本部分包括建议的保护 TCEs/EoF 的政策目标，这些政策目标借鉴了过去向委员会提交的议案和意见以及相关法律文件。这些目标通常可以构成法律或其他法律文序言的一部分。

委员会多次指出，保护 TCEs/EoF 其本身不应成为目的，不应为保护而保护，而应以此作为一种手段，帮助实现有关人民和社区的目的及愿望，并推动国家、区域以及国际政策目标。如何形成和确定一种保护体系，在很大程度上将取决于其将要达到什么样的目标。因此，建立任何保护 TCEs/EoF 的法律制度或方法，关键的第一步在于决定相关的政策目标。

与文件WIPO/GRTKF/IC/7/3 所载的上一份草案相比的修订情况

根据委员会第七届会议上的发言情况以及哥伦比亚、伊朗伊斯兰共和国、新西兰、美利坚合众国、非洲知识产权组织(OAPI)、萨米委员会(Saami Council)、因努伊特人北极圈会议(ICC)、第一部落大会(Assembly of First Nations)和国际商标协会(INTA)等方面提交的书面意见，对 WIPO/GRTKF/IC/7/3 中所附的原目标草案作了多处修改。

原目标中有一些更像总指导原则，而不像目标本身，因此被转到指导原则部分中(见下文)。² 这些目标包括尊重相关国际协定并与其开展合作、以及与保护狭义的传统知识互补的相关目标。增加了一些新的目标，例如有关防止盗用TCEs/EoF的目标，委员会不只一个参与者建议增加这一目标。³ 委员会的两个参与者尤其建议，应当对那些与在知识产权层面上保护TCEs/EoF有更直接关系的目标和那些本规定应予考虑而且不得违背的涉及其他政策领域的其他目标加以区分。⁴ 虽然在草案中不能正式将这些目标分割开来，但已在措词上作出某些修改，以便考虑这些意见。

² 例如，伊朗(伊斯兰共和国)在委员会第七届会议上所指出的 (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.第 78 段)。

³ 例如，中国在委员会第七届会议上 (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.第 75 段) 以及哥伦比亚和萨米委员会提出的意见。

⁴ 参见非洲地区工业产权组织在第七届会议上的发言 (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.第 89 段) 和新西兰提出的意见。

二、总指导原则

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

[后接总指导原则说明]

说 明

总 指 导 原 则

背 景

下文所列的实质性规定是以某些总指导原则为指导的，并设法从法律的角度对这些指导原则进行表述。这些原则强化了委员会自成立以来进行的大量讨论和委员会成立之前国际上进行的辩论和磋商。

(a) *反映相关社区的愿望和希望的原则*

本原则承认，保护TCEs/EoF应该反映土著人民和传统及其他文化社区的愿望和希望。这尤其意味着，保护TCEs/EoF应该尽量承认和适用土著和习惯法和礼仪，鼓励互补性地使用实证和防御保护措施，从文化和经济两个方面处理发展问题，防止侮辱、诋毁和冒犯行为，促进社区间的合作，不让它们之间产生竞争或冲突⁵，让这些社区能够完全有效地参与保护制度的发展和落实。另外，TCEs/EoF的法律保护措施，从土著人民及其他社区的观点来看，应被认为具有自愿执行的性质，土著人民及其他社区将始终有权完全依靠他们自己的习惯和传统保护形式来制止不受欢迎者获取和利用其TCEs/EoF，或采用其他措施作为这一保护形式的补充。这意味着，阻止第三方非法行为的外部法律保护，不得侵犯或限制传统或习惯法、惯例和礼仪。

(b) *平衡原则*

参加关于加强保护 TCEs/EoF 问题讨论的不同利益相关者常常强调平衡的需要。本原则建议，保护应反映公平兼顾 TCEs/EoF 的发展、保存和维持者权益与 TCEs/EoF 的使用和受益人权益的需求，调和各方所关注的不同政策问题的需求，以及确保具体保护措施与保护目标、实际经验和需要之间相称的需求。

(c) *尊重和符合国际和区域协定及文书的原则*

保护TCEs/EoF应与其他相关的国际和区域文书的目标保持一致，而且不得损害具有约束力的法律文书中现已规定的具体权利和义务，其中包括人权文书⁶。不应以保护TCEs/EoF为由，侵犯国际法保证的人权，或限制其范围。

(d) *灵活性和综合性原则*

本原则涉及的是，必需承认可以通过多种法律机制获得有效和恰当的保护，在原则方面太窄或太严厉的话，可能限制有效保护，并与保护TCEs /EoF的现行法律

⁵ 例如，参见 1993 年《土著人民文化和知识产权马塔阿图阿宣言》第 2.5 段。

⁶ 萨米委员会的意见。

相冲突，尤其会具有先发制人地与传统文化表现形式的利益相关者和所有人进行必要的磋商。本原则涉及利用广泛的法律机制实现预期保护目标的必要性。尤其是，保护TCEs/EoF的经验已经表明，不可能找到一种适合所有国家的国家优先重点、法律和文化环境和各传统社区的需要的任何“放之四海而皆准”或“普遍适用的”单一国际模式，来全面地保护传统文化表现形式。一个土著组织说得恰到好处：“任何制定承认和保护土著人民知识的统一指导原则的企图，都要冒破坏这一法学分支的丰富多样性的危险，使之成为一种不适合任何土著社会价值、概念或法律的单一‘模式’。”⁷

因此，本规定草案涵盖面广并具有包容性；事实上，在规定盗用和滥用TCEs/EoF为非法行为的同时，有意给予国家和区域主管单位和社区以最大的灵活性，以便其通过专门的法律机制在国家或区域一级实现或落实本规定。⁸

保护可以相应地利用各种不同选项，结合专有权、非专有权和非知识产权措施，并利用现有的知识产权、延伸或调整知识产权的专门制度、特别制定的专门知识产权措施和制度，其中包括防御和实证措施。私有财产权应当补充并很好地兼顾非财产权措施。

相对来说，这在知识产权领域属于一种常见的做法。查阅过去的文件，便能找到知识产权公约在这方面的例子，这些公约确定了某些一般原理，并让签字国在法律落实上有广阔的天地。即使在国际义务为国内法制定了最低的实质性标准的情况下，人们公认的是，法律机制的选择属于由各国斟酌决定的问题。涉及土著人民的法律文书，例如国际劳工组织第 169 号公约，采用的也是这种做法。⁹

(e) 对文化表现形式的具体特点和特征予以承认的原则

保护应当反映 TCEs/EoF 的传统特点，即：其集体、社区和代代相传的特点；其与社区的文化和社会特征和完整、信仰、精神和价值之间的关系；其常被作为宗教和文化表现形式的载体这一事实；及其在社区中不断发展的特点。特殊的法律保护措施还应承认，在实践当中，TCEs/EoF 并不总是由那些关系牢固、可明确指认的“社区”所创造的。

TCEs/EoF 未必总是代表与众不同的本地特征；而且常常也不是真正独一无二的；相反，它们是跨文化交流和影响以及本文化内部交流的产物，在同一个民族内，其名称或称号在边界的两边也可能互不相同。文化是由个人传承和体现的，即使迁居于出生地以外，他们也继续奉守并再创造本社区的传统和文化表现形式。

⁷ 四方委员会，“森林、土著人民和生物多样性”，1996 年向《生物多样性公约》秘书处提交的意见。

⁸ 参见阿塞拜疆、日本和阿拉伯叙利亚共和国等在委员会第七届会议上的发言，以及澳大利亚、伊朗(伊斯兰共和国)和新西兰的评论意见。

⁹ 第 34 条。

(f) *与保护传统知识互补的原则*

本原则承认，许多社区狭义的传统知识(TK)和 TCEs/EoF 的内容或本质往往具有不可分离的特性。本规定草案涉及的是，针对第三方超越传统意义滥用这种材料所提供的具体法律保护手段，而无意对土著人民和传统及其他社区的习惯法、礼仪和惯例强加定义或分类。前面讨论过，委员会的既定做法——平行但分别地审议 TCEs/EoF 和狭义的传统知识法律保护问题——是符合并尊重 TCEs/EoF 和传统知识常常被认为是某一整体文化特性的组成部分这一传统背景的。

(g) *尊重土著人民及其他传统社区的权利和对土著人民及其他传统社区负有义务的原则*

本原则建议，对 TCEs/EoF 的任何保护都应该尊重并考虑某些总纲性权利和义务，特别是国际人权和土著权利体系，而且不得损害对这种权利和义务的进一步阐述。关于这一问题，下文有关“已收到的关于总指导原则早期版本的意见(WIPO/GRTKF/IC/7/3)”中另有详述。

(h) *尊重TCEs/EoF的习惯使用和传播方式的原则*

保护不应阻碍相关社区根据其习惯法和惯例利用、发展、交换、传播和推广 TCEs/EoF。各社区当前对本社区过去所发展和维持的 TCE/EoF 的使用，如果该社区认同对该表现形式的这一使用和因这种使用而引起的修改，就不应视为歪曲。对 TCEs/EoF 的法律保护应尽可能以习惯使用、惯例和准则为指导。

(i) *保护的有效性和可获得性原则*

获取、管理和实施权利的措施，以及其他保护形式的实施措施，均应有效、适当并易于获得，而且应该考虑土著人民和传统及其他文化社区的文化、社会、政治和经济背景。

各方就总指导原则原稿(WIPO/GRTKF/IC/7/3)所发表的意见

经修订的本总指导原则是根据哥伦比亚、伊朗伊斯兰共和国、新西兰、美利坚合众国、第一部落大会、非洲知识产权组织(OAPI)、萨米委员会、因努伊特人北极圈会议(ICC)和国际商标协会(INTA)等方面提交的意见起草的。

前面已经提到，发表意见者认为，一些目标更具有总指导原则的性质。因此，这些目标被转到本部分，其中包括与尊重相关国际协定并与之合作以及与保护传统知识互补有关的目标。

此外，新原则(g)直接沿用了Tulalip部落在委员会第七届会议上提出的提案。¹⁰因努伊特人北极圈会议(ICC)与萨米委员会发表的意见观点类似，在修订的目标中也作了考虑。所建议原则的措辞采用了Tulalip部落建议的措辞，但为了与其他总指导原则在编辑风格上保持一致而作了校正。本说明试图解释和阐述本原则，同样直接借鉴了Tulalip部落使用的措辞。然而，不能认为所建议的原则(g)的措辞一定完全抓住了Tulalip部落拟议的措辞中的精髓，其拟议的措词是：“无论适用任何原则，都不能免除国家尊重TCEs/EoF和传统知识持有人的现有权利与义务的责任，亦不得损害对这些权利与义务的进一步阐述。”

¹⁰ WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.第 97 段。

三、实质性条款

第 1 条：

保护的客体

(a) “传统文化表现形式”或“民间艺术表现形式”是指表现、呈现或显示传统文化和知识的任何形式，而无论其有形还是无形，其中包括以下各种表现形式或各表现形式的组合：

(i) 口头表达形式，例如：故事、史诗、民间传说、诗歌、谜语及其他记叙性作品；文字、标志、名称和符号；

(ii) 音乐表现形式，例如：歌曲和器乐；

(iii) 行动表现形式，例如：舞蹈、戏剧、仪式、典礼及其他表演；

(b) 而无论其是否已浓缩为某种物质形式；以及

(iv) 有形表现形式，例如艺术作品，尤其是素描、设计、绘画(包括人体彩绘)、雕刻、雕塑、陶器、陶土作品、镶嵌、木工、金属器皿、珠宝、框篮编织、刺绣、纺织、玻璃器皿、制毯、服饰、手工艺作品、乐器，以及建筑形式；

这些有形表现形式：

– (aa)属于创造性智力活动的产物，包括个人和社区的创作；

– (bb)具有反映社区文化与社会特征和文化遗产的特点；而且

– (cc)系由该社区或由根据该社区的习惯法和惯例有权利或有责任的个人所维持、使用或发展的。

(c) 具体选用什么词语来指称受保护的客体，应由国家和地区决定。

[后接第 1 条说明]

说 明

第 1 条：保护的客体

背 景

所建议的本条说明了本规定所保护的客体。(a) 项既对客体本身(“传统文化表现形式”或“民间文艺表现形式”)作了说明,又列出了更准确地指明其中哪些表现形式可以受保护的实质性标准。委员会的讨论阐明了对一般客体的说明与界定那些根据具体法律措施有资格受到保护的TCEs/EoF二者之间的区别。如前所述,并非所有民间文艺表现形式或传统文化和传统知识表现形式都可以被认为属于知识产权框架内的保护客体。¹¹

所建议的本条借鉴了 1982 年 WIPO-UNESCO 保护民间文艺表现形式禁止非法利用及其他有害行为国内法示范规定(1982 年《示范规定》)、保护传统知识和文化表现形式太平洋岛屿区域性框架(2002 年《太平洋示范法》),以及各国对 TCEs/EoF 提供专门保护的现有国家版权法。

对客体的说明

(a)项中“或各表现形式的组合”这一措辞旨在表明,正如所建议的,TCEs/EoF既可以是是有形的,也可以是无形的,还可以有形和无形要素兼而有之(“混合表现形式”)。¹² (a) 项还清楚地表明,口头(未固定下来的)表现形式也将受保护,以符合传统文化表现形式往往是口头流传的性质。因此,是否固定下来不是保护的要件。¹³ 对“建筑形式”加以保护有助于保护圣址(如神殿、陵墓和纪念碑),因为这些圣址也是本规定所涵盖的盗用和滥用行为的对象。

保护标准

就(a)项(aa)目至(cc)目所列标准而言,所建议的规定意在表明,受保护的TCEs/EoF 应该:

(i) 属于智力创作,即“知识产权”,包括个人和集体的创作。同一表现形式的不同版本、变体或改编,只要具备充分的创造性,就可以作为独立的传统文化表现形式/民间艺术表现形式受到保护(很像一部作品的不同版本,只要每一版本都具备充分的创造性,都是受版权保护的作品一样);

¹¹ 尼日利亚的发言(WIPO/GRTKF/IC/6/14 第 43 段)。

¹² 伊朗(伊斯兰共和国)的意见和以前的发言。

¹³ 参见哥伦比亚的意见。

(ii) 与社区的文化和社会特征和文化遗产具有一定联系。这种联系体现在“特点”一词中，是用来表达表现形式一般说来必须被视为具有代表社区特征和遗产这一特点的。“特点”一词旨在传达“真实性”的概念或这些受保护的表现形式是“真实的”并“属于”或“归于”某一具体民族或社区这一概念。“社区共同意见”和“真实性”两者均蕴含在以下要件之中：表现形式或其内容必须有“特点”：被普遍认为有特点的表现形式，一般都是地地道道的表现形式，而且这一点得到了有关社区共同意见的默许。¹⁴

(iii) 仍由社区或其成员个人维持、发展或使用。

“遗产”的概念用来表达无形或有形物质世代相传的特点，体现了TCEs/EoF世代传承的特性；表现形式必须具有体现这种遗产的“特点”才受保护。专家们普遍认为，经三代人(或许两代人)维持和流传的物质，即可以构成“遗产”的一部分。¹⁵ 体现新建社区或特征的表现形式不在此列。¹⁶

当代创造性活动/个人创作者

以前的文件已经讨论过，¹⁷ 许多民间文艺表现形式都是通过口头或模仿的方式世代相传的。随着时间的推移，作曲家个人、歌手及其他创作者和表演者可能再记起这些表现形式，并且以新的方式对这些表现形式重新使用、重新排列和置于新的背景下。因此，集体和个人创造性活动之间充满着互动，从而通过集体和个人可能演绎出TCEs/EoF无穷的变体。

因此，个人在传统文化表现形式的发展和再创作过程中发挥着中心的作用。有鉴于此，第 1 条对客体的说明中包括个人创造的表现形式。所以，对于确定什么是或什么不是传统文化表现形式或民间文学艺术表现形式，表现形式是集体创造还是个人创作便没有直接的关系。即使个人创作的当代创造性表现形式(例如,电影或录像或对已有舞蹈和其他表演的当代翻演等¹⁸)，也可以作为TCE /EoF受到保护，只要它能反映社区文化和社会特征和遗产的特点，并且系由根据所述社区的习惯法和惯例享有权利或负有责任的个人创作的即可。然而，就保护的受益人而言，本规定草案的重点主要在集体受益人身上，而不在个人身上。社区由个人组成，因此，

¹⁴ 参见 1982 年示范规定说明。亦参见哥伦比亚的意见。

¹⁵ 例如，2004 年 11 月 30 日和 12 月 1 日在印度尼西亚举行的传统知识和文化表现形式/民间文艺表现形式知识产权国家磋商会时与艾迪·赛蒂亚瓦提(Edi Sedyawati)教授等人的讨论和 2005 年 3 月 17 日和 18 日“制定文化遗产目录”专家会议。

¹⁶ 例如，参见国际出版商协会 (IPA) 的意见中对这方面表示的关注。

¹⁷ 尤其参见 WIPO/GRTKF/IC/6/3。

¹⁸ 参见伊努伊特人北极圈会议 (ICC) 的意见，这个意见支持这一做法并提供了事例。也请参见 1993 年《土著人民文化和知识产权马塔阿图阿宣言》第 2.2 和 2.5 段。与 OAPI 科学委员会成员的讨论中谈到这一点。

TCEs/EoF的集体控制和监管最终应使得组成有关社区的个人受益(请进一步参见第 2 条“受益人”)。

用词的选择

除其他外，成员国及其他利益相关者还要求用词方面应具有灵活性。在确定用词问题上，许多国际知识产权标准都遵从各国的用词。因此，为了便于适当的国家政策和立法的制定、协商和进展，建议的(b)项认为用词细节的取舍应留给国家和地区来处理。

各方就本条原稿(WIPO/GRTKF/IC/7/3)所发表的意见

保护客体的说明和保护的标准原来是在 B.1 和 B.2 两条中规定的。然而，B.1 几乎直接取自于 1982 年《示范规定》，而且正如提交意见的一些人所说的，其所载的标准有一些与 B.2 重叠。因此，现将原 B.1 和 B.2 合并成一条。

以前的讨论也认为，1982 年《示范规定》中的定义虽然可以作为一个有用的起点，但已过时，需要进一步审议。经修订的本条取自 1982 年《示范规定》，但更直接取自其他更新近的《示范规定》，如 2002 年《太平洋示范法》。根据建议，删除了“民间文艺”一词，而且为了响应各种评论及其他意见，对语言和结构作了其他改进。之所以额外地专门提及人体彩绘，是由于这种表现形式对社区极其重要，而且在这种表现形式是否足够“有形”且已成为一种有形的TCE/EoF问题上，可能存在不确定性。¹⁹

经修订的本条试图更准确、更清楚，以接受关于客体的范围显得太宽泛并且含糊不清的意见。²⁰ 关于确定哪些TCEs/EoF可以受保护的标准，进一步对这种范围予以限定；此外，本规定的保护性质，特别是第 3 条中的“盗用行为(保护的范围内)”，也进一步阐明了本规定的范围。

一个国家建议删除原B.2 第(ii)款中的标准(即：“具有能反映某一社区独特的文化特征及由该社区发展并维持的传统遗产的特性”)，因为它将让社区承担太重的举证责任。²¹ 这一建议当然值得进一步考虑。

¹⁹ 参见 WIPO/GRTKF/IC/5/3 中的讨论。

²⁰ 例如，欧洲共同体及其成员国和国际出版商协会 (IPA) 的说明。

²¹ 参见哥伦比亚的意见。

以前的讨论也提到了个人在TCEs/EoF的创作和“归属”中的地位和作用问题。一些评论意见和收到的其他意见也提到了这些问题。²² 为了更适当地处理这些问题，特对本规定和说明进行了调整，但可能仍需进一步考虑。

更笼统地说，哥伦比亚认为，编制术语词汇表可能会对更容易理解本规定和统一对本规定的理解有益处。非洲知识产权组织也建议增加一个定义章节。

考虑到澳大利亚、哥伦比亚、欧洲联盟及其成员国、伊朗伊斯兰共和国、美利坚合众国、第一部落大会、国际出版商协会、非洲知识产权组织(OAPI)、国际商标协会(INTA)和萨米委员会等方面提出的意见，对原 B.1 和 B.2 作了多处其他修改。

²² 例如，参见 2004 年 10 月 11 日至 13 日在大韩民国大田举行的 WIPO 知识产权和遗传资源、传统的知识和民间文艺亚洲和太平洋地区研讨会上的讨论；与非洲知识产权组织科学委员会成员的讨论，尤其是就这一观点与布基纳法索库里加·尼奇马(Kouliga Nikiema)教授的讨论。

第 2 条：

受益人

传统文化表现形式/民间艺术表现形式的保护措施应使符合下述条件的土著人民和传统及其他文化社区受益：²³

(i) 根据本社区的习惯法和惯例保管、照料并维护 TCEs/EoF 的各社区；
以及

(ii) 作为其传统文化遗产来维持、使用或发展反映其文化和社会特性和文化遗产特征的传统表现形式/民间艺术表现形式的各社区。

[后接第 2 条说明]

²³ 本规定草案中现阶段使用的是“土著人民和传统及其他文化社区”这一范围广泛、包罗万象的术语，或简称为“社区”。使用这些术语无意暗示委员会的参与者已就这些或其他术语的有效性或适合性达成共识，也不影响或限制国家或区域法律中使用其他术语。

说 明

第 2 条：受益人

背 景

许多利益相关者强调，TCEs/EoF被普遍视为集体创作和集体拥有，因此这一材料所产生的权利和利益应属于社区，而不属于个人。一些保护TCEs/EoF的法律将这些权利直接授予有关民族和社区。另一方面，许多法律将这些权利授予某个政府机构，经常规定：对于授权使用TCEs/EoF权利所获的收益应用于国家遗产、社会福利和文化相关的计划。非洲集团认为，TCEs/EoF保护原则应“承认国家在保存和保护传统知识和民间文艺表现形式中的作用。”²⁴

建议的本条非常灵活，足以满足各国采用这两种做法的需要——虽然保护的受益人应该是直接相关的各民族和社区，但权利本身既可以归于民族或社区，也可以归于某个机构或主管局(亦参见第 4 条“权利的管理”)。

第 2 条以及本规定全文均设想，不止一个社区可以符合按第 1 条标准保护其 TCEs/EoF 的资格。现有的专门法律提供了这种可能性，例如 2000 年《巴拿马土著人民保护和保障文化特性和传统知识集体权利的专门知识产权制度》，以及 2001 年的相关实施法令(“《巴拿马法》”)²⁵ 和 2002 年秘鲁《关于对来源于生物资源的土著人民集体知识实行保护制度法》(“2002 年《秘鲁法》”)。²⁶ 这也触及不同国家中共享相同或类似TCEs/EoF(所谓“区域性民间文艺”)的各社区之间权利的分配或利益的分配。²⁷ 这一点将在第 4 条“权利的管理”和第 7 条“手续”中进一步讨论。

“文化社区”一词用意广泛，足以在TCEs/EoF被视为“国家民间文艺”并属于某一具体国家的全体人民的情况下，涵盖整个国家的国民——整个“民族”。²⁸ 这补充了其他政策领域的做法并与之保持一致。²⁹ 因此，举例而言，国内法可以规定，全体国民均是保护的受益人。

²⁴ WIPO/GRTKF/IC/6/12。亦参见委员会第七届会议上例如摩洛哥所作的发言(WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.第 85 段)。

²⁵ 法令第 5 条。

²⁶ 第 10 条。

²⁷ 参见欧洲联盟及其成员国和俄罗斯联邦的评论意见。

²⁸ 参见埃及和摩洛哥在委员会第七届会议上所作的发言(WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.第 69 和 85 段)及其他。

²⁹ 参见无形文化遗产词汇表，UNESCO 荷兰国家委员会，2002 年(“……一个民族可以是一个文化社区”)。

社区/个人

在第 1 条中曾讨论过，本规定的用意主要在于让社区受益，包括TCE/EoF系由社区的成员个人创作或开发的情况。“传统”创作的基本特征是，这些创作中包含的主题、风格或其它项目具有反映某种传统，并反映仍然拥有、运用这一传统的社区的特征，而且被视为等同于这种传统和社区。因此，即使个人在其习惯背景下完成的基于传统的创作，从社区的角度来看，也被视为社会和社区创作活动的产品。因此，根据土著和习惯法律制度和惯例，这种创作不为个人“拥有”，而由社区“控制”。³⁰这正是这种创作被贴上“传统”标记的缘由。

由于这些理由，本规定中拟议的保护所带来的利益归于社区，而不属于个人——这使得这种专门保护制度与常规知识产权法有所区别，后者在只要个人愿意利用的情况下，即可向其提供(见第 10 条)。这种做法与委员会的参与者所表达的以下观点是一致的，即：本规定应旨在为文化和知识表现形式提供常规和现有知识产权法律目前不能提供的保护形式。³¹

然而，社区是由个人组成的，因此，由社区来控制 and 监管 TCEs/EoF，最终会让组成相关社区的个人受益。因此，在实践中，根据习惯法和惯例，受益的终将是个人。

各方就本条原稿(WIPO/GRTKF/IC/7/3)所发表的意见

与文件 WIPO/GRTKF/IC/7/3 中的原 B.3 相比，已对本条规定作了修改，以考虑澳大利亚、欧洲联盟及其成员国、俄罗斯联邦、美利坚合众国和非洲知识产权组织(OAPI)等方面所提出的意见。

³⁰ 参见 WIPO/GRTKF/IC/6/3 全文，尤其是华盛顿 Tulalip 部落在委员会第五届会议上所作的发言 (WIPO/GRTKF/IC/5/15 第 56 段)。

³¹ 尼日利亚和日本等方面在委员会会议上的发言。

第 3 条：

盗用行为(保护范围)

具有特殊价值或意义的传统文化表现形式/民间文艺表现形式

(a) 对于对某一社区具有特殊文化或精神价值或意义、并按第 7 条所述进行登记或作出通知的传统文化表现形式/民间文艺表现形式，应制定适当而有效的法律和实际措施，以确保相关社区能够防止在未经其自愿、事先知情同意的情况下发生以下行为：

(i) 对于除文字、标志、名称和符号以外的此种传统文化表现形式/民间文艺表现形式：

- 复制、出版、改编、广播、公开表演、向公众传播、发行、出租、向公众提供和固定(包括通过静态摄影)传统文化表现形式/民间文艺表现形式或其演绎作品；
- 任何未适当注明传统文化表现形式/民间文艺表现形式源自该社区而使用该传统文化表现形式/民间文艺表现形式或其改编作品；
- 对传统文化表现形式/民间文艺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；以及
- 对传统文化表现形式/民间文艺或其改编作品获得或行使知识产权；

(ii) 对于属于此种传统文化表现形式/民间文艺表现形式的文字、标志、名称和符号，任何使用传统文化表现形式/民间文艺表现形式或其演绎作品，或对传统文化表现形式/民间文艺表现形式或其演绎作品获得或行使知识产权，具有贬抑、冒犯相关社区或虚假暗示与之有联系，或使该社区蒙受耻辱或名声败坏的行为；

其他传统文化表现形式/民间文艺表现形式

(b) 对于使用和利用未按第 7 条所述进行登记或作出通知的其他传统文化表现形式/民间文艺表现形式，应制定适当而有效的法律和实际措施，以确保：

(i) 相关社区被认为系基于传统文化表现形式/民间文艺表现形式改编的任何作品或其他产品的起源；

(ii) 凡对传统文化表现形式/民间文艺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，可加以制止，并/或受到民事或刑事制裁；

(iii) 凡对提及、借鉴或使人想起某一社区传统文化表现形式/民间文艺表现形式的商品或服务作出任何虚假、混淆或误导性表示或说法，并暗示该社区认可或与之有联系的行为，可加以制止，并/或受到民事或刑事制裁；以及

(iv) 如果使用或利用以营利为目的，应按第 4 条所述机构确定的条件，经与相关社区商议后，给予合理报酬或分享利益；以及

秘密传统文化表现形式/民间文艺表现形式

(c) 对于秘密传统文化表现形式/民间文艺表现形式，应制定适当而有效的法律和实际措施，以确保社区能够制止未经授权披露、随后使用并获得和行使知识产权的行为。

[后接第 3 条说明]

说 明

第 3 条：盗用行为(保护的範圍)

背 景

本条草案涉及的问题是保护的中心所在，即：本规定涵盖的 TCEs/EoF 被盗用的问题以及对盗用行为个案适用的权利和其他措施。

正如委员会的参与者所强调的那样³²，在这种情况下，本条旨在为文化和知识表现形式提供常规和现有知识产权法律目前不能提供的保护形式。这些规定并不损害现行知识产权法律已经为 TCEs/EoF 提供的保护³³。常规知识产权保护仍然可用。参见关于第 2 条“受益人”和第 10 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”的进一步说明。

建议的本条规定试图处理对 TCEs/EoF 进行的与知识产权相关的各种使用和擅用问题，正如土著和当地社区及 TCEs/EoF 的其他保管人和持有人早些时候在事实调查和咨询中所认定的那样(见文件 WIPO/GRTKF/IC/7/3 第 53 段)，这些问题常常令他们最为担忧。本条借鉴了各国家和地区法律中所体现的诸多做法和法律机制(见文件 WIPO/GRTKF/IC/7/3 第 54 至 56 段)。

本条草案概要

简言之，本条草案建议提供三“层”保护，以便根据各种文化表现形式和与其保护有关的各种目标提供灵活的保护，反映了专有权与合理报酬相结合以及法律和实际措施兼而用之的特点：

(a) 在对某一社区具有特殊文化或精神价值的 TCEs/EoF 方面，建议规定一项“自愿、事先知情同意”(PIC)权利，类似知识产权中的专有权；在此方面，通常受知识产权法特别是版权、相关权、商标和外观设计保护的各种行为，将需要征得有关社区的事先知情同意。

(i) 这一层保护将需要按第 7 条(见下文)的规定在公共登记处事先作出通知或进行登记。登记或通知具有任选性质，由相关社区决定。秘密 TCEs/EoF 无需进行登记或通知，因为秘密 TCEs/EoF 是按第 3 条(c)项单独保护的。这一登记的选项仅仅在社区希望对已知的和公众可以得到的 TCEs/EoF 获得严格的、事先知情同意保护的情况下才可适用。

(ii) 事先知情同意权让社区有权按包括利益分享在内的议定条件，制止或授权他人使用 TCEs/EoF。缘其如此，事先知情同意权类似于专有知识产权，

³² 尼日利亚和日本以及其他方面在委员会会议上的发言。

³³ 参见哥伦比亚的意见。

可以授权他人使用，但并非必须这样做不可。使用这些权利时，既可以是主动的，也可以(也许更可能)是防御性的(制止对这些 TCEs/EoF 进行任何使用和利用并获得知识产权)。

(iii) 对于文字、名称、符号及其他命名，建议借鉴商标法以及安第斯共同体、新西兰和美利坚合众国在此方面已制定的特别措施，专门制定具体的保护形式。

(iv) 对于作为TCEs/EoF的表演(即：属于“行动表现形式”的TCEs/EoF，参见第 1 条)，建议亦可以进行登记或作出通知，并给予强有力的保护。所拟议的精神权利和经济权利中包括仿照尤其是 1996 年《WIPO表演和录音制品条约》(WPPT, 1996)已给予其他表演者的各类权利所规定的权利。这一形式的保护不损害WPPT已有的保护。³⁴ 如果此种表演未以这种方式进行登记或作出通知，则视具体情况和社区的意愿，可以按下文(b)项或(c)项予以保护。

(b) 对于未以此种方式进行登记或作出通知的TCEs/EoF，使用该TCEs/EoF不必事先授权，但所给予的保护将取决于如何使用该TCEs/EoF。例如，这些TCEs/EoF可以用作激励创作的源泉而无需事先同意或授权，以推动创造和艺术自由——这是许多方面均看重的一个重要目标。³⁵ 然而，在以此种方式利用TCEs/EoF的问题上，如何主要借鉴精神权利和反不正当竞争的原则，通过规定拟议的民事和刑事补救办法以及支付合理的报酬或合理地分享利益等手段加以规范，将由主管单位确定。该主管单位可以是第 4 条“权利的管理”中提及的同一机构。这一做法也许类似于一些国家对TCEs/EoF制定的专门法³⁶ 以及有关录音制品中已录制的音乐作品的常规版权法³⁷ 中所规定的强制许可或合理报酬的做法。

(c) 最后，关于秘密的、机密的或未披露的TCEs/EoF，建议的本条规定试图阐明，对机密或未披露信息的现有保护适用于与TCE相关的客体，而且也有这方面的判例法为依据。³⁸，1993 年《马塔阿图阿宣言》除其他外还承认，土著人民对于 [自己的] 知识享有“保护和传播”的权利。³⁹

法律实施机制的灵活性

本规定范围广泛、包罗万象，意在给予国家和区域主管单位和社区灵活性，以便其准确地选择使用什么样的国家或地区具体法律机制来落实本规定。

³⁴ 参见哥伦比亚的意见。

³⁵ 例如，阿塞拜疆和欧洲共同体及其成员国在委员会第七届会议上的发言 (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.)。

³⁶ 如《班吉协定》，非洲知识产权组织，1999 年修订。

³⁷ 1971 年《伯尔尼公约》第 13 条。

³⁸ 福斯特诉芒福德 (Foster v. Mountford) (1976) 29 FLR 233。

³⁹ 第 2.1 段。

现试举一实例加以说明——建议的原则规定，必须提供保护，制止在商业活动中对基于传统的创作作出关于经某一社区认可或与之有联系方面的虚假和误导性说明（一个典型的例子是，某件手工艺品以标有“正宗的”或者“印第安人的”字样出售，而实际上却不是）；在实践中，各国可以通过以下一种或多种做法落实这一原则：(i) 相关社区注册和使用证明商标；(ii) 根据普通贸易惯例和标签法提供民事或刑事补救方法；(iii) 颁布专门法律，为 TCEs/EoF 提供这一形式的保护；(iv) 注册和使用地理标志；和/或(v) 对假冒行为提供普通法补救办法，以及打击不正当竞争行为的法律。

演绎作品

解答一些重要的政策和法律问题的关键，在于改编权、创作演绎作品的权利以及如何在此方面规定适当的例外与限制。⁴⁰

建议的本条规定提出，对具有特殊文化或精神价值的TCEs/EoF规定改编权，但条件是须经事先登记或通知。对于其他TCEs/EoF，则不规定此种改编权，也不禁止演绎作品的作者对其演绎作品获取知识产权。而且在这两种情况下，都不禁止纯粹的“启发”，这与版权法的情况是一样的，也与思想/表达二分法原则相一致。⁴¹ 然而，有人提议应该按照 2002 年《太平洋示范法》的总体做法，对如何利用演绎作品的问题作出规定。

各方就本条原稿(WIPO/GRTKF/IC/7/3)所发表的意见

根据阿塞拜疆、埃及和日本等在委员会第七届会议上所作的发言以及澳大利亚、哥伦比亚、欧洲联盟及其成员国、美利坚合众国、第一部落大会、萨米委员会、国际出版商协会和国际商标协会(INTA)的评论意见，以及其他讨论(例如与非洲知识产权组织科学委员会举行的讨论)中提出的意见，对本条的早期版本，即：文件 WIPO/GRTKF/IC/7/3 原 B.5，做了多处结构上、编排格式上和实质性的修改。

根据尤其是非洲集团和埃及在委员会第七届会议上提出的意见，本条现在更明确地使用“盗用”一词。原 B.5 中虽然所列的各项权利每一项都针对具体的盗用行为，但未使用“盗用”二字，现已作修正。

根据第七届会议的发言情况及其他评论意见，属于TCEs/EoF的表演在本条草案中不再视为独立的“一层”，而可以按照社区的意愿，根据本条(a)项、(b)项或(c)项中所建议的任一“层”加以保护。此外，正如哥伦比亚等指出的⁴²，WPPT亦可为“民间文艺表现形式”表演者提供更常规的保护。

⁴⁰ 亦参见澳大利亚的意见和 WIPO/GRTKF/IC/5/3 和后续文件。

⁴¹ WIPO/GRTK/IC/6/3 的讨论。

⁴² 参见哥伦比亚的意见。

第 4 条：

权利的管理

(a) 如果本规定要求须经事先授权方可使用传统文化表现形式/民间文艺表现形式，有关社区要求直接征得其授权的，应直接从该社区获得授权，或者从根据该社区的请求代理和代表该社区的机构(以下称为“机构”)获得授权。在由机构授权的情况下：

(i) 只有按相关社区的传统决策和治理程序与之进行适当磋商后才能授权；

(ii) 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非货币利益，应由其直接提供给有关社区。

(b) 机构一般应负责宣传、教育、咨询和指导等任务。机构还应：

(i) 在社区提出请求的情况下，监督传统文化表现形式/民间文艺表现形式的使用情况，以确保这一使用符合第 3 条(b)项所规定的公正和恰当的原则；并

(ii) 与相关社区协商确定第 3 条(b)项所述的合理报酬。

[后接第 4 条说明]

说 明

第 4 条：权利的管理

背 景

本条规定涉及 TCEs/EoF 的使用授权如何适用、对谁适用及相关问题。本条规定涉及的事项无论社区或国家所指定的机构是否权利人，均应适用(参见上文第 2 条“受益人”)。

本规定总的设想是由相关社区自身行使权利。然而，如果相关社区不能或者不希望直接行使权利，本条草案建议由一“机构”代行其职，该机构在任何时候都是在相关社区的请求下并代表其行事。这种由“机构”代行其职的情况完全具有任择性质，而且只有在相关社区有此希望的情况下才有必要和适当。

1982 年《示范规定》、《1997 年菲律宾土著人民权利法》(1997 年《菲律宾法》)、2002 年《太平洋示范法》以及为 TCEs/EoF 提供专门保护的许多国内法中，都规定可以由机构代行这些职能。一些成员国也对在此情况下建立一个“主管单位”表示支持。⁴³

所建议的此种机构既可以是一个现有的局、主管单位或协会，也可以是一个区域组织或局。例如，非洲地区知识产权组织(ARIPO)和非洲知识产权组织(OAPI)均提到了由区域组织代行保护 TCEs/EoF 和 TK 方面职能的可能性。⁴⁴ 版权收费协会也可以发挥这一作用。

本条规定试图确定的有可能加以适用的核心原则只是一部分而已。显然，对于这些措施的详细阐述将在很大程度上取决于国家和社区因素：国家和社区可以进一步提出制定更详细规定的选项。现有法律和示范规定中有很多值得借鉴的详细规定。

各方就本条原稿(WIPO/GRTKF/IC/7/3)所发表的意见

与文件 WIPO/GRTKF/IC/7/3 中相应的 B.4 条规定相比，已根据日本等在委员会第七届会议上的发言，以及哥伦比亚、欧洲联盟及其成员国、美利坚合众国、第一部落大会和萨米委员会的书面意见，作了修改。其中的一些发言和意见还指出，B.4 条规定太详细，说明性太强。哥伦比亚和萨米委员会尤其对由任何机构或主管单位代表土著人民的问题表示强烈的保留意见。这更突出了任何机构或主管单位都必须在有关社区的明确希望和授权的情况下才能获得代行其职的权利这一必要性。

⁴³ 非洲集团 (WIPO/GRTKF/IC/6/12)；欧洲联盟及其成员国、日本和摩洛哥在委员会第七届会议上的发言 (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.)；欧洲联盟及其成员国的意见。

⁴⁴ 例如，非洲地区知识产权组织在委员会第七届会议上的发言 (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. 第 89 段) 和以前所作的发言。

第 5 条:

例外与限制

(a) TCEs/EoF 的保护措施:

(i) 不得限制或阻碍相关社区的成员以传统和习惯的方式, 对 TCEs/EoF 进行按习惯法和惯例属于正常的利用、传播、交流和发展;

(ii) 应仅适用于对 TCEs/EoF 进行的超出传统或习惯方式的利用, 而无论其是否以商业营利为目的; 并

(iii) 不适用于在以下情况对 TCEs /EoF 的利用:

- 以说明的方式用于教学和学习;
- 非商业性研究或个人学习;
- 批评或评论;
- 新闻或时事报导;
- 法律诉讼程序中使用;
- 为存入非商业性文化遗产保护档案或库存的目的, 制作 TCEs /EoF 的记录品及其他复制品; 以及
- 偶然使用,

但条件是, 在每一种情况下, 此种使用都属于合理使用, 并在实际可行的情况下注明 TCEs/EoF 源自相关的社区, 而且此种使用不会冒犯相关社区。

(b) TCEs/EoF 的保护措施可以根据习惯和传统做法, 允许社区的所有成员, 包括一国的全体国民, 无限制地使用 TCEs/EoF 或指定的部分 TCEs/EoF。

[后接第 5 条说明]

说 明

第 5 条：例外与限制

背 景

许多利益相关者强调，对 TCEs 实行任何类型的知识产权保护都应受到某些限制，以避免保护过严。它们认为，保护过严可能扼杀创造力、艺术自由和文化交流，在实施、监督和执法方面也不切实际。

此外，正如已经强调的，对 TCEs/EoF 进行保护不应阻止社区自身内部以传统和习惯方式使用、交流和传播属于其自身文化遗产的表现形式，以及通过不断的再创造和模仿对其发扬广大。

建议的本条规定提出了若干例外与限制，以供审议：

(a) (a)项意在落实有关不干涉和支持社区继续使用和发展 TCEs/EoF 的各项目标和总指导原则；(b)项确认，各该规定仅适用于对 TCEs/EoF 的“易地”使用，即在习惯或传统背景以外的使用，而无论其是否以商业为目的；

(b) (c)项列出了借鉴 1982 年《示范规定》、2002 年《太平洋岛屿示范法》和一般版权法的例外。一些更具体的意见有：

(i) 为教学目的规定限制与例外，在版权法中很普遍。这些限制与例外有时仅限于“面对面”的教学(例如 2002 年《太平洋示范法》)，在此亦提出对远程学习中的版权及相关权规定具体限制与例外，以供讨论。⁴⁵ “教学和学习”的说法即用于当前目的。

(ii) 有些国家版权法允许公共档案馆、图书馆等机构仅以非商业性保护的为目的，复制民间文学艺术作品和表现形式，并保存下来供公众使用⁴⁶。本规定中也预想到了这一情况。在此方面，WIPO正在起草博物馆、档案馆和文化遗产保存单位的适当合同、知识产权核对清单及其他指南和行为准则。在此还提到了一般版权法中为图书馆和档案馆规定的具体限制，以供讨论。⁴⁷

(iii) 然而，并非所有典型的版权例外都适合，因为它们可能会损害社区利益和习惯权利——例如，“偶然使用”例外，这一例外允许未经授权而将某一公共场所永久陈列的雕刻或手工艺艺术作品复制到摄影、绘画及其他介质上。因此，可能具有冒犯性质的例外被排除在外。

⁴⁵ 参见智利在 2004 年 11 月 WIPO 版权和相关权常设委员会 (SCCR) 第十二届会议上讨论“版权及相关权的例外与限制”时提出的建议。

⁴⁶ 联合王国 1988 年《版权、外观设计和专利法》第 2 条第 14 款第 1 项便是一例。

⁴⁷ 参见上文智利的建议。

各方就本条原稿(WIPO/GRTKF/IC/7/3)所发表的意见

相对而言，对本条规定发表的意见极少，但哥伦比亚、欧洲联盟及其成员国、伊朗伊斯兰共和国、美利坚合众国和萨米委员会提出了意见。与非洲知识产权组织(OAPI)科学委员会的成员进行讨论时，也认为原B.6 条规定中的 (c)项有问题，觉得一般性地将典型的知识产权例外与限制适用于TCEs/EoF太不准确。⁴⁸ 新的行文试图借鉴 1982 年《示范规定》、2002 年《太平洋岛屿示范法》和一般版权法，确保更加精确，从而解决引起关注的这一问题。另一方面，哥伦比亚建议更笼统地进行原则表述(例如提及文化利益，和/或提及是否存在营利意图)，而具体例外与限制留待各成员国根据其意愿制定。

⁴⁸ 与非洲知识产权组织科学委员会进行的讨论；摩洛哥在委员会第七届会议上的发言（WIPO/GRTKF/IC/7/15Prov.第 85 段）。

第 6 条：

保 护 期

传统文化表现形式/民间文艺表现形式的保护期，应以该传统文化表现形式/民间文艺表现形式继续符合本规定第 1 条规定的保护标准为限，而且

(i) 对于第 3 条(a)项所述的 TCEs/EoF，该项规定的保护期应以其继续按第 7 条所述作为登记或通知的事项为限；以及

(ii) 对于秘密 TCEs/EoF，其作为秘密 TCEs/EoF 的保护期应以其继续处于秘密状态为限。

[后接第 6 条说明]

说 明

第 6 条：保护期

背 景

许多土著人民和传统社区都希望其传统文化表现形式中的至少某些方面受到无限期的保护。对无限期保护的呼声与对追溯性保护的呼声是密切相关的(参见下文第 9 条“过渡性措施”)。另一方面, 不规定无限期的保护被普遍视为保护知识产权制度内部平衡不可缺少的一部分, 以便作品最终流入“公有领域”。⁴⁹

建议的本条规定所体现的是, 象商标一样, 应注重当前使用, 以便在那些由 TCE 代表其特征的社区不再使用该 TCE 或不再作为单独实体存在的情况下(类似于放弃商标或商标成为通用标志的情况), 对 TCE 的保护期即告终止。此种做法吸取了保护客体的精华, 应当回顾的是, TCEs/EoF 的核心在于其具有反映某一社区的特征和被视为与该社区等同的特点(参见上文)。当 TCE 不再具有这种作用时, 从定义上讲, 也就不再是 TCE, 自然而然, 保护期即告终止。

除这一总原则外, 还专为两种情况规定了具体的保护期, 即: 已进行登记或作出通知的 TCEs/EoF, 以及属于秘密的、未披露的或机密的 TCEs/EoF。

各方就本条原稿(WIPO/GRTKF/IC/7/3)所发表的意见

委员会第七届会议上所作的一些发言以及收到的一些书面意见均认为, 对所有 TCEs/EoF 适用单一的保护期不合适, 可以考虑为不同形式的 TCE/EoF 规定不同的保护期。⁵⁰ 事实上, 不同形式的知识产权的保护期限也是不同的。另一方面, 文学和艺术作品以及表演的保护期一般说来都是相同的, 而商标则有可能受到无限期的保护。建议的本条规定融合了这些概念, 建议为所有三种形式的 TCE/EoF 规定无限期保护的可能性, 但前提是, 可以为某些 TCEs/EoF, 即登记或通知的 TCEs/EoF 和秘密的 TCEs/EoF 作出新的具体规定。然而, 正如委员会有多个参与者指出的, 这一方面以及本条规定所涉的客体总体而言都需要加以进一步考虑。⁵¹

⁴⁹ 例如, 参见欧洲联盟及其成员国的意见。

⁵⁰ 例如, 参见日本和摩洛哥的发言(WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.第 68 和 85 段)。

⁵¹ 例如, 参见伊朗(伊斯兰共和国)在委员会第七届会议上的发言(WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.第 78 段), 以及欧洲联盟及其成员国、美利坚合众国和国际商标协会(INTA)的意见。2004 年 10 月 11 日至 13 日 WIPO 在大韩民国大田举行的亚洲及太平洋地区知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术区域研讨会上的讨论也认为有必要对这一规定进行仔细审议。

一些意见建议删除原B.7条规定中的(b)项，现已作出这一修改。⁵²

提出与本条规定相关的其他意见的有：哥伦比亚、欧洲联盟及其成员国、俄罗斯联邦、美利坚合众国、第一部落大会、萨米委员会和国际商标协会(INTA)。

⁵² 参见非洲知识产权组织和第一部落大会的意见。

第 7 条:

手 续

(a) 作为总原则，传统文化表现形式/民间艺术表现形式的保护无须履行任何手续。第 1 条所指的传统文化表现形式/民间艺术表现形式从其创作完成起即受保护。

(b) 对具有特殊文化或精神价值或意义，并按第 3 条(a)项的规定申请一定保护水平的传统文化表现形式/民间艺术表现形式的保护措施，应要求此种传统文化表现形式/民间艺术表现形式须由相关社区，或由第 4 条所述的根据社区的请求代表社区行事的机构，向主管局或组织通知或登记。

(i) 如果进行此种登记或通知可能需要对有关的传统文化表现形式/民间艺术表现形式进行记录或以其他方式固定，该记录品或固定品中的任何知识产权应该归于或让予相关社区。

(ii) 关于以此种方式登记或通知的传统文化表现形式/民间艺术表现形式的信息和说明，应向公众提供，以便查阅；其公开程度至少应以对第三方透明并让其能确定哪些传统文化表现形式/民间艺术表现形式受到此种保护及其受益者为何人的必要程度为限。

(iii) 此种登记或通知具有声明的作用，不构成权利。在对此不造成损害的前提下，在登记簿中进行登记将假定如无相反的证明，所登记的事实是真实的。任何登记其本身均不影响第三方的权利。

(iv) 凡在哪一社区，包括一个以上国家的社区，应有权进行登记或作出通知，或应成为第 2 条所指保护的受益人方面存在任何不确定性或争议，应由受理此种登记或通知的主管局或组织尽量利用习惯法和程序、法庭外争议解决办法(ADR)以及文化遗产名录等现有文化资源加以解决。

[后接第 7 条说明]

说 明

第 7 条：手 续

背 景

根据有关建议，此种保护的获得和维持应当实际可行，尤其从传统社区的观点来看更应如此，而且不得对权利人或管理者造成过于沉重的行政负担。⁵³ 同样重要的是，正如外部研究人员和TCEs/EoF的其他使用者等多个利益相关者所表示的，还必须确保其与各社区之间的关系确定、透明。

一个至关重要的选择在于是否规定自动保护，或者规定某种形式的登记：

(a) 第一个选项是，要求进行某种形式的登记，而且还可能需要进行形式或实质审查。实行登记的制度既可以仅起声明的作用——在此情况下，出据登记证明将用以证实对所有权提出的主张；也可以构成权利。一定形式的登记可能有助于准确、透明和确定地了解哪些 TCEs 受保护及其受益者为何人；

(b) 第二个选项是，要求自动保护，而无需履行手续，以便 TCEs 从创作完成之刻起即受保护，类似于版权。

建议的本条规定将这两种做法结合在一起。

第一，(a) 项提出，作为总原则，TCEs/EoF 应无需履行手续即受保护，这是与版权原则和尽量使所提供的保护容易获得的努力相符的。

第二，仍建议对这些 TCEs/EoF 进行某种形式的登记或通知，以便其根据第 3 条(a)项的规定，得到最强有力的保护：

(i) 登记或通知仅具有任择性质，并由相关社区决定。登记或通知不是一种义务；根据第 3 条(b)项的规定，未登记的 TCEs/EoF 亦受保护。秘密 TCEs/EoF 应单独受第 3 条(c)项的保护，因此无需进行登记或作出通知。这一登记选项只有在社区希望对已知的和公众可以得到的 TCEs/EoF 获得严格、须经事先知情同意的保护情况下才适用。

(ii) 本条规定大量借鉴了现有的版权登记制度、美利坚合众国原住民族徽记数据库⁵⁴、2000 年《巴拿马法》、《安第斯第 351 号决定》和 2002 年《秘鲁法》(并请一般性地参考WIPO/GRTKF/IC/7/3 以及关于这些法律的早期文件)；

(iii) 可以设想由区域组织来管理此种登记或通知制度。例如，非洲地区知识产权组织和非洲知识产权组织都提到了区域组织在这一领域中的作用。⁵⁵ 虽然本规定可能最初对国家适用，因此意味着须设立国家登记簿或其他通知制度，但最终，某

⁵³ 参见第一部落大会的意见。

⁵⁴ 已在以前的文件，例如 WIPO/GRTKF/IC/5/3 中加以说明和进行讨论。

⁵⁵ 委员会第七届会议上的发言 (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. 第 89 段) 以及更早会议上的发言。

种形式的区域或国际登记簿也可以构成最后可能形成的区域和国际保护制度的一部分。此种国际性通知/登记制度也许可以借鉴现有的一些制度，例如《巴黎公约》第 6 条之三或 1958 年《原产地名称国际注册里斯本协定》第 5 条所规定的注册制度；

(iv) 有关建议认为，受理此种登记或通知以及负责解决争议的主管局或组织，应不同于第 4 条所指的机构；⁵⁶

(v) 很清楚，只有要求对某一具体 TCE /EoF 给予保护的社区才能登记或通知 TCE /EoF，或在该社区不能登记或通知的情况下，由第 4 条所指的机构根据该社区的请求为该社区的利益代为登记或通知；⁵⁷

(vi) 在解决社区之间的争议方面，包括属于一个以上国家的社区之间的争议，本条草案建议负责登记的主管局或组织尽量地使用习惯法和程序以及法庭外争议解决办法(ADR)。之所以提出这些建议，是为了尽可能地实现避免习惯法和社区之间产生冲突这一目标和原则的。在考虑现有的文化资源方面，主管局或组织也可以参考根据 2003 年联合国教科文组织《保护无形文化遗产公约》制定的文化遗产名录、清单和收藏目录。从更广的意义上来说，为保护文化遗产目的建立的或正在建立的名录(例如，前述教科文组织公约规定缔约国必须建立的名录)，与我们在此建议的登记簿或通知制度二者之间，也可能有机会发挥协同的作用。事实上，可以采取措​​施，确保文化遗产名录、清单和收藏目录有助于加强、支持和便利落实保护 TCEs/EoF(和 TK)的专门规定。⁵⁸ WIPO正在与相关的利益攸关者进一步审查这些问题；

(vii) 然而，为了使本条规定不至于说明性太强，可以将进一步的落实问题留给国家和区域的法律处理。实施性立法、细则或行政措施，可以就以下等问题提供指导：(a) 如何提出通知或登记申请；(b) 登记主管局对所提申请的审查程度和目的为何；(c) 采取什么措施确保 TCEs/EoF 的登记或通知能为用户使用并支付得起；(d) 公众如何查询有关已登记或通知的 TCEs/EoF 的信息；(e) 如何对 TCEs/EoF 的登记或通知提出上诉；(f) 登记主管局如何解决某一个或多个社区因受益于 TCE /EoF 保护的权利问题而产生的争议，其中包括属于一个国家以上的各社区提出的对抗性主张；以及(g) 通知或注册具有什么样的法律效力。

TCEs/EoF 的记录、固定和文件汇编

关于 TCEs/EoF 的文件汇编、记录和固定的作用及其与知识产权保护之间的关系等问题，过去的文件和出版物中已进行过大量讨论。⁵⁹ 简言之，过去的讨论中已指出，在文件汇编倡议方面存在一些与知识产权有关的令人关注的问题。例如，文件汇编、记录品和固定物的版权及相关权几乎总是属于从事文件汇编、记录或固定的人，而不属于社区自身。第二，对 TCEs/EoF 进行文件汇编和记录，尤其是以数字化

⁵⁶ 参见欧洲共同体及其成员国对原 B.9 条规定提出的意见。

⁵⁷ 参见萨米委员会的意见。

⁵⁸ 参见联合国教科文组织关于编制无形文化遗产名录的专家会议，2005 年 3 月 17 日和 18 日。

⁵⁹ 例如，参见 WIPO/GRTKF/IC/5/3、WIPO/GRTKF/IC/6/3 和 WIPO/GRTKF/IC/7/3。

形式提供，将使TCEs/EoF更易于查阅和获取，从而可能对各社区的保护工作起到破坏作用。由于这些原因，拟议的本条规定，专为登记的目的而进行的记录，其所产生的任何知识产权应属于相关社区。事实上，以物质形式对本来不受保护的TCEs/EoF加以固定，会使固定物产生新的知识产权，而这些知识产权可以间接地用于保护TCEs/EoF本身(例如，这一策略已被用来保护古代岩石艺术)。⁶⁰ 另外，TCEs/EoF的记录和文件汇编如果算不上文化遗产保护计划的根本组成部分的话，显然也是非常宝贵的。WIPO正与其他利益攸关者合作，进一步开展工作，研究TCEs/EoF的记录和文件汇编所涉的知识产权问题和影响。1993年《土著人民文化权利和知识产权马塔阿图阿宣言》促请土著人民，尤其“制定出规范外部使用者对其传统和习惯知识进行记录(录像、录音、文字记录)行为的道德准则”。⁶¹

各方就本条原稿(WIPO/GRTKF/IC/7/3)所发表的意见

经修订的规定根据许多人的赞同意见，保留了“无须履行手续”的基本做法。⁶² 然而，也有一些人反对这一做法，因此需要加以进一步考虑。⁶³

WIPO/GRTKF/IC/7/3 中的原B.8 条也作为一种选项，建议采用某种形式的登记或通知。根据委员会第七届会议上所作的发言以及收到的书面意见，经修订的规定建议，保护具有特殊文化或精神意义、并可以适用基于事先知情同意原则的强有力保护的TCEs/EoF，需要进行登记或作出通知。⁶⁴ 此外，还考虑到以下等方面的意见，作出了其他相应修改：哥伦比亚、欧洲联盟及其成员国、国际商标协会(INTA)、第一部落大会和萨米委员会。

哥伦比亚尤其建议采用关于版权及邻接权问题的《安第斯第 351 号决定》第 52 条和第 53 条的具体措辞。建议的措辞是：“对TCEs/EoF及其演绎作品给予的保护，无需履行任何手续。因此，未加以记录不妨碍享受或行使已被承认的权利。记录具有声明性质，不构成权利。在对此不构成损害的前提下，在登记簿中进行登记将假定如无其他相反的证明，登记簿中所登记的事实和行为是真实的。任何登记不得影响第三方的权利。”⁶⁵

⁶⁰ 例如，参见 Janke，“岩石艺术未经授权的复制”，思想文化：知识产权与传统文化表现形式案例研究，WIPO, 2003 年。

⁶¹ 第 1.3 段。

⁶² 参见哥伦比亚的意见。

⁶³ 美利坚合众国的意见。

⁶⁴ 欧洲联盟及其成员国和国际商标协会 (INTA) 的意见。

⁶⁵ 参见哥伦比亚的意见。

第 8 条：

制裁、补救办法和行使权利

(a) 在发生违反传统文化表现形式/民间文艺表现形式保护规定的情况下，应能提供容易获得、适当而充分的执法和争议解决机制、边境措施、制裁和补救办法，包括刑事和民事补救办法。

(b) 第 4 条所指的机构应负责为社区提供有关执法问题的咨询意见和援助，根据其请求酌情代表其提起民事、刑事和行政诉讼等任务。

[后接第 8 条说明]

说 明

第 8 条：制裁、补救办法和行使权利

背 景

本条规定涉及的是，在所规定的权利受到侵犯时，可以提供哪些民事和刑事制裁及补救办法。

社区及其他人均已指出，现行法律所规定的补救办法可能不适合用来遏制他人对土著版权权利人作品的侵权使用，或者所提供的赔偿金额可能达不到因侵权使用而造成的文化和非经济损害的程度。他们还提到，最好能为这一领域提供法庭外争议解决办法(ADR)。⁶⁶

成员国指出，有必要在制裁、补救办法和执法方面提供适当的指导和实际经验。⁶⁷

各方就本条原稿(WIPO/GRTKF/IC/7/3)所发表的意见

根据伊朗伊斯兰共和国、欧洲联盟及其成员国和美利坚合众国等提出的意见，对文件 WIPO/GRTKF/IC/7/3 中的原 B.9 条规定作了若干修改。

⁶⁶ 拉丁美洲和加勒比国家集团（WIPO/GRTKF/IC/1/5 附件一第 9 页）、亚洲集团（WIPO/GRTKF/IC/2/10）、非洲集团（WIPO/GRTKF/IC/3/15）。

⁶⁷ 参见肯尼亚和摩洛哥的发言（WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.第 80 和 85 段）。

第 9 条：

过渡性措施

(a) 本规定适用于在本规定生效时符合第 1 条规定标准的一切传统文化表现形式/民间文艺表现形式。

(b) 继续对传统文化表现形式/民间文艺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管制的行为，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的规定，而且须尊重第三方已事先获得的权利。

[后接第 9 条说明]

说 明

第 9 条：过渡性措施

背 景

本条规定涉及的是，保护应当具有追溯还是前瞻的性质，尤其是如何处理在本规定生效时继续对 TCEs/EoF 进行在本规定生效前已合法开始的使用行为。

正如委员会的许多参与者指出的，这一问题直接涉及“公有领域”这一概念。以前的文件已经指出，“更清楚地认识公有领域的作用、范围和界限，对于建立 TCEs 知识产权保护的适当政策环境具有至关重要的意义。”⁶⁸ 委员会的参与者表示，公有领域这一概念土著人民不认可，换言之，狭义的民间文艺表现形式从未受过知识产权保护，因此不能说已流入“公有领域”。用 Tulalip 部落的话说：“正是由于这一原因，土著人民才普遍要求对西方制度认为属于‘公有领域’的知识加以保护，因为土著人民认为，这一知识过去是、现在是、将来还将是由习惯法来调整的。其被认为流入‘公有领域’，不是因为他们没有采取必要步骤在西方知识产权制度中对这一知识加以保护所造成的，而是由于政府和公民不承认和不尊重使用习惯法来调整对这一知识的使用而造成的。”⁶⁹

现行法律中有几种明显的选项：

(i) 具有法律追溯力，即：对 TCEs 的一切使用，无论是过去的、现在的、还是新的使用，均将受新法律或条例的管辖；

(ii) 无追溯效力，即：只有新的、在有关法律或条例生效前尚未开始的使用，才受该法律或条例的管辖；以及

(iii) 中间路线，即：根据法律或条例须经授权但在该法律或条例生效前已未经授权开始的使用，应在一定期限届满前停止使用(如果在此期限内使用者未按要求获得相关授权的话)。

现有的专门保护制度和模式要么未涉及这一问题，要么仅规定具有前瞻性质。然而，2002 年《太平洋地区示范法》大体上采用了上述中间路线。

本条草案的做法也是采用中间路线，并尤其借鉴了 2002 年《太平洋地区示范法》以及 1971 年《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》第 18 条中的措辞。

⁶⁸ 例如，参见 WIPO/GRTKF/IC/5/3 及随后的文件。

⁶⁹ 委员会第五届会议上的发言，亦可在以下网站查阅：<http://www.wipo.int/tk/en/igc/ngo/ngopapers.html>。

各方就本条原稿(WIPO/GRTKF/IC/7/3)所发表的意见

根据委员会前几届会议上关于“公有领域”的发言、尤其是新西兰和Maui Solomon先生在第七届会议上的发言⁷⁰，以及欧洲联盟及其成员国、美利坚合众国、非洲知识产权组织(OAPI)、伊朗伊斯兰共和国、国际商标协会(INTA)和萨米委员会等发表的意见，对本条规定作了修订。一些意见提请注意这些问题的复杂性，并促请委员会予以进一步考虑。

⁷⁰ WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.第 70 段。

第 10 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

根据本规定对传统文化表现形式/民间文艺表现形式进行的保护，不取代而应补充其他知识产权法律、有关保护、保存和促进文化遗产的法律和计划以及传统文化表现形式/民间文艺表现形式的保护和保存方面现有的其他法律和非法律措施对传统文化表现形式/民间文艺表现形式及其演绎作品所适用的保护。

[后接第 10 条说明]

说 明

第 10 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

背 景

与知识产权法律之间的关系

本规定的意图是，为 TCEs/EoF 提供常规和现有知识产权法律目前尚不能提供的保护形式。

正如以前所讨论过的，对 TCEs/EoF 进行任何特殊的保护，都应当符合根据知识产权法律亦可获得的知识产权保护。以前的讨论中曾经提到，土著人民和传统及其他文化社区及其成员的某些需求和关注的问题(但为数不多)，可以通过现行知识产权制度中已有的解决办法，包括通过将这些制度延伸或调整的办法，加以解决。

例如：

- (a) 版权和工业品外观设计法可以用来保护对已有材料进行的当代改编和翻译作品，即使其是在传统背景下完成的，也是如此；
- (b) 版权法可以保护作者不详且未发表的作品；
- (c) 版权中的*追续权*(转售权)让艺术作品的作者得以从经济上受益于其作品的转售；
- (d) “民间文艺表现形式”的表演可以受 1996 年《WIPO 表演和录音制品条约》(WPPT)的保护；
- (e) 传统标志、符号及其他标记可以注册为商标；
- (f) 传统地理名称和原产地名称可以注册为地理标志；以及
- (g) 与传统商品和服务业相关的显著性和名声可以受反不正当竞争法和/或利用证明商标和集体商标的保护，以防“假冒”。

与非知识产权措施之间的关系

过去也曾广泛讨论过的一个问题是，进行全面的保护，可能需要采取大量的包括非知识产权在内的专有权和非专有权手段。可能具有相关性并有用的非知识产权办法包括：贸易惯例和营销法律、隐私法和公开权、诽谤法、合同和使用许可、文化遗产登记簿、名录和数据库、习惯法和土著法律和礼仪、文化遗产保存和促进法律和计划⁷¹、手工艺促进和发展计划。尤其是，正如委员会的一些参与者所建议

⁷¹ 前南斯拉夫的马其顿共和国发表的意见中提供了关于其文化遗产法律和计划等方面的信息。

的，可以对在哪些方面有机会使教科文组织 2003 年《保护无形文化遗产公约》与本规定之间发挥协同作用的问题进行进一步探讨。

所建议的本规定无意取代制定这些非知识产权的措施和计划的必要性。知识产权与非知识产权做法和措施并不是相互排斥的选项，只要携手合作，每一种选项都能在综合全面的保护途径中发挥各自的作用。⁷²

本规定意在补充保存和保护无形文化遗产方面的法律和措施，并与之合作。在某些情况下，可以利用现有的文化遗产措施、机构和计划，以支持本规定中的原则，从而避免重复劳动和重复资源。究竟采用哪些形式和途径，还将取决于受保护的 TCEs 的性质，以及这一保护旨在实现的政策目标。

各方就本条原稿(WIPO/GRTKF/IC/7/3)所发表的意见

对原 B.11 条规定作了修改，以便亦考虑委员会的多个参与者建议的非法律和非知识产权措施。经修订的现有规定亦更贴近 1982 年《示范规定》的相应规定。比较笼统地说，以下各方就本条规定发表了意见：欧洲联盟及其成员国、前南斯拉夫的马其顿共和国、俄罗斯联邦、美利坚合众国、萨米委员会和国际商标协会 (INTA)。

⁷² 参见新西兰对 WIPO/GRTKF/IC/7/3 发表的意见。

第 11 条:

国际和区域保护

依据实施本国际条款的国家措施或法律，对传统文化表现形式/民间文艺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惯常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。

[后接第 11 条说明]

说 明

第 11 条：国际和区域保护

背 景

本条规定涉及的是，国内法中如何承认外国权利人对 TCEs/EoF 享有的权利和利益这一技术问题。换言之，在什么条件和情况下，外国权利人有机会使用一国的国内保护制度，以及外国权利人的利益可以受到何种程度的保护。本规定的伴随文件 WIPO/GRTKF/IC/8/6 对这一问题进行了更广泛的讨论。为当前的目的，并仅作为讨论的起点，本条提出的规定大体上基于《伯尔尼公约》第 5 条中的国民待遇，并以此作为进一步审议和分析的基础。

笼统地说，但根本不是绝对地说，关于外国权利人对 TCEs/EoF 享有的权利和利益如何得到国内法的承认这一问题，在知识产权中已通过“国民待遇”的原则加以解决，当然，对这一原则也可以规定一些重要的例外与限制。国民待遇的定义可以是：对外国权利人给予与本国国民相同的保护，或至少相同的保护形式。例如：

(a) 《伯尔尼公约》(第 5 条)规定：“(1) 就本公约保护的作品而论，作者在作品起源国以外的本同盟成员国中享有个该国法律现在给予和今后可能给予其国民的权利，以及本公约特别授予的权利”，以及“起源国的保护由该国法律决定。然而，如果作者不是起源国的国民，但他的作品受公约保护，该作者在该国仍享有同本国作者相同的权利。”

(b) 1961 年《罗马公约》对表演者的规定如下：“在本公约中，国民待遇指被要求给予保护的缔约国的国内法律给予——(甲)其节目在该国境内表演、广播或首次录制的身为该国国民的表演者的待遇；(……) 国民待遇应服从本公约具体给予的保护和具体规定的限制。”(第 2 条)；以及

(c) 1996 年的 WPPT 的规定如下：“在本条约所专门授予的专有权以及本条约第 15 条所规定的获得合理报酬的权利方面，每个缔约方均应将其给予本国国民的待遇给予第 3 条(2)款所定义的其他缔约方的公民。”

除国民待遇以外，或作为国民待遇的补充，其他国际法律机制也被用来承认外国国民的知识产权。按照“互惠”(或对等承认)的原则，一国是否对外国国民给予保护，取决于该外国是否对该第一个国家的国民给予保护；保护的期限和性质也可以按相同的原则来确定。按照“相互承认”的做法，通过两国之间签定协议的方式，可以使一国承认的权利在外国也得到承认。准予使用国内制度的另一个相关机制是，通过住所而被“视同”有符合资格的国籍。例如，《伯尔尼公约》(第 3 条第(2)款)规定，非本[伯尔尼]同盟任何成员国的国民但其惯常住所在一个成员国国内的作者，为实施本公约的目的，应视同于该国的国民。

另外，还有可能适用于承认外国权利人的权利的原则是：“最惠国待遇”原则。TRIPS 协定规定(有例外情况者除外)：“在知识产权保护方面，[世贸组织]某成员提供给任何其他国家国民的任何利益、优惠、特权或豁免，均应立即无条件地给予所有其他成员的国民。”

虽然按照知识产权领域的先例和过去的经验，国民待遇的做法似乎为一个恰当的起点，但 TCEs/EoF 的特殊性质以及委员会有许多参与者要求的专门保护形式意味着，国民待遇原则应由某些例外与限制或相互承认、互惠和视同等其他原则加以补充，尤其是涉及到保护的受益人的法律地位和习惯法方面，更是如此。例如，建议的本规定上文第 2 条规定，保护的受益人将是“根据本社区的习惯法和惯例保管、照料并保护 TCEs/EoF 的”各社区。按照严格的国民待遇概念，提供保护的外国法庭在确定外国社区是否符合受益人资格时，将诉诸本国的法律，包括本国的习惯法。从该外国社区的观点来看，这可能不是令人满意的解决办法，该社区当然希望参考其本社区的习惯法。按照相互承认和视同原则，提供保护的国外的法庭可以认可的是，TCE/EoF 起源国的社区，凡在甲国享有诉讼法律地位的，即可以作为保护的受益人，因为其在起源国享有此种法律地位。因此，虽然国民待遇也许作为一般原则是合适的，但也许相互承认等也可以成为解决法律地位等一些问题的适当原则。

然而，正如委员会的参与者所指出的，TCEs/EoF 的外国权利人保护问题是一个错综复杂的问题。例如，埃及代表团在第七届会议上表示：“……TCEs/EoF 常常是各国共享的文化遗产的一部分。因此，其区域和国际保护是一个复杂的问题，必须特别认真地对待。在这方面采用任何法律措施之前，各国必须先互相磋商。”⁷³ 摩洛哥指出，有必要“在建立法律保护机制之前，与一切有利害关系的当事方进行更广泛的磋商。”⁷⁴ 鉴于这一问题的复杂性，委员会的讨论迄今为止尚未对这一技术问题提出太多具体的指导意见，现有的国内 TCE 专门保护法要么根本不保护外国权利人，要么采取综合的做法。

因此，为当前的目的，建议的本条规定大体上基于《伯尔尼公约》第 5 条规定的国民待遇的原则，以供进一步讨论和分析。

本规定的进一步草案可以根据委员会的愿望，更深入地探讨国际文书中提出的各类技术性规定，例如涉及关联要点、视同、起源国保护和独立保护等问题的规定。这些草案中还可以进一步处理“区域民间文艺”的问题，以及国际层面与建议的 TCEs/EoF 登记/通知(参见上文第 3 条(a)项和第 7 条)之间的实际关系。正如各该条的说明中指出的，目前仅提及国家登记簿，但最终可以设想采用某种形式的区域

⁷³ WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. 第 69 段。

⁷⁴ WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. 第 85 段。

和/或国际登记簿。举例而言，可以借鉴《巴黎公约》第 6 条之三或 1958 年《原产地名称国际注册里斯本协定》第 5 条所规定的注册制度。

各方就本条原稿(WIPO/GRTKF/IC/7/3)所发表的意见

如前所述，第七届会议上的一些发言以及发表的意见均认为这是一个错综复杂的问题，因此如前所述，需要加以进一步的认真审议。对上述技术性问题，几乎无人发言或发表意见提出具体的建议。

[附件和文件完]