

## 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

### 知识产权与传统文化表现形式重要词语汇编

*秘书处编拟的文件*

1. 在2010年12月6日至10日举行的第十七届会议上，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(“委员会”)决定，秘书处应按照第一届闭会期间工作组会议摘要报告(WIPO/GRTKF/IC/17/8)的建议，为第二届闭会期间工作组会议编拟和提供“一份信息文件，即知识产权与传统知识重要词语汇编”。<sup>1</sup>
2. 目前这个文件尽量吸取以前委员会词语汇编中的词语和联合国及其他国际文献已有的词语。文件也考虑了从国家和地区法律及法律草案、多边文献、其他组织和程序以及词典中可以找到的定义和词语。此外，各种定义基于委员会的工作文件、其他WIPO文件和其他WIPO工作计划的文件。因此，经提议的定义并未列举穷尽。其他词语也可能与知识产权和传统文化表现形式相关，所选词语也可以有其他的注释。

---

<sup>1</sup> 第十七届委员会报告草案(WIPO/GRTKF/IC/17/12 Prov.)。

3. 重要词语的选择基于工作文件 WIPO/GRTKF/IC/18/5 和其他相关文件最常使用的词语。附件中所选择和提议的定义不妨碍其他汇编或该委员会以前文件中包含的或其他国际、地区和国家文献或论坛中所包含的重要词语的定义。重要用词的选择和所提议的定义无意表明词语的选择或其所提议的定义已经委员会参与者一致同意。这是一份信息文件，因此，既不要求委员会批准采纳所选词语，也不要求其批准或采纳所提议的定义。
4. 根据委员会在第十六届会议上作出的决定，为委员会第十七届会议编拟了一份“知识产权与遗传资源重要词语汇编”(WIPO/GRTKF/IC/17/INF/13)。继 2011 年 2 月 28 日至 3 月 4 日举行第三届闭会期间工作组会议之后，该文件又作为文件 WIPO/GRTKF/IC/18/INF/9 再次印发给委员会第十八届会议。词语汇编中所包含的一些词语亦囊括在本文件中，因为它们与传统文化表现形式相关。按照委员会第十七届会议的决定，秘书处受委托“为下一届委员会编拟和提供一份信息文件，即知识产权和传统文化表现形式词语汇编”<sup>2</sup>。鉴于一些词语与遗传资源、传统知识和传统文化表现形式相关，因此委员会或许希望考虑是否最终将该三个汇编合而为一。

5. 请委员会注意本文件及其附件。

[后接附件]

---

<sup>2</sup> 第十七届委员会报告草案(WIPO/GRTKF/IC/17/12 Prov.)

## 附件

### 知识产权与传统文化表现形式重要词语汇编

#### 改 编

出于有别于作品本来的目的，对已有作品(受版权保护或是已进入公有领域)或对传统文化表现形式进行改动的行为，其方式是将已有作品的内容与因改编而增加的新内容合并起来从而形成一部新作品。<sup>1</sup>

《布莱克法律词典》<sup>2</sup> 规定，版权所有人对其受保护作品改写为演绎作品或改编作品的专有权。《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》1971 年巴黎文本(《伯尔尼公约》)第 12 条规定，文学艺术作品的作者享有授权对其作品进行改编、音乐改编和其他变动的专有权利。

#### 批准和参与

对这个术语没有普遍接受的定义。

但人们根据下述情况认为，尽管 1992 年《生物多样性公约》第 8 条(j)款使用了短语“批准和参与”，有关第 8 条(j)款的各种决议均一致地将这一名词的含义解释为“事先知情同意。”<sup>3</sup>

#### 受益人

对于这个术语没有普遍接受的定义。但许多利益攸关者却强调指出：传统文化表现形式一般被看作源于集体并为集体所有。因此这一实体的任何权利和利益都应为社区而不是个体所有。然而在一些情况下，个体可被视为传统文化表现形式的持有人和对这种形式保护的受益人。<sup>4</sup>

一些国家和地区保护传统文化表现形式的法律，直接规定了相关人民和社区的权利。许多国家和地区则愿意将权利归属于政府管理机构，经常规定授予传统文化表现形式权利的所得，应用于教育、可持续发展、民族遗产、社会福利或与文化相关的方案。

“传统文化表现形式的保护：条款草案”第 2 条(WIPO/GRTKF/IC/18/4 Rev.)规定：

---

<sup>1</sup> 《WIPO 管理的版权及相关权指南以及版权及相关权词汇》，第 264 页。

<sup>2</sup> 本文件所使用的版本系 Bryan A. Garner 所著第 8 版。

<sup>3</sup> 第二届非洲土著人民和当地社区筹备会议提出的非洲谈判建议，UNEP/CBD/COP/10/INF/37，2010 年 10 月 14 日。

<sup>4</sup> 该政府间委员会第十七届会议报告草案(WIPO/GRTKF/IC/17/12 Prov.2)。

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<sup>5</sup>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 [或尤其持有]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。 ]

## 协 商

依据《布莱克法律词典》，协商是向某些人咨询或征求意见的行为。协商系指人们交流观点和信息所借助的方法。协商不仅是一种单向方式，而是一种分享知识和意见的方法。协商就意味着协同工作，倾听对方的意见并依此行事。

根据一些情况，在土著社区的协商和同意是相互关联的。通过协商，第三方用户可以进而了解哪些情况需要得到同意，哪些人是需要给予同意的对象；这样给予同意的人才可以更加充分地了解他们所同意的内容是什么。<sup>6</sup>

关于独立国家土著和部落人民的 1989 年《国际劳工组织条约》(169 号)指出：协商应采取“善意并以适合具体情况的方式进行，旨在对拟议的措施达成协议或同意。”(第 6 条第(2)款)。

## 文化社区

“文化社区”被定义为一种紧密型形的社会单位，其成员怀有强烈的团结统一的情感，文化社区以其自身的文化或文化设计或以普通文化的某种变异，有别于其他社区。<sup>7</sup>

<sup>5</sup> [秘书处的说明，本脚注是该条草案的一部分]脚注阐述了社区的不同层面。

<sup>6</sup> Terri Janke 所著《路径与规程——电影制片人与土著人民、文化和理念工作指南》第 51 页。

<sup>7</sup> 一组荷兰专家在荷兰国家委员会主管局主持下为联合国教科文组织编拟的词语汇编草案，TER/CH/2002/WD/4，2002 年。

## 文化多样性

文化多样性系指群体和社区文化找到表现自己的多重途径。这些表现形式在这些群体和社会内部并在这些群体和社会之间进行传播。<sup>8</sup>

## 文化表现形式

2005 年联合国教科文组织(UNESCO)《保护和促进文化表现形式的多样性公约》将文化表现形式定义为“指个人、群体和社会创造的具有文化内容的表现形式。”<sup>9</sup>

## 文化遗产

1972 年联合国教科文组织(UNESCO)《保护世界文化和自然遗产公约》第 1 条列出的以下各项，被视为文化遗产：

- (a) 文物：从历史、艺术或科学角度看具有突出的普遍价值的建筑物、碑雕和绘画作品、具有考古性质的元素或结构、铭文、窟洞以及具有这些特征的组合体；
- (b) 建筑群：从历史、艺术或科学角度看在建筑式样、分布均匀或与环境景色结合方面具有突出的普遍价值的单立或连接的建筑群；
- (c) 遗址：从历史、审美、人种学或人类学角度看具有突出的普遍价值的人类工程或自然与人联合工程以及考古地址等地方。

## 文化特征

文化特征表明某一社区——民族、种族、语言，等等——及其与文化生活之间存在的相关性，以及每一社区对其自身文化享有的权利。<sup>10</sup>

《罗伯特社会学词典》把“文化特性”看作是社会或文化对个人的影响，同时也看作是个人对该社会的影响。<sup>11</sup>

关于独立国家土著和部落人民的 1989 年《国际劳工组织公约》(第 169 号)规定，政府应促进充分承认这些人民在其社会和文化特性、习俗和传统及其体制上的社会、经济和文化权利。<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> 联合国教科文组织《保护和促进文化表现形式多样性公约》(2005 年)第 4 条第(1)款。

<sup>9</sup> 联合国教科文组织《保护和促进文化表现形式多样性公约》(2005 年)第 4 条第(3)款。

<sup>10</sup> 联合国教科文组织《同类词汇编》，<http://www.vocabularyserver.com/unesco/?tema=2563>。

<sup>11</sup> Le Robert, 《社会学词典》。(我们编制了译文)

<sup>12</sup> 关于独立国家土著和部落人民的 1989 年《国际劳工组织公约》(第 169 号)第 2 条第(2)款(b)项。

## 文化财产

1970 年《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的方法的公约》把文化财产定义为：基于宗教或世俗原因，被每个国家指明为对其考古学、史前学、历史学、文学、艺术或科学特别重要的并属于以下类别的财产：(a) 动物、植物、矿物质和解剖学的稀有收藏品和样本，具有古生物学意义的物品；(b) 与历史(包括科学史、技术史、军事史和社会史)和与国家领导人、思想家、科学家和艺术家的生活相关的财产以及与国家重大事件相关的财产；(c) 考古发掘文物(包括正常发掘和秘密发掘)或考古发现的文物；(d) 被分割的艺术或历史古迹或考古遗址的元素；(e) 具有上百年历史的古董、诸如碑文、硬币和印章；(f) 具有人种学价值的物品；(g) 具有艺术价值的财产，诸如：(i) 不管使用任何工具完全用手工绘制并采用任何材质的图片、绘画和图形(不包括工业品外观设计和用机器生产的手绘物品)；(ii) 在任何材料上制作的雕塑艺术和雕刻艺术的原创作品；(iii) 原创的雕刻、印刷和版画；(iv) 在任何材料上制作的原创性的艺术组合和蒙太奇；(h) 珍稀手稿和早期刊本、旧书、具有特殊价值的文档和出版物(历史、艺术、科学、文学，等等)，无论其形式是单形本或合编本。(i) 邮戳、税戳和类似的戳记，无论其形式采用单形本或合订本；(j) 档案，包括声音、照片和影片档案；(k) 有上百年历史的家具和古老的乐器。

## 保管人

《布莱克法律词典》将“保管人”定义为“负责或管理(儿童、财产、文件、或其他贵重物品)的人或机构。根据同一出处，“保管”是指出于对某一事或人进行检查、保存或安全的目的而对之进行的呵护和管理。《牛津英语词典》对“保管人的定义为管理人或物的人，卫士、保管。”《韦伯思特大字典》提出的定义是：“捍卫和保护或保持的人。”

“保管人”一词在传统文化表现形式的背景中指那些依照习惯法和其他做法，保持、利用和发展传统文化表现形式的社区、民族、个人和其他实体。它表述了一个不同于“所有权”的理念，因为它表达了一种责任感，旨在确保能以一种与社区价值和习惯法相符合的方式利用传统文化表现形式。<sup>13</sup>

## 习惯范围

“习惯范围”系指依据社区日常生活的做法对传统文化表现形式的利用，例如：当地手艺人出售民间文学艺术的非物质形式复制品的惯常方法。<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> 知识产权与传统知识重要词语汇编，文件 WIPO/GRTKF/IC/18/INF/8。

<sup>14</sup> 《保护民间文学艺术表现形式防止非法利用和其损害行为国内法示范条款》，1982 年，第三部分，第 42 段。

## 习惯法和议定书

《布莱克法律词典》对“习惯法”的定义是：“由被接受的作为合法要求或强制性行为准则的习惯构成的法律；是社会经济系统内的一部分至关重要和固有的被当作法律一样对待的做法和信仰。”

习惯法还被定义为“当地承认的原则即较具体的准则和规则，他们以口头形式存在和传播，而且由社区机构用来管控指导生活的方方面面。”<sup>15</sup>

习惯法的体现方式各不相同。例如，法律可以书面或口头形式编纂，在传统做法中清楚地表达或实施。另一重要因素，是这些法律实际上是否得到社区所在国国内法律制度的“正式”承认或与其相关联。决定某些习惯是否具有法律地位的决定性因素，取决于社区是否认为他们有约束效力还是仅仅能单纯描述实际做法。

习惯法涉及到社区生活的许多方面。它规定了社区成员在其生活、文化和世界观等重要层面的权利与责任；习惯法可以关系到自然资源的使用和获取；与土地、继承和财产相关的权利与义务；精神生活的操守；文化遗产和知识系统的保持，以及许多其他事务。<sup>16</sup>

人们认为，习惯法包括传统社区奉行的土著习惯，以及一直奉行的对违法行为的当地惩治办法。多数习惯法规定没有采取书面形式，并且在整个种族群体中其规定也不统一。种族群体习惯法之间的区别，可归因于各种因素：语言、亲近程度、起源、历史、社会结构和经济。习惯法不是一成不变的，而是具有能动性；其规定随时间不断改变，以体现变化的社会和经济环境。<sup>17</sup>

## 习惯做法

习惯做法可以被描述为管理和指导社区生活方方面面的行为和使用方式。习惯做法在社区内根深蒂固并与其生活和工作方式融为一体。它们不能被理解为独立的、成文“法”本身。<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> 保护传统知识的权利：习惯法与惯例的影响，研究规划讲习班，秘鲁，Cusco，2005年5月20-25日。

<sup>16</sup> 习惯法草案和知识产权问题文件——版本 3.0(2006年12月)，[www.wipo.int/tk/en/consultations/customary\\_law/index.html](http://www.wipo.int/tk/en/consultations/customary_law/index.html)。

<sup>17</sup> Paul Kuruk, “非洲习惯法和民间文学艺术的保护”，《版权公报》XXXVI，2002年第2期，第6页，部分摘录于1982年6月15日巴黎出版的《最高法院简报》，1982年2月，摘要，第378页，或巴黎，1978年4月25日，《最高法院简报》，1978年2月，第448页。

<sup>18</sup> 习惯法和知识产权问题文件，参见上文脚注16所引文件。

## 习惯利用

2002 年的保护传统知识和文化表现形式太平洋区域框架将习惯利用定义为“传统知识和文化表现形式依照习惯法或传统拥有者的做法的利用。”

“继续习惯利用”这一词语指土著社区依照其拥有的习惯法和做法利用其传统知识和/或传统文化表现形式的持之以恒和具有生命特征的本质。<sup>19</sup>

## 派生作品

在版权法中，“派生作品”这一词语是指在不损害已存在作品版权的条件下，根据《伯尔尼公约》第 2 条第(3)款规定受保护的翻译、改编、乐曲改编以及对已存在作品的类似变动。<sup>20</sup>有时，这一词语的使用具有更宽泛的含义，其范围扩大到《伯尔尼公约》第 2 条第(5)款(以及WTO的 1994 年《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS协定)第 10 条第 2 款的规定和 1996 年《WIPO版权条约》(WCT))规定保护的作品的汇编/选集。<sup>21</sup>在这一意义上，“派生作品”包括无论是以机读或以其他形式的数据或其他材料的汇编，这些汇编作品由于对材料的选择和编排而构成智力创作。<sup>22</sup>《伯尔尼公约》规定汇编作品和选集与其他派生作品均受保护。<sup>23</sup>

作者的精神权利可能会限制到第三方使用派生作品的权利。因此，即使合同规约或法定某人有权修改作品或使用该作品创造的派生作品，作者仍然可以反对对该作品进行有损于他或她声誉的歪曲。

一些管辖区已经在传统文化表现形式领域采用了派生作品的定义。根据 2002 年保护传统知识和文化表现形式的太平洋区域框架，该词语系指根据传统知识或文化表现形式或从传统知识或文化表现形式派生的任何智力创造。<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> 与知识产权和传统知识相关的重要词语汇编，文件 IPO/GRTKF/IC/18/INF/8。

<sup>20</sup> 《伯尔尼公约》第 2 条第(3)款。“翻译、改编、乐曲改编以及对文学或艺术作品的其他变动应得到与原作同等的保护，但不得损害原作的版权。”

<sup>21</sup> 《WIPO 指南》，参见上文脚注 1 所引出版物。

<sup>22</sup> 《伯尔尼公约》第 2 条第(5)款，TRIPS 协定第 10 条第(2)款，《世界版权条约》第 6 条。

<sup>23</sup> 参见 Sam Ricketson 和 Jane C. Ginsburg, 所著《国际版权与邻接权——《伯尔尼公约》和其他相关国际文书》，牛津，第一卷，第 485 页。

<sup>24</sup> 保护传统知识和文化表现形式太平洋区域框架，2002 年，第一部分第 4 节。



## 损害行为

形容词“损害”是指《伯尔尼公约》第 6 条之二所规定的对名誉或声誉的损害。就名词“行为”而言，这里所指是对作品本身进行改动或干预以外的一些情况。这是一种“关系到”作品的行为。“损害行为”这一名词是在《伯尔尼公约》布鲁塞尔修订本中增加的，旨在涵盖对有损于作者的作品的行为。这一行为是指那些已对作者造成伤害的方式传播作品的情况。<sup>25</sup>

## 公 开

根据《布莱克法律词典》所作的解释，“公开”是对事实的披露或是将以前不为人所知的某些是公之于众的行为或过程。

在版权领域，“公开”可能表明首次向公众提供一部作品。作品的首次出版可能是一种——但并非是唯一可能的——公开形式，因为作品可能通过非复制行为公之于众(例如公开表演)，以及向公众进行的有线广播。<sup>26</sup> 承认此类权利不是国际版权准则规定的一项义务。《伯尔尼公约》提及了在例外情况下对已公开作品的使用。<sup>27</sup> 作者有权向世界公开其作品。<sup>28</sup> 依据某些国内法，“公开权”是一种精神权利。

## 歪 曲

根据《牛津英语词典》，“歪曲”是指对词语的曲解或误读以致赋予了词语不同的意义；对意见、事实、历史的误读导致了对其的错误使用。《伯尔尼公约》规定，作者享有要求其作品作者身份的权利，并有权反对其作品的任何有损其声誉的歪曲。<sup>29</sup>

## 编制文献

《牛津英语词典》将编制文献定义为：信息的积累、分类和传播；收集的材料。

---

<sup>25</sup> Sam Ricketson 和 Jane C. Ginsburg，参见上文脚注 23 所引著作，第 603 页。

<sup>26</sup> 《WIPO 指南》，参见上文脚注 1 所引出版物，第 282 页。

<sup>27</sup> 第 10 条之二和第 11 条。还可参见 Sam Ricketson 和 Jane C. Ginsburg 的论述，参见上文脚注 23 所引著作，第 614 页。

<sup>28</sup> 同上。

<sup>29</sup> 第 6 条之二第(1)款。

传统文化表现形式的文献编制包括对这些表现形式进行记录、书写、拍照或摄制影片——涉及到以保存并能够将其向公众提供的方式进行记录的任何行为。因此这种形式有别于在社区内保存和传播传统文化表现形式传统方法。<sup>30</sup>

### 合理报酬

就作品或相关权利的客体实施某些行为而应支付的报酬，其数额和支付方式应与可以视为版权或相关权利所有人授权实施同一行为的正常商业标准一致。这种报酬通常是在经济权利被弱化为获得报酬权的情况下支付的(而且一般在非自愿许可的基础上适用)。<sup>31</sup>

1996 年的《WIPO 表演和录音制品条约》(WPPT)规定，表演者和录音制品制作者享有对直接或间接使用录音制品，为广播或向公众传播目的进行商业性发行而获取单一合理报酬的权利(第 15 条第(1)款)。但任何缔约方可以限制或——规定对本条约作出保留——否认这一权利(第 15 条第(3)款)。

### 公平分享利益

1992 年《生物多样性公约》规定：“公平平等分享由利用遗传资源而产生的惠益：实施手段包括遗传资源的适当取得及有关技术的适当转让，但需顾及对这些资源和技术的一切权利，以及提供适当资金。”(第 1 条)。

利益可以包括货币和非货币惠益，包括但不限于《生物多样性公约关于“获取遗传资源和公平平等分享由利用遗传资源而产生的惠益”名古屋议定书》附件所列举的内容。<sup>32</sup>获取遗传资源和利益分享程序中涉及的步骤，可以包括获取、研究和开发遗传资源之前的各项活动及其商业化和其他应用，其中包括惠益分享。<sup>33</sup>

### 例 外

“例外”一词对使用版权作品作出了限制。例外与设计保护内容的行为密切相关。有时“例外”一词涵盖了使某些原创作品不再被所有人垄断法律决定(如法律条文或司法决定)，但从整体而言，这是一个确定对受保护内容的哪些使用既无需授权也需付酬。<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> 编制传统知识与遗传资源文献时管理知识产权工具包的概要与导言，文件 WIPO/GRTKF/IC/5/5。在文件 WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9 中也讨论了这条词语。

<sup>31</sup> 《WIPO 指南》，参见上文脚注 1 所引。

<sup>32</sup> 《关于“获取遗传资源以及公平和公正地分享其利用所产生惠益”的名古屋议定书》第 5 条第(4)款。

<sup>33</sup> 《关于获取遗传资源和公正公平分享其利用所产生的惠益的波恩准则》第 23 段。

<sup>34</sup> 版权与邻接权的例外和限制，Pierre Sirinelli 编拟的研究报告，WCT-WPPT/IMP/1，1999 年，第 2 页。

《伯尔尼公约》规定了应用三部检验法来确定例外允许的范围：(i) 例外仅包括某些特殊情况；(ii) 例外不得与作品的正常利用相抵触，以及(iii) 不得无理地损害权利所有人的合法权益。<sup>35</sup>

### 借助动作的表现形式

“借助动作的表现形式”系指人体的表现形式。<sup>36</sup> 它们可以包括民间舞蹈、戏剧表演和其他典礼的艺术形式，但无需限制在有形的方式上，如以舞谱的方式记录下来。<sup>37</sup>

### 民间文学艺术的表现形式

在 1982 年的《WIPO-UNESCO 示范条款》中，“民间文学艺术表现形式”是由具有传统艺术遗产的特征要素构成的，并由某一社区或由反映该社区的传统艺术追求的个人所发展并维持的创作成果，特别是：

- (i) 语言表现形式，如民间故事、民间诗歌和谜语；
- (ii) 音乐表现形式，如民歌和器乐；
- (iii) 动作表现形式，如民间舞蹈、游戏、艺术形式或礼仪；无论是否已被浓缩为某种物质形式；以及
- (iv) 有形表现形式<sup>38</sup>

在委员会的范围内，“传统文化表现形式和”与民间文学艺术表现形式为同义语，可互换使用。

### 合理使用

《伯尔尼公约》在某些版权保护的例外规定中，使用了“合理使用”这一表述形式(参见关于引用的第 10 条第(1)款，以及关于在目的所限的合理范围内以教学解说方式自由使用作品的第 10 条第(2)款)。为确定何种使用可被视为“合理”，应考虑三部检验法的标准。<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> 第 9 条第(2)款。

<sup>36</sup> 《示范条款》，参见上文脚注 14 所引文件，第 37 段。

<sup>37</sup> 见上文。

<sup>38</sup> 《示范条款》，参见上文脚注 14 所引文件，第 2 节。

<sup>39</sup> 《WIPO 指南》，参见上文脚注 1 所引出版物，第 289 页。

## 家 庭

家庭是因血缘、姻亲或法律而组成的一组人群，家庭往往是由两代或三代人组成(《布莱克法律词典》)。

## 固 定

固定是以有形方式对署名作品进行录制的过程或结果(《布莱克法律词典》)。以某种物质形式(包括存储在电子存储器——计算机存储器)将作品或相关权利客体稳定记录下来，使作品或相关权利客体因此而可被感知、复制或向公众传播。<sup>40</sup> 以物质形式记录作品不是版权保护的一个必要的先决条件，但《伯尔尼公约》准许国内版权法将具有固定形式规定为这样一个条件。<sup>41</sup> 以物质形式固定传统文化表现形式，在固定的过程中可能确立新的知识产权，并且这些权利可用来直接保护传统文化表现形式本身——这种战略被用于保护古代的岩画。<sup>42</sup> 有些人因此强调指出，使用“表现形式”这一词语，可能会造成一种保护传统文化表现形式需要固定的印象。<sup>43</sup>

## 民间文学艺术

如 1989 年联合国教科文组织(UNESCO)《保护传统文化民间文学艺术的建议》所定义的，“民间文学艺术(或传统和通俗文化)是由群体或个人表现的基于传统创造的文化社区的整体内涵；只要它们体现了该文化社区的文化和社会特性，就承认它们体现了社区的期盼，其标准与价值通过模仿或其他方式进行口头传播。其形式为：语言、文学、音乐、舞蹈、游戏、神话、仪式、习俗、手工艺品、建筑和其他艺术。”

在若干版权法的框架中(突尼斯，1967 年；玻利维亚，1968 年(仅涉及到音乐方面的民间文学艺术)；智利，1970 年；摩洛哥，1970 年；阿尔及利亚，1973 年；塞内加尔，1973 年；肯尼亚，1975 年；马里，1977 年；布隆迪，1978 年；科特迪瓦，1978 年；几内亚，1980 年；《突尼斯发展中国家版权示范法》，1976 年以及一项国际条约(《非洲知识产权组织公约》1977 年班吉文本，《OAPI公约》)，都率先规约了民间文学艺术作品的使用。所有这些法律文本认为，民间文学艺术作品是民族文化遗产的组成部分(“传统遗产”、“文化祖产”；在智利，“文化公有领域”的使用必须支付费用)。这些案文所涉及的民间文学艺术的含义有所不同。依据上述法律(《突尼斯示范法》不包含这一定义)，这一定义中的一个重要的版权法

---

<sup>40</sup> 同上，第 290 页。

<sup>41</sup> 第 2 条第(2)款。

<sup>42</sup> Terri Janke, 心灵文化中的“未经授权复制岩画艺术”：知识产权与传统文化表现形式案例研究，WIPO，2003 年。

<sup>43</sup> 第十七届政府间委员会会议报告草案(WIPO/GRTKF/IC/17/12 Prov.2)，第 50 段。

方面的共同要素，就是民间文学艺术必须是由不明身份的作者创造的，但可以推定作者是或已是该国的国民。《OAPI公约》提到民间文学艺术是由“社区”而不是作者创作的，这就使民间文学艺术的创作有别于常规版权保护的作品。《突尼斯示范法》对民间文学艺术的定义应用了上述两种备选方案，并认为该定义意味着“由推定为相关国家国民的作者或由种族社区”创作的作品。根据《摩洛哥法》，民间文学艺术包含“所有未出版的此类作品”，而《阿尔及利亚法》和《突尼斯法》没有将民间文学艺术的范围限制在未发表作品的这一范围内。《塞内加尔法》明确将民间文学艺术这一概念理解为既包含文学也包含了艺术作品。《OAPI公约》和《突尼斯示范法》则规定民间文学艺术也包括科学作品。上述的多数法律均承认“受民间文学艺术启发而产生的作品”，是一种特殊类型的作品，这类作品的商业使用需要征得主管机构的批准。<sup>44</sup>

## 手 续

《布莱克法律词典》提出的定义指出，手续是惯例中的一个小的环节，尽管看似无足轻重，但为取得具体的法律成果，通常必须予以遵守。在版权的范畴内，“手续”这一词语系指程序或行政方面的要求，诸如公布版权通知和提交副本作为证据或进行登记，完成这些手续作为取得、享有和行使版权或相关权的条件。<sup>45</sup>

依据《伯尔尼公约》、TRIPS协定、WCT和WPPT的规定，享有和行使权利可以不履行任何手续。<sup>46</sup>

## 群 体

根据《牛津英语词典》的解释，群体是由相距很近的一群人、动物或植物组成的，因而组成了一个集体；一群(人)，一批(东西)。《罗伯特社会学词典》对“群体”的定义是：由无论数量多少具有共性的一组人组成的群体(观点、品味、活动)。在这一意义上，群体有别于个体的社会身份。

---

<sup>44</sup> 《示范条款》，参见上文脚注 14 所引文件，第 I 部分，第 5-7 段。

<sup>45</sup> 《WIPO 指南》，参见上文脚注 1 所引出版物，第 290 页。

<sup>46</sup> 《伯尔尼公约》第 5 条第(2)款，TRIPS 协定第 9 条第(1)款，《WIPO 版权条约》第 25 条第(10)款以及《WIPO 表演和录音制品条约》第 20 条。参见《WIPO 指南》，参见上文脚注 1 所引出版物，第 291 页。

## (土著人民的)遗产

“土著人民(以及其他人民)的遗产”或“土著文化遗产”，从广义上是指促进和保护人权小组委员会主席-报告员 Erica-Irene Daes 所详细阐述的 2000 年《保护土著人民遗产原则和指导方针草案》阐述的各项内容。

第 12 段指出：

土著人民的遗产具有集体性并由所有的物品、遗址和包含语言的知识组成，遗产的属性或使用代代相传；因此这些遗产被视为关系到某一特定人群或其传统自然使用的地域。土著人民遗产还包括物品、遗址、知识及其人民的文学艺术创造，土著人民未来可以根据其遗产进行创造或再发现。

第 13 段大意如下：

土著人民的遗产包括联合国教科文组织（UNESCO）各项相关公约所定义的所有可移动的文化财产；土著人民创造的所有类型的文学艺术作品，诸如：音乐、舞蹈、歌曲、仪式、标记与设计、故事和诗歌，以及土著人民所编制的各类文献；各种科学、农业、技术、医学、与生物多样性相关的知识和生态知识，包括根据这些知识进行的创新、生物或植物、救助方法、医药和动、植物的用途；人类残骸；无法移动的文化财产，如具有文化、自然和历史意义的圣址和墓地。

第 14 段规定：

土著人民遗产的每项内容均有所有者，抑或是全体人民，某一特定家庭或氏族，一个协会或社区或个人，他们得到真传或最初就成为这样的保管人。遗产所有者的确定，须根据土著人民自己的习俗、法律和做法。

在这些指南中，“土著文化遗产”系指有形(物质)和无形(非物质)的创造、体现和产品；如果创作体现了这些人民的传统文学、艺术或科学表现形式，则它们就包含了某一土著人民的文化特性的元素，并由这一人群或土著个人发展和保持。上述创造、体现和产品包括做法、表述、表现形式——以及工具、实物、手工艺品、遗址和文化场所。这些乃是土著人民和个人所承认的其文化遗产的组成部分。土著人民遗产还包括作为智力活动成果的知识在传统意义上形成的真知灼见，同时还包括技术诀窍、技能、创新、惯例和组成传统知识系统部分内容的学习；此外，体现了土著人民传统生活方式的知识，或包含在代代相传的已形成知识体系的知识。为应对其生存环境的变化并与自然和历史互动，代代相传的文化遗产不断经历着土著人民的再创造，因而文化遗产也赋予了土著人民特性和连续性。<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> 标准制定：标准制定活动今后需优先考虑的事项，对《关于土著人民遗产的原则和指导方针草案》进行的审议，Yozo Yokota 和萨米理事会提交的工作文件。E/CN.4/Sub.2/AC.4/2006/5，2006 年 6 月 16 日。

## 偶然使用

根据《布莱克法律词典》的解释，“偶然”这一词语是指与更重要事物的从属关系，即：对某些其他事物的附带、依存或从属性的使用，或是其他事物的相应部分。

例如 1988 年《联合王国版权设计和专利法》第 31 条第(1)款所规定的防止版权侵权的一种形式就是偶然使用。偶然使用是在将一部受版权保护的作品纳入另一作品的情况下发生的，但条件是这一受保护内容的纳入是偶然性的，并仅出现在背景部分。偶然使用构成一种防范行为，可以防止对偶然使用受保护作品以创造新作品的人采取法律行动。根据《捷克版权法》的规定，在有关预期初步使用另一作品或作品内容时，任何人对作品的偶然使用不构成版权侵权行为。<sup>48</sup>

## 土著和当地社区

词语“土著和当地社区”一直是审议研讨的主题。“土著和当地社区”没有普遍标准的定义。

词语“土著和当地社区”用于《生物多样性公约》中。例如第 8 条(j)项阐述“每一缔约方必须尽可能和适当地：……(j)依照国家立法，尊重、保存和维持土著和地方社区体现传统生活方式而与生物多样性的保护和持久使用相关的知识、创新和做法并促进其广泛应用，由此类知识、创新和做法的拥有者认可和参与其事并鼓励公平的分享因利用次等知识、创新和做法而获得的惠益；……”，《生物多样性公约》在承认与其传统依靠生存和利用的地域和水域关系久远的社区时也使用了“土著和地方社区”这个词语。<sup>49</sup>

在《生物多样性公约关于“获取遗传资源以及公平平等分享由利用遗传资源所产生的惠益”名古屋议定书》中，也使用了同样的词语。

在 FAO《国际粮食和农业植物遗传资源公约》中也使用了这一词语。第 5 条第 1 款(d)项指出：“每一缔约方……应依法并酌情：……(d)通过支持土著和当地社区的努力，促进为粮食生产就地并在受保护地区保存野生近缘种和野生植物……”；第 5 条第 1 款(c)项规定：“每一缔约方……应依法并酌情：……(c)酌情促进或支持农民和当地社区努力经营管理和保存他们农场里的粮食和农业植物遗传资源……。”；第 9 条第 1 款阐明：“缔约方承认世界各个地区土著和地方社区以及农民的巨大贡献……”。

其他法律文书则使用了不同的词语：

---

<sup>48</sup> 《捷克共和国第 121/2000 Coll.号法律合编版》第 38 条 c，关于版权和与版权相关的权利以及有关对某些法律的修正(《版权法》)，经第 81/2005 Coll.号法、第 61/2006 Coll.号法和第 216/2006 Coll.号法修正。

<sup>49</sup> “当地社区的概念”，土著问题永久论坛秘书处为数据分解专家讲习班编拟的背景文件(PFII/2004/WS.1/3/Add.1)。还请参见 UNEP/CBD/WS-CB/LAC/1/INF/5。

“土著和当地社区”在《保护传统知识和民间文学艺术表现形式斯瓦科普蒙德议定书》也有所使用。第 2 条第 1 款指出：“在背景许可的情况下，‘社区’包括当地的和传统社区。”

《关于获取安第斯社区遗传资源第 391 号决议》第 1 条将“本族、非美或当地社区”定义为“社会、文化、经济条件使其不同于国家社区其他部分的人类群体。这些群体全面或部分地有其自己的传统或习惯或受特定的法规控管，并且不管法律地位如何，他们保留着自身的社会、经济、文化和政治体制或部分的这些体制。”

2001 年 8 月 23 日第 2,186-16 号《巴西临时法案》第 7.III 条定义“地方社区”为“人类群体，包括奎罗姆伯社区的后裔，因文化环境而异，他们传统地世代按照自身的习惯而组成群体，并保留其社会和经济机构。”

## 传统知识

“土著知识”是用来描述“土著社区、人民和国家所持有和使用的知识”。<sup>50</sup>在这一意义上，“土著知识”就是土著人民的传统知识。因此，土著知识是传统知识目录中的一部分，但传统知识无须是土著性的。<sup>51</sup>

## 土著人民

“土著人民”这一词语始终是相当多的讨论和研究的主题。没有一个普遍使用和标准的有关“土著人民”的定义。

《联合国土著人民权利宣言》承认土著人民的平等人权，反对文化歧视并努力促进土著人民和国家间的相互尊重及和谐关系。然而却没有一个“土著人民”的定义。

联合国防止歧视和保护少数民族小组委员会特别报告员 J. Martínez Cobo 先生，在其编拟的“关于土著人民歧视问题的研究报告”中，对“土著”概念的描述被许多土著人民及其代表组织认为是可以接受的工作定义。该研究报告将土著社区、人民和民族理解为“那些在其领土上发展起来与先前被侵占和被殖民化社会具有历史连接性的社区，自认为与这些国家或部分领土上占优势的社会其他部分不同。它们构成现行社会的非主导性部分并决心依其自己的文化模式、社会组织 and 法律制度，保护、发展和向后代传承他们祖先的领土和民族文化认同并以此作为民族继续存在的基础。”

---

<sup>50</sup> WIPO 关于知识产权与传统知识实地调查团报告(1998-1999)“知识产权需求与传统知识的企盼”，第 23-24 页。

<sup>51</sup> 同上，第 23 页。还可参见清单和对可以体现不同形式传统知识的简要技术解释 (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9)，附件第 41 段。



《联合国环境规划署生物多样性词语汇编》将“土著人民”定义为“祖先居住在一个地方或农村的民族，这个民族因起源于另一个文化或民族背景的人们的到来而忍受着这些人通过征服、定居或其他手段对他们的主宰，当今其生活与他们自己的社会、经济、及文化习惯和传统更相符合，胜过他们作为其居住国的一部分。(还被称之为：‘本地人民’或‘部落民族’。)”。<sup>52</sup>

世界银行在普通意义上使用“土著人民”这一词语，反映出在不同程度上具有下述特征的特殊群体：

- (i) 自我认同为某一特殊土著文化群体的成员并被他人认可这种特性；
- (ii) 集体从属于地理特殊的居住地或在项目区内的祖先领土并归属于这些居住地和领土上的自然资源；
- (iii) 区别于主导社会和文化的习惯性文化、经济、社会或政治体制；以及
- (iv) 土著语言，往往有别于该国或地区的官方语言。<sup>53</sup>

国际劳工组织土著司对土著人民的定义为：

- 独立国家的部落人民其社会、文化和经济环境有别于国家社会的其他部分；其地位全部或部分受其习俗或传统或受专门法律、条例的制约；
- 因从居住在该国的人口传承下来而被视为土著的独立国家的人民；或在被征服或被殖民化或在建立目前国界之时该国已属于某一地理区域，并且不管其法律地位如何，仍保持着部分和全部其自己的社会、经济、文化和政治体制。<sup>54</sup>

相关因素包括：

- 历史的延续性，即：它们属于征服前/殖民化前的社会；
- 领土连接(其祖先居住在该国或地区)；
- 特殊的社会、经济、文化和政治体制(他们部分或全部的保留了自己的体制)。<sup>55</sup>

<sup>52</sup> 《联合国环境规划署生物多样性词语汇编》，在下述网址提供：<http://www.unep-wcmc.org/reception/glossaryF-L.htm>。

<sup>53</sup> 参见《关于土著人民的工作政策 4.10》，世界银行，2005年；John Henriksen：《实施〈国际劳工组织公约〉(第 169 号)，2008 年的重要原则》。

<sup>54</sup> 关于独立国家土著和部落人民的《国际劳工组织公约》(第 169 号)第 1 条。土著人民还强调指出：在决定由什么构成特定的土著或部落人民的过程中，存在着一定程度上的自我定义。

<sup>55</sup> 实践中的土著和部落人民——《〈国际劳工组织公约〉(第 169 号)指南》第 9 页。

“土著人民”是个相关词语。《牛津词典》给出的土著的定义为(1) “[.....]最早居住或存在于某一土地上的人民、植物和动物：严格意义上讲本土，土生土长的”；(2) “[.....]在欧洲殖民主义及其介绍的人到来之前居住和占领某一国家的”；以及(3) “[.....]属于、关于澳大利亚土著人民或其语言的或为其所特有的”。

加拿大《宪法》第 35 条规定 “[.....]加拿大土著民族包括加拿大的印第安族、因纽特族和混血民族。”加拿大土著民族皇家委员会自我定义其集中群体为“.....历史上来源于北美原有民族的有组织的政治和文化实体……。”

土著社区、人民和民族为那些在其领土上发展起来与先前被侵占和被殖民化的社会具有历史连续性的社区，自认为与这些国家或部分领土上占优势的社会的其他部分不同。他们构成现行社会的非主导部分，并决心依其自己的文化模式、社会组织和法律制度，保护、发展和向其后代传承他们祖先的领土和民族文化认同，并以此作为民族继续存在的基础。<sup>56</sup>

## 侵 权

根据《布莱克法律词典》的解释，侵权是一种干预知识产权所有人专有权的行为。具体而言，在版权与相关权领域，侵权则是在需要经版权或相关权所有人授权的情况下，未经这种授权即实施涉及受保护作品或相关权客体的行为。侵权责任不仅可以基于直接责任(因实施未经授权的行为)而存在，也可以基于“连带责任”或“替代责任”而存在。<sup>57</sup>

根据澳大利亚法律，直接复制一件艺术品的实质性部分就构成侵权。实质性部分不见得是指该作品的大部分；这里涉及到一系列问题，其中包括复制部分的质量。<sup>58</sup>

## 非物质文化遗产

根据《布莱克法律词典》所做的解释，“无形（非物质）”是指缺少物质形式的某些事物。另一方面“有形（物质）”则被定义为“具备或具有物质形式；具有形体的；可被触摸和看到的；可感知的。”

“非物质文化遗产”在教科文组织 2003 年《保护非物质文化遗产公约》中，被定义为“系指被各社区、群体、有时是个人，视为其文化遗产组成部分的各种社会实践、观念表述、表现形式、知识、技能以及相关的工具、实物、手工艺品和文化场所。为应对其环境变化并与自然及其历史互动，社区和群体对代代相传的非物质文化遗产不断地进行再创造，而非物质文

<sup>56</sup> 联合国防止歧视和保护少数小组委员会及其有关土著人口歧视问题的研究报告，UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4.para 379 (1986 年)。

<sup>57</sup> 《WIPO 指南》，参见上文脚注 1 所引出版物，第 293 页。

<sup>58</sup> 参见 Terry Janke 所著《Bulun Bulun & Anor v 研究与技术纺织有限公司》，载于《心灵文化》，参见上文脚注 42 所引著作，第 50 页。

化遗产又赋予他们特性和连续性，从而促进了对文化多样性和人类创造性的尊重。在本公约中，仅审议了此种非物质文化遗产，因为它符合现行的国际人权文书，并符合社区、群体和个人之间相互尊重以及可持续发展的各项要求。”

公约还指出：“非物质文化遗产”特别体现在以下领域：a) 口头传统和表现形式，其中包括作为非物质文化遗产一种载体的语言；b) 表演艺术；c) 社会实践、仪式和节日活动；d) 有关自然和宇宙的知识和实践；e) 传统手工技艺。

## 完整权

保护作品完整的权利就是防止未经授权擅自改动或修改作品的权利。<sup>59</sup>在《伯尔尼公约》1949年布鲁塞尔修订本出台之后，就增加了禁止有损于作者声誉的损害行为的规定。<sup>60</sup>

## 限制

“限制”一词根据《布莱克法律词典》的解释，系指限制性行为；被限制的状态，一种限定。“限制”这个词语除“例外”的含义外，还指“限度”或“制约”。<sup>61</sup>为保持受保护作品的权利持有人与使用者利益之间的适当平衡，版权法允许对经济权利做出某些限制，即：在某些情况下可以在未经权利人授权或在支付或未支付报酬的情况下使用作品。<sup>62</sup>

《伯尔尼公约》规定了作者权利可以受到限制并因此允许自由使用的条件。<sup>63</sup>设计的三步检验法可用以确定采取限制举措的条件。<sup>64</sup>三步检验法已延及TRIPS协定第13条、WCT第10条，用来检验对版权规定的所有经济权利的例外与限制。WPPT第16条将此种检验法延及该条约所涵盖的表演者和录音制品制作者的权利。<sup>65</sup>

---

<sup>59</sup> Ricketson and Ginsburg。参见上文脚注23所引著作，第602页。

<sup>60</sup> 《伯尔尼公约》第6条之二。

<sup>61</sup> “版权和邻接权的例外与限制”，WCT-WPPT/IMP/1，第2页。

<sup>62</sup> WIPO版权与相关权网站，<http://www.wipo.int/copyright/en/limitations/index.html>。

<sup>63</sup> 第10条第(1)款。

<sup>64</sup> 第9条第(2)款。

<sup>65</sup> 《WIPO指南》，参见上文脚注1所引出版物，第313页。

## 当地社区

在《生物多样性公约》(1992)中，“当地社区”被定义为：“生活在特殊生态地区的人类，他们直接依靠其生物多样性和生态系统的商品和服务作为其全部或部分生计来源，并且由于这种依存关系，他们以发展或取得传统知识，包括农民、渔民、牧民、林区居民和其他人。”<sup>66</sup>

## 少数

按照《布莱克法律词典》的解释，“少数”系指在某些方面有别于多数人群并因此有时要区别对待的群体。

少数是数量上要少于国家其余人口并且不处于主导地位的群体，其成员具备有别于其余人口的种族、宗教或语言特点；他们可能只以隐性方式，保持着一种旨在保存其文化、传统、宗教或语言的团结意识。<sup>67</sup>

根据 1992 年的《在民族或族裔、宗教和语言上属于的少数群体的人的权利宣言》，少数人群应在没有干预或任何形式的歧视条件下，有权享有自己的文化。<sup>68</sup>各国应在其各自的领土上，保护少数群体的存在及其民族或种族、文化、宗教和语言特性，并应鼓励强化其特性的环境。<sup>69</sup>

依据《公民权利和政治权利国际盟约》，在存在着种族、宗教或语言少数群体的国家内，在与其他群体成员生活的社区内，其享有自己的文化、表明其宗教信仰并从事宗教活动或使用其自己语言的权利不应被剥夺。<sup>70</sup>

## 盗用

在知识产权领域中，《布莱克法律词典》将“盗用”定义为“普通法民事侵权行为，利用一个组织为获利收集和传播的非版权信息和思想，以进行针对该组织的不正当竞争，或复制其创

---

<sup>66</sup> 参见 UNEP-CBD 专门制度讲习班，UNEP/CBD/WG8J/4/INF/18，第 2 页。

<sup>67</sup> Francesco Capotorti，前联合国特别报告员，1979 年，Diter Kugelmann 引述，《保护少数和土著人民各自的文化多样性》，A. Von Bogdandy 和 R. Wolfrum, (eds), Max Planck《联合国法律年鉴》第 11 卷，2007 年，第 237 页。

<sup>68</sup> 1992 年 12 月大会决议 47/135 号通过的《在民族或族裔、宗教和语言上属于的少数群体的人的权利宣言》第 2 条第(1)款。

<sup>69</sup> 参见上文第 1 条第(1)款。

<sup>70</sup> 1966 年 12 月 16 日大会决议 2200A (XXI)号通过并于 1976 年 3 月 23 日生效的《公民权利和政治权利国际盟约》第 27 条。

作者尚未要求或取得作品独有权利的著作。[.....]盗用的要素是：(1) 原告必须为获取该信息投入时间、金钱或努力，(2) 被告需为获取该信息而未作同样的投入，及(3) 原告需因为此类占有而遭受竞争性损害。”

盗用民事侵权行为在普通法体系中是不正当竞争法的一部分。

因此，盗用需要有对某人财产的违法或不诚实的使用或借用，并经常用于指产权未受侵犯的情况下的行为。盗用还可指违法借用或欺骗性占用委托给某人看管但实际为其他人所拥有的资金或财产。

2009 年《斯里兰卡保护传统知识法律框架》法律草案第 3 条将“盗用”定义为“(i) 违背此案条款而获取、占用和利用传统知识，(ii) 获取、占用和利用传统知识的人明知或不可能不知道或因忽略知道了传统知识是使用不正当手段而获取、占用或利用的事实时，从获取、占用和利用的传统知识获取利益，(iii) 任何不公平不公正从传统知识获取利益的违背诚实做法的商业行为。”<sup>71</sup>

《保护传统知识：经修订的目标和原则》(WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.)第 3.1 条对“盗用行为”进行了定义。相反，保护传统文化表现形式条例草案为某些情况规定了一种专有产权，或者“事先知情同意”。这种权利可使土著人民和当地社区有权打击条例所描述的滥用和盗用行为，其中包括对传统文化表现形式进行复制、出版、改编和变更，以及对传统文化表现形式获得或行使知识产权。该权利还授权各社区，使其有权向第三方授予在特定条件下使用传统文化表现形式的权利，其中包括惠益共享。可见，这种保护的法律特征并不以严格意义上的盗用学说为依据，而是总体规定，可以通过一种特别产权来保护传统文化表现形式，防止对其盗用。

## 滥 用

各种字典将滥用定义为错误、不正确或不恰当地使用，或适用不当。滥用也可指不恰当和过渡使用，或指改变事情固有目的和功能的行为。布莱克法律词典规定：以一种无意或不可预见的方式进行不恰当使用。

## 变 更

变更即对某件事进行改变（布莱克法律词典），是“改动”的同义语。《伯尔尼公约》第 6 条之二特别规定了作者反对任何对其作品进行将损害其荣誉或声望的歪曲、篡改或其他变更的权利。

---

<sup>71</sup> “斯里兰卡保护传统知识法律框架”，工作文件版本 01，2009 年 1 月。

## 音乐表现形式

音乐表现形式是通过音乐声音表现的形式，<sup>72</sup>其中可包括民间歌曲（节奏）和器乐，系典礼表现形式的声音。<sup>73</sup>

## 篡改

根据牛津英语词典，“篡改”是指删掉或删除某一物的一部分，尤其是一本书或其他文件的一部分；改变或损害内容或意义的一部分。

根据《伯尔尼公约》第 6 条之二，打击篡改行为是维护作者精神权利的一项举措。

## 相互尊重

《联合国土著人民权利宣言》在其序言中认为相互尊重是一个共同寻求的成就标准。<sup>74</sup>

此外，“尊重”意指：

- 对他们所来源的社区的文化和经济利益予以尊重，并向民间文学艺术的作者回报一定比例的因使用民间文学艺术而产生的收益。<sup>75</sup>
- 尊重土著个人和社区，尊重土著文化和遗产。<sup>76</sup>

“相互”涉及两个或更多人。他们彼此有同样的感受；彼此之间具有相互的关系（《牛津英语词典》）。

## 国家

布莱克法律词典将“国家”定义为一个通常会形成一个政治实体的具有共同血统、语言和传统的大量人群。“国民”是指在某一海关境内拥有住所或真实、有效的工业或商业机构的自然人或法人。<sup>77</sup>

“国家”一词带有由共同血统、文化和历史以及共同语言所形成的社区的含意。<sup>78</sup>

---

<sup>72</sup> 《示范规定》第 2 部分，参见上文脚注 14 所引文件。

<sup>73</sup> 《保护传统文化表现形式：条例草案》，第 1 条(b)款，WIPO/GRTKF/IC/18/4。

<sup>74</sup> 大会于 2007 年 9 月 13 日第 107 届全会通过的《决议》。

<sup>75</sup> 《示范规定》，参见上文脚注 14 所引文件，第 3 页。

<sup>76</sup> Terri Janke, 《途径和议定书》，参见上文脚注 69 所引著作，第 11 页。

<sup>77</sup> Daniel Gervais, 《TRIPS 协定》。《草案和分析》第 3 版，Sweet & Maxwell, 第 161 页。

<sup>78</sup> Diter Kugelmann, 《保护少数民族和土著人民各自的文化多样性》，A. Von Bogdandy 和 R. Wolfrum, (eds), 联合国法律 Max Planck 年鉴，第 11 卷，第 235 页，2007 年。

“文化社区”一词用意广泛，足以在传统文化表现形式被视为“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”。这补充了其他政策领域的做法并与之保持一致。<sup>79</sup>

## 疏 忽

根据布莱克法律词典，“疏忽”一词是指某人未能按照一般谨慎的人在相同情况下应采取的审慎态度行事。

## 冒 犯

“冒犯”是指造成不满、愤怒或怨恨；与得体或道德的一般含义相矛盾（布莱克法律词典）。

## 保 存

保存有两个广义要素——第一，保存传统文化表现形式的现有文化和社会背景，以使发展、传承和管控获取传统知识的习惯框架得到保留；第二，以固定形式保存传统文化表现形式，例如，将其编拟成文件。保存可能具有以下目标：为原社区后代，帮助将传统知识存活下去并在必要的传统或习惯框架内确保其持续性，或将传统文化表现形式向更广泛的公众提供（包括学者及研究人员），承认其作为人类集体文化遗产一部分的重要性。<sup>80</sup>

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。其他一些国际法律制度，例如《生物多样性公约》和联合国教科文组织，根据其各自的具体政策背景，负责处理传统知识的保存、保留和保障问题。<sup>81</sup>

## 事先知情同意(PIC)

若干国际文书中，特别是在环境领域，例如 1989 年《控制危险废料越境转移及其处置巴塞尔公约》第 6 条第 4 款和 1992 年 CBD 涉及或隐含谈到一种“事先知情同意”(PIC)或有时称为“自由事先知情同意”(FPIC)的权利或原则。

关于获取遗传资源的问题，CBD 第 15 条第 5 款指出“*需经提供这种资源的缔约方事先知情同意，除非该缔约方另有决定*”。

《生物多样性公约关于获取遗传资源及公平公正地分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》第 16 条第 1 款规定“*缔约方应酌情采取适当、有效和适度的立法、行政或政策措施，以便*

---

<sup>79</sup> 《非物质文化遗产词汇表》，UNESCO 荷兰国家委员会，2002 年（“……一个民族可以是一个文化社区”），摘自“保护传统文化表现形式/民间艺术表现形式：经修订的目标和原则”，WIPO/GRTKF/IC/17/4。

<sup>80</sup> 《政府间委员会活动和结果概述》(WIPO/GRTKF/IC/5/12)，第 37 段。

<sup>81</sup> 《保护传统知识：差距分析草案》修订版，WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev.附件 I，第 6 页。

规定，其管辖范围内所利用的与遗传资源相关的传统知识，须遵照土著和地方社区的事先知情同意或批准和在其参与下予以获取，同时规定，须依照此种土著和地方社区所在其他缔约方的国内获取和惠益分享立法或管制要求订立共同商定的条件。”

这一概念起源于医疗伦理，就此而言，病人在完全了解特定治疗的利弊之后，有权决定是否接受这种治疗。例如，1997 年《世界人类基因组与人权宣言》第 5 条称，在所有给个人基因组带来影响的研究、治疗或诊断的情况下，应该对其潜在的危险和好处进行评估，并且“应得到有关人员的事先、自愿和明确同意”。2005 年 UNESCO《生物伦理和人权宣言》第 6 条要求，当涉及“预防、诊断和治疗的医疗行为”或“科学研究”的时候，“应取得当事人的事先、自愿和知情同意”。

该术语包括落实土著人民参与决策以及制定、实施和评价对其产生影响的方案的一般原则。<sup>82</sup>

形容词“自由”的使用目的是确保在谈判过程中不施以强迫或操纵，而“事先”一词的纳入承认了允许土著人民有时间充分审查提案的重要性，这对达成共识所需的时间予以了尊重。这还表明，尤其在与重大投资发展相关的决定方面，通常应事先与土著人民达成共识。

“知情”同意这一概念反映出，人们日益接受对环境和社会影响进行评估是进行任何谈判进程的一个先决条件这一事实，这可使各方能够做出兼顾各方利益的决定。<sup>83</sup>

“同意”是一种根据某种关系或信任给予许可的过程。知情同意意味着在提供了清晰解释的同时，还应提供合同细节、可能收益、产生的影响和未来用途……该过程应保持透明，语言应得到土著人民的充分理解。<sup>84</sup>

## 保 护

在委员会的工作中“保护”意指保护传统知识反对第三方未经授权使用的某些形式。<sup>85</sup>已经制定并运用了两种保护形式。

---

<sup>82</sup> 《联合国土著人民权利宣言》第 32 条(2)款；还可参见《联合国发展集团有关土著人民的指导方针》。

<sup>83</sup> Stephen Allen 和 Alexandra Xanthaki, “《联合国土著人民权利宣言》的思考”, Oxford 和 Portland, Oregon, 第 49 页。还可参见第四届《联合国经济和社会理事会土著问题常设论坛》，以及《有关事先知情同意和土著人民的方法论的国际研讨会报告》，E/C.19/2005/3, 第 8 页。

<sup>84</sup> Terri Janke, 《途径和议定书》，参见上文脚注 6 所引文件，第 51 页。

<sup>85</sup> 《政府间委员会活动和结果概述》(WIPO/GRTKF/IC/5/12), 第 20 段。



## 积极保护

探讨了知识产权对传统知识积极保护的两个方面，一个涉及防止未经授权的使用，另一则涉及其起源社区对传统知识的积极利用。另外，利用非知识产权方法对传统知识进行积极保护可以补充对知识产权的利用并与知识产权保护共同使用。<sup>86</sup>例如，积极保护传统知识可以防止他人非法获取传统知识或用其获得商业利益而不公平分享惠益，但也可被传统知识持有者用来在其传统知识基础上建立自己的企业。<sup>87</sup>

## 防御性保护

防御性保护指一套战略，用以确保第三方不能对传统知识客体和有关遗传资源获得非法或无根据的知识产权。<sup>88</sup>

## 议定书

议定书是与他人沟通和合作的方式。它们提供了一种可适用于并应用于具体条件的框架。议定书本身并不具有法律约定性。但是随着时间的推移，议定书建立了可赖以遵守的标准做法。土著文化强调了遵守文化议定书的重要性。<sup>89</sup>

## 公有领域

一般而言，如果公众在无法律限制的情况下使用一部作品，该作品就视为已进入公有领域。<sup>90</sup>

*《布莱克法律词典》将公有领域定义为“不受知识产权保护的所有发明和创造性作品，因此可供任何人免费使用。当版权、商标、专利或商业秘密权丧失或到期时，它们所保护的知识产权已成为公有领域的一部分，任何人都可以占用，不负侵权责任。”*

*在版权和相关权领域里公有领域被定义为“那些作品和相关权利客体的范围，它们可以被任何人使用或利用而无需取得授权和向有关版权和相关权所有人支付报酬(通常是因为保护期限届满或特定国家未加入可提供保护的条约)。”<sup>91</sup>*

---

<sup>86</sup> 同上，第 21 和 22 段。

<sup>87</sup> 同上，第 21 段。

<sup>88</sup> 同上，第 28 段。

<sup>89</sup> Terri Janke，参见上文脚注 6 所引著作，第 10 页。

<sup>90</sup> 参见文件 SCP/13/5。

<sup>91</sup> WIPO 指南，参见上文脚注 1 所引出版物。

一般而言，与专利法相关的公有领域包括任何人或组织均不能享有财产权的知识、创意和发明。在专利期限届满(通常是 20 年)后没有续展的情况下，在专利失效之后和宣告无效之后，如果使用无法律限制，那么知识、创意和发明便处于公有领域。

好几个论坛都正在热烈讨论“公有领域”的作用、要点和范围，包括WIPO和本委员会的论坛。文件WIPO/GRTKF/IC/7/INF/8 进一步讨论了涉及传统文化表现形式中“公有领域”的含义。

92

## 声 誉

根据布莱克法律词典，声誉是指某人所受到的他人的尊重。声誉属于作者精神权保护的范畴。<sup>93</sup>《伯尔尼公约》布鲁塞尔修订会议重点强调了“荣誉”和“声誉”，因为与更为广泛的概念“道德”或“精神利益”相比，它们更为客观，体现了作者的个人利益。<sup>94</sup>在损害方面，声誉损害和作者道德或精神利益的损害之间存有差异。作者不喜欢人们对其作品的所作所为，但单单不喜欢是不够的。他还需要采取行动，而所采取的行动必须反映出人们对其有着不好的看法。<sup>95</sup>

## 保 护

《保护非物质文化遗产公约》(2003)将保护措施描述为：“确保非物质文化遗产生命力的各种措施，包括这种遗产各个方面的确认、立档、研究、保存、保护、宣扬、弘扬、传承（特别是通过正规和非正规教育）和振兴。”

保护是指为保存若干被认为有价值的文化习俗和见解而采取预防措施。<sup>96</sup>

## 秘 密

某些“秘密的”的东西是不让他人了解或仅与某些相关人员分享的东西（布莱克法律词典）。根据其传统持有人的习俗法和惯例，“神圣的秘密”传统文化表现形式具有秘密的或神圣的意义。<sup>97</sup>

## 社会遗产

---

<sup>92</sup> 见文件 WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8 《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》。

<sup>93</sup> 《伯尔尼公约》第 6 条之二。

<sup>94</sup> Ricketson 和 Ginsburg，参见上文脚注23所引著作，第 606 页。

<sup>95</sup> 同上

<sup>96</sup> 《词汇表草案》，UNESCO 国家委员会，参见上文脚注7所引著作。

<sup>97</sup> 《太平洋地区框架》，参见上文脚注24所引著作，第 I (4)部分。

“社会遗产”是指在社会层面分享和传播商品。<sup>98</sup>

## 社会认同

“社会认同”是指社会对个人的认可，以及他人在该社会对个人的认可。<sup>99</sup>

## 专门保护

《布莱克法律词典》将“专门”定义为[拉丁语“自成一格”]自成一格或一类；独特，特殊。这一用语在知识产权法中用来描述旨在保护传统专利、商标、版权和行业机密理论之外的权利。例如，一个数据库如其内容不为独创则可能不受版权法的保护，但却可以受到专为此目的设计的专门保护规章所保护。

专门保护制度是专为解决某一特殊问题的需要和关切而设计的。已经有几个专门保护知识产权的例子，如反映在 1991 年《国际植物新品种保护公约》中的植物培育者权利和反映在 1989 年《集成线路方面知识产权条约》（《华盛顿条约》）中的集成线路知识产权保护等。2002 年 7 月 24 日秘鲁为土著人民来源于遗传资源的集体知识建立保护制度的第 27811 号法令也是一项保护土著人民与生物资源有联系的集体知识的专门保护制度。

《保护传统知识：条例草案》(WIPO/GRTKF/IC/18/4 Rev.)也体现了专门保护途径。

## 保护传统知识和民间文艺表现形式斯瓦科普蒙德议定书

非洲地区知识产权组织一些成员国于 2010 年 8 月在斯瓦科普蒙德举行的一次外交会议上通过了一项议定书。根据其第 1 条第 1 款，该《议定书》的目的是：“(a) 保护传统知识持有者使其本《议定书》承认的权利免遭侵犯；和(b) 保护文艺表现形式在其传统背景之外免受盗用、滥用和非法使用”。在非洲区域知识产权组织 6 个成员国或交存批准书或交存加入书之后该议定书即可生效。

## 有形表现形式

“有形”是指一种可被触摸和看见、感觉到触摸、能够被拥有或实现的表现形式。它与“无形”相反，“后者是指缺乏某种具体形式、不能被触摸和摸不到的表现形式（布莱克法律词典）。

有形表现形式是被纳入到某种物体的表现形式。<sup>100</sup>它们不必缩减为一种物质形式，但是必须被纳入至一种永恒的物质之中，如石头、木材、纺织品、黄金等。有形表现形式是受保护的民间文学艺术表现形式。有形表现形式的组成要素，如：

<sup>98</sup> Le Robert, 社会学词典, 第 253-254 页(我们的译文)。

<sup>99</sup> 同上, 第 263 页(我们的译文)。

<sup>100</sup> 《示范规定》, 参见上文脚注 14 所引文件, 第 III 部分, 第 37 条。

- 民间艺术作品，特别是绘画、素描、雕刻、雕塑、陶土艺术、赤陶、镶嵌、木工、金属器皿、珠宝、筐篮编织、刺绣、纺织品、织毯、服饰；
- 工艺品；
- 乐器；
- 建筑形式<sup>101</sup>

### 基于传统的创作与创新

传统是一种文化习俗和观念，被认为属于过去，并被指定为某种状态。<sup>102</sup>基于传统的创新是指这样一种情况，即相关文化社区成员或外界人士使用传统作为一种创新的源泉，也可指与知识产权分析相关的其他传统用途。<sup>103</sup>“基于传统”一词是指知识体系、创作、创新和文化表现形式：它们通常经过世代相传；一般被认为与某一特定民族或其领土相关；一般以一种非系统的方式发展；以及，根据变化的环境不断演变。<sup>104</sup>

### 传统背景

“传统”指按照某一社会的规则、礼仪和习惯发展的传统文化表现形式，而并不是老的知识。换句话说，“传统的”这一形容词指的是创作传统文化表现形式的方法，而不是表现形式本身。<sup>105</sup>“传统”一词是指源于传统或基于传统的文化表现形式，确定与某一土著或传统人民相关，并可能以传统的方式表现。<sup>106</sup>

“传统背景”是指社区在其自己的艺术框架内连续使用某种民间文学艺术表现形式的方式。例如，在其传统背景中使用某种礼仪舞蹈，是指在仪式实际框架内表演所述舞蹈。<sup>107</sup>

### 传统文化表现形式

WIPO 使用“传统文化表现形式”和“民间文学艺术”一词来意指传统知识和文化得到表现、沟通或表达的有形和无形的形式。例如，传统音乐、表演、叙述、名称、符号、设计，以及建筑形式。

---

<sup>101</sup> 《示范规定》，参见上文脚注 14 所引文件，第 2 章第(iv)条。

<sup>102</sup> 《词汇表草案》，UNESCO 国家委员会，参见上文脚注7所引著作。

<sup>103</sup> 《对传统文化表现形式进行的综合分析》，WIPO/GRTKF/IC/5/3，第 53 页。

<sup>104</sup> Gervais，参见上文脚注77所引著作，第 132 页。

<sup>105</sup> Nino Pires de Carvalho，《从巫医室到专利局：建设中的道路》。《生物多样性与法律》，第 244 页。

<sup>106</sup> 《综合分析》，参见上文脚注 104 所引文件，第 53 页。

<sup>107</sup> 《示范规定》，参见上文脚注 14 所引文件，第 III 部分，第 42 条。

“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”。使用这些术语并不意味着 WIPO 成员国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区域法中使用其他术语。

WIPO IGC 的现有讨论依据“传统文化表现形式”的下列描述进行：

1. “传统文化表现形式”<sup>108</sup>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。<sup>109</sup>

## 传统文化

根据布莱克法律词典，传统是指对当前行为或做法产生影响或予以支配的过去的习俗和惯例。知识产权法对传统文化和现代文化作出了区分。从严格意义上讲，传统文化是指传统文

<sup>108</sup> [秘书处说明：本脚注为条例草案的一部分]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。

<sup>109</sup> 《保护传统文化表现形式：条例草案》，第 1 条。

化或民间文学艺术。现代文化是指社会上的当代人根据之前存在的传统文化或民间文学艺术创造或演变的不断发展的文化表现形式。<sup>110</sup>

### 传统知识(TK)<sup>111</sup>

在委员会的范围内，“传统知识”是从狭义的角度来使用的(严格意义的传统知识)，它尤其指“因传统范畴的知识活动而产生的知识内容或实质性要素，其中包括构成传统知识体系的诀窍、技能、创新、做法和学问，并[包括]体现土著和当地社区的传统生活方式的知识，或存在于经编纂的世代相传的知识体系中”的知识。它不局限于任何特定技术领域，可包括农业、环境和医学知识以及与遗传资源有关的知识。”<sup>112</sup>有资格受保护的传统知识的范围被定义为对下述传统知识给予保护：

- “(i) 其产生、保存和传播具有传统和世代相传的特点；
- (ii) 与世代保存和传播该传统知识的传统或土著社区或人民有显著联系；以及
- (iii) 属于被公认持有该知识的土著或传统社区或人民的文化特征的组成部分，而这些传统社区或人民是通过保管、监护、集体拥有或文化责任，而被公认持有该传统知识的。这种关系可能已正式或非正式地体现在习惯或传统做法、礼仪或法律中。”

### 传 递

根据布莱克法律词典，“传递”一词是指将一份遗产传递给继承人。在传统文化表现形式领域，该词与文化或社会继承不同。传统文化表现形式是一种世代占用或放弃的遗产，<sup>113</sup>没有义务对其予以维护。传递指的是一种静态艺术。“维护”意味着持有、保存、防护（一个地方、位置或占有），使其免受敌对、攻击，或实际威胁（《牛津英语词典》）。

### 透明度

透明度是指开放性；清晰度；没有诡计，没有隐藏损害信息的企图（布莱克法律词典）。

<sup>110</sup> 《综合分析》，参见上文脚注 104 所引文件，第 54 页。

<sup>111</sup> “传统知识”广义地讲，一般包括知识和非物质文化遗产以及包括土著和地方社区的传统社区的做法和知识系统(一般意义上的传统知识)。换句话说，一般意义上的传统知识包括知识本身内容以及传统文化表现形式，包括与传统知识有关的符号与象征。

<sup>112</sup> 《保护传统知识：经修订的目标和原则》第 1 条(1)款和第 1 条(2)款(WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.)。

<sup>113</sup> Le Robert, 社会学词典, 第 254 页(我们的翻译)。

## 联合国教科文组织(UNESCO)《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的公约》

该公约由教科文组织于 1970 年通过，目的是保护各国领土范围内的文化财产，使其免受盗窃、秘密挖掘和非法出口的危险。该公约于 1972 年生效。

该公约要求其缔约国在三个主要领域采取行动：

- 1—预防性措施：库存、出口证、监督贸易、刑事或行政处罚、教育宣传等。
- 2—赔偿规定：根据公约第 7 条 (b)款第 (ii)项，缔约国应“原属”缔约国的请求，采取适当措施，恢复和返回此种于公约在有关两国生效后所进口的文化财产，但是前提是请求国应向无辜的买主或对该财产具有合法权利的个人支付公正的赔偿。公约第 13 条还根据国内法间接地为赔偿和合作制定了规定。
- 3—国际合作框架：在缔约国之间加强合作这一见解在公约中随处可见。当文化遗产遭受掠夺的威胁时，第 9 条规定可以采取更为具体的行动，如要求采取进出口管制。

## UNESCO《保护和促进文化表现形式的多样性公约》

UNESCO《文化多样性公约》是 UNESCO 于 2005 年通过的国家公约，于 2007 年 3 月 18 日生效。

公约在第 1 条中制定了数项目标，即(a)保护和促进文化表现形式的多样性；(b)为文化的繁荣发展和以互动互利的方式自由交流创造条件；(c)鼓励不同文化之间加强对话，以便确保在世界范围内实现更广泛和更均衡的文化交流，有利于不同文化间互相尊重，实现一种和平文化；(d)加强文化间交流，以便以一种在各国人民之间搭建桥梁的精神开展文化交流；(e)在当地、国家和国际层面促进对文化表现形式多样性的尊重，提高对其价值的了解；(f)重申在文化和发展之间建立联系对所有国家尤其是发展中国家的重要意义，并对采取国家和国际行动予以支持，加强对这种联系的真正价值的认识；(g)承认文化活动、产品和服务作为身份、价值和意义的载体的独特性质；(h)重申各国拥有维护、通过和实施其认为适合保护和促进本土文化表现形式多样性的政策和措施的主权；[以及](i)以合作伙伴精神加强国际合作和团结，以尤其提高发展中国家的能力，从而保护和促进文化表现形式的多样性。

## UNESCO《保护非物质文化遗产公约》

该公约由 UNESCO 于 2003 年通过，并于 2006 年 4 月 26 日生效。公约的宗旨是保护非物质文化遗产，确保尊重社区、群体和个人的非物质文化遗产，了解非物质文化遗产的重要性，确保相互尊重，为国际合作和援助作出规定。

## 不正当竞争

《布莱克法律词典》将“不正当竞争”定义为“*贸易和商业不诚实或欺骗性的竞争，特别是在市场上将自己的货物或产品为冒充别人的货物或产品而仿制或伪造别人货物或产品或其包装的名称、商标、大小、形状或其他突出特征的做法。*”

《保护工业产权巴黎公约》第 10 条之 2 第 2 款规定，“*在工业和商业活动中，任何违反诚实习惯做法的竞争行为都构成不正当竞争行为*”。第 10 条之 2 第 3 款进一步规定，“*下列各项特别应予禁止：(i) 采用任何手段对竞争对手的营业场所、商品或工商业活动造成混乱的一切行为；(ii) 在经营商业中，利用谎言损害竞争者营业场所、商品或工商业活动的信誉的；(iii) 在经营商业中，使用会使公众对商品的性质、制造方法、特点、用途或数量易于产生误解的表达或说法。*”

## 联合国土著人民权利宣言

联合国大会于 2007 年通过了《联合国土著人民权利宣言》。《宣言》承认土著人民的平等人权，反对文化歧视，并寻求促进土著人民与国家间的相互尊重与和谐关系。

关于传统知识、传统文化表现形式和遗传资源，第 31.1 条阐明，“*土著人民有权保持、掌管、保护和发展其文化遗产、传统知识和传统文化表现形式以及其科学、技术和文化表现形式，包括人类和遗传资源、种子、医药、关于动植物群特性的知识、口述传统、文学作品、设计、体育和传统游戏、视觉和表演艺术。他们还有权保持、掌管、保护和发展自己对这些文化遗产、传统知识和传统文化表现形式的知识产权。*”第 31.2 条进一步规定，“*各国应与土著人民共同采取有效措施，确认和保护这些权利的行使。*”

关于传统医学，第 24 条规定，“*土著人民有权使用自己的传统医学，并保持自己的传统卫生做法，包括保护自己重要的医用植物、动物和矿物。*”

## 传统文化表现形式的利用

传统文化表现形式可以用于不同的目的。传统知识的利用包括商业或工业的利用、习惯利用、合理利用、家庭利用和传统医学公共卫生的利用，以及研究和教育的利用。

### 商业利用

《布莱克法律词典》定义“商业利用”为[a]“*与正在获取利润有关的或促进获取利润的活动*”。 “非商业利用”被定义为[a]“*为个人愉悦或工作之目的而不含收入的产生或给予奖赏或其他补偿的利用。*”



## 习惯利用

2002 年，太平洋区域框架定义“习惯利用”为“*传统知识或文化表现形式依照习惯法或传统拥有者的做法的利用。*”

保护传统知识：经修订的目标和与原则(WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.)的“一般指导方针”(h)项和传统文化表现形式、民间艺术表现形式：经修订的目标和原则(WIPO/GRTKF/IC/17/4)指出，习惯利用应得到尊重。“继续习惯利用”这一词语指土著社区依照其拥有的习惯法和做法利用其传统知识和/或传统文化表现形式的持之以恒和具有生命特征的本质。

## 合理利用

《布莱克法律词典》在版权领域中定义“合理利用”为“[a]未经其作者允许，合理有限地利用授予版权的著作，例如在文献回顾中引用一本书的引语或在滑稽模仿中使用一些词语。合理利用是依据以下法定因素对侵权要求的防御：(1) 利用的目的和特性，(2) 版权著作的性质，(3) 著作被利用量的大小，以及(4) 利用的经济影响。”

## 故意

根据布莱克法律词典，“故意”意指自愿和有意，但不一定为恶意。

## **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**

该《示范规定》由 WIPO 和 UNESCO 共同召集的政府专家委员会于 1982 年通过。该规定为传统文化表现形式/民间文学艺术表现形式的知识产权保护提供了一个专门示范，现已由 WIPO 成员国广泛使用。

该《示范规定》努力在防止滥用民间文学艺术表现形式与鼓励进一步自由发展和传播民间文学艺术之间维持一种平衡。它们将民间文学艺术表现形式使人类文化充满活力这一事实考虑在内，因为人类文化不应因过度保护而受到压制。

该《示范规定》对传统文化表现形式/民间文艺表现形式予以了保护，防止“非法利用及其他有害行为。”WIPO 于 2000 年和 2001 年对成员国使用和实施《示范规定》的经验进行了调查。有关报告请参见 WIPO 文件 WIPO/GRTKF/IC/3/10。

[附件和文件完]