

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

第十七届会议

2010年12月6日至10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

导 言

1. 在2010年5月3日至7日举行的第十六届会议上，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，秘书处应当“编拟并向闭会期间工作组第一次会议提供文件WIPO/GRTKF/IC/16/4的进一步草案。进一步草案应由秘书处在2010年6月19日前提供。该草案应当注明委员会参与者在第十六届会议上提出的文字建议和评论以及2010年5月14日之前向秘书处书面提交的建议和评论。具体文字建议应当在脚注中注明出处。作出的评论应当注明出处，在文件的说明部分反映。草案应当清楚说明如何体现建议的增、删、其他修正和评论。观察员提出的文字建议应当写入说明部分，供成员国考虑。”¹

2. 本工作文件即是工作文件WIPO/GRTKF/IC/16/4 Prov.的修订稿，反映了委员会第十六届会议上提出的修正和作出的评论，以及第十六届会议决定中所指的闭会期间书面评论过程中收到的关于该文件的书面评论。发来书面评论的有以下成员国：日本；及以下经认可的观察

¹ 第十六届会议报告草案(WIPO/GRTKF/IC/16/8 Prov.)。

员：国际博物馆理事会 (ICOM)。各项书面评论原样刊登在下列网址：
http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft_provisions/comments-3.html。

本文件的编拟与结构

3. 为了让本文件尽量简短、保持最新：

(a) 附件中保留了文件WIPO/GRTKF/IC/9/4 中对每项目标和原则的最初实质说明，在“背景”一节。说明部分还包括第十五和十六届会议上和两次会议的闭会期间书面评论过程中作出的评论和提出的问题。各方以前对文件WIPO/GRTKF/IC/9/4 提出的意见，仍然可以在网上查阅²；

(b) 根据委员会在第十五和十六届会议上作出的决定，成员国在这两届会议上和两次闭会期间书面评论过程中建议的具体修正被写入附件的目标和原则中。建议的增补用下划线表示，成员国建议删除或提出疑问的文字用方括号括起。备选文字用斜线隔开。每项备选文字均有脚注注明是哪个代表团提出的建议，适用时，并注明赞同或反对该建议的代表团。代表团对建议提供了解释的，也在脚注中记录。除非另有说明，脚注中出现的解释性文字均非来自秘书处。本文件不同语言版本的脚注编号可能不同。为清楚起见，对各条的段落布置和编号做了统一和更正。附件还记录了第十五和十六届会议上和两次闭会期间书面评论过程中作出的其他评论和提出的问题，并记录了观察员的文字建议、评论和问题，供成员国考虑，均注明出处。评论和问题尽可能按问题归组。与整个文件整体有关的评论放在本文件最后。

4. 请委员会继续就附件中所载的条款草案进行审查和发表评论意见，以拟定条款草案的修订更新稿。

[后接附件]

² http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft_provisions/comments-1.html

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

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) 防止盗用和滥用¹TCE/EoF
- (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] 土著人民及社区和传统及其他文化社区的²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
- (b) 平 衡
- (c) 尊重和符合国际和区域协定及文书
- (d) 灵活性和综合性
- (e) 对文化表现形式的具体特点和特征予以承认
- (f) 与保护传统知识互补

¹ 墨西哥代表团。

² 墨西哥代表团。

- (g) 尊重土著人民及 [其他传统社区] 社区和传统及其他文化社区³ 的权利和对土著人民及 [其他传统社区] 社区和传统及其他文化社区³ 负有义务
- (h) 尊重 TCE/EoF 的习惯使用和传播方式
- (i) 保护的有效性和可获得性

三、实质性原则

1. 保护的客体
2. 受益人
3. 盗用和滥用⁴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

³ 墨西哥代表团。

⁴ 墨西哥代表团。

一、目 标

保护传统文化表现形式或民间文艺表现形式⁵，应以如下各项所述内容为目标：

承认价值

(i) 承认土著人民及社区⁶和传统及其他文化社区认为其文化遗产具有固有价值，包括社会、文化、精神、经济、科学、思想、商业和教育价值，并肯定传统文化和民间文艺构成造福于土著人民和传统及其他文化社区以及全人类的创新与创造框架；

增进尊重

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

满足各社区的实际需求

(iii) 以土著人民及社区⁷和传统及其他文化社区直接表示的愿望和希望为指引，尊重其依国内法和国际法享有的权利，为实现这些人民和社区的福利及其可持续性经济、文化、环境和社会发展做贡献；

防止盗用和滥用⁸传统文化表现形式/民间文艺表现形式

(iv) 向土著人民及社区⁹和传统及其他文化社区提供法律和实际手段，包括有效的执法手段，以防止其传统文化表现形式及其[演绎形式][改编形式]¹⁰被盗用，以及[控制]¹¹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；

⁵ 秘书处注：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“TCE/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。

⁶ 墨西哥代表团。

⁷ 墨西哥代表团。

⁸ 墨西哥代表团。

⁹ 墨西哥代表团。

¹⁰ 美利坚合众国代表团。该代表团建议，“用括号括起”所有出现的“演绎形式/演绎作品”。该代表团建议，如果不删除，则用“改编形式/改编作品”代替“演绎形式/演绎作品”。“演绎形式”的概念在现行国际知识产权条文中的存在与“改编”不同。改编权是广为人知的一项权利，在《伯尔尼公约》第 14 条和第 14 条之二中。演绎作品权是一些国内法建立的。为一致起见，如果文中要保留这一概念，最好用“改编”。南非代表团对此建议表示反对。

¹¹ 墨西哥代表团。

对各社区赋予权力

(v) 在方式上做到公平兼顾各方利益，并有效地对土著人民及社区¹²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/民间文艺表现形式有效¹³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；

帮助保障传统文化

(vii) 帮助保存和保障传统文化表现形式/民间文艺表现形式的产生和维持的环境，以直接造福于土著人民及社区¹⁴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及社区¹⁵和传统及其他文化社区进行基于传统的创造与创新；

按照公平条款促进思想和艺术自由、研究和文化交流

(ix) 按照对土著人民及社区¹⁶和传统及其他文化社区公平的条款，促进思想和艺术自由、研究实践和文化交流；

帮助实现文化多样性

(x) 帮助促进和保护文化表现形式的多样性；

促进 [社区] 土著人民及社区和传统及其他文化社区的¹⁷ 发展及合法贸易活动

(xi) 在 [社区] 土著人民及社区和传统及其他文化社区¹⁸ 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/民间文艺表现形式进行 [社区] 土著人民及社区和传统及其他文化社区的¹⁹ 发展，并承认传统文化表现形式/民间文艺表现形式是属于各社区的并能体现其自我特征的财产；

12 墨西哥代表团。

13 墨西哥代表团，

14 墨西哥代表团。

15 墨西哥代表团。

16 墨西哥代表团。

17 墨西哥代表团。

18 墨西哥代表团。

19 墨西哥代表团。

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/民间文艺表现形式及其[演绎形式][改编形式]²⁰获得的知识产权;

增强确定性、透明度和相互信任

(xiii) 增强土著人民及社区²¹和传统及文化社区与学术、商业、政府、教育和TCE/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]

²⁰ 美利坚合众国代表团。见脚注 10。

²¹ 墨西哥代表团。

说 明

目 标

背 景

本部分包括建议的保护 TCE/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书序言的一部分。

委员会多次指出，保护 TCE/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 TCE/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。

作出的评论和提出的问题

西班牙代表团代表欧洲联盟及其成员国说，某些目标与原则似乎没有集中于 WIPO 的任务规定，而集中于其他国际论坛的任务规定。例如，保障传统文化或社区以及社区间的尊重属于不同论坛的领域。

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] 社区和传统及其他文化社区²² 的权利和对土著人民及 [其他传统社区] 社区和传统及其他文化社区²² 负有义务的原则
- (h) 尊重TCE/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]

²² 墨西哥代表团。

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 TCE/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 TCE/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，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，TCE/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 TCE/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 TCE/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 TCE/EoF 的发展、保存和维持者权益与 TCE/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 TCE/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件中现已规定的具体权利和义务，其中包括人权文书。不应以保护 TCE/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 TCE/EoF 的现行法律相冲突，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 TCE/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’。”

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 TCE/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。

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。

(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 TCE/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，TCE/EoF 并不总是由那些关系牢固、可明确指认的“社区”所创造的。

TCE/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。

(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 TCE/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 TCE/EoF 和狭义的传统知识法律保护问题——是符合并尊重 TCE/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] 社区和传统及其他文化社区²³ 的权利和对土著人民及 [其他传统社区] 社区和传统及其他文化社区²³ 负有义务的原则*

本原则建议，对 TCE/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。

- (h) *尊重TCE/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 TCE/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 TCE/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。

²³ 墨西哥代表团。

三、实质性条款

第 1 条：

保护的客体

1. “传统文化表现形式”和²⁴或“民间文艺表现形式”[是指]和²⁵表现、呈现或显示以及代代相传²⁶传统文化和知识的任何形式，[既有有形也有无形][而无论其有形和/或无形]²⁷而无论²⁸其有形、²⁹无形还是有形与无形的组合³⁰，[并且包括：]³¹其中包括：²⁶//例如，但不限于，³²以下各种表现形式或各表现形式的组合：

a) 语音或³³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、名称和符号等³⁴；

b) 音乐或声音³⁵表现形式，例如：歌曲、节奏、[和]³⁶器乐和民间故事³⁷；

c) 行动表现形式，例如：舞蹈、戏、仪式、典礼、运动和传统游戏³⁸及其他表演、戏剧，其中包括木偶戏和民间戏曲³⁹，

而无论其是否已浓缩为某种物质形式；以及

d) 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]木⁴⁰刻、雕塑、模塑、⁴¹陶器、陶土作品、镶嵌、木工、金属器皿、珠宝、框篮

²⁴ 墨西哥代表团和委内瑞拉（玻利瓦尔共和国）代表团。

²⁵ 尼日利亚代表团。

²⁶ 墨西哥代表团。[译注：英文版脚注 31。]

²⁷ 尼日利亚代表团。该代表团建议用“and/or”代替“and”。[译注：英文版的修改。]

²⁸ 澳大利亚代表团、印度代表团、尼泊尔代表团和尼日利亚代表团。[译注：英文版“whether”一词用方括号括起。英文版脚注 26。]

²⁹ 澳大利亚代表团和印度代表团。两代表团建议用“or”代替“and”。[译注：英文版的修改建议。英文版脚注 28。]

³⁰ 伊朗（伊斯兰共和国）代表团和墨西哥代表团。[译注：英文版脚注 29。]

³¹ 哥伦比亚代表团、埃及代表团、伊朗（伊斯兰共和国）代表团、墨西哥代表团、菲律宾代表团和委内瑞拉（玻利瓦尔共和国）代表团。[译注：英文版脚注 30。]

³² 哥伦比亚代表团、埃及代表团、伊朗（伊斯兰共和国）代表团、菲律宾代表团和委内瑞拉（玻利瓦尔共和国）代表团。埃及代表团和菲律宾代表团说定义应当保持开放，供进一步增加。埃及代表团建议引文段结尾增加“等”，表示还有其他形式的 TCE。伊朗（伊斯兰共和国）代表团认为，定义总体上可以接受，但考虑到文化多样性，定义中的举例不能认为具有排他性。

³³ 墨西哥代表团。

³⁴ 埃及代表团。

³⁵ 墨西哥代表团。

³⁶ 墨西哥代表团。

³⁷ 墨西哥代表团。

³⁸ 玻利维亚（多民族国）代表团、墨西哥代表团和特立尼达与多巴哥代表团。

³⁹ 印度尼西亚代表团，

⁴⁰ 墨西哥代表团。

⁴¹ 印度代表团和墨西哥代表团。

编织、饮食、⁴² 刺绣、纺织、玻璃器皿、制毯、服饰、化妆游行服饰作品、⁴³ 玩具、礼品和⁴⁴；手工艺作品；乐器；石制品、金属制品、纺纱，⁴⁵ 以及建筑和/或葬礼⁴⁶ 形式。

2. 应当保护的“传统文化表现形式”或“民间文艺表现形式”是：

a) 属于创造性智力活动的产物，包括个人和社区的创作；

b) 表明 [社区] 土著人民及社区和传统及其他文化社区⁴⁷ 文化与社会特征和文化 [遗产]⁴⁸ 具有真实性/是真正的 [的特点]⁴⁹；而且

c) 系由 [该社区] 土著人民及社区和传统及其他文化社区⁵⁰ 或由根据 [该社区] 这些土著人民及社区和传统及其他文化社区⁵¹ 的 [习惯法]⁵² 土地保有习惯制度或法律⁵³ [习惯规范体系⁵⁴ [和] 或⁵⁵ 传统/祖传⁵⁶ 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⁵⁷。

3. 具体选用什么词语来指称受保护的客体，应由国家、次区域⁵⁸ 和区域决定。

[后接第 1 条说明]

⁴² 墨西哥代表团。

⁴³ 墨西哥代表团和特立尼达与多巴哥代表团。

⁴⁴ 墨西哥代表团。

⁴⁵ 墨西哥代表团。

⁴⁶ 墨西哥代表团。

⁴⁷ 墨西哥代表团。 [译注：英文版脚注 49。]

⁴⁸ 巴西代表团。该代表团建议用一个与西班牙文“patrimonio”意义接近的词来代替“heritage”。 [译注：英文版的修改建议。此处“heritage”译为“遗产”。]

⁴⁹ 巴西代表团和墨西哥代表团。巴西代表团建议不用“的特点”，该词过于泛泛，可以用其他措辞来表明 TCE 应当“真实、真正”。 [译注：英文版脚注 47。]

⁵⁰ 墨西哥代表团。

⁵¹ 墨西哥代表团。 [译注：英文版脚注 56。]

⁵² 萨尔瓦多代表团、墨西哥代表团和尼泊尔代表团。 [译注：英文版脚注 51。]

⁵³ 尼泊尔代表团。 [译注：英文版脚注 52。]

⁵⁴ 萨尔瓦多代表团和墨西哥代表团。 [译注：英文版脚注 53。]

⁵⁵ 澳大利亚代表团和墨西哥代表团。 [译注：英文版脚注 54。]

⁵⁶ 安哥拉代表团和墨西哥代表团。 [译注：英文版脚注 55。]

⁵⁷ 尼日利亚代表团。

⁵⁸ 墨西哥代表团。

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。第(1)款既对客体本身(“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 TCE/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。

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 TCE/EoF 提供专门保护的现有国家版权法。

对客体的说明

第(1)款中“或各表现形式的组合”这一措辞旨在表明,正如所建议的,TCE/EoF 既可以是有形的,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”)。第(1)款还清楚地表明,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。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

就第(2)款(a)项至(c)项所列标准而言,所建议的规定意在表明,受保护的 TCE/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);

(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。

(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 TCE/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。体现新建社区或特征的表现形式不在此列。

当代创造性活动/个人创作者

以前的文件已经讨论过，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 TCE/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)，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，TCE/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，建议的第(3)款认为用词细节的取舍应留给国家和地区来处理。

作出的评论和提出的问题

第 1 条的结构

瑞士代表团就第 1 条的结构要求秘书处作出澄清。该代表团问到，它的理解是，第(2)款(a)项至(c)项中所述的全部条件，适用于第(1)款(a)项至(d)项中所述的所有形式的 TCE，这样理解是否正确。如果正确，该代表团建议据此确定案文的结构，避免歧义。[秘书处注：已针对此关注修改编号。]

用语

大韩民国代表团建议在第(1)款中给出“传统”一词的清楚定义。它认为，保护 TCE 的主要目的，是对那些足够值得保护、不属于传统版权保护制度范围的 TCE 提供保护。由于“文化表现形式”大致可受现行版权制度的保护，那么在决定 TCE 保护客体时，适用的核心概念

应当是“传统”一词。尽管第(2)款(b)项使用“文化与社会特征”和“文化遗产”字样可能有助于给该词下定义，但这些词语是过宽的概念。所以，“传统”没有明确的定义。

日本代表团想知道“传统”的范围应当包括哪些。例如，经过多少代才算“传统”？另外，对于共享和流传表现形式的社区，要被视为“传统”，有无要求？例如，在整个国家共享和流传的表现形式，能否视为“传统”？

喀麦隆、中国、哥伦比亚、俄罗斯联邦、西班牙、苏丹和瑞士各代表团建议增加一条或者增加词汇表，列出关键词语的定义。它们认为，有必要为各种概念统一术语，因为为 TCE 制定工作定义是进行实质讨论的前提之一。瑞士代表团说，现有相关国际术语，包括 2003 年教科文组织《保护非物质文化遗产公约》对“非物质文化遗产”的定义，也应当得到委员会的考虑。

美利坚合众国代表团指出，TCE 和民间文艺表现形式是否实际上是一回事，委员会尚未确定，这些定义仍然开放。

西班牙代表团代表欧洲联盟及其成员国对定义表示关注，因为目前措词中所包括的一些 TCE 形式，已经可以用知识产权保护。开放式的定义在国家、区域或次区域一级确定用语时，可能产生妨碍协调和透明的效果。此外，定义必须包括一些例外，要牢记第 1 条所预见的某些表现形式不能被认为是 TCE。最后，为一致起见，一些术语必须用词汇表加以解释。

“社区”的含义

澳大利亚代表团和美利坚合众国代表团就“社区”成员的概念提出问题，想知道“传统社区”的定义。

瑞士代表团建议，“社区”一词应当与工作文件 WIPO/GRTKF/IC/9/4 附件脚注 23 中所述的“社区”一词在同样宽泛和有包容性的意义上理解。[秘书处注：该脚注是：“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。”]

还有人提出散居社区的问题。美利坚合众国代表团说，TCE 只有在人间存在时，通过声称拥有 TCE 的政治或地理区域内的人们表达时，或者为散居世界各地的人们拥有时，才拥有生命。它以居住在西雅图的柬埔寨舞蹈家为例，这样的舞蹈家可能被指控窃取柬埔寨的 TCE，华盛顿特区的一组埃塞俄比亚音乐家同样如此。该代表团认为，[在本条的说明中]“体现新建社区或特征的表现形式不在此列”一句让人混淆。

图拉利普部落的代表在散居社区问题上持相同意见。

“特点”的含义

法国代表团就第(2)款(b)项提出问题：哪些东西具有“特点”由谁决定，在哪个阶段决定。

就第(2)款(b)项,在回答法国代表团提出的问题,萨米理事会的代表说,哪些东西具有特点,应当由土著人民或社区自己决定。他说,例如,传统萨米服饰可以是第1条规定的一种TCE,是萨米人民的传统服饰;服饰是否代表文化特征,能真正加以确定的,只能是萨米人。萨米人之外任何人都不能确定。在多数情况下,作为一般规则,要由TCE来源的社区或人民来决定其是否具有文化意义;关于第(2)款(c)项,他建议把该段改为“由于其对土著人民或土著社区具有的文化意义而属于该土著人民或土著社区。”

TCE的定义(客体的范围):开放性/穷尽性

德国代表团要求进一步澄清TCE保护的客体和客体应当是什么。

中国代表团提出,保护的TCE客体的范围应当明确定义,因为它认为现在文件中的TCE分类过于含糊。需要进一步更详细地细分。

瑞士代表团指出,它认为“TCE”制定工作定义,是进行实质讨论的先决条件之一。第1条中的“TCE”定义是一个很好的工作定义。委员会可以而且应当在谈判过程中再次对该定义进行考察,如必要对定义进行修正或修改。该代表团指出,“TCE”的定义应当包括所有TCE,即既有发展中国家的TCE也有发达国家的TCE。

也门代表团指出,委员会正在尝试进行概念定义,试图设法把TCE/EoF分类。它说,这可以利用事先定义的概念做到。民间文艺一般来说可以分成四类:(1)通俗文学,包括故事、传奇、神话、民间诗歌、史诗、谚语、俗话和谜语;(2)建筑、模型、制服、服饰等;(3)传统、习俗、仪式表现形式,如环切或出生仪式,或者宗教仪式或表演及其他表现形式;(4)艺术表演,如戏剧、歌唱、苏菲主义、宗教、歌曲和形体表达。需要制定准确的定义。

日本代表团询问怎样界定具体TCE/EoF的范围,为这些表现形式的使用者和第三方确保可预见性。

与传统版权法的关系

大韩民国代表团指出,TCE的改编和变体形式可能与版权保护有重叠,并询问如何解决这种冲突。该代表团指出文中的文字“同一表现形式的不同版本、变体或改编,……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”。它说,不仅是原始TCE,而且其变体和改编也将作为TCE受到保护。该代表团说,它认为,这种基于原始TCE的改编也可受到传统版权制度的保护。这样,同一客体将有两项权利,这可能导致权利冲突。

意大利代表团指出,定义与《伯尔尼公约》(第2条)有冲突,并指出《伯尔尼公约》和文件所涉保护之间的关系。它建议由一个专家组对该问题进行研究。

伊比利亚-拉丁美洲表演者联合会(FILAIE)的代表提出重新考虑对“建筑形式”字样进行审查。潜在的关注是,《伯尔尼公约》和现代知识产权法中都没有保护建筑作品。但是,项目、绘图、模型、建筑设计或工程设计可以受到保护。该观察员说,建筑作品长期置于公园、街道、广场或其他公共场所,可以通过绘画、素描、摄影和录音录像进行自由复制、传播和交流。这可能与《伯尔尼公约》发生冲突。

与公有领域的关系

澳大利亚代表团和日本代表团提出研究对公有领域的影响。日本代表团询问，用何种标准来区分受保护的 TCE 和不受保护的 TCE。TCE 中间，一些仅在小社区中传给某些人，一些则在更大的全国文化背景内流传，由范围更大的公众维持和使用，有时甚至进行商业化使用。这一问题很重要，因为它对公有领域的边界有直接影响。撇开将给予客体的保护水平不谈，扩大 TCE 的定义可能意味着目前可用的公有领域作品范围受到限制。该代表团还想知道，怎样对待属于公有领域的表现形式，为此应当如何定义公有领域。

观察员提出的文字建议

伊比利亚 - 拉丁美洲表演者联合会(FILAIE)的代表提出，关于第(1)款，在“表现、呈现或显示”之前增加“以原始形式”，以便有一个确认和指向某一具体社区的标准。该代表还建议删除“和知识”，避免与 TK 混淆，TK 是另行处理的。关于第(2)款(a)项，该代表建议在分号后增加“系由先辈创造的”，以突出正在讨论问题的真正实质：文化遗产和遗留。

萨米理事会的代表对“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”一句提出评论，说使用的语言表示，该文书将只适用于仍由土著人民保管的 TCE。“维持、使用或发展”表示 TCE 将仍由该社区或土著人民管理，他认为还应当适用于未经同意被拿出社区的手工艺品。他提出的替代措词是“因为其对该社区的文化意义而属于土著人民或社区”。

图帕赫·阿马鲁的代表提出了第 1 条的下列案文：

“第 1 条

受保护的资料

- (1) 口头表达形式，例如：民间故事与传说、民间诗歌、故事、史诗、谜语、其他记叙性作品；文字、标志、神圣名称和符号；
- (2) 音乐表现形式，例如：歌曲和土著器乐、打击乐和木管乐；
- (3) 行动表现形式，例如：舞蹈、戏剧、仪式、典礼表现形式和其他民间文艺表演；
- (4) 有形表现形式，例如艺术、素描、绘画、雕塑、陶器、陶土作品、镶嵌、木工和珠宝；框篮编织、刺绣、纺织、玻璃器皿、画笔、服装、手工艺品；以及
- (5) 乐器和建筑作品。

上述传统知识在历史、审美和人类学方面具有普遍价值，世代相传。”

第 2 条:

受益人

全民⁵⁹ 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及社区⁶⁰、具体群体、家庭、部落、民族⁶¹ 和传统及其他文化社区或全民族⁶²/或传统文化表现形式/民间艺术表现形式为其所特有的国家⁶³ 受益:⁶⁴

a) 根据各自的习惯法 [和] 或⁶⁵ 惯例 [负责] 目前⁶⁶ 保管、照料并维护 TCE/EoF 的; 以及

b) 维持、控制、⁶⁷ 使用或发展传统文化表现形式/民间艺术表现形式, 并视其为 [反映] 真实和真正表明⁶⁸ 其文化与社会特征和文化遗产的。

[后接第 2 条说明]

⁵⁹ 摩洛哥代表团。该代表团说, 全民族有自己的民间文艺, “全民”民间文艺; 但文中未提到“全民”TCE。

⁶⁰ 墨西哥代表团。

⁶¹ 伊朗(伊斯兰共和国)代表团。该代表团认为, 考虑权利人的权利, 是放在社会权利的框架中进行的。在此方面, 国内立法非常重要, 不应忽视。当地社区是真正拥有人的, 尤应尊重它们的权利和同意。

⁶² 摩洛哥代表团。该代表团说, “传统社区”过于宽泛, 应当更清楚、更准确地予以定义。见脚注 59。

⁶³ 墨西哥代表团。

⁶⁴ 秘书处注: 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。

⁶⁵ 澳大利亚代表团。该代表团说, 土著社区证明相关习惯法存在困难。[译注: 英文版脚注 66。]

⁶⁶ 印度代表团。该代表团说, “负责”一词可能有某些法律后果, 要求有证据证明具体社区被委托负责保管、照料和维护。[译注: 英文版脚注 65。]

⁶⁷ 特立尼达和多巴哥代表团。

⁶⁸ 巴西代表团。该代表团重申其在第一条下就西班牙文“patrimonio”英文对等词发表的意见。见脚注 48。

说 明

第 2 条：受益人

背 景

许多利益相关者强调，TCE/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TCE/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TCE/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，TCE/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”⁶⁹。

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TCE/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》”)⁷⁰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》”)⁷¹。这也触及不同国家中共享相同或类似TCE/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。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TCE/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”。这补充了其他政策领域的做法并与之保持一致⁷²。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。

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，既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”⁷³。这正是这种创作被贴上“传统”标记的缘由。

⁶⁹ WIPO/GRTKF/IC/6/12。

⁷⁰ 法令第 5 条。

⁷¹ 第 10 条。

⁷² 参见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”)。

⁷³ 参见 WIPO/GRTKF/IC/6/3 全文。

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。

然而，社区是由个人组成的，因此，由社区来控制 and 监管 TCE/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。

作出的评论和提出的问题

受益人的范围

萨尔瓦多代表团提出，除了“土著人民和传统及其他文化社区”之外，还应提及其他团体。

印度尼西亚代表团建议，受益人的定义也包括下列要素：(i) 除了作为 TCE/EoF 维持和发展者的传统/土著社区之外，如果其他社区可能从利用 TCE/EoF 中受益，政府也需要发挥作用，促进 TCE/EoF 保护；(ii) 在找不到 TCE/EoF 拥有人的情况下，TCE/EoF 保护的受益人应当是政府，例如当地政府，而且 TCE/EoF 应当被用于社区利益；(iii) 有资格从保护中受益的 TCE/EoF 拥有人应当是当地政府所确认的 TCE/EoF 拥有人；(iv) 关于个人对 TCE/EoF 发展的贡献，可由现行知识产权制度予以奖励；(v) 国家在促进社区保护中可以发挥一定作用，只有在有益于社区时才能被进一步扩大为权利人。

大韩民国代表团说，该规定没有完全解决 TCE 保护的合法受益人问题。不同的社区可能拥有相同或类似形式的 TCE，它们的 TCE 也可能有共同点，这可能让潜在使用者很难找到希望使用的 TCE 的合法受益人或权利人。此外，受益人范围不清楚，第 7 条第(2)款(d)项中所指的 TCE 登记局，在解决争议时将有很大负担。

日本代表团询问，怎样规定具体 TCE/EoF 的受益人界线。它还想知道，对具体 TCE/EoF 的受益人有什么客观要求，怎样为使用者确保具体 TCE/EoF 受益人的可预见性。

习惯法

澳大利亚艺术法中心的代表建议，关于(a)项，删除社区证明它们根据其习惯法和惯例被委托保管、照料并维护 TCE/EoF 的要求，而且应当对声称受委托保管、照料和维护 TCE/EoF 的土著社区适用对其有利的推定。她建议该项修改为：“负责保管、照料并维护 TCE/EoF 的”。她还说，该句的开头应当删除，并在该条的末尾增加一句：“要求从 TCE/EoF 的保护措施中受益的土著人民和传统及其他文化社区被推定已被委托保管、照料和维护这些 TCE/EoF。”或者，她建议至少作出如下修改：“根据各自的习惯法或惯例负责保管、照料并维护 TCE/EoF 的”。她还说，在澳大利亚，土著人民认为使用“indigenous”（土著）一词时不用大写字母“I”有欠尊重，因此“indigenous”一词应当全文使用大写“I”。她说，这种拼法与《土著人民权利宣言》中的一致。

图帕赫·阿马鲁的代表建议，该条用此句作为结尾：“各国将采取有效手段确保有关人民的事先知情同意，以保证对传统文化表现形式的尊重和法律保护。”

第 3 条:

盗用和滥用⁷⁴行为(保护范围)

帮助促进和保护文化表现形式的多样性。⁷⁵

按照对土著人民和传统及其他文化社区以及传统文化表现形式/民间文艺表现形式使用者公平、反映范围更大的社会利益的条款⁷⁶，促进思想和艺术自由、研究实践和文化交流。⁷⁷

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民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。⁷⁸

在方式上做到公平兼顾各方利益，并有效地对土著人民及社区和传统及其他文化社区赋予权力，使其能对自己的传统文化表现形式/民间文艺表现形式有效行使权利和权力。⁷⁹

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。⁸⁰

[具有特殊价值或意义的] 已登记或作出通知的⁸¹传统文化表现形式/民间文艺表现形式

1. 对于 [对某一社区具有特殊文化或精神价值或意义、并]⁸² [按第 7 条所述进行登记或作出通知的]⁸³ 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]⁸⁴ 受益人 (可以是全民族、一族人民或一个土著社区或其他社区)⁸⁵ / 土著人民或传统及其他文化社区⁸⁶ 能够防止或制止⁸⁷ [在未经其自愿、事先知情同意的情况下]⁸⁸ 发生以下行为:

⁷⁴ 墨西哥代表团。

⁷⁵ 加拿大代表团。该代表团建议为该条增加“起首语”。条文应当反映各项目标，因为文件的三个部分互有关联，不能分开处理。这样，实质性条款草案听起来将更完整，让委员会能够就条文内容作出更好的、知情的决定。起首语可以用作 TCE 国际文书的前言。这是目标(ix)。处理盗用问题时，要牢记文化是靠学习其他文化等方式成长的。

⁷⁶ 加拿大代表团。见脚注 75。这是建议目标(x)增加的文字。[译注：英文版脚注 77。]

⁷⁷ 加拿大代表团。见脚注 75。这是目标(x)。[译注：英文版脚注 76。]

⁷⁸ 澳大利亚代表团。应当再次提及目标(iii)、(v)和(vii)。

⁷⁹ 澳大利亚代表团。见脚注 78。

⁸⁰ 澳大利亚代表团。见脚注 78。

⁸¹ 墨西哥代表团。

⁸² 墨西哥代表团。

⁸³ 澳大利亚代表团。该代表团想知道经济权利和精神权利将由该条规定，还是要在政府登记。社区行使权利可以通过一个国家主管机构，通过代表其行事的另一种组织，还是自己在社区内部行使权利，必须考虑把选择留给各社区。

⁸⁴ 墨西哥代表团和摩洛哥代表团。两代表团提出了替代性案文。此外，美利坚合众国代表团建议全文使用“相关社区”一词。该词最好在第二条定义。“相关土著人民或社区、传统及其他文化社区”这样的长词无助于清晰。南非代表团反对这种修改，建议保留“相关土著人民或社区、传统及其他文化社区”。

⁸⁵ 摩洛哥代表团。提出该措辞，是为了确保受益人可以是全民族。

⁸⁶ 墨西哥代表团。

⁸⁷ 阿尔及利亚代表团。增加是为了反映行为正在发生的情况。

⁸⁸ 印度代表团。南非代表团反对这种修改，建议在案文中保留这些字样。

a) 对于 [除文字、标志、名称和符号以外的]⁸⁹ 此种传统文化表现形式/民间文艺表现形式:

- (i) 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] [改编作品]⁹⁰;
- (ii) 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] 土著人民及社区和传统及其他文化社区⁹¹ 或全民族⁹² 或为其所有⁹³ 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, 但省略不提 系由使用方式所决定的除外⁹⁴;
- (iii) 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, 目的是对其造成伤害, 或者可能有损于这些表现形式、可能冒犯或可能损害社区或全民族⁹⁵ 的声誉、习惯价值或者文化特性或完整性的任何行为⁹⁶ /对其所属的社区、土著人民及社区或地区或全民族⁹⁷ 的声誉或形象造成伤害的⁹⁸ 行为; 以及
- (iv) [以不正当行为或肆意⁹⁹ 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;]¹⁰⁰

b) 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, [任何为商业目的或在传统用途以外¹⁰¹ 使用传统文化表现形式/民间文艺表现形式或其 [演绎作品] [改编作品]¹⁰², 或对传统文化表现形式/民间文艺表现形式或其 [演绎作品] [改编作品]¹⁰³ 获得或行使知识产权,]¹⁰⁴ 许诺销售或销售被虚假表现为

⁸⁹ 南非代表团。

⁹⁰ 美利坚合众国代表团。见脚注 10。

⁹¹ 墨西哥代表团。

⁹² 埃及代表团。该代表团说, 有些国家只有一个单一社区, 文化和谐占主流。埃及的历史很长。它拥有悠久、丰富和多彩的文化, 文化构成和谐、同质。为此, 该代表团希望文件中提到土著人民及社区时, 增加“全民族”一词。摩洛哥代表团赞同。

⁹³ 赞比亚代表团。它建议也承认社区是作品的所有者, 因为“所有权”法上有特定含义, 其中包括积极权利。这反映了所有权。

⁹⁴ 美利坚合众国代表团。该代表团建议该条增加借自 WPPT 第 5 条的文字: “除非使用……的方式决定可省略不提……”。该代表团解释说, 现实条件下注明来源并非始终可能或者适当。

⁹⁵ 埃及代表团。见脚注 92。摩洛哥代表团赞同。[译注: 英文版脚注 96]

⁹⁶ 赞比亚代表团。建议增加。[译注: 英文版脚注 95]

⁹⁷ 埃及代表团。见脚注 92。摩洛哥代表团赞同。

⁹⁸ 墨西哥代表团。

⁹⁹ 澳大利亚代表团。该规定防止了土著个人创作者获得版权/相关权以及通过许可等手段行使这些权利。这必须保持为土著艺术家或作者的一个选项。在土著创作者对一件作品的个人权利和一个社区与之有关的权利之间的关系上, 必须考虑基本政策目标。

¹⁰⁰ 澳大利亚代表团。见脚注 99。

¹⁰¹ 摩洛哥代表团。[译注: 英文版脚注 102]

¹⁰² 美利坚合众国代表团。见脚注 10。[译注: 英文版脚注 101]

¹⁰³ 美利坚合众国代表团。见脚注 10。

土著人民创作的传统文化表现形式/民间文艺表现形式的物品,¹⁰⁵ [具有贬抑、冒犯相关 [社区] 受益人 (可以是全民族、一族人民或一个土著社区或其他社区)¹⁰⁶/土著人民及社区和传统及其他文化社区¹⁰⁷ 或虚假暗示与之有联系, 或使 [该社区] 其¹⁰⁸ 蒙受耻辱或名声败坏的行为]¹⁰⁹;

c) 固定、表现、出版、传播或以任何形式使用传统文化表现形式/民间文艺表现形式, 不提及其所属的社区、土著人民或社区或地区或全民族¹¹⁰ 的¹¹¹/不合法且未忠实反映这些社区所属的地方的¹¹², 但省略不提系由使用方式所决定的除外¹¹³。

其他传统文化表现形式/民间文艺表现形式

2. 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] 保证¹¹⁴:

a) 相关 [社区] 土著人民及社区和传统及其他文化社区¹¹⁵ 或全民族¹¹⁶ 被注明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或所有者¹¹⁷, 但省略不提系由使用方式所决定的除外¹¹⁸;

b) 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, 可加以防止或制止¹¹⁹, 并/或受到 [民事或刑事] 刑事或民事¹²⁰ 制裁;

c) 凡对提及、借鉴或使人想起 [某一社区] 土著人民及社区和传统及其他文化社区¹²¹ 或全民族¹²² 的传统文化表现形式/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, 暗示 [该社区] [这些土著人民及社区和传统及其他文

¹⁰⁴ 澳大利亚代表团。该代表团建议用“许诺销售或销售被虚假表现为土著人民创作的传统文化表现形式/民间文艺表现形式的物品”替换“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] 改编作品”。该代表团提出这种备选措辞, 具体是为了涵盖盗用。它说, 这种行为是否应被视为盗用, 它可以帮助进行进一步讨论。

¹⁰⁵ 澳大利亚代表团。见脚注 104。

¹⁰⁶ 摩洛哥代表团。见脚注 85。

¹⁰⁷ 墨西哥代表团。

¹⁰⁸ 墨西哥代表团。

¹⁰⁹ 委内瑞拉 (玻利瓦尔共和国) 代表团。该代表团说权利应当是完全的权利, 不应有条件。

¹¹⁰ 埃及代表团。见脚注 92。摩洛哥代表团赞同。

¹¹¹ 墨西哥代表团。

¹¹² 摩洛哥代表团。

¹¹³ 美利坚合众国代表团。见脚注 94。

¹¹⁴ 阿尔及利亚代表团。

¹¹⁵ 墨西哥代表团。[译注: 英文版脚注 116。]

¹¹⁶ 埃及代表团。见脚注 92。摩洛哥代表团赞同。[译注: 英文版脚注 115。]

¹¹⁷ 赞比亚代表团。见脚注 93。

¹¹⁸ 美利坚合众国代表团。见脚注 94。

¹¹⁹ 阿尔及利亚代表团。见脚注 87。

¹²⁰ 委内瑞拉 (玻利瓦尔共和国) 代表团。该代表团指出, 一经寻求刑事制裁, 就不能有民事制裁。文字让人混淆, 因为必须在刑事和民事体系之间择一。刑事制裁的取得必须在民事制裁前。

¹²¹ 墨西哥代表团。

¹²² 埃及代表团。见脚注 92。摩洛哥代表团赞同。

化社区¹²³]¹²⁴ 其认可或与之有联系的行为, 可加以防止或制止¹²⁵, 并/或受到 [民事或刑事] 刑事或民事¹²⁶ 制裁; 以及

d) 两个备选方案

方案A: [如果使用或利用以营利为目的,]¹²⁷ [应] 应当¹²⁸ 按第 4 条所述 [机构] [国家]¹²⁹ 指定主管机构¹³⁰ 确定的条件, 经与相关 [社区] 土著人民及社区和传统及其他文化社区¹³¹ 或全民族¹³² 商议后, [给予合理报酬或]¹³³ 分享利益; 以及

方案B¹³⁴: [如果使用或利用以营利为目的,]¹³⁵ [应] 应当¹³⁶ 按相关 [社区] 土著人民及社区和传统及其他文化社区¹³⁷ 或全民族¹³⁸ 确定的条件, 经与第 4 条所述 [机构] [国家]¹³⁹ 指定主管机构¹⁴⁰ 商议后, [给予合理报酬或]¹⁴¹ 分享利益; 以及

¹²³ 墨西哥代表团。该代表团建议用“这些土著人民及社区和传统及其他文化社区”替换“该社区”。

¹²⁴ 一个代表团建议用“其”替换该短语。

¹²⁵ 阿尔及利亚代表团。见脚注 87。

¹²⁶ 委内瑞拉（玻利瓦尔共和国）代表团。见脚注 120。

¹²⁷ 委内瑞拉（玻利瓦尔共和国）代表团。使用或利用不能受任何条件的限制。使用或利用明显是为了牟利, 因为“利用”一词很强, 暗示以牟利为目的。南非代表团赞同。

¹²⁸ 印度代表团。由于以下原因必须修改: (1) 必须承认集体所有权, 社区有积极的排他性权利, 不只是禁止权; (2) 必须承认协议转让这些权利的权利, 不只是依据事先自由知情同意原则; (3) 为任何类型的 TCE/EoF 设立合理报酬制度不可取, 这是社区的排他性权利; (4) 如果对 TCE/EoF 的使用遍及一个民族或国家, 不与任何具体社区有关, 利益分享应当根据国家主管机构的决定进行。[译注: 英文用“shall”替代“should”。]

¹²⁹ 美利坚合众国代表团。该代表团说, 在某些情况下如 OAPI 或 ARIPO 这样的地区性或国际性机构可能被土著或传统社区选作指定主管机构。[译注: 英文版脚注 130。]

¹³⁰ 墨西哥代表团。[译注: 英文版脚注 131。]

¹³¹ 墨西哥代表团。[译注: 英文版脚注 132。]

¹³² 埃及代表团。见脚注 92。摩洛哥代表团赞同。[译注: 英文版脚注 133。]

¹³³ 印度代表团。见脚注 128。南非代表团和美利坚合众国代表团赞同。[译注: 英文版脚注 129。]

¹³⁴ 美利坚合众国。重点必须放在土著人民与社区、它们的愿望上, 不放在某个国家指定主管机构的愿望上。

¹³⁵ 委内瑞拉（玻利瓦尔共和国）代表团。使用或利用不能受任何条件的限制。使用或利用明显是为了牟利, 因为“利用”一词很强, 暗示以牟利为目的。南非代表团赞同。

¹³⁶ 印度代表团。由于以下原因必须修改: (1) 必须承认集体所有权, 社区有排他性的积极权利, 不只是禁止权; (2) 必须承认协议转让这些权利的权利, 不只是依据事先自由知情同意原则; (3) 为任何类型的 TCE/EoF 设立合理报酬制度不可取, 这是社区的排他性权利; (4) 如果对 TCE/EoF 的使用遍及一个民族或国家, 不与任何具体社区有关, 利益分享应当根据国家主管机构的决定进行。[译注: 英文用“shall”替代“should”。]

¹³⁷ 墨西哥代表团。[译注: 英文版脚注 138。]

¹³⁸ 埃及代表团。见脚注 92。摩洛哥代表团赞同。[译注: 英文版脚注 139。]

¹³⁹ 美利坚合众国代表团。见脚注 129。[译注: 英文版脚注 140。]

¹⁴⁰ 墨西哥代表团。[译注: 英文版脚注 141。]

¹⁴¹ 印度代表团。见脚注 128。南非代表团和美利坚合众国代表团赞同。[译注: 英文版脚注 137。]

秘密传统文化表现形式/民间艺术表现形式

3. 对于秘密传统文化表现形式/民间艺术表现形式，应制定适当而有效的法律和实际措施，以确保 [社区] 土著人民及社区和传统及其他文化社区¹⁴² 或全民族¹⁴³ 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]

¹⁴² 墨西哥代表团。

¹⁴³ 埃及代表团。见脚注 92。摩洛哥代表团赞同。

说 明

第 3 条：盗用和滥用¹⁴⁴行为(保护范围)

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 TCE/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，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 TCE/EoF 提供的保护。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 TCE/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 TCE/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：

在对某一社区具有特殊文化或精神价值的 TCE/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。

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 TCE/EoF 无需进行登记或通知，因为秘密 TCE/EoF 是按第 3 条第(3)款单独保护的。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 TCE/EoF 获得严格的、事先知情同意保护的情况下才可适用。

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 TCE/EoF。缘其如此，事先知情同意权类似于专有知识产权，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 TCE/EoF 进行任何使用和利用并获得知识产权)。

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。

¹⁴⁴ 墨西哥代表团。

对于作为 TCE/EoF 的表演(即:属于“行动表现形式”的 TCE/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。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,可以按下文第(2)款或第(3)款予以保护。

对于未以此种方式进行登记或作出通知的 TCE/EoF,使用该 TCE/EoF 不必事先授权,但所给予的保护将取决于如何使用该 TCE/EoF。例如,这些 TCE/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。然而,在以此种方式利用 TCE/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 TCE/EoF 制定的专门法¹⁴⁵以及有关录音制品中已录制的音乐作品的常规版权法¹⁴⁶中所规定的强制许可或合理报酬的做法。

最后,关于秘密的、机密的或未披露的 TCE/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¹⁴⁷。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“保护和控制传播”的权利¹⁴⁸。

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。

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 TCE/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。

¹⁴⁵ 如《班吉协定》,非洲知识产权组织,1999年修订。

¹⁴⁶ 1971年《伯尔尼公约》第13条。

¹⁴⁷ 福斯特诉芒福德 (Foster v. Mountford) (1976) 29 FLR 233。

¹⁴⁸ 第 2.1 段。

建议的本条规定提出，对具有特殊文化或精神价值的TCE/EoF规定改编权，但条件是须经事先登记或通知。对于其他TCE/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¹⁴⁹。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。

作出的评论和提出的问题

权利行使

中国代表团建议明确权利行使的最低标准。比如，无论权利性质如何，在使用时应该基本满足两个条件：(i) 精神权利方面，保护 TCE 不受歪曲和篡改，并指明 TCE 的来源；以及(ii) 财产权利方面，确保给予适当的经济补偿。

登记

新西兰代表团提及政策目标(xiii)，该项目标是“增强确定性、透明度和相互信任”。第 3 条试图引入登记的概念来处理透明度问题，但登记是否是一项适当选择并不确定，考虑到土著人民对登记制度的种种关注，尤其是文件化的风险，尤为如此。它建议，闭会期间工作组在审议第 3 条保护范围问题时，考虑两个问题：(1) 就条款草案可以处理透明度目标的其他方式进行调查或提出建议，以及(2) 考虑把风险降至最低的登记办法，例如不进行审查、由土著人民自己商定登记内容的登记制度等。

演绎作品

美利坚合众国代表团建议，作为现有文字建议的替代，返回至 1982 年示范法的用语，该法没有提供对改编和演绎作品的控制，但确保在 TCE 上建立的权利不扩大到“借用民间文艺表现形式创作一名或多名作者的原创作品”。

南非代表团建议在案文中保留“演绎作品”。

TCE 分类

印度代表团建议将三个类(1) 具有特别文化或精神价值或意义的 TCE/EoF、(2) 其他 TCE/EoF 和(3) 秘密 TCE/EoF 替换为两个类：已知的和保密的 TCE/EoF。

盗用

加拿大代表团指出，挑战之一是在 TCE 保护和盗用行为之间找出有利于文化多样性的必要平衡。它提出由闭会期间工作组解决的下列问题：谁负责授予对 TCE 的获取，谁可授权这种获取？如果 TCE 为一个以上社区所持有怎么办，谁来决定，谁来仲裁？是否包括灵感取自 TCE 或者由 TCE 改编的作品？这种保护对现行知识产权法已经给予的保护有何影响，有何关

¹⁴⁹ WIPO/GRTK/IC/6/3 的讨论。

系，是否重叠？最后，这种保护水平，加上关于永久保护 TCE 的提案，是否与让公有领域更有活力的需求相一致？

赞比亚代表团建议就现有歪曲或篡改的类型编写文件。

国家的作用和公有领域

澳大利亚代表团强调闭会期间工作组要审查对土著社区和公有领域二者的影响，审查国家可以对无主 TCE 行使财产权的情况。

用语

俄罗斯联邦代表团说，第 3 条第(2)款(c)项中“表示”一词的含义不明。

南非代表团建议闭会期间工作组讨论定义，尤其是“社区”一词的定义。它倾向的用语是“土著人民与当地社区”。美国代表团表示同意，并补充说定义应当在第 2 条中规定。它倾向的用语是“相关社区”或“权利持有人”。澳大利亚代表团也表示同意。

图拉利普部落的代表不同意“过于一般化”的词语“相关社区”。

保护范围

西班牙代表团代表欧洲联盟及其成员国说，TCE 如果与版权保护范围产生关联，需要在 TCE 必要特征和保护范围上采取不同的视角。

单列一条

赞比亚代表团建议增加一条专门处理应享有的权利。

社区代表

日本代表团询问，如果没有明确的决策机制或社区的代表，认定能够授予事先知情同意的正确人选是否可行。

观察员提出的文字建议

萨米理事会的代表建议删除第 3 条第(1)款(b)项，因为土著人民的标志与符号与商标不同，不能受到商标那样的保护。他还建议从第 3 条(1)款(a)项中删除短语“除文字、标志、名称和符号以外的”。因此，(a)项应当扩大到任何 TCE，不仅是那些具有特别文化或精神价值的。给予版权保护，不应考虑 TCE 的文化或精神价值。登记不应当是强制性的。他还提请注意传统知识条款草案第 6 条，该条涉及利益分享。他建议采用相同的办法，以之作为参考。他重申，该条过于有限；例如，它只涉及“其他 TCE”的利益分享，也就是那些不具有文化或精神意义的 TCE；他说想法不可能是这样。他还指出，利益分享应当被承认为一项一般原则，这样就可以用单独一条予以处理，以适用于 TCE 的所有形式。他建议把传统知识条款草案第 6 条作相关修正后，引入 TCE 条款草案，以便在整个利益分享概念上采用一种一般性方法。埃塞-非洲散居犹太人联盟千年理事会在这两点均表示同意。

伊比利亚-拉丁美洲表演者联合会(FILAIE)的代表就第 3 条提出了三点。他说,“相关”一词根本不准确。此外,给予社区的防止权,构成对已经授予社区的权利的消极肯定,因为有能力防止意味着过去存在盗用或滥用行为。授予社区的权利的使用,应当在案文中得到积极的反映,不仅是作为反对一项行为的资格。他建议删除“具有贬抑、冒犯……蒙受耻辱或名声败坏的”字样。他还建议从第 3 条第(2)款(d)项中删除“如果使用或利用以盈利为目的”,代之以“使用它们的”,不用目前的措辞。尽管这是授予土著社区的一项权利,采取合理报酬的形式,但第三方使用本身应当产生补偿。不必说明使用是以营利为目的,而且不幸的是,经验显示一些表面上的慈善行为给一些肆无忌惮的组织者带去了利润,他们利用这种策略去推崇某些社区、人民等,并侵犯知识产权。因此,任何使用均应当有报酬。他提及第 3 条第(1)款(a)项第(iii)目,建议改为“对传统文化表现形式/民间文艺表现形式进行任何歪曲、篡改或进行其他减损的行为”。不必增加后面的文字。非洲地区知识产权组织(ARIPO)的代表表示同意。在第(1)款(b)项, FILAIE 的代表建议该项改为“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,任何作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的行为”,增加“第三方进行的”字样,并把该项剩余文字删除。提出这项建议背后的理由是要对社区的权利——这种权利来自知识产权——进行积极肯定,使之不必经过困难的道义阐释,因为这必须考虑排他权的思想,这种权利应当而且能够得到充分行使。他认为,受益人一旦确定,无需进一步解释精神损害或伤害。该款的行文方式,在改编民间文艺时可能给表演者和作者权利的行使造成障碍。关于第(3)款,该款第二行说“能够”,必须加以修改。在西班牙文版中,必须从“dispongan de los medios necesarios”中删除“necesarios”一词,换为上文第(2)款(c)项的文字,此条的其余部份必须保留所起草的样子。

图帕赫·阿马鲁的代表提出,案文可以参考许多联合国文书,尤其是联合国土著人民权利宣言。他说,案文在许多地方不够强,应当具有法律约束力。第 3 条除了指明土著人民及社区和其他传统社区外,还要指明当事方的权利与义务。他问到,国家的作用是捍卫保护土著人民与社区的权利,为何未在该条中出现。关于第 3 条第(2)款(b)项,他指出应当说“禁止”,而不是“制止”,而且刑事法院与民事法院均应当提供制裁。他还建议在第(2)款(d)项中,在“国家指定主管机构”之前增加“土著社区与相关土著人民及社区商议后指定的”字样。此外,应当用“土著或古老社区”替换含糊的“文化社区”。此外,“如果使用或利用以营利为目的”应当删除。

圣卢西亚土著人民(Bethechilokono)理事会(BGC)想知道如何处理在小国国内跨越边界的 TCE。他建议把该问题留给国内法处理。此外,他补充说,利益分享必须由国家主管机构决定,未反映加勒比地区或圣卢西亚的经验。

南美洲印第安人理事会(CISA)的代表就第 3 条第(2)款(a)项说,“相关”一词不具确定性,未说明土著人民及社区是谁。他补充说,第 3 条应为“相关传统土著人民和社区”。他还说,应当有一个规定谁是人民的程序,以便处理有关人民的适当代理人或权力问题。该代表建议用括号括起“按第 7 条所述”字样。

第 4 条：

权利的管理

1. 如果这些条款要求须经事先授权方可 [使用] 从事土著人民对¹⁵⁰ 传统文化表现形式/民间文艺表现形式拥有的权利内的行为¹⁵⁰，[有关社区要求直接征得其授权的，]¹⁵¹ 应直接从 [该社区] 土著人民及社区和各个群体、家庭、部落、民族、传统及其他文化社区或国家¹⁵¹ 获得授权，或者从根据 [该社区] 土著人民及社区或传统及其他文化社区¹⁵² 的请求代理和作为其代表 [该社区] 的 [国家]¹⁵³ 指定主管机构¹⁵⁴ [机构(以下称为“机构”)] 获得授权。在由 [机构] 主管机构¹⁵⁵ 授权的情况下：

(a) 只有按相关土著人民及¹⁵⁶ 社区和传统及其他文化社区¹⁵⁷ 的传统决策和治理程序与之进行适当磋商后才能授权；

(b) [机构] [国家]¹⁵⁸ 指定主管机构¹⁵⁹ 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¹⁶⁰ 由其直接提供给有关土著人民及¹⁶⁰ 社区和传统及其他文化社区¹⁶¹。

2. 在土著人民及社区和传统及其他文化社区提出请求的情况下，¹⁶² [机构] [国家]¹⁶³ 指定主管机构¹⁶⁴ 一般应负责宣传、教育、咨询和指导等任务。[机构] [国家]¹⁶⁵ 指定主管机构¹⁶⁶ 还应：

¹⁵⁰ 澳大利亚代表团。对权利人要有清楚确定的定义。第 4 条(a)款第一行涉及 TCE 的使用，看上去将个人财产权和可能的集体权混了起来。这引出了重要问题，要进一步讨论和澄清。具体而言，土著个人作者控制其自己作品财产权行使的权利，不能不加认真考虑就予以消灭。此外，在一些国家，包括澳大利亚，已经有集体管理安排允许将个人版权用于教育教学等公共目的。不能轻易干涉这些安排。它建议这项修改，是为了清楚表明，权利的管理是对人民集体权利的管理，不是对个人创作者权利的管理。

¹⁵¹ 墨西哥代表团。

¹⁵² 墨西哥代表团。[译注：英文版脚注 154。]

¹⁵³ 美利坚合众国代表团。见脚注 129。[译注：英文版脚注 152。]

¹⁵⁴ 墨西哥代表团。[译注：英文版脚注 153。]

¹⁵⁵ 墨西哥代表团。

¹⁵⁶ 墨西哥代表团。

¹⁵⁷ 墨西哥代表团。

¹⁵⁸ 美利坚合众国代表团。见脚注 129。

¹⁵⁹ 墨西哥代表团。

¹⁶⁰ 墨西哥代表团。

¹⁶¹ 墨西哥代表团。

¹⁶² 美利坚合众国代表团。该代表团建议该条以“在土著人民及社区和传统及其他文化社区提出请求的情况下”开始，指出全款没有理由不以土著人民或社区的请求为条件。实际上，对于秘密 TCE，土著人民或社区可能倾向于指定主管机构不进行宣传活动。

¹⁶³ 美利坚合众国代表团。见脚注 129。

¹⁶⁴ 墨西哥代表团。

¹⁶⁵ 美利坚合众国代表团。见脚注 129。

¹⁶⁶ 墨西哥代表团。

(a) [在土著人民及¹⁶⁷社区和传统及其他文化社区¹⁶⁸提出请求的情况下,]¹⁶⁹监督传统文化表现形式/民间艺术表现形式的使用情况, 以确保这一使用符合第 3 条第(2)款所规定的公正和恰当的原则; 并

(b) 与相关 [社区] 土著人民及社区和传统及其他文化社区¹⁷⁰ 协商确定第 3 条第(2)款所述的合理报酬。

[后接第 4 条说明]

¹⁶⁷ 墨西哥代表团。

¹⁶⁸ 墨西哥代表团。

¹⁶⁹ 美利坚合众国代表团。见脚注 162。

¹⁷⁰ 墨西哥代表团。

说 明

第 4 条：权利的管理

背 景

本条规定涉及 TCE/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选性质，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 TCE/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。

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 TCE/EoF 和 TK 方面职能的可能性。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。

作出的评论和提出的问题

日本代表团说，保护 TCE/EoF 的目的，即使是纠正经济发展中的不平衡和提供新的金融资源确保某些社区的可持续发展，但是向 TCE/EoF 授予权利是否是实现这一目的的适当办法，尚未得到证明。它还想知道，利益由 TCE/EoF 的使用者分享，如何才能以公平方式分配给所有适当的受益人。

观察员提出的文字建议

伊比利亚 - 拉丁美洲表演者联合会(FILAIE)的代表提出，关于第 4 条第(2)款，居住在边境地区的社区，应当把“机构”选在它们一年中度过天数最多的国家。

第 5 条：

例外与限制

1. TCE/EoF 的保护措施：

a) 不得限制或阻碍 [相关社区] 土著人民及社区和传统及其他文化社区¹⁷¹ 的成员以传统和习惯的方式，对 TCE/EoF 进行按习惯法和惯例属于正常的利用、传播、交流和发展；

b) 应仅适用于对 TCE/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

c) 不适用于在以下情况对 TCE/EoF 的利用：

i) 以说明的方式用于教学和学习；

ii) 非商业性研究或个人学习；

iii) 批评或评论；

iv) 新闻或时事报导；

v) 法律诉讼程序中使用；

vi) 为存入非商业性文化遗产保护档案或库存的目的，制作 TCE/EoF 的记录品及其他复制品；以及

vii) 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 TCE/EoF 源自相关的 [社区] 土著人民及社区和传统及其他文化社区¹⁷²，而且此种使用不会冒犯 [相关社区] 这些土著人民及社区和传统及其他文化社区，前提是传统文化表现形式/民间文艺表现形式未受到歪曲、篡改或修改，对其造成伤害或者对其所属的社区、土著人民及社区或地区的声誉造成伤害¹⁷³。

2. TCE/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 TCE/EoF 或指定的部分 TCE/EoF。

[后接第 5 条说明]

¹⁷¹ 墨西哥代表团。

¹⁷² 墨西哥代表团。

¹⁷³ 墨西哥代表团。

说 明

第 5 条：例外与限制

背 景

许多利益相关者强调，对 TCE 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 TCE/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) 第(1)款(a)项意在落实有关不干涉和支持社区继续使用和发展 TCE/EoF 的各项目标和总指导原则；第(1)款(b)项确认，各该规定仅适用于对 TCE/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) 第(1)款(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¹⁷⁴。“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日的，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¹⁷⁵。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¹⁷⁶。

(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。

¹⁷⁴ 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。

¹⁷⁵ 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。

¹⁷⁶ 参见上文智利的建议。

作出的评论和提出的问题

观察员提出的文字建议

伊比利亚 - 拉丁美洲表演者联合会(FILAIE)的代表提出, 关于第(1)款(c)项第(vii)目, 删除“偶然”一词, 如果保留, 应当对这种使用适用三步检验法。

国际博物馆理事会(ICOM)的代表建议, 在第 5 条第(1)款(c)项中增加下列文字, 作为倒数第二目: “- 在博物馆或其他非盈利相关文化机构中保管直接或间接来自 TCE/EoF 的文物。这种保管应当是为了保存、延续、向社会宣传、为教育、研究和娱乐目的向公众展示全世界的自然与文化遗产, 不论是现存的还是将来的, 物质的还是非物质的。上述保管及其目标始终应当遵守公平使用的原则。”

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

(a) 对于第 3 条第(1)款所述的TCE/EoF, 该款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]¹⁷⁷

(b) 对于秘密TCE/EoF, 其作为秘密TCE/EoF的保护期应以其继续处于秘密状态为限 [。]; 以及¹⁷⁸

(c) 对TCE/EoF进行保护, 使其不受目的是对其造成伤害或者对其所属的社区、土著人民及社区或地区的声誉或形象造成伤害的任何歪曲、篡改或其他修改, 或使其不受侵权, 应没有期限。¹⁷⁹

[后接第 6 条说明]

¹⁷⁷ 墨西哥代表团。

¹⁷⁸ 墨西哥代表团。

¹⁷⁹ 墨西哥代表团。

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”。

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, TCE/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 TCE/EoF, 以及属于秘密的、未披露的或机密的 TCE/EoF。

作出的评论和提出的问题

日本代表团说, 保护 TCE/EoF 即使是为了提供激励, 让第三方通过使用受保护的客体进一步创作表现形式, 实现文化或产业发展, 但考虑到权利人与公众利益之间的平衡, 不宜无限期保护 TCE/EoF。

观察员提出的文字建议

伊比利亚 - 拉丁美洲表演者联合会(FILAIE)的代表说, (b)项的措辞可能引发歧义。所以最好增加规定, 指出适用于所有其他形式 TCE/EoF 的法律规则, 在秘密 TCE/EoF 失密时, 应对其适用。

第7条:

手 续

1. 作为总原则, 传统文化表现形式/民间文艺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/民间文艺表现形式从其创作完成起即受保护。

2. [对具有特殊文化或精神价值或意义, 并按]¹⁸⁰第3条第(1)款[的]¹⁸⁰规定[申请一定保护水平]¹⁸⁰的具体传统文化表现形式/民间文艺表现形式的保护措施, 应要求此种传统文化表现形式/民间文艺表现形式须由相关[社区]土著人民及社区和传统及其他文化社区, [或]¹⁸¹由[第4条所述的]¹⁸²根据社区的请求代表社区行事的[国家]¹⁸³指定主管机构或第三方[机构]¹⁸², 向[主管局或组织][国家]¹⁸⁴指定主管机构¹⁸⁵通知或登记。

(a) 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/民间文艺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]土著人民及社区或传统及其他文化社区¹⁸⁶。

(b) 关于以此种方式登记或通知的传统文化表现形式/民间文艺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/民间文艺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。

(c) 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。

(d) [凡]在哪些土著人民及社区和传统及其他文化社区[一社区]¹⁸⁷, 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, [应]应当¹⁸⁸由受理此种登记或通知的[主管局或组织][国家]¹⁸⁹指定主管机构¹⁹⁰尽量利用习惯法、规范体系¹⁹¹和程序、法庭外争议解决办法(ADR)以及文化遗产名

¹⁸⁰ 墨西哥代表团。

¹⁸¹ 墨西哥代表团。[译注: 英文版脚注 183。]

¹⁸² 墨西哥代表团。[译注: 英文版脚注 185。]

¹⁸³ 美利坚合众国代表团。见脚注 129。[译注: 英文版脚注 184。]

¹⁸⁴ 美利坚合众国代表团。见脚注 129。[译注: 英文版脚注 181。]

¹⁸⁵ 墨西哥代表团。[译注: 英文版脚注 182。]

¹⁸⁶ 墨西哥代表团。

¹⁸⁷ 墨西哥代表团。[译注: 英文版脚注 191。]

¹⁸⁸ 墨西哥代表团。[译注: 英文用“shall”替代“should”。英文版脚注 189。]

¹⁸⁹ 美利坚合众国代表团。见脚注 129。[译注: 英文版脚注 187。]

¹⁹⁰ 墨西哥代表团。[译注: 英文版脚注 188。]

¹⁹¹ 墨西哥代表团。该代表团解释说, “规范体系”由土著人民及社区具体群体内部以口头形式发展和保持并代代相传的知识构成。土著规范体系因此与传统医学、艺术和工艺品、创世神话和交流关系一样, 是社区之间以及与自然之间存在的文化基质的一部分。在这种意义上, 内部规范体系构成土著人民的传统知识, 土著人民应当有权使用其规范体系解决出现的任何内部争端。[译注: 英文版脚注 192。]

录等现有文化资源 [加以]¹⁹² 解决出现的¹⁹² 任何不确定性 [或争议]，并帮助解决出现的争议¹⁹²。

[后接第 7 条说明]

¹⁹² 墨西哥代表团。[译注：英文版脚注 190。]

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。同样重要的是，正如外部研究人员和 TCE/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 TCE 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 TCE 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，第(1)款提出，作为总原则，TCE/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 TCE/EoF 进行某种形式的登记或通知，以便其根据第 3 条第(1)款的规定，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 条第(2)款的规定，未登记的 TCE/EoF 亦受保护。秘密 TCE/EoF 应单独受第 3 条第(3)款的保护，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 TCE/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、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。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；

(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要求为该社区的利益代为登记或通知；

(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《保护非物质文化遗产公约》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，可以采取的措施，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 TCE/EoF(和 TK)的专门规定¹⁹³。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 TCE/EoF 的登记或通知能为使用者使用并支付得起；(d) 公众如何查询有关已登记或通知的 TCE/EoF 的信息；(e) 如何对 TCE/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 保护的权利要求而产生的争议，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。

TCE/EoF 的记录、固定和文件汇编

关于 TCE/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¹⁹⁴。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 TCE/EoF 进行文件汇编和记录，尤其是以数字化形式提供，将使 TCE/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 TCE/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

¹⁹³ 参见联合国教科文组织关于编制非物质文化遗产名录的专家会议，2005 年 3 月 17 日和 18 日。

¹⁹⁴ 例如，参见 WIPO/GRTKF/IC/5/3、WIPO/GRTKF/IC/6/3 和 WIPO/GRTKF/IC/7/3。

TCE/EoF本身(例如,这一策略已被用来保护古代岩石艺术)¹⁹⁵。另外,TCE/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TCE/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”¹⁹⁶。

作出的评论和提出的问题

与 TCE “特征” 的关系

大韩民国代表团认为,应当规定手续,尤其是考虑到 TCE 的特征。比如,确定一项 TCE 最初创造时间时,以及确定 TCE 被承认或授权为 TCE 的时间时,可能出现困难。这两个时间点之间可能存在距离,引发 TCE 保护溯及既往的问题。出于这个原因,不经任何手续,从最初创造时开始保护一项 TCE,可能让 TCE 权利人和使用者双方都产生混淆。

日本代表团说,从使用者可预见性来说,TCE/EoF 和受益人的定义要更清楚,不论有无手续均给予 TCE/EoF 保护时尤须如此。

¹⁹⁵ 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。

¹⁹⁶ 第 1.3 段。

第 8 条：

制裁、补救办法和行使权利

1. 在发生违反传统文化表现形式/民间艺术表现形式保护规定的情况下，[应]应当¹⁹⁷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。

2. 第 4 条所指的[机构][国家]¹⁹⁸指定主管机构¹⁹⁹应负责为[社区]土著人民及社区和传统及其他文化社区²⁰⁰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]

¹⁹⁷ 墨西哥代表团。[译注：英文用“shall”替代“should”。]

¹⁹⁸ 美利坚合众国代表团。见脚注 129。

¹⁹⁹ 墨西哥代表团。

²⁰⁰ 墨西哥代表团。

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失的程度。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)。

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。

第 9 条：

过渡性措施

1. 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。

2. 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 TCE/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TCE知识产权保护的适当政策环境具有至关重要的意义。”²⁰¹ 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”。用图拉利普部落的话说：“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。”²⁰²

现行法律中有几种明显的选项：

(i) 具有法律追溯力，即：对 TCE 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。

²⁰¹ 例如，参见 WIPO/GRTKF/IC/5/3 及随后的文件。

²⁰² 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>。

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][改编作品]²⁰³所适用的保护。

[后接第 10 条说明]

²⁰³ 美利坚合众国代表团。见脚注 10。

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 TCE/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 TCE/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、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的，可以对在哪些方面有机会使教科文组织 2003 年《保护非物质文化遗产公约》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。

本规定意在补充保存和保护非物质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 TCE 的性质，以及这一保护旨在实现的政策目标。

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]²⁰⁴ 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]

²⁰⁴ 墨西哥代表团。

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 TCE/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 TCE/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 TCE/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 TCE/EoF 的”各社区。按照严格的国民待遇概念，提供保护的国外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，TCE/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：“……TCE/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。”²⁰⁵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。”²⁰⁶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 TCE/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。

²⁰⁵ WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. 第 69 段。

²⁰⁶ WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. 第 85 段。

一般性评论

德国代表团认为，委员会的未来工作不能仅靠工作文件 WIPO/GRTKF/IC/9/4(经进一步修改后为 WIPO/GRTKF/IC/16/4)。相反，讨论应当依据委员会已开展的所有工作，不排除任何特定的一份或多份文件。还应当提到，例如，差距分析草案文件 WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev.，该文件含有关于 TCE 一般特点的宝贵信息。对次级优先问题的任何讨论，其基础应当是委员会对 TCE 保护的目标有经久不变的共同认识。该代表团因此对第 1 条中的保护目标和客体要求澄清，并保留在该问题得到充分澄清后对其他实质条款提出补充评论的权利。但这并不意味着该代表团接受本文件附件中所载的实质条款作为未来讨论的唯一基础。

瑞士代表团认为，三项实质问题应当同等对待。所以所有三项问题应当在委员会每届会议上得到处理，分配相当的注意力和时间。延长后的任务规定提及工作文件 WIPO/GRTKF/IC/9/4 是作为一个整体，所以委员会在今后的讨论中，不应仅讨论该文件附件的第三部分，还要讨论第一和第二部分。该代表团希望澄清，修订后的文件 WIPO/GRTKF/IC/16/4 Prov.中没有方括号，不代表委员会就文件中案文的任何部分有协商一致。

日本代表团建议，讨论实质条款时，应当遵守灵活性和全面性的总指导原则，每条的措辞应对此有适当反映。

[附件和文件完]