

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

第二十二届会议

2012年7月9日至13日，日内瓦

Philip Richard Owade 大使阁下
关于 2010-2011 两年期未解决的主要问题的报告

Philip Richard Owade 大使阁下递交的文件

1. 在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(IGC)于 2011 年 7 月 18 日至 22 日举行的第十九届会议上，2010-2011 两年期 IGC 主席 Philip Owade 大使阁下表示，他可能会编拟一份摘要，内容涉及他认为需要提交给下一轮谈判的若干关键问题。
2. Owade 大使编拟了该报告，并已提交秘书处。
3. 本文件附件载有关于传统文化表现形式的上述报告的部分内容。
4. 请委员会注意本文件及其附件。

[后接附件]

导 言

1. 我曾于 2010 年和 2011 年有幸主持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(IGC)的工作。该两年期期间,委员会能够在为传统文化表现形式(TCE)、传统知识(TK)和遗传资源(GR)编拟案文方面取得巨大进展。然而,某些政策问题目前仍悬而未决。由于 IGC 被授予了新的任务授权,并将在新任主席的指导下进入新的工作阶段,因此,我认为,如果我对 IGC 每一主题的关键问题,即传统文化表现形式(TCE)、传统知识(TK)和遗传资源(GR),尽量予以总结的话,可能会有所帮助。
2. 因此,我编拟了有关这 3 个主题的说明,并已提交至秘书处。我已责成秘书处向本届会议提供传统文化表现形式部分的内容。遗传资源部分已于 2012 年 2 月 14 日至 22 日举行的 IGC 第二十届会议上提供,传统知识部分已于 2012 年 4 月 16 日至 20 日举行的 IGC 第二十一届会议上提供。
3. 这些说明只是试图体现对我本人来说在 IGC 谈判中最为重要的政策问题,并试图确定有关这些问题的一些主要观点。这些说明可有助于为 IGC 继续开展讨论确定框架,找出重点。当然,IGC 及其新任主席不必束缚于遵循或使用这些说明,但是我希望这可对他们有所帮助。
4. 在编制这些说明时,我参考了近期为 IGC 编拟的主要文件和报告,以及我在任主席期间所做的各种说明。

关键问题的说明: 传统文化表现形式

第 1 条 - 保护的客体

1. 第 1 条包含三部分:(1)受保护客体的基本定义;(2)保护的资格标准;以及(3)术语选择。
2. 第 1 条包含两个备选方案,体现了两种政策方法:
 - 备选方案 1 为传统文化表现形式和资格标准提出了精简的定义,并给国家法律或指导方针留下灵活性,可以罗列具体例子。
 - 备选方案 2 为传统文化表现形式和资格标准提出更详细的定义,用举例的方法在具体受保护客体项目方面提供更大的确定性。
3. 第 1 段中的两个备选方案举例清单引发了争议。在纳入清单(备选方案 2)或仅纳入基本类别(备选方案 1)方面没有达成一致意见。许多代表团一般均认为,国际文书将只提供一个大的框架,而让每个国家自己来决定其哪种文化元素可受到保护。其他代表团指出,举例清单具有确定性和清晰性,可确保具体项目得到保护。
4. 备选方案 1 中的清单仅限于表明类别的引导性词句。曾有代表团认为,类别较为清楚,而例子过于具体,容易产生误解。可以采取这样一种方法,即:将举例清单列于“解释性说明”之中,这样稍后还可向其中添加项目。
5. 在第 1 段的“有形或无形”之后加入“或两者兼而有之”一词方面,没有形成共识;该词语仅出现在备选方案 2 中。此外,IGC 仍在考虑是否应提及固定要求。目前,仅备选方案 2 提到了“不论是已固定的还是未固定的”。

6. 关于第 1 段，一些代表团还不准备接受纳入传统知识一词。因此，备选方案 1 的草案载有给“传统知识”一词加的方括号。
7. 关于备选方案 1 目前所提到的“表现形式”，就“艺术”这一限定词没有达成一致意见。
8. 第 2 段规定了何种传统文化表现形式可受保护的实体标准。在最好使用“独特”、“表明”还是“独有”等术语方面，没有形成共识。备选方案 1 第 2 (C) 分段的措辞留由国家立法决定。备选方案 2 使用了“相关”一词。

第 2 条 - 受益人

9. 受益人的范围是悬而未决的重要政策问题之一。在文书应拓展至土著人民和当地社区之外的程度方面没有达成一致。总体来说，确定受益人的方法与文书的范围密切相关。
10. IGC 广泛支持文书中的其他条款在提及第 2 条的定义时应简单使用“受益人”一词这一方法。
11. 该条款包含 3 个备选方案：
 - 在备选方案 1 中，受益人仅为土著人民和当地社区。
 - 在备选方案 2 中，保护应延及土著人民和当地社区之外，并纳入其他的潜在受益人。这里面有两项关注：(1) 写入“民族的”，以及(2) 写入“个人”或“家族”。
 - 备选方案 3 试图解决“民族”问题。该备选方案涉及人民的传统文化表现形式，而人民是可以确定的，并应有权成为受益人，但又不属于土著人民或当地社区的一部分。
12. 备选方案 1 将范围局限于土著人民和当地社区。在术语方面也存有分歧：有些人喜欢使用土著“人民”一词，而另一些人则喜欢使用“社区”。曾有代表团建议，“Indigenous”（土著）一词应通篇大写。
13. 在备选方案 2 中，应对“当地”、“传统”和“文化”社区（包括散居社区），以及“民族”予以澄清，以减少关注，并帮助 IGC 就受益人的定义达成一致。
14. 第 1 条和第 2 条之间存在着重要关联。因此，IGC 可以考虑交叉引用，以避免重复和冗余（如备选方案 1 中的“开发、使用、拥有或维持传统文化表现形式的人”等词句）。
15. 在将“民族”（以及，在一定程度上，“国家”）一词纳入受益人的定义方面，没有达成一致。由于在提及“nation”（民族）一词时，一些国家理解是“state”（国家），因此，IGC 可将“nation”（民族）与“indigenous nation”（土著民族）区别开来。一些代表团认为，使用“nation”（民族）一词会暗指国家保护文化遗产，而这并不是 WIPO 应解决的问题。有一个代表团曾建议用“社会”取代“民族”。IGC 可对该备选方案进行审议。
16. 此外，在是否应将某一社区的个人视作受益人方面，没有形成共识。有关传统知识的案文为这种情况作出了规定，备选方案 2 也作出了相关规定。
17. 另外，IGC 或许还希望考虑由一个以上的社区获得对相同或类似传统文化表现形式的保护资格。这会触及到不同国家的社区之间惠益分享的权利分配问题。
18. 另一问题涉及对“土著人民”单数的使用。有代表团建议，案文通篇使用“人民”复数形式，以便与联合国土著人民权利宣言（UNDRIP）保持一致。

第 3 条 – 保护范围

19. 第 3 条定义了保护传统文化表现形式防止盗用和滥用的范围，对现有的传统知识产权法中的当前保护机制予以了补充：

- 在备选方案 1 中，国家在确定保护范围上有最大的灵活性。
- 备选方案 2 内容更详细、规定性更强，包含两种不同的方法。一个规定了应当加以规范的活动类型，但在措施类型方面留下了灵活性；另一个规定了一种基于权利的办法。

20. 备选方案 2 涉及充分、有效的措施，且体现有关保护的 4 种不同要素：首先，对秘密传统文化表现形式的保护；其次，告知；第三，冒犯性使用、歪曲、篡改(IGC 应当就准确的措辞达成一致)；以及第四，防止传统文化表现形式、产品和服务的误导使用。

21. 第 (e) 款罗列了与商业应用相关的 3 种替代方案，包括了最灵活的和最具说明性的建议。在替代方案 1 中，各国有机会决定是否进行商业应用，以及如何应用。替代方案 2 涉及合理报酬（如果没有人支持，将取消该方案）。替代方案 3 涉及最强形式的保护，即：排他性独占权。

第 4 条 – 权利的管理

22. 第 1 段规定，权利的集体管理属于受益人。受益人可以授权某一主管机构代表其行事。主管机构可以（在经过适当措施、取得受益人的事先知情同意之后）才授予许可，并收取利益。

23. 第 2 段列举了主管机构的其他作用，如提升认识、为谈判提供援助等。

24. 第 3 段和第 4 段对财务方面的透明管理作出了规定。第 3 段建议，主管机构每年向 WIPO 进行汇报，而第 4 段规定，权利的财务方面的管理应当保持透明。IGC 可在这两个备选方案之间做出选择。

25. IGC 可对下列问题进行讨论，即：政府是否应能够对权利管理立法或做出决定（如通过国家主管当局）、是否应提及“事先知情同意”或“认可和参与”，以及是否应制定向主管当局报告的要求。

26. 我认为，本条内容可以缩短，并大幅简化，将细节留由各国决定。

第 5 条 – 例外与限制

27. 第 5 条包含两个备选方案：

- 备选方案 1 允许的例外较少，因此如果与第 3 条相结合，对传统文化表现形式提供的保护整体上比备选方案 2 多。
- 备选方案 2 允许的例外较多，因此如果与第 3 条相结合，对传统文化表现形式提供的保护整体上比备选方案 1 少。

28. 在下列方面，IGC 似乎有广泛的一致意见：对习惯使用的尊重、对规定国内例外提供了检验法，以及为文化机构提供某种例外。未达成一致的领域涉及衍生作品和版权法与商标法中的现有例外的相关性。

29. 第 1 段中的方括号表明，各代表团就习惯法或国内法的相关性存有分歧，即：应按习惯法还是国家法律来处理案文。IGC 应对“国家的”一词做出澄清。

30. 第 3 段规定了在确定国内例外时成员国必须应用的检验法。标准被分成两个替代方案。替代方案 1 包括了告知、冒犯性使用以及与公平做法的兼容等概念。一些代表团希望对“公平的做法”一词做出解释。替代方案 2 基于 3 步检验法，但仅包括了 2 步，第 3 步仍需磋商。

31. 第 4 (a) 分段涉及为博物馆等文化机构提供的特定例外。代表团对商业性使用和非商业性使用之间的细小差别表示关注。

32. 备选方案 2 纳入了为衍生作品或受传统文化表现形式启发或借鉴传统文化表现形式的原创作品提供的例外。这种例外引发了大量且重要的问题，因为这可能会让当代创作者利用传统文化表现形式创造原创作品，并要求对这些作品拥有版权。在这个问题方面，存有不同的意见。IGC 可对“启发”一词的含义进行讨论，以帮助衡量例外的范围。

33. 第 5 段载有商标和版权法规定的例外情况，不过在此方面也存有不同的意见。

第 6 条 - 保护期

34. 第 6 条载有两个备选方案。备选方案 1 中的保护期与第 1 条中的资格标准有关，并为精神权规定了永久保护期。它还对已披露的秘密传统文化表现形式规定了保护。备选方案 2 仅涉及有限时限的经济权保护期。

35. IGC 可考虑是否应将这两个备选方案合并，以及是否应对精神权和经济权的保护期限定时限。

第 7 条 - 手续

36. 第 7 条描述了有关手续的一般原则。似乎对下列内容形成了共识，即：传统文化表现形式的保护无需履行任何手续。

第 8 条 - 制裁、救济和行使权利

37. 本条款包含两个备选方案，以及关于法院外争议解决的第 8 条之 2。一个主要分歧点为，案文是应对制裁做出规定还是为成员国提供根据国内法决定适当采取制裁措施的灵活性。IGC 可尝试将这两个备选方案合并。

38. IGC 可对有关备选方案 2 中的跨边界合作的规定进行审议。

39. 在是否应增加一个有关争端解决的条款方面，没有达成共识。因此，第 8 条之 2 中的提案继续保留，供进一步审议。

第 9 条 - 过渡性措施

40. 第 9 条首先指出，文书适用于在其生效时符合保护标准的传统文化表现形式。此外，该条款载有两个备选方案，一个备选方案对保护第三方的现有权利做出了规定，另一个备选方案规定第三方应在遵守该条款一段时间后才能继续使用其权利。

41. 一项悬而未决的政策问题涉及备选方案 2 第 3 段的传统文化表现形式的遣返事宜。IGC 可考虑案文是否应对索回这些传统文化表现形式本身（作为文化财产）与恢复传统文化表现形式的权利之间的

区别做出澄清，以避免与其他国际文书出现潜在的冲突，特别是教科文组织的《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》（1970 年）。

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

42. 本条款涉及新文书与现有知识产权制度以及文化遗产法律等之间的关系。它包含两个备选方案。备选方案 1 设想了一种相辅相成的关系，而备选方案 2 明确指出，应以国际知识产权法规定的保护为主。

43. 就是否应将备选方案 1 的新增案文保留在第 10 条之中展开了若干讨论。这些新增案文规定，应对传统文化表现形式予以不受时限的保护，以保护土著人民的文化遗产。一种方法是将其移至有关保护期的第 6 条之中。如果案文的重点不是有关保护期的内容，而是有关保护文化遗产的内容，那么就会产生该事宜是否属于知识产权文书这一问题。IGC 应对这一问题予以审议。

第 11 条 - 国民待遇

44. 该条款似乎不具争议。IGC 可就“符合资格的外国受益人”问题进行审议。

[附件和文件完]