

保护传统文化表现形式：条款草案

第二次修订稿(2014年4月4日，下午3时)

## [原则/序言/引言]

1. 承认土著 [人民]、[当地社区] [和民族] /受益人的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。
2. 以土著 [人民]、[当地社区] [和民族] /受益人直接表达的愿望 [和期望] 为指引，尊重其依国内法和国际法享有的各项权利，为实现这些 [人民]、社区 [和民族] /受益人的福祉及其可持续性经济、文化、环境和社会发展作出贡献。
3. 肯定传统文化和民间文艺构成造福于土著 [人民]、[当地社区] [和民族] /受益人以及全人类的创新与创造框架。
4. 承认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土著 [人民]、[当地社区] [和民族] /受益人的尊严、文化完整及其哲学、思想和精神价值的尊重的重要性。
5. 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。
6. 为增进和保护 [传统] 文化表现形式的多样性 [和受益人对其传统文化表现形式享有的权利] 作出贡献。
7. 承认保存和保障传统文化表现形式产生和维持的环境，以直接造福于土著 [人民]、[当地社区] [和民族] /受益人，并造福于全人类的重要性。
8. 承认增强土著 [人民]、[当地社区] [和民族] /受益人与学术、商业、政府、教育和传统文化表现形式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的重要性。]
9. [肯定保护传统文化表现形式应当有助于促进创新和知识的转让与传播，使传统文化表现形式的持有人和使用者共同受益，而且在方式上有利于社会和经济福利，并应有助于权利和义务的平衡。]
10. [承认活跃的公有领域和适用于拥有人使用、对创造力和创新至关重要的知识体系的价值，承认有必要保护、维护和加强公共领域。]
11. [[按照共同商定的公平平等 [且遵从土著 [人民]、[当地社区] 和 [民族/受益人] 事先知情同意、批准和参与的] 条件，] 促进思想和艺术自由、研究 [或其他公平的] 实践和文化交流。]
12. [[确保/承认] [第三方已经获得的] 权利并 [确保/规定] 法律确定性 [以及丰富且易于获得的公有领域]。]
13. [本 [文书] 的任何内容均不得解释为缩小或消灭土著 [人民] 或当地社区现在享有或将来可能取得的权利。]

## 目 标

1. 为土著 [人民] 和 [当地社区] [和民族] / [受益人] 提供 [法律、政策 [和] / [或] 管理] / [和实际/适当] 的手段, [包括有效和易于获取的执法措施/制裁、补救和权利行使], 以:
  - (a) [预防] 其传统文化表现形式 [及其改编形式] [被盗用和滥用/冒犯性和诋毁性使用];
  - (b) [在必要时控制以超出习惯和传统背景的方式使用其传统文化表现形式 [及其改编形式], [并促进公平分享因使用这些表现形式而产生的利益]; ]
  - (c) [在必要时促进 [根据事先知情同意或批准和参与 [作出公平的补偿] / [分享] 因使用这些传统知识而产生的利益] / [作出公正和公平的补偿]]; 并
  - (d) 鼓励 [和保护] [基于传统的] 创造和 [创新]。
2. [ [预防/排除] [授予]、行使和 [实施] [他人未经授权对传统文化表现形式 [及其改编形式] 获得的] 知识产权]。
3. [ [按照共同商定的公平平等 [且遵从土著 [人民]、 [当地社区] 和 [民族/受益人] 事先知情同意或批准和参与的] 条件, ] 促进思想和艺术自由、研究 [或其他公平的] 实践和文化交流。]
- [4. [确保/承认] [第三方已经获得的] 权利并 [确保/规定] 法律确定性 [以及丰富且易于获得的公有领域]。]

## 术语的使用

本文中：

**[传统]文化表现形式**系指任何 [艺术和文学]、[创造性和其他精神] 表达形式，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，例如动作<sup>1</sup>、物质<sup>2</sup>、音乐和声音<sup>3</sup>、语音和文字<sup>4</sup> [及其改编作品]，无论其以何种形式表达、说明或体现 [可能存在于书面/经过整理的、口头的或其他形式]。

**[公有领域]**在本文中是指，就其性质而言，不受或可能不受使用这种材料的国家的立法规定的知识产权或相关保护形式保护的无形材料。这可能是所涉客体不符合在国家层面保护知识产权的先决条件的情况，或根据情形，也可能是任何先前的保护期已届满的情况。]

**[公开可用]**系指已经失去了与任何土著社区显著联系且由此成为通用或普通知识的 [客体] / [传统知识]，尽管其历史起源可能已为公众所知。]

[ [“使用”] / [“利用”] 系指

- (a) 传统文化表现形式被包括在产品中的：
  - (i) 在传统范围以外生产、进口、许诺销售、销售、存储或使用产品；或
  - (ii) 为在传统范围以外许诺销售、销售或使用产品而占有产品。
- (b) 传统文化表现形式被包括在方法中的：
  - (i) 在传统范围以外使用方法；或
  - (ii) 对使用方法直接产生的产品进行(a)项中所述的行为；或
- (c) 传统文化表现形式用于导致营利或商业目的的研究与开发的。]

---

<sup>1</sup> [例如舞蹈、化装游行作品、戏剧、仪式、典礼、在圣地和巡游中举行的典礼、竞赛和传统运动/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。]

<sup>2</sup> [例如艺术的实体表现形式、手工艺品、仪式用面具或服装、手织毯、建筑和物质的精神形式及圣地。]

<sup>3</sup> [例如歌曲、节奏和器乐、系典礼表现形式的声音。]

<sup>4</sup> [例如故事、史诗、传说、通俗故事、诗歌、谜语及其他记述性作品；词语、标志、名称和符号。]

[第 1 条]

[保护] / [维护] 的客体 [资格] / [资格标准]

[保护] / [本文书] 的客体是传统文化表现形式：

- (a) 由土著 [人民] 和当地社区 [或民族] 集体 [创造] / [产生]、表达和维持的 [，无论其是否被广泛传播]； [和] / [或]
- (b) 与土著 [人民] 和当地社区 [或民族] 的文化 [和] / [或] 社会认同和文化遗产有 [直接] [关联] / [显著联系] 的 [独特产品]； [和] / [或]
- (c) 一代代相传的，无论是否连续； [和] / [或]
- (d) [已在可由每个 [成员国] / [缔约方] 决定的期间使用、但使用 [不少于五十年的]]； [和] / [或]
- (e) [[创造性智力活动] / [智力创造性活动] 的结果]； [和] / [或]
- (f) 是/可能充满活力、不断发展的。]

## [第 2 条]

## [保护] / [维护] 的受益人

2.1 [保护] 的受益人是 [ [作为其集体文化或社会认同的一部分] [创造]、表达、维持、使用和/ [或] 发展 [符合本 [文书] 定义的资格标准, 或者由国内法确定的] [客体] / [传统文化表现形式] ] 的土著 [人民] 和当地社区 [和/或民族] [和第 3 款规定的受益人托管人的民族]。

## 替代项

2.1 [ [保护] 的受益人是土著 [人民] 和当地社区, 或者由国内法确定。]

## [替代项完]

2.2 [尽管有第 1 款的规定, 但某一 [成员国] / [缔约方] 可以为一族土著或当地社区的利益担当 [仅仅] 存在于该 [成员国] / [缔约方] 领土内的传统文化表现形式的受益人, 条件是 [成员国] / [缔约方] 的宪法或国内法有如此要求。]

2.3 [ [客体] / [传统文化表现形式] [不由具体土著 [人民] 或当地社区主张权利的, 尽管成员国已付出努力对其进行确认, ] [成员国] / [缔约方] 可以指定一个国家机构, 作为 [本文书规定的保护] [利益] 托管人/ [受益人], 条件是依照本 [文书] 定义的 [客体] / [传统文化表现形式] [符合本 [文书] 资格标准的传统文化表现形式] :

- (a) 由其领土全部且仅与该 [成员国] / [缔约方] 的领土相连的社区表达;
- (b) [不限于某一具体的土著 [人民] 或当地社区; 或
- (c) 不能具体归属于一族土著 [人民] 或当地社区。]

2.4 [国家或地区 [主管] 机构的身份 [应当] / [应] 通知世界知识产权组织秘书处。]

## [第 3 条]

[保护] / [维护] [资格标准] / 范围

## 备选方案 1

[保护范围]

3.1 凡 [客体] / [传统文化表现形式] / [受保护的传统文化表现形式] 是土著 [人民] 或当地社区内 [神圣]、[秘密] 或 [以其他方式为人所知] [密切持有] 的，[成员国] / [缔约方] [应当] / [应]：

(a) [确保受益人有专有和集体权利] / [酌情并根据国内法，提供法律、政策和/或行政措施，允许受益人]：

- i. [创造、] 维持、控制和发展上述 [客体] / [传统文化表现形式] / [受保护的传统文化表现形式]；
- ii. [阻止] 防止进行未经授权的披露和录制(或译固定)，并防止对 [秘密] [受保护的] 传统文化表现形式进行未经授权的使用<sup>5</sup>；
- iii. [根据事先知情同意或批准和参与以及共同商定的条件，授权或拒绝对上述 [客体] / [传统文化表现形式] / [受保护的传统文化表现形式] 的获取和使用/ [利用]；]
- iv. 防止在商品和服务上对 [受保护的] 传统文化表现形式进行任何 [虚假的或误导性的]、表示受益人予以认可或与受益人有联系的使用；以及
- v. [防止] 禁止对 [受保护的] 传统文化表现形式进行歪曲或篡改或者具有其他冒犯性、减损性或者降低其对受益人的文化意义的使用或修改。

(b) [确保] / [鼓励] 使用者：

- i. 注明上述 [客体] / [传统文化表现形式] / [受保护的传统文化表现形式] 的受益人；
- ii. [根据事先知情同意或批准和参与以及共同商定的条件，向受益人提供因使用/ [利用] 上述 [客体] / [传统文化表现形式] / [受保护的传统文化表现形式] 而产生的 [公正公平的利益分享] / [公正公平的补偿]；以及]

## 替代项

- ii. 根据事先知情同意或批准和参与，就上述 [客体] / [传统文化表现形式] / [受保护的传统文化表现形式] 使用条件的制定，与受益人达成协议]；以及

[替代项完]

<sup>5</sup> [使用包括：录制(或译固定)；复制；公开表演；翻译或改编；向公众提供或传播；发行；任何非传统用途的商业性使用；以及获得或行使知识产权。]

- iii. 使知识的使用/利用方式尊重受益人的文化准则和做法以及上述 [客体] / [传统文化表现形式] / [受保护的传统文化表现形式] 相关精神权利 [不可剥夺、不可分割、没有时效的] 性质。

3.2 [凡 [客体] / [传统文化表现形式] / [受保护的传统文化表现形式] 仍由土著 [人民] 或当地社区 [持有]、[维持]、使用 [和] / [或] 发展，且可公开获得 [，但既不是广为人知、[神圣的]，也不是 [秘密的] ]，[成员国] / [缔约方] [应当] / [应] [确保] / [鼓励] 使用者] / [酌情并根据国内法提供法律、政策和/或行政措施，以 [确保] [鼓励] 使用者]：

- (a) 注明并承认受益人作为 [客体] / [传统文化表现形式] / [受保护的传统文化表现形式] 的来源，[但受益人另有决定的]，或 [客体] / [传统文化表现形式] / [受保护的传统文化表现形式] 不归属于某具体土著 [人民] 或当地社区的除外 [；以及] [。]
- (b) [根据事先知情同意或批准和参与以及共同商定的条件，向受益人提供因使用/ [利用] 上述 [客体] / [传统文化表现形式] / [受保护的传统文化表现形式] 而产生的 [公正公平的利益分享] / [公正公平的补偿]；]

#### 替代项

- (b) [根据事先知情同意或批准和参与，就上述 [客体] / [传统文化表现形式] / [受保护的传统文化表现形式] 使用条件的制定，与受益人达成协议]；

[替代项完]

- (c) [使知识的使用/利用方式尊重受益人的文化准则和做法以及上述 [客体] / [传统文化表现形式] / [受保护的传统文化表现形式] 相关精神权利 [不可剥夺、不可分割、没有时效] 的性质 [；以及] [。]]
- (d) [防止在商品和服务上对 [受保护的] 传统文化表现形式进行任何 [虚假的或误导性的]、表示受益人予以认可或与受益人有联系的使用。]

3.3 [凡 [客体] / [传统文化表现形式] / [受保护的传统文化表现形式] [可公开获得、广为人知 [且属于公有领域]] [不包含在第 1 款或第 2 款的]，[和] /或受到国内法保护的，[成员国] / [缔约方] [应当] / [应] [确保] / [鼓励] 上述 [客体] / [传统文化表现形式] 的使用者，根据国内法：

- (a) 注明上述 [客体] / [传统文化表现形式] / [受保护的传统文化表现形式] 的受益人；
- (b) 使知识的使用/利用方式尊重受益人的文化准则和做法以及上述 [客体] / [传统文化表现形式] / [受保护的传统文化表现形式] 相关精神权利 [不可剥夺、不可分割、没有时效] 的性质]]；
- (c) [防止在商品和服务上对传统文化表现形式进行任何 [虚假的或误导性的]、表示受益人予以认可或与受益人有联系的使用 [；]] [以及]
- (d) 在适用时，在 [成员国] / [缔约方] 成立的基金中缴存用户费。]



备选方案 2

3.1 [按本 [文书] 的定义, [成员国] / [缔约方] [应当] / [应] 对其 [受保护的] 传统文化表现形式的受益人的经济利益和精神利益, 以合理、兼顾各方利益的方式, 酌情并按照国内法予以保障。]

3.2 [本 [文书] 提供的保护不延及下列传统文化表现形式: [在一段合理时期内] 在本 [文书] 定义的受益人的社区以外为人广泛所知或使用, 属于公有领域, 受一项知识产权的保护。] ]

[第 4 条]

[权利] / [利益] 的管理

4.1 [成员国] / [缔约方] [可以] / [应] 根据其国内法 [和不损害传统文化表现形式 [持有人] / [拥有人] 按照其习惯规约、协议、法律做法管理其权利的权利]， [在] [传统文化表现形式 [持有人] / [拥有人]] 的 [事先知情同意或批准和参与] [与其协商的情况下]， [建立] / [指定] 一个或多个适当的主管机构。

*替代项 1*

4.1 [在受益人提出请求的情况下，可以由主管机构在受益人授权的范围内，为了受益人的直接利益，协助对本 [文书] 规定的受益人的权利/ [利益] 进行管理。]

*[替代项 1 完]*

*替代项 2*

4.1 [成员国] / [缔约方] 可以根据其国内法，建立一个主管机构，对本 [文书] 规定的 [权利] / [利益] 进行管理。

*[替代项 2 完]*

4.2 [根据第 1 款建立的任何机构， [应当] / [应] 将其 [身份] 通知世界知识产权组织国际局。]

## [第 5 条]

## 例外与限制

## 一般例外

5.1 [成员国] / [缔约方] [经受益人事先知情同意或批准和参与, ] [经与受益人磋商, ] [经受益人参与, ] [可以] / [应当] / [应] 在国内法中采用适当的限制和例外 [, 条件是对 [受保护的] 传统文化表现形式的使用:

- (a) [可能时注明受益人; ]
- (b) [对受益人不具有冒犯性或减损性; ]
- (c) [符合公平使用/处理/做法; ]
- (d) [不与受益人对传统知识的正常利用相抵触; 以及]
- (e) [不无理地损害受益人的合法利益, 同时兼顾第三方的合法利益。] ]

## 替代项

5.1 [ [成员国] / [缔约方] [可以] / [应当] / [应] 在国内法中采用适当的限制或例外 [, 条件是 [这些限制或例外] :

- (a) 限于某些特殊情况;
- (b) [不与受益人对传统文化表现形式的正常 [利用] [相抵触] ; ]
- (c) [不致不合理地损害受益人的合法利益; ]
- (d) [确保对传统文化表现形式的 [使用] :
  - i. 对受益人不具有冒犯性或减损性;
  - ii. 可能时注明受益人; ] 并且
  - iii. [符合公平做法。] ] ]

[替代项完]

5.2 [有合理的担心会对 [神圣的] 和 [秘密的] 传统文化表现形式造成不可弥补的损害的, [成员国] / [缔约方] [不可] / [不应当] / [不应] 规定例外和限制。]

## 具体例外

5.3 [ [受第 1 款的限制制约, ] / [除此之外, ] [成员国] / [缔约方] [可以] / [应当] / [应] 根据国内法, [经受益人事先知情同意或批准和参与, ] 或酌情经原创作品的 [持有人] / [拥有人] 的事先知情同意或批准和参与, 为下列目的采用适当的限制或例外:

- (a) [按照国家既定协议进行教学、学习和研究, 但不包括营利或商业目的的研究; ]

(b) [为非商业文化遗产或其他公共利益的目的，在档案馆、图书馆、博物馆或国内法承认的其他文化研究机构，保存、[展示]、研究和介绍传统文化表现形式；]

(c) [[作者]创作受传统文化表现形式启发、依据传统文化表现形式或借鉴传统文化表现形式的原创作品；]

[本规定[不应当]/[不应]适用[受保护的]第 3.1 条所述的传统文化表现形式。]

5.4 [以下行为[应当]/[应]被允许，不论这些行为是否已经为第 1 款所允许：

(a) [为非商业性文化遗产或公共利益方面的其他目的，包括为保存、[展览]、研究和展示目的在由适当的国内法承认的文化机构、档案馆、图书馆、博物馆使用传统文化表现形式；]

(b) [根据原创作品的[持有人]/[拥有人]的事先知情同意或批准和参与，[作者]创作受传统文化表现形式启发、依据传统文化表现形式或借鉴传统文化表现形式的原创作品；]

(c) [使用/利用[法律上]源于除受益人之外的其他来源的传统文化表现形式；以及]

(d) [使用/利用在受益人的社区以外[通过合法手段]为人所知的传统文化表现形式。]]

5.5 [[除保护秘密传统文化表现形式禁止披露以外，]任何行为被关于受[知识产权[包括]] [版权保护的作品，或受商标法保护的标志和符号，或受专利或实用新型保护的发明，以及受工业品外观设计权利保护的外观设计的国内法所允许的，并经受益人的事先知情同意或批准和参与，[不应当]/[不应]被传统文化表现形式保护所禁止]。

[第 6 条]

[保护] / [维护] 期

备选方案 1

6.1 [成员国] / [缔约方] 可以根据 [本 [文书] 确定传统文化表现形式的适当的保护/权利期 [，保护期 [可以] [应当] / [应] 以传统文化表现形式符合/满足本 [文书] 规定的，并经与受益人协商的 [受保护的资格标准] 为限。] ]

6.2 [成员国] / [缔约方] 可以确定，对传统文化表现形式进行的保护，使其不受目的是对受益人或其所属的地区的声誉或形象造成伤害的任何歪曲、篡改或其他修改或侵犯， [应当] / [应] 没有期限。

备选方案 2

6.1 [成员国] / [缔约方] 应保护本 [文书] 确定的客体，只要受保护的受益人享有第 3 条规定的保护范围。

备选方案 3

6.3 [成员国] / [缔约方] 可以确定传统文化表现形式的保护期，至少在涉及传统文化表现形式的经济方面时， [应当] / [应] 有时间限制。

[第 7 条]

手 续

备选方案 1

7.1 [作为总原则, ] [成员国] / [缔约方] 对保护传统文化表现形式 [不应当] / [不应] 履行任何手续。

备选方案 2

7.1 [ [成员国] / [缔约方] [可以] 要求对保护传统文化表现形式履行手续。]

7.1 尽管有第 1 款的规定, [成员国] / [缔约方] 也可不对保护秘密的传统文化表现形式履行任何手续。

## [第 8 条]

## [制裁、救济和行使 [权利] / [利益]

- 8.1 备选方案 1: [ [成员国] / [缔约方] [应当] / [应] 根据国内法, 提供适当的法律、政策、行政和/或其他措施, 确保本文书的适用。]
- 8.1 备选方案 2: [成员国] / [缔约方] [应当] / [应] 根据国内法, 提供适当的法律、政策或行政措施, 防止对受益人经济权利和精神权利的故意伤害或因疏忽而造成的伤害, 并提供容易获得、适当而充分的执法和争议解决机制、 [边境措施、] 制裁和救济, 包括刑事和民事救济, 确保本文书的适用。
- 8.2 [传统文化表现形式的受益人之间或者受益人与使用者之间发生争议的, [每一方 [均可以] / [均应有权]] 各方均可以在共同商定的情况下将问题提交给一个受国际、地区或 [受益人和使用者属于同一个国家的, ] 国内法承认的 [和最适合传统文化表现形式持有人的] [独立的] 法院外争议解决机制。]]
- 8.3 [维护本文书所给予的保护的补救办法, [应当] / [应] 受申请保护之地的国内法制约。]
- 8.4 [如果第三方未经受益人事先知情同意误导性地或不公平地对传统文化表现形式获得了知识产权, [成员国] / [缔约方] [应当] / [应] 规定撤销此类知识产权。]
- 8.5 [ [成员国] / [缔约方] [不应当] / [不应] 在偶然使用/利用/在另一个作品或另一个客体中包括了 [受保护的] 传统文化表现形式的情况下, 或在使用者不知情或没有合理理由知道传统文化表现形式受到了保护的情况下 [适用制裁 [或规定补救措施]]。]

[第 9 条]

[过渡措施]

9.1 本 [文书] [应当] / [应] 适用于在本 [文书] 生效时符合本 [文书] 所列标准的一切传统文化表现形式。

9.2 备选方案 1 [ [成员国] / [缔约方] [应当] / [应] 确保第三方在本 [文书] 生效之前根据国内法获得的权利。]

9.3 备选方案 2 对传统文化表现形式进行在本 [文书] 生效之前已经开始的但为本 [文书] 所不允许或以其他方式受本 [文书] 管制的持续行为， [ [应当] / [应] 在本 [文书] 生效之后的一段合理期限内，使这些行为符合本 [文书]，受第 3 款的约束] / [ [应当] / [应] 被允许继续有效]。

9.4. 传统文化表现形式对其拥有权利的相关社区有特别意义，被置于受益人的控制之外的，这些受益人 [应当] / [应] 有权索回这些传统文化表现形式。]



[第 10 条]

[与 [其他] 国际协定的关系]

10.1 [成员国]/[缔约方][应当]/[应]以[与其他][现有的]国际协定[相互支持的]方式实施本[文书]。

10.2 本[文书]的任何内容均不得解释为缩小或消灭土著[人民]或当地社区现在享有或将来可能取得的权利。]

[第 11 条]

[国民待遇]

每个[成员国]/[缔约方][均应当]/[均应]在本[文书]提供的保护方面给予属于其他[成员国]/[缔约方]的国民的受益人不低于其给予受益人系其本国国民的国民待遇。]

[第 12 条]

[跨境合作]

[受保护的] 传统文化表现形式处于不同[成员国]/[缔约方]领土上的，这些[成员国]/[缔约方][应当]/[应]，在适用的情况下，在土著[人民]和相关当地社区的参与下，合作处理跨境 [受保护的] 传统文化表现形式的情况。]，以实施本 [文书] 。

### 第 13 条

#### [能力建设与提高认识]

13.1 [成员国]/[缔约方][应当]/[应]合作进行能力建设、加强人力资源，特别是提高受益人的能力，并发展机构能力，以有效实施本[文书]。

13.2 [成员国]/[缔约方][应当]/[应]向土著[人民]和当地社区提供必要的资源，与他们协力发展土著[人民]和当地社区的能力建设项目，重点发展适当的机制和方法，如新的电子和教学材料，这些材料在文化上适当且已在土著人民和当地社区及其组织全力和有效地参与下得到了发展。

13.3 [在此背景下，[成员国]/[缔约方][应当]/[应]为受益人及其他利益相关者，包括非政府组织和私营部门的充分参与做出规定。]

13.4 [成员国]/[缔约方][应当]/[应]采取措施，提高对本[文书]的认识，特别是教育传统文化表现形式的使用者和持有人了解本[文书]规定的义务。]

[文件完]