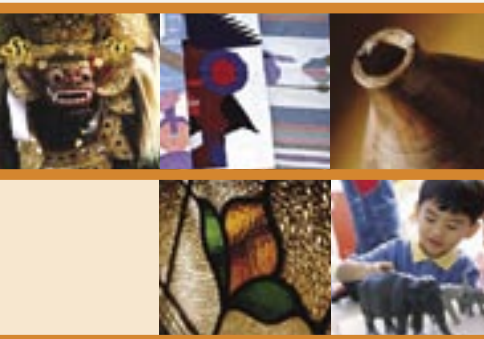




世界
知识产权
组织



知识产权与 传统文化表现形式/ 民间文学艺术

系列丛书第 1 辑

本书是论述知识产权与遗传资源、
传统知识和传统文化表现形式/民间
文学艺术的系列丛书之一





免责声明：本小册子中所包含的信息并无意取代专业法律咨询意见。其主要目的仅限于提供基本信息。

封面艺术作品摘自澳大利亚梅尔维尔岛Pirlangimpi社区Munupi艺术与工艺品协会Susan Wanji Wanji创作的题为“Munupi Mural”的作品。作品的版权归Wanji Wanji女士所有。作品的使用已得到艺术家的完全知情同意。所有版权均予以保留。

本小册子中所使用的若干图像取自世界知识产权组织所订购的商业数据库。

简要介绍

土著艺术被拷贝在地毯、T恤衫、贺卡上；传统音乐与表演艺室的舞蹈旋律相混合，生产出最畅销的“世界音乐”集；手工编织的地毯和手工艺品被复制并作为“真品”销售；制作传统乐器过程被申请专利；土著词汇和名称被注册为商标并在商业中使用。

这些是在讨论传统创造性和文化表现形式需要进行知识产权(IP)方面的更大保护时所列举的土著和其他传统和文化社区之实例。

世界知识产权组织(WIPO)早在几十年前就率先开始审议知识产权和传统文化表现形式(TCEs)(或民间文学艺术表现形式)的保护、促进和保存之间的关系，在该领域政策制订、立法帮助和能力建设方面有一项积极的计划。

传统文化表现形式和知识产权之间关系引发了许多复杂和挑战性的问题。传统文化或民间文学艺术表现形式确立并反映了土著和其他社区的价值、传统和信仰特征。

目 录

简要介绍	1
沿 革	3
关键概念	5
什么是“传统文化表现形式”？	5
知识产权“保护”	9
文化遗产的知识产权“保护”与“保存和保障”之间是什么关系？	10
法律和文化政策框架	12
传统文化表现形式/民间文学艺术保管人的需求是什么	12
“公有领域”的作用	13
法律选项：国家、地区和国际发展趋势和经验	15
确定国家政策目标	15
利用现有知识产权以及对现有知识产权作出专门调整	16
专门保护措施和制度	19
对文化表现形式加以记录并编成文献	20
确定总体方向的实际步骤	21
下一步怎么做？	22

多文化主义和文化多样性的挑战，特别是在土著和移民社区共有社会中所产生的这一挑战需要一系列文化政策来维持传统或其它文化表现形式的保护和保存与自由交流文化灵感之间的平衡。

进一步的挑战是要保持在保存传统文化的希望，与激励基于传统的创造性愿望之间的平衡，而这一愿望有助于可持续发展的经济。讨论这些挑战引起一些更深层的问题。如果有所属的话，那么一个国家的文化遗产应属于谁？知识产权保护和促进文化多样性是什么关系？哪种知识产权保护政策能最好地服务于创造性的和多文化的“公有领域”？简而括之，现有的知识产权制度应当如何认可习惯法律和议定书？何时可以算作从传统文化合法启示中“效仿”，而何时是不正当的抄袭？“保存”文化遗产是否与传统文化表现形式的知识产权“保护”有关系，如果有，是什么关系？

“传统文化表现形式”/“民间文学艺术表现形式”等术语

本册子交互使用了“**传统文化表现形式**”（TCEs）和“**民间文学艺术表现形式**”这两个术语。尽管在以往国际讨论中“民间文学艺术表现形式”是最通常使用的用语，并出现在许多国家法律之中，但一些团体对“民间文学艺术”一词的负面涵义还是表示了保留意见。本册子使用“传统文化表现形式”或“民间文学艺术表现形式”无意建议在国家、团体或其他权利人之间就这些或其他用语的有效性或适用性达成任何一致意见。如同许多人指出的那样，选择一个或数个适合用语，明确它或它们所覆盖的主题范围，最终应由当地或国家一级的政策制定者和相关团体做出决定。

本册子基于国家、地区和国际的发展趋势明确了与保护传统文化表现形式有关的关键概念、法律和文化政策考虑以及主要的法律选择。

首先，进行一下简要的历史回顾。





- ▶ 1967年，《保护文学艺术作品伯尔尼公约》修正案 提供了未发表和匿名作品的国际保护机制。根据该修正案制订者的意见，《公约》第15条第4款反映出对民间文学艺术表现形式/传统文化表现形式提供国际保护的目标。
- ▶ 1976年，通过了《突尼斯发展中国家版权示范法条》，它包括了对民间文学艺术进行专门保护。
- ▶ 1982年，世界知识产权组织和联合国教科文组织（UNESCO）召开专家组会议，形成了对传统文化表现形式进行知识产权类型保护的专门示范法条：1982 《WIPO-UNESCO示范法条》。
- ▶ 1984年，WIPO和UNESCO联合召开关于对民间文学艺术表现形式进行国际知识产权保护的专家组会议，形成了基于1982年示范法条的条约草案。然而多数与会者认为在当时建立国际性条约时机尚未成熟。
- ▶ 1996年12月，WIPO成员国通过了《世界知识产权组织表演和录音制品条约》（WPPT），它也对民间文学艺术表现形式的表演者给以保护。
- ▶ 1997年“UNESCO-WIPO保护民间文学艺术世界论坛”在泰国普吉召开。
- ▶ 1998和1999年间，世界知识产权组织在28个国家组织了“实况调查团”（FEMs）的调查活动，以便确定传统知识持有人有关知识产权的需求和期望。作为调查团活动的目的之一，在“传统知识”中把传统文化表现形式作为下属项目包括进来。该调查活动共访问了3000多人，包括土著和地方社区，非政府组织，政府代表，学术团体、研究人员和私有企业的代表。调查活动的结果已由世界知识产权组织出版了“传统知识持有人的知识产权需求与期望：世界知识产权组织实况调查团调查报告（1998—1999），（FFM报告）。

► 1999年，世界知识产权组织举行了对非洲国家（1999年3月）、亚太地区国家（1999年4月）、阿拉伯国家（1999年5月）和拉丁美洲与加勒比国家（1999年6月）**保护民间文学艺术表现形式的地区咨询会议**。每次咨询会议均通过了结论或建议，包括建议世界知识产权组织和联合国教科文组织增加和加强在民间文学艺术保护领域的工作。建议中一致明确提出该领域的未来工作应包括发展一个有效保护民间文学艺术表现形式的国际制度。

► 2000年末，世界知识产权组织成立了**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**（以下简称“委员会”）。委员会在探讨政策以及知识产权制度与传统文化从业者和管理者之间实际联系等方面，均取得实质性进展。在委员会的指导下，世界知识产权组织秘书处发出了国家经验问卷调查，并在反馈的调查表答复和其它咨询与研究基础上进行了一系列综合分析研究。这些研究成为正在进行的国际政策讨论和帮助开发实用工具的基础。根据这些不同经验进行筹

划，委员会正在就共同目标和原则达成一项国际谅解。这些目标和原则必定会指导传统文化表现形式的保护。所有相关材料可在世界知识产权组织秘书处，或从下述网站上获取<http://www.wipo.int/tk/cultural/index.html>。

► 作为有关传统知识表现形式更加广泛计划的一部分，世界知识产权组织还举办了研讨会、讨论会、专家和实况调查团调查、委员会案例研究，并开展和提供立法的起草、建议、教育和培训。

《WIPO-UNESCO国家法律示范法条》，1982年

1982年，在世界知识产权组织和联合国教科文组织的主持下，通过了《保护民间文学艺术表现形式，反对不正当使用和其他损毁行为的国家法律示范法条》（简称：1982年示范法条）。它们确立了保护传统知识表现形式，防止其受到的两种主要行为范畴，分别为“不正当使用”和“其它损毁行为”的侵害。该示范法条影响了许多国家的国家法。几个国家和其他权利人建议该示范法条需要改进和更新。



关键概念

什么是“传统文化表现形式”？

传统文化表现形式常常是几代人源远流长的社会和社区的创造过程得出的产品，反映和证明一个社区历史、文化和社会特征和价值。

当存在于社会特征的中心地位时文化遗产也是生动的——这种文化遗产不断地被再创造，因为传统艺术家和实践者给他们的创作带来了崭新的前景。传统不仅仅涉及模仿和复制，

它还是在其传统框架内进行创新和创造的。因而，传统的创造活动在集体和个人的创造活动之间交互发挥的动态作用是非常显著的。从知识产权的展望来看，就这一动态的创造内容而言，经常很难知道什么构成了独立的创造。然而，根据现有的版权法，当代采用或安排一些古老的和前已存在的传统素材，往往足以被归源为符合受保护条件的版权作品。

传统文化表现形式 (TCEs) / 民间文学艺术的特点

一般说来，传统文化表现形式/民间文学艺术可以说：（1）是代代相传的，无论是口头或模仿的；（2）反映社区文化和社会特征；（3）有一个社区遗产特征要素构成；（4）由“匿名作者”和/或社区和/或社区承认其享有权利、责任并在社区内部重新创作的个人制作的；（5）常常不是为了商业目的的创作，而是作为宗教和文化表现形式的工具；（6）在社区内稳定演化、发展和再创造。

这是关键要点，它成为广泛政策讨论的中心点，已有的对基于创造性的现代传统的保护是否足够？抑或有必要对基础和早已存在的素材增加一些形式的知识产权保护？详见下文“法律和文化政策框架”。



为开展工作而对传统文化表现形式/ 民间文学艺术表现形式所作的描述

由于没有形成正式定义，为开展工作，可以对传统文化表现形式描述如下：“**传统文化表现形式/民间文学艺术表现形式**”意为由具有传统艺术遗产特征要素构成的，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：

- 语言表现形式，如民间故事、民间诗歌和谜语、记号、文字、符号和其他标记；
- 音乐表现形式，如民歌和器乐；
- 行动表现形式，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
- 有形表现形式，如：
 - 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。

传统文化“表现形式”（或民间文学艺术“表现形式”）可以是有形的或是无形的，最为常见的是两者相结合——一个民间文学艺术的混合表现形式的例子是编织的挂毯（有形的表现形式），它表现了传统故事要素（无形的表现形式）

文化遗产与经济发展

当一个社区的艺术遗产起着重要的社会、精神和文化作用时，它也可以作为创造和创新的来源，在**经济发展**中起作用。

以传统文化材料作为现代创造性的来源对发展传统社区的经济有助益，通过建立社区企业，创造地方就业机会，发展技能，开展适应的旅游并从社区产品中赢得外汇。

在此，知识产权可以发挥作用。通过对基于传统的创造性提供法律保护，知识产权保护可以使社区及其成员把基于传统的创造商业化，如果他们希望这样做的话。这样还能排除‘不付费搭车’的竞争者。手工艺品的推销也代表了社区展示和加强其文化特征的一种途径，并有助

于文化多样性。在此，知识产权可以在证明艺术和工艺原产地（通过证明商标），或制止假冒产品作为“名副其实”产品的斗争（通过反不正当竞争法）等方面起帮助作用。社区已经使用知识产权来对如何使用其文化表现形式进行控制，并防止其传统作品不被觉察地或降级使用。

传统文化表现形式也是诸如表演、服装、出版、工艺和设计业等文化产业灵感和创造性的来源。现今，发达国家和发展中国家的许多企业包括大、中、小企业都利用传统文化的形式和材料创造财富。例如，印度和尼日利亚有活力的出版、音乐和音像产业都吸收取了地方文化素材。

国家文化发展计划

一个文化发展计划的实例是为南非Khomani San 人民实施的“向文化投资”的减轻贫困计划。该项计划重新恢复他们的工艺制造并使社区第一次赢得自己的收入。

传统、创造性和占有市场之间的关系并不总是一件令人愉快的事。一个人认为是创造性的有可能另一个人认为是侵害了传统文化。

手工艺品的商业价值

可视艺术和工艺是澳大利亚土著艺人和社区的重要收入来源。根据2002年出版的报告，他们享有的版权和其它知识产权保护对他们至关重要。据估计，澳大利亚土著可视艺术和公约产业营业额约为1.3亿美元，其中土著人得到近3000万美元。

在哥伦比亚，“哥伦比亚艺术”是负责发展和促进手工艺部门的国家研究机构。许多情况下，工艺品是小型社区仅有的可售产品。考虑到小笔收入方面的财务分配或单亲家庭，手工艺部门雇用了大批妇女。



与传统知识（TK）是什么关系？

土著和传统社区常常视其传统文化/民间文学艺术表现形式与传统知识制度不可分割（如医疗和环境知识，以及与生物资源有关的知识）。然而，在讨论知识产权保护时，传统文化、民间文学艺术表现形式常常与传统知识（或TK）明显分开。这并不意味着在社区背景下要人为地分开。它仅反映出一种广泛传播的经验，即不同的法律工具和各种政策问题明显上升，其上升时间是在一方面用知识产权保护维护传统文化表现形式，而另一方面又在维护技术的传统知识之时。因此，知识产权保护是对文化表现形式的传统模式和传统知识系统的补充，并在超越了原始社区而开展工作；它不是取代或模仿社区自己的习俗和惯例。广泛的经验表明，传统文化表现形式的知识产权保护提出了一

些有关文化政策的具体问题，而且不同于技术的传统知识，它涉及最接近那些作为版权和相关权利系统基础的法律含义。传统文化表现形式和传统知识的一般原则和具体解决办法似乎不同，因此，民间文学艺术的保护形式被适当的法律、文化政策和原则吸收和加工，这一点是十分重要的。重点强调传统文化表现形式/民间文学艺术有利于更专门的、技术的和具体的讨论，并更充分吸纳了相关权利人的经验和看法，如负责版权、文化和教育的政府部门；土著和传统文化的持有人，文化传统和艺术表现形式的表演者；民间文学艺术家，民族音乐研究家；档案人员和其他文化学者。

与传统知识相反，在国际上，地区和国家层面上，对传统文化表现形式/民间文学艺术发展和实施知识产权的具体保护已经有了重要经验（见上文“沿革”）。

关于传统知识讨论的介绍见另一本册子“知识产权与传统知识”。





知识产权“保护”

知识产权（IP）涉及智力创造，如发明，外观设计，文学艺术作品和符号，名称，图像和表演等。

知识产权是典型的受在创造和发明中确立的私有财产权的法律保

护的，目的是控制它们的开发，特别是商业开发，并为进一步的创造活动提供激励。例如版权，保护来自原始文学艺术著作形式的创造性活动的产品，防止复制，改编，公共表演，广播和以其他形式向公众传播等方面的使用。它还保护一部作品不被歪曲和贬低使用，这是常被关注的与传统

版权，改编和派生作品

何时是可以对传统文化材料在法律允许范围内吸收借鉴？何时又是不适当改编和抄袭？ 正常情况下一部作品的作者享有控制改编该作品的独占权。例如翻译、修订和任何以其它形式对作品进行可能的删减，改造或改写。这些有时统称为“派生作品”。派生作品如果足够原创，本身可以受到版权保护。即使作品是从公有领域的素材中派生的，也可以受到版权保护，因为一部根据公有领域材料进行的新的翻译、整理、改编或汇编作品也可产生一种新的具有原创性的不同表现形式。这将有助于解释为何一部从传统文化派生的或对受其激励的现代文学和艺术产品，可被视为独特的，原创性的作品并受到保护，当然这一传统文化已吸纳了许多新的内容。

然而，适用于派生作品的保护只归于派生作品中的新材料，新方面。因而，除属于作者的新材料外，一部派生作品也可能包含已属于另一个权利人的材料或在公有领域的材料。如例所示，这些材料的版权或在公有领域的状况不受影响。

正常情况下版权权利人的独占权包括允许或阻止改编受保护的作品。但是，一般这并不妨碍创作者被其它作品所激励或从中得到借鉴。版权支持在他人作品的基础上形成新的艺术作品并奖赏即兴创作。换言之，“从中借鉴”和吸收是允许的，但不允许改编和抄袭。当然，将其加以区别往往不是很容易的。



Photo: Mercedes Martinez Dozal

身着传统服装的
Saami 妇女

文化材料有关的问题。并不是知识产权保护的所有方面都直接集中于创造和发明，特别是专门的商标、标志和符号（有管理商标、地理标志和国家符号的法律），以及有关反不正当竞争的领域。这些旨在保护已建立的名声、独特性和信誉，例如一个传统社区在生产手工艺品，艺术品和其他传统产品时可以享受到这些。

版权制度的要素和原则特别与传统文化表现形式保护有关，因为许多传统文化表现形式是文学和艺术生产，因而已经或潜在地成为版权保护的客体。这就是为何许多国家已经在版权法范围之内保护民间文学艺术。与版权相关的权利，特别是表演者的权利也直接适用。其它的知识产权法律的主要分支，工业产权——特别是商标（如集体商标）和地理标志，工业品外观设计（包括纺织品设计），和反不正当竞争等内容也已应用于传统文化表现形式保护。

文化遗产的知识产权“保护”与“保存和保障”之间是什么关系？

在文化遗产的背景下，“保存”和“保障”的概念一般说来是指对文化遗产识别的确认，文献记录，传播，复兴和发展，以保证它们的自身维持或活力。保存和保障文化遗产并促进文化多样性是一些国际公约和计划以及地区和国家政策、实际做法和执行过程中的主要目标。

联合国教育科学文化组织（UNESCO）

联合国教科文组织在保护文化遗产方面做了量工作。世界知识产权组织和联合国教科文组织在保护传统文化表现形式方面的合作包括了1982年共同制订的世界知识产权组织和联合国教科文组织的示范法条。世界知识产权组织和联合国教科文组织将一如既往地继续合作。如1999年世界知识产权组织和联合国教科文组织联合组织了关于民间文学艺术的地区咨询。2003年，联合国教科文组织成员国通过了一项“保障无形文化遗产国际公约”。世界知识产权组织的工作是遵循其使命，主要关心知识产权意义上的传统文化表现形式“保护”。

知识产权“保护”与文化遗产“保存/保障”之间有着重要关系。例如，保存和保障的过程（诸如将传统文化素材记录或形成文献并出版）可能引起人们对于缺少知识产权保护状态的担忧，并冒有非故意性地把传统文化表现形式置于“公有领域”的危险；从而使他人将其无偿使用，违背原创社区的意愿。或者，除非细心处理，记录传统表现形式的人对其记录的形式将拥有版权（例如：关于一项传统文化表现形式的唱片、电影或声音记录）。

明确“保护”意味着什么是关键，因为在有些情况下，通过“保存”和“保障”措施而不是知识产权保护可以更恰当地表达传统文化

“保护”的不同含义

以几个世纪前记录在一件衣服上的传奇故事为例，对传说的“知识产权保护”有助于防止他人再把该传奇故事复制在T恤衫上。然而，如果只有几个人知道该传奇故事以及将其复述所需要语言，那么“保护”则可以采取一定形式的措施来帮助人们将传奇故事包含的知识和所使用的语言传给下一代。如果衣服开始腐烂，“保护”可以采取保护措施来保证将衣服保存留给下一代。在其它情况下，“保护”也可以采取措施把传奇故事介绍到社区以外，以便其他人可以学习并对原始社区文化有更进一步的理解和尊重。

表现形式持有人和管理者的需求和期望。



赞比亚国家舞蹈演员

法律和文化政策框架

传统文化表现形式的法律保护应被视为包容性的政策背景，而不是其本身的终止。它反映出如下广泛问题：

- 保存和保障文化遗产；
- 促进文化多样性；
- 尊重文化权利；
- 促进艺术发展和文化交流；
- 土著和传统社区的要求和利益；
- 促进基于传统的创造性和创新，使之成为可持续经济发展的不可分割的部分。

传统文化表现形式/民间文学艺术保管人的需求是什么？

土著和地方社区已经提出各种保护形式，包括：

- 保护传统文学艺术产品，制止未经授权复制、改编、散发、表演和其它类似行为发生，以及防止侮辱性、减损性和/或文化和精神上的冒犯性使用；
- 保护手工艺品，特别是其“风格”；

- 防止对其真实性和来源的虚假、误导性声明或不承认其来源；
- 对传统标记和符号进行防御性保护。



传统文化艺人和表演者，中国云南省

考虑到这些实例，在世界知识产权组织1998年进行的实况调查团调查和咨询活动中，在探讨了土著和地方社区中确定了三种解决方式：

- **利用知识产权保护支持经济发展：**一些社区希望在其基于传统的创造和发明中赢得并行使知识产权，以便使他们能探讨其创造发明的商业化利用，使之成为对其经济发展的贡献。

- 利用知识产权保护防止不必要的他人使用：社区可能希望获得知识产权保护以积极行使知识产权，防止其文化遗产和传统文化表现形式被他人使用或商业化，包括文化性冒犯或诋毁性使用。

前两项探讨涉及“积极保护”

— 这就是，在被保护的 material 中获得和据有权利。因此，“积极保护”可以（i）作为传统文化表现形式持有人选择与其它合伙人进行任何商业或其它交易的法律基础；（ii）制止第三方未经授权或以不适当方式使用传统文化表现形式。相比之下，防御战略的目的是防止他人获得或维持反向的知识产权。根据传统文化表现形式持有人或保管人想要达到什么目的，各种不同的积极的和防御的战略可以一起使用。一个社区秘密或神圣的传统文化表现形式可以进行防御性保护，而手工艺品也可以作为社区贸易企业的一部分进行积极保护并反对他人仿制或假冒。



Cun Fablao先生，来自中国云南省的设计者，他基于传统的银茶盘的工业品外观设计受到保护

“公有领域”的作用

发展一个适当的政策框架，以便在框架之内来看知识产权保护和传统文化表现形式，其不可分割部分是清楚理解所谓“公有领域”的作用，轮廓和界限。“公有领域”一词在此用于专指那些对私人所有来说是不合格的知识产权内容，而且任何公共成员都有合法授权来使用的这些内容。从此意义上讲，“公有领域”意味着某种不同于可“公开使用”的含义，— 例如，Internet上的内容可以公开获取，但从版权角度来看，却不是“公有领域”概念。“公有领域”常常被土著和其它权利人认定是由知识产权制度创造的，并且不是遵从惯例和土著法律所要求的传统文化表现形式保护。

关于适当保护的争论已归结到是否，和如何对现有的“公有领域”和知识产权保护范围之间的界限加以改变。换言之，对现代基于传统的创造性和表演来说，已经可以实行的知识产权保护是否已足够？它是否打破了权利平衡并满足传统社区和一般大众的需求？它是否为创造性和经济发展提供了最大机会？或者说，就基础的和前已存在的材料而言，有必要给予一些新形式的知识产权保护吗？

对这些复杂问题的回答是不同的。有些认为民间文学艺术的公有领域特点不妨碍其发展。相反，当他们在当今创作或工作中，对已存在的文化遗产采用各种不同的表示时，它鼓励社区成员通过提供社区个人以版权保护来维持前已存在的文化遗产的活力。另一方面，提出了是否所有历史材料均应否认保护，而只是因为它们不够新颖！关于这一观点，新的创造常常依赖于借鉴文化和历史先例，认为文化社区应该被承认，并肯定能从使用其传统文化中获利。

发展趋势和经验：合同的应用

1998年，一个新西兰泳装制造商，Moontide，投放了一批新的女式泳装，这些泳装是由模仿Maori人设计的Koru连锁材料制成的。公司与一个Maori企业家共同开发了泳装生产线，并与地方社区的一位长者达成使用Koru花纹的协议。对设计要素的使用有两个方面的考虑：商业上的生存性和对文化的尊重。销售收入的一部分归Ngati Ranginui人的 Piriakau Hapu（下属部落）所有。

资料来源：Shand, Peter, 'scenes from the Colonial Catwalk: Cultural Appropriation, Intellectual Property Rights and Fashion', *Cultural Analysis* Volume 3, 2002



法律选项：国家、地区和国际

法律选项：国家、地区和国际 发展趋势和经验

迄今为止，传统文化表现形式保护方面的经验已经表明，没有一种单一的样板，或者一种全面的擎一盖全的解决方法能够适合所有国家的特点，法律和文化方面的环境，以及所有国家传统社区的需求。相反，有效地保护可见于一组不同的和多种的保护选择之中，或许这一选择是以一种国际同意的众多共同目标和核心原则为基础的。

选择包括已有的知识产权制度（包括不正当竞争），已采用的知识产权（即知识产权制度的专门保护权利），新的、单独存在的专门保护制度，和一些非知识产权方面的选择，诸如贸易惯例和标签法律，使用合同，习惯的和土著的法律和协议，文化遗产保护法律和计划，共同法律补充（如非正常浓缩，公开权，亵渎行为和犯罪法）。

本节提供了一些国家、地区和国际上在这些不同选择方面至今积累的经验。

首先，简要说明关键的起始步骤，即确定目标。

确定国家政策目标

形成并界定一种保护制度的方法在很大程度上赖于这种制度将要服务的目标。不少国家已经表示了在保护传统文化表现形式方面所追求的不同政策目标：

- 财富创造，贸易机会 和可持续发展；
- 保护、鼓励和发展传统文化作品和民间文学艺术；
- 阻止未经授权的披露，违法使用和滥用；
- 鼓励尊重传统文化作品和致力于保护他们的社区；
- 捍卫社区文化尊严和价值；
- 促进文化多样性。

光靠法律是不够的：加强能力和进行机构建设

迄今，从世界知识产权组织工作中获取的经验教训之一就是只有保护民间文学艺术的法律是不够的。法律必须为人所知。但是那些想从这种保护中获得利益的社区团体和个人必须能较容易地去得到、管理和行使法律保护下的权利。另外，政府服务部门需要能够为社区提供实际的帮助，而法律顾问则需要为用户提供咨询服务信息。为了有效地保护民间文学艺术表现形式，广泛地提高意识和培训是必要的，就像法律助手和适当的单位那样，这将帮助社区管理和加强它们的权利。

利用现有知识产权以及对现有知识产权作出专门调整

保护文学艺术作品和设计

如前所指出的，对古老的和前已存在的传统素材的一种现代释意、采用、收集或者安排经常是足以被归源作为一项值得保护其版权的作品。另外，在伯尔尼公约第15条第4款的保护下匿名和未发表的作品（如大多数民间文学艺术作品）是受保护的。

同样，从事文化遗产方面工作的传统文化设计者，也可以登记注册他们的新设计。一些土著的和传统的文字和符号可以作为商标予以保护。

另外，在《世界知识产权组织表演和录音制品条约》规定之下已实现的国际化保护或许具有更大价值。民间文学艺术经常由第三方通过它最新的传统表演来获取或占有。例如，当表演一个传统的歌被录制下来时，



绘于左边的这件非常著名的作品是根据传统的创造故事创作的。它的土著艺术家作者成功地控诉绘于右边的地毯制造者侵犯版权。

因为产生了文化和精神的冒犯，法院判决给予很大的损失补偿费，由该土著艺术家社区按照他们的习惯法律予以分享。

作者：Banduk Marika 女士，所有版权均予保留。这件作品版权属该艺术家，没有该艺术家和有关宗族的许可不能以任何形式复制。



凡可以使其他人得到这支歌的行为均为录制。因此确定录制品是如何被利用和发行的至关重要。批准《世界知识产权组织表演和录音制品条约》的国家必须给予民间文学艺术表演者权利，即授予对他们的表演进行录制的权利，以及授予就这些录制品进行某些交易的权利。

人们经常呼吁有必要保护公共权利，有哪些可能？在版权制度之下，不只一个人可以成为版权的权利人。各种人群，如传统社区，可以形成一个协会、信托人或其它法律实体来拥有版权。另外，法院已准备承认在一件具有版权的作品中的公有利益。目的是要判给共有人损失费。而且共有版权也可以成为版权立法中特殊的专门条款中的主题内容（例如，一个国家正在研究授予社区行使精神权利的可能性，即保护他们反对他人不适当地损毁或者在文化方面不自觉地使用那些基于传统的版权材料）。一个国家还可能决定保护集体利益，办法是授予一个国家团体或国家机关以民间文学艺术权利。该团体或机关的任务是进一步维护土著或传统社区的利益。

为阻止就真实性和起源提出虚假和误导性宣传而提供的保护

土著和传统社区经常抱怨的众多不当行为中的一种，就是对真实性和起源实行虚假和误导性宣传。例如，一件制造成本很便宜的纪念品可能带有一个标签，虚假地标明该纪念品是“真实的”，“土著制造的”，或者是它来自一个专门的社区。如同

发展趋势和经验：不正当竞争和贸易惯例法

一个**澳大利亚公司**已被阻止继续使用“土著的”或“名副其实的”这类土著文化词汇来描述它的系列手绘或手雕纪念品，除非它有理由使人确信这一艺术作品或纪念品是由“土著”族裔人绘制或雕刻的。根据不正当竞争和贸易惯例法律，已对该公司进行法律起诉。

“**印第安艺术和工艺品条例**”，**1990**，美国 在一个“印第安艺术和工艺品委员会”的授权下，该条例通过确认印第安人工制品来保护本土美国手工艺人的权利。这一条例被称作是一部“营销真实性”法律，阻止人们经销那些根据条例的界定不是由印第安人制造的产品冠以“印第安制造”。

在几个实际的例子中曾经说明的那样（见下面栏目内容），不正当竞争法，以及贸易惯例和标签法律对此是有用的。

另外，土著族群已经注册了证明商标来帮助保护它们的艺术品和工艺品的质量和真实性。在澳大利亚，证明商标已由国家土著艺术品辩护协会（NIAAA）注册。而在新西兰，则由毛利人艺术品委员会注册。Te Waka Toi正在通过发展Toi Iho™毛利制造标记来实现商标保护。（详见<http://www.toi iho.com/>）



Waka Toi 同意
转载

传统文化表现形式经常同一个专门的处址有很密切的联系。这一特点意味着地理标志也可以保护传统文化表现形式。特别是当它们是一种具体有形的产品是更是如此。例如那些具有以它们的地理原产地派生而来的品质的手工艺品，墨西哥地区的Olinara工艺品便是一例。当被保护的地理标志通常是这一专门处址的名称自身时，相当多的传统文化表现形式可以直接采取那些地理标志诸如

土著的和传统的名称、符号和图像来实现保护。

土著族群和传统社区非常担心那些没有被授权的商家企业利用他们的文字、名称、设计、符号以及其它非常明显的标记，并且使用它们进而登记注册作为商标。这一做法可以受到总的商标原则的挑战。但是有一些主管部门，如在Andean社区，新西兰和美国，都已经修改了它们的法律以加强防御性保护，能够明确地禁止对未经授权的原土著标记和符号进行商标注册。

为防止污辱性、诋毁性和冒犯性使用而提供的保护

传统文化表现形式经常体现一个社区的精神品质和充分的文化个性。因此污辱性、诋毁性和冒犯性地使用这些传统文化表现形式成为人们最主要的关注。防止这类误用并且提倡尊重文化和精神价值，可以成为一些国家和团体保护这一权利的主要宗旨。事实上，如此防御性的保护可能是一些国家和团体所希望的最重要的保护形式。除了反对亵渎和其它诸如非知识产权方法的法律外，一些国家正在探讨一些以知识产权为基础的各

种选择。例如，上面提到的一种社区精神权利，将使社区团体采取行动反对使用土著文化素材，大多数是采取同一方式，即精神权利，使作者反对歪曲、篡改或者其它诋毁性使用其作品。一种进一步可能的解决办法是建立一种注册机制。在这种机制中，有关团体可以记录那些传统文化表现形式，而由于文化和精神的理由来使用它们将是不允许的。

专门保护措施和制度

许多国家和几个地区组织已选择通过专门措施来保护传统文化表

现形式。大多数国家和组织已经在它们的版权法律中这样做了。大量是遵循1982年“示范法条”。另外一些国家和组织已经选择建立独立存在的类似知识产权的法律和制度，这方面的例子有：

- 菲律宾，土著族群权利法，1997年；
- 关于创建“非洲知识产权组织”（OAPI）的班吉协定，1999年修改；
- 巴拿马，为保护和捍卫其文化特征和传统知识而建立的管理土著族群集体权利的专门知识产权体

发展趋势和经验：独特的专门保护制度

根据2002年“传统知识和文化表现形式太平洋地区框架”的规定，传统知识产权所有者有权利授权或阻止他人采用，转让和修改被保护的传统文化表现形式。一个外部的使用者必须取得同意后才能创作新的派生作品（即基于传统文化表现形式的作品）。任何派生作品的知识产权属于这一作品的作者。但是，如果这一作品被用于商业目的，产权所有者必须同传统产权所有者分享利益，承认传统文化表现形式这一来源，并且尊重传统文化表现形式的精神权利。



一个巴拿马“mola” 经Zurine Areta 女士同意转载，瑞士，日内瓦

2000年，巴拿马管理土著族群集体权利以保护和捍卫其文化特征及其传统知识的专门知识产权体制建立了一个传统文化表现形式的登记系统。在这个国家的知识产权局内建立了一个专门办公室，负责批准申请和管理登记。在知识产权局之前的所有工作程序不需要律师服务，也不收申请费。

制，2000年，以及相关的实施政令，2001年；

- 传统知识和文化表现形式太平洋地区框架，2002年。

建立专门保护制度

在发展一种保护传统文化表现形式的专门制度时，下面的一些关键事项是值得探讨的：

- 保护的目標是什么？
- 什么素材应当予以保护？
- 应当先通过一些检查（例如尚未出版的）来实现保护吗？
- 谁拥有并管理这些权利？
- 他们得到什么权利 — 这些权利有无例外？
- 有无获得这些权利的程序和手续？
- 谁来对这些权利执法？给予什么制裁？
- 这些权利可以持续多久？
- 保护这些权利是有可追溯效力的吗？如果第三方已经使用了传统文化表现形式怎么办？
- 这些权利如何在外国被承认？

对文化表现形式加以记录并编成文献

许多权利人呼吁把传统文化表现形式加以记录并编成文献，而且建立相关目录、数据库和清单。

对文化表现形式加以记录并编成文献，在维护文化遗产和传统文化作品的战略中发挥重要作用。

对文化表现形式加以记录并编成文献这一工作中所包含的知识产权保护问题，还需要认真权衡。传统文化表现形式经常是无形的和口述的。为了建立知识产权方面的权利，需要一些形式的先期文献并且进行登记但这可能与许多传统文化表现形式的口头、无形和生动特性相矛盾。这样做除了需要的经费外，根据版权法，其版权可能判给文献编写和记录者而不是社区本身。因此只是延伸到传统文化表现形式如何来表现的问题，而没有解决它的价值和内容含义问题，以及传统文化表现形式所包含的其它“思想”。相反之，特别是当它们被加工成数字形式产品时，编写文献和加以记录将使这些传统文献表现形式更容易获取和流通，而且可能破坏社区团体要保护其权利的努力。



确定总体方向的实际步骤

基于前面介绍的材料，下列步骤可以帮助政策制订者“漫游”其出路并且描绘出可利用的选择。

- **步骤一：** 确定国家的政策目标，包括那些身为民间文学艺术持有人和保管人的社区的需求。它们与知识产权有关系吗？（抑或它们很关心其它诸如保护文化遗产等政策目标吗？）哪些主题项目将受到保护？哪些行为是这种保护所反对的？这一保护政策是追求积极的或是防御性的，还是二者兼有的保护目标？
- **步骤二：** 要确定在已有常规的知识产权制度中可行的选择，包括不正当竞争，以及已被采用或修改的现有知识产权内容的选择。
- **步骤三：** 对与满足需求目标有关的非知识产权制度中可行的选择进行分析，诸如文化遗产，消费者保护和营销法律，以及土著和习惯法律。
- **步骤四：** 决定一个独立存在的专门保护制度是否需要，或是否现有的权利和对它们的修订内容能够满足已确定的需要，并且要实现适当的平衡。一个专门保护制度如何与已有常规的知识产权制度在过热谈论的主题方面相联系？
- **步骤五：** 确定需要哪些实际的可操作的措施、机构和计划用来方便有效使用或实施各种形式的已有或待建的保护措施。
- **步骤六：** 确立国家制度将如何通过双边、地区或国际的合法框架来参与提供地区和国际的保护。



下一步怎么做？

为了合法地保护传统文化表现形式，世界知识产权组织秘书处将继续根据需要进行立法和技术合作活动，以便建立、加强和有效实施有关制度和措施。作为本计划的一部分，正在制订一部供法律制订者、政策制订者、有关团体和其他有关持权者使用的综合性“实践指南”，而且还正在准备更多的特定指南提供给其它利益相关群体，例如商业用户和手工艺品组织。另外，还正在探讨制订示范合同、执行代码和应用指导大纲，供民间文学艺术档案馆、博物馆和其它单位使用，以便管理他们的文化遗产方面的知识产权问题。

就一个政策层面而言，由世界知识产权组织委员会考虑的立法分析的价值，国家和地区的分项任务，各种报告以及其它材料已经为国际立法的开拓研究奠定了非常坚实的基础。该委员会已经承担起将这些实际的理解进行提炼的任务，其提炼形式是旨在加强保护传统文化表现形式的精确政策和立法选择。途径是通过采用或

扩大现有常规的知识产权制度，或者通过单独存在的专门保护制度。核心原则和共享的目标的一个共同基础正在集中形成。如果世界知识产权组织成员国都希望的话，这些政策和立法选择方案可以形成供国家、地区和国际保护传统文化表现形式的建议、指南、示范法条或其它工具的基础。

这一立法的进展将有助于已经体现在国际条约中的民间文学艺术的保护。它将引导对传统文化表现形式更多的有效保护，其基础建立在对保护的共同原则和目标的更有力的共同理解上。这将有助于协调和加强国际上对关切一种失败的反映，系在承认和尊重土著和传统社区文化遗产方面的失败。它还确保，当允许文化交流和演进步向繁荣时，这一文化遗产一定要应用得适当和公平。

进一步阅读材料

本小册子参考了世界知识产权组织工作当中所制订和查阅的许多文件、研究报告及其他资料，所有这些均可从秘书处或下述网站得到：<http://www.wipo.int/tk/en/tk/inde4x.html>。现将本册子使用的主要材料列举如下：

- WIPO Secretariat, *"Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders: WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999)"*.
- WIPO Secretariat, Background Paper N° 1 *"Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions of Folklore"*
- WIPO Secretariat, *"Final Report on National Experiences with the Legal Protection of Expressions of Folklore"* (WIPO/GRTKF/IC/3/10)
- WIPO Secretariat, *"Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions"* (WIPO/GRTKF/IC/5/3)
- WIPO Secretariat, *"Traditional Cultural Expressions of Folklore – Legal and Policy Options"* (WIPO/GRTKF/IC/6/3)
- Janke, Terri, *"Minding Culture – Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions"*, prepared for WIPO
- Kutty, P. V., *"National Experiences with the Protection of Expressions of Folklore/Traditional Cultural Expressions – India, Indonesia and the Philippines"*, prepared for WIPO
- International Trade Centre (UNCTAD/WTO) and WIPO Secretariat, *"Marketing Crafts and Visual Arts: the Role of Intellectual Property - A Practical Guide"*



如欲了解更多信息，请与世界知识产权组织联系：

地址：

34, chemin des Colombettes
P.O. Box 18
CH-1211 Geneva 20
Switzerland 瑞士

电话：

41 22 338 91 11

传真：

41 22 733 54 28

电子邮件：

wipo.mail@wipo.int

或与其纽约协调处联系：

地址：

2, United Nations Plaza
Suite 2525
New York, N.Y. 10017
United States of America 美利坚合众国

电话：

1 212 963 6813

传真：

1 212 963 4801

电子邮件：

wipo@un.org

请访问世界知识产权组织网站：

<http://www.wipo.int>

并按以下地址向世界知识产权组织电子书店订书：

<http://www.wipo.int/ebookshop>