

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

第一届闭会期间工作组会议讨论记录(IWG 1)

秘书处编拟的文件

导 言

1. 在2010年7月19日至23日举行的第一届闭会期间工作组会议(IWG 1)，要求秘书处编拟一份“第一届闭会期间工作组会议记录(WIPO/GRTKF/IWG/1/4)，反映IWG 1会议上就目标、总指导原则和各项实质性条款提出的所有意见和建议。IWG 1会议上提出的意见和建议均会尽量注明是由哪些以个人身份与会的专家提出的。观察员专家提出的文字建议将被纳入说明部分，供成员国审议。”
2. IWG 1要求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的本届会议上提供此份“IWG 1的讨论记录”。
3. 因此，本文件的附件包括反映IWG 1会议期间讨论情况的文件WIPO/GRTKF/IWG/1/4。这些讨论记录采用了对IWG 1会议审议的案文直接进行修正的形式，即文件WIPO/GRTKF/IC/17/4/Prov.，并采用载于说明部分的意见和问题的方式。观察员的文字建议亦被纳入说明部分。

4. 为使IWG 1的讨论记录(WIPO/GRTKF/IWG/1/4)尽可能简练并力求完整:
 - (a) 说明部分仅包括在IWG 1会议上的发言;
 - (b) 本案文中已保留了成员国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)第十五届和十六届会议上提出的修正案。各成员国的专家在IWG 1会议上提出的修正案已被直接注明系专家以个人身份发表的意见,从而有别于成员国在第十五届和十六届IGC会议上提出的修正案;
 - (c) 为反映提出的修正意见,以下划线标明建议进行的修正;成员国或某一成员国的专家建议删除或提出质疑的文字,加方括号表示。草拟的任择方案用斜线隔开。每项草拟的提案均辅以脚注,标明提出此项建议的代表团或专家;如有必要,则根据具体情况,说明对该提案附议或反对的代表团或专家。如代表团或专家对提案作出解释,这些解释亦在脚注中记录在案。凡在脚注中出现的此类解释性文字,均不是由秘书处提供的,除非另外作出说明。在本文件的不同文本中,脚注的编号也不尽相同。为便于成员国审议,附件也记录并注明了代表观察员出席的专家的文字建议;
 - (d) 说明部分的评论和问题,尽可能按照在IWG 1会议讨论时涉及的问题归类,这样会有助于把握IWG 1讨论的精髓。秘书处增加了一个有关每一条款讨论情况的简要小结(下称“讨论概述”)。这些小结并非试图包罗万象,而是旨在帮助IGC具体了解并说明专家在IWG 1会议上发表的评论和提出的修正意见。
5. 在委员会本届会议上同时提供的下列文件与本文件直接相关:
 - (a) 第一届闭会期间工作组会议(IWG 1)简要报告,其中包括IWG 1与会者名单(WIPO/GRTKF/IC/17/8);和,
 - (b) 在IWG 1会议上编拟的保护传统文化表现形式/民间文艺表现形式条款草案。(WIPO/GRTKF/IC/17/9)
6. *请委员会注意载于附件中的第一届闭会期间工作组会议(IWG 1)的讨论记录。*

[后接附件]



第一届闭会期间工作组会议(IWG 1)讨论记录

修订的保护传统文化表现形式/民间文艺表现形式
条款政策目标与核心原则

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¹ TCEs/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) 鼓励社区创新与创新
- (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

¹ 墨西哥代表团。

- (xi) 促进土著人民和非土著人民² 与当地³ 社区 [和传统及其他文化社区⁴]⁵ 的[社区]发展及合法贸易活动
- (xii) 预防未经授权的知识产权活动
- (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
- (g) 尊重土著人民和非土著人民⁶ 以及当地社区⁷ [其他传统社区][社区和传统及其他文化社区⁸]⁹的权利和对其负有义务
- (h) 尊重 TCEs/EoF 的习惯使用和传播方式
- (i) 保护的有效性和可获得性

² Corlita Babb-Schaeffer. Lillyclaire Bellamy 表示附议。他对此的解释是，在加勒比英语地区的一些地域，不存在“土著人民”。这些国家的居民是自愿或被迫进入这一地域的人民。日积月累，他们形成了自己独特的文化和做法。从严格意义上讲，这些人群不属于土著人民，但须被视为受益人。

³ Susanna Chung 希望根据国际制度中一直使用和联合国系统目前谈判中的用语，以连续性的方式使用术语。“传统及其他文化社区”这一短语含义模糊，可能会因此而产生诸多问题。她倾向在通篇案中采用“土著人民和当地社区”一词，这一表述足以广泛涵盖普遍关注的问题，并已成为某种谅解的目标。Benny Müller 赞同这一观点。

⁴ 墨西哥代表团。

⁵ Susanna Chung。参见注释 3。

⁶ Corlita Babb-Schaeffer。参见注释 2。

⁷ Susanna Chung 参见注释 3。

⁸ 墨西哥代表团。

⁹ Susanna Chung。参见注释 3。

三、实质性原则

1. 保护的客体
2. 受益人
3. 盗用和滥用行为¹⁰(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、补救办法和行使权力
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

¹⁰ 墨西哥代表团。

一、目 标

对传统文化表现形式或民间文艺表现形式的保护¹¹，应以如下各项所述内容为目标：

承认价值

- (i) 承认[土著人民和非土著人民¹²以及当地社区¹³ [和传统及其他文化社区]¹⁴]¹⁵和文化社
区或起源社区¹⁶/传统文化表现形式拥有人及持有人¹⁷[认为其文化遗产具有固有价值¹⁸，包括社会、文化、精神、经济、科学、思想、[商业]¹⁹和教育价值，并[肯定]²⁰承
认²¹传统[文化]文化表现形式²²的价值和产生可受知识产权保护的作品²³民间文艺
[构成造福于[土著人民和非土著人民²⁴以及当地社区²⁵ [和传统及其他文化社区]²⁶]²⁷以
及全人类的创新与创造框架]²⁸；

¹¹ 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“TCEs/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协商一致，亦不影响或限制国内法或区域法中使用其他术语。

¹² Corlita Babb-Schaeffer 见注释 2。

¹³ 墨西哥代表团。

¹⁴ Susanna Chung。见注释 3。

¹⁵ Natacha Lenaerts 建议凡出现涉及社区的表现形式即将其置于方括号内，以突出约文中表现形式的充分多样性。

¹⁶ Miranda Risang Ayu。

¹⁷ Esteriano Mahingila，支持 Emmanuel Sackey 的一项提案。

¹⁸ Benny Müller 说，每人都应承认 TCEs 本身的价值，而不是仅承认某特定社区赋予它们某种价值。Marisella Ouma 附议。

¹⁹ Xilonen Luna Ruiz 说，商业利益是次要的并因某些社区的具体特色而被提及。它尤其可能导致它们与反对其文化被商业化的其他社区之间的误解。“商业”一语是指与某些社区的某些具体特色相联系的次要利益：它对很多社区可能是一个危险的用语，并可能引起那些反对其文化被销售的土著人民和社区之间的误解。

²⁰ Vittorio Ragonesi 建议用“承认……的价值”取代“肯定”。

²¹ Vittorio Ragonesi。见注释 20。

²² Vittorio Ragonesi 建议将“文化”换成“文化表现形式”。

²³ Vittorio Ragonesi。

²⁴ Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

²⁵ Susanna Chung.jian。见注释 3。

²⁶ Susanna Chung.jian。见注释 3。

增进尊重和保存特征²⁹

- (ii) 增进对构成不具名作品及集体作品的创作表现形式的³⁰ 传统[文化]文化表现形式³¹ 和民间艺术的尊重，以及对保存并维持这些文化和民间艺术及其文化特征³²的表现形式的[人民和社区]³³的尊严、文化完整性和哲学、思想及精神价值的尊重；
[满足[社区]³⁴的实际需求
- (iii) 适当考虑³⁵ [以][土著人民和非土著人民³⁶ 以及当地³⁷ 社区³⁸ 和传统及其他文化社区]³⁹ [直接]⁴⁰ 表示的愿望和希望[为指引]，[尊重其根据国内法和国际法享有的集体⁴¹权利，⁴² 以及帮助实现这些[人民和社区]⁴³的福利及其可持续性经济、文化、环境和社会发展；]⁴⁴

²⁷ Natacha Lenaerts。见注释 15。

²⁸ Vittorio Ragonesi。见注释 20。

²⁹ Sa' ad Twaissi。Marisella Ouma 附议。

³⁰ Vittorio Ragonesi。见注释 22。

³¹ Vittorio Ragonesi。见注释 22。

³² Natacha Lenaerts。见注释 15。

³³ Sa' ad Twaissi。见注释 29。

³⁴ Natacha Lenaerts。见注释 15。

³⁵ Johan Axhamn 说，尽管土著人民表达的愿望和希望很重要，但在确定保护范围时它不可能是唯一的决定性因素。一般公众和潜在使用者的利用也需加以考虑。Marisella Ouma 附议。

³⁶ Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

³⁷ Susanna Chung。见注释 3。

³⁸ 墨西哥代表团。

³⁹ Natacha Lenaerts。见注释 15。

⁴⁰ Youssef Ben Brahim。“直接”一词不明确。

⁴¹ N.S.Gopalakrishnan 强调了这些权利的集体性而不是单独性。Xilonen Luna Ruiz 附议。

⁴² N.S.Gopalakrishnan.Johan Axhamn 阐明，为保证法律上的确定性，需要明确提及国际文书是什么

⁴³ Natacha Lenaerts。见注释 15。

⁴⁴ Vittorio Ragonesi 说，这些目标不涉及知识产权。另见 Anne Le Morvan 的介入意见，注释 78。Rachel-Claire Okani 认为这一目标由于有原则(a)而多余，建议将它删除或移作目标(i)。

[防止[盗用]和滥用⁴⁵，以便有可能适当使用⁴⁶传统文化表现形式/民间文艺表现形式]保护传统文化表现形式/民间文艺表现形式持有人的权利⁴⁷

- (iv) 向[土著人民和非土著人民⁴⁸以及当地⁴⁹社区⁵⁰[和传统及其他文化社区]⁵¹]⁵²传统文化表现形式/民间文艺表现形式持有人⁵³提供法律和实际手段，包括必要的⁵⁴[有效执法]措施，以保护他们的有关其传统文化表现形式/民间文艺表现形式的权利⁵⁵/以确保对与传统文化表现形式相关的权利给予保护⁵⁶[以防止其传统文化表现形式及其[演绎形式]和[改编形式]⁵⁷被盗用[，以及[控制]⁵⁸超出习惯和传统背景的使用方式，[并]⁵⁹促进公平分享因使用这些表现形式而产生的利益，以及防止对其传统文化表现形式进行损害社区的传统权利⁶⁰/将有损权利人利益的使用⁶¹]]⁶²；

⁴⁵ 墨西哥代表团。

⁴⁶ Oswaldo Reques Oliveros。

⁴⁷ Natacha Lenaerts 建议用“保护传统文化表现形式/民间文艺表现形式持有人的权利”一语取代“防止盗用和滥用，以便有可能适当使用传统文化表现形式/民间文艺表现形式”。

⁴⁸ Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

⁴⁹ Susanna Chung。见注释 3。

⁵⁰ 墨西哥代表团。

⁵¹ Susanna Chung。见注释 3。

⁵² Natacha Lenaerts 见注释 15。

⁵³ Natacha Lenaerts。

⁵⁴ Natacha Lenaerts 建议用“必要的”取代“有效执法”。

⁵⁵ Natacha Lenaerts。

⁵⁶ Vittorio Ragonesi。

⁵⁷ 美利坚合众国代表团。该代表团建议凡出现“演绎形式”即将其“置于方括号内”。作为一种替代删除的方法，该代表团提议用“改编形式”取代“演绎形式”。“演绎形式”概念在现有国际知识产权约文中并未像“改编形式”一样存在过。改编权是《伯尔尼公约》第 14 条和第 14 条之二中众所周知的权利。演绎作品权在某些国内法中有规定。为保持一贯性，如果要在约文中保留这一概念，还是首选“改编形式”。南非代表团对这一提案表示反对。Sa'ad Twaissi 支持美利坚合众国的提案，但建议同时使用“演绎形式”和“改编形式”两种表述。

⁵⁸ 墨西哥代表团。

⁵⁹ Marisella Ouma。

⁶⁰ Heng Gee Lim。

⁶¹ Marisella Ouma。

⁶² Vittorio Ragonesi。见注释 56。

对[社区]⁶³ 赋予权力

- (v) 以公平而兼顾各方利益但仍有效地对[土著人民和非土著人民⁶⁴ 以及当地⁶⁵ 社区⁶⁶ [和传统及其他文化社区]⁶⁷]⁶⁸ 赋予权力的方式实现, 以有效地⁶⁹ 对其自己的传统文化表现形式/民间文艺表现形式行使其集体⁷⁰ 权利和权限;

[维护习惯[惯例]制度⁷¹ 和[社区]⁷² 合作

- (vi) 尊重和便利⁷³ 并通过具体措施支持⁷⁴ [社区]⁷⁵ 自身、内部和相互之间继续以其习惯的方式使用、在精神上重视⁷⁶、发展、交流和传播传统文化表现形式/[民间文艺表现形式]⁷⁷]⁷⁸;

[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, 以直接和间接⁷⁹ 造福于[土著人民和非土著人民⁸⁰ 以及当地⁸¹ 社区⁸² [和传统及其他文化社区]⁸³]⁸⁴, 并造福于全人类]⁸⁵]⁸⁶;

⁶³ Natacha Lenaerts。见注释 15。

⁶⁴ Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

⁶⁵ Susanna Chung。见注释 3。

⁶⁶ 墨西哥代表团。

⁶⁷ Susanna Chung。见注释 3。

⁶⁸ Natacha Lenaerts。见注释 15。

⁶⁹ 墨西哥代表团。

⁷⁰ N.S.Gopalakrishnan。见注释 41。

⁷¹ Xilonen Luna Ruiz。

⁷² Natacha Lenaerts。见注释 15。

⁷³ Benny Müller 提议这一补充应与关于 TK 的文件保持一致。

⁷⁴ Norman Bowman 支持 Robert Leslie Malezer 的提议。

⁷⁵ Natacha Lenaerts。见注释 15。

⁷⁶ Sa'ad Twaissi 支持 Lázaro Pary 的提议。

⁷⁷ Xilonen Luna Ruiz。

⁷⁸ Anne Le Morvan 说这一目标超出了委员会的权限范围(即保护 TCEs), 并顺便提及若干方面在其他论坛讨论更好。Vittorio Ragonesi 和 Natacha Lenaerts 支持这一阐述。Anne Le Morvan 说这一目标超出了委员会的权限范围(即保护 TCEs), 并顺便提及若干方面在其他论坛讨论更好。Vittorio Ragonesi 和 Natacha Lenaerts 支持这一阐述。。

[鼓励促进⁸⁷[社区]⁸⁸创新与创造

- (viii) *鼓励、⁸⁹ 奖赏和保护尤其是[土著人民和非土著人民⁹⁰以及当地⁹¹社区⁹²[和传统及其他文化社区]⁹³]⁹⁴进行基于传统的创造与创新;*

在公平条件下促进思想和艺术自由、研究和文化交流

- (ix) *在对[土著人民和非土著人民⁹⁵以及当地⁹⁶社区⁹⁷[和传统及其他文化社区]⁹⁸]⁹⁹公平的条件下,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并确保其延续性和连贯性¹⁰⁰;]¹⁰¹*

⁷⁹ Sa'ad Twaissi.

⁸⁰ Corlita Babb-Schaeffer. 见注释 2。

⁸¹ Susanna Chung. 见注释 3。

⁸² 墨西哥代表团。

⁸³ Susanna Chung. 见注释 3。

⁸⁴ Natacha Lenaerts. 见注释 15。

⁸⁵ Vittorio Ragonesi 建议在“产生”后结束这一目标。

⁸⁶ 见 Anne Le Morvan 的介入意见, 注释 78。Natacha Lenaerts 附议。

⁸⁷ Luz Celeste Ríos de Davis.

⁸⁸ Natacha Lenaerts. 见注释 15。

⁸⁹ Benny Müller 提议这一补充应与关于 TK 的文件保持一致。

⁹⁰ Corlita Babb-Schaeffer. 见注释 2。

⁹¹ Susanna Chung. 见注释 3。

⁹² 墨西哥代表团。

⁹³ Susanna Chung. 见注释 3。

⁹⁴ Natacha Lenaerts. 见注释 15。

⁹⁵ Corlita Babb-Schaeffer. 见注释 2。

⁹⁶ Susanna Chung. 见注释 3。

⁹⁷ 墨西哥代表团。

⁹⁸ Susanna Chung. 见注释 3。

⁹⁹ Natacha Lenaerts. 见注释 15。

¹⁰⁰ Sa'ad Twaissi.

[促进[社区]¹⁰² [土著人民和非土著人民¹⁰³ 以及当地¹⁰⁴ 社区[和传统及其他文化社区¹⁰⁵]]¹⁰⁶ 的发展; 及合法贸易活动

- (xi) 在[社区]¹⁰⁷ [土著人民和非土著人民¹⁰⁸ 以及当地¹⁰⁹ 社区[和传统及其他文化社区¹¹⁰]]¹¹¹ 及其成员愿意的情况下, 通过发展和扩大与文化和民间文艺相联系的¹¹² 传统创造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]¹¹³ [土著人民及当地¹¹⁴ 社区[和传统及其他文化社区¹¹⁵]]¹¹⁶]¹¹⁷ 发展, 并承认传统文化表现形式/民间文艺表现形式是属于[社区]¹¹⁸ 的并能体现其自我特征的财产;]¹¹⁹

[杜绝未经授权的知识产权

- (xii) 杜绝授予、行使和执行他人未经授权而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]¹²⁰ 取得的知识产权;]¹²¹

¹⁰¹ 见 Anne Le Morvan 的介入意见, 注释 78。Natacha Lenaerts 附议。

¹⁰² Natacha Lenaerts。见注释 15。

¹⁰³ Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

¹⁰⁴ Susanna Chung。见注释 3。

¹⁰⁵ 墨西哥代表团。

¹⁰⁶ Natacha Lenaerts。见注释 15。

¹⁰⁷ Natacha Lenaerts。见注释 15。

¹⁰⁸ Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

¹⁰⁹ Susanna Chung。见注释 3。

¹¹⁰ 墨西哥代表团。

¹¹¹ Susanna Chung。见注释 3。

¹¹² Rachel-Claire Okani。目标(v)表明了同一观点。

¹¹³ Natacha Lenaerts。见注释 15。

¹¹⁴ Susanna Chung。见注释 3。

¹¹⁵ 墨西哥代表团。

¹¹⁶ Susanna Chung。见注释 3。

¹¹⁷ Natacha Lenaerts。见注释 15。

¹¹⁸ Natacha Lenaerts。见注释 15。

¹¹⁹ Vittorio Ragonesi。见注释 44。

¹²⁰ 美利坚合众国代表团。见注释 57。

¹²¹ Johan Axhamn 建议删除这一目标, 如果它是指无法获得处于公有领域的 TCEs 的改编形式的版权。

[增强确定性、透明度和相互信任

- (xiii) 增强[土著人民和非土著人民¹²²以及当地¹²³社区¹²⁴[和传统及文化社区]¹²⁵]¹²⁶一方与传统文化表现形式/民间艺术表现形式的学术、商业、政府、教育及其他使用者一方之间的关系中的确定性、透明度和相互尊重与理解。]¹²⁷
- (xiv) 尊重和配合有关文书和进程¹²⁸。

[后接关于目标的说明]

¹²² Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

¹²³ Susanna Chung。见注释 3。

¹²⁴ 墨西哥代表团。

¹²⁵ Susanna Chung。见注释 3。

¹²⁶ Natacha Lenaerts。见注释 15。

¹²⁷ 见 Anne Le Morvan 的介入意见，注释 78。Natacha Lenaerts 附议。

¹²⁸ Benny Müller 提议补充这一目标，以承认 UNESCO 的 2003 年和 2005 年公约等现有文书，以及将关于 TCEs 的条款草案与关于 TK 的条款草案联系起来。

说 明

目 标

IWG 1 的专家作出的评论和提出的问题

Lillyclaire Bellamy 请 Xilonen Luna Ruiz 对“社区”一词的使用作出澄清。

Xilonen Luna Ruiz 说“土著人民”、“土著社区”和“社区”的定义是不同的。“社区”是一个比家庭广泛的组织。它是一个政治、文化、社会、宗教和经济组织体系，具有为区分个性而采用的共同文化特征。该社区区别于另一社区的存在而可以辨别，其社会、政治和文化当局和制度确定该社区的范围。值得注意的是先前一位土著领袖和思想家 Maxe Floriberto Diaz 就一个补充社区实质的新概念所下的“社区性”定义：“社区性表达了关于土著社会的普遍原则和事实，从一开始就应被理解为并非与西方社会对立，而是与西方社会相区别。为了解其各个成分，必须考虑某些概念：社区的、集体的、互补性和整体性。如果忘记了我们力图理解和说明的各部分的社区意义和整体意义，我们的知识将总是有限的”。“土著社区”是一个形成土著特征的领域，从所谓宗教和所有权的观点看，即与土地和领土权的永久联系。同样，它是一个以自己的可给予社区公平的规范制度来治理的自治体。那些意识到他们属于一个土著社区的人共同分享领土、自然环境和一种或一种以上本地语或适应本地的外来语选择，分享代代相传并属于构成其部分文化遗产的文化表现形式的人际关系、知识、智慧、宗教中流传的历史、观念、价值、技巧、感觉和情感。土著人民的概念可能有不同的体现。“土著人民”可以界定为“聚集诸多社区或家族，由形成语言群集、文化特征或使其坚守某一地域或祖先集体思想的规范制度的共同存在决定的各地域单元”。将土著人民界定为民族，要求“有广泛的地域并有语言群集、可选择方言、规范制度和将自己划入土著范围的个人的共同存在，所有这些共同形成文化多样性”。对这一多样性的支持在使用其自己的语言时按共同特征开始存在，这些语言被墨西哥确认为引起归属于特定群体的意识的国家土著语言，这些群体拥有它们据以安排生活和作出决定的特定社会、政治、规范价值以及文化和制度。土著人民的另一个概念可以是指缺少传统社区制度但将自己划入土著范围各群体；它们曾目睹其原有土地被侵占，被迫流离失所，土地缩减成一个不被看作是社区的实体，迁徙并在新定居点安顿；它们以其新组织形式将自己划入土著范围。Shafiu Adamu Yauri 同意并支持 TCEs 与 TK 密切相关的见解。

Miranda Risang Ayu 提议使用“文化社区”或“起源社区”两个用语，并吁请使用宽泛和变通的表述。Mohamed El Mhamdi 也支持采用一种涵盖广泛的方法。Paul Kuruk 赞同而且也支持 Emmanuel Sackey 的提议——除非有一个部门负责定义，不然约文可以提“土著人民和其他 TCEs 拥有人及持有人”。此外，他建议确认宗族和家族，因为同一部落中各宗族可能有不同的有关 TCEs 权利的规则，在确定保护规则时，一个宗族不能过分强调考虑该有关群体规模的必要性。

Norman Bowman 建议将文书的重点放在“土著人民”上，其次才放在当地社区和这些社区可能采取的诸多形式上。Heng Gee Lim 赞同并提议就应使用的适当术语达成一致。Norman Bowman 提出 TCEs 的三个主要特性：(1)作品因其年代久远或因创作作品的艺术家往往将自己与某一社区或区域联系起来而不是指明个人艺术家或创作者而未具名；(2)TCEs 具有传统性；(3)它是一种艺术表现形式。关键因素是 TCEs 的传统因素。一种方法是将“传统的”界定为体现土著人民的宗教仪式知识，经习惯法和该土著人民的惯例确认的表现形式。Susanna Chung 和 Justin Hughes 附议。

N. S. Gopalakrishnan 坚持主张使社区和 TCEs 相互关联。

Mohamed El Mhamdi 重申需要在一个词汇表中界定“社区”一词，其中列举三类社区。第一类是拥有惯例、法律和习惯的“土著社区”，它们控制其本社区的发展并保护其本社区的 TK 和 TCEs。第二类是范围远为广泛的“国家社区”，它们拥有保护文化表现形式的全国法律。第三类是需要考虑跨越单一国家边境的文化的“区域社区”。例如在北非有三个国家拥有安达卢西亚文化，这就产生制定一项使该社区的权利付诸实施的地方或区域文书的必要性。Youssef Ben Brahim 附议。

Vittorio Ragonesi 提醒说，按照发展议程确立的目标，该文书的目标是对土著人民和社区提供间接保护，换言之，保护其作品(不论他们创作什么)而不是社区本身。保护的是由无法个别确认的多人即由某一社区或人的群体创作的不具名作品。保护需要符合《伯尔尼公约》等现有国际法律文书。他还问到这些目标的法律地位：它们仅进行一般审议还是具有规范价值？

Danny Edwards 想知道：要求 TCEs 代代相传与 TCEs 根据第 7 条因创作而受保护是否相矛盾。Margreet Groenenboom 同意。

IWG 1 的观察员的提议草案

Preston Hardison 提议补充“防止权利通过知识产权制度耗尽或减损的保护”这一目标。他还支持 Susanna Chung 关于从头至尾应有某种标准表述的提议。

Emmanuel Sackey 提议用“TCEs 拥有人及持有人”一语指明受益人，以消除有关争论。Natacha Lenaerts 附议，Weerawit Weeraworawit、Esteriano Emmanuel Mahingila、Danny Edwards、Margreet Groenenboom、Innocent Mawire、Marisella Ouma、Shafiu Adamu Yauri 和 Johan Axhamn 也都表示赞同。但 Preston Hardison 不赞同，因为“持有人”有可能指个人。

Jens Bammel 建议删除目标(ix)的现有文字，而代之以标题为“维持人权保护”的以下内容：“伸张和保护土著社区内外的创作者、教师、研究者及其他个人的人权”。

Robert Leslie Malezer 指出没有关于社区维护其 TCEs 的资格的目标。可以在目标(vi)中补充：“通过具体措施尊重、便利和支持持续不断的使用、发展等”。

Lázaro Pary 建议使用其他国际文书作为界定重要用语的来源。他还说规定不受保护或不准备保护的客体还是适宜的。文件忽略了国家的义务，即国家保存和保护 TK 的职责。他建议将一个目标重新表述为“确认固有价值和历史内涵”。价值概念是一个经济概念，即交换价值和使用价值。对于土著人民，TCEs 不仅体现为物质价值，而且首先体现为精神价值，即人民的记忆。他建议在“社会、文化”价值之后、“精神”价值之前补充“物质”价值……他建议在“创造”一词之前补充“应该或将要使土著人民、传统社区和其他文化社区受益的”修饰语。此外，他建议补充“土著人民和社区通过其传统知识和其文化表现形式对人类进步作出了贡献”。他还建议“增进(尊重)”用“权利”取代。“增进、保护和维持传统知识体系和民间艺术的不断发展……”。在“文化社区”一语后面补充：“尊重其习惯法”。他还提议用“sustentables”(相当于英文“sustainable”)取代西班牙文“duraderos”,用“禁止盗用 TCEs/EoF”取代“防止”一词。他希望重新表述“保证(而不是‘规定’)土著人民和传统社区在法律制度和习惯做法范围内自我管理的资格”，用“ilicita”(相当于英文“illicit”)取代西班牙文“indebida”,因为“indebida”即不是义务也不是责任……，删除“演绎形式……”。他还希望用“增强或提升社区的资格”取代“赋予权力”一语。最后，他希望重新表述“尊重土著社区由持有人和在持有人中复兴、使用、发展和代代传承其传统知识和民间艺术表现形式的惯有权利”，以及“珍视、奖赏和保护……创造”。

Debra Harry 说，这些目标作为一个整体需要保护固有价值，确认已存在的土著非知识产权制度，并支持永久保护。但土著人民正为远比营利广泛的目的而寻求保护土著知识体系的历史性、不可转让性、集体性和永久性的机制。TCEs 首先是土著人民的习惯法的客体并受到国际人权保护。重要工作已由人权专家完成，主要是特别报告人 Erica Diaz 在其报告《土著人民遗产保护的原则和指导方针》中的工作。她希望看见目标(xii)保留在约文中进一步审议，因为需要防止对未经同意而被盗用的 TCEs 错误地给予知识产权保护。一个关键的目标是防止盗用和滥用。

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]¹²⁹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) [尊重土著人民和非土著人民¹³⁰以及[其他传统社区]¹³¹ 当地¹³²社区和传统及其他文化社区¹³³]¹³⁴享有的权利和对其负有的义务的原则]¹³⁵
- (h) 尊重TCEs/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]

¹²⁹ N.S. Gopalakrishnan.Johan Axhamn 阐明，为保证法律上的确定性，需要明确提及国际文书是什么。

¹³⁰ Corlita Babb-Schaeffer 见注释 2。

¹³¹ Susanna Chung 见注释 3。

¹³² Susanna Chung 见注释 3。

¹³³ 墨西哥代表团。

¹³⁴ Susanna Chung 见注释 3。

¹³⁵ Johan Axhamn 认为该原则是对原则(c)的重复。

说 明

总指导原则

IWG 1 的专家作出的评论和提出的问题

Ndeye Siby 提议序言中应特别强调权利的集体或社区背景。她还强调了世代现象——TCEs 经世代保存和传承——的重要性。她另外强调了 TCEs 与民族特征的密切关系。

Arjun Vinodrai 询问迁徙中的社区(跨越国境并已超时游历的社区)问题将如何解决。

Luz Celeste Ríos de Davis 希望有人对原则(f)中的互补原则加以阐明。Anne Le Morvan 附议。

Sa'ad Twaissi 提议提及口述历史和习惯法。他还建议提及传统医药。

观察员的提议

Jens Bammel 建议对原则(b)补充“各土著人民和社区的利益之间、创作者的人权与公共利益之间的”这一修饰语。

Ronald Barnes 建议补充一个新目标(j)，以处理已有的侵犯土著人民享有的国际权利和违反对土著人民负有的国际义务的问题。

三、实质性条款

第 1 条：

保护的客体和标准¹³⁶

1. [“传统文化表现形式”]¹³⁷ [和¹³⁸]¹³⁹ 或“民间文艺表现形式”[是指]和¹⁴⁰任何形式，[无论]¹⁴¹有形[和][和/或¹⁴²]或¹⁴³无形还是有形与无形的组合¹⁴⁴，其中传统文化[和知识]¹⁴⁵被¹⁴⁶发现¹⁴⁷、维持、使用¹⁴⁸、表现、[呈现]¹⁴⁹或被¹⁵⁰显示，[并包括：¹⁵¹ 并被]¹⁵²[始终被¹⁵³]¹⁵⁴[代代相传¹⁵⁵]¹⁵⁶，而且构成《伯尔尼公约》意义上的艺术作品¹⁵⁷，包括¹⁵⁸/ [诸如但不限于¹⁵⁹以下各种表现形式或各种表现形式的组合]¹⁶⁰/包括但不限于：¹⁶¹

¹³⁶ Shafiu Adamu Yauri 解释，这一新标题打算反映非洲专家组补充的题名为“保护标准”的新一款。

¹³⁷ Esteriano Mahingila 认为“民间文艺表现形式”一语比“传统文化表现形式”更适宜。

¹³⁸ 墨西哥和委内瑞拉(玻利瓦尔共和国)代表团。

¹³⁹ Natig Isayev 建议删除“和”字，因为该字后面不再出现了。

¹⁴⁰ 尼日利亚代表团。

¹⁴¹ 澳大利亚、印度、尼泊尔和尼日利亚代表团。

¹⁴² 尼日利亚代表团。该代表团建议用“和/或”取代“和”。

¹⁴³ 澳大利亚和印度代表团。这两个代表团建议用“或”取代“和”。

¹⁴⁴ 伊朗(伊斯兰共和国)和墨西哥代表团。

¹⁴⁵ Justin Hughes 建议删除提及的“知识”。Johan Axhamn、Esteriano Emmanuel Mahingila、Danny Edwards、Margreet Groenenboom、Natacha Lenaerts 和 Vittorio Ragonesi 附议。N. S. Gopalakrishnan 要求慎重而建议不删除“知识”，因为知识与表现形式有密切关系。Charity Mwape Salasini、Miranda Risang Ayu、José Mario Ponce 和 Weerawit Weeraworawit 同意。

¹⁴⁶ Justin Hughes。见注释 145。

¹⁴⁷ Ndeye Siby。N. S. Gopalakrishnan 附议。

¹⁴⁸ N. S. Gopalakrishnan 建议合并客体描述与受保护资格标准。

¹⁴⁹ Natig Isayev。

¹⁵⁰ Justin Hughes。见注释 145。

¹⁵¹ 哥伦比亚、埃及、伊朗(伊斯兰共和国)、墨西哥、菲律宾和委内瑞拉(玻利瓦尔共和国)代表团。

¹⁵² Justin Hughes。

¹⁵³ Justin Hughes 解释，为取得受保护资格，TCEs 需要始终代代相传。Norman Bowman 附议。见注释 152。

¹⁵⁴ Marisella Ouma 建议保留“被”而不用“始终被”。

¹⁵⁵ 墨西哥代表团。

- a) [语音或¹⁶²]¹⁶³ 口头[或口述¹⁶⁴]¹⁶⁵ 表现形式[, 诸如故事、史诗、民间传说、诗歌、谜语及其他记叙性作品; [文字]¹⁶⁶、语言¹⁶⁷ 标志、[名称]¹⁶⁸ 和符号、口述表现形式等¹⁶⁹, 以及民间故事¹⁷⁰]¹⁷¹;
- b) 音乐或声音¹⁷² 表现形式[, 诸如歌曲、节奏[与]¹⁷³ 器乐和典礼吟唱¹⁷⁴ [以及民间故事¹⁷⁵]¹⁷⁶]¹⁷⁷;

¹⁵⁶ Vittorio Ragonesi。

¹⁵⁷ Vittorio Ragonesi。

¹⁵⁸ 墨西哥代表团。

¹⁵⁹ 哥伦比亚、埃及、伊朗(伊斯兰共和国)、菲律宾和委内瑞拉(玻利瓦尔共和国)代表团。埃及和菲律宾代表团说, 该定义应当保持开放, 以便进一步补充。埃及代表团建议在序言段落增加“等”字, 以表示 TCEs 还有其他形式。伊朗(伊斯兰共和国)认为该定义总体上可以接受, 但考虑到文化多样性, 该定义中的示例不应被认为是排他性的。

¹⁶⁰ Justin Hughes。

¹⁶¹ Justin Hughes。见注释 160。

¹⁶² 墨西哥代表团。

¹⁶³ Larisa Simonova。

¹⁶⁴ José Mario Ponce, 基于 Tomas Alarcón 的提议提出。

¹⁶⁵ Larisa Simonova。

¹⁶⁶ Larisa Simonova。

¹⁶⁷ Larisa Simonova。

¹⁶⁸ Norman Bowman。

¹⁶⁹ 埃及代表团。

¹⁷⁰ Makiese Augusto。

¹⁷¹ Justin Hughes 建议删除提及的所有示例。Ahmed Morsi 不同意, 说是这些示例必须在约文中保留, 列举应被理解为非穷尽性的。

¹⁷² 墨西哥代表团。

¹⁷³ 墨西哥代表团。

¹⁷⁴ José Mario Ponce, 在 Tomas Alarcón 提议后提出。

¹⁷⁵ 墨西哥代表团。

¹⁷⁶ Justin Hughes. Ndeye Siby 附议。

¹⁷⁷ Justin Hughes。

- c) 动作表现形式 [诸如舞蹈、游戏、仪式、典礼、[体育和传统运动¹⁷⁸]¹⁷⁹ 及其他表演、戏剧(其中包括木偶戏和民间戏曲)¹⁸⁰ 艺术表现形式¹⁸¹]¹⁸²; [无论是否仅限为某种物质形式;]¹⁸³ 以及
- d) [有形表现形式, 诸如美术制品]¹⁸⁴ 艺术表现形式¹⁸⁵/艺术制品¹⁸⁶, 尤其是素描、设计、岩¹⁸⁷画(包括人体彩绘)、木¹⁸⁸刻、雕塑, 以及模塑¹⁸⁹、陶器、陶土制品、镶嵌、木工、金属器皿、珠宝、筐篮编织、[饮食¹⁹⁰]¹⁹¹、刺绣、纺织、玻璃器皿、制毯、服饰、化妆游行服饰作品¹⁹²、玩具、礼品¹⁹³的表现成分¹⁹⁴, 以及手工艺品、乐器、石

¹⁷⁸ 玻利维亚(多民族国)、墨西哥、特立尼达和多巴哥代表团。

¹⁷⁹ Vittorio Ragonesi。

¹⁸⁰ 印度尼西亚代表团。

¹⁸¹ Justin Hughes。

¹⁸² Justin Hughes。

¹⁸³ Marisella Ouma 认为这一句由于前面提及“有形或无形”而多余。

¹⁸⁴ Justin Hughes。

¹⁸⁵ Justin Hughes。见注释 184。

¹⁸⁶ José Mario Ponce。

¹⁸⁷ Makiese Augusto。

¹⁸⁸ 墨西哥代表团。

¹⁸⁹ 印度和墨西哥代表团。

¹⁹⁰ 墨西哥代表团。

¹⁹¹ Norman Bowman。Danny Edwards 附议。

¹⁹² 墨西哥、特立尼达和多巴哥代表团。

¹⁹³ 墨西哥代表团。

¹⁹⁴ Justin Hughes。见注释 184。

制品、金属制品、纺纱¹⁹⁵以及建筑和/或葬礼¹⁹⁶形式、[圣址¹⁹⁷]¹⁹⁸、徽章¹⁹⁹、标记、符号及基于传统的文学作品²⁰⁰。]

2. 法律保护应确保提供防止为商业目的而对传统文化表现形式/民间文艺表现形式的任何侵害的保护。²⁰¹

保护标准²⁰²

具体选用什么词语来指称受保护的客体，应由国家、次区域和区域决定²⁰³。

2. [保护应延及[那些]任何²⁰⁴作为以下产物的“传统文化表现形式”或“民间文艺”：
- a) 作为创造性和累积²⁰⁵[智力]²⁰⁶活动的产物，[包括[个人]²⁰⁷集体²⁰⁸和[社区]²⁰⁹创作]²¹⁰；
 - b) 表明[某社区的]²¹¹土著人民和非土著人民²¹²以及当地²¹³社区[和传统及其他文化社区²¹⁴]的此种²¹⁵文化与社会特征和文化[遗产]²¹⁶的真实性/真正性²¹⁷[的特点]²¹⁸；而且

¹⁹⁵ 墨西哥代表团。

¹⁹⁶ 墨西哥代表团。

¹⁹⁷ Xilonen Luna Ruiz. José Mario Ponce 和 Abbas Bagherpour Ardekani 附议。

¹⁹⁸ Norman Bowman. Larisa Simonova 同意，特别是因为这些创作活动和盗用的概念不可能适用于圣址。

¹⁹⁹ José Mario Ponce，在 Tomas Alarcón 提议后提出。

²⁰⁰ Issah Mahama. José Mario Ponce 同意。

²⁰¹ Natig Isayev。

²⁰² Makiese Augusto. Rachel-Claire Okani 附议。

²⁰³ Makiese Augusto。

²⁰⁴ Justin Hughes. 秘书处的注释：以后的修改是为语法目的所作的，因而不指明提议者。

²⁰⁵ Makiese Augusto. Shafiu Adamu Yauri 同意。

²⁰⁶ Heng Gee Lim. Shafiu Adamu Yauri 同意。

²⁰⁷ Margreet Groenenboom 建议删除提及的“个人”创作，因为它已由知识产权所涵盖。Justin Hughes 附议。Miranda Risang Ayu 不同意。

²⁰⁸ Luz Celeste Ríos de Davis. Makiese Augusto 附议。

²⁰⁹ Margreet Groenenboom 想知道“社区的”一词如何与《伯尔尼公约》中使用的智力创作概念相关联。Natacha Lenaerts 附议。Miranda Risang Ayu 和 Shafiu Adamu Yauri 不同意。

²¹⁰ Justin Hughes。

²¹¹ Natacha Lenaerts。见注释 15。

- b) 供选择土著人民或当地社区的唯一产物并表明该人民或社区的文化或社会遗产;²¹⁹
- c) 由民族、国家²²⁰、[该社区]²²¹传统文化表现形式持有人²²² / 土著人民和非土著人民²²³以及当地²²⁴社区[和传统及其他文化社区，²²⁵]²²⁶或由因其文化重要性²²⁷ / [根据[该社区]那些土著人民和非土著人民²²⁸以及当地²²⁹社区[和传统及其他文化社区²³⁰]²³¹的有关水源分配的²³²习惯[法²³³]²³⁴、土地保有制度或法律²³⁵ / 习惯²³⁶规范制度²³⁷

²¹² Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

²¹³ Makiese Augusto。

²¹⁴ 墨西哥代表团。

²¹⁵ Susanna Chung。见注释 3。

²¹⁶ 巴西代表团。该代表团建议将英文“heritage”(“遗产”)替换为与西班牙文“patrimonio”更近的词。西班牙文版反映了 TCEs 具有活跃、互动的性质，英文版则未反映这一意思。

²¹⁷ 巴西和墨西哥代表团。巴西代表团建议用其他措辞更清楚地表明 TCEs 应当是“真实和真正”的，而“特点”一词太笼统，可以不使用该词。

²¹⁸ Susanna Chung。见注释 3。

²¹⁹ Justin Hughes 解释说，只有能被唯一确认或鉴定为来源于特定人民或社区的 TCEs 才能受保护。

²²⁰ Makiese Augusto。

²²¹ Natacha Lenaerts。见注释 15。

²²² Natacha Lenaerts。见注释 15。

²²³ Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

²²⁴ Susanna Chung。见注释 3。

²²⁵ 墨西哥代表团。

²²⁶ Susanna Chung。见注释 3。

²²⁷ Natacha Lenaerts。

²²⁸ Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

²²⁹ Susanna Chung。见注释 3。

²³⁰ 墨西哥代表团。

²³¹ Susanna Chung。见注释 3。

²³² Sa'ad Twaissi。

²³³ Eduardo Tempone 采用了复数形式的“法”。

²³⁴ 萨尔瓦多、墨西哥和尼泊尔代表团。

²³⁵ 尼泊尔代表团。

[和]或²³⁸传统/祖传²³⁹惯例]而有权利或有责任如此做的个人所维持、使用或发展[，或属于某土著/传统当地²⁴⁰社区²⁴¹]。²⁴²]²⁴³

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²⁴⁴和区域以及当地²⁴⁵决定。]²⁴⁶

3. 供选择缔约方可以在国家、次区域、区域和当地层面选用具体词语来指称客体。²⁴⁷

4. 受保护的传统文化表现形式/民间文艺表现形式的创作，正如在特定条款中指明的，不应有时间和地点的限制，新创作的传统文化表现形式/民间文艺表现形式应当列入受保护的项目范围，而且对它们的法律保护应当是永久的。²⁴⁸

[后接第 1 条说明]

²³⁶ Makiese Augusto。

²³⁷ 萨尔瓦多和墨西哥代表团。

²³⁸ 萨尔瓦多和墨西哥代表团。

²³⁹ 安哥拉和墨西哥代表团。Shafiu Adamu Yauri 对关于习惯法在约文中的作用讨论补充了意见。正是习惯法包含了社会价值和有关其生活方式的规则。他建议不论谁要利用一国的 TCEs 或从一国的 TCEs 受益，均须使自己熟悉有关这些 TCEs 的修改规则或法律。

²⁴⁰ Susanna Chung。见注释 3。

²⁴¹ 尼日利亚代表团。

²⁴² Vittorio Ragonesi 和 Johan Axhamn 希望删除提及的“习惯法”。Miranda Risang Ayu、Heng GeeLim 和 Ahmed Morsi 不同意。

²⁴³ N. S. Gopalakrishnan 希望删除第(2)款，因为它规定了不必要的条件而使 TCEs 受保护资格的范围变窄。这三个累积要求从保护中排除了很多项而将它们作为处于公有领域对待，在概念上也缺乏明确性。这些条件是在间接引进正式知识产权要求(诸如原创性或新颖性)，而且比正式知识产权的受保护资格要求还严格。(a)项引进了创作要素——而要求社区证实“智力创作性”——这是在间接引进“原创性”或“新颖性”概念，建立这样理念的困难就在于创立一种单独体系需花很大力气。为确定客体而适用的检验包含在第(1)款中。它被表现出来的事实符合社区参与其创作的要求。任何补充检验均引进并非确定 TCEs 客体的正确原则的正式知识产权制度的“公有领域”概念。“智力创作性”一语用于任何知识产权法中均属第一次。坚持将它用在 TCEs 上并不公平而且在概念上是错误的。更困难的问题是证实创作性的标准问题。这也排除了第(1)款(a)中确认的某些项目，诸如“文字、标志、名称等”，在这些情况下不可能证实智力创作性。(b)项也成问题——尽管可以赞赏将 TCEs 与社区相联系的必要性——这却是在第(1)款中检验的。采用“特点”、“真正和真实”或“唯一”等术语是试图排除诸多 TCEs 的受保护资格。某一 TCE 因代代相传而存在并仍被有关社区使用的事实，表明了其“文化与社会特征”而足以这样假定的。关于(c)项，它是需要纳入的——这是各社区甚至现在仍使用 TCEs 的事实。他建议将它纳入第(1)款。只要 TCEs 仍在使用中，而且一旦显示为文化知识的表现形式并因代代相传而存在，它们就应受到保护。

²⁴⁴ 墨西哥代表团。

²⁴⁵ N. S. Gopalakrishnan。

²⁴⁶ N. S. Gopalakrishnan。

²⁴⁷ N. S. Gopalakrishnan。

²⁴⁸ Natig Isayev。

说 明

第 1 条：保护的客体

讨论概述

专家们讨论了文件 WIPO/GRTKF/IC/17/4 Prov. 中制定的第 1 条。

关于第 1 条的总体安排，一般而言，发言的专家分为两种意见。一方面，一些专家(包括大多数观察员)认为总体安排适宜。几个专家认为有必要补充一些受保护客体的示例，以确保具有包容性。在这一方面提到圣址、传统医药和圣歌。

另一方面，一些专家认为一条精简的规定是更好的选择。几个专家认为这可以通过删除所有示例而实现。其他专家提议删除提及的传统知识、与遗产有关(诸如圣址)和与商标有关的示例。或是因为第(2)款(b)项和(c)项作为该条的核心成分，在第(1)款中可以更好地处理，或是因为第(2)款(a)项对于第(1)款似乎多余，几个专家建议部分或全部合并第(1)款和第(2)款。

专家们讨论了第(2)款(c)项，该项涉及有资格受保护的 TCEs/EoFs 世代性和传统性。一般而言，专家分为三种意见。

一些专家要求保持该款现状以确保保护可以涵盖被有关社区作为“活的” TCEs/EoFs 维持、使用和发展的 TCEs/EoFs。其他专家认为必须强调世代性和传统性(换言之，“始终代代相传”)。几个专家认为，只有由社区作为当代产物创作的真正艺术产品才能有资格受到保护。

关于第(2)款(a)项，该项提及受保护的 TCEs/EoFs 作为“创造性智力产物，包括个人和社区创作”，几个专家认为提及的“个人创作”必须是受保护资格标准的一项重要成分。大多数发言的专家反倒关注作为集体创作、有资格受保护的 TCEs/EoFs，即某些情况下的“不具名” TCEs/EoFs。

关于该客体的定义以及其他重要用语，专家全体确认有必要在约文中纳入重要用语的定义/词汇表，并在这一方面通过一项给委员会的并在 IWG 1 的总结报告中反映出来的建议(文件 WIPO/GRTKF/IWG/1/2 的第 6 段)，该建议可作为文件 WIPO/GRTKF/IC/17/8 获得。

IWG 1 的专家作出的评论和提出的问题

TCEs 的定义(客体的范围): 开放性/穷尽性

Pavel Zeman 建议删除(a)项至(d)项,以避免详细地列举一大串例子。Natacha Lenaerts 同意。Abbas Bagherpour Ardekani、Shafiu Adamu Yauri 和 Regan M. Asgarali 不同意。

Benny Müller 认为定义是循环的,并想知道区分有形和无形有何用处,而且也因为第 3 条中未作这一区分。

Luz Celeste Ríos de Davis 希望保护的客体问题暂缓决定,而不拟订一个非穷尽名单。Ahmed Morsi 说,这一问题应留交国家层面解决。她说 TCEs 应符合某些特点,诸如由 Augusto Raúl Cortázar 自 1942 年以来确认的那些特点:

- 传统性: 它不受时间限制并属于历史习惯和活动的结果,经代代相传。
- 大众性: 它来源于人民;它是生活的一部分。
- 不具名性: 它属于一个集体;它是由社区大多数成员分享的产物。
- 经验性: 它不具有制度性;它是自发的并代代相传。
- 实用性: 它在实际生活中产生作用: 满足物质、精神或社会、集体需求。
- 活跃性: 包含各种丰富它的成分,或者说它是有活力的和不断更新的。
- 价值性: 它从很久以前一直保存到现在,虽然可能经受了各种变化。
- 共有性: 属于区域、国家或国际的。

Ahmed Morsi 建议使用在 WIPO 和 UNESCO 已存在的术语。他说,成员国建立的公共档案馆和数据库可能有助于确认 TCEs。他还说对 TCEs 的保护并非仅止于此,而是具有重要的社会、经济和文化作用。TK 和 TCEs 具有相同的背景,遗传资源也是如此;这需要考虑何时对 TCEs 进行登记和为它们提供文件证明。

TK 与 TCEs 之间的联系

Xilonen Luna Ruiz 说 TK 与 TCEs 有密切联系;其分界就是当某种 TCEs 不再是其 TK 的一部分而变成一种已丧失其本来意义的实用项目。就是这种先前的 TK 给予了 TCEs 的特征。一般而言,TK 及生物多样性与 TCEs 有联系。例如,墨西哥的 Wixarika(Huichol)人使用其 TK 制作典礼仪式用品和市场销售品,它们取材于他们通过对从祖先那里继承的原始神话进行流传和再创作而获得的启示,并由于其按原创性要求的创作性和物质种类而被看作是美术作品;这些仪式用品被置于自然保护区,而且在某些情况下与致幻植物的消耗以及与泉水、山丘等天然资源相联系。但即便如此,这些市场销售品也包含神话知识并与传统(但并非个人)知识相关,诸如神话和礼

议说法的描述，就是这种先前的 TK 给予了 TCEs 特征。例如，在该 Wixarika 文化中，制作编织毛线画框可以经常提及其祖先的神话中所有五个圣址或其中部分圣址的含义，每一个串珠体现每一个体本身，而整幅画像则在叙述个人或社区的神话。她还补充说，保护某种 TCE 未必就要保护作为其基础的 TK。TK 涉及文化生物多样性，涉及与 TK 受益人密切相关的自然状态。这并未暗示只有某种 TCE 才是 TK。值得考虑的还有创造 TK 以使其成为某种 TCE 而不是某种产物的表现形式的过程。

观察员的文字建议

Ronald Barnes 建议在第 1 条第(1)款(d)项中补充“工具”一词。他还表示宁愿继续提及 TK 以及提及 TCEs 的发展和对这种发展的控制。Debra Harry 同意并建议补充“技术”一词。Ronald Barnes 建议在第(3)款中补充提及国际层面。他还建议将第(2)款(a)改为：“包括个人和集体创作”，删除“社区”一词而替换为“集体”。在第 1 条第(3)款中，他提议在“决定”一词前补充“依照国际法”。Tomas Alarcón 同意，建议补充提及“国际”层面。

Tomas Alarcón 建议在(d)项中补充“典礼吟唱”以及“徽章和符号”。他还建议将第(2)款(a)项重新表述为：“[.....]包括社区和个人创作以及土著人民的创作”。Saoudata Walet Aboubacrine 和 Ronald Barnes 附议。

Miguel Pérez Solís 建议在第 1 条第(1)款中补充一个条件：TCEs “以其原始形式”表现、呈现和显示。他还建议删除“并包括”和“诸如但不限于”两个表述，以免发生混淆。他还建议在(d)项中补充提及艺术或创作成分，以便不将例如一般的陶土制品或木工或工艺品纳入。

Lázaro Pary 将第 1 条重新表述为：“本协定或者条约的目的在于保护所有形式的传统文化表现形式和民间文艺表现形式，无论有形或无形，只要它们在文化遗产中表现、呈现和显示出来并在时间和空间中代代相传”。他建议将约文中现有的示例列举为：“第 1 条规定的对传统文化表现形式的这种防止所有非法使用的法律保护将特别适用于：

- (1) 语音或口头表现形式，诸如故事、*民间故事*、民间史诗、民间传说、民间诗歌、谜语及其他记叙性作品；标志、神圣名称和符号；
- (2) 音乐或声音表现形式，诸如歌曲、节奏和*土著器乐*；
- (3) 动作表现形式，诸如舞蹈、*民俗文化*、*典礼仪式*、*传统游戏*，以及其他表演、戏剧.....和民间戏曲；
- (4) 有形表现形式，诸如美术作品，尤其是素描、彩画、雕塑、陶器、陶土制品、镶嵌、木工和珠宝；建筑和葬礼形式”。

他还建议使第(2)款成为单独一条，可以这样规定：“TCEs 是创造性智力活动的产物，尤其是人类工程创作和历史社区创作的产物”。

第 2 条：保护的受益人²⁴⁹

[民族²⁵⁰] ²⁵¹ 传统文化表现形式/民间文艺表现形式的保护措施提供给²⁵²：/[应以][须以²⁵³]以²⁵⁴ 各国适宜的文化立法规定的²⁵⁵ [土著人民[及非土著人民²⁵⁶]以及[当地]²⁵⁷ 社区²⁵⁸、或来自拥有共同传统文化表现形式的国家²⁵⁹、根据其习惯法和惯例承认对传统文化表现形式/民间文艺表现形式中体现的传统知识和知识的拥有和维持这些文化和知识的义务的人民和社区²⁶⁰/创造它们的土著人民和非土著人民以及当地社区²⁶¹ /个人群体、[家庭]²⁶²、部落、[民族²⁶³]²⁶⁴ [和传统及其他文化社区]²⁶⁵ [或全民族²⁶⁶]²⁶⁷、地区和区域²⁶⁸/或传统文化表现形式/民间文艺表现形式为其所特有的国家²⁶⁹： ²⁷⁰]²⁷¹ / [传统文化表现形式拥有人或持有人²⁷²]本身²⁷³ 为受益人。

²⁴⁹ Youssef Ben Brahim。

²⁵⁰ 摩洛哥代表团。该代表团说每个民族均有其民间文艺，即“民族”民间文艺；但没有“民族”传统文化表现形式的提法。

²⁵¹ Vittorio Ragonesi. Norman Bowman 附议。Abbas Bagherpour Ardekani 不同意。

²⁵² Ndeye Siby。

²⁵³ Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

²⁵⁴ Rachel-Claire Okani。

²⁵⁵ Carlos Serpas。

²⁵⁶ Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。Lillyclaire Bellamy 说，使用“民族”一词可能足以包括“非土著人”。

²⁵⁷ Norman Bowman。

²⁵⁸ 墨西哥代表团。

²⁵⁹ Xilonen Luna Ruiz。

²⁶⁰ Norman Bowman。

²⁶¹ Vittorio Ragonesi。

²⁶² Margreet Groenenboom。

²⁶³ 伊朗(伊斯兰共和国)代表团。该代表团认为，持有人的权利被视为在社会权利的框架内。在那一方面，国内立法很重要而不能忽视。作为实际持有人的当地社区及其同意应特别得到尊重。

²⁶⁴ Vittorio Ragonesi。

²⁶⁵ Susanna Chung。见注释 3。

²⁶⁶ 摩洛哥代表团。该代表团说，“传统社区”一词过于宽泛，它应更清晰和更精确地加以界定。见注释 250。

²⁶⁷ Vittorio Ragonesi。

²⁶⁸ N. S. Gopalakrishnan。

²⁶⁹ 墨西哥代表团。

²⁷⁰ 秘书处的注释：宽泛且涵盖广的术语“土著人民和传统及其他文化社区”或仅简称的“社区”，是这一阶段在这些条款草案中使用的。使用这些术语无意于暗示委员会与会者就这些或其他用语的有效性或适宜性达成一致意见，因而不影响或限制在国内法或区域法中使用其他术语。

²⁷¹ Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

²⁷² Esteriano Mahingila，支持 Emmanue lSackey 的提议。

²⁷³ Xilonen Luna Ruiz。

本条规定的传统文化表现形式/民间文艺表现形式的保护受益人应是符合下列条件且传统文化表现形式/民间文艺表现形式为其所特有的权利人，包括民族、国家、土著人民和当地社区、个人群体、传统及其他文化社区²⁷⁴：

- a) [依照其传统以及²⁷⁵/传统和²⁷⁶习惯[法²⁷⁷[和]或²⁷⁸]²⁷⁹惯例及规范制度²⁸⁰]²⁸¹等²⁸²被[委托承担]推定其中存在²⁸³对TCEs/EoF的保管、照料和维护；[以及][或者²⁸⁴]
- b) 维持、[控制²⁸⁵]²⁸⁶、拥有²⁸⁷、使用[或]和²⁸⁸发展传统文化表现形式/民间文艺表现形式，并视之为其文化与社会特征[和]或²⁸⁹文化遗产的[特点]²⁹⁰[真实性和真正性²⁹¹]²⁹²表示²⁹³/所特有的²⁹⁴部分²⁹⁵要素；或²⁹⁶

²⁷⁴ Makiese Augusto. Youssef Ben Brahim 和 Rachel-Claire Okani 同意。Eduardo Tempone 赞成这样一种表述：“受益人和权利人是土著人民和社区以及其中每一个群体、家庭、部落及民族”。

²⁷⁵ Youssef Ben Brahim。

²⁷⁶ Makiese Augusto。

²⁷⁷ Eduardo Tempone。Vitorio Ragonesi 附议。

²⁷⁸ 澳大利亚代表团。该代表团说证实有关土著社区的习惯法会有困难。

²⁷⁹ Natacha Lenaerts。Miranda RisangAyu 不同意。

²⁸⁰ N. S. Gopalakrishnan。Eduardo Tempone 不同意。

²⁸¹ Vittorio Ragonesi。

²⁸² Xilonen Luna Ruiz。

²⁸³ 印度代表团。该代表团说，“委托”一词可能具有要求证明保管、照料和维护事宜被委托给某特定社区的某些法律后果。

²⁸⁴ N. S. Gopalakrishnan。

²⁸⁵ 特立尼达和多巴哥代表团。

²⁸⁶ Heng Gee Lim 解释说，加进“控制”一词实际上可能有损无法主张权利的合法受益人。因为“控制”一词似乎暗示某特定社区将对其 TCE 的使用拥有充分和有效的控制权；但实际上大多数社区并不能控制该 TCE 的使用和利用，而这正是就专门文书进行讨论的原因。因此，很多社区将因缺少控制权而不能被确认为受益人。Ahmed Morsi 和 Abbas Bagherpour Ardekani 附议。

²⁸⁷ Makiese Augusto。

²⁸⁸ Xilonen Luna Ruiz。

²⁸⁹ N. S. Gopalakrishnan。

²⁹⁰ Ndeye Siby。Abbas Bagherpour Ardekani 附议。

²⁹¹ 巴西代表团。该代表团重申了它在讨论第 1 条时提出的关于相当于西班牙文“patrimonio”的英文用语的意见。

- c) [在传统文化表现形式/民间艺术表现形式为某地区、区域或民族所特有的情况下，国内法确定的主管机构。]²⁹⁷
- d) 文化机构或团体如果一直保存过去和现在的传统文化表现形式并为它们提供文件证明，在这种记录仍然与相同社区以某种方式维持、控制、使用和发展的活文化相联系的情况下，应采用渐进地保存传统文化表现形式并使之回归这些社区的方法(图形、知识、宗教仪式用品、技术、音乐、录像)等，以便为增强地方特征而使这些方法可被直接受益人用来生成利益。²⁹⁸

保护措施还应有助于维护和保存传统文化表现形式。²⁹⁹

在传统文化表现形式/民间艺术表现形式由散布在一个以上国家的不同人民或土著或文化社区共同享有的情况下，所有这些社区不论政治边界如何，均应享有同等的财产权。³⁰⁰

第 2 条供选择

传统文化表现形式/民间艺术表现形式的受益人包括：

- (1) 土著人民和社区，
- (2) 群体，
- (3) 家庭，
- (4) 部落，
- (5) 民族，
- (6) 传统社区和其他文化或民族社区，以及
- (7) 各国法律和文化标准中规定的其他类别，

²⁹² N. S. Gopalakrishnan. Abbas Bagherpour Ardekani 同意。

²⁹³ N. S. Gopalakrishnan. Abbas Bagherpour Ardekani 同意。

²⁹⁴ Xilonen Luna Ruiz。

²⁹⁵ Ahmed Morsi。

²⁹⁶ N. S. Gopalakrishnan。

²⁹⁷ N. S. Gopalakrishnan. Eduardo Tempone 不同意，主张补充的这一款放在第 4 条中更适合。

²⁹⁸ Xilonen Luna Ruiz。

²⁹⁹ Nadia Mokrani。

³⁰⁰ Sa'ad Twaissi。

如果(而且只要)已查明上述受益人根据其习惯法和惯例保管传统文化表现形式/民间文艺表现形式,并按具有真实性和真正性一样管理和发展传统文化表现形式/民间文艺表现形式。³⁰¹

选项 1: 合并(a)项和(b)项

- a) 被委托承担对传统文化表现形式/民间文艺表现形式的保管、照料和维护,并按具有其文化与社会特征和文化遗产的特点一样使用传统文化表现形式/民间文艺表现形式。

选项 2: 合并(a)项和(b)项

- b) 当确定上述群体依照其习惯法和惯例照料和维护传统文化表现形式/民间文艺表现形式,并按具有真实性和真正性一样维持和发展它们时。³⁰²

[后接第 2 条说明]

³⁰¹ Carlos Serpas。

³⁰² Vittorio Ragonesi。

说 明

第 2 条：受益人

讨论概述

会议基于 WIPO/GRTKF/IC/17/4Prov. 中的第 2 条，就受益人的确认和用来描述它们的术语进行了广泛的讨论。

发言的专家就需要在整个约文中使用相同的术语以及对可见于其他有关国际文书中的术语予以考虑，达成广泛的一致意见。很多专家强调需要顾及在各国普遍存在的社会和法律情况，因此在采用这些术语时需要具有变通性。

尽管如此，专家们仍在应使用的确切术语方面存在分歧。

一些专家以“TCEs/EoFs 持有人及拥有人”具有中性和变通性为由，认为它是最适合的术语。其他专家(包括很多观察员)支持 WIPO/GRTKF/IC/17/4Prov. 中第 2 条采用的术语(即“土著人民和当地社区”)，理由是专家意见，这是一个看来并非循环的、含混的或与《2007 年联合国土著人民权利宣言》不一致的受益人定义。其他专家提议将受益人描述为“民族、区域、文化、传统和其他社区以及个人群体”，理由是需要反映权利人未必是土著的或当地的，而可能与一国或数国境内的其他权利人(可能与该国所有国民)分享 TCEs/EoFs 的情况。几个专家提出将国家、部落或家庭作为受益人纳入的供选择提案。

几个专家提议从另一角度来处理定义的问题：或是考虑按第 2 条的新(c)项中反映的原则，在特定情况下将受益人的定义留交国内当局确定(可能对第 4 条产生影响)，或是采用一个将指明可能不享有保护的个人或群体的定义。一些专家指明了邀请委员会将该问题搁置而以后考虑的可能性。

关于受益人的定义以及其他重要用语，专家全体确认有必要在约文中纳入重要用语的定义/词汇表，并通过一项给委员会的并在 IWG 1 的总结报告中反映出来的建议(文件 WIPO/GRTKF/IWG/1/2 的第 6 段)，该建议可作为文件 WIPO/GRTKF/IC/17/8 获得。

专家们还讨论了第 2 条(a)项，并主要关注被提议作为检验权利归属的背景提及的“习惯法[和]或惯例”。

一些专家(包括大多数观察员)表示支持这样一种提法，主张 TCEs/EoFs 是整体和特定背景的一部分，其中习惯法和惯例起了限定作用，所以应在国内和国际范围起法律渊源的作用，但不损害习惯法和管理之间的规范等级体系。一个专家

提议补充“其他规范制度”，以使这一提法更具包容性。

其他专家反而提议删除这一提法，理由是保证法律上的确定性，合法第三人使用者的维护机制，以及规范等级体系在国内和国际范围的一致性。

很多专家提到其他条也产生了关于习惯法和惯例的作用的类似问题，因此要求在整个约文中采用一致的处理方法。

会议还讨论了第 2 条(b)项规定的受保护资格标准。尽管一些专家为约文涵盖广泛的现状作了陈述，但其他专家还是担心这些被他们标明为“定性的”标准进一步限制了第 1 条和第 2 条的保护范围。其中一些专家特别批评：为了被确认为受益人，权利人需要维持作为其特征或遗产一部分、有资格受保护的 TCEs/EoFs 的特点或真实性/真正性。这些专家认为这样一种检验暗示了价值述句，并指出这在版权制度下是预见不到的。同样，受益人必须“控制”有资格受保护的 TCEs/EoFs 被质疑为具有过强的限制性。

一位专家提请注意这一事实，即第 2 条(a)项规定的标准可以被看作或是供选择的(该专家认为更适宜的选项)或累积性的。

大多数专家承认第 2 条和第 4 条必须放在一起考虑，尽管受益人也被假定未必应是管理权利的人。在他们与主管机构之间需要作出原则的区分。

IWG 1 的专家作出的评论和提出的问题

受益人的范围

Arjun Vinodrai 建议从反面来看这一问题，即看哪些社区将不作为受益人纳入。

Xilonen Luna Ruiz 阐明，涉及公共政策的主要问题是增进尊重、承认价值、满足实际需求、防止盗用、赋予社区权力、支持规范制度、促进保护等问题。这在目标中就确立了。在很多国家，这个问题确切地说就是该客体是如何被界定的；TCEs 源于人类集体活动的过程和表现形式中的智慧和技巧，由此而界定被承认为一国或各大文化区域文化多样性体现的这一客体。因此，适宜的做法是以其名字来称它，即“土著人民、土著社区、文化社区、部落、渊源等”，以避免臆断。她想知道将由谁来保证某种要素是真正的。它只是集体财产，并面临着在与其他财产比较时要承认其差异性的问题。在第 2 条提及“作为民族民间文艺受益人”的情况下，这一指称必须作为 TCEs 的文化区域来提及。她举了墨西哥北部不同民族的例子，他们共同享有 Cucapa、Tohono O'odham 或 Kumeyaay 等墨西哥和北美双民族文化，共同享有相同的宗教仪式和圣址，如居住在美国的 Tohono O'odham 族中的“Bikita”典礼仪式，每年土著北美人均去 Quitovac 沙漠中的圣址。她还举了昔日成为危地马拉国民而生活在墨西哥的各族人因二十世纪八十年代的墨西哥战争而流亡的例子。然而相反，尽管他们的生活条件很差，他们却丰富了该国的文化，而且每日都在要求得到更大程度的承认。

Nemon Mukumov 在一份书面陈述中提出，他不知道关于 TCEs 的权利归谁所有。他说 TCEs 的权利人首先必须是国家本身，如果其他某主体作出一份智力贡献(注册或汇编了某汇集物)，他也应被看作是其智力产物的权利人。很多关于如何确定民间文艺属于谁的问题是在相邻生活的不同民族或种族群体中产生的。在大多数情况下，生活在两个相邻国家的不同人民的传统和习惯有大量的相似性。这与确定民间文艺属于谁尤其相关。

Santiago Velázquez 说，他同意受益人必须是 TCEs 发源的当地社区和人民。但受益人与权利人的区别需要维持。他不同意 Eduardo Tempone、Makiese Augusto 和 Norman Bowman 的意见。人民和社区有充分权利成为受益人，但反过来讲，这些仍是属于各国固有文化遗产的一部分。TCEs 偶然归属某一群体的情况是不可接受的，因为这不仅对该土著人民而且对该国而言都是有害的。

观察员提出的文字建议

Tomas Alarcón 对“民族民间文艺”的概念有所保留。

Lázaro Pary 建议删除“民族”和“文化社区”两个用语。他提议表述如下：“TCEs、一国的和各国共同的表现形式的法律保护应以作为这些国家内的土著人民和社区及社会群体的权利人受益为基本目的”。关于(a)项，他建议表述为：“依照习惯法和惯例及国际法被委托承担对 TCEs/EoF 的保管、照料和维护的土著人民”。他还进一步提议第 2 条表述如下：

“第 2 条：受益人

一国的和各国共同的 TCEs/EoFs 的法律保护措施的基本目标，是确保符合下列条件的土著人民和社区及社会群体受益(其余约文删除)：

- (i) 依照习惯法
- (ii) 按具有其文化与社会特征和文化遗产的真实性和真正性一样维持(控制?)、使用或发展 TCEs/EoFs”。

Miguel Pérez Solís 建议在(a)项中补充“只有事先经与.....适宜磋商”。在(b)项中，他建议补充“尚未被汇集的”。他还建议补充一个(c)项，规定“上述生活在边境区域的人民和社区应向第(1)款中提及的机构说明他们大部分时间生活在何处”。

Robert Leslie Malezer 提议对第 2 条补充如下：“土著人民和当地社区应通过维持、控制、照料、维护、使用或发展 TCEs 的措施享有保护。这些措施可以通过专门制度，或在土著人民或社区这样要求的情况下，通过根据其要求而制定的成文法实现。土著人民和当地社区还应有办法通过其自己的文化机构来解决其社区或社会内部的争议，以及在就当事人或有关其 TCEs 集体权利的其他利益发生冲突或争议的情况下，有权经适当考虑土著人民和当地社区的习惯、传统和法律制度，使用一个公正、合理和独立的仲裁制度”。Debra Harry 附议。

Ronald Barnes 建议删除第 2 条第一行的“民族”一词，因为它与受益人的含义不一致，而用“国际”一词取代。

Marcus Goffe 提出一个“社区”的定义，即“拥有共同的历史、种族、祖先、语言特征、地理位置或文化的人群”。他还希望该文件重点关注社区，尽管承认民族和国家也是 TCEs 持有人。在这一意义上，他支持 Debra Harry 的这一建议，即第 2 条第(1)款的重点放在社区上，第 2 条第(2)款的重点放在民族的 TCEs 上。在第 2 条第(2)款(a)项中，他建议补充“推定被授权”。在第 2 条第(2)款(b)项中，“控制”可以保留，只要“或”字也保留。他还支持保留“特点”或“表示”。关于第 2 条第(2)款(c)项，他建议规定：“在无法确认 TCEs 来源于任何一个或多个特定土著社区的情况下，应由国内法确定该当局”。

[第 3 条:

[盗用和滥用³⁰³行为(保护范围)]³⁰⁴

授予的权利和保护范围³⁰⁵

[帮助促进和保护文化表现形式的多样性]³⁰⁶

在对土著人民和非土著人民³⁰⁷和[传统及其他文化]³⁰⁸当地³⁰⁹社区³¹⁰以及对传统文化表现形式/民间文艺表现形式的用户公平并反映更广泛的社会利益的条件下,促进思想和艺术自由、研究实践和文化交流。³¹¹

增进对传统文化和民间艺术的尊重,以及对保存并维持这些文化和民间文艺表现形式的人民和社区的尊严、文化完整性和哲学、思想及精神价值的尊重。³¹²

以公平而兼顾各方利益但仍有效地对土著人民和非土著人民³¹³以及当地³¹⁴社区[和传统及其他文化社区]³¹⁵赋予权力的方式实现,以有效地对其自己的传统文化表现形式/民间文艺表现形式行使其权利和权限。³¹⁶

尊重社区自身、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。³¹⁷³¹⁸

³⁰³ 墨西哥代表团。

³⁰⁴ Issah Mahama。

³⁰⁵ Issah Mahama。

³⁰⁶ 加拿大代表团。该代表团提议对该条补充一个“帽子”。在这些条中反映这些目标很重要,因为文件的这三个部分是相互联系而不能孤立地处理的。这些实质性条款草案可能听起来更全面,并使委员会有可能就这些条款的内容作出更好的和明智的决定。这一“帽子”可以用作关于 TCEs 的国际文书的序言。这就是目标(ix)。当解决盗用问题时,重要的是记住:文化是靠——例如——学习其他文化而增长的。

³⁰⁷ Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

³⁰⁸ Susanna Chung。见注释 3。

³⁰⁹ Susanna Chung。见注释 3。

³¹⁰ 加拿大代表团。见注释 306。这是目标(x)。

³¹¹ 加拿大代表团。见注释 306。这是提议对目标(x)补充的约文。

³¹² 澳大利亚代表团。参阅目标(iii)、(v)和(vii)很重要。

³¹³ Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

³¹⁴ Susanna Chung。见注释 3。

³¹⁵ Susanna Chung。见注释 3。

³¹⁶ 澳大利亚代表团。见注释 312。

³¹⁷ 澳大利亚代表团。见注释 312。

³¹⁸ Ndeye Siby 建议删除对这些目标的提及。

[已登记或作出通知的]³¹⁹ [具有特殊价值或意义的] 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]³²⁰ [已按第 7 条所述进行登记或作出通知, 且]³²¹ 符合第 1 条标准的³²² 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, 以确保可能作为一个国家、民族或土著社区或其他社区的受益人³²³ /土著人民和非土著人民³²⁴ 或[传统及其他文化]³²⁵ 当地³²⁶ 社区³²⁷ [相关社区]³²⁸ 能够防止或制止³²⁹ 发生[未经其自愿、事先知情而同意的]³³⁰ 以下行为:

(a) 对于[除文字、标志、名称和符号以外的]³³¹ 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]³³²;

(ii) 使用传统文化表现形式/民间文艺表现形式或其改编作品, 而不适当注明传统文化表现形式/民间文艺表现形式源自或属于³³³ [社区]土著人民及非土著人民³³⁴

³¹⁹ 墨西哥代表团。

³²⁰ 墨西哥代表团。

³²¹ 澳大利亚代表团。该代表团想知道经济权利和精神权利是否将由这一有关政府登记的规定确定, 还是独立于这一规定。必须考虑就社区可以通过某一国内当局或作为其代理人的另一种组织行使其权利, 还是在社区内部自己行使其权利, 给它们留有选择的余地。

³²² Margreet Groenenboom。

³²³ 摩洛哥代表团。提议这样表述是为确保受益人可以是一个国家。

³²⁴ Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

³²⁵ Susanna Chung。见注释 3。

³²⁶ Susanna Chung。见注释 3。

³²⁷ 墨西哥代表团。

³²⁸ 墨西哥和摩洛哥代表团。两个代表团均建议使用供选择的约文。此外, 美利坚合众国代表团建议全文使用“相关社区”一语。这一短语可能在第 2 条中界定最适宜。诸如“相关土著人民或社区、传统及其他文化社区”的较长表述并非有助于阐明其含义。南非代表团反对这一修改而建议保留“相关土著人民或社区、传统及其他文化社区”一语。

³²⁹ 阿尔及利亚代表团。这一补充是为反映该行为发生期间的状态。

³³⁰ 印度代表团。南非代表团反对这一修改而提议保留约文中原有短语。

³³¹ 南非代表团。

³³² 美利坚合众国代表团。见注释 57。

³³³ 赞比亚代表团。由于“归属”一词在法律中的特殊含义(包含一种积极权利), 它建议社区还应被确认为这些作品的拥有人。它反映了归属权。

³³⁴ Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

以及[社区和传统及其他文化]³³⁵ 当地³³⁶ 社区³³⁷ 或国家, ³³⁸ 除非使用方式决定可省略而不予注明;³³⁹

(iii) 对传统文化表现形式/民间文艺表现形式进行任何歪曲、割裂或其他更改, 或实施与之相关的其他损害行为, [以便致害于它们,]³⁴⁰ 或实施任何可能有损这些表现形式、可能有悖或毁坏该社区³⁴¹ 或国家³⁴² 的声誉、习惯价值或文化特征或完整性/有损其所属的社区、土著人民和非土著人民³⁴³ 以及当地³⁴⁴ 社区或区域或国家³⁴⁵ 的声誉或形象的行为;³⁴⁶ 以及

(iv) [通过不公平或不合理行为³⁴⁷ 就传统文化表现形式/民间文艺或其改编作品取得或行使知识产权;]³⁴⁸

(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, [为商业目的或除其传统使用以外的目的³⁴⁹ 使用传统文化表现形式/民间文艺表现形式

335 Susanna Chung。见注释 3。

336 Susanna Chung。见注释 3。

337 墨西哥代表团。

338 埃及代表团。该代表团阐明, 由于存在普遍的文化和谐, 有些国家仅有某个单一社区。埃及历史向前追溯很多年。它曾拥有长久、丰富和多种多样的文化, 促成了一种和谐与同质的文化交融。出于这一原因, 该代表团希望在提及土著人民和社区时, 在文件中纳入“国家”一词。摩洛哥代表团附议。

339 美利坚合众国代表团。该代表团建议在这一规定中纳入取自 WPPT 第 5 条的一个短语: “除非使用方式决定可省略而不予注明”。该代表团解释说, 注明来源或归属在实际情况并非总是可能或适宜的。

340 Youssef Ben Brahim。

341 赞比亚代表团。提议的补充。

342 埃及代表团。见注释 337。

343 Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

344 Susanna Chung。见注释 3。

345 埃及代表团。见注释 337。摩洛哥代表团附议。

346 墨西哥代表团。

347 澳大利亚代表团。这一规定防止土著创作者个人取得版权/相关权并通过例如许可来行使这些权利。这仍必须作为土著艺术家或作者的一个任择方案。对有关土著创作者在作品上的个人权利与相关社区的权利之间的关系需要予以考虑。

348 澳大利亚代表团。见注释 3

349 摩洛哥代表团。

或其[演绎作品][改编作品]³⁵⁰，或就传统文化表现形式/民间文艺表现形式或其[演绎作品][改编作品]³⁵¹取得或行使知识产权，]³⁵²提供销售或销售被虚假标示为由土著人民和非土著人民³⁵³制作的传统文化表现形式/民间文艺表现形式的物品³⁵⁴，而贬抑、冒犯可能作为一个国家、民族或土著社区或其他社区³⁵⁵/土著人民和非土著人民³⁵⁶以及当地³⁵⁷社区[和传统及其他文化社区³⁵⁸]³⁵⁹的[社区]受益人，或虚假暗示与之有联系，或使[该社区]其³⁶⁰蒙受耻辱或名声败坏；³⁶¹

- (c) 固定、演出、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，而不提及其所属的社区、土著人民和非土著人民³⁶²或当地³⁶³社区或区域³⁶⁴或国家³⁶⁵而不合法且未如实反映这些社区所属的区域，³⁶⁶除非使用方式决定可省略而不予提及。³⁶⁷]³⁶⁸

³⁵⁰ 美利坚合众国代表团。见注释 57。

³⁵¹ 美利坚合众国代表团。见注释 57。

³⁵² 澳大利亚代表团。该代表团建议用“提供销售或销售被虚假标示为由土著人民制作的传统文化表现形式/民间文艺表现形式的物品”来替代“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]”。该代表团建议采用这一供选择的表述来明确涵盖盗用。它说它将进一步参与关于这样一种行为是否应视为盗用的讨论。

³⁵³ Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

³⁵⁴ 澳大利亚代表团。见注释 352。

³⁵⁵ 摩洛哥代表团。见注释 324。

³⁵⁶ Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

³⁵⁷ Susanna Chung。见注释 3。

³⁵⁸ 墨西哥代表团。

³⁵⁹ Susanna Chung。见注释 3。

³⁶⁰ 墨西哥代表团。

³⁶¹ 委内瑞拉(玻利瓦尔共和国)。该代表团说，这些权利应是完满的权利而不是附条件的。

³⁶² Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

³⁶³ Susanna Chung。见注释 3。

³⁶⁴ 埃及代表团。见注释 337。摩洛哥代表团附议。

³⁶⁵ 墨西哥代表团。

³⁶⁶ 摩洛哥代表团。

³⁶⁷ 美利坚合众国代表团。见注释 339。

³⁶⁸ Justin Hughes 赞同 Jens Bammel 的删除第 1 款的提议。

[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/各国应采取³⁶⁹适当而有效的法律和实际措施，以[确保]保证：³⁷⁰
- (a) 相关[社区被]土著人民和非土著人民³⁷¹以及当地³⁷²社区[和传统及其他文化社区]³⁷³或国家³⁷⁴被³⁷⁵确认为由传统文化表现形式/民间文艺表现形式改编的任何作品或其他产物的来源或拥有人³⁷⁶，除非使用方式决定可省略而不予确认³⁷⁷；
- (b) 对传统文化表现形式/民间文艺表现形式的任何歪曲、割裂或其他更改，或与之相关的其他损害行为，或滥用³⁷⁸能够被防止或制止³⁷⁹，并/或受到[民事或刑事][刑事或]³⁸⁰民事³⁸¹制裁]³⁸²；
- (c) 在商品或服务引证、借鉴或描绘[某社区]土著人民和非土著人民³⁸³以及当地³⁸⁴社区[和传统及其他文化社区]³⁸⁵]³⁸⁶或国家³⁸⁷的传统文化表现形式/民间文艺表现形式的

³⁶⁹ 阿尔及利亚代表团。

³⁷⁰ Benny Müller。

³⁷¹ Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

³⁷² Susanna Chung。见注释 3。

³⁷³ Susanna Chung。见注释 3。

³⁷⁴ 埃及代表团。见注释 337。摩洛哥代表团附议。

³⁷⁵ 墨西哥代表团。

³⁷⁶ 赞比亚代表团。见注释 338。

³⁷⁷ 美利坚合众国代表团。见注释 94。

³⁷⁸ Luz Celeste Ríos de Davis。

³⁷⁹ 阿尔及利亚代表团。见注释 329。

³⁸⁰ Danny Edwards。

³⁸¹ 委内瑞拉(玻利瓦尔共和国)代表团。该代表团声称一旦寻求刑事制裁就不可能有任何民事制裁。草案表述不清，因为受益人必须在刑事和民事制度中作出选择。受益人必须在民事制裁之前寻求刑事制裁。

³⁸² Justin Hughes。

³⁸³ Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

³⁸⁴ Susanna Chung。见注释 3。

³⁸⁵ 墨西哥代表团。

³⁸⁶ Susanna Chung。见注释 3。

³⁸⁷ 埃及代表团。见注释 337。摩洛哥代表团附议。

情况下,对该商品或服务作出的任何虚假、混淆或误导性表示或指称,如果暗示经[该社区][该土著人民以及当地³⁸⁸社区]和传统及其他文化社区³⁸⁹]其³⁹⁰其³⁹¹认可或与之有联系,能够被防止或制止³⁹²,并/或受到[民事或刑事][刑事或]³⁹³民事³⁹⁴制裁;以及

(d) 两个选项

选项A: [如果使用或利用以营利为目的,]³⁹⁵[应]须³⁹⁶按第 4 条提及的[专门机构]指定[国家]³⁹⁷当局³⁹⁸确定的条件,经与相关[社区]土著人民和非土著人民³⁹⁹以及当地⁴⁰⁰社区[和传统及其他文化社区⁴⁰¹]或国家⁴⁰³商议后,[支付合理报酬或]⁴⁰⁴实行惠益分享;以及

选项B: ⁴⁰⁵[如果使用或利用以营利为目的,]⁴⁰⁶[应]须⁴⁰⁷按相关[社区]土著人民和非土著人民⁴⁰⁸和当地社区⁴⁰⁹或国家⁴¹⁰确定的条件,经与第 4 条提及的[专门

388 Susanna Chung。见注释 3。

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

390 Susanna Chung。见注释 3。

391 一个代表团提议用“其”替代这一短语。

392 阿尔及利亚代表团。见注释 329。

393 Danny Edwards。

394 委内瑞拉(玻利瓦尔代表团)。见注释 381。

395 委内瑞拉(玻利瓦尔共和国)。使用或利用不能附加任何条件。使用或利用显然是为了营利,因为“利用”一词语意很强,它暗示这种行为就是以营利为目的。南非代表团附议。

396 印度代表团。出于以下两个原因,这一修改是必要的:(1)有必要确认社区的积极专有权的集体归属,而不仅仅是确认各种禁止权;(2)有必要确认通过协议转让这些权利的权利,而不仅仅基于自愿、事先和知情而同意的原则;(3)任何一种 TCEs/EoF 的合理报酬制度是不能接受的,它是该社区的专有权;(4)如果 TCEs/EoFs 的使用遍及全民族或全国,而并非仅与任何特定社区相关联,惠益分享必须依照国家当局的决定实行。

397 美利坚合众国代表团。该代表团说,在某些情况下非洲知识产权组织和非洲地区知识产权组织等区域或国际当局有可能被某土著或传统社区选择来作指定当局。

398 墨西哥代表团。

399 Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

400 Susanna Chung。见注释 3。

401 墨西哥代表团。

402 Susanna Chung。见注释 3。

403 埃及代表团。见注释 337。摩洛哥代表团附议。

404 印度代表团。见注释 396。南非代表团和美利坚合众国代表团附议。

405 美利坚合众国代表团。需要强调土著人民和社区、它们的期望,而不是某指定国家当局的期望。

406 委内瑞拉(玻利瓦尔共和国)代表团。使用或利用不能附加任何条件。使用或利用显然是为了营利,因为“利用”一词语意很强,它暗示这种行为就是以营利为目的。南非代表团附议。

机构]指定[国家]⁴¹¹当局⁴¹²商议后, [支付合理报酬或]⁴¹³实行惠益分享; 以及]⁴¹⁴

秘密传统文化表现形式/民间文艺表现形式

3. 应制定/各国应采取⁴¹⁵适当而有效的法律和实际措施, 以确保[社区]土著人民和非土著人民⁴¹⁶以及当地⁴¹⁷社区[和传统及其他文化社区⁴¹⁸]⁴¹⁹或国家⁴²⁰有办法防止未经授权而对秘密传统文化表现形式/民间文艺表现形式进行披露、随后使用并就其取得和行使知识产权。⁴²¹

第 3 条供选择

授予的权利和保护范围

⁴⁰⁷ 印度代表团。出于以下两个原因, 这一修改是必要的: (1)有必要确认社区的积极专有权的集体归属, 而不仅仅是确认各种禁止权; (2)有必要确认通过协议转让这些权利的权利, 而不仅仅基于自愿、事先和知情而同意的原则; (3)任何一种 TCEs/EoF 的合理报酬制度是不能接受的, 它是该社区的专有权; (4)如果 TCEs/EoFs 的使用遍及全民族或全国, 而并非仅与任何特定社区相关联, 惠益分享必须依照国家当局的决定实行。

⁴⁰⁸ 印度代表团。见注释 396。南非代表团和美利坚合众国代表团附议。

⁴⁰⁹ Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

⁴¹⁰ 墨西哥代表团。

⁴¹¹ 埃及代表团。见注释 92。摩洛哥代表团附议。

⁴¹² 美利坚合众国代表团。见注释 398。

⁴¹³ 墨西哥代表团。

⁴¹⁴ Justin Hughes 赞同 Jens Bammel 的删除第 2 款而仅保留第 3 条第(3)款的提议, 因为如同文字所示, 该条引发了严重的人权问题, 特别是关于言论自由和出版自由。Masahiro Oji 同意。Preston Hardison 不同意。Ndeye Siby 建议将该款移至第 4 条。

⁴¹⁵ Benny Müller。

⁴¹⁶ Corlita Babb-Schaeffer。见注释 2。

⁴¹⁷ Susanna Chung。见注释 3。

⁴¹⁸ 墨西哥代表团。

⁴¹⁹ Susanna Chung。见注释 3。

⁴²⁰ 埃及代表团。见注释 337。摩洛哥代表团附议。

⁴²¹ Vittorio Ragonesi 建议该条整条重新表述, 因为其行文不明确。

应提供适当而有效的法律和实际措施，以防止所有盗用和滥用和非法利用行为并维护这些条款中第 2 条规定的传统文化表现形式/民间文艺表现形式的受益人按以下条件控制、授权或禁止和获利于此种传统文化表现形式/民间文艺表现形式的使用的专有权：

(a) 对于已在第 7 条中提及的传统文化表现形式/民间文艺表现形式，应制定适当而有效的法律和实际措施，以确保可能作为一个国家、民族或土著社区或其他社区/相关土著人民或社区、传统及其他文化社区的受益人能够防止发生未经其自愿、知情而同意的以下行为：

(i) 对于除文字、标志、名称和符号以外的此种传统文化表现形式/民间文艺表现形式：

- 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)；
- 使用传统文化表现形式/民间文艺表现形式或其改编作品，而不适当注明传统文化表现形式/民间文艺表现形式源自土著人民及社区和传统及其他文化社区；
- 对传统文化表现形式/民间文艺表现形式进行任何歪曲、割裂或其他更改，或实施与之相关的其他损害行为，以便致害于它们，或(实施任何可能有损这些表现形式、可能有悖或毁坏该社区的声誉、习惯价值或文化特征或完整性)致害于其所属的社区、土著人民及社区或区域的声誉或形象的行为；以及
- 就传统文化表现形式/民间文艺或其改编作品取得或行使知识产权；

(ii) 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，使用传统文化表现形式/民间文艺表现形式或其演绎作品，或就传统文化表现形式/民间文艺表现形式或其演绎作品取得或行使知识产权，而贬抑、冒犯土著人民及社区和传统及其他文化社区，或虚假暗示与之有联系，或使其蒙受耻辱或名声败坏；

(iii) 固定、演出、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，而不提及其所属的社区、土著人民或社区或区域，除非使用方式决定可省略而不予提及。

(iv) 在商品或服务引证、借鉴或描绘土著人民及社区和传统及其他文化社区的传统文化表现形式/民间文艺表现形式的情况下，对该商品或服务作出的任何虚

假、混淆或误导性表示或指称，如果暗示经该土著人民及社区和传统及其他文化社区认可或与之有联系，能够被防止并/或受到民事或刑事制裁；以及

- (v) 如果使用或利用以营利为目的，应按相关社区确定的条件，经与第 4 条提及的指定国家主管机构商议后，实行利益分享；以及

秘密传统文化表现形式/民间艺术表现形式

- (b) 应制定适当而有效的法律和实际措施，以确保土著人民及社区和传统及其他文化社区有办法防止未经授权而对秘密传统文化表现形式/民间艺术表现形式进行披露、随后使用并就其取得和行使知识产权。⁴²²

[后接第 3 条说明]

⁴²² Makiese Augusto。

说 明

第 3 条：盗用和滥用⁴²³行为(保护范围)

讨论概述

专家们针对文件 WIPO/GRTKF/IC/17/4Prov. 所述第 3 条进行了广泛讨论，这部分内容涉及了权利的滥用和盗用行为以及适用的补救办法。

专家们反复表达了制定一项更为简短、不太复杂、较少解释和力戒冗长条款的必要性。此外，大家还认为需要对本条的标题、格式和内容进行修正，以便更加准确地体现本条的宗旨。

对是否保留或放弃多层次方法的问题，未取得一致意见(有关这一内容，还可参见第 7 条项下的说明部分)。一部分建议希望该条更简练些，比如删除总目标，或将其移到其他条的条文中。还有人提议将此条分解为三条新的条款。有些专家认为，无论是精神权利还是经济权利，均应对这类权利进行更明确的区分和界定。一些专家则建议在另外的条款中单独涉及这两类权利。

有关本条标题，有人认为“盗用行为”的提法过于局限，一些专家则认为这种提法不够明确。在讨论记录里，部分专家提出了一些备选标题。

有关本条的内容，人们认为进一步明确各项目标和原则，在涉及保护的各种普遍问题上强化共同立场，有助于推进讨论。讨论强调了在第 3 条与第 1、2、5、7 条之间要保持一致性的逻辑联系。一位专家指出第 3 条第(1)款(a)项(i)目与第 3 条第(1)款(a)项(ii)目和(iii)目之间似有不一致之处。

一些专家提到了“差距分析”(文件 WIPO/GRTKF/IC/13/4(b)Rev.)，认为它是一项重要的参考案文，可以更好地确定第 3 条在弥合现行各种保护文书之间差距中的作用。尽管许多专家支持需要制定保护 TCEs/EoF 的专门规定，但部分专家对预想的规定应在多大程度上体现、吸收、参照或被纳入现行保护制度的问题，表达了不同意见。

在这方面，被第 3 条定性为非法的防范行为，可能会不适当地侵犯言论自由并打破权利持有人与第三方使用者之间的平衡，同时还会不适当地影响版权制度界定的公有领域，部分专家对此感到关注。一些专家支持这一观点。包括观察员的其他专家，则对此不以为然，认为适当限制第三方使用 TCEs/EoF 的言论自由而使其不被滥用是合情合理的，因为 TCEs/EoF 乃是相关权利持有人社会和文化特性的基本要素，故理应得到特别关注。一些专家提醒人们，版权制度规定的公有领域的保存本身并不是目的，因此要优先确保使 TCEs/EoF 得到有效保护。

⁴²³ 墨西哥代表团。

一些专家认为，保护范围一方面要适用于 TCEs/EoF，另一方面也要适用于其演绎作品和改编作品，对这一点并没有充分涉及。部分专家则旗帜鲜明地表明他们的态度：凡属演绎作品的 TCEs/EoF，要么可受版权制度的保护，要么就属于公有领域。对这种 TCEs/EoF 本身应予明确识别。根据同一思路，一部分专家则明确表示，在本条标题和第(1)款(a)项中预想的盗用 TCEs/EoF 的行为和对这种行为的限制，考虑得过于宽泛。他们要求对此作出更加明确的说明，以便一方面兼顾社区各自的权利，同时也兼顾传统意义内、外的每个创作者与表演者的各自权利。

本建议与评论记录中反映的许多详细建议，在提出时各自内心的出发点有时却大相径庭。一方面有些人试图限制保护范围；而其他人则意在扩大保护范围。某些专家认为版权制度并没有预见到第 3 条第(2)款(a)项所建议的“刑事制裁”，应该去掉。其他人则认为第(2)款(a)项(iii)目所规定的防止非法行为，不能限于故意造成损害的行为。一位专家建议，在整个第 3 条中，各国应受“shall”而不是“should”的约束。

专家在 IWG 1 会议上作出的评论和提出的问题

用语

Larisa Simonova 说第 3 条第(2)款(c)项很难读懂。出现“表示(indications)”这一用语的地方，使该条变得令人费解。

Margreet Groenenboom 对何为“改编作品”与“演绎作品”之间的区别感到困惑。

保护范围

Benny Müller 对为什么不允许对第 3 条第(2)款(b)项中的 TCEs 进行修改感到不解。

Tim Roberts 建议删除有关刑事责任的提法。

Debra Harry 指出，第 3 条第(1)款仅体现了一种防范性的保护形式。应当拓宽这部分的内容，将所有可能的防范性和积极主动的保护形式列举出来；或者另外添加一部分内容，单独涉及这个问题。同时，也需要提及土著人民运用自己保护制度的权利，以此作为合法有效的保护形式。

Thiru Balasubramaniam 建议，如因受保护的表现形式被商业化而要求支付报酬，在这种情况下应考虑责任规则的方法；但不得产生专有权，同时在免费传播和表演作品而使用这类表现形式的情况下不得规定付酬。另一种可能性就是使付酬权仅可针对某些类型的商业使用，例如在电影和录制音乐中的使用，因为其作品的创收已超出了最低限额。提出这些建议的主要理由如下：针对保护 TCEs 的专门知识产权的主要反对意见是：(1)这一新权利对于新作品创造自由的影响令人关注，以及(2)这一权利对作品的非商业性无偿使用的潜在负面影响。如对表现形式须进行的某种商业用支付报酬或此种使用与某一作品的无偿传播或使用相关，在这些情况下允许对 TCEs 进行自由使用，就可以使人们在更大程度上接受这样一种新的专门制度。在一些情况下，

被确定为某一 TCE 所有人或监护人的社区，对控制或规约该 TCE 的使用可能享有某种利益，这就有别于付酬问题。即使在这种情形下，关于使用表现形式的规定也无须以知识产权的形式提出。比如，诽谤或中伤就是完全游离于知识产权之外具有可操作性的对言论的重要限制。诸如署名权等其他类型的精神权利的问题，可与付酬权或甚至作品的自由使用权相关联。

本条的结构

Justin Hughes 建议把第 3 条分为三条。

Paul Kuruk 建议把第 3 条分成两部分：权利和制裁。

另列一条

Rachel-Claire Okani 建议在拟定一条涉及滥用和盗用的条款之前，先制定一条详细规约该项权利和界定保护范围的条款。Ndeye Siby 附议此项建议。

Natacha Lenaerts 建议制定一条有关精神权利的条款。

Luz Celeste Ríos de Davis 建议全面修订第 3 条，并对盗用和滥用行为进行分类；同时依据第 8 条，不仅要制止这些行为，且要施以制裁。此外，她以手工制纺织工艺品“mola”（莫拉）为例说明：这种纺织品在该国边境地区兜售，上边标有“在此地域制作”，但却未标明来源社区（库纳(Kuna)）。这就造成一种“莫拉”产品属于所述地域的假象。她同意把这样一部国际文书中的许多问题留给国内立法解决的做法。因为无法在文书中纳入所有的形式和程序。巴拿马采取严厉的制裁措施，打击针对土著人民集体权利的侵权行为。在《刑法》中纳入了制裁措施并对其进行分类；对于：“凡生产、复制、全部或部分修改受土著人民集体权利保护(的表现形式)者；凡储存、发行、出口、组装、安装、生产、进口、销售、租赁受土著人民集体权利保护的非法复制品或以任何其他方式使之进入流通领域并盗用受土著人民集体权利保护作品所有权者，处以四至六年的监禁。对凡未经权利持有人和他人同意，生产、组装、销售受土著人民集体权利保护的作品或使之进入流通领域者，处以四至六年监禁的刑罚”。(第 No.26519 号《官方数字公报》，2010 年 4 月 26 日，星期一)。

土著人民的利益

Xilonen Luna Ruiz 指出，TCEs 的保护应着眼于土著社区和/或人民的根本利益。只能由土著社区/或人民来决定保护范围是否超越内部保护的限度以及他们是否需要外部援助的其他机制的问题。TCEs 的问题所在，就是它们属于某一集体，群体对之弘扬、发展和登记(即承认文化表现形式是其遗产的组成部分)的意愿须立足于社区的共识。情况可能表明，知识产权属于土著社区或人民；与此同时，社区特征所具有的特殊文化属性使其作品在所述文化中与众不同，而且这种属性不会再次出现在其他社区；对这一点须加以识别。然后，在适宜的条件下，需要再来考虑一种区域性的保护类型。

自由事先知情同意

Xilonen Luna Ruiz 说：“自由”这一要素，意味着既不是在胁迫下也不是通过威胁的方法来获取同意；这就是为什么在《联合国土著人民权利宣言》各条中多次使用这一理念的原因。就版权而言，集体或个人必须同意恪守版权的内涵。这就要求应对 TK 和 TCEs 本身的存在予以公开。在版权与土著人民文化权利方面，还需进行大量工作，因为在使用这些与集体财产相关的文化权利时，他们乃是 TK 和 TCEs 的保管人。例如，墨西哥是一个拥有祖传玉米作物的国度。土著人民得益于当地混合作物耕种的实践(藜、豆类、南瓜、玉米等)，并凭着他们在保存墨西哥本地玉米品种和其他与其祖传饮食和世界观密切相关的混合作物耕种中的执着精神，当地人至今仍然保持着一种健康的饮食习惯。转基因玉米的方法和发展计划的出现改变了土著社区世代沿袭的活动，在一些情况下，在从事这些活动前始终都未与这些社区进行自由协商(诸如修建矿井和水力发电大坝)。这些情形都对 TK 和自然产生了影响，而这两者之间则是相互关联的。

观察员提出的文字建议

Lázaro Pary 建议对第 3 条作如下修正：第 3 条的标题应改为：“盗用和滥用/非法占用和使用行为/保护范围”。在第 1 款中，他建议用“禁止”取代“防止”一词。(a)款应更正为：“应对本条所列未在权利持有人事先知情同意的情况下的以下非法行为予以禁止或取缔：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”。在(ii)款中，修改为“任何未以适当方式，告知土著人民及社区和传统及其他文化社区或作为此种文化遗产合法所有人的其他民族，而使用传统文化表现形式/民间文艺表现形式或改编作品”。应删除在此之后的所有文字，(iii)项后“对传统文化表现形式/民间文艺表现形式进行歪曲、篡改或其他修改，或其他减损行为，目的是对其造成伤害，或者针对其表现形式传统的可能冒犯或损害其所属社区的声誉、习惯价值或文化特征或完整性的任何行为”的这一部分的文字予以保留。在第(iv)款中则更正为：“以不正当行为或肆意对传统文化表现形式/民间文艺表现形式获得知识产权”。现在来看第 2 款(a)项，承认土著人民和社区以及传统社区对任何有形和无形作品拥有知识产权。此句应删除，(b)项“凡犯有对传统文化表现形式进行任何歪曲或篡改或其他修改罪行的作者，应受到严厉的刑事制裁”。在(c)项中，对凡在未经权利持有人事先知情同意的情况下，旨在使用传统文化表现形式进行商品和服务贸易而作出的任何虚假、混淆或误导性表示或说法，同样适用刑事制裁。

他提出以下建议：

“盗用行为”(删除“滥用”并在西班牙文本中用“*ilícita*”取代“*indebida*”)。⁴²⁴

⁴²⁴ 秘书处的说明：对西班牙文本所作的改动不影响英文文本。

由于其具有的总括性与宣言性，且鉴于它们既非法律条款，也不属于传统文化表现形式保护的约束性标准，故建议将第(5)款移至并纳入本文书关于总原则和目标的章节中。

有关第 1 款涉及的要求采取适当和有效法律措施与机制，禁止(而不是“防止”)在未经其自由、事先知情同意的情况下，以欺诈方式盗用土著人民或传统社区文化表现形式方面：

- (a) 对本条提及的下述非法行为应适用禁止规定：
 - (i) 凡未经其权利持有人自由、事先知情同意，复制、出版、改编、广播、公开表演、向公众传播、发行、出租、提供处于公有领域的(包括通过静态摄影固定)传统文化表现形式/民间文艺表现形式；
 - (ii) 凡对传统文化表现形式/民间文艺表现形式或其改编作品的任何使用，损害了作为这一文化遗产合法所有人的土著人民或传统社区的利益(删除“除……”)；
 - (iii) 任何歪曲、篡改或修改，或减损行为和恶意行为，这些行为旨在损害、冒犯或对社区的名声或对土著人民或传统社区的文化特征和完整性造成伤害，而不论他们生活在哪一地区；和
 - (iv) 凡以任何欺诈方式或通过暴力对传统文化表现形式/民间文艺表现形式获得知识产权的行为。

第 2 款

- (a) 承认土著人民和传统社区对任何有形和无形作品的知识产权(删除“除……”)；
- (b) 凡对传统文化表现形式进行任何歪曲、篡改或其他修改，应加以禁止；凡对从事此种行为的任何人应加以民事和刑事制裁；
- (c) 凡对未经其持有人自由、事先知情同意旨在使用提及的传统文化表现形式的商品或服务贸易作出虚假、混淆或误导性表示或说法，均应受到民事和刑事制裁。”

Miguel Pérez Solís 不同意“盗用”这一表述，因为在商业与犯罪人之间须有一种联系、一种依存关系。比如，可能情况是某一土著社区的一个成员，在未经该社区授权的情况下进行传播、复制，以及任何类型的未经同意的行为。第 3 条的标题应改为“侵权与滥用”。第(1)款第二行至最后一行结尾处，应增加“土著人民及其他文化社区可”“经自由、事先知情同意对下述行为授权”的文字。他还建议删除“除文字、标志、名称和符号以外”。他建议另外增加单独的一部分内容，以具有防止发生下述行为——即在(ii)款中出现的那些行为——的能力。他建议删除(iii)款的最后一部分。对于两个备选方案，他说他赞同备选方案(b)。

第 4 条:

权利的管理

1. 如果本规定要求须经[事先授权]⁴²⁵基本同意⁴²⁶[事先知情同意⁴²⁷]方可[使用]从事土著人民和非土著人民对传统文化表现形式/民间文艺表现形式拥有的权利内⁴²⁸的行为⁴²⁹, 应直接从国家、民族、土著人民⁴³⁰和非土著人民⁴³¹[要求直接征得其授权的有关社区]及当地⁴³²社区和各个群体⁴³³、[家庭]⁴³⁴、部落、民族、传统[及其他文化社区或国家⁴³⁵]⁴³⁶获得授权; 或者[从]根据⁴³⁷[社区]土著人民和非土著人民⁴³⁸及当地⁴³⁹社区或传统及其他文化社区或民族⁴⁴⁰的请求代理和作为其代表的[机构]或指定的[国家]⁴⁴¹主管机构⁴⁴²(以下简称“机构”)获得授权。在由主管机构授权的情况下⁴⁴³:

(a) 只有按相关土著人民和非土著人民⁴⁴⁴及⁴⁴⁵当地⁴⁴⁶社区[和传统及其他文化社区⁴⁴⁷]⁴⁴⁸的传统决策和治理程序与之进行适当磋商后才能授权;

⁴²⁵ Vittorio Ragonesi。

⁴²⁶ Miranda Risang Ayu。

⁴²⁷ Susanna Chung。

⁴²⁸ Corlita Babb-Schaeffer。参见注释2。

⁴²⁹ 澳大利亚代表团。须有明确的权利持有人的定义。第 4 条第一行(a)项, 涉及 TCEs 的使用, 似乎把个人财产权与可能的新的集体权利混为一谈。这就提出了需进一步讨论和澄清的重大问题。具体而言, 如对此不加以认真考虑, 管理其创作财产权行使的每个土著主管机构的权利就可能不复存在。在包括澳大利亚在内的一些国家中, 业已存在着集体管理协议, 此类安排允许将单一的版权用于诸如教育或教学之类的特定公共目的。建立与此类安排的接口恐非易事。代表团建议进行这一修改, 以明确所谓权利的管理即集体人群权利的管理, 而不是单一创作者权利的管理。

⁴³⁰ Makiese Augusto。

⁴³¹ Corlita Babb-Schaeffer。参见注释2。

⁴³² Susanna Chung。参见注释 3

⁴³³ Makiese Augusto。

⁴³⁴ Margreet Groenenboom。参见注释 262。

⁴³⁵ 墨西哥代表团。

⁴³⁶ Susanna Chung。参见注释 3

⁴³⁷ Susanna Chung。

⁴³⁸ Corlita Babb-Schaeffer。参见注释 2。

⁴³⁹ Susanna Chung。参见注释 3。

⁴⁴⁰ Delegation of Mexico。

⁴⁴¹ 美利坚合众国代表团。参见注释 398。

⁴⁴² 墨西哥代表团。

⁴⁴³ 墨西哥代表团。

⁴⁴⁴ Corlita Babb-Schaeffer。参见注释 2。

- (b) [机构]指定的[国家]⁴⁴⁹主管机构⁴⁵⁰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，应为其[直接提供给]为有关的土著人民和非土著人民
土著人民⁴⁵¹及⁴⁵²当地⁴⁵³社区[和传统及其他文化社区⁴⁵⁴]⁴⁵⁵提供便利⁴⁵⁶，或为维护 and
保存传统文化表现形式作出贡献。⁴⁵⁷
2. 在土著人民或非土著人民⁴⁵⁸或当地⁴⁵⁹社区[和传统及其他文化社区⁴⁶⁰]⁴⁶¹提出请求的情况下，[机构]指定的[国家]⁴⁶²主管机构⁴⁶³，一般应负责宣传、能力建设和发展⁴⁶⁴、教育、咨询和指导等任务。[机构]指定的[国家]⁴⁶⁵主管机构⁴⁶⁶还应：
- (a) [在土著人民或非土著人民⁴⁶⁷及⁴⁶⁸当地⁴⁶⁹社区[和传统及其他文化社区⁴⁷⁰]⁴⁷¹提出请求的情况下，监督传统文化表现形式/民间文艺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

445 墨西哥代表团。

446 Susanna Chung。参见注释 3。

447 墨西哥代表团。

448 Susanna Chung。参见注释 3。

449 美利坚合众国代表团。参见注释 398。

450 墨西哥代表团。

451 Susanna Chung。

452 Corlita Babb-Schaeffer。参见注释 2。

453 墨西哥代表团。

454 Susanna Chung。参见注释 3。

455 墨西哥代表团。

456 Susanna Chung。参见注释 3。

457 Nadia Mokrani。

458 Corlita Babb-Schaeffer。参见注释 2。

459 Susanna Chung。参见注释 3。

460 美利坚合众国代表团。代表团建议本条以“如土著人民及社区和传统及其他文化社区提出请求”这一短语开始。代表团指出：全款规定没有任何理由不以土著人民及社区和传统及其他文化社区的请求为条件。在秘密 TCEs 的情况下，土著人民或社区的确可能更倾向于指定的主管机构不介入宣传工作。

461 Susanna Chung。参见注释 3。

462 美国代表团。参见注释 398。

463 墨西哥代表团。

464 Susanna Chung。

465 美国代表团。参见注释 398。

466 墨西哥代表团。

467 Corlita Babb-Schaeffer。参见注释 2。

468 墨西哥代表团。

469 Susanna Chung。参见注释 3。

(b) 与相关[社区]土著人民和非土著人民⁴⁷²及当地⁴⁷³社区[和传统及其他文化社区]⁴⁷⁴]⁴⁷⁵协商确定第 3 条第(2)款所述的[合理报酬⁴⁷⁶]。

第 4 条的备选方案：成员国应与传统文化表现形式持有人协商，建立有效和实际的管理其持有人权利的适宜机制。⁴⁷⁷

[后接第 4 条说明]

⁴⁷⁰ 墨西哥代表团。

⁴⁷¹ 美国代表团。参见注释 460。

⁴⁷² Corlita Babb-Schaeffer。参见注释 2。

⁴⁷³ Susanna Chung。参见注释 3。

⁴⁷⁴ Susanna Chung。参见注释 3。

⁴⁷⁵ 墨西哥代表团。

⁴⁷⁶ Anne Le Morvan。

⁴⁷⁷ Weerawit Weeraworawit。

说 明

第 4 条：权利的管理

讨论概述

对涉及权利管理的第 4 条进行了广泛讨论，详见文件 WIPO/GRTKF/IC/17/4Prov。

专家们在探讨第 4 条时，重申了他们对第 3 条有关保护范围发表的观点。多数专家坚持认为，保护范围显然对权利的管理具有影响，因此不能把第 4 条看作是单列的一条。有些专家认为，在就如何管理这些权利进行富有成果的讨论之前，有必要首先弄清楚此种权利的范围是什么。基于这一原因，部分案文放在括号内。

包括观察员在内的其他专家，则对本条表示支持，因为它与第 3 条的规定顺理成章。这部分专家中的一些人(包括观察员)提出了某些建议，使本条内容更加充实、准确；或对其思路进行调整或使本条具有更大约束力。这些建议均在本记录中有所体现。

围绕着堪当权利管理大任的实体提出了一些问题。尽管多数专家据理说明为代表权利持有人行使职能，每个国家均设立一个单一机构的必要性；一些土著专家仍坚持认为，作为一种备选方案，可由相关权利持有人直接管理权利。如权利持有人提出请求，或许还可以得到国家的支持。

一位观察员专家建议由一个国际主管机构管理这些权利。他力主只有让一个国际主管机构管理土著人民的权利和跨境或共有的 TCEs/EoF 才是最适宜的。

提出了一项备选建议，其基本内容就是在比本条规定更广泛的基础上，把管理机制交由各国处理。

围绕着指定的主管机构(“机构”)怎样与权利持有人进行互动的议题，进一步提出了一些问题，其中特别涉及到有关授权第三方使用受保护 TCEs/EoF 规定的第 1 款(a)项。专家认为机构应按目前预期的那样与权利持有人协商行事。一些观察员专家则持有不同意见，他们建议管理机制要符合其他的相关国际文书，特别是要符合 2007 年《联合国土著人民权利宣言》；因此该机构的授权须经权利持有人的事先知情同意。一项备选建议要用“事先知情同意”这一用语取代第(1)款开始时的“事先授权”一词。

专家们还讨论了第(1)款(b)项规定的向权利持有人分配利益的模式。其中一项建议包括将收益用于保存 TCEs/EoF 的内容。人们对由国家主管机构建立 TCEs/EoF 登记簿和文件记录展开评论。一部分专家强调，整个管理程序必须透明，在利益的计算和分配方法方面尤其要这样做。一位观察员专家在这方面提交了一项建议。

专家在 IWG 1 会议上作出的评论和提出的问题

不适用

观察员提出的文字建议

Ronald Barnes 说应用“同意”取代“磋商”一词，因为磋商对于许多国家机关或国家而言，只意味着表明观点。Marcus Goffe 对此表示同意，但补充说案文还可以选择这样行文：“充分和有效磋商”。他还建议在“国家主管机构”之前加上“国际”。

Marcus Goffe 建议用“事先知情同意”代替“事先授权”。

建议在第 4 条第(1)款(a)项“授权”之后加上“和事先知情同意”并用“with”取代“by”。她还建议本条载有一项具体条款，承认土著人民建立行使这些权利机制的权利。

Thiru Balasubramaniam 建议在第 4 条里增加一款，其案文如下：“权利的财务管理方面，须在有关收取的货币来源与数额、权利管理的支出(如有的话)和向受益人分配的货币等方面保持透明”。

Lázaro Pary 对第 4 条提出以下建议：

“第 4 条：权利的适用

传统文化表现形式/民间文艺表现形式的使用须依据本文书的规定，直接从土著人民和社区(……)或直接从土著人民和社区自己指定的国家主管机构取得事先授权”。

Robert Leslie Malezer 对第 4 条提出以下建议：

“1. 如本规定要求须经事先授权方可[使用]从事土著人民所拥有的传统文化表现形式/民间文艺表现形式权利内的行动，应直接从土著人民或有关的当地社区，或从[其指定的[机构]主管机构]获得授权。在由[机构]主管机构授权的情况下：

- (a) 只有按土著人民或当地社区事先知情同意，利用其传统决策和治理程序后才能授权；
- (b) [机构]指定的[国家]主管机构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，应由其直接提供给土著人民及社区和传统及其他文化社区。

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，任何[]指定的[]主管机构可负责宣传、教育、咨询和指导等任务。[]指定的[]主管机构还应：
 - (a) [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]，有足够的能力监督传统文化表现形式/民间文艺表现形式的使用情况，以确保公正和恰当的使用原则]；并
 - (b) 指导相关[社区]土著人民及当地社区确定合理报酬。”

第 5 条

例外与限制

1. 保护传统文化表现形式/民间艺术表现形式的保护措施[须]应⁴⁷⁸：
- a. 不得限制或阻碍[相关社区]土著人民和非土著人民⁴⁷⁹及当地⁴⁸⁰社区[和传统及其他文化社区⁴⁸¹] ⁴⁸²的成员以传统和习惯的方式，对TCEs/EoF进行按习惯法和惯例属于正常的创造⁴⁸³、利用、传播、交流和发展；
 - b. 应仅适用于对 TCEs/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. [如传统文化表现形式/民间艺术表现形式受版权法的保护，则其属于版权法的例外情况，故⁴⁸⁴] 不适用于在以下情况对TCEs/EoF的利用：以说明的方式用于教学和学习；
 - i. 非商业性研究或个人学习；
 - ii. 引用⁴⁸⁵、客观⁴⁸⁶批评或评论；
 - iii. 新闻或时事报导；；
 - iv. 法律诉讼程序中使用；
 - v. 为存入非商业性[文化遗产保护]⁴⁸⁷档案[或]⁴⁸⁸库存或宣传⁴⁸⁹的目的，制作传统文化表现形式/民间艺术表现形式的记录品及其他复制品；以及，

478 Benny Müller。Anne Le Morvan and Johan Axhamn 对此表示异议。

479 Corlita Babb-Schaeffer。参见注释 2。

480 Susanna Chung。参见注释 3。

481 墨西哥代表团。

482 Susanna Chung。参见注释 3。

483 Benny Müller。Antonia Ortega 附议。本建议最初是由 Tomas Alarcón 提出的。

484 Justin Hughes。Danny Edwards 对此赞同。Youssef Ben Brahim, Xilonen Luna Ruiz 和 Ndeye Siby 则不同意。

485 Makiese Augusto。

486 Sa'ad Twaissi。

487 Xilonen Luna Ruiz。

488 Xilonen Luna Ruiz。

489 Xilonen Luna Ruiz。

- vi. 偶然使用;
- vii. 为保存土著语言而进行第(vi)项提及的录音制品的广播和传播;⁴⁹⁰
- viii. 个人和非商业性的目的⁴⁹¹ 和使用⁴⁹²
- ix. 视障者⁴⁹³
- x. 供个人使用的摄影⁴⁹⁴
- xi. [嘲仿⁴⁹⁵]⁴⁹⁶
- xii. [为创建一个或数个作家的原创作品而借用传统文化表现形式/民间文艺表现形式⁴⁹⁷]⁴⁹⁸ 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⁴⁹⁹ 传统文化表现形式/民间文艺表现形式源自相关的[社区]土著人民和非土著人民⁵⁰⁰ 及当地社区⁵⁰¹ [和传统及其他文化社区]⁵⁰², 而且此种使用不会冒犯[相关的社区]该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、土著人民和非土著人民⁵⁰³ 及社区或地区的声誉造成伤害⁵⁰⁴]⁵⁰⁵。

⁴⁹⁰ Antonia Ortega。

⁴⁹¹ Makiese Augusto。

⁴⁹² Margreet Groenenboom。Johan Axhamn 表示赞同。

⁴⁹³ Danny Edwards。Margreet Groenenboom 与 Alfredo José Scafati 赞同。

⁴⁹⁴ Danny Edwards。

⁴⁹⁵ Margreet Groenenboom。Johan Axhamn 表示赞同。

⁴⁹⁶ Weerawit Weeraworawit。

⁴⁹⁷ Johan Axhamn。

⁴⁹⁸ Youssef BenBrahim。

⁴⁹⁹ 墨西哥代表团。

⁵⁰⁰ Corlita Babb-Schaeffer。参见注释 2。

⁵⁰¹ Susanna Chung。参见注释 3。

⁵⁰² Susanna Chung。参见注释 3。

⁵⁰³ Corlita Babb-Schaeffer。参见注释 2。

⁵⁰⁴ 墨西哥代表团。

⁵⁰⁵ Justin Hughes。参见注释 484。

2. 在某些特殊情况下，允许利用受保护的传统文化表现形式/民间艺术表现形式，属于国内立法的问题；但条件是此种利用不得与相关土著人民或当地社区对传统文化表现形式/民间艺术表现形式的正常利用相抵触，并不得无故损害土著人民或当地社区的合法利益。⁵⁰⁶
3. 传统文化表现形式/民间艺术表现形式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，包括传统意义上⁵⁰⁷ 一国的全体国民，无限制地使用传统文化表现形式/民间艺术表现形式或指定的部分传统文化表现形式/民间艺术表现形式。
4. 秘密传统文化表现形式/民间艺术表现形式应不属于例外范畴。⁵⁰⁸

第 5 条备选方案

应允许对传统文化表现形式/民间艺术表现形式进行任何正常的使用，除非此种行为与传统文化表现形式/民间艺术表现形式持有人的尊严和价值相抵触。⁵⁰⁹

[后接第 5 条说明]

⁵⁰⁶ Justin Hughes。

⁵⁰⁷ Anne Le Morvan。

⁵⁰⁸ Heng GeeLim。

⁵⁰⁹ Weerawit Weeraworawit。

说 明

第 5 条：例外与限制

讨论概述

专家们审议了载于文件 WIPO/GRTKF/IC/17/4Prov. 中的第 5 条。发言人普遍认为需要确保预想的 TCEs/EoF 保护措施既可以适当维护公众利益，也能够使社区自由地不断使用和发展其自己传统意义上的 TCEs/EoF。因此我们必须对例外与限制进行认真考虑。

专家们在探讨列出详细例外清单的适宜性时分为两种意见。

一些专家认为第 5 条应当侧重总原则，细节则应留给各国处理。一项建议主张取消第 5 条在允许正常使用 TCEs/EoF 部分的以下措辞：“除非使用与 TCEs/EoF 权利持有人的尊严和价值相抵触”。代之以新的第(3)款，以使国家指定机构在某些特殊情况下允许利用受保护的 TCEs/EoF[……]。

其他专家却认为，为了在国际层面上确保法律的确定性，制定详细清单很有必要。但这些专家对这些例外的内容和表述方式则各持一词。

部分专家希望保留文件 WIPO/GRTKF/IC/17/4Prov. 设想的清单，但为了符合 TCEs/EoF 的具体特点并主动说明何为 TCEs/EoF 的合理使用，可对清单进行修改但亦可保持不动。一位观察员专家强调有必要根据赋予 TCEs/EoF 的价值对这些例外作出限制。

其他专家则认为例外清单应体现版权制度所实现的权利持有人与公众利益之间的平衡。因此他们主张例外清单须体现有关例外的以往形成的和逐步丰富的内容，因为这些曾是或将要成为本制度的组成部分。一些专家建议把嘲仿(恶搞)以及“为创造一个或数个作者的原创作品而借用 TCEs/EoF”，作为例外列入清单。其他一些专家，包括某些观察员，不同意这两项具体建议。两位专家建议把版权之类的例外限制在可能受版权法保护的 TCEs/EoF 这一特定情况的范围内。

一些专家表示，需明确规定不应将秘密 TCEs/EoF 归入任何类型的特例中。

有关第(1)款(a)项设想的限制，一部分专家建议通过将传统意义上 TCEs/EoF 的“正常创造”列入允许范畴的方式，扩大其范围。两位专家担心第(1)款(a)项会在实施中造成国民与非国民之间的歧视性待遇，他们觉得是否不应过分强调“传统意义上的正常创造”的提法。

专家在 IWG 1 会议上作出的评论和提出的问题

Vittorio Ragonesi 认为在实施例外时存在着国民与非国民之间出现歧视性待遇的风险。Anne Le Morvan 强调她对此感到同样关注。

Antonia Ortega 说，根据第(1)款(a)项的规定，保护措施不会限制习惯法和做法所确定的传统和

习惯范围内的 TCEs 的使用、传播、创造, 等。因此, 她不了解如果一个土著社区直接管理 TCEs, 特别是直接管理其有形的 TCEs 时会出现什么情况。例如秘鲁就鼓励土著社区直接利用其某些表现形式, 诸如工艺品等。她询问是否此种做法可被视为是在传统范围之内。

Marcus Goffe 对“嘲仿(恶搞)”的例外有些担忧, 因为这种方式有发生不敬使用的风险。他亦对“借用”、“个人和非商业性”以及“供个人使用的摄影”的例外情况感到关注。他说第 5 条须提及事先知情同意。

观察员提出的文字建议

Miguel Pérez Solís 希望第 1 款(g)项有关“偶然使用”部分能提及三步检验法。

Paul Kuruk 不同意 Justin Hughes 的建议。他还说由于第 5 条第(1)款(c)项的例外, 本条所有其他部分的内容均涉及到 TCEs 的权利, 而不是对此种权利的限制。因此这些内容不应被归入第 5 条。显而易见, 这些条款更适于放到寻求确定土著人民和其他社区对 TCEs 享有权利的另一条的规定中。他建议把第 5 条第(1)款(a)至(b)项和第 5 条第(2)款从第 5 条里取消并纳入第 3 条, 专门解决有关 TCEs 文书所规定的受保护的权利范围。他还建议第 5 条的措词如下:

- “1. 按本条第 2 款的规定, 对 TCEs 属于合理做法的的使用, 包括但不限于个人、非商业性、教学和偶然使用, 以及与新闻报道、批评和存档相关的使用, 均属于本条第[3]款规定明确允许的土著人民或 TCEs 所有人和持有人权利的经授权的例外。
2. 凡第 5 款第(1)项规定的符合允许使用的对 TCEs 的每一种使用, 使用者须: (i) 在实际可行的情况下, 通过恰当方式告知相关的土著人民或 TCEs 所有人和持有人, 及(ii) 不得使 TCEs 受到[X]条所禁止的不敬待遇, 确保此种使用尊重相关的土著人民、TCEs 所有人和持有人的权利”。

Jens Bammel 提出了一项新的例外, 内容如下: “如作品涉及到版权、商标或其他权利持有人合法获得的知识产权, 则 TCEs 的保护措施不应适用于第 3 条第(1)项和第(2)项。在知情同意的情况下, TCEs/EoF 的保护措施不应适用于第 3 条第(3)款。”

Thiru Balasubramaniam 针对第 5 条第 1 款(c)项、(b)项, 建议不采用原来的“非商业性研究或个人学习”, 而改为“非商业性使用”。他还提出一个备选方案(f), 案文为: “如使用收益不足一个居民的年(或月)收入的使用”。

Debra HarryandTim Roberts 认为, 秘密 TCEs 不应存在例外。他提出了新的一款, 其案文如下: “第 1 款所列例外, 不适用第 3 条第(3)款范围内的秘密 TCEs”。

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, 应没有期限并⁵¹⁰ [须] 应⁵¹¹ 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)款所述的传统文化表现形式/民间文艺表现形式, 该款规定的保护期应以其继续在该社区保持或⁵¹² 按第 7 条所述作为登记或通知的事项为限; [以及]⁵¹³]⁵¹⁴
- (c) 对传统文化表现形式/民间文艺表现形式进行保护, [使其不受目的是对其造成伤害或者对其所属的社区、土著人民和非土著人民⁵¹⁵ 及社区或地区]⁵¹⁶ 的声誉或形象]造成任何歪曲、篡改或其他修改, 或使其不受侵权, 应没有期限⁵¹⁷]⁵¹⁸
- (b) [对于秘密和神圣的⁵¹⁹ 传统文化表现形式/民间文艺表现形式, 其作为秘密传统文化表现形式/民间文艺表现形式的保护期应以其继续处于秘密状态为限; 并且⁵²⁰]⁵²¹ 如

⁵¹⁰ Luz Celeste Ríos de Davis, Cliffor Guimarães, Mohamed ElMhamdi, Abbas Bagherpour Ardekani 和 Miranda Risang Ayu 对此附议。

⁵¹¹ Makiese Augusto.Issah Mahama, Rachel-Claire Okani, Amadou Tankoano, Shafiu Adamu Yauri 和 Luz Celeste Ríos de Davis 同意。

⁵¹² Mirande Risang Ayu。

⁵¹³ 墨西哥代表团。

⁵¹⁴ Susanna Chung, Makiese Augusto, Issah Mahama, Rachel-Claire Okani, Amadou Tankoano, 和 Shafiu Adamu Yauri 同意。

⁵¹⁵ Corlita Babb-Schaeffer。参见注释 2。

⁵¹⁶ Youssef Ben Brahim。Natig Isayev 同意。

⁵¹⁷ 墨西哥代表团。

⁵¹⁸ Ahmed Morsi。Justin Hughes 附议。

⁵¹⁹ Charity Mwape Salasini。

⁵²⁰ 墨西哥代表团。

⁵²¹ Susanna Chung。

其秘密性的要素因未经授权的披露而丧失，则该秘密传统文化表现形式/民间艺术表现形式应仍被视为处于秘密状态。⁵²²

[至少⁵²³就传统文化表现形式/民间艺术表现形式的经济层面而言，其保护期在时间上应是有限的。]⁵²⁴

第 6 条备选方案：保护期应没有期限。⁵²⁵

[后接第 6 条说明]

⁵²² Heng Gee Lim, Makiese Augusto, Issah Mahama, Rachel-Claire Okani, Amadou Tankoano 和 Shafiu Adamu Yauri 同意。

⁵²³ Johan Axhamn。

⁵²⁴ Natacha Lenaerts, AnneLe Morvan, Pavel Zeman 和 Johan Axhamn 附议。Vittorio Ragonesi 也对此赞同并作了一点说明：文件中的保护期为下限；如愿意，可提供较长的保护期。

⁵²⁵ Meenakshi Negi, Kamala Ratnaseeli Balachandra, Natig Isayev, Shafiu Adamu Yauri 和 Susanna Chung 附议。

说 明

第 6 条：保护期

讨论概述

专家们审议了文件 WIPO/GRTKF/IC/17/4Prov. 所述有关保护期的第 6 条。

没有专家明确反对(c)款所述对 TCEs/EoF 精神权利的保护应无期限的原则。一位专家提出了(c)款的一种写法，以将其保护范围延及不复存在的社区的 TCEs/EoF。部分专家不同意这一意见，其他人则建议把这一问题留给国内立法解决。两位专家不同意保护应限制在防止意在或旨在对之造成伤害行为的范围内。

围绕着经济权保护期的讨论，专家们分为两种意见。许多专家一致同意，只要被保护的 TCEs/EoF 符合保护资格的标准，保护就应没有期限。一些专家支持两项使案文在这方面更加简化的备选方案。

其他一些专家则认为经济权的保护期在时间上必须是有限的。提出了一项旨在使该条更加简练的建议；另一位专家建议应把拟规定的保护期作为下限标准。一些专家争辩说，TCEs/EoF 经济权利的保护期应比照适用于地理标志或/和商标的期限，但在这一点上未能达成共识。

针对(b)款规定的秘密 TCEs/EoF 的保护期，一位专家强调指出，只要秘密 TCEs/EoF 继续处于秘密状态就要确保防止其未经授权披露，这种说法听上去不合逻辑。一位专家建议增加一个意在解决这一矛盾的短语。

专家在 IWG 1 会议上作出的评论和提出的问题

Heng Gee Lim 建议在第 6 条里保留三层面的制度。他建议互换(b)款与(c)款的位置，以体现第 3 条的布局。他提出了一个有关(b)款的问题：只要其继续处于秘密状态，对秘密 TCEs 的保护就没有期限；但却没有任何规定涉及到如发生蓄意不经授权的披露行为该怎样处理。这是否意味着秘密 TCE 会因此而不再受到任何保护？他建议增加下述内容：“如其秘密性的要素因未经授权的披露而丧失，该秘密 TCEs 应继续并被视作继续处于秘密状态”，以防止对其蓄意的披露行为。他询问对不再进行登记的 TCEs 是否给予保护，同时还建议对 TCEs 给予有生之年加死后 50 年的保护期。

Luz Celeste Ríos de Davis 说，尽管她理解第 6 条的总体案文，但在提及 TCEs/EoF 时有赘述之嫌。她对(a)项感到关注，因为第 3 条第(1)款提及 TCEs/EoF 之处令人费解。此外，有一处提到了第 7 条，就 TCEs/EoF 继续受到保护而言，须保持与传统主义之间的联系，并且社区须继续使用 TCEs/EoF。例如事情并非已经结束，因为在一种特定情况下，使用的原始资源已被废弃或转化

为另一类安排。有关(b)项，对秘密 TCEs/EoF 可加以明确；但知识产权的任何客体显然都是至关重要的。为使之处于秘密状态，就要采取符合这一特点的措施。有鉴于此，应采取充分的手段和制度，以维持其机密性和限制性获取。我们需要强化这一点，因为在保护领域中缺失这些内容，其原因就在于它们没有被记录在案。我们必须建立相应机制以保持其秘密性。(c)项属于一种特殊情况，由于在本条中对保护期在总体上始终有所体现，国内立法完全可以处理这一问题。

Nemon Mukumov 在书面发言中指出：与保护期相关的问题十分重要，因为所有的知识产权客体均有一个具体的保护期。为确定民间文艺的保护期，必须特别重视其复制的日期。为此，使用《伯尔尼公约》有关版权保护期的规定乃是适宜的。

观察员提出的文字建议

Thiru Balasubramaniam 建议权利的责任和行使应与登记手续挂钩。这样可以减低与专门制度的侵权相关的风险。此外，权利登记也使得为经济权利的保护期设限具有可行性。

Lázaro Pary 建议第 6 条的措词如下：

“本文书对 TCEs/EoF 的保护期应涵盖第 1 条规定的土著人民或传统社区的生活。

- (a) 对 TCEs/EoF 进行的保护，应涵盖其持有人及在这一文化遗产尚未进入公有领域期间的生活。
- (b) 对被划分为秘密、精神或神圣几种类型的 TCEs/EoF 的保护，应以记忆保持鲜活为限。
- (c) 对 TCEs/EoF 进行保护，使其不受目的是在全部或部分破坏土著人民和社区在其生活的地方与时间内的记忆、历史和形象所造成的任何歪曲、篡改或修改，应没有期限。”

Tim Roberts 说如还要保留第 6 条(c)项，则须删除下述文字：“……目的是造成伤害……”，为使意思更加明确易懂，须删除更多的文字。他建议行文为：“(c)TCEs/EoF 的保护期，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]任何歪曲、篡改或其他修改，或使其不受侵权，应没有期限”。

第 7 条:

手 续

传统文化表现形式/民间艺术表现形式的保护无须履行任何手续。⁵²⁶

本着透明、确定和保护各种表现形式/民间艺术表现形式的精神，相关的国家主管机构可酌情 [并根据相关的政策、法律和程序以及各种表现形式/民间艺术表现形式持有人的需求和愿望]⁵²⁷，建立传统文化表现形式/民间艺术表现形式登记簿或其他登记册。⁵²⁸

1. 作为总原则，传统文化表现形式/民间艺术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/民间艺术表现形式从其创作完成起即受保护。] ⁵²⁹
2. [对具有特殊文化或精神价值或意义]、并按第 3 条第 (1) 款的规定 [申请一定保护水平的]⁵³⁰ 传统文化表现形式/民间艺术表现形式的保护措施， [须] [应]⁵³¹ 要求此种传统文化表现形式/民间艺术表现形式须由相关 [社区或] 土著人民和非土著人民⁵³² 及社区 [和传统及其他文化社区]⁵³³]⁵³⁴，由 [第 4 条所述的机构]、指定的 [国家]⁵³⁵ 主管机构或由根据社区的请求代表社区行事的第三方⁵³⁶，向 [主管局或组织] 指定的 [国家]⁵³⁷ 主管机构⁵³⁸ 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/民间艺术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

⁵²⁶ Makiese Augusto。Shafiu Adamu Yauri 赞同。

⁵²⁷ Justin Hughes 提议删除方括号中的部分。

⁵²⁸ Makiese Augusto 为第 7 条提出了新的两款内容。Shafiu Adamu Yauri 对此表示同意。

⁵²⁹ Justin Hughes。Vittorio Ragonesi 附议。

⁵³⁰ 墨西哥代表团。

⁵³¹ Benny Müller。AnneLe Morvan 和 Johan Axhamn 对此表示异议。

⁵³² Corlita Babb-Schaeffer。参见注释 2。

⁵³³ 墨西哥代表团。

⁵³⁴ Susanna Chung。参见注释 3。

⁵³⁵ 美利坚合众国代表团。参见注释 398。

⁵³⁶ 墨西哥代表团。

⁵³⁷ 美利坚合众国代表团。参见注释 398。

⁵³⁸ 墨西哥代表团。

[须][应]⁵³⁹ 归于或让予相关[社区]土著人民和非土著人民⁵⁴⁰ 以及社区[或传统及其他文化社区]。⁵⁴¹]⁵⁴²

- (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, [须][应]⁵⁴³ 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) 在哪一[社区]土著人民和非土著人民⁵⁴⁴ 以及社区[和传统及其他文化社区]⁵⁴⁵]⁵⁴⁶, 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存在任何不确定性[或争议], [须][应]⁵⁴⁷ 由受理此种登记或通知的[主管局或组织]指定的[国家]⁵⁴⁸ 主管机构⁵⁴⁹, 尽量利用习惯法、规范体系⁵⁵⁰ 和程序、法庭外争议解决办法(ADR)以及文化遗产名录等现有文化资源加以解决并帮助解决由此而产生的争议⁵⁵¹。

[后接第 7 条说明]

⁵³⁹ Benny Müller。Anne Le Morvan 和 Johan Axhamn 对此表示异议。

⁵⁴⁰ Corlita Babb-Schaeffer。参见注释 2。

⁵⁴¹ 墨西哥代表团。

⁵⁴² Susanna Chung。参见注释 3。

⁵⁴³ Benny Müller。Anne Le Morvan 和 Johan Axhamn 对此表示异议。

⁵⁴⁴ Corlita Babb-Schaeffer。参见注释 398。

⁵⁴⁵ 墨西哥代表团。

⁵⁴⁶ Susanna Chung。参见注释 3。

⁵⁴⁷ 墨西哥代表团。

⁵⁴⁸ 美利坚合众国代表团。参见注释 398。

⁵⁴⁹ 墨西哥代表团。

⁵⁵⁰ 墨西哥代表团。墨西哥代表团解释说:“规范体系”由土著人民及社区特定群体内部以口头形式发展和保存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, 土著人民应有权使用其规范体系解决出现的任何内部争议。

⁵⁵¹ 墨西哥代表团。

说 明

第 7 条：手续

讨论概述

专家们审议了文件 WIPO/GRTKF/IC/17/4Prov. 所述有关手续的第 7 条。

一些专家强调指出，这一部分的内容与第 3、4 条提出的问题密切相关，具体而言，就是三个层次的方法。故任何对第 7 条的修改，均须与第 3、4 条的相应改动保持一致。

专家们提醒，登记是条款草案中一种强制性的手续，旨在使社区能够对所登记的最具其文化特征价值的 TCEs/EoF 行使专有权。

就这一问题发言的专家意见分为两派。T

一位专家建议：第 7 条一方面要说明 TCEs/EoF 的保护无须履行任何手续，同时要说明由相关国家主管机构进行登记应被看作是一种本着透明、确定性和保护 TCEs/EoF 而采用的一种任择方案(但正如条款所述，不一定要作为一种手续)。

其他一部分专家的意见则刚好相反，他们认为无论某些 TCEs/EoF 与其他表现形式相比所具有的预想价值如何，作为一种手续，TCEs/EoF 保护都必须进行登记，这应当是一项总原则。

一些专家对在第 3 条和第 7 条里谈到的保护制度的差异表示关注，认为这可能影射到第三方使用者，并指出需简化这些条款。

讨论还涉及到 TCEs/EoF 登记中的一些法律与操作层面的问题。

部分专家吁请拟定一项更短小简洁的条款，省掉有关详细模式的内容，由主管机构具体处理这些问题。一位专家想了解对共有的 TCEs/EoF 该如何进行登记。观察员专家坚持 TCEs/EoF 的登记应由土著社区而不是由国家主管机构管理或控制，认为登记工作可能涉及到未经授权公开披露 TCEs/EoF 或对口头传统的不适当固定。一位观察员专家认为，登记应由国际主管机构管理，以确保土著人民权利并避免共有 TCEs/EoF 可能引发的矛盾。

专家在 IWG 1 会议上作出的评论和提出的问题

Shafiu Adamu Yauri 指出，保护 TCEs/EoF 的必要措施不应试图抄袭或采用版权法或规则。必须清楚，第三方事先获得的权利须通过善意方式，即通过正当合法的方式。各国须确保作为其社区代表的第三方所取得的权利。它与知识产权及其他保护形式之间的关系始终是互补的。

Xilonen Luna Ruiz 发言说，在(并且只有在)土著社区和人民自由、事先知情同意的情况下，设计和开发一个 TCEs 数据库十分重要，因为这些人群对热衷于更多了解其固有知识的“非土著

社会”并不在意，即使这些知识遭到威胁。所以比较可取的办法，就是必须在致力于弘扬和保护土著文化机构文化遗产的机构帮助下，与 TCEs 持有人一起进行登记工作；方法是发布通知并为登记与分类的范围确立明确的基础。这样做亦可使权利持有人实施管理计划或执行强化此种 TCEs 的计划。在工作文件中须充分体现这个问题。

Natacha Lenaerts 不了解在一个国家进行的登记如何适用于其他国家以及如果同一 TCEs 在不同国家登记会出现什么情况。

Clara Vargas 建议仅保护经登记的 TCEs。

Tomas Alarcón 不了解怎样在登记簿中登记口头传统。

Debra Harry 对公开披露业已登记的 TCEs 的情况表示关注。

Thiru Balasubramaniam 建议应使权利的责任和行使与登记程序建立联系。这样可以降低与专门制度的侵权相关的风险。此外，权利登记可使对经济权利保护期的设限更加可行。

第 8 条：

制裁、补救办法和行使权力

1. 在发生违反传统文化表现形式/民间文艺表现形式保护规定的情况下，[须]应⁵⁵²能提供[容易获得、适当而充分的[执法]⁵⁵³ 法律和行政措施⁵⁵⁴ [和争议解决机制]⁵⁵⁵、边境措施、制裁和补救办法，[包括[刑事⁵⁵⁶]和/或⁵⁵⁷民事补救办法]。⁵⁵⁸
2. 只有在发生故意、商业性违反传统文化表现形式/民间文艺表现形式保护规定的情况下，方提供刑事程序和处罚。⁵⁵⁹
3. 第 4 条所指[机构]指定的[国家]⁵⁶⁰ 主管机构⁵⁶¹ 应负责为[社区] 土著人民和非土著人民⁵⁶² 及社区 [和传统及其他文化社区⁵⁶³] ⁵⁶⁴ 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⁵⁶⁵ 提起民事、[刑事]⁵⁶⁶ 和行政诉讼等任务。⁵⁶⁷
4. 维护本文书提供的保护的救济措施应受提出保护诉求国家法律的制约。⁵⁶⁸

第 8 条之二

争议解决⁵⁶⁹ (包括保障原则)⁵⁷⁰

[后接第 8 条说明]

⁵⁵² 墨西哥代表团。

⁵⁵³ Makiese Augusto。

⁵⁵⁴ Makiese Augusto。

⁵⁵⁵ Makiese Augusto。

⁵⁵⁶ Danny Edwards。

⁵⁵⁷ Weerawit Weeraworawit。

⁵⁵⁸ Justin Hughes。他提出了另外的行文方式，作为删除内容的备选方案；该案文现已纳入第 2 款。Weerawit Weeraworawit 不同意这一意见并请求考虑灵活性的问题。

⁵⁵⁹ Justin Hughes。

⁵⁶⁰ 美利坚合众国代表团。参见注释 398。

⁵⁶¹ 墨西哥代表团。

⁵⁶² Corlita Babb-Schaeffer。参见注释 2。

⁵⁶³ 墨西哥代表团。

⁵⁶⁴ Susanna Chung。参见注释 3。

⁵⁶⁵ Carlos Serpas 说，鉴于萨尔瓦多的宪法规定，负责刑事或民事诉讼的主管单位为司法机构。

⁵⁶⁶ Danny Edwards。

⁵⁶⁷ Natacha Lenaerts。

⁵⁶⁸ Natacha Lenaerts。

⁵⁶⁹ Natacha Lenaerts。

说 明

制裁、补救办法和行使权力

讨论概述

专家们审议了文件 WIPO/GRTKF/IC/17/4Prov.第 8 条所设想的在侵权情况下应适用的制裁和补救办法以及行使权力的模式。

重点审议了与第 3、4、和 6 等其他各条之间的联系。

部分专家就第 8 条第(1)和第(2)款进行评论并提出了建议，这些均反映在本记录中。

一项有关第(1)款的建议，提出了一项包括侵权时所需采取措施类型的更具通用性的条款。

在第 3 条第(1)和第(2)款中纳入了刑事补救办法的规定引起了某些关注。一位专家建议把刑事补救办法的提供限制在新的第(2)款所述“故意、商业性违反 TCEs/EoF 保护规定”的情况内。

一项建议旨在确保第(2)款所述指定的国家主管机构亦可向非土著人民提供咨询意见和援助。

进一步建议增加第(4)款，规定应由提出保护诉求国家的法律来决定适用的救济措施。

两位专家还建议增加在稍后阶段草拟的第 8 条之二，这须规定将涉及所谓需处理的“争议解决”和“保障原则”。

专家在 IWG 1 会议上作出的评论和提出的问题

Carlos Serpas 建议提及国际文书，诸如 No.169 号《国际劳工组织公约》和《萨尔瓦多宪法》中的宪法原则，借鉴这些内容可以对条款草案产生影响。他还希望能够提供争议解决程序，以受保护社区采用的程序作为提供的基础。在发生侵权的情况下，他希望确保相关的土著人民及传统或文化社区通过应用他们在执法中一直使用的相同基本准则来解决争议。如涉及到社区外部的第三方，毫无疑问须适用在国家一级的现行适宜法律规定；但如果是在社区成员之间产生争议，则应依据社区程序加以解决。

Gulnara Kaken 认为第 8 条与第 6 条互有重复，在这两条中均提到了某些制裁措施。

Justin Hughes 表示有兴趣在不考虑土著人民或当地社区本身可能实施的制裁措施的情况下，讨论拟定制裁措施的适宜性。这些制裁可能要比土著人民对违规行为施加的制裁措施更严厉，他对此感到关注。

⁵⁷⁰ Margreet Groenenboom。Josephine Reynante 对此表示异议，希望避免择地行诉。

Luz Celeste Ríos de Davis 建议国际上产生的争议可由 WIPO 处理，地域性的争议则可根据国内法在国家一级解决。

Tomas Alarcón 建议要明确提及为已被侵权的客体重新确立保护的机制。这不仅要针对所受的损害进行惩处，而且还要修复损失并恢复其以前存在的状态。

Thiru Balasubramaniam 提醒人们注意在行使权力过程中出现例外的可能性，这是有别于权利本身例外的另一种例外，在有关三步检验法的 TRIPS 协定第 44 条中提及的例外就属于这种情况。

Debra Harry 说，就刑事制裁而言，需要某种惩处盗用行为的执法手段来作为一种专门的保护措施。该法律文书在这方面理应是唯一的，所以必须有某些类型的执法机制。在美利坚合众国，部落政府有他们自己保护文化遗产或文化财产的法典；如社区外部的个人在社区地域内违法，则可对其行使民事管辖权。这些裁决与国内的其他法律管辖保持协调一致。

观察员在 IWG 1 会议上提出的文字建议

Robert Leslie Malezer 对第 8 条提出新的一款规定，其内容如下：“各方有责任为因社会经济差距或其他不利因素而对其维护和促进 TCEs/EoF 权利造成不利影响的土著人民及社区提供相关的财务和技术援助”。

Lázaro Pary 为第 8 条的文字提出了备选方案：“在发生违反 TCEs/EoF 保护规定的情况下，应建立执法机制和争议解决机制”。他建议另列一款单独处理刑事制裁。Ronald Barnes 对此表示赞同。

Ronald Barnes 不赞成“包括刑事和民事补救办法”这一短语，他更倾向以“shall”取代“should”一词。“刑事和民事补救办法”的表述亦须考虑有关第三方权利的第 9 条规定。“第 4 条所指的[机构]指定的[国家]主管机构”须以履行宣传和监督职能机关的专门主管机构和制度为基础，因为它们能够考虑到对相关人群应尽的国际法律、政治义务，并与第 7 条规定的为确保所考虑的特殊状态的手续相关。

Paul Kuruk 建议制定新的一款规定：“一方缔约国承诺采取适当措施落实对该缔约国一方或多方居民提起诉讼程序的传票送达或执行对其的司法裁决，以配合另一缔约国提出的为有效实施请求国相关 TCEs 法律提供便利的请求”。

第 9 条:

过渡性措施

1. 本规定适用于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的以往... 年中⁵⁷¹ 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, 而且须以善意先用的方式⁵⁷² 尊重第三方已事先获得的权利。]各国应采取必要措施确保国内法所承认的⁵⁷³ 第三方已获得的权利。⁵⁷⁴
3. 如受益人认为作品具有冒犯性和诋毁性, 则应在可行的情况下尽快采取措施。⁵⁷⁵

[后接第 9 条说明]

⁵⁷¹ Lillyclaire Bellamy 未说明准确的年数。

⁵⁷² Marisella Ouma。

⁵⁷³ Johan Axhamn。他亦同意 Anne Le Morvan 的观点。

⁵⁷⁴ Anne Le Morvan。Vittorio Ragonesi 与 Raúl Rodríguez Porras 同意这一观点。Heng Gee Lim 不肯定是否有必要具体说明第三方获得的是什么权利。

⁵⁷⁵ Heng Gee Lim。

说 明

第 9 条：过渡性措施

讨论概述

专家们审议了载于文件 WIPO/GRTKF/IC/17/4Prov. 中涉及过渡性措施的第 9 条。

多数专家着重探讨了规定保护具有追溯既往效力的第(2)款，认为其表述方式有待进一步推敲。对此提出了若干理由。

包括观察员专家在内的一部分专家认为，追溯力须根据本规定生效之前已使用的 TCEs/EoF 类型进行细化。专家们认为，以往未经授权对在本规定生效后尚未登记的受保护 TCEs/EoF 的使用，无须按同样方式与过去未经授权对进行登记保护的 TCEs/EoF 的使用取齐划一。

其他建议旨在为给予第三方使用者的“合理时间”提出更加确切的条件。根据一项建议，给予过去未经授权使用“受益人认为具有冒犯性和诋毁性”作品的过渡期须更短。

另一方面，第 9 条对公有领域以及对第三方在本规定生效之前已获得的权利的影响，令一些专家感到关注。

提出了一项建议，旨在确保各国将采取措施保护已获得的国内法承认的权利。一位观察员专家提出了一项反建议，目的在于使相关社区重新获得对其具有特殊意义的 TCEs/EoF 的权利，以使在本规定生效前已取得所述 TCEs/EoF 权利的使用者为此支付合理的报酬；该专家根据这一思路提出了新的一款规定。

部分专家认为，在审议过渡性措施时应考虑 WIPO 的一些文件，如：《WIPO 发展议程》、《差距分析》以及即将推出的关于公有领域的研究报告。

专家在 IWG 1 会议上作出的评论和提出的问题

Thiru Balasubramaniam 说：对本文书生效之后创造的作品，文书所有的实质性条款均须适用。就本文书生效前创作的作品而言，对其经济权利须有前瞻性意识，受此限制的仅是那些其收益超出下限标准的作品，也包括为不同档次作品制定的可能不同的收益标准。

观察员的建议

Paul Kuruk 提出如下建议：在第 9 条第(2)款最后一句之后，即在“第三方”之后，加上“继续符合第 3 款规定”。他还建议增加新的一款：“如 TCEs 对拥有其权力的相关社区具有特殊意

义并且所述社区对其 TCEs 已失去控制,则该社区应有权恢复对此种 TCEs 的控制,以使在本[公约]生效时占有此种 TCEs 的当事方支付合理报酬。”

第 10 条：

与知识产权保护及其他保护形式、保存和促进之间的关系

[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]⁵⁷⁶ [补充]⁵⁷⁷ 依据国际法⁵⁷⁸、其他知识产权法律、有关保护、保存和促进文化遗产和文化表现形式多样性⁵⁷⁹ 的[法律]法律文书⁵⁸⁰ 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]⁵⁸¹ 所适用的保护]⁵⁸²

本文书规定的保护不得触动并以任何方式影响知识产权保护。因此，本文书的任何规定均不得被解释为损害此种保护。⁵⁸³

作为最终条款

通过本规定对TCEs进行的保护，不排除通过其他类型的法律保护提供的补救办法。⁵⁸⁴

跨境合作(作为第 10 条之二)

在 TCEs/EoF 处于邻国领土的情况下，上述国家应酌情为本文书的实施提供合作与支持，确保采取的措施有助于实现而不是违背其目标。

如不同国家或位于数个管辖区的不同土著或当地社区共同拥有同一TCEs/EoF，则这些国家应进行合作，与土著和当地社区(如有的话)密切磋商，共同参与实施本文书目标的活动。⁵⁸⁵

[后接第 10 条说明]

⁵⁷⁶ Abbas Bagherpour Ardekani。

⁵⁷⁷ Margreet Groenenboom。

⁵⁷⁸ Abbas Bagherpour Ardekani。

⁵⁷⁹ Benny Müller。

⁵⁸⁰ Benny Müller。

⁵⁸¹ 美利坚合众国代表团。参见注释 57。

⁵⁸² Natacha Lenaerts。

⁵⁸³ Natacha Lenaerts。

⁵⁸⁴ Amadou Tankoano。Makiese Augusto 和 Rachel-Claire Okani 对此附议。

⁵⁸⁵ Makiese Augusto。

说 明

第 10 条：与知识产权保护及其他保护形式、保存和促进之间的关系

讨论概述

专家们审议了文件 WIPO/GRTKF/IC/17/4Prov. 第 10 条所涉及的本规定与知识产权保护及其他保护形式、保存和促进之间的关系。

多数评论和文字建议，都侧重于探讨本规定与其他法律、特别是知识产权法对 CEs/EoF 保护之间的关系。

围绕着目前使用的“不取代而应补充这些法律”的表述形式，专家们就最适宜的表述方式提出了问题。其他评论和建议也殊途同归表达了类似的意见：应进一步明确所需考虑的是哪些法律。为确保该条的包容性，一项提案建议在用以保护或保存 TCEs/EoF 的备选补救办法清单中加入“法律文书”和侧重“文化表现形式多样性”的计划。一位观察员专家提出一个有关将习惯法和做法纳入这一清单的问题。为强化本规定与其他“通过其他类型的法律保护提供的补救办法”两者之间的互补性，另一提案建议以更笼统的规定取代第 10 条。

其他评论和建议对法律之间的潜在冲突表示担心。

一项建议意在明确“依据国际法”这样表述，从而使相关(保护制度)不受本规定的影响。同样，一位观察员专家建议采用更明确的语言，以确保在某些法律制度不为 TCEs/EoF 提供保护的情况下，则将以预想的本规定为准或按知识产权法的规定仅在有限的时间内保护 TCEs/EoF。

法律之间的潜在冲突促使专家提出了一项备选建议，建议指出：“知识产权保护”不得受即将出台的本文书的任何影响。会上还强调了与第 9 条过渡性措施相关评论和建议的联系。

一位专家建议应在本条规定里加入相关措词以说明在出现法律冲突时，在本文书和知识产权法律之间应以谁为准。

提及了本规定第 5 条第(1)款设想的例外与联合国教科文组织《关于禁止和防止非法进口、出口及转让文化财产所有权措施公约》相关规定之间存在的潜在冲突。

此外，部分专家(包括一位观察员专家)认为，在审议本条规定时探讨涉及各国之间进行跨境合作的问题十分适宜。提出了一项有关这方面的建议，大意是要在本规定里加入第 10 条之二。

专家在 IWG 1 会议上作出的评论和提出的问题

Arjun Vinodrai 不了解各国对本规定第 5 条第(1)款所述义务与联合国教科文组织《关于禁止和防止非法进口、出口及转让文化财产所有权措施公约》相关规定之间的潜在冲突是否可以达成妥协。

Meenakshi Negi 建议插入某些文字，说明在出现法律冲突时是以本规定还是以知识产权法为准。Preston Hardison 和 Tomas Alarcón 赞成这一意见，并希望界定 TCEs 保护与知识产权保护之间的隶属关系。

Nemon Mukumov 以书面形式发言时指出，事关民间文艺保护的全球与国际问题应在国际法中有所体现，特定问题则可纳入国内法范畴。这样才可以保持国际与特定版权保护的传统。

Greg Younging 不同意 Natacha Lenaerts 的建议。他还对“CEs/EoF 保护和保存方面现有的其他法律和非法律措施”这一表述是否存在习惯法中存在表示疑惑。Debra Harry 同意上述观点并补充说须提及土著人民拥有的司法管辖权，这样方可以确保土著人民本身有能力提供补救办法和实施制裁。

Ronald Barnes 也不同意 Natacha Lenaerts 的建议，他认为其建议无非是要说明现行法律，无论是国内法还是国际法，均对土著人民带有歧视性。

观察员在 IWG 1 会议上提出的文字建议

Paul Kuruk 建议增加一款，其内容如下：“缔约国承诺配合另一缔约国提出的为其有效实施国内法，包括但不限于诉讼程序传票的送达或司法裁决的执行提供便利的请求”。

Elizabeth Reichel 建议提及“文化多样性”和“可持续发展”。

Preston Hardison 提出如下案文：“如知识产权法目前对 TCEs/EoF 的保护为有限的保护期，则应优先适用对 TCEs/EoF 的无限保护期。如 TCEs/EoF 目前尚未受到保护但符合第 1 条规定的保护标准，则应根据本制度给予保护”。

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和约定中的定义属于某一规定国家的国民或[惯常]⁵⁸⁶居民的本条款第 2 条所确定的⁵⁸⁷所有符合资格的受益人。凡符合资格的外国受益人，均应共同⁵⁸⁸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]

⁵⁸⁶ 墨西哥代表团。Khamis Al-Shamakhi 对此表示同意。

⁵⁸⁷ Khamis Al-Shamakhi。

⁵⁸⁸ Charity Mwape Salasini。

说 明

第 11 条：国际和区域保护

讨论概述

专家们审议了文件 WIPO/GRTKF/IC/17/4Prov.所述有关如何承认 TCEs/EoF 外国持有人的权利与利益问题的第 11 条规定。

为使案文更加准确，专家提出了三项有关国民待遇的建议。一些专家要求在本条款中纳入习惯法的相应规定，或对适用某一特定国家所有国民或居民的“国家措施和法律”加以充实。一位专家询问在习惯法制定中是否存在一种申诉机制，并说这是一个重大挑战。一位观察员专家建议在那些依据国民待遇原则的适用规定中增加区域措施或法律。

一位专家建议应认真考虑互惠的原则，作为提供国际保护的一项任择方案。一些专家强调了必须解决居住在不同国家的各社区共有的 TCEs/EoF 的保护问题；他们极力主张对共有的 TCEs/EoF 可能需要采取有别于国民待遇的各国之间的专门合作机制。他们提请会议注意在第 10 条项下提出的请求增加第 10 条之二的建议。

一位观察员专家认为国民待遇原则对由来源社区及其散居社区共有的 TCEs/EoF 的国际保护不一定适合，此类 TCEs/EoF 须作为一个特殊问题处理。

专家在 IWG 1 会议上作出的评论和提出的问题

Arjun Vinodrai 不了解在习惯法制定中是否存在申诉机制，因为这可能构成一个棘手的重大挑战。

Heng Gee Lim 希望第 11 条能有一些涉及“共有民间文艺”的内容。

Luz Celeste Ríos de Davis 建议出于保护、使用和销售其他国家土著人民的集体知识产权、土著艺术与传统表现形式的目的，应使保护能象巴拿马的情况那样立足于互惠原则。如两国均成为一项条约的缔约方，就将可以提供保护。尽管国民待遇方法在知识产权领域似乎可以作为一种适宜的起点；但具体而言，当其维系着与保护的受益人的法律条件和习惯法之间的某种联系时，对这一方法须辅以其他原则，例如互惠原则。

观察员在 IWG 1 会议上提出的文字建议

Saoudata Walet Aboubacrine 建议增加提及“区域”规定的内容。Ronald Barnes 同意这一建议。

[附件和文件完]