

## 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期间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

*秘书处编拟的文件*

### 导 言

1. 第一届闭会期间工作组（IWG 1）于2010年7月19日至23日举行会议，讨论传统文化表现形式（TCE）。关于文件 WIPO/GRTKF/IC/17/4 Prov.（“保护传统文化表现形式/民间文艺表现形式：经修订的目标与原则”），IWG 1 讨论了该文件中的以下议题和条款：目标和总指导原则；保护的客体(第1条)；受益人/权利的管理(第2条和第4条)；盗用行为/例外与限制/手续(第3条、第5条和第7条)；保护期/过渡性措施(第6条和第9条)；制裁/补救办法和行使权利(第8条)；与知识产权保护及其他保护、保存和促进形式之间的关系(第10条)；以及国际和区域保护(第11条)。
2. IWG 1 的成果在该届会议的“简要报告”（WIPO/GRTKF/IC/IWG/1/2）中报告，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（政府间委员会）本届会议上作为文件 WIPO/GRTKF/IC/17/8 提供。具体而言，IWG 1 全会经过长时间、认真、仔细的审议之后，成立了6个不限成员名额的非正式起草小组，以进一步讨论、交换和汇总全

会上所发表的各种意见，争取对每一组议题提出统一的案文，包括各种备选方案。非正式起草小组将其所开展的工作汇总起来，作为 IWG 1 按要求须向政府间委员会提供的咨询意见，由各起草小组的报告员在 2010 年 7 月 23 日的 IWG 1 全会上向所有专家作了介绍。专家们在 IWG 1 全会上就汇总草案发表了意见，一些专家增加了新的备选方案。会上注意到了起草的拟议案文、发表的意见和增加的备选方案，但并未予以通过。

3. IWG 1 要求秘书处为政府间委员会本届会议编拟一份文件，纳入非正式起草小组编写的条款草案，以及在上述 2010 年 7 月 23 日 IWG 1 全会上发表的补充意见和备选方案。本文件即根据该要求写成。

#### *本文件的编拟与结构*

4. 第一届闭会期间工作组会议期间编拟的条款载于本文件附件。对于每条，另有：(i) 相关起草小组报告员所作的介绍；(ii) 2010 年 7 月 23 日 IWG 1 全会上专家对拟议条款所作的评论；以及(iii) 专家在同一天提出的其他备选方案。对第 1 条、第 3 条和第 8 条提出了其他备选方案。

#### *相关文件*

5. 政府间委员会本届会议上提供的下列其他文件也与本文件直接有关：

“第一届闭会期间工作组会议(IWG 1)简要报告”，其中包括第一届闭会期间工作组的成员名单(WIPO/GRTKF/IC/17/8)；和

“第一届闭会期间工作组会议讨论记录”(WIPO/GRTKF/IC/17/INF/7)。

6. *请委员会对附件中所载的条款进行审查和发表评论意见，以拟订这些条款的更新稿。*

[后接附件]

## 附件

## 第一条

## 保护的客体

1. “传统文化表现形式”和/或“民间文艺表现形式”是指体现以及代代相传传统文化〔和知识〕的任何形式，无论其有形还是无形，其中包括，但不限于：
  - (a) 语音或文字表现形式，例如故事、史诗、传说、诗歌、谜语及其他记叙性作品；词语、标志、名称和符号；
  - (b) 音乐或声音表现形式，例如歌曲、节奏和器乐；
  - (c) 动作表现形式，例如舞蹈、戏剧、仪式、典礼、竞赛、木偶戏及其他表演；
  - (d) 有形表现形式，例如艺术的物质表现形式、手工艺品、建筑和精神形式。
2. 保护应延及系一个土著人民或当地社区的独有产物并作为其社会或文化认同或者社会或文化遗产一部分而属于该人民或该社区的任何传统文化表现形式或民间文艺表现形式。
3. 用来指称受保护客体的具体用词，应在国家、次区域和区域层面上决定。

[后接第 1 条说明]

## 说 明

### 报告员的介绍

Justin Hughes 介绍了第 1 条起草小组的工作。他向 N. S. Gopalakrishnan、Weerawit Weeraworawit、Sa'ad Twaissi、Esteriano Emmanuel Mahingila、观察员 Natacha Lenaerts、以及 Benny Müller 和 Norman Bowman 和非政府组织的几位专家表示感谢。该工作组的主要目的是对案文尽可能进行优化，同时保留政府间委员会成员国似乎期望的覆盖面。

第 1 条第 1 款案文“[和知识]”中的单括号，并不表示工作组有不同意见，而是有至少一位专家希望(其他人也同意)看看关于传统知识(TK)的任何最终案文或文书的覆盖面是什么，以确定相关传统知识在该平行案文中有适当涉及。换言之，这不意味着一些小组成员认为必须写入知识，而是大家希望看看传统知识案文或文书中的保护对象如何表述，再最终从传统文化表现形式文书中去掉对传统知识的任何提及。

第 1 款(a)项仅作了小的修改。在第 1 款(b)项中，小组删除了“故事”，因为它足以被(a)项中的“记叙性作品和故事、史诗、传说、诗歌”所包括。在第 1 款(c)项中，小组去掉了“民间戏曲”，因为这些属于“戏、仪式或典礼”。小组还去掉了“运动”，因为它足以被“竞赛”所包括。

对罗列项进行缩短和优化最多的，是第 1 款(d)项，小组删除了列出的多数要素，转而采用“艺术”或“手工艺品”。他承认，最初的罗列项取自 1982 年《WIPO-UNESCO 示范条款》，但罗列项变得过长。所有列出的项目(“木刻、雕塑、模塑、陶器、陶土作品……玻璃器皿、制毯……玩具”)可以归入“艺术”或“手工艺品”，或同时归入两者。关于“葬礼形式”和“圣址”问题，二者均可归入“精神形式”。他给出的理由是，“精神形式”的概念可以允许一个国家根据国内法承认圣地可以构成传统文化表现形式，尽管在国际上该问题没有一致意见。换言之，对于“运动”和“圣址”两者，非正式工作组承认专家之间存在很大不同意见，所寻找的概念是在不一定要求执行的情况下，可以允许一个国家在自己对传统文化表现形式落实保护中包括这些领域。

关于第 2 款，工作组的结论是，其中一些要素重复了第 1 条其余部分以及第 2 条中的要求。对于传统知识必须“属于创造性智力活动的产物”，以及“表明社区……的特点”、“具有真实性”、“是真正的”等概念，工作组试图加以简化。对原有的限定条件作了削减，以确保受保护传统文化表现形式是属于一个土著人民或当地社区所有，并且为其所独有，即与其他社区的传统文化表现形式不同。工作组尝试把现有第 1 条第 2 款(b)项和(c)项的所有要求用第 1 条第 2 款的语言综合起来，即：传统文化表现形式要受保护，必须是一个受益群体的“独有产物”，并且“属于”该受益群体。

关于第 3 款，未作任何修改。工作组未接受增加“国际”一词的建议。

他说，工作组在使用“土著人民或当地社区”时，意识到了第 2 条下正在进行的工作。尽管工作组使用“土著人民或当地社区”来指称传统文化表现形式的持有人或(受保护传统文化表现形式的)受益人类型，但意识到第 2 条一旦得到简化和固定，各条之间用于指称受益人类型的术语将得到统一。

Marisella Ouma 对报告员的介绍补充说，工作组去掉了“无论其是否已浓缩为某种物质形式”，因为它与第 1 款中的“有形或无形”重复。

### 专家的意见

Ronald Barnes 保留对提及国内法和“圣地”提出关注的权利。

Elizabeth Reichel 建议在(d)项的列表中增加“器皿和人工制品”。她还想知道，在“有形表现形式”下提到“精神形式”是否矛盾。

Weerawit Weeraworawit 想知道为什么“标志和符号”出现在“语音或文字表现形式”中，因为在他看来，这些是图案。

Heng Gee Lim 想知道除了“传统文化表现形式”之外，保留“民间文艺表现形式”有无任何具体原因。

Regan M. Asgarali 希望保留“化妆游行服饰作品”。

Xilonen Luna Ruiz 对提及“土著人民、当地社区和文化社区”表示疑问，认为文化社区有例外。她还对删除“圣地”表示惋惜。

Rachel-Claire Okani 想知道“运动”和“竞赛”是否是同义词，同时保留是否有必要。

Silke von Lewinski 想知道，第 2 款的行文是否是要排除那些被多个社区分享的传统文化表现形式。传统文化表现形式不论为一个特定社区所独有还是由多个社区共享，保护的原理是一样的。Marcus Goffe 赞同。她还对删除传统文化表现形式应当由“土著人民或当地社区所维持、使用或进一步发展”这一条件提出疑问，因为该条件作为保护理由的一部分是合理的。

Johan Axhamn 对第 2 款中的保护标准表示了一些关注。他还建议案文全文使用“应当/应”。

José Mario Ponce 建议去掉“知识”一词的方括号。他还建议增加“仪式演唱”，并支持写入“圣地”。

Emmanuel Sackey 请大家注意“土著人民和当地社区”的表述未取得一致意见。

### 专家提出的其他备选方案

Makiese Augusto 提出了第 1 条的替代案文：

**“标 准**

受保护的传统文化表现形式/民间文艺表现形式应当：

- (a) 是创造性智力活动的产物，包括社区创造力的产物；
- (b) 表明土著人民及社区和传统及其他文化社区文化与社会认同和文化遗产具有真实性/是真正的特点；而且
- (c) 系由民族、国家、土著人民及社区和传统及其他文化社区或由根据该土著人民及社区和传统及其他文化社区的土地保有习惯制度或法律习惯规范体系或传统/祖传惯例有权利或有责任的个人所维持、使用或发展的，或者属于一个土著/传统社区。”

## 第 二 条 受 益 人

传统文化表现形式/民间文艺表现形式的保护措施，应当/应使以下：

*备选方案一：* 土著人民、当地社区和文化社区

*备选方案二：* 人民和社区，例如土著人民、当地社区、文化社区和/或民族

受益：

根据

*备选方案一：* 相关法律和/或习惯，(考虑：留给国内法)

*备选方案二：* 其法律和/或习惯，(考虑：参考《联合国土著人民权利宣言》)

受托保管和保障或持有传统文化表现形式/民间文艺表现形式，并将传统文化表现形式/民间文艺表现形式作为其文化与社会认同和文化遗产的特点或真正表现加以维持、使用或发展的。

[后接第 2 条说明]

## 说 明

### 报告员的介绍

Miranda Risang Ayu 感谢 Norman Bowman、Corlita Babb-Schaeffer、观察员 Vittorio Ragonesi、Lilyclaire Bellamy、Sa'ad Twaissi、Marisella Ouma、Heng Gee Lim、观察员 Magreet Groenenboom、Josephine Reynante、Susanna Chung 和 Benny Müller，以及非政府组织的几位专家，包括 Ronald Barnes、Ana Leurinda、Elizabeth Reichel、Debra Harry 和 Preston Hardison。

她首先评论了该小组提出的第二套备选方案。“相关法律和/或习惯”暗示把落实留给国内法，而“其法律和/或习惯”引用了《联合国土著人民权利宣言》。

关于第一个备选方案，该小组希望使用“土著人民”，因为该词已经在许多国际公约中使用过，有一套保护制度。“当地社区”是一个基于领土考虑的词语，所指的集体或社区不是由传统背景或文化背景界定的，而是由二者共同界定的。关于“文化社区”，这种表述包括了除土著人民以外与受益人有关的术语的所有考虑，例如“民族”。

第二个备选方案与之相似，该小组在其中使用了更抽象的词语：“人民和社区”，后接“例如”。曾考虑使用“比如”，但一个小组成员提出“例如”，认为该词更准确。全部案文均可以简称“受益人”。

### 专家的评论意见

Emmanuel Sackey 希望写入“传统社区”。

Natacha Lenaerts 对第一组备选方案持保留意见。关于第二组，他倾向于第一种备选方案。Pavel Zeman 赞同。

Charity Salasani 赞同使用“特点”一词，而不是“真正表现”，她希望将其删除。

Youssef Ben Brahim 建议使第 1 条和第 2 条相一致，把第 1 条改为“……系第 2 条所述受益人的独有产物”。

Marcus Goffe 提出，应当有一条规定适用于不能确定传统文化表现形式属于任何一个具体社区的情况；在这种情况下，可以写入“国家民间文艺”。



### 第 三 条

#### 保护范围

##### A 条

#### 秘密的传统文化表现形式

对于土著人民或当地社区为之保密的受保护 TCE/EoF，土著人民或当地社区应有办法通过适当而有效的法律和实际措施，防止任何未经授权的固定、披露、使用和其他利用。

#### 备选方案一

##### B 条

#### 为其他受保护TCE保证的权利

对于受保护 TCE/EoF，应有适当而有效的法律和实际措施确保土著人民和当地社区拥有授权进行下列活动的不可剥夺的专有权利：

- + 固定
- + 复制
- + 公开表演
- + 翻译或改编
- + 向公众提供和传播

受保护 TCE/EoF 未经授权的使用者曾作出真实善意的努力寻找这些权利的受益人，未找到的，在符合 C 条规定的情况下，受益人仅有权获得合理报酬或利益分享。

##### C 条

#### 署名、声誉和完整

土著人民或当地社区应有权被承认为 TCE/EoF 的来源，对于对该 TCE/EoF 进行任何歪曲、篡改或其他修改，或进行其他减损，可能有损于土著人民或当地社区的声誉或完整性的行为，应有权提出反对。

#### 备选方案二

##### B 条

第一条和第二条定义的 TCE 持有人/受益人的经济权利和精神权利，应当以合理、兼顾各方利益的方式予以保障。

关于精神利益，持有人/受益人应当有权被承认为 TCE/EoF 的来源，对于对该 TCE 进行任何歪曲、篡改或其他修改，或进行其他减损，可能有损于 TCE 声誉或完整性的行为，应当有权提出反对。

[后接第 3 条说明]

## 说 明

### 报告员的介绍

Weerawit Weeraworawit 报告了该小组的工作，该小组的成员有 Justin Hughes、Marisella Ouma、Meenakshi Negi、Norman Bowman、Johan Axhamn、Benny Müller、Esteriano Emmanuel Mahingila 和其他人，包括非政府组织的专家。

为确定性和灵活性起见，该条标题改为“保护范围”。三层结构得到保留。第一层涉及“秘密的传统文化表现形式”，见 A 条；第二层是“为其他受保护 TCE 保证的权利”，见 B 条；第三层为“署名、声誉和完整”，见 C 条。

Justin Hughes 对报告员的介绍作了补充，指出该组认为对秘密传统文化表现形式的保护是最重要的关注，因此把它移到该条开头。“固定”是指任何固定。秘密传统文化表现形式必须受到保护免受任何——任何——未经授权的利用。

关于“为其他受保护 TCE 保证的权利”，报告员说，该组就“已登记”或“未登记”传统文化表现形式问题进行了非常有建设性的讨论，而这在政府间委员会的讨论过程中始终是一个要点。小组中的许多人认为这种区分无法落实，不如单一制度可取，但同时也不想惩罚那些不小心使用传统文化表现形式或已作出善意努力寻找传统文化表现形式持有人或受益人但未找到者。这是登记制度的优点：寻找传统文化表现形式的受益人。

B 条备选方案一旨在鼓励登记制度，但并不作出要求，不要求有登记才能受保护，但仍然保护无法找到受益人的传统文化表现形式善意使用者免受严厉措施的制裁。当确实找到受益人时，则有公平的报酬。这与署名、声誉和完整问题无关，这些问题归于一组，在备选方案一和备选方案二中均有。

Marisella Ouma 进一步补充说，该条的内容很难达成协商一致。她说，小组尝试确定该条到底需要保护什么，即“盗用和滥用”。最后明确的问题之一是要把标题修改得更积极。所需要的是授予权利，以便更容易处理例外和限制问题。该小组尝试采用专家的各种观点，使提出的文件可以给国家法律以灵活度。为清楚起见，小组把经济权与精神权分开，以此单独起草了关于署名、声誉和完整的 C 条。

### 专家的意见

Johan Axhamn 对第 1 条的保护客体表示关注，因此不同意备选方案一。

Susanna Chung 表示关注，许多要点未被备选方案所包括，例如“事先知情同意”、“公平分享利益”、“虚假、误导、混淆”及“衍生作品”的问题。此外，“作出真实善意的努力寻找”和“以合理、兼顾各方利益的方式得到维护”均是非常含糊的措词。她建议返回包含许多这种关注的原来案文。Debra Harry、Carlos Serpas 和 Ronald Barnes 赞同。Ronald Barnes 还指出删除了“制止”一词，她不赞同。

Heng Gee Lim 回顾说，措词必须与第 2 条相一致。他说，B 条备选方案一第一句中为清楚起见需要增加“其他”一词，以便与该条标题保持一致。他还指出，第 2 款的措词不好，建议把“未找到的”改为“无法找到的”。

Debra Harry 指出删除了“圣”一字，并提醒说，“秘密”和“神圣”需要在案文中出现，因为土著人民有意保护神圣的传统文化表现形式，并为之保密。她还对 B 条备选方案一表示关注，该条对受益人可以有资格获得的报酬类型或利益分享规定了不必要的限制。“真实善意的努力”一词太含糊，给土著人民加上了沉重的负担。同样，C 条给土著人民加上了证明滥用其传统文化表现形式给其声誉或完整性造成损害的责任。此外，应当增加“土著人民和当地社区的价值”，扩大滥用的范围。最后，该条的初衷——制止盗用，不再是重点，“盗用”一词不见了。

Silke von Lewinski 提醒注意，出现了从事先知情同意权转向授权使用的传统知识产权排他权的转移。Ronald Barnes 和 José Mario Ponce 赞同。Ponce 还希望除了“法律和实际措施”以外，增加“行政措施”。

Natacha Lenaerts 对整条持保留意见。

Luz Celeste Ríos de Davis 对该条标题作出评论，建议在西班牙文中将其由“alcance de protección”改为“ámbito de protección”。

Robert Leslie Malezer 说，应当仅提及“受益人”，不必列出所有可能的受益人。他还对“人民”一词为单数表示关注，他倾向于使用复数“人民”。他还说，“合理、兼顾各方利益的方式”过于含糊，可能导致歧视。他还对“合理报酬”表示关注。

### 专家提出的其他备选方案

Makiese Augusto 提出了第 3 条的替代案文：

“应提供适当而有效的法律和实际措施，维护本规定第二条所定义的传统表现形式/民间文艺表现形式受益人对这种传统文化表现形式/民间文艺表现形式以及衍生作品和改编作品的使用进行控制、授权或禁止及从中受益的专有权。

应制定从 TCE、衍生作品和改编作品的受益人获取事先知情同意的适当而有效的法律和实际措施，以确保防止以下行为：

- 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)；
- 任何未适当注明传统文化表现形式/民间文艺表现形式源自土著人民及社区和传统及其他文化社区的使用；
- 可能损害传统文化表现形式、衍生作品和改编作品，可能对社区的声誉、习惯价值或文化认同或完整性造成伤害的任何歪曲、篡改或其他修改，或其他减损行为；

- 凡对提及、借鉴或使人想起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/民间艺术表现形式的商品或服务作出任何虚假、混淆或误导性表示或说法，并暗示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的行为，可加以制止，并/或受到民事或刑事制裁；以及

对传统文化表现形式、衍生作品和改编作品的使用或利用以营利为目的的，应当有公平公正的利益分享。条件应由相关社区与第四条所称的国家指定主管机构协商后确定。”

## 第 四 条

### 权利的管理

1. 第三条规定的权利的管理，属于第二条定义的受益人，或者属于根据受益人的请求代表其行事的指定主管机构(例如区域、国家或地方机构)。主管机构授权时：
  - (a) 只有按受益人的传统决策和治理程序经过适当磋商、取得受益人的事先知情同意之后才应/应当授权；并且
  - (b) 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/应当由主管机构直接提供给有关受益人或者用于受益人的利益。
2. 在受益人提出请求的情况下，指定主管机构应与受益人协商：
  - (a) 履行宣传、教育、咨询和指导等职能；
  - (b) 监督传统文化表现形式/民间文艺表现形式的使用，以确保使用做到公正和恰当；
  - (c) 制定确定任何货币或非货币利益的标准；并
  - (d) 在为使用传统文化表现形式/民间文艺表现形式而进行的任何谈判中提供援助。

[后接第 4 条说明]

## 说 明

### 报告员的介绍

Miranda Risang Ayu 说，小组修改结构有几个原因。首先，小组认为，应当增加“事先知情同意”。小组调整该条结构，也是为了对其进行简化，并制定各种要求的累积清单。就此问题，主管机构不是原始权利人，但在无法找到受益人时担任保障权利的代理人或权利管理人。主管机构可以在找到受益人时主动退出。

第二，小组把权利视为积极的文化权。政府的作用是在受益人或权利人需要援助的时候提供援助，但当他们能够自己管理权利时，政府必须让他们自己管理权利。这是自决权和国家或政府或其他主管机构权力二者的结合。此外，小组还希望为政府组织、非政府组织或国家辅助部门规定在国家或地区一级要求主管机构管理权利的可能性。选择将留给国家层面作出。

### 专家的意见

Susanna Chung 指出权利的“所有”和“管理”之间可能出现混淆。使用者不应在没有政府参与的情况下直接进入社区。她还建议把“授权”改为“事先知情同意”。Issah Mahama 和 Xilonen Luna Ruiz 赞同后一点，补充说该条应当与第 3 条有联系。Ronald Barnes 赞同。他还补充说，主管机构不能是国家机构，应当是国际机构。

Heng Gee Lim 建议把第 1 款(b)项后半部分“受益人的利益”改为“相关受益人的利益”，以确保利益流向受益人而非主管机构。Miranda Risang Ayu 赞同。

Natacha Lenaerts 对整条持保留意见。

Robert Leslie Malezer 建议明确区分受益人的权利和主管机构的职能。

## 第 五 条

### 例外与限制

1. TCE/EoF 的保护措施：
  - (a) 不得限制土著人民和当地社区的成员在传统和习惯范围内，对 TCE/EoF 进行按习惯法和惯例属于正常的利用、传播、交流和发展；并且
  - (b) 应仅适用于在受益社区成员范围以外或者在传统或习惯范围以外对 TCE/EoF 进行的利用。
2. 在某些特殊情况下允许使用受保护的 TCE/EoF，应由各国立法决定，条件是这种利用不与受益人对 TCE/EoF 的正常利用相抵触，也不无理地损害受益人的合法利益。

*建议增加：*

3. 以下行为应当允许，不论这些行为是否已经为二所允许：
  - (a) 为非商业性文化遗产保护而录入档案、目录、进行传播的目的，制作 TCE/EoF 的记录品及其他复制品；及偶然使用；以及
  - (b) 受 TCE/EoF 启发/TCE/EoF 借鉴的原创作品。

[后接第 5 条说明]



## 说 明

### 报告员的介绍

Weerawit Weeraworawit 说，小组努力对案文进行清理和简化。他补充说，小组的一些成员原希望修改该条标题，但最后决定保留原标题，以便与其他国际文书保持一致。

第 1 款反映了原案文第 1 款(a)项和第 1 款(b)项。第 2 款包括了原来第 1 款(c)项中提到的各种情况。增加了第 3 款，以反映第 2 款不足以包括这些具体情况观点。

Justin Hughes 对报告员的介绍作了补充，再次指出，案文中使用“TCE/EoF”是为了预留位置，与使用“IPLC”、等待就所用适当术语达成一致意见一样。他因此要求大家把重点放在结构、原则和准则上，而不是术语上。他还补充说，该条有两种备选方案：要么综合第 1 款和第 2 款，要么综合第 1、第 2 和第 3 款。后一种备选方案旨在收入 1982 年《UNESCO-WIPO 示范条款》中的例外与限制。Danny Edwards 赞同。

### 专家提出的评论意见

Susanna Chung 警告不要重新跌入罗列的做法。她对第 1 款和第 2 款感到满意。她对“启发/借鉴”的概念表示关注，她认为这过于含糊，并对未提及“事先知情同意”感到关注。她因此建议不要写入该段。Preston Hardison、Debra Harry、Issah Mahama、Xilonen Luna Ruiz 和 Heng Gee Lim 赞同。

Rachel-Claire Okani 对“以外”一词表示关注。她还想知道“某些特殊情况”指什么。Debra Harry 赞同，认为该词“含糊”。

Paul Kuruk 建议增加：

“对传统文化表现形式的使用，符合被允许使用的条件的，使用者每次使用时均须通过以下方式，确保这种使用尊重相关土著人民或传统文化表现形式所有人或持有人的权利

- (1) 可行且可能时，适当注明相关土著人民或传统文化表现形式所有人或持有人；并且
- (2) 不对传统文化表现形式进行第二条所禁止的贬损行为。”

Paul Kuruk 也对第 3 款(b)项提出疑问，该项的效果是允许获取传统文化表现形式的知识产权，而这不是该条的宗旨。Preston Hardison 和 Issah Mahama 赞同。

Ronald Barnes 重申了其关于国际性主管机构的意见。他还对第 3 款(a)项持保留意见。

Preston Hardison 对写入第 2 款表示疑问，该款采用了模棱两可的词语。他还注意到删除了可以发生例外与限制的条件，这在原案文中有。

Heng Gee Lim 对第 3 款(a)项中缺少对秘密传统文化表现形式的保障表示关注。Justin Hughes 赞同，并希望指出该点已经讨论过。Weerawit Weeraworawit 也赞同。

Amadou Tankonao 说，第 1 款(b)项与该条的目标相悖，将有利于盗版。

Anne Le Morvan 建议把例外与限制与所授予的权利相联系，尽管这些尚未得到清楚定义。她还建议牢记 WIPO 版权及相关权常设委员会的工作，该委员会也在进行关于例外与限制的工作。Raúl Rodríguez Porras 赞同。

Xilonen Luna Ruiz 建议让措词与第 4 条的措词相一致，尤其是在涉及习惯法时。她还对“成员”的提法表示关注。

Debra Harry 说，第 2 款给了各国政府同意使用传统文化表现形式的唯一权力。该条需要反映受益人自己在决定任何使用时的决策和自由事先知情同意权。她不赞同第 3 款(a)和(b)项，这些将有利于盗用，并且忽视了自由事先知情同意的原则。该条给了非商业性使用或学术性使用很多例外，这在过去曾引发盗用。

Weerawit Weeraworawit 赞同第 2 款，认为国内法的制定将在善政和相关方参与的基础上进行。

## 第 六 条

## 保 护 期

备选方案一:

同 WIPO/GRTKF/IC/17/4 Prov.。

备选方案二:

1. 传统文化表现形式/民间艺术表现形式的保护期，应以该传统文化表现形式/民间艺术表现形式继续符合本规定第一条规定的保护标准为限；而且，
2. 对 TCE/EoF 进行保护，使其不受目的是对其造成伤害或者对其所属的社区、土著人民及社区或地区的声誉或形象造成伤害的任何歪曲、篡改或其他修改或侵犯，应没有期限。

备选方案三:

1. 传统文化表现形式/民间艺术表现形式的保护期，应以该传统文化表现形式/民间艺术表现形式继续符合本规定第一条规定的保护标准为限，而且
2. 至少在涉及 TCE/EoF 的经济方面时，对其进行的保护应当有时间限制。

问题 1:

保护期是否应当考虑 TCE/EoF 受保护的(经济、社会、精神权利)?

问题 2:

各项规定对不同利益有关者群体可能有何影响?

问题 3:

在对 TCE/EoF 进行适当、有效保护方面，怎样把溯及既往、永久或者无限的保护与言论自由和创作自由的要求平衡起来?

问题 4:

公有领域作为一种西方的建构，是否应当考虑?

问题 5:

保护范围是否应影响保护时间?

问题 6:

秘密 TCE 是否应明确提及?

问题 7:

限制 TCE/EoF 的保护期，经济因素是否应优先考虑？

问题 8:

保护期的长短，是否应区别集体持有和个人持有的 TCE/EoF？

[后接第 6 条说明]

## 说 明

### 报告员的介绍

Arjun Vinodrai 说，尽管观点各异、但讨论非常活跃、和谐。他说，小组制定了若干备选方案及相关问题。该组由 Natacha Lenaerts、Rachel-Claire Okani、Arjun Vinodrai、Jens Stühmer、Xilonen Luna Ruiz、Shafiu Adamu Yauri、Amadou Tonkaoua 以及 Ana Leurinda、Greg Younging、Tim Roberts 和 Paul Kuruk 组成。

制定了三个备选方案。第一个方案是保留文件 WIPO/GRTKF/IC/17/4 PROV.的原文，因为明确包含已登记和未登记(即秘密)传统文化表现形式很重要。第二个方案与第一个类似，但得到简化。它未明文提到已登记和未登记(即秘密)传统文化表现形式之间的区分。第三个选项引入了关于保护传统文化表现形式是否应当考虑经济问题的考虑。最后，该组用一组问题指出了三个选项背后的政策辩论领域。

### 专家的评论意见

Anne Le Morvan 重申了她关于应当限制保护期的关注。她倾向的方案是第三个。Danny Edwards 赞同。她还想知道案文中各个问题的地位。Carlos Serpas 想知道由谁回答这些问题，当前文件的地位是什么。

Susanna Chung 建议保护期应当无限。Weerawit Weeraworawit、Ronald Barnes 和 Marisella Ouma 赞同。她说各项问题超出了该条的范围。Preston Hardison 和 Miranda Risang Ayu 赞同，并倾向于第二种方案。

Silke von Lewinski 建议把该条与第 1 条和保护标准联系起来。同样，Luz Celeste Ríos de Davis 说，她希望保护没有期限，只要一直符合保护标准。

Heng Gee Lim 就第三种方案的实际应用提出警告，因为该规定可能与传统文化表现形式的代代相传特点相抵触。Miranda Risang Ayu 赞同。Amadou Tankoua 也赞同，并补充说，因为权利是集体权，限制保护期将产生问题。José Mario Ponce、Lázaro Pary 和 Issah Mahama 赞同。

Youssef Ben Brahim 建议删除“目的是对其造成伤害”，因为这让受益人承担了证明存在故意的不必要责任。

Greg Younging 倾向于第二种方案，说“经济方面”指什么不清楚。

Xilonen Luna Ruiz 倾向于第一种方案。她还说，应当牢记目标。

Lázaro Pary 建议增加：“针对旨在逐渐、在其居住地或别处全部或部分毁灭土著社区和人民的记忆、历史和形象的任何形式的歪曲、篡改或其他侵犯而给予的保护，应没有期限。”

## 第 七 条

### 手 续

1. 作为总原则，传统文化表现形式/民间文艺表现形式的保护无须履行任何手续。国家主管部门可以建立 TCE/EoF 登记簿或其他登记册。

[后接第 7 条说明]

## 说 明

### 报告员的介绍

Weerawit Weeraworawit 说，该组一致同意不应当有手续。

### 专家的评论意见

Danny Edwards 说，看一下已经建立登记簿的一些国家的经验将很有意义。

Robert Leslie Malezer 说，第二句存在问题。Youssef Ben Brahim 赞同。最好在第 4 条下处理。Preston Hardison 和 Miranda Risang Ayu 赞同。Debra Harry 也赞同，并补充说，秘密传统文化表现形式应当永远不适用任何手续，因此应当明确指出秘密的或神圣的传统文化表现形式被排除在外。她解释说，登记给受益人增加了不必要的负担，因此不应当是一项保护条件。

Emmanuel Sackey 建议增加“区域”主管机构，以照顾 ARIPO 议定书下的机制。

Youssef Ben Brahim 要求以行政措施作为法律保护的后备。

## 第 八 条

### 制裁、补救办法和行使权利

[ 备选方案一：与其他文书的一致性 ]

1. 缔约各方承诺根据其法律制度采取必要的措施，确保本文书的适用。

[ 备选方案二：规定性更强，但限制刑事救济 ]

1. 对于第三条规定的盗用，应当有容易获得、适当而充分的执法措施，其中包括争议解决机制、民事救济、边境措施、制裁，以及至少在商业规模的故意盗用中，有刑事处罚。

[ 备选方案三：注释缔约方可能希望提供其认为适当的刑事和民事救济 ]

1. 在发生违反传统文化表现形式/民间文艺表现形式保护的情况下，应当有容易获得、适当而充分的执法和争议解决机制、边境措施、制裁和补救办法，包括刑事和民事救济。
2. 按第四条的规定指定 [ 指定主管机构 ] 的，可以另外要求其负责为第二条所指的受益人提供有关权利行使问题的咨询意见和援助，在适当时根据受益人的请求提起本条规定的救济等任务。
3. 维护本文书所给予的保护的补救办法，应当遵守申请保护之地的国家立法。
4. 缔约各方应当提供合作与援助，为执行本文书所规定的执法措施提供方便，尤其是在 TCE/EoF 位于相邻国家的领土上，或者 TCE/EoF 为不同国家或者为多个管辖区的土著人民和社区共有的情况下。

[后接第 8 条说明]



## 说 明

### 报告员的介绍

Vladia Borissova 介绍了该组，成员有 Norman Bowman、Anne Le Morvan、Larisa Simonova、Dariusz Urbanski、Issah Mahama 和其他专家。关于第 1 款，起草小组提出了三个备选方案。备选方案一强调了与其他文书的一致性，承认了几名专家关于救济需要考虑许多因素的观点，其中包括土著和当地人民的做法，尤其是其制度。备选方案二规定性更强，但对刑事救济作了限制。她说拟议案文考虑了 Justin Hughes 就 TRIPS 刑事制裁规定所作的评论。备选方案三指出了专家关于各方希望在违反传统文化表现形式/民间文艺表现形式的情况下提供其认为适当的刑事和民事救济的观点。关于第 2 款，小组根据全会上的讨论提出了誊清的案文。

### 专家的评论意见

Heng Gee Lim 倾向于备选方案三。他还建议删除第 2 款，因为它与第 4 条重复。但是，他建议把该款最后部分“在适当时根据受益人的请求提起本条规定的救济”移到第 4 条第 2 款，作为新的(e)项。

Mara Rozenblate 支持备选方案一。

Paul Kuruk 希望看到一些有关各国之间就执法、服务和程序开展合作的语言。

Preston Hardison 支持备选方案三，但有一些保留。Susanna Chung 赞同。她补充说，第 3 款不明确，并要求起草小组澄清“申请保护之地”的含义。她希望把第(4)款保留在第 11 条下。

Ronald Barnes 说，主管机构应当是一个国际主管机构。

### 专家提出的备选方案

Issah Mahama 提出以下备选案文作为新的第 12 条，取代第 8 条第 4 款：

#### “跨境合作

传统文化表现形式/民间文艺表现形式位于相邻国家领土上的，这些国家应酌情合作，支持本文书的落实，确保所采取的措施有助于且不违背其各项目标。

传统文化表现形式/民间文艺表现形式属于不同国家或属于几个管辖区的土著和当地社区共有的，这些国家应当与土著和当地社区（如果有）进行密切磋商，在其参与下，合作进行本文书各项目标的落实工作。”

## 第 九 条

### 过渡性措施

#### 备选方案一:

1. 本规定适用于在本规定生效时符合第一条所列标准的一切传统文化表现形式/民间文艺表现形式。
2. 对传统文化表现形式/民间文艺表现形式进行在本规定生效之前已经开始的但为本规定所不允许或以其他方式受本规定管制的持续行为，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，但须尊重第三方通过善意在先使用已事先获得的权利。

#### 备选方案二:

1. 本规定适用于在本规定生效时符合第一条所列标准的一切传统文化表现形式/民间文艺表现形式。
2. 国家应当确保有必要措施，维护第三方已获得并且被国家法律承认的权利。

#### 备选方案三:

1. 本规定适用于在本规定生效时符合第一条所列标准的一切传统文化表现形式/民间文艺表现形式。
2. 对传统文化表现形式/民间文艺表现形式进行在本规定生效之前已经开始的但为本规定所不允许或以其他方式受本规定管制的持续行为，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，但须尊重第三方已事先获得的权利，第 3 款规定的情况除外。
3. TCE/EoF 对对其拥有权利的相关社区有特别意义，被拿到社区的控制之外的，社区应有权索回这些 TCE/EoF。

#### 问题 1:

各机构目前的工作是否出于善意？

#### 问题 2:

第三方权利是否是合法取得的？

#### 问题 3:

新的专门制度产生的问题，可能对其他法律制度有什么影响？

问题 4:

社区向占有 TCE/EoF 的当事方索回 TCE/EoF，是否应向当事方支付赔偿？

问题 5:

国家是否应确保采取措施，维护第三方代表 TCE/EoF 利益有关者已经取得的权利？

[后接第 9 条说明]

## 说 明

### 报告员的介绍

Arjun Vinodrai 说，第 9 条起草小组与第 6 条的一样。小组确定了若干备选方案，这些方案不一定有一致意见，但抓住了辩论的各项问题。

第一种备选方案与 WIPO/GRTKF/IC/17/4 PROV. 的案文近似，但增加了一条规定，要求第三方的权利应当是通过善意事先使用取得的。第二种备选方案增加了一条规定，规定国家应当确保必要措施，维护第三方已获得、国家法律承认的权利。最后一种选项增加了一项规定，让各社区有权索回有特别意义、但被拿到社区的控制之外的传统文化表现形式。各项问题反映了需要进一步讨论的辩论领域。

### 专家提出的评论意见

Heng Gee Lim 倾向于第一种备选方案。他对三种备选方案持总体保留意见：没有关于处理冒犯性或贬损性作品的规定。

Raúl Rodríguez Porras 支持备选方案二。

Susanna Chung 支持备选方案一。她说问题 4 不应当是现阶段的问题。Miranda Risang Ayu 和 José Mario 赞同，Preston Hardison 也赞同，她还提到土著人民因为受到严重损害而索回其传统文化表现形式的权利。Debra Harry 赞同。

Debra Harry 对备选方案一第 2 款和被盗用的传统文化表现形式有一些关注。她说“善意”的思想非常主观，“特别意义”也是如此。她建议对措词作如下修改：“但须尊重第三方合法并在取得土著人民和当地社区事先知情同意的情况下已事先获得的权利”。索回被盗用传统文化表现形式的权利非常重要，要予以保留。Ronald Barnes 和 José Mario Ponce 赞同。

Shafiu Adamu Yauri 对“第三方获得的权利”表示关注，因为一切都取决于这些权利是如何取得的。Emmanuel Sackey 赞同，并倾向于备选方案一。他还提到第 1 条和保护标准。Amadou Tankanoua、Assiah Mahama 和 Rachel-Claire Okani 赞同。

Greg Younging 支持备选方案一。他说，拟议的该条未反映起草小组的所有讨论内容，并要求澄清观察员在起草工作中的地位。Ronald Barnes 赞同。

Justin Hughes 对备选方案一第 3 款表示了一项关注，涉及归还实体物品，这超出了 WIPO 的活动领域，并且已经被一系列教科文组织文书所涉及。

Paul Kuruk 支持备选方案三，尤其是第 3 款，因为教科文组织文书未涉及国家边境内的情况，也不适用于公约生效前被窃取的物品。

## 第 十 条

### 与知识产权保护及其他保护、保存和促进形式之间的关系

[ 备选方案一: 强调相关国际法律文书的补充保护 ]

根据本规定对传统文化表现形式/民间文艺表现形式进行的保护, 不取代而应补充国际知识产权文书以及有关维护、保存和促进文化遗产和文化表现形式多样性的法律文书和方案规定的对该表现形式及其演绎作品/改编作品所适用的保护和措施。

[ 备选方案二: 参照 WPPT 的先例/强调知识产权的连续性 ]

本文书所规定的保护, 不应减损而且不应以任何方式影响国际知识产权法律文书规定的保护。因此, 本文书的任何条款均不得解释为有损于这种保护。

[ 备选方案三: 强调 TCE 的无限保护期持续进行 ]

TCE/EoF 目前受知识产权法的保护, 保护期有限的, 本文书规定的保护优先。

[后接第 10 条说明]

## 说 明

### 报告员的介绍

Norman Bowman 代表专家和观察员小组发言，他们提供了第 10 条的各项备选方案。第 10 条涉及与知识产权保护和其他保护、保存和促进形式之间的关系。项规定争议不大。第 10 条涉及两个主要问题：传统文化表现形式保护与知识产权法和非知识产权措施的关系。关于与知识产权法的关系，原文件的说明部分清楚写明，为传统文化表现形式提供保护是为了弥补现行知识产权法在为这些表现形式提供保护方面存在的差距。因此很明显，目的是任何新的保护形式应当是现有保护的补充。第二，说明部分还写明，目的是适用于传统文化表现形式、为实现其他公共目标而规定的其他法律保护形式和其他措施应当继续。第一种备选方案与原文案文差别不大。其他备选方案反映了专家在全会上表达的观点。备选方案一旨在强调相关国际法律文书的补充保护。备选方案二意在强调知识产权的连续性。备选方案三的措词亦在强调根据该文书可以向传统文化表现形式提供无限期保护的重要性。

### 专家的意见

Susanna Chung 赞同备选方案一，因为其他两个备选方案对现有知识产权造成了干扰。Miranda Risang Ayu 赞同。

Rachel-Claire Okani 对把知识产权和正在建立的专门制度并列起来提出警告。Ronald Barnes 赞同。她建议，把第 10 条与第 11 条交换，命名为“最后条款”，内容仅是：“通过本文书的保护不得排除其他法律保护措施的使用”。

Pavel Zeman 强烈倾向于备选方案二。

Heng Gee Lim 倾向于备选方案三，条件是“优先”一词得到适当澄清。备选方案一和二似乎有一个缺点：传统文化表现形式将受保护，但与此同时，它们必须尊重已经授予具体个人的知识产权，举例来说，属于传统文化表现形式一部分的一个标志或符号，或者是一件音乐作品。如果该音乐作品受版权保护，或者该标志被注册为商标，那么是否意味着该注册商标的所有人能够阻止受益人在其所有传统文化表现形式上使用该标志或符号？在备选方案三中，“优先”一词包含两种可能性：第一，有效期，换言之即知识产权终止时，传统文化表现形式的有效期或保护仍然存在；第二，优先于排他权的行使，换言之，可以理解为只要知识产权存在，知识产权的所有人就能够阻止土著人民使用传统文化表现形式。这未具体提到。

Xilonen Luna Ruiz 说，三个备选方案互已补充，可以同时保留，但要重新行文。Justin Hughes 和 Lázaro Pary 赞同。她支持备选方案一和三。

Justin Hughes 说，备选方案三在传统文化表现形式与保护期有限的版权之间的关系及传统文化表现形式与保护期无限的商标之间的关系二者之间造成了差别。这在三种知识产权形式之间造成了不平衡，因为商标不是一种保护期有限的知识产权形式。

Debra Harry 说，备选方案一和二似乎让知识产权优于习惯法，从本质上让版权优先于传统文化表现形式。目的是保护不被知识产权覆盖的客体。她支持备选方案三，该方案强调保护期无限。

## 第十一条

### 国民待遇

依据实施本国际条款的国家措施或法律，对传统文化表现形式/民间文艺表现形式实行保护所产生的权利和利益，应提供给按国际义务或约定中的定义属于某一规定国家的国民或居民的所有符合资格的受益人。凡符合资格的外国受益人，均应享受与作为保护国国民的受益人相同的权利和利益，并享受本国际条款所专门授予的权利和利益。

[后接第 11 条说明]



## 说 明

### 报告员的介绍

Ndeye Siby 说，小组在 Saoudata Walet Aboubacrine 和 Rachel-Claire Okani 等人的帮助下开展工作。小组修改了标题，因为条款的目的是确保对各社区的法律保护，他们是一个成员国的国民，居住于另一个成员国。如果传统文化表现形式在一个成员国中使用，但原始受益人来自一个非成员国，她想知道在一个专门保护框架中如何加以解决。她说，小组查阅了所有现行国际文书：《伯尔尼公约》、《TRIPS 协定》和 1996 年各项条约。所有都涉及“国民待遇”和“最惠国”。就跨境保护而言，有两种标准。国际保护在国内法中很重要。由于希望建立专门保护制度，小组还在想，在区域一级，是否应当考虑保护，在区域制度的每个部分中，是否应当建立适当立法的条件。小组保留了该条的原样。小组讨论了一个社区居住于一个国家，但不是由该国公民组成的情况。在这种情况下，将有一条互惠条款规定国民待遇，并确保在社区原来的国家有互惠存在。

Eduardo Tempone 说，小组以其他国际文书和非歧视性原则为指引。如果一个国家授予其国民应享权利，那么这些法律措施也必须向外国人提供，不能有任何歧视。国民待遇原则基于国籍和长期居住，并考虑了例如社区位于多个领土或属于游牧性的情况。

### 专家提出的评论意见

Gyta Berasnevičiūtė 要求澄清“国民”和“居民”的含义。她还说，该条的适用将取决于最后文书的性质。

Makiese Augusto 提及第 8 条下所提到的关于新设第 12 条的建议。Shafiu Adamu Yauri 赞同。他还想了解境内措施。

Heng Gee Lim 想知道，该条最后一部分“并享受本国际条款所专门授予的权利和利益”是否正确。他提出以下问题：“如果有人试图从 A 国取得保护，而该国不提供本文书要求的保护，那是否意味着在 A 国要求权利的外国申请人可以坚持 A 国向其提供 A 国公民实际上没有的额外权利？”他想知道该条是否应当题为“超国民待遇”。

[附件和文件完]