

フォークロアの保護について

村 井 麻衣子

1. はじめに

1986年に始まった GATT ウルグアイ・ラウンドにおける交渉の結果成立した TRIPS 協定（知的所有権の貿易関連の側面に関する協定）は、知的財産保護の基準を引き上げるとともに、紛争処理手続きを定めることでその保護を実効的なものとし、パリ条約やベルヌ条約の非加盟国に対しても、その実体的規定を遵守することを義務づけた。そのため、それまで知的財産の保護について法制化が不十分だった国も対応を迫られ、そのことが、知的財産に関心を持つアクターを様々な国や社会において増大させるという結果をもたらしたとされる^{*1}。

このような背景のもと、先進国側から開発途上国側に知的財産保護の水準の強化を求めるといった動きだけではなく、逆に、開発途上国側から先進国側に対し、自らの利益に与するために、遺伝情報・伝統的知識^{*2}・フォ

^{*1} 大庭三枝「国際関係論における知的財産権問題：国際知的財産レジームに関する一試論」隅藏康一・編著『知的財産政策とマネジメントー公共性と知的財産権の最適バランスをめぐってー』（白桃書房・2008年）240、244-245頁。環境や途上国への配慮を欠く TRIPS 協定と、その対比・補完としての生物多様性条約（CBD）を中心とした国際的な動向の紹介として、高倉成男「貿易と環境の知的財産的側面」知的財産研究所・編『21世紀における知的財産の展望ー知的財産研究所10周年記念論文集ー』（雄松堂出版・2000年）253頁以下参照。

^{*2} 伝統的知識という用語は、狭義では、自然との密接な関わりの中で集団により世代を超えて培われた農業的知識、科学的知識、技術的知識、生態学的知識、医学的知識及び生物多様性関連知識等の総体を指し、技術的側面が強いとされるが、広義

ークロア等について知的財産としての保護を迫るという動きが生じてきた^{*3*}。

では、これにフォークロアの表現、言語的要素、シンボル、動産的文化財等を加えたものとされる(田上麻衣子「遺伝資源及び伝統的知識の保護をめぐる議論の基層」日本工業所有権法学会年報30号(知的財産法の現状と課題)(2007年)255頁)。

^{*3} 大庭・前掲40頁。フォークロア・遺伝資源・伝統的知識は、コミュニティの文化のもとで包括的に用いられており、相互に密接な関係を持つとされるが(青柳由香「伝統的知識・遺伝資源・フォークロア—知的財産としての保護の概要—」『国際経済法と地域協力(櫻井雅夫先生古稀記念論集)』(信山社・2004年)138頁)、本稿では主に文化的側面に焦点を当てたフォークロアについて論じる。

^{*4} なお、諸外国では、著作権法等の国内法において、すでにフォークロアの保護に関する規定を設けている国がある。詳しくは、日本国際知的財産保護協会『各国・地域における伝統的知識の保護制度に関する調査研究報告書』(2009年)<http://www.jpo.go.jp/shiryoutoushin/chousa/pdf/zaisanken_kouhyou/h20_report_01.pdf>や、山名美加「知的財産権と先住民の知識」現代思想30巻11号(2002年)156-157、163頁注27のリストを参照。中国、インドネシア、ベトナムの状況について、奥田進一「集団の著作権～フォーク・ロアの保護とアジア的価値」清和法学研究7巻2号(2000年)124-126頁、ベトナムについて、岩瀬真央美「ベトナムにおけるWTO加盟に向けた法整備と課題—フォークロア保護に関する法制度を中心に—」商大論集59巻1号(2007年)79-103頁、オーストラリアの事例等について、Brad Sherman=Leanne Wiseman(鈴木将文・訳)「先住民の著作権による保護—今後の課題」知的財産法政策学研究19号(2008年)191頁以下、ニュージーランドの事例等について、Tania Waikato(田上麻衣子・訳)「ニュージーランドにおけるマオリの知的財産の保護」知的財産法政策学研究19号(2008年)221頁以下。他方、先進国側でとられているアプローチの一例として紹介されている欧州の対応について、青柳由香「伝統的知識等に関する国際機構・地域のアプローチの検討—法的保護の視点—」慶応法学6号(2006年)(同論文の内容について簡潔には、青柳由香「知的財産と文化—多文化の共存と国際機構」庄司克宏・編著『国際機構』(岩波書店・2006年)189頁以下)116-124頁参照。また、太平洋に領土を有する6カ国(オーストラリア、フランス、ニュージーランド、オランダ、イギリス、アメリカ合衆国)を含む太平洋島嶼国・地域等からなる太平洋共同体による、伝統的知識・文化的表現の保護の取組み(各国・地域が立法を行う際の基礎を提供するモデル法の紹介等)について、青柳由香「太平洋共同体における地域的フレームワーク及びモデル法による伝統的知識・文化的表現の保護の取組み」企業と法創造5号(2005年)134頁以下参照。遺伝資源に関する制度も含めての紹介であるが、大澤麻衣子「伝統的知識の保護と知的財産権

フォークロア保護の問題に関して、古くは、1967年のベルヌ条約改訂の会議において議論され、ベルヌ条約第15条4項(a)が規定された^{*5}。以降、WIPO(世界知的所有権機関)やUNESCO(国際連合教育科学文化機関)のもとでフォークロアの保護に関する検討がなされ、1982年には、WIPOとUNESCOが共同で「不法利用及びその他の侵害行為からフォークロアの表現を保護する各国国内(立)法のためのモデル規定」を策定した。WIPOにおいて1996年に先進国が中心となって推進した「著作権に関する世界知的所有権機関条約(WCT)」、「実演及びレコードに関する世界知的所有権機関条約(WPPT)」が採択された際には、途上国からの要望によりフォークロア問題についても今後WIPOで検討することが条件とされた。その後、1997年のWIPO、UNESCO共催の世界フォーラムにおいて、フォークロアの保護に関する新しい国際協定草案の完成を目指したブーケット行動計画が採択され^{*6}、それを受けて2000年のWIPO一般総会において、「知的財産と遺伝資源、伝統的知識及びフォークロアに関する政府間委員会(IGC)」の設置が承認された^{*7}。2001年4月にIGCの第1回会合が開催されて以降、

に係る国際的な取り組み」企業と法創造2号(2004年)114-118頁も参照。

^{*5} ベルヌ条約第15条[著作者の推定](4)(a)は、「著作者が明らかでないが、著作者がいずれかの同盟国の国民であると推定する十分な理由がある発行されていない著作物について、著作者を代表し並びに著作者の権利を各同盟国において保全し及び行使することを認められる権限のある機関を指定する権能は、当該一の同盟国の立法に留保される」と定める(著作権情報センター「文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約パリ改正条約(抄)」<http://www.cric.or.jp/db/z/t1_index.html>の訳による)。この規定の主な目的は、フォークロアを著作物として保護することであったが、フォークロアという用語の定義が難しいため、条約では用いられなかったとされる(田上・前掲258頁)。

^{*6} 増山周「フォークロア保護の試み及びその問題点—UNESCO-WIPO『フォークロアの保護に関する世界フォーラム』に参加して—」コピライト1997年6月号。ブーケットでのフォーラムでの提案を受け、1999年に開催された「アジア・太平洋フォークロアの表現の保護に関する協議会」の報告として、清水智子「『アジア・太平洋フォークロアの表現の保護に関する協議会』報告書」コピライト1999年6月号36-37頁。

^{*7} その他WIPOによる事業(実情調査ミッション、地域諮問会、討論会等)について、増山周「『伝承知識(Traditional Knowledge)』と知的所有権」特技懇212号(2000

フォークロアの保護に関する議論がこの IGC においてなされているところである^{*8*}。IGC 設置後の早い段階から、アフリカやノルウェー等の諸国が伝統的知識の保護に関する国際的な保護の可能性及びそのための特別の制度 (sui generis) の創設に関する検討を行うよう要請したことを受け、IGC 第 6 回会合では、伝統的保護の主要原則及び目的が検討され、これらの概要を取りまとめることが決議された。この決議のもと、これまでの WIPO の活動や IGC における審議に基づき事務局が「伝統的知識の保護に関する規定案：政策目的及び基本原則」(第一次草案)を作成し、第 7 回 IGC 以降、この規定案に関する検討・改訂が行われている^{*10}。

また、このような IGC での議論を受けて、日本でも、文化審議会著作権分科会の国際小委員会において、フォークロアの問題が今後留意して対応

年) 73-74頁、青柳・前掲(概要) 168-171頁参照。

^{*8} 木村敬子「フォークロア等の保護に関する WIPO 政府間委員会 (IGC) 第11回会合について」コピライト2007年10月号27頁。IGC での議論については、木村・前掲27頁以下、藤井宏一郎「フォークロア等の保護に関する WIPO 政府間委員会 (IGC) 第9回第10回会合の概要及びフォークロア問題の今後の展望について」コピライト2007年5月号38頁以下、伊佐進一「伝統的文化表現の保護とこれから—第6回政府間委員会を終えて」コピライト2004年5月号24頁以下、同「伝統的文化表現の保護をめぐる議論—第7回政府間委員会を終えて」コピライト2005年3月号24頁以下、同「第8回知的財産と遺伝資源、伝統的知識及びフォークロアに関する政府間委員会の概要—事務局提示案の解説と議論の今後」コピライト2005年9月号20頁以下、YO「知的財産関連の動向」AIPPI 55巻6号(2010年)424頁、青柳・前掲(視点) 107-109頁参照。

^{*9} 歴史的経緯や国際機関による取組み等については、青柳・前掲(概要) 158-175頁、山名・前掲156-157頁、ユッカ・リエデス(駒田泰士・訳)「国際著作権法の現在及びこれから」著作権研究25号(1998年)157-159頁等参照。多くの組織において検討課題とされていることについて、植村昭三「知的財産法制度をめぐる国際的課題と動向」オペレーションズ・リサーチ：経営の科学51巻8号(2006年)496頁。

^{*10} 世界知的所有権機関事務局「伝統的知識の保護に関する規定案：政策目的及び原則」特許研究43号(2007年)79頁以下。伊佐・前掲(第7回) 25-28頁、伊佐・前掲(第8回) 21-27頁も参照。2010年1月22日に公開された改訂版の日本語訳(仮訳)として、「伝統的文化表現／フォークロアの表現の保護：目的及び原則の改訂」<http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/kokusai/h22_01/pdf/sanko_5.2.pdf>。

すべき事柄として挙げられている^{*11}。

本稿では、このように現在も国内外で議論が進められ問題となっているフォークロアの保護について、保護の根拠に関する議論を参照したうえで、保護のあり方についての概要を論じる。

なお、『文化審議会著作権分科会報告書』によると、フォークロアとは、「民間伝承」や「民俗文化財」等と呼ばれ、ある社会の構成員が共有する文化的資産である伝承の文化表現を意味し、具体的には、民族特有の絵画・彫刻・モザイク等の有形なもの他、歌・音楽・踊り等の無形のものも含まれると定義される^{*12}。また、近年 WIPO においては、フォークロア (Folklore) という英語は差別的な意味合いを持つ場合があるとされ、「伝統的文化的表現 (Traditional Cultural Expressions: TCEs)」という言葉 “Expressions of Folklore: EoF” と同義として使用することとなり、しばしば TCE または TCE/EoF と略される。ただし本稿では便宜的に、日本でこれまで定着している「フォークロア」の用語を用いる^{*13}。

2. 保護の根拠・目的

フォークロアを含め、伝統的知識や遺伝資源の保護をめぐるいわゆる GRTKF 問題 (遺伝資源 (Genetic Resources: GR)、伝統的知識 (Traditional Knowledge: TK)、フォークロア (Folklore: F)) の背景には、既存の知的財産制度が先進国のみによりに作られており、先進国による新たな収奪システムとして機能しているという漠然とした開発途上国側の不信感・不公平感があるとされる^{*14}。しかし、途上国の中でも様々な立場の国や地域があり、その主張も一様ではない。

^{*11} 文化審議会著作権分科会国際小委員会(平成21年第3回)等<http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/kokusai/h21_03/gjishidai_100118.html>

^{*12} 『文化審議会著作権分科会報告書(平成18年1月)』239頁<http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/singi_houkokusho_1801.pdf>

^{*13} 木村・前掲27頁、藤井・前掲38頁に倣う。

^{*14} 藤井・前掲48-49頁。高倉成男『知的財産法制と国際政策』(有斐閣・2001年)339頁は、この問題の背景として、「ガット・IMF体制に代表される先進国中心の近年

そのような中で途上国あるいは先住民^{*15}の主張を大別すると、①フォークロアや伝統的知識を一種の資源とみなし、先進国の利用に規制をかけるとともに自国の経済発展の材料としようという財産権的契機を重視するもの、②主に先住民から主張される、伝統的な生活の基盤や文化を守ろうとする人権・人格権的視点による、自決権的契機を重視するものとに分類できるかもしれない^{*16}。以下、フォークロアの保護に関するこの二つの目的の妥当性について検討する。

(1) 先進国との対立における財産権としてのフォークロア

経済発展の不均衡に対する不満を背景に、フォークロアや伝統的知識を一種の資源とみなし、先進国の利用に規制をかけると同時に自国の経済発展の材料としようという資源ナショナリズム的な視点は、主にナイジェリ

のグローバリズムに対する反発や、自然と人間の二元論又は科学技術の進化論に基づく近代西欧文明の支配に対する根元的な不信感がひそんでいることを見逃してはならない」と指摘する。

^{*15} なお、「先住民」と「先住民民族」という用語は、後者について自決権があることを前提として区別して用いられることがあるとされるが(田村善之「伝統的知識と遺伝資源の保護の根拠と知的財産法制度」知的財産法政策学研究13号(2006年)64頁注15)、本稿では特に区別せずに用いる。先住民の定義及びその困難性については、青柳・前掲(概要)134-136頁参照。

^{*16} 藤井・前掲48頁。田上・前掲256頁は、伝統的知識の保護の文脈において、その保護の根拠は、①伝統的知識の商業的利用等から生ずる経済的利益を享受するために知的財産権を主張する場合と、②第三者による伝統的知識の利用を阻止するために知的財産権を主張する場合とに大別でき、前者の保護については経済的利益が、後者の保護については精神的利益が存在するとする。高倉・前掲(国際政策)348-351頁は、直線的な進化論を前提としない伝統的知識の保護は、インセンティブの付与を目的とするのではなく、伝統的知識が社会に役立つから保護する必要があるという功利主義的説明も妥当しないとしたうえで、環境保護の観点から保護の必要性を論じる環境経済学のアプローチにも疑問を呈し、伝統的知識が共同体としての社会的・文化的アイデンティティであること自体に、先住民の伝統的知識を保護すべき普遍的理念が存在するとして、「人格権的アプローチ」を提言している。

ア等の途上国の中央政府により主張されているという^{*17}。

このようにフォークロアの問題を先進国と開発途上国との間の南北問題の文脈に位置づけるのであれば、本来、あくまで途上国と先進国との間の国家・地域レベルの対立の問題となるはずである。しかし、知的財産権に類似する私権としてフォークロアを保護するのであれば、それは個人と個人との関係を規律するものとしかなりえない。また、権利者となりうる者が先住民や途上国の国民であるとは限らず、権利を侵害する立場に立たされる者が先進国の国民であるとは限らないことから、そこには根本的な齟齬があるとされる^{*18}。過去に民族や国家間に歴史的な搾取があったという一事をもって、個人の権利や行為に影響を与えるためには、何らかの論理的な架橋を要するとも指摘されている^{*19}。

さらに、知的財産という権利の性質上、先進国が主導してきた知的財産制度に対抗する形で、フォークロア等に新たな権利を認め、知的財産権をむやみに林立させることは、現在の知的財産制度が抱える問題をさらに増大させるおそれがあるように思われる。知的財産権は財産権として構成されているものの、その実質は人の行為を規制するところにある^{*20}。そのため法制度としての設計においては、私人の自由を過度に害さないような配慮が求められるが、知的財産法の中でも特に、登録を要せず容易な要件で権利が発生し、業としての行為に限らず広く権利が及ぶ著作権については、現在多くの問題が生じていると考えられる^{*21}。そのような状況において、GRTKF問題と称される一連の問題の中でも、文化的活動に関わるフォークロアについて新たな知的財産権を設定することは、現在著作権法が抱えている問題を拡大させるおそれもあるように思われる。

^{*17} 藤井・前掲48頁

^{*18} 田村・前掲53-54頁

^{*19} 田村・前掲54頁

^{*20} Wendy J. Gordon(田辺英幸・訳)「INTELLECTUAL PROPERTY」知的財産法政策学研究11号(2006年)2-7頁

^{*21} 問題状況については、例えば、田村善之「デジタル化時代の著作権制度－著作権制度をめぐる法と政策－」知的財産法政策学研究23号(2009年)15頁以下等を参照。

パブリックドメインの文化の発展に果たす役割の観点からみても^{*22}、フォークロアの保護は慎重に検討する必要があるだろう^{*23}。第10回 IGC に向けた日本の文書コメントでは、次のようにパブリックドメインの保護の重要性が述べられている。「歴史上、文化というものは異なる文化圏がお互いの文化的表現をほとんどの場合に相手方の了承に基づくことなくして拝借し合い、それに独自の表現を付け加えていくことによって発展してきている。フォークロアについて新たな財産的権利を創設することは、このような文化の自由な交流や相互啓発による発展を妨げる可能性があり、慎重に検討する必要がある^{*24}。

ただし、財産的契機を重視するフォークロア保護の立場からは、これらの価値を犠牲にしてまでフォークロア保護を推進すべき正当性を導くことは難しいかもしれないものの、人格的利益・自決権を重視する観点からは、別論が成り立ちうる。なお、後述するように、自決権の保障という観点から考えた場合には、財産権としてのフォークロアの保護は、むしろ伝統が「商品化」されることにより、いっそうの搾取を産む可能性があるとの指摘にも留意する必要がある^{*25}。

^{*22} さらに、著作権法におけるアイデア・表現二分論の原則についても、伝統的知識の保護の文脈とは相容れないことの指摘として、Waikato・前掲231頁。

^{*23} 「平成17年度国際小委員会中間報告書」においては、「フォークロアの保護の根拠としては、①伝承の文化的表現が商業化された際に、伝承者に正当な対価を与える必要性、②伝承の文化的表現に対する尊厳を保障する必要性、③ある特定のコミュニティの中で受け継がれてきた精神性のある文化的表現が失われずに次代に継承されることを保護する必要性等が述べられている」とし、①財産的側面については、パブリックドメインに帰したものを著作権類似の制度を創設して一律に保護することは、創作活動を促進しようとする著作権制度の目的に照らして、適当ではないとする。また、②人格的側面については、モラルの問題としつつも、著作権制度と別の形で特別な (sui generis) 権利による保護があり得ることを示唆し、③文化財的側面については、国の文化財保護政策の一環としての支援が考えられるとしている (文部科学省 HP「平成17年度国際小委員会中間報告書」<http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/05090801/003.htm>、藤井・前掲38-39頁)。

^{*24} 藤井・前掲41頁

^{*25} 藤井・前掲48頁

(2) 自決権の保障におけるフォークロア

① 自決権の国際的展開

1945年に採択された国際連合憲章第1条は、国際連合の目的の一つとして、「人民の同権及び自決の原則の尊重に基礎をおく諸国間の友好関係を発展させること並びに世界平和を強化するために他の適当な措置をとること」を規定し、現代国際法の原則としての民族自決権を打ち立てたとされる^{*26}。第二次世界大戦後の民族自決権の展開は、専ら旧宗主国による支配からの植民地の独立という「外的」自決権として把握されてきたが、その後、個人の人権保障が十分になされるための集団的権利の保障として、民主主義・人権・法の支配を基調とした「内的」自決権が重視されるようになってきている^{*27}。

1989年に採択された国際労働機関 (ILO) の条約第169号「独立国における原住民及び種族民に関する条約」では、民族自決権の承認は回避したものの、個人の権利保障のみならず、独自のアイデンティティを有する組織化された共同体として民族を認知するなど、先住民族の存在に対する一定の配慮がみられると評価された^{*28}。

2007年には、国連において長い間審議がなされてきた「先住民族の権利に関する国際連合宣言」が採択された^{*29}。その第1条では、「先住民族は、集団又は個人として、国際連合憲章、世界人権宣言及び国際人権法において認められるすべての人権及び基本的自由を十分に享有する権利を有する^{*30}として、先住民族が国際人権法の享有主体であることが確認されて

^{*26} 末吉洋文「先住民族の自決権の展開と知的財産」帝塚山法学14号 (2007年) 213 [26] 頁。知的財産保護に関連する国際人権基準について詳しくは、常本照樹「先住民族の文化と知的財産の国際的保障」知的財産法政策学研究 8号 (2005年) 13-36頁参照。

^{*27} 末吉・前掲212[27]-208[31]頁

^{*28} 末吉・前掲203[36]頁

^{*29} 田上麻衣子「遺伝資源及び伝統的知識をめぐる議論の調和点」知的財産法政策学研究19号 (2008年) 186-188頁参照。

^{*30} 北海道大学アイヌ・先住民研究センター・訳「先住民族の権利に関する国際連

いる^{*31}。第18条は、「先住民族は、その権利に影響を及ぼしうる事柄についての意思決定に、その固有の手續に従って自ら選んだ代表を通じて参加し、並びにその固有の意思決定制度を維持し、及び発展させる権利を有する」として参加の権利を認め、知的財産に言及がある第31条は、「先住民族は、その文化財、伝統的知識及び伝統的な文化的表現並びに人間やその他の遺伝物質、種子、薬品、動植物の特性についての知識、口承伝統、文学、意匠、スポーツと伝統的競技並びに視覚的及び舞台的芸術を含む自己の科学、技術及び文化の表現を維持し、管理し、保護し、及び発展させる権利を有する。また、先住民族は、この文化財、伝統的知識及び伝統的な文化的表現に係る知的財産を維持し、管理し、保護し、及び発展させる権利を有する」と規定し、第13条も、「先住民族は、その歴史、言語、口承伝統、哲学、表記方法及び文学を再活性化し、使用し、発展させ、及び未来の世代に伝達し、並びに共同体、場所及び人にその固有の名称を付し、及び継続的に使用する権利を有する」と定めている。

② フォークロア保護と知的財産権制度の調整の必要性について

このように国際的にも認められてきた内的自決権やマイノリティの集団的権利の保障において、その一環として、知的財産の保護が必要になってきているといえるかもしれない。

ただし、この場合も、時間的な区切りがないものと理解されているフォークロア等を保護することは、現在の著作権制度ではパブリックドメインとして自由利用とされているものを保護することにつながり、結果として文化の発展に支障を来すおそれが生じることが危惧されるかもしれない。

確かに、パブリックドメインは、創作の糧になるものとして著作権法上重要な機能を果たしてきた^{*32}。しかし、著作権法は、これまでにない独創的な思想・感情の表現を保護するという特定の意図を有する制度の一つに

合宣言 (A/RES/61/295)」(Ver. 2.2 (2008年8月)) <http://www.cais.hokudai.ac.jp/archive/pdf/indigenous_people_rights.pdf>。以下、この訳による。

*31 末吉・前掲191[48]頁

*32 Sherman=Wiseman・前掲192-193頁

すぎず、このような価値観や文化が必ずしも全ての文化に通用するとは限らない。伝統的知識においては、むしろ、既存の知識の保護が求められているのである^{*33}。そこでは、パブリックドメインの理念が、搾取と植民地化の道具として用いられてきたと指摘されており、先住民の利益を害するのではなく、それを支援し育成するものとなるように、パブリックドメインを再構成することが必要であると論じられている^{*34}。

さらに、存続期間の設定によるパブリックドメインの概念だけではなく、同じく現在の著作権法において重要な原理とされてきたアイデアと表現の二分論さえ、フォークロアの保護においては脅威となりうるという。関係性を重視する社会においては、相互に関連したイデオロギーを理解することなく、強固に結びついた伝統的知識を不適切な文脈で利用すること自体が、問題を引き起こす可能性があるのである。例えば、神聖な入れ墨芸術の名称やイメージを、神聖さの対局にある食物を扱うカフェに用いることは、侮辱的な行為となりうる^{*35}。

このように、個人主義的な発想に基づく既存の知的財産法制度と、共同体主義的な規律であるフォークロアや伝統的知識のあり方には、相容れない特質が多く存在することが指摘されている^{*36}。しかし、自決権の保障が必要とされている状況においては、既存の知的財産法に適合しないからといってフォークロアの保護が否定されるべきではないと考えられる。既存の知的財産法制度のあり方を一方的に優位に置かず、二つの異なる文化の衝突の問題として理解するべきであり、自決権にも配慮した調整が必要になるということになるだろう^{*37}。

*33 Waikato・前掲225頁

*34 Sherman=Wiseman・前掲211-212頁

*35 Waikato・前掲231-233頁

*36 高倉・前掲(国際政策)346-347頁は、伝統的知識(TK)の特徴を挙げたうえで、①私有の情報ではない(ただし公有とも断言できない)点、②永続性、③技術的要素と文化的要素の分離困難性といった特質が現行知的財産法の適格要件に適合しないと指摘する。青柳・前掲(概要)156-157頁も同旨。

*37 田村・前掲(伝統的知識)54-55頁(同「伝統的知識と遺伝資源の保護の根拠と知的財産法制度・再論」知的財産法政策学研究19号(2008年)157-166頁も参照)。Waikato・前掲222頁も、二つの文化の基本的なイデオロギーの衝突により、文化的

なお、2005年には、ユネスコで「文化的表現の多様性の保護及び促進に関する条約」が採択されており^{*38}、今後は、文化多様性や多文化主義の観点からも、フォークロア保護が検討されることとなるかもしれない^{*39}。ただし、特定の民族やコミュニティに対し、現代文明の享受を否定し、原始状態に停滞することを強要することは適切ではないことから、あくまで、民族やコミュニティの人々の選択の権利を尊重することが肝要であると考えられる^{*40}。

3. フォークロアの保護のあり方

日本は先進国として、フォークロア等の保護のために新しい知的財産権類似の制度を新設することは不要であるとの立場を貫いてきた^{*41}。しかし、新たな知的財産制度を設けるべきか否かについては議論が必要であるとしても、自決権の保障の一環として、フォークロア等の保護への配慮が必要となってくるように思われる^{*42}。また、「たとえ IGC の議論が日本にと

知識に対する法的保護が欠如する問題が生じているとする。

^{*38} ユネスコ文化多様性条約については、鈴木淳一「文化的表現の多様性の保護及び促進に関する条約（文化多様性条約）の採択と意義」獨協法学77号（2008年）49頁以下、折田正樹「ユネスコ『文化多様性条約』をめぐる法的論点についての考察—複数の条約の適用調整を中心に」ジュリスト1321号（2006年）100頁以下、河野俊行「ユネスコ文化多様性条約の背景とインパクト」コピライト2006年3月号1頁等参照。

^{*39} 多文化主義との関連について、青柳由香「伝統的知識等に関する法整備への先住民及び地域共同体の参加について」知的財産法政策学研究8号（2005年）110-111頁参照。

^{*40} 李扬（劉曉倩・訳）「フォークロア作品における共同体著作者の概念を放棄せよ—烏蘇里船歌（ウースーリ川舟歌）事件—」知的財産法政策学研究14号（2007年）348頁

^{*41} 藤井・前掲39頁

^{*42} 日本においても、二風谷ダム判決（札幌地判平成9年3月27日判時1598号33頁）は、先住民の文化の保障に最大限の配慮がなされなくてはいけない旨を述べている。青柳・前掲（概要）133頁は、伝統的知識が民族集団の有する文化の重要な一部であり、文化が各民族集団に属する個人のアイデンティティの決定に重要な影響を与

って受け入れ難い方向に進んでいったとしても、最後まで一国で反対を唱え続ければ決議を阻止することは理論的には可能である。しかしながらWIPOにおける日本の政治的立場を考えた場合にそれが望ましいかということとは別問題である」とも指摘されており^{*43}、いずれにせよ、国際的な動向を受けて、フォークロア保護のあり方について検討する必要が生じる可能性もあるといえる^{*44}。

(1) 日本における事例

民俗学者の俵木悟氏は、伝統的知識や伝統的文化表現をその研究の重要な対象とする民俗学にとって、フォークロアの保護をめぐる国際知的財産制度の問題は、伝統文化の実践活動に大きな影響を与える重要な問題であるとして論じる中で^{*45}、フォークロアの権利に関わる問題は、すでに日本においてもいくつか報じられているとして、国内における事例をいくつか紹介している^{*46}。

以下、日本国内においても問題となりうるフォークロアの例を示すとともに、知的財産法における保護のあり方についての議論につなげるため、二つの事例を紹介する。

①「黒川さんさ踊り」の事例

一つは、「黒川さんさ踊り」の伝承の問題である。さんさ踊りは、盛岡

えることを考慮すると、伝統的知識に対する正当な権利擁護が必要であろうとする。

^{*43} 藤井・前掲48頁

^{*44} 青柳・前掲（概要）146頁は、伝統的知識が第三者に不当に利用される場合に生じる経済的損害と精神的損害の解決のために、法的保護の他、事前の契約と社会的制裁による方法を挙げるが、同時にその問題点を指摘しており、法的権利を付与することでより広範で確実な保護を図ることができるとして法的保護の必要性を強調している。

^{*45} 俵木悟『フォークロア』は誰のもの？—国際知的財産制度にみるもう一つの『伝統文化の保護』—日本民俗学253号（2008年）84頁

^{*46} 俵木・前掲89-91頁

市周辺地域で踊られている盆踊りの一種とされ、市指定無形民俗文化財になっている。黒川踊り保存会は、昭和50年代から、主に県外から指導を求めてくる訪問者に対し、講習会を開催するようになる。このような外部との交流の結果、受講者が伝播の仲介役となって、黒川さんさ踊りが、黒川踊り保存会の会員たちの思惑以上に、また場合によっては不本意な形で流通し始めてしまうという事態が生じた。特に保存会内で大いに懸念され、問題とされたのは、自分たちの知らない場所で「黒川さんさ」が踊られ、発表されていたこと、さらに踊られていたものが「しっかり習得しないまま自己流に練習を重ね」た結果、「本来の黒川さんさの形と音が正確に受け継がれていない傾向がある」こと、そしてその「黒川さんさ踊り」が賞をとったり、テレビなどで賞賛を受けていることであったという^{*47}。

黒川さんさ踊り保存会は、このように黒川さんさが各地に広がったことについて、保存会の側にも責任があると考え、継続的な交流をする機会を自分たちで用意しなければならないとして、「黒川さんさ踊り愛好者の集い」が開催されることになった。この集いを開くにあたり、黒川さんさ踊り保存会ではいくつか方針を出した。第一に、地元の学校行事との協力関係を維持すること、第二に、踊りを営利目的とする団体・個人との交流はしないこと、第三に、黒川さんさを指導、あるいは人前で演じることに限っては、一定の条件付きで認めること（例えば、交流のない団体には認めない、踊りの創作を認めない、公演に先立って当団体が保存会のメンバーでないことを明示することなど）、第四に、愛好者とは合同練習会などで直接交流を進めることである^{*48}。

一方で、同様の民俗芸能であっても、アレンジされて広まっていくことに対する抵抗感が少ない芸能もあるという。高知の「よさこい祭り」は、北海道札幌市の「YOSAIKOI ソーラン」、岩手県盛岡市の「YOSAIKOI さんさ」、新潟県佐渡郡の「よさいこいおけさ」等として全国展開しており、「徳島の阿波踊り」は、「東京高円寺阿波踊り」や「南越谷阿波踊り」へ、そ

の他「エイサー」や「ねぶた」等も全国的に広がっている^{*49}。

例えば「エイサー」は、「従来、上の世代のやり方を厳密に踏襲するというものではなく、青年による工夫が肯定されている芸能であった」とされているのに対し、「黒川さんさ」は、歳月を経た工夫や変化はあるとしても、「何も省かず何も加えない」ことがよしとして伝承されてきた芸能であった^{*50}。また、黒川さんさにしても、文化表現の担い手は必ずしもその独占的な権利を主張しているわけではなく、むしろ外部者とも積極的な交流を図ろうとしているが、濃密な関係によらない安易な模倣や改変を快くは思っていないのであろうとされる^{*51}。

このように、伝承されてきた踊りの例一つをとってみても、芸能の特質はそれぞれに異なりうることから、フォークロアとしての保護においても、その特質に合致した保護のあり方を選択することを可能とするような制度が望ましいと思われる。

②『辺境から眺める』の事例

もう一つは、2001年に、テッサ・モーリス＝鈴木⁵²の著書『辺境から眺めるーアイヌが経験する近代』の表紙カバーのデザインについて、網走のジャッカ・ドフニ博物館に所蔵されているイルガ（紙から切り出されたデザイン）^{*52}が、館の許可無しに改変使用され、デザインの原典も適正に認

^{*49} 西郷・前掲52-53、60-61頁

^{*50} 西郷・前掲60-61頁

^{*51} 俵木・前掲90頁

^{*52} 表紙に使われたのは、紙から切り出されたイルガのデザインであったが、もともとイルガとは、ウィルタ語で「紋様」という意味であり、サハリンやシベリヤの北方民族はそれぞれ、独自のイルガを持ち、日本の家紋のように民族の「顔」として使用しているという（網走観光協会 HP<<http://www.abakanko.jp/event/iruga/iruga.html>>）。

（参考：『辺境から眺める』の表紙画像：左：amazon.co.jp<http://www.amazon.co.jp/gp/product/images/4622030896/ref=dp_image_0?ie=UTF8&n=465392&s=books>、右：みすず書房<http://www.msz.co.jp/_cover/front/03089_big.jpg>）



^{*47} 西郷由布子「民俗芸能の流通—『黒川さんさ踊り』と文化の著作権をめぐる問題—」民俗芸能研究40号（2006年）54-57頁

^{*48} 西郷・前掲58頁

知られていないとして、博物館が出版者のみならず書房に抗議の申立てをした事案である。出版者側と博物館側の交渉の結果、同イルガを改変せずに用いた新しい表紙カバーで本を再発行し、みず書房からの謝罪と説明も付記されることになったという^{*53}。テッサ・モーリス＝鈴木自身の説明によると、以下のような経緯があった。

ジャッカ・ドフニ博物館（北方少数民族資料館ジャッカ・ドフニ：ウィルタ語で「重要な物を保持する場所」を意味する）は、ウィルタ、ニヴフ、サハリン・アイヌの人々の文化的遺産を保持・展示する目的で、1978年につくられた博物館である^{*54}。著者のテッサ・モーリス＝鈴木はこの博物館を訪れたことはあるものの、表紙カバーに使われたデザインはある本からとられたものだという。『辺境から眺める』は、先住民社会を歴史の主体・行為媒体として提示することを目指した本であるため、著者は、外部の者が作った写真や表象ではなく、先住民の人々が創作した芸術や工芸品が使われるべきと主張した。著者自身が、ウィルタやニヴフ、樺太アイヌの芸術に関わる本を集め、適当と思うイメージを編集者に示唆したが、最終的にどのイメージを使うかを決定したのは出版者である^{*55}。

著者は問題点として、次の三点を挙げている。第一に、表紙カバーに使われたイルガを掲載していた本は、その特定のイルガを個人の芸術家のもんとして記載していなかったため、出版社の著作権を担当するスタッフが、その特定のイルガが著作権によって守られていないと考えてしまったこと、第二に、表紙カバーのデザインの責任者であるスタッフが、そのイルガを改変し、読者にアピールすると自分が思うものに変えてしまったこと、第三に、本の表紙カバー裏面に記載されたデザインの説明が、かなり短く曖昧だったことである。

^{*53} テッサ・モーリス＝鈴木（本橋哲也・訳）「知的所有財産と先住民の権利」みずぎ493号（2002年）2-11頁

^{*54} モーリス＝鈴木・前掲3頁、ウィルタ協会HP<<http://www.d2.dion.ne.jp/~bunk/>>

^{*55} モーリス＝鈴木・前掲3-7頁

(2) フォークロアに求められる保護と知的財産制度

① 既存の知的財産法の活用による保護の可能性

『辺境から眺める』の事例において問題となったイルガは、ウィルタのある女性が創作したものであったという^{*56}。よって、伝統的な形式や手法に基づき創作されたとしても、伝統的なアイデアをもとにした新たな創作として、あるいは、既存の著作物をもとにした二次的著作物として、現在の著作権制度においても、原則著作者の死後50年までは保護される可能性があったかもしれない。この場合、創作者に許諾を得ずイルガを複製したり、改変することは、著作権や著作者人格権の侵害となった可能性がある。

別の事例では、「風の盆」の伝承地である富山県八尾町が、東京都墨田区の向島で始められた「おわら風の盆in向島」というイベントに対し、正式な踊り手が出演していないことや、勝手に「風の盆」を名乗ることに對し、抗議を行い、その開催が見合わされた。「風の盆は、踊りや民謡だけでなく、町が一体となって演出するもの」であり、時と場所、また踊り手に地縁結合を求めるという限定性を持つ行事の名称であった。現在の法制度の下でとりうる対抗策として、富山県民謡おわら保存会は、2005年に「おわら保存会」と「おわら風の盆」を特許庁に商標出願し、翌年に登録されたという^{*57}。

このように、フォークロアに対して特別の保護を設けていない現在の日本の知的財産法制度においても、著作権法や商標法^{*58}、意匠法、あるいは

^{*56} モーリス＝鈴木・前掲2頁

^{*57} 俵木・前掲90-91頁

^{*58} 米国特許商標庁による登録の可否を判断するための先住民の記章・紋章を収録したデータベースの作成や、ニュージーランド、アンデス共同体による商標による伝統的知識の保護の例について、田上・前掲（基層）262-263頁参照。オーストラリア等において先住民の芸術的・文化的産品を保護するために「真正ラベル」として商標が用いられていることについて、Sherman=Wisenman・前掲198-199頁、198頁注19参照。

不正競争防止法（2条1項1号・2号による周知表示・著名表示の保護）などにより、フォークロアの利用や改変、名称の利用に規制をかけることも、一定程度可能な場合があると考えられる。

もちろん、現在の知的財産法による保護では、例えば、存続期間の定めがあること等による限界がある。ただ、日本はIGCでの議論において、「柔軟性と包括性の原則」の維持の必要性を強調しており、国際条約レベルではフォークロア保護の規定をガイドラインやモデル規定にとどめておきながら、文化財保護や不正競争防止法など、既存の法制度の活用を目指す向きがみられる。このような既存の知的財産法制度を活用するための方策としては、著作権法における存続期間の問題をクリアすることは難しいとしても、立法論あるいは解釈論において、著作権法による（二次的）著作物として保護したり、その実演を著作隣接権により保護すること^{*59}、また引用における出所明示義務を活用したりすること、あるいは不正競争防止法や商標法、意匠法において、その権利主体や、商標や意匠の無効・取消事由（伝承主体以外の者による登録への対処）、権利行使制限事由（伝承主体への権利行使の制限）等においてフォークロアの保護に一定程度配慮していくことが可能かもしれない^{*60}。

② フォークロア保護のあり方について

一方で、先にも示したように、フォークロアや伝統的知識の性質と既存

^{*59} WPPT（実演及びレコードに関する世界知的所有権機関条約）第2条の「実演家」の定義には、「民間伝承の表現を実演する者」が規定されており、フォークロアの実演がWPPTの保護の対象であることが明示されている（文化審議会 著作権分科会 国際小委員会中間報告書<http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/05090801/003.htm>）。ただし、現行法の下では、伝承してきたコミュニティ以外の第三者が、伝統舞踊や音楽を録音・実演することで著作隣接権を取得しうするため、この点について対処が必要となるかもしれない（奥田・前掲122頁参照）。

^{*60} 既存の知的財産制度と伝統的知識の保護の関係について、青柳・前掲（概要）148-157頁等参照。日本におけるアイヌ民族の伝統的知識・フォークロアに対する著作権・意匠権・特許権との関係について、吉田邦彦「アイヌ民族の民法問題（下）—所有権の問題を中心として」ジュリスト1303号（2005年）58-61頁。

の知的財産制度には相容れない点も多いことから、現行知的財産法によるフォークロアの保護には限界がある^{*61}。このため、独自立法（sui generis）の必要性が強調されることも多い。

しかしながら、sui generisを指向する場合にも留意すべきなのは、ヨーロッパを中心に確立されてきた法制度そのもの、そしてそれに基づく現代のグローバルな経済体制、そしてその中核にある法的に定義された私有財産の概念や発想自体が、フォークロアの保護に適合しないという指摘である^{*62}。このように法制度というものの枠組みに本来適合しない性質を有するものがフォークロアであるとすれば、その保護のあり方を検討することは非常に困難な作業であることが想像される^{*63}。

^{*61} 青柳・前掲（国際経済法）151-157頁、同・前掲（概要）151-155頁

^{*62} モーリス＝鈴木・前掲7-8頁、田上・前掲（基層）259-261頁、Waikato・前掲222-224頁、長谷川晃「先住民の知的財産保護における哲学的文脈」知的財産法政策学研究13号（2006年）28頁。Gunther Teubner = Andreas Fischer-Lescano（田村善之・訳）「認識の共食い：近代法による伝統的な文化的表現の保護の可否をめぐって」知的財産法政策学研究33号（掲載予定）は、伝統的知識が法的な規範の問題に対するフレーミングに従うことを迫られることにより、問題に適切な解決を見いだすことが阻止されると指摘する。

なお、長谷川・前掲30頁は、知的財産法において重要な概念であるプロパティ（property）について、ジョン・ロックの議論に影響を受けた概念であり、ロックのプロパティの議論が私的財産に集中しているものの、広い意味では人間の存在そのものに固有に関わる利益であって、かつそれが人間の社会秩序において保全される可能性に主眼があったのであるから、先住民の伝統的知識等についても、広く人間に与えられている生命、身体、財産、その他能力全般という意味を生かしてプロパティをとらえることに大きな支障はないであろうとする。

知的財産の文脈ではないが、近代土地利用概念とアイヌ民族の固有・伝来の共有的土地利用概念とが相容れないと論じるものとして、吉田邦彦「アイヌ民族と所有権・環境保護・多文化主義（上）～（下）—旭川近文と平取二風谷の事例を中心として—」ジュリスト1163号（1999年）122頁以下・1165号（1999年）96頁以下、同「アイヌ民族の民法問題（上）—所有権の問題を中心として」ジュリスト1302号（2005年）62頁以下、同・前掲（下）48頁以下。

^{*63} 例えば、先住民の知的財産保護制度への権利概念の利用について、長谷川・前掲40-41頁は、個人にとっての防壁という権利概念の性格がいかに集団の場合に拡

それでも、フォークロアの保護に求められるのは、おそらく、既存の制度のあり方を前提とした画一的な知的財産権としての保護ではなく、先住民族や共同体のイデオロギー概念に基づき、伝統的な知識に対する最終的なコントロールがその先住民族や共同体自体に与えられることであろうということはいえるかもしれない^{*64}。そのためには、伝統に携わる者たちが、伝統やその意味がどのような文脈において使用されるかに関わり、発言権を持つ必要がある^{*65}。既存の法制度の枠組みや原則（著作権法において重要とされてきたパブリックドメインの意義や、アイデア・表現二分論を含め）を所与としないという意味での「柔軟性」や、伝統を実践する人々の「参加」を可能とすること^{*66}、そして実践の場での「慣習」を尊重することが^{*67}、重要になってくるように思われる。

また、フォークロアの保護を集団的な人権を視野に入れた自決権の観点からみると、興味や関心が干渉や阻害になりうること、伝統の評価がたやすくその収奪に転化されうることに配慮し、非常に繊細で微妙な問題と

張できるかという問題や、権利の対象となっている知識のあり方が、個人が所有・創出するものと、共有・維持・伝承されていくものとでバラレルに考えるかという問題が生じるとともに、知的創造や活動の個人的活動か、共同的活動かという認識のギャップは埋めることができず、集団で協同的な権利は先住民の文化・知識、思考法に疎遠なものであるため、結局、何らかの集団的な権利が主張されるとしても、宣言的あるいはプログラムの権利としての意義しか持ちえないだろうとする。

^{*64} Waikato・前掲236頁。Teubner = Fischer-Lescano・前掲は、「先住民の自己決定の原理」こそが規範的な重心に位置づけられるべきであり、それは、伝統的知識をそれ自体として抽象的に保護するのではなく、伝統的知識が生成される文化的な条件を保護するものであるとしている。

^{*65} モーリス＝鈴木・前掲9-10頁、青柳・前掲(概要)176頁

^{*66} 先住民及び地域共同体の法制度整備における参加の必要性とそのメカニズムについて、詳しくは、青柳・前掲(参加について)95-112頁。また、保護制度の構築における手続きにおいて、関係当事者間の熟議が必要な場合、単純に民主主義的ではありえず、集団独自の伝統的方法といかに連結させるかという問題が生ずるといふ指摘として、長谷川・前掲41-43頁。

^{*67} 高倉・前掲(国際政策)344-346頁。ただし、慣習法に直接立ち返ることは不可能であるとの指摘として、Teubner = Fischer-Lescano・前掲。

して扱う必要もあるだろう^{*68}。

4. おわりに—これからの国際議論に求められること—

フォークロアや伝統的知識の保護の問題を理論的に解決するためには、原理的な考察が不可欠であるとされる^{*69}。同じ途上国・先住民の立場であっても、資源ナショナリズム的な観点から知的財産化を進める動きもあれば、一方で、先住民族のグループの一部は、先住民族の伝統的知識に知的財産権を強制することは、その知識の疎外、不正使用、商品化の促進につながるとして、人格権・自決権の観点から、フォークロアの知的財産化に慎重な立場をとっていることが報告されている^{*70}。この例や先の検討からもわかるように、どのような根拠でフォークロアを保護するかによって、その保護のあり方も大きく変わってくる可能性がある。

だが、IGCなど国際政治の場におけるフォークロアや伝統的知識、遺伝資源の保護をめぐる議論は、自国の利益を追求する各国の駆け引きに終始しているようにもみえる。そのため、いかに望ましい制度の構築に向けた議論がなされても、結局は国家間のパワーゲームによって結論が出されてしまうのではないかと不安をぬぐい去ることができない^{*71}。

しかしながら、確かにパワーポリティクスの要素が国際的な知的財産保護をめぐる状況の中に見いだされるとしても、そのことだけにとらわれていると、国際社会における国際知的財産レジームの展開の意義を把握することは難しいという。国家なるものは国際政治において自国の安全の確保と利益の確保といった国益のみを考えて行動する利己的な存在であると

^{*68} モーリス＝鈴木・前掲6頁

^{*69} 田村・前掲(伝統的知識)61頁

^{*70} 藤井・前掲48頁。知的財産保護によって伝統的知識が商品化されるという見方に対し、これを否定して、歪曲的な使用や無許諾での商品化に反対することができるのWIPO事務局によるコメントについて、Sherman=Wiseman・前掲194-195頁参照。

^{*71} 石野利和「著作権保護の国際的動向について」コピライト2001年1月号21頁は、フォークロアや伝統的知識は先進国にも関わる問題であり、政治問題や南北問題とさせないことが大切であるとする。

する「リアリズム（現実主義）」に対し、「リベラリズム（国際協調主義）」は、国家は確かに利己的なものであるが、共通利益を図るという観点から協力が可能であるとする。大国といえども、条約や協定、そして国際社会の中で少なくとも多数派が共有している規範やルールを完全に無視して行動することが難しく、一定の制度や規範の存在を前提に行動せざるを得なくなっている現状においては、リベラリズムの観点こそ、国際知的財産レジーム形成の意義や、その中での対立や強調のダイナミクスを明らかにしようと論じられているのである^{*72}。

リベラリズムは、国際社会における国際組織や、非政府組織、企業、市民団体、個人といった非政府アクターの影響力の増大に着目しているという^{*73}。フォークロアをめぐる国際的な議論の場で、非政府組織や先住民族、伝統の実践に関わる者が直接対話し、その保護のあり方を検討しうるようにすること、また人権や自決権の観点に基づいて、それらの人々の多様な意向を反映しうるような柔軟な保護のあり方へ向かうことが、今後の議論において求められているように思われる。

*72 大庭・前掲235-236頁

*73 大庭・前掲238頁