



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	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
Author(s)	李, 揚; 劉, 曉倩//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 14, 329-353
Issue Date	2007-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43504
Type	departmental bulletin paper
File Information	14_329-353.pdf



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 -

北京市高級人民法院2003年12月17日判決
北京市高級人民法院民事判決書(2003)高民終字第246号

李 揚
劉 曉 倩(訳)

判決摘要：中華人民共和国著作権法12条の規定により、伝統的な民間歌謡の曲調を基に創作された音楽著作物が音楽の二次的著作物に該当すると認められたものである。

1 事実の概要

原告(以下X)は、黒龍江省饒河県四排赫哲族(ホジェン族)郷人民政府であり、2000年9月16日に、民謡歌手兼作曲・作詞家であるY1、中央テレビ局(以下Y2)及び北京北辰ショッピングセンター(以下Y3)に対し、フォークロア作品の著作権侵害行為につき、北京市第二中級人民法院に提訴した。

Xは、「烏蘇里船歌」はホジェン族の民謡であり、中国の著作権法により保護されるフォークロアの著作物に該当し、ホジェン族の人民は法が定める氏名表示権等的人格権及び報酬請求権等の経済的権利を有するとして、1999年11月12日に開催された「南寧国際民謡芸術祭」の大会において、Y2が「烏蘇里船歌」はホジェン族民謡ではなくY1と訴外Aの共同創作であると発言し、Xの権利を侵害したにもかかわらず、その後、当該芸術祭の番組放送のVCDも製作され全国的に発売されたため、当該侵害行為が

もたらす影響はさらに拡大していったと主張した。一方、Xが著作権を有する「烏蘇里船歌」の著作権侵害物であるCD、本及びカセットテープをY3が販売したことも著作権侵害行為に該当するとXが主張し、Yらに対し、「烏蘇里船歌」がホジェン族の民謡であるという訂正広告および謝罪広告を求めるとともに、損害賠償および慰謝料を請求した。もっとも、Xは訴訟の答弁において、Yらは「烏蘇里船歌」の曲調の部分につきXの著作権を侵害したが、「烏蘇里船歌」の歌詞の部分については著作権侵害が及ばないことを明確に主張した。

Xの主張に対し、Y1は、ホジェン族の民族郷は全国に三箇所存在し、Xはその中の一つにすぎないため、ホジェン族全体を代表し訴訟を提起する資格がないと抗弁した。また、「想情郎」を代表とするホジェン族の伝統的な民族音楽の曲調は、単に歌詞のない古い四小節の簫〔訳注：中国の楽器の名前〕の曲であることに対し、歌詞が織り込まれている「烏蘇里船歌」は、Y1と訴外A、Bにより西洋音楽の創作手法を用いて作り出された新しい創作であるとY1が主張した。

一方、Y2は、Xはホジェン族全体を代表し本件訴訟の主体となる資格を有することの立証を行っていないし、かつ、現行著作権法はフォークロアの著作物の保護に対する原則規定のみを定めており、その具体的な保護内容については、別途国务院により定められることを規定しているが、国务院は未だにかかる保護規定を定めていないから、著作権法における著作権者及びその権利の帰属等の関連規定はフォークロアの著作物には適用されないと主張した。Y2は、テレビ番組「南寧国際民謡芸術祭」を放送した際に、「烏蘇里船歌」の著作者に関する氏名表示は、歴史的事実に基づいて多方面の資料を調査したうえで得た結論であり、当該著作者の氏名表示と抵触するような、権威ある機関による資料は未だ発見されていないため、当該番組を製作・放送した者としてはすでに調査の義務を尽くしたといえるうえ、当該番組の司会者は、単に客観的事実を述べただけで、Xの著作権を侵害しておらず、当該芸術祭の主催委員会は当該番組の録画VCDを保存資料及び賞品として8000部製作したが、一般発売等の営利活動は行っておらず、Xが本件番組がVCDとして製作され全国向けに販売されたという主張は事実無根である、と抗弁した。

2 判旨

北京市第二中級人民法院（以下一審）は、まず、本件の争点について以下のように確認した。(1)X、即ち「赫哲族郷人民政府」は自己の名義のもとでホジェン族民謡の著作権による保護について本件訴訟を提起する権利を有するか否か、及び(2)「烏蘇里船歌」の曲調はホジェン族民謡を基に翻案された二次的著作物に該当するか否か、という点である。

(1)について、一審判決は、「フォークロアとは、ある地域内で長期間にわたって生活してきた共同体が、当該地域の歴史、生活慣習、生産方式、心理的特徴及び宗教や信仰を反映したものを直接創作し、それを広く伝承し途切れなく演繹してきた民間文化表現形式の総称である。フォークロアは、創作主体の不明確性及びその表現形式が伝承された過程において途切れることなく演繹されてきたという特徴を有するため、フォークロア作品の権利帰属については特殊性を有するといえることができる。フォークロアは一方で公共領域（パブリック・ドメイン）に入る側面を持つが、他方では、ある地域内における共同体との間に不可分の歴史的及び心理的な繋がりを持っている。ホジェン族が何世代にもわたって歌い継いできた民間曲調は、ホジェン族のフォークロアの組成部分であり、ホジェン族の共同創作物としてホジェン族のすべての構成メンバーが共同で享受する精神文化財である。当該曲調は、ホジェン族内の特定の一人に帰属するものでないものの、ホジェン族の個々の構成メンバーの権益とかがわっている。そのため、当該民族に属するすべての団体あるいはすべてのメンバーは、自らのフォークロアの表現を侵害行為から保護する権利を有するものと解するのが相当である。Xは憲法及び法律に基づいて設立された郷レベルの地方政府であり、一部のホジェン族を代表する政治団体であるとともに、その公共利益を実現させる団体でもある。ホジェン族のフォークロアが侵害の危険に晒される際に、その権利主体の特殊性に鑑みて、地域内におけるホジェン族の公衆の利益を維持するために、Xが自己の名義のもとで侵害訴訟を提起したことは、憲法及びその他の法律により確立した民族自治・地域自治の法律制度に合致し、しかも法が定める規定に違反しない。したがって、Yらは、Xは訴訟を提起する主体となる資格がないという主張を認めることができない」とした。

次に、(2)について、一審判決は、本件「烏蘇里船歌」は、Y1等がホジェン族で世代を超えて歌い継がれている民間歌謡の曲調を基にして現代的な音楽の創作手法により作り出されたものであり、Y1は当該著作物の共同著作者の一人であるため、「烏蘇里船歌」の著作権を有すると認められるとした。ところが、「烏蘇里船歌」の中に、「想情郎」等の最も代表的なホジェン族の伝統の民謡の曲調が融合されていることが明らかであり、Y1も自ら「烏蘇里船歌」を創作した際にその主旋律の部分において「想情郎」の曲調の一部を利用したことを認めており、他方、中国音楽著作権協会による鑑定の結果も「烏蘇里船歌」の主旋律の部分は「想情郎」、「狩猟的哥哥回来了(狩りに行った兄さんが帰ってきた)」のホジェン族の民謡の曲調と基本的に同じであることを説明したので、「烏蘇里船歌」はY1等が「想情郎」の曲調に基づいて翻案し創作した著作物であるといえるため、Y1、Y2が「烏蘇里船歌」はオリジナルな著作物であるとの主張を認めることはできない、と判断した。

また、一審判決は、『「想情郎」をはじめとするホジェン族の民間音楽曲調は、ホジェン族のフォークロア作品に該当し、フォークロア作品の著作権は法律により保護されるべきである。フォークロアにつき保護を与えるのは、それを歪曲し、または商用的に濫用することを禁止する前提のもとで、それに対する合理的な利用を奨励し、もってフォークロアの更なる伝承及び発展を促進するためである。もっとも、フォークロアの著作物に対して二次的な創作を行う際には、その原著物の出所を明記しなければならない。このことはわが国の民法総則における公平原則及び著作権法がフォークロア作品に保護を付与するという法律原則を実現するために要求される、最低限の要件でもある。1990年中華人民共和国著作権法12条は、『著作物を翻案、翻訳、注釈、又は整理することにより生じた著作物の著作権は、翻案、翻訳、注釈、又は整理した者が享有する。但し、著作権を行使するときは、原著物の著作権を侵害してはならない。』と規定しているから、Y1等は「烏蘇里船歌」を利用する際に、当該著作物の曲調はホジェン族の伝統民間歌謡より翻案されたものと忠実に明記しなければならない」とした。

「Y1は、『南寧国際民歌芸術祭』の開幕式で、司会者が『烏蘇里船歌』はY1のオリジナルな著作物であるという不適切な紹介に対してなんらの

訂正もしておらず、「烏蘇里船歌」に関する出版物に付される不当な氏名表示を認めた行為は違法であるといわざるを得ない」と判示し、Y2の主催した「南寧国際民歌芸術祭」の開幕式において司会者が事実を反する発言をしたといえるため、Y2は当該イベントの運営責任者としてそのスタッフの不適切な行為に伴う影響を適切な方法で最小限に抑えるべきであるとした。また、「Y3は原著物の出所が表記されていない『烏蘇里船歌』に関する出版物を販売する行為を停止しなければならない。ただし、Y3は当該出版物を合法的なルートで入荷したという証明を提出したため、主観上においては過ちがないといえ、損害賠償責任を負うべきではないと認められる。フォークロア作品の特殊性に鑑み、さらには、XがYらによる経済的損失に関する立証を行っていないことから、著作権法の規定によりYらに対し謝罪広告及び経済的・精神的な損害に関する損害賠償を請求したXの主張は、いずれも事実及び法律上の根拠を欠くものとして認めることはできないが、具体的な状況に応じて、Yらの行為によりもたらされた影響を適切に除去し、Xが支出した訴訟費用を合理的な限度でYらの負担とするべきである」とした。

以上から、一審判決は以下のように結論を下した：

- 一 Y1とY2は何らかの方法で音楽著作物「烏蘇里船歌」を利用する際に、当該著作物はホジェン族の民間歌謡の曲調より翻案されたものである、という説明を明記しなければならない；
- 二 Y1、Y2は本判決の発効日から30日以内に「法制日報」に、音楽著作物「烏蘇里船歌」はホジェン族の民間歌謡の曲調より翻案されたものであるとの広告を掲載せよ；
- 三 Y3は原著物の出典が明記されていない「烏蘇里船歌」に関する出版物の販売を直ちに停止せよ；
- 四 Y1、Y2はそれぞれ本判決の発効日から30日以内にXが本件訴訟のために支出した訴訟費用として1500元をXに支払え；
- 五 Xのその他の請求を棄却する。

一審の判断に対し、Y1、Y2が控訴した。

Y1の控訴理由としては、以下の4点である。Xは原告として訴訟の主体となる資格がないこと、一審判決はXの請求に対して判断していないこと、中国音楽著作権協会が出した鑑定書は手続き面及び実体面において問題点が存在すること、及び一審判決は法律の適用において誤りがあることである。

Y2の控訴理由として、上記の、と同じであるほか、Y2は合理的な調査の義務を尽くしたため、侵害行為を行っていないものであり、たとえ「烏蘇里船歌」の著作者の氏名表示に関して妥当でない行為があるとしても、誤った情報の提供を停止するだけで十分であり、新聞に謝罪広告を掲載するなどの法律上の責任を負う必要はないと主張した。

Y1、Y2の控訴に対し、北京市高级人民法院(以下二審)は、以下のよう

に判断した。
「何世代にもわたってホジェン族の間に伝承されてきた、『想情郎』を代表とする音楽曲調は、フォークロアの著作物に該当し法律により保護されるべきものである。本件フォークロアの著作物は、ホジェン族の共同創作物に該当しホジェン族の全共同体が共有する精神文化財であり、ホジェン族内の特定の一員に帰属するものでないものの、ホジェン族の個々の構成メンバーの権益とかかわっている。そのため、当該民族に属するすべての団体あるいはすべての構成メンバーは、自らのフォークロアを侵害行為から保護する権利を有するものと解するのが相当である。Xはわが国の憲法及び法律の規定により少数民族の集落において設立された郷レベルの地方政府であるため、一部のホジェン族の公共利益を実現させる代表でもある。したがって、憲法が定めた基本原則、及び法律の規定に反しない限り、Xは自らの地域内におけるホジェン族の公衆の権益、ホジェン族のフォークロアの著作物に関する権益が侵害される際に、自己の名義のもとで訴訟を提起することができる」と認められる。したがって、Y1、Y2がXは原告としての資格を有していないとした控訴理由を認めることができない」と判断した。

また、二審判決は、「著作権法でいう『翻案』とは、原著作物を基礎にして、著作物の表現形式またその用途を改変する手法を用いて、獨創性を有する新しい著作物を創出することを指すものである。翻案されたものを二次的著作物としたのは、原著作物の獨創的な部分を利用したからである。

そして、音楽著作物の翻案についていうと、二次的著作物は、原音楽著作物の基本的な内容あるいは重要な内容を利用し、原著作物の旋律に対し創造的な修正を施したにもかかわらず、原著作物の本来の旋律を喪失させていないものである。本件において、『烏蘇里船歌』の曲の中間部分の主旋律は『想情郎』、『狩猟的哥哥回来了(狩りに行った兄さんが帰ってきた)』の基本曲調と同じであるとの鑑定結果及び、『烏蘇里船歌』は『想情郎』と『狩猟的哥哥回来了(狩りに行った兄さんが帰ってきた)』と比較して異なる部分や新しい創作的な部分を有するという事実に鑑みて、『烏蘇里船歌』の中間部分は、『想情郎』と『狩猟的哥哥回来了(狩りに行った兄さんが帰ってきた)』の基本曲調に基づいて翻案されたものといえることができる。『烏蘇里船歌』楽曲の中間部は歌詞が展開されている部分であって、しかも楽曲全体の中で3回もリピートし、たとえ『烏蘇里船歌』の始まりの部分と終わりの部分は新しい創作に該当し、高い芸術レベルに至っているといえども、この中間部の曲調を除けば、『烏蘇里船歌』楽曲全体が損なわれることとなる。そのため、『烏蘇里船歌』の中間部は楽曲の主要部と認定することができる。以上から、『烏蘇里船歌』の中間部は翻案により成されたものであり、かつ中間部は全楽曲の主要部といえるため、『烏蘇里船歌』の楽曲全体は二次的著作物と認められる」とし、「Y1が『烏蘇里船歌』と『想情郎』、『狩猟的哥哥回来了(狩りに行った兄さんが帰ってきた)』との間に異なる点や新しい創作部分が存在するため、表現上において質的な変化が生じたという控訴理由は『烏蘇里船歌』の楽曲がホジェン族民謡の基本曲調を保有しているといった事実を否定しえない。したがって、中国音楽著作権協会が行った鑑定は事実から離れたものであり、『烏蘇里船歌』の楽曲全体は二次的著作物と認定すべきではないとのY1の主張は認めることができない」と判断した。

さらに、二審判決は、Y2の司会者は「烏蘇里船歌」はホジェン族の音楽要素を基に創作された曲であると説明したものの、『烏蘇里船歌』はY1のオリジナルの著作物であるという司会者の発言が事実と一致しないため、Y2はその司会者が事実と異なる発言をしたことについて適切な方法で影響を除去すべきであり、原審は、Y2に「法制日報」において訂正広告を出すよう判決を下したのは不当ではないとした。

以上から、二審判決は原審の判断を支持し、Yらの控訴を棄却した。

3 評釈

「烏蘇里船歌」事件は、1990年中華人民共和国著作権法が施行されて以降、フォークロアの著作物に関する最初の著作権侵害事件である。本件の争点は、以下の二点である。まず第一に、Xは原告となる資格(原告適格)があるか否かという点である。すなわち、赫哲族郷人民政府は自己の名義のもとで、本件訴訟を提起する権利を有するか否かの問題である。第二に、本件「烏蘇里船歌」は二次的著作物であるか、オリジナルな著作物であるかという点である。争点2については、裁判所は、「烏蘇里船歌」は二次的著作物に該当し、オリジナルな著作物ではないという正しい判断を下し、学説の通説的見解¹もこの結論を支持しているから、ここではこの点に関する検討を割愛する。本稿は、争点1に着眼して論じることにはしたい。というのは、争点1がフォークロアの著作物に関する法律保護という本質的な問題、すなわち、フォークロアの権利主体の問題を反映しているため、権利主体の問題を解決できればフォークロアの著作物の保護方式の問題も解決されると考えられるからである。以下では、2つの部分に分けて検討していく。まず、本件における原告適格の問題を論じたうえでフォークロアの著作物の保護方式について検討を行う。

(一) Xは、原告となる資格を有するか

根本的にいうと、北京市中級人民法院が本件訴訟を受理したのは法律上の根拠を欠くものといわざるを得ない。なぜなら、中国著作権法第6条で、「フォークロアの著作物に関する著作権保護弁法については、別途國務院により定められる。」と規定されているが、國務院は未だに関連する保護弁法を定めていないからである。知的財産権法定主義の観点からすると、法律の文言として権利となることが明確に定められていない場合は、保護を付与すべきでない公共財もしくは一種の合法的利益になり、不正競争防

¹ 张今「民間文学艺术艺术保护的法律思考—兼评乌苏里船歌案」法律与适用2003年第11期66-67頁。邵明艳「让“乌苏里船歌”的歌声更悠扬—民间文学艺术著作物法律保护探讨」电子知识产权2005年第9期49-51頁。

止法あるいは民法によって保護されるべきである²。本件において、Xは著作権法を法的根拠として訴訟を提起したが、現行の中国著作権法はフォークロアの著作物の権利主体、権利内容及び保護方式等について明確に規定していない上に、中国の國務院も未だに関連保護弁法を設けていないのだから、裁判所が本件訴訟を受理したことは、明らかに著作権法上の根拠を欠くと思われる。

たとえ著作権法上の根拠があるとしても、訴訟法の基本原理及び赫哲族郷人民政府の職権からしてみれば、Xが訴訟の主体となる資格を有するとはいえないため、Xの名義のもとでホジェン族のフォークロアの著作物につき訴訟を提起することはできないのである。

中華人民共和國民事訴訟法第108条の規定によると、「訴えを提起するに際し、以下の要件を満たさなければならない。(1)原告は当該事案と直接利害関係を有する人民、法人又はその他の組織であること、(2)被告の存在が明らかであること、(3)具体的な訴訟請求、事実及び原因があること」である。本件では、明確に被告が存在し、具体的な訴訟請求と関連事実及び原因があるものの、原告が本件事案と直接利害関係を有するという根本的な要件が欠如している。そして、直接の利害関係とは、直接の権利義務関係を指すものである。要するに、「烏蘇里船歌」の著作権の主体のみが本件事案と直接の利害関係を有し、本件訴訟の主体となる資格を満たすのである。フォークロアの著作物の権利主体が共同体であるか個人であるかについては未だに論争が続いているのだが、いずれにせよ、レベルの最も低い国家機関たる郷政府は、本件事案と直接的な利害関係を有する人民、法人又はその他の組織に該当せず、フォークロアの著作物の著作権者から明示的な授權がない限り、Xは原告適格を有しないものと考えられる。

また、民族郷の職権からしても、赫哲族郷人民政府は本件訴訟を提起する権利を有しないといえる。なぜなら、中華人民共和國憲法、中華人民共和國地方各級人民代表大会及び地方各級人民政府組織法、民族郷行政工作条例等の関連規定によると、地方各級人民政府は地方各級人民代表大会の

² 李扬「知识产权法定主义及其适用」法学研究2006年第2期3-16頁。同「知的財産の觀念について：法定主義及びその適用」知的財産法政策学研究第12号(2006年)35-89頁。

執行機関であり地方各級国家行政機関であるため、郷、民族郷、鎮の人民政府の職権は、本級人民代表大会の決議及び上級国家行政機関の決定と命令を執行し、決定及び命令を公表し；本行政区域内の経済及び社会発展計画、予算を執行し、本行政区域内の経済、教育、科学、文化、厚生、スポーツ事業及び財政、人民の生活に関する政務、公共の安全、司法行政、計画出産等の行政事業を管理し；社会主義の全民及び労働者全体が所有する財産を保護し、私人が有する合法的財産を保護し、社会秩序を維持し、身体的権利・民主的権利及びその他の権利を保障し；各種の経済組織の合法的權益を保護し；少数民族の権利を保障し、少数民族の風習を尊重し；憲法及び法律が婦女に付与する男女平等、同一の労働には同一の報酬を与える権利、婚姻の自由等の権利を保障し；その他上級人民政府より指示された事項を取り扱うことである。したがって、民族郷人民代表大会の執行機関としての民族郷人民政府の主要な職権は、係る決議、決定又は命令を執行し、各種の措置をとることにより憲法及び法律が人民又は組織に与える権利を守ることにあるのである。本件事案では、赫哲族郷人民政府は「烏蘇里船歌」の著作権の主体から許諾を得ずに自己の名義のもとで単独で訴訟を提起し本件民事訴訟事件の当事者になることは、明らかにその職権の範囲を超えると考えられる。

(二) フォークロアの著作物の権利主体は誰であるか

1. フォークロアの著作物の共同体著作者観を捨てよ

本件赫哲族郷人民政府が自己の名義で提訴できないからには、果たして誰が被告に対し訴えを起こせるのか。ここで肝心なことは、誰が実質上「烏蘇里船歌」の著作権を有するかということを検討しなければならない。つまり、フォークロアの著作物の権利の主体は誰かという核心的な問題を解決しなければならないのである。フォークロアの著作物の権利主体について、国内外を問わず現在ほとんどの見解はそれが共同体あるいはコミュニティ全体であると解している。その理由としては、フォークロアの著作物に含まれている伝統的知識が伝統性、共同体性及び口頭による伝承性等の

特徴³を有しているからである。ここで、筆者は曖昧な概念である「伝統

³ 中国国内の文献として、朱雪忠「传统知识的法律保护初探」华中师范大学学报(人文社会科学版)2004年第3期31-40頁、杨明「传统知识的法律保护:模式选择与制度设计」法商研究2006年第1期114-120頁。余达忠「传统知识的资源价值及其法律保护」贵州民族研究2006年第3期18-24頁。管育鹰「传统知识及传统文化表达的法律保护问题」贵州师范大学学报2005年第2期25-29頁。陈宗波「东盟传统知识保护的法治政策研究」广西师范大学学报(哲学社会科学版)2006年第2期31-33頁。龙初凡「侗族大歌知识产权保护探讨与法律保护分析」贵州民族研究2005年第5期39-46頁。赵蓉、高其明「敦煌三绝的版权保护地位」百家言2006年第2期68-70頁。张耕、郑重「利益平衡视角下的民间文学艺术保护」浙江工商大学学报2006年第2期18-21頁。徐家力「论传统知识的法律保护」中南民族大学学报(人文社会科学版)2006年第2期94-97頁。李霞霞「论民间文学艺术表达的法律保护」贵州师范大学学报2006年第1期32-39頁。张耕、郑重「论民间文学艺术的国际保护」重庆社会科学2005年第10期90-93頁。黄玉焯、罗施福「论我国民间文学法律保护的立法模式」广西政法管理干部学院学报2005年第4期42-46頁。罗向京「论著作权法与民间文学艺术保护」中国出版2006年第5期55-56頁。张今「民间文学艺术艺术保护的法治思考——兼评乌苏里船歌案」法律与适用2003年第11期66-67頁。邵明艳「让“乌苏里船歌”的歌声更悠扬——民间文学艺术著作物法律保护的探讨」电子知识产权2005年第9期49-51頁。徐康平、陈乐「民间文学艺术的法律界定」北京工商大学学报(社会科学版)2005年第5期89-92頁。陈昌柏、王伶俐「民间文学艺术法律保护的理论基础及模式选择」三江学院学报2005年第1、2期26-29頁。赵纲「民间文学艺术保护之法律探析」西北民族大学学报2005年第3期98-102頁。李永明、杨勇胜「民间文学艺术著作物的版权保护」浙江大学学报2006年第4期132-140頁。刘银良「史诗著作物的法律保护」政法论丛2006年第1期116-125頁。张广生「试论民间文学艺术著作物的著作权保护」版权参考资料1990年第6期20-23頁。许超「关于民间文学艺术的法律保护」著作权1993年第4期19-21頁。杨新书「论中国民间文学艺术的版权保护」知识产权1993年第4期39-43頁。李祖明「民间文学艺术表达形式法律保护之我见」思想战线1996年第2期53-56頁。许超「民间文学艺术在中国的法律保护」中国专利商标1997年第1期53-54頁。郑成思「民间文学艺术著作物及我国对其保护方式的建议」知识产权研究第3卷(方正出版社,1997年5月第一版)。冀红梅「民间文学艺术的著作权保护」科技与法律1998年第1期56-63頁。许惠然、范严生等「云南省民族民间文化中的知识产权保护初探」知识产权文丛第5卷471-473頁。唐广良「遗传资源、传统知识及民间文学艺术表达国际保护概述」知识产权文丛第8卷4-70頁。吴烈俊「我国民族民间文学艺术的法律保护」西南民族学院学报2003年第5期191-195頁。蒋万来「民间文学艺术的法律保护」电子知识产权2004年第5期19-23頁。

性」⁴はさておき、単純に共同体著作者といった観念、すなわち「共同体性」

世界の範囲からみれば、20世紀の60、70年代に“民間文学”が一部の国家の著作権法に織り込まれて以来、各国はWIPOの骨組みのもとで議論を積み重ね、その最新の成果が現れている「THE PROTECTION OF TRADITIONAL KNOWLEDGE: REVISED OBJECTIVES AND PRINCIPLES」では、WIPOは依然として共同体創作・共同体所有という原則を放棄しておらず、そしてこの基礎の上で権利の管理、保護の範囲、保護の期間等について指導的原則と実質的な条項を出すことを試みている。これは、1982年にWIPOと国連教育科学文化機関(UNESCO)が出した「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」と比較しても、本質的な違いは見出せない。国内法の立法例としては、フィリピンが1997年に制定し施行した「先住民権利法」(THE INDIGENOUS PEOPLES RIGHTS ACT OF 1997)が、共同体創作・共同体所有原則を堅持する最も典型的な法律として挙げられる。

⁴ フォークロアを含む伝統的知識の法的保護に関する文献のほとんどは、伝統的知識の最も顕著な特徴の1つは「伝統性」にあると述べている。しかし、「伝統性」につき正確に定義できる文献は未だ見出されていない。中国の代表的な文献によると、「いわゆる『伝統性』とは、伝統的知識が特定の民族、コミュニティの伝統的信仰、道徳的標準及び実践活動に基づいて、各世代に踏襲されてきた伝統の文化に由来し、それ自体がまた伝統文化の一部を構成するものである」。このような定義はわかりにくいいため、言わないほうがまだましであり、さらに、言えば言うほど分かりにくくなると思われる。つまり、本質的には、「伝統的知識」を少数民族の知識と等しくみなしているのである。朱雪忠「传统知识的法律保护初探」华中师范大学学报(人文社会科学版)2004年第3期33頁。根本的に問題を解決するためには、「伝統的知識」という曖昧な概念を捨てたほうがよいかも知れない。中国の国務院が2005年に制定した「国家級非物質的文化遺産の代表者がその鑑定を申請する際の暫定弁法」はこのような傾向をとり、伝統的知識という概念を使わず、その代わりに非文化財・文化的遺産という概念を用いた。同暫定弁法第2条は、非物質的文化遺産は各民族の人々が世代を超えて伝承してきた民衆の生活と密接に関わる各種伝統文化の表現形式(例えば民俗活動、表現芸術、伝統的知識と技能、及びそれらと関係する器具、実物、手工芸品等)及び文化の表現の場を指す。また、第3条は、非物質的文化遺産を2種類に分けている。(1) 伝統的文化表現形式。例えば民俗活動、表現芸術、伝統的知識と技能など;(2) 文化の場、つまり定期的または集中的に伝統的文化の活動あるいは伝統的文化の表現を行う場所であり、空間性と時間性を兼ね備える。非物質的文化遺産の範囲には以下のものが含まれる。(1) 口頭伝承。文化の伝達道具である言語を含む;(2) 伝統的表現芸術;(3) 民俗活動、儀礼及び節

を核心的な論点として分析していく。

いわゆる伝統的知識の「共同体性」とは、一般的な観点によると、伝統的知識は一人の社会構成員による創造ではなく、ある民族、部落、村落、コミュニティ、共同体又は繋がりのある多数の共同体が長期的生産及び生活の中で共に完成させた産物であり、幾世代にもわたった努力を通じて共同で開発・創造・育成した産物であるというものである⁵。フォークロアの著作物についていえば、要するに、それが共同体により創作されたからには、その著作権も共同体が享有すべきであり、このことは、まさに作家文学との顕著な相違点であるというのである。この論拠を踏まえて、フォークロアの著作物について共同体が著作者であるという観念を持つ論者は、フォークロアの著作物は期限のない保護を受けるべきであると考えている。

フォークロアの著作物はある民族、部落、村落、コミュニティあるいは共同体の中の特定の者が意識的に集まり、「七嘴八舌(しちしはちぜつ)」で作り出した創作物といえるのであろうか。現存する法学、民族学そして歴史学の研究文献に鑑みても、未だにこれに関する実例を出した論文あるいは専門書は存在しない。フォークロアの著作物を個人の創作性の一般原

慶;(4) 自然界と宇宙に関する民間の伝統的知識及びその実践;(5) 伝統手工芸の技能;(6) 上述した表現形式と関わる文化の場。すでに施行された中国の一部の地方法規は伝統的知識の概念を徹底的に放棄し、「民族・民間の伝統文化」の概念を用いる。たとえば、2005年に制定し、2006年1月1日に施行した「広西チワン族自治区民族民間伝統文化保護条例」第2条によれば、自治区の行政区域内に、歴史、文学、芸術、科学又は社会的価値を有する以下の民族・民間伝統文化は保護を受ける:(一) 危機に瀕した民族の古文字と言語;(二) 民族の民間伝統文化を記載した文献資料;(三) 代表的な文学、芝居、曲芸、音楽、舞踊などの民族の民間口頭文化・非物質文化;(四) 特色ある伝統的民俗文化活動とスポーツ;(五) 民族の民間伝統的製作技術とその他の技術工芸;(六) 民族の民間伝統文化を反映する代表的な建物、施設、標識、服飾、器物及び工芸製品;(七) 民族の民間伝統文化を反映した比較的保存状態のよい自然区;(八) その他保護すべき民族の民間伝統文化形式。前項に規定した民族の民間伝統文化の具体的な項目に関して自治区の人民政府とコミュニティの市人民政府は、それらを確認のために名簿に公表しなければならない。

⁵ 朱雪忠・前掲注4・33頁。

則から考察すれば、フォークロアの著作物は恐らく最初にある一人の創作者あるいは何人かの創作者が共同で完成した創作物であると推測できる。その後、口頭伝承の方式により広く外部に伝播していく。口頭伝承は書面による伝承方式より大きな変異性を持つと考えられる。というのも、口頭伝承する者はそれぞれ意識的あるいは無意識に自分の個性をフォークロアの著作物に反映させたからである⁶。しかも時間が経てば経つほどフォークロアの著作物に具現化した、異なる時代の個人による貢献も多くなる⁷。このような変化の過程において、フォークロアの著作物は、一つないし多くの時代における社会共同体の共通した審美的傾向を反映しているのかもしれない。もっとも、フォークロアの著作物のこのような形成及び変化の過程が世代の縦方向の共同の知恵を反映しているにもかかわらず、そこからフォークロアの著作物が共同体創作の特徴を有しその著作権を共同体が享有するというような結論を導き出すことはできない。いわゆるフォークロアの著作物の共同体性は、せいぜい最終バージョンの著作物に歴史上の多くの無名の者の知的貢献が集結しただけであると言わざるを得ない。しかし、これが決して民間文学と作家文学とを区分する基準とはならない⁸。縦方向に集結した共同の知恵からいえば、多くの作家文学も次第に変化していく中で、後人の知恵が盛り込まれてきた。たとえば「梁山泊と祝英台」、「孟姜女哭長城（孟姜女泣いて長城を倒す）」や「白蛇伝」等の中国の伝統的物語について考証可能な書面による資料は千年以上も

⁶ たとえば、現在依然として我が国のチベット高原で歌い継がれているチベット族の史詩「ケサル」は、歴代の講談芸者の承継、伝播及び革新を経て、絶えず異なる内容と体裁に変化していく。記録に残されている300数冊の「ケサル」のほとんどは、内容も体裁も異なるものである。それゆえ、「嶺国の人々の口の中にそれぞれ違う『ケサル』がある」というチベット族のことわざが生まれた。央视国际「我国收集研究藏族史诗：格萨尔」<http://www.cctv.com/folklore/special/C11384/20031210/100483.html> (2005年12月4日最終閲覧)。曲成「雪域灵魂格萨尔」中国民族2001年第3期。

⁷ 许钰「口头叙事文学的流传和演变」北京师范大学学报(社会科学版)1994年第6期4-8頁。

⁸ 崔国斌「否弃集体作者观 - 民间文艺版权难题的终结」法制与社会发展2005年第5期70頁。

伝承されてきた。現在でも、これらの物語を題材とする作家文学は依然として多く、その中のいずれも先人の著作物の基礎の上に創作されたものであり、いずれも数え切れない個々の先人の共同の知恵の結晶である。この場合、これらの作家文学が共同体性を有するものであり、共同体による創作に該当しその著作権を共同体が享受すべきといえるのであろうか。

文化人類学者の研究成果によれば、伝統あるコミュニティにおいて、個人の芸術家による創造性が社会に広く認められおり、遠くまで著名になっていることもしばしば認められる。伝統的なコミュニティの著作物は共同創作物であり、その作者が不明であるという観点は、実は西方社会の一つの虚構であるという⁹。中国のチベット族の史詩「ケサル」に関する研究成果もこのことを説明している。「ケサル」が伝承されてきた中で、抜群の才能を持つ民間講談芸人達は非常に大きな役割を担ってきた。彼らは史詩の最も直接的な作者といえ、継承者そして伝播者でもあれば、真の人民芸術家でもある。彼らは最も優秀でしかも最も大衆の人気を博する人民詩人であり、彼らの才能と勤勉な労働がなければ、この偉大な史詩は歴史の流れに埋没し、チベット族、モンゴル族ないし中華民族の人民全体はこの貴重な文化財を失ってしまうに違いない¹⁰。

財産権の観点からみても、ある人類学者の研究によれば、伝統部族にも近代の知的財産権制度に近い個人主義の財産権習慣が実際に存在している。たとえば、オーストラリアにある「YOLNGU」という部落において、美術的創作物に対する権利とそれを公開展示する権利を部落習慣法により部落の構成員に配分し、部落が一つの共同体としてこれらの権利を有することはないという¹¹。

実際に、伝統的な部族やコミュニティにいる多くの芸術家はすでに近代の知的財産権制度に馴染んでそれを利用することによって個人の成果を保護している。これにより、そもそも存在していなかったかもしれない共

⁹ Abraham Rosman, Paula G. Rubel. *The Tapestry of Culture : An Introduction to Cultural Anthropology* (Fifth Edition) [M]. McGraw2Hill, Inc., 1995.

¹⁰ 将边嘉措「当代荷马 - 格萨尔说唱家」中国藏学1994年第1期116頁。

¹¹ Anne Barron, *No Other Law ? Authority, Property and Aboriginal Art* [A]. *Intellectual Property and Ethics* [C]. Sweet and Maxwell, 1998.

同体創作のメカニズムはすでに瓦解に向かい、フォークロアの著作物の創作は没落しつつある。チベット族のフォークロアを研究しているある中国の学者によれば、多元的な民俗文化が政治及び宗教の色彩の濃厚な社会構造の中で形成されるにつれて、原始文化の土地で成長してきた民間文学の基礎も揺らぎ始めて、民間文学の生成及び伝承は厳しい挑戦に直面している。特に7世紀に文字が創作されて以降、作家文学の出現により、個人創作がある程度共同創作を代替した；異質の文化、異なる言語が伝わってきたことにより、濃厚な民族の特色を有する民間文学はその生存空間を次第に失ってしまい、それが元来持つ多くの機能も失われた。社会の発展に従って、私有制観念の増大と人間の個性という提唱により、共同体としての審美観から個人としての審美観へと大きく転向し、民間文学とその共同体性も必ず没落に向かうと指摘した¹²。

したがって、フォークロアの著作物が特定の民族やコミュニティに帰属するという共同体所有の観点は歴史の真実に符合しないし、著作物を創作する原則にも一致しない。確かに、中国の現行著作権法第11条による法人著作物、第15条による映画の著作物ならびに第16条による職務著作物と、中国の現行コンピュータソフトウェア条例第13条によるコンピュータプログラムの著作物などの保護規定は、著作権法が共同創作の新しいメカニズムを守るために、「権利者」という名義をもって「著作者」の概念を修正ないし代替したことは否定できない。しかしこのような傾向があったとしても、フォークロアの著作物がこれらの著作物と同じ性質を持ち、フォークロアの著作物は特定の民族やコミュニティの共同創作であり当該民族やコミュニティが著作権を享有するとの結論を直ちに導き出すことはできない。フォークロアの著作物は共同創作・共同体所有であるとの観点は、フォークロアの個人創作者とその伝承者の貢献を抹殺するだけでなく、実効面からも通用しにくいものであると言わざるを得ない。中国のような社会では、共同体所有ということは実際のところ、少数の官僚の所有に等しいものである。また、財産権と効率の観点からみれば、共同体所有とは誰も所有できないことに等しい。少数の官僚の所有になるか、それと

¹² 斯农平措・刘骥「藏族民间文学的基本特征」西南民族学院学报(哲学社会科学版) 1999年第2期。

も誰も所有できないのか、そのいずれもフォークロアの著作物の伝承、革新及び発展に役立たないと考えられる。

フォークロアの著作物の共同創作・共同体所有の観点は、実に狭い文化民族主義の思想¹³を反映している。具体的には「文化の略奪論」¹⁴及び「文

¹³ 民族主義は17、18世紀のヨーロッパに起源がある。ヘインズは、民族主義がヨーロッパに出現して以降、民族主義の意味を大きく四つに分類している：(1) 歴史の過程としての民族主義である。民族主義はこの過程において民族国家の政治連合体を創建するための支えになる；(2) 理論としての民族主義である。実際の歴史の過程に理論、原則及び観念を提供する；(3) 民族主義は政治行動を含んでいる。たとえば、特定の政党の行動である；(4) 民族主義は一種の感情であり、ある民族の構成員が当該民族国家に対して持っている忠誠はその他の国家に対するそれを越える。J・H・ヘインズ「民族主義論文集」麥克米出版公司1926年版6頁。これにより、民族主義は実際に「民族自決」を価値の核心とする怪しい混合物である：それは一つの体系的な理論であり、民族の成長に原則と観念を十分に提供できるかもしれないが、一方では単に民族に対する熱狂的な感情であるかもしれない、民族構成員の個人の忠誠と恩返しする情熱を引きつけている；厳格に統合された政治運動であるかもしれないし、社会運動のスローガンあるいはシンボルかもしれない；民族構成員が団結する真の感銘であるかもしれないし、作り出された心理的幻覚であるかもしれない。類型化すると、民族主義には、経済民族主義、政治民族主義と文化民族主義が含まれる。文化民族主義の主要な任務は、当該民族特有の文化や伝統を維持・発展させるため、民族の文化的個性と文化伝統を絆にすることを主張し、民族構成員の政治共同体に対する認識を強化することである。現在よく言われている「現代化」は、実は「西洋化」の代名詞であり、強大な民族はほとんど強大な経済、軍事の実力に頼る西方の政治民族である。そのため、文化民族主義の主張及びその実践は主に発展途上国に現れる。先進的な西洋文化の侵入と衝撃に直面し、またグローバル化につれて次第に増大する文化の同化力に対し、如何に個性を保ち文化の覇権に吞まれないようにするかということは、国家の生存に関わる重大な問題となる。多くの発展途上国にとって、先進国を追いこして現代化を実現するということは必然的な選択肢であるが、しかし発展する途上で潮流に追従して民族の伝統文化を放棄するのが、それとも伝統を固守し西洋化に対抗するのか、どちらも難しい立場である。文化民族主義はまさにこのような背景の下で復興し、しかも東西洋文化の衝突と対抗といった衰えないテーマに現れている。発展途上国の政治家や思想家は伝統文化の資源を掘り起こすことにより、当該民族の文化および精神を育成し、次第に拡張する西洋文化と文化覇権(たとえば「ハリウッド化」や「コカ・コーラ

文化多様性保護論¹⁵として現れており、その論拠の核心は「民族自決権」理

化)に挑戦し、民族の自尊心を維持・回復させて、政治影響力を獲得することを試みる。経済民族主義が経済の侵略に反対することと同様に、文化民族主義者が反対したのは「文化の殖民」である。政治と経済の実力が不足している状況下で、まず文化面から民族の共同認識を確立することは評価できるが、しかし、ほとんどの発展途上国は世界的な消費主義と国境のないマスコミに抵抗できないため、文化民族主義も弱くなり見せかけのように見える。李永剛「当代发展中国家的民族主义」<http://www.zisi.net/hlm/wvzh/2005-05-24-28804.shtml> (2006年10月28日最終閲覧)。¹⁴ いわゆる文化侵略論の最も基本的な考え方は、伝統民族やコミュニティは、外部の者が当該民族、コミュニティの許諾も得ず報酬も支払わずに、フォークロアの著作物などの無形の文化資源を商業的に利用することは、戦争の時に強盗が他国の文化財を略奪する行為と同じであるというものである。文化侵略論は常に発展途上国と先進国の間に存在する南北問題として議論の俎上に載せられ、伝統あるコミュニティの文化知識に対する商業的利用は発展途上国に対する先進国の第2次殖民主義運動であると称される。崔国斌「否弃集体作者观」法制与社会发展2005年第5期68頁。大澤麻衣子「伝統知識の保護と知識財産権に係る国際的な取り組み」企業と法創造第1巻2号(2004)1-2頁。往々にして、文化侵略者は個別の事件を通じコミュニティにその伝統知識に対する保護強化をもたらす。通常、個別の事件において当事者間に強烈な対比があり、商業的利益が存在することが明らかであるため、感情に呼びかける強いパワーを持つ。一方は伝統、封鎖、そして貧弱であるコミュニティであり、他方は現代的、開放的かつ富裕である強い商業的集団である。一方は長年伝統を見守ってきたにもかかわらず貧困であり、他方は他人の文化財を略奪したにもかかわらず堂々と話をする。文化的感情と商業利益の二重の刺激のもとで、文化略奪論者は当該民族やコミュニティの文化遺産の価値を強調しながらも、当該民族やコミュニティと外部との文化交流を見落としている。Christine Haight Farley, *Protecting Folklore of Indigenous Peoples: Is Intellectual Property the Answer?* [J]. *Conn. L. Rev.* 1997, (130)。崔国斌「否弃集体作者观」法制与社会发展2005年第5期69頁。

¹⁵ 文化多様性保護は生物多様性保護と同様、すでに広く国際社会に認められている。文化多様性は、異なる文明は人間が異なる環境の下で作り出したものであり、人間が異なる環境と挑戦に直面して生まれた知恵の蓄積も必然的にそこに含まれている、それゆえ、文明は人間が共有する精神的財産であると考えている。一つの文化で世界を統一するという考えは非現実的かつ不道德なものである。他文化を潰すことは、その文化に頼って生存している人民の利益を損ねることに等しいのみならず、他文化の欠陥を補うことのできる文化資源も喪失するかもしれない。盛

論¹⁶である。「文化略奪論」、「文化多様性保護論」及び「民族自決論」が支えている文化民族主義は感情に呼びかける強力なパワーを持つが、一方で、それはあまりにも極端な悲しみや過去に対する懐かしみと自虐の色彩を帯びている。実際に伝統民族やコミュニティの人々は近代の知的財産権制度における財産権の概念と保護制度を早くから受け入れた模様で、パブリック・ドメンに属するものの利用は自由であるという制度をも受けとめて、意識的あるいは無意識のうちにコミュニティ以外の公共領域にある知識を積極的に利用したのに、自らの民族やコミュニティのフォークロアの著作物をパブリック・ドメンの領域に入れて他人に利用させることを拒絶したことは、「高官は放火してもよく庶民は点灯する自由さえ許されない」と同じではなからうか。これにより、いわゆる「文化略奪論」は通用しない理論であるということになる。文化民族主義者の文化多様性の保護によ

洪「为万世开太平-一个经济学家对文明问题的思考」北京大学出版社1999年版84頁。これにより、多くの学者は、伝統民族やコミュニティのフォークロアの著作物に対し特別に無期限の保護を付与すれば、伝統民族やコミュニティが外部者の商業的利用から十分な報酬を獲得することを保証することができるため、それによって伝統文化の継続的な発展を促進することを提唱している。David R. Downes, *How Intellectual Property Could Be a Tool to Protect Traditional Knowledge* [J]. *Columbia Journal of Environmental Law*, 2000, p253, 265.

¹⁶ 国際社会で最も早く「民族自決権」の概念を提出したのはレーニンである。1916年3月に、レーニンは「社会主義と民族自決権」に、世界の各民族が自身の権利を決定する権利を有し、迫害された民族を帝国主義と植民地主義の国から解放させるべきであると指摘した。レーニンは明確には「民族自決権」が「民族」と「国家」はそれぞれ対応しなければならないと言及していないが、その後旧ソ連憲法は各加盟共和国に「脱退権」を付与したことから、レーニンはすべての民族が自分の国家を作り上げる権利を有するという考えを持っていたと推測できる。それに対して、米国の憲法は各州に「脱退権」を与えていない。崔之元「民族自決権、人权と主权」<http://chuanshuo.bokee.com/217066.html> (2006年10月28日最終閲覧)。伝統民族やコミュニティは民族自決権の理論の下で、フォークロアの著作物を含む文化遺産の保護について自主的に決定する権利を求め、国際社会に強い圧力をかけている。Paul Kuruk, *Protecting Folklore Under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions Between Individual and Communal Rights in Africa and the United States* [J]. *American University Law Review*, 1999, April, p769, 853.

る要求によれば、特定の民族あるいはコミュニティの知識に対し無期限の法的保護を与えるのは、民族と民族の間に、そしてコミュニティとコミュニティの間に障壁を形成し、世界経済と文化交流の将来性を減殺することになる。この状況が実際に生じれば、伝統民族やコミュニティは自らの文化遺産に対する永久の財産権を獲得できるものの、外部の世界文化遺産に対する利用権を失う。その結果、彼らは現代文明との繋がりを失い、原始状態に停滞するに違いない。これは実に「因小失大」といわざるを得ない。文化多様性の保護は自由な文化交流及び市場の利用に全面的に軍配を掲げることではできないといっても、真逆の方向へ向かって、異文化間の自由な交流と市場における利用の障碍になるわけにもいかない。文化多様性の保護と自由な文化交流及び市場の利用の関係を処理するに際して、肝心なのは、当該民族やコミュニティの人々の選択の権利を尊重しなければならないことである。現代文明はすでにその強大な勢力で伝統民族やコミュニティの人々の支持を得たことを否定できないのである¹⁷。フォークロアの著作物を含む伝統的知識の保護論者が提出した建前は、基本的に伝統民族やコミュニティの現有する生存方式や生存状態を保存することをその目的としている。これを一見したところ、伝統民族やコミュニティに対する一種の尊重及び差別を否定する観点であるが、実際のところ、この観念は伝統民族やコミュニティが現代文明を選択する権利とそれを楽しむ権利を剥奪することになりかねない。この論拠の裏には、現代人が自分の審美感情を満足するために伝統民族やコミュニティを世と断絶させ原始で純

¹⁷ 藍寿榮・朱雪忠「土家族传统知识的法律保护」科技与法律2003年第4期82-83頁。この文章の中で、作者は中国の中部地方に住んでいる少数民族を紹介した。すなわち、トゥチャ族の若者が、狩り、舞踊、伝統服装や建物などの「田舎臭い」伝統的知識を自発的にやめることにし、その代わりに、テレビ、書籍、新聞、現代風の歌舞、服装や建物等の現代知識を受け入れることにしたがって、トゥチャ族の伝統的知識が次第に消滅に向かっていくという状況を述べた。また、中南民族大学の柏貴喜氏は1988年に湖北省来鳳県河東郷米舎村の102人の村民の服装について調査を行ったことがある。調査結果によると、その中の66人はすでにトゥチャ族の服装を着ないということが分かった。「皆が着ないから、私も着ない」という理由であった。柏貴喜「转型与发展 - 当代土家族社会文化变迁研究」民族出版社2001年版146-147頁を参照。

粋な状態に止まらせる一つの口実であって、伝統民族やコミュニティを軽蔑するような態度であり非常に不平等なことである。これはまさに民族自決権に対する利己的な濫用であると思われる。

要するに、いわゆるフォークロアの著作物の共同体性・共同体著作者観は単に過激な文化民族主義者の一つの虚構であり、近代の知的財産権法学者は自分の好奇心と審美感情を満足させるためにわざわざ「平等」という看板を掲げただけなのである。フォークロアの著作物の保護という難問を解決するために、この共同体著作者の観念を根本から放棄しなければならない。

2. フォークロアの著作物という難問の終結

ある学者が指摘したように、フォークロアの著作物の共同体著作者観念を放棄できれば、フォークロアの著作物の保護という難問も解決される¹⁸。なぜなら、この観念を放棄することによって、フォークロアの著作物は一般の個人著作物になり、著作権法による一般の個人の著作物に対する保護方式で保護を付与すればよいからである。言い換えれば、フォークロアの著作物の伝承者が誰なのかがはっきり分かれば伝承者を著作者と見なし、伝承者が著作権を享有する。伝承者が多数でかつフォークロアの著作物が伝承された過程においてすでに違うバージョンが形成されているのであれば、伝承者がそれぞれ違うバージョンのフォークロアの著作物につき著作権を有する。一方、数人の伝承者がいるものの、異なるバージョンのフォークロアの著作物が存在しない場合には、具体的な状況に応じて数人の伝承者が共同で著作権を享受したり、あるいは政府の文化部門が認定した特定の民族やコミュニティにより認められたフォークロアの著作物に精通する代表者に、単独で著作権を付与することも一つの解決策であろう¹⁹。また、伝承者がいないもしくは伝承者の認定が難しいフォークロアの

¹⁸ 前掲注14・崔国斌・75頁。共同体著作者観を放棄するという観点は、現在、中国ないし国際的にも少数説であるが、筆者は熟考の末に、この見解に賛成したい。

¹⁹ 伝承者の認定に関して、現在中国のいくつかの地方法規は既に明確な規定を設けた。例えば、2004年に制定し2005年1月1日に施行した「福建省民族民間文化保護条例」第11条によると、次の各号に掲げる条件を満たす人民は、民族民間文化伝承

著作物の場合、その著作物はパブリック・ドメンとなり、誰でも自由に利用することができる。そして著作人人格権に関しては、中国の現行著作権法第47条²⁰に従って、著作権の行政管理部門に権利侵害者を追及する責任

者として申請し又は推薦されることができる。(1)当該行政区又は一定の地域範囲内で特定の民族民間文化の形態に精通すると公認される者;(2)特定の民族民間文化の伝統工芸又は製作技術に精通する者でかつ強い影響力を持つ者;(3)特定の民族民間文化の歴史資料と実物を保存し、かつ一定の研究成果を持つ者。また、2000年に制定・発効した「雲南省民族民間伝統文化保護条例」第15条によると、次の各号に掲げる条件を満たす公民は推薦を経て雲南省の民族民間伝統文化伝承者として認定される。(1)当該地区、当該民族の公衆により民族民間伝統文化の活動の内容・形式・組織の規定に精通する代表者として認められる者;(2)民族民間伝統文化の工芸技術に精通する者;(3)民族の民間伝統文化の歴史的文献およびその他の実物や資料を大量に保存する公民。また、2005年に制定し2006年1月1日に施行した「広西チワン族自治区民族民間伝統文化保護条例」第16条によれば、次の各号に掲げる条件を満たす公民を、民族民間伝統文化伝承者として認定することができる。(1)当該地区、当該民族の民間伝統文化の形式・内容・活動に精通する者;(2)民族の民間伝統工芸技術に精通する者でかつ当該地域内で影響力を持つ者;(3)民族の民間伝統文化の重要な歴史的文献およびその他の資料や実物を保存し、それらを研究している者。また、2002年に制定し2003年1月1日に施行した「貴州省民族民間文化保護条例」第15条によれば、次の各号に掲げる条件を満たす公民は、貴州省民族民間伝統文化伝承者として申請することができる。(1)民族の民間伝統工芸技術に精通する者でかつ当該地域内で影響力を持つ者又はその工芸技術が広く評判になっている者;(2)特定の地域内で当該民族又は当該地域民族の民間文化の形式と内容に精通すると認められる者;(3)弟子しか継承できない特殊な工芸技術を形成する場合における、その師匠;(4)民族の民間伝統文化の歴史的文献とその他の資料や実物を大量に把握・保存し、かつそれらについて一定の研究成果を得た者。ただし、上述した地方法規は、民族の民間文化を保存することを目的として設けられたため、いずれも伝承者の私法的権利に関する規定を定めていない。

²⁰ 中国現行著作権法第47条は、次の各号に掲げる権利侵害行為がある場合には、情状により侵害を停止し、影響を除去し、公開謝罪し、損害賠償する等の民事責任を負わなければならない。同時に公共利益に損害を与えた場合、著作権行政管理部門はその権利侵害行為の停止を命じ、違法所得を没収し、権利を侵害する複製品を没収、破棄し、かつ罰金を科すことができる。情状が深刻な場合、著作権行政管理部門は、主に権利を侵害する複製品の製作に用いられた材料、道具、設備等を没収することができる。犯罪を構成する場合は、法により刑事責任を追及する。

を負わせることとなる。さらに、伝承者が原著作者であるか二次的著作作者であるかについて、伝承者以外の者がこれを否定する証拠を提出できなければ、伝承者が原著作者であると推定すべきである。

もちろん、上述した原則を堅持すると同時に、伝統民族やコミュニティの中に既にフォークロアの著作物に関する慣習法が存在するならば、その慣習法を尊重すべきである。

伝承者を著作権者と推定することは、フォークロアの著作物に対する一般的認識に合致している。というのは、通常、伝承者はフォークロアの著作物について独創的な貢献を果たしているからである。講談をする芸人達は先人が作り出したストーリーをそのまま後世に伝えるのではなく、彼ら自身が生きている社会及び時代の特徴に合わせて、現実社会の需要を満たすために、物語の内容や言葉の表現方式を調整しなければならない。したがって、彼らの知恵は自然にこれらの物語、そして伝統的知識に溶け込んで

-
- (1) 著作権者の許諾を得ずに、その著作物を複製、発行、実演、映写、放送、編集し、情報ネットワークを通じて公衆に伝達したとき。但し、この法律に別段の定めのある場合は、この限りではない。
 - (2) 他人が専有出版権を享有する図書を出版したとき。
 - (3) 実演者の許諾を得ずに、その実演を録音、録画した録音録画製品を複製、発行し、情報ネットワークを通じて公衆に伝達したとき。但し、この法律に別段の定めのある場合は、その限りではない。
 - (4) 録音及び録画の製作者の許諾を得ずに、その制作した録音録画製品を複製、発行し、情報ネットワークを通じて公衆に伝達したとき。但し、この法律に別段の定めのある場合は、この限りではない。
 - (5) 許諾を得ずに、ラジオ、テレビ番組を放送又は複製したとき。但し、この法律に別段の定めのある場合は、この限りではない。
 - (6) 著作権者又は著作権に関係する権利者の許諾を得ずに、権利者がその著作物や録音録画製品の著作権又は著作権に関する権利を保護するために採用した技術的措置を、故意に回避あるいは破壊したとき。但し、法律、行政法規に別段の定めのある場合は、この限りではない。
 - (7) 著作権者又は著作権に関する権利者の許諾を得ずに、著作物、録音録画製品等の権利を管理するための電子情報を故意に削除あるいは変更したとき。但し、法律、行政法規に別段の定めのある場合は、この限りではない。
 - (8) 他人の氏名表示を偽造した著作物を制作、販売したとき。

いる²¹。

フォークロアの著作物の著作権者の地位を確定した後に、フォークロアの著作物を翻案・翻訳・注釈・整理することにより生じた著作権の問題は、著作権法における二次的著作物に関する規定により容易に解決することができると思われる。

上述した原則でフォークロアの著作物の保護問題を処理する際に、伝承者が自分の創作でないフォークロアの著作物につき著作権を付与されるという事態が生じるかもしれない。しかし、これに比してより良い解決策がない限り、単に理論上の可能性があることをもって伝承者が伝承した著作物に対する独創的貢献を否定し、伝承者に著作権の付与を全面的に否定することはできないと思われる。

当然、上述の解決策は二つの前提となる問題に及んでいる。第一に、如何なるフォークロアの著作物が保護を受けられるか、第二に、フォークロアの著作物に対する保護の起算点はいつからであるかという問題点である。まず、第一の問題に関して、ほとんどの論者はフォークロアの著作物が形成された時代が古いため、それはすでにパブリック・ドメンにある知的財産になり、著作権法はフォークロアの著作物に対し保護を付与すべきではないと提唱している。このような観点は独断的であろう。たとえ研究者、弁護士、伝統民族やコミュニティの住民が散在している記録あるいは断片的な記憶によってあるフォークロアの著作物が古くから存在することを証明できたとしても、これをもって現存している伝承者が伝承した著作物はすでにパブリック・ドメンに入っているということは証明されない。より効果的な解決策を欠いている現状下、フォークロアの著作物はすでにパブリック・ドメンに入っているとする反証がない限り、著作権法は現存する伝承者の伝承した著作物が最も新しく作り出された著作物であると推定するしかないと考えられる。具体的な訴訟において、被告が、原告が伝承したフォークロアの著作物はすでに存在している他の作品を複製し

たものであることを証明できない場合、裁判所は伝承人の伝承した著作物が新しく作り出されたものと推認すべきである。第二の問題に関しては、中国著作権法第2条により、「中国の人民、法人又はその他の組織の著作物は、公表されたか否かを問わず、この法律により著作権を享有する」と規定されているため、著作物の完成した日から著作権が発生すると一般的に解されている。それでは、フォークロアの著作物の完成日を如何に確定するか。二つの推定方法がある。一つは、フォークロアの著作物がすでに複製、録音、録画の形式で固定されている場合に、固定された日が著作物の完成した日であると推定する方法である。もう一つは、フォークロアの著作物が口述した形で伝承されおり、いまだに固定されていない場合は、伝承者が初めて暗唱できた日が完成日であると推定するものである。

4 結論

上述したように、「烏蘇里船歌」の一審及び二審判決は、「烏蘇里船歌」がホジェン族の民間音楽著作物でありホジェン族の共同創作物に該当するため、ホジェン族全体が著作権を享有し、赫哲族郷人民政府が原告となる資格を有するとした判断に疑問なしとしない。フォークロアの著作物の著作権に関する世界的難問を解決するために、狭い文化民族主義のコンプレックスと現代人の潜在意識に存する差別的で傲慢な態度を改めなければならない。いわゆる共同創作・共同体享有という共同体著作権者を放棄しなければならないのであり、フォークロアの著作物を個人の著作物として取り扱い、伝承者が原作者あるいは二次的著作者と推定し伝承者が著作権を享有し、そしてフォークロアの著作物が最初に固定された日を創作された日と推定することによって、フォークロアの著作物の保護期間の起算点の問題は解決される。

²¹ 前掲注14・崔国斌・75頁。Angela R. Riley. Recovering Collectivity : Group Rights to Intellectual Property in Indigenous Communities [J]. Cardozo Arts and Entertainment Law Journal, 2000. p175, 189.