



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	先住民の創作物の著作権による保護 : 今後の課題
Author(s)	Sherman, Brad; Wiseman, Leanne; 鈴木, 將文//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 19, 191-220
Issue Date	2008-02
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43556
Type	departmental bulletin paper
File Information	19_191-220.pdf



先住民の創作物の著作権による保護 — 今後の課題

Brad SHERMAN and Leanne WISEMAN

鈴木 将文(訳)

I

知的財産の歴史の研究者は、20世紀後期を政治化と変革の時期として振り返るであろう。特に、彼らは、1980年代（又はその頃）を、20世紀の知的財産法の重要なターニングポイントを画した時期として振り返るであろう。この時期より前には、知的財産について批判的な意見はほとんど見られなかった。むしろ、（少なくとも1940年代以降は）知的財産権が拡張する傾向が支配的であった。そのような時代には、研究者及び政策立案者双方の主たる役割は、新たな技術革新を保護するための最善の方法を決定することであった。例えば、コンピュータ・プログラムは著作権、特許、あるいは何らかの独自の方式によって保護すべきかというような問題に取り組むことであった。20世紀の大部分の期間を通じて、（ほとんど）疑問をもたれることなく知的財産権が拡張されたことが刺激となって、1980年代に状況が変化し始めた。知的財産の過剰、及びそれが特に利用者にもたらす諸問題について、懸念が提起され始めたのである。論者は、例えば、知的財産権は言論の自由を阻害し、創造性をむしろ、科学研究を抑制し、医薬品へのアクセスを制限するといった問題を提起し始めた。当初懸念が示されたのは、著作権の拡張についてであったが、やがて論者の関心は、特許、商標その他の知的財産権の過剰に対して向けられることとなった¹。

¹ Eisenberg は、知的財産権の拡張とそれがもたらす諸問題の一部を捉えて、以下のように述べていた。「長年にわたり、バイオケミカルの研究は、先行者がパブリッ

知的財産の過剰について論じる者は、それぞれの専門分野に関連する具体的な問題について焦点を当てる傾向にある一方、「パブリック・ドメイン」(public domain)に対する関心を共有する点では一枚岩であった。古くからの卓越した系譜を有するパブリック・ドメインは、事実上、知的財産権の過剰について懸念する研究者、ロビイスト及び論者にとって勢力の集結点となった。パブリック・ドメインは、他の面ではばらばらの論者や批評家たちをまとめるとともに、知的財産保護の強化を提唱する者たちのレトリックの過剰と成功に対して、バランスを取る(又は対抗する)上で重要な役割を果たした。とりわけ、「新たな作品を生み出した創造的な人」の「天才の果実」を盗むどん欲な人々というイメージに対抗するために用いられた²。その過程における最初のステップは、パブリック・ドメインを、他と区別できる認識可能な領域として認めることであった。また、パブリック・ドメインについて、単に知的財産として保護する価値のない又は保護の要件を満たさない、あるいは保護が終了した素材が残存する領域として消極的に捉える見方に対し、対抗することも必要であった³。そのために、パブリック・ドメインは、積極的かつ生産的な場所として見直された。Litman が述べたとおり、パブリック・ドメインを「著作権の代償物として、又は価値のない作品の集合として」位置付けることは、「著作者の活動を促進する上で、パブリック・ドメインが持つ中心的な重要性を無視するも

ク・ドメインに残していった発見から、研究者たちが多くを引き出すことによって、繁栄してきた。リサーチ・ツールに付与される排他的権利は、その開発に対する私的なインセンティブを高めることができるとしても、既存のツールの効果的な利用を制限することによって研究活動に大きな損害を与えかねない。」R. Eisenberg, 'A Technology Policy Perspective on the NIH Gene Patenting Controversy' (1994) 55 *Uni of Pittsburgh Law Review* 633, 646.

² J. Litman, 'The Public Domain' (1990) 39 *Emory LJ* 965, 966.

³ Frow が述べたとおり、パブリック・ドメインは、知的財産権が使い尽くされた後に残った領域と捉えられている。J. Frow, 'Public Domain and Collective Rights in Culture' (1998) 13 *IPJ* 39. 「最初の原則」を確認する際、Litman は、「著作権で保護された領域は私的に所有されており、保護されていない領域はパブリック・ドメインである」と述べている。J. Litman, 'The Public Domain' (1990) 39 *Emory LJ* 965, 1000.

のである」⁴。知的財産権の拡張を主張する者に举证責任を転換することにつながった議論として⁵、Litman は、「パブリック・ドメインは、保護に値しないものの領域としてではなく、著作活動のための原素材を、著作者が使用することができる状態に置くことによって、制度の他の部分がうまく機能できるようにする仕組みとして理解されるべきである」と述べている⁶。パブリック・ドメインは、知的財産制度に付け足されたものではなく、創造的活動の過程の不可欠な一部と見られるようになってきた。パブリック・ドメインがあることによって、「原素材」を創造力と技術革新を押し進めるための基礎として利用することが可能になるのである⁷。このようなパブリック・ドメインの変貌が成功したことは、世界知的所有権機関(WIPO)が、最近、「強固なパブリック・ドメインは、著作権保護のアンチテーゼではなく、著作権制度が機能する土台である。パブリック・ドメインにある資源が利用可能であることによって、交換と創造的活動が可能になる。」⁸と述べていることに示されている。

過去20年間に生じたもう一つの顕著な展開は、先住民の創作物を知的財産として保護することの頻度が増したことである。こうした展開と、別の分野における知的財産権の拡張の間には多くの重要な相違点があるが、多くの類似点も存在する。類似点の一つは、知的財産権の一般的な拡大と関連して指摘される問題の多くが、先住民の創作物を一層頻繁に知的財産に

⁴ J. Litman, 'The Public Domain' (1990) 39 *Emory LJ* 965, 968.

⁵ Litman が指摘するように、消極的な定義が抱える問題の一つは、「パブリック・ドメインの擁護者たちがいつの間にか守勢に立たされていること」、すなわち、著作権が「アイデアや事実やストック・シーンやキャラクターのタイトル」を保護すべきでない理由を彼らが説明しなくてはならなくなったことである。J. Litman, 'The Public Domain' (1990) 39 *Emory LJ* 965.

⁶ J. Litman, 'The Public Domain' (1990) 39 *Emory LJ* 965, 968.

⁷ WIPO/GRTKF/IC/5/3, 6, para 23 (a). For a general discussion see J. Litman, 'The Public Domain' (1990) 39 *Emory LJ* 965, 968.

⁸ WIPO/GRTKF/IC/5/3 Annex, 10, para 33. 「パブリック・ドメインの概念は、我々の社会において、情報の公共利用可能性を規律する知的財産制度の核心にある。」J. Frow, 'Public Domain and Collective Rights in Culture' (1998) 13 *IPJ* 39.

として保護するようになっていくこととの関係でも、問題として提起されているという点である。特に、先住民の創作物をより頻繁に知的財産として保護することのパブリック・ドメインへの影響、より一般的には創造性への影響について、懸念が提起されてきている。このような動向を出発点として、本稿においては、先住民の知的財産とパブリック・ドメインの関係についての最近の議論を批判的に検討する。先住民の創作物を保護するために知的財産が活用されてきた方法のいくつかについて概観した後、先住民の知識に対する知的財産権の拡張に関して提起されてきた批判の一部を検討することとする。パブリック・ドメインの概念が先住民の創作物に対して適用される場合に生じる問題を明らかにするため、西洋の知的財産法における知識の体系化及び規律の方法と、先住民のコミュニティ（オーストラリア北部の北東アーネムランドの Yolngu 族に焦点を当てる。）における知識の体系化の方法とを比較する。最終章では、パブリック・ドメインが、先住民の利益を害するのではなく、むしろそれに配慮するものとして再構築されるためにはどうすればよいかにつき、検討する。以下に示すコメントの多くは、様々な国の先住民コミュニティにも当てはまるであろうが、本稿の検討はオーストラリアの先住民の（Aboriginal）コミュニティ及びトレス海峡島民のコミュニティに焦点を当てることとする。

II

近年、知的財産の保護が先住民コミュニティに対して提供する可能性のある便益について、多くの議論がなされてきた。最近の WIPO 事務局によるコメントは、こうした議論のトーンを伝えている。すなわち、同事務局は、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を否定する際に、「むしろ逆に、直接的な効果の一つは、[伝統的知識の]保有者が、彼らのアイデンティティの要素の歪曲的な使用や、[伝統的知識の]無許諾での商品化に対して反対することを可能にするということである。[伝統的知識の]保有者は、望めば、彼らの[伝統的知識]の商業的活用を控えることができるのみならず、他の者によるそのような利用を防ぐこともでき

るのである。」と述べている⁹。その結果、同事務局は、知的財産「制度は、[伝統的知識の]保有者のうち、商業化を選択し、彼らの知識の少なくとも一部を『商品化』することについて正当な願望を持つ者にとっては、非常に重要な利益をもたらす」と結論づけている¹⁰。

オーストラリアにおいて、先住民の技術的、芸術的及び文化的創作物の利用に関して知的財産制度が活用された事例は多数ある。オーストラリア全土にわたる多数のコミュニティの先住民のアーティストたちは、著作権で保護された彼らのイメージの利用についてロイヤルティを受け取っている。一部の事例では、著作物の利用からもたらされる収入の流れは、先住民内の利害関係を反映するように調整されてきている。例えば、トレス海峡のモア島のコミュニティである Kubin 族のアーティストが制作する、伝統的な物語を描いたプリントの販売収入は、アーティスト、物語の語り手及びコミュニティの間で分配されている。伝統的な物語の語り手は、物語を再現するか否か、する場合にはどのようにするかについての決定もしている。伝統の保護者を関与させることは、知的財産を先住民内の利害関係に一層整合的なものとするための、斬新な方法である。また、先住民のコミュニティは、伝統的知識又はその土地の生物資源の利用に由来する、あるいはそれらに基づく発明からの収益の一部の分配を受け始めている。例えば、バイオ関係の発見 (biodiscovery) に関する多数の取り決めが、先住民グループと研究団体との間で交渉されてきた。こうした取り決めの条件は事案毎に異なっているが、コミュニティに対して支払われるべき目標達成支払金、及び生物学的技術革新からもたらされるロイヤルティの一定の割合について、定められることが多い。また、ノース・クイーンズランドの先住民コミュニティとともに活動している研究者たちは、先住民グループが食糧及び原料として伝統的に使用してきた野生植物から得られる栽培変種植物を保護するために、現地のコミュニティが育成者の権利を使うことの可能性について、検討を始めている。

⁹ *Composite Study on the Protection of Traditional Knowledge*, WIPO/GRTKF/IC/5/8 (28 April 2003), 14, para 34.

¹⁰ *Ibid.*

先住民コミュニティは、彼らの芸術的及び文化的創作物の不正使用や海賊行為を防ぐためにも知的財産法を利用してきている。これは、例えば、Foster 対 Mountford 事件¹¹から窺うことができる。同事件では、先住民コミュニティの外に秘密の知識が広まることを防ぐために、秘密情報に関する法律が用いられている。連邦裁判所は、著名な人類学者マウントフォード (Mountford) が執筆した、Pitjantjatjara 族のコミュニティの伝説、霊的秘密、聖地、絵、彫刻、図、及びトーテム信仰に係る地図を描き分析した書籍をリグビー (Rigby) が出版することにつき、Pitjantjara Council が申し立てた一方的差止めを認めた。同差止措置は、それらの情報が35年ほど前にマウントフォードに対して秘密として提示されていたことに基づき、認められたのである¹²。

また、先住民のアーティストは、彼らの創作物の不正使用を取り締まるために、著作権法を利用してきている。Yumbulul 対オーストラリア準備銀行事件¹³はその例である。同事件は、北部オーストラリアのアーネムランド出身のアーティストである Terry Yumbulul が、オーストラリア準備銀行に対し、1988年の記念10ドル紙幣に Morning Star Pole のイメージを複製した行為について訴えて勝訴したものである¹⁴。また、Milpururru 対 Indofurn 事

¹¹ (1976) 14 ALR 71.

¹² その本のはしがきには、以下の但し書きがあった。「オーストラリアの先住民が関係する状況下で、伝統的な先住民の宗教が重要性を維持している地域において、本書を用いる場合は、必ず事前に現地の男性の宗教的指導者に相談すべきである。」この記述は、同書の素材が秘密情報であると裁判官が認定する一因となった。

¹³ (1991) 21 IPR 481.

¹⁴ Yumbulul と準備銀行との間で前者の請求についての合意がなされたが、残念ながら、それには銀行券に関連した改変による損害についての Yumbulul の請求を銀行が承認するという内容は含まれていなかった。しかし、その合意では、Yumbulul の主張を容認するような準備銀行側の態度が示されるとともに、ある程度の金額を支払う旨が含まれていた。その後、Yumbulul と、Morning Star Pole の複製についての取り決めを交渉した同人の元の代理人の間で訴訟が発生した。その事件における連邦裁判所の判決は、基本的に、Yumbulul が当該代理人に対して銀行券に Yumbulul の作品を複製することまでを認めたと解するに十分な許諾を与えていたか否かを問題

件¹⁵においては、先住民のアーティストのグループが、外国で生産されオーストラリアに輸入されたカーペットに許可なく彼らのアートワークを複製した被告に対して勝訴した。著作権侵害を理由とする損害賠償を認めるに当たり、von Doussa 裁判官は、先住民の法及び慣習によれば、事件の各原告は平等に取り扱われるであろうということを理由として、原告らのいずれかを優遇する個別の判決を出すことは適切でないと認めた¹⁶。このため、同裁判官は、原告らを一つのグループとして判決を出すべきであることに同意した。また von Doussa 裁判官は、損害賠償額の評価に当たり、複製行為の結果として被った個人的及び文化的損害についてアーティスト及び彼らのコミュニティが補償されるべきであることを認めた。このため、著作権侵害による損害の総額の算定において、文化的損害の額も算入された。

Bulun Bulun 対 R & T Textiles 事件判決¹⁷は、先住民のアートの不適切な使用を防ぐために著作権法が利用された、もう一つの例を提供している。この事件は、北部オーストラリアのアーネムランドの Ganbalbingu コミュニティのメンバーである Johnny Bulun Bulun によって描かれた「池のカササギガンとスイレン」(Magpie Geese and Water Lilies at the Waterhole) として知られている芸術作品に係る著作権を侵害したプリント布地が、オーストラリアに輸入、販売されたことから生じたものである。この事件を単純な著作権法の適用事例という側面から見た場合には、その判決は比較的単純である。しかし、この判決において注目すべきは、裁判所が、先住民のアーティストはその作品の利用との関連において彼らのコミュニティに対し受託者義務を負う場合があると判示したことである。Ganbalbingu 族の人々は、(少なくとも著作権法の観点から肯定されるほどには) 作品の創作に

とし、結論は Yumbulul に有利なものではなかった。French 判事の結論は、先住民の法の下でと同様に、著作権制度の下でも Pole の使用について種々の制限が課されている旨の誤解があったというものであった。

¹⁵ (1994) 30 IPR 209.

¹⁶ J. McKeough and A. Stewart, *Intellectual Property in Australia* (3rd Ed. 2004), 14.

¹⁷ (1998) 41 IPR 513.

関与してはいなかったにもかかわらず、裁判所は、Bulun Bulun の Ganalbingu 族の人々との関係から信託関係が生じると判示したのである。これは、部族のしきたりに関する知識を Bulun Bulun が使用したのは、コミュニティの法律・慣習に従ったものであり、信託及び信頼に基礎をおいているということを理由とする。これを基に、裁判所は、衡平法によりアーティストは文化を保全する義務を負うと判示した。裁判所は、もしも Bulun Bulun が訴えを提起していなかったとすれば、Gnalbingu 族の人々が自己の権利として、被告に対して衡平法上の救済措置（例えば擬制信託）を受け権利を有していたであろうと認めた¹⁸。

先住民のグループは、彼らの芸術的創作物を保護するために、商標も利用してきている。例えば、多数の先住民のアート集団が、その名声を保護するために商標を登録している。2000年に National Indigenous Art Agency により登録された認証マークは、先住民のアートを保護するために商標を利用した例として良く知られている。その商標は、「真正ラベル」(Labels of Authenticity)として知られており、市場において真正な先住民の芸術的商品及びサービスを他の商品から区別するために用いられている¹⁹。先住民

¹⁸ 先住民のアーティストは、彼らの芸術的創作物を守るために著作権人格権も活用した。例えば、シドニー・オリンピックの広報活動の一環としてバルゴ (Balgo) コミュニティの先住民の3つのアートワークを自己のウェブサイトに掲載したローザンヌのオリンピック博物館に対して、訴えが提起された。同博物館は、サイトの訪問者に画像を壁紙としてダウンロードすることも奨励していた。訴えが提起された後、それらのアートワークはウェブサイトから削除され、アーティストに金銭が支払われた。さらに侵害を認めた謝罪文が、同博物館のウェブサイトに掲載された（ただし後に削除されている。）。

¹⁹ 先住民の芸術的及び文化的産品を保護するために真正ラベルを用いるのは、オーストラリアに限らない。カナダ政府は、先住民であるイヌイットのアーティストを模倣から保護するための試みとして、オリジナルのイヌイット芸術を識別するためにイグルーのシンボルを商標として登録した。また、カナダ政府は美術品や工芸品の販売促進のため、北部地方において協同組合運動を開始した。その仕組みは、アーティスト達が芸術作品を作成すると、協同組合に持ち込み、そこから先、イグルーのタグを作品に添付するのは協同組合の役割とされるというものである。

コミュニティの犠牲の上に、先住民の工芸品を製造・販売する非先住民の人々がますます増えているところ、この標章はそれらの人々からコミュニティを保護することを目的とするものである。幾分逆説的ではあるが、先住民のアートが関係した最近の著作権訴訟が比較的成功を収めていることが、かえってこのラベルの必要性を高めている²⁰。これは、先住民の著作権の行使を認める判決が出されてきたことに対応して、侵害者たちの関心が個々の作品の複製から作品の様式の模倣に移ったことによる。先住民の認定マークは、このような事態に対して特にうまく対処できると考えられたのである。「真正ラベル」は、消費者が真正な文化的産品を識別できるようにすることを企図している。これはまた、先住民の文化の商業的利用から先住民にもたらされる経済的利益を増加することを意図したものである²¹。また同ラベルは、オーストラリア中の先住民のアートの様々な異なる様式について、旅行者や消費者を教育することも目的としている²²。さらに、先住民のアート及び文化産業に対する消費者の信用を向上させることをも目的としている。消費者は、「真正ラベル」が保証する特徴になり深く伴い、購入する先住民の商品・サービスをより良い情報に基づいて選択することが可能になるのである²³。

III

知的財産権の一般的な拡張に関連する問題として挙げられてきたものの多くは、先住民の創作物を知的財産権を用いて保護することとの関連でも問題として指摘されてきている。例えば、多くの論者は、先住民の知識

Conversation with B. Pottle, Research Officer, Inuit Art Centre, Ottawa, Ontario, 22 July 1999.

²⁰ See for example, *Milpururru v Indofurn* (1995) 30 *IPR* 209 and *Bulun Bulun v R T Textiles* (1998) 41 *IPR* 513.

²¹ Letter from the Chair, K. Mundine, *NIAA Discussion Paper* (August 1997), 3.

²² *NIAA Discussion Paper* (August 1997), 5.

²³ コミュニティの展覧会の実施や、異なる文化的領域についての書籍・パンフレットの作成によって、先住民の芸術活動が促進されることも期待された。See the *NIAA Discussion Paper* (August 1997), 5.

は知的財産権の対象として商品化されるべきではなく、「また、経済的権利の集合体に還元、単純化されるべきではない」と主張してきた。特に、知的財産として保護することは、「[伝統的知識の]文化的及び精神的価値を減じるか、悪くするとその本質的性格を歪め、取引可能な商品へと変容させるとも見ることができる」²⁴。また、知的財産法は、誤って適用された場合、「先住民間の分裂を促進し、伝統的知識の歴史的私有を正当化し、法的不確実性を永続させることによって、逆効果をもたらす可能性がある」とも指摘されている²⁵。同様に、先住民の芸術・著作活動の慣行を西洋流の分類方法に従って解釈してしまうことが先住民の文化的活動に及ぼす影響についても、懸念が提起されてきている²⁶。やや理解困難なところもあるが、次のようにも述べられている。「パブリック・ドメインと保護される[知的財産]との間に境界線を引かなければならない地点がある。…[知的財産]保護の領域は、保護が拡散し、法的不確実性が希釈化される地点まで拡張すべきではない」²⁷。

また、先住民の創作物を対象とする知的財産権がパブリック・ドメインに与える影響、さらには、より一般的に創造的活動の過程に与える影響についても、懸念が提起されてきた²⁸。例えば、先住民の創作物に知的財産

権を付与することは、「先住民及び伝統的な人々、並びに、非先住民及び非伝統的な人々が、伝統の上に創造し、技術革新を行う能力を抑制しかねない」といわれている²⁹。また、知的財産保護は、「[フォークロアを]コンクリートで固めてしまう効果」を持ちかねず、「フォークロアは、十分に発展することができなくなり、その主要な特徴の一つであるダイナミズムを失うことにより、その存在そのものが危うくなりかねない」とされる³⁰。このような恐れについては、以下のWIPOのコメントにまとめられている。そのコメントによれば、先住民の創作物の知的財産による保護は、次のことを意味する。

「もしも文化遺産に対して私的な財産権が確立されると、文化的コミュニティ及び文化産業のいずれのメンバーも、文化遺産に基づいた創作及び技術革新を行うことができなくなる。…文化的表現を過剰に保護すれば、パブリック・ドメインが縮小し、表現行為の基になる作品は減少する。…その結果、法が、文化を歴史上のある瞬間に『凍結』し、伝統的な人々が現代の声を発することを否定する可能性がある」³¹。

パブリック・ドメインが浸食される可能性に直面して、多くの論者は、

結果、法が、文化を歴史上のある瞬間に『凍結』し、伝統的な人々が現代の声を発することを否定する可能性がある。」WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex 2, 9, para 29. これに類似するものとして、(特許及び育成者権についての) 事前同意と地理的出所の開示の仕組みがバイオ研究に与える可能性がある抑制効果について、懸念が示されてきている。

²⁹ WIPO/GRTKF/IC/5/3, 6 para 23 (b). 「文化遺産のパブリック・ドメインとしての位置付けは、創造性と技術革新の源としてのその役割と結び付いている。もしも文化遺産に対して排他的な私的財産権が確立されると、文化的コミュニティ及び文化産業のいずれのメンバーも、文化遺産に基づいた創作及び技術革新を行うことができなくなる。」WIPO/GRTKF/IC/5/3, 4, para 15.

³⁰ WIPO/GRTKF/IC/3/11 (cited in WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex 2, 9-10, para 30).

³¹ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex 2, 9, para 29.

WIPOがいうように、『パブリック・ドメイン』の役割、外郭、境界について一層明確に理解することが、[伝統的文化表現の知的財産権による]保護のための適切な政策的枠組みを形成する上で不可欠である。」WIPO/GRTKF/IC/5/3, 4, para 15.

²⁴ *Composite Study on the Protection of Traditional Knowledge*, WIPO/GRTKF/IC/5/8 (28 April 2003), 12, para 30. 後に、これは否定されている。「伝統的知識の種々の側面を保護するために、ある種の知的財産権（通常の知的財産権であるか、独自のものであるかを問わない。）が適合すると認めることは、伝統的知識そのものの、あるいはそれを支える文化遺産を損なったり減じたりするものではない・・伝統的知識の対象が知的財産権の対象となり得るという事実は、伝統的知識がそれを生み出すコミュニティにおいてどのように創造され、また、どのように使用されるかということに対して影響を及ぼすとは限らない」。Ibid, 13, para 32-33.

²⁵ B. Tobin, 'Redefining Perspectives in the Search for protection of Traditional Knowledge: A case study from Peru' (2001) 10(1) *Reciel* 47, 64.

²⁶ C. Haight Farley, 'Protecting Folklore of Indigenous Peoples: Is Intellectual Property the Answer?' (1997) *Connecticut Law Review* 1, 7.

²⁷ WIPO/GRTKF/IC/3/11 (cited in WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex 2, 9-10, para 30).

²⁸ 「パブリック・ドメインが縮小し、表現行為の基になる作品は減少する。…その

権利保有者の利益とパブリック・ドメインの利益の間のバランスを取るよう求めるというおなじみの対応をとった。これは、例えば、次のようなWIPO事務局のコメントに窺える。「完全に自由で規制のないドメインは、先住民及び現地のコミュニティの全てのニーズを満たすものではない」³²。しかしながら、「現在パブリック・ドメインに属する、あらゆる形態の[伝統的な文化的表現]に対して一般的な方法で財産権を確立することは、知的財産政策としても、文化政策としても、適切ではない」³³。その代わりに、WIPO事務局によれば、「利用者の関心、既存の第三者の権利、及び公共の利益の間のバランスを取りつつ、[伝統的な文化的表現]の保護」に取り組むことが中心的課題である³⁴。このことは、競合する利益の間で適切なバランスを確保することによって、先住民のコミュニティの利益が尊重されると同時に、「文化的コミュニティのメンバー及びその他の者が、文化的伝統の基礎の上に創造及び技術革新を自由に行い、創作物及び技術革新の成果に認められ得る[知的財産]を取得して、そこから利益を得る」ことを可能にするということを意味する³⁵。WIPO事務局は、どこで境界線を引くかについての指針をあまり提供していない。ただし、同事務局は、あるコミュニティの外において、同コミュニティと関連があるかのような使用や、軽蔑的、名誉棄損的、中傷的、攻撃的、又は誤解を招くような使用、及び、神聖な又は秘密の伝統的・文化的表現の使用がなされることを、当該コミュニティが防ぐことができるための法が存在するべきであるとしている。同時に、同事務局は、伝統的知識に付与された権利は、「学術的目的若しくは純粋に私的な目的のための第三者による使用、又は、公衆衛生に係る緊急事態の場合を含む公益上の理由に基づく強制許諾等の例外の対象とならなければならない」としている³⁶。

³² WIPO/GRTKF/IC/5/3, 6, para 23 (c).

³³ WIPO/GRTKF/IC/5/3, 6, para 23 (b).

³⁴ WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex 2, 3, para 7.

³⁵ WIPO/GRTKF/IC/5/3, 5, para 17.

³⁶ *Composite Study on the Protection of Traditional Knowledge*, WIPO/GRTKF/IC/5/8 (28 April 2003), 53-4, para 137.

WIPO、欧州連合その他の多くは、このおなじみの道を不満なく進んでいるが³⁷、より批判的な立場をとる者もある。例えば、パブリック・ドメイン及び（少なくとも、パブリック・ドメインについての通常の説明方法に従った）パブリック・ドメインが体现する理想について、これを批判する議論がなされることがある。また、パブリック・ドメインそのもの、あるいは知的財産権の拡張についてというよりも、知的財産がパブリック・ドメインを主たる構成要素の一つとして含むという考え方に対して、批判がなされることもある。このように提起された問題の一部なりと正当に評価するためには、ひとまず立ち止まって、知識が先住民のコミュニティ内において体系化され、分類され、規律される仕方と、知的財産法の中で整理される仕方とを対比することが有益であろう。ただし、先住民コミュニティというものをあたかも世界中で標準化された存在であるかのごとく抽象的に論じるよりも、北オーストラリアの北東アーネムランドのYolngu族の人々に焦点を当てることとする。

IV

Yolngu文化においては、クラン(clan)の構成員は、法(law)及びmardayin(通常は慣習法と訳される。)による所有(ownership)に関する権利と義務を付与される³⁸。mardayinによる権利は、絵(歌、ダンス、聖物、並びに技術及び薬についての知識も同様)についての権利の基礎を形成する。絵画は、クランの先祖から受け継いだものの一部であるとともに、先祖の世界の出来事の表現でもあり、Yolngu文化において重要な役割を果たしている。

³⁷ EUは、WIPOへの提出文書において「民間伝承のほとんどがパブリック・ドメインにあるという事実は、その発展を害するものではなく、反対に、現在のアーティストの手で、そこから派生するか影響を受けた新たな創作を可能にするものである」と述べた。Cited in WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex 2, 9, para 27.

³⁸ mardayinは、通常、同じ半族(moiety)内のクランの間で共有されている。それぞれのクランの構成員は、クランに帰属するmardayinと重なり合うmardayinに対する権利を有している。See J. Frow, 'Public Domain and Collective Rights in Culture' (1998) 13 *IPJ* 39, 42.

アートワークの多くは、天地創造に係る物語を描いており、また、土地（又は国）と密接に関連している。Yolngu 文化においてアートワークが果たしている重要な役割については、Bulun Bulun 対 R & T Textiles 事件判決³⁹からもある程度窺うことができる。上述したとおり、同事件は、Ganalbingu 族のメンバーである Johnny Bulun Bulun により描かれた「池のカササギガンとスイレン」として知られる芸術作品を巡るものである。樹皮面に描かれたその絵における池のイメージは、特にそこが Bulun Bulun の創造者である先祖が現れた場所であることから、Bulun Bulun のコミュニティにおいて重要な役割を有している。「池のカササギガンとスイレン」は、Ganalbingu 族の人々の創造の物語についての絵画なのである。Bulun Bulun の法と慣習によれば、創造者である先祖は、その池から現れ、Ganalbingu 族の人々とその地形とを創造した。創造者はまた、Bulun Bulun の祖先たちに土地、言葉、儀式、歌及びダンスを与えた。ここで重要なことは、創造者である先祖は、Ganalbingu 族の人々に対して、彼らがそれらの儀式、歌、ダンス及びイメージを演じ、維持し、尊重し、守ることを条件として、土地を与えたということである。Bulun Bulun は、彼が Ganalbingu の法の下での伝統的な所有者として、先祖の創造の物語を描くことを慣習及び法に基づき認められるとともに、義務づけられていることを示す証拠を提出した。Bulun Bulun は、その宣誓供述書において次のように述べている。

『『池の…』のようなアートワークを創作することは、伝統的な先住民で Djilubinyamurr を所有する者として、私が果たさなくてはならない義務の一部である。私は、私の法によって、このアートワークを創作することが許されているが、このような作品を創作することは、伝統的な先住民の土地所有者の義務の一部として、私が負う義務と責任でもある。このような絵画は、私の土地に対する私の権利と切り離すことができないものである。それは、土地についての私の権利の束の一部であり、Ganalbingu 族の慣習に従って作成しなければならない』⁴⁰。

³⁹ (1998) 41 *IPR* 513.

⁴⁰ (1998) 41 *IPR* 513, 518-9.

Bulun Bulun のコメントは、先住民のアートと土地の間の密接な関係⁴¹を明らかにするものである。絵画は、土地についての先祖伝来の証書であり、土地の地図であり、また、その土地とそこにつながりを持つ人々がどのように創造されたかを述べる物語である⁴²。Bulun Bulun の発言はまた、多くの論者が他の文脈で指摘しているように、西洋の知的財産法では個人が中核的な役割を果たしているのに対し、先住民の法は集団的な所有のモデルに基づく面が大きいことを、我々に想起させるものである⁴³。さらに、Bulun Bulun のコメントは、先住民の法によって規律される行為の類型が、著作権法の下でのそれと異なることも示している⁴⁴。著作権法は、複製を管理する権利、及び、作品を公衆に伝達し、複製物を提供する権利を認めているが、Yolngu 文化では、絵画についてそれらと異なる種類の多くの権利が存在している⁴⁵。例えば、一定の絵画を作成する権利（及び義務）、絵画を

⁴¹ これは、オーストラリアの裁判所において、先住民の土地の境界を示す証拠として、絵画が受け入れられたという事実にもあらわれている。

⁴² H. Morphy, *Ancestral Connections: Art and an Aboriginal system of knowledge*, (University of Chicago Press, Chicago, 1991), 49.

⁴³ J. Anderson, 'The Politics of Indigenous Knowledge: Australia's Proposed Community Moral Rights Bill' (2004) 27(3) *UNSW Law Journal* 1.

⁴⁴ Frow が述べたように、先住民社会における文化的権利の規制は、多くの点において、一層「十分に、情報の社会的所有に関する他の考え方よりも発達している」。J. Frow, 'Public Domain and Collective Rights in Culture' (1998) 13 *IPJ* 39, 40.

⁴⁵ 絵画にアクセスする権利を持つ可能性がある者に絵画を提示すべきか否かを決定する際には、著作権の場合と異なる多くの要素が考慮される。「まず、クランは、絵画と mardayin に関する知識を過度に広範に広げることによってそれらに対するコントロールを失うことと、後の世代に絵画を伝えられなくなることにより絵画についての知識を失うことになることの間で、バランスをとらなければならない。次に、構成員にとって先祖代々からの独自の遺産であり、そのアイデンティティを支える中心的な存在である絵画と mardayin に対するコントロールの維持と、他の部族との社会的及び精神的な関係を認め、永続化する過程の一環として他の部族に絵画を提示することの間で、バランスをとらなければならない。最後に、男性の通過儀礼 (male initiation) との関係で、クランの年配の世代は、将来通過儀礼を受ける後続の世代に絵画についての知識及びそれに対する権限を提供することと、通過儀礼の制度を管理する手段として当該知識の秘密性を維持することの間で、バランスをと

所有する権利、絵画の意味を伝える権利、絵画の使用を承認又は制限する権利、絵画に表されている知識についての権利⁴⁶、及び、作成していない絵画について論じる権利である。こうした権利を行使することが、他の権利者の利益や、より一般的にコミュニティの利益を害することがないように、伝統的所有者は、絵画を複製する際に他の伝統的所有者と協議する義務を負う。長老でありアーティストでもある Milipurruru は次のように述べている。「アーティストとして、私は、ある芸術作品について西洋の法の下では著作権を持っているかもしれないが、先住民の法の下では、イメージや物語に直接的又は間接的な利益を持つ他の Yolngu 族全員の権利を害するような方法で、それらを使用することはできない。このようにして、私は、物語について利益を有する他の Yolngu 族全員のために信託されたものとして、イメージを保有しているのである」⁴⁷。

もう一つの顕著な相違は、知識が体系化され、分類される方法に関するものである。知的財産法は、一部例外はあるものの、3つのカテゴリーの知識の間で一般的な区別をしている。第一は、公開されない情報である。秘密として管理される情報を例外として、公開されない情報の大部分は、知的財産制度の対象の外にある。このような情報の運命は、当該情報を秘匿するか、あるいは適切な保護を提供してくれる他の法制度を使うことについての当事者の能力のいかんにかかっている。第二のカテゴリーは、パブリック・ドメインに属するが知的財産権によって保護されている情報である。これは、例えば、第三者が作品を読み、作品からインスピレーションを得、また、作品を批評することはできるが、当該作品を複製すること

らなければならない。こうした要素は、知識の管理対開放、クランの独立対相互依存、そして世代間の知識の移転という3つの次元で機能する。」H. Morphy, *Ancestral Connections: Art and an Aboriginal system of knowledge* (University of Chicago Press, Chicago, 1991), 73-74.

⁴⁶ H. Morphy, *Ancestral Connections: Art and an Aboriginal system of knowledge* (University of Chicago Press, Chicago, 1991, 58); J. Frow, 'Public Domain and Collective Rights in Culture' (1998) 13 *IPJ* 39, 42-3.

⁴⁷ J. Frow, 'Public Domain and Collective Rights in Culture' (1998) 13 *IPJ* 39, 45.

はできないということを意味する。ある作品が保護されるか否か、どれだけの期間保護されるか、保護の範囲がどこまで及ぶかは、種々のルールによって決定される。情報の第三のカテゴリーは、知的財産としての保護がなされていない、パブリック・ドメインにある情報である。これについては、第三者は、少なくとも知的財産法の観点からは、自由に選択した方法により、複製や模倣や使用をすることが可能である⁴⁸。知的財産法において知識及び情報を分類するために用いられる枠組みは、Yolngu族によって用いられているものと非常に異なっている。知的財産法における情報は、秘密のもの、私的なもの又は公的なものと分類される傾向にあるが、Yolngu文化における空間的な配置は、異なる基準によって体系化されているのみならず、より詳細かつ変化に富んでいる。これは、知的財産法において知識を分類する際にも情報が使用される事情及び個人の地位が考慮されるが、Yolngu族のシステムにおいては、文脈と地位がはるかに顕著な役割を果たしているという事情による面がある⁴⁹。このことは、例えば Yumbulul 対 オーストラリア準備銀行事件⁵⁰の中心的争点であった Morning Star Pole との関連でも見ることができる。この事件の原告である Terry Yumbubul は、北部オーストラリアのアーネムランド出身のアーティストであった。Morning Star Pole は儀礼的作品であり、死者の靈魂を明けの明星へと導く - そして明星は靈魂を先祖の家に送り返す - 力を持つ部族の伝承に満たされている。Yumbulul は、彼のクランから Morning Star Pole を描く権限を与えられた。しかし Yumbulul は、そのイメージを再現する前に、様々

⁴⁸ 多くの場合において、知的財産法は、情報を第一のカテゴリーから第二のカテゴリーへ移そうとする。これは、情報が第三者にも利用可能である限りにおいて、当該情報についての一定限度の財産権が当事者に与えられることが望ましいという考え方に基づくものである。

⁴⁹ その理由は、Yolngu 芸術が、「必ずしも全ての者が、そこに含まれている知識に同じように接することができるとは限らないようである」という意味において、機密性を持つ知識のシステムの一部をなすことによる。秘密性が介在することによって、「誰が何を知ることができるかが影響を受ける」。H. Morphy, *Ancestral Connections: Art and an Aboriginal system of knowledge* (University of Chicago Press, Chicago, 1991), 75.

⁵⁰ (1991) 21 *IPR* 481.

なレベルの通過儀礼と啓示の儀式を経験し、それを通じて、描写されるデザインの本质とその霊的な意味についての助言を受けなくてはならなかった。

知的財産のほとんどの分野では、一部の例外を除けば、情報の運命は比較的明瞭・明白である。さらに、情報は一つのカテゴリーから別のカテゴリーへ移動することは可能であるが、元のカテゴリーに召還されることはできない。例えば、秘密である情報が、後に知的財産権によって保護されることはあり得る。また、この情報がパブリック・ドメインに置かれることも可能である。しかし、一旦情報がパブリック・ドメインに置かれれば、その情報はもはや「秘密」として扱われることはできない。知的財産法の下での情報の地位が（比較的）明確であるのに対して、Yolngu 文化における情報の運命は、より曖昧である。その一因は、情報の位置付けが、情報が提示される事情及びその受け手の地位によって左右されるという点にある。Morphy が述べたように、「Yolngu のシステムにおける秘密性の位置付けは、控えめにいっても、曖昧である。というのは、そのシステムが本質的な秘密 (secrecy per se) には依存しておらず、秘密が継続的に再生し得るように状況が管理・支配されるということに依存しているからである」⁵¹。ここでも、Yumbulul 事件判決が上記の点を示す有益な例を提供してくれる。10ドル札に複製されていた Morning Star Pole は、シドニーのオーストラリア博物館に売却され、そこで公衆に向けて展示されていた。しかし、これが公衆に向けて展示されていたという事実は、それが秘密で神聖なものであるという位置付けに影響を及ぼすことはない。すなわち、Morning Star Pole が公衆に展示されても、その要素は引き続き「秘密」のままである。丁度、ある作品が公衆に利用可能となっても、なお著作権法で保護され続けることができると同様に、Morning Star Pole の公衆への展示は、慣習法の下でのその地位に影響を及ぼすことはなかったのである。これは、慣習法の下では、先住民の文化の内容について広範な人々を教育する目的であれば、博物館や美術館での展示が認められており、Pole の展示の意図が

⁵¹ H. Morphy, *Ancestral Connections: Art and an Aboriginal system of knowledge* (University of Chicago Press, 1991), xiv.

この慣習法に整合的であったことによる⁵²。

知的財産法と先住民の慣習法との間の重要な相違点として、さらに、二つの制度を支えている理念及び目的と関係するものがある。この相違点は、二つの制度が異なった美学を前提とし、それを具体化していることからもたらされる面を持つ。例えば、創作のモデル、創造性の源、及び、ある者がそもそも何故作品を創作するのかということについての前提に関して、違いがある⁵³。また、特権とされ、あるいは優先される行為・活動に関しても違いがある。そのことを示す最も重要な例の一つは、「パブリック・ドメイン」にある情報がどのように捉えられるかということに関するものである。上述したとおり、健全でダイナミックなパブリック・ドメインの提供は、知的財産制度における重要な優先事項である。「公衆の誰でも発掘」し得る素材がパブリック・ドメインにおいて入手可能な状態にあることは、創造力を助長・促進するとされている⁵⁴。知的財産法の下では、既存の権利が使い尽くされた情報はパブリック・ドメインに置かれるべきものとされるが、これとは対照的に、「先住民の文化制度は、オープン・アクセスの原則の上に構築されておらず、高度に規制され、制限されている。公開の度合いと同程度に秘密が維持されるように制度が構築されている」。先住民の「公の」情報に対するアプローチを踏まえると、先住民の慣行に知的財産法を適用することには問題があるとともに、そのアプローチは、情報に係るパブリック・ドメインのあるべき姿に関する我々の通常の期待に

⁵² 先住民の法の下で Morning Star Pole がいくつかの異なるドメインに分けて捉えられることは、著作権法が対象を異なる部分に分割する仕方と似ている。これは、パブリック・ドメインにある書籍中のアイデアは誰でも使うことができるが、そのアイデアが表現されている方法は誰でも使えるわけではないという良く知られた格言に反映されている。

⁵³ See R. Lettington and K. Nnadozie, 'A Review of the Intergovernmental Committee on Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore at WIPO', *Trade-Related Agenda, Development and Equity* (Occasional Paper No. 12, South Centre, Dec 2003), para 74.

⁵⁴ J. Litman, 'The Public Domain' (1990) 39 *Emory LJ* 965, 974. See also WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, 10, para 33.

は反するものである⁵⁵。

「公的」情報に対する異なったアプローチは、西洋の法制度におけるパブリック・ドメインが先住民の文化と接触した場合に、一連の緊張を生じさせる。これは、歴史的にパブリック・ドメインの理念の現実への適用が先住民コミュニティに多数の問題をもたらしてきたという事実を示されている。このようなことは、今後とも、変革の手が入らなければ、起こり続けない理由はない。例えば、知的財産権の存続期間が（創造力の促進及び奨励のために）限定されるべきだという考え方は、伝統的知識の保護を望むコミュニティにとっては問題をもたらす。様式(style)に対する保護がないことは、(‘Australian Home Made Ice Cream’ という名で事業をしている) あるベルギーの会社が、マーケティング戦略の一環として、先住民の音楽、シンボル及びイメージを使うことができるということを意味する⁵⁶。また、海外で生産され、ヨーロッパのバックパッカーによって先住民様式のモチーフやパターンで装飾された「先住民の」工芸品(‘Aboriginal’ artefacts)を、先住民ではない業者が旅行者に販売することができるということも意味する。現地の法、規則及び慣習にあからさまに違反して生物資源が収集されることは、しばしば世界的共有物(global commons)の一部であるという理由によって正当化された。そしてそのような生物資源は、ひとたび科学者によって処理又は単離されると、今度は知的財産制度の権限範囲に入ることになった。オーストラリア（及び他の場所）において発生したバイオパイラシー行為の多くは、多数の者が想定しているような、利益に動機づけられた多国籍企業⁵⁷によってではなく、「学問の自由」の旗の下で科学者によって行われてきた。さらに、文化人類学者や考古学者が、先住民のコミュニティを犠牲にして自己の利益を追求するためにパブリ

ック・ドメインの理念に頼ってきた事例も多数存在する⁵⁸。知的財産の保有者が、孤高の天才としての著者というロマンチックなイメージを助長していると批判されてきたのと同様に、先住民のパブリック・ドメインを唱道する者は、コモンズについてのノスタルジックで非現実的な見方を助長するとして批判されてよい。これを前提にすると、パブリック・ドメインをコモンズ(res communis)に似た建設的、生産的な場と捉えるよりも、先住民の観点からは、無主地(terrae nullius)になぞらえた方がより適切であろうとの議論があることは驚くに値しない。無主地とは、人がいない土地を意味し、英国の植民地の当局により、オーストラリアの先住民に対して土地又は国についての一切の利益を否定するために用いられた観念である⁵⁹。

先住民の美学と西洋の知的財産法を支える美学との間に存在する差異、そして、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ことを踏まえると、先住民グループが、パブリック・ドメインという考え方や、先住民の創作物に知的財産制度を適用することに対して批判的であるのは、驚くべきことではない。Tobinが述べたように、「西洋のパブリック・ドメインという法的概念を、先住民の伝統的知識の使用をコントロールすることについての彼らの権利を制限するための決定的な要因として適用することは、歴史的に承認されておらず補償もされていない伝統的知識の不正使用を正当化するおそれがある」⁶⁰。もしも我々が先住民の問題を真剣に考えるならば、単純に私的利益と公的利益のバランスをとろうとする提案を拒絶すべきことは明らかである⁶¹。その代わりに必要なのは、「革新的な提案をすること、そして、特に過去における先住民の

⁵⁸ See M. Brown, *Who Owns Native Culture?* (Harvard University Press, 2003).

⁵⁹ See W. Van Caenegem, ‘The Public Domain: Sceleint Nullius?’ (2002) EIPR 324.

⁶⁰ B. Tobin, ‘Redefining Perspectives in the Search for protection of Traditional Knowledge: A case study from Peru’ (2001) 10(1) *Reciel* 47, 55.

⁶¹ B. Tobin, ‘Redefining Perspectives in the Search for protection of Traditional Knowledge: A case study from Peru’ (2001) 10(1) *Reciel* 47, 55. Tobinは、「パブリック・ドメインにある伝統的知識に対する先住民の私的財産権に境界を画定するための新たな法的指針」を作成することが必要であると主張している。Ibid.

⁵⁵ J. Frow, ‘Public Domain and Collective Rights in Culture’ (1998) 13 *IPJ* 39.

⁵⁶ See <http://www.australianhomemade.com>

⁵⁷ 革新的な利益共有の例のほとんどは（少なくともクイーンズランドにおけるものは）、公共部門の機関（例えば、オーストラリア海洋科学研究所 (Australian Institute for Marine Science) 又は多国籍企業 (Astrazeneca 等) によるものである。

財産の不正使用が伝統的に助長されてきたような場合について、既存の法的伝統を良識をもって無視することである」⁶²。より具体的には、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。すなわち、先住民の創作物に対して、これと無関係な文脈の中で発達した空間的な位置付け (spatial configuration) を単に適用するのではなく、慣習法又は先住民の法の下で確立された領域 (ドメイン) を法的地形における新たなスペースとして作り出し、認めることが必要である⁶³。

これは、一見して思われるほどには新規なことではない。実のところ、ますます多くの (好意的な) 論者が、現代の法的議論におけるパブリック・ドメインの捉え方の妥当性について疑問を呈し始めている。パブリック・ドメインは単一ではなく、多数のパブリック・ドメインが存在すると解することが、一層一般的になっている。また、「公的・公開」 (public/open) と「私的・非公開」 (private/closed) との間をすっきりと区別することについて疑問視する議論も出始めている⁶⁴。例えば、「伝統的学術において敬意をもって語られる」公的領域は、「見かけほどのものではなく、真に広く開かれた、私的権利が主張されない空間というよりも、実際には、いくつかの面で会員限定のアクセス権が共有された共同空間に類似している」とされている⁶⁵。さらに、パブリック・ドメインの基礎となる理念、少なくとも

⁶² B. Tobin, 'Redefining Perspectives in the Search for protection of Traditional Knowledge: A case study from Peru' (2001) 10 (1) *Reciel* 47, 55.

⁶³ Cf WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex 2, 7-8, para 23 (パブリック・ドメインは、「慣習法又は先住民の法によって確立された私的ドメインを考慮していない」と認めている。).

⁶⁴ R. Merges, 'Property Rights Theory and the Commons: The Case of Scientific Research' in (eds) E Frankel Paul, F. Miller, and J. Paul, *Scientific Innovation, Philosophy, and Public Policy* (CUP, 1996), 147. See also E. Ostrom, *Governing the Commons* (Cambridge: CUP, 1990).

⁶⁵ R. Merges, 'Property Rights Theory and the Commons: The Case of Scientific Research' in (eds) E Frankel Paul, F. Miller, and J. Paul, *Scientific Innovation, Philosophy, and Public Policy* (CUP, 1996), 146.

も、こうした理念を最もよく達成する方法について疑問が呈されている。実際に、情報に対する自由なアクセスを提供することによってのみパブリック・ドメインの目標が達成されるのかという点について、疑問が呈されるのが近年における顕著な傾向の一つである。これは、次のような考え方に示されている。すなわち、「教育目的の利用は自由」という表現を商標として保護することや、共有された生物資源の商業的使用の禁止⁶⁶といった、情報の普及や表出に課される制限が、パブリック・ドメインを保護し、最終的に公衆に利用可能な素材の量の増加と質の向上を実現する可能性があるという考え方⁶⁷である。また、公的目的の実現のために著作権保護を利用するクリエイティブ・コモンズやオープンソースといったプロジェクトも、そのような例である。

先住民の領域を考慮に入れるためにパブリック・ドメインをどう再構成すべきかについて検討する際には、それらの領域が認識されるプロセスについて考えることが重要である。これは、先住民の知的財産についての論議 (そこでは生産と消費の手段に議論が集中する傾向にある。) では、ほとんど無視されてきた論題である。こうした新しい領域を発展させる際に検討されるべき問題は、いずれ引かなくてはならない境界線を、どのように、そしてどこに引くのかということである。例えば、誰が新しい法制度から利益を得るべきか、保護の範囲及び期間はどのように決定しなくてはならない。オーストラリアに関しては、例えば、新しい法律を、伝統的なアーティストとは区別された都市部のアーティストに適用すべきか否

⁶⁶ 例えば、米国で作られた Uniform Biotechnology Materials Transfer Agreements (UBMTA) は、公的資金によって作成されたリサーチ・ツールの使用について制限を設けている。具体的には、非営利機関間の移転についてはほとんど制限を設けていないが、商業目的での使用を意図している機関への移転は禁止している。See R. Merges, 'Property Rights Theory and the Commons: The Case of Scientific Research' in (eds) E Frankel Paul, F. Miller, and J. Paul, *Scientific Innovation, Philosophy, and Public Policy* (CUP, 1996), 159.

⁶⁷ R. Merges, 'Property Rights Theory and the Commons: The Case of Scientific Research' in (eds) E Frankel Paul, F. Miller, and J. Paul, *Scientific Innovation, Philosophy, and Public Policy* (CUP, 1996), 166.

かを決定することを意味する。また、保護の対象となる知識の種類について決定することを意味する。この種の問題に対する一つの対応は、境界設定の必要性をほとんど超越した、中立的で抽象的な用語を採用することである。これは、現在 WIPO が評価しているアプローチである。すなわち、WIPO では、伝統的知識に関し将来締結する条約について、不正競争型の法を基礎とする方向で対応が進められている。このことは、WIPO が直面している難問に対する解決策を提供してくれる可能性があるものの、境界設定の問題を単に国家レベルに委ねてしまうということである。しかし、こうした問題をいかに解決するべきかについて考える際には、先住民及び現地のコミュニティの人々の権利を規制するプロセスについてのパラメータを設定するに当たり、最初から彼らに関与させることが重要である。特に、定義、境界及び内容に係る諸問題についての決定に対して、コミュニティが役割を果たすことが重要である⁶⁸。

ここから多くの結論が導かれる。理想的には、国家機関や国際機関ではなく、先住民のコミュニティが、彼らに影響を及ぼす可能性のある問題は何か、そしてそれらの問題にいかに対応するかを決めるべきだということになる。したがって、次のような意見、すなわち、国家機関又は国際機関が先住民の文化を支援し保護するとの規範的な決定を行った場合には、次の段階として、当然にそれらの機関が具体的問題点の提起と解決策の提示を行うべきであると想定するような意見に対し、我々は警戒するべきである⁶⁹。先住民と西洋の諸機関との交流関係の歴史は、善意の（国の関係か教会関係かを問わず）公的な機関が先住民コミュニティのためによかれとして行った決定が、結果的には逆の有害な効果をもたらすという多くの実例を示している。したがって、先住民の利益に対応するために知的財産法

をどう変更すべきかを考える際に、多くの問題を解決する必要があるということとはもったもであるとしても⁷⁰、そうした問題に解答するのがWIPOや他の何らかの国家的機関であると想定することには賛成できない⁷¹。むしろ、先住民コミュニティに解決を委ねるのが最善である⁷²。先住民に温情主義的なシェーマを押しつけることは、ある論者が指摘したとおり、「最

⁷⁰ 例えば、「伝統的知識がパブリック・ドメインの一部となり、それによって先住民のコントロールの対象ではなくなるのはいかなる場合であるかにつき、再定義する必要」があるとも思われる。B. Tobin, 'Redefining Perspectives in the Search for protection of Traditional Knowledge: A case study from Peru' (2001) 10 (1) *Reciel* 47, 56.

⁷¹ WIPOは、伝統的知識を独自の新しい制度で保護する案について検討するに当たって、「伝統的知識の保護のために適切な独自の制度の一般的特徴を特定すること」、及び「その制度が効果的であるために備えるべき要素を特定すること」がその任務であるとした。そして、WIPO事務局によれば、そのような要素の特定のためには、「財産権保護のために有効な法制度が十分に対応すべきいくつかの本質的な問いについて、回答を用意しなければならない」。Composite Study on the Protection of Traditional Knowledge WIPO/GRTKF/IC/5/8 (28 April 2003), 47, para 117. それらの問いとは、保護の政策目標は何か、保護対象は何か、保護を受けるために満たすべき要件は何か、誰が権利を有するのか、どのような権利か、どのように権利が取得されるか、権利はどのように管理され行使されるべきか、権利はどのように消滅しあるいは失効するか、であった。Composite Study on the Protection of Traditional Knowledge WIPO/GRTKF/IC/5/8 (28 April 2003), 47-57, para 118-146. ここで問題なのは、それらの問い自体では必ずしもなく、国際的機関、地域的機関、あるいは国家的機関のいずれにせよ、中枢的機関によって回答が与えられなくてはならないと想定されていることである。

⁷² これに類似する原則は、科学研究におけるコモンズ (scientific commons) を保護するために特許法をいかに改革するかについての議論においても用いられてきた。Merges が述べたように、科学研究の促進という政策目標を追求する際には、我々は、「科学者のコミュニティにおける内部ルールに敬意を表する」べきであり、「科学研究は、成果を全面的かつ直ちに普及するべきだ」というナイーブな指針を固守すべしと無遠慮に要求する代わりに、精査の対象となっている慣行がそのコミュニティでどのように発達したのか、その慣行がコミュニティの全体的な機能にどのように影響しているのかを観察すべきである」。R. Merges, 'Property Rights Theory and the Commons: The Case of Scientific Research' in (eds) E Frankel Paul, F. Miller, and J. Paul, *Scientific Innovation, Philosophy, and Public Policy* (CUP, 1996), 166.

⁶⁸ B. Tobin, 'Redefining Perspectives in the Search for protection of Traditional Knowledge: A case study from Peru' (2001) 10 (1) *Reciel* 47, 59.

⁶⁹ 知的財産の中核的な概念の定義方法について検討する際に、WIPOは、国際機関及び国家機関の關係に焦点を当てたが、地域的利益集団 (local interests) の役割にはほとんど注意を払わなかった。Composite Study on the Protection of Traditional Knowledge, WIPO/GRTKF/IC/5/8 (28 April 2003), 17 ff.

後の植民化と呼ばれるもの、すなわち、彼らの知的活動から産み出されたものの植民化につながる事となる」⁷³。また、パブリック・ドメイン法、domaine public payant、あるいは先住民のための国際的徴収団体といった、パブリック・ドメインの監督、徴収、監視を行う（国家により設置される）中枢機構を必要とする提案は、適切ではないという結論も導かれることになる⁷⁴。

先住民のコミュニティの文化、科学及び技術を規律し保護するルールを、彼らのコミュニティ自身が決定する機会を持つことは重要であるが、同時に、現地法及び慣習法の限界を認識することも重要である。特に、海賊行為は、慣習法の適用ないし管轄権が及ぶ範囲の外で行われるということを認めざるを得ない。この点において、現地法が国家制度及び国際的制度と関連付けられることを可能にする仕組みを構築することが課題となる。そのためには、さらに、先住民コミュニティに解決を委ねることができる事項と、より広範な枠組みを必要とする事項との間を区別することが必要である。多くの先住民コミュニティにとって、彼らの権利を守りこれ行使するために利用できる資源が限られていることも、認識することが重要である。

先住民の芸術、科学及び技術を保護するための解決策として提案されてきた多くの案の問題点の一つは、先住民のコミュニティのニーズにとって不適切な規制モデルを採用しているということである。これは、一面において、提案されている解決策のすべてではないとしてもそのほとんどが、著作権、特許若しくは人格権の修正、又はそれらの知的財産の形式をモデルとする独自のシステムの導入を提唱する傾向にあることによる。それらの提案の多くは（すべてではないが）、先住民のコミュニティに対して、彼らの権利を管理するためにその限られた資源を使うことを求めている

⁷³ B. Tobin, 'Redefining Perspectives in the Search for protection of Traditional Knowledge: A case study from Peru' (2001) 10 (1) *Reciel* 47, 63.

⁷⁴ For criticisms see C. Haight Farley, 'Protecting Folklore of Indigenous Peoples: Is Intellectual Property the Answer?' (1997) *Connecticut Law Review* 1, 49.

点が問題なのである⁷⁵。また、それらの提案の下では、中核的機関が境界線を引き、本来先住民コミュニティの決定に委ねるべき決定をなすことが、不可避的に求められていることも問題である⁷⁶。

以上のような問題に容易に屈しない一つの代替策は（それ自身多くの問題を抱えるものではあるが）、先住民の創作物を、地理的表示の保護に用いられる法をモデルとした制度によって保護することである⁷⁷。地理的表示は二つの方法で使うことができる。まず、先住民の創作物は、地理的原産地表示として保護されることが可能である。地理的表示は通常、農産物について認められるが、農産物以外の産品（例えばスイスの腕時計）にも認められてきた。第二に、より野心的な案として、地理的表示を保護するために用いられる制度は、先住民の知識を保護するための独自の枠組みのモデルとすることができる。地理的表示制度をモデルとした法を使う一つの利点は、先住民の文化を規律する法制度に先住民の法を確実に組み込むための手段を提供するということである⁷⁸。丁度、（パルマハム・コンソーシアムのような）共同体(collectives)が、ある製品名をどのような場合にどのような方法で使用するができるかに関する内部的ルールを定め

⁷⁵ 重要な例外は、事前の情報を踏まえた同意と地理的原産地の開示の特許及び植物品種保護に係る権利を付与する条件とする提案である。

⁷⁶ 例えば、WIPOは「特別の保護を受ける資格がある『コミュニティ』を定義する」必要がある旨を述べている。WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, 14, para 42 (d).

⁷⁷ 産品の名称（及び間接的には産品そのもの）を規制するために、種々の法制度が用いられてきている。例えば、出所表示(indication of source)、地理的原産地表示(geographical indication of origin)、及び原産地名称(appellation of origin)である。ここでは、種々の異なる制度をまとめて称する用語として、地理的原産地表示という総称を用いている。See further, L. Bently and B. Sherman, *Intellectual Property Law* (2nd Ed., OUP, 2004), 962-989.

⁷⁸ 先住民の文化及び知的財産権の保護について、次のように「地域性の原則」(principle of locality)が適用されるべきだとも主張されている。「先住民の文化遺産の取得と使用に関する紛争は、当該事案に係る先住民の慣習法に従って解決するのが、問題解決策となる。」 E. Daes, 'Defending Indigenous peoples heritage' (Feb 2000) cited in *Composite Study on the Protection of Traditional Knowledge*, WIPO/GRTKF/IC/5/8 (28 April 2003), 42, para 105.

ているのと同じように、慣習法も現地の知識の保護の諸要件を定め、保護対象及び範囲を画定することができるであろう。この案は、そのような法がより広い枠組みと関連付けられることの必要性を認識しつつ、自己決定の考え方に適合したものといえる。また、この案の下では、誰が保護による利益を受けるべきか、また、いつどのような状況において第三者が知識を使用することができるのかについて、先住民コミュニティが決定することが可能となる。

地理的原産地表示を活用する案のもう一つの利点は、多くの先住民コミュニティにとって極めて重要な事項である、「場所」又は「国」との関連性を認識する手段を提供するということである。地理的原産地表示は、対象である製品と当該製品の原産地である場所との関連性を要求する点が、その特徴の一つである。地理的表示の保護に用いられる制度の多くは、保護の対象となる製品がその原産地である場所を具体化したものであるという考え方に基づいている。この点につき、おそらく最も良く知られている例は、terroir（地方色）というフランスの概念であろう。これは、ワインの独自な特徴に寄与する、土地、土壌、地勢、気候、人的・季節的影響に由来する、特定の場所の特徴・属性を表す概念である。このterroirは、土地との関連性に関する先住民の考え方ほど広い概念ではないが、しかし類似するものである⁷⁹。

地理的表示制度をモデルとした法は、他の多くの知的財産保護の形式とは異なり、集団的権利を承認している。同制度に関係する当事者は、伝統的な目標及び目的を保護するために、共同体(collectives)又はそれ以上に正式な団体を組織することが多い。後者の有名な例を挙げれば、プロヴァンス地方のワイン生産者の団体 Comité Interprofessionnel des Vins Côtes de Provence⁸⁰がある。このような組織化の形態は、先住民の伝統的知識及び

⁷⁹ アデレイド・ブレインズ地区のKauma族は、特定の場所の特徴を表現するために‘pangkarr’という用語を使用している。See Max Allen, ‘Terroir Australia’, The Weekend Australian Magazine (13 Dec 2003), 48.

⁸⁰ この団体は、Provenceという語をワインに用いたタスマニアのワイン生産者を訴

文化に対してコミュニティを基礎とするアプローチをとる場合に応用可能であるように思われる。その利点の一つは、コミュニティを規律するルールや法のほとんどが、外部の主体から押しつけられるのではなく、コミュニティ自身によって決定されるということである。また、先住民の法が時間の経過とともに進化・変化する余地を認めることも可能であろう。さらに、他の形態の知的財産ではなく地理的原産地表示を保護のモデルとする場合には、(厳密な意味での) 伝統的知識を保護する手段を提供するという点にも利点がある。すなわち、地理的原産地表示の保護に用いられる多くの制度の特徴の一つは、他の多くの知的財産制度のように技術革新そのものの促進ではなく、伝統的な文化的価値や知識に報いることに関心を持っている点である。さらに、地理的表示タイプの保護が他の知的財産制度より優れる重要な利点として、保護期間に特段の制限が存在しないという点もある。

地理的原産地表示制度を直接的に保護手法として、あるいは間接的に独自の立法のモデルとして活用しようとする場合、その前に克服すべき多数の問題が存在する。特に、オーストラリアやその他の地域における政策決定者(彼らは、地理的原産地表示制度をヨーロッパによる植民地化の新しい方式と捉えているようである。)に、同制度についての考え方を劇的に変えてもらう必要がある。また、保護の対象となる物及び知識は、通常、多数の異なる先住民コミュニティにまたがるものであることから、複数のコミュニティの間で、誰が交渉する権限を持つのか、利益をどのように分配するのかといった問題を決める必要もある。さらに、この種の問題が克服されたとしても、地理的原産地表示は、部分的な解決策を提供できないにすぎないということを自覚する必要がある。先住民の知識及び創作物が適切に保護されるためには、多くの変化が必要であり、その変化とは立法によるものとよらないものが、また、法的なものと法以外のものが、ともに存在する。まずは、我々が知的財産制度について考える際に習慣的に想定する前提について、疑問を持つことから始めるのが有益である。そのよう

え、勝訴した。Comite Interprofessionnel des Vins Cotes de Provence & Anor v Stuart Alexander Bryce & Anor (1996) 742 FCA 1 (23 August 1996).

な疑問を呈すべきものの一つが、パブリック・ドメインの捉え方、及びパブリック・ドメインが知的財産の法と政策に関する支配的な見解において果たしている中心的役割であることは、間違いないと思われる。

(訳者注) 本論文は、以下の形で公刊されたものである。

B. Sherman and L. Wiseman, ‘Towards an Indigenous Public Domain?’ in P. Bernt Hugenholtz and Lucie Guibault (eds), *The Future of the Public Domain* (Kluwer, 2006), pp. 259–277.