HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	フォークロアの保護 : 国際的な議論における取り組み
Author(s)	Lewinski, Silke von; 比良, 友佳里//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 36, 209-239
Issue Date	2011-12
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/48448
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ36_007.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

連続企画：国際知的財産制度の形成過程－最新動向と理論分析－
その４

フォークロアの保護
―国際的な議論における取り組み

Silke von LEWINSKI*
比良友佳理（訳）

１．序

フォークロア[1]に対する適切な保護が主張、議論、検討されて久しい。先住民の人々がこうした主張を行う背景には、西洋各国の産業分野における利用が増加していることがあり、そこでは無断で、利用から得られる利益を先住民と共有せずにフォークロアの表現が利用されている。現在までのところ、こうした行為は必ず既存の知的財産法に則って行われているが、それによればフォークロアの表現は（知的財産法に定義されているところの）パブリック・ドメインに属することになっている。それと同時に先住民が、そうした行為が不公正で十分な尊重を欠くものであると主張してい

* Head of Department, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law; Adjunct Professor, Franklin Pierce Center for Intellectual Property at University of New Hampshire Law School, Concord, N.H., USA. 本稿は北海道大学の田村善之教授からの招待を受けて北海道大学グローバルCOEプログラムにおいて行った報告に基づくものである。招待してくださった田村教授及び翻訳をしていただいた比良友佳理氏に記してお礼申し上げる。本稿の大部分は筆者の先行研究、特に‘Adequate protection of folklore – a work in progress’, in: P. Torremans (ed.), Copyright Law – A handbook of contemporary research. Camberley 2007 (p. 207-231) に基づくものである。

[1] 本稿は「フォークロア表現」及び「フォークロア」を「伝統的な文化的表現（traditional cultural expressions (TCEs)）」の同義語として使用しており、フォークロアという語について何らネガティヴな意味を込めるものではない。WIPOの文書においてこれらの語がどのように使用されているかについては、後述４．ｂ）も参照。

ることは驚くべきことではないだろう—というのも、そうした行為は現地の慣習法が仮に外部の者にも適用されるのならば、たいていの場合慣習法に違反するであろうものだからである。先住民は異なるパブリック・ドメインの概念を有し、またフォークロアには異なる重要性があると考えている。つまり、先住民にとって、生ける遺産としてのフォークロアは生活全体やアイデンティティ、あるいは自己決定といったものと関連して極めて重要なものなのであり、それは西洋文明におけるよりもはるかに高い重要性を有しているのである。それゆえ、先住民は歪みや不誠実な権能、あるいは権能そのものの欠如に対処するために、他人によるフォークロアの利用をコントロールする権利や、あるいは特定の利用に対し同意を与え、そこから定期的に利益を享受する権利の獲得を目指して挑み続けてきたのである。

しかしながら理想的な法的解決は未だ見つかっていないように思われる。だがここ数年、特に現地固有の遺産が有する特殊性が認識されるようになった結果として、フォークロアに特化した条項の具体的な起草に関してかなりの進歩があった。本稿は、フォークロアの一側面を既存の知的財産権やその他の権利によって保護することの可能性を示した上で、考えられうるフォークロア保護に関する過去から現在に至るまでの議論の発展を振り返り、その中でもとりわけ最近WIPO内でこの問題を突き動かしているものが何かについて示していく。そして最後に、本分野において今日までで最も進んだ内容を含んでいるとも考えられる、最近公表されたWIPOの条項案について紹介していく。この実体規定草案（Draft Substantive Provision）はWIPO事務局が政府や政府間レベル、あるいは政府に属さない専門家らがそれまで発表してきた文書や発言をベースにして作り上げられたものである[2]。

[2] WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/9/4, Annex, p. 11 ff. Reprinted from WIPO Doc. GRTKF/IC/8/4.

2．現在の知的財産法の下でのフォークロアの保護

a）伝統的な知的財産法による直接的な保護

著作権は通常フォークロアの表現そのものを保護しないという事実は学者のみならず政策的議論においても広く同意が得られているところである。したがって、フォークロアの表現そのものが一般に著作権で保護されないのがなぜなのかについて、詳細に立ち入る必要はないだろう。著作権法による保護が否定される理由としては、著作権では個人のオーサーシップ観が採られているのに対しフォークロアが共同体的な性質を有している点や、あるいは、著作権は保護期間が限られており、また創作性要件として一定のレベルが求められ、さらに一部の国では固定性の要件を満たす必要があるのに対し、フォークロアは連続的で口承で伝わる性質を有しているという点が挙げられる[3]。とはいえ、フォークロアも一定の場合には著作権によって保護されると考えられてきたのであって、特に存命の創作者によって作られた場合で、オーストラリアのように創作性要件で求められるレベルが極端に低い場合には、保護されることがあるという点は認めるべきである[4]。ここでは、フォークロアそれ自体の保護こそが問題になっているということを強調しておかねばならない。逆にいうと、フォークロアに基づいて創作された個々の作品は保護されうるということである。例えばアボリジニの現代アーティストが著作権法の一般的な要件を充足する個別の作品を創作したような場合、それらの個々の作品は（それに内在するフォークロアとは反対に）一般的なルールの下で保護を受けることになる。著作者の死後限られた期間のみ保護を受けるという点や、保護範囲に限りがあるという点がここでのルールには含まれている。つまり、その創作者が加えた創作的表現のみが保護されるのであって、その現代的な絵画の中に融合してしまったシンボルや物語、技術、様式といった既存のフォークロア表現の要素は保護されない。したがって、一般的なルール

[3] これら保護の障害に関する詳細な議論については、特にLucas-Schloetter, 'Folklore', in Silke von Lewinski (ed), Indigenous Heritage and Intellectual Property, 2nd edn. 2008, Alphen aan den Rijn, Netherlands: Kluwer, p. 383-390を参照。

[4] Bulun Bulun and Another v. R&T Textiles Pty Ltd and Another (1998) 41 IPR 513, 520.

に従う帰結として、著作権の保護はオリジナルな要素にのみ及ぶことになるのである。その結果、新たに創作された作品がフォークロアの表現に密接に起因し融合していればいるほど、保護範囲はより限定的なものになる。さらに、そうした保護はフォークロアに基づいて新たに作られた作品の創作者に付与されるのであって、保護を受けるのは現地の共同体でもなければフォークロアの表現の守護を行う共同体メンバーでもない。それゆえ、こうした保護はむしろ現地の共同体の利益に反してさえいる可能性がある。

著作権はさておき意匠法に目を向けても、保護手段としては不十分である。意匠法は二次元若しくは三次元の物品で美感性を有し、工業上の利用目的で作られたものにのみ適用される。新規性や創作性、形式性、工業上の利用可能性といった要件はたいていの場合満たされない。加えて、個々の事案でそれらの要件を満たしたとしても、5年から25年という短い保護期間では、生ける遺産としてのフォークロアの性質には調和しないだろう[5]。

b）間接的な保護

aa）著作権及び著作隣接権

著作権及び著作隣接権による保護はフォークロアの表現の文脈で作られた作品や成果に適用できる可能性がある。これにはいくつかの例を挙げることができる。例えばフォークロアを別々の方式で録音すれば、フォークロアそのものではなく各録音の方の保護ができるかもしれない。写真家がフォークロアを撮影したならば、写真の著作物として著作権の保護を受けたり、あるいは著作権で保護されない写真であっても著作隣接権の保護を受けたりするだろう。すなわち、フォークロア音楽のレコーディングを行ったり、フォークロアの舞踊をフィルムに撮影したりしたプロデューサーは、（フォークロアそれ自体ではなく）それぞれレコードやフィルムとの関係で、レコードやフィルムをプロデュースした者として保護されうるのである。また、フォークロアの表現を収集し一定順に配列する研究者などは、編集著作物に関する一般的な要件を充足する限り、編集（すなわちフォークロア自体ではなく要素の配列・選択）に関して保護されうるかもしれない。また、フォークロアの実演者はフォークロア自体ではなく実演に関して保護される可能性があり、さらに近年結ばれた国際条約である1996年の実演及びレコードに関する世界知的所有権機関条約2条(a)に照らせば、保護されなければならないということにさえなる[6]。しかし実際のところ、こうした事例ではほとんどの場合、現地の共同体が保護によって利益を得るわけではないと思われる。というのも現在までのところ、共同体が自分たちのフォークロアを固定したり集積したりすることは通常ないからである。フォークロアの実演者のみがしばしば現地の共同体から派生して、実演に関する保護によって利益を得るため、この場合共同体は実演されたフォークロアに関して間接的な保護を受けうるに留まる。

[5] Lucas-Schloetter, as note 3 above, p. 399-400.

bb）産業財産権

フォークロア表現が市場に置かれている場合には、商標や地理的表示がフォークロアを間接的に保護する方法として利用できる可能性がある。この種の知的財産権はフォークロア表現の出所を明確に示し「模倣」品市場を縮小させることを通じて、真正性の確保を求める先住民のニーズにうまく対応できる可能性がある。これに従えば、権利者は他者がフォークロア表現を使用することを禁止しえないものの、これらの表現に結びついた商標や地理的表示の使用は禁止することができ、それにより、市場におけるフォークロア表現の真正品としての優位性を獲得することができるのである。この限りにおいて、商標と地理的表示は現地の共同体にとって役立つ可能性がある。さらに、団体標章や証明標章の場合には、（個人の権利者のみではなく）団体による登録が可能となっている。また、保護期間も商標を使用する限り永続するという利点がある。しかし商標や地理的表示による保護にはデメリットもあり、第一に商標を登録する必要性や地理的表示の場合にはそこから利益を得る地域団体が政府から承認を受ける必要性があること、第二に、商標の登録及び維持には費用がかかること、第三に最適なマーケティング戦略及びそれに関連する取り組みといった、手続上の知識が必要であることなどが挙げられる[7]。

[6] この条文については、Jörg Reinbothe and Silke von Lewinski, The WIPO Treaties 1996, Commentary, London 2002, Art. 2 WPPT no. 23 等を参照。

[7] 商標による保護のメリット、デメリットに関する詳細については、Collective marks

cc）不正競争法

不正競争法も一定程度フォークロアに対する保護を提供してくれる可能性がある。特に大陸法系における不正競争やコモンロー上の概念において「信任関係違反（breach of confidence）」の事案として扱われる、営業秘密に対する保護[8]は有用かもしれない。フォークロア表現が秘密下に置かれている場合、すなわち現地の慣習法で知っても良いと認められた者だけが知っている状態で、守秘義務が存在する場合にのみ、営業秘密の保護が適用される。こうした場合、許諾なくフォークロアを利用する行為に対して保護が与えられることになる。

不正競争法で考えられるもうひとつの方法としては営業上の信用（commercial reputation）に対する保護であり、例えばその地域特有のアート分野に関し地域の共同体が得られる営業上の信用が挙げられる。そうした場合、他者は共同体の信用に影響を及ぼすような行為を禁じられることになる。しかし容易に分かることであるが、これに関連する事例は限定的なものであって、商業的取引がなされている場合に限られている[9]。

dd）その他

契約が有用な手段になることもないわけではないが、例えば秘密にされているフォークロアの場合のように、外部者がフォークロアにアクセスするためには契約を結ばざるをえない場合に限られる。また、文化遺産保護や人権保護に関する規範のような、知的財産法以外の既存の法律も考えられるが、これが現地の共同体が第三者による利用を禁止することを可能とする、具体的な保護の基盤として機能することは通常ないものと考えられる。

and certification marks, in Silke von Lewinski (ed), Indigenous Heritage and Intellectual Property, 2nd edn. 2008, Alphen aan den Rijn, Netherlands: Kluwer, p. 127-129、地理的表示に関しては Lucas-Schloetter, as note 3 above, p. 406f を参照。

[8] TRIPS 協定39条。

[9] より詳細については Lucas-Schloetter, as note 3 above, p. 407-411 を参照。

c）独自立法による直接的な保護

1982年の WIPO モデル条項をはじめとして、多くの国が著作権法に極めて近い形の独自立法[10]によって保護する制度を既に導入している。そうした法律はモデル条項のようにフォークロアの特殊性をかなりの程度考慮に入れて設計されているのだが、それにもかかわらず、具体的事例に適用されたり権利が行使されたりといったことは多くの国でまだなされていないようである[11]。多くの国で独自立法による保護が現実の存在というよりも紙の上の存在に過ぎないものとなっている理由としては、例えば以下の要素が考えられる。多くの発展途上国では、清潔な水の供給やエイズ撲滅、食糧供給、医療などといった、より基本的で緊急性の高い問題こそが解決すべき課題とされているという点がある。また、発展途上国内ではしばしば、自分たちの伝統を守るのではなくむしろ西洋のスタイルに倣おうとしており、そうしている限りフォークロアが低い評価しか得られないという点もひとつの要素として挙げられよう。例えば伝統衣装の代わりに西洋のビジネススーツを用いるといった例が挙げられる。さらに、国によっては現地の共同体がそうした保護の執行に向けて争う力を持っていないことがある。特に現地の共同体と非先住民の政府との間で緊張関係がある場合は顕著である。

d）慣習法による直接的な保護

フォークロアの表現を保護する既存の法的手段で最後に紹介する現地の共同体の慣習法及びプロトコルは、長年広く軽視されてきたものである。これらの欠点は、原則として外部者やその他共同体の外にいる者には適用されないという点にある。そのため、フォークロアの不正利用という最も重要なケースで、この方法による保護がなしえないのである[12]。また、動

[10] 詳細については Lucas-Schloetter, as note 3 above, p. 373-382を参照。

[11] Wendland (2002), 'Intellectual Property and the Protection of Cultural Expressions: The Work of the World Intellectual Property Organization (WIPO)', in W. Grosheide and J. Brinkhof (eds), Cultural Expressions and Indigenous Knowledge, Antwerp, The Netherlands: Intersentia, p. 115.

[12] 米国の部族裁判所及び連邦裁判所における、外部的要素が関係する事案での慣習

的で成文化されておらず多様なこれらのルールについて、外部者がそれに関する情報を得るのは難しいといえるだろう。しかしながら、先住民のニーズに適合して作られているので、国内や地域的、国際的な保護のモデルを模索するにあたっては、フォークロア表現に関する慣習法やプロトコルは調査する価値があるだろう。現在までのところそうしたルールについてはまだ極めてわずかのことしか知られておらず、オーストラリアの裁判所がBulun Bulun判決[13]等で示した枠組みや、人類学研究等によって知られるように至った例がいくつかあるのみである。この点、WIPOによる作業は確実に正しい方向に向かっており、慣習法の分野に関する研究の奨励や、関係する事項に関して一定の示唆を与えている[14]。慣習法に調査する価値がある理由は、それが特に先住民の異なる世界観を反映している可能性があり、それゆえ現地と西洋とのフォークロア表現を扱うアプローチの違いをはっきりと示してくれているからである。

一般化することは不可能であるが、現地の世界観の一定の特徴を、ひとつの傾向として導き出すことができる。先住民は多くの場合全体的な世界観を有していて、そこでは土地や動物、植物、人間、祖先、魂といったあらゆる要素が相互に関係しており、等しく尊重されなければならないとされている。土地や自然環境が非常に重要とされている点も共通の特徴といえる。共同体のメンバーを含む世界のあらゆる要素の関係性も重要なものとなっており、それらは相互に尊重し合うことによって最も良い関係が築かれるという。フォークロア表現は西洋社会における音楽や芸術、ダンスよりもずっと深く重要な機能を有していることが多い。フォークロア表現は単にエンターテイメントとして機能するだけではなく、共同体の個々のメンバーと他のメンバーや土地、先祖、そして世界を取り囲むあらゆるものとの結びつきを生み出してくれるということである。デザインしたり儀

法及びプロトコルの適用に関しては、Cooter/Fikentscher (1998), 'Indian Common Law: The Role of Custom in American Indian Tribal Courts', American Journal of Law 46 (3), p. 509, 559 ff を参照。

[13] Bulun Bulun and Another v. R&T Textiles Pty Ltd and Another (1998) 41 IPR 513.

[14] http://www.wipo.int/tk/en/consultations/customary_law/guidelines.pdf（最終アクセス2011年2月9日）。

式の舞踊を踊ったり、あるいは民話を歌ったりといった行為はしばしば、こうした結びつきを回復させ、再び結合し、個人を周りの世界と調和させるものとして働く。そうした行為は自分のアイデンティティを再確認させ、それゆえ共同体全体のアイデンティティや共同体における個々のメンバーの居場所を強化させるものであり、さらには独自の共同体として生き残っていくために必要不可欠なものである可能性さえある。また自己決定の文脈というのもここで重要になってくる。フォークロア表現は、周辺の土地の地形に関する情報や砂漠のオアシスの場所に関する情報等、現地の共同体の生活やさらには生存にとって有用な具体的情報を含んでさえいることがあるのだ。

現地の共同体は通常、西洋のスタイルである個人主義的な社会と反対の、集合的な集中性という特徴を持つ。それゆえ西洋の「財産」や「知的財産」といった概念に対応する概念をそうした共同体は有していない。それはむしろ共同体や部族による所有（ownership）、あるいは共同体のための守護（custodianship）と評するべきである。しばしば慣習法は共同体の中から特定の人物や特定の家族、一族等のグループを定め、フォークロア表現を排他的に複製その他利用することを認めていたり、またどのような条件下でそうした利用ができるかを定めている。そのようなルールは存在するフォークロア表現全てに一律に適用されるわけではなく、独特なフォークロア表現に応じて多種多様なものとなっている。また、個人あるいは団体による排他的管理の下、秘密にされている表現もあれば、共同体全体に知られている表現もある。

このような排他的に利用する「権利」はたいていの場合、慣習法に調和する管理の実施に対応する責任問題を引き起こす。ある特定のフォークロア表現やそれを適切に利用する方法に関する知識を享受することは贈り物の一種とみなされうるので、受け取った人は共同体に対し、フォークロア表現に関する責任を全うするなどの形で、何かお返しをすることが求められる。慣習法上認められない形で、あるいは慣習法の一般的な規範に反する形でフォークロア表現を利用した場合には、それに対する制裁は通常、不適切な行為によって破壊された関係性を再構築するために行われる。したがって、侵害者を刑務所に追いやったり金銭上の賠償を求めたりするのではなく、侵害者はその代わりとして何らかの危険な狩猟行為等の活動を

するよう求められる可能性がある。そうした行為は共同体にとって有益であろうし、侵害者が慣習法を尊重しそれによって拘束されることを受け入れた証となるものである。

慣習法のもうひとつの特徴は、動的で口述によるという点にある。フォークロア表現やその他先住民の様々な遺産が発展し続けてきたのと同じ方法で、慣習法は実行され、決まった形式に固定されてきたのではなくむしろ口述により世代から世代へと伝えられてきた。また、慣習法はたいていの場合、歩みを止められることなく伝達され、さらに発展するものであり、共同体の中の特定の人物やグループによってさらなる発展をしてきたのである。こうした慣習法の性質が、法的安定性を求める西洋文明と合致しないだろうことは明らかである。

3．国際レベル及び国内レベルでのフォークロア保護を目指す初期の試み

a）ベルヌ条約

フォークロア保護を行う最初期の試みが国際著作権法の文脈、つまり文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約によって行われたことは驚くべきことではない。というのも、フォークロア表現は著作物と同様に、文芸芸術分野で生まれ外部に発信されるからである。1967年にストックホルムで開催された、ベルヌ条約改訂を行う外交会議は、旧植民地のほとんどが独立国家になり発展途上国と同様自らの利益を表明するようになって初めて行われた改正会議であるが、そこで初めてフォークロアが議論の俎上に上がったということも驚くべきことではないだろう。オーストラリアやニュージーランド、カナダ、米国といった、先住民が先祖代々伝わる生活を続けている先進国にもフォークロアは存在するものの、フォークロアは発展途上国において、少なくとも国際的な関係上、近代的な製品を製造・輸出するよりも経済的に重要になることが多いという意味で、特別な重要性を有している。

さらに、既存の国際条約に新たな保護対象を統合できれば、全く新しい条約を採択するために十分な数の国を参加させるよう動機づけるのに必要となる莫大な努力を節約することができるだろう。

フォークロアをベルヌ条約に含めるこうした明らかな利点は特に発展途上国からの多くの代表によって強く支持されていたが、それにもかかわらずこうしたアプローチは長い目で見れば成功しなかった。このアプローチの適切性に対する疑念はストックホルム会議で議論される段階で既に生じていた。そこではフォークロアが著作物とは様々な面で異なっているものだと各国代表が十分に認識していたのである[15]。それゆえ、ベルヌ条約2条(1)にある文芸学術作品を限定列挙したリストにフォークロア作品を加えるべきだというインド代表の提案は採用されなかったのである[16]。その代わりにワーキング・グループによる提案がベルヌ条約の新たな条項である15条(4)となって制定された。この条項は定義が困難であるという理由で、あえて「フォークロア」という文言を用いていない。この新たな条項が主としてフォークロアに適用することを前提としているものだということは、Report of Main Committee I から推察する他ないのである[17]。この解決手段が採られた背景には、フォークロアが通常出版されないものであり、また、個人の著作者や共同の著作者ではなく、フォークロア表現が発生する特定の地理的領域によって特定されるものであるという点がある。そのため、ベルヌ条約15条(4)は以下のような形で制定されたのである。

ベルヌ条約15条(4)

(a) 著作者が明らかでないが、著作者がいずれか一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。

(b) (a)の規定に基づいて指定を行う同盟国は、指定された機関についてすべての情報を記載した宣誓書によりその旨を事務局長に通告するものとし、事務局長は、その宣言を他のすべての同盟国に直ちに通報する。

---

[15] これらの相違点に関しては、Lucas-Schloetter, as note 3 above, p. 383-390を参照。

[16] Records of the Intellectual Property Conference at Stockholm (1967), vol. II, Geneva 1971, p. 1152, paras. 126, 127.

[17] Records, op. cit. p. 1173, para. 252 and p. 918, para. 1509.2.

したがって、この解決手段はフォークロア表現が原則として、個人の著作者若しくは共同著作者の集団によって創作された著作物であるものの、著作者を特定できないために、権限のある機関が著作者を代表しなければならないという前提に基づいている。この条項は共同体に基礎を置くフォークロアに関する事象を、個別の著作者を扱う既存の規範でカバーする試みなのであった。しかし、ベルヌ条約15条(4)のもとでの権限のある機関に必要な任命を行ったのが、これまででインド一国しかないという事実[18]は、フォークロア保護を目指すこのアプローチが適切なものではなかったということを示唆しているように思われる。

b）モデル法

その後フォークロアに保護を与えるための次の段階の試みが行われた。まず、条約の遂行ではなく国際レベルでのモデル法の採用という方法が選ばれた。特にUNESCOとWIPOの政府専門家委員会（the Committee of Governmental Experts）は、途上国が自国の著作権法を起草するのを助けることを目的とし、1976年にチュニスモデル法を採択した[19]。ここでもまた、フォークロアの保護は著作権の保護の枠組みの中で取り扱われており、モデル法全体の中に占める割合もごく小さなものに過ぎなかった。これらの条項は固定性要件を設けず、またフォークロアについて一般的な定義を定め、保護期間を限定しないなどして、フォークロアの特殊性をある程度考慮したものであったが[20]、特に集合的な特性などフォークロアの特徴の一部に関しては全く適応していなかった。そのわずか2年後の1978年にはWIPOの理事会からの提案を受け、WIPO及びUNESCOが政府専門家委員会を招集し、フォークロアの保護について議論が行われた。そこでの作業は1982年に制定された不正な収奪や侵害行為からフォークロアの表現を

[18] Nordmann (2001), Rechtsschutz von Folkloreformen, Baden-Baden, Germany: Nomos, p. 25 ff.

[19] Tunis Model Law on copyright with a commentary drafted by the Secretary of UNESO and the International Bureau of WIPO, Copyright 1976, p. 165 ff.

[20] 特に§1(3) in connection with §§ 6, 18(iv), 5bis and 6(2) of the Tunis Model Law, op cit を参照。

保護するためのモデル国内法（Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions）[21]として実を結んだ。チュニスモデル法とは異なり、このモデル法は独自立法のシステムに基づき専らフォークロアの保護を取り扱うものであった。とはいえその保護はいくつかの点において著作権法による保護と類似する域にあった。定められている保護の客体、つまりフォークロア表現は、適格な権威者若しくは共同体によって権限を与えられ、そうした権限の例外によって補完されるといった行為を前提としていた。またフォークロア表現であると確認できる何らかの証拠が示される必要もあった。さらに、モデル条項は権利の執行や外国のフォークロアの保護に関する問題、さらには異なる保護形式との関係についても触れている。こうしたモデル条項に基づき、1984年12月にWIPO及びUNESCOによって招集された知的財産権によるフォークロア表現の国際的な保護に関する専門家グループは、フォークロアの保護について国際的な法的枠組みを設けるべきとのニーズに応えるため、条約の草案について議論を行った。これは内国民待遇に基づくものであった[22]。しかしながら、直ちには解決しがたい多くの問題が浮上した。例えば、他の加盟国で保護を受けるフォークロア表現を確認する作業は困難であると考えられた。また、国境を越えて広がるフォークロアの表現についても、抜本的な解決手段が見つかっていなかった。さらに、条約の草案の下で課される国際的な義務の範囲も曖昧であると考えられた。そして結局のところ専門家グループは、この分野の国際条約の採択は時期尚早であると考え、まず国内レベルでのフォーク

[21] Copyright 1982, p. 278 ff. モデル条項については、例えば以下の文献を参照。Kuruk (1999), 'Protecting Folklore under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions between the Individual and Communal Rights in Africa and the United States', American University Law Review, 4, p. 815 and Ficsor (1999), 'Indigenous Peoples and Local Communities: Exploration of Issues Related to Intellectual Property Protection of Expressions of Traditional Culture (Expressions of Folklore)', ATRIP Paper GVA/99/27, p. 7-12.

[22] The Draft Treaty for the Protection of Expressions of Folklore against illicit Exploitation and other Traditional Actions (1984), reprinted in Copyright Bulletin of UNESCO 1985, para. 9.19 no. 2, p. 34 ff and Copyright 1985, p. 47 ff (with comments) を参照。

ロアの保護の経験を積むことを奨励することにした[23]。このような残念な結果が出て以降、国際的な野望は次第に薄れていってしまった。

c）近年の試みとWIPO政府間委員会

aa）議論の復活

そのわずか12年後、この問題はまず1996年の外交会議に向けたWIPOの準備という文脈において復活した。この会議では著作権の保護や、実演・レコードの保護、独自立法によるデータベースの保護に関する新しい条約が協議事項に加えられていた。発展途上国は、このような条約が主に先進国の利益になるだろうと感じていたため、そこで計画されていたデータベースに関する条約と、自分たちが利益を得られる可能性があるフォークロアの保護に関する国際条約とを結びつけようと試みた。この主張に対する反応という形で、1996年のWIPO条約に向けた専門家委員会は1996年2月、WIPOの理事会に対し、フォークロア表現の保全と保護やそれに関する知的財産的側面、そして異なる地域間の利害調整といった問題に関する調査を行う国際的な議論の場を設けるよう奨励を行った[24]。後にこうした議論の場は1997年4月タイのプーケットにてUNESCOと協力の下実際に設定されている[25]。ここではUNESCO及びWIPOの適切な機関に判断を委ねるための野心的な活動計画が採択された。具体的には、地域ごとの会議に加え、UNESCO協力の下、専門家委員会を設立し、「フォークロアの独自立法による保護に関する新たな国際的合意の形成を完了させるべく…1998年の後半までを目処に外交会議の招集を目指す」[26]というものであった。その後の発展が示しているように、この計画は非現実的なものであった。しかしながらそこでの議題は、バイオ資源や関連する伝統的知識の保護のあり方という、その当時、そして現在進行形で注目されている新しいテーマ

[23] Report on the Meeting of the Group of Experts on the International Protection of Expressions of Folklore by Intellectual Property convened by WIPO and UNESCO, Copyright 1985, p. 40 et seq, in particular para. 14.

[24] Report on the Meeting, WIPO Doc BCP/CE/VI/16-INR/CE/V/14, para. 269.

[25] UNESCO publication no. CLT/CIC/98/1 and WIPO publication no. 758/E.

[26] UNESCO/WIPO, World Forum on the Protection of Folklore/Geneva 1998, p. 235.

の文脈においては一定程度の影響力を有していた。これら2つの分野に関するWIPO加盟国の様々なステップや主張は、その後WIPOが2001年に新たに設立した知的財産並びに遺伝資源、伝統的知識及びフォークロアに関する政府間委員会（Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore）の設立に際する推進力となった。また1998年から、WIPOは遺伝資源及び伝統的知識、フォークロアの分野に関する現地調査活動を行っており、その結果は2001年に最終報告書としてまとめられた[27]。

bb）政府間委員会（Intergovernmental Committee, IGC）

2001年から2010年までの間に政府間委員会は17回執り行われ、既存の保護及び現在も続けられている様々な試みに関する有用性の検証と情報収集を中心に、かなりの進展を成し遂げている。様々な面に関して多くの研究がなされたのに加え、既存の独自立法による保護及びその執行に関する最新情報の収集を目的としたアンケート調査も行われ、特にそこで得られた知識のおかげもあって、問題の認識や議論の詳細さのレベルはかなり向上した。また、政府間委員会で行われた議論によって、フォークロアやより一般的な現地の遺産といったものの特殊性にこれまで以上に注目する必要があり、そうする価値があるということも明らかにされた。

議論の第一段階において、WIPO事務局はフォークロアの保護に関する政策目標及び核となる原則についての提案や、条項案のような形式に背景となるコメントを付した形で、明確かつ実質的な原則を示したものを含む文書を提出した[28]。条項案が国際条約のベースとなるのか、それとも単な

[27] Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders, WIPO Report on Fact-Finding Missions of Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999), Geneva, April 2001, WIPO Publication no. 768. See also Wendland, as note 11 above, p. 488 ff.

[28] そうした文書の初期のものとしてはWIPO doc. GRTKF/IC/7/3, with updates in WIPO docs. GRTKF/IC/8/4, GRTKF/IC/9/4, GRTKF/IC/16/4 Prov., GRTKF/IC/16/4 and GRTKF/IC/17/4 Prov. がある。また、政府間委員会及びIWGの参加者からのコメン

る地域法制度や国内法制度のモデルに過ぎないのかという点について、この文書はその法的性質を明らかにせずにおいた。そしてこれら条項案に関する議論が順調に進展すると、先進国はそれに歯止めをかけるようになった。特に米国は、具体的な条項案に関しさらなる議論を行うことを拒み、その代わりそうした保護の原則や目標の策定といったものに集中すべきであると提案した。

フォークロアの保護を独自立法で行うべきかに関する意見が根本的に対立しているということは、現在では既に明白な事実となっている。先進国はこうしたプロジェクト—特に拘束力のある条約の制定—についてほとんど、若しくは全く興味を抱いていないが、一方で発展途上国はその種の条約を制定すべきという主張を政治問題としてきた。以降のセッションでは、こうした根本的な対立が続いている状態に対し、この問題についての議論を継続させ、交渉が暗礁に乗り上げることを防ぐための全く新しい解決方法が模索される必要があった。

まず、(具体的な条項案そのものについてではなく) 保護の受益者や保護対象物といった、ten issues と呼ばれる条項に関わる基本的な問題について議論をすべきということが提唱されている[29]。そして後に、既存の知的財産権がどの程度現地の共同体のニーズに合致しえて、新たな立法によって埋めるべきギャップがどの程度残るのかを検討する、いわゆるギャップ分析を行うことも提唱された[30]。とはいえ IGC における作業の初期の段階

トを含んだそれぞれの改訂版については the draft of the articles with different alternatives as an outcome of the first intersessional working group (IWG1) in July 2010, WIPO GRTKF/IC/17/9 を参照。

[29] Von Lewinski, "Tenth Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Geneva, November 30 – December 8, 2006 (WIPO)"を参照。オンラインでも http://alai.org/index.php?option=com_content&task=view&id=49&Itemid=23 and WIPO doc. http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_10/wipo_grtkf_ic_10_decisions.pdf で入手可 (decision no. 8 参照)。WIPO/GRTKF/IC/10/7 PROV.2, in particular para. 254 and Annex I, p. 1 も参照。

[30] Von Lewinski, "Report on the WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, 12th Session, Geneva, 25-29 February 2008" を参照。オンラインでも http://alai.org/index.php?option=com_

で知的財産権が現地の共同体のニーズには合わないという事実を WIPO の文書や科学的研究が既に示していたこともあって、このアプローチは既に行われた議論の状態へと後戻りするものであったように思われる。そして最後に、2009年の WIPO 一般総会で発展途上国は、IGC での議論を再び条文を基本としたものであるべきであるとの決定や、インターセッショナル・ワーキング・グループの追加的セッションによってこれらの議論を進める旨の決定を採択させるに至った。このワーキング・グループは実用的なレベルで問題に取り組み、政治的配慮とは無関係に活動することとされていた。したがって、2010年夏に開催された第一回目のワーキング・グループでは実際に、条項案に関して積極的かつ本質的な作業が行われ、その後の2010年12月の第17回 IGC セッションに付託された。このインターセッショナル・ワーキング・グループが開催される前から既に、この点に関する手続的問題についての政治的議論が IWG の招集をまたもや遅延させた。2010年12月第17回 IGC セッションでは、条項案を議長が精錬し、代替案の数を減らし、次回2011年 5 月の IGC までに文書の形で結果を提出すること等が決定された。

前述したような先進国と途上国間の対立に鑑みると、フォークロアの保護の問題は実際には南北問題ではないということを明言しておく必要があろう。なぜなら先住民の共同体は先進国と途上国の両方で生活を営んでいるからである。また、先進国と途上国どちらにおいても、政府とその国に暮らす先住民との関係というのはしばしば争いとなっている。政府はたいていの場合先住民とは異なるか、ひどい場合には相反する利害関係を有している (先住民が暮らす土地を採掘等の形で開発する等)。政治権力が通常の場合政府の側にある以上、政府は必ずしも先住民の利益に立って行動するわけではないということになる。発展途上国が、十分な国内法制度の経験を持たず、保護の草案や実施に関して何ら具体的なアイディアを示さず、ただフォークロア保護に関する条約を求めているという点や、複数の報告書が、そうした保護の恩恵を受けるのは先住民ではなく国家であって、保護の履行は国家機関が責任を負うと指摘している点に照らせば、発展途

content&task=view&id=49&Itemid=23 で入手可。WIPO doc. WIPO/GRTKF/IC/12/9, in particular para. 95 も参照。

上国が国際的なレベルで拘束力のある条約による保護を要求している一番の背景は、政治的な理由であると推測することが許されよう。

実際、2004年以降、様々なレベルで先進国に反対する政治的協議事項を、多くの発展途上国が、より積極的かつ新進気鋭な方法で推し進めており、またそれと同時に、フォークロアの保護のような自分たちの提案を進めつつ、先進国が提案した事項の議論を拒否したり停滞させたりする途上国もある。このような議論が基本的に政治的な性質を有しているという点は、WIPOやIGCにおける議論を含む実質的な話し合いの進展にとって、どちらかというと悪影響を及ぼしてきたといえる。

4．WIPO条項案実体規定（Draft Substantive Provisions）の紹介[31]

a）概観

前述（2．d）したように、フォークロアを含む遺産に対する先住民の世界観は、慣習法にも反映されているように、西洋の考えと根本的に異なっており、特に知的財産権のような概念とは全く異なっている。そのため、WIPO条項案が目指してきた新しい独自立法を設けるというアプローチにおいては、慣習法のいくつかの要素を制定法の規範へと統合させる作業が求められる。したがって、WIPO条項案の個々の条文は一見したところ著作権をはじめとする知的財産権の保護によってカバーされるよく似た対象物に関わっており、条項案の構成自体も伝統的な知的財産権規範に類似しているように思われるかもしれないが、それでもなお以下で述べるように明白な相違点をいくつか有している。

[31] 条項案は継続的に加筆修正されているが、ここでの分析はWIPO doc. GRTKF/IC/9/4WIPOのバージョンに依拠している。改訂版（前掲注(28)参照）は参加者からの様々なコメントを受けて異なるオプションを含んでいるが、条項案の本質のあり方を複雑なものにしてしまっているように思われる。「オリジナル」の文書であるGRTKF/IC/9/4にコメントを付したものもなお参酌に値する。それについてはWIPO doc. GRTKF/IC/17/4 Prov., at no. 3を参照。

b）保護の対象

保護対象は条項案1条で「伝統的な文化的表現（traditional cultural expressions）」若しくは「フォークロア表現（expressions of folklore）」と定められている。2つの概念をこのように選択的に定義をした背景には、保護対象物を適切に示すための論争の存在が挙げられる。フォークロアがまだ「原始的」なものと考えられていた植民地時代に起因するという理由から、「フォークロア」という語からはネガティヴな意味を感じる人もいる。そのような理由からWIPOが「伝統的な文化的表現」という定義を使用し始めた際に、むしろ一切ネガティヴな意味が存在しないと考えた人は、逆に「フォークロア表現」の語を好んで用いるようになった。

これらの語はさらに「伝統的文化及び知識が表現され、表され、表明された…あらゆる形式のもの」と定義されている。この定義は明示的に有体と無体の形式をカバーしているものであり、そうした表現形式及びそれらの組み合わせの例として、物語や単語、記号、名前、象徴といった言語の表現や、舞踊のような音楽や動きによる表現、その他物質的な形式に固定しうるが固定されていることは求められていない様々な表現、そしてボディー・ペインティングを含む絵画やテラコッタ、織物、楽器、建築様式のような有体の表現が挙げられている。

これら様々な形式の表現は全て、保護対象として保護を受けるためには以下の3つの要件を満たしていなければならない。

第一に、知的創作活動によって作られたものでなければならない。そうした活動が個人と共同体両方の創作活動を含んでいるということは銘記に値しよう。それゆえこの定義には、実際には個人によって具現化された表現も含まれるが、残る2つの要件から見て取れるように、当該表現が共同体のアイデンティティを体現していて、共同体に属しているものでなければならない。そして個人がフォークロア表現を創作したかもしれないという事実があっても、その個人が保護の利益を受けるということを必ずしも意味するわけではない。結局のところ、残る第二と第三の要件に基づき個人が創作したといえるものは、共同体の創作プロセスによって作られたものとみなされ、共同体が表現の利用をコントロールしあらゆる保護の利益を受けるということである。

第二の要件は、表現形式が共同体の文化的・社会的なアイデンティティ

や文化遺産の特徴を備えていなければならないというものである。実際、こうした特徴というのはまさしくフォークロア表現の保護の必要性の理由そのものを反映しているものである。フォークロアというものは、使用されることによって常に共同体のメンバー同士の繋がりやメンバーと周りの世界との繋がりを確立するものであって、それにより共同体のアイデンティティの再確認作業を支えている、というのがここでいう保護の必要性の理由である。共同体のアイデンティティや文化遺産に関するこうした特徴はとりわけ、何が共同体の表現の真正品であるかの問題として理解すべきであろう。

第三の要件は、これらの表現形式が、共同体やそこに属する個人によって保たれ、使用され、発展されていなければならず、かつそれらの者が共同体の慣習法や実務に照らしてそのような行為をする権利や責任を有していなければならないというものである。この要件は生ける遺産としてのフォークロアの一般的な特徴を反映したものであり、またフォークロアの保護の必要性の理由も反映している。フォークロアが共同体にとって重要なのは、単に共同体特有のものだからというだけでなく、フォークロアが「生きている」、つまり発展しながら利用されているからである。もしフォークロアがもはや「生きている」とはいえず、自己認識に役立たなかったり共同体と先祖や他の共同体メンバー、その他周りの様々な要素との繋がりに役立たなかったりするのであれば、フォークロアが共同体にとって重要とはいえず、保護の必要もないということになるだろう。

c）保護の受益者

著作権の保護の受益者はその著作物を創作した著作者であり、実演の保護の受益者はその作品を実演した者であるが、フォークロア表現の保護の場合、その受益者はフォークロア表現の創始時に存した個人ではなく、むしろ共同体にすべきと提唱されている。フォークロアの守護や維持、保護といった作業が慣習法や慣行に基づき共同体に委ねられていて、かつ文化的・社会的アイデンティティ及び文化遺産に特有のものとしてフォークロアを維持、使用、発展させているのであれば、共同体が受益者として認識

されることになる[32]。これらの要件もやはり、共同体のアイデンティティとの関係でフォークロア表現が果たす本質的な役割と内在的にリンクする、保護の目的に合致するものであるといえる。したがって、この条項は個人のオーサーシップとは正反対の、フォークロア表現の共同体的な性質を考慮に入れているといえる。保護の受益者を決定する際に関連する慣習法を参照するこのような方法は、適切なアプローチであるように思われる。フォークロアの守護者とは限らない、ある特定の人物を保護の受益者としたり、シャーマンのように、共同体内のある人物や団体に対し、全種類のフォークロア表現に関する責任を常に負わせたりするのでは、共同体にとって有益ではないだろう。実際、そうした守護に関するルールというものは極めて複雑で、共同体によって異なるであろうし、時間の経過によって変化するかもしれない。慣習法を考慮に入れる最も良い方法とは、ある程度の柔軟性を残しつつ、慣習法の動態的な性質を重んじる形で参照するというものであろう。あるフォークロア表現についてどの共同体が守護をし、慣習法に従うと誰がその共同体の中でそれらを代表して守護を行っているのかを見つけ出さなければならないとされていると、フォークロア表現を利用したいと望む外部者にとっては—外部者が法的安定性に慣れている場合には特に—障害となることがあるだろう。このような実務的な課題については、関係する共同体との関係性を築けるか、共同体の立場に立って行動することができる中央集権的な機関を設けるなどの様々なメカニズムによって対処されるべきである[33]。

条項案2条においては、WIPOは「先住民及び伝統的共同体その他文化的共同体」という語を用いてできるだけ包括的なものとしており、特にエジプトやモロッコで主張されているようにフォークロアがある国の国民全体に属するものとみなされるケースも含むことができるようにしている[34]。そのようなケースにおいては、「文化的共同体」の語に国民全体が含まれうることになる。またこの条項案2条は、複数の共同体が1つのフォ

[32] 条項案2条。

[33] 権利の管理に関するこの点については別途条項案4条で考慮に入れられている。後述e）を参照。

[34] WIPO doc. GRTKF/IC/7/15 prov., paras. 69 and 85.

ークロア表現の守護を行っている場合も考慮に入れている。この場合には、慣習法及び慣行に基づき守護を委ねられている複数の共同体全てが受益者ということになるだろう。そして、それら権利の配分やそこから得られる利益の分配は権利の管理や手続に関するルールによって決定されるだろう[35]。

誰が保護の受益者となるかによって権利の配分や権利行使によって得られる潜在的利益が決まってくる以上、政府の代表団と先住民のグループの代表との間の利害関係の潜在的な軋轢が、政府間委員会における議論—とりわけ受益者を決定する議論—にも反映されているという点は、驚くべきことではないだろう。先住民のグループは、この問題に関して政府機関が何らかの役割を担うことに断固反対し、そもそも政府機関が権利の管理を行うことにすら反対しているが、その一方でアフリカ諸国を中心とする政府の代表は、フォークロアの保存と保護に関し国家が果たす役割というものを、受益者の保護の文脈においても考慮すべきであると主張している[36]。

d）保護の内容と保護範囲

条項案では、保護の内容と保護範囲は「不正利用行為（acts of misappropriation）」であると明示されている[37]。これに関しては、フォークロアの種類に応じて異なる保護範囲を設けるべきという考えが提唱されてきた。例えば最も広い保護範囲を与えるべきものとしては共同体との関係で特定の文化的あるいは精神的価値を有しているフォークロア表現で、登録若しくは公示されているものが挙げられる。そして登録や公示がされていないフォークロアに関してはそれよりは弱い保護とし、秘密にされているフォークロアについては特別の保護を与えるといった具合である。

共同体との関係で文化的・精神的価値や重要性を有し、登録若しくは公示されているフォークロアに対し認められる最も広範な保護は、「自由かつ事前に説明を受けた上での同意（free, prior and informed consent, PIC）」

[35] 条項案4条及び7条。後述e）及びh）を参照。

[36] WIPO doc. WIPO/GRTKF/IC/7/15 prov., para. 85 (Morocco).

[37] 条項案3条。

を必要とする形で与えられる。そうした事前の同意を得ていなくてはならない利用者にとっては、誰からそのような同意を受ければよく、またそうした同意を受ける必要があるフォークロア表現がどれなのかを知るのは難しいと思われるので、登録・公示されるべき表現をさらに特定するための条件[38]を設けることで利用者が行うべき作業を容易にしている。共同体があるフォークロア表現を重要と考え、この最も強い保護を要求すべきと判断し、形式的な要件を満たした場合には、共同体は財産的権利[39]だけでなく、著作権法における氏名表示権や同一性保持権等の著作者人格権に相当する権利や、フォークロアそのものとその翻案に対し知的財産権が取得されたり行使されたりするのを禁止することができる防御的な保護形式をも享受することになる。これらの全ての権利はフォークロアに与えられるが、言語、記号、名前、シンボルについては例外となっている。言語等のフォークロア及びその翻案に関しては、利用行為や知的財産権の取得及び行使のうち、「信用を失墜させるものや攻撃的なもの、共同体との繋がりを偽るもの、共同体を侮辱するもの若しくは悪評をもたらすもの」を禁止することができるとされている。後者のこのような保護は著作権による保護の水準を明らかに超えたものである。

登録・公示がされていないフォークロアに対する弱い保護については、あえて名前をつけるならば出所表示権（フォークロアに由来する作品の源となった共同体を識別するもの）、同一性保持権、フォークロアが特定の共同体に属するといった意味での大まかな属性を偽る行為に対する保護、そして報酬請求及び利益分配に関する法定の権利（ただし前述のPICの要件を満たすものに限る）と呼べるような権利を保障する上で、適切かつ法的に効果的で実行可能な手段を指すと規定されている。また、これらの保護は、当該利用が営利目的のものについて、管理機関が関係共同体と協議して決定した条件の下で認められる[40]。この管理機関の役割も、交渉や報

[38] 条項案7条。

[39] 条項案3条(a)（i）の第一段は伝統的な文化的表現若しくはフォークロア表現及びそれらの翻案の、複製権、出版権、翻案権、放送権、上演権、公衆送信権、頒布権、貸与権、公表権、固定する権利(静止写真を含む)について言及している。

[40] 条項案3条(b)。

酬を支払うべき相手を特定することによって利用者が行うべき作業を容易にするものであるといえよう。

最後に、秘密にされているフォークロアに関しては、無許諾の開示やその後の利用、フォークロアに対する知的財産権の取得及び行使を禁止しうる適切かつ効果的な手段が保証されている。

既存の独自立法が非経済的な利益を勘案する著作者人格権に相当する権利を与え、その上で排他権による保護と純粋な報酬請求権のいずれかを選択しているのに対し、登録をするか否かという共同体の決定を通じてこれらの権利の選択をなしうるこの方法は目新しく画期的なものであるということができる。しかしこのようなシステムはあまりにも西洋の考え方に近く、現地の共同体のニーズに真に合致しているとはいえないかもしれない。特に（任意とはいえ）登録・公示といった手続は動態的で口述的な性質を有する先住民の遺産と矛盾するものであるし、民事的・刑事的制裁に依拠している点も現地のニーズと乖離したものかもしれない[41]。

e）権利の管理

1982年のモデル条項で既に規定されていたのと同様、条項案の4条は権利の管理に関して管理機関に一定の職務を負わせている。登録されたフォークロア表現がPICの要件を満たしている場合、管理機関は関係共同体の求めに応じて共同体の利益に立ち、認可を与えるための活動やフォークロアの利用に付随する利益の収集を行うことができる。また、法定の報酬請求権が認められている場合には、管理機関は利用を監視し、求めに応じて報酬を命じることができる。共同体が望む場合、利用の許諾を共同体が直接与えるという代替手段も条項案に設けられているという点は重要であろう。管理機関から許諾が与えられる場合に関し、条項案4条は「伝統的な意思決定プロセス及び統治プロセスに従って、関連共同体との間で適切な協議」を行わなくてはならないと定めている。また、管理機関が利益を収集する場合に関しては、利益は「管理機関から直接に関連共同体に提供されなければならない」と定めている。さらに報酬請求権に関しても、管

[41] 例えば登録されていないフォークロアの同一性保持権や出所の真正性に関わる権利の保護に関する条項案3条(b)を参照。

理機関は共同体から要請があった場合に限って活動を行うべきとし、報酬システムの構築の際には共同体と協議しなければならないと定めている。

この条文はかなり論争を巻き起こすものであった。一方では、権利の管理に関してこのような管理機関に携わらせることは有益であるかもしれないという理由がいくつか存在している。例えば言語の問題や西洋の言葉でコミュニケーションを行う際の問題や、経験不足という問題、あるいは交渉における立場が弱いという理由などから、きちんと契約について交渉したり利用を監視したりする際に援助を必要とする共同体が存在している。また管理機関は利用者側にとってもメリットになる可能性がある。というのも管理機関は関連する権利者を見つけフォークロア表現の保有者に簡単にアクセスできるよう、利用者を補助してくれるかもしれないからである。しかし他方で、少なくとも国家機関が関わってきた場合には、共同体に利益が配分されないか、されても不十分なものに留まる潜在的な危険性があるのではないかということがこれまで囁かれてきている。先住民の代表の多くがこの点を強調し、管理機関について何らかの規定をすることに真っ向から反対している[42]。結局、いずれの場合においても、管理機関を通じて許諾を与えたり報酬システムを構築する際にはまず共同体との間で協議を行うよう規定するだけでなく、審議を行った後でも、共同体が何か希望を表明した場合には管理機関が従うよう求めた方が適切であるように思われる。

f）例外及び制限

WIPO条項案内にフォークロア表現の保護について例外や制限を設けるべきとの考えは、伝統的な知的財産権の考え方から引き継がれたものである。それらの中には教育、学習、研究、批判、評価、ニュースや時事の報道目的、訴訟上の手続若しくは法的手続、付随的利用で、フォークロアの出所を示すことが条件となるという、伝統的な著作権の例外規定の多くが含まれている。さらに、これらの利用は公正な慣行に合致し、共同体を侮辱するものであってはならないとされている[43]。このような伝統的な例外

[42] Saami Council, WIPO doc. GRTKF/IC/9/4, Annex, p. 25 等を参照。

[43] WIPO条項案5条(a)(iii)。

規定がフォークロア表現の保護にとって適切なものなのかどうかは問題であるかもしれないが、以下のような包括的な例外規定は先住民の視点に立った適切な工夫であるといえよう。それは、共同体のメンバーによる通常の慣習的なフォークロアの利用や伝達、交換、発展をかかる保護が妨げてはならず、伝統的あるいは慣習的な文脈の外で利用する行為に限定されるというものである[44]。

g）保護期間

保護期間の問題はフォークロアに著作権を適用する上での最も大きな障害であった。著作権法では、著作者が判明しない場合には保護期間が終了したと法的に擬制され、また適法に公衆に公表された場合には保護期間は50年間とされており、公表されなかった場合には、著作者が死亡して50年が経過したと推測される合理的理由があった場合や無名の著作物の場合は保護する義務がないとされている（ベルヌ条約７条(3)参照）。フォークロア表現を保護する必要があるのは、それが生ける文化遺産という重要性を有していることに起因するからであり、これは換言すれば先住民の日々の生活にとって不可欠な要素だからということにある。フォークロアを保護する目的は先住民の人々が彼らの生ける遺産をコントロールできるよう保証し、先祖代々の生活様式を継続できるようにすることである。したがって、一旦保護が与えられたならば、共同体内でその文化遺産がフォークロアの利用を通じで存在し続ける限り、保護も永続するというのが理にかなうということになる。それゆえWIPOが、共同体によるフォークロア表現の維持、使用、発展に言及する条項案１条の保護の要件[45]を継続的に充足していれば保護期間も継続すべき旨提案していることは、単純に一貫しているということができよう。実際、保護期間というものは常に保護の目的に従って決められるべきである。秘密に管理されているフォークロアの場合には、当然ながらフォークロアが秘密である間に限って保護が認められる[46]。政府間委員会の参加者からは、フォークロア表現の形式に

[44] WIPO 条項案５条(a)（ｉ）、（ii）。

[45] その他の要件については前述14頁以下及び保護期間に関する条項案６条を参照。

[46] 条項案６条（ii）。

応じて異なる保護期間を設けるべきとの提案があり、WIPOも（PICの要件を満たし最も強い保護を受けるために）登録されているフォークロア表現に関して、登録されている限り保護し続けるべきと提案した。しかし、この登録されている限りという条件については、フォークロアが登録から削除された後であっても、少なくとも単純な報酬請求権による保護は継続するものと解釈すべきである[47]。

h）手続

手続に関し、WIPO条項案は原則として、フォークロアの保護の承認には何らの手続を要しないとすべきであるが、最も強い保護、つまりPICの要件を満たした上での保護を受けるためには、登録若しくは公示が必要になるという形を提示している[48]。ここでの登録や公示はフォークロアの研究者や利用者にとって便利になるよう、法的安定性や透明性を確保することを意図している。しかしながら一般的にこれらの手続には欠点がつきものであり、特にフォークロアが動態的で世代を超えて口述だけで伝承されてきたものである以上、これらの手続における固定化は、フォークロアを具象物に凍結するものであり、フォークロアの元来の性質に反することになろう。研究者等、共同体の外部者がフォークロアを固定し、著作権や隣接権の保護を享受する可能性があるという問題[49]に関しては、それらの知的財産権を関連する共同体に帰属させるか承継させることを提案する条項によって対処されてきた[50]。しかしながらそうした規定が既存の著作権法や隣接権に関する法―とりわけ国際的法規―と合致しうるものなのかについては不透明なところが残る。

i）制裁、救済手段、権利の執行

制裁、救済手段、権利の執行に関するWIPO条項案８条はどちらかとい

[47] 異なる保護のレベルに関しては条項案３条及び前述４．d）部分を参照。

[48] WIPOドラフト条項７条(a)、(b)。最も強い保護に関しては条項案３条(a)及び前述４．d）部分を参照。

[49] 前述２．b)aa）を参照。

[50] WIPO条項案７条(b)（ｉ）。

うと広い規定となっており、特に刑事及び民事の救済手段を含む、利用しやすく適切かつ十分な権利行使と紛争解決のメカニズムを推奨している。

j）経過措置

保護期間の問題と密接に関連しているのが、ある保護制度が採用されると発生する経過措置の問題である。保護期間のところで前述したのと同じ理由により[51]、保護基準を満たす既存のフォークロア表現について新たな法的規範を適用させることは理にかなっているといえるが、その一方で、法的規範が効力を有するようになる前に開始された利用行為に関しては一定の柔軟性を残しておくことが有益であろう。WIPO条項案9条はこのような堅実なアプローチを選択したものである。同時にこうしたアプローチというのは著作権や隣接権の分野ともよく対応している[52]。

この広いアプローチに対しては、これまでフォークロアはパブリック・ドメインであったのだから、そこから切り取ることはできないという主張がされている。しかし、こうした主張は説得的なものではないだろう。西洋の既存の知的財産権システムに合致しているに過ぎず、これまでフォークロアを保護してきた慣習法に反するからである。さらに伝統的な知的財産権システムに照らしても、保護対象がそれまで保護されていなかったという事例は数多く存在している。例えば国際条約に加盟してこなかった国が、条約の承認によって既存の保護対象物も保護しなければならなくなったという事例や、あるいは新しい知的財産の保護が誕生した場合に、それ以降それまで知的財産権では保護されてこなかった既存の対象物も保護されるようになったものとして、EC法におけるデータベース保護の独自立法の事例などがある[53]。

[51] WIPO条項案6条に関する前述g）部分を参照。

[52] 例えばベルヌ条約18条及びそれを組み入れたTRIPS協定9条(1)並びに著作隣接権に関するTRIPS協定14条(6)、そしてWCTとWPPTを参照。

[53] パブリック・ドメインに関するこの問題については、Silke von Lewinski, 'Final Considerations', in Silke von Lewinski (ed), Indigenous Heritage and Intellectual Property, 2nd edn. 2008, Alphen aan den Rijn, Netherlands: Kluwer, p. 521-523 を参照。

k）知的財産権やその他の保護手段との関係

最後に、WIPO条項案10条は、ここで予定している条項特有のフォークロアの保護は、既存の知的財産法やその他フォークロアの保護と保全に関するあらゆる法的手段や非法的手段による保護に取って代わるものではなく、それらを補充するものであると明示している。したがって、既存の知的財産権が個々の事案に適用される場合[54]であっても、この条項特有の保護が累積的に適用されうる。これは何ら目新しいものではない。というのも、伝統的な知的財産権の分野においても、こうした重複というのはよく知られているからである。保護の目的と要件が知的財産権によるものとフォークロアに特化した権利とで異なっているのであれば、このように保護が重複しても正当化される。したがって、これら保護システムはそれ自体両立するものであるといえる。

l）国際的及び地域的な保護

国境を越えた保護、すなわち国際的及び地域的な保護という最も重要な保護に関し、WIPO条項案11条は、各国の全ての国民あるいは住民が受益者となりうるとすべきであり、また、外国の受益者もその国の国民が国内保護によって認められる権利と同じ権利、及び国際的な条項に基づく権利・利益を享受できるとすべきであると奨励している。つまり、ここで奨励されていることは伝統的な知的財産権の分野でよく知られている、内国民待遇と最低保護基準という既に確立された原則である。

5．今後の展望

とはいえ国際的な保護の問題は最も議論を巻き起こすものであり、それはWIPO政府間委員会の最近の議論にも反映されているところである。先進国は程度の差こそあれ、国際的な保護に関するあらゆる選択について議論することさえ強く拒んでいるが、他方発展途上国は政府間委員会の近時のマンデートに賛成する形で、国際的な保護を強く主張している。根本的

[54] フォークロアに知的財産権を適用することには限界があるという点については、前述2．を参照。

な利害対立が今も続いており、政治的な解決や本稿で紹介してきたその他の挑戦にもあまり期待できないということに鑑みると、おそらくは、まず国内法の発展に取り組み、それから地域的な協定にとりかかるというのが賢明な選択ということになるのだろう。国内法の結果に関する実務的な経験がほとんど存在せず、それゆえそうした保護のシステムがきちんと機能する可能性が少ししか保証されていないという事実に照らしても、このような選択が正しいといえるだろう。こうした国内法はおそらくWIPO条項案のようなモデル法に基づいて作り、その地の状況やニーズに適応されるべきである。それにより、実行可能性を検証し、その達成度合いに応じて修正がなされるべきであり、そのようにして経験を積んでから地域的・国際的なレベルでの立法に取り組むことができるようになるだろう。これが今のところ最も現実的な選択であるように思われる。

フォークロアの保護システムが実際に機能するかを示す必要性は一旦置いておくにしても、先進国が将来の、拘束力のある条約に関する何らかの可能性を話題にすることにすら意欲をほとんど示していない現状は嘆かわしいものである。発展途上国がこれまで、事実上債務者になるばかりで何も得るところがない伝統的な知的財産権に関する条約に、非常に協力的であったのだから、今度は先進国側が、同じ意味での協力を示すのが適切であろう。こうした条約は仮に締結されたとしても、先進国にとっては相対的に小さな経済的「損失」をもたらすものでしかないが、しかし信用という観点からは大きな利得をもたらすものであるということを考慮しなければならない。そして発展途上国から再び信用を取り戻す必要があるのは既に明白なものとなっている。2004年頃から、発展途上国は様々な問題に関する国際的な場面でその影響力を強く示してきており、様々な国際機関におけるほとんどの議論を停滞させたり麻痺させたりしている。特に知的財産権の分野においては、例えば特許法や放送事業者団体を保護する条約に関する議論が、発展途上国からの反対や躊躇の影響を受けてきている。しかし、フォークロアを含む現地の遺産の保護を求める主張の本質がどこにあるのかを検討することは、非常に基本的な概念に立ち返ることでもある。この分野において、特に西洋文明を代表する立場に対し本当に求められていることは、他人の立場に耳を傾け、違う世界観や概念、財産といったものが存在するのだということを理解し受け入れることであり、自

分たちの利益だけに焦点を当てないということである。つまり、相互に尊敬し合うということが重要なのである。これは実は極めて単純なことである。

委員会の作業が最終的にどのような成果になるか—拘束力のない勧告のようなソフトローになるのか、国内立法のためのモデル法になるのか、それとも条約にまでなるのか—に関わらず、政府間委員会や分野を超えたワーキング・グループでのプロセスを通じて醸成されてきた、配慮や知識の向上は、これだけでもこの分野における以前の作業に比すれば確実な進歩だということができよう。

[訳者付記]

翻訳掲載の許可をくださり、また訳者の質問にも快く答えてくださったSilke von Lewinski先生、並びに翻訳作業において懇切丁寧なご指導をいただいた北海道大学の田村善之先生にこの場を借りて感謝申し上げる。