



RIETI Discussion Paper Series 13-J-056

**WTO 協定における文化多様性概念
—コンテンツ製品の待遇および文化多様性条約との関係を中心に—**

川瀬 剛志
経済産業研究所



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所

<http://www.rieti.go.jp/jp/>

WTO 協定における文化多様性概念 —コンテンツ製品の待遇および文化多様性条約との関係を中心に—*

川瀬剛志（上智大学／経済産業研究所）**

要 旨

グローバル化に伴う文化の越境的拡散により画一的なグローバル文化（あるいはアメリカ文化）に収束し、多様性の喪失が懸念される。2005年採択の UNESCO 文化多様性条約は、このような危機感から国内文化産業の保護・育成を含む文化多様性保護・促進策に関する加盟国の権利を定める。各国が取る具体的施策はスクリーンクォータや補助金など多岐に及ぶ。

しかしこのような政策手段の本質は国産・特定国原産コンテンツ製品の優遇であり、特に WTO 協定の無差別原則（最恵国待遇原則・内国民待遇原則）との抵触は不可避である。また、WTO 協定、文化多様性条約ともに十分なレジーム調整メカニズムを備えていない。加えて条約法における解釈・適用に関する一般原則も、両協定の関係整理に資するものではない。

「クールジャパン」がアベノミクス「第3の矢」（成長戦略）の一環に位置づけられ、TPPをはじめメガリージョン統合を通じた我が国コンテンツの海外進出円滑化が喫緊の政策課題となった。本稿ではこの点を踏まえ、主に物品貿易としてのコンテンツ産品貿易の側面を中心に、文化多様性と自由貿易それぞれの法理の相克について現状を示し、この文脈での国際貿易ルールの今後を示唆を与える。

キーワード：WTO、UNESCO、文化多様性条約、ウィーン条約法条約、コンテンツ産業、クールジャパン

RIETI ディスカッション・ペーパーは、専門論文の形式でまとめられた研究成果を公開し、活発な議論を喚起することを目的としています。論文に述べられている見解は執筆者個人の責任で発表するものであり、(独) 経済産業研究所としての見解を示すものではありません。

* 本稿は〔独〕経済産業研究所「現代国際通商システムの総合的研究」プロジェクト（代表：川瀬）下の「文化多様性と貿易・投資の法学・経済学」研究会による成果の一環である。所内の研究報告・本稿 DP 検討会では研究会委員、所内関係者、オブザーバー各位から有益な示唆を得た。資料調査・校正には、西連寺隆行氏（RIETI リサーチアシスタント）の助力を得た。記して謝意を表す。過誤は筆者に帰する。本稿は国際法協会日本支部 2009 年度研究大会「国際法と文化」（2009 年 4 月 18 日、東京大学）における筆者報告に基づく。当日の座長、共同報告者ならびに会員諸氏の有益なコメントにも謝意を表す。

** 上智大学法学部教授・(独) 経済産業研究所ファカルティフェロー／e-mail: ts-kawas@sophia.ac.jp

1. 序 ―問題意識と本稿の射程―

1.1. 文化の越境的拡散が有する政治的意義と国際経済法への示唆

グローバル化における人、カネ、モノ、情報等の国際的自由移動は、文化の拡散としての側面を有する。例えばごく入門的なグローバル化に関する概説書を繙いても、グローバル化により文化のフローは強化・拡大することが示されており、文化的な相互依存と相互連関のネットワークの爆発的な拡大ゆえに文化的実践は現代グローバル化の核心にまで位置づけられるのである¹。

このように海外に伝播・拡散する文化は、時に重要な外交手段となりうる。ナイ [2004]によれば文化は「ソフト・パワー (soft power)」の源泉であり、自国の設定した国際政治課題の達成において、武力、経済力の伝統的なハード・パワーによらず、「魅力」をもって他国を引きつけて自発的に自国に従いたいと思わせる―つまりは味方につける―一力として作用する²。また、渡辺 [2011]は、パブリック・ディプロマシーの文脈において文化の外交における役割を論じるが、その要諦は外国政府が直接的に相手国民に広報活動や文化交流を通じて働きかけ、外国における世論形成を行う―「心と精神を勝ち取る」―ことにある。このとき、パブリック・ディプロマシーは必ずしも純粹無垢な友誼に基づく国際交流に限られず、プロパガンダとの同質性や伝えられる文化の戦略性は否定されない³。

加えて文化の国際的拡散は、単に外交上の力の行使だけでなく、相互作用によって紛争を引き起こすことがある。ハンチントン [1998]はそれぞれが「文化的なグループ」として形成される 8つの「文明」⁴の接触が紛争を引き起こすとする、いわゆる「文明の衝突」論を提唱した。同書では、米国の普遍主義を中心とした西欧文明とイスラム文明の相克を典型例として描くが⁵、その後の「9.11」も「文明の衝突」論の文脈に位置づけられる⁶。

このように、文化の越境的伝播は時に外国の政治課題の実現手段たる力の行使であり、あるいは相互にアレルギー反応を引き起こし、紛争化の要因ともなる。伝統的な国際文化研究の理解でも、特に戦前（あるいは国民国家時代）においては、たしかに文化交流に一方的な列強の国策としてのプロパガンダとしての一面があり、摩擦を助長することが認められている。しかし他方で戦後（あるいは国民国家時代以後）の文化交流は地方自治体、民間、研究者、個人を含めて多様なレベルで行われ、また、自国文化の海外普及だけでなく外国文化の紹介・導入も行われる双方向的なものであり、これをもって国際社会に存在す

¹ マンフレッド・B・スティーガー『1冊で分かる グローバリゼーション』88-89頁（櫻井公人ほか訳、2005）。

² ジョセフ・S・ナイ『ソフト・パワー―21世紀国際政治を制する見えざる力』26-40頁（山岡洋一訳、2004）。伝統的な芸術を中心とする高級文化（high culture）、そして映画、漫画あるいは軽音楽のような大衆文化（popular culture）の双方を含む。

³ 渡辺靖『文化と外交―パブリック・ディプロマシーの時代』22-28頁（2011）。

⁴ サミュエル・ハンチントン『文明の衝突』23頁（鈴木主税訳、1998）。

⁵ 同上書 315-29頁。

⁶ Dominique Dhombres, *La prédiction de Samuel Huntington: le début d'une grande guerre*, LE MONDE (Paris), 13 septembre 2001, at 19; *Welcome to the New, New World Order: America's Unexpected Weakness Has Revived the West's Sense of Solidarity*, Says Dominique Mois, FINANCIAL TIMES (London), Sept. 13, 2001, at 21. 但しハンチントン本人は基本的には 9.11 を文明の衝突の顕在化として位置づけることには消極的である。Terrorism Seeks to Foment 'Clash of Civilizations' in Multipolar World, THE DAILY YOMIURI, Sept, 30, 2001, at 5.

る偏見や文化摩擦を解消し、国際関係の円滑化をもたらす⁷。

更に文化の国際関係構築における役割は、平時ばかりではない。福島[2012]は、「文明の衝突」論、ひいては文化それ自体が紛争を惹起し、その遂行手段と化してきた歴史⁸を認識した上で、文化はむしろ政治的・経済的紛争の激化に利用されてきたに過ぎないと反論する。その上で同書は、文化の紛争における役割に焦点を当て、相互理解、心の平和構築（例えば紛争後のトラウマの克服）、そして紛争地住民のエンパワメントなどを通じて、文化が包括的な平和構築に寄与すると論じる⁹。

貿易はこのような文化交流に対して古くから一定の役割を担ってきた。平野[1984]によれば、18世紀末の国民国家の登場以前の文化交流は貿易に付随して行われ、貿易される物品の文化要素が珍重され、輸入国で受け入れられてゆく¹⁰。そして現代の国際経済法は、この文化の自由交流を物品のみならず、サービス、資本の取引を通じて実現する手段であり、文化の領域は国際経済法の文脈と密接に関連する¹¹。具体的には、WTO協定やFTA・EPAなどの各種地域貿易協定（RTA）は物品、サービス、そして一部電子商取引の自由化を実現し、ベルヌ条約、パリ条約、あるいは未発効の「偽造品の取引の防止に関する協定」（ACTA）などとともに、グローバルな知的財産権保護を実現する。また、RTAは3,000近くを数える二国間投資協定（BIT）とともに、強力な多国間枠組みの策定が未だ成功しない投資分野について、資本移動の自由化や投資財産・投資家の保護の法的枠組みを提供する。これらの枠組みは、書籍、絵画、AVソフト（CD、DVD、映画フィルム）など文化的性質を帯びる物品・電子的コンテンツの越境的拡散、また映画、放送、出版などこうしたコンテンツを製作・配給する産業の国際移動について不可欠な社会インフラを提供する。

このため、上に触れたグローバル化に伴う文化の越境的伝播に対する評価の二面性は、文化的視点から見た国際経済法の評価にも密接に関係する。すなわち、グローバル化推進の手段としての国際経済法は、文化交流による相互理解を促進するものとして評価される一方、外国文化の流入を促進することで各国文化の独自性、ひいては国民的アイデンティティを損ない、文化摩擦を惹起するものとして非難されうる。貿易・投資については、特に文化多様性（cultural diversity）保護の文脈において文化の越境的伝播の功罪が論じられる。3. に述べるように、その発端は後述のGATT1947以前の1920年代に遡り、その後のGATT・WTO体制下におけるいくつかの里程碑的な事件を経て、遂にはWTOのカウンターバランスとして2005年のUNESCOにおける「文化的表現の多様性の保護及び促進に関する条約」（以下、文化多様性条約）¹²の採択に至る。

⁷ 衛藤藩吉ほか『国際関係論（第二版）』第4章（1989）、平野健一郎「国際関係における文化交流」『国際関係における文化交流』第1章（斎藤眞ほか編、1984）。

⁸ 例えば、古代から現代までの戦争・英雄礼賛文学や絵画等芸術作品における戦闘の美化、ナチスによる映画を通じたプロパガンダ、エルサルバドル・ホンジュラス紛争（1970年）におけるサッカーを通じたナショナリズムの高揚など。福島安紀子『紛争と文化外交－平和構築を支える文化の力』第1章（2012）。

⁹ 同上書第2章。平和構築とは、紛争予防、和平、ひいては復興に至る一連のプロセスであるとしており、同書が紛争前後の極めて広いプロセスを想定していることが分かる。

¹⁰ 平野前掲注（7）6頁。同書によれば、この時期の文化交流は、貿易のほか征服、植民、伝導、亡命に付随して行われるものであった。

¹¹ Bruno de Witte, *Trade in Culture: International Legal Regimes and EU Constitutional Values, in THE EU AND THE WTO: LEGAL AND CONSTITUTIONAL ISSUES* 237, 240 (Gráinne de Búrca & Joanne Scott eds., 2001).

¹² UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, Oct. 20, 2005, 2440 U.N.T.S. 311. 我が国は本稿執筆時点で未批准のため公定訳は存在せず、訳文については以

長期の景気低迷から脱却を目指して成長産業の育成が課題となる我が国において、この「貿易と文化」問題は今後の通商・産業政策の文脈において重要課題となる。2010年6月の管内閣における「新成長戦略」において、「強い経済」実現の7つの戦略のうち、「アジア経済戦略」の一環としてクリエイティブ産業の育成とアジア市場の開拓が提起された。いわゆるこの「クールジャパン」構想については、クリエイティブ産業育成強化という産業政策の側面だけでなく、アジア諸国のコンテンツ規制やコンテンツ産業参入規制の緩和、ACTA 締結など、それ自体が通商政策としての要素を併せ持つとともに、この「アジア経済戦略」の枠組みの中では、アジア太平洋自由貿易圏（FTAAP）形成を目指した EPA 戦略と併置されることで、通商政策と密接な関連を有する¹³。自民党に政権再交代の後も、この「クールジャパン」についてはまず特命担当大臣が任命され、更に安倍内閣の経済政策（いわゆる「アベノミクス」）の「3本の矢」における「第3の矢」（成長戦略）のうち、TPPをはじめ経済連携協定の推進とともに国際展開戦略の一環に位置づけられるなど¹⁴、その重要性には変化はない。2013年3月には「株式会社海外需要開拓支援機構法案」（株式会社クール・ジャパン推進機構法案）が閣議決定の上国会に上程されるとともに（後日成立¹⁵）、経済産業省には「クリエイティブ産業国際展開懇談会」が設置された。また、4月の産業構造審議会通商政策部会においては、アジアばかりか広くアフリカや中南米等に至る新興国全般への日本企業の海外展開支援策の一環として、この「クールジャパン」が位置づけられている¹⁶。このようなコンテンツの振興、売り込みへの政官介入について批判的な意見があるも¹⁷、他方で市場環境整備を政府が行うことには反対論者にも異論はない¹⁸。むしろ WTO・EPA をツールとしてコンテンツ製品の市場アクセスを確保していく点で、通商政策は「クールジャパン」の本質的要素の一端と言える。

このように我が国はコンテンツ輸出国として海外進出のための市場環境整備を進める過程で、目下実質上停止している WTO ドーハラウンドのサービス自由化交渉において、とりわけオーディオ・ヴィジュアル（AV）サービス分野の難航に直面している。また今後の二国間 EPA・TPP 交渉においても、オーストラリア、カナダ、EU といった国民的アイデン

下の仮訳に依拠した。「文化的表現の多様性の保護及び促進に関する条約（仮訳）」（文部科学省）
<<http://www.mext.go.jp/unesco/009/003/018.pdf>>。なお、本稿に引用する URL の最終アクセス日は、全て2013年6月末である

¹³ 『新成長戦略～「元気な日本」復活のシナリオ～』20-22、43-44、62-63頁（首相官邸、2010年6月18日）<<http://www.kantei.go.jp/jp/sinseichousenryaku/sinseichou01.pdf>>。

¹⁴ 「新たな成長戦略～「日本再興戦略-JAPAN is BACK-」を策定！～国際展開戦略」（首相官邸、2013年6月19日）<http://www.kantei.go.jp/jp/headline/seicho_senryaku2013_plan3.html>。

¹⁵ 法案は5月28日衆院、6月12日参院で可決されている。

¹⁶ 「新興国への戦略的な取組に関する考え方」（産業構造審議会通商政策部会、2013年4月18日）<http://www.meti.go.jp/committee/summary/0003410/pdf/017_01_00.pdf>。

¹⁷ 賛否両論の比較については以下を参照。『「クール・ジャパン」稼げるの？—国内頼み、海外戦略は後手』日経プラスワン2013年3月23日13面、「<クールジャパン>ポップカルチャー支援に税金を投入すべきか」『The PAGE』（2013年5月22日）<<http://thepage.jp/detail/20130522-00010000-wordleaf>>。

¹⁸ クールジャパン批判論の代表的論者のやまもといちろう氏（ブロガー／投資家）は、「民間から出てきた自然発生的なアウトバウンドを支援するという話以上の関与を政策で行うのは望ましくないんじゃないか」と述べて、コンテンツ振興やマーケティングへの政官の介入について反対するも、知的財産権法制を中心とした制度面での支援については国の役割を否定しない。「ポップカルチャー支援に税金を投入すべきか」前掲注（17）、『規模の経済』が働かないコンテンツ産業に変な振興策を持ち込むのはやめて欲しい』『やまもといちろう BLOG』（2013年4月8日）<<http://kirik.tea-nifty.com/diary/2013/04/post-96a3.html>>。

ティティに敏感な国々を相手に、これらコンテンツ産業の輸出振興を実現しなければならない。

他方、これらの目的は、現行の通商・投資協定、特に WTO 協定の運用によってもある程度達成できよう。先に「新成長戦略」が海外におけるコンテンツ規制やコンテンツビジネス参入規制の緩和に言及していることに触れたが、これらは物品であれば現行の GATT や貿易の技術的障壁に関する (TBT) 協定、サービスであれば GATS の関連規定に関わる問題である。特にドーハラウンド交渉の難航と文化サービスの自由化の政治的機微に鑑みれば、現行協定の紛争解決手続による運用により実現できれば、我が国にとって目的実現のコストは著しく下がる。更に、現行の WTO 協定の解釈の外延を明確化することは、今後の EPA 交渉に指針を与えよう。

このような問題意識の下、本稿の目的は「貿易と文化」のレジーム対立を前提として、文化多様性条約が体现する文化多様性保護・促進策を、WTO を中心とする自由貿易秩序の枠組みの中に位置づけることにある。以て、従来欧米（特に米国、カナダ、フランス）中心だったこの論争が、我が国経済にとって有望な市場となるアジアの文脈で持つ意味を考える思考の出発点を提供したい。

もっとも、現在サービスについては、AV を中心に文化関連分野の自由化約束は実質的に皆無であり、ドーハラウンド交渉も進展していないところ、政策論はともかく、現行協定における法的地位を論じることは示唆に乏しい。この点に鑑み、本稿では WTO 協定附属書 1A の物品貿易規律にかかる文化関連産品について、文化多様性を理由とした特定産品の優遇・促進措置の検討を通じ、所定の目的を果たすこととしたい。

1.2. 「文化」概念および「貿易と文化」問題の外延

実定法上の課題を論じる前に「貿易と文化」問題の背景、特に文化多様性に関する議論について若干整理しておきたい。

まず、多様性を確保されるべき「文化」については、その定義におよそ一般的な合意はなく、この問題に立ち入ることは筆者の能力を超えるため、詳述は慎みたい。福島 [2012]は、「概念のジャングル」とされる文化の様々な定義を比較し、狭義には音楽、舞踏など個々の芸術にはじまり、広義には生活様式、価値観、アイデンティティを含むと捉えている¹⁹。川村 [2009]は、特に社会領域としての文化は特定の理念や学問的方法の体现ではなく、人間の営みにおける物質的・権威的なものごとと区別される「その他もろもろ」を指し、これを「社会がどうあつかつてよいのかわからないまま残しているさまざまな問題の吹きだまり」と評するセルトー (Michel de Certeau) の議論こそ本質を突いていると論じる²⁰。

「貿易と文化」問題の文脈で文化研究に関する詳細なサーベイを提供する Wright [2008]も、その冒頭に文化には「地上の人の数ほど (as there are people on the planet)」定義があり、更にウィリアムス (Raymond Williams) の言辭を借りて、文化 (culture) とは英語において最も複雑な 2 ないし 3 の語のひとつであると説明している²¹。また、当該分野で

¹⁹ 福島前掲注 (8) 15-16、20 頁。

²⁰ 川村陶子「国際関係における文化」『日本の国際政治学 1—学としての国際政治』169 頁以下所収 173 頁 (2009)。

²¹ Claire Wright, *Reconciling Cultural Diversity and Free Trade in the Digital Age: A Cultural Analysis*

最も包括的な先行業績である Voon [2007]も、文化の定義については僅か1頁にも満たない記述により、2、3の代表的な定義から文化が芸術的試行の所産である製品と、無形の生活様式の双方を意味しうるとのみ説明するにとどまる²²。更に Smith [2008]に至っては、文化の多極性を説明するにあたり、WTOにおける通商交渉や協定解釈の根底にある農業観にまで文化概念を敷衍している²³。

また、文化へのアプローチも多様であり、川村 [2009]によれば、上述の社会的領域としての文化のほか、人間の洗練や優れた精神の所産を示し、時に文明と互換的に用いられる人文的文化、および特定の間人集団のあり方を示す人類学的文化の系譜を提示する²⁴。同稿は国際関係論で援用される文化概念を簡潔に整理しているが、文脈によってこれらのいずれの定義に依拠すべきかが異なり、また、いずれに依拠するかによって文化の意味内容も変わるようになる²⁵。本稿では文化概念はあくまで国際法ならびに国際経済法、特に文化多様性問題の文脈で論じられることに鑑みれば、さしあたり2001年のUNESCOにおける「文化的多様性に関する世界宣言」（以下、文化多様性宣言）²⁶にある定義を参照することから始めるのが適切であろう。歴史的に文化の定義が物品から行動様式（音楽、芸術等の表現）、そして社会的な生活様式へと拡大しており、現代ではある個人・共同体のアイデンティティまで包摂する概念に変容したが、文化多様性宣言の定義もこれに沿ったものである²⁷。

「文化とは、特定の社会または社会集団に特有の、精神的、物質的、知的、感情的特徴をあわせたものであり、また、文化とは、芸術・文学だけではなく、生活様式、共生の方法、価値観、伝統及び信仰も含むものである。（「[C]ulture should be regarded as the set of distinctive spiritual, material, intellectual and emotional features of society or a social group, and that it encompasses, in addition to art and literature, lifestyles, ways of living together, value systems, traditions and beliefs」）²⁸

もっとも、一応の文化の定義を置いたとしても、その捉えどころのない抽象性は、畢竟「貿易と文化」問題として捉える対象の画定について、同様の困難を生じさせる。これまで言及したAV製品・サービスや書籍・新聞等の出版物に関する議論がこの論争の中核を占める

of the International Trade in Content Items, 41 AKRON L. REV. 399, 441 (2008). なお、川村前掲注 (20) 169頁もこの言辞を引用している。

²² TANIA VOON, CULTURAL PRODUCTS AND THE WORLD TRADE ORGANIZATION 12-13 (2007).

²³ Fiona Smith, *The Limitations of a Legal Approach to the Regulation of Cultural Diversity in the WTO: The Problem of International Agricultural Trade*, 3 ASIAN J. WTO & INT'L HEALTH L. & POL'Y 51 (2008).

²⁴ 川村前掲注 (20) 171-72頁。

²⁵ 同上書 174-81頁を参照。人文的文化と人類学的文化は国際関係をとらえる方法であり、前者が国際関係をシヴィライズし、ヒューマンにする行為に関心を寄せることであり（例：UNESCO設立の背後にある文化国際主義）、後者は価値、規範など国際関係において人々をまとめるもの、またそれらの多様性や差異に注目すること（例：「文明の衝突」論）を意味する。これに対して、社会的領域としての文化は国際関係で運営される政策・事業としての対象（例：ソフトパワーとしての文化コンテンツ）を意味する。

²⁶ UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity, Nov. 2, 2001, 41 I.L.M. 57 (2002).

²⁷ Yvonne Donders, *The History of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, in PROTECTION OF CULTURAL DIVERSITY FROM AN INTERNATIONAL AND EUROPEAN PERSPECTIVE 1, 3-4 (Hildegard Schneider & Peter van den Bossche eds., 2008).

²⁸ 訳文については、公定訳が存在しないため、「文化的多様性に関する世界宣言（仮訳）」（文部科学省）<<http://www.mext.go.jp/unesco/009/005/002.pdf>>に依拠した。

ことには、およそ争いはない。しかしながら、その範囲をより広く求める所説も少なくない。例えば、Broude [2005]は、製品の文化的側面を製造方法（例えば職人的な工芸技術によって作られる製品）、消費、アイデンティティ（共に AV 製品が代表例）に求めるが、食品・ワインにもかかる枠組みの下で文化性を認め、文化保護の視点から地理的表示保護の機能を論じる²⁹。Voon [2007]も同様に地理的表示や伝統的知識といった TRIPS 協定のカバレッジ、日本・酒税事件で扱われる焼酎など飲食物に限らず、EC・ホルモン投与牛肉輸入禁止事件における成長促進ホルモンのような新技術に対するリスクの捉え方も文化の問題としている³⁰。更に、同書ならびに Carmody [1999] は、GATT 時代の日本・皮革製品輸入制限事件における問題の措置が近代以前の身分制に端を発する差別問題に関連することから、やはり「歴史的、文化的、および社会経済的背景（the historical, cultural and socio-economic background）」³¹の観点から論じることができるとしている³²。

この点を日本・酒税事件を例に取って少し詳しく論じると、文化の人類学的定義によれば、民俗の一部である点で食もまた「文化」の一部である³³。また、我が国産酒（焼酎、日本酒）の由来、用途、製造工程には色濃い文化的背景があることは広く知られている³⁴。加えて文化には人間の行動様式も含まれるとすれば、問題の税制は、「お湯割」で飲む、食中酒として飲むといった焼酎独自の飲酒習慣等、文化的価値と慣行の反映とも言える³⁵。

しかしこのような一般的な製品の文化的背景や含意を斟酌した場合、貿易との関わりは際限なく広がる。例えば、現代美術の巨匠ウォーホル（Andy Warhol）は、ごくありふれた日用品（缶スープ、瓶入り清涼飲料、家庭用洗剤など）を題材にした作品を創作しているが、作者はこれらの大量生産・大量消費の商品をモチーフにすることで、ポップアートの大衆性を象徴させている³⁶。また、米国の国民的歌手であるビリー・ジョエル（Billy Joel）の代表作のひとつは鉄鋼業の衰退に伴う産業都市の生活の変容にまつわる歌であり、「鉄」が生活様式を規定し、更にその変容が音楽という芸術表現のモチーフにもなりうることを窺わせる。だとすれば、米国の鉄鋼輸入制限にさえ、産業都市の伝統的生活様式の保護の

²⁹ Tomer Broude, *Taking "Trade and Culture" Seriously: Geographical Indications and Cultural Protection in WTO Law*, 26 U. PA. J. INT'L ECON. L. 623 (2005). 類似の見解として、Rostam J. Neuwirth, *The Convention on the Diversity of Cultural Expressions and its Impact on the "Culture and Trade Debate": A Critical Evaluation after 5 Years*, in THE UNESCO CONVENTION ON THE DIVERSITY OF CULTURAL EXPRESSIONS: A TALE OF FRAGMENTATION IN INTERNATIONAL LAW 229, 234 (Toshiyuki Kono & Steven Van Uytsel eds., 2012)を参照。

³⁰ VOON, *supra* note 22, at 13-17. 新技術受容の積極性を文化の文脈で論じるのは同書に限られた見方ではない。例えば、ジャグディシュ・バグワティ『グローバリゼーションを擁護する』193-94頁（鈴木主税／桃井緑美子訳、2005）では、このホルモンの他、遺伝子組換え食品の受容に関する欧米の差異なども文化の文脈で論じられる。

³¹ Panel Report, *Japanese Measures on Imports of Leather*, ¶¶ 21, 44, L/5623 (Mar. 2, 1984), GATT B.I.S.D. (31st Supp.) at 94, 100-1, 111 (1985).

³² VOON, *supra* note 22, at 13; Chi Carmody, *When "Cultural Identity Was Not at Issue": Thinking about Canada: Certain Measures Concerning Periodicals*, 30 LAW & POLY INT'L BUS. 231, 263-65 (1999).

³³ 川村前掲注 (20) 172頁。

³⁴ 例えば『日本の酒文化総合辞典』（荻生待也編、2005）を参照すると、我が国酒文化にまつわる事項は、伝統的の酒造技能、古民具、酒器、酒造り唄など杜氏文化、神事・祭事、民話など、広範に及ぶ。

³⁵ VOON, *supra* note 22, at 13-14.

³⁶ 日高優「映像大量消費の時代における脱社会的社会批判 アンディ・ウォーホルのポップアートを巡って」『立教アメリカン・スタディーズ』第34号45頁以下所収46-49頁（2012）。ウォーホルの日用品を用いた一連の作品については、さしあたり CARTER RATCLIFF, ANDY WARHOL (1983)を参照されたい。

意味を見いだすことが可能になる³⁷。

この点については、「貿易と文化」問題にある種の解決を提示したはずの文化多様性条約にさえも、解を求めることができない。当該条約の適用範囲を示す鍵概念である「文化的表現」(第4条第3項)および「文化的な活動、物品及びサービス」(同第4項)の広がりにはやはり何らかの文化的背景を有する商品や行為に際限なく及ぶと解され、本来文化多様性条約に期待されたマンドートを超える保護対象拡大の懸念を生じさせる³⁸。

このような状況において、文化の定義同様、文化的含意を有し、「貿易と文化」問題にかかわる産品を客観的な基準によって画定することもまた不毛な試みと言わざるを得ない。この問題に関する先行業績も同様に文化的財の画定を放棄し、論争の実態に鑑みて主としてAV製品や出版物を中心としたいわゆる文化産業の産品に限定して議論するものが一般的である³⁹。そこで本稿もこれに倣うものとするが、議論の一応の範囲となる産品について、Wright [2008]が示す「コンテンツ産品 (content item)」の概念が有用であるので、これに依拠することとしたい。同稿によれば、主として使用による具体的な便益よりも、アイデンティティ、社会的一体性、知的刺激、娯楽といった無形の利益を供する産品を指し、具体的には映画、テレビ番組、音楽録音、絵画、本、雑誌・新聞、ライブイベントなどの物品・サービスを指す⁴⁰。つまりこうした無形利益をもたらすことが当該産品の本質的な用途・機能であり、例えば飲食物や日用品のように、製造や消費に文化的背景を有するもの、あるいは上記のような無形の利益が副次的にもたらされるものは、本稿の分析では捨象することにしたい⁴¹。

2. 文化多様性保護の論理、自由貿易の論理

2.1. 自由貿易と文化多様性の親和性

グローバル化、そしてそれに伴う貿易の自由化そのものは、活発な文化交流を生み、むしろ文化多様性に親和的である、とも言える。文化は越境移動により平和裏に融合し、多様

³⁷ VOON, *supra* note 22, at 17; Billy Joel, *Allen Town, on NYLON CURTAIN* (Columbia Records 1982).

³⁸ Michael Hahn, *A Clash of Cultures? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law*, 9 J. INT'L ECON. L. 515, 538-39 (2006).

³⁹ *E.g.*, VOON, *supra* note 22, at 18-19; Christopher M. Bruner, *Culture, Sovereignty, and Hollywood: UNESCO and the Future of Trade in Cultural Products*, 40 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 351, 363-64 (2008); Sean A. Pager, *Beyond Culture vs. Commerce: Decentralizing Cultural Protection to Promote Diversity through Trade*, 31 NW. J. INT'L L. & BUS. 63, 68-69 (2011). その他多くの「貿易と文化」問題に関する論稿は、文化の定義論に全く言及せず、コンテンツ産品(特にAV産品)に関する議論に限定することを所与としている。

⁴⁰ Wright, *supra* note 21, at 409-10. この他にも類似の概念規定として、例えば Neuwirth, *supra* note 29, at 235-36は、多額の初期投資、極めて低廉な追加的コピーのコストなど、後で2.2に論じる生産・流通の特性も勘案した「文化産業 (cultural industries)」概念によって「貿易と文化」問題の射程を画定する。その範囲は本文に触れたコンテンツ産品の概念とほぼ重なる。

⁴¹ しかしそれでも限界事例が存在することは否定できない。例えば、高級陶磁器の食器・花器等は、本来的用途で使用されるより、工芸品として鑑賞に供される場合がある。また、人気アニメキャラクターをパッケージに利用したチョコレートやガムに景品(シールやフィギュア等)が付される場合、その産品のコンテンツ性は単にパッケージの図画によって付随的にもたらされるだけでなく、景品が単独でコンテンツとしての価値を有する。このような場合、産品の本来的用途を捉えてコンテンツ性を否定することは困難と言える。

な文化を生み出すとされる。すなわち文化のハイブリッド化である⁴²。

文化要素は世界に拡散することで土着化からは自由ではなく、後述のように画一的なアメリカ文化の象徴であるマクドナルド⁴³でさえ、ハワイではパイナップルが挟まれ、我が国食文化に触れることでテリヤキバーガーが生まれた⁴⁴。また、フランスではフランス風のバッグットを用いた商品が販売され、賛否両論を生みながらももはやフランス社会に受け入れられているが、同社幹部社員は「ある国で長く事業を展開していれば、その土地と深く関わり、適合していることを証明するような商品の提案が求められる」と述べている⁴⁵。日仏だけではなく、世界各国に進出するにつれて、マクドナルドは各国独自のローカルメニューや店舗外装で現地と同化し、受容されており、もはやグローバル化の負の象徴としてのマクドナルド攻撃は説得力を持たない⁴⁶。

こうした文化のハイブリッド化は個人が多様な同心円的文化に属することで良好な国際関係に資するもので、文化多様性を後押しするとされるが、このかぎりにおいて思想や貿易のフローは自由であることが望ましい。このことは一貫して米国の主張であるが⁴⁷、コンテンツ産品輸出に強みを有する国の一方的主張と過少評価することは適切ではない。「貿易と文化」問題を包括的に論じたコーエン [2011]は、文学、音楽、芸術など多岐にわたる豊富な事例に基づき、歴史的にこうした文化が交易によって開花してきた事実を示す⁴⁸。こうした傾向は西欧社会に固有のものではなく、特に第三世界においても同様である。例えばザイールのポピュラー音楽やハイチの芸術に見る土着性と西欧の影響の融合、あるいはモンゴルのホーミーに見る現代技術（この場合は録音）による伝統文化の拡張・保存など、その例は枚挙にいとまがない⁴⁹。

もとより文化多様性支持派が保護すべきとする国民文化自体の虚構性が指摘されていることにも留意すべきである。グローバル化研究の泰斗ギデنز（Anthony Giddens）は、グローバル化時代の国民国家の虚構性を主張する「ラディカルズ」と彼自身が称する考え方を支持する。更にギデنزは、「伝統」の普遍性は神話であり、「伝統」もまた変化し、時にねつ造されると説く⁵⁰。文化人類学的見地からも、たしかに近代国家の成立要素として固有の領土や主権と共に固有の文化が挙げられていたが、グローバル化の下の多元主義社会において、近年このような考え方自体が後退していることが指摘される⁵¹。「文明の衝突」

⁴² Wright, *supra* note 21, at 473-74.

⁴³ 後掲注（69）および本文対応部分参照。

⁴⁴ 大橋厚子「グローバリゼーション下の社会文化変容と開発」『グローバリゼーションと開発』397頁以下所収 404-5頁（大坪滋編、2009）。

⁴⁵ 『マックバゲット』仏三つ星シェフも納得、一方で『我慢ができない』と異議唱える職人も『フジサンケイビジネスアイ・ストリーム』2013年2月1日

<http://www.business-i.co.jp/featured_newsDetail.php?2174>。

⁴⁶ バグワティ前掲注（30）178-79頁。

⁴⁷ Carol Balassa, *The Impact of the U.S. Position in the Trade and Culture Debate: Negotiation of the Convention on the Diversity of Cultural Expressions, in THE UNESCO CONVENTION*, *supra* note 29, at 71, 89-91; Bruner, *supra* note 39, at 362; Wright, *supra* note 21, at 417, 473.

⁴⁸ タイラー・コーエン『創造的破壊—グローバル文化経済学とコンテンツ産業—』16-22頁（浜野志保訳／田中秀臣監修・解説、2011）。

⁴⁹ 同上書第2章。

⁵⁰ アンソニー・ギデنز『暴走する世界—グローバリゼーションは何をどう変えるか—』22-26、78-90頁（佐和隆光訳、2001）。ギデنزの「伝統」とは、例えばスコットランドにおけるキルトとタータンの着用、およびバグパイプ演奏に見られるような儀式を想定しており、文化の一部を構成する要素である。

⁵¹ 大橋前掲注（44）398-99頁。

論を手厳しく批判したクレポン [2004]も、個々の文明の一貫性・独自性、そしてその維持と失敗（文明の没落・消滅）を前提とするハンチントンの文化多様性の捉え方を「虚構」と喝破し、相互接触や浸透によりひとつの文明は内部にあらゆる「他の文明の多様性を映し出す鏡」となると述べている⁵²。このような文化の動態的性質については、その他の主要な文化研究も共通して指摘する⁵³。文化のナショナリズム的な捉え方では、不変の純然たる国民文化を観念しその保護を説くが、このように文化自体が古来他国の文化と融合し本質的に動態的な性質を有するのであれば、静態的な文化の捉え方は適切ではない⁵⁴。

更にコーエン [2011]は、正に「『国民文化』は大切か」、との問いかけに対し、個人主義的視点から否と答える。同書はグローバル化によりある複数社会間の多様性は低下する一方、社会内部の多様性は広がり、個の選択肢はむしろ増加すると指摘する。その上で、仮に文化多様性保護・促進論者が重視する社会間の文化多様性が確保されても、その内部では個人は画一的な文化以外の選択肢を持たないとすれば、そのような多様性は意味をなさないと喝破する⁵⁵。Burri-Nenova [2011]は、このような雑多な現実において、国家内の多様性ではなく国家間のそれのみを意味し、ある種の整然とした形に規定されたあたかも球体のような完全体として国民文化を観念する文化多様性概念を適用することは時宜に合わないものであり、「貿易と文化」問題の過度な政治化を助長すると批判する⁵⁶。

自由な文化交流の利益は、文化レジームの中でも本来明確に認識されている。例えば戦間期に国際連盟下に設立された国際知的協力機関（IICI）は教育的内容の映画配給の円滑化や放送の平和に関する国際合意を策定し、コンテンツ産品・サービスの自由移動が国際相互理解に資することを理解していた⁵⁷。そして何より UNESCO 自体が、1948年のバイルート協定⁵⁸において、教育的、科学のおよび文化的性質視聴覚資材について、ならびに1950年のフローレンス協定において⁵⁹、書籍・出版物、および教育的・科学的・文化的物資（絵画・彫刻、教育的・文化的フィルムなど）について、それぞれ関税その他輸入制限的な措置の撤廃を規定している。そして現代では、このような自由な文化交流の重要性の認識につき、WTO加盟国の多くによる書籍やレコードの低関税やアーティストの一時滞在の自由の供与などがその証左となっている⁶⁰。

⁵² マルク・クレポン『文明の衝突という欺瞞』第1章（白石嘉治編訳、2004）。「」内の引用はそれぞれ同書75頁、76頁に拠る。

⁵³ Wright, *supra* note 21, at 445-46.

⁵⁴ *Id.* at 443-45; see also Bruner, *supra* note 39, at 361-62.

⁵⁵ コーエン前掲注(48)4-5頁、第6章。

⁵⁶ Mira Burri-Nenova, *Trade and Culture in International Law: Paths to (Re)Conciliation*, 44 J. WORLD TRADE 49, 59-61 (2010).

⁵⁷ Rostam J. Neuwirth, “*United in Divergency*”: A Commentary on the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, 66 HEIDELBERG J. INT’L L. 819, 826 (2006) [hereinafter Neuwirth, *United in Divergency*]. 同稿の中心的な議論は以下に再録されている。

Rostam J. Neuwirth, *The Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Critical Analysis of the Provisions*, in THE UNESCO CONVENTION, *supra* note 29, at 45.

⁵⁸ Agreement for Facilitating the International Circulation of Visual and Auditory Materials of an Educational, Scientific and Cultural Character with Protocol of Signature and Model Form of Certificate Provided for in Article IV of the Above-mentioned Agreement, Dec. 10, 1948. 197 U.N.T.S. 3. 我が国は未批准、仮訳は以下を参照。「教育的、科学的及び文化的性質の視聴覚資材の国際的流通を容易にする協定（仮訳）」（文部科学省）<<http://www.mext.go.jp/unesco/009/003/001.pdf>>。

⁵⁹ 「教育的、科学的及び文化的資材の輸入に関する協定」（昭和27年5月21日効力発生、昭和45年6月17日我が国につき効力発生、条約第9号）。

⁶⁰ Hahn, *supra* note 38, at 520-21.

このような観点から、文化多様性条約は随所で自由な文化交流に言及する。まず前文第 11 節には「文化の多様性が思想の自由な交流によって強化され、並びに文化間の不断の交流及び相互作用によって育成される」と明記され⁶¹、目的規定の第 1 条(b)～(e)にも文化の自由交流や国際的側面への言及が見られる。また、原則を規定した第 2 条では、第 7 項が世界の文化的表現に対する公平なアクセスの重要性を謳い、第 1 項で確認される表現の自由等の人権も多様な文化的表現に対する開放性の重視を反映しているとされる⁶²。

更に第 7 条第 1 項(b)は、自国・他国双方の多様な文化的表現へのアクセスを奨励する環境を創出すべく努力義務を課している。その具体策を規定する「文化多様性条約第 7、8、および 17 条に対する運用指針」（以下「第 7 条等運用指針」）⁶³パラ 2 は、輸出入戦略（文化的表現輸出の促進と多様な文化的表現の流通）、アクセス戦略（特に経済的に不利な集団の文化的物品・サービスへのアクセス）などを例示している。

加えて、文化多様性条約に先立って採択された文化多様性宣言第 6 条も文化交流の重要性に言及しているが、上記の文化多様性条約前文第 11 節はそこから着想を得たものである⁶⁴。結局のところ、文化多様性条約は文化保護の主権的権利を確認する一方で文化多様性の達成における自由な文化交流の重要性も認識し、第 2 条第 8 項（「開放及び均衡の原則」）に具現化されているように、両者の均衡を図る規範構造を有していると理解される⁶⁵。

2.2. コンテンツ産品市場の「アメリカ化」と市場の失敗 — 規制の背景と理由 —

前節に論じたように文化の自由交流と流動性を前提にすれば、コンテンツ産品の貿易は自由であることが望ましい。しかし他方で、主要な文化理論は共通して強者が特にメディアを通じて文化的規範形成に影響を及ぼし、また強者がより多くのコンテンツを作成する傾向にあることを指摘している⁶⁶。これをふまえ、Wright [2008]は特に米国の影響が突出して強く、ハイブリッド文化の同心円形成の実は西洋、特にアメリカ文化の席卷であると論じている⁶⁷。加えて複数の「グローバル化 (globalization)」の学術的定義によれば、グローバル化には社会的活動・ネットワークの創出・増殖を伴い、経済、政治などと同様に伝統的な文化の境界をも克服する特徴がある。この克服とは、各国文化が「単一のグローバルな『文化』 (a global 'culture')」に収束することで、これがしばしば「アメリカ化 (Americanization)」を意味するとされる⁶⁸。

⁶¹ 文化は社会的プロセスであり、このため文化多様性は不断の文化的対話の結果として理解されるが、この交流は政府介入に妨げられることなく異なる文化の間で自由に行われるべきことを意味する。THE UNESCO CONVENTION ON THE PROTECTION AND PROMOTION OF THE DIVERSITY OF CULTURAL EXPRESSIONS: EXPLANATORY NOTES 47-48 (Sabine von Schorlemer & Peter-Tobias Stoll eds., 2012).

⁶² Jan Wouters & Bart de Meester, *The UNESCO Convention on Cultural Diversity and WTO Law: A Case Study in Fragmentation of International Law*, 42 J. WORLD TRADE 205, 211 (2008).

⁶³ *Articles 7, 8 and 17 of the Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: Operational Guidelines*, available at http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Conv2005_DO_Art_7_8_17_EN.pdf.

⁶⁴ EXPLANATORY NOTES, *supra* note 61, at 46-47.

⁶⁵ Wouters & de Meester, *supra* note 62, at 211.

⁶⁶ Wright, *supra* note 21, at 467-72.

⁶⁷ *Id.* at 479-84.

⁶⁸ Frédéric Mégret, *Globalization*, in IV THE MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 493, 495 (2012); William Scheuerman, *Globalization*, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., Summer 2010 ed.),

このアメリカ化を最も象徴する術語が、「マクドナルド化 (McDonaldization)」であろう。すなわち、米国の商業拡大主義に根ざすマクドナルドに象徴される画一的・効率的なシステムの拡散により、文化的に多様な表現形態が失われると批判される⁶⁹。アメリカ化は言語 (=英語)、食、風俗、ファッションなどその裾野が広く、その現象面での逸話的な議論には枚挙にいとまがないが⁷⁰、本稿の目的に鑑み、議論の対象としてコンテンツ産品に着目したい。テレビ、映画等の AV ソフト、音楽ソフト、出版物といったコンテンツ産業においては、グローバル化の進行に伴い外国製品による過度の市場侵食が懸念され、コンテンツ産品貿易の制限の必要性が指摘されてきた。後に 3. に触れる GATT・WTO における紛争・論争の事案も、全てこの大衆文化の保護に関するものである⁷¹。

コンテンツ産業におけるアメリカ化は、映画における米国の国際的市場支配により顕在化するとされている。Lee & Wildman [2012]によれば、2007 年時点のデータの集計では、主要国 30 カ国における国産映画の市場シェアは、米国を除けば最も多い韓国、日本、タイでさえ 50%を切っており、これら 3 カ国以外では全て米国産映画がシェアの過半数を占める。米国映画の各国シェアの平均は実に 66.35%に及び、2 位のイギリス (6.93%) は遠く及ばない。また、映画 1 本あたりの外国市場におけるシェアの平均 (海外市場への浸透率) でも、米国映画が断然高い数値を示す。このことは米国が数多くの映画を輸出しているだけでなく、個々の映画が海外の視聴者に広く受け入れられていることを示す⁷²。更にほぼ同時期のテレビ放映、音楽ソフト販売についても、米国産ソフトの国際的市場シェアが際立って高いことが明らかにされている⁷³。

米国映画産業の競争力はメディア産品と産業構造の特性によって説明される。メディア産品は一度製作費を投じればコピーの限界費用は極めて低廉であり、一人の利用によって他者の利用が妨げられることはない。このような非競争性 (nonrivalness) ⁷⁴ゆえにコンテンツ産品は公共財的性質を有し、平均費用での一物一価では過小供給または無供給に陥る⁷⁵。加えて、製品差別化が高いコンテンツ産品市場では独占的競争が発生し、新製品の投入により旧製品に対する需要が減少する。仮に旧製品の追加的供給の方が高い社会的余剰を生む場合、新製品投入による旧製品の排除は社会的厚生への損失となる⁷⁶。

このようなコンテンツ産品の性質を前提とすると、消費拡大は追加的コストを殆ど生まないため、価格は製作費だけではなく潜在的視聴者の数・財力の関数になる。すなわち、支

<http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/globalization/>

⁶⁹ スティーガー前掲注 (1) 91-93 頁、ジョージ・リッツァ『マクドナルド化した社会—果てしなき合理化のゆくえ—』(正岡寛司訳、2008)。

⁷⁰ こうした現象の豊富な実例を伴う議論として、『アメリカナイゼーション—静かに進行するアメリカの文化支配—』(津田幸男/浜名恵美編、2004) の各章を参照。

⁷¹ Hahn, *supra* note 38, at 520-21.

⁷² Sang Yup Lee & Steven S. Wildman, *Protecting and Promoting National Cultures in a World Where Bits Want to Flow Freely*, in TRANSNATIONAL CULTURE IN THE INTERNET AGE 389, 390-94 (Sean A. Pager & Adam Candeub eds., 2012).

⁷³ Wright, *supra* note 21, at 431-33.

⁷⁴ 無料公共放送であれば純粋な公共財であり、ケーブルテレビで配信されるコンテンツのように視聴を制限したり、書籍や CD のような物理的媒体に収録されたコンテンツのように排他性は維持できるものであれば、人為的な希少財 (クラブ財) となる。財の一般的性質について、ポール・クルーグマン/ロビン・ウェルズ『クルーグマン ミクロ経済学』574-77 頁 (大山道広ほか訳、2007) を参照。

⁷⁵ C. EDWIN BAKER, MEDIA, MARKETS, AND DEMOCRACY 20-22, 223-24 (2002).

⁷⁶ *Id.* at 22-24, 224-25. すなわち視聴者が本当に望むソフトについて市場は不可知であり、製作者はこれを適切に供給できるとは限らない。

払い意思・能力がある視聴者数が多いほど、製作費を高く設定することができる一方、一人あたりの支払い価格は小さくなる。価格が同じであれば、消費者は一般により多くの資源が投入された、つまり高品質の商品を嗜好する。この結果、人口が多く、個人所得が高い米国市場では高額な製作費を投入した魅力あるコンテンツの作成とその低廉な供給が可能になり、それゆえに同国の文化コンテンツ産業は強みを有することになる⁷⁷。

実際、米国産映画の製作予算規模は莫大であり、群を抜いている。「スター・ウォーズ」(1977)に代表されるように、1970年代終盤にハリウッドは超大作(Blockbuster)主義に突入するが、このことが多数の有名俳優の起用やCG等の最新映像技術の多用によるコスト増を招いた⁷⁸。2007年時点でハリウッド映画の製作費は既に平均値で31万ドルに達し、2位のニュージーランドの倍以上になる⁷⁹。また、製作費の最高額レベルでは2億ドルから3億ドルに達し、対して例えば同じく映画製作に伝統のあるフランスでは数千万ドルのレベルに留まる⁸⁰。米国はこの多額の製作費用をほぼ国内上映・放映だけで賄うことができる⁸¹。

更に文化的・言語的差異を貿易障壁として海外サブ市場(例えばフランス語=フランス文化圏市場)が形成可能な場合、製作者はその規模も勘案できる⁸²。これもグローバル言語化した英語人口の多さから、ハリウッド映画に有利に作用する⁸³。

加えて内容面では、ハリウッド映画は「アクション、暴力、性的描写、そして大衆受けする製作内容(action, violence, sex, and slick production qualities)」を有し、「普遍的訴求性(universal appeal)」を帯びている。一般的に視聴者は、自身の言語で自身の文化的経験・社会的関心を扱うコンテンツに選好を有し、国内市場では国産コンテンツが競争力を有する。しかし輸出市場では、逆にこのようなローカル色の強いコンテンツは普遍的訴求性のあるものに劣り、特に米国産は高い製作費を費やした高品質なソフトが安価に供給

⁷⁷ *Id.* at 226; see also PATRICIA M. GOFF, LIMITS TO LIBERALIZATION: LOCAL CULTURE IN A GLOBAL MARKETPLACE 51 (2007); Wouters & de Meester, *supra* note 62, at 217-18. 非競合財であるAVコンテンツ1単位の投資リターンは、消費1単位あたりに生じる製作者の取り分の総計となり、このようにして固定費たる製作費が回収される。このモデルの下では最終的に固定費が決まるまでは固定費の水準は選択変数であるが、これは最終製品の視聴者への魅力が予算増により増加しうる事実を反映している。この時、製作者は追加的投資が追加的視聴収入と均衡する点まで1作品の製作費を増加させる。Lee & Wildman, *supra* note 72, at 394-96.

⁷⁸ 赤木昭夫『ハリウッドはなぜ強いのか』138-44頁(2003)、河島伸子『コンテンツ産業論—文化創造の経済・法・マネジメント—』60-62頁(2009)。

⁷⁹ Lee & Wildman, *supra* note 72, at 402.

⁸⁰ 現時点で史上最高額とされる「パイレーツ・オブ・カリビアン/ワールド・エンド(原題:Pirates of the Caribbean: At World's End)」(2007)の製作費は3億ドルとされており、以下米国映画製作費の上位10作は、いずれも2億ドルを超えている。Hollywood's Most Expensive, High Budget Movies, WORLD LIST MANIA, <http://www.worldlistmania.com/hollywood-most-expensive-budget-movies/>. 他方、フランスではAstérix aux jeux olympiques(2007、本邦未公開)こそ1億ドル超を記録したが、2位の「ロング・エンゲージメント(原題:Un long dimanche de fiançailles)」(2004)は5660万ドルと半分強にまで落ち込む。5000万ドルを超えるのはこの2作のみである。France's Most Expensive, High Budget Movies, WORLD LIST MANIA, <http://www.worldlistmania.com/frances-most-expensive-high-budget-movies/>.

⁸¹ 例えば前注の「パイレーツ・オブ・カリビアン」は、この収益構造を表す好例である。同作品の米国内興行収入3億940万ドルで、ちょうどその製作費3億ドルを国内市場で回収できたことがわかる。これに対して同作品の海外興行収入はその倍以上の6億5400万ドルであり、この部分が純利益になっている。Pirates of the Caribbean: At World's End, BOX OFFICE MOJO, <http://www.boxofficemojo.com/movies/?id=piratesofthecaribbean3.htm>.

⁸² Lee & Wildman, *supra* note 72, at 397.

⁸³ 河島前掲注(78)140-41頁、コーエン前掲注(48)123-28頁。英語コンテンツの広がりには視聴者の英語理解を促進し、更にこのことがコンテンツの受容をいっそう促進する自己強化的な(self-enforcing)システムを構築する。Wright, *supra* note 21, at 427-28.

される点と併せて全世界的に競争力を有する⁸⁴。

この点について田中[2008]は、コンテンツ産品が経験材として正の中毒性を有し、その貿易パターンは海外からのコンテンツ産品を低く評価する文化的割引と過去の貿易に影響を受ける履歴効果によって規定されると論じる。この結果、コンテンツ産品貿易は文化的近接性と過去の貿易の正の関数であると言えるが⁸⁵、このこともまた米国産コンテンツが大きな英語圏・西欧文化圏市場で比較的受け入れられやすく、またその普及によって海外視聴者が米国産コンテンツに親和性を持つことにより、いっそう米国産コンテンツの需要を高める自己強化的な好循環を説明する。

また、先に述べた公共財的性質による過小供給および独占的競争による非効率の解消には、価格差別が合理的となる。実際コンテンツ産品については「異なる窓口 (different windows)」、つまり異なる供給チャンネル毎に価格を変えることで、このような価格差別が一般的である⁸⁶。このような価格設定行動は国境で市場が分割されるため、国際貿易の文脈ではより妥当性を有する。上記のように特定コンテンツの追加的供給にかかる限界費用は限りなく小さいので、米国内市場で制作費が回収できれば、海外上映や海外向け二次利用 (有料テレビ放映、DVD 販売等) 向けに非常に低廉な価格でのコンテンツ輸出が可能となる⁸⁷。

米国の大きな市場規模は価格と制作費のみならず、映画の制作本数にも影響する。制作費回収が容易である市場には、より多くの製作者が参入する。このため多用なコンテンツが供給でき、結果として制作本数自体も増え、国際市場により多くの本数の映画を輸出できる⁸⁸。

更に、一般に文化産業には集積と規模の経済が作用することが指摘されているが⁸⁹、このことも上記の米国映画産業の競争力を説明する。「ハリウッド」として知られる映画産業クラスターについては、もはや説明を要しない⁹⁰。このようなクラスターの存在は、産業集積による規模の経済の条件としての専門分野のサプライヤーと共同労働市場の維持を意味し、

⁸⁴ BAKER, *supra* note 75, at 226-28. コーエン前掲注 (48) 155-59 頁も、内容の普遍性 (universality) による観客動員増を固定費 (制作費) 回収の観点から説明する。

⁸⁵ 田中鮎夢「文化的財の国際貿易: 課題と展望」4 頁 ((独) 経済産業研究所, RIETI Discussion Paper Series 08-J-007, 2008) <<http://www.rieti.go.jp/publications/dp/08j007.pdf>>。

⁸⁶ BAKER, *supra* note 75, at 37, 39-40. 例えば書籍ならハードカバー、ペーパーバック、電子書籍、そして映画なら劇場上映、有料ケーブルテレビ配信、DVD 販売・レンタル、インターネットのオンデマンド配信など。

⁸⁷ *Id.* at 225-26; see also John H. Barton, *The International Video Industry: Principles for Vertical Agreements and Integration*, 22 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 67, 85 (2004); Lee & Wildman, *supra* note 72, at 397. 但しコーエン前掲注 (48) 133-34 頁参照。国内市場における制作費回収については一般的であって米国映画に限定されたことではなく、また例えば欧州の映画料金設定において域内製と米国製に差はない、よってダンピング論は誤謬であるとされる。

⁸⁸ Lee & Wildman, *supra* note 72, at 397-98.

⁸⁹ Pierre Sauvé & Karsten Steinfatt, *Towards Multilateral Rules on Trade and Culture: Protective Regulation or Efficient Protection?*, in ACHIEVING BETTER REGULATION OF SERVICES, CONFERENCE PROCEEDINGS 323, 331-32 (Productivity Commission & Australian National University eds., 2000).

⁹⁰ 俳優、監督、脚本家、カメラ、照明、大道具・小道具、メイクなど職種ごとに構成されるユニオンにより組織化される技術者・専門家のプール、更には複雑な資金調達ノウハウや、配給、金融等の法務の専門家を擁している。赤木前掲注 (78) 72-76、157-67 頁。クラスターの形態は映画会社が専属契約でこうした専門家を抱え込んだかつてのスタジオシステムから、クリエイティブ部門の人材のみ準専属契約を結び、その他の技術職についてはハリウッド近在の独立プロダクションを使うより柔軟なプロジェクト方式を経て、更にはメジャーによる外部プロデューサーへの制作外注へと変わりつつある。河島前掲注 (78) 59、62-65 頁。

その外部性によって米国映画産業が競争優位を有する⁹¹。

米国映画産業は更に配給・宣伝でも強みを有する。20世紀前半のスタジオシステムの時代から、製作、配給、上映の垂直統合が行われ、現代では製作の外注により、メジャーの役割は資金調達と流通機構にシフトした⁹²。このような製作と流通の垂直統合は、一定の視聴者へのアクセスが保証されることによる大規模かつ確実性を持った固定費たる製作費の投入、一定の視聴者市場の囲い込み、コンテンツの広告手段の多様化など、メリットは大きい⁹³。また、メディア流通、特にケーブルテレビ・衛星放送システム統括会社（MSO）が提供する放送システムは、莫大な固定費を要する一方で追加的配信に限界費用が皆無であることから、コンテンツ製作同様に規模の経済性が働き、水平統合がコスト上の優位をもたらす⁹⁴。このため、ディズニーやタイム・ワーナーなどに代表される米国のメディア複合体（media conglomerate）は、垂直・水平統合により多様なメディア事業を包摂し、映画製作に加えて、劇場配給・上映はもとより、テレビ、ラジオ、出版、インターネット、関連グッズ販売まで含めて、他メディアでの配給・宣伝を一手に担う⁹⁵。特に映画産業の特性として、商品のような客観的な優劣が分かる機能性やメジャーによるブランド性がないため、他の商品（例えばソフトドリンク）とのタイアップも含む宣伝に多大なコストを投じ、1本ずつマーケティングを展開する必要がある⁹⁶。このような米国メディア複合体による流通事業の寡占化は、特にヨーロッパにおいては映画の小規模配給業者を競争上不利にしている⁹⁷。更にインターネットのコンテンツのデジタル化の普及は、メディア複合体による時間的制約のない常時体制での米国映画の国際的普及を可能にし、更に米国産コンテンツ供給を容易化させた⁹⁸。

最後に、政府支援がこうした優位を下支えする。映画産業は市場指向で成長してきた一方で、積極的に政治圧力として政府に働きかけ、これに応じて政府が側面支援を行ってきたことが指摘されている。具体的には、映画産業の垂直統合への独禁法適用回避、他国に比して緩やかな映画法の適用、通商政策（特にコンテンツ産品・AVサービス自由化と知的財産権強化）や外交による後押しなどが認められる⁹⁹。

2.3. コンテンツ産品の二重的性質と政府介入

前節では映画を中心に米国の市場支配の構造について簡単に俯瞰したが、他方でこのよう

⁹¹ P・R・クルーグマン/M・オブズフェルド『クルーグマンの国際経済学—理論と政策—原著第8版 上巻 貿易編』194-95頁（山本章子ほか訳、2010）。

⁹² 河島前掲注（78）59-60、62-66頁。

⁹³ Barton, *supra* note 87, at 79-80.

⁹⁴ *Id.* at 76-79.

⁹⁵ 赤木前掲注（78）65-72頁、河島前掲注（78）66-71頁。Goff, *supra* note 77, at 49-50; Barton, *supra* note 87, at 69-72; Wright, *supra* note 21, at 420-29, 433-40.

⁹⁶ 河島前掲注（78）142-44頁。

⁹⁷ Mary E. Footer & Christoph Beat Graber, *Trade Liberalization and Cultural Policy*, 3 J. INT'L ECON. L. 115, 137-38 (2000). 特にフランスの国内映画振興策は、流通を軽視したことで奏功しなかったとされる。Pager, *supra* note 39, at 81-82.

⁹⁸ Wright, *supra* note 21, at 428-29, 436-37.

⁹⁹ Bruner, *supra* note 39, at 411-17; Beverly I. Moran, *United States' Trade Policy and the Exportation of United States' Culture*, 7 VAND. J. ENT. L. & PRAC. 41, 49-50 (2004); Kevin Lee, Comments, "The Little State Department": *Hollywood and the MPAA's Influence on U.S. Trade Relations*, 28 NW. J. INT'L L. & BUS. 371 (2008).

な米国文化帝国主義論には一定の疑問が呈されている。例えばコーエン [2011]は、結局のところメディア製品の競争力は内容の普遍性に集約され、米国产コンテンツ自体も米国らしさを犠牲にしてこれを獲得する一方、映画以外のメディア製品（テレビドラマ、大衆小説など）についてはむしろ競争力はないと説明する¹⁰⁰。

「貿易と文化」問題に関する論考では、Voon [2007]が予算規模、本国市場の規模、内容の普遍的訴求性、あるいは英語人口といった米国優位の要因が必ずしも一般的な説明力を持たないことを、他のメディア製品生産国の例によって説明する¹⁰¹。更に同書は、文化浸食は米国产コンテンツに限られたことではなく、比較優位も動的であることから、もっぱら米国の文化帝国主義を前提とした政府介入の正当化に疑問を呈する¹⁰²。また、Burri-Nenova [2009]も、「アメリカ化」論は表層的であると批判するギデنزの所論を採用しつつグローバル化の性質に誤解があること、また、デジタル技術革新が多様性に与える影響にも誤解があることを指摘し、デジタル技術時代にはこのような市場の失敗論が変容しつつあることを指摘している¹⁰³。

米国の市場支配力に関する文化経済学上の論争に踏み込むことは筆者の能力および本稿の射程を著しく超えるため、以上の批判的見解の紹介にとどめるが、仮に米国市場支配論がコンテンツ産品貿易への介入に対する一般性のある正当化事由になり得ないとすれば、なおその合理性は他に求められなければならない。この点については、文化的財の正の外部性に求める見解が一般的である。一般に国産コンテンツ産品には、例えば地域言語の使用、地域の一般的な価値観の伝達、地域との紐帯の強化、国際的名声、国民の一体性およびアイデンティティなどの正の外部性が認められ、何より公共財として捉えられる文化多様性の具現化に貢献する¹⁰⁴。Baker [2002]は特にメディア産品について認められる幅広い外部性のカテゴリーを示すが、例えば世論形成や政治参加促進、視聴者のコミュニティ内他者との交流への影響¹⁰⁵、視聴者以外への文化的財供給に対する影響¹⁰⁶、特定集団の主張の普及などがこれに含まれる¹⁰⁷。

しかし通常はこうした正の外部性は視聴者の価格に反映されず、製作者が対価を得ることのない価値となることから、地域コンテンツは過小供給に陥る¹⁰⁸。また、地域視聴者が公共財として有用な地域コンテンツを積極的に消費すればその供給も増えることが期待されるが、外国（特に米国）製コンテンツを視聴する方が個人の効用が高い場合、集合行為間

¹⁰⁰ 例えば、テレビドラマ分野での米国の苦戦と南米産コンテンツの優位、ハリウッド映画における外国人俳優の活躍、またカナダの婦人向け大衆小説の米国内での高シェアなど。コーエン前掲注(48) 135-40頁。

¹⁰¹ 例えば低予算で魅力的な映画を製作するインド、小規模国であるがゆえに輸出依存で成功するエジプト、オランダ、ジャマイカ、また英語を母国語としながら海外映画市場に浸透できないカナダなど。VOON, *supra* note 22, at 44-48.

¹⁰² *Id.* at 48-50.

¹⁰³ Mira Burri-Nenova, *Trade Versus Culture in the Digital Environment: An Old Conflict in Need of a New Definition*, 12 J. INT'L ECON. L. 17, 33-34 (2009). デジタル環境での文化多様性と貿易については、本稿 7. で詳述する。

¹⁰⁴ VOON, *supra* note 22, at 50-53; Sauvé & Steinfatt, *supra* note 89, at 333-34.

¹⁰⁵ 例えば暴力的コンテンツが実社会内で暴力を誘発する場合。BAKER, *supra* note 75, at 46-47.

¹⁰⁶ 前掲注(74)に述べた非競争的性質に基づけば、コンテンツ産品は視聴者が増加すればそれだけ単価が下がり、他の潜在的な視聴者層を拡大できる。*Id.* at 47-48.

¹⁰⁷ *Id.* ch.3.

¹⁰⁸ *Id.* at 42; *see also* VOON, *supra* note 22, at 51-53.

題が発生する¹⁰⁹。

他方で輸入コンテンツも正の外部性をもたらす。ある文化圏にとっては外生的な自由、平等、民主主義などをもたらし、そのようなコンテンツは権威主義的支配層の無力化を実現するかもしれない。「アラブの春」におけるインターネットの役割や中国や北朝鮮が執拗に継続するインターネットの検閲・遮断はこのことを雄弁に物語る。したがって、輸入コンテンツ規制の妥当性は内容ベースの判断であり先験的に是非を議論することはできない。しかし一般的にはコンテンツ製品の国際的成功は普遍的訴求性に依存することは上記のとおりであり、そのかぎりにおいてこれらには娯楽的要素の強いものが多い。仮にその流入によって国産コンテンツの供給・消費が圧迫され、周辺化されることは、全体として社会的損失を生む¹¹⁰。

このような正の外部性は、「貿易と文化」問題の文脈において、文化的財・サービスが有する経済的・文化的側面のいわゆる二重的性質 (dual nature) として表される。文化的財・サービスは娯楽として知的消費に供されるだけでなく、同時に様々な意見、思想、価値観を媒介することで、言論の自由の前提条件たる多様な情報源および情報発信手段として機能する。また、媒介される価値観やアイデンティティは、特に多民族国家にとっては、人種・民族を越えた国民の一体性を高めるとされる¹¹¹。このことは文化多様性条約第 1 条(g)でも明示的に確認されており、文化的財・サービスには、たとえ大衆文化であれ、「個性、価値観及び意義の伝達手段 (vehicle of identity, values and meaning)」としての独自の意義が認められる。

更にこのような外部性を踏まえたコンテンツに対するコミュニティの選好については、そもそも支払い意思を重視する市場が正しくこれを提示できるという前提にも疑問が呈される。加えて、国・人によりコンテンツの善悪、つまりは外部性の正負の判断は異なり、主観的である。この結果、コンテンツに対する選好、ひいてはその表明のあり方 (expression) も、当該コミュニティの構成員による民主的決定に委ねることが妥当である¹¹²。

これらのことからコンテンツ製品市場に対する一定の政府介入が妥当性を有することになるが、文化多様性条約もこの必要性を明示的に認めており、まず権利・義務の一般規則を定める第 5 条第 1 項において国際法の原則と人権に従い、文化政策の策定・実施、文化多様性保護・促進策の採用、そして国際協力の主権的権利を再確認している。また同第 2 項は文化多様性保護・促進措置は同条約に適合すべきことを定める。

具体的な権利は第 6 条に規定されているが、特に第 2 項に例示的に 8 つの措置が規定されている。同項(a)は文化多様性保護・促進の規制措置 (regulatory measures) について規定するが、極めて一般的な文言であるところ、少なくとも法律など一定の法的性質と様式を備え、執行力のある措置を想定していると解される¹¹³。続く(b)は国内の文化的活動・物品・サービスに機会 (opportunities) を与える措置につき規定する。元々この文言は原案の“space”を置き換えたものであり、何らかの市場アクセス制限を示唆するものとして解され、

¹⁰⁹ Sauvé & Steinfatt, *supra* note 89, at 335-36.

¹¹⁰ BAKER, *supra* note 75, at 236-37.

¹¹¹ GOFF, *supra* note 77, at 43-47; VOON, *supra* note 22, at 39-41; Christoph Beat Graber, *The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to the WTO?*, 9 J. INT'L ECON. L. 553, 554 (2006).

¹¹² BAKER, *supra* note 75, at 234, 241-43.

¹¹³ EXPLANATORY NOTES, *supra* note 61, at 184-85.

映写時間割当（スクリーンクォータ）、更には一部 GATT 第 11 条・GATS 第 14 条の規律に服する市場アクセス規制が想定されている¹¹⁴。(c)は独立の文化産業に物品・サービスの生産、配布等の手段に「効果的なアクセス」を提供する措置である。これは何らかの規制（regulation）を用いた支援策であると解され¹¹⁵、生産だけでなく普及・流通に言及していることから、水平・垂直統合の濫用や反競争的行為などの市場支配力のある企業のボトルネックの問題にも及ぶ¹¹⁶。これに対して次の(d)、すなわち公的資金援助の提供は、補助金・相殺措置（SCM）協定の規律にかかる補助金と目下ドーハラウンド交渉のアジェンダとなっているサービス補助金を含む¹¹⁷。(e)は非営利団体、公私の機関、文化専門家による文化活動、物品・サービスの交流・流通の促進等を規定する。通商関連措置としては、規制措置、資金支援、国家企業の利用が一形態として想定される¹¹⁸。(f)の公共団体設立、(g)の芸術家支援はより通商との関係は薄い措置だが、やはり規制措置や補助金が想定できる¹¹⁹。(h)はメディア多様性確保、特に公共放送に関する規定で、ローカルコンテンツや文化的要素（例えばコンテンツの主題、使用言語、製作者・出演者の国籍等）によるテレビ放映時間枠の設定が挙げられる¹²⁰。

更に第 8 条によれば、消滅の危機等の「特別な事情」が存在する場合、文化的表現の保護のために「すべての適当な措置」を取ることができる。第 7 条等運用指針の第 8 条に対する指針パラ 3 によれば、同条は即効性のある短期の措置、既存の政策の改変など、非常に一般的なマンドートによって極めて広い政策裁量を与えている。ただ、いずれにせよ、先に述べたように文化交流の自由等に関する規定があることから、同条を保護主義的に濫用することは許容されない¹²¹。

他方、唯一の実体的義務として、第 7 条に文化的表現促進措置に関する規定が置かれている。第 1 項は、特に女性、少数民族等の独自の文化的表現の創造等およびこうした文化的表現へのアクセスについて、また自国（および他国）の文化的表現へのアクセスについて、それぞれを奨励する環境創出の義務を規定する。第 2 項は芸術家や支援組織等の貢献と文化多様性育成におけるこれら中心的な役割の認識について規定する。具体策としては、第 7 条等運用指針の第 7 条に対する指針パラ 2 に、ベスト・プラクティスとして著作権を含む文化分野での立法措置、資金支援、当事国の権利行使のための国際協定等が挙げられている。

しかし、以上の規定は、いずれも拘束力も実施のための細則もなく、実効性に乏しいと評価される¹²²。まず、文化多様性条約第 6 条・第 8 条は単なる権利付与に過ぎない。また同第 7 条の義務規定も、努力義務（「・・・よう努める（shall endeavour to...）」）であり、

¹¹⁴ *Id.* at 185-87.

¹¹⁵ Jan Wouters & Bart De Meester, *Cultural Diversity and the WTO: David versus Goliath?*, in PROTECTION OF CULTURAL DIVERSITY, *supra* note 27, at 85, 106.

¹¹⁶ Neuwirth, *United in Divergency*, *supra* note 57, at 839-40.

¹¹⁷ Wouters & De Meester, *supra* note 115, at 106-9; EXPLANATORY NOTES, *supra* note 61, at 190-93.

¹¹⁸ Wouters & De Meester, *supra* note 115, at 110.

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ *Id.* at 110-11.

¹²¹ EXPLANATORY NOTES, *supra* note 61, at 238.

¹²² Burri-Nenova, *supra* note 56, at 54-59; Graber, *supra* note 111, at 563-64; Hélène Ruiz Fabri, *Games within Fragmentation: The Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, in THE WORLD TRADE ORGANIZATION AND HUMAN RIGHTS: INTERDISCIPLINARY PERSPECTIVES 191, 208-10 (Sarah Joseph et al eds., 2009).

かつ努力を求められる行為もあくまで環境の創出や認識であって、具体的行為ではない。これらはソフトローとして強制的義務を伴うものではなく、むしろ「政治的拘束力 (a politically binding) を有する文化政策手段の一式」と理解される¹²³。結局のところ明確な実体的義務を紛争解決手続によって執行力を担保して実施できない文化多様性条約では、WTO 内部における文化多様性支持国の交渉ポジションの強化には帰結しない¹²⁴。

もっとも、これはある意味必然でもある。Cao [2007]によれば、文化が冷戦後のアイデンティティの政治の文脈で国際法の中心的課題となった一方、国際法は文化について踏み込んで規律しない。これは、文化がある集団の独自性を意味するとすれば、文化が独自性を主張する一方で国際法が普遍性を追求する双方の性質の違いに由来する¹²⁵。このような理解に立てば、文化多様性条約の実体規定が権利付与に留まることは、いわば必然と言える。

いずれにしても、文化多様性保護・促進策が授権と努力義務によって規定される文化多様性条約においては、結局のところいかなる措置が取られるかは、当事国の裁量に委ねられる。以下に示すように、こうした措置は、例えば映写時間のスクリーンクォータ、ラジオ・テレビ放映の国産コンテンツ使用義務、国内映画産業に対する多様な補助金支出、映画興行収益に対する税制優遇など、多岐に及ぶ (表 1)。

表 1 文化多様性保護・促進措置の類型 (例示)

類型	具体的措置・実例
補助金	直接的な製作費の補助、製作スタッフ育成、海外配信 (字幕等) の補助、文化コンテンツ製作・配給・支援機関の設立 (ex. 加 NFB、CBPDP/仏 CNC/各国国营放送)
国産コンテンツ要求	国産ラジオ・テレビ番組・オンデマンドコンテンツへの一定時間放送枠の割当 (EU 国境なきテレビ指令・視聴覚サービス指令)、各国国際共同製作協定に基づくコンテンツ要求
市場アクセス制限	スクリーンクォータ、国産映画上映による興行収入税の還付、海外映画の吹替禁止・許可制 (特にスペイン語圏)、レーティング (ex. 米 MMPA 「PG13」 「X」 等)
事業免許規制	外資系企業への放送事業免許発給制限
税制措置	映画産業振興課税 (興行収入、放送収益、ソフト)、外国産コンテンツに対する差別課税 (ex. 加スプリットラン (Split-run) 雑誌)
知財保護	媒体への私的録音録画補償金制度
投資規制	メディア・文化コンテンツ産業への外資参入規制
国境措置	映画輸入のタイトル数制限、高関税
共同製作協定	協定当事国の製作者間の共同製作および成果物の映画については、それぞれ国産品としての利益を均霑される
競争政策	メディア複合体形成を促進するための適用緩和 (米国)、加盟国公共放送事業への一部適用除外 (EU)

[出典：各種先行業績を基に筆者作成¹²⁶]

¹²³ EXPLANATORY NOTES, *supra* note 61, at 209-10.

¹²⁴ Keith Acheson & Christopher Maule, *Convention on Cultural Diversity*, 28 J. CULTURAL ECON. 243, 252-53 (2004).

¹²⁵ Lan Cao, *Culture Change*, 47 VA. J. INT'L L. 357, 371-76 (2007).

¹²⁶ 本表は基本的に Footer & Graber, *supra* note 97, at 122-26 を基礎として作表した。そのうえで、特にオーストラリア、カナダ、EU、韓国、米国を中心に、各国の AV 産品・サービスをめぐる国内文化保護・振興措置の類型と具体例について、以下を参照のうえ補足した。KEITH ACHESON & CHRISTOPHER MAULE, MUCH ADO ABOUT CULTURE: NORTH AMERICAN TRADE DISPUTES pt.2 (1999); GOFF, *supra* note 77, at 65-82,

しかし他方で、同時に文化的財・サービスは経済的価値を有し、市場で取引・消費される商品としての側面を有する。前節の議論から明らかなように、特にコンテンツ商品は米国にとっては最大の輸出利益を有する商品のひとつである。従って、米国を中心としたコンテンツ輸出国にとっては、文化的財の貿易も競争的な国際市場においては特別な位置づけを与えられることなく、WTO ルールに従い、比較優位論に裏付けられた自由かつ無差別な貿易取引の対象となり、上記の米国の支配的地位はあくまでも消費者の選択の結果とされる¹²⁷。このような主張は欧州やカナダを中心とした文化多様性保護・促進派の主張と大きな隔たりがあることは言うまでもない¹²⁸。

また、政府介入の一般的妥当性は認めるにしても、外部性の存在は常に介入を正当化するわけではなく、例えば対象産業の過剰な拡大、また正の外部性を上回る差別的・制限的措置によるコストなどが懸念される¹²⁹。Baker [2002]によれば、特に上記のように輸入コンテンツ商品に正の外部性が認められる場合、その外部性の評価はむしろ国内の政治体制の判断には委ねない方が、このような輸入コンテンツ商品の流入が独裁者あるいは支配的エリート層の弱体化に資する点において、社会の構成員の大多数にとって利益になる¹³⁰。また同書は、文化を博物館的文化¹³¹と対話的文化¹³²に分け、両者に対する政策対応は異なると説明する。すなわち、後者が目指すコミュニティの社会的・文化的・民主的対話の手段の維持には国内文化産業の温存は不可欠であり、そのための通商介入には正統性が認められるが、前者の意味での文化保持のための介入は、外国産文化を排除することで、むしろ開放・参加型の民主的・大衆的な選択に反するものと捉えられる¹³³。

3. 文化保護をめぐる GATT・WTO 紛争史

101-24; ANNA HEROLD, EUROPEAN FILM POLICIES IN EU AND INTERNATIONAL LAW: CULTURE AND TRADE-MARRIAGE OR MISALLIANCE? ch.1 (2010); PERRY KELLER, EUROPEAN AND INTERNATIONAL MEDIA LAW: LIBERAL DEMOCRACY, TRADE, AND THE NEW MEDIA 455-71 (2011); Graber, *supra* note 111, at 554-55; Carolyn Hyun-Kyung Kim, *Building the Korean Film Industry's Competitiveness: Abolish the Screen Quota and Subsidize the Film Industry*, 9 PACIFIC RIM L. & POL'Y J. 353 (2000); Milim Kim, *The Rule of the Government in Cultural Industry: Some Observations from Korea's Experience*, 33 KEIO COMM. REV. 163 (2011); Adrian McDonald, *Down the Rabbit Hole: The Madness of State Film Incentives as a "Solution" to Runaway Production*, 14 U. PENN J. BUS. L. 101, 123-34 (2011); Moran, *supra* note 99, at 47-48; Pager, *supra* note 39, at 75-124; Claire Wright, *Hollywood's Disappearing Act: International Trade Remedies to Bring Hollywood Home*, 39 AKRON L. REV. 739, 751-54, 852-61 (2006).

¹²⁷ 米国の主張を体系的に要約したものとして、Moran, *supra* note 99, at 47-48 を参照。同稿は更に米国にとってのソフト・パワーとしての意義を付加している。

¹²⁸ KELLER, *supra* note 126, at 452; Bruner, *supra* note 39, at 355-57; Sauvé & Steinfatt, *supra* note 89, at 326-28; Wouters & de Meester, *supra* note 62, at 216.

¹²⁹ VOON, *supra* note 22, at 53-54.

¹³⁰ BAKER, *supra* note 75, at 234-35.

¹³¹ 正確には「博物館、商品、あるいは工芸品 ("museum," "commodity," or "artifact")」としての文化であり、静的、過去重視、コンテンツ指向の文化の捉え方を言う。極端な例として、例えばアボリジニやフランス人の生活様式を、そのまま標本のように保存することを挙げている。Id. at 249-50.

¹³² 正確には「思想伝達あるいは対話 ("discourse" or "dialogue")」としての文化であり、「参加 (participation)」が文化の中心となる。文化的財は話し手であるコミュニティの構成員と聞き手である他の構成員との対話の手段であり、このような理解の下では文化は過去指向ではなく、必然的に「生きた営み (a living practice)」となる。Id. at 250-52.

¹³³ Id. at 255-56, 260-61.

仮に一定の文化的特性を有する産品を区別し優遇する、あるいはそのような特性に合致しない産品を差別し制限するとすれば、このことは無差別・自由な貿易を標榜する GATT・WTO 体制の法的規律との間に緊張関係を生むことは不可避である。実際、「貿易と文化」問題は多国間貿易体制の中で長い歴史があり、今日まで折りに触れて GATT・WTO 体制において主要加盟国間の関心事項であり続けた。これらの点については既に多くの先行業績で触れられているところであり¹³⁴、本節では本稿の議論の前提として簡単に整理するに留めたい。

文化的財の二重的性質に着目して取引を制限する議論の歴史は古く、古代ローマ法や 15 世紀のローマ教皇勅書でも扱われているが¹³⁵、AV コンテンツ産品についてはこの問題の発端は 1920 年代にまで遡る。当時米国産ハリウッド映画の競争力を懸念した英、仏、澳、伊などのヨーロッパ諸国、英語圏のオーストラリア、また非英語圏でもブラジルが、1920 年代から 30 年代初頭にかけて、一部外国映画の輸入規制と併せて、国内における国産映画のスクリーンクォータを導入した¹³⁶。更に戦後のイギリスは、米国産映画への支払いによる国際収支への悪影響、国内映画産業保護などを理由に、GATT 締結交渉中の 1947 年に米国産映画に 75%もの高関税を課すといったより明白な保護主義的措置を導入した。この措置はハリウッドによる対英映画輸出のボイコットを招き、最終的には英国内での米国映画収入につき一定の兌換・送金規制を設けることで、関税撤廃に合意した¹³⁷。

他方、先に触れた同時期の IICI による 2 本の映画条約は¹³⁸、その文化的内容ゆえにむしろ貿易自由化を促し、コンテンツ産品の正の外部性を最大限発揮させんとしたものである。しかし 1947 年の締結に際して GATT に継承されたのは国内映画産業保護の関心であり、その第 4 条にスクリーンクォータに関する内国民待遇の例外が挿入された。古典的な GATT 解説書である Jackson [1969]は、起草史に鑑みて、この GATT 第 4 条は経済よりむしろ文化政策上の関心を投影していると評している¹³⁹。

GATT1947 発効後は、この GATT 第 4 条も含め、各国の自国文化保護・促進措置との緊張関係が顕在化する事案がいくつかあった。これらの案件については以下に取りまとめた(表 2)。

¹³⁴ GATT/WTO 体制におけるコンテンツ産品・サービスを中心とした「貿易と文化」の相克に関する歴史については、以下を参照。河野俊行「文化多様性と国際法—オーディオ・ビジュアル産業をめぐる貿易摩擦を素材として— (一) ~ (二・完)」『民商法雑誌』第 135 巻第 1 号 58 頁以下所収/同第 2 号 287 頁以下所収 (2006)、須網隆夫「貿易と文化—市民的・社会的価値と経済的価値の調整」『転換期の WTO—非貿易的関心事項の分析』第 9 章 (小寺彰編、2003)。HEROLD, *supra* note 126, at 269-78; KELLER, *supra* note 126, at 471-74; Footer & Graber, *supra* note 97, at 116-22; Hahn, *supra* note 38, at 522-23; Neuwirth, *supra* note 29, at 236-42.

¹³⁵ Rostam J. Neuwirth, *The Future of the 'Culture and Trade Debate': A Legal Look*, 47 J. WORLD TRADE 391, 394-95 (2013).

¹³⁶ 主要国のスクリーンクォータの歴史については、以下を参照。Quotas and Levies, TERRA MEDIA, http://www.terramedia.co.uk/media/film/quotas_and_levies.htm. 同サイトの調査では、当時のドイツ国 (ヴァイマル共和国) が 1921 年に導入したものが最古である。

¹³⁷ IAN JARVIE, HOLLYWOOD'S OVERSEAS CAMPAIGN: THE NORTH ATLANTIC MOVIE TRADE, 1920-1950, ch.7 (1992).

¹³⁸ 前掲注 (57) および本文対応部分参照。

¹³⁹ JOHN H. JACKSON, WORLD TRADE AND THE LAW OF GATT 293 (1969).

表 2 GATT・WTO における文化関連紛争

当事国または申立国／被申立国	事件名	年	重要関連文書	概要
米、加、英、独、仏、日ほか	テレビ放映時間割当	1961	L/1741 (WG 報告書)	GATT 第 4 条のテレビ番組に対する適用可能性を作業部会で検討。両論併記の報告書のみで結論に至らず。
米国／EEC	国境なきテレビ指令	1989	DS4/1, DS4/3, DS4/5 (米国協議要請書)	EEC は域内テレビ放映における娯楽番組の 51%を域内産とすることを要求。GATT 第 22 条協議を行うも不調。ウルグアイラウンドサービス交渉へ持ち越される。
米国／カナダ	雑誌	1997	WT/DS31/R (パネル報告書) / WT/DS31/AB/R (上級委員会報告書)	同一誌で本国版・カナダ版を有するいわゆるスプリットラン雑誌の輸入禁止、差別課税等。加はパネル・上級委員会にて敗訴し、その後勧告履行。
米国／トルコ	外国映画興行収入に対する課税	1997	G/L/177, WT/DS43/3 (解決合意の通報)	外国映画上映収入にのみ 25%の課税。土が差別解消に合意し、WTO に通報。パネル報告に至らず。
EC／カナダ	映画配給規制	1999	S/L/53, WT/DS117/1 (協議要請書)	加の外国投資ガイドラインが外資映画配給の事業参入を制限。加の規制に異議を唱えていた欧州 Polygram 社が加 Seagram によって買収されたことで事態は収束 ¹⁴⁰ 。公式に解決の通報はなし。
米国／中国	出版物・AV 製品に関する規制	2009	WT/DS363/R (パネル報告書) / WT/DS363/AB/R (上級委員会報告書) / WT/DS363/19 (了解覚書交換の通報)	出版物、音楽・AV ソフトの輸入禁止、輸入品差別、流通サービスに関する外資系企業差別等。中国はパネル・上級委員会にて敗訴。2012 年 5 月に映画に関する履行につき米中両国で了解覚書を交換したことを DSB に通報。中国としては履行完了との立場を表明する一方、米国はこの了解覚書を多としながらも、最終解決はもたらされていないとの立場を表明。

GATT において「貿易と文化」問題が初めて具体的に紛争化したのは、1960 年代の欧州諸国のテレビ放映時間枠をめぐる米欧紛争である。映画から本格的なテレビ時代に移行するこの時期、米国と欧州数カ国間において、テレビ放映時間割当に対する GATT 第 4 条の適用可能性について作業部会を設け、継続的に議論したが、両論併記以上の結論は得られなかった。更に 1989 年の EEC (当時) による「国境なきテレビ指令 (The Television without Frontiers Directive)」¹⁴¹のローカルコンテンツ要求に関する GATT 適用可能性について、

¹⁴⁰ Footer & Graber, *supra* note 97, at 136.

¹⁴¹ Council Directive 89/552, on the Coordination of Certain Provisions Laid Down by Law, Regulation or Administrative Action in Member States Concerning the Pursuit of Television Broadcasting Activities, 1989 O.J. (L298) 23. なお、この 1989 年指令は数度の改正がなされた後、2010 年指令により置き換えられている。Council & European Parliament Directive 2010/13/EU, on the Coordination of Certain Provisions Laid Down by Law, Regulation or Administrative Action in Member States Concerning the Provision of Audiovisual Media Services (Audiovisual Media Services Directive), 2010 O.J. (L 95) 1.

米国が紛争を付託した。この問題はウルグアイラウンドにおける AV サービスの取り扱いに場を移して討議されたが、文化例外条項 (*exception culturelle*) の挿入について合意に至らず¹⁴²、結局サービス約束のポジリスト方式を採用のうえ、AV 分野に関する約束は極めて限定的となった¹⁴³。

その後、WTO 発足直後の 1997 年には、早くも最初の「貿易と文化」案件である米加の雑誌輸入制限および課税について上級委員会の判断が示され、その後更にトルコやカナダの外国映画上映に対する差別的規制に関する 2 案件が WTO に付託されたが、これらはパネルの結論を得ずに解決に至った。最近では、中国の検閲に関する出版物・AV 製品の輸入・流通規制についてパネル・上級委員会が中国の違反を認める判断を示し、中国による DSB 勧告履行が進んでいる。

他方で 2001 年開始のドーハラウンドの膠着については改めて触れるまでもないが、その中でとりわけ AV 分野の自由化は難航している¹⁴⁴。EU は現行でも実質的な約束はしていないものの、漸進的自由化義務 (GATS 第 19 条) や通信技術の発達により AV サービスについては依然不安を抱えているため一貫してセクター全体の例外化を主張しており、むしろコンテンツの電子的配信への GATT 適用を主張する米国との見解の相違は甚だしい¹⁴⁵。また、EU は 2013 年春から実質開始の複数国間によるサービス貿易協定 (TISA) 交渉においても相変わらず AV 分野の交渉対象化には消極的であり¹⁴⁶、欧州議会は文化多様性に対する関心から AV サービスを交渉対象外とする決議を採択した¹⁴⁷。なお、WTO 外の交渉だが、TISA と平行して議論されている米・EU 間の環大西洋貿易投資パートナーシップ (TTIP) 交渉については、フランスの強い意向を反映して、既に EU は AV 分野を欧州委員会の交渉マニフェストから外している¹⁴⁸。

¹⁴² 文化例外条項をめぐるウルグアイラウンドの議論については多くの論考が刊行されているが、さしあたり以下を参照。Sandrine Cahn & Schimmel Daniel, *The Cultural Exception: Does It Exist in GATT and GATS Frameworks? How Does It Affect or Is It Affected by the Agreement on TRIPS?*, 15 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 281 (1997); Thomas M. Murray, *The U.S.-French Dispute over GATT Treatment of Audiovisual Products and the Limits of Public Choice Theory: How an Efficient Market Solution Was Rent-Seeking*, 21 MD. J. INT'L L. & TRADE 203 (1997); Frederick Scott Galt, Note, *The Life, Death, and Rebirth of the Cultural Exception in the Multilateral Trading System: An Evolutionary Analysis of Cultural Protection and Intervention in the Face of American Pop Culture's Hegemony*, 3 WASH. U. GLOBAL STUD. L. REV. 909 (2004).

¹⁴³ WTO の Service Database (<http://tsdb.wto.org/default.aspx>) によれば、2013 年 6 月末現在で、約束表項目 02.D (AV サービス) で何らかの約束を行っている国は 33 カ国に過ぎず、同項目下部の 6 分野全てについて約束しているのは、中央アフリカ、アルバニア、米国のみである。

¹⁴⁴ ドーハラウンドにおける AV サービスの概況については、Martin Roy, *Audiovisual Services in the Doha Round "Dialogue de Sourds, The Sequel" ?*, 6 J. WORLD INVESTMENT & TRADE 923 (2005) を参照。

¹⁴⁵ KELLER, *supra* note 126, at 474-76.

¹⁴⁶ *U.S., EU at Odds over Audiovisual Services in Plurilateral Negotiations*, INSIDE U.S. TRADE, Mar. 29, 2013, at 3.

¹⁴⁷ European Parliament Resolution of 4 July 2013 on the Opening of Negotiation on a Plurilateral Agreement on Services, P7_TA(2013)0325. TISA 交渉一般については、Pierre Sauvé, *A Plurilateral Agenda for Services?: Assessing the Case for a Trade in Services Agreement (TISA)* (NCCR Trade Regulation, Working Paper No 2013/29, 2013), available at http://www.nccr-trade.org/fileadmin/user_upload/nccr-trade.ch/wp2/publications/TISA_P_Sauve.pdf を参照。

¹⁴⁸ General Secretariat of the Council, Directives for the Negotiation on the Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States of America (June 17, 2013), available at WORLD TRADE ONLINE, www.insidetrade.com; Memo, European Commission, Member States Endorse EU-US Trade and Investment Negotiations (June 14, 2013). See also *Mandate Text Makes Future Negotiations on Audiovisual Services Unlikely*, INSIDE U.S. TRADE, June 21, 2013,

こうした紛争は、後に述べるように基本的にコンテンツ製品の物的特性に起因するものである。本稿では WTO の原則が、かかる文化的財の特性を踏まえ、文化多様性確保のための文化的財の差別化を十分に包摂できる規範構造を備えているかどうかに着目し、WTO 協定における文化多様性概念の位置づけを明らかにする。もっとも、上記のようにこれらの措置の範囲は物品貿易に関係するものに限定しても極めて多岐にわたり、特に個別制度の詳細を踏まえてこれらを議論することは、本稿の射程を大きく超える。従って、本稿では上記の文化多様性保護・促進策につき、コンテンツ製品の二重的性質に基づき文化的要素を理由として産品間差別を行うその本質的な差別性に焦点を当て、WTO 協定の中心的な原則である無差別原則（最恵国待遇・内国民待遇原則）との抵触に限って次節に論じる¹⁴⁹。

4. 文化多様性保護・促進策の内在的差別性

4.1. 文化多様性保護・促進策と最恵国待遇・内国民待遇原則

文化多様性条約はこうした文化的財の二重的性質を拘束力のある国際合意において明示的に認知したことにより、文化的価値に関する国際法の欠缺解消に一定の貢献があったと評価されている¹⁵⁰。また、通商レジームの観点から見ても、WTO の枠外のこうした試みは WTO 協定の改善と 150 を超える加盟国の多様性に応える「安全弁」を提供し、WTO に対する西欧資本主義支配の批判をかわすことでその正統性を支持すると評価される¹⁵¹。しかし他方で、文化的財の経済的側面を司る WTO 協定では、同様の認識は少なくとも明示的には共有されていない。たしかに前述のように文化多様性条約は権利付与と努力義務から成り立っているが¹⁵²、その授權に従って取った措置が国内産品あるいは特定国産品優遇に帰結する場合、GATT/WTO 体制の根幹をなす無差別原則との矛盾が顕在化する。

無差別原則、すなわち GATT 第 1 条および第 3 条第 2 項・第 4 項に体现される最恵国待遇および内国民待遇は、端的に言えば、産品として同種であれば、その他の条件、とりわけ原産地にかかわらず平等の待遇を与えることを意味する。他方で、上記のように、文化多様性保護・促進の論理はとりもなおさず明白な特定国原産コンテンツ優遇の論理である。前述の対話的文化、つまり社会の構成員がそのアイデンティティや価値観を醸成する対話の手段として捉えられる文化については、地域社会の文化産業が存在しなければ語り手の発信手段がなく、政治的見解の多元性、ひいては実効的な民主主義を維持できない。従って、発信の主体に着目し、国ないしは特定地域の文化的コミュニティを指定した差別にならざるを得ない¹⁵³。

このような場合も含めて、特に文化多様性条約第 6 条第 2 項(b)および(c)に規定されるよ

at 13; “*Cultural Exception*” Proves Early Sticking Point in EU-US Pact Preparations, BRIDGE WKLY., Apr. 25, 2013, at 7.

¹⁴⁹ 本稿 2.3 に検討した文化多様性条約の関連規定および各国の実施措置は、先に見たように市場アクセス、補助金に関する WTO 協定上の規律について多くの課題を提起する。補助金については有効な政策オプションとして本稿 6.1 に言及するが、これらの論点についての詳論は稿を改めることとしたい。

¹⁵⁰ Graber, *supra* note 111, at 564-65.

¹⁵¹ Joost Pauwelyn, *The UNESCO Convention on Cultural Diversity, and the WTO: Diversity in International Law-Making?*, ASIL INSIGHTS, Nov. 15, 2005, <http://www.asil.org/insights051115.cfm>.

¹⁵² 前掲注 (113) ~ (124) および本文対応部分参照。

¹⁵³ VOON, *supra* note 22, at 54-56.

うに、文化振興措置が明確に自国文化産業・文化的財優遇措置（あるいは外国産文化的財に対する差別的措置）として規定される場合、「法律上の差別（*de jure* discrimination）」¹⁵⁴として GATT 第 3 条違反を構成する¹⁵⁵。特にコンテンツ製品の文脈では、中国・出版物および AV 製品関連措置事件パネルにより、もっぱら新聞・定期刊行物が輸入品であるがゆえに流通規制の対象とした措置は GATT 第 3 条第 4 項違反とされている¹⁵⁶。

また文化多様性条約第 12 条(e)は国際協力の一環として「共同制作及び共同配布の協定」の締結を奨励している。例えばフランスは 40 カ国超の国々とかかる協定を締結しており、これに基づき共同製作に様々な公的助成が付与される¹⁵⁷。また、最近の EU 韓 FTA¹⁵⁸では、AV コンテンツの共同製作やアーティストの一時滞在の円滑化などを定めた文化協力議定書を別途締結している。これらの協定に基づく助成・税制や上映・放映に関する優遇は協定締結相手国に限定して行われるものであり、「法律上の差別」¹⁵⁹として GATT 第 1 条違反を構成する¹⁶⁰。特に共同製作映画のスクリーンクォータによる優遇についても、GATT 第 4 条がもっぱら内国民待遇の例外でしかないと、こうした措置を正当化しない¹⁶¹。

更に文化多様性条約第 14 条は、途上国の持続可能な開発・貧困削減のための支援を文化部門の創出によって行うことを規定する。各号の規定は(a)文化産業育成、(b) キャパシティ・ビルディング、(c)技術移転、(d)資金支援の 4 つの方法を示している。物品貿易に関しては、特に(a)のうち、(iii)世界市場・国際的配布網へのアクセス促進、(iv)先進国内のアクセス促進が GATT 第 1 条に適合しない可能性がある。また、(vi)の先進国・途上国協力も上記の共同製作・共同配布協定同様に GATT 第 1 条違反の懸念を惹起する。「文化多様性条約第 14 条に対する運用指針」¹⁶²パラ 6.1 が定める文化産業育成の例示的な措置にも、先進国・途上国間の文化物品の交流促進、文化協力を通じた途上国内市場育成、共同製作・共同配布協定が含まれ、これらの措置は GATT 第 1 条第 1 項に抵触する途上国産品の市場アクセス優遇の供与を構成しうる。この点をより明確にしているのは文化多様性条約第 16 条であり、途上国・先進国間の文化交流のため途上国の文化的物品の優遇を先進国に義務づける。

¹⁵⁴ Panel Report, *Chile – Taxes on Alcoholic Beverages*, ¶ 7.155, WT/DS87/R, WT/DS110/R (June 15, 1999) (“The prior systems through the Transitional System have imposed dissimilar taxation to all products not called “pisco.” Pisco is a term limited to certain Chilean production according to Chilean law. . . . The New Chilean System eliminated the *de jure* discrimination in these systems. . . .”).

¹⁵⁵ Tania Voon, *Substantive WTO Law and the Convention on the Diversity of Cultural Expressions*, in THE UNESCO CONVENTION, *supra* note 29, at 273, 277-78; Wouters & De Meester, *supra* note 115, at 103-6.

¹⁵⁶ Panel Report, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, ¶¶ 7.1492-7.1498, WT/DS363/R (Aug. 12, 2009).

¹⁵⁷ 各国の製作協力協定の概況については、以下のサイトを参照。「海外製作情報」（公益財団法人ユニジャパン）<<http://j-pitch.jp/production/>>。

¹⁵⁸ Free Trade Agreement, E.U.-Kor., Oct. 6, 2010, 2011 O.J. (L 127) 6.

¹⁵⁹ Appellate Body Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, ¶ 78 n.70, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R (May 31, 2000) (“[M]easures which, on their face, discriminated on a strict “origin” basis, so that, at any given time, either every product, or no product, of a particular origin was accorded an advantage.”).

¹⁶⁰ Voon, *supra* note 155, at 278-79; Wouters & De Meester, *supra* note 115, at 117.

¹⁶¹ HEROLD, *supra* note 126, at 298-99. 文脈として GATT 第 3 条第 10 項を参照すると同第 4 条は内国民待遇の例外であることが明記されているが、同様の規定は GATT 第 1 条には設けられていない。

¹⁶² *Articles 14 of the Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: Operational Guidelines*, available at http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Conv2005_DO_Art_14_EN.pdf.

当該規定に基づく優遇措置は明確な原産地別差別を構成する。

これらの途上国向け条項に基づく国内措置については、まず授權条項の範囲内における措置に留まるか否かが重要となる¹⁶³。ただし、授權条項はその注 2 によって 1971 年のウェイバーに特惠の定義を求めるが、このことは基本的に特惠が関税特惠であることを意味し¹⁶⁴、それを超えた有利な待遇の供与を許容するものとは解せない。その他 WTO 協定下の各附属書に散見されるいわゆる「特別な、差異のある待遇」(S&D) 条項も、特定の文化多様性保護・促進措置に適合した例外が存在しない場合、適用は困難である¹⁶⁵。

また、「文化多様性条約第 16 条に対する運用指針」¹⁶⁶パラ 3.4 は、多国間・地域・二国間の通商協定を用いてこのような南北協力を実現することを提言している。具体的な試みとしては、例えば CARIFORUM・ECEPA における文化附属書は南北型 RTA においてこの第 14 条の協力を実施した事例があるが¹⁶⁷、これも市場アクセスにかかる文化特惠を GATT 第 24 条例外の範囲に包摂する試みと言える。ただし、GATT 第 24 条において GATT 違反が許容されるのは FTA・関税同盟の形成を妨げる範囲の義務に限定されており¹⁶⁸、第 24 条第 8 項のそれぞれの定義を参照するかぎり、域内通商障壁の撤廃に伴う差別を超えた特定国産品の市場アクセス優遇を包摂するものとは解せない。このかぎりにおいて、これらの例外が文化多様性条約第 14 条・第 16 条にかかる措置を包摂するか否かについては、懐疑的にならざるを得ない。

他方、文化多様性確保のコンテンツ製品の差別は、このように明白な原産地の指定によらず、コンテンツが有するその他の特徴に関する客観的基準によっても設定できる。ひとつの極論だが、そもそも異なる国民文化に根ざすものである以上、原産地の異なるコンテンツ製品はその特性として同種たり得ないと論じられる¹⁶⁹。より具体的には、例えばカナダ・雑誌事件において競合関係にある米国編集の雑誌とカナダ編集の雑誌は、同じカテゴリーの雑誌（例えばニュース雑誌）を取っても、カナダの地域事情に関する情報を含まないなど、地域的に異なる視点で編集された雑誌はいかなる要素においても同種たり得ないとされる¹⁷⁰。この議論は原産地という地理的基準を文化的要素に置き換えて区別を試みているが、結局のところ明確に原産国区分に結びつく差別であり、実質は「法律上の差別」に近い。

より差別として巧妙な方法を取るとすれば、特定の言語、文化的題材（例えば特定宗教や特定地域・時代の歴史）、その他コンテンツの内容に関する要素（例えば監督等製作者や出

¹⁶³ Wouters & De Meester, *supra* note 115, at 112-13.

¹⁶⁴ Decision of the CONTRACTING PARTIES, Generalized System of Preferences, L/3545, (June 25, 1971), GATT B.I.S.D. (18th Supp.) at 24 (1972).

¹⁶⁵ Voon, *supra* note 155, at 287-88.

¹⁶⁶ *Articles 16 of the Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: Operational Guidelines*, available at http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Conv2005_DO_Art_16_EN.pdf.

¹⁶⁷ Economic Partnership Agreement, CARIFORUM States-EC, Protocol III on Cultural Cooperation, Oct. 20, 2008, 2008 O.J. (L 289/I) 3, 1938-41. 概要については EXPLANATORY NOTES, *supra* note 61, at 383-86, 441-54 を参照。

¹⁶⁸ Appellate Body Report, *Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, ¶¶ 46-50, WT/DS34/AB/R (Oct. 22, 1999).

¹⁶⁹ Hahn, *supra* note 38, at 549.

¹⁷⁰ Richard L. Matheny, III, Comment, *In the Wake of the Flood: “Like Products” and Cultural Products after the World Trade Organization’s Decision in Canada Certain Measures Concerning Periodical*, 147 U. PA. L. REV. 245, 263-64 (1998).

演者、原作など)による基準を設け、例えば映画料金、DVD ソフトあるいは書籍等の購入について消費税額を減額する、放映時間枠やスクリーンクォータを設定するような場合、表面的には原産国差別ではない。このような措置は先に述べた博物館的文化を保護していると言えるが、例えば当該指定言語使用国が実質的に自国あるいは他の数ヶ国に限定される場合、あるいは宗教的価値観のような原産国と強い紐帯を示す文化的題材を基準とする場合には、結局のところ国産および特定外国産コンテンツ製品の優遇につながり、「事実上の差別 (*de facto discrimination*)」¹⁷¹を生ぜしめる可能性が残る¹⁷²。例えば先に触れた文化多様性条約第 6 条(e)~(h)の措置は、明白な特定国産・外国産コンテンツ製品の優遇に帰結する措置を明示しているわけではないが、最恵国待遇・内国民待遇原則に反して運用されうる可能性が示唆される¹⁷³。

この「事実上の差別」の検討においては、複数のコンテンツ製品が同種もしくは直接的競争・代替可能な製品であるか否かが問題となるが、これは言語や文化的主題といった特性に依存するか否かにより決せられる。製品の同種性および直接的競争・代替可能性に関する議論については、既に WTO 紛争解決手続において先例の集積による一定の基準が形成されていることは、広く知られている。この基準は条文により範囲に若干の変動はあるものの、基本的に物理的特性、最終用途、消費者の嗜好、関税分類の 4 要素を中心に共通性が認められ、相互に競争関係があれば、複数の製品は同種もしくは直接的競争・代替可能と見なされる¹⁷⁴。

4.2. 文化多様性保護・促進策と「同種の製品」および直接的競争・代替可能製品の概念

4.2.1. 物理的特性としての文化的要素

同種および直接的競争・代替可能製品の判断において、文化的要素の差異は、伝統的な 4 要素の中では物理的特性として位置づけられる。ただし、物理的特性の差異は常に製品の差別化を許すわけではない。知覚可能な明確な差異であっても往々にして無視されることがあり、逆に極めて微細な差異であっても重大な意味を与えられることもありうる。この点については、最近のフィリピン・蒸留酒税事件上級委員会は、協定中併存する「同種の製品」要件のなかでも狭いとされる¹⁷⁵GATT 第 3 条第 2 項第 1 文に関する判断においてさ

¹⁷¹ Panel Reports, *Philippines – Taxes on Distilled Spirits*, ¶¶ 7.86-7.89, WT/DS396/R, WT/DS403/R (Aug. 15, 2011) (“De jure, the Philippines’ excise tax is in principle origin-neutral as the lower tax for spirits De facto, however . . . all distilled spirits produced in the Philippines enjoy the lower tax rate, while the vast majority of spirits imported into the Philippines are . . . subject to . . . higher tax rates.”); Panel Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, ¶¶ 10.37-10.45, WT/DS139/R, WT/DS142/R (Feb. 11, 2000) (“[T]he question arises whether such a measure can be considered to give rise to *de facto* discrimination between like products originating in the territories of different Members We therefore consider that . . . the limitation of the availability of the import duty exemption to certain manufacturers . . . discriminates as to the origin of products . . .”).

¹⁷² VOON, *supra* note 22, at 56-57. もっとも、結局文化的要素と原産地が密接に関連しており、更に政府が適切に保護すべき文化的要素を特定する能力に乏しいこと、一定の指定された文化以外の発展を阻害し創造力を損ないかねないことから、明確な原産地別の保護の方が文化政策の観点から望ましい。また、文化多様性支持の国々では、文化的要素ではなく原産地別の保護が行われる傾向にある。 *Id.* at 58-59.

¹⁷³ Wouters & De Meester, *supra* note 115, at 109-11.

¹⁷⁴ この点について最新事案まで含めた判例の展開は、PETROS C. MAVROIDIS, *TRADE IN GOODS 273-77* (2nd ed., 2012)を参照。

¹⁷⁵ Appellate Body Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R,

え、同種性の決定には製品間の競争関係や代替可能性の高さが重視され、時に物理的差異は決定的ではないことを示唆する¹⁷⁶。従って、問題はコンテンツ製品の文化的差異が競争関係に影響を与える物理的差異たりうるか否かであり、以下にこれを条文毎に検討する。

なお、同種性に関する議論については GATT 第 3 条においてその蓄積が大きく、同第 1 条はこれを文脈として議論する必要がある。よって、本稿では条文の順序と逆に、前者から検討する。

GATT 第 3 条第 2 項第 1 文：本項の同種の製品の検討において、日本・酒税事件パネルは特に物理的特性の共有を重視した¹⁷⁷。また、フィリピン・蒸留酒税事件上級委員会は、原材料の違いにもかかわらず、国産蒸留酒はむしろ輸入蒸留酒に似せて製造されており、酒類の味、香り、色、口当たりといった官能特性 (organoleptic property) について差別化が見られないことを理由に、これらの製品を物理的特性において同一と見ている¹⁷⁸。本件上級委員会は、他方で最終製品の競争関係に根本的に変動を来さないかぎり、物品の差異は同種性に影響しないと説示しているが¹⁷⁹、これらの説示を併せて勘案すれば、官能特性が競争関係に影響を与えれば、製品として同種たり得ない可能性を示唆する。

酒類において物理的特性としての官能特性が嗜好性を決定づけるとすれば、文化的要素の差異はコンテンツ製品において嗜好性を決定づける。特に AV コンテンツについていえば、映像や音楽、使用言語は五感の一部である視覚・聴覚に直接訴えかける点で、文化的要素そのものが官能特性と言える。その意味では、使用言語や文化的主題といった特性が異なる結果、複数のコンテンツ製品の競争関係に影響が生じる場合、第 3 条第 2 項第 1 文の下では同種ではないと認める余地が生じる。

これがどの程度の範囲の差異であるかについては、日本・酒税事件における焼酎とウォッカの比較が示唆に富む。本件パネルは物理的特性の共有を理由として焼酎とウォッカに緊密な競争関係を認めたが、これは麦を使用し連続式蒸留器により純化し、透明で無個性な風味の甲類焼酎に限った議論と言える。実際のところ乙類は米、芋、そば、糖蜜などが原材料に使われ、単式蒸留器による一回蒸留のためその風味が強く残り、ウォッカとは官能特性において著しく異なる¹⁸⁰。パネルはこの違いを明確に認識しつつも、基本的には甲種と汎用品ウォッカの間に認められる一般的な代替可能性と物理的特性の類似を理由に、乙

WT/DS11/AB/R (Oct. 4, 1996), WTO D.S.R. (1996: D), at 97, 112-14.

¹⁷⁶ Appellate Body Reports, *Philippines – Taxes on Distilled Spirits*, ¶¶ 119-120, WT/DS396/AB/R, WT/DS403/AB/R (Dec. 21, 2011).

¹⁷⁷ Panel Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, ¶ 6.22 (July 11, 1996).

¹⁷⁸ *Philippines – Distilled Spirits* (AB), *supra* note 176, ¶¶ 126-128.

¹⁷⁹ *Id.* at ¶ 125.

¹⁸⁰ ウォッカとの代替性が認められるのは、複数回の蒸留により純度が高く、味が無個性で、カクテルベースに使用されるいわゆるホワイトリカーと云われる汎用品を含む、甲種焼酎である。『甲類と乙類』焼酎の分類学『焼酎 SQUARE』(日本蒸留酒増組) <<http://www.shochu.or.jp/whats/kouotsu.html>>、「甲類焼酎・乙種焼酎の違い」『本格焼酎と健康の関係性』<<http://syoutyu.arigatoune.com/001/ent269.html>>。また、この点は議論にならなかったが、他方でパネルはウォッカにも多様な品種がある事実も捨象している。域内の論争(「ウォッカ戦争」)を経て、EU は 2008 年以降麦に加えて、ジャガイモはおろか、ぶどうやサトウキビを用いた場合も、原材料の表示があれば「ウォッカ」と称することを正式に認めており、域内では習慣的に多様な材料からなる高アルコール度数の蒸留酒がウォッカに含まれてきたことが分かる。Council & European Parliament Regulation 110/2008, 2008 O.J. (L 39) 16. *See also* David Charter, *Britain Gets to Call the Shots after Vodka Victory*, TIMES (London), June 20, 2007, at 21; *Europarlament Votes for Loose Definition of Vodka*, BALTIC NEWS SERVICE, June 19, 2007.

種を含む焼酎全体とウォッカを同種の産品と認定した¹⁸¹。上級委員会はこの判断を支持している。

このかぎりにおいて、官能特性に代表される嗜好性にかかわる物理的特性については、さほど重視されないことが窺える。特に AV ソフトにおける言語の差は字幕や吹き替えによって簡単に解消可能であり、競争関係に殆ど影響しないことは、英語を公用語としない国々でアメリカ映画が莫大な興行収入を上げていること、また、そうであればこそ非英語圏諸国でさえも自国コンテンツの保護・優遇を試みることに鑑みれば、経験則的に明白である。

GATT 第 3 条第 2 項第 2 文：仮に文化的要素を物理的特性と認め、この点で異なる産品を同種とせず第 2 項 1 文において課税差別は許容するとしても、なお同項第 2 文は直接的競争・代替可能産品である輸入品に対して国産品に保護を与える課税差別を禁止している。したがって、文化的要素の差異にもかかわらず、異なるコンテンツ産品に競争関係を認めることができれば、第 2 文違反を構成する可能性がある。

直接的競争・代替可能産品の範囲は当然同種の産品より広く、その意味では、第 1 文では見過ごせないような官能特性も第 2 文では捨象される。例えば韓国・酒税事件パネルは、酒類の色、香り、濾過方法の差異はさほど重要ではなく、代替性に影響はないとした上で、同様に蒸留されボトリングされていることから、韓国産ソジュは、ウイスキー、ジン、ラムなど幅広い輸入蒸留酒と物理的特性において差異はないと結論付けている¹⁸²。対して第 1 文の同種の産品の文脈で極めて類似した判断を求められた日本・酒税事件パネルは、原材料や添加物による色、味、香りの違いゆえに、国産焼酎はウイスキー、ジン、ラムなどと同種ではないと判断した¹⁸³。このかぎりでは、直接的競争・代替可能産品においては、嗜好性を決定づける物理的特性はさほど重視されないように理解できる。

しかしながら、正にコンテンツ産品である雑誌について検討したカナダ・雑誌事件上級委員会は、一定の読者層によるジャンルにより雑誌を区切る可能性を示唆し、文化的要素による産品の区別の裁量を一定程度与えている¹⁸⁴。したがって、一定のジャンル形成をもたらし、当該ジャンル外の産品と競合関係を生じさせないような文化的要素でコンテンツ産品を区分するような場合、文化多様性保護・促進措置は直接的競争・代替可能産品の差別を構成しない可能性がある。ローカルの情報媒体としての雑誌は、同一ジャンル内でも米国製と代替性に乏しいとされるが、この点について本件上級委員会は、本件の文脈において国産・輸入コンテンツの区分が差別化を生まない理由を十分に説明していないとして、批判される¹⁸⁵。

¹⁸¹ *Japan – Alcoholic Beverages (Panel)*, *supra* note 177, ¶¶ 2.2, 6.22-6.23. パネルが引用する 1987 年の GATT パネルの見解は明確に甲種と特定してウォッカ等との同種性を認めているが、自身の認定においては甲種・乙種の区別なく、焼酎一般とウォッカが同種であると判断している。

¹⁸² Panel Report, *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages*, ¶¶ 10.66-10.67, WT/DS75/R, WT/DS84/R (Sept. 17, 1998).

¹⁸³ *Japan – Alcoholic Beverages (Panel)*, *supra* note 177, ¶ 6.23.

¹⁸⁴ Tsai-Yu Lin, *Exploring the Link between Trade and Cultural Protection in the Context of Anti-dumping*, 42 J. WORLD TRADE 563, 573-74 (2008). 上級委員会は雑誌一般については例えばビジネス・経済誌、家庭雑誌、スポーツ誌が混在しており、それぞれのジャンル毎に緊密な競争関係があることを認める一方、これらが全て競争関係にあるわけではないとしている。Appellate Body Report, *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/AB/R (June 30, 1997), WTO D.S.R. (1997: I), at 449, 473.

¹⁸⁵ Ivan Bernier, *Trade and Culture*, in I THE WORLD TRADE ORGANIZATION: LEGAL, ECONOMIC AND POLITICAL ANALYSIS 747, 758 (Patrick Macrory et al. eds., 2005); Carmody, *supra* note 32, at 301-4;

しかし他方で、例えば単に言語や文化的主題といった基準での区分は、芸術映画、娯楽映画、アニメといったジャンル形成に至らないこともありうる。このかぎりでは、これらの文化的要素は国産・輸入コンテンツと直接的競争・代替可能性を否定する物理的特性としては、決定的ではあり得ないことになる。

GATT 第3条第4項：非税制措置に関する内国民待遇を規定した同項についても、商品の同種性の判断にコンテンツの差異を勘案できる。中国・出版物およびAV製品関連措置事件パネルは、中国の一定の輸入書籍に対する販売規制が部分的に禁止コンテンツを含むか否かによる差別であるところ、この点に米国が触れなかったことをもって、輸入書籍と国産書籍を同種とする米国の主張を退けた¹⁸⁶。言い換えれば、このことはパネルが同種性の判断にコンテンツが関係すると理解していることを示唆する。

第4項の「同種の産品」の競争関係に関する考え方は、第2項第2文の直接的競争・代替可能産品と共通するものと解される。EC・アスベスト規制事件上級委員会の説示によれば、第4項の「同種の産品」は直接的競争・代替可能産品と区別して規定する第2項第1文のそれよりも広く解すべきで、直接的競争・代替可能産品とほぼ同様の外延を有するものと解されていることが窺える。同上級委員会は、第4項の文脈では、物理的特性の差異が消費者嗜好において商品の競争関係に影響を及ぼす場合、これを勘案することを示唆している¹⁸⁷。

仮に上記第2項第2文に関する議論のアナロジーがここでも通用するとすれば、言語や文化的主題等の物理的特性の差異が例えばジャンルの差異に帰結し、競争関係に影響することが求められる。そのような差異を形成しない文化的内容が異なる複数のAVソフトは、第4項の下で同種と考えられる。

GATT 第1条第1項：同項においては、「同種の産品」の解釈について第3条ほど十分な先例の蓄積はないが、「同種の産品」が直接的競争・代替可能産品との対比によって規定されていないことから、第3条第2項第1文のそれと同様に制限的に解することの妥当性には疑問が残る¹⁸⁸。むしろ、第3条第4項に準じて広く解さなければ、一定の内国民待遇が保証される範囲の産品について、外国間であれば原産地別差別が自由になるという不都合な結果を生じる。仮に第3条第4項に準じて同種の産品を解釈すれば、残余の議論も前段に述べた内容に準じる。

第1条については、ガット時代の1981年のスペイン・未焙煎コーヒー関税事件GATTパネルが、嗜好品であるコーヒーの同種性を論じている。同パネルはコーヒーの種類およびそれに伴う味・香りの違いは農産物として当然のこととして、敢えてこの差異を無視した。パネルはむしろ最終用途や市場での販売形態によってコーヒーが「明確に定義された単一の産品 (well-defined and single product)」を構成することに着目し、包括的にこれを同種の産品としており¹⁸⁹、嗜好性の強い産品であってもやはり一定の競争関係の成立する範

Matheny, *supra* note 170, at 266.

¹⁸⁶ *China – Publications and AV Products* (Panel), *supra* note 156, ¶¶ 7.1490-7.1491.

¹⁸⁷ Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, ¶¶ 87-99, 117-125, WT/DS135/AB/R (Mar. 12, 2001).

¹⁸⁸ MICHAEL TREBILCOCK ET AL., *THE REGULATION OF INTERNATIONAL TRADE* 71-72 (4th ed. 2012); Donald McRae, *MFN in the GATT and the WTO*, 7 *ASIAN J. WTO & INT'L HEALTH L. & POL'Y* 1, 13-14 (2012).

¹⁸⁹ Panel Report, *Spain – Tariff Treatment of Unroasted Coffee*, ¶¶ 4.4-4.9, L/5135 (Apr. 27, 1981), GATT B.I.S.D. (28th Supp.) at 102 (1982).

囲の産品を同種と見ている。

総括：以上の議論からは、先例はいずれの条文においても物理的特性を一定程度重視しつつも、競争関係に決定的な意味を与えて、産品の同種性および直接的競争・代替可能性を画定していることが窺える。このかぎりにおいては、産品間の競争関係に影響しないかぎり、文化的要素に起因するコンテンツ産品の物理的特性の差異は無視されるであろう。

とりわけコンテンツ産品は、元来ジャンル内の製品差別化が細かく（例：音楽コンテンツをアーティストで選択、映像コンテンツを製作者や出演者で選択など）、個人の嗜好性が強く顕れる。このため、文化的特性が消費者嗜好に与える影響に拘泥すれば、際限ない産品の細分化が生じる。特にインターネット時代のコンテンツ産品市場では、コンピュータやデジタル機器の低価格化によるコンテンツ供給の参入障壁低下、棚取り戦争に代表される流通・在庫コストの低下、および検索エンジンやユーザーレビュー機能等による需要と供給の一致の容易化が、いわゆるロングテール (long tail) 効果を生み、いっそう多様なニッチ商品の供給をもたらす¹⁹⁰。こうしたロングテールは特にコンテンツ産品の生産・流通に顕著に見られる傾向である。

このような極度に細分化された産品の特性による差別化を無条件に受け入れるとすれば、「同種の産品」の解釈が一定の競争関係が成立する市場の過度な矮小化に墮し、規制に基づく差別を助長することによって、無差別原則の無意味化や関税譲許の潜脱のおそれを生ぜしめる¹⁹¹。上記のとおり、コンテンツ産品と同様に嗜好性が顕著な産品について、日本・酒税事件やスペイン・未焙煎コーヒー関税事件といった先例が特に愛好者の立場からは決定的と思われる物理的差異をむしろ敢えて捨象してきたのは、従来からこの危険性を十分に理解していたものと思われる。

4.2.2. 文化的要素と消費者嗜好の関係

文化多様性保護・促進の観点からは、とりわけ知的消費財の選好には、同種および直接的競争・代替可能産品の検討 4 要素のうち消費者嗜好の重視が主張される¹⁹²。コンテンツ産品が極めて嗜好性の高い産品である以上、この部分に最も文化的差異が投影されると考えるのは、妥当である。この消費者嗜好は 4 要素の中で GATT1947 末期ないし WTO 初期のパネル・上級委員会の判断において軽視され、経済的要因に重きが置かれていることが、文化多様性の観点から批判されてきた¹⁹³。しかし、上記のとおり一連の先例は同種の産品の画定についても競争関係を重視しており、その後の EC・アスベスト規制事件上級委員会はこの競争関係の画定にとっては消費者嗜好が重要であることを認めている¹⁹⁴

¹⁹⁰ ロングテール理論、特にコンテンツ産品のニッチに関する概略は、クリス・アンダーソン「ロングテール『売れない商品』を宝の山に変える新戦略 [アップデート版]」第 1 章および第 4 章（篠森ゆりこ訳、2009）を参照。また、ロングテール理論の基本的要素は、その初出である Chris Anderson, *The Long Tail*, 12 WIRED, Oct. 2004, at <http://www.wired.com/wired/archive/12.10/tail.html> に集約されている。

¹⁹¹ 無制限に細かい産品定義が無差別原則の義務を迂回する懸念については、JOHN H. JACKSON, *THE WORLD TRADING SYSTEM: LAW AND POLICY OF INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS* 151 (2nd ed. 1997) を参照。

¹⁹² Carmody, *supra* note 32, at 276; Hahn, *supra* note 38, at 550; Lin, *supra* note 184, at 575-76.

¹⁹³ Carmody, *supra* note 32, at 269-77. 例えば日本・酒税事件パネルは、アルコール飲料の飲み方に関する極めて一般的な柔軟性を理由に、伝統的な消費者の習慣 (traditional consumer habit) を無視する。*Japan – Alcoholic Beverages* (Panel), *supra* note 177, ¶ 6.23 n.103.

¹⁹⁴ *EC – Asbestos* (AB), *supra* note 187, ¶ 123.

もっとも、消費者嗜好が重視されるにしても、そのことは必ずしも輸入国の伝統的な文化的嗜好をそのまま受け入れ、異なる文化的背景を有する製品の区別を支持することを意味しない。先例に鑑みると、コンテンツ製品の差別的な優遇措置を導入した場合、むしろパネル・上級委員会は歴史的に培われた現状の文化的嗜好を問題の措置により歪曲されたものと評価し、むしろこれを軽視する可能性が指摘される¹⁹⁵。そもそもコンテンツ製品を含む文化的財は、正の中毒に特徴づけられる経験財（*experience goods*）である。そのため、個人資本・社会資本の十分な蓄積がない場合、海外文化が低く評価されることになり、それが貿易阻害要因となる¹⁹⁶。この前提に立てば、特に海外コンテンツへの制限的な規制がこのような傾向を助長するものと解され、被申立国が主張する消費者嗜好の現況を鵜呑みにすることは、客観的な競争関係評価の観点から合理性を欠く。

経験財である酒類を扱った韓国・酒税事件パネルは、GATT 第 3 条第 2 項第 2 文の直接的競争・代替可能製品の検討において、この点を明確にしている。同パネルは問題の差別的税制により消費者の選好が国産中心のソジュに偏向していることから、現状の国産ソジュと輸入酒との競争関係をそのまま評価することに否定的な姿勢を示し、潜在的競争関係を評価した。更に経験財である酒類についてはその変化が遅いことを認識のうえで、同パネルは、代わって税制による価格差が是正された近い将来を想定し、そこでの競争関係を検討している¹⁹⁷。

4.3. 差別の客観的意図と効果

もっとも、同種および直接的競争・代替可能製品の差別だけで、無差別原則違反を構成するわけではない。同種の国産品・輸入品の課税格差を一切許さない GATT 第 3 条第 2 項第 1 文¹⁹⁸を除き、他の条文は措置が保護主義的な差別を企図したものか否かを検討する要件を定めている。これらの解釈において文化多様性の保護・促進の政策目的を勘案する可能性を検討しておきたい。

GATT 第 1 条第 1 項：最恵国待遇は「即時かつ無条件」に与えられるとされる一方、パネル段階ではあるものの、同項の目的に照らして原産国別差別に帰結しないかぎり条件の付与が許容されるとの判断が、カナダ・自動車事件で示されている¹⁹⁹。上級委員会はこの点を明確に支持あるいは取り消していないが、仮にこの解釈に依拠しても、言語、文化的主

¹⁹⁵ VOON, *supra* note 22, at 77-78. See also *EC – Asbestos (AB)*, *supra* note 187, ¶ 123; *Japan – Alcoholic Beverages (Panel)*, *supra* note 177, ¶ 2.7 (citing GATT Panel Report, *Japan – Customs Duties, Taxes and Labelling Practices on Imported Wines and Alcoholic Beverages*, ¶ 5.13, L/6216 (Oct. 13, 1987), GATT B.I.S.D (34th Supp.) at 83, 123-25 (1988)).

¹⁹⁶ 田中前掲注 (85) 3 頁。河島前掲注 (78) 140-41 頁によれば、これは「文化ディスカウント」と称される現象であり、ハリウッド映画は広く先進国に普及する英語・西洋文化に依拠するため、この「文化ディスカウント」が小さい。このことが、前掲注 (82) ~ (83) および本文対応部分に触れたハリウッド映画の海外サブ市場での競争力の源泉と言える。

¹⁹⁷ *Korea – Alcoholic Beverages (Panel)*, *supra* note 182, ¶¶ 10.47-10.50, 10.87-10.92. 上級委員会もこの判断を支持している。Appellate Body Report, *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages*, ¶¶ 112-127, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R (Jan. 18, 1999).

¹⁹⁸ GATT 第 3 条第 2 項第 1 文は輸入品に対して同種の国産品を「こえる (in excess of)」課税を禁止しており、このため僅少の課税格差をも許されないと解されている。*Japan – Alcoholic Beverages (AB)*, *supra* note 175, at 115.

¹⁹⁹ *Canada – Automotive (Panel)*, *supra* note 171, ¶¶ 10.22-10.24.

題、製作者の国籍などを基準とし、原産地別の差別待遇に結び付きやすい文化多様性保護・促進措置は、同項に不適合となる可能性が高い。

GATT 第3条第2項第2文：同附属書 I 「注釈及び補足規定」中の「第三条について」により、一方の産品と他方の直接的競争・代替可能産品に「そのように課税されない (not similarly taxed)」、つまり両者に課税格差がある場合、違反とされる。従来判例はこの格差が僅少差 (*de minimis*) を超えることを禁止してきたが²⁰⁰、僅少差をも許さない同第1文と比較して、この第2文は一定の政策裁量を加盟国に与える。ただし、これまでの第2文違反の案件においては課税格差が大きく、どの程度これが許容されるかは先例より明白ではない。

僅少差は結局のところ個別事実に依存して決まるものと思われるが、問題のコンテンツ産品が、顕在・潜在的にかかわらず、上記で既に直接的競争・代替可能であると認められている以上、この競争関係を阻害する実効性のある税制優遇を導入することは許されないと解される。いずれにしても、その意味で実効的な国産コンテンツ産品の保護・促進を確保する措置は取れないことになる。

次に第2文の場合は、「前項に定める原則」、つまり GATT 第3条第1条に定める内国税等を「国内生産に保護を与えるように・・・適用してはならない」との原則に反することを禁じているので、その適合性も問題になる。この点につき上級委員会は一貫して税制の「意図、設計、および明らかになった(=隠された)構造 (design, architecture, and revealing structure)」によって、措置の客観的意図を検討しているが、これまでの事案は課税格差の大きさと輸入品への負担の偏在をもって保護主義的意図を認定している²⁰¹。文化的要素に基づく文化多様性保護・促進措置は国産コンテンツ優遇に結び付きやすいことから、この要件を反する傾向にある。更に、カナダ・雑誌事件を見るかぎりでは、当該措置がカナダの文化的表現保護の観点から自国出版産業保護を意図したものであるとする政府高官の発言が引用され、むしろ保護主義的意図の証左として採用されている²⁰²。したがって、文化多様性条約、特に第6条は自国文化保護の権利を保障するので、同条約への言及もむしろ保護主義の主観的意図を推認されるおそれがある。

GATT 第3条第4項：同項の「不利でない待遇」要件への抵触は、輸入品群の競争条件が国産品群より不利に改変されていることを意味する²⁰³。更にドミニカ共和国・タバコ関連措置事件上級委員会の説示より、当該要件への違反には、かかる悪条件が何らかの他の要因・状況ではなく、外国原産に起因していることが求められる²⁰⁴。

しかしながら、米国・丁字タバコ関連措置事件において、米国はこの説示に基づき、パネル・上級委員会には、輸入品の競争条件の悪化に加え、更にそれが外国原産に関係するかどうかの検討も求められると主張したが、上級委員会はこれを退けた。同上級委員会は、ド

²⁰⁰ *Japan – Alcoholic Beverages* (AB), *supra* note 175, at 118-19.

²⁰¹ *Id.* at 120.

²⁰² *Canada – Periodicals* (AB), *supra* note 184, at 475-76.

²⁰³ *EC – Asbestos* (AB), *supra* note 187, ¶ 100.

²⁰⁴ Appellate Body Report, *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, ¶ 96, WT/DS302/AB/R (Apr. 25, 2005) (“[T]he existence of a detrimental effect on a given imported product resulting from a measure does not necessarily imply that this measure accords less favourable treatment to imports if the detrimental effect is explained by factors or circumstances unrelated to the foreign origin of the product. . .”).

ミニカ共和国・タバコ関連措置事件の説示は輸入品の競争条件の悪化が問題の措置に係るか否かを議論したに過ぎないと指摘し²⁰⁵、悪化の原因が外国原産の事実であるか否かを追加的に検討したと理解していない。加えて、同上級委員会は、直近のタイ・タバコ税制事件上級委員会が、「不利でない待遇」要件の判断には問題の措置と輸入品の競争機会への悪影響の「真正な関係 (a genuine relationship)」を要求し、かかる悪影響が原産地あるいは他の要因によるものかの追加的な判断は控えていると説明している²⁰⁶。

ドミニカ共和国・タバコ関連措置事件の上級委員会の説示は、あくまで差別が原産地別に起きているか否かだけではなく、それが他の要因、つまり場合によっては正当な政策目的を有する規制の結果たる差別であれば、当該要件に不適合とはならないと解される²⁰⁷。仮にそうだとすれば、文化多様性保護・促進措置の結果たる差別も、原産地ではなく文化的要因に起因するものとして、許容される可能性が残されよう。しかし、米国・丁字タバコ関連措置事件上級委員会は、結局のところパネル・上級委員会は輸入品が国産品に比して競争条件において不利に取り扱われているか否かのみを判断すると述べているため、文化多様性保護・促進を含む政策目標を勘案する余地を閉ざしたとも解せる²⁰⁸。

総括：以上のことから、現状では文化多様性保護・促進措置が製品の原産地別差別に帰結するかぎりにおいて、GATT 第 1 条、第 3 条の保護主義的な意図・効果を検討する各要件への適合性を確保することは困難である。この点はウィーン条約法条約第 31 条第 3 項(c)により文化多様性条約を WTO 協定の解釈にどの程度参照できるかにも依存するが、5.4.に後述のように、その可能性も限定的である。

文化多様性保護・促進策はその性質上原産地別差別から自由になれず、後に 5.1.に説明するように文化関連の例外が相当限定されている WTO 協定においては、このテストを貫徹すれば、いかなる方途をもってしても国際的に広く認知された政策目標を体制内に包摂することが困難になる。特にカナダ・雑誌事件のような商業ベースの個別産業保護を超えて、例えば先住民族・少数民族の文化や少数話者言語の保護、多言語国家における言語教育、伝統技能・芸能の維持・継承など、より純然かつ中核的な文化的課題²⁰⁹が問題となる場合、

²⁰⁵ 詳しくは、ホンジュラスはボンドの単位当たりコストが輸入品の場合に高いのは、ドミニカ共和国のボンド要求措置自体に起因すると主張した。これに対して上級委員会は、この事態はむしろ同国産タバコのドミニカ共和国国内でのシェアの小ささに起因すると認定し、ホンジュラス産タバコの競争上の不利は問題のボンド要求が原因ではないと説明している。

²⁰⁶ Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, ¶ 179 n.372, WT/DS406/AB/R (Apr. 4, 2012) (citing Appellate Body Report, *Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*, ¶ 134, WT/DS371/AB/R (June 11, 2011)); *Dominican Republic – Import and Sales of Cigarettes* (AB), *supra* note 204, ¶ 96.

²⁰⁷ Tsai-Yu Lin, *Exploring a Modest Balance for Trade in Tobacco, Anti-Tobacco Smuggling and Health Concerns in Light of the Dominican Republic-Cigarettes Case*, 3 ASIAN J. WTO & INT'L HEALTH L. & POL'Y 309, 323-26 (2008).

²⁰⁸ この点については下記ブログにおける識者の議論を参照。Questions on Impact of Cloves on GATT National Treatment, <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2012/04/questions-on-impact-of-cloves-on-gatt-national-treatment.html> (Apr. 6, 2012).

²⁰⁹ 一例として、最近我が国の代表的なアニメコンテンツ「ドラえもん」の放映がバングラデシュで禁止された事案を挙げておく。同国ではベンガル語吹き替え版の「ドラえもん」がなく、ヒンディ語版で放送されており、そのためインドのアニメと誤解されている。社会現象になるほどの人気の結果、児童が公用語のベンガル語ではなくヒンディ語を使用するようになり、事態を重く見た情報相は、本年 2 月に放送禁止に踏み切った。「高い大学生の親日感情—ジェトロの意識調査で裏付け— (ダッカ発) 『通商弘報』 2012 年 8 月 7 日、「ドラえもん放映禁止に バングラディッシュ 『公用語学習の妨げに』 中国新聞 2013 年 2

無差別原則における保護の意図・効果に関するこれらの要件の解釈がある程度の柔軟性を発揮しうるか否かは、今後の判例の展開による。

5. 調整のメカニズム

上記のように、WTO 協定の無差別原則が文化多様性保護・促進と本質的に相容れないとすれば、何らかの調整メカニズムが必要となる。この点について、WTO 協定、文化多様性条約、そして条約法の観点から検討したい。

5.1. WTO 協定の例外規定

現行の WTO 協定には、少なくともこれらの文化多様性確保を目的とした差別的措置の受け皿となる例外規定がない。この点は RTA では、1980 年代の米加 FTA²¹⁰においてはその 2012 条において文化産業を定義し、2005 条においてこれを包括的に自由化約束の対象から除外している。その後の NAFTA²¹¹でも、米加の文化産業関連措置は引き続き米加 FTA によって規律されることが 2106 条で規定されている。また、EU 韓 FTA ではサービスおよび電子商取引に関する第 7 章により AV サービスがセクターごと除外されており、他方で別途文化協力議定書を締結しているのは先に述べた²¹²。

対して WTO 協定においては、既出の GATT 第 4 条を除き、コンテンツ産品に直接言及した例外は見られない。他方、「美術的、歴史的又は考古学的価値のある国宝」の保護を規定する GATT 第 20 条(f)は、一定の文化的財の保護に言及する条項であるが、広く文化への直接的な言及はなく、また「国宝 (national treasures)」である以上国のレベルで重要とみなされる文化財の保護を目的とした措置を想定していることは、文言より明白である。従って、商業ベースのコンテンツ産品の保護・促進措置一般に対して適用可能性があると解することは、困難である²¹³。ただし、一般に著作物自体は国宝の対象になりうる²¹⁴と理解されており、この意味では一定のコンテンツ産品をカバーする²¹⁴。更に発展的解釈 (evolutionary interpretation) による国宝概念の比較的新しいメディアへの拡大については、条約法の観点から検討の余地があるので、この点は節を改めて 5.4.2. に後述したい。

文化に関連する GATT 第 20 条(a)の公德 (public morals) に関する例外は、例えば起草史ではポルノグラフィのような道徳性に関する規律を想定していた事実に顕れているように²¹⁵、一定の範囲でコンテンツ産品の規制手段となりうる。実際、既に米国・越境賭博

月 21 日朝刊 5 面。

²¹⁰ Free Trade Agreement, Can.-U.S., Dec. 22, 1987 - Jan. 2, 1988, 27 I.L.M. 281 (1988).

²¹¹ North American Free Trade Agreement, Can.-Mex.-U.S., Dec. 17, 1992, 32 I.L.M. 605 (1993).

²¹² 前掲注 (158) および本文対応部分参照。

²¹³ VOON, *supra* note 22, at 50-53; Graber, *supra* note 111, at 568; Ruiz Fabri, *supra* note 122, at 214. 同項は、例えば UNESCO 文化財不法輸出入等禁止条約 (「文化財の不法な輸入、輸出及び所有権移転を禁止し及び防止する手段に関する条約」(昭和 47 年 4 月 24 日効力発生、平成 14 年 9 月 10 日公布・告示、条約第 14 号・外務省告示第 384 号)) の実施措置のようなものを想定している。Bernier, *supra* note 185, at 755-56.

²¹⁴ Cahn & Daniel, *supra* note 142, at 284-85. ただし Galt, *supra* note 142, at 912-13 は、国宝概念の著作物への拡大が大衆文化保護に濫用される可能性を懸念する。

²¹⁵ MAVROIDIS, *supra* note 174, at 332-33.

サービス事件および中国・出版物および AV 製品関連措置事件においては、サービスについてこれに相当する例外である GATS 第 14 条(a)の「公衆の道徳 (public morals)」保護の規定²¹⁶が、コンテンツベースの規制措置に適用されている。米国・越境賭博サービス事件パネルは、公德概念は基本的に善悪の判断基準を示す概念と解した上で、自らの価値体系に基づきこれを規定する裁量を各加盟国に認めるとともに、その内容の時間的・場地的変容を引き起こす要素として明確に文化や宗教に言及している²¹⁷。他方、上級委員会は特にパネルが公德を善悪の基準とした解釈には賛意を示し、米国の措置の GATS 第 14 条(a)該当性を認めた判断は支持したが、公德概念画定に関する加盟国の裁量には言及していない²¹⁸。

とりわけ現時点で上級委員会によるパネルの判断の支持は公德概念を善悪の基準と解する点にのみ及ぶとすれば、文化多様性条約に基づく措置はこのような基準に関係しない。例えば文化多様性条約第 1 条の目的を参照すると、文化多様性の喪失・欠如が望ましくないことは間違いないにせよ、一定の文化政策目標に鑑みた価値判断であり、道義的善悪の問題ではない。このかぎりにおいて、公德例外が純然たる文化産業の保護に一般的に広く適用可能とは解されない²¹⁹。

また、文化多様性を人権、とりわけ言論の自由の文脈に昇華させて議論する場合、これを公德の問題として論じる余地が生じる。しかしながら、文化多様性と人権の関係は画一的に決まるものではない。国際人権 B 規約 (CCPR) 第 19 条²²⁰における表現の自由が情報へのアクセスの自由を含むため、米国は起草過程において外国産コンテンツ製品へのアクセスを阻害する文化多様性条約は表現の自由を侵し、CCPR に適合しないと主張した²²¹。しかし他方で、メディア多様性を確保することが言論の自由に資する点で、逆の議論も成り立ちうる²²²。よって、文化多様性保護・促進策が公德例外に該当するか否かは、一概に決するものではない。

5.2. 文化多様性条約第 20 条

文化多様性条約の起草において当初から最も重要にして、また多くの論争を引き起こした論点は、同条約以外の他の国際合意、特に WTO 協定との関係をいかに整理するかの点であった。起草過程においては WTO、UNCTAD 等貿易関連機関との協議が実施された²²³。その調整に当たる第 20 条の起草には曲折があり、とりわけ文化多様性に対する重大な損害

²¹⁶ ただし、GATS 第 14 条(a)は加えて「公の秩序の維持 (to maintain public order)」を挙げている点で、GATT 第 20 条(a)より適用範囲が広い。

²¹⁷ Panel Report, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, ¶¶ 6.461, 6.465, WT/DS285/R (Nov. 10, 2004) (“[T]he content of [“public morals” and “public order”] for Members can vary in time and space, depending upon a range of factors, including prevailing social, cultural, ethical and religious values.”).

²¹⁸ Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, ¶¶ 296-299, WT/DS285/AB/R (Apr. 7, 2005).

²¹⁹ VOON, *supra* note 22, at 105-9. See also KELLER, *supra* note 126, at 178; Bruner, *supra* note 39, at 367; Ruiz Fabri, *supra* note 122, at 214; Hahn, *supra* note 38, at 548.

²²⁰ 「市民的及び政治的権利に関する国際規約」(昭和 51 年 3 月 23 日効力発生、昭和 54 年 9 月 21 日我が国につき効力発生、条約第 7 号)。

²²¹ Balassa, *supra* note 47, at 88; Donders, *supra* note 27, at 20-21; Graber, *supra* note 111, at 560-63.

²²² Graber, *supra* note 111, at 563.

²²³ Donders, *supra* note 27, at 17-18; Ruiz Fabri, *supra* note 122, at 202-3.

(serious damages) を引き起こすその他条約の権利・義務に対して文化多様性条約の優越を定めるか否かにつき、起草に当たった専門家委員会は両論併記の草案を提案したが、最終的に当事国は現行規定を選択した²²⁴。

第 20 条は抵触条項 (conflict clause) と言われ、従来条約法条約に定められてきた他条約との関係を整理する規定であり、昨今特に環境条約で通商条約との関係を規定したものが増えつつある。この第 20 条もその一種であり、その文言は特にロッテルダム (PIC) 条約²²⁵ およびカルタヘナ議定書²²⁶の前文の一節に倣って起草されている²²⁷。ただし、文化多様性条約ではこの抵触条項を実施可能な実体規定として設けた点で、先行条約とは異なる²²⁸。

しかしながら、第 20 条がいかなる優先関係を規定しているのかは、一読して明白ではない。同第 1 項柱書は「他のいかなる条約にも従属させることなく」と規定し、WTO を含む他協定の下位に文化多様性条約を置かないとも規定する (以下「非従属規定」)。その一方で、第 2 項では同条約が「自国が締約国である他のいかなる条約に基づく締約国の権利及び義務を変更するものと解してはならない」とも述べており、一見して矛盾を孕む²²⁹。以下にその意味するところについて、若干仔細に検討する。

まず第 1 項については、非従属規定はすなわち文化多様性条約を他条約の下位に置かないと述べるもので、最低限両者の等位を保証するものの、文化多様性条約の優越までは規定していない。独マックスプランク研究所によるコメントリーによれば、この一節が同項(a)の「相互の支援を育成する」に結びついていることから、文化多様性条約の適用だけでなく解釈にも関係し、(b)の他条約の解釈における文化多様性条約考慮義務への一般的な言及と説明される。また(a)は相互支援を義務づけるので、文化多様性条約だけでなく、他条約を含めたそれらの目的を最大限達成することを目指すものと解せる²³⁰。この説明もやはり非従属規定の意味は文化多様性条約の優越を意味するものではなく、WTO 協定と等位において適用するものと理解できる。更に、文脈として同第 2 項を参照すると、他条約の権利・義務を変更しないと規定しているため、やはり非従属規定は文化多様性条約と他条約の等位を保証する以上の意味はないと解される²³¹。

他方第 1 項(b)については、「他の条約を解釈し、及び適用するとき・・・考慮に入れる」とあることから、WTO 協定の解釈に文化多様性条約の斟酌を求められる。考慮義務なので

²²⁴ EXPLANATORY NOTES, *supra* note 61, at 526-29.

²²⁵ 「国際貿易の対象となる特定の有害な化学物質及び駆除剤についての事前のかつ情報に基づく同意の手續に関するロッテルダム条約」(平成 16 年 2 月 24 日効力発生、平成 16 年 9 月 13 日我が国につき効力発生、条約第 4 号及び外務省告示第 290 号)。

²²⁶ 「生物の多様性に関する条約のバイオセーフティに関するカルタヘナ議定書」(平成 15 年 9 月 11 日効力発生、平成 16 年 2 月 19 日我が国につき効力発生、条約第 7 号および外務省告示第 444 号)。

²²⁷ EXPLANATORY NOTES, *supra* note 61, at 520-22.

²²⁸ Riccardo Pavoni, *Mutual Supportiveness as a Principle of Interpretation and Law-Making: A Watershed for the 'WTO-and-Competing-Regimes' Debate?*, 21 EUR. J. INT'L L. 649, 658 (2010).

²²⁹ 折田正樹「ユネスコ『文化多様性条約』をめぐる法的論点についての考察—複数の条約の適用調整を中心に」『ジュリスト』第 1321 号 100 頁以下所収 103 頁 (2006)。Anke Dahrendorf, *Free Trade Meets Cultural Diversity: The Legal Relationship between WTO Rules and the UNESCO Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Expressions*, in PROTECTION OF CULTURAL DIVERSITY, *supra* note 27, at 31, 52; Ruiz Fabri, *supra* note 122, at 212. 端的には第 1 項は交渉多数派の文化多様性保護・推進派の関心、他方第 2 項は少数派の通商上の懸念を反映したものと見て、一見して矛盾した規定ぶりとなる。

Ivan Bernier, *The Convention on the Protection and the Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: A Cultural Analysis*, in THE UNESCO CONVENTION, *supra* note 29, at 95, 117-18.

²³⁰ EXPLANATORY NOTE, *supra* note 61, at 531-32.

²³¹ Bernier, *supra* note 229, at 118.

特定の結果は求められないが、考慮に関する説明義務はあるとされる²³²。その内容から明らかのように、同号の意義は後述の条約法条約第 31 条第 3 項(c)に依存する²³³。

次に文化多様性条約第 20 条第 2 項は、同条約は自国が締約国である他条約に基づく締約国の権利・義務を変更するものと解せない旨を規定するが、この一節は自国の権利・義務だけではなく、他国の権利の改変をも含むと解される²³⁴。また、「変更」とは、他条約の権利・義務の解釈の範囲では対応できないことを指し、文化多様性条約の特定条文の解釈は他条約の解釈によって限定される。したがって、文化多様性条約の特定条文のある解釈が他条約に与える示唆を検討し、それが例外規定を含む当該他条約の解釈の柔軟性の範囲で包摂可能か否かを検討する 2 段階テストを意味すると解される²³⁵。

Hahn [2006]はこれを総括して、まず第 1 項を条約法条約第 26 条の誠実則 (principle of good faith) の顕れとして位置づけ、相互支援を重視した断片化回避の努力を規定するものと説明する²³⁶。そして第 2 項については、誠実則と第 1 項を用いても抵触が回避できない際に、他条約の権利・義務を文化多様性条約が改変しないことを確認する²³⁷。この規範構造に則る場合、第 2 項は文化多様性条約が WTO 協定の解釈の余地および例外規定の範囲を出ることを予定しないとすれば、抵触が不可避であるかぎり結局その他条約を優先させることになる。このように最終的に他条約を優先させる解釈は、第 2 項が第 1 項に比して強い文言を採用している事実にも適合する²³⁸。更に、この第 2 項を欠いてはコンセンサスに近い合意が取れなかった立法経緯を勘案しても、同項により強い意味を与える解釈は妥当であるとされる²³⁹。この解釈を採用するかぎり、第 20 条は文化多様性保護・促進措置の WTO 協定不適合性を正当化する根拠たり得ない。

更に、文化多様性保護・促進策に関する主権的権利に言及している同条約第 5 条第 1 項を参照すると、「国際法の原則・・・に従い」とあることから、この主権的権利は絶対ではない²⁴⁰。このため、その行使にあたり、通商協定に抵触する行為をそもそも許容していないとも解せる²⁴¹。この第 5 条を文脈として第 20 条を解すれば、上記のように抵触があるかぎり WTO 協定を優先する解釈を取ることで、両者は整合的に解せる。

また、オーストラリアは留保によって、このことを明確にしている。オーストラリアは、文化多様性条約の適用はあくまで WTO 協定と整合的 (in a manner that is consistent) でなければならないとしており、相互の非従属関係も確認していない²⁴²。このように同国の留保は相互支援性を示すよりも、むしろ WTO 協定優先を示すと理解できる。

このように考えれば、結局のところ第 20 条は政治的・象徴的な意義の範囲を出るもので

²³² EXPLANATORY NOTE, *supra* note 61, at 532-33.

²³³ *Id.* at 534.

²³⁴ *Id.* at 541.

²³⁵ *Id.* at 541-42.

²³⁶ Hahn, *supra* note 38, at 540-41. *See also* Bernier, *supra* note 229, at 118-19; Neuwirth, *United in Divergency*, *supra* note 57, at 846; Pavoni, *supra* note 228, at 659.

²³⁷ Hahn, *supra* note 38, at 543.

²³⁸ Dahrendorf, *supra* note 229, at 53.

²³⁹ Hahn, *supra* note 38, at 543-44.

²⁴⁰ Bernier, *supra* note 229, at 103.

²⁴¹ Neuwirth, *United in Divergency*, *supra* note 57, at 839.

²⁴² 同国の留保の関連部分下記のように定める。“The Convention shall be interpreted and applied in a manner that is consistent with the rights and obligations of Australia under any other treaties to which it is a party, including the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization. . . .”

はなく、WTO 紛争解決手続において斟酌に堪えうるものではないと評価される²⁴³。実際中国・出版物および AV 製品関連措置事件パネルは既にこれに近い解釈を示している。本件において中国が問題の措置につき文化多様性条約による正当化を試みたのに対し、パネルは同第 20 条が他条約の権利・義務を変更しないと定めていることを指摘した²⁴⁴。パネルはこの点について中国に「見落としがある (fail to note)」と述べるに留まり、またこの説示は判決理由部分ではなく当事国意見の要約を記載したいわゆる説明部分 (descriptive part) にあることから、パネルが明確に WTO 協定と文化多様性条約の関係について法的判断を示したものとは言えない。しかしながら、この説示の示唆するところは、文化多様性条約第 20 条の相互補完性原則や非従属規定にもかかわらず、WTO 協定上の義務は一切影響されないと解せる²⁴⁵。加えて、文化多様性条約の政府間委員会はこれまでも取り上げた各種の運用指針を策定しているが、通商との関係において最重要の条文であるにもかかわらず、第 20 条については策定していない²⁴⁶。このことは、そもそも文化多様性条約当事国がその明確化と実効性の確保に関心がない、あるいはこれを回避していることのと表れとも理解できる。

他方、こうした理解に反論する見解も少なくない。例えば、Dahrendorf [2008]は、第 20 条のタイトル（「他の条約との関係（相互の支援、補完及び非従属）」）および第 1 項の相互支援性・補完性の重視に鑑みれば、第 2 項をその他条約の優先と解する解釈は妥当性を欠くと批判し、第 20 条は文化多様性条約およびその他条約それぞれの現状の権利・義務を確認するに過ぎないと説明する²⁴⁷。また、Ruiz Fabri [2009]は、矛盾を孕む第 20 条はむしろ象徴的な存在で、優先関係を示さずに相互補完性を規定するものと理解する。第 20 条に期待されていることは、特に第 21 条（「国際的な協議及び協調」）と併せ読む時、同条に規定される調和の努力が加盟国によって他フォーラムに伝播・拡散することである²⁴⁸。Neuwirth [2013]も第 20 条の起草史から、同条が文化を貿易自由化の原則から排除する従来型の例外ではなく、より積極的な文化・貿易の統合を指向するものとしてこれを捉えている²⁴⁹。上記のオーストラリア、更にメキシコの第 20 条に対する留保も結局 WTO 協定と文化多様性条約の調和的解釈を確認する内容であり、WTO 協定上の権利確保が文化多様性条約採択にかかるコンセンサスの必須条件ではなかったとされる²⁵⁰。

²⁴³ Burri-Nenova, *supra* note 56, at 54-58; Ruiz Fabri, *supra* note 122, at 212.

²⁴⁴ *China – Publications and AV Products* (Panel), *supra* note 156, ¶ 4.207. Burri-Nenova, *supra* note 56, at 57 は後に上級委員会もこれを支持していると評しているが、実際の上級委員会報告書においてこの点を確認できなかった。上級委員会は中国が文化多様性宣言第 8 条にある「アイデンティティ、価値及び意味を媒介するベクター」としての文化的財・サービスの性質に言及しており、かかる性質を上級委員会は留意 (mindful) すべきと主張している点に言及するに留まり、本件パネルのように文化多様性条約と WTO 協定上の義務の関係について踏み込んだコメントはない。Appellate Body Report, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, ¶¶ 25, 141 n.238, WT/DS363/AB/R (Aug. 12, 2009).

²⁴⁵ Neuwirth, *supra* note 29, at 258 は、上級委員会は先例の議論を繰り返すのみで法的文脈の違いを無視するものとしてこれを批判し、この結果、文化多様性条約は WTO 紛争解決手続において、せいぜい用語の意味の明確化に資するに過ぎないと評している。

²⁴⁶ *Id.* at 250.

²⁴⁷ Dahrendorf, *supra* note 229, at 52-54.

²⁴⁸ Ruiz Fabri, *supra* note 122, at 212-13.

²⁴⁹ Neuwirth, *supra* 135, at 405-6.

²⁵⁰ Pavoni, *supra* note 228, at 658-59. ただし、同稿のオーストラリアによる留保の解釈が恣意的である点につき、一定の留保を付す必要がある。たしかにメキシコの留保は、文化多様性条約が WTO 協定と整合

もし第 20 条が相互補完性を中心に文化多様性条約と WTO 協定を含む他条約との優劣を明確にしないとすれば、調整を要すれば条約法上の抵触規定に委ねられると解せる²⁵¹。このかぎりにおいて第 20 条は、抵触条項の類型としては、競合する条約の優先関係に対する不干渉を宣言した中立条項 (neutral provision)²⁵²と解されることになる。

5.3. 適用および改正に関する条約法

5.3.1. WTO 協定と文化多様性条約の適用関係

前節の議論から、一定の抵触条項であるとして、文化多様性条約第 20 条は結局 WTO 協定に影響しないと解せる一方、各条約の権利・義務の現状確認のみで優先関係は必ずしも明白にしないという見方も示された。後者に立つかぎり、文化多様性条約と他条約の適用関係は一般的な条約法の抵触規定に委ねられることになる。条約法の抵触規定としては、条約法条約の明文規定としては後法優位原則、そして国際法の一般原則として確立している特別法優位原則が挙げられるが、これらについて順次文化多様性条約と WTO 協定の関係の文脈で検討したい。

後法優位原則：適用関係については、条約法条約第 30 条に後法優位原則が規定されているが、以下のような多角的な理由から、同条は WTO 協定と文化多様性条約の関係に適用されないと思慮される。

まず同第 2 項によれば、条約が 1) 先法ないしは後法に従うか、あるいは 2) 先法ないしは後法と両立しないものとみなしてはならないとする特段の定めがある場合はこれに従い、同条の適用はない。文化多様性条約第 20 条第 1 項柱書は先に見たように先法であると仮定される WTO 協定に従属しない (=対等) と定めており²⁵³、1) の条件には該当しない²⁵⁴。他方、第 20 条第 1 項(b)および同第 2 項は相互補完的な解釈と他条約の権利・義務変更禁止を規定しており、その意味するところは、上記のように文化多様性条約と他条約の矛盾のない併存あるいは抵触不可避の場合の WTO 協定優先である²⁵⁵。とすれば、2) の条件は充

的 (compatible) なだけではなく調和的 (in harmony) な方法でも適用されること、また文化多様性条約と他条約が相互に従属しないことを明示的に確認している (“The United Mexican States wishes to enter the following reservation to the application and interpretation of Article 20 of the Convention: (a) This Convention shall be implemented in a manner that is in harmony and compatible with other international treaties, especially the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization and other international trade treaties. (b) With regard to paragraph 1, Mexico recognizes that this Convention is not subordinate to any other treaties and that other treaties shall not be subordinate to this Convention. . . .”). しかしながら、オーストラリアのそれはむしろ WTO 協定優先を示すと理解できることは、注 (242) および本文対応部分に説明した。それゆえ両者を同列に論じることは妥当ではない。

²⁵¹ Dahrendorf, *supra* note 229, at 52-54.

²⁵² ANTHONY AUST, MODERN TREATY LAW AND PRACTICE 226-27 (2nd ed. 2007). 同書は中立条項としてカルタヘナ議定書および PIC 条約に言及しており、前掲注 (225) ~ (227) および本文対応部分の議論に照らしても、文化多様性条約第 20 条もこのカテゴリーに分類されると解することは妥当であろう。

²⁵³ 前掲注 (230) ~ (231) および本文対応部分参照

²⁵⁴ Hahn, *supra* note 38, at 544. なお、文言から明らかなように、第 2 項は優位を先法または後法に認める抵触条項にのみ言及する。よって、自らの優位を主張する抵触条項は同項の範囲外となる。MARK E. VILLIGER, COMMENTARY ON THE 1969 VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES 404-5 (2009); VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES: A COMMENTARY 505, 512-13 (Oliver Dörr & Kirsten Schmalenbach eds., 2012) [hereinafter DÖRR & SCHMALENBACH COMMENTARY].

²⁵⁵ 前掲注 (230) ~ (241) および本文対応部分参照。

足されていることになり、このかぎりにおいて条約法条約第 30 条の適用は排除されることになる²⁵⁶。

他方、上記のように一見して文化多様性条約第 20 条は同条約およびその他条約の優先関係を明確にしないこと²⁵⁷、条文のタイトルに非従属とあること、また文化多様性条約の政策目標に鑑みれば、条約法条約第 30 条第 2 項に該当しないと解する見解が示される²⁵⁸。しかし、仮に同項該当性がないとしても、以下の理由から同じく条約法条約第 30 条は WTO 協定と文化多様性条約の関係に適用されない。

まず、後法優位原則の適用には、先法・後法が「同一の事項 (the same subject-matter)」について定めている必要がある。古典的・通説的見解を代表するものとして、Sinclair [1984] によればこの同一性の解釈は厳格に行われ²⁵⁹、そのような理解の下では文化多様性条約と WTO 協定には事項の同一性はない²⁶⁰。もっとも、WTO 協定と文化多様性条約の文脈においては、実効的な国際法制度実現に資する同一性要件の緩やかな解釈の必要性から、国連国際法委員会 (ILC) による断片化 (fragmentation) 報告書の議論に準じることが支持される²⁶¹。同報告書は、条約が定める事項の特定が困難であることを説き、一方の条約の義務の充足が他方の条約の義務の充足に影響する場合、両者を同一事項に関する条約と見ると結論づけている²⁶²。このように考えると、事項の同一性の問題は、結局は先法・後法の抵触の有無の問題に収束する²⁶³。

抵触関係については、2 の条約の義務を同時に履行できない事態を抵触と定義し、一方の権利・特権の行使を差し控えれば他方の義務が履行可能であれば、抵触の存在は認められない²⁶⁴。この理解は WTO 上級委員会の説示とも符合する²⁶⁵。この理解に従えば、文化多様性保護・促進措置に関する文化多様性条約の規定は一般的な権利規定ないしは抽象的な努力義務であり、加えて実施基準・制度も十分でないことから、WTO 協定との抵触は認め

²⁵⁶ VOON, *supra* note 22, at 213. 文化多様性条約第 20 条第 2 項は他条約締結の時期に触れておらず、先方のみならず後法にも劣後すると解せる。このことは同項が「他のいかなる条約 (any other treaties)」と規定している文言からも明らかとされる。EXPLANATORY NOTE, *supra* note 61, at 530.

²⁵⁷ 前掲注 (229) および本文対応部分参照。

²⁵⁸ Dahrendorf, *supra* note 229, at 54-55.

²⁵⁹ SIR IAN SINCLAIR, *THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES* 98 (2nd ed. 1984). *See also* AUST, *supra* note 252, at 229; DÖRR & SCHMALENBACH COMMENTARY, *supra* note 254, at 510.

²⁶⁰ Wouters & de Meester, *supra* note 62, at 226.

²⁶¹ *Id.*; *see also* Dahrendorf, *supra* note 229, at 50-51.

²⁶² 同報告書によれば、事項 (例えば通商、環境、人権など) は非公式なラベリングにすぎず、また条約は通常多様な政策的視点を有していることから、画一的に決まることはなく、またそれを公式に決定する方法も存在しない。その上で、2 つの条約の規定を単一の事実に適用すると矛盾する結果を生じる場合に双方は同一主題に関するとする Vierdag [1988] の見解を支持し、本文中の定義を導きだす。General Assembly, Int'l L. Comm., Study Group, *Report Finalized by Martti Koskenniemi, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, ¶¶ 22-23, 253-254, UN Doc. A/CN.4/L.682 (Apr. 13, 2006) [hereinafter *ILC Fragmentation Report*]. *See also* E. W. Vierdag, *The Time of the 'Conclusion' of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions*, 1988 BRIT. Y.B. INT'L L. 74, at 100. 条約法の一般的な注解でも、最新の説明ではこのような広い事項の同一性の理解が採用されている。I THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES: A COMMENTARY 776-77 (Olivier Corten & Pierre Klein eds., 2011) [hereinafter CORTEN & KLEIN COMMENTARY].

²⁶³ I CORTEN & KLEIN COMMENTARY, *supra* note 262, at 776.

²⁶⁴ *Id.*

²⁶⁵ Appellate Body Report, *Guatemala – Anti-Dumping Investigation Regarding Portland Cement from Mexico*, ¶ 65, WT/DS60/AB/R (Nov. 2, 1998).

られない²⁶⁶。

第二に、後法優位原則の適用には条約の先後関係の確定が不可欠だが、採択日であれ、発効日であれ²⁶⁷、WTO 協定本体と文化多様性条約では後者が後法であることは明白である。しかしながら、ラウンドにより新たな合意や約束が形成される WTO 協定は動的な「生きた」条約であり、この先後関係の確定は単純な作業ではない。例えば、GATS については新しいサービスの個別約束は文化多様性条約の後法になりうるということが指摘される²⁶⁸。このように前後の関係が確定しない、あるいは可變的であれば、安定的な後法優位の確立を認めることは困難である。

第三に、条約法条約第 30 条第 4 項(b)によれば、先法・後法双方の当事国である国とその他のどちらかの当事国でない国との間ではそもそも後法優位原則の適用はなく、双方が当事国である条約にのみ適用される。したがって、そもそも文化多様性条約の当事国ではない WTO 加盟国には当該原則の適用はなく、特に文化的財・サービスの自由化に積極的な米国に対しては、何ら実効性のある調整を及ぼすことはできない²⁶⁹。

特別法優位原則：条約法条約には具現化されていないが、慣習法としての成立は認められる²⁷⁰。物品貿易・サービス貿易一般に関する一般原則は WTO 協定であり、コンテンツ産品を含む文化的財・サービスの貿易に関する特別規則とする可能性が検討される。

WTO ではタイ・タバコ税制事件パネルが 2006 年の ILC 第 58 会期報告書にある定義に言及しているが、「2 以上の規範が同一の事項を扱う場合、より特定の規範が優越するものとする (whenever two or more norms deal with the same subject matter, priority should be given to the norm that is more specific)」と規定される²⁷¹。また、上級委員会は、この ILC の定義に言及していないが、米国・中国産品ダンピング防止税および相殺関税事件において ILC 国家責任条文草案第 55 条の特別法優位規定について検討しており、ここでも草案注解から事項の同一性が要求されていることがわかる²⁷²。

事項の同一性については、このタイ・タバコ税制事件パネルは狭く解したが²⁷³、後法優位

²⁶⁶ Dahrendorf, *supra* note 229, at 38-39. このような一方の義務遵守が他方の権利行使の阻害となる場合まで抵触概念を拡大して解すべきであるとの主張もある。JOOST PAUWELYN, CONFLICT OF NORMS IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW: HOW WTO LAW RELATES TO OTHER RULES OF INTERNATIONAL LAW 187-88 (2003).

²⁶⁷ 最近の注解を参照すると、ILC の説明にならい、立法の意思を示す採択日をもって先後を決することが通説とする所説 (AUST, *supra* note 252, at 229; DÖRR & SCHMALENBACH COMMENTARY, *supra* note 254, at 509-10) と、条約法条約第 2 条(g)により条約当事国が「自国について条約の効力が生じている国」と定義されていることから、効力発生の日を重視する所説 (I CORTEN & KLEIN COMMENTARY, *supra* note 262, at 786) に分かれる。

²⁶⁸ Wouters & de Meester, *supra* note 62, at 227.

²⁶⁹ Dahrendorf, *supra* note 229, at 57-58.

²⁷⁰ VILLIGER, *supra* note 254, at 409.

²⁷¹ Panel Report, *Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*, ¶ 7.1047, WT/DS371/R (Nov. 15, 2010) (referring to Report of the Int'l L. Comm'n, 58th Sess., May 1–June 9, July 3–Aug. 11, 2006, 408, U.N.Doc. A/61/10; GAOR, 61st Sess., Supp. No. 10 (2006) [hereinafter ILC 58th Sess. Report].)

²⁷² Appellate Body Report, *United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, ¶¶ 314-316, WT/DS379/AB/R (Mar. 11, 2011). *See also* Report of the Int'l L. Comm'n, 53th Sess., Apr. 24–June 1, July 2–Aug. 10, 2001, 358, U.N. Doc. A/56/10; GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10 (2001).

²⁷³ *Thailand – Cigarettes (Philippines)* (Panel), *supra* note 271, ¶ 7.1047. 本件では、関税評価協定第 11 条第 1 項が GATT 第 10 条第 3 項(b)の特別法であるか否かが問題とされた。パネルは、前者が「課税価額の決定 (a determination of customs value)」に、後者は「関税事項に関する行政上の措置」にそれぞれ

原則について前述したように、一方の条約の義務の充足が他方の条約の義務の充足に影響する場合、両者を同一事項に関するものと見ることもできる²⁷⁴。したがって、特別法優位についても複数の関連規定間の抵触の有無が問題となるが、先に述べたとおり文化多様性条約と WTO 協定の関連規定には抵触関係が認められないことは、ここでも同様である²⁷⁵。

また、ILC 断片化報告書は、ひとつの条約が扱う事項 (subject-matter) は多面的であり、特別法・一般法の関係の相対的性質とその決定の困難を指摘していることから²⁷⁶、そもそも WTO 協定を一般法、文化多様性条約を特別法と位置づけることの妥当性も問われる。例えば、GATS の特定約束は単に文化的サービス一般を扱うというよりも、対象サービスをより特定して義務を定めることから、むしろこちらが文化多様性条約の特別法と捉えられる²⁷⁷。

留保による適用の制限：先に説明したとおり、オーストラリアは留保によって常に文化多様性条約の解釈は WTO 協定適合的でなければならない旨を担保している²⁷⁸。したがって、オーストラリアにとっては常に WTO 協定が優先し、後法優先・特別法優先の原則は排除されることになる。

5.3.2. WTO 協定の一部当事国間改正としての文化多様性条約

条約法条約第 41 条は、多国間条約の一部当事国間での改正を認める。文化多様性条約の締結が WTO 協定の一部当事国間改正となれば、実体的規範の内容いかにかわらず、両者は一応の法的安定性をもって適用されることになるが、これも以下のように文化多様性条約と WTO 協定の間には適用されない。

まず、同第 1 項(a)は一部当事国により改正される条約がそのような改正を認めていることを条件としているが、WTO 協定にはそのような定めはない。よって、一部当事国による改正が当該条約で禁止されていなければ、次に一部当事国間改正の適否は同(b)の要件充足による。同号によれば、当該改正が第三国による権利の享受を妨げるか (同(i))、あるいは条約全体の趣旨・目的の効果的実現と両立しない (同(ii)) となれば、認められない。

このうち同項(b)(ii)は条約全体の趣旨・目的に触れていることから、それらの個別かつ重要性に劣る点 (single and less important aspects) の実現を妨げるだけでは、(ii)に抵触しない²⁷⁹。先の 4. の議論から明らかなように、文化多様性保護・促進措置を十分に認められるように WTO 協定が改正されるとすれば、少なくとも GATT (そしてサービスまで勘案すれば GATS) の無差別原則 (最恵国待遇原則・内国民待遇原則) を緩和しなければならない。歴史的重要性や経済合理性から見ても無差別原則は GATT・WTO 体制の根幹の原則であるとされ、このことは WTO 協定前文にも明らかにされている²⁸⁰。このかぎりでは無差別原則は WTO 協定の趣旨・目的において個別かつ重要性に劣る点ではないのであるから、これ

関するもので、後者の範囲がより広いことに当事国が同意していることから、両者を同一の事項に関する規定とは認めなかった。

²⁷⁴ 前掲注 (259) ~ (263) および本文対応部分参照。

²⁷⁵ 前掲注 (264) ~ (266) および本文対応部分参照。

²⁷⁶ *ILC Fragmentation Report, supra note 262, ¶¶ 111-118.*

²⁷⁷ *Wouters & de Meester, supra note 62, at 228.*

²⁷⁸ 前掲注 (242) および本文対応部分参照。

²⁷⁹ *DÖRR & SCHMALENBACH COMMENTARY, supra note 254, at 725.*

²⁸⁰ *PETER VAN DEN BOSSCHE, THE LAW AND POLICY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION: TEXT, CASES AND MATERIALS 321 (2nd ed. 2008).*

を制限する改正は(ii)に適合しない²⁸¹。他方、(ii)への適合性については、伝統的に問題の条約が絶対的 (absolute) か、あるいは互恵的 (reciprocal) かを勘案して検討されてきた²⁸²。それゆえ、Pauwelyn [2001]は、WTO 協定の一部当事国間改正については第三者の権利を相対的に害さないで、(b)(ii)適合性は比較的容易に確保されると説明している²⁸³。

他方、仮に文化多様性条約当事国たる WTO 加盟国間で差別的な文化多様性保護・促進措置を許容する改正を行ったとしても、このような措置の導入は文化多様性条約非加盟の WTO 加盟国の権利を侵害するので、同(b)(i)の要件に合致しない。WTO の先例でも、トルコ・繊維輸入事件パネルは、傍論ながら、GATT 第 11 条違反の文脈において他の加盟国の市場アクセスを阻害する措置を他の RTA によって一部当事国間の改正と位置づけることは、(b)(i)に適合しないと述べている²⁸⁴。上記のように義務の互恵的性質ゆえに柔軟な一部当事国間改正を認める Pauwelyn [2001]も、第三国の権利についてはあくまでその改変を伴わない改正を前提としている²⁸⁵。

なお、前述の条約法条約第 30 条第 5 項は、同第 4 項が第 41 条の適用を妨げないと規定する。既に見たとおり第 30 条の後法優位原則は文化多様性条約当事国たる WTO 加盟国間にも適用し難いが、仮に適用されたとしても、第 41 条第 1 項(b)(i)に基づく一部当事国間改正によるその他第三国の権利侵害に対して生じる責任に影響しない²⁸⁶。

5.3.3. WTO パネル・上級委員会における適用・一部当事国改正に関する条約法の適用

仮に WTO 紛争解決手続において、文化多様性保護・促進措置の正当化のために被申立国が後法優位・特別法優位の原則ないしは一部当事国改正を援用した場合、パネルはこの主張・請求を審理するだろうか。

まず、DSU 第 3 条第 2 項はあくまで条約解釈の国際慣習法にのみ言及しており、パネル・上級委員会は適用・一部当事国改正に関する条約法に協定上は拘束されていない。その意味においては、少なくとも DSU 上パネル・上級委員会はこれらに従って文化多様性条約と WTO 協定の優先関係を判断する義務を課せられていない。もっとも元上級委員のアビ・サーブ (Georges Abi-Saab) は WTO 紛争解決手続における一般国際法の援用に触れ、協定の「ライフサイクル (lifecycle)」を司る条約法については、WTO 協定も条約法条約に従うとしている²⁸⁷。「ライフサイクル」が条約法のどの範囲の規定を指すのかはこの指摘からは明確ではないが、条約の寿命内で一定当事国間における条約の効力や規範的実質の変更につ

²⁸¹ 以上の議論については以下を参照。Dahrendorf, *supra* note 229, at 60-62; Hahn, *supra* note 38, at 545-46.

²⁸² II CORTEN & KLEIN COMMENTARY, *supra* note 262, at 1003-4; DÖRR & SCHMALENBACH COMMENTARY, *supra* note 254, at 725.

²⁸³ Joost Pauwelyn, *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?*, 95 AM. J. INT'L L. 535, 549-50 (2001).

²⁸⁴ Panel Report, *Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, ¶¶ 9.181-9.182, WT/DS34/R (May 31, 1999).

²⁸⁵ Pauwelyn, *supra* note 283, at 549-50. 同稿の議論をより詳細な場合分けを交えて発展させた PAUWELYN, *supra* note 266, at 318-23 も、後法たる条約の当事国間だけで協定違反措置を相互に適用する改正を想定しており、この点は人権や環境などの絶対的条約が後法である場合にも同様に捉えている。

²⁸⁶ DÖRR & SCHMALENBACH COMMENTARY, *supra* note 254, at 516.

²⁸⁷ Georges Abi-Saab, *The Appellate Body and Treaty Interpretation*, in TREATY INTERPRETATION AND THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES: 30 YEARS ON 99, 108 (Malgosia Fitzmaurice et al. eds., 2010).

いても含むと考えれば、WTO 紛争解決手続においても適用はありうることになる。

仮に後法優位、特別法優位、および一部当事国改正によって文化多様性条約の優位が認められるとすれば、DSU 第 3 条第 2 項および同第 7 条第 1 項により WTO 協定に適用法規が限定されるパネル・上級委員会としては、文化多様性条約を適用できない。この場合、パネルは最初の段階でノンリケット (*non-liquet*) を宣言し、単に管轄権を行使しないことになる²⁸⁸。しかし他方で、DSU 第 7 条、第 11 条、第 23 条は、それぞれパネルに管轄権行使の義務を規定し、またその判断を仰ぐ権利を加盟国に付与する。従って、パネルの管轄権不行使は自らの責務を遂行しないばかりか、加盟国の権利を減じることになり、DSU 第 3 条第 2 項および同第 19 条第 2 項に適合しない。非 WTO 法に基づく管轄権の不行使については、メキシコ・清涼飲料税事件上級委員会がこのような理由からこれを否定しており、DSU 上の要件を充たしている以上、パネルは管轄権行使を義務づけられる²⁸⁹。また、EC・砂糖補助金事件上級委員会も、WTO 紛争解決手続に対する一般国際法や法の一般原則の適用が、DSU の明文で与えられたパネルの判断を仰ぐ加盟国の権利を制約することを否定している²⁹⁰。

また、仮にノンリケットの宣言それ自体は許されるとしても、問題の文化多様性保護・促進措置がそもそも文化多様性条約の範囲内か否かは先験的に不可知であり、この点を明らかにせず個別紛争で単に抽象的に条約間の整合性を判断することはムートである。したがって、まず問題の措置の文化多様性条約適合性を検討し、少なくとも同条約上の権利行使が WTO 協定上の義務により妨げられていることを明らかにする必要がある。しかしそうなると、DSU 第 3 条第 2 項および同第 7 条第 1 項に反し、パネルは文化多様性条約の解釈・適用が不可避になる。類似の先例からパネル・上級委員会は非 WTO 法の解釈・適用に極めて消極的で文化多様性条約の適用も期待できないところ²⁹¹、これが不可避になるような WTO 協定の解釈・適用をパネル・上級委員会が行わないことは先例より明白である²⁹²。

5.4. WTO 協定の解釈における文化多様性条約の役割

前節までに論じた適用関係に関する原則と異なり、解釈に関する条約法条約第 31 条については、WTO 協定の解釈にあたり「国際法上の慣習的規則」としてこれに従うべきことを DSU 第 3 条第 2 項が明確にしている。また、従来から上級委員会は必ずしも協定解釈において国際法一般と WTO 協定の関係に無頓着ではない。米国・ガソリン精製規則事件上級委員会は、WTO 協定を国際法と「隔絶して (*in clinical isolation*)」解釈することを戒める²⁹³。

²⁸⁸ Dahrendorf, *supra* note 229, at 56-57.

²⁸⁹ Appellate Body Report, *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, ¶¶ 44-56, WT/DS308/AB/R (June 26, 2006).

²⁹⁰ Appellate Body Report, *European Communities – Export Subsidies on Sugar*, ¶ 312, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R (Apr. 28, 2005) [“[T]he notion of estoppel ... would appear to inhibit the ability of WTO Members to initiate a WTO dispute settlement proceeding. We see little in the DSU that explicitly limits the rights ... [E]ven assuming *arguendo* that the principle of estoppel could apply in the WTO, its application would fall within these narrow parameters set out in the DSU.”]

²⁹¹ VOON, *supra* note 22, at 203-11.

²⁹² *Mexico – Soft Drink* (AB), *supra* note 289, ¶¶ 56, 78.

²⁹³ Appellate Body Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R (Apr. 29, 1996), WTO D.S.R. (1996: I), at 3, 16.

このことから、文化多様性条約で許容される措置について WTO 協定整合性が争われる場合、後者の解釈において前者を参照・投影できれば、WTO 協定、特に DSU の明文規定と整合的に文化多様性条約を勘案することができる。

このような他の国際法の尊重は加盟国の多様性の尊重と WTO ルールの一層の改善に必要とされる一方、解釈を通じて同意のない国際合意の遵守を特定加盟国に要求する結果になってはならない。この点において WTO パネル・上級委員会は両者の間の「紙一重 (a fine line)」の判断を求められる²⁹⁴。

以下、限られた論点ではあるが、この点に関する WTO における判例法の発展を検討し、本稿の文脈に照射を試みる。

5.4.1. 条約法条約第 31 条第 3 項(c)

後述のように、非 WTO 法の勘案は、「通常の意味」や文脈など条約法条約の解釈原則の要素のいずれかの中で実現できるが²⁹⁵、わけでも国際法の断片化の文脈において、ILC および WTO でも昨今は条約法条約第 31 条第 3 項(c)の「当事国の間の関係において適用される国際法の関連規則」による WTO 法と他の国際条約の調和的解釈が注目を集めている²⁹⁶。この規則は条約当事国の意思の確認のために要すれば現代的関心の投影にも援用でき、発展的解釈の根拠にもなりうる²⁹⁷。従って、これに依拠して WTO 協定の解釈に後法である文化多様性条約を参照することが可能になる。

この「国際法の関連規則」による WTO 協定と文化多様性条約の調和は、先の文化多様性条約第 20 条とも親和的である。とりわけ文化多様性条約第 20 条第 1 項(b)が他条約の解釈・適用における同条約の斟酌を明示的に義務づけていることは、文化多様性条約をこの関連規則に含めるべきことの証左とされる²⁹⁸。また、あくまで WTO 協定の解釈の結果として相互に矛盾のないように実施することは、文化多様性条約第 20 条第 2 項に禁じられる他条約たる WTO 協定の権利・義務の改変にあたらず、同第 1 項(a)にある両条約の相互支援的な解釈・適用である。この結果、同柱書にあるように、文化多様性条約を WTO 協定の下位に置くことなく、双方を誠実履行していることになる。

WTO において条約法条約第 31 条第 3 項(c)の解釈を初めて正面から扱った EC・遺伝子組換え産品事件パネルは、「当事国の間の関係において適用される国際法の関連規則」を、条約法条約第 2 条(g)における「当事国」の定義を手がかりに、全 WTO 加盟国に適用される国際法に限定した²⁹⁹。この判断は、WTO 協定のような多国間条約の解釈・適用の統一性・一貫性の確保に資するが、他方で参照できる「国際法の関連規則」を著しく狭めることになる。これを受けた ILC 断片化報告書は、条約など協定国際法 (conventional international

²⁹⁴ Pauwelyn, *supra* note 151.

²⁹⁵ 後掲注 (346) および本文対応部分参照。

²⁹⁶ ISABELLE VAN DAMME, *TREATY INTERPRETATION BY THE WTO APPELLATE BODY* 358 (2009).

²⁹⁷ AUST, *supra* note 252, at 243-44; RICHARD GARDINER, *TREATY INTERPRETATION* 276-78 (2008).

²⁹⁸ Graber, *supra* note 111, at 566-67.

²⁹⁹ Panel Report, *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, ¶¶ 7.68-7.71, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R (Sept. 29, 2006). DÖRR & SCHMALENBACH COMMENTARY, *supra* note 254, at 566 は「当事国 (“the” parties)」という限定的用語法が、このような制限的な解釈を示唆すると述べている。同様の説として以下を参照。VILLIGER, *supra* note 254, at 433 (“[T]hey are applicable in the relations between the parties, i.e., binding all the parties to the treaty at issue.”).

law) については、「当事国」を紛争当事国と解し、参照できる国際法の幅を広げることを提唱する³⁰⁰。

ILC 断片化報告書は、上級委員会による条約法条約第 31 条第 3 項(c)の適用例として、米国・エビ輸入制限事件に言及する³⁰¹。本件では、GATT 第 20 条(g)の「有限天然資源」の解釈にあたり、上級委員会は国連海洋法条約や生物多様性条約等を参照し、現代的関心に照らした発展的解釈を行ったことは広く知られている³⁰²。この際、紛争当事国は全てこれら引用の条約に加入しているわけではなく、上級委員会はこの点を不問に付した³⁰³。

しかし注意を要するのは、ILC 断片化報告書の認識に反して、この発展的解釈において上級委員会は条約法条約第 31 条第 3 項(c)には一切言及していない。上級委員会が明示的に同号に言及したのは、GATT 第 20 条柱書の解釈で国際法の一般原則である誠実則 (principle of good faith) を参照するに際してである³⁰⁴。このことは、GATT 第 20 条(g)の解釈にあたり、全紛争当事国さえも拘束しない環境条約を参照する際には意図的に条約法条約第 31 条第 3 項(c)に言及せず、他方で柱書の解釈では、そこで参照される「国際法の関連規則」、つまり誠実則が全 WTO 加盟国を拘束するため、逆に同号に言及したものと理解できる³⁰⁵。つまり、後に EC・遺伝子組替え産品事件パネルが説明したように、本件上級委員会は参照した環境条約が「国際法の関連規則」であるがゆえに参照したのではなく、辞書同様な文言の「通常の意味」の証左を提供するがゆえに参照したに過ぎないと解される³⁰⁶。また、本件上級委員会は、WTO 協定前文の「持続可能な開発の目的 (the objective of sustainable development)」に触れ、この目的に鑑みて有限天然資源概念の発展的解釈を導いている³⁰⁷。条約の趣旨・目的は誠実解釈の原則と共に実効性原則 (principle of effectiveness) を担保するが、本件も含めてしばしば上級委員会はこの実効性原則から発展的解釈を導く³⁰⁸。よって、発展的解釈は条約法条約第 31 条第 1 項の範囲で行うことができ、同第 3 項(c)への言及を要しない。

加えて、この「国際法の関連規則」は基本的に法的拘束力のある条約、国際慣習法、法の一般原則に限定される³⁰⁹。対して本件上級委員会は、「有限天然資源」の解釈にあたり条約

³⁰⁰ *ILC Fragmentation Report*, *supra* note 262, ¶ 472.

³⁰¹ *Id.* ¶ 443.

³⁰² Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, ¶¶ 129-131, WT/DS58/AB/R (May 15, 1998).

³⁰³ *Id.* ¶ 130 n.110-112; VAN DAMME, *supra* note 296, at 369. この点は後に EC・遺伝子組替え産品事件パネルが確認している。EC – *Biotech Product* (Panel), *supra* note 299, ¶ 7.94 (“[T]he mere fact that one or more disputing parties are not parties to a convention does not necessarily mean that a convention cannot shed light on the meaning and scope of a treaty term to be interpreted.”).

³⁰⁴ *US – Shrimp* (AB), *supra* note 302, ¶158 n.157. See also GARDINER, *supra* note 297, at 273-74. ILC 断片化報告書は有限天然資源概念に関する議論に柱書の文脈における議論を持ち込んでおり、両者の混同が見られる。ILC *Fragmentation Report*, *supra* note 262, ¶ 443.

³⁰⁵ その他の国際法の一般規則の適用例については、VOON, *supra* note 22, at 139-41 を参照。

³⁰⁶ EC – *Biotech Product* (Panel), *supra* note 299, ¶¶ 7.92-7.94; VOON, *supra* note 22, at 130-31.

³⁰⁷ *US – Shrimp* (AB), *supra* note 302, ¶¶ 129-130 (“The preamble of the WTO Agreement -- which informs not only the GATT 1994, but also the other covered agreements -- explicitly acknowledges ‘the objective of sustainable development’ From the perspective embodied in the preamble of the WTO Agreement, we note that the generic term ‘natural resources’ in Article XX(g) is not ‘static’ in its content or reference but is rather ‘by definition, evolutionary’.”).

³⁰⁸ 後掲注 (354) および本文対応部分参照。

³⁰⁹ 「国際法の関連規則」は国際司法裁判所規程第 38 条第 1 項に規定される法源を意味し、更に「適用される (applicable)」とあることから、拘束力を有するもののみを意味する。この結果、条約、国際慣習法、法の一般原則がこの「国際法の関連規則」に該当する。VILLIGER, *supra* note 254, at 433. 対して「国際法

に加えて法的拘束力のない文書や学術研究等に広く言及しており³¹⁰、この事実も問題の解釈が必ずしも条約法条約第 31 条第 3 項(c)に基づいて展開されていないことの証左となろう。

この傾向は、より最近の米国・中国産品ダンピング防止税および相殺関税事件における上級委員会の判断にも認められる。同上級委員会は国家責任条文草案第 4 条ほか帰属に関する条文を SCM 協定 1.1 条(a)(1)の解釈において参照したが、国家責任条文草案を国際慣習法・法の一般原則の投影と理解し、これに条約法条約第 31 条第 3 項(c)の「国際法の関連規則」としての地位を認めている³¹¹。その意味において、やはり同上級委員会も全加盟国を拘束する規範を念頭に置いていることが分かる。

上級委員会はこの「当事国」の範囲について態度を明確にしていなが、EC・民間航空機補助金事件において、傍論ながらこの問題について包括的に意見を述べている。同上級委員会は、まず協定解釈の目的が当事国の共通の意思 (common intent) の確立にあることから、全 WTO 加盟国を拘束しない国際協定の引用に注意を喚起する。他方、同上級委員会は「当事国」概念の適切な解釈には、ILC 断片化報告書曰く、条約法条約第 31 条第 3 項(c)が「体系的調和の原則 (principle of systemic integration)」の顕われである事実の勘案を要すると述べている。その上で、解釈目的での非 WTO 法の参照は、個別加盟国の国際的義務と WTO 協定の全 WTO 加盟国間における解釈の一貫性あるかつ調和的なアプローチ (a consistent and harmonious approach) の間の微妙なバランス (a delicate balance) を要すると述べている³¹²。この短い傍論から上級委員会の真意を推し量ることは困難だが、上級委員会の姿勢は、国際法の一体性に配慮しつつも、依然 WTO 協定解釈の統一性・一貫性を損なう解釈手法には慎重であることが窺える。

加えて本件上級委員会は、直近の文脈として、同じ条約法条約第 31 条第 3 項内の(b)にある「後に生じた慣行であつて、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの」を参照し、EC・鶏肉関税分類事件上級委員会がこの「慣行」に全 WTO 加盟国の受容を求めたことを指摘している³¹³。このことは、文脈とともに条約解釈に影響を与える条約外の要素について、やはり全 WTO 加盟国の受容・同意を要するとの理解を補強する³¹⁴。

更にもうひとつの同項内の文脈である同項(a)の「当事国の間で後にされた合意」につき、EC・バナナ輸入規則事件履行確認審上級委員会は WTO の文脈では基本的に WTO 協定第

の関連規則」については欧州人権裁判所の先例等から非拘束的な法的文書を含みうると指摘する見解があるが、この場合も「適用される」が当事国間での拘束力を示すと理解される。GARDINER, *supra* note 297, at 266-69; DÖRR & SCHMALENBACH COMMENTARY, *supra* note 254, at 561-64, 567; Anne van Aaken, *Defragmentation of Public International Law through Interpretation: A Methodological Proposal*, 6 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 483, 499-501 (2009).

³¹⁰ *US – Shrimp* (AB), *supra* note 302, ¶¶ 128-132; VAN DAMME, *supra* note 296, at 369.

³¹¹ *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)* (AB), *supra* note 272, ¶¶ 307-311.

³¹² Appellate Body Report, *European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, ¶¶ 844-845, WT/DS316/AB/R (May 18, 2011).

³¹³ *Id.* ¶ 845 n.1916 (referring Appellate Body Report, *European Communities – Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*, ¶¶ 255-273, WT/DS269/AB/R, WT/DS281/AB/R (Sept. 12, 2005)). また、過去に米国・越境賭博サービス事件においても、上級委員会は同様に事後の慣行は「加盟国全体としての (Members as a whole)」行動・言辞のパターンとして認識している。*US – Gambling* (AB), *supra* note 218, ¶¶ 190-194.

³¹⁴ (b)は全ての条約当事国の合意を確立しない慣行により条約解釈に影響されることを許さないにもかかわらず、(c)が全ての条約当事国を拘束しない他の国際法の規則にそれを許すとすれば、両者は不整合である。DÖRR & SCHMALENBACH COMMENTARY, *supra* note 254, at 559, 566.

9 条第 2 項の解釈決定がこれに「最も近い (most akin to)」としている³¹⁵。WTO においてコンセンサスによる意思決定が慣習化している事実を勘案すれば、ここでも「当事国」は WTO 加盟国全体を指すことになる。後続の米国・丁字タバコ関連措置事件上級委員会および続く米国・マグロラベリング事件上級委員会は(a)該当の合意をドーハ閣僚宣言³¹⁶や TBT 委員会決定³¹⁷にも広げたが、いずれも全加盟国から構成される機関がコンセンサスで採択している事実に言及している³¹⁸。

これらの証左から、上級委員会は解釈に際して文脈とともに参照する諸要素が実質的に全加盟国により共有されていることを重視していることが窺える。このような姿勢は、一部加盟国のみが拘束される国際法がそれ以外の加盟国の WTO 協定上の権利・義務に影響することに対する EC・遺伝子組替え産品事件パネルの懸念と通底する。

以上の点については、確定的な結論は判例・学説ともに得られないが、条約法条約第 31 条第 3 項(c)の「当事国」の範囲を広く取る代替案も、上記 ILC 断片化報告書の提案³¹⁹を除けば、参照される「国際法の関連規則」が国際慣習法である場合、あるいは少なくとも黙示の受諾がある場合など、やはり当該関連規則に対する全条約当事国の何らかの承認を要するとしている³²⁰。更に 2006 年の ILC 指針は、「国際法の関連規則」は、解釈対象条約の当事国と参照される条約の当事国が同じ場合、参照される条約が慣習法の表象である場合、あるいは参照される条約が解釈対象条約の趣旨・目的に関する当事国の共通理解を示す場合に特に関係する (of particular relevant) と述べている³²¹。このことから、ILC はやはり解釈対象条約の当事国の共通意思を重視していることが分かる。加えて同じパラグラフにおいて、ILC 指針は「国際法の関連規則」の参照は一貫した意味に到達するために求められると述べており³²²、このかぎりにおいては紛争当事国によって参照できる「国際法の関連規則」が異なり、同一の条文の解釈が一定しない条約法条約第 31 条第 3 項(c)の運用は、ILC も期待していない。

ILC 断片化報告書は国際法の断片化解消のために条約法条約第 31 条第 3 項(c)の柔軟な解釈を提案したが、皮肉にも個別の多国間条約レジーム内部にはかえって断片化をもたらす。ILC 断片化報告書は、解釈の多様化については、当事国意思の尊重と多くの条約の二国間の性質の反映に過ぎないとし、これを不問とするが³²³、WTO 協定、とりわけ DSU の原則

³¹⁵ Appellate Body Report, Second Recourse to Article 21.5 of the DSU by Ecuador/ Recourse to Article 21.5 of the DSU by United States, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, ¶ 390, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW2/USA (Nov. 26, 2008).

³¹⁶ Ministerial Conference, *Decision of 14 November 2001: Implementation-Related Issues and Concerns*, ¶ 5.2, WT/MIN(01)/17 (Nov. 20, 2001).

³¹⁷ Committee on Technical Barriers to Trade, *Note by the Secretariat: Decisions and Recommendations Adopted by the WTO Committee on Technical Barriers to Trade since 1 January 1995, Revision*, G/TBT/1/Rev.10 (June 9, 2011).

³¹⁸ Appellate Body Report, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, ¶¶ 371-372, WT/DS381/AB/R (May 16, 2012); *US – Clove Cigarettes* (AB), *supra* note 206, ¶¶ 252, 257-268.

³¹⁹ 前掲注 (300) および本文対応部分。

³²⁰ これらの検討については、以下を参照。GARDINER, *supra* note 297, at 269-75; Campbell McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(C) of the Vienna Convention*, 54 INT'L & COMP. L.Q. 279, 313-14 (2005).

³²¹ GARDINER, *supra* note 297, at 275 (citing ILC 58th Sess. Report, *supra* note 271, at 414-15).

³²² *Id.* (“Article 31(3)(c) also requires the interpreter to consider other treaty-based rules so as to arrive at a consistent meaning.”).

³²³ *ILC Fragmentation Report*, *supra* note 262, ¶ 472. 更に、当事国に限定される国際裁判の効力と先例

と紛争解決手続の実態とはおよそ乖離がある。まず、WTO 協定第 2 条第 4 項は一括受諾の原則により加盟国の権利・義務の原則平等を担保しており、DSU 第 3 条第 2 項および同第 19 条第 2 項は DSU およびその下のパネル・上級委員会がこの権利・義務を追加し、減じることを禁ずる。更に DSU 第 3 条第 2 項は当該手続を多角的貿易体制に安定性・予見可能性を与える中心的要素と自己規定しており、上級委員会も一貫した先例の堆積とその遵守による予見可能性の確保を極めて重視している³²⁴。紛争当事国の組み合わせ次第で解釈や結論、ひいては加盟国の権利・義務の幅が変動する条約法条約第 31 条第 3 項(c)の運用は、こうした基本原則に適合しない。

以上のことから、文化多様性条約の批准が WTO 協定の 8 割程度に相当する 126 カ国にとどまり、特に日本、米国、ロシアといった主要 WTO 加盟国が未批准、かつアジア・中東地域といった特定地域の支持に乏しいことに鑑みれば³²⁵、同条約を WTO 協定解釈の「国際法の関連規則」に位置づけることには困難が伴う。仮に全 WTO 加盟国が批准しなくても文化多様性条約に「国際法の関連規則」としての地位を認めるとしても、まず文化多様性条約は慣習法の表象ではない。更に、米国、イスラエルが明示的に反対しており、黙示の受容もない³²⁶。いずれにせよ、「当事国」を紛争当事国と解して「国際法の関連規則」を広く取ったところで、最大のメディア輸出国の米国による申立の場合、同国が文化多様性条約の当事国でない以上同条約は「国際法の関連規則」たり得ない。

次に、国際法の規則は解釈される条約に「関連 (relevant)」するものであることから、解釈対象の条約と参照される国際法に、事項の同一性 (same subject matter) が要求される³²⁷。したがって、上記のような「当事国」の解釈から条約法条約第 31 条第 3 項(c)の適用範囲を論じる議論とは別に、この点からも参照できる国際法が限定される。上級委員会も先例において同号の要件のひとつとしてこれを捉えている³²⁸。WTO においてこの関連性要件は限定的に解されている。EC・民間航空機補助金事件上級委員会は、SCM 協定 1.1 条(b)の解釈において、航空機に対する GATT 適用に関する米・EC1992 年協定³²⁹が「国際法の関連規則」たりうるかを議論したが、1992 年協定第 4 条と SCM 協定 1.1 条(b)の利益概念との関係を仔細に検討のうえで両者の関連性を否定している³³⁰。

他方、この関連性については、条約法条約第 30 条でも要求される事項の同一性よりもより緩やかな関係性を意味するとの理解もあるが³³¹、この点については ICJ 石油プラットフォーム事件判決の個別意見が示した限定的な解釈が注目に値する。ヒギンズ判事は、法廷

拘束性の不在から、国際法一般については一貫性のある解釈・適用の前提それ自体に疑問が呈され、それゆえに条約法条約第 31 条第 3 項(c)の柔軟性が主張される。Duncan French, *Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules*, 55 INT'L & COMP. L.Q. 281, 306 (2006).

³²⁴ Appellate Body Report, *United States – Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, ¶¶ 160-161, WT/DS344/AB/R (Apr. 30, 2008).

³²⁵ Neuwirth, *supra* note 29, at 247. 同稿によれば、それでも比較的多数の WTO 加盟国の批准を文化多様性条約が獲得している一方、これは各国が文化政策と通商政策の一貫性を確保せずに文化多様性条約を批准した結果であり、貿易と文化の統合・収束の証左と見ることに慎重な姿勢を示す。

³²⁶ Dahrendorf, *supra* note 229, at 63-64; Wouters & de Meester, *supra* note 62, at 232-33.

³²⁷ VILLIGER, *supra* note 254, at 433.

³²⁸ *EC – Aircraft* (AB), *supra* note 312, ¶ 846; *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)* (AB), *supra* note 272, ¶ 308.

³²⁹ Agreement concerning the Application of the GATT Agreement on Trade in Civil Aircraft on Trade in Large Civil Aircraft, U.S.-EC, July 17, 1992, 1992 O.J. (L 301), 32.

³³⁰ *EC – Aircraft* (AB), *supra* note 312, ¶¶ 846-851.

³³¹ French, *supra* note 323, at 304.

が管轄権を与えられた文脈 (context) に参照できる他の国際法を限定すべきであり、本件で問題となった米・イラン友好条約第 20 条第 1 項に言及されない課題 (a topic) に関する国際法を参照することは適切ではないと述べている³³²。ヒギンズ判事の文脈概念が事項の同一性概念に比してどの程度の広がりを持つのかは必ずしも明確ではないが、条約法条約第 31 条第 3 項(c)は内在的制約から完全に自由であると解されてはならない³³³。

事項の同一性 (あるいはヒギンズ判事が言うところの文脈) による関連性の判断は条文・事案毎に検討されるので、先例が WTO 協定解釈における文化多様性条約の参照にもたらず示唆は、一概に判断できない。しかし、文化多様性条約は WTO 協定が扱う通商関係とは異なる分野の問題について規律していることに鑑みると、一般的に前者が後者に「関連する」と見ることは困難を生じるものと思われる。

更に EC・民間航空機補助金事件上級委員会は、文化多様性条約の「国際法の関連規則」の位置づけにつき極めて決定的な判断を示している。上記の 1992 年協定前文には GATT およびその下で交渉された他の多国間協定の権利・義務を害さない旨の一節がある。本件上級委員会は、これを 1992 年協定が SCM 協定との関連性を有しないことのひとつの証左としている³³⁴。文化多様性条約第 20 条第 2 項に同趣旨の規定があることは先に見たとおりだが、この上級委員会の説示は、当該規定が WTO 協定解釈において文化多様性条約を条約法条約第 31 条第 3 項(c)に基づき勘案することの妨げとなりうることを示唆する。文化多様性条約第 20 条第 1 項(b)は同条約を他条約の解釈に際して勘案することを求めているため、EC・民間航空機補助金事件の状況と異なることに留意する必要があるが³³⁵、上記上級委員会の判断により同第 2 項の規定ゆえに文化多様性を特に勘案した協定解釈は困難になる。

最後に、断片化の文脈で注目される条約法条約第 31 条第 3 項(c)だが、その限界を認識する必要がある。再び ICJ 石油プラットフォーム事件判決を繙くと、バーゲンソール判事個別意見は、条約法条約第 31 条第 3 項(c)により当該紛争の解決に直接的に関係のない国際法を法廷の管轄権の範囲を超えて「裏口 (back door)」から導入することは、管轄権の同意的性質に反すると述べる³³⁶。バーゲンソール判事の批判は一見したところ条約法条約第 31 条第 3 項(c)を適用した際の当然の帰結に向けられ、同号の存在自体を批判しているようにも思われるが、実は本件多数意見において関連規則への適合性が適用される条約の適合性検討の前提となっており、同判事の批判はこの点に向けられている³³⁷。そもそも条約法条約第 31 条第 3 項(c)は関連規則に解釈対象の条文を服さしめるのではなく、前者により後者の意

³³² Oil Platforms (Iran v. U.S.), Merit, 2003 I.C.J. 161, 237-39 (Nov. 6) (separate opinion of Judge Higgins). See also AUST, *supra* note 252, at 243; J. ROMESH WEERAMANTRY, TREATY INTERPRETATION IN INVESTMENT ARBITRATION 90-91 (2012). 主題の狭さの一例として、例えば外交官の世帯に属する家族の範囲という主題について外交関係に関するウィーン条約第 37 条第 1 項を解釈する際に、領事関係に関するウィーン条約第 49 条第 1 項を参照するような場合がある。DÖRR & SCHMALENBACH COMMENTARY, *supra* note 254, at 565.

³³³ French, *supra* note 323, at 305.

³³⁴ EC - Aircraft (AB), *supra* note 312, ¶ 852.

³³⁵ もともと、前掲注 (288)・(291) および本文対応部分で論じた適用法規の範囲の問題から、非 WTO 法である文化多様性条約第 20 条第 1 項(b)を根拠として、パネル・上級委員会が文化多様性条約を条約法条約第 31 条第 3 項(c)の関連規則に位置づける可能性は、極めて低いと思慮される。

³³⁶ Oil Platforms, Merit, 2003 I.C.J. at 278-79, 281 (separate opinion of Judge Buergenthal).

³³⁷ French, *supra* note 323, at 287-90. ヒギンズ、バーゲンソールほかの個別意見は、条約法条約第 31 条第 3 項(c)が「国際法の関連規則」による適用対象条約の置き換えとなることを懸念していると解される。Philippe Sands & Jeffery Commission, *Treaty, Custom and Time: Interpretation/Application?, in* TREATY INTERPRETATION, *supra* note 287, at 39, 44-46.

味を明らかにすることにある³³⁸。したがって、条約の文言の明確化を超えて適用に至るような他の国際法の援用を許すものとは解せない³³⁹。

特に ILC 断片化報告書は、条約法条約第 31 条第 3 項(c)による抵触関係にある条約どうしの取り扱いについて、必ずしも明確な調整手法を示していない³⁴⁰。van Aaken [2009]は、これをドイツ憲法の実践的整合性 (*praktische Konkordanz*) になぞらえ、競合する規範の衡量・調和を比例原則に基づいて許すものとして同報告書を解している³⁴¹。しかしながらこのように考えるとすれば、WTO 協定と文化多様性条約が厳密な抵触関係にはないとしても³⁴²、後者が付与する権利の差別的性質は本来的に前者の無差別原則と相容れず、実践的整合性に基づく解釈は無差別原則の制約を意味し、WTO 協定の明確化を超えた役割を「国際法の関連規則」としての文化多様性条約に与えることになる。したがって、条約法条約第 31 条第 3 項(c)による調整も、GATT 第 20 条の例外規定のような、競合する個別の非貿易的政策目標との調整メカニズムが WTO 協定にビルトインされている場合に、その解釈・適用の範囲内での衡量に限定されると解すべきであろう³⁴³。

なお、これまでは文化多様性保護・促進の見地からは、WTO 協定解釈における文化多様性条約の斟酌が WTO 協定上の権利・義務を制約する前提で議論を展開してきた。しかしながら、前述のように文化多様性条約自体が自由な文化交流や文化的表現に対する公平なアクセスの重要性を明確に規定しており、同じ UNESCO 体制下で、バイルート・フローレンス両協定のように文化的財の貿易を促進する合意も存在する³⁴⁴。このかぎりにおいては、条約法条約第 31 条第 3 項(c)による関連条約の勘案が、必ずしも WTO 協定の無差別・自由な貿易を制約する方向への解釈をもたらすと予断できないことにも、併せて留意しなくてはならない。

5.4.2. 「通常の意味」の解明としての発展的解釈

他方で EC・民間航空機補助金事件上級委員会は「体系的調和の原則」にも言及しており、上記の条約法条約第 31 条第 3 項(c)に関する議論は他の国際法の無視を意味しない。仮に上記のように同号の限定的な解釈を前提としても、このことは他の国際法の勘案を排除するわけではない。例えば、同上級委員会が「体系的調和の原則」の文脈で参照した McLachlan [2005]は、第 3 項(c)の限定的解釈を取る場合にも、多国間条約下の双務的義務は依然関連当事国間のみで適用される国際法に照らして解釈されなければならないこと、また、当事

³³⁸ French, *supra* note 323, at 289 (citing Alexander Orakhelashvili, *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 14 EUR. J. INT'L L. 529, 537 (2003)). See also VAN DAMME, *supra* note 296, at 365-66.

³³⁹ VAN DAMME, *supra* note 296, at 365-66. See also Panel Report, *Argentina – Definitive Anti-Dumping Duties on Poultry from Brazil*, ¶¶ 7.40-7.41, WT/DS241/R (Apr. 8, 2003).

³⁴⁰ ILC *Fragmentation Report*, *supra* note 262, ¶ 419.

³⁴¹ van Aaken, *supra* note 309, at 501-2. 実践的整合性の原則とは、憲法上競合する規制の境界を定めるにあたり、二つの目標が最良の効果を得られるようにこれを行うことで、その権限は立法者にのみ与えられる。立法者は適切性、必要性、比例性の原則に拘束される。フランツ・ルートヴィヒ・クネマイアー「[資料] ゲマインデ及びラントクライスの自治権の憲法による保障」『比較法学』(早稲田大学) 第 22 卷第 2 号 356 頁以下所収 342 頁 (浦田賢治/高橋洋訳, 1989)。

³⁴² 前掲注 (264) ~ (266) および本文対応部分参照。

³⁴³ van Aaken, *supra* note 309, at 506 は実践的整合性の原則を支持するも、通商法と非貿易的関心事項の関係については、あくまで GATT 第 20 条に調整メカニズムが組み込まれているとの前提に立つ。

³⁴⁴ 前掲注 (59) ~ (65) および本文対応部分参照。

国間に適用のない条約でも先の米国・エビ輸入制限事件上級委員会のように辞書的な参照を可能ならしめなくてはならないことを指摘している³⁴⁵。また、Van Damme [2009]は、他の国際法の参照は「通常の意味」の解明、文脈解釈、趣旨・目的など、条約法条約第 31 条の解釈規則の様々な要素の中で可能であり、同第 3 項(c)への過大な評価・期待を戒める³⁴⁶。

このような例は WTO でも確認できる。例えば EC・鶏肉関税分類事件上級委員会は、GATT 第 2 部の不可分の一体 (GATT 第 2 条第 7 項) である EC の譲許表を解釈する際に、非 WTO 法である HS 条約を条約法条約第 31 条第 2 項(a)の文脈として参照している³⁴⁷。また、米国・外国販売会社税制事件履行確認上級委員会は、SCM 協定附属書 I 注 3 にある「外国源泉所得」の解釈にあたり、二国間租税条約までも参照している³⁴⁸。租税条約や投資条約ではモデル条約等で標準化された他の条約を参照することは一般的であり、このような条約の参照は「通常の意味」の模索の一環と評価できる³⁴⁹。

特に「貿易と文化」問題の文脈では、中国・出版物および AV 製品関連措置事件パネルが、GATT 第 20 条(a)の解釈・適用にあたり、本稿でも触れた文化多様性宣言を参照した例がある。同事件では、中国が同号を援用するに際して、内容いかんでコンテンツ産品が公德に多大な影響を及ぼすという自らの主張を、文化多様性宣言第 8 条第 2 文³⁵⁰に依拠して展開した。パネルは中国の「一般命題 (the general proposition)」に文化多様性宣言が関連することは疑いがないと認めているが、より具体的なコンテンツに着目する必要があるとのみ述べている³⁵¹。パネルは文化多様性宣言が「公德」の解釈に与える影響についてはそれ以上議論しておらず、そもそも条約法条約に言及していないため、文化多様性宣言の GATT 第 20 条(a)解釈上の位置づけは明らかではない。また、中国の主張を「一般命題」と形容しており、パネルがこれを GATT 第 20 条(a)の解釈に関する主張と位置づけているか否かも明確ではない。しかしながら、公德概念の外延を明確化する文脈で文化多様性宣言の関連性を認めたことは、本件パネルが協定解釈に同宣言の一定の役割を認めたものと解せる。

解釈にかかる条約法条約の要素の全てについて WTO 協定と非 WTO 法の関係を検討することは本稿の射程を超えるが、両者の関係のひとつの表れとして、発展的解釈にのみ言及しておきたい。発展的解釈は条約法条約第 31 条第 3 項(c)に基礎を置くことは先に述べたが³⁵²、他方で同条約起草史によれば同号からは時間的要素は意図的に省略されており、むしろ誠実 (good faith) 解釈に投影されていると理解されていた³⁵³。WTO においても、パネル・上級委員会は条約法条約第 31 条第 3 項(c)よりは、むしろ同第 1 項の誠実解釈および趣旨・目的に派生する実効性原則に基づいて発展的解釈を行っており³⁵⁴、先述の米国・エビ

³⁴⁵ McLachlan, *supra* note 320, at 313-15. See also *EC – Aircraft* (AB), *supra* note 312, ¶ 845 n.1917.

³⁴⁶ VAN DAMME, *supra* note 296, at 358, 374-76.

³⁴⁷ *EC – Chicken Cuts* (AB), *supra* note 313, ¶¶ 195-199.

³⁴⁸ Appellate Body Report, Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities, *United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”*, ¶¶ 141-145, WT/DS108/AB/RW (Jan. 14, 2002).

³⁴⁹ GARDINER, *supra* note 297, at 274.

³⁵⁰ 「文化的財・サービスは、アイデンティティー、価値及び意味を媒介するベクターであり、単なる商品や消費財としてとらえられてはならない。」

³⁵¹ *China – Publications and AV Products* (Panel), *supra* note 156, ¶¶ 7.751, 7.758 n.538.

³⁵² 前掲注 (297) および本文対応部分参照。

³⁵³ DÖRR & SCHMALENBACH COMMENTARY, *supra* note 254, at 528-29, 567-68.

³⁵⁴ *US – Gasoline* (AB), *supra* note 293, at 21; VAN DAMME, *supra* note 296, at 282. 実効性原則は誠実解釈原則および趣旨・目的の双方から導かれる。GARDINER, *supra* note 297, at 160; VILLIGER, *supra* note 254,

輸入制限事件上級委員会の説示³⁵⁵もこの一例である³⁵⁶。

このように、時間的要素は実効性原則に基づく発展的解釈を通じて斟酌しうるものであり、一定の現代的価値・目的もこうした形で条約解釈に反映させることが可能である。ただし、かかる解釈が説得的であるためには、そうした現代的価値・目的が「自律的な拘束力 (an autonomous binding force)」を有することが前提となる³⁵⁷。そのため、いかなる非 WTO 法もが条約解釈での参照の対象となりうるわけではない。しかしながら、広汎な当事国を有する文化多様性条約ほか UNESCO 関連の条約に限って言えば、国際社会の現代的関心の証左としての役割を十分に果たしうる³⁵⁸。また、発展的解釈はあくまで条約当事国の意思を要するが、仮に条約にその旨の明示がなくとも、元来発展的な性質の条約に具現化される概念については発展的に解せると理解される³⁵⁹。WTO 協定が発展的に解される理由については必ずしも明確にされていないが、上級委員会がこのような手法を採用していることは、上級委員会は WTO 協定についてこのような意思の存在を認めていることを示唆する。

このように考えれば、例えば先述の GATT 第 20 条(f)の「国宝」概念も動的に解釈される可能性があり、1970 年の UNESCO 文化財不法輸出入等禁止条約第 1 条(j)が文化財に「映画による記録 (cinematographic archives)」を含めていることから、映画のような比較的新しいメディアも「国宝」に含める解釈が可能となる³⁶⁰。例えば我が国でも、2009 年に日本人による最初期の映画フィルムであり、歌舞伎を収めた「紅葉狩」が重要文化財指定を受け、以後 2 件のフィルムがこれに続いた³⁶¹。また、例えばミッキーマウスやスヌーピーなど漫画 (cartoon) のような大衆文化でも、母国の文化遺産の一部を形成する以上、人類共通の遺産として歴史的価値のある美術作品同様の地位を与えられる可能性が認められる³⁶²。

しかし他方で、発展的解釈もまた誠実解釈による「通常の意味」の確定の範囲を出るものではない。したがって、「国宝 (national treasure)」の定義からすれば³⁶³、それ自体希少性のある特定の物品に限定されよう³⁶⁴。特に同号が必要性要件や柱書と併せ読まれるとき、

at 425, 428; DÖRR & SCHMALENBACH COMMENTARY, *supra* note 254, at 540, 547.

³⁵⁵ 前掲注 (301) ~ (308) および本文対応部分参照。

³⁵⁶ I CORTEN & KLEIN COMMENTARY, *supra* note 262, at 834.

³⁵⁷ VAN DAMME, *supra* note 296, at 296-97.

³⁵⁸ Dahrendorf, *supra* note 229, at 71-73; Pauwelyn, *supra* note 151. ただし、慎重意見として Ruiz Fabri, *supra* note 122, at 215 を参照。こうした関心についてパネル・上級委員会は、それに該当するか否かは当該関心事項が長期にわたり共有されるものであるかどうかにかんして依存するとして、文化多様性も例えば EC・アスベスト規制事件で問題になったような公衆衛生と同等の重要性を認められることを要するとし、未だその水準にないことを示唆する。

³⁵⁹ DÖRR & SCHMALENBACH COMMENTARY, *supra* note 254, at 535.

³⁶⁰ VOON, *supra* note 22, at 144-145.

³⁶¹ 「映画フィルムの重要文化財指定」(東京国立近代美術館フィルムセンター)

<<http://www.momat.go.jp/FC/jubun/>>。

³⁶² Hahn, *supra* note 38, at 548.

³⁶³ 例えば以下を参照。II SHORTER OXFORD ENGLISH DICTIONARY 3333 (6th ed. 2010) (“3 A thing valued and kept for its rarity, workmanship, associations, etc.”); MERRIAM-WEBSTER M-W.COM, <http://www.merriam-webster.com/dictionary/treasure> (“2: . . . something of great worth or value, 3: a collection of precious things.”).

³⁶⁴ 例えて言えば、ポップアート作品 (例: リキテンシュタイン、ウォーホルが漫画や映画スターの写真を題材にした作品)、漫画のオリジナル (例: ディズニーアニメの原画)、高名な映画撮影時の小道具・衣装 (例: マリリン・モンロー使用の撮影衣装)、あるいは高名なロックアーティストが愛用した楽器 (例: エルビス・プレスリー使用のギター) など。

このような新しいメディアや大衆・商業的な文化遺産に関連して、コンテンツ産品、ひいてはその産業の保護まで拡大することは困難である。また、参照される条約の内在的制約もある。例えば上記の文化財不法輸出入等禁止条約にある「記録 (archive)」の語は作品の歴史的側面を強調するもので、現代映画一般にもその外延を広げることはやはり困難である³⁶⁵。

また、斟酌される文化多様性条約の側の問題として、そもそも文化多様性概念の定義が抽象的であり、パネル・上級委員会による具体的な条文の解釈にあたり、その斟酌が困難であることが指摘される³⁶⁶。加えて先に述べたように、文化多様性条約は自由な文化交流の重要性や文化的表現への公平なアクセスも重視しているため、当該条約の参照が必ずしも差別的・通商制限的措置を認める解釈となるとは予断できない³⁶⁷。

他方、発展的解釈が「貿易と文化」問題に果たす役割は、文化多様性条約それ自体の WTO 協定解釈への斟酌に限定されず、以下に示すような関連する社会事実の変化の斟酌も含まれる。例えば「鉄のライン」鉄道事件仲裁判決 (2005) を参照すると、仲裁廷は 19 世紀前半に締結された鉄道保守管理条約への時際法の厳格な適用を否定し、実効性原則の範囲内で発展的解釈を行うことにより、技術の発展を考慮して用語の意味を明らかにした³⁶⁸。コンテンツ産品の製作・配信における技術革新は、インターネット、コンピュータ、通信インフラ、AV 機材等の進化に伴って、正に日進月歩であるが、同仲裁判決はこうした技術的環境の変化を条約解釈に導入した点で重要な意味を持つ。

そして同様の考え方は、既に WTO においても上級委員会により採用されている。中国・出版物および AV 製品関連措置事件では、中国は約束表中の「ビデオ (video)」、「録音 (sound recording)」および「配給 (distribution)」の文言について、同国の加盟時点 (2001) の辞書的意味を探るよう主張したが、上級委員会はこのような時際法的解釈を否定した³⁶⁹。中国の主張は本件対象のコンテンツ産品について、特にデジタル化やインターネット技術の進歩に伴い、同国の WTO 加盟時よりその範囲、ひいては中国の約束の範囲をも拡大する可能性を懸念したものと理解できる³⁷⁰。その意味で、このような発展的解釈は WTO 協定上の義務 (本件ではサービス約束) の範囲を押し広げ、むしろ文化多様性条約を制約する方向に作用する可能性を秘めている。むしろ、GATT 第 20 条(f)の「国宝」概念も、前述の UNESCO の関連条約だけでなく、文化的表現に関する技術進歩を理由とした発展的解釈による拡大は可能であり、今度は逆に発展的解釈が文化多様性保護・促進に資する。ただし、これも実効的解釈の範囲内に留まるかぎりにおいてであって、「国宝」概念の本質を違えて複製可能な商業的文化コンテンツまで含むとは解されない。協定の文言を無意味なものとしないうちに、やはりそこまでの拡大は困難と見るべきであろう。

³⁶⁵ VOON, *supra* note 22, at 145-46.

³⁶⁶ Acheson & Maule, *supra* note 124, at 251. 文化多様性条約第 4 条第 1 項は以下のように定義する。「『文化の多様性』とは、集団及び社会の文化が表現を見出す多様な方法をいう。これらの表現は、集団及び社会の中で並びにこれらの中で受け渡される。文化の多様性は、人類の文化遺産が種々の文化的表現により表現され、増加され、及び伝達される多様な方法によることのみでなく、芸術的な創造、生産、普及、配布及び享受の多様な様式 (用いられる方法及び科学技術を問わない。) によっても表明される。」

³⁶⁷ 前掲注 (344) および本分対応部分参照。

³⁶⁸ The Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway (Neth. v. Belg.), 27 R.I.A.A. 33, ¶¶ 79-80 (Perm. Ct. Arb. 2005); GARDINER, *supra* note 297, at 254-55.

³⁶⁹ *China – Publications and AV Products* (AB), *supra* note 244, ¶ 369 n.681.

³⁷⁰ *Cf. China – Publications and AV Products* (Panel), *supra* note 156, ¶¶ 7.1154-7.1166.

5.5. 小活

以上のように、WTO 協定および文化多様性条約の関係については、それぞれの例外規定および条約法における調整のいずれも十分に整理できない。まず、例外規定について言えば、GATT 第 20 条(a)および(f)は文化多様性をその範囲に包摂するものとは解せない。また、文化多様性条約第 20 条についても、結局のところ条約法条約の原則に拠ることの確認以上の意味は見いだせなかった。

条約の解釈・適用の一般原則についても、現状では文化多様性条約は条約法条約第 31 条による WTO 協定の「通常の意味」の明確化において限られた役割を果たすに留まる。加えて、前述のように文化多様性条約は自国文化の保護・育成と併せて自由な文化交流の重要性を規定しており、その斟酌は必ずしも通商制限的な方向にのみ WTO 協定の解釈を引き寄せることにならない。

先に触れた中国・出版物および AV 製品関連措置事件におけるパネル・上級委員会の文化多様性宣言・文化多様性条約に対する態度³⁷¹にも表れているように、UNESCO における文化多様性を巡る議論にもかかわらず、結局カナダ・雑誌事件当時の議論から進歩はなく、同様の議論が繰り返されている。Neuwirth [2010]はこの事態を「健忘と既視感がない交ぜの心境 (a mixed feeling of amnesia and ‘Déjà Vu’)」と評し、この間「貿易と文化」の論争に実質的な進展がなかったこと、そして両者の統合には今しばらく時を要することを指摘する³⁷²。一般論として同稿が示す見解に異を唱えるものではないが、しかしながらその一方で、現行協定においても文化多様性保護・促進策に有効な政策オプションが許されていないわけではない。更に言えば、コンテンツ産品をめぐる経済的・技術的環境は著しく変化しており、「貿易と文化」を対立軸で捉えることの妥当性そのものが揺らぎつつある。これらの点について、以下章を改めて論じる。

6. 協定適合的な文化多様性保護・促進策のオプション

6.1. コンテンツ産業振興策としての補助金

これまで見てきたとおり、国産メディア産品の優遇または外国産メディア産品の排除による文化多様性促進は、無差別原則の観点から WTO 協定上これを正当な政策手段として位置づけることは困難である。更に、文化多様性条約自体も自由な文化交流や文化的表現に対する公平なアクセスの重要性を明確に規定していることから³⁷³、外国産コンテンツ産品へのアクセスを差別的に妨げる保護措置は文化多様性条約自体にも適合しない。従って、4. に論じた GATT 第 1 条、第 3 条の解釈に顕在化する文化的要素による差別の制限は、一面では文化多様性条約とも親和的であり、また、仮に本稿 5. に論じたように WTO 協定の解

³⁷¹ 前掲注 (243) ~ (246) および本文対応部分参照。

³⁷² Rostam J. Neuwirth, *The “Culture and Trade Debate” Continues: The UNESCO Convention in Light of the WTO Reports in China – Publications and Audiovisual Products: Between Amnesia or Déjà Vu?*, 44 J. World Trade 1333, 1355 (2010).

³⁷³ 前掲注 (61) ~ (65) および本文対応部分参照。

積・適用に文化多様性条約が投影されるとしても、必ずしも通商制限的な方向に協定解釈を導くとは予断できない。

しかしながらこのことは文化多様性について WTO、ひいては国際通商システムが無頓着であっていいことは意味しない。Goff [2007]は文化多様性保護・促進派のカナダ、EUは一貫して自由貿易支持国であり、国民的アイデンティティへの懸念を基礎とする AV サービスの自由化の問題は、保護主義でなくむしろ正当な社会文化的関心として「埋め込まれた自由主義 (embedded liberalism)」の文脈で論じられなくてはならないと主張する。この問題に対する関心は米国でも同様であり、加・EUとの差は、自由化が国民的アイデンティティの強化に資するかどうかの点にしかないと論じる。その上で、自由貿易の限界として、妥当な介入措置を講じることの必要性を説く³⁷⁴。

「埋め込まれた自由主義」の文脈で言えば、WTO 協定は様々な例外規定を具備しており、その点で WTO 協定は文化多様性に関する加盟国の関心のある程度包摂することができる。この点で有力なオプションとなりうるのは補助金である。とりわけ 2.2. で論じたように、特に AV ソフトの競争力が製作費の関数であるとすれば、国産 AV ソフトは補助金により質・量共に生産の向上が期待される。このような国内コンテンツ産業育成による対応は、外国産コンテンツ製品の市場アクセス・流通も原則的に妨げられない一方で国産コンテンツ製品の選択肢が増えることを意味し、文化的自由を保障する点で文化多様性条約前文第 11 節ほかに規定される文化交流やアクセスの自由など開放的・動的な文化多様性に対するアプローチに繋がる³⁷⁵。

政策的にも補助金による対応の妥当性を支持する見解は有力である。特に対話的文化的保護の必要性に鑑みた場合、正しい政策対応としては外国産コンテンツの排除により個人の選択の幅を狭めることなく、補助金によって国内の表現手段を維持することが望ましい³⁷⁶。このことは文化経済の視点からの議論とも符合しており、例えば後藤 [2013]はクリエイティブ産業支援に補助金が有効であることを説く。とりわけ昨今の傾向として、直接的支援の意味での補助金から税制による支援に基軸が移りつつあり、これらの措置には寄付税制やアーティストの集積促進の減免税など租税支出、そして芸術団体等に配分される目的税としての文化税制が挙げられる³⁷⁷。

具体的措置の中には例えば文化的財・サービスへの付加価値税等間接税の減免があり³⁷⁸、内外差別があれば GATT 第 3 条第 2 項への抵触を注意すべき場合がありうるが、文化生産者に対する支援一般については、せいぜい相殺可能補助金の範囲に収まる。WTO 協定の観点からも補助金の政策オプションとしての法的安定性は高い。補助金・相殺関税 (SCM) 協定は輸出補助金、ローカルコンテンツ補助金を禁止するが、産業振興の国内補助金は関連市場における「悪影響」(同第 5 条、第 6 条)を生じないかぎり制約を受けない。実際、

³⁷⁴ GOFF, *supra* note 77, at 171-76.

³⁷⁵ Ruiz Fabri, *supra* note 122, at 198.

³⁷⁶ See e.g., BAKER, *supra* note 75, at 231-32; Sauvé & Steinfatt, *supra* note 89, at 336; Frederick van der Ploeg, *Comment*, 28 J. CULTURAL ECON. 257, 258 (2004).

³⁷⁷ 後藤和子『クリエイティブ産業の経済学—契約、著作権、税制のインセンティブ設計—』第 4 章 (2013)。なお、同書は政府等公的機関からの資金移転のみを「補助金」と呼び、税制によるインセンティブと区別している。これらは前者が SCM 協定 1.1 条(a)(1)(i)に、後者が同(ii)に該当し、WTO 協定上はいずれも補助金と認識されることに留意すべきである。

³⁷⁸ 同上書 114 頁。

多くの国々において AV 補助金の支出が認められるにもかかわらず、具体的な紛争が発生していないことは、自国文化の存続を目的とした補助金支出は妥当な政策ツールの行使の範囲内に留まることの証左と言える³⁷⁹。例えば 90 年代末以降、米加間にはいわゆる「映画製作の空洞化 (runaway production)」の問題があり、映画産業を誘致し、ハリウッドの空洞化をもたらすカナダの税制優遇措置や補助金について、米映画産業は 1974 年通商法 301 条調査の申請をはじめ補助金規律の文脈でこれを問題にしてきたが、調査は実施されていない³⁸⁰。更にドーハラウンドにおける米国の AV サービス交渉ポジションは、公的支援に対する無差別のアクセスを求めたウルグアイラウンドの当時のそれとは大きく異なり、特に映画に対する支援策の機微性を認識し、補助金規律について寛容な態度を示している³⁸¹。

この点につき、韓国はこの 2 つの WTO 協定整合的な手法の組み合わせで自国文化の独自性を維持しながら、他方で輸出コンテンツとしての映画の競争力を高めた点で注目される。韓国はスクリーンクォータで一定の専属市場 (captive market) を創設して投資リスクを下げながら、他方で補助金や税制優遇措置を併用して民間の映画産業投資を刺激し、加えて映画技術振興や製作能力開発に関する公共投資を行った。この施策が今日の国際的な「韓流」ブームをもたらしている³⁸²。もっとも、こうした公的支援策も各国の制度設計によっては奏功しない。例えばフランスでは、1970 年代以降の公的機関の審査による映画製作補助金スキームが適正な配分に失敗し、また製作重視で配給を軽視した結果、市場競争力を有する魅力ある作品の発信に結実しなかった³⁸³。また、90 年代以降の映画製作の大規模化を図る公的支援策は、国内の独立系映画を圧迫することで国産映画の多様性を損なうとともに、内容面でもフランス映画の「アメリカ化」を招いたことが指摘されている³⁸⁴。

ただし、補助金は「実質的な損害」(SCM 協定第 15 条) および「著しい害」(同第 6 条) を含む「悪影響」(同第 5 条) を他の加盟国に与える場合、相殺の対象となる。Wright [2006] は先のカナダの映画産業誘致補助金について詳細に事実関係を分析し、当該補助金の効果によって米国市場および国際市場においてカナダ撮影の映画が米国製映画に代替しており、「実質的な損害」および「著しい害」を認定するに足る影響があったことを示している³⁸⁵。文化多様性保護・促進の観点からは海外市場への影響ではなく、さしあたりもっぱら国内に必要なコンテンツ産業の維持を可能ならしめる補助金が相殺されるか否かが問題になるが³⁸⁶、仮に自国市場において国産コンテンツ製品に対して少なくとも一定の需要を確

³⁷⁹ Mira Burri et al., *The Protection and Promotion of Cultural Diversity in a Digital Networked Environment: Mapping Possible Advances to Coherence*, in THE PROSPECTS OF INTERNATIONAL TRADE REGULATION 359, 384-85 (Thomas Cottier & Panagiotis Delimatsis eds., 2011); Hahn, *supra* note 38, at 532. 例えばオーストラリアやカナダは多額の映画産業補助金支給の事実があるにもかかわらず、一般的に輸入代替的な補助金について不公正貿易報告書 (National Trade Estimate Report) で取り上げられてこなかった。Moran, *supra* note 99, at 47-48.

³⁸⁰ Bernier, *supra* note 185, at 764-65; McDonald, *supra* note 126, at 122-23; Wright, *supra* note, at 126, at 819-22.

³⁸¹ Balassa, *supra* note 47, at 82-83; Burri-Nenova, *supra* note 56, at 77.

³⁸² Pager, *supra* note 39, at 97-108.

³⁸³ *Id.* at 75-97.

³⁸⁴ Emmanuel Cocq & Patrick Messerlin, *French Audio-Visual Policy: Impact and Compatibility with Trade Negotiations*, in CULTURAL DIVERSITY AND INTERNATIONAL ECONOMIC INTEGRATION THE GLOBAL GOVERNANCE OF THE AUDIO-VISUAL SECTOR 21, 32-39 (Paolo Guerrieri et al. eds., 2005).

³⁸⁵ Wright, *supra* note 126, at 803-14.

³⁸⁶ むろん補助金は輸出市場開拓にも利用され、例えば韓国は製作やインフラ整備等に対する支援と併せて輸出向けに国産映画の編集や字幕作製に補助金を支出しており、これらが一体として韓流ブームの国際的

保すれば、それは輸入コンテンツ製品の市場アクセスを阻害する可能性を示唆する。

この状況に関連する規定としては、まず SCM 協定 6.3 条(a)が挙げられる。補助金の効果によって申立国からの同種の輸入製品が補助金支出国市場において補助金交付国産品の代用となる場合、同号に定める「代替 (displace)」が発生するとされ³⁸⁷、同第 5 条(c)の「著しい害」が認められる。また、同 6.3 条(c)は「同一市場」において補助金交付製品が他加盟国の同種の製品の価格を著しく下回る、その上昇を妨げる、あるいは押し下げるか、その販売を著しく減少させる場合、同じく「著しい害」を認める。この「同一市場」は個別の事案毎に柔軟に画定され³⁸⁸、補助金を交付する輸入国市場を設定することもできる。仮に補助金によって国産コンテンツ製品が輸入コンテンツ製品の価格を下回る、あるいは輸入国市場での後者の販売減少が発生する場合、同号に該当する。更に第 5 条(b)には GATT 第 2 条に基づく譲許の無効化・侵害も悪影響の一類型として規定されているが、これも先例から補助金交付に対する譲許時の輸出国の予見可能性、および交付を行う輸入国の市場における競争条件の不利益的改変（例えば補助金交付により国産品に輸入品に対する価格上の優位が生じる等）が検討される³⁸⁹。

この点については、かつて拙稿において金融危機対応の文脈で指摘したように、分野別の平和条項創設を含め、非貿易的政策目的の一環として文化多様性の勘案を補助金規律において可能ならしめる必要がある。本来正の外部性を踏まえて公共財の過小供給を是正する手段として補助金は貿易歪曲性が少ない手段であるにも関わらず、WTO 協定上は例えば数量制限や関税引き上げ等、本来より規範的な非難可能性が高く、貿易歪曲性も強い措置よりも厳しく規制されている。このことは、例えば「悪影響」がもたらす経済的影響により決定されて TBT 協定 2.2 条のような「正当な目的」が勘案されない、あるいは既に失効した相殺不可能（緑の）補助金（SCM 協定第 8 条）を除けば GATT 第 20 条に代表される例外が用意されていないなど、補助金の相殺にあたり政策目標を勘案した評価が不可能な規範構造に顕在化している³⁹⁰。

SCM 協定は世界大の効率の実現など特定の厚生基準を設けず、自国への損害発生を基準として、加盟国の相殺による極めて自律的かつ柔軟な補助金規律を実現している。したがって、複数加盟国が一定の共通の政策目標を共有し、その実現に必要な補助金について相殺の権利を自制することは、現行の SCM 協定の目的や一般原則を害するものではない³⁹¹。

成功の要因となっていることが指摘される。Milim Kim, *supra* note 126, at 172, 176. しかし他方で SCM 協定 3.1 条(a)は輸出補助金を禁止しており、これらの措置は同条への適合性が問われることになる。

³⁸⁷ *EC – Aircraft* (AB), *supra* note 312, ¶ 1160.

³⁸⁸ *Id.* ¶ 1218.

³⁸⁹ 現行 SCM 協定第 5 条(b)の解釈・適用事案はなく、以下の GATT1947 下の事例が参考になる。GATT Panel Report, *European Economic Community – Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-Feed Proteins*, ¶¶ 142-152, L/6627 (Dec. 14, 1989), GATT B.I.S.D. (37th Supp.) at 86, 126-31 (1991); GATT Panel Report, *European Economic Community – Production Aids Granted on Canned Peaches, Canned Pears, Canned Fruit Cocktail and Dried Grapes*, ¶¶ 49-77, L/5778, (Feb. 20, 1985, unadopted). なお、当該規定は GATT1947 下では当時の GATT 第 16 条および東京ラウンド補助金協定に代えて無違反の無効化・侵害が援用されたため、WTO 発足にあたり挿入された。濱田太郎「WTO 補助金協定にいう補助金による『著しい害』の概念—米国・綿花事件を中心に—」9-10 頁（（独）経済産業研究所、RIETI Discussion Paper Series 10-J-030, 2010）
<<http://www.rieti.go.jp/publications/dp/10j030.pdf>>.

³⁹⁰ 川瀬剛志「世界金融危機下の国家援助と WTO 補助金規律」109-11 頁（（独）経済産業研究所、RIETI Discussion Paper Series 11-J-065, 2011）<<http://www.rieti.go.jp/publications/dp/11j065.pdf>>.

³⁹¹ 同上論文 122-24 頁。

よって、この SCM 協定による補助金規律の柔軟性を最大限利用して、文化多様性条約当事国間で文化多様性実現のための政策裁量拡大を実現することこそが、正に文化多様性条約第 20 条が標榜する相互補完的な解釈である。最大のコンテンツ輸出国であり文化多様性条約未批准の米国でさえも AV 産業の公的支援とはもはや無縁であり得ないところ³⁹²、全てのコンテンツ生産国に有益な方策たりうる。

かつて研究開発補助金が相殺不可能であったように (SCM 協定 8.2 条(a)、現在は同第 31 条により失効)、正の外部性を有する知的所産という意味では、文化多様性維持の補助金に積極的な意義を付与することはこれとも符合する。更に、コーエン [2011] が指摘するように個人の選択肢の多様化こそが文化多様性の本質であれば³⁹³、競争の中で本来淘汰される伝統的文化の維持、そして新たなコンテンツの萌芽のいずれの観点でも、公共財としてのコンテンツ産品供給を促す補助金については、文化多様性本来の意義に適う。

更に、こうした議論は文化多様性条約の規範構造にも適合する。先に見たとおり、同条約第 7 条は海外の文化的表現へのアクセスを含む文化的表現促進措置について規定する一方、第 8 条において文化的表現保護措置について規定する。社会にとっての文化多様性の必要性を強調するのは、過去の文化的表現が新しい文化的表現の豊穡な基礎になるからであり、また相互に質を高め、刺激し合うからからこそ国産・外国の文化的表現が強調される。この時文化的表現保護はあくまで文化的表現促進の補完的前提条件であり、消滅や重大な脅威などの事態に際して初めて立ち現れるに過ぎない³⁹⁴。

6.2. 国内コンテンツ産業保護による多様性確保のツール

他方、米国を中心とした支配的なコンテンツ産品輸出国から国内コンテンツ産業を保護する場合、現行の WTO 協定にも一定の政策手段が規定されている。まず、スクリーンクォータは正に文化保護の関心を反映して挿入されたことは、既に触れた³⁹⁵。当該制度は本来 GATT 第 3 条第 4 項で禁じられる配給の内外差別を許容するとともに、実質的に映画輸入そのものの市場アクセス制限として機能することから、事実上 GATT 第 11 条の例外にもなりうる。

映画を含めて個別国内コンテンツ産業の保護であれば、セーフガードが援用可能である。例えば伝統工芸が後継者不足で存続が危ぶまれる等のもっぱら構造的・国内要因が原因ではなく、輸入製品の増加による国内産業の衰退は、正にセーフガードによる対応が予定される事態である。実際前述のベイルート協定、フローレンス協定の附属書では、米国が GATT 第 19 条類似のセーフガードを導入する留保を付している。このことは少なくとも印刷媒体や映画フィルムなど比較的伝統的なコンテンツ産品についてもセーフガードが適用可能と認識されていることを示す証左である。

また、コンテンツ産品貿易では価格差別が行われることは既に本稿 2.2.において説明したが、国内販売価格を下回る輸出価格の設定はダンピング防止 (AD) 税によって対抗できる

³⁹² カナダ類似の映画産業誘致補助金は、既に米国各州でも導入されている。McDonald, *supra* note 126, at 122-23.

³⁹³ 前掲注 (55) および本文対応部分参照。

³⁹⁴ Neuwirth, *United in Divergency*, *supra* note 57, at 840-41.

³⁹⁵ 前掲注 (139) および本文対応部分参照。

(AD 協定 2.1 条)³⁹⁶。また、外国政府の補助金支出が確認できる場合については、相殺関税を用いることができる (SCM 協定第 5 部)³⁹⁷。

しかしながら、輸入救済法の援用については一定の限界があることに留意しなければならない。まず、カナダ・雑誌事件の事実関係から明白なように³⁹⁸、有体物としてのメディア（例えば紙媒体、フィルム、光学ディスクなど）とコンテンツの切り離しは簡単であり、テレビ、映画、雑誌でもコンテンツのみが電子的に越境し、輸入国内で印刷・プレスされる場合、物品貿易を前提とした輸入救済法の適用は困難になる³⁹⁹。こうした電子コンテンツ自体に対する関税賦課については目下モラトリウムが課されており⁴⁰⁰、WTO において物品、サービス、あるいは第三の分類とするかにつき明確にされておらず、この点については哲学論争の域を出ない。実態としては、エンドユーザー向け電子商取引は個別のサービス約束でカバーされており、コンテンツ配信も同様である。⁴⁰¹

加えて、特に AD 税（相殺関税も同様）については、調査対象輸入産品と競合する国産の「同種の産品」の定義が GATT 第 1 条・第 3 条に比して、著しく狭く定義されている (AD 協定 2.6 条、SCM 協定 15.1 条注)⁴⁰²。このことから、特にジャンル毎の製品差別化が細かいコンテンツ産品についてはこの「同種の産品」の画定が困難となり、競争関係においてダンピング輸入・補助金付輸入が損害を与える範囲よりも、狭い範囲の国内コンテンツ産業の保護に限定される可能性がある⁴⁰³。また、コンテンツ志向の産品の場合、低価格は国内産業に損害を惹起する要素として重要ではない点で、文化多様性保護・促進の文脈で AD 税（あるいは相殺関税）の政策手段としての妥当性が疑問視される⁴⁰⁴。最後に、非排他性に象徴されるコンテンツ産品の公共財的性質からすれば価格差別は当然のことであり、ダンピング防止税適用の経済的合理性については疑問が残るとされる⁴⁰⁵。

最後に、特にセーフガードについては、文化多様性条約第 8 条第 1 項に「緊急に保護 (urgent safeguarding)」の文言があるが、セーフガードとしては WTO 協定のそれとは同義ではない。発動要件の厳格な後者については、文化多様性保護・促進の文脈での緊急保護に十分

³⁹⁶ Footer & Graber, *supra* note 97, at 140.

³⁹⁷ コンテンツ産業に対する相殺関税賦課の試論については、カナダの支援策に対する米国の適用を例として、Wright, *supra* note 126, at 757-70, 773-803 が詳細に分析を行っている。

³⁹⁸ 米国のスプリットラン雑誌はカナダ国内に冊子体の形で輸出されず、電子的にそのコンテンツのみがカナダに配信され、同国内でカナダ版を編集・印刷・製本することで、関税等国境規制から逃れていた。Panel Report, *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, ¶ 3.26, WT/DS31/R (Mar. 14, 1997).

³⁹⁹ Bernier, *supra* note 185, at 766; Lin, *supra* note 184, at 569.

⁴⁰⁰ 1998 年以降のモラトリウムを直近の 2011 年 12 月の閣僚会議において更新している。The Ministerial Conference, *Work Programme on Electronic Commerce: Decision of 17 December 2011*, WT/L/843 (Dec. 19, 2011).

⁴⁰¹ SACHA WUNSCH-VINCENT, THE WTO, THE INTERNET AND TRADE IN DIGITAL PRODUCTS: EC-US PERSPECTIVES 119-22 (2006); Stewart A. Baker & Maury D. Shenk, *Trade and Electric Commerce*, in II THE WORLD TRADE ORGANIZATION, *supra* note 185, 469, 479-80; Carlos A. Primo Braga, *E-Commerce Regulation: New Game, New Rules?*, in A HANDBOOK OF INTERNATIONAL TRADE IN SERVICES 459, 471-74 (Aaditya Mattoo et al. eds., 2007).

⁴⁰² 両条文は次のように規定する。「この協定において『同種の産品』とは、同一の産品、すなわち、検討の対象となる産品とすべての点で同じである産品又は、そのような産品がない場合には、すべての点で同じではないが当該産品と極めて類似した性質を有する他の産品をいうものと解する。」

⁴⁰³ Bernier, *supra* note 185, at 762-63, 765; Lin, *supra* note 184, at 575.

⁴⁰⁴ Lin, *supra* note 184, at 569-70.

⁴⁰⁵ Bernier, *supra* note 185, at 764-65.

に機動的な発動が困難であることが指摘される⁴⁰⁶。

7. 結びに代えて —「グローバリゼーション 3.0」下の「貿易と文化」—

2005年11月のUNESCO設立60周年講演において、文化人類学の巨匠レヴィ＝ストロース（Claude Lévi-Strauss）は14～15世紀にヨーロッパに共通して確立した絵画の国際ゴシック様式に触れ、この画一的な手法の確立が後にフランドル絵画とイタリア絵画という対照的な分派を生んだ過去の経験から、現代のグローバル化が新たな多様性へとつながる可能性を示す⁴⁰⁷。この発言の真意はこうした可能性に希望を繋ぐしかないという「諦観」とも説明されるが⁴⁰⁸、必ずしもそうではない。レヴィ＝ストロース自身は既に1970年代には多様性について集団を孤立させるのではなく互いに結びつける関係であると規定しており、これを受けたコーエン [2011]は、文化の部分的な同一化が差異化を花開かせる必要条件を整備すると説明する。すなわち、レヴィ＝ストロースが述べるように時流は常に一方に流れるものではなく、コーエン流に言えば、社会間の多様性がある程度破壊されることで内部の多様性が生まれる「創造的破壊」が起きることが期待される⁴⁰⁹。

このように「グローバル化≒アメリカ化」の現状が多様化に向かう萌芽を、我々はインターネットに見い出せる。この点についてフリードマン [2010]は、グローバル化時代の文化の変容を説明する術語として、「ローカルのグローバル化」に言及する。同書は文化のアメリカ化・画一化の懸念に同意しながらも、インターネットでのアップローディングが多様な地域文化コンテンツの世界への発信を個人レベルで可能ならしめることが、未だかつてない文化の多様化をもたらす潜在的な力となると評している⁴¹⁰。同書が「グローバリゼーション 3.0」と称するこの現況に照らせば、物品とサービスの越境的移動に照準を絞って「貿易と文化」の関係を規定し、国産コンテンツ保護を中心に据える文化多様性保護・促進のロジックは、色褪せたものに映る。最後に本稿の射程を超えて、今後のインターネット時代の文化多様性を踏まえた国際経済法のあり方に対する一般的指針を議論したい。

本稿ではWTO協定の無差別原則が文化多様性保護・促進と本質的に相容れないという見方を紹介したが、もはやその前提条件は変容しつつある。デジタル環境下のロングテールの発生に見られるコンテンツの多様化については先に触れたが⁴¹¹、例えば書籍、CD、DVDなど有体物メディアに収録されたコンテンツは、従来商品陳列スペースと分類、店舗の地理的範囲、多様な商品の検索能力の限界、更にはTV・ラジオの電波帯・放送枠など、いわ

⁴⁰⁶ Voon, *supra* note 155, at 282-84; Footer & Graber, *supra* note 97, at 140-41.

⁴⁰⁷ Claude Lévi-Strauss, *Unesco at 60*, 54 *DIAGENES*, Aug. 2007, at 5, 8-9.

⁴⁰⁸ 文化人類学者の川田順造は、このUNESCO講演直後にレヴィ＝ストロース本人にその真意を質し、上記引用のグローバル化に関する見解を以下のように説明している。「『では、先生はモンディアリザシオン（世界化）に対してはオプティミストなのですね』と申し上げたら、『そうではありえないのではありませんか』と、かなり諦観しておられる様子でした。一旦は表面的に一律化されても、その中で必ず人間は文化の多様性を作り出して行く、その可能性に希望を繋ぐしかないというご意見です。」川田順造「いまなぜ文化の多様性か」『ACCU News』第356号2頁以下所収2頁（2006）。

⁴⁰⁹ コーエン前掲注（48）30-32頁および270頁。

⁴¹⁰ トーマス・フリードマン『フラット化する世界—経済の大転換と人間の未来（普及版・下）』第12章（伏見威蕃訳、2010）。

⁴¹¹ 前掲注（190）および本文対応部分参照。

ゆる「商品棚」の制約を受けていた。これがいわゆる「短いヘッド」の世界である⁴¹²。アンダーソン [2009]によれば、これがインターネットの出現に伴い、Amazon に代表されるインターネットショップ、検索エンジン、更にはユーザーレビュー機能によって、コンテンツの流通と需要・供給の結びつけはこうした物理的制約から相当程度解放された。更に YouTube や iTunes Store などの AV のみならず、書籍、新聞、雑誌の電子版など、デジタル環境下のコンテンツ配信はもはや有体物メディアを介さず、インターネットによって直接視聴者にオンデマンド配信される⁴¹³。

「貿易と文化」問題に関する多くの著作を有するバリ (Mira Burri-Nenova) は、一連の著作において、こうして新たなデジタル環境下におけるコンテンツ産品配信が需要ベースのいわゆる“pull”に移行することで、あらゆる「商品棚」からコンテンツ産品流通が解放され、市場の失敗を前提とした従来型のスペース確保の発想に基づく差別的・制限的な政府介入は意味を失うと論じる⁴¹⁴。デジタル時代には以下のように「アクセス」に焦点を当てた政策手段を採用することで文化多様性の確保と通商自由化の分断は解消され、文化多様性条約はむしろ通商障壁の除去を求めるものと解される可能性を示唆する⁴¹⁵。

バリによれば、このようなアクセス重視の政策手段とは、第一に通信インフラやソフトおよびハードウェア、メディアリテラシーへのアクセス改善である。この問題は政策的には例えばデジタルデバイド等を含むが、WTO 協定の観点からは、現行の GATS 電気通信サービス附属書および参照文書の改定を含めて、電気通信サービスアクセスにおける競争規律強化が重視される⁴¹⁶。特に巨額の設備投資を要するクラウドコンピューティングについては市場におけるプレーヤーが限定されることから、競争市場確保の観点からサイバースペースにおける業界自主規制と政府介入の最適なバランスのあり方がいっそう重要になることが指摘される⁴¹⁷。

第二の手段はコンテンツへのアクセスであり、情報の利用可能性・整理、そして知的財産権の 2 点に言及している。前者は膨大な情報へのアクセスを可能ならしめる検索エンジンのユニバーサルアクセス確保や国家・企業によるフィルタリング規律などを含む。後者は、例えば伝統的文化表現 (TEC、例えば少数民族の音楽、演劇、文学など) や二次創作によるコンテンツの多様性確保と、他方で厳格な著作権保護のバランスの再検討の問題である⁴¹⁸。

また、バリが注目する「商品棚」、つまり流通の制約だけでなく、ハリウッドの巨額製作費に代表されるコンテンツ産品供給の規模の経済ももはや絶対的な制約条件ではない。再びアンダーソン [2009]によれば、コンテンツ多様化によるロングテールの発生条件として、プロ・アマを問わないコンテンツ生産の容易化が挙げられる。このことはパソコン、映像・録音機器など必要なハード・ソフトの低価格化・高性能化、YouTube に代表される画像投稿サイトやブログのような発信ツールの整備により実現され、ユーザーによる多様なコン

⁴¹² アンダーソン前掲注 (190) 第 9 章。

⁴¹³ ロングテール発生を推進する 3 条件のうち、いわゆる「流通手段の民主化」および「需要と供給の一致」である。同上書 94-97 頁および第 6 章・第 7 章。

⁴¹⁴ Mira Burri, *Cultural Protectionism 2.0: Updating Cultural Policy Tools for the Digital Age*, in TRANSNATIONAL CULTURE, *supra* note 72, at 182, 197-99; Burri et al., *supra* note 379, at 370-73.

⁴¹⁵ Burri et al., *supra* note 379, at 382-84.

⁴¹⁶ *Id.* at 374-77.

⁴¹⁷ Burri, *supra* note 414, at 199-200.

⁴¹⁸ Burri et al., *supra* note 379, at 377-82.

テンツ供給をもたらした⁴¹⁹。このこともまた、上記のバリの提言を後押しする。

これらの新ルールの成否は今後の交渉如何だが、まずインフラアクセスの問題は、折しも進行中の TISA 交渉に委ねられることになる。本年 2 月の EU による TISA 交渉開始提案によれば原則として全てのサービスが交渉対象となっており、特に規制原理 (regulatory disciplines) に関する交渉の一分野として、電気通信ルールにも言及されている⁴²⁰。現状は今夏の初期オファーを待つ段階だが、文化多様性に関連する動向としては、インフラではなくむしろコンテンツアクセスに関連して、米国が主張するデータの越境移動自由化の分野横断的な約束が議論される⁴²¹。仮にこれが実現すれば、AV 分野の電子コンテンツ配信にいつそうの自由化がもたらされる。もっとも、前述のように米 EU 間で TISA、そして TTIA における AV 分野の取り扱いに隔たりがあることから⁴²²、予断を許さない。他方、ハードウェアのアクセスについては、本年これも進行中の ITA 拡大交渉が一定の貢献をなすことが期待される⁴²³。

コンテンツアクセスの問題については、上記のように電子的コンテンツ配信は実質的には個別サービス約束で市場アクセスや内国民待遇が制約を受けている。この点について先に述べたように分野横断的なデータの越境移動自由化が TISA 交渉で俎上に乗る可能性があるが、これは TPP においても米国が目指す電子的コンテンツ配信を含む幅広い第 1 モードのデータ移動の自由化を意味する⁴²⁴。もっともその実現可能性については懐疑的な見方も有力であり⁴²⁵、現時点では電子商取引に対する関税賦課のモラトリアムで棚上げされている物品・サービス分類に関する神学論争も、WTO においては立法的解決が困難である。そこで、電子的コンテンツに対する GATT の適用可能性を再検討し、現行協定の解釈によって電子的コンテンツ貿易の自由化を実現する可能性は一考に値しよう。

この点につき、中国・出版物および AV 製品関連措置事件パネルの議論は興味深い示唆を与える。本件パネルは電子的コンテンツ配信業者をハードコピーとしての CD の最終消費者と見ている。このことは、電子的コンテンツ配信業者がこれを配信事業に使用する (つまり輸入した CD から音楽コンテンツデータを抽出して電子的に配信する) 場合、GATT 第 3 条第 4 項において物品としての CD の「使用」と見ることができることを意味する。このとき、仮に輸入 CD (往々にしてその内容は外国産コンテンツ) についてのみそのコンテンツの商業的電子配信以前に煩雑な審査に服させているのであれば、有形の輸入 CD の音楽コンテンツ配信サービス事業への「使用」に関して、不利な待遇を与えていることになる。本件ではこの点の議論が申立国である米国より提起されたが、結局付託事項に含まれない

⁴¹⁹ アンダーソン前掲注 (190) 94 頁および第 5 章。

⁴²⁰ Memo, European Commission, Negotiations for a Plurilateral Agreement on Trade in Services (Feb. 15, 2013).

⁴²¹ *TISA Negotiators Begin Mode 4 Talks: New Proposals Expected in June*, INSIDE U.S. TRADE, May 10, 2013, at 3; *EU Proposal on Horizontal Disciplines in Services Talks Met with Skepticism*, INSIDE U.S. TRADE, Mar. 29, 2013, at 1.

⁴²² 前掲注 (146) ~ (148) および本文対応部分参照。

⁴²³ 現状では 2013 年夏までに対象物品リスト合意案の策定、本年 12 月の WTO 第 9 回閣僚会議 (於パリ) での妥結を目指している。 *Members Build Support for Some ITA Items, but Not Close to Final Deal*, INSIDE U.S. TRADE, May 3, 2013 at 23; *ITA Expansion Talks Aim for Final Product List by Summer*, BRIDGES WEEKLY, Mar. 27, 2013, at 9.

⁴²⁴ 東條吉純「TPP 協定交渉におけるサービス貿易の自由化」『ジュリスト』第 1443 号 42 頁以下所収 45 頁 (2012)。

⁴²⁵ *EU Proposal*, *supra* note 421.

とパネルが判断し、確定的な結論は得られてない⁴²⁶。にもかかわらず、現行 GATT が電子コンテンツ配信の自由化に一定の途を開く可能性を示唆した点は無視できない。

他方、知的財産権については、特に二次創作による大型ヒットコンテンツの誕生の例⁴²⁷に加え、途上国のポップカルチャーや TEC についても、インターネットを通じたコンテンツ製作・配信に支配的な西欧型の著作権のあり方が障害となることが指摘されている⁴²⁸。その一方で RTA においては米国中心の TRIPS プラスのルール策定が進んでいる。特に TPP においても著作権保護期間の延長や違法ダウンロードの非親告罪化、著作権侵害のプロバイダー責任に関する規律など、デジタル環境における著作権強化が提案されており⁴²⁹、「クールジャパン」に対する悪影響も懸念される⁴³⁰。

フィルタリング・検閲については、個別コンテンツのレベルでは、中国・出版物および AV 製品関連措置事件において一定の議論があったが、有体物メディアについて、特に表現の自由を侵害する可能性のある措置に対する GATT 第 20 条(a)の公徳例外の適用可能性について踏み込んだ議論はなかった⁴³¹。また、フィルタリング検閲は中国の Google 事件に際して一部で本件の WTO 提訴の可能性について検討されたが⁴³²、現行協定の適用可能性については、包括的な詳細な議論を別途要する⁴³³。「クールジャパン」の文脈でも輸出市場における性表現に関する規制強化が懸念されるが⁴³⁴、児童ポルノ等正当な規制目的は公徳例外の範囲内である一方、過剰規制を防ぐため例外の外延の明確化は我が国通商戦略にも影響しよう。

このような状況下では、特にコンテンツ製品の電子配信と CD、DVD、書籍等の有体物メディアの高い互換性を考えた場合、本稿で検討したような文化的特性に基礎を置く物品としてのコンテンツ製品の差別は早晚意味を持たなくなる。ましてや、物理的制限を伴う従来型のメディアとはおよそ異なるデジタル環境の特性を斟酌せず、オンデマンドのデジタ

⁴²⁶ *China – Publications and Audiovisual Products* (Panel), *supra* note 156, ¶¶ 7.1609-7.1610.

⁴²⁷ 例えば K-Pop 「江南スタイル」の世界的大ヒットや、ユーザー参加によって多くの派生的コンテンツを生み出した「初音ミク」が著作権適用の緩和によって成功した例は広く知られている。「『仮想歌姫』が謳った課題—問われるネット時代の著作権処理」『日経ビジネス』2008年1月18日号12頁所収、「江南スタイル欧米でも人気—笑い国境超越」東京新聞2012年10月15日夕刊3面。

⁴²⁸ 例えば以下を参照。Mira Burri-Nenova, *The Long Tail of the Rainbow Serpent: New Technologies and the Protection and Promotion of Traditional Cultural Expressions*, in *INTELLECTUAL PROPERTY AND TRADITIONAL CULTURAL EXPRESSIONS IN A DIGITAL ENVIRONMENT* 205 (Christoph Beat Graber & Mira Burri-Nenova eds., 2008); Larisa Mann, *Decolonizing Networked Technology: Learning from the Street Dance*, in *TRANSNATIONAL CULTURE*, *supra* note 72, at 288.

⁴²⁹ 執筆時点の最新事情を踏まえた TPP における著作権に関する交渉状況については、JEFFREY J. SCHOTT ET AL., *UNDERSTANDING THE TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP* 28-31 (2013) を参照。米国提案の評価・分析については、福井健策『「ネットの自由」vs. 著作権—TPP は、終わりの始まりなのか』第2章(2012)を参照。

⁴³⁰ 【TPP 日本のシナリオ】知的財産—知的財産権の保護強化でクールジャパンに黄信号』『週刊東洋経済』2013年5月25日号97頁所収。

⁴³¹ *China – Publications and Audiovisual Products* (Panel), *supra* note 156, ¶ 7.763. Joost Pauwelyn, Case Note, *Squaring Free Trade in Culture with Chinese Censorship: The WTO Appellate Body Report on China – Audiovisuals*, 11 MELBOURNE J. INT'L L. 119, 133 (2011).

⁴³² *U.S. Examines WTO 'Tools' to Collect Info on Chinese Internet Restrictions*, INSIDE U.S. TRADE, Oct. 7, 2011, at 20; *Kirk Says USTR Weighing WTO Case over Chinese Internet Censorship*, INSIDE U.S. TRADE, Mar. 12, 2010, at 10.

⁴³³ Cynthia Liu, *Internet Censorship as a Trade Barrier: A Look at the WTO Consistency of the Great Firewall in the Wake of the China-Google Dispute*, 42 GEO. J. INT'L L. 1199 (2011).

⁴³⁴ 「<クールジャパン>表現規制への懸念も」『The PAGE』(2013年5月23日)

<<http://thepage.jp/detail/20130523-00010000-wordleaf>>.

ルメディアにもクォータを導入せんとする EU のような施策は、実効性に乏しいばかりか、デジタルメディアの発信に悪影響を与えることが指摘される⁴³⁵。

もちろん、自由貿易と文化多様性保護・促進の根本的な対立解消については、現行 WTO 協定の枠内での実定法および機構の改編を伴う立法的解決の必要性・重要性が指摘される⁴³⁶。更に、事態は WTO 内部への文化多様性の包摂に留まらない。機構面では文化 (UNESCO) と貿易 (WTO) が相互排他的に並立している一方、技術革新の結果、ハードウェア、生産・消費の態様、産業のレベルでも文化的なものとは非文化的なものとの収束 (convergence) が進んでいる。こうした文化、経済、社会的価値を統合する多面的性質を有するクリエイティブ経済 (creative economy) の出現は、文化、通商、知的財産権、その他多様な技術 (バイオ、ナノテク、情報) に関する規制についての国際的な議論のプラットフォームの整備、こうした新しい産業概念に基づく諸法・規制の役割とあり方の多角的な検討を必要とする⁴³⁷。

しかしながら、ドーハラウンドの難航から明らかなように、こうした大掛かりな制度改変は、少なくとも WTO の枠内では短期的には望めない。従って当面は、本稿で論じたような現行 WTO 協定の解釈およびその枠内での自由化交渉のなかで、現在のデジタル環境を前提とした貿易自由化と個人による多様な文化の享受の両立を図るとともに、RTA による「貿易と文化」に関する規律の実験的な試みを通じて、多国間ルールの基礎を探る努力を続ける必要がある⁴³⁸。

(2013.6.30)

⁴³⁵ Burri, *supra* note 414, at 199-200.

⁴³⁶ See e.g., VOON, *supra* note 22, ch.6; Burri-Nenova, *supra* note 56, at 71-76; Graber, *supra* note 111, at 571-73.

⁴³⁷ Neuwirth, *supra* 135, at 409-18.

⁴³⁸ RTA における「貿易と文化」問題の対応については、Neuwirth, *supra* note 29, at 259-70 を参照。