
種 別： 論説

タイトル： 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—(2)

著 者： 川瀬 剛志

所 収： 『上智法学論集』第 57 卷 4 号（平成 26 年 3 月）171-215 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

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—(2)

川瀬 剛志

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
 - 1.2. 「文化」概念および「貿易と文化」問題の外延
2. 文化多様性保護・促進の論理、自由貿易の論理
 - 2.1. 自由貿易と文化多様性の親和性
 - 2.2. コンテンツ製品市場の「アメリカ化」と市場の失敗 —規制の背景と理由—
 - 2.3. コンテンツ製品の二重的性質と政府介入
3. 文化保護をめぐる GATT・WTO 紛争史 (以上 57 巻 3 号)
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
 - 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・代替可能産品の概念
 - 4.2.1. 物理的特性としての文化的要素
 - 4.2.2. 文化的要素と消費者嗜好の関係
 - 4.3. 差別の客観的意図と効果
5. 調整のメカニズム
 - 5.1. GATT 第 20 条
 - 5.2. 文化多様性条約第 20 条
 - 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
 - 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
 - 5.3.3. WTO 紛争解決手続における適用・一部当事国改正に関する条

約法の適用

(以上本号)

5. 4. WTO 協定の解釈における文化多様性条約の役割
 5. 4. 1. 条約法条約第 31 条第 3 項(c)
 5. 4. 2. 「通常の意味」の解明としての発展的解釈
 5. 5. 小活
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. 文化的要素に基づく規格・基準
 6. 2. コンテンツ産業振興策としての補助金
 6. 3. 国内コンテンツ産業保護による多様性確保のツール
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」—

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⁽¹⁷⁴⁾。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⁽¹⁷⁵⁾。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の実体規定は権利付与と努力義務から成り立っており⁽¹⁷⁶⁾、その授權に従って取った国内措置が必ず

(174) SHI, *supra* note 30, at 111; Graber, *supra* note 130, at 564-65.

(175) 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>.

(176) 前掲注 (134) ~ (146) および本文対応部分参照。

しも WTO 協定違反を構成するわけではない。しかしながらこれ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、必然的に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優遇にならざるを得ない⁽¹⁷⁷⁾。

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)に規定されるように、文化振興措置が明確に自国文化産業・文化的財の優遇措置（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)」⁽¹⁷⁸⁾として GATT 第 3 条違反を構成する⁽¹⁷⁹⁾。特にコンテンツ産品の文脈では、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

(177) VOON, *supra* note 29, at 54–56.

(178) 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 . . .”).

(179) Tania Voon, *Substantive WTO Law and the Convention on the Diversity of Cultural Expressions*, in THE UNESCO CONVENTION, *supra* note 38, at 273, 277–78; Wouters & De Meester, *supra* note 137, at 103–6.

条第4項違反とされている⁽¹⁸⁰⁾。

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⁽¹⁸¹⁾。また、最近のEU韓FTA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が別途締結されている⁽¹⁸²⁾。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」⁽¹⁸³⁾としてGATT第1条違反を構成する⁽¹⁸⁴⁾。特に共同製作映画のスクリーンショット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ため、こうした措置を正当化しない⁽¹⁸⁵⁾。

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)

(180) 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).

(181) 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/>>。

(182) Free Trade Agreement, EU-Kor., Oct. 6, 2010, 2011 O.J. (L 127) 6. 概要は Lilian Richieri Hanania, *Cultural Diversity and Regional Trade Agreements – The European Union Experience with Cultural Cooperation Frameworks*, 7 ASIAN J. WTO & INT'L HEALTH L & POL'Y 423, 444-48 (2012) を参照。

(183) 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.”).

(184) Voon, *supra* note 179, at 278-79; Wouters & De Meester, *supra* note 137, at 117.

(185) HEROLD, *supra* note 148, 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。

のうち、(ii)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」⁽¹⁸⁶⁾ 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の国内市場育成、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物品の優遇を先進国に義務づける。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⁽¹⁸⁷⁾。授權条項パラ 2(a)はその注 3 によって 1971 年のウェーバーに特惠の定義を求めており、このことは基本的に特惠が関税特惠であることを意味する⁽¹⁸⁸⁾。更に同(b)は、非関税障壁に関する特惠待遇は「ガットの援助によって多角的に取り決められた諸文書の規定により規律される」ものと規定しており、従って、GATT・WTO 以外のフォーラムで決定し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・促進措置を対象とした例外が存在しないため、適用は困難である⁽¹⁸⁹⁾。

(186) 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.

(187) Wouters & De Meester, *supra* note 137, at 112-13.

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

(189) Voon, *supra* note 179, at 287-88.

また、「文化多様性条約第16条に対する運用指針」⁽¹⁹⁰⁾ 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。具体的には、例えばCARIFORUM・ECEPTAの文化附属書が南北型RTAにおいてこの第14条の協力を実施した事例だが⁽¹⁹¹⁾、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条において違反が正当化されるのはFTA・関税同盟の形成を妨げる範囲のGATT上の義務に限定されており⁽¹⁹²⁾、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・促進のためのコンテンツ産品差別は、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産品はその文化的な特性として同種たり得ないと論じられる⁽¹⁹³⁾。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、地理的に異なる視点で編集された米国本国の雑誌はいかなる要素においても

(190) 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.

(191) Economic Partnership Agreement, CARIFORUM States-EC, Protocol III on Cultural Cooperation, Oct. 20, 2008, 2008 O.J. (L 289/1) 3, 1938-41. 概要は以下を参照。EXPLANATORY NOTES, *supra* note 74, at 383-86, 441-54; Hanania, *supra* note 182, at 441-44.

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

(193) Hahn, *supra* note 49, at 549.

同種たり得ないとされる⁽¹⁹⁴⁾。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。

差別としてより巧妙な方法を取るとすれば、原産国に言及せず、もっぱら文化的要素、すなわち特定の言語、文化的主題（例えば特定宗教、特定地域・時代の歴史や原作）、その他コンテンツに関する要素（例えば監督等製作者や出演者、資本の所在・出所など）による基準を設け、これに適合するもののみにつき、例えば映画料金の支払い、DVDソフトあるいは書籍等の購入にあたり消費税を減免する、あるいは放映時間枠やスクリーンショットを優先的に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主題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⁽¹⁹⁵⁾、「事実上の差別 (*de facto discrimination*)」⁽¹⁹⁶⁾を生ぜしめる可能性が残る⁽¹⁹⁷⁾。例えば先に触れ

(194) 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).

(195) 実際こうした基準は映画の原産国決定に用いられる。Edmund H. Chiang, Note, *The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: A Look at the Convention and Its Potential Impact on the American Movie Industry*, 6 WASH. U. GLOBAL STUD. L. REV. 379, 400-3 (2007).

(196) 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 . . . consider that . . . the limitation of the availability of the import duty exemption to certain manufacturers . . . discriminates as to the origin of products . . .”).

た文化多様性条約第6条第2項(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、このようにして最恵国待遇・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⁽¹⁹⁸⁾。

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・代替可能製品であるか否かが問題となるが、これはその判断が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、相互に一定の競争関係があれば、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⁽¹⁹⁹⁾。

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

(197) VOON, *supra* note 29, at 56-57; van den Bossche, *supra* note 148, at 20. 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とされる。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。VOON, *supra* note 29, at 58-59.

(198) Wouters & De Meester, *supra* note 137, at 109-11.

(199) 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。

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の要件のなかでも狭いとされる⁽²⁰⁰⁾ GATT 第3条第2項第1文に関する判断においてさえ、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⁽²⁰¹⁾。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⁽²⁰²⁾。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⁽²⁰³⁾。他方で本件上級委員会は、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⁽²⁰⁴⁾、これらの説示を併せて勘案すれば、比較される製品の官能特性が競争関係に影響を与えれば、これらは同種たり得ない可能性

(200) Appellate Body Report, *Japan — Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (Oct. 4, 1996), WTO D.S.R. (1996: I), at 97, 112-14.

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

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

(203) *Philippines — Distilled Spirits* (AB), *supra* note 201, ¶¶ 126-128.

(204) *Id.* ¶ 125.

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、コンテンツ產品においては文化的要素の差異が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產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、これは麦を原材料とし、連続式蒸留器により純化された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⁽²⁰⁵⁾。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、乙種を含む焼酎全体とウォッカを同種の產品と認定した⁽²⁰⁶⁾。上級委員会はこ

(205) 焼酎の蒸留については以下を参照。「『甲類と乙類』焼酎の分類学」(日本蒸留酒増組合) < <http://www.shochu.or.jp/whats/kouotsu.html> >、「甲類焼酎・乙種焼酎の違い」 < <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年に降麦に加えて、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.

(206) *Japan — Alcoholic Beverages* (Panel), *supra* note 202, ¶¶ 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

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。

もっとも、出版物を想定した場合、原書であれば読者層が限定され、母国語の出版物と必ずしも競合しない。音や映像を伴う AV ソフトと異なり、出版物では、文字情報、すなわち言語そのものが商品としての利益を決定する重要な要因である。特に外国語出版物の読者層が母国語のみを解する読者層と異なることから、出版物の場合は使用言語という物理的特性の差異が、最終用途、消費者認識に影響する可能性がある。この点はカナダ・雑誌事件においては輸入・国産雑誌ともに英語という米加間の特殊事情によって提起されていないが、例えば中国・出版物および AV 製品関連措置事件であれば、同じ雑誌の英語版（本国出版）と例えばスプリットランの中国語版について、上記の議論によって同種性を争うことができた指摘される⁽²⁰⁷⁾。この議論は後述の GATT 第 3 条第 4 項の文脈で展開されているが、競争関係の問題であるかぎり、より狭い範囲で同種性を特定する第 2 項第 1 文にも該当しよう。

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

であると判断している。

(207) SHI, *supra* note 30, at 205–6. 言語の異なる書籍については、van den Bossche, *supra* note 148, at 22 も同様の結論を示す。なお、本件では通常の 4 要素に基づく輸入出版物と国産出版物の同種性については十分な主張・立証はなく、中国の規制がもたら原産地別差別になっていることが同種の製品の差別となっているという「代替的な手段 (alternative route)」により米国が主張・立証を試みている。よって、実際には本文中のような議論は展開されていない。China — Publications and AV Products (Panel), *supra* note 180, ¶¶ 7.1483–7.1506.

の点で異なる産品を同種とせず第2項第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文は国産品と直接的競争・代替可能産品である輸入品に対して前者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⁽²⁰⁸⁾。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⁽²⁰⁹⁾。このかぎりでは、直接的競争・代替可能産品の画定においては、嗜好性を決定づける物理的特性の勘案は、第1文以上にいっそう困難になる。

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⁽²¹⁰⁾。したがって、一定のジャンル形成をもたらし、当該ジ

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

(209) *Japan — Alcoholic Beverages* (Panel), *supra* note 202, ¶ 6.23.

(210) 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); van den Bossche, *supra* note 148, at 32. 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述べている。Appellate Body Report, *Canada — Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/AB/R (June 30, 1997), WTO D.S.R.

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。もっとも、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・輸入コンテンツ間の直接的競争・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。なお、出版物については使用言語の差異について異なる評価がありうるのは、先に第2項第1文に関して述べたとおりであり、同様の議論は第2文の文脈にも当てはまる。

他方、同一ジャンル内でも、カナダ・雑誌事件で問題となった米国製雑誌とカナダ製雑誌では、ローカルの情報媒体としての代替性に乏しいと説明される。この点について、上級委員会は、本件事実関係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⁽²¹¹⁾。たしかに出版物の地域性は、同一ジャンル内の複数雑誌媒体の競争関係を決定する要因となりうることは一般論として観念できるが⁽²¹²⁾、具体的な紛争事実の文脈において改めてパネル・上級委員会の判断が待たれる。

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、産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

(1997: I), at 449, 473. *But see* SHI, *supra* note 30, at 197. 同書は本件判断を日本・酒税事件の判断同様の物理的特性の重視と捉えており、文化的財の「伝達内容 (informational contents)」は産品の同種性に影響しないと評価している。

(211) 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 41, at 301-4; Matheny, *supra* note 194, at 266.

(212) 例えば、地方紙やタウン誌のような極めて地域限定的な情報媒体であれば、極論すれば同一国内においても直接的競争・代替可能関係は成立しない。

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⁽²¹³⁾。また、パネルは輸入書籍と国産書籍が一般に同種たりうることを認め、また中国はこれを争わなかった⁽²¹⁴⁾。言い換えれば、これら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項の同種の製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・代替可能製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項の同種の製品は直接的競争・代替可能製品と区別して規定する第2項第1文のそれよりも広く、直接的競争・代替可能製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や最終用途において製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⁽²¹⁵⁾。

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一定のジャンルを形成し、競争関係に影響することが求められる。そのような差異に帰結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。ただし出版物における使用言語の差異について異なる評価が可能であるのは、先に第2項第1文に関して述べたとおりであり、同様の議論は第4項の下でも当てはまる⁽²¹⁶⁾。

他方、第4項の文言から、文化的要素のより柔軟な考慮が可能であることが主張される。同種の製品は、正確には第2項第1文では「同種の国内産品 (like domestic products)」であるのに対し、第4項では「国内原

(213) *China — Publications and AV Products* (Panel), *supra* note 180, ¶¶ 7.1490-7.1491.

(214) *Id.* ¶¶ 7.1501-7.1506.

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

(216) ただし、van den Bossche, *supra* note 148, at 32 は、カナダ・雑誌事件上級委員会の判断は、言語の異なる出版物の同種性については明確ではないとしている。

産の同種の産品 (like products of national origin)」と規定される。このため、後者を「その特徴の源泉が国家それ自体にある同種の産品 (like products that whose source of character is the nation itself)」と解釈し、国民的な文化的要素を勘案して同種の産品の範囲を画定できる、ひいては輸入国文化を反映しない輸入品は輸入国産品と同種ではない、と主張される⁽²¹⁷⁾。しかしながら、先例がかかる解釈を採用しないことはもとより、文脈に照らしてもこのような解釈は妥当ではない⁽²¹⁸⁾。やはり第4項の下でも、競争関係とは無関係に広く文化的要素を産品の同種性の決定に勘案することは許されないと解される。

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⁽²¹⁹⁾。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

(217) Daisuke Beppu, Note, *When Cultural Value Justifies Protectionism: Interpreting the Language of the GATT to Find a Limited Cultural Exception to the National Treatment Principle*, 29 CARDOZO L. REV. 1765, 1777-90 (2008).

(218) まず、GATT 第3条第1項は「国内生産に保護を与えるように (so as to afford protection to domestic production)」内国税・法令等を適用してはならないと規定しており、地理的に輸入国内で生産された産品全般について、その優遇を戒めている。しかるに本文中のような第4項の同種の産品の解釈は国内生産の一部について優遇を許すことになり、この一般原則に適合しない。また、「国内原産の (of national origin)」の文言は GATT 第7条第2項(a)にもあるが、仮に本文上記の解釈に立てば、輸入国内で生産された産品でも輸入国に起因する特性を有しないものについては、関税評価においてその価額を課税対象の輸入貨物の実際の価額に代えて使用することは禁じられないことになる。このような解釈は、同条の実施細則を定めた関税評価協定がその第7条第2項(a)において、輸入国内で生産された産品の販売価格を参照した関税評価を禁じている点とも齟齬を来す。

(219) 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).

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、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。パネルは最終用途や市場での販売形態によってむしろコーヒーが「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⁽²²⁰⁾、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、文化的要素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、棚取り競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⁽²²¹⁾。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

(220) 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).

(221) 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

条件に受け入れるとすれば、同種の製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⁽²²²⁾。上記のとおり、コンテンツ製品と同様に嗜好性が顕著な製品について、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・代替可能製品の検討にかかる4要素のうち消費者嗜好の重視が主張される⁽²²³⁾。コンテンツ製品が極めて嗜好性の高い製品である以上、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⁽²²⁴⁾。しかし、実際のところ上記のとおり一連の先例は同種の製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

基本的要素は、その初出である Chris Anderson, *The Long Tail*, 12 WIREd, Oct. 2004, <http://www.wired.com/wired/archive/12.10/tail.html> に集約されている。

- (222) Paul, *supra* note 41, at 48-49. 無制限に細かい産品定義が協定上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。
- (223) Carmody, *supra* note 41, at 276; Hahn, *supra* note 49, at 550; Lin, *supra* note 210, at 575-76.
- (224) Carmody, *supra* note 41, 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 202, ¶ 6.23 n.103.

あることを認めている⁽²²⁵⁾。

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、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⁽²²⁶⁾。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⁽²²⁷⁾。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競争関係の変化が遅いこ

(225) EC — Asbestos (AB), *supra* note 215, ¶ 123.

(226) VOON, *supra* note 29, at 77-78. See also EC — Asbestos (AB), *supra* note 215, ¶ 123; Japan — Alcoholic Beverages (Panel), *supra* note 202, ¶ 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)).

(227) 田中前掲注 (100) 3頁。河島前掲注 (92) 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 (96) ~ (97) 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。

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⁽²²⁸⁾。

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⁽²²⁹⁾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⁽²³⁰⁾。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*

(228) *Korea — Alcoholic Beverages* (Panel), *supra* note 208, ¶¶ 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).

(229) 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ないと解されている。*Japan — Alcoholic Beverages* (AB), *supra* note 200, at 115.

(230) *Canada — Automotive* (Panel), *supra* note 196, ¶¶ 10.22–10.24.

minimis」を超えることを禁止してきたが⁽²³¹⁾、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文違反の先例においては課税格差が大きく、僅少差の許容範囲は明白にされていない。

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項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さと輸出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⁽²³²⁾。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、この要件に反する傾向にある。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、保護主義的意図の証左として採用されている⁽²³³⁾。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。

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

(232) *Id.* at 120.

(233) *Canada — Periodicals* (AB), *supra* note 210, at 475-76.

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⁽²³⁴⁾。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た⁽²³⁵⁾。

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、輸入品の競争条件の悪化に加えて、更にそれが外国原産に関係するか否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関係するか否かを議論したに過ぎないと指摘し⁽²³⁶⁾、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⁽²³⁷⁾。

(234) *EC — Asbestos (AB)*, *supra* note 215, ¶ 100.

(235) 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. . .”).

(236) 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に対してのみ高いのは、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。

(237) 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 235, ¶ 96.

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、差別が原産地に起因するか否かだけでなく、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であれば、当該要件に不適合とはならないと解される⁽²³⁸⁾。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勧案する余地を閉ざしたと解せる⁽²³⁹⁾。

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。この点は条約法条約⁽²⁴⁰⁾ 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一般原則として体制内に包摂することが困難になる。他方で、特にカナダ・雑誌事件のような商

(238) 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).

(239) 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*, INT'L ECON. L. & POL'Y BLOG (Apr. 6, 2012, 01:08 P.M.), <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2012/04/questions-on-impact-of-cloves-on-gatt-national-treatment.html>.

(240) 「条約法に関するウィーン条約」(昭和55年1月27日効力発生、昭和56年8月1日我が国につき効力発生、条約第16号及び外務省告示第282号)。

業ベースの個別産業保護を超えて、例えば先住民族・少数民族の文化的表現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⁽²⁴¹⁾が問題となる場合、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. GATT 第 20 条

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包括的な例外規定がない。この点につき RTA を参照すると、1980 年代の米加 FTA⁽²⁴²⁾ 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 NAFTA⁽²⁴³⁾ でも、米加間の文化産業関連

(241) 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一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 月 21 日朝刊 5 面。

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

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

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、他方で別途文化協定書を締結しているのは先に述べた⁽²⁴⁴⁾。

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。唯一「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)のみが、一定の文化的財の保護に言及する点で文化に関連する。コンテンツ産品の二重的性質を前提とした場合、介入措置は国民文化を維持する一方で文化的財の貿易自由化を維持するバランスを実現するものでなければならず⁽²⁴⁵⁾、このような均衡の実現は GATT 第 20 条の本来の機能と解される⁽²⁴⁶⁾。しかしこの(f)も広く文化一般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⁽²⁴⁷⁾。ただし、一般に著作物自体は国宝の対象になりうると理解されており、この意味では同号は一定のコンテンツ産品をカバーする⁽²⁴⁸⁾。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

(244) 前掲注 (182) および本文対応部分参照。

(245) SHI, *supra* note 30, at 58-59.

(246) Appellate Body Report, *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, ¶¶ 158-159, WT/DS58/AB/R (May 15, 1998).

(247) VOON, *supra* note 29, at 50-53; Carmody, *supra* note 41, at 256; Graber, *supra* note 130, at 568; Ruiz Fabri, *supra* note 144, 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 12 月 9 日我が国につき効力発生、条約第 14 号及び外務省告示第 384 号)) の実施措置のようなものを想定している。Bernier, *supra* note 211, at 755-56.

(248) Cahn & Daniel, *supra* note 164, at 284-85. ただし Galt, *supra* note 164, 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。

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) に関する例外もまた、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と顕れているように、一定の範囲でコンテンツ産品の規制手段となりうる⁽²⁴⁹⁾。実際、既に米国・越境賭博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、GATS においてこれに相当する例外である第 14 条(a)の「公衆の道徳 (public morals)」保護の規定⁽²⁵⁰⁾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・場所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⁽²⁵¹⁾。他方、上級委員会は特にパネルが公德を善悪の基準である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、公德概念の画定に関する加盟国の裁量には言及していない⁽²⁵²⁾。

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

(249) MAVROIDIS, *supra* note 199, at 332-33. このほか例えば外国製の成人向け映画、人種差別的な歌詞を含む音楽 CD、ホロコーストの事実を否定する書籍等が挙げられる。van den Bossche, *supra* note 148, at 60.

(250) 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。

(251) 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.”).

(252) 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).

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。文化コンテンツは全く道義的善悪と無縁ではないが⁽²⁵³⁾、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⁽²⁵⁴⁾。

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、主要な国際人権文書において社会の基本的利益を代表する文化的権利が人権の一環として認められているものの、公德概念の中に含まれる人権の範囲は明らかではない⁽²⁵⁵⁾。また、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⁽²⁵⁶⁾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産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、むしろCCPRに適合しないと主張した⁽²⁵⁷⁾。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⁽²⁵⁸⁾。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。

(253) 例えば中国・出版物およびAV製品関連措置事件において問題とされた中国の禁止コンテンツのリストには、国家の一体性や領土の統一性、あるいは国民の社会的道徳や優れた文化的伝統を危機に陥れるものが含まれており、これらは禁止コンテンツを個人ないし国家全体への影響によって規定している。本件では当該措置の公德保護目的該当性については争われなかったが、かかる間接的な禁止コンテンツの定義により、競争力のある米国製コンテンツの規制が公德例外の下で可能になると指摘される。Kevin Scully, Note, *The Most Dangerous Game: U.S. Opposition to the Cultural Exception*, 36 BROOK. J. INT'L L. 1183, 1203-4 (2011). See also *China — Publications and AV Products* (Panel), *supra* note 180, ¶¶ 7.760, 7.763.

(254) VOON, *supra* note 29, at 105-9. See also KELLER, *supra* note 148, at 178; Bruner, *supra* note 51, at 367; Ruiz Fabri, *supra* note 144, at 214; Hahn, *supra* note 49, at 548.

(255) SHI, *supra* note 30, at 141-42.

(256) 「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号及び外務省告示第187号)。

(257) SHI, *supra* note 30, at 108; Balassa, *supra* note 59, at 88; Donders, *supra* note 36, at 20-21; Graber, *supra* note 130, at 560-63.

(258) Graber, *supra* note 130, at 563.

5.2. 文化多様性条約第 20 条

これまでの議論は、WTO 協定、特に GATT において、文化多様性保護・促進の政策目的をいかに包括的に体制内に包摂するかの議論であった。翻って文化多様性条約のほうは、そのような包摂を WTO 協定に求め、これを確保できる仕組みを備えているだろうか。実際、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。このため、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⁽²⁵⁹⁾。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 (serious damages) を引き起こす他の条約の権利・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するに至った⁽²⁶⁰⁾。

この第 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、昨今特に環境条約において通商条約との関係を規定したものが増えつつある。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⁽²⁶¹⁾ およびカルタヘナ議定書⁽²⁶²⁾ の前文の一節に倣って起草されている⁽²⁶³⁾。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

(259) Donders, *supra* note 36, at 17-18; Ruiz Fabri, *supra* note 144, at 202-3.

(260) EXPLANATORY NOTES, *supra* note 74, at 526-29.

(261) 「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続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)。

(262) 「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 号及び外務省告示第 444 号)。

(263) EXPLANATORY NOTES, *supra* note 74, at 520-22.

けた点で、先行条約とは異なる⁽²⁶⁴⁾。

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、両項は一見して矛盾を孕む⁽²⁶⁵⁾。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タリーによれば、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⁽²⁶⁶⁾。この説明もやはり非従属

(264) 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).

(265) 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 36, at 31, 52; Peng, *supra* note 47, at 232; Ruiz Fabri, *supra* note 144, at 212. 端的には第1項は交渉多数派である文化多様性保護・推進派の関心、他方第2項は少数派である通商上の懸念を反映したものととして、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 38, at 95, 117-18.

(266) EXPLANATORY NOTES, *supra* note 74, at 531-32.

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、同条約は WTO 協定と等位において適用されるものと理解できる。更に、文脈として第 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⁽²⁶⁷⁾。

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⁽²⁶⁸⁾。その内容から明らかなように、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⁽²⁶⁹⁾。

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⁽²⁷⁰⁾。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、まず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、次に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⁽²⁷¹⁾。

Hahn [2006] はこれを総括して、まず第 1 項を誠実則 (principle of good faith、条約法条約第 26 条) 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⁽²⁷²⁾。そして第 2 項につい

(267) Bernier, *supra* note 265, at 118.

(268) EXPLANATORY NOTES, *supra* note 74, at 532-33.

(269) *Id.* at 534.

(270) *Id.* at 541.

(271) *Id.* at 541-42.

(272) Hahn, *supra* note 49, at 540-41. See also SHI, *supra* note 30, at 277; Bernier, *supra* note 265,

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⁽²⁷³⁾。この規範構造に則る場合、第2項は文化多様性条約がWTO協定など他条約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⁽²⁷⁴⁾。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⁽²⁷⁵⁾。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協定からの包括的な例外化を求めておらず、これら措置の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⁽²⁷⁶⁾。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⁽²⁷⁷⁾。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

at 118-19; Neuwirth, *United in Divergency*, *supra* note 70, at 846; Pavoni, *supra* note 264, at 659.

(273) Hahn, *supra* note 49, at 543.

(274) Dahrendorf, *supra* note 265, at 53.

(275) Hahn, *supra* note 49, at 543-44.

(276) Bernier, *supra* note 265, at 103.

(277) Neuwirth, *United in Divergency*, *supra* note 70, at 839.

非従属関係も確認していない⁽²⁷⁸⁾。このように同国の留保は相互支援性よりも、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はなく、WTO 紛争解決手続において斟酌に堪えるものではないと評価される⁽²⁷⁹⁾。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が、パネルは非 WTO 法である文化多様性条約の援用可能性について判断はせず⁽²⁸⁰⁾、同条約第 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⁽²⁸¹⁾。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

(278) 同国の留保の関連部分は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. . . .”

(279) SHI, *supra* note 30, at 277; Burri-Nenova, *supra* note 69, at 54–58; Ruiz Fabri, *supra* note 144, at 212.

(280) パネルはこの点につき明らかにしていないが、DSU 第 3 条第 2 項に基づき、適用法規が WTO 協定の「対象協定」に限定され、また加盟国の協定上の権利・義務に変動を加えることはできないので、非 WTO 法はその解釈のために参照されるのみで直接適用されない。よって、文化多様性条約を抗弁として援用することは不可能とされる。Henry Gao, *The Mighty Pen, the Almighty Dollar, and the Holy Hammer and Sickle: An Examination of the Conflict between Trade Liberalization and Domestic Cultural Policy with Special Regard to the Recent Dispute between the United States and China on Restrictions on Certain Cultural Products*, 2 ASIAN J. WTO & INT'L HEALTH L. & POL'Y 313, 332–36 (2008).

(281) *China — Publications and AV Products* (Panel), *supra* note 180, ¶ 4.207. オーストラリア、EC など文化多様性保護・促進の立場を取る加盟国を含め、第三国参加各国も WTO 法における文化多様性条約の位置づけは明確にせず、パネルと同様の理由により、中国の文化多様性条約の援用には否定的な見解を示している。Liyang Zhang & Xiaoyu Hu, *Liberalization of Trade and Domestic Control on Cultural Products: The Application of Public Morals Exception in China — Audiovisual Services*, 45 REVUE JURIDIQUE THEMIS 403, 423–24 (2011).

いて法的判断を示したもののとは言えず、また上級委員会による明確な支持も確認できない⁽²⁸²⁾。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、結局のところWTO協定上の義務は一切影響されないことを意味すると解せる⁽²⁸³⁾。

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、通商協定との関係において最重要条文であるにもかかわらず、第20条についてはこれを策定していない⁽²⁸⁴⁾。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顕れとも理解できる。

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⁽²⁸⁵⁾。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

(282) Burri-Nenova, *supra* note 69, 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、実際に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「アイデンティティー、価値及び意味を媒介するバクター」としての文化的財・サービスの性質に言及しており、かかる性質に留意（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説示はない。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).

(283) Neuwirth, *supra* note 38, 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。

(284) *Id.* at 250.

(285) Dahrendorf, *supra* note 265, at 52-54.

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⁽²⁸⁶⁾。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除外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⁽²⁸⁷⁾。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⁽²⁸⁸⁾。

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、調整を要するときは条約法上の抵触規定に委ねられると解せる⁽²⁸⁹⁾。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）⁽²⁹⁰⁾と解されることになろう。

(286) Ruiz Fabri, *supra* note 144, at 212-13.

(287) Neuwirth, *supra* note 157, at 405-6.

(288) Pavoni, *supra* note 264, 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 協定と整合的（compatible）であるだけでなく調和的（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（278）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。

(289) Dahrendorf, *supra* note 265, at 52-54.

(290) 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（261）～（263）

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、文化多様性条約第20条は一定の抵触条項であるとして、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⁽²⁹¹⁾、1)の条件には該当しない⁽²⁹²⁾。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

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。

(291) 前掲注(266)～(267)および本文対応部分参照。

(292) Hahn, *supra* note 49, 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].

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⁽²⁹³⁾。とすれば、2) の条件は充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⁽²⁹⁴⁾。

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⁽²⁹⁵⁾、条文のタイトルに非従属とあること、加えて文化多様性条約の政策目標に鑑みれば、WTO 協定と文化多様性条約の関係は条約法条約第 30 条第 2 項に該当しないと解する見解が示される⁽²⁹⁶⁾。しかし、仮に同項該当性がないとしても、以下の理由からやはり第 30 条は両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⁽²⁹⁷⁾、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⁽²⁹⁸⁾。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⁽²⁹⁹⁾。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

(293) 前掲注 (266) ~ (277) および本文対応部分参照。

(294) VOON, *supra* note 29, 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 NOTES, *supra* note 74, at 530.

(295) 前掲注 (265) および本文対応部分参照。

(296) Dahrendorf, *supra* note 265, at 54-55.

(297) SIR IAN SINCLAIR, THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES 98 (2nd ed. 1984). See also AUST, *supra* note 290, at 229; DÖRR & SCHMALENBACH COMMENTARY, *supra* note 292, at 510.

(298) Wouters & de Meester, *supra* note 75, at 226.

(299) *Id.*; see also Dahrendorf, *supra* note 265, at 50-51.

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⁽³⁰⁰⁾。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⁽³⁰¹⁾。

抵触関係については、2本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認められない⁽³⁰²⁾。この理解はWTO上級委員会の説示とも符合する⁽³⁰³⁾。これに従えば、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られない⁽³⁰⁴⁾。

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

(300) 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と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*].

(301) I CORTEN & KLEIN COMMENTARY, *supra* note 300, at 776.

(302) *Id.*

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

(304) Dahrendorf, *supra* note 265, 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).

が、採択日であれ、発効日であれ⁽³⁰⁵⁾、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 協定は動態的な「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⁽³⁰⁶⁾。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⁽³⁰⁷⁾。

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が認められる⁽³⁰⁸⁾。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

(305) 最近の注解を参照すると、ILC の説明にならない、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 290, at 229; DÖRR & SCHMALENBACH COMMENTARY, *supra* note 292, 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 300, at 786) に分かれる。

(306) Gao, *supra* note 280, at 336-37; Wouters & de Meester, *supra* note 75, at 227.

(307) Dahrendorf, *supra* note 265, at 57-58; Gao, *supra* note 280, at 336.

(308) VILLIGER, *supra* note 292, at 409.

more specific)」と規定される⁽³⁰⁹⁾。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⁽³¹⁰⁾。

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⁽³¹¹⁾、後法優位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⁽³¹²⁾。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⁽³¹³⁾。

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⁽³¹⁴⁾、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

(309) 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].)

(310) 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).

(311) *Thailand — Cigarettes (Philippines)* (Panel), *supra* note 309, ¶ 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。

(312) 前掲注 (297) ~ (301) および本文対応部分参照。

(313) 前掲注 (302) ~ (304) および本文対応部分参照。

(314) *ILC Fragmentation Report*, *supra* note 300, ¶¶ 111–118.

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⁽³¹⁵⁾。

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 協定適合的であればならない旨を担保している⁽³¹⁶⁾。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んにかかわらず、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・目的の効果的实现と両立しない(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)の实现を妨げるだけでは、(ii)に抵触しない⁽³¹⁷⁾。先の 4. の議論から明らかな

(315) Gao, *supra* note 280, at 337; Wouters & de Meester, *supra* note 75, at 228.

(316) 前掲注(278)および本文対応部分参照。

(317) DÖRR & SCHMALENBACH COMMENTARY, *supra* note 292, at 725.

ように、文化多様性保護・促進措置が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。歴史的な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⁽³¹⁸⁾。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、これを制限する改正は(ii)に適合しない⁽³¹⁹⁾。また、WTO 協定第2条第2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いるが、一部当事国の改正は結局のところこうした WTO 法規範の一体性を損なう結果になる。この点も協定全体の趣旨・目的との両立性が疑わしい。他方、(ii)への適合性については、伝統的に問題の条約上の義務が絶対的 (absolute) か、あるいは互恵的 (reciprocal) かを勘案して検討されてきた⁽³²⁰⁾。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⁽³²¹⁾。

しかし、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、今度は同(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

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

(319) 以上の議論については以下を参照。Dahrendorf, *supra* note 265, at 60-62; Hahn, *supra* note 49, at 545-46.

(320) II CORTEN & KLEIN COMMENTARY, *supra* note 300, at 1003-4; DÖRR & SCHMALENBACH COMMENTARY, *supra* note 292, at 725.

(321) 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).

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⁽³²²⁾。上記のように義務の互惠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正を伴わない改正を前提としている⁽³²³⁾。

なお、前述の条約法条約第 30 条は、第 5 項において、同条第 4 項が第 41 条の適用を妨げないと規定する。既に見たとおりそもそも第 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、仮にこのような WTO 加盟国間にも条約法条約第 30 条第 4 項(a)によって文化多様性条約が優位となるとしても、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⁽³²⁴⁾。よって、文化多様性条約当事国たる WTO 加盟国が取る無差別原則に適合しない文化多様性保護・促進措置が文化多様性条約非当事国たる WTO 加盟国の権利を侵害することは、後法優位原則の下でも許されないと解される。

5.3.3. WTO 紛争解決手続における適用・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

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

(323) Pauwelyn, *supra* note 321, 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 304, 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、この点是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。

(324) DÖRR & SCHMALENBACH COMMENTARY, *supra* note 292, at 516.

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⁽³²⁵⁾。「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⁽³²⁶⁾。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、申立てが 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⁽³²⁷⁾。また、EC・砂糖補助金

(325) 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).

(326) Dahrendorf, *supra* note 265, at 56-57.

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

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⁽³²⁸⁾。

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に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。類似の先例においてパネル・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⁽³²⁹⁾、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⁽³³⁰⁾。

[未完]

追記 一村瀬信也先生のご退職に寄せて—

前号 (第 3 号) から連載を始めた本稿は、元々 2009 年 4 月の国際法協会 (ILA) 日本支部研究大会における報告内容を、その後の (独) 経済産

(328) 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.”]

(329) VOON, *supra* note 29, at 203–11.

(330) *Mexico — Soft Drink (AB)*, *supra* note 327, ¶¶ 56, 78.

業研究所の研究プロジェクトにおいて発展させた成果である。報告依頼は光栄だが、当時は非会員で国際法の知見にも乏しい自分が果たして任に堪えるかと逡巡していた折り、村瀬先生がわざわざ研究室まで足を運ばれ、改めて丁寧なご依頼を受けた。恐懼してお引き受けしたことは申し上げるまでもない。先生のご退職をお祝いするにあたり、遅ればせながらその成果を取りまとめることができ、肩の荷が下りた思いがする。

思えば、もう四半世紀を超える大学2年生在学中(1987年)、国際法を独習せんと手に取った小川芳彦・波多野里望(編著)『国際法講義』(有斐閣)に共著者として掲載された顔写真を拝見したのが、先生との正に「邂逅」であった。その時はこの眼光鋭い気鋭の国際法学者が私の研究者人生を方向付けるキーパーソンとは思ってもよらなかった。以来、大学院での刊行論文処女作ではセーフガードを論じ、先生の「GATTの規範的性格に関する一考察—セーフガードにおける選択性の問題を手がかりとして」(『法学』第52巻第5号)に接した。また教員として駆け出しの頃には「貿易と環境」に取り組み、“*Perspectives from International Economic Law on Transnational Environmental Issues*” (*Recueil des cours* t. 253)ほかに関連の玉稿に触れた。まだeメールも普及していない当時、抜き刷りを謹呈する度に達筆なお葉書で丁寧なコメントを頂戴したことが、懐かしく思い出される。

「貿易と環境」に関する報告の機会を頂戴した1996年10月の国際経済法学会で遂に先生にお目にかかる機会を得た。大らかな笑みをたたえて「村瀬です」とこちらに歩みを進めていらしたお姿、報告中も壇上を真っ直ぐ見据えて緊張する私を励まさんばかりに大きく頷かれる笑顔は、今なお記憶に鮮明である。後に先生が理事長を務められる同学会でも、微力ながら幾度か先生をお手伝いする機会に恵まれた。わけても2011年春からの同学会20周年記念論集の編纂では編集代表である先生のお傍で、先生の編集作業に対する謙虚で妥協のない姿勢、我々編集委員や編集補助の若手会員への細やかなお心遣いに触れた。

その他にも、2007年に本学にお招きいただいた時の心強いお言葉、時おり先生行きつけのお店でご相伴に与るランチとユーモア溢れる雑談、突然降ってくる国際経済法の「宿題」、折々に何う深い見識と現実感覚に裏付けられた学問上のご高説、先生との思い出は尽きない。もう2号館の廊下であの低い少し嘎れたお声で「川瀬さん」と呼び止められること

がないのは寂しい限りだが、今後も国連国際法委員会 (ILC) 委員としてご活躍になる先生には、学会や様々な機会に引き続きご指導を賜れるものと願ってやまない。ご高著を通じて 26 年、警咳に接して 17 年、先生との出会いと永年のご指導・ご厚情に改めて感謝申し上げたい。

(本学法学部教授)