
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—（3・完）

著 者： 川瀬 剛志

所 収： 『上智法学論集』第 58 巻 1 号（平成 26 年 7 月）91-136 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— (3・完)

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 57 卷 4 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」—
(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

前節では、適用関係の明確化によって文化多様性条約が実現する政策目標を WTO 協定の無差別原則に対して優位に置く可能性を検討した。しかし、WTO 協定（特に GATT の一般的例外）、文化多様性条約、条約法条約のいずれも文化多様性の保護・促進を WTO が保証する無差別原則に優越させることはなかった。

他方、異なるアプローチとしては、WTO 協定の解釈における文化多様性条約の参照によって、文化多様性保護・促進の関心を無差別原則に投影させることができる。前節で論じた適用に関する条約法の原則と異なり、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 協定を国際法から「隔絶して (in clinical isolation)」解釈することを戒める⁽³³¹⁾。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

(331) 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.

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。文化多様性条約と WTO 協定の関係は水平的に並立するレジームの衝突・重複の結果生じる「断片化」であり、このような解釈原則を通じた WTO 紛争解決手続における調和が検討を要する問題として位置づけられる⁽³³²⁾。

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⁽³³³⁾。

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⁽³³⁴⁾、わけて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⁽³³⁵⁾。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⁽³³⁶⁾。従っ

(332) Panagiotis Delimatsis, *The Fragmentation of International Trade Law*, 45 J. WORLD TRADE 87, 97-105 (2011).

(333) Pauwelyn, *supra* note 175.

(334) 後掲注 (385) および本文対応部分参照。

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

(336) Aust, *supra* note 290, at 243-44; RICHARD GARDINER, *TREATY INTERPRETATION* 276-78 (2008).

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。とりわけ同第 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⁽³³⁷⁾。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。

「当事国」の範囲：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・遺伝子組替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⁽³³⁸⁾。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³、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 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⁽³³⁹⁾。

(337) Graber, *supra* note 130, at 566-67.

(338) 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 292, at 566 は「当事国 (“the parties)” という限定的用語法が³、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 292, at 433 (“[T]hey are applicable in the relations between the parties, i.e., binding all the parties to the treaty at issue.”).

(339) *ILC Fragmentation Report*, *supra* note 300, ¶ 472.

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⁽³⁴⁰⁾。本件では、GATT 第 20 条(g)の「有限天然資源」の解釈にあたり、上級委員会が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⁽³⁴¹⁾。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いが、上級委員会はこの点を不問に付した⁽³⁴²⁾。

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、この発展的解釈にあたり、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⁽³⁴³⁾。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、逆に敢えて同号に言及したものと理解できる⁽³⁴⁴⁾。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

(340) *Id.* ¶ 443.

(341) *US — Shrimp* (AB), *supra* note 246, ¶¶ 129–131.

(342) *Id.* ¶ 130 n.110–112; VAN DAMME, *supra* note 335, 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 Products* (Panel), *supra* note 338, ¶ 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.”).

(343) *US — Shrimp* (AB), *supra* note 246, ¶ 158 n.157. *See also* GARDINER, *supra* note 336, 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 300, ¶ 443.

(344) その他の国際法の一般規則の適用例については、VOON, *supra* note 29, at 139–41 を参照。

るがゆえに参照したのではなく、辞書同様文言の「通常の意味」の証左を提供するがゆえに（つまり法的ではなく事実に関する資料として）参照したに過ぎないと解される⁽³⁴⁵⁾。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⁽³⁴⁶⁾。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⁽³⁴⁷⁾。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⁽³⁴⁸⁾。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⁽³⁴⁹⁾、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

(345) EC — *Biotech Products* (Panel), *supra* note 338, ¶¶ 7.92-7.94; VOON, *supra* note 29, at 130-31, 142.

(346) US — *Shrimp* (AB), *supra* note 246, ¶¶ 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.’”).

(347) 後掲注(394)および本文対応部分参照。

(348) 「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 292, at 433. 対して「国際法の関連規則」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 336, at 266-69; DÖRR & SCHMALENBACH COMMENTARY, *supra* note 292, 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).

(349) US — *Shrimp* (AB), *supra* note 246, ¶¶ 128-132; VAN DAMME, *supra* note 335, at 369.

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案第4条ほか帰属に関する条文案を 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⁽³⁵⁰⁾。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」の範囲について一般的な解釈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⁽³⁵¹⁾。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。

(350) US — *Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)* (AB), *supra* note 310, ¶¶ 307-311.

(351) 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).

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⁽³⁵²⁾。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⁽³⁵³⁾。

更に同項内のもうひとつの文脈である(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⁽³⁵⁴⁾。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⁽³⁵⁵⁾やTBT委員会決定⁽³⁵⁶⁾にも広

(352) *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 252, ¶¶ 190–194.

(353) (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 292, at 559, 566.

(354) 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).

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

(356) 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).

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⁽³⁵⁷⁾。

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⁽³⁵⁸⁾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⁽³⁵⁹⁾。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⁽³⁶⁰⁾。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⁽³⁶¹⁾、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

(357) 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 237, ¶¶ 252, 257–268.

(358) 前掲注 (339) および本文対応部分。

(359) これらの検討については、以下を参照。GARDINER, *supra* note 336, 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).

(360) GARDINER, *supra* note 336, at 275 (citing ILC 58th Sess. Report, *supra* note 309, at 414–15).

(361) *Id.* (“Article 31(3)(c) also requires the interpreter to consider other treaty-based rules so as to

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的性質の反映に過ぎないとし、これを不問とするが⁽³⁶²⁾、このことはWTO協定、とりわけDSUの原則および紛争解決手続の実態とはおよそ乖離がある。まず、前述のとおりWTO協定第2条第2項の一括受諾の原則は加盟国の権利・義務の平等を担保し、また、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⁽³⁶³⁾。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⁽³⁶⁴⁾、同条約をWTO協定解釈の「国際法の関

arrive at a consistent meaning.”).

(362) *ILC Fragmentation Report*, *supra* note 300, ¶ 472. 更に、当事国に限定される国際裁判による判決の効力と先例拘束性の不在から、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).

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

(364) Neuwirth, *supra* note 38, at 247. 同稿によれば、それでも比較的多数のWTO加盟国の

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ようにも、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⁽³⁶⁵⁾。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である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。

関連性：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⁽³⁶⁶⁾。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⁽³⁶⁷⁾。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、GATT 民間航空機協定の適用に関する米・EC1992 年協定⁽³⁶⁸⁾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⁽³⁶⁹⁾。

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。

(365) SHI, *supra* note 30, at 285-86; Dahrendorf, *supra* note 265, at 63-64; Wouters & de Meester, *supra* note 75, at 232-33.

(366) VILLIGER, *supra* note 292, at 433.

(367) EC — Aircraft (AB), *supra* note 351, ¶ 846; US — Anti-Dumping and Countervailing Duties (China) (AB), *supra* note 310, ¶ 308.

(368) 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.

(369) EC — Aircraft (AB), *supra* note 351, ¶¶ 846-851.

他方、たしかにこれは、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⁽³⁷⁰⁾。しかしながら、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⁽³⁷¹⁾。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も有する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)はその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⁽³⁷²⁾。

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す示唆は、一概に判断できない。しかし、文化多様性条約は主としてWTO協定が扱う通商関係とは異なる分野の問題について重点を置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」と見ることに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」としての関連性につき決定的な判断を示している。

(370) French, *supra* note 362, at 304.

(371) 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 290, 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」(昭和39年4月24日効力発生、昭和39年7月8日我が国につき効力発生、条約第14号)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(昭和42年3月19日効力発生、昭和58年11月2日我が国につき効力発生、条約第14号及び外務省告示第315号)第49条第1項を参照するような場合が挙げられる。DORR & SCHMALENBACH COMMENTARY, *supra* note 292, at 565.

(372) French, *supra* note 362, at 305.

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⁽³⁷³⁾。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⁽³⁷⁴⁾、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ろう。

条約法条約第 31 条第 3 項(c)の限界：断片化の文脈で注目される同号だが、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⁽³⁷⁵⁾。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解釈対象の条約へ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⁽³⁷⁶⁾。そもそも条約法条約第 31 条第 3 項(c)の役割は、関連規則に解

(373) EC — Aircraft (AB), *supra* note 351, ¶ 852.

(374) もっとも、前掲注 (326)・(329) 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。

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

(376) French, *supra* note 362, 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

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味を明らかにすることにある⁽³⁷⁷⁾。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⁽³⁷⁸⁾。

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⁽³⁷⁹⁾。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⁽³⁸⁰⁾。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⁽³⁸¹⁾、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⁽³⁸²⁾。

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 325, at 39, 44-46.

(377) French, *supra* note 362, 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 335, at 365-66.

(378) VAN DAMME, *supra* note 335, 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).

(379) ILC *Fragmentation Report*, *supra* note 300, ¶ 419.

(380) van Aaken, *supra* note 348, 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巻第2号356頁以下所収342頁(浦田賢治/高橋洋訳、1989)。

(381) 前掲注(302)～(304)および本文対応部分参照。

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⁽³⁸³⁾。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 協定が目指す無差別・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)の限定的な解釈を取る場合にも、多国籍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⁽³⁸⁴⁾。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

(382) van Aaken, *supra* note 348, 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。

(383) 前掲注 (71) ~ (78) および本文対応部分参照。

(384) McLachlan, *supra* note 359, at 313-15. See also EC — Aircraft (AB), *supra* note 351, ¶ 845 n.1917.

積、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⁽³⁸⁵⁾。

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⁽³⁸⁶⁾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⁽³⁸⁷⁾。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⁽³⁸⁸⁾。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⁽³⁸⁹⁾。

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⁽³⁹⁰⁾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⁽³⁹¹⁾。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

(385) Van Damme, *supra* note 335, at 358, 374-76.

(386) 「商品の名称及び分類についての統一システムに関する国際条約」(昭和63年1月1日効力発生、条約第14号及び外務省告示第559号)。

(387) EC — *Chicken Cuts* (AB), *supra* note 352, ¶¶ 195-199.

(388) 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).

(389) GARDINER, *supra* note 336, at 274.

(390) 「文化的財・サービスは、アイデンティティ、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。」

(391) *China — Publications and AV Products* (Panel), *supra* note 180, ¶¶ 7.751, 7.758 n.538.

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顕れとして、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⁽³⁹²⁾、他方で同条約起草史によれば時間的要素は同号から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⁽³⁹³⁾。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⁽³⁹⁴⁾、先述の米国・エジプト輸入制限事件上級委員会の説示⁽³⁹⁵⁾もこの一例である⁽³⁹⁶⁾。

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⁽³⁹⁷⁾。そのため、いかなる非

(392) 前掲注 (336) および本文対応部分参照。

(393) DÖRR & SCHMALENBACH COMMENTARY, *supra* note 292, at 528–29, 567–68.

(394) *US—Gasoline (AB)*, *supra* note 331, at 21; VAN DAMME, *supra* note 335, 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 336, at 160; VILLIGER, *supra* note 292, at 425, 428; DÖRR & SCHMALENBACH COMMENTARY, *supra* note 292, at 540, 547.

(395) 前掲注 (340) ~ (347) および本文対応部分参照。

(396) I CORTEN & KLEIN COMMENTARY, *supra* note 300, at 834.

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⁽³⁹⁸⁾。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そのように解せると理解される⁽³⁹⁹⁾。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」概念も動態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、こ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⁽⁴⁰⁰⁾。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、歌舞伎を取めた「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⁽⁴⁰¹⁾。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

(397) VAN DAMME, *supra* note 335, at 296-97.

(398) Dahrendorf, *supra* note 265, at 71-73; Pauwelyn, *supra* note 175. ただし、慎重意見として Ruiz Fabri, *supra* note 144, at 215 を参照。同稿はこうした関心への該当性について、パネル・上級委員会はある特定の関心事項にわたり共有されるものであるかどうかにかかわらず決定するとした上で、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、前者が未だその域にないことを示唆する。

(399) DÖRR & SCHMALENBACH COMMENTARY, *supra* note 292, at 535.

(400) Voon, *supra* note 29, at 144-45.

(401) 「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/>〉。

れる⁽⁴⁰²⁾。van den Bossche [2007]は、UNESCOにおいて文化多様性条約やその後のイニシアチブによって、有形・無形に関わらないあらゆる形態の文化遺産に保護対象が拡大されていることに鑑み、グローバル化によって危機にさらされる芸術映画や古典音楽のCDをも「国宝」概念が包摂し得るとさえ論じている⁽⁴⁰³⁾。

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。「国宝」あるいは「美術的、歴史的又は考古学的価値」はその意味が時代によって変遷し、したがって、やはり発展的解釈に馴染む一般性を有する⁽⁴⁰⁴⁾。しかしそれでも「国宝 (national treasure)」の辞書的な定義からすれば⁽⁴⁰⁵⁾、それ自体希少性のある特定の物品に限定されよう⁽⁴⁰⁶⁾。特に同号が必要性要件や柱書と併せ読まれるとき、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⁽⁴⁰⁷⁾。このかぎりにおいては、上記 van den Bossche [2007] の(f)の解釈はこの範囲を超えるものであると言わざるを得な

(402) Hahn, *supra* note 49, at 548.

(403) van den Bossche, *supra* note 148, at 54-55.

(404) Shi, *supra* note 30, at 145-46.

(405) 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.”).

(406) 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: デイ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。

(407) VOON, *supra* note 29, at 145-46.

い。

また、スクリーンクォータについて規定した GATT 第4条についても、映像技術の進化とともに「露出済映画フィルム」を発展的解釈によってテレビ放映やインターネット配信など他の媒体にまで拡大する可能性が提起されるが、これもまた現状では野心的に過ぎると評価される⁽⁴⁰⁸⁾。現代における第4条の意義は、むしろ政治的マニフェストとして文化保護の目的から文化的財に特別の待遇を認めることによって、文化と貿易の抵触に対応する GATT の趣旨・目的を体現するものである⁽⁴⁰⁹⁾。

他方、参照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⁽⁴¹⁰⁾。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をもたらすとは予断できない⁽⁴¹¹⁾。

最後に、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 協定解釈における考慮に限定されず、以下に示すような関連する社会的事実の変化の斟酌も含まれる。例えば「鉄のライン川」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際際法の厳格な適用を否定し、実

(408) Shi, *supra* note 30, at 131-33.

(409) *Id.* at 133-34.

(410) Acheson & Maule, *supra* note 146, 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間で受け渡される。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。」

(411) 前掲注(383)および本文対応部分参照。

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⁽⁴¹²⁾。コンテンツ製品の製作・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に主張したが、上級委員会はこのような時際法的解釈を否定した⁽⁴¹³⁾。中国の主張は本件対象のコンテンツ製品について、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⁽⁴¹⁴⁾。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。むろん、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、やはり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ために、そこまでの拡大は困難と見るべきであろう。

(412) The Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway (Neth. v. Belg.), 27 R.I.A.A. 33, ¶¶ 79-80 (Perm. Ct. Arb. 2005); GARDINER, *supra* note 336, at 254-55.

(413) *China — Publications and AV Products* (AB), *supra* note 282, ¶ 369 n.681.

(414) *Cf. China — Publications and AV Products* (Panel), *supra* note 180, ¶¶ 7.1154-7.1166.

5. 5. 小活

以上のように、WTO 協定、特に GATT の一般原則、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⁽⁴¹⁵⁾にも顕れているように、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⁽⁴¹⁶⁾。原則レベルでの両者の調整という意味で、同稿が示す見解に異を唱えるものではないが、その一方で必ずしも現行協定においても文化多様性保護・促進策に有効な

(415) 前掲注 (279) ~ (283) および本文対応部分参照。

(416) 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).

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

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保護・促進は、GATT に定める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⁽⁴¹⁷⁾、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に対する制約は、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 5.4. に論じたように WTO 協定、特に GATT の解釈・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・

(417) 前掲注 (74) ~ (78) および本文対応部分参照。

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⁽⁴¹⁸⁾。

「埋め込まれた自由主義」の文脈で言えば、GATT 以外の WTO 協定附属書は様々な他の政策目的との調整メカニズムを具備している。これまで論じたように文化多様性保護・促進の関心が無差別原則一般に内包される、あるいはその範疇から包括的にこれを除外されることを確保するものではないが、特定の範疇の保護・促進措置については、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。この点を以下に簡単に検討する。

6. 1. 文化的要素に基づく規格・基準

国産・特定国産のコンテンツ製品のアクセスを阻害する措置を一般的に協定適合的に扱うものではないが、ひとつの可能性としては、昨今判例による解釈の明確化が進んでいる TBT 協定に適合した規格・基準として、コンテンツ製品規制を位置づける可能性が検討できる。一見技術的な規格・基準も、コンテンツ製品に無関係ではない。最も分かりやすい技術標準としては、DVD のリージョンコードは TBT 協定の適用対象となる任意規格に位置づけられる⁽⁴¹⁹⁾。また、原住民地域社会 (indigenous communities) の手による絵画、工芸品等の文化遺産取引について、フェアトレード確保のための真贋 (authenticity) 認証のラベリングを導入する場合にも、TBT 協定適合性が問題となりうる例が論じられている⁽⁴²⁰⁾。文化多様性条約を参照しても、その第 6 条第 2 項(a)が文化多

(418) Goff, *supra* note 91, at 171-76.

(419) Rostam J. Neuwirth, *The Fragmentation of the Global Market: The Case of Digital Versatile Discs (DVDs)*, 27 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 409, 445-52 (2009).

(420) C. B. Graber & J. C. Lai, *Indigenous Cultural Heritage and Fairtrade: Voluntary Certification Standards in the Light of WIPO and WTO Law and Policymaking*, 29 PROMETHEUS: CRITICAL STUD. IN INNOVATION 287 (2011).

様性保護・促進措置として規制措置 (regulatory measures) に言及しており、ここに規格・基準の体裁を取る措置も含まれるものと解される⁽⁴²¹⁾。

TBT 協定附属書 1 パラ 1 に規定される強制規格の要件について、EC・アスベスト規制事件上級委員会は、問題の措置の全体を検討の上で、「産品の特性」を定め、「遵守することが義務付けられて」おり、加えて適用される産品が特定可能であることを求めている⁽⁴²²⁾。この範囲では、主題、製作者・出演者等の条件 (国籍等)、使用言語、吹き替え・字幕などコンテンツ産品の内容に関わる特性は全て包含されると考えられる。また、米国・マグロラベリング事件上級委員会は、義務付け、すなわち強制力も、必ずしも市場からの産品の排除を伴う必要はないことを示しており、一定の法的な要件であって執行力を有する制度であれば当該要件を充足しうることを示している⁽⁴²³⁾。適用対象産品の特定は、書籍、CD、DVD 等、特定のコンテンツ産品を指定すれば事足りる。

コンテンツ産品に対する文化的要素の要件が規格・基準、特に強制規格たりうるとして、TBT 協定 2.1 条に最恵国待遇、内国民待遇が規定されており、無差別性が確保されなくてはならない点は GATT と同様である。後者については、米国・丁字タバコ関連措置事件上級委員会が検

(421) Peng, *supra* note 47, at 226.

(422) EC — Asbestos (AB), *supra* note 215, ¶¶ 64-70.

(423) US — Tuna II (AB), *supra* note 357, ¶¶ 190-199. この結果、販売に支障はないが、ある特定のラベリングを付するためにのみ法令上の要件が課される場合も、強制規格に該当することになる。ただし、不適合産品の市場からの排除を伴わない規格に強制性を認める解釈には批判が多く、パネルの個別意見でもこの点が指摘されている。この指摘を含めて、内記香子「[WTO・パネル上級委員会報告書解説⑥] 米国—マグロラベリング事件 (メキシコ) (DS381) — TBT 紛争史における意義—」25-27 頁 (RIETI Policy Discussion Paper Series 13-P-014, 2013) (http://www.rieti.go.jp/publications/pdp/13p014.pdf) を参照。このような不都合さから、むしろ本件では問題のマグロラベリング制度がイルカ保護に唯一排他的な制度であったことを重視して強制力を認めたのであり (US — Tuna II (AB), *supra* note 357, ¶ 193)、先例性に留保を付す意見がある。Enrico Partiti, *The Appellate Body Report in US — Tuna II and Its Impact on Eco-Labeling and Standardization*, 40 LEGAL ISSUES OF ECON. INTEGRATION 73, 85 (2013).

討している。同上級委員会は、まず解釈の一般的指針を論じ、パネルが重視した TBT 協定前文パラ 6 (加盟国の規制権限) が一方で同パラ 5 (国際貿易の不必要な障害の回避) と併存していることから、両者のバランスを GATT 第 3 条と同第 20 条になぞらえた⁽⁴²⁴⁾。また、TBT 協定により規律される規格・基準が GATT 第 3 条第 4 項の規律対象である内国法令・要件の一部であり、両条文の文言・構造が似通っていることから、前者の解釈に後者を文脈として考慮した⁽⁴²⁵⁾。

この結果、同上級委員会は、GATT 第 3 条第 1 項に相当する文言の不在や前文パラ 6 に依拠して同種の製品の判断において規制目的を重視したパネルの解釈には同意せず、代わって製品の競争関係に基礎を置く EC・アスベスト規制事件上級委員会の説示を参照しながら、ほぼ GATT 第 3 条第 4 項と同様の解釈を示した⁽⁴²⁶⁾。GATT 第 3 条第 4 項においては文化的要素の差異によりコンテンツ製品の差別が困難であることは 4.2. に述べたが、上記の判断に基づけば、この点は TBT 協定 2.1 条においても同様であると解せる。

他方「不利でない待遇」要件の解釈において、同上級委員会は GATT 第 3 条第 4 項とは異なる TBT 協定の特徴に沿った解釈を示した。上級委員会によれば、GATT 第 3 条第 4 項が不利な効果が輸入品に及ぶ競争条件の変更を禁じているのに対し、規格・基準は一定の製品の特性・製造工程によって規定されること、2.2 条が一定の通商阻害性を認めていること、前文パラ 6 が加盟国の規制権限に触れていること等から、TBT 協定 2.1 条ではもっぱら正当な規制の効果として生じる差別は許容され

(424) *US — Clove Cigarettes (AB)*, *supra* note 237, ¶¶ 92-96.

(425) *Id.* ¶¶ 99-100.

(426) *Id.* ¶¶ 104-160. 以上、本件における同種の製品の議論の整理について、内記香子「[WTO・パネル上級委員会報告書解説⑤] 米国—クローブ入りタバコ規制事件(インドネシア)(DS406)—TBT協定2.1条とGATT3条4項の関係を中心に—」18-19頁(RIETI Policy Discussion Paper Series 13-P-013, 2013)〈<http://www.rieti.go.jp/jp/publications/pdp/13p013.pdf>〉を参照。

る⁽⁴²⁷⁾。このかぎりにおいて、TBT 協定における内国民待遇原則には文化多様性を目的とした規格・基準による差別を許容する余地が残される⁽⁴²⁸⁾。

また、TBT 協定は 2.2 条において、強制規格は「正当な目的」の達成に必要な以上に貿易制限的であってはならないとされる。「正当な目的」とは安全保障や欺瞞的行為の防止等を含むが、これらが「特に (*inter alia*)」挙げられている以上、限定列举とは解されない⁽⁴²⁹⁾。確かにこれらの例示列举は個別の規格・基準の目的の正当性の判断に有用ではあるが、当該目的が「正当」であるために 2.2 条に例示される項目と同類 (*ejusdem generis*) である必要もない⁽⁴³⁰⁾。翻って文化多様性の保護・促進の規制目的は、国連専門機関である UNESCO が文化多様性条約の締結をもって推進するものであり、その批准国数からも広く国際社会にその正当性が認知されていることは明らかである。このかぎりにおいて、文化多様性条約に基礎を置く文化多様性の保護・促進はこの「正当な目的」に該当するものと思慮する⁽⁴³¹⁾。

(427) US — *Clove Cigarettes* (AB), *supra* note 237, ¶¶ 166–182.

(428) 他方、前掲注 (234) ~ (239) および本文対応部分で説明したとおり、GATT 第 3 条第 4 項の「不利でない待遇」要件においては、輸入品の競争条件の悪化が外国製を理由としていることの検討は要さないとされた。一方で GATT では理由の如何を問わず輸入品の競争条件の悪化があれば「不利でない待遇」要件に適合しないと解し、他方で TBT 協定においてはその悪化がもたら正当な規制の結果であれば許容することによって、両者の差別化を図ったものと言える。もっとも、その解釈の妥当性については別途検討を要する。これらの点につき、内記前掲注 (426) 21–24 頁。

(429) US — *Tuna II* (AB), *supra* note 357, ¶ 313.

(430) ただし上級委員会は同類性の要請を否定したというよりは、正確にはカナダが TBT 協定 2.2 条に例示された項目の同類性について十分立証しなかったため、その請求を退けている。Appellate Body Reports, *United States — Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements*, ¶¶ 443–444, WT/DS386/AB/R (June 29, 2012); Panel Report, *United States — Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements*, ¶¶ 7.628–7.637, WT/DS386/R (Nov. 18, 2011).

(431) ただし「正当な目的」要件を検討した先例においては、全て例示列举のいずれかの目的に該当あるいは関連することが認められており、例示を全く離れた規制目的の正当性についていかに認定するかについては、先例から明確ではない。US — *COOL* (AB),

もっとも、「正当な目的」の達成に対する措置の貿易制限性の必要性は、別途検討されなくてはならない。この点について、上級委員会は一連の事案において GATT 第 20 条(a)、(b)、(d)等に規定される必要性テストに準じた検討を行っているが⁽⁴³²⁾、各国の具体的な国内措置、当該措置が目的とする具体的な文化多様性保護・促進の内容（例えば原住民社会の芸術的表現の維持、AV ソフトや出版物を通じた言語多様性の確保、言論機関の維持等）に沿って個別的に判断する必要がある。よって、これ以上の一般論は控える。

更に TBT 協定 2.4 条は、「国際規格 (international standards)」が存在または仕上がり目前である時、強制規格にこれを基礎として用いることを義務づけているが、本稿の文脈では文化多様性条約がこの国際規格に該当するか否かが問題になる。米国・マグロラベリング事件上級委員会は、この「国際規格」の定義は TBT 協定上にないが、附属書 1 パラ 2 に「任意規格 (standard)」が、そして同パラ 4 に「国際機関又は国際制度 (international body or system)」がそれぞれ定義されており、加えてパラ 2 注釈は「国際的な標準化のための機関によって立案される任意規格は、コンセンサス方式によって承認されている」と定める点に注意を喚起した。更に附属書 1 前文が TBT 協定中の用語で ISO・IEC ガイド 2 に提示されるものは後者と同一の意味を有すると解する一方、他方で附属書 1 各パラに定義を定める用語については TBT 協定の適用上これらを適用するとも規定されているので、双方の乖離について慎重に検討しなければならないとした⁽⁴³³⁾。

supra note 430, ¶¶ 442, 445; Panel Report, *United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, ¶¶ 7.436–7.438, WT/DS381/R (Sept. 15, 2011); Panel Report, *United States — Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, ¶¶ 7.345–7.349, WT/DS406/R (Sept. 2, 2011).

(432) *US — Tuna II (AB)*, *supra* note 357, ¶¶ 318–320. GATT 第 20 条の必要性テストと TBT 協定 2.2 条では若干の要素の違いがあるが（例えば「正当な目的が達成できないことによって生ずる危険性」の文言は後者にしかない）、その実質はほぼ変らないと解される。内記前掲注 (423) 31 頁。

本件上級委員会はこうした解釈指針を示した後、専ら問題のマグロラベリングに関する国際イルカ保存計画協定 (AIDCP) ⁽⁴³⁴⁾ が定める規格が「国際」であるか否かに議論が終始しており、一方の「規格」の解釈について検討されていない ⁽⁴³⁵⁾。しかしながら、パネルは「規格」について TBT 協定附属書 1 パラ 2 の「任意規格 (standard)」と ISO・IEC ガイド 2 の差異を踏まえ、その比較を行っている。その結果、同パネルは「共通かつ反復的な利用のために、行動およびその結果に関する指針や特性を定める文書で、所与の文脈で最適の秩序を達成することを目的とするもの」をこの文脈での「規格」と解している ⁽⁴³⁶⁾。更に、本件上級委員会が上記の解釈指針でも国際「規格 (standards)」を TBT 協定附属書 1 パラ 2 の「任意規格 (standard)」に依拠して解釈することを示唆している。同パラは任意規格を「産品又は関連の生産工程若しくは生産方法についての規則、指針又は特性」を規定する文書と定義しており、このことから、国際規格も同様に産品の特性や生産工程・方法を定めた文書であることが要求されると解せる。しかし文化多様性条約自体はこうした事項について定めるものではないので、「規格」に該当しない。

したがって、加盟国は少なくとも文化多様性条約の存在によって TBT 協定 2.4 条適合性を求められない一方 ⁽⁴³⁷⁾、仮に文化多様性条約適

(433) *US — Tuna II* (AB), *supra* note 357, ¶¶ 349-354.

(434) Agreement on the International Dolphin Conservation Program, May 21, 1998, T.I.A.S. No. 12956.

(435) 上級委員会によれば、TBT 協定上の「国際」規格は「国際標準化機関 (international standardizing body)」(訳については内記前掲注 (423) 21 頁注 20 参照) による承認を要し、かかる機関は標準化の分野において認められた活動に従事するとともに、そして少なくとも当該機関への加盟は全 WTO 加盟国に開放されていることを求められる。この点 AIDCP が開放された条約でないことから、これに基づくラベリングは「国際標準化機関」に採択されたものではなく、よって TBT 協定 2.4 条の「国際規格」に該当しないと判断された。*US — Tuna II* (AB), *supra* note 357, ¶¶ 350-359, 396-399.

(436) *US — Tuna II* (Panel), *supra* note 431, ¶¶ 7.666-7.672.

(437) むろん、コンテンツ産品には他にも従うべき国際規格が存在する。例えば書籍や AV ソフトの標記事項にも ISO の基準が定められており、各国のコンテンツ産品の表示規制はこれらを基礎とすることを求められる。van den Bossche, *supra* note 148, at 69.

合性を立証しても、同2.5条の貿易制限性に関する推定を受けることはできない。文化多様性保護・促進措置は、専ら加盟国独自の国内措置として同2.1条、2.2条適合性を問われることになる。

なお、先例はいずれも強制規格の内国民待遇原則適合性を問題にする案件に限られていた。ただし、任意規格(附属書1パラ2)の定義、および附属書3に定められ第4条を通じて適用されるその適正実施基準も、強制規格の定義・要件と類似している。このかぎりにおいて、概ね上記と同様の議論が該当するものと思われる。また、最恵国待遇についても、GATT第1条と異なりTBT協定2.1条では「不利でない待遇」要件が課せられる。したがって、異なる原産国の同種の産品を同様に正当な規制の結果として差別することは妨げられない。

6.2. コンテンツ産業振興策としての補助金

補助金は有力なオプションとなりうる。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るれば、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、外国産コンテンツ産品の市場アクセス・流通も原則的に妨げられない一方で国産コンテンツ産品の選択肢が増えることを意味する。よって、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・動態的な文化多様性に対するアプローチにも繋がる⁽⁴³⁸⁾。

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のではなく、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⁽⁴³⁹⁾。このこ

(438) Ruiz Fabri, *supra* note 144, at 198.

(439) See e.g., BAKER, *supra* note 89, at 231-32; Sauvé & Steinfatt, *supra* note 106, at 336; Frederick van der Ploeg, *Comment*, 28 J. CULTURAL ECON. 257, 258 (2004).

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⁽⁴⁴⁰⁾。

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⁽⁴⁴¹⁾、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。よって、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。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、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⁽⁴⁴²⁾。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、

(440) 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) にそれぞれ該当し、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。

(441) 同上書 114 頁。

(442) 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 49, at 532. 例えばオーストラリアやカナダに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、これらは一般的に輸入代替的な補助金とし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 116, at 47-48.

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⁽⁴⁴³⁾。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、公的支援に対する内外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⁽⁴⁴⁴⁾。

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⁽⁴⁴⁵⁾。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支援スキームが適正な補助金配分に失敗し、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⁽⁴⁴⁶⁾。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⁽⁴⁴⁷⁾。

(443) Bernier, *supra* note 211, at 764-65; McDonald, *supra* note 148, at 122-23; Wright, *supra* note 148, at 819-22.

(444) Balassa, *supra* note 59, at 82-83; Burri-Nenova, *supra* note 69, at 77.

(445) Pager, *supra* note 51, at 97-108.

(446) *Id.* at 75-97.

(447) 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).

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⁽⁴⁴⁸⁾。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十分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か⁽⁴⁴⁹⁾、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産品が補助金支出国 (= 輸入国) 市場において補助金交付国産品により代用される場合、同号に定める「代替 (displace)」が発生するとされ⁽⁴⁵⁰⁾、同第 5 条(c) の「著しい害」が認められる。また、同 6.3 条(c) は「同一の市場」において補助金交付産品が他加盟国の同種の産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「同一の市場」は個別の事案毎に柔軟に画定され⁽⁴⁵¹⁾、補助金を交付する輸入国市場を設定することも

(448) Wright, *supra* note 148, at 803-14.

(449) もちろん補助金は輸出市場開拓にも利用される。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成功の要因となっていることが指摘される。『韓国における新興国市場開拓』前掲注 (24) 8 頁。Milim Kim, *supra* note 148, 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ろう。

(450) EC — Aircraft (AB), *supra* note 351, ¶ 1160.

(451) *Id.* ¶ 1218.

できる。仮に補助金によって国産コンテンツ産品が輸入コンテンツ産品の価格を下回る、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⁽⁴⁵²⁾。

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SCM協定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、本来規範的な非難可能性がより高く、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」がもつばら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」が勘案されないこと、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、現在は同第31条により失効）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ことなど、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⁽⁴⁵³⁾。

(452) 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（RIETI Discussion Paper Series 10-J-030, 2010）〈<http://www.rieti.go.jp/publications/dp/10j030.pdf>〉。

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⁽⁴⁵⁴⁾。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⁽⁴⁵⁵⁾、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))、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⁽⁴⁵⁶⁾、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

(453) 川瀬剛志「世界金融危機下の国家援助と WTO 補助金規律」109-111 頁 (RIETI Discussion Paper Series 11-J-065, 2011) (<http://www.rieti.go.jp/jp/publications/dp/11j065.pdf>)。

(454) 同上論文 122-24 頁。

(455) 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 148, at 122-23.

(456) 前掲注 (68) および本文対応部分参照。

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か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⁽⁴⁵⁷⁾。

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

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協定にも一定の利用可能な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⁽⁴⁵⁸⁾。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、輸入産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。実際前述のバイルート協定、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

(457) Neuwirth, *United in Divergency*, *supra* note 70, at 840-41.

(458) 前掲注(161)および本文対応部分参照。

ンピング防止 (AD) 税によって対抗できる (AD 協定 2.1 条)⁽⁴⁵⁹⁾。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)⁽⁴⁶⁰⁾。

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⁽⁴⁶¹⁾、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⁽⁴⁶²⁾。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アムが課されており⁽⁴⁶³⁾、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⁽⁴⁶⁴⁾。

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

(459) Footer & Graber, *supra* note 114, at 140.

(460) 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法の適用を例として、Wright, *supra* note 148, at 757-70, 773-803 が詳細に分析を行っている。

(461) 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).

(462) Bernier, *supra* note 211, at 766; Lin, *supra* note 210, at 569.

(463) 1998 年以來のモラトリアムを直近の 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).

(464) 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 211, at 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).

品と競合する国産の同種の製品の定義が 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) ⁽⁴⁶⁵⁾。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製品についてはこの同種の製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 ⁽⁴⁶⁶⁾。また、コンテンツ志向の製品の場合、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 ⁽⁴⁶⁷⁾。最後に、非排除性に象徴されるコンテンツ製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 ⁽⁴⁶⁸⁾。

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のために十分に機動的な発動が困難であることが指摘される ⁽⁴⁶⁹⁾。

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」—

(465) 両条文は次のように規定する。「この協定において『同種の製品』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。」

(466) Bernier, *supra* note 211, at 762-63, 765; Lin, *supra* note 210, at 575.

(467) Lin, *supra* note 210, at 569-70.

(468) Bernier, *supra* note 211, at 764-65.

(469) Footer & Graber, *supra* note 114, at 140-41; Voon, *supra* note 179, at 282-84.

2005年11月のUNESCO設立60周年講演において、文化人類学の泰斗レヴィ＝ストロース (Claude Lévi-Strauss) は14～15世紀にヨーロッパ内に広く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⁽⁴⁷⁰⁾。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⁽⁴⁷¹⁾、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⁽⁴⁷²⁾。

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

(470) Claude Lévi-Strauss, *Unesco at 60*, 54 DIOGENES, Aug. 2007, at 5, 8-9.

(471) 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、『そうでしかありえないではありませんか』と、かなり諦観しておられるご様子でした。一旦は表面的に一様化されても、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」『ACCUNews』第356号2頁以下所収2頁（2006）。

(472) コーエン前掲注（60）30-32頁および270頁。

と評している⁽⁴⁷³⁾。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。このような認識の下で本稿の射程を超えて、最後に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⁽⁴⁷⁴⁾、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・ラジオでも電波帯・放送枠など、いわゆる「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⁽⁴⁷⁵⁾。アンダーソン [2009] によれば、状況がインターネットの出現に伴い一変し、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 You Tube や iTunes Store などの AV コンテンツのみならず、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⁽⁴⁷⁶⁾。

「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、一連の論考において、こうして新たなデジタル環境下にお

(473) 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 (伏見威審訳、2010)。

(474) 前掲注 (221) および本文対応部分参照。

(475) アンダーソン前掲注 (221) 第9章。

(476) 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。

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⁽⁴⁷⁷⁾。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⁽⁴⁷⁸⁾。

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⁽⁴⁷⁹⁾。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⁽⁴⁸⁰⁾。

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、舞踊、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 balan

(477) Mira Burri, *Cultural Protectionism 2.0: Updating Cultural Policy Tools for the Digital Age*, in *TRANSNATIONAL CULTURE*, *supra* note 85, at 182, 197-99; Burri et al., *supra* note 442, at 370-73.

(478) Burri et al., *supra* note 442, at 382-84.

(479) *Id.* at 374-77.

(480) Burri, *supra* note 477, at 199-200.

スの再検討の問題である⁽⁴⁸¹⁾。

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テンツ供給をもたらした⁽⁴⁸²⁾。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。2013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⁽⁴⁸³⁾。現時点での関連する動向としては、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⁽⁴⁸⁴⁾。また、米国が9月中旬に提出したオファーでは、電気通信と電子商取引に関する附属書が含まれていると報じられ、情報の移動に加えて、ローカルインフラに関する提案も含まれているとされる⁽⁴⁸⁵⁾。仮にこれが合意に至れば、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

(481) Burri et al., *supra* note 442, at 377-82.

(482) アンダーソン前掲注 (221) 94頁および第5章。

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

(484) *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.

(485) *U.S. Tables Offer in TISA, Backs Down from Changes to Exceptions Text*, INSIDE U.S. TRADE, Mar. 29, 2013, at 4.

ように米 EU 間では TISA、そして TTIP における AV 分野の取り扱いに隔たりがあることから⁽⁴⁸⁶⁾、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、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が、交渉は遅滞しており、これも同じく予断を許さない⁽⁴⁸⁷⁾。

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⁽⁴⁸⁸⁾。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⁽⁴⁸⁹⁾、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、これを

(486) 前掲注 (169) ~ (172) および本文対応部分参照。

(487) 2013 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が、脱稿日時時点で中国がセンシティブ品目の除外を主張したため交渉が遅滞し、そのリスト作成作業が行われている。*China Commits to Limit ITA "Sensitivities": APEC Urges Deal by Year End*, INSIDE U.S. TRADE, Oct 11, 2013 at 1.

(488) 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)。

(489) *EU Proposal*, *supra* note 484.

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とパネルが判断し、確定的な結論は得られていない⁽⁴⁹⁰⁾。にもかかわらず、現行GATTが電子的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⁽⁴⁹¹⁾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⁽⁴⁹²⁾。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⁽⁴⁹³⁾、「クールジャパン」に対

(490) *China — Publications and AV Products* (Panel), *supra* note 180, ¶¶ 7.1609-7.1610.

(491) 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。

(492) 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 85, at 288.

(493) 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

する悪影響も懸念される⁽⁴⁹⁴⁾。

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³、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⁽⁴⁹⁵⁾。また、フィルタリングは中国の 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⁽⁴⁹⁶⁾、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⁽⁴⁹⁷⁾。「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⁽⁴⁹⁸⁾、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に WTO 協定における例外の外延の明確化は我が国通商戦略にも影響しよう。

以上、ここに見てきた状況下では、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要素に基礎を置く物品としてのコンテンツ製品の差別は早晩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

は、終わりの始まりなのか』第 2 章 (2012) を参照。

(494) 「【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。

(495) *China — Publications and AV Products* (Panel), *supra* note 180, ¶ 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).

(496) *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.

(497) 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).

(498) 「<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>)。

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⁽⁴⁹⁹⁾。

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、依然として現行 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⁽⁵⁰⁰⁾。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⁽⁵⁰¹⁾。

しかしながら、ドーハラウンドの難航から明らかのように、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ろう⁽⁵⁰²⁾。

(2013. 10. 15)

(本学法学部教授)

(499) Burri, *supra* note 477, at 199-200.

(500) See e.g., Voon, *supra* note 29, ch.6; Burri-Nenova, *supra* note 69, at 71-76; Graber, *supra* note 130, at 571-73.

(501) Neuwirth, *supra* note 157, at 409-18.

(502) RTA における「貿易と文化」問題の対応については、Neuwirth, *supra* note 38, at 259-70 を参照。