



条約解釈の基準時に関する解釈規則の展開 —後の 合意・慣行と発展的解釈の検討を通じて—

稲垣, 治

(Degree)

博士 (法学)

(Date of Degree)

2015-09-25

(Date of Publication)

2018-09-25

(Resource Type)

doctoral thesis

(Report Number)

甲第6466号

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/D1006466>

※ 当コンテンツは神戸大学の学術成果です。無断複製・不正使用等を禁じます。著作権法で認められている範囲内で、適切にご利用ください。



条約解釈の基準時に関する解釈規則の展開

—後の合意・慣行と発展的解釈の検討を通じて—

国際協力政策専攻 博士後期課程

稲垣 治

〈目次〉

序章 問題の所在	3
第1節 本稿の課題	3
第2節 検討の対象と視角	8
第3節 本稿の射程と構成	12
第1章 同時性の原則とその変容	
—条約解釈基準時としての締結時—	14
第1節 緒論	14
第2節 条約法条約成立以前の同時性の原則	14
第1項 G.フィッツモーリスの解釈理論	14
第2項 条約法条約の起草過程	18
第3節 条約法条約成立以後の同時性の原則	23
第1項 同時性の原則の変容	23
1. 同時性の原則の射程拡大	23
2. 同時性の原則の射程拡大の意味	25
第2項 伝統的な同時性の原則の今日的地位	26
第4節 小括	29
第2章 後の合意・慣行の論理と条件	
—条約解釈基準時としての解釈時 (1) —	31
第1節 緒論	31
第2節 後の合意・慣行の論理の発展	31
第1項 後の合意・慣行の理論的根拠	32
第2項 後の合意・慣行の機能拡大とその論理	34
1. 条約締結時の当事国意思を明らかにする機能	34
2. 条約締結後の当事国意思に効果を与える機能	36
3. まとめ—後の合意・慣行の論理	40
第3節 条約法条約第31条3項 (a), (b) の解釈	41
第1項 第31条3項 (b) の解釈	41
1. 後の慣行の主体	41
2. 慣行への参加と「当事国」の意味	47
3. 沈黙と「合意」の認定	52
第2項 第31条3項 (a) の解釈	56
1. 後の合意の成立形式	56
2. 「当事国」の意味	57
第3項 評価	58

第4節 広義の後の慣行—当事国の合意を確立しない後の慣行	58
第1項 広義の後の慣行概念	59
第2項 広義の後の慣行の実証分析	61
1. 「確認」のための後の慣行	61
2. 国際組織設立条約の解釈における後の慣行	62
3. 人権条約の解釈における後の慣行	68
4. 評価	73
第5節 小括	74
第3章 発展的解釈の論理と条件	
—条約解釈基準時としての解釈時（2）—	76
第1節 緒論	76
第2節 発展的解釈の論理の発展	76
第1項 条約法条約成立以前	77
1. 初期の学説及び実行	77
2. 条約法条約の起草過程（1964-66年）	78
第2項 条約法条約成立以後	88
1. ナミビア事件 ICJ 勧告的意見（1971年）	88
2. 万国国際法学会における時際法に関する検討（1973-75年）	93
3. ILC 国際法の断片化研究部会での検討（2002-06年）	94
4. 通航権事件 ICJ 判決（2009年）	96
5. まとめ—発展的解釈の論理	98
第3節 発展的解釈の適用事例の分析	100
第1項 分析方法—二段階構造に基づく分析	100
第2項 第一段階の推論の分析	103
1. 文言アプローチ	103
2. 目的論的アプローチ	114
3. 「生きる文書」アプローチ	117
4. 評価	122
第3項 第二段階の推論の分析	123
1. 法的事情	123
2. 事実的事情	132
3. 評価	136
第4節 小括	137
終章 条約解釈の基準時に関する解釈規則の展開	139
主要参考文献	144

序章 問題の所在

本稿の課題は、条約解釈の基準時の問題を規律する解釈規則がどのように展開してきたのかを明らかにすることである。この展開過程は、一言でいえば、解釈基準時としての解釈時の役割の拡大として把握することができる。本稿は、条約を解釈時を基準に解釈することを可能にする後の合意・慣行および発展的解釈の検討を通じて、この展開過程を論理的かつ実証的に明らかにする。序章では、この課題の意味、検討対象とその視角、そして本稿の射程と構成について順に説明する。

第1節 本稿の課題

1. 問題意識

ルドルフ・ベルンハルト (Rudolf Bernhardt) が 1999 年の論文で指摘していた通り、近年、条約解釈における時間の問題が重要な問題として認識されてきているように思われる¹。それは、発展的解釈に関する論考やモノグラフが続々と公表されていることや²、国連国際法委員会 (以下「ILC」と略) が 2009 年か

¹ Rudolf Bernhardt, “Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights,” *German Yearbook of International Law*, Vol. 42 (1999), p.12. ベルンハルトは、この論文で、条約解釈プロセスにおける時間的要因 (time factor) という新たな問題の重要性が増してきていることを指摘していた。また坂元茂樹も 2003 年の論文において条約解釈における時間の問題の重要性を指摘している。参照、坂元茂樹「条約解釈の神話と現実—解釈学説対立の終焉が意味するもの—」同『条約法の理論と実際』(東信堂、2004) 189-190 頁。

² 発展的解釈に関する近年の主要な論文として、松井芳郎「条約解釈における統合の原理—条約法条約 31 条 3 (c) を中心に」坂元茂樹編『藤田久一先生古希記念 国際立法の最前線』(有信堂高文社、2009)、皆川誠「条約の発展的解釈における『当事国意思』概念の位置」『名古屋学院大学法学部開設記念論文集』(名古屋学院大学法学部、2014)、岡田淳「条約の『発展的解釈』論」『国際法研究』第 3 号 (2015)、Malgosia Fitzmaurice, “Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties Part I and Part II,” *Hague Yearbook of International Law*, Vol.21-22 (2008-09); Ulf Linderfalk, “Doing the Right Things for the Right Reason: Why Dynamic or Static Approaches Should be Taken in the Interpretation of Treaties,” *International Community Law Review*, Vol.10 (2008); Julian Arato, “Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences,” *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol.9 (2010); Pierre-Marie Dupuy, “Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy,” in Enzo Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention* (Oxford University Press, 2011); Giovanni Distefano, “L’interpretation évolutive de la norme internationale,” *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 115 (2011)。

ら後の合意・慣行の再検討を行っていることに表れている³。

では、なぜ現在、条約解釈における時間の問題の重要性が増しているのだろうか。そして、発展的解釈や後の合意・慣行に対する関心は、なぜ今高まっているのであろうか。これらの問いは、いずれも基本的なものでありながら、必ずしも十分な説明がなされていないように思われる。

それは、特に発展的解釈について顕著である。例えば、2014年に発展的解釈についてのモノグラフを著したビョージ（Eirik Bjorge）は、発展的解釈は条約の当事国意思に基づく解釈方法である意味において通常の解釈方法であり、特殊な解釈方法として捉える必要はないと主張している⁴。また発展的解釈を、既存の目的論的解釈（teleological interpretation）の一種であると説く見解も多い⁵。確かに、本論で明らかにするように、これらの見解は、一面において真理を含んでいる。しかしながら、これらの見解は、発展的解釈という条約解釈と時間の問題を扱いながら、その重要性を十分に認識できていないことを示唆しているように思われる。

このように条約解釈における時間の問題が、今なぜ重要性を増してきているのか十分に認識されていない要因の一つには、この問題に関する条約の解釈規則がどのように展開（変化）してきたのかが十分に議論されてこなかったことがあるように思われる。換言すれば、条約解釈と時間をめぐる解釈規則の現状とその特徴を、これまでの解釈規則の展開（変化）の中に位置づけて把握できていないため、なぜ現在条約解釈における時間の問題の重要性が高まっているのかという問いに答えられていないように思われるのである。

そこで本稿は、この条約解釈における時間という問題を、条約を締結時と解釈時のどちらに照らして解釈すべきかなのかという条約解釈の基準時という視点から捉え直して、それを規律する条約の解釈規則がこれまでどのように展開（変化）してきたかを明らかにすることを課題とする。その上で、以前は条約解釈の基準時として締結時が有力であったところ、近年においては解釈時が果

³ ILC は、ノルテ（Georg Nolte）を議長として 2009 年に「時間の経過した条約（treaties over time）」研究部会を設立し検討を開始した。その後 2013 年からは、ノルテを特別報告者として正式議題として 2015 年 6 月現在も検討を続けてられている。また、この ILC の作業に関連して出版された論文集として、Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (Oxford University Press, 2013) がある。

⁴ Eirik Bjorge, *The Evolutionary Interpretation of Treaties* (Oxford University Press, 2014), pp.188-193.

⁵ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (Oxford University Press, 8th edition, 2012), p.379; M. Fitzmaurice, *supra* note 2 (Part I), p.117.

たす役割が拡大してきており、この変化こそが、ベルンハルトの指摘や後の合意・慣行と発展的解釈に対する関心の高まりの背後にある要因なのではないか、と論じていく。

続いて、この条約解釈の基準時のより精確な意味を説明しよう。

2. 本稿の課題の意味

本稿がいう条約解釈の基準時の問題とは、一言でいえば、条約をその締結時に照らして解釈しなければならないか、又はその解釈時に照らして解釈しなければならないのかという問題である。そして本稿の課題は、この問題について条約の解釈規則がどのように規律してきたのか、その展開を明らかにすることである。しかし、この問題をより精確に説明するためには、まず条約解釈がどのようなプロセスであるのかということから論述を始めなければならない。

条約解釈プロセスは、しばしば「るつぼ (crucible)」に喩えられることがある⁶。すなわち、様々な解釈要素をるつぼに投入して、その中で起こる諸要素の相互作用 (interaction) が解釈結果になるという比喩である。条約解釈をこのように捉えた場合にまず問題となるのは、このるつぼにどのような解釈要素を投入できるのかということである。1969年の条約法に関するウィーン条約（以下「条約法条約」略）第31条及び第32条に規定される解釈規則⁷は、るつぼに投入できる解釈要素を特定した規定であるとみることができる⁸。具体的には、第31条1項は、用語の通常の意味、文脈、趣旨及び目的、など主に条約に内在する解釈要素を規定する。同条第2項は、文脈の内容について規定しており、それには前文及び附属書を含む条約文のほか、条約の締結に関連する合意という条約に外在する解釈要素も含まれることを規定している（同項(a),(b)）。第3項

⁶ ILCも条約法条草案（1966年）に対するコメンタリーにおいて、このるつぼの比喩に依拠していた（*Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol.II, pp.219-220, para.8.）。See also, Mark E.Villiger, “The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstanding, Miscarriage? The ‘Crucible’ Intended by the International Law Commission,” in Enzo Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention* (Oxford University Press, 2011).

⁷ 正確を期せば、複数言語によって確定された条約の解釈について扱う条約法条約第33条も解釈規則の一部であるが、本稿との関連性が薄いためここでは取り上げていない。

⁸ 解釈規則の解釈を包括的に扱う近年の研究として、Alexander Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law* (Oxford University Press, 2008), Chapter 10; Richard Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford University Press, paperback edition, 2010); Ulf Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: the Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Springer, 2010)。

は、文脈とともに考慮が義務付けられる、「後にされた合意」（同項(a)）、「後に生じた慣行」（同項(b)）及び「国際法の関連規則」（同項(c)）の三つの条約に外在する要素を規定している。また、解釈の補足的手段を規定する第 32 条は、一定の条件の下、条約の準備作業などの条約外在的要素を考慮することを認めている。このように条約法条約の解釈規則は、るつばに投入できる様々な条約に内在及び外在する解釈要素を特定している。

どのような解釈要素をるつばに投入できるのかという問題と共に、解釈上問題となり、かつ本稿が関心を寄せるのが、時間軸上のどの時点に存在する解釈要素をるつばに投入することができるのかという問題である。なぜなら、それぞれ解釈要素の内容は、時間の経過とともに変化する可能性があり、るつばに異なる要素が投入されれば、解釈結果も異なると考えられるからである。そして具体的には、条約が締結された時点（＝締結時）に存在する解釈要素なのか⁹、又は条約を適用するために解釈するそれぞれの時点（＝解釈時）に存在する解釈要素なのか問題となっている。本稿がいう、条約を解釈時に照らして解釈することとは、るつばに解釈時に存在する解釈要素を（たとえ一つの要素であっても）投入して解釈結果を導くことを意味する。条約を解釈時を基準時として解釈するという表現も、同様の意味である。以上が、本稿がいう条約解釈の基準時の問題のより精確な説明である。

それでは、この条約解釈の基準時という視点から、再び条約法条約の解釈規則をみてみよう。一見して明らかなのは、解釈規則に規定される解釈要素の中には、もともとの性質上、最初から時間と関係づけられているものがあるということである。例えば、第 31 条 2 項の (a) (b) の関連する合意や第 32 条の補足的手段としての準備作業も締結時に関係づけられた解釈要素であると言える。反対に、第 31 条 3 項 (a) および (b) に規定される後の合意と後の慣行は、「後の (subsequent)」という文言から、そもそも条約が締結された後に成立した解釈要素であることがわかる。

これに対して、条約法条約第 31 条 1 項に規定される用語の通常の意味、文脈や趣旨及び目的などの諸要素や同条第 3 項 (c) の国際法の関連規則に関しては、それが締結時のものであるのか、あるいは解釈時のものであるのかについて、解釈規則は明示的に指示していない。そのため、この解釈規則の明文規定は、基準時の問題に必ずしも十分な指針を与えていないと指摘される。例えば、デュピー (Pierre-Marie Dupuy) は、第 31 条 3 項 (b) など時間に関連付けられ

⁹ 締結時における解釈要素をるつばに投入せよと要請するのが、後述する同時性の原則となる。

た要素が規定されているにも拘わらず、「ウィーン条約は、条約の条項の意味を決定する際にどのように時間的考慮（temporal consideration）が働くべきかについて多くは沈黙を保っている」と評している¹⁰。このことから、条約の解釈規則が、時間と関係づけられていない解釈要素について、締結時と解釈時のどちらのその考慮を要請しているのかを明らかにするためには、実際に解釈規則がどのように解釈適用されているかを具体的に検討していく必要があると言える。

本稿は、以上のような理解を前提として、条約解釈の基準時の問題に関する解釈規則がどのように展開してきたのかを明らかにすることを課題とする。そして条約法条約の成立以前においては、条約を締結時を基準時として解釈するのが原則であったところ、条約法条約の成立後は、解釈時に存在する条約外在的な解釈要素を考慮する可能性が拡大していき、この意味で解釈基準時としての解釈時の果たす役割が拡大してきたことを論理的かつ実証的に証明する。

3. 先行研究との関係における本稿の位置づけ

ここで、以上のような本稿の課題が、先行研究との関係においてどのように位置づけられるかについて述べておきたい。本稿の特長として、以下の3点を指摘できる。

第一に、本稿の射程の広さである。本稿の主題である、条約解釈の基準時という問題に関しては、「基準時」という言葉を用いるかどうかは別として、すでに先行研究が存在する¹¹。しかし、先行研究においては、この条約の基準時の問題は、主に条約法条約第31条3項(c)の「国際法の関連規則」との関係で論じられることが多かった¹²。すなわち、いかなる場合に解釈時における「国際法の関連規則」を考慮に入れられるのかという問題提起である。これに対して、本稿が基準時論を展開する射程は、第31条3項(a)及び(b)の後の合意や後の慣行など、第31条3項(c)の「国際法の関連規則」以外の条約外在的な解釈要素にも及ぶ（なお本稿の検討対象については、本章第2節でより詳しく説明する）。その意味で、本稿は、先行研究よりも包括的に条約解釈の基準時と

¹⁰ P. M. Dupuy, *supra* note 2, p.127.

¹¹ 典型的には、R. Bernhardt, *supra* note 1, p.12

¹² このような研究として、松井「前掲論文」（注2）、U. Linderfalk, *supra* note 2; Campbell McLachlan, “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention,” *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.54 (2005), esp pp.316-318.

いう問題を扱っているという特長がある¹³。

第二に、本稿が解釈規則の「展開」を明らかにしようとする点である。既述のとおり、これまでも本稿の言うところの条約の「基準時」の問題を扱う先行研究は存在する。しかし、それらの関心は、おもに解釈規則の現状の分析に向けられていた¹⁴。すなわち、現行規則の下、いかなる場合に条約を締結時に解釈しなければならず、またいかなる場合に解釈時に照らして解釈しなければならないのかという問題意識である。そこでは現状に至る解釈規則の「展開」を明らかにしようとする問題意識は、希薄であったといえる¹⁵。そしてその帰結が、冒頭に示した条約解釈と時間の問題の重要性がなぜ今高まっているのかが、十分に理解されていない状況であるように思われる。そこで、本稿は「展開」という視点を持ち込むことにより、過去との対比において解釈規則の現状の理解を試みる点に特色がある。

第三に、本稿の扱う素材の新しさである。先に、ILC が 2009 年から後の合意・慣行の再検討を行っていることについて触れた。本稿は、この ILC の作業の成果をいち早く取り入れている点にも特長がある。

続いて、本稿の具体的な検討対象とその視角の説明に移る。

第 2 節 検討の対象と視角

1. 検討の対象

本稿は、以上の課題を達成するため、「同時性の原則」、「後の合意・慣行」および「発展的解釈」の三つを具体的な検討対象とする。以下では、序章で必要な限度において、これら三つの意味内容とそれらが上記課題とどのように関連しているのかを説明する。

まず「同時性の原則（principle of contemporaneity）」についてである。同時性の原則は、先に見た条約法条約の解釈規則には明示の規定の存在しない条約

¹³ もっとも、先行研究においても本稿と同程度の広さの射程をとっているものもある。そのような研究として、J. Arato, *supra* note 2 と G. Distefano, *supra* note 2 がある。

¹⁴ 典型的には、U. Linderfalk, *supra* note 2 参照。

¹⁵ ただし、本稿の検討対象の一つである、後の慣行に関しては、その展開過程を検討する先行研究が存在する。そのような研究として、西元宏治「条約解釈における『事後の実行』」『本郷法政紀要』第 6 号（1997）、Jean-Pierre Cot, “La conduit subsequent des parties a un traité,” *Revue Général de Droit International Public*, Vol.70 (1966) などが挙げられる。そのため、本稿はこれらの研究に多くを負っている。

解釈の原則である¹⁶。これは、条約をその締結時を基準時として解釈することを要求する原則である。より精確にいうと、第1章にて明らかにするように、条約はそれが締結された当時の当事国意思、用語の意味及び用法、その当時に有効であった国際法規則に照らして解釈しなければならないということを、その内容とする。

これに対して、「後の合意・慣行」および「発展的解釈」は、いずれも条約を解釈時を基準時として解釈することを可能にする解釈の手段ないし方法である。これらはいずれも条約の締結時ではなく、解釈時に存在する条約外在的な解釈要素を考慮して解釈するという意味において、条約を解釈時に照らして解釈する方法であると言える。

まず「後の合意・慣行 (subsequent agreements/ practice)」に関しては、先に条約法条約の規定を概観した際に、第31条3項(a)及び(b)に明示の規定が存在しており、それはその本質上最初から時間と関係づけられた解釈要素であることを確認した。これら規定は、第2章において詳細に検討するように、それぞれ「条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意」と「条約の適用につき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」を考慮することを義務付けている。締結時には存在しておらず、解釈時に存在する後の合意又は後の慣行を条約解釈に取り込むという意味において、条約を解釈時に照らして解釈する方法であるといえる。

他方で「発展的解釈 (evolutionary interpretation 又は evolutive interpretation)」という解釈方法についての共通了解のある定義は未だ定まっておらず、したがって、論者によりそれが指し示す範囲が異なる。発展的解釈の範囲を広くとる場合、上記の後の合意・慣行をも含んだ形で定義を行う論者も存在する¹⁷。けれども本稿にいう発展的解釈とは、後の合意・慣行とは区別される解釈時を基準時とする条約の解釈方法のことである。それは、本論で明らかにしていくように、両者が異なる論理に立脚しているため、両者を区別する方が理論的に適切であると考えからである¹⁸。また後の合意・慣行と発展的解釈を区別する方が、学説上の支持を受けているものと思われる¹⁹。さらに、国際司法裁判所(以

¹⁶ 同時性の原則が ILC における条約法条約の起草過程において、一時的に解釈規則に含められたものの、最終的に削除されたことについては、第1章第2節で触れる。

¹⁷ そのような広い定義を採用していると思われる論考として、G. Distefano, *supra* note 2, pp.373-374; 岡田「前掲論文」(注2)105、137頁。

¹⁸ この点につき、端的には第3章第2節第2項5。「まとめ」参照。

¹⁹ 両者を区別する立場をとるものとして、R. Gardiner, *supra* note 8, pp.242-243; J. Arato, *supra* note 2, pp.455-477; E. Bjorge, *supra* note 4, pp.76-77.

下、「ICJ」と略)も、2009年のコスタリカとニカラグアの通航権及び関連する諸権利に関する紛争事件(以下、「通航権事件」と略)判決²⁰において両者を区別した。同事件においては、1858年に締結された条約の中の「通商」という文言を締結時に照らして解釈すべきか、あるいは解釈時に照らして解釈すべきかが問題となった²¹。この点について裁判所は以下のように述べる。

63. ……

確かに、条約に用いられている用語は、当事国の共通意思であったと決定されたものという、その性質上、条約の締結と同時期のものに照らして解釈されねばならない。……

64. しかし、このことは、条約の用語の意味がもはや締結の時のそれと同じではない場合に、当該条約を適用するためにそれを解釈する時のその意味に対して、常に何らの考慮も払われるべきではないということの意味しない。

一方において、条約法条約第31条3項(b)の意味における当事国の後に生じた慣行は、当事国の黙示の合意を根拠として、最初の意味からの離脱を生じさせ得る。他方において、条約締結に係る当事国の意思が、用いられている用語又はその一部に対して、最終的に固定化された意味又は内容ではなく、とりわけ国際法の発展を取り込むために発展し得る意味又は内容を付与することであった又はそのように推定できる場合がある。そのような場合には、条約が締結された時の当事国の共通の意思から離脱するのではなく、まさにそれを尊重するために、条約が適用されるそれぞれの場合に問題となる用語の有している意味を考慮すべきである²²。

このように、裁判所は、第63パラグラフにおいて、先に見た同時性の原則を認めつつも、第64パラグラフにおいて、条約を解釈時に照らして解釈できる二つの場合を特定する。一つは、条約法条約第31条3項(b)に規定される後の慣行が成立する場合である。そして、もう一つが「条約締結に係る当事国の意思が、用いられている用語又はその一部に対して……とりわけ国際法の発展を取

²⁰ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, *I.C.J. Reports 2009*, p.213.

²¹ 通航権事件の事実関係についてより詳しくは、第3章第2節第2項5. 「通航権事件 ICJ 判決」参照。

²² *I.C.J. Reports 2009*, p.242, paras.63-64.

り込むために発展し得る意味又は内容を付与することであった」場合である。この後者の場合が本稿でいう発展的解釈の内容である。

また発展的解釈のより精確な内容であるが、上記の ICJ による発展的解釈の理解にも表れているように、それは条約締結後の国際法の発展を考慮に入れることと密接に関係している。このため発展的解釈は、これまで専ら条約法条約第 31 条 3 項 (c) の「国際法の関連規則」という解釈要素との関係で捉えられることも多い²³。すなわち、同条の適用において解釈時の「国際法の関連規則」を考慮して解釈することができる場合を発展的解釈と呼び、その条件の検討を行う議論である。しかし、第 3 章で明らかにするように、本稿は、発展的解釈は解釈時の国際法という要素のみならず、解釈時の事実状況をも考慮して解釈する方法と捉えるのが適切であると考えており、したがって、発展的解釈は、第 31 条 3 項 (c) の適用を超える広がりを持つ解釈方法であるという立場にたっている。

以上が本稿の具体的な検討対象となる、同時性の原則、後の合意・慣行、発展的解釈の内容の説明である。これまでの説明から明らかなように、条約を締結時に照らして解釈することを要請する同時性の原則と、条約を解釈時の解釈要素に照らして解釈する解釈手段である後の合意・慣行および発展的解釈は、少なくとも一見する限り、矛盾、対立する関係にある。そして、このような関係にある三つの対象の展開を追うことにより、条約解釈の基準時という問題を規律する解釈規則の展開が、解釈基準時としての解釈時の役割の拡大として把握されることを論証していく。それでは、以上の作業を行う上での視角について説明しておきたい。

2. 検討の視角

繰り返し述べてきたように、本稿の課題は、条約解釈の基準時の問題を規律する解釈規則がどのように展開してきたのかを後の合意・慣行および発展的解釈の検討を通じて、明らかにするものである。その際には、検討の視角として、後の合意・慣行と発展的解釈が条約を解釈時に照らして解釈することを可能にする「論理」とそれらの方法を援用するための「条件」の二つに着眼することにした。

ここで「論理」というのは、先にも触れた通り、一方において条約を解釈時に照らして解釈することを要請する同時性の原則が存在しているにも拘わらず、

²³ 例えば、C. McLachlan, *supra* note 12, pp.316-318。さらに、第 3 章第 2 節第 2 項 3. 「ILC 国際法の断片化研究部会での検討」も参照。

他方において後の合意・慣行と発展的解釈がどのような理屈に基づいて条約を解釈時を基準として解釈することを可能にするのかということである。換言すれば、後の合意・慣行と発展的解釈は、同時性の原則とどのような関係性を持ちながら、展開してきたのかということである。

もう一つの「条件」とは、どのような場合に後の合意・慣行と発展的解釈という解釈方法に訴えることが出来るのかという問題である。この点に着目する理由は、後の合意・慣行と発展的解釈に訴えること、言い換えれば解釈時を基準時として解釈を行うことの敷居の高さ（あるいは低さ）を問題にしたいからである。この敷居が低くければ低いほど、解釈時を基準時とした条約解釈に訴える機会が大きいことを意味する。そのため、この敷居の高さの推移は、条約解釈の基準時を規律する解釈規則の展開の特徴を明らかにするための重要な指標になると考えられる。また、この「条件」は、後の合意・慣行と発展的解釈の適用事例の分析によって明らかにできるものと思われる。

第3節 本稿の射程と構成

1. 本稿の射程の限定

本稿における検討の射程は、以下の三点において限定される。

第一に、本稿で検討素材となる条約解釈は、国際的な司法機関及び準司法機関によるものに限定される。したがって、国内裁判所や非司法機関による条約解釈は、本稿の検討の射程から外れる。現代国際社会においても、依然として条約の第一義的な解釈権限は個々の当事国がもつという自己解釈（*auto interpretation*）が原則であり、国際的な司法機関、準司法機関による条約解釈が例外的な現象であるにも関わらず、前者を検討対象から外すのは、国際法の解釈として、国際的な司法機関及び準司法機関による条約解釈の方が、より高い権威が認められると考えるからである。

第二に、現代国際社会では、多種多様な国際的な司法機関や準司法機関が併存するに至っているが、本稿では、国際司法裁判所、欧州人権裁判所、自由権規約委員会、世界貿易機関（WTO）の上級委員会、及び、仲裁裁判（投資仲裁を除く）の判例を検討対象とする。その理由は、これらの司法機関及び準司法機関は、これまでの後の合意・慣行、発展的解釈という解釈方法の発展に特に重要な貢献をしてきたものであり、これらを論じるのに必要不可欠であると考えられるからである。

第三に、以上の二点からの必然的な帰結であるが、本稿で条約解釈という場合の「条約」とは、原則として、1969年の条約に関するウィーン条約の適用対象となる国家間条約に限定される。このことは、逆にいえば、国家間条約であ

れば、条約の種類、対象分野を問わず、検討対象なるということの意味する。本稿は、条約法条約第 31 条から 33 条に反映される解釈規則がいかなる種類の国家間条約にも適用されることを基礎として、その解釈論を展開する。

2. 本稿の構成

序章の最後に本稿の構成について述べておきたい。

第 1 章では、後の合意・慣行と発展的解釈という条約を解釈時に照らして解釈する方法を分析する前提として、同時性の原則について扱う。特に条約法条約以前からそれが条約の解釈原則として認められており（第 2 節）、条約法条約成立後それがどのように変化し、現状どのような地位にあるのか明らかにする（第 3 節）。

第 2 章では、本稿の主たる検討対象の一つである、後の合意・慣行について扱う。まず、後の合意・慣行が条約を解釈時に照らして解釈することを可能にする論理を明らかにした後（第 2 節）、それがどのような条件の下、援用し得るかについて検討する（第 3 節及び第 4 節）。

第 3 章では、本稿のもう一つの主たる検討対象の、発展的解釈について扱う。最初に発展的解釈が認められるようになるまでの過程を追い、その論理を明らかにする（第 2 節）。続いて、発展的解釈が実際に適用された事例を分析することによって、それが適用可能な条件を明らかにする（第 3 節）。

終章では、以上の議論の要約を行った上で、条約の基準時という問題を規律する解釈規則がどのように展開してきたのかという本稿の課題への解答を示す。また最後に今後の課題について付言する。

第1章 同時性の原則とその変容

—条約解釈基準時としての締結時—

第1節 緒論

本章の目標は、条約をその締結時を基準にして解釈すべきとする条約解釈原則である同時性の原則（principle of contemporaneity）の規範内容がどのように変化してきたのかを明らかにすることである。序章でも述べたように、条約解釈の基準時を巡る解釈規則の展開は、後の合意・慣行や発展的解釈が、同時性の原則を克服していく過程として捉えることができると考える。それを論証するためには、まず、同時性の原則がどのような規範内容を持つ原則であり、それがどのように変容してきたのか検討することは不可欠な作業となる。検討の際には、同時性の原則が条約締結時の「何に」従って解釈することを求める原則なのかということに着目して、その展開を追うこととしたい。そうすることで、同原則の変容を認識することができるようになると思われる。具体的には、以下の手順で検討を進める。

第2節「条約法条約成立以前の同時性の原則」では、条約法条約が締結される以前の同時性の原則について検討する。具体的には、「同時性の原則」という言葉を初めて用い、その内容を定式化した、フィッツモーリスの解釈理論について概観する（第1項）。次に、このフィッツモーリスの解釈理論が大きな影響を及ぼした条約法条約の解釈規則の起草過程において、同時性の原則が扱われたのかを明らかにする（第2項）。なお、本稿では、この条約法条約以前の同時性の原則を伝統的な同時性の原則とか伝統的な意味での同時性の原則と呼ぶことがある。

第3節「条約法条約成立以後の同時性の原則」においては、条約法条約が成立した後の同時性の原則の展開を追っていく。特に、ここでは同時性の原則の射程が拡大したことに着目し、それがどのような意味を持つかについて考察する（第1項）。さらに、現代における伝統的な同時性原則の位置づけについても併せて明らかにする（第2項）。

第2節 条約法条約成立以前の同時性の原則

第1項 G.フィッツモーリスの解釈理論

管見の限り、同時性の原則という言葉は初めて用い、それを明確な形で条約の解釈原則として定式化したのは、ジェラルド・フィッツモーリス（Sir Gerald Fitzmaurice）であると思われる。ここでは、まず、彼の条約解釈理論における同時性の原則の位置付けから見ていくこととしたい。なお、フィッツモーリス

の条約解釈理論は、後述する国連国際法委員会による条約法条約の起草に大きな影響を与えたものであるため、ここでは若干詳細に論じていくこととする。

フィッツモーリスは、イギリス国際法年鑑に連載されていた「国際司法裁判所の法と手続」の1957年の論考において、国際司法裁判所の判例の分析から、同時性の原則を含む、6つの解釈原則を特定した。すなわち、第I原則「現実性（文言）の原則」、第II原則「自然かつ通常の意味の原則」、第III原則「一体性の原則」、第IV原則「有効性の原則」、第V原則「後の慣行の原則」、そして、第VI原則「同時性の原則」の6原則である²⁴。その中で、同時性の原則は、以下のように定式化されている。

VI. 同時性の原則

条約の用語は、条約が最初に（originally）締結された時に、有していた又は与えられていたであろう意味に従い、かつ当時の言語の用法（current linguistic usage）に照らして、解釈されなければならない²⁵。

フィッツモーリスは、条約に用いられる用語は、たびたび時代遅れになったり、異なった意味を持ったりすること、また締結当時の慣行や事情を考慮せず、今日的な概念に従って解釈すると、条約が全く含んでいなかった条項を追加したり、当事国が有していなかった義務を課してしまうことになることを指摘して、この原則の重要性を説いている²⁶。

フィッツモーリスは、この原則を実際に適用した事例として、1952年のモロッコにおける米国民の権利事件 ICJ 判決²⁷を挙げている²⁸。この事件では、1836年にアメリカとモロッコの間で締結された条約（以下、「1836年条約」と略）の下、アメリカが有する領事裁判権の範囲が一つの問題となっていた。1836年条約第20条は、「アメリカ合衆国の市民又はその保護下にあるいずれかの者が、相互間で紛争が生じる場合（shall have any dispute with each other）、領事は、当事者間で決定を与える。……」と規定していた。解釈上、問題となったのは、第20条にいう「紛争（dispute）」の範囲であった。すなわち、アメリ

²⁴ Sir Gerald Fitzmaurice, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points,” *British Yearbook of International Law*, Vol.33 (1957), pp.211-212.

²⁵ *Ibid.*, p.212.

²⁶ *Ibid.*, p.226.

²⁷ *Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952: I.C.J. Reports 1952*, p.176.

²⁸ G. Fitzmaurice, *supra* note 24, p.226.

カは、これには民事事件も刑事事件も含まれると主張したのに対して、この事件当時モロッコの保護国であったフランスは、「紛争」は民事事件に限られると主張した。この問題に対して、裁判所は以下のように判示した。

1836年条約は、アメリカ合衆国とモロッコの間で1787年に締結された条約を置き換えたものである。この二つの条約は、文言においても実質的に同一であり、第20条及び21条はどちらも同じである。従って、第20条の条文、特に、「その相互間で紛争が生じる場合」という表現を解釈する場合には、二つの条約が締結された当時の「紛争」という言葉の意味を考慮に入れる必要がある²⁹。

裁判所は、このように述べた上で、モロッコと他の国が締結した諸条約の「紛争」という語が民事事件と刑事事件をカバーしていたこと、上記二つの条約の時期モロッコでは民事問題と刑事問題の明確な区別が未発達であったことを挙げて、第20条の「紛争」は、民事事件と刑事事件を含むものであると結論した³⁰。フィッツモーリスは、この事例を取り上げて、上記の同時性の原則を根拠付けたのである。

そしてフィッツモーリスの同時性の原則において最も重要だと思われる点は、彼がこの原則を「時際法理論 (doctrine of inter-temporal law) の具体的な適用³¹」であると捉えていたということである。では彼は、時際法をどのように理解し、また時際法と条約解釈の関係をどのように捉えていたのであろうか。

フィッツモーリスの時際法自体の理解は、イギリス国際法年鑑の同じシリーズの1953年の論考に見出すことができる。フィッツモーリスは、まず、国家の国際法上の権利が、過去のある時点において存在した法的状況や遠い昔に締結された条約に由来することが極めて多いとした上で、「そのような場合において、今日存在する国際法規則ではなく、それらが存在したときの国際法規則に照らして、問題の状況を評価したり、条約を解釈したりしなければならないことは、今や確立した国際法原則であるとみなすことができる³²」と述べている。そして、このことの根拠として引用されるのが、1928年のパルマス島事件仲裁

²⁹ *I.C.J. Reports 1952*, p.189.

³⁰ *Ibid.*

³¹ G. Fitzmaurice, *supra* note 24, p.225.

³² Sir Gerald Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: General Principles and Sources of Law," *British Yearbook of International Law*, Vol.30 (1953), p.5.

裁判における仲裁人マックス・フーバー（Max Huber）の以下の一節である。

……法的事実は、紛争が発生し又は解決されるときに効力を有する法ではなく、それと同時期の法に照らして評価されねばならない。従って、スペインの発見の効果も 16 世紀前半又は（最も早い時期を採るならば）16 世紀の最初の四半世紀、例えば、ポルトガル人やスペイン人がセレベス海に現れたときに効力を有していた国際法規則によって決定されなければならない³³。

周知のとおり、パルマス島事件とは、パルマス島の領有をめぐるオランダとアメリカの紛争である。アメリカは、パルマス島に対する権原の根拠としていくつかの主張を行なったが、その一つに、スペインによる「発見」があった³⁴。すなわち、アメリカは、先行国スペインが 16 世紀に「発見」によってパルマス島の権原を取得し、1898 年のパリ条約でアメリカに割譲したことで権原を取得したと主張したのであった。そして、その発見の主張に対する、仲裁人の判断が上記の一節であった。これは、一般に、時際法の古典的な表明とされ、時際法の第一の側面などと呼ばれてきた箇所である。

フィッツモーリスは、この時際法を条約の解釈の文脈に応用することによって、上記の同時性の原則を導き出したのであった。すなわち、「ある特定の時代に有効となった紛争当事国の権利が、その時代に共に有効であった法に基づき……判断しなければならないということが規則であるとするならば、自動的に、それら権利が条約に基づいている限りにおいて、それらは、条約締結時と同時期の条約の用語の意味に基づき、かつ当時の用法及び慣行に照らしてのみ有効な判断を受け得ることとなる³⁵」のである。

ところでパルマス島事件判決には、上記の引用箇所（時際法の第一の側面）に加えて、時際法に関するもう一つの重要な法的判断が含まれている。

継続する期間を支配する異なる法体系のどちらが特定の事件に適用されるべきかという問題（いわゆる時際法）については、権利の創設と権利の存在を区別しなければならない。権利の創設をその権利が発生したときに効力を有していた法に従わせるのと同じ原則が、権利の存在すなわ

³³ *Island of Palmas case (Netherland, USA), 4 April 1928, Reports of International Arbitral Awards, Vol.II, p.845.*

³⁴ *Ibid.*, p.843.

³⁵ G. Fitzmaurice, *supra* note 24, p.225.

ち権利の継続した表示も法の発展によって要請される条件に従うよう要求する³⁶。

この箇所で決定的に重要なことは、権利の創設と存在を区別したところにあり、権利の存在を確保していくためには、その後に発展した法が要求する要件も満たしていかなければならないとした点にあるとされる³⁷。そしてこの箇所は、先の時際法の第一の側面と対比される、時際法の第二の側面を提示したものとして認識されている³⁸。

もちろんフィッツモーリスも、この時際法の第二の側面の存在自体については認識しており、それを時際法の第一の側面の論理的帰結であると捉えている³⁹。けれどもフィッツモーリスは、この時際法の第二の側面を条約の解釈の文脈に応用しなかった。したがって、同時性の原則とは、専ら時際法の第一の側面の条約解釈への適用により導き出されたものだったとすることができる。彼が、時際法の第二の側面を条約解釈に応用しなかった明確な理由はわからないが、単純にそのような国際司法裁判所の判断がなかったからだろうと推測される。

以上から、フィッツモーリスの同時性の原則とは、パルマス島事件において仲裁人フーバーが定式化した時際法の第一の側面を条約解釈の文脈に応用したものであったということが理解される。すなわち、ある法的事実はそれと同時期の法に照らして評価しなければならないということと、条約の用語はその条約の締結当時の意味で解釈されなければならないということとを、平行に捉えたわけである。他方で、時際法の第二の側面に関しては、フィッツモーリスは、その存在は認めていたものの、条約解釈の文脈に適用しようとはしなかった。それでは、次に、フィッツモーリスの同時性の原則がその後の条約法条約の起草過程にどのような影響を与えたのか、見てみることにしよう。

第2項 条約法条約の起草過程

次に、ILCによる条約法条約の起草過程において同時性の原則がどのように扱われていたのか、検討する。1966年に最終的に採択された条約法条文草案では、同時性原則を含む条約解釈の基準時に関する規定は削除されてしまったが

³⁶ *Island of Palmas case (Netherlands, USA), 4 April 1928, Reports of International Arbitral Awards, Vol. II, p.845.*

³⁷ 許淑娟『領域権原論』（東京大学出版会、2012）128頁。

³⁸ 同上、松井「前掲論文」（注2）107頁。

³⁹ G. Fitzmaurice, *supra* note 32, p.6.

40、それまでの過程においては、同時性の原則も議論に上っていた。ILCにおける議論の過程は第3章第2節第1項で詳細に検討するので、ここではフィッツモーリスの解釈理論に大きな影響を受けた特別報告者ウォルドック（Sir Humphrey Waldock）がどのように同時性の原則を理解していたのかに焦点をあてて検討する。

同時性の原則の定式化は、まず、ウォルドックが1964年に提出した、第3報告書第56条に見出すことができる。この規定は、「時際法」というタイトルの下、条約法条約草案第3部「条約の適用、効果、改定及び解釈」の第1節「条約の適用及び効果」に配置されており、形式的には同部第3節の「条約の解釈」の規定ではない。けれども、同条は、実質的に条約の解釈の時間的側面と密接な関係をもっているため、重要である。第56条は以下のように規定する。

第56条 時際法

1. 条約は、それが作成された時に効力を有していた法に照らして解釈する。
2. 第1項に従うことを条件に、条約の適用は、それが適用される時に効力を有している国際法の規則によって規律（governed）される⁴¹。

第1項は、「それが作成された時に効力を有していた法」となっており、ここに同時性の原則の要素が見出すことができる。ここでは、同時性の原則に着眼するため、第56条の第1項に限定し検討することにしよう（なお、時際法の第二の側面を扱う同2項については、第3章第2節第1項にて詳述する）。ウォルドックは、条1項のコメンタリーの冒頭において、パルマス島事件仲裁における時際法の第一の側面を引用した上で、フーバーがこの見解を示したのは、領域権原の文脈であったが、「条約もまた時際法が適用される『法的事実』である⁴²」と述べ、条約に対する時際法の適用を主張した。

そしてウォルドックは、この第56条1項の規則が実際に適用された事例を挙げる。引用されているのは、①グリスバダルナ事件仲裁（1909年）、②北大西洋沿岸漁業事件仲裁（1910年）、③アブダビ仲裁（1951年）、及び、④モロッコにおける米国民の権利事件 ICJ 判決（1952年）の4つの事例である⁴³。④の米国民の権利事件は、前述したので、ここでは、①～③を概観してみることに

⁴⁰ *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol.II, p.222, para.16.

⁴¹ *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol.II, pp.8-9.

⁴² *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol.II, p.9, para.1.

⁴³ *Ibid.*, p.9, para.2. なお、アブダビ仲裁は、脚注においてでの引用である。

としよう。

①のグリスバダルナ事件仲裁（1909年）⁴⁴は、スウェーデンとノルウェーの海洋境界画定紛争である。両国が1661年に締結した国境条約によって定められた海上境界線の画定が問題となった。この問題に関して、ノルウェーは、中間線原則やタールヴェーク原則を主張したが、裁判所は、それらが17世紀において国際法原則として十分に指示されないことを理由に認めなかった⁴⁵。そのかわりに裁判所は、17世紀当時支配的だった法の概念により適合的な方法であるとする領土の一般的方向に従って垂直線に基づく境界画定を行なった⁴⁶。このため、この事件は、条約をそれ締結された時点における国際法に照らして解釈した事例として、参照されたのである。

一方、②の北大西洋沿岸漁業事件仲裁（1910年）⁴⁷においては、アメリカとイギリスが1818年に締結した漁業条約の解釈が問題となった。同条約第1条は、アメリカ国民に対して、カナダの北大西洋沿岸の一定の「湾」で漁業に自由を認める一方、それ以外の「湾」における漁業の自由を放棄した。そこで同条で漁業の自由が放棄される「湾」の意味をめぐって紛争が生じた。すなわち、イギリスは、あらゆる湾が意味すると主張するのに対して⁴⁸、アメリカは、3カイリ規則の厳格かつ統一的な適用により湾口が6カイリ以内（湾口の両端からそれぞれ3カイリの合計6カイリ）の湾に限られると主張した⁴⁹。しかし、裁判所は「新たな原則の適用により、3カイリ規則の厳格かつ統一的な適用から、湾一般を除外している1818年の条約の解釈を制限することは出来ない。また裁判所は、これに関連して、1818年の条約以後の……国際的行為(international acts)に基づいて、10カイリ又は12カイリの範囲を除外する(=10カイリ又は12カイリ以下を湾とみる一稲垣注)、その他の湾に対する領域主権に関する原則についても認めることが出来ない⁵⁰」と述べアメリカの主張を退けた。加えて裁判所は、3カイリ規則の適用は1818年において交渉者たちの思考にあっ

⁴⁴ *Affaire des Grisbadarna (Norvège, Suède), 23 October 1909, Reports of International Arbitral Awards, Vol.XI, pp.147-166*、また本件については、James Brown Scott, *The Hague Court Reports* (Oxford University Press, 1916), pp.121-140; 横田喜三郎『国際判例研究 III』(有斐閣、1981) 40-50 頁も参照。

⁴⁵ J. Scott, *ibid.*, pp.127-129.

⁴⁶ *Ibid.*, p.129.

⁴⁷ *The North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain, United States), 7 September 1910, Reports of International Arbitral Awards, Vol.XI, pp.167-226*。また本件については、横田『前掲書』(注44) 51-69 頁、参照。

⁴⁸ *Ibid.*, p.195.

⁴⁹ *Ibid.*, p.196.

⁵⁰ *Ibid.*

たと証明されていないことも上記判断の理由の一つとして挙げた⁵¹。ウォルドックは、本事件も条約の解釈にあたって、その締結以後の国際法規則の考慮を排除した事例とみて引用している。

③のアブダビ仲裁（1951年）⁵²は、厳密に言うならば、条約の解釈ではなく、1939年にアブダビ首長（Sheikh of Abu Dhabi）とイギリスの石油会社が締結したアブダビにおける石油開発に関するコンセッション協定の解釈が問題となった事例である。このコンセッション協定の下、石油会社は、「アブダビの支配者及びその属領の支配に属する領土（land）の全体、並びに、それらの領域（area）に属するすべての島及び海水域（sea waters）において」、石油の採掘をする権利を認められた（同協定第2条および3条）。問題は、この協定の下で石油会社に大陸棚での石油開発の権利があるかということだった。仲裁人は、協定を締結した1939年当時において、「いずれの締約当事者も、法理論として当時存在していなかった大陸棚理論を聞いたことがなかった⁵³」として、石油会社の大陸棚に関する権利を否定した。また仲裁人は、もし大陸棚理論を協定の解釈に適用するならば、「7年後まで議論されることのなかった理論の意味合いを協定に遡って読み込むことは、最も不自然な改良になるように思われる⁵⁴」とも述べていた。このように、アブダビ仲裁では、大陸棚という制度が、コンセッション協定の締結時において、（また仲裁判断の時点においても）国際法として確立していなかったことを理由に、協定解釈に読み込むことを否定したのであった。

以上のような事例を裏づけとして、起草された第56条1項であったが、ILC委員による議論の結果（この議論の内容に関しては第3章第2節第1項で論じる）、第3部第3節の「条約の解釈」の箇所でも再考されることとなった⁵⁵。この決定を受けて、ウォルドックは、「条約の解釈」の条文案（第70-75条）を第3報告書補遺3として提出した。その第70条にも、同時性の原則の定式化を見出すことができる。第3報告書第70条1項は以下のように規定する。

⁵¹ *Ibid.*, p.197.

⁵² *Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi (Lord Asquith of Bishopstone, Umpire), September 1951, International Law Reports, Year 1951 (1957), p.144.*

⁵³ *Ibid.*, p.152.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol.I, p.40, paras.61and 64.*

第 70 条 一般規則

1. 条約の用語は、次のとおり、各用語に与えられる自然かつ通常の意味に従い、誠実に解釈する。

(a) 条約における文脈および条約全体での文脈において；

(b) 条約締結時に効力を有していた国際法の規則の文脈において

2.⁵⁶

この第 70 条は、条約解釈の一般規則として提案されたものである。第 1 項 (b) は、「条約の締結時に効力を有していた国際法の規則」としており、ここに同時性の原則の要素を見出すことができる。ウォルドックはコメントリーにおいて、これら第 70 条から 73 条に規定される条約解釈の規則は、1956 年の万国国際法学会の条約解釈に関する決議及び前述したフィッツモーリスの条約解釈の 6 つの原則にインスピレーションを得たと述べている⁵⁷。その上で、フィッツモーリスの第 VI 原則たる同時性の原則は、第 70 条 1 項に反映されていると指摘している⁵⁸。またこの規定の射程について「ここでの原則の定式化は、条約締結時の国際法の規則だけでなく、条約締結当時の言語の用法をもカバーするように拡大されている。モロッコにおける米国民事件は、法規則というより言語の用法に関するものである。⁵⁹」と述べている。このように条文上は、締結時の国際法の規則の文脈で解釈するとなっているにもかかわらず、締結時の用語の意味に従って解釈することも排除されていないのである。

この第 3 報告書第 70 条 1 項 (b) に関しては、特にその「条約締結時に効力を有していた」という文言について、委員の間で様々な議論が交わされた（第 3 章にて後述）が、規定はそのまま維持され、同年（1964 年）、「解釈の一般規則」を扱う第 69 条の第 1 項 (b) として採択される⁶⁰。ところが、1966 年の会期において、この「条約締結時に効力を有していた」という文言は削除され⁶¹、条約法条約草案第 27 条 3 項 (c) として採択される⁶²（この背景についても第 3 章にて詳述する）。そして、ウィーン外交会議を経て、この条文は、現在

⁵⁶ *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol.II, p.52.

⁵⁷ *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol.II, pp.55-56, paras. 10-12.

⁵⁸ *Ibid.*, pp.56-57, para.15.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*, p.199.

⁶¹ 特に、*Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol.I Part.II, p.199, para.10 を参照。

⁶² *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol.II, pp.217-218.

の条約法条約第 31 条 3 項 (c) となっている。

このように、ウォルドック報告書における同時性の原則の定式化は、フィッツモーリスのそれと同様に、パルマス島事件で示された時際法の第一の側面を条約解釈に適用しようとしたものであった。しかし、フィッツモーリスの同時性の原則の定式化との違いも見られる。それは、フィッツモーリスが条約締結時の「用語の意味」または「言語の用法」に従って解釈するとしていたのに対して、ウォルドックは、条約締結時の「法」または「国際法の規則」に従って解釈することを重視していたことである。この意味において、ウォルドックによる同時性の原則の定式化は、パルマス島事件における時際法の第一の側面をより忠実に反映したものであったと評価できるであろう。けれども、上述のとおり、ウォルドックも条約締結時の用語の意味に従って解釈することを排除していないことには、注意が必要である。

第 3 節 条約法条約成立以後の同時性の原則

第 1 項では、条約法条約の起草過程において同時性の原則が定式化が試みられながらも、結果的に削除されたところまでを確認した。しかしながら、このことは、同時性の原則が条約解釈原則として姿を消したことを必ずしも意味しない。本節では、条約解釈原則としての同時性の原則が現代においてどのような規範内容をもって妥当しているのかを明らかにしていく。

第 1 項 同時性の原則の変容

1. 同時性の原則の射程拡大

条約法条約の成立後の同時性の原則として決定的に重要なことは、同時性の原則の射程が拡大したことである。すなわち、条約法条約の起草過程までは、同時性の原則は、締結時の用語の意味又は締結当時に有効であった国際法に従って条約を解釈することを意味していたが、条約法条約以後の同時性の原則は、それらに加えて、締結当時の当事国意思に従って条約を解釈することをも意味するようになったのである。このことは、以下の事例をみることによって確認することができる。

同時性の原則の射程が締結当時の当事国意思に拡大した最初の例は、1971 年のナミビア事件 ICJ 勧告的意見である。本事件の詳細については、第 3 章にて詳述することになるが、国際連盟規約第 22 条 1 項の「神聖なる使命」という文言の解釈が問題となった。この点について、裁判所は「ある文書の解釈をその締結の当時における当事国の意図に従って行なうことが何よりも必要であるこ

とを認識している⁶³」と述べ、条約解釈を、締結当時の当事国意思に従って解釈することの重要性を強調した。

また、序章で検討した 2009 年の通航権事件でも、ICJ は、条約の解釈は締結当時の当事国意思に従って行うべきであることを、以下のように述べていた。

確かに、条約に用いられている用語は、当事国の共通意思であったと決定されたものという、その性質上、条約の締結と同時期のものに照らして解釈されねばならない。そのため、条約の誠実な遵守のためにその意味を決定しようとするとき、紛争が係属する裁判所または当事国自身は、条約が起草されたときに用語が有していた意味を確定しなくてはならなくなるだろう。というのも、そうすることによって、当事国の共通意思を明らかにすることが出来るからである。裁判所は、問題の条約の締結以来意味が発展した用語の解釈を要請された事件において、そのように進めたこともあり、それらの事件では、裁判所は最初の意味を採用した⁶⁴。

裁判所は、以上のように述べて、上述したモロッコにおける米国民の権利事件などを引用している。ここでも ICJ は、条約の用語を解釈する際に、条約締結当時の当事国意思に照らして解釈することの重要性を強調している。

また最近のマレーシアとシンガポールの鉄道用地に関する仲裁事件⁶⁵においても裁判所は、条約法条約第 31 条及び 32 条の原則を適用する際には、「条約が締結された時点での条約の意味及び効果に関しての当事国の共通意思を特定すること⁶⁶」という条約解釈の目的を見失わないことが重要だと述べている。

以上、見てきたように、条約法条約以後の実行では、締結当時の当事国意思に従って条約は解釈されるべきことが強調されることがある。それでは、このように同時性の原則の射程が締結当時の当事国意思に拡大したことにはどのような意味があるのであろうか。次に、この点について検討していくことにし

⁶³ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p.31, para.53.*

⁶⁴ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), I.C.J. Reports 2009, p.242, para.63.*

⁶⁵ *Railway Land Arbitration (Malaysia/Singapore), Award of 30 October 2014, available at <http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1598> last accessed on 1 June 2015.*

⁶⁶ *Ibid.*, para.43.

よう。

2. 同時性の原則の射程拡大の意味

上で見た同時性の原則の射程拡大は、同時性の原則の変容とも言うべき非常に重要な意味を持っている。それは、一言でいえば、第3章にて検討する、発展的解釈へと道を開いたことである。つまり、締結時の当事国意思が、条約の用語に時間とともに変化し得る意味を与えるという抽象的な内容であった場合に、当該用語の意味を解釈時の時点に照らしして解釈することを可能になったのである⁶⁷。このことは、通航権事件判決においてICJが「条約締結に係る当事国の意思が、用いられている用語又はその一部に対して、……とりわけ国際法の発展を取り込むために発展し得る意味又は内容を付与することであった又はそのように推定できる場合⁶⁸」に解釈時の用語の意味を斟酌できると述べていたことに明確に表現されていると言える。そのような場合には、「条約が締結された時の当事国の共通の意思から離脱するのではなく、まさにそれを尊重するために、条約が適用されるそれぞれの場合に問題となる用語の有している意味を考慮すべき⁶⁹」なのである。

そしてこのような条約解釈の際に締結時の当事国意思を強調する裁判例の中には、実際に発展的解釈を適用したのものがある。例えば、先に同時性の原則の射程を初めて拡大した例として挙げたナミビア事件勧告的意見は、同時に初めて発展的解釈を適用した事例となった⁷⁰。また、通航権事件判決においても、解釈上争われていた「通商」という用語に発展的解釈が適用された⁷¹。

以上のような同時性の原則の変容は、学説においても認識されている。それを最も明確に示すのは、サールウェイ (Hugh Thirlway) によるフィッツモーリスの同時性の原則の再定式化である。サールウェイは、1991年の論考においてジェラルド・フィッツモーリスの定式化した6つの条約解釈原則の観点から、1954年から1989年までの国際司法裁判所の判例を分析した。その結果として、彼は、フィッツモーリスの定式化した同時性の原則を、以下のような但書を付け加えることによって補足 (supplement) するとしている。

⁶⁷ このような理屈がどのように形成されてきたかについては、発展的解釈を扱う第3章の第2節で詳述する。

⁶⁸ *I.C.J. Reports 2009*, p.242, para.64.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *I.C.J. Reports 1971*, p.31, para.53. 本事件における発展的解釈については、第3章において詳しく分析する。

⁷¹ *I.C.J. Reports 2009*, pp.243-244, paras.67-71. 本事件における発展的解釈についても、第3章において詳しく分析する。

但し、条約の中で用いられる用語若しくは表現の範囲又は意味が法の発展に従うべきであるということが当事国の意思であったと証明できる場合には、条約はその意思に効果を与えるように解釈されなければならない⁷²。

このサールウェイが付け加えた但書は、本稿がいうところの発展的解釈を意味する。そして、サールウェイは、この但書の部分の実例として、ナミビア事件勧告的意見やエーゲ海大陸棚事件判決などを挙げている⁷³。このように、サールウェイにおける同時性の原則は、発展的解釈をも含み込むものとなっているのである。

以上みてきたように、同時性の原則は、その射程を締結時の当事国意思に拡大したことにより、対極にあるとも思える発展的解釈をも含意するように変容を遂げたということが出来る。発展的解釈は、締結時における当事国意思に基づいているという点で、同時性の原則と矛盾するものではなく、むしろその同時性の原則の厳格な意味での適用とみることが出来る。以上の経緯から、以下では、この拡大した同時性の原則と、本章第2節でみた条約を締結時の用語の意味や国際法に従って解釈することを意味する同時性の原則を区別するため、後者を「伝統的な同時性の原則」と呼ぶことにする。

第2項 伝統的な同時性の原則の今日的地位

第1項では、条約法条約以降、同時性の原則の射程が締結当時の当事国意思に拡大した結果、同時性の原則が発展的解釈をも含意するようになったことを明らかにした。それでは、以上のような同時性の原則の変容によって、第2節でみたような伝統的な同時性の原則は、もはや姿を消してしまったのであろうか。結論を述べれば、そうではない。なぜなら、同時性の原則の射程が条約締結当時の当事国意思に拡大したとしても、その内容が条約の意味について具体的かつ確定的に指示を与えるものであった場合、通航権事件判決の言葉を用いて言い換えるならば、その意思の内容が条約の意味又は内容を締結時の時点で最終的に固定化するものであった場合、条約は締結当時の用語の意味や国際法に従って解釈されることになるからである。実際に、条約法条約締結後において

⁷² Hugh Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice* (Oxford University Press, 2013), p.305.

⁷³ *Ibid.*, p.307.

て、伝統的な同時性の原則に基づき判断がなされた事例が幾つかあるので、見てみることにしよう。

まず、1999年のカシキリ・セドウドゥ島事件 ICJ 判決である⁷⁴。これは、ボツワナとナミビアの国境となっているチョベ川の中州のカシキリ・セドウドゥ島の領有を争う紛争であり、具体的には 1890 年に英国とドイツが締結した締結した条約の解釈が問題となった。同条約の英語版では、チョベ川の「主要な水路の中央 (center of main channel)」が国境となるとしているのに対して、ドイツ語版では、チョベ川の「主要な水路のタールヴェーク (Thalweg des Hauptlaufes)」が国境になるとしており、これらに意味の違いがあるかという問題が生じた。裁判所は、タールヴェークという言葉に様々な意味があることを認めつつも、「裁判所は、1890 年条約の締結時において、『主要な水と中央』と主要な水路の『タールヴェーク』が相互互換的に用いられていたのかもしれないことに留意する⁷⁵」と述べ、またその証拠として 1887 年に採択された万国国際法学会の決議を参照して、両者を同じ意味に解した。このように、裁判所は、条約締結当時の用語の用法を考慮して、問題を解決したのである。これは、裁判所が同時性の原則を適用した例として、通航権事件 ICJ 判決においても引用されている⁷⁶。

また伝統的な意味での同時性の原則は仲裁裁判でも適用されている。例えば、1989 年のギニアビサウとセネガルの海洋境界画定に係る仲裁裁判⁷⁷がそうである。この事件では、両国を植民地としていたポルトガルとフランスが 1960 年に締結した海洋境界確定に関する協定（以下、「1960 年協定」）が境界を画定した海域の範囲が争われた。より具体的には、1960 年協定が両国の排他的経済水域について境界を画定しているか否かが問題となった。この問題に関して、裁判所は、「1960 年協定は、その締結時に効力を有していた法に照らして解釈されねばならない。法的出来事は、その発生時に効力を有していた法に照らして評価しなければならないということは、十分に確立した法原則であり、時際法のその側面を本件のような事件適用することは、海洋法分野での判例において

⁷⁴ *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/ Namibia) Judgment, I. C. J. Reports 1999, p. 1045.*

⁷⁵ *Ibid.*, p.1062, para.25.

⁷⁶ 例えば、2009 年の通航権事件 ICJ 判決多数意見及び同ギョーム特任裁判官宣言参照 (*I.C.J. Reports 2009, p. 242, para.63 and p.295, para.11*)。

⁷⁷ *Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal, Decision of 31 July 1989, Reports of International Arbitral Awards, Vol.20, p.119, International Law Reports, Vol.83 (1990), p.1.*

確認されている⁷⁸」として、前述したアブダビ仲裁を参照している。そして、裁判所は、ICJ が排他的経済水域に係る規則を認めたのもごく最近ことであるから、1960年協定は、当時存在しなかった海域を画定していないと結論した⁷⁹。

同じく2002年のエリトリア＝エチオピア国境委員会の決定⁸⁰においても伝統的な意味の同時性の原則は確認されている。この委員会は、2000年にエリトリアとエチオピアが締結した協定に基づき設立され、エリトリアの宗主国であったイタリアとエチオピアが締結した三つの国境条約（1900年条約、1902年条約及び1908年条約の三条約）と適用可能な国際法に基づいて、両国の国境を画定する任務を有し、その決定は、終局的かつ拘束的であるとされた。同委員会は、これらの3条約を解釈するための規則を提示する文脈で、以下のように述べている。

委員会は、これら諸条約を解釈する際に、「同時性」の理論（the doctrine of “contemporaneity”）を適用するべきであると主張された。これを委員会は、条約はそれが締結されたときに支配していた事情（circumstances prevailing）を参照して解釈されるべきだということだと理解している。これは、条約に用いられている表現（名前を含む）に、それらがその当時有していた意味を付与することを伴う。委員会は、このアプローチに賛同し、諸条約を解釈する際にそれを心に留める⁸¹。

このように委員会は、伝統的な意味における同時性の原則に基づいて、条約の解釈を行なったのであった⁸²。

このように、同時性の原則が発展的解釈をも包摂するようになった条約法条約以後においても、伝統的な意味での同時性の原則が適用されていることが分かる。冒頭に述べたように、これらの事例は、締結時の当事国意思の内容が、条約の意味又は内容を最終的に固定化するものであったと考えることで、同時性の原則の変容と整合的に理解することができる。また、ギニアビサウ＝セネガルの海洋境界画定事件、カシキリ・セドゥドゥ島事件、エチオピア＝エリトリ

⁷⁸ *Reports of International Arbitral Awards*, Vol.20, p.151, para.85.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Decision regarding Delimitation of the Border between Eritrea and Ethiopia, 13 April 2002, Reports of International Arbitral Awards, Vol.XXV, pp.83-195.*

⁸¹ *Ibid.*, p.110, para.3.5.

⁸² 但し、同時性の原則に基づき導き出された条約解釈の結果は、最終的に後の行為（subsequent conduct）ないし *effectivités* に基づいて修正されている。この点については、許『前掲書』（注37）269-270頁。

ア国境画定事件に見られるように、伝統的な同時性の原則が適用された条約は画定条約が多いことが分かる。このことから、国境画定条約の締結時の当事国意思は、条約に最終的に固定化する意味又は内容を付与する(と判断される)ものが多いことが示唆されよう。

第4節 小括

本章では、後の合意・慣行および発展的解釈を分析する前提として、条約をその締結時に照らして解釈することを要請する、同時性の原則の展開を追ってきた。まず、第2節では、条約法条約成立以前の同時性の原則について、とくに G.フィッツモーリスの条約解釈理論におけるそれと ILC における条約法条約の起草過程のそれについて分析した。その結果、フィッツモーリスにおいては、パルマス等事件仲裁で提示された時際法の第一の側面(法的事実は、その当時の法に照らして評価されねばならないとの判断)を条約に応用することによって、条約はその締結当時の用語の意味に従って解釈されねばならないという原則が導かれていたことが分かった。

条約法条約の起草過程においては、特別報告者のウォルドックは、フィッツモーリスに影響を受けつつも、条約は、締結当時の用語の意味又は締結時に有効であった国際法に従って解釈するという内容の同時性の原則の起草を行った。しかし、ILC の委員の間の議論の結果、最終的にこの同時性の原則の要素は、削除されたのであった。

第3節では、条約法条約成立以後の同時性の原則の展開を追った。その際にまず、注目したのは、同時性の原則がその射程を拡大したことだった。すなわち、従来同時性の原則は、条約を締結時の用語の意味や国際法に従い解釈することを要請する原則だったが、条約法条約成立後は、条約を締結時の当事国意思に従って解釈することをも要請する原則へとその射程が拡大した。この結果として、締結当時の当事国意思が条約に発展し得る意味又は内容を付与するものである場合に、条約を解釈時に照らして解釈をすることへと道を開いた。換言すれば、同時性の原則は、一見するところ対極にあるように思われる発展的解釈をも含意することになったのである。

この同時性の原則の変容によって、伝統的な同時性の原則の地位はどうかということについても検討を行った。その結果として、現に条約法条約の成立以後も条約を締結時の用語の意味や国際法に照らして条約解釈をおこなった事例は存在すること、そしてそれら事例は、締結当時の当事国意思の内容が条約に最終的に固定化する意味を付与するものだったと解することにより、上記の同時性の原則の射程拡大と整合的に解釈ができることを指摘した。

このように本章では、同時性の原則の展開を追ってきた。そこで一つ言えることは、いかに同時性の原則の射程が当事国意思に拡大してそれが発展的解釈をも含意することになろうとも、やはり条約解釈においてまず最初に検討しなければならない基準時とは、条約の解釈時ではなく、条約の締結時であるということである。この意味において、同時性の原則は、現在においても条約解釈原則としての地位を保持しているといえることができる。

第2章 後の合意・慣行の論理と条件 — 条約解釈基準時としての解釈時 (1) —

第1節 緒論

本章からは、解釈時を基準時として条約を解釈する方法の検討に移る。本章では、まず後の合意・慣行を扱う。後の合意・慣行が、どのような論理に基づき条約を解釈時に照らして解釈することを可能にするのか、そしてそれをどのような場合に援用することができるのかの二点を明らかにすることを目標とする。具体的には、以下の順序で検討を進めていく。

第2節「後の合意・慣行の理論的基礎及び機能」では、後の合意・慣行がどのような論理に基づき、条約を解釈時に照らして解釈することを可能にするのかを明らかにする。最初にそもそもなぜ条約解釈に後の合意・及び慣行が援用することが可能なのかについて検討した後(第1項)、特に後の慣行に関して、その条約解釈上の機能がどのように捉えられてきたのか分析する(第2項)。以上の作業を通じて、後の合意・慣行の援用は、それに反映される締結後の当事国意思に効果を与えることにより、解釈時に照らして解釈することを可能にする主張する。

続く、第3節及び第4節においては、実際に後の合意・慣行を援用し得る条件について検討する。第3節「条約法条約第31条3項(a), (b)の解釈」では、後の合意と後の慣行を規定する条約法条約第31条3項(a), (b)がこれまでの国際判例に照らして、どのように解釈されたきたのかを検討することで、同条における後の合意・慣行の援用条件を明らかにする。

第4節「広義の後の慣行」では、条約解釈に援用可能な後の慣行は、条約法条約第31条3項(b)の後の慣行に限られるのか、同条の要件を満たさない後の慣行は条約解釈に援用できないのか、という問題を扱う。まず、この問題に関してこれまでの学説の動向を確認した後(第1項)、国際判例を素材として、このより柔軟な後の慣行の援用を具体的に検討したい(第2項)。

第2節 後の合意・慣行の論理の発展

緒論で述べた通り、本節においては、後の慣行・合意がどのような論理に基づき、条約を解釈時に照らして解釈することを可能にするのか明らかにする。まず、第1項にて、なぜ後の合意・慣行が条約解釈に関連性を持ちうると思われるのかを検討する。第2項では、条約解釈の基準時という問題や第1章でみた同時性の原則との関係において、後の慣行がどのような条約解釈上の機能を有すると考えてこられたのか、その展開を明らかにする。

第 1 項 後の合意・慣行の理論的根拠

条約の解釈に後の合意や慣行を援用できることは、古くから認められてきた。例えば、一又正雄は、1936 年の条約解釈に関する論文で、多くの PCIJ の判例を引きつつ「条約解釈するに当たり、若し条約正文が不明瞭なる場合は、当事国の真意を確むるため、当事国の行為、即ち当該条約の起草当時執りたる行為又は之を履行するために執りたる、又は執りつつある行為を考慮すべしといふ原則がある⁸³」と述べて、条約解釈方法としての後の慣行の地位を認めている。ただ、この引用からも分かるとおり、一又は、後の慣行を条約文が不明確な限りで用いることのできる補足的な解釈手段と捉えている。

また、ジェラルド・フィッツモーリスもその条約解釈の第 5 原則として、後の慣行の原則を認めていた。同原則は、以下のように定式化されている。

V. 後の慣行の原則

条文を解釈する際、条約に関する当事国の後の行為及び慣行に訴えることは、正しい解釈は何かについて、実際に条約がどのように解釈されてきたのかということから導かれる、最良で最も信頼のおける証拠を提供するので、許容され、また望ましくもある⁸⁴。

この定式からも示唆されるように、フィッツモーリスは、後の慣行を、準備作業などよりも信頼のおける条約の解釈方法と位置づけている。その理由として、後の慣行が、「単なる言葉や紙の形式ではなく、具体的かつ実際的 (active) な形式をとっているから⁸⁵」と指摘している。また、フィッツモーリスは、援用し得る慣行や行為は、全ての条約当事国か、一般的な多数国間条約の場合には大多数の条約当事国の慣行や行為でなければならないとしている⁸⁶。

それでは、なぜ条約解釈に後の慣行や合意の考慮が認められてきたのであろうか。ILC は、条約法条約草案第 27 条 (条約法条約第 31 条に相当) へのコメントリーにおいて、当事国の合意を確立する「後の慣行の解釈要素としての重要性は、明らかである。それが条約の意味についての当事国の理解の客観的な

⁸³ 一又正雄「条約の解釈に関する研究」『早稲田法学』第 15 卷 (1936) 57-58 頁 (引用に際し旧字体を新字体に改めた)。

⁸⁴ G. Fitzmaurice, *supra* note 24, p.221.

⁸⁵ *Ibid.*, 223.

⁸⁶ *Ibid.*

証拠を構成するからである⁸⁷」と述べていた。このことから、後の慣行が条約解釈上考慮に入れられる根拠は、それが条約当事国の合意した解釈を反映しているということに求められるように思われる。

このような条約当事国が合意する解釈は、一般に、公権的解釈（authentic interpretation）と呼ばれる⁸⁸。上記の ILC のコメンタリーも「委員会は、条約の解釈につき生じた後の慣行であって、当事国の了解を確立したものは、……解釈の公権的な手段（authentic means of interpretation）として含められるべきであると考えた⁸⁹」と述べており、後の慣行がこの公権的解釈に当たることを認めていた。もっとも条約の解釈規則上、公権的解釈は、VCLT 第 31 条 3 項（b）の後の慣行だけに限られるわけではなく、VCLT 第 31 条 3 項（a）に規定される後の合意も公権的解釈の一形態であると考えられている⁹⁰。両者の違いは、後者は、明示の合意に基づく公権的解釈であるのに対して、前者の後の慣行は、黙示の合意に基づく公権的解釈であるというところにある⁹¹。

そして公権的解釈は、高い解釈上の価値を持つものとされる。たとえば、岩沢雄司は、公権的解釈は、「条約テキストと同じ力を持ち、他の解釈に優先する。そして拘束力がある⁹²」と指摘している。また、ビリジャー（Villiger）も同様の指摘をしている⁹³。このことは、条約法条約の解釈規則が、後の合意・慣行を考慮することを義務として規定していることに表れている。すなわち条約法条約第 31 条 3 項柱書は、3 項（a）、（b）の後の合意・慣行を「考慮する（There shall be taken into account）」としており、ここからその考慮が義務であることがわかる。また条約法条約条文草案に対する ILC のコメンタリーもその考慮が義務的であることを指摘している⁹⁴。

それでは、さらに進めて、なぜ公権的解釈は、条約解釈上の高い価値を持つ

⁸⁷ *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol.II, p.221, para.15.

⁸⁸ 岩沢雄司「自由権規約委員会の規約解釈の法的意義」『世界法年報』第 29 号（2010）59 頁、酒井啓亘ほか『国際法』（有斐閣、2011）280 頁〔濱本正太郎執筆箇所〕。Authentic interpretation の日本語訳は未だ一致を見ておらず「真正な解釈」「認証された解釈」「公権解釈」などと訳されている。本稿は、上記岩沢論文の訳に依拠した。

⁸⁹ *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol.II, p.222, para.15.

⁹⁰ Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), p.429.

⁹¹ 酒井ほか『前掲書』（注 88）280 頁〔濱本正太郎執筆箇所〕。実際、通航権事件において ICJ は、31 条 3 項（b）の後の慣行を「当事国間の黙示の合意」と解した（*I.C.J. Report 2009*, p.242, para.64.）。

⁹² 岩沢「前掲論文」（注 88）60 頁。

⁹³ M. Villiger, *supra* note 90, p.429.

⁹⁴ *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol.II, p.220, para.9.

のであろうか。公権解釈に関してしばしば引用されるヤウオリナ問題に関する勸告的意見において、PCIJは、「法規則を公権的に解釈する権利は、専らその規則を修正し又は廃止することができる人格又は機関に属する⁹⁵」と判示した。この判断の背後には、当事国は条約の主（master）である、という考え方があるように思われる⁹⁶。言い換えれば、条約の締結、履行、改正、終了など、条約に関するあらゆる側面についての決定権を持つのは当事国なのであり、それ故に、条約の解釈の側面においても、当事国の合意した解釈（公権的解釈）は、重みを持つという論理である。

以上のように見てくると、条約解釈上、後の合意・慣行が考慮に入れられなくてはならないのは、それが公権的解釈を構成するからということになると思われる。換言すれば、後の合意・慣行が当事国の合意した解釈を反映するから、条約解釈上考慮に入れる必要があるのである。

第2項 後の合意・慣行の機能拡大とその論理

以上のような理論的な根拠から、条約解釈への援用が古くから認められてきた後の慣行及び合意であるが、他方でその機能に関しては長らく議論があった⁹⁷。すなわち、後の慣行の援用は、締結時の当事国意思を明らかにするためだけに限定されるのか、あるいはそれだけにとどまらず、条約締結後の（締結時の当事国意思とは異なる）当事国意思にも効果を与えるためにも援用できるのかという議論である。ここでは、このような議論を確認することを通じて、後の合意・慣行が条約を解釈時に照らして解釈することを可能にする論理を明らかにしていきたい。

1. 条約締結時の当事国意思を明らかにする機能

後の慣行が条約解釈方法として認められるということは、それが条約を解釈時に照らして解釈する方法として認められるということを必ずしも意味しない。なぜなら、後の慣行は当事国の条約締結時の意思を明らかにするためにしか用いることが出来ないという見解があったからである。それは、とりわけ条約法条約の起草がはじまる以前に有力な見解であったと思われる。まず、その学説

⁹⁵ *Question of Jaworzina (Polish-Czechoslovakian Frontier)*, P.C.I.J, Series B, Advisory Opinion No.8, 6 December 1923, p.37.

⁹⁶ M. Villiger, *supra* note 90, p.429, para.16; Oliver Dörr, “Article 31,” in Oliver Dörr and Kristen Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties* (Springer, 2012), p.523, para.20, p.555, para.76

⁹⁷ 特に後の慣行の機能の発展に着目した重要な論考として、西元「前掲論文」（注15）；J. Cot, *supra* note 15.

から検討してみよう。

この見解とる代表的論者としては、マクネアが挙げられる。マクネアは、その条約法の著書において、「条約に含まれる規定や表現の意味に関して疑義があるときには、関連する締約当事国の条約締結後の行為（conduct）は、その締結時の当事国の意思に関する高い証拠的価値（probative value）を有する⁹⁸」と述べている。ここでは、後の慣行の援用が、締結当時の当事国意思を明らかにするために限定されていることが分かる。

また同様の見解は、ある種の経費事件 ICJ 勧告的意見（1962年）のスペンダー一裁判官分離意見にも見出すことが出来る。同意見において、スペンダー裁判官は、後の慣行に関して以下のように述べている。

二国間条約または多数国間条約の当事国の後の行動（subsequent conduct）は、その文書が締結された時の当事国の意思を明らかにし得ること、そしてそれ故に正当な解釈の基準を提供し得ることは、言うまでもなく、国際法の一般原則である⁹⁹。

このように、スペンダー裁判官も、締結時の当事国の意思を明らかにし得る限りにおいて、後の慣行を援用できるとする立場に立っていた。そして、この理解に基づけば、国連憲章の解釈において解釈の基準となり得るのは、国連原加盟国の行動ということになるが、これは、今や原加盟国の数を越える非原加盟国の権利義務に不確定な要素を加えるとこととなるとして、批判する。そしてこのことが、国際組織の機関の慣行は当事国の後の慣行と同一視することは出来ないというスペンダー裁判官の中心的主張¹⁰⁰の論拠の一つになる。

また、このような後の慣行の理解は、国際裁判の多数意見においても表明されている。その最も代表的な例は、常設国際司法裁判所（以下「PCIJ」と略）のローザンヌ条約第3条2項の解釈事件¹⁰¹勧告的意見（1925年）である。本事件では、ローザンヌ条約第3条2項が、トルコと英国の委任統治下のイラクの国境画定に関してトルコと英国の合意によって解決できない場合に連盟理事会

⁹⁸ McNair, *The Law of Treaties* (Oxford Clarendon Press, 1961), p.424.

⁹⁹ *Certain Expenses of the United Nations (Article 17 Paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962, Separate Opinion of Judge Percy Spender, I.C.J. Reports 1962*, p.189.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p.192.

¹⁰¹ *Interprétation de l'article 3, paragraphe 2, du traité de Lausanne (Frontière entre la Turquie et l'Irak), Advisory Opinion, 21 November 1925, P.C.I.J., Series B, No.12.*

に紛争を付託するとしているところ、それに基づきなされる連盟理事会の決定の性質が問題となった。裁判所は、まず、ローザンヌ条約第3条2項の文言解釈により、理事会の決定が拘束的であるという一応の結論を導いた後、当事国（英国とトルコ）の後の慣行の検討を行なった。その際、裁判所は「ローザンヌ条約締結後の事実は、その締結時の当事国の意思を明らかにする性質を有する限りにおいて、裁判所に關係する¹⁰²」と述べており、後の慣行の役割が、締結時の意思の明確化に限定されることを明らかにした。

さらに、コルフ海峡事件 ICJ 本案判決（1949年）も、上記と同様の後の慣行の理解にたつものと指摘されることがある¹⁰³。同事件では、裁判所が金銭賠償の額の査定につき管轄権を有するかが問題となった。裁判所は、特別協定が締結されてからの当事国（英国とアルバニア）の主張を検討して、「当事国の後の態度（subsequent practice）は、特別協定の締結によって、当事国の意図が、裁判所による金銭賠償の額の決定を妨げることはなかったことを示している¹⁰⁴」と判示した。ここでも裁判所は、後の慣行を当事国の締結時の意思を明らかにするために用いているように考えられる。

このように、さまざまな学説及び実行において、後の慣行の役割は、条約の締結当時の当事国意思を明らかにすることであると考えられてきた。このような後の慣行の理解は、後の慣行を、第1章でみた同時性の原則を適用する手段としてみるものであると評価できる。言い換えるならば、締結時の当事国意思が発展することを許容しない立場である。したがって、この場合後の慣行の援用は、本稿がいう条約を解釈時に照らして解釈する方法とはみなすことはできない。

2. 条約締結後の当事国意思に効果を与える機能

以上、条約の締結時の当事国意思を明らかにする後の慣行の機能をみてきたが、後の合意・慣行の機能は、これだけに限定されるものではない。後の合意・慣行の援用により、条約締結時とは異なる条約締結後の当事国の意思に効果を与えることができるという見解も存在する。言い換えれば、締結時の当事国意思の発展を許容する立場である。これこそが、本稿が検討対象とする条約を解釈時に照らして解釈する方法としての後の慣行である。次にその見解について見ていこう。

¹⁰² *Ibid.*, p.24.

¹⁰³ Oliver Dörr, *supra* note 96, p.536, para.28.

¹⁰⁴ *Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949, p.25.*

まず条約法条約の成立以前の時期においても、後の慣行を締結後の当事国意思に効果を与えるものとして是認する学説がないわけではなかった。例えば、前述したように、後の慣行の原則を条約解釈原則の一つに数えていた G.フィッツモーリスは、その役割を条約の発展に寄与するものとしてより積極的に位置づけている。すなわち、彼は、時間の経過の中で条約の意味が変化、発展するのは否定し難いとした上で、「これが起こる場合、その変化、発展をもたらし、またその変化、発展それ自体でもあるのは、当事国の後の慣行なのである¹⁰⁵⁾」と指摘している。また、フィッツモーリスは、同時性の原則を説明する文脈において、「この原則（同時性の原則を指す一稲垣注）は、……恐らく後の慣行の原則を適用する状況が存在する場合を除き、条約を、その締結時に存在した法と慣行及び条約に含まれる特定の用語とフレーズに当時付与されていた意味を参照して解釈すべきということである¹⁰⁶⁾」と述べており、ここからフィッツモーリスが、後の慣行の原則を同時性の原則の例外として位置づけていたことが分かる。以上から、西元宏治が適切に指摘するように、「フィッツモーリスにとって、『事後の実行の原則』の独自の価値は、『締結時における当事国の意思』の確認に留まるものではなく、むしろ、その後の条約関係や規範内容の変化・発展に関わる『締結後の当事国の意思』を示す点に求められた¹⁰⁷⁾」と評価できるだろう。

けれども、後の慣行が、締結後の当事国意思に効果を与え得ると一般的に認識されるのには条約法条約の成立を待たなければならなかったと思われる。ジェイコブズ (Francis G. Jacobs) は、条約法条約が採択されたウィーン外交会議が開かれている最中 (1969 年 4 月) に公表された論文において、条約法条約草案の条約解釈に関する規定の中でも後の慣行に係る規定は「最も目をひく革新」であると評した上で、「この条約の中で後の慣行の主要な意義は、当事国の最初の意味 (original intentions) を明らかにすることにあるのではなく、少なくとも原文の枠内において当事国の後の意思 (subsequent intentions) に効果を与えることができることにある¹⁰⁸⁾」と主張している。また別の箇所では、条約草案第 27 条 3 項 (b) にいう当事国の合意を確立する後の慣行には、「当事国の原

¹⁰⁵⁾ G. Fitzmaurice, *supra* note 24, p.225.

¹⁰⁶⁾ Sir Gerald Fitzmaurice, “Hersch Lauterpacht – The Scholar as Judge Part III,” *British Yearbook of International Law*, Vol.39 (1963), pp.166-167.

¹⁰⁷⁾ 西元「前掲論文」(注 15) 222 頁。

¹⁰⁸⁾ Francis G. Jacobs, “Varieties of Approach to Treaty Interpretation: With Special Reference to the Draft Convention on the Law of Treaties before the Vienna Diplomatic Conference,” *International Comparative Law Quarterly*, Vol.18 (1969), p.329.

初的意思から離脱する（depart from）合意も含まれ、従ってそれは、条約を修正するためにも用いることができる¹⁰⁹」とも述べている。このようにジェイコブズは条約法条約によって、後の慣行が条約を解釈時に照らして解釈する方法として認められたとみている。彼は、その論拠として、第一に、条約法条約において後の慣行の条約解釈規則上の位置付けがそれまでの補的手段から、条約解釈の主要な手段へと昇格したこと、第二に、草案第 27 条 3 項のその他の項も「最初に当事国から想定されなかった後の発展」を考慮に入れること認めていること¹¹⁰、を挙げている。加えて条約法条約の成立までの後の慣行の展開を分析した西元宏治も、結論として、後の慣行の「解釈の外在的要素としての価値も、締結時における当事国の意思に限定されず、締結後の当事国意思にまで拡大されうることを示された¹¹¹」と述べており、ジェイコブズと同様、条約法条約の成立によって後の慣行が条約を解釈時に照らして解釈する方法として認められたとみていると思われる。

そして後の慣行を、締結後の当事国意思に効果を与えるものと明確に認めた判決が、本稿冒頭で紹介した、2009 年の通航権事件 ICJ 判決である。同判決は、同時性の原則を認める一方で、「条約法条約第 31 条 3 項（b）の意味における当事国の後に生じた慣行は、当事国の黙示の合意を根拠として、最初の意味からの離脱を生じさせ得る¹¹²」と述べた。ここで重要なのは、第一に、後の慣行の援用によって、それに反映される締結時の当事国意思とは異なる、締結後のそれに効果を与え得ることを明確に認めた点である。そして第二に、判決のこの箇所が、後の慣行が条約を解釈時に照らして解釈することを可能にする論理を示唆する点である。すなわち、裁判所が「当事国の黙示の合意を根拠として、最初の意味からの離脱を生じさせ得る」と述べた箇所から、締結後の新しい当事国意思（黙示の合意）により、締結時の古い当事国意思を塗り替えるという論理を導くことが出来るように思われる。いずれにせよ、通航権事件判決は、ICJ が締結時の当事国意思を明らかにすること以外の後の慣行の機能を認めた

¹⁰⁹ *Ibid.*, p.331. なお、これは「後の慣行による条約の修正」を規定する条約法条約草案第 38 条がウィーン外交会議において削除されたことを知った上での評価である。

¹¹⁰ *Ibid.*, pp.330-331. より具体的には、ジェイコブズは、3 項（a）の後の合意は、明らかに原初的合意を修正する合意を念頭においていること、また 3 項（c）の関連する国際法規則についても「締結時に効力を有していた」という限定が削除されたことを指摘している。

¹¹¹ 西元「前掲論文」（注 15）232 頁。

¹¹² *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, I.C.J. Reports 2009, p.242, para.64.

点で意義深いものといえる。

最後に、現在、後の合意及び後の慣行について再検討作業を行なっている ILC も、後の合意・慣行が、締結後の当事国意思に効果を与え得ること、言い換えれば、条約を解釈時に照らして解釈することを可能にするものとして認めている。2013年に特別報告者ノルテが提出した第一報告書では、この問題について検討がなされている。ここでノルテは、「当事国による後の合意と後の慣行は、条約の発展的解釈を導きうる」との結論を提案した¹¹³。ここで用いられている「発展的解釈」という言葉は、本稿でいう発展的解釈よりも広く、条約を適用時の事情に照らして解釈すること全般を意味する¹¹⁴。したがって、これは、後の慣行が条約を解釈時に照らして解釈し得る方法であるとの提案だったといえる。しかし、この結論提案に対する委員の議論では、後の慣行は、「発展的解釈」だけではなく、「同時的解釈 (contemporaneous interpretation) (=締結時の事情に照らした解釈)」をも導きうるという意見が多く表明され¹¹⁵、これを受けた起草委員会での長時間の議論の結果¹¹⁶、同年暫定採択された結論 3¹¹⁷は、凡そ原型を留めないものとなった。けれども、その暫定結論に付されたコメントリーでは、「後の合意及び後の慣行は、……同時的解釈と発展的解釈の双方を支持する (support) ことが出来る¹¹⁸」と述べられており、ここから後の慣行のみならず後の合意も、条約を解釈時に照らして解釈し得る方法であること認められていることが分かる。もっとも、後の合意・慣行が「同時的解釈」をも導き得ること、言い換えるならば、締結時の当事国意思を明らかにするためにも用いることが出来ることが、現在においても否定されていないことも見逃されてはならない。

¹¹³ *First Report on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to Treaty Interpretation by Georg Nolte, Special Rapporteur*, U.N.Doc.A/CN.4/660 (19 March 2013).

¹¹⁴ *Ibid.*, p.23, para.54.

¹¹⁵ 例えば、U.N.Doc. A/CN.4/SR.3159 (27 September 2013), p.7 (Tladi); A/CN.4/SR.3160 (13 May 2013), p.3 (Michael Wood), p.4 (Huang); A/CN.4/SR.3162 (7 June 2013), p.7 (Escobar Hernández)。また、この結論にするより根本的な批判として、U.N.Doc. A/CN.4/SR.3162 (7 June 2013), p.5 (Murase, Wisnumurti)。

¹¹⁶ U.N.Doc. A/CN.4/SR.3172 (25 June 2013), p.5.

¹¹⁷ 最終的に暫定採択された結論は以下のとおりである (*International Law Commission, Report on the work of its sixty-fifth session (6 May to 7 June and 8 July to 9 August 2013)*, U.N.Doc. A/68/10 (2013), p. 24)。

「第 31 条及び第 32 条の下での、後の合意と後の慣行は、条約締結時の当事国の推定される意思が、用いられた用語に時間の経過の中で発展し得る意味を付与することだったか否か決定することの助けとなる」

¹¹⁸ *Ibid.*, p.25, para.4.

以上述べてきた後の慣行の締結後の当事国意思に効果を与える機能と区別が難しいのが、後の慣行の条約を修正する（modify）機能である。この機能に関しては、もともと ILC が作成した条約法条文草案第 38 条¹¹⁹に明文の規定があったものの、ウィーン条約法会議において削除され、条約法条約には明文の規定は存在していない¹²⁰。けれども、この事実は、後の慣行による条約の修正が慣習法においても認められていないということを意味しない。一部の裁判例では、後の慣行による条約の修正を認めるものがあるし¹²¹、学説も、概ね、慣習法上後の慣行によって条約の修正がなされ得ることを認めているように思われる¹²²。以上のような後の慣行の条約を修正する機能は、ILC が強調したように¹²³、解釈の枠内において後の慣行が締結後の当事国意思に効果を与える機能とは法的に区別されるべきであるが、後者と同じ論理に基づいていると思われる。

3. まとめ—後の合意・慣行の論理

以上、なぜそもそも後の慣行・合意が条約解釈において重要性を持つのかということから、後の合意・慣行の機能の展開までを概観してきた。そこから明らかになる、後の合意・慣行が条約を解釈時に照らして解釈することを可能にする論理とは、援用される後の慣行や後の合意に反映される締結後の当事国意思により、締結時の最初の当事国意思を塗り替えるというものであると考えられる。言い換えれば、新たな当事国意思の表示により、締結時の意思が発展するということである。これは、前述のとおり、通航権事件において ICJ が「当事国の黙示の合意を根拠として、最初の意味からの離脱を生じさせ得る」と述べたことから、示唆されることである。

最後に、締結後の当事国意思に効果を与える後の合意・慣行と第 1 章でみた同時性の原則との関係について明らかにしておこう。この後の合意・慣行は、

¹¹⁹ 条約法条文草案第 38 条は以下のように規定していた（*Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol.II, p.236.）。

「第 38 条 後の慣行による条約の修正（modification）

条約は、条約の適用についての後に生じた慣行であって、その条項を修正する当事国の合意を確立するものにより修正することができる。」

¹²⁰ この間の経緯に関して、西元「前掲論文」（注 15）229-232 頁。

¹²¹ 浅田正彦「国際法における先制的自衛権の位相—ブッシュ・ドクトリンを契機として—」浅田正彦編『安藤仁介先生古稀記念 21 世紀国際法の課題』（有信堂高文社、2006）305-306 頁；*International Law Commission, Report on the work of its sixty-sixth session (5 May to 6 June and 7 July to 8 August 2014)*, U.N.Doc. A/69/10 (2014), pp.190-191, paras.30-32.

¹²² 浅田、同上 308 頁；U.N.Doc. A/69/10 (2014), p. 187, para.23.

¹²³ *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol.II, p.236.

締結時の当事国意思を塗り替えて、それに反映される締結後の当事国意思に効果を与えることになる。締結時の当事国意思に基づかない条約解釈を可能にする意味において、G.フィッツモーリスがかつて述べていたように、後の合意・慣行は同時性の原則の例外を構成するものと考えられる。

第3節 条約法条約第31条3項(a), (b)の解釈

本節からは、後の合意・慣行がどのような条件の下、援用可能なのかという問題について検討していく。本節では、まず条約法条約第31条3項(a)および(b)がそれぞれ規定する後の慣行や後の合意の要件について検討を行う。便宜上、第31条3項(b)から検討を始める。

第1項 第31条3項(b)の解釈

本項では、条約法条約第31条3項(b)の規定する後の慣行の要件を検討する。第31条3項(b)は、以下のように規定する。

3 文脈とともに、次のものを考慮する。

.....

(b) 条約の適用につき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

以下では、本条の解釈においてとくに議論の多い、①後の慣行の主体、②「当事国」の意味、③「合意」の表明の仕方の三つの問題を、起草過程、学説、判例を踏まえ、検討を行っていく。

1. 後の慣行の主体

最初に扱う問題は、後の慣行の主体の問題である。言い換えるならば、いかなる主体の行為が第31条3項(b)の意味での後の慣行を構成するのか、という問題である。この論点については、条約当事国の行為が後の慣行を構成し得ることについては、ほぼ争いが無いといえる。このことは、前述した後の慣行の理論的根拠(=公権的解釈)に鑑みても、自然な結果だといえる。むしろ問題になっているのは、たとえば国際組織などの国家以外の主体の行為が後の慣行を構成するのかということであり、この点については依然として明確ではない。特に近年では、伝統的な国際組織のみならず、締約国会議(conference of the Parties)や人権委員会など多種多様な実体が条約の実施に関与しており、それ

らの行為が後の慣行を構成するかが議論されている¹²⁴。

最初にこの論点についての学説の状況を整理しておこう。学説は、以下の三つに分類できるように思われる。まず第一に、後の慣行は、条約当事国による慣行に限定されているという見解がある。例えば、シュヘルメルスとブロッカー（Henry Schermers and Niels Blokker）はこの立場をとるが、その明確な根拠を示していない¹²⁵。

第二に、後の慣行は、当事国に帰属する行為で構成されなければならないとする立場がある。この立場に従うならば、一見するところ他の非国家主体の行為のように見えても、それが国家責任法上の帰属の要件に従って、条約当事国に帰属する行為であるならば、後の慣行になり得る可能性があるということになる。例えば、ガーディナーは、当事国に帰属させ得る慣行であるとする¹²⁶。もっとも、この立場は、第一の立場をより法的に厳密に言い換えたものに過ぎず、実質的に同じ立場と言えるかも知れない。

第三の立場として、条約の適用を委任されている実体であれば、非国家主体の行為でも後の慣行を構成するという見解がある¹²⁷。たとえば、リンダーフォークは、条約の適用者であれば慣行を生み出しうるとの理由から、慣行の主体は当事国に限定されておらず、国際組織などの非国家組織も慣行の主体になりうるとする。帰属の要件を排除している点で、この立場が、以上の3説の中で最も主体の要件を緩やかに解している立場であると思われる。

それでは、条約法条約の起草時には、この問題はどのようにとらえられていたのかについて、みていくことにしよう。結論を先取りするならば、条約法条

¹²⁴ 締約国会議の活動について問題提起を行うものとして、柴田明穂「締約国会議における国際法定立活動」『世界法年報』第25号（2006）52頁；Akiho Shibata, “International Environmental Lawmaking in the First Decade of the Twenty-First Century: The Form and Process,” *Japanese Yearbook of International Law*, Vol.54 (2011), p.47。また自由権規約委員会の判断（一般的意見、見解）が後の慣行に該当するかにつき問題提起するものとして、堀見裕樹「自由権規約委員会の法的判断の条約解釈規則上の位置付けに関する序論的考察」『東北法学』第30号（2007）、坂元茂樹「条約実施機関の解釈権能—自由権規約2条1項の解釈をめぐって」坂元茂樹編『藤田久一先生古希記念 国際立法の最前線』（有信堂高文社、2009）、岩沢「前掲論文」（注88）。

¹²⁵ Henry G. Schermers and Niels M. Blokker, *International Institutional Law: Unity within Diversity* (Martinus Nijhoff Publishers, Fifth Revised Edition, 2011), p.844.

¹²⁶ Richard Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford University Press, paperback edition, 2010), p.235.

¹²⁷ Ulf Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: the Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Springer, 2010), p.166.

約の起草過程においては、一貫して、後の慣行の主体として、条約当事国が念頭に置かれていたと考えられる¹²⁸。

ウォルドックが提出した後の慣行に関する最初の条文である、1964年の第三報告書第71条2項は、「条約との関係で後に生じた当事国の慣行（*subsequent practice of parties in relation to the treaty*）を……参照できる¹²⁹」と規定しており、後の慣行の主体として当事国が想定されていることが明確であった。

ところが、上記条文に対する ILC での議論を受け、同年の第 729 会合においてウォルドックは、第二次草案を提出する。その第 70 条 3 項 (b) は「条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈についてすべての当事国の共通理解を確立するもの（*any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the common understanding of all the parties regarding its interpretation...*）を……考慮する¹³⁰」されており、後の慣行の主体の明記は削除された。そして、この規定ぶりが、条約法条約第 31 条 3 項 (b) にまで引き継がれることとなる。けれども、この変更の背後に後の慣行の主体を拡大させようとする意図は見出せない。この変更は、準備作業よりも後の慣行の条約解釈上の位置付けを高めることを主張した ILC 委員の意見を受けて、後の慣行を条約解釈の一般規則へ含めるため、慣行に対する当事国の合意の要素を強調する意図の下なされたものであった¹³¹。このため、主体に関する文言が省かれたからと言って、後の慣行の主体が拡大したと結論することはできない。

加えて、条約当事国の以外の後の慣行の主体として唯一可能性の議論された国際組織は、明確に条約法条約第 31 条 3 項 (b) の射程から除外された経緯がある。すなわち、ウォルドックは、上述した第 3 報告書第 71 条 2 項のコメンタリーにおいて、1962 年のある種の経費事件 ICJ 勧告的意見を例に挙げて、裁判所が国際組織の設立条約の解釈に際して、当該国際組織の機関の後の慣行を援用することを指摘した。その上で、ウォルドックは以下のように述べている。

国際組織の機関の慣行の設立文書の解釈に対する影響の問題は、その慣

¹²⁸ 条約法条約第 31 条 3 項 (b) の全般的な起草過程については、西元「前掲論文」（注 15）223-229 頁、参照。

¹²⁹ *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol.II, p.52.

¹³⁰ *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol.I, p.309.

¹³¹ 西元「前掲論文」（注 15）224-225 頁。その結果として、後の慣行は、全ての当事国の共通理解を確立する公権解釈としての後の慣行（第 70 条 3 項 (b)）と共通理解を確立していない個別国家による後の慣行（第 71 条）の二つに分断されることとなった（*Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol.I, p.309）。

行が個々の加盟国をどの程度拘束するかという重要な設立文書上の問題（constitutional issue）を惹起する。機関の慣行自体は一貫していても、それは投票で負かされた加盟国や加盟国グループからの反対を受けていたかもしれない。この特殊な問題は、条約法一般というよりも、むしろ国際組織法に関係しているように思われ、特別報告者は、この問題をこの条文で扱おうとすることは適当ではないと提案する¹³²。

このようにウォルドックは、条約法条約の解釈規則において国際組織の機関の実行を取り扱わないことを明確に表明していた。そして、この特別報告者の立場は、他の委員からも反論はなく¹³³、同年、ILC が暫定採択した条文案において後の慣行を扱う第 69 条 3 項（b）のコメンタリーに同様の趣旨が記載された¹³⁴。以上から、ILC における条約法条約の起草過程においては、後の慣行の主体は、専ら当事国であると考えられていたと結論できる。

次に現在、後の合意と慣行の再検討を行っている ILC はどのような立場に立っているのだろうか。後の慣行の主体の問題は、特別報告者ノルテが 2013 年に提出した第一報告書で扱われている。ここでノルテは、条約法条約第 31 条 3 項（b）は明示的に条約当事国の慣行でなければならないことを要請していないが、その要件を示唆していると指摘している¹³⁵。他方で、ノルテは非国家主体が条約規定を適用する可能性も排除できないとして、そのような非国家主体の適用行為が第 31 条 3 項（b）の後の慣行を構成するためには、それらが特定の条約当事国に帰属する必要があると指摘し、国家責任条文の帰属の規則に言及している¹³⁶。このように、ノルテは、原則として後の慣行を条約当事国に帰属しうる行為から構成されるという立場を採っていたといえる。

以上のようなノルテの報告は基本的に他の委員からも受け入れられたと思われ、2013 年に ILC が暫定採択した結論 5 の第 1 項は、「第 31 条及び 32 条の下での後に生じた慣行は、条約の適用における行為であって、国際法上、条約当事国

¹³² *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol.II, pp.59-60, para.24a.

¹³³ ウォルドックの立場に積極的に賛同するデ・ルナ（de Luna）委員などもいた（*Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol.I, p.285, para.39）。

¹³⁴ *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol.II, p.204, para.14.

¹³⁵ U.N. Doc. A/CN.4/660 (19 March 2013), p.44, para.117.

¹³⁶ *Ibid.*, pp.44-45, para.117.

に帰属し得るものから構成され得る¹³⁷」としている。以上から、ILC は、条約法条約第 31 条 3 項 (b) の後の慣行は、条約当事国に帰属し得る行為で構成されると解釈している。したがって、上記の学説の分類でいえば、第二の立場に立っているように思われる。他方で、2015 年に提出された、ノルテ第 3 報告書では、国際組織の機関の行為も条約法条約第 31 条 3 項 (b) の後の慣行を構成し得るという立場にたっている¹³⁸。同報告書は、上記結論 5 が国際組織の機関の慣行が第 31 条 3 項 (b) の後の慣行になり得ないということを含意しないと述べている¹³⁹。

他方で、ILC は、国際組織と区別される締約国会議の決定が、第 31 条 3 項 (a) , (b) の意味での後の合意および慣行を構成するかにつき、多くの分量を割いて検討している¹⁴⁰。2014 年に暫定採択された「締約国会議の枠組みで採択された決定」と題する結論 10 の第 2 項は、慎重な言い回しながらも、締約国会議の決定が 31 条 3 項 (b) の後の慣行を構成することを認めている¹⁴¹。上述した結論 5 の内容とも合わせて考えるならば、ここには、国際組織と区別される締約国会議の活動は、条約当事国の行為とみなし得るという ILC の認識があるものと推測される。

続いて、以上のような後の慣行の主体の問題に関して、国際判例がどのような立場に立っているのか検討していくことにしよう。以下では、特に明示的に条約法条約第 31 条 3 項 (b) が援用された判例で、特に国家以外の実体の行為が関連している事例をみていくことにする。

第一の事例は、核兵器使用の合法性事件 ICJ 勧告的意見 (WHO 諮問)¹⁴²である。国連憲章第 96 条は、国連の専門機関が「その活動の範囲内において生ずる法律問題について裁判所の勧告的意見を要請することができる」と規定する。この規定に従って、国連の専門機関である世界保健機関 (以下、「WHO」と略) は、核兵器使用の合法性につき ICJ に勧告的意見を要請した。ところが、問題となったのは、核兵器使用の合法性の問題が WHO の「その活動の範囲内にお

¹³⁷ U.N. Doc. A/68/10 (2013), p.41.

¹³⁸ *Third Report on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties*, U.N.Doc. A/CN.4/683 (7 April 2015), p.33 の結論 11 草案第 2 項参照。

¹³⁹ *Ibid.*, p.29, para.76.

¹⁴⁰ *Second Report on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties*, U.N.Doc. A/CN.4/671 (26 March 2014), pp.36-49; U.N.Doc A/69/10 (2014), pp.205-217.

¹⁴¹ U.N.Doc. A/69/10 (2014), p.205.

¹⁴² *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, I.C.J. Reports 1996*, p.66.

いて生ずる法律問題」であるか否かであった。この判断を行うため、ICJ は、WHO 憲章を解釈することで、WHO が核兵器使用の合法性について権限を有しているかの検討を行っている。注目されるのは、ICJ が、WHO 憲章の解釈にあたり、第 31 条 3 項 (b) を含む条約法条約の解釈規則を適用することを明言していることである¹⁴³。

ICJ は、第 31 条 1 項の規則に基づき WHO 憲章第 2 条を解釈し、同条は、WHO に核兵器使用の合法性について扱う権限を与えているとは理解できないと判示している¹⁴⁴。そのうえで、ICJ は、そのような権限を付与するような後の慣行の有無の検討に移る¹⁴⁵。より具体的には、ICJ は、WHO の機関である世界保健総会が採択した諸決議が後の慣行に該当するかについて検討した。結論的には、これら決議は、WHO に核兵器使用の合法性について扱う権限を付与する後の慣行を構成しないと判断されたが、重要なことは、そのように判断された理由が、国際機構の機関が採択した決議であるからというような形式的なものではなかったということである。むしろ、その理由は、下記でみる「当事国の合意」にかかわるより実質的なものだった¹⁴⁶。したがって、この勧告的意見は、国際機関が関係する慣行であっても、条約法条約第 31 条 3 項 (b) の意味での後の慣行を構成する可能性があることを示唆していると言える。

第二に検討する事例は、南極捕鯨事件 ICJ 判決¹⁴⁷である。この事件は、日本が国際捕鯨取締条約（以下「ICRW」と略）第 8 条¹⁴⁸の特別許可に基づき実施していた第二期南極鯨類捕獲調査（以下、「JARPAII」と略）が、真に同条にいう「科学調査のため」のものどうか争われた。その際、原告のオーストラリアは、ICRW によって設立される国際捕鯨委員会（以下、「IWC」と略）が ICRW 第 8 条の特別許可の発給に関して採択してきた非拘束的な諸決議を¹⁴⁹、条約法

¹⁴³ *Ibid.*, p.75, para.19.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p.76, para.21.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p.81, para.27.

¹⁴⁶ この点については、本項 2. 参照。

¹⁴⁷ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)*, Judgment of 31 March 2014.

¹⁴⁸ ICRW 第 8 条 1 項は以下のように規定する。「この条約の規定にかかわらず、締約政府は、同政府が適当と認める数の制限及び他の条件に従って自国民のいずれかが科学的研究のために鯨を捕獲し、殺し、及び処理することを認可する特別許可書をこれに与えることができる。また、この条の規定による鯨の捕獲、殺害及び処理は、この条約の適用から除外する。」

¹⁴⁹ これらの決議は、ICRW の第 6 条に基づき IWC が採択する「勧告」である。これらが非拘束的であることは、裁判所も判決で認めている（*Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)*, Judgment of 31 March 2014, para.46.）。また特に重要な決議としては、IWC Resolution 1985-2 (1985);

条約第 31 条 3 項 (b) の後の慣行に当たると主張した¹⁵⁰。なお、IWC は、一般的に国際組織であると認識されており¹⁵¹、本稿もその理解に従う。このオーストラリアの主張に対して、ICJ は、それら諸決議は第 31 条 3 項 (b) の意味における後の慣行には当たらないと判示した¹⁵²。その際、重要なことは、核使用の合法性事件の判断と同様に、オーストラリアの主張を退けた理由が、それら決議が国際組織である IWC によって採択されたものであるということではなかったということである。むしろその理由は、後述するように、決議に対する当事国の合意の問題であった¹⁵³。このように、南極捕鯨事件においても国際組織の関係する慣行が第 31 条 3 項 (b) にいう後の慣行を構成する可能性が認められていると解することができる。

以上を総合するならば、第 31 条 3 項 (b) の意味での後の慣行は、当事国に帰属させ得る行為から構成されるものであるという認識が維持されているといえる。そのため、形式的には国際組織の機関や締約国会議の行為であっても、それが、条約当事国の行為であるとみなせる場合には、第 31 条 3 項 (b) の後の慣行を構成しないと言い切ることはできない¹⁵⁴。上記でみた核兵器使用の合法性事件や南極捕鯨事件は、そのことを示唆していると言える。

2. 慣行への参加と「当事国」の意味

第二の論点は、さらに二つに分かれる。一つは、問題となっている慣行に条約当事国の全ての国の参加が必要であるのかということである。もう一つは、「当事国の合意を確立するもの」という文言が、全ての当事国の合意を意味するのかという問題である。

これら問題を論じる上で、ILC における条約法条約の起草過程は重要である。先行研究においても頻繁に引用されてきたが、ここで今一度確認してみよう。

IWC Resolution 1986-2 (1986); IWC Resolution 1987-2 (1987); IWC Resolution 1995-9 (1995); IWC Resolution 1999-2 (1999)がある。

¹⁵⁰ 例えば、*Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan), Memorial of Australia Vol.1, p.165, para.4.69.*

¹⁵¹ 坂元茂樹「国際機関による留保の許容性決定—IWC の事例を素材として—」『条約法の理論と実際』（東信堂、2004）86-87 頁。他方で、ILC の特別報告者であるノルテは、IWC を締約国会議に準じるものとの前提で、議論している（U.N.Doc. A/CN.4/671 (26 March 2014), p.37 footnote 187）。

¹⁵² *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening), Judgment of 31 March 2014, para.83.*

¹⁵³ この点については、本項 2. 参照。

¹⁵⁴ ノルテ第 3 報告書もそのような立場に立っていると考えられる。See, U.N.Doc. A/CN.4/683 (7 April 2015), p.33.

まず、1964年にILCが暫定採択した、条文案第69条3項(b)は「条約の適用につき後に生じた慣行であつて、条約の解釈についての全ての当事国の了解(understanding)を確立するもの」¹⁵⁵と規定していた。この条文から明らかなおとおり、条約法条約第31条3項(b)と異なり、「全ての(all)」という文言が含まれていた。ところが、1966年のILCの議論において、この「全ての」という文言は削除されることとなった。この経緯及び意図に関して、条約法条約条文草案第27条(現在の条約法条約第31条)へのコメントリーにおいて、ILCは以下のように述べている。

「全ての」という文言を削除したことによって、委員会は、この規則を変化させることを意図しなかった。委員会は、「当事国の了解」というフレーズは、必然的に「当事国全体」を意味するものだと考えた。委員会が「全ての」という文言を削除したのは、単に、全ての当事国がその慣行を受諾していれば十分なのに、それらが個別にその慣行に参加しなくてはならないという誤解を避けるためであった¹⁵⁶。

ここから、条約法条約の起草時にILCは、慣行には全ての当事国が積極的に参加する必要はないが、「当事国の合意の確立」のためには、当該慣行に対して全ての当事国の受諾(合意)が必要という立場をとっていたということが理解される。以上のような起草過程に依拠して、多くの学説は、全ての当事国が問題となっている慣行に参加する必要があることを認めている¹⁵⁷。また、現在、後の合意および慣行の検討を行っているILCもこの立場を採っている¹⁵⁸。

他方で、慣行に対する全ての当事国の合意が必要かという論点に対しては、必ずしも学説の状況は明確ではないように思われる。リンダーフォークなど全ての当事国の合意の必要を説くものもあれば¹⁵⁹、必ずしもこの論点について立場を明らかにしないものもある。現在作業中のILCも、2014年に暫定採択した「条約の解釈に関する当事国の合意」と題する結論9の第1項において「第31条3項(b)の下での合意は、当事国(parties)が認識し且つ受諾する条約の解

¹⁵⁵ *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol.II, p.199. なお、他の異なる点として、当事国の「合意」ではなく「了解」となっていることが挙げられるが、これはウィーン外交会議にて「合意」に変更された経緯がある。

¹⁵⁶ *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol.II, p.222, para.15.

¹⁵⁷ R. Gardiner, *supra* note 8, p.236; U. Linderfalk, *supra* note 8, p.167.

¹⁵⁸ U.N.Doc. A/69/10 (2014), p.201, para.13.

¹⁵⁹ U. Linderfalk, *supra* note 8, p.167.

積についての共通理解を必要とする¹⁶⁰」としているものの、「当事国」がすべての当事国を意味するののかについては沈黙している。このように、解釈上、ある慣行が第31条3項(b)の後の慣行を構成するために、すべての当事国の合意が必要かという論点は、明確ではない。この点を明らかにするため、関係する判例を検討する必要がある。

まず、核兵器使用の合法性事件 ICJ 勧告的意見 (WHO 諮問) をみてみよう。前述したように、本勧告的意見においては、WHO に核兵器の合法性について扱う権限を与えるような第31条3項(b)にいう後の慣行が存在するかが問題となった。その文脈で、ICJ は、勧告的意見の要請を決定した世界保健総会の決議 46.40¹⁶¹自体が後の慣行を構成するかを検討し以下のように述べている。

WHO において核兵器使用の合法性の問題が取り上げられてからすぐに、反対がないわけではなく採択された WHA46.40 自体、核兵器の使用の合法性の問題を扱う権限を WHO に与えるものと憲章を解釈することに対する加盟国間の合意を確立する慣行にそれだけでなった、又はそれを表現するものだと理解することはできない¹⁶²。

このように、ICJ は、決議 46.40 が反対もある中¹⁶³採択されたことを理由として、同決議が「加盟国間の合意を確立する慣行」を構成するものではないと判断した。このことは、ある慣行に対して、少なくとも明示的な反対がある場合には、「当事国の合意を確立する」とはいえず、従って条約法条約第31条3項(b)にいう後の慣行を構成しないということを示唆していると言える。

続いて、南極捕鯨事件 ICJ 判決を検討してみよう。前述したように、本件では、IWC が採択してきた特別許可に関する非拘束的な決議が条約法条約第31条3項(b)の後の慣行を構成するかが問題となったが、裁判所は、それを否定した。その理由として、ICJ は、後の慣行と後の合意を特に区別することなく、以下のように述べている。

……多くの IWC の決議は、条約の全ての当事国の支持を欠き、とくに日

¹⁶⁰ U.N. Doc. A/69/10 (2014), p.197.

¹⁶¹ WHA46.40 (14 May 1993).

¹⁶² *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, I.C.J. Reports 1996*, p.81, para.27.

¹⁶³ WHA46.40 は、賛成 73、反対 40、棄権 10 で採択された (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005, Vol.1 The Court and the United Nations* (Martinus Nijhoff, 2006), p.336) 。

本の同意を欠いて、採択されたものである。したがって、そのような文書は、条約法条約第 31 条 3 項 (a) と (b) にそれぞれ規定される意味での、8 条の解釈に対する後の合意とも、条約の解釈につき当事国の合意を確立する後の慣行ともみなすことはできない¹⁶⁴。

また、裁判所は判決の別の個所においても、IWC の決議は非拘束的ではあるが、「それらが全会一致またはコンセンサスで採択されるとき、条約および附表の解釈において、関係し得る (may be relevant) ¹⁶⁵」と述べている。実際、特別許可に関する IWC の決議のうち、コンセンサスで採択されたのは決議 1985-2 (1985 年) と決議 1986-2 (1986 年) のみであり、それ以降の決議は、日本を含む複数の諸国が反対するなか採択されている¹⁶⁶。裁判所は、この事実を重視した。このように国際司法裁判所は、条約法条約の起草過程と同様に、第 31 条 3 項 (b) の後の慣行が成立するためには、全ての条約当事国の合意が必要だという厳格な立場を採っているように思われる。

他方で、第 31 条 3 項 (b) のより柔軟な解釈を示していると思われるのが欧州人権裁判所である。ここでは、ロイジドー事件先決的抗弁判決¹⁶⁷を取り上げる。もともと、欧州人権裁判所が条約法条約第 31 条 3 項 (b) を明示的に援用することは、稀であった¹⁶⁸。これに反して、このロイジドー事件は、裁判所が同条を明示的に引用し、後の慣行の検討を行った数少ない事件の一つである¹⁶⁹。裁判所は、第 31 条 3 項 (b) をどのように解釈しているのだろうか。

本件の被告たるトルコは、欧州人権条約の旧第 25 条 (委員会の個人通報受理権限) 及び旧第 46 条 (裁判所の管轄権) に基づく受諾宣言に、委員会及び裁判

¹⁶⁴ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)*, Judgment of 31 March 2014, para.83.

¹⁶⁵ *Ibid.*, para.46.

¹⁶⁶ 主要な決議の票決は以下の通りである。IWC Resolution 1985-2 (コンセンサス); IWC Resolution 1986-2 (コンセンサス); IWC Resolution 1987-2 (賛成 19、反対 6、棄権 7); IWC Resolution 1995-9 (賛成 23、反対 5、棄権 7); IWC Resolution 1999-2 (賛成 20、反対 10、棄権 4)。

¹⁶⁷ *Case of Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, Application no. 15318/89, Judgment of 23 March 1995.

¹⁶⁸ 欧州人権裁判所は、むしろ、条約法条約第 31 条 3 項 (b) を明示的に援用しないで、後の慣行を援用することの方が多いとされる (Georg Nolte, “Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time, Jurisprudence under Special Regimes Relating to Subsequent Agreements and Subsequent Practice,” in Georg Nolte (ed.), *supra* note 3, p.256)。このいわば広義の後の慣行に関しては、本章第 4 節参照。

¹⁶⁹ 欧州人権裁判所が第 31 条 3 項 (b) を明示的に援用したその他の事例については、*ibid.*, p.255 参照。

所の権限をトルコの領域内での行為に対するものに限る旨の領域的制約を付していた。本件で問題となったのは、この受諾宣言に付された領域的制約の有効性である。裁判所は、この問題を検討するために、条約法条約第 31 条 1 項の規則を適用し、また同条 3 項 (b) の後の慣行も考慮すると明言する¹⁷⁰。その上で裁判所は、欧州人権条約第 25 条及び 46 条をその文言や条約の趣旨及び目的に照らして解釈すれば、領域的な制約は欧州人権条約のシステムにおいて許容されないという見方を強く支持すると述べる¹⁷¹。

さらに裁判所は、このアプローチは、これら条項の下での締約国の後の慣行によっても確認されるとし、「条約が発効してから今日まで、被告政府を除く、条約当事国 30 か国の殆ど全てが委員会や裁判所の申立を審査する権限を、場所的管轄又は事項的管轄への制約なしに受諾してきた¹⁷²」ことを重視する。裁判所は、このことを、別の個所では、「条約第 25 条及び 46 条が領域的又は実体的な制約を許容しないという締約国間の殆ど普遍的な合意を示す慣行¹⁷³」とか「均一で一致した国家実行¹⁷⁴」などとも表現している。このようにして、欧州人権裁判所は、トルコが受諾宣言に付した制約を無効と結論した¹⁷⁵。

このように欧州人権裁判所は、条約当事国が第 25 条及び 46 条に基づく受諾宣言に領域的制約を付してこなかったという後の慣行を、それに被告のトルコが明白に従ってこなかったのにも関わらず、締約国間の合意を示すものとして条約解釈に援用し、これら条項は領域的制約の付与を許容しないという結論を導いている。要するに、ここではトルコの慣行に対する合意の有無が問題とされなかったのである。ここに被告の日本が IWC の決議の採択に反対していたことから、後の慣行の成立を認めなかった南極捕鯨事件などの ICJ の解釈との対照を見出すことができる。この意味において、欧州人権裁判所は、第 31 条 3 項 (b) の「当事国の合意を確立」という要件をより緩やかに解釈していると言えるかもしれない¹⁷⁶。

以上を総合すると、欧州人権裁判所の例外はあるものの、一般的には、条約法条約第 31 条 3 項 (b) の後の慣行が成立するためには全ての国の合意が必要

¹⁷⁰ *Case of Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections), Application no. 15318/89, Judgment of 23 March 1995, para.73.*

¹⁷¹ *Ibid.*, para.78.

¹⁷² *Ibid.*, para.79.

¹⁷³ *Ibid.*, para.80.

¹⁷⁴ *Ibid.*, para.82.

¹⁷⁵ *Ibid.*, para.89.

¹⁷⁶ もっとも、ロイジドー事件においては、後の慣行が第 31 条 1 項の規則を適用した結果の「確認」として用いられていることを、割り引いて考慮しなければならない。

であり、少なくとも当該慣行に明示的に反対している国がある場合、合意が確立しているとは言い難いと言える。それでは、問題となっている解釈慣行に対して沈黙している当事国はどのように評価されるのだろうか。

3. 沈黙と「合意」の認定

第31条3項(b)の後の慣行の成立のために、全ての当事国の合意が必要であるとするならば、第三に問題となるのは、慣行に積極的に参加していない当事国の合意をどのように認定し得るかである。とりわけ、慣行に参加していない当事国が当該慣行に対して沈黙している場合、それだけで当該国の合意が認定し得るのかという問題である¹⁷⁷。

この問題について、まず学説の展開を見ていこう。例えばビリジャーは、慣行に対して異議がないことをもって合意が成立するという緩やかな立場にたっているように思われる¹⁷⁸。これに対して、より厳格な認定の仕方を主張する論者も存在する。例えば、ガーディナーは、「一国以上の当事国の慣行とその他の当事国が当該慣行を承認(endorsed)したという十分な証拠があれば足りる」と述べており、他の当事国による異議を申し立てない以上の何らかの関与の必要性を示唆している¹⁷⁹。このように、この後者の論点に関する学説は、必ずしも一致を見ていないと評価できる。

この問題を検討するために、いくつかの関連する裁判例をみてみよう。最初は、ボツワナとナミビアのカシキリ・セドウドゥ島事件 ICJ 判決¹⁸⁰ (1999年)である。この事件において、ICJ は、旧宗主国である英国とドイツが締結した1890年条約の解釈に関して、条約法条約第31条3項(b)にいう後の慣行の存在を検討している。本件で問題となったのは、両国の国境線となっているチョベ川の中州であるカシキリ・セドウドゥ島¹⁸¹の領有問題である。1890年条約第3条2項は、チョベ川の「主要な水路」で両国の国境を画定するとしていたため、同島の北側を流れる水路と南側を流れる水路のどちらが「主要な水路」か確定する必要が生じた。裁判所は、まず、用語の通常の意味から島の北側の水路が「主要な水路」であるとの結論を導いた¹⁸²。その上で、ボツワナ、ナミビ

¹⁷⁷ 岩沢「前掲論文」(注88)67頁。

¹⁷⁸ M. Villiger, *supra* note 90, p.431, para.22.

¹⁷⁹ R. Gardiner, *supra* note 8, p. 239.

¹⁸⁰ *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999, p.1045.*

¹⁸¹ ナミビアでは、カシキリ島と呼ばれ、ボツワナでは、セドウドゥ島と呼ばれる。

¹⁸² *I.C.J. Reports 1999, p.1072, para.41.*

アが挙げた様々な条約締結後の事実につき、後の慣行に該当するか検討している¹⁸³。

ナミビアは、カプリビ（ナミビアの行政区画の名前）のマスビア族が少なくとも 1890 年から 1940 年の間カシキリ島を支配し、ボツアナとその先行国（英国領ベチュアナランド）はそれを知りながら、1940 年まで何ら異議を唱えなかったと主張した¹⁸⁴。裁判所は、この事実が第 31 条 3 項 (b) の後の慣行を構成するためには、少なくとも以下の二つの基準を満たさなくてはならないという。

第一に、マスビア族による島の占拠が、1890 年条約により引かれた境界がチョベ川の南側の水路に沿っているというカプリビ当局の信念 (a brief) と結びつきがあること、第二にベチュアナランド当局がこれを条約の境界の確認として十分に認識し (fully aware of) かつ受諾した (accepted) ことである¹⁸⁵。

「当事国の合意を確立」という要件との関係では、この判断の第二の要素が重要である。すなわち、慣行に参加していない当事国が沈黙しているだけでは不十分で、その慣行を十分に知った上で、受諾しなければならないという厳格な立場を採ったものと見ることができる。この判断基準は、後の慣行であるとして主張された他の事実の評価にも現れているように思われる。例えば、ボツワナは、1912 年に英国が行い「主要な水路」が島の北側の水路であると結論した調査報告（イーソン報告）を後の慣行であると主張したが、ICJ は、これを否定した。ICJ は、その理由の一つとしてイーソン報告がドイツに対して知らされず、国内的な文書に留まっていたことを挙げている¹⁸⁶。このことから ICJ は、他の当事国がある慣行の存在を知っているという要件を重要視していることが理解される。

次に検討するのは、リギタン、シパダン島事件 ICJ 判決¹⁸⁷ (2002 年) である。本件において ICJ は、英国とオランダが締結した 1891 年条約第 4 条の解釈に際して、後の慣行の有無を検討した¹⁸⁸。具体的に問題となったのは、1891 年条約第 4 条が定めた、北緯 4 度 10 分の境界線がセバティック島を越えて東に伸

¹⁸³ *Ibid.*, pp.1075-1096, paras.47-79.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p.1092, para.71.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p.1094, para.74.

¹⁸⁶ *Ibid.*, pp.1077-1078, para.55.

¹⁸⁷ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Judgment, I. C. J. Reports 2002*, p. 625

¹⁸⁸ *Ibid.*, pp.656-665, paras.59-80.

びるか否かが問題となった（東に伸びた場合、リギタン島及びシパダン島は、インドネシアが領有することになる）。そこでインドネシアは、オランダが同条約の批准の際の法案に添付した、セバティック島を越えて東に伸びる線が描かれている地図が後の慣行を構成すると主張した。しかし、ICJ は、同地図がオランダ政府から英国政府へ回付されず、ハーグ駐在の英国公使に送られただけであることを理由に、そのような状況においては、英国政府の反応がないからといって、それをその黙認であるとは見做せない旨判示している¹⁸⁹。ここでも、ICJ が、「当事国の合意を確立する」ことの前提として、慣行について他の当事国が十分に認識していることを重要視していることが分かる。

最後に検討するのは、冷凍鶏肉事件（チキンカツ事件）WTO 上級委員会報告¹⁹⁰（2005 年）である。ブラジル及びタイが EC に輸出していた、骨なし冷凍鶏肉について、EC がその譲許表よりも不利な待遇をしているとして、両国が申し立てを行なった事例である。具体的には、EC は、1996 年から 2002 年まで、骨なし冷凍鶏肉を、特別セーフガードの適用がなく、1 トンあたり 15.4 パーセント関税率である 0210 に分類していたが、2003 年から EC 譲許表の解釈を変更して、特別セーフガードの適用があり、1 トンあたり 1024 ユーロの関税が課される 0207 へ分類を変更した。この EC の措置に対して、ブラジル及びタイは、冷凍鶏肉は、EC 譲許表の 0207 ではなく、0210 に分類されるべきであると主張した。

ブラジルとタイは、パネルの判断において、1996 年から 2002 年まで、EC が骨なし冷凍鶏肉を 0210 に分類してきたことは、条約法条約第 31 条 3 項 (b) に言う「後の慣行」に当たると主張し、パネルはこれを支持した。すなわち、パネルは、他の WTO 加盟国の反応または反応がないことから推定される受諾は、解釈に関して条約当事国の合意を確立するのに十分であると述べ、EC の関税分類に関して WTO 加盟国の反対がないことから、WTO 加盟国は、それに対して受諾したと推定できる判断した。これに対して、上級委員会は、以下のように述べる。

反応の欠如又は特定の条約当事国の沈黙が、その関係する事情に照らして、他の当事国の慣行の受諾として理解することができる特定の状況があることを、我々は排除しない。そのような状況は、慣行に参加してい

¹⁸⁹ *Ibid.*, p.650, para.48; p.656, para.61.

¹⁹⁰ *European Community - Custom Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts, Report of the Appellate Body, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R (12 September 2005).*

ない一当事国が他の当事国の慣行を知った又は知らされた（例えば、通告によって、又はその慣行が議論されるフォーラムへの参加によって）が、それに対して反応しない場合に発生しうる。しかしながら、一加盟国の分類の慣行に対する他の加盟国による「反対の欠如」を、それだけで他の加盟国による慣行への合意を確立するものとして理解できるということについて、我々はパネルに同意できない¹⁹¹。

このように述べた上で、上級委員会は、タイとブラジルが EC の慣行を受諾していたかもしれないことは、実際の又は潜在的な通商利益を有している他の加盟国も当該慣行を受諾していたか否かを示すものではないとして、パネルの判断を覆した¹⁹²。この委員会の判断も、上述の ICJ の諸判断と同様の理解の上に立つものと思われる。すなわち、当事国が慣行の存在を十分に知っており、なおかつそれに対して反応しなかったり、沈黙している場合に初めて、当該国の受諾を認定できるということである。

以上のような ICJ や WTO の判例を総合するならば、当事国が慣行に対して単に沈黙しているだけでは、合意を認定することは難しいことがわかる。重要なのは、当該当事国が十分に当該慣行を認識しており、反応を示さないことなのである。このような理解は、現在進行中の ILC の議論からも窺うこともできる。ILC は、2014 年に暫定採択した「条約の解釈についての当事国の合意」と題された結論 9 の関連部分は、以下の通りである。

結論 9

条約の解釈についての当事国の合意

1. 第 31 条 3 項…… (b) の合意は、条約の解釈に関する共通の了解で、当事国が認識し (aware of) かつ受諾するものを要する。 ……
2. 状況が何らかの反応を要請する場合には、一又はそれ以上の当事国の側の沈黙 (silence) は後に生じた慣行の受諾を構成し得る¹⁹³。

第 1 項と第 2 項を合わせて読むならば、当事国の沈黙が第 31 条 3 項 (b) の合意を構成するためには、当該慣行を「当事国が認識し」(第 1 項)、かつ「状況が何らかの反応を要請する場合」(第 2 項)に限られる。実際のところ、「当

¹⁹¹ *Ibid.*, para.272.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ U.N.Doc. A/69/10(2014), p.127.

事国が認識」する場合と「状況が何らかの反応を要請する場合」は重なりあうことが多いように思われる¹⁹⁴。

以上の理由で、慣行に参加していない当事国の反応の欠如又は沈黙から、その合意を認定することも、容易なことではないと言える¹⁹⁵。

第 2 項 第 31 条 3 項 (a) の解釈

本項では、第 31 条 3 項 (a) に規定される後の合意の要件を検討する。同条は、以下のように規定する。

3 文脈とともに、次のものを考慮する。

(a) 条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意

ここでは、特に①後の合意の主体、②「当事国」の意味の二つの問題を、学説と判例を踏まえて検討する。

1. 後の合意の成立形式

第一の問題は、第 31 条 3 項 (a) にいう後の合意の成立形式である。条約の当事国間で直接に条約の解釈についての合意を締結する場合には、当該合意が後の合意を構成し得ることについては争いはない。問題は、後の慣行の場合と同様に、条約の解釈に関する合意の成立の形式が多様化していることであり、とりわけ国際組織の機関の決議や条約の締約国会議の決議を後の合意とみなし得るかが、争われている¹⁹⁶。

この点について、学説は、概ね肯定的に捉えていると思われる¹⁹⁷。加えて、締約国会議の決議の後の合意該当性については、現在作業中の ILC も検討を行っており、2014 年に暫定採択した結論 10 において、控え目な表現ながらも、国際組織と区別される締約国会議の決定が第 31 条 3 項 (a) の意味での後の合意を構成し得ることを認めている¹⁹⁸。

¹⁹⁴ *Ibid.*, pp.203-204, paras.20-21 はそのことを示唆する。

¹⁹⁵ *Ibid.*, p.203, para.19; 岩沢「前掲論文」(注 88) 67 頁。

¹⁹⁶ 締約国会議の決議についてそれが後の合意を構成するか検討を行うものとして、柴田明穂「環境条約不遵守手続の帰結と条約法」『国際法外交雑誌』第 107 巻第 3 号 (2008) 17-18 頁。

¹⁹⁷ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge University Press, Second edition, 2007), pp.238-241; 特に、締約国会議の決議について柴田、同上 18 頁。

¹⁹⁸ U.N.Doc. A/69/10 (2014), p.205.

さらに、後の慣行でも言及した南極捕鯨事件 ICJ 判決が参考になる。本件において、IWC の採択した決議が、第 31 条 3 項 (a) の後の合意をも構成するかが問題となっていた¹⁹⁹。結果的に ICJ は、この主張を退けたものの²⁰⁰、その理由は、当該合意が IWC という国際組織によって採択されたものであったからというわけではない。このことは、国際組織の決議が第 31 条 3 項 (a) の後の合意を構成し得ることを示唆している²⁰¹。

以上から、問題となっている解釈合意が、たとえ国際組織や締約国会議の決議であっても、後の合意を構成する場合があると言える。

2. 「当事国」の意味

第二の問題は、第 31 条 3 項 (a) にいう後の合意の成立のために、全ての当事国の合意が必要かという問題である。この問題については、学説は概ね全ての当事国の合意が必要であることを肯定しているように思われる²⁰²。後の合意の再検討を行っている ILC は、この問題について必ずしも明言していないが、全ての当事国の合意を前提としているように思われる²⁰³。

また、この問題を考える上でも、南極捕鯨事件 ICJ 判決が示唆をあたえる。すなわち、裁判所は、IWC の決議が後の合意に当たるというオーストラリアの主張に対して、それら決議が「条約の全ての当事国の支持を欠き、とくに日本の同意を欠いて、採択されたものである²⁰⁴」ことから第 31 条 3 項 (a) の意味での後の慣行を構成しないと判示した。ここからも、後の合意の成立のためには、全ての当事国の合意が必要とされていることがわかる。

以上から、条約法条約第 31 条 3 項 (a) の意味での後の慣行の成立のためには、全ての当事国の合意が必要であると結論できる。

¹⁹⁹ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)*, Judgment of 31 March 2014, para.79.

²⁰⁰ *Ibid.*, para.83.

²⁰¹ ノルテ第 3 報告書もそのような立場に立っていると考えられる。See, U.N.Doc. A/CN.4/683 (7 April 2015), p.33.

²⁰² 柴田「前掲論文」(注 196) 17-18 頁; U. Linderfalk, *supra* note 8, p.216; A. Orakhelashvili, *supra* note 8, p.355

²⁰³ その根拠としては、①後の慣行との区別の文脈で、後の合意を「全ての当事国間の単一の合意」と表現していること (U.N.Doc. A/68/10 (2013), p.34, para.12) ②締約国会議の決定が後の合意を構成するか検討する文脈で、コンセンサスでの採択がその必要条件と捉えていると思われることが挙げられる (U.N.Doc. A/69/10 (2014), pp.216-217, para.38)。

²⁰⁴ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)*, Judgment of 31 March 2014, para.83.

第 3 項 評価

以上、条約法条約第 31 条 3 項 (a) 及び (b) がどのように解釈されてきたのかを検討することによって、後の合意および慣行を援用することができる条件を探ってきた。ここで、検討結果のまとめと評価を行っておきたい。

まず、第 31 条 3 項 (a) 及び (b) の後の合意と後の慣行のいずれについても、その主体や成立形式に関しては、比較的緩やかに解釈されてきたといえる。問題となる合意や慣行の成立に国際組織や締約国会議が関与していたとしても、そのこと自体は、同条にいう後の合意・慣行の成立の妨げとはならない。問題は、それが条約当事国の行為とみなせるか否かということに尽きる。

他方で、第 31 条 3 項 (a) 及び (b) の後の合意と後の慣行は、その当事国の合意の有無の判断について、厳格な解釈がなされていると評価できる。第 31 条 3 項 (a) における後の合意の成立には、すべての当事国の合意を要すると解釈されているし、第 31 条 3 項 (b) における「当事国の合意を確立」という要件についても、すべて当事国の合意が必要とされているといえる。

なぜ第 31 条 3 項 (a) 及び (b) がこのように厳格に解釈されているのかは、第 2 節で指摘したように、同条が公権的解釈としての後の合意・慣行の考慮を義務付けた規定であることを想起すれば、理解可能なように思われる。すなわち、同条は、条約解釈において義務的に考慮しなければならない後の合意・慣行を特定した規定なのであり、それ故に厳格かつ限定的に解釈されていると考えることができる。他方でこの理解は、条約解釈において考慮することのできる後の合意・慣行は、条約法条約第 31 条 3 項 (a) 及び (b) に規定されるものに限られないのではないかという疑問を生む。次に、この点について検討しよう。

第 4 節 広義の後の慣行—当事国の合意を確立しない後の慣行

第 3 節では、条約法条約第 31 条 3 項 (b) の後の慣行は、厳格に解釈されていることを明らかにした。それでは、条約解釈に援用可能な後の慣行は、このような 31 条 3 項 (b) に規定されるそれに限定されるのであろうか。本節では、この問題について考えていきたい。まず、第 1 項において、この点についての従来の学術的な議論を整理し、条約解釈に援用可能な後の慣行は、上記のような制限的なものに限られないとされてきたことを明らかにする。その上で、第 2 項において、実際の裁判例を素材に、そのようないわば「広義の後の慣行」がどのように援用されているのかを見ていくことにする。

第1項 広義の後の慣行概念

条約解釈に援用可能な後の慣行は、第31条3項(b)に規定される後の慣行に限定されるのかという問題について、これまでの学説は、概ね、否定的に答えてきたものと思われる。例えば、シンクレア(Sir Ian Sinclair)は、「条約法条約第31条3項(b)は、後の慣行一般ではなく、特定の形態の後の慣行のみをカバーしている」とし、「この狭い定義に該当しない後の慣行は、それにも拘わらず、条約法条約第32条に意味における解釈の補足的な手段を構成し得る²⁰⁵」と述べている。またヤシーン(Yasseen)も同様の指摘を行っていた²⁰⁶。これら学説は、第32条を例示列举の規定とみて²⁰⁷、そこに後の慣行を読み込むものである。

以上のような見解の源流を辿れば、ILCにおけるウィーン条約法条約の起草時まで遡ることができる。1964年にILCが暫定採択した草案第69条(条約法条約31条に相当)3項は、(a)で条約の解釈につき当事国でなされた合意を、(b)で「条約の適用につき後に生じた合意で全ての当事国の了解を明確に確立するもの」を考慮しなければならないと規定していた²⁰⁸。そのコメントリーでILCは、「解釈要素としての個別の当事国又は数か国の当事国の慣行は、全ての当事国を包摂し、条約の意味についての共通了解を示す一致した慣行とは、全く異なる平面にある」として、当事国の合意を確立する後の慣行とそうではない後の慣行の区別を重視する。そしてそのために当事国の合意を確立する後の慣行は、公権的解釈として、後の合意とともに第69条3項に含められたと説明する。他方で、ILCは、全ての当事国の合意を確立しない慣行が、条約解釈上、価値を持ちうることを否定しておらず、「条約の適用についての個別国家(individual states)の慣行は、第70条で言及する条約の『更なる』手段の一つとしてのみ考慮することができる」と述べている²⁰⁹。暫定草案第70条は、条約法条約第32条に相当する規定である。ここに、厳格な第31条3項(b)の要件

²⁰⁵ Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester University Press, Second Edition, 1984), p.138

²⁰⁶ Mustafa Kamil Yasseen, "L'interprétation des traités d'après la Vienne sur droit des traités," *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol.151 (1978), p.53.

²⁰⁷ 第32条は「特に(including)条約の準備作業及び条約の締結の際の事情に依拠することができる」と規定するが、この「特に」という文言から、補足的な手段は準備作業と締結の際の事情に限定されないとみるのが、殆ど争いのない通説となっている(酒井ほか『前掲書』(注88)290頁〔濱本正太郎執筆箇所〕)。

²⁰⁸ *Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol.II, p.199.*

²⁰⁹ 以上につき、*Ibid.*, pp.203-204, para.13 参照。

を満たさない後の慣行は、補足的手段として条約解釈に援用し得るという学説の源流を見出すことができる。なお、ILC が 1966 年に採択した、条約法条約最終草案のコメンタリーには、この合意を確立しない後の慣行についての記述はなくなっている。

現在、後の合意および慣行の再検討を行っている ILC も、2013 年に暫定採択した、「後の合意および後の慣行の定義」と題する結論 4 でこの問題を扱っている。この結論 4 は、3 つの項から構成されており、第 1 項は、第 31 条 3 項 (a) の後の合意の定義を、第 2 項は、第 31 条 3 項 (b) の後の慣行の定義を規定し²¹⁰、そして第 3 項は、「その他の (other) 後の慣行」について以下のように定義している。

3. 第 32 条の下での解釈の補足的手段としての他の「後の慣行」は、条約の締結後、その適用における一つ又はそれ以上の当事国の行為 (conducts) から構成される²¹¹。

このように、結論 4 の第 3 項は、条約法条約第 31 条 3 項 (b) に該当しないその他の後の慣行を、第 32 条の補足的手段として認めている。そのコメンタリーは、「国際司法裁判所及びその他の国際的な裁判所……の判例は、ウィーン条約第 31 条 3 項 (b) のすべての条件を満たす後の慣行が、条約解釈のために関連性を有する条約の適用における当事国による唯一の後の慣行の形態ではないことを証明している²¹²」として、ICJ、人権条約の司法機関・準司法機関、国際海洋法裁判所、WTO 紛争解決機関などの様々な司法機関の判例に見出される後の慣行の例を挙げている²¹³。またコメンタリーは、第 31 条 3 項 (b) の後の慣行とその他の後の慣行では、前者により大きな解釈的な価値があること、そして、その他の後の慣行は様々な形態をとり得ることを指摘している²¹⁴。

²¹⁰ 結論 4 の第 1 項及び第 2 項は以下のように規定する (U.N.Doc/ A/68/10 (2013), p.31)。

「1. 第 31 条 3 項 (a) の下での公権的な (authentic) 解釈手段としての『後の合意』とは、条約の解釈又はその適用に関してその締結後に結ばれた当事国間の合意である。

2. 第 31 条 3 項 (b) の下での公権的な解釈手段としての『後の慣行』は、条約の締結後のその適用における行為 (conduct) で、条約の解釈につき当事国の合意を確立するものから構成される。」

²¹¹ *Ibid.*

²¹² *Ibid.*, p.38, para.24.

²¹³ *Ibid.*, pp.38-41, paras.25-33.

²¹⁴ *Ibid.*, p.41, paras. 34 and 36.

このように現在の ILC も、条約法条約の起草時と同様に、条約解釈に援用可能な後の慣行は、第 31 条 3 項 (b) に規定されるそれに限定されないという立場を採っている。第 31 条 3 項 (b) の要件を満たさない、その他の後の慣行は、第 32 条の補足的手段として援用可能としている。この後の慣行の区別は、主にそれが「当事国の合意を確立」するか否かが基準になっているように思われる。

第 2 項では、以上のような学説や ILC の動向を受けて、第 3 節で検討した条約法条約第 31 条 3 項 (b) の要件、特に「当事国の合意を確立」という要件を満たさない後の慣行を「広義の後の慣行²¹⁵」と呼ぶこととし、それらの援用の特徴とその法的根拠を検討していくことにしたい。ILC がいうように、これら広義の後の慣行は、すべて第 32 条で正当化できるのであろうか。

第 2 項 広義の後の慣行の実証分析

本稿では、前項で示した広義の後の慣行が実際にどのように条約解釈において援用され、その法的根拠がなにかという点について検討する。広義の後の慣行は、実際には多岐にわたると思われるが、ここではその中でも重要であると思われる「確認」のための後の慣行、国際組織設立条約の解釈における後の慣行および人権条約の解釈における後の慣行の三つを取り上げ検討していく。

1. 「確認」のための後の慣行

他の解釈手段で導かれた解釈結果を確認するために後の慣行が用いられた事例として、前述したカシキリ・セドゥドゥ島事件 ICJ 判決²¹⁶を挙げることができる。この事件で、ボツワナは、1890 年条約の締結後の 1912 年、1948 年、及び 1985 年の 3 度にわたりチョベ川の調査が行われ、その結果、島の北側の水路が「主要な水路」であると判明したという事実が、条約法条約 31 条 3 (b) の意味における後の慣行を構成すると主張した²¹⁷。しかし、裁判所は、これらいずれの事実も、第 31 条 3 項 (b) にいう後の慣行を構成するものではないとして、この主張を退けた²¹⁸。ところが、裁判所は、以下のように述べる。

裁判所は、これら事実が、1890 年条約の解釈における当事国による後の

²¹⁵ ILC も広義の後の慣行という言葉を用いているが、本稿にいう広義の後の慣行は、必ずしも同じものではない。

²¹⁶ *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999*, p.1045. 本事件の事実関係については、本章第 3 節第 1 項参照。

²¹⁷ *Ibid.*, pp.1076-1092, paras.52-70.

²¹⁸ *Ibid.*, pp.1077-1078, para.55; p.1087, para.63; pp.1091-1092, paras.68-69.

慣行を構成しないものの、それにも拘らず、用語に与えられる通常の意味に従って 1890 年条約第 3 条 2 項を解釈して到達した結論を支持すると認める²¹⁹。

このように、ICJ は、ボツワナが提示した事実を、条約法条約第 31 条 3 項 (b) の後の慣行を構成しないと判断したのにも拘わらず、それを、第 31 条 1 項の規則に従って 1890 年条約を解釈した結果を補強するために用いている。この意味で、本件において裁判所は、第 31 条 3 項 (b) の要件を満たさない後の慣行 (= 広義の後の慣行) を条約解釈に援用したものともみることができる。

そして、この確認のための後の慣行の援用の法的根拠は、条約法条約第 32 条の補足的手段とみるのが適当であるように思われる。ILC もこのように捉えている²²⁰。第 32 条の補足的手段は、その文言から明らかなように、第 31 条の「適用により得られた意味を確認するため」に用いることができる。本事件で ICJ は、まさにこの目的で第 32 条に基づき後の慣行を援用したのだと言える。

2. 国際組織設立条約の解釈における後の慣行

第二に検討を行うのは、国際組織の設立条約を解釈する際の、特に当該国際組織の機関の後の慣行である。本章第 3 節においては、この国際組織の機関の慣行は、条約法条約の起草過程では、第 31 条 3 項 (b) の射程から明確に除外されていたことを明らかにした。しかし他方で、核兵器使用の合法性事件勧告的意見や南極捕鯨事件みられるように、国際実行上は、形式的には機関の後の慣行でも条約法条約第 31 条 3 項 (b) の意味での条約当事国の後の慣行を構成し得る場合があることも指摘した。しかしながら、国際組織の設立文書解釈における最も注目すべき特徴は、その機関の後の慣行それ自体の柔軟な援用に見出せる。国際組織の設立文書の解釈については、既に多くの先行研究があるが²²¹、ここで今一度、それら研究を踏まえながら検討を加えたい。手順としては、

²¹⁹ *Ibid.*, p.1096, para.80.

²²⁰ U.N.Doc. A/68/10(2013), p.38, para.25.

²²¹ 代表的なものとして、佐藤哲夫『国際組織の創造的展開』（勁草書房、1993）；Elihu Lauterpacht, “The Development of the Law of International Organization by the Decisions of International Tribunals,” *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, Vol.152 (1976); Shabtai Rosenne, “Is the Constituent Instrument of an International Organization an International Treaty?,” in Shabtai Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986* (Cambridge University Press, 1989). See also, *Third Report on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties*, U.N.Doc. A/CN.4/683 (7 April 2015).

まずいくつかの関連する国際判例を用いて、機関の後の慣行の援用の特徴を明らかにした後、その援用の法的根拠について検討することにしたい。

(1) 後の慣行援用の特徴

最初にこれまでの国際判例を素材として、国際組織設立条約の解釈における機関の後の慣行の援用の特徴を明らかにしておきたい。ここでは、国際司法裁判所が国際組織の機関の後の慣行を援用した事例である、ある種の経費事件勧告的意見、ナミビア事件勧告的意見及びパレスチナ占領地域における壁建設の法的帰結に関する事件勧告的意見の三つを検討対象とする。

まず、ある種の経費事件 ICJ 勧告的意見²²²（1962年）である。本件では、第一次国連緊急軍（以下「UNEF」と略）とコンゴ国連軍（ONUC）の実施のため国連総会が許可した支出が国連憲章第17条2項にいう「この機構の経費」に該当するか否かが問題となった。本勧告的意見において裁判所は、様々な文脈で機関の後の慣行を援用しているが²²³、ここでは特に、UNEFのための支出が第17条2項にいう「この機構の経費」に該当するか否か検討する文脈に着目する。この文脈で裁判所は、UNEFの支出に関する国連総会の実行を検討して、「毎年UNEFの経費が、国連総会によって憲章第17条2項の意味におけるこの機構の経費として扱われてきた²²⁴」と結論した。その際注目されるのは、裁判所がUNEFへの支出を国際連合が負担し、加盟国によって分担されることを決定する、多数決で（反対する国もある中）採択された複数の国連総会決議を参照していることである²²⁵。

このように本件では、すべての加盟国の合意していない国連総会の後の慣行を援用した。このような後の慣行の援用の背後には、同意見で裁判所自身が示した機関の活動の有効性の推定という論理が作用していたと考えられる。すなわち、一般に国際組織においてはその機関の行為の有効性を客観的に判定する手続は存在しないため、機関は第一義的に自身の権限を自身で決定せざるを得

²²² *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962 : I.C.J. Reports 1962, p. 151.*

²²³ 本事件における後の慣行援用の簡潔な分析として、E. Lauterpacht, *supra* note 221, pp.451-452 参照。

²²⁴ *I.C.J. Reports 1962, p. 174.*

²²⁵ *Ibid.*, pp. 172-175. 例えば、同意見で重要な役割を果たしている総会決議第1089号(XI) (U.N.Doc. A/RES/1089(XI) (21December 1956))は、賛成62、反対8、棄権7、無投票3で採択されているし、また総会決議第1151号(XII) (U.N.Doc. A/RES/1151 (XII) (22 November 1957))も賛成51、反対11、棄権19、無投票1で採択されている。

ず、それがとった行為は有効性の（権限踰越ではないという）推定を受けるといふ論理である²²⁶。いずれにせよ、本件における機関の後の慣行の援用は、個別の加盟国の合意の有無に頓着しない点で、条約法条約第 31 項 3 項（b）の後の慣行よりも柔軟な援用であったといふことができる。

次に、ナミビア事件 ICJ 勧告的意見²²⁷（1971 年）における国際組織の機関の後の慣行の援用である。本件では、南アフリカがナミビアに居座っていることの法的帰結が諮問されていた²²⁸。そこで南アフリカは、裁判所の管轄権を否認するため、以下のような主張を行った。すなわち、この勧告的意見を要請した安保理決議 284 号がソ連と英国の 2 常任理事国が棄権するなか採択されていたことから、「安全保障理事会の決定は、常任理事国の同意投票を含む 9 理事国の賛成投票によって行われる」と規定する国連憲章第 27 条 3 項²²⁹の要件を満たしておらず、無効であると主張したのであった²³⁰。この主張に対して、ICJ は以下のように判示した。

しかしながら、安全保障理事会の長年に及ぶ議事録は、議長の裁定及び安全保障理事会理事国、特に常任理事国が一貫して一様に常任理事国の任意の棄権の実行（practice）を、決議採択を妨げるものではないものとして解釈してきたことの十分な証拠を提供している。棄権することによって、理事国は、提案されたことに対する承認への異議を表明しない。常任理事国の全会一致の必要とする決議の採択を妨げるためには、常任理事国は、反対票を投じるしかない。1965 年の国連憲章第 27 条の改正以後も変わっていない、この安全保障理事会の従っている手続は、国際連合の加盟国から一般的に受け入れられ、国際連合の一般慣行の証拠となっている²³¹。

²²⁶ *Ibid.*, p.168.

²²⁷ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p.16.

²²⁸ 本件についての詳しい事実関係については、第 3 章第 2 節第 2 項参照。

²²⁹ 国連憲章第 27 条 3 項は、以下のように規定する。

「その他のすべての事項に関する安全保障理事会の決定は、常任理事国の同意投票を含む 9 理事国の賛成投票によって行われる。但し、第 6 章及び第 52 条 3 に基く決定については、紛争当事国は、投票を棄権しなければならない。」

²³⁰ *I.C.J. Reports 1971*, pp.21-22, paras.20-21.

²³¹ *Ibid.*, p.22, para.22.

このように述べて、ICJ は、安保理決議 284 号は有効に採択されているとし、上記の南アフリカの抗弁を退けた。このように、国連憲章第 27 条 3 項の解釈の文脈で、裁判所は、安全保障理事会の後の慣行を援用している。その特徴は、当該慣行に対して、全ての加盟国が合意しているかどうかを必ずしも詳細に検討しているわけではないことである。裁判所は「加盟国から一般的に受け入れられ」と述べているのに留まり、個別の加盟国が合意しているのかを検討しているわけではない。この意味において、第 3 節で検討した条約法条約第 31 条 3 項 (b) の意味での後の慣行よりも柔軟な後の慣行の援用を見出すことができるように思われる。

最後に、パレスチナの占領領域における壁建設の法的帰結事件（以下、「壁建設事件」と略）ICJ 勧告的意見²³²（2004 年）を検討しよう。この事件は、イスラエルがパレスチナの占領地域において壁を建設していることから生じる法的帰結について国連総会が ICJ に勧告的意見を要請したものである。イスラエルは、裁判所の管轄権を否定するために以下のように主張した。すなわち、国連総会が ICJ の勧告的意見要請のために採択した決議（ES-10/14）は、国連憲章第 12 条 1 項に従っておらず、権限踰越であると主張した²³³。

裁判所は、憲章解釈における一般的な態度として、「関連する文書及び国際連合の慣行（practice）を考慮して、第 12 条の意義を検討することが適当である」と確認する²³⁴。その上で、ICJ は、まず初期の国際連合の慣行を検討の検討を行い「国連総会及び安全保障理事会の双方は、当初は、理事会の議題に問題が残っている間は、総会は国際の平和及び安全の維持に関する問題についての勧告をすることができないと 12 条を解釈及び適用した」という。しかしながら、裁判所は、この第 12 条の解釈はその後進化したと指摘して、いくつかの総会の実行（総会決議）を参照しつつ、「国連総会及び安全保障理事会が国際の平和及び安全の維持に関する同一の問題を並行して扱う傾向が時間の経過とともにますます強まっていることに注意する」と述べている²³⁵。その際、注目されるのは、裁判所が、多数決採択された（反対票がある中採択された）総会決議を複数援用していることである²³⁶。にも拘わらず、裁判所は以下のように述

²³² *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, p. 136*

²³³ *Ibid.*, p.148, paras.24-25.

²³⁴ *Ibid.*, p.148, para.25.

²³⁵ 以上につき、*ibid.*, pp.149-150, para.27.

²³⁶ *Ibid.*, p.149, para.27. 例えば、ここで裁判所はコンゴ問題に関する総会決議第 1600 号（XVI）（U.N.Doc. A/RES/1600(XVI) (15 April 1961)）を参照しているが、これは賛成 60、反対 16、棄権 23 で採択されているし、同様に参照され

べている。

裁判所は、この進化し、受け入れられた国連総会の慣行（the accepted practice of General assembly）は、憲章第 12 条 1 項に適合的であると考え
る²³⁷。

以上から、裁判所は、国連総会が決議 ES/10/14 を採択して勧告的意見を要請することは、憲章第 12 条 1 項に反しておらず、権限を踰越していないと結論している²³⁸。

この壁建設事件においても、ICJ は、国連憲章の解釈に際して国連総会という機関の後の慣行を援用している。特に重要なのは、全会一致又はコンセンサスで採択されていない総会決議を援用しつつも、結果的にそれらが「受け入れられた国連総会の慣行」を構成するものと評価している点である。ここから、ある慣行の援用に際して、それに対する個別の加盟国の受諾の有無を厳格に検討をしていない点で、第 31 条 3 項（b）の後の慣行よりもより柔軟に後の慣行が援用されているといえる。

以上、三つのケースを検討してきた。そこから導くことができるのは、国際組織の機関の後の慣行それ自体が、それに全ての加盟国が合意しているか否かを詳細に検討することなく、援用されているということである。このことは、条約法条約第 31 条 3 項（b）の適用において、詳細に当事国の合意の有無の検討をしていたことと比較すれば、明らかであろうと思われる。それでは、次に、そのような後の慣行の法的根拠の検討に移ろう。

（２）後の慣行援用の根拠

それでは、以上のような国際組織の機関の後の慣行それ自体の援用の法的根拠は何なのであろうか。ここでは法的根拠の可能性として、条約法条約第 31 条 3 項（b）説、同第 32 条説、及び独立根拠説の三つを順に検討していく。

まず、国際組織の機関の慣行の法的根拠を、条約法条約第 31 条 3 項（b）に求めることはできるであろうか。学説は、概ねこのことに否定的である²³⁹。そ

ているポルトガルの植民地に関する総会決議第 1913 号（XVIII）（U.N.Doc. A/RES/1913 (XVIII) (3 December 1963)）も賛成 91、反対 2、棄権 11 で採択されている。

²³⁷ *Ibid.*, p.150, para.28.

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ E. Lauterpacht, *supra* note 221, pp.458-459; S. Rosenne, *supra* note 221, p.241; Catharine Brölmann, “Specilized Rules of Treaty Interpretation: International

の理由は、条約当事国の後の慣行と、条約当事国とは別個の法主体である国際組織の機関の後の慣行は、区別されねばならないと考えているからである。したがって、前者を想定する第 31 条 3 項 (b) によって、後者の援用を正当化することはできないと考えるわけである²⁴⁰。

次に、第 32 条の補的手段は、正当化根拠になるのであろうか。学説は、これにも否定的であるように思われる。その理由は、第 31 条 3 項 (b) の場合と同様に、第 32 条は、条約当事国の慣行を念頭に置いているからというものである²⁴¹。また、国際組織の機関の後の慣行の援用の実際の帰結（効果）が、第 32 条で想定されているそれ以上であることが理由とされる場合もある²⁴²。

最後に、国際組織の設立文書の解釈のために、一般の条約解釈規則とは独立した法的根拠があるという見解である。恐らく、これが最も支持を集めている見解である。けれども、より詳細に見ていくと、この独立根拠説も多様な見解の集合体であることが明らかになる。それは具体的には、①「確立した慣行」説、②有効性の推定説、③加盟時の黙示の同意説、に分けられるように思われる。①の「確立した慣行」説は、条約法条約第 5 条が「関係する国際機関の規則 (relevant rules of the organization)」の適用を認め、また 1986 年に採択された国際機関条約法条約第 2 条 (j) がその「国際機関の規則 (rules of the organization)」の中に「当該機関の確立した慣行 (established practice of the organization)」が含まれるとしていることを、国際組織の機関の後の慣行援用の実定的根拠とするものである²⁴³。②の有効性の推定説は、既に言及したように、ある種の経費事件勧告的意見において、ICJ が国際組織の機関の行為には有効性の推定が働くと述べたことを根拠として、機関の慣行それ自体に解釈上の価値を認める立場である。ILC の特別報告者であるノルテは、その第 3 報告書においてこれを法的根拠の一つとして挙げている²⁴⁴。

Organizations,” in Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties* (Oxford University Press, 2012), p.515.

²⁴⁰ もっともこのことは、前述したとおり、国際組織の機関の行為が条約当事国の行為とみなせる場合に、第 31 条 3 項 (b) の後の慣行を構成し得ることを否定するものではない。ここで問題としているのは、国際組織の機関の後の慣行それ自体の援用根拠なのである。

²⁴¹ 佐藤『前掲書』(注 221) 400 頁。

²⁴² U.N.Doc. A/CN.4/683 (7 April 2015), p.17, para49.

²⁴³ 佐藤哲夫『国際組織法』(有斐閣、2005) 114 頁は、この立場に立っていることを示唆する。

²⁴⁴ *Third Report on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties*, U.N.Doc. A/CN.4/683 (7 April 2015), pp.17-18, para.49.

これに対して、③の加盟時の黙示の同意説は、国家が国際組織に加盟するときに、そのような機関の後の慣行の援用に対して黙示的に同意していたと説明する。例えば、エリユー・ラウターパハト (Elihu Lauterpacht) は、国際組織の慣行の援用は独立の法的根拠に基づいていることを認めることが恐らく必要だとして、「そのような慣行の援用が認められ、国家は国際組織に参加することによって、この方法による設立文書の発展の許容性を黙示的に受諾したという国際組織法の特定の規則が存在²⁴⁵」する可能性を指摘している。またアメラシング (C. F. Amerasinghe) も、国際組織の後の慣行の援用は、たとえ個別の国際組織の決定に反対であっても、一旦それが所定の手続きに従って決定されたら、その決定を当該国際組織の適切な行為の一部とみなすという加盟国の加盟時の黙示的同意に基礎づけられるという議論が可能であることを認めている²⁴⁶。注目すべきなのは、加盟時の黙示の同意説によると、国際組織の機関の慣行の援用が、それに反映される締結後の当事国意思ではなく、締結時の一般的・抽象的な当事国意思に基礎づけられる点において、後の慣行の論理というよりも、むしろ後述する発展的解釈の論理に接近するという点である²⁴⁷。

以上のように、国際組織の機関の後の慣行の法的根拠については、様々な学説があり決着をみていない状況にあるといえるが、その学説一つ（加盟時の黙示の同意説）が、機関の後の慣行を、実質的に本稿がいうところの発展的解釈として位置付けようとしていたことは注目に値する。このことは、国際組織設立条約の解釈における広義の後の慣行の援用が、実は、発展的解釈と密接な関係性を有していることを示唆している。

3. 人権条約の解釈における後の慣行

広義の後の慣行の三つ目のカテゴリーは、人権条約、特に欧州人権条約の解釈における後の慣行の援用である。既に本章第3節において、欧州人権裁判所が明示的に条約法条約第31条3項(b)を参照し、しかもそれを柔軟に適用する場合（ロイジドー事件）があることを指摘した。しかし、欧州人権裁判所の判例において、後の慣行を援用する多くの場合には、第31条3項(b)の明示の参照がないことが既に指摘されている²⁴⁸。ここで検討を行うのは、このよう

²⁴⁵ E. Lauterpacht, *supra* note 221, p.460.

²⁴⁶ C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organization* (Cambridge University Press, 2005), p.53.

²⁴⁷ 実際に国際組織の設立条約の解釈手法を、本稿の言うところの発展的解釈と捉える見解として、E. Bjorge, *supra* note 4, pp.130-132 参照。

²⁴⁸ Georg Nolte, “Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time, Jurisprudence under Special Regimes Relating to Subsequent Agreements and

な後の慣行の援用である。検討の手順としては、まずいくつかの判例を基に、広義の後の慣行が援用の特徴を明らかにした後、その援用の法的根拠について検討する。

(1) 後の慣行援用の特徴

ここでは、欧州人権裁判所の後の慣行援用の特徴がよく表れていると思われる、ダジョン事件、デミール事件及びバヤティアン事件の三つを順に検討していきたい。まず、ダジョン事件判決（1981年）²⁴⁹である。この事件では、申立人で同性愛者であるダジョンが、同性愛行為を処罰する北アイルランドの法律に基づき、警察に取調べを受けたことなどについて、私生活及び家族生活の尊重を受ける権利を保障する欧州人権条約第8条²⁵⁰に違反するとして提訴したものである。特に問題となったのは、英国による介入が第8条2項にいう「民主的社會において必要なもの」に該当するか否かであった。この問題に関して、裁判所は、同性愛行為を処罰する法律が制定された1800年代と比べるならば「欧州評議会の大多数の（the great majority）加盟国において、今問題となっているような同性愛行為を、刑事罰が適用されるべき問題として扱うことが必要又は適当であるとはもはや考えられないほど、同性愛に対してはより良い理解があり、そして結果としての寛容が増してきている。裁判所は、この点に関して、この加盟国の国内法における顕著な変化を見逃すことはできない²⁵¹」と述べている。このように述べて、裁判所は、北アイルランドの法律が「民主的な必要なもの」に該当しないと結論した²⁵²。

この推論において、裁判所は、同性愛行為に対して国内刑事法を適用していないという欧州評議会の加盟国の慣行を援用している。注目されるのは、以下の2点である。第一に、「大多数の加盟国」という表現は、必ずしも全ての欧

Subsequent Practic,” in Georg Nolte (ed.), *supra* note 3, p.256.

²⁴⁹ ECtHR, *Case of Dudgeon v. The United Kingdom*, Application no. 7525/76, Judgment on 22 October 1981.

²⁵⁰ 欧州人権裁判所第8条は以下のように規定する（訳文は、戸波江二ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社、2008）492頁に拠る。）。

- 「1. すべての者は、その私的および家族生活、住居ならびに通信の尊重を受ける権利を有する。
2. この権利の行使に対しては、法律に基づき、かつ、国の安全、公共の安全もしくは国の経済的福利のため、また、無秩序もしくは犯罪の防止のため、健康もしくは道徳の保護のため、または他の者の権利及び自由の保護のため、民主的社會において必要なもの以外のいかなる公の機関による介入もあってはならない。」

²⁵¹ *Case of Dudgeon*, *supra* note 249, para.60.

²⁵² *Ibid.*

州評議会の加盟国の慣行ではないことを示唆している。また第二に、裁判所は個々の加盟国の合意の有無について詳細な検討を行っていない。この点において、裁判所は、第 31 条 3 項 (b) の意味における後の慣行よりもより柔軟に後の慣行を援用したということができると思われる。

このような柔軟な後の慣行の援用は、より最近の裁判例にも見出すことができる。次に、デミール事件判決（2008 年）²⁵³を見てみよう。この事件は、公務員の労働基本権をめぐる紛争である。申立人の一人であるトルコ国籍のデミールは、公務員によって設立された労働組合のメンバーであった。この労働組合は、当局（雇用主）と俸給を含むあらゆる労働環境に関する集団的合意（collective agreement）を締結した。ところが当局による集団的合意上の義務違反を訴えた国内訴訟において、トルコの国内裁判所は、公務員による労働組合設立についての具体的な法律がないことを理由として、労働組合を設立する権利及び当局と集団的に交渉する（bargain collectively）権利を行使できないこと、したがって、上記の上記労働組合は法人格を欠き、法的実体とはみなせないと判示した²⁵⁴。これを受けてデミールらは、このトルコの行為が集会及び結社の自由を規定する欧州人権条約第 11 条に違反するとして申立を行った。

争点の一つになったのは、欧州人権条約第 11 条の下で、公務員の当局と集団的に交渉する権利が認められるかということであった。この文脈で裁判所は、ヨーロッパ諸国の実行（practice）を持ち出し、「それらの大多数（the vast majority）において、公務員の当局と集団的に交渉を行う権利は、国家の排他的権利を握るカテゴリーの公務員や機微と考えられる特定の分野を排除するための多様な例外の下、認められてきた²⁵⁵」とのべている。そして裁判所は、このことを一つの根拠として、先例を覆して、公務員が集団的に当局と交渉する権利が第 11 条の下認められると判示した²⁵⁶。

このデミール事件においても、ダジョン事件と同様に、「大多数」の欧州評議会の慣行が参照されている。加えて、裁判所が事細かにすべての加盟国の実行について検討しているわけではない点でも、ダジョン判決と軌を一にしている。この点で、この判決における後の慣行の援用も、条約法条約第 31 条 3 項 (b) のそれよりも柔軟なものであると評価できる²⁵⁷。

²⁵³ ECtHR, *Case of Demir and Baykara v. Turkey*, Application no. 34503/97, Judgment on 12 November 2008.

²⁵⁴ *Ibid.*, paras.26-29.

²⁵⁵ *Ibid.*, para.151 see also para.52.

²⁵⁶ *Ibid.*, paras. 153-154.

²⁵⁷ ILC もそのように評価している。See U.N.Doc. A/68/10 (2013), p.38, para.10.

最後に、もう一つ最近の欧州人権裁判所の判例として、バヤティアン事件判決²⁵⁸（2011年）における後の慣行の援用を確認しておこう。この事件は、良心的兵役拒否（conscientious objector）をめぐるものである。申立人でアルメニア国籍のバヤティアンは、エホバの証人の信者であり、そのことを理由に兵役を拒否した。その結果、2002年から2003年にかけて刑事訴追され、兵役忌避を理由に有罪判決を受けた。この当時、アルメニアは、良心的兵役拒否を認めておらず、従って兵役の代替役務を認める制度もなかった。このためバヤティアンは、上記の有罪判決は、思想、良心及び宗教の自由を保障する欧州人権条約第9条に違反するとして提訴した。

本件での争点は、本件兵役拒否の問題に第9条の適用が認められるか否かであった。というのは、それまで（1966年から1984年にかけて）の欧州人権委員会の先例は、兵役拒否の問題に条約第4条3項(b)²⁵⁹の存在を理由として、第9条の適用を認めてこなかったからである²⁶⁰。これに関して裁判所は、「1980年代の末から1990年代にかけて、既存の欧州評議会加盟国と後に評議会に加盟した諸国の双方のヨーロッパ諸国に良心的兵役拒否に対する権利を認める明白な傾向がある²⁶¹」ことに留意している。そして裁判所は、バヤティアンが侵害をうけたと主張する2002年から2003年にかけて、良心的兵役拒否を認めていなかった加盟国は、アルメニアのほかに4か国だけだったことを指摘して、「したがって、問題の時点において、欧州評議会の加盟国の間にほとんどコンセンサス（nearly a consensus）が存在した、圧倒的多数（the overwhelming majority）の加盟国がその法及び実行において良心的兵役拒否に対する権利を既に認めていたのである²⁶²」と述べている。この欧州評議会の加盟国の慣行を一つの根拠

²⁵⁸ *ECTHR, Case of Bayatyan v. Armenia, Application no. 23459/03, Judgment on 7 July 2011.*

²⁵⁹ 欧州人権条約第4条3項(b)を含む同条の関連部分は以下のように規定する（訳文は、戸波ほか編『前掲書』（注250）490-491頁）。

「2. 何人も、強制労働に服することを要求されない。

3. この条の適用上、「強制労働」には、次のものを含まない。

(a) ……

(b) 軍事的性質の役務、または、良心的兵役拒否が認められている国における良心的兵役拒否の場合に、義務的軍事役務のかわりに要求される役務

(c) ……」

²⁶⁰ *Case of Bayatyan, supra note 258, paras.93-97.*

²⁶¹ *Ibid.*, para.103, see also para.48

²⁶² *Ibid.*, para.103. なお、裁判所は、当時良心的兵役拒否の権利を認めていなかった5か国中、3か国は憲法上当該権利を認めていたが、それを実施する法律がなかったことを強調している。

として裁判所は、先例を変更して、第9条が条約第4条3項(b)と併せて読まれるべきではなく、単独で適用されるべきことを認めた²⁶³。

このようにバヤティアン事件では、欧州評議会の加盟国の慣行を、被告のアルメニアを含む5か国がそれに従っていなかったのにも拘わらず、「ほとんどコンセンサス」があったと評価し、条約解釈に援用している。ダジョン事件やデミール事件と同様に、本事件においても、「当事国の合意」が緩やかに解釈されていることが分かる。

以上、三つの事例を検討してきた。これらの事例から導くことのできる欧州人権条約の解釈における後の慣行の援用の特徴とは、その援用要件としての「当事国の合意」の柔軟な認定であると思われる。それは、第3節で検討した条約法条約第31条3項(b)の後の慣行における「当事国の合意の確立」という要件よりも、相当程度緩和されているということが出来る²⁶⁴。それでは、次に、このような後の慣行の援用の法的根拠について検討してみたい。

(2) 後の慣行援用の法的根拠

以上みてきたように欧州人権条約の解釈においては、締約国の国内法の慣行を柔軟に参照している。それでは、この後の慣行の援用の法的根拠は何なのだろうか。ここでは、第31条3項(b)説、及び第32条説を検討する。

まず、人権条約の後の慣行を条約法条約の第31条3項(b)の意味における後の慣行に基礎づける見解である。例えば、アラトは、欧州人権裁判所が条約法条約第31条3項(b)を拡張解釈したものと捉えている²⁶⁵。確かに、前述のように欧州人権裁判所は、明示的に第31条3項(b)を参照して後の慣行を援用することもある。しかし、全体としてはそのような例は稀であり、実際、上述した3事例では、同条は明示的に参照されていない。この意味において、本稿は、人権条約の解釈における後の慣行を、第31条3項(b)を拡張解釈したものと即断することには慎重にならなければならないと考える。

他方で、法的根拠を、条約法条約第32条の補足的手段に求める見解が存在する。現在後の合意・慣行の再検討を行っている ILC は、そのような立場を採っ

²⁶³ *Ibid.*, paras.109 and 111.

²⁶⁴ Georg Nolte, "Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time, Jurisprudence under Special Regimes Relating to Subsequent Agreements and Subsequent Practice," in Georg Nolte (ed.), *supra* note 3, pp.266-267.

²⁶⁵ Julian Arato, "Treaty Interpretation and Constitutional Transformation: Informal Change in International Organizations," *The Yale Journal of International Law*, Vol.38 (2013), pp.289-290.

ている²⁶⁶。けれども、この見解も、以下の点で問題を持っているように思われる。第一に、第 32 条の補足的手段に訴えることができるのは、①第 31 条の適用で導かれた意味を確認する場合、②第 31 条の規定による解釈が、あいまいもしくは不明確な場合、または③明らかに常識に反しているもしくは不合理な結果がもたらされる場合の三つのいずれかの場合に限られる。けれども、欧州人権裁判所は、そのような要件をの充足を検討しているようには思わない。第二に、その後の慣行の援用は、補足的手段という以上に、解釈において重要な役割を担っているように思われる。

このように、人権条約の解釈における後の慣行の法的根拠についての既存の見解は、いずれも難点を抱えており、その法的根拠ははっきりしない状況にある。けれども、ここで留意が必要なのは、このような後の慣行の援用が、欧州人権条約が「生きる文書 (living instrument)」であり、今日的条件に照らして解釈しなければならないという、いわゆる欧州人権裁判所の「発展的解釈」の文脈においてなされているということである。先に検討した、ダジョン事件、デミール事件、バヤティアン事件のいずれも、この「発展的解釈」の下で国内法の発展が援用された事例であった²⁶⁷。第 3 章にて詳述するように、この発展的解釈とは、条約の趣旨及び目的などから演繹される条約当事国の締結時の意思を根拠として条約を解釈時に照らして解釈するものである²⁶⁸。そのため、この国内法の援用を、発展的解釈から切り離して、後の慣行としてのみ捉えることは、適当ではないように思われる。そうだとすれば、この人権条約解釈における国内法の発展の援用は、一方では発展的解釈として締結時の意思に基礎づけられ、他方では後の慣行として締結後の当事国意思に基礎づけられていると見るのが妥当なのかもしれない。この意味で、国際組織設立条約の解釈の場合と同様に、人権条約の解釈における広義の後の慣行の援用は、本稿にいう発展的解釈と密接に関係しているといえるように思われる。

4. 評価

以上、広義の後の慣行のうち、とくに「確認」のための後の慣行の援用、人権条約解釈における後の慣行の援用、そして国際組織設立条約における後の慣行の援用の三つを取り上げて、それぞれの援用の特徴と法的根拠を検討してきた。ここでは、その検討結果のまとめを行っておきたい。

²⁶⁶ U.N.Doc. A/68/10 (2013), p.29, para.14, pp.38-39, para.27.

²⁶⁷ See *Case of Dudgeon*, *supra* note 249, para.60; *Case of Demir*, *supra* note 253, para.68; *Case of Bayatyan*, *supra* note 258, para.102.

²⁶⁸ これとの関係で、第 3 章第 3 節第 2 項 2. (3)「国内法」参照。

検討の結果、特に、人権条約の解釈における国内法の援用や国際組織設立条約の解釈における機関の慣行の援用は、それが必ずしも条約の全当事国の合意を確立していないのにも拘わらず、条約を解釈時に照らして解釈する方法として重要な役割を果たしていることが明らかになった。

他方で、そのような広義の後の慣行を条約解釈に援用する法的根拠に関しては未だ決着を見ていない。ただ、広義の後の慣行の援用のなされ方からして、それらすべてが条約法条約第 32 条の補的手段に根拠づけられるわけではないと考えられる。このことは、とりわけ国際組織設立条約と人権条約の解釈における広義の後の慣行について言える。これらの広義の後の慣行は、それに反映される締結後の具体的な（しかし当事国の合意を確立しない）当事国意思のみならず、締結時の一般的・抽象的な当事国意思にも基礎づけられるものとみることができる。この意味において、一部の広義の後の慣行の援用は、発展的解釈と密接な関係性にあると行うことができるように思われる。

いずれにせよ、本節で明らかにしえたのは、当事国の合意を確立しない後の慣行も、条約を解釈時に照らして解釈する方法として重要な役割を果たしているということである。なお本稿は、広義の後の慣行を以上の三つの類型に分けて検討を行ったが、広義の後の慣行はこれらに限定されるわけではない。ILC が指摘しているように、広義の後の慣行には、様々な形態があるように思われる²⁶⁹。そして、その形態によって、法的根拠もそれぞれ異なるように思われる。

第 5 節 小括

本章では、後の合意・慣行に関して、それがどのような論理に基づいて条約を解釈時に照らして解釈し得るのか、またどのような場合に後の合意・慣行を援用し得るのか検討を行った。第 2 節においては、まず後の合意・慣行をなぜ条約解釈に援用し得るのかを検討し、それは後の合意・慣行が公権的解釈、すなわち条約当事国が合意した解釈を構成することから、条約解釈で考慮することができることが明らかになった。続いて、条約解釈における後の合意・慣行の機能を検討した。条約法条約の成立以前では、後の合意・慣行は、条約締結時の当事国意思を明らかにする限りにおいて援用可能とする見解も有力だった。けれども、条約法条約成立前後から、後の慣行・合意は、それに反映される条約締結後の当事国意思により、締結時の当事国意思を塗り替え得ること、従って伝統的な意味での同時性原則の例外を構成し得ることが一般的に認められるようになった。これが、解釈時に照らして解釈する方法としての後の合意・慣行の

²⁶⁹ U.N.Doc. A/68/10 (2013), p.41, para.36

背後にある論理であったといえる。

第3節においては、条約法条約第31条3項(a)及び(b)の解釈をその起草過程、学説及び国際判例を通じて検討することで、それらをどのような場合に援用し得るのか明らかにしようと試みた。その結果、以下の3点が明らかになった。第一に、第31条3項の後の合意および慣行は、条約の当事国に帰属し得る行為から構成されるが、国際組織や条約の締約国会議の関係する慣行であっても同条にいう後の慣行や合意を構成する場合があること、第二に、同条にいう後の合意および慣行の成立のためには、いずれも全当事国の合意が必要とされること、第三に、後の慣行に関して、当事国がある慣行に対して沈黙していることをそれに対する合意と認定するためにも高い敷居が存在することの3点である。まとめるならば、条約法条約第31条3項(a)及び(b)の後の合意・慣行は、とくに当事国の合意の存否の判断についてとても厳格に解釈されていることが明らかになった。

第4節では、条約を解釈時に照らして解釈する方法としての後の慣行が、条約法条約第31条3項(b)のそれに限定されるのか検討した。国際判例の検討の結果、とりわけ人権条約や国際組織の設立条約の解釈に際して、当事国の合意を必ずしも確立しない慣行、すなわち広義の後の慣行が援用され、それが条約を解釈時に照らして解釈する方法として機能していることを明らかにした。また、その援用根拠に関しては、諸説があり未だ決着をみていない部分もあるが、これらの広義の後の慣行が、それに反映される締結後の具体的な当事国意思のみならず、締結時の抽象的な当事国意思にも基礎をもつとみることができることから、一部の広義の後の慣行は、本稿がいう発展的解釈に密接に関係していることを指摘した。

既にみたように、通航権事件でICJは、第31条3項(b)の意味における後の慣行は、条約を解釈時に照らして解釈し得る方法であることを示した。けれども、以上の検討に照らすならば、条約を解釈時に照らして解釈する方法としての後の慣行は、第31条3項(b)のそれに限定されず、全当事国の合意を確立しない後の慣行も含まれるということが出来る。

第3章 発展的解釈の論理と条件 — 条約解釈基準時としての解釈時 (2) —²⁷⁰

第1節 緒論

本章では、後の合意・慣行と並ぶもう一つの条約を解釈時に照らして解釈する方法である発展的解釈について検討を行う。そして、発展的解釈がどのような論理に基づいて条約を解釈時に照らして解釈することを可能にするのか、また発展的解釈をどのような条件の下で援用することができるのかを明らかにすることを目標とする。検討は、以下の手順で行う。

第2節「発展的解釈の論理と構造」では、発展的解釈の概念的側面について扱い、条約を解釈時に照らして解釈することを可能にする論理とその推論の構造を明らかにする。より具体的には、まず、発展的解釈という解釈方法の形成と発展に重要な影響を与えたいくつかの歴史的事実を時系列的に検討していくことで、発展的解釈が条約を解釈時に照らして解釈することを可能にする論理を明らかにする。

第3節「発展的解釈の適用事例の分析」では、発展的解釈の実証的側面について扱い、発展的解釈が司法機関によって実際に適用された事例を分析することで、それが、いかなる条件の下、適用可能であるのかを明らかにする。最初に、発展的解釈の推論を二つの段階に区別する分析方法を示したうえで（第1項）、第1段階の推論（第2項）と第2段階の推論（第3項）を区別し分析を加えていく。

第2節 発展的解釈の論理の発展

本節では、発展的解釈が条約を解釈時に照らして解釈する方法として認識され、発展してきた過程を検討する。その作業を通じて、発展的解釈が条約を解釈時に照らして解釈することを可能にする論理を明らかにしたい。ここで検討の素材となるのは、発展的解釈という解釈方法一般に特に重要な影響を与えたと思われる出来事である（したがって発展的解釈の個々の適用事例の網羅的検討ではないことに注意されたい）。便宜的に条約法条約の成立以前（第1項）と成立以後（第2項）を分けて、検討していく。

²⁷⁰ 本章の内容は、Osamu Inagaki, “Evolutionary Interpretation of Treaties Re-examined: Two Stage Reasoning,” *Journal of International Cooperation Studies*, Vol.22, No.2・3 (2015), pp.127-149 に基づいているが、構成や考え方を改めた部分がある。

第1項 条約法条約成立以前

1. 初期の学説及び実行

まず、条約法条約の解釈規則の起草が始まる以前（1964年以前）の学説についてみてみよう。管見の限り、条約法条約の起草以前に本稿にいう発展的解釈の主張を行なった学説は多くない。既にみたように、この時期を代表するフィッツモーリスの解釈理論も、同時性の原則や後の慣行の原則は認めていたものの、本稿のいう発展的解釈への言及はなかった。

このような学説状況の中、注目されるのは、マクネアの解釈理論である。前述したとおり、マクネアは、その条約法の著書で、「条約当事国が用いた言葉の意味に疑義があるとき、これら言葉は、条約締結時に有していた意味を受け取るべきである」と述べており、同時性の原則を認めていた²⁷¹。しかし、それには重大な条件が付けられていた。すなわち、それは「その意思が、反対を示す用語を用いることによって否定されない限り²⁷²」においてのことなのである。それでは、どのような用語を用いれば、同時性の原則を覆すことができるのであろうか。その点について、マクネアは、「相対的用語（relative terms）」との見出しの下で、「例えば‘suitable, appropriate, convenient’などの条約に現れる表現は、条約の時点で固定化せず、日常の出来事や変化の進行の観点から理解されなければならない²⁷³」と述べている。このように、マクネアは、「適当な」などの相対的な用語に関しては、条約の締結時点ではなく、解釈時点で理解されねばならないと主張しているのである。

そして、マクネアは、その実証的根拠として、スペイン領モロッコにおける英国の財産事件²⁷⁴（1924～25年）を取り上げる。この事件は、英国が、当時モロッコの保護国であったスペインに対して、領事館建設のためのモロッコでの土地と住居を要求した仲裁裁判である。英国とモロッコ当局は、1783年に条約を、また1896年には交換書簡を締結し、その中で、モロッコ当局は、「適切な（convenable）土地又は住居」を英国に提供することを約束した。この条約及び交換書簡に基づいて、英国は上記の要求を行なったのであった。本件において注目すべき点は、仲裁人であったのフーバー（Max Huber）が、この「適切な」

²⁷¹ McNair, *supra* note 98, p.467.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne contre Royaume-Uni), Residence at Rio-Marin Case, 29 December 1924, Reports of International Arbitral Awards, Vol.II, pp.722-727; Annual Digest of Public International Law Cases, Years 1923 to 1924, (1933), pp.19-21.*

という文言を、「今日的な要件に照らして、解釈しなければならない²⁷⁵」と判断したことである。マクネアは、フーバーのこの判断は、あらゆる条約がその適用のために今日的に解釈されるべきであると捉えてはならないと諫めている²⁷⁶。マクネアにおいては、このような解釈方法は、条約の「相対的用語」だけに妥当する、飽くまで例外的なもののみなされているのである。

以上のような、マクネアの議論とスペイン領モロッコにおける英国の財産事件は、本稿がいうところの発展的解釈を認めた学説と事例であったと言えるであろう²⁷⁷。またマクネアは必ずしも明確に述べていないが、「相対的用語」に言及したことは、条約が解釈時に照らして解釈できるか否かは、締結当時の当事国の意思（＝文言の性質）に依存すると考えていたことを示唆している。けれども、条約法条約起草以前の時期において、このような見解は、数少ないものであり、発展的解釈が本格的に認知されるようになるには、やはり条約法条約の起草を待たねばならなかったと思われる。そこで、次は、条約法条約の起草過程についてみてみることにしよう。

2. 条約法条約の起草過程（1964-66年）

続いて、ILCにおける条約法条約の起草過程²⁷⁸を概観してみることにしよう。その理由は、条約法条約の起草過程が、本稿が発展的解釈と呼ぶ解釈方法が一般的な認識を得る上で、重要な契機になったように思われるからである。ここ

²⁷⁵ *Reports of International Arbitral Awards*, Vol.II, p.725.

²⁷⁶ McNair, *supra* note 98, p.468.

²⁷⁷ 近時の研究においても、このスペイン領モロッコにおける英国の財産事件を発展的解釈の先駆として位置づける見解が存在する（Eirik Bjorge, *The Evolutionary Interpretation of Treaties* (Oxford University Press, 2014), pp.10-11）。また後に、発展的解釈の初期の事例と位置づけられるものとして、1923年のチュニス及びモロッコにおける国籍法に関する常設国際司法裁判所（PCIJ）の勧告的意見も注目されることがある（例えば、松井「前掲論文」（注2）109頁）。同勧告的意見では、国際連盟規約第15条8項の「国際法上専ら該当事国の管轄に属する事項」の解釈において、「ある事柄が専ら国家の管轄に属するか否かの問題は、本質的に相対的である。それは、国際関係の発展に依存する。」と述べ、付託された問題につき「国際法の現在の状態」から判断を行なった（*Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, Advisory Opinion, 7 February 1923, P.C.I.J., Series B, No.4, p.24*）。なお、この勧告的意見に、フーバーはPCIJの裁判官として参加しており、それが、スペイン領モロッコにおける英国の財産事件における上記判断にも影響を与えたとも推測される。

²⁷⁸ 条約法条約第31条3項（c）の成立に焦点を当てた、条約解釈規則の起草過程先行研究として、松井「前掲論文」（注2）111-116頁；堀見裕樹「条約解釈における『国際法の関連規則に関する』一考察（1）」『法学』第77巻第2号（2013）131-148頁。

では、第1章の同時性原則で述べた内容と若干重複する箇所もあるが、重要な箇所なので、それを厭わず論述していきたい。

(1) 1964年の審議

最初に検討しなければならないのは、やはり、時際法に関する1964年のウォールドック第3報告書第56条である。再度引用すれば、同条は以下とおりである。

第56条 時際法

1. 条約は、それが作成された時に効力を有していた法に照らして解釈する。
2. 第1項に従うことを条件に、条約の適用は、それが適用される時に効力を有している国際法の規則によって規律 (governed) される²⁷⁹。

同条第1項が時際法の第一の側面を法典化したものであったことは、既に第1章で見た。ここで着目したいのは、第2項のほうである。第2項は、先に引用した²⁸⁰パルマス島事件第二の側面を条約法の文脈に適用したものだ。ウォールドックによれば、この時際法の第二の側面は、条約法において「条約の適用は、いつでも、その時に効力を有している国際法の一般的な規則を考慮に入れなくてはならない」ということを意味するという²⁸¹。このようにウォールドックは、パルマス島事件における権利の創設と存続という区別を、それぞれ条約の解釈と適用という区別と平行に捉えた上で、条約の解釈は、締結時に効力を有していた国際法に従ってなされるべきであり、条約の適用に関しては、その時に効力を有していた国際法を考慮に入れるべきとした。しかし、条文に関して問題となるのは、第1項と第2項がいかなる関係にあるのかということである。ウォールドックもこの関係性に困難を抱えていることを認めており、既に第1項の規則の証拠として提示した、グリスバダルナ事件と北大西洋岸漁業事件²⁸²の例を用いて、その説明を試みている。

まず、グリスバダルナ事件についてである。ここでウォールドックは、第2項の規定に反して、国際法の一般規則が垂直線原則から等距離原則に変化は、同

²⁷⁹ *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol.II, pp.8-9.

²⁸⁰ 第1章第2節第1項参照。

²⁸¹ *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol.II, p.9, para.4 (強調原文)。

²⁸² これら事例については、第1章第2節第2項参照。

事件で問題となった 1661 年の条約の適用を修正しなかったのかということも問題としている。ウォルドックは、この問題に対して、「この条約は、境界の明白な解決、言い換えるならば、当時合意した根拠に基づいて最終的な解決をもたらすことを当事国によって意図された²⁸³」からだと答えている。

また北大西洋岸漁業事件に関しても、同様に、同事件で問題となった 1818 年の条約の適用は、1910 年の国際法（3 海里、10 海里規則）によって影響を受けなかったのかという問題について、それは裁判所が、条約締結当時「湾」に関する国際法規則は存在しなかったため、当事国が「湾」という言葉を法的な意味ではなく、一般的な意味に用いて最終的な解決を意図したものと判断したからだとした。その上で、ウォルドックは、もし仮に条約締結当時に法的な意味での「湾」という概念があり、当事国が法的な意味で「湾」という言葉を意図したと裁判所が結論するならば、当事国は条約締結当時の国際法における湾を意図したのであるか、又は、将来の国際法によって湾とされるものを意図したのであるか、という仮想的な問いを立てる。そして、「後者の場合、条約の適用は、『法の発展が要請する条件に従うことになるだろう』²⁸⁴」と述べる。しかし、前者の場合は、そうではないとする。

以上のウォルドックの議論から示唆されるのは、一方で、条約の適用には「いつでも」その時の国際法の考慮をしなければならないと述べながらも、実際には、必ずしも、第 56 条 2 項が「いつでも」適用されるわけではないのではないかということである。言い換えるならば、実質的にウォルドックは、条約の適用がその適用時の国際法によって影響を受けるのは、一定の条件の下においてのみであることを認めているように思われるのである。それでは、その一定の条件とは何であろうか。コメンタリーからは、条約締結時の当事国の意思が重要な要素になっていることが伺える。すなわち、条約締結時に当事国が、条約の文言が将来の法によって規律されることを意図する場合に、第 2 項が適用可能になるものと考えていたように推測される。ウォルドックはコメンタリーで十分に説明を行っていないが、以上ことは、第 2 項の冒頭の「第 1 項に従うことを条件に」という文言の意味するところなのかもしれない。

それでは、この第 56 条は、ILC の委員からどのように受け止められたのか、みていこう。ILC の委員からは、特に第 1 項と第 2 項の関係性の問題を中心に、賛成する意見や批判的な意見が表明された。より具体的には、「解釈」と「適

²⁸³ *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol.II, p.10, para.5.

²⁸⁴ *Ibid.*

用」区別はできないのではないかという意見²⁸⁵や、第1項と第2項は矛盾するという意見²⁸⁶、あるいは両者は矛盾しないという意見²⁸⁷、そして、全く異なる事項を扱う二つの条項を同じ条文の下に並列することへの疑問²⁸⁸など、様々であった。

その中でも、第56条に批判的な立場をとるアレチャガ(Jiménez de Aréchaga)委員の意見は、時際法や発展的解釈を扱う論文等において頻繁に引用される²⁸⁹重要なものである。アレチャガは、まず第1項の規則について上手く機能しないとしつつ、以下のように述べる。

当事国の意思が支配的であるべきである。そして、その意思に関する限り、二つの可能性があるように思われる。すなわち、当事国が不変の法的概念を条約に取り込んだか、あるいは、もし彼らがそのような意思を持たなければ、その法的概念は、変化に従うだろうし、その文書の文脈のみならず、それら法的概念が属する法秩序全体の枠組みの中で解釈されなくてはならなくなるだろう。第1項に提案されるように、あらゆる概念を条約が起草されたときの状態で固定化(crystallizing)することによって、当事国の意思の自由な作用を妨げるべきではない²⁹⁰。

次に第2項の規則について、アレチャガは、ウォルドックのコメンタリーで挙げられている事例(グリスバダルナ事件、北大西洋岸漁業事件)が実際には第2項の規則を適用したものではないことに言及し、それは、当事国の意思が、最終的な解決を図ることだったからであるとする。そして、「第2項で提案される規則よりもむしろ、当事国の意思が支持されるべきである²⁹¹」と結論する。このようにアレチャガは、ウォルドックの提唱する時際法に基づく規則と当事

²⁸⁵ *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol.I, p.33, para.6 (Verdross); p.34, para.11 (Jiménez de Aréchaga).

²⁸⁶ *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol.I, p.35, para. 2 (Cestrén); p.35, para.7 (Tabibi); p.36, para.18 (Elias).

²⁸⁷ *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol.I, p. 37, para. 27 (de Luna); p.38, para. 40 (Briggs); p.39, para.54 (Lachs).

²⁸⁸ *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol.I, p.37 paras 28 and 32 (de Luna); p.39, para. 53 (Ago); p.39, para. 54 (Lachs).

²⁸⁹ 例えば、Rosalyn Higgins, "Some Observations on the Inter-Temporal Rule in International Law," in Jerzy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* (Kluwer Law International, 1996), p.179 ; 松井「前掲論文」(注2) 117頁。

²⁹⁰ *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol.I, p.34, para.10.

²⁹¹ *Ibid.*, p.34, para.11

国意思を対比して、後者を重視するアプローチを提唱したものといえる。

また、アレチャガと同様に、鶴岡（鶴岡千仞）委員も、可能な限り条約の安定性と慣習国際法の柔軟性は調和される必要があるとして、条約の解釈にあたり、どの時点の国際法に照らして解釈されるべきかは、当事国の意思に拠るという意見を表明している²⁹²。

このように、一見するならば、条約をいつの時点での国際法に照らして解釈するかという問題に関して、ウォルドックは時際法に基づく規則（第 56 条）の適用により解決を試みようとしたのに対して、アレチャガや鶴岡は、条約当事国の意思を重視するアプローチを主張して対立したように見える。しかし、より実質的に考えるならば、ウォルドックの見解とアレチャガや鶴岡の見解にはそれほど隔たりがなかったと言えるように思われる。なぜならば、先にみたように、ウォルドック自身も、この問題を一般的な規則として表現しようと試みつつも、第 56 条 2 項の適用に関しては当事国の意思に依存していることを実質的に認めていたと考えられるからである。しかしながら、いずれにせよ、以上の ILC における議論は、この問題に関する明確な規則を成文化することの困難さを浮き彫りにしたと言える。

議論の結果、第 56 条の内容は、条約の解釈の箇所で再考されることになった²⁹³。そして、ウォルドックは、第 56 条 1 項を基にして、条約解釈の「一般規則」を扱う第 70 条 1 項 (b) を、第 56 条 2 項を基にして、「後の慣習法又は条約の解釈に関する合意の効果」を扱う第 73 条を起草した²⁹⁴。第 70 条 1 項 (b) は、条約を「条約締結時に効力を有していた国際法の規則の文脈において」解釈することを要請するものである。同条は、先に概観したように²⁹⁵、時際法の第一の側面（同時性の原則）を定式化したものである。これに対して、第 73 条

²⁹² 鶴岡は、以下のように述べている（*Ibid.*, pp.36-37, para. 24.）。

「条約は、当事国の意思を表現する。もし、その意思が、漠然と表現されていたならば、その条約には解釈が必要となる。それが、ユス・コーゲンスの規則に抵触しない限りにおいて、表現された意思は、条約が締結されたときに支配的な国際法に照らして、解釈されなければならない。しかし、当事国の意思が明示的に表明されない場合もある。そのときは、解釈によって当事者の黙示的意思を決定しなくてはならない。もし解釈により、当事国が国際法の発展に従うことを望んでいたことが明らかになった場合、それは、条約が解釈されるときに支配的な国際法である。そうでない場合には、適用されるべきは、条約締結当時の当事国の黙示的意思である。」

²⁹³ *Ibid.*, p.40, para.64.

²⁹⁴ *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol.II, pp.52-53.

²⁹⁵ 第 1 章第 2 節参照。

は以下のように規定する。

第 73 条 後の慣習法又は条約の解釈に関する合意の効果

第 70 条及び 71 条の下での条約の用語の解釈はいつでも、以下のものを考慮する—

- (a) 条約の主題に影響を与える後の国際慣習法規則の出現であって、すべての当事国を拘束するもの；
- (b) すべての条約当事国の間の後の合意であって、その主題に関係するもの；
- (c) 条約に関係する後の慣行であって、条約の拡張又は修正についてすべての当事国の同意を証明するもの²⁹⁶。

ウォルドックの付したコメンタリーによると、これは、時際法の第二の側面を定式化するものであった²⁹⁷。ウォルドックは、「条約の解釈及び適用に影響をえて、法が発展し得る三つの方法があると思われる²⁹⁸」としてこの条文を起草した。後の国際法の発展だけではなく、後の合意や後の慣行も含まれている点が、第 56 条 2 項とは異なり、注目される点である。

この草案に関して、ILC の委員は、どのように受け止めたのだろうか。まず、第 70 条 1 項 (b) の「条約締結当時に効力を有していた」という文言に関しては、その削除を求める意見²⁹⁹とその維持を求める意見³⁰⁰が対立した。その維持をもっとも強く主張するヤシーン (Yasseen) 委員は、その理由として、当事国は締結時に支配的だった法秩序を考慮して条約を作成していることを挙げている³⁰¹。この対立に関して、ウォルドックは、両意見に実質的に大きな違いはなく、前者の意見 (削除する意見) は、第 73 条 (a) によってカバーされていると述べた³⁰²。他方で、第 73 条に関しては、時際法の観点からはあまり議論はなされなかった。むしろ、この条文が解釈というよりも修正 (modification) の問題を扱っているため、その条文の位置を変更すべきではないか、という意見が

²⁹⁶ *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol.II, p.53.

²⁹⁷ *Ibid.*, p.61, para.31.

²⁹⁸ *Ibid.*, p.61, para.32.

²⁹⁹ *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol.I, p.278, para.47 (Tunkin); pp.280-281, para.81 (Ago).

³⁰⁰ *Ibid.*, p.279, paras.56-57 (Yasseen); p.281, para.93 (Yasseen).

³⁰¹ *Ibid.*, p.279, para.57.

³⁰² *Ibid.*, p.282, para.94.

多く出た³⁰³。ウォルドック自身もその必要性を認め³⁰⁴、第 70-73 条は起草し直されることとなった³⁰⁵。

そこでウォルドックは、第二次草案を起草し、第 769 会合に提出した。二次草案では、第 70 条第 1 項 (b) には大きな変更は加えられなかったが、その「締結時に効力を有していた」という文言には、ブラケットが付されていた³⁰⁶。これに対して、これまで第 73 条とされていた条項は、「後の条約、後の慣行又は後の慣習法による条約の修正」を扱う第 69 条 A となった³⁰⁷。ILC 委員の間での議論では、第 70 条 1 項 (b) について、「締結時に効力を有していた」という文言を削除すべきという意見³⁰⁸と維持すべきであるという意見³⁰⁹が引き続き対立した。ウォルドック自身は、この文言の削除を躊躇すると述べている³¹⁰。議論の結果、第 70 条は、「締結時に効力を有していた」という文言は維持されたまま、第 69 条として暫定採択された。他方、第 69 条 A に関しては、時際法の観点からの議論はなされず、また (b) の「黙示の (tacit)」という文言が削除されただけで、第 68 条として暫定採択された。

それでは暫定採択された条文に付された ILC のコメントリーをみていこう。まず第 68 条の (c) に関しては、時際法の第二の側面を条約法に適用したものであることが述べられている³¹¹。第 69 条 1 項 (b) に関しては、幾人かの委員が、国際法の一般規則の変化によって条約の解釈が影響を受けることがあるため、「締結時の国際法に照らして」という文言の削除を求めたことに言及した。しかし、委員の多数派は、法の変化の条約の影響は、解釈の問題というよりも、

³⁰³ *Ibid.*, p.296, para.35 (Verdross); p.296, para.37 (de Luna); p.297, para.44 (Yasseen); p.297, para. 48 (Tunkin).

³⁰⁴ *Ibid.*, p.296, para.39.

³⁰⁵ *Ibid.*, p.298, para.56 (Chairman).

³⁰⁶ *Ibid.*, p.309, para.3.

³⁰⁷ 第二次草案第 69 条 A は以下のように規定する (*ibid.*)。

- 「第 69A 後の条約、後の慣行又は後の慣習法による条約の修正条約の運用 (operation) は、以下のものによって、また修正され得る—
- (a) 同じ主題に関係する当事国の間での後の条約であって、それらの条項が両立しない限りのもの；
 - (b) 条約の適用についての当事国の後の慣行であって、その条項の変更 (alteration) や拡張について黙示の合意を確立するもの；又は
 - (c) 条約で扱われている事項に関係する新たな慣習法規則の後の出現であって、全ての当事国を拘束するもの。」

³⁰⁸ *Ibid.*, p.310, para.8 (Tunkin); p.311, para.27 (Ago).

³⁰⁹ *Ibid.*, p.310, para.11 (Yasseen); p.312, para.28 (Yasseen); p.312, para.31 (de Luna); p.312, para.36 (Amado).

³¹⁰ *Ibid.*, p.311, para.26.

³¹¹ *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol.II, p.198, para.3.

条約の適用又は修正の問題であると考えたとして、以下のように述べる。

彼ら（委員の多数派—稲垣注）は、法の変化によって、用語の「範囲」がしばしば変化することを認めている。……しかしながら、多数派は、法の変化がこの効果を持つか否かは、その用語を用いた当事国の最初の意味（initial intention）に依存し、またその法の変化の効果は、解釈規則の問題というよりも法の適用の問題とみなすべきだと考えた³¹²。

ここで、ILC は、後の国際法の発展によって用語の範囲が変化することを認めるが、それが当事国の最初の意味に基づくことを認めている。ウォルドック第3報告書第56条の議論において、アレチャガ委員や鶴岡委員が述べた考えが、ここで「多数派」の考えとして採用されているのである。このように、1964年のILCの審議では、一方で時際法の第一の側面と第二の側面を反映する解釈規則（それぞれ最終的に第69条1項（b）と68条（c）となった）を明文化するアプローチを採りつつも、他方で、条約の意味が国際法の発展によって変化するか否かは当事国の最初の意味に依存するという実質的な理解がILCの中に形成されていったと評価できるだろう。

（2）1966年の審議

次に1966年の審議の動向をみてみよう。この年、ウォルドックは、1964年に暫定採択された条文に対する各国政府の意見を踏まえて、第6報告書を提出している。最初にその内容を概観しよう。まず、第68条に関してであるが、（a）項は、「両立しない規定を有する条約の適用」を扱う第63条でカバーされていることから削除し、また、（c）項に関しても、時際法については条約解釈（第69条）の文脈で再考されるべきことから本条では削除が望ましいとし、結局、第68条には後の慣行による条約の修正のみを残すことを提案した³¹³。

これに対して、第69条1項（b）についてはどうであろうか。ウォルドックは、本条について寄せられた幾つかの政府の意見を慎重に検討している。その一つは、オランダ政府のものであり、「締結時に効力を有していた」という文言につき、以下の理由で削除を求めた。すなわち、法的用語は、それが締結当時に有していた意味に解釈されねばならない場合もあるが、他方で、条約が解釈される時の国際法に照らして解釈しなければならない場合もあるというので

³¹² *Ibid.*, p.203, para.11.

³¹³ *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol.II, p. 91, para.15.

ある。そのため、ある特定の場合において、用語を何時の時点の国際法に照らして解釈するという問題には明文では答えずに、同条 1 項の「誠実 (good faith)」に委ねるのが適切であるとした³¹⁴。もう一つは、ギリシャ政府の見解である。ギリシャ政府も、「締結時に効力を有していた」という文言は、「いわゆる発展的解釈を排除する効果を持つ」として、批判的であった³¹⁵。

これらの意見を受けて、ウォルドックは、以下の二つ選択肢を提示する。一つは、第 68 条で削除を提案した時際法の第二の側面を第 69 条内に反映させるというものである。これは、時際法の両側面を盛り込むことで、上記の政府の批判に応えることを意図するものだった。もう一つの選択肢は、上記オランダ政府の見解に沿って、「締結時に効力を有していた」という文言を削除し、解釈における時間的要素を「誠実」に読み込むというものである。しかし、ウォルドックは、前者の選択肢を採ることに難色を示す。なぜなら、「時際法の第二の側面は、……条約締結当時の当事国の意思と必ずしも切り離せない³¹⁶」からである。つまり、その当事国の意思によって、締結時の国際法に照らして解釈しなければならない場合も、解釈時の国際法に照らして解釈しなければならない場合もある。このため、ウォルドックは、「時際法の第二の側面を第 69 条に組み込むとすれば、その定式化には細心の注意が必要となる³¹⁷」として、前者の選択肢に難色を示したのであった。代わりに、解釈規則から時間的要素をすべて削除し、「時際法の適用を黙示に委ねる³¹⁸」後者の選択肢を提案する。

それでは、以上のようなウォルドックの第 6 報告書は、ILC の委員からどのように受け止められたのであろうか。まず、68 条に関するウォルドックの提案に対して、委員は概ね賛成した。次に、第 69 条から、時間的要素をすべて削除する提案に関してである。この提案には、反対する意見³¹⁹もあったが、多くの委員はこれに賛同した。賛同する意見で特に注目されるのは、条約を締結時の国際法に照らして解釈するか、又は解釈時の国際法に照らして解釈するかは、当事国の締結時の意思に依存するため、一般的な成文規則を作るのが難しいという認識が、多くの委員の間で共有されていることである³²⁰。このような動向

³¹⁴ *Ibid.*, p.92; p.97, para.11; pp.322-323, para.29.

³¹⁵ *Ibid.*, p.93; p.97, para.11; U.N.Doc. A/C.6/SR.845 (11 October 1965), para.42.

³¹⁶ *Ibid.*, p.97, para.13.

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ *Ibid.* なお、松井「前掲論文」(注 2) 114 頁は、この点を重視する。

³¹⁹ *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol.I, Part II, p.187, para.33 (Briggs); p.192, para.92 (Bartoš); p.197 para.53 (Yasseen).

³²⁰ 例えば、*Ibid.*, p.185, para.10 (de Luna); pp.188-189, para.50 (Castrén); p.190, paras.71-72 (Jiménez de Aréchaga); p.195, para.23 (Reuter); p.196, para.31 (El-Elian).

を受けて、ウォルドックは、委員会が条草案に時際法の問題を扱わない方向に向かっているとの印象を述べた上で、この問題について、以下のように総括した。

用いられた用語が固定された内容を持つものと意図されていたか、あるいは法の発展に従って意味が変化するものと意図されていたかという問題は、当事国の意思を解釈することによってのみ決することが出来る。厳密に言うならば、この問題は、時際法の問題ではない³²¹。

このような流れで、条約法条約の条草案からは、条約解釈における時間的要素の規定はなくなり、条草案第 27 条 3 項 (c) (条約法条約第 31 条 3 項 (c) に相当) となる。同条の ILC のコメンタリーは、時間的要素が削除された経緯とともに、「時間的要素 (temporal element) の正しい適用は、用語の誠実な解釈によって示されている³²²」と述べる。このように 1966 年の審議において、条約解釈の静態性と動態性の二つの要素をいかに調整するかという問題に対して、当初ウォルドックが意図していた成文規則による解決は放棄され、当事国意思の解釈あるいは「誠実」に基づく解決の道が選ばれたのである。

(3) まとめ

以上、検討した条約法条約の起草過程からは、二つの意義が見出される。第一に、ウォルドックの時際法の二つの側面を条約解釈に適用する提案を契機として、条約の用語を締結時の国際法及び言語上の用法に照らして解釈する (= 同時性の原則) のか、または解釈時の国際法及び言語上の用法に照らして解釈する (= 発展的解釈) のか、という条約解釈上の問題が存在するということが一般的に認識されたことである。第 1 章において、フィッツモーリスの同時性の原則が、時際法の第一の側面を条約解釈に適用したものであることをみたが、ウォルドックは、第一の側面だけではなく、第二の側面をも、条約解釈の文脈で検討しようとした³²³ (ただし、ウォルドックは、第二の側面が条約解釈に適

³²¹ *Ibid.*, p.199, para.9.

³²² *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol.II, p.222, para.16.

³²³ パルマス島事件における時際法を、条約解釈の問題に類推的に適用することが真に妥当であるか否かには、議論がある。それに否定的な見解として、R. Higgins, *supra* note 289, p.178; U. Linderfalk, *supra* note 2, p.116 参照。本稿筆者も、否定的な立場を採る。とはいえ、この類推適用がたとえ妥当でないとしても、発展的解釈が認識される契機をもたらしたという、それが事実として果たした役割は、否定しえない。

用された実例を示すことができなかつた)。ここにウォルドックの独自性が認められると共に、それが、上記の重要な条約解釈上の問題点が認識される契機を作り出したのだといえる。

第二に、上記の条約解釈上の問題の解決において、締結時の条約当事国の意思が重要だという認識が形成されたことである³²⁴。言い換えるならば、条約を締結当時の国際法に照らして解釈するか、又は、条約を解釈時の国際法に照らしているかは、一般的に答えられる問題ではなく、条約締結時の条約当事国の意思に基づいて、個別具体的に考えねばならない問題であるという認識が徐々に浸透した。これは、そのような趣旨の発言をする委員の数が増大したことから明らかだろうと思われる。その結果、発展的解釈が条約締結時の当事国の意思に基づいてなされる解釈方法だという認識が生まれたものと考えられる。すなわち、条約の用語を、解釈時のその時々国際法や用語の用法に照らして理解すること(=発展的解釈)が許されるのは、条約締結時に条約当事国が当該用語に変化する意味を与えることを意図したからだという論理である。

けれども、前述したように、ウォルドックは、時際法の第二の側面が条約解釈に適用された事例、すなわち発展的解釈がなされた実例を示すことが出来なかつた。この意味で、条約法条約の起草過程で認識されたものは、発展的解釈の理論的な可能性に留まっていたと言っても過言ではない。次に、理論的可能性として認識された発展的解釈が、条約法条約の成立後どのように展開していったのか見ていくことにしよう。

第2項 条約法条約成立以後

1. ナミビア事件 ICJ 勧告的意見(1971年)

条約法条約の起草過程において、その理論的可能性が認識された発展的解釈であるが、その後程なくして、実際の国際裁判で適用されることとなった。それが、1971年のICJナミビア事件勧告的意見³²⁵である。この事例は、発展的解釈が実際に適用された初めての事例であると指摘されることもあるため³²⁶、重要である。以下では、同事件において、どのような背景の下、またどのように発展的解釈が適用されたのか見ていくことにする。

まず、事件の背景である。本件は、国際連盟規約(以下、「連盟規約」と略)

³²⁴ 松井「前掲論文」(注2)117-119頁、R. Higgins, *ibid.*, p.181。

³²⁵ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p.16.

³²⁶ Oliver Dörr, *supra* note 96, p.534, para.25.

第 22 条 6 項に基づく、南アフリカによる南西アフリカ（ナミビア）の委任統治に関する事件である。南アフリカが委任状に違反して南西アフリカの統治を行なっていることについて、国連総会は、1966 年に決議 2145（XXI）を採択し、南アフリカとの間の委任状の終了を決定した³²⁷。そして安全保障理事会（以下、「安保理」と略）は、1970 年、決議 276 を採択し、「ナミビアにおける南アフリカ当局の引き続きの存在は違法であり、その結果、委任状終了後に南アフリカがナミビアに代わってまたは関してとったあらゆる行為は、違法かつ無効である」と宣言した³²⁸。同年、安保理は、この決議の法的帰結について ICJ の勧告的意見を要請した。すなわち、「安保理決議 276（1970）にも関わらず、南アフリカがナミビアに引き続いて存在することの諸国に対する法的効果はどのようなものか」と³²⁹。

この勧告的意見において、発展的解釈が問題となったのは、連盟規約第 22 条第 1 項の「文明の神聖なる使命（a sacred trust of civilization）³³⁰」という文言の解釈についてであった。この解釈問題は、裁判所が連盟規約第 22 条 6 項の C 式委任統治（南西アフリカの委任統治もこれに含まれる）の性質を明らかにする文脈で検討がなされた³³¹。以下、その一連の論理展開を追ってみよう。

南アフリカは、書面手続において、国際連盟規約第 22 条の起草過程に大幅に依拠して、C 式委任統治の実際の効果は、併合（annexation）と大きく異なるものでなかったことなど、C 式委任統治を他の A 式及び B 式委任統治から区別する主張を展開した³³²。裁判所は、この見解は連盟規約の諸条項を名目化し、それらが規定する権利を不完全で執行不可能なものにするものだとして、以下のような批判を展開する。まず裁判所は、1950 年の南西アフリカの国際的地位に

³²⁷ U.N. Doc. A/Res/2145 (XXI) (27 October 1966), para.4.

³²⁸ U.N. Doc. S/Res/276 (30 January 1970), para.2

³²⁹ U.N. Doc. S/Res/284 (29 July 1970), para.1.

³³⁰ 公定訳から仮名遣いを改めた（以下同様）。なお、国際連盟規約第 22 条 1 項は、以下のように規定する。

「今次の戦争の結果従前支配したる国の統治を離れたる殖民地及領土にして近代世界の激甚なる生存競争状態の下に未だ自立し得ざる人民の居住するものに対しては、該人民の福祉及発達を計るは、文明の神聖なる使命なること、及其の使命遂行の保障は本規約中に之を包容することの主義を適用す。」

³³¹ *I.C.J. Reports 1971*, pp.27-32, paras.42-52.

³³² *Ibid.*, p.28, para.45. またこの主張の詳細については、*Pleadings, Oral Arguments, Documents, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Vol.I Request for Advisory Opinion, Documents, Written Statements*, pp.551-552, paras.23-24; p.582, para.82 などを参照。

関する勧告的意見において、無併合の原則と人民の福祉及び発達の原則が「文明の神聖なる使命」を構成すること、また委任統治制度は「文明の神聖なる使命」という目的を持つ国際的制度であると判示したことを想起する³³³。そして連盟規約第 22 条の各条項を検討して³³⁴、それらがこの目的を達成するための明白な法的義務を設定するものであると述べる³³⁵。また、南アフリカの併合の主張に関しては、旧敵国の植民地を併合する強い傾向があったのは確かであるが、交渉の結果は併合という観念を拒否したとして、委任統治制度の趣旨及び目的に反する解釈によって、その明白な意味を無視できると主張することはできないと述べた³³⁶。そして裁判所の所論は、連盟規約の規定の検討から連盟規約の採択後の展開の分析へと転じる。そこでは、国連憲章第 73 条が「神聖なる信託」を非自治地域まで拡大したことや 1960 年に国連総会が採択した植民地独立付与宣言などの国際法の発展、また実際に多くの委任統治制度の下におかれていた地域が独立したことにも言及がなされている³³⁷。その上で、裁判所は、委任統治制度の目的である「文明の神聖なる使命」の内容は何かという問題に移る。そして、この文脈において発展的解釈が用いられた。裁判所は以下のように述べる。

裁判所は、ある文書の解釈をその締結の当時における当事国の意図に従って行なうことが何よりも必要であることを認識しているが、規約第 22 条に具現された概念—「近代世界の激甚なる生存競争状態」と関連人民の「福祉及発達」—は静的ではなく、本質的に (by definition) 発展的 (evolutionary) であり、したがって「神聖なる使命」の概念もまたそうであるという事実を考慮に入れなければならない。結果的に、規約の当事国は、それらをそのようなものとして受け入れたとみなさなければならない。そのため、1919 年の制度をみるときに、その後の半世紀に起こった変化を考慮に入れなければならない。その解釈は、国連憲章や慣習法を通じての後の法の発展から影響を受けずにはいないのである。さらに、国際文書は、解釈の時点で支配的な法体系全体の枠組みの中で解釈され適用されなければならない。現在の手続が関係している分野では、過去 50 年の間に、上に示したような重要な変化が起こった。このような発展

³³³ *I.C.J. Reports 1971*, pp.28-29, para.46.

³³⁴ *Ibid.*, pp.29-30, paras.47-49.

³³⁵ *Ibid.*, p.30, para.49.

³³⁶ *Ibid.*, p.30, para.50.

³³⁷ *Ibid.*, p.31, para.52.

は、神聖なる使命の究極的な目的が関係人民の自決と独立であることを疑い得ないものにした³³⁸。

このように、発展的解釈を用いて「文明の神聖な使命」という文言を解釈時の国際法に照らして解釈することにより、その究極的な目的を、関係人民の自立と独立であると明言した。そして「C式委任統治にA式及びB式の委任統治と異なる趣旨及び目的を付与しようとする解釈は受け入れることはできない」と結論した³³⁹。つまり、裁判所は、いずれの委任統治の方式であろうと、人民の自立と独立という目的は共通であるとの理由から、南アフリカによるC式委任統治をA式、B式と区別する主張を退けた。

本件において発展的解釈が用いられた背後には、二つの特別な事情があるように思われる。一つは、1966年の南西アフリカ事件の第二段階判決（以下、「1966年判決」と略）³⁴⁰である。この事件では、原告のエチオピアとリベリアに、南アフリカが委任統治の下で負う義務の履行を要求できる法的権利があるかどうか問題となった。両国は、「文明の神聖な使命」という文言を根拠として、そのような法的権利があると主張した³⁴¹。しかしながら、裁判所は、そのような法的権利を発生させるには、道徳的又は人道的な理想や利益では不十分で、それらに十分に法的な表現や形態が伴っていることが必要であるとした³⁴²。その上で、「文明の神聖な使命」は、道徳的又は人道的な理想を構成するものの、それ自体として法的な権利や義務を発生させないとして、原告の主張を退けた³⁴³。このように1966年判決は、ナミビア事件と対照的に「文明の神聖な使命」を道徳的又は人道的理想であると解して、そこに法的な意味を見出さなかったのである。

この対照的な解釈結果は、既に先行研究によつて的確に指摘されているように、依拠した解釈方法の相違からもたらされたと考えられる³⁴⁴。すなわち1966年判決は、伝統的な同時性の原則に依拠して条約解釈を行っていた。同判決は、前述したモロッコにおける米国民の権利事件を参照しながら、委任状に関する当事者の権利及び義務がいかなるものであるか確定するためには、「委任統治

³³⁸ *Ibid.*, p.31, para.53.

³³⁹ *I.C.J. Reports 1971*, p.32, para.54.

³⁴⁰ *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 6

³⁴¹ *Ibid.*, p.34, para.51.

³⁴² *Ibid.*, p.34, paras.49 and 51.

³⁴³ *Ibid.*, p.34-35, paras.52 and 54.

³⁴⁴ 松井「前掲論文」（注2）110-111頁、桜井利江「『文明ノ神聖ナル使命』の意味変化」山本草二ほか編『国際法判例百選』（有斐閣、2001）94-95頁。

制度が開始され、委任統治の文書が起草された時点に立たねばならない」と述べ、伝統的な同時性の原則に則って条約解釈を行なうことを明言していた³⁴⁵。したがって、ナミビア事件勧告的意見における裁判所は、このような先例を覆し、「文明の神聖な使命」により実質的な内容を与えるために、発展的解釈に訴える必要があったものと考えられる。

ナミビア事件において裁判所が発展的解釈を用いたもう一つの理由は、本件において南アフリカが依拠した連盟規約の解釈方法に見出される。裁判所も指摘しているように³⁴⁶、南アフリカは、大幅に連盟規約の準備作業（起草過程）に依拠して、議論を組み立てていた。言い換えるならば、同国は、条約締結時を基準時として条約解釈を行っていたことになる。この主張に対抗するためにも、裁判所は発展的解釈に訴える必要があったと考えられる。

ナミビア事件における発展的解釈は、以上のような文脈と事情の下、適用されたものであった。先に引用した発展的解釈の推論に関しては、本章第3節にて詳細に分析するが、ここではさしあたり、以下の二つの点を確認しておくことにしたい。第一に、裁判所は、「文明の神聖な使命」という文言を、連盟規約が締結された1919年の時点ではなく、その後の国際法の発展を考慮に入れ、解釈時を基準時として解釈を行った。つまり裁判所は、それまで理論的可能性に留まっていた発展的解釈を実際に適用した。

第二に、裁判所が、発展的解釈を締結時の当事国意思に基礎づけたことである³⁴⁷。これは、「文明の神聖な使命」という文言が「本質的に発展的」であり、したがって「当事国がそのようなものとして受け入れたとみなさなければならない」と述べている点に表れている。言い換えれば、裁判所は、当事国が「文明の神聖な使命」という本質的に発展的な性質の文言を条約に用いたことから、同文言にその後の国際法の発展に従って変化する意味を付与したという締結時の当事国意思を認定し、それによって発展的解釈を基礎づけた。この論理により、締結時の当事国意思に従って解釈するという同時性の原則と矛盾することなく、条約を解釈時に照らして解釈することが可能になったのである。

このように、ナミビア事件勧告的意見における発展的解釈は、ILCにおいて初めて認識された発展的解釈の理論的可能性を、忠実なかたちで現実に適用したものと評価できよう。またそれは、以下でみるように、その後の発展的解釈

³⁴⁵ *I.C.J. Reports 1966*, p. 23, para.16 and pp.47-48, paras.89-91.

³⁴⁶ *I.C.J. Reports 1971*, p.28, para.45.

³⁴⁷ 松井芳郎「現代世界における紛争処理のダイナミックスー法の適用と創造の交錯」『世界法年報』第25号（2006）7頁。

の議論で重要な役割を果たす。

2. 万国国際法学会における時際法に関する検討（1973-75年）

万国国際法学会では、1973年から1975年にかけてデンマークの国際法学者であるマックス・ソーレンセン（Max Sørensen）を報告者として、「国際公法における時際法と呼ばれる問題」について検討が行なわれた³⁴⁸。

この中でソーレンセンは、条約解釈と時間の問題を扱っている。規範が成立した時代の概念又は用語が有した意味を考慮しなければならないのか、または、時間の経過の中で起こった変化を勘案し、規範の適用時にそれに与えられる意味を考慮することが適当なのかという問題である。そして、これは、規範が含んでいるのが、固定化された内容への参照（*renvoi à contenu fixe*）なのか、変動的参照（*renvoi mobile*）なのかという問題に定式化されるという³⁴⁹。

ソーレンセンは、この問題の解決について、いかなる場合にも妥当する一般的な解答を与えることはできないとして、結局、二つの可能性の内どちらを選択するのかということについての個別の条約解釈に依存するとした。そして、その条約解釈の際には、当事国が固定的参照と変動的参照のどちらを望んだのかという当事国の意思やその意思が確立されていない場合には条約の趣旨及び目的を参照するなど、要するに他の解釈と同様の方法が用いられねばならないと指摘している³⁵⁰。また、条約中の文言を変動的参照として解釈した例として、前述したナミビア事件勧告的意見における国際連盟規約第22条の「文明の神聖な使命」の解釈を挙げている³⁵¹。

以上に関連して注目されるのは、ソーレンセンが条約を締結時と解釈時どちらに照らして解釈しなければならないかという問題を、法規範の時間的適用範囲の画定という時際法が本来扱う問題とは関係がなく、専ら条約解釈の問題と捉えていることである³⁵²。これは、条約法条約における解釈規則の起草の初期

³⁴⁸ ソーレンセンは、以下の三つの報告書を公表している。Max Sørensen, “Exposé préliminaire présenté par Max Sørensen,” *Institut de Droit Interanational Annuaire*, Vol.55 (1973), pp.50-66; Max Sørensen, “Rapport provisoire présenté M. Max Sørensen,” *Institut de Droit Interanational Annuaire*, Vol.55 (1973), pp.1-49; Max Sørensen, “Rapport définitif présenté par Max Sørensen,” *Institut de Droit Interanational Annuaire*, Vol.55 (1973), pp.85-100.またこの万国国際法学会の検討に関する先行研究として、さしあたり佐藤『前掲書』（注221）480-484頁、皆川「前掲論文」（注2）344-345頁。

³⁴⁹ Max Sørensen, “Rapport définitif présenté par Max Sørensen,” *Institut de Droit Interanational Annuaire*, Vol.55 (1973), p.90.

³⁵⁰ *Ibid.*, p.91.

³⁵¹ *Ibid.*, pp.92-93.

³⁵² *Ibid.*, p.89 and 93.

において、ウォルドックがこの問題をパルマス島事件の時際法の適用問題と捉えていたことと対照的であると言えよう。

以上の報告に基づいて、1975年に学会は「国際公法における時際的問題」と題する決議を採択する。条約解釈に関しては、同決議第4項が重要である。それは以下の通りである。

条約の規定が法的又はその他の概念を定義することなく参照している場合はいつでも、当該概念が、その規定が起草された時点で理解されるべきか又はその適用の時点で理解されるべきか決定するために、通常解釈の方法 (*méthodes habituelles d'interprétation*) に訴えることが適当である。あらゆる条約の解釈は、適用時点で当事国に適用される関係する国際法規則を考慮に入れなければならない³⁵³。

この決議は、概ね上記のソーレンセンの報告に従ったものといえる。それは、条約の用語の意味を、締結当時のものとして理解するか解釈時点のものとして理解するかは、条約解釈の問題であり、その際に「通常解釈手段」を用いるとしていることに表れている。

以上のような万国国際法学会の検討で重要だと思われるのは、第一に、条約の意味を解釈時と締結時のどちらに照らして理解されねばならないかという問題を、時際法の適用問題と捉えずに、専ら条約解釈の問題であると捉えたことである。これは、条約法条約の起草においてウォルドックが最終的に行き着いた立場³⁵⁴と同じといえる。そして第二に、上記決議にも表れているように、扱われた問題が、締結時の国際法に照らして解釈されるのか、解釈時の国際法に照らして解釈されるのかということに限定されていないことである。したがって、ここでは、解釈時の条約の意味が、締結後に発展した国際法以外によってもたらされることも否定されていないと言ふべきである。

3. ILC 国際法の断片化研究部会での検討 (2002-06年)

次に、ILCの国際法の断片化研究部会での作業について検討しよう。この研究部会は、コスケニエミ (Martti Koskenniemi) を議長として、国際法の断片化 (fragmentation) に対する処方箋として、「体系的統合 (systemic integration)」というキーワードの下、条約法条約第31条3項(c)に関する検討を行った。

³⁵³ *Institut de Droit Interanational Annuaire*, Vol.56 (1975), p.538.

³⁵⁴ 前掲注 321 とその本文における引用参照

その中の一つの論点が、時際性をめぐる問題、すなわち「第 31 条 3 項 (c) を適用する際に、解釈者は、条約の締結時に効力を有していた国際法規則のみを参照すべきなのか、あるいは、後の法の変化も考慮に入れることができるのか³⁵⁵」という、条約法条約の起草時にすでに提起されていた問題だった。条約の締結時に効力を有していた国際法規則のみを参照することは、伝統的な意味での同時性の原則の適用を意味し、反対に、後の法の変化を考慮に入れることは、本稿でいう発展的解釈に該当する。研究部会は、第 31 条 3 項 (c) の適用において、一体どのような場合に、発展的解釈に訴えることができると考えたのであろうか。

この点について、まず研究部会議長コスケエミの報告書は、以下のように述べている。

出発点となるのは、この問題を決定することそれ自体、条約解釈の問題であるという事実でなければならない³⁵⁶。

ここで重要なのは、条約締結後の国際法の発展をも考慮できるか否かの判断、それ自体、解釈だと指摘していることである。これは、先にみた万国国際法学会の立場と同じであるといつてよい。続いて、コスケエミの報告書は、後の国際法の発展を考慮することが可能と合理的に推定できる場合として、①条約に用いられている用語が「静態的ではなく、動態的である」場合、そして②義務が非常に一般的な用語で記述されているため、それが適用時の法の状態への「参照 (*renvoi*) 」として機能する場合の二つを挙げている³⁵⁷。

他方、この研究部会のもう一つの成果物である「結論」も、同様の問題を扱っている。それによると、条約に用いられている概念が「開かれているか (*open*) 又は発展している (*evolving*) 」場合に、後の国際法の発展が考慮可能であるとしている。より具体的には、①概念が後の技術的、経済的、又は法的発展の考慮を示唆するものである場合、②概念が、当事国にさらなる漸進的発展のための義務を創設する場合、又は、③概念が、非常に一般的な性質であるか又は一般的な用語で表現されているため、変化する事情を考慮しなければならない場

³⁵⁵ *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, U.N.Doc.A/61/10 (2006), p.415, para.22.

³⁵⁶ *Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi*, U.N.Doc.A/CN.4/L.682 (13 April 2006), p.242, para.478.

³⁵⁷ *Ibid.*, pp.242-243, para.478.

合の三つを挙げている³⁵⁸。

このように国際法の断片化研究部会の作業の意義は、条約法条約第 31 条 3 項 (c) の適用の観点から、いかなる場合に条約締結後に発展した「関連する国際法の規則」を考慮に入れられるのか、すなわち発展的解釈が可能なのかを理論化した点にあると思われる。前述したように、万国国際法学会は、ある概念が、それが起草された時点で理解されるべきか又はその適用の時点で理解されるべきか決定するために「通常の (usual) 解釈の方法」に訴えることが適当だとしたが、この ILC の成果は、その方法をより具体化するものと位置づけることができよう。その際 ILC が着目したのが、条約に用いられている概念や文言の性質である。その性質によって、当該概念を締結時の時点の国際法に照らして解釈するか、適用の時点の国際法によって解釈するのか決定しようというのである。他方で、ILC は、あくまで条約法条約第 31 条 3 項 (c) の解釈論として、以上のような議論をしていることを忘れてはならない。

4. 通航権事件 ICJ 判決 (2009 年)

最後に検討するのは、これまでも各所で触れてきた、通航権事件 ICJ 判決³⁵⁹である。これまで、本事件の詳しい事実関係について触れてこなかったので、まずここで、概観しておくことにしたい。

本事件は、コスタリカとニカラグアの国境線を流れるサンファン川 (San Juan River) の利用をめぐる紛争である。コスタリカとニカラグアは、1858 年に境界画定条約 (以下、「1858 年条約」と略) を批准し、サンファン川の右岸に沿って両国の国境線を定めた。したがって、サンファン川自体は、ニカラグアの領域主権の下に置かれたが、同時に下流域におけるコスタリカの通商目的の通航権を認めた (1858 年条約第 6 条)。

紛争の発端は、1980 年代から、ニカラグアがサンファン川におけるコスタリカの通航権を制限する措置とるようになったことである³⁶⁰。1990 年代には、ニカラグアは、コスタリカの旅客に対して通航料を課したり、コスタリカの船舶に対して沿岸のニカラグアの軍の駐留地で停止するよう要請したりした。また 1998 年には、ニカラグアは、コスタリカの警察部隊の乗った船舶の通航を禁止した。これらの措置を受けて、コスタリカがニカラグアによる 1858 年条約上の義務違反の確認を求めて出訴したのが、本事件である。

³⁵⁸ U.N.Doc.A/61/10 (2006), pp.415-416, para.23.

³⁵⁹ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, I.C.J. Reports 2009, p.213.

³⁶⁰ *Ibid.*, pp.230-231, paras.24-26.

本事件において、特に問題となったのは、1858年条約第6条の解釈である。1858年条約第6条は、コスタリカに「通商目的で（for purposes of commerce）」サンファン川の自由通航権を認めていたが、この「通商」という文言に物品の輸送のほかに人の輸送（サービス）が含まれるかが問題となった。ニカラグアは、「通商」は、物品の輸送に限られると主張した。その理由として、条約が締結された1858年当時、「通商」という言葉は、専ら物品の貿易を意味し、サービスがその意味に含められるようになったのは最近であること、また、条約解釈の主要な役割が起草者の意思の決定にあることに鑑みれば、条約の文言には、現在の意味ではなく、条約締結時の意味を付与することが重要であるとニカラグアは主張した³⁶¹。これに対して、コスタリカは、条約における「通商」という言葉は、通商目的のいかなる活動も意味し、特に物品の輸送だけでなく、旅客など人の輸送をも含むと主張した³⁶²。そしてこの両国の主張に対する裁判所の応答が、序章で引用した判決の第63パラグラフと第64パラグラフなのである³⁶³。

本件の意義は、ICJが発展的解釈という条約の解釈手法に対して、一般的な定式を与えたことにある。それは以下のようなものだった。

……条約締結に係る当事国の意思が、用いられている用語又はその一部に対して、固定された意味又は内容ではなく、とりわけ国際法の発展を取り込むために発展することのできる意味又は内容を付与することであった又はそのように推定できる場合がある。そのような場合には、条約が締結された時の当事国の共通の意思から離脱するのではなく、まさにそれを尊重するために、条約が適用されるそれぞれの場合に問題となる用語の有している意味を考慮すべきである³⁶⁴。

この定式化において、第一に注目されるのは、発展的解釈が締結当時の条約の当事国意思に基づいてなされることが明確化された点である。このことは、これまで見てきたILCの条約法条約の起草時の議論やナミビア事件勧告的意見における発展的解釈を確認するものといえる。そして締結当時の意思に基づいているが故に、発展的解釈は、同時性の原則とは矛盾しないのである。この点が、「当事国の共通の意思から離脱」し、同時性の原則の例外を構成する後の合意・

³⁶¹ *Ibid.*, pp.240-241, para.58.

³⁶² *Ibid.*, p.241, para.59.

³⁶³ 前掲注22とその本文参照。

³⁶⁴ *I.C.J. Reports 2009*, p.242, para.64.

慣行と明確に異なる点である³⁶⁵。

第二に、以上のような当事国意思が実際に存在する場合のみならず、それが存在すると推定される場合にも、発展的解釈に訴え得ると判断したことである。これにより、発展的解釈に訴え得る可能性が大幅に拡大されるものと思われる。具体的にどのような場合に意思の存在が推定されるのかについては、第3節にて分析を行うことにする。

第三に注目すべきは、その締結当時の当事国意思の内容を、「とりわけ (among other things) 国際法の発展を取り込むために発展することのできる意味又は内容を付与すること」と捉えたことである。すなわち、条約の意味又は内容の発展 (変化) は、主に国際法の発展に従って導かれるものとして捉えられているのである。けれども、「とりわけ」という言葉からも示唆されるように、条約の意味又は内容の発展 (変化) が、国際法の発展にのみ関係付けられているとは必ずしも限らない。何の変化に従って、条約の意味又は内容の発展 (変化) が導かれるかも、締結当時の当事国の意思に依存するものと思われる。締結当時の当事国意思の内容如何によっては、条約の意味又は内容が、国際法の発展以外のものに従って、発展 (変化) する場合も排除されていないとみるべきであろう。

5. まとめ—発展的解釈の論理

以上、発展的解釈が条約を解釈時に照らして解釈することを可能にする論理を明らかにするために、その発展に影響を与えたと思われるいくつかの事実とその意義を検証してきた。最後に、その結果をまとめておきたい。

(1) 発展的解釈の論理

第一に、発展的解釈が条約を解釈時に照らして解釈することを可能にする論理とは、条約に発展し得る意味又は内容を付与したという締結時の一般的・抽象的な当事国意思に効果を与える (実現する) ということである。このような論理は、条約法条約の起草時に理論的可能性として認識され、その後、実際の国際判例において適用されてきた。また発展的解釈は締結時の当事国意思に基づいているので、第1章で述べた通り、同時性の原則と矛盾しないどころか、むしろその適用ということになる。

第二に、その当事国意思の具体的内容についてである。発展的解釈の論理は、

³⁶⁵ この後の合意・慣行と発展的解釈の相違については、本項 5. (2) 「後の合意・慣行と発展的解釈の相違」にて後述する。

主に国際法の発展に従って、条約の意味又は内容も発展するか否かという問題を議論する文脈で認められたものである。けれども、当事国は、条約の意味又は内容の発展が、国際法の発展のみに従うことを意図するとは限らない。当事国の意思によっては、国際法以外の要因に従い条約が発展する可能性があると考えられる。そして、そのような可能性は、万国国際法学会の時際的問題に関する決議や通航権事件 ICJ 判決において認められていると解される。

第三に、さらにそのような当事国意思の認定自体も条約解釈だということが認識されたことが重要である。このことは、ILCにおけるウォルドックの見解、万国国際法学会の決議および国際法の「断片化」研究部会におけるコスケニエミ議長の報告書に表れていると言える。具体的にどのように当事国意思が認定されているのかについては、本章第3節の実証研究で明らかにしたい。

(2) 後の合意・慣行と発展的解釈の相違

以上のような理解を前提とすると、後の合意・慣行と発展的解釈の論理には以下のような違いがあることが明らかになる。第一に、効果を与える当事国意思の表示の時期に関して、後の合意・慣行は、当事国が条約締結後に表示した意思に効果を与える解釈方法であるのに対して、発展的解釈は、締結時に表示された当事国意思に効果を与える解釈方法だという違いがある³⁶⁶。このため、後の合意・慣行は、同時性の原則の例外なのに対して、発展的解釈は、同時性の原則に矛盾しないことになる。

第二に、当事国意思の内容に関して、後の合意・慣行における当事国意思とは、当該合意・慣行に反映される、問題となっている条約の具体的な意味を指示する個別・具体的なものであるのに対して、発展的解釈における当事国意思とは、締結時に表明された条約に発展し得る意味又は内容を与えたということの内容とする一般的・抽象的なものであり、それ自体として、解釈時の条約の具体的な意味を指示するものではない³⁶⁷。両解釈方法には、このような相違がある。

³⁶⁶ Julian Arato, *supra* note 2, p.452.

³⁶⁷ 具体的意思と抽象的意思の区別に関しては、George Letsas, *A Theory of Interpretation of the European on Human Rights* (Oxford University Press, paperback edition, 2009), pp.70-72; E. Bjorge, *supra* note 4, pp.62-63; 岡田「前掲論文」(注2)134-135頁参照。なお、この区別は、法哲学者ドゥウオーキン(Ronald Dworkin)がもともとアメリカ憲法の解釈理論の文脈で行ったものをレツサス(George Letsas)が国際人権法に導入したものである。

第3節 発展的解釈の適用事例の分析

本節では、司法機関や準司法機関において、発展的解釈が実際に適用された事例を分析することで、発展的解釈に訴え得る条件を明らかにすることを目標とする。最初に、その分析方法について提示したうえで（第1項）、それに従って、発展的解釈の適用事例を検討していく（第2項及び第3項）。

第1項 分析方法—二段階構造に基づく分析

本稿では、発展的解釈の推論が有している構造に従って、その適用事例を分析していく。そのためには、まず、発展的解釈の推論の構造について明らかにしておかなければならない。

1. 発展的解釈の構造

第2節で明らかにした発展的解釈の論理を踏まえるならば、発展的解釈の推論は、条約に発展する意味又は内容を付与したという締結時の当事国意思の認定を行う推論（第一段階の推論）とそれが肯定された場合にその意思の内容に基づき解釈時の事情を考慮に入れて条約の解釈時の意味を確定する推論（第二段階の推論）の二段階構造になっていると考えられる。この主張を補強するために、発展的解釈の推論を分析したいくつかの見解を見てみよう。

まず、アラト（Julian Arato）の見解である。アラトは、発展的解釈を条約の当事国が条約の締結時にその特定の文言または条約の全体に発展的意味を付与したという当事国の最初の意思に基礎付ける³⁶⁸。そのため問題となるのは、そのような意思の存在をどのように確定するのかということである。ここでアラトは、そのような当事国意思があると言うためには、証拠の基準（*evidential standard*）を満たさなければならないという。しかしながら、アラトの発展的解釈の理解において重要なのは、彼がこれら「証拠の基準それ自体は、新たな解釈がどのような内容を持つべきなのか示さない³⁶⁹」と指摘していることである。このため、「新たな解釈に内容を与えることは、条約の外部にある、一連の更なる証拠に依存する。すなわち、その内容は、変化する法的又は事実的事情に由来するか、少なくとも関係する³⁷⁰」と述べている。

以上のようなアラトの見解は、実質的に、発展的解釈が二つの異なる推論から構成されていることを認めているものと解することが出来る。すなわち、最初に、当事国が条約に発展的意味を付与したのか否か、意思を確定することが

³⁶⁸ J. Arato, *supra* note 2, p.465.

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ *Ibid.*, pp.466-467.

必要である（第一段階の推論）。しかしながら、たとえその意思が確定したとしても、それ自体では、現在の条約の意味がどのようなものになっているのかは明らかにされない。そのために、「更なる証拠」によって、現在の意味を明らかにすることが必要になるのである（第二段階の推論）。

さらに、デール（Oliver Dörr）の見解を見てみよう。デールは、以下のように述べて、より直截的に発展的解釈³⁷¹の二段階構造を認めている。

……動的、又は、発展的解釈は、実際に二段階の過程（two-tier process）であるように思われる。すなわち、第一に、用語が当事国によって動的に解釈されるべきものとされていたかどうかを証明されねばならない。もし、このような特定の意思が表示されなかった場合、これは、条約に具現化された概念が最初から発展的であると理解されなければならない。第二に、解釈時点までの言語的用法、国際法、その他の関連する事情を考慮して、解釈時点で有している、意味を用語に与えなければならない³⁷²。

このようにデールは、問題となる用語が当事国によって条約が解釈時に照らしてして解釈されるべきものとされていたのかを確認する第一段階と、解釈時点で当該用語が有している意味を確定する第二段階の二つの段階から発展的解釈が構成されることを明確に認めている。

以上のような見解を踏まえて、発展的解釈の構造についてまとめておこなえば、以下のようなになる。発展的解釈の推論は、二つの段階の推論から構成される。第一段階の推論は、解釈上問題となっている条約や用語に対して、条約当事国が発展し得る意味又は内容を付与する意思があったか否かの推論である。そのような当事国の意思が確認された場合には、当該条約又は用語は、締結時ではなく解釈時に照らして解釈することが可能になる。反対にそのような意思の存在が確認できない場合には、発展的解釈に訴えることは出来ない。

これに対して、第二段階の推論は、第一段階の推論において、条約に発展し得る意味又は内容を付与する締結当時の当事国意思が確認された場合に、その当事国意思の内容に従って、条約締結後の事情を考慮することにより、問題となっている条約や用語の解釈時点における意味を確定することである。アラト

³⁷¹ ただし、デールは、本稿がいうところの発展的解釈を、「動的アプローチ」、「動的解釈」、「発展的解釈」などと相互互換的に用いている。

³⁷² O. Dörr, *supra* note 96, p.535, para.26.

が適切に指摘していたように、第一段階の推論は、専ら当事国意思の有無を判定するプロセスであり、それだけでは条約や用語の解釈時の意味を明らかにすることは出来ない。そのため、この第二段階の推論が必要となるのである。

2. 各段階の分析における着眼点

本稿は、以上のような発展的解釈の推論の構造に基づき、発展的解釈の適用を第一段階の推論と第二段階の推論に区別し、それぞれの段階につき分析を行う。以下では、それぞれの段階の分析において着眼しなければならないポイントについて説明する。

まず第一段階の推論で注目すべきポイントは、どのような根拠に基づいて、条約に発展し得る意味又は内容を付与したという締結時の当事国意思の存在を認定しているのかということである。この点に関連して、この第一段階の推論は、本章第2節で見た、万国国際法学会の「国際公法における時際的問題」に関する決議第4項にいう「当該概念が、規定が起草された時点で理解されるべきか又はその適用の時点で理解されるべきか決定する³⁷³」ことに相当するものと考えられる。同決議は、その決定にあたり、「通常解釈の方法」を用いているが、実際にこの「決定」が、どのように行なわれているのかが検証されなくてはならないだろう。加えて、第一段階の推論は、「国際法の断片化」問題に関するコスケニエミ報告書が指摘していた「第31条3項(c)を、条約が締結されたときに存在したこれら『他の義務』を『考慮に入れる』ように適用するか、あるいは、条約が適用されるときに存在するそれを『考慮に入れる』ように適用するか、決定する³⁷⁴」ことにも相当するように思われる。同報告書は、この決定にあたってなされるべき考慮を示したが、この妥当性も検討されなければならない。

これに対して、第二段階の推論の分析において、注目されなければならないのは、どのような条約締結後の事情が考慮されているのかということである。なぜなら、解釈時の条約や用語の意味は、締結時の条約当事国の意思の内容に従って考慮に入れられる条約締結後の事情に決定的に依存するからである³⁷⁵。この点、第2章でみた条約法条約の起草過程においては、考慮される事情は、条約締結後の国際法の発展であることが想定されていた。他方で、先にみた万国国際法学会の決議や通航権事件の発展的解釈の定式化においては、国際法以

³⁷³ *Institut de Droit Interanational Annuaire*, Vol.56 (1975), p.538.

³⁷⁴ U.N.Doc.A/CN.4/L.682 (13 April 2006) p.242, para.478.

³⁷⁵ J. Arato, *supra* note 2, pp.466-467.

外の事情を考慮する可能性も残されていたように考えられる。この点が、実際どうであるのか、実証的に検証されなければならないだろう。

それでは、以上のような問題意識の下、まず第一段階の推論の分析からはじめよう。

第2項 第一段階の推論の分析

本項では、発展的解釈の第一段階の推論の分析を行う。第1項でも述べたとおり、第一段階の推論で注目すべきポイントは、司法機関と準司法機関がどのような根拠に基づいて、当該条約や文言を、条約締結時ではなく解釈時の事情に照らして解釈できると認定しているのかである。この点について、判例は、①文言アプローチ、②目的論的アプローチ、③「生きる文書」アプローチに区別できるように思われる³⁷⁶。以下では、それぞれアプローチについて詳しく見ていくこととしよう。

1. 文言アプローチ

まず文言アプローチである。これは、問題となっている条約の文言の性質から、当該用語に変化し得る意味を付与したという当事国意思を認定するアプローチである。このアプローチは、国際司法裁判所や仲裁裁判、そして WTO の上級委員会による発展的解釈に見出すことが出来る。まず、国際司法裁判所の判例からみていくことにしよう。

(1) 国際司法裁判所

このアプローチを採用した古典的な事例は、これまでも検討してきた³⁷⁷、ナミビア事件 ICJ 勧告的意見である。既にみたように、この事件においては、国際連盟規約第22条1項の「文明の神聖な使命」という文言の解釈が問題となった。裁判所は、この文言について、「静的ではなく、本質的に発展的³⁷⁸」であ

³⁷⁶ 本稿がいうところの第一段階の推論の分類に関しては、いくつか先行研究が存在する。たとえば前述したアラトは、発展的用語 (evolutionary term) に基づく発展的解釈と条約の趣旨及び目的に基づく発展的解釈の二つに分類している (J. Arato, *supra* note 2, pp.467-476.)。またディステファノは、発展的解釈の根拠を、本質的に発展的な用語、当事国意思、趣旨及び目的の三つに区別している (G. Distefano, *supra* note 2, pp.389-396.)。

³⁷⁷ 本章第2節第1項2. 参照。

³⁷⁸ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p.31, para.53.*

る評価した。その上で、「結果的に、規約の当事国は、それら〔「文明の神聖な信託」を含む規約の文言のことを指す一稲垣注〕をそのようなものとして受け入れたものとみなさなければならない³⁷⁹」と述べた。ここから、裁判所は、「文明の神聖な使命」という文言の性質に基づき、当該文言に変化する意味を付与したという当事国意思を認定したのである。

このナミビア事件に類似した判断は、同じ国際司法裁判所のガブチコヴォ・ナジマロシュ事件判決³⁸⁰にも見出すことが出来る。本事件では、1977年にハンガリーとスロヴァキア（当時のチェコスロヴァキア）が締結したダム建設および運用に関する条約（以下、「1977年条約」と略）の解釈適用が問題となった。より具体的には、ハンガリーは、幾つかの事由を挙げて、1977年条約の終了を主張した。その事由の中でも、本稿の主題との関係で重要なのは、①環境知識の発展と国際環境法の新たな規範の発展は、条約法条約第 62 条³⁸¹にいう事情の「根本的な変化」に当たり 1977 年条約が終了したとの主張³⁸²、及び、②1977 条約の締結後に課された環境保護に関する国際法の要請が同条約の実施を免れさせたという主張³⁸³の二つである。裁判所は、これらの主張にどのように応答したのであるか。

まず、①の主張に対しては、環境に関する知識や環境法の状態は、全く予見できなかったものということ出来ないとして、以下のように述べた。

さらに、〔1977 条約の一稲垣注〕第 15 条、19 条及び 20 条の規定の仕方（*formulation*）は、変化を取り込むように作られているため、これら条約の条項を実施する際に当事国は、そのような発展を考慮しそれらを適用することが可能である³⁸⁴。

このように、裁判所は、条約の文言から 1977 条約が環境の知識や国際法の変化に対応できる性質をもつと判示し、事情の変更原則の適用を認めなかった。さらに、ハンガリーの上記②の主張についても、1977 年条約第 15 条、19 条及び

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p.7.*

³⁸¹ 条約法条約第 62 条は、いわゆる事情の変更原則を規定する。

³⁸² *I.C.J. Reports 1997, pp.59-60, para.95, p.64, para.104.* なお、ハンガリーは、この国際環境法の発展のみならず、社会主義体制が市場原理にとって変わられたことなど、その他の事情の「根本的な変化」も挙げている。

³⁸³ *Ibid.*, p.62, para.97.

³⁸⁴ *Ibid.*, p.65, para.104.

20条は、特定のな (specific) 実施の義務を課しているわけではなく、当事国は、それら条項の適用を通じて、新たに発達した環境法規範を取り込むことができたとして以下のように述べる。

条約に発展する条項を挿入することによって、当事国は、事業を適合させる潜在的な必要性を認めた。結果的に、この条約は、静的なものではなく、出現する国際法規範に適合し得るものなのである³⁸⁵。

このように述べて、裁判所は、ハンガリーの②の主張も退けた。さらに裁判所は、この判決の後に判決実施のために当事国間で開始されることになっている交渉においても、「環境リスクを評価するためには、現在の基準が考慮されなければならない」とし、「これは、条約 15 条及び 19 条の文言によって許容されているだけでなく、これらの条項が、ドナウ川の水質の維持と自然の保護する継続的な、従って必然的に発展する義務を課している限りにおいて、要請さえされているのである³⁸⁶」と判示した。

このようにガブチコヴォ・ナジマロシュ事件においても、裁判所は、1977 条約の特に 15 条、19 条、20 条の文言から、当事国がそれに変化し得る意味を付与したという意味を認定したとみることが出来るであろう。この意味において、本事件は、ナミビア事件勧告意見で裁判所が採ったアプローチを踏襲していると評価することが出来る³⁸⁷。

以上みてきた条約の文言の性質から当事国意思を認定するという手法と密接に関係するが、国際司法裁判所は、よりシステムティックに「当事国意思の推定」という方法を用いる場合がある。そのような最初の事例が、1978 年のエーゲ海大陸棚事件³⁸⁸である。本事件で問題となったのは、条約の解釈ではなく、ギリシャが 1928 年の紛争平和的解決一般議定書（以下、「議定書」と略）に付した留保の解釈である。従って、厳密に言うならば、本件は本稿の検討対象からはずれず。けれども、本件で ICJ が示した推論は、1986 年のブルターニュ号事件仲裁や 2009 年の通航権事件 ICJ 判決において条約の解釈に類推適用されたため、ここで検討しておく必要がある。

本事件は、大陸棚の境界画定をめぐってギリシャがトルコを一方向的に訴えた事例である。裁判所の管轄権の根拠は、上記の議定書であったが、ギリシャは

³⁸⁵ *Ibid.*, pp.67-68, para.112.

³⁸⁶ *Ibid.*, pp.77-78, para.140.

³⁸⁷ P. Dupuy, *supra* note 2, p.129.

³⁸⁸ *Aegean Sea Continental Shelf, I.C.J. Reports 1978*, p.3.

1931年の加入時に議定書第39条³⁸⁹に従い留保を付していたため、トルコはそのギリシャの留保を援用して管轄権の不存在を主張していた³⁹⁰。そのギリシャの付した留保は、「国際法により専ら国家の管轄に属する問題に関する紛争そして、特に、ギリシャの港や通信回線への主権的権利に関する紛争を含む、ギリシャの領域的地位（statut territorial de la Grèce）に関する紛争³⁹¹」を裁判所の管轄から除外するものであった。

この留保に関して具体的に解釈上問題となったのは、本件ギリシャとトルコ間の大陸棚の境界画定に関する紛争が、留保で除外される「ギリシャの領域的地位に関する紛争」に該当するか否かであった。この問題に関して、ギリシャは、前述したアブダビ仲裁³⁹²を援用しつつ、1928年に議定書が締結されたときも、1931年にギリシャが議定書に加入したときも、大陸棚という概念は知られていなかったとして、「領域的地位に関する紛争」に該当しないと主張した³⁹³。しかしながら、この主張に対して、裁判所は以下のように述べる。

「ギリシャの領域的地位」という表現が、一般国際法における領域的地位という概念を構成するいかなる事項も意味する総称的用語（generic term）としてギリシャの加入文書で用いられていたことが一旦証明されると、その意味は、国際法の発展に従い、またその時々効力を有する法によってその表現に与えられる意味に一致することが意図されていたという推定が必然的に働く³⁹⁴。

このように裁判所は、留保の中の表現が、総称的用語であるならば、条約当事国がその意味を国際法の発展に従って発展するものとして意図していたという推定が働くとした。さらに、裁判所によれば、1928年の一般議定書が最も一般的な種類の条約であり、「継続的に存続（continuing duration）」する性質のものであることを意図されているということを考慮するならば、そのような条約

³⁸⁹ 議定書第39条1項及び2項は、「国際法上専ら国家の管轄に属する問題に関する紛争」（第39条2項（b））や「特定の事件若しくは領域的地位など明確に特定された主題に関する紛争、又は明確に定められた範疇に該当する紛争」（第39条2項（c））などを議定書に定める手続から除外する留保を付すことを認めていた。

³⁹⁰ *I.C.J. Reports 1978*, para.39. ただしトルコは、公式的には訴訟手続に参加しておらず、この主張を裁判所に対する書簡の中で表明していた。

³⁹¹ *Ibid.*, pp.20-21, para.48.

³⁹² 本件については第1章2節2項参照。

³⁹³ *I.C.J. Reports 1978*, p.32, para.77.

³⁹⁴ *Ibid.*

の「国内管轄権」や「領域的地位」という用語は、その後の国際法の発展を無視して、固定された内容を持つことを意図されていたとは凡そ考えられないから、上記の推定は一層切実なものになるという³⁹⁵。既に裁判所は、「ギリシャの領域的地位に関する紛争」という表現は総称的用語であると認定していたから³⁹⁶、結論的に当該表現は、「1931年に存在した国際法規則ではなく、今日存在している国際法規則に従って解釈しなければならない³⁹⁷」と述べた。

このように、エーゲ海大陸棚事件で裁判所は、問題となる用語が総称的な用語であれば、当事国が当該用語に変化する意味を付与したという推定が働くという規則を明らかにしたことに意義がある。本事件は、条約の解釈ではなく、留保の解釈に関するものであったことに留意する必要があるが、次にみる通航権事件において条約の解釈に類推的に適用されることになる。

既にみたように³⁹⁸、2009年の通航権事件判決においては、1858年条約第6条の「通商」という文言に物品の輸送のほかに人の輸送（サービス）が含まれるかが問題となっており、ニカラグアは、この条約が発効したときに持っていた狭い意味で解釈されるべきであると主張していた。この問題について、裁判所は、エーゲ海大陸棚事件判決第77パラグラフでの推論を参照した上で、この推論は、条約の留保の解釈との関係で採用されたものであるが、条約の用語の解釈のためにも十分に転用可能なものであるとして以下のように述べた。

それは、当事国が条約に総称的用語を用いた場合に、当事国は、当該用語の意味が時間の経過の中で発展し得るということを当然に認識しており、また、条約がとても長い期間にわたり締結され、又は「継続的に存続（*continuing duration*）」する性質のものである場合、一般的な規則として、当事国は、それら用語に発展する意味（*an evolving meaning*）を持たせること意図したものと推定しなければならないとの考えに基づいている³⁹⁹。

その上で、裁判所は、第一に1858年条約第6条の「通商」という文言は、総称

³⁹⁵ *Ibid.*

³⁹⁶ *Ibid.*, pp.31-32, para.76.

³⁹⁷ *Ibid.*, pp.33-34, para.80.

³⁹⁸ 本件の事実関係については、第3章第2節第2項5. 「通航権事件 ICJ 判決」参照。

³⁹⁹ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, *I.C.J. Reports 2009*, p.243, para.66.

的用語であることを認め⁴⁰⁰、第二に、1858年条約の目的や6条の文言などから、同条約が無期限の存続のために締結されたものであることを認定した⁴⁰¹。そして裁判所は、「特に『通商』を含む、コスタリカの自由航行権の範囲を定める用語は、必ずしもその原初的（original）の意味ではなく、条約が適用されるそれぞれの場合における意味を持つと理解されねばならない⁴⁰²」と結論した。このようにして、裁判所は、ニカラグアの主張を退けたのであった。

以上のように、通航権事件では、エーゲ海大陸棚事件で示された当事国意思を推定する規則を条約の解釈に応用したことのみならず、その規則をより明確化した点で意義があると思われる。すなわち、裁判所は、①問題となる用語が総称的用語である場合、かつ②当該条約が、長期間または無期限に存続するものである場合に、当事国が当該用語に変化する意味を付与したとの推定が働くことと定式化したのである。裁判所は、②の検討において、1858年条約の趣旨及び目的の検討も行っており、この意味において、通航権事件における第一段階の推論は、文言アプローチのみならず、次項でみる目的論的アプローチの側面も併せ持っているとして評価できるかもしれない。

けれども ICJ の発展的解釈の実行は、概ね問題となる用語の文言の性質から当事国意思を見出す（推定する）というアプローチを採ってきたといえる。この点、裁判所は 2010 年のパルプ工場事件判決⁴⁰³においても発展的解釈を用いたと思われるが⁴⁰⁴、その推論は少し特異なものとなっている。同事件は、1975年に締結されたウルグアイ川規程（以下、「規程」と略）の解釈適用をめぐる、アルゼンチンとウルグアイの紛争である。発展的解釈が問題となったのは、計画されている活動が共有資源への損害や越境損害を引き起こす可能性のある場合に環境影響評価を行う必要性和規程第 41 条（a）及び（b）⁴⁰⁵に規定される義

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p.243, para.67.

⁴⁰¹ *Ibid.*, pp.243-244, paras.67-69.

⁴⁰² *Ibid.*, p.244, para.70.

⁴⁰³ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010*, p. 14.

⁴⁰⁴ 同事件において ICJ が発展的解釈を用いたとみる見解として、酒井ほか『前掲書』（注 88）285 頁〔瀨本正太郎執筆箇所〕。

⁴⁰⁵ 規程第 40 条（a）及び（b）は以下のように規定する。

「第 41 条 この点に関する委員会の機能を害することなく、当事国は、次のことを約束する：

- （a）水環境を保護し保全するために、特にその汚染を防ぐために、適用のある国際的合意に従って、また適当な場合は、国際的な技術的機関のガイドライン及び勧告に調和する、適当な規則を定立し措置をとること；
- （b）それぞれの法体系において、次のものを低下させないこと：

務との関係についてである。裁判所は、「当事国が 1975 年規程第 41 条 (a) 及び (b) の義務を遵守するためには、彼らは、越境損害を引き起こす可能性のある活動に関して水環境を保護及び保全するために、環境影響評価を実施しなければならない⁴⁰⁶」とする。そして、2009 年の通航権事件判決の第 64 パラグラフ⁴⁰⁷を引用した上で、「この意味において、規程第 41 条 (a) の下での保護し保全する義務は、近年において国家から広範に受け入れられてきているので、現在では、計画される産業活動が国境を越える文脈、特に共有資源に対して重大な悪影響をあたえる危険がある場合に環境影響評価を行う一般国際法上の義務とも考えることのできる慣行に従って解釈しなければならない⁴⁰⁸」と述べている。

このように、裁判所は 1975 年に締結された条約を、近年の慣行（または一般国際法）に照らして解釈しなければならないことを認める。しかし、これまでみてきた判例と異なって、裁判所は、そのように判断することについて、必ずしも 1975 年規程の第 41 条の文言の性質を確かめたり、通航権事件で示した当事国意思の推定できる要件を検証したりはしていない。この意味で、パルプ工場事件における発展的解釈の第一段階の推論は、非常に簡略なものとなっている。裁判所がこのような判断に至った理由としては、①規程第 41 条を、その締結後の事情も考慮に入れて解釈可能なことはその文言から明らかであること⁴⁰⁹、また②被告のウルグアイも環境影響評価を実施しなければならないこと自体は認めており⁴¹⁰、そもそもこの論点に関して当事国間に主張の隔たりが無かったことがあるように推測される。

(2) 仲裁裁判

問題となっている条約の文言から当事国意思を見出すアプローチは、仲裁裁判の事例においても採用されている。ここで検討したいのは、1986 年のブルーニョ号事件仲裁裁判判決⁴¹¹である。本事件は、船上に魚をおろす装置（以下、

(1) 水汚染を防止するため効力を有する技術的要件

(2) 違反のために制定された罰則の厳格さ；

(c) ……」

⁴⁰⁶ *I.C.J. Reports 2010*, pp.82-83, para.204.

⁴⁰⁷ 通航権事件判決第 64 パラグラフは、序章参照。

⁴⁰⁸ *I.C.J. Reports 2010*, p.83, para.204.

⁴⁰⁹ この点に関連して、裁判所は、別の箇所でも、第 41 条の義務の性質について、「一般的な義務 (obligations d'ordre général)」と評価していた

(*ibid.*, p.80, para.90)。

⁴¹⁰ *Ibid.*, p.82, para.203.

⁴¹¹ *Case concerning Filletting within the Gulf of St. Lawrence between Canada and*

「処理装置」と略)を装備したフランス領セントピエール・ミクロン島に所属するフランス船籍の漁船ブルターニュ号の漁業許可を、カナダが認めなかったことを発端として、フランスとカナダの間で実施された仲裁裁判である。

1972年に両国が締結した漁業協定(以下、「1972年協定」と略)は、第4条において、フランス領セントピエール・ミクロン島所属のフランス漁船にカナダのセントローレンス湾などでの漁業に従事することを認めていたが、同条約第6条は、「カナダの漁業規制(Canadian fishery regulations)」がフランス漁船にも差別なく適用されることを規定していた。本件仲裁裁判で問題となったのは、上記のカナダによる処理装置付の船舶に対する規制が「カナダの漁業規制」に該当するのかがであった。この問題に対して、カナダは「漁業規制」には、法律や規制のみならず、行政的な慣行も含まれると主張するのに対して⁴¹²、フランスは「漁業規則」は専ら魚を獲る作業に関係する一般的な性格のものだけを意味し、漁獲した魚の処理への規制はそれに含まれないと主張した⁴¹³。

この問題について、裁判所は、まず「1972年協定の起草者は、『漁業規制』という用語を、漁業活動に適用されるあらゆる規則をカバーする総称的語句(generic formula)として用いている⁴¹⁴」と評価する。また、判決の脚注においてエーゲ海大陸棚事件 ICJ 判決を参照しつつ、「この表現は、期限の無い存続のために締結された協定に含まれているので、当事国は、この表現に変化しない内容(invariable content)を付与することを望んだとは凡そ考えることが出来ない⁴¹⁵」として、この表現を発展的に解釈することが可能であると認めている。また別の箇所においても、裁判所は、「無期限で締結された1972年協定は、(前文の言葉で言えば)両国の『漁業問題における相互の関係を現在の状況に適合させる』という希望を表明している。そうすることで両国は、恐らく、その当時具体化されつつあった新たな海洋法の発展を容認する(allowed for)方法で協定を起草することを意図した⁴¹⁶」と述べて、1972年協定に発展的解釈が可能であることを改めて認めている。

以上みたように、ブルターニュ号事件における第一段階の推論は、概ね国際司法裁判所のアプローチと同じであると思われる。すなわち、裁判所は、1972年協定の用語の性質(「漁業規制」という文言の総称性及び前文の解釈)及び

France Decision of 17 July 1986, Reports of International Arbitral Awards, Vol.19, pp.225-296; International Law Reports, Vol.82 (1990), pp.590-670.

⁴¹² *International Law Reports, Vol.82 (1990), p.617, para.35.*

⁴¹³ *Ibid.*, p.618, para.35.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p.619, para.37.

⁴¹⁵ *Ibid.*

⁴¹⁶ *Ibid.*, p.628, para.51.

問題となっている条約が無期限のものであるという事実から、「漁業規制」という用語に変化する意味を付与したという当事国意思を見出し、発展的解釈が可能であるとの結論に辿りついたのである。なお、本事件は、ICJの通航権事件に先駆けて、エーゲ海大陸棚事件において留保の解釈に対してなされた推論を条約の解釈に類推適用した点でも意義がある。

次に、前にみたギニアビサウとセネガルの海洋境界画定に関する仲裁裁判⁴¹⁷でも発展的解釈が用いられたように読める箇所がある。実は、同事件では、1960年協定が、大陸棚に関しても境界画定をしていたのかについても争われていた。この点について、裁判所は、まず1960年協定が明示的に大陸棚に言及しておりまたその目的が1958年のジュネーブ諸条約を考慮して海洋境界画定を行うことだったことに鑑み、同協定が大陸棚の画定をしていることを認めた。続いて大陸棚の範囲について、裁判所は、1960年当時200メートルの等深線と開発可能性という二つの決定基準があり⁴¹⁸、後者の基準は、技術の発展に依存し変動するので、「動的な概念 (conception dynamique) ⁴¹⁹」と評価している。そのため裁判所は、1960年協定が、「当事国の間で現時点で (at present) 大陸棚と定義される海域の全体を画定している⁴²⁰」と結論した。

このように裁判所は「大陸棚」という概念の1958年の大陸棚条約における定義のなされ方から、その意味が変化していくという締結当時の当事国の意思の判断がなされている。その判断に基づいて、裁判所は、1960年協定の「大陸棚」という用語を今日的な意味において理解されなければならないという結論を導いている。したがって、この海洋境界画定の事例も、文言アプローチを採用しているものと考えてよいものと思われる。

(3) WTO 上級委員会

続いて、WTOの上級委員会による発展的解釈の推論を確認してみることにしよう。結論から述べるならば、上級委員会も、ICJや仲裁裁判と同様に条約の文言から発展的解釈の可否を判断していると考えられる。

まず、米国ーエビ及びエビ製品の輸入禁止事件⁴²¹ (以下、「エビ・カメ事件」

⁴¹⁷ 本事件の事実関係については、第1章3節2項を参照。

⁴¹⁸ 大陸棚に関する条約第1条参照。

⁴¹⁹ *Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal, Decision of 31 July 1989, Reports of International Arbitral Awards, Vol.20, p.152, para.85.*

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ *United States- Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Report of the Appellate Body, WT/DS58/AB/R (12 October 1998).*

と略) を見てみることにしよう。この事件は、米国がウミガメの混獲防止装置を用いずに捕獲されたエビ及びエビ製品の輸入を禁じたことは、関税及び貿易に関する一般協定(以下、「GATT」と略)第11条等に違反するとして、インドその他の諸国が申立を行ったものである。米国は、一般的例外を定めるGATT第20条を根拠として、上記の輸入禁止措置の正当化を試みた。その際、問題となったのは、ウミガメなどの生物資源が第20条(g)⁴²²の「有限天然資源」に含まれるかであった。申立国は、GATTの起草過程等を根拠として「有限天然資源」は、鉱物資源などの非生物資源に限られ、再生可能(renewable)な生物資源は含まれないと主張した⁴²³。これに対して上級委員会は、再生可能であるということと有限であるということは、相互排他的ではないとして、この申立国の主張を否定する⁴²⁴。その上で、上級委員会は、第20条の文言が起草されたのは50年以上も前のことであるが、それは、環境の保護及び保全についての現代的な関心の観点から読まれなければならないと指摘し、1994年のWTO協定の前文が持続可能な発展という目的を明示的に承認していることを強調する⁴²⁵。そして、上級委員会は、「WTO協定の前文に体现される観点からわれわれは、第20条の『天然資源』という総称的用語(genric term)は、その内容又は参照(reference)において『静態的』ではなく、むしろ『本質的に発展的』である⁴²⁶」と述べて、脚注でナミビア事件ICJ勧告的意見及びエーゲ海大陸棚事件判決を参照している。そして推論は、第二段階へと進んでいく。以上のようにして、上級委員会は、「有限天然資源」という用語を、解釈時に照らして解釈可能であると判断したのであった。

上級委員会のこの第一段階の推論は、文言アプローチを基本としつつも後述する目的論的アプローチを併用しているように思われる。まず、ナミビア事件勧告的意見で示された「本質的に発展的」という要素と、エーゲ海大陸棚事件で示された「総称的用語」の要素を引用している点で、前述したICJと同様に、問題となっている用語の性質から当該用語に発展的解釈が適用可能かどうかを

⁴²² GATT第20条(g)は以下のように規定する。

「第二十条 一般的例外

この協定の規定は、締約国が次のいずれかの措置を採用すること又は実施することを妨げるものと解してはならない。……

(g) 有限天然資源の保存に関する措置。ただし、この措置が国内の生産又は消費に対する制限と関連して実施される場合に限る。」

⁴²³ WT/DS58/AB/R (12 October 1998), pp.46-47, para.127.

⁴²⁴ *Ibid.*, p.47, para.128.

⁴²⁵ *Ibid.*, p.48, para.129.

⁴²⁶ *Ibid.*, p.48, para.130, see also footnote 109.

判断する文言アプローチが採られていると見る事ができる。けれども、同時に上級委員会は、1994年のWTO協定の前文で持続可能な開発という目的が認められている事実も「有限天然資源」という用語を発展的に解釈可能な根拠として援用していると読むことも可能である。このように見るならば、上級委員会は、文言アプローチのみならず、後述する条約の趣旨及び目的に照らして発展的解釈の可否を判断する目的論的アプローチにも同時に依拠していると評価できる⁴²⁷。

他の発展的解釈に関係するWTO上級委員会の判断としては、中国—出版物等の貿易権及び流通サービスに関する措置⁴²⁸（2009）を挙げることができる。本事件は、中国による出版物や録音音楽等の輸入及び流通に関する規制措置がサービスに関する一般協定（以下、「GATS」と略）等に違反するとして、米国が申立を行ったものである。具体的に争点となったのは、中国の約束表の「音楽録音流通サービス（Sound Recording Distribution Services）」には、物理的な形態のもののみならず、特に電子的な方法などの非物理的な形態によるものも含まれるかということであった⁴²⁹。これについて中国は、GATSの趣旨及び目的たる漸進的自由化原則は、言語の時間的変化（temporal variation in language）によって加盟国の約束の範囲が拡大することを許容せず、むしろ「音楽録音流通サービス」という用語には条約締結時（=中国加入時の2001年）の定義に基づいた意味が与えられるべきことを示唆するとして、同用語に非物理的な形態の流通は含まれないと主張した⁴³⁰。この中国の主張は、同時性の原則に基づく静態的アプローチに依拠していたと言える。

これに対して、上級委員会は、漸進的自由化原則は約束の範囲を制限する解釈を支持しないとして、この中国の主張を否定する。そして上級委員会は、「中国のGATS約束表に用いられている用語（『音楽録音』と『流通』）は、十分に総称的（generic）であるため、それらが適用されるものは時間とともに変化し得る」と述べて、脚注で前述のエビ・カメ事件とICJの通航権事件を引用している⁴³¹。加えて上級委員会は、約束表をそれが締結された時点の意味に基づいて解釈するならば、その締結の時期により類似の規定に異なる意味を与えることになり、GATSの予見可能性や明確性を損ねることになるとも指摘してい

⁴²⁷ 目的論的アプローチについては、本項2. 参照。

⁴²⁸ *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, Report of the Appellate Body*, WT/DS363/AB/R (21 December 2009).

⁴²⁹ *Ibid.*, p.142, para.338.

⁴³⁰ *Ibid.*, p.22, para. 47.

⁴³¹ *Ibid.*, p.161, para.396.

る⁴³²。このようにして上級委員会は、中国の主張を退けて「音楽録音流通サービス」には、非物理的な形態による流通も含まれると結論した⁴³³。

本件は、前述したエビ・カメ事件ほど明確に発展的解釈が適用された事例とは言い難いものの、少なくとも静態的アプローチに基づく中国の主張を退けた点で、発展的解釈に近い解釈方法を採用した例であると評価できる。その根拠として、エビ・カメ事件や ICJ の発展的解釈と同様に、「音楽録音」や「流通」という用語の総括的な性質を挙げている。このことから、本件における第一段階の推論も文言的なアプローチに依拠していると言える。

2. 目的論的アプローチ

次にみるのは、目的論的アプローチである。これは、条約の趣旨及び目的を根拠として、当該条約に発展し得る意味又は内容を与えたという締結時の当事国意思を認定するアプローチとすることができる。このアプローチがとられた事例として、「鉄のライン (Iron Rhine)」事件仲裁裁判⁴³⁴ (2005 年) を挙げることができる。

この事件は、ベルギーのアントワープからオランダを経由してドイツへと至る鉄道路線である「鉄のライン」の再活性化と近代化をめぐるベルギーとオランダの紛争である。両国は、1839 年の分離条約 (以下、「1839 年条約」と略) 第 12 条⁴³⁵において、ベルギーは新たな道路又は運河を、オランダを経由してドイツ国境まで延伸させることをオランダに要求する権利を有し、またオランダはこれを拒否できないが、そのための費用はすべてベルギーが負担することを約した。その後、両国の間で、第 12 条が鉄道路線のオランダへの延伸を想定していたのか否かが問題となったが、1868 年、ベルギーの鉄道路線の延伸も可能であることが合意された⁴³⁶。そして 1873 年、両国は、鉄のライン条約を締結

⁴³² *Ibid.*, p.161, para.397.

⁴³³ *Ibid.*, p.162, para.398.

⁴³⁴ *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, decision of 24 May 2005, Reports of International Arbitral Awards, Vol.27, pp.35-125.*

⁴³⁵ 分離条約第 12 条の関連部分は、以下の通りである (*Ibid.*, p.58, para32 の英語訳から関連部分を訳出した)。

「ベルギーにおいて、新たに道路が建設された場合又はオランダのシッタルト (Sittard) に面するマース川に通じる新たな運河が掘られた場合、ベルギーは、すべてベルギーの費用負担で、当該道路又は運河を同じ計画に従ってシッタルトを経由しドイツの国境まで延伸させることを、オランダに対して、オランダが拒否できないことを前提に、要求する自由を有する。」

⁴³⁶ *Ibid.*, p.59, para.36.

し、鉄道の建設が始まり、1879年に鉄のラインは完成した⁴³⁷。1879年から第一次世界大戦まで鉄のラインは継続的に利用されていたものの、その後利用は減り、1991年以降はオランダの一部区間を除き、利用されなくなった⁴³⁸。他方、それ以前の1987年から両国の間では、鉄のラインの再活性化（reactivation）及び近代化をめぐる交渉が開始されており、2000年にはそのための了解覚書が締結された。ところが、両国間で再活性化及び近代化に必要な費用の負担等をめぐって不一致が生じたため、仲裁裁判に付託されたのが、本件である。

本事件で特に争われたのは、1839年条約第12条が鉄のラインの再活性化及び近代化の事業に適用されるのかという問題である。この問題に関して、オランダは、かなりの近代化を必要とする程度において「新たな」鉄道であるから、1839年条約第12条の意味における鉄道の「延伸」に該当すると主張する⁴³⁹。これに対してベルギーは、鉄のラインは1870年代に延伸しすでに存在するものであるから、この再活性化は第12条にいう「延伸」の要求ではないと主張していた⁴⁴⁰。

この問題について裁判所は、以下のようなやや複雑な推論を展開している。まず裁判所は、条約法条約第31条3項(c)を明示的に参照し、「国際法の関連規則」としての時際法規則（intertemporal rule）に着眼する。時際法規則は、第12条の解釈に当たり、条約締結当時の1839年の法的事実に注意を払わせるとして、当時においては新たな道路や運河の延伸の費用は穏当なものであり、その後の鉄道技術の発展とそれに伴う費用の増加は予見されなかったという。他方で、裁判所は次のようにも述べる。

同時にこの規則（＝時際法規則—稲垣注）はその条約の実効的な適用に影響するその後の事実やその後のすべての法の発展に対して、裁判所が無関心であることを要求しない⁴⁴¹。

そして裁判所は、チュニスとモロッコにおける国籍法事件、ナミビア事件、エーゲ海大陸棚事件、エビ・カメ事件などの発展的解釈の例を引用しつつ、特に問題となっている用語が総称的（generic）である場合に、条約締結後の事実や

⁴³⁷ *Ibid.*, p.48, para.18.

⁴³⁸ *Ibid.*, pp.48-49, para.19.

⁴³⁹ *Ibid.*, p.71, para.71.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p.71, para.74.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p.73, para.79.

法の発展に注意を払う必要があることを指摘する⁴⁴²。ところが本事件で問題となっているのは、観念的又は総称的な用語ではなく、むしろ鉄道の運用に関する新たな技術の発展であると裁判所は認識しており、以下のようにいう。

しかしながら、ここにおいても、条約の趣旨及び目的の観点から実効的な条約の適用を確保する、発展的解釈（*evolutive interpretation*）が、時際法規則の厳格な適用よりも好ましいと思われる⁴⁴³。

ここで、「時際法規則の厳格な適用」とは、条約をその締結時の事情に照らして解釈することを指すものと思われる⁴⁴⁴。裁判所は、そのような同時性の原則に基づく解釈よりも発展的解釈が望ましいと判断したわけである。このように述べた上で、1839年条約の趣旨及び目的の検討に移る。裁判所は、1839年条約の目的を「商業的連絡（*commercial communication*）」であると特定し、これは、限られた期間のためのものではないとする。その結果として必然的に、今日の商業性にとって時として必要又は望ましいそのような事業は、特定の文言がなかったとしても、ベルギーが要求することのできる通過の権利の付属物（*a concomitant*）ということになるという。以上のようにして、第12条の全体とその当事国の権利義務の注意深い均衡は、原則として、ベルギーが要求する再活性化と近代化に適用可能であると結論している⁴⁴⁵。また判決の他の個所において裁判所は、以上の結論に至った理由を「1839年条約の趣旨及び目的が、そこで成立している均衡の範囲内に（鉄のラインの）運用や容量に関する新たな必要性や発展を含める解釈を示唆している（*suggests*）から⁴⁴⁶」とも表現している。

鉄のライン事件における発展的解釈の第一段階の推論は、発展的解釈が可能と判断された根拠において、これまで見てきた ICJ 等の発展的解釈と異っている。本件においては、第12条の解釈が総称的の用語が関係する問題ではないとして文言アプローチが放棄され、代わりに1839年条約の趣旨及び目的が継続的な商業的連絡を保つことだったことを理由として、発展的解釈が可能であると判断された⁴⁴⁷。つまり、解釈上問題となっている条約の個々の文言の性質では

⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴³ *Ibid.*, p.73, para.80.

⁴⁴⁴ 岩石順子「『鉄のライン川』鉄道事件（ベルギー/オランダ）」『上智大学法学論集』第57巻4号（2014）392頁。

⁴⁴⁵ *Ibid.*, pp.74-75, para.83-84.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p.116, para.221.

⁴⁴⁷ 同様の評価として、J. Arato, *supra* note 2, p.473; G. Distefano, *supra* note 2, p.395; E. Bjorge, *supra* note 4, pp.118-119.

なく、条約の趣旨及び目的に基づいて発展的解釈が可能という判断がなされているのである。もっとも条約の趣旨及び目的から発展的解釈が可能と判断されたからといって、条約締結時の当事国意思に依拠していないわけではない。条約の趣旨及び目的から、当該条約に発展し得る意味又は内容を付与したという当事国意思を推定し、それによって発展的解釈を正当化したのだと考えられる⁴⁴⁸。

3. 「生きる文書」アプローチ

第一段階の推論における三つ目のアプローチは、欧州人権裁判所をはじめとする人権条約の実施機関による「生きる文書 (living instrument)」アプローチである。このアプローチは、欧州人権裁判所の発展的解釈に端を発し、そのほかの人権条約の実施機関に広がっていった。このため、まず欧州人権裁判所の判例から見ていくことにしよう。

欧州人権裁判所による最初の発展的解釈とされるのが、タイラー事件判決⁴⁴⁹である。イギリスのマン島に住む申立人であるタイラーは、15歳当時上級生に対して行った暴行を理由に裁判所から、殴打3回の刑に処せられた。タイラーは、この司法的体罰 (judicial corporal punishment) が拷問を禁止する欧州人権条約第3条⁴⁵⁰に違反するとして、申立を行った。特に問題となったのは、この司法的体罰が、第3条にいう「品位を傷つける……刑罰」に該当するかということであった⁴⁵¹。裁判所は、ある刑罰が「品位を傷つける」ものと認められるには、それが与える屈辱 (humiliation) が一定のレベルに達していることが必要であるが、その評価は相対的なもので、ありあらゆる事情に依存するという⁴⁵²。次に裁判所は、マン島の司法長官 (Attorney-General) による、マン島の世論に反してしないので司法的体罰は条約に違反しないという主張を退けた上で、以下のように言う。

⁴⁴⁸ R. Higgins, *supra* note 289, pp.180-181; E. Bjorge, *supra* note 4, pp.113-118 は、当事国意思が条約の趣旨及び目的から把握されることを説く。

⁴⁴⁹ ECtHR, *Case of Tyrer v. The United Kingdom*, Application no. 5856/72, Judgment of 25 April 1978.

⁴⁵⁰ 欧州人権条約第3条は、以下のように規定する (訳文は、戸波ほか編『前掲書』(注250)490頁による)。

「何人も、拷問または非人道的なもしくは品位を傷つける取扱いもしくはは刑罰を受けない。」

⁴⁵¹ *Case of Tyrer*, *supra* note 449, para.29.

⁴⁵² *Ibid.*, para.30.

また裁判所は、……欧州人権条約は生きる文書であり、今日的条件に照らして解釈しなければならないということを想起する。裁判所は、今前にしている事件において、欧州評議会の加盟国の刑事政策分野での発展及び共通に認められた基準に影響されないわけにはいかない⁴⁵³。

この一説において、裁判所は、ヨーロッパ人権条約が生きる文書であることを理由に、それを締結時の条件に照らしてではなく、解釈時の条件に照らして解釈されなければならないことを明確に認めている。そして裁判所は、マン島において実際に司法的体罰の規定が長年にわたり再検討されてきたことに言及している。このような考慮を一つの理由として、裁判所は、上記の司法的体罰が第3条の「品位を傷つける……刑罰」に当たると結論している⁴⁵⁴。

このようにタイラー事件において、欧州人権裁判所は、発展的解釈を認めたとと言えるが、以下の二点に留意する必要がある。第一に、このタイラー事件では、この発展的解釈が、最終的な結論を導く上での必ずしも決定的な役割を果たしていないということである。このことは、門田孝が指摘するように、このタイラー事件の時点では、裁判所自身も発展的解釈が条約解釈上持つ意義を十分に認識していなかったことを示唆する⁴⁵⁵。第二に、第一の点の帰結ともいえるかもしれないが、これまで検討してきた国際司法裁判所等による発展的解釈の第一段階の推論と比べて、その推論が極めて簡素なものになっている。すなわち、裁判所が欧州人権条約を発展的に解釈しなければならないと判断した理由は、同条約が「生きる文書」であるからと述べられているのに留まっており、なぜ欧州人権条約が「生きる文書」であるといえるのかについては踏み込んでいないのである。けれども、このようなタイラー事件における発展的解釈は、その後の多く判例の先駆となり、欧州人権裁判所の最も特徴的な解釈手法の一つになっている。

次に、より最近の発展的解釈の例であるクリスティアン・グッドウィン事件判決⁴⁵⁶(2002年)における第一段階の推論をみてみることにしよう。本件では、性転換者であるグッドウィンが雇用や年金など様々な面で不利な待遇を受けた

⁴⁵³ *Ibid.*, para.31.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, para.35.

⁴⁵⁵ 門田孝「刑罰としての権棒による殴打は、条約第3条に違反する—タイラー判決—」戸波ほか編『前掲書』(注250)136頁。

⁴⁵⁶ *ECtHR, Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom, Application no. 28957/95, Judgement on 11 July 2002.*

ことに関して、英国が性転換者に対して待遇改善を行ってこなかったことが私生活および家族生活の尊重を受ける権利を規定する欧州人権条約第8条に違反に該当するかが問題となった。とりわけ、第8条の下で当該権利を確保する積極的義務（positive obligation）の存否が争われた。

裁判所は、まず、第8条の下での性転換者の権利侵害を認めてこなかった先例が存在することを示した上で、法的確実性、予見可能性及び法の下での平等のため、十分な理由のない限り、先例から離れるべきではないとする。しかしながら、「欧州人権条約がなによりもまず人権の保護のためのシステムである」ことを理由として、被申立国や締約国における変化する条件に注意を払わなければならないとする。さらに条約は、権利を実用的かつ実効的にするように解釈適用することが決定的に重要であり、裁判所が動的及び発展的アプローチを維持しないことは、改革や改善の障害になってしまうという⁴⁵⁷。以上から裁判所は、タイラー事件を参照しつつ、「現在の適切な条約の解釈及び適用を『今日の条件に照らして』評価するため、締約国の内外の状況を見ることを提案⁴⁵⁸」した。本件における推論は以上のようなものだった。

このグッドウィン事件における推論の特徴は、以下の点に認められる。第一に、タイラー事件における推論よりも、条約を「今日の条件に照らして」解釈しなければならない根拠が明確化されているように思われる。それは、欧州人権条約の趣旨及び目的の強調とまとめることが出来るのではないだろうか。欧州人権条約の前文は、「人権及び基本的自由の維持及び一層の実現」や権利を「集団的に実施する」ことを謳っていることに鑑みても、上記の推論は条約の趣旨及び目的の実現する観点から発展的解釈を導いたものと考えられることができる。この意味では、欧州人権裁判所の「生きる文書」アプローチは、前にみた趣旨及び目的アプローチの一種であると考えられるかもしれない。さらにグッドウィン事件では、発展的解釈が先例の変更を正当化するために用いられており、その役割ないし機能がタイラー事件の時よりも明確になっている。

このような「生きる文書」アプローチは、欧州人権裁判所にとどまらず、その他の人権条約の実施機関の判断にも採用されるようになっている⁴⁵⁹。その具体例として、自由権規約委員会の発展的解釈についてみてみることにしよう。

⁴⁵⁷ 以上につき *ibid.*, paras.74-75.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, para.75.

⁴⁵⁹ 以下で見る自由権規約委員会以外にも米州人権裁判所や人種差別撤廃委員会によって適用されている。人種差別撤廃委員会による発展的解釈については、*Stephan Hagan v. Australia*, Communication No.26/2002, 20 March 2003, CERD/C/62/D/26/2002 (14 April 2003)参照。

委員会は、ジャッジ対カナダ事件⁴⁶⁰において、初めて発展的解釈を適用した。通報者のジャッジは、1987年米国において殺人罪で死刑の判決を受けた後、脱獄してカナダへ逃亡した。その後、強盗の罪によりカナダで禁錮刑を受けたが、カナダはその服役後ジャッジを米国へと追放する決定した。ジャッジはケベック州最高裁判所に訴え出てその決定を争ったが、1998年8月6日、同裁判所は訴えを退けた。翌日、ジャッジは自由権規約委員会に通報するとともに、米国へと追放された⁴⁶¹。この事件の争点となったのは、死刑廃止国であるカナダが、死刑存置国であるアメリカから死刑執行をしないことについての保証を得ないまま同国へ追放することが、生命権を規定する自由権規約第6条1項に違反するかということであった。

カナダは、類似の事件で自由権規約委員会の先例であるキンドラー対カナダ事件を援用する。同事件において「委員会は、規約第6条の文言が引き渡しの拒否すること又は保証を求めることを必ずしも求めているとは思わない」と判断していたからである⁴⁶²。これに対して委員会は、判例の一貫性を確保する必要を認めつつも、「主張される違反に最も基本的な権利—生命権—が関係し、特に顕著な事実的な又は法的発展及び提起された問題に関する国際世論が変化があった場合などに規約によって保護される権利の適用範囲を再検討 (review) することが求められる例外的な状況があるかもしれないことに留意」した。そして委員会は、キンドラー事件以降の様々な発展を明らかにした後、「規約は、生きる文書として解釈されるべきであり、それによって保護される権利が今日の条件の文脈および観点から適用されるべきであると考え」と述べている⁴⁶³。さらに委員会は、カナダがジャッジを米国に追放したことをその時点で適用可能な法に照らして評価するべきことを主張していた⁴⁶⁴ことに対して、「人権の保護は発展し、規約の人権の意味は、原則として、検討時を参照して解釈されるべきであり、……主張される違反が発生した時を参照して解釈されるべきではないと考える⁴⁶⁵」とした。ここから、上記の「今日の条件」とは、条約の締結時の1966年でも侵害の発生時の1998年でもなく、委員会がこの問題を検討

⁴⁶⁰ *Roger Judge v. Canada*, Views adopted on 5 August 2003, CCPR/C/78/D/829/1998 (13 August 2003). また本件については、坂元茂樹「人権条約の解釈の発展とその陥穽」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法 1 国際人権法と憲法』（信山社、2006）163-173頁に詳しい。

⁴⁶¹ 以上につき、*ibid.*, paras.1-2.8.

⁴⁶² *Joseph Kindler v. Canada*, Views adopted on 30 July 1993, CCPR/C/48/D/470/1991 (11 November 1993), para.14.6.

⁴⁶³ CCPR/C/78/D/829/1998 (13 August 2003), para.10.3.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, para.8.9.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, para.10.7.

している 2003 年時点での条件であったということが理解される。

このように、ジャッジ事件において自由権規約委員会は、規約が「生きる文書」であることを理由として、発展的解釈が肯定を適用した。その推論の特徴は、第一に、欧州人権裁判所のそれと同様にとても簡素であり、なぜ規約が生きる文書と言えるのかということについて論及されていないことである。第二に、本件では権利侵害時ではなく、委員会の検討時を基準として条約解釈がなされていることである。ただし、この点については、法的安定性の観点から批判がある⁴⁶⁶。そして第三に、本件における発展的解釈は、先例であるキンドラー対カナダ事件での判断の変更を正当化するための役割を果たしているということである。この点では、ナミビア ICJ 勧告的意見における発展的解釈が南西アフリカ事件の判断からの変更を正当化したことと同様の機能である。

以上、人権条約解釈における「生きる文書」アプローチの適用例をみてきた。最後にこのアプローチの特徴とその実質について検討しておきたい。「生きるアプローチ」の特徴は、人権条約が「生きる文書」であることを殆ど自明として、なぜそれが「生きる文書」であると言えるのかについて必ずしも十分に踏み込まない推論の簡素さにあるように思われる。この点に着目して、人権条約における発展的解釈は、これまでみてきた ICJ 等のアプローチと異なり、締結時の当事国意思に基づくものではないとする見解がある⁴⁶⁷。

他方で、この「生きる文書」アプローチも、当事国意思に基礎づけられると説く見解もある。例えば、先にみた万国国際法学会での時際法問題に関する報告者を務め、また欧州人権委員会の委員でもあったマックス・ソーレンセンは、タイラー事件（1978 年）に先立つ 1976 年に公表された論文において⁴⁶⁸、ナミビア事件における発展的解釈の推論を参照しながら、締約国の意思が条約が適用される社会的な文脈における変化に扉を開けておく場合があり、そのことは特に一般的な（general）概念を多く参照する欧州人権条約について当てはまるとし、最終的に欧州人権条約を「生きる法文書（living legal instrument）」であ

⁴⁶⁶ 坂元「前掲論文」（注 460）171-172 頁。

⁴⁶⁷ 酒井ほか『前掲書』（注 88）295 頁〔濱本正太郎執筆箇所〕、さらに P. Dupuy, *supra* note 2, p.134 も参照。

⁴⁶⁸ Max Sørensen, “Do the Rights Set Forth in the European Convention on Human Rights in 1950 Have the Same Significance in 1975?,” in *Proceedings of the Fourth International Colloquy about the European Convention on Human Rights* (1976), reproduced in *Professor, dr. jur. Max Sørensen: A Bibliography* (Aarhus University Press, 1988). この論文は、1975 年に開催された欧州人権条約の国際会議での報告を基にしており、その後の欧州人権裁判所による発展的解釈に大きな影響を与えたと推測される。

ると結論付けた⁴⁶⁹。これは、「生きる文書」アプローチを当事国意思に基礎づける見解であったといえる。また、ウォルドックも 1981 年の論文において、欧州人権条約の用語の一般性などを根拠として、裁判所が当事国意思に基礎づけて発展的解釈を適用していると評価しているように思われる⁴⁷⁰。さらにビョージも、主に欧州人権条約の趣旨及び目的や判例等を根拠として、「生きる文書」アプローチを当事国意思に基礎づけられることを主張している⁴⁷¹

以上のような学説、また先に見たグッドウィン事件において欧州人権裁判所が条約の趣旨及び目的を強調していたことに鑑みれば、「生きる文書」アプローチといえども、締結時の当事国意思とは無関係ということとはできないように思われる。「生きる文書」アプローチは、人権条約の個々の条文の抽象的な性質や人権条約の趣旨及び目的から見出される、人権条約に発展し得る意味又は内容を付与したという締結時の当事国意思に基礎づけられるものと考えられる。この意味において、「生きる文書」アプローチの内実は、文言アプローチや目的論的アプローチに還元できるものと考えられる。

4. 評価

ここまで、発展的解釈の第一段階の推論の分析を行ってきた。以下では、その分析の成果をまとめておきたい。

第一に、外形上明白なのは、司法機関によって、条約締結時において条約に発展し得る意味又は内容を付与したという当事国意思を認定するアプローチが異なるということである。ICJ や一部の仲裁裁判においては、問題となっている条約の文言の性質を根拠としてその当事国意思を推定するアプローチを採っている。また鉄のライン事件仲裁では、条約の趣旨及び目的から当事国意思を導くアプローチが採用された。欧州人権裁判所をはじめとする人権条約の実施機関では、判決文上は必ずしも明白ではないが、実質的にみるならば、人権条約の趣旨及び目的や条文の抽象性から当事国意思を導く「生きる文書」アプローチが採用されている。

第二に、より本質的で重要なのは、これらのいずれのアプローチをとるにせよ、当事国意思は、条約の準備作業（起草過程）の検討などに拠らず、条約の

⁴⁶⁹ *Ibid.*, pp.27-28, p.54.

⁴⁷⁰ Sir Humphrey Waldock, “The Evolution of Human Rights Concepts and the Application of the European Convention on Human Rights,” in *Mélanges offerts à Paul Reuter: Le droit international: unité et diversité* (Pedone, 1981), p.542 and 547.

⁴⁷¹ E. Bjorge, *supra* note 4, pp.132-139.

趣旨及び目的や問題となっている個々の条文の文言を根拠として推定により認定されているということである。これは、本章第2節で指摘した、当事国意思の認定自体も条約解釈だという認識が形成されたことの言い換えであると言えるだろう⁴⁷²。したがって、極論するならば、締結時に実際に起草者としての当事国がそのような意思を持っていなかったとしても、解釈時に推定により認定することが可能となる。この意味において、第一段階の推論における当事国意思の認定は、実際には非常に柔軟に行うことができると評価できる。

他方において、以上のように当事国意思を推定に基づき認定していくことについては、常々その問題点が指摘されてきた。例えば、サールウェイは、ナミビア事件の発展的解釈の推論を評価する文脈において、証拠から明らかになる当事国の実際の意思と後知恵により当事国の意思であるべきと判断されたものが混同される危険性を既に1989年の論文で指摘していた⁴⁷³。さらに岡田淳も、このような意思認定のあり方は、「本来『意思』が有する安定性と予測可能性を確保する機能を失わせることになりかねない」として警鐘を鳴らしている⁴⁷⁴。このように発展的解釈の柔軟性は、常に法的安定性を害する危険性と隣り合わせなのだといえよう。

第3項 第二段階の推論の分析

続いて、発展的解釈の第二段階の推論の分析に移る。前述したように、この推論では、条約当事国意思の内容に従って、条約締結後の事情を考慮に入れて、解釈時の条約又は用語の意味を確定するプロセスである。この第二段階の推論の分析は、そこで考慮されている事情に、締結後の国際法だけでなく、その他の事実的な事情の発展も含まれていることを明らかにする。そこで、以下では、法的事情（国際法の発展）と事実的事情を区別して、論述を進めていく。

1. 法的事情

発展的解釈の第二段階の推論においては、法的事情、すなわち条約締結後の国際法の発展が極めて大きな役割を果たしている。以下では、（準）司法機関ごとに、どのような法的事情が考慮されているのか明らかにしていく。

（1）国際司法裁判所

⁴⁷² 本章第2節第2項5.「まとめ」参照。

⁴⁷³ H. Thirlway, *supra* note 72, p.118.

⁴⁷⁴ 岡田「前掲論文」（注2）135頁。

国際司法裁判所による発展的解釈の第二段階の推論において、締結後の国際法の発展は極めて重要な役割を果たしている。

まずナミビア事件勧告的意見における発展的解釈の第二段階の推論を見てみよう。度々触れてきたようにこの事例では、国際連盟規約第 22 条柱書の「文明の神聖なる使命」という用語の解釈が問題となっていた。裁判所は、第一段階の推論において、この用語が「本質的に発展的」であると結論付けた上で、以下のように述べる。

そのため、1919 年の制度をみるときに、その後の半世紀に起こった変化を考慮に入れなければならない、その解釈は、国連憲章や慣習法を通じての後の法の発展から影響を受けずにはいないのである⁴⁷⁵。

このように裁判所は、後の国際法の発展を考慮して、「文明の神聖なる使命」を解釈することを認める。具体的に裁判所が考慮に入れた後の法の発展は、勧告的意見の 52 項に示されている。すなわち、第一に、非自治地域にかかる国際法の発展により、自決の原則が全ての非自治地域に適用されるようになったこと、とりわけ、国連憲章第 73 条が神聖な使命の概念を人民がまだ完全には自治を行うに至っていない地域にまで拡大したこと、第二に、植民地独立付与宣言（国連総会決議 1514 号（XV））がまだ独立を達成していないすべての人民と領域を対象としたこと、の 2 点である⁴⁷⁶。そして裁判所は、「このような発展は、神聖なる使命の究極的な目的が関係人民の自決と独立であることを疑い得ないものにした」と結論付けたわけである。

以上のようにナミビア事件勧告的意見の第二段階の推論では、国際連盟規約締結後の人民の自決権に関する慣習国際法の発展を考慮にいれたと見ることができる。裁判所は、明示的に条約法条約第 31 条 3 項（c）を援用しているわけではないが、同条を適用したとみる論者もある⁴⁷⁷。

次に、エーゲ海大陸棚事件判決における第二段階の推論を見てみよう。前述のように本事件ではギリシャが紛争平和的解決一般議定書に付した留保の「ギリシャの領域的地位に関する紛争」という文言に大陸棚の境界画定に関する紛

⁴⁷⁵ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p.31, para.53.*

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p.31, para.52.

⁴⁷⁷ 堀見裕樹「条約解釈における『国際法の関連規則に関する』一考察（2・完）」『法学』第 77 巻第 3 号（2013）90-91 頁。

争が含まれるのかが問題となっていた。第一段階の推論において、裁判所は、上記文言は「1931年に存在した国際法規則ではなく、今日存在している国際法規則に従って解釈しなければならない」と結論していた。その上で、ICJは以下のようにいう。

したがって、この紛争につき留保(b)を解釈し適用するとき、裁判所は、大陸棚に対する沿岸国の探査と開発の権利に関する国際法規則について起こった発展を考慮に入れなければならない⁴⁷⁸。

このように、裁判所は、ギリシャが議定書に付した留保を解釈するために、その後生じた大陸棚に関する国際法規則を考慮に入れることを明確に認めている。そして、以上のように「ギリシャの領域的地位に関する紛争」という文言を解釈した結果、本件紛争は、「ギリシャの領域的地位に関する」紛争に該当すると結論付けられ⁴⁷⁹、裁判所は管轄権を否定した。

そしてガブチコヴォ・ナジマロシュ事件判決における第二段階の推論を見てみよう。ICJは、第一段階の推論において、1977年条約の第15条、19条及び6条の文言から、同条約に発展的解釈が適用可能であると判断した。その結果として、裁判所は、いくつかの文脈において1977年条約締結後の国際環境規範の発展を考慮することを認めている。すなわち、第一に、ハンガリーの事情の変更原則の主張を退ける文脈で、「環境法」の発展を取り込めると判示したこと⁴⁸⁰。第二に、環境の保護に関する国際法の発展が1977年条約の履行を免れさせたという主張を退ける文脈で、同条約の実施において「新たに発展した環境規範」、「新たな環境規範」を考慮しなければならず、また同条約は「出現しつつある国際法規範」に適応し得ると判示したこと⁴⁸¹。そして第三に、今後の条約の実施をめぐる文脈で、「新たな規範及び基準」を考慮しなければならないと判示したこと⁴⁸²、である。

このようにガブチコヴォ・ナジマロシュ事件においては、1977年以降の国際環境規範の考慮が認められている。けれども、その具体的な内容は、明らかにされていない。裁判所が敢えて「規範(norm)」という言葉を多用している

⁴⁷⁸ *Aegean Sea Continental Shelf*, I.C.J. Reports 1978, p.34, para.80.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p.37, para.90.

⁴⁸⁰ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p.65, para.104.

⁴⁸¹ *Ibid.*, pp.67-68, para.112.

⁴⁸² *Ibid.*, pp.77-78, para.140.

ことから示唆されるように、ここには法的拘束力のない規範も含まれている可能性がある。また本件は、他の発展的解釈の事例と異なり、1977 条約の今後の実施において考慮すべきと判示したのに留まり、考慮した結果 (= 解釈結果) に基づいて何らかの事実の法的評価を行っているわけではないことにも注意が必要である。

最後に、パルプミル事件判決における第二段階の推論についてみてみることにしよう。この事件においては、1975 年のウルグアイ川規程第 41 条 (a), (b) が定める義務と環境影響評価の実施との関係性が問題となっていた。第二段階の推論において、裁判所は、「規程第 41 条 (a) の下での保護し保全する義務は、近年において国家から広範に受け入れられてきているので、現在では、計画される産業活動が国境を越える文脈、特に共有資源に対して重大な悪影響をあたえる危険がある場合に環境影響評価を行う一般国際法上の義務とも考えることのできる慣行に従って解釈しなければならない⁴⁸³」と述べた。ここで裁判所は、慎重な言い回しながら、一定条件の下、環境影響評価を実施する一般国際法上の義務が存在していることを示唆している。裁判所は、この一般国際法上の義務を考慮する結果として、規程第 41 条 (a), (b) の義務を適切に遵守するためには、環境影響評価を実施しなければならないという結論を導いたのであった⁴⁸⁴。

(2) 仲裁裁判

ブルターニュ号事件仲裁判決においても、1972 年協定の解釈にその締結後の国際法の発展が考慮されている。本件では、処理装置が付いた漁船の操業許可をカナダが認めなかったことが、1972 年協定における「漁業規制」に該当するか否かが問題となっていた。裁判所は、第一段階の推論において 1972 年協定が「新たな海洋法の発展を容認する」ものと結論して、第二段階の推論に移る。この第二段階の推論において注目されるのは、条約解釈に際して「国際法の関連規則」の考慮を要請している条約法条約第 31 条 3 項 (c) を明示的に参照していることである⁴⁸⁵。そして、裁判所は、1986 年当時未だ発効していなかった国連海洋法条約の排他的経済水域における沿岸国の権限に関する規定を検討す

⁴⁸³ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, p.83, para.204.*

⁴⁸⁴ *Ibid.*, pp.82-83, para.204.

⁴⁸⁵ *Case concerning Filletting within the Gulf of St. Lawrence between Canada and France Decision of 17 July 1986, International Law Reports, Vol.82 (1990), p.627, para.49.*

る。特に、沿岸国がその排他的経済水域において他国民に適用可能な規制事項を例示列挙する国連海洋法条約第 62 条 4 項に魚の処理に関する言及がないことを根拠として、裁判所は、海上での魚の処理の規制は、新たな海洋法の規則の下での沿岸国の権限によってアプリアリに正当化することはできないと判示している⁴⁸⁶。この発展的解釈に基づく判断は、カナダはフランスの船舶が海上で漁獲の処理を禁止する権限がないという裁判所の最終的な結論⁴⁸⁷の一つの論拠となっている。

このようにブルターニュ号事件においても、後の国際法の発展が考慮されている。その特徴は、条約法条約第 31 条 3 項 (c) が明示的に参照されていることである。けれども、この第 31 条 3 項 (c) によって、実際に検討のなされた国連海洋法条約の援用を正当化し得るかは疑いなしとししない。なぜならば、当時において、国連海洋法条約は未発効であったが故に「当事国の間で適用される」国際法規則であったと言えるのかの問題があるからである。裁判所は、この点について、第 31 条 3 項 (c) の要件を詳しく検討しているわけでもなく、また国連海洋法条約第 62 条が慣習国際法を反映した規定であるか検討しているわけでもない。本件において国連海洋法条約の援用が可能だったより実質的な理由は、訴訟手続において、フランスとカナダの双方が同条約を援用して主張を行っていたことにあると思われる⁴⁸⁸。いずれにしても、この事件は、ある条約を解釈するにあたり、その後採択された未発効の条約を考慮に入れた点で特異なケースであると言える。

次に鉄のライン事件仲裁裁判判決における第二段階の推論をみてみよう。ここでも 1839 年条約の解釈適用につき後の国際法の発展が考慮に入れられている。第一段階の推論の結論として第 12 条が鉄のラインの近代化にも適用可能と認めた後、裁判所は「それ故に、近代化のための現時点での費用の配分が関係する限りにおいて、今日適用される国際法の条項が第 12 条に読み込まれる必要がある⁴⁸⁹」と述べている。それでは、具体的にいかなる国際法がどのように第 12 条の解釈に読み込まれたのであろうか。裁判所は、明示的に条約法条約 31 条 3 項 (c) を参照しつつ、国際環境法、特に発展が環境に重大な悪影響を与え得る場合にそのような悪影響を防止し少なくとも緩和する義務を考慮に入

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p.630, p.52.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p.638.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p.627, para.49.

⁴⁸⁹ *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, decision of 24 May 2005, Reports of International Arbitral Awards, Vol.27, p.75, para.83.*

れるとしている⁴⁹⁰。その帰結として、裁判所は、鉄のラインの再活性化が環境に悪影響を与える可能性があることに鑑み、それを環境保護措置から切り離して考えることはできず、それら措置は事業とその費用に完全に一体化されるべきと結論している⁴⁹¹。このように鉄のライン事件の第二段階の推論では、1839年条約第12条の解釈適用にその後に発展した国際環境法とくに防止義務が読み込まれたといえる。

(3) WTO 上級委員会

前述したように、エビ・カメ事件においては、GATT 第20条の「有限天然資源」に生物資源が含まれるかが問題となっていた。上級委員会は、第二段階の推論に移り、まず、現代国際条約及び宣言が生物資源と非生物資源の双方を意味するものとして天然資源という言葉を用いていることに着目している⁴⁹²。上級委員会は、その具体例として、国連海洋法条約第56条、生物多様性条約、アジェンダ21及びワシントン条約(CITES)が採択される際の付帯決議などを挙げている⁴⁹³。その上で、上級委員会は、生物天然資源の保護の重要性が国際共同体によって認められていること、及びWTO協定の前文が持続可能な開発という目的を明示的に承認していることを想起して、生物資源か非生物かを問わず、有限天然資源を保存するための措置は、第20条(g)に該当し得ると結論している⁴⁹⁴。

このエビ・カメ事件における第二段階の推論の特徴は、条約のみならず、アジェンダ21やワシントン条約の付帯決議などの非拘束的合意文書が参照されている点である。

(4) 欧州人権裁判所

欧州人権裁判所は、その発展的解釈の第二段階の推論において極めて柔軟に後の国際法の発展を考慮に入れている。ここでは、その具体例として、マルクス事件、デミール事件を検討していくことにしよう。

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p.66-67, paras.58-59.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p.116, paras.222-223.

⁴⁹² *United States- Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Report of the Appellate Body, WT/DS58/AB/R (12 October 1998), p.48, para.130*

⁴⁹³ *Ibid.*, pp.48-49, para.130.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p.50, para.131. なお、ここで上級委員会は、GATT時代のパネルの先例、実効性の原則(principle of effectiveness)及びGATTの起草過程において「生物」天然資源を排除する起草者の意図が証明されていないことにも言及している。

欧州人権裁判所の発展的解釈において初めて他の様々な条約を考慮に入れた事例であると思われるのが、マルクス事件判決（1979年）⁴⁹⁵である。本事件は、ベルギー国籍の申立人であるマルクスが、当時のベルギー法が嫡出子に比べ非嫡出子に対して様々な不利な待遇を与えていたことが私生活及び家族生活の尊重をうける権利を定める欧州人権条約第8条及び差別の禁止を定める同第14条の違反を構成するとして出訴したものである。ここでは、特に、嫡出子については、出生届の受理のみで母子関係の成立を認めているのに対して、非嫡出子については、出生のみでの母子関係を成立を認めず、その成立ためには、母親の認知によるか、又は裁判所の宣言を要するとしていたベルギー法が、第8条とともに考慮される（*taken conjunction with*）第14条の違反を構成するかという論点に絞って見ていくことにしよう。

この問題について裁判所は、確かに欧州人権条約が採択された1950年時点では、多くのヨーロッパ諸国が「正当な」家族と「非正当な」家族の区別することは、普通で許容されていたが、同条約は今日的な条件に照らして解釈しなければならないとして、以下のように述べる。

裁判所は、欧州評議会の大多数の諸国の国内法が、関係する国際文書とともに「母親は常に確定している（*mater semper certa est*）」という格言を法的に全面的に承認する方向へと進化し、また進化を続けているという事実に影響を受けずにはいない⁴⁹⁶。

ここで注目すべきは、締約国の国内法のみならず「関係する国際文書」が挙げられていることである。そして裁判所は、そのような国際文書として「母親は常に確定している」という原則を体現する、自然子の母子関係の成立に関するブリュッセル条約（1962年採択、1964年発効）及び婚外子の法的地位に関する条約（1975年採択、1978年発効）を参照して、「これら二つの条約の存在は、現代社会の中のこの分野において、共通基盤となる明確な基準が存在することを意味する」と述べている⁴⁹⁷。このことを一つの根拠として、マルクスに対する母子関係の確立の方法は、第8条とともに考慮される第14条に違反すると結論された⁴⁹⁸。

⁴⁹⁵ *ECtHR, Case of Marckx v. Belgium, Application no. 6833/74, Judgement on 13 June 1979.*

⁴⁹⁶ *Ibid.*, para.41.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, see also para.20.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, para.43.

このようにマルクス事件では二つの後の条約が考慮に入れられているが、重要なのは、判決当時ベルギーがこれらどちらの条約にも批准していなかったという事実である⁴⁹⁹。したがって、裁判所は、ベルギーを拘束していない条約を考慮に入れて、欧州人権条約を解釈したことになる。この事件は、条約法条約第 31 条 3 項 (c) を明示的に参照したものではない。けれども、仮に第 31 条 3 項 (c) の観点からみるとするならば、同条は「当事国の間で適用可能な」国際法規則の考慮を求めていることからしても、本件での判断は、極めて柔軟な立場を採っていたことが理解される。

また、既に第 2 章で検討したデミール事件判決⁵⁰⁰ (2008 年) では、条約解釈に援用し得る他の国際法の範囲についても重大な争点となっていた。本件では、この第 11 条を解釈する上で、いかなる範囲の他の国際法を考慮に入れることができるのかという点で対立があった。すなわち、トルコは、自国が批准していない条約は解釈の際に考慮することはできないと主張した⁵⁰¹。これに対して、まず裁判所は、欧州人権条約を解釈する一般的な方針として、主に条約法条約の解釈規則に従うこと、条約法条約第 31 条 3 項 (c) を明示的に引用しつつ、当事国間で適用可能な国際法の規則及び原則を考慮に入れなければならないこと、また、これまで裁判所が条約を「生きる文書」として、国内法及び国際法の発展する規範を考慮してきたこと、などを指摘する⁵⁰²。その上で、裁判所は、国際規範の共通基盤 (common ground) を探す際に、申立国が署名又は批准をしているか否かによって法源を区別してこなかったとして、マルクス事件を含むそのような種々の判例を挙げる⁵⁰³。結論的に裁判所は、条約解釈に考慮に入れることのできる条件として、国際文書のすべてに申立国が被批准している必要はなく、当該国際法文書が現代社会の共通の基盤の存在を示していることで十分であると述べている⁵⁰⁴。このように裁判所は、欧州人権条約解釈の一般論として、他の国際法の参照について極めて柔軟な立場をとることを明らかにしたのである。

それでは、裁判所が具体的に他のどのような条約を考慮にいったのかを、欧州人権条約第 11 条⁵⁰⁵の下、公務員による労働組合を結成する権利が認められ

⁴⁹⁹ *Ibid.*, para.20.

⁵⁰⁰ *ECtHR, Case of Demir and Baykara v. Turkey, Application no. 34503/97, Judgment on 12 November 2008.* 本件の事実関係は、第 2 章第 4 節参照。

⁵⁰¹ *Ibid.*, paras.61-62.

⁵⁰² *Ibid.*, paras.65-68.

⁵⁰³ *Ibid.*, paras.69-85.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, para.86.

⁵⁰⁵ 欧州人権条約第 11 条は以下のように規定する (訳文は、戸波ほか編『前

るのか検討する文脈について見てみよう。この問題に関して、トルコは、第 11 条 2 項が「行政機関の構成員」による権利行使を制限することを明示的に認めていることを根拠として、公務員の労働組合結成の権利は認められないと主張した⁵⁰⁶。この主張に対して、裁判所は、第 11 条 2 項の制約は権利の「行使」に限定されるべきで、結成の権利を害してはならないと述べ、このことは、多数の関係するヨーロッパ諸国の国際文書において裏付けられるとする。具体的には、結社の自由を規定する自由権規約（1966 年採択、1976 年発効）第 22 条が「行政機関の構成員」を排除していないこと、労働者の団結権を保障する改定欧州社会憲章（1996 年採択、1999 年発効）第 5 条が警察と軍隊以外の公務員の制限を認めていないこと、また判決当時、法的拘束力を有していなかった⁵⁰⁷欧州連合基本権憲章（2000 年採択）第 12 条が全ての者に労働組合を結成する権利を認めていることを考慮に入れている⁵⁰⁸。その結果、裁判所は、「行政機関の構成員」は、第 11 条の射程から排除されないと結論した⁵⁰⁹。

以上のようにデミール事件でも後の国際法の発展が柔軟に考慮に入れられている。注目されるのは、マルクス事件と同様に、被申立国のトルコに対して拘束力を有していなかった欧州社会憲章第 5 条⁵¹⁰や欧州連合基本権憲章が援用されている点である。しかし、それ以上に重要なのは、この事件で裁判所が、他の国際法文書を考慮に入れるために、それが現代社会の共通基盤の存在を示し

掲書』（注 250）492 頁による。）。

「1 すべての者は、平和的な集会の自由および結社の自由についての権利を有する。この権利には、自己の利益の保護のために労働組合を結成しおよびこれに加入する権利を含む。

2 前項の権利の行使については、法律で定める制限であって、国の安全もしくは公共の安全、無秩序もしくは犯罪の防止のため、健康もしくは道徳の保護のため、または他の者の権利および自由の保護のために、民主的社会において必要なもの以外のいかなる制限も課してはならない。この条の規定は、国の軍隊、警察または行政機関の構成員による前項の権利の行使に対して合法的な制限を課することを妨げるものではない。」

⁵⁰⁶ *Case of Demir, supra note 500, para.89.*

⁵⁰⁷ 欧州連合基本権憲章は、採択当初法的拘束力を有しなかったが、リスボン条約第 6 条 1 項の規定により、2009 年のリスボン条約の発効とともに法的拘束力を持った。しかし、トルコが欧州連合の加盟国ではないため、同憲章がトルコに対して拘束力を持たないことに変わりはない。

⁵⁰⁸ *Case of Demir, supra note 500, paras.99-106.*

⁵⁰⁹ *Ibid.*, para.107.

⁵¹⁰ トルコは改定欧州社会憲章自体には批准しているが、同憲章は一定の条件の下、拘束力を持つ条文を選択することを当事国に認めており（同憲章第 3 部第 A 条）、トルコは第 5 条について選択していなかった。

ていればよく、必ずしも被申立国が当該文書のすべてを批准している必要がないということ、欧州人権条約解釈の一般論として宣明したことである。

以上の二つのケースから、欧州人権裁判所の第二段階の推論では、欧州人権条約の後に締結されたその他の条約で、しかも被申立国を拘束していない条約が考慮に入れられているということが分かる。条約法条約第 31 条 3 項 (c) の解釈論では、「当事国」の意味をめぐって、それが紛争当事国を指すのか、又は解釈されようとしている条約の全ての当事国を指すのかという問題が議論されている⁵¹¹。この観点から見れば、以上の欧州人権裁判所の姿勢は、「当事国」を紛争当事国と解する以上に柔軟なアプローチであると評価できる。

2. 事実的事情

発展的解釈の第二段階において考慮される事情は、後の国際法の発展に留まらず、事実的事情も含まれる。このような事実的事情には、少なくとも①言葉の解釈時の意味、②科学的知識、技術、③国内法、④社会的受容が含まれるように思われる。以下、順に見ていくことにしよう。

(1) 言葉の解釈時の意味

事実的事情で最初に取り上げるのは、条約に用いられている言葉の解釈時の意味である。言葉の意味は、時間とともに変化する。したがって、言葉の意味変化とともに、条約の解釈も締結時のそれから発展する。このような事例として、これまで何度も言及してきた通航権事件 ICJ 判決がある。

前述したように、本事件では、1858 年条約に用いられていた「通商」という用語が、物品の輸送だけではなく、人の輸送が含まれるかが問題となっていた⁵¹²。裁判所は第一の推論の結果、同用語が発展的に解釈することができることを認めた上で⁵¹³、以下のように述べた。

したがって、たとえ「通商」という概念が今日、それが 20 世紀半ばに有していた意味と同じではないと想定しても、1858 年条約を適用するために承認されなければならないのは、現時点での意味 (the present meaning)

⁵¹¹ 堀見「前掲論文 (2・完)」(注 477) 60 頁、Campbell McLachlan, *supra* note 12, pp.313-314.

⁵¹² 本事件の事実関係については、本章第 2 節第 2 項 5. 「通航権事件 ICJ 判決」参照。

⁵¹³ この第一段階の推論については、本節第 1 項 1. 参照。

である⁵¹⁴。

そして、裁判所は、「今日、人を輸送する行為は、通商的性質を帯びる可能性がある⁵¹⁵」ことから、サンファン川におけるコスタリカの通航権は物品の輸送のみならず、人の輸送にも及ぶと結論した。

このように通航権事件では、1858年条約を解釈するのにあたり、他の国際法の発展は全く考慮されていない。裁判所が上記のような結論に至ったのは、まさに用語の締結時ではなく解釈時の意味が考慮されたからに他ならないのである。この点で、これまで検討してきたナミビア事件勧告的意見をはじめとする締結後の国際法の発展を根拠とする発展的解釈とは、顕著な違いを見出すことができる。前述したように、本件において ICJ は、発展的解釈を「とりわけ国際法の発展取り込むための」ものと一般的に定式化し、国際法の発展以外を根拠とする発展的解釈の可能性を排除しなかったが、まさに同じ事件でそのような発展的解釈が適用されたのであった。

(2) 科学的知識、技術の発展

二つ目の事実的事情は、科学的知識や技術の発展である。科学的知識や技術も時間とともに発展していく。もし条約の当事国が、その発展に従って、条約の規範内容が変化していくことを意図していたとするならば、条約の規範内容は、科学的知識や技術の発展とともに変化していくはずである。このような事例として、以下の二つ判決が挙げられる。

ガブチコヴォ・ナジマロシュ事件判決において、1977年条約の実施にあたり、国際環境規範の考慮が要請されると判示されたことについては既にみた。この判決は、そのような法的事情のみならず、科学的知識の発展という事実的事情も考慮に入れうることを認めていると読むことができる。すなわち、環境に関する知識の発展が事情の変更を構成するとのハンガリーの主張に対して、ICJ は、1977年条約第15条、19条及び20条により、その実施の際、当事国が科学的知識の発展を考慮することは可能であると判示している⁵¹⁶。見方を変えれば、裁判所が、科学的知識の発展に従って、条約の規範内容が変化していくことを認めたとと断言するかもしれない。

⁵¹⁴ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, I.C.J. Reports 2009, p.244, para.70.

⁵¹⁵ *Ibid.*, p.244, para.71.

⁵¹⁶ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p.65, para.104.

同様に、科学的な技術の発展により条約の規範内容の変化を認めた判例がギニアビサウとセネガルの海洋境界画定に関する仲裁裁判判決（1989年）である。前述したように、本件では、海洋境界画定に関する1960年協定が、どの範囲の大陸棚の境界画定しているのかが問題となった。この問題について裁判所は、1960年当時の大陸棚概念が開発可能性に依存している動的なものであることを理由として、1960年協定は現時点で大陸棚と定義される範囲の海域を確定していると判示していた⁵¹⁷。このことは、すなわち裁判所が解釈時における開発技術という事実的な事情を考慮して、大陸棚の範囲が決定されることを認めたものと考えることができる。

また欧州人権裁判所の発展的解釈においても、科学的知見や技術の発展が考慮に入れられることがある。例えば、グッドウィン事件判決（2002年）において、裁判所は、性転換症（transsexualim）の原因は科学的に未だわかっていないものの、医学的状态として広く認識されていること、また性転換手術の技術向上などを指摘して、現在の医学又は科学的知識の状況は、英国が性転換者の法的承認を行わない決定的な理由にならない旨判示している⁵¹⁸。

（3）国内法

三つ目の事実的事情は、国内法の発展である。これは人権条約の実施機関、とりわけ欧州人権裁判所の「発展的解釈」において極めて重要な役割を果たしている。同裁判所は、欧州評議会の加盟国において「コンセンサス」を形成するに至った国内法制を考慮に入れてきた。このことは、既に第2章第4節において広義の後の慣行という視角からダジョン事件、デミール事件、バヤティアン事件の例を挙げて指摘した。その際にも指摘したように、欧州人権裁判所の「発展的解釈」における国内法の援用は、本稿でいうところの後の慣行の援用ともみることができるし、また発展的解釈の一部ともみられるように思われる。

欧州人権裁判所の「発展的解釈」の議論の焦点は、欧州人権条約が「生きる文書」であるかないかという第一段階の推論の議論よりも、欧州評議会の加盟国におけるコンセンサスがあるかないかという第二段階の推論に既に移っている。すなわち、どの程度の締約国の一致があれば、「コンセンサス」があると言え、

⁵¹⁷ *Case concerning the Delimitation of Maritime Boundary Between Guinea-Bissau and Senegal, Decision of 31 July 1989, Reports of International Arbitral Awards, Vol.20, p.152, para.85.*

⁵¹⁸ *ECtHR, Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom, Application no. 28957/95, Judgement on 11 July 2002, paras.81-82.*

発展的解釈に訴えうるかということが主要な争点となっているのである⁵¹⁹。その際、注目されるのは、第2章においても指摘したことであるが、裁判所が、必ずしも欧州評議会の全ての加盟国が一致して実施しているわけではない国内法の発展にコンセンサスの存在を認定して、人権条約の解釈に読み込んできたことである。このような判断を正当化する要因には、当該慣行に反映される具体的な当事国の意思のみならず（後の慣行の側面）、根本的には、欧州人権条約は「生きる文書」であるという当事国の締結時の一般的な意思があるように思われる（発展的解釈の側面）。

（4）社会的受容

最後は、社会的受容、すなわち、ある事柄に対する社会の受け止め方の変化である。これは、欧州人権裁判所の「発展的解釈」において考慮されることがある。たとえば、既にみたダジョン事件判決（1981年）においては、同性愛者に対する刑法の適用の是非について、以前と比べれば、「同性愛に対してはより良い理解があり、そして結果としての寛容が増してきている⁵²⁰」ことを考慮に入れている。また性転換者の法的承認の必要性が問題となったグッドウィン事件判決（2002年）においても、「性転換者に対するますますの社会的受容（social acceptance）⁵²¹」が、第8条違反の一つの根拠となっている。

このような社会的受容は、上記の国内法の発展とも密接に関係しているが、国内法を発展させる主体が明白に国家であるのに対して、社会的受容の主体は、国家ではなく、社会や人々である点で違いがある。後の合意・慣行を再検討しているILCの特別報告者であるノルテは、当初このような社会的受容を、「社会的慣行（social practice）」と呼び、非国家主体による後の慣行の一種として捉えようとしていたが⁵²²、他の委員との議論の結果、コメントリーでの扱いになった⁵²³。このことから社会的受容は、後の慣行というよりは発展的解釈で考慮される事実的事情と捉える方が妥当であると思われる。

⁵¹⁹ 典型的には、R. Bernhardt, *supra* note 1, p.22.

⁵²⁰ *ECtHR, Case of Dudgeon v. The United Kingdom, Application no. 7525/76, Judgment on 22 October 1981*, para.60.

⁵²¹ *ECtHR, Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom, Application no. 28957/95, Judgement on 11 July 2002*, para.85.

⁵²² *First Report on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to Treaty Interpretation by Georg Nolte, Special Rapporteur*, U.N.Doc.A/CN.4/660 (19 March 2013), pp.49-51, paras.129-134; p.55, para.144.

⁵²³ U.N.Doc. A/68/10(2013), pp.47-48, paras.19-22.

3. 評価

以上、発展的解釈の第二段階の推論の分析を行ってきた。ここで、分析結果のまとめを行っておきたい。

まず、法的事情に関してである。多くの司法機関及び準司法機関による発展的解釈において、法的事情、すなわち解釈時の国際法の考慮は重要な役割を果たしている。これは、条約法条約第31条3項(c)の解釈適用と密接に係る。国際司法裁判所では、概ね同条の範囲内で発展的解釈がなされてきたと思われるのに対して、欧州人権裁判所などの他の司法機関では、未発効の条約や紛争当事国が批准していない条約など、第31条3項(c)の射程を超えと思われる国際法が援用されていることが注目される。

次に、事実的事情についてである。前述のとおり、発展的解釈は、解釈時の国際法に照らして条約を解釈すること理解されることがある。しかし、本項の分析に照らせば、それは必ずしも正確な理解ではない。なぜなら、発展的解釈においては、解釈時の国際法(法的事情)のみならず、解釈時の様々な事実的事情も考慮されているからである。

このような法的事情や事実的事情を考慮することも、形式的には、締結時の当事国意思の内容に根拠づけられる。すなわち、締結時の当事国意思の内容が、国際法の発展や事実的事情の発展を取り込むために、条約に発展し得る意味又は内容を付与するものであったから、解釈者は締結後の法的事情や事実的事情を考慮したのだと説明することができる。他方で、これまで繰り返し述べてきたとおり、この当事国意思は、締結時に表示された一般的・抽象的な性質ものであるから、どのような法的事情や事実的事情を考慮に入れるべきか解釈者に具体的な指示を与えることはできない。このため、実質的に見るならば、解釈者の裁量に委ねられている部分が大きいと考えられる。ここに発展的解釈の創造的、実践的な性質が見出されるのである。

さらに、発展的解釈によって考慮される事情の範囲も、また司法機関によって異なる⁵²⁴。例えば、ICJによる発展的解釈では、主に法的事情が考慮されている(ただし通航権事件では言葉の解釈時の意味という事実的事情が考慮された)のに対して、欧州人権裁判所による発展的解釈では、法的事情のみならず、国内法をはじめとする事実的事情が広範に考慮されている。これも、形式的には、それぞれ司法機関が見出す、条約締結時の当事国意思の内容が異なることに起因すると説明できる。

⁵²⁴ この点については、O. Inagaki, *supra* note 270, p.144 も参照。

第4節 小括

本章では、発展的解釈が条約を解釈時に照らして解釈することを可能にする論理を示すことと、発展的解釈に訴えることができる条件を明らかにすることを目標に検討を行ってきた。

第2節では、発展的解釈が条約を解釈時に照らして解釈することを可能にする論理を明らかにすべく、それが誕生し発展する過程を追ってきた。発展的解釈は、ILCにおける条約法条約の起草時に、はじめて理論的可能性として認識された。すなわち、条約が締結後の国際法の発展に従って発展し得るか否かは締結当時の当事国意思次第であるとの理解が生まれた。1971年のナミビア事件ICJ勧告的意見で実際に初めて適用された後、万国国際法学会やILCの「国際法の断片化」研究部会での議論、通航権事件ICJ判決を経て、発展的解釈が条約を解釈時に照らして解釈することを可能にする論理とは、条約に発展し得る意味又は内容を付与したという締結当時の一般的・抽象的な当事国意思に効果を与えることだという理解が定着したと考えられる。

第3節では、発展的解釈の実際の適用事例の分析を行い、それが援用できる条件を明らかにすることを試みた。その際の分析の方法としては、発展的解釈の推論を締結当時の当事国意思の存在の認定を行う第一段階の推論とその意思の内容に従い締結後の事情を考慮して用語の解釈時の意味を確定する第二段階の推論に区別し、前者の分析においてはいかなる根拠からそのような意思を認定したのか、後者の分析においてはどのような締結後の事情が考慮されているのかに着眼した。

その結果、第一段階の推論では、司法機関の種類により、問題となっている文言の性質から当事国意思を推定する文言アプローチ、条約の趣旨及び目的から当事国意思を推定する目的論的アプローチ、そしてその内実は文言アプローチや目的論的アプローチと同じであると考えられる人権条約の「生きる文書」アプローチなどのアプローチがあることが明らかになった。いずれのアプローチにしろ重要なことは、当事国意思は、条約の準備作業などを通じて明らかにされるものではなく、文言や趣旨及び目的を頼りに推定によって認定されているということである。このため、第一段階の推論は、相当に柔軟に運用されているということが出来る。

第二段階の推論では、締結後の国際法の発展（法的事情）のみならず、解釈時の用語の意味、科学的知見、国内法、社会的受容などの事実的要素が考慮されていた。法的事情に関しては、条約法条約第31条3項(c)の射程を超える条約が援用されていることも注目された。いかなる事情を考慮するかも、形式的には当事国意思の内容に依存すると言えるものの、実質的にはその抽象性故

に、解釈者の裁量が大きいと考えられる。

発展的解釈の核心は、条約締結時の一般的・抽象的な当事国意思を推定に基づき認定する点にある。当事国意思の存否やその内容は柔軟に解釈される傾向にあり、条約法条約第 31 条 3 項 (a) (b) の後の合意・慣行に比べて、その援用のための敷居は低いと考えられる⁵²⁵。

⁵²⁵ この点、アラトが発展的解釈の証拠の基準は、相当に低いと評価していたことが想起される。See J. Arato, *supra* note 2, p.476.

終章 条約解釈の基準時に関する解釈規則の展開

終章では、まずこれまでの議論を要約した上で、本稿の冒頭で示した課題への解答を示し、最後に今後の課題を述べて、本稿を閉じることにしたい。

まず本稿がこれまで行ってきた議論を要約しておこう。序章「問題の所在」では、本稿の課題並びに検討の対象及びその視角を明らかにした。本稿は、近年条約解釈と時間の問題に対する学問的関心が高まっている理由を解明することを根本の問題意識として、この条約解釈と時間の問題を、条約を締結時に照らして解釈すべきか又は解釈時に照らして解釈すべきかという条約解釈の基準時の視点からとらえ直し、これを規律する条約の解釈規則がどのように展開してきたのかを明らかにすることを課題として設定した。そして、この課題を達成するために、条約を締結時に照らして解釈することを要求する原則である同時性の原則と、条約を解釈時に照らして解釈する解釈方法である後の合意・慣行及び発展的解釈を具体的な検討対象とした。また後の合意・慣行と発展的解釈を検討する際には、それらが条約を解釈時に照らして解釈することを可能にする「論理」とそれらを援用できる「条件」に着目することにした。

第1章「同時性の原則とその変容」では、後の合意・慣行と発展的解釈を検討する前提として、条約をその締結時に照らして解釈することを要請する同時性の原則がどのように展開してきたのかを、条約法条約の解釈規則が成立する以前と以後に分けて検討した。その結果、条約法条約の成立以前においては、G.フィッツモーリスをはじめとする学説が同原則を支持していたこと、同原則がいくつかの国際裁判で適用されていたこと、また条約法条約の起草過程においてILCの特別報告者であるウォルドックが同原則を解釈規則に挿入することを試みていたことを根拠として、同時性の原則は、条約を締結時の用語の意味や締結時に有効であった国際法に従って解釈することを要請する原則（伝統的な同時性の原則）として妥当していたことを示した（第2節）。続いて、条約法条約の成立後は、それまで条約を締結時の用語の意味や当時有効であった国際法に従って解釈することを要請する原則として観念されていた同時性の原則の射程が拡大して、締結時の当事国意思に従って条約を解釈することをも要請する原則となった（ナミビア事件、通航権事件）。この結果として、締結時の当事国意思が条約に発展し得る意味又は内容を付与するものであった場合に、発展的解釈へと道を開くことになった。言い換えるならば、同時性の原則は、一見するところ正反対の解釈方法である、発展的解釈をも含意することになったのである。もっとも、これは伝統的な同時性の原則が消滅してしまったこと

を意味しない。締結時にかかる当事国意思が条約の意味又は内容を固定化するものだった場合、条約は伝統的な同時性の原則に従い、それが締結された当時の用語の意味や当時有効であった国際法に従って解釈されることになるし、実際にそのように解釈された事例もある（第3節）。

第2章「後の合意・慣行の論理と条件」では、条約を解釈時に照らして解釈する方法の一つである後の合意・慣行について扱った。まず、後の合意・慣行が条約を解釈時に照らして解釈することを可能にする論理について検討した。その結果、条約法条約の成立以前は、当事国の締結時の意思に効果を与えるためにのみ援用できるという見解も有力だったが、条約法条約の成立後、締結後の当事国意思に効果を与えるためにも援用することができるという理解が一般化した。ここにおいて後の合意・慣行は、条約を解釈時に照らして解釈する方法として認められたといえる。後の合意・慣行は、締結後の当事国意思に効果を与える点で、同時性の原則の例外を構成する（第2節）。続いて、条約法条約第31条3項(a)及び(b)に規定される後の合意および後の慣行がどのように解釈されてきたのかを検討することによって、それらが援用可能な条件を探った。その結果、同条における後の合意・慣行は、とりわけ当事国の合意の有無について一般的に厳格に解釈されていることが明らかになった（第3節）。その一方で、条約解釈に援用可能な後の慣行は、第31条3項(b)の意味におけるそれに限定されずとりわけ人権条約や国際組織の設立条約の解釈において、一その法的根拠については諸説あるものの一必ずしも当事国の合意を確立しない後の慣行が条約を解釈時に照らして解釈する方法として機能していることを明らかにした（第4節）。

第3章「発展的解釈の論理と条件」では、条約の発展的解釈について扱った。最初に発展的解釈が、条約を解釈時に照らして解釈することを可能にする論理について検討した。そこで明らかになった発展的解釈の論理とは、条約に発展し得る意味又は内容を付与したという締結当時の一般的・抽象的な当事国意思に基づき、用語を解釈時に照らして解釈するというものである。なお発展的解釈は、締結時の当事国意思に基礎づけられているため、同時性の原則と矛盾しない。このような発展的解釈の論理は、条約法条約の起草過程において初めて理論的可能性として認識され、その後ナミビア事件での初めての適用を経て一般的に認められていった（第2節）。続いて、発展的解釈の適用事例を分析することによって、それに訴えることのできる条件を考察した。分析の際には、発展的解釈の推論を、条約に発展し得る意味又は内容を付与する当事国意思の有無を認定する推論（第一段階の推論）と問題となっている用語を解釈時の事情に照らしてその意味を確定させる推論（第二段階の推論）に区別し、第一段

階の推論についてはどのように意思を認定しているのか、第二段階の推論については、どのような事情を考慮に入れているのかに着目した。その結果、第一段階の推論に関しては、ICJ等が採用する文言アプローチ、一部の仲裁裁判が採用した目的論的アプローチ、人権条約の実施機関が採用する「生きる文書」アプローチなど様々な方法によって、当事国意思の存在が認定されていることが明らかになった。注目すべきは、いずれのアプローチでも当事国意思の存在推定により柔軟に認定されているということである。他方で、第二段階の推論では、当初想定されていた条約締結後の国際法の発展のみならず、種々の事実的事情が考慮されていることを明らかにした。ここで重要なことは、いかなる事情が考慮にいれられるのかについても形式的には、締結時の当事国意思次第と説明されるものの、実質的には解釈者が広範な裁量を有しているということである。

以上の知見を踏まえて、序章で示した本稿の課題に解答を与えると、以下のようなになる。条約法条約の解釈規則の成立以前は、伝統的な意味での同時性の原則に基づき、条約はその締結時の用語の用法や締結時に効力を有していた国際法規則に照らして解釈されるものとされていた。したがって、当時の条約解釈の基準時は締結時であった。当時において発展的解釈という解釈方法の存在はまだ殆ど認識されておらず、後の慣行も締結時の当事国意思を明らかにする限り援用できるという見解が有力であった。ところが条約法条約の解釈規則の成立後、同時性の原則は変容し、発展的解釈の理論的可能性は認識され、また後の合意・慣行も条約締結後の当事国意思に効果を与え得るとの理解が一般化した。このことは、条約解釈の基準時として、従来の条約の締結時に加え、新たに条約の解釈時が出現したことを意味する。そして現在、発展的解釈と後の合意・慣行は、それぞれ様々な司法機関によって援用されており、とりわけ発展的解釈に関しては、当事国意思を推定し得る要件の明確化（ICJ）や解釈者の広範な裁量に基づく柔軟な適用を通じて、その敷居がますます低くなってきている。このことは、解釈時を基準時として条約を解釈する機会がますます増大していることを意味する。以上から、条約解釈の基準時を規律する解釈規則の展開は、一言でいえば、解釈基準時としての解釈時の役割の拡大として把握し得ると結論できる。

そして本稿冒頭で示した、条約解釈における時間の問題の重要性が増大しているとのベルンハルトの指摘、また近年の後の合意・慣行や発展的解釈に対する関心の高まりは、これまで人々の認識されないところで進行していた、解釈基準時に関する解釈規則の以上のような展開が、徐々に認識されつつあること

を意味するのではないだろうか。

最後に、今後の課題について述べておきたい。第一に、本稿の射程に入っていないが扱うことのできなかった、条約の内在的解釈要素についての基準時の問題がある。本稿は、条約解釈の基準時の議論をする際に、解釈要素を内在的なものと外在的なものを区別して、特に外在的要素（後の合意・慣行、国際法の関連規則、事実）を考慮することに焦点を当てて検討を行った。だが、条約解釈の基準時の問題は、条約に内在する要素（用語の通常の意味、文脈、趣旨及び目的）についても同様に発生し得る⁵²⁶。中でも、特に重要だと思われるのが、条約の趣旨及び目的についての議論である。すなわち、条約の改正なしに、条約の趣旨及び目的が発展（変化）しうるのかという問題である。条約の趣旨及び目的が時間の経過の中で発展（変化）しうる可能性は、すでに G. フィッツモーリスによっても指摘されていた（いわゆる「発展的目的（emergent purpose）」理論）⁵²⁷。そして、まさにこの問題が、南極捕鯨事件における ICRW 解釈の重要な争点となっていた⁵²⁸。このように条約の内在的解釈要素の基準時の問題を論じる機は熟しているものと思われ、今後の重要な検討課題となる。

第二に、本稿が明らかにした条約解釈の基準時を規律する解釈規則の展開に 2014 年の南極捕鯨事件 ICJ 判決がどのように位置づけられるのかという問題がある。同判決において ICJ は、IWC が採択してきた諸決議を条約法条約第 31 条 3 項 (a), (b) の意味での後の合意・慣行に該当しないと判断したにも拘らず、協力義務（duty to cooperate）に基づいて ICRW 第 8 条の解釈に読み込んだ⁵²⁹。この意味で ICJ は、実質的に条約解釈時を基準時として ICRW を解釈したものと評価できるように思われる。この解釈を発展的解釈とみる見解もあるし⁵³⁰、また発展的解釈ではないとする見解もあるが⁵³¹、これまでの ICJ の発展的解釈と推論が明確に異なることに鑑みれば、後者の見解が妥当であるように思われる。いずれにしても、この ICJ による解釈が、解釈基準時に関する解釈規則の新たな展開とみることができるのか、また本稿で検討した後の合意・慣行や発展的解釈とどのように異なる解釈方法であるのか、などについて慎重な検討を要する。

⁵²⁶ 例えば、U. Linderfalk, *supra* note 2, p.137.

⁵²⁷ G. Fitzmaurice, *supra* note 24, p.208.

⁵²⁸ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)*, Judgment of 31 March 2014, paras.56-58.

⁵²⁹ *Ibid.*, paras.83, 137 and 144.

⁵³⁰ 岡田「前掲論文」（注 2）116-119 頁。

⁵³¹ James Crawford, “Foreword,” in E. Bjorge, *supra* note 4, pp.v-vi.

第三に、より一般的な条約解釈理論の観点から当事国意思概念について再検討する必要がある。これまで条約解釈理論は、条約解釈の基本的なアプローチを、大きく主観主義と客観主義に整理してきた⁵³²。主観主義は、条約解釈の目標を当事国意思の解明おくのに対して、客観主義は、条約解釈の目標を条約文の意味の解明に求めた。そして主観主義は、当事国意思を明らかにするために解釈要素としての準備作業を重視していた。本稿においても、後の合意・慣行や発展的解釈との関係で当事国意思に再三言及してきたが、重要なことは、同じ当事国意思という言葉が用いられていても、その意味は必ずしも同一でないということである。就中、発展的解釈で用いられる当事国意思の推定という方法は、当事国意思という言葉は用いられこそすれ、もともとの主観主義にいう当事国意思概念を殆ど空虚化し、実質的には客観主義に接近しているようにも思われる。以上の点も踏まえ、条約解釈における当事国意思の概念やその機能の変遷について今一度整理する必要がある、このことも今後の課題となる。

⁵³² 例えば山本草二『国際法〔新版〕』（有斐閣、1994）612-613頁は、主観的解釈と客観的解釈を区別する。また一般的な法解釈論の観点から、青井秀夫『法理学概説』（有斐閣、2007）第22章は、主観説と客観説を区別する。

主要参考文献

〔日本語書籍〕

- ・ 青井秀夫『法理学概説』（有斐閣、2007）
- ・ 酒井啓亘、寺谷広司、西村弓、濱本正太郎『国際法』（有斐閣、2011）
- ・ 坂元茂樹『条約法の理論と実際』（東信堂、2004）
- ・ 佐藤哲夫『国際組織の創造的展開』（勁草書房、1993）
- ・ 佐藤哲夫『国際組織法』（有斐閣、2005）
- ・ 田中成明『現代法理学』（有斐閣、2011）
- ・ 戸波江二ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社、2008）
- ・ 許淑娟『領域権原論』（東京大学出版会、2012）
- ・ 山本草二『国際法〔新版〕』（有斐閣、1994）
- ・ 山本草二ほか編『国際法判例百選』（有斐閣、2001）
- ・ 横田喜三郎『国際判例研究 I』（有斐閣、1933）
- ・ 横田喜三郎『国際判例研究 III』（有斐閣、1981）

〔日本語論文〕

- ・ 浅田正彦「国際法における先制的自衛権の位相—ブッシュ・ドクトリンを契機として—」浅田正彦編『安藤仁介先生古稀記念 21世紀国際法の課題』（有信堂高文社、2006）
- ・ 岩沢雄司「自由権規約委員会の規約解釈の法的意義」『世界法年報』第29号（2010）
- ・ 小川芳彦「国際司法裁判所の法の創造（1）」『法と政治』第15巻4号（1964）
- ・ 岡田淳「条約の『発展的解釈』論」『国際法研究』第3号（2015）
- ・ 奥脇直也「過程としての国際法—実証主義国際法論における法の変化と時間の制御—」『世界法年報』第22号（2003）
- ・ 古賀衛「条約の解釈における慣行の影響」『西南学院大学 法学論集』第22巻第2・3号（1990）
- ・ 坂元茂樹「人権条約の解釈の発展とその陥穽」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法 1 国際人権法と憲法』（信山社、2006）
- ・ 坂元茂樹「条約実施機関の解釈権能—自由権規約 2条 1項の解釈をめぐって」坂元茂樹編『藤田久一先生古希記念 国際立法の最前線』（有信堂高文社、2009）
- ・ 坂元茂樹「日本の裁判所における国際人権規約の解釈適用—一般的意見と見解の法的地位をめぐって」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法 3 国際人権法の国内的实施』（信山社、2011）

- ・ 佐藤哲夫「国際組織設立文書の解釈プロセスと国際組織のダイナミズム」『一橋論叢』第104巻第1号（1990）
- ・ 柴田明穂「締約国会議における国際法定立活動」『世界法年報』第25号（2006）
- ・ 柴田明穂「環境条約不遵守手続の帰結と条約法」『国際法外交雑誌』第107巻第3号（2008）
- ・ 島田征夫「条約解釈規則としての同時性の原則」同ほか編『変動する国際社会と法』（敬文堂、1996）
- ・ 西元宏治「条約解釈における『事後の実行』」『本郷法政紀要』第6号（1997）
- ・ 堀見裕樹「自由権規約委員会の法的判断の条約解釈規則上の位置付けに関する序論的考察」『東北法学』第30号（2007）
- ・ 堀見裕樹「条約解釈における『国際法の関連規則に関する』一考察（1）（2・完）」『法学』第77巻第2号、第3号（2013）
- ・ 一又正雄「条約の解釈に関する研究」『早稲田法学』第15巻（1936）
- ・ 松井芳郎「現代世界における紛争処理のダイナミックスー法の適用と創造の交錯」『世界法年報』第25号（2006）
- ・ 松井芳郎「条約解釈における統合の原理—条約法条約31条3(c)を中心に」坂元茂樹編『藤田久一先生古希記念 国際立法の最前線』（有信堂高文社、2009）
- ・ 松井芳郎「国際法解釈論批判」天野和夫ほか編『マルクス主義法学講座 第VII巻 現代法学批判』（日本評論社、1977）
- ・ 皆川誠「条約の発展的解釈における『当事国意思』概念の位置」『名古屋学院大学法学部開設記念論文集』（名古屋学院大学法学部、2014）
- ・ 山形英郎「条約解釈目的と条約解釈手段—条約解釈規則の誕生—」『大阪市立大学法学雑誌』第56巻第3・4号（2010）

[外国語書籍]

- ・ Amerasinghe, C. F., *Principles of the Institutional Law of International Organization* (Cambridge University Press, 2005).
- ・ Bjorge, Eirik, *The Evolutionary Interpretation of Treaties* (Oxford University Press, 2014).
- ・ Gardiner, Richard, *Treaty Interpretation* (Oxford University Press, paperback edition, 2010).
- ・ Greig, D. W., *Intertemporality and the Law of Treaties* (BIICL, 2001).

- Jennings, Sir Robert and Watts, Sir Arthur, *Oppenheim's International Law Vol. I Peace* (Longman, 9th edition, 1992).
- Linderfalk, Ulf, *On the Interpretation of Treaties: the Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Springer, 2010).
- Letsas, George, *A Theory of Interpretation of the European on Human Rights* (Oxford University Press, paperback edition, 2009).
- McNair, Lord, *The Law of Treaties* (Oxford Clarendon Press, 1961).
- Merrills, J. G., *The Development of International Law by the European Court of Human Rights* (Manchester University Press, 1993).
- Nolte, Georg (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (Oxford University Press, 2013).
- Orakhelashvili, Alexander, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law* (Oxford University Press, 2008).
- Schermers, Henry G. and Blokker, Niels M., *International Institutional Law: Unity within Diversity* (Martinus Nijhoff Publishers, Fifth Revised Edition, 2011).
- Scott, James Brown, *The Hague Court Reports* (Oxford University Press, 1916).
- Sinclair, Sir Ian, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester University Press, Second Edition, 1984).
- Thirlway, Hugh, *The Law and Procedure of the International Court of Justice* (Oxford University Press, 2013).
- Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009).

[外国語論文]

- Arato, Julian, "Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences," *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol.9 (2010).
- Arato, Julian, "Constitutional Transformation in the ECtHR: Strasbourg's Expansive Recourse to External Rule of International Law," *Brooklyn Journal of International Law*, Vol.37 (2011).
- Arato, Julian, "Treaty Interpretation and Constitutional Transformation: Informal Change in International Organizations," *The Yale Journal of International Law*, Vol.38 (2013).

- Bernhardt, Rudolf, “Interpretation in International Law,” Rudolf Bernhardt et al (eds.), *Encyclopedia of Public International Law Vol.2* (Elsevier, 1995).
- Bernhardt, Rudolf, “Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights,” *German Yearbook of International Law*, Vol. 42 (1999).
- Boisson de Chazournes, Lawrence, “Environmental Treaties in Time,” *Environmental Policy and Law*, Vol.39 (2009).
- Bouthillier, Yves Le, “Convention of 1969 Article 32,” in Olivier Corten and Pierre Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties* (Oxford University Press, 2011).
- Brölmann, Catharine, “Specilized Rules of Treaty Interpretation: International Organizations,” in Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties* (Oxford University Press, 2012).
- Cot, Jean-Pierre, “La conduit subsequent des parties a un traité,” *Revue Général de Droit International Public*, Vol.70 (1966).
- D’Amato, Anthony, “International Law, Intertemporal Problems,” in Rudolf Bernhardt et al (eds.), *Encyclopedia of Public International Law Vol.2* (Elsevier, 1995).
- Dawidowicz, Martin, “The Effect of the Passage of Time on the Interpretation of Treaties: Some Reflections on Costa Rica v. Nicaragua,” *Leiden Journal of International Law*, Vol.24 (2011).
- Distefano, Giovanni, “L’interpretation évolutive de la norme internationale,” *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 115 (2011).
- Dörr, Oliver, “Article 31,” in Oliver Dörr and Kristen Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties* (Springer, 2012).
- Dörr, Oliver, “Article 32,” in Oliver Dörr and Kristen Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Springer, 2012).
- Dupuy, Pierre-Marie, “Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy,” in Enzo Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention* (Oxford University Press, 2011).
- Elias, T. O., “The Doctrine of Intertemporal Law,” *American Journal of International Law*, Vol.74 (1980).
- Fitzmaurice, Sir Gerald, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: General Principles and Sources of Law,” *British Yearbook of*

International Law, Vol.30 (1953).

- Fitzmaurice, Sir Gerald, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points,” *British Yearbook of International Law*, Vol.33 (1957).
- Fitzmaurice, Sir Gerald, “Hersch Lauterpacht—The Scholar as Judge Part III,” *British Yearbook of International Law*, Vol.39 (1963).
- Fitzmaurice, Malgosia, “Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties Part I and Part II,” *Hague Yearbook of International Law*, Vol.21-22 (2008-09).
- Fitzmaurice, Malgosia, “Interpretation of Human Rights Treaties” in Dinah Shelton (ed.) *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (Oxford University Press, 2013).
- Fitzmaurice, Malgosia, “Law-making and International Environmental Law: The Legal Character of Decisions of Conferences of the Parties,” in Rain Liivoja and Jarna Petman (eds.), *International Law-Making: Essays in Honour of Jan Klabbers* (Routledge, 2014).
- French, Duncan, “Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules,” *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.55 (2006).
- Gardiner, Richard, “Vienna Convention Rules on Treaty Interpretation,” in Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties* (Oxford University Press, 2012).
- Georgopoulos, Théodore, “Le droit intertemporel et les dispositions conventionnelles évolutives,” *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 108 (2004).
- Higgins, Rosalyn, “Some Observations on the Inter-Temporal Rule in International Law,” in Jerzy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* (Kluwer Law International, 1996).
- Inagaki, Osamu, “Evolutionary Interpretation of Treaties Re-examined: Two Stage Reasoning,” *Journal of International Cooperation Studies*, Vol.22, No.2·3 (2015) .
- Jacobs, Francis G., “Varieties of Approach to Treaty Interpretation: With Special Reference to the Draft Convention on the Law of Treaties before the Vienna Diplomatic Conference,” *International Comparative Law Quarterly*, Vol.18 (1969).
- Lauterpacht, Elihu, “The Development of the Law of International Organization by the Decisions of International Tribunals,” *Recueil des Cours de l’Académie de*

Droit International de La Haye, Vol.152 (1976).

- Letsas, George, “The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy,” in Andreas Føllesdal, Birgitt Peters and Geir Ulfstein (eds.), *Constituting Europe The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context* (Cambridge University Press, 2013).
- Linderfalk, Ulf, “Doing the Right Things for the Right Reason – Why Dynamic or Static Approaches Should be Taken in the Interpretation of Treaties,” *International Community Law Review*, Vol.10 (2008).
- McLachlan, Campbell, “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention,” *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.54 (2005).
- McWhinney, Edward, “The Time Dimension in International Law: Historical Relativism and Intertemporal Law,” in Jerzy Makarczyk (ed.), *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs* (Murtinus Nijhoff Publishers, 1984).
- Palchetti, Paolo, “Interpreting ‘Generic Term’: Between Respect for the Parties’ Original Intention and the Identification of the Ordinary Meaning,” in Nerina Boschiero et al (eds.) *International Courts and the Development of International Law* (Springer, 2013).
- Peters, Christopher, “Subsequent Practice and Established Practice of International Organizations: Two sides of the Same Coin?,” *Goettingen Journal of International Law*, Vol.3 (2011).
- Ress, Georg, “The Interpretation of the Charter,” in Bruno Simma (ed.) *The Charter of the United Nations* (Oxford University Press, Second Edition, 2002).
- Rosenne, Shabtai, “Is the Constituent Instrument of an International Organization an International Treaty?,” in Shabtai Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986* (Cambridge University Press, 1989).
- Shibata, Akiho, International Environmental Lawmaking in the First Decade of the Twenty-First Century: The Form and Process, *Japanese Yearbook of International Law*, Vol.54 (2011).
- Sorel, Jean-Marc and Eveno, Valérie Boré, “Convention of 1969 Article 31,” in Olivier Corten and Pierre Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties* (Oxford University Press, 2011).

- Sørensen, Max, “Do the Rights Set Forth in the European Convention on Human Rights in 1950 Have the Same Significance in 1975?,” in *Proceedings of the Fourth International Colloquy about the European Convention on Human Rights* (1976), reproduced in *Professor, dr. jur. Max Sørensen: A Bibliography* (Aarhus University Press, 1988).
- Villiger, Mark E., “The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstanding, Miscarriage? The ‘Crucible’ Intended by the International Law Commission,” in Enzo Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention* (Oxford University Press, 2011).
- Waldock, Sir Humphrey, “The Evolution of Human Rights Concepts and the Application of the European Convention on Human Rights,” in *Mélanges offerts à Paul Reuter: Le droit international: unité et diversité* (Pedone, 1981)
- Yasseen, Mustafa Kamil, “L’interprétation des traités d’après la Vienne sur droit des traités,” *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, Vol.151 (1978).