

条約解釈における「後の合意及び後の慣行」 — 「時間」及び「意思」、そして「発展的解釈」との関係 —

LEE, Byungchan

目次

はじめに

1. 条約解釈における「後の合意及び後の慣行」
 - 1) 「後の合意及び後の慣行」と条約解釈規則の関係
 - 2) 「後の合意及び後の慣行」の詳細
2. 諸判例からみた「後の合意及び後の慣行」
 - 1) 航行権および関連する権利に関する紛争事件
 - 2) 南極海捕鯨事件
 - 3) 米国のエビ・エビ製品の輸入禁止
 - 4) 深海底活動責任事件
 - 5) X ほか対オーストリア事件
3. 「後の合意及び後の慣行」と時間の問題
 - 1) 時間の経過とともに発展し得る条約の用語の解釈
 - 2) 発展的解釈と「後の合意及び後の慣行」

おわりに

はじめに

国際条約にかかわる国際紛争を解決する際に、その条約の解釈が必要となる。しかし紛争解決の過程で解釈に相違があるか、そもそも条約解釈の相違そのものが原因である紛争は決して珍しくない。そのため条約解釈に関する議論は、常に国際法における重大で難しい問題であった。マックネアに言わせれば「条約法の中で最も学者たちを困らせた部分」が条約解釈の問題

なのである¹⁾。

1969年の条約法に関するウィーン条約（以下、条約法条約）第31条及び第32条は、国際条約の解釈に関する一般的な規則を定めることで、解釈に実効的な指針を与えている。例えば国際司法裁判所（以下、ICJ）における1991年の仲裁判決事件では、条約法条約第31条及び第32条が条約解釈の一般的な規則であり、既存の慣習法を法典化したものだと評価している²⁾。これはリビア・チャド領土紛争事件³⁾、カシキリセドウドウ島事件⁴⁾、オイル・プラットフォーム事件⁵⁾などその後の判決においても再確認されている。

ところが偏に「慣習法」の法典化した条約解釈規則とは言っても、その解釈学説は一つに統一されたものではなかった。フィッツモーリスは条約解釈に関する学説を「当事国意思主義」、「文言主義」、「目的論主義」の三つに分けており⁶⁾、この三つの分類は国際法委員会による条約法条約の作成にも踏襲されるなど一般的に認められていると言われている⁷⁾。条約法条約第31条及び第32条はこれら三つの学説をすべて取り入れていると評価されているものの⁸⁾ それぞれには程度の差があり、現実には「通常の意味」に留意して条約文言をなぞることに忠実な「文言主義」が支持される傾向がある⁹⁾。

その一方自由権規約委員会や欧州人権裁判所といった人権条約の実施機関では、解釈の際に条約の目的をより考慮する「目的論主義」が援用される傾向がある¹⁰⁾。しかし自由権規約委員会も欧州人権裁判所もそれぞれ *J. B. et al. v. Canada* 事件¹¹⁾、*Golder v. The United Kingdom* 事件¹²⁾ の中で条約法条約による解釈規則に依拠していることを表明している以上、「文言主義」ではなく「目的論主義」を援用するにはそれ相応の説明が必要であろう。この点について、両人権機関は、*Tyrer v. The United Kingdom* 事件¹³⁾ と *Roger Judge v. Canada* 事件¹⁴⁾ を始めとするいくつかの事件の中で、人権条約は「生きている文書 (living instrument)」であるため「今日的状況」に照らして解釈されなければならないと説明している。

一般的に「発展的解釈」と呼ばれているこのような解釈姿勢は、条約法条約第31条3項の「後の合意及び後の慣行」に加え、第31条1項の「条約の趣旨及び目的に照らして」の文言により、人権条約は共通価値である人権の拡大という明確な趣旨目的を有していることから、正当化されると思われる¹⁵⁾。また発展的解釈が登場した背景として、国際人権条約は他の国際法分野に比べてもさらに趣旨・目的にかなった解釈を求めるべきであるという共通した認識があるためであるとの指摘も¹⁶⁾ 考慮すると、「発展的解釈」は人権条約という限定的かつ特殊な分野だからこそ可能な固有の解釈規則のように見える¹⁷⁾。しかしこのような評価は本当に妥当な評価であるだろうか。

本稿では「発展的解釈」が条約法条約との整合性を確保している根拠として持ち出されている条約法条約第31条3項の「後の合意及び後の慣行」に関して、最近の国際法委員会（以下、ILC）の研究を中心に分析していく。2013年第65会期から始まり「条約解釈に関する後の合

意及び後の慣行 (Subsequent agreements and subsequent practice in relation to interpretation of treaties) と名付けられた本研究では、2016 年第 68 会期に結論草案の第一読¹⁸⁾ とが出されており、結論 8 が示している通りその内容は「発展的解釈」とも密接な関係にあると思われる。ILC 結論草案は「後の合意及び後の慣行」関する多くの国際法上の議論を含んでいるものの、本稿では主として「時間」と「当事国の意思」という側面を諸判例、ILC 結論草案を通じて分析する。またこの二つの側面が発展的解釈の法的根拠として援用されている様相と齟齬について検討を行う。

1. 条約解釈における「後の合意及び後の慣行」

1) 「後の合意及び後の慣行」と条約解釈規則の関係

本来条約というものは、国家意思に基づく合意法としての性格を持っており、条約法条約前文および第 26 条の「合意は守られなければならない」の規則に最も適合的な「厳格に拘束力のある規則」である¹⁹⁾。したがって合意された本文こそが当事国の意思の有権的表示であるから、解釈というものは条約本文が持っている「通常の意味」をそのまま解釈すれば事足りると考えられた。これが条約の解釈規則の中で「文言主義」が広く支持される所以である。

しかし現実には、条約の締結後もその適用の対象となる諸事情は変化するものであり、法律の立法・解釈・適用が制度的に分化されていない国際社会において条約はそれ自体動的な側面を有しているため、締結時の文言をなぞるだけの解釈では不十分な場合も起こりうる。とりわけ国家とは自国の利益にかなった条約の解釈・適用を求めるものであり、そのため条約の締結時には想定されていなかった締結後の事情を含め自国に有利な解釈を主張することになる。条約の一次的な有権的解釈権者が国家であり、国際社会における規範形成の多くが国家によるものである以上、条約の締結後に行われる国家の行為が条約の解釈に影響を与えることは容易に予想される²⁰⁾。

ここで、条約法条約第 31 条 3 項の文言を確かめる必要がある。

条約法条約 第 31 条 解釈に関する一般的な規則

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
- (b) 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の当事国の合意を確立するもの
- (c) 当事国の間の関係において適用される国際法の関連規則

このように「後の合意及び後の慣行」が「当事国の間の合意」すなわち「当事国の意思」を重視する解釈姿勢であることは一目瞭然である。しかし条約法条約の作成者である ILC 自身が「解釈の出発点は本文の意味の明確化」としているように²¹⁾、条約法条約における解釈規則が「文言主義」に傾いていることは明らかである。それでは同じ条文の中で解釈規則間の対立が依然として存在しているのだろうか。

この点について、「当事国意思主義」と「文言主義」は本質的に対立するものではないという評価が一般的である。なぜなら、条約解釈の「目的」とは本質的に「当事国の意思」の解明にあるのであって、「当事国意思主義」も「文言主義」もその点については一致しているからである²²⁾。両者の違いは、「文言主義」が文言を当事国の意思の有権的な表れであると捉えその意味を明確にすることを重視する立場である一方、「当事国意思主義」は条約を締結する際の準備作業などを通じて当事国の意思を究明することを重視する立場であるという、条約解釈の「手段」の違いであった。

もっと具体的に言えば、「当事国意思主義」も「文言主義」も「条約の締結時における当事国の意思」を解明することを目的としているともいえる。「後の」という表現から読み取る限りさも「条約の締結後における当事国の意思」が条約の解釈要素になるという印象があるものの、そこには学説上の対立がある。

まず条約法条約草案の第 69 条 1 項 (c) の「その条約の締結時に効力のあった国際法の一般規則に照らして」の文言から「その条約の締結時に効力のあった」が削除され、今の条約法条約第 31 条 3 項 (c) になった事実がある²³⁾。これは、時間的要素を包括的にカバーする規則を定めることは誤解を招きかねないと ILC によって判断され、時間の問題は「黙示」に委ねられたためである²⁴⁾。

この「黙示」に関して例えばマクドゥーガルなどニューヘブーン学派は合意された条約本文は解釈時点の制約にはならず、当事国の「現在の期待」の指標として「後の合意及び後の慣行」が強調されると主張した²⁵⁾。またジェイコブスは「後の慣行」が「締結時における当時国の合意」に代わる、当事国の「意思の変化」の証拠として機能するという見解を示した²⁶⁾。初期の条約法条約法典化作業であった 1935 年ハーバード条約草案第 19 条コメンタリーでは、「当事国の意思」を「締結時における意思」とであると明示的に限定してはいなかった²⁷⁾ 事実もある。

一方でマックネアは、常設国際司法裁判所（以下、PCIJ）による 1925 年の「ローザンヌ条約解釈事件」において裁判所が示した「条約締結後の事実は、条約締結後における当事国の意思に照らす限りにおいて、裁判所が考慮する」との見解²⁸⁾ に基づいて、「条約締結後の当事国による行為は、締結時における意思の証拠」と述べている²⁹⁾。坂元もこの点、条約法条約をまとめた法実証主義者たちは「後の慣行」でさえ条約締結時の当事者の合意に限定し、

起草時の合意に縛り付けようとしたと評価している³⁰⁾。また松井も「黙示」とされた時間の問題は結局のところ、「条約の締結時における当事国の意思の解釈に帰すのである」としている³¹⁾。

このように条約関係における時間の問題をいかに評価し、また解釈手法をいかに用いるべきかについては、国際法上の議論は真っ向から対立する二つの見解に分かれている。しかし一般的には坂元が指摘しているように、条約法条約における時間の問題は「締結時の当事国の意思」を追究することにあると考えられている。そしてこの点が本稿で取り扱う ILC 結論草案の中でも、特別報告者であるノルテと他の委員の間でもっとも争われた最大の理論的問題であった。

2) 「後の合意及び後の慣行」の詳細

「後の合意及び後の慣行」における時間の問題を取り扱う前に、まず「後の合意及び後の慣行」が具体的にいかなるものであるかを確かめる必要がある。ここではある概念を理解するための基本ともいえる定義・帰属・同定・効果の四つの部分を具体的に述べていく。ILC 結論草案はこの問題に関してその作成者である ILC 自身の最新の理解を示しているものであり、その中身を確かめることで「後の合意及び後の慣行」を綿密に理解できるはずである³²⁾。

「後の合意及び後の慣行」の定義は、結論 4 に述べられている³³⁾。「後の合意」とは、当事国の間の合意のことで、それ自体として条約の解釈に関わると認識できる共通の行為を指す³⁴⁾。「後の慣行」とは、二以上の当事国による声明を含む行動からなり、個別の行動の集合を通じて特定できた、条約適用時における当事国の合意を設定するものを指す³⁵⁾。これらは規約の内容をそのまま引き写したものに近く³⁶⁾、従来の定義を再確認したものである。

結論 4 に続いて、結論 10 では「条約解釈における当事国の合意」の性質に関してより具体的に述べている³⁷⁾。結論 10 第 1 項によると条約法条約第 31 条でいう「合意」とは、解釈に関する共通の理解を当事国が認識し、受け入れたものを指す。条約法条約における「合意」は通常法的拘束力があるとされているものの、ILC は第 31 条でいう「合意」は法的拘束力を要求するものではないとした³⁸⁾。これについて ILC は、1966 年の条文草案では「了解」とされていたものが「合意」と変更され、その変更は「合意」が「共通の了解」であることを明確にするためであって法的拘束力を与えることを趣旨とはしていなかったという起草過程を通じて説明している。また結論 10 第 2 項では、当事国に対して何らかの反応を求めるような場合における当事国の沈黙は、「後の慣行」を受け入れたことになる場合もあるとした。

「後の合意及び後の慣行」の帰属は、結論 5 に述べられている³⁹⁾。結論 5 第 1 項では、第 31 条及び第 32 条の下での後の慣行は解釈の対象となっている条約の当事国に帰属する行為から構成されるとした。結論 5 第 2 項では、非国家主体などその他の行為は後の慣行を構成しないとの原則を示しつつ、その他の行為が当事国の後の慣行を検討する際に関連する場合があると

した。ここにいうその他の行為とは、条約監視機関や紛争解決機関の宣告、非国家主体の声明などを指す⁴⁰⁾。

結論5に続いて「後の合意及び後の慣行」を構成するものとして、結論11では締約国会議の枠組みにおいて採択された決定が⁴¹⁾、結論12では国際組織の設立文書が⁴²⁾、結論13では条約専門家機関の宣告が⁴³⁾分析されている。まず結論11第1項では、ここにいう締約国会議とは条約の履行監視を目的とする締約国間の協力枠組みを指すもので、国際組織の機関としての会合は含まれないとした。結論11第2項では、締約国会議の枠組みにおいて採択された決定は「後の合意」を体現し、「後の慣行又はその他の慣行」を生じさせる可能性があるとした。

結論12第1項では「後の合意及び後の慣行」が国際組織の設立文書にも適用されるとし、結論12第2項では「後の合意、後の慣行及びその他の慣行」が国際組織の実行から生じ得るか、表れ得るとした。結論5で示されているとおり、非国家主体である国際組織の実行それ自体が「後の合意及び後の慣行」を生じさせるわけではないものの、国際組織の実行に対する締約国の反応が「後の合意及び後の慣行」を生じさせるか、または締約国の「後の合意及び後の慣行」が国際組織の実行に反映され得るとというのが ILC の説明である⁴⁴⁾。また結論12第3項では、国際組織の慣行が条約上の用語の通常の意味又は趣旨・目的を明確にする際に関連するか、補的手段になり得るとして⁴⁵⁾、締約国の慣行とは区別された国際組織の慣行それ自体が設立文書の解釈に関連する可能性があるとも述べた。

結論13第3項では、条約専門家機関の宣告に当事国が何も反応しないことはその宣告が示す解釈を認めた慣行として直ちに推定されるわけではないものの、当該宣告が「後の合意、後の慣行及びその他の慣行」を生じさせるか、参照されることがあり得るとした。

「後の合意及び後の慣行」の同定は、結論6に述べられている⁴⁶⁾。結論6第1項では、当事国が他の事情を考慮したことで取る行動を排除する必要から⁴⁷⁾、「後の合意及び後の慣行」を同定するためには当事国による合意や慣行が、条約解釈に関する立場を表明するものかを決定する必要があるとした。

「後の合意及び後の慣行」の効果は、結論7に述べられている⁴⁸⁾。結論7第1項及び第2項で「後の合意及び後の慣行」は条約の意味を明確にすることに貢献するものとした上で、結論7第3項では条約を改正・修正したりはしなとした。ただし国家実行や裁判例から見て、「後の合意及び後の慣行」によって条約が改正・修正される理論的な可能性までは排除できないとも述べている⁴⁹⁾。

2. 諸判例からみた「後の合意及び後の慣行」

ILC 結論草案を通じて「後の合意及び後の慣行」がいかなるものかを確かめたところで、

具体的な事例を通じて実態を分析する。条約法条約の作成後はもちろんのこと作成前に遡っても、「後の合意及び後の慣行」を用いた裁判例は枚挙にいとまがないものの、本稿では「発展的解釈」との関係も考慮して、比較的近年における裁判例を中心に分析していきたい。

1) 航行権および関連する権利に関する紛争事件(コスタリカ対ニカラグア、国際司法裁判所)⁵⁰⁾

コスタリカ共和国とニカラグア共和国の間では、1857年から1858年にかけて両国間で国境の画定やサン・ワン川の通航制度に関する条約が結ばれた⁵¹⁾。この条約ではサン・ワン川の管轄権がニカラグアにあるとしている代わりに、コスタリカには船舶による「通商を目的(*con objetos de comercio*)」とした通航権が一部認められていた。しかしニカラグアが関税や警察検問などの措置を取るようになると、これは条約履行の違反だとして2005年コスタリカによってICJに提訴された⁵²⁾。

問題となったのは「通商を目的」という条文における「通商(*comercio*)」の概念であった⁵³⁾。ニカラグアはこれについて、用語の通常の意味通り「売買を目的とした商品の運送」であると解釈した。一方でコスタリカは「商品の運送だけでなく観光など旅客の運送」も含まれると解釈した。確かに問題となった条約が1858年に作成されたものであることを鑑みると、旅客業など比較的新しい商業が「締結時における当事国」にとって「通商」概念に含まれていたかどうかは怪しいところではある。条約法条約上の解釈規則における時間の問題が「締結時における当事国の意思」に帰結するのであれば、ニカラグアの解釈こそが正しいように思われる。しかしICJは「通商」概念の解釈に関して、ニカラグアの解釈を否定する判決を出した。

裁判所はまず、条約法条約31条3項(b)における「合意」は締約国間の暗黙の合意によって導かれるとした。また当事国には条約締結時に、そこで用いられた文言に固定されたものではなく発展可能な、国際法の発達に許容的な意味を与える意図があったと推定できる状況があるとした。そのような状況においては、「締結時の共通の意思」から逸脱するためではなく、それを尊重するために条約が適用される状況に応じた文言の意味を考慮すべきとした⁵⁴⁾。

そして裁判所は「通商」という文言は「時間の経過に伴い発展することを締約国が認識すべきだった一般的な用語」であるとしながら、当該条約がとても長い期間続いているため当該の文言が発展的な意味を持つと推定すべきだと結論付けた⁵⁵⁾。そして最終的に、条約における「通商」の意味を今日の意味に鑑みて、人員の輸送も含まれるとした⁵⁶⁾。

つまり裁判所の意見をまとめると、締約国は「通商」といった「一般的な用語」が時間の経過とともに発展しうることを締結時に意図しているため、今日の状況に照らして解釈すべきだとしているわけである。しかし裁判所は、「通商」概念が発展したと証拠付けられる締約国間の「後の合意及び後の慣行」を具体的に立証してはいない。

2) 南極海捕鯨事件（オーストラリア対日本、国際司法裁判所）⁵⁷⁾

2010年の5月、オーストラリアは日本による大規模な調査捕鯨の継続的な実施が国際捕鯨取締条約（以下、ICRW）の義務に違反するとして、国際司法裁判所に提訴した⁵⁸⁾。本件では管轄権の問題などいくつかの点において国際法上重要な論点があるものの、本稿ではICRWの目的及び第8条の解釈に関する裁判所の判断に焦点を当てる。

争点となったのは、締約国政府に「科学的研究のために」捕鯨を許可する「特別許可書」の発行を認めるICRW第8条であった。日本はこれに基づいて1987年・1988年から2004年・2005年の18年にかけてクロミンククジラを捕獲するJARPAとJARPA IIを実施した⁵⁹⁾。オーストラリアは日本のこのような捕鯨調査がICRW第8条の要件を満たしていないと主張する⁶⁰⁾とともに、商業捕鯨を禁止するICRW付表10項(e)とミンククジラ以外の捕鯨を禁止する付表7項(b)にも違反していると主張した⁶¹⁾。

これら付表についてICRW第1条は「この条約は、その不可分の一部を成す付表を含む」としてある。また付表は国際捕鯨委員会（以下、IWC）がICRW第3条2項、第5条1項に基づいて修正することができる。ICJは付表がIWCによって随時修正されることが可能であるということを根拠に、ICRWが「発展的文書」であると位置づけしている⁶²⁾。ICJ自身はこの点について明確に示していないものの、これはILC結論草案の結論11で述べられた「締約国会議の枠組みにおいて採択された決定」による「後の合意及び後の慣行」に通じるところがある。実際に結論11に関するコメントリーの随所で本件を例に挙げていることが確認できる。

付表がICRWと不可分の関係であるという位置づけは、第8条の解釈にも影響を与える。日本は、第8条はICRWの他の条文に影響を受けない適用除外規定であると主張したが⁶³⁾、ICJはこの主張を退け第8条がICRWの不可分の一部であるために、ICRWの趣旨・目的、そして付表を含む他の規定を考慮して解釈するべきだとした⁶⁴⁾。これは第8条がICRWの目的に沿う前提での限定的な例外規定であるというオーストラリアの主張⁶⁵⁾を認めた結果と思われる。

ここで裁判所は、IWC決議は「全ての締約国の支持」、とりわけ本件当事国である日本の支持を得て成立された文書ではないため、第8条の解釈に関して条約法条約第31条における「後の合意及び後の慣行」を成立させないと述べている⁶⁶⁾。実際に裁判所はICRWの趣旨・目的が鯨類の保護にあるのか持続的な開発にあるのかについてICRW第8条とICRWの趣旨・目的の関係を検討した結果、「付表の修正および勧告は……条約の趣旨・目的を変えることはできない」⁶⁷⁾としている。これについてはICJが解釈論の限界をわきまえた判断をしたという評価がある一方⁶⁸⁾、実際には第8条を例外規定と位置づけることによってICRWの趣旨・目的は保護にあると捉えているという評価もある⁶⁹⁾。ただしいずれにしても、ICJはこの部分について明確な法的判断を回避しているように思われる⁷⁰⁾。

3) 米国のエビ・エビ製品の輸入禁止 (インドなど対アメリカ、WTO 上級委員会) ⁷¹⁾

1998年にWTOパネル及び上級委員会で争われた本件は、条約法条約との関連が明確に示されていないものの、上記二つの判例と比較して関連する点を確認できる。ちなみにWTO紛争解決機関はいくつかの事例を通じ、条約法条約の第31条及び第32条における解釈規則に準拠していることを明言している⁷²⁾。

本件で審議の対象となったのは、アメリカが自国の領海でエビ業を行う漁船に義務付けていた海亀除去装置を使用していない輸出国からのエビ及びエビ製品の輸入を禁止する措置であった。最も争点となったのは「有限天然資源の保存に関する措置」を定めたGATT20条(g)の「有限天然資源」に海亀が該当するかであった。このような争点の背景には申請国が主張するように、「有限天然資源」とは有限の鉱物資源を指すのであって生物的な又は再生可能な資源を意味しないという認識が存在していた。この点について上級委員会は「天然資源」とは固定されたものではなく「発展的な性格を持つ一般的な用語」であるとして、海亀は「有限天然資源」に該当すると認定した⁷³⁾。

この際、上級委員会は1971年のナミビア事件勧告的意見で述べられた「国際条約は解釈時の法システム全体の枠組みの中で解釈適用されなければならない」を⁷⁴⁾このような解釈姿勢の根拠として出している⁷⁵⁾。ところでナミビア事件においても、ICJは「締結時における当事国の意思」の追求を第一次の必要性として理解している⁷⁶⁾。したがって本件における上級委員会も「天然資源」概念について、当事国が締結時に発展し得る一般的概念として認識していたかに関して指摘する必要があるが、そのような記述は見受けられない。

むしろGATTより後に作成された環境保護条約や宣言を、国際社会における現代的関心の証拠であるとして解釈の参照にしている点や⁷⁷⁾、1975年に作成された「絶滅のおそれのある野生動植物の種の国際取引に関する条約(以下、CITES)」付属書1に海亀が記載されたことを以て「有限天然資源」であると認定するような解釈姿勢は⁷⁸⁾、上級委員会が「締結時における当事国の意思」の追求に徹しているか疑問が生じざるを得ない。いずれにしても、上級委員会は「現代的関心」という表現から読み取れる条約解釈の時間の問題について明確な意見は述べていない。

4) 深海底活動責任事件 (国際海洋法裁判所勧告的意見) ⁷⁹⁾

本件は、国連海洋法条約第11部協定に基づく、深海底における活動の保証に関する締約国の法的な責任と義務が何かについて⁸⁰⁾、国際海底機構の申請を受けた国際海洋法裁判所(以下、ITLOS)が出した勧告的意見である。国連海洋法条約第153条2項によると、企業や個人が国際海底の鉱区を開発しようとする時は締約国が「保証」しなければならない。しかし保証された者が起こした汚染を保証国がどこまで責任を取るべきか、また保証に際して具体的にどの

ような措置をどこまで取るべきかが不明確だった⁸¹⁾。その不明確さゆえにナウルとトンガなど南太平洋の島国は、汚染が生じた場合の責任費用が自国の全資金力を上回るかも知れないという不安を感じ、保証国の責任の諸問題に関する勧告的意見を求めることを提案し、これが国際海底機構理事会において採択された⁸²⁾。

まず ITOLOS は、自らが条約法条約における条約解釈規則に準拠することを明言した⁸³⁾。また条約でない文書及び国際海底機構が採択した鉱業規則も、類推によって解釈に関する指針を与えることができることも説明している⁸⁴⁾。その結果、ITOLOS は 2000 年の「深海底における多金属性の団塊の概要調査及び探査に関する規則」（以下、団塊規則）と 2010 年の「深海底における多金属性の硫化物の概要調査及び探査に関する規則」（以下、硫化物規則）の二つの鉱物規則も併せて解釈を試みている。

本件でとりわけ注目したいところは、保証国の義務について ITOLOS が出した意見である。国連海洋法条約 139 条 1 項、153 条 4 項及び付属書Ⅲ第 4 条 4 項が保証国の義務について定めているが、まず海洋法条約 139 条 1 項と付属書Ⅲ第 4 条 4 項における「確保する義務」の意味が問題となった。

ITOLOS は「確保する義務」とは可能な限りの最善を尽くす「行動」の義務、また「相当の注意」義務であるとした⁸⁵⁾。そして「行動」の義務と「相当の注意」が密接な関係であるという根拠として ICJ における 2010 年のパルプ工場事件⁸⁶⁾に触れている⁸⁷⁾。そして「相当の注意」義務とは時代により変わる可変的な概念であり、新たな科学技術の知見に十分な注意が必要であると述べている⁸⁸⁾。また「相当の注意」義務の履行における関連要因として、リオ宣言第 15 原則及び団塊規則と硫化物規則に反映されている予防的アプローチを適用する義務を挙げている⁸⁹⁾。そして団塊規則と硫化物規則の間でも、硫化物規則にはある「環境のための最良の慣行」が団塊規則にはないものの、「最良の環境慣行」は団塊規則にも適用され、「相当の注意」義務にも適用されるとした。またその根拠として、科学的知見の進歩から保証国が一般的にその適用の拡大を確信するようになったと思われるとしている⁹⁰⁾。

このように本勧告的意見でも、締約国が可変的であろうと「締結時に予見できていた」概念に関しては、関連諸規則など「後の合意及び後の慣行」に基づいて発展的な解釈を行っていることが確認できる。

5) X ほか対オーストリア事件（欧州人権裁判所）⁹¹⁾

最後に本稿の問題意識の出発点でもある欧州人権裁判所による「発展的解釈」に、「後の合意及び後の慣行」がいかに援用されているかを確かめたい。

本件は 2013 年、同性カップルの子供への養子縁組の権利を巡って争われた事件である。当時のオーストリア当局の決定によると、子供とその子供の血縁の母、そして彼女の同性パート

ナーが、数年に渡り同じ場所で暮らしながら家族同然の生活をしていたにも関わらず、母の同性パートナーと子供の間には法的関係を結ぶことができなかった。もちろんのこと、オーストリアでは養子縁組を法的に認めている。しかし関連法によると、子供が養子縁組をすると血縁の母との関係が断たれ、彼女の同性パートナーが子供の母に成り代わるだけであった。

このようなオーストリア内の状況に対して、裁判所は条約第8条と第14条を併せ読み、事実上家族として暮らしている同性カップルと、同じ境遇にいる異性カップルとの間に差別があってはならないと述べ⁹²⁾、オーストリア当局の決定にはその差別が見られることを指摘した⁹³⁾。また性や性的指向を理由にする区別には極めて厳格な根拠が必要であることも指摘している⁹⁴⁾。そして条約が今日的状況に応じて解釈されるべき「生きている文書」であり、国家は家族生活の確保を目的とする第8条に基づき、社会の発展と関連する問題を考慮すべきだとした⁹⁵⁾。そして示唆的な今日的状況として2008年の養子縁組に関する条約の第7条2項を挙げている⁹⁶⁾。

本件で申請人の主張が受け入れられた最も大きな理由は、同じ境遇の同性カップルと異性カップルの間に差異が存在しており、その差異が差別ではないという積極で合理的な根拠をオーストリア当局が示せなかった点である⁹⁷⁾。そして裁判所はオーストリア当局が示した伝統的な家族概念に留意しつつも⁹⁸⁾、今日的状況を鑑みかつての「差異」が「差別」に取り替わっていることを指摘していると思われる。そしてその「今日的状況」を成しているものは、2008年養子縁組条約や過去の諸判例に現れているような「(欧州)社会の発展」であるとしている。

本稿で取り扱った上記の諸判例と比較すると、裁判所は明言してはいないものの、「家族」という一般的な概念の発展、そして2008年養子縁組条約など諸締約国の間で見られる「後の合意」といった二つの共通した解釈姿勢が見られる点からして、条約法条約第31条3項を意識していると思われる。ILCもまた、欧州人権裁判所における「生きている文書」概念が「後の合意及び後の慣行」の「別の姿」であると指摘している⁹⁹⁾。

3. 「後の合意及び後の慣行」と時間の問題

1) 時間の経過とともに発展し得る条約の用語の解釈

本稿で分析した諸判例から明らかなように、「後の合意及び後の慣行」が用いられる多くの理由は、時間が経ち意味に変化があったと思われる条文をいかに解釈するかである。ILC結論草案の特別報告者であるノルテの最大の関心事もまたそこにあった。

ILC結論草案は元々、2008年の第60会期から「時間が経過した条約 (Treaty Over Time)」に関する研究部会での審議が土台となっており、ノルテはその研究部会の議長であった¹⁰⁰⁾。そして結論草案の採択までの暫定草案の審議及び採択の過程は、発展的要素に積極的

なノルテと合意主義の枠に収めようとする他の議員の間の攻防であったと言っても良い¹⁰¹⁾。

ILC 結論草案の結論 8¹⁰²⁾ はこのような攻防の結果である。「時間の経過とともに発展し得る条約の用語の解釈」と名付けられた本結論は、以下のように述べている。

「第 31 条と第 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、ある用語に対して、時間の経過とともに発展し得る意味を付与するものであったか否かを決定する際に、役に立ち得る」

ノルテによる第一報告書の結論草案 2 では、「後の合意及び後の慣行」が条約の「発展的解釈を導く」とされていたものの¹⁰³⁾、その後の暫定草案では他の委員たちの反対により「発展的解釈を導く」という端的な表現が削除され、今の内容に改められた¹⁰⁴⁾。これは結論 8 から読み取れるように、「後の合意及び後の慣行」が必ずしも動的な、つまり条約締結後の時間の経過に伴う諸事情の変化を重視する条約の解釈を導くわけではなく、静態的な、つまり条約締結後の時間の経過よりも起草時の意思を重視する解釈を導くこともあるという書き方だと評価できる¹⁰⁵⁾。ILC 自身もコメントリーを通じ、結論 8 は「発展的又は動的」か「同時代的又は静態的」どちらかに偏ることを意図していないと説明している¹⁰⁶⁾。したがって特別報告者であるノルテの本来の関心事であった、時間が経過した条約を発展的に解釈するための「後の合意及び後の慣行」¹⁰⁷⁾ の可能性は抑えられる結果になったと言える。

このような抑えが意味するところは、やはり条約解釈の目的は「条約締結時の当事国の意思」を解明するものであるという従来までの解釈規則の再確認であろう。つまり、ある用語を動的に解釈するべきか、静態的に解釈するべきかは、当事国が締結に際してそれを承諾、もしくは予見できていたかに関わるわけである。したがって解釈者は、締結時に際して当事国が用語の動態性を意図していたかという質問に答える必要がある¹⁰⁸⁾。

用語の動態性に対する当事国意思とは、いかなるものであるか。岡田はここに、「当事国の意思に基づくものとして構成される条約の文言、文脈、趣旨目的は、再びそれらの解釈を通して、「発見」される。例えば、「意思が文言を選択した」というフィクションの下に、実際上は「文言から意思を読み取る」という一種の循環論が生じている」としている¹⁰⁹⁾。それ故に、用語の動態性には当事国にその意図があったと考えらえることになる。

こうして、ILC 結論草案における「後の合意及び後の慣行」の機能は、あくまでも「条約締結時の当事国の意思」を確かめる証拠という枠を超えなくなった。「後の合意及び後の慣行」の動的側面を否定するものではないものの、ILC 自身が結論草案を通して説明している「後の合意及び後の慣行」の価値は準備作業とあまり変わらないものであり¹¹⁰⁾、その意味では静態的側面を強調していると言える。

2) 発展的解釈と「後の合意及び後の慣行」

「後の合意及び後の慣行」の動態性を抑える ILC 結論草案の結論 8 は、しかしながらいくつかの疑問点を残している。一つに、結論 8 のコメントリーにおいて発展的解釈がされたとして列挙されて諸事例では、元々動態的な側面を持った用語を発展的に解釈したということは確認できるが、「後の合意及び後の慣行」を証拠として当事国の意図が確認できたとは言い難い¹¹¹⁾。本稿で分析した諸事例のほとんどがそうであったように、当事国間における「後の合意及び後の慣行」を確認し、援用したと明示している例は見当たらない。

また一つとして、結論 8 で示された解釈指針は、それが射程に入れて列挙した発展的解釈の諸事例との整合性に疑問を抱かざるを得ない。すでに本稿の諸事例の分析でも指摘しているように、最終的に条約を解釈した紛争解決機関が「締結時における当事国の意思」の追求に徹していたかは曖昧な点がある。とりわけ欧州人権裁判所など国際人権条約における発展的解釈は、結論 8 では説明しきれないと考えられる。

例えば先の X 対オーストリア事件（以下、X 事件）をより詳細に検討してみると、X 事件をそれ単体として評価を下すことは難しいということが分かる。裁判所自身も認めている通り、X 事件は「同性カップルの養子縁組という社会的問題」を背景に語られる可能性があり¹¹²⁾、実際に欧州社会が直面した新たな家族形態の中で語られるべき一件である。まず 2002 年の Christine Goodwin 対イギリス事件¹¹³⁾ では、生殖機能を婚姻と家族形態の不可欠の要素として捉えた 1990 年の COSSEY 対イギリス事件¹¹⁴⁾ の判決を覆し、「家族形態は婚姻の要件にならない。子を持たないことを理由に婚姻の権利を消すことはできない」として¹¹⁵⁾、生物学的に異なる性の間の婚姻からなる伝統的な家族概念を否定した¹¹⁶⁾。そして 2008 年の E.B 対フランス事件¹¹⁷⁾ では 2002 年の Fretté 対フランス事件¹¹⁸⁾ で示した立場を覆し、同性カップルの一方が養子縁組をする権利を認めないフランス当局の制度は合理的ではないとする判決を出した¹¹⁹⁾。そして X 事件を含め一連のヨーロッパ当局による制度の背景には、20 世紀末まで同性愛的性的志向が「人権」ではなく「病気」として扱われていた厳然な科学的・医学的事実がある¹²⁰⁾。

このように、X 事件はそれ単体で出された判決ではなく、欧州人権裁判所が発展的解釈を用いて「同性愛者が家族を形成する権利」を拡大していく段階的な過程の中で出された判決と評価できる。そして諸々の判決の中で裁判所が「同性愛者が家族を形成する権利」を進展させる根拠は、「締結時における当事国の意思」の追求ではなく、社会的な発展と科学・医学における変化もしくは発展の確認である¹²¹⁾。確かに「家族」概念それ自体は、動態的な性格を持つ「一般的な用語」ではあるかもしれない。しかしその動態性が、厳然なる科学的知見を以て「家族」概念から排除されていた「同性愛者」にまで及ぶことを「締結時」に意図していたと推定することには無理があると思われる。

欧州人権裁判所が自ら条約法条約の慣習法性を認めそれに準じていると明言している点や、ベルンハルトが「後の合意及び後の慣行」を通じて発展的解釈でいう「条約の実施で起こり得る動的・漸進的発達」が導かれると指摘している点¹²²⁾など、欧州人権裁判所における「発展的解釈」も「後の合意及び後の慣行」によって正当化されるという認識は確かに存在する。ILCもまた、結論草案で同様の認識を見せている¹²³⁾。しかし現実には、ILC結論草案の指針と諸判例の間に大きな溝があると言わざるを得ない。

このように、ILC結論草案の結論8は、「発展的解釈」に関して自らが列挙している諸判例を十分に説明しきれないと判断できる。その原因の一つは、そもそも本草案が当事国の意思を介することなく「後の合意及び後の慣行」が導かれる可能性を射程外に置いたことであろう¹²⁴⁾。また条約法条約に「後の合意及び後の慣行」が挿入され今の文言になった背景には、「締結時における当事国の意思」に限定されない、条約解釈の動的側面への期待があったことを考える¹²⁵⁾と、条約解釈における動的側面を抑えようとした姿勢にも原因があるように思われる。いずれにしても、2018年から始まるILC結論草案の第2読に注目する必要があるだろう。

おわりに

本稿では主にILC結論草案と、様々な判例を通じて条約法条約31条3項にいう「後の合意及び後の慣行」について、主に時間と意思の問題に焦点を当て分析を試みた。その結果、ILC結論草案が示した指針と「後の合意及び後の慣行」を用いた現実の事例の間に、また分野もしくは紛争解決機関ごとに、多かれ少なかれ齟齬が存在することが確認できた。これは「後の合意及び後の慣行」における「時間」と「当事国の意思」の関係をいかに設定するか、その捉え方の違いが生むものと思われる。要するに条約の解釈に際して「当事国の意思」をいつの「時間」から読み取るべきかに関して、明確な基準が定まっていない故の齟齬と言える。またこれらの議論は発展的解釈における議論と一脈相通じるものであり、「後の合意及び後の慣行」が発展的解釈の条約法上の根拠として援用されている以上、必然的な帰結であろう。

この齟齬を解消するために併せて検討すべきいくつかの議論がある。一つは「当事国意思主義」における「当事国」とは何かについてである。これについて山形は¹²⁶⁾、準備作業を重視する「当事国意思主義」における「当事国」は「起草者たる当事国」であるとしている。したがってILC結論草案が「後の合意及び後の慣行」で「当事国」として想定しているのも「起草者たる当事国」であり、「締結時における当事国」と同意であろう。しかし条約法条約の成立と共に解釈規則の三学説が統合されることによって、「当事国(起草者)意思主義」が条約文に表明された「当事国共通意思主義」に変容したとしている。そしてこれは、「時代適応主義」である「目的論主義」への歩み寄りでもあるとしている。したがって「当事国(起草者)意思

主義」としての「後の合意及び後の慣行」は「締結時における当事国の意思」の証拠的能力し
か有することができないとしても、「当事国共通意思主義」としての「後の合意及び後の慣行」
は「締結後における当事国の意思」を発見する機能が期待できると思われる。

もう一つは、「後の合意及び後の慣行」や「発展的解釈」における分野、もしくは紛争解決
機関の違いが持つ意味についてである。岡田は限定説と非限定説という観点からこの問題を分
析している¹²⁷⁾。限定説とは、発展的解釈を原則的に特定の条約において適合するものとして
捉える立場であり、非限定説とは発展的解釈は特定の条約に限定されないとする立場である。
例えばベルンハルトは、人権条約の趣旨・目的の特別さを以て他の条約との区別を主張す
る¹²⁸⁾。条約解釈における時間と意思の問題を、条約の特殊性を通して合理的に説明するこ
とができるか、更なる検討が必要であろう。

最後にこうした齟齬の解決は、次のような論点を示唆することを指摘しておきたい。条約解
釈において、それが締結時であれ締結後であれ、「当事国の意思」を認定するのは誰かとい
う点である。松井はベルンハルトの主張をもとに、「国際裁判所等による条約の発展的解釈の過
程をどのように民主的なコントロールの下におくか、言い換えれば国際裁判官の正統性をど
のように確保するか」が重大な課題であると指摘している¹²⁹⁾。その意味で、用語の動態性を理
由に発展的な解釈をする際に、当事国の「実際の意図」が何であれ裁判所がそれを決定する裁
量があるという論理¹³⁰⁾は、重大な意味を持つと思われる。これは言い換えれば、当事国の合
意なしにある条約上の義務の変更や新たな義務の設定をする権限が裁判所にありえるとい
う意味になりかねないからだ。そうだとすれば本稿が指摘する齟齬は果たして、いかなる方向性
を持って解決することが真に望ましいかに関しても、検討が必要であろう。

注

- 1) Lord McNair, *The Law of Treaties*, (Oxford: Oxford Univ. Press, 1961) p.364.
- 2) Arbitral Award of 31 July 1989, *ICJ Report 1991*, pp.69-70, para.48.
- 3) Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgement, *ICJ Report 1994*, pp.21-22, para. 4.
- 4) Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgement, *ICJ Report 1999*, p.1059, para. 18.
- 5) Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America(Preliminary Objection), Judgement, *ICJ Reports 1996*, P.812, para.23.
- 6) Gerald Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and Certain Other Treaty Points", *Brit. Yb. Int'l L.*, Vol.28, 1951, pp.1-2
- 7) 松井芳郎「第五節 国際法解釈論批判」天野和夫 [ほか] 編『現代法学批判—マルクス主義法学講座』(日本評論社・1976) 212 頁。
- 8) 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」『世界法年報』第 22 号 (2003) 37 頁。

- 9) 同上 40-41 頁。
- 10) 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『国際人権法と憲法』（信山社・2006）178 頁。
- 11) J. B. et al. v. Canada, Communication No. 118/1982, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/41/40) at 151 (1986).
- 12) Case of GOLDER v. The United Kingdom, 21 February 1975, Application no. 4451/70.
- 13) Case of TYRER v. The United Kingdom, 25 April 1978, Application no. 5856/72.
- 14) Roger Judge v. Canada, Communication No. 829/1998, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998 (2003).
- 15) 坂元茂樹『条約法の理論と実際』（東信堂・2004）184 頁。
- 16) Rudolf Bernhardt, "Thoughts on the Interpretation of Human Rights Treaties", in Franz Matscher and Herbert Petzold (ed.), *Protecting Human Rights: The European Dimension: Studies in Honour of Gerard J. Wiarda*, C. Heymanns Verlag, 1990, p. 68.
- 17) フレデリック・スュードルは、発展的解釈を欧州人権裁判所における「最も独創的な特徴」とであると述べている。フレデリック・スュードル著・建石真公子訳『ヨーロッパ人権条約』（有信堂・1997）38 頁。
- 18) ILC Report, A/71/10, 2016, chap. VI, paras. 64-76. また本稿において他の説明がない限り、「ILC 結論草案」とはこの結論草案を指すものとする。
- 19) 坂元『前掲書』112 頁。
- 20) 以上、西元宏治「条約解釈における「事後の実行」」『本郷法政紀要』No. 6 (1997) 210 頁。
- 21) International Law Commission, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries", Birgit Peters and Geir Ulfstein (ed.), *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. 2, 1966, p.220. 小川芳彦訳参照。「〈資料〉国際法委員会条約法草案のコメンタリー(3)」『法と政治』第 19 卷 4 号(1968) 125 頁。
- 22) 松井「前掲論文（注 7）」および坂元「前掲論文（注 8）」にて共通的にみられる。
- 23) ILC, *supra note* 21, p.222. 小川「前掲論文」128 頁。
- 24) 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『国際立法の最前線—藤田久一先生古稀記念』（有信堂高文社・2009）117 頁。
- 25) 坂元「前掲論文（注 8）」33-34 頁。
- 26) 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", in Franz Matscher and Herbert Petzold (ed.), *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 18, No. 2, 1969, pp.324-325.
- 27) 西元「前掲論文」211-212 頁。
- 28) *PCIJ Series B*, No.12, p.24.
- 29) McNair, *op. cit.*, p.424.
- 30) 坂元「前掲論文（注 8）」51 頁。
- 31) 松井「前掲論文（注 24）」119 頁。
- 32) なお ILC 結論草案の全文の日本語訳はまだないものの、暫定草案の採択過程を含め一部の紹介及び評価に関して、本稿は右の文献を参照にした。阿部克則「条約解釈における「後の合意」と「後の慣行」に関する ILC 結論草案：第 1 読終了時点における評価」『法律時報』通巻 1116 号 2017 年 9 月号 40-45 頁。国際法委員会研究会「国際法委員会第 65 会期の審議概要」（寺谷広司執筆部分）『国際法外

交雑誌』第112巻4号(2014年)79-82頁。国際法委員会研究会「国際法委員会第66会期の審議概要」(竹内真理執筆部分)『国際法外交雑誌』第113巻4号(2015年)158-163頁。

- 33) ILC, *supra note* 18, pp.137-149.
- 34) Id. at para.10.
- 35) Id. at para.11.
- 36) 阿部「前掲論文」41頁。
- 37) ILC, *supra note* 18, pp.193-201.
- 38) Id. at para.10.
- 39) Id. at pp.149-156.
- 40) Id. at para.12.
- 41) Id. at pp.201-213.
- 42) Id. at pp.213-228.
- 43) Id. at pp.228-240.
- 44) Id. at para.15.
- 45) Id. at paras.32-34.
- 46) Id. at pp.156-165.
- 47) 例えば、コメントリーでは条約難民に該当しない人々を救済するために取る国家の行動などを例に挙げている。Id. at para.9.
- 48) Id. at pp.156-180.
- 49) Id. at para.38.
- 50) Dispute regarding Navigation and Related Rights (Costa Rica /Nicaragua), Judgment, *ICJ Report 2009*.
- 51) Id. at para.19.
- 52) Id. at para.28.
- 53) Id. at para.45.
- 54) Id. at para.64.
- 55) Id. at para.66 – 68.
- 56) Id. at para.71.
- 57) Whaling in the Antarctic (Australia/Japan), Judgment, *ICJ Report 2014*.
- 58) Id. at para.1.
- 59) 高島忠義「南極海捕鯨事件に関するICJ判決について(1)」『法学研究』第89巻4号(2016年)87頁。
- 60) ICJ, *supra note* 57, para.24.
- 61) Id. at para.25.
- 62) Id. at para.45.
- 63) Id. at para.52.
- 64) Id. at para.55.
- 65) Id. at para.53.
- 66) Id. at para.83.
- 67) Id. at para.56.
- 68) 坂元茂樹「日本からみた南極捕鯨事件判決の射程」『国際問題』636号(2014年)10頁。

- 69) 高島忠義「南極海捕鯨事件に関する ICJ 判決について (2・完)」『法学研究』第 89 巻 5 号 (2016 年) 53 頁。
- 70) 同上
- 71) WTO Appellate Body Report, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (US/Shrimp), WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998
- 72) 例えば、ILC 結論草案が出している例として WTO Appellate Body Report, United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US-Gasoline), WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996, Section III, B (1969 Vienna Convention, art. 31, para 1); WTO Appellate Body Report, Japan — Taxes on Alcoholic Beverages (Japan-Alcoholic Beverages II), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, Section D (1969 Vienna Convention, arts. 31-32). など
- 73) WTO Appellate Body Report, *supra note 71*, para.130.
- 74) Namibia (Legal Consequences) Advisory Opinion (1971) I.C.J. Rep., para. 53.
- 75) WTO Appellate Body Report, *supra note 71*, note.109.
- 76) ICJ, *supra note 74*, para.51.
- 77) WTO Appellate Body Report, *supra note 71*, paras.129-131.
- 78) *Id.* at para.132.
- 79) Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the area, case No. 17, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports また本稿では、本勧告的意見の和訳として右の文献を参照にした。佐古田彰「国際海洋法裁判所「深海底活動責任事件」2011年2月1日勧告的意見(1)」『商學討究』第66巻1号(2015年) 佐古田彰「国際海洋法裁判所「深海底活動責任事件」2011年2月1日勧告的意見(二・完)」『商學討究』第66巻2・3号(2015年)
- 80) *Id.* at para.1.
- 81) 柳井俊二「国際海洋法裁判所の特徴と最近の判例」『中央ロー・ジャーナル』第10巻1号(2013年) 15-16 頁。
- 82) ITLOS, *supra note 79*, para.4.
- 83) *Id.* at paras.57-58.
- 84) *Id.* at paras.59-60. ITLOS はその根拠として鉱業規則に法的拘束力があることを強調しているものの、ILC 結論草案結論 4 及び結論 10 を考えるに、法的拘束力があるか否かは重ね強調するほど重大な問題ではないともいえる。
- 85) ITLOS, *supra note 79*, para.110.
- 86) Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina/Uruguay), Judgment, *ICJ Report 2010*.
- 87) ITLOS, *supra note 79*, para.111.
- 88) *Id.* at para.117.
- 89) *Id.* at para.242.B. (b).
- 90) *Id.* at para.136.
- 91) Case of X and Others v. Austria, 19 February 2013, Application no. 19010/07.
- 92) *Id.* at para.116.
- 93) *Id.* at para.130.

- 94) Id. at para.99.
- 95) Id. at para.139.
- 96) Id. at para.150.
- 97) Id. at paras.151-152.
- 98) Id. at para.138.
- 99) ILC, *supra note* 18, pp.185-186, para.14
- 100) Id. at p.118, para.64.
- 101) 寺谷「前掲論文」81頁、竹内「前掲論文」162頁。
- 102) ILC, *supra note* 18, p.180
- 103) A/CN.4/660, p.27
- 104) A/68/10, p.20
- 105) 阿部「前掲論文」41頁。
- 106) ILC, *supra note* 102, para.2.
- 107) Georg Norte, *Treaties and Subsequent Practice*, (Oxford: Oxford Univ. Press, 2013) p.1-10.
- 108) ILC, *supra note* 102, para.9.
- 109) 岡田「前掲論文」129-130頁。
- 110) 阿部「前掲論文」43頁。
- 111) 同上
- 112) ILC, *supra note* 102, para.134.
- 113) ECHR, *supra note* 12
- 114) Case of COSSEY v. The United Kingdom, 27 September 1990, Application no. 10843/84.
- 115) Id. at para.138.
- 116) 建石真公子「性転換：性転換後の戸籍の性別記載変更と婚姻：クリスティーヌ・グッドウィン判決」戸部江二ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社出版・2008）311頁。
- 117) Case of E. B. v. France, 22 January 2008, Application no. 43546/02.
- 118) Case of FRETTE v. France, 26 February 2002, Application no. 36515/97.
- 119) ILC, *supra note* 102, paras.46-48
- 120) 同性愛的性的志向が精神病の目録から外れたのは DSM では 1987 年、ISD では 1993 年である。
American Psychiatric Association, About DSM-5 [<http://www.dsm5.org/about/Pages/Default.aspx>] and 日本, 厚生労働省, 「疾病, 傷害及び死因の統計分類」 [<http://www.dsm5.org/about/Pages/Default.aspx>] (最終検索日: 2017 年 10 月 26 日)
- 121) フィッツモーリスは、このように発展的解釈が当事国の意思を介しない点を批判した。Malgogia Fitzmaurice, "The Practical Working of Treaties", Malcolm Evans (ed), *International Law (4th ed)*, (Oxford: Oxford Univ. Press, 2014) p.188.
- 122) Rudolf Bernhardt, "Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European. Convention on Human Rights", *German Yearbook of International Law*, Vol.42 (1999), p.15
- 123) ILC, *supra note* 102, para.14. ただし ILC が、欧州人権裁判所における「生きている文書」概念が通常の「後の合意及び後の慣行」とは「別の姿」であるとしていることはすでに述べた通りである。
- 124) 阿部「前掲論文」43頁。
- 125) 西本「前掲論文」232頁。

- 126) 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3・4号（2010年）458-459頁。
- 127) 岡田「前掲論文」121-128頁。
- 128) Bernhardt, *supra note* 16, p. 65.
- 129) 松井「前掲論文（注24）」134頁。
- 130) 岡田「前掲論文」128頁。

参考文献

【日本語文献】

- ・阿部克則「条約解釈における「後の合意」と「後の慣行」に関する ILC 結論草案：第1読終了時点における評価」『法律時報』通巻1116号2017年9月号
- ・国際法委員会研究会「国際法委員会第65会期の審議概要」（寺谷広司執筆部分）『国際法外交雑誌』第112巻4号（2014年）
- ・国際法委員会研究会「国際法委員会第66会期の審議概要」（竹内真理執筆部分）『国際法外交雑誌』第113巻4号（2015年）
- ・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」『世界法年報』第22号（2003）
- ・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『国際人権法と憲法』（信山社・2006）
- ・坂元茂樹『条約法の理論と実際』（東信堂・2004）
- ・坂元茂樹「日本からみた南極捕鯨事件判決の射程」『国際問題』636号（2014年）
- ・佐古田彰「国際海洋法裁判所「深海底活動責任事件」2011年2月1日勧告的意見（一）（二・完）」『商學討究』第66巻1号及び2・3号（2015年）
- ・高島忠義「南極海捕鯨事件に関する ICJ 判決について（1）（2・完）」『法学研究』第89巻4号及び5号（2016年）
- ・戸波江二ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社出版・2008）
- ・西元宏治「条約解釈における「事後の実行」」『本郷法政紀要』No.6（1997）
- ・松井芳郎「第五節 国際法解釈論批判」天野和夫 [ほか] 編『現代法学批判—マルクス主義法学講座』（日本評論社・1976）
- ・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『国際立法の最前線—藤田久一先生古稀記念』（有信堂高文社・2009）
- ・柳井俊二「国際海洋法裁判所の特徴と最近の判例」『中央ロー・ジャーナル』第10巻1号（2013年）
- ・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3・4号（2010年）

【英語文献】

- ・Gerald Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and Certain Other Treaty Points", *Brit. Yb. Int'l L.*, Vol.28, 1951
- ・Lord McNair, *The Law of Treaties*, (Oxford: Oxford Univ. Press, 1961)
- ・Rudolf Bernhardt, "Thoughts on the Interpretation of Human Rights Treaties", in Franz Matscher and Herbert Petzold (ed.), *Protecting Human Rights: The European Dimension : Studies in Honour of Gerard J. Wiarda*, C. Heymanns Verlag, 1990

- Rudolf Bernhardt, "Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European. Convention on Human Rights", *German Yearbook of International Law*, Vol.42 (1999)
- ILC Report, A/71/10, 2016, chap. VI
- 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", in Franz Matscher and Herbert Petzold (ed.), *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 18, No. 2, 1969
- Georg Norte, *Treaties and Subsequent Practice*, (Oxford: Oxford Univ. Press, 2013)
- Malgogia Fitzmaurice, "The Practical Working of Treaties", in Malcolm Evans (ed), *International Law (4th ed)*, (Oxford: Oxford Univ. Press, 2014)

【事件等】

- Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne, *PCIJ Series B*, No.12.
- Namibia (Legal Consequences) Advisory Opinion (1971) *I.C.J. Rep.*, para. 53.
- Arbitral Award of 31 July 1989, *ICJ Report 1991*.
- Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgement, *ICJ Report 1994*.
- Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America (Preliminary Objection), Judgement, *ICJ Reports 1996*.
- Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgement, *ICJ Report 1999*.
- Dispute regarding Navigation and Related Rights (Costa Rica /Nicaragua), Judgment, *ICJ Report 2009*.
- Whaling in the Antarctic (Australia/Japan), Judgment, *ICJ Report 2014*.
- WTO Appellate Body Report, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (US/Shrimp), WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998.
- Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the area, case No. 17, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports.
- J. B. et al. v. Canada, Communication No. 118/1982, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/41/40) at 151 (1986).
- Roger Judge v. Canada, Communication No. 829/1998, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998 (2003).
- Case of GOLDER v. The United Kingdom, 21 February 1975, Application no. 4451/70.
- Case of TYRER v. The United Kingdom, 25 April 1978, Application no. 5856/72.
- Case of COSSEY v. The United Kingdom, 27 September 1990, Application no. 10843/84.
- Case of FRETTE v. France, 26 February 2002, Application no. 36515/97.
- Case of E. B. v. France, 22 January 2008, Application no. 43546/02.
- Case of X and Others v. Austria, 19 February 2013, Application no. 19010/07.

(LEE, Byungchan, 立命館大学大学院国際関係研究科博士課程後期課程)

Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to Interpretation of Treaties: Between Time, Intentions and Evolutionary Interpretation

The international law of treaty interpretation was established by the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT). In May 2012, the International Law Commission (ILC) decided to complete a project on "Subsequent agreements and subsequent practice in relation to interpretation of treaties." This feature is referred to in article 31, paragraph 3 (a) and (b) of the VCLT.

This project raises a large number of interesting issues. This paper discusses "Interpretation of treaty terms as capable of evolving over time," which is contained in draft conclusion 8. In the case of treaties, the question of the so-called intertemporal law has traditionally been put in terms of where a treaty should be interpreted in the light of the circumstances and the law at the time of its application ("evolutionary" interpretation). Draft conclusion 8 addresses the role whereby subsequent agreements and subsequent practice may assist in determining whether or not the presumed intention of the parties upon the conclusion of the treaty was to give the terms that were used a meaning which is capable of evolving over time.

This paper analyzes how draft conclusion 8 rationally explains evolution of a treaty over time.

(LEE, Byungchan, Doctoral Program in International Relations, Graduate School of International Relations, Ritsumeikan University)