

国際機関設立条約の解釈規則

——条約法条約における通則と特則の関係をめぐって——

浅田正彦

目次

はじめに

第1章 国際機関設立条約の解釈規則

第1節 条約法条約の条約解釈規則と国際機関設立条約

第2節 条約法条約第5条但書きにいう「国際機関の関係規則」

(1) 「関係規則」の意味

(2) 「関係規則」の法的性格

第3節 「後の慣行」の要件と第5条但書きによる特則

第2章 国際機関の決定と国際機関の権限の関係—WHO 諮問事件と壁事件の勧告的意見

第1節 「有効性の推定」の原則

第2節 権限内か権限外かの判断

第3章 条約法条約における通則（第31条・第32条）と特則（第5条但書き）の関係—捕鯨事件判決をめぐって

第1節 条約法条約における「後の慣行」の扱い

第2節 ILCによる捕鯨判決と特則の捉え方

第3節 特則の意義と繰返しによる「確立した」慣行

第4章 国際機関の慣行の二重の性格—条約法条約における特則の位置づけ

第1節 ICJの勧告的意見における慣行についての2つの捉え方

第2節 条約法条約の起草過程と「後の合意および後の慣行に関する結論」

おわりに

はじめに

別稿において、化学兵器禁止機関（OPCW）が2018年6月の締約国会議特別会期（以下、「特別締約国会議」という）において採択した決定3について検討した¹⁾。決定3は、化学兵器の使用者特定に関する複数の制度を構築

したが、その中心はシリアにおける化学兵器の使用者を特定するための制度構築にあり、特別締約国会議は、OPCWの技術事務局がシリアにおける化学兵器使用の実行者特定のための制度を創設する旨の決定を行った。しかしこの決定については、ロシアを中心に、締約国会議による権限超越の行為であるとの厳しい批判がある。

OPCWの設立条約である化学兵器禁止条約(CWC)²⁾には、締約国会議がそのような決定を行う権限を有している旨の少なくとも明文の規定はない。したがって、決定3が権限超越の行為ではないとされるためには、国際機構法上の黙示的権限論に依拠する以外にない。検討の結果、CWCの目的、締約国会議や技術事務局の権限および任務に関する規定等に照らせば、こうした制度の構築は、化学兵器の使用の抑止に資するという点で「化学兵器の使用の可能性を完全に無くすこと」(CWC前文)を究極の目的とするCWCの条約目的に合致しているだけでなく、OPCWの内部機関の権限・任務にも特に背馳しないことが判明した。こうして特別締約国会議の決定3は、OPCWによる黙示的権限の行使として、そのCWC適合性が一般的に肯定されるように思える。

もっとも、まったく問題がないという訳ではない。というのもCWCには、化学兵器の使用疑惑がある場合に、一国の要請があればほぼ自動的に実施される、拒否権のない査察の制度が設けられており(申立査察)、その実施のための極めて詳細な規定が検証附属書に定められているからである。このCWCに備付けの申立査察の制度が(おそらくは政治的な理由から)利用されず、別途類似の目的をもった制度を「黙示的権限」の行使として創設する

-
- 1) 浅田正彦「シリアにおける化学兵器の使用とOPCWの使用特定制度—国際機関の黙示的権限の限界をめぐって—」『同志社法学』第74巻2号=第428号(2022年5月)1頁以下。
 - 2) CWCが国際機関であるOPCWの設立文書であることは、後述の「後の合意および後の慣行に関する結論」の結論11のコメンタリーでも言及されている。“Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties” (hereinafter cited as “Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice”), in UN Doc. A/73/10, 2018, p. 83, Conclusion 11, Commentary, para. 2 and n. 451.

ことが、はたして条約適合的であるといえるのか、疑問なしとはしないのである³⁾。

ただし、今後、決定3を基礎にOPCWの活動が展開され、やがて定着していくという可能性は否定できず、実際すでに決定3に基づいて設置された「調査・特定チーム (Investigation and Identification Team; IIT)」の活動が開始されていることを考えれば、そうした可能性は高いといわなければならない。そうなった場合に、そのことをCWCとの関係でいかに評価すべきであろうか。この点は、条約解釈における「後の慣行」の問題に直結する。また「後の慣行」の問題は、設立条約に明示的には定められていないにも拘らず国際機関の権限を認める法理としての黙示的権限論とも密接な関係を有しているといえる⁴⁾。

本稿では、以上を前提として、「後の慣行」を中心に、条約解釈の観点から特別締約国会議決定3のCWC適合性について検討することにしたい。検討の大部分は、一般論としての国際機関設立条約の解釈論に充て、その結論を決定3に当てはめて考察するという構成をとる。

具体的には、まず、1969年の「条約法に関するウィーン条約」(以下、「(1969年)条約法条約」という)に定める条約解釈規則と、国際機関の設立条約の解釈において当該国際機関の関係規則(機関の決定や決議、確立した慣行など)が果たす役割について確認し(第1章)、次に、そうした決定や決議はすべて当該国際機関の権限内の行為として解釈において参照されるのかについて、対照的な結論を出した国際司法裁判所(ICJ)の2つの勧告的意見(WHO諮問事件と壁事件)を通して検討し(第2章)、さらに、その結果明らかとなった条約法条約における条約解釈規則の通則と国際機関設立条約の解釈にかかる特則との関係を整理するとともに、それを基礎とした我々の考え方と

3) 浅田「シリアにおける化学兵器の使用とOPCWの使用者特定制度」48-53頁。

4) 黙示的権限論は、特定の規定の解釈にかかる後の慣行の問題とは必ずしも関連しないようにも思えるが、黙示的権限論には、設立条約の目的規定を始めとする関連規定の解釈という側面もある。浅田「同上論文」43頁。

ICJの南極海捕鯨事件判決に対する ILC の捉え方との間の相違を指摘し（第3章）、最後に、国際機関の慣行には二重の性格（条約当事国としての慣行と国際機関としての慣行）があって、それらは条約解釈規則の通則と特則に対応していること、通則と特則が国際機関設立条約の解釈において選択的ではあるが双方とも利用されていること、そしてそれが条約法条約の起草過程に照らして同条約において許容されていることを明らかにしたい（第4章）。

第1章 国際機関設立条約の解釈規則

第1節 条約法条約の条約解釈規則と国際機関設立条約

慣習法上の条約解釈規則を定めるとされる⁵⁾ 条約法条約は、その第31条1項において、「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする」として、文言主義的解釈を中心とした解釈規則を定める⁶⁾。ICJも累次の判決において、とりわけ文言が明確な場合には、明らかに文言主義的解釈を優先する態度をとってきたといわれる⁷⁾。他方で、同条3項では、(a)「条約の解釈又は適用に

5) See, e.g., *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie)*, exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Recueil 2016*, para. 33.

6) ILCにおける特別報告者であったウォルドックの第3報告書（1964年）における提案では、用語の自然で通常の意味（+文脈）以外の要素（文脈、趣旨・目的、後の慣行などを含む）は二次的な扱いとされていた（第70条、第71条）。しかし、ILCの条約法最終草案（1966年）や最終的に採択された条約法条約では、用語の通常の意味、文脈、条約の趣旨・目的、後の合意・後の慣行などをすべて含めた単一の解釈規則となり（single combined approach）、併せて条約の準備作業などは二次的な扱いとされた。*Yearbook of the International Law Commission, 1964*, Vol. II, p. 52, Articles 70, 71; *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, Vol. II, pp. 217-218, Articles 27, 28; *ibid.*, p. 219, para. 8. See also Richard K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2nd ed. (Oxford U.P., 2015), pp. 35-38. 坂元茂樹「条約法の理論と実際」（東信堂、2004年）174-175頁。

7) Jean-Marc Sorel and Valérie Boré Eveno, “1969 Vienna Convention, Article 31: General Rule of Interpretation,” in Olivier Corten and Pierre Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law*

つき当事国の間で後にされた合意」(以下、「後の合意」という)、(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」(以下、「後の慣行」という)、および、(c) 当事国間で適用される国際法の関連規則を、文脈とともに考慮するとしている。さらに、第32条では、以上を中心とした第31条(解釈に関する一般的な規則)による解釈では意味があいまいか不明確な場合、明らかに常識に反するか不合理な結果となる場合には、「解釈の補足的な手段」として、条約の準備作業や条約締結時の事情などに依拠することができる⁸⁾とされる。

ところが、国際機関の設立文書である条約(以下、「(国際機関の)設立文書」とも「(国際機関の)設立条約」ともいう)との関係では、その解釈枠組みは、通常の条約解釈の枠組みとは異なるとして、国際機関設立条約は目的論的発展的な観点から解釈されると指摘されることがある。すなわち、国際機関の権限と活動に内在するダイナミズムの要請から、その設立文書は目的論的に解釈され、また、国際機関の活動がその設立文書の解釈基準として重視されるのであり、これらの点において国際機関の設立文書の解釈は、通常の解釈の枠組みを逸脱するものであるといわれる⁸⁾。

of Treaties: A Commentary, Vol. I (Oxford U.P., 2011), pp. 818, 819. ICJ 以外の国際裁判所もおおむね同様である。Ibid., p. 822. なお、山形英郎「国際司法裁判所における条約解釈の展開—ヴァッテル規則からの脱却—」『日本国際経済法学会年報』第19号(2010年)27-54頁参照。

- 8) 佐藤哲夫『国連安全保障理事会と憲章第7章—集団安全保障制度の創造的展開とその課題—』(有斐閣、2015年)8-9、12-13頁。国際機関の設立文書の解釈手法が、通常の条約とは異なるとの指摘は、以前より広く行われてきた。See, e.g., Manley O. Hudson, "Admission to the United Nations: Advisory Opinion of World Court as to Conditions," *American Bar Association Journal*, Vol. 34, No. 8 (August 1948), p. 653; Riccardo Monaco, "Le caractère constitutionnel des actes institutifs d'organisations internationales," in *Melanges offerts à Charles Rousseau: La Communauté internationale* (Pedone, 1974), p. 153; Robert Jennings and Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, 9th ed., Vol. I (Longman, 1992), p. 1268; Jan Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, 2nd ed. (Cambridge U.P., 2009), p. 87; Catherine Brölmann, "Specialized Rules of Treaty Interpretation: International Organizations," in Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties* (Oxford U.P., 2012), pp. 523-524; Dapo Akande, "International Organizations," in Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, 4th ed. (Oxford U.P., 2014), p. 259; Eirik Bjorge, *The Evolutionary Interpretation of Treaties* (Oxford U.P., 2014), p. 37.

国際機関の設立条約の解釈手法が通常の条約とは異なりうる点は、ICJによっても指摘されている。1996年の世界保健機関(WHO)の諮問にかかる「武力紛争時における国家による核兵器使用の合法性」事件(以下、「WHO 諮問事件」という)の勧告的意見において、ICJは、国際機関の設立文書は「特殊なタイプの条約 (traités d'un type particulier)」であり、「条約としての性格と同時に国際機関を設立するという性格をも有する (caractère à la fois conventionnel et institutionnel)」ことから、解釈上特別な問題を惹起しうるとし、当該機関の性質そのもの、創設者の与えた目的、その任務の効果的な遂行の必要、そして機関自身の実行などがすべて、設立条約の解釈に際して特別な注意に値しうると述べる⁹⁾。

しかし、こうしたことは、条約法条約に定める条約解釈規則が国際機関の設立文書の解釈に適用されないことを意味する訳ではない。条約法条約が国際機関設立条約にも適用を意図されていることは、同条約第5条において、「この条約は、国際機関の設立文書である条約及び国際機関内において採択される条約について適用する」(以下では、「国際機関の設立文書である条約」との関係に限定して論じる)と規定されている¹⁰⁾ ことから明らかである。万国国際法学会(IDI)が2021年に採択した「国際連合システム内の[国際]機関(Organizations)の内部機関(Internal Organs)による[国際]機関の設立文書の発展的解釈の限界」と題する決議(以下、「発展的解釈の限界決議」という)も、「慣習国際法を反映する条約法に関するウィーン条約第31条ないし第33条は、同条約第5条に定める当該国際機関の関係規則を考慮して、国際機関の設立文書の解釈に適用される (shall be applied)」(パラ2)と定めている¹¹⁾。

9) *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, avis consultatif, *CIJ Recueil 1996*, para. 19.

10) 留保に関する条約法条約第20条にも、国際機関の設立文書である条約が条約法条約の適用対象であることを示し、かつ、そうした条約についての特則を定める規定がある(3項)。

11) Institut de droit international 7th Commission, "Resolution: Limits to Evolutive Interpretation of the Constituent Instruments of the Organizations within the United Nations System by their

条約法条約第5条は、同条約の国際機関設立条約への適用を規定するとともに、発展的解釈の限界決議にも言及されているように、但書きとして、「ただし、当該国際機関の関係規則（relevant rules of the organization）の適用を妨げるものではない」ことも定めている。第5条は、国際機関の設立文書の解釈との関係で極めて重要な規定であるだけでなく¹²⁾、それが慣習法となったのは疑いないといわれる¹³⁾。しかし、そこにいう「国際機関の関係規則」が何を意味するかについては、同条を含め条約法条約自体には定義されていない。そこで次にこの点について見ることにしよう。

第2節 条約法条約第5条但書きにいう「国際機関の関係規則」

(1) 「関係規則」の意味

1969年の条約法条約には「国際機関の関係規則」の定義は置かれていないが、1986年に作成された「国と国際機関との間または国際機関相互の間の条約についての法に関するウィーン条約」（以下、「国際機関条約法条約」）また

Internal Organs,” 4 September 2021, para. 2, at https://www.idi-ii.org/app/uploads/2021/09/2021_online_07_en.pdf (accessed on 26 December 2021). パラ2は賛成71反対1棄権3で採択されたが、反対や棄権の理由の1つは、当該規定が、「慣習法を反映する」との文言はあるものの、形式上は条約法条約が（すべての国に）義務的に適用されるとの規定ぶりになっている点にあった（少なくとも筆者が棄権した理由はその点にあった）のであり、条約法条約の解釈規則の設立文書への適用に反対というものではなかった。当該規定は以下の通り。“Articles 31 to 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties which reflect customary international law shall be applied in the interpretation of the constituent instruments of international organizations, taking into account any relevant rules of the organizations as provided in Article 5 of the aforesaid Convention.”

- 12) 条約法条約を最終的に採択した国連条約法会議において、イギリスやフランスは、この規定を「最も重要な規定の1つ」などと述べた。*United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 1968, Official Records* (United Nations, 1969), p. 44, para. 31 (UK), p. 45, para. 40 (France), p. 52, para. 68 (Greece).
- 13) Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Nijhoff, 2009), p. 121. 国連条約法会議における削除提案などにも言及しつつ、この点について慎重な姿勢を示すノルテム、第5条の柔軟な規定ぶりに照らして、同条の慣習法性を認めている。UN Doc. A/CN.4/683 (Third Report on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties by Georg Nolte), 7 April 2015, paras. 83-85.

は「1986年条約法条約」という)の第2条1項(j)には関連する定義規定がある。それによれば、「国際機関の規則(rules of the organization)」「国際機関の関係規則」とはなっていないがそのことに重大な意味はない¹⁴⁾とは、「特に、設立文書、同文書に従って採択された決定および決議ならびに当該機関の確立した慣行(in particular, the constituent instruments, decisions and resolutions adopted in accordance with them, and established practice of the organization)をいう」とされる。この定義は、1975年の「普遍的な性格を持つ国際機関との関係における国家代表に関するウィーン条約」第1条1項(34)からとったものである(文言は若干異なる)¹⁵⁾。この定義が1969年条約法条約における当該用語の定義として直接に適用される訳ではないが、同条約の適用に当たっても当然参照すべきものであろう¹⁶⁾(後述の国際機関責任条文における定義および「後の合意および後の慣行に関する結論」のこ

14) 国際機関条約法条約第5条では、条約法条約第5条とまったく同じフレーズ(「ただし、当該国際機関の関係規則の適用を妨げるものではない(傍点引用者)」)が使用されているにも拘らず、第2条の定義規定では「国際機関の規則」が定義されているので、国際機関条約法条約の定義規定に「関係」という語がないことに重大な意味はない。なお、国際機関条約法条約の定義規定が参照した1975年条約(次注参照)も、前者の条約の第5条に対応する規定(第3条)では「関係規則」の語を使用しているが、その定義規定では「関係」の語が落ちている。

15) *Yearbook of the International Law Commission, 1982*, Vol. II, Pt. 2, p. 21, para. 24. See also Philippe Gautier, “1986 Vienna Convention, Article 2: Use of Terms,” in Corten and Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, Vol. I, op. cit., p. 64. 1975年条約の条文につき、United Nations, *The Work of the International Law Commission*, Vol. II, 8th ed. (United Nations, 2012), pp. 157, 158.

16) David Heywood Anderson, “1969 Vienna Convention, Article 5: Treaties Constituting International Organizations and Treaties Adopted within an International Organization,” in Corten and Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, Vol. I, op. cit., p. 94; idem, “1986 Vienna Convention, Article 5: Treaties Constituting International Organizations and Treaties Adopted within an International Organization,” in *ibid.*, p. 102. 撤回されたものの、1968年の国連条約法会議におけるイギリス提案も、「関係規則」に加えて「確立した慣行」も明記するという修正案であり、後の1986年条約第2条1項(j)と合致するものであった。*United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 1968, Official Records*, op. cit., p. 44, para. 31. See also Kirsten Schmalenbach, “Article 5: Treaties Constituting International Organizations and Treaties Adopted within an International Organization,” in Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, 2nd ed. (Springer, 2018), pp. 105–106.

メンタリーも参照)。実際、1969年条約法条約を採択した国連条約法会議の起草委員会の委員長報告においても、「関係規則」には成文の規則と不文の慣習的規則の双方が含まれることが述べられており¹⁷⁾、前者の成文の規則とは上記の「設立条約」と「決定および決議」等をいい、後者の不文の規則とは上記の「確立した慣行」をいうものと考えられる¹⁸⁾。

なお、1986年の国際機関条約法条約を起草した国際法委員会（ILC）の最終草案のコメントリーは、第2条1項（j）で「決定および決議」に言及した理由について次のように述べる。ILCにおいては、国際機関の規則（rules）として一国の国内法（internal law）に相当するものについてかなり議論したが、それは内部にのみ関わるものではなく、また、設立文書への言及も必要であるだけでなく、機関の確立した規則（precepts）にも言及する必要があるが、後者の名称は機関ごとに異なるため、（1975年条約の文言を変えることなく）決定と決議に言及することとした。いずれにせよ、「特に」という用語があるので、決定・決議以外の規則もカバーしている。また、「確立した慣行」についても機関ごとに扱いが異なるが、「確立した」という文言は「不確実であったり、争いのある慣行」を除外しようとしただけであり、特定の時点で慣行を凍結することを求めているのではない、と述べている¹⁹⁾。

(2) 「関係規則」の法的性格

上記の「関係規則」に含まれる「決定および決議」や「慣行」が法的拘束力のあるものに限られるか（「設立文書」は一般に条約である²⁰⁾）については、

17) *United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 1968, Official Records*, op. cit., p. 147, para. 15.

18) 後述参照。

19) *Yearbook of the International Law Commission, 1982*, Vol. II, Pt. 2, p. 21, para. 25.

20) 国際機関は通常、条約により設立されるという理解は、広く共有されている。浅田正彦「国際機構の法的権能と設立文書の法的性格—条約に基礎を置かない国際機構の条約締結能力を中心に—」安藤仁介ほか編『21世紀の国際機構：課題と展望』（東信堂、2004年）102-103頁、浅田正彦編著『国際法（第5版）』（東信堂、2022年）166頁（黒神直純執筆）参照。

必ずしも明確ではない。法的でないものを含むとすると、極めて広範な決定・決議が条約法条約の規則を修正することを許すことになりうる。また、法的拘束力がないにも拘らず、多数決で採択された決定や決議によって、多数者の規則や解釈を少数者に押し付けることができるのか²¹⁾、という疑問が呈されるかもしれない²²⁾。さらに、条約法条約を採択した条約法会議に専門家コンサルタントとして参加したウォルドックは、第4条(現第5条)の「関係規則」について、「設立文書に定める規則と国際機関の慣行において拘束的な(binding)ものとして確立した規則」の双方を含むよう意図していると

21) この点についての最も厳しい指摘は、次のように述べた国連経費事件におけるスペンダー判事の個別意見であろう。同判事は、「少数派の意思に反して多数決によって決定された国連のいかなる機関のいかなる慣行であれ、いかなる法的関連性も証拠的価値も有するものとみなすことはできない」という。*Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Separate Opinion of Judge Sir Percy Spender, *ICJ Reports 1962*, p. 197.

22) 形式的には手続に従った決定であっても、多数派による少数派の不当な扱い(explot)は望ましくなく、国際機関が共通の目的の達成のために創設されることと整合しなくなり、ひいては少数派の非協力さらには脱退にまで至らないとの保証はなく、長期的に見た場合には問題を孕むであろう。Cf. Henry G. Schermers and Niels M. Blokker, *International Institutional Law: Unity within Diversity*, 6th ed. (Brill, 2018), p. 796. この点は、日本による IWC からの脱退を彷彿させるし、OPCW におけるロシアの強硬な主張も想起させる。また、少数派は機関に留まって多数決の決定を容認するか、それともその決定に抗議して脱退するかを選択することができるとの指摘もありうるが、国際機関への加盟継続か脱退かの選択は単一の問題のみで決定できるものではないであろう。他方で、しかし、その旨の規定がある場合には、当該国際機関の設立文書を批准する際に、多数決制に同意しているはずだと反論することができる。もっとも、アメラシングが述べるように、多数決による行為が設立文書を事実上改正するような効果を有する場合には、設立文書の批准の際にそうした効果を有する行為を多数決で行うことに同意してはいないと再反論することもできるが、これは部分的な再反論に留まるであろう。C.F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2nd ed. (Cambridge U.P., 2005), pp. 53-54. なお、条約法条約の ILC における起草過程でも、国連による後の慣行に依拠した ICJ の国連経費事件に言及しつつ、国際機関の設立文書の解釈における国際機関の内部機関の実行の効果との関係で、内部機関の実行は一貫していても、その実行に反対した個々の加盟国や加盟国群はそうした実行にどの程度拘束されるのかという問題があるが、これは条約法ではなく国際機構法に関係する問題であると述べて、検討が回避された経緯がある。*Yearbook of the International Law Commission, 1964*, Vol. II (Report of the Commission to the General Assembly), p. 204, Article 69, Commentary, para. 14. これは、特別報告者ウォルドックの第3報告書における同旨の指摘を反映したものと思われる。Ibid., Vol. II, pp. 59-60, para. 24a.

の見解を示していたし²³⁾、条約法会議の起草委員会の委員長も、第4条（現第5条）の起草委員会報告において、イギリス修正案（第4条で国際機関の「関係規則」に加えて「確立した慣行」にも言及するとの修正案²⁴⁾との関係で、イギリスは、当該用語（「関係規則」）は法的規則のみであり、法的規則の性格を持たない規則には拡大されえないとの了解の下でその提案を撤回した²⁵⁾と述べた上で、委員長自身も、「第4条は義務的な法的規則（mandatory legal rules）の段階に達していない単なる手続（mere procedures）には適用されない」と述べていた²⁶⁾。

しかし、以上の経緯は、条約法条約第5条の起草段階におけるものであり、しかもウォルドックの発言にあるように、設立文書と確立した慣行のみが念頭にあった時期のものであることに注意しなければならない。設立文書は、通常、法的文書であることから、「確立した慣行」も、それに対応する法的拘束力のある不文の規則が念頭に置かれていたということであろう。しかし、前述のように、その後、「国際機関の関係規則」に含まれる規則は広く理解されるようになり、国際機関が設立文書に従って採択した決定や決議も含まれるようになったことからすれば、その内容（法的性格を含む）も当初とは異なるものとなってきたと考えることができる。

その上で、新たに加わった「決定および決議」等も法的拘束力を有するも

23) *United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 1968, Official Records*, op. cit., p. 57, para. 40.

24) *United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions, Vienna, 1968 and 1969, Official Records, Documents of the Conference* (United Nations, 1971), p. 115, para. 51 (d).

25) イギリス自身は、条約法会議の第2会期における第4条（現第5条）の採択に当たって、第4条で「確立した慣行」にも言及するという自国の修正案について採決を求めなかった理由として、起草委員会が「規則」には成文の規則と不文の慣習的規則の双方を含むとの見解をとったことに言及したが、起草委員会委員長の報告に言及のあった、法的規則のみであるといった自国の「了解」には触れていない。*United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session, Vienna, 1969, Official Records* (United Nations, 1970), p. 4, para. 22.

26) *United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 1968, Official Records*, op. cit., p. 147, para. 15.

のに限るとすると、法的拘束力のある決定や決議（内部運営に関するものを除く²⁷⁾）を採択することのできる国際機関（の内部機関）は稀であり、国連の安保理や欧州連合（EU）など少数のものに限られることから²⁸⁾、多くの国際機関の「関係規則」が（内部運営に関するものを除き）設立文書のみにも留まることにもなり、その決定や決議を通じた機関の将来的な発展を考慮する可能性が排除ないし制限されることになろう。

また、それら一部の国際機関やその加盟国は、そうした決定や決議に法的に拘束されるのであるから、それに従うのは当然であるし、そもそも条約法条約のほとんどの規則（強行規範や網羅主義の規則を例外として）は任意規則ないし別段の合意が可能な規則なのであるから、国際機関の法的拘束力のある決定や決議に定める規則が条約法条約に定める規則に優先するのは当然であるともいえ、条約法条約第5条但書きの当該国際機関の関係規則の適用を「妨げるものではない」といった表現とは必ずしも親和的でない（第4章で後述の起草過程参照）。

実際、その後同様の事項を扱った2011年のILCによる国際機関責任条文の第2条(b)では、「国際機関の規則」が「特に、設立文書、同文書に従って採択された当該国際機関の決定、決議および他の文書ならびに当該機関の確立した慣行（in particular, the constituent instruments, decisions, resolutions and other acts of the international organization adopted in accordance with those instruments, and established practice of the organization）をいう」と定義され、その上でコメンタリーにおいて、この定義は国際機関条約法条約第2条1項(j)の定義を基礎としたが、「他の文書」も含めることで、より包括的に国際機関の採択する文書をカバーすることを意図したものであると述

27) See, e.g., Krzysztof Skubiszewski, "Enactment of Law by International Organizations," *British Year Book of International Law*, Vol. 41 (1965-66), p. 226; Jorge Castañeda (translated by Alba Amoia), *Legal Effects of United Nations Resolutions* (Columbia U.P., 1969), pp. 30-31; Schermers and Blokker, *International Institutional Law*, 6th ed., op. cit., pp. 789-790.

28) See, e.g., Jan Wouters, Cedric Ryngaert, Tom Ruys and Geert de Baere, *International Law: A European Perspective* (Hart, 2019), p. 271.

べるとともに、決定、決議その他の文書は、「拘束力を有するとみなされると否とを問わず（whether they are regarded as binding or not）」、設立文書に従って内部機関に任務を付与する限りで関連する、と述べている²⁹⁾。

さらに、2018年に ILC が採択した「条約の解釈との関係における後にされた合意および後に生じた慣行に関する結論」（以下、「後の合意および後の慣行に関する結論」という）では、条約法条約第5条からとったとされ³⁰⁾、後者と同一文言の但書きを含む規定（結論12の第4項）のコメントリーにおいて、「国際機関の規則」という語は、1986年の国際機関条約法条約第2条1項（j）および2011年の国際機関責任条文の第2条（b）と同様に理解されるべきだとされている³¹⁾。

以上のような事実からすれば、条約法条約の起草の当時とはともかく、その後の関連文書の展開を踏まえるならば、条約法条約第5条但書きにいう「関係規則」とは、法的拘束力のないものを含め、広く当該国際機関の採択する決定や決議その他の文書を含みうるものとして把握されるようになったということができよう（以下、単に「決定や決議」という）。実際、ICJにおける扱いを見ても、後に見るように、2004年の「パレスチナ占領地域における壁建設」事件（以下、「壁事件」という）や2014年の南極海捕鯨事件（以下、「捕鯨事件」という）などにおいて、国際機関の法的拘束力のない決議や勧告が設立文書の解釈において利用されており、法的拘束力のある決定や決議に限定するということは行われていない³²⁾。

29) *Yearbook of the International Law Commission, 2011*, Vo. II, Pt. 2, p. 49, Article 2 (b); *ibid.*, p. 51, Article 2, Commentary, para. 16.

30) Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice, Conclusion 12, Commentary, para. 38. ただし、条約法条約第5条とは異なり、同結論は、「国際機関の設立文書である条約」のみを扱っており、第5条で併せて規定されている「国際機関内において採択される条約」は扱っていないが、理由は述べられていない。*Ibid.*, para. 5. もっとも、そのことは本稿との関係では問題とならない。

31) *Ibid.*, para. 38.

32) こうしたことから、アメラシングも（若干文脈は異なるが）、PCIJとICJの先例を検討した後、次のように述べる。すなわち、先例においては、国際機関の慣行に慣習法の形成において求め

こうした理解の上に、OPCW 特別締約国会議の決定3について見るならば、仮に「当該国際機関の関係規則」は法的拘束力を有するものに限るとした場合であっても、決定3は安保理決議の法的拘束力ある決定のような意味での法的拘束力を有する訳ではないものの、それに従うか否かはまったく自由であり、経費の支払い義務も生じないといった性格の文書ではなく、むしろ内部運営関連の文書という側面も有するという限りで、ある種の拘束性を有しているともいえるし³³⁾、他方、「当該国際機関の関係規則」に法的拘束力のないものも含まれるということであれば（これが我々の考えである）、決定3がそのような「関係規則」に含まれることは疑いない。

こうして、いずれにせよ決定3は、第5条の但書きにおいて留保されている「当該国際機関の関係規則」たりうる決定ないし確立した慣行を形成する決定の1つに含まれるということができるようになる。だとすれば、条約法条約全体に対する包括的な但書きとしての第5条但書きの効果として、条約法条約第31条に定める解釈規則は、OPCW の設立文書である CWC を解釈する際に、当該設立文書に従って採択された決定3等に照らして、修正して適用することが許容される（「当該国際機関の関係規則の適用を妨げるものではない」ということになろう（以下、このような修正を許容することや当該修正された規則を、第5条但書きによる「特則」という）³⁴⁾。そして、

られるような義務的であるという信念が必要かについての言及はないところ、一般的には設立文書の解釈に必要な慣行は、義務の感覚に基づいているのではなく裁量権の行使の結果であって、重要なのは、当該内部機関が設立文書の下で適法に行動しているという信念をもってのことである、と述べている。Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2nd ed., op. cit., p. 51.

33) See Castañeda, *Legal Effects of United Nations Resolutions*, op. cit., pp. 53-55.

34) 第5条但書きが、特に条約法条約の定める解釈規則との関係における（を含む）特則を認めるものであるとの見解は、学説上も広く共有されている。See, e.g., Schmalenbach, "Article 5," op. cit., p. 106; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., pp. 119, 120; Brölmann, "Specialized Rules of Treaty Interpretation," op. cit., p. 510; Christopher Peters, "Subsequent Practice and Established Practice of International Organizations: Two Sides of the Same Coin," *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 3, No. 2 (2011), pp. 617-642.

修正の対象となるべき条約法条約第31条に定める解釈規則のうち、決定3に最も関係するのは、第31条3項 (a) および (b) に定める「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」(後の合意) および「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」(後の慣行) である。なお、ILC も「後の合意および後の慣行に関する結論」のコメントリーにおいて指摘しているように³⁵⁾、この両者は場合によっては厳密に区別することが困難なことも少なくないので、本稿でも、両者を特に厳密に区別することなく論を進めることにしたい。

第3節 「後の慣行」の要件と第5条但書きによる特則

条約法条約第31条3項の定める「当事国の間で後にされた合意」および「当事国の合意を確立する [慣行]」でいうところの「合意」とは、すべての当事国による合意である。このことは、ILC による条約法最終草案のコメントリーにおいても³⁶⁾、また、ILC による2018年の「後の合意および後の慣行に関する結論」においても³⁷⁾、さらには各種裁判所の判決等においても³⁸⁾ 繰り返し確認されているし、学説もそれらを反映するものとなっている³⁹⁾。

35) Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice, Conclusion 4, Commentary, paras. 7, 11, 12.

36) *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, Vol. II, p. 222, Article 27, Commentary, para. 15.

37) See Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice, Conclusion 3, Commentary, paras. 5, 12; *ibid.*, Conclusion 4, Commentary, paras. 4, 12, 16, 23; *ibid.*, Conclusion 10, Commentary, paras. 2, 13; *ibid.*, Conclusion 11, Commentary, para. 28.

38) See, e.g., *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, *ICJ Reports 1999*, paras. 47-51, 63; *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)*, Judgment, *ICJ Reports 2014*, para. 83; *South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China*, PCA Case, No. 2013-19, Award, 12 July 2016, para. 552.

39) See, e.g., Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed. (Cambridge U.P., 2013), p. 215; Oliver Dörr, "Article 31: General Rule of Interpretation," in Dörr and Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed., op. cit., pp. 595, 601; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., p. 431; Sorel and Boré Eveno, "1969 Vienna Convention, Article 31," op. cit., p. 826; Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2nd ed., op.

しかし、上記の条約法条約第5条但書きに定める「特則」が適用される場合には、この点の要件は必ずしも要求されないということになるように思われる⁴⁰⁾ (以下、「特則」を主としてこの意味に用いる)。だとすれば、OPCW 特別締約国会議の決定3は、すべての当事国による合意ではないし、すべての当事国の合意を確立する慣行となるにも至っていないかも知れないが、にも拘らず上記「特則」によれば、設立文書の解釈に当たって、設立文書に従って採択された決定等やそれによって形成される「確立した慣行」からなる「当該国際機関の関係規則」の適用を妨げられないのであるから、CWCの解釈に当たって決定3も考慮されるということになり、結果として決定3のCWC適合性も肯定されることとなり得るであろう (このように、設立文書に定める手続に従って採択された決定であれば自動的に設立文書適合性が認められるということでは必ずしもなく、当該決定等やそれによって形成される確立した慣行を考慮に入れて解釈することが認められることによって、結果としてその設立文書適合性が認められ得るということである)。

第5条但書きによる特則が条約の解釈における「後の合意」や「後の慣行」との関係で適用されることが、当初から意識されていたことは、次の事実からも確認することができる。ILCにおける条約法草案の起草過程において、特別報告者ウォルドックが諸国のコメントを受けて新たな提案を行った際に、後の慣行との関係で、「すべての当事国の了解を明らかに確立する (clearly establishes the understanding of all the parties) [後の慣行]」(傍点引用者) という原案の文言⁴¹⁾を、「当事国一般の間の共通の了解を確立する (establishes

cit., pp. 266-267.

40) 他方、欧州連合 (EU) の枠組みにおいては、たとえすべての構成国の合意があったとしても (第31条3項によれば解釈において考慮される)、条約 (EEC条約) 規定の趣旨・目的に優先することはできないとされ、このアプローチはEU法の特殊な性格によるものとされる。Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (Oxford U.P., 2013), p. 298. これも、第5条但書きによるある種の特則といえるかも知れない。だとすれば、第5条但書きによる「特則」とは、必ずしも条約法条約に定める規則の要件等を緩和するということだけではなく、それを厳格化するという場合も含まれるということになろう。

41) *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, Vol. I, Pt. II, p. 183, para. 51, Article 69, paragraph 3 (b).

the common understanding ... as between the parties generally) [後の慣行]] (傍点引用者) という文言に修正した⁴²⁾。これに対してルテール委員は、原案が「『すべての』当事国の了解」に言及している点に言及して、原案の方が望ましいとし、その理由として、第3条の2⁴³⁾ (現第5条) により、この定式は国際機関の設立文書には必ずしも適用されないことになった点を指摘している⁴⁴⁾。これは、「すべての」という文言を強調しているところからも窺われるように、一般の条約の解釈においては、後の慣行は「すべての」当事国の了解を確立する慣行とすべきであるが、国際機関設立文書の解釈においては、第3条の2 (現第5条) の特則の適用により、後の慣行は必ずしも「すべての」当事国の了解を確立する慣行である必要はないということになる、との趣旨の発言と理解することができる⁴⁵⁾。

そして、こうした条約解釈における国際機関の「後の慣行」の扱いの重要性と特殊性は、他の委員によっても指摘されていたし⁴⁶⁾、条約法草案に対する各国からのコメントにも反映されていた⁴⁷⁾。さらに、条約法条約の下における後の合意および後の慣行を扱った2018年の「後の合意および後の慣行に関する結論」でも、国際機関の慣行が当該機関の設立文書の解釈に寄与し得ることが規定され、その関連でコメントリーにおいて条約法条約第5条が言

42) Ibid., p. 184, para. 59.

43) *Yearbook of the International Law Commission, 1965*, Vol. II, p. 160.

44) *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, Vol. I, Pt. II, p. 187, para. 25. See also *Yearbook of the International Law Commission, 1964*, Vol. I, p. 278, para. 41 (Reuter).

45) この時点で「後の慣行」はすでに「解釈の一般的な規則」(現第31条)の一部となっており(前出注6参照)、したがってルテールの発言は、現第31条3項(b)との関係で理解することができる。

46) *Yearbook of the International Law Commission, 1964*, Vol. I, p. 285, para. 39 (de Luna), p. 286, paras. 45-46 (Lachs).

47) 例えばオランダは、解釈に関する一般的な規則を定める1964年草案第69条3項(b)(文脈とともに「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すべての当事国(all the parties)の了解を明確に(clearly)確立するもの」を考慮する旨を規定)に関して、「国際機関における慣例(what is conventional)の影響力を過小評価することはできない」と述べていた。*Yearbook of the International Law Commission, 1966*, Vol. II, p. 323. See also *ibid.*, Vol. II (Sixth Report on the Law of Treaties by Sir Humphrey Waldock), p. 98, para. 17.

及されているのである⁴⁸⁾。

では、設立条約のすべての当事国の合意がなくとも、国際機関の所定の手続に従って決定や決議が採択されるならば、それらの決定や決議はすべて当該機関の権限内の行為として、設立文書の解釈において後の合意や後の慣行としての扱いを受けることになるのか。ICJの勧告的意見の中には、この点に関連する意見がいくつかある。

第2章 国際機関の決定と国際機関の権限の関係 — WHO 諮問事件と壁事件の勧告的意見

第1節 「有効性の推定」の原則

ICJは、PKO関係の支出が国連憲章第17条2項にいう「この機構の経費」を構成するかという問題について諮問された1962年の「国連のある種の経費」事件（以下、「国連経費事件」という）の勧告的意見において、次のように述べた。すなわち、憲章の起草過程においてその究極的な解释权をICJに与えるとの提案が受け入れられなかったことに言及しつつ、それぞれの機関(organ)は、少なくとも第1次的には自らの管轄権(jurisdiction)について決定しなければならないとし⁴⁹⁾、その上で、例えば安保理が国際の平和と安全の維持を意図して決議を採択し、その決議に従って事務総長が財政上の義務を負うことになったときには、それは「この機構の経費」をなすものと「推定されなければならない(must be presumed)」と述べた⁵⁰⁾。

48) Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice, Conclusion 12, paragraph 3; *ibid.*, Conclusion 12, Commentary, para. 35.

49) *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion, *ICJ Reports 1962*, p. 168.

50) *Ibid.*, p. 168. なお、ICJに本件を諮問する国連総会決議は、国連緊急軍(UNEF)とコンゴ国連軍(ONUC)の費用をカバーする総会の支出が憲章17条2項にいう「この機構の経費」を構成するかという問題を諮問した。この総会決議の採択に際して、フランスが修正案を提出し、

同様に、安保理決議276（1970）にも拘らず南アフリカがナミビアに居座り続けていることの法的帰結について諮問された1971年のナミビア事件の勧告的意見において、ICJは、本件勧告的意見の諮問決議の無効を申し立てた南アフリカの主張に対して、「適正に構成された国際連合の機関（organ）の決議は、その機関の手続規則に従って採択され、議長がそのようにして採択されたことを宣言する場合には、有効に採択されたものと推定されなければならない（must be presumed）」と述べた⁵¹⁾。

いずれも、いわゆる「有効性の推定」を示すものである⁵²⁾。しかし、それはあくまで「（反証を許す）推定」であってそれ以上のものではない⁵³⁾。国際機関の手続規則に従って採択された決議であっても、当該機関の権限外である可能性がまったくない訳ではない。そのことを明言したのが、1996年のWHO 諮問事件の勧告的意見である。同事件においてICJは、決定が「手続の観点から規則に則って採択されたか」という点と、それが「権限内（*intra vires*）において採択されたか」という点は2つの異なる問題であって、単

それらの支出が「憲章の諸規定に合致して決定されたか」という問題についても諮問するよう求めたが、その修正案は否決された。こうした事実を考慮すべきであるとの主張に対して、裁判所は、フランス修正案の否決という事実は裁判所が適当と判断する場合にその問題を裁判所が審理することを排除するよう命ずるものではないとし、そのような前提で本文に述べたような意見を出している。Ibid., pp. 156-157.

- 51) *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, *ICJ Reports 1971*, para. 20.
- 52) 位田隆一「国際連合と国家主権—国際機構の実効性と国家主権によるコントロールの対峙—」『国際法外交雑誌』第90巻4号（1991年10月）16-18頁、森川幸一「国際連合の強制措置と法の支配（二・完）—安全保障理事会の裁量権の限界をめぐって—」『国際法外交雑誌』第94巻4号（1995年10月）67頁。
- 53) 森川「同上論文」80頁。この点は、国連経費事件のフィッツモーリス個別意見において明確に述べられている。*Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, *ICJ Reports 1962*, pp. 204-205. また、ナミビア事件でも、裁判所は決議の有効性を推定した後にさらなる検討を行っており、「有効性の推定」が本文に述べたような性格のものであることを示している。*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, *ICJ Reports 1971*, paras. 21-26.

に関連するすべての手続規則に従って投票が行われたという事実のみでは、それ自体、権限超越などの根本的な瑕疵を矯正するのに十分だという訳ではない、と述べた⁵⁴⁾。

では、国際機関の手続規則に則って採択された決定や決議が、当該機関の権限内で採択されたのか、それとも権限外であったのかという点は、いかにして判断されるのであろうか。この点で、相互に対照的とも思える判断を下した ICJ の2つの勧告的意見について、次に見ることにしよう。

第2節 権限内か権限外かの判断

ICJ は、1996年の WHO 諮問事件の勧告的意見において、その諮問内容（「健康と環境への影響の観点から、戦争その他の武力紛争における国家による核兵器の使用は WHO 憲章を含む国際法上の義務の違反となるか」）が WHO の「活動の範囲内において生ずる法律問題（legal questions arising within the scope of their activities）」（国連憲章第96条2項）であるかという問題を検討した⁵⁵⁾。そのためには、当該国際機関の関係規則、まず設立文書を検討する必要があるとした上で、設立文書も多数国間条約であるから、確立した条約解釈規則が適用されるとしつつも、国際機関設立条約は特殊なタイプの条約であり、当該機関の慣行などにも注意する必要があるとして、条約法条約第31条3項（b）を全体として直接引用し、「[WHO 憲章に照らして諮問が国連憲章第96条2項の要件を満たしているかを確認するため] 本件でもこの規

54) *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, avis consultatif, *CIJ Recueil 1996*, para. 29. この点についてコロマ判事は、国連経費事件の勧告的意見を引用しながら、ほとんど説明も理由も示すことなく先例から離れることを決めたと批判している。 *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Dissenting Opinion of Judge Koroma, *ICJ Reports 1996*, p. 219.

55) WHO 憲章第76条では、WHO は「その権限内において生ずる法律問題（any legal question arising within the competence of the Organization）」に関して ICJ に勧告的意見を要請できるとしており、若干の文言の違いがあるが、実質的な差はない。 *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, avis consultatif, *CIJ Recueil 1996*, para. 18.

則を適用する」と述べた⁵⁶⁾。

その上で、WHO 憲章第2条に定める WHO の任務を、前文を含めて検討し、文脈によりかつその趣旨および目的ならびに WHO の慣行に照らして与えられる通常の意味に従って解釈した場合、同条は WHO に「核兵器の使用の健康への影響」を扱う権限を与えているといえるかも知れないが、諮問されているのは、核兵器使用の「影響」に関するものではなく、核兵器使用の「合法性」であるところ、WHO の任務権限は行為の合法性には依存しないとして、WHO 憲章第2条は WHO に核兵器の使用の合法性を扱う権限を与えてはならず、したがってそれについて ICJ に諮問する権限も与えていないと判断した⁵⁷⁾。

さらに ICJ は、WHO の実行の検討もこれらの結論を支持するとして、次のように述べる。WHO 総会の ICJ への諮問決議 (WHA46.40) について、その前文に言及のある WHO の報告書や決議は、いずれも核兵器使用の合法性を扱うものではないとした後、諮問決議自体も「反対なく採択されたものではなく (non sans opposition)」（小田判事によると、賛成73反対40棄権10欠席41であった⁵⁸⁾）、WHO で本件問題が提起されるや直ちに採択されたもの（しかもそれが唯一の実行である⁵⁹⁾）であって⁶⁰⁾、WHO が本件を諮問する権限を有しているとの WHO 憲章の解釈につき「[WHO] の加盟国間の合意を確

56) Ibid., para. 19.

57) Ibid., para. 21. 核兵器の使用が合法でも違法でも健康への影響は同じであると述べる。Ibid., para. 22.

58) *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Separate Opinion of Judge Oda, *ICJ Reports 1996*, p. 95, para. 14.

59) *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, avis consultatif, *CIJ Recueil 1996*, para. 27.

60) WHO の法律顧問によると、この問題は、それまで WHO が検討したことがなく、いずれの事務局長報告でも扱われてこなかった視点を扱うという意味で、前例のないものであった。なぜ、いかにしてこの新たな視点が提起されたのかについて答えるのは困難であるが、諸政府に加えて少なくとも2つの NGO が諮問決議の準備に関与していたようである。当時、同様の諮問決議が国連総会では不首尾であったことも影響したようである、という。CR 95/22, 30 Octobre 1995, pp. 26-27.

立する慣行 (une pratique qui établirait un accord entre les Etats membres de l'Organisation)」となっているとすることはできない、と断じた⁶¹⁾。

後者の引用部分が、条約法条約第31条3項 (b) を意識したものであることは明らかである (しかも裁判所は、前述のように、同項 (b) を本件でも適用すると述べていた)。こうして裁判所は、WHO の後の実行 (決議 WHA46.40) を、条約法条約第31条の規定そのもの (第5条但書きの特則ではなく) を適用することによって判断し、その採択に当たって反対があったことなどに言及しつつ、同決議をもって、WHO 憲章が WHO に核兵器使用の合法性の問題を扱う権限を与えていると解釈する WHO 加盟国間の合意を確立する慣行があるとすることはできない、との評価を下したといえよう。

他方で ICJ は、2004年の壁事件の勧告的意見では異なる判断基準を用いたように思える。同事件では、国連総会の ICJ 諮問決議 (ES-10/14) と国連憲章第12条1項 (総会は安保理が当該紛争または事態について任務遂行中は勧告をしてはならない旨を規定) との関係が問題となった。イスラエルは、憲章第12条1項を念頭に、安保理がパレスチナ問題を含む中東問題に取り組んでいることから、総会は本件諮問を行うことで、憲章上権限踰越の行動をしたと主張した⁶²⁾。これに対して裁判所は、初期の国連の実行は、当該問題が安保理の議題にある間は、総会はそれについて勧告できないというものであったが、その後第12条の解釈は変遷したとし⁶³⁾、同一の事項を総会と安保理が同時に扱った累次の事例に言及した後⁶⁴⁾、このように変遷した「[[国連]

61) *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé, avis consultatif, CIJ Recueil 1996, para. 27.*

62) *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultative, CIJ Recueil 2004, para. 24.*

63) *Ibid.*, para. 27. サールウェイは、これは解釈の変遷というよりも後の慣行 (合意) による条約の「修正 (modification)」であるとする。Hugh Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, Vol. II (Oxford U.P., 2012), pp. 1272-1273. See also Irina Buga, *Modification of Treaties by Subsequent Practice* (Oxford U.P., 2018), pp. 171-172, 244-246.

64) *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultative, CIJ Recueil 2004, para. 27.*

総会の受け入れられた慣行 (la pratique acceptée de l'Assemblée générale)』は憲章第12条1項と両立する (compatible) として、総会による本件勧告的意見の要請は「その権限を踰越しなかった (n'a pas outrepassé sa compétence)」と結論づけた⁶⁵⁾。

しかし裁判所は、この結論に至る過程で、諮問決議 (賛成90反対8棄権74で採択⁶⁶⁾) を含む関連決議⁶⁷⁾ の投票状況をまったく検討していないだけでなく、言及さえしていない。ましてや WHO 事件の場合のように、「[すべての] 加盟国間の合意」を確立している必要性にはまったく言及していない。これは、条約法条約第31条3項 (b) に照らせば正当化できないことであろう⁶⁸⁾。しかし、同条約第5条但書きの国際機関設立条約にかかる特則を適用したということであれば、正当化できるであろうし、そのようなものとして理解することができるように思える⁶⁹⁾。

65) Ibid., para. 28. なお、ICJはこの結論に至る過程で、総会は、国連憲章第12条にいう「任務を遂行している (remplit ... les fonctions)」を「現時点で任務を遂行している (remplit ... les fonctions en ce moment)」と解釈している、とする国連の法律顧問の見解にも言及している。Ibid., para. 27.

66) UN Docs. A/RES/ES-10/14 (8 December 2003), 12 December 2003; A/ES-10/PV.23, 8 December 2003, p. 20.

67) 諮問決議以外で勧告的意見において言及された総会決議は、それぞれ賛成60反対16棄権23(決議1600 (XV))、賛成91反対2棄権11 (決議1913 (XVIII)) で採択されている。なお、同じく言及されている決議1955 (XV) は存在せず記述の誤りと思われる。*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultative, CIJ Recueil 2004, para. 27.*

68) 国際機関の実行と条約当事国の後の慣行とを区別し、前者によって条約を解釈することに対する批判的な見解は、条約法条約以前にもあったし、条約法条約後も散見される。See, e.g., *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Separate Opinion of Judge Sir Percy Spender, *ICJ Reports 1962*, pp. 189-190; *Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, Opinion dissidente de M. Winiarski, Président, *CIJ Recueil 1962*, pp. 230-231. See also E. Lauterpacht, "The Development of the Law of International Organization by the Decisions of International Tribunals," *Recueil des Cours*, tome 152 (1976), p. 458; James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed. (Oxford U.P., 2012), p. 187; Schermers and Blokker, *International Institutional Law*, 6th ed., op. cit., pp. 883-884.

69) Peters, "Subsequent Practice and Established Practice of International Organizations," op. cit., pp. 623-624. なお、条約締結能力という特定の文脈においてであるが、ILCの国際機関条約法

こうした両勧告的意見における方法論の相違について、「裁判所は国際機関の設立条約の解釈における慣行の利用の正確な方法論について明確にするには至っていない」と指摘されることがある⁷⁰⁾。しかし、上に述べた条約法条約の解釈規則の通則と特則の区別に照らせば、両勧告的意見を矛盾なく理解することができるように思える。そこで次に、この点を若干敷衍して、我々のいう通則と特則の関係について整理するとともに、関連して、捕鯨事件判決をいかに捉えるべきかについても併せて検討することとしたい。

条約の起草過程において特別報告者ルテールが、その第3報告書の第6条案（国際機関の条約締結能力は各国際機関の関係規則による旨を規定）のコメントリーにおいて次のように述べているのは、ここでの議論に通じるところがある。国連条約法会議においては、「国際機関の関係規則」に「確立した慣行」すなわち「法的規則と同等と考えられる慣行」が含まれるとされた（ウォルドック専門家コンサルタントおよび起草委員会委員長の発言）。しかし、1969年条約法条約の文脈において、確立過程にある慣行が同条約第5条でカバーされるか否かが問われるかもしれない。もし確立した慣行のみがカバーされるとすれば、条約法条約は、その定める規則とは異なる新たな国際機関の慣習法の発展を禁止することになるであろう。第6条案の「各国際機関の関係規則」という表現には、（1969年条約など他の条約の解釈を害することなく）なお確立していないがそうなるべき慣行も含まれると躊躇なく考える。それは、各国際機関の憲法レジーム（constitutional regime）を留保するものであって、「慣行」の範囲を決めるのはこのレジームである。したがって、このレジームの下において、機関の憲法（constitution）が部分的に慣習的（customary）な起源を有し、慣行が1969年条約第31条3項（b）の定める役割を超える役割を果たす（practice may in that connexion play a role going beyond that provided for in article 31, paragraph 3 (b) of the 1969 Convention）場合には、このレジームが適用される。さもないと、各国際機関の法の漸進的発達を妨げ、その憲法的自律性に受け入れがたい侵害をもたらすことになるであろう、と述べている。*Yearbook of the International Law Commission, 1974, Vol. II, Pt. 1, pp. 151-152, Article 6, Commentary, paras. 27, 28.* この点におけるルテールの考え方は、条約法条約のILCにおける起草過程の時点から一貫しているといえよう。前出注44の本文参照。

70) Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2nd ed., op. cit., pp. 284-285.

第3章 条約法条約における通則（第31条・第32条）と特則（第5条但書き）の関係—捕鯨事件判決をめぐって

第1節 条約法条約における「後の慣行」の扱い

条約解釈の一要素としての「後の慣行」は、通常の条約の場合には、条約法条約第31条3項(b)に規定するように、「条約の解釈についての〔すべての〕当事国の合意」を確立する慣行であることが要求されるが、国際機関の設立文書である条約の場合には、条約法条約第5条但書きの定める特則の効果として、当該国際機関の手続規則に従って、しかしすべての設立条約当事国の全会一致ではなく採択された決定や決議であっても、「文脈とともに…考慮〔される〕」（第31条3項）解釈における一要素とされうることとなる、というのが我々の理解である。

もちろん、通常の条約においても、すべての当事国の合意を確立するに至っていない実行（以下、「単なる」後の実行」ともいう。ただし、慣行も実行もいずれも“practice”の訳語であり、本稿では両者の厳密な区別は行わない）はまったく無視されるという訳ではなく、そうした実行も、条約法条約第32条の下で「解釈の補足的な手段」として条約解釈において参照されることがあり、この点は2018年のILCによる「後の合意および後の慣行に関する結論」の結論4の第3項を始めとして、広く認められているところである⁷¹⁾。

71) 結論4の第3項は、「第32条の下における解釈の補足的な手段としての後に生じた慣行は、条約の締結後に行われた条約の適用についての1又は2以上の当事国による行為から成る」と規定する。Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice, Conclusion 2, paragraph 4; *ibid.*, Conclusion 4, paragraph 3. See also *Yearbook of the International Law Commission, 1964*, Vol. II (Report of the Commission to the General Assembly), p. 204, Article 69, Commentary, para. 13; *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, Vol. II (Sixth Report on the Law of Treaties by Sir Humphrey Waldock), p. 98, para. 18; Oliver Dörr, “Article 32: Supplementary Means of Interpretation,” in Dörr and Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., p. 627, para. 26; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., p. 432; Yves le Bouthillier, “1969 Vienna Convention,

しかし、第32条にいう補足的な手段の利用は、同条が明記するように、第31条によって得られた「意味を確認する」ためか、第31条による解釈では「意味があいまい又は不明確である場合」、「明らかに常識に反した又は不合理な結果がもたらされる場合」に「意味を決定する」ためである場合に限られる⁷²⁾。これに対して、国際機関の設立文書にかかる特則による場合には、そうした単なる後の実行であっても、広く第31条3項(b)の「後の慣行」としての扱いを受けうるものであり、その意味では、国際機関の設立文書の場合には、条約法条約第5条但書きを通じて、そうした単なる「後の実行」が第31条3項(b)にいう「後の慣行」並みの扱い(=準用)へと「格上げ」されることがある、ということができるであろう。

もちろん、国際機関の設立文書の解釈においては、当該機関のすべての「後の実行」が第31条3項(b)にいう「後の慣行」としての扱いを受けることになるという訳ではない。ILCの「後の合意および後の慣行に関する結論」も、結論12⁷³⁾のコメンタリーにおいて、条約法条約第5条により、国際機関の設立文書の解釈に当たっては、機関の実行を考慮して⁷⁴⁾「第31条および第32条の解釈規則を適用する」ことが認められると述べているが⁷⁵⁾、そこでは、いかなる場合に第31条を適用し、いかなる場合に第32条を適用するのかは必ずしも明らかにされていない。しかしILCは、そのコメンタリーにおけ

Article 32: Supplementary Means of Interpretation,” in Corten and Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, Vol. I, op. cit., p. 861, para. 43.

72) Dörr, “Article 32,” op. cit., p. 628, para. 29; le Bouthillier, “1969 Vienna Convention, Article 32,” op. cit., p. 849, para. 15, p. 851, para. 20. See also *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, Vol. II, p. 223, Article 28, Commentary, para. 20.

73) 結論12の第3項は、「設立文書の適用についての国際機関の慣行 (practice) は、第31条および第32条を適用する際に当該文書の解釈に寄与し得る (may contribute)」（傍点引用者）と規定する。

74) 国際機関の慣行は「考慮」されるのみであって、条約法条約第31条および第32条にいう「慣行」とは、(設立)条約当事国の慣行と理解されている。「後の合意および後の慣行に関する結論」結論5の第1項および第2項参照。この点は我々の理解(第5条但書きにより機関の慣行が第31条扱いになりうる)とは異なる。

75) Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice, Conclusion 12, Commentary, para. 35.

る ICJ の捕鯨事件判決にかかる次のような扱いから、全会一致の決定や決議については第31条を、そうでないものについては第32条を適用する際に考慮するものとしているように思える（なお、欠席の可能性を考えると、厳密には全会一致の決議とすべての当事国の合意とは異なるが、便宜上、以下では両者を互換的に用いることがある）。

第2節 ILC による捕鯨判決と特則の捉え方

2014年の捕鯨事件では、国際捕鯨取締条約（以下、「捕鯨条約」という）第8条の解釈が争われた。同条は「科学的研究のため[の]鯨の捕獲、殺害及び処理は、この条約の適用から除外する」と規定しており、包括的な例外規定として極めて大きな効果を有すべきものである。ICJ は、同条の解釈との関連で、一方において、「IWC [国際捕鯨委員会] の多くの決議はすべての条約当事国の支持を得ることなくして採択された」ことを指摘して、それらの第31条3項 (a) および (b) への該当性を明確に否定しながら⁷⁶⁾、他方で、最終的には条約当事国の「IWC および科学委員会への協力義務 (duty to co-operate)」という概念⁷⁷⁾ (条約に明文の規定はなく、法的根拠もまったく示されていない⁷⁸⁾) を用いて⁷⁹⁾、IWC 決議の「勧告に妥当な考慮を払うべ

76) *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, *ICJ Reports 2014*, para. 83.

77) *Ibid.*, para. 83.

78) 奥脇直也「捕鯨裁判の教訓—協力義務との関係において—」『日本海洋政策学会誌』第4号(2014年11月)12頁、佐藤哲夫「捕鯨事件にみる国際組織の創造的展開—『加盟国の誠実協力義務』の立証責任転換機能に注目して—」柳井俊二・村瀬信也編『国際法の実践(小松一郎大使追悼)』(信山社、2015年)156頁。

79) もっとも日本も、オーストラリアが依拠する IWC の決議について、それらは勧告であって拘束力はないとしつつも、それらの勧告に「妥当な考慮を払う義務 (duty to give due consideration)」(斜字体引用者)があることは受け入れたとされる。*Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, *ICJ Reports 2014*, para. 80. 裁判所は、その後の具体的な日本の捕鯨計画 (JARPA II) にかかる検討の部分では、日本がそれらの勧告に「妥当な考慮を払う義務 (obligation to give due regard)」(斜字体引用者)があることを受け入れたとし、日本の致死的手法の捕鯨について、そうした「妥当な考慮を払う義務 (obligation to give due regard)」(斜字体引用者)と両立させるのは困難であると述べ、

き (should give due regard to recommendations)」であるとし、そのようにしてそれらの決議 (科学的研究のための特別許可書の検討に当たっては非致命的的手法で研究目的が達成可能かを考慮すべきと勧告するコンセンサス決議⁸⁰⁾ の存在を考慮して同条の解釈を導くに至った⁸¹⁾。そしてその解釈が、最終的に日本の条約違反 (上記の検討を行わなかったことなどを理由に「科学的研究のため」ではないとして) を認定する判決への1つの重要な基礎を提供したといえるのである⁸²⁾。

この点について「後の合意および後の慣行に関する結論」の ILC コメントリー⁸³⁾ は、次のように解説する。ICJ は捕鯨事件において、「コンセンサス または 全会一致 の投票で採択された」決議は「捕鯨 条約または附表の解釈に関連する (relevant) であろう」(傍点引用者) と述べる⁸⁴⁾ と同時に、

より法的義務性の強い表現 (obligation) を用いている。Ibid., paras. 137, 144. こうした変化に意味があるのか、また意図的なものであるのかは不明である。

80) Ibid., para. 78.

81) Ibid., paras. 83, 136-137. オーストラリアの選定したチャールズワース特任裁判官は、日本の捕鯨条約違反を導くに当たって、この協力義務を特に強調している。Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Separate Opinion of Judge Ad Hoc Charlesworth, ICJ Reports 2014, pp. 456-459, paras. 11-17.

82) フィットモリスは、勧告に妥当な考慮を払う義務というものは極めて弱い義務であり、それを紛争当事国の一方が受け入れたことが第8条の解釈の基礎とはなり難いと指摘する。Malgosia Fitzmaurice, “The Whaling Convention and Thorny Issues of Interpretation,” in Malgosia Fitzmaurice and Dai Tamada (eds.), Whaling in the Antarctic: Significance and Implications of the ICJ Judgment (Brill, 2016), pp. 132-133. 同感である。

83) 後述のように、ILC の「後の合意および後の慣行に関する結論」のコメントリーは、締約国会議を大きく2つのカテゴリーに分けて、国際機関の内部機関である締約国会議と、国際機関を設立しない条約の締約国会議があるとし、IWC は「ボーダーライン」であるとする (Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice, Conclusion 11, Commentary, para. 2) が、本稿で引用する ILC のコメントリーはすべて前者の文脈で論じられたものである。

84) Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment, ICJ Reports 2014, para. 46. この部分における裁判所の態度は、捕鯨条約の「解釈に関連」していると考えられる決議を、コンセンサスで採択された決議と全会一致で採択された決議に限定する形をとっている点で、慎重であると評価すべきであろう。実際の検討においても、ICJ は、オーストラリアとニュージーランドの提示する全会一致でない決議は条約法条約第31条3項に該当しないことを指摘した後、第8条の解釈との関係でコンセンサス採択の決議のみを考慮したように思える。すなわち、コンセンサス決議 (決議1986-2) は、特別許可書の検討に当たって締約国は非致命的の研究手法で研究目的が達成可能か (feasible) を考慮すべきと勧告するもので

多くの IWC 決議は「すべての当事国の支持を得ることなくして採択された」(傍点引用者)ので、それらは条約法条約第31条3項の意味での後の合意や後の慣行とみなすことはできないと述べたが⁸⁵⁾、ILCはこの後者について、ICJによる「慎重な記述 (cautionary note)⁸⁶⁾」と表現し、その上で、「しかし、すべての加盟国の支持を得ることなくして採択された決議が、第32条の下で、条約の適用についての個々の加盟国の立場や実行を生じさせ、または示し得ることを排除していない」(傍点引用者)と解説している⁸⁷⁾。したがって

あり、非コンセンサス決議(決議1995-9)は、鯨の殺害は非致死的研究手法では解決できない極めて重要な問題を扱うという例外的な事情においてのみ許可すべきであるというものであった(Ibid., para. 78)。裁判所は、日本が致死的手法の利用に際して、非致死的手法のより広範な利用の可能性を考慮したか、といった点を中心に検討を行っている(Ibid., paras. 132-144)ので、上記のように考えることができる。もっとも、関連するコンセンサス決議として判決が言及しているのは、上記の決議1986-2を含めて2つ(もう1つは、特別許可書の提案はなぜ既存データの非致死的手法・分析では不十分であると考えられたかを評価すべきとする附属書P)しかない点にも注意する必要がある(Ibid., para. 78)。ともあれ裁判所は、全会一致ではないがコンセンサスで採択された決議(文書)が複数あることを重視したのかも知れない。

- 85) Ibid., para. 83. アラトは、こうした捕鯨事件での第31条3項の適用における「厳格な」アプローチに対して、国連経費事件や壁事件における多数決採択の決議への依拠に照らして疑問を呈するとともに、前者の事件と後二者の事件とが異なる理由として、第1に(もっとも可能性が低い)、単に方針変更がなされた、第2に、後二者では自己(ICJ)がその一部である国連の事例であるので特別扱いした、第3に(最も可能性が高い)、後二者(国連)は前者(IWC)とは異なり独立の国際法人格を有しているからだ、と推測している。Julian Arato, "Subsequent Practice in the Whaling Case, and What the ICJ Implies about Treaty Interpretation in International Organizations," *EJIL Talk*, 31 March 2014, at <https://www.ejiltalk.org/subsequent-practice-in-the-whaling-case-and-what-the-icj-implies-about-treaty-interpretation-in-international-organizations/> (accessed on 16 March 2022). フィッツモーリスは、これに加えて第4の可能性として、後二者における後の慣行は国連自身の慣行であるのに対して、前者で問題となったのはIWC自身ではなくIWCの加盟国の行為に関する慣行であった点が重要であると指摘している。この点は、日本がその答弁書において指摘していた点である。ICJ, *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan): Counter-Memorial of Japan*, Vol. I, 9 March 2012, para. 8.49. しかし、結果として捕鯨事件は、コンセンサスではあるが全会一致でない決議に大きく依拠した解釈を行ったのであり、全会一致でない決議に大きく依拠した点では、国連経費事件や壁事件と異なるものではないといえるであろう。

- 86) Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice, Conclusion 12, Commentary, para. 25.

- 87) Ibid., Conclusion 12, Commentary, paras. 24-25. なお、捕鯨事件のオーストラリア選定の特任裁判官であるチャールズワースも、「投票によって採択されたIWCの決議」は条約法条約第31

ILC は、全会一致の決議は第31条3項により、それ以外の決議はコンセンサス決議を含め（全会一致とコンセンサスは異なる⁸⁸⁾）第32条によって理解する（ICJの判断をそのように理解する）との立場をとっているように思える⁸⁹⁾。

しかし、このように捕鯨事件における単なる後の実行（すべての当事国の合意を確立するに至っていない実行。捕鯨事件では具体的に関係するのはコンセンサス決議）の扱いを、第32条で理解することには疑問がなくはない。なぜなら、前述のように、第32条は、第31条によって得られた意味を確認するためか、第31条による解釈では①意味があいまいまたは不明確である場合、②明らかに常識に反したまたは不合理な結果となる場合に意味を決定するために、補足的な手段（代替的自律的な手段ではなく、第31条の解釈を助ける

条3項には入らないが、何らかの帰結を齎すと述べている。*Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Separate Opinion of Judge Ad Hoc Charlesworth, *ICJ Reports 2014*, p. 454, para. 4.

88) コンセンサスは全会一致とは異なる。この点は、筆者も以前から指摘してきた点であり、「後の合意および後の慣行に関する結論」に関する ILC のコメントリーにおいても強調されている点である。浅田正彦「NPT 延長会議における無期限延長の決定—そのコンセンサス採択をめぐって—」『岡山大学法学会雑誌』第45巻1号（1995年12月）500-509頁、Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice, Conclusion 11, Commentary, paras. 28-38. See also “Use of the Term ‘Consensus’ in United Nations Practice,” at https://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf (accessed on 13 February 2022).

89) ILC が捕鯨事件における IWC のコンセンサス決議の扱いを条約法条約第32条の適用と見たことには次のような点も関係していると思われるかも知れない。すなわち ILC は、「後の合意および後の慣行に関する結論」の結論11（締約国会議の枠内で採択される決定）と結論12（国際機関の設立文書）とで異なる規則を定めており、そして結論11のコメントリーでは、「締約国会議」の中には国際機関の内部機関である締約国会議と、そうでない締約国会議（単に定期的に会合を行う）があると述べるとともに、わざわざ国際捕鯨委員会（IWC）に言及して、IWC はこれら2つの種類の締約国会議の「ボーダーライン」のケースであるとしている。Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice, Conclusion 11, Commentary, para. 2. ILC が IWC のコンセンサス決議との関係で、あたかも国際機関設立条約に関する特例である条約法条約第5条但書きを無視するかのよう、捕鯨条約を（IWC の設立条約としてではなく）通常の条約と同様に見た（第32条の適用）とすれば、そうした見方が一部影響しているのかも知れない。もっとも ILC は、壁事件における国連決議も第32条で捉えているようであり（Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice, Conclusion 12, Commentary, para. 25, n. 561）、だとすれば、この点は無関係だということになる。

ためだけの手段⁹⁰⁾)として依拠されるのみであって、したがって第32条は、捕鯨事件において捕鯨条約第8条の解釈に「変遷」を認めるかのような結論を導くに当たって、全会一致でない決議が果たしたと思われる極めて重要な役割や大きな影響力を説明する規定としては無理がある(役不足である)ように思えるからである⁹¹⁾。

たしかに、いかなる条約規定であれ、100%明確であいまいさはないと断言することはできないかも知れない。そのような規定には争いも生じ得ないはずであるし、逆にいえば、争いがあるということは、完全に明確だとはいえないということである、との主張⁹²⁾には一定の真実が含まれているように思える。しかし、解釈をめぐる争いは詭弁からも生じうるし、上のような主張は、突き詰めていえば、条約法条約が第31条と第32条とで異なる規則を置いたことを(部分的に)無視することにもつながるであろう。

捕鯨条約との関係でいえば、少なくとも筆者には、コンセンサス採択された決議(それは裁判所もいうように⁹³⁾、第31条3項(b)の適用対象外である)を考慮せずして、捕鯨条約第8条があいまいであるとの結論を導くことは困難のように思える⁹⁴⁾。だとすれば、裁判所は(その主張にも拘らず無意識の

90) *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, Vol. II, p. 223, Article 28, Commentary, para. 19.

91) 前述のように ILC は、壁事件における ICJ による総会決議の扱いも、捕鯨事件における ICJ による IWC 決議の扱いと同様であると考えているようである。Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice, Conclusion 12, Commentary, para. 25, n. 561.

92) こうした主張は、条約の文言が明確であれば条約の準備作業を参照する必要はない、とする主張に対する批判として提起されてきた。See Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Vol. I (Grotius Pub., 1986), p. 46; *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Separate Opinion of Judge Sir Percy Spender, *ICJ Reports 1962*, p. 184.

93) 前述のように裁判所は、「すべての当事国の支持を得ることなくして採択された」IWC 決議は条約法条約第31条3項の意味での後の合意や後の慣行とみなすことはできないと述べる。

94) 小和田判事も、その反対意見において、第8条の「通常の間瞭な意味」によれば、当事国が科学的研究のために特別許可書を与える無条件の権利 (unqualified right) を有することは明らかである、と繰り返し述べている。Whaling in the Antarctic (*Australia v. Japan: New Zealand intervening*), Dissenting Opinion of Judge Owada, *ICJ Reports 2014*, pp. 317, 318, paras. 42, 44. 奥脇直也「国際法における主権的裁量の意義変化—捕鯨判決の規範的位相—」『国

うちに) 条約法条約第31条の適用において、全会一致でない決議(非致命的手法で研究目的が達成可能かを考慮すべきとのコンセンサス決議)を考慮した結果として、第8条(「科学的研究のため [の] 鯨の捕獲、殺害及び処理は、この条約の適用から除外する」)には「あいまい」さが残るとし、それゆえそのような場合に適用される条約法条約第32条に依拠して、全会一致でない決議を再度考慮して第8条を解釈したのではないかとさえ思えてくる⁹⁵⁾。もしそうであれば、ICJの解釈手法には問題があるということになる。それは、グリーンウッド判事が個別意見で指摘した「裏口からの修正⁹⁶⁾」にも通じる

際法研究』第4号(2016年)22頁も同旨。

95) これは、条約法条約第32条のリベラルな適用を認める場合であっても行ってはならない解釈手法であるとされる。Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., p. 447.

96) *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Separate Opinion of Judge Greenwood, *ICJ Reports 2014*, p. 408, para. 7. グリーンウッド判事は、条約の制度を次のように説明しつつ、判決を批判する。すなわち、捕鯨条約は、第5条1項において、国際捕鯨委員会(IWC)は4分の3の多数で(第3条2項)、条約の不可分の一部を成す(第1条1項)附表を修正する規則(regulations)を採択することができ、その修正は異議を申し立てた政府を除くすべての締約政府に効力を生ずるとする一方で、第6条において、IWCは単純多数決で(第3条2項)、すべての締約政府に対する勧告(recommendations)を行うことができると規定する。このように条約は、「規則」と「勧告」について、その法的拘束力、採択手続、異議申立手続において明確に区別しているのである。また、条約を事態の変化に適応させるためIWCに附表の修正権限を与えているのであるから、条約を「生きている文書(living instrument)」(この点は判決では「発展する文書(evolving instrument)」として言及されている)として解釈適用する必要にはすでに対応済みなのであって、条約の発展的解釈として勧告に大きな効果を持たせることは正当化できないとする。そして、IWCでは主要な問題に関してしばしば意見が対立しており、附表の修正に必要な支持を集めるに至っていないのは明らかであって、勧告によって「裏口からの修正」を行うことを認めれば、条約のバランスを破壊することになるとして批判する。Ibid., pp. 407, 408, paras. 5, 7. 法的拘束力の有無の区別の重要性は日本も強調していた。ICJ, *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening): Written Observations of Japan on New Zealand's Written Observations*, 31 May 2013, para. 36.

これとは対照的に、両者を混同しないまでも意図的に並列して述べているとも見られるのが、オーストラリアの選定したチャールズワース特任裁判官の個別意見である。同判事は、判決のいうように捕鯨条約は「発展する文書(evolving instrument)」であるとし、「最も明確なメカニズム(most obvious mechanism)」として第5条に定める附表の修正手続に言及した後、「さほど直接的ではない発展(less direct ... mode of evolution)」として単純多数決で採択されるIWCの勧告に言及し、それらの勧告に拘束力はないが、条約法条約第31条3項に該当する場

ところがある。

加えて、ILC の捉え方（およびその前提となる捕鯨事件における ICJ の解釈手法。以下、両者が同様であるとの前提で論ずる）は、第5条但書きの特則の存在を条約解釈との関係でほとんど無意味にしかねないともいえる。なぜなら、第5条但書きの特則を適用した効果が、全会一致の決定や決議は第31条扱いで、全会一致でない決定や決議は第32条扱いということであれば、そうした扱いは第5条但書きが存在しない場合と異ならないからである。そのような扱いは、条約解釈における「実効性の原則」からも許容しがたいであろう。換言すれば、第5条但書きの特則の効果には、全会一致でない決定や決議が第31条扱いとなりうること（あるいはそれに類似する効果）を含むべきだということになるように思える。このように考えてはじめて、捕鯨事件におけるコンセンサス決議の重い扱いが理解できるように思える。

もっとも本稿は、必ずしも ILC（や捕鯨事件における ICJ）の捉え方が正しくないといっている訳ではない。ILC（や捕鯨事件における ICJ）の立場を次のように理解する場合には、本稿との違いは極小化されるようにも思える。すなわち、国際機関の決定や決議を評価する際にも、通常の条約との関係における後の慣行・実行の評価の場合と同様、すべての加盟国の合意を確立するかどうかによって、第31条が適用されるか第32条が適用されるかに分かれるが、ただし国際機関の実行の場合には、第5条但書きの特則によって、第32条の下における後の実行が、通常の条約の場合より解釈に大きな影響力を持つことを認める——ILC の立場をこのように理解する場合には、結果的には我々の立場と大きくは異ならないということになるであろう（上記で「あるいはそれに類似する効果」と述べたところともいえる）。

以上のような理解が正しいとすれば、では、我々の考え方と ILC（や捕鯨事件における ICJ）の考え方との間にはいかなる違いが残るのか。この点は、

合には解釈に関係するし、そうでない決議も「何らかの帰結 (some consequence)」を齎すと述べている。*Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Separate Opinion of Judge *Ad Hoc* Charlesworth, *ICJ Reports 2014*, p. 454, paras. 3-4.

条約法条約の条約解釈規則における第31条と第32条の関係に注目すれば明らかとなる。第31条は条約解釈に関する「一般的な規則」であるのに対して、第32条はその「補足的な手段」に過ぎない。捕鯨事件判決が、IWCのコンセンサス決議を捕鯨条約第8条の解釈との関係で条約法条約第32条の適用される実行と理解した上で、日本の当該捕鯨計画を捕鯨条約第8条にいう「科学的研究のため」の捕鯨ではないと判断したとすれば、ICJは、補足的な手段に過ぎない第32条の解釈規則に、一般的な規則である第31条に優るとも劣らない効果を与えたように見える。これは条約法条約の枠組みとは正反対のアプローチであり、その点においてILC（や捕鯨事件におけるICJ）の捉え方は正当化が困難であろう。しかし、我々の考え方、すなわちIWCのコンセンサス決議は全会一致ではないものの、条約法条約第5条但書きの効果として第31条扱いに格上げされると考えるならば、そのような不都合は生じない。

要するに、両者の違いは以下のような点にある。ILC（や捕鯨事件におけるICJ）の捉え方は、条約法条約の通則に従えば、当事国の慣行に関する限り、第31条はすべての条約当事国の合意を確立する慣行に適用されるのに対して、第32条はそれ以外の慣行に適用されるというものであり、この点は国際機関の設立文書の解釈に当たって第5条但書きに定める国際機関にかかる特則を適用しても変わらない、したがって全会一致でない国際機関の決議等は、当然、すべての条約当事国によるものではない決議として第32条が適用される、ただし、国際機関の慣行・実行は、設立文書の解釈に「寄与し得る」（結論12の第3項）という限りでその解釈に関係し得る、というものである。しかし、捕鯨事件判決においてICJは、「寄与し得る」という以上の効果をこれらの決議に認めたのではないか、というのが我々の疑問である。

これに対して我々の捉え方は、通則については上記と同様であるが、第5条但書きに定める国際機関にかかる特則の適用の結果として、一定の繰返しがある場合には（この点につき次節参照）国際機関の慣行（全会一致でない国際機関の決議など）にも第31条が適用（準用）されうるというものであ

る⁹⁷⁾。この我々の考え方は、ILCにおける条約法草案の起草過程におけるルテル委員の発言（前述）の趣旨に通ずるものである⁹⁸⁾。

第3節 特則の意義と繰返しによる「確立した」慣行

以上の記述にも拘らず、我々の考えは、国際機関の設立文書の解釈においては、第5条但書きの特則の適用によって、すべての後の実行が第31条3項(b)の「後の慣行」としての扱いを受ける、というものではない。そのような扱いは、第5条但書きにおける「当該国際機関の関係規則」への言及とも、厳密に言えば整合しないであろう。なぜなら、そうした「関係規則」であるとされるためには、全会一致であれ全会一致でないものであれ、設立文書の解釈において考慮される国際機関の決定や決議は、当該機関の「設立文書に従って」採択されたものでなければならないからである（前述の各種関連条約・文書における定義規定参照）。そして、そこにいう「従って」とは、一般的には設立文書に定める手続に従って採択されるならばそうしたものと推定されるであろうが、WHO 諮問事件の勧告的意見によれば、前述（第2章第1節）のように、設立文書に定める手続のみならず、設立文書の実体的規則にも合致していなければならない（当該国際機関の権限内でなければならない）ことを意味するのである。

しかし、権限内であるか権限外であるかは、設立文書の解釈の結果として判明するのであって、そうであれば、設立文書の解釈において参照される後の慣行や後の実行であるかどうかは、場合によっては、後の慣行や後の実行を含めた設立条約の解釈の結果として導かれなければならないということに

97) ICJは、例えば壁事件において「総会の受け入れられた慣行」と述べ、総会の慣行を国連憲章第12条の解釈において利用している。ILCの特別報告者ノルテは、「受け入れられた」を「加盟国によって受け入れられた」と理解しているようであるが（UN Doc. A/CN.4/683, op. cit., para. 53）、それでも、上記にいう慣行の主体が総会であることには変わりなく、国際機関の慣行が設立文書の解釈に利用されたということになろう。もっとも、国際機関の慣行なのか、その設立条約当事国の慣行なのかの区別は、常に明確である訳ではない。Cf. Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice, Conclusion 12, Commentary, para. 13.

98) 前出注44の本文参照。

もなり、いわば「鶏が先か卵が先か」という循環論に陥ることにもなりうる。

とはいえ、当初の段階における厳格な意味での設立文書適合性がどのようなものであれ、少なくとも同様の決定や決議が繰り返し採択されて定着してくる場合や、そうした決定や決議に基づく活動が蓄積されてくる場合には、最終的には設立文書との適合性（権限内）⁹⁹⁾ が肯定される方向へと傾くことになる。それは、前述のように、第5条但書きにいう「当該国際機関の関係規則」が、「確立した慣行」（傍点引用者）を含むものとして理解されるところからも導くことができる¹⁰⁰⁾。すなわち、国際機関設立条約の解釈において適用を妨げられないとされる関係規則は、設立文書に従って採択された決定・決議のほか、場合によっては、実体的な観点から設立文書に従って採択されたものであるかが必ずしも明確ではない決定や決議であっても、そうした決定や決議が繰り返されて定着する場合には、「確立した」慣行として、第5条但書きに定める特則の効果によって解釈において一定の役割を果たしうるということができるようになる。同様のことは、そうした決定や決議に基づく機関の活動が蓄積される場合にも当てはまるであろう¹⁰¹⁾（一般的には、「決定および決議」などは成文の規則、「確立した慣行」は不文の規則と考えることができるが、決定や決議の繰返しによって不文の規則が形成されることも、また、決定や決議が実施される過程で不文の規則が形成されるということもありうる）。

では、国際機関の「確立した」慣行といえるためには、いかなる程度の慣行の蓄積が必要なのか。ここでも「国際機関の規則」の定義と同様、条約法

99) 設立文書との適合性と「権限内」は互換的に用いることができる。Cf. *Compétence de l'OIT pour réglementer accessoirement le travail personnel du patron, avis consultatif, CPJI Série B, No 13 (1926)*, p. 20.

100) 例えば国際機関条約法条約第2条1項(j)は、「国際機関の規則」を「特に、設立文書、同文書に従って採択された決定および決議ならびに当該機関の確立した慣行 (in particular, the constituent instruments, decisions and resolutions adopted in accordance with them, and established practice of the organization) をいう」と規定する。

101) WHO 諮問事件における諮問決議のように、1 回限りの決議の採択では「確立した慣行」とはいえないであろう。Peters, “Subsequent Practice and Established Practice of International Organizations,” op. cit., p. 630.

条約の起草当時の捉え方はともかく、その後の関連文書の展開をも踏まえて考えるのが適当であろう。そのような観点からは、「国際機関の規則」の定義規定において「確立した (established) 慣行」に明示的に言及する、国際機関条約法最終草案第2条の ILC コメンタリーが、先にも指摘したように、「確立した慣行」とは「不確実であったり、争いのある (uncertain or disputed) 慣行」のみを排除する趣旨であって、「特定の時点で慣行を凍結することを求めているのではない」と述べている点が重要である¹⁰²⁾。そしてまた、同じ国際機関条約法最終草案の第6条（「国際機関が条約を締結する能力は、当該国際機関の規則によるものとする」）の ILC コメンタリーが、「国際機関の規則」との関係における「慣行」について、次のように述べている点が注目される¹⁰³⁾。すなわち、ここで留保されているのは、「法典化の発効の時点で確立している慣行ではなく、機関の規則によって許容される限度において、慣行によってそれらの規則を修正または補足する能力そのものである」(傍点原文斜字体)と述べている¹⁰⁴⁾。以上からすれば、「確立した慣行」への言及に、ある時点で生成途上の慣行を完全に排除するとの意図は含まれていないと考えるべきであろう。もちろん「確立した」とはいかなる程度の蓄積をいうのかの基準について精確に述べるできないが、そのような限界の中で、上記の事実は、その基準が比較的緩やかであることを示しているように思える。

このように見てくると、条約法条約第5条但書きの特則の効果とは(若

102) *Yearbook of the International Law Commission, 1982, Vol. II, Pt. 2, p. 21, Article 2, Commentary, para. 25.* ただし、「争われていない」という要請について、一国でも反対を続けておれば「確立した」とはいえないかといえ、そこまで厳格に捉えるならば、すべての国際機関加盟国に慣行の確立に対して拒否権を与えることにもなり得るし、また、第5条但書きが国際機関の設立文書の解釈に当たって、通則よりも緩やかな特則を認め得るものであるという趣旨からも外れることとなり、疑問である。「争われていない」という文言は、柔軟に解すべきであろう。

103) ILC の最終草案の段階では「国際機関の関係規則」とされていたが、混乱を避けるため、ここでは最終的に採択された文言である「国際機関の規則」を記載した。

104) *Yearbook of the International Law Commission, 1982, Vol. II, Pt. 2, p. 24, Article 6, Commentary, para. 6.*

表1 条約法条約の国際機関設立条約解釈規則と国際機関決議の採択状況との関係 (主要なもの)

解釈規則	決議の採択状況	条約法条約の規定	ICJ の関連事件
通則	権限内・全会一致*	第31条3項	
	権限内・全会一致以外	第32条	(壁事件、捕鯨事件)**
特則	権限内・全会一致以外 繰り返し	第5条	壁事件、捕鯨事件***
通則	権限外・全会一致以外	第31条3項(非該当)	WHO 諮問事件
	権限外・繰り返し	慣行による修正	

* すべての設立条約当事国の合意のこと。

** ILC の理解。

*** 本稿の理解。

干渉返しになるが) 次のようなものだという事になる(表1参照)。すなわち、国際機関の設立文書の解釈に当たっては、まず、当該機関の目的との関係の存在(その目的の達成に必要であること)など、その「権限内」の行為であることが基本的には大前提となるが、その上で、原則として機関の全会一致の決定や決議については第31条を、全会一致でない決定や決議については第32条を適用することが想定されるものの、ただし、同旨ないし類似の決定や決議が繰り返され、あるいは、そうした決定や決議が繰り返されなくても、そうした決定や決議に基づく活動が蓄積される場合には、第5条但書きの特則により、全会一致でない決定や決議やそれらに基づく活動につき、「確立した慣行」として、第31条を適用(準用)することもありうる、そして、このような扱いは、当初の段階で決定や決議が当該国際機関の権限内において採択されたことが必ずしも明確でない場合についても当てはまる、ということのように思える。

他方、当初の段階で決定や決議が当該国際機関の権限外で採択されたことが明らかである場合には、そうした決定や決議をもって第5条但書きの特則を援用することはできないであろう。「後の合意および後の慣行に関する結

論」のコメンタリーでも指摘されているように、「国際機関の慣行は、その権限内で行動する場合にのみ、その設立文書の解釈に関連する」からである¹⁰⁵⁾。では、仮に権限外で採択される決定や決議が繰り返されたり、そうした決定や決議に基づく活動が蓄積されるという場合には、どうなるのか。仮定の問題ではあるが、そのような場合には、おそらく設立条約の「解釈」の範疇を超えてその「修正」、すなわち「後の慣行による修正」の問題ということになるように思われる¹⁰⁶⁾。

ともあれ、最後の仮定の問題は別として、以上のように考えることは、関連する先例としてのWHO諮問事件や壁事件におけるICJの勧告的意見とも整合的である¹⁰⁷⁾。

WHO諮問事件の勧告的意見では、WHO総会の諮問決議(WHA46.40)が、武力紛争時における核兵器使用の合法性という問題の提起がなされてから時をおかずして採択され、反対もあり、しかもそれが唯一の決議であったということで、ICJによってWHOの権限外の行為であるとの評価を受けることになったが、それに先立って、当該諮問決議がWHO憲章の前文、文脈、趣旨・目的その他に照らして権限外であることが論じられていた。そしてその上で、WHO憲章の関連する後の慣行・実行という意味で、同決議をめぐる上記の採択状況が検討されて、合意を確立する慣行とはなっていないとして同様な結論が得られたということである。これは、諮問決議が当初の段階でもWHO憲章に照らして権限外の行為と見られたというだけでなく、後の慣行という観点からも、上記のような決議採択をめぐる状況から、特則による「後

105) Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice, Conclusion 12, Commentary, para. 36.

106) 解釈と修正の境界がどこにあるのかは、長らく未解決とされてきた問題である。See, e.g., Buga, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, op. cit., pp. 168–175. この問題の検討は本稿の対象範囲を超えるので割愛するが、「後の慣行による修正」に関する筆者の取り敢えずの考えについては、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『21世紀国際法の課題（安藤仁介先生古稀記念）』（有信堂、2006年）303–308頁参照。

107) 捕鯨事件との関係でも、少なくともICJによるIWCの全会一致でない決議の重い扱いという点と親和的である。

の慣行」の要件（すべての当事国の合意を確立するという要件）の緩^レ和^レもな^レされ^レな^レか^レつ^レた^レと理解することができる。本件で第5条但書きの特則が適用されなかったと考えられる点は、ICJが同勧告的意見において、第31条3項(b)を全体として直接引用して本件でもそれを適用すると明言する一方で、第32条にはまったく言及がなかったことから、本件では第32条ではなく第31条が適用され、かつ、第31条3項(b)の本来のルールである、すべての当事国の合意を確立する慣行であることが求められて（反対があったことに言及）、その該当性が否定されたことから、確認することができる。

他方、壁事件の勧告的意見で問題とされた国連総会の諮問決議(ES-10/14)は、反対がある中で採択された点ではWHOの諮問決議の場合と共通している（加えて、国連憲章第12条1項との両立性がやや微妙である点も類似している）が、同一の問題が安保理の議題となっているにも拘らず総会が決議を採択し、安保理と総会が同一の問題を並行して扱うといった実行が積み重ねられてきたことから、そうした「総会の受け入れられた(acceptée)慣行」を根拠に、憲章(第12条)適合性が肯定された。そこに条約法条約第31条や第32条への言及はないものの、同種の実行の積み重ねがある場合には、第5条但書きの特則により、たとえ全会一致でない決議であっても（したがって条約法条約第31条3項(b)の要件を満たさない場合であっても）第31条3項(b)の慣行としての扱いを受け、設立文書との適合性を肯定されることがあることを示しているように思える。こうした扱いは、壁事件においてのみ例外的に見られるものではない。壁事件におけるICJのアプローチに通ずる先例として、例えば、条約法条約以前の勧告的意見である1962年の国連経費事件があり、同事件においてもICJは、国連総会の全会一致でない多くの決議¹⁰⁸⁾に言及しつつ、PKO関係の経費を国連の「経費」であるとする結論

108) UNEFに関する緊急特別総会の決議についていえば、決議997(ES-1)は賛成64反対5棄権6で、決議998(ES-1)は賛成57反対0棄権19で、決議1000(ES-1)は賛成57反対0棄権19で、決議1001(ES-1)は賛成64反対0棄権12で採択されている。ICJは、後の3つの決議については、いずれも「反対投票なしに採択された」として投票状況に一応言及しているが、反対票がなかったことを強調する反面、棄権票の存在には触れていない。さらに、反対票があった最初の決

を導いている¹⁰⁹⁾。

第4章 国際機関の慣行の二重の性格 —条約法条約における特則の位置づけ

第1節 ICJの勧告的意見における慣行についての2つの捉え方

ところで、WHO 諮問事件と壁事件とでは、国際機関の決定や決議にかかる慣行・実行の捉え方に差異があるように思われる。国際機関の慣行・実行¹¹⁰⁾ という捉え方と、国際機関設立条約の当事国の慣行・実行という捉え方である。

前者は、個々の加盟国の見解の如何や支持の程度を問うことなく、当該機関の手續に従って採択されたものであれば、結果として採択された決定や決議それ自体を、国際機関による1つの実行と捉えるもので¹¹¹⁾、これが個々の決議における投票態度を問題とせず、精査しなかった壁事件における捉え方である。実際、壁事件では、「国際連合の慣行」や「[[国連] 総会の受け入れられた慣行」といった表現が使われている¹¹²⁾。

議については、投票状況についてまったく言及していない。*Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion, *ICJ Reports 1962*, pp. 170, 171, 172. 通常総会で採択された UNEF 関連の決議であって勧告的意見で言及されたものについては、いずれにも反対票があったが、「必要な3分の2の多数で採択された」ことに言及する決議1089 (XI) と1090 (XI) を除いて、投票状況には言及していない。決議1122 (XI)、決議1151 (XII)、決議1263 (XIII)、決議1337 (XIII)、決議1441 (XIV) および決議1575 (XV) 参照。See *ibid.*, p. 174.

109) また、捕鯨事件の場合には、決議の数は多くないが、コンセンサスで採択された複数の決議等に大きな価値を与えている。

110) 正確には「内部機関 (organ) の実行」であろうが、複数の内部機関の実行である場合を含める意味で「(国際) 機関の実行」という。Cf. *Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice*, Conclusion 12, Commentary, para. 36.

111) Cf. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2nd ed., *op. cit.*, p. 51.

112) *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultative, *CIJ Recueil 2004*, paras. 27, 28.

後者は、逆に、国際機関の決定や決議の投票結果の内実にまで踏み込んで、採択にどの程度の国が賛成しまたは反対したかといった点を問題にし、それによって採択された決定や決議を、その採択に参加した個々の国の投票行動との関係で、多数の国（条約当事国）による多数の実行と捉えるもので、これが決議の採択に反対のあったことを問題とした WHO 諮問事件における捉え方である¹¹³⁾。

そして、個々の決議における投票態度を問題にしなかった壁事件において、第5条但書きの特則が適用されたことは明らかである。逆に、すべての当事国による合意を要求したように思われる WHO 諮問事件においては特則が適用されず、第31条3項 (b) に定める「通則」がそのまま適用されたことも、同様に明らかである¹¹⁴⁾。そうすると、国際機関の設立条約の解釈においては、条約法条約第5条但書きに従って、特則が必ず適用されるということではないということになりそうである。最後にこの点について考えてみよう。

第2節 条約法条約の起草過程と「後の合意および後の慣行に関する結論」

条約法条約第5条但書きは、「当該国際機関の関係規則の適用を妨げるものではない」（傍点引用者）と規定する。この規定用語の通常の意味に解した場合、国際機関の設立条約の解釈において「特則」を適用することは、必ずしも義務ではないということになろう。つまり、設立文書の解釈において、条約解釈に関する「通則」（ここでは第31条3項 (b)）をそのまま適用

113) ILC も、ICJ は WHO 諮問事件において国際機関の実行が条約当事国としての加盟国の合意や慣行を反映する可能性を認めた、と述べている。Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice, Conclusion 12, Commentary, para. 16.

114) WHO 諮問事件について、国際機関の実行を条約当事国の後の慣行と同一視したとの批判ないし指摘がある。See, e.g., Brölmann, “Specialized Rules of Treaty Interpretation,” op. cit., p. 515; Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2nd ed., op. cit., p. 282. 前掲注68も参照。しかし、本文に述べたように、国際機関による1つの実行には、特則を利用する場合（機関の実行）と利用しない場合（加盟国の実行）という2つの捉え方がありうると理解すれば、そうした批判は当たらないであろう。

することも排除されていないように思える。この点は、次のような第5条の起草過程からも確認することができる。

ILCの条約法最終草案第4条（現第5条）は、国際機関の設立文書である条約の場合には「当該国際機関の関係規則に従う（shall be subject to any relevant rules of the organization）」（傍点引用者）旨が規定されていた¹¹⁵⁾。この規定のままであれば、設立文書の解釈において「通則」を適用することは排除されていたといえ、WHO諮問事件のような場合に、WHOの枠内で採択された決議について、すべての加盟国間の合意を確立する慣行であることを要求することによって、その設立条約適合性を消極的に評価するという立論は困難であったであろう（設立条約適合性を否定するには、諮問決議とWHOの目的との間の関係の希薄さに大きく依拠することになったであろう）。

ところが、最終的に採択された条約法条約第5条では、国際機関の設立文書である条約の場合には「当該国際機関の関係規則の適用を妨げるものではない（without prejudice to any relevant rules of the organization）」（傍点引用者）となったのである¹¹⁶⁾。最終的に採択された条文は、ILCの最終草案よりも「特別法としての性格が薄まっている」と指摘される所以である¹¹⁷⁾。このような指摘の正しさは、条約法条約を採択した国連条約法会議の審議内容からも確認することができる。

条約法会議では、ILCの最終草案をベースに審議がなされた。多数の修正

115) *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, Vol. II, p. 178.

116) 1975年に採択された「普遍的な性格を持つ国際機関との関係における国家代表に関するウィーン条約」も、起草過程において同様の経緯を辿った。ILCにおける特別報告者エル・エリアンの第3報告書（1968年）の第4条案では、国際機関の特別な規則との関係に関する規定において、「当該国際機関において効力を有する特別な規則に従う（shall be subject to）」と規定されていたものが、同年の起草委員会では採択された第3条案では「当該国際機関の関係規則の適用を妨げるものではない（without prejudice to）」となり、最終的に採択された条約も後者とはほぼ同様の規定となった。*Yearbook of the International Law Commission, 1968*, Vol. II, p. 128, Article 4, pp. 197-198, Article 3; United Nations, *The Work of the International Law Commission*, Vol. II, 8th ed., op. cit., p. 158.

117) Richard D. Kearney and Robert E. Dalton, "The Treaty on Treaties," *American Journal of International Law*, Vol. 64, No. 3 (July 1970), p. 506.

案が提出されたが、それらのいくつかが投票に付されて否決された後、起草委員会に付託されたいくつかの修正案のうち、この点（「・・・を妨げるものではない」）についてはペルー案¹¹⁸⁾が採択されて上記の現行の文言となった。起草委員会に付託される前の全体委員会の議論においては、ILCの最終草案のままでは2つの異なる条約法（通常の条約に適用される条約法と国際機関設立条約に適用される条約法）を創設することになり、「やりすぎ（went too far）」であるとして、「より穏和な（less radical）定式」を提案した¹¹⁹⁾ペルー案が多くの子の国の支持を集めていた¹²⁰⁾。また、条約法会議に専門家コンサルタントとして出席したILCの特別報告者ウォルドックも、ILC最終草案第4条（現第5条）が国際機関関連条約に対する一般的留保規定であるとの見方を否定して、「[条約法]条約の規定はすべての条約に適用されるとの前提である」と述べた上で、ペルー案に好意的な発言をしていた¹²¹⁾。そして、条約法会議では、国際機関設立条約との関連で、通則と特則の双方の適用可能性を指摘する発言や、両者の「バランス」が必要であるとの発言もなされたのである¹²²⁾。

このように、国際機関設立条約への条約法条約の適用はかなり柔軟であり、

118) *United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions, Vienna, 1968 and 1969, Official Records, Documents of the Conference*, op. cit., p. 115, para. 51 (i).

119) *United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 1968, Official Records*, op. cit., p. 46, paras. 2-3.

120) See, e.g., *ibid.*, p. 50, para. 46 (Hungary), p. 53, para. 80 (Switzerland), p. 54, para. 9 (Romania), p. 55, para. 15 (Italy), p. 56, para. 26 (Spain). ウクライナも「shall be subject」という表現を問題視して「shall take into account」という表現を提案していた。*Ibid.*, p. 43, para. 10; *United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions, Vienna, 1968 and 1969, Official Records, Documents of the Conference*, op. cit., pp. 114-115, para. 51 (a). See also *United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 1968, Official Records*, op. cit., p. 44, para. 26 (Spain); p. 50, para. 49 (Netherlands), p. 51, para. 66 (Czechoslovakia), p. 55, para. 29 (Bulgaria). See, generally, Heywood Anderson, “1969 Vienna Convention, Article 5,” op. cit., pp. 91-92; Schmalenbach, “Article 5,” op. cit., pp. 100-101.

121) *United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 1968, Official Records*, op. cit., pp. 56-57, para. 34.

122) See, e.g., *ibid.*, p. 44, para. 26 (Spain), p. 52, para. 74 (Argentina), p. 55, para. 15 (Italy).

表2 ICJの主要関連事件と国際機関設立条約に関する後の慣行

ICJ 事件名 (年)	国際 機関	設立条約 (対象規定)	関係決議の 採択状況	採択状況の参照 解釈での考慮	条約法条約の 適用規則
WHO 事件 (1996)	WHO	WHO 憲章 (2条,76条)	多数決 (1回)	参照 考慮せず	通則 (31条)
壁事件 (2004)	国連	国連憲章 (12条)	多数決 (多数)	参照せず 考慮	特則* (5条)
捕鯨事件 (2014)	IWC	捕鯨条約 (8条)	コンセンサス (複数回)	参照 考慮	通則(+特則)* (31条(+5条))*

* ILCはこの部分を「通則(第32条)」と解している。

通則と特則のいずれもが適用され得るが¹²³⁾、そのいずれが適用されるかによって、国際機関の実行の捉え方も異なってくる。先に述べた ICJ の2つの勧告的意見からは、次のようにいうことができる。すなわち、①「特則」を適用した場合には、国際機関の決定や決議が当該機関の手に則って採択されておれば、必ずしも全会一致で採択されていなくても、条約法条約第31条3項(b)が適用されることがあるが、そのためにはそうした実行(国際機関の実行)に一定の繰返しが求められる(壁事件)のに対して、②そうした繰返しが無い場合には、「通則」に従い、設立条約のすべての当事国の合意を確立する決定や決議(当事国の実行)でなければ、第31条3項(b)の適用が認められない(WHO 諮問事件)、ということのように思われる(表2参照)。

このような国際機関の慣行・実行の二重の性格は、「後の合意および後の

123) いかなる場合にいずれの規則が適用されるかについては、例えば当事国の義務にかかる決定と国際機関の任務にかかる決定という形で区別することが合理的であるように思えるが、ICJの判決・勧告的意見に徴する限り、そのような区別は必ずしもなされていない。すなわち、ともに国際機関の任務に関連すると思われる WHO 諮問事件の決議(WHOの勧告的意見諮問決議)と壁事件の決議(総会と安保理の関係)に関して、前者では通則(投票状況を考慮)が、後者では特則(投票状況を考慮せず)が適用されたように思えるからである。なお、条約当事国の義務に関連すると思われる捕鯨事件の決議では基本的に通則(投票状況を考慮)が適用されたように思える。ただし、コンセンサス決議に限ったものではあるが、全会一致でない決議に大きな意味を与えた点は、部分的に特則を適用したものと同じと見ることができる。

慣行に関する結論」やそのコメントリーにおいても繰り返し示唆され、言及されている。すなわち、結論12の第2項は、「[条約法条約] 第31条3項に基づく当事国の後にされた合意および後に生じた慣行又は第32条に基づく当事国の後に生じた慣行は、国際機関の設立文書の適用における当該機関の慣行から生じ、または当該慣行において表示され得る」(傍点引用者)と規定する¹²⁴⁾。また、結論12のコメントリーは、国際機関の総会で会合する加盟国が、総会のメンバーとして行動することを意図しているのか(通常はそうである)、それとも当該機関の設立文書の当事国として独立して行動することを意図しているのかは、時として認定が困難であると述べる¹²⁵⁾。

124) Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice, Conclusion 12, paragraph 2. この点に関連して、結論5(後に生じた慣行としての行為)は、「第31条および第32条の下における後に生じた慣行は、・・・条約の適用についての当事国のいかなる行為からも構成され得る」(第1項。傍点引用者)と規定する一方で、「他の行為は、第31条および第32条の下における慣行を構成しない[が]、・・・条約の当事国の後に生じた慣行を評価する際に関連し得る」(第2項。傍点引用者)と規定している。ただし、結論5のコメントリーによれば、国際機関の慣行との関係で、結論5は国際機関の慣行が条約当事国の慣行の評価に関連し得るかかどうかという問題のみを扱っており、設立文書の適用における国際機関の慣行については、結論12の第3項で扱うとされている。そして結論12第3項は、「設立文書の適用についての国際機関の慣行は、第31条および第32条を適用する際に、当該文書の解釈に寄与し得る」(傍点引用者)と規定する。要するに、「後の合意および後の慣行に関する結論」によれば、条約法条約第31条および第32条にいう「後の慣行」とは条約当事国の慣行をいう(結論5第1項)ものとし、条約当事国の慣行は国際機関の慣行から生じたり、国際機関の慣行においても示されることがある(結論12第2項)ほか、設立文書の適用に関する国際機関の慣行そのものは、設立文書の解釈に寄与し得る(結論12第3項)ものとしているということである。Ibid., Conclusion 5, paragraphs 1, 2; ibid., Conclusion 5, Commentary, para. 13; ibid., Conclusion 12, paragraph 3. See also ibid., Conclusion 4, Commentary, para. 22.

学説においては見解が分かれており、シュヘルメルスとブロッカーは、条約法条約にいう「後の慣行」とは、「当該条約の当事国の慣行であり、国際機関自体の慣行ではない」と述べ、ガーディナーは「関連する慣行とは、通常は義務の名宛人の慣行であろうが、もちろん当該義務や条約規定の性格にもよる」と述べる。Schermer and Blokker, *International Institutional Law*, 6th ed., op. cit., pp. 883-884; Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2nd ed., op. cit., p. 281. ブガは、第31条3項(b)は慣行の主体を特定していないと繰り返し指摘して、そこに国際機関の慣行も含まれることを示唆する。Bugá, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, op. cit., pp. 39, 41.

125) Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice, Conclusion 12, Commentary, para. 13; UN Doc. A/CN.4/683, op. cit., para. 60. See also Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice, Conclusion 12, Commentary, para. 22. 慣習法

いずれにせよ、上記のように見てくるならば、本稿の冒頭で述べた OPCW 特別締約国会議の決定 3 は、それが問題の提起からほどなくして採択され、反対も多数あり（というより辛うじて採択され）、しかも最初の関連決定であったということから、WHO 付託事件における ICJ の勧告的意見の場合と類似した状況にあったということが出来る。しかし、壁事件の場合のように（あるいは内容的にはむしろ国連経費事件の場合のように¹²⁶⁾）、関連の決議が繰り返し採択され、あるいは決定 3 に従った IIT の活動が蓄積されていくなれば、条約法条約第 5 条但書きの特則の適用によって、決定 3 および決定 3 にかかる各種の活動が CWC に適合的であり、OPCW の権限内であると評価される可能性が、その CWC の目的との適合性からしても、高いと思われる¹²⁷⁾。

の成立要件としての国家実行の文脈であるが、マイヤーズは、多くの場合国際機関の実行なのか国家の実行なのかの区別は困難としながらも、国家が決議の投票理由を述べる場合にのみ、国家実行の行為を同定できると述べる。Herman Meijers, “On International Customary Law in the Netherlands,” in Ige F. Dekker and Harry H.G. Post (eds.), *On the Foundations and Sources of International Law* (Asser Press, 2003), pp. 84-85. しかし、投票理由を述べない場合はすべて国際機関の実行だということにはならないであろう。

126) 当該加盟国による受入れを前提とした国際機関の活動にかかる決議であるが、同時に全加盟国の分担金問題にも関係するという意味では、決定 3 とそれに基づく IIT の創設は、国連経費事件に近い事態である。

127) もちろん、その過程で反対がなくなるということになれば、CWC との関係では、第 5 条但書きの特則を適用するまでもなく第 31 条 3 項 (b) の適用によって同様の解釈に至るということもあり得るし、OPCW の権限との関係では、そうした権限行使の黙認ということにもなり得る。Cf. Bertrand G. Ramcharan, “Lacunae in the Law of International Organizations: The Relations between Subsidiary and Parent Organs with Particular Reference to the Commission and Sub-Commission on Human Rights,” in Manfred Nowak, Dorothea Steurer and Hannes Tretter (eds.), *Progress in the Spirit of Human Rights: Festschrift für Felix Ermacora* (N.P. Engel Verlag, 1988), p. 47.

他方、決定 3 に対するロシア等による反対が続く場合にはどうなるのか。国際機関の慣行に依拠する解釈においては、公然かつ直接的な抗議がないこと（黙認）が必要であるとの見解もあるが⁸ (Julian Arato, “Treaty Interpretation and Constitutional Transformation: Informal Change in International Organizations,” *Yale Journal of International Law*, Vol. 38, No. 2 (Summer 2013), p. 327)、そうした反対がある中で諮問された国連経費事件で ICJ が示した意見などからすれば、国際機関の決定や決議の繰返しやそれらに基づく実行の蓄積によって、そうした問題も解消されることになると考えられる。なお、同事件の勧告的意見で反対意見を出したウィニアルスキ

おわりに

本稿では、OPCWの特別締約国会議が2018年6月に採択した決定3は権限踰越の行為ではないかとする議論を出発点として、前稿において行った国際機構法の観点からの黙示的権限論に依拠した検討のみでは、決定3に基づく実践が将来的に蓄積する場合について確定的な結論を得ることができなかったことから、改めて条約法の観点から、条約解釈における後の合意や後の慣行に関する規則を中心に検討を加えた。その際に、いずれも慣習法を反映しているとされる、条約法条約第31条および第32条と、国際機関の設立条約に関する「特則」を認める同条約第5条に依拠した。

条約法条約第31条3項の起草過程、ILCの「後の合意および後の慣行に関する結論」、判例・学説のいずれにおいても、条約の解釈において後の合意や後の慣行が考慮されるためには、それらが「すべての当事国」の合意や「すべての当事国」の合意を確立する慣行であることが必要とされる。しかし決定3は、多数の反対がある中で辛うじて採択されたものであり、「後の慣行」にかかる確立した条約解釈規則からは、それがそうしたものとして扱われることにはならない。

しかし、条約法条約第31条3項の規定も、国際機関の設立条約の解釈においては、条約法条約第5条但書きに定める「特則」の効果として、「すべての当事国」という要件を緩和して適用することが認められると考えられる。そうすると、多数の反対がある中で採択された決定3も、CWCの解釈において第31条3項の「後の慣行」として考慮されうることとなり、その結果、そのCWC適合性が認められることにもなりうるということになる。

もっとも、関連するICJの勧告的意見（WHO諮問事件）によれば、反対

一判事は、若干の国は総会決議の国連憲章適合性を争って総会の決定に従うことを拒否していることを指摘して、決議はそれらの国には有効でないとする可能性を示唆している。*Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, Opinion dissidente de M. Winiarski, Président, *CIJ Recueil* 1962, p. 232.

のある中で採択された決議の場合、とりわけそれまで特段の議論がなされておらず、しかもそれが唯一の決議であるという場合には、(それ以外の要素にもよるが) 権限踰越とされる可能性がある。しかし、壁事件の勧告的意見等が示したように、反対がある中で採択された決定であっても、同様の決定が繰り返し採択され、または当該決定に従った実行が積み重ねられる場合には、それが第31条3項 (b) にいう「後の慣行」として解釈において考慮される可能性が高まるといえよう。

以上のように見てくるならば、決定3は当初の段階ではともかく、いずれ OPCW における実行が蓄積されていくことによって、その CWC 適合性が肯定される方向にあるといえることができるように思われる。

なお、本稿では OPCW 特別締約国会議の決定3をめぐる検討が主目的であったため、条約法条約第5条を、特に条約法条約第31条3項 (b) に定める「後の慣行」との関係を中心に検討した。しかし、第5条但書きは、「後の慣行」との関係でのみの例外許容規定(特則)ではなく、条約法条約全体に対する特則であって、原則として同条約に定める規則全体との関係で意味を持つものである。本稿に間接的に関係するものとして、いわゆる黙示的権限論も、条約解釈の観点からは、第5条但書きの「特則」を根拠に正当化することができるのかも知れない。

また ILC の「後の合意および後の慣行に関する結論」との関係でも一点指摘するならば、同結論は、「締約国会議の枠内で採択される決定」に関する結論(結論11)と「国際機関の設立文書」に関する結論(結論12)とを区別して、両者に異なる規則を定めている。同時に結論11のコメンタリーは、「締約国会議」の中には国際機関の内部機関である締約国会議とそうでない締約国会議があると述べるだけでなく、両者の区別が困難なボーダーライン・ケースが存在するとも述べている¹²⁸⁾。国際機関の締約国会議とそうでない締

128) Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice, Conclusion 11, Commentary, para. 2.

約国会議の区別（それは条約法条約に沿ったものであるが）は、条約法条約第5条但書きの特則が適用されるかされないかにも直結するのであり、しかも本稿でも検討したように、その区別は大きな差となって表われることがある¹²⁹⁾。だとすれば、国際機関の締約国会議とそうでない締約国会議を、後の合意や後の慣行の観点から区別して扱うことが合理的であるかについて、改めて検討してみることも必要ではないかと思われる。

（付記）本稿は、科学研究費補助金・基盤研究（A）（課題番号21H04384、研究代表者・浅田正彦）の研究成果の一部である。

129) この点に関連して、条約法条約第5条は、包括的で自動的に疑問の余地のない例外を認めているため、条約法条約の規則を逃れようとする国は、国際機関を設立するだけで希望を叶えることができるとする、条約法会議におけるアメリカの発言が想起される。もっともこれに対しては、諸国はその内部関係においていつでも自由に（任意規範である）条約法条約の規定の修正や離脱に合意できるとするスウェーデンの反論がある。*United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 1968, Official Records*, op. cit., p. 43, para. 15 (US), p. 45, para. 36 (Sweden). See also Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., p. 118.