

人権条約の発展的解釈における コンセンサスの役割（2・完）

——人権の実効的保障・意思主義・補完性原則の交錯——

吉 田 曉 永

はじめに

第1章 欧州人権裁判所におけるコンセンサス

第1節 コンセンサスの位置付け

- (1) コンセンサスの占める主要な位置付け
- (2) コンセンサスと権利の重要性
- (3) コンセンサスと国内手続

第2節 コンセンサスの認定方法

- (1) コンセンサスを認定する範囲—当事国への限定—
- (2) 認定されるコンセンサスの内実

第3節 小 括

第2章 米州人権裁判所におけるコンセンサス

第1節 コンセンサスの位置付け

- (1) コンセンサスと評価の余地・発展的解釈の関係
- (2) コンセンサスと権利の重要性
- (3) コンセンサスと国内手続

第2節 コンセンサスの認定方法

- (1) コンセンサスを認定する範囲—国際社会への拡張—（以上、71巻2号）
- (2) 認定されるコンセンサスの内実（以下、72巻1号）

第3節 小 括

第3章 自由権規約委員会におけるコンセンサス

第1節 コンセンサスの位置付け

- (1) コンセンサスと評価の余地・発展的解釈の関係

(2) コンセンサスと国内手続

第2節 コンセンサスの認定方法

(1) コンセンサスを認定する範囲

(2) 認定されるコンセンサスの内実

第3節 小括

第4章 コンセンサスにおける当事国意思の相対化

第1節 後に生じた慣行

(1) 条約法条約31条3項(b)における後に生じた慣行

(2) 条約法条約32条における後に生じた慣行

第2節 国際法の関連規則

(1) 「当事国の間の関係において適用される」の意味

(2) 「国際法の関連規則」の意味

おわりに

(2) 認定されるコンセンサスの内実

裁判所は、どのような内実を持ったコンセンサスを認定するのか。環境活動家の射殺につき当局が十分に調査を行わなかったことが問題となった、カワス＝フェルナンデス対ホンジュラス事件判決(2009年)において、裁判所は、欧州人権裁判所の判決や米州機構総会、国連総会の決議等だけでなく、当事国の国内法、特に12か国の憲法を証拠として、相当数の(a considerable number of)当事国が健康的な環境に対する権利を明示的に認めていると述べ、条約16条との関連で、環境保護活動と人権保障との間の関係を示した。⁽¹⁵¹⁾ 軍事政権下における人権侵害に関する恩赦法が問題となった、ゴメス・ルンド他対ブラジル事件判決(2010年)においても、裁判所は、国連文書や国際刑事法廷の判決等だけでなく、アルゼンチンやチリ、ペルー、ウルグアイ、コロンビアの国内判決を証拠として、重大な人権侵害との関連で恩赦法が国際法に違反することを確認した。⁽¹⁵²⁾ このようにして、米州人権裁判所は、当事国の実践を参照するが、欧州人権裁判所とは異なり、コンセンサスを認定する範囲を当事国間に設定していないため、条約当事国の立場が

どれほど収斂しているかには注意していないことが特徴的である。

また、裁判所も、国際組織の決議や専門家機関の文書を参照する際に、それらが法的拘束力を有さないことを問題としない。前述のクロード＝レイジェス他事件判決において、裁判所は、世界人権宣言や米州機構総会の諸決議を参照した⁽¹⁵³⁾が、いずれも法的拘束力を有さない文書である。また、米州機構憲章59条によ⁽¹⁵⁴⁾って、米州機構総会の決定は過半数で採択されるため、米州機構総会決議が当事国意思を十分に反映しているとも言えない。

米州人権裁判所も、欧州人権裁判所と同様に、被告国が批准していない条約を参照している。出生証明書の発行の拒否が問題となった、イアンおよびボンコ対ドミニカ共和国事件判決（2005年）において、裁判所は、条約20条に規定される国籍を持つ権利を解釈する際に、ドミニカ共和国が批准⁽¹⁵⁵⁾していない無国籍の削減に関する条約を参照した。

このように、米州人権裁判所は、欧州人権裁判所よりコンセンサスが収斂する程度を全体として低く設定しているように思われる。つまり、欧州人権裁判所は原則として一定の多数の当事国の国内法をコンセンサスのために必要とする一方で、米州人権裁判所は数に関係なく当事国の実践を参照する。また米州機構総会決議は過半数により採択されるため、全会一致で採択される欧州評議会閣僚委員会の勧告と比較して、当事国意思を反映する程度が低い。他方で、両裁判所は、被告国が批准していない国際条約を参照する点では一致していると言えよう。

第3節 小括

米州人権裁判所は、欧州人権裁判所とは異なり、評価の余地理論を一貫した先例法理として採用しておらず、また当事国に与えられる裁量の幅を決定する際も、コンセンサスの存否に言及することはほとんどない。むしろ、米州人権裁判所は、発展的解釈の根拠としてコンセンサスに頻繁に言及する。また、性的少数者に対する差別の深刻さから、当事国間のコンセンサスの不

存在を問題しないことがあり、また、コンセンサスに反する被告国の措置が民主的に支持されていたとしても、そのことを考慮に入れない。すなわち、米州人権裁判所は、欧州人権裁判所とは異なり、意思主義や補完性原則に対して人権の実効的保障を常に強調する態度を打ち出していると言えよう。

また、欧州人権裁判所が当事国間に範囲を限定してコンセンサスを認定するのに対し、米州人権裁判所は、国際社会に存在するコンセンサスを認定していることも明らかになった。この認定方法において、当事国間のコンセンサスは国際社会のコンセンサスを補完するのみである。また、認定されるコンセンサスの内実についても、米州人権裁判所は、当事国の国内法や国内判決がどの程度存在するかに注目しない点も特徴的である。つまり、ここにおいても、人権の実効的保障の要請が当事国意思の尊重という意思主義に対して優先され、裁判所がコンセンサスを運用するに当たって人権の実効的保障を徹底させていると指摘できよう。こうした背景には、米州人権条約の発展的解釈が条約29条(b)に規定されるプロ・ホミネ原則の帰結であるという裁判所の前提となる発想がある。カンサード・トリンダーズ判事は、ある勸告的意見に付した同意意見において、より一般的に、意思主義に代表される国家中心主義から人間中心主義への移行を次のように論じる。

「普遍的人権の承認による影響の下で、国際法がここ半世紀で経験した大規模な変革は、広く知られ認められている。諸権利の主体であることに對する国家による古くからの独占および、法規範の究極的な名宛人である人間を国際法秩序から排除し墮落した過剰な法実証主義はもはや維持できない。人間は国内法だけでなく国際法上の主体から不当に排除され、それは過去数十年継続されてきた残虐行為に証明される悲惨な結果を伴っていたが、〔その人間〕にそうした主体としての中心的な地位を回復させる必要性は昨今認められている。〔残虐行為といった悲惨な結果〕の全てが、国家権威主義への典型的な従属における法実証主義の節操の無さにより発

生したのである。

現代の国際社会（contemporary international life）の動態は、国際関係が国家自身の自由意思のみに由来する諸規則によって規律されるという伝統的な理解を認めない（disauthorize）ようにしている。〔…〕実際に、諸国家と国際組織の現代的実践それ自体は、長年に亘って、国際法規範の形成が各国家の自由意思のみから生じるという、既に遠い過去に特有の考えに対する支持を撤回してきた。」

しかし、ニューマンが指摘するように、こうした裁判所の態度が、条約当事国からの正統性や人権条約制度自体の実効性を損なわせ得ることには十分に留意しておくべきである。⁽¹⁵⁸⁾

第3章 自由権規約委員会におけるコンセンサス

これまで、欧州人権裁判所や米州人権裁判所という地域的人権裁判所について検討してきたが、本章では、普遍的な人権条約機関である自由権規約委員会（以下、本章では委員会とする）の解釈実践を検討し、委員会におけるコンセンサスの役割を明らかにする。なお、委員会は個人通報事例において示される見解だけでなく、一般的意見においても自由権規約（以下、本章では規約とする）の解釈を示しているため、見解と一般的意見を検討対象とする。

第1節 コンセンサスの位置付け

（1）コンセンサスと評価の余地・発展的解釈の関係

前章で扱った米州人権裁判所と同様に、委員会も、評価の余地理論を採用しているか明らかでない。まず、委員会は、初期の見解において「評価の余地」に類する表現を用いていた。ヘルツベルク他対フィンランド事件見解（1982年）において、委員会は、同性愛に関する放送に対する検閲が規約19

条3項で許される公衆の道徳の保護に基づく制限であるかを検討した。その際、委員会は、「〔…〕公衆の道徳が大いに異なることは留意されなければならない。普遍的に適用可能な共通基準は存在しない。したがって、この点について、ある程度の裁量の余地 (a certain margin of discretion) が責任を負う国内当局に与えられなければならない」と述べ、当該検閲が同条で許される制限であり規約19条2項違反は存在しないと判断した。⁽¹⁵⁹⁾

この見解が、評価の余地に類する表現を使用した唯一の事例であるが、⁽¹⁶⁰⁾その後、委員会は評価の余地理論を明示的に否定することになる。少数民族が居住する土地における採石の許可が問題となった、ランズマン他対フィンランド事件見解(1994年)において、委員会は、「国家は当然、企業による開発を奨励したり経済活動を許可したりすることを望んで構わない。国家がそのようにする自由の範囲は、評価の余地 (margin of appreciation) ではなく〔規約〕27条で負う義務を参照することで判断されなければならない」と述べた。⁽¹⁶¹⁾また、委員会は、意見および表現の自由に関する一般的意見34号においてもこの態度を維持し、「評価の余地」という表現の使用を明示的に否定してきたとされる。⁽¹⁶²⁾しかし、シャニが指摘するように、委員会が当事国に事実上の裁量を与える場合があり、次に、そうした場合において、コンセンサスにどのような位置付けを与えているのかを検討する。⁽¹⁶³⁾

まず、当事国間の実践にばらつきがあることから、当事国に裁量を与えて規約違反を認定しなかった事例がある。ホロコーストを否定する表現を犯罪とする「ゲゾ法」が問題となった、フォリソン対フランス事件見解(1996年)において、委員会は、当該法律に類似した立法の導入を支持する国家も反対する国家もあることに留意し、通報者に刑事罰を科したフランスの国内判決を詳細に検討することなく、規約19条3項違反を否定した。⁽¹⁶⁴⁾また、同性婚の可否が問題となった、ジョスリン他対ニュージーランド事件見解(2002年)において、ニュージーランドは、「〔…〕いかなる当事国も同性婚を認めず、また規約が同性婚を認めることを要求しているとも理解しておら

ず、したがって留保も付していない」と主張した⁽¹⁶⁶⁾。そして、委員会は、この主張を認め、規約23条2項が「すべての者 (everyone)」等ではなく、「男女 (men and women)」という表現を用いていることを指摘し、規約23条1項等の違反を否定したのであった⁽¹⁶⁷⁾。さらに、年齢を理由とした再雇用拒否が問題となった、ラブ他対オーストラリア事件見解 (2003年) において、委員会は、国際労働機関の諸条約が定年につき何ら規制していないこと、また60歳を定年とする国内的・国際的実践を考慮し、規約26条違反を否定した⁽¹⁶⁸⁾。

しかし、委員会が見解において当事国間の実践のばらつきに言及しておきながら、それを重視しなかった事例もある。アウメルディ＝チフラ他19名のモーリシャス人女性対モーリシャス事件見解 (1981年) において、委員会は、モーリシャス人女性と結婚した外国人男性に十分な居住許可を与えない国内法がモーリシャス女性に対する差別であるかを検討し、家族に与えられる法的保護が国ごとに変化し、社会的状況等に左右され得ることを認めつつ、規約26条が法の前の平等を保障していることを強調し、同条の違反を認定した⁽¹⁶⁹⁾。

こうして、委員会が当事国に与える裁量の検討においてコンセンサスの存否に与える位置付けは曖昧である。しかし、シャニによれば、以上で検討したような、委員会がコンセンサスの不存在を理由に当事国に裁量を与える見解は例外的である。なぜなら、地域的人権条約、特に欧州人権条約とは異なり、173か国もの規約当事国は非常に多様であり、委員会が実際に当事国間にコンセンサスが成立しているかに配慮すると、規約上の権利を希薄にしかねないからである⁽¹⁷⁰⁾。つまり、委員会が当事国間の差異を認識して当事国に裁量を与えることは決してないわけではないが、原則として人権の実効的保障を優先して、コンセンサスの不存在に注目せずに規約を解釈していると言えよう。

他方で、委員会は、当事国間のコンセンサスを根拠に発展的解釈を行う態度を確立してきた⁽¹⁷¹⁾。死刑廃止国から死刑存置国に死刑囚を送還することが問

題となった、ジャッジ対カナダ事件見解(2002年)において、委員会は、ほとんど同一の論点を扱ったキンドラー対カナダ事件見解(1993年)で死刑廃止国から死刑存置国への送還自体を規約6条違反とは判断しなかったことを想起しつつ、この先例を次のように変更する。⁽¹⁷²⁾

「委員会が先例の一貫性と統一性の両方を確保すべきことを認識しつつ、主張されるところの違反が最も重要な権利—生命権—に関連し、特に提起される問題に関する国際的な意見において注目すべき事実に法的な発展および変化があった場合等で、規約で保障される権利の適用範囲の再検討が求められる例外的状況があり得ることに留意する。委員会は、〔…〕死刑の廃止を支持する拡大しつつある国際的なコンセンサスと死刑を存置している国家において死刑を実施しないという拡大しつつあるコンセンサスがあることに注意する。〔…〕委員会は、規約が生ける文書として解釈されるべきであり、そこで保障される権利が文脈において、そして今日の状況に照らして適用されるべきであると考え。」

そして、委員会は、死刑廃止国は規約6条上、死刑が適用される現実の可能性に個人を晒さない義務を負うと判断した。⁽¹⁷³⁾ 同旨の判断は、ユンおよびチェ対韓国事件見解(2006年)にも見られる。本見解において、委員会は、良心的兵役拒否を認めない制度が規約18条1項違反であるという通報者の主張を検討し、兵役義務を設けている多くの規約当事国が兵役義務に代わる選択肢を導入してきたことに留意し、韓国が本件における権利の制限が必要であることを示していないと判断した。⁽¹⁷⁴⁾

(2) コンセンサスと国内手続

委員会は、当事国の民主的な国内手続で決定された措置に直面することがある。欧州人権裁判所のA、BおよびC事件判決と同じく、きわめて制限的な状況でしか国内での中絶を認めない国内法が問題となった、ミレー対アイ

ルランド事件見解（2016年）で、委員会は、同裁判所の判決とは対照的に、国内世論を全く尊重しなかった。アイルランドは、問題の憲法規定が国民の深い道徳的選択を象徴すること、そして欧州人権裁判所が条約違反を認定しなかったことを主張したが、委員会は、「特定の行為もしくは行動が国内法上合法であることは、それが規約7条に違反し得ないことを意味するわけではない。当事国は、既存の立法枠組により、通報者を激しい身体的・精神的苦痛という状態に服させた」と述べ、条約法条約27条の論理に従って、規約7条等の違反を認定したのである。⁽¹⁷⁵⁾ また、クロウミ対アルジェリア事件見解（2014年）においては、内戦下における強制失踪に対する不十分な調査や処罰が問題となり、アルジェリアは強制失踪に対して調査や処罰を行わないことが、国民投票によって支持された平和と国民和解のための憲章（The Charter for Peace and National Reconciliation）に基づくことを強調した。⁽¹⁷⁶⁾ しかし、委員会は、アルジェリアが規約の規定に依拠する人々や委員会に通報を提出した人々に対して、同憲章の諸規定を援用してはならないと述べ、規約6条等の違反を認定したのである。⁽¹⁷⁷⁾

他方で、委員会が当事国の国内議会の判断を尊重した事例もある。公務に携わる権利に対する制限が問題となった、スタラ・コスタ対ウルグアイ事件見解（1987年）において、通報者は軍事政権により政治的理由で公務員を解雇された人々のみに公務に携わる機会をより多く与える立法が差別的であると主張したが、委員会は、新しく樹立された民主的政府が当該立法を通じて軍事政権下における不当な解雇に対して救済措置をとったとして、規約25条(c)違反を否定した。⁽¹⁷⁸⁾ 本見解は、確かに国内議会の選択を尊重し、ある種の評価の余地を与えているように見えるが、委員会が国内議会の選択を尊重したのは、その選択が民主的だからというよりも、「政治的理由で解雇された公務員が規約2条3項(a)で受けられる救済措置の実施」だからであった。⁽¹⁸⁰⁾ つまり、本見解において、補完性原則と人権の実効的保障は交錯しておらず、補完性原則でなく人権の実効的保障の要請から国内議会の判断が尊重

されたと評価されるべきである。

こうして見ると、委員会は、国民投票等の民主的な国内手続で決定された措置であっても、それを尊重するのではなく、規約に照らして自ら検討する傾向にあり、補完性原則に対して慎重な態度を示していると言える。この背景には、規約当事国の中には非民主的な国家も存在するため、委員会が国内手続における判断を尊重する態度を強く打ち出してしまうと、当事国に対する監視が十分に機能しなくなるという懸念があると思われる⁽¹⁸¹⁾。

第2節 コンセンサスの認定方法

(1) コンセンサスを認定する範囲

規約は、前章までに検討した地域的人権条約とは異なり、国連加盟国を念頭に置いた普遍的な人権条約である。実際に、規約の前文は、「人権及び自由の普遍的な尊重及び遵守を助長すべき義務を国際連合憲章に基づき諸国が負っていることを考慮し（強調筆者）」と規定することで規約の普遍性を強調し、地域性には一切言及していない。そのため、委員会がコンセンサスを認定する範囲は、当然、国際社会となり、また普遍的に存在する規約当事国の意思を尊重しようとするれば、規約解釈において地域性を排除することになるはずである。

まず、委員会は、規約当事国の実践を参照してコンセンサスを認定することがある。前述のユンおよびチェ事件見解において、委員会は、兵役義務を設けている規約当事国が兵役義務に代わる選択肢を導入してきたことに言及して、コンセンサスを認定した⁽¹⁸²⁾。

また、委員会は、国連総会といった普遍的な国際組織の決議を参照する。サーミ議会議員の選出方法が問題となった、サニラ=アイキオ対フィンランド事件見解(2018年)において、委員会は、国連先住民権利宣言33条において先住民族がその構成員を決定する権利を有することを想起し、同宣言に照らして規約27条上の少数民族の権利を解釈して、規約25条単独そして同条と

合わせ読んだ27条の違反を認定した⁽¹⁸³⁾。その他、委員会が国連被拘禁者処遇最低基準規則に沿って規約7条や10条1項を解釈した事例や、強制失踪に関する宣言を考慮して強制失踪を性格付けた事例もある⁽¹⁸⁴⁾⁽¹⁸⁵⁾。

委員会は、国連の他の人権条約機関の一般的意見等を参照することもあ⁽¹⁸⁶⁾る。犯罪を行った年少者に対するDNAサンプルの採取が問題となった、NK対オランダ事件見解（2017年）において、委員会は、児童の権利委員会の一⁽¹⁸⁷⁾般的意見10号に言及して、児童が成人とは肉体的・精神的な発達や感情的・精神的な要求という点で異なり、少年司法においては児童の最善の利益が主として考慮されなければならないと述べ、規約17条を解釈した。

また、近年、委員会は、一般的意見において他の人権条約機関の一般的意見等を参照することが多くなっている。例えば、身体⁽¹⁸⁸⁾の自由と安全に関する一般的意見35号において、委員会は、自らの先例を集約するだけでなく、児童の権利委員会や拷問禁止委員会の一⁽¹⁸⁹⁾般的意見を随所で参照しており、また、生命権に関する一般的意見36号においても、児童の権利委員会や社会権規約委員会の一⁽¹⁸⁹⁾般的意見、そして女性差別撤廃委員会の一⁽¹⁸⁹⁾般的勧告や見解を参照している。

こうした、国連の他の人権条約機関の文書への参照は、必ずしも規約当事国が他の普遍的人権条約の当事国であるとは限らないため、ある規約当事国にとって、自身が加入していない人権条約の条約機関の文書を委員会が参照することは、その規約当事国の意思に反した解釈を生み出すことに他ならない⁽¹⁹⁰⁾。しかし、国連の他の人権条約は、当事国が約60か国に留まる移動労働者権利条約や強制失踪条約を除き、いずれも当事国が170か国を超えるため、実務的には、国連の他の人権条約に加入していない規約当事国の意思に反することは少ないと思われる。

むしろ、規約当事国の意思との関係で問題となるのは、委員会が、規約の普遍的性質にもかかわらず、地域的人権裁判所の判決や地域的な専門家機関の文書に反映される人権基準を参照することであろう。受刑者からの投

票権の剥奪が問題となった、エウドキモフおよびレザノフ対ロシア事件見解(2011年)において、委員会は、投票権は絶対的権利でないとする一般的意思見25号を参照し、「ある犯罪に対する有罪判決が投票権を停止する根拠である場合、その停止期間は犯罪と刑罰に比例すべき」ことを確認した。⁽¹⁹¹⁾しかし、その上で、委員会は、次のように述べる。⁽¹⁹²⁾

「[...] 委員会はまた、ハースト対英国〔第二〕事件の欧州人権裁判所の判決を認識しており、そこで、同裁判所は比例性原則により、制裁と関係の個人の行動や状況との間の十分な連関が求められることを確認した。」

そして、委員会は、規約25条等の違反を認定したのであった。⁽¹⁹³⁾また、近年、委員会は、一般的意思見において、地域的な人権基準を参照することも多くなっている。例えば、一般的意思見36号は、欧州人権裁判所や米州人権裁判所の判決、アフリカ人権委員会のガイドラインや一般的意思見、決定を参照⁽¹⁹⁴⁾し、平和的な集会の権利に関する一般的意思見37号も、欧州人権裁判所や米州人権裁判所の判決、米州人権委員会の特別報告者の報告書、アフリカ人権委員会のガイドラインや一般的意思見、決定、そして欧州安全保障協力機構民主制度人権事務所とヴェニス委員会が共同で作成したガイドラインを随所で参照⁽¹⁹⁵⁾している。

確かに、こうした一般的意思見は、地域的な人権基準を参照しているが、特定の地域に偏ることなく、様々な地域の人権基準を参照することで普遍性を確保することを試みている。しかし、当事国を普遍的に有する委員会が地域的な人権基準を参照することは、解釈される権利がほとんど同一であるにしろ、特定の地域において生じた人権基準にその他の地域に属する規約当事国を服させることになる。そのため、委員会は、一般的意思見35号までは、地域的な人権基準に依拠することに慎重であり、一部の委員からの批判もあった。⁽¹⁹⁶⁾また、一般的に、委員会が見解で地域的人権裁判所の判決を明示的に参

照することは少ないとされる。⁽¹⁹⁷⁾

しかし、一般的意見において地域的な人権基準が参照されることが近年多くなっている背景には、そもそも、一般的意見が、「法分析機能（legal analytical function）」、つまり抽象的に規定される規約上の権利を解釈することで人権基準を規約当事国に客観的に提示する機能を有することがあると思われる。⁽¹⁹⁸⁾ すなわち、委員会は、この機能を重視し、見解や総括所見といった自身の先例だけでなく、地域的な人権基準を積極的に参照することで、自身の先例が扱っていない問題についても、より一層客観的な規約解釈を提示しているのである。こうして、委員会は、当事国による解釈の余地を許さず、結果的に規約上の権利の実効的保障を実現しようとしていると考えられるのである。

このようにして、委員会が地域的な人権基準を参照する際に、一方では規約当事国の意思の尊重と、もう一方では規約解釈の客観性確保という二つの要請の交錯に直面し、基本的には前者を優先し地域的な人権基準を参照することを控えてきたが、近年の一般的意見においては後者を優先しているため、委員会の態度は転換期を迎えていると言えるだろう。

他方で、委員会は、同一の論点につき既に示された地域的な人権基準と異なる見解を示す場合もある。⁽¹⁹⁹⁾ 例えば、イエーカー対フランス事件見解（2018年）においては、公共の場におけるイスラム教徒の女性によるヴェールの着用が問題となったが、フランスはほとんど同様の事実について判断された欧州人権裁判所のSAS事件判決に言及して主張を展開した。⁽²⁰⁰⁾ しかし、委員会は「〔…〕法律によって定められ、正当な目的を追求する制限がその目的を達成するのに必要で、比例し、そして非差別的であるかを判断するのは委員会の責任である」と述べ、同判決に言及することなく、規約18条違反を認定したのであった。⁽²⁰¹⁾

普遍的な人権条約機関である委員会は、普遍的人権条約と地域的人権条約で構成される国際人権法という規範体系の断片化を防ぐという点では、既に

示された地域的な人権基準があればそれを積極的に参照すべきであるとも考えられる⁽²⁰²⁾。しかし、委員会がイエーカー事件判決を考慮しなかった理由としては、自身の先例との一貫性の問題が考えられる。つまり、欧州人権裁判所は、SAS 事件判決においてフランスに広い評価の余地を与えているが、前述のように、委員会は評価の余地理論を採用していないため、同判決を参照しなかった⁽²⁰³⁾のである。他方で、エヴドキモフおよびレザノフ事件見解で参照されたハースト第二事件判決は、受刑者からの投票権の剥奪を条約違反としたものであり、委員会がこれを踏まえても、自身の先例の一貫性が害されることはなかった。以上から、委員会は、地域的人権基準を参照する際、評価の余地を採用しないこと等、自身の先例を害さないことを前提として、自身が適切と考える結論を支持する他の機関の判断を選択的に参照している⁽²⁰⁴⁾と言える。

最後に、委員会は、普遍的な国際条約を参照することもある。年少者に対する終身刑が問題となった、ブレッシントンおよびエリオット対オーストラリア事件見解(2014年)において、委員会は、児童の権利条約37条(a)が児童に対する死刑や釈放の可能性がない終身刑を科すことを禁止していることを指摘し、次のように述べて、同条を考慮に入れる⁽²⁰⁵⁾。

「委員会の主な役割は規約の実施を監視することであるが、委員会は、本件における規約解釈を伝える有益な法源として、当事国を含めほとんど普遍的に批准もしくは加入されている条約に含まれる〔児童の権利条約37条(a)〕を考慮する。」

そして、委員会は、通報者が長期間仮釈放の認められない終身刑を科されたという事実に注目して、規約7条や10条3項、24条違反を認定した⁽²⁰⁶⁾。

(2) 認定されるコンセンサスの内実

委員会が規約当事国の実践を参照する際の特徴は、米州人権裁判所と同じ

く、特定の実践に関与している当事国の数に関係なく、その実践を参照する態度であらう。⁽²⁰⁷⁾ 前述のジャッジ対カナダ事件見解において、委員会は、死刑を廃止するもしくは存置しつつも実施しないという当事国の実践からコンセンサスを認定したが、⁽²⁰⁸⁾ 実際に当事国のうち何か国がこのコンセンサスに関与しているかを一切示していない。

こうした、数に関係なく当事国の実践からコンセンサスがあると判断する委員会の態度は、一部の委員からの異論を招いている。死刑廃止後の再導入が問題となった、ララニャーガ対フィリピン事件見解（2006年）において、委員会は、規約14条に反する不公正な裁判を通じて科される死刑は同規約7条に違反すると判断した。⁽²⁰⁹⁾ しかし、ウェッジウッド委員は、多数意見の判断が欧州人権裁判所のオジャラン対トルコ事件判決（2005年）に依拠していることを指摘し、同判決の根拠は死刑を廃止する欧州社会のコンセンサスに置かれているが、規約当事国に目を向けると、死刑の廃止に関する第2選択議定書を批准しているのはわずか57か国に留まり、「[...] 規約自体を遵守している156か国の当事国と6か国の署名国の中で少数である」と述べ、多数意見が「[...] 条約文を顧みずに主権国家の同意を無視する理由を示していない」と批判した。⁽²¹⁰⁾

しかし、規約は現在173か国もの当事国を抱えているため、コンセンサスが成立するために、委員会がどの程度の当事国が関与していなければならないのかを設定するとすると、数々の難題が降りかかってくる。例えば、規約当事国を地域別に見ると、アジア39か国（約22%）、ヨーロッパ43か国（約24%）、アフリカ52か国（約30%）、南米30か国（約17%）、オセアニア7か国（約4%）、北米2か国（約1%）となっており、この割合を踏まえると、特定の地域を含めずとも過半数を超えてしまい、特定の地域の実践を全く抜きにしたコンセンサスを根拠に規約解釈を行うことは規約の普遍性に反する。結局、当事国の多様性の問題が常に付きまとうため、⁽²¹¹⁾ 委員会は、人権の実効的保障を実現するために、当事国の実践を選択的に参照しているので

⁽²¹²⁾
ある。

また、地域的人権裁判所と同様に、委員会は、法的拘束力の有無にかかわらず、国際組織の決議等を参照すると言えよう。特に、一般的意見36号は、法的拘束力を有さない人間環境宣言と環境と開発に関するリオ宣言等に照らして規約6条を解釈し、「生命、特に尊厳をもった生命に対する権利を尊重しおよび確保する義務の実施は、とりわけ環境を保全し、公的・私的アクターによって生じる損害、汚染、そして気候変動から環境を保護するために当事国によってとられた措置に依拠する」と述べる。⁽²¹³⁾

さらに、委員会は、自身を含め国連の人権条約機関の一般的意見を参照するが、その一般的意見が当事国に支持されているかに言及することはない。例えば、前述の通り、一般的意見36号は環境損害等が生命権に影響を与えることを述べているが、この内容は規約6条の行き過ぎた解釈であると、オーストラリアやカナダ、オランダ、英国、米国等が草案段階で批判していた。しかし、環境難民の強制送還が問題となった、ティティオタ対ニュージーランド事件見解(2019年)においては、委員会は、規約6条違反こそ認定しなかったものの、一般的意見36号を参照して、環境の悪化等が、生命権を享受する現在および将来の世代に対する最も切迫し深刻な脅威の一部となると述べ、特に「特定の場所において、必要最低限の生活手段の代替手段が欠如することは、気候変動の悪影響に対する脆弱性の高い可能性に個人を晒し得る」とまで明言したのである。⁽²¹⁴⁾この見解において、委員会は、ニュージーランドが主張しなかったからか、一部当事国から寄せられた批判には触れずに、一般的意見を引用するのみであった。

最後に、委員会は、地域的人権裁判所と同じく、被告国が批准していない国際条約であっても参照する。強制失踪に関する見解において、委員会は国際刑事裁判所規程7条2項(i)に規定される強制失踪の定義を参照することがあるが、⁽²¹⁵⁾国際刑事裁判所規程の非当事国であるスリランカとアルジェリアが被告国となっている見解においても、同条を参照している。⁽²¹⁶⁾確かに、同

条が慣習国際法上の強制失踪の定義を反映しているとも考えられるが、特に同条は、強制失踪条約2条の規定する国際人権法上の定義に、「行為が法律の保護の下から人を排除する意図をもって行われなければならない」、「長期間」、「政治的組織」という要件を追加しており、定義が国際人権法と国際刑事法で異なると指摘され、⁽²¹⁷⁾慣習国際法上の定義を反映しているとは言えない。⁽²¹⁸⁾そのため、委員会も、被告国が批准しているかに関係なく国際条約を参照すると言える。

第3節 小括

以上の検討から、まず、委員会は、コンセンサスの位置付けにつき、評価の余地理論を一貫した先例法理として採用しないこと、またコンセンサスの不存在を根拠とした当事国の裁量の拡大を認めないことで、人権の実効的保障を実現させていると言えよう。また、委員会は民主的に決定された措置であることを理由に当事国の措置を尊重することは少なく、補完性原則に対して人権の実効的保障を重視する傾向を示している。

次に、委員会によるコンセンサスの認定において特徴的なのは、規約それ自体が国際社会を範囲としておきながら、地域的な人権基準が参照されるようになってきていることである。この特徴は、近年の一般的意見において顕著であるが、規約当事国の意思に関係なく、一部地域の人権基準を持ち込むことで、抽象的に規定される規約上の権利の客観化がより一層図られていると言えよう。

そして、認定されるコンセンサスの内実において特徴的なのは、委員会が当事国の実践を選択的に参照することで、規約当事国の多様性を原因とした権利の希薄化を防ぎ、人権の実効的保障を確保していることである。また、当事国の支持の有無に関係なく、自身を含めた国連の人権条約機関の一般的意見等を頻繁に参照することも特徴的である。

このようにして、委員会は、当事国の多様性という問題に直面しながら、

人権の実効的保障を普遍的に達成しなければならない。⁽²²⁰⁾この状況において、委員会は、一般的意見を用いることで当事国意思を介すことなく規約解釈を客観的に示すことができ、一般的意見は、安藤仁介の表現を借りれば、「準立法性格 (quasi-legislative character)」を持つ文書として、⁽²²¹⁾委員会の活動にとって重要な役割を果たしているのである。

第4章 コンセンサスにおける当事国意思の相対化

前章までの検討から、人権裁判所や条約機関は、多数の当事国の実践や国際組織の決議、専門家機関の文書、国際条約を証拠としてコンセンサスを認定することが明らかになった。しかし、こうした証拠への依拠は、条約法条約に規定される一般国際法上の条約解釈規則の下で、特に「後に生じた慣行」や「国際法の関連規則」として正当化されるのだろうか。確かに、人権裁判所や条約機関が人権の実効的保障に基づいて発展的解釈を行っているとするれば、当事国共通意思の探求を目的とした条約解釈規則をそのまま適用しているとは考えられない。しかし、既に指摘したように、人権裁判所や条約機関は、条約法条約上の条約解釈規則に従って各々の人権条約を解釈すると述べており、条約解釈規則が人権条約にも適用されるという個別意見や学説も見られる。⁽²²²⁾そのため、本章は、人権裁判所や条約機関によるコンセンサスの認定方法と「後に生じた慣行」および「国際法の関連規則」を精確に比較することで、人権の実効的保障と意思主義の交錯がコンセンサスの認定方法に与える影響について考察する。

なお、人権条約解釈に当たって参照される国際組織の決議につき、そうした決議が、解釈される条約の締約国会議の決定である場合、条約法条約31条3項 (b) における「後に生じた慣行」になり得る。⁽²²³⁾しかし、各種人権条約には、それぞれの人権条約を見直し実施する締約国会議は存在しない。そのため、本稿は、人権裁判所や条約機関による国際組織の決議の参照を「後に生じた慣行」ではなく「国際法の関連規則」としてのみ検討する。

第1節 後に生じた慣行

（1）条約法条約31条3項（b）における後に生じた慣行

条約法条約31条3項（b）は、「条約の適用につき後に生じた慣行であつて、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの」を考慮することを規定するが、⁽²²⁴⁾ 実のところ、人権裁判所や条約機関が当事国の実践からコンセンサスを認定する際、それが「後に生じた慣行」であるのかを明らかにしていない。欧州人権裁判所は、発展的解釈を行う際に条約法条約31条3項（b）に言及する場合と、同条に言及しない場合があり、⁽²²⁵⁾ 何らかの区別を行っているように見えるが、その区別は決して説明されない。米州人権裁判所は、⁽²²⁶⁾ 発展的解釈が条約法条約31条3項（b）に基づくとして述べているが、同条に関する詳細な検討を行わない。そのため、以下では、同条の一般的な理解と人権裁判所や条約機関によるコンセンサスの認定方法を比較することで議論を進める。

そもそも、「後に生じた慣行」は、同意原則に基づく「条約の意味に関する当事国の理解の客観的証拠（objective evidence of the understanding of the parties as to the meaning of the treaty）」であり、また「解釈の真正な手段（authentic means of interpretation）」⁽²²⁷⁾ であるために、解釈手段の一つとして挙げられている。そして、後に生じた慣行は「合意」という意思主義に基づくため、⁽²²⁸⁾ ある行為が「後に生じた慣行」となるために、次のような厳格な要件を満たさなければならない。

まず、条約法条約31条3項（b）の文言上明らかな要件は、ある行為が「条約の適用につき」行われていなければならないことであり、この要件により、⁽²²⁹⁾ 解釈される条約の適用として行われていない行為や、⁽²³⁰⁾ 条約の明白な悪用（manifest misapplication of a treaty）が排除される。

実際に、欧州人権裁判所は、当事国の実践が欧州人権条約の適用でないことを理由に、その実践を考慮しなかったことがある。クルス・バラス他対ス

ウェーデン事件判決(1991年)において、裁判所は自身の暫定措置命令が法的拘束力を有するかを検討する際、ほとんどの当事国は欧州人権委員会の暫定措置に従っているが、当事国は自らが法的拘束力ある義務を負っていると考えているのではなく、同委員会と自発的に誠実に協力しているだけであるため、当事国による暫定措置の遵守は後に生じた慣行を構成しないと判断した。⁽²³¹⁾しかし、この判決は例外的であり、人権裁判所や条約機関が当事国の実践を参照する際に、総じてそれらが人権条約の適用としてなされたものかを検討しない。⁽²³²⁾本来であれば、人権条約の当事国がある権利を保障する国内立法を行う理由として、他の人権条約の実施、憲法上の要請といった可能性が想定されるが、こうした可能性を排除することで、より多くの当事国の国内法をコンセンサスの証拠として取り上げ、人権の実効的保障を実現していると言える。この点、セイバート=フォールは、欧州人権裁判所が「条約の適用につき」という要件を検討しないのは、国内での実施を目的とする人権条約制度において国内立法と人権条約の実施を区別することが相応しくないこと、つまり人権条約が有する特殊な性質に基づく⁽²³³⁾と論じている。

また、ある行為が「条約の解釈についての当事国の合意を確立する」ことも条約法条約31条3項(b)の文言上明らかな要件であり、より具体的には、どれほどの当事国がある慣行に⁽²³⁴⁾関与しているかという問題につながる。まず、国際法委員会が1964年の第16会期時点で採択していた条約法条約草案は「全ての当事国(all the parties)」という表現を用いていたが、最終的に採択された草案は「当事国がそれぞれ慣行を受け入れたはずであれば十分な場合であっても、慣行に個別に関与しなければならないという誤解を避けるために」、「全ての」⁽²³⁵⁾という表現を排除した。この経緯から、全ての当事国がある慣行に積極的に関与する必要はなく、一部の当事国がある慣行を行い、他の当事国が黙認等でそれを是認すればよいと言える。⁽²³⁶⁾しかし、裏を返せば、解釈について当事国間に立場の対立が存在する場合、合意がある⁽²³⁷⁾とは言えない。このように厳格に理解されるのは、後に生じた慣行によ

て確立される合意が全当事国に対して対抗可能な「真正な解釈（authentic interpretation）⁽²³⁸⁾」だからである。

この点でも、人権裁判所や条約機関によるコンセンサスの認定は、後に生じた慣行とは異なる。なぜなら、第1章から第3章までで明らかになったように、人権裁判所や条約機関は、多数の当事国の国内法や国内判決を参照することでコンセンサスを認定するからである。⁽²³⁹⁾確かに、多数の当事国がある人権を保障していて、被告国を含めた少数の当事国がそれを承認しているとも考えられる。しかし、コンセンサスの存否が問題となる事案においては、被告国を含む少数の当事国が、そうした多数の当事国が支持する人権保障の方法に明示的に反対している場合がほとんどである。

こうして見ると、人権裁判所や条約機関がコンセンサスを認定する方法は、当事国の実践を参照する点で条約法条約31条3項（b）における後に生じた慣行に類似しているが、⁽²⁴⁰⁾実際には似て非なるものであり、⁽²⁴¹⁾人権の実効的保障により⁽²⁴²⁾相対化された当事国意思として理解すべきである。

国連の人権条約機関の一般的意見や見解等の法的意義については様々な議論があるが、この議論の現在の到達点として考えられるのは、国際法委員会が2018年の第70会期に採択した「条約解釈に関する後にされた合意及び後に生じた慣行に関する結論草案（以下、結論草案とする）」であり、⁽²⁴³⁾そこでは次のように述べられる。

「結論13 専門家条約機関の表明

3 専門家条約機関の表明は、〔条約法条約〕31条3項に基づく当事国の後にされた合意若しくは後に生じた慣行、若しくは〔同条約〕32条に基づく後に生じた慣行を生じさせることがあり、又は示し得る。当事国の沈黙は、専門家条約機関の表明において示された条約解釈が受け入れられたという、31条3項（b）に基づく後に生じた慣行を構成すると推定されない。」

条約法条約31条3項(b)における後に生じた慣行は、あくまでも条約の解釈についての「当事国の」合意を確立することを要求するため、専門家条約機関の表明「それ自体」が直接的に当事国の合意を確立することはあり得ない。しかし、結論草案が述べるように、当事国の反応によって支持される表明が、同条における後に生じた慣行を間接的に生じさせ得ることは否定され⁽²⁴⁴⁾ない。しかし、特に当事国が多い、自由権規約のような普遍的な人権条約においては、そうした表明がこの基準を満たすことは難⁽²⁴⁵⁾しい。規約当事国は、条約機関との協力義務の下で、自身に直接に向けられた総括所見や見解に反応する義務を負っているとも言えるが、一般的意見や他の当事国に関する総括所見、見解に反応する義務までも負っているとは言えず、全当事国の反応を期待することは現実的ではない⁽²⁴⁶⁾。以上の理由から、自由権規約委員会⁽²⁴⁷⁾が自身を含め国連の人権条約機関の文書を参照する際、当事国の反応を検討することは難しく、実際に検討することはないため、条約法条約31条3項(b)に沿っているとは言えないのである。

(2) 条約法条約32条における後に生じた慣行

しかし、条約法条約31条3項(b)が定める要件を満たさない後に生じた慣行が条約解釈において何ら法的意義を有さないわけではない。この点、結論草案は、次のように述べる。⁽²⁴⁸⁾

「結論2 一般規則及び条約解釈の手段

4 「条約法条約」32条に基づき、解釈の補足的な手段として、条約の適用につき後に生じたその他の慣行に依拠し得る。」

「結論4 後にされた合意及び後に生じた慣行の定義

3 「条約法条約」32条に基づく解釈の補足的な手段としての後に生じた慣行とは、条約の適用につき、条約の締結の後に一又は二以上の当事国

によりされた行為をいう。」

つまり、条約法条約31条3項(b)の要件を満たさない後に生じた慣行は、同条約32条における補足的な手段として法的意義を有するというのである。しかし、この後に生じた慣行の意義は同条約32条で明示的に規定されていないため、説明が必要であろう。

まず、条約法条約32条は、「前条の規定の適用により得られた意味を確認するため又は次の場合における意味を決定するため、解釈の補足的な手段、特に(including)条約の準備作業及び条約の締結の際の事情に依拠することができる」と規定しており、補足的な手段は必ずしも条約の準備作業と条約の締結の際の事情の二つに限定されていないと解される。そして、国際法委員会が1964年の第16会期時点で採択していた条約法条約草案のコメントリ⁽²⁴⁹⁾一、国際司法裁判所のカシキリ・セドゥドゥ島事件判決(1999年)、代表的な学説⁽²⁵¹⁾、そして国家慣行において、全当事国の合意を確立しない後に生じた慣行が解釈の補足的手段となることが認められてきた。しかし、そうした慣行は、当事国の合意を確立しないがために、解釈の補足的手段としての法的意義しか有さないのである。そして、結論草案に付されたコメントリーは、条約法条約32条における後に生じた慣行の一例として、人権裁判所や条約機関によるコンセンサスの認定を紹介する⁽²⁵³⁾。しかし、この説明が妥当とは考えられない⁽²⁵⁴⁾。

まず、第1章から第3章で明らかにされたように、コンセンサスは、発展的解釈における重要な役割を占め、特に欧州人権裁判所は、「締約国における変化しつつある状況を考慮し、例えば、達成されるべき基準に関する生じつつあるコンセンサスに反応しなければならない(must)」という立場を一貫して繰り返している⁽²⁵⁵⁾。

しかし、条約法条約32条は、同条約31条3項が「文脈とともに、次のものを考慮する(shall)」と規定する一方で、「依拠することができる(may)」

と規定するに留まり、考慮する義務の程度が異なる。⁽²⁵⁶⁾つまり、欧州人権裁判所はコンセンサスを考慮する義務を負っているが、これを「依拠することができる」という同条約32条の枠組で説明するには無理がある。

また、仮にコンセンサスの認定が条約法条約32条に基づくのならば、人権裁判所や条約機関は、人権条約の規定の「意味があいまい又は不明確である場合」もしくは解釈結果が「明らかに常識に反した又は不合理である場合」において、条約上の規定の「意味を決定するため」に、コンセンサスに依拠していることになる。しかし、人権裁判所や条約機関は、コンセンサスを検討する前に条約法条約31条に基づく解釈が複数あり得ることを示していない。以上を換言すれば、人権裁判所や条約機関は、同条約32条上でしか考慮が認められない後に生じた慣行に「多大な」重要性を与えており、⁽²⁵⁷⁾同条でも説明され得ないのである。

また、国連の人権条約機関の一般的意見等についても、条約法条約32条における補足的手段として、当事国から反論されていない一般的意見等を認めるべきとする学説がある。この学説は、同条に依拠することで「条約機関の解釈に弱い力しか認めないことになること」を認識しつつ、「条約機関の解釈は補足的手段にすら当たらないと結論してしまうのは、妥当とは思えない」と、人権条約機関の文書に条約解釈規則上の法的地位を消極的に与えようとする議論であり、何よりも「自由権規約の解釈に条約法条約の解釈規則が適用されることを前提とし」⁽²⁵⁸⁾た議論である。

しかし、この学説では、自由権規約委員会の解釈実践を説明できない。まず、同委員会が条約法条約32条に沿って一般的意見等を参照しているのであれば、その文書を支持する一部の規約当事国が存在する、もしくはその文書がいかなる規約当事国からも反論されていないことを示さなければならないが、前章で述べたように、同委員会は自身や国連の他の人権条約機関の一般的意見等を単に参照するのみであり、当事国の反応に言及することはない。

また、当事国の一部の反応に関係なく、一般的意見等を、その重要性に鑑

みて少なくとも条約法条約32条における「解釈の補足的手段」に位置付けようとする学説もある。⁽²⁵⁹⁾ この学説は実際に解釈の補足的手段と見做している国内裁判所に妥当するとしても、⁽²⁶⁰⁾ 自由権規約委員会自身は自由権規約を解釈する際に一般的意見等を重視しており、これを「解釈の補足的手段」と評価することはできない。

地域的人権裁判所が条約解釈規則とは異なる方法でコンセンサスを認定していることを踏まえると、一般的意見等の参照においても条約解釈規則が適用されていない可能性を念頭に置くべきである。つまり、一般的意見等の法的意義を条約解釈規則の枠内で無理に説明しようとするのではなく、条約解釈規則に位置付けられ得ないものとして理解すべきである。⁽²⁶¹⁾ こうした理解は、ディアロ事件本案判決（2010年）において、国際司法裁判所が自由権規約委員会による規約解釈には「重大な配慮（great weight）」を与えなければならないと述べながらも、この立場を条約解釈規則の観点から説明しなかったこととも整合的である。⁽²⁶²⁾

第2節 国際法の関連規則

条約法条約31条3項(c)は、「当事国間の関係において適用される国際法の関連規則」⁽²⁶³⁾を考慮することを規定するが、欧州人権裁判所は、同条に言及して、被告国が批准している国際条約だけでなく、被告国が批准していない国際条約や国際組織の決議、専門家機関の文書、他の国際裁判所や条約機関の判断も参照する。⁽²⁶⁴⁾ そのため、以下では、こうした証拠への参照が同条で正当化されるのかを、同条における「当事国間の関係において適用される（applicable in the relations between the parties）」と「国際法の関連規則（relevant rules of international law）」の意味を明らかにすることで検討する。

（1）「当事国間の関係において適用される」の意味

この表現を理解する手掛かりは、条約法条約31条3項(c)の採択に至る

過程から見出されない⁽²⁶⁵⁾。しかし、同条で考慮される条約については、①解釈される条約の全当事国が批准している条約、②紛争当事国が批准している条約、③解釈される条約の全当事国が批准していないが、慣習国際法を反映している条約、④解釈される条約の全当事国が批准していないが、全当事国によって黙示的に受け入れられていると言える条約、という4つの理解があり得る⁽²⁶⁶⁾。そして、同条の「当事国 (the parties)」という文言や全当事国に対する解釈の一貫性という観点からすれば、①と③が適切であると考えられる⁽²⁶⁷⁾ (狭義説)。しかし、この説に立つと、人権条約等、当事国の多い多数国間条約においては、考慮され得る条約の範囲が限定的になり、条約法条約31条3項(c)の意義は減少してしまう⁽²⁶⁸⁾。そのため、狭義説においては、解釈される条約上の規定が二国間で履行される双務的義務を定める場合に紛争当事国間で適用される条約を考慮すること、そして辞書的な意味を明らかにする目的で全当事国が批准していない条約を考慮することが、例外的に認められている⁽²⁶⁹⁾。

狭義説に対し、条約解釈における条約法条約31条3項(c)の役割を重視する立場は、紛争当事国が批准している条約であれば、同条で考慮することができる⁽²⁷⁰⁾と主張する(広義説)。特に、広義説に立つ国際法委員会の国際法の断片化報告書(以下、断片化報告書とする)は、紛争当事国次第で一つの条約に複数の解釈が出現する危険性は、確かに当事国間対世的義務を定める多数国間条約で問題であるが、双務的義務を定める多数国間条約では問題ではないとして、この危険性は条約を類型化することで解消されると述べる⁽²⁷¹⁾。

こうして、条約法条約31条3項(c)における「当事国」の範囲について見解の一致は存在しないが、いずれの説に立ったとしても、同条において被告国によって批准されていない条約を考慮することは正当化され得ない⁽²⁷³⁾。まず、狭義説に立つ場合、被告国を含めた全当事国が批准している条約しか考慮できないため被告国が批准していない条約を考慮することは許されず、人権条約は双務的義務を定める条約ではないため、例外にも該当しない。広義

説に立つ場合でも、紛争当事国、つまり人権条約の場合多くは個人対国家となるため、被告国が批准している条約でなければ考慮できないことになり、やはり被告国が批准していない条約の考慮は認められない。

この結論は、同意原則を前提とする条約法の従来理解からすれば当然であろう。なぜなら、狭義説が特に主張するように、ある主権国家が批准することを拒否した国際条約上の義務を、その国家によって批准された他の国際条約の解釈を通じて課すことは、同意原則、より具体的には条約法条約34条に規定される「合意は第三者を害しも益しもせず」の原則に反するからである⁽²⁷⁴⁾。しかし、デミルおよびバイカラ事件判決が「欧州人権条約の規定の趣旨および目的を考慮する際、〔裁判所の前の〕法的問題の背景にある国際法を考慮に入れる（強調筆者）」と述べていることを手掛かりとすれば、人権裁判所や条約機関が被告国によって批准されていない国際条約を考慮する根拠は、人権条約の趣旨および目的、より敷衍して言えば、人権条約の客観主義的解釈（objectivist reading）に求められるだろう⁽²⁷⁶⁾。つまり、条約法条約31条3項（c）における「当事国の間の関係において適用される」という表現は、当事国が考慮される規則に同意している、もしくはその規則が一般国際法として当事国を拘束していることを前提にしているが、この前提が人権の実効的保障により覆されるのである⁽²⁷⁸⁾。

（2）「国際法の関連規則」の意味

「国際法の関連規則」の意味につき、「規則（rules）」や「適用可能な（applicable）」という文言の性質から、国際条約、慣習国際法、法の一般原則といった、法的拘束力を有する法源のみが考慮され得る⁽²⁷⁹⁾。実際に、断片化報告書は、「〔条約法条約31条3項（c）〕は『国際法の規則』を指しており、それ故、解釈の目的のために参照されるのは、法規則でなければならない、規則として確立し得ない広範な原則や考慮要素ではない」、また「〔同条の〕定式は、国際法の規則全般を指している。そうした文言は、慣習法、法の一般原則、そして適用可能な場合は、他の条約といった全ての国際法上の法源を

対象とする」と述べる。⁽²⁸⁰⁾

しかし、欧州人権裁判所は、条約法条約31条3項(c)を用いて法的拘束力を有さない国際組織の決議や専門家機関の文書を参照するという態度を明確にしている。⁽²⁸¹⁾ また、より特徴的なのは、同裁判所が、他の国際裁判所や条約機関の判断を参照することであろう。

暫定措置の拘束力が問題となった、ママトクロフおよびアスカロフ対トルコ事件判決(2005年)において、欧州人権裁判所は、条約法条約31条3項(c)に基づき、国際法の他の諸原則とできる限り合致するように欧州人権条約を解釈しなければならないとし、自由権規約委員会や拷問等禁止委員会の見解、米州人権裁判所の命令、そして国際司法裁判所の判決を参照して、暫定措置の拘束力を認めた。⁽²⁸²⁾ しかし、こうした証拠は、何ら欧州人権条約当事国に対して拘束力を有するわけではなく、慣習国際法や法の一般原則を示しているわけでもない。そのため、カフリッシュ判事他2名の共同一部反対意見が、多数意見がこうした証拠を際限なく参照して欧州人権条約の条文にない暫定措置に従う義務を導いたことは、「立法機能 (legislative function)」を行使したことに他ならないと多数意見を批判したことは十分理解できる。⁽²⁸³⁾ しかし、多数意見は、欧州人権条約34条が申立を行う個人の権利の効果的な (effective) 行使を妨げない義務を当事国に課していることを強調している⁽²⁸⁴⁾ため、またしても、人権の実効的保障により意思主義を覆したと考えられるのである。

おわりに

本稿は、人権裁判所や条約機関がコンセンサスに与える位置付け、またコンセンサスを認定する方法から、発展的解釈における人権の実効的保障、意思主義、補完性原則という三つの要請の交錯にどのように対処しているのかを明らかにした。そして、この検討からまず明らかになるのは、欧州人権裁判所、米州人権裁判所、そして自由権規約委員会は、これら要請の交錯に同

じく直面しながらも、この交錯への対処をそれぞれ全く異なる方法で行っていることである。

まず、欧州人権裁判所は、評価の余地の幅を決定するに当たって、人権の実効的保障や補完性原則の観点から、権利の重要性や国内手続を時として重視することがあるが、原則的には意思主義の観点からコンセンサスに主要な位置付けを与えている。また、意思主義の観点から、当事国という範囲でコンセンサスがどの程度収斂しているかに注意する。つまり、同裁判所は、人権条約の客観的性質を根拠とする人権の実効的保障を強調しておきながら、意思主義や補完性原則にも配慮しているため、これら要請の中間を進もうと⁽²⁸⁵⁾していると評価できる。こうした中間的な態度をとることで、同裁判所は、当事国と個人の両方から批判され、また同裁判所のコンセンサス理論は透明性を欠いていると評価されることも多い⁽²⁸⁶⁾。しかし、この中間的な態度は、当事国との衝突を避けつつ、人権の実効的保障を達成するという、現実⁽²⁸⁷⁾に即した人権保障制度を維持する試みであると言えよう。

他方、米州人権裁判所は、評価の余地を明示的には採用せず、また補完性原則に対して慎重な態度を示し、そして何よりも、当事国間ではなく国際社会に存在するコンセンサスを認定することで、人権の実効的保障を徹底させる態度を明確に打ち出していると言える。しかし、そうであるからこそ、米州人権条約制度に対する当事国からの抵抗は近年強まっており、実際に、ベネズエラは、自身に対して下された判決が補完性原則に反するとの理由で⁽²⁸⁸⁾2012年に米州人権条約を脱退する旨、米州機構事務総長に通告した。

自由権規約委員会も、人権の実効的保障を重視する態度を示している。特に、この態度は、同委員会が当事国に裁量を与えることに慎重であり、当事国間のコンセンサスの不存在に意味を与えないこと、そして当事国の実践を選択的に参照すること等に現れている。そして、最も特徴的なのは、一般的意見による規約解釈であり、特に地域的人権基準を参照した一般的意見が当事国意思を介さずに抽象的な規約を客観的に解釈していることが注目され

る。この現象は近年顕著であるが、同委員会が1980年の第11会期で採択した、規約40条における委員会の義務に関する声明は、一般的意見は「委員会が国家報告を検討する際に得た経験を集約」するだけでなく、「人権の促進および保障における当事国と国際組織の活動を促す(stimulate)べきである」と述べることで、一般的意見が自らの先例の集約に留まらず、当事国の人権保障をさらに推し進めるものであることを既に示していた。⁽²⁸⁹⁾このようにして、当事国間におけるコンセンサスではなく、準立法的性格を有する一般的意見における積極的な規約解釈が人権の実効的保障を実現しているのである。しかし、規約当事国は、自身が有する第一次的な解釈権を主張することで委員会の示した解釈に異議を唱えているのであり、⁽²⁹⁰⁾「人権の普遍化をめぐる激しい攻防が繰り返されているというのが、現状であろう」。⁽²⁹¹⁾

このように見ると、欧州人権裁判所の発展的解釈は、人権の実効的保障を強く推進してきた典型例とされてきたが、米州人権裁判所や自由権規約委員会と比較すると、人権の実効的保障だけでなく意思主義や補完性原則を重視する場合もあり、今後も人権条約の発展的解釈についての典型例として分析されるべきなのか疑問なしとしない。

他方で、本稿は、人権裁判所や条約機関の間の相違点だけでなく、いずれの人権裁判所や条約機関も、人権の実効的保障と意思主義の交錯から、条約解釈規則を用いることなくコンセンサスを認定しているという共通点も明らかにした。つまり、人権裁判所や条約機関は総じて、当事国意思が十分に収斂していないにもかかわらず、条約上自明でない権利を保障する義務を当事国に課していると評価できる。この点で、コンセンサスは人権条約当事国の黙示の同意として理解されることがあり、⁽²⁹²⁾発展的解釈はコンセンサスに依拠することで、当事国意思に接近できることは確かである。しかし、そこでの当事国意思は条約解釈規則が要求する程度に収斂しているわけではなく、人権の実効的保障の前に相対化されたものであることに留意すべきである。

そして、人権条約解釈が条約解釈規則から距離を取った結果、コンセン

サスを認定するための明確な基準を失ったとも言える。実際に、欧州評議会の人権運営委員会（Le Comité directeur pour les droits de l' homme: CDDH）で採択された報告書は、欧州人権裁判所が条約法条約上の解釈規則に従って解釈を行うことを求めている⁽²⁹³⁾。しかし、それでも、人権裁判所や条約機関がコンセンサスの認定において条約解釈規則を適用していないのは、条約解釈規則が、意思主義に基づいており、解釈による条約上の義務の変化に厳格な制約を課しているからである。後に生じた慣行は「当事国の合意を確立する」ものでなければならず、国際法の関連規則も「当事国の間の関係において適用される」「規則」でなければならないのである。こうした条約解釈規則を厳守しては、人権裁判所や条約機関は、人権の実効的保障を実現するという存在意義を失うこととなろう⁽²⁹⁴⁾。

他方、コンセンサスが条約解釈規則に従って認定されていない一方で、コンセンサスに基づく発展的解釈において、当事国意思が全く関与していないわけではない⁽²⁹⁵⁾。なぜなら、人権条約の当事国はそもそも、「個人の保護」という趣旨および目的⁽²⁹⁶⁾、抽象的かつ曖昧な権利規定⁽²⁹⁷⁾、そして人権裁判所や条約機関への条約解釈を行う権限の付与に合意しているからである⁽²⁹⁸⁾。しかし、問題は、ここでいう当事国意思が「実質的な合意を伴わない合意」であり⁽²⁹⁹⁾、この当事国意思を根拠に、同性婚の可否や終身刑に服す者の刑期の審査可能性等といった具体的かつ起草当時予見されていなかった義務を当事国に課し得るかということである。今後は、この発想の前提、さしあたり、「人権の実効的保障」や「人権条約における客観的義務」といった概念を探求することが課題となろう。

〔付記〕本稿は、2020年度安達峰一郎記念国際法奨学金によって助成された研究成果の一部である。

- (151) *Kawas-Fernández v. Honduras*, IACtHR, Series C No. 196, Merits, Reparations and Costs, Judgment of **3** April 2009, paras. 147-148.
- (152) *Gomes Lund et al. (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brazil*, IACtHR, Series C No. 219, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment of 24 November 2010, paras. 147-170.
- (153) *Claude-Reyes et al. v. Chile*, *supra* note 139, paras. 76, 78.
- (154) 米州機構憲章59条は「総会の決定は、憲章で**3**分の**2**が要請される場合、もしくはは総会手続規則で規定される場合を除き、加盟国の絶対多数の賛成票によって採択されるものとする」と規定する。
- (155) *The Girls Yean and Bosico v. Dominican Republic*, IACtHR, Series C No. 130, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of **8** September 2005, paras. 143, 159-174.
- (156) *The Environment and Human Rights*, *supra* note 140, para. 43.
- (157) Concurring Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, in *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, *supra* note 149, paras. 12-13.
- (158) G. L. Neuman, “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, Vol. 19 (2008), pp. 114-116.
- (159) *Hertzberg et al. v. Finland*, HR Committee, Communication no. R.14/61, U.N. Doc. A/37/40, Views adopted on **2** April 1982, paras. 10.3-11.
- (160) D. McGoldrick, “A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for Its Application by the Human Rights Committee”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 65 (2016), p. 55.
- (161) *Länsman et al. v. Finland*, HR Committee, Communication no. 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992, Views adopted on 26 October 1994, para. 9.4.
- (162) *General Comment No. 34*, HR Committee, U.N. Doc. CCPR/C/GC/34 (2011), para. 36.
- (163) D. Harris, “The International Covenant on Civil and Political Rights and the United Kingdom: An Introduction”, in D. Harris and S. Joseph (eds.), *The International Covenant on Civil and Political Rights and the United Kingdom Law* (Clarendon Press, 1995), p. 14; A. Conte and R. Burchill (eds.), *Defining*

Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee, 2nd ed. (Ashgate, 2009), p. 16.

- (164) Y. Shany, “All Roads to Strasbourg?: Application of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 9 (2018), p. 190.
- (165) *Faurisson v. France*, HR Committee, Communication no. 550/1993, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993, Views adopted on 8 November 1996, paras. 9.2, 9.5-10.
- (166) *Joslin et al. v. New Zealand*, HR Committee, Communication no. 902/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/902/1999, Views adopted on 17 July 2002, para. 4.3.
- (167) *Ibid.*, para. 8.2.
- (168) *Love et al. v. Australia*, HR Committee, Communication no. 983/2001, U.N. Doc. CCPR/C/77/D/983/2001, Views adopted on 25 March 2003, paras. 8.2-8.3, 9.
- (169) *Aumeeruddy-Cziffra and 19 Other Mauritian Women v. Mauritius*, HR Committee, Communication no. 35/1978, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1, Views adopted on 9 April 1981, paras. 9.2 (b) 2 (ii) 1-9.2 (b) 2 (ii) 2, 10.1.
- (170) Shany, *supra* note 164, p. 197.
- (171) 委員会以外の国連の人権条約機関も各々の人権条約を「生ける文書」と表現している。*Hagan v. Australia*, CERD, Communication no. 26/2002, U.N. Doc. CERD/C/62/D/26/2002, Views adopted on 20 March 2003, para. 7.3; *General Comment No. 8*, CRC, U.N. Doc. CRC/C/GC/8 (2007), para. 20; *De Blok et al. v. the Netherlands*, CEDAW, Communication no. 36/2012, U.N. Doc. CEDAW/C/57/D/36/2012, Views adopted on 17 February 2014, para. 5.5.
- (172) *Judge v. Canada*, *supra* note 22, paras. 10.2-10.3.
- (173) *Ibid.*, para. 10.4.
- (174) *Yoon and Choi v. the Republic of Korea*, HR Committee, Communications nos. 1321/2004 and 1322/2004, U.N. Doc. CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, Views adopted on 3 November 2006, para. 8.4.
- (175) *Mellet v. Ireland*, HR Committee, Communication no. 2324/2013, U.N. Doc. CCPR/C/116/D/2324/2013, Views adopted on 31 March 2016, paras. 4.2-4.3, 7.4, 8.
- (176) *Kroumi v. Algeria*, HR Committee, Communication no. 2083/2011, U.N. Doc.

- CCPR/C/112/D/2083/2011, Views adopted on 30 October 2014, paras. 4.5-4.6.
- (177) *Ibid.*, para. 8.2.
- (178) *Stalla Costa v. Uruguay*, HR Committee, Communication no. 198/1985, U.N. Doc. A/42/40, Views adopted on 9 July 1987, paras. 2.1, 10.
- (179) Legg, *supra* note 115, p. 81.
- (180) *Stalla Costa v. Uruguay*, *supra* note 178, para. 10.
- (181) Shany, *supra* note 164, pp. 189-190.
- (182) *Yoon and Choi v. the Republic of Korea*, *supra* note 174, para. 8.4.
- (183) *Sanila-Aikio v. Finland*, HR Committee, Communication no. 2668/2015, U.N. Doc. CCPR/C/124/D/2668/2015, Views adopted on 1 November 2018, paras. 6.6, 6.8, 6.12.
- (184) *Suleimenov v. Kazakhstan*, HR Committee, Communication no. 2146/2012, U.N. Doc. CCPR/C/119/D/2146/2012, Views adopted on 21 March 2017, para. 8.7; *Barkovsky v. Belarus*, HR Committee, Communication no. 2247/2013, U.N. Doc. CCPR/C/123/D/2247/2013, Views adopted on 13 July 2018, para. 6.2.
- (185) *Kimouche v. Algeria*, HR Committee, Communication no. 1328/2004, U.N. Doc. CCPR/C/90/D/1328/2004, Views adopted on 10 July 2007, para. 7.8.
- (186) ここでは特に取り上げないが、委員会は、国連の他の人権条約機関だけでなく、国連人権高等弁務官事務所や国連難民高等弁務官事務所が作成したガイドラインを参照することがある。*Vandom v. the Republic of Korea*, HR Committee, Communication no. 2273/2013, U.N. Doc. CCPR/C/123/D/2273/2013, Views adopted on 12 July 2018, para. 8.5; *M.M. v. Denmark*, HR Committee, Communication no. 2345/2014, U.N. Doc. CCPR/C/125/D/2345/2014, Views adopted on 18 April 2019, para. 8.7.
- (187) *N.K. v. Netherlands*, HR Committee, Communication no. 2326/2013, U.N. Doc. CCPR/C/120/D/2326/2013/Rev.1, Views adopted on 18 July 2017, para. 9.10.
- (188) *General Comment No. 35*, HR Committee, U.N. Doc. CCPR/C/GC/35 (2014).
- (189) *General Comment No. 36*, HR Committee, U.N. Doc. CCPR/C/GC/36 (2018).
- (190) S. Touzé, “Les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l’homme”, *Revue générale de droit international public*, Vol. 115 (2011), p. 526.
- (191) *Yevdokimov and Rezanov v. Russian Federation*, HR Committee, Communi-

- ation no. 1410/2005, U.N. Doc. CCPR/C/101/D/1410/2005, Views adopted on 21 March 2011, para. 7.4.
- (192) *Ibid.*, para. 7.5.
- (193) *Ibid.*, para. 8. しかし、テリン委員他1名の個別意見は、多数意見がハースト第二事件判決を根拠として判断したことを批判し、一般的意見25号のみを根拠とすれば規約25条違反は認められないと述べる。Individual Opinion by Committee Members, Mr. Krister Thelin and Mr. Michael O'Flaherty (Dissenting), in *ibid.*
- (194) *General Comment No. 36, supra* note 189. ジョセフは、一般的意見36号がそれまでの一般的意見とは異なり、自身の先例だけでなく、地域的人権裁判所の判決等を取り込み、「地球全体における一貫した国際人権法の望ましい発展を促進する」と評価する。S. Joseph, “Extending the Right to Life Under the International Covenant on Civil and Political Rights: General Comment 36”, *Human Rights Law Review*, Vol. 19 (2019), pp. 367-368.
- (195) *General Comment No. 37*, HR Committee, U.N. Doc. CCPR/C/GC/37 (2020).
- (196) H. Keller and L. Grover, “General Comments of the Human Rights Committee and Their Legitimacy”, in H. Keller and G. Ulfstein (eds.), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy* (Cambridge University Press, 2012), p. 157.
- (197) B. Çali and A. S. Galand, “Towards a Common Institutional Trajectory?: Individual Complaints Before UN Treaty Bodies During Their ‘Booming’ Years”, *International Journal of Human Rights*, Vol. 24 (2020), p. 1109.
- (198) Keller and Grover, *supra* note 196, pp. 124, 126.
- (199) 欧州人権裁判所と国連の人権条約機関が同一の権利に対して異なる解釈を示しているという問題につき、*CDDH Report on the Place of the European Convention on Human Rights in the European and International Legal Order*, Steering Committee for Human Rights (CDDH), adopted by the CDDH at its 92nd meeting (26-29 November 2019), CDDH (2019)R92Addendum1, paras. 268-355.
- (200) *Yaker v. France*, HR Committee, Communication no. 2747/2016, U.N. Doc. CCPR/C/123/D/2747/2016, Views adopted on 17 July 2018, paras. 7.7, 7.9.
- (201) *Ibid.*, paras. 8.5, 8.11-8.12.
- (202) A. A. Cançado Trindade, “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of

- International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)”, in *Recueil des cours*, Tome 202 (1987), p. 101.
- (203) S. Kalantry, “Introductory Note to Views Adopted by the Committee Under Article 5 (4) of the Optional Protocol, Concerning Communication nos. 2747/2016 & 2807/2016 (H.R. Comm.)”, *International Legal Materials*, Vol. 58 (2019), p. 196.
- (204) S. Joseph and M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, 3rd ed. (Oxford University Press, 2013), p. 38.
- (205) *Blessington and Elliot v. Australia*, HR Committee, Communication no. 1968/2010, U.N. Doc. CCPR/C/112/D/1968/2010, Views adopted on 22 October 2014, para. 7.11.
- (206) *Ibid.*, paras. 7.12, 8.
- (207) B. Schlütter, “Aspects of Human Rights Interpretation by the UN Treaty Bodies”, in Keller and Ulfstein (eds.), *supra* note 196, p. 294; G. Nolte, “Jurisprudence Under Special Regimes Relating to Subsequent Agreements and Subsequent Practice”, in G. Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (Oxford University Press, 2013), p. 281.
- (208) *Judge v. Canada*, *supra* note 22, para. 10.3.
- (209) *Larrañaga v. the Philippines*, HR Committee, Communication no. 1421/2005, U.N. Doc. CCPR/C/87/D/1421/2005, Views adopted on 24 July 2006, para. 7.11.
- (210) Individual Opinion by Committee Member Ms. Ruth Wedgwood, in *ibid.* ウェッジウッド委員は、多数意見が選択的に当事国の実践を参照することを常々批判しており、例えば、前述のユンおよびチェ事件見解の多数意見に対しても、良心的兵役拒否を認めずに兵役義務を設定している規約当事国がどれほどあるのか不明であると批判している。Dissenting Opinion by Committee Member Ms. Ruth Wedgwood, in *Yoon and Choi v. the Republic of Korea*, *supra* note 174.
- (211) Shany, *supra* note 164, p. 197.
- (212) Schlütter, *supra* note 207, p. 294.
- (213) *General Comment No. 36*, *supra* note 189, para. 62.
- (214) *Teitiota v. New Zealand*, HR Committee, Communication no. 2728/2016, U.N. Doc. CCPR/C/127/D/2728/2016, Views adopted on 24 October 2019, paras.

- 9.4, 9.9.
- (215) *Durić and Durić v. Bosnia and Herzegovina*, HR Committee, Communication no. 1956/2010, U.N. Doc. CCPR/C/111/D/1956/2010, Views adopted on 16 July 2014, para. 9.3. しかし、委員会が国際刑事裁判所規程上の強制失踪の定義を参照する実践は一時的であったことには注意が要され、現在では、委員会は強制失踪を一般的に性格付ける傾向にある。薬師寺公夫「強制失踪事案に関する自由権規約委員会の先例法理の到達点と強制失踪委員会の課題」芹田健太郎・坂元茂樹・薬師寺公夫・浅田正彦・酒井啓亘編『実証の国際法学の継承：安藤仁介先生追悼』（信山社、2019年）61-62頁。
- (216) *Sarma v. Sri Lanka*, HR Committee, Communication no. 950/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/950/2000, Views adopted on 16 July 2003, para. 9.3; *Boucherf v. Algeria*, HR Committee, Communication no. 1196/2003, U.N. Doc. CCPR/C/86/D/1196/2003, Views adopted on 30 March 2006, para. 9.2.
- (217) C. K. Hall and K. Ambos, “Article 7”, in O. Triffterer and K. Ambos (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3rd ed. (C.H. Beck, 2015), p. 286.
- (218) Schlütter, *supra* note 207, p. 300.
- (219) 薬師寺公夫は、委員会が評価の余地理論を排除したことを「価値観を異にする多様な国家を要する自由権規約においては規約の一体性を保つ上で賢明な選択だった」と述べる。薬師寺公夫「自由権規約個人通報手続における相対主義と普遍主義の法的攻防」松井芳郎・木棚照一・薬師寺公夫・山形英郎編『グローバル化する世界と法の課題—平和・人権・経済を手がかりに—』（東信堂、2006年）314頁。
- (220) 安藤仁介「国際人権保障の展開と問題点」『国際法外交雑誌』第98巻1・2号（1999年）21-24頁。
- (221) N. Ando, “General Comments/Recommendations”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (last updated: November 2008), para. 41.
- (222) Partly Dissenting Opinion of Judge Ziemele, in *Andrejeva v. Latvia*, ECtHR (Grand Chamber), App. no. 55707/00, Judgment of 18 February 2009, paras. 19, 41; J. Christoffersen, “Impact on General Principles of Treaty Interpretation”, in M. T. Kamminga and M. Scheinin (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law* (Oxford University Press, 2009), pp. 37-61.
- (223) *Report of the International Law Commission*, Seventieth session (30 April-1

- June and 2 July–10 August 2018), G.A.O.R., Seventy-third Session, Supplement No. 10 (A/73/10), p. 82.
- (224) 条約法条約31条 3項 (b) の採択に至る経緯の詳細につき、西元宏治「条約解釈における『事後の実行』」『本郷法政紀要』第6号(1997年)207–240頁。
- (225) 条約法条約31条 3項 (b) に言及する判決として、*Hassan v. the United Kingdom*, ECtHR (Grand Chamber), App. no. 29750/09, Judgment of 16 September 2014, paras. 100–101. 同条に言及しない判決として、*Demir and Baykara v. Turkey*, *supra* note 14, paras. 65–68.
- (226) *Artavia Murillo et al. (In Vitro Fertilization) v. Costa Rica*, *supra* note 137, para. 245.
- (227) *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, pp. 221–222; A. M. Feldman, “Evolving Treaty Obligations: A Proposal for Analyzing Subsequent Practice Derived from WTO Dispute Settlement”, *New York University Journal of International and Politics*, Vol. 41 (2009), pp. 662–663.
- (228) J. Crawford, “A Consensualist Interpretation of Article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, in Nolte (ed.), *supra* note 207, pp. 30–31.
- (229) 一例として、ノルテは、難民条約上の保護が否定された者に補完的保護を与える実行を挙げる。G. Nolte, “Second Report on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties”, U.N. Doc. A/CN.4/671 (2014), para. 9.
- (230) *Report of the International Law Commission*, *supra* note 223, p. 32.
- (231) *Cruz Varas and Others v. Sweden*, ECtHR (Plenary), App. no. 15576/89, Judgment of 20 March 1991, para. 100.
- (232) Nolte, *supra* note 229, para. 14.
- (233) A. Seibert-Fohr, “The Effect of Subsequent Practice on the European Convention on Human Rights: Considerations from General International Law Perspective”, in A. van Aaken and I. Motoc (eds.), *The European Convention on Human Rights and General International Law* (Oxford University Press, 2018), pp. 73–74.
- (234) I. Buga, *Modification of Treaties by Subsequent Practice* (Oxford University Press, 2018), p. 61.
- (235) *Yearbook of the International Law Commission*, *supra* note 227, p. 222.

- (236) R. K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2015), p. 270; J. Arato, “Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences”, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 9 (2010), p. 460.
- (237) M. E. Villiger, “The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties – 40 Years After”, in *Recueil des cours*, Tome 344 (2009), p. 122; *Report of the International Law Commission*, *supra* note 223, p. 76.
- (238) Buga, *supra* note 234, p. 63.
- (239) J. Arato, “Treaty Interpretation and Constitutional Transformation: Informal Change in International Organizations”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 38 (2013), pp. 335–336.
- (240) 人権条約における発展的解釈やコンセンサスの認定は後に生じた慣行に沿ったものであるという議論が見られるが、いずれの議論も本稿で行ったような詳細な検討を行っておらず、当事国の実践に条約解釈の根拠を求めるという理念としてしか後に生じた慣行に言及していない。阿部浩己『国際法の人権化』(信山社、2014年) 26頁; S. Besson, “Human Rights’ Adjudication as Transnational Adjudication: A Peripheral Case of Domestic Courts as International Law Adjudicators”, in A. Reinisch, M. E. Footer and C. Binder (eds.), *International Law and ...: Select Proceedings of the European Society of International Law* (Hart Publishing, 2016), p. 50; O. de Schutter, “The Formation of a Common Law of Human Rights”, in E. Bribosia and I. Rorive (eds.), *Human Rights Tectonics: Global Dynamics of Integration and Fragmentation* (Intersentia, 2018), p. 11.
- (241) L. Crema, “Subsequent Practice in *Hassan v United Kingdom*: When Things Seem to Go Wrong in the Life of a Living Instrument”, *Questions of International Law*, Vol. 15 (2015), pp. 10–11; G. Ulfstein, “Evolutive Interpretation in the Light of Other International Instruments”, in van Aaken and Motoc (eds.), *supra* note 233, p. 88.
- (242) I. Ziemele, “European Consensus and International Law”, in *ibid.*, p. 39.
- (243) *Report of the International Law Commission*, *supra* note 223, p. 106.
- (244) Committee on International Human Rights Law and Practice, “Final Report on the Impact of Findings of the United Nations Human Rights

- Treaty Bodies”, in International Law Association, *Report of the Seventy-first Conference Held in Berlin 16-21 August 2004* (2004), para. 21; G. Nolte, “Fourth Report on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties”, U.N. Doc. A/CN.4/694 (2016), paras. 42-43.
- (245) *Ibid.*, para. 44. しかし、専門家条約機関の表明が当事国の合意を確立する場合が決していないわけではない。例えば、女性差別撤廃委員会は、当事国が女性に対する暴力につき措置をとる義務を負うと一般的勧告19号において解釈し、当事国は国家報告で女性に対する暴力につき自国でとった措置を報告していることから、当該一般的勧告につき当事国の合意が確立されたと論じられる。A. Byrnes, “Whose International Law Is It?: Some Reflections on the Contributions of Non-State Actors to the Development and Implementation of International Human Rights Law”, *Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 59 (2016), pp. 40-42.
- (246) Nolte, *supra* note 245, para. 48.
- (247) 実際、自由権規約委員会の一般的意見の草案にコメントを寄せる当事国は少なく、一般的意見35号には8か国、一般的意見36号には23か国、そして一般的意見37号には22か国しかコメントを寄せていない。シヴェクマランは、当事国からの反応を期待できない理由として、国家には一般的意見等に反応するほどの時間や人的資源がないこと、国家は自国の立場を抽象的に示すことに慎重であること、そして国家は自国内、例えば省庁間の意見の対立を調整し難いこと等を指摘している。S. Sivakumaran, “Beyond States and Non-State Actors: The Role of State-Empowered Entities in the Making and Shaping of International Law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 55 (2017), pp. 382-384.
- (248) *Report of the International Law Commission*, *supra* note 223, pp. 17, 27.
- (249) *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol. II, p. 204.
- (250) *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia) Judgment*, *I.C.J. Reports 1999*, p. 1096, para. 80.
- (251) S. Torres Bernárdez, “Interpretation of Treaties by the International Court of Justice Following the Adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties”, in G. Hafner *et al.* (eds.), *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in Honour of His 80th Birthday* (Kluwer Law International, 1998), pp. 726-727; P. McRae, “The Search for Meaning: Continuing Problems with the Interpretation of Treaties”, *Victoria University of Wellington Law*

- Review*, Vol. 33 (2002), p. 232; M. E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), pp. 432, 446.
- (252) 国連総会第六委員会において「条約解釈に関する後にされた合意及び後に生じた慣行」の議題が審議された際、条約法条約31条3項(b)の要件を満たさない後に生じた慣行が、同条約32条における法的意義を有することは全般的な支持を受けたという。G. Nolte, “Fifth Report on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties”, U.N. Doc. A/CN.4/715 (2018), paras. 19, 23, 40, 59.
- (253) *Report of the International Law Commission, supra* note 223, p. 34.
- (254) D. Peat, *Comparative Reasoning in International Courts and Tribunals* (Cambridge University Press, 2019), p. 166.
- (255) *Bayatyan v. Armenia, supra* note 79, para. 102; *Konstantin Markin v. Russia*, ECtHR (Grand Chamber), App. no. 30078/06, Judgment of 22 March 2012, para. 126.
- (256) S. Kadelbach, “The International Law Commission and Role of Subsequent Practice as a Means of Interpretation Under Articles 31 and 32 VCLT”, *Questions of International Law*, Vol. 46 (2018), pp. 5–6.
- (257) D. Moeckli and N. D. White, “Treaties as ‘Living Instruments’”, in M. Bowman and D. Kritsiotis (eds.), *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties* (Cambridge University Press, 2018), p. 158.
- (258) 岩沢雄司「自由権規約委員会の規約解釈の法的意義」『世界法年報』第29号(2010年) 52, 70頁。
- (259) 薬師寺公夫・小畑郁・村上正直・坂元茂樹『法科大学院ケースブック：国際人権法』（日本評論社、2006年）94頁；R. van Alebeek and A. Nollkaemper, “The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies in National Law”, in Keller and Ulfstein (eds.), *supra* note 196, pp. 410–411.
- (260) 大阪地判平成16年3月9日判タ1155号185頁。
- (261) 坂元茂樹は、一般的意見等の法的意義の問題が、「条約法研究における法実証主義アプローチの限界を示す事例であるかもしれない」と述べ、「〔条約法〕条約の解釈規則を離れて、条約解釈に関する新たな慣習法規則の出現の余地を承認する柔軟な姿勢が今こそ求められている」と論じる。坂元『前掲書』（注4）63–64頁。

- (262) *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010*, pp. 663-664, para. 66.
- (263) 条約法条約31条 3 項 (c) の包括的検討につき、堀見裕樹「条約解釈における『国際法の関連規則』に関する一考察(一)～(二・完)」『法学』第77巻 2号(2013年)126-210頁、第77巻 3号(2013年)353-445頁。
- (264) *Demir and Baykara v. Turkey*, *supra* note 14, paras. 67-86; *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, ECtHR (Grand Chamber), App. nos. 46827/99 and 46951/99, Judgment of 4 February 2005, paras. 111-117.
- (265) 条約法条約の採択に至る過程で、当事国 (the parties) や関連規則 (relevant rules) 等の概念は、その理解につき合意されなかったため、意図的に曖昧なまま残されたと指摘される。P. Merkouris, “Debating the Ouroboros of International Law: The Debating History of Article 31 (3) (c)”, *International Community Law Review*, Vol. 9 (2007), p. 29.
- (266) C. McLachlan, “The Principle of Systemic Interpretation and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54 (2005), pp. 314-315.
- (267) *Ibid.*, pp. 314-315; Villiger, *supra* note 251, p. 433; 堀見「前掲論文(二・完)」(注263)393頁; *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, Reports of the Panel, WT/DS291-293/R, 29 September 2006, paras. 7.68-7.75.
- (268) G. Marceau, “WTO Dispute Settlement and Human Rights”, *European Journal of International Law*, Vol. 13 (2002), p. 781; 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』(有信堂高文社、2009年)121頁。
- (269) McLachlan, *supra* note 266, p. 315.
- (270) D. French, “Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55 (2006), pp. 305-307; *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (Recourse to Article 21.5 by Malaysia)*, Report of the Panel, WT/DS58/RW, 15 June 2001, para. 5.57.
- (271) *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Fifty-eighth session (1

- May-9 June and 3 July-11 August 2006), U.N. Doc. A/CN.4/L.682, para. 472.
- (272) 松井「前掲論文」(注268) 120-121頁。
- (273) J. Arato, “Constitutional Transformation in the ECtHR: Strasbourg’s Expansive Recourse to External Rules of International Law”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 37 (2012), pp. 381-382.
- (274) *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, *supra* note 267, para. 7.71; 清水章雄「WTO 紛争解決における解釈手法の展開と問題点」『日本国際経済法学会年報』第19号 (2010年) 20頁。
- (275) *Demir and Baykara v. Turkey*, *supra* note 14, para. 76.
- (276) V. P. Tzevelekos, “The Use of Article 31 (3) (c) of the VCLT in the Case Law of the ECtHR: An Effective Anti-Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of Human Rights Teleology – Between Evolution and Systemic Integration”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 31 (2010), p. 655.
- (277) O. Dörr, “Article 31”, in O. Dörr and K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Springer, 2012), p. 567.
- (278) アラトは、この点を「当事国は一体的義務で構成される人権条約に加入したことで自身が従うべき国際法規範に対する管理を放棄したこと」に他ならないと評価する。Arato, *supra* note 273, p. 383.
- (279) P. Sands, “Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law”, *Yale Human Rights and Development Law Journal*, Vol. 1 (1998), p. 102; Villiger, *supra* note 251, p. 433.
- (280) *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, *supra* note 271, para. 426.
- (281) *Demir and Baykara v. Turkey*, *supra* note 14, paras. 74-75.
- (282) *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, *supra* note 264, paras. 111-128.
- (283) Joint Partly Dissenting Opinion of Mr Cafisch, Mr Türmen and Mr Kovler, in *ibid.*
- (284) *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, *supra* note 264, para. 128.
- (285) 同様の態度は、国際刑事裁判所にも見られる。同裁判所は、国際刑事裁判所規程の解釈において、刑事法の一般原則たる罪刑法定主義と国際人権法・国際人道法の動向を踏まえた法の発展の要請の間に存在するジレンマの中を進んでいるとされ

- る。新井京「国際刑事裁判所における規程の『発展的解釈』」『国際法外交雑誌』第119巻1号(2020年)31-56頁。
- (286) Brauch, *supra* note 114, pp. 281-288.
- (287) N. Krisch, *Beyond Constitutionalism* (Oxford University Press, 2010), pp. 141-143.
- (288) D. Cassel, “Regional Human Rights Regimes and State Pushback: The Case of the Inter-American Human Rights System (2011-2013)”, *Human Rights Law Journal*, Vol. 33 (2013), pp. 1-10; J. Contesse, “Resisting the Inter-American Human Rights System”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 44 (2019), pp. 179-238.
- (289) *Report of the Human Rights Committee*, G.A.O.R., Thirty-sixth Session, Supplement No. 40 (A/36/40), p. 101.
- (290) 実際に、ロシアは2018年に開かれた規約当事国の会合において、一般的意見36号が当事国に新たな義務を課すものであるとの懸念を示した。*Summary Record of the 43rd Meeting*, Meeting of the States Parties to the International Covenant on Civil and Political Rights, U.N. Doc. CCPR/SP/SR.43 (2018), para. 22.
- (291) 薬師寺公夫「国際人権法の現代的意義—『世界法』としての人権法の可能性?—」『世界法年報』第29号(2010年)38頁。
- (292) Dzehtsiarou, *supra* note 23, pp. 149-155.
- (293) *CDDH Report on the Place of the European Convention on Human Rights in the European and International Legal Order*, *supra* note 199, para. 96.
- (294) D. McGrogan, “On the Interpretation of Human Rights Treaties and Subsequent Practice”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 32 (2014), p. 376.
- (295) クリスタキスは、独立した条約機関を設置してこうした機関に然るべき権限を与えたのは、そう望んだ国家に他ならないという点から、人権条約の解釈から国家意思が排除されたという主張を退ける。T. Christakis, “Human Rights from a Neo-voluntarist Perspective”, in J. Kammerhofer and J. d’Aspremont (eds.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World* (Cambridge University Press, 2014), p. 449.
- (296) ビョルゲは、趣旨および目的の要請に基づく人権条約解釈も、趣旨および目的に反映される当事国意思に沿ったものであるため、条約解釈規則に反しているとは言えないと論じる。E. Bjorge, “The Convergence of the Methods of Treaty

Interpretation: Different Regimes, Different Methods of Interpretation?”, in M. Andenas and E. Bjorge (eds.), *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law* (Cambridge University Press, 2015), pp. 513-515.

- (297) P. Mahoney, “Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin”, *Human Rights Law Journal*, Vol. 11 (1990), p. 63.
- (298) G. Ulfstein, “Individual Complaints”, in Keller and Ulfstein (eds.), *supra* note 196, pp. 97-98.
- (299) 小栗「前掲論文」(注16) 65頁。「実質的な合意を伴わない合意」を根拠として必ずしも義務内容に合意していない個別国家に法的義務を課すことは、現代国際法の特徴とされる。その事例として、拘束力ある安保理決議が立法的な性格を帯びていること、そしてオゾン層を破壊する物質に関するモントリオール議定書において **3分の2**の当事国によって全当事国の条約義務が変更され得ることが挙げられる。これらの事例を同意原則の観点から検討する論考として、坂本一也「国連安全保障理事会による国際法の『立法』—安保理決議1373及び1540を手懸りとして—」『世界法年報』第25号(2006年) 150-151頁; M. A. Fitzmaurice, “Modifications to the Principle of Consent in Relation to Certain Treaty Obligations”, *Austrian Review of International and European Law*, Vol. 2 (1997), pp. 291-293.