

## 小和田裁判官の反対意見 (仮訳)

1. 誠に遺憾ながら、私は本文のパラグラフ2、3、5と7及びその論拠部分で述べられた今回の判決の結論に関して賛同することができない。私は国際捕鯨取締条約（以降ICRW）の基本的性質に関する判決の理解と、ICRW条項を解釈し、適用した判決の方法論と、そして判決が達することとなったいくつかの結論に関して意見の相違がある。
2. 私はこの意見書で、これらの相違点のいくつかの顕著な面について論じてみたい。いくつかの基本的な点での根本的な意見の相違に鑑み、私が合意しないそれぞれすべての具体点に焦点を当てるよりも、判決に対する私の相違点を明確化するために、これらに関する私の理解を示すこととしたい。

### I. 裁判所の管轄権

3. 管轄権に関しては、判決の理由付けの幾つかの側面に対し一定の留保を維持しつつ、私は本訴訟については裁判所が管轄権を有するとの判決の結論に同意しているので、本意見書において、この問題を議論しない。しかし、手続き上のやや残念な状況の下で、審理の際、当事者らが管轄権問題に関するそれぞれの議論を展開させるための十分な機会が与えられず、結果として、両当事国の選択条項受諾宣言の下、被申立人が裁判所には管轄権がないと証明することに成功しなかったという結論に至らざるを得なかったことについて、私の留保を記録にとどめておきたい。

### II. ICRWの目的および趣旨

4. 私の意見では、主にICRW締結時から現在に至るまでの期間に明らかになった鯨および捕鯨を取巻く状況についての進展に関する当事者間での理解の相違により、本論争について裁判官の見解が分かれることになった。対向する二つの見解の間で、認識の矛盾が発現したのである。一方では、1946年以来、鯨および捕鯨を取り巻く世界の経済社会的展望に進化が起きたため、これをICRWの解釈および適用に反映すべきと議論し、他方では、ICRWが草案以来、鯨類を含む漁業資源の保存管理に関連する国際法の確立した原則に基づいているために、その司法・制度上の根拠は変わらない、そしてICRWのこの基本的な性格は、本質的に維持されるべきであると主張する。私の意見ではこれこそが申立人の豪州およびICJ規定第63条の下での訴訟参加者としてのニュージーランド、および被申立人の日本の法的立場を分け隔てる根本的な溝である。
5. この紛争を適切に理解するため、それゆえに、その趣旨および目的に照らし、ICRWの下で創り出された法的体制の本質的な特徴に目を向けなければならない。

6. 近代捕鯨の歴史は特に米国や英国を含む世界の多くの国々が、主に鯨油のため世界の海で積極的に鯨を捕獲し、捕殺していた19世紀に遡り、当時の開化した都会人は照明を鯨から絞り出された鯨油に依存しており、鯨油が絶対必需品であった。海の天然資源、特に漁業資源は無尽蔵であると考えられていた時代に、主に経済的利益への欲望から、世界中で鯨の乱獲や捕殺が野放しにされていた。乱獲への懸念により、捕鯨を管理し鯨類資源の枯渇を回避するため、1937年に世界の捕鯨国が国際捕鯨取締協定を締結することとなった。しかしながら、この協定は、捕獲頭数を基本的にモニタリングする体制以外には、捕鯨に関する強力な規制体制を持たなかったため少しも効果的でなかった。こうした状況において、鯨類資源の持続性、よって捕鯨業の存続性を脅かしていた破滅的な状況を改善するため、1946年にICRWが締結されることとなった。ICRWの締結により達成される基本目標とは、枯渇が進んでいたある鯨類資源のさらなる乱獲の停止を求め、「堅実な保全プログラムを発展させ、適切かつ健全な繁殖系群を維持する」（ケロッグ氏、国際捕鯨会議議長、第2回議事録、1946年、13頁、137節）ことであった。
7. ICRWの趣旨および目的はこのような状況の脈絡において理解されなければならない。これはその序文にて明確に示されている。ICRWの目的は序文において以下の言葉で記載されている：

「[締約]政府は…

.....

捕鯨の歴史が一区域から他の区域への濫獲及び一鯨種から他の鯨種への濫獲を示しているためにこれ以上の濫獲からすべての種類の鯨を保護することが緊要であることにかんがみ、

鯨族が捕獲を適当に取り締まれば繁殖が可能であること及び鯨族が繁殖すればこの天然資源をそこなわないで捕獲できる鯨の数を増加することができることを認め、

広範囲の経済上及び栄養上の困窮を起こさずにできるだけすみやかに鯨族の最適の水準を実現することが共通の利益であることを認め、

.....

適当で有効な保存及び増大を確保するため、捕鯨業に関する国際取締制度を設けることを希望し…

.....

次のとおり協定した： … （序文、3、4、5、7節）

8. ICRWの趣旨および目的の説明で、会議の議長であるケロッグ氏は次のように述べた：

「序文は、恒例により、ICRWの趣旨および目的を説明している… さらに序文はこのICRWの趣旨は、特に、第一に適切で健全な繁殖系群を維持しうる堅実な保全プログラムを発展させることであると明示している。枯渇した資源、例えば、シロナガスクジラとザトウクジラを回復させ、既存の資源の賢明な管理により、この天然資源の最大維持可能捕獲量が保証される。これが、短い言葉での、序文の概略的な目的である。」（第2会議事録、1946年、13頁、137節。）

9. このICRWの趣旨および目的が、対象となる資源の最大維持可能捕獲量（「MSY」）の持続可能性と捕鯨業の存続性を達成するという対の目標の追及であるのは明らかである。ICRWのどこを探しても捕鯨の恒久的全面禁止の観念は見当たらない。捕鯨の恒久的全面禁止が1982年のモラトリウム提案の意図ではなかったことは、モラトリウムが採択された国際捕鯨委員会の逐語録（第34 IWC回総会、1982年7月19－24日、72－86頁）で確認できる。同提案を紹介する際、技術委員会の議長は次のように述べている：

「[提案の発起国は]鯨を未来のための信託物と見なしており、その合理的管理を探し求めたが、その達成が困難である。科学的な不確実性と、いくつかの十分に入手可能でないデータの欠如がある。捕鯨業および関連する地域社会への混乱を認識しつつ、科学的助言に基づき、捕鯨と捕獲数を縮小する一定の期間での段階的な廃止を提案した。これは、ブロック・クオータが1985年に終了されることに留意し、業界が適応するための3年間の期間を導入する結果となる附表第10節に追加された新規の条項のかたちをとる。」（第34 IWC回総会逐語録、1982年7月19－24日、72頁。）

10. 「漁業資源の保全」の概念は、ICRWで不可欠な部分として用いられる「最大／最適持続可能漁獲量」の要素を包含する。これは一般的に現代の国際漁業法で確立している公海漁業で容認されたアプローチに則している。例えば、1958年のジュネーヴ海洋法条約である漁業及び公海の生物資源の保存に関する条約は「公海の生物資源の保存」を「**最大限の食糧やその他の海産物の供給を確保するために、これらの生物資源の最適な持続的生産を可能にする手段の集合体**」と定義している（第2条、強調追加）。
11. 従って、法廷がICRWのこの趣旨と目的を、ICRWの下で制定された制度の本質的特徴を定義づける、正しい見方で理解することが極めて重要である。この意味で、ICRWによって創られた制度の本質的特徴を正しく理解することは、ICRWの具体的な条項に含まれる規制制度の正確な特徴や構造及び、その中心的要素としての第8条の下で科学的活動に従事する締約国のために規定される権利と義務の法的範囲を、正しく理解する手がかりとなる出発点であるべきである。

12. 換言すれば、私の意見では今回の判決は、ICRW制度の本質的な特徴の分析に従事しなかった。「ICRWの概要」（パラグラフ42-50）の小節での判決は、序文に反映されたICRWの存在理由の分析を試みることもせず、「委員会に与えられた機能に伴いICRWは進化する制度となった」（判決、45節、強調追加）との簡潔な供述を除いて、ICRWの条項に含まれている内容を再掲したに過ぎない。判決はこの意味するところを明記しておらず、如何なる国際協定も、その締約国らの合意によって修正が可能である限り進化し得る。附表修正案を採択する権限が委員会に付与されている事実は、ICRWの不可欠な部分であり、異議を申し立てない締約国に対し拘束力を有することとなるが、委員会がこの意味で幾度も附表を修正していることにより、ICRWがそのような「進化する制度」であるとの命題を支持するものではない。ICRWは、周囲の社会経済的な環境変化に準ずるそのような順応性を、法的意味では有しない。

### III. ICRWの下での規制制度の本質的特徴

13. ICRWの下で制定された制度の本質的特徴を理解する目的で、ICRWの構造をもう少し詳細に分析せねばならない。これは大よそ以下のように要約できる：

（1）締約国政府らは条約の執行機関として国際捕鯨委員会（以後「IWC」）を設立させた（第3条）。IWCは第5条の履行に方策が必要な場合、委員の4分の3の多数決で決定を行うことができる、

（2）第5条の下で、IWCは鯨類資源の保存と利用に関する規制を採択する（第5条、1節）ことで、条約の一体部分である附表条項を修正することができるが（第1条）、これら附表修正の条件として、特に（a）この条約の目的を遂行するため、並びに、鯨資源の保存、開発及び最適の利用を図るために必要である、（b）科学的認定に基づくもの、および（c）鯨の生産物の消費者及び捕鯨産業の利益を考慮に入れたものでなければならない（第5条、2節）。これらの各修正は、異議を申し立てなかったすべての締約国政府について効力を生ずるが、このような異議を申し立てた政府については、異議の撤回の日まで効力を生じない（第5条、3節）、

（3）IWCは、鯨または捕鯨およびこの条約の目的に関する事項について、締約国政府に勧告を行うことができる（第6条）、

（4）この条約の規定にかかわらず、締約国政府は、同政府が適当と認める数の制限及び他の条件に従って自国民のいずれかが科学的研究のために鯨を捕獲し、殺し、及び処理することを許可する特別許可書をこれに与えることができ、第8条の規定による鯨の捕獲、殺害及び処理は、この条約の適用から除外される（第8条、1節）。

14. 上記の要約から、ICRWは鯨及び捕鯨に関する一種の自己充足的な規制制度を設置していると結論付けるのが公正と思われる。これは、自らの権限範囲内の事項に対処する規制制度を整え、自らが運営上で自主性を有する政府間国際機関の自己充足制度にやや匹敵するものである。言わずもがな、締約国らに自主性を付与するこのような制度が同時に策定されながらも、この組織規定文書、すなわちICRW、の解釈および適用に関し、法廷に与えられた権限に従って、法廷による司法レビューの過程から免除されるものではない。
15. この自己充足的な規制制度の中では、第5条3節に規定されるように各締約国が同意するという手順を除き、IWCには締約国に対して自動的に拘束力が生ずるような多数決による意思決定の権限が与えられてない。締約国によって制定されたこの規制制度において、問題となる修正について異議を申し立てる締約国に対して、附表修正が有効となることはない。また、IWCによって採択された如何なる勧告も、締約国に関して拘束力を持つことはない。
16. 1982年のIWC会議で、セーシェルにより附表修正案が提案され、豪州やその他いくつかの加盟国の支持で、1985-1986年の漁期から全ての鯨種の商業捕鯨を禁ずる附表第10項の修正案が採択された。日本は、やがて第5条の下での異議申し立て権利を行使するが、その後米国の圧力によってそれを取り下げた。このような情勢に関して申立人が提出し、そして訴訟参加者によりさらに展開された議論では、鯨および捕鯨を取り巻く環境の変化、特に鯨は尊い動物として保護されるべしという社会共通の関心の高まりに準じて、ICRWがここ60年間で進化を遂げたとしているが、このような議論の立て方は1946年に締約国が同意し、ICRWが制定したゲームのルールを変える実質的な試みに他ならない。(もし、鯨が著しく枯渇または絶滅さえにまで乱獲されて、このような実態を防ぐための予防措置がとられなければならないとの科学的根拠に基づいた理由で申立人の議論が展開されたならば、性質上異なった議論となり、ICRWの範囲内に正当に該当していたであろう。しかしながら、私の理解では、本件で信頼できる科学的根拠に基づいたこのような議論が申立人側によって真剣に展開されていない。)
17. 被申立人は、商業目的の捕鯨に関するモラトリアムの採択という新局面に向き合い、科学研究目的の調査活動計画を進め、あからさまには恒久的に採択された措置ではなく、将来のレビュー対象であるモラトリアムをIWCがレビューし、解除できるように、IWC(またはその科学委員会)の検討のために、科学的な根拠を収集することが必要となったと主張する。モラトリアムは明白に捕獲枠をゼロと規定する条項を示したが、「最良の科学的助言に基づいて検討されるものとし、委員会は、遅くとも、1990年までに、同規定の鯨資源に与える影響につき包括的評価を行うとともにこの規定の修正および他の捕獲頭数の設定につき検討する」としている(附表、10(e)項)。被申立人の行動方針に何ら問題があると見なすのは難しい。
18. なお、被申立人のこの主張についての判断を下すのをさておき、ICRWは以下のとおり規定して

いる

(1) 「 [これら] 附表の修正は… [この] ICRWの目的を遂行するため並びに鯨資源の保存、開発及び最適の利用を図るために必要なもの、 [および] 科学的認定に基づくもの出なければならぬ」 (第5条、2節)、および

(2) 「締約政府は自国民のいずれかが科学的研究のために鯨を捕獲し、殺し、及び処理することを認可する特別許可書をこれに与えることができる」 (第8条、1節)。

この意味で、被申立人がJARPAおよび JARPAIIに従事したのは、一見したところでは、ICRWおよびその附表10(e)項を含む修正附表と一致していると思われる。

従って、JARPAの下での日本の捕鯨活動およびその継続としてのJARPAIIの合法性に関する全体の問題とは、被申立人のこれら活動がICRWの第8条の「科学的研究のため」の意味の範囲内に該当するの否かという疑問次第で決まることになる。

#### IV. 第8条の解釈

19. 上記で検討したICRWの本質的特性は、締約国らが鯨及び捕鯨を取り締まるための自己充足的な規制制度を設置している事実にある。私の意見ではICRW第8条の規定は、この取締制度のひとつの重要な要素である。この意味で、締約国に認められた自国民に「科学的研究のために鯨を捕獲し、殺し、及び処理する」(ICRW第8条1項) ことを許可する特別許可書を付与できる権限をICRWの下で制定された取締制度の一つの例外、すなわち公海漁業の自由原則の下で捕鯨に従事するという伝統的な考えに従い認識される主権の例外にすぎない、と特色づけることは間違いと思われる。第8条によりこの特権が認められる締約国は、この管理制度内で、鯨類資源の適切な管理のためにIWCで議論されてきた新管理方式(「NMP」)や改訂管理方式(「RMP」)のようなICRWの趣旨と目的の推進に必要な科学的資料およびデータを収集し、事実上重要な役割を果たしている。このことから、当該締約国は、ICRWの下で授けられた裁量により、どのようなタイプの科学的調査を実施するつもりであるのか、どのようにその調査が実施されるべきかを決定するのに、ICRWの執行機関であるIWC、特にはその科学部門である科学委員会、による審査および批評プロセスの対象となる。これらは、この規制制度において、科学的評価に基づいてICRWの趣旨と目的を遂行するという観点から、これらの活動に対しレビュープロセスを実施し、批判的なコメントをするという任務が委託された機関である。なお、この第8条あるいはこれ以外のICRWのどの箇所においても、締約国による特別許可書の付与が「科学的研究のために、締約政府が適当と認める数の制限及び他の条件に従う」(ICRW、第8条、1節)ものでなければならないことを除き、IWCまたは科学委員会が締約国のこの特権をどのような特定な方法であろうと制限できるような法

的権限を与える規定が存在しないことに留意すべきである。換言すれば、ICRWのこの規制制度の下では、科学的研究を構成する要素は何か、あるいはある状況下で科学的研究がどのように計画され実施されるべきか、といった争点を決定する権限は、主に許可書を付与する締約国政府の裁量に委ねられている。締約国政府はこの裁量権を、科学研究目的に限って誠意をもって行使する義務があり、最終的にはICRWの執行機関であるIWC及び科学委員会の前でその科学研究活動について説明する義務がある。これらの機関は科学的な観点からその活動をレビューし、批評的なコメントを発することでこの義務が果たされるようにする責務がある。

20. 前述のとおり、これはICRWの内在的な自主性を十分に尊重し、ICRWの規定を解釈し適用する責務が委託された司法機関としての法廷が、このプロセス全体において果たす役割がないという意味ではない。裁判所の法廷としての機能は、法的な観点からICRWの規定を解釈し、適用する権限を与えられるということである。しかし、ICRWによって設置された規制体制の本質および特性に鑑み、この法廷の権限は、(a)ICRWの規制体制の適用に関連するもの、および(b)ICRWにより命じられた科学調査研究の功績を評価するという科学委員会による技術—科学的任務に関するもの、を含むものに関しては、ある程度自制して行使されなければならない。
21. ICRWの規制体制での適用に関する問題（この意見書上述の(a) 20パラ）の第一の側面は、この規制体制の中で活動をする行為者である締約国の善意が必然的に仮定されなければならないことにある。この点で、法廷の役割とは、当該締約国がその活動に善意をもって従事しているか、かつICRWの趣旨と目的の促進に助力する科学的成果に貢献し得る科学研究目的で、規制制度が定める必要条件に従って実施されているかを確認することである。しかしながら、調査計画の立案および実施を含む、締約国が行う科学的調査の具体的な種類などは、その性質から法廷による適正な検証の対象であるべきでない。第8条は、「このICRWの規定にかかわらず、締約国は...同政府が適当と認める数の制限及び他の条件に従って...特別許可書を...与えることができる」（ICRW、第8条、1節）と規定することで、これについて決定する主要な権限を締約国に明確に付与している。第8条は自明的に、当該締約国に第8条の下で実施される研究活動の具体的手法を決定する権限を明らかに付与しているが、本規制制度の下では、当該締約国が決定するこれらの具体的な手法は、IWCおよび科学委員会によるレビュープロセスの評価の対象となる。
22. 従って、これら活動が科学的研究の名を借りた科学的研究以外の目的のために立案され実施されたとする申立人の主張は、仮定しえないものであり、当該締約国による悪意の存在を指摘しうる確固たる証拠により立証されなければならない。主権国の悪意というこのような重大な告発は、明示的または黙示的であれ、決して仮定されるべきではなく、申立人が確定的で、疑う余地のない証拠をもって立証できない限りこの法廷により受け入れられるべきではない。これは確立された国際法の原則である（例えば、*ラヌー湖裁定(フランス対スペイン)*, *RIAA*, Vol. 12, p. 281を参照）。その立場はどうあれ、この活動にかかわりのある個人らによって隠された下心が、たとえあると

しても、このような動機が調査計画の立案および活動体制づくりに決定的な役割を果たしたとすることを確固たる証拠によって立証しない限り、とられた行動が真の法的原因（源と起源）として、原則として関連性があるものとして扱われるべきではない。

23. 何が「科学的研究のため」（この意見書上述の(b)、20パラ）の活動をなすのかの決定に関わる問題の第二の側面について、私は判決により探求されたこのような「科学的研究」および「科学的研究のための[活動]」（判決、70-71節）を区別するというアプローチに同意しない。判決は、申立人がその専門家の証言に基づいて進めた基準を却下し、「科学的調査」が何であるのかとの定義づけを試み、多くのパラグラフ(73-86節)を費やしたが、最終的にはその努力を断念したように思える。それにもかかわらず、判決は「科学的研究」および「科学的研究のため」の活動の区別について、「科学的研究」の要素を含み得る活動が必ずしもすべての場合において「科学的研究のため」の活動として受け入れられないことを確立する意図で、詳しく論じているように思える。私にとってこのような区別はあまりにもわざとらしく、具体的な状況に適用しようとした場合、現実感を損ねてしまう。法廷は、その文言の明白で、一般的な意味に従って「科学的研究のため」の活動が何であるかに、単に的を絞るべきである。
24. 何が「科学的研究のため」の活動をなすかという問題について、まず本法廷は、裁判所として、科学的に有意義な答えを出せる専門的資格がないと正直言わざるを得ないし、たとえ法廷がこの概念のある要素について、法的分析の観点から合法的で有用な顕著なものを提案できたとしても、答えを出せるふりをすべきではない。
25. 何が「科学的研究」をなすかは、適格な科学者でもしばしば見解の相違がみられるため、意見の一致に至ることのできない問題である。法廷で証言した専門家の1名によって提出され、申し立て人が論拠とした四つの基準は、JARPA/JARPAIIにおける被申立人の活動が科学的研究の目的であるかを判断するための有用な枠組みとして、本判決によって採用されていない。それにもかかわらず、本判決では、自らのレビュー基準としての客観的合理性テストを適用する際、JARPA/JARPAIIの活動の様々な実質的側面の「科学的な査定」に法廷自ら踏み込んだ。これは、特に鯨の致命的捕獲の問題に焦点を当て、JARPAIIの下でのこれら活動が、法廷自身の行った科学的査定によれば、客観的に合理的と考えることができないので、「科学的研究のため」の活動として適格としないとの最終結論を導くためである。判決自体で明らかのように、判決では、その「合理性」の客観的な調査の名の下に、これらの活動について、実質的な評価に自ら従事している。しかしながら、直ちに生じる疑問は、「どのような脈絡においてこの合理性が判断されるのか？」である。法廷が従事していると主張するのは、法的脈絡であるのか、それとも科学的脈絡であるのか？もし、法的脈絡での検討であるならば、答えは明白である。答えはICRW自体にあるのだ。ICRWは、この点を、法律のレベルでは少なくとも、当該調査研究を実施する締約国の善意を評価することに委ねてきた。もし、科学的脈絡についてであるならば、JARPA/JARPA IIの調

査計画デザインや実施に関する技術科学的な審査や査定を行うことなく、法廷が科学的観点からある種の活動が客観的に合理的であるかを判定するは不可能であり、これは法廷ができるはずもなく、試みようとするべきでもない任務である。これが、法廷がこのような検討に従事すべきではない第二の理由である。次の節では、この点についてレビュー基準や評価範囲の問題に関連してさらに詳しく述べる。

## V. 法廷のレビュー範囲

26. ICRWの趣旨と目的に照らして解釈した体制によれば、締約国らは「鯨族の適当で有効な保存及び増大を確保するための捕鯨業に関する国際取締制度」（ICRW前文、7パラ）を維持するために科学研究の必要性および重要性を明確に認識することで、「鯨族の適当な保存を図って捕鯨産業の秩序のある発展を可能にする」（ICRW前文、8パラ）ことになる。この理由で、鯨の調査に従事している科学機関による科学研究が、ICRWを締結するために招集された1946年の会議で、決定的に重要であることが強調されている。この点について、議長の以下の主張にはかなりの関連性がある：

「鯨の研究に従事してきたこれらの様々な科学機関の…先のどのような特権もこの委員会 [IWC] が奪うことは、我々 [すなわち、締約国] の意図または信念ではない… [我々は] 主に実際の情報およびそれらの職員の仕事に依存し… [本] 会議はこれら科学機関に多大な借りがあることを念頭に置かなければならない…」（第3回会議議事録、IWC/20、11頁、117パラ）。

第8条の1節は、1937年の国際捕鯨協定の第10条の文章から抜粋されたものであるが、議長は『「各締約国は、すべての新規に与えた認可を委員会に報告しなければならない」と「第8条の残りの文章は科学研究の重要性を強調しその成果として得られた情報の普及を奨励している」（第7回会議議事録、IWC/32、23頁、322-323パラ）と読める二つの文章』について指摘した。

27. 締約国の意図は、上記の引用から明白となったが、締約国政府が自国民に科学研究のため鯨を捕獲するための特別許可書を、ICRWの第8条の文言に合意することにより、付与することであった。これは締約国政府が、IWCあるいはその科学委員会との事前協議あるいは許可なしでこの措置をとってもよいというICRW第8条が締約国政府に与える特権である。このことは、起草過程の際に、「締約政府に [科学研究の許可書を発する] ことを、委員会から独立してではなく、委員会との協議の後に義務づける」との対案を示した代表の一人のコメントにより十分に例証される（第三回会議議事録、IWC/20、11頁、115パラ 強調追加）。この対案が採択されることはなかった。

28. これはもちろん、締約国政府には主権的な自由行動の行使として、特別許可書を付与するという無限の裁量があるということではない。第8条の下で認められる特権は、ICRWの一部として規定されており、より具体的に言うと、ICRWによって設けられた規制制度の一部として定められている。私の見解では、JARPA/JARPAII プログラムのような調査活動の科学的価値の査定は、その立案および実施の科学的評価を含み、ICRWの目的を達成するための調査計画であることから、特にICRWの機関であるIWCおよびその科学委員会に明確に帰属する事柄であるが、この査定の過程のある側面に関して、ICRWの解釈および適用についてのレビュー権限の行使について、法廷による法的精査の対象となる。

この範囲内の脈絡における法廷の役割とは、法的な観点からICRWの規制制度が明示的に定めた手続き（すなわち、第8条の下で締約国に義務づけられる手続要件）を厳守しているかどうかを評価することである。何が実質的な科学研究をなすべきかという技術科学的な分析作業や関連する活動の各側面の具体的な評価—科学委員会に委任されている作業—に従事することなく、本法廷は当の活動が一般に容認された「科学研究」（第8条の下で締約国の実質的必要条件）の概念を満たすものか否かというレビューを行うこともできる。この過程では、法廷が適用するレビュー基準の決定を伴う。

## VI. 法廷の評価基準

29. レビュー基準の決定にあたり、判決は当事者の立場を次のように約言している。

最初に、法廷は申立人の立場について以下のとおり記す：

「豪州によると、許可を付与する締約国を支持するという強い仮定を伴うことから、法廷のレビュー権限は善意の精査に限定されるべきではない。というのは、これによりICRWによって設立された共有資源の共同管理のための他国間体制が、無効になるからである。豪州は、特別許可証が科学研究の目的のために付与されたかどうかを評価するにあたり、特に『捕鯨計画の立案および実施のみならず、得られた成果』に言及し、客観的要素を顧慮するよう、法廷に強く要請する。」（判決文、63パラ）

30. 第二に判決は申立人のこの立場に対し、口頭弁論における被申立人の陳述での以下の引用を被申立人の立場を表すものとして併記している：

「日本は、国家の決断が客観的に合理的であるかまたは『一貫性のある論拠やきちんとした科学的根拠に裏付けされ…、この意味では客観的に正当と認められる』のか否かのテストに関しては豪州およびニュージーランドと同意する」（判決文、66パラ）。

31. 当事者らのこれら二つの陳述に基づき、判決ではレビュー基準の問題についての自らの立場を以下のように結論づける：

「鯨の捕獲、殺害および処理を認可するための特別許可書の付与をレビューする際、法廷は、始めに、これらの活動が行われるプログラムが科学的研究を伴うかどうかの査定を行う。次に法廷は、鯨の捕獲、殺害および処理が、科学的研究の「目的のため」であるかどうか、その明言された目的を達成することに関連して、プログラムのデザインや実施が合理的であるのかどうかを精査する。このレビュー基準は客観的なものである。」（判決文、67パラ）

32. 判決のレビュー基準の問題に関するこの結論に関して、当事者のそれぞれの立場として63および66パラで要約されたものと、法廷の結論として当事者のそれぞれの立場から引き出されたと判決が主張する上記で引用した67パラとの間に、論理的飛躍があることを指摘せねばならない。換言すれば、判決は、レビューの範囲および基準の問題に関する当事者間の相違を無視し、更なる説明なしに、片方の当事者、すなわち申立人の立場を是認しているように見える。判決の67パラでは、ほとんど突然に、追加的な権威の座のごとく、法廷が「致死的方法の利用が、その明言された目的を達成することに関連し、プログラムのデザインや実施が合理的であるのかどうかを」査定すると宣言し、レビューの範囲については申立人が推進した方法を使い、これを被申立人が認めたレビュー基準にリンクさせ、この客観的合理性の基準の適用があたかも当事者間での共通点として合意されたかのように示唆しているが、現実には、特にレビューの範囲に関しては、当事者間には大きな差がある。判決でまとめられたこの結論は、現状の脈絡で適用されるレビュー基準や範囲の共通の論拠として、それぞれの当事者が受け入れる用意があったものを明らかに虚偽表示していると言わなければならない。

この判決を決定する過程で、何らかの未だ説明されていない理由で、判決にはレビュー基準として客観的に合理的でなければならない尺度を適用することになり、判決ではこのプロセスに、全く新しい要素でレビュー範囲に関連する、捕鯨プログラムの「デザインおよび実施」（判決文、67パラ）を導入している。これは申立人がその論点の支えとして導入すべきと主張してきた要素である。判決には、JARPAIIプログラムのこれら実質的側面の精査に乗り出すという、法廷によるレビュー範囲の拡大が、なぜ正当または適切であるかについて何らの説明の提供がない。

33. 本件の書面及び口頭弁論において展開された当事者らの議論の慎重な精査により、当事者の一国がその弁論の際に指摘しているように、このレビュー基準の源が、科学的に議論の余地のある問題に関する加盟国の主権的な決定を司法的にレビューする複数の事例に直面することを余儀なくされた、世界貿易機関（WTO）の上級委員会の判決にあると思われる。

34. 引用されたWTO上級委員会の判決を、その脈絡にてより綿密に調べると、客観的合理性のテストを支持するというこの一般的な提案は、法律家がよりどころにできる科学者の明確な合意もしくは多数派の見解が存在しない状況での司法的なレビューという脈絡で、科学と法の境界線についての慎重に論じられた上級委員会の議論に論拠がある。最終段階でのECホルモン紛争案件に係わる米国の義務停止の継続（以後「EC-ホルモン」）のWTO上級委員会の当該判断の理論的根拠はこの点を例示している。私の意見では、現行の判決は、この客観的合理性という魔法の方策をこの基準が適用された脈絡の外に取り出し、このレビュー評価基準が適用された脈絡への適正な配慮もなしに、我々の目的のためにやや機械的に採用され、適用されたと考える。

35. 被申立人は、レビュー基準の問題でのその立場を、この客観的合理性の基準が本裁判にとってどのように関連するのかを次の文言で明示し説明しようとした：

「はい： 法廷は、理性的な国がこれを適切に立案された科学研究と見なすことが出来るかを、問うことが出来るでしょう。しかし、何が「芸術」で、またはそうでないかを決定できなかったと同様に、科学と非科学を分離する境界線を何ら強いる事は出来ません。日本の見解では、正しい問いとは、*国家がこれを科学研究として合理的に見なせるか*、であります。

これが、日本が豪州およびニュージーランドと、国家の決断が客観的に合理的であるかまたは『一貫性のある論拠や尊敬すべき科学的根拠に裏付けされ…、この意味では客観的に正当と認められる』のかどうかのテストに関して、同意する理由です。(CR 2013/22 60頁、20-21パラ (Lowe); 強調追加)

被申立人が依存している議論のこの部分は、一語一句、EC-ホルモン事件の最終段階におけるWTO上級委員会の決定の引用である。このため、この引用の一節が掲載されている正確な脈絡を精査することが重要である。

36. 2008年10月16日のWTO上級委員会の最終報告書にある決定では、その紛争解決パネルによる先の判断のレビュー及び破棄にあたり、以下のとおり述べている：

『 [WTO] のパネルによる事実認定に関する限りでは、適用しうる基準は、「そのような新たなレビューでも、『完全な服従』でもなく、むしろ『事実の客観的な査定』である』 …

リスク分析を行う事はWTO加盟国の努めであり、パネルの責務とはそのリスク分析を査定する事である。パネルがこの限定された任務の範囲を越え、リスク査定者として行動する場合、

自らの科学的判断をリスク査定者のそれと置き換え、新しいレビューを行うこととなり、その結果として〔WTOの紛争解決手続〕第11条の下での自らの職務を越えることになる。従って、パネルのレビュー権限は、WTO加盟国が行ったリスク分析が正しいのかどうかを決定することではなく、そのリスク分析が首尾一貫した論拠および尊敬すべき科学的根拠により確認されているのかどうかを決定することであり、この意義において、客観的に正当と認められるかである。」(WT/DS320/AB/R, 246頁、589-590パラ；強調追加。)

ここでは、法により展開されたレビュー基準の重要な理論的根拠が、客観的合理性のテストに合意した被申立人の引用ではつきりと定義され示されている。上級委員会の判断は、かなり具体的に「パネルはレビューのその限られた権限を越えるために専門家に頼ってはならない」、そして「パネルは〔とられた〕措置…の科学的根拠の特定およびこの科学的根拠が、少数もしくは多数派の科学的見解を示しているかに関係なく適切で信頼された情報源に拠っていることを実証するために専門家の支援を求めることが出来る」と明確化するものである。(WT/DS320/AB/R, 247頁, 592パラ)。

37. これら二つの事例、一つはWTO上級委員会での案件、もう一つはICJでの案件、の違いにもかかわらず、これらは関連する問題の性質や当該紛争が生じた脈絡において適用できる法について示しており、また同様に、WTOの決定がどのような意味でも我々の目的のための前例とはなれないという明白な事実を示している。しかしながら、本法廷が尊重しうるひとつの共通要素が存在する。これは、科学者が異なる見解を有する科学的な案件の法的査定を、法廷または司法機関が行う場合に、司法機関はその権限に内在する制限の下にあり、その規定された職務を超えた分野に迷いこむことにより、法の執行者としてその権限を越えてはならないという点である。よって、権限を授けられた加盟国によるリスク分析をレビューするというこのシステムの下での、司法機関の任務とは、WTOの判決で用いられた表現を用いれば、「〔その機関が〕限定された任務の範囲を越え、リスク査定者として行動する場合、自らの科学的判断をリスク査定者のそれと置き換え、新しいレビューを行うこととなり、その職務を越えることになる」(WT/DS320/AB/R, 246頁、590パラ)。私の意見では、この意味及びこの脈絡で、WTO判決の決定は、法廷の機能が、「WTO加盟国が行ったリスク分析が正しいのかどうかを決定することではなく、そのリスク分析が首尾一貫した論拠および尊敬すべき科学的根拠により確認されているのかどうかを決定することであり、この意義において、客観的に正当と認められるかある。」(WT/DS320/AB/R, 246頁、590パラ)ことから、本法廷にとって本件の有用な評価基準になりえる。

38. 私の意見では、本判決は、この客観的合理性の基準をその脈絡から取り出し、その反対の目的で機械的に適用すること、つまり、締約国がICRWの下で科学的調査のための特別許可証を発給し、科学的調査を採求する上でどのような種類の活動かを決定するという主要な権限を付与されているのに、法廷が被申立人の活動に関する新規の査定を行うという目的に従事したことで、誤

りを犯した。この許可書を発給する国に与えられたこの決定権というものは、ICRWの規定制度に従って科学委員会およびIWCによるレビューの手続きおよび批判的なコメントの対象となる。

39. 本法廷の法体系において、この「合理性」の概念は、過去の判決の一部に時々登場する。しかし、私の意見ではこの「合理性」の概念を本質的な評価の基準として一般的に適用しようとするのは、可能でも有用でもない。「公正性」の概念と同様に、国際法や一般法の基本原理の一つであるので、この概念の妥当性には誰も異議を唱えないであろう。しかしながら、レビュー基準としてのその具体的な解釈および適用は、この用語が適用される脈絡に完全に依存するものである。これは本質的な評価のための基準ではなく、ある決定または活動が「恣意的」であるのか否か、もしくは明らかに「境界の外に出た」ものであるのかどうかを確認するための尺度である。

航海権及びその他の関連諸権利に関する紛争（コスタリカvsニカラグア）の案件では、法廷は被申立人（ニカラグア）のサンフアン川におけるコスタリカの航海権を制限する方法が「合理的でない」と議論した申立人（コスタリカ）の主張について言及した。法廷はこの概念の特徴について次のように明らかにした：

「法廷は、コスタリカがその違法行為申し立ての主張を裏付けるために、申し立てによれば規則の不相応な影響に言及し、不合理に関する事実について述べたことに留意する。法廷は確立された一般原則の観点から、コスタリカがそれら事実を立証せねばならないことを想起する（黒海における海洋境界画定（ルーマニア vs. ウクライナ）、判決、ICJ報告2009年 86頁、68パラ、およびそこで参照される諸裁判を参照）。さらに、法廷が規則の合理性を精査する際、規制者、つまりこの場合において河川の主権を有する国が、状況の知識に基づき、規則の必要性を査定し、その必要性を満たすために最適と考える措置を選択する一次責任を有することを認識しなければならない。規則への説明要求が出される場合には、単にそれが不合理であると一般的に主張するだけでは十分ではない。法廷がそのような結論に至るためには具体的で明白な事実が必要である。」（ICJ報告2009年、253頁、101パラ； 強調追加。）

40. 本件における被申立人の立場は法律面で、1858年の国境条約の下での航海権及びその他関連諸権利に関する紛争（コスタリカvsニカラグア）の被申立人の立場に類似している。本法廷が後者の案件について発した法的意見が、本件における状況に適用されるべきである。

## VII. 本件におけるレビュー基準の適用

41. 第8条の下でのJARPAIIの活動レビューについて、法廷によって適用されたレビュー範囲や基準をこのように明らかにしてきたが、私は、判決が第II部、3.B小節（判決文、127-227パラ）で試みたように、その査定が客観的に合理的なものかどうかを確かめるために、JARPA IIプログラムの

立案および実施の、それぞれの具体的な面での実質的な査定により得られた結論を論破するという作業に従事することを差し控える。そのように差し控えるのは、私の意見ではICRWの趣旨と目的において明示されているその本質的な性質や特にICRWの下に設置された取締制度の法的枠組みに照らして、同様に、最も重要であるのは、現在の脈絡でレビューにより権限を与えられた法的機関としての法廷の権限に内在する本質的な制限により、法廷がまさにすべきでなかったことに従事することになるからである。

42. それにもかかわらず、私は判決の小節3.BにおけるJARPAIIプログラムの実質的評価で、至るところで影響を及ぼす原則の疑問に関連する、ある法律の問題点について法廷の注意を喚起したい。私の批判的なコメントは、ICRW第8条の下で実施されるJARPAIIの具体的な活動を査定する際に判決で用いられた客観的合理性の基準の方法論に関連するものである。私の意見では、第8条の普通で明白な意味により、締約政府が科学的研究のために鯨を捕獲し、殺し、及び処理することを許可する特別許可書を発給する主要な権限を有することは明確である。許可証を発給する政府が、この決定を、善意のみならずかかる活動が調査研究目的のために実施されることを、深い考慮の上で行ったという強く反論できる推定がある。私が繰り返し力説してきたように、締約国政府の権限執行の司法的なレビューに従事する法廷の役目とは、当該締約国政府のこの決定は、首尾一貫した理論に研究プログラムが基づいており、この研究プログラムが必ずしも関係する学術コミュニティにおいて多数派の支持を得ていない場合であっても、鯨類専門家の学術コミュニティにおいて尊敬すべき意見に基づいているかという意味で、客観的に合理的なものかどうかを評価することにある。
43. 特に、判決における評価で中心的テーマをなす鯨の致死捕獲の問題について、プログラムがそのデザインおよび実施において客観的に合理的であるかということに関して、判決は「科学研究目的のため」の正真正銘のプログラムであると適格とされるためには、プログラムの下での予想される致死調査の規模およびサイズが合理的であるとの立証責任の負担を、許可を付与する側が負うように客観的合理性の基準を適用しているように思える。
44. ICRWの規定に従って特別許可を付与する当事者に対し、このような厳しい要求を満たすための責任を負わせること自体、ICRWの下で設けられた規制制度の一部として「科学的研究のために鯨を捕獲し、殺し、及び処理することを…認可する特別許可書…」を締約国の無条件の権利として定める第8条の明白で普通の意味と調和するものではない。
45. 本紛争の脈絡において、判決がこの活動が「科学研究目的のため」であるのかどうかを裁決するために適用する尺度として使用した客観的合理性の基準を適用すると、被申立人ではなく、申立人がJARPAIIの下での被申立人の活動をICRW第8条の目的での「合理的な」科学研究活動として考えられないことについて信憑性のある証拠で立証すべきである。ICRWの下では、被申立人に

科学研究目的活動のための許可書を付与する推定権限が与えられている。私の意見では、申立人はJARPAIIに従って実施された活動が「合理的な」科学的な活動ではないことを何ら立証していない。

46. 私の考えでは、JARPAIIに従って実施された活動は、実際、科学研究の目的で「合理的な」活動と特徴付けることができる。JARPAIIは完璧なプログラムからかけ離れていたにせよ、法廷に提出された証拠によれば、科学委員会にとってミンククジラに関する実質的な価値を有する有用な科学情報を提供していることが明確に示された。JARPA/JARPAII活動の科学的価値の証明として、2007年に科学委員会の議長は「南極海における鯨類調査研究への日本の貢献は重要なものであり、私に言わせれば科学委員会にとって決定的である」と述べている(日本の答弁書, Ann. 207, Vol. IV, p. 387)。IWCによるJARPAIIの主要なレビューが今年(2014年)行われる予定であり、従って当該プログラムの本格的な評価は(これは法廷が急ぎの判決を下すべきではないもう一つの理由であるが)時期尚早であると指摘しなければならない。プログラムで実施された科学研究の貢献に関する特定の評価は、JARPAII自体ではまだ入手可能でないが、多くの点で実質的にJARPAIIと類似しているJARPAのデータおよび成果をレビューするためのIWCの中間会合ワークショップの報告書は、JARPAプログラムの建設的な評価を次のように記述している：

「JARPAプログラムの結果は、RMPの下での管理に必要なではないが、下記(二つ)の意味で南半球のミンククジラの資源管理を改善しうる可能性がある… JARPAデータの解析結果は… おそらく、これらのミンククジラのための現行RMP適用試験が示すレベルの枯渇のリスクを増大させることなく南半球のミンククジラの捕獲枠を増やすことができることに利用できるだろう。」(Report of the Intersessional Workshop to Review Data and Results from Special Permit Research on Minke Whales in the Antarctic, Tokyo, 4-8 December 2006; Counter-Memorial of Japan, Ann. 113, Vol. III, p. 201; 強調原文)

言い換えれば、このIWC中間会合ワークショップ報告書は、JARPAプログラムがRMPの下でのミンククジラ捕獲許可枠の見直しに導きうる有用な統計的データを提供できるという見解を示したのである。

47. この報告書で言及されたのは、ICRWが有用と想定した類のデータである。ICRW第8条は「母船及び鯨体処理場の作業に関連する生物学的資料の継続的な収集及び分析が捕鯨業の健全で建設的な運営に不可欠であることを認め」そして「締約政府は、この資料を得るために実行可能なすべての措置を執るものとする」と定めている(第8条、4パラ)。さらに、ICRW第5条では、附表修正は「科学的認定に基づくものでなければならない」(第5条、2パラ)と述べ、そして、モラトリアムの文言自体も前述したとおり、「この規定は、最良の科学的助言に基づいて検討されるとする」と定めている(附表、10(e)項)。

48. 科学委員会の所見の権威によるこれらの証拠を踏まえて、JARPA活動はICRWの起草者が「捕鯨業の健全で建設的な運営に不可欠である」（第8条、4パラ）としたデータそのもののいくつかを提供しており、JARPA活動およびその後継であるJARPAIIがなぜ「合理的ではない」と見なされるのかを理解するのは困難である。

## VIII. 結論

49. 結びとして、本論争の中心となる唯一決定的な争点とは、JARPAIIプログラムの下での活動が「科学的研究のため」であるか否かであることを強調しなければならない。この争点は、科学委員会によって検討、審理されることになっているJARPAIIプログラムが、ICRWの趣旨と目的を達成するための科学的研究プロジェクトとして、優秀なレベルに到達しているか否かではない。JARPAIIプログラムがそのような目的を達成するには少しも完璧でなく、その目標の達成のためには改良が必要であることが真実であるかもしれない。このようなJARPAIIへの批判は、ICRWの規制体制が定めるところに従って、これら活動の再構築あるいは再設計を趣旨としたレビューの過程においては適切に有用となるはずだが、これによりプログラムの活動が、科学的研究のために合理的でないと法廷が断言する根拠とはなり得ない。科学的研究のためのプログラムとして、JARPAIIにはいくつかの欠点があったとしても、このこと自体がこれら活動を商業捕鯨活動へと変化させるものではない。これにより、本法廷が明確に「日本は、JARPAIIに関して付与された現行の認可、許可又は免許を撤回しなければならない」と裁定する理由にはなりえない。（判決文、主文7項、247パラ）。

小和田 恆（署名）