

ベヌーナ裁判官の反対意見  
(仮訳)

条約解釈—当事国の裁量権—「科学目的のための」捕鯨プログラムの合理性—「科学目的のための」捕鯨プログラムの目的—致死的、非致死的方法の選択—標本数の決定—法廷の表決の根拠—JARPAIIに「商業的」性があるかを決定する必要性—JARPAIIは「商業」性がない—法廷自身が条約の本文を代用した—条約締約国間の協力

残念なことに、私は判決の運用に関する第2,3,4,5と7項に反対票を投じなければならなかった。なぜなら私は多数派の1946年12月2日の国際取締条約(ICRW)及びそれに付随する附表(これ以降附表)の関連する条項の解釈に同意しなかったからである。

私は、特に多数派が、慣習法のステータスがある条約法に関するウィーン条約(条約31と32)によって示された解釈方法に従わなかったことを残念に思う。これにより、当事者義務について、厳密に法的分析の範囲にとどめることができなくなってしまった。私は、捕鯨が数世紀に渡り、文学や、神話、宗教的文書によりはぐくまれてきた深い文化的及び感情的な責任を伴う問題であることを知っている。事実、この背景は、法廷の前で喚起された。判事らは、このことを無視できないが、その職務により、どのような影響も厳密な法的分析には及ぼさないという義務を負っている。関連する国の協力関係を推進し続けることに法廷が貢献する最善の方法は、その法に基づき、国際法を適用し、正義を行うことである。

残念ながら、多数派によって採択されたアプローチはいくぶん「印象的」である。基本的には、膨大な報告書や科学的研究の中から選択されたインジケーターに基づく疑問、疑いや疑念に基づいているためである。

ICRWは、今日法廷が解釈し、適用を求められたのとはとても異なる状況で1946年に採択された。鯨肉の消費は劇的に減少し、取るに足らなくなり、これにより捕鯨産業は減退した。しかしながら、ICRWの条項を解釈する折、法廷はその前文で提示された目的、特に鯨類資源の保全と持続的開発、を考慮する義務を負っているという事実がある。法廷は、「第8条の制約的又は拡張的解釈のいずれも正当化できない」ということや、科学的研究目的のプログラムが、「鯨類資源の保全と持続的開発以外の目的を追求し得る」(判決、パラグラフ58)と述べて、満足することはできない。ここで我々が関心を持っているのは、その解釈が「制約的」又は「拡張的」であるかではなく、むしろ、「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」(ウィーン条約第31条第1項)で決定されることにある。

ICRW の不可欠な部分である第 8 条で法廷が対処しなければならないのは、ICRW の目的と目標であり、通常の意味に照らして、この場合は JARPAII の調査プログラムが、この条項で全てカバーされているのかを法廷自身が尋ねることである。

さらに、第 8 条は、ICRW の他の条項や、その採択以降修正された附表の文脈で分析されなければならない。その条項の下では、どの締約国も、このような状況を「適当と認める」ことを条件として、「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証を与えることができる。」ICRW が採択された時、唯一の懸念は捕鯨というカテゴリーを規制することで、禁止することではなかった。商業捕鯨は ICRW により規制され、その目的に従うことを条件としているので、この理由で、締約国に広範な「科学的調査」のための許可書を発給する力が付与された。科学的調査の枠組みの中であれば、当事国政府は、殺し、処理した鯨の販売による売上金の利用について自由に決定することができる。そのような鯨の販売による売上金は、商業捕鯨の規制に関するすべての他の義務から当事国を免除することを正当化する、第 8 条の中心である科学的調査目的に用いられなければならないことが暗示されている。

私は、法廷が指摘するように（判決、パラグラフ 61）、ICRW 第 8 条の当事国の裁量権が、鯨を殺し、捕獲し、および処理することが「単なる国の認識」によるものではないとすることを認める。

同様に、私は、当事国が、その裁量権を行使するおり、「プログラムのデザインと実施が明記された目的を達成する関連で合理的」であり、「このレビュー基準が客観的である」（判決、第 67 項）ことを満足させるものでなければならないという見解をもっている。

しかしながら、第 8 条が許可証を発給するという当事国に与える広範な規範力は、ICRW(第 3 条) によって設立された中心機関、これは科学委員会(SC)に補佐された国際捕鯨委員会 (IWC)、が行う監督によって相殺される。第 8 条の第 3 項によると、関連国は「この条の第 1 項及び第 4 項に従って行われた研究調査の結果を含めて鯨及び捕鯨について同政府が入手しうる科学的資料を、委員会が指定する団体に、実行可能な限り、且つ、1 年を越えない期間ごとに送付しなければならない。」とある。

判決は、日本が IWC や SC に関連する手続き的な義務、特に附表第 30 項で求められている提案書を提出し、その義務に応じたことを認めている。

1985-86 期に効力を発することとなった 1982 年の IWC の商業捕鯨モラトリアム（附表第 10 項で、商業目的の鯨を捕獲頭数がゼロと設定された）採択が、ICRW の条項や附表の意味と構造に衝撃を与えた。当初モラトリアムに反対していた日本は、1987 年に異議申し立てを撤回した。しかしながら、我々は、モラトリアムが結局は行われなかった 1990 年に予定されていた評価の承認待ちをしてい

た、定義上は暫定的な決定であったという事実を見失うべきでない。

モラトリアムの受理と平行して、日本は JARPA 調査計画に乗り出した。オーストラリアが示唆したように（判決 パラグラフ 101）、演繹的に、これが異なる法的口実の下での商業捕鯨継続の道であったと考えることを導くものは何もない。事実、JARPA の開始そのものについては、何ら驚くことはない。なぜなら、今や商業捕鯨モラトリアムによって、科学的調査で必要とされた鯨についてのある種の情報へのアクセスが妨げられたためだ。鯨類資源の調査、特に鯨の食性、が海洋エコシステムやその資源の知識の源として重要な役割があるということは立証されている。さらに、2006 年に IWC はこの点で JARPA の貢献について異議を唱えなかった。いずれにせよ、判決が正確に指摘しているように、JARPA の運用や合法性はここでの焦点ではない（判決、パラグラフ 99）。ここでの焦点は、2005-2006 年から効果的に JARPA を引き継いだ JARPAII である。

第二のプログラムの合法性は、これは「ICRW 第 8 条の意味の範囲での科学的調査目的としたプログラム」でない、よって、これを許可し、実施している日本は、附表 10(e) の商業捕鯨モラトリアム、附表 7(b) の南大洋サンクチュアリ、及び附表 10(d)の母船式捕鯨モラトリアムに違反していると主張するオーストラリアによって、法廷で挑戦されることとなった。

多数派によって採択された立場は驚くものであった。なぜならば、JARPAII が「科学的調査の目的のため」のプログラムでないことを示す証明の本質に専心し、その一方で、究極的にはこのようなプログラムの本当の目的が何であるかという問題を避けたのである。

法廷は ICRW にもない「科学的調査」の理解についての定義の制定を辞退することから始めた。専門家によって提案された定義に関しては、法廷は本件には適用できないと考えている（判決、パラグラフ 86）。しかし、そのすぐ後で、法廷は何か逆説的とみなされている「科学的調査の目的のため」という言葉遣いの意味の分析に着手する（判決、パラグラフ 87）。事実上、法廷は最初にその活動が何から成り立っているのかを明確にすることなく、ある活動の目的を決定することを求めた。これはよりいっそう危険な作業である。なぜなら、議論を構成することとなったのは、プログラムのデザインと実施が「明言された目的を達成するのに合理的である」か、否かであったからである（判決、パラグラフ 88）。

法廷のその後の理由づけを読んで明らかになったのは、現実的には、一方ではプログラムの目的と、他方ではそのデザインと実施の間で調和のテストを適用しそこねている。よって、判決（パラグラフ 135 から 156 まで）は、本質的には、JARPAII が「科学調査の目的のため」に実施されなかったことを結論付けるために、JARPA と JARPAII の比較をおこなった。このように言われるのは、プログラムが非致死的方法に大きく依存することができる時に、致死的方法を用いたためである。しかしながら、多数派は当事国が科学的調査を行う折、非致死的方法を優先させなければならないという

必要条件が存在することをどこにも示すことができなかった。

法廷はこのような義務の欠如を埋め合わせするために、日本の非致命的調査方法の分析が不十分であり、その義務がないにもかかわらず、IWC 決議やガイドラインに関して応じなかったことに訴えようとした。我々は、どのように法的義務が、分析が不十分であることや対象とされる国に対して規範的な力を持たない国際機関の行いを重んじなかったことから由来するのか、ということ了我々自身に問わなければならない。

私の見解では、当事国は科学的調査目的のために、もしコストが高すぎるのであれば非致命的方法の利用を控え、もし必要であるならば、捕獲され、処理された鯨の販売による売上金で調査費用をまかなう権利が完全にある。

しかしながら、法廷は JARPA と JARPAII の比較では終わらなかった。法廷は再度 JARPA を参照して、JARPAII のスケールについて問いただしたのだ（判決、パラグラフ 145 から 156）。この比較では、日本の意図について作り出された前提を正当化することに大部分依存し、「日本の説明は不十分である」（判決、パラグラフ 156）と述べて結論付けている。

「これらの弱点は、オーストラリアによって提出された正反対の仮説にもまた重みを与えている  
—日本の優先事項とは、以前商業捕鯨モラトリウムが実行に移されてから最初の年に JARPA が開始されたように、何らの期間をあげずに捕鯨プログラムを維持することであった。」（判決、パラグラフ 156）。

法廷が、科学的調査を定義づけないという前提で進められたにも関わらず、多数派は、それから統計的な研究で例証し、このプロセスが 5 段階であることを確認し、各鯨種の標本数についての詳細な分析を行った（判決、パラグラフ 157 から 202）。

この全体的に困難で複雑な議論の終わりに、法廷は「これは、JARPAII のデザインが明言された目的を達成するのに合理的であるか否かについて、さらなる懸念を起こさせた」（判決、パラグラフ 198）と結論付けている。これらの懸念は、かなり詳細な統計構造や研究に基づいているが、一連の懸念は確信にはなることはない。すなわち、国際的な義務の法的違反があったことになる。

それでもなお、標本数と実際の捕獲頭数との比較ですべての合理的疑いを除外することが可能であろうか？

このような作業に従事し（判決、パラグラフ 199 から 211）、法廷は、標本数と実際の捕獲数の間での不一致が、「JARPAII が科学調査の目的のためのプログラムであるのかという特徴づけについてさ

らなる疑惑を投げかける」(判決、パラグラフ 212) と再度断言している。よって、判決ではミンククジラについてはこの不一致について再度留意し、「これは、ミンククジラについての目標標本数が、非科学的理由で設定されたとするオーストラリアの主張に強みを与える」(判決、パラグラフ 209) と続けて明言している。言い換えるならば、仮に日本が標本としたすべての鯨を捕獲していたなら、プログラムが「科学的調査の目的のため」であると信頼のおけるものとするに十分であったであろう。さらに、このような事実認定は、致命的調査方法よりも非致命的調査方法を優先するとする先の強調点とも矛盾する。

JARPAII が科学的調査の目的のために実施されたか否かという問題の最終的な結論で(判決、パラグラフ 209)、法廷は「致命的サンプリングの使用自体は、JARPAII の目的に関連して非合理的なものではない」(判決、パラグラフ 224) としたが、これはたとえ、絶対的な条件で実際捕獲される鯨の比率が制限されていても、ミンククジラの標本数が顕著に増大していたとした JARPA と JARPAII を比較しただけであった。よって、その頭数が 338,000 から 1,486,000 の間であるミンククジラの資源量(オーストラリア申述書、第一巻、パラグラフ 2.116)に関連して、JARPAII プログラム全体で実際に捕獲されるミンククジラの数 3264 頭を上回ることはなかった(オーストラリア申述書、第一巻、図 6 と日本の答弁書、pp.178 と 181)。

これらの懸念や疑問すべては、法廷が JARPAII は「科学的調査の目的のため」(判決、パラグラフ 227) にデザインされておらず、また実行されなかったと結論付けるのに十分であろうか？

法廷は、それからオーストラリアの主張である日本の附表違反、すなわち、商業捕鯨モラトリウム(パラグラフ 10(e))、母船式捕鯨モラトリウム(パラグラフ 10(d))、南大洋サンクチュアリ内での捕鯨禁止(パラグラフ 7(b))について対処した(判決、パラグラフ 228)。この段階の理由付けで、法廷自身が JARPAII は商業捕鯨の目的でデザインされ実行されたのか、否かを尋ねるべきであったと期待したかもしれない。事実、条約は 3 種類の捕鯨(商業捕鯨、「科学調査の目的のため」の捕鯨、先住民生存捕鯨)のみ想定している。本件の課題ではない最後のカテゴリーをさし置けば、残った唯一の選択肢は最初の 2 つである。実際に、法廷が指摘するように、双方の当事者や介入国は、この点では論争していない(判決、パラグラフ 229)。さらに、オーストラリアが JARPAII には商業的な性質があるとする主張の根拠としているのは、上記の附表条項に違反があったというものである。

それならば、なぜ法廷は、「JARPAII が商業捕鯨の特徴を持つか否かという当事者らの競合する主張を支持する証拠を評価すること」を拒否したのであろうか(判決、パラグラフ 230)？

法廷は、商業捕鯨のモラトリウムの強要や南大洋サンクチュアリ設立とは異なり、商業捕鯨についてはなんら明確な言及のない母船式捕鯨モラトリウム(附表 パラグラフ 10(d))に注目することで始めた。それにもかかわらず、法廷は、上記の 2 点について関連する附表のパラグラフ 10(e)と 7

(b)について、商業捕鯨に独占的に関連していないと解釈している。法廷によると、どのように相反する解釈でも「ある未定義のカテゴリーの捕鯨活動を条約の範囲外とする」(判決、パラグラフ 229)とある。私は、商業捕鯨を禁止した明確な文章のこの拡大解釈の根拠が何であるのかわからないことを告白せねばならない。また、私には、ウィーン条約で示された解釈法のなかでどの方法に依存しているのかもわからない。

さて、私は、附表パラグラフ 10 (d)の母船式捕鯨モラトリウムに関する法廷の事実認定について戻る。この条項に商業捕鯨について明確な言及がないことは事実である。しかしながら、我々が懸念している附表の他の 2 つのサブパラグラフと異なり、このような言及がないことから準備作業の精査により、この点についてなぜかということの説明する。

附表のパラグラフ 10 (d)は、アメリカの商業捕鯨モラトリウム提案に源を発している。この提案はパナマで取り上げられ、2 つの部分に分割され提案された。一方が、母船式捕鯨モラトリウムであり、他方が、陸上基地操業に関するものであった (IWC31 回年次総会議長報告書参照、IWC 30, 1980,p.26、日本の答弁書、第 2 巻、付録 46 参照、P. Birnie, International Regulation of Whaling, From Conservation of Whaling to Conservation of Whales and Regulation of Whale-Watching, Vol.1. Oceana Publications, 1985, p.505 参照)。提案の最初の部分のみが、IWC によって採択され、附表の現在のパラグラフ 10 (d)になった。よって、母船式捕鯨モラトリウムは、商業捕鯨モラトリウムの提案書に基づいて草案され、その採択時には、商業捕鯨のみに関するものとされたことは明らかである。よって、附表の 10(d), 10(e), 7 (b)のパラグラフは商業捕鯨のみに適用されることになる。

私は、それゆえ、多数派には JARPAII に商業的性質があったか否かという質問を精査することから免除される資格がないと信ずる。明らかに、どのような商業的活動も、仮にそれが達成できなくとも、利益の観点で行われているはずだが、そのようには認定できなかったはずだ。どんなやり方であろうとも、これは単に JARPAII や特別許可証の下で行われているものには該当しないケースである。なぜなら、鯨の販売による売上金は、非営利の鯨類研究所に付与されるからである。

私は、多数派によってとられた立場には、法的根拠がないのみならず、また、共有資源の管理目的で当事国間の協力を強めようとした ICRW の精神に配慮することにも失敗したということをつけ加えたい。この点で IWC や IWCSC は鍵となる役割を果たす。特に、当事国によって発給される特別許可証について定期的な精査を行い、どの部分で改善するかもしれないということも含めて、それにコメントすることが求められている。さらに、JARPA に関連して、IWC と IWCSC は、IWC で採択された決議のリストに見られるように、この作業をおこなった。現在での状況は、JARPAII が 2005 年の事前精査を受け、その定期的な精査が現在進行中である。これらの結果は、もうすぐ出版されることになっている。言い換えれば、IWC も IWCSC も JARPAII の実施に関する判断を下す機会がいまだなかったことになる。このプログラムの査定にあたり、法廷は、ある意味で、これらの 2 つの

団体の代わりをつとめたことになる。

ICRW の目的と目標を強化するために、締約国は ICRW によって制定された制度の枠組みの中で行動すべきことが明らかに好ましい。ICRW の前文が強調しているように、これがおそらく締約国らの共通の関心を守り、ICRW の信ずべき解釈に到達することを可能にする、締約国の多国間での協力を促進する最善の方法であろう。

モハメド・ベヌーナ (署名)