HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	国際司法裁判所の仮保全権限　－本案管轄権との関係について－
Author(s)	杉原, 高嶺
Citation	北大法学論集, 31(3-4下), 295-316
Issue Date	1981-03-25
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16348
Type	bulletin (article)
File Information	31(3-4)2_p295-316.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

国際司法裁判所の仮保全権限

——本案管轄権との関係について——

杉原高嶺

目次

序
一　訴えの提起と仮保全措置
二　従来の学説と判例——可能性論——
三　判例への批判と新しい見解——蓋然性論——
四　判例の修正
五　最近における若干の裁判官の主張
六　irreparabilityの要件について
結

序

一九七〇年代の国際司法裁判所の係属事件には仮保全措置の申請が連続している。漁業管轄権事件、核実験事件、パキスタン捕虜裁判事件、エーゲ海大陸棚事件、駐テヘラン外交職員事件などである。[1] それ以前の状況（戦後）は、一九五〇年代に二件の申請があるのみで、顕著な対照がみられる。[2] それだけ七〇年代には、早急に権利の保全をはかるべき緊迫した紛争が提起されたということであろうか、あるいは何か別の効果がこの制度に求められたのであろうか。

仮保全措置の制度は裁判所規程第四一条に定められ、その手続的要件は裁判所規則（第七三条―七八条）に明記されている。ただ、これらの諸規定によってこの制度のすべての問題が解決されているわけではない。例えば、当事国の権利の保全とは別に、事態の悪化の防止という、それだけの目的で申請が認められるかどうか（判例はやや消極的のようにみえるが、必ずしも明確にされていない）、[3] また仮保全命令の拘束力についても学説上対立があることは周知のとおりである。さらに実際にしばしば問題となり、裁判官のあいだにも意見の対立のみられるのが、本案管轄権との関係である。つまり、裁判所の仮保全権限は本案管轄権の有無にどのように規定されるかということである。

仮保全措置の申請――訴訟中いつでもできる――は、「他のすべての事件に優先」し、「緊急事項」として取扱われる（規則第七四条）。管轄権の有無が争われているときでも、その決定をまたずに申請を取扱う必要が生ずる。この措置は、本案管轄権の確定前に与えられるという意味で、仮保全権限には自立性が認められる。他方、その機能は本案で争われる権利を保全することであるから、本案訴訟に付随する。つまり本案から完全に独立した手続ではありえない。そこに両者の相互関係が問われることになる。仮保全命令の不履行の理由として、しばしば本案管轄権の不存在が挙げられる

ことがあるが、[4] その点からも、本案管轄権との関係が検討されなければならない。本稿は仮保全措置と本案管轄権の関係について、学説、裁判官の意見を踏まえつつ判例の推移を検討し、この問題の論点に若干の考察を試みるものである。

(1) これらの仮保全措置の概要については、小田滋・杉原高嶺、「国際司法裁判所における仮保全措置の先例――一九七〇年代――」、国際法外交雑誌、第七八巻第六号、三八―五六頁参照。(以下、本稿では「仮保全措置の先例㈠」と引用する。)

(2) 常設国際司法裁判所時代からインターハンデル事件までの仮保全措置の先例については、小田滋・杉原高嶺、「国際裁判所における仮保全措置の先例」、国際法外交雑誌、第六七巻第六号、九七―一一一頁参照。(以下、小田・杉原、「仮保全措置の先例㈡」と引用する。)

(3) 小田・杉原、「仮保全措置の先例㈡」、一〇一頁、同㈢、五〇頁参照。

(4) 例えば漁業管轄権事件や核実験事件など。See, I. C. J. Reports 1974, p. 17 ; pp. 256―257.

一　訴えの提起と仮保全措置

仮保全措置は、最終判決までのあいだ、「各当事者のそれぞれの権利を保全する」(規程第四一条)制度である。そこにいう「権利」とは、本案で争われる権利、つまり紛争の主題をなす権利でなければならない。常設国際司法裁判所は、仮保全申請を正当とする「本質的要件」は「そのような措置が裁判所に付託された紛争の主題を形成する権利を保全するという効果をもたなければならない」とし、ポーランド農業改良事件におけるドイツの申請はこの要件を満さないとして、申請を退けた。[1] このことから明らかのように、仮保全措置の申請は、まず訴訟の提起を前提とする。訴えが提起される前の申請は受理されないとみなければならない。その意味で仮保全権限は本案から独立していない。その権限が付随管轄(incidental jurisdiction)と呼ばれる一つの理由はここにある。

南東部グリーンランド事件で、裁判所は「裁判所のそのような権限（仮保全権限）は、原則として(in principle)、すでに付託された紛争に関してのみ存在するものといえる」[2]（傍点筆者）とした。一見すると、例外的には事件の付託前にも認められうることを示唆するもののように解される。裁判所は本件ではこの問題に決定を下す必要はないとしているが、しかしながら――いかなる趣旨で述べられたのか明らかではないが――このような解釈は、仮保全措置の右の基本目的に照らして困難であろう。保全されるべき「権利」は訴えの提起によってはじめて特定化されるからである。もし右に想定される例外的な指示があるとすれば、付託が予定される紛争等について、その悪化を防止するという一般的目的で与える場合であろう。しかし、付託前の紛争にかかる権利を認めることは、裁判所に紛争防止の政治的な権限を認めることに等しくなり、法の適用を使命とする司法機関の機能に両立するかどうか疑わしい。（また提訴後であっても、前述のように、裁判所はそのような目的の仮保全申請には消極的であった。[3]）おそらく、現行規程上では、訴えの提起前の仮保全申請は認められないとみなければならない。（ハンブロー(E. Hambro)によれば、例外がありうるかのような右の「いくぶん驚かされる裁判所の叙述」は、「忘れ去らるべき定めにあった傍論とみらるべきである」とされる。[4]）

さて裁判所の仮保全権限は、ある種の自立性を有することはすでに述べた。しかし完全に独立した存在ではありえない。国際司法裁判所は、かつて規程第四一条の権限は当事国の同意を基礎とする第三六条の本案管轄権とは「まったく異なる」(entirely different)ものであると述べたことがあるが、[5] 少なくとも、その申請は訴えの提起を前提とし、かつ本案請求の主題に関連しなければならないという点で、限定的に理解される必要があろう。問題は本案管轄権との関係である。どの程度、本案管轄権の存在の可能性が認められる必要があるかということである。仮保全権限の自立性は主としてこの点にかかっている。国内裁判では原則としてみられない問題がここに生ずることになる。

（1）P. C. I. J. Series A/B, No. 58, pp. 177―179.　横田喜三郎、国際判例研究Ⅱ、七三頁。小田・杉原、「仮保全措置の先例

㈠」、一〇三頁。

(2) P. C. I. J. Series A/B, No. 48, pp. 283—284.

(3) エーゲ海大陸棚事件では、裁判所は安全保障理事会の勧告が存在することを理由に、紛争の悪化を防止する目的の申請は認めなかった。I. C. J. Reports 1976, pp. 11—13. 皆川洸、「エーゲ海大陸棚事件（仮保全措置の指示の要請）」、国際法外交雑誌、第七六巻第三号、八三頁—八四頁。

(4) Edvard Hambro, The Binding Character of the Provisional Measures of Protection indicated by the International Court of Justice, Rechtsfragen der Internationalen Organisation (Festschrift für Hans Wehberg), 1956, p. 160.

(5) I. C. J. Reports 1952, pp. 102—103.

二　従来の学説と判例——可能性論——

仮保全措置と本案管轄権の関係が真剣に議論されるようになったのは、国際司法裁判所の時代になってからである。常設国際司法裁判所時代には（六件の申請のうち二件容認）、本案管轄権の有無がとくに問題となったケースはなかった。（容認された二件のうち、中国＝ベルギー条約廃棄事件では、中国の意向いかんによってはそれが争われうる余地がなくはなかった。）裁判官のあいだにやや深刻な意見の対立がみられるようになったのは、一九五一年のアングロ・イラン石油会社事件のときからである。

仮保全権限と本案管轄権の関係のとらえ方については、これまでいくつかの見方があった。一つの見解は、仮保全措置の指示には、本案管轄権の基礎が一応示されれば十分であるとするものである。つまり、その存在の可能性（possibility）——その実質は必ずしも問わない——が提示されればよいとし、その不存在が明白な場合のみ例外とされる。（以下、この見方をとりあえず「可能性論」と略称する。）この説は最も早くから一般に承認されてきたものといえる。ハド

ン（Manley O. Hudson）によれば、本案管轄権が先決的抗弁で争われていても、その決定以前に、つまりそのための予備的審査なしに仮保全措置の指示はできるとされ、ただ一方の当事国が選択条項を受諾していないなど、管轄権の欠如が明白（patent）なときは認められないとされる。[1] つまり管轄権の形式的基礎が存在すれば十分とし、留保の存在など、その実質的可能性は問わない。これが実は常設国際司法裁判所および現裁判所が長くとってきた立場である。（常設国際司法裁判所は直接これを明言しているわけではないが、このように理解して差しつかえないであろう。）[2]

この立場が最も明確に示されたのはアングロ・イラン石油会社事件のときである。本件はのちにイランの留保が認められて管轄権なしとされたが、他方、仮保全措置は一応それとは切り離されるものとして、イギリスの申請が認められたケースである。裁判所の命令によれば、イギリスはイラン側の一九三三年の利権協定違反ならびに裁判拒否による国際法違反を訴えており、「このような苦情に基づく請求は完全に国際的管轄権の範囲外にあるとはア・プリオリには認められない」とされた。[3] これは一見明白に管轄権の基礎がない場合でなければよいとする立場を示したものといえる。[4] 裁判所は、仮保全決定は「管轄問題を何ら予断するものではなく」、被告国側の抗弁提出権にも何ら影響を与えないと断りつつ、この段階ではイランの留保を考慮する必要はないという立場をとった。同じ立場はインターハンデル事件でも示された。ことに本件では、被告国アメリカがその自動的留保を援用していたにもかかわらず、裁判所は、仮保全手続と管轄権の抗弁は「異なる手続」であって、「もし〔管轄権の〕抗弁が維持されるならば、いずれその手続によって裁判所で取扱われることになろうから、よって仮保全措置の指示の要請は規則第六一条に定められた手続にしたがって審査されなければならない」とした。[5] その結果、仮保全措置の指示の必要はないとして申請は退けられたが、ここでも仮保全権限が本案管轄権と明確に切り離されていたことは疑いない。

それでは、このように仮保全権限の自立性が強調されるのは何故であろうか。いうまでもなく「緊急性の要請」から、

きているといえよう。早急に当事国の権利を保全しなければ、たとえ本案判決でその権利が認められたとしても、その間にとられる相手国側の行動によって実質的に意味がなくなるおそれがある。そのために先決的抗弁手続による管轄権の確定をまつ時間的余裕がない場合がある。そこに管轄権の形式的基礎のみで十分であるとする立場が正当化されてきた理由が見出される。他方、この立場では、管轄権の存在の可能性が実際には疑わしい場合でも、当事国は仮保全命令に拘束される事態が生じうる。それが結果的に被告国に対する「干渉」と受けとられる場合もある。皆川教授は、この点について、「裁判所の管轄に付託する薄弱な請求しかもたぬ国に対し、関係国の行動の自由を相当期間妨げることが生じうる仮保全命令を得ることを可能ならしめることによって、濫用にとびらを開くことにならないかという懸念」を指摘される。(6) かくして可能性論に対する批判が裁判官のあいだに次第にみられるようになった。

(1) M. O. Hudson, The Permanent Court of International Justice 1920—1942, 1943, p. 426; The Thirtieth Year of the World Court, A. J. I. L., vol. 46 (1952), p. 22.

(2) 中国＝ベルギー条約廃棄事件では、一方の当事国の受諾宣言に留保があったが、裁判所の仮保全命令はこれを考慮せずに、ただ「最終判決で裁判所は管轄権を有さないか、あるいは本案について判決を与えるか、いずれか宣言するであろう」とした。また、ポーランド農業改良事件でも（本件は申請が却下されたケースであるが）、管轄権については裁判条項である「第一二条の範囲を検討することなく」、また「裁判所の管轄権問題を一切予断することなく」申請を取扱った。

(3) I. C. J. Reports 1951, p. 93. 小田・杉原、「仮保全措置の先例㈠」、一〇六頁。

(4) 皆川洸、国際訴訟序説、昭和三八年、九六頁。皆川教授は、本命令で想定されるア・プリオリに管轄権がないと認められる例として、いずれかの国の受諾宣言が失効していたときとか、管轄権受諾の勧誘に他方の国が明示的にこれを拒否した場合などを挙げられる。

(5) I. C. J. Reports 1957, pp. 110—111.

(6) 皆川、前掲書、九九頁。

三　判例への批判と新しい見解——蓋然性論——

新しく説かれた立場によれば、管轄権の単なる可能性ではなく、その存在に相当な蓋然性（probability）がなければならないとされる。先の可能性論に対して、蓋然性論ということができよう。

この見方は、右のアングロ・イラン石油会社事件におけるウィニアルスキー（B. Winiarski）とバダウィ・パシャ（Badawi Pasha）の両裁判官（共同反対意見）によって説かれた。彼等によれば、国際法においてはむしろ例外的なこの種の措置は、本案管轄権を前提とするものでなければならず、もしそれが不存在のときに与えられるとすれば、主権国家に対する「耐え難い干渉」をなすとされる。それ故、仮保全措置の指示には、管轄権の存在につき「相当な蓋然性」が認められなければならず、そのために暫定的で最終決定を予断しない簡略な判断によって、その点に「相当な根拠」があるかどうか認定されなければならないとされる。(1) この説は管轄権の存在に実質的な可能性（蓋然性）を求める点で、形式的な基礎の提示でよいとする従来の説と異なる。これに比較的近い主張は、インターハンデル事件においてラウターパクト（H.Lauterpacht）裁判官からも出された。彼は管轄権の確定は不要としつつも、存在の「見込み」（Prospect）まで無視すべきではないという。管轄権の不存在が明瞭なとき（manifest）はもとより、「相当な可能性」があるかどうか*prima facie*に確かめられるべきであり、その際、留保の存在も一応考慮されるべきであるという。(2)

先の両裁判官とラウターパクト裁判官のあいだにはなお微妙な相違がみられるが、管轄権の存在にある程度の蓋然性を求める点では共通している。それは換言すれば、仮保全措置と本案管轄権の距離を縮めようとする立場であるといえる。あるいは仮保全権限の自立性の程度を縮小しようとする立場であるともいえる。それ故、逆にこの説に対しては、

従来の説をとる立場からは批判がみられるのも事実である。ハドソンは、右のウィニアルスキ＝バダウィ・パシャ意見に対して、「規程第四一条の価値を著しく制限し」、「裁判所を半身不随にする」ものであるという。[3]

この蓋然性説は、しかしながら、一九七〇年代の事件においてかなりの裁判官の支持をえるにいたった。ペトレーン(S. Petrén)裁判官は、規程第四一条が適用されるためには、単なる管轄権存在の「可能性」では十分ではなく、総合的に判断して、その「蓋然性」がなければならないという。[4] ヒメネス・デ・アレチャガ(Jiménez de Aréchaga)裁判官も、仮保全権限が自立性をもつということは管轄権と無関係であるということではなく、一応の判断でその存在に「相当な可能性」が認められなければならないとする。[5] またナゲンドラ・シン(Nagendra Singh)裁判官およびモスラー(Hermann Mosler)裁判官も、緊急性の要請を指摘しつつ、管轄権について「積極的な基準」が一応認められなければならないとする。[6] これらの意見は、主張に若干の強弱はあるが、いずれも管轄権の存在にある程度確かな根拠がなければならないとするものである。[7] ゴールズワージィー(Peter J. Goldsworthy)が区別する管轄権の「形式的可能性」(formal possibility)ではなく、「実質的可能性」(real possibility)を求める立場ということができる。[8]

この新しい立場にも問題点が指摘されなくはない。ラウターパクトは、彼の著書において、かかる蓋然性説の立場は簡略な審査を前提とせざるをえないから、その段階で裁判所が管轄問題にコミットすることになるという。つまり「管轄権をもつことに蓋然性があるという立場で行動したあとで、裁判所がそれを有さないという決定を下すことが困難になる」[9]とされる。確かに、そうした事態に直面した場合には、裁判所は少なくとも道義的には困難な立場におかれよう。しかし実際にそうした事態が容易に起るとは考えられない。もともとこの説が説かれるようになったのは、かような事態を除去しようとする趣旨が込められているからである。

そこで、この新しい見解の背景をいま少しみる必要があろう。アングロ・イラン石油会社事件は、裁判所が従来の立

場を最も明確にした事例であるが、皮肉にも、その立場に転換を迫る契機を与えたものでもあった。前述のように、本件では、のちの先決的抗弁判決により本案管轄権が否定された。のちの判決で管轄権の不存在を宣言するとともに、みずから命じた仮保全措置の失効を宣言することは、[10] 裁判所の過誤ではないにしても、誇りうる結末とはいえない。(同じくのちに仮保全命令の失効が宣言された核実験事件は状況が異なる。)また結果的に、イランへの干渉となるという一般的な印象を与えるおそれもある。事実イランは、仮保全命令の直後に国連事務総長に書簡を送り、この命令はイランの国内管轄権を侵害するものであると主張した。[11] 管轄権不存在の決定により、このイランの異議は政治的な意味では正当化されることにもなりかねない。さらに、本件は、イランの命令不履行の問題として、イギリスから安全保障理事会に提訴されたことも無視できない。理事会は、結局、裁判所の本案管轄権が未確定の段階では、この問題に何らかの決定をとることは適当ではないとして審議を延期した。[12] ここでも論点は本案管轄権の有無の問題に戻る結果となった。裁判官のあいだに新しい見方が展開されるにいたった一つの重要な背景には、このような事態の推移が少なからず影響していたと思われる。

(1) Dissenting Opinion of Judges Winiarski and Badawi Pasha, I. C. J. Reports 1951, pp 96—98. 小田・杉原、「仮保全措置の先例㊀」一〇六—一〇七頁。

(2) Separate Opinion of Judge Sir Hersch Lauterpacht, I. C. J. Reports 1957, pp. 117—120. 小田・杉原、「仮保全措置の先例㊀」一〇九頁。

(3) M. O. Hudson, op.cit., A. J. I. L., vol. 46 (1952), p. 22.

(4) Dissenting Opinion of Judge Petrén, I. C. J. Reports 1973, p. 126.

(5) Separate Opinion of President Jiménez de Aréchaga, I. C. J. Reports 1976, p. 15; See also, I. C. J. Reports 1973, p. 107.

(6) I. C. J. Reports 1973, pp. 108—109. ただし同裁判官はその後この立場をさらに発展させ、のちに述べる第三の説に近い考え方を示しているようにみえる。I. C. J. Reports 1976, p. 18.
(7) Separate Opinion of Judge Mosler, I. C. J. Reports 1976, pp. 24—25.
(8) P. J. Goldsworthy, Interim Measures of Protection in the International Court of Justice, A. J. I. L., vol. 68 (1974), p. 265.
(9) H. Lauterpacht, The Development of International Law by the International Court, 1958, p.111.
(10) I. C. J. Reports 1952, p. 114.
(11) See, Hudson, op. cit, A. J. I. L., vol. 46 (1952) pp. 20—21.
(12) 小田・杉原、「仮保全措置の先例㈠」、一〇七頁。

四　判例の修正

新しい見解（蓋然性論）により、判例も重要な修正を受けることになった。その第一歩は一九七二年の漁業管轄権事件の仮保全命令にみることができる。イギリスの申請を容認した本命令によれば、「本案管轄権の欠如が明瞭のときは規程第四一条の行動をとるべきではない」[1]とされ、この基本原則をみる限りでは、アングロ・イラン石油会社事件の場合——請求が完全に国際的管轄の範囲外にあるとア・プリオリに認められなければよいとされた——と実質的な相違は殆んどみられない。そこに先例への配慮が読みとれる。しかし命令はこれに続いて、本件の管轄権の基礎が両国の交換公文の裁判条項にあるとし、その条項の全文を引用したのち、「紛争当事国から発せられた文書のこの条項は、裁判所の管轄権を設定しうる基礎を一応与えていると思われる」[2]と判断し、さらに、本裁判条項はすでに失効したとするアイスランドの主張は、いずれしかるべき手続で審査される旨を加えている。先のアングロ・イラン石油会社事件の命令

が、双方の選択条項受諾宣言の存在にすら言及しなかった事実に比べると、疑いなく積極的な姿勢がみられる。つまり、ある程度の蓋然性を示す意図が込められているといえよう。

この姿勢は翌年の核実験事件命令（一九七三年）で一層明確にされている。まず基本原則の定式であるが、右の漁業管轄権事件では、管轄権の欠如が明瞭なときは指示すべきではないとされたのに対し、「原告国の援用する規定が裁判所の管轄権を設定しうる基礎を一応与えていると思われるのでなければ、そのような措置を指示すべきではない」[3]とし、基本原則そのものを蓋然性論の方向に近づけている。（一九七九年のテヘラン外交職員事件では、表現的にこれをいま一歩強め、「管轄権を根拠づけうる基礎を一応与えていると思われるときにのみ（only if）」（傍点筆者）指示できるとされた。）さらに、核実験事件では裁判所は、原告国が援用した二つの管轄権の基礎に関する両当事国の相対立する主張を要約したのち、次のようにいう。「裁判所に提出された資料は、訴訟の現段階では、原告国が援用する諸規定が裁判所の管轄権を設定しうる基礎を一応与えるものと思われるという結論に導く。」[4]もとより、これは管轄権の最終的決定を予断するものではない。[5]しかし裁判所の積極的姿勢が示されていることは疑いない。この傾向は、テヘラン外交職員事件ではさらに顕著である。ことに本件で注目されるのは、外交関係と領事関係に関する二つのウィーン条約の選択議定書（裁判条約）につき、裁判所が、そこに留保が付されていないこと、当事国が他の解決手続に合意していないことを確認し、「これら条文の規定は……合衆国の請求に関して裁判所の管轄権を設定しうる基礎を提供していることは……明らかである」[6]と断定的に述べている点である。

以上のようにみると、仮保全権限と本案管轄権の関係について判例の変更がみられることは明らかであろう。かくて、形式的基礎が提示されれば十分であるとする常設国際司法裁判所以来の立場は、管轄権の存在につき蓋然性を求める一九七〇年代の判例によって排除されたといわなければならない。

(1) I. C. J. Reports 1972, p. 15. 皆川、国際法判例集、五六九頁。
(2) Ibid., p. 16. 皆川、判例集、五六九頁。
(3) I. C. J. Reports 1973, p. 101. 皆川洸、「核実験に関する事件」(仮保全措置の指示の要請)、国際法外交雑誌、第七四巻第四号、六六—六七頁。
(4) I. C. J. Reports 1973, p. 102. 皆川、前掲資料、六八頁。
(5) ことに本件では、原告国オーストラリアが主として依拠した国際紛争平和的処理一般議定書(一九二八年)の有効性——フランスによれば、これは連盟体制のものですでに失効しているとされる——については、「裁判所は訴訟の現段階では、この点に関して最終的結論を出す立場にない」として、最終決定を留保している。
(6) I. C. J. Reports 1979, p. 14. 皆川洸、「テヘランにおける合衆国の外交職員および領事機関職員に関する事件」(仮保全措置の指示の要請)、国際法外交雑誌、第七九巻第二号、二七頁。

五　最近における若干の裁判官の主張

判例の新たな推移は、仮保全措置と本案管轄権の結びつきをより密接にするものである。これによりアングロ・イラン石油会社事件のような事態の展開は大幅に避けられるであろう。しかし、こうした新しい取扱いをもってしてもなお十分ではないという主張が、幾人かの裁判官にみられる。つまり、管轄権存在の蓋然性を越えて、その存在が明確に確認ないし確定されなければならないとする立場である。管轄権の実在性を求めるものとして、一応、実在性論と呼ぶことにする。これまで判例は一貫して、仮保全措置の指示の段階では、本案管轄権の最終的確定は不要としている。実在性論はそれを要件とするものである。

その一人はフォースター(I. Forster)裁判官である。彼によれば、仮保全措置に認められる暫定的性格あるいは緊急

性の要請も、まず管轄権を確定すべき裁判所の義務を免除するものではないとされる。とりわけ核実験事件のように、管轄権の存否が強く争われているときはそれがいえるという。裁判所の命令は被告国の行動の自由を制限するものであるから、それが許されるためには、「管轄権の単なる蓋然性ではなく、絶対的な確実性（l'absolue certitude）が必要である」とされる。[1] グロ（André Gros）裁判官も比較的これに近い。彼によれば、管轄権の存在と請求の受理可能性を確認することは「絶対的優先性」（un caractère prioritaire absolu）をもち、その点で裁判所に裁量権はないとされる。[2]

同様の意見は、エーゲ海大陸棚事件命令の個別意見にもみられた。モロゾフ（Platon Morozov）裁判官によれば、管轄権の決定なしに仮保全権限の行使が認められるという主張は規程上根拠がないとされる。規程の第四一条は、第三章「手続」における規定であって、第二章の「裁判所の管轄」を排除しうるような「独立した意味」をもつことはなく、したがって管轄権が争われている以上は、それを確認したのちでなければこの権限は行使できないとされる。「他のすべての事件に優先」し、かつ「緊急事項」として取扱われる、という裁判所規則の規定は、あくまで「他の」事件の審理を中断するだけであって、管轄権に対して優先性をもつものではないという。[3] いま一人、タラジ（Salah El Dine Tarazi）裁判官も同じ立場と解される。規程第四一条の権限は、しばしば第三六条の管轄権とは異なる、特別の権限であるとされるが、それは正しくはなく、あくまで「第三六条の管轄権の一つのコロラリーにすぎない」とする。[4]

これらの裁判官の主張には、多少の差異は認められるが、本案管轄権の実在性を要件としようとする点で共通している。このような解釈を促した要因は何であろうか。さし当り、二点を考えることができる。一つは、以前、可能性論から蓋然性論への変更をもたらした配慮と基本的に類似するもので、それが一層強調されたものである。つまり仮保全命令は当事国の行動を制約するものであるから管轄権存在の確実性が前提とされなければならないという認識である。右のフォースター裁判官は、裁判所の命令は被告国の「活動領域に対する侵害」であって、管轄権の絶対的確実性がない限

り、それは許されないとした。グロ裁判官が仮保全措置という間接的な方法で、管轄権の不存在を確信する国に対して強制管轄権を行使することがあってはならないとしたのも、同じ趣旨に解されよう。[5] いま一つの要因は、仮保全決定が形式的には本案を予断しないとはいえ、やはり本案の内容を方向づける効果をもつという懸念である。フォースター裁判官は、核実験事件の命令は、実験の暫定的中止とはいえ、裁判所がすでに当該実験の違法性につき、その意見を固めたことを思わせるとしている。[6]

しかしながら、この新しい主張が十分な根拠を有するか否かは疑しい。仮保全措置は、なにより当事国の権利を「保全する」制度であるから（規程第四一条）、本質的に *status quo* を維持する機能をもつ。したがって、その状況を変えようとする国に対しては、その国を一方的に制約する働きをもつ。裁判所がいうように、「仮保全措置の観念全体が、規則第七三条で認められるように、訴訟係属中、他の当事国の行動によって侵害されることが予想される自己の権利を保全するために一方の当事国から申請されることを意味し、よって仮保全措置の申請は、その性質上、一方的なものである。」[7] それ故、申請が容認されるときは、当然に被申請国の行動の自由を制約するものとなる。より端的にいえば、まさにそれを目的とする制度である。また仮保全命令が本案を予断する効果をもつという批判も、結局、各人におけるこの制度の認識の仕方にかかっている。本案請求に直接関連する権利が保全の対象となるから、一見すると本案を予断したかのような印象を与える。しかし制度としての仮保全措置は、あくまで現存する権利を暫定的に保全することであって、本案に属する権利内容の法的決定ではない。（裁判官の主観的な意図は知る由もないが、それはここでの問題ではない。）

この新しい主張（実在性論）は、本案管轄権の存在を前提条件とすることにより、仮保全権限の「自立性」を殆んど奪うことになる。フィッツモーリス(G.Fitzmaurice)、は仮保全権限は本案管轄権の確定を要さないものとして、付随管轄

のうちでも“preliminary”な性格をもつとしたが、[8] それをいま一方の“consequential”な付随管轄に変えることになる。このことは、この制度の最も重要な機能を奪うことにもつながる。この制度の存在理由は、すでに述べたように、直ちに必要な措置を講じなければ本案判決の実効性が確保されないという、緊急性の要請に基づいている。それ故、時間を要する管轄権の確定を待つ必要はなく、また待つべきではないとされてきた。右の主張は、この要請を軽視ないし無視することになる。もっとも、これらの裁判官は、そのことを隠そうとしない。グロ裁判官は、緊急性の要請は決して「主要かつ排他的な要素」ではないとし、この要請と管轄権との間に「均衡」(un équilible) ――それはケースによって変化することはあるが――がとられなければならないという。[9] モロゾフ裁判官も、規則にいう「緊急事項」とは、別の事件の審理を中断するだけであるという新解釈を唱えて、この要件を重視しようとしない。

しかし仮保全措置の申請は、常設国際司法裁判所規程の起草者が想定していたように、例えばある物の占拠とか領土侵入事件など、「訴訟のはじめから」その必要性が存在するのである。[10] 一九二二年の裁判所規則は、裁判所が開廷中でない状況を考えて、あえて裁判所長にも仮保全権限を認めたが（規程では「裁判所」の権限とされている）、それは緊急性を考慮した結果であることは論をまたない。その規定は、その後、規程との両立性や裁判所長にかかる「重大な責任」を負わせるのが適当か否か問題とされ、一九三一年の規則改正で削除された。[11] （他方、仮保全措置が他の事件に「優先」し、かつ、「緊急事項」として取扱われることが正式に定められたのはこのときであり、またそのため裁判所長は「遅滞なく」裁判所の会合を召集するものとされた。）その後、裁判所長の権限の回復問題は一九三五年に再度とり上げられ、白熱した議論が展開された。（表決の結果、裁判所長のキャースティング・ボートで現行規則どおりとされた。）[12] これらの一連の議論は緊急性の要請をおいては考えられない。それだけでなく、議論の過程で、仮保全措置がやっかいな「政治問題」や「国家主権」に絡むことが言及されているが、しかしそのことの故に裁判所の権限が制約される

べきものとはまったく認識されていない点にも留意しなければならない。本案管轄権の確定を前提とするか否かということは、仮保全措置の性格からして殆んど問題外とされていたといえる。

実在性論の立場は仮保全措置の機能に重大な制約を加えるおそれがある。身近な例として、大気圏核実験の違法性とその中止を求める訴訟などを考えると明らかである。通常、管轄権の決定には、それが争われているときは、相当な時間を要する。その結果、実験が目前に迫っている場合でも、仮保全措置の指示を不可能ならしめる事態が生じうる。制度の本質を有名無実化する解釈は、できる限りこれを避けるべきであろう。

(1) Dissenting Opinion of Judge Forster, I. C. J. Reports 1973, pp. 111—113.
(2) Dissenting Opinion of Judge Gros, I. C. J. Reports 1973, p. 122.
(3) Separate Opinion of Judge Morozov, I. C. J. Reports 1976, pp. 21—22.
(4) Separate Opinion of Judge Tarazi, ibid, p. 32.
(5) Judge Gros, I. C. J. Reports 1973, p. 120.
(6) Judge Forster, I. C. J. Reports 1973, p. 113.
(7) I. C. J. Reports 1979, pp. 16—17. 皆川、前掲邦訳（テヘラン外交職員事件）、二九頁。
(8) Sir Gerald Fitzmaurice, The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951—4, B. Y. I. L., vol. XXXIV (1958), pp. 107—109.
(9) Judge Gros, I. C. J. Reports 1973, p. 120.
(10) Procès—Verbaux of proceedings of the Committee of Jurists 1920, p. 735.
(11) P. C. I. J. Series D, 2nd Addendum to No. 2, 1931, p. 19
(12) P. C. I. J. Series D, 3rd Addendum to No. 2, 1936, p. 289.

六　irreparabilityの要件について

仮保全措置の制度を支える基本的要素は「緊急性の要請」にあることは右に述べた。ところでこの緊急性はいかなる基準によって認定されるのであろうか。この要請を構成する実体的要件は複数ありうるであろう。裁判所規程は単に「事情によって必要と認めるときは」この措置を指示できるとして、裁判所に広い裁量を認めている。この制度が判決の実効性を確保することを目的としている点からすれば、なにより権利の回復性という基準をあげなければならない。つまり本案判決によっても償いえない（irreparable）侵害行為が認められるか否かである。この基準は、仮保全制度に固有な要件ということができ、その意味で最も基本的なものといえる。そして、まさにこの要件が本案管轄権の最終的確定を免除する主たる要因であるといえよう。したがって、この要件そのものは仮保全手続においては実体的判断に属するものであるが、本案管轄権と無関係のものではない。仮保全手続が付随管轄のうちでもpreliminaryな性格をもつのは、この要件に裏づけられるからである。グゲンハイム（Paul Guggenheim）は、侵害される権利が償いえない（irréparable）であるということが「最も重要な原則」であって、当事国が管轄権を受諾しているということ（本案管轄権の存在）は、その「補足的な論拠」をなすとしているが、それは、このような意味において理解することができる。(1)

判例においても、このirreparabilityの要件はほぼ一貫して認められてきた。最初の事例であった中国＝ベルギー条約廃棄事件の命令は、中国による権利の侵害は「単に賠償の支払いやその他の物的救済によっては償いえない（ne saurait être réparée）ものである」(2)と認定している。また申請が却下された南東部グリーンランド事件では、この要件の不存在がその理由の一つとされている。裁判所によれば、規程第四一条の権限は、「これら〔当事国の〕権利に加えられ

る恐れのある侵害が、事実上または法律上、償いえない（irreparable）ものである限りにおいて」認められるが、本件で想定される一方の側の行動は本件の主題をなす領土権の価値に影響を与えるものではなく、またその行動の結果は「事実においても償いえないものではない」とされた。(3)

もっとも、その後この要件が明確に言及されていないケースもある。申請が容認されたソフィア・ブルガリア電気会社事件、アングロ・イラン石油会社事件では、少なくとも直接的には、この要件に触れていない。ただ、このことからこの要件が排除されたとか、判例に変更があったとみるのは適当ではない。直接命令に表明されなくとも、実質的にその認定がなされていることは十分に考えられる。右の二事件では、原告国側は権利の非回復性を主張している。(4) 裁判所の命令はそのような主張を踏まえたものとみるべきであろう。一九七〇年代の判例は、再びこの要件を明確に打ち出している。漁業管轄権事件の命令は、規程第四一条の権限は「訴訟における紛争主題をなす権利に対して、償いえない侵害（irreparable prejudice）がひき起されるべきではないということを前提とする」としている。このフォーミュレーションは、そのまま核実験事件、エーゲ海大陸棚事件、テヘラン外交職員事件の各命令にとり容れられている。

判例上確立した要件といえるirreparabilityについて、いま一つ検討を要する点は、"irreparable"とは何かということである。この点は必ずしも明瞭ではなく、判例においても一貫した理解が与えられているかどうかは疑わしい。先の中国＝ベルギー条約廃棄事件の判例からすれば、金銭賠償の支払や物的補償では償えないか、ないし均り合いがとれないような権利侵害が想定されているように思える。かりに、そういう侵害を指すにしても、その認定は必ずしも容易ではない。（ゴールズワージーによれば、アングロ・イラン石油会社事件や漁業管轄権事件は、事後の補償によって償われうる（remediable）ものであるにもかかわらず仮保全申請が認められたとされる。(5)）

最近の二つの事例を比較してみよう。一つは漁業管轄権事件である。裁判所によれば、アイスランドの五〇カイリ規

則の実施は、イギリスに有利な本案判決があっても「それら（イギリスの権利）の完全な回復の可能性」に影響が出るとされた。[6] いかなる理由で回復に影響があるかは示されていない。いま一つは、申請が拒否されたエーゲ海大陸棚事件である。本件では償いえない権利侵害はないとされた。ギリシャの申請によれば、トルコの地震探査行為はギリシャの主権的権利ならびに天然資源に関する情報の権利とその市場価値を害することによって国家エネルギー政策の権利を侵害するとされる。しかし裁判所は、トルコの行為は資源開発活動ではなく、単に地球物理学的調査活動であり、それがギリシャの主権的権利を侵害することがなくはないとしても、しかし「そのような権利侵害の可能性」は規程第四一条に基づく裁判所の「例外的権限」の行使を正当化するものではないとし、さらにギリシャが問う情報獲得の排他的権利は「適当な手段によって償われうるものである」とした。[7] 本件でも、何故にまたいかなる手段で償われうるのか、いまひとつ明瞭ではない。両事件を比較して、irreparability の認定を異ならしめる明確な理由が存在するか否か検討を要する点である。両者に相違があるとすれば、前者の事件では原告国にかなりの実害が生ずるおそれがあるのに対し、後者では、その可能性が小さいことであろう。しかし実害の有無や物的被害の如何は直ちにirreparabilityの認定に結びつくものではない。（パディラ・ネルボ（Padilla Nervo）裁判官は、漁業管轄権事件では「償いえない被害」は証明されているわけではなく、その被害はせいぜい水産業界に財政的損失が生じ、人々の食生活が乱される程度にすぎないという。[8]）

irreparability の内容に一義的な定義を与えるのは困難であり、また好しくもないといえる。他方、その内容には一定の枠があることは確かであろう。一般的には、もと通りの権利の回復が困難である場合とか、あるいは金銭的補償になじまない場合などを考えることができる。（加害国の賠償能力をうわ廻る大規模な侵害行為もこれに含めてとらえることができよう。）核実験による隣国への放射能被害などは、想定される一つのケースといえる。いずれにしても、その認

定は具体的ケースごとに裁判所が判断するほかはない。（その認定がある程度の弾力性をもつことは実際問題として避けられない。ことに各裁判官が本案管轄権の存在を確信し、かつ原告国に有利な本案判決に強い心証をもつ場合と、それがもてない場合とでは、仮保全措置の取扱い（ことに右の要件の認定）に微妙な影響をもたらすことが考えられなくはない。それはある程度やむをえないことであろう。先に比較した二つの事例のうち、申請が容認された漁業管轄権事件は、のちに原告国に有利な本案判決があり、他方のエーゲ海大陸棚事件は管轄権の不存在が宣言されたものである。）

（1）P. Guggenheim, Les Mesures conservatoires dans la Procédure Arbitrale et Judiciaire, Recueil des Cours, Tome 40 (1932—II), p. 694.

（2）P. C. I. J. Series A, No. 8, p. 7. 横田喜三郎、国際判例研究Ⅰ、一七六頁。

（3）P. C. I. J. Series A/B, No. 48, pp. 284—288. 横田、国際判例研究Ⅱ、五九—六一頁。

（4）P. C. I. J. Series A/B, No, 79, p. 196. I. C. J. Pleadings, Angro-Iranian Oil Co. Case, pp. 46—51. 小田・杉原、「仮保全措置の先例㈡」、一〇六頁。

（5）P. J. Goldsworthy, op. cit, pp. 268—269.

（6）I. C. J. Reports 1972, p. 16. 皆川、国際法判例集、五六九—五七〇頁。

（7）I. C. J. Reports 1976, pp. 9—11. 皆川、前掲資料（エーゲ海大陸棚事件）、八一—八三頁。

（8）Dissenting Opinion of Judge Padilla Nervo, I. C. J. Reports 1972, p. 27.

結

本稿では仮保全措置と本案管轄権の関係を考察した。常設国際司法裁判所の判例以来、仮保全措置の指示は、本案管轄権の確定を要件とせず、その形式的基礎が存在すればよいとする立場（可能性論）がとられてきた。裁判所の仮保全

権限の自立性を強調する立場である。しかし一九七〇年代の判例はこれをいくらか変更し、管轄権の存在に相当な蓋然性がなければならないとした（蓋然性論）。その結果、この新しい判例からすれば、かりに権利保全措置がとらるべき緊急性が存するときでも、管轄権の実質的可能性に欠けるときは申請は容認されないことになる。それまで強調されてきた仮保全権限の自立性は弱められることになったといえよう。それがこの制度の本質にてらして好しい変更であったか否かは慎重な判断を要する。しかし、これによって仮保全措置を指示したのちに、本案判決が拒否されるという事態は大幅に避けられるであろう。また当事国に対しては、管轄権の不存在を理由に仮保全命令の履行を拒むことを以前より困難ならしめると思われる。裁判所は現実的道を選んだということができる。

こうした現実的新判例にもかかわらず、なおこれを不十分とし、徹底した管轄権の優先を唱える見解が、最近、幾人かの裁判官によって主張されている。つまり本案管轄権が実在することを仮保全権限の前提条件とするものである（実在性論）。ことに管轄権が争われているときは、その存在を確定する審査を経たのちでなければならないとする。

しかしながら、この主張は仮保全措置制度の存在理由である緊急性の要請と両立するかどうかきわめて疑わしい。緊急を要するが故に認められてきた制度の目的をほとんど奪うことになり、この制度の形骸化をもたらすおそれもなしとしない。仮保全措置の制度は、法の適用によって権利義務を決定する裁判手続にほとんど固有のものといえるが、管轄権の確定を条件としてこれを認めることは、結局、制度の本質的要請に対し国家主権を優先させることである。もし両者の調和をはかろうとするなら、少なくとも、管轄権存在の蓋然性が認められることをもって十分とする見解にとどまらなければならないであろう。緊急性の問題に関しては、いま一つ、これをはかる基準が問題となるが、最も基本的なものは侵害される権利の“irreparability”にある。ただ判例上で、その具体的内容は必ずしも明確ではない。今後の課題といえよう。

Interim Measures of Protection in the International Court of Justice

Takane SUGIHARA*

There have been several views on the question of the jurisdiction of the Court on the merits of the dispute and its relation to the power of the Court to indicate provisional measures under Article 41 of the Statute. The Permanent Court of International Justice and the present Court had consistently adopted the position that since Article 41 is an autonomous grant of jurisdiction to the Court, independent from its jurisdiction on the merits, the Court's power to give interim measures can always be exercised if there exists a formal possibility of jurisdiction with respect to the case, irrespective of its probability or reality.

However, after the *Angro–Iranian Oil Co.* case (1952) in which the Court declared that it had no jurisdiction to consider the merits of the case after it had given the provisional measures, there had been growing criticisms among judges to the traditional position of the Court with respect to provisional measures. The Court had in consequence changed its practice in the cases of the 1970's. The new position adopted by the Court is that on the request for provisional measures it can indicate such measures only if the provisions invoked by the applicant appear, *prima facie,* to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded.

* Professor of International Law, Faculty of Law, Hokkaido University