

判例研究

国際司法裁判所 引渡又は訴追義務の問題に関する事件 （仮保全措置命令 2009年5月28日）

玉 田 大

一. 事 実（1-21項）

2009年2月19日、ベルギー王国（le Royaume de Belgique. 以下、ベルギー）はセネガル共和国（la République du Sénégal. 以下、セネガル）を相手取って国際司法裁判所（ICJ）に提訴した⁽¹⁾。原告が提起した紛争は、「前チャド共和国大統領アブレ氏（Hissène Habré）を訴追するセネガルの義務又は刑事訴追のために同氏をベルギーに引渡す義務」に関するものであり、同請求は、拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰に関する条約（以下、拷問禁止条約）及び国際慣習法を根拠としていた。なお、原告は管轄権の基礎として両国の選択条項受諾宣言及び拷問禁止条約30条を援用した。

原告は請求訴状において以下のように主張している。アブレ氏は1990年以降セネガルに居住しており、ベルギーは、同氏が引渡されない場合には、1982年から1990年における拷問罪及び人道に対する罪に該当する行為につき、同氏のセネガルでの訴追を繰り返し求めたが、同国はこれに応じなかった。2000年7月4日、ダカール控訴院弾劾部（la chambre d'accusation de la cour d'appel de Dakar）は同氏に対する告訴を棄却した（人道に対する罪はセネガル刑法上認められておらず、拷問罪については外国人の国外行為に対する管轄権行使はセネガル法上認められていないことが根拠とされた）。2000年11月30日から2001年12月11日にかけて、チャド系ベルギー人1名と複数のチャド国民が、国際人道法上の犯罪に関して、アブレ氏に対する付帯私訴を伴う告訴（plaintes avec constitution de partie civile）⁽²⁾をベルギー裁判所に提起し、2005年9月19日、受動的属人管轄権に基づき、担当予審判事がアブレ氏に対する国際逮捕令状（un mandat d'arrêt international）を発行し

一九八

(1) Affaire relative à des questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), Demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009. 本件訴訟資料（請求訴状、仮保全措置請求、11頭弁論記録、仮保全措置命令、裁判官少数意見）は全て裁判所の公式サイトで入手可能である（<http://www.icj-cij.org/>）。なお公式文書が未公開のため、引用は該当パラグラフ番号を用いる。

た。この令状はアブレ氏の引渡しを得るためにセネガルに送付されたが、ダカール控訴院弾劾部は同年11月25日、「職務遂行中」の国家元首の行為に関する限り同令状を執行し得ないと判断した。12月7日に事件書類がセネガルからアフリカ連合（l'Union africaine）に移送され、その後、セネガルは刑法改正（ジェノサイド罪、戦争犯罪、人道に対する罪の新設⁽³⁾）及び刑事訴訟法改正（普遍的管轄権の設定⁽⁴⁾）を行った。ただし、財政的困難を理由として、同国はアブレ氏に対する刑事手続を一切実施していない。以上のように、アブレ氏の訴追・引渡を怠ったことにより、セネガルは拷問禁止条約（5条2項、7条1項、8条2項、9条1項）及び国際慣習法に違反している。原告と被告の間の紛争は、拷問禁止条約の解釈及び適用に関するものである。

ベルギーは仮保全措置を請求し、「アブレ氏の訴訟の組織化に必要な予算がない場合、セネガルは同氏の在宅監視を解く可能性がある」と主張し、さらにその場合、同氏がセネガルを出国し、訴追を免れることになるため、同氏に対するベルギーの刑事訴追の権利に対して回復し得ない損害を与えると主張した。さらに、仮保全措置として、「セネガル司法当局がアブレ氏を管理・監督下に置くよう権限内のあらゆる措置をとること」を求めた。

二. 当事国の主張（22-39項）

ベルギーは口頭弁論で次のように主張した。セネガルは、拷問禁止条約7条⁽⁵⁾と国際慣習法により、拷問罪と人道に対する罪の実行者を引渡すか訴追する義務を負う。アブレ氏を国際組織や引渡を請求していない第三国に引渡すことによって当該義務から逃れることはできない。セネガル大統領はアブレ氏の訴追を断念すると述べており、請求目的である権利が回復し得ない損害を被る現実の差し迫った危険がある。本件の紛争は、アフリカ連合がセネガルに対して発行した逮捕状からアブレ氏の訴追義務が導かれるか、という問題である。また、セネガルが訴訟書類をアフリカ連合に移送することによって拷問禁止条約上の義務を履行したか否かという問題でもある。西アフリカ諸国経済共同体（CEDEAO/

(2) *plainte avec constitution de partie civile*（付帯私訴を伴う告訴）：「犯罪についての告訴と同時に、その犯罪によって引き起こされた損害の賠償に関する民事訴訟を同一刑事裁判機関に提起すること」。山口俊夫編『フランス法辞典』（東京大学出版会 2002年）433頁。ベルギーの付帯私訴告訴については、ベルギー治罪法典（le Code d'instruction criminelle）63条を参照。CR 2009/8（Belgique, M. David），p. 21（para. 4）。

(3) La loi n° 2007-02 du 12 février 2007 modifiant le Code pénal. *Journal officiel de la République du Sénégal*, 10 mars 2007, pp. 2377-2380. available at [http://www.iccnw.org/documents/Loi_2007_02_du_12_Fev_2007_modifiant_le_Code_penal_senegal_fr.pdf].

(4) La loi n° 2007-05. du 12 février 2007 modifiant le code de procédure pénale. *Journal officiel de la République du Sénégal*, 10 mars 2007, pp. 2384-2386. available at [http://www.iccnw.org/documents/Loi_2007_05_du_12_Fev_2007_modifiant_le_Code_de_Procedure_penale_senegal_fr.pdf].

(5) 拷問禁止条約7条：「第四条の犯罪の容疑者がその管轄の下にある領域内で発見された締約国は、第五条の規定に該当する場合において、当該容疑者を引き渡さないときは、訴追のため自国の権限のある当局に事件を付託する」。

ECOWAS)の共同仲裁裁判所及びアフリカ人権裁判所でアブレ氏が開始した手続において、ベルギーの権利を侵害する危険のある命令を下す恐れがある。セネガルの公式宣言(une déclaration solennelle)が明瞭で無条件であり、ICJの判決が下るまでアブレ氏がセネガルから出国しないようあらゆる必要な措置をとることをセネガルが確約する限り、ベルギーの仮保全措置請求は目的を失うであろう。

他方、セネガルは口頭弁論で次のように主張した。仮保全措置の指示は本案を予断し、拷問禁止条約上のセネガルの権利を奪う。ベルギーの引渡請求に従い、アブレ氏は逮捕され、2005年11月15日には引渡拘禁(écrou extraditionnel)⁽⁶⁾に付されている。国家元首資格によりアブレ氏が管轄権免除を享受することから、ダカール控訴院弾劾部は引渡請求を審理する管轄権を有しないと判断した(2005年11月25日判決)。本件では、国際法規則の解釈又は適用に関する法的紛争が存在しないため、*prima facie*の管轄権もない。また、ベルギーは保護しようとする権利を特定しておらず、回復し得ない損害も特定していない。ダカール控訴院弾劾部は、ベルギーの開始した引渡手続について確定的な形で終結させている。アブレ氏の訴追義務は拷問禁止条約から生じており、アフリカ連合の決議から生じるものではない。また、本件手続中はアブレ氏の出国を認めないことを公式に宣言した。

三. 命令要旨(40-76項)

1. *prima facie* 管轄権(40-55項)

裁判所は、一見したところ(*prima facie*)管轄権の基礎がある場合にのみ仮保全措置を指示することができる。ベルギーは、拷問禁止条約30条1項⁽⁷⁾を管轄権の基礎としつつ、セネガルが同条約に違反したと主張する。また、両国間の交渉(2005年)で同条約に触れたが紛争解決に至らず、仲裁付託の提案はセネガルに拒否されたため、条約30条の要件を満たすと主張する。他方、セネガルによれば、ベルギーは情報提供を求めたに過ぎず、また、仲裁付託の提案は確認されていないため、条約30条の要件を満たさないという(40-45項)。

「裁判所は、一見したところ、拷問禁止条約30条における紛争が請求訴状の提出時に存在したか否かを判断しなければならない。裁判所の判例によれば、裁判所は提訴時における管轄権を判断しなければならないからである」(南西アフリカ事件 *C.I.J. Recueil 1962*, p.

(6) écrou:「[収監された] 在監者記録(氏名、収監日、収監原因などを記載)」。山口・前掲注(2)、190頁。なお、セネガルによると、écrou extraditionnelとは、引渡請求の審査のために拘留されており、「引き渡される状態にあること」を意味する。CR 2009/9 (Sénégal, M. Kandji), p. 25 (para. 19)。

(7) 拷問禁止条約30条1項:「この条約の解釈又は適用に関する締約国間の紛争で交渉によって解決することができないものは、いずれかの紛争当事国の要請により、仲裁に付される。仲裁の要請の日から六箇月以内に仲裁の組織について紛争当事国が合意に達しない場合には、いずれの紛争当事国も、国際司法裁判所規程に従って国際司法裁判所に紛争を付託することができる」。

344; 国境武力紛争事件 *C.I.J. Recueil 1988*, p. 95, para. 66; ロッカビー事件 *C.I.J. Recueil 1998*, p. 130, para. 43)。両国間のやり取りにおいて、原告は被告が条約7条に違反したと主張し、被告は同条約を履行していると主張している。従って、一見したところ、提訴時点で同条約の解釈適用に関する紛争が両国を対立させていた。また、提訴後も条約7条の義務の履行期間や義務違反の評価に関わる状況について両国間に紛争が存続している。条約30条に関しては、第1に、ベルギーは交渉による紛争解決を試みたが、紛争が解決されたとは看做されないため、同条の第一要件（交渉の失敗）は一見したところ満たされる。第2に、2006年6月20日の口上書 (la note verbale) は仲裁付託の明瞭な申込みである。以上より、裁判所は拷問禁止条約30条における *prima facie* の管轄権を有する (46-54項)。

2. 保護権利と請求措置の関連性 (56-61項)

仮保全措置の指示権限 (ICJ 規程41条) は、裁判所が判決を下すまでの間、各当事国の権利を保護するためのものであり、この権利は裁判所の判決で認められることになる権利である (ジェノサイド条約適用事件 *C.I.J. Recueil 1993*, p. 19, par. 34; 領土海洋境界事件 *C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 22, par. 35; 人種差別撤廃条約適用事件 2008, par. 118)。従って、「仮保全措置と本案の対象となる権利の間に関連性がなければならない」。また、「裁判所が指示権限を行使しなければならないのは、一方当事国の主張する権利が少なくとも蓋然性を有する (apparaissent au moins plausibles) 場合だけである」。この点で、ベルギーは、セネガルによるアブレ氏の訴追を得る権利、あるいは引渡しを受ける権利を求めた。また、ベルギーの引渡請求は自国民犠牲者の開始した手続に関連するものであるため、自国が特別の権利を有するという。他方、セネガルは、条約当事国は他国における被疑者の訴追又は引渡しを求める権利しか認められていないという。裁判所は、手続の現段階において原告の主張する権利の存在を確定的に判断する必要はなく、当該権利を裁判所で主張する原告国の資格を検討する必要も無い。「拷問禁止条約の可能な一つの解釈に依拠するものとして、当該 [原告の主張する] 権利は蓋然性を有する」。他方、請求された仮保全措置は、確定判決までの間、アブレ氏を監視下に置くためにあらゆる措置を講じることがセネガルに求めるものであり、アブレ氏が出国すると、原告の権利に影響を与える可能性がある。

3. 回復し得ない損害の危険と緊急性 (62-73項)

「緊急性がある場合、すなわち、争われている権利に対して回復し得ない損害 (un préjudice irréparable) が加えられるという現存の急迫した危険 (un risque réel et imminent) がある場合のみ、仮保全権限は行使される」 (大ベルト海峡事件 *C.I.J. Recueil 1991*, p. 17, par. 23; フランス刑事手続事件 *C.I.J. Recueil 2003*, p. 107, par. 22; パルプ工場事件 2007, par. 32; 人種差別撤廃条約事件 2008, par. 28)。この点でベルギーは、マスメディアにおけるセネガル大統領の発言から、訴訟実施のための財政が確保されない場合、アブレ氏がセネガルから出国する恐れがあり、それ故、自国の権利に対する回復し得ない

損害の現存の危険があると主張した。他方、セネガルはアブレ氏が出国することはなく、急迫した緊急性はないと主張した。口頭弁論においてセネガルは、アブレ氏に対する監視・監督を終了しないことを認めており、さらに訴訟手続中はアブレ氏の出国を認めないことを公式に宣言した (a solennellement déclaré)。他方でベルギーは、当該公式宣言によって仮保全請求が目的を失うことを認めている。「口頭弁論中、セネガルは、裁判所の確定判決があるまでアブレ氏のセネガルからの出国を認めないという点について公式な形で数度にわたり確約した (a donné l'assurance)。セネガルの確約を記録に留めた上で (prenant acte des assurances)、ベルギーの主張する権利に対する回復し得ない損害の危険は本命令を下す時点では明らかではない」。従って、仮保全措置の指示を要するような緊急性は存在しない。

4. 付 言 (74-75項)

本裁判は、管轄権、受理可能性及び本案判断に予断を与えるものではない。また、ベルギーは新事実に基づいて新たな仮保全措置請求を提起する権利を保持する (ICJ 規則75条3項)。

5. 命令主文 (76項)

「現在裁判所に提示されている状況は、ICJ 規程41条に基づく仮保全措置の指示権限の行使を要するような性質のものではない」(13対1)⁽⁸⁾。

賛成：小和田所長，シー，コロマ，アル・ハサウネ，ジンマ，アブラアム，セブルヴェダ・アモール，ベヌーナ，スコトニコフ，ユスフ，グリーンウッド判事，シュール⁽⁹⁾，キルシュ⁽¹⁰⁾ 特任判事

反対：カンサード・トリンダージ判事

本命令の主文はフランス語であり、以下の少数意見が付されている。共同宣言 (コロマ，ユスフ判事)，共同個別意見 (アル・ハサウネ，スコトニコフ判事)，反対意見 (カンサード・トリンダージ判事)，個別意見 (シュール特任判事)。

四. 解 説

実体法の観点からは、本件は逮捕状事件 (2002年) やフランス刑事手続事件 (2003年) と類似しているが、他方で、手続法の観点からは、大ベルト海峡事件 (1991年) やバルブ工場事件 (2006年，2007年) と類似した事件であった。

(8) 本件命令の言渡し時、3名の判事 (バーゲンソール，キース，トムカ) が欠席している。

(9) M. Serge Sur：セネガル側の特別選任裁判官。フランス国籍。パリ第2大学教授。

(10) M. Philippe Kirsch：ベルギー側の特別選任裁判官。ベルギー及びカナダ国籍。QC (勅選弁護士)。判事，外交官，カナダ国連代表を経験。2002年には ICC 判事に選出され、後所長に。

1. 本案権利の内容と性質

本件は仮保全手続である以上、裁判所は本案権利に関する判断を避ける必要があるが、潜在的にはベルギーの本案権利に関する問題が生じていた。

第1に、ベルギーの主張する本案権利の内容が不明瞭であった。ベルギーは、管轄権の基礎として拷問禁止条約30条と両国の選択条項受諾宣言を援用し、セネガルに対してアブレ氏の引渡又は訴追を求める権利を有すると主張した。この点についてジンマ判事は、第1回弁論の終結時に、ベルギーが求める引渡又は訴追義務の履行を求める権利の「性質と根拠」を示すように求め、さらにベルギーが被る「損害」の性質を明らかにするよう求めた⁽¹¹⁾。また、セネガルも、ベルギーの援用する拷問禁止条約の諸規定が一般的で抽象的であると批判している⁽¹²⁾。これに対してベルギーは、被告セネガルが訴追義務を履行するか、アブレ氏をベルギーに引渡すことをセネガルに行わせる権利を自国が有すると説明した⁽¹³⁾。すなわち、セネガルに課される「引渡又は訴追の義務」(*aut dedere aut judicare*)⁽¹⁴⁾のコロラリーである権利が自国に認められると主張しているのである⁽¹⁵⁾。

第2に、上記の権利を基礎としたベルギーの出訴適格が問題となる。というのも、上記のような権利義務関係（引渡又は訴追義務とそれに対応する権利）が、何故二国間に生じるのか明らかではないからである。この点でベルギーは、セネガルに課されている義務が「対世的義務」であり⁽¹⁶⁾、多数国間条約の一当事国として、ベルギーはセネガルとの間に権利義務関係を有すると主張している。この点で、カンサード・トリンダージ判事も同様の見解を示している。同判事は、ベルギーの主張する権利の「主体」(subjects)は誰かという質問を提起しつつ⁽¹⁷⁾、自らその反対意見において、拷問禁止条約上の拷問禁止原則を部分的対世的義務 (*obligations erga omnes partes*) と捉え、当該義務が履行されることに対してすべての条約当事国が権利を有すると述べている⁽¹⁸⁾。

以上のように、本件の当事国間の権利義務関係は対世的義務を媒介としたものと解されているため、訴訟手続上は民衆訴訟 (*actio popularis*) に位置付けられる。この種の訴訟が許容されるか否かは、最終的には管轄権根拠条文（拷問禁止条約30条）の解釈に依存する

(11) CR 2009/9 (Sénégal, M. le juge Simma), p. 58. *see also*, CR 2009/11 (Sénégal, M. le juge Cançado Trindade), p. 25.

(12) CR 2009/9 (Sénégal, M. Gaya), p. 56 (para. 23).

(13) CR 2009/8 (Belgique, M. David), p. 30 (para. 17).

(14) ベルギー側は、関連条約を根拠として、「訴追」義務の優先性を主張している。すなわち、訴追しない場合に引渡義務が生じると解しており、*aut dedere aut judicare*（引渡かあるいは訴追か）ではなく、むしろ *judicare vel dedere*（訴追又は引渡）と捉えている。CR 2009/8 (Belgique, M. David), p. 30 (para. 17).

(15) CR 2009/8 (Belgique, M. David), p. 32 (para. 23) et p. 36 (para. 28) ; CR 2009/10 (Belgique, M. David), p. 14 (paras. 12-13).

(16) CR 2009/10 (Belgique, M. David), p. 14 (para. 14).

(17) CR 2009/11 (Sénégal, M. le juge Cançado Trindade), p. 25.

(18) Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, para. 68.

が、この点で ICJ は、同30条の「紛争」の存否を検討しており、当事国間に「紛争」が存在すれば管轄権を設定し得ると捉えている。しかも、ICJ は、*prima facie* の管轄権を認めており、訴訟当事国間に *prima facie* の紛争が存在することを認めている。ただし、ICJ は、仮保全段階でベルギーの主張する権利が存在するか否か、あるいはベルギーが当該権利を主張する資格を有するかを判断する必要はないとし、最終判断を回避している（命令60項）。

以上のように、対世的義務と民衆訴訟を中心とする論点に関しては、以下の点を検討する必要がある。

第1に、ICJ はベルギーの権利に関する最終的判断を下していないものの、仮保全指示のための蓋然性要件（内容は後述）に関して、ベルギーが当該権利を有するという解釈が「拷問禁止条約の一つの可能な解釈」とであると判断している（60項）。すなわち、セネガルの義務（対世的義務）に対応してベルギーが権利を有するという条約解釈が「可能な解釈」として解しているのである。この判断だけで ICJ の立場を確定することはできないが、多数国間条約上の対世的義務の違反を巡る二国間の紛争に関して、民衆訴訟を容認する可能性が残されていると言えよう。

第2に、本件でベルギーは、管轄権の基礎として、拷問禁止条約に加えて両国の選択条項受諾宣言（ベルギーは1958年に寄託、セネガルは1985年に寄託）を援用した。ベルギーの思惑は、セネガルの国際慣習法上の違法行為を主張する点にあったと考えられるが、ICJ は拷問禁止条約を根拠として *prima facie* 管轄権を容認し、選択条項受諾宣言については判断を回避した（命令54項）。同宣言に依拠すれば、仮保全段階での *prima facie* 管轄権を容易に認定し得たように思われるが、逆に、国際慣習法上の拷問禁止義務（対世的義務）違反に対して、選択条項受諾宣言を通じて（ベルギーを含む）諸国家が提訴（及び仮保全措置を請求）し得ると解すれば、特定の条約上の民衆訴訟制度を超えて、広範な民衆訴訟を認める可能性を生み出す。そのため、本件で ICJ が *prima facie* 管轄権の根拠として選択条項受諾宣言を選択しなかったのは、拡大型の民衆訴訟類型に対する危惧があったものと想定される。

なお、ベルギーが上記のような請求を提起した背景には、本件に固有の事情が存在する。すなわち、拷問禁止委員会（le Comité contre la Torture）の決定（2006年5月19日）である⁽¹⁹⁾。当該決定において同委員会は、「セネガルに対して、暫定的に、アブレ氏を国外追放しないよう求め、また、同氏が自国領域から出国するのを妨げるために必要なあらゆる措置をとることを求める⁽²⁰⁾」と述べた上で、アブレ氏を訴追又は引渡していないことから、セネガルが拷問禁止条約5条2項と7条に違反していると結論付けている⁽²¹⁾。さらに、この義務違反の法的帰結に関して、委員会は次のように述べている。「2005年9月19日

(19) 拷問禁止条約上の個人通報制度（条約22条）では、拷問禁止委員会が「条約のいずれかの規定に違反しているとされた締約国の注意を喚起する」ことができる（同22条3項）。本件では、チャド国民による通報が審理されている。

にはベルギーによる〔国際逮捕令状の発行及び〕引渡請求が行われたため、セネガルは条約7条に規定された新たな状況に置かれることになった。当該時点で、セネガルは、アブレ氏の刑事訴追のために司法当局に事件を付さないことを決定する場合は、引渡しを行うという選択を有していた。セネガルは引渡請求を拒否したことにより、改めて条約7条に違反している⁽²²⁾。このように、委員会の判断では、ベルギーの引渡請求に応じなかったことから、セネガルの7条違反が改めて認定されている。さらに、ベルギーの引渡請求に関しては、「ベルギーの引渡請求、あるいは場合によってはその他の締約国による引渡請求に従う」義務をセネガルが負うと述べている⁽²³⁾。そのため、セネガルの引渡義務に対応する形で、ベルギーは引渡を請求する権利を有すると解したものと考えられる。

2. 本案権利と仮保全措置の関係

本件命令において、ICJ は仮保全措置と本案権利の関係に関して興味深い判断を示した。第1に、仮保全段階でも本案権利の蓋然性が求められるとし（57項）（以下、蓋然性要件）、第2に、仮保全措置と本案の訴訟目的たる権利の間に関連性が求められると述べている（56項）（以下、関連性要件）。この2つの要件は別個の要件であり、論理的には前者が後者に優先する。実際に、本件で ICJ は、本案権利の蓋然性を認めた上で（60項）、関連性を認めている（61項）。ただし、実際の判断過程では2要件の判断が不可分となるケースも想定される⁽²⁴⁾。

1つ目の蓋然性要件は、本件命令で初めて要件化されたものであり⁽²⁵⁾、ICJ は次のように述べている。「裁判所の仮保全措置指示権限は、当事国の主張する権利が少なくとも蓋然性を有する（*apparaissent au moins plausibles*）場合にのみ行使されなければならない」（命令57項）。従来、仮保全段階においても本案権利（実体的権利）の存在が求められると主張された例はあるが、実体的な権利義務関係の判断は本案判断事項であるため、仮保全段階における判断は避けられる傾向があった。そのため、学説上も「実体的権利の合理的

⁽²⁰⁾ Comité contre la Torture, Communication No. 181/2001 : Sénégal, CAT/C/36/D/181/2001 (19 mai 2006). Décision du Comité contre la Torture en vertu de l'article 22 de la Convention contre la Torture et Autres Peines ou Traitements Cruels, Inhumains ou Dégradants, para. 1. 3. なお、この要請は、拷問禁止委員会の暫定措置（手続規則108条）として加盟国に提示されるものである。

⁽²¹⁾ *ibid.*, paras. 9. 6 et 9. 9.

⁽²²⁾ *ibid.*, paras. 9. 10-9. 11.

⁽²³⁾ *ibid.*, para. 10.

⁽²⁴⁾ 例えば、バルブ工場事件（第2仮保全命令）では、ウルグアイに認められる可能性のある権利が仮保全措置によって保護される可能性があることを理由として、「十分な関連性」の存在が認められている（命令30項）。この判断では、関連性の判断に際して、実体的権利の「可能性」が重要な鍵を握っており、実体的権利の「蓋然性」の議論とほぼ同内容のものとなっている。

⁽²⁵⁾ 原告ベルギーは判例上の仮保全要件を提示していたが、その中には蓋然性要件は含まれていない。CR 2009/8 (Belgique, Sir Michael Wood), p. 43 (para. 22).

見込論」に対しては否定的な見解が見られた²⁶⁾。他方、パルプ工場事件（第1仮保全命令2006年）では、被告ウルグアイが合理的見込論（*fumus boni juris* 要件）を本格的に展開し、原告アルゼンチンも同要件に異議を唱えなかった。また、ICJ は同要件について判断を回避したが、裁判官の中には要件化に肯定的な見解が見られた²⁷⁾。本件（引渡訴訟事件）においてICJ が蓋然性要件の明示に踏み切ったのは、パルプ工場事件における上記の議論状況が大きく影響したものと考えられる。ただし、後述のように、本件では別の根拠（緊急性要件の未充足）で仮保全請求を棄却しており、わざわざ蓋然性要件の定式化に踏み込んだ理由は定かではない。

なお、蓋然性要件に関する問題として次の2点を指摘し得る。第1に、蓋然性の判断基準が不明瞭な点である。ICJ は、ベルギーの主張する権利が「拷問禁止条約の一つの可能な解釈（une interprétation possible）に依拠したものである」ことを理由として、当該本案権利の蓋然性を容認しているが（命令60項）、これを敷衍すれば、適用可能な条約の「可能な解釈」さえ提示すれば本案権利の蓋然性が認められるため、蓋然性が容易に認められる危険がある。第2に、本件のように、「可能な解釈」を根拠として本案権利の蓋然性を認めた場合、後の本案段階でこの解釈を否認するのが困難となる²⁸⁾。換言すれば、仮保全段階で本案権利の蓋然性を容認することは、本案判断を予断する恐れが生じる。

2つ目に、仮保全権利と本案権利（厳密には本案の訴訟主題）との間に関連性（un lien）が必要であるという関連性要件は、従来の裁判例でも認められていたが、明示的に要件化されたのは近年になってからである。すなわち、パルプ工場事件（第2仮保全命令2007年）においてICJ は、「仮保全措置によって保護することが求められている権利」と「本案審理の主題」の間の関連性を求めた²⁹⁾。ただし、ここでの関連性要件は、*prima facie* 管轄権の判断過程における要求に止まっていた³⁰⁾。他方、人種差別撤廃条約適用事件（仮保全命令2008年）でICJ は、関連性要件を単独で定式化した。すなわち、仮保全権利（仮保全措置によって保護しようとする権利）と「本案審理の主題³¹⁾」との間の関連性が求められるとした上で³²⁾、原告（グルジア）が「仮保全請求で提起した権利は事件の本案と十分な関

26) 杉原高嶺『国際司法裁判制度』（有斐閣1996年）282-285頁。

27) 拙稿「ウルグアイ河のパルプ工場事件（仮保全措置命令 2006年7月13日）」岡山大学法学会雑誌56巻2号（2007年）266-267頁。

28) この点、杉原高嶺は次のように指摘している。「仮保全命令は本案判決を予断しないとしても、裁判所が一応の権利を是認したときは、本案判決でこれをくつがえすことは實際上困難とならないかどうか」問題が残る。杉原・前掲注26, 285頁。

29) *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), Demande en indication de mesures conservatoires, Ordonnance du 23 janvier 2007, para. 27.

30) 拙稿「ウルグアイ河のパルプ工場事件（仮保全措置命令 2007年1月23日）」岡山大学法学会雑誌57巻1号（2007年）149頁。

31) なお、いずれの仮保全命令でも、「事件の本案審理の主題」(l'objet de l'instance pendante devant la Cour sur le fond de l'affaire, the subject of the proceedings before the Court on the merits of the case) という文言が用いられているが、この用語自体はICJ 規程・規則上の文言ではない。

連性 (un lien suffisant) を有している³³⁾と結論付けている。以上のように、近年の裁判例によって既に関連性要件は定式化されているため、本件（引渡訴追事件）命令は確認的な意味を有するに止まる（命令56項）。さらに、本件における関連性要件の審査は極めて簡略なものであった。すなわち、ベルギーの仮保全請求（アブレ氏を監視下に置くためにあらゆる措置を講じることをセネガルに求める）に対して、アブレ氏が出国すると原告の「権利に影響を与える可能性がある」という点を根拠として関連性が認められている（しかも、ICJ自身は「関連性がある」とは明言していない）。

なお、本件で蓋然性要件と関連性要件が定式化された背景として、仮保全手続の独立化や主目的化の傾向を指摘することができる。すなわち、近年の仮保全手続の利用例では、本案請求よりも、むしろ仮保全請求が主たる目的となっている事例が増えており³⁴⁾、仮保全命令が本案判断に予断を与える危険が増大している³⁵⁾。さらに、仮保全命令に法的拘束力が認められたこともあり、仮保全手続の「独立手続化」を積極的に評価する見解も見られる³⁶⁾。他方で、蓋然性要件や関連性要件の定式化は、仮保全手続が本案手続に付随するという側面（本案権利の保全という本来の機能）を再確認することにより、仮保全手続の独立化に一定の歯止めをかけようとしたものと評することができよう。ただし、ICJは、蓋然性要件と関連性要件を定式化したとは言え、その適用段階では厳しい要件を一切設けていないため、仮保全手続と本案手続の乖離を阻止するという実際の効果は見出されない。

3. 回復し得ない損害の危険と緊急性

本件命令の核心は、訴訟手続中の被告の「確約」(assurance)により、仮保全措置を指示する緊急性が失われたというものである（命令72項）。従来の裁判例でも、大ベルト海峡事件（仮保全命令1991年）とパルプ工場事件（仮保全命令2006年）において同様の判断が示されている。

本件の事実は以下のとおりである（命令33, 38項）。第1回口頭弁論において、被告セネ

³²⁾ *Affaire relative à l'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), Demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, para. 118.

³³⁾ *ibid.*, para. 126.

³⁴⁾ 領事関係条約に関する一連の事件（ブレアード事件、ラグラン事件、アヴェナ事件）以降、特に顕著になっており、管轄権を基礎付ける条約（領事関係条約及び議定書）と仮保全請求（死刑執行の停止請求）の間の関連性が希薄になっている。

³⁵⁾ 本件でも、ベルギーの仮保全請求（アブレ氏の出国阻止の請求）と本案請求（セネガルの義務の確認請求）に関しては、セネガルが主張するように、仮にベルギーの仮保全請求を認めた場合、裁判所の仮保全命令が本案を予断する危険がある。CR 2009/9 (Sénégal, M. Thiam), p. 20 (para. 56); CR 2009/9 (Sénégal, M. Dianko), p. 43 (para. 17).

³⁶⁾ 酒井啓貞「国際司法裁判所仮保全命令の機能—最近の判例の展開を踏まえて—(一)」法学論叢 163巻3号（2008年）30頁。

ガルは、アブレ氏の監視・監督を終了させないと述べた上で⁽³⁷⁾、アブレ氏がセネガルから出国する可能性がほぼ無いため、回復し得ない損害の危険が存在しないと主張した⁽³⁸⁾。そこで、第1回弁論の終結時にグリーンウッド判事が次の質問を提起した。「本件係属中、セネガルはアブレ氏の出国を認めない点について裁判所に正式な確約 (a solemn assurance) を与えるか。仮に与える場合、当該確約が本件の請求権利の十分な保証 (a sufficient guarantee) となることをベルギーは認めるか⁽³⁹⁾」。これに対して、セネガル (第2回口頭弁論) はアブレ氏の監督・監視を継続することを改めて宣言し⁽⁴⁰⁾、他方、原告ベルギーは、セネガルの正式宣言が明瞭で無条件である場合、自国の仮保全措置請求が「目的を有さなくなる」(n'aurait plus d'objet) ことを認めた⁽⁴¹⁾ (命令33, 69項)。こうして、一裁判官の誘導に従う形で、両訴訟当事国の間に見解の一致が形成されている。すなわち、セネガルはアブレ氏を出国させないことを確約し、ベルギーはこれを十分な保証とみなしている。以上の点を根拠として、ICJ は仮保全要件である緊急性要件が充足されないと判断したのである。

このように、訴訟手続中の「確約」(assurance) や「正式な確約」(a solemn assurance)、
「正式な宣言」(solemn declaration) を根拠として緊急性を否認する判断は、判例として形成されている。第1に、大ベルト海峡事件 (1991年仮保全命令) において ICJ は、デンマークの「確約」(the assurances) を根拠として、仮保全措置を指示するための緊急性がないと判断した⁽⁴²⁾。第2に、パルプ工場事件 (第1仮保全命令2006年)⁽⁴³⁾では、口頭弁論の最終段階で、被告ウルグアイが75年協定を「完全に尊重する意図」を有することを繰り返し述べ、「継続的な共同モニタリングを実施する」という申出を行ったため (命令56項)、ICJ は約束 (commitments) が確言されているとみなし、仮保全措置の指示を不要と判断した (命令83項)。なお、パルプ工場事件の判断では、緊急性要件との関連が明らかではないが、大ベルト海峡事件と本件 (引渡訴訟事件) では、いずれも緊急性要件として判断が行われている。

他方、訴訟手続中の「確約」や「公式宣言」の法的効力に関しては、本件を含め、いずれの事件でも明らかにされていない。なお、この点でベルギーは、セネガルの宣言が仮保全命令と同一の効力を有するためには、ICJ が命令主文においてセネガルの宣言を採録する (reprendre) することが望ましいと主張したが⁽⁴⁴⁾、ICJ はこれを認めず、セネガルの確

³⁷ CR 2009/9 (Sénégal, M. Thiam), p. 21 (para. 57).

³⁸ CR 2009/9 (Sénégal, M. Dianko), p. 42 (para. 10) ; CR 2009/9 (Sénégal, M. Sall), pp. 48-49 (para. 13-18) ; CR 2009/9 (Sénégal, M. Gaya), p. 54 (para. 12).

³⁹ CR 2009/9 (Sénégal, M. le juge Greenwood), p. 59.

⁴⁰ CR 2009/11 (Sénégal, M. Kandji), p. 23 (para. 6).

⁴¹ CR 2009/10 (Belgique, M. Dive), p. 26 (para. 6).

⁴² *Case concerning Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 29 July 1991, *I.C.J. Reports 1991*, p. 18 (para. 27).

⁴³ 拙稿・前掲注27, 263-266頁。

⁴⁴ CR 2009/10 (Belgique, M. Dive), p. 26 (para. 6).

約を命令理由において記録するに止めた。従って、ICJ がセネガルの宣言に法的拘束力を認めることに対して消極的であったとすることができるであろう。このような裁判所の消極的態度については、次の点が根拠として考えられる。第1に、仮保全段階では、本案の権利義務関係の確定に繋がるような法判断を避ける必要があるという点である。そのため、公式宣言であっても、その法的効力を認めることには消極的にならざるを得ない。第2に、逆に、仮に当該宣言に法的拘束力を認めた場合、請求目的の消滅（ムートネス法理）によって訴訟を打ち切る必要が生じるという点である。この点を以下で検討しよう。

4. ムートネス

本件では、潜在的にムートネスの問題が生じていた。というのも、訴訟過程に原告の請求目的が消滅しているように見えるからである。本件におけるムートネスの問題は、仮保全請求と本案請求の双方に関わる。

第1に、仮保全請求に関しては、セネガルの公式宣言（アプレ氏の出国を認めないという宣言）により、外見上、仮保全措置を指示した場合と同様の帰結が齎されているため⁴⁵⁾、ムートネス法理を適用してベルギーの仮保全請求を棄却することも可能であったと言えよう⁴⁶⁾。ただし、核実験事件では、フランスの一方的宣言に法的拘束力が認められた上で訴訟目的の消滅が導かれているが⁴⁷⁾、上記のように、仮保全段階でセネガルの「宣言」に法的拘束力を認めるのは困難である。従って、ICJ が緊急性要件によって当該問題を処理したのは妥当な判断であったと言えよう。

第2に、本案請求に関しても請求目的の消滅が問題となる。原告の本案請求は、被告が「引渡又は訴追義務」（拷問禁止条約7条）を負うことの確認請求であり⁴⁸⁾、宣言の性質を有していた⁴⁹⁾。ところが、セネガルが当該義務を負う点に関して、両国の間に見解の相違がないため⁵⁰⁾、そもそも「紛争」が存在していない可能性がある。この点について ICJ は、提訴時点で「紛争」が存在したと述べつつ（47項）、現時点（仮保全命令時点）においても紛争が「存続」することを確認している（48項）。すなわち、拷問禁止条約7条の義務の履行期間、当該義務の違反を評価するための関連状況（財政的・法的課題等）に関する問題があり、セネガルによる義務履行方法についても見解を異にしているため、「拷問禁止条約30条上の紛争が存続していることは一見したところ明らかである」というのである（命令48項）。

ところが、この判断に関しては疑問が残る。というのも、提訴時の「紛争」(47項)と現

⁴⁵⁾ Joint Declaration of Judges Koroma and Yusuf, para. 10.

⁴⁶⁾ *ibid.*, para. 10.

⁴⁷⁾ *Nuclear Tests Case (Australia v. France)*, Judgment of 20 December 1974, *I.C.J. Reports 1974*, p. 269 (para. 51).

⁴⁸⁾ Acte introductif d'instance de la Belgique du 16 février 2009, para. 16.

⁴⁹⁾ Opinion individuelle de M. le juge *ad hoc* Sur, para. 13.

⁵⁰⁾ *ibid.*, para. 15.

時点の「紛争」(48項)の内容が変質しており、ICJ自身、「提訴時から射程を変えつつ」紛争が存続すると述べているのである(命令48項)。この点で、共同個別意見は、両「紛争」の間の連続性を否認し、提訴時の紛争は存続していないと主張している⁽⁵¹⁾。また、セネガルがアブレ氏の即時訴追を繰り返し宣言していることから、「現時点」においても、両国間の紛争は存在していないという意見も見られる⁽⁵²⁾。

以上のように、ICJはベルギーの本案請求に関する「紛争」を自ら変質させ、提訴時のものとは異なる「紛争」の存続を認定した。ただし、仮保全段階では、管轄権の根拠となる「紛争」の存在は、*prima facie*に認定されれば十分であることから、今後の手続において、改めて当事国間の新たな紛争が認定され直す可能性は否定し得ない。

⁽⁵¹⁾ Joint Separate Opinion of Judges Al-Khasawneh and Skotnikov, para. 4.

⁽⁵²⁾ Opinion individuelle de M. le juge *ad hoc* Sur, para. 15.