# 安全保障条項に基づく抗弁の訴訟法上の位置

李　　禎之

はじめに
Ⅰ　安全保障条項の法的性質
　１　実体規定と手続規定
　２　条約規定とその解釈
Ⅱ　安全保障条項に基づく抗弁と先決性判断
　１　ICJ 規則上の位置
　２　本案防御の射程
おわりに

## はじめに

法学において，実体法と「手続法（狭義には訴訟法）」[(1)]は体系的に分離されていると理解されている[(2)]。こうした二分法は佐野先生がご専門とする国際私法分野においても，実体的問題については外国法による規律に服すのに対して，「手続は法廷地法による」の原則が妥当する，という点等に垣間見ることができる[(3)]。そして，こうした二分法思考が採られる点は国際公法も例外ではない[(4)]。しかしながら，国際公法における実体法と「手続法」，とりわけ，実体法と訴訟法との関係については必ずしも整理がなされていないよう

(1)「実体法（substantive law）」とは，権利義務の発生・変更・消滅の要件，その内容，それに対する規制を定める法であり，権利の実現ないし救済を得るための手続を定める「手続法（procedural law）」と対置される（田中英夫『英米法辞典』（東京大学出版会，1991年）822頁）。なお，「手続法」は，広義には訴訟以外の手続（行政的ないし民事的手続等）も含み得る（金子宏他編『法律学小辞典』（有斐閣，2005年）882頁）。

(2)　兼子一『実体法と訴訟法』（有斐閣，1957年）２頁（序文），３－５頁（本文）。

(3)　佐野寛『国際取引法［第４版］』（有斐閣，2014年）287-288頁。

(4)　E.g., S. Talmon, "*Jus Cogens* after Germany *v.* Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 25-4 (2012), pp. 981-985.

に思われる。そこで，佐野先生のご退職記念号に際して，国際公法における実体と手続の区別にかかる問題を取り上げ，先生の学恩に報いたいと考える次第である。

その際，安全保障問題が国際裁判所の審理対象とされる傾向に鑑み，いわゆる「安全保障条項」(5)に着目してみたい。なぜなら，安全保障条項を巡って，まさに上述した実体法と手続法（訴訟法）の区別およびそれらの関係を中心とした議論がなされていると思われるからである。そこで本稿は，国際司法裁判所（ICJ）の裁判例を中心として(6)，安全保障条項に基づく主張（抗弁）の訴訟における取扱いを検討することにより，実体法と訴訟法との関係に係る問題の一端を考察することをその目的とする。まず第Ⅰ章で，安全保障条項の法的性質について検討し，第Ⅱ章では同条項に基づく抗弁の訴訟法上の位置付けについて考察する。以上の分析を踏まえて，ICJ の判例傾向について一定の評価を行うことにしたい。

## Ⅰ　安全保障条項の法的性質

### 1　実体規定と手続規定

議論の出発点として，安全保障条項それ自体の法的性質，すわなち，同条項が実体規定なのか，それとも手続規定なのか，という点が問題とされる。この点が問われるのは，こうした条項の性格によって，審理順序・審理段階(7)

(5)　いわゆる「security exception clause」の用語法については，川瀬剛志にならって，「安全保障条項」の語を使用する。川瀬剛志「サウジアラビア・知的財産権保護措置事件パネル報告 —— カタール危機と WTO の安全保障条項 —— 」RIETI 独立行政法人経済産業研究所『Special Report』注 1 を参照。

(6)　安全保障条項は，ICJ 以外でも WTO や投資仲裁において争点となっている（WTO におけるロシア貨物通過事件（ウクライナ対ロシア）（DS512）及びサウジアラビア知的財産権保護措置事件（カタール対サウジアラビア）（DS567），並びに投資仲裁における CC/Devas 等対インド（PCA Case No. 2013-9）を参照されたい）。しかしながら，筆者の能力及び紙幅の都合に鑑み，本稿は ICJ の裁判例を中心に分析することに止めることをお断りしておきたい。

(7)　ICJ では管轄権・受理可能性の審理と本案の審理は段階化されている（職権による分離については2019年改正規則第79条 1 項を参照。また，先決的抗弁提起による本案手続

や証明責任といった訴訟法上の問題に関して相違が生じると考えられているからである。では以下，争点を簡単に整理しておこう。

(1)　安全保障条項を実体規定と性格付ける見解

まず，安全保障条項を実体規定と性質決定する立場がある。この立場は，安全保障条項の範囲内の行為には条約義務が適用されないと考え[8]，同条項を「例外規定（exemption）」と理解する。その結果，以下２点の訴訟法上の効果が導かれるという。

① 審理順序については，例外規定の適用判断が先とされ，適用法が置換される（当該条約中の他の実体規定から安全保障条項へと置き換わる）と理解する。そして，条約の適用範囲が制限されることから，先決的段階（先決的抗弁）での審理を要すると考える。

② 証明責任については，実体的義務の例外であるがゆえ，原告が証明責任を負う[9]。すなわち，原告が被告の措置が条項の範囲内にないことを先に立証しなければならない，とされるのである。

(2)　安全保障条項を手続規定と性格付ける見解

他方，安全保障条項は手続規定と性格付けられることもある。この見解によると，同条項の範囲内の行為は条約義務に違反する行為ではあるが，違法行為の効果（責任）が生じないとされ[10]，安全保障条項を「適用除外規定

---

の自動停止については2019年改正規則第79条 *bis* ３項および2001年改正規則第79条５項を参照）。

(8)　C. Henckels, “Scope Limitation or Affirmative Defence? The Purpose and Role of Investment Treaty Exception Clauses”, *in* L. Bartels and F. Paddeu (ed.), *Exceptions in International Law* (Oxford U.P., 2020), p. 364.

(9)　J. Pauwelyn, “Defences and Burden of Proof in International Law”, *in* L. Bartels and F. Paddeu (ed.), *Exceptions in International Law* (Oxford U.P., 2020), p. 97. なお，ここでいう「証明責任（burden of proof）」は，「説得責任（burden of persuasion）」を意味している点（同概念は日本法でいう客観的証明責任に対応していることについては，田中英夫『前掲書』（注１）113頁を参照。）には注意されたい。

(10)　Henckels, *supra* note 8, p. 365.

(exception)」と理解する。その結果，以下２点の訴訟法上の効果が導かれると主張する。

① 審理順序については，実体法上の違反認定が前提とされることから，適用除外規定の判断の前に実体判断がなされる必要があり，本案段階での審理が求められることになる。

② 証明責任については，被告の積極的抗弁であり，被告が証明責任を負うことになる。

以上の主張を極めて単純化して図式的に整理すると，以下のようになる。

| | 性格付けと審理順序 | 証明責任の所在 |
|---|---|---|
| 例外規定（exemption）<br>＝実体規定 | 条約の適用範囲＝管轄権<br>→先決的抗弁段階で審理 | 義務の例外<br>→原告に証明責任 |
| 適用除外規定（exception）<br>＝手続規定 | 違反認定が先行＝実体判断<br>→本案段階で審理 | 積極抗弁<br>→被告に証明責任 |

では，安全保障条項を含む条約において，いずれの解釈が正当化されるのであろうか。ICJ における争訟事件で取り上げられたことがある２つの条約の規定およびそれら規定に関連する裁判例における解釈を次に確認していくことにしたい。

## ２ 条約規定とその解釈

### (1) ニカラグア米国1956年友好通商航海条約第21条

ニカラグア米国間の1956年友好通商航海条約第21条は，ニカラグア事件で問題となったものであり，以下のように規定する。



「本条約は次の措置を執ることを妨げるものではない。

[(a) (b) 略]

(c) 武器，弾薬および軍需品の生産若しくは取引又は軍事施設に供給するため直接若しくは間接に行われるその他の物資の取引を規制する措置

(d)　国際の平和及び安全の維持及び修復のための締約国の義務を満たすために必要な又は締約国の本質的な安全保障上の利益を保護するために必要な措置（necessary）。」

ニカラグア事件の管轄権・受理可能性判決においては，同条に関する議論がなされておらず，米国は1956年条約に基づく管轄権について以下の２点を主張していた。

①　請求訴状に不記載の管轄権基礎は認められない（手続的瑕疵の主張）[11]。

②　1956年条約に基づく請求が存在していない（請求欠如の主張）[12]。

なお，これら主張に対して裁判所は，①請求訴状への不記載は申述書での追加の障害とはならないとし[13]，②条約違反の請求欠如についても同条約の解釈又は適用に関する紛争の存在をもって充足する[14]，と判断することで棄却している。

他方，ニカラグア事件の本案判決においては，裁判所は管轄権を否認し得る条項（実体規定）として第21条を解釈せず[15]，同条を「請求に対する防御」（a defence to a claim）を提供すると位置づけた[16]。同本案判決は，*prima facie* に条約違反の存在を認定した後に，安全保障条項の審査を行っていることから[17]，こうした審理順序は同条項を適用除外規定（手続規定）として処理したことを示唆するものと理解することができよう。

---

(11) Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua *v*. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, *I.C.J. Reports* 1984, p. 426, paras. 78.

(12) *Id*., pp. 427–428, para. 81.

(13) *Id*., pp. 426–427, para. 80.

(14) *Id*., pp. 428–429, para. 83.

(15) Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua *v*. United States of America), Merits, Judgment, *I.C.J. Reports* 1986, p. 116, para. 222.

(16) *Id*., pp. 135–136, para. 271.

(17) *Id*., p. 136, para. 272.

(2) イラン米国1955年友好通商航海条約第20条1項

同条は，イランと米国との複数の事件において問題となっているものであり，以下の規定内容である。

「本条約は次の措置を執ることを妨げるものではない。

[(a)略]

(b) 核分裂性物質，核分裂性物質から生じる放射性副産物又は核分裂性物質の原料となる物質に関する措置

(c) 武器，弾薬および軍需品の生産若しくは取引又は軍事施設に供給するため直接若しくは間接に行われるその他の物資の取引を規制する措置

(d) 国際の平和及び安全の維持及び修復のための締約国の義務を満たすために必要な又は締約国の本質的な安全保障上の利益を保護するために必要な措置。」

オイルプラットフォーム事件の先決的抗弁判決においては，同条項が管轄権を排除する例外規定であると解釈する可能性を認めつつも，「本件では[in the present case]」管轄権を制約するものとは解釈しなかった（本案防御と理解）[18]。

ただし，本件の本案判決は，安全保障条項の審査の後に，実体的な違反（第10条の「通商の自由」の侵害）を否定しており，この審理順序に着目すると同条項を例外規定として処理したようにもみえる。ただし，本件における審理順序には，米国の自衛権に基づく主張を判断するという政策的判断が介在していたと解する余地もあり[19]，審理順序をもって安全保障条項の法的性質を評価することには慎重であるべきかもしれない。



(18) Oil Platforms (Islamic Republic of Iran *v*. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, *I.C.J. Reports 1996*, p. 811, para. 20.

(19) Pauwelyn, *supra* note 9, p. 98. *See also* H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence, Volume II*, (Oxford U.P., 2013), p. 1637.

また，同条については，その適用が問題となる事件が他に２件係属中（本案未決）となっている。まず，イラン財産事件において，米国は，第20条１項が管轄権を制約する（例外規定である）ため，先決的抗弁段階で処理すべきとの先決的抗弁を提起した[20]。この主張に対して裁判所は，先決的抗弁判決にて，同条１項(c)・(d)は管轄権を制約せず[do not restrict its jurisdiction]，本案の防御であると位置づける判断を示した[21]。その際に裁判所は，先例（オイルプラットフォーム事件・先決的抗弁判決および1955年条約適用事件・暫定措置命令）に言及しつつ，「1955年条約は特定の問題に対する管轄権を明示的に排除する条項を含まない[the Treaty of Amity contains no provision expressly excluding certain matters from its jurisdiction. ]」と指摘しており[22]，この先決的抗弁判決は少なくとも本条約の安全保障条項を例外規定としては解釈していないと理解できる。

なお，1955年条約適用事件は，本稿執筆時である2020年末現在で先決的抗弁手続が進行中のため，管轄権についてはあくまで *prima facie* な判断ではあるが，参考として暫定措置命令を確認しておきたい。本命令において，紛争に対する「一応の（prima facie）」管轄権の存在を第20条１項に依拠して否定する米国の抗弁を却下しており[23]，管轄権を除外するもの（実体規定＝例外条項）として同条は理解されていないように思われる。とりわけ，「本件においてそれら例外を被告が合法的に依拠できるか否か，そしてどの程度依拠できるのか［Whether and to what extent those exceptions have lawfully been relied on *by the Respondent* in the present case］，は司法審査に服す事項であり，本条約の解釈又は適用に関する裁判所管轄権の実質的な範囲にと

(20) Certain Iranian Assets, Preliminary Objections submitted by the United States of America (May 1, 2017), pp. 63–65, paras 7.5–7.9.

(21) Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran *v*. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports 2019*, p. 25, para. 47.

(22) *Id*., p. 25 para. 45.

(23) Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran *v*. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 October 2018, *I.C.J. Reports 2018*, p. 634, paras. 36–37（米国の主張）; pp. 635–636, paras. 40–44（裁判所の判断）.

って不可分の一部である」[24]，という判示からは適用除外規定との理解を推測させる。

【小括】

以上の判例からは，ICJ が安全保障条項を少なくとも例外規定（実体規定）とは解釈しておらず，適用除外規定（手続規定）として把握する傾向にあることを指摘できるであろう。しかし，安全保障条項の法的性質について，同条項が実体規定なのか手続規定なのかについて未だ確定的な判断はなされていないようにも思われる[25]。

ただし，この点に関して，ICJ は条項の法的性質（例外規定か適用除外規定か）から訴訟法上の効果を直接的に導出している訳では必ずしもないことに留意すべきであろう[26]。こうした事例として，例えば，南極海捕鯨事件が挙げられよう。本件では，捕鯨取締条約第８条の性格が例外規定（被告日本の主張）か，適用除外規定（原告豪州の主張）かで対立があった[27]。しかし，裁判所は，これら当事者の主張にも関わらず，訴訟法上の効果（この場合は証明責任の所在）を条文の法的性格付けとは直接的に関連付けなかったと解されているのである[28]。

なるほど「安全保障条項の法的性質が訴訟法上の効果を規律する」という考え方は，実体法と手続法を論理整合的に把握するものとして首肯できるかもしれない[29]。しかしながら，手続法（訴訟法）を実体法に従属するものと

(24) *Id.*, p. 635, para. 42 (emphasis added).
(25) Henckels, *supra* note 8, pp. 367–368.
(26) なお，WTO においては両者の区別（例外規定か適用除外規定か）が明確である，という主張については，Pauwelyn, *supra* note 9, pp. 97–98を参照されたい。
(27) Whaling in the Antarctic (Australia *v.* Japan: New Zealand intervening), Judgment, *I.C.J. Reports 2014*, p. 250, paras. 52–53.
(28) *Id.*, p. 271, para. 141; p. 282, para. 185; pp. 290–291, para. 227. *See also* Pauwelyn, *supra* note 9, pp. 98–99.
(29) 例えば，投資仲裁では安全保障条項を例外規定と理解する傾向があり，この理解は原告に証明責任を負わせることに整合的であると指摘されている。（Henckels, *supra* note 8, pp. 365–367; p. 374）

理解する必然性はなく，証明責任や抗弁の取り扱いについては訴訟法独自の規律に服している[30]。したがって，安全保障条項の法的性質とは切り離して，同条項に基づく抗弁自体が訴訟法上で如何に規律されているのかを確認する必要があるように思われる。そこで次に，安全保障条項に基づく抗弁自体の訴訟法における位置付けに関して，抗弁審理の先決性に焦点を絞って[31]，分析することにしよう。

## Ⅱ　安全保障条項に基づく抗弁と先決性判断

前章でみたように，ICJ 判例によると，安全保障条項に基づく抗弁は本案防御（defence on the merits）として理解されていることが確認できる[32]。そして，直近の判例において裁判所は，その点を理由として先決的抗弁段階では同抗弁を棄却するという訴訟法上の帰結を導いている[33]。しかしながら，裁判所は安全保障条項に基づく主張（抗弁）がなぜ本案防御とされるのか（≒先決的抗弁ではないのか）という点について，必ずしも明確な説明をしてはいないように思われる[34]。

---

(30) 証明責任の観点から，Henckels, *supra* note 8, p. 372. を参照。ちなみに，安全保障条項を例外規定と解する投資仲裁においても，被告側に証明責任を負わせる事例がみられる（Continental v. Argentina, ICSID Case No ARB/03/09, Award (5 September 2008), p. 264）。

(31) 証明責任についての詳細な検討は，別稿に譲ることにしたい。

(32) Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua *v.* United States of America), Merits, Judgment, *I.C.J. Reports* 1986, p. 116, para. 222; Oil Platforms (Islamic Republic of Iran *v.* United States of America), Preliminary Objection, Judgment, *I.C.J. Reports 1996*, p. 811, para. 20; Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran *v.* United States of America), Provisional Measures, Order of 3 October 2018, *I.C.J. Reports 2018*, p. 635, para. 41; Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran *v.* United States of America), Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports 2019*, p. 25, para. 47.

(33) Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran *v.* United States of America), Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports 2019*, p. 44, para. 126 (1). *See also* Oil Platforms (Islamic Republic of Iran *v.* United States of America), Preliminary Objection, Judgment, *I.C.J. Reports 1996*, p. 821, para. 55 (1).

(34) *See* F. Paddeu, “Non-Precluded Measures Clause: Substance or Procedure? A

そこで，本章では，安全保障条項に基づく抗弁について，訴訟法上の効果である「本案審理前における審理（先決性判断）」の可否に絞って検討をする。第１節で，安全保障条項に基づく抗弁を先決的抗弁と位置付ける国際司法裁判所規則（ICJ 規則）[35]上の根拠を確認した後，本案防御と先決的抗弁の区別という点から，同抗弁に対して裁判所がとっている手続的処理の正当化可能性とその法的含意を考察することにしたい（第２節）。

### 1　ICJ 規則上の位置

ICJ 規則において先決的抗弁は３つの類型に区分されており，それらは①管轄権に対する抗弁，②請求の受理可能性に対する抗弁，③本案手続に進む前に決定を求められるその他の抗弁[36]，とされている[37]。そして，こうした抗弁の性質による区別について論じる実益は以下の点に見いだされると考えられてきた。

第一に，この区別が先決的抗弁段階における抗弁の審理順序を規整するという点である。すなわち，一般に管轄権抗弁の方が受理可能抗弁より先決性が強く，優先されるべきとの考え方である[38]。ただし，審理序列は抗弁の類型化を決定づけている訳ではない[39]。インターハンデル事件では，管轄権抗弁の判断を避けて，受理可能性抗弁を認容して管轄権を否定する判決を下しており[40]，審理の順序は訴訟経済が考慮される。

第二に．抗弁の性質による証明責任の所在に相違が指摘される。パウェリ

comment on Certain Iranian Assets", *EJIL: Talk!* (March 6, 2019).

(35)　なお，現行規則は2019年改正規則であるが，本稿で取り上げる諸事件には2001年改正規則が適用される点には留意されたい。

(36)　この類型には多様な抗弁が含まれており具体的内容は必ずしも詳らかではないが，訴訟目的の消滅（ムートネス）のような司法機能の内在的制約に触れる抗弁が該当すると指摘されている。（玉田大「先決的抗弁の分類 —— ニカラグア事件（管轄権・受理可能性）」小寺彰他編『国際法判例百選［第２版］』（有斐閣，2011年），187頁）。

(37)　2001年改正規則第79条１項および2019年改正規則第79条 *bis* を参照。

(38)　杉原高嶺『国際司法裁判制度』（有斐閣，1996年）247頁。

(39)　玉田「前掲論文」（注36）187頁。

(40)　Interhandel Case, Judgment of March 21st, 1959: *I.C.J. Reports 1959*, pp. 23–26 and p. 30.

ンによると，管轄権抗弁は，その証明責任が被告国および／もしくは裁判所に課されるのに対して，受理可能性およびその他の抗弁については被告国のみが証明責任を負うとされる(41)。

最後に三点目として，2019年改正規則において新設された手続上の区別が挙げられよう。現行規則である2019年改正規則では，先決的問題（第79条）と先決的抗弁（第79条 *bis*）の区別が導入されており，両者には裁判所の裁量に差異が設けられている。すなわち，管轄権・受理可能性の抗弁は裁判所の職権審査が先行するのに対して（第79条１項）(42)，「その他の抗弁」は当事国の主張によってのみ（先決的抗弁として）審査がなされるのである（第79条 *bis* １項）(43)。上記２つ（審理順序・証明責任）は管轄権抗弁をそれ以外（受理可能性抗弁，その他の抗弁）から区別するが，ここでは管轄権・受理可能性抗弁と「その他の抗弁」との間で区別がなされていると理解できる(44)。

以上の区別基準は，一般論として，特定の抗弁をその性質により類型化するに際して極めて難しい問題を含んでいるが，本稿で検討すべき訴訟法上の問題は，安全保障条項に基づく抗弁を先決的な判断事項と位置付けられるか否か，という点にある。

ここで，判例上，安全保障条項に基づく抗弁の性格付けについて，当事国（被告国）の側から位置付けの異なる主張がなされている点には注意を要する。具体的に，イラン財産事件における米国の主張を確認しておこう。

同事件において米国は，問題とされている措置が安全保障条項に含まれる

---

(41) Pauwelyn, *supra* note 9, pp. 94–95.

(42) 第79条１項「請求訴状の提出を受けて裁判所長が両当事者と面会し協議した後に，裁判所は，事情により正当化される場合には，裁判所の管轄権若しくは請求訴状の受理可能性に関する問題について本案とは別個に裁判する旨決定できる。」（強調引用者）

(43) 第79条 *bis* １項「裁判所が第79条に基づく決定を行っていない場合，裁判所の管轄権若しくは請求訴状の受理可能性についての抗弁又は被告が本案手続に進む前に決定を求めるその他の抗弁は，申述書の提出後３カ月以内に，できるだけ速やかに書面により提出する。」（強調引用者）

(44) J. Mcintyre, “The International Court of Justice Releases New Rules of Court”, *EJIL: Talk!* (November 4, 2019),（管轄権・受理可能性抗弁の裁判については，裁判所の役割に力点が置かれている。）

か否かという判断に裁判所の管轄権は制限されるのであり，当該措置を予断した請求には管轄権がない，と主張する[45]。つまり，同条項が条約の射程に関する例外であり，管轄権欠如を導くという理解である。ここでは同抗弁が「管轄権抗弁」と位置付けられており，先決的抗弁段で審理しなければならない，とされている。しかし同時に，米国は代替的主張として，第三類型である「本案手続に進む前に決定を求められるその他の抗弁」として位置付ける主張を展開しているのである[46]。

ここで，上記の管轄権抗弁とする主張は安全保障条項を例外規定であることを前提としていると解される一方で，「本案手続に進む前に決定を求められるその他の抗弁」は，安全保障条項の法的性質がいずれであろうとも，別途判断し得る事項である点には注意する必要がある。つまり，「その他の抗弁」に該当するか否かという問題は安全保障条項の性質から独立した問題と考えられる。

このことは，1955年条約適用事件における先決的抗弁手続での米国の主張内容からも見てとることができる。本件で米国は，安全保障条項に基づく抗弁を管轄権抗弁として主張はしないとしつつも[47]，安全保障条項に包含される措置は条約の射程から除外されるのであり，管轄権を欠如させるという安全保障条項に対する米国の見解を維持する，と敢えて述べている[48]。こうした主張は，安全保障条項の法的性質が先決的抗弁の類型とは直結しないことを示唆しているとみることができよう。

それでは，安全保障条項に基づく抗弁は「本案手続に進む前に決定を求められるその他の抗弁」に含まれ得るのであろうか。この点，1955年条約適用事件の先決的抗弁手続において当事国間で見解の相違がみられる。本件にお



(45) Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran *v*. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports 2019*, p. 24, para. 40.

(46) *Id*., p. 24, para. 41.

(47) Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran *v*. United States of America), Preliminary Objections submitted by the United States of America (August 23, 2019), p. 70, para. 6.6.

(48) *Id*., *esp*., footnote 220.

ける米国の主張は，安全保障条項に基づく抗弁は「その他の抗弁」に位置付けることができ，本件における同抗弁は例え本案防御と分類されたとしても「専ら先決的な性質」を持つ，というものである[49]。他方でイランは，同抗弁が「本案防御」であることは「確立した判例（jurisprudence constante）」であり，広義の管轄権問題に関わる「先決的抗弁」ではないとした上で，本件における抗弁内容は本案段階で審理されるべき問題であるため「専ら先決的な性質」をもたない，という[50]。ここで両当事国はいずれも，安全保障条項に基づく抗弁を ICJ 規則第79条の第三類型（本案手続に進む前に決定を求められるその他の抗弁）とする主張の成否を本案との関係，すなわち，当該抗弁が「専ら先決的な性質（an exclusively preliminary character）」を有するか否か，という点に求めていると理解することができる。

そして，「専ら先決的な性質」を有するか否かの判断基準は，判例の定式化によると[51]，以下の２点に整理されている。

① 先決的抗弁を処理するために必要なあらゆる事実を検討する機会を裁判所が有していたか否か

② 先決的抗弁が紛争又は本案に関する紛争のいくつかの要素に予断を与えるか否か

上記①の基準は，抗弁の判断可能性（possible to decide）であり[52]，主として証拠の問題と理解されるのに対して，②の基準は，紛争又は本案に対する予断を如何なるものと考えるかという主張自体に関わるものである。本稿

(49) *Id.*, pp. 70–76, paras. 6.6–6.17. *See also* CR 2020/10 (Boisson de Chazournes), pp. 59–65.

(50) Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran *v.* United States of America), Observations and submissions on the U.S. Preliminary Objections submitted by the Islamic Republic of Iran, pp. 84–90, paras. 5.18–5.35. *See also* CR. 2020/11 (Pellet), pp. 54–68.

(51) Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua *v.* Colombia), Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports 2007*, p. 852, para. 51; Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article 84 of the Convention on International Civil Aviation (Bahrain, Egypt, Saudi Arabia and United Arab Emirates *v.* Qatar), Judgment, (not yet published), para. 57.

(52) Thirlway, *supra* note 19, p. 1818.

の考察範囲は②の問題に焦点を絞っていることに鑑みると，問題は，先決的抗弁と本案防御の区別を如何にして行い得るのかということに帰着する。

## 2　本案防御の射程

### (1)　主張の内在的性質

本案防御と先決的抗弁の区別について，ICJ 判例および学説は，「主張の内在的性質が，先決的抗弁であるか本案防御であるかを決定付ける」(内在的性質論）と理解しているように思われる。

この点，ロッカビー事件[53]において裁判所は，「裁判の主題そのもの（the very subject –matter of that decision)」であるか否かを，本案防御の基準とみなしている。また，コルブは，「本案が抗弁の主題そのもの」である場合に抗弁は先決性を欠くと考えており[54]，先決的抗弁と区別される本案防御を「紛争の実体（the substance of the dispute）と切り離せない関連性がある」主張であるという形で，両者の区別を内在的な基準に求めている[55]。ロゼンヌ（およびショウ）も「抗弁の決定が本案の実質的側面の決定を要する場合」，という請求内在的な関連性が区別の指標としていると解される[56]。以上の諸見解は，「主張内容の性質」が本案防御か否かを決する（先決性が否認される）という点では共通しているといえよう。そして，こうした理解は，抗弁自体の客観的性質（*objective* quality）を反映する，先決性否認宣言手続が導

(53) Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya *v*. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports 1998,* pp. 28–29, para. 50; Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya *v*. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, *I. C. J. Reports 1998*, pp. 133–134, para. 49.

(54) R. Kolb, *The International Court of Justice*, (Hart Publishing, 2013), p. 242.

(55) Kolb, *id*., p. 226.

(56) S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920–2005: Volmume II- Jusrisdiction* (4th Ed.), (Martinus Nijhoff Publishers, 2006), p. 881; M. Shaw, *Rosenne's Law and Practice of the International Court 1920–2015: Volmume II– Jusrisdiction* (5th Ed.), (Brill, 2016), p. 906. なお，内在的関連に加えて，「本案と事実や主張が共通の場合」も抗弁が先決性を欠くと指摘する。

入された主旨とも合致しているようにも思われるのである[57]。

ただし，この点に関して，実際の裁判において裁判所は，安全保障条項に基づく抗弁の内在的性質を個別具体的に検討して判断している訳ではないことに留意しなければならないだろう。裁判所は，各事件における具体的な主張（被告の抗弁内容）の分析をすることなく，安全保障条項に基づくという類型をもって「本案防御」と位置付けており，同抗弁の「本案防御性＝非・先決的抗弁性」をア・プリオリに措定しているものと解される。確かに，裁判所のこうした判断には，イラン財産事件に至るまで当事国が主張の性質について詳細な議論を展開してこなかったことも影響しているように思われるが[58]，主張の内在的性質による本案との実質的関係という基準は，当事国をして，本案と区別される（ないし区別されない）ことを当該主張の具体的内容に基づいて論証することへと促すことになろう（実際の事件においてもそうした傾向を示している[59]）。しかし，こうした主張内容の性質を基準とすること自体が本案に関する主張を先決的抗弁段階において実質的には許容することに繋がりかねず，却って裁判所に難しい判断を強いる危険性を惹起するように思われる。

(2)　区別の相対性

この点（本案防御と先決的抗弁の区別）について，手続的な観点からは両者の区別が多分に相対的なものであるということができる。その点に着目することで，先決性判断に係る問題の処理が可能であるようにも思われる。

---

(57)　Kolb, *supra* note 54, p.244.

(58)　Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran *v*. United States of America), Preliminary objections submitted by the United States of America, pp. 63–64, paras. 7.5–7.9; Observations and submissions of Iran on the preliminary objections of the United States, pp. 71–73, paras. 6.7–6.10.

(59)　例えば，1955年条約適用事件の当事者主張を参照。Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran *v*. United States of America), Preliminary Objections submitted by the United States of America (August 23, 2019), pp. 72–76, paras. 6.9–6.17; Observations and submissions on the U.S. Preliminary Objections submitted by the Islamic Republic of Iran, pp. 87–90, paras. 5.26–5.35.

（i） 抗弁の混合的性格

まずは，抗弁の混合的性格を指摘することができる。サールウェイは，判例を概観した後，専ら先決的性質をもつか否かは「本案の一部として提起され得る問題であるか否か」という事実に求められていると指摘しており，こうした裁判所の判断は,「ある主張が同時に先決的抗弁でもあり本案防御でもあるということはないことを暗黙の前提としている」という（先決的抗弁と本案防御の峻別論）[60]。

しかしながら，この峻別論は判例において厳密には維持されていないように思われる。なぜならば，この点に関連して，ニカラグア事件の本案判決において裁判所は，以下のように判示しているからである。

「先決的抗弁が先決的な側面と本案に関連する他の側面の双方を含むために［because they contain both preliminary aspects and other aspects relating to the merits］専ら先決的な性質有さない場合，本案段階で扱われるべきである。」[61]

そして，こうした理解は，ジェノサイド条約適用事件（クロアチア対セルビア）においても踏襲されている。同事件の先決的抗弁判決は，ニカラグア事件の上記判示を引用した上で[62]，行為帰属の問題（本案事項を含む[63]）に基づくセルビアの抗弁（第２抗弁）を先決的な性質を有さないとして棄却し

(60) H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence, Volume I*, (Oxford U.P., 2013), p. 991.

(61) Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua *v.* United States of America), Merits, Judgment, *I.C.J. Reports* 1986, pp. 30–31, para. 41.

(62) Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia *v.* Serbia), Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports 2008*, pp. 459–460, para. 128.

(63) 国家責任条文第10条２項を根拠として国家形成前の行為について FRY は責任を負うとの原告主張に対する抗弁であり，それが SFRY の解体と FRY の設立に至る事実問題（＝本案事項）を含んでいると解している (*Id.*, p. 459, para. 127)。

たのであった[64]。この判断は，「先決的要素と本案判断要素の双方が同時に存在すれば，先決性を否認し得る」とも解することができ，両者（先決的な側面と本案に関連する側面）の関係について一歩踏み込んだ判断が示されたものと考えられよう。そのため，本件判決は基準として具体性に欠け，本案判断に触れる申立についてはすべて先決性が否定される結果となる可能性が指摘されているのである[65]。ともあれ，ある特定の主張には先決的抗弁と本案防御の両要素が混合することがあるため，両者の比重に鑑みて先決的抗弁としての主張を本案防御に組み入れる余地をここに確認することができる。

(ii)　手続の柔軟性

また，先決的抗弁と本案防御の区別は，手続上も柔軟に処理され得るという点も指摘できる。そもそも，訴訟当事国はその裁量上の行為として，「性質上で先決性が認められる主張」を，手続上で「本案防御」とすることは可能とされる。換言すると，当事者は訴訟戦術上の考慮によって本案での主張を選択することができるのであり，本案防御はその性質ではなく，当事国の主観に依存し得る[66]。それと同時に，当事者の選択によらないが，性質上，先決性を有する主張が本案で審理されることもあり得る。例えば，原告の時機に遅れた主張に対する抗弁がそうしたものとして挙げられる[67]。これは，性質上は管轄権・受理可能性抗弁と考えられる主張を本案防御として提起することを可能とし，本案段階で判断するものである。実際，ディアロ事件では，先決的抗弁判決（2007年）以後に追加提起された1988-1989年の逮捕等に係る請求について本案段階でその受理可能性が審査され[68]，紛争を変質させる新

(64)　*Id.*, p. 460, paras. 129-130 and p. 466, para. 146 (4).

(65)　国際司法裁判所判例研究会（玉田大執筆）「判例研究・国際司法裁判所　ジェノサイド条約適用事件（クロアチア対セルビア）（先決的抗弁判決・2008年11月18日）」『国際法外交雑誌』第110巻第４号（2012年）76-77頁。

(66)　Kolb, *supra* note 54, p. 226.

(67)　Kolb, *supra* note 54, p. 228.

(68)　Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea *v.* Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, *I.C.J. Reports 2010*, p. 655, para. 35.

請求として受理不能とされた[69]。そして，本案審理前に決定を要求される抗弁を提起する権利は，被告の手続上の基本的権利（a fundamental procedural right）であると判示されているのである[70]。こうした裁判実行からは，主張の性質が先決的抗弁と本案防御とを分ける唯一の決定的基準ではないことが示唆されるものといえよう。

なお，上記の手続的な柔軟性は，当事者意思に還元すべきではなく，抗弁の処理に対する裁判所の裁量という点から位置付けるべきなのかもしれない。これは，先決性判断に裁判所の裁量を含み得るのかという点に関連した論点であるといえる。

この点，サールウェイは，判例上，本案併合の要否判断にとって当事国の意思は必ずしも決定的ではなく，裁判所の裁量的判断に服するという[71]。そして，72年規則改正はその裁量を縮減したとはいえ，同規則以降も先決的性質の判断については裁判所の裁量が存置していると指摘する[72]。こうした先決性判断における裁量は，訴訟法上，本案併合に限らず，先決性否認宣言や先決的性質を理由とした棄却にも認められると考えられる。確かに，現行規則を含めて72年改正以降のICJ規則によると，先決的抗弁に対する訴訟法上の帰結は①認容若しくは②棄却，又は③「抗弁が専ら先決的性質を有するものではないこと」の宣言，のいずれかとされ（本案併合という処理は存在しない）[73]，72年改正で導入された先決性否認宣言の効果についてはそれ以

(69) *Id.*, p. 659, para. 47. なお，領域及び海洋紛争事件（ニカラグア対コロンビア）本案判決においても追加請求の受理可能性が本案段階で審理され，紛争の変質を招かないとして新請求が受理されている（Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua *v.* Colombia), Judgment, *I.C.J. Reports 2012*, pp. 664–665, paras. 108–112）。

(70) Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea *v.* Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, *I.C.J. Reports 2010*, p. 658, para. 44.

(71) Thirlway, *supra* note 60, pp. 983–984, *esp.* note 402.

(72) Thirlway, *id.*, p. 984.

(73) 2001年改正規則第79条９項を参照。なお，2019年改正規則第79条 *ter* 第４項も「裁判所は，当事者の意見を聴取した後，先決問題を決定し又は先決的抗弁を認容し若しくは却下しなければならない。ただし，裁判所は，その事件の状況に鑑み，問題又は抗弁が専ら先決的性質を有するものではないことを宣言することができる［may … declare］。」と規定する。

前の規則における本案併合と同じか否かに議論がある[74]。この点について，実質的に本案併合と同じとの見解が有力であるが（本案併合と先決性否認宣言の同一視）[75]，両者を区別する見解においても，その相違は「本案における裁判所の審理義務の有無」にあると認識されており[76]，両者は先決性判断の点で違いはない。さらに，安全保障条項に基づく抗弁については，本案防御であることを理由に「棄却」されているが，先決性否認宣言も本案で提起する当事者の権利を害さないと解されていることに鑑みると[77]，当事者主張の必要性という点からは「先決性否認宣言」と「棄却」とに変わりがない（先決的抗弁否認宣言と棄却の訴訟法的同質性）[78]。以上から，同抗弁の処理（棄却）は，形式上は本案併合と区別され得るとはいえ，先決的性質の判断に裁判所の裁量を存置させる点は他の処理（本案併合や先決的性否認宣言）と共通しているものと考えられるのである。

【小括】

以上をまとめると，先決的抗弁と本案防御の区別は手続的観点から以下のように整理できるように思われる。①ある主張（抗弁）は，先決的要素と本案判断要素の双方を同時に含み得る。②その場合，先決的抗弁か本案防御かを当該主張の性質によって判断することは困難となるが，裁判所の立論は本案判断要素を重視する傾向にあり，本案防御の範囲が拡張する。③また，手続法の観点からは，先決的抗弁段階における抗弁審理を回避（棄却ないし先

(74) 杉原『前掲書』（注38）260-262頁。杉原は，議論の対立点を整理しつつ，極めて慎重な立場をとっている。

(75) "Article 36" (C. Tomuschat), *in* A. Zimmermann and C. Tams (ed.), *The Statute of the International Court of Justice: a Commentary* (3rd Ed.), (Oxford U.P., 2019), p. 793, MM 139.

(76) 石塚智佐「ICJ における先決的抗弁の本案への併合に関する一考察」『一橋法学』第6巻1号（2007年）436-437頁（なお，石塚は裁判所の審理義務を肯定する）。

(77) Rosenne, *supra* note 56, p. 883; Shaw, *Rosenne 5th*, *supra* note 56, p. 907.

(78) この点は，先決性否認宣言を導入した規則改正の趣旨と合致しているように思われる（*See* E. Jimenes de Arechaga, "The Amendment to the Rules of Procedure of the International Court of Justice", *A.J.I.L.*, Vol, 67 (1973), pp. 16-17.）。

決性否認宣言）することは，手続裁量の存在を介して許容され得る。

## おわりに

ICJ は，安全保障条項に基づく抗弁を本案段階における積極抗弁と位置付ける傾向にある。こうした抗弁の性格付けについて，それを安全保障条項の法的性質と直結させて理解することは，実体法に手続法（訴訟法）を従属させる形で整合的に理解することを可能にするとはいえ，手続法（訴訟法）の独自性という観点からは決定的な理由とはならないように思われる（第Ⅰ章）。

他方，安全保障条項の法的性質に関わらず，ICJ 規則上，安全保障条項に基づく抗弁を「本案手続に進む前に決定を求められるその他の抗弁」と位置付けることは理論上可能であることから，同抗弁を先決的段階で判断する可能性は必ずしも排除されてはいない。ただし，その際，問題となるのは同抗弁と本案との関係であり，訴訟法上の問題は「専ら先決的な性質」の評価という点に帰着する（第Ⅱ章１節）。

そして，本稿の分析からは，抗弁の「専ら先決的な性質」の有無は主張の内在的性質によって第一義的に判断されると考えられるが，安全保障条項に基づく抗弁については裁判所がその点（主張内容の実質）を具体的に検討した形跡はなく，そうした分析（先決的抗弁と本案との内容上の関係）を行うこと自体にも難点が指摘できる（第Ⅱ章２節⑴）。

この点，抗弁と本案との関係を巡っては，①抗弁の混在的性格および②手続の柔軟性という点において裁判所の実体的・手続的な裁量の範囲が広いことを指摘できるのであり，こうした手続的観点から本案での審理を正当化する可能性はあるように思われる（第Ⅱ章２節⑵）。そして，条文規定や主張の実体法上の性質決定が必ずしも定まっていない場合において，こうした訴訟法的な議論を展開することも一つのあり方ではないだろうか。

ただし，手続法上での正当化がなされた場合であったとしても，こうした裁判所の裁量的な手続運営を当事者意思以外に基礎づけられるか，という点

に依然として問題が残ることは確かである。この点について，こうした裁判所の政策的判断を「良き司法運営（good administration of justice）」として整理する議論がある[79]。ここで問われているのは，①一般にすべての情報や議論が尽くされた本案で判断する方が裁判所にとって望ましい（本案審理を充実させる要請）という反面，②不当な遅延は避けるべきである（先決性判断の活用を求める訴訟経済的な要請）という，２つの相反する要請を如何に調整するのかという問題である。こうした難しい利益衡量を図るためには，実体法と手続法を統合的に理解する必要があり，こうした視点について国際公法は国際私法をはじめ国内諸法から多くを学ぶ必要があるように思われる。

［追記］
校了後に1955年条約適用事件（イラン対米国）の先決的抗弁判決（Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights（Islamic Republic of Iran *v.* United States of America), Preliminary Objections, Judgment, 3 February 2021）に接した。本判決は先決性判断について当事者の主張内容を踏まえた理由を付しているが（paras. 111-112），この点を含め本判決の詳細な分析は他日を期したい。

［付記］
本稿は，JSPS 科研費（18H00799，19K01314）による研究成果の一部を含んでいる。



(79) Kolb, *supra* note 54, p. 241.