



パレスティナの「壁」の合法性 : 国際司法裁判所勧告的意見、2004年7月9日

濱本, 正太郎

(Citation)

神戸法学年報, 20:103-147

(Issue Date)

2004

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/E0032288>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/E0032288>



[判例研究]

パレスティナの「壁」の合法性

—— 国際司法裁判所勧告的意見、2004年7月9日¹ ——

濱 本 正太郎

- I. 勧告的意見要請
- II. 裁判官忌避申立に関する命令要旨
- III. 勧告的意見要旨
- IV. 検討
- V. 勧告的意見付与後の状況

I. 勧告的意見要請

国連総会は、2003年12月8日に、決議ES-10/14を採択し、国際司法裁判所に勧告的意見を要請した。総会が意見を求めた問題は、次の通りである。

「占領国たるイスラエルが、事務総長報告書に示されているように、パレスティナ被占領地域（東エルサレムの内部およびその周囲を含む。）において行いつつある壁の構築は、国際法の諸規則および諸原則、とりわけ1949年のジュネーヴ第四条約、ならびに本問題について安全保障理事会および総会が採択した諸決議に照らして、いかなる法的結果をもたらすか。²」

1 本勧告的意見、関連する命令、裁判所に提出された書面、口頭弁論記録は、いずれも国際司法裁判所のウェブサイト (<http://www.icj-cij.org/>) にて入手した。

2 ONU Doc. A/RES/ES-10/14 (2003)。「問題」は、決議正文では以下の通り。

〔仏文〕 Quelles sont en droit les conséquences de l'édification du mur qu'Israël, puissance occupante, est en train de construire dans le

裁判所は、2003年12月19日に、国連および国連全加盟国は裁判所規程66条2項に従って「問題に関する資料を提供することができる」ことを決定した³。また、裁判所は、「国連総会決議ES-10/14および意見要請時に裁判所に送付された事務総長報告書に鑑み、ならびに、国連総会がパレスティナにオブザーヴァーとして特別の地位を与えていることおよびパレスティナが勧告的意見を要請する決議案の共同提出者であることを考慮し」、パレスティナはその意見を書面および口頭で述べることも決定した⁴。

II. 裁判官忌避申立に関する命令⁵要旨

イスラエルは、2003年12月31日に、裁判所規則34条2項に基づき、Elaraby裁判官が審理に参加することに疑義を提起した。イスラエルは、同裁判官がエジプト外務省の法律顧問などの資格でイスラエル—パレスティナ紛争

territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, selon ce qui est exposé dans le rapport du Secrétaire général, compte tenu des règles et des principes du droit international, notamment la quatrième convention de Genève de 1949 et les résolutions consacrées à la question par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale ?

[英文] What are the legal consequences arising from the construction of the wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, as described in the report of the Secretary-General, considering the rules and principles of international law, including the Fourth Geneva Convention of 1949, and relevant Security Council and General Assembly resolutions?

3 Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé (requête pour avis consultatif), ordonnance du 19 décembre 2003, par. 1.

4 *Ibid*, par. 2 et 4.

5 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Request for an Advisory Opinion), Order, 30 January 2004.

に関わった際の経験から、および、2001年8月にエジプトの新聞に掲載された同裁判官によるイスラエル問題についてのインタビュー記事の内容から判断するに、Elaraby裁判官はイスラエルに反対する態度を明確に示しており、その態度は現在裁判所において提起されている問題の種々の側面に直接関係する諸問題にも及んでいる、と指摘する。

ナミビア事件において、裁判所は、南アフリカによる裁判官忌避申立は当該裁判官が当時自国政府の代表として国連で行った活動に根拠を置くものであって、そのような活動は裁判所規則17条2項の適用の対象とならない、と述べ、南アフリカの申立を却下した (*I.C.J. Reports 1971*, p. 18, para. 9)。

「裁判官は、一方の当事者の代理人……として、又はその他の資格において干与したことがある (*sont antérieurement intervenus/has previously taken part*) いかなる事件の裁判にも参与することができない」(裁判所規程17条2項)⁶。しかし、Elaraby裁判官がエジプト政府の一員として行った活動は本勧告的意見手続で問題となっている「壁」の構築問題の発生よりも相当以前になされたものであり、また、同裁判官は問題の新聞インタビューにおいても本件については何の意見も述べていない。したがって、Elaraby裁判官が本件に「干与したこと」があるとは言えない。(13対1。反対、Buergenthal)

Ⅲ. 勧告的意見⁷要旨⁸

A. 意見付与権限 バラグラフ14-65

6 【評者注】 参照、裁判所規程68条。

7 *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004.

8 以下に示す章・節の記号および表題は評者によるものであって、勧告的意見本文には存在しない。

1. 権限の有無 パラグラフ14-42

a) 国連憲章12条 パラグラフ25-28

イスラエルによれば、本勧告的意見要請は、国連憲章12条⁹に合致せず、総会の権限を越えるものである。

たしかに、憲章24条により「国際の平和および安全の維持に関する主要な責任」を負うのは、安全保障理事会であり、総会ではない。しかし、24条により安全保障理事会が有するのは「主要な」権限であって、必ずしも「排他的な」権限ではない。

国連の実行を見てみると、創設当初は、総会も安保理も、安保理の議題となっている問題について総会は勧告を行うことができない、と理解していた。しかし、1961年のコンゴ問題や1963年のポルトガル植民地問題について、安保理の議題になっていたにもかかわらず、総会は勧告を行った。国連の法律顧問によれば、総会は、憲章12条の「遂行している間は」を「今現在遂行している間は」と解したのである。その後、安保理と総会とが同一の問題を並行して審議する例が増えている。このような総会の実行は、憲章12条1項と両立する。したがって、本意見要請によって総会が権限を踰越したとは言えない。

b) 平和のための結集決議 パラグラフ29-35

本勧告的意見要請決議は、総会決議377A(V)（いわゆる「平和のための結集決議」）に基づいて招集された第10緊急総会において採択されている。平和のための結集決議によれば、同決議に定められた手続が開始されるためには、①安保理常任理事国の拒否権行使のために安保理が国際の平和と安全に関するその主要な責任を果たすことができないこと、②平和に対する脅威、平和の破

9 【評者注】憲章12条1項の公定訳は次の通り。「安全保障理事会がこの憲章によって与えられた任務をいずれかの紛争又は事態について遂行している間は、総会は、安全保障理事会が要請しない限り、この紛争又は事態について、いかなる勧告もしてはならない。」

壊、または侵略行為が存在するように思われる事態が生じていること、の2つの要件が充たされなければならない。

まず、第10緊急総会が1997年に招集されたのは、パレスティナにおけるイスラエル入植地に関する安保理決議案が常任理事国一国の反対により採択されなかったことをきっかけとしており、その当時は、総会決議ES-10/2が示すように¹⁰、国際の平和と安全に対する脅威が存在していた。さらに、安全保障理事会は、2003年10月14日に、イスラエルによる「壁」の建設を国際法違反と「決定する」決議案¹¹を、賛成10・反対1（アメリカ合衆国）・棄権4で否決している¹²。

本件主題につき安保理が勧告的意見を要請するとの決議案が安保理に提出されたことはなく、したがって安保理に機能不全があったとは言えない、との主張もなされた。しかし、緊急総会は、当該緊急総会招集の理由となった問題についていかなる決議も採択することができるのであって、勧告的意見を要請する決議案が安保理に提出されたかどうかは関係がない。

また、第10緊急総会は、緊急総会にもかかわらず継続的に招集されている

10 【評者注】UN Doc. A/RES/ES-10/2 (1997).

The General Assembly,...

Also convinced,... that the repeated violation by Israel, the occupying Power, of international law and its failure to comply with relevant Security Council and General Assembly resolutions and the agreements reached between the parties undermine the Middle East peace process and constitute a threat to international peace and security,...

11 【評者注】Guinea, Malaysia, Pakistan and Syrian Arab Republic, Draft Resolution, UN Doc. S/2003/980.

The Security Council,...

1. *Decides* that the construction by Israel, the occupying Power, of a wall in the Occupied Territories departing from the armistice line of 1949 is illegal under relevant provisions of international law and must be ceased and reversed[.]

12 【評者注】S/PV. 4842 (2003), p.2.

賛成は、アンゴラ・チリ・中国・フランス・ギニア・メキシコ・パキスタン・ロシア・スペイン・シリア。棄権は、ブルガリア・カメルーン・ドイツ・イギリス。

ことからその手続の適法性に疑問があり、また、通常総会が開催されている期間中に開催されていることも問題である、とも主張された。しかし、そのことが勧告的意見の有効性に影響するとは考えられない。前者の主張に関しては、間隔をおいて4度招集された第7緊急総会が採択した決議の有効性が争われたことはないことに留意する必要がある。第10緊急総会において本勧告的意見要請の前に採択された決議の有効性も、一切争われていない。また、イスラエルは、通常総会と時間的に並行して緊急総会を招集するのは不適切¹³であると主張した。しかし、そのような緊急総会招集により具体的にどの規則が違反され、その違反の結果本勧告的意見要請決議が無効となるのかについては、何ら指摘がない。

国連機関の決議の有効性は推定されるべきであり、本件においてその推定を覆す理由を見いだすことはできない。

c) 「法律問題」(国連憲章96条、国際司法裁判所規程65条) パラグラフ 36-41

本件問題は、一定の事実状況の法的効果に関するものであって、「法的用語で表現されており、国際法上の問題を取扱うものである」(西サハラ (C.I.J. Recueil 1975, p.18, par.15) り、法律的性質を十分に備えている。

本勧告的意見要請は明確性を欠くので「法律問題」ではない、との主張がなされた。しかし、意見を求められる問題が明確性を欠く場合「法律問題」ではない、とは言えない。問題が明確でない場合、それを明確にすべく裁判所が解釈するのである(1926年のギリシャ・トルコ協定の解釈 (C.P.J.I. série B, n° 16 (I)), Jaworzina (C.P.J.I. série B, n° 8)、南西アフリカ委員会による

13 【評者注】勧告的意見正文によれば、“inapproprié” (p.17, par. 34)。イスラエル提出の書面によれば、“(im)propriety” もしくは “prohibition”。Written Statement of the Government of Israel on Jurisdiction and Propriety, 30 January 2004, p. 74, paras. 4.34, 4.36.

請願者聴取の許容性 (*I.C.J. Reports* 1956, p.25)、ある種の経費 (*I.C.J. Reports* 1962, pp.157-162)、国連行政裁判所判決 273 号の再審 (*I.C.J. Reports* 1982, p.348, para. 46)、WHO・エジプト間協定の解釈 (*I.C.J. Reports* 1980, pp.87-89, paras. 34-36)。

また、本件要請は抽象的であるので「法律問題」ではない、とも主張された。しかし、裁判所は「抽象的であるかどうかにかかわらず、いかなる法律問題にも勧告的意見を与えることができる」(核兵器使用の合法性 (*I.C.J. Reports* 1996 (I), p.236, para. 15)。いずれにせよ、壁の建設の法的結果に関する本件問題は抽象的ではない。

さらに、問題の政治性の故に裁判所は意見付与権限を持たない、とも主張された。しかし、裁判所の確立した判例が示すように、法律問題が政治的側面をも有する場合、問題の政治性の故に裁判所の権限が否定されることはない(国連加盟の条件 (*C.I.J. Recueil* 1947-1948, pp.61-62)、国連加盟に関する総会の権限 (*C.I.J. Recueil* 1950, pp.6-7)、ある種の経費 (*I.C.J. Reports* 1962, p.155)、国連行政裁判所判決 158 号の再審 (*I.C.J. Reports* 1973, p.172, para. 14)、WHO・エジプト間協定の解釈 (*I.C.J. Reports* 1980, p.87, para. 33)、核兵器使用の合法性 (*I.C.J. Reports* 1996 (I), p.234, para. 13))。

2. 権限行使の適切性 パラグラフ 43-64

裁判所が意見付与権限を有するとしても、本件において当該権限を行使するのは適切でなく司法機能に反する、との主張がなされた。

裁判所規程 65 条が「裁判所は……勧告的意見を与えることができる (*peut/may*)」と定めていることから、裁判所が勧告的意見の付与を拒否できることは明らかである。他方、「国際連合の主要な司法機関」(国連憲章 92 条)としては、原則として、勧告的意見の付与を拒否すべきでない。裁判所の確立した判例によれば、勧告的意見の付与を拒否するためには「決定的な理由 *raisons*

décisives/compelling reasons」が必要である（ある種の経費（*I.C.J. Reports 1962*, p.155）、人権委員会特別報告者の免除（*I.C.J. Reports 1999 (I)*, pp.78-79, para. 29)）。

a) 関係国の同意 パラグラフ46-50

本勧告的意見手続においては、イスラエル・パレスティナ間紛争についてイスラエルが国際司法裁判所の管轄権を受諾していないため、東部カレリア事件（*P.C.I.J. Series B*, No.5）の例に倣って裁判所は意見付与権限を行使すべきでない、と主張された。

利害関係国の同意の欠如は、勧告的意見を与える裁判所の権限に影響を与えるものではない。裁判所は、平和条約の解釈事件において、争訟事件においては紛争当事国の同意が不可欠であるものの勧告的意見においてはそうではない、と述べ（*C.I.J. Recueil 1950*, p.71）、関係国の反対が有する意味を、意見付与権限ではなく司法的適切性の角度から検討した。そして、西サハラ事件において、裁判所は、同意なしに紛争を司法的解決に付す義務は存在しないという原則を歪めることになる場合、勧告的意見の付与は裁判所の司法的性質と相容れなくなる、という立場を示した（*C.I.J. Recueil 1975*, p.25, par. 32-33）。同事件において、裁判所は、問題は二国間関係とは別個に国連総会での審議に関して生じたものだということを指摘している（*C.I.J. Recueil 1975*, p.25, par. 34）。

本勧告的意見要請の対象である壁の建設の問題は、イスラエル・パレスティナ間関係にとどまらず、国連に直接関係するものである。国連は、国際の平和と安全の維持に責任を有している。また、国連は、パレスティナ分割決議に基づく責任も負っており、その責任はパレスティナ問題が解決するまで恒常的に継続するものとされている（総会決議57/107（2002））。本要請の目的は、国連総会がその機能を果たすために有益と考える勧告的意見を得ることである。

以上のことから、本件において意見を与えることは、「同意なしに紛争を司法的解決に付す義務は存在しないという原則を歪める」ことにはならない。

b) 政治的解決の阻害 パラグラフ 51-54

さらに、本勧告的意見要請に応えることは、パレスティナ・イスラエル紛争解決のためのいわゆる「行程表」の実施を阻害することになるので、裁判所は勧告的意見の付与を拒否すべきである、とも主張された。しかし、裁判所の意見が「行程表」に関する交渉にどのような影響を与えるか定かではなく、それが勧告的意見の付与を拒否する「決定的理由」だとは言えない。

c) 証拠不十分 パラグラフ 55-58

いくつかの国は、本件手続において裁判所は結論を得るために必要な証拠を得ておらず、意見付与を拒否すべきである、と主張した。

勧告的意見を付与するにあたって裁判所は十分な証拠を必要とすることは平和条約の解釈事件 (*C.I.J. Recueil 1950*, p.72) や西サハラ事件 (*C.I.J. Recueil 1975*, pp.28-29, par. 46) で述べられた通りである。また、東部カレリア事件において意見付与が拒否された理由の一つは、意見が求められた問題が、対審手続によってのみ明らかにされ得るような事実問題を含んでいることであった (*P.C.I.J. Series B*, No.5, p.28)。

本件においては、国連事務総長の報告書が提出されていることに加え、イスラエルを含む諸国が裁判所に詳細な情報を提供しており、裁判所は、勧告的意見を付与するに十分な情報および証拠を有している。

d) 有用性 パラグラフ 59-62

また、総会はパレスティナにおける「壁」の建設の違法性を既に宣言していること、および、本勧告的意見を総会がどのように用いるかが不明確であるこ

とから、本勧告的意見要請に応えることの有用性 (utilité) に疑問が呈された。

しかし、総会の機能を果たすために勧告的意見が必要かどうかを判断するのは裁判所ではなく総会である (核兵器使用の合法性 (*I.C.J. Reports 1996 (I)*, p.237, para. 16)。勧告的意見の有用性を判断するのは意見を要請する機関であって、裁判所ではない。

e) パレスティナの資格 パラグラフ 63-64

イスラエルは、パレスティナの違法行為に起因する問題についてパレスティナが勧告的意見を求めることは認められない、と主張した。しかし、本件要請は総会によってなされているので、この主張は成り立たない。

3. 結論 パラグラフ 65

したがって、裁判所は勧告的意見を付与する権限を有し、その権限行使を拒否する決定的理由も存在しない。

B. 実体問題の検討 パラグラフ 66-162

1. 検討の構成 パラグラフ 66-69

[略]

2. 事実関係 パラグラフ 70-85

a) 問題の領域の地位 パラグラフ 70-78

オスマントルコ帝国領であったパレスティナは、第一次世界大戦後、イギリスを受任国とするA式委任統治領とされた。第二次大戦後、1947年11月29日の国連総会決議181(II)により、パレスティナの「分割」が勧告された。イスラエルは1948年5月14日に独立を宣言したものの、その後武力紛争がイスラエルとアラブ諸国間に勃発し、パレスティナの「分割」は実施されなかった。

1949年4月3日にイスラエル・ヨルダン休戦協定が締結され、休戦ラインが定められた。しかし、1967年の武力紛争により、イスラエルは旧イギリス委任統治領の全域を占領した。安全保障理事会は、1967年11月22日、決議242（1967）を採択し、戦争による領域取得は認められないことを強調すると共に、イスラエル軍の占領区域からの撤退を求めた。

それ以降、イスラエルは、イエルサレムの法的地位を変更するさまざまな措置をとった。安全保障理事会は、1971年9月25日の決議298（1971）により、イスラエルの地位を変更する立法的・行政的措置の無効を確認した。さらに、1980年7月30日にイスラエルがイエルサレムを首都とする立法を行ったことに対し、安全保障理事会は、決議478（1980）により、イスラエルの地位を変更する立法的・行政的措置の無効を改めて確認した。

1994年10月26日に、イスラエルとヨルダンは平和条約を締結し、両国間の国境は委任統治領の境界に依ること、ただし、1967年の武力紛争においてイスラエルの支配下におかれた領域の地位には影響を与えないこと、に合意した。さらに、1993年以降、イスラエルは、パレスティナ解放機構（PLO）との合意に基づき、占領下のパレスティナにおける権限の一部をPLOに委譲している。

ハーグ陸戦規則42条に反映された慣習国際法によれば、敵軍の権力内に帰した領域は占領地域であり、占領はその権力が樹立されかつそれが行使され得る地域に限定される。1949年の休戦協定の定める休戦ラインと旧イギリス委任統治領の境界との間の区域は、1967年にイスラエルにより占領された。慣習国際法によれば、この区域は占領地域であり、イスラエルは占領国である。東イエルサレムを含むこの区域全体はイスラエルにより現在も占領されており、イスラエルは現在も占領国である。

b) 「壁」の構造 パラグラフ 79-85

「壁」の建設は、ヨルダン川西岸地区において2003年に始まり、2005年に完了するものとされている。国連事務総長によれば、「壁」は次のような構造から成っている¹⁴。

- 1) 電子感知装置付のフェンス
- 2) (深さ4メートルにも達する) 溝
- 3) アスファルト舗装された2車線のパトロール用道路
- 4) フェンスに並行する探知帯(足跡が判別できるように砂が撒かれている)
- 5) これらの外側に張られた鉄条網

「壁」の幅は50から70メートル(場所によっては100メートル)である。180キロメートルにわたって建設済みもしくは建設中であり、そのうちコンクリートの壁が構築されているのは、パレスティナ人集落がイスラエルに近接もしくは隣接している8.5キロメートルほどの区域である。

「壁」は、ほとんどの区域において、休戦ラインの東側すなわち占領区域において建設されている。事務総長によれば、休戦ラインと「壁」とに挟まれた区域は975平方キロメートル(ヨルダン川西岸地区総面積の16.6%)にわたり、23万7千人のパレスティナ人および32万人のイスラエル人がその区域で生活している。

この区域には新たな行政制度が適用されており、イスラエル当局が発行した身分証明書ないし許可証を保持していなければ、居住者は当該区域に居住し続けることができず、非居住者は当該区域に立ち入ることができなくなっている。イスラエル人は、身分証明書・許可証なしに居住・立ち入りができる。

14 【評者注】パレスティナが提出した書面(Maps and Graphics Submitted by Palestine, 29 January 2004)には、本研究末尾に記す図面が示されている。その図面は、国連事務総長報告および裁判所の判示とほぼ対応している。

3. 適用される国際法の規則・原則 パラグラフ 86-113

a) 武力行使禁止・武力による領域取得の違法性 パラグラフ 87

国連憲章 2 条 4 項は武力行使の禁止を定め、総会決議 2625 (XXV) (「友好関係原則宣言」) は、武力の行使または威嚇による領域の取得は合法とみなされてはならない、と述べる。ニカラグア事件で述べられたように、武力行使禁止は慣習国際法を反映しており、同様に、武力行使禁止のコロラリーである、武力の行使または威嚇による領域取得の違法性も慣習国際法を反映している。

b) 人民の自決権 パラグラフ 88

人民の自決権の原則は国連憲章および総会決議 2625 (XXV) の定めるところであり、自由権・社会権両規約の共通 1 条も自決権を定めている。裁判所も自決権を認めてきており (ナミビア (*I.C.J. Reports 1971*, pp.31-32, paras. 52-53)、西サハラ (*C.I.J. Recueil 1975*, p.68, par. 162))、対世的に対抗可能な権利であるとさえ述べている (東ティモール (*I.C.J. Reports 1995*, p.102, para. 29))。

c) 人道法 パラグラフ 89-101

i) 陸戦の法規慣例 パラグラフ 89

ニュルンベルク国際軍事裁判所は、1907 年の陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約が定める規則は戦争の法規慣例の表明と考えられている、と述べた (*jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg du 30 septembre et 1^{er} octobre 1946*, p.65)。国際司法裁判所も同様の結論に達している (核兵器使用の合法性 (*I.C.J. Reports 1996 (I)*, p.256, para. 75))。裁判所は、1907 年の陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則の全ての規定は慣習法としての性質を獲得している、と考える。このことは、本件手続に参加した全ての関係者が認めるところでもある。

ii) 文民条約 パラグラフ 90-101

イスラエルは、ジュネーヴ第四条約はパレスティナ被占領地域には適用されない、と主張している。その理由は、当該領域はヨルダンおよびエジプトにより併合されるまでいずれの国にも属しておらず、したがって同条約当事国の領域とは言えない、というものである。

イスラエル・ヨルダンとも、1951年以来ジュネーヴ第四条約の当事国であり、いずれの国もこの問題について留保を付してはいない。パレスティナは、1982年に、ジュネーヴ第四条約を適用することを約すると一方的に宣言し、寄託国であるスイスはこの一方的誓約を有効なものとして取り扱っている。

イスラエルは、占領地域においてジュネーヴ第四条約を事実上適用してきているものの、法的には同条約は同地域に適用されないとの姿勢を崩していない。他方、本件手続で意見を表明した関係国の大多数は、1967年以前に同区域においてヨルダンがどのような権利を有していたかにかかわらず、同条約2条1項により、同条約は同地域においても適用される、との立場をとっている。

同条約2条によれば、同条約適用の条件は、武力紛争の存在と当該武力紛争が二以上の締約国の間に生じることである。同条2項は、1項が定める同条約適用範囲を制限するためのものではない。

このような解釈は、占領地域の地位にかかわらず文民を保護しようとした条約起草者の意図を反映するものである。また、同条約起草過程からも、同条2項は、条約適用範囲を制限するためにではなく、1939年のドイツによるボヘミア・モラヴィア占領のような場合を適用範囲に含めるために起草された、ということが明らかである。

ジュネーヴ第四条約の当事国¹⁵は、1999年7月15日の会合¹⁶において、東

15 【評者注】意見正文によれば les Etats parties à la quatrième convention de Genève であり、文法的には第四条約の「全ての」当事国を意味する。しかし、注17に引用する宣言は明確に「この会合に参加する当事国は」と断っており、この会合に参加したのは当時の全当事国188国中103国に過ぎない (FUX (Pierre-Yves)

イェルサレムを含むパレスティナ被占領地域に同条約が適用されることを確認する宣言¹⁷を採択した。そして、2001年12月5日の会合において、同条約当事国¹⁸は、特に同条約1条に言及しつつ、同旨の再確認を行った¹⁹。また、同条約の実施において「特別の地位」（同条約142条）を認められている赤十字国際委員会（CICR）は、2001年12月5日の宣言において、同条約がパレスティナ被占領地域に法的に適用されることを常に認めてきた、と述べている。さらに、国連総会（決議56/60および58/97）および安全保障理事会（決議446（1979）、681（1990）など）も、同条約がパレスティナ被占領地域に法的に適用されることを認めている。

イスラエルの最高裁判所も、2004年5月30日の判決において、Rafah²⁰におけるイスラエルの軍事行動はジュネーブ第四条約に規律される、と判示している²¹。

& ZAMBELLI (Mirko), (Mise en œuvre de la Quatrième Convention de Genève dans les territoires palestiniens occupés), *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 847, 2002, p.670)。なぜ国際司法裁判所が不正確な表現を用いたのか、定かではない。

16 【評者注】この締約国会合は、国連総会決議ES-10/6（1999）によって開催が求められたものである。その経緯については、FUX & ZAMBELLI, *supra* note 15, pp. 668-671.

17 【評者注】Conference of High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention, Statement, Geneva, 15 July 1999, available at http://www.eda.admin.ch/eda/f/home/foreign/hupol/4gc/documt.Par.0001.UpFile.pdf/mg_990715_4cgstatemt_e.pdf/

18 【評者注】ここの意見正文はles Hautes Parties contractantesであり、注15に述べたのと同じ問題がある。2001年の会合に参加したのは当事国中115国であり、注19に引用する宣言も、やはり明確に「この会合に参加する当事国は」と述べている。

19 【評者注】Conférence de Hautes Parties Contractantes à la Quatrième Convention de Genève, déclaration, Genève, 5 décembre 2001, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 847, 2002, pp. 679-682.

20 【評者注】ガザ地区にある街。

21 【評者注】Fatma Al-Aju v. Anner Helman, Yuval Roitman, HCJ 4764/04, para. 19. イスラエル最高裁判所判決の英訳は、同裁判所ウェブサイト (<http://www.court.gov.il/>) で入手できる。

以上のことから、当該地域の法的地位がどのようなものであったかを精査するまでもなく、休戦ラインの東側にあり、1967年の武力紛争時にイスラエルが占領した地域に、ジュネーブ第四条約は適用される。

d) 人権法 パラグラフ102-113

イスラエルは、人権法は平時に適用されるものであって、ヨルダン川西岸やガザ地区のような状況においては人権法は適用されない、と主張している。イスラエルは、経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（社会権規約）、市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）、ならびに、児童の権利に関する条約（子どもの権利条約）の当事国である。

裁判所は、核兵器使用の合法性事件において、自由権規約は、同規約4条が定める場合を除き、戦時においても適用される、と述べた (*I.C.J. Reports 1996 (I)*, p.240, para. 25)。より一般的に、自由権規約4条のようなデロゲイション条項に該当する場合を除き、人権条約による保護は武力紛争時に停止しない、と裁判所は考える。

次の問題は、両人権規約や子どもの権利条約が、当事国の領域外においても適用される場合があるか、あるとすればどのような場合か、である。

自由権規約2条1項は、「この規約の各締約国は、その領域内にあり、かつ、その管轄の下にあるすべての個人に対し、……この規約において認められる権利を尊重し及び確保することを約束する」と定める。ここで条約の保護対象とされているのは、「締約国の領域内にあると同時に、当該締約国の管轄権の下にもある個人」なのか、それとも、「締約の領域内にある個人と、領域外にあるものの当該締約国の管轄権の下にある個人」なのか。

規約の趣旨及び目的からすると、後者に解するのが自然のように思われる。自由権規約人権委員会の確立した実行もそれを支持する (*Lopez Burgos c. Uruguay*, 52/79; *Lilian Celiberti de Casariego c. Uruguay*, 56/79;

Montero c. Uruguay, 106/81)。起草過程の検討もこの結論を支持する。すなわち、この条項が挿入された理由は、外国にいる自国民が、領域国の有する権限について国籍国に対して主張を行うことを防ぐためだったのである。イスラエルは、1998年の国家報告書検討の際、自由権規約は占領地域に直接には適用されない、と述べた (CCPR/C/SR.1675, par. 27)。これに対し、自由権規約人権委員会は、同規約の諸規定は占領区域においても適用される、と指摘している (CCPR/CO/78/ISR, par. 11)。

以上から、自由権規約は、締約国領域外におりながらも当該締約国管轄権の下にある個人にも、適用される。

社会権規約は、適用範囲に関する規定を置いていない。しかし、14条からわかるように、自国領域のほか、自国が管轄権を行使する領域においても適用されることは排除されていない。1998年に提出した国家報告書において、イスラエルは、占領地域のイスラエル人の権利には言及しつつ、同地域のパレスティナ人の権利には一切触れなかった。社会権規約人権委員会がこの点を指摘したところ、イスラエルは、ヨルダン川|西岸やガザ地区での出来事に人権法は適用されないと主張した (E/1990/6/Add.32, para. 5)。委員会は、社会権規約は現実に当事国の支配下にある住民に関して適用される、との見解を発表した (E/C.12/1/Add.90, para. 15, 31)。既に述べたように、デロゲーション条項に該当する場合を除いて人権条約による保護は武力紛争時に停止しないのであって、イスラエルの主張を受け入れることはできない。

子どもの権利条約については、同条約2条が「締約国は、その管轄の下にある児童に対し、……この条約に定める権利を尊重し、及び確保する」と定めていることから、パレスティナ被占領地域にも適用される。

4. 「壁」の建設の合法性 パラグラフ114-142

a) 武力併合、ジュネーヴ第四条約49条6項、人民の自決権 パラグラフ115-122

PLO やいくつかの国は、「壁」の建設による領域の事実上の併合は、主権侵害であり、パレスティナ人の自決権の侵害である、と主張している。これに対し、イスラエルは、「壁」の建設はテロ対策のための一時的なものであり、いかなる領域をも併合する意図はない、と応えている。

総会も安全保障理事会も、パレスティナ紛争に関連して、戦争による領域取得は認められないという慣習法規則に言及している。

自決権については、まず、イスラエルも認めているように、「パレスティナ人民」の存在はもはや疑い得ないことを指摘できる。

「壁」の建設により、パレスティナ占領地域に存在するイスラエル入植地の約80%が、「壁」のイスラエル側におかれることになる。この入植については、「占領国は、その占領している地域へ自国の文民の一部を追放し、又は移送してはならない」と定めるジュネーヴ第四条約49条6項が問題となる。パレスティナ占領地域におけるイスラエルの入植は安全保障理事会によってたびたび非難されており、なかでも安保理決議450 (1980) は、イスラエルの入植はジュネーヴ第四条約の「明白な違反 violation flagrante/flagrant violation」であると述べている。裁判所は、(東エルサレムを含む) パレスティナ占領地域におけるイスラエルの入植は国際法に反してなされた、と結論する。

イスラエルは併合の意図を否定しているものの、「壁」の建設は既成事実を創り出すことであり、事実上の併合をもたらすものと考えられる。「壁」のイスラエル側に居住するパレスティナ住民を追い出すことにより人口構成に変化が生じる恐れもあり、「壁」の建設は、それ以前にとられたさまざまな措置と合わせ、パレスティナ人民の自決権の実現に深刻な障害をもたらすものであって、パレスティナ人民の自決権の尊重というイスラエルに課された義務の違反を構成する。

b) 関連条項の列挙 パラグラフ 123-131

ハーグ陸戦規則については、現時点でヨルダン川西岸地区に適用されるのは第三款のみであり、第二款に含まれている23条は本件と関係しない。パレスティナ占領地域に適用される第三款の条項は、とりわけ43条、46条、52条である。

ジュネーヴ第四条約については、1967年にヨルダン川西岸地区の占領をもたらした軍事行動は既に終了しているので、6条3項（「この条約は、占領地域内においては、軍事行動の全般的終了の後1年でその適用を終る。但し、占領国は、その地域で管理を行っている限り、占領の継続期間中、この条約の第1条から第12条まで、第27条、第29条から第34条まで、第47条、第49条、第51条、第52条、第53条、第59条、第61条から第77まで及び第143条の規定により拘束されるものとする。」）に列挙された条項のみが適用される。このうち、本件に関係するのは、47条、49条、52条、53条、59条である。

自由権規約については、イスラエルは、同条約4条に基づく通報を行っているものの、その通報が述べているのは同規約9条からのデロゲーションのみである。それ以外の条項で本件に関連するのは、17条1項、12条1項である。

さらに、キリスト教・ユダヤ教・イスラム教の聖地への巡礼も保障されている（総会決議181（Ⅱ）、1948年のヨルダン・イスラエル休戦協定8条、1994年のイスラエル・ヨルダン平和条約9条）。

また、社会権規約で関連するのは、6条、7条、10条から14条であり、子どもの権利条約では、16条、24条、27条、28条である。

c) 人道法・人権法諸条約関連条項の違反 パラグラフ 132-134

国連事務総長報告書など、裁判所に提供された情報から判断するに、「壁」の建設は、ハーグ陸戦規則46条および52条ならびにジュネーヴ第四条約53条に定められた条件に違反してなされた財産の破壊または徴発である。

「壁」の建設は、移動の自由に重大な制約を課している。たとえば、2003年9月8日の国連人権委員会特別報告者報告書は、壁に完全に囲われて午前7時から午後7時までしか出入りできない街の例を挙げている (E/CN.4/2004/6, para. 9)。また、移動の自由の制約により、農業生産にも深刻な影響が及んでおり、医療機関・教育機関へのアクセスや、さらには水の補給も困難になっている。そのため、多数のパレスティナ人の居住の自由も侵害されている。また、パレスティナ被占領地域における人口構成にも影響があり得る。

したがって、「壁」の建設により、パレスティナ占領地域に居住する者（イスラエル人を除く。）の移動の自由（自由権規約12条1項）、労働の権利・健康への権利・教育を受ける権利・相当な生活水準への権利（社会権規約・子どもの権利条約）が侵害されている。また、「壁」の建設は人口構成の変化をもたらすものでもあるため、ジュネーヴ第四条約49条6項および安全保障理事会決議446（1979）、452（1979）、465（1980）に反する。

d) 正当化の可能性 パラグラフ135-142

ハーグ陸戦規則46条ならびにジュネーヴ第四条約47条および49条6項には、軍事的必要を理由とする制約が規定されていない。ジュネーヴ第四条約53条は、「その破壊が軍事行動によって絶対的に必要とされる場合を除く」と定めているが、しかし、裁判所に供された情報から判断する限り、本件がこの絶対的に必要とされる場合にあたるとは考えられない。

自由権規約12条3項は、「法律で定められ、国の安全、公の秩序、公衆の健康若しくは道徳又は他の者の権利及び自由を保護するために必要であり、かつ、この規約において認められる他の権利と両立する」制限を認めている。自由権規約人権委員会の一般的意見27によれば、この制約は、「比例性原理と調和するものでなければならず」、「達成すべき結果を得るためにとり得る手段の中でもっとも権利制限の少ないものでなければならない」（CCPR/C/21/Rev.1/

add.9, par. 14)。裁判所の有する情報によれば、本件ではこの要件は充たされていない。

社会権規約4条は、「民主的社会における一般的福祉を増進することを目的とする場合に限り」制限を認めている。しかし、裁判所の有する情報から判断するに、イスラエルによる占領区域に居住するパレスティナ人に課された社会権の制限は、この要件を充たしていない。

イスラエルは、「壁」の建設はテロリストに対する自衛権に基づくものと主張し、国連憲章51条、安全保障理事会決議1368（2001）、1373（2001）を援用する。しかし、憲章51条は、国家に対してなされる国家による武力攻撃の際の自衛権を定めているのであって、イスラエルは、イスラエルに加えられている暴力が他の国家に帰属することを主張していない。また、イスラエル自身が認めるように、イスラエルに対する脅威はイスラエルの占領区域内で生じている。これは、安全保障理事会決議1368（2001）および1373（2001）が想定する状況と異なっており、イスラエルは、いずれにせよ、これら決議を援用することができないであろう。

では、イスラエルは緊急状態を主張することができるであろうか。既に採りあげた人権条約や人道法条約の中に制約事由が挙げられている以上、それに加えて緊急状態の検討をすることはできない、と考えられるかもしれない。しかし、その問題を検討するまでもなく、本件においては「壁」の建設がイスラエルの利益を保護するための唯一の手段（参照、国連国際法委員会による国家責任条文25条）とは言えないので、緊急状態による正当化はできない。

5. 「壁」の建設から生じる法的結果 パラグラフ143-160

a) 裁判所においてなされた主張のまとめ パラグラフ144-146

[略]

b) イスラエルの責任 パラグラフ147-153

以上の通り、「壁」の建設はイスラエルの負う国際義務に反するものであるため、イスラエルの責任が生じる。

まず、イスラエルは、「壁」の建設により違反した国際義務を尊重しなければならない。すなわち、イスラエルは、パレスティナ人民の自決権、ならびに、人道法および人権に関する国際法に基づき負う義務、をそれぞれ尊重しなければならない。さらに、聖地巡礼の自由も確保しなければならない。

次に、イスラエルは、義務違反を終了させる義務を負う（ニカラグア（本案）（*I.C.J. Reports 1986*, p.149）、テヘラン人質（*I.C.J. Reports 1980*, p.44, para. 95）、アヤ-デ-ラトール（*C.I.J. Recueil 1951*, p.82））。したがって、「壁」の建設をただちに停止する義務を負う。また、違反終了の義務は、既に建設された「壁」の解体をも含む。「壁」の建設およびそれに伴う制度を整えるために制定された法律や規則は、ただちに廃止もしくは失効されねばならない。

また、イスラエルは、賠償の義務を負い、パレスティナ被占領地域において「壁」を建設するために差し押さえられた全ての土地・果樹園・オリーブ園・その他の不動産を返還しなければならない。原状回復が物理的に不可能な場合は、生じた損害を賠償しなければならない。また、イスラエルは、「壁」の建設により何らかの物質的損害を受けた自然人・法人に対して、損害賠償をしなければならない。

c) イスラエル以外の国家および国連について生じる法的結果 パラグラフ154-160

イスラエルが違反した義務のうち、パレスティナ人民の自決権を尊重する義務および国際人道法上の義務の一部は、対世的義務（obligations *erga omnes*）である。対世的義務とは、バルセロナ-トラクション判決が言うよう

に、「全ての国家に関わる」義務であって、「問題となる権利の重要性の故に、その権利が守られることに全ての国家が法的利益を持ち得る」ものである(*C.I.J. Recueil 1970*, p.32, par. 33)。

人民の自決権が対世的に対抗可能な権利(*un droit opposable erga omnes*)であることは、東ティモール事件(*I.C.J. Reports 1995*, p.102, para. 29)で述べられた通りである。また、総会決議2625(XXV)(友好関係原則宣言)は、「いかなる国も……人民の自決権の実現を促進する義務を負う」と述べている。

国際人道法については、核兵器使用の合法性事件勧告的意見が、「人道法規則の相当数は……『人道の基本的考慮』の故に極めて重要であり」、「慣習国際法の逸脱し得ない原則を構成する」と述べている(*I.C.J. Reports 1996 (I)*, p.257, para. 79)。裁判所は、本件で問題となる規則は、性質上対世的な性質を持つ義務を含んでいる、と考える。

また、ジュネーヴ第四条約1条は、「締約国は、……この条約を尊重し、且つ、この条約の尊重を確保することを約束する」と定める。これにより、同条約当事国は、この条約の尊重を確保する義務を負う。

裁判所は、問題となる権利義務の性質および重要性に鑑み、諸国は「壁」の建設から生じる違法状態を承認しない義務を負う、と考える。また、諸国は、「壁」の建設から生じた状態の維持に援助・協力を与えない義務も負う。さらに、諸国は、パレスティナ人民の自決権行使に対する障害が取り払われることを監視する義務を負う。また、ジュネーヴ第四条約の当事国は、本条約に含まれる国際人道法をイスラエルが尊重することを確保する義務を負う。

また、国連、とりわけ総会と安全保障理事会は、「壁」の建設から生じる違法状態を終了させるためにとられるべき措置を検討しなければならない。

6. 付言 パラグラフ161-162

裁判所は、国際の平和と安全に対して脅威をもたらし続けているイスラエル-パレスティナ紛争を早急に終結させるために、国連が一層の努力を払う必要を強調しておきたい。また、イスラエルもパレスティナも国際人道法を十分に尊重しなければならないことを指摘しておく。

C. 主文 パラグラフ163

- 1) 裁判所は、本件勧告的意見要請に応える権限を有する。(全員一致)
- 2) 裁判所は、本件勧告的意見要請に応えることを決定する。(14対1。反対、Buergenthal)
- 3)
 - A. パレスティナ被占領地域（東エルサレムの内側およびその周囲を含む。）において占領国たるイスラエルが行いつつある壁の構築およびそれに関連する制度は、国際法に反する。(14対1。反対、Buergenthal)
 - B. イスラエルは、イスラエルによる国際法違反を終了させる義務を負う。イスラエルは、パレスティナ被占領地域（東エルサレムの内側およびその周囲を含む。）において行いつつある「壁」の建設工事をただちに停止し、当該地域における構築物をただちに解体し、本意見パラグラフ151にしたがって、「壁」に関係する法律や規則をただちに廃止もしくは失効させなければならない。(14対1。反対、Buergenthal)
 - C. イスラエルは、パレスティナ被占領地域（東エルサレムの内側およびその周囲を含む。）において「壁」の建設によって生じた損害を賠償する義務を負う。(14対1。反対、Buergenthal)
 - D. 全ての国家は、「壁」の建設から生じる違法状態を承認しない義務、および、「壁」の建設により生じた状態の維持に援助・協力を与えない義務を負う。また、戦時における文民の保護に関する1949年8月12日のジュ

ネーヴ条約の全当事国は、国際連合憲章および国際法を尊重しつつ、同条約に含まれる国際人道法をイスラエルが尊重することを確保する義務を負う。(13対2。反対、Kooijmansおよび Buergenthal)

- E. 国際連合、とりわけ総会と安全保障理事会は、本勧告的意見を適切に考慮しつつ、「壁」の建設およびそれに関連する制度から生じる違法状態を終了させるためにとられるべき新たな措置を検討しなければならない。
(14対1。反対、Buergenthal)

なお、Buergenthal裁判官が宣言を付し、Koroma、Higgins、Kooijmans、Al-Khasawneh、Elaraby、小和田各裁判官がそれぞれ個別意見を付している。

IV. 検 討

以下、裁判官忌避申立命令および勧告的意見について、特に注目される点について検討してみたい。

A. 手続問題

手続問題において特に注目されるのは、裁判官忌避申立に関する判断である²²。また、緊急総会の行為の有効性も国際機構法の観点から興味深く、この問題が勧告的意見付与権限の文脈で論じられているので、便宜上本節で論じる。

1. 裁判官忌避申立

争訟事件の当事国もしくは勧告的意見手続に参加する国によって裁判官の忌避が申し立てられた先例としては、南西アフリカ事件とナミビア事件とがある。

22 本勧告的意見において、裁判所は、勧告的意見付与権限の有無およびその権限行使の適切性については、特に新しい立場を打ち出していない。

南西アフリカ事件において、裁判所は、対象裁判官名、忌避申立理由、忌避申立却下理由のいずれも一切示さないままに、忌避申立てを却下した²³。ナミビア事件では、忌避申立却下命令において対象裁判官名が明示された²⁴ほか、忌避申立却下命令後の勧告的意見において、極めて簡略にはあるものの、忌避申立却下理由が示された²⁵。本件では、裁判所は、対象裁判官名、忌避申立理由、忌避申立却下理由のいずれをも明確に述べている。裁判所規則34条2項によれば、当事国（あるいは勧告的意見手続に参加する国）は忌避・除斥に関連する事実を「親書をもって裁判所長に通知する *avise confidentiellement le Président/shall communicate confidentially... to the President*」²⁶とされていることなどから、公正な裁判の実現のためには忌避申立却下理由等を公表しないことが望ましいと裁判所が判断することは認められると考えられる。しかしながら、裁判所の決定を健全な批判の対象とするためには、可能な限り忌避申立却下理由等を公表することが望ましく、本件における忌避申立却下理由等の公表は、評価すべきである。

忌避・除斥について問題となるのは、裁判所規程17条2項にいう「一方の当事者の代理人、……又はその他の資格において干与したことのあつかなる事件」の「事件」の範囲と「干与」の程度である²⁷。ナミビア事件において、

23 South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Order of 29 November 1965, *I.C.J. Reports* 1965, pp.9-10.

24 Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, Ordonnance N° 1 du 26 janvier 1971, *C.I.J. Recueil* 1971, pp. 3-4; Order No. 2 of 26 January 1971, *I.C.J. Reports* 1971, pp. 6-7; Order No. 3 of 26 January 1971, *I.C.J. Reports* 1971, pp.9-10.

25 Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971, *I.C.J. Reports* 1971, pp.18-19, para. 9.

26 日本語訳は『解説条約集』（三省堂、第10版、2003年）に依拠した。

27 杉原高嶺『国際司法裁判制度』72頁（有斐閣、1996年）。

裁判所は、当該裁判官が裁判官選任前に自国政府代表の資格において安全保障理事会決議246（1968）の起草に関与していたことは、忌避申立てを受け入れる理由にはならない、と述べている²⁸。同決議は、南西アフリカにおける南アフリカの委任統治を終了させる総会決議2145（XXI）を「考慮して Tenant compte de/Taking into account」、南西アフリカ（ナミビア）からの南西アフリカ人の南アフリカへの連行と南アフリカでの訴追を非難し、南アフリカに対して当該南西アフリカ人の解放を求めるものである²⁹。周知の通り、ナミビア事件においては、総会決議2145（XXI）の有効性が一つの大きな論点であった³⁰。Petrén裁判官は、「その有効性について裁判所が判示しなければならない決議を起草もしくは擁護した場合には、その事件について裁判官として参加することはできない」³¹として忌避申立却下に反対し、Onyeama³²、Gros³³、Fitzmaurice³⁴の各裁判官も同様の立場を示している。

本件において、裁判所は、Elaraby 裁判官がエジプト外交官として活動したのは本勧告的意見要請で対象となっている「壁」の問題が発生する以前であったこと、および、イスラエルが指摘した新聞インタビューでは「壁」の合法性の問題に言及していないこと、を忌避申立却下理由として挙げた。

この命令に対して、Buergenthal 裁判官が反対意見を付している。同裁判官

28 Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), *supra* note 25.

29 UN Doc. S/RES/246 (1968). 同決議が言及する安保理決議245（1968）および総会決議2324（XXII）も参照のこと。

30 Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), *supra* note 25, pp. 45-47, paras. 87-95.

31 Opinion individuelle de M. Petrén, *C.I.J. Recueil* 1971, p.130.

32 Separate Opinion of Judge Onyeama, *I.C.J. Reports* 1971, p.138.

33 Opinion dissidente de M. Gros, *C.I.J. Recueil* 1971, pp.323-324.

34 Dissenting Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, *I.C.J. Reports* 1971, p.309.

が問題視したのは、イスラエルが言及した新聞インタビューである³⁵。同裁判官は、インタビュー記事の内容³⁶に鑑み、裁判所規程17条2項の文言を形式的かつ狭く解釈すると裁判所のような結論に達するものの、裁判官忌避・除斥は、本来、17条2項のみを根拠とするのではなく、司法倫理や正義・公正といったより広い基礎を有するものであり、Elaraby裁判官の忌避はその広い観点から認められるべきだ、と主張している³⁷。

しかし、「司法倫理」や「正義・公正」という極限的に柔軟な基準は基準として実質的に無意味であり、Buergenthal裁判官の立場は、「裁判所が適当と考えるときには裁判官は除斥される」と言っているにほかならない。そのように広範な権限を裁判所に与えるのであれば、裁判所規程にその旨明示的に規定されているはずである³⁸。

2. 勧告的意見付与の権限 緊急総会の行為の有効性

勧告的意見付与権限の問題について、裁判所は特に新たな立場を打ち出していない。しかし、緊急総会の行為の有効性につき、国際機構法の観点から興味深い見解を示しているので、ここで採り上げておきたい。

35 同裁判官は、Elaraby裁判官の国連での活動は問題視していない。その理由は、国家代表として示された見解は必ずしも国家代表個人の見解を示すものではないから、である。Buergenthal裁判官によれば、ナミビア事件で裁判所は同様の立場を示した、とされる。しかし、この理解はやや疑問である。ナミビア事件では、モロゾフ裁判官に対する忌避申立の却下について、裁判所は、「国連の作業に当該裁判官がこのように参加したこと」は忌避申立の根拠にならない、と述べている。Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), *supra* note 25, p. 19, para. 9.

36 Dissenting Opinion of Judge Buergenthal, Order, 30 January 2004, para. 8.

37 *Ibid.*, paras. 10 11, 13.

38 裁判所規程17条2項は裁判官除斥の唯一の根拠ではないと述べるBuergenthal裁判官に対しては、的外れな批判かもしれない。しかし、同裁判官は、司法倫理に基づく除斥は17条2項の範疇に含まれるとも主張している (*Ibid.*, para. 11)。

それは、パラグラフ34で論じている、緊急総会が通常総会と時間的に並行して開催されていることの問題である。裁判所は、そのことがどの規則に反するのか、その結果決議の採択が無効となるのかが明らかにされていないこと、および、国際機構の行為には有効性の推定が働くこと、を指摘し、イスラエルの主張を退けている。

注目されるのは、採択された決議を「無効とする規則違反が示されていない」と指摘する論法である。核兵器使用の合法性についてWHOがなした勧告的意見要請について、裁判所は、当該意見要請はWHOの「活動範囲内」にないことを理由に、本要請に応える権限を裁判所は持たない、と判示した³⁹。この勧告的意見において、裁判所は、WHOの行為にも有効性の推定が働くことを否定しないまま⁴⁰、そのような意見要請がWHOの権限内にあることを積極的に根拠づける規則を探し、そのような規則がないことを判断の根拠とした⁴¹。すなわち、WHOについては行為の有効性を根拠づける規則を探求したのに対し、緊急総会については行為の無効性を根拠づける規則の立証を要求したのである。

「同じ国際機構の問題については、裁判所は常に一貫したアプローチをとるべきか、あるいは、事案に応じてそれは異なりうるものか」⁴²。この間に対し、本勧告的意見のパラグラフ34は、「事案に応じてそれは異なりうる」と答えているようにも読める。しかし、問題の場面が異なる（国際機構自体の活動範囲にあるかどうかが問題とされたか、一応は国際機構（国連）の活動範囲内にある権限（緊急総会開催）の行使態様が問題とされたか）ほか、本勧告的意見において、WHOが要請した核兵器使用合法性勧告的意見との異同は検討されておらず、この間に対し確定的な答を引き出すことはできない。

39 Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé, avis consultatif du 8 juillet 1996, *C.I.J. Recueil 1996*, p.84, par. 31.

40 *Ibid.*, p. 82, par. 29.

41 *Ibid.*, pp. 75-82, par. 20-27.

42 杉原高嶺「武力紛争における国家による核兵器使用の合法性（WHOの要請）」国際99巻2号(2000年)149頁。

B. 実体問題⁴³

1. 違法性の認定

a) 理由付けの欠如

おそらく、本勧告的意見の最大の問題は、いくつかの重要な論点について理由づけを示さないまま結論を示しているところにある⁴⁴。徴発と自衛権をめぐる議論がその典型である。

i) 徴 発

まず、イスラエルの主張を振り返ってみよう⁴⁵。イスラエルは、「壁」の建設がパレスティナ人の権利を制約することは認めている⁴⁶。にもかかわらず「壁」の建設が合法であることを、イスラエルは、大要、次のように説明す

43 実体問題に関する判示について、ジュネーヴ第四条約の適用を明確に認めたことが重要であるとの指摘もある。BLAY (Sam), (Defence and Defiance in International Law : Israel, a Wall and an Advisory Opinion), *Australian L.J.*, vol.78, 2004, p.715. しかし、本勧告的意見に十分に明らかにされているように、これは取り立てて新奇な見解ではない。この問題についてのこれまでの研究としては、以下を参照されたい。ROBERTS (Adam), (Prolonged Military Occupation: The Israeli-Occupied Territories 1967-1988), in PLAYFAIR (Emma) ed., *International Law and the Administration of Occupied Territories*, Oxford, Clarendon Pr., 1992, pp.46-49; IMSEIS (Ardi), (On the Fourth Geneva Convention and the Occupied Palestinian Territory), *Harv.Int'l L.J.*, vol.44, 2003, pp.92-100; BENVENISTI (Eyal), *The International Law of Occupation*, 2nd printing with a new preface by the author, Princeton, Princeton Univ. Pr., 2004, pp.109-112; FUX & ZAMBELLI, *supra* note 15, pp.661-678.

44 この点を詳細に論じる解釈として、SCOBIE (Iain), (Smoke, Mirrors and Killer Whales), *German L.J.*, vol.5, 2004, pp.1107-1131, *especially* pp.1111-1116.

45 イスラエルは、裁判所に提出した陳述書においては、勧告的意見付与の権限あるいは司法的適切性を争うのみで実体問題について一切触れておらず、また、口頭手続には参加していない。しかしながら、安全保障理事会・総会におけるイスラエル代表の主張から、同国の立場は明らかになる。

46 *E.g.* Mr. Gillerman (Israel), S/PV. 4841 (2003), p.8.

る⁴⁷。

「壁」の建設は、テロリストの侵入を阻止し、イスラエル人の安全を確保するための措置である。国際人道法上、軍事的・安全保障目的での私有地の徴発は認められている。徴発された土地の所有者には、土地の使用料が支払われ、土地に発生した損害の補償もなされている。私有農地が徴発される場合には、収穫高に応じた補償がなされ、代替農地も提供されている。このような安全確保措置は、存在する脅威と比例したものではない。本件において比例性を検討するにあたっては、成功したテロ攻撃に加えて失敗に終わったテロ攻撃の脅威をも考慮に入れなければならない。イスラエルによる「壁」の建設は、比例性を失ったものではない。

裁判所は、上に示したように、適用される人道法規則として、ハーグ陸戦規則46条および52条ならびにジュネーヴ第四条約53条を挙げる。そして、「壁」の建設はこれら各条に適合しないと述べる。問題は、その驚異的に簡潔な理由付けである。裁判所は、「国連事務総長報告書など、裁判所に提供された情報から判断するに」この結論が得られる、と述べるにとどまっている（パラグラフ132。ジュネーヴ第四条約53条の「絶対的に必要とされる場合」につき、パラグラフ134）⁴⁸。事務総長報告などに示されたどの情報をどのように考慮した結果その判断に達したのかは、一切明らかにされていない。

イスラエル最高裁は、同じく「壁」の合法性が争われた事件において、大要、次のように述べている⁴⁹。

ハーグ陸戦規則23条⁵⁰および52条ならびにジュネーヴ第四条約53条により、占領国は、軍事的必要がある場合には、私有地を占有することが認められている。その場合、所有者に補償をしなければならない。本件において、「フェンス」⁵¹は、イスラエル人居住地域にテロリストが侵入することを物理的に阻止するためのもので

47 *Ibid*, pp. 8-11; Mr. Gillerman (Israel), A/ES-10/PV. 21 (2003), p.6.

48 パラグラフ132。

49 Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel, HCJ 2056/04, pp. 17-18, para. 32. 判決英訳テキストの入手については、前掲注21参照。

50 国際司法裁判所は、本件に23条の適用はないと述べている（パラグラフ124）。

51 イスラエルは、「壁mur/wall」の呼称に強く反対している。Written Statement

あって、軍事活動に代わるものである。

「軍事活動に代わるもの」というだけで「軍事的必要」という要件を充たすことが証明されているとは考えられず、この結論もまた十分な理由付けに支えられたものではない。しかしながら、国際司法裁判所の本勧告的意見は、この程度の理由付けすらも提示していない。Buergenthal裁判官が述べるように、「[イスラエルに対する脅威を] 検討したからといって、イスラエルが建設している「壁」が国際法に違反することの責任が全面的にせよ部分的にせよ消滅するとは限らない。しかし、その検討がなければ、裁判所の見解は法的に十分な根拠を持つものとは言えない」⁵²のである⁵³。

ii) 自衛

イスラエルは「壁」の建設を自衛権により正当化しようとし、国連憲章51条と共に安全保障理事会決議1368 (2001)⁵⁴ および1373 (2001)⁵⁵ を援用し

of the Government of Israel on Jurisdiction and Propriety, *supra* note 13, pp.10-11, paras. 2.6-2.8.

52 Declaration of Judge Buergenthal, Advisory Opinion of 9 July 2004, p. 1, para. 3.

53 See also Separate Opinion of Judge Higgins, Advisory Opinion of 9 July 2004, p. 9, para. 40; Separate Opinion of Judge Owada, Advisory Opinion of 9 July 2004, pp.7-9, paras. 21-31. なお、ハーグ陸戦規則52条の適用に関するさまざまな裁判例の蓄積については、参照、DAVID (Eric), *Principes de droit des conflits armés*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2002, pp.528-529. また、安藤仁介は、同条の解釈にあたっては、裁判例・国家実行の検討がとりわけ重要であることを強調する。ANDO (Nisuke), *Surrender, Occupation, and Private Property in International Law*, Oxford, Clarendon Pr., 1991, p.103.

54 S/RES/1368 (2001). 関連部分は以下の通り。

The Security Council...

Determined to combat by all means threats to international peace and security caused by terrorist acts,

Recognizing the inherent right of individual or collective self-defence in accordance with the Charter,

1. *Unequivocally condemns in the strongest terms the horrifying*

た⁵⁶。このイスラエルの主張に対し、裁判所は二つの注目すべき判断を下した。

まず第一に、裁判所の論述の順序が注目される。裁判所は、国際人道法・人権法諸規則にイスラエルが違反したことを認定した上で、それに引き続いて、自衛権に基づくイスラエルの主張を検討した。確かに、裁判所は、国際人道法・人権法規則違反の違法性であっても自衛が成立する場合には阻却され得る、ということを明示的に認めてはいない。しかし、このような順序で論を進めたこと、および、緊急状態の議論をする際に付した断り書き⁵⁷を自衛については付していないことから考えて、自衛による違法性阻却が国際人道法・人権法違反についてもあり得ることを認めたものと読むことも不可能ではない。もしそうだとすれば、核兵器使用の合法性に関する1996年の勧告的意見に向けられた⁵⁸

terrorist attacks which took place on 11 September 2001 in New York, Washington, D.C. and Pennsylvania and regards such acts, like any act of international terrorism, as a threat to international peace and security;...

55 S/RES/1373 (2001). 関連部分は以下の通り。

The Security Council,...

Reaffirming further that such acts, like any act of international terrorism, constitute a threat to international peace and security,

Reaffirming the inherent right of individual or collective self-defence as recognized by the Charter of the United Nations as reiterated in resolution 1368 (2001),...

Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations,

1. Decides that all States shall:

(a) Prevent and suppress the financing of terrorist acts;...

56 Mr. Gillerman (Israel), A/ES-10/PV. 21, p.6.

57 本件においては緊急状態援用の要件が充たされていないので、「人権条約や人道法条約の中に制約事由が挙げられている以上、それに加えて緊急状態の検討をすることはできない」という主張の是非を検討する必要はない、と裁判所は述べた（パラグラフ140）。

58 COUSSIRAT-COUSTÈRE (Vincent), *Armes nucléaires et droit international*, A.F.D.I., t. 42 [1996], pp.354-355 ; GREENWOOD (Christopher), *Jus ad bellum and jus in bello in the Nuclear Weapons Advisory Opinion*, in BOISSON DE CHAZOURNES (Laurence) & SANDS (Philippe) eds., *International Law, the International Court of Justice and*

のと同様の批判が、この意見にも向けられることになる⁵⁹。

第二に注目すべきは、非国家主体による攻撃に対する自衛の援用可能性についての裁判所のあいまいな判断である（パラグラフ139）。裁判所は、まず、国連憲章51条は国家による国家に対する武力攻撃について自衛権を定めている、と述べる。この部分のみを見ると、非国家主体による攻撃に対して自衛を援用することはできない、という立場を示したかのように思われる。しかし、裁判所は、ただちに続けて、イスラエルに加えられている攻撃はイスラエル占領地域内から生じており、安全保障理事会決議1368（2001）と1373（2001）とが想定している状況とは異なっているので、「いずれにせよ、イスラエルはこれら決議を援用することができないであろう *Israël ne saurait en tout état de cause invoquer ces résolutions*」と述べる。

このパラグラフ139を整合的に読もうとするならば、裁判所の立場は次の3点にまとめることができる。

- ①国連憲章51条は、国家による武力攻撃に関する規定であり、非国家主体による攻撃についての自衛権を定めていない。
- ②安全保障理事会決議1368（2001）および1373（2001）は、国連憲章と異なり、非国家主体による攻撃の際に自衛権を援用する可能性を認めている、と考えられなくもない。
- ③ただし、本件の状況は上記2決議の想定する状況と異なっているので、②について確定的結論を示す必要はない。

Nuclear Weapons, Cambridge, Cambridge Univ.Pr., 1999, pp.263-264; 藤田久一「自衛における核兵器の威嚇・使用」軍縮問題資料1997年7月号14-16頁。

59 国連国際法委員会は、その国家責任条文案21条へのコメントリーにおいて、人道法および人権法違反の違法性は自衛の場合にも阻却されないことを述べる。*Commission du droit international, Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, Commentaire de l'article 21, par. 3-4, Rapport de la Commission du droit international, Cinquante-troisième session, ONU Doc. A/56/10, pp. 190-191.*

この判断については、二つの問題を指摘することができる。

まず、①と②とを両立させようとするならば、(i)慣習国際法は、非国家主体による攻撃に対する自衛権を認めており⁶⁰、安全保障理事会はその慣習国際法規則を確認したに過ぎない、と考える⁶¹か、(ii)安全保障理事会は、国連憲章51条が認めていない自衛権を創設する権限を有する、と考えるほかない。もとより、③で示したように、裁判所は、この(i)(ii)いずれの立論をも否定する余地を残している。しかしながら、(i)(ii)の可能性を示唆しただけであるにしても、そのいずれもが少なくとも *jus ad bellum* 全体に影響を与えかねない重要な問題であることから考えて、今後の議論に大きな影響を与えるものと予想される。

次の問題は、上の①である。裁判所は、この結論を示すのみで、その根拠は何ら示しておらず、あたかもそれが自明のことと考えているかのようである。しかしながら、とりわけいわゆる「9.11」以後、非国家主体による攻撃についても自衛権は認められる、との主張が強くなっていることは、周知の通りである⁶²。実際、本勧告的意見に従うことをイスラエルおよび他の諸国に求める国連総会決議案⁶³の審議において、アメリカ合衆国代表は、「もしもこれ [= 非国家主体による攻撃についての自衛権を認めていないこと] が51条の意味だとすると、平和に対する主たる脅威が国家でなくテロリストによってもたらされる時代において、国連憲章は無意味なものになってしまうかもしれ」ず⁶⁴、

60 たとえば、Meessenのような立場である。MEESSEN (Karl M.), «Le droit au recours à la force militaire», in Société française pour le droit international, *Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationales*, Journée franco-allemande, Paris, Pedone, 2004, p.116.

61 その上で、国連憲章51条が定めていないことがらについては慣習国際法上の自衛権規則が規律する、ということも認めなければならなくなる。

62 学説状況の簡潔なまとめとして、VERHOEVEN (Joe), «Les (étirements) de la légitime défense», *A.F.D.I.*, t. 48 [2002], pp. 61-62.

63 A/ES-10/L.18 ; A/ES-10/L.18/Rev.1.

64 Mr. Danforth, A/ES-10/PV.25, p.2.

そのような51条の解釈は「テロの脅威の際の自衛権を確認した、2001年9月11日以降の安全保障理事会諸決議と正面から矛盾する」⁶⁵、と主張している。オランダ代表も、ヨーロッパ連合を代表する立場において⁶⁶、「ヨーロッパ連合は、裁判所の勧告的意見のいくつかのパラグラフについて留保せざるを得ない。われわれは、イスラエルの安全保障上の懸念と、自衛に基づいて行動するイスラエルの権利を認めるものである」⁶⁷と、ややあいまいながらアメリカ合衆国に近似した立場を示している。また、Kooijmans 裁判官は、安全保障理事会決議1368 (2001) および1373 (2001) は非国家主体による攻撃についての自衛権を認めており、そのような自衛権の理解は国連憲章51条の文言上排除されていないので、裁判所はこの「自衛概念への新たなアプローチ」を検討すべきであった、と指摘し⁶⁸、Higgins 裁判官も、国連憲章51条の文言のどこを見ても自衛権を援用できるのは国家からの攻撃の場合に限るとは書かれていない、と述べている⁶⁹。また、Buergenthal 裁判官も同様の立場を明確にしている⁷⁰。このように、非国家主体からの攻撃について自衛権を認める見解は無視し得るほど少数とは言えず、全く理由を示さなかった——あるいは示すことができなかった——裁判所の姿勢には、疑問を禁じ得ない。

b) 不明確な違反認定

主文3Aは、イスラエルによる「壁」の建設は「国際法に反する」と述べる

65 Mr. Cunningham, A/ES-10/PV.27, p.4.

66 加えて、ブルガリア・ルーマニア・トルコ・クロアチア・アルバニア・ボスニア・ヘルツェゴヴィナ・マケドニア旧ユーゴ共和国・セルビア・モンテネグロ・アイスランドがEUの立場に賛同している、と述べている。Mr. van den Berg, A/ES-10/PV.27, pp.7-8.

67 Mr. van den Berg, A/ES-10/PV.27, p.8.

68 Separate Opinion of Judge Kooijmans, Advisory Opinion of 9 July 2004, p.9, para. 35.

69 Separate Opinion of Judge Higgins, *supra* note 53, p.7, para. 33.

70 Declaration of Judge Buergenthal, *supra* note 52, pp.2-3, para. 6.

にとどまる。とはいえ、具体的にどの規範に違反するのかは、主文に至る理由部分を参照すれば判るはずである。ところが、それは容易な作業ではない。

i) 列挙された関連規範と違反の有無が検討された規範との不一致

裁判所は、「イスラエルがとった措置の合法性を評価するために関連性を有する」(パラグラフ 86, 123) 規則・原則として、多数のものを列挙した。しかし、次の表に見られるように、列挙した規範の全てについて違反の有無を検討したわけではない。

規 範		関連性の認定 (パラグラフ)	違反の有無の検討 (パラグラフ)
国連憲章 2 条 4 項		87	
武力による領域権原取得の違法(・無効)		87	
自決権		88	122
ハーグ陸戦規則	43 条	124	
	46 条	124	132
	52 条	124	132
ジュネーヴ第四条約	47 条	126	
	49 条 2 項	120, 126	120, 134
	52 条	126	
	53 条	126	132
	59 条	126	
安全保障理事会決議 446 (1979), 452 (1979), 465 (1980) (イスラエル人の占領地域への移住)		120	134

自由権規約	12条1項	128	134
	17条1項	128	
聖地巡礼の権利		129	
社会権規約	6条	130	133, 134
	7条	130	133, 134
	10条	130	
	11条	130	133, 134
	12条	130	133, 134
	13条	130	133, 134
	14条	130	133, 134
子どもの権利条約	16条	131	133, 134
	24条	131	133, 134
	27条	131	133, 134
	28条	131	133, 134

では、違反の有無が検討されていないことは、どう評価されるべきだろうか。一般論としては、違反があることが明示的に認定されない限り、違反認定はないものとして扱うべきである⁷¹。しかし、意見パラグラフ133を見ると、「違反の有無が検討されていない」規則の相当数について、違反の存在が強く示唆されているようでもある。

違反された規範をこのように明確にしないままに、その結果を示すこと、例えば違法行為の停止を命じることは、適切であろうか。「いろいろな規範に反しているのだから、その『いろいろな』規範が具体的にどのような規範である

71 See *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, ICSID, Case No. ARB/87/3, Final Award of 27 June 1990. *ICSID Review-FILJ*, vol. 6. 1991, p.549, para. 59; Separate Opinion of Judge Higgins, *supra* note 53, p. 5, para. 24.

かはともかくとして、その違法行為を停止せよ」という見解が説得的であると、あるいはそもそも意味を持つとは、評者には考えられない。

ii) 「事実上の併合」

裁判所による「事実上の併合」概念への言及も、前項で指摘した不一致の例である。裁判所は、パラグラフ121において、占領地域を併合する意図はないとイスラエルが主張していることを確認した上で、それでもなおイスラエルの措置は事実上の併合になる「かもしれない」、と条件法で述べている。もちろん、イスラエルに併合の意思がないかどうか、また、その意思が公式に表明されていないかどうかは、必ずしも明確でない⁷²。しかし、裁判所は、イスラエルに併合の意思がないことについて特に疑いは挟んでおらず、したがって「事実上の」併合という意味の不明確な概念を用いたものと思われる。

裁判所は、イスラエルによる「事実上の併合」について、それが、武力による領域権原取得の違法・無効に関する規範に照らしてどのように評価されるかについては何も語っておらず⁷³、したがって何ら具体的な法的結果も引き出していない。もちろん、それは、「事実上の併合」というあいまいな表現を用いたこと、しかも、「……になるかもしれない」と条件法で述べていることから、当然ではある。しかし、ならば、なぜ、武力による領域権原取得の違法・無効についての議論を展開する必要があったのであろうか。

2. 違法性の結果

裁判所は、主文3のC, D, Eにおいて、「壁」の建設の違法性から生じる結果について述べている。このうち、C, Eについては、特に指摘すべきことが

72 Separate Opinion of Judge Elaraby, Advisory Opinion of 9 July 2004, pp.6-7, para. 2.5. とりわけ東エルサレムにつき、参照、濱本正太郎「武力併合の事実上の承認（二・完）」論叢149巻3号(2001年)42-43頁。

73 自決権の侵害は、イスラエルによる「壁」の構築が「事実上の併合」であるかどうかとは無関係に認定されている（パラグラフ122）。

ない。問題は、Dで述べられた不承認義務、および、その前提とされた義務の対世的性質である⁷⁴。また、違法性の認定がなされておきながら、その結果が示されていない場合があることも問題である。

a) 対世的義務

本勧告的意見は、イスラエルが違反した義務のうち、自決権尊重義務および国際人道法義務の「いくつか」は、対世的義務 (obligations erga omnes) であると述べ、しかも、「対世的」という義務の性質から具体的な結論を導いている。これは、裁判所がやや不自然な形で傍論としてこの概念に触れたバルセロナ-トラクション判決⁷⁵と異なる点であり、注目される。しかし、裁判所の議論には問題が少なくない。

i) 不承認義務との関係

74 主文3Dのうち、「壁」の建設に付きイスラエルを援助しない義務については、改めて論じるまでもない。

他方、3D後段に述べられた、ジュネーヴ第四条約1条の「この条約を尊重し、且つ、この条約の尊重を確保する respecter et faire respecter/to respect and to ensure respect」については、Kooijmans裁判官が指摘するように、起草過程との関係で議論の余地はある。Separate Opinion of Judge Kooijmans, *supra* note 68, pp.11-12, paras. 45-50. この問題については、「条約の適用につき後に生じた慣行」(条約法に関するウィーン条約31条3項b)から裁判所と同様の結論に達する見解も少なくないことを指摘しておきたい。CONDORELLI (Luigi) & BOISSON DE CHAZOURNES (Laurence), (Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de (respecter et faire respecter) le droit international humanitaire (en toute circonstances)), in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean PICTET*, Genève, CICR, 1984, pp. 26-32; CONDORELLI (Luigi) & BOISSON DE CHAZOURNES (Laurence), (Common Article 1 of the Geneva Conventions Revisited), *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 837, 2000, pp. 76-84; SCOBIE, *supra* note 44, pp.1122-1125.

75 Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt du 5 février 1970, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33.

裁判所は、これら権利義務の「性質および重要性に鑑みて」、全ての国家は「壁」の建設に由来する違法状態を承認しない義務を負う、と述べる。これは、「対世的」という義務の性質から不承認義務が生じるという主張なのか——「性質」として特に指摘されているのは対世的性質のみである——、それとも、対世的という性質と義務の重要性との二つの要素が相まって不承認義務を生ぜしめるという主張なのか、必ずしも判然としない。

もし裁判所が前者の立場に立つのであるならば、「ある国による対世的義務の違反が必然的に第三国の義務を生ぜしめるのは、なぜか」という Kooijmans 裁判官の疑問⁷⁶への回答を示す必要がある。Higgins 裁判官が指摘する⁷⁷ように、裁判所が引用するバルセロナ-トラクション判決の傍論部分は、対世的義務に対応する権利が保護されることにつき全ての国家は法的利益を持つと述べるにとどまっており⁷⁸、諸国の義務については何も語っていない。「対世的義務」あるいは「対世的」という概念に共通の理解のない現状⁷⁹を考

76 Separate Opinion of Judge Kooijmans, *supra* note 68, p. 10, para. 40.

77 Separate Opinion of Judge Higgins, *supra* note 53, p. 8, para. 37.

78 «Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations erga omnes» : Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, *supra* note 75, p.32, par. 33.

79 たとえば、Koroma 裁判官は、「裁判所の判示事項は……対世的性質を持つ」と述べる。Separate Opinion of Judge Koroma, Advisory Opinion of 9 July 2004, p.2, para. 8. また、Elaraby 裁判官は、東ティモール判決に依拠しつつ、「対世的権利」という語を用いて、自決権という権利が有する対世的性質から具体的な帰結を引き出そうとしている。Separate Opinion of Judge Elaraby, *supra* note 72, pp. 10-11, para. 3.4. しかし、「対世的権利」なる概念の内容、また、その場合の「対世的」という性質の意味については一切説明を加えておらず、東ティモール判決を見ても、「対世的権利」を侵害した場合の法的帰結は明らかにならない。See Separate Opinion of Judge Kooijmans, *supra* note 68, p.8, para. 33.

なお、より一般的に対世的義務違反概念の混乱を指摘するものとして、RAGAZZI (Maurizio), *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Pr., 1997, p.16.

えると、このような裁判所の立論は、少なくとも、説明不足であるとの批判を免れ得ないということになる。

では、裁判所は後者の立場に立つのであろうか。すなわち、対世的義務は、その「対世的」性質に加え、「重要な」義務でもあるから、その違反により全ての国家に不承認義務が生じる、ということであらうか⁸⁰。しかし、もし、「対世的」かつ「重要な」義務の違反から不承認義務が生じるとするならば、国連国際法委員会が指摘するように、不承認義務が課される「全ての国家」から被害国を排除する理由はない⁸¹。はたして、被害国にも不承認義務が課されるというこの結論は、実定法上の根拠を持つものであろうか⁸²。仮に、将来、総会によるパレスティナ分割決議あるいは裁判所が何度も言及する「休戦ライン」よりもパレスティナに不利な形でイスラエル-パレスティナの境界線を引くことに両当事者が合意する場合、その合意は、イスラエルのみならずパレスティナにもよる不承認義務違反——パレスティナ人民によるパレスティナ人民の自決権侵害！——として、無効とされることになるのであろうか。

対世的義務、および、不承認義務については、このように不明確な点之余りにも多く残されている。にもかかわらず、裁判所は、問題の権利義務の「性質

80 義務の重要性あるいは「強行性」を根拠として不承認義務を認める見解は少なくない。たとえば、BROWNLIE (Ian), *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Pr., 1963, pp. 418-419 ; CRAWFORD (James), *The Creation of States in International Law*, Oxford, Clarendon Pr., 1979, p. 123 ; DUGARD (John), *Recognition and the United Nations*, Cambridge, Grotius Publications, 1987, p.153 ; ABI-SAAB (Rosemary), «Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 855, 2004, p. 656.

81 Commission du droit international, *supra* note 59, p. 311 (Commentaire de l'article 41, par. 9).

82 フランスは、おそらくはこの観点から、義務の重要性を根拠に不承認義務を導くことに懐疑的である。Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Exposé écrit de la République française, pp.19-20, par. 71.

および重要性に鑑み」と述べる以上の説明なく、全ての国家の不承認義務を認定したのである。

ii) 「対世的」性質を有するのはどの義務か

裁判所は、イスラエルが違反した義務のうち、自決権尊重義務と、人道法義務の「いくつか」が、対世的義務である、という（パラグラフ155）。しかし、その「いくつか」がどれなのかは明らかにしていない。既に述べたように、イスラエルによる違反を裁判所が認定した人道法規則は、ハーグ陸戦規則46条および53条、ならびに、ジュネーヴ第四条約49条6項および53条である。このうち、どの規定が対世的義務なのだろうか。上に見たように、裁判所は具体的な法的結果を導くために義務の「対世的」性質に言及しているのだとすると、やはり、具体的にどの義務が「対世的」性質を持つのかを明示する必要があるはずである。

b) 結果の示されていない違法行為

先に、関連することが示されておきながら、違反の有無の検討がなされていない規則がある、ということを指摘した。ここでは、違反の認定がされておりながら、その結果が明確に示されていない例に注意を喚起したい。

それは、なんと、裁判所によって「対世的義務」とされた自決権尊重義務である。たしかに、パラグラフ159において、パレスティナ人民の自決権行使に対する障害が取り払われることを監視する義務が認められている。ところが、これは、意見本文には示されていない。パラグラフ159に示されている他の3つの義務（不承認義務・不援助義務・第四条約1条の義務）は、全て、本文3Dに明記されているにもかかわらず、である。しかも、本文3Dに自決権への言及がないことにElaraby裁判官が不満の意を表している⁸³ことから、この

83 Separate Opinion of Judge Elaraby, *supra* note 72, p.11, para. 3.4.

「削除」は意図的になされたことが明らかである。

裁判官の間でどのような妥協が成立してこの不自然な「削除」が行われたのかは、意見や少数意見を見る限り、不明である。いずれにせよ、主文から「削除」されていること、しかもそれが意図的になされていること、を考えると、「パレスティナ人民の自決権行使に対する障害が取り払われることを監視する義務」が諸国に課されているというのが裁判所の見解だ、と断言するのは難しい。この点においてもまた、本勧告的意見は余りにも不明確である。

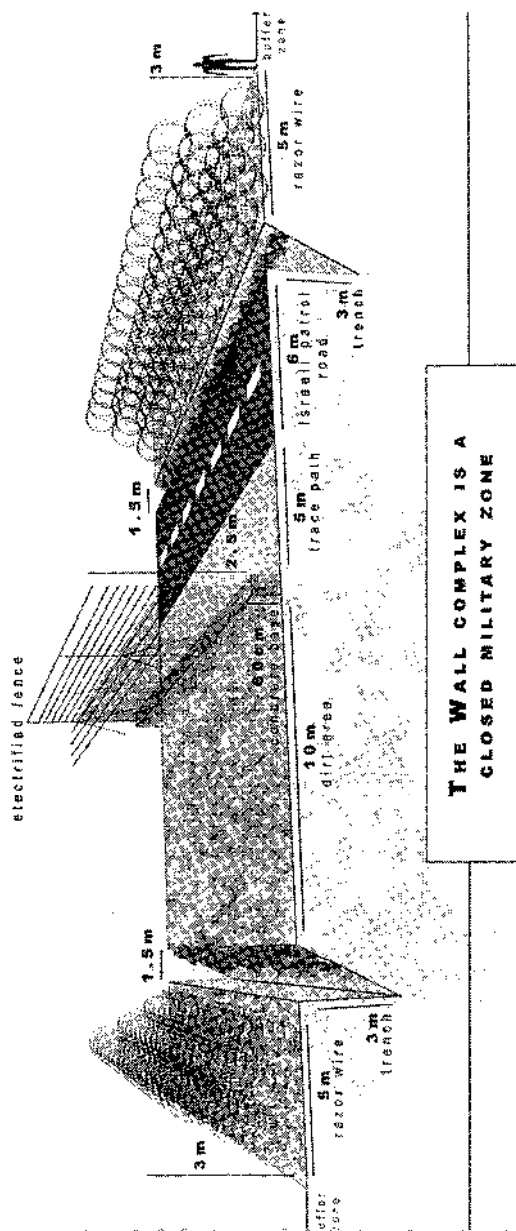
V. 勧告的意見付与後の状況

本勧告的意見付与の11日後、2004年7月20日に、第10緊急総会は、本勧告的意見を確認し、本勧告的意見に従うことをイスラエルに求め国連加盟国に要請する、決議ES-10/15を採択した⁸⁴。しかし、イスラエルは、本勧告的意見および総会決議ES-10/15に従わない意思を明確にしており、本稿執筆時点(2005年1月)において、本勧告的意見が履行されたとは言えない状況にある。

【付記】関西国際機構研究会(2005年1月8日、於京都大学)にて本勧告的意見に関する報告を行った。さまざまな指摘・示唆を下された参加会員に感謝する。

84 賛成106、反対6(オーストラリア・アメリカ合衆国・マーシャル諸島・イスラエル・ミクロネシア・パラオ)、棄権10(カメルーン・カナダ・エルサルバドル・ソロモン諸島・ナウル・ウガンダ・バブアニューギニア・トンガ・ウルグアイ・ヴァヌアツ)。A/ES-10/PV.27, p.6.

CROSS SECTION OF THE WALL COMPLEX



The dimensions of this particular Wall section are derived from the Qatifiya area. The components illustrated are also used in other areas of the Occupied Palestinian Territory. For concrete sections of the Wall, see photograph section.