

予防原則の規範的意義

堀 口 健 夫*

Summary

In the Principle 15 of the 'Rio Declaration' (1992), precautionary principle was expressed as one of the basic principles of international environmental order. In order to reconsider the normative meaning of the principle, this article examines the discontinuity between today's environmental legal order on which the precautionary principle is based, and the theory of traditional general international law related to environmental issues, namely 'international law of transfrontier pollution', which is characterized by a general duty derived from territorial principles and state responsibility.

Authors' understanding about legal status of the precautionary principle is divided into two extremes. On the one hand, the normative character of the precautionary principle is totally denied because of elusiveness of its content. On the other hand, most authors who recognize its normative character tend to hold it mainly as a part of general international law. But both views obscure proper understanding of the normative meaning of the precautionary principle. Moreover, the tension between these opposite views make it quite unclear what states are obliged to do by environmental norms.

Indeed, the authors who hold it as general international law respond to the opposite view by characterizing it as 'principle', not 'rule'. But this is not sufficient as a response, since the elusiveness of the principle, which is the main reason for the negative view on its normative character, is fundamentally related to the conflict between environmental interest and developmental interest. In other words, it is concerned with the basic feature of the international value named 'environmental protection', which is the foundation of the environmental legal order.

The authors, however, avoid considering this problem by arguing that the precautionary principle is based on the established general international law, although it was originally unrelated to this newly recognized international value. In this way, they try to show the firm basis of the principle and stress precautionary character of today's international law, which in itself may be desirable for the environmental protection. But such a view does not contribute to a clearer understanding of the normative character of the precautionary principle, and thus it could lead to a thorough pessimism about international environmental law instead. To identify the reality and limits of the environmental legal order, we must examine critically this

* 東京大学大学院総合文化研究科国際社会科学博士課程、日本学術振興会特別研究員

continuity with the traditional international legal order that many authors advocate.

A clearer examination of the authors' views about the precautionary principle in Chapter 2 will reveal that the above-mentioned popular view, which stresses its continuity with the traditional international legal order, is not based on sufficient theoretical examination. In Chapter 3, it is argued that the confusion of understanding about the relation between the traditional legal order and the new environmental order originates from the Principle 21 of the 'Stockholm Declaration'(1972), which is often referred to as the basis of the precautionary principle without further explanation as if it were self-evident.

In Chapter 4, this author analyzes the theory of the traditional legal order, namely 'international law of transfrontier pollution', by examining theories on international river pollution, which was almost the only environmental field in which theories and practices about international pollution accumulated before the Stockholm Conference(1972). The Trail Smelter Case(1941) is also reexamined, which was the only case of international pollution and an important precedent for 'international law of transfrontier pollution'. The analysis shows that this theory of traditional legal order provides little firm basis for the new environmental order.

Finally, Chapter 5 shows that the basic structure of today's environmental order is characterized by regulatory systems established by each treaty regime. This was also a main feature of the previous international order for river pollution. But, the regulatory 'approach' of the former is quite different from the latter's. In contrast to the orders regulating river pollution, in which 'balance of interest approach' has been overwhelming, 'preventive approach' is now recognized as a legitimate guide for environmental regulations. This difference about legitimate regulatory 'approaches' reflects the difference of underlying views on environment, namely 'economic utilitarian view' (resource conservation) and 'ecosystem preservationist view' (environmental protection). Unlike the order for 'resource conservation', obligations for 'environmental protection' are based on the international value not inherent in their economic rights. This is why the normative character of the environmental substantial norms of general international law is often called into question.

In conclusion, it is inappropriate to understand the precautionary principle on the basis of the traditional general international law. The Principle 15 of the 'Rio Declaration' does not declare a general legal norm that would *per se* directly restricts states' developmental actions, but rather expresses one of regulatory 'approaches', which is being legitimized in accordance with wider recognition of the international value named 'environmental protection'(ecosystem preservation). The 'precautionary approach' does not function in an abstract manner, but does so in each regulatory system which recognizes it as a basic principle in treaty, and in this way guides development of environmental norms. This is the normative meaning of the precautionary principle in today's international environmental order.

序 問題の所在

今日の国際環境法秩序を語るうえで、「予防原則 precautionary principle」への言及を避けることはできない。近年の多くの環境条約・国際文書がこの原則を規定しており、国際裁判の場においても請求の基礎として言及されるようになっていく¹。とりわけ「環境と開発に関するリオ宣言（以下リオ宣言）」（1992年採択）第15原則は、予防原則の規定の典型例としてしばしば引用される。

「環境を保護するため、予防的アプローチは各国によりその能力に応じて広く適用されなければならない。深刻な、あるいは回復不可能な損害のおそれがある場合には、完全な科学的確実性（scientific uncertainty）の欠如が、環境悪化を防止するための費用対効果の大きな対策を延期する理由として用いられてはならない」

予防原則の一般的内容は、この「リオ宣言」第15原則に定式化されているといっていようである。

だがこの予防原則の規範的地位をめぐる、論者の評価はいわば二極化の様相を呈している。すなわち一方では、予防原則の内容や意義に関しては不明確な部分が多いことを理由に、そもそも法規範としての性格が認められないとする否定的理解が当初から示されてきた²。他方、実定法としての予防原則を認める議論においても、もはやそれが各環境条約上の原則であるにとどまらず、国際慣習法の規範として確立した点がもっぱら強調されてきたのである³。

このように二極化した学説の現状は、予防原則の規範的意義に対する理解のあり方を限定してきたといわざるをえない。すなわち前者のような否定的理解は、今日の国際環境法秩序の発展における「予防」概念の意義を等閑に付してしまう。他方後者の議論においては、予防原則の立脚する環境法秩序が、自明のごとく一般国際法秩序にひきつけて理解されてしまっているのである。そしてより根本的な問題は、両立場の対立を解消する試みが十分でないために、一体いかなる行動が環境法規範として国家に要求されているのかという点が、きわめて不明瞭になってしまっているという

点である。

もっとも予防原則の国際慣習法化を主張する論者達も、予防原則に少なからず不明確な部分があること自体は認識している。そしてこの点を根拠にその規範性を否定する議論に対しては、「準則 rule」と「原則 principle」との違いを指摘することで応えてきたのであった⁴。つまり一定の不明確性が伴うことは、「原則」である以上不可避的であるというわけである。だがこうした議論によって上のような評価の対立が解消したわけではない。予防原則をとりまく不明確性の問題は、そもそもその基礎にある「環境保護」という国際的価値の問題に連なるものと考えられるからである。

この点を示唆するのが Handl の見解である⁵。Handl によれば、予防原則の基礎においては経済志向の理念と環境志向の理念が混在しており、このことがその理解を困難としている一因であるという。つまり予防原則をめぐる不明確性の問題は、その基礎にある「環境」の利益と「開発」の利益との間の相克関係に起因しており、そこに規範性の限界が認められることを示唆しているのである⁶。

このように Handl の指摘は、単純に「原則」と性格づけることで議論する意味を失うような不明確性を問題としていたわけではなく、国際環境法秩序の存立基盤の脆弱性という根本的な問題を提起するものであったのである。だが実定法としての予防原則を論ずる従来の学説においては、「環境」の利益と「開発」の利益の関係という問題に対してあまりに無頓着なままに「リオ宣言」第15原則の意義が強調され、予防原則が国際慣習法上の規範として確立した点がもっぱら主張されてきたのである。このような議論は、かえって環境法秩序の発展に対する空虚な幻想をもたらす危険性があるといわざるをえない。

だがこうした危険性は、伝統的な一般国際法秩序の延長上に予防原則を位置づけることで、いわば隠蔽されてきたのである。ここでいう伝統的な一般国際法秩序の性格については第4章で詳しく検討するが、今日では「越境汚染の国際法」として理論化されている。その特質は、領域性原理に由来する一般的義務の設定とその違反に対する国家責任法の適用によって、国際汚染問題に対処す

る点にあり、それは1941年のトレイル溶鉱所仲裁判決（以下トレイル判決）で示されたいわゆるトレイル原則にまでさかのぼる。すなわち、

「ばい煙による損害が深刻な結果をとめない、また当該損害が明白かつ確信的な証拠により立証される場合には、いかなる国も他国領土において、或いは他国の領土に対して、また或いは他国内の財産もしくは人身に対して、ばい煙により損害を生ぜしめるような方法で自国の領土を使用し、またはその使用を許容する権利を有しない」

そしてさらにこの原則は、「ストックホルム人間環境宣言（以下ストックホルム宣言）」第21原則後段によって明確にされたと考えられている。

「各国はまた、自国の管轄権内または管理下の活動が他国の環境または自国の管轄権の範囲を越えた地域の環境に損害を与えないよう確保する責任を負う」

この第21原則は、「重大損害禁止原則 no substantial harm principle」、或いは「防止原則 preventive principle」などと呼ばれるが、従来の通説的理解によれば予防原則もこの第21原則の延長上に位置づけられている。つまり、「トレイル原則→第21原則（防止原則）→予防原則」というように連続的に把握される。こうした理解により、予防原則は決してラディカルな原則ではなく、既存の確立した原則に基盤を有することが示されてきたのである。

しかし後に詳しく述べるように、実はこのような理解は十分な理論的検討を経て確立したものとは言い難い。特に「ストックホルム宣言」第21原則においては「環境」の利益がはじめて承認されたわけだが、このことが国際法秩序の発展に与えたインパクトについては必ずしも明確に整理されていない。つまり、同宣言を採択したストックホルム人間環境会議（以下ストックホルム会議）以前の伝統的な法秩序と、同会議を契機として発展してきた新たな環境の法秩序との関係が十分に検討されないままに、両者は単純に連続的に把握されてきたのである。こうして「領域」に基礎をおく伝統的なトレイル原則が、「環境」に基礎をおく予防原則の存立基盤であるとして、自明の如く語られているのである。

このようにして環境法規範を基礎で支えている「環境保護」という価値に対する視点が失われ、ストックホルム会議の意義を明確に整理することのないまま、一般国際法としての予防原則の確立を主張する議論へと連なるのである。だがこのような議論は常にその規範性に対する疑念にさらされることになり、かえってひたすら環境法規範の無力さを嘆くような悲観論を招くことになりかねない。国際環境法秩序の現実と限界を見極めるためには、むしろ上記のような連続的理解の再検討こそが求められているのではないだろうか。

以上のような問題意識に基づき、本稿ではトレイル原則と予防原則との連続性の問題を批判的に検討していくことを通じて、予防原則が立脚する国際環境法秩序の基本構造を明らかにしていき、従来の二極化した学説を脱却した予防原則の規範的意義の提示を試みることを目的としている。第2章においては、予防原則をめぐる学説の理解をまず整理しながら、上のような連続的な理解が必ずしも確固としたものではないことを明らかにする。第3章では、伝統的な法と新たな環境の法に関する理解の混在が、「ストックホルム宣言」第21原則にさかのぼることを示す。そこで第4章では、そうした伝統的な法たる「越境汚染の国際法」の理論に分析の焦点をあて、はたしてそれが今日の環境法秩序の基盤を提供するものであったかどうかを吟味していく。そのうえで第5章では、今日の国際環境法秩序の基本構造を示し、その基礎にある環境理念と国際法規範の発展の方向性との関係を考察していく。

以上の検討により、越境汚染の国家責任を基礎づける伝統的なトレイル原則と、予防原則とを連続的に把握することは適切な理解ではないことが示されるであろう。「リオ宣言」第15原則は、それ自体国家行動を直接的に拘束するような一般国際法規範を表明するものではなく、「環境保護」の国際的価値の承認を背景にその正当性が認められつつある汚染問題への一つの「アプローチ」を表明したものである。つまりそれ自体は継続的な規律の指針にとどまるのであって、それを基本原理として実定化する各環境条約体制において機能し、そうして具体的な環境規範の発展を方向づけ

ていくという点に意義があるものと考えられるのである。

それでは検討をすすめていくこととしよう。

第2章 予防原則に関する学説の検討

国際環境法における予防原則の研究は、1990年にヨーロッパの北海汚染規制を特集した書物に掲載された Gundling の論文を端緒とする⁷。その後1992年のリオ会議を経て、予防原則を主題とした論文や書物の数は増したが、そもそも国家実行や法的実践の歴史自体まだ浅いこともあって、その内容や性格に関しては依然として不明確な点が少ない⁸。学説の蓄積はまだ十分とはいえないが、本章では前述したトレイル原則、「ストックホルム宣言」第21原則（防止原則）と予防原則との連続性の問題に焦点をあてながら、予防原則に関する理解の整理を試み、それぞれの評価を示していきたい⁹。

第1節 防止義務説

多数説は予防原則を従来の防止原則の厳格化としてとらえている。ここで理解されている防止原則とは、科学的に特定された因果関係・予見可能性・相当の注意義務といった要素からなる環境損害防止義務であり、前述のように「ストックホルム宣言」第21原則がその典型的な規定例とされている¹⁰。この原則の出発点はトレイル原則に求められるのが一般的である。そしてここでは、その違反に対して国家責任法を適用することで、法の体系性の完結が想定されている。

多数説はこの防止原則と予防原則との質的な連続性を指摘する。より具体的には、予見可能で科学的に証明された危険の回避を求めるのが防止原則であるのに対して、予防原則は危険の存在が科学的に十分に基礎付けられてなくてもその回避を要求する原則であると理解し、事前行動の対象となる危険の基準（threshold）が緩和されたにすぎないとする¹¹。

こうした理解の典型として、例えば Gundling は、予防を「防止的環境政策（preventive

environmental policy）のより厳格な形式」と位置付け、「危険がいまだ確然的（certain）ではなく蓋然的（probable）な段階あるいはそれ以下の段階にすぎなくても行動が要求される」とする¹²。またその他の多くの論者が、危険の重大性が大きなものであればそれだけ活動と損害との間の因果関係を証明する負担は軽減される、或いは求められる注意義務が厳格化する、といった観点から、防止原則と予防原則の連続性を指摘している¹³。こうして防止と予防の差異に関しては、「予防原則とは防止原則を科学的不確実性の状況に拡張したものである」とか、「科学的確実性の状況での事前防止行動は「防止」であり、科学的不確実性の状況でのそれは「予防」である」といった様に表現されるのである。

学説上この防止原則は、国際慣習法の原則であるとする理解が一般的である。つまり防止義務説の特質は、従前の確立した一般国際法上の原則（トレイル原則・防止原則）に予防原則の存立基盤を求める点にある。

だがこのような防止義務説の理解は、十分な理論的検討を経て確立したものとは言い難い。防止義務の厳格化という理解は前に引用した Gundling の理解を端緒とするが、彼は理解の一つの可能性としてそれを提唱したにすぎないのであり、むしろ予防概念がかなり不明瞭であることを前提として議論を展開していたのである¹⁴。

さらに防止義務説のこうした理解は、予防原則の一般拘束性を希求する論者の実践的態度としばしば強く結びついている。例えばその国際慣習法化を主張する代表的な論者である Cameron と Abouchar は、各条約規定の多様な文言を比較し、それらの中から国際慣習法としての予防原則の中核要素をとりだすという議論を展開する¹⁵。その結果、深刻な危険、科学的不確実性、事前防止といった要素が予防原則の核心とされるわけだが、その後自明の如く、予防原則は科学的不確実性の状況に防止原則を拡張したものであると断じている。やはりその国際慣習法化を論ずる Hohmann の議論においても顕著なのだが、これらの議論においては綿密に予防原則の意義を理論的に分析するという意識は希薄であり、むしろ事前防止行動

が環境問題への対処になによりも不可欠であるとの実践的関心に強く動機付けられている¹⁶。そして予防の実践が発展途上にある現状においては、確立した原則として理解されている防止原則の延長上に予防原則を位置づけることが、その主張に少なからぬ説得力を与えることになるわけである。

以上のように、トレイル原則と予防原則とを連続的に位置づける多数説の理解は、今日自明視されているほど確固とした理論的検討に基づくものではない。特に「ストックホルム宣言」第21原則は予防原則の基盤として言及されることが多いが、そもそも第21原則それ自体に対する分析が不十分であるところに根本的な問題がある。この点は第3章でより検討をすすめていく。

第2節 立証責任転換説

以上のような理解とはやや異質な議論として、予防原則は立証責任の転換を要求するという理解がしばしば示されることがある。もっともここでいう立証責任とは、環境損害の賠償や環境義務違反の追及における立証責任とは次元を異にしている。従来の環境規制においては防止行動を主張する国家が活動の有害性を事前に証明しなければならなかったのに対して、予防原則のもとでは逆に活動国がその無害性を事前に証明し、防止措置の必要がないことを関連国に示さねばならないとされるのである。

当初は環境NGO グリンピースの見解のように、この無害性の事前証明こそが予防原則の本質であるとする理解も見られたが¹⁷、このような見解はほとんど支持を得られていない。だがこのような無害証明を、少なくとも予防原則の適用の一形態とみなす見解は多い。こうして例えば、予防原則は「その最も弱い形式においては従前の防止原則に接近し、その最も強い形式においては立証責任の転換を要求する」といった理解が示されている。このような見解は、若干の条約実践を根拠としている¹⁸。また最近では1995年の国際司法裁判所核実験事件において、ニュージーランドが予防原則を根拠の一つに挙げて立証責任の転換を主張し、環境影響評価手続を実施して核実験による汚染が発生しないことを事前に立証しなければ、自国等

の権利侵害に該当するとした例がある¹⁹。

だがわずかな条約体制下の実践例を別として、かかる内容の一般原則は国際法上存在しないというのが一般的な理解である。上記のニュージーランドによる申し立てに関しても、多数意見は直接に扱うことはなかった。このような手続は、自国における活動の着手の条件として、関連国の事前同意を要求する手続とも理解できるが、そうした要求の一般性は1957年のラヌー湖仲裁事件判決においても否定されている²⁰。

いずれにせよ、このような内容はトレイル原則との連続性においては理解しえないものであることがわかるであろう。基本的にはトレイル原則と連続的な理解を示しながらも、このように厳格で新たな効果が議論されていることを根拠に、予防原則の規範としての不明確性を強調する論者がみられるのもこのためである²¹。

第3節 予防制度説

さらに防止義務説とは対照的に、トレイル原則と予防原則との間の連続的な理解を積極的に批判する議論もみられる。わが国の兼原は、地球環境条約体制における新たな法理としての機能に着目することで、予防原則の固有の意義を論じている²²。兼原によれば、今日の地球環境条約体制は国家責任法の適用を「本来的に」想定していないという²³。なぜなら、そこで決定される排出基準の違反、すなわち違法行為と、因果関係のうえで損害が結びつかないためである。これらの条約体制においては、予防が行われることそれ自体が法益として確立しており、科学的不確実性を考慮して決定される予防基準の設定と、その実施・遵守という継続的なプロセスによって「予防の法益」が実現されるとする²⁴。

以上のような議論からもわかるように、多数説たる防止義務説があくまで従前の一般国際法秩序の延長上に予防原則を位置づけて理解するのに対して、予防制度説は地球環境条約体制において出現しつつある国際環境法特有の秩序に着目するものであるということが出来る²⁵。

もっとも国際環境法特有の秩序ということになると、従来から環境損害の防止を目的とした環境

条約体制は創出されていた。すなわち環境損害に関する事後救済の法が実質的に機能する内実を欠いていた状況において、環境損害の事前防止を目的とした様々な条約体制が形成されてきたことが、国際環境法秩序の発展の重要な特質であったように思われる。たしかにこれらの条約体制に関しては、「本来的に」国家責任法の適用が想定されていないとはいえないかもしれない。だがこれらの環境条約体制が立脚する防止原則にしても、それを単純にトレイル原則と連続的に理解できるのかという点については少なくとも検討を要する。この点は次章以降で詳しく分析していきたいと思う。

いずれにせよたしかなことは、防止義務説の理解は必ずしも自明視されているわけではなく、環境条約体制における規律という場面においてこそ予防原則の固有の意義が語りうることが示されているという点である。つまりは、伝統的な一般国際法秩序を理解の当然の前提とすることなく、国際環境法秩序の特質を慎重に分析していくことの重要性が示されているのである。

第4節 環境容量アプローチ否定説

もっとも、このような国際環境法秩序の特質への視点の必要性は、実は防止義務説を唱える論者も意識はしていたのかもしれない。なぜなら防止義務説の論者も含めて、汚染防止条約体制の伝統的な規律原理である「環境容量アプローチ assimilative capacity approach; environmental capacity approach」の否定という要素に言及することが非常に多いからである²⁶。この環境容量アプローチとは、特に海洋汚染分野において発展した規律原理であり、その本質は the solution to pollution is dilution（汚染の解決は希釈すること）と評されている。つまり環境容量アプローチの特色は、こうした浄化能力（環境容量）の存在を前提に汚染物質排出の権利を認めたとうえで、そうした排出活動を科学的に管理し各国の権利を調整することを目的とする点にある²⁷。そして予防原則の意義は、こうした環境容量アプローチの否定にあるというのである²⁸。

ここで重要な点は、一般国際法上の規範である防止原則ではなく、環境条約体制下の一つの規律

原理にすぎない環境容量アプローチにわざわざ言及しているという点である。なぜならこのような指摘は、予防原則もまた環境条約体制においてこそ機能する規律原理として語られる契機をもたらすものだからである²⁹。

さらにいえば、予防原則を環境容量アプローチの否定として捉える議論は、そうした規律原理の転換の基礎にある環境理念への視点ももたらす。環境容量アプローチが海洋環境をいわば道具的な「資源」としてとらえているのに対して³⁰、予防原則の提唱はそのような海洋環境観の変化を反映するものと理解できるからである³¹。つまりこうした議論には、「環境保護」という国際的価値の性格が国際法秩序の発展に与えるインパクトについて語られる契機が認められるのである。

だが前にも述べたように、伝統的な法秩序と新たな環境法秩序との関係の整理が不十分であるために、防止義務説の論者はこれらの契機を十分自覚し、その議論を深めることはなかったのである。

第5節 小活

以上検討してきたように、「トレイル原則→「ストックホルム宣言」第21原則(防止原則)→予防原則」という連続的な理解は確固とした理論的検討に基礎づけられたものではない。また立証責任の転換のように、そうした理解では把握しきれない効果も議論されている。さらには、こうした連続的な理解を積極的に批判する議論もみられる(予防制度説)。そして防止義務説の論者にしても、国際環境法秩序の独自性に着目する契機は提供していた。

防止義務説の問題点は、伝統的な法秩序と新たな環境法秩序との関係を十分に検討することなく、両者を連続的に把握してきた点にある。この新たな環境法秩序の出発点は、1972年の「ストックホルム人間環境宣言」における理念・原則の表明にあったと一般的に考えられている。次章ではこの点をまず確認したうえで、理解の混迷は同宣言第21原則の評価にさかのぼることを示していきたいと思う。

第3章 スtockホルム人間環境 会議

第1節 国際環境法の誕生

「国際環境法」という語が学説や外交文書において登場するようになるのは、ストックホルム会議が開催された70年代前半のことであり、今日においても同会議が国際環境法の出発点、或いは重要な転換点であると理解されている。同会議で採択された「ストックホルム宣言」は、「人間環境の保存 preservation と向上について、世界の人民を励まし導くための共通の見解と原則が必要である」との認識に基づき、環境保護の理念や諸原則を明らかにしている。こうした理念・原則こそが、国際環境法という新たな国際法秩序の形成を促してきたと理解されているわけである。

もっともストックホルム会議以前の時期において、国際法が環境問題と無縁であったと考えられているわけではない。条約実践上も、国際河川管理・海洋油汚染・自然保護などの分野につき一定の国際規制の取り組みはみられた。国際環境法史が論じられる場合も、例えば18世紀末の河川保護条約に言及したり³²、1902年の「農業に有益な鳥類の保護に関する条約」等が挙げられている。また国際環境法を主題とする初期の論文を見ても、国家責任法、国家主権原則といった従前の伝統的法秩序との関わりが従来から議論されていた³³。とりわけ1941年のトレイル判決は重要な位置づけを与えられており、トレイル原則こそが環境分野の国際法の出発点であるとししばしば指摘される。

だがこれらの条約実践や伝統的国際法は、従来から「国際環境法」として体系的に理解されていたわけではなく、60年代後半から70年代前半にかけて環境問題への国際的関心が高まったのを契機として、いわば先駆的な国際法規範として再認識・再検討されるようになったというのが正確な理解であろう。例えばトレイル判決についても、判決後20年以上経過した60年代になってようやく論文の主題として扱われている³⁴。つまり、環境保護という新たな国際的課題に直面するなかで、

既存の法に秩序の手がかりを求めていったのである。

だが他方においては、伝統的国際法の限界も早くから論じられていた。典型的な議論は、既存の法秩序は「自由放任」の体系であるといった批判である³⁵。こうした既存の法の限界に対する認識もまた、ストックホルム会議が開催された背景であったことは間違いない³⁶。

このように環境保護をめぐる国際法秩序をさぐる試みは、その手がかりを既存の法に求めるという方向と、新たな法秩序の形成を提唱していくという方向の2つの道筋を示していた。ここで問題は、こうした2つの要素の関係がいかに整理されてきたかという点である。ところがこの問題は、当初から判然としていたわけではなかった。この点は、「ストックホルム宣言」第21原則をめぐる学説の議論において特に顕著にうかがうことができる。以下検討していくこととしよう。

第2節 「ストックホルム人間環境宣言」 第21原則

「ストックホルム宣言」は前文と26の諸原則から成るが、そのほとんどは法的な形式を備えた文言を伴わない規定である。しかしそのなかでも比較的そうした形式を備え、学説上最も重要な原則と理解されているのが第21原則である。それは以下のような規定である。

「各国は、国連憲章及び国際法の原則に従い、自国の資源をその環境政策に基づいて開発する主権を有する。各国はまた、自国の管轄権内または管理下の活動が他国の環境または自国の管轄権の範囲を越えた地域の環境に損害を与えないよう確保する責任を負う。」

前にも述べたように、同宣言自体は法的拘束力のない文書である。しかしその後数多くの環境条約や国際決議において繰り返し引用され³⁷、現在では国際慣習法としての理解が有力である³⁸。実体規範の発展が十分でないと評価されることの多い国際環境法分野において、この第21原則に定式化された規範は、その確立が認められた唯一のものであるとすらいえる。国際司法裁判所も1996年の核兵器使用の合法性に関する勧告的意見におい

て、「自国の管轄・管理のもとにある活動が、他国或いは国家の管理の及ばない地域の環境を尊重するよう確保する国家の一般的義務の存在は、今や環境保護に関する国際法の一部である」（パラ29）として、その内容が法原則として確立していることを基本的に認めている³⁹。

しかしこの第21原則の意義に関しては、既存の法の確認という側面と、環境に関する新たな法秩序の形成を志向する側面とが混然として把握されており、このことが第21原則の意義の理解を少なからず複雑にしている。

まず既存の法の確認という側面に着目してみると、たしかに第21原則はトレイル原則と連続的に捉えられ、いわゆる領域使用の管理責任を規定するものと理解されることが多い⁴⁰。つまりは、領域一般の保護に関わる国際法規則に第21原則の起源や本質を見出す議論である。こうした領域原理に基礎付けられた国際法規則は、もともと *sic utere tuo alienum non laedas* の法諺・原則（以下 *sic utere tuo* 原則）に由来するとされている⁴¹。同原則は、「何人もその隣人を害するような方法で自己の財産を用いてはならない」とか、「他国を害するように自らの権利を用いてはならない」などと表現されるローマ法起源の法諺である。このように第21原則の基盤は、従前の伝統的な法原則に求められてきた。

だが他方においては、新しい法の提唱という側面についても議論されている⁴²。そのなかでも、「環境」の利益が明文で認められるようになったことの意味は大きい⁴³。そこには伝統的な「領域」の利益とは異質の利益が承認されていることが示唆されており、そこに「国際環境法」という新たな法秩序が語られるようになった基盤があることは否定できないからである。

例えば兼原は、第21原則を「環境損害防止原則（防止原則）」として性格付けとうえで、従来の領域使用の管理責任原則（トレイル原則）と明確に区別する。すなわち後者が、領域主権と領土保全という「対等な権利間の調整をはかり、有害な領域使用を違法化しうる原則」であるのに対して、前者においては、「対等な権利間の調整が行われるのではなく、環境という国際法益の保護のため

に領土主権が規制される」という⁴⁴。つまり、領域性に外在的な「環境」という国際法益が設定されることで、第21原則には新たな法秩序の発展の方向性が示されているということである⁴⁵。

しかし、伝統的な法秩序と環境法秩序との間のような異質性については、必ずしも十分な検討がなされてきたわけではない。例えば、トレイル原則は「環境」に対する損害にも「拡張」して適用されるようになったといった議論はみられるが、この「拡張」の意味を深く問う意識は大概希薄である。その結果トレイル原則と第21原則との連続性がむしろ強調され、さらにそれは今日の予防原則の多数説たる防止義務説の議論に連なることになる。

だがこのような議論は、論理的な飛躍を犯さざるをえない。例えばトレイル原則は損害の一定の重大性を要件としてきたわけだが、それは領域主権に由来する対等な権利を調和するという意味を有していた。しかし同原則が「環境」に対する損害にも「拡張」された結果、この重大性の要件は「環境」への損害にも当然に適用されるが如く議論されている。こうして第21原則についても、文言上は明らかではないのにもかかわらず、「重大な」損害の防止を要求する原則として理解されることになる⁴⁶。しかし他国の「領域」とは異なる「環境」への損害に対してもなぜ重大性の要件が適用されるのかは明らかではなく、少なくともこうした理解からは第21原則がわざわざ「環境」に言及した意味は見いだしがたい。

以上のように第21原則に関しては、既存の法の宣言という側面と新たな法の提唱という側面が混然として理解されてきた⁴⁷。こうした点に鑑みると、第21原則それ自体に対する検討が不十分であるにもかかわらず、その延長上に予防原則を位置づけて展開される防止義務説の議論は、あまりに安易な理解であるといわざるをえないだろう。

他方、環境の新たな法秩序の独自性に着目し、そこにトレイル原則との異質性を積極的にみだすにしても、なぜこのような法の提唱が必要であったのか考えてみる必要がある。つまり、なぜ既存の伝統的国際法が国際環境法の基盤たりえなかったのか、という点が問われねばならないであろう。

第3節 小活

環境保護という新たな課題に直面するなかで、そのための国際法秩序をさぐる試みは2つの道筋をたどった。1つは既存の法のなかから適用可能な規範を抽出するという道筋であり、もう1つは新たな法秩序の形成を論ずるという道筋である。第21原則をめぐる学説の議論にはこれらの両面が反映しているわけだが、両者の関係は必ずしも判然と理解されてきたわけではない。

ただ少なくともいえることは、前者の道筋をもって十分ということであれば後者の道筋は必要がないということである。そこで次章では、環境分野に適用可能と考えられている伝統的な国際法秩序を批判的に検討し、それがそもそも国際環境法秩序の確固とした基盤を提供するものであったのかどうか吟味していくこととしよう。

第4章 環境分野の伝統的国際法秩序の批判的検討

第1節 「越境汚染の国際法」

「汚染に関する一般国際法のすべての議論は、トレイル事件にはじまりそしてトレイル事件におわらねばならない」⁴⁸。これは、ストックホルム会議の前年に発表されたトレイル事件を主題とする論文の冒頭の一節である。環境分野の伝統的国際法の性質とその問題性を、この言葉は端的に言い表しているように思われる。

トレイル事件を起源とする環境分野の伝統的国際法とはいかなるものなのか。今日の論者の共通理解は、ほぼ以下のKissの理解に集約されているといえよう。Kissはそのような伝統的アプローチを「越境汚染transfrontier pollution」の国際法として整理し、その理論的発展の意義を「絶対的領域主権原則absolute territorial sovereignty principle（以下絶対主権原則）」の克服にみている⁴⁹。絶対主権原則とは、国家は他国に対する悪影響にかかわらず自国領土を自由に利用する排他的権利を有するというもので、19世紀末に米国とメキシコの水利用紛争において米国国務長官ハー

モンがこうした議論を展開したため、「ハーモン主義」とも呼ばれる。

そしてこの「越境汚染」の国際法は、汚染国と被汚染国という二国間関係を主に念頭においた、相隣関係の法として把握されている。具体的には、トレイル事件のほか、コルフ海峡事件判決（1949）、ラヌー湖事件仲裁判決といった国際判例と、（sic utere tuo原則に由来するという）権利濫用原則や領土保全権といった一般原則を基礎にして、他国に重大な損害を与えぬよう確保する一般的義務が確立したとされる。後にも言及するように、この一般的義務は「損害禁止原則 no harm principle」、或いは「重大損害禁止原則 no significant harm principle」と呼ばれている。そしてその一般的義務が越境汚染に関する特別ルールとして発展したのが、「ストックホルム人間環境宣言」第21原則ということになる。

このように、今日理解されている環境分野の伝統的国際法（以下「越境汚染の国際法」）は、トレイル判決を先例として構成された一般国際法秩序であり⁵⁰、近隣国の国家主権間（領域主権と領土保全権）の調整をその本質とする⁵¹。そしてそこから抽出される一般的義務（「損害禁止原則」）を根拠に、越境汚染の発生国に対する国家責任の追及（典型的には金銭賠償の要求）が想定されているのである⁵²。つまり「越境汚染の国際法」は、基本的には環境損害の事後救済をその本質としている。

しかし「ストックホルム宣言」第22原則は、このような「越境汚染の国際法」が少なくとも当時不完全であったことをうかがわせる内容を規定している。それは以下のような規定である。

「各国は、自国の管轄権内または管理下の活動が、自国の管轄権の外に及ぼした汚染その他の環境上の損害のvictimに対する責任及び補償に関する国際法を、さらに発展させるように協力しなければならない」

たしかに「さらに発展させる」という文言からすると、越境汚染の責任・補償に関する国際法規範が全く存在しないということまでは意味されていないかもしれない。だが1992年の「リオ宣言」第13原則においてもほぼ同様の規定が繰り返し規

定されており、そこに法の欠けつを認め環境法に内在する瑕疵であるとする理解もみられるのである⁵³。このように、少なくとも国家責任法による事後の対処という「越境汚染の国際法」の基本要素に関しては、必ずしも確固とした実定性が認められてきたわけではなく、少なくともそれが機能するための内実を欠いていたことが表明されていたのである。

また実践上、国家は国家責任法の適用を回避してきたのであり、被害者の救済が問題となる場合もむしろ国内法上の民事責任を確定する手段に依拠することを望んできた、との指摘もみられる⁵⁴。この点は、近年では例えばチェルノブイリ原発事件やライン川のサンドス事件などにおいても顕在化している。

以上のように「越境汚染の国際法」に関しては、一方でその一般的確立が論者の間で広く認められていながら、他方でその機能不全や、実践との剥離という傾向が認識されてきたのである。こうした状況は、環境保護の法秩序の手がかりを伝統的な法に求める議論の限界を示しているように思われる。そこで次節では、比較的早い時期から汚染をめぐる国家実践が集積し、「越境汚染の国際法」の理論的發展にも貢献したといわれている国際河川利用に関する学説（ストックホルム会議以前の時期のもの）を分析し、「越境汚染の国際法」のかかる現状が何に起因するものなのか検討していきたいと思う。

第2節 国際河川汚染をめぐる国際法理論の展開

第1款 絶対主権原則の克服

国際河川法の分野においてはもともと航行利用に関して国際規制の発展をみてきたが、その後経済利用の多様化と需要の増大により、いわゆる非航行利用（灌漑、発電、産業用水等）についても国際的な規律の対象となるに至った。そして越境汚染が早くから国際法上の問題とされたのもこの国際河川の分野に他ならず、少なくともストックホルム会議の以前の時期においては、越境汚染に関する法の発展に寄与してきたほぼ唯一の分野であるとすらいえるかもしれない。ただ学説上国際

河川の汚染を主題とした研究が登場するようになるのは、ようやく1960年代にはいつてからのことである⁵⁵。

国際河川汚染をめぐる当初の議論は、基本的には河水の転流といったような水利用問題一般に関する従前の研究成果に依拠していた。そしてその議論の主眼は、一般国際法上、河川利用に関する国家の領域主権は無制約ではないという点を明らかにすることにあった。つまりは、絶対主権原則の克服を理論的に説明づけることに腐心したのである。前述のようにこの絶対主権原則は「ハーモン主義」とも呼ばれ、「他国のニーズと調和するために、自国領域内における水利用を制約すべしとの国際法上の義務は存在しない。国際河川の完全に自国の領域内に存在する水に関しては、国家の管轄・管理は排他的である」といった議論が展開されたのである⁵⁶。

この絶対主権原則の克服に関わる学説上の議論は、基本的には汚染よりもむしろ転流などの河川利用に関してもともと論じられてきた。だが60年代に国際河川の越境汚染を主題とする研究が現れるずっと以前の時期から、汚染問題に関連した学説上の示唆は既にうかがうことができた。例えばOppenheimはその権威ある国際法の体系書のなかで、「近隣国の自然条件に不利益があるように自国の領域の自然条件を改変することを、国家は許容されていない」とすでに20世紀の初頭に述べている⁵⁷。また国際法学会（IDI）が1911年のマドリッド会議で採択した「国際水路の利用に関する国際規則」の中でも⁵⁸、「水に有害なあらゆる改変、有害物質の導入は禁ずる」（Rule II 第2原則）との原則が規定されていた。少なくとも20世紀半ばまでには、汚染行為を含めた国際河川の利用一般について絶対主権原則は既に否定されていたといえるだろう⁵⁹。

だが、汚染という新たな問題について明確な法を欠いていた当時の状況において、国家行動への制約をいかに理論的に根拠付けるのか、という点が大きな論点となっていた。この点につき当時の論者は、汚染問題に適用可能で国家行動への制約の基礎となりえるような一般原則の存在を示し、その具体化の方向を探るといった議論を展開したの

である。

そこでまず基本原則として広く依拠されたのが、前にも言及した *sic utere tuo* 原則である⁶⁰。例えば1955年の著作でLauterpachtは、「他の河岸国を害するように河川の流に干渉してはならないとする国家の義務は、… *sic utere tuo ut alienum non laedas* の法諺に淵源をもつ」としている⁶¹。その後汚染問題を主題とした60年代の研究においても同原則に広く依拠した議論が展開され、絶対主権原則の克服という傾向に論者の理解が収斂していく。60年代に入ると、いわゆる「制限的領域主権原則 *restricted territorial sovereignty principle* (以下制限主権原則)」の確立については疑われることはなくなったといっている⁶²。制限主権原則は、国家主権原則の絶対性に由来する2つの原則、すなわち第1にハーモン主義に代表されるような絶対主権原則を、そして第2に、国家は他国の領域使用に由来するいかなる悪影響にもさらされない権利を有するとする「絶対的領土保全原則 *absolute territorial integrity principle*」⁶³を、否定し相対化する原則として理解される。

このように既に従前の国際河川分野の学説において、「越境汚染の国際法」の理論の本質である絶対主権原則の克服、対等な国家主権の調整という要素は既に指摘されていたことがわかる。このような議論は、汚染問題に関する明確な法を欠いていた状況において、もともとは汚染問題とは関わりはないがそれでも適用が可能と考えられる一般原則を駆使し、なんとか越境汚染という新たな問題を国際法の問題として語る方途をさぐる試みであったといえる。そうした少なからず困難な試みにおいて、論者の有力な拠り所を提供したのがトレイル判決であった⁶⁴。60年代にはいって国際河川の水汚染の問題が国際法の問題として論じられるようになると、水汚染に関する国家の義務をカバーする国際法規則としてトレイル原則が参照されるようになり、河川汚染をめぐる学説においてもトレイル判決は重要な先例としての位置づけを与えられていたのである。

だが国際河川分野の議論においては、トレイル判決は「越境汚染の国際法」の理論の中核を成す

重大損害禁止原則の先例としては必ずしも理解されておらず、むしろ「衡平利用原則 *principle of equitable use*」という独自の法理が発展した点が重要である。この点を次に検討していこう。

第2款 衡平利用原則

この衡平利用原則の本質は利益衡量にある⁶⁵。同原則によれば、国家は具体的状況における関連諸要素を考慮して、河岸諸国の間の「共有資源 *common resource*」たる国際河川の利用の利益を調整・衡量することを求められる。国際法協会(ILA)の「国際河川の水利用に関するヘルシンキルール」(1966年採択)の第2章は衡平利用原則の代表的な規定例であり、そのうち第4条は次のように規定している。「各流域国は、その領域内において、国際河川流域の有益な利用につき合理的かつ衡平な配分を享受する権利を有する。」そしてこの「ヘルシンキ・ルール」に付されたコメンタリーによれば、「衡平な配分の思想は、各流域国に対して最小限の害をもって最大限の水利用の利益をもたらすこと」⁶⁶にあり、「衡平な配分を否定するような流域国による水利用は、…共有資源から最大限の利益を獲得することにおけるすべての流域国の利益共同に反する」⁶⁷とされる。

前にも述べたように、国際河川の利用における制限主権原則の確立を基礎づけるために、論者は *sic utere tuo* 原則に依拠したわけだが、同原則はきわめて一般的な内容にとどまることから、規範のさらなる明確化に向けた理論的検討がすすめられた。そうした過程においては、既存の多様な学説上の理論が参照された。例えば、「権利濫用禁止原則」、「善隣原則」、「国際地役」といったやはり基本的には国内法に由来する法理論である。しかしこれらの原則に関してはその内容が不明確であることに加えて、そもそも国際法の規範としての地位自体が否定的に議論されることが少なくなかった⁶⁸。

しかしそうしたなかで、国内水法において発展した「衡平割当原則 *principle of equitable apportionment*」が学説上注目されるようになっていく。前に挙げた一般原則とは異なり同原則は水利用に関する特別規範であり、国際河川法にお

ける衡平利用原則の原型となった。衡平割当原則は、アメリカ合衆国における水利用紛争に関する最高裁判決（Kansas v Colorado 1907年）を契機として発展した原則として考えられており、一方のニーズ・利益と他方の損害の衡量をその本質とする⁶⁹。

このようにもともと国内水法の原則として発展した衡平割当原則は、国際河川の利用においても類推的にその適用が論じられるようになり、少なくとも50年代後半には幅広い支持を獲得していた。例えばEagletonは、こうした合衆国内の州間のルールは国家間のルールとしても適用可能であるとの認識を示すとともに、実践上も様々な条約がこの原則にしたがうことを試みてきたことを指摘している⁷⁰。またBrierlyも、諸国は河川系が全体として考慮される権利を有し、他国の利益とのバランスにおいて自身の利益が衡量される権利を有することを国家実行が示しているとする⁷¹。そのほかBourne、Austine、Griffinといった論者が、絶対主権原則と対比する形で衡平割当原則の発展を論じた。

こうしてILAにおける国際河川の水利用に関する一連の法作業においてもこの利益衡量の原則が中心原則として認められ、前述した「ヘルシンキ・ルール」において衡平利用原則として明文化されたのである⁷²。

前にも述べたように、「越境汚染の国際法」の理論においては、国家の一般的義務として重大損害禁止原則・防止原則が論じられている。国際法委員会（ILC）による国際水路の非航行利用をめぐる一連の法作業において大きな論点となっていたように、この原則は衡平利用原則とは積極的に区別して理解されることが多い⁷³。例えば、衡平利用原則の本質は利益衡量であり、重大損害禁止原則の本質は事実上の損害の防止である、といったようにである⁷⁴。

しかし上のような区別であれば、それは必ずしも確固としたものではない。そもそも両原則は、国家主権原則に由来する対抗的な利益を調整することを目的としている点では共通している。また前に述べたように、国際河川利用分野においてもその法の出発点として*sic uter tuo*原則に依拠し

てきたのであり、衡平利用原則もその延長上に位置づけられて論じられてきた⁷⁵。また「緩和された重大損害禁止原則 mitigated no substantial harm principle」⁷⁶を主張したLammersが論ずるように、重大損害禁止原則が一定の利益衡量の要素を内包しているとすれば、両原則の内実は今日整然と区別されるほど異質なものとはいえなくなる。例えば重大損害禁止原則における重大性の決定そのものに利益衡量の要素が広く含まれると理解された場合、国際河川分野において発展した衡平利用原則も広く重大損害禁止原則の中に取り込んで理解しうるかもしれない⁷⁷。いずれにせよ確かなことは、柔軟性を欠く厳格なルールの適用は回避されてきたということである。したがって重大損害禁止原則の内実に厳格性を求めれば求めるほど、そうした原則の基礎は従前の国際河川分野の学説には見出しがたいものとなる。

ただし今日両原則が区別される場合、重大損害禁止原則が「越境汚染」に関わる規範であるのに対して、衡平利用原則は「共有資源」の利用・保全に関わる規範として整理されることがある⁷⁸。この区別の根拠には2つの可能性がある。

まず考えられるのは、汚染と資源保全は法的に異なる現象であるという理解である。しかしこれまでの学説の検討からも明らかのように、もともと汚染問題は諸国の対抗的な資源の利用利益の調整として把握されていたのであり、それは包括的な利益衡量の対象であったのである。この点は、前述した「ヘルシンキ・ルール」の規定からも明らかである。同ルールは第3章において汚染問題を扱い第10条で重大損害禁止原則を規定するが、その柱書において「衡平利用原則にしたがい」と規定している。この第10条に付されたコメントリーによれば、汚染が有益な利用の副産物である限り第10条は汚染それ自体を禁じない。つまり汚染が禁止されるか否かは、①一定の重大性を有する損害をもたらすことに加えて、②衡平な利用に反すること、という二重のテストにしたがって判断されることになる。このような規定からもわかるように、従来国際河川分野においては、汚染という行為自体そうした経済利用と実質的に同一視され衡平な配分の対象となっていたのである。つまり

ここで汚染とは、河川の有する廃棄物の環境容量という「資源」の利用行為として把握できるだろう⁷⁹。したがって、汚染と資源保全の問題を法的に区別する必然性はない。

第2に、衡平利用原則は「共有資源」の利用という共通利益を基礎としている点で区別されるという理解が考えられる⁸⁰。前に引用した「ヘルシンキ・ルール」のコメンタリーからもうかがえるように、重大損害禁止原則と積極的に区別されて今日整理されている根拠はこの点にこそ見いだすことができる。つまり従前の国際河川分野における汚染の秩序の発展は、「共有資源」という利用関係の一体性の承認を背景としていた。逆にこのことは、そうした共通利益が特定されていない環境要素については、元来汚染の秩序が十分に発展しなかったことを示している。そしてこうした「共有資源」は各条約体制の形成によって特定されるのであり、その継続的な管理のためには条約体制における規律が重要となってくる。この点を次に検討していく。

第3款 条約体制による汚染の規律

絶対主権論を唱えたハーモンは、メキシコとの水利用紛争について、こうした種類の問題は新しい性質の紛争であるとしたうえで、「この問題は政策の問題としてのみ判断されるべきである。なぜなら、国際法の諸ルール、諸原則、諸先例は、アメリカ合衆国に対して何のライアビリティー、義務も課さないからである」というような意見を表明していた⁸¹。この意見が河川利用に関して国際法上の制約が全く存在しないという主張を意味する限りでは、既に20世紀半ばには学説上の支持を失ったことは前にも述べたとおりである（制限主権論の確立）。だが、この種の紛争は司法裁判による責任の追及といったリーガリスティックな手段により処理されるべきではないという限定的な意味に解するならば、様相は異なってくる。

例えば国際河川汚染の問題にとりくんだ先駆者の一人であるLesterは、汚染問題に対しては裁判プロセスよりも規律（regulatory）のプロセスが有用であることを力説した⁸²。その根拠としては、水利用の規模・態様などが随時変化していくこと、

汚染の性格が変化すること、そして国際的に決定される水質基準の動態的性格を挙げている。Lesterは、水汚染に関して国際ライアビリティーを国家が拒絶してきたことは、賠償を支払う意思はあるにしても、柔軟さを欠く法的先例に拘束されることを国家が回避してきたことを示すと理解する。そして、トレイル事件のように「複雑で一体性を有する河川流域の一部ではない、単純で明白な利用」に関する紛争はともかくとして、国際河川利用紛争の解決については基本的に行政的な規律が望ましいとしている。

やはり国際河川汚染の問題を論じた Bourne にしても、根拠はやや異なるが同様の見解を示している⁸³。彼はまず、国際河川流域に関する国際法は、「ヘルシンキ・ルール」で示されたような発展途上の原則の域をでていないと分析するが、それはおどろくべきことではないという。なぜなら各河川流域はそれぞれ独自性を有する実体であり、個々の異なる問題を扱う独自の法を必要とするからであるという。そして法の次の発展段階は、各河川流域の管理のための立法であるとする。ここでは、私権とその救済から、州・連邦による統制、そして州の間のcompactに基づく機関による管理、といったアメリカ国内水法の発展傾向が参照され、こうした国内法上の発展に指針づけられるならば、既存の河川流域に関する国際慣習法は、国際共同機関の管理をもたらす諸条約によって取って代わられるだろうと論ずる。

国際法協会（ILA）も1966年の「ヘルシンキルール」に付されたコメンタリーにおいて、司法裁判よりも協力による管理が衡平利用の達成にとってはるかに重要であることを示している。すなわち、「国際河川・国際河川流域に関する特定の紛争は、確立した国際法のもとで第三者裁判に付託されるかもしれない。しかし、国際河川流域の最大利用は共同計画 joint planning によってより効果的に確保されうる」ことを指摘している⁸⁴。その理由としては、関連する変数が多様であること、河川の状態が将来的に変化する可能性があること、積極的な国家行動をもたらす必要があること、そして河川流域の複雑性が挙げられている。

このように学説は、裁判プロセスによる国家責

任の追求に対して積極的な評価を与えることはなく、むしろ個々の河川を規律する条約体制の設立という新たな秩序の方向性を示していたのである。汚染をめぐるこのような学説の傾向は、国際河川分野においては十分に論ずる基盤があったといえよう。もともと国際河川法は、各河川流域の諸条約と各河川委員会の実践の束として発達したのであり、「ヘルシンキ・ルール」採択の際には、そうした国際河川法の一般原則といえる規範は国際法上存在しないとの否定的意見も示されていたほどであった⁸⁵。

例えば Brierly も、一般的指針として一応衡平割当原則に言及する一方で、それは河川一般に適用される諸ルールによっては解決されないものであり、各河川は個々の問題に対処するためのルールの体系と行政的管理を必要とすることを指摘していた⁸⁶。もともと汚染が本格的に問題化する以前の河川利用を論じた学説においても、河川の行政的管理が不可欠であることは広く認められていた⁸⁷。このように国際河川分野においては、もともと行政的な規律に関わる理論と実践につき一定の蓄積があり、経済的利用と実質的に同一視された汚染行為に関しても、同様の議論が展開される十分な基盤が存在したのである。

汚染問題に対するこうした行政的管理の議論の背景は2つに大別することができる。まず第1に、河川汚染をめぐる法状況が挙げられる。汚染に関する法は明確ではなく、河川利用の一般原則として発展しつつあった衡平利用原則にしても、それ自体は非常に柔軟な問題解決の指針にすぎない。こうした状況において、裁判の判断を予見することは容易ではない。この点は、裁判の合意管轄を基本とする国際社会においては、裁判利用の回避の重要なファクターとなるだろう。

またそもそも越境汚染という新しい問題に対する対処は、既存の国際法を適用する裁判官の役割でなく、基本的に立法の役割であるという認識も背景にあるようである。例えば Berber は汚染を主題とした議論ではないものの、法ルールの適用によりあらゆる紛争に対処できるという見方は国内法からの不当な類推であり、法の欠けつを埋めるのは裁判官ではなく立法者、すなわち国際条約

の締結によることを強調している。このような議論の前提には、前に言及した Brierly の見解のように、各河川流域は独自の複雑な利益関係を有しており、基本的には個別の法（条約）による対処が必要である、という国際河川法の通説的理解が影響しているように思われる。もっとも、各河川流域につき合意が進展し、ある程度明確なルールな規定されれば、法の状況を根拠とするこうした司法裁判否定論は克服される見込みはあるといえる。

しかし第2に、行政的管理の議論の背景においては、汚染問題の解決には継続的な規律が不可欠であるとの認識が強く働いている。そもそも衡平原則の基本的性格からも明らかであるように、同原則に基づく河川管理は多様なファクターに依存した技術的にも複雑なプロセスとしての性格を有する。これに対して義務違反の認定と国家責任の追及という伝統的な司法的手段は、せいぜいそうしたプロセスのごく一部を構成する単発的な対処にとどまるといえよう。「共有資源」の最大利用を確保するためには、継続的な規律が必要なのである。そして次章で述べるように、実はこの点はトレイル判決が明白に示したことでもある。

このように国際河川汚染をめぐる従前の学説は、損害禁止原則の設定とその違反に対する国家責任の追及という「越境汚染の国際法」の枠組を克服するような、新たな秩序の議論を展開していた。形式論理的には伝統的な法の適用は排除されないが、むしろ汚染という問題の実質に照らした「共有資源」の継続的管理のため、個別の条約体制を通じた規律による一般国際法秩序の克服が論じられていたのである。

ここでは衡平利用のような原則の意義についても、裁判規範として理解する意識は希薄である。Berber の言葉を借りれば、その意義としてはむしろ、①国内管轄に属する事項であるとの主張を妨げ国際機関による行動の途を開くこと、②双方に公正なアレンジメントを、また条約の形成において国際法に継続的な影響を与え、一旦条約が締結されれば条約解釈の補助手段となること、といった点に着目される⁸⁸。こうして「ヘルシンキ・ルール」に規定された衡平利用原則は、個別の条約体

制における規律の指針（後述する「アプローチ」）として理解することができる。

第4款 小活

国際河川分野の従前の学説は、汚染という新たな問題に対して、法の手がかりを既存の法原則に求める一方で、共通利益を基礎に衡平利用原則という独自の原理を發展させ、「共有資源」の最大利用を目的とした条約体制による行政的規律という新たな秩序の方向性を示してきた。汚染問題に関しては、「越境汚染の国際法」の理論の基本構造、すなわち損害禁止原則の確立とその違反に対する国家責任法の適用という伝統的な一般国際法秩序は、むしろ機能する内実を欠いていたのである。

そしてこのような汚染の秩序の方向性は、唯一の越境汚染の国際判例であり、「越境汚染の国際法」が依拠するトレイル判決においても示されていたのである。次にこの点を検討しておこう。

第4節 トレイル溶鉱所仲裁判決の評価

まず事件の概観を簡単に述べておく。トレイル溶鉱所事件は、1925年以降カナダのコロンビア河畔に設置されたトレイル溶鉱所から排出された亜硫酸ガスが、国境を接する米国ワシントン州の農地・森林に重大な損害を与えたという事実に関する事件で、両国は1928年に「米加境水条約」（1909年）に基づく国際合同委員会に紛争を付託し勧告をえたが、汚染の事態が改善しないため、1935年に紛争処理条約を締結し仲裁裁判に付託することとした。付託事項の概要としては、①1932年以降トレイル溶鉱所を原因とする損害は発生しているか、またそれに対していかなる賠償を支払うべきか、②①が肯定される場合、溶鉱所は将来の損害発生の抑止を求められるか、またそれはどの程度か、③②に照らして溶鉱所はいかなる管理措置・体制を求められるか、④②及び③の問題に対する判決のためにいかなる賠償が払われるべきか、の四点となっている。なお1932年以前の損害の賠償に関しては、既に国際合同委員会の最終判決の結果、カナダはその責任を了承していた。また、国際法とともにアメリカ合衆国の国内法が本

件に適用されることも合意されていた。中間判決・最終判決の結果、①については一部の時期に関してカナダの賠償責任とその額を確定し、②を肯定したうえで、③につき具体的な指針を示したうえで溶鉱所の管理体制の設置を命じ、④に関しては体制確立後の損害等につき賠償の支払われることを認めた。

前述のように、同事件は環境保護に関わるリーディングケースとして、重要な位置づけを与えられている。越境汚染を主題とした唯一の国際判例ということもあってか、汚染に関する研究においてこの事件に言及されないことはほとんどない。しかし他方では唯一の判例であったことが、論者がこの事件に過度の内容を見出す傾向を生み出してきた。

一般にこの判例の意義として理解されているのは、国際法の原則としてのトレイル原則の表明であり、以下のパラグラフは非常に多く引用される。

「アメリカ合衆国の法は勿論のこと、国際法の諸原則によれば、煤煙による損害が深刻な結果をともしない、また当該損害が明白かつ確信的な証拠により立証される場合には、いかなる国も他国領土において、或いは他国の領土に対して、また或いは他国内の財産もしくは人身に対して、煤煙により損害を生ぜしめるような方法で自国の領土を使用し、またはその使用を許容する権利を有しない。」⁸⁹

だが問題はこの国際法の規範がいかに導出されたかという点である。

裁判所はまず学説とアラバマ号事件などの国際判例を挙げながら、他国とその領域を尊重する義務という国際法の一般原則を確認する。そしてスイス連邦裁の判例をあげ、同原則がいかなる影響の抑止を求めるような絶対的な規範ではないことを示す。そのうえで裁判所は汚染を主題とした国際判例を求めるが、大気汚染・水汚染ともに国際法上そうした先例はないと認定する。そこで裁判所は汚染を主題としたアメリカ連邦最高裁の国内判例をいくつか検討し、損害の深刻性の要件や明白な証拠の要件などを確認していく。そしてこれらの判例は全体として以下の結論を基礎付けるとし、上記のトレイル原則のパラグラフに連なるの

である。問題はこれらのアメリカの国内判例から、なぜ「国際法」の原則としてのトレイル原則が導き出されるのかにある。

この点につき裁判所は以下のような指摘をしている。「大気汚染の問題につき、連邦の諸州の準主権を扱う際に米国で従われている法は、…国際法の一般ルールに合致する。」⁹⁰ これだけでは根拠は明確ではないが、さらに次のような箇所がある。「国際法において反対の内容のルールがない…限り、連邦の州間の紛争或いはそうした州の準主権に関する紛争を扱う際に裁判所で確立された先例につき、国際裁判においてそれに類推的に従うことは合理的である。」つまり、連邦内の州の間の規範は、基本的に国家関係に対しても類推できるという論理を展開しているのである。こうした裁判所の論理に対しては、国際社会と国内社会の差異をあまりに軽視するものであると批判がなされる。しかも裁判所が引用した米国内判例の中には、州の権利ではなく連邦の権限に関わるものが挙げられており、論理的にも欠陥がある⁹¹。

このように国際法の原則としてのトレイル原則は、国際的な先例が全くない状況において、裁判所による必ずしも確固としていない論理により国内判例から類推的に導き出されていたのであり、そもそも越境汚染に関わる国家責任の先例としての価値についても疑念にさらされるのである。

むしろトレイル原則の認定は、同地域の汚染問題に対する規律を及ぼす必要から生じたとする理解もみられる⁹²。もともとカナダは損害に対する賠償責任自体を事前に認めていたこともあって、裁判所の任務の重点はむしろ汚染の継続的な規律の確立にあったものと理解できるのであり、実際裁判所の審理の大半はそこに向けられていた。つまり裁判所の任務はそもそも法の適用による権利・義務の確定ではなく、付託合意に示された「すべての関係者にとって公正 just な解決」を図ることにあったのである。

そもそもトレイル原則を認定するパラグラフは、金銭賠償に関連した部分ではなく、将来の損害抑制の義務の存否と管理体制の確立に関連して言及されたものであった。裁判所が単純に加害国対被害国という図式でこの問題を捉えていたわけでは

なく、継続的な規律の必要性を認識していたことは、以下のパラグラフからも明らかである。「目下のところは、カナダの企業の操業によりアメリカの利益が侵害されたと主張されるかもしれないが、将来いつかアメリカの企業によりカナダの利益が侵害された主張されるだろう。」⁹³ つまり国際河川分野における「共有資源」の承認に類似するような利用関係の相互依存性・一体性が認識されており、このような観点から将来の規律の継続的な指針としてトレイル原則が示されたと考えることができる。

そしてこの原則の本質は、事実上の損害の回避というよりは、むしろ利益衡量にあったというべきであろう。裁判所は「農業共同体の利益が誇張されることで工業の営みが阻害されることは関連両国にとって利益ではない。同様に、農業共同体が工業利益によって抑圧されることがあればそれも両国の利益ではないだろう。」⁹⁴ との認識を示し、さらにトレイル原則を認定した直後のパラグラフで以下のように述べている。「(引用された) 連邦最高裁の判決…とそれにより示された解決策は、以下に述べる (管理) 体制とともに、少なくともコロンビア河渓谷の現在の状態がつづくかぎり、「すべての関係者にとって公正」であると考える。」⁹⁵ こうして、自然状態等の変化を考慮しつつ、両国の農業利益・工業利益の調整を継続的に図るという将来の規律の指針が示されたのである。

このように「越境汚染の国際法」の理論が依拠するトレイル判決自体、損害禁止義務の認定と国家責任による対処という汚染の法秩序の確固とした基盤を提供していたわけではない。むしろ利益衡量という規律の指針と、そうした指針に基づく継続的な管理という、国際河川分野の検討で明らかにされたような秩序の原型が既に示されていたのである。

第5節 小括

以上のように、ストックホルム会議以前の時期に越境汚染の研究がすすんでいた国際河川法の学説、そして越境汚染に関する唯一の国際判例であるトレイル判決を検討してきたわけだが、それらは今日の「越境汚染の国際法」の理論の確固とし

た基盤を提供するものではなかった。そもそも越境汚染の問題は、リーガリスティックに処理される問題であるというよりは、行政的な規律により対処される問題であるという認識が示されていた。つまり汚染問題は、単に加害国対被害国という単発的な関係の問題ではなく、「共有資源」の継続的管理の問題として理解されるのである。

こうして汚染問題の実質に即した議論が展開された国際河川分野の理論は、今日「共有資源」の問題として区別して整理されてしまうために、「越境汚染の国際法」の理論の内実がかえって汚染をめぐる国際実践と剥離し、また実質的な機能がのぞみがたいものにとどまってしまうている。「ストックホルム宣言」第22原則の規定は、かかる法の実情をうかがわせるものである。「越境汚染の国際法」は、伝統的な法に環境法秩序の手がかりを求める形で構築された理論であったわけだが、それは汚染問題の実質と剥離した観念的な性格を帯びていたために、機能する内実を欠いてしまっているのである。

今日の国際環境法秩序は、こうした伝統的法秩序の機能不全に直面するなかで構築されてきた。その構造を理解するための手がかりは、むしろ国際河川の学説において示されていたような秩序の発展方向に見いだすことができるのである。最後に次章でこの点を検討していこう。

第5章 国際環境法秩序の特質

第1節 国際環境法秩序の基本構造

第1款 国際協力の法としての国際環境法

「ストックホルム宣言」第22原則は環境損害に関する国家責任法の不完全さを示すものであったが、同時に法のあるべき発展の方向性を示すものでもあったことはたしかである。「越境汚染の国際法」の議論がその典型であるように、従来から環境問題については一般国際法たる国家責任法による対処に焦点をあてた理論的研究が少なくない⁹⁵。

このような学説の傾向は、リーガリスティックな方向で環境問題を理論的に把握しようとする試

みであり、とりわけ法としての性格につき疑念にさらされることの多い国際環境法という法分野の発展にとっては、少なからぬ意義があることは認めなければならない。しかしそうだからといって、環境分野においてこうした理解を当然の前提とすることはできない。その根拠は、環境問題においては因果関係の証明や加害国・被害国の特定等の要件の充足が困難であるといったような、国家責任法自体に内在する理論上の限界にとどまるものではない。そもそも汚染問題は、「共有資源」のように一体性を認められた環境要素に関する継続的管理の問題として認識されていたのである。

国際環境法がしばしば「国際協力の法」といわれるのも、このような実践・理論の現状を反映している。こうした点を強調する論者は、ストックホルム会議を契機として出現した国際環境法の焦点は、条約により設立された制度枠組やソフトな手続を通じた環境の継続的な規律にこそ見いだるのであって、国家責任法や司法裁判プロセスといった国際法の伝統的制度は完全にこそ排除されないとしても、少なくともその意義はかなり後退していると考えている⁹⁷。つまり今日の国際環境法秩序において、伝統的な法の枠組の機能は相当に限定されたものであると理解されているのである。

例えばPalmerは、環境保護はまさしく規律の体系(regulatory system)を要求するが、国際慣習法はそれへと転化することはないとし、伝統的な「越境汚染の国際法」の限界を指摘する⁹⁸。またBrownlieも、国際慣習法は社会設計の手段としては限界があり、環境保護においては新たな制度・基準・地域体制が必要であると指摘する⁹⁹。このように国際環境法は、一定の共通利益を基礎とした制度としての法であると認識が示されているわけである。このような議論は、衡平利用という指針に基づく行政的管理に焦点をあてた国際河川分野での議論に基本的には連なる。そしてそれは、国際環境法秩序の構造の独自性を語る視点をもたらすものである。この「国際環境法」の構造を分析していくにあたっては、以下の「アプローチ」・「原則」という概念が手がかりとなる。

第2款 「アプローチ approach」・「原則 principle」

国際環境法においては、しばしば「アプローチ」という言葉が登場する。予防原則に関する学説や国際文書上の規定例をみても、「予防的アプローチ precautionary approach」という語が頻繁に登場する。しかし学説上、「アプローチ」と「原則」は厳密に区別されてきたとはいえない。

もっともそうした区別を意識する論者がいないわけではない。例えば Hey は、「原則」を「国際環境政策の発展の指針として採用された一般ルール」とする一方、「アプローチ」を「環境問題の考慮・対処の態様」として定義する¹⁰⁰。

また両語の相違は、特に漁業分野において予防原則の適用が語られる場合に問題とされている。すなわち、汚染分野でみられるような厳格な予防原則の適用は、漁業の経済的混乱と停滞を招くとの懸念から、漁業管理にはより柔軟な「アプローチ」が要求されるとの議論がみられる。こうした観点から Macdonald は、海洋汚染の文脈においては特定の規制上の禁止措置を要求する予防「原則」が、そして漁業管理の文脈においては経済的・社会的考慮を許容する政策上の指針としての予防「アプローチ」が発展していることを指摘している¹⁰¹。だが国際文書における規定例などをみると、汚染問題に関しても予防「アプローチ」という文言はみだすことができる¹⁰²。

こうして「アプローチ」・「原則」の区別の基準は一義的とはいえないが、少なくともたしかなのは「アプローチ」はそれ自体国家の行動を直接的に拘束するような法規範としてはみなされていないという点であろう。むしろ「アプローチ」とは問題に対する接近方法を単純に意味しており、いわば法に外在的な概念である。しかしながらそれが、関連国による規律（立法・行政）の発展方向に指針を与えるという意義を有することも否定できない。前述したように、自然環境や利用利益の動態性や複雑性を背景とする河川利用や汚染問題に対しては、国家行動の態様を厳格に指示するような一般ルールは発展せず、むしろ利益衡量という問題への「アプローチ」のもと、具体的な規律は各条約体制における諸国の合意と継続的管理に委ねられるという秩序の構造が示されていた。

同様の問題を扱う国際環境法秩序も、形式的には同じ基本構造を有しているものと考えられるのであり、「アプローチ」という言葉が語られる意味もそこにある。

こうした「アプローチ」の内容は、各環境条約体制において「原則」として実定化される可能性をもつ。「原則」も国際環境法においては重要な概念であるが、場合によってその意味は異なり、単なる政策目標や本稿でいう「アプローチ」の意味で用いられることがある。こうした現状は、「国際環境法においては「原則」という語が節度なく不明確に用いられている」との懸念すら生みだしている¹⁰³。ただこのように「原則」が重要視されていることは、「環境保護」という国際的価値を背景として提唱される一般的な指針が、法の形成を方向づけているという国際環境法秩序の特質を反映している。国際環境法学者が、理念や原則を謳うにすぎない「ストックホルム宣言」や「リオ宣言」を重視するのもこのためである。

それでは条約体制において「原則」はいかに機能するのか。Nollkaemper によれば、汚染条約体制において「原則」には3つの機能が認められるという。第1に汚染の許容性に関して最低限の指示を与えること、第2に特別ルールの基礎を構成しそれを通じて自己の内容を実現すること、第3に特別ルールの解釈・適用のための背景を構成すること、の3点である¹⁰⁴。多数国間条約体制は、条約の基礎となる共通利益、その実現の指針となる原則、そしてそれを具体化する準則（特別ルール）から構成されていると考えることができるが¹⁰⁵、上記の3つの機能はそうした構造に即して把握することができる。こうした条約体制における機能を通じて、「アプローチ」は環境法規範の発展を具体的に方向づけていくのである。

なお「アプローチ」に関してはその正当性が問題となる。例えば防止原則をめぐる従来の議論においては、まず一般国際法上の防止原則の確立が前提とされ、各条約体制における事前防止の基準・準則の設定はその具体化として把握された。しかし基本的に特定の規律の指針が条約体制の「原則」として採用されるのは、その指針が一般的な法的拘束力をもつからではなくて、正当な「アプロー

チ」として当事国が認めるためである。

以上のように、「アプローチ」・「原則」という鍵概念を手がかりに、従前の国際河川分野の学説で示されていたような、国際環境法秩序の基本構造を説明づけることができるのである。

だが国際環境法における「アプローチ」や「原則」の内容に着目してみると、従来の国際河川分野とは異質の内容の指針が発展しているのである。つまり正当な「アプローチ」が異なる。この点を次に検討していこう。

第3款 事前防止アプローチ

ストックホルム会議以降の学説の傾向に着目してみると、国際河川分野の学説ではあまり強調されなかった観点から、国家責任法による対処の限界が指摘されていることがわかる。それは環境損害の発生の事前防止という観点であり、問題解決への事前防止アプローチが国際環境法の特質として当初から指摘されてきた。

例えば Bleicher は、すでに発生したか或いは急迫した法的損害の救済に焦点をおく不法行為（国家責任）理論とは対照的に、環境規制はやがて法的損害をもたらすであろう活動や、重要な生態系の連結性を破壊するであろう活動を事前に防止・修正することを目的としている、と述べている¹⁰⁶。また Levin は、環境問題の要求に対応する行動を促すには責任・ライアビリティーの原則はあまり有益ではなく、事前防止のための諸規範が環境保護に要求されているとする¹⁰⁷。また環境損害に対する国家責任に着目される場合であっても、環境損害の事前防止の向上という機能が強調されるようになっている¹⁰⁸。

このような国際規制の方向性は、ストックホルム会議を契機として頻繁に国際社会において表明されている。「ストックホルム宣言」自体も、例えば第7原則は海洋汚染の事前防止を規定し、第15原則、第18原則は、環境への悪影響の回避に言及している。その後も例えば、1975年のヨーロッパの安全と協力に関するヘルシンキ会議において、「環境への損害は、防止措置により最大限回避されねばならない」ことが表明され¹⁰⁹、1982年のUNEP（国連環境計画）ナイロビ宣言の特別セッ

ションにおいても、「環境損害の防止はすでに発生した損害の困難かつコストのかかる回復よりも「のぞましい」とされた¹¹⁰。また1979年のジュネーブの世界気候会議でも、気候への人間活動の影響を予見し防止する必要性が認識された他、環境安全保障などについて話し合った1988年のUNEPなどによる国際会議においても、生物多様性、温暖化、オゾン層の破壊などの重大な問題に対して、「現在の“react and correct”の姿勢は不適当であり、“foresee and prevent”の政策にとって代わられねばならない」とされたのである¹¹¹。

以上のように、その実定性はともかくとして、国際環境法の基本原則が環境損害の発生の事前防止にあることは広く認められている。そしてそのような観点からも一般国際法による対処の限界が認識され、事前防止を目的とした規律の発展の必要性が国際的にも表明されてきたのである。例えば「ストックホルム宣言」第24原則は以下のように謳っている。

「環境の保護と改善に関する国際問題は、国の大小を問わず、平等の立場で、協調的な精神により扱わなければならない。多国間取り決め、二国間取り決めその他の適当な方法による協力は、すべての国の主権と利益に十分な考慮を払いながら、すべての分野における活動から生ずる環境に対する悪影響を防止し、除去し、減少し、効果的に規制するため不可欠である」

こうしてストックホルム会議以後飛躍的に増大した環境条約についても、責任に関する法が機能する内実を欠いていた状況において、事前防止のための規律を設定してきた点に意義が見出される。なかでも条約中の脚注において「本条約は損害に関する国家のライアビリティーに関するルールを含むものではない」と規定する「ECE長距離越境大気汚染条約」（1979年）は、そうした条約の典型としてしばしば言及される。つまりこれらの環境条約においては、事前防止が条約体制における規律の指針となっているのである。

それではなぜ事前防止という指針が、正当な「アプローチ」として広く認められるようになったのか。なぜ利益衡量アプローチではないのか。その背景には環境理念の変容があるものと考えら

れる。つまり、国際環境法秩序の基礎にある「環境保護」という国際的価値の性格が関わっているものと理解できるのである。

第2節 「環境保護」という国際的価値

第1款 環境理念の変遷：「生態系」としての環境

国際環境法とは端的に言えば「環境保護」を目的とする国際法である。それでは「環境保護」とは何か。例えば「資源保全」と同義なのか、或いはそれとはいかなる意味で異なるのか。この点は基本的には環境倫理の問題であり、理念的な問題である。

学説上この環境理念の問題が論じられる場合、いくつかの軸が認められる。まず環境要素の保護が基本的に人間の利益に基礎づけられているか否かをメルクマールとした、「人間中心主義 anthropocentrism」と「非人間中心主義 non-anthropocentrism」という区別がある¹¹²。例えば Gillespie は、前者に属するものとして、自己利益、経済的根拠、宗教、美学、文化、リクリエーション、そして将来世代の権利を根拠とする保護を挙げ、後者に属するものとして、動物の道徳的考慮、生命の尊重、土地倫理に基づく保護を挙げている。

また同様の軸に依拠しながら、やや異なる整理をするのが Hohmann であり、「人間中心主義」のほか、「環境中心主義 ecocentricism」、「修正された人間中心主義 reformed anthropocentric approach」を挙げる¹¹³。「環境中心主義」は植物や動物にも法的権利があるとするという理念であり、Stone の木の原告適格の議論がその典型であるが、Hohmann はこうした理念に対して否定的であり、動植物を含めた環境それ自体の価値を根拠とした保護の理念を認めつつも、そうした動植物の保護は信託者 (trusteeship) としての人間により確保されねばならないとする。そうした観点から彼が提唱するのが、「修正された人間中心主義」という理念である。

なお Gillespie は国際環境法における支配的な理念はあくまで「人間中心主義」であるとし、Hohmann はストックホルム会議を契機として「人間中心主義」から「修正された人間中心主義」

への転換がなされたと理解している。

またとくに生物資源・自然保護に関連して、「経済功利主義 economic utilitarianism」と「保存主義 preservationist view」という区別がなされることがある。Handl によれば、「経済功利主義」は経済開発への制約はあくまで将来的な経済活動の持続の必要に根拠づけられるとする理念である¹¹⁴。一方「保存主義」は、環境それ自体の価値に基づいて経済開発が制約されるとする理念である。つまりそのメルクマールは、これらの生物にもっぱら道具的価値をみるか、それともそれ自体に内在する固有の価値をみるかにある¹¹⁵。この「経済功利主義」と「保存主義」との区別は、前にみた「人間中心主義」と「非人間中心主義」或いは「修正された中心主義」との区別と相当に重なり合うといえよう。

なお Handl は、「持続可能な開発 Sustainable Development」の理念が1992年の国連環境開発会議(以下リオ会議)で広く支持された要因をその「経済功利主義」的性格に求めており、今日の国際社会では「経済功利主義」が支配的と考えているようである。

これらの議論をみると、「経済功利主義」・「保存主義」のいずれが国際社会において支配的であるかについては論者の理解は必ずしも一致しないが、今日ではいずれの理念も認められると考えられている¹¹⁶。つまり環境の道具的価値のみならず、それ自体に内在する「固有価値 intrinsic value」も認められるようになっている¹¹⁷。もっともここで環境の「固有価値」といっても人類の利益に対して必ずしも対抗的な価値を意味せず、人類も含めたすべての自然の要素が連関する一体としての生態系に対する価値として理解するべきであろう¹¹⁸。

ここではこうした価値に基づく理念を、「生態系保存主義 ecosystem preservationism」と呼ぶことにしよう。「生態系 ecosystem」や「生物圏 biosphere」の概念も、国際環境法の鍵概念である。例えば Kiss は、独立した法分野として国際環境法を語りうるのかという問題提起をしたうえで、環境法を構成する諸ルールの間を結合するのはそれらの目標、すなわち「生物圏」全体の保

護という目標であるとする。それゆえ国際環境法は、「生物圏の本質的な生態学的均衡を保護する国際公法の諸ルール」から構成されると定義される¹¹⁹。またSchachterも、ストックホルム人間環境会議においては、総体としての「環境」、すなわち「生物圏」の概念が表明され、「生態学的安全保障ecological security」という概念が発展したと指摘している¹²⁰。ストックホルム会議の成果を総括したMcCormickの言葉を借りれば、「自然保護や天然資源保全という限定的なものから、人間による生物圏の管理失敗というもっと包括的な視点へと思考が発展した」¹²¹というのが、環境保護に対する国際的関心の本質であったのである。或いは『Oppenheim国際法』第9版の言葉を借りれば、「特定の国家の特別な経済利益に直接関係しない環境一般に対する損害によって、より広範な関心事が提起された」のである¹²²。

国際社会におけるこうした環境観の転換や理念の発展において、重要な役割を果たしたと考えられるのが、1968年にUNESCOで開催された「生物圏資源の合理的利用と保全のための科学的な基礎に関する政府間専門家会議（以下生物圏会議）」である。同会議は生態圏管理の科学的側面に焦点をあてた国際会議であり、その多くが政府代表を兼ねた科学専門家が62カ国から集まった。その第一の目的は、「生物圏のよりよい理解を導く「生態学的思考」の風土を醸成すること」¹²³にあり、「生物圏」・「生態系」の視点に基づくストックホルム会議の作業の基礎を、科学的な観点から提供したのである。そしてこのような生態学的連関の維持という環境要素を横断する視点がもたらされることではじめて、各環境分野を越えた国際環境秩序の共通原則が語られ、体系化される基盤が準備されたということができよう。

こうして国際環境法の基礎にある価値に着目することで、国際河川汚染をめぐる従前の国際法秩序との異質性を語ることができる。つまり国際河川分野においては共有「資源」の利用に視点が限定されており、衡平利用原則は「各流域国に対して最小限の害をもって最大限の水利用の利益をもたらすこと」という「経済功利主義」の理念に基礎づけられていると理解できる。環境問題に関わ

る国際法規範で、その実定性が今日広く認められた数少ない法原則の1つである衡平利用原則が、環境保護の観点からしばしば否定的な評価を与えられるゆえんである¹²⁴。このように基礎にある環境理念の性格が異なるため（「資源」としての価値・「生態系」それ自体としての価値）、正当な「アプローチ」が変容し、条約体制における環境規範の発展の方向も異なっていくのである。この点について、次にさらに考察していこう。

第2款 環境理念と国際法秩序との関係

前述したように、従来国際河川分野においては汚染問題は「資源」利用の問題であった。その前提として、汚染物質の排出行為は、河川の自然の浄化能力である「環境容量」¹²⁵という「資源」の利用行為として把握できる。「環境容量」は環境への国家の排出行為を正当化してきた概念であり、排出の「権利」を示唆する¹²⁶。予防原則の起源となった海洋汚染分野においても、当初はこの「環境容量」に基礎づけられた規制アプローチを支持する国家がみられ、海洋はいわば廃棄物処理の場としての位置づけを与えられてきたのである¹²⁷。こうした指針が正当な「アプローチ」として認められている背景では、資源の最大利用を志向する「経済功利主義」の理念が作用している。

「経済功利主義」とは、経済開発に対する制約はあくまで環境の道具的価値の実現・確保に根拠付けられるとする環境理念である。衡平利用原則という利益衡量のアプローチが発達した国際河川分野においては、国家行動に対する制約は資源利用に関する国家の利益に基礎づけられている。つまり「資源」に対する各国の権利を実現するために、相互に一定の制約が求められるのである。このような「権利」の実現のうえでの諸国の相互依存性を表現したのが、「共有資源」という概念にほかならない。

このように「経済功利主義」の理念のもとにおいては、「資源」としての環境観とその利用に関する国家の「権利」を中核として秩序が構成される。そして「権利」が強調されることからもうかがえるように、規律の方向としては国家に対する制約は最小限であるべきであるとの原理が強くは

たらくといえよう。

これに対して「生態系」の価値が承認されることは、国際法秩序の発展においていかなる意味を有しているのだろうか。前にも述べたように、「生態系保存主義」の理念と、衡平利用原則の基礎にある「経済功利主義」の理念は、経済活動に対する制約が生態系それ自体の価値によって基礎付けられるか、或いはその道具的価値によって基礎付けられるか、という基準によって区別される。しかしここで「保存」という理念が経済利用の完全な排除を意味しないため、両理念の間の境界は必ずしも明確ではないのではないかという批判が考えられる。だが少なくとも指摘できることは、「生態系」という実体の有する性質が、国際法秩序の発展方向に作用するという点である。

第1に「生態系」概念は、全体性・一体性を含意する。例えば前述した1968年の生物圏会議においても、「生物圏は全体として発展し全体として機能する」ことが示されていた。したがって「生態系の保存」は、人工的な国境を越えた一体としての自然環境を保護することを意味するのであり、国際協力が不可避的に要求されることになる。こうして国際環境法の特質として、「生態系の一体性などが認識され特定の環境要素が諸国のコモンズとして位置づけられることにより、各国の開発・利用に関する自由への制約が導かれる」という点が指摘されたり¹²⁸、「保護の対象たる環境が生態学的な一体性を有している一方で、行政はそれぞれの領域国家に分断されているというギャップを架橋することに「国際環境法」の存在意義がある」、などと論じられるのである¹²⁹。すなわち一体としての「生態系」・「生物圏」の認識は、国際法の規律構造に作用しているといえるだろう。通説的な「越境汚染の国際法」や従前の国際河川法の構造が、基本的には対等な権利相互の調整・相対化をその本質としていたのに対して、国際環境法においてはそうした権利に対していわば外在的な環境の国際的価値によって国家の義務が基礎づけられるのである¹³⁰。

第二に「生態系」概念は、脆弱性を含意する。生物圏会議においても「生態系」に一定の適応性・柔軟性があることは認められているものの、そう

した能力には限界があり、自然の微妙な均衡が不可逆的に破壊される脆さを併せ持つことが認識されている。この点は、生物種の絶滅の例を考えると理解しやすい。こうした脆弱性・不可逆性から、環境への損害の発生自体を事前に防止することが不可避的に要求されることになる。つまりそうした損害の発生は、「発生すべき事態ではない」ということである。また国際司法裁判所も1997年のガブチコボ・ナシュマロス・ダム事件において、「環境への損害がしばしば回復不可能であり、またこのタイプの損害の賠償の仕組に本来的に伴う限界を考慮すると、環境保護の分野においては、警戒 vigilance と事前防止が要求される」(パラ140) ことを認めている¹³¹。

第三に「生態系」概念は、複雑性を含意する。そもそもエコロジーという発想は生態学という学問に由来するが、各生物種や環境要素間の相互作用や有害物質の悪影響の厳密な科学的解明は至難の作業であり、「生態系」に関する科学的知見の限界ははやくから認識されていた。こうした「生態系」の性質から、第一に科学的知見の発展が要求され、モニタリングや科学的調査などの面における国際協力手続が国際環境法の不可欠の要素となっている。またそうした知見の進歩に迅速に対応した国際規制を可能とするため、「枠組条約＝議定書」方式が広く採用されている。他方で第二に、そうした科学的知見の発展をただ待つばかりではなく、科学的不確実性の残る段階から事前防止行動をとるべきとする予防の原則が要求されるようになっている。これは前述の「生態系」の脆弱性も考慮されるためであり、予防原則の規定例においても損害の「回復不可能性」に言及されることが一般的である。

このように、その維持が国際的価値として承認されるようになった「生態系」それ自体の性質から、国際環境法規範の発展の方向性が説明されるのである。国際河川分野においては汚染はもっぱら「資源」利用の問題として把握されたために(「経済功利主義」)、衡平な配分というアプローチが発展した。それに対して国際環境法においては、汚染が「生態系」の維持というより包括的な観点において把握される結果、事前防止や予防といっ

た規制論理によるアプローチが発展している。同じく「汚染」という問題を対象としていても、その基礎にある環境理念の転換により問題の性質理解が変容するため、問題へのアプローチ、すなわち法の発展の方向性が異なってくるのである。

この点をさらに法構造の面で敷衍すれば、「経済功利主義」の理念のもとにおいては、国家の義務は「資源」利用の国家の「権利」それ自体を前提とするのに対して、国際環境法においては「生態系」といういわば外在的な国際的価値に国家の義務が基礎づけられる点に特徴があり、規範の内容も生態系それ自体の性質から方向づけられる。こうした特徴ゆえ、そこには国家行動に対する制約がより強化される契機が含まれているといえるが、それは同時に環境規範が国家主権と鋭い相克関係に立つことも意味している。「ストックホルム宣言」第21原則は、そうした相克関係を端的に表明したものであると理解できよう¹³²。

第3節 小括

伝統的な一般国際法秩序の機能不全に直面しつつ形成されてきた国際環境法秩序の基本構造は、各条約体制における規律に特徴づけられる。これらの各条約体制を「国際環境法」という1つの法分野として把握しうるのは、「生態系」に対する価値の承認に基礎づけられている点で共通するためである。こうして国際河川分野においては汚染問題は「共有資源」の管理の問題であったのに対して、国際環境法においてはそれは「生態系」の管理の問題として把握される。このようにその基礎にある環境理念の性格が異なるため、正当な「アプローチ」、すなわち規律の指針の内容も異なる。こうした「アプローチ」の内容は各条約体制において実定化されることで「原則」として機能し、そうした条約実践を基盤として徐々に国際環境法という法秩序が内実を備えていくことになる。

国際環境法の発展の特徴は、こうした理念やアプローチの提唱に先行されて秩序形成が進展するという点にある。「環境」の利益をはじめて謳ったストックホルム会議の意義は、「生態系保存主義」という新たな環境理念を提唱し、「あるべき法」の方向性を国際社会に示した点にある。その

意味で、「ストックホルム宣言」のような非拘束文書は国際環境法秩序の発展の原動力となっているのである。

ただ以上のような国際環境法の基本構造は、その脆弱性を表してもいる。第1に、事前防止や予防といった「アプローチ」が、具体的な規律体制においていかに実定化され具体化されるかは、結局は関連国による交渉と政治的合意に委ねられている。第2にこうした理念やアプローチが条約体制において実定化され具体化されたとしても、違反の帰結を規律する責任の二次ルールを欠けば、法の内容の実現を担保することができない。この点につき環境条約体制においては、国家報告制度や「不遵守手続」といったソフトな法制度の発展をみることができるが、この点を根拠に環境義務の法としての性格に対する疑念が提起される可能性は否定できない¹³³。国家責任法によって環境問題に対処しようとする議論が依然として根強いのもこのためであるといえよう¹³⁴。しかしながら、自然環境や関連利益の動態性・複雑性等を背景とする汚染問題に関しては、継続的な交渉や審査が可能な柔軟な規律の枠組が志向されてきたということが現実なのである。それが国際環境法秩序の現実であり、また限界でもある。

結論

予防原則の学説の多数説は、環境条約上の環境損害防止義務を、トレイル原則の延長上にある防止原則としてとらえ、さらに予防原則も連続的に理解している。その典型的な議論が、「危険の重大性が大きなものであれば、それだけ活動と損害との間の因果関係の証明の負担は軽減される」といったものである。しかしこうした議論は、伝統的な一般国際法秩序による環境問題への対処をいわば無批判的に理解の前提としたもので、そうした伝統的法秩序の機能不全に直面するなかで形成されてきた国際環境法秩序の特質に着目する視点を欠いている。

国家の経済的利用の「権利」に外在的な「生態系」の維持を目的とした環境条約体制においては、本来そうした「権利」間の調整において機能した

損害の「重大性」の基準が適用される必然性はなく、実際環境条約の防止義務の規定は「重大性」の要件には言及しないのが一般的である。また予防原則の規定において一般的にみられる損害の「回復不可能性」という文言は、「重大性」の基準の厳格化を意味するというよりは、むしろ「生態系」としての環境の特性に基づいた事前防止アプローチの正当性の根拠を示したものであるとして理解すべきであろう。したがって上のような典型的議論は不正確であるといわざるをえないのである。

予防原則の国際慣習法化を主張する論者が依拠する「リオ宣言」第15原則は、文言を読めばわかるように、それ自体で国家行動を制約するような一般法規範を表明するものではなく、予防が正当な「アプローチ」であることを謳っているのである。この「予防アプローチ」は、各条約体制において実定化されることで、はじめて「原則」として具体的な規律原理の機能を果たす¹³⁵。つまり「予防アプローチ」は、条約体制において規律の指針として機能することで環境法規範の発展を方向づけていく点に意義がある。このように、一般国際法上の規範とされるトレイル原則と、環境条約体制の規律の指針である予防原則とを連続的に理解することは適切ではないのである。

最後に今後の課題として、同じく「リオ宣言」で表明された「持続可能な開発」の理念について言及しておきたい。「リオ宣言」を採択した1992年のリオ会議においては、「国際環境法」から「持続可能な開発分野の国際法」への再構成の必要性が表明されたわけだが¹³⁶、それでは「環境保護」と「持続可能な開発」の理念がいかに異なるのかという点は依然明確ではない。ただ少なくとも確かなことは、同理念の提唱を契機として、国際環境法の存立基盤の脆弱性という問題が学説上一層注目されるところとなっているということである。しかし予防原則の国際慣習法化を主張する論者は、「リオ宣言」第15原則の意義を強調する一方で、同じ「リオ宣言」が同理念を表明したこととの関連性についてはほとんど議論していないのである。

この「持続可能な開発」の理念については、「環境」の利益と「開発」の利益とを1つの概念の

もとに統合したものであるといわれることがある¹³⁷。だが「環境」と「開発」の本来的な相克関係に鑑みると、こうした理解に基づく限り同理念が提唱されたことの積極的意味を見いだすことは困難である。むしろ本稿の検討をふまえると以下のような2つの理解が考えられる。

第1の理解は、「持続可能な開発」の理念を「経済功利主義」の理念として把握するというものである¹³⁸。つまり同理念は「開発」の利益の実現を基本的に志向しており、「環境」への配慮はあくまで二次的なものにとどまるとする理解である。リオ会議の代表的な批判者であるPallemmaertsが国際環境法の衰退を論じたのも、そこに「経済功利主義」への回帰の傾向をみていたためであった¹³⁹。こうした立場からすると、「リオ宣言」第15原則で明文化された各国の能力の考慮や費用対効果の要件は、「開発」の利益を反映する要素であるとしてネガティブに理解され、そこに国際環境法の脆弱性が見いだされることになるかもしれない。そこでの法秩序は、資源利用の国家の権利と利益衡量に特徴づけられることになるだろう。

第2に考えられるのは、社会的・経済的利益がその達成手段のレベルでは考慮されるものの、同理念自体は基本的に「生態系保存主義」の理念であるとする理解である¹⁴⁰。つまり、「環境保護」に一定の社会的公正の要素が加味された理念として把握するわけである。そもそも本稿で示してきた「経済功利主義」／「生態系保存主義」、或いは「資源保全」／「環境保護」という二分法は、「環境」と「開発」の相克関係に専ら焦点をあてて議論してきた西欧先進国に由来した考え方であり、こうした枠組では同理念が提唱された意義を正確に把握しきれない可能性がある。なぜなら同理念は、そうした相克関係のみならず、両者に一定の依存関係が認められることも明確に強調するものだからである¹⁴¹。こうした視点が、主に発展途上国の利益を考慮したものであることはいうまでもないだろう。その意味では、リオ会議の成果は従来の西欧中心主義的な国際環境法観の再考と脱却を迫るものであるといえるかもしれない。そして本稿が示してきたような国際環境法秩序の構造からすると、第15原則で明文化された先のような要

素は、むしろ「予防アプローチ」の正当性を向上させるものと評価されうるのである¹²。

いずれの理解が適切であるかについては今後の研究課題となろう。ただここで少なくとも指摘できるのは、環境理念はそれを通して問題を見るいわば眼鏡のようなものであって、それが変質すれば問題へのアプローチの正当性も影響されるということである。Caldwellの言葉を借りれば、「いかに（自然）世界を把握するかは、環境に関する人間行動の傾向や正当化に関する意見に影響しう

る」のである¹³。「持続可能な開発」の理念の提唱に「経済功利主義」への回帰をみるにせよ、社会的公正の要素が明確に加味された「環境保護」の理念の提唱をみるにせよ、それは国際環境法という法分野に重大なインパクトを与えるものであり、この点を視野に入れることなしに今日の国際環境法秩序の発展傾向を把握することはできない。国際環境法学者にとって、環境理念への眼差しが必要とされる一つの大きな理由はここにある。

¹ 例えば国際司法裁判所で扱われた事件では、1995年核実験事件において原告ニュージーランドが、また1997年ガブチコボ・ナシュマロス事件においては原告ハンガリーが予防原則に言及した。

² D. Bodansky, *American Society of International Law Proceedings*, 1991, p.413. G. Handl, "Environmental Security and Global Change: The Challenge to International Law", in W. Lang, et. al., eds., *Environmental Protection and International Law*, 1991, p.78. Birnie and Boyle, *International Law and Environment*, 1992, p.98.

³ そうした見解として、P. Sands, *The Principles of International Environmental Law*, 1995. J. Cameron and J. Abouchar, "The Status of Precautionary Principle in International Law", in D. Freestone and E. Hey eds., *The Precautionary Principle and International Law*, 1996. 他に例えば D. Freestone and E. Hey, 'Implementing and Precautionary Principle: Challenges and Opportunities' in D. Freestone and E. Hey eds., *op.cit.* H. Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principle of Modern International Law: The Precautionary Principle: International Environmental Law between Exploitation and Protection*, 1994. O. McIntyre and T. Mosedale, 'The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law', *Journal of Environmental Law*, 1997, vol.9, no.2, 221-241.

⁴ D. Freestone and E. Hey, *op.cit.* 249-268.

⁵ Handlは、環境への潜在的な影響を及ぼす人間活動は制約に服するべきだとの社会的期待が現れつつあることを認めながらも、予防原則の厳密な法的・政治的含意はまだまだ曖昧なままであり、「現状では予防原則は国際法の用語 (term of art) ではない」と指摘する。Handlはこのような曖昧さがもたらされる理由の一つとして、自然生態系の維持それ自体に対する価値の認識に基づいた「保存主義者 (preservationist)」の関心が、予防行動の要求の根底において強く作用している可能性に言及する。ここでHandlは、あくまで人間の経済的利用の長期的確保の観点から環境への配慮を求める「経済功利主義 (economic utilitarianism)」の理念に予防行動の要求が由来する可能性も示しつつ、こうした経済志向の経済功利主義のみならず環境志向の保存主義という理念が予防の要求の根底に混在していることを示唆する。G. Handl, *op.cit.* p.78.これらの環境理念の問題は後に詳述する。

⁶ たしかに予防原則に関する学説ではこのような議論を他にみいだすことはできないが、こうした問題意識は決して例外的なものではない。むしろ近年の「持続可能な開発 sustainable development」の理念の提唱を契機として、この「環境保護」という価値の問題は、学説上も一層注目されるところとなっている。この点の詳しい検討は本論文の射程外であるが、結論部において今後の課題として言及する。

⁷ L. Gündling, "The Status in International Law of the Principles of Precautionary Action", *International Journal of Estuarine and Coastal Law*, 1990, 23-30.

⁸ 例えば、予防が求められる危険の基準や、採用すべき予防措置などに関しては、国際文書の規定例も一様ではない。D. Bodansky, *op.cit.* なお今日では、予防の対象となる危険の基準に関しては、「回復不可能な、或いは深刻 seriousな損害のおそれ」とする「リオ宣言」第15原則で採用された定式化が一般的になりつつある。また予防原則はBAT基準の採用など特定の措置と関連付けられて論じられることがあるが、同原則は具体的な予防措置の内容を特定するものではない、との理解が一般的である。この予防措置の問題に関しても、「リオ宣言」第15原則の

定式化を反映して「費用対効果の高い措置」とされることが多くなっている。

⁹ なお以下では4つの分類を示すが、ここでの分類は予防原則に関してどのような理解のあり方があるのかを大別したものであって、各カテゴリーにおいて論者の重複はあることは留意されたい。

¹⁰ 防止原則は、「ロンドン海洋投棄条約」(1972年)第2条や「地中海汚染防止条約」(1976年)第4条1項など、とりわけ70年代以降、多くの環境条約において実定規則化されている。

¹¹ ここでいう危険の基準の緩和とは、要求される科学的証明や予見可能性の程度が低下することで、ある特定の行為が、回避すべき「危険」を創出する行為としてより容易に評価されるようになる、ということである。

¹² L. Gündling, *op. cit.* p.26 f.

¹³ G. Handl, *op. cit.* n.2., p.77. P. Birnie and A. Boyle, *op. cit.* p.97. D. Freestone, "The Precautionary Principle", in *International Law and Global Climate Change*, 1991, p.33. 37. A. Nollkaemper, "The Precautionary Principle in International Environmental Law: What's New under the Sun?", *Marine Pollution Bulletin* (1991, 22/3), pp.107-110.

¹⁴ L. Gündling, *op. cit.*, p.26f.

¹⁵ J. Cameron and J. Abouchar, *op. cit.*

¹⁶ Cameronらは、実効的な環境保護のために予防原則を国際慣習法と位置付けることの利点を指摘している。 *ibid.*, pp.32-36 また Hohmann は、防止と予防の区別は実践上困難であるとして、プラグマティックな立場からこの問題の理論的分析を放棄している。 Hohmann, *op. cit.*, p.335.

¹⁷ P. Johnston and M. Simmonds., "Precautionary principle", *Marine Pollution Bulletin*, vol.21, 1990, 402.

¹⁸ 例えば北海の海洋投棄汚染を規制するオスロ条約の条約委員会が1989年に採択した決定においては、「北海における産業廃棄物の投棄は1989年12月31日までに、また条約のその他の海域については1995年12月31日までに、停止される。ただし自然起源の不活性物質 (inert materials)、及び産業廃棄物のうち陸上での代替手段がなく、また海洋環境に無害であることが、事前証明手続 (Prior Justification Procedure; PJP) により (オスロ) 委員会に示すことができるものは除く」ことが規定され、産業廃棄物の投棄に限定されるものの事前の無害証明手続を正式に採用した。 OSCOM Decision 89/1. その他、「有害廃棄物の国境をこえる移動及びその処分の規制に関するバーゼル条約」(1989年)第6条が要求する、有害廃棄物の輸出に際しての輸入国による事前合意の手続きや、1982年に国際捕鯨委員会で可決された商業捕鯨モラトリウム、1989年に国連総会で決議された公海における大規模流し網漁業のモラトリウム等が、活動国に立証責任を転換した予防の事例として挙げられることがある。

¹⁹ para.105

²⁰ 24 *International Law Reports*, 1957, p.130. なお近年では、環境影響評価等の事前手続の履行と結びつけて有害活動の着手を違法とし、そこに差し止め請求の可能性を指摘する議論もみられる。兼原敦子「環境保護における国家の権利と責任」国際法学会編『開発と環境』、2001年、46-53. 1974年の核実験事件において議論となった事前の差し止め請求の問題について、新たな法理の可能性を示すものとして注目に値するが、この点は今後の実践を待つほかない。

²¹ P. Birnie and A. Boyle, *op. cit.* p.98. G. Handl, *op. cit.* n.2., p.78.

²² 兼原敦子「地球環境保護における損害予防の法理」国際法外交雑誌、1994年、pp. 160-202.

²³ 従来の環境条約体制における国際協力の枠組は、防止原則の求める「相当の注意」義務を科学的知見に応じて客観化することに特徴づけられるものと理解されており、国家責任法の適用をあくまで前提としているという点で区別されている。そもそも環境分野では国家責任法の適用の意義は乏しいとする議論は多いが、ここでは地球環境条約体制は「本来的に」その適用を前提としていないものと把握されているのであって、そうした従来の議論とは異なる。

²⁴ こうした議論にしたがえば、環境義務たる一次ルールとその違反の帰結に関する二次ルールからなる法の体系性が、地球環境条約体制においては妥当しないことになる。この点につき、予防基準の違反に対して「予防の法益」の実現を担保する制度として、「不遵守手続 non compliance procedure」に焦点があてられている。この手続はオゾン層保護条約体制においてはじめて採用され、実践上・学説上も今日広がりを見せている。この手続の特色は、伝統的な国家責任法のように損害の救済に目的があるのではなく、締約国の行為を矯正し条約目標の実現を図ることを目的とする点にある。したがって具体的な矯正手段として、技術・財政援助といった遵守を促進する措置も予定されている。

²⁵ なお兼原は、そうした地球環境条約体制を離れても、より一般的には事前協議・通報・環境影響評価といった事前手続を通じて科学的不確実性への対処 (予防基準の設定) がすすんでおり、同様の予防の法理が発展しつつある

ことも指摘してはいる。兼原敦子、前掲書、n.20、p.46f.

²⁶ J. Cameron and J. Abouchar, 'The Precautionary Principle', 14/1 Boston College International and Comparative Law Review, 1991, 1-27 p.37. D. M. Dzidzornu, 'Four Principles in Marine Environmental Protection : A Comparative Analysis', 29 Ocean Development and International Law, 1998, 91-123, p.100. D. Freestone, 'The Road from Rio: International Environmental Law after the Earth Summit', 6/2 Journal of Environmental Law, 1994, 193-218, p.211. O. McIntyre and T. Mosedale, 'The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law', 9/2 Journal of Environmental Law, 1997, 221-241, p.221f.

²⁷ つまり環境容量は科学的に数量化しうるものであり、特定の活動に分配され利用されうるということを前提とするのである。V. Pravdic, "Environmental Capacity - Is a New Scientific Concept Acceptable as a Strategy to Combat Marine Pollution?", Marine Pollution Bulletin, vol.16, no.7, 1985,, p. 295.

²⁸ より具体的には、予防原則のもとではより無害な生産プロセス・産品の利用可能性が追求されとか、利用可能な最善の技術 Best Available Technology (BAT) や clean technology の利用によって環境負荷を発生源で最小限化することが要求される、といった指摘がなされている。E. Hey, 'The Precautionary Concept in Environmental Policy and Law : Institutionalizing Caution', 4 the Georgetown International Environmental Law Review, 1992, 303-318, p.311. A. Epiney, *op.cit.*, p.94.

²⁹ もっとも彼らの議論においては、環境容量アプローチはあくまで防止原則の具体化として把握されているようでもある。例えば、防止原則のもとで「汚染防止義務が発生するのは、科学的に確定された環境容量の基準 threshold が、海洋環境悪化の観察可能な証拠をもたらす場合」に限られる、といった議論がなされている。D.M. Dzidzornu, *op. cit.*, p.100.

³⁰ J.G. Lammers, Pollution of International Watercourses, 1986, p.15.

³¹ 例えば予防原則の導入は、もっぱら経済的・人間中心的なスタンスからより生態系中心的なスタンスへの移行を反映するものである、といったような指摘がみられる。J. M. Macdonald, "Appreciating the Precautionary principle as an Ethical Evolution in Ocean Management" 26 Ocean Development and International Law, 1995 255-286. 環境分野一般に関してこうした議論を展開するものとして、H. Hohmann, *op.cit.*

³² K. Ipsen, Volkerrecht, 1999, p.855.

³³ 例えば、L. E. F. Goldie, 'Development of an International Environmental Law: An Appraisal', in John Lawrence Hargrove eds. Law, Institutions and the Global Environment, 1972, 104-168. S. M. Bleicher, 'An Overview of International Environmental Regulations', 2 Environmental Law Quarterly, 1972, 1-90. L.A. Teclaff, 'The Impact of Environmental Concern on the Development of International Law', in L.A. Teclaff and A.E. Utton ed. International Environmental Law, 1974,, 229-262

³⁴ J.E. Read, 'The Trail Smelter Dispute', 1 Canadian Yearbook of International Law, 1963, 213-229.

³⁵ 例えば J. L. Hargrove eds, Law, Institutions and the Global Environment, 1972, p.93.

³⁶ 例えば参照 J. A. Beesley, 'The Canadian Approach to International Environmental Law'. Canadian Yearbook of International Law, 1973. 実際同会議が開催された直接的なきっかけの一つは北欧の酸性雨問題であり、こうした典型的な越境汚染の問題に対してすら従来の国際法は不十分であると考えられていたのである。

³⁷ 例えば、「長距離越境汚染条約」(1979) 前文、「オゾン層保護に関するウィーン条約」(1985) 前文、「気候変動枠組条約」(1992) 前文、「生物多様性条約」(1992) 第3条、など。このような条約への導入を通して、第21原則がいわば「ハード・ロー」化したとされる。E. McWhinney, et. al., From Coexistence to Cooperation: International Law and Organisation in the Post-Cold War Era, 1991, p.122.

³⁸ A. Kiss and D. Shelton, International Environmental Law, 1991, p.132. P. Sands, *op.cit.*, p.192.

³⁹ 35 ILM, 1996, p.821. もっとも、第21原則とこのパラグラフ29の間には重要な文言の差異がある。すなわち後者が確保する「義務 obligation」に言及しているのに対して、前者が「責任 responsibility」という文言になっている点である。第21原則が、自国領域外への環境損害の発生を防ぐ「義務」ではなく「責任」を規定していることの意味は必ずしも明確ではない。ただ学説上は、あくまで防止「義務」として解釈されたり、環境損害が発生した場合の事後の「責任」を含意するものとされることが多い。The American Law Institute, Restatement of the Law : The Foreign Relations Law of the United States, vol.2, 1987, p.103, 107. A.E. Boyle and P. Birnie, *op. cit.*, p.91f. 或いは「義務」に比べて柔軟な「責任」という文言が使用されたことにより、領土保全権の絶対性の緩和が示されているとする見解もある。E. Klein, Umweltschutz im Völkerrechtlichen Nachbarrecht, 1976, p.101 さらにこれらの理解とは対照的に、「責任」の文言に法の宣明以上の意味を見出す理解もみられる。すなわち第

21原則の「責任」は、第1に一般国際法上の伝統的な相当の注意義務を意味するとされるが、それにとどまらず第2に、道徳的な必要性として国際環境保護のための政策を発展させる旨の決意をも含意されているという。Note by OECD Secretariat, 'Observations on the Concept of International Responsibility of States in Relation to the Protection of the Environment', 1979,380-408.

⁴⁰ A.Kiss, 'The International Protection of the Environment', in C. Ku and P. F. Diehl, *International Law: Classic and Contemporary Readings*, 1998, p.396f. W.Riphagen, 'The International Concern for the Environment as Expressed in the Concept of the 'Common Heritage of Mankind' and of 'Shared Natural Resources'', in *Trends in Environmental Policy and Law*, 1980, 342-362. わが国の体系書においても、国際環境法の形成期の法規範として越境汚染を規律する「領域使用の管理責任」が挙げられている。水上千之ほか編『国際環境法』2001年3頁。

⁴¹ 山本草二『国際法』、275頁。同原則については、C. Hinds, 'Das Prinzip 'sic utere tuo ut alienum non laedas' und seine Bedeutung in Internationalen Umweltrecht',30 *Archiv des Völkerrecht*, 1992

⁴² P. M. Dupuy, 'International Liability for Transfrontier Pollution', in M. Bothe eds. *Trends in Environmental Policy and Law*. P.372f. I.Brownlie, 'A Survey of International Customary Rule of Environmental Protection', in Teclaff and Utton, *International Environmental Law*, 1974, 10. A.Kiss and D. Shelton, *op. cit.*, pp.129f.

⁴³ K. Ipsen, *op. cit.*, p.856f. なお他にも、自国領域外であってもその属人的管轄権に服するような活動をも射程にいている点や、他国の領域のみならず国際公域への損害にも言及するようになった点が、従来の法を拡大する要素として指摘されている。A. Kiss and D. Shelton, *op.cit.*, p.129f. だがこれらの指摘は、「環境保護」という国際的価値とは直接的には関係のない要素である。

⁴⁴ 兼原敦子、前掲書 n.20、p.32.

⁴⁵ BirnieとBoyleも、「環境」という法益の問題に直接には言及しないものの、二国間関係から国際共同体全体の利益の保護への射程の拡大、そして事後の賠償のみならず事前の防止義務を求める点に第21原則の意義を見出し、その基礎にある「環境」という法益の特質に着目している。P.Birnie and A. E.Boyle, *op. cit.*, pp.89-92.

⁴⁶ 例えばR.D. Munroand and J.G. Lammers, *Environmental Protection and Sustainable Development. Legal Principles and Recommendations*, p.76 f .

⁴⁷ 「ストックホルム宣言」自体は法的拘束力を欠いた国際文書であることに鑑みると、後者の側面はせいぜい「あるべき法」にすぎない。こうした性格を考慮してか、第21原則を領域性と強く結びつけて理解する一方で、防止原則については第21原則と「密接に関連する」としつつも基本的にはその後の環境条約体制において実定化された原則とし、第21原則と防止原則とを積極的に区別する見解もみられる。P.Sands, *op. cit.* ,pp.190-197.第21原則と防止原則の違いとして、第一に前者が国家主権の原則に対する考慮の適用から生じたものであるのに対して、後者は環境損害の削減自体を目標としている点、第二に後者は自国管轄権内の環境損害を防止する義務をも基礎づける点、が挙げられている。

⁴⁸ A.P.Rubin, 'Pollution by Analogy: the Trail Smelter Arbitration'. 50 *Oregon Law Review*, 1971,259-298.p.259.

⁴⁹ A.Kiss, *op. cit.*, pp.116-131.

⁵⁰ この点を強調して、「トレイル・スメルターアブローチ」と表現する論者もいる。W. Riphagen, *op. cit.*, p.344.

⁵¹ R. Wolfrum, 'Purposes and Principles of International Environmental Law', 33 *German Yearbook of International Law*, 1990.,p.310f.

⁵² 例えばShawは、伝統的国際法は環境問題に対して国家責任法によって対処することに特徴があるとし、他国の権利を侵害するように行動しない国家の基本的義務の確立と、その違反に対する責任の追及という「越境汚染の国際法」の構造を指摘している。M.N. Shaw, *International Law*, pp.586-600.

⁵³ 石橋可奈美「[法の一般原則及びエクイティ]の国際環境法形成機能：責任と賠償に関する法の欠けつを埋める手段として」筑波法政第16号1993年、151-229. P P.152-154.

⁵⁴ P.Birnie and A. E.Boyle, *op.cit.*, p.136f.

⁵⁵ E.J.Manner, 'Water Pollution in International Law', WHO. *Aspects of Water pollution Control*,1961,75-86.W.Fischerhof, *Liability in National and International Law for Damage through water pollution*, WHO. *Aspects of Water pollution Control*,1961,75-86. A. P. Lester, 'River Pollution in International Law',57*American Journal of International Law*, 1963, 828-853.J. J. Baskin, 'Questions de Droit

International Relations to la Pollution des Eaux', *Revue Generale de Droit International Public*, 1969, 421-431

⁵⁶ ハーモン主義については J. Austin, 'Canadian - United States Practice and Theory Respecting the International Law of International Rivers: A Study of the History and Influence of the Harmon Doctrine.', 37 *The Canadian Bar Review*. 1959, 393-443.

⁵⁷ Oppenheim, *International Law*, I, 2nd ed, 1912, p.182.

⁵⁸ 24 *Annuaire*, 365-367.

⁵⁹ 比較的最近の論者で、汚染問題に関しても明確に絶対的領域主権原則を支持した稀有な存在としてしばしば名を挙げられる Briggs (1952年) にしても、けっしてそのような主張をしていたわけではないように思われる。彼が絶対的領域主権原則を支持する根拠として引用されるのは、彼の著作の以下の一節である。「…国内の河川や国際河川の自国領域内の部分は、領域主権の排他的な管理に服する。外国船の航行の排除、転流、水の汚染を河岸国が行うことを妨げる国際法の一般原則は存在しない」 Briggs, *The Law of Nations*, 2nd ed. 1952, p.274. しかし彼は同じ著作の別の部分において、外国や外国人の諸権利を保護するための措置を領域内でとる義務（領域の有害な使用の防止義務）は条約がなくても国際法上存在するとし、トレイル事件判決などを引用しているのである。 *Ibid.* p.310. この部分とあわせて考えると、前の引用部分が無制約の水の汚染の自由を意味しているとは解釈しがたいのである。

⁶⁰ C.Eagleton, 'The Use of the Waters of International Rivers', 33 *the Canadian Bar Review*, 1955, 1018-1034, p.1021. A.P. Lester, 'River Pollution in International Law', 57 *American Journal of International Law*, 1963, 828-853, p.832f.

⁶¹ Oppenheim, *International Law*, 8th ed. 1955, p.346..

⁶² 少なくとも1960年代に入ると、他国の領土に水汚染をもたらす行為は一般国際法上禁止されるという理解が多数説として認められるようになる。 E. J. Manner, *op. cit.*, p.56.

⁶³ 河川利用の文脈では、初期の英米判例における「河岸者権利理論 doctrine of riparian rights」が絶対的領土保全原則に連なるものと考えられている。同権利によると、上流側の利用者は自然の流れのまま、通常の水路で水が下流へと流れることを確保するよう求められる。 C. Eagleton, *op. cit.*, p.1022. 河川利用をめぐる絶対的領土保全原則の学説に関しては、参照 F.J. Berber, *Rivers in International Law*, 1955, pp.19-22.

⁶⁴ この一事件にはじめて重要な先例的価値を付与したと考えられるのは、国際法に関する調査を1949年にまとめた国連の国際文書である。その中では国家の領土に対する排他的管轄に基礎を置く義務として、「国際法により許容されない態様で近隣領土に対して自国領土から経済的損害を与えない防止する義務」が示され、その事例としてトレイル事件が挙げられたのである。 UN Doc. A/CN.4/1/Rev.1, 1949. 同事件は大気汚染を主題としていたが、判決で依拠されたアメリカの国内判例の多くは河川利用をめぐる事件であったことも指摘しておかねばならないだろう。

⁶⁵ 繁田泰宏『国際水路の衡平利用原則と越境汚染損害防止義務との関係に関する一考察』法学論叢 135 巻6号/137 巻3号。

⁶⁶ 1966ILA Report of 52nd Conf., commentary to art.4, p.487.

⁶⁷ *ibid.*, commentary to art.10. p.499

⁶⁸ J. F. Berber, *op. cit.*, A. P. Lester, *op. cit.* pp.833-835.

⁶⁹ C.Eagleton, *op. cit.*, p.1023. Kansas v Kolorado 事件では、Kansas 州への侵害と Colorado 州における開墾事業の利益が衡量された結果、Kansas 州に対する侵害がより小さなものであるとされ Kansas 側の訴えが却下されたわけだが、「河川の流れによりもたらされる両州の間での利益の衡平な割当を破壊する」ほどに Colorado 側の水利用が進めば、再審理を認める旨が判示されたのであった。

⁷⁰ C. Eagleton, *op. cit.*, pp.1022-24.

⁷¹ Brierly, *The Law of Nations*, 1955, p.265

⁷² それではこのように国際河川利用の分野において、柔軟な利益衡量の調整原理が発展し支持されたのはなぜか。この点につき、以下の Lester の指摘がいささかの示唆を与えてくれる。「国際河川法の本質は妥協と利益衡量による対抗的な利益の調和であり、厳格なルールによるそれではない。後者は水資源の開発に不況と非効率を創出するであろう。」 A.P.Lester, *op. cit.*, p.340.

⁷³ A. Nollkaemper, 'The Contribution of the International Law Commission to International Water Law: Does it Reverse the Flight from Substance', 27 *Netherlands Yearbook of International Law*, 1996, 39-73.M.

Fitzmaurice, *The Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses- The ILC Completes its Draft*, 8/2 *Leiden Journal of International Law*, 1995, 361-375. P. Wouters, 'The Legal Response to International Water Conflicts : The UN Watercourses Convention and Beyond', 22 *German Yearbook of International Law*, 293-336. 1999

⁷⁴ 繁田泰宏、前掲書。

⁷⁵ 例えば Bourne は、トレイル事件で適用された *sic utere tuo* 原則が河川利用紛争では修正された形態の *sic utere tuo* 原則、すなわち衡平利用原則としてしか適用されえないことを指摘している。つまり衡平利用原則は、*sic utere tuo* 原則の一変形として把握されている。トレイル事件で適用された *sic utere tuo* 原則は、同事件のような英米法でいうニューサンスの事例においては適切であるが、河川利用紛争はニューサンスに類推的でないためであるという。C. B. Bourne, 'The Columbia River Controversy', 37 *The Canadian Bar Review*, 1952, p.460. また Utton は、コモンローにおいては *sic utere tuo* 原則の絶対性の緩和という法の発展の方向性が見られ、同原則は損害の重大さと社会的効用の衡量を前提とするようになったことをまず指摘する。そして国際河川利用分野における衡平利用原則の発展もこうしたコモンローの発展への追従にとらえ、こうした観点からトレイル事件判決を評価すると、同判決における「深刻な結果」への言及は、損害の重大さを考慮したうえでそれを行動の効用と衡量することを許容したものと解釈しようという A. E. Utton, 'International Water Quality Law', in L.A. Teclaff and A.E. Utton ed. *International Environmental Law*, 1974, 154-186. p.162f.

⁷⁶ 「緩和された重大損害禁止原則」とは、重大損害禁止原則の厳格性を緩和する原則として Lammers によって提唱された原則であり、国家実行をもっともよく反映した原則であると彼は主張している。厳格性を緩和する要素としては、①例外的に悪影響に敏感な利益は考慮の外におくこと、②相当の注意義務であること、③防止するコストと侵害利益が高度に不釣り合いなケースにおいては補償の義務によって代替されること、の三点が挙げられている。もっとも今日、単に「重大損害禁止原則」或いは「損害禁止原則」と呼ばれる場合であっても、少なくともそれが相当の注意を払う義務(②)にすぎないとするのが支配的な見解であるといえよう。こうした要素には一定の利益衡量が反映していることは確かであるが、あくまで重大性という損害の基準による制約の枠組が維持されている点で、包括的な利益衡量(Lammersによれば「無制約な」利益衡量)を要求する衡平利用原則とは区別されるという。J.G. Lammers, 'Balancing the Equities' in *International Environmental Law* in *The Future of the International Law of the Environment*, 1985, 153-165

⁷⁷ この点につき Kiss も、衡平利用原則を越境汚染に対する権利濫用原則適用例としてとらえ(Kissは権利濫用原則の本質を害意の存在や目的外の行使には求めず、利益衡量にあると考えている)、他国に損害を与えない一般的義務の発展の基礎としての理解を示している。A. Kiss, *International Environmental Law*, 2nd ed. 1999, p.273.

⁷⁸ 例えば P. Birnie and A. E. Boyle, *op.cit.* p.89-135.

⁷⁹ J.G. Lammers, *op. cit.*, p.15.

⁸⁰ R. Wolfrum, *op. cit.* p.318-321. W. Riphagen, *op. cit.* なお、衡平利用原則は国際河川分野特有の法理であって、分野横断的な一般性をもたないとの議論も考えられる。たしかに国家実行や条約実践をみるとそういうことがいえるかもしれないが、理論上は必然的な結論とはいえない。

⁸¹ Moore, *Digest of International Law*, vol.1, p.654.

⁸² A. P. Lester, *op.cit.*, p.848.

⁸³ C. B. Bourne, 'International Law and Pollution of International Rivers and Lakes', 6 *University of British Columbia Law Review*, 1972, 115-136. p.135f.

⁸⁴ 1966 ILA Report of 52nd Conf., commentary to art.30, p.522.

⁸⁵ 例えば、Weiss-Tessbach 委員意見。1966 ILA Report p.462.

⁸⁶ Briely, *op.cit.*, p.205.

⁸⁷ C. Eagleton, *op. cit.* p.1026-1028. Berber, *Rivers in International Law*, 1959, p.263-268.

⁸⁸ Berber, *op. cit.*, p.271.

⁸⁹ Reports of International Arbitral Awards, vol.3, p.1965.

⁹⁰ *ibid.* p.1963.

⁹¹ A. P. Rubin, *op. cit.*, pp.269-271

⁹² C.P.R. Romano, *The Peaceful Settlement of International Environmental Disputes*, 2000, p.276.

⁹³ Reports of International Arbitral Awards, vol.3, p.1938f.

⁹⁴ *ibid.*

⁹⁵ *ibid.* p.1965.

⁹⁶ L.F.E Goldie, 'International Principles of Responsibility for Pollution', 9 Columbia Journal of Transnational Law, 1970, 283-330. P.M. Dupuy, 'La responsabilite internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle', 1976. G. Handl, 'State Liability for Accidental Transnational Environmental Damage by Private Persons', 74 American Journal of International Law, 1980, 525-565. B.D. Smith, 'State Responsibility and the Marine Environment', 1988. A. Rosa, 'Issues of State Liability for Transboundary Environmental Damage', 60 Nordic journal of International Law, 1991, 29-47. R. Lefeber, 'Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability', 1996. 例えば、環境損害に関する責任のスタンダード（厳格責任 strict liability か過失責任か）の問題などは一つの重要な論点であったし、また国際法委員会が従前の国家責任のトピックとはあえて別に、合法活動から生じる国際ライアビリティーのトピックをとりあげ、環境損害に対する責任の問題を特別に扱ってきたこと自体大きな論争を生んできたことは周知の通りである。同委員会の合法行為責任の作業に関しては、D.B. Magraw, 'Transboundary Harm: The International Law Commission's Study of 'International Liability'', 80 American Journal of International Law, 1986, 305-330. 国家責任の作業と区別することに対する批判も多かった。A.E. Boyle, 'state responsibility and international liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law: A necessary distinction?', 39 International and Comparative Law Quarterly, 1990, 1-26. しかし現在、同委員会の当初の目的は暗礁に乗り上げており、事実上防止に関わる環境義務の法典化に作業の焦点がむけられている。

⁹⁷ Pierre-Marie Dupuy, 'Ou est le droit international de l'environnement a la fin du siecle', Revue Generale de Droit Internationale et Publique, 1997-4, 875-900. Boisson de Chazourres, 'La mise en oeuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement : enjeux et defis', Revue Generale de Droit Internationale et Publique, 1995, 37-76.

⁹⁸ G. Palmer, 'New Ways to Make International Environmental Law', 86 American Journal of International Law, 1992, 259-283.

⁹⁹ I. Brownlie, 'A Survey of International Customary Rules of Environmental Protection', in L.A. Teclaff and A.E. Utton ed. International Environmental Law, 1974, 1-11, p.1. 一方で彼は、環境保護における国際慣習法の役割として、管轄権とライアビリティーの問題を挙げている。

¹⁰⁰ E. Hey, 'The Precautionary Concept in Environmental Policy and Law : Institutionalizing Caution', 4 the Georgetown International Environmental Law Review, 1992, 303-318, p.304. もっともその具体的分析において Hey は、「原則」と「アプローチ」を統合した「概念 concept」という語を定義し、「予防概念」に対する検討を展開しているため、「原則」・「アプローチ」をわざわざ区分した意味は乏しいものとなっている。

¹⁰¹ J. M. Macdonald, *op.cit.* p.256.

¹⁰² 例えば、1987年北第二回北海諸国閣僚会議「ロンドン宣言」第7パラグラフ。

¹⁰³ M. Kamto, 'Les Nouveaux principes du droit international de l'environnement', RJE 1-1993, 11-21, p.12.

¹⁰⁴ A. Nollkaemper, 'The Legal Regime for Transboundary Water Pollution: Between Discretion and Constraint', 1993, p. 21.

¹⁰⁵ 多数国間条約体制の構造に関しては、小寺彰『WTO体制の法構造』東京大学出版会、2000年、63頁

¹⁰⁶ S. A. Bleicher, 'An Overview of International Environmental Regulations', 2 Environmental Law Quarterly, 1972, 1-90, p.6.

¹⁰⁷ Levin, 'Protecting the Human Environment : Procedures and Principles for Preventing and Resolving International Controversies', 1977, P.3.

¹⁰⁸ Final Report of Francisco Orrego Vicuna, on 'Environment', Annuaire de l'Institut de Droit International, vol.67, 1997, p.313.

¹⁰⁹ A. S. Timoshenko, "Ecological Security: Response to global changes", in E. B. Weiss, eds., Environmental Change and International Law: New challenges and dimensions, 1992, pp.413-456, p.440.

¹¹⁰ *ibid.* このような意向は、ナイロビ宣言第9パラグラフにそのまま反映している。

¹¹¹ *ibid.*, p.430.

¹¹² A. Gillespie, International environmental Law, Policy and Ethics. 1997.

¹¹³ H. Hohmann, *op. cit.*

¹¹⁴ G. Handl, *op.cit.* n.2., p.78. Kiss も、この時期のいくつかの条約を utilitarianism と性格づけている。A. Kiss,

International Environmental Law, 2nd ed, 2000.p.56.

¹¹⁵ これらの理念は、環境倫理では著名な Passmore の見解に即して考えればよいであろう。Passmore によれば、環境保護の理念には、「保全 conservation」と「保存 preservation」という二つの潮流がある。「保全」が将来の消費に備えた資源の節約を意味するのに対し、「保存」は破壊の危険などから環境を保護することを意味するという。例えば、森林破壊に対して両者の立場が同じく反対するようなケースがあっても、「保全主義者」が将来の材木利用の必要性に着目しているのに対し、「保存主義者」は森林を未開状態にしておくことに動機をもつ、と指摘している。ここでいう「保全」は「経済功利主義」に、「保存」は「保存主義」に置き換えて考えることができる。J. パスモア、『自然に対する人間の責任』。ただこうした指摘に示唆されるように、「保存」はしばしば利用の否定を含意するように議論されることに留意せねばならない。例えば国際法上の捕鯨規制の発展を論じた D'Amato らは、その発展過程を「保全」から、「保護 protection」、「保存」への流れとして把握し、商業モラトリアムの段階を「保存」と位置づけている。A. D'Amato and S. K. Chopra, "Whales: Their emerging right to life", American Journal of International Law, vol.85, p.21.

¹¹⁶ この点を明確に意識した議論を展開するのが Macdonald である。Macdonald はまず伝統的な西洋の環境理念として、環境の資源価値や効用に着目した「功利主義」と、環境の固有の権利・価値に着目した「自然の権利」を挙げる。そして今日では、そうした伝統的な二つの理念をとりこみつつ、生態系全体の管理を求める「グローバルな全体的管理 global holistic management」の理念へのパラダイム・シフトがなされていると指摘している。この理念のもとでは、「功利主義」も「自然の権利」もいずれが支配的ということはなく、場合によって強調される要素は異なるとされるのである。J.M.Macdonald, *op. cit.*

¹¹⁷ 国際環境法がこうした価値を含むことに関しては、Schachter や Wolfrum らも指摘している。O. Schachter, International Law in Theory and Practice, p.367. R. Wolfrum, Means of Ensuring Compliance with and Enforcement of International Environmental Law, Recueil des Cours, 1998, p.25.

¹¹⁸ A. Kiss, International Environmental Law, 1999, p.18.

¹¹⁹ A. Kiss, Survey of Current Developments in International Environmental Law, IUCN Environmental policy and Law Paper, 1976, p.15.

¹²⁰ O. Schachter, *op. cit.* n. 52, p.458.

¹²¹ ジョン・マコーミック『地球環境運動全史』124頁。

¹²² Oppenheim 's International Law. 9th ed., p.414

¹²³ 'International Conference of Biosphere', 14/11 UNESCO chronicle, 1968, p.417.

¹²⁴ 例えば H. Hohmann, *op. cit.*

¹²⁵ 「海洋汚染の科学的側面に関する合同専門家グループ」(The Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Pollution: GESAMP)は、「環境容量」(environmental capacity)概念を「悪影響を生じることなしに、特定の活動やある程度の活動を許容する能力として定義される、環境の特性」と定義している。1972年の「ストックホルム人間環境宣言」第6原則は、「生態系に重大なまたは回復できない損害を与えないため、有害物質その他の物質の排出及び熱の放出を、それらを無害にする環境の能力を越えるような量や濃度で行うことは、停止されねばならない。…」と規定している。

¹²⁶ J. M. Macdonald, *op. cit.* p.266. Goering の言葉をかりれば、「その環境容量の限界内に維持するかぎり、廃棄物処理は海洋の正当な利用である」K.W.Goering, 'Mediterranean Protocol on Land-based Sources: Regional Response to a Pressing Transnational Problems', 13 Cornell International Law Journal, 1980, p.326, n.35. これに対して予防原則は、「環境容量の限界内に維持」するよう排出行為を科学的に管理することはできないとの認識に基づいているのである。

¹²⁷ 詳しくは堀口健夫「国際環境法における予防原則の起源：北海（北東大西洋）汚染の国際規制の検討」『国際関係論研究』15号、2000年。Hey によればこの環境容量アプローチは以下の点を強調することに特徴付けられる。

① 環境容量の存在、② 環境への脅威を予見しその防止に必要な措置を正確に予見する能力、③ 一旦脅威が予見された場合、それを緩和する技術能力の利用可能性、④ 短期的な経済的考慮への依拠。それに対して予防概念は以下の点を強調するという。① 環境の脆弱性、② 脅威・対応措置を予見する科学の限界、③ 環境への流入を停止・最小限化しうる代替策の利用可能性、④ 長期的かつ全体的な経済的考慮の必要。E. Hey, *op. cit.* p. 308.

¹²⁸ 奥脇直也「地球的公共財または共有天然資源」日本エネルギー法研究所『国際環境法の重要項目』、1995年、55頁。

¹²⁹ J. Bruneau, "Common Interst"- Echoes from an Empty Shell?", Zeitschrift für ausländisches öffentliches

Recht und Völkerrecht, 1989, p.795.

¹³⁰ 国際河川分野における「共有資源」概念もこうした一体性を含意しているが、あくまで利用の対象としての「資源」としての一体性であり、国家の経済的権利の相互依存関係であった点で異なる。

¹³¹ ICJ Report, 1997, para.140

¹³² しばしば同原則は、「開発」と「環境」の利益との間の「対立」の調和を表明するものといわれるが、「開発」に対する制約が「開発」に関わる国家の「権利」それ自体に由来するものであれば、そもそも厳密には「対立」は生じない。「対立」が生じるのは、「開発」に関わる国家の権利に外在的な国際的価値によって、その制約が基礎付けられるためである。

¹³³ M.Koskenniemi, 'Comments on the Paper by Antonia Handler Chayes, Abram Chayes and Ronald B. Mitchell', in W.Lang eds Sustainable Development and International Law, 91-96, p.94.

¹³⁴ M.Spinedi, 'Les Consequence Juridique d'un Fait Internationale Illicite Causant un Dommage a l'Environnement', in F. Francioni and T. Scovazzi eds., Interbational Responsibility for Environmental Harm, 1991, 75-124. Jonathan I. Charney, 'Third State Remedies for Environmental Damage to the World's Common Space', in F. Francioni and T. Scovazzi eds., Interbational Responsibility for Environmental Harm, 1991, 149-177. 67 Yearbook of Institute of International Law, part one, 1997.

¹³⁵ 事前の無害証明手続も予防アプローチの必然的内容ではなく、予防という規律の指針にしたがった条約体制において合意された手続の一例にすぎないというべきである。

¹³⁶ 「リオ宣言」第27原則

¹³⁷ 例えば M Fitzmaurice 'The Contribution of Environmental Law to the Development of Modern International Law' in Theory of International Law, 1996 909-925.

¹³⁸ G.Handl, *op. cit.*, n.2, p.80.

¹³⁹ リオ会議においてはむしろ経済開発に関する国家の権利が尊重される傾向があり、そこに国際環境法の規範性の衰退をみる見解として、M. Pallemarts, "International environmental law from Stockholm to Rio: Back to the future?", Review of European Community and International Environmental Law, vol.1 no.3, 254-264. , "La Conference de Rio: Grandeur ou decandence du droit international de l'environnement", Revue Berge de Droit International, 1995/1, 175-223

¹⁴⁰ A Epiney, Strukturprinzipien des Umweltvolkerrecht, 1998.

¹⁴¹ 例えばこうした依存関係は、発展途上国の貧困・低開発が環境負荷の増大の原因となっていると同時に、コストのかかる環境措置の採用を困難にしている、という点に現れる。この点は既にストックホルム会議においても認識されていたが（「ストックホルム人間環境宣言」前文パラ4、第8-12原則）、リオ会議においても徹底して表明されている。それは積極的に先進国による途上国援助の必要性の表明として具体化し（「リオ宣言」第9原則）、消極的には途上国の開発の必要性や能力の考慮、義務の差異化（「共通だが差異のある責任」）の表明として現れている（「リオ宣言」第6、7原則）。

¹⁴² 例えば Sands は、これまでの環境条約は環境の悪化の背景にある経済的・社会的要因に対応してこなかったものであり、環境問題の解決には経済との統合的なアプローチが必要とされていると指摘する。こうして彼は発展途上国の利益の考慮の問題は「アプローチ」のレベルで整理しており、諸国の複雑な社会的・経済的背景を包括的に考慮した指針が示されることで、国際社会一般の広範な支持の獲得が容易となり（正当性の獲得）、そうして具体的な規律が進展することを高く評価しているものと考えられる。P. Sands, "International law in the field of sustainable development", British Yearbook of International Law, 1996, p.380.

¹⁴³ L. K. Caldwell, 'Concepts in Development of International Environmental Policies', in L.A.Teclaff and A.E.Utton ed. International Environmental Law, 1974, 12-25, p.17.