

国際水路法の事前通報・協議義務と防止義務等の関係についての一考察

—国際水路法の枠組における事前通報・協議義務の位置・機能から—

坂本尚繁*

SUMMARY

In the judgment of the International Court of Justice (ICJ) in the *Pulp Mills (Argentina v Uruguay)* case (April 20, 2010), the relationship between the procedural obligation to notify and consult, and the substantive obligation in the law of international watercourses was an issue: Does a breach of procedural obligations entail a breach of the substantive obligations? Judges A. S. Al-Khasawneh and B. Simma dissented from the majority opinion, and some scholars criticized the Court's judgment.

This paper pays particular attention to the principle of equitable utilization that has an important status in the law of international watercourses, and relies mainly on the examination of the 1997 United Nations Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses. The UN Watercourses Convention indicates the present state of the law of international watercourses, and memorials by both parties in the case were influenced by the UN Watercourses Convention.

The examination's result is as follows. In the International Law Commission (ILC)'s preparatory work, procedural obligations had been provided as a part of the prevention obligations, but the adapted UN Watercourses Convention provides for neither the relationship between the procedural obligations and the substantive obligations, nor for a legal consequence for breaching of the procedural obligations. However, a close examination of Article 7 of the UN Watercourses Convention shows an important key to this paper's research question. In the ILC's preparatory work, the obligation of prevention had been provided not to cause significant harm as an "obligation of result", but, rather to solve the problem between the obligation of prevention and the principle of equitable utilization; the obligation of prevention was modified for the obligation to take all appropriate measures to prevent significant harm. It is an "obligation of conduct," but it does not prohibit the causing of significant harm. Instead, it represents the process of attaining equitable and reasonable utilization of international watercourses through the concerned parties' consultations, negotiations, and agreement. Furthermore, the procedural obligations to notify and consult reflect a part of the process represented in the obligation of prevention. However, the direct link that a breach of the procedural obligations entails for a breach of the substantive obligations is not assumed. The procedural obligation to notify and consult may only be used in the preliminary phase in the process of the obligation of prevention. Thus, the examination of the UN Watercourses Convention indicates that the law of international watercourses is the law that implements the principle of equitable utilization through the concerned parties' process in the first place. Therefore, an approach that

settles disputes entirely in a judicial way including a breach of the procedural obligations into the examination of compliance of the substantive obligation does not conform to a legal framework for international watercourses.

The ICJ's interpretation in the *Pulp Mills* case is purely based on the nature of the law of international watercourses, as previously described. That is, the court interpreted that the principle of equitable utilization should be achieved by negotiation, and, the obligation of prevention does not prohibit significant harm, but obliges states to take appropriate measures to prevent significant harm. The court then treated the procedural obligations to notify and consult, and substantive obligations separately based on the position of the procedural obligations in the process of the obligation of prevention. Eventually, the court left the dispute settlement to the parties' negotiations. This judgment of the court reflects the characteristics and framework of the recent law of international watercourses for better or for worse.

1. 問題の所在

2010年に判決が下されたウルグアイ川パルプ工場事件は、国際司法裁判所が国際環境問題に関する事件を扱った二つ目の事例であり、かつ、国際環境問題に関して本格的な判断を下した最初の事例とされる¹。本件は、1975年のウルグアイ川協定（以下、1975年協定）に規定された事前の通報・協議（交渉）なしに、ウルグアイがウルグアイ川におけるパルプ工場建設の認可を出し、パルプ工場が建造・稼働されたことに対し、アルゼンチンがウルグアイの実体義務および手続義務の違反を申し立てた事件である²。アルゼンチンの申し立てに対し、裁判所は、ウルグアイの事前通報・協議の手続義務の違反を認定した一方で、衡平利用原則や防止義務等の実体義務の違反は立証されなかったと判断した。その上で裁判所は、事前通報・協議義務の違反の宣言をもってウルグアイの国家責任は解除されたと結論している³。その後、紛争の最終的な解決は、紛争当事国間の再交渉を経て、2010年11月に最終合意が成立している。

パルプ工場事件は様々な論点を含んでおり、大きな先例的価値を有するものであるが、本件が含む重要な論点の一つとして、国際水路法における実体義務と手続義務の関係の問題がある。ここでいう手続義務とは⁴、具体的には、1975年協定の7-12条に規定された事前の通報・協議義務であり、実体義務とは、主に、同協定の1条に規定されたウルグアイ川の最適で合理的な利用の原則（当事国と裁判所はこの原則を衡平利用原則と解する）と、41条の汚染防止・水中環境の保護義務（防止義務）である⁵。裁判所は、衡平利用原則について、この原則は一般的な原則であって、特定の権利義務を定めておらず、他の規則を通じて実現されると述べており⁶、また、防止義務について、適用可能な国際協定や国際機関の定める指針に従った国内法令を整備して、相当の注意をもってその実施を行う義務と解釈した上で⁷、環境影響評価等の検討を進めている。そして、事前通報・協議義務の違反がこれら実体義務の違反を

導くというアルゼンチンの主張に対し、裁判所は以下のように判断した。裁判所は、まず、実体義務と手続義務には機能的連関が存在すると述べる⁸。ただし、この機能的連関とは具体的に何を意味しているのかについて、裁判所は明らかにしていない。そして裁判所は、1975年協定が、それら2種類の義務の直接の連関を具体的に規定しているわけではないこと等を理由として⁹、事前通報等の手続義務の違反は防止義務等の実体義務の違反を導くものではない、と結論している¹⁰。

しかし裁判所の判断に対し、Al-KhasawnehとSimmaの共同反対意見（以下、共同反対意見）をはじめとした対立的な意見が存在する。それらの意見は、少なくとも形式的には別個の義務であるはずの事前通報・協議義務の違反が、関係国間の協定で直接規定されていなくとも、何らかの理由により、防止義務等の実体義務の違反をもたらさう、と主張するものである。

そのような主張・見解の第1として、判決に付された共同反対意見がある。共同反対意見は、まず、パルプ工場事件で問題となった衡平利用原則や防止義務等の実体義務は曖昧であり、しかも衡平利用原則と防止義務の間には緊張関係すら存在していると指摘する。そして、そのような状況ではそれら実体義務の履行状況を判断する有力な指標として、事前通報・協議の手続義務こそが重要であり、事前通報・協議義務の違反が実体義務に何らの影響も及ぼさないのは問題であるという。それら手続義務を履行しなかったということは、より適切な工場立地を選び損ねたということであり、これらの義務の不履行は、工場の建設を既成事実化してしまったに等しいと述べている¹¹。事前通報・協議義務の不履行が事態の推移に影響する以上、実体義務の履行状況にも影響を及ぼさうということである。また反対意見は、防止義務等の違反が証明されなかった以上、事前通報・協議の手続義務の違反だけを認定したところで実質的意味は薄く、この違反の宣言をもってアルゼンチンへの救済とするという結論には疑問があり、二つの義務の相互依存関係を適切に考慮した判断とはいえないと述べている¹²。

この反対意見は、事前通報・協議義務と防止

義務等との実質的な相互依存関係を考慮した解釈・適用の必要を説くものである。事前通報・協議義務の履行状況が防止義務等の履行状況に事実上の影響を及ぼす以上、これらの義務は必ずしも明確に切り分けられない可能性があり、したがって、事前通報・協議義務の違反という結果を考慮しないまま防止義務等を判断することは適切でなく、また、防止義務違反の認定がなされない状況での事前通報・協議義務の違反の認定は実質の意味が薄い、というのである¹³。

このような二つの種類の義務間の内容的な交錯の可能性の問題については、学説からも指摘がなされている。Kerbrat と Maljean-Dubois は、共同反対意見と同様に、パルプ工場事件で扱われた国際水路法の事前通報・協議義務の手續義務と防止義務等の実体義務は、内容的に厳密に区別できるものではないと主張する。Kerbrat と Maljean-Dubois によれば、損害防止のための措置を取るということを義務付ける 1975 年条約 41 条（防止義務）は、内容上、手續義務ではないと言い切ることが困難であるという。そして、Kerbrat と Maljean-Dubois は、これら 2 種類の義務の交錯関係にもかかわらず、裁判所は、防止義務違反の帰結として生じうる原状回復（工場停止）を回避するという政策的な目的のために、あえて実体義務と手續義務という形式的な区別に基づいた判断を行ったと主張している¹⁴。それでは、国際水路法の事前通報・協議義務は、学説や共同反対意見が説くように、裁判所において、防止義務等の実体義務の具体的な判断要素として機能することを、想定されているのだろうか¹⁵。逆に言えば、国際水路法の実体義務は具体的な内容として、事前通報・協議の手續義務をいわば内包しうる内容となっているのだろうか。国際水路法の実体義務は、内容として、国家に対して何をどこまで果たすことを指示しているのだろうか。

次に、事前通報・協議義務と防止義務等の相互連関関係を説く主張・見解の第 2 として、（結果的に裁判所に却下されたものだが、）紛争当事国であるアルゼンチンが行った主張がある。アルゼンチンは、口頭弁論において、事前通報・協議義務は最適で合理的な利用（衡平な利用）を目的と

するものであり、これらの手續義務を履行しない一方的な措置はこの最適で合理的な利用という目的を損なうものであるから、これらの義務の違反は防止義務等の実体義務の違反を導くという主張を行った¹⁶。この主張は、事前通報・協議義務と防止義務等という元来別個の義務が、衡平利用という目的を介することで相互の連関を生じると説くものである。衡平な利用という目的は、通報・協議義務と防止義務等の関係に対し、どのような影響を及ぼしているのだろうか。

以下、本稿では、これらの主張とそれに伴う問題点を念頭に置きながら、国際水路法の事前通報・協議義務の違反は、法的見地からすると、防止義務等の実体義務の違反をもたらしうる（べき）のか、あるいは、そうではないか、また、その根拠は何なのだろうかという問題について検討を行っていききたい。本稿で扱う問題は、国際司法裁判所で扱われたパルプ工場事件の中で、実際に意見の対立が発生し、実際に事前通報・協議義務の違反が認定され、そしてその結果を実体義務の判断の中では考慮しなかったという多数意見の判断に対して、反対意見が付された問題であり、本稿の検討は、その是非を改めて検討するものである。

ここで、第 1 の立場、すなわち事前通報・協議義務等の手續義務と防止義務等の実体義務の内容的交錯に注目する学説は、パルプ工場事件や国際水路法の文脈に限られず、以前から存在している。例えば Lefeber は防止義務を、措置をとる義務であると捉えた上で、具体的な損害の発生なしに防止義務の違反が成立する（すべき）ものと解し、手續義務と実体義務が混合した義務である防止義務では、手續義務の違反が、実体義務の違反を導きうることを主張している¹⁷。あるいは松井芳郎は、通報・協議の手續義務が、越境環境侵害の防止のために国家が負う相当の注意義務の内容を構成しうることを主張している¹⁸。防止義務と通報・協議の手續義務の関係性の問題は、従来から存在してきた国際環境法上の一般的な課題であるといえる。

しかし、パルプ工場事件で問題となったような、国際水路法における通報・協議義務と防止義務等

の関係を考えるにあたっては、国際水路法固有の性格・要素を特に踏まえた検討を行う必要がある。なぜならば、国際環境法は様々な環境問題を規律する国際法の総称であり、それぞれの分野によって、その法構造や基礎は異なっているからである。そしてここで注目すべきは、事前通報・協議義務と防止義務等の相互連関関係を説く第2の主張、すなわち当の紛争当事国であるアルゼンチンが行った、最適で合理的な利用という目的すなわち衡平利用原則が、事前通報・協議義務と防止義務との相互の連関を生じるというものである。衡平利用原則は1975年協定に規定された実体義務の一つである（1条）。それゆえ衡平利用原則が、一つの実体義務として、事前通報・協議義務と相互の連関関係を生じるかどうかという問題が一つ存在する¹⁹。しかし、議論の先取りにもなるが、衡平利用原則は国際水路法において、基本原則というべき重要な地位を占める原則でもある²⁰。衡平利用原則の存在は、それがアルゼンチンの主張する通りであるかどうかは別にしても、事前通報・協議義務と防止義務の関係に何らかの重要な影響を及ぼしている可能性がある。さらに先取りして言えば、衡平利用原則は国際水路法全体の性格・あり方に強い影響を与えており、事前通報・協議義務と防止義務の関係もまた、衡平利用原則を中心とした国際水路法の枠組の中での、それらの義務の位置や機能によってこそ決定付けられるのである。したがって、国際水路法における通報・協議義務と防止義務等の実体義務の関係の問題について検討していくには、国際水路法の基本的な原則とされる衡平利用原則を十分に視野に含めた検討が必要となる。

ところで、問題の具体的検討に入る前に、本稿の主たる検討課題に関連する（しうる）数点の問題について言及しておきたい。第1に、事前通報・協議の手續義務は、重大な損害の発生の有無にかかわらず、防止義務等の実体義務の違反を導きうるかという問題がある。この点につきMcIntyreは、重大な損害の発生の存在を防止義務違反の認定における不可欠の要素と解する。McIntyreによると、衡平利用原則や防止義務は、通報・協議・交渉を含む手續義務によって

実施されるという。にもかかわらず、パルプ工場事件において、事前通報・協議義務の違反が防止義務の判断に影響を与えなかった理由として、McIntyreは、事前通報・協議義務の違反が損害の発生へと至ったわけではないということをあげている²¹。防止義務において、損害の発生という要素がどのような位置を占めているのかという問題は、以後の検討の中で明らかにしたい。

第2に、環境影響評価の扱い・位置付けの問題である。パルプ工場事件では、後述するように、通常、手續義務として扱われる環境影響評価の義務が、防止義務の判断の中で取り扱われている。これは環境影響評価という手續義務が実体義務の判断に組み込まれた例といえる。環境影響評価そのものは本稿の主たる検討の対象からは外れるが²²、一般的には手續義務として並置されるにもかかわらず、なぜ事前通報・協議義務は裁判所によって環境影響評価と異なる扱いを受けたか（あるいは、なぜ環境影響評価は事前通報・協議義務と異なる位置付けがなされたのか）という問題については、本稿の主題にも関わる問題でもあり、後で考察を加えたい。

第3に、緊急事態の際の通報義務についてである。繰り返しになるが、本稿では、事前通報・協議義務の違反が防止義務等の実体義務の違反を導きうるかという問題を検討する。他方、手續義務と実体義務の相互作用関係という大きな問題の中には、緊急事態の際に通報を行うべき義務の違反が、実体義務の違反を認定する上で考慮されるべきか、という問題も存在している。このような場合の先例としては、国際水路法・国際環境法の事例ではないものの、緊急事態通報義務の違反を踏まえて、発生した損害に対する当事国の責任を認めたコルフ海峡事件があげられる²³。しかし本稿では検討の対象を、パルプ工場事件で実際に論点となった、重大な損害を生じうる計画・活動が実際に実施される前に行われる事前の通報・協議義務に限ることとし、当該危険活動の実施後に緊急事態が発生した際の通報義務については、本稿の射程の外としたい。

以下、本稿の中心である第2章では、特に国際水路条約を検討素材として、国際水路法における

事前通報・協議義務と防止義務等の実体義務の関係の問題について、検討を行う。その後第3章では、2章の検討結果を受けて、本稿の問題関心の視点から、パルプ工場事件へ改めて考察を加えたい。

2. 国際水路条約における事前通報・協議義務と防止義務等の実体義務の関係

本稿の検討課題は、国際水路法における事前通報・協議義務、特にその違反と、防止義務等の実体義務の関係の問題である。以下ではこの問題について検討を行っていくが、本稿では検討の素材として、国際法委員会の国際水路条約（1997年）を取り上げたい。その理由は、以下の通りである。

まず、パルプ工場事件において国際司法裁判所は、事前通報・協議義務の違反が防止義務等の判断に組み込まれない理由として²⁴、1975年協定がそれら二つの種類の義務の直接の連関関係を定めていないことをあげていた。実際、1975年協定にそのような明文規定は存在しておらず、また、これらの義務の直接の連関を説く側の意見においても、1975年協定の直接の解釈論を根拠とした主張が展開されているわけではない。ここで、にもかかわらず、二つの義務が連動しうるとすれば、その根拠は1975年協定の外、すなわち、より一般的な形でのそれらの事前通報・協議義務、あるいは防止義務等の実体義務の中に存在することになる。本稿の検討ではその、より一般的な国際水路法を示す指標として、国際水路条約を取り上げることとしたい。このことはもちろん、国際水路条約の内容が国際慣習法として既に確立しているということを含意しているわけではない。国際水路条約が国際慣習法化しているかどうか、あるいは国際水路条約の個々の規定それぞれが国際慣習法化しているかは、それ自体別途の慎重な検討を要する大きな問題である。しかし国際水路条約は、国際法委員会による長年の慎重な法典化作業を経て成立した条約であり、一般国際法そのものをただちに表すわけではないにしても、国際水路分野において一定の価値・重要性を有していると考え

える。国際水路条約は、国際水路法の一般的な内容・傾向を示すものとして、条約自体が発効する前から、様々な学説で度々参照されているほか²⁵、国際水路条約自体も2014年8月17日に発効を迎え、ますますその権威を高めているのである²⁶。なお、国際水路法における事前通報・協議義務と防止義務の関係の問題は、国際水路条約の準備作業の中で実際に議論の対象とされている。加えて、本稿がこの問題を考える上で必要と考える衡平利用原則などの問題もまた、国際水路条約の準備作業において議論の対象となっているのである。

さらに、パルプ工場事件においても、国際水路条約は無視できない存在である。確かにパルプ工場事件の判決において、国際司法裁判所が国際水路条約を直接適用したわけではない²⁷。しかし、書面手続を見れば明らかなように、両当事国とも、1975年協定の解釈にあたっては、国際水路条約を参照しながら、それぞれの議論を展開しているのである²⁸。また、これを受けて裁判所も、実質的に国際水路条約を考慮に加えた判断を行ったと考えられる。例えば裁判所は事前通報義務を、関係国間のプロセスを補完・実現するものと解するが²⁹、これは、以下の検討で明らかになる国際水路条約における事前通報・協議義務の位置付け・機能を考慮したものと考えられる³⁰。学説もまた、パルプ工場事件は国際水路条約を反映しているとの評価を行っている³¹。

以下の検討では、まず予備的に、国際水路条約自体が通報義務の不履行について定める規定と、準備作業の中で直接交わされた、通報・協議の手続義務と防止義務との関係をめぐる議論について検討する。しかしこれらは、以下に見るように、本稿が設定した問題への解答を十分に導くことはできない。そこで、その次に、本稿が設定した問題を明らかにするうえで重要となる防止義務と衡平利用原則、特にその相互関係について、検討する。その上で、その検討結果を踏まえて、国際水路条約における事前通報・協議義務と防止義務等の実体義務の関係について、前章であげた論点を考慮しつつ、検討を行いたい。

2-1. 通報義務の不履行に関する規定

本節ではまず、国際水路条約は手続義務が履行されない場合について、どう規定しているのかを確認したい。仮に国際水路条約自体が事前通報・協議義務の違反の法的効果を明確具体的に定めているならば、本稿が掲げた問題に対する解答への大きな一歩となるからである。

ここで、事前通報義務が履行されない場合について定める国際水路条約 18 条を参照したい。この規定は、ある国の国際水路利用計画が自国に悪影響を及ぼしうると合理的な理由に基づいて判断した場合、その国に当該計画の通報を要求できるとする規定である（1 項）。さらにこの規定によれば、1 項の要請を受けた計画国は、当該計画が悪影響を生じないと考える場合、その理由を示す調査計画をもって応えることとされている。その上で、両国の見解が噛み合わない場合には、両国は協議・交渉を行うものとされる（2 項）。このように国際水路条約 18 条は、事前通報義務違反の法的効果を示すというよりも、事前通報義務履行の必要について国家間の見解が分かれた際に、用いられるべき交渉手続を具体的に示したものである。

しかし、国際水路条約の準備作業の中では、事前通報義務等の手続義務の違反について、より特定された法的帰結を伴う規定も想定されていた。国際法委員会における第 2 の特別報告者である Schwebel の草案では、相当の損害に対する責任と題した第 8 条（防止義務を定める規定である）の 3 項から 5 項が、計画により影響を受けよう国への事前通報義務をはじめとした手続義務を定めており、さらに同 8 条 9 項が、実体的および手続的な防止義務の違反は賠償責任を生じると定めている³²。この草案においては、事前通報等の手続義務は防止義務の一部であり、一体として賠償責任を帰結する構造となっているのである。Schwebel はこの規定振りについて、水路国の共存には国家間の意思疎通が必要不可欠であると述べている³³。

事前通報等の手続義務を防止義務に内包する Schwebel の構想は、しかし、その後の作業において、維持されることはなかった。4 代目の特

別報告者である McCaffrey の草案では、はじめ Schwebel の草案が規定した防止義務違反の帰結条項に準じて、事前通報・協議義務の違反は、防止義務違反の有無にかかわらず、発生した損害に対する賠償責任を負うと規定された（13 条）³⁴。McCaffrey はこの規定について、手続義務を遵守してさえいれば負う必要のなかった責任を付与するものと説明している³⁵。次節で改めて述べるが、McCaffrey は Schwebel のように事前通報等と防止義務を関連付けていないため、この規定はむしろ、手続義務の違反から生じる特有の法的効果を定めた規定といえる。しかしこの規定は、事前通報義務の違反の結果としては、あまりに厳格に過ぎるなどとの批判を浴びた³⁶。その結果、同規定は現行の国際水路条約 18 条の形へと修正されることとなったのである。したがって、成立した国際水路条約自体には、事前通報義務の「違反」から生じる特定の法的効果を具体的に定める規定は、特に含まれていない。

このように、事前通報等の手続義務違反の法的効果を明示的に定めた規定（の構想）は、準備作業の中で存在しなかったわけではないが、最終的に、事前通報義務の履行について関係国間で認識の相違が存在する場合に、取るべき手続を定める規定へと改められることとなった。それゆえ、事前通報・協議義務違反の法的効果を直接定める規定の解釈から、本稿が掲げる問題への解答を導くことは不可能である。しかし既に見たように、国際水路条約の準備作業の中で事前通報等の手続義務は、はじめ防止義務の一部として規定されていた。そこで、次節では、Schwebel 草案に始まる防止義務とそれら手続義務の関係をめぐる国際法委員会内の議論を見ていくこととしたい。

2-2. 準備作業での事前通報等の手続義務と防止義務の関係についての議論

既に述べたように、国際法委員会の特別報告者である Schwebel の草案は、事前通報を防止義務規定の一部として規定していた。この構成において事前通報義務と防止義務は一体の関係であり、併せて責任・賠償の基礎として機能するとされていた。しかしこの構想は、国際法委員会内での特

別報告者の交代に伴って、十分な議論の対象となることはなかった。

代わって特別報告者となった Evensen の草案では、事前通報等の手続義務は防止義務と切り離され、協力の原則の下で独立した一つの章（3章）をなすこととなった³⁷。これは、事前通報等を協力の原則に由来する、関係国間の協力を促進する制度と位置付けるものである。Evensen は、この規定構成の変更の理由について直接述べてはいない。しかし Evensen によると、国際水路の利用には国家間の協力が不可欠であり³⁸、関係国間の定期的な協議や情報交換が、協力の原則の骨子を担うという³⁹。事前通報・協議義務は、それら情報交換義務等と協力の原則の下で並置されており、事前通報・協議義務も、情報交換義務と同様の意義・位置付けが与えられたものと考えられる。

しかし、この事前通報等の手続義務の位置付けの変化には、国際法委員会の中から強い批判が寄せられた。批判的な意見によると、これらの手続義務はあくまで防止義務に由来する規則であり、防止義務において生じうる、義務の不履行の判断基準になりうるという⁴⁰。この意見は、手続義務と防止義務の密接な関係を説くとともに、それら手続義務が防止義務の履行状況の判断基準となりうるという考え方を示している。

その後、事前通報等の手続義務と防止義務の関係をめぐり意見対立は、Evensen の次の特別報告者である McCaffrey の下で、さしあたって以下のように整理された。すなわち McCaffrey の草案では、衡平利用原則や防止義務、協力の原則などの実体義務は第 2 章に、事前通報・協議等の手続義務は第 3 章に規定されることとなった。これは、協力の義務を「一般原則」と題する 2 章へ移行して防止義務と併記することで⁴¹、手続義務が防止義務に由来するのか、あるいは協力の原則に由来するのかを明示しないこととするものである。そしてこの規定振りは、防止義務と事前通報等の手続義務が Schwebel 草案のように密接な関係を持つ可能性を否定する意図ではなく、さしあたっての作業進行上の便宜によるものとされた⁴²。つまり、国際水路条約は、内容上の区別ではなく、

一般的な原則と具体的な規則という形式的な観点から、実体義務と手続義務を、別の章へと分けて規定することとなったのである。

その後も国際法委員会の中では、事前通報・協議義務と防止義務の関係を強調すべきとの意見が根強く残ったものの⁴³、以後、この章立て・条文構成の問題が、再度本格的な議論の対象となることはなく、現行の国際水路条約へと至っている⁴⁴。したがって、国際水路条約におけるこれらの義務間の関係の問題は、条約全体の構想も含めた条約の内容から考察を行っていく必要がある。

2-3. 防止義務の内容・位置・機能

以下では、国際水路条約の内容の検討から、国際水路法の事前通報・協議義務と防止義務の関係について考察を行っていく。本節で注目したいのが、防止義務を定める国際水路条約 7 条、特にその 2 項である。なぜならば、7 条 2 項は国際水路の利用が重大な損害を生じる場合に取るべき義務を定めるものだが、この規定についてのコメントリーが、事前通報・協議の手続義務に言及しているからである。

国際水路条約 7 条 2 項は、関係国があらかじめ協定を締結していない状況で、国際水路の利用から重大な損害が生じる際に、国家の取るべき行動を定める規定である。同項のコメントリーによると、事前通報等の手続義務は、関係国間の事前の協定を成立させるプロセスの反映であり、また、その補強を行うものであるという⁴⁵。これは、重大な損害を生じさせかねない国際水路の利用について関係国が協定を締結するうえで、事前通報等が有用であるということ、さしあたり意味しているのだが、このことは一体何を含意しているのだろうか。このコメントリーは、単に、関係国間の交渉において事前通報等の手続義務が有用であるという事実を確認したに過ぎないのだろうか。しかし、このコメントの意図・含意を的確に解するには、2 項を含む 7 条全体を分析・検討し、1 項からの文脈の中でその意味を考える必要がある。

そこで以下では、国際水路法の事前通報・協議義務と防止義務の関係の問題について検討を行うために、2 項を含む防止義務（7 条）について検

討を行う。検討は、現行7条に至る防止義務規定を、準備作業の流れに沿って、その形成・定式化の段階を追いながら行うが、これは、7条の防止義務が準備作業の中で、激しい議論を経て、大きく変化を加えられながら形成された規定であり、その変化を把握することなしに、現行の防止義務規定を的確に理解することができないからである。検討はまた、特に防止義務と衡平利用原則の関係にも注目しながら行っていく。なぜならば、序章で述べたように、衡平利用の原則が国際水路の法において、いかなる位置を占め、どのような影響を及ぼしているのかということ自体が、本稿の検討課題に深く関わる重要な論点であり、また、防止義務の定式化は、以下で見ると、防止義務と衡平利用原則の関係の問題と不可分の関係にあるため、衡平利用原則に触れずに防止義務のみを追うと、防止義務の正確な理解を不可能としてしまうからである。この検討を行うことで、衡平利用原則の位置の問題にとどまらず、序章で述べた事前通報・協議義務と防止義務等の実体義務の関係についての議論から生じた論点も、明らかにしていくことができる。

2-3-1. McCaffrey 草案まで

以下では、準備作業の進展に沿いながら、防止義務について検討していく。国際法委員会で防止義務について本格的な検討が加えられたのは、第4の特別報告者である McCaffrey 期以降だが、McCaffrey 草案の検討に入る前に、まず、その前段階である第2の特別報告者 Schwebel の草案と、第3の特別報告者 Evensen の草案について触れておきたい。

Schwebel の草案では、防止義務が事前通報義務を内包しつつ、特有の賠償責任を導く義務と規定されていたことは、既に述べた。Schwebel は、責任と賠償の基礎としての防止義務を、トレイル熔鉱所事件などに依拠して定式化している⁴⁶。これに対し Evensen は、これも先に述べたように、事前通報義務等を防止義務から分離して規定した⁴⁷。Evensen は、防止義務を、国際水路の衡平で合理的な配分の義務とともに、衡平な利用は重大な損害を生じてはならないという一つの法的基準を

なすものと説明している⁴⁸。Evensen のいう国際水路の衡平な配分の義務とは、国際水路の合理的で衡平な配分を行う権利の論理的帰結であるとされる⁴⁹。Evensen は、衡平な配分を行う権利を、国際水路法の実体的権利義務の根幹に据えている⁵⁰。

しかし、衡平な配分の権利と損害を防止する義務については、防止義務が先に水路利用を始めた側の国を一方的に有利にしてしまうおそれがあるなどとして、二つの原則間の関係を調整する必要があるとの意見が討議の中で表明された⁵¹。これは、例えば、下流国が既に国際水路の利用を行っている状況で、上流国が新たにダム建設のような下流国に何らかの影響を及ぼしかねない水路利用を始める場合、上流国は国際水路を衡平に利用する権利を、下流国は防止の義務を主張することとなり、その優劣関係が問題の処理へ大きな影響を与えうる、といった問題である。衡平の権利（あるいは衡平利用原則）と防止義務との関係、その潜在的な対立の可能性の問題は、これ以後の準備作業において大きな論争の的となっていく⁵²。また、Evensen の草案において防止義務は、それが補完的であるにせよ対立的であるにせよ、国際水路を衡平に利用する権利に対する制約あるいは基準として機能するものと想定されている。

Evensen に続く第4の特別報告者が McCaffrey である。McCaffrey は、衡平な配分の権利を国際水路法の根幹に据えた Evensen の草案を概ね踏襲しつつ、衡平の権利や防止義務の規定振りにさらなる調整を加えた。まず McCaffrey は、Evensen 草案の衡平な配分の権利と、国際水路を衡平で合理的に開発・利用・配分する義務について、これらはいずれも国際水路を衡平に利用・配分・参加する原則（衡平利用原則）を定めるものと解する⁵³。そしてその衡平利用原則は、国家実行の支持を受けていないハーモン主義（あるいは絶対的領域主権論）と異なって、学説や実行において広範な支持を得ていると指摘する⁵⁴。その上で McCaffrey は、それら様々な実行・学説の存在から、衡平利用原則が国際水路の非航行的利用に関する国家の権利を決定する法の一般的な指導原則ということができると結論している⁵⁵。この McCaffrey の修正により⁵⁶、衡平利用原則を国

際水路法における基本原則と位置付ける、現行の国際水路条約の体系が確立したといえる⁵⁷。

次に、McCaffrey は防止義務を、水路国が国際水路を他国に相当の損害を与えないよう利用する義務と規定する⁵⁸。McCaffrey によると、防止義務は、衡平利用原則を補完するものであり、国際水路を衡平で合理的に利用する国家の権利は、防止義務による制約を受けるという。McCaffrey はさらに、他国に重大な損害を与える利用は衡平ではないとも述べている⁵⁹。こうして、McCaffrey 草案の防止義務も明らかに、衡平利用という原則に対して制約として機能する。

以上の McCaffrey 草案に対し、国際法委員会では、汚染損害の扱いの問題を発端として、様々な議論が行われた⁶⁰。その議論の中で、本稿の検討の必要上、注目すべき第 1 の議論が、この義務は厳格責任を定めるものなのかという、防止義務の性格に関する議論である⁶¹。この問題に対し McCaffrey は、この義務は厳格責任ではなく相当の注意を定めたものであり⁶²、損害の発生の折には、相当の注意を果たしているかどうかで義務違反の有無が判断されると回答している⁶³。この問題については他の委員からも、この義務は違法行為責任を定めたものであり、厳格責任ではなく、結果の義務を定めたものであるとのコメントも示されている⁶⁴。また、このような防止義務に対しては⁶⁵、一部の委員から、責任の基礎としてのさらなる具体的基準の必要性や⁶⁶、証明責任の反転の必要性なども指摘されていた⁶⁷。したがって、McCaffrey 草案における防止義務は、厳格責任を定めるものではなく、また、発生した損害に対し、相当の注意の有無を媒介することによって、最終的な違反の有無を判断する義務と認識されていたことがうかがわれる⁶⁸。

本稿の検討の必要上、注目すべき第 2 の議論が、衡平利用原則と防止義務の関係についての議論である。McCaffrey は、前述のように、防止義務を衡平利用原則より優位の制約規則としたが、この二つの規定の関係、特にその優劣関係について、国際法委員会の討議の中でも問題が提起された⁶⁹。さらに、McCaffrey の草案に基づいて採択された国際水路条約第一読草案が、各国によるコ

メントに付されると、この問題についての各国の反応は真つ二つに分かれることとなる。すなわち、第一読草案の規定を支持するドイツやイギリスなどに対し⁷⁰、衡平利用原則の優位を主張するアメリカをはじめ⁷¹、カナダやオランダ、北欧諸国などにより反対が表明されたのである⁷²。この状況を受けて、McCaffrey の次の特別報告者である Rosenstock は、草案のさらなる調整を試みることとなった。

2-3-2. Rosenstock 草案

最後の特別報告者である Rosenstock は、以上の状況を受けて、衡平利用原則の規定にはほとんど手を加えることなく、防止義務を調節することで、衡平利用原則と防止義務の関係の問題の解決を図った。すなわち Rosenstock は、防止義務を、国際水路を他国に相当の損害を与えないよう利用する義務から、国際水路を利用する際に他国へ重大な損害を与えないよう相当の注意を払う義務へと書き換えている。さらに Rosenstock は、防止義務と衡平利用原則との関係について、「衡平で合理的な利用として許される場合を除き」と、重大な損害が発生しても衡平で合理的な利用であるとして許容される場合が存在することを明示して、衡平利用原則が防止義務に優位するものとして規定した⁷³。

この変更には、国際法委員会の内部より多数の意見が寄せられた。まず一方では、衡平利用原則を上位に据えて従来の二つの規定の関係を逆転させるこの規定に対し、衡平でさえあれば重大な損害を許してしまう⁷⁴、従来のバランスを破壊してしまう⁷⁵、衡平が優位になってしまっただけでは何が重大な損害なのかわからなくなってしまう⁷⁶、といった多数の批判が表明されている。他方、国際法委員会の中からは、防止義務の内容は他の条項に組み込まれており⁷⁷、防止義務をあえて定める必要はない⁷⁸、むしろ不要である⁷⁹、などの意見も表明された。

Rosenstock の改訂は、このように大きな反応を呼び起こしたが、それは、上の批判的意見に見られるように、この改訂が衡平利用原則と防止義務による国際水路法の規律枠組を、McCaffrey

草案のそれから一変させることによる⁸⁰。先の McCaffrey の草案では、国家の国際水路を衡平に利用する権利を、相当の損害を発生させないよう防止義務が規制するという枠組が設定されていた。確かに McCaffrey の枠組においても、ありとあらゆる相当の損害の発生がただちに義務の違反を生じるといふ、厳格責任を定めていたわけではない。しかし、McCaffrey の草案では、相当の損害を生じる利用は原則として禁止されるべきであり、義務違反の成立の有無という局面においてのみ、国家が相当の注意を果たしていたかが問われるものとされていた。ところが Rosenstock の改訂によれば、逆に、絶対的に見れば重大な損害であるとしても、それが相対的に衡平であるならば、その損害は許容されることになる。つまり Rosenstock 草案の構想では、あらゆる重大な損害が禁止されるわけではないということが、あらかじめ認められているのである。したがって衡平利用原則と防止原則の上下関係の問題は、やむを得ない重大な損害の存在をあらかじめ認めるか否かが、問題の核心にあるということができよう。Rosenstock の草案では、一部の、すなわち衡平ではない重大な損害が、禁止の対象となるのである。それゆえ Rosenstock の構想では、衡平利用原則が、国家による国際水路利用の最終的な評価基準を定める規定ということになる。その後 Rosenstock は草案にさらなる改訂を加えたが、この改訂草案も、多くの批判の存在にもかかわらず、先の草案の構成・内容を基本的に踏襲したものとなっている⁸¹。衡平利用原則は、国際水路の利用における基本的な権利と義務を定める基本原則であり⁸²、また、以下で見るように、許容される国際水路利用を示す基準とされた。

それでは、このような Rosenstock 草案の枠組において、防止義務の独自の意義とは何だろうか。その独自の意義を見出せないと判断した委員からは、防止義務の削除が主張されるに至っていた。Rosenstock の改訂草案のコメントリーによれば、防止義務（7条）は⁸³、利益バランスの指導的基準である衡平利用原則を補助し、重大な損害の発生をできるだけ回避するためのプロセスを定めるものとされている⁸⁴。では、この新しい防止義務

は、何を規定しているのだろうか。

防止義務を定める7条の第1項は、他国に重大な損害を与えないよう相当の注意を払って国際水路を利用する義務を定める。コメントリーによると、これは結果の義務ではなく行為の義務であり⁸⁵、重大な損害が起らないよう保証するものではなく、それゆえ、この防止義務において、故意も過失もない重大な損害の発生は、義務の違反を引き起こすものではないという⁸⁶。次に、本節の冒頭にあげた2項は、Rosenstock の改訂によって新たに付け加えられた規定だが、これは、相当の注意を果たしていたにもかかわらず、実施された水路利用から損害が発生してしまう場合、事前の国家間の協定がなければ、その利用が衡平となるよう協議を行うと定めている⁸⁷。すなわち、Rosenstock の草案において、国際水路利用から生じる重大な損害は、水路利用国が相当の注意を払っていたとしても、そのまま受容されるわけではない。その損害が衡平な利用となるよう、関係国間で協議されなければならないのである。

ここで、防止義務（7条）の1項から2項を通して読めば、重大な損害を引き起こす国際水路利用の問題が生じる際には、初めに、損害を生じかねない利用を行う国が相当の注意を払ったかどうかを確認し（1項）、相当の注意が払われていた場合には、事後的な協議によって、国際水路を衡平に利用する合意に至る（2項）、という一連のプロセスが見て取れる。国際水路利用から生じる重大な損害は、最終的に、衡平利用原則に合致するよう調節されることとされているのである。このプロセスの中で、国際水路利用の最終的な評価基準として機能するのは衡平利用原則であり、1項の「相当の注意を払う」義務が担う役割は、国家が必要な措置を取ったかどうかを判定する一次的な基準となっている。この義務は、以前の草案に定められた防止義務が相当の損害の発生という結果を制約する義務であったのと異なって、衡平利用の原則の下で、重大な損害の発生を防止することを目的とした措置を取ることを国家に義務付けるものである。この義務において、重大な損害を発生させないことは、あくまで措置を取る上での目的であり⁸⁸、この義務の存在により直接規律

を受ける国家の行動とは、防止のための措置をとるかどうかなのである。ここで、国家によって取られるべき措置として、必要な法令の制定と実施や、国家の管轄内の活動・私人の管理などが挙げられている⁸⁹。この義務に対しては、損害の発生なく防止義務違反が成立する可能性と、状況に応じて、当該国際水路利用の中止からサテイスファクションに至る様々な帰結が存在しうることが指摘された⁹⁰。なお、Rosenstock 草案 7 条の「相当の注意を払う」という表現は、最終的に採択された国際水路条約では、「すべての適切な措置をとる」という表現に改められている。

同時に、この規定は、重大な損害を引き起こす国際水路利用から生じる対立・紛争は、重大な損害を発生させてはならないという基準を適用することではなく、事後の協議か、事前の合意に基づく協定によって⁹¹、当該水路利用が衡平な利用となるよう調整することにより最終的に解決される、ということをも示している。つまり、衡平利用原則は国際水路利用の最終的な基準であるが、事前にしろ、事後にしろ、いずれにせよ関係国間の協議・交渉・合意によってこそ実現されるのである⁹²。そして防止義務は、あらゆる重大な損害の発生を禁止せず、最終的には衡平な利用へと導くプロセスの表れなのである。

国際法委員会において、以上の Rosenstock 草案に若干の修正を加えて採択された国際水路条約条文草案は、その後、国連第 6 委員会における審議に付された。ここでは持続可能な開発の概念の必要が提唱されたほか⁹³、衡平利用原則と防止義務の関係の問題について、国際法委員会と同様の議論が発生している。議論の状況は、大別して、Rosenstock の草案を支持する意見と McCaffrey の草案に規定された防止義務に戻すべきとの意見に分かれた⁹⁴。この意見対立は、結局、完全なコンセンサスを得ることができず、最終的に、国際水路条約が多数決によって採択される結果となっている⁹⁵。採択された国際水路条約の条文は、防止義務の「相当の注意を払う」という表現が「すべての適切な措置をとる」という表現に改められたように、書き振りが随所で改められたものの、規定された実体的な規範内容や法構造は、衡平利

用原則を規定する 5 条に持続可能な開発の概念が挿入された点を除き⁹⁶、大きな変更は加えられていない。

このように、防止義務と衡平利用原則の関係をめぐる対立、あるいは、あらゆる重大な損害は禁止される（べきな）のかという問題は、衡平利用原則を上位の原則に据え、防止義務をその下で機能する義務とすることで、一応、決着した。その結果、すべての重大な損害が原則的に禁止されるわけではなく、衡平ではない重大な損害が禁止されることとなった。そして、重大な損害を伴う国際水路利用は、事前または事後の協定・協議によって、衡平な利用の実現へと導かれることとされた。衡平利用原則は、国際水路の利用に関する指導原則であり、国際水路の利用の最終的な評価基準としての機能を持つ。そして、国際水路の衡平な利用という目的は、基本的に、関係国間の協議・交渉・合意によって実現するものとされた。同時に、McCaffrey に至るまでの草案・準備作業の中で、国際水路の利用に対する評価基準として、国家に対する責任の基礎、制約の機能を想定されてきた防止義務は、防止措置の実施や国家間の協議を含む国際水路の衡平な利用を実現するプロセスを表したものと転換されている。

ここで、防止義務と衡平利用原則の関係をめぐる対立を解消するにあたり、Rosenstock の構想以外の方法、例えば、重大な損害が禁止される条件を細かく具体化して規定するとか、禁止されるべき損害の基準を引き上げるとか、損害が許容される例外を具体的に示すといった方法も、潜在的にはありえたかもしれない。しかし、それらの方法が採用されることはなかった⁹⁷。防止義務と衡平利用原則の関係という問題は、国際水路利用から生じる重大な損害の問題を最終的に解決可能な客観的かつ具体的な基準を制定することではなく、問題の解決をそれぞれ個々の関係国間の協議・交渉・協定へと委ねるプロセスを設定することで、一応の妥結を見たのである⁹⁸。

2-4. 事前通報・協議義務と防止義務の関係の検討

前節では国際水路法における防止義務について検討した。本節では、その結果をもとに、国際水路法における事前通報・協議義務と防止義務の関係について検討していきたい。既に述べたように、Schwebelは事前通報義務を防止義務の一部と明確に位置付けていたが、この構想はその後の準備作業の中で維持されなかった。防止義務と事前通報等の手続義務の関係は、その後も議論の対象となったものの、McCaffreyによる整理の結果、両者の関係が条約の条文構成によって明示される形にはならなかった。ただし事前通報等の手続義務は、防止義務を定める国際水路条約7条2項のコメントリーにおいて、関係国間の協定を成立させるプロセスの反映であり、また、その補強を行うものとされる⁹⁹。ここでいう協定とは、7条2項の、ある国による国際水路利用が重大な損害を生じる際に、協定がある場合を除いて、衡平になるよう協議を行う、という規定の中の「協定」である。そしてこの協定は、前節で述べたように、関係国間で締結される当該国際水路の利用についての事前の協定を意味しており、このような協定が存在する場合には、発生した損害を受けて協議を行う義務は生じないとされる¹⁰⁰。では、この事前通報等の手続義務を通じて関係国間の協定に至るプロセスと、7条2項のプロセスは、どのような関係にあるのだろうか。そして、事前通報・協議義務と防止義務はどのような関係にあるのだろうか。

ここで、事前通報等の義務に反映・補強されるプロセスが、重大な損害を生じかねない利用を行う前に、通報協議を行って当該利用が衡平な利用となるよう協定を結ぶという、事前の手順を設定するものであるのに対し、7条2項のプロセスは、重大な損害を生じかねない国際水路利用を行う国があらゆる適切な措置を取り（相当の注意を払い）、それでも、実施された水路利用から損害が生じてしまう場合に、関係国間で協議を行って合意に至るという事後の手順を設定するものである。前者のプロセスが、重大な損害が生じかねないことをあらかじめ想定して、事前の行動を行う

ものであるのに対し、後者のプロセスは、取られた防止措置にもかかわらず、結果的に、重大な損害が発生してしまった場合の行動を規定している。この二つのプロセスは、重大な損害を生じ（う）る活動に対し、関係国間で、事前の対処を行う場合と事後に対処を行う場合というそれぞれ異なった状況・局面を扱っているのである¹⁰¹。ただし、事前に協議を行ってあらかじめ関係国間の合意を形成する場合にしても、7条1項が定めるように、必要な措置を取らなければならないことには変わりはない。事前の通報義務は、そのような防止のための措置を取ったうえでも重大な損害が生じかねないということを、相手国に伝達する義務である。このように、重大な損害を防止するよう必要な措置をとる義務と事前通報等の手続義務は、事前と事後の二つのプロセスが並走する防止義務の枠組の中で、それぞれ異なる局面で、異なる役割を担っている。したがって、事前通報等の手続義務が、損害を防止するための措置を取る義務の一部を構成しているとはいいがたい。そして事前通報等の手続義務は、防止義務が想定する事前的な局面の中で重要な役割を担うものではあるが、防止義務のプロセス全体における、不可欠の一部であるともいいがたい。

以上のような国際水路条約7条が想定する事前通報等の手続義務の位置付けから、序章で述べた、事前通報・協議義務と防止義務等の実体義務の関係をめぐる意見対立に含まれていた論点への答えが導かれる。すなわち、国際水路法の事前通報等の手続義務と防止義務との内容的交錯の問題についてである。重大な損害を防止するようあらゆる措置を取る義務を含む防止義務は、一見、文言上、手続義務を包摂すると解する余地がないではない。事前通報・協議の手続義務を履行することは、結果的に、重大な損害の発生の防止に貢献しうるのであろう。逆にそれら手続義務の不履行が、事態の推移に、事実上、悪影響を与えてしまうことも、十分ありうることである。それどころか、国際法委員会における国際水路条約の準備作業の中では、Schwebel草案が、事前通報義務を防止義務の一部と位置付けた上で、合わせて賠償責任の基礎をなすものと規定していた。さらに、その

後の準備作業の中でも、防止義務と事前通報等の
手続義務の密接な関係を説く議論は根強く、それ
ら二つの義務が一体のものとして規定される可能
性は、十分存在していた。しかし、防止義務と事
前通報義務の一体性が強く主張された段階の防止
義務は、相当の損害を引き起こしてはならないと
いう結果を定める義務である。防止の義務は、そ
の後、衡平利用原則との関係をめぐる論争の結
果、結果の義務から措置を取る義務へと転換され
た。それに伴って防止義務は、衡平利用原則の下
でのプロセスとして位置付けられることとなっ
たのである。そしてその防止義務は、事前通報等
の手続義務を、7条1項の損害を防止するための措
置を取る義務そのものの一部として位置付け、組
み込んだわけではなかった。

前章で検討したように、国際水路条約では、国
際水路の利用において、重大な損害の発生が原則
的に禁止されておらず、やむを得ない重大な損害
が存在することはあらかじめ認められていた。そ
して、どのような重大な損害が許されるのかを定
める具体的な基準は存在しておらず、国家間の交
渉により衡平な水路利用となるよう調整するこ
とが定められていた。このような枠組において、防
止義務は、国際水路利用の最終的な評価基準と位
置付けられておらず、手続義務等の様々な要素を
考慮して解釈されることも想定されていない。国
際水路条約の準備作業の中では、事前通報等の手
続義務が、結果を規律する義務である防止義務の
不履行を測るメカニズムであるとする意見も存在
していたが¹⁰²、結局、この立場は採用されな
かったのである。同時に、事前通報等の手続義務は、
関係国間の協議・交渉を具体化・補強するものと
された。手続義務の違反の効果を直接定める規定
は、国際水路条約には存在していないが、事前通
報等の手続義務の違反に、防止義務等の判断へ作
用して特定の帰結を導く、あるいは一定の影響を
与えるような法的な効果が想定されているとはい
いがたい。事前通報等の手続義務は、仮にその違
反が当該水路の利用に結果的に悪影響を及ぼし
るとしても、防止義務に表されるプロセスの中の
事前的な局面で、関係国間の交渉を促進・補完す
るという役割を果たすに過ぎないと考えられる。

以上のように、国際水路条約に基づけば、事前
通報・協議義務と防止義務等の実体義務の直接の
連関の可能性を説く側の主張を肯定する根拠を見
出すことはできない。そしてこのことは、単に国
際水路条約において事前通報・協議等の手続義務
と防止義務等の実体義務の直接の連関を示す規定
が結果的に挿入されなかったというだけのことで
はなく、国際水路条約に表された国際水路法の性
格そのものに由来している。国際水路条約が、衡
平利用原則を基本原則に据えていることは前節で
既に述べた通りである。前節で示した経緯により、
衡平利用原則は国際水路の利用における指導原則
と位置付けられることとなった。衡平利用原則は
国家に対し、国際水路を衡平に利用できる権利を
認めるとともに、衡平に利用しなければならない
義務を課している。同時に、衡平利用原則との関
係という問題の影響から、防止義務は結果の義務
ではなく措置を取る義務という現在の形に定式化
されることとなった。衡平利用原則は国際水路利
用の基本的な権利義務を定め、また、水路利用の
最終的な評価基準としての役割を担う。国際水路
条約に表される国際水路法は、この衡平利用原則
を実現するための法なのである。そして国際水路
条約において、衡平利用原則は、原則的に国家間
の直接の交渉・合意によって達成するものとされ
ていた。このことは、国際水路利用において重大
な損害が発生してしまった場合でさえ、関係国間
の協議による対処が求められているという国際水
路条約7条2項のプロセスに、顕著に表されてい
る。事前通報・協議義務、さらには7条2項に示
される事後の協議義務も含めて、国際水路法の手
続義務の意義・機能は、衡平利用原則の実現手段
である関係国の直接交渉・合意を促進・補完す
ることにある。このような、衡平な利用を関係国間
の交渉・合意で実現する国際水路法のあり方に対
し、事前通報・協議義務の違反が防止義務違反を
もたらして司法的な処理・救済によって紛争の決
着を図るという主張は、根本的にそぐわない。か
つて国際水路条約の準備作業の過程で表明された
意見の中には、確かにそれら手続義務と防止義務
の直接の連関を説く主張と整合しうるものも存在
していた。しかしそれらの意見は、最終的に成立

した衡平利用原則を中心とした法体系である国際水路条約の枠組とは異なるものなのである。パルプ工場事件において衡平利用原則に注目したアルゼンチンの主張は、事前通報・協議義務と防止義務がいずれも、衡平利用原則と深い関わりを持つ義務であるという認識においては正しいが、その法枠組の性格・あり方を的確に捉えていたとは言いがたい。

3. パルプ工場事件再考

前章では国際水路条約を素材として、国際水路法の事前通報・協議義務と防止義務等の実体義務の関係について検討を行った。本章では、一つの実体義務としての衡平利用原則と事前通報・協議義務の関係の問題、防止義務における損害の発生という要素の問題、および裁判所による事前通報・協議義務と環境影響評価の扱いの違いといった、残された問題の考察も含めて、前章の検討結果を確認するため、改めてパルプ工場事件に考察を加えてみたい。パルプ工場事件判決は、本稿の問題関心からすると、事前通報・協議義務の違反を認定する一方で、防止義務等の実体義務の違反を認定せず、事前通報・協議義務の違反の宣言をもって義務違反国の国家責任を解除した判決である。裁判所のこの判断は、どう評価できるのだろうか。

まず、一つの実体義務としての衡平利用原則と事前通報・協議義務の関係の問題についてである。パルプ工場事件で国際司法裁判所は、衡平利用原則は一般的な原則であって、特定の権利義務を定めておらず、他の規則を通じて実施されると解釈した。そして、事前通報・協議義務の違反と衡平利用原則の検討については、特に検討を行っていない。この裁判所の衡平利用原則に対する消極的な態度は、学説から批判を向けられている¹⁰³。

しかし、前章の検討を振り返れば、衡平利用原則は、国際水路の利用に関する指導原則であり、かつ、国際水路の利用の最終的な評価基準でもあるものの、ある国際水路利用が衡平で合理的かどうかは、専ら、関係国間の協議と合意により決定されるものと想定されていた。ここで、事前

通報・協議義務の違反の宣言をもって、ウルグアイの国家責任を解除した裁判所の判断を想起したい。この判断の結果、紛争の解決はアルゼンチンとウルグアイの再交渉へと委ねられることとなったのである。これは国際水路条約に表された衡平利用原則を中心とする国際水路法の性格に符合する。そしてこのことはつまり、紛争の解決が国際裁判に付託された段階であってさえ、国際水路をめぐる紛争の解決は、裁判所の判決ではなく、当事国間の交渉により行われるべき、と裁判所が考えたことを意味している。裁判所によると衡平利用原則は、国際水路の利用の最終的な基準であるとしても、紛争が裁判所に持ち込まれた段階であってさえ、裁判所で具体的判断を行って衡平利用原則「違反」などを導くものではなく、あくまで国家間の直接の交渉によって実現すべき指針なのである¹⁰⁴。だとするならば、事前通報・協議義務の違反が、裁判所によって、衡平利用原則「違反」の判断に考慮される余地はないということになる。

次に、防止義務における重大な損害の発生という要素の地位の問題である。裁判所は、事前通報・協議義務の違反を認定する一方で、防止義務等の実体義務の違反を認定せず、その際、既に認定していた事前通報・協議義務の違反という要素を実体義務の考慮に含めることはなかった。この判断に対し、学説からは、重大な損害の発生という結果を伴っていないことが裁判所に重視されたとする解釈が提示されている。

しかし、前章で検討した現代の国際水路法における防止義務の内容・性格上、具体的損害の不存在が、そうでなければ成立したであろう防止義務の違反を決定的に阻むとは限らない。McCaffrey草案までの、相当の損害を生じてはならない防止義務では、損害の発生という結果が、義務の直接の目的に関わる基本的な地位を占めていた。しかし実際に成立した国際水路条約の防止義務では、損害を生じさせないことは、あくまで防止措置を取る上での目的であり、直接規律される国家の行動は、防止のための措置をとること、および国際水路の衡平な利用を実現すべく協議を行うことであつた。ここでは、重大な損害の発生という要素

は、防止措置の目的という副次的な地位にとどまると考えられる。パルプ工場事件で裁判所は、防止義務を、適用可能な国際協定や国際機関の定める指針に従った国内法令を整備して、相当の注意をもってその実施を行う義務と解したが、この解釈は、国際水路条約における措置をとる義務としての防止義務に符合している。

続いて裁判所は、防止義務違反の有無を検討するにあたり「それでは、防止義務の違反があったかどうか、そして、より具体的に、有害な効果の存在について検討する」と述べる¹⁰⁵。この表現は、一見すると、防止義務違反の成立において、実際の損害の存在を要件としているようにも思われる。しかし、実際に防止義務違反の有無について具体的検討を開始した裁判所が、まず最初に検討したのが、環境影響評価の適切な実施についてであった。裁判所は、先に具体的損害の発生を認定した上で、それを前提として、発生した損害に対する相当の注意の有無を審査するという手順を取ってはいないのである。さらに裁判所は、国家が防止義務を遵守したと評価するには環境影響評価の実施が必要であり¹⁰⁶、また、防止義務の履行における環境影響評価の役割について、代替地の考慮と影響を受けうる人民との協議の二点が要点となると述べている¹⁰⁷。このことは、環境影響評価を適切な内容で実施することで、防止義務が履行されたことになると裁判所が考えていることを示している。裁判所は、環境影響評価の実施が、防止義務で果たされるべき内容そのもの（の一つ）であると捉えているのである。その後、裁判所は、環境影響評価についての結論を示した後に、パルプ工場における生産技術の問題や、パルプ工場からの排出による河川の水質への影響についても検討を行っている。その上で裁判所は、ウルグアイが相当の注意を果たさなかった、あるいは、パルプ工場からの排出で河川の水質への悪影響が生じたということを示す証拠はなかったとして、防止義務の違反はなかったと結論した¹⁰⁸。ここで、相当の注意を払って行動することと、有害な結果の有無の問題とは並置されており、仮にウルグアイが適切な環境影響評価を果たしていなかった場合、防止義務違反が成立したと考えられ

る¹⁰⁹。パルプ工場事件において裁判所は、国際水路条約に表された、重大な損害の発生という要素が副次的な地位にとどまる防止義務に符合する判断を行っているのである。

また、裁判所による事前通報・協議義務と環境影響評価の扱いの相違の問題である。上のように裁判所は、環境影響評価を防止義務の判断の中で取り扱った。一般的に環境影響評価と事前通報・協議義務は、実体義務か手続義務かの二分類でいえば、いずれも手続義務に分類される。にもかかわらず、事前通報・協議義務の違反は実体義務の判断の中で考慮されることはなく、環境影響評価とは異なった扱いが裁判所によってなされている。

しかし、事前通報・協議義務と環境影響評価が、いずれも手続義務に分類されるという点で共通性を有するとしても、そのことが国際水路法の枠組におけるそれらの義務の位置付けを決定付けるわけではない。ここで、国際司法裁判所がパルプ工場事件判決の中で、環境影響評価は重大な損害を生じかねない事業に先立って実施されなければならないことを、取上げて指摘していることに注目したい¹¹⁰。裁判所は、環境影響評価は単に実施すればいいのではなく、重大な損害を生じかねない活動計画の決定に先立って、最初に行わなければならないと述べているのである。この指摘は、環境影響評価という手続の内容・目的に鑑みれば、一見自明のことを述べているに過ぎないようにも思われるが、しかし重要な含意を持つ。前章で検討した防止義務の内容を想起すれば、国際水路法の防止義務は、あらゆる重大な損害の発生を禁止せず、重大な損害を生じかねない利用を行う国が損害の発生を防止するための措置を取った上で、関係国間の協議・交渉・合意により、関係国間の衡平な国際水路利用を実現する一連のプロセスを定めていた。しかしここで、国家が損害の発生を防止する措置を取るにも、関係国との通報・協議・交渉を行うにも、まず当該事業がいかなる環境への影響を生じうるのか、重大な損害を生じかねないのかどうか、前提として分析・評価されていなければならない。言い換えれば、防止義務には結果の予見を行う必要性が、前提として内在している。そして、その結果の予見を行う唯

一の手段が、環境影響評価なのである。上の裁判所の指摘は、このことを示している。したがって、国際水路法の下で関係国は、事前や事後の通報・協議を交えつつ、国際水路の衡平な利用を実現するために交渉を行うが、その前提として、あらかじめ環境影響評価を実施して結果を予見しておくなければならない¹¹¹。それゆえ裁判所は、重大な損害を生じかねない利用を行う国が取るべき措置の第一として、環境影響評価の検討を行ったのである。また、裁判所は環境影響評価を、例えば国際慣習法の2要件の検討等を一切行うことなく、一般国際法の要請と判断しているが¹¹²、この特殊な判断も、環境影響評価という手続が国際水路法・防止義務の中で占めるこの特異な位置付け・役割を示唆していると考えられる¹¹³。なお、国際水路条約の条文の中で環境影響評価は、事前通報義務を定める12条の中で、通報に含まれるべき事項として言及されているに過ぎない。しかし、7条1項のコメンタリーは、同項が定める他国へ重大な損害を与えないよう相当の注意を払う義務の、他の条約における同様の例の一つとして、越境環境影響評価条約（エスポ条約）の2条2項をあげている。この規定は、重大な越境環境悪影響を防止するための措置を取る義務（2条1項）を受けて、環境影響評価手続の創設を含む必要な措置を取るべきことを定める義務であり、国際水路条約においても、防止措置を取る義務と環境影響評価の密接な関係が意識されていたことがうかがわれる。

このように環境影響評価は、同じ手続義務に分類されるとしても、前章で検討した事前通報・協議義務とは、衡平利用原則を実現する防止義務のプロセスにおける位置付け・役割が大きく異なっている。他方、事前通報・協議義務は、たしかに防止義務のプロセスを実現する上での国家の協力に関わるものである¹¹⁴。この限りにおいて、これら手続義務と実体義務には「機能的連関」が存在するということもできよう。しかし前章で述べたように、事前通報・協議義務は、重大な損害の発生を防止するために措置を取る義務そのもの一部とは位置付けられておらず、防止義務のプロセス全体の中の事前的な局面の中で関係国間の交

渉を促進・補完するという役割を果たすに過ぎない。しかも裁判所からは、その事前的な局面においても、事前通報・協議義務を履行しないまま他の手段、例えば最終的に当該活動計画を放棄するという措置を取ることによって¹¹⁵、損害の発生を防止するという防止義務の最終的な目的を果たすことも可能であるとの指摘もなされている¹¹⁶。このように事前通報・協議義務は、結果を予見する唯一の手段である環境影響評価と異なって、防止義務の不可欠の一部であるとは言い難い。それゆえ事前通報・協議義務と環境影響評価は、防止義務の遵守の判断において、異なる扱いがなされたのである。

以上のようにパルプ工場事件において国際司法裁判所は、国際水路条約に表された衡平利用原則を基礎とする国際水路法の枠組・性格に合致した解釈・判断を行っており、国際水路法上、法的に妥当な結論を導いたといえる。裁判所が事前通報・協議義務の違反から生じた国家責任に対し、違反の宣言をもってその責任を解除したことについて、共同反対意見は、実体義務違反の認定がなされない状況でのそれら手続義務の違反の認定は、実質的意味が薄いという批判を行っていた。しかし国際水路法は、衡平な国際水路利用を関係国間の協議・交渉・合意によって実現する法であった。裁判所は、この枠組の趣旨を尊重・墨守して、手続義務の不履行もあくまで再度の交渉に帰着するという、関係国間の直接の交渉を重視した結論を下したのである。

もっとも、この結論が法的に妥当なものであったとしても、それが実際の国際紛争の解決として最適なものであるかどうかは、別の問題である。前章で検討したように、国際水路条約の準備作業で最後まで対立が続いた防止義務と衡平利用原則の関係の問題は、いわば問題の解決を関係国間の直接交渉に委ねる枠組を設定することで、一応の妥結を見たのであった。この結果は、一般条約のレベルで解決しなかった問題・対立を、個々の関係国へと委ねたに過ぎないともいえる。パルプ工場事件についていえば、この紛争は、国際司法裁判所の判決を経て、2010年11月に最終合意が成立したものの、2013年10月には、ウルグア

イによるパルプ工場増産許可に対し、アルゼンチンが抗議するなど、紛争が裁判で十分に解決したといえるかどうか、疑問が生じる事態も発生しているのである。国際水路法が国際水路の利用から生じる問題の解決を関係国の直接の交渉に委ねている以上、関係国が実際に交渉を行った結果、必ず満足な合意に至るとは限らない。これは、国際水路条約に表された現代の国際水路法の限界といえよう。そして、パルプ工場事件において国際司法裁判所は、そのような限界を内包する国際水路法をありのままに適用した。それに対し、判決に付された共同反対意見や学説は、この限界を認識し、危惧するが故に、国際水路条約を越えた国際水路法の発展を求めているといえよう。このように、パルプ工場事件判決は、国際水路条約で定められた国際水路法の内容に沿いつつ、国際水路法の現状や性格を示すとともに、その限界をも示しているのである。

4. 結語

本稿では、パルプ工場事件で問題点として浮上した、国際水路法における事前通報・協議義務、特にその違反と、防止義務等の実体義務の関係から生じる問題について、国際水路法で重要な地位を占める衡平利用原則に注目しながら、検討を加えた。その結果は以下の通りである。すなわち国際水路条約によれば国際水路法は、防止義務に反映されるプロセスに示されるように、関係国の直接の協議・交渉・合意により、衡平で合理的な国際水路利用を実現する法であった。そして防止義務や事前通報・協議義務は、衡平利用原則の下で、国際水路を衡平に利用するための国家間の合意・交渉を導くものであるが、事前通報・協議義務の違反が防止義務の違反をもたらすような、直接の連関関係にはない。国際司法裁判所が、パルプ工場事件判決で、事前通報・協議義務と防止義務等の実体義務を別個に判断して、最終的な解決を紛争当事国による直接の交渉に委ねる判決を行ったのは、良くも悪くも、国際水路条約に示される国際水路法の性格・枠組を反映している。

以上のように、本稿では、国際水路法における

事前通報・協議義務と、防止義務等の実体義務の関係について検討を行った。では、本稿の検討結果は、国際環境法一般に対し、どのような意義を持つのだろうか。Lefebber が国際水路分野を含めた越境環境損害分野一般を対象とした研究を行っているように、越境環境損害分野一般は、比較的、国際水路に相似した前提を持つ問題・分野群である。もっとも、例えば越境大気汚染分野では、国際水路法において基本原則的な地位を占める衡平利用原則がほとんど言及されていないように、国際水路法分野と隣接する他の越境損害分野でも、やはり差異が存在している。本稿で検討したように、国際水路法における防止義務は衡平利用原則との関係という問題を抱えており、その結果、一般国際法上の防止義務とは異なって、衡平利用原則を念頭に据えた国際水路法特有ともいえる内容上の調整が加えられたとも考えられるのである。しかし、その一方で、2001年に国際法委員会によって採択された「危険活動から生じる越境損害の防止」に関する条文案は、1997年の国際水路の非航行利用に関する条約の強い影響のもとで作成されたといわれる¹¹⁷。実際、同草案は9条2項において、国際水路法における衡平利用原則を想起させる、利益の衡平なバランスの要素を組み込んでいる。国際水路法における法の状況や発展が、より一般的な範囲の環境分野の国際法の発展へと影響を与えているのであれば、国際水路法を具体的素材とした本稿の検討も、単に国際水路法の問題にとどまらない国際環境法上の意義を持ちうる。さらに、現在の国際環境法は、環境損害をできるだけ厳格に防止するというよりも、持続可能な開発の概念の下で、開発と環境の調和を図る傾向にある。そのような持続可能な開発の概念（の法）と衡平利用原則（を掲げる国際水路法）の親和性は、持続可能な開発の概念が、衡平利用原則を規定する国際水路条約5条へと挿入されたことから示唆されよう。このような国際水路法と国際環境法一般との異同の問題も含めて、本稿の検討結果を出発点とした、より一般的な国際環境法的事前通報・協議義務と防止義務等の実体義務の関係から生じる問題についての更なる検討は、今後の課題である。

¹ 鳥谷部壤「判例研究 国際司法裁判所 ウルグアイ河バルブ工場事件」『阪大法学』61巻2号(2011年)583頁。他に本件については、C. R. Payne, "Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)", *American Journal of International Law*, 105(2011), pp.94-101 や、井上秀典「Pulp Mills Case (Argentina v. Uruguay) 20 April, 2010」『環境法研究』35号(2010年)159-168頁をはじめとした、多数の判例評釈・研究がある。

² アルゼンチンはウルグアイの義務違反に対し、違法行為の中止や原状回復などを要求している。

³ *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v Uruguay), Merits, Judgement of 20 April 2010 (hereafter cited as the Pulp mills case), at <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf>.

⁴ 防止義務を手続義務と捉える学説も存在する。松井芳郎『国際環境法の基本原則』(東信堂、2010年)、81頁。

⁵ 他に、土壌・森林管理に関する35条と生態系維持に関する36条がある。

⁶ The *Pulp mills* case, supra note 3, p.53, para.173.

⁷ The *Pulp mills* case, supra note 3, p.58, para.197.

⁸ The *Pulp mills* case, supra note 3, p.32, para.79.

⁹ The *Pulp mills* case, supra note 3, p.32, para.78.

¹⁰ The *Pulp mills* case, supra note 3, p.32, para.79.

¹¹ The *Pulp mills* case, supra note 3, Joint Dissenting Opinion of Judges Al-Khasawneh and Simma, p.9, para.26.

¹² Ibid, para.27.

¹³ 学説からも、手続義務を違反したところで結局その認定しか行われないのであれば、計画作業を実施したものの勝ちになってしまう、という批判が提示されている(鳥谷部壤「前掲論文」(脚注1)603頁)。

¹⁴ Y. Kerbrat et S. Maljean-Dubois, "La Cour internationale de Justice face aux enjeux de protection de l'environnement: Réflexions critiques sur l'arrêt du 20 avril 2010, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)", *Revue Générale de Droit International Public* 115(2011), pp. 42-45.

¹⁵ 学説では、X. Hanqin, *Transboundary Damage in International Law*, 2003, p.165 など。

¹⁶ The *Pulp mills* case, supra note 3, p.31, para.71-72.

¹⁷ Lefeber は、国際水路を含む越境損害汚染についての検討の中で、防止義務と手続義務の関係に言及している。Lefeber はまずラヌー湖事件以来の、手続義務の重要性を指摘し(R. Lefeber, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, 1996, p.37)、続いて、防止義務の性格について検討を行って、防止義務は絶対的な義務ではなく、措置の結果より措置を取ること自体に注目する、相当の注意義務であるとする(ibid., p.62)。Lefeber は、措置をとる防止義務において、損害の発生という結果自体は違法を導くものではなく、損害の発生の防止は、あくまで究極の(最終的な)目的であって、義務の直接の目的は措置の採択・実施であると述べている(ibid., p.76. cf. ibid., p.79)。ここでLefeber は、防止義務が結果の義務ではなく措置を取る義務であるのは、仮に損害の発生が実体義務違反の要件であるならば、損害が出ていない限り、損害が出るような政策をとってもよいということになってしまうためであると述べている(ibid., p.78)。そしてLefeber は、重大な損害を生じる環境損害を防止する義務は手続義務と実体義務が混合した義務であり、手続義務や実体義務の不履行が必ずただちに相当注意違反になるわけではないものの、損害の発生に関わる場合や、不履行が組織的である場合など一定の場合においては違反になるとして、手続義務の違反が、実体義務の違反を導きうることを主張している(ibid., p.66)。他に、湯山智之「国際法上の国家責任における「過失」及び「相当の注意」に関する考察(一)～(四)」『香川法学』22～26号(2002～2006年)参照。

¹⁸ 松井「前掲書」(脚注4)98-101頁。同様の指摘を行うものとして、児矢野マリ『国際環境法における事前協議制度—執行手段としての機能の展開』(有信堂、2006年)268頁などがある。

¹⁹ 事前協議義務の不履行が国際水路法における衡平利用の権利を侵害しうると解する学説として、兼原敦子「領域使用の管理責任原則における領域主権の相対化」村瀬信也・奥脇直也編『国家管轄権』(勁草書房、1998年)198-199頁がある。

²⁰ 現代の国際水路法における衡平利用原則について検討したものとして、井上秀典「国際水環境紛争における衡平な利用原則の検討」『人間環境論集』6号(2005年)、41～52頁、山本良「国際水路の非航行的利用における「衡平原則」の現代的展開」村瀬信也・鶴岡公二編『変革期の国際法委員会—山田中正大使傘樹記念』信山社、2011年、297～317頁など。

²¹ O. McIntyre, "The Proceduralisation and Growing Maturity of International Water Law; Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay), International Court of Justice, 20 April 2010", *Journal of Environmental Law* 22(2010), p.489.

²² 環境影響評価について、南論子「国際環境法の発展と環境アセスメント」『一橋論叢』115 巻（1996 年）、190～208 頁、岡松暁子「国際法における環境影響評価の位置づけ」江藤淳一編『国際法学の諸相 — 到達点と展望 — 村瀬信也先生古稀記念』信山社、2015 年、711～725 頁など参照。

²³ なお、パルプ工場事件における状況とはやや異なるが、損害発生後の責任の局面における、国際環境法の通報協議義務と防止義務等の実体義務の関係について検討を行った学説として、一之瀬高博『国際環境法における通報協議義務』（国際書院、2008 年）がある（特に第 7 章）。一之瀬高博によると、損害発生後の責任の局面において手続義務は、コルフ海峡事件等の先例の存在にもかかわらず、相当の注意などの責任の規則から分離していく傾向も見られるという（『同書』、281 頁）。

²⁴ 裁判所は、手続義務と実体義務の連関と題した個所の結論では、手続義務の違反が実体義務の違反をただちに成立させるものではないと述べたに過ぎないが、その後、実体義務の判断の中で手続義務の違反が、判断の一要素としても再び取り上げられることはなかった。

²⁵ 代表的なものとして、O McIntyre, *Environmental Protection of International Watercourses under International Law*, 2007 や、P. Birnie and A. Boyle, *International Law and the Environment* (2nd ed), 2002 など。

²⁶ <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2014/CN.271.2014-Eng.pdf>

²⁷ ただし国際司法裁判所もガブチコヴォ・ナジマロシュ事件では、衡平利用原則に関して、（当時は未発効だった）国際水路条約を判決の中で参照している。*Case Concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), Judgment of 25 September 1997, p.56, para.85; p.80, para.147, at <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>.

²⁸ Memorial of the Republic of Argentina at <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15425.pdf>; Counter-memorial of Uruguay at <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15427.pdf> 参照。

²⁹ The Pulp mills case, supra note 3, p.40, para.113, 115.

³⁰ なお、脚注 44、および児矢野『前掲書』（脚注 18）74 頁・一之瀬『前掲書』（脚注 23）159 頁など参照。

³¹ A. Boyle, “Pulp Mills Case: A Commentary” at http://www.biiel.org/files/5167_pulp_mills_case.pdf, p.1; M. Fitzmaurice, “Pulp Mills on the River Uruguay (or not, as the case may be)”, *Hague Justice Journal*, 3(2007), p.63. また、S. C. McCaffrey, “The Progressive Development of International Water Law” in F. R. Loures and A. Rieu-Clarke (eds.), *The UN Watercourses Convention in Force: Strengthening international law for transboundary water management*, 2013, p.15 参照。

³² *Yearbook of the International Law Commission* (hereafter cited as *YBILC*), 1982, Vol. II, Part. I, p.103, para.156.

³³ *Ibid.*, pp.103-104, para.158.

³⁴ *YBILC* (1986) Vol. II, Part. I, p.143.

³⁵ *YBILC* (1987) Vol. I, p.104, para.23.

³⁶ *Ibid.*, p.120, para.56; p.128 para.66.

³⁷ *YBILC* (1983) Vol. II, Part. I, pp.173-180.

³⁸ *Ibid.*, p.173, para.103.

³⁹ *Ibid.*, p.174, para.109.

⁴⁰ *YBILC* (1984) Vol. I, p.267, para.24.

⁴¹ *YBILC* (1987) Vol. II, Part. 2, p.21, para.97.

⁴² *YBILC* (1986) Vol. II, Part. I, pp.140-141, para.196.

⁴³ *YBILC* (1987) Vol. I, p.107, para.15; p.116, para.24.

⁴⁴ McCaffrey 自身はむしろ手続義務を、国際水路法の基本原則である衡平利用原則を補完・実現する規則と捉えていた（*YBILC* (1987) Vol. II, Part. I, pp.22-23）。

⁴⁵ *YBILC* (1994) Vol. II, Part. 2, p.104, (12).

⁴⁶ *YBILC* (1982) Vol. II, Part. I, p.92, para.112.

⁴⁷ Evensen は防止義務を、他国の権利や利益に相当の損害を発生させる利用は禁止する、と定式化している（*YBILC* (1983) Vol. II, Part. 2, p.72, fn.250）。

⁴⁸ *Ibid.*, p.72, para.246.

⁴⁹ *YBILC* (1984) Vol. II, Part. I, pp.110-111, para.52-53; *YBILC* (1983) Vol. II, Part. 2, p.71, fn.249.

⁵⁰ *YBILC* (1984) Vol. II, Part. I, p.110, para.51. なお、Schwebel 草案において、後の衡平利用原則に該当する規定は、衡平な参加の原則を定めるものとなっている。これは国際水路を、最適な利用を達成するために国家によって衡平に開発され、用いられるべきものと位置付けた上で、国家はその利用に参加する権利を持つという構成をと

るものである。その上で、衡平な参加の原則に含まれる二つの側面として、衡平な利用を行う権利と、衡平に水系を保護し管理するよう寄与する義務とが導かれている（*YBILC* (1982) Vol. II, Part.1, pp.85-87, para.85-91）。

⁵¹ *YBILC* (1984) Vol. II, Part.2, p.97, para.339.

⁵² 衡平利用原則と防止義務の関係という問題に関して、防止すべき損害のレベルに対する衡平利用原則の影響という観点から検討を行ったものとして、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（一）（二）『法学論叢』135巻6号/137巻3号（1994/1995年）、19-43/42-62頁がある。

⁵³ *YBILC* (1986) Vol. II, Part.1, p.103, para.75.

⁵⁴ *Ibid.*, pp.103-130.

⁵⁵ *Ibid.*, p.130, para.169.

⁵⁶ *YBILC* (1987) Vol. II, Part.2, p.31.

Article 6. Equitable and reasonable utilization and participation

1. Watercourse States shall in their respective territories utilize an international watercourse [system] in an equitable and reasonable manner. In particular, an international watercourse [system] shall be used and developed by watercourse States with a view to attaining optimum utilization thereof and benefits therefrom consistent with adequate protection of the international watercourse [system].

2. Watercourse States shall participate in the use, development and protection of an international watercourse [system] in an equitable and reasonable manner. Such participation includes both the right to utilize the international watercourse [system] as provided in paragraph 1 of this article and the duty to co-operate in the protection and development thereof, as provided in article ...

⁵⁷ ただしこの段階での、衡平利用原則が国際水路法の一般的な指導原則と位置付けられることの意義は、McCaffrey が指摘しているように、ハーモン主義（絶対的領域主権論）を否定することにある。後述の関係国間の協議・交渉・合意によって実現される基本原則としての衡平利用原則の性格は、少なくとも国際水路条約においては、Rosenstock 草案以後に明確化・確立したと考えられる。ただしこの点の更なる考察には、国際水路条約の準備作業より以前に国際法協会によって採択されたヘルシンキ規則（1966年）の検討をはじめとした、更なる別途の検討を要する。

⁵⁸ *YBILC* (1988) Vol. II, Part.2, p.35.

Article 8. Obligation not to cause appreciable harm

Watercourse States shall utilize an international watercourse [system] in such a way as not to cause appreciable harm to other watercourse States.

⁵⁹ *Ibid.*, p.36, (2). ただし、McCaffrey 個人としては、「国家の衡平な配分を越える」活動を禁止する、という逆の定式も提案していた（*YBILC* (1986) Vol. II, Part.1, p.133, para.183）。

⁶⁰ 以下での議論は、直接的には、現行 21 条に至る汚染防止義務の審議において行われたものである。ここで、汚染損害・環境損害防止義務と一般的な防止義務の関係について、McCaffrey は、環境損害防止義務は損害防止義務の特別適用と考えられるが、汚染は他の損害とは異質という意見も存在すると述べる（*YBILC* (1988) Vol. II, Part.1, p.241, (13)）。逆に、一部には汚染に独立の規定は必要ないとする意見も存在していた（*YBILC* (1988) Vol. I, p.127, para.7; p.134, para.5）。しかし、以後の作業においては、汚染の固有性を特に主張する局面を除いて、実質的には、汚染損害防止義務を含む防止義務一般と、例えば衡平利用原則の関係の問題などが、審議の対象となっている。衡平利用原則と防止義務の関係は国際法委員会での審議終了後の国連第 6 委員会でも引き続き議論されたが、ここでも最後まで問題となったのは衡平利用原則と防止義務一般の関係であった。したがって、以下の検討では、汚染防止義務の審議の段で行われた議論であっても、特にその必要がある場合を除き、あえて防止義務と汚染損害防止義務とを区別せず取り扱う。なお McCaffrey 草案では、汚染防止義務は、損害防止義務と同様に、衡平による例外を認めないとされた（*Ibid.*, p.164, para.56）。また、最後の特別報告者である Rosenstock は、最初の草案において、汚染による重大な損害は例外的状況を除き、ただちに不衡平となるという規定を提案した（*YBILC* (1993) Vol. II, Part.1, p.185, para.27）。これは、汚染損害を通常の損害と切り離し、特別の効果をも認めるものである。しかし最終的にこの構想は維持されず、死活的人間の必要という、衡平利用原則と防止義務の通常の枠組みを超える例外的状況が特別に規定されることとなっている（10 条）。

⁶¹ *YBILC* (1988) Vol. I, p.130, para.29.

⁶² *Ibid.*, p.123, para.15.

⁶³ *Ibid.*, p.138, para.44.

⁶⁴ *Ibid.*, p.135, para.17; p.136, para.19.

⁶⁵ したがって、一部の学説 (A. Tanzi and M. Arcari, *The United Nations Convention on the Law of International Watercourses: A Framework for Sharing*, 2001, pp.151-152) が述べるように、McCaffrey 草案に基づく第一読草案の防止義務が、重大な損害の発生を義務違反に直結させる厳格な結果の義務との十分な了解・認識の下で成立したかは疑問である。

⁶⁶ *YBILC* (1988) Vol. I , p.151, para.49; p.136, para.23.

⁶⁷ *Ibid.*, pp.141-142, para.24. なお、このことは予防原則の効果として説かれたわけではない。

⁶⁸ *Ibid.*, p.164, para.53.

⁶⁹ *Ibid.*, p.149, para.30; p.151, para.46.

⁷⁰ *YBILC* (1993) Vol. II , Part.1, p.153, para.13; p.170, para.12-13.

⁷¹ *Ibid.*, p.172, para.5-7.

⁷² *Ibid.*, p.148, para.6-10; p.163, para.37-40; p.164, para.7-8.

⁷³ *Ibid.*, p.185, para.27.

Article 7.

Watercourse States shall exercise due diligence to utilize an international watercourse in such a way as not to cause significant harm to other watercourse States, absent their agreement, except as may be allowable under an equitable and reasonable use of the watercourse. A use which causes significant harm in the form of pollution shall be presumed to be an inequitable and unreasonable use unless there is:

(a) a clear showing of special circumstances indicating a compelling need for ad hoc adjustment; and

(b) the absence of any imminent threat to human health and safety

⁷⁴ *YBILC* (1993) Vol. I , p.87, para.76; p.95, para.17.

⁷⁵ *Ibid.*, p.96, para.33; p.97, para.7.

⁷⁶ *Ibid.*, p.108, para.26.

⁷⁷ *Ibid.*, pp.110-111, para.46.

⁷⁸ *Ibid.*, pp.109-110, para.37.

⁷⁹ *Ibid.*, p.111, para.52; pp.112-113, para.64.

⁸⁰ 損害の防止を求める義務が衡平を定める原則による制約を受けるという関係自体は、Rosenstock の草案が初出というわけではない。Schwebel 草案においても、相当の損害を生じてはならない義務には、衡平な参加の原則による例外が存在することとされていた (*YBILC* (1982) Vol. II , Part.1, p.103, para.157)。ただし Schwebel 草案の防止義務は、手続義務と一体として機能する損害が生じた際の責任追及・賠償の基礎であり、以下で述べるように Rosenstock 草案の、国家が必要な措置を取ったかどうかを判定する一次的な基準である防止義務とは性格が異なる。また、Schwebel 草案によるこの規定振りは、その後の準備作業の中で議論の俎上には上がらなかった。

⁸¹ なお、Rosenstock は、衡平利用原則と防止義務の問題を解決するもう一つの方法は、防止義務の削除であるとも述べている。(*YBILC* (1994) Vol. I , p.63, para.7)

⁸² *YBILC* (1994) Vol. II , Part.2, pp.96-97, (1).

⁸³ *Ibid.*, pp.102.

Article 7. Obligation not to cause significant harm

1. Watercourse States shall exercise due diligence to utilize an international watercourse in such a way as not to cause significant harm to other watercourse States.

2. Where, despite the exercise of due diligence, significant harm is caused to another watercourse State, the State whose use causes the harm shall, in the absence of agreement to such use, consult with the State suffering such harm over:

(a) The extent to which such use is equitable and reasonable taking into account the factors listed in article 6;

(b) The question of ad hoc adjustments to its utilization, designed to eliminate or mitigate any such harm caused and, where appropriate, the question of compensation.

⁸⁴ *Ibid.*, p.103, (1)-(2).

⁸⁵ なお、国際水路条約の審議における「結果の義務」等の表現と、国家責任条文草案における「結果の義務」等の概念は錯綜しているという指摘もある。*YBILC* (1994) Vol. I , p.287, para.15.

⁸⁶ *YBILC* (1994) Vol. II , Part.2, p.103, (4). あらゆる重大な損害の発生がただちに義務違反を生じるわけではないという点は、McCaffrey 草案も共通している。

⁸⁷ なお、衡平かどうかの証明責任は、活動を行う側の国にあるという (*YBILC* (1994) Vol. I , p.168, para.62)。

- ⁸⁸ Lefeber の学説に関する脚注 17 参照
- ⁸⁹ *YBILC* (1994) Vol. II, Part.2, p.103, (4).
- ⁹⁰ *YBILC* (1994) Vol. I, p.177, para.54.
- ⁹¹ *YBILC* (1994) Vol. II, Part.2, p.104, (11).
- ⁹² 協議が妥結しなかった場合は、紛争処理規定が適用されるとされる (Ibid., p.105, (21))。紛争処理規定(33条)は、中立的な事実調査委員会による調査を中核としている。
- ⁹³ A/C.6/51/SR.15.
- ⁹⁴ A/C.6/51/SR.16, A/C.6/51/SR.17.
- ⁹⁵ A/C.6/51/SR62.
- ⁹⁶ 持続可能な開発の概念の衡平利用原則への挿入の意義はか衡平利用原則の規範的内容について検討を行ったものとして、山本良「前掲論文」(脚注 20) 312-316 頁参照。
- ⁹⁷ 国際水路条約は、それ自体が一般の原則を定め、より具体的な規則を関係国間の協定に委ねる「枠組条約」であるとされる (*YBILC* (1979) Vol. II, Part.1, pp.165-166, para.86-91)。この点からすれば、最終的な防止義務の規定内容は、「枠組条約」としての本旨に沿うということができるともかもしれない。しかし、最終的に採択された国際水路条約の中でも、手続義務や紛争処理規定のような具体的規定が、一部からは枠組条約としてふさわしくないとの批判を受けたにもかかわらず、実際に規定されている (A/C.6/51/SR.20 の論争など参照)。なお、国際水路についての一般的な国際条約という主題が、ある程度の具体的権利義務を、個別関係国間での合意に委ねざるを得ないことは、「枠組条約」という方式が最初に提案された時点から想定されていた。しかし国際水路という主題が、必然的に、「交渉に委ねる」以外の基本原則・義務を規定しえないと考えられていたわけではないことは、McCaffrey の提案した形での防止義務が一度は国際法委員会、第一読草案として採択されていることから明らかである。
- ⁹⁸ このように、国際水路の利用から生じる問題を国家間の直接交渉に委ねる国際水路条約の枠組は、国連第 6 委員会における採択状況が示すように、生じた意見対立を十分に解消したものではない。
- ⁹⁹ *YBILC* (1994) Vol. II, Part.2, p.104, (12).
- ¹⁰⁰ Ibid., p.104, (11).
- ¹⁰¹ もっとも、いずれのプロセスも、関係国間による直接の協議・交渉により国際水路の衡平な利用を実現するという点では共通性がある。用いられる局面の相違こそあれ、事前の手続義務と事後の協議義務は、いずれも、直接交渉による衡平利用原則の実現を促進するという意義を持つ。ただし環境問題の性格上、損害発生前の事前的な局面での対応がより望ましいなど、両者の実質的な相違の問題は、また別の問題である。
- ¹⁰² *YBILC* (1984) Vol. I, p.267, para.24.
- ¹⁰³ Kerbrat et Maljean-Dubois, *supra* note 14, p.58.
- ¹⁰⁴ ただし裁判所は、共有資源における他国の利益と環境保護を (そもそも) 考慮しない利用は、衡平で合理的とは考えられないと述べている (The *Pulp mills case*, *supra* note 3, p.54, para.177)。
- ¹⁰⁵ The *Pulp mills case*, *supra* note 3, p.59, para.200.
- ¹⁰⁶ The *Pulp mills case*, *supra* note 3, pp.60-61, para.204.
- ¹⁰⁷ The *Pulp mills case*, *supra* note 3, p.61, para.206.
- ¹⁰⁸ The *Pulp mills case*, *supra* note 3, p.75, para.265.
- ¹⁰⁹ 核実験事件(1995年)に関する議論ではあるが、環境影響評価の不履行に基づく事前の違法行為認定と差し止めについて論じたものとして、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『日本と国際法の 100 年 第 6 卷 開発と環境』(三省堂、2001 年) 47-53 頁。他に、環境影響評価の不実施が国家の相当の注意義務違反を導くと解する学説として、P. N. Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law*, 2000, p.133. ただし、国際法委員会で Barboza が指摘していたように (脚注 90 参照)、事前段階での防止義務違反が成立したとしても、その効果はあくまで宣言的なものにとどまり、工場建設の差し止めや工場の撤去といった具体的な措置は命じられない可能性もある。
- ¹¹⁰ The *Pulp mills case*, *supra* note 3, p.61, para.205. また、The *Pulp mills case*, *supra* note 3, p.41, para.119.
- ¹¹¹ 他に、環境影響評価の前提性について言及したものとして、O. McIntyre and M. Tignino, "Reconciling the UN Watercourses Convention with Recent Developments in Customary International Law" in Loures and Rieu-Clarke (eds.), *supra* note 31, p.293
- ¹¹² The *Pulp mills case*, *supra* note 3, p.60-61, para.204.
- ¹¹³ 環境影響評価の持つ自明な特殊性は、裁判所が環境影響評価の具体的な範囲や内容を特定する一般国際法は無

いとしながらも (The *Pulp mills case*, *supra* note 3, p.61, para.205)、環境影響評価を実施しなければならないこと自体は、無証明に、一般国際法の要請であるとしたこと、そしてこの裁判所の判断が学説等の批判をほとんど浴びていないことからうかがわれる。

¹¹⁴ The *Pulp mills case*, *supra* note 3, p.38, para.102. また、The *Pulp mills case*, *supra* note 3, p.32, para.78.

¹¹⁵ The *Pulp mills case*, *supra* note 3, p.32, para.78.

¹¹⁶ 裁判所は、関連企業等の非政府筋からの事前通報・情報提供が、国家の負う事前通報義務に代替することはできないと述べる (The *Pulp mills case*, *supra* note 3, pp.39-40, para.110)。しかし、それらの通報・情報は国家の事前通報義務を満たすものではなくとも、必要な情報の共有を実現することで、最終的に、損害の発生を防止するという防止義務の目的に貢献する可能性も存在する。

¹¹⁷ 児矢野マリ「越境環境損害防止」村瀬信也・鶴岡公二編『変革期の国際法委員会-山田中正大使傘樹記念』信山社、2011年、260頁。