



Title	国際海洋法裁判所の暫定措置命令における予防概念の意義 (1)
Author(s)	堀口, 健夫; Horiguchi, Takeo
Citation	北大法学論集, 61(2), 272[1]-238[35]
Issue Date	2010-07-30
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/43657">https://hdl.handle.net/2115/43657</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR61-2_004.pdf



# 国際海洋法裁判所の暫定措置 命令における予防概念の意義（1）

堀 口 健 夫

## 目 次

序 問題の所在

第1節 予防概念の法的地位をめぐる学説の展開

第1款 「予防概念＝国際慣習法」否定論

第2款 「予防概念＝国際慣習法」肯定論

第3款 近年の新たな動向：Boyleの「予防原則＝国際法の原則」論

第2節 ITLOSの暫定措置命令の検討

第1款 国連海洋法条約における暫定措置制度

第2款 ITLOSの暫定措置命令における予防概念の機能

① みなみまぐる事件暫定措置命令（1999年8月27日）

（以上本号）

② MOX工場事件暫定措置命令（2001年12月3日）

③ ジョホール海峡等埋立事件暫定措置命令（2003年9月10日）

④ 小括

第3款 海洋法条約の解釈における予防概念の考慮の正当性

① 法的安定性の問題

② 予防概念の権威の問題

③ 具体的条文と予防概念との関係

④ 小括

結び

## 序 問題の所在

国際環境紛争においては、そもそも原因活動の悪影響に関する科学的知見が必ずしも確立しておらず、この点に関する当事国の見解の対立が紛争の基礎にある場合が少なくないが、国連海洋法条約のもとでは、同条約のもとで認められた裁判手続を利用して、こうした紛争が国際裁判所に付託される事例がみられるようになってきている。そしてこれらの事件の注目すべき特徴は、原告国側が相手国の問題活動の停止を意図して、裁判所の暫定措置命令も合わせて要請している点である。例えば国際海洋法裁判所（以下 ITLOS）みなみまぐろ事件においては、オーストラリア・ニュージーランドが、日本が一方的に実施しているみなみまぐろの調査漁業の停止等を要求したほか、MOX 工場事件では、アイルランドがイギリスの MOX 工場の操業等の停止を、ジョホール海峡等埋立事件では、マレーシアがシンガポールの埋立事業の停止を求めた（なおいずれも本案の判断には至っていない）。このように、当事国間で科学的認識が対立する状況において、相手国の行為を停止させるための一種の差し止めに近い効果を期待して、暫定措置命令の制度が活用される事例がみられる。

このような命令の要請に対して、裁判所としては、問題活動の悪影響について科学的不確実性が存在する状況において、当該活動を実質的に差し止めることが妥当であるかどうかの判断を迫られることになる。この点につき、問題活動の停止を求める側の当事国が一般に援用するのが、国際環境法分野で発展してきている予防（precaution）の概念である。同概念の定式としてしばしば引用される環境と開発に関するリオ宣言第15原則によれば、「深刻なまたは回復し難い損害のおそれが存在する場合には、完全な科学的確実性の欠如を、環境悪化を防止するうえで費用対効果の大きい措置を延期する理由として用いてはならない」とされる。このように同概念は、科学的に不確実な環境リスクへの対応を正当化或いは要請する規範であると考えられることから、リスクに関する科学的知見が十分に確立していない段階において、問題活動を規律するための根拠として援用されるのである。

しかしこの予防概念は、当初よりその法的地位や意味内容をめぐって

相当に論争のある概念である。近年の多くの環境条約とは異なり、1982年に締結された国連海洋法条約には、予防概念を定めた明文規定が存在しない。そのためそれを援用する当事国は、それを国際慣習法上の規範として援用することが一般的である。つまりここでは、一般国際法規範<sup>1</sup>としての予防概念が問題となるわけだが、同概念がそのような法的地位をもつか否かは学説上の1つの主たる論点を構成してきた。そしてこの論点をめぐっては、端的に国際慣習法の成立要件（一般慣行／法的確信）の充足の有無が争われてきたわけではなく、そもそも予防概念に規範的な意味内容が見出せるかどうかという観点から主に論争が展開されてきた。そこでは、あくまで一般国際法規範としての意味内容が問題とされているため、予防概念を定める個別の環境条約の条文についての精緻な解釈論が展開されるというよりは、それらの条文や関連する国家実行等に共通する要素を抽出し、一般国際法規範としての内容を明らかにすることに力点がおかれてきたのである。なかでも、潜在的に環境に悪影響を与える活動について、事前の無害証明がなされるまで禁止するという効果が、予防概念の独自の効果としてしばしば指摘される（本稿ではこれを「事前の無害証明」と呼ぶこととする<sup>2</sup>）。しかしこの法的地位をめぐる論争に終息の見込みはなく、肯定説と否定説の対立がいわば膠着した状態が続いている。

そうした理論状況を背景に、上述のITLOSの一連の事件は、それが暫定措置命令の段階にとどまるにも関わらず、予防概念の発展という観点から学説上も実務上も大きな関心を集めてきたといえる。しかしITLOS自体は、一見したところ、この概念に対してきわめて慎重な態度を示してきた。たしかにITLOSは、上述の各事件において、環境へ

<sup>1</sup> 本稿では、「一般国際法規範」の語を「地理的に効力範囲が限定されていない国際法上の規範」の意味で用いる。ここでの「一般」は、問題領域の横断性という意味での一般性を含意しない。

<sup>2</sup> こうした予防概念の効果は、学説上「立証責任の転換」といわれることがあるが、そうした議論において具体的に例示される実例をみるかぎり、そこで論じられているものは、環境損害の賠償や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ことが多い。この点については、堀口健夫、「予防原則の規範的意義」『国際関係論研究』（2002年）、60頁を参照。

のリスクに関して科学的不確実性が残る状況であったにも関わらず、一定の暫定措置を当事国に命令してきたことは事実である。しかし他方では、自身の推論を展開するにあたって、予防概念に明示的に依拠することは一貫して回避してきたのである。

その結果、こうした一連の暫定措置命令については様々な評価が生まれることとなった。すなわち、それらは予防概念の法的地位については依然として不明確であるとの主張の根拠を提供する一方、予防概念がITLOSの判断に何らかの形で実質的に関与したとの評価もみられ、それらの命令は国際慣習法としての地位の証拠として参照されることすらある<sup>3</sup>。さらに、予防概念の関与が肯定される場合もその表現は多様であり、例えばみなみまぐろ事件暫定措置命令に対しては、「裁判所は予防アプローチを採用した」<sup>4</sup>、「(予防概念に関する)一定の興味深い一般的・実践的意見を示した」<sup>5</sup>、「事実上の予防的措置を命じた」<sup>6</sup>、等といった評価がみられる。またそうした肯定的な評価はみなみまぐろ事件の暫定措置命令については比較的多いが、同じように科学的に不確実な環境リスクが問題となっていたMOX工場事件やジョホール海峡等埋立事件における命令については慎重な見解も少なからずみられる。こうしたことから、ITLOSによる予防概念の基本的な扱いについても、3事件において一貫性があるとみる見解と、一貫性の欠如を示唆する見解がある<sup>7</sup>。結

<sup>3</sup> 予防概念の国際慣習法としての地位を論証・指摘する文脈で、例えばみなみまぐろ事件暫定措置命令を参照したものとして、A.Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law* (2002), p.172; and R.Coone, "Summary of the Workshop on 'The Precautionary Principle in Wildlife Conservation'" (2000), <http://www.traffic.org/briefings/precautionary.html>, p.2.

<sup>4</sup> P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2nd p.276.

<sup>5</sup> M. Fitzmaurice, *Contemporary Issues in International Environmental Law*, 2009. P.11.

<sup>6</sup> D. Freestone, "Caution and Precaution: "A Rose by Any Other Name..."?", *Yearbook of International Environmental Law*, vol.10 (2000), p.30.

<sup>7</sup> 前者の例として Fitzmaurice は、ITLOS は一貫して予防概念に依拠したとみる。M.Fitzmaurice, *supra* note 5. これに対して、例えば Stephen は、MOX 工場事件において ITLOS は、みなみまぐろ事件において示した予防概念に対す

局のところ、これらの暫定措置命令は、予防概念に関する論点を明示的に扱ってこなかったがゆえに、各々の論者が前提とし、或いは主張しようとする予防概念の法的地位やその意味内容に都合の良いように多様に評価されてきたとすらいえるかもしれない。

無論そうであるからといって、予防概念に対する ITLOS のこうした慎重な対応自体は単純に非難されるべきものではない。暫定措置は、制度上緊急に判断が要求されるものであり、また本案を予断するものであってはならないことから、議論の余地のある論点を明示的に扱うこと回避するのも致し方ない面がある。そうした論点については、裁判官の間で一定のコンセンサスを形成することは時間的にも困難であり、またそれは賢明でもない判断されることは十分に理解できることである。他方、暫定措置命令にすぎない ITLOS の判断に、予防概念の展開を見出そうとする学説の姿勢自体に、直ちに問題があるともいえない。多くの論者が様々な表現で指摘しているように、上記の各暫定措置命令、或いは少なくともその一部の命令について、裁判所の判断に予防概念が関与しているとの評価の余地があることもまた確かなのである。

むしろここで問題とされるべきは、ITLOS のかかる対応の背景にある膠着した学説の対立状況であり、また ITLOS の暫定措置命令の評価にあたって、かかる基本的な対立構造がいわば無批判的に維持される傾向がみられる点にあるように思われる。実際のところ、上記の一連の暫定措置命令の後も予防概念の国際慣習法としての地位をめぐる論争は継続しており、国際紛争処理機関もこの点の判断を回避する状況が続いている<sup>8</sup>。ITLOS の判断に関して、これほどまでに予防概念の実質的関与が指摘されていることに鑑みると、今日のこのような学説の状況は、むしろ従来の理論が必ずしも予防概念の性質や機能を十全に把握するもの

---

る好意的態度からは一定程度後退した可能性がある」と指摘する。T. Stephen, *International Courts and Environmental Protection* (2009), p.236.

<sup>8</sup> 近年の国際紛争処理事例をみても、例えば2006年に採択された EC バイオ技術産品事件小委員会報告は、予防概念の一般国際法としての地位をめぐる論争は依然として継続しており、その地位は不確定であることを指摘したうえで、自らもその判断を回避している。EC Biotechnology Product Cases (2006) WTO Panel, paras. 7.88-7.89.

でなかったのではないかと疑念を生じさせる。ITLOSの判断における予防概念の関与に関して、前述のような多様でかつ微妙なニュアンスの表現が与えられてきていることは、この点を示唆するものであるといえよう。

実際学説においても、近年そのような問題意識から新たな理論の動向も生まれている。その代表的な論者が英国の国際法学者である Boyle である。彼はかつて、予防概念の意味内容の不明確さを根拠に、その国際慣習法としての地位については否定的であった。しかし近年では、専ら国際慣習法であるか否かを問題としてきた従来の学説のあり方に疑念を提起し、むしろ予防概念は、法の解釈発展において効果を発揮する「国際法の原則（principle of international law）」であると主張するようになっており、そのような予防概念の機能が伺える実例として、上述のみなまぐろ事件暫定措置命令を挙げるのである<sup>9</sup>。このように、ITLOSの暫定措置命令の事例を1つの契機として、法解釈の局面を通じて間接的に国家行動に指針を与えるという、一般国際法規範としての予防概念の機能とその存在形式の特質が指摘され、従来の論争軸を問い直す動きも実際に現れるようになってきているのである。

本稿の目的は、このように一般国際法としての予防概念の性質を問い直すという観点から、ITLOSの一連の暫定措置命令に改めて分析を加え、それらの命令における予防概念の意義を検討することにある。まず第1に、一般国際法規範としての予防概念をめぐる学説の展開を整理し、上述のような論争の膠着状況の要因を検討するとともに、Boyleの「予防概念＝国際法の原則」論に代表される学説の新たな動向の意味をまざまま明らかにする。そのうえで第2に、上述したITLOSの各暫定措置命令

---

<sup>9</sup> この点が比較的詳しく論じられているのは、BirnieやRedgwellとの共著である以下の国際環境法の体系書においてである。A. Boyle and P. Birnie, *International Law and the Environment*, 2<sup>nd</sup> ed. (2002), p.120. また同書の第3版（2009）も参照。これらの共著者のうちこうした予防概念の性格を単著においても指摘しているのは、管見の限り、Boyleに限られることから、以下ではBoyleの「予防概念＝国際法の原則」論という言葉を用いるが、これはあくまで便宜上のことであり、他の共著者が同様の立場にあることを勿論否定するものではない。

において、Boyle が指摘するような機能の展開が果たして見いだせるのかどうかについて、判事の個別意見や学説も手がかりとしつつ詳しい検討を加える。そして第3に、ITLOSが予防概念に依拠することの正当性の問題に焦点をあて、同概念の機能の射程と論点を明らかにする。最後にこれらの検討結果をまとめるとともに、ITLOSの暫定措置命令における予防概念の意義とその一般性を考察し、今後の課題を示して結びとする。

ここで本論に入るまえに、本稿の用語法について1点確認しておく。条約や国際文書、学説においては、「予防原則 (precautionary principle)」或いは「予防アプローチ (precautionary approach)」という文言がみられるが、これらの概念の区別について論者の理解は一様ではなく、互換的に理解する者もいれば異なる概念として認識する者もある<sup>10</sup>。また区別される場合も、その区別の基準は必ずしも一様ではない<sup>11</sup>。そこで本稿では、理解の混乱や予断を防ぐために、「予防原則」・「予防アプローチ」を総称して「予防概念」と呼ぶこととする。ここでいう予防概念はその最低限の意味として、「環境に対する悪影響について科学的不確実性が存在することを、防止措置をとらない理由としてはならない」という内容を含む。この程度のきわめて抽象的な内容であれば、それが「予防原則」・「予防アプローチ」の共通要素であることに異論は

---

<sup>10</sup> 互換的に理解するものとして、例えば N. de Sadeleer, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules* (2004), p.92; and D. Freestone, "The Road from Rio: International Environmental Law after the Earth Summit", *Journal of Environmental Law*, vol.6 (1994), pp.210-213.

<sup>11</sup> 例えば Segger らは、「アプローチ」が技術あるいは手続の態様であるのに対して、「原則」はアクターに対して法的に拘束力を持ちうる点を強調する。M.C.Segger and M. W. Gehring "Precaution, Health and the World Trade Organization : Moving toward Sustainable Development", *Queen's Law Journal*, vol.29 (2003/4), note.16. 他方、後述するように、漁業分野においては、柔軟な利益衡量を許容するか否かという観点から両者の区別が論じられることが多い。この点については例えば、S. Marr, *The Precautionary Principle in the Law of the Sea: Modern Decision Making in International Law* (2002), pp.17f.

少ないといってよいだろう。勿論こうした定義は便宜上のものであり、それ以上に内容を洗練化させる必要性を否定するものではない。また本稿での予防概念という言葉は、その法的地位についても一定の理解を含意しないものとする。なお学説や判決等を引用する際には、原文に即して「予防原則」・「予防アプローチ」という言葉に言及することとする。

## 第1節 予防概念の法的地位をめぐる学説の展開

### 第1款 「予防概念＝国際慣習法」否定論

予防概念が国際法学における本格的な研究対象となり始めるのは、1990年代に入ってからのことである。当初は予防概念のそのものの法規範性を否定する理解が支配的であったが、予防への国際的支持を表明した1992年の環境と開発に関するリオ会議以降、環境保護に関わる条約や国際文書の多くが「予防原則」或いは「予防アプローチ」を明文化するようになり、学説においても国際慣習法の規範であるとする理解が近年有力に主張されるようになってきている。こうして予防概念が国際慣習法上の規範であるか否かという法的地位をめぐる問題は、これまで学説上の主たる論点を構成してきた。しかし今日においてもなおこの論争の終息の見込みは乏しく、ITLOSをはじめとする国際紛争処理機関も、この点については明確な判断を下すことを一貫して回避してきている状況にある。

かかる理解の対立と膠着状況は何に起因するのか。環境条約における予防概念の実定規則化や条約実践の集積、国内立法の進展等に鑑みたととき、もし論争の核心が単純に国際慣習法の成立要件（一般慣行・法的確信）の充足の問題にあるのであれば、この論争も近い将来決着をみるようにも思われる。しかし当初より一貫して問題視されてきたのは、予防概念のもつより根本的な特性であった。すなわち、その意味内容の抽象性・曖昧さこそが、国際慣習法としての地位の承認をしばしば妨げてきたのである。

当初から予防概念の法規範性を否定してきた論者も、一般慣行や法的確信の要件の充足の問題を論じる以前に、同概念の曖昧さを繰り返し問

題としてきた。例えば Bodansky は、「予防原則は環境問題に対する一般的アプローチを提供するが、それは規制の基準として機能するにはあまりに曖昧である。なぜならそれは、どれだけ慎重であるべきかを特定しないためである」と述べ、予防行動の前提となる環境危険のレベルや、要求される措置の厳格さなど、その要件や効果が不明確であることを理由に、予防概念の法規範性を否定している<sup>12</sup>。また Handl も、予防概念の意味内容が明確ではない点を挙げ、「予防原則」は国際法上の用語としては確立していないと結論する<sup>13</sup>。そして前述の Boyle も1992年の段階においては、「予防原則には非常に様々な解釈があり、いくつかの適用における新規で広範囲な効果が、予防原則がまだ国際法上の原則ではないことを示している」との結論を示していた<sup>14</sup>。

たしかにこうした否定論が支配的であったのは、予防概念を規定する条約や国家実行等の集積がまだ乏しい時期のことであり、そうした時代状況がその意味内容の明確な理解を困難にしていたことは否定できない。しかしこのような否定的評価は、今日においてもなお根強い。例えば WTO 小委員会も、EC バイオ技術産品事件（2006）において、「予防原則の明確な定義と内容に関しては問題が残されている」と述べ、そのことが一般国際法の規範としての性格づけを困難としている主たる理由と考えられていることを示唆している<sup>15</sup>。また同事件では、当事国たる米国が以下のように述べ、予防概念は国際慣習法の規範とはいえないとの主張を展開している。「米国は、以下の理由により、予防が国際慣習法の準則（rule）となるためのいかなる要件も満たしていないと主張する。①それは明確な内容をもたず、ゆえに国家の行動に対して権威的な指針を提供するとはいえないので、準則であると考えerことはできない。②予防を支持する者によっても一様に定義すらできないことから、

<sup>12</sup> D. Bodansky, *ASIL Proceedings* (1991), p.415

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> P. Birnie and A. Boyle, *International Law and the Environment*, 1<sup>st</sup> ed. (1992), p.98.

<sup>15</sup> EC Biotechnology Product Cases (2006) WTO Panel, para. 7.88.

それは国家の実行を反映するものとはいえない。③予防は定義しえず、ゆえに法的な規範とはいえないので、国家が法的義務であるとの意思でそれに従っているとは主張しえない。」<sup>16</sup>このように、予防概念の国際慣習法としての地位を否定する議論をみても、そこでは端的に一般慣行と法的確信という2要件の充足が問題とされていたというよりは、そもそも一般国際法規範としては規範としての明確な意味内容が見出しがたいという点が、その主たる根拠とされてきたのである<sup>17</sup>。

このように、今日においても依然として予防概念の曖昧さが問題とされる背景には、以下のような事情があると考えられる。まず第1に、条約やその他の国際文書における予防の定式のあり方が多様である<sup>18</sup>。大雑把に分類しても、予防概念には、①「科学的不確実性は環境保護措置をとらないことを正当化しない」とするもの、②「科学的不確実性は環境保護措置をとることを正当化する」とするもの、そして③事前の無害証明（立証責任の転換）を求めるヴァージョンの存在が指摘されており<sup>19</sup>、さらに細かく見ていけば、損害のおそれの程度等の適用条件について、定式は統一されていない。こうしたことから、個別の条約上の規範としてはともかく、一般国際法規範としての具体的な意味内容を見出

---

<sup>16</sup> *Id.*, para. 7.82.

<sup>17</sup> もっとも、端的に国際慣習法の成立要件の充足の観点から、そうした法的地位を否定する議論がみられないわけではない。例えば Atapattu は、学説で指摘される国家実行は西欧先進国の実行に偏っている点を指摘する。S. Atapattu, "Book Reviews: Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law. By Arie Trouwborst", *American Journal of International Law*, vol.96 (2002), pp.1017f. また高村は、1992年の気候変動枠組条約での予防概念の条文化の際に、その一般国際法規範としての地位を否定する文言がわざわざ挿入された例に言及し、法的確信が十分成熟していないことを指摘する。高村ゆかり「国際環境法におけるリスクと予防原則」思想963号（2004年）、70頁。しかし予防概念の国際慣習法としての地位を否定する多くの見解は、そもそもその意味内容の曖昧さに言及する。

<sup>18</sup> この点については、例えば、UNU-IAS Report, *Trading Precaution: The Precautionary Principle and the WTO* (2005), pp.6f などを参照。

<sup>19</sup> J.B. Wiener, "Precaution", in D. Boadansky, et al., (eds.) *Oxford Handbook of International Environmental Law* (2007), pp. 602-607.

すことは容易ではない。また第2に、予防概念の適用の帰結は、文脈により相当に異なるという現実がある。例えば海洋投棄の分野では投棄の原則禁止をもたらしたと考えられるが、一般に漁業分野では科学的不確実性を考慮した慎重な漁獲基準等の設定にとどまる<sup>20</sup>。特に後者の漁業分野においては、「予防原則」ではなく「予防アプローチ」であることが強調される傾向があるが、後でも詳しく述べるように、その趣旨は、予防が予め特定の具体的行動を指示するような一般国際法規範ではなく、文脈に応じて柔軟な利益衡量を予定する指針にすぎないことを強調することにある。同様の観点から予防概念が「原則」ではなく「アプローチ」と性格づけられた事例として、例えばWTO・ECホルモン事件における米国の主張を挙げることができる<sup>21</sup>。

国家実行等が相当に集積しつつある今日においてもなお、国際慣習法としての地位の承認がしばしば妨げられてきた背景には、このような予防概念の特性があると考えられる。予防概念の本質は、cautionやvigilance、prudenceといった言葉によって端的に表現されることがあるが<sup>22</sup>、少なくともこうした概念はそれ自体国家に特定の行動を指示す

<sup>20</sup> 海洋投棄分野における予防概念の発展については、例えば、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）を参照。また漁業分野における予防概念の展開については、例えば、T.Henriksen, “The Precautionary Approach and Fisheries: A Nordic Perspective”, in N. de Sadeleer, *Implementing the Precautionary Principle: Approaches from the Nordic Countries, EU and USA* (2007) を参照。

<sup>21</sup> United State appellee’s submission, para.92.

<sup>22</sup> 例えば、後でも触れるように、ITLOS みなみまぐろ事件（暫定措置命令）において、オーストラリア・ニュージーランドは、「予防原則は、このような不確実性に直面するなかで、決定における用心（caution）と警戒（vigilance）を求める」と主張していた。Separate Opinion of Judge Laing, para.12. また2001年 ITLOS/MOX 工場事件暫定措置命令においても、アイルランドが「予防原則は政策決定者、並びに・裁判所に対して、不確実性に直面している際には、賢慮（prudence）と用心（caution）を行使することを指示する。」と主張している。ITLOS/PV.01/06/REV.1, p.12f. 学説においても、例えばSands は、「最も一般的なレベルにおいては、予防原則は、環境に悪影響を与えるかもし

るような規範的命題であるとは考えにくい。「予防概念＝国際慣習法」否定論の大半は、まさしくその点を問題としてきたのである。

## 第2款 「予防概念＝国際慣習法」肯定論

以上の否定論に対して、1992年のリオ会議以降の時期には肯定論も有力に主張されるようになる。そしてそれらの議論の多くは、国際慣習法の成立要件の充足を論ずる前提として、否定論が強調した意味内容の問題に理論的に対応を試みてきている。その主たる対応は、予防概念の定式や適用の帰結に多様性があるという現実を認めたいうえで、そうした特性をもった概念を規範として構成すべく、国際法規範の性質分類の検討を深めるというものであった。一言でいえば、それは「準則（rule）」と「原則（principle）」との区分論であり<sup>23</sup>、予防概念は準則ではなく原則なのだから、内容の抽象性や曖昧さはその規範性を損なうものではなく、むしろその本質であるといった反論がなされてきた。例えば Freestone は、「原則は具体的な義務を課すよりむしろ、指針として役に立つ。予防原則は予防にむけた議論の根拠を明らかにするが、完全な保護を保証するような特定の1つの決定を求めるわけではない」との見解に言及したうえで、「その適用、さらには内容についてすら曖昧さが残るのは、原則の本質である」と述べる<sup>24</sup>。こうした議論は、「予防概念＝国際慣習法」肯定論者に広く認められる<sup>25</sup>。そうした規範類型の区別

---

れない活動に関する決定を行う際に、用心しつつ慎重に行動すること（to act carefully and with foresight）につき、国家が合意していることを意味する。」と述べる。P.Sands, *supra* note 4, p.272.

<sup>23</sup> 法哲学や憲法等の分野では、rule と対比される principle は「原理」と訳されることが比較的多いが、国際法学、或いは少なくとも国際環境法学においては「原則」という訳が一般的であるため、本稿ではそれに従うこととする。

<sup>24</sup> D. Freestone, “International Fisheries Law since Rio: The Continued Rise of the Precautionary Principle”, in A.E. Boyle and D. Freestone (eds.), *International Law and Sustainable Development* (1999), p.136.

<sup>25</sup> 例えば、H.Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principle of Modern International Law: The Precautionary Principle: International Environmental*

を前提としたうえで、条約や国際文書等で様々に定式されている予防概念の中から、典型的な定式や、ほぼ異論なく認められる共通要素を抽出し、少なくとも原則として機能するには十分な意味内容が認められると主張するのである。例えば Sands は、予防概念の核心はリオ宣言第15原則に現れているとする<sup>26</sup>。また Cameron と Abouchar は、1) 規制をしないことで無視できない損害のおそれがあること、2) 因果関係に関して科学的確実性を欠くこと、3) 1・2の状況において規制をしないことは正当化されないこと、の3点に予防概念の本質を見出している<sup>27</sup>。

このような「準則」／「原則」の分類論を展開する論者のほとんどが参照するのが、Dworkin による以下の区別である<sup>28</sup>。「法準則は、白か黒かはっきりした形で適用される。つまり法準則に規定された事実が存在するとき、当該法準則が効力のあるものであれば、法準則が指示する解決はそのまま受容されるべきであり、逆に法準則が効力なきものであれば判定に何の寄与もしない。…だが原則は、…そのようには機能しない。きわめて準則に近いと思われる原則であっても、それが提供する要件が充足された場合に自動的に導かれるような法的帰結を提示するわけではない。…原則は論証を1つの方向に導く根拠を提供するが、(準則のように) 特定の判断を必然的に生み出すものではない。…ある特定の原則が我々の法原則であると述べる時、そこで意味されていることは、当

---

*Law between Exploitation and Protection* (1994), p.344.; Trouwborst, *supra* note 3, p.52.

<sup>26</sup> 例えば P.Sands, *Principles of International Environmental Law*, 1<sup>st</sup> ed. (1994), p.202.

<sup>27</sup> J.Cameron and J. Anouchar, "The Status of the Precautionary Principle in International Law", in D. Freestone and E. Hey (eds.), *The Precautionary Principle and International Law* (1996), p.45.

<sup>28</sup> 上で引用した Freestone は、たしかに自身の論文では Dworkin の議論を直接参照していない。しかし彼は、Nollkaemper の論文における準則と原則の区分を参照しているが、その Nollkaemper は Dworkin の議論を明示的に参照している。A.Nollkaemper, "What You Risk Reveals what you value", and Other Dilemmas Encountered in the Legal Assault on Risks", D. Freestone and E. Hey (eds.), *The Precautionary Principle and International Law* (1996), p.80.

該原則につき、もし（事件と）関連性があるのであれば、何らかの方向へと論証を導く1つの考慮として、公務担当者はそれを斟酌しなければならないということである。…以上の相違には次のような相違が含まれている。原則には法準則には無い特性、つまり重みとか重要性といった特性がみられる。複数の原則が抵触しあうとき、この抵触を解決すべき者は両者の相対的なウエイトを考慮に入れる必要がある。…法準則一般にはこの特性が無い。2つの法準則が抵触すれば、どちら一方は妥当する法準則ではありえない。」<sup>29</sup>

要するに Dworkin によれば、準則が一義的に法的問題への回答を提供する規範であるのに対して、原則は法的問題に対する推論を一定の方向に導くにとどまる。また、準則とは異なり、原則については対立する規範が同時に妥当する可能性があり、その間では比較衡量がなされる余地がある。以上の点で準則と原則とは「質的に」区別されている。亀本によれば、準則と原則を区別する論者の立場は大きく3つに整理される<sup>30</sup>。第1に、両者の分類は困難であるとして下位の規範の間でみられる類似性・非類似性に着目すべきであるとする立場（類似テーゼ）、第2に、準則と原則の分類は容認するが、両者の相違は程度問題にすぎないとする立場（程度による区別テーゼ）、そして第3に、両者の間には質的な相違があるとする立場（質的区別テーゼ）がある。そしてこの区別によれば、Dworkin は第3の立場に分類されることになる。

だが Dworkin の議論を参照する国際環境法学者の実際の議論をみると、結局のところ準則と原則の区別も、実質的には単なる程度問題に還元されてしまう場合も少なくない。例えば Freestone や Hohmann といった論者も、基本的には原則の本来的な抽象性を端的に指摘するにとどまり、そのことで否定論者の問題提起にいわば消極的に対処しているにすぎないように思われる<sup>31</sup>。つまり、内容が曖昧で抽象的であって

<sup>29</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1978), pp.24f

<sup>30</sup> ここでの亀本の整理は、Robert Alexy による分類に従っている。亀本洋「法におけるルールと原理（一）ドゥオーキンからアレクシーへの議論の展開を中心に」『法学論叢』122巻2号（1987年）、25頁を参照。

<sup>31</sup> 他にも例えば Nollkaemper は、Dworkin の議論を参照しつつ越境水汚染の

も原則としての予防概念の規範性は損なわれないと反論するにとどまっておき、準則とは異質な原則としての予防概念の機能の展開をより積極的に実証しているとは言い難い。

たしかに Sands のように、原則の機能をより積極的に検討する論者も見られる。彼は準則とは異なる原則の機能として、①準則の解釈の指針の提供、②将来的な義務のあり方に関する交渉・明確化の基礎の提供、③検証や遵守に関する手続規則の解釈への作用、の3点を挙げている。しかしそうした原則の機能は、原則という法規範のカテゴリー一般について学説や判例等を手がかりに列挙されているにすぎず、予防概念がそうした機能を実際に果たしているということが十分に実証されているわけではない<sup>32</sup>。

他方国際環境法における予防概念の発展を比較的詳細に検討した著作では、むしろ Dworkin による準則と原則との区別が曖昧にされる傾向がみられる。例えば Trouwborst は、一般国際法上の予防的権利・予防

---

条約体制における原則の機能を列挙するが、少なくともそこでの著述では、準則と原則を質的に区別しているかは疑わしい。例えば彼は、「原則の…カテゴリーは、一般的に定式された準則を含む」と述べており、原則の定義に準則の概念が入りこんでいる。該当箇所節の表題（「特定性の程度 (Degrees of Specificity)」) にもあるように、実質的には程度問題として処理してしまっているように思われる。A. Nollkaemper, *The Legal Regime for Transboundary Water Pollution: Between Discretion and Constraint* (1993), pp.20f.

<sup>32</sup> P. Sands, "International Law in the Field of Sustainable Development: Emerging Legal Principles", in W. Lang, ed., *Sustainable Development and International Law* (1995), pp.56f. を見よ。Sands の議論のスタイルは、学説や判例に基づいて準則と原則の区別をまず一般論として提示し、その後国際環境法の諸規範を順に列挙し、発展史や意味内容を順に概説していくというもので、個々の規範の原則としての機能の展開を綿密に実証したものであるとは言い難い。この点については、他に Sands, *supra* note 4 も参照。またそのために、結局のところ Sands は、列挙された諸規範が準則であるか原則であるかを明示しなかったとの評価も可能である。この点については U. Beyerlyn, "Different Types of Norms in International Environmental Law: Policies, Principles and Rules" in D. Bodansky, J. Bruneel and E. Hey, (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (2007), p.430.

的義務の定式を試みているが、そうした権利義務を導く予防概念が、Dworkin のいうところの準則なのか原則なのかは判然としない。たしかに Trouwborst は、予防概念を終始予防「原則」と表現し、予防概念の適用が単純にイエスかノーかの答えを必ずしももたらすわけではないと指摘している。しかしあくまで「必ずしも」であって、「これらの本来的な限界にも関わらず、具体的事案において国家の行動に指示を与えるのに、予防原則はしばしば十分具体的であった」とも述べている<sup>33</sup>。このように Trouwborst は、予防概念を「原則」と性格づけ、その際に Dworkin の区別に依拠する論者の著作を参照しているにも関わらず、準則との質的な区別をどこまで意識しているのは明確ではない。他方 de Sadeleer のように、Dworkin による準則と原則の質的区別をはっきりと意識したうえで、積極的にその区別の相対化を論じる者もいる。彼は Dworkin による区別の中に位置するものとして、「不確定な内容の準則」なるカテゴリーを提唱し、予防概念はそのような性質の規範として把握しようとする<sup>34</sup>。その結果、少なくとも Dworkin の指摘する準則との規範としての差異は、内容の明確さに関する程度問題に帰結する<sup>35</sup>。

このように予防概念が国際慣習法の規範であることに肯定的な論者は、ほぼ一様に前述の Dworkin の区別を参照して原則としての性質を強調してきたが、そうした性質をもつ予防概念の機能の展開を十分実証してきたわけではなく、またそれが比較的実証される場合も準則と原則の質的相違は、意識的に或いは無意識に、曖昧にされる傾向がみられた。勿論、両者を質的に区別するとしても、その区別に意味内容の抽象性の程度が全く無関係とはいえない以上は、両者の区別が常に一定の曖昧さを伴うことは避け難く、準則と原則の区別を端的に程度問題に還元するというのも 1 つのありうる立場である。だがここで問題なのは、そうし

---

<sup>33</sup> A. Trouwborst, *Precautionary Rights and Duties of States* (2006), P.296.

<sup>34</sup> De Sadeleer, *supra* note 10, P.368.

<sup>35</sup> 他に Dworkin の準則・原則の区別の相対性を強調するものとして、J. Verschuuren, *Principles of Environmental Law: The Ideal of Sustainable Development and the Role of Principles of International, European and National Environmental Law* (2003), p.38.

た立場に立つことが前述のような「予防概念=国際慣習法」否定論に対する自身の反論の説得力を少なからず損なってしまう点にある。なぜならそうした否定論の主たる論者は、予防概念を Dworikin のいうところの準則として定式化することの困難を指摘していたと理解できるからである。例えば Handl や1992年当時の Boyle らは、伝統的な重大損害禁止規範との関わりで、この点を問うていた。彼らはたしかに予防概念の法規範性を否定したが、科学的不確実性を伴う環境リスクに対して一般国際法が全く無力であると主張していたわけでは決してない。例えば Handl は、科学的不確実性が伴うリスクに関しては、伝統的な重大損害禁止規範（ここで Handl は「防止義務」との言葉を用いている）によって、ある程度対応が可能であることを示していた。まずこの伝統的な法規範については、トレイル溶鉱所仲裁判決（1941年）にまで起源をさかのぼる相当の注意義務であり、重大な危険を伴う行為を控えることを国家に義務づける法規範であるとする<sup>36</sup>。そのうえで、そのような環境への危険が重大であればあるほど、求められる証明の基準は低下する（つまりより一層の科学的不確実性の余地が認められる）という点は、今日では自明であるとの議論を展開しているのである<sup>37</sup>。また Boyle も、温暖化等の地球環境損害の事前防止の局面においては、伝統的な注意義務との関連で立証基準を緩和することが、不確実性の余地を認めない考え方よりも、現実的なアプローチであると述べていた<sup>38</sup>。このように、既存の重大損害禁止規範の要件を合理的な範囲で操作することで、科学的に不確実な環境リスクへの一定の対処が可能であることは否定されていなかったのである。

ここで重要な点は、学説上、重大損害禁止規範は、越境汚染により生じた損害について、国家責任法を援用する根拠として理論化されてきたということであり、Handl や Boyle らもこの点をふまえて論じているという点である。つまりその機能は、相当な注意を伴って行動することを国家にそれ自体で直接義務付けることにあり（防止義務の設定）、その

<sup>36</sup> Handl, *supra* note 13, P.76.

<sup>37</sup> *Id.*, P.77.

<sup>38</sup> Birnie and Boyle, *supra* note 14, P.97.

義務違反を根拠に越境汚染損害の国家責任を問うことを可能とすることを目的としていた。そこでは相当の注意を欠けば自動的に国家の義務違反が認定されるのであり、かかる規範は、少なくとも Dworkin による区別に従えば、実はむしろ準則としての性格をもつ規範であるといえる<sup>39</sup>。そうすると、少なくとも Dworkin の質的区別を前提とするのであれば、上記の Handl らの議論は、準則としての性質をもつ重大損害禁止規範の厳格化ということ以上に、別途予防概念なる一般国際法規範を認めることは困難である、という主張として理解されるはずである。つまりそこでは、重大損害禁止規範とは別個の規範としてあえて予防概念を定式することの意味が問われていた。そして今日においても、前述の WTO・EC バイオ技術産品事件における米国の主張のように、準則と原則の区別を前提としたうえで、国際慣習法の準則としての意味内容が見出しがたいとの主張がみられる。

---

<sup>39</sup> Dworkin の区別に依拠しつつ、重大損害禁止規範を準則として明確に性格づける議論として、Beylerin, *supra* note 32, p.439. また Winter は、Dworkin を直接参照しないが、Robert Alexy の準則・原則の区別を手がかりに、準大損害禁止規範は実は準則であることを指摘する。G.Winter, "The Legal Nature of Environmental Principles in International, EU and Exemplary National Law", Winter (ed.), *Multilevel Governance of Global Environmental Change* (2005), p.595. Dworkin と Alexy の議論には相違点があるが、少なくとも Winter は、Alexy の区別として「原則は他の原則との衡量に開かれているのに対して、準則はいかなる場合においても適用されるべきものである」という点を念頭に置いており、Dworkin の議論とほぼ類似の区別を前提に論じていることはたしかである。

もっとも、相当の注意を欠いたと裁判所が判断すれば必ず国家の義務違反が認定されなければならないという意味では、重大損害禁止規範はたしかに準則といえるが、ある行動が相当の注意を欠いたかどうかの判断においては、他の原則も考慮されるのであり、実際には原則と類似の機能を果たしうるとの評価もありうる。この点につき Dworkin も、「合理的な」或いは「不注意な」といった文言を含む準則の適用が、準則に外在する他の原則等に依存する可能性を認めているが、それでも準則は原則へと完全に变化するわけではないとする。その場合、当該準則が依存しうると他の原則の種類は限定されるからだという。Dworkin, *supra* note 29, p.28.

このような指摘に対して、予防概念の法規範性を肯定するための反論の仕方は、少なくとも2つ考えられる。1つは、重大損害禁止規範とは別個の準則としての定式が可能であることを示すことであり、もう1つは、準則とは異質な規範的性格を明らかにすることである。予防概念独自の効果としてしばしば指摘されるのが事前の無害証明であるが、「予防概念=国際慣習法」肯定説のほとんどの論者は、それを予防概念の適用の自動的な帰結とはとらえていない<sup>40</sup>。Dworkinの区別に依拠している以上、彼らは後者の立場、すなわち重大損害禁止規範との内容の違いではなく、規範としての異質性を主張する立場をとったはずである<sup>41</sup>。しかしながら、予防概念を原則として性格づけてきた論者の大半は、予防概念の基礎はこの重大損害禁止規範にあることを自明のごとく指摘するか<sup>42</sup>、或いは、両規範の関係についてはほとんど関心を寄せてこなかったのである<sup>43</sup>。まさしくこうした扱いに、従来 of 学説における、準則と

<sup>40</sup> 例えば、Trouwborst, *supra* note 33, p.227. 他方 Marr は、事前の無害証明を予防概念の適用の自動的な帰結とみているようであるが、実質的には環境影響評価義務とほぼ同一視しており、必ずしも予防概念の独自の内容を論ずるものではない。S. Marr, *supra* note 11, p.17. もっとも Marr は、Dworkinの区分に依拠しつつ、予防概念を原則と性格づけている。

<sup>41</sup> 無論全ての論者が、Dworkin がいうところの原則として予防概念を性格づけているわけではない。例えば Beyerlin は、予防概念は原則ではなく準則であるとする。Beyerlin, *supra* note 32, p.440. を参照。また前述のように De Sadeleer は、いわば中間的なカテゴリーとして「意味内容の不明確な準則 (rules of indeterminate content)」を論じ、予防概念はそうした規範の出現を示すものであると指摘する。De Sadeleer, *supra* note 10, pp.306-310. を参照。

<sup>42</sup> 例えば Cameron らは、ストックホルム人間環境宣言第21原則を科学的不確実性の状況に拡張したものとして、予防概念を理解する。Camron and Abouchar, *supra* note 27, p.45. を参照。また Freestone も、予防概念は、科学的不確実性の残る状況でも防止措置を求めるという点が革新的なのであって、重大損害禁止規範以上の内容を含むものの、既存の概念や義務から完全に逸脱するものではなく、あくまでその延長上にあるとする。D.Freestone, "International Fisheries Law since Rio: The Continued Rise of the Precautionary Principle", in A.E. Boyle and D. Freestone (eds.), *International Law and Sustainable Development* (1999), p.139.

<sup>43</sup> 例えば Sands は、予防概念と従前のストックホルム第21原則・防止原則の

原則との質的区別の論証の不十分さが象徴されているといえよう。そしてこのような議論のあり方が、否定論による基本的な問題提起を繰り返し許容し、国際慣習法としての予防概念の法的地位をめぐる論争が一種の膠着状況に陥っている大きな要因となってきたことは否定しがたいのである。

以上のように、予防概念を明文化する条約や国家実行が比較的集積している今日においても、否定論と肯定論との対立状況が継続している基本的な要因は、まず第1に、同概念をめぐる抽象的かつ多様な定式と、文脈に依存した様々な効果の存在に由来する、その意味内容の曖昧さの問題であり、また第2に、学説における準則／原則の区別の理論的・実証的検討の不徹底にあるといえる。他方、以上の検討からうかがえるように、こうした対立状況を打開するための1つの手がかりは、伝統的な重大損害禁止規範との異質性を改めて問い直すことにあり、近年そのような方向をより徹底する試みが当初否定的見解を示していた Boyle によって展開されるようになってきている。それが次にみる、「予防原則＝国際法の原則」論である。

### 第3款 近年の新たな動向：Boyle の「予防原則＝国際法の原則」論

前述のように、かつて Birnie と共著の体系書 *International Law and the Environment* の第1版（1992）においては、Boyle は予防概念の法規範性を否定する見解を示していたが、同書の第2版（2002）以降では

---

もとでの義務との関係については特段に論じることなく、国際環境法の一般原則・準則のカテゴリーとして、それらを並列に指摘するにとどまる。この点については、Sands, *supra* note 4, p.235-249 and p.266-279. また、重大損害禁止規範に基づく損害の事前防止義務と予防概念の差違として、防止対象となる危険の科学的確実性・不確実性の区別を指摘するにとどまり、さらにそこから、確実性・不確実性という区別の相対性を根拠に、重大損害禁止規範と予防概念との間の関係の理論的検討の有益性に疑問を提起するような議論も見られる。例えば、Hohmann, *supra* note 25, pp.334f. を参照。また、やはり両規範の対象とする環境危険の相対性を指摘するにとどまるものとして、Trouwborst, *supra* note 3, p.38. を参照。

その見解に変化がみられる。まず Boyle は、「予防原則或いはアプローチの意味、適用、含意に関する不確定性は、それが国際慣習法である、或いはそうではないといった主張があまりに単純であることを示している。」と述べ<sup>44</sup>、専ら国際慣習法としての法的地位を主たる論点としてきた従来の学説のあり方自体に疑問を投げかける。そのうえで、予防原則については国際的なコンセンサスが認められる法的に意味のある核となる内容が存在するとし、政策決定者や裁判所が依拠しうる「国際法の原則」であると主張する<sup>45</sup>。Boyle によれば、その核となる内容とは、「環境保護や天然資源の持続可能な利用に関わる義務を実施する際には、国家は、損害の証明がまだ存在しない場合であっても、深刻な損害のリスクの可能性を示す十分な証拠がある時には、不行動を正当化するために科学的不確実性に依拠することはできない」というものである<sup>46</sup>。そのうえで Boyle は、こうした「国際法の原則」は、「法的効果を有するために慣習法の準則を創出する必要はなく、むしろその意義は、他の法準則の解釈・適用・発展に対して発揮しうる効果に主に由来するものである」とする<sup>47</sup>。

Boyle が実際に自身の著作において参照しているように、彼のこうした主張とほぼ趣旨を同じくするものとして、「持続可能な開発 (sustainable development) 」概念の規範性に関する Lowe の議論がある。Lowe は、「特定の行動を命令・禁止・許容する規則」を国際法の「一次規範 (primary norm) 」として性格づけるが、持続可能な開発の概念はそのような通常の規範とは異質であると主張する。むしろ同概念は、そうした「一次規範」の規範的效果を修正するように作用する規範であり、Lowe はこのような規範を「修正規範 (modifying norm) 」或いは「規範間規範 (interstitial norms) 」と呼ぶ<sup>48</sup>。つまり「修正規範」とは、「一

<sup>44</sup> Boyle and Birnie, *supra* note 9, p.120.

<sup>45</sup> *Id.*

<sup>46</sup> *Id.*

<sup>47</sup> A. Boyle, "Soft Law in International Law-Making", in M. D. Evans (ed.), *International Law*, 2<sup>nd</sup> ed., (2003), P.151.

<sup>48</sup> V. Lowe, "The Politics of Law-making : Are the Method and Character of Norm Creation Changing?" in M. Byers (ed.), *The Role of Law in International*

次規範」のように法主体の行動を直接規律するものではないが、「一次規範」の効果に関わる決定に作用する形で、間接的に規律に関与する規範を意味する。Loweによれば、それは「司法的推論の過程の一要素」であり、条約や慣習法で形成される伝統的な規範（＝「一次規範」）に作用する、いわば「メタ原則」である。Boyleは、「一次規範」・「修正規範」という区分自体には直接言及していないものの、予防概念はLoweの指摘するところの持続可能な開発概念と同様な形で効果を発揮する規範であると指摘する<sup>49</sup>。

それでは以上のような「予防概念＝国際法の原則」説の特質は、前述した「予防概念＝国際慣習法」肯定説と対比してどのような点に見出せるだろうか。前述のように、「予防概念＝国際慣習法」肯定説においては、Dworkinの区別に依拠して予防概念を原則と性格づけることが一般的であるが、Boyleもまた、彼が述べるような予防概念の機能は、Dworkinの指摘する憲法原則と類似の機能であると近年明言するようになっており、一見したところこの点において異なることはない<sup>50</sup>。また法の適用解釈の指針という機能そのものについても、例えば前述のSandsの議論にみられるように、原則の機能の1つとして既に指摘はされていた。

しかしBoyleは、「予防概念＝国際慣習法」肯定説の多くが自明視し、或いは曖昧にしてきた伝統的な重大損害禁止規範と予防概念の関係について、1つの明確な回答を示したと述べる。すなわち、重大損害禁止規範が国家の行為を直接規律する規範（Loweのいう「一次規範」）としての性質をもつものに対して、そうした「一次規範」の解釈適用の局面で作用しうる点に予防概念の固有の意義を見出している。ここで彼は、予防概念が国家の行為を規律する規範としての性質をもたないとまで明

---

*Politics: Essays in International Relations and International Law* (2000), P.213.

<sup>49</sup> Boyle and Birnie, *supra* note 9, p.120. ただし本論で指摘するように、BoyleとLoweの理解には相違点もあるように思われる。少なくともBoyleは、「修正規範」や「規範間規範」といった言葉は明示的に用いていない。

<sup>50</sup> P. Birnie, A. Boyle and C. Redgewell, *International Law and the Environment*, 3<sup>rd</sup> ed., (2009), p.28.

確に断言しているわけではないが、仮にそうした性質が見出しがたいとしても、もう1つメタなレベルで機能する規範としての意義が見出せるのであって、少なくとも一般国際法規範としてみる限り、それが予防概念の機能の適切な理解であると考えているようである<sup>51</sup>。このようにして Boyle は、かつての自分自身を含む「予防概念=国際慣習法」否定説が提起してきた問題について、予防概念を重大損害禁止規範と別個の準則として定式することは困難であると指摘する部分は誤りではないが、だからといって法的意義はないとする理解はあまりに単純であると主張するに至ったものと理解できる。またそこでの原則としての予防概念は、あくまで Lowe のいう「一次規範」と協働して作用する（つまり特定の「一次規範」を離れて独自に機能することはない）ものと性格づけられており、この点も「予防概念=国際慣習法」肯定説では必ずしも明確に論じられていなかった点である。このように Boyle の「予防概念=国際法の原則」論の1つの特色は、伝統的な重大損害禁止規範との異質性をより明確に打ち出している点にある。

そしてさらに「予防概念=国際慣習法」肯定説とはっきりと異なるのは、彼がこのような性質をもつ予防概念を国際慣習法の規範としてではなく、法の一般原則として位置づけている点である。つまり、一般国際法規範としての予防概念の存在形式の理解に第2の特色がある。Boyle は、まず法の一般原則について以下のように述べている。「ICJ 規程38条1cにより、ICJ は法の一般原則に言及することができる。これは多くの場合国内法の共通要素からの類推であり、本質的に裁判官により創設される法であった。しかし国家は、裁判所や国家により適用されるべきであるとの意図を伴って、国内法に由来しない一般原則を採用することもできる。そうした一般原則は慣習法の準則を創出するわけではなく、むしろその意義は他の準則の解釈・適用・発展への影響から引き出される」という<sup>52</sup>。また予防概念を含むリオ宣言の一般原則の意義について

<sup>51</sup> 前に引用した部分に示されていたように、予防概念の定式や適用の帰結が多様であるとの現実認識が、Boyle の「予防概念=国際法の原則」論の1つの背景となっている。Boyle and Birnie, *supra* note 9, p.120.

<sup>52</sup> Boyle, *supra* note 47, p.141.

の最近の論述においては、以下のように述べている。「そうした一般原則は、法的効果を有する慣習法の準則を生成しなくてもよく、また条約において採用された国内法に反映される必要もない。…その意義は、条約法条約31条3項にしたがって条約の解釈、適用、発展に行使しうるその影響力に主に由来する。これらの一般原則に権威と正統性を付与するのは、端的に国家による支持、言い換えれば法的確信である。…それらは「準則」或いは「義務」といったよりハードなエッジを欠く可能性があるが、非拘束的な或いは現れつつある法と混同されるべきではない」と述べている<sup>53</sup>。こうした Boyle の理論の要点は以下のように整理できよう。第1に、前述のような性質をもつ予防概念もあくまで一般国際法上の法規範であるとしており、その存在形式を国際慣習法とは異なる「法の一般原則」であるとしている。第2に、そのような規範の権威は国家の法的確信、つまりここでは国際社会のコンセンサスに見出されており、国家実行の論証そのものは不要であると考えている。そして第3に、そうした規範を条約解釈において考慮することは条約の解釈規則（条約法条約31条3項）で正当化されるとしている。

このように予防概念を国際慣習法としてではなく「国際法の原則」として位置づけることの実際上の1つの意義は、結局のところ国家実行の論証が不要となる点にある。もっとも Hohmann のように、「予防概念＝国際慣習法」肯定説の論者の中にもいわゆる即時慣習法論等を参照する者もあり、実質的に国家実行の要件を重視しない立場もみられた<sup>54</sup>。このような立場と Boyle の「国際法の原則」論は、少なくとも予防概念の権威の根拠を諸国家の支持、より正確にいえば国際社会のコンセンサスに見出している点では共通する。しかし国家実行の要件が不要とされる根拠については、即時慣習法論の場合はそれが結局法的確信の証拠にすぎないという点に求められていた。したがって即時慣習法論の場合は、国際法の準則・原則といった規範類型に関わらず、国家実行という要件一般の独自の存在意義が否定的に解されることになる。これに対して Boyle の「国際法の原則」論では、結局のところ原則という性質上、国

<sup>53</sup> Birnie, Boyle and Redgwell, *supra* note 50, p.28.

<sup>54</sup> Hohmann, *supra* note 25, pp.168f.

家実行の立証は不要であると述べているにすぎないように思われる。つまりは、上述のような原則としての予防概念の規範的特性にその根拠をみているというほかない。法的確信のみで一般国際法規範を認めるといふその実際上の意義にのみに着目するのであれば、対象となる規範の性質をきわめて限定したうえで（つまり原則に限定された）、実質的な即時慣習法論といえなくもない。

他方こうした Boyle の理論は、彼が参照している Lowe の「修正規範」に関する議論と微妙なずれも生み出している。Lowe の場合、「修正規範」である「持続可能な開発」のような概念は非法（non-law）として明確に位置づけられており<sup>55</sup>、一般国際法規範として性格づけられているわけではない。これに対して Boyle は、予防概念をあくまで「法の一般原則」として把握しており、それは「ソフト」ではあるかもしれないが、あくまで法規範として位置づけようとしている。また裁判所がそうした概念を考慮することの正当性についても、Lowe は合理的な判決を行う裁判官の権限に見出しており、国家実行はおろか法的確信の論証も不要であると考えているようにも理解できる<sup>56</sup>。これに対して Boyle は、そうした考慮の正当性を予防概念への諸国家のコンセンサスと条約の解釈規則に求めている。さらにいえば Boyle は、条約法条約31条3項を明文の根拠に、そうした「国際法の原則」は条約解釈において「考慮されなければならない」とも述べている<sup>57</sup>。つまり、「国際法の原則」としての予防概念を関連性のある条約の解釈において考慮することは、端的に正当化されるだけでなく、義務でもありと考えている。

以上のように、Boyle の「予防概念 = 国際法の原則」論の特色は、伝統的な重大損害禁止規範との異質性をより明確にするとともに、それを国際慣習法とは別個の形式（「法の一般原則」）で存在する一般国際法規

<sup>55</sup> V. Lowe, *International Law* (2007), pp.97-99. なお Lowe 自身は、予防概念については法の解釈において依拠されうる「ソフトロー」であるとしている。しかし彼が指摘している「予防原則」の機能自体は、「持続可能な開発」のそれと同様である。Id.p.96.

<sup>56</sup> Boyle らはそのように評価している。Birnie, Boyle and Redgwell, *supra* note 50, p.28.

<sup>57</sup> Boyle, *supra* note 47, p.52.

として把握する点にある。つまり、その機能把握と存在形式の理解に特色があり、しかも前者の理解が後者の理解の前提を成すという関係にある。こうした Boyle の議論に対しては、「予防概念＝国際慣習法」否定説をより徹底して克服する形で、一般国際法規範としての機能と法的地位を論ずるための理論的試みとして評価することが可能である。第1に、そうした否定説の主たる根拠となってきた予防概念の曖昧さの問題、特に重大損害禁止規範と別個の規範として定式することの困難について、法規範の解釈・発展において作用する一種のメタ規範として予防概念を性格づけることで対応している。また第2に、それを法の一般原則と位置付けることで、国際慣習法の成立要件、並びにその論証をめぐる厄介な問題の回避を試みている。

このように、Boyle の「予防概念＝国際法の原則」論は、一般国際法規範としての予防概念をめぐる従来の膠着した論争の克服に向けた、1つの理論の方向性を示したものである。しかし、そこに様々な検討すべき論点が含まれることは言うまでもない。さしあたりここで注目すべきは、「予防概念＝国際慣習法」否定説からの彼の立場の変更を支えている法実践の1つが、ITLOS のみなみまぐる事件暫定措置命令であったという点である。もっとも、Boyle の議論は、主に彼の体系書において展開されたこともあって、この点についてすらも、かなり基本的な検討課題を残したままである。まず第1に、彼が論ずるような予防概念の機能の展開の実証が十分ではない。みなみまぐる事件暫定措置命令についても、「国際法の原則」としての予防概念の機能を見出しうる先例として言及されるものの、具体的にその機能が十分に実証されているわけではない。また、同様に予防概念が当事国により援用された MOX 工場事件やジョホール海峡等埋立事件について、Boyle は予防概念が考慮されなかったと評価しているようだが、その理由も明確ではない<sup>58</sup>。そして第2に、そうした機能の展開が実際に認められるとしても、海洋法条約の解釈において予防概念を考慮することがいかに正当化されるのかとい

---

<sup>58</sup> A.Boyle, "The Environmental Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea", *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol.22, no.3 (2007), p.373.

う問題については、より詳しい検討の余地が残されたままである。

そこで次節では、以上のような検討課題をふまえつつ、こうした「予防概念＝国際法の原則」論の妥当性を吟味するという観点から、予防概念の適用が問題となった ITLOS の一連の暫定措置命令に検討を加えていきたいと思う。

## 第2節 ITLOS の暫定措置命令の検討

### 第1款 国連海洋法条約における暫定措置制度

具体的な命令の分析に入るまえに、国連海洋法条約のもとでの暫定措置制度の概要について簡単に確認しておく。まず国連海洋法条約では、当該条約の解釈適用に関する紛争解決手続が第15部において規定されている。その1つの特色は、紛争当事国による自主的解決がうまくいかない場合に原則として適用される、強制的な裁判の手続を予定していることである。締約国は、ITLOS、国際司法裁判所 (ICJ)、仲裁裁判所、特別仲裁裁判所から、裁判機関を1つまたは複数選択することができ、紛争の両当事国が同一の裁判機関を選択する場合には当該裁判機関に紛争が付託されることになる。他方、選択された機関が異なる場合や、紛争時に選択がなされていない場合には仲裁裁判所に付託されることになる。なおこの紛争処理手続における適用法規については海洋法条約293条に定めがあり、1項によれば「この条約及びこの条約に反しない国際法の他の規則」が適用されうる。

そしてこれらの裁判機関は、暫定措置を命令する権限を付与されている。暫定措置は ICJ で認められてきた制度であり、本来的には、裁判の主題たる紛争当事国の権利の保全を目的として、つまりは本案判決の実効性の確保を目的に、最終判決までの間に指示される仮の措置を意味する。海洋法条約における裁判手続においても、基本的にこの制度が採用されており、海洋法条約290条1項は以下のように定めている。「紛争が裁判所に適正に付託され、当該裁判所が…管轄権を有すると推定する場合には、当該裁判所は、終局裁判を行うまでの間、紛争当事者のそれぞれの権利を保全し、又は海洋環境に対して生ずる重大な害を防止するた

め、状況に応じて適当と認める暫定措置を定めることができる。」さらに290条5項は以下のように定める。「…仲裁裁判所が構成されるまでの間、紛争当事国が合意する裁判所、又は暫定措置に対する要請が行われた日から2週間以内に紛争当事者が合意しない場合には国際海洋法裁判所…は、構成される仲裁裁判所が紛争について管轄権を有すると推定し、かつ、事態の緊急性により必要と認める場合には、この条の規定に基づき暫定措置を定め、修正し、または取り消すことができる。…」1項は本案を管轄する裁判所による暫定措置について、5項は本案を管轄する裁判所とは別の裁判所による暫定措置について定めたものであるが、1項で定められた暫定措置の目的や条件は暫定措置一般に妥当するものであり、5項が適用されるケースでもその規律は及ぶとの理解が支持されつつある<sup>59</sup>。これらが暫定措置に関する裁判機関の権限を定めた主要な規定であるが、その権限の行使にあたっては裁判所に広い裁量が認められる。措置の内容についても、当事国の要請とは異なる措置を命ずることも認められている（国際海洋法裁判所規則89条5項）。ただし暫定措置は、本案について予断を与えるものであってはならない。

このような海洋法条約のもとにおける暫定措置制度は、環境保護の観点からも注目すべき性格をもつ。まず第1に、そもそも一定の強制的な裁判手続が整備されていることに加えて、暫定措置を要請するにあたっては本案裁判所の「一応の（*prima facie*）」管轄権で足るとされていることから、環境紛争に関連して当事国によって広く活用される可能性がある。たしかにこれらの手続を利用するには、海洋法条約の解釈適用をめぐる紛争として構成する必要があるが、海洋法条約の環境関連規定は総じて一般的な権利義務関係を包括的に定める内容となっており、紛争当事国により広く援用される可能性をもつ。また第2に、海洋法条約のもとでの暫定措置制度では、従来ICJで認められてきた紛争当事国の権利保全に加えて、海洋環境に対する深刻な損害の防止が暫定措置の目的として明文化されている。このことは、暫定措置制度が締約国の個別的利益のみならず、国際社会の共通利益の保護をも目的としていることを

<sup>59</sup> 例えば、MOX Plant Case (Provisional Measures), paras. 63-64. を参照

意味していると理解できる<sup>60</sup>。そして第3に、ICJでは従来判然としていなかった暫定措置の履行義務が海洋法条約では明文化されており、その法的拘束力については疑いの少ないものとなっている。

確かに暫定措置はあくまで仮の例外的な措置であるが、以上のような性質からして一種の差止にも似た効果をもたらるのであり、とりわけ損害発生 の 事前防止の側面が強調される環境法分野においては少なからぬ意義をもつ。実際のところ ITLOS には、みなみまぐろ事件、MOX 工場事件、ジョホール海峡等埋立事件と立て続けに裁判に環境関連紛争が付託され、それに合わせて暫定措置命令が要請されてきた（なおいずれの事件も、それぞれの理由から、本案の判決には至っていない）。それでは、それらの命令における裁判所の判断において予防概念が何らかの機能を果たしたと評価できるのか、詳しく分析していくこととしよう。

## 第2款 ITLOS の暫定措置命令における予防概念の機能

具体的な検討に入る前に、本款での検討方法について確認しておく。前にも述べたように、これまで ITLOS は、少なくともその多数意見において、「予防原則」或いは「予防アプローチ」に明示的に依拠したことはなく、またそれに関わる論点の検討も一貫して回避してきた。また暫定措置という性格上、それらの多数意見においては詳細な推論が展開されているわけでは必ずしもない。そこで本款では、多数意見の推論のほか、個別意見や、命令に対する学説の評価も手がかりとしながら、裁判所が条約解釈において予防概念に依拠したと評価しうるのかどうか、慎重に分析を進めていくこととする。

### ① みなみまぐろ事件暫定措置命令（1999年8月27日）

同事件は、1998年・1999年に南太平洋海域のみなみまぐろに関して日本が一方的に行った調査漁業に関連して、オーストラリア・ニュージー

<sup>60</sup> R. Wolfrum, "Provisional Measures of the International Tribunal for the Law of the Sea" in P. C. Rao and R. Khan (eds.) *The International Tribunal for the Law of the Sea*, (2001), p.176.

ランドが国連海洋法条約の諸規定の違反を主張し、1999年7月15日に紛争を国連海洋法条約付属書Ⅶにおける仲裁裁判に付託し、さらにその後、国連海洋法条約第290条5項に基づいて、調査漁業の即時停止などを内容とする暫定措置をITLOSに求めたという事件である。より具体的には、仲裁裁判への申立てにおいては、①119条で要求されている最大持続生産量（MSY）を産出するレベルにみなみまぐろの資源を維持・回復するために必要な、公海上の自国民の漁業に対する保全措置を採用せず、またそうして自国民に対する必要な保全措置をとることを求める117条に反した行動をとったこと、②過去に当事国間で合意された国家割当量を越える漁獲をもたらし、或いはもたらすであろう一方的な調査漁業を実施したこと、③116条b号で承認された沿岸国としてのオーストラリア並びにニュージーランドの権利と利益に反する一方的な行為を行うことにより、また119条3項に反して両国の漁民を差別する方法で調査漁業を行い、またその結果割当量に追加的なみなみまぐろの漁獲を許容したこと、④64条で要求されている、みなみまぐろ保全を目的とした誠実な協力行動を怠ったこと、そして最後に⑤「さもなくば、予防原則の諸要求を考慮しつつ、みなみまぐろの保全・管理に関する条約上の諸義務を実施しなかった」ことで、日本は海洋法条約64条、並びに116条から119条の諸義務に違反すると主張された<sup>61</sup>。そして暫定措置については、①一方的な日本の調査漁業の即時停止、②最も近い年に合意された国家割当量に調査漁業を含めた漁獲量を制限すること等とともに、③「当事国は、紛争の最終的処理までの間、みなみまぐろの漁業において予防原則に従って行動する」との内容の措置を要請した<sup>62</sup>。オーストラリアとニュージーランドによれば、「(予防原則は)、環境に対する深刻な或いは不可逆的な損害の脅威を伴う行為について決定を下すに際して、当該行為の影響について科学的不確実性が存在する場合に適用されなければならない。そうした不確実性に直面するなかで、同原則は決定に際して用心（caution）と警戒（vigilance）を要請する」ものであり、

<sup>61</sup> Southern Bluefin Tuna Cases (Provisional Measures), paras. 28-29.

<sup>62</sup> *Id.* Para. 34.

またそれは国際慣習法の規範であると主張された<sup>63</sup>。これに対して日本側は、ITLOSが暫定措置を命令するための要件が充たされていないことなどを最終的に主張したが、口頭手続においては、予防概念が国際慣習法であるといえるかは疑問であるとし、また海洋法条約も同概念を採用していないことを指摘したうえで、原告の求めるような措置を命ずることは科学的調査に基づく資源保全を損ないうる等と主張していた<sup>64</sup>。

これに対して、前述のとおり ITLOS の多数意見は、予防概念への明示的な言及とその検討は回避している。しかし ITLOS は、みなみまぐろによる環境リスクについて不確実性が存在することを認めつつも、最後に紛争当事国間で合意された漁獲可能量 (TAC) を越えないよう年間漁獲量を制限すること、また調査漁業も、別段の合意がない限りは、当該 TAC の算定外で実施することは控えること、そして保全措置の合意に向けた交渉に直ちに入ること、等を内容とする暫定措置を当事国に命じたのである。裁判所は、こうした暫定措置の命令に至る過程において、以下のような当事国の規律の指針を明らかにしている。「…このような状況においては、みなみまぐろのストックへの深刻な損害を防止するための効果的な保全措置の採用が確保されるよう、当事国は賢慮 (prudence) と用心 (caution) をもって行動しなければならない」 (para. 77)。このパラグラフの直前では、海洋生物資源の保全が海洋環境保護の一要素であること (para. 70)、みなみまぐろのストックが深刻な状況にあり、そのことが深刻な生物学上の懸念の原因であることについて、当事国の間に見解の違いはないこと (para. 71)、しかし、日本の計画す

<sup>63</sup> 確かに両国が仲裁に付託した声明書においては、予防原則は「一般国際法」であると表現されており、両国が国際慣習法と考えていたかどうか疑問の余地がないわけではない。Award of Southern Bluefin Tuna Arbitration, para.31. だが両国の日本に対する通告では予防原則を国際慣習法として位置づけていること、また日本側もそれが国際慣習法としての地位を有するといえるかは疑わしいとの主張をしていること、また一般国際法といえば通常は国際慣習法が想定されていることなどから、オーストラリア・ニュージーランド両国は予防概念を国際慣習法の規範として主張していたとみてよいだろう。Id., para.34 and 41.

<sup>64</sup> E99/23/Rev.2, p.13.

る調査漁業がストックへの深刻な脅威となるかについては当事国の見解が分かれていること（para. 73 and 74）、さらに当事国による商業漁業の継続や（para. 75）、第三国の漁獲の増加（para. 76）の事実が確認されている。つまり、ストックの状況や第三国の漁獲状況等を考慮すると、みなみまぐろの漁獲が当該資源、ひいては海洋環境に深刻な影響を与える可能性は否定できないが、調査漁業の悪影響については見解が分かれているという状況において、みなみまぐろへの損害を効果的に防止すべく当事国は「賢慮と用心」をもって行動すべきことを指摘している。オーストラリアやニュージーランドは「用心と警戒（vigilance）」の要請という表現をしていたが、こうした論理は両国が主張していた上述のような予防概念の基本的発想に合致するものである。1995年に採択されていた国連公海漁業実施協定においても、予防概念を規定した第6条2項において、「いずれの国も、情報が不確実、不正確、または不十分である場合には、一層用心する（be more cautious）」との文言がみられることも、上記のパラグラフ77の言明が、少なくとも上のような抽象的内容の予防概念を念頭に置くものであったとの理解に一定の支持を与える。また同じく1995年に採択されていたFAO「漁業に対する予防アプローチに関するガイドライン」のように、当時漁業分野における予防概念の発展に影響を与えた国際文書においては、予防概念の本質を表すために「賢明な予見（prudent foresight）」といった表現も用いられていた<sup>65</sup>。このようなことから、ここでの「賢慮と用心」という表現が予防概念を連想させると考えることは不自然なことではない。

以上のように当事国の規律の指針を明らかにしたうえで裁判所は、資源保全の効果に関して科学的不確実性が存在することを確認し（para. 79）、「…当事国の示した科学的証拠につき決定的な評価を下すことはできないが、当事国の権利を保全し、みなみまぐろの資源量のさらなる悪

---

<sup>65</sup> FAO, *Precautionary Approach to Fisheries. Part I :Guidelines on the Precautionary Approach to Capture Fisheries and Species Introduction*, FAO Fisheries Technical Paper 350/1, p.6. なお同文書においては、「賢明な予見」という言葉は、漁業管理計画による社会経済的影響の考慮を強調する文脈で用いられている。

化を回避するために、緊急に措置がとられるべきであることと認定する…」(para. 80)と判断している。ここでは少なくとも、科学的不確実性の存在が裁判所による暫定措置の命令を妨げるものではないことが明らかにされており、そのような解釈を示すにあたって、裁判所が上述のような意味での予防概念を考慮したといえる。海洋法条約における生物資源の保全に関する関連規定や裁判所の権限規定においては、科学的不確実性の存在が義務の履行や権限の行使を妨げるのかどうか、少なくとも明文化されていない。この点につき裁判所は、海洋環境保護における規律の指針として、科学的に不確実な状況における「賢慮と用心」の要請を明らかにしたうえで、暫定措置に関する自身の権限行使において、その指針を考慮した判断を示したとの評価が十分に可能である。

本命令に付された個別意見においては、命令された措置の具体的内容については異論も提起されているが、上述の「賢慮と用心」の要請という指針そのものを不当とするような意見は見当たらない。そして本件では、数人の判事が、裁判所による予防概念の採用を明確に指摘している。特に Laing、Treves 判事は、命じられた暫定措置の内容、或いは裁判所が措置を命じたこと自体が予防概念に合致するものであったとする。例えば Laing 判事は、「状況に応じて適当と認める暫定措置」をとる裁判所の権限を認めた海洋法条約290条1項の「適当」の文言につき、裁判所は予防概念に照らして解釈したことを示唆している<sup>66</sup>。また Treves 判事は、ストックの改善状況につき科学的不確実性が存在することから、290条5項にある「緊急性」の要件は「賢慮と用心」に照らして評価しなければならないとしたうえで、本件で裁判所は予防概念に照らして「緊急性」の要件を解釈することで、はじめて暫定措置をとることが可能であったとしている<sup>67</sup>。このように裁判所の権限に関わる条文の解釈において予防概念が考慮され、そのことにより科学的不確実性の状況で暫定措置を命令することが正当化されたとの意見が付されている。

ここで注目すべきは、いずれの判事も予防概念を「予防原則」ではなく「予防アプローチ」と表現している点である。この表現は意図的なもの

<sup>66</sup> Separate Opinion of Judge Laing, para. 4 and 19.

<sup>67</sup> Separate Opinion of Judge Treves, para. 8.

のであり、その1つの含意は、同概念は社会・経済的な利益の柔軟な考慮を許容する指針であるという点である。例えば Shearer 判事が説明するように、「予防原則」は元来海洋汚染分野で発展し、対象活動のモラトリアムといった具体的措置を命ずる規範として考えられているのに対して、漁業分野では社会的・経済的利益をより柔軟に考慮することを許容する「予防アプローチ」が支持されており、公海実施協定においてもこの点は確認できるとする<sup>68</sup>。Laing 判事も、「原則ではなくアプローチを採用することは、適切に一定の柔軟さを導入するもの」であると指摘しており、また同概念が伴う義務が不確定であることに言及している<sup>69</sup>。Treves 判事はこのような「予防アプローチ」の特性を必ずしも明示していないが、やはり caution という極めて抽象的な概念を手がかりに、「予防アプローチ」と暫定措置制度との整合性を論じている<sup>70</sup>。このように上記の個別意見においては、「アプローチ」としての予防概念の考慮が一定の法的帰結（例：漁業の停止・モラトリアム）に必然的に帰結するものとは考えられておらず、むしろ同概念が文脈に依存して柔軟に機能する点が強調されている。こうした柔軟性は意味内容の曖昧さや、その適用の帰結の予見が困難であることを示唆するが、そうした性質は法解釈における同概念への依拠を妨げるものではなく、また同命令においては実際にそのような抽象的な指針として依拠されたと考えられている。

以上のような3判事の個別意見は、上で検討したような多数意見の推論について1つの明確な説明を与えるものであるといえよう。なお学説においては、裁判所が予防概念を実質的に考慮したことに肯定的な見解が比較的多いが、否定的に解する論者も一部にみられる。しかしそうした否定的見解は、予防概念が事前の無害証明の要求に必然的に帰結する規範であるとの理解を前提にしているように思われる。例えば林は、裁判所が予防概念を採用しなかったと判断する理由として、「予防原則と合致するように、そして申し立て国が要求したように、調査漁業の即時

<sup>68</sup> Separate Opinion of Judge Shearer, P.5.

<sup>69</sup> Separate Opinion of Judge Laing, para. 19 and 15.

<sup>70</sup> Separate Opinion of Judge Treves, para. 9.

の停止も、或いは当事国の行動も禁止しなかった」点を挙げている<sup>71</sup>。多数意見の推論や個別意見の検討からも伺えるように、予防概念をそのような規範として理解する限り、裁判所が同概念に依拠したと考えることはたしかに困難である。しかし上述のような抽象的指針として同概念を理解するならば、こうした否定的見解も説得的な根拠を示しているわけではない<sup>72</sup>。

以上のようなことから、本命令における裁判所の推論や判事の個別意見、並びに学説の検討は、少なくとも裁判所の権限規定に関わる海洋法条約の解釈において、予防概念が考慮されたとする主張に十分な支持を与えるものであると結論できる。ただしここでいう予防概念は、事前の無害証明を許可条件とする活動の禁止といった特定の行動を自動的に指示するような規範ではない。本命令で考慮された予防概念は、多数意見のパラグラフ77に示されているように、「科学的に不確実な環境リスクに直面している状況では、保全のための効果的な措置を確保するよう「賢慮と用心」が要請される」、というせいぜい抽象的な内容にとどまる。このような内容から理解できるように、同概念は、防止行動をとるタイミングに指針を与えるとともに（つまり、科学的不確実性は行動をとらない理由とはならない）、予防的措置の厳格さについても指針を付与するが（つまり、効果的な措置をとらなければならない）が、その主たる意義は前者にあるといえよう。（以下（2）に続く）

（本稿の内容の一部には、平成19年度～20年度科学研究費補助金（若手B：課題番号19730087）並びに平成22年度科学研究費補助金（若手B：課題番号22730102）の成果が含まれている）

---

<sup>71</sup> 例えば M.Hayashi, “The Southern Bluefin Tuna Cases: Prescription of Provisional Measures by the International Tribunal for the Law of the Sea”, *Tulane Environmental Law Journal*, vol.13 (2000), p.385.

<sup>72</sup> 前述のような見解を示した林も、裁判所の命令した措置が「予防アプローチに由来する諸考慮に基づく」とした Shearer 判事の意見が、本件での裁判所の実際の思考を説明しているかもしれない、と続けて述べている。Id.