



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 (2・完)
Author(s)	堀口, 健夫; Horiguchi, Takeo
Citation	北大法学論集, 61(3), 264[115]-225[154]
Issue Date	2010-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/44014
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR61-3_005.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（2・完）

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 みなみまぐろ事件暫定措置命令（1999年8月27日）

<以上61巻2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

<以上本号>

第2節 ITLOS の暫定措置命令の検討

第2款 ITLOS の暫定措置命令における予防概念の機能（61巻2号からの続き）

② MOX 工場事件暫定措置命令（2001年12月3日）

次に紛争当事国が予防概念を援用した事案として、MOX 工場事件がある。本件は、イギリスの Sellafield 原子力発電所の MOX 工場の操業に関わる紛争である。2001年10月25日、同工場の操業に関連して、アイルランドは深刻な海洋汚染をもたらすおそれがあるとして、海洋環境の保護に関連する海洋法条約の実体的・手続的諸規定の違反の認定を求めて仲裁裁判に訴え、それとともに同工場の認可の停止処分等の暫定措置命令を2001年11月9日に ITLOS に求めたという事案である。なおこの紛争は、OSPAR 条約のもとでの仲裁や欧州裁判所にも付託されている。

本件でアイルランドは、① MOX 工場の認可に関連して、排水や放射性物質の輸送等に起因するアイリッシュ海の汚染防止に必要な措置をとらなかったことや、テロ攻撃のリスク評価・防止戦略を策定しなかったことから、海洋環境保護や汚染防止に関連する、192条、193条、194条、207条、211条、213条の諸規定にイギリスが違反していること、② MOX 工場に関する情報の共有を拒否したことなどにより、協力義務を定めた123条・197条にイギリスが違反していること、③ MOX 工場の操業に由来する潜在的影響を十分に評価していないとして、環境への評価を求める206条にイギリスが違反していることを、仲裁裁判への申立ての中で主張した。また暫定措置としては、① MOX 工場の認可の即時凍結、或いは MOX 工場の操業を防止するために必要な他の措置をイギリスがとること、② MOX 工場の操業のための放射性物質の国際的輸送が行われないようイギリスが確保することなどを要請した。

ここでアイルランドは、MOX 工場の操業から損害が発生しないことをイギリスが事前に証明する義務があること、またそうした証明がない限り工場の操業は認められないとの自身の主張の根拠として、国際慣習法の規範としての予防概念を援用した。つまり、イギリスに事前の無害証明を要求する根拠として、予防概念に依拠したのである。また合わせ

てアイルランドは、裁判所による緊急性の評価に際しても予防概念が考慮されうると主張した(多数意見 para. 71)¹。これに対してイギリスは、予防概念の意味内容やその法的地位を直接問題にするまでもなく、いずれにせよ海洋環境への深刻な損害、或いは権利に対する不可逆的な侵害がもたらされることをアイルランドは証明していないとして、予防概念の適用はないと反論した (para. 75)。

本件においても裁判所は、予防概念の法的地位やその適用可能性について明示的に論じることはなく、またアイルランドが要請した内容の措置についても、緊急の必要性がないとして認めなかった。しかし他方では、協力の義務が海洋法条約第12部における海洋汚染の防止の基本原則であり、それに由来する権利も暫定措置による保護の対象となると指摘したうえで (同 para. 82)、「…賢慮と用心は、アイルランドとイギリスに対し、MOX 工場の操業のリスクと影響に関する情報を交換し、適切ならば様々な手段でそれに対処するために協力することを要求する」(同 para. 84) と述べ、全会一致で、情報交換、リスクのモニタリング、防止措置の設定に関して、当事国が協力・協議を行うことを求める代替的な暫定措置を命じたのである。

このような裁判所の判断と予防概念との関係は、みなみまぐろ事件の場合ほど容易に理解できるわけではない。確かに上述の paragraph 84 で言及された「賢慮と用心」という表現は、みなみまぐろ事件の命令において予防概念を示唆する文脈で用いられていたものであり、また本件の当事国であるアイルランドも、「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、賢慮と用心を行使するこ

¹ 口頭手続においてアイルランド側は、予防原則は国際慣習法の準則であるとしたうえで、「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、賢慮と用心を行使することを指示する。本件においては、もし MOX 工場の操業をすすめるというのであれば、排出やその他の操業の帰結から損害を生じないことを示す責任がイギリスには存在する。…また予防原則は、裁判所が緊急性の問題や prima facie の問題にアプローチする際の諸条件を提示する。本件は、不確実性が暫定措置の発動と付与を命じる古典的な状況の類の一例である」と主張していた。ITLOS/PV.01/06/REV.1, pp.12f.

とを指示する」と明確に主張していた²。また Caminos、山本、Park、Alk、Marsit、Eirikson、Jesus 判事の共同宣言が明らかにしているように、MOX 工場の操業の影響に関して当事国の合意が形成されておらず、科学的不確実性に直面した状況であることは判事によっても十分認識されており³、そうした状況が裁判所による権限の行使を妨げないことが、本件においても明らかにされたといえる。以上のような点は、アイルランドの主張したような事前の無害証明を求める規範に裁判所が依拠したとはいえないが、みなまぐろ事件暫定措置命令において明らかにされたような「賢慮と用心」の要請という抽象的指針として、予防概念が条約解釈において考慮されたとの理解に一定の根拠を与える。

他方、判事の個別意見に目を向けると、本命令が予防概念の考慮に基づいていることを明確に指摘したのは Szekely 判事 1 人であり⁴、むしろ本件では、予防概念の適用・考慮に否定的、或いは慎重な見解を示す判事がみられる。例えば Wolfrum 判事は、予防概念が国際慣習法として確立しているかどうかは判然としないとし、またたとえそれが肯定できるとしても、本件でアイルランドは予防概念を援用することはできなかったと述べる⁵。その理由としては、第 1 に、資源量が歴史的に最低レベルであることにつき当事国間で合意のあったみなまぐろ事件とは異なり、本件でアイルランド管轄下の環境保護のための暫定措置をとるには、関連海域の環境に対する工場の潜在的影響等をただちに評価しなければならないが、それは暫定措置の段階ではなく本案で扱われるべき事項であること、また第 2 に、権利侵害等の可能性を説得的に示せば自動的に相手国の問題行為が停止されるという考え方は、すべての紛争当事国の権利を尊重しなければならないという暫定措置の基本的機能にそぐわないことが挙げられている。いずれも暫定措置制度の趣旨や機能の観点からの、予防概念の援用の限界の指摘である。こうして Wolfrum 判

² *Id.*

³ Joint Declaration of Judge Caminos, Yamamoto, Park, Alk, Marsit, Eirikson, Jesus.

⁴ Separate Opinion of Judge *ad hoc* Szekely, para. 24.

⁵ Separate Opinion of Judge Wolfrum, pp.3f.

事によれば、裁判所は本件で予防概念を考慮すべきではなかったのであり、また実際にもそうしなかったと説明されるのである。

しかし Wolfrum 判事は、以上のような議論を展開する前提として、本件でアイルランドが主張したような事前の無害証明を要求する規範として予防概念を理解しているように思われる⁶。予防概念の意味をそのように理解する限りでは、本件でそうした規範が適用・考慮されなかったとする彼の理解は正しい。しかし、科学的不確実性の状況における「賢慮と用心」の要請といった程度の指針として予防概念を理解するならば結論は変わりうる。そして本件で予防概念を援用できない第2の理由として Wolfrum が指摘した点については、このように予防概念を理解する限りでは必ずしも問題にはならない。また彼が指摘する第1の理由については、後に仲裁裁判所で科学的証拠に関するさらなる検討が可能であることなどを考えると、そもそも説得的ではない⁷。したがって Wolfrum 判事の意見は、科学的不確実性の状況における「賢慮と用心」の要請という意味での予防概念が、本命令で考慮されたとの評価を必ずしも妨げるものではなく、またそのような考慮が不当であるとの説得的な議論であるともいえない。

他方 Treves 判事は、本命令で「賢慮と用心」の要請が協力義務と結び付けられた点をふまえて、以下のような問題提起をしている。「予防アプローチが手続的権利の保全に関して適切であるか否かは議論の対象となりうる。協力や情報交換に関する手続的権利の遵守は、環境に影響を与える活動に従事する際の相当の注意義務の遵守と関連性をもつとの主張がありうる。」⁸学説においても、Treves 判事のこうした問題意識が少なからず共有されており、例えば Kwiatkowska は、本命令が実体的権利の保全の必要を否定する一方で、手続的権利を保全する緊急性を

⁶ Wolfrum 判事は、予防概念の意味内容については、事前の無害証明を除いて一般的な合意はないことを指摘している。Id., p.3.

⁷ 同様の指摘として、S.Marr, *The Precautionary Principle in the Law of the Sea: Modern Decision Making in International Law* (2002), p.69.

⁸ Separate Opinion of Judge Treves, para. 9.

認めたことについては、そもそも矛盾があるとする⁹。事前協議などの協力に関する手続的義務・権利は、環境保護に関する実体的義務・権利を実施・実現することを意図するものであるというのが、やはりその理由である。

本命令で裁判所は、アイルランドの要請した措置をとる緊急性を否定するにあたって、さしあたり核物質・燃料の輸送等は行わないとするイギリスの確約を少なくとも重視したものとみられる（paras. 78-80）。また Caminos、山本、Park、Akl、Marsit、Eiriksson、Jesus 判事の共同宣言によれば、そうした確約の存在に加えて、工場の操業のプロセスは不可逆的なものではないとするイギリス側の主張に影響されたとされる¹⁰。Treves 判事も、「実体的権利の保全に関して、本命令では予防的な考慮に依拠したとの言及はなかった。だが、附属書Ⅶの仲裁裁判所が組織されるまでの短期間における緊急性の欠如を強調した部分について、本命令は、…当事国が示した科学的議論が、附属書Ⅶの仲裁裁判所が暫定措置に関する請求を受理できるまでの数ヶ月の間に、MOX 工場がアイルランド海における放射能の相当な増加をもたらさうか、またそうしたリスクをもたらさうかという点に、十分焦点を当てるものではなかったことを示しているものと理解されうる」と述べており¹¹、少なくとも実体的な諸権利を緊急に保全すべき環境リスクの存在が十分に示されなかったことを指摘している。他方そのような状況において、代替的に協力を命ずる緊急性がなぜ認められるのかという点については、多数意見や上記の共同宣言等からは明確な理由づけを見出すことは難しい。

しかしながら、確かにこの点の厳密な説明は容易ではないが、Treves 判事が示唆した矛盾を回避するような説明も不可能ではない。なぜなら、本件で命令された協力に関する措置はそれ自体独自の存在意

⁹ B.Kwiatkowska, “The Ireland v United Kingdom (Mox Plant) Case: Applying the Doctrine of Treaty Parallelism”, the International Journal of Marine and Coastal Law, vol.18, no.1 (2003), p.43.

¹⁰ Joint Declaration of Judge Caminos, Yamamoto, Park, Alk, Marsit, Eirikson, Jesus.

¹¹ Separate Opinion of Judge Treves, Para. 8.

義があるとみることができるからである。確かに学説上、事前協議等の手続は環境損害防止の実体的義務の実施として位置づけられることが多い¹²。しかし、環境リスクの管理という観点からすると、本件で命令された協力に関わる措置は、科学的不確実性の削減を目的とした独自の存在意義をもつ予防的措置としても理解できる¹³。そしてそうした不確実性削減のための措置を命じる場合と、工場操業の停止等の措置をも命じ

¹² 例えば国際法委員会「危険活動に由来する越境損害防止条文草案」(2001)も、そのような理解に立って構成されていると評価しうる。Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities (2000).

¹³ 例えば「予防原則に関する EC 委員会のコミュニケーション」(2000)は、予防概念のもとでは広範な措置の選択肢があるとし、たとえば研究計画への資金供給なども同概念によりインスパイアされうるとしている。Communication from the Commission on the Precautionary Principle (2000), P.16. こうした見方を支持するものとして、Segger and Gehring, *supra* note10, p.141. また Cameron らは、「予防原則に従った行動を創出するのに役立つであろうインセンティブ・ディスインセンティブに関する法的或いは政治的環境を創出する」措置を「間接予防 (indirect precaution)」と呼び、その例として環境情報へのアクセスや EIA を挙げる。J. Cameron and J. Abouchar, "Precaution, Health and the World Trade Organization : Moving toward Sustainable Development", *Queen's Law Journal*, vol.29 (2003/4), pp. 50f. このように、不確実性を削減する措置自体を独立した予防的措置とみる理解は少なくない。

他方、不確実性の下で判断される予防的措置の本来的な暫定性に鑑み、追加的情報の獲得により不確実性の削減を図る措置が予防概念と矛盾するものではないとしつつも、それはあくまで問題活動に対する実体的な規制措置に付随するもので、それと独立した意義を否定する見解もある。例えば、G.Rashbrooke, "The International Tribunal for the Law of the Sea: A Forum for the Development of Principles of International Environmental Law", *International Journal of Maritime and Coastal Law* vo.19, no.4 (2004), p.529.

少なくとも、国際文書における予防概念の定式をみる限り、独立した予防的措置として不確実性削減を目的とした措置を積極的に排除しているといえるようなものは見当たらず、むしろ明示的に許容していると評価しうるものもある。例えば気候変動枠組条約(1992年)第3条3項は、「締約国は、気候変動の原因を予測し、防止し、又は最小限にするための予防的措置をとるとともに…」とあり、場合によっては、原因を予測するための措置のみを予防的措置としてとることを許容しているように読める。

る場合とでは、前者の場合の方が緊急性の要件が緩やかに解釈された（つまりは、環境リスクの程度がより小さい場合でも措置の緊急性が認められうる）と考えることにより、裁判所の判断を矛盾なく説明することができる¹⁴。

このような協力措置の独自の意義は、当該措置が単純に当事国の権利保全を目的とするものではなく、海洋汚染防止という共通利益の実現を目的とした措置であると性格づけることでより容易に導くことができる。この点につき、確かに裁判所は、協力原則に言及したパラグラフ82において、協力原則に由来する諸権利が暫定措置の保護の対象として適当でありうるとわざわざ指摘しており、その後で示す暫定措置が当事国の手続的権利の保全を目的とすることを示唆しているようにもみえる。しかし裁判所は、みなみまぐる事件でもそうであったように、暫定措置の目的についてそれ以上に明示することは回避しており、当該措置が海洋環境への損害防止をも目的としていると解する余地はある。この点につき、Caminos、山本、Park、Alk、Marsit、Eirikson、Jesus 判事共同宣言は、「（海洋環境損害防止の基本原則たる）協力義務を背景に、本裁判所が採用することができた最も効果的な措置は、ただちに協力を当事国に求めることであったと考える」と述べており、命令した措置が海洋汚染防止を目的とするものであったことを示唆している¹⁵。

またこの考え方によれば、問題活動を直接規制することの緊急性を判断する場合に比べて、不確実性削減のための協力体制の確立については緊急性の要件が緩やかに解されるわけだが、そのような解釈においては協力原則の重要性の考慮も働いていると考えられる。裁判所が、協力が海洋汚染防止の「基本原則（fundamental principle）」であるとわざわざ強調したことの意味は、その点に見出しうる。Caminos、山本、

¹⁴ 前述のように、裁判所がアイルランドの請求を認めなかったのは、基本的にイギリスの与えた確約の影響が大きく、MOX 工場自体の環境リスクの存在について全く否定したというわけではない。

¹⁵ Joint Declaration of Judge Caminos, Yamamoto, Park, Alk, Marsit, Eirikson, Jesus. 同共同意見をそのように評価するものとして、Rashbrooke, *supra* note 13, p.529.

Park、Alk、Marsit、Eirikson、Jesus 判事共同宣言も、MOX 工場による環境への影響について当事国の協力関係がほとんど完全に欠如しているという本紛争の特徴に、本命令は対応するものであると述べている¹⁶。

このように、命令された協力措置については環境リスクに対する予防的措置として独自の意義があるとみることができ、そのように理解する限りでは、実体的な措置を命令すべき差し迫った環境リスクが否定されたからといって、自動的にこれらの協力措置を命令すべき緊急性が否定されるということには少なくともならない。そして本件におけるこれらの協力措置に関する緊急性の判断にあたっては、協力原則の重要性も考慮されたものと考えられる。もっともこの点につき、本件では専ら協力原則の考慮から緊急性が認められたとの見解もみられる。例えば、本件での予防概念の適用に否定的であった Wolfrum 判事は、「特に近隣国の諸利益が危うくなっている場合に、協力の義務が国際環境法の優先的な (overriding) な原則であることを考慮すると」、協力を命じた裁判所の判断は支持できると述べる¹⁷。しかし協力原則が海洋環境保護における重要原則であるとしても、それだけでは科学的不確実な状況において緊急性が認められる理由付けとしては弱いように思われる。ここでは、不確実な環境リスクへの早期対応を求める予防概念も合わせて考慮されたと理解するべきであろう。まさしく Wolfrum 判事が上の引用部分で指摘しているように、近隣国への利益へのリスクがある場合に協力の義務が優先的に働くべきであるとするならば、そのことの根拠を提供するのは予防概念であろう。

もっとも、本件で命令された協力措置の独自の存在意義は別の観点からも指摘しうる。すなわち、裁判所は紛争の拡大・悪化防止の観点から協力を命じたという説明もありうるかもしれない。海洋法条約の暫定措置の権限規定においても、紛争の拡大・悪化の防止はその目的として明文化されていないが、ITLOS はみなみまぐろ事件において、抽象的に紛争の拡大防止を求める暫定措置も命じていた。また本件でも ITLOS

¹⁶ Joint Declaration of Judge Caminos, Yamamoto, Park, Alk, Marsit, Eirikson, Jesus.

¹⁷ Separate Opinion of Judge Wolfrum, p.4.

は、「賢慮と用心」に言及したパラグラフ84の直後で、両当事国は紛争を悪化させる行動を控えるべきであると述べており、当事国に協力を命じた背景にある1つの考慮として示唆したといえなくもない。この点につき、先の問題提起をしていた Treves 判事も、「本命令を実施する際に従事するこの協力のプロセスは、紛争の悪化と拡大の回避というさらなる結果をもたらし、また附属書Ⅶの仲裁裁判所が対処する前に、当事国を対立させていたものの焦点をより明確にするだろう」と述べていた¹⁸。このように Treves 判事は、協力関係の構築の要請が、当事国間の紛争の根源にある科学的不確実性を削減する効果をもたらさうとの認識を示していた。

しかし、専ら紛争の悪化・拡大の防止を目的に協力に関する措置が命令されたと理解すると、当該措置はそうした「紛争の悪化・拡大」のリスクへの対処という性格をもつこととなり、「環境」に対するリスクを対象とする予防概念とは、厳密には異なる発想から緊急性が判断されたと理解される余地がある。学説においても、例えば Rashbrooke は、環境への悪影響に関わる不確実性を扱う予防概念自体が、専ら手続的権利を保全する文脈でいかに適用されるのかやはり理解に苦しむと述べ、パラグラフ84で示された「賢慮と用心」は予防概念とは何か別のものであると指摘している¹⁹。しかし前述のように、そもそも「賢慮の用心」の要請から専ら協力に関する措置を導いた裁判所の判断については、それを予防概念の考慮によるものとして理解したとしても、矛盾なく説明することが可能である。本件の命令の背景に、紛争の悪化・拡大の防止に関する考慮があることは否定しがたいが、命令された措置が専らそれのみを目的としていると考えることは、暫定措置に関する ITLOS の権限規定に照らしても、困難であるといえよう。

以上の検討から、本命令で言及された「賢慮と用心」は予防概念を含蓄するものであり、裁判所は少なくとも自身の暫定措置に関する権限規定の解釈においてそれに依拠したと評価は十分可能である。そこでいう予防概念は、アイルランドが主張していたような事前の無害証明を要求

¹⁸ Separate Opinion of Judge Treves, para. 10.

¹⁹ Rashbrooke, *supra* note 13, p.530.

するものではないが、みなまぐる事件において示された、「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」という抽象的内容の指針であると考えられ、少なくとも「適当な措置」(290条1項)或いは「緊急性」(290条5項)の解釈において裁判所が依拠したとみることができると。そのように理解することで、科学的に不確実な状況で措置を命令した裁判所の推論により明確な説明を与えることが可能である。

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)

最後にジョホール海峡等埋立事件の暫定措置命令を検討する。本件は、シンガポールが実施しているジョホール海峡及びその周辺海域での埋立活動について、マレーシアが航行の安全や環境への悪影響等を理由に海洋法条約の関連規定の違反を主張して仲裁裁判に訴え、合わせて埋立活動の停止や関連情報の提供などをシンガポールに命ずるよう ITLOS にも暫定措置を要請したという事案である。本件でマレーシアは、シンガポールが海洋法条約123条や、192条、194条など、海洋環境保護に関する実体的義務・手続的義務に違反していると主張すると同時に、「これらの義務の適用・実施の際に当事国を指針づける」海洋法条約300条(信義則)並びに「予防原則」にも反していると主張した(多数意見 para. 74)。このような主張にあたり、マレーシアは予防概念を国際慣習法の規範として性格づけていた²⁰。そして暫定措置も併せて要請し、①仲裁判決までの間、両国の海洋境界付近、或いはマレーシアが領海であると主張する海域付近での、すべての現状の埋立活動を停止すること、②現状の、また計画された工事に関する十分な情報をマレーシアに提供すること、③工事とその潜在的影響に関して意見を求める十分な機会をマレーシアに提供すること、などを内容とする命令を求めた(para. 23)。これに対してシンガポールは、マレーシアの要請の却下を求めたが、予防概念については、その法的地位については明確に争わなかったものの、現

²⁰ シンガポール側は口頭手続において、予防アプローチ或いは予防原則は「今日の国際法において結晶化し、確固としたものとなった」と述べている。ITLOS/PV.03/02, p.17.

状では深刻な環境損害のおそれを予見することができず、そうした状況では暫定措置を命ずるにあたって予防概念を適用する余地はないと主張した（para. 75）。

これに対して裁判所は、問題の埋立予定海域を2つに区分し、一方の海域（Tuas）については、緊急性や不可逆な権利侵害のリスクが十分立証されなかったとし、暫定措置を命令する必要を認めなかった（paras. 72-73）。しかし他方の海域（Pulau Tekong）については、シンガポールが埋立の環境影響評価を実施していない事実にも言及したうえで、「陸地の埋立活動が海洋環境に悪影響を持ちうることは排除しえない」と述べる（paras. 92-93）。そのうえで裁判所は、「陸地の埋立活動による海洋環境への影響の可能性に鑑みると、賢慮と用心は、マレーシアとシンガポールに対し、陸地の埋立のリスク或いは影響に関する情報を交換し、関連水域におけるそれらのリスク・影響に対応する手段を考案するためにメカニズムを確立することを要求する」（para. 99）と述べ、結果として、専門家グループの設置や情報交換、対策の検討を目的とする協力・協議を両国に命じたのである。またシンガポールに対しては、専門家グループの報告を特に考慮しつつ、マレーシアの権利に対する不可逆的な侵害や海洋環境への深刻な損害をもたらしうるような方法で埋め立てを実施してはならないことも併せて指示した。

このように裁判所は、一部の海域について科学的に不確実な環境リスクの存在を否定できないことを根拠に、「賢慮と用心」の要請として、当事国の協力関係の構築を主要内容とする暫定措置命令を下した。これはMOX工場事件における判断と類似しており、前述したような理由から、本命令で言及された「賢慮と用心」も予防概念を含蓄すると評価することが可能である。すなわち裁判所は、同海域に対する埋め立ての環境リスクに科学的な不確実性が伴うにも関わらず、そうした状況が暫定措置を命じる自身の権限の行使を妨げるものではないとの解釈を少なくとも示し、そうした判断にあたって、科学的に不確実な状況における「賢慮と用心」の要請という意味での予防概念に依拠したと理解しうる。そのうえで本件では、当該リスクの性質・規模と協力原則の重要性に鑑み、科学的な不確実性を削減するための協力を命じる緊急性が認められたと解することができる。本命令では、「海洋環境への影響の可能性に鑑み

ると（賢慮と用心は…を要請する）」という表現により、命令された措置が不確実な環境リスクへの対処を目的とすることが、MOX 工場事件の命令に比べてより明確にされていること、また、多数意見が、上述の Paragraph 99 に至る前に、協力が海洋汚染防止の基本原則であるとする MOX 工場事件暫定措置命令の判断を再び引用していることは、上のような評価に支持を与える。

個別意見においても、Rao 判事は以下のように述べ、埋立の停止等を命令しなかった一方で協力を命じたことには矛盾はないとする。「…マレーシアは Pulau Tekong 周辺の埋め立て作業に関して求めていた実体的救済に関する緊急の状況を証明しなかった。本命令の主文は、この前提と両立する特定の暫定措置を命じた。すなわち、これらの措置は、海洋条約第12部並びに一般国際法において尊重された協力義務から生じる緊急性の認識を強調する²¹。」他方で Anderson 判事は、協力に関する措置等を命じた緊急性については疑問が残ると述べる。しかしその理由としては、命令された措置と類似の内容の約束を既に当事国が行っていたこと、そうした約束の誠実な実施を期待すべきであること、そして文言が部分的に異なる類似の義務を当事国に課すことは混乱の原因となることが挙げられており、埋立の停止等を命令しなかった状況で、協力に関する緊急性を認めたこと自体を問題としているわけではない²²。このように本件では、個別意見においても、協力の命令と結びついた「賢慮と用心」の要請を、前述のような意味で予防概念と解することを妨げるような見解はみられない。

以上のようなことから、本命令に関しても、裁判所による予防概念の利用につき、MOX 工場事件暫定措置命令と同様の評価が十分可能であると考えられる。

④ 小括

本款では、当事国により予防概念が援用された ITLOS の諸事件における暫定措置命令の分析を手がかりに、ITLOS が海洋法条約の解釈に

²¹ Separate Opinion of Judge Rao, para. 38.

²² Separate Opinion of Judge Anderson, para. 3.

において予防概念に依拠したといえるかどうかを検討してきた。この点については、そもそもの予防概念の意味内容の定義如何で結論が変わりうる。同概念を事前の無害証明を指示する規範として理解するならば、ITLOS がそれに依拠したと評価することは困難である。他方、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、といった抽象的指針として同概念を理解する限りでは、少なくとも裁判所の権限規定、すなわち290条1項の「適当な措置」或いは290条5項の「緊急性」の解釈において、それが考慮されたと評価することが十分に可能である。この点は、特にみなまぐろ事件暫定措置命令において最も明確に見出すことができるが、MOX 工場事件やジョホール海峡等埋立事件の命令の検討も、「賢慮と用心」の要請と協力と結び付けていることからやや複雑な説明づけを要するものの、そのような評価を支持しうる。また少なくともみなまぐろ事件の命令においては、「賢慮と用心」の要請が当事国の規律の指針であるとの認定がなされていることから、裁判所の権限規定以外の海洋法条約の諸規定、特に条約当事国の環境保護に関わる権利義務に関する規定も、かかる指針に照らして解釈されるべきことも含意されているといえよう。以上のような意味において、上述の一連の暫定措置命令は、Boyle が指摘するような、法の解釈・発展における指針としての予防概念の機能を実証するものであると評価しうる。たしかに Boyle 自身は、MOX 工場事件・ジョホール海峡等埋立事件において予防概念が考慮されたことについては否定的であるが、一連の命令における「賢慮と用心」の要請は、上のように理解する限りでは、予防概念の考慮として一貫した説明が可能であると考ええる。

ところで Boyle 自身が、両事件の命令について、裁判所による予防概念の考慮になぜ否定的であるのかは必ずしも定かではないが、以下の2つの理由のいずれかによるものと考えられる。1つは、「賢慮と用心」の要請が専ら協力の手続と結びついている点を根拠としている可能性がある。これに対して前述の通り反論は可能と考えるが、Boyle は不確実性を削減する措置はそれ自体独立した予防的措置とは考えられないという立場に立っている可能性がある。もう1つのありうる根拠は、それぞれの事件でイギリスとマレーシアが主張したように、両事件は予防概念

に依拠する条件である回復不可能な損害或いは深刻な損害の基準が満たされなかった事例である、という理解なのかもしれない。前述のように Boyle は、Birnie らと共著において予防概念の中核的内容を指摘した箇所では、少なくとも「深刻な損害」という基準に言及している。しかし Boyle は、少なくともみなみまぐる事件における「賢慮と用心」は「予防アプローチの適用と理解しうる」と明言していること²³、またいずれにせよ MOX 工場事件やジョホール海峡等埋立事件で ITLOS が科学的に不確実な状況で命令を下したことの理由づけの問題が残ること（「賢慮と用心」がその根拠と考えられる以外は）、さらに「深刻な損害」という基準はリオ宣言等多くの国際文書で採用されているが、少なくとも海洋環境分野ではそのような高度な基準を明文化していないものが少なくないこと（例えばみなみまぐる事件の個別意見で参照された公海漁業実施協定第6条や、MOX 工場事件の紛争に関連した OSPAR 条約2条 aがある）などを考慮すると、むしろ「深刻な損害」という基準を前提とすること自体に疑問も残る。いずれにせよここでは、本稿と Boyle の評価の違いは、予防概念自体の適用基準や措置の範囲に関する理解の差に起因するものであり、予防概念の法的性質や機能に関する基本的理解の差に起因するものではないことを確認しておけば十分であろう。

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

以上のようなことから、ITLOS による海洋法条約の解釈において予防概念が影響したと評価できるとして、次にそのような機能の正当性の問題を検討する。この点につき、上述の一連の暫定措置命令における多数意見と大半の個別意見においては、少なくとも科学的不確実性の状況における「賢慮と用心」の要請なる指針に依拠したことの正当性については特に問題としていない。しかしそうした対応は、緊急に暫定措置を命ずるにあたって検討する必要性が乏しいと判断されたか、或いは、検

²³ 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.

討する時間的余裕が不足していたにすぎなかったのかもしれない、問題の不在を必ずしも意味しているわけではない。また、確かにそれは常識的な内容の指針であるともいえ、その意味でその権威の自明性は高いといえるのかもしれない。しかし例えそうであるとしても、そのことは、その性質や機能等に対する分析を欠いた「批判なき受容」を許容するものではない²⁴。

前款で検討してきたような予防概念の機能の正当性については、少なくとも以下のような観点から疑念が提起されうる。第1に、上述のような抽象的指針たる予防概念への依拠は、法的安定性の観点から問題があるのではないだろうか。第2に、一連の暫定措置命令では国際慣習法としての地位は特に論証されなかったが、それでは予防概念の権威は何に基づくのか。そして第3に、具体的な条文との関係において、どのような場合に予防概念の考慮が正当化され、また要請されるのだろうか。以上の点は、一連の暫定措置命令において十分に検討されなかった問題であり、また前款で検討してきた予防概念の機能の射程を考えるうえでも不可欠の検討課題である。

① 法的安定性の問題

予防概念をはじめとする環境法原則の機能をめぐる議論は、EU法や国内法分野においても展開されているが、そこでは法的安定性を損なうことを理由にそうした原則の利用の正当性を疑問視する見解もみられる²⁵。国際法分野では、この観点からの明示的な問題提起はさほどみられないが、「予防概念＝国際慣習法」否定論の大半が問題としてきた予防概念の意味内容の曖昧さは、こうした問題提起に帰着しうる²⁶。この

²⁴ O'Connor は、信義則の検討に際して、この点を強調している。J. O'Connor, *Good Faith in International Law* (1991), p.1.

²⁵ 例えば、D. Geradin, "The Belgian Waste Case", *European Law Review*, vol.5, p.144; and E. Fisher and R. Harding, "The Precautionary Principle in Australia: From Aspiration to Practice?", in T.O'Riordan, J. Cameron and A. Jordan (eds.), *Reinterpreting the Precautionary Principle* (2001), p.226. などがある。

²⁶ 国際法も含めて、環境法原則一般と法的安定性の問題を検討したものとして、de Sadeleer, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal*

点は、本稿で検討してきたような ITLOS による予防概念の考慮の正当性を否定する根拠を提供するかもしれない。しかし以下の理由から、そうした批判は必ずしも説得的ではないと考える。

まず第 1 に、ここで着目している予防概念の機能は、あくまで条約解釈の指針としての機能であって、事案へのその直接的な適用を論じているわけではない。「ある法規範を直接に適用すること（直接適用）」と、「適用される別の法規範の解釈においてある法規範を考慮すること（間接適用）」は、実際には明確な線引きは必ずしも容易ではないものの、少なくとも概念上は区別しうる。そしてここで問題としているのは後者であるから、その機能の前提として海洋法条約の関連条文がまず存在するのであり、抽象的な予防概念に直接に依拠して判断を下すという状況とは異なる。またそうした解釈の在り方については、解釈の対象となる法規範が条約上の規範である限りにおいて、条約の解釈規則が規律する。海洋法条約の場合は、それ自体特別な解釈規則の定めを置いていないことから、ウィーン条約法条約第 31 条から第 33 条に定められ、国際慣習法化したとされる解釈規則が規律することとなろう。ITLOS の適用法規を定めた同条約の第 293 条も、裁判所がそれらの規則を適用することを排除していないというべきである。したがって、海洋法条約の解釈における指針としての予防概念の機能は、条約の解釈規則によってある程度の枠づけを与えられている。これらの条約解釈規則は柔軟に運用されるものではあるが²⁷、少なくともそれから明白に逸脱した特定の解釈の正当性を否定しうる。この点は後の③でさらに検討する。

また第 2 に、予防概念自体の意味内容は確かに曖昧かもしれないが、「予防概念 = 国際慣習法」肯定論においても広く主張され、また本稿においても検討してきたように、少なくともその核となる一定の内容は見

Rules (2004), pp.272-275. 実際に例えば WTO・EC バイオ技術産品事件では、米国が意味内容の曖昧さを根拠に挙げて、予防概念の「国際法の一般原則」としての地位を否定する主張を行った。EC Biotechnology Product Cases (2006) WTO Panel, para. 781.

²⁷ この点については、例えば R.Gardiner, *Treaty Interpretation* (2008) p.38. を参照。

い出すことはできる。しかもその意味内容に関する曖昧さは、裁判における利用や学説を通じて常に縮減していく可能性をもつことはいうまでもない。実際本稿で検討してきた一連の暫定措置命令も、予防概念自体の一定の明確化に貢献していると評価しうる。まず前述のように、ITLOSの依拠した予防概念は、1) 防止行動のタイミングと、2) 措置の厳格さを規律する指針であると考えられる。そして前者については、①環境への悪影響の可能性を排除しえないことが防止行動（そこには協力を通じた不確実性の削減も含まれる）を基礎づけうること、②環境への悪影響の可能性を排除しえないか否かの評価にあたっては、少なくとも問題活動の環境評価がなされているか否かが1つの考慮要素となること、が明らかにされてきた（ジョホール海峡等埋立事件暫定措置命令）。また後者については、①事前の無害証明が自動的に要求されるものではないこと、②環境保護（資源保全）のための「効果的な措置」が要求されること（みなみまぐろ事件暫定措置命令）、③場合によっては、「効果的な措置」には科学的不確実性自体を削減するための措置も含まれること、が示されてきたといえる（MOX工場事件、ジョホール海峡等埋立事件暫定措置命令）。

さらに第3に、予防概念の射程は他の法原則との相互作用により限界づけられうる²⁸。この点は、予防概念の一般国際法規範としての地位を指摘する論者の多くが言及する、Dworkinの議論においても指摘されていた原則の特性である。もっともDworkinの場合は、内容が「抵触」するような原則間の関係を主に念頭に置いていたように見受けられるが、条約解釈における原則間の「重複」というより緩やかな関係であれば、上記で検討してきた暫定措置命令においてもその調整が図られてきたと理解しうる。例えばみなみまぐろ事件では、予防概念はせいぜい「効果的な措置」を求めるにすぎなかったが、実際に命令された措置の選択においては、つまり「適当な措置」の判断においては、生物資源の「持続的利用の原則」も考慮されたといえよう。また同様にMOX工場事件やジョホール海峡埋立事件においては、前述のように「協力原則」が考

²⁸ この観点から予防概念の射程の限界を検討したものとして、Marr, *supra* note7, pp.35-45.

慮されたといえる。もっとも、そうした法原則が実際にどれだけの重要性を付与されるかは、個別の事案の状況に依存するが、海洋環境に関連する事案では、ITLOSは少なくとも「協力原則」に大きな重要性を付与する傾向がみられる。

以上の理由から、ITLOSによる予防概念の考慮は、法的安定性を必ずしも大きく損なうものではない。もっともそれでもやはり、法的安定性を損なう可能性は否定できないが、海洋法条約の運用においては様々な関連利益の衡量が予定されていることに鑑みると、そうした結果もある程度正当化しうるように思われる。海洋法条約は「海の憲法」としばしば呼ばれるように、海洋に関するさまざまな問題を包括的に規律する条約であるが、その前文において「海洋の諸問題が相互に密接に関連を有し及び全体として検討される必要があることを認識し」とあるように、例えば、海洋環境保護や生物資源の保全のみならず、航行利用、科学的調査、軍事利用といった様々な活動に関わる利益を相互に調整し実現していく必要が締約国によって認識されている。その規定が必ずしも具体的な権利義務を定めるものではなく、他方で一定の例外を除いて強制的な裁判管轄も用意された海洋法条約のもとでは、具体的な紛争処理の局面において裁判所にもそうした利益の調整が期待されているといえよう²⁹。このような海洋法条約の特性を考えると、ある程度の予見可能性を確保しつつも、そうした利益の柔軟な衡量を許容し、海洋法体系の統合性の確保に資するような法規範が、制度上むしろ要請されているとみることができる。漁業分野で顕在化した「予防アプローチ」の要請は、そのことの1つの実証とみることができよう。

② 予防概念の権威の問題

²⁹ 海洋法条約のもとでの強制的な裁判手続導入の主たる理由として、海洋法条約のテキストの統合性の確保の必要性が指摘されている。例えば、N. Klein, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea* (2005), p.52; A. de Mestral, "Compulsory Dispute Settlement in the Third United Nations Convention on the Law of the Sea: Canadian Perspective", in *Contemporary Issues in International Law, Essays in Honor of Louis B. Sohn* (1984), p.171.

以上のことから、本稿で検討してきたような抽象的な内容の指針を海洋法条約の解釈において考慮することが正当化されうるとしても、次に、なぜ予防概念という指針を考慮することが正当なのかという問題がある。この点は適用される具体的な条文との関係においても問題となりうるが、ここではまずより一般的なレベルの問題として、予防概念自体の権威の問題を検討する。前に述べたように、予防概念を含む環境法原則の機能についてはEU法や国内法においても議論があるが、条約或いは制定法上、予防概念を定めた規定を見出すことができることが多いため、予防概念自体の法的権威についてはほとんど問題にならない。また近年の多くの環境条約も同様の明文規定を有するため、当該条約の解釈の局面を問題にする限り、この点を吟味する必要性は乏しい。然るに海洋法条約については、予防概念を定めた明文規定がないという点で状況が異なる。

前款で検討した暫定措置命令においては、科学的に不確実な状況における「賢慮と用心」の要請という指針については、その国際慣習法としての地位は特に問題とされていない。また裁判所が予防概念を考慮したと明示的に指摘する判事の個別意見では、それが国際慣習法であるかどうかに関わりなく、考慮したのは正当であるとの見解が示されている。例えばみなみまぐろ事件のLaing判事個別意見は、国際慣習法としての予防概念の地位については、判断することはできないと明確に指摘しており³⁰、Treves判事も、予防概念が国際慣習法の規範であることの立証は不要であるとしている³¹。さらにShearer判事に至っては、予防概念の法的地位の問題については立ち入った議論を展開しないまま、裁判所が予防概念に由来する諸考慮に依拠したことは正当であると、あたかも自明の如く指摘しており³²、MOX工場事件においてもSzekely判事がこの指摘をそのまま引用している³³。

しかしこれらの判事のうち、少なくともLaing判事とTreves判事は、

³⁰ Separate Opinion of Judge Laing, Southern Bluefin Cases, para. 16.

³¹ Separate Opinion of Judge Treves, Southern Bluefin Cases, para. 9.

³² Separate Opinion of Judge *ad hoc* Shearer, Southern Bluefin Cases, P.6.

³³ Separate Opinion of Judge Szekely, MOX Plant Case, para. 24.

予防概念の権威をけっして自明と考えていたわけではない。この点につき Laing 判事は、海洋法条約自体が予防概念を黙示的に採用していると³⁴、他方 Treves 判事は、予防概念は暫定措置制度に本来的に含まれると述べる³⁵。いずれも理由は異なるが、ITLOS が予防概念に依拠することの正当性をその一般国際法規範としての地位には求めていない。しかしながら、いずれの見解も必ずしも説得的とは言い難い。

まず海洋法条約が予防概念を採用しているとする根拠として、Laing 判事は海洋法条約の前文や様々な条文中に言及するが、その多くは環境保護や生物資源保全に関する一般的規定であり、それらの規定自体がなぜ同条約が予防概念を採用していることの根拠となるのかは判然としない。また Laing 判事は、特に116条と119条について、1995年に公表された同条約のコメンタリーに依拠しつつ、それぞれ予防概念を反映したものであるとするが、同コメンタリーのかかる評価そのものが疑わしい。まず116条は、公海における漁獲の権利を定めた規定であるが、同コメンタリーが予防概念（「予防原則」）に言及したのは、116条b項において漁獲の条件として条約上の義務に従うことが挙げられており、そうした義務には漁獲魚種に依存する他の魚種の保全を求める61条3項と119条b項が含まれる、と指摘した直後においてである³⁶。つまり、対象魚種以外の魚種も含めた総合的な管理を指して、漁業管理における予防概念を反映していると指摘していると理解するのが自然である。しかしながら、確かに近年、漁業分野における予防概念の1つの要請として、漁獲対象魚種を含めた生態系全体の管理（生態系アプローチ）が指摘されることが多いが、そのような管理を求める条約規定が見いだせることのみをもって、それが予防概念の具体化であるとは必ずしもいえないはずである。また119条に関しては、同コメンタリーは同条a項が生物資源の保全の義務を規定するにあたって、「入手可能な最良の科学的証拠に基づく措置」をとるとしていることにつき、十分な証拠が入手できない

³⁴ Separate Opinion of Judge Laing, Southern Bluefin Cases, para. 17.

³⁵ Separate Opinion of Judge Treves, Southern Bluefin Cases, Para. 9.

³⁶ S.N. Nandan and S. Rossenne (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982; A Commentary*, vol. III (1995), p.288.

場合に措置をとるべきではないとしているわけではないとの解釈を示し、それが漁業管理における予防概念（「予防アプローチ」）であると述べている³⁷。だがこの規定につき、そうした証拠が入手できない場合に措置をとるべきではないという解釈がなぜ排除されるのか、コメントリーはその理由を特に説明していない。以上のことから、116条と119条に関して予防概念の反映を指摘したコメントリーの評価自体、疑問が残る。こうしてみると Laing 判事の参照した諸条文は、海洋法条約が予防概念を採用しているとみる十分な根拠であるとは言い難い。むしろ同判事は、海洋法条約の外に予防概念の権威を暗に見出したうえで、同概念に依拠して上記の諸条文が考慮されるべきことを前提としてしまっているようにすら思われる³⁸。

一方 Treves 判事は、予防概念が暫定措置制度に内在するとの指摘に関連して、以下のように述べている。「予防アプローチは、仲裁裁判所が本案を判断する際に事実状況が変化していることがないよう確保する必要の論理的な帰結と考えることができる³⁹。」確かにそうした目的をもつ暫定措置制度は、事前防止という考え方と親和性があり、この見解は一定の説得力をもつ。しかしながら、環境リスクへの早期対応の要請から発展してきた予防概念が、本案判決の実効性確保という観点から発展してきた暫定措置制度一般に、本来的に内在しているとまでいえるかは疑わしい⁴⁰。また、この説明によれば自身の権限規定の解釈において予防概念を考慮することは正当化されるかもしれないが、その前提として当事国の行動の指針として予防概念を示唆した裁判所の判断（みなまぐる事件暫定措置命令パラグラフ77）は正当化することはできない。

³⁷ *Id.*, P.310.

³⁸ この点に関しては、Laing 判事が参照したコメントリーは、リオ宣言等で予防概念が広く国際文書に現れるようになった1995年になって作成されたものであることにも留意すべきであろう。

³⁹ Separate Opinion of Judge Treves, Southern Blue Fin Cases, para. 9.

⁴⁰ この点に関連して、海洋環境損害の防止をその目的として明文化した海洋法条約の暫定措置制度に限ってみれば、本来的に内在するとの評価は可能かもしれないが、少なくとも Treves 判事自身は広く暫定措置制度一般の本質であると述べている。*Id.*

以上のことから両判事の見解は、みなみまぐろ事件に限ってみても、そこで裁判所が考慮したとする予防概念の権威について、必ずしも説得的な説明を提供するものではない。もっとも、この点はおそらく両判事とも自覚していたようであり、いずれも同様の方法で自らの主張の根拠の補強を図っている。Laing 判事は、自身の上記の結論は近年の先例において支持されるとして、アジェンダ21（1992年）、FAO 責任のある漁業に関する行為規則（1995年）、公海漁業実施協定における予防概念に関する明文規定を列挙する⁴¹。また Treves 判事も、自身の見解を支持する資料として、公海漁業実施協定の関連規定を参照する⁴²。それらの国際文書は、当時未発効の条約や法的拘束力のないガイドラインにすぎないが、Laing 判事によれば、文書が法的拘束力をもつか否かは、ここでの文脈ではほとんど重要性をもたないという⁴³。Treves 判事はこの点をはっきりとは指摘していないが、同様の認識に立つといえよう。つまり関連する国際文書を基礎に予防概念を支持する国家のコンセンサスの存在を示すことが、それらの文書自体の法的拘束力如何に関わらず、少なくとも条約解釈において予防概念に依拠することの正当性を提供する、との理解がこれらの見解の前提にある。

このように、ITLOS による予防概念の考慮の正当性を、国際社会の一般的コンセンサス（法的確信）に基礎づけるという議論は、実のところ Boyle の「予防概念＝国際法の原則」論そのものである。つまり両判事の個別意見は、予防概念が一般国際法規範であることについて一見したところ否定的であるために Boyle の議論と対立するようにみえるが、予防概念の権威の論証のあり方を見る限り、むしろその議論に支持を与えている側面もある。以上のような意味において、これらの判事の意見は、「予防概念＝国際法の原則」論を必ずしも説得的に、或いは実質的に否定するものではないように思われる。

たしかに、Laing 判事らが予防概念を「予防アプローチ」と表現したことの1つの意図は、それが拘束的な法規範ではないことを明確にする

⁴¹ Separate Opinion of Judge Laing, Southern Bluefin Cases, para. 20.

⁴² Separate Opinion of Judge Treves, Southern Bluefin Cases, paras. 19-20.

⁴³ Separate Opinion of Judge Laing, Southern Bluefin Cases, para. 20.

ことにあったと考えられる。特に Laing 判事は、「原則ではなくアプローチを採用することは、一定の柔軟性を適切に導入するものであり、また、決定的ではないが、望ましい規範構造に関する尚早の言明を行うことへの抑制を強調する結果となる」と述べる⁴⁴。しかしこれらの判事は、予防概念が具体的な行為を指示するような国際慣習法規範であることは否定していたが、裁判所が予防概念を考慮したこと自体の正当性を認めていることは前述の通りである。

また Boyle のように、かかる指針を「アプローチ」ではなく「国際法の原則」として明確に位置づけることの意味は、条約解釈におけるその考慮が端的に正当化されるだけではなく、それは義務であるという帰結が導かれる点にあるように思われる。前述のように、Boyle は条約の解釈規則に依拠しながらこの点を指摘していた。たしかに Laing 判事らは、予防概念の考慮が裁判所に義務づけられているとは明示的に指摘していなかった。しかし他方で、少なくともそのような考慮の義務を明示的に否定していたというわけでもない。

この点を考えるにあたっては、さらに以下の点にも留意すべきである。前述の通り、Boyle 自身は条約の解釈規則に基づき、予防概念の考慮が要請されると論ずる。より具体的には、条約法条約31条3項の「後の合意」或いは「関連規則」であるということ根拠とする。しかしそのような具体的な性格づけはともかくとして、結局のところ予防概念の権威は国際社会のコンセンサスに求められていることに変わりはない。そしてこの点については、Laing 判事も Treves 判事も、むしろ肯定的であることは前に述べたとおりである。

またここで考慮の「義務」という言葉を用いたが、ここでいう義務は、例えば環境損害の防止義務でいうところの義務とは、やや性質が異なるように思われる。少なくともここでいう考慮する義務は、それを遵守しなかったところで直接に国家責任を生じさせるような義務ではない⁴⁵。

⁴⁴ Separate Opinion of Judge Laing, Southern Bluefin Cases, para. 19.

⁴⁵ この点につき、例えば Marr は、原則としての予防概念の規範的特質を説明づける概念として、「義務の規範 norm of obligation」と「願望の規範 norm of aspiration」の分類に言及し、同概念は後者の性質をもつとする。Marr, *supra*

その義務の遵守・不遵守を問題とするのであれば、それはむしろ条約解釈の説得性や正しさに関わる。その意味で、「解釈で考慮しうる」ということと、「解釈で考慮しなければならない」ということとの間には、考慮しなかった場合の帰結を考える限り、それほど大きな差はないとみることもできよう。

以上のような点に鑑みると、Laing 判事らのいう「アプローチ」として予防概念の性格づけと、Boyle のいう「国際法の原則」としての予防概念の性格づけとの間には、さほど大きな隔たりはないように考えられる。少なくとも Laing らは、予防概念が「国際法の原則」であることを積極的に否定していたわけではなく、予防概念の権威の淵源や、条約解釈におけるその機能に関する理解については、むしろ共通するところが少なくないのである。

もっとも、一連の暫定措置命令において予防概念が考慮されたといえるとしても、それが一般国際法規範として考慮されたとするより積極的な証拠を、それらの命令や個別意見等から見出すことは容易ではない。しかし、科学的に不確実な環境リスクに直面した場合の「賢慮と用心」の要請という意味での予防概念に依拠する一方で、その国際慣習法としての地位、或いは条約上の規範としての地位について明示していない以上、「国際法の原則」として考慮されたとする考え方が1つの有力な説明であることは確かであろう⁴⁶。少なくとも上述のような抽象的な指針

note 7, p.13. Marr が参照する Jackson によれば、「義務の規範」とは名宛人がその内容に従うことを義務づけられていると考える規範であるのに対して、「願望の規範」とは名宛人が望ましいと考える行動の態様を示す規範を意味する。J. Jackson, *World Trade and the Law of GATT* (1969), p.761. なお ITLOS は、みなみまぐろ事件暫定措置命令において「賢慮と用心」をもって当事国が行動すべきことを明らかにしたパラグラフでは、shall ではなく、should を用いている。当事国の指針であることを前提に自身の権限規定の解釈にそれを読み込んだという理解に立てば（前述のようにそれが合理的な説明と考える）、should という文言は、予防概念が端的に非拘束な規範であることの表現というよりは、解釈の指針としての規範的特質を表すというべきであろう。

⁴⁶ 無論、条約とも国際慣習法ともいい難い国際法規範を「国際法の原則」として安易に説明することには慎重ではなくてはならない。しかし近年国際慣

として理解する限り、予防概念が環境保護の基本的な指針であることについて国際社会のコンセンサスの存在を立証することは困難ではない。とりわけ、海洋環境分野についてはそうである⁴⁷。

もっともそのような理解の前提として、一般国際法規範の存在形式として、国際慣習法とは別に「国際法の原則」なるものが認められるかどうかは、今後の国家による承認や、学説や判例等の進展も慎重に見極める必要がある。ここで確定的な結論を提示することは難しいが、さしあたり以下の点を指摘しておきたい。

第1に、法的確信のみで一般国際法規範（国際慣習法）の成立を認めることに対しては、従来学説上繰り返し異議が表明されてきたが、その主たる根拠とされてきたのは、慣習法という存在形式にそもそもそぐわない（つまり慣行なき慣習法などありえない）という点と、事実に基礎を置かない限り法としての実効性を確保しえないという点であった⁴⁸。しかしここでは、慣習法としての一般国際法規範を問題にしているわけではないので、まず前者の批判は当てはまらない。問題は後者の方であるが、この問題を考えるにあたっては、原則の規範的性質を少なくともふまえる必要がある。すなわち、Boyle のいう「国際法の原則」は、専ら法の解釈・発展の局面において国家や裁判所等の意思決定を規律する

習法が、実質的に条約上の規範ではない様々な規範を含む形で論じられてきていることに鑑みれば、今日の一般国際法規範の存在形式についてより精緻に検討する必要はあろう。このような問題意識を示すものとして、例えば、H.M. Chodosh, “Neither Treaty nor Custom: The Emergence of Declarative International Law”, *Texas International Law Journal*, vol.26 (1991) を参照。

⁴⁷ 海洋環境分野は、予防概念が最も早くから発展してきた分野であるといつてよい。Laing 判事がその個別意見で参照した国際文書以外にも、海洋生物資源保全・海洋汚染防止に関する近年の条約や国際文書の大半が予防概念を明文で採用している。詳しくは、Marr, *supra* note7や 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) などを参照。

⁴⁸ この点については、小森光夫「解釈的構成問題としての国際法規の一般妥当性：一般国際法としての慣習国際法の要件論の再構成における基本課題」『北大法学論集』第56巻第3号（2005年）、1048-1054頁を参照。

規範であり、それらの主体はそれをいわば考慮する「義務」を負う。その意味で、例えば伝統的な重大損害禁止規範のような準則に由来する義務とは性質が異なることは前に指摘した通りである。そしてそのような「国際法の原則」の実効性を問題にするのであれば、それは法解釈等の局面で実際に考慮されたかどうかで判断されるというべきである。しかしそのように考慮する「義務」が果たされたかどうかは、国家の実際の物理的行動からは必ずしも判断できず（例えば考慮はしたものの、他の原則等の考慮から当該原則と矛盾する行動をとる場合がありうる）、他方で、考慮したかどうかが問題である以上、国家の規範意識の表明、つまりは当該原則を考慮した法解釈の表明のみによってもその論証は可能といえる。したがって、上記の異議が、規範意識の表明だけでは（つまり言葉だけでは）法規範としての実効性を確保しえないという意味の批判であると理解するならば、少なくとも「国際法の原則」に関しては妥当しないといえる。

第2に、国際慣習法とは別個の存在形式の一般国際法規範を論ずる必要性を考えるにあたっては、その背景にある国際法秩序の発展段階をふまえる必要がある。例えば、かつて20世紀の半ばに伝統的な重大損害禁止規範が論じられるようになった頃は、越境汚染の問題について権利義務を確定しうる基本的な規範すらそもそも未発達であり、まさしくそのような規範として重大損害禁止規範を論じる必要があった。それに対して今日では、環境保護が国際社会の共通利益として承認され、その実現のための法制度の一般的妥当性が要請される一方、国家の基本的な権利義務を定める国際法規範は、重大損害禁止規範や関係諸条約により相当に整備されるようになってきている。Boyleの「予防概念=国際法の原則」論は、かかる国際法秩序の発展状況をふまえたうえで、権利義務を定める規範間の調整を図りつつ環境保護という共通利益の実現に向けて国際法の体系的発展を確保する、という局面に一般国際法としての予防概念を論じる意味を見出している⁴⁹。本稿で検討してきたITLOSの諸事件

⁴⁹ Boyleが参照するLoweは、国際法の基本的な規範は今日ほぼ整備され尽くしたとの現状認識に基づき、今後の法の発展の主たる道筋の1つが、既存の規範間の調整にあるとしている。V. Lowe, *The Politics of Law-Making: Are the*

も、まさしく環境法規範と海洋法規範の調整の問題を含む点に1つの特質があったといえよう。

これに対して、「予防概念=国際慣習法」肯定論の多くの論者は、そもそも一般国際法規範として予防概念を論ずること自体の意味についてあまり自覚的ではなく⁵⁰、そうした論争の非有益性を指摘する見解に対しても十分な応答をしてこなかった。例えば「予防概念=国際慣習法」否定論を主張していたBodanskyは、その後、法的地位を問題とすること自体の意味に疑念を表明している。すなわち、そうした法的地位が厳密に問題となる裁判による紛争解決は環境分野では稀であり、他方で、国家間の交渉枠組の提供という機能は法的地位に依存することなく実現するとの自身の仮説から、予防概念をはじめとして近年国際文書で宣言される国際環境法規範については、法的地位をめぐる論争はあまり有益ではないのではないかとの問題を提起している⁵¹。しかし近年の注目すべき現象は、上で検討したITLOSの諸事件がまさしくそうであるように、海洋法条約やWTO協定といった、必ずしも環境保護を規律の目的としない、或いは専ら環境保護をその目的とはしていない条約体制のもとで、一定の強制性をもつ（準）司法的な裁判制度が整備され、そこに環境に関わる紛争が持ち込まれるようになってきているという事態である。そうした状況をふまえると、一般国際法規範としての予防概念を論ずる

Method and Character of Norm Creation Changing, in M.Byers (ed.) *The Role of Law in International Politics* (2000). 規範間の調整の局面に「国際法の原則」の意義をみる Boyle も、基本的には同様の問題意識に立つと考えられ、諸国のコンセンサスを基礎とした法原則を国際文書において明らかにし、それを既存の法の解釈の指針とすることが、国際法全体の体系的発展を確保するための賢明な手段であると述べている。Boyle, *supra* note 23, p.153.

⁵⁰ 勿論そのような指摘が全くないわけではない。例えば Cameron らは、国際慣習法を論ずるメリットとして、当事国しか拘束しないという条約の限界の克服、条約交渉における役割、状況や規範意識の変化に対する対応力を挙げる。J.Cameron and J.Abouchar, "The Status of the Precautionary Principle in International Law", in D. Freestone and E. Hey (eds.), *The Precautionary Principle and International Law* (1996), pp.34f.

⁵¹ D.Bodansky, Customary (and not so Customary) International Environmental Law, *Indian Journal of Global Legal Studies*, vol.3 (1995-1996), p.119.

意味を軽視することは適切ではない⁵²。このような国際法の発展状況をふまえたうえで、国際慣習法という法の存在形式が、今日における一般国際法規範の要請に十分といえるかどうか、改めて問い直していく必要がある。

そして第3に、まさしく上で言及したWTOの紛争処理制度においては、予防概念が「国際法の原則」であるか否かが、当事国や紛争処理機関によって実際に問題とされる事例が出てきている。WTO・ECバイオ技術産品事件（2006年）では、EC側は一般国際法としての予防概念を主張するにあたって、それを国際慣習法の準則としてのみならず、「国際法の一般原則」であると性格づけ、国家の一般的合意を示す様々な国際文書に言及してその地位を論証した。そしてECは、WTO協定の関連規定を解釈するにあたっては、かかる地位をもつ「予防原則」が考慮されなければならないと主張したのである。これに対して小委員会も、関連する国際法の“rule”の考慮を求める条約法条約31条3項cにおいては、条約や国際慣習法の準則のみならず、「国際法の一般原則」もまた関連規則として考慮されるべきであると認定し⁵³、そのうえでもし予

⁵² Bodanskyも、第三者による紛争処理がより浸透していけば、法的地位の問題を軽視しえないことを認めている。*Id.*

⁵³ 31条3項cの起草過程においては、ruleではなくprincipleとの文言にするべきかどうか、またruleの前にgeneralという形容詞を加えるかどうか議論となったが、いずれの提案も最終的には採用されなかった。この点については、C.Mclachlan, “The Principle of Systematic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention”, *International and Comparative Law Quarterly* vol.54 (2005), p.292. を参照。このような起草過程の経緯は、31条3項cのruleには原則は含まれないとの解釈に一定の支持を与えうる。

だが国際判例においては、原則も31条3項cに基づき条約解釈において考慮されるとの考え方への支持がみられる。例えば欧州人権裁判所 *Golder v United Kingdom* 事件（1975）は、民事裁判へのアクセスの権利を法の一般原則と認定し、欧州人権条約の第6条の意味の解釈において依拠しようとした。*International Law Reports* vol.57 p.213. またWTO海がめ事件上級委員会報告（1998）は、信義則を国際法の一般原則と性格づけたうえで、GATT20条の解釈において考慮されるとした。*Turtle Shrimp Case*, WTO Appellate Body, para. 158.

防概念がそうした「国際法の一般原則」として承認されるのであれば、WTO 協定の解釈において考慮されなければならないとした⁵⁴。たしかに本件では、予防概念が「国際法の一般原則」であるかについて小委員会は最終的な判断を示さなかったが、予防概念の法的地位をめぐる EC の主張並びに小委員会の基本的な認識枠組は、Boyle の「国際法の原則」論とほぼ同じである。

また先頃、ウルグアイ川パルプ工場事件 ICJ 判決（2010年）においても、Trindade 判事が、「国際法の一般原則」を裁判所は適切に扱うべきとする趣旨の個別意見を出している。同判事によれば、かかる一般原則は関連する法の解釈適用の局面で考慮されるべきものであり、そのような原則の1つとして予防概念を明確に位置づけている⁵⁵。

以上のように、国際慣習法とは異なる一般国際法の存在形式として「国際法の原則」が認められるのかという問題については、国家実行を不要とする議論に対する異議には一定の反論が可能であること、「国際法の原則」論は ITLOS の諸事件でも顕在化した規範間の調整という国際法の今日的課題により自覚的に対応するものであること、そして「国際法の原則」論が紛争当事国や紛争処理機関の認識枠組や個別意見に実際に反映する例も次第に現れてきていること、を少なくとも指摘できる。これらの点は、「予防概念＝国際法の原則」論の基本的な考え方の妥当性に少なからぬ支持を与えるものであり、少なくとも Boyle の議論が今日無視しえないものであることを示している。

③ 具体的条文と予防概念との関係

最後に、条約解釈における予防概念の利用の正当性は、さらに解釈の対象となる具体的条文との関係においても問題となりうる。つまり、予防概念の権威自体に疑いがなくても、具体的な条文の解釈においてなぜそれを考慮することが正当化され、また要請されるのかという点は別途問題となりうる。この点については、ここでは条約の解釈の局面での機能を問題としている以上、基本的には、前述したような条約の解釈

⁵⁴ EC Biotechnology Product Cases (2006) WTO Panel, para. 7.67.

⁵⁵ Separate Opinion of Judge Cancado Trindade.

規則との整合性の観点から判断されることとなろう。無論前述のように、条約の解釈規則は柔軟に運用されるものであるが、少なくとも以下の3点を指摘することができる。

まず第1に、予防概念の考慮は、明示的な文言に優先したり、それを修正することはできないと考えられる⁵⁶。予防概念が、あくまで解釈の指針として機能する以上当然のことであろう。例えばWTO上級委員会も、EC牛肉ホルモン事件報告書（1998年）において、予防概念は、別段の合意がない限り、国際慣習法たる条約の解釈規則に優先するものではなく、SPS協定の関連規定（第5.1条と5.2条）を破ることはできないことを確認している⁵⁷。したがって、例えばITLOSが暫定措置を命令する要件である「緊急性」の要件についても、その意味内容を明確にするために予防概念に依拠することは認められても、「緊急性」の要件自体を否定することは許されない。

第2に、解釈の対象たる当該条文は予防概念と関連性を有していなければならない。予防概念が海洋法条約に外在的なものであると考える限り、予防概念の考慮の根拠となりうる条約法上の規定としては、条約の解釈に関わる「後の合意」の考慮を求める31条3項a、b、或いは国際法の関連規則の考慮を求める31条3項cが考えられるが⁵⁸、いずれにせよ解釈の対象となる条文との合理的な関連性がなければならないことは明白である。もっとも、前者の「後の合意」の場合は当該条約の解釈を明らかにする目的の合意であることが明示的に求められているのに対して⁵⁹、後者の場合は「関連する relevant」規則であること要求されるにと

⁵⁶ P. Birnie, A. Boyle and C. Redgewell, *International Law and the Environment*, 3rd ed., (2009), p.28.

⁵⁷ Beef Hormones Case, WTO Appellate Body, paras. 124-125.

⁵⁸ Boyleも同様の理解に立つ。A. Boyle, "Soft Law in International Law-Making", in M. D. Evans (ed.), *International Law*, 2nd ed., (2003), p.151.

⁵⁹ したがって、例えば31条3項aの「後の合意」についても、ある条約の解釈に利用しうる文言を含むというだけではここでいう「合意」には該当しないものと考えられる。参照、U. Linderfolk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (2007), p.164.

どまり、求められる関連性の度合いには差があるように見える。しかしいずれにせよ、解釈が条文の意味内容を明らかにする作業である以上、少なくともそうした意味内容の明確化に予防概念が役立つという性質をもつことが必要と考えられる。言い換えれば、そうした関連性は考慮される予防概念の規律事項に照らして判断されるべきものであろう。この点につき、前に述べたように、ITLOS が依拠した予防概念は、1) 環境リスクに対する防止措置のタイミング（科学的不確実性が残っている段階であっても措置をとることを求める）、並びに、2) 環境リスクに対する防止措置の厳格性（環境保護に効果的な措置であることを求める）に関する判断を規律する指針であると考えられる。したがってそのような判断が解釈適用において関わるのであれば、締約国の権利義務に関する条文であろうと、裁判所の権限に関する条文であろうと、広く予防概念と関連性をもちうるといえよう。

もっとも、このような関連性の評価が容易でない場合もありうる。少なくとも考えられるのは、「環境」という概念の不明確性に起因する問題である。例えば MOX 工場事件やジョホール海峡等埋め立て事件で問題となった海洋汚染については、国際法上当初から環境に対するリスク問題として規律されてきたといつてよい。しかしみなまぐる事件におけるような漁業管理の問題については、必ずしもそうとはいえない。同事件で裁判所が、海洋生物資源の保全が海洋環境保護の要素であることをわざわざ指摘したことの意味はこの点に関わる⁶⁰。しかし例えば、海底にある文化的遺産への損害に関わる場合、或いは、専ら人間の健康が問題となっている場合などに、同概念の考慮が認められるかどうかは争われうるだろう。

そして第3に、海洋法条約と予防概念との関係に関しては、時間的關係も問題となりうる。海洋法条約の署名は1982年であったが、少なくとも海洋法分野において予防概念が国際文書や条約等で一般的に宣言・明文化されるようになるのは、早くみても1990年前後である⁶¹。そうする

⁶⁰ Southern Bluefin Tuna Cases (Provisional Measures), para. 70.

⁶¹ この点については、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）を参照。

と、条約文の確定後に現れた規範を当該条約の解釈において考慮することが許容されるのかどうか、という点が問題となる。この点については「合意は拘束する」の原則との整合性が基本的な問題となるが、予防概念が31条3項 a、bの「後の合意」として評価される限りではこれはクリアされる。また31条3項 cの「国際法の関連規則」と評価される場合でも、それが当事国の意思と矛盾しないと理解できるのであれば、予防概念の考慮は必ずしも排除されない⁶²。ICJは、1997年のガブチコボ・ナシユマロスダム事件判決において、以下のように述べ、1977年に締結された当事国の条約の環境関連規定（15条・19条）は、その後発展した規範に照らして解釈されねばならないとした。「…環境リスクを評価するためには、現在の基準が考慮されねばならない。このことは、第15条と19条がダニューヴ川の水質を維持し自然を保護するという継続的で、したがって必然的に発展的な、義務を当事国に課している限りで、これらの条文の文言はそうした考慮を許容しているだけではなく、それを義務づけてすらいる。…時代を経て、人類は、経済的理由或いはその他の理由から、自然に継続的に干渉してきた。…新たな科学的洞察と、無配慮でかつ衰えることのない進捗でそうした干渉を追求することが人類に与えるリスクへの意識の高まりから、新たな規範や基準が発展し、この20年の間の非常に多くの文書においてその定めが置かれた。国家が新たな活動を検討する場合のみならず、過去に着手した活動を継続する場合も、こうした新たな規範は考慮されねばならず、またそうした新たな基準は適切な重要性を与えられなければならない。このように経済開発と環境保護を両立させる必要性は、持続可能な開発の概念に適切に表現されている⁶³。」ここで挙げられた15条と19条は、それぞれ水質保護と自然保護の一般的義務を定めた規定である。この判決では、少なくとも規定内

⁶² この点に関しては、例えば松井芳郎「条約解釈における統合の原理:条約法条約31条3項(c)を中心に」坂元茂樹編『国際立法の最前線』（2009年）、116-119頁も参照。

⁶³ *ICJ Reports* (1997), pp.77-78, para. 140. なお、1971年のナミビア事件勧告的意見も参照。同意見では、「神聖ナル使命」といった概念は、定義上動的なものであるとした。*ICJ Reports* (1971), p.31, para. 53.

容の一般性と義務の継続的性格を条件に、新たな規範の考慮が求められることが明らかにされたといえる。

この点につき、海洋法条約における環境保護・生物資源に関する条文はその大半が一般的かつ継続的な権利義務を定めた規定であり、個別条約等を通じたその具体化を基本的に予定しているものと理解できる。例えばみなみまぐろ事件の個別意見でも参照された公海漁業実施協定（1995年）も、その前文や第2条の目的で明記されているように、そうした具体化を目的とした条約である。したがって、そうした条文のうち科学的に不確実な環境リスクの扱いについて不明確な条文については、予防概念の考慮が正当化される。またそうした性格をもつ国家の権利義務の保全や、海洋環境へ損害防止という一般的目的のために命令される暫定措置の権限に関わる条文についても、「適当」や「緊急性」といった一定の曖昧さをもつ文言の解釈につき、予防概念に依拠することは正当化されるといえよう。

このように本稿で検討してきたような予防概念の機能は、基本的に条約の解釈規則に枠づけられるのであり、以上検討した点からだけでも、それは既存の法に大きな変更をもたらすものとは言い難いことがわかる。この点につき Boyle も、それは「些細な変化 subtle change」をもたらすにすぎないとしている⁶⁴。もし法のラディカルな変更をもたらすような手段として ITLOS が予防概念を用いるならば、それを解釈規則によって正当化することは困難であり、また海洋法条約の統合性と利益の均衡の確保を目的として設立された自身に対する期待も大きく損なうことにもなろう。しかし少なくともこれまでの ITLOS の対応は、そうした危険を冒してはいない。

④ 小括

本款では、海洋法条約の解釈において予防概念に依拠することの正当性の問題を検討してきた。みなみまぐろ事件の Laing 判事らが「予防アプローチ」という表現で示唆したように、一連の暫定措置命令で ITLOS が依拠した予防概念は、1) 特定の具体的措置を指示するよう

⁶⁴ Boyle, *supra* note 58, p.153.

な規範とは考えにくく、柔軟に利益衡量を許容する指針であること、2) 国際慣習法としての地位は不明確であること、3) 1・2にも関わらず海洋法条約の解釈の局面で依拠することの正当性が認められること、といった基本的性質をもつ。このうち1)の性質は制度の法的安定性と緊張関係に立つが、あくまで既存の法の解釈の局面で機能することや、一定の核となる意味内容を有すること、他の原則との相互作用によりその射程が限界づけられること、また柔軟な利益衡量は海洋法条約の制度上も要請されていると理解できることから、それに依拠することの正当性を大きく損なうものではない。また2)につき、判事の個別意見の中には、予防概念の権威を海洋法条約による黙示的採用、或いは暫定措置制度の本質に求める見解が示されていたが、いずれも説得的ではなく、むしろそうした意見においても国際社会のコンセンサスを示す国際文書が予防概念の権威の実質的な論拠として参照されていた。また予防概念の義務の性質や今日の国際法の発展段階は、そうした権威に依拠することに一定の支持を与える。そして3)に関しては、以上の点に加えて、具体的な条文との関係で予防概念に依拠することの正当性が問われうるが、そこでは基本的には条約の解釈規則との整合性が問題となり、少なくとも条文の明確性・関連性・動態的性格の観点から、同概念の機能の具体的射程が限界づけられうる。

以上の検討は、本稿で検討してきたITLOSによる予防概念の考慮の正当性と、Boyleの「予防概念＝国際法の原則」論の基本的な妥当性に一定の支持を与えると同時に、彼の議論が生起させる論点に示唆を与える。第1に、「国際法の原則」なる法の存在形式を独自に論ずる意義を考えるにあたっては、それが伴う義務の性質や国際法の発展過程に対する洞察を少なくとも要する。第2に、「国際法の原則」に求められる意味内容の明確性の程度の判断については、指針を与える能力の存否のみならず、関連する法制度における利益衡量の必要性といった法的安定性の問題に関わる諸考慮の斟酌が求められる。そして第3に、その具体的な機能の射程は、解釈の対象となる条約の性質、そして条約の解釈規則の評価にも左右されうる。

結び

以上本稿では、一般国際法規範としての予防概念の意義を問い直すという観点から、予防概念の援用が問題となった ITLOS の暫定措置命令の検討を行った。その結果、一連の暫定措置命令は、みなみまぐる事件のみならず、MOX 工場事件やジョホール海峡等埋立事件以降も含めて、基本的には Boyle の指摘する「国際法の原則」としての予防概念の機能の展開の実例として一貫して評価することが十分に可能である⁶⁵。そこでいう予防概念は事前の無害証明を自動的に指示するような規範ではないが、科学的に不確実な環境リスクに対して「賢慮と用心」を要請するという抽象的指針であり、ITLOS は少なくとも自身の権限規定の解釈においてそれに依拠したと評価できる。そしてそうした予防概念の利用は、国際慣習法とは異なる一般国際法規範としての地位と、条約解釈規則によって正当化されるというのがやはり 1 つの有力な考え方であり、同概念の義務の性質や国際法の現在の発展段階はそうした考え方の妥当性に一定の支持を与える。

こうして一連の暫定措置命令により、少なくとも予防概念は相手国の問題行動を停止する根拠を必ずしも提供しないことが明らかにされてきたが⁶⁶、他方で ITLOS は、予防概念、さらには協力原則に依拠することにより、不確実性の残る状況での紛争管理に積極的に関与することが正当化されてきたといえる。これは紛争処理の側面において予防概念が果たしたと評価できる実質的かつ重要な意義である⁶⁷。しかし暫定措置の

⁶⁵ 前述のように、本稿と Boyle の予防概念の構成要素（損害の基準或いは予防的措置の内容）に関する理解には少なくともずれがあるものと考えられ、またそれゆえに個々の事件に対する評価は Boyle のそれとは異なる部分もある。

⁶⁶ 本稿の検討結果とは異なり、一連の命令における「賢慮と用心」の要請は予防概念を意味せず、予防概念は適用されなかったにすぎないと仮に理解した場合でも、MOX 工場事件で Wolfrum 判事が指摘したように、事案によっては事前の無害証明は暫定措置制度自体の趣旨と整合性をもたない可能性がある。

⁶⁷ 特に MOX 工場事件とジョホール海峡等埋立事件においては、裁判所は協力の措置を命じたのみならず、その実施の裁判所への報告も当事国に義務づけるなど、積極的に紛争の解決に関与する姿勢をみせた。

段階であるとはいえ、法の発展の側面においても ITLOS の役割は皆無ではないように思われる⁶⁸。すなわち、自身の権限規定の解釈を通じて暫定措置制度の射程をより明確化し、また少なくともみなみまぐる事件では、予防概念が当事国の権利義務の解釈指針であることを示した。また前述のように、これらの命令は予防概念自体の一定の洗練化にも貢献してきたといえるかもしれない。たしかに予防概念の考慮は「些細な変化」をもたらしたにすぎないかもしれないが、ガブチコボ・ナシュマロスタム事件判決でも示された「持続可能な開発」の実現に向けて、海洋法条約の漸進的かつ体系的な発展に少なからず資するものであると評価できる。

もっともこのような予防概念への依拠は、海洋法条約のもとでの、しかも暫定措置命令であったからこそ、比較的容易だった側面があることは否定できない。まず第1に、暫定措置命令においては、裁判所は必ずしも厳密な推論の提示は要求されないため、予防概念の地位や意味内容に関する論点を明示的に回避しつつ、実質的にそれに依拠することが可能であったといえる。第2に、海洋法条約のもとでの暫定措置については、当事国の権利保全のみならず、海洋汚染の防止も目的とすることが明文化されており、この点が、予防概念に依拠することをより容易にしたといえる。そして第3に、解釈の対象である海洋法条約が、条約解釈規則との関係で示した明確性や関連性、動態的性格の観点からのみならず、柔軟な利益衡量を制度上も要請していると考えられる点、また予防概念の最も発展している問題領域を扱っている点で、上記のような抽象的指針たる予防概念の考慮が比較的正当と認められやすい背景を構成していたことも否定できない。

しかしながら、これらはあくまで比較的容易だったということであって、本稿で検討してきたような予防概念の機能が、海洋法条約のもとでの暫定措置制度という文脈を超えて一般性を持たないということには必ずしもならない。まず上の第2点目についていえば、例えば国際司法裁判所の一般的な暫定措置制度についても、単純な本案の付随手続とはい

⁶⁸ 一連の暫定措置命令を通じた ITLOS による環境法規範の発展の限界を指摘するものとして、Rashbrooke, *supra* note 13, p.535.

えないとする見方が示されてきているように、実際の運用においてはITLOSの暫定措置制度との性質の違いは絶対的なものではない⁶⁹。また第3の点についても、環境と開発の利益の統合を謳う「持続可能な開発」が国際社会の基本理念として今日広く認められていることだけを考えてもわかるように、環境利益と非環境利益との柔軟な衡量は何も海洋法条約体制に限った問題ではなく、またリオ宣言第15原則からも伺えるように、予防概念は海洋分野だけに限られる指針であるとはけっして考えられていない。そして第1の点についていえば、たとえ暫定措置命令であっても、自身の推論をできる限り明確にすることは、裁判所に対する信頼性の向上のみならず、海洋法条約の目的の実現にも資する⁷⁰。暫定措置制度と予防概念との整合性が自明とはいえないことも、このことを強く要請する⁷¹。そしてこの点に関連して、学説が果たしうる役割はやはり少なくないだろう。

少なくとも本稿の検討から言えることは、国際慣習法として立証でき

⁶⁹ この点については、例えば奥脇直也「武力紛争と国際裁判：暫定措置の法理と機能」村瀬信也、真山全（編）『武力紛争の国際法』（2004年）を参照。もっともパルプ工場事件暫定措置命令（2006年）では、国際司法裁判所は緊急性の判断にあたって、「差し迫った脅威」や「現実の脅威」を厳格に求め、予防概念の利用に否定的な判断を示したと評価しうる。この暫定措置命令につき、ITLOSの場合との予防概念を扱いの差異を、暫定措置命令の根拠条文の内容の相違に求める見解として、玉田大「ウルグアイ河のパルプ工場事件仮保全措置命令2006年7月13日」『岡山大学法学会雑誌』、第56巻2号（2007年）。

⁷⁰ 同様の指摘として、D.A. Morgan, “Practitioner’s Critique of the Order Granting Provisional Measures in Southern Bluefin Tuna Cases”, in M.H.Nordquist and J.N. Moore, *Current Marine Environmental Issues and the International Tribunal of Law of the Sea* (2001), p.186. ジョホール海峡等埋立事件後、2010年4月現在、科学的に不確実な環境リスクに関わる紛争は海洋法条約のもとでの裁判には付託されておらず、暫定措置の要請もみられない。このような状況は単純に適当な事件がないためであるかもしれないが、暫定措置に求められる緊急の対応能力を損なわない限りで、できるだけ自身の理由づけを明確にするよう努めることは、裁判所の信頼性を高めることはあっても、低めることはないだろう。

⁷¹ 例えば、Separate Opinion of Judge Wolfrum, MOX Plant Case. を参照。

なければ、それを明示的に採用する条約の外では予防概念の意義は見いだせないとする考え方や、専ら予防概念が国家の行為規範であるかどうかに着目するという考え方が、あまりにも単純ではないか、ということである。今日の学説の基本的課題の1つは、そのような考え方は十分に把握することが困難である ITLOS の諸事例のような法現象を、どのように理論的に把握していくかという点にあり、その1つの方向性は一般国際法規範としての予防概念の性質に関する議論をさらに深めることにある。Boyle の「予防概念 = 国際法の原則」論はそのための1つの重要な手がかりであり、また本稿の第2節第3款で示したような、義務の性質、国際法の発展過程、法的安定性、解釈規則等に関わる論点の考察を、具体的な事案の検討を通じてさらに深めていくことが不可避となろう。この点につき近年、WTO・EC バイオ技術産品事件小委員会は、予防概念を「国際法の一般原則」として承認することを少なからず困難としている要因として、その法的地位につき論争が継続している点を示唆した⁷²。しかしこの部分の小委員会の指摘は、やや正確性を欠いているように思われる。なぜなら、本稿の第1節でも検討してきたように、予防原則の法的地位に関しては、国際慣習法であるか否かという論点からの議論がこれまで大半を占めていたからである。そうした論争の在り方の限界を示すとみられる法現象が、近年実際に WTO の紛争処理事例、さらには環境条約の不遵守手続においてもみられるようになってきている⁷³。そうした傾向に鑑みても、予防概念の「国際法の原則」とし

⁷² EC Biotechnology Product Cases (2006) WTO Panel, para. 7.88.

⁷³ 例えば WTO・EC 牛肉ホルモン事件において、上級委員会は、予防概念の法的地位については判断を下さず、またその推論においても予防概念を明示的には援用しなかったが、他方では、「例えば特定の SPS 措置を加盟国が維持することを正当化するための「十分な科学的証拠」が存在するかを確定しなければならない小委員会は、人間の健康への回復不可能な損害のリスクが関連している場合、責任ある代表政府が賢慮と予防の観点から通常行動することを念頭におくことは当然可能であるし、またそうするべきである。」(同報告書 para. 124) と述べており、SPS 協定の一定の条文の解釈において予防概念を考慮すべきであることも示唆している。またバイオ技術産品事件小委員会も、この部分を引用して確認しているとともに、やはり他の条文について予防概念の考慮

での地位をめぐる一層本格的な議論こそが、今日求められているのではないだろうか⁷⁴。このような問題意識は、近年 ICJ 判事の中からも指摘がみられるようになってきている⁷⁵。本稿で検討してきた ITLOS の一連の暫定措置命令は、一見したところ予防概念に対する裁判所の慎重な姿勢を示すものであったが、以上のような意味において、実のところそれは従来の学説の問題性を暗示するものでもあった。その点にこれらの命令のもう 1 つの意義がある。

（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）

の可能性を認めたといえる部分がある（para. 7.1523等）。また、例えばエスボー条約（1991年）の履行委員会によるウクライナの遵守問題に関する判断（2008年）のように、実質的に予防概念を考慮したといえる条約解釈が、十分な理由づけも示されないままなされている例も出てきている。ECE/MP.EIA/2008/6. 児矢野マリ「多数国間環境条約の執行確保と複数の条約間の調整：「ダニューヴ・デルタ事件」の分析を中心に」中川淳司・寺谷広司編『国際法学の地平：歴史・理論・実証』（2008年）、616頁も参照。

⁷⁴ 他の法の解釈を指針づける機能に限定しても、裁判においては当該規範の法的地位がやはり厳密に問題となる可能性があり、またそのことをめぐって裁判官の間でも見解の対立が生じうることは、OSPAR 仲裁事件判決（2003）においても明確となった。Dispute Concerning Access to Information Under Article 9 of the OSPAR Convention (2003).

⁷⁵ Separate Opinion of Judge Cancado Trindade, Pulp Mill Case (2010).