

予防原則の適用のための「損害のおそれ」要件 ——EUの「保護の水準」アプローチの含意——

藤 岡 典 夫

はじめに

第1章 「深刻な又は回復不可能な」損害のおそれ

- 1 「損害のおそれ」要件についての条約、学説等の状況
- 2 「相当の」損害と「深刻な」損害
- 3 「回復不可能な」損害
- 4 小 括

第2章 欧州委員会『コミュニケーション』の「保護の水準」アプローチ

- 1 「選択された保護の水準」及びその類似概念
- 2 『コミュニケーション』における「損害のおそれ」要件
- 3 「選択された保護の水準」の決定の性格と裁量
- 4 小 括

第3章 「深刻な又は回復不可能な」アプローチと「保護の水準」アプローチとの比較

- 1 両アプローチの比較
- 2 具体的事例に即して考える—EUのGMO環境放出指令

第4章 結論—「保護の水準」アプローチの含意と問題点

はじめに

予防原則の代表的な定義とされる「環境と開発に関するリオ・デ・ジャネイロ宣言（リオ宣言）」（1992年）の第15原則は、「深刻な又は回復不可能な損害のおそれがある場合には、完全な科学的確実性の欠如が、環境悪化を防

止するための費用対効果の大きな対策を延期する理由として使われてはならない」と規定する。これを含めさまざまな条約や国際的文書等において見られる定義から、予防原則の適用要件として「科学的不確実性」要件とともに挙げられるのが、「損害のおそれ」（潜在的損害）要件である。

「損害のおそれ」要件については、上記リオ宣言第15原則のように「深刻な又は回復不可能な」という限定をつける例が多く、学説上も有力である。典型例としては、気候変動に関する国際連合枠組条約（1992年）が挙げられ、その3条3項には、上記リオ宣言第15原則とほぼ同じ文言が見られる。地球温暖化は、水（干ばつの増加等）、生態系（種の絶滅）、食糧（生産の減少）、沿岸域（洪水等）、健康（感染症の増加等）など各方面において影響が懸念され、科学的不確実性があるものの放置しておくで「深刻な又は回復不可能な」損害のおそれがあるとして、各国で対策が進められている。

他方、2000年の欧州委員会『予防原則に関するコミュニケーション⁽¹⁾』（以下『コミュニケーション』という）の定義は少々異なる。これによれば、予防原則は、「科学的証拠が不十分か、決定的でないか、又は不確実である場合で、環境、人、動物又は植物の健康への潜在的に危険な影響が、選択された保護の水準に合致しない可能性があるという懸念に合理的な理由があることを、暫定的な客観的科学的評価が示している場合⁽²⁾」に適用されるという。この『コミュニケーション』の定義を、EUの予防原則適用の代表事例といえる遺伝子組換え体（GMO）の規制に当てはめてみると、次のような説明になるであろう。EUはGMOについて極めて高い保護水準を選択しており（詳しくは第3章で述べる）、科学的不確実性はあるもののGMOの生態系等へのリスクがこの水準に合致しないおそれがあるため、安全であることが証明された場合のみ環境放出を承認するといった規制をとっている。

しかし、『コミュニケーション』の定義でキーワードとなる「選択された保護の水準」とはどういうものか、「潜在的リスクが選択された保護の水準に合致しないとの懸念」が「損害のおそれ」要件のことを指しているのかど

うか、そうだとした従前の「深刻な又は回復不可能な」の要求をどう考えるのか等について、この文書は何ら説明を行っていない。

『コミュニケーション』による予防原則の上記定義に関して、『コミュニケーション』を分析対象に取り上げた先行研究がどのような批評をしているかを見てみる。

Bergkamp は、「『コミュニケーション』の予防原則の）定義は、非常に多くの曖昧な用語（「不十分な」、「決定的でない」、「不確実である科学的証拠」、「合理的な理由」、「選択された保護の水準」）を含むゆえに、予防原則は望まれる結果を正当化するためにほとんどいつでも発動することができる。その定義は、ご都合主義であるように思われる⁽³⁾」とする。Zander も、Bergkamp を引用しつつ、『コミュニケーション』の定義は予防原則の適用のための具体的要件をほとんど説明していないとする⁽⁴⁾。

Fisher は、「行動するか行動しないかという決定……は、欧州委員会によれば『受け容れ可能なリスク』に直接関連した政治的な決定である⁽⁵⁾。しかしながらこの概念について説明はほとんどなされていない」と批評する。さらに McNelis は、「憂慮すべきその一つの要素は、『選択された保護の水準』の決定である。欧州委員会によれば、自身が環境保護、人間、動植物の健康に関して適切と考える保護の水準を定める権利を有するとされ、保護水準の選択はまったくオープンになっている。当局は、含まれるリスクへの比例性と離れて保護水準を採択することができ、『比例原則』はこの点に関し制約となっていない。選択された保護水準が問題のリスクと比例的かどうかの疑問がある。リスクが100万分の1であるときに非常に高い保護水準を目的とすることは適当なのか？」と疑問を呈する⁽⁷⁾。

以上のようにこれらの先行研究は、『コミュニケーション』において「選択された保護の水準」や「受け容れ可能なリスクの水準」の定義が不明確であること、又はその設定に制約を課していないことを問題とし、そのことゆえに予防原則の発動又は予防原則に基づく措置に制約が乏しいことを懸念す

る。

筆者は、予防原則に関する『コミュニケーション』の定義によれば予防原則の発動又は予防原則に基づく措置に制約が乏しくなるという指摘はそのとおりであると考えるが、これらの先行研究においては、従来の「深刻又は回復不可能な損害のおそれ」アプローチとの関係の説明及び比較検討がなされていないため、『コミュニケーション』のアプローチの含意が十分に解明されていないように思われる。

本稿は、「選択された保護の水準に合致しない」との基準を使用する『コミュニケーション』のアプローチと、従来の定義が採用している「深刻又は回復不可能な損害のおそれがある」のアプローチとの関係及び相違を問題関心とし、この分析により『コミュニケーション』のアプローチの含意を解明することを通じて、予防原則の適用要件の二本柱の一つである「損害のおそれ」要件のあり方についての議論に資することを目的とする。

本稿の構成は次の通りである。第1章では、予防原則を規定する各種条約や国際的文書等における「損害のおそれ」要件の状況を概観するとともに、対象となる損害の限定のために多くの条約や学説等で用いられている「深刻又は回復不可能な」の意味と判断要素について検討する。第2章では、『コミュニケーション』が予防原則の適用要件としての「損害のおそれ」要件をどのように理解しているのかについて、「選択された保護の水準」の概念を明らかにしつつ検討する。第3章では、『コミュニケーション』の「選択された保護の水準に合致しない可能性」アプローチと従前の「深刻な又は回復不可能な損害のおそれ」アプローチとを比較し、相違を明らかにするとともに、実際の予防原則の適用場面でどのように異ってくるかを、遺伝子組換え体(GMO)規制に当てはめてみて検討する。最後に第4章で、『コミュニケーション』のアプローチの含意と問題点について筆者の結論を述べる。

第1章 「深刻な又は回復不可能な」損害のおそれ

1 「損害のおそれ」要件についての条約、学説等の状況

予防原則が、環境損害すべてのレベルをカバーするかどうかについて、予防原則を規定する条約や国際文書、学説や判例の状況を整理することにする。

(1) 条約等の状況

1) 損害の基準の状況

予防原則の適用要件の一つである「損害のおそれ」要件については、前述リオ宣言第15原則をはじめ「深刻な又は回復不可能な」を要求するのが一般的であるが、実際にはそれ以外のパターンがあることが、すでに岩間⁽⁸⁾によって明らかにされている。予防原則を規定する条約等のうちいくつか代表的なものを第1表に例示してみた。⁽⁹⁾

「相当の」、「深刻な」又は「回復不可能な」というような何らかの限定詞の形で基準を設ける意味は、こうした基準を満たさない損害を予防原則の対象から除外することである。そのような基準を設ける理由は、「人間の活動はすべて、環境への影響をもたらすものであり、人間による汚染は避けられ

第1表 予防原則を規定する条約等における損害の基準

条約・国際文書名	損害の基準
リオ宣言（1992年）第15原則	「深刻な（serious）又は回復不可能な（irreversible）」
気候変動に関する国際連合枠組条約（1992年）3条3項	
生物多様性に関する条約（1992年）前文	
残留性有機汚染物質に関するストックホルム条約（2001年）8条7項	「相当の（重大な）」（significant）
第3回北海会議閣僚宣言（1990年）前文	
北東大西洋の海洋環境保護に関する条約（OSPAR条約）（1992年）2条2項（a）	
バイオセーフティに関するカルタヘナ議定書（2000年）10条6項	限定詞なし

資料：岩間（注8）及び環境省（注9）を参考に作成。

ない」という事実であり、「この基準は合理的に定めなければならない」、このことを認識しないことには、「予防原則の中にユートピアの要素を導入することになる⁽¹⁰⁾」からである。また、「深刻な又は回復不可能な」を要件としないと、「無制限に予防原則の対象となってしまう、行政裁量が無限に拡大される⁽¹¹⁾」ことから、あるいは「科学の進歩を停滞させないかという議論に対処するために⁽¹²⁾」、これを要件とすべきであるというようにも説かれる。

2) 損害の限定のないバージョンの解釈

しかし、第1表にもあるように、損害の程度の限定のないもの、つまり単に「損害のおそれ」「悪影響の可能性」とする例もあり、特に、海洋関連の条約においてはその種の例が少なくないとされている。それでは、これらの条約は、すべての損害を予防原則の対象とするのであろうか。越境損害防止義務（未然防止原則）を規定するストックホルム人間環境宣言（1972年）の第21原則は、「各国は、…自国の管轄権内又は管理下の活動が、他国の環境又は自国の管轄権の範囲を超えた地域の環境に損害を与えないよう確保する責任を負う」と、防止されるべき損害の基準は明記していない。これと同趣旨のリオ宣言第2原則も、同様である。これらは、文言にはないけれども、「相当の」ではない損害のリスクには適用されない趣旨であると広く理解されている⁽¹⁴⁾。これと同様に予防原則を定める規定についても、単に「損害のおそれ」「悪影響の可能性」となっているとしても、それらの起草者がありとあらゆるマイナーな環境損害に対処することを要求する意図であったと考えることは困難であり、予防原則は、損害のおそれが、少なくとも「相当の」である場合にのみ適用されると有力に説かれている⁽¹⁵⁾。

(2) 学説・判例の状況

主だった論者の予防原則の定義を整理する（下線は、筆者）。

Freestone は、「予防的アプローチが要求するのは、ひとたび環境損害のおそれが生じた場合、活動の影響について科学的不確実性が依然として存在するとしても、可能性のある環境上の支障を規制し又は削減するための行動

をとるべきであるということである⁽¹⁶⁾という。Kiss and Shelton は、「予防原則は、環境保護措置の一般的な基礎とされている prevention の最も発展した形として考えられることができる。prevention のように、予防は環境損害を避けることを追求する。しかしそれは、行動しないことの結果が特に深刻であり得る場合に適用する⁽¹⁷⁾」という。Cameron は、「予防を実施するすべての文書には共通の要素がある…。(1) 規制の不作为が無視できない損害のおそれを引き起こす、(2) 因果関係に関して確実性の欠如がある、(3) そのような状況の下で、規制の不作为が正当化できない⁽¹⁸⁾」という。Birnie and Boyle は、「国家は、環境保護及び天然資源の持続可能な利用の義務の遂行において、たとえ損害の証拠が未だなくても、深刻な損害のリスクの可能性を示す十分な証拠がある場合には、不作为を正当化するために科学的に不確実性に依拠することはできない⁽¹⁹⁾」とする。

次に、欧州裁判所の判例ではどのような文言を使用しているかを見る。予防原則を表明した判決例として知られる欧州司法裁判所の BSE 事件判決⁽²⁰⁾及び欧州第一審裁判所の Pfizer 事件判決⁽²¹⁾はいずれも、「リスクの存在又は程度に関して科学的に不確実性がある場合、リスクの現実性又は深刻性が完全に明らかになるまで待つことなく」と述べており、また、その後の欧州司法裁判所の Commission v. Denmark 事件判決⁽²²⁾は、「市民の健康に対する現実の被害が生ずるおそれがあるとき、予防原則は……」と述べている。このように欧州裁判所は、損害の基準を明確には述べてはいないようである。

以下では、「相当の」、「深刻な」又は「回復不可能な」という、予防原則の対象となる損害の範囲を画する基準がどのような内容を有するかを検討していく。このうち「相当の」と「深刻な」は、ともに重大性を表す指標であるので、まとめて扱い、そのあと「回復不可能な」について検討する。

2 「相当の」損害と「深刻な」損害

(1) 「相当の」と「深刻な」の差

国連国際法委員会 (ILC) の「危険活動から生じる越境損害の防止条草案

案」(2001年)(以下「ILC 防止条文草案」)⁽²³⁾は、越境損害防止義務の対象となる損害の基準として「相当の」(significant)を採用した。第3条は、「原因発生国は、相当の損害を防止し、又はいずれにせよそのリスクを最小化するためにすべての適切な措置をとるものとする」と規定する。同条文草案の注釈によれば、「相当の」は、「検出可能な」(detectable)を超える水準であるが、「深刻な」(serious)又は「重要な」(substantial)水準である必要はない。⁽²⁴⁾地球の生態系は一つであって、国境には関係なく各国領域内の合法的活動が相互に影響し合うことから、こうした相互影響は、「相当の」水準に達しない限り受忍されるべきであると述べられている。⁽²⁵⁾トレイル溶鉱所事件判決やラヌ湖事件判決では対象となる損害の基準として「深刻な」が採用されていたが、「相当の」はこれを低くしたものである。⁽²⁶⁾前述の通り、越境損害防止義務を規定するストックホルム人間環境宣言21原則及びこれと同趣旨のリオ宣言第2原則は、防止されるべき損害の數居は明記していないけれども、「相当の」ではない損害のリスクには適用されない趣旨と理解されており、上記のILC防止条文草案はこうした理解に沿っている。またILCの「危険活動から生じる越境損害に関する損失配分」原則案⁽²⁷⁾(2006年)も、対象とする損害は「相当の」損害を意味するとし、その注釈には「『相当の』の基準は、取るに足らないか又は濫用目的の請求を防止するための要件である」⁽²⁸⁾との説明がある。

ILC防止条文草案は、予防原則については注釈で言及し、予防原則の対象となる損害の水準を、「深刻な又は回復不可能な」⁽²⁹⁾損害としている。前述の越境損害防止義務(未然防止原則)の場合は「相当の」の基準を用いている⁽³⁰⁾のと比べ、差をつけている。

条約においても、たとえば気候変動枠組条約は、「気候変動の悪影響」を定義するのに「相当の」有害な影響という文言(1条)を使用しているが、予防原則の規定には「深刻な又は回復不可能な」損害のおそれ(3条3項)⁽³¹⁾と、より高次の基準を設定している。

このように、「相当の」と「深刻な」は、前者の方がより低い基準を表すものとして用いられている。

（２）「相当の」・「深刻な」の判断

損害の基準としての「相当の」という用語については、ILC 防止条文草案が指摘するように「あいまいさがないわけではない」⁽³²⁾。以下では、いくつかの国際文書や先行文献等から、「相当の」・「深刻な」について、①その判断に際して考慮される要素（客観的要素だけか、それとも主観的要素や価値判断が含まれるか）、②判断に関連する指標や事柄にはどのようなものがあるか、について整理する。

１）判断要素

ILC の「国際水路の非航行的利用の法に関する条文草案」⁽³³⁾（1994年）の注釈は、「相当の」については、「その影響は、客観的証拠によって証明されることを要求することを意図されている（その証拠が確保されることを条件として）」⁽³⁴⁾とし、事例として河川の水の化学的又は温度的な変化を挙げている。

ILC 防止条文草案の注釈は、「相当の」は事実的かつ客観的基準のみならず、価値判断が関係するとし、またその価値判断は、特定のケースを取り巻く状況と時期に依存し、例えば、大気や水の汚染について、かつては当時の科学的知見や人間の評価によって「相当の」とされなかった水準でも、後に見解が変化し「相当の」と考えられることがあり得るとする。⁽³⁵⁾

このように「相当の」は、必ずしも客観的な基準だけで判定されるものではなく、主観的判断が含まれるというのが一般的な解釈といえる。とはいえ、堀口が言うように「主観的判断の余地を残していることは確かだが、今日越境する無数の損害の中から法的に意味のある損害を確定するという意味においてその重要性は失われない」⁽³⁶⁾。「深刻な」についても、これと同様に考えられる。

２）判断指標

Trouwborst は、「相当の」・「深刻な」の判断に関連する指標等について

幾つかの事柄を挙げているので、以下に引用する。

第1に、「相当の」及び「深刻な」は、損害の重大性 (gravity) のスケールを表すものであり、重大性の典型的な指標として、損害の地理的範囲と持続性 (duration) の2つがある。広範囲の損害は、地域限定的な損害よりも深刻である資格があり、また、予防原則のもとでは、「長期間にわたる悪影響の⁽³⁷⁾高いリスクを有する」決定は避けられなければならない。空間と時間のスケールが大きければ大きいほど、影響はより重大性が大きく (and/or) ⁽³⁸⁾深刻であると考えられる。

第2に、対象範囲が減少するにつれて損害の深刻さは増加する。たとえば、海面の埋立がかなり進行し、残りの領域が減少するにつれ、その残りの領域⁽³⁹⁾になされる損害の深刻さは増大する。

第3に、さまざまな環境関連の法令や政策文書が、損害の重大性の判断の指標を提供する。典型的なのは、河川の水や大気に関する国際的基準のような国際公法の実体的規範であり、そのような規範の違反は、明らかに「相当の」を満たし、同時に「深刻」な損害であることが推定される。また、たとえば、世界自然憲章(1982年)の前文が、人間による過剰な開発と生息地の破壊によって阻害される生態学的プロセス、生命支持システム及び生命形態の多様性の「本質的」機能を認識し、そして「自然の安定性と品質の維持及び自然資源の保存の緊急性」を認めたと述べている(パラグラフ4(a)、3(b))ことは、その署名国にとって、アフリカ大陸のライオンの数の減少⁽⁴⁰⁾は、疑いなく深刻な損害である。

第4に、環境財産に与えられる価値が大きければ大きいほど、その財産に加えられる損害はより重大であると考えられる。たとえば、「世界の文化遺産及び自然遺産の保護に関する条約」(世界遺産条約)(1972年)に定義される自然遺産の価値の大きさ故に、この条約の前文においては、「文化遺産及び自然遺産のいずれの物件が損壊し又は滅失することも、世界のすべての国民の遺産の憂うべき貧困化を意味する」と述べられている(パラグラフ⁽⁴¹⁾2)。

第5に、持続可能な開発の概念と予防原則の間には緊密な関係がある。重大性の評価にあたり、将来の世代が影響を受ける程度が考慮されなければならない。したがって、損害は、ある活動が将来の世代の利害を侵害するかもしれないという懸念の理由が存在する場合は、損害が「深刻」であるとの疑いを生じさせる⁽⁴²⁾。

以上のような Trouwborst の掲げる指標類は、「相当の」・「深刻な」の判断に有益であると思われる。

3) EU 環境損害責任指令

「相当の」の判断要素について参考になるのが、EU の「環境損害の未然防止及び修復に関する環境責任についての2004年4月21日付欧州議会及び理事会指令2004/35/CE」（以下、「EU 環境損害責任指令」⁽⁴³⁾）である。これは、「significant」の判断のためのチェックリストを明記している。同指令は、その対象となる「環境損害」を、「保護された生物種及び自然生息地の損害。これは、かかる生息地又は生物種の望ましい保全状態の実現又は維持に対し重大な（significant）悪影響を及ぼす損害をいう」と定義し、そして「影響の重大さ（significance）」は、「附属書 I に定められるクライテリアを考慮しつつ、基礎状態を参照して評価される」とする（2条1項（a））。附属書 I には、「……損害の重大性は、損害時の保全状態、生息地又は種が生み出す快適環境によって提供されるサービス及び生息地又は種の自然の再生能力に照らして評価されなければならない。基準となる条件の悪い方への重大な変化かどうかは、以下のような測定可能なデータによって決められるべきである」と規定されている。ここでの判断基準は、客観的なデータが基礎になっているように思われる。

（3）みなみまぐる事件—国連海洋法条約における「深刻な損害」

⁽⁴⁴⁾ みなみまぐる事件では、「深刻な」損害に当たるかどうかの問題の一つとなっており、予防原則適用要件としての環境損害の「深刻性」の評価を考える上でも参考になる。

国連海洋法条約290条1項は、「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深刻な損害（serious harm）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」と規定する。暫定措置（仮保全措置、provisional measure）は、国際司法裁判所（ICJ）では、本案の審理に入る前に「当事国の権利を保全するために」指示することができるとされている（国際司法裁判所規程41条）。国連海洋法条約の下では、ICJで認められてきた「当事国の権利保全」のほか「海洋環境に対して生ずる深刻な損害の防止」も暫定措置制度の目的として追加されている。⁽⁴⁵⁾

さて、みなみまぐろ事件では、オーストラリアとニュージーランドが（本案である仲裁裁判と別に）日本のみなみまぐろの調査漁業の即時停止等を内容とする暫定措置を国際海洋法裁判所（ITLOS）に求めた。この中で「海洋環境に対して生ずる深刻な損害」が議論になっている。ITLOSは、結論として、当事国間で合意された漁獲可能量（TAC）を超えないよう年間漁獲量を制限すること等を内容とする暫定措置を命じたのであるが、この命令の中でITLOSは、「海洋環境に対して生ずる深刻な損害」に関連して、「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」⁽⁴⁶⁾が、「日本の計画す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」⁽⁴⁷⁾とした。最終的には、「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化を回避するために、緊急に措置がとられるべきである」とした。⁽⁴⁸⁾

この事件は、環境への「深刻な損害」に該当するかどうかは国によって判断に差が生じ、訴訟において争われることを示している。

（4）WTOセーフガード措置のための「重大な損害（serious injury）」

要件

環境問題とは離れるが、WTO 協定に基づくセーフガード措置のための「重大な損害 (serious injury)」要件を見ておくことも有益であろう。セーフガード措置も、一種の暫定的な措置であるという点で、予防原則に基づく措置と共通の要素があると思われるからである。

WTO 協定上のセーフガード措置は、貿易自由化によって輸入が増加し、その結果国内産業に重大な損害が発生した場合に国内産業を救済するための措置であり、協定上一定の要件の下に認められる。その要件の一つとして、セーフガード協定 (Agreement on Safeguards) は「国内産業の重大な損害 (serious injury) の発生、もしくはそのおそれのあること」を定める (第 2 条)。「国内産業の重大な損害」とは、「国内産業の状態の著しい全般的な悪化」と定義される (第 4 条 1 項 (a))。その認定に際しては、国内調査当局は「国内産業の状態に関係を有するすべての要因であって客観的かつ数値化されたもの」を評価しなければならないとされ (同条 2 項)、検討すべきものとして、国内市場占有率、販売、生産、生産性等の具体的な経済指標が列挙されている (同項)。「重大な損害」の認定のための明確な数値基準は協定に規定されておらず、国内調査当局が判断する。

1951年の米国の婦人用毛皮帽子事件に関するガット作業部会報告の多数意見は、「重大な損害」といえるか否かは主観的要素を含む経済的・社会的判断であるとした上で挙証責任の問題として扱い、チェコが「重大な損害」がなかったことを立証できなかったとして米国政府の判断を尊重する意見を述べた⁽⁵⁰⁾。この判断は、「重大な損害」の要件を無意味にするものとして批判され、その後、WTO 発足後は変化が生じてきている。WTO の紛争解決手続において、紛争小委員会 (パネル) は、「重大な損害」の認定そのものは国内調査当局に委ねつつ、調査手続の審査をかなり厳格に行っており、それによって安易なセーフガード措置の適用を抑制している⁽⁵¹⁾とされる。

このように、WTO セーフガード措置については「重大な損害」の基準と

して客観的要素が協定上明記されている。

3 「回復不可能な」損害

(1) 「回復不可能な」とは

“irreversible”は、「不可逆的な」という邦訳も良く使用される。

「回復不可能な」は、物理的理由によるものだけではなく、テクニカルな又は経済的な理由によるものもあり、さらには、長期にわたる損害で、厳密な意味で回復不可能ではなくとも非常に持続的で事実上回復不可能であると考えられるものも含むとされる。⁽⁵²⁾

経済学の文献を見ると、不可逆性とは「いったん決定されると、例えば熱帯雨林や複雑な湿地帯の喪失のように、元に戻すのが物理的に不可能であったり極端に高価である変化が起きてしまう」⁽⁵³⁾ことをいう。「不可逆的な損害とは、修復のために実質的に無限大の費用がかかるような損害」⁽⁵⁴⁾ともいわれている。この学者によれば、不可逆的な損害が想定される場合には、問題解決のコスト面では時間選好(割引)の効果は簡単に帳消しにされてしまう。またこのような場合に対症療法的政策をとることは、将来の世代に取り返しのつかない損失をもたらすことがあり得、持続可能な発展の原則と両立しない。このような観点から、不可逆的な損害が想定される場合は予防的アプローチが強く支持されるという。⁽⁵⁵⁾こうしたことからみて、「回復不可能な」という要件には、予防原則と持続可能な発展の原則との深い関係が含意されているように思われる。

「回復不可能な」を予防原則適用要件の基準とすることについては、熱力学の第2の法則から世の中のすべての変化は「回復不可能」であるゆえに、基準として無意味であるという Morris の批判がある。⁽⁵⁶⁾これとは逆に、回復不可能な損害の典型例として挙げられる動植物の種の絶滅でさえ、バイオテクノロジーによって将来回復可能になる可能性が排除できない等として、絶対に「回復不可能」なものはないとの意見もありうる。⁽⁵⁷⁾ただ、以上のような

議論は両極端であって、たとえば、バイオテクノロジーがいくら速いペースで発展しているといっても、種の絶滅が回復不可能な損害であることに異論のある人はほとんどいないだろう。⁽⁵⁸⁾

(2) 「回復不可能な」の判断要素

Trouwborst が「回復不可能な」の判断に関連する要素・指標として挙げている事柄を以下引用する。

第1に、「深刻な」が、本来的に重大性 (gravity) のスケールの指標であるのに対し、「回復不可能な」は、主として時間的性格 (temporal character) を有する指標であり、⁽⁵⁹⁾「回復不可能な損害」と「長期にわたる (long-term) 損害」との違いは、段階的なものである。⁽⁶⁰⁾

第2に、損害が回復不可能か否かの判断においては、深刻か否かの判断に比べて主観的な判断になる傾向は少ないようである。⁽⁶¹⁾

第3に、具体的なケースでの回復可能性の決定にあたり、多くの国際的文書が手掛りを提供する。「特に水鳥の生息地として国際的に重要な湿地に関する条約」(ラムサール条約) (1971年) は、湿地が大きな価値を有する資源であり、「その喪失は取り返しがつかない (irreplaceable)」と規定する (前文第3パラグラフ)。世界遺産条約は、自然遺産は、「無類の及びかけがえのない (irreplaceable)」と規定している (前文第5パラグラフ)。「絶滅のおそれのある野生動植物の種の国際取引に関する条約」(CITES) (1973年) は、そのままに最初において同じように「野生の動植物は、美しくかつ多様な形体を有する野生動植物が現在及び将来の世代のために保護されなければならない地球の自然の系のかけがえのない (irreplaceable) 一部をなすものである」という認識を述べている (前文第1パラグラフ)。⁽⁶²⁾

第4に、「相当の」「深刻な」と同様、持続可能な開発の概念は「回復不可能な」の判断に関連がある。この観点から、「破壊されたものを回復する自然の再生力に必要なとされる時間が、いくつかの世代を超える見込みがある場合」には、その環境損害は回復不可能であるとの主張もある。⁽⁶³⁾

(3) 「深刻な」と「回復不可能な」のつながり

予防原則の一般的な定義では、「深刻な」と「回復不可能な」が「又は」でつながっている。この関係について、Trouwborst が述べていることを以下に整理する。

まず、野生の植物の群落が過剰な伐採によりほとんど壊滅した場合、このことはおそらく「深刻な」損害である。たとえその後の保護措置が完全な回復につながる可能性がある（したがって「回復不可能な」とはいえない）としても、これは、予防原則の適用要件としての「損害の重大性（gravity）」の指標を満たすであろう。つまり、「深刻な」を満たす限りは、「回復不可能な」でなくても問題がない。

2つ目に、種の絶滅は、おそらく「回復不可能な」基準を満たすだろう。この場合は、同時に「深刻な」基準も満たすだろう。

3つ目に、大理石をわずかな規模で採取することは、これによって受けた損害がどれだけ回復不可能であろうと、深刻な損害を構成するには不十分であろう。こうした小さな規模の損害は、回復不可能であるということだけに基づいて予防的措置をとる義務をもたらしてしまうのは適当ではないだろう。

これらのことから、Trouwborst の結論は、次のとおりである。「損害の重大性（gravity）」要件を満たすためには、「深刻な」はそれ自体で十分だが、「回復不可能な」はそれ自体では不足で、少なくとも「相当の」を満たさなければならない。⁽⁶⁴⁾

4 小 括

リオ宣言等の定義から、予防原則の適用要件の一つである「損害のおそれ」の要件に「深刻な又は回復不可能な」基準を要求する見解が支配的である。また、こうした基準を欠く、単なる「損害のおそれ」と規定されている条約もあるが、これらも、すべての損害を意味するのではなく、少なくとも

「相当の」損害が必要であると解する見解が有力に唱えられている。本章の目的は、「相当の」、「深刻な」又は「回復不可能な」といった損害の基準の意味とその判断要素・判断指標について考えることであった。「相当の」、「深刻な」や「回復不可能な」要件の意味や判断基準を統一的に確定することは困難であるが、次のことが確認できた。「相当の」「深刻な」「回復不可能な」といった損害の基準は、ILCの文書において越境損害防止義務及び予防原則の定義に関連して、あるいは環境関連その他の分野での様々な条約や法令、文書等において用いられている。それらの基準の該当性について、もっぱら事実的・客観的要素で決定される分野・法令もあれば、特に「相当の」「深刻な」については主観的要素を含む総合的な価値判断を含むものもあり、また、ケースごとの状況に応じた判断が強調されている。また、チェックリスクの導入等による客観化を図っている法令もある。こうした損害の基準は、ありとあらゆる損害の中から法が対処すべき対象範囲を画する役割を担っている。そして、こうした基準の該当性は国同士の争いの対象となり、国際法廷の審査に服している例も多い。

第2章 欧州委員会『コミュニケーション』の「保護の水準」アプローチ

1 「選択された保護の水準」及びその類似概念

「損害のおそれ」は予防原則適用要件の一つの柱であり、前章で見たようにそれには「深刻な又は回復不可能な」が要求されるとの理解が一般的であるが、欧州委員会の『コミュニケーション』⁽⁶⁵⁾のアプローチは、かなり様相を異にし、「選択された保護の水準」がキーワードになっている。「適切な保護の水準」、「受け容れ可能なリスクの水準」、「望まれる保護の水準」といった類似の用語も頻出する。まず、これらの用語の意味と関係を明確にしておく必要がある。

少し長くなるが、こうした用語の関係箇所を抜粋する（下線は筆者）。⁽⁶⁶⁾

3. EUにおける予防原則

予防原則は、……科学的証拠が不十分か、決定的でないか、又は不確実である場合で、環境、人、動物、又は植物の健康への潜在的に危険な影響が選択された保護の水準 (the chosen level of protection) に合致しない可能性があるという懸念に合理的な理由があることを暫定的な客観的科学的評価が示している場合という、特定の状況を適用対象とする。

4. 国際法における予防原則

WTO の各加盟国は、それぞれが適切と考える環境保護又は健康の保護の水準 (the level of environmental or health protection they consider appropriate) を決定する独自の権利を有している。したがって、加盟国は、予防原則に基づく措置を含む、関係する国際基準又は国際的勧告の定める水準よりも高い保護水準 をもたらす措置を適用することができる。……

委員会は、WTO の他の加盟国により示される例にしたがって、共同体は、とりわけ環境、並びに、人、動物、及び、植物の健康について、共同体が適切と考える保護の水準 を定める権利を有していると考えている。……

5. 予防原則の構成部分

予防原則の分析は、二つの全く異なる局面があることを明らかにしている。すなわち、(i) そのように行動するか、行動しないかという政治的決定。これは、予防原則の援用を開始させる要因と連関している。そして、(ii) 行動する場合、どのように行動するか、すなわち、予防原則の適用に由来する措置である。…… 予防原則の適用は、科学的不確実性とそのリスクの完全なアセスメントを妨げる場合で、かつ、政策決定者が、環境保護、又は、人、動物及び植物の健康について選択された水準 (the chosen level of protection) が損なわれるおそれがあると考える場合における、リスク管理の一部である。

5.2.1. 行動するかどうかの決定

上記のような類の状況において一時折、世論からの様々な程度の圧力のもとで、政策決定者は、対応しなければならない。しかしながら、対応することは、措置が常にとられなければならないことを必ずしも意味しない。何もしないという決定は、それ自身まぎれもなく一つの対応たりうる。このように、一定の状況における適切な対応は、まさに政治的決定の結果であり、そのリスクが課される社会にとって「受け容れ可能な」リスク水準 (the risk level that is “acceptable” to

the society) いかんで変化する。

6. 予防原則適用に関する指針

6.2. 開始要因

いったんできる限り最善の科学的評価が行われると、その科学的評価は、予防原則を援用するという決定を行う根拠を提供する可能性がある。かかる評価の結論は、おそらく、環境、又は、ある住民集団にとって望まれる保護の水準 (the desired level of protection) が損なわれるおそれがあることを示すべきである。

6.3.1. 均衡性 (比例性 Proportionality)

想定される措置は、適切な保護の水準 (the appropriate level of protection) を達成することを可能とするものでなければならない。予防原則に基づく措置は、望まれる保護の水準と均衡性を欠くものであってはならず、まずは存在しない、ゼロ・リスクをめざすものであってはならない。……リスク低減措置には、……同等の保護水準を達成することが可能な、より制限的でない代替案が含まれるべきである。

6.3.4. 行動すること及び行動しないことの便益と費用の検討

長期的にも短期的にも、共同体にとっての全体の費用との関係で、想定される行動により最も起こる可能性の高い良い帰結又は悪い帰結と、行動しないことにより最も起こる可能性の高い良い帰結又は悪い帰結との間で、比較がなされなければならない。想定される措置は、受け容れ可能な水準までリスクを低減することについて、全体として利益を生み出さなければならない。

「5. 予防原則の構成部分」において、予防原則の適用が (i) 行動するか否かという政治的決定と、(ii) 行動する場合にどのように行動するか、すなわち予防原則の適用に由来する措置、の2つの局面から構成されると述べられていること⁽⁶⁷⁾から、この2つの局面に分けてどの用語が使用されているかを見てみよう。

まず、上記 (i) の「行動するか否かという政治的決定」の局面である。予防原則の適用には、まず前提として、潜在的な悪影響の確認と、可能な限りの科学的リスク評価（その結果として科学的不確実性）がなければならないのであるが、その科学的リスク評価が、「選択された保護の水準」（3及び

5の表現)、「望まれる保護の水準」(6.2の表現)が損なわれるおそれがあることを示す場合に、予防原則が適用される、あるいは予防原則の援用という決定が行われるという。また、科学的評価を受けて政策決定者が行動するかどうかを決定しなければならないという状況における適切な対応は、そのリスクが課される社会にとって「受け容れ可能な」リスク水準 (the risk level that is “acceptable” to the society) いかんで変化する、と述べている部分(5.2.1)も、少し表現ぶりは異なるが、上と同じ内容である。

次に、上記(ii)の「予防原則の適用に由来する措置」の局面である。まず「想定される措置は、適切な保護の水準を達成することを可能とするものでなければならない」し、「予防原則に基づく措置は、望まれる保護の水準と均衡性を欠くものであってはならない」。また「リスク低減措置には、……同等の保護水準を達成することが可能なより制限的でない代替案が含まれるべきである。」(6.3.1)。さらに「想定される措置は、受け容れ可能な水準までリスクを低減することについて、全体として利益を生み出さなければならない」(6.3.4)と述べている。これらのくぐりには比例原則又は費用便益分析を表現しており、手段としての予防的措置と、それが達成すべき目的としての「適切な保護の水準」、「望まれる保護の水準」又は「受け容れ可能なリスクの水準」との関係について述べたものである。

このように、「選択された保護の水準」、「望まれる保護の水準」及び「受け容れ可能なリスクの水準」という用語は、(i)の局面で予防原則の適用の決定の基準、及び(ii)の局面で予防原則の適用に由来する措置が達成すべき目的、という2つの役割で現れるのであるが、この2つでこれらの用語を使い分けしているわけでもなく、一貫していない(いずれの用語も、両方の局面に出てくる)。

『Codex 事務局に対する欧州委員会担当部局からのコメント』⁽⁶⁸⁾という文書に、これらの用語について以下のような説明がある。

どのようなリスクが公衆にとって受け容れ可能かの決定は、加盟国がその領域で適

切と考える健康又は環境に対するリスクの水準に直接依存する（あるいは、むしろそこから結果として生ずる）。従って、受け容れ可能なリスクの水準をどこに設定するかは、社会的価値の判断である。この受け容れ可能なリスクの水準の定義は、特定の事案及び文脈における、行動するか否かの決定とは独立になすことができる。従って、適切な事案において予防原則を適用することは、「コミュニケーション」で特定された他の条件が満たされることを条件として、健康保護又は環境保護⁽⁶⁹⁾の選択された水準を達成することを目標とする。（下線は筆者）

「受け容れ可能なリスクの水準」は「適切と考える健康又は環境に対するリスクの水準」とは別概念で、前者は後者の結果という説明である。

総括すると、『コミュニケーション』では、少なくとも「選択された保護の水準」、「適切と考える環境保護又は健康の保護の水準」、「適切な保護の水準」及び「望まれる保護の水準」は、ほぼ同じ意味で互換的に使用されているように思われる。これらは「どこまで保護すべきか」という観点から決定される。一方、「受け容れ可能なリスク水準」は、これらとは別の概念であり（「適切な保護の水準」の結果として「受け容れ可能なリスク水準」がある）、「どこまでリスクを受け容れるか」という観点から決定されるものといえるであろう。しかし、結局、同じものを別の方向から見たに過ぎないように思われる。Scott は、「『適切な保護の水準』と『受け容れ可能なリスクの水準』とはコインの両面である」と述べている⁽⁷⁰⁾が、分かりやすい表現であろう。

また、WTO/SPS 協定には、「適切な保護の水準」の概念は、附属書 A (5) において次のように定義され、「適切な保護の水準」と「受け容れ可能な危険性の水準」とを同義としている。

- 5 「衛生植物検疫上の適切な保護の水準」とは、加盟国の領域内における人、動物又は植物の生命又は健康を保護するために衛生植物検疫措置を制定する当該加盟国が適切と認める保護の水準をいう。

（注釈）多くの加盟国は、この意義を有する用語として「受け容れ可能な危険性の水準」も用いている。

このSPS協定をはじめ特に食品安全・衛生分野においては、「適切な保護の水準」がよく使用され、次のような定義もある。「適切な保護の水準」とは、「加盟国の国民、動物、植物の生命、あるいは健康を守るために、衛生や動植物衛生対策により達成され、その国と国民により適切であると認められる保護レベル。単位の上では“リスク”と同義であり、健康被害の起こる頻度と重篤さをともに含む概念である。FSO（摂食時食品安全目標）の設定や食品の安全規格基準の設定、その他リスクマネジメントの基礎値としても参照される⁽⁷¹⁾」。

WHO（世界保健機関）とFAO（国連食糧農業機関）共同作成の「食品安全リスク分析（Food safety risk analysis）」には、「適切な保護の水準」の意味が以下のように述べられている⁽⁷²⁾。

・リスク評価に基づく食品安全措置は、一般的に目標水準にまでリスクを軽減するよう考案されており、リスク管理者は、達成しようと目指す健康保護の程度を判断しなければならない。……管理措置は、設定されたヒトの健康保護水準（定量的又は定性的に表現される）を達成することを目的とする（BOX2.15）。

・リスク管理措置の決定によってもたらされる消費者健康保護水準は、「適切な保護の水準」（又は受け容れ可能なリスク水準）と呼ばれている。……「適切な保護の水準」又は将来の目標を表現することは、明らかに中核的なリスク管理機能であり、またそれはほとんどの場合、利用可能なリスク管理選択肢の実行可能性や実用性に関係するものである。「適切な保護の水準」又は類似する将来の目標の概念は、リスク管理行動と、達成される消費者の衛生健康保護水準の間の関連性を確立する上で不可欠である（2.5.3.1）。

このように「適切な保護の水準」及び「受け容れ可能な（リスクの）水準」は、リスク分析の枠組においてリスク管理目標を表す概念であり、その決定はリスク管理⁽⁷³⁾における重要な仕事であるとされている。

環境リスクに関する次に引用する事例における「目標リスク水準」も、同種⁽⁷³⁾の概念であると考えられる。

多くの発がん性化学物質に関しては、……リスク管理者は「どの程度ならば安全と

みなせるのか」という実的な問いに答えなければならない。100%安全な水準が決められないならば、安全と危険の間に線を引いて人為的な安全の定義を作る必要が出てくる。そのために、「個人生涯過剰発がんリスク」の形で表現される目標リスク水準が提案されてきた。これは通常「10のマイナス何乗」と表される⁽⁷⁴⁾。

「選択された保護の水準」等は、前述 FAO/WHO にもあるとおり、正確な定量的方法で表されるとは限らない。Christoforou も次のように言う。「社会が特定の製品、物質、プロセス又は活動について、あるときに受け容れ可能と考えるリスクの水準は、しばしば適切な（健康又は環境の）保護の水準と呼ばれる。……受け容れ可能なリスクの水準は定性的及び定量的どちらにおいても定めることは可能であるけれども、EC においては、実際には、ある特定の製品の利用による100万人のうちの1人の死亡というような正確な定量的方法で表明されてはいない⁽⁷⁵⁾」。また、Schomberg も「選択された保護水準……は、常に非常に明確に決定され、又は定義されるとは限らない。EC 条約174条2項は、保護水準は、（例えば環境、消費者保護、人と動植物の健康にとって）『高く』あるべきとだけ規定している」とする⁽⁷⁶⁾。

結論として、これらの類似の用語同士の関係については、

- ①「保護の水準」のグループ、つまり「選択された保護の水準」、「適切と考える環境保護又は健康の保護の水準」、「適切な保護の水準」及び「望まれる保護の水準」は、同じ意味であり、『コミュニケーション』においても、またその他の文献でも互換的に使用されていると考える。
- ②「受け容れ可能なリスク水準」は、①の「保護の水準」のグループの用語とは別の概念（「保護の水準」の結果として「受け容れ可能なリスク水準」がある）であるが、コインの両面の関係にあり、やはり様々な文献で互換的に使用されていると考える。

本稿では、「選択された保護の水準」を基本的に用いつつ、状況に応じて他の用語を使用する。

2 『コミュニケーション』における「損害のおそれ」要件

(1) 「損害のおそれ」要件と「選択された保護の水準」

『コミュニケーション』において、「潜在的に危険な影響が、選択された保護の水準と合致しない可能性があるという懸念」というくだりが、予防原則適用要件の一つの柱である「損害のおそれ」要件のことを述べたものかどうかは必ずしも明らかではないが、「科学的リスク評価が、⁽⁷⁷⁾選択された水準が損なわれるおそれがあることを示す場合に、予防原則が適用される」(3及び5)とし、また「科学的評価は、予防原則を援用するという決定を行う根拠を提供する可能性がある。かかる評価の結論は、おそらく、環境又はある住民集団にとって望まれる保護の水準が損なわれるおそれがあることを示すべきである」(6.2.)などの文章からみて、「損害のおそれ」要件について述べたものと見ることができる。つまり、『コミュニケーション』は、予防原則の対象となる「損害のおそれ」の限定の仕方として、「選択された保護の水準が損なわれるおそれがあること」を持ってきていると考えられる。

EUの予防原則に関する次に紹介する論者の見解は、こうした見方を後押しすると思われる。

⁽⁷⁸⁾Christoforouによれば、「予防原則は科学的不確実性が存在する場合はいつでも自動的に適用されるのではない。というのは、潜在的な損害は、特定のケースにおいて規制当局及び市民にとって受け容れ可能であるかもしれない、又は法律により設定された『選択された健康・環境保護の水準』と矛盾しないと考えられるかもしれないからである。保護水準は特定の規制措置を取るときに、ケースバイケースに基づいて決定される」。「一般的に適用可能で、普遍的に受け容れ可能な予防原則の定義の困難性は、その基本的な理論的根拠の不確実な又は不正確な性質に由来するものではなく、その適用が文脈的でケース特定のであるということ、すなわち、特定の物質や活動について受け容れ可能と社会が考えるリスクの水準に依存するという事実⁽⁷⁸⁾に由来する」。

(79)
de Sadeleerも次のように言う。「予防原則を適用するという決定は、一般
のルールとして、権限ある当局によって選択された保護の水準に依存すると
いうことになる」。

欧州第一審裁判所も、「科学的評価が十分な確実性を持ってリスクの存在
を決定することを可能にしない場合に、予防原則に依拠するかどうかは、当
局によって選択された保護の水準に依存する⁽⁸⁰⁾」としている。

(2) 「深刻な又は回復不可能な」基準との関係

こうして、『コミュニケーション』は、「損害」の基準として、「選択され
た保護の水準が損なわれる」という基準（以下、『保護の水準』基準）を
採用した。しからば、この基準と、前章においてみてきた従来から多くの国
際文書において「損害」の基準として広く採用されている「深刻な又は回復
不可能な」基準との関係が問題となる。

『コミュニケーション』中に「深刻な」、「回復不可能な」又はこれらと同
類の損害の重大性の基準に関連する用語が出てくる箇所は、リオ宣言第15原
則それ自体の引用箇所を除き次の2カ所である（下線は、筆者）。

5.1.2. 科学的評価

予防原則を適用するかどうかを決定する際に、実行可能な場合、リスクのアセ
スメントが検討されるべきである。このことには、信頼性の高い科学的データと
論理的論証が必要であり、こうしたデータと論証により、発生しうる損害の程度、
持続性、回復可能性、及び、遅発的影響（the extent of possible damage, persis-
tency, reversibility and delayed effect）を含む、環境、又は、一定の住民の健
康に与える危険の影響が発生する可能性とその重大性（the possibility of occur-
rence and the severity）を明確に示す結論に至る。

6.1. 実施

政策決定者が、もし行動しなければ、深刻な帰結を生じさせる可能性がある
（may have serious consequences）環境、又は、人、動物、あるいは、植物の健
康へのリスクを認識した場合、適切な保護措置の問題が生じる。

しかし、これらの文章は予防原則の適用要件の意味で述べているとはいえ

ず、『コミュニケーション』が「深刻な又は回復不可能な」基準を採用しているのかは、その文面から明確には言えないように思われる。

『コミュニケーション』のアプローチを支持すると見られる論者が「深刻な又は回復不可能な」基準をどう考えているかを見てみよう。de Sadeleerは、次のようにいう。「深刻又は回復不可能なリスクを要求する多くの国際条約と対照的に、GMO 環境放出指令のような予防原則をめぐる EC の指令及び規則は、そのような限定をリスクにつけていない。したがって、それらは、EC 諸機関にさらに広範なマージンを提供する⁽⁸¹⁾」。また、Schombergは、次のようにいう。「予防原則の引き金を引く、影響に関連付けられる規範的な限定詞の使用について……『悪い (negative)』、『相当の』、又は『深刻な』という用語は、公共政策上運用可能ではない。なぜならば、それらの使用は、重大性、深刻性などの程度についての新たな議論をスタートさせるからである。それ故に、唯一あり得る正当な限定詞は、『選択された保護の水準』であり、それ故、その水準のいかなる違反も『悪い (negative)』、『相当の』、又は『深刻な』として考えることができる。私は、『悪い (adverse)』影響という一般的な用語を、選択された保護水準の違反を含意するという意味において使用する⁽⁸²⁾」。

『コミュニケーション』の文面とこれらの論者の説明から、EU においては、予防原則の「損害のおそれ」要件について、国際法で一般的な「深刻な又は回復不可能な」基準に代えて、「保護の水準」基準を唯一の基準として採用しているといえるであろう。

3 「選択された保護の水準」の決定の性格と裁量

(1) EU の「選択された保護の水準」の決定

『コミュニケーション』の「保護の水準」基準では、当然のことながら「選択された保護の水準」がどのようにして決定・選択されるかが、予防原則の適用を左右する重要なポイントになる。

EUは、高水準の保護の原則を掲げ、マーストリヒト条約による改正後のEC条約130r条2項（その後EC条約174条2項、EU機能条約（TFEU）191条2項）において、「共同体の環境政策は共同体の地域ごとの状況の多様性を考慮しつつ、高水準の保護を目的としなければならない」と規定された。これについては、「EU諸機関には、この高水準の保護について広範な裁量権が付与されており、欧州司法裁判所は、この点につき、文字通り高水準の保護措置の確立を観念しつつも、保護水準は技術的に可能な中で最も高水準の保護である必要はないと解釈している⁽⁸³⁾」とされている。

『コミュニケーション』は、「保護の水準」について「健康、安全、環境と消費者保護の高い水準の追求は、共同体の基礎の一つである単一市場の枠組に伴うものである」（本文2）、「共同体は、とりわけ、環境、及び、人、動物又は植物の健康において、高い保護水準を達成するよう常に努力している」（本文3）として、高水準の保護の原則を述べて、「WTOの各加盟国は、それぞれが適切と考える環境保護又は健康の保護の水準を決定する独自の権利を有している⁽⁸⁴⁾」（本文4）とする。また、前述『Codex事務局に対する欧州委員会担当部局からのコメント』において、「受け容れ可能なリスクの水準をどこに設定するか⁽⁸⁴⁾の決定は、社会的価値の判断である」と述べている。

欧州第一審裁判所は、Pfizer事件判決で次のように述べている。

「社会にとって適切な保護の水準を決定するのは共同体の機関である……その保護の水準を参照することによって、共同体の機関は、共同体の判断においてもはや社会にとって受け容れられないリスク水準（その水準より上では現在の科学的不確実性にもかかわらず未然防止措置をとることが必要である）—すなわち、人の健康への悪影響の、及び悪影響の深刻さの、重要な蓋然性の閾値—を決定しなければならない⁽⁸⁵⁾」。「共同体機関は、社会にとって受け容れ不可能と考えるリスク水準の決定の際に広範な裁量⁽⁸⁶⁾を享受する」

次に学者の見解を見ると、Christoforouは、「すべての社会は健康や環境

への受け容れ可能なリスクの水準を選択する自由があるべきである。……受け容れ可能なリスクの水準を決定することは、国家の民主的に選ばれたそして責任ある組織に帰属する規範的な決定である、ということは一般に合意されている。……受け容れ可能なリスクの水準についての決定は、市民に説明責任のない科学者又はその他の種類の専門家によりなされることはできないことは疑いない……すべての利害関係者との対話とフランクなコミュニケーションに基づいて決定されるべきである。⁽⁸⁷⁾とする。de Sadeleer も、「リスクはもっぱら専門家のための問題ではない。リスクが受け容れ不可能と判断され、したがって適切な規制措置を通じて隔離を要求することになる基準値の決定においては、さまざまな要因、特に産業、社会及び経済的文脈が規範的な役割を演じる。……リスクの規制は、高度に政治的選択を巻き込む問題である」⁽⁸⁸⁾と述べており、さらに、Schomberg も、これらと同趣旨で次のように述べている。「環境又は人の健康の保護については、極めて重要な規範的な政治的選択は、選択される保護水準の決定である。EC 条約174条2項は、保護水準は、(例えば環境、消費者保護、人と動植物の健康にとって)『高く』あるべきであるとだけと述べている。……そして関係の規則に基づき共同体の機関は社会にとって受け容れ不可能と考えるリスクの水準の決定に関連して広範な裁量を享受する、ということが明確にされてきた」⁽⁸⁹⁾。

Christoforou や Schomberg のいう「規範的決定」あるいは「規範的選択」という言葉がポイントであり、「規範的 (normative)」とは、「事実的な科学的ステートメントと対照される、規範的な (prescriptive) ステートメント及び/又は価値判断すべて」⁽⁹⁰⁾である。

まとめれば、EU の「適切な保護の水準」、「選択された保護の水準」、「受け容れ可能なリスク水準」は、そのリスクが課される社会にとっての価値判断であり、規範的決定であること、科学者や専門家が決定するものでなく政治が決定することであること、当局に幅広い裁量があることとして理解されているといえる。⁽⁹¹⁾

（２）WTO/SPS 協定における「適切な保護の水準」

このような「選択された保護の水準」及び「受け入れ可能なリスク水準」の決定の規範的・政治的性格及び当該国当局の幅広い裁量を認める見解は、EUの予防原則の唱道者だけのものではない。貿易自由化を基本理念とし、規制のハーモナイゼーションを推進するWTOの判例においても、SPS協定上「適切な保護の水準」を加盟国が各々自立的に決定する権利があることが繰り返し強調されてきた。⁽⁹²⁾

そもそもSPS協定上「適切な保護の水準」は、「衛生植物検疫措置を制定する当該加盟国が適切と認める（deemed appropriate by the Member establishing a sanitary or phytosanitary measure）保護の水準をいう」（下線は筆者）と定義されている（SPS協定附属書A（5））。

これらのSPS協定のケースで「適切な保護の水準」がどのような観点で問題になっているかということ、一つは、衛生上の国際基準が存在する場合にはSPS措置を当該国際基準に基づいてとることを要求している3条1項と、国際基準に基づく措置によって達成される水準よりも高い保護の水準をもたらすSPS措置を一定の場合に採用することを認める3条3項との関係の問題である。二つは、加盟国が適切な保護の水準を達成するためSPS措置を定め又は維持する場合には、「当該SPS措置が適切な保護の水準を達成するために必要である以上に貿易制限的でないこと」（つまり比例原則）を要求する5条6項の問題である。これらの規定との関係において、「適切な保護の水準」を決定する加盟国の権利が論じられている。⁽⁹³⁾

このうち、EC・ホルモン牛肉事件では、3条1項と3条3項との関係が問題となり、WTOパネルは、3条3項（国際基準に基づく措置によって達成される水準よりも高い保護の水準をもたらすSPS措置を採用することを認める）が3条1項（国際基準が存在する場合にはSPS措置を国際基準に基づいてとることを要求）の「例外」規定であると解釈したのに対し、上級委員会はこの判断を覆し、「3条3項に基づき国際基準におけるのと異なる

自国の適切な保護の水準を設定する加盟国の権利は、独立の権利であって、3条1項に基づく一般的な義務からの『例外』ではない。」と述べた。⁽⁹⁴⁾

次に、豪州・サーモン事件では、申立国のカナダが豪州のサーモン輸入規制について、「SPS措置が適切な保護の水準を達成するために必要である以上に貿易制限的でないこと」を要求する5条6項に違反したと主張し、WTOパネルは、違反を認定した。これに関して、上級委員会は「適切な保護の水準の決定は、当該加盟国の専権（prerogative）である」と述べ、被申立国である豪州が「適切な保護の水準」をどの水準に設定したかを探った。上級委員会はその結果、豪州の「適切な保護の水準」が高い又は非常に保護的な水準に設定されていると判断した上で、問題の豪州によるサーモン輸入規制が5条6項に違反するとのパネル認定を破棄した。

日本が農産物8品目について害虫検疫のためにとっていた品種別試験という措置を米国が訴えた日本・農産物事件において、米国が「より貿易制限的でない品目別試験という代替措置がある」という理由で5条6項の違反を主張したのに対し、WTOパネルは、米国提案の品目別試験では、品種別試験が達成するのと同じ「適切な保護の水準」を達成するとはいえないとして、5条6項の違反を認めなかった。⁽⁹⁶⁾

さらに、日本・リンゴ事件においても、WTOパネル（履行確認パネル）は、やはり5条6項の違反の有無の認定に際して、「適切な保護の水準」を決定するのは措置国である日本であって「我々（WTOパネル）はそれについて異議を唱えるべきではない」と判示した。⁽⁹⁷⁾

以上のように、WTOにおいて、「適切な保護の水準」の決定は加盟国の専権である。どの水準が「適切」なのかは、その加盟国が様々な状況を総合判断して決めるものであって、第三国やWTOパネルが客観的に決めるものではない、とされている。

4 小 括

『コミュニケーション』は、予防原則の「損害のおそれ」要件について、「選択された保護の水準が損なわれる」ことを損害の基準とした。この基準と、前章においてみてきたように国際法で一般的な「深刻な又は回復不可能な」基準との関係が疑問として浮かび、これについては、EUにおいては「深刻な又は回復不可能な」基準は使用せず、これに代えて唯一の基準として「保護の水準」基準を採用していることが結論として導かれる。

「保護の水準」基準のアプローチでは、当然のことながら「選択された保護の水準」がどのようにして決定・選択されるかが、予防原則の適用を左右する重要なポイントになる。EUの「選択された保護の水準」（及びこれと同義若しくは表裏一体の概念である「適切な保護の水準」、「受け容れ可能なリスク水準」）の決定は、そのリスクが課される社会にとっての問題であり、規範的価値判断であること、科学者や専門家が決定するものでなく政治が決定することであること、当局に幅広い裁量があることとして理解されている。また、このような「選択された保護の水準」等の決定の規範的・政治的性格及び当該国当局の幅広い裁量を認める見解は、EUだけでない。世界の自由貿易の推進役であるWTOにおいても、「適切な保護の水準」の決定が加盟国の専権であり、他国やWTOパネルがその水準の高さ自体を問題とする権利はないことは確立された判例となっている⁽⁹⁸⁾。

こうした「選択された保護の水準」決定の性格から、予防原則適用要件としての「損害のおそれ」要件について「保護の水準」基準を採用するアプローチは、予防原則の適用に際してのEU諸機関の裁量を大きく広げることが示唆される。次章では、このことを、国際法で一般的な「深刻な又は回復不可能な」基準のアプローチとの比較においてさらに検討する。

第3章 「深刻な又は回復不可能な」アプローチと「保護の水準」アプローチとの比較

1 両アプローチの比較

第2章と第3章で分析してきた2つのアプローチを本章で比較検討する。

(1) 判断要素の相違

「深刻な又は回復不可能な」基準は、事実に客観的要素で決定されるものもあれば、それだけでなく、主観的要素を含む経済的・社会的な価値判断を含むケースもあり、ケースごとの状況に応じた判断が強調されている場合もある。特に「回復不可能な」は、主観的要素よりも客観的要素が主体になる。「深刻な又は回復不可能な」の判断基準としてチェックリストの導入等による客観化を図っている分野もある。また、政策文書のステートメント等の中に、判断要素を見いだすこともできる。

一方、「保護の水準」基準の判断要素は、「選択された保護の水準」に尽きる。「選択された保護の水準」それ自体の決定は、規範的・政治的なものであり、客観的・科学的な判断とは対照的性格を有する。

(2) 予防原則適用要件としての意味

「深刻な又は回復不可能な」基準は、上記のように事実的かつ客観的基準を基礎としつつ、主観的要素を含む経済的・社会的な価値判断を含むものであり、また、個別ケースの状況に応じて判断されるものであるため、それなりの柔軟性も認められよう。とはいえ、あらゆる損害の中から法が対処すべき対象範囲を限定するためにあるものとして、また、単なる「損害のおそれ」あるいは「相当の損害のおそれ」と格差をつけるためにこの用語が使用されているものとして、理解されねばならない。さらに、ITLOSのみならず、まぐろ事件の例のように、こうした基準の該当性は国同士の争いの対象となり、国際法廷によって審査されることになろう。被害国(規制国)が「深刻な又は回復不可能な」状況だと考えても、この基準を満たさない。

一方、「保護の水準」基準は、つまるところ「選択された保護の水準」が、どの程度の水準で設定されるか次第である。「選択された保護の水準」は、当該社会が適切と考える水準であって、その決定は、そもそもが価値判断であり、EU内(欧州委員会、ECJ)のみならず、WTO等数多くの機関・判

例・学説が当局の幅広い裁量を容認している。したがって、「保護の水準」をより高く選択すればするほど、予期される損害がこれに抵触しやすくなり、この基準の通過のハードルをますます低くすることができる。その意味で予防原則の適用対象となる損害を限定する意味は、相当に小さい⁽⁹⁹⁾と言える。もともと保護の水準は、定量的に決定されるとは限らないものであるが、予防原則が問題となるような科学的不確実性の場合には定量的な決定がなおさら困難であり、さらに予期される損害がこの水準を超えるか否かも不明確⁽¹⁰⁰⁾であろう。

2 具体的事例に即して考える—EU の GMO 環境放出指令

「保護の水準」基準と「深刻な又は回復不可能な」基準とで、実際の予防原則の適用場面でどのように異なってくるか、欧州の予防原則適用事例の代表例といえる遺伝子組換え体（GMO）規制に当てはめてみて考えてみよう。この目的は、EU の「保護の水準」基準アプローチの含意を浮き彫りにすることである。

(1) EU の GMO 制度の概観

EU の GMO 規制は、環境面からのものと食品安全性の面の両方の仕組みがあるが、環境面での現行の GMO 規制枠組みを設定しているのは、2001年に公布された「GMO の環境への意図的放出及び理事会指令90/220/EEC の廃止に関する指令 2001/18/EC」⁽¹⁰¹⁾（以下「環境放出指令」）である。この指令は、GMO（自己増殖能力を有するか、又は遺伝物質を伝達できる生物体に限られている）の環境放出についての事前のかつ段階的な承認制度を設定したものである。

本指令の主な目的は、「GMO の環境への意図的な放出によって生ずる人の健康と環境に対する悪影響から人の健康と環境を保護することである」と規定されている。

承認手続きは複雑であるが、市場流通目的の場合、当該 GMO をその目的で環境放出しようとする申請者が最初に市場流通される加盟国の所管当局に

対し、人の健康及び環境に対するリスク評価を含む所定の情報を添付して申請する。承認手続はその加盟国レベルだけでなく EU レベルを巻き込んで進行し、承認されると EU 全域での流通が認められる。

指令は、リスク評価の方法を同附属書Ⅱにおいて定めており、リスク評価すべき GMO の潜在的悪影響は事例毎に異なるとし、リスク評価で対象とすべき潜在的悪影響の項目を詳細に定めている。

(2) 本制度における予防原則の反映と適用

本制度の枠組（指令の規定）では予防原則がどのように反映されているか、そしてその制度運用に当たり予防原則がどのように適用されているかに分けてみることにする。⁽¹⁰²⁾

1) 本制度の枠組における予防原則の反映

本指令は、予防原則について、前文（8）、第1条（目的）、第4条（一般的義務）及び附属書Ⅱ（環境リスク評価の原則）において言及し、本指令が予防原則に則ることを明記している。こうした一般的規定を受けて、次のように予防原則を反映する具体的な仕組みが設けられている。

①事前承認制度という枠組それ自体

事前承認制度は、「アプリオリに有害な物質か、又は一定以上摂取すると潜在的に有害な物質の場合」に立証責任を転換する手法であり、予防原則の適用の⁽¹⁰³⁾一方法である。本指令の下では、申請者は GMO を流通させる前に詳細なリスク評価手続に従うことを義務づけられる。

②リスク評価の内容

附属書Ⅱ（環境リスク評価の原則）において、承認前に行う環境リスク評価の手順や方法について詳細に定める。そこでは一般原則として「環境リスク評価の目的は、直接的か間接的か、即時的か遅延的に関わらず、GMO の意図的放出又は上市がもたらしうる人の健康及び環境に対する潜在的な有害な影響を、個別事例に基づいて確認し、評価することで」あるとする。また、環境リスク評価においては、累積的長期影響の解析を行うべきであると

している。

③承認後のフォロー等

予防原則に基づく措置は、暫定的なものであり、科学的知見の発展に照らして定期的に再検討され、必要な場合は修正される必要がある。本指令においては、こうした考え方を反映した承認後における仕組みとして、①流通の全段階における義務表示及びトレーサビリティの確保、②GMOの長期的影響に関して市場投入後のモニタリングの義務を課していること、③最初の承認の有効期間は最長10年に限定されること、④加盟各国が、既にECレベルで承認されたGMOについて、環境リスク評価に影響を与える新たなもしくは追加的な情報、又は既存の情報の再評価の結果として、人の健康又は環境にリスクを生じさせると考える詳細な根拠を持っている場合には、当該加盟国は、暫定的に自国領域内においてその使用又は販売を制限し、又は禁止すること（セーフガード措置）ができること、などが設けられている。

EUのGMO環境放出指令に予防原則が反映されていることについては、欧州司法裁判所も言及している⁽¹⁰⁵⁾。

2) 本制度の運用における予防原則の適用

予防原則は以上のように本制度の枠組に反映されているとともに、制度の実際の個別的運用において適用されている。その代表的な事例が、旧指令の下ではあるがEUが1999年から2003年にかけて実施した新規承認の停止（いわゆる「モラトリアム」）と、1997年に発動され今日も続いているいくつかのEU加盟国によるセーフガード措置である。

「モラトリアム」とは、次のようなものであった。環境放出指令の改正作業の過程で、1999年6月のEU環境相理事会において、デンマーク、ギリシア、フランス、イタリア及びブルクセンブルクの5カ国は、次のような共同宣言を発表した。

「(5カ国の) 政府は、GMOの栽培及び市場流通に関して授けられた権限を行使するに際して、……GMO及びGMO由来製品の表示及びトレー

サビリティーを確保するための完全な規則案を遅滞なく欧州委員会が提出する重要性を指摘し、そのような規則が採択されるまでの間、未然防止原則及び予防原則に従って、GMOの栽培と市場流通の新規の承認を停止させるための手段をとる。」

この宣言の後、ECではGMOの新たな承認は行われなくなり、2004年5月によりやく1種類のGMトウモロコシが承認されたのを皮切りに、幾つかの申請が承認され始めた、というものである。⁽¹⁰⁶⁾

次にセーフガード措置についてであるが、EC6カ国（オーストリア、フランス、ドイツ、ギリシア、イタリア、ルクセンブルク）が、1997年2月からを皮切りに環境放出指令の上記規定（セーフガード条項）に基づき、既にECレベルで承認された幾種類かのGMOについて「人の健康又は環境に対するリスクを構成すると考える正当な理由がある」として禁止措置をとったものである。

以上の「モラトリアム」とセーフガード措置は、EUにとっては予防原則の適用として採用したものである。⁽¹⁰⁷⁾

（3）「深刻・回復不可能な」と「保護の水準」両基準の比較

上で見てきたようなEUのGMO制度自体及びその運用について、予防原則の適用のための「損害のおそれ」要件充足性を判断するに当たり、「深刻・回復不可能な」基準を採用する場合と、「保護の水準」基準を採用する場合とでは、どのように異なるであろうか。

1）「深刻な又は回復不可能な」基準の場合

①事前承認制度の枠組自体の「損害のおそれ」要件充足性については、アプリアリにGMOを総体として「深刻な又は回復不可能な」損害のおそれありと言えるかどうかを問題にすることになる。また、上記「モラトリアム」のようなGMO全体に網をかぶせる制度運用についても、同様である。

環境放出指令の前文（4）に「少量であれ多量であれ、また試験目的であれ商業目的であれ、遺伝子組換え生物は、環境中において繁殖し、国境を越

えて他の加盟国に影響を及ぼす可能性がある。かかる環境への放出の影響は、回復不可能である可能性がある（may be irreverisible）」と記述があることは、本指令がアプリオリに GMO を総体として「回復不可能な」損害のおそれありと判断していることを示唆する。

②制度運用の「損害のおそれ」要件充足性については、個別の GMO の承認の決定の際、あるいはセーフガード措置採択決定の際などに、必要に応じ、ケースごとに「深刻な又は回復不可能」か否かを判断し、予防原則の適用の有無を決定することになる。

2) 「保護の水準」基準の場合

2001年の環境放出指令において、「選択された保護の水準」はどの程度に設定されたと見るべきか。この点は、以下の Christoforou の説明が説得的である。⁽¹⁰⁸⁾

まず、保護の水準は、本指令のような枠組法の中で抽象的な方法で選択されることもあるし、枠組法の実施における特定の規制措置の採用時に個別ケースごとにおいても決定されることがありうる。本指令においては、その目的は、「一般大衆及び環境のための安全性の高い水準」を達成することである。その前文の説明部の47には、「当局は、その放出が、人の健康と環境にとって安全であることが満たされた場合にのみその同意を与えるべきである」とある。指令の4条1項は、加盟国に対し、「すべての適切な措置が、GMO の意図的環境放出又は市場流通により生じるかもしれない人の健康と環境への悪影響を避けるために採用される」ことを確保するよう要求する。この文脈における「生じるかもしれない」「避けるため」という用語の使用は、特定されたリスクのトランスが存在しない、ということを含意する。以上から、Christoforou は次のように結論づける。本指令における「選択された保護の水準」は、「リスクなしの水準」(a level of no risk) である。そして、このことは、申請者である製造業者に流通させようとする GMO の安全性を証明する義務が課せられる理由を説明するのであると。⁽¹⁰⁹⁾

このようにして、GMOに関する保護の水準は、ゼロ・リスクに⁽¹¹⁰⁾選択されていると理解することができる。そのことは枠組法である本指令中において含意されているのである。

これを前提に、「選択された保護の水準」基準の下では、

①事前承認制度の枠組自体については、アプリアリにGMOを総体として「選択された保護の水準が損なわれるおそれがある」と言えるかどうかを問題にすることになる。また、上記「モラトリアム」のようなGMO全体に網をかぶせる制度運用についても、同様である。

②制度運用については、個別のGMOの承認の決定の際、あるいはセーフガード措置採択決定の際などに、必要に応じ、「選択された保護の水準が損なわれるおそれがある」か否かを判断し、予防原則の適用の有無を決定することになる。

3) 両者の比較

従前の「深刻・回復不可能な」基準では、GMOのリスクが深刻・回復不可能性基準を満たしているかどうかは、判断の困難な問題である。規制者側は、GMOのリスクが深刻な又は回復不可能であると主張する一方で、被規制側はそうではないと主張するであろう。この問題は、簡単には結論は出ない。

一方、「保護の水準」基準の場合、EUは高水準の保護の原則を掲げており、GMOについては極めて高い保護水準（＝受け容れ可能なリスク水準がゼロ）を設定している。ゼロ・リスク水準を超えるかどうかの判断は、少なくとも上記「深刻な又は回復不可能」に当たるか否かの判断よりは、比較的明瞭であろう。このため、被規制側から見れば些細なと思える程度の損害のおそれでも「選択された保護の水準に違反」となる可能性が高い。その結果、GMOへの厳格な規制（たとえば、前述のモラトリアムやセーフガード措置、あるいは事前承認制度自体）についての予防原則による正当化は、「損害のおそれ」要件の充足性の点に関しては比較的容易であろう。

以上のように、EU の GMO 規制への予防原則の適用のためには、「深刻・回復不可能な」基準よりも「保護の水準」基準の方が問題は少ないであろう。

第 4 章 結論—「保護の水準」アプローチの含意と問題点

『コミュニケーション』は、予防原則の適用のための「損害のおそれ」要件について、「選択された保護の水準が損なわれるおそれがあること」を損害の基準とした。つまり、「選択された保護の水準が損なわれるおそれがあること」を予防原則の適用要件の一つに位置づけた。この『コミュニケーション』の「保護の水準」基準は、国際条約等で一般的な「深刻な又は回復不可能な」基準に取って代わることを意図して導入された。「深刻な又は回復不可能な」基準は主観的要素を排除しないものの客観的要素が重視されて判断される可能性もあるのに対し、「保護の水準」基準はそもそも規範的・政治的な性格を有し、これの採用は予防原則の適用についての裁量をきわめて幅広いものにする。

『コミュニケーション』は、「5. 予防原則の構成部分」において、予防原則適用が2つの部分、つまり (i) 行動するか、行動しないかという政治的決定（予防原則の援用の開始に関連）と、(ii) 行動する場合、どのように行動するか、すなわち、予防原則の適用に由来する措置、という2つから構成されることを指摘し、さらに「7. 結論」のところでも「極めて政治的性格を有する行動するかしないかという決定と、あらゆるリスク管理措置に適用可能な一般原則を遵守しなければならない予防原則の援用に由来する措置との間の区別に決定的な重要性を置いていることを再確認することを望んでいる」と述べ、この区別の必要性を繰り返し強調している。この2つの部分の区別は『コミュニケーション』の注目点である⁽¹¹⁾。筆者は、『コミュニケーション』がこの区別の必要性を強調する目的には、特に (i) の「予防原則の

援用の開始の部分」の政治的性格を確保することがあるのではないかと考える。そのためには、「深刻な又は回復不可能な」基準ではなく、規範的性格を有する「保護の水準」基準を採用することが必要であったと思われる。

『コミュニケーション』の「保護の水準」基準の問題点として考えられることを指摘しておきたい。

第1に、「保護の水準」基準では、第3章で検証したように、「深刻な又は回復不可能な」基準に比較して予防原則の適用（援用の開始）に制約が弱くなり、恣意的になるおそれがある。本稿の「はじめに」で紹介したように、いくつかの先行文献は、『コミュニケーション』の「選択された保護の水準」の定義が不明確であること、又はその設定に制約を課していないことを問題とし、そのことゆえに予防原則の発動又は予防原則に基づく措置に制約が乏しいと指摘していた。しかし、より本質的な問題は、「選択された保護の水準」の定義のあいまいさというよりは、そもそも規範的概念である「選択された保護の水準」を予防原則適用要件に使用するところにあると言うべきである。「選択された保護の水準」は、リスク分析の枠組の中でリスク管理目標（措置の決定に関連する）として設定されるものであって、これを予防原則の適用要件である「損害のおそれ」の判断にも使用することにすることが問題の本質であると考ええる。

第2に、未然防止原則のための損害の基準はどうなるのであろうか。予防原則の適用の際に「選択された保護の水準」を用いるのであれば、未然防止原則の適用の際にも「選択された保護の水準」を用いるのが自然であるように思われる。未然防止原則の場合は科学的不確実性はないので、より明瞭な表現になり、「未然防止原則は、環境・健康への危険な影響が、選択された保護の水準に合致しないことを、客観的科学的評価が示している場合に適用される」ということになるだろうか。そうすると、すでにストックホルム宣言21原則の解釈として確立している「相当の」という未然防止原則の損害の基準は、やはり無用の存在になろう。その場合には、たとえば、「選択された保

護の水準」をゼロ・リスクに設定した場合、「相当の」基準を満たさないような些細な損害でも、未然防止原則の対象になる可能性があることになる。

第3に、「保護の水準」基準は、予防原則の定義を堂々巡り（circular）にすると Bergkamp の批判がある。Bergkamp がいうには、『コミュニケーション』の「保護の水準」基準の考え方によれば、予防原則適用の以前に、予防原則以外の根拠に基づいて前もって決定された保護の水準が存在することになる。しかし、『コミュニケーション』の次のくだりは、予防原則が保護の水準を設定するために用いられることを示唆しているというのである⁽¹¹²⁾。

4. ……委員会は、WTO の他の加盟国により示される例にしたがって、共同体は、とりわけ環境、並びに人、動物、及び植物の健康について共同体が適切と考える保護の水準を定める権利を有していると考えている。この文脈において、共同体は、条約第6条、第95条、第152条、及び、第174条を尊重しなければならない。この目的のため、予防原則に依拠することは、共同体の政策の極めて重要な原則の一つである。……

ここで引用されている条約の規定は、第6条が環境統合原則、第95条、第152条及び第174条が高い保護水準の原則を規定していることから、確かに予防原則が高い保護の水準を設定するために用いられると考えているようにも読める。

ただ、上記『コミュニケーション』の引用部分が本当にそういう意図なのかは判然としない。『コミュニケーション』の「保護の水準」基準を支持する Schomburg は、「予防原則を伴うか伴わないかにせよ、国家は、自らが適切であると考え一般的な保護水準を決定することができる。予防原則を実施していることは、何らかの新しい基準設定を含意しないし、それ故、例えば厳格な（又は、より厳格な）環境又は健康の基準の適用を含意しない。……（保護水準の選択という）この規範的及び政治的選択は、すべての政策の中で適用されなければならないだろうし、そして、予防原則の適用から独

立的である」と述べているが、この見解は、⁽¹¹³⁾ 予防原則が保護の水準の設定に影響しないと考えているようであり、そうだとすれば「堂々巡り」にはならないであらう。⁽¹¹⁴⁾

以上のように、「選択された保護の水準」、「適切な保護の水準」又は「受け容れ可能なリスク水準」を、予防原則を適用するか否かの決定時の「損害のおそれ」要件の基準に使用するアプローチには、⁽¹¹⁵⁾ 幾つかの問題がある。「選択された保護の水準」等は、どのような措置をとるべきかに関係するリスク管理水準として重要であり、そのあり方は、今後なお検討を深めるべき課題である。

- (1) Commission of the European Communities, “*Communication from the Commission on the Precautionary Principle*”, COM (2000) 1 final.
- (2) *Id.*, para. 3.
- (3) Lucas Bergkamp, “*Understanding the precautionary principle (Part I)*” in *Environmental liability*, Vol. 10, 1 (Hunton & Williams, 2002) at 21.
- (4) Joakim Zander, *The Application of the Precautionary Principle in Practice* (Cambridge University Press, 2010) at 93,101.
- (5) 後述するように、「受け容れ可能なリスク (の水準)」は、「選択された保護の水準」と表裏一体の概念である。
- (6) Elizabeth Fisher, “*The European Commission’s Communication on the Precautionary Principle*”, 12 (3) *Journal of Environmental Law* (2000) at 403.
- (7) Natalie McNelis, “*EU Communication on the Precautionary Principle*”, *Journal of International Economic Law* (2000) at 550.
- (8) 岩間徹「国際環境法上の予防原則について」*ジュリスト* No.1264 (2004年) 55頁。
- (9) 環境省『環境政策における予防的方策・予防原則のあり方に関する研究会報告書』(平成16年10月)〈<http://www.env.go.jp/policy/report/h16-03/mat01.pdf>〉の資料1に関係の各種条約が整理されている。
- (10) James Cameron, “*The Precautionary Principle in International Law*”, in Tim O’Riordan, James Cameron and Andrew Jordan (eds.), *Reinterpreting the*

Precautionary Principle (Cameron May, 2001) at 117.

- (11) 「予防的方策と環境法（座談会）」（ジュリスト No.1264（2004年）78頁）における岩間教授発言。
- (12) 大塚直「予防原則の法的課題—予防原則の国内適用に関する論点と課題」植田和宏・大塚直監修、損害保険ジャパン・損保ジャパン環境財団編『環境リスク管理と予防原則』（有斐閣・2010年）303頁。
- (13) 大塚・前掲注12、Patricia W. Birnie and Alan E. Boyle, *International Law and the Environment*, (Third Edition, Oxford University Press, 2009) at 160.
- (14) Trouwborst, *Precautionary Rights And Duties of States*, (Martinus Nijhoff, 2006) at 44. 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）41頁。堀口によれば、「あらゆる損害を防止する義務は国家主権に過度の制約を課すものであって、国家実行上も否定されてきた」。後述2（1）に述べるように、ILC 防止条文草案（2001年）も、こうした理解に立っている。
- (15) Trouwborst, *supra* note 14, at 47-50. Trouwborst によれば、「（それらの）条約等の起草者は、予防原則の適用範囲はできるだけ広くあるべきであって、非常に深刻な損害だけに限定されるべきでないということを意図した。……しかしながら、環境に対するすべての潜在的な損害が予防され削減されることを要求するものと結論づけることは、やはりユートピアのスキームというべきものである」。堀口・前掲注14）41頁は、OSPAR 条約について次のように述べている。「条文上は明らかではないものの、OSPAR 条約において防止が義務づけられている海洋汚染は、少なくとも一定の重大性を有する損害を意味しているといえよう。また……重大な損害の中でもより深刻度の高い損害のおそれのみが、特に従来の汚染防止義務と区別されて『予防』の対象となるわけではない」。
- (16) David Freestone, "THE ROAD FROM RIO: INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW AFTER THE EARTH SUMMIT", 6 *Journal of Environmental Law* (1994) at 211.
- (17) Alexandre Kiss and Dinah Shelton, *International Environmental Law* (2nd ed. Transnational Publisher Inc, 1999) at 265.
- (18) Cameron, *supra* note 10, at 132.
- (19) Birnie and Boyle, *supra* note 13, at 163.
- (20) UK v. Commission (Case C-180/96) [1998] ECR I-2265, para.99.

- (21) Pfizer Animal Health SA v. Council (Case T-13/99) [2002] ECR II-3305, para.139. この判決については、赤淵芳宏「予防原則における科学性の要請」植田和宏・大塚直監修、損害保険ジャパン・損保ジャパン環境財団編『環境リスク管理と予防原則』(有斐閣・2010年)に詳しい。
- (22) Commission v. Denmark (Case C-192/01) [2003] ECR I-9693, para.52.
- (23) Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, 2001.
- (24) Commentary to Article 2, para.4. 加藤信行「越境損害防止条約草案とその特徴点」国際法外交雑誌104巻3号(2006年)32頁、高村ゆかり「国際法における予防原則」植田和宏・大塚直監修、損害保険ジャパン・損保ジャパン環境財団編『環境リスク管理と予防原則』(有斐閣・2010年)164-165頁。“significant”の訳については、「重大な」とする文献がある一方、“serious”を「重大な」と訳す文献もある。本論文においては、基本的には加藤に倣い“significant”に「相当の」を、“serious”に「深刻な」を充てるが、特定の法分野で慣用的に別の訳語が広く使用されている場合にはそれに従う。
- (25) Commentary to Article 2, para.5.
- (26) 加藤・前掲注24)。
- (27) Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities, 2006.
- (28) Commentary to Article 2, paras. 1-2; 白杵知史『『危険活動から生じる越境損害に関する損失配分』の原則案』同志社法学60巻6号(2009年)7頁。
- (29) Commentary to Article 3, para.14.
- (30) Trouwborstは、「深刻な又は回復不可能」を予防的措置をとる義務の基準に、そして「相当の」を予防的措置をとる権利を賦与する基準(義務はない)に考える。Trouwborst, *supra* note 14, at 62-69.
- (31) Birnie and Boyle, *supra* note 13, at 186.
- (32) Commentary to Article 2, para.4.
- (33) Draft articles on the law of the non-navigational uses of international watercourses, 1994. 同草案は、越境損害防止義務の損害の基準として、“to a significant extent”と規定(3条2項)する。
- (34) Commentary to Article 3, para. 14.
- (35) Commentary to Article 2, para. 7

- (36) 堀口・前掲注14) 56頁。
- (37) Trouwborst, *supra* note 14, at 56-57.
- (38) *Id.*, at 132-133.
- (39) *Id.*, at 138-139.
- (40) *Id.*, at 135.
- (41) *Id.*, at 139.
- (42) *Id.*, at 139-140.
- (43) Directive 2004/35/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage. 本文の訳は、環境研究139号（2005年）141頁以下（大塚直・高村ゆかり・赤渕芳宏翻訳）による。
- (44) Southern Bluefin Tuna Cases (Australia and New Zealand v. Japan), International Tribunal for the Law of the Sea, Request for provisional measures, Order of 27 August 1999.
- (45) 堀口健夫「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）」北大法学論集61（2）（2010年）28頁。
- (46) para. 71.
- (47) paras. 73- 74.
- (48) para. 80. 本事件と ITLOS の暫定措置命令の内容については、堀口・前掲注45) 29-35頁及び兼原信克「みなみまぐろ事件について——事実と経緯——」国際法外交雑誌100巻3号（2001年）1-44頁を参照。本暫定措置命令については、予防原則を採用したのかどうか論争があり、この点についてこれらの文献に詳しい。本稿に引用した「深刻な損害」に関する本事件での論争は、予防原則適用要件としての「深刻な損害」ではなく、国連海洋法条約290条1項にあるそれについてである。
- (49) GATT/CP/106.
- (50) 松下満雄・清水章雄・中川淳司『ケースブック ガット・WTO法』（有斐閣・2000年）216-219頁。
- (51) 中川淳司・清水章雄・平覚・間宮勇『国際経済法』（有斐閣・2003年）117頁。
- (52) Trouwborst, *supra* note 14, at 61. 事例として、砂漠化のプロセスが挙げられるという。いったん完全に不毛の地になると、いくら回復の努力をしても元に戻りそうにない。
- (53) R. K. ターナー・D. ピアス・I. ベントマン（大沼あゆみ訳）『環境経済学入門』

(東洋経済新報社・2001年) 59頁。

(54) D. ピアス・A. マーカンジャ・E. B. バービア (和田憲晶訳)『新しい環境経済学』(ダイヤモンド社・1994年) 11-12頁。

(55) ピアス他・前掲注54) 12-13頁。

(56) Julian Morris, "Defining the precautionary principle", in Julian Morris (ed.), *Rethinking Risk and the Precautionary Principle* (Butterworth-Heinemann, 2000) at 14.

(57) Trouwborst, *supra* note 14, at 59-60.

(58) *Id.*, at 60.

(59) 我が国の行政事件訴訟法における「回復の困難な損害」と「重大な損害」の違いは、これに類似した問題であるが、やや様相を異にするように思われる。行政事件訴訟法25条2項は、執行停止の要件の一つとして、「重大な損害をさけるため緊急の必要がある」ことを定める。この「重大な損害」は、従前は「回復の困難な損害」という文言であったものが平成16年に改正されたものである。同時に、「重大な損害」の判断について、「損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案するものとする」(25条3項)という解釈基準が新設された。従前の「回復の困難な損害」は損害の「性質」のみに着目したものであるのに対し、「重大な損害」は損害の「程度」及び「量」にも着目したもので、また、「重大な損害」は、単なる定量的・絶対的な評価ではなく、具体的事案に応じた総合的・相対的な評価であるとされている(櫻井敬子・橋本博之『行政法』(弘文堂・2009年) 322頁)。このように行政事件訴訟法では、「重大な」は「回復の困難な」を包摂するものと理解されている。これに対し、国際環境法の予防原則の議論では、「深刻な」が「回復不可能な」を包摂するものとはされていないようである。ただ、「重大な」の方が「回復の困難な」に比べてより総合的・相対的な評価であるという点は、「深刻な」と「回復不可能な」の関係と類似しているように思われる。

(60) *Id.*, at 60-61.

(61) *Id.*, at 140.

(62) *Id.*

(63) *Id.*, at 141.

(64) Trouwborst, *supra* note 14, at 65-66.

(65) Zanderはこの文書の意義について次のように述べている。『コミュニケーション

ン』は、拘束力はないが、EU の予防原則の議論において極めて重要な意義を有する。この文書は、EC 理事会、欧州議会及び欧州司法裁判所の判例によって支持された。したがって、『コミュニケーション』を予防原則に関する EU の公式見解の表明と見ることが賢明である。Zander, *supra* note 4, at 100.

- (66) 環境省・前掲注9)の資料3にある翻訳をベースに若干変更を加えている。
- (67) さらに「7. 結論」においても、欧州委員会がこの2つの区別に決定的な重要性を置いていることを強調している。この区別は、後述の通り、本稿のテーマと密接に関わるポイントである。
- (68) Commission of the European Communities, “*Comments from the European Commission Services to the Codex Secretariat*”, available at http://ec.europa.eu/food/fs/ifsi/eupositions/ccgp/archives/ccgp01_en.html. 邦訳は環境省・前掲注9)の資料6。この文書は、Codex 委員会の場で『コミュニケーション』に対して米国がいくつかの疑問点を提起したのに対して欧州委員会が回答したものである。
- (69) 環境省・前掲注68) 271頁を基に、用語を若干修正して引用。
- (70) Joanne Scott, *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures*, (Oxford University Press, 2007) at 36.「加盟国は、確保されるべき保護の水準についての決定をなすとき、忍容しようと思っているリスクの水準について対応する決定もまた—明示的に又は黙示的に—行う。」
- (71) 日本リスク研究学会編『リスク学用語小辞典』（丸善・2008年）184頁。同辞典は、「適切な保護の水準」を食品安全分野の用語に分類している。このように「適切な保護の水準」は、食品あるいは健康関連リスクについて使用するのが多いようであるが、既述のごとく、『コミュニケーション』は環境リスクについても使用している。
- (72) FAO/WHO（林裕造（監訳）、豊福 肇・畝山智香子（訳））『食品安全リスク分析（食品安全担当者のためのガイド）』（日本食品衛生協会・2008年）44頁。
- (73) 受け容れ可能なリスク水準の決定をリスク管理（マネジメント）に属させるのか、それともリスク評価（アセスメント）に属させるのか、見方が分かれているようである。上記 FAO/WHO をはじめ受け容れ可能なリスク水準の決定をリスク管理の中核的な要素とする見解がある一方、欧州第一審裁判所の Pfizer 事件判決（前掲注21）は、受け容れ可能なリスク水準の決定をリスク評価のプロセスに含めている（para. 149）。また下山も、ドイツ公法学におけるリスク管理に関して、①

社会的フレーミング段階(リスク同定等)、②リスクアセスメント、③リスク評価、④リスク管理(狭義)に分けた上で、受容リスクの境界線をどこに引くかの決定を「③リスク評価」に含ませる(下山憲治「ドイツ公法学におけるリスク管理手法研究序説」福島大学行政社会学会行政社会論集(2002年)61-62頁;「予防原則と行政訴訟」石田真・大塚直編『労働と環境』(日本評論社・2008年)256頁)。この見解の違いは、「リスク管理」「リスク評価」という用語の定義の差によると思われるが、科学的プロセスとしてのリスク評価と、政策的プロセスとしてのリスク管理との明確な区別という観点からは、リスク管理(マネジメント)に属するとした方が分かりやすいかもしれない。

- (74) 中西準子、蒲生昌志、岸本充生、宮本健一編『環境リスクマネジメントハンドブック』(朝倉書店・2003年)372-377頁〔岸本充生執筆〕。米国で食品添加物の規制に 10^{-6} の生涯発がんリスク水準、日本で水道水質基準と大気環境基準に生涯リスク水準 10^{-5} が設定されたのが、この具体例として挙げられている。
- (75) Theofanis Christoforou, “Genetically Modified Organisms in European Union Law” in N. de Sadeleer (ed.), *Implementing the precautionary principle: approaches from the Nordic countries, EU and USA* (Earthscan, 2007) at 201.
- (76) René von Schomberg, “The precautionary principle and its normative challenges”, in Elizabeth Fisher, Judith Jones and René von Schomberg (eds.), *Implementing the precautionary principle: Perspectives and prospects* (Edward Elgar, 2006) at 24.
- (77) Bergkamp, *supra* note 3, at 21は、「この定義は、……予防原則が何を対象とするかについての声明である。対象とすることは何を意味するのか。もしそれが、そうした状況においては規制上の介入が正当化され得る(原文はイタリック)ことを意味するにすぎないなら、われわれには、どんな状況の下でこの原則が現実に規制を正当化するか依然として分からない」。
- (78) Theofanis Christoforou, “*The precautionary principle and democratizing expertise: a European legal perspective*”, *Science and Public Policy*, Volume 30, Number 3, (2003) at 206-210.
- (79) Nicolas de Sadeleer, “The Precautionary Principle in European Community Health and Environmental Law: Sword or Shield for the Nordic Countries?” in N. de Sadeleer (ed.), *Implementing the precautionary principle: approaches from the Nordic countries, EU and USA* (Earthscan, 2007) at 32.

- (80) Joined Cases T-74/00, T-76/00, T-83/00 to T-85/00, T-132/00, T-137/00 and T-141/00: *Artegodan GmbH and Others v Commission of the European Communities*[2002], para. 186.
- (81) de Sadeleer, *supra* note 79, at 33.
- (82) Schomberg, *supra* note 76, at 25.
- (83) 上田純子「EU環境法に関する諸原則」庄司克宏編『EU環境法』（慶應義塾大学出版会・2009年）73頁。
- (84) 『コミュニケーション』が、保護の水準に関しほとんど具体的なことを述べていないことについて、増沢陽子「EU環境政策と予防原則」庄司克宏編『EU環境法』（慶應義塾大学出版会・2009年）158頁、及び赤渕芳宏「欧州における予防原則の具体的適用に関する一考察：いわゆる RoHS 指令をめぐる」学習院大学大学院法学研究科法学論集 12（2005年）374頁を参照。
- (85) Pfizer (Case T-13/99), para.151. この言いぶりは、「適切な保護の水準」と「受け容れられないリスク水準」とを区別しており、前述の欧州委員会の『Codex 事務局に対する欧州委員会担当部局からのコメント』の説明（前掲注69）に類似している。
- (86) *Id.*, at para.167.
- (87) Christoforou, *supra* note 78, at 209.
- (88) de Sadeleer, *supra* note 79, at 32.
- (89) Schomberg, *supra* note 76, at 24.
- (90) Schomberg, *supra* note 76, at 19.
- (91) 下山・前掲注73）（2002年）61頁も、リスクの受容は「リスクに対する複雑で、合理的かつ感情的価値評価・意思決定プロセスであり、利害関係や価値観が多様に絡んでくる社会レベルでのリスク問題に関わる」として、受容リスクの境界線をどこに引くかの決定は、価値判断によって導かれるとしている。
- (92) 藤岡典夫『食品安全性をめぐるWTO通商紛争—ホルモン牛肉事件からGMO事件まで』（農山漁村文化協会・2007年）141-142頁。
- (93) したがって、適切な保護の水準が、予防原則の適用要件との関係で議論されているわけではない。
- (94) Report of the Appellate Body: EC — Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), AB-1997-4, WT/DS48/AB/R (Jan. 16, 1998), para. 172.

- (95) Report of the Appellate Body: Australia — Measures Affecting Importation of Salmon, AB-1998-5, WT/DS18/AB/R (Oct. 20, 1998), para. 199.
- (96) Report of the Panel: Japan - Measures Affecting Agricultural Products, WT/DS76/R (Oct. 27, 1998), paras. 8.80-84
- (97) Report of the Panel: Japan - Measures Affecting the Importation of Apples, Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States, WT/DS 245/RW (23 June 2005), para. 8.193
- (98) ただし、「適切な保護の水準」の決定が何らの制約を受けないわけではない。少なくとも、法の一般原則としての平等原則の制約を受ける。また、WTO/SPS協定上は、無差別原則（SPS協定2条3項）や整合性（consistency）原則（SPS協定5条5項）の適用を受ける。
- (99) 前掲注98)にあるとおり、「適切な保護の水準」の設定に制約がないわけではないので、基準として全く意味がないということはない。
- (100) Schomberg, *supra* note 76, at 24は、次のように述べる。「ほとんどのケースでは、保護の水準は、定量的な方法ではめったに定義されていない、実際、科学的不確実性の場合に、そのような定量は実行不可能である。さらに、予期される悪影響が、実際に、我々の選択された保護水準にとって問題を引き起こすかどうか確信は持てない（そしてそれ故に、悪影響として見るべきでない）か、又は、そのような問題を実際に引き起こすかもしれない影響に気付いていない可能性がある。」
- (101) 1990年の元の指令（90/220/EEC）を2001年に拡充強化して制定された。事前承認の仕組み等の制度の骨格は旧指令からのものである。立川雅司「EUにおける遺伝子組換え作物関連規制の動向—食品・飼料規則制定後の動きを中心に—」藤岡典夫・立川雅司編『GMO：グローバル化する生産とその規制』農林水産政策研究叢書7号（2006年・農林水産政策研究所）参照。
- (102) もとより、EUのこれらの措置が客観的に予防原則の適用要件を満たすかどうかは別問題である。
- (103) 『コミュニケーション』パラグラフ6.4。医薬品、農薬、化学物質等においてこういった制度が取られている。こうした事前承認制度について言われる「立証責任の転換」とは、訴訟における証明責任の転換ではなく、事業者の証拠提出責任について述べている（大塚・前掲注12）317頁）。
- (104) 『コミュニケーション』パラグラフ6.3.5。
- (105) いわゆるグリーンピース事件（Case C-6/99, 21 March 2000）とモンサント

事件（Case C-236/01, 9 September 2003）。

- (106) なお、EUはこの「モラトリアム」解除も、今日に至るまで新規のGMOの承認にきわめて慎重な姿勢をとり続けている。
- (107) これらの措置に対しては、米国、カナダ及びアルゼンチンの3カ国が、SPS協定等に違反するとして2003年5月にWTO提訴した。EUはこれらの措置の正当化のために予防原則を援用した。2006年11月に出されたWTOの裁定は、幾つかの点においてSPS協定違反を認定したが、予防原則の適用要件との関係については「予防原則の国際法上の地位が未解決である」とし、判断していない。EUのこれらの措置及びWTO紛争については、藤岡・前掲注92）73頁以降参照。
- (108) Christoforou, *supra* note 75, at 201.
- (109) 原文はイタリアック。
- (110) 『コミュニケーション』は「選択された保護の水準」に関して「ゼロ・リスク」を目指してはいけないと述べている（6.3.1）。しかし、Christoforouは、欧州の社会は「高い健康保護の水準」を掲げ、一般的にリスク回避を求める政策を追求することから、ゼロ・リスク政策の追求は、食品法、環境保護その他の法領域で、欧州ではまれなことではない、とする。また、ゼロ・リスクレベルを追求することは、no risk（リスクなし）を達成することと同義であるとは限らず、特定されたリスクを可能な限り最小化しようとすることと同義である、とする。Theofanis Christofourou, “The regulation of genetically modified organisms in the European Union: The interplay of science, law and politics”, 41 Common Market Law Review (2004) at 703.
- (111) この2つの構成要素の区別が『コミュニケーション』の注目点であることについては、Scottらも指摘する。次のように論評する。「『コミュニケーション』の予防原則を二つの構成要素にブレイク・ダウンする試みが注目される。第一に、行動するか否かの政治的決定、第二にどのように行動するかに関連する決定である。第一は、予防原則の援用の引き金を引くことに関連して観察される。第二は、予防原則の適用から生じる措置の性質に関連する。行動することの決定を、どのように行動するかについての決定と区別することは実際上いつも可能とは限らないけれども、この区別は、どのような要因及び閾値が分析のどの段階で関連するののかという注意深い考察に有益である」。Joanne Scott and Ellen Vos, “The Juridification of Uncertainty: Observations on the Ambivalence of the Precautionary Principle within the EU and the WTO” in Christian JOERGES Renaud DEHOUSSE

(eds.), *Good governance in Europe's integrated market* (Oxford University Press, 2002) at 277.

(112) Lucas Bergkamp, “*Understanding the precautionary principle (Part II)*” in *Environmental liability*, Vol. 10, 2 (Hunton & Williams, 2002) at 72; Bergkamp, *supra* note 3, at 21. なお、WTO のホルモン牛肉事件で、上級委員会が、「予防原則は、前文の第6パラグラフ及び3条3項においても反映されている。これらは明らかに、現存する国際基準、ガイドライン及び勧告よりも高い（つまり警戒的な）衛生保護の適切な水準を確保する加盟国の権利を認めている」と判示した（para. 124）のも、同様の考え方から来ているように思われる。

(113) Schomberg, *supra* note 76, at 23-25.

(114) 筆者は、榊澤能生教授から「ドイツ法では、予防原則（事前配慮原則）の適用の下で、比例原則に基づき保護の水準と措置が決定されることから、保護の水準が予防原則の発動を決めることはあり得ない」との教示をいただいた。したがって、この点において欧州委員会の予防原則とドイツの予防原則とは異なっていることになるが、その背景を考えてみる。欧州委員会が「選択された保護の水準」を予防原則の発動基準に使用することにしたのは、本論文で明らかにしたように国際条約等で一般的な予防原則発動基準である「深刻な又は回復不可能な」を使用したくないことが動機となっている。他方ドイツの予防原則の発動基準については、もともと、「深刻な又は回復不可能な」という限定の必要性に関する議論がない（その理由としては、ドイツのリスク事前配慮には、科学的に不確実な場合以外に、損害発生の確率が判明して低い場合が含まれ（大塚・前掲注12）301頁）、EU法や国際法におけるような予防原則と未然防止原則との区別が問題になっていないとの事情があるのかもしれない）ことから、これに代わる基準である「選択された保護の水準」を予防原則発動基準との関連で議論する動機がそもそも存在しないということではないかと思われる。なお、「選択された保護の水準」を予防原則の発動基準に使用することにしなくても、EC条約に規定されている「高い保護水準原則」（前述第2章3節）に従っていないことにつながるわけではない。「高い保護水準原則」に従って高く選択された保護水準を目標にして（保護水準に適合するように）措置を定める点に変わりはないと考えられるからである。「選択された保護の水準」を、措置を定める段階だけでなく予防原則の発動基準にも使用するというのが欧州委員会の主張していることであり、本論文が問題としているのはこの点である。

(115) 本稿の本題からははずれるが、「選択された保護の水準」が、「損害のおそれ

（潜在的損害）要件だけでなく、もう一つの予防原則適用要件である「科学的不確実性」要件に対して影響を与える可能性という問題も別途ある。この点に関連すると思われる重要な判断がWTOの米国・譲許停止継続事件でなされている。ある規制分野について国際基準が存在する場合、既に何らかのリスク評価が実施されており、科学的証拠が存在しているといえる。その場合でも、国際基準よりも高い保護の水準を設定してより厳しい措置を暫定的に採用する場合、SPS協定5条7項（科学的証拠が不十分な場合に、一定の要件の下に暫定的にSPS措置を採用することができるという予防原則を反映した規定）を援用できるのかどうかという問題が争われた。ここで上級委員会は、「適切な保護の水準」の高さは、SPS協定5条7項の「科学的証拠の不十分性」基準の判断に影響する（より低い保護水準の下で「科学的証拠が十分」であったとしても、より高い保護水準の下では「科学的証拠が不十分」になる可能性あり）との解釈を示した（WT/DS/320/AB,16 Oct. 2008. この解釈について、京極（田部）智子・藤岡典夫、「SPS協定の科学に関する規律の解釈適用：EC・ホルモン牛肉規制事件を中心に」農林水産政策研究 第17号, 2010, p.21-24参照）。この考え方を予防原則一般に応用すれば、「選択された保護の水準」の高さは、予防原則の適用要件のうち「損害のおそれ」要件にのみならず、「科学的不確実性」要件にも影響し、予防原則の適用を容易にする方向へ働くことにもつながる可能性がある。

