The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	環境法における予防原則の展開（一）
Author(s)	松本, 和彦
Citation	阪大法学. 2003, 53(2), p. 1-20
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54914
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

論説

環境法における予防原則の展開（一）

松本和彦

一　序―本稿の課題

（1）予防原則とは何か

環境法の基本原則の一つとして、予防原則（precautionary principle）が挙げられることが多くなった。[1] 予防原則とは、ある環境法辞典によれば、「取返しのつかない重大な影響については、科学的根拠又は科学的知見が不十分であることを、費用対効果の高い対策の実施を延期する理由としてはならず、予防的対応をとるべきであるという原則」[2] と定義されている。あるいは、「人の生命・健康や自然環境に対して大きな悪影響を及ぼす可能性が懸念されている物質や活動について、たとえその悪影響に対する科学的な解明が不十分であっても、全ての関係者は十分な防護対策を実施すべきであるという思想を指す」[3] ともいわれる。あるいは、一九九八年一月二五日にアメリ

カ・ウィスコンシン州で開かれたウィングスプレッド（Wingspread）会議で採択された有名な声明によると、「ある活動が人の健康あるいは環境に対して害悪を及ぼすおそれを惹起した場合、たとえいくつかの因果関係が科学的に完全に解明されないときでも、予防的措置をとらなければならない」[4]とする原則であるという。

その基本的発想は、手遅れになる前に生命・健康への被害や環境破壊を食い止め、損害発生を未然に防止しようとするところにある。こうした発想自体は決して目新しいものではなく、「急速な産業化が進められた一九世紀にその源流を求めることも可能である」[5]とすらいわれる。しかし、それが予防原則という一つの環境法原則に定式化されたのは比較的最近のことである。

予防原則とはいかなる法原則なのか。それが最も活発に論じられているのは国際環境法の領域である。[6]というのも、近年、多くの条約その他の国際文書の中に、この原則が取り入れられ実定化されたからである。全世界レベルでの最初の具体化は、一九八二年の国連世界自然憲章（United Nations World Charter for Nature）第一一ｂ原則であるという。それは自然保護の観点に限定されていたものの、自然に対して重大なリスクを惹起する活動は、その悪影響が十分に解明されていないときでも、推進されるべきではないと規定された。これをさらに発展させ一般定式化したのが一九九二年の国連環境開発会議の宣言、いわゆるリオ宣言の第一五原則である。

リオ宣言第一五原則いわく、「環境を保護するため、各国はその能力に応じて広く予防的アプローチを適用しなければならない。深刻あるいは回復不能の被害が発生するおそれがある場合に、十分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高い措置を延期する理由として使われてはならない」。

リオ宣言には日本も署名しており、それゆえここでいう「予防的アプローチ」は日本も承認している。同様の文言は、リオ宣言と同年に採択された「生物多様性条約」の前文と「気候変動枠組条約」の三条三項にも見られる。

日本はいずれの条約にも加入している。つまり、日本にとって予防原則は実定国際法原則であるとの評価ができるのである。

最近は化学物質規制との関連で、国内法においても予防原則を受け入れようとする動きもある。[7] 化学物質の中には、たとえ微量であっても長期間暴露されることで、人の生命・健康や生態系に悪影響を及ぼす疑いのあるものがある。そのような物質については、人や生態系に対する影響が科学的に解明されていない場合であっても、取り返しのつかない事態が発生する前に、被害を未然に防ぐための「予防的方策」を講ずることが重要だとされる。[8] 今のところ、化学物質規制のための化学物質審査規制法は予防原則をはっきりと受け入れていない。しかし、二〇〇三年の法改正により、環境リスクの管理が従来よりも強化され、環境に対する有害な影響を未然に防止するための体制整備という方向性は示された。

(2) 予防原則批判

こうした動向をうかがう限り、予防原則の普遍化は疑う余地もないように思われる。それが定着するのは時間の問題だといってよいように感じられる。しかし、にもかかわらず、その法的地位は実際は必ずしも盤石ではない。国際環境法の領域ですら、同原則の普遍化を承認することには慎重な姿勢が支配的であり、「国際慣習法の原則であるということは難しい」[9] という評価が多い。同原則はそこから具体的な指針を導くことができるほど明確な内容を持たない、というのがその理由である。予防原則に好意的な論者にあっても、「それが実際は何を意味しているのか、それをいかにして履行すればよいのかについて、誰も本当のところは分からない」[10] と述べている。そのせいか、国際環境法では、予防原則ではなく予防的アプローチという言葉を用いて表現される場合も多い。そこには法原則と受け取られることへの「ためらい」も感じられる。

予防原則に対する「ためらい」は、定義の仕方にも表れている。予防原則を表明したといわれるリオ宣言第一五原則からして、その定義は歯切れの悪い消極的定式化にとどまっている。この程度の内容の「予防的アプローチ」なら、別段、特別の法原則を打ち立てたというほどのこともない。また、リオ宣言の影響下で制定された日本の環境基本法四条に至っては、「環境の保全は……科学的知見の充実の下に環境の保全上の支障が未然に防がれることを旨として、行われなければならない」と規定するのみである。ここまで希釈化されるとリオ宣言からも後退したといわざるを得ず、これを予防原則と呼ぶのは同原則を空虚にするだけのように思われる。(11)

他方、予防原則の普遍化に批判的な見解もなお有力である。もともと予防原則論者には、新しい科学技術のもたらすリスクへの警戒感があり、テクノロジーの発展を「進歩」と見る捉え方に懐疑的なところがある。それゆえ論者の中には、安全性が確認されるまでは新技術の導入そのものを見送るべきだ、と主張をする者もないではない。しかし、こうした主張に対しては、人々が誤りから学ぶ機会を閉ざしかねないとする批判が強い。(12) いわく、予防原則は錯誤なき試行（trial without error）を推進するものであり、誤りから学んで事態を改善しようとする意欲に乏しい。新しいテクノロジーは確かに新しいリスクをもたらすかもしれないが、それ以上に大きなリスクを生むテクノロジーに取って代わったり、あるいはテクノロジーのコストを引き下げ、あるリスクへの暴露可能性を小さくすることもあるのであって、こうした契機を見逃すべきではない。新技術を開発するときの基本姿勢は、錯誤なき試行より、むしろ試行錯誤（trial and error）を志向しなければならないというのである。

試行錯誤のあり方については、予防原則論者と批判的論者の間で意見に微妙な食い違いがある。予防原則論者が取り返しのつかない誤りを犯さないよう行動に制限をかけるべきだと考えるのに対して、批判的論者は取り返しのつかない誤りかどうかの判断は容易ではないし、行動に制限をかけるべきか否かは、むしろリスクとベネフィット

の比較に基づいて判断されるべきだと考える。

予防原則論者は「安全性に関する大きな疑念があるがそれに関する経験的知識が不足している新技術については、とりあえずは実験的技術と見なし、いきなり大規模に導入することを避け、関係者に高度の注意義務を課しつつ、慎重に様子を見ながらゆるやかに普及浸透を認めていく、という基本的考え方にもとづく防護対策を講ずる必要がある。それは大きな被害を出さないためでもあるが、撤退のための経済的・社会的コストが過大となることを避けるためでもある。危ないことがわかればいつでも引き返せるように進むためには、モニタリングをきちんと行い、その記録を保存する必要がある」[13]という。

これに対し批判的論者には、失敗のリスクをリスクとしてのみ捉えるのではなく、リスクと裏腹であるベネフィット獲得の機会と理解する、あるいは少なくとも、失敗から学習するきっかけをつかむ要因と積極的に評価する視点がある。したがって、リスクへの警戒感よりもベネフィットへの期待感の方が大きい。それに、あるリスクの回避は（場合によればより大きな）別のリスクを将来するかもしれないのだから（リスク・トレードオフ）、ゼロリスクの探求もあらゆる局面でのリスクゼロを意味するわけではない。[14] 大きなリスクを避けたつもりが、実はもっと大きなリスクを抱え込んでいたということもあり得る。リスクを取る取らないの決定は、結局のところ、「前門の虎、後門の狼」に直面せざるを得ない、と考えるのである。[15]

さらに、法的見地からすると、予防原則は自由の意味を変質させてしまう可能性をはらんでいる。自由とは、法主体の内の意思にしたがい、外からの制約に妨げられることなく行動できることをいうのだとすれば、予防原則はその自由を拘束し制限しようとする側に立っている。もちろん、ある行動（たとえば先端科学技術の使用）が、経済的自由（憲法二二条一項、二九条）の行使であろうと、学問研究の自由（憲法二三条）の行使であろうと、その

行動が人の生命・健康や生態系に悪影響を及ぼすおそれがある以上、公権力による制限の対象になるのは当然である。しかし、その場合でも自由が原則であり、原則たる自由を制限するのなら、制限する側に自由の危険性を証明する責任があるというのが、従来の基本的な考え方であった。[16] 問題は、予防原則の受け入れがこの基本的な考え方に変更を迫るのではないか、という点にある。予防原則は、自由を行使する側に安全性の証明責任を課して、自由を自由でなくしてしまうのではないか。公権力に自由を定義する権限を与え、その承認の下でしか自由の余地を認めないことになりはしないか、[17] といった疑問を投げかけるのである。

(3) 予防原則の形成過程—ドイツ法からEU法、国際法へ

以上のような批判論を鑑みるだけでも、予防原則の評価は難しいということが分かる。予防原則の価値を正しく評価するためには、同原則の意義、内容、限界を詳しく知らなければならない。実際の予防原則がどのように理解され使われているのか、どのような問題があると考えられているのか、について知識を持たなければならない。そのためには、予防原則の起源から検討して、同原則が発展し普遍化していく過程を跡付けていくことが、その意義、内容、限界を明らかにしようとする作業にとって不可欠であろう。予防原則の形成過程を考察する必要性である。

では、予防原則はどのようにして形成されていったのだろうか。その源流を求めていけば一九世紀にまで遡らなければならないといわれるが、法原則としての定式化はそれほど昔のことではない。この点、予防原則の起源はドイツ法の事前配慮原則（Vorsorgeprinzip）にある、というのが衆目の一致したところである。[18] 一言でいうと、一九七〇年代にドイツ政府が打ち出した環境プログラムにおいて定式化された事前配慮原則が、ドイツ国内の環境政策の中で具体化されると同時に、ドイツ代表の懸命の働きかけによって、ヨーロッパの国家間条約で採用され、さらにEC条約上の環境基本原則として受け入れられ、リオ宣言や気候変動枠組み条約、生物多様性条約のような全

世界レベルの国際条約に浸透していったというのである。

この事前配慮原則が予防原則の原型である。もっともドイツでは、通常、Vorsorgeprinzip の英訳が precautionary principle だとされており、事前配慮原則＝予防原則と受け止められている。つまり、予防原則というのは、ドイツの事前配慮原則がそのままヨーロッパや世界に普及していったものと理解されているのである。しかし、ドイツ法の原則が国際化していく中で、もっというと普遍化していく過程において、その内容が修正され加工され、あるいは洗練され彫琢され、ひょっとすると逆に誤解され歪曲され、そして変容していったということも十分に考えられよう。もともと原則と呼ばれるものは、そういう変化を受け入れやすい柔軟で可塑性に富んだ性質を備えている。だとすれば、予防原則の意義、内容、限界を考察しようという場合も、まずドイツ法の事前配慮原則をめぐる議論[19]の検討から始めて、それがEU法、国際法へと及んでいった展開過程を見ていく必要があるのではないか。こうした見地から本稿ではドイツ法上の議論を中心において、そこから予防原則がどのように発展していったのかを辿っていくことにしたい。

二　ドイツ法における事前配慮原則―概観

(1)　連邦政府の環境政策における事前配慮原則

戦後ドイツ（ドイツ連邦共和国）政府は、社会の復興と経済の立て直しに重点を置く政策を推進してきたが、産業化のめざましい進展とは対照的に、その副産物として発生した環境汚染に対しては、連邦に十分な権限が備わってなかったこともあって、満足のいく対策を取ってこなかった。[20] この状況を一変させた政治的出来事が、一九六九年のＳＰＤ（社会民主党）・ＦＤＰ（自由民主党）の連立政府（ブラント政権）の成立であった。新しい連邦政府

は環境政策を重視し、まず一九七〇年九月一七日に緊急プログラム[21]を作成し、次いで一九七一年九月二九日に環境プログラム[22]をまとめ上げ、環境保全に対する連邦政府の基本政策を提示した。そして、この基本政策を実行するため、それまで連邦に認められていなかった権限を創設しようとし[23]、基本法を改正するよう働きかけて、一九七二年、基本法七四条一項の「連邦の競合的立法権限のカタログ」に二四号を追加し、連邦に「廃棄物の除去、大気の清浄維持、騒音の防止」を規律する権限を与えることに成功した[24]。これにより立法権限を得た連邦議会は、矢継ぎ早に環境保護立法の制定に着手することになる。その成果が、廃棄物処理法の制定（一九七二年）、連邦イミッシオーン防止法の制定（一九七四年）、水管理法の改正（一九七六年）、連邦自然保護法の制定（一九七六年）であった。

事前配慮原則の萌芽は、連邦政府が作成した七〇年の緊急プログラムと七一年の環境プログラムの中に既に見られる。まず七〇年緊急プログラムでは、危険防止（Gefahrenabwehr）と区別された事前配慮（Vorsorge）の概念が使われた[25]。そして七一年環境プログラムでは、「将来世代への事前配慮という理由から、あらゆる負荷負担のために、自然の受容能力を利用し尽くすようなことがあってはならない」と宣言された[26]。両プログラムにはまだ事前配慮原則の定式はない。しかし七一年環境プログラムは、主たる目標として「長期的観点からの環境計画」を掲げ、そこにおいて「自然基盤の保護と強化を国家の生活配慮（Daseinsvorsorge）の優先的課題とし、その時々の科学技術の水準にしたがって絶えず更新される環境法」によって「長期的観点からの環境計画」を推進するとの立場を打ち出した[27]。後に具体化されることになる事前配慮と計画的手法の関連づけが、この段階で既に行われている。

七一年環境プログラムは連邦政府の環境政策を決定づけた。既に述べたとおり、その方向に沿う形で相次いで重要な環境法令が制定された。さらに連邦政府は五年後の一九七六年に環境報告書[28]を提出し、七一年環境プログラムの成果を総括すると同時に、その継続的執行を提唱している。その際、七六年環境報告書は、七一年環境プログラ

ムの基底には次の三つの基本原則があったと述べている。後に環境法の三大原則（Prinzipientrias）と呼ばれることになる三つ、すなわち事前配慮原則、原因者負担原則（Verursacherprinzip）、協働原則（Kooperations-prinzip）である。事前配慮原則は、連邦政府により、ここで初めて原則としての公認を得た。その内容は以下のように記述されている。[29]

「環境政策は発生するかもしれない危険の防止と発生した損害の除去に尽きるものではない。事前配慮の環境政策は、それを超えて、自然の基盤を保護し大切に利用するよう要求する。事前配慮原則を執行することが、以下のための前提条件である。すなわち、①人の健康、息災を保護し、②自然の能力を維持し、③文明の進歩と国民経済の生産性を長期的にも保障し、④文化財・経済財への損害を回避し、⑤景観・動植物の多様性を確保することである」。

「これらの極めて多様な分野横断的な課題に応えるため、環境政策の行政的・計画的領域に対する要求が絶えず大きくなる。さらに、全ての社会勢力と国家勢力が環境を大切に扱い、決定を下す場合は考えられる環境影響を考慮するよう、予見的・形成的な計画的措置を通じて誘導されなければならない。このことは、エコロジー的観点が尊重されなければならないということであり、ある領域における負担の緩和が別の領域への環境負荷の移動に終わってはならないということでもある」。

七六年環境報告書は、事前配慮原則を定式化し、その内容として、危険防止と損害除去にとどまらない環境への事前配慮を想定する。しかもそれは「予見的・形成的な計画的措置」、すなわち計画的手法を通じて実行されるという。

この一〇年後の一九八六年に、連邦政府は「有害物質の発生回避と段階的削減による環境事前配慮指針」[30]を発表

する。この八六年環境事前配慮指針において連邦政府は、三大原則（事前配慮原則、原因者負担原則、協働原則）を再び定式化し、事前配慮原則については、さらに詳しい分析を加えている。ここで連邦政府は事前配慮原則について、それは法律による規範化と領域ごとの具体化を必要とする法原則であるのみならず、政治的な行動原則であるとしている。そして、政治的行動原則としての事前配慮原則は、以下のような「広い事前配慮概念」であると述べる。すなわち、①具体的な環境危険の防止（危険防止）、②危険防止の前域での環境に対するリスクの発生回避あるいは削減（リスク事前配慮）、③将来の環境の予見的形成、とりわけ自然の生活基盤の保護と発展（将来配慮）の三つの意味である。[31] この三つは厳格に分離できず、重なるところがあるとはいえ、一応の区別が可能とされる。

まず第一の危険防止（Gefahrenabwehr）は、伝統的に「環境政策の不可欠の構成要素」であったものとされる。「発生のおそれがある損害の種類と範囲、及び損害発生の蓋然性」について、「通常の生活経験と科学的知見に鑑みると、十分に損害が発生する蓋然性がある」と判断される場合、そこには「危険」があるとされ、その「危険」は防止されなければならないといわれる。危険防止は国家の義務であり、「危険」の放置は許されない。ただし、因果関係のはっきりしない損害は防止の対象にはならない。危険防止の対象になるのは、「危険」と呼ぶにふさわしい「重大な（erheblich）」環境汚染に限られる。

これに対して、第二のリスク事前配慮（Risikovorsorge）は「危険防止の前域（Vorfeld）」にかかわるものである。「リスク事前配慮は、発生のおそれがある損害の種類と範囲、及び損害発生の蓋然性から見れば、まだ危険を根拠づけるとはいえない、あるいは現時点ではなお正確に評価できないような環境リスクについて、その発生を回避し、あるいは削減することに向いている」。つまり、それが志向するのは「環境リスクの最小化、すなわち環境リスクの発生回避あるいは削減」である。しかも重要なことは「現在の科学水準からすると、一定の因果関係は

肯定も否定もできない」ときでも、損害の可能性に配慮しなければならないということである。

第三の将来配慮（Zukunftvorsorge）は右の二つとは異なる観点から組み立てられる。それは、「自然の生活基盤を保護し発展させ、これによって将来世代が活躍するための自由空間（Freiraum）をも保全しようとして、人の生活形態を予見的に形成するもの」である。つまり、環境政策は危険やリスクに対処するだけの「防衛的環境保護（defensiver Umweltschutz）」にとどまっていてはならず、むしろ環境を能動的に形成しなければならないというのである。さらに、環境汚染物質のエミッシオーンは、早い段階で食い止めなければならないから、「環境を大切にする製造過程と製品を開発しなければならず、まず第一に環境汚染物質のエミッシオーンを発生させてはならず、あるいは少なくともできる限り発生回避しなければならない」とする。将来配慮は、将来世代に配慮した能動的環境形成、すなわち持続可能な循環型社会の形成を目指すのである。

このように八六年環境事前配慮指針は、事前配慮原則を「広い事前配慮概念」を用いて再定式化し、それを危険防止、リスク事前配慮、将来配慮の三つの側面から理解した。こうした理解は、一九九〇年に連邦政府が公表した九〇年環境報告書においても維持されている。[32] しかもそこでは、環境問題を大気、水、土壌といった環境媒体ごとにバラバラに考察・対処するのではなく、様々な領域を横断して問題を捉える統合的環境保護（integrierter Umweltschutz）の必要性が唱えられている。この統合的環境保護の思想は、七六年環境報告書にあった「ある領域における負担の緩和が別の領域への環境負荷の移動に終わってはならない」という主張をまとめ上げたものであり、後にECにおいて、一九八五年の「特定の公的・私的プロジェクトに関する環境親和性審査に関する閣僚理事会指令」（ÜVP指令）と一九九六年の「環境汚染の統合的回避・削減に関する閣僚理事会指令」（IVU指令）に具体化され、ドイツでも遅ればせながら二〇〇一年に国内法化が行われた。[33]

事前配慮原則は、連邦イミッシオーン防止法を始めとして、いくつかの法令に部分的に取り入れられているが、それ自体を正面から実定化した法令はまだ存在しない。正確にいえば、一九九〇年五月一八日の通貨・経済・社会同盟創設に関する東西ドイツ国家条約一六条二項と一九九〇年八月三一日の東西ドイツ統一条約三四条において、[34] 三大原則の一つとして言及されるのみである。他方、連邦政府は八〇年代後半から環境法の法典化作業を進めており、いくつかの草案を公表している。その中で事前配慮原則そのものを明文化している。たとえば、一九九七年の独立専門家委員会草案五条[35]は以下のような規定をおいている。すなわち、

第五条　事前配慮原則

① 環境あるいは人に対するリスクは、とりわけ予見的計画と適切な技術的予防措置を通じてできる限り排除あるいは削減されなければならない。

② 事前配慮は傷つきやすい集団及び傷つきやすい自然の構成要素の保護にも奉仕する。将来及び生態系に適合した利用のため、自由空間が保全されなければならない。

③ 環境の質は、汚染された地域においては改善されなければならず、汚染の少ない地域においては維持されなければならない。

草案の公式の註釈によると、この規定は事前配慮原則を具体化したといわれる現行法規の内容をまとめたものだとされる。[36] 現行法には一般的な事前配慮原則を定式化した規定はなく、環境法令ごとに様々に具体化されているだけである。しかしそれらを全体的に考察すると、右のような定式が得られるのだという。「事前配慮の環境保護は、早い段階から行われ、危険を回避するだけでなくリスクの最小化も図る」ものである。また、将来世代の利用に供するため、自由空間を創設し保全するという「資源管理の思想」をも含むものである。と同時に、汚染された地域

に対する改善命令と、汚染の少ない地域の環境状況の悪化防止をその内容とするというのである。

この環境法典草案は、統合的環境保護の発想も取り込んで、早急に連邦議会で可決される予定だったのであるが、環境法の全分野を規律する立法権限が連邦にあるか否か、という憲法問題がクリアできず、今なお店ざらし状態になっている。[37] 事前配慮原則は現在も一般原則としての実定化を見ていない。

（2）学説における事前配慮原則

ドイツの事前配慮原則は連邦政府の環境政策の中で形成された。それは政治的行動原則として立法化を教導し、実際に連邦イミッシオーン防止法五条一項二号の事前配慮義務[38]に見られるような具体化も導いた。逆に、具体的な規定の運用が事前配慮原則の内容を豊かにもしていった。連邦憲法裁判所や連邦行政裁判所の判例も部分的ではあるが事前配慮原則の形成に寄与した。[39] しかし、その内容のほとんどが連邦政府の環境政策に由来するといっても過言ではない。学説も様々な場面で事前配慮原則について論じているが、その多くは連邦政府の定式に説明を加えているに過ぎない。

ただし、学説の議論は論者の重点の置き所に応じて様々である。連邦政府が定式化した事前配慮原則も「広い事前配慮概念」を用いるものであったが、学説のそれはさらに多面的である。レービンダーによると、それは次のような一一の概念化が可能であるという。[40] すなわち、①特定の物質あるいは原因者に帰責不可能な場合であって、直接に差し迫った被害を防止すること（したがって結局のところ、保護原則の意味における危険防止）（「補充的構成要件」としての事前配慮原則）、②生態系の調整空間と将来の汚染に対する余地の保全のためのイミッシオーン削減（「自由空間機能」）、③一定の、しかし不確実な損害が発生しそうな場合における（物質生成あるいは事故の）リスクの低減、④単なる（具体的な）リスクの疑い（考えられるが、不確実な損害）がある場合における考え

られるリスクの低減、⑤（具体的な）リスクの疑いがない場合であっても行われるべき環境汚染の最小化、⑥最大限度の環境選択（エミッシオーンの低減のみならず、必要な環境利用に対する環境保護の視点の下での最善の媒体使用）、⑦環境悪化の禁止、⑧無害性の証明がない場合における環境への働きかけ（エミッシオーンないし物質流通）の禁止、⑨ゼロ・エミッシオーンの要請、⑩紛争衝突回避の要請、⑪持続可能な利用の要請、である。

もっとも、学説の多くは連邦政府の引いたラインの上で定式を洗練することに専念している。ここではその代表例としてクレプファーの議論を見ておく。[41]

クレプファーは連邦政府によって展開されてきた事前配慮原則の基本線を肯定しつつ、そこに後代保護（Nachweltschutz）や持続可能な発展（sustainable development）の原則、統合的環境保護、物質循環法（Stoff-Kreislauf-Recht）、エミッシオーン削減に対するエミッシオーン発生回避の優位といった傾向を見て取っている。連邦政府が示した事前配慮原則の三つの区別（危険防止、リスク事前配慮、将来配慮）については、危険防止が伝統的にリスク事前配慮と区別して扱われてきた（たとえば、連邦イミッシオーン防止法五条一項一号と二号の区別）ことを理由に、事前配慮の領域から分けて扱うべきだとしている。[42] その上で、事前配慮原則を安全法（Sicherheitsrecht）の視点から見れば、リスク・危険事前配慮（Risiko-bzw. Gefahrenvorsorge）として現れ、管理法（Bewirtschaftungsrecht）の視点から見れば、資源事前配慮（Ressourcenvorsorge）として現れると理解する。

前者のリスク・危険事前配慮は、なお危険の状況にないリスク、すなわち危険の閾値（Gefahrenschwelle）を下回るリスクに対する事前配慮である。[43] それは時間的・空間的に遠く離れた危険に対しても配慮し、損害発生の可能性が低くかったり、科学的知見が不十分なことから因果関係が不明確なリスクに対しても配慮し、それ自体は危

険ではないが、総体としては有害で技術的に回避可能な環境汚染に対しても配慮するよう求める。しかし、「疑わしきは安全の側に（in dubio pro securitate）」を主張する事前警戒原則（Vorsichtsprinzip）は厳格すぎるとして退けている。

後者の資源事前配慮は、将来の利用のために環境資源を大切にして、十分な自由空間を残すよう計画する事前配慮である。[44] 自由空間理論（Freiraumtheorie）と呼ばれることもある。[45] ここでいう自由空間とは第一次的に「将来の生活空間」であり、副次的に「将来の産業振興のための汚染可能な余地」である。ただし、現在の資源利用を一方的に制限してでも将来のそれを確保しなければならない、とまでは主張されない。

クレプファーは他に事前配慮原則の隣接原則として、保護原則（Schutzprinzip）、持続性原則（Grundsatz der Nachhaltigkeit）、ゆりかごから墓場まで原則（Cradle-to-grave-Prinzip）、現状保護原則（Bestandsschutzprinzip）を挙げている。[46] そのうち保護原則は伝統的な危険防止をその内容とするものであり、持続性原則は持続可能な発展の原則のことで、資源事前配慮と同義に解釈可能であるという。ゆりかごから墓場まで原則は、製品の全ライフサイクルをコントロール下に置くよう求めるもので、物質循環法や統合的環境保護と関わる最近の潮流である。これも事前配慮原則の一側面と理解される場合もあるが、クレプファーは区別する。他方、現状保護原則（ないし環境悪化の禁止）は事前配慮原則の部分原則であるとするが、これも厳格に理解すると、あらゆる現状変更が環境汚染行為とみなされ、一切の活動が不可能になってしまうので、それは許されないという。

（3）小括

以上、ドイツ法における事前配慮原則を概観した。ドイツでは伝統的に警察法原則として危険防止の考え方があり、損害を未然に防止すべしとする基本的発想があった。そしてそれが事前配慮原則の母体となった。しかし、産

業社会の進展と科学技術の発展が危険防止にとどまらないリスク事前配慮を要求し、また資源の計画的・効率的な利用を促す将来配慮（クレプファーのいう資源事前配慮）を要求するようになった。後者は、ゆりかごから墓場まで原則とも結合し、製品の全ライフサイクルの統制を要求するだけでなく、さらに統合的環境保護をも射程に収めるようになった。

このように概観すると、予防原則はドイツの事前配慮原則のうち、リスク事前配慮という一側面しかカバーしていないようにも見える。しかし、そのように結論づける前に、連邦イミッシオーン防止法を初めとする実定法上の議論を検討し、ドイツの事前配慮原則がどのように展開していったのかを瞥見し、それがドイツ国外にどのように及んでいったのかを見る必要があろう。これらの点の考察が以下の課題である。

（1）　大塚直『環境法』五八頁（有斐閣・二〇〇二年）参照。
（2）　淡路剛久・編集代表『環境法辞典』三三八頁（有斐閣・二〇〇二年）。
（3）　吉岡斉「特集のねらい―予防原則思想の発展を目指して」環境ホルモン三巻八頁（二〇〇三年）。
（4）　C. Raffensperger and J. Tickner (eds), *Protecting Public Health and the Environment : Implementing the Precautionary Principle* (Island Press, 1999) pp. 353-354.
（5）　吉岡・前掲論文註(3)九頁。
（6）　磯崎博司・高村ゆかり「地球環境問題と国際環境法」森田恒幸・天野明弘編／岩波講座　環境経済・政策学第六巻『地球環境問題とグローバル・コミュニティ』二一六頁（岩波書店・二〇〇二年）、堀口健夫「予防原則の規範的意義」国際関係論研究一八号五五頁（二〇〇二年）、水上千之「予防原則」水上千之・西井正弘・臼杵知史編『国際環境法』二一四頁（有信堂・二〇〇一年）参照。
（7）　南博方・大久保規子『要説　環境法』八八頁（有斐閣・二〇〇二年）。
（8）　環境省編『平成一四年版　環境白書』六三頁（ぎょうせい・二〇〇二年）。

(9) 水上・前掲論文註(6)二二九頁。

(10) A. Jordan and T. O'Riordan, The precautionary principle in contemporary environmental policy and politics, in: Raffensperger and Tickner (eds), supra p. 22.

(11) もっとも、この点について、環境庁企画調整局企画調整課編『環境基本法の解説』一四七頁（ぎょうせい・一九九四年）は「これは、規制等の施策の策定に際して従来以上に科学的な根拠を要求する等の制約を付するものではなく、深刻な、あるいは不可逆的な環境の保全上の支障が生じるおそれがある場合には、科学的確実性が不完全であることが、環境の保全上の支障の防止のための措置を延期するための理由とされるべきでないことはいうまでもない」と説明する。

(12) J. Morris, Defining the precautionary principle, in: J. Morris (eds), *Rethinking Risk and the Precautionary Principle* (Butterworth-Heinemann, 2002) pp. 12f.; A. Wildavsky, Trial and error versus trial without error, in:J. Morris (eds), supra pp. 23ff.

(13) 吉岡・前掲論文註(3)一二頁。

(14) ジョン・D・グラハム／ジョナサン・B・ウィーナー、菅原努監訳『リスク・トレードオフ』（昭和堂・一九九八年）参照。たとえば、フロン（クロロフルオロカーボン）は人畜無害であったため、冷却剤や洗浄剤として、毒性の強いアンモニアに取って代わったが、その後、オゾン層を破壊する効果があることが分かり、代替フロン（ヒドロクロロフルオロカーボン、ヒドロフルオロカーボン等）に取って代えられた。ところが、今度はその代替フロンに地球温暖化の効果があることが分かり、代替物質であるイソブタンへの切り替えが進められている。リスクの回避が別のリスクを発生させた一例である。こういう連鎖作用が発生する限り、リスクの低減は果てのない永遠の課題とならざるを得ない。この点については、山口節郎『現代社会のゆらぎとリスク』一七二頁以下（新曜社・二〇〇二年）も参照。

(15) I. Goklany, *The Precautionary Principle : A Critical Appraisal of Environmental Risk Assessment* (Cato Institute, 2001) p. 7.

(16) 拙著『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会・二〇〇一年）参照。

(17) 立法者が明示的に許容するまで遺伝子工学施設の建設・操業を認めないとしたカッセル上級行政裁判所の決定（Beschl. v. 6. 11. 1989, JZ1990, S. 88ff.=NJW1990, S. 336ff.）に、この種の発想がうかがわれる。この問題につい

ては、M. Kloepfer, Technikverbot durch gesetzgeberisches Unterlassen?, in : ders., Umweltschutz und Recht, 2000, S. 203ff.

(18) Jordan and O'Riordan, supra p. 19 ; 磯崎・高村・前掲論文註(6)二二七頁、水上・前掲論文註(6)二二四頁。U. Di Fabio, Voraussetzungen und Grenzen des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips, in : FS W. Ritter zum 70. Geburtstag, 1997, S. 807 (810).

(19) ドイツ法の事前配慮原則については、山下龍一「西ドイツ環境法における事前配慮原則（一～二・完）」法学論叢一二九巻四号三二頁、六号四一頁（一九九一年）が基本文献である。他にも、戸部真澄「ドイツ環境行政法におけるリスク規制（上、中、下）」自治研究七八巻七号一〇五頁、一〇号一一三頁、一二号一二二頁（二〇〇二年）、勢一智子「ドイツ環境法原則の発展経緯分析」西南学院大法学論集三二巻二・三合併号一四七頁（二〇〇〇年）が参考になる。また、「ドイツ法における予防原則の系譜」については、松村弓彦「予防原則」法律のひろば五五巻二号七六頁（二〇〇二年）も参照。

(20) 以下の叙述は、M. Kloepfer, Zur Geschichte des deutschen Umweltrechts, 1994, S. 81ff. ; 阿部泰隆「西ドイツ・総説」環境調査センター編『各国の環境法』二四九頁（第一法規・一九八二年）を参考にした。

(21) Bundesregierung, Sofortprogramm 1970, Reihe „Betrifft" des BMI, Heft3.

(22) Bundesregierung, Umweltprogramm der Bundesregierung, BT-Drucks. VI/2710.

(23) ドイツは連邦国家であり、それゆえ、基本法（憲法）が明文で連邦に認めていない事項は州の任務となり（基本法三〇条参照）、基本法が明文で連邦に付与していない立法権限は州の立法権限となる（基本法七〇条一項）。基本法は連邦の立法権限を専属的立法（基本法七三条）、競合的立法（基本法七四条）、大綱的立法（基本法七五条）の三つに分けて規定している。第一の立法権限は連邦だけが行使できる。第二の立法権限は連邦も州も行使できるが、連邦が行使した場合は州が退かなければならない。第三の立法権限は基本的に州の権限であって、連邦はただ当該事項の大枠を規律できるだけである。環境保全に関わる事項は分散して振り分けられていた。しかし、専属的立法権限に属するものはほぼ皆無で、いくつかが競合的立法権限に委ねられていたほか、自然保護・景観保全と水管理が大綱的立法権限に位置づけられていた。大気汚染防止や廃棄物処理のような事項は、当初、基本法上に手がかりがなく、したがって州の規

律権限と考えられていた。

(24) この基本法改正により、連邦は廃棄物処理法とイミッシオーン防止法を制定する権限を獲得した。しかし、自然保護・景観保全と水管理については、競合的立法の領域にしようとした連邦政府の目論見が外れ、大綱的立法権限のまま留め置かれた（現在もそうである）。そのため、連邦は大綱的立法を行うのみで、詳細の規律は州に委ねられた。

(25) Sofortprogramm (Anm. 21), S. 8.

(26) Umweltprogramm (Anm. 22), S. 7.

(27) Umweltprogramm (Anm. 22), S. 9.

(28) Bundesregierung, Umweltbericht'76 — Fortschreibung des Umweltprogramms der Bundesregierung, BT-Drucks. 7/5684.

(29) Umweltbericht'76 (Anm. 28), S. 8.

(30) Bundesregierung, Leitlinien der Bundesregierung zur Umweltvorsorge durch Vermeidung und stufenweise Verminderung von Schadstoffen (Leitlinien Umweltvorsorge), BT-Drucks. 10/6028.

(31) Leitlinien Umweltvorsorge (Anm. 30), S. 7.

(32) Bundesregierung, Umweltbericht1990, BT-Drucks. 11/7168, S26.

(33) ドイツの統合的環境保護については、神橋一彦「ドイツ環境法における『統合的環境保護』について」樋口陽一・上村貞美・戸波江二編・栗城壽夫先生古稀記念（信山社・近刊）参照。

(34) Art. 16 des Vertrages über die Schaffung einer Währung-, Wirtschafts-und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik vom 18. Mai 1990; Art. 34 des Vertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands vom 31. August 1990.

(35) Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (UGB-KomE), 1998, S. 111.

(36) UGB-KomE (Anm. 35), S. 454f.

(37) 環境法典と連邦の立法管轄権をめぐる議論については、Vgl. M. Kloepfer, Aspekte eines Umweltstaates Deutschland, in: K.-P. Dolde (Hrsg.), Umweltrecht im Wandel, 2001, S. 745 (762ff.). また、神橋一彦「環境法の法典化」阿部泰隆編『ドイツの環境法』(信山社・近刊) も参照。

(38) 連邦イミッシオーン防止法五条一項二号は許可を要する施設の事業者の義務として、「有害な環境影響及びその他の危険、重大な不利益、重大な迷惑行為に対しては、とりわけ技術水準に応じた措置を通じて、事前配慮を行わなければならない」との事前配慮義務を定めている。

(39) たとえば、原子力法の合憲性が争われた連邦憲法裁判所のカルカー決定 (BVerfGE49, 89 — 高田敏解説・ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』二九五頁 (信山社・一九九六年)) 参照。また八六年環境事前配慮指針は、危険防止から区別されたリスク事前配慮を説明するため、一九八五年一二月一九日の連邦行政裁判所の説示 (BVerwGE72, 300 (314)) を引用している。Vgl., Leitlinien Umweltvorsorge (Anm. 30), S. 7.

(40) E. Rehbinder, Das Vorsorgeprinzip im internationalen Vergleich, 1991, S. 9f.

(41) M. Kloepfer, Umweltrecht, 2. Aufl., 1998, S. 166ff.

(42) この点で、オッセンビュールは危険防止と事前配慮を厳格に区別することはできないとして、むしろ両者の連続性を重視している。Vgl. F. Ossenbühl, Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz, NVwZ1986, S. 161 (162f.).; Rehbinder (Anm. 40), S. 8f. また、戸部・前掲論文註(19)(上) 一一二頁以下も参照。この議論は危険防止と事前配慮を明文で区別する連邦イミッシオーン防止法五条一項一号、二号の要件を前提とするものであり、多分に特殊ドイツ的である。

(43) Kloepfer (Anm. 41), S. 169ff.

(44) Kloepfer (Anm. 41), S. 173f.

(45) 自由空間理論については、山下・前掲論文註(19)(一) 四〇頁、戸部・前掲論文註(19)(中) 一一三頁参照。

(46) Kloepfer (Anm. 41), S. 174ff.

[付記] 本稿は二〇〇二年度科学研究費補助金・基盤研究(A)「市民生活基盤の法および行政に関する日米欧間の比較検証」(研究代表者：平田健治) の成果の一部である。