OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	多数国間環境保護条約の実効性 : 「政策過程としての法」試論
Author(s)	遠井, 朗子
Citation	阪大法学. 2007, 57(1), p. 17-46
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55377
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

多数国間環境保護条約の実効性

――「政策過程としての法」試論――

遠井朗子

はじめに

近年、地球環境問題は国際社会が直面する共通の脅威であるとの認識は一般化した。この間、二国間及び多数国間の環境保護条約は飛躍的に増加し、その規制範囲も拡大している。とりわけ、一九九二年のリオ会議を契機として、地球環境保護を国際社会の共通利益と位置づけて、持続可能な開発の実現を目的とする多数国間環境保護条約が成立し、ほぼ普遍的な参加を達成している。これら諸条約は効果的な実施のための独自の手続及び制度を伴うため、自律的レジームとも称されている(1)。このような条約に基づく多数国間協力は、新たな規範意識の生成と相互往還的に進展し、今日では環境という法益が領域的な主権調整の原理を越えて、普遍的利益であることが認められている(2)。

このように、現代国際法は伝統的な国際法とは異なり、国際社会全体の共通利益を認め、その実現を図るための法制度を含むようになってきた。このような条約は「国際社会の組織化」の新たな証拠と捉えられ(3)、共通利益に基

（阪大法学）57（1-17）17〔2007.5〕

づき、国家の規制権限の機能的統合を目指すという規制の性質に、公法的な国際法秩序の萌芽を読みとることも可能である。(4)

もっとも、多数国間環境保護条約はその妥当範囲においても、集権性においても、国内公法に匹敵するものではない。たとえ、国際社会の大多数の国々が参加したとしても、厳密には普遍性を欠き、第三者効力が認められない以上、その妥当範囲は部分的である。また、法定立及び履行確保はいずれも条約制度内の意思決定過程において行われるが、その決定は集権性を欠き、締約国の意思を乗り越えて「強制」性を帯びるとまでは言いがたい。さらに、対外的関係において、組織の自律的意思を推定し、当該条約制度又は機関に法人格を推定できるかという点には争いがある。(5) したがって、ここで「公法的」な属性とは、対世的かつ集権的な権力基盤の存在を前提とする概念ではない。その作動は第一義的には締約国の自発的協力に依存し、決定の正当性は開かれた（open-ended）討議を通して、その都度、試みられる推論的な（discursive）なものとなる。

このような条約実践は、国際法学者のみならず、国際関係論の研究者らの関心を呼び、一九九〇年代には学際的な共同研究が進められた。(6) 一連のプロジェクトでは、遵守は条約の実効性の指標と位置づけられて、(7) 国家の遵守を導く多様な要因の因果的、実証的な検討が行われている。このような社会科学的方法に基づく「遵守論」は、「書かれた法」（text to be read）としての条約それ自体ではなく、条約が生み出す社会関係としてのレジームへの関心を生起し、従来の国際法では不可視とされていたインフォーマルな制度や、国家以外の多様な行為主体の役割を視野に入れる新たな研究方法の可能性を開いている。共同プロジェクトが関心を呼んだのは、科学的・合理的な遵守研究が、現実と乖離した伝統的な研究視角に対する方法論的な挑戦として、国際法学者のニーズに一定程度、応えるように思われたからである。(8)

しかし、ここで「遵守」の論理は何かという問いが、合理的、戦略的な選択問題に矮小化され、フリーライドを阻止するための制度設計に帰結するならば、法が法として、国家の行為を規定する可能性を考察する契機は失われる。国際関係論の論者らは法とその他の国際規範とを明確に区別せず、法の効果を国家の行為の外的観察に基づいて解明しようと試みたが、このように、法の規範的妥当性や、多様な意味作用を軽視する態度は、国際法学の自己認識に動揺をもたらすが故に、「遵守論」は国際法学者の批判の的となった。

たとえば、国家は状況に応じて、様々な要因を勘案して遵守するか否かを決定するのであり、遵守の要因を特定し、因果的定式を導き出すことは不可能であると指摘されている(9)。また、「確定的な所与の規範について、個人や企業といった受範者による違反の有無とその諸要因を探り、その改善を目指すというスタイル」は、法が受範者である国家の同意を介して成立する国際社会には適合せず、外交実務者の認識と実践を反映していないとの批判もある(10)。彼らは国際規範が示し得るのは外交実務家が抱く期待の一端にすぎないという現実的な見地から、法を自己目的化するかのような遵守論を批判し、国家が国際法に従うか否かは総合的な政策判断によると指摘する(11)。ここで問題とされているのは、国際法は法システムとしては脆弱であるが、国家間の相互伝達手段としては、多様な意味作用を果たしているという「現実」の軽視である。

もっとも、このような「現実」認識自体、問題領域毎に多様化している現代国際法の「現実」を反映していないとの批判も可能であろう。条約は依然として、主権国家の合意によって成立し、国家が法に拘束されるか否かは国家の同意に依存する。しかし、合意内容や履行の監視には、国際機構、市民社会、関連業界団体等、非国家行為主体の実質的な影響力が及んでいる。とりわけ、環境、人権のような法分野においては、法過程への参加者の多元化が進展し、国際法関係を外交実務者の視点に固定して理解することは必ずしも適切とは言い難い(12)。

さらに、遵守論は環境保護条約のように、具体的な政策課題への対処を目的とする制度を主な検討対象としているが、国際法が果たしているその他の多様な機能を視野に入れていないとの批判もある。[13] 確かに、国際法領域の拡散、分裂という状況の下、部分領域における研究成果の安易な一般化は厳に慎む必要があり、遵守という問題の個別的、状況的な性質を勘案すれば、遵守の「一般理論」の検討自体、過度に野心的な試みであるのかもしれない。[14] しかし、国際社会の相互依存が深化し、複雑化する中、国際法が新たな役割を果たすことが期待されているとすれば、かかる法制度の運用（operation）を検討する意義は減じられていないであろう。共通の政策課題への対処を目的とし、外部的強制なしに遵守を確保する自律的な法制度の作動を検討することは、国際法の古典的な自己認識を修正し、より現実適合的な法モデルを考察する契機となるからである。換言すれば、法的拘束力、その帰結としての制裁又はその威嚇を法の存在意義と捉える古典的な法認識は、機能的な法実践の評価により、すでに解体されつつある。そうであるならば、このような法の分析視角を提示することにより、国際法が国際社会で果たしている役割を過大に又は過小に評価するのではなく、より現実を踏まえた実証研究や、規範的な政策提言が可能となると考えられるからである。

それでは、このような多数国間環境保護条約において、受範者の遵守を促進する「規範意識」はいかにして醸成されるのであろうか。これらの条約に基づく規制は国家に経済的負担をもたらす一方、規制効果は不確実で、短期的・個別的な利益を保証していない。したがって、国家の合理的選択に委ねれば、フリーライダーの横行が危惧される。しかも、合意内容は頻繁に変更され、利益の布置は複雑化する一方、法による強制・威嚇の可能性は背後に退いている。このような条約の下でも、正負のサンクションが有効に動員されるならば、協力の促進は可能であろう。しかし、様々な利害・価値の対立が潜在する中、利己的動機に基づく協力が永続する保障はない。他方、関係

当事者が協力を「規範」として受け入れるならば、交渉を継続し、負担を適宜、共有して、条約目的の実現に貢献することが期待される。「法理解は法実践の帰趨を決する」[15]とすれば、政策と融合する形で作動する法をどのように理解するかは、理論的にも実践的にも重要である所以である。もっとも、法認識はいずれにせよ、価値選択を伴うとすれば[16]、その優劣を客観的に評価することは困難である。必要なのは、それぞれの視角の限界と妥当する場面の相違を吟味して、対象に応じた理論仮説を立て、実践を実証的に検討することである。

そこで、本稿においては、多数国間環境保護条約の実効性を評価し、検討するための観点として、「政策過程としての法」という法理解のモデルを提示する。第一章においては、議論の前提として、国際社会の変化とグローバル・ガバナンスの生成に言及して、そこで国際法が果たすべき役割を定義する。第二章では、このような法においては、法と政策の融合が進展していることを指摘する。第三章では、「政策過程としての法」という分析視角を提示し、かかる法＝政策過程の法的正当化によって、「法の政治化」への内在的抑制の契機が存在することを指摘する。さらに、新たな法モデルを媒介として、条約の実効性を多面的に検討することにより、実証研究を踏まえた具体的な政策提言が可能となることを指摘する。

第一章　グローバル・ガバナンスの生成―議論の前提

現代国際法の新たな法領域として、多数国間環境保護条約の運用を検討するには、まず、この主題を全般的な社会的文脈の中に位置づける必要がある。これら諸条約は国際社会の変化の中で、必要に応じて生成し、その作動は国際社会の構造的条件の下で積み重ねられてきた実践であるからである。

環境保護条約に基づく国際協力は、主として三つの要因により、促進されてきた。第一に、科学技術の飛躍的な

発展により、人間活動が地球規模で、かつ人類の未来に多大の影響を及ぼすものとなった結果、人間の道徳的な責任は再検討の必要に迫られている。[17]「将来世代に対する責任」は具体的な法的権利・義務を導く概念としては曖昧であるが、「世代間衡平」に配慮して、「持続可能な開発」を達成するという社会全体の目標や、その実現において、国際社会における意思決定過程の根本的変革が必要であるという認識は、広く共有されている。[18]地球温暖化やオゾン層破壊に対する国際的規制は、このような時間的・空間的に拡がりをもつ人類全体の危機の認識に基づいて、進められてきた。第二に、地球環境は経済学的に見れば、非排除性及び非競合性を有する「公共財」と捉えられ、市場又は国家の任意的選択により、財の利用に伴う効率性を達成することは困難である。さらに、世代を越えた効率性評価の方法は存在せず、長期にわたる公共財の継続的管理においては、何らかの政策的介入が必要となる。第三に、このような危機の認識が共有されるに従って、萌芽的ではあるが、地球規模の問題に関心をもつ越境的な「市民社会」が生成し、環境条約の交渉及び実施において、実質的な影響力を及ぼし始めた。[19]

このような変化の中で、とりわけその背景を成すグローバリゼイションの進展の中で、国際的及び国内的な平面における既存の統治機構の権限は事実上、縮減され、政治的な権威の多方面への拡散が生じている。[20]この文脈で、議論されてきたのが、グローバル・ガバナンス論である。ガバナンスとは、「一般的にものごとを管理・運営していくための諸ルールの体系」[21]を指すが、J・ローズノー（James N. Rosenau）とO・チェンピール（Ernst-Otto Czempiel）らは、「政府なき統治」（Governance without Government）という表現でガバナンスを政府と対比させている。ガバナンスとは、「公式に認められた憲法や憲章及び間主観的な意味に依存しているルールの体系」であり、ある意図をもって形成された目的志向的な秩序である。[22]ガバナンスは単一のモデル、形式又は構造を指す概念ではなく、広範で動的で複雑な相互作用に基づく意思決定のプロセスである。[23]また、グローバル・ガバナンスは単

一の組織原理に基づくものではなく、異なる歴史、目標、構造及びプロセスがもたらした多層的なコントロール・メカニズムの総体を指し、可変的で、時々の環境及び参加者の意思に依存して、秩序と無秩序の間を往還する継続的な過程である。[24]

ここで、レジーム（regime）はガバナンスの一形態ではあるが、ガバナンスと同一ではない。レジームは、所与の又は単一の問題領域において、「構成員の期待を収斂させていくような原則、規範、規則及び手続」[25]と定義されるが、ガバナンスはより包括的な問題領域を対象とする。[26]両者の間に規範的な階層性は存在していないが、レジームはガバナンスの部分を構成することにより、全体的な協力のプロセスに組み入れられていく。[27]

地球環境保護における国際協力もガバナンスと捉えられている。P・バーニー（Patricia Birnie）とA・ボイル（Alan Boyle）は環境ガバナンスとして、国際環境政策の立案及び条約交渉の開始において、国連専門機関等、既存の国際機構が果たしている役割を重視する。[28]他方、ヴォルフルム（Wolfrum）は国際協力を国際環境法原則に基づく規範的要請と捉え、環境ガバナンスを多層的で継続的な協力のメカニズムと位置づけて、異なる制度間の協力という側面を重視している。[29]

このように、ガバナンスの指示内容には曖昧さもあるが、国際社会の共通課題への対処を目的として、組織的に行われるコントロール・メカニズムの存在についてはコンセンサスがある。グローバル・ガバナンス論は多様な行為主体の参加に開かれ、その相互作用を視野に入れる点において、従来の国家間の国際共同体の議論とは相違し、階層的な統治機構ではなく、不定形で可変的な統治のあり方を記述的に描写する点において、制度の集権化を国際社会の組織化の指標とみる規範的な議論とも区別される。

このようなガバナンスの機能は両義的である。ガバナンスにおいては、第一に、関係当事者間の社会関係を秩序

づけ、安定的に維持することが目指される。[30] 他方では、ガバナンスは普遍的価値や、統治の政治的正当性を欠く状況において、関係当事者の相互協力への機運を高め、既存の秩序の変革・移行を促進する役割を果たす。[31] かかる統治のダイナミズムにおいては、国際法も暫定的な秩序の基礎を提供しつつ、共通の目的への協力を規範化し、社会秩序の漸進的な変革を促すという二重の機能を果たすことが期待される。[32] このような役割を担う国際法は諸国家の法を越えて、多様な行為主体の相互関係を規律する法となる。このように、ガバナンスを視野に入れることにより、国際社会はもはや「対立する国益のるつぼ」ではなく、多様な行為主体の協力に基づく統治の対象とみなされ、そこでは、「法は権力の僕以上のものである」ことが期待されている。[33]

以上のように、ガバナンス論はアナーキーな国際社会においても、自生的で動態的な統治の機構が生成し、協力と変革という二重の機能を担うことにより、新たな社会秩序への移行を促すことを論じてきた。国際法もまた、協力を促進しつつ、社会変革の一翼を担うことが期待されている。このような状況の下では、共通の政策目的を実現するために、社会構成員の行動を制御することを企図した政策指向的な法領域が拡大し、「法と政策の融合」が進展する。

第二章　法と政策の融合

第一節　法学における「政策」の意義

ここで、政策とは「一定の社会や組織体が新たな事態に対応して自らのありようを変化させようとすること、またはそれについての案」と定義され、「社会や組織体」には、国内社会、地域社会、各種の組織体と共に、国際社会も含まれる。[34]

「（新たな事態・問題に直面し、将来に向かって）多数人の利害に何らかの変更を加えようとする意図の下に選ばれた案」という政策イメージは法律学諸分野に共有されているが[35]、個々の学問領域で議論される文脈に応じて、その捉え方には相違も存在する。例えば、行政学及び行政法学においては、内容としての「政策」が形式としての「法」と対置され[36]、政策は、個人の領域をこえる社会的な目標（公共的な目標）を実現するための指針（多くは法律の形で明示される）であるという側面と、目標を実現するための法制度や個々の法規について、制度の運用の改正や、個々の法規の解釈の方向性を示すための法政策という側面を合わせ持つと考えられている[37]。他方、民法学においては、平井教授が法と政策の対比を「法＝正義」思考様式と「目的＝手段」思考様式の対立と捉え、「法政策学」という「正しい」社会制度設計のための一般理論と技法をもって「目的＝手段」思考様式をもつ「法解釈論」の妥当領域を拡大する必要性を指摘されている[38]。さらに、両者の関係をより一般的に敷衍するものとしては、ドゥオーキン（R. Dworkin）の政策論法と原理論法の対比がある。政策論法とは経済的・政治的・その他の社会的目標を達成できるかどうかを正当化の基準とする判断を指し、原理論法は個人や集団の権利の尊重を正当化の基礎とする[39]。政策論法はある決定の結果の望ましさを判断基準とする「帰結主義」（consequencialism）の一様式であり、個人の平等な取り扱いを保障するものではない。また、政策論法は目的＝手段思考様式をとり、将来指向（forward-looking）である点において、法的思考様式と異なっている。以上のような定義は議論の目的や文脈に応じてなされるため、単純な比較は困難であるが、一般に、国内法学における「政策」の考察は、現代法の多くが権利付与型規範から、資源配分型規範となり、政策法が増大する中、統治政策の合理性、妥当性の検証や、政策決定過程の民主的統制の必要性等の考慮に基づき、行われてきた[40]。

他方、国際法学においては、国際社会の共通利益の認識に基づき、共通の政策目標を考察する理念的基盤は認め

られるものの、「政策」を法学に位置づける試みは散発的で、未だ成熟した議論を形成していない。法システムの自律性は自明のものとされ、法学の課題として政策を積極的に論じる機運は生じていないし、法の目的としての政策に言及される場合にも、その内容は一般的・抽象的なものに留まっている(41)。

もっとも、「政策」を国際法学に体系的に位置づけようとする試みがなかったわけではない。法政策学派の論者らは、国際法を政策過程とみる独自の理論を展開し、法政策の立案及び実施に関わる包括的な分析枠組を提示した(42)。この学派の論者らは法実証主義に基づく理論が国家実行と乖離し、形骸化している点を批判し、特に非国家行為主体の行動が法に与える影響を重視して、法は多様な参加者間のコミュニケーションの過程であり、このような過程を通して資源配分又は価値形成に関わる有権的決定が行われると定式化した(43)。また、法の執行においては、実効的な力の行使が重視されているが、執行は力や便宜ではなく、有権的決定や、共同体の期待に基づき、行われると論じられている。

しかし、この政策指向（policy-oriented）アプローチは、学派の外で一般的な支持を得るには至っていない。このアプローチは、法を人間の尊厳という究極的な価値の実現を指向するプロセスと位置づけるが、共通の政治共同体を欠く国際社会においては、価値基準及びその体系化に先験的な客観性を推定することはできず、当為と事実の境界は曖昧化する。さらに、実効的な力によるコントロールを重視すれば、強者の論理の正当化に帰結し、法の解釈が政治的便宜の口実と化すおそれがある(44)。このように、政策指向アプローチは価値理論として過度に理念的性質や、現実への恣意的適用が批判され、一般的な支持を得ていない(45)。

では、なぜ、国際法学においても「法」と「政策」の関係を再検討し、「政策」を法学に位置づける必要があるのか。第一に、相互依存の進展に伴い、グローバル・ガバナンスが生成しつつあるならば、このような機能的統治

の正当性と実施手段の実効性とを具体的に検討する必要が生じている。第二に、地球環境保護については、萌芽的ではあるが、国境を越える共同体の認識に基づいて、国際社会全体の共通利益や政策の公共性を論ずる理念的な基盤が生じている。第三に、すでに現実の法実践において、「法と政策の融合」は進展している。例えば、環境保護条約のように、対審的な法的紛争解決に重心を置かず、通常の運用に関わる（operational）法過程においては、多段階において、形式主義の相対化が生じている。このような法制度の現状分析や、将来の制度設計の指針を検討するには、法と政策を統合的に捉える視点が必要となる。

第二節　法と政策の融合

ここで「法と政策の融合」とは、法的議論の自律性が失われ、政策的な思考様式が忍び寄っていることを指す。このような融合は法の形式性の緩和として顕在化し、法はあるかないかのどちらかで、相対的な概念ではない、法を他の社会規範と区別しているのは何らかの形で組織化された強制又はその威嚇であるという古典的な法認識は再考を迫られている。

第一に、法と非法の境界は相対化し、法的拘束力ある「法」であるか否かは、当事者の遵守の決定的要因とはなっていない。このような指摘は国際法を外交実務の観点から捉える現実主義の立場において、主張されている。そもそも、分権的な国際社会において、法的拘束力の帰結である法的制裁が現実に行使される可能性はごく僅かであり、制裁の威嚇は遵守の決定的要因とはなり得ない。確かに、法の「違反」は国際的、国内的に重大なスティグマとなるため、国家はその回避に努めるが、非拘束的規範であっても、国家は真摯に受け止め、適宜、対応を行うのが常である、と[46]。このような主張は、法現象への多様な行為主体の参加を――したがって、多様な内的視点の並

存の可能性を――視野に入れていないが、法実践に対して操作的な（operational）視角をとることは、法を所与の社会的実在と捉える見方を相対化し、関係的な概念と捉える社会学的な視点を導く契機となる。斎藤は法的拘束力の認識は、法が潜在的な紛争当事者に用いられる文脈や、当事者のアイデンティティによって異なり、国際社会におけるアクターの多元化が現に進行する限りにおいて、斉一的には捉えられないことを指摘している。[47] このように、法が多様な関係当事者の利益を反映するものとなるならば、法規範はあるかないかという二分法では捉えられず、ある規範や規則が、どのような社会関係（例えば、協力）を育むか、又は阻害するかという視点が重要となる。

第二に、形式的には法的拘束力ある条約として定立されても、国家の合意は実質的には将来へ向けた協力の誓約に留まり、[48] 義務の内容は不確定な将来へ向けて、開かれたまま（open-ended）である。[49] 周知の通り、現代の環境保護条約は枠組条約と議定書の組み合わせによって定立され、枠組条約は一般的義務及び意思決定手続を定め、具体的な規制水準の決定は議定書又は附属書に委ねられるのが通例である。[50] このような動態的な法定立は環境保護条約が科学的知見の進展に伴って、規制内容を適宜、改訂するために必要とされ、完全な合意が成立していない場合にも、交渉を開始し、協力を確立する手法として認められている。つまり、枠組条約は規制の動態性及び参加の普遍性を確保するという便宜のために、意図的に「不完全な法」として定立されている。

第三に、具体的・定量的に規定された議定書の義務であっても、不遵守は条約実施機関と締約国の協議に付され、違反か遵守かという二分法は用いられていない。このような対応は法適用の個別化・相対化を生じ、これを「政治的」実践と評価する見解もある。[51] 他方、国際法の執行手法は多様であり得るという認識に基づけば、[52] 現実に開かれた法認識は可能である。[53] ただし、遵守手続の機能は条約の性質に応じて検討する必要があり、[54] また、関係国に、より「深い」協力を要請する条約においては、不遵守のリスクが高く、制裁を強化すべきとの見解は広く支持されて

いる。[55] 例えば、京都議定書においては、市場参入資格を厳格に審査しつつ、規制措置の不遵守に対する制裁を強化する必要があると指摘されている。[56] しかし、ここで、制裁の可否は結果の望ましさという観点から「政策的に」選択されるのであり、ドグマとしての「法的制裁」とは相違する。履行確保の具体的措置が目的合理性に基づいて決定されるならば、条約の運用が政策的な思考様式に基づいて行われることを認めなければならないが、この点については自覚的に論じられていない。

以上のように、国際社会の共通利益に関わる法実践においては、形式主義は相対化され、法と政策の融合という視点をとる必要が生じている。確かに、ケネディ（D. Kennedy）も指摘するように、形式主義は歴史的には不動の地位を占めてきたわけではなく、常に批判に曝されてきたとしても、[57] 法理論の主流を占め、代替的な法理解のモデルは十分に議論されてこなかった。その結果、国際法理論と実践との乖離が進展し、実践を分析し、将来の制度設計を検討するための理論的枠組は存在していない。新たな制度設計の議論は法学の理論の外で行われ、法的論点はせいぜい、技術的課題に限定されている。

第三章　「政策過程としての法」

第一節　「政策過程としての法」という視角

このような法の分析視角として、「政策過程としての法」という視点を導入する必要がある。「政策過程としての法」とは、国際社会における公共政策に関わる法である。「公共政策」とは、各国の解決能力を超える問題領域をめぐって、協働による解決方法があり、そのような問題解決の手法又は作業仮説の設計に対し、関係当事者に広範な社会的コンセンサスが成立しているものを指す。[58] 「政策過程としての法」は、このような公共政策に関する目的

と、具体的な政策立案及び執行のための制度を含み、継続的な問題解決の過程として機能する。問題解決は様々なレベルで同時並行的かつ重層的に行われ、国家のみならず、多様な行為主体が参加する。ただし、「政策過程としての法」は単一の価値・原理に媒介されて組織化されるのではなく、多様な価値・目標を並存させたままで、合意された手続に従って、参加者の討議に基づき、目的の正当性及び手段の適切性を決定するものとして構想される。

ここで念頭に置かれているのは、様々な利害関心や価値観の対立が遍在する社会である。この点において、法の価値・目的を実現する法内在的な論理を考慮の外に置き、実効性を経験的次元に限定して考察する遵守研究の視座とは相違する。既に述べたように、学際的な遵守研究においては、遵守は多様な外的要因の機能的連関の帰結として捉えられ、遵守を促進し又は阻害する要因を実証的に分析することにより、制度の抱える問題を解決し、実効性を高めることが可能となると考えられた。しかし、機能的で目的指向的な法の運用を積極的に評価する社会工学的発想は、近代化思想を潜在させる進歩史観に繋がりかねず[59]、多様な価値の並存を保障するものではない。とりわけ、秩序変革的な公益実現過程として機能する法の検討において、あるべき社会秩序の正当性の指針を持たず、目的と現状のギャップのみに焦点を当てれば、現在の配分を固定化し、将来へ向けて、資源利用と費用負担の配分を検討する公共的な議論の契機は失われてしまう。この状況の下では、法は様々な利害関心や価値観を持つアクター間の政治的駆け引きの対象となり、「法の政治化」が進展する[60]。

したがって、現状の記述に終始する社会科学的な遵守研究が方法論的に不完全で、規範的にも望ましくないとすれば、「政策過程としての法」は、「法の政治化」に対する法内在的抑制の契機を含むものとして、構想されなければならない。これは、法と政策が融合し、「合法性」が「正当性」の確定的根拠とならない過渡的状況の下、実体的正義に関わる普遍的理論が確立していないとすれば、形式性を緩和した法過程において、規範的妥当性をどのよ

うに捉えられるかという課題である。

第二節　「政策過程としての法」の法内在的統制

新たな規範論の試みは、九〇年代、米国で議論された規範的な遵守論の中に見出すことができる。例えば、フランク（Frank）の「正当性」論、「公正」論、チェイス（Chayes）らの「管理モデル」論、コー（Koh）の「越境的過程」論等である。紙幅の都合上、ここでは相互の比較には立ち入らないが[61]、これら諸理論は法認識及び方法論において相違し、固有の妥当範囲と限界を持つように思われる。単純化を承知の上で、法認識における過程志向―価値志向、方法論における機能的―構造（体系）的という二つの評価軸を用いると、例えば、「過程志向―機能的」なチェイスの管理モデルは価値対立が生じ、協力が困難な局面では有効性が減じられ、自由主義的価値観の共有を与件とするフランクの理論は「価値志向―体系的」であるが、理念的で実証困難である点が問題となる。このように、理論モデルの妥当性は論者の基底的な価値観の相違を反映し、相対性を免れないとすれば、ここで必要とされるのは、機能的制度の下、多様な価値観を尊重しつつ、公共的な合意を形成する方法の検討であり、条約実践を踏まえれば、手続による正当化と、議論を媒介する推論的な正義への準拠という二つの観点が重要となる。

トーペ（Toope）は、議論、正当化、評価という集団的プロセスを重視し、合意手続の公正さにより合意の正当性が認められ、合意内容が規範化されるという構成主義的な見解を提示する[62]。多数国間環境保護条約の運用においては、条約の実施指針として締約国会議（会合）決定が採択され、かかる実践の集積は締約国の実質的合意を構成するとみなされる[63]。さらに、かかる合意の正当性は手続の公正さに依存している。第一に、条約では、コンセンサスを基本としつつ、最後の手段として多数決を認めているが[64]、通常はコンセンサスが用いられ、合意形成過程にお

ける手続的衡平（procedural equity）及び透明性が重視されている。[65] 第二に、決定過程の正当性は特に、先進国と途上国の利害対立を背景として争われることから、制限つき多数決の採用、条約実施機関における代表性の確保等により、途上国の影響力行使の機会が高められている。[66] さらに、討議への途上国の「参加」を実質的に保障するため、途上国代表の参加費用の負担、会議の同時開催の抑制等にも配慮されている。[67] 第三に、制度内の協議過程においては、適正手続（due process）の保障が確保されている。例えば、（不）遵守手続においては、被申立国の意見表明の機会の保障、濫訴の抑止、企業秘密の保護、不遵守と対応措置の均衡性の配慮等により、当事者の利益に妥当な考慮が払われる。このように、制度における定型的・標準的な法運用においても適正手続は要請され、決定の正当化作用を果たすことが期待されている。[68]

政策過程の法的正当化に関する第二の観点は、推論的な「社会的合意／コンセンサス」に基づく議論の様式を、正当化の契機と捉えるものである。国際環境法においては、リオ会議を契機として、国際環境法に固有の「法原則」が生成し、[69] 多数国間条約の定立及び実施において、法的指針を与えることが認められている。[70] かかる「法」原則は、一般国際法上の原則又は「法の一般原則」とは異なり、原則それ自体に法的拘束力は認められず、[71] 宣言的で、議論や交渉の枠組みを設定するものと評価されている。[72] このような原則は、現時点における社会の基底的価値を体現し、「急速に変化する社会の中にあって相当性を備えた（reasonable）解決策についての、政治的・社会的なコンセンサスの表現物」[73] と捉えられる。さらに、政策＝法が「社会的合意」に支えられる限りで実効的であるとすれば、少なくとも、原則の規範的要請と明らかに矛盾する決定は正当化される余地はない。もっとも、国際環境法原則は、規範と実践の相互作用の中で文脈的に確定されていく間主観的了解であるとすれば、[74] 原則の意義は個々の制度を介した討議過程と不可分の関係にある。したがって、原則に基づく合意形成を促進するには、原則の理論的背

景を検討して、その一般的意義を明らかにすると共に、個々の条約制度における当事者相互の了解を、制度の具体的運用に即して見極める必要がある。

以上のように、「政策過程としての法」は、「過程志向―機能的」であるが、公正な討議により確定されていく「開かれた」原則を想定することにより、共通の価値基準の選択を伴う議論様式を重視するものである。このような決定過程の合理化は「法の政治化」に対する万能薬ではないが、かかる視角に基づき、公正な議論を確保するための制度設計を検討し、公共的な議論様式の精緻化が図られるならば、協力が「規範」として受容され、自発的遵守の機運が高められることが期待される。

第三節　「政策過程としての法」の課題―実効性を評価する視点

法の社会への働きかけを重視し、法目的の実現を図るには、関係当事者の協力の促進のみならず、効率性と衡平性、公的規制と私的規制の交錯、条約相互間の協働・調整等、制度設計に関わる多面的な課題を統合的に検討する必要がある。本節においては、問題の所在を指摘するに留め、評価の枠組については改めて検討することとしたい。

一　効率性と衡平性

「政策過程としての法」は合意された指針に従って、反復継続的な決定を行い、公共的な問題解決を図る過程である。このような組織的、定型的な決定過程においては、「効率性」という評価基準を導入し、一定費用で最大効果を又は最小費用で一定効果を達成するような費用効果分析が必要となる(75)。他方、効率性基準において、公正な配分に関する価値判断は回避されているため、資源配分を伴う決定においては別途、正義・衡平の基準を考慮する必要がある(76)。国際社会においては、グローバルな完全市場も国家に上位する政治的権威も想定できず、効率性と正義

の関係を一般的に論ずる条件は存在していない。しかし、多数国間環境保護条約においては、規制に伴う費用対効果の最大化や、援助の費用便益効果が重視される一方、非対称的な当事者間における「衡平」への配慮も重要となる。例えば、生物多様性条約においては、遺伝資源の移転を相互の合意に委ね、経済的インセンティブを促進しつつ、「公正かつ衡平な配分」に関する国際指針が検討されている（第十五条）。また、一般に、所得再配分の効率性については争いがあるが[77]、条約制度を介して途上国に技術移転及び資金供与を行う際には、かかる援助の範囲が問題となる。個々の規制制度の目的を越えた再配分は非効率的であるとの指摘もあるが[78]、援助を限定的なものに留めることにより、条約目的が阻害される場合もあり、現実には、包括的な能力構築と履行援助を結び合わせて、援助の効果を高める工夫が必要となる[79]。

二　公的規制と私的取引規制との交錯

従来、条約が私人の行為規制を目的とする場合には、国家が立法その他の措置により条約の国内的実施を確保するものとされ、事業者は国内法上の規制の客体と捉えられていた。しかし、近年の環境保護条約では、事業者の参加を条約の実施手段として積極的に位置づけて、その参加要件や行動指針が検討されるようになってきた。このような変化は、環境政策の実施において効率性を重視し、経済的手法の利用を推奨する国際的な動向と対応する[80]。経済的手法は「（市場取引に参加している）経済体に利用可能な選択肢の費用対効果に影響を及ぼすことにより、（それらの主体が）環境に望ましい行動をとるよう促進する措置[81]」と定義され、事業者の環境保護費用の負担を軽減し、経済活動を阻害することなく、より費用対効果の高い環境管理を達成するため、様々な分野で用いられている。

京都議定書においても、規制の費用対効果を考慮して、排出量取引、共同実施、ＣＤＭ等、市場メカニズムに基づく実施措置が導入された[82]。もっとも、事業者の正当な期待を保護し、私人間の（又は私人を一方当事者とする）

法律関係の安定を図りつつ、当該取引と議定書目的との整合性を確保できるかは課題となる。例えば、CDMプロジェクトの実施過程において、事業者の異議申立手続は存在せず、手続的保障は十分ではない。また、評価期限は明示されず、厳格な審査により、迅速な決定が阻害される傾向にある。さらに、条約・議定書においては、事業者の投資保護のための救済手続は定められていない。事業者による排出削減単位の過剰売買等の不正行為に対し、いかなる規則が適用されるかは未定であり、排出削減単位の法的性質については議論が分かれている(83)。他方、投資の収益性と事業プロジェクトの地理的配分の衡平性は必ずしも一致していない。これらは条約に基づく規制と私的取引関係との交錯において生じる「法的空白」である。条約の実効性の確保という観点からは、事業者のリスクを低減し、インセンティブを強化しつつ、条約目的を阻害しないような調整方法の検討が必要となる。

三　条約相互間の調整・協働

近年、環境保護条約相互の規制の重複又は抵触が問題とされるようになってきた。条約の規制の重複は財政的、行政的又は技術的資源を浪費し、国際環境法全般の実効性を損なうおそれがある。また、条約の抵触は解釈及び実施に不確実性をもたらすことが懸念される。しかし、従来、国際法においては、条約の抵触は具体的事案において、いずれの条約義務の適用が優先されるかという問題に収斂するものと捉えられ、その他の「抵触」の可能性は検討されてこなかった。条約義務の抵触という主題でさえ、条約法条約において、依然として曖昧であると指摘されている(84)。このような条約相互の規制範囲の調整は、狭義の法律学の主題ではないが、「抵触」が環境という主題の性質から生じているとすれば、規制効果の不確実性というリスクを低減するため、「統合的で全体的なアプローチ」を検討する必要がある。

ヴォルフルム（Wolfrum）は環境保護条約の「抵触」が多層的なレベルで生じることを明らかにし、抵触回避の

ための法的技法に言及しつつ、問題の解決には、「環境ガバナンス」という多元的で動態的なネットワークの構築が必要であるという俯瞰的視点を提示している(85)。上述のように、「環境ガバナンス」という概念の性質及び射程は未だ明らかではない。しかし、個々の条約における法的規制の明確化又は強化が具体的問題の解決に結びつかないとすれば、法的規制の実効性は、個々の条約を超える「協働」「調整」によって支えられることを認め、様々な条約の機能を結び合わせ、統合的に実施する方法を多面的に検討する必要がある(86)。

おわりに

本稿においては、国際社会において、多元的で動態的な統治のメカニズムが生成し、国際社会の共通課題への対処が行われていることを指摘した。多数国間環境保護条約はこのようなダイナミズムの中で生成し、共通の課題に対し、多数国間で問題解決を行うための継続的な法過程として機能する。本稿は、このような法を「政策過程としての法」と定義して、公正な手続及び「法原則」に基づく議論の様式が、政策の法的正当化の契機として機能する可能性を指摘した。

また、このような法制度においては、効率性という価値が重視され、その結果、交換的正義と配分的正義の交錯、条約目的と私的取引関係の整合性の確保等の問題を生成する。かくして、多数国間環境保護条約に基づく規制の全貌は、法的／非‐法的、多数国間／二国間、国家間／私人間という多面的な規制を含み、制度の実効性の評価は多面的・多層的な規制効果の予測を含む統合的な評価プロジェクトとなる。

ところで、条約間の協働・調整はガバナンスの機能的要請であるとしても、国際法学において、政策的な協働・調整という原理を認められるかという問題を提起する。いかにして、アナーキーな国際関係を法的統制の下におき、

法的秩序を確立するかという主題は、国際法学の存在意義にも関わるが、従来は、集権的な制度の成立をもって、「国際社会の組織化」が議論されてきた。しかし、かりに共通の法政策にかかわる「公的空間」を構想し、「調整・協働」を原理的要請と認めることが可能となれば、そのような社会は、あるいは現実的な「国際社会の組織化」の姿となるのではないだろうか。このとき、「政策過程としての法」という観点は、具体的な法制度のみならず、より広範なガバナンスという機能的統治のあり方の正当性と実効性とを検討する視角としても、有益なものとなるかもしれない。

もっとも、理論モデルの妥当性は実証的な検証に委ねられなければならない。例えば、「合意」の規範的妥当性を当事者間の間主観的了解に還元すれば、当為と事実の境界が不確定となり、法が個別的利益の対立・競合の場となるリスクを排除できない。このような「法の政治化」のリスクを低減するには、個々の手続・制度がどのようなパワー・バランスをもたらしているか、また、具体的論争の中で、どのような正義・衡平の基準が選び取られていくかという点を、実証的に検討する必要がある。以上のような課題については、今後の研究課題としたい。

本稿は地球環境研究総合推進費H－3「平成十八年度中長期的な地球温暖化防止の国際制度を規律する法原則に関する研究」の研究成果である。

（1） Robin R. Churchill and Geir Ulfstein, "Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A Little-noticed Phenomenon in International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 94, 2000, pp. 623-625.

（2） 「核兵器使用及び威嚇の合法性」（国際司法裁判所勧告的意見、一九九六年七月八日）、*ICJ Reports 1996*, para. 29.

（3） R. R. Churchill and G. Ulfstein, *op cit*, p. 640.

（4） 小森光夫、「国際公法秩序における履行確保の多様化と実効性」『国際法外交雑誌』、第九七巻第三号、一九九八年八

月、二六一頁。

(5) 法人格の推定に肯定的な見解として、Churchill & Ulfstein, *op cit.*, pp. 647-655. 多数国間条約がある程度、組織化され、定期的会合が開催されても、法人格を伴うわけではないとの指摘については、Ian Brownlie, *Principles of International Law*, 6th ed, 2003, p. 682. 多数国間環境保護条約の対外的な自律性に消極的な見解を示すものとして、Patricia Birnie and Alan Boyle, *International Law and the Environment*, 2nd ed., 2002, p. 204.

(6) Edith Brown Wiess and Haorlod K. Jacobson eds., *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Accords*, 1998; Victor, Raustiala and Skolnikoff eds., *The Implementation and Effectiveness of International Environmental Commitments*, 1992. 研究動向の評価については、拙稿、「多数国間条約の遵守――領域横断的研究の可能性――」、『阪大法学』、第四九巻第二号、五〇七―五三七頁。

(7) ただし、このような置き換えは無意識になされたわけではなく、社会科学のリサーチ・デザインの基本に基づくものであろう。社会科学の「科学」性とは、確立された調査の手続を体系的に用いることによって、妥当な推論を導き出そうとすることにある。したがって、理論は経験的に追試できるような「観察可能な含意」(observable implication) をもっていなければならない。リサーチ・デザインにおける「観察可能な含意」については、G・キング、R・O・コヘイン、S・ヴァーバ（真淵勝監訳）、『社会科学のリサーチ・デザイン――定性的研究における科学的推論』勁草書房、二〇〇四年、vi、三四頁。解釈と科学の関係については、四五頁。

(8) 領域横断的研究の意義を国際法の現実への適応の必要性と関連づけて指摘する見解としては、Anna-Marie Slaughter, Andrew S. Tulumello and Stepan Wood, "International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisiciplinary Scholarship", *American Journal of International Law*, Vol. 92, 1998, pp. 372-373.

(9) 大沼保昭、「国際社会における法と政治――国際法学の「実体法主義」と国際政治学の「現実主義」の呪縛を越えて」、国際法学会編、『国際社会の法と政治』（『日本と国際法の百年』第一巻）、三省堂、二〇〇一年、一二頁。

(10) R. B. Bilder, "Beyond Compliance", Shelton D. ed., *Commitment and Compliance: The role of Non-binding Norms in the International Legal System*, 2000, pp. 65-66.

(11) *ibid.*

(12) 斎藤民徒、「国際法と国際規範――「ソフト・ロー」をめぐる学際研究の現状と課題――」『東京大学社会科学研究紀要』、第五四巻五号、二〇〇三年、五三頁。Markus Burgestaller, *Theories of Compliance with International Law*, 2005, p. 112.

(13) 斎藤、同上、四八頁。

(14) 遵守に関するいかなる理論も普遍的な説明力を持ち得ないとの指摘については、Jutta Brunnée, "Enforcement Mechanisms in International Law and International Environmental Law", in Beyerlin, Stoll and Wolfrum eds., *Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements*, 2006, p. 9.

(15) 宇佐見誠、「政策としての法」、井上達夫・嶋津捨・松浦好治編、『法の臨界：[Ⅲ] 法実践への提言』東京大学出版会、一九九九年、一四三頁。

(16) Burgstaller, *op cit*, p.7.

(17) ハンス・ヨナス（加藤尚武監訳）、『責任という原理――科学技術文明のための倫理学の試み』、東信堂、二〇〇〇年。

(18) 「持続可能な開発」をこのような意義で用いる契機となった文書として、World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, 1987.

(19) ＮＧＯや市民社会は今日では自国政府に対するアドボカシーを越えて相互に連帯し、国際機構の活動に直接、影響を及ぼしている。このような現象を「複雑なマルチラテリズム」（complex multilaterarism）と捉える見解については、Complex multilateralism: MIEs and GSMs, Robert O'Brien, Anne Marie Goetz, Jan Aart Scholte, Marc Williams, eds., *Contesting Global Governance-Multilateral Economic Institutions and Global Social Movements*, 2000, pp. 206-234.

(20) Burgstaller, *op cit*, p. 15.

(21) 猪口孝・大澤真幸・岡沢憲芙・山本吉宣・スティーブン・Ｒ・リード編集、『政治学事典』弘文堂、二〇〇四年、二七〇頁。

(22) James N. Rosenau and Ernst-Otto Czempiel, eds., *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, 1992, p. 4. 政府とガバナンスは共に、意図的な活動であるが、政府が公式の権威に支えられ、政策の実施を確保するための警察権力（police power）を有するのに対し、ガバナンスは法的又は公式の責任に支えられていない。また、

ガバナンスは政府より広範な現象を指し、インフォーマルな又は非政府的なメカニズムを含む。

(23) Commission on Global Governance, *Our Global Neighbourhood*, 1995, pp. 2-4；グローバルな秩序は、必ずしも単一で一貫した（coherent）なパターンと結びつかないとの指摘については、Rosenau et als eds., *op cit.*, pp. 14-15.

(24) Burgstaller, *op cit.*, p. 14.

(25) Stephan Krasner ed., *International Regimes*, 1983, p. 2.

(26) Rasenau et als eds., *op cit.*, pp. 8-9.

(27) 国際政治学における regime 概念は必ずしも条約や国際機構のような公式の制度と同視されるものではないが、単一の問題領域の規制に関わる環境条約と、条約相互間の協力を要請する環境ガバナンスとを連続的で多層的な協力のプロセスと位置づけるものとして、Rüdiger Wolfrum, Nele Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, 2003, pp. 162-163.

(28) P. Birnie and A. Boyle, *op cit.*, p. 34.

(29) ヴォルフルムは国家の当初の協力は条約機関、異なる条約の機関、その他の制度という多層的なレベルで、相互的、継続的な協力に引き継がれなければならないと指摘する。Wolfrum and Nele Matz, *op cit.*, pp. 162-163.

(30) ただし、ガバナンスと秩序とは相互作用的な関係にある。ローズノーは秩序はガバナンスの前提であり結果であると指摘する。Rosenau et als eds., *op cit.*, p. 9.

(31) ガバナンスを漸次的な変換のプロセスとみる見解については、Burgstaller, *op cit.*, p. 15.

(32) 例えば、トーペ（Toope）は国際法を、目的とプロセスの各々の正当性の相互作用の中で、参加者が漸次的に規範内容を明確化していくダイナミズムと捉えている。Stephen J. Toope, "Emerging Patterns of Governance", in Michael Byers ed., *The Role of Law in International Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, 2000, pp. 97-99. 政策学派の主張に依拠しつつ、国際環境法の秩序維持と変革という二重の機能に言及するものとして、Elli Louka, *International Environmental Law-Fairness, Effectiveness, and World Order*, 2006, p. 65.

(33) Birnie and Boyle, *op cit.*, p. 36.

(34) 岩村正彦他編、『政策と法』（岩波講座現代の法・四）、岩波書店、一九九八年、ⅴ頁。

(35) 前田陽一「民法学からみた「政策と法」」、同上、三三頁。

(36) 森田修「民法典と個別政策立法――〈支援された自律〉の概念によるエスキース」、同上、一一一頁。

(37) 高橋滋「法と政策の枠組み――行政法の立場から――」、同上、八―九頁。

(38) 平井宣雄、『法政策学（第二版）』有斐閣、一九九五年、一五―二二、四五―四七頁。ただし、両思考様式は、他の論者においては、平井ほど、排他的には捉えられていないとの指摘については、前田、前掲論文、四九―五〇頁。

(39) ロナルド・ドゥウォーキン（木下毅・小林公・野坂康司訳）、『権利論』、木鐸社、一九九八年 [Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1971]、九九頁。

(40) 高橋、前掲論文、九―一一頁。

(41) 例えば、政策は「目的のみが規定された規範」と定義され、目的達成のための具体的基準、手段、手続は含まれないと考えられている。国家はコンセンサスに到達するため、誠実に協力する義務を負うが、具体的権利義務は政策から導出されない。このような政策の規範力は曖昧で具体性がないと指摘されている。Pieter van Dijk, "Normative force and Effectiveness of International Norms", *German Yearbook of International Law*, Vol. 30, 1987, pp. 13-14. このような認識は目的実現の手段も含めて、政策を論じる国内法学の法政策論には程遠い。

(42) M. S. McDougal, "International Law, Power and Policy: A Conception", 82 *Recueil des cours*, Vol. 82, 1953-I, pp. 137-258.

(43) 有権的決定のプロセスとは、かかる決定が行われる制度及び過程の枠組を設定する決定（constitutive process）と、越境的な資源配分及び価値の形成・配分に関わる決定（public order decision）により、構成される。

(44) 法政策学派の理論の意義と限界の指摘については、奥脇直也、「過程としての国際法――実証主義国際法論における法の変化と時間の制御――」『世界法年報』第二二号、二〇〇三年、六四―七〇頁。特に、六七頁を参照。Anne Peters, "Overview of Contemporary Approaches to International Law", *German Yearbook of International law*, Vol. 44, 2001, pp. 31-32.

(45) ただし、ポスト冷戦期の脱イデオロギー的状況の下、国際法を多様な参加者の相互作用の過程とみる視座は現実主義と実定法主義への対抗理論として、一定の支持を獲得している。例えば、Abram and Antonia H. Chayes, *The New*

Sovereignty : Compliance with International Regulatory Agreements, 1995 ; Harold H. Koh, "Why Do Nations Obey International Law ?", *Yale Law Journal*, Vol. 106, 1997, pp. 2599-2659.

(46) 中村はウィーン条約の起草過程、国際裁判、学説、外交実務に基づき、法的拘束力ある合意と非拘束的合意との区別が明確に維持されていることを踏まえた上で、法的拘束力は、「あくまで国際約束の遵守を促す諸力の内の一つに過ぎず、かつ、国際関係においてはそれが機能する範囲は極めて限定的である。むしろその強弱の違いこそあれ、法的拘束力を有しない国際「合意」と共通するその他の諸力も同様な重要性を持って作用していることに留意する必要がある」と指摘する。中村耕一郎『国際「合意」論序説』、東信堂、二〇〇二年、一三八頁。Dijk, *op cit.*, pp. 19-21. 同様に、政策的判断の中に法は埋め込まれているとの指摘については R. B. Bilder, *op cit.*, pp. 67-70.

(47) 斎藤、前掲論文、七二―七九頁。

(48) Douglas M. Johnston, *Consent and Commitment in the World Community*, 1997, p. 281.

(49) 形式的にはハードな法が実質的にはソフト・ローに近似し、規範の境界が相対化されるとの指摘については、Shelton, "Law, Non-Law and the Problem of Soft Law", in D. Shelton ed., *supra* n. (10), p. 10.

(50) 山本草二、「国際環境協力の法的枠組の特質」『ジュリスト』第一〇〇五号、一九九三年、一四五―一五〇頁。村瀬信也、「国際環境法――国際経済法からの視点」『ジュリスト』第一〇〇〇号、一九九二年、三六三頁。

(51) ソフトな履行確保を「政治的」実践として、法の埒外に置く見解としては、M. Koskenniemi, "Comment on Paper by Antonia Handler Chayes, Abram Chayes and Ronald Mitchell", in W. Lang ed., *Sustainable Development and International Law*, 1995, pp. 93-94.

(52) Brunnée, *op cit.*, p. 23.

(53) 法規制が実際に、どの程度、望ましい社会変化をもたらすか又は望ましくない社会状況や変化を阻止するかという観点が重視されるなら、条約の実効性は規則の形式的遵守ではなく、条約目的との相関関係によって評価されるとの指摘については、小森光夫、前掲論文、三七―四一頁。

(54) 不遵守を巡る紛争のリスクが二国間関係で生じる場合には、遵守手続の機能は対審型紛争処理に接近する可能性がある。バーゼル条約の遵守手続につき、この点を指摘するものとして、柴田明穂、「「環境条約不遵守手続は紛争解決制度を

害さず』の実際的意義」、島田征夫・杉山普輔・林司宣編、『国際紛争の多様化と法的処理：栗山尚一先生・山田中正先生古希記念論集』信山社、二〇〇六年、七六―八九頁。

(55) George W. Downs, David M. Rocke, and Peter N. Barsoon, "Is the good news about compliance good news abut cooperation ?", *International Organization*, Vol. 50-3, 1996, pp. 379-406. ダウンズらの主張に依拠し、遵守が政策目的に寄与しない場合があるとの指摘については、斎藤、前掲論文、四七頁。「協調ゲーム」ではなく、「協力の状況」において、管理モデルの効果を消極的に評価する見解として、Burgstaller, *op cit.*, p. 46. ただし、ブルネはダウンズらのモデルの意義は文脈的要素の重要性に焦点をあて、遵守戦略の一律的な処方に警鐘を鳴らすことにあると指摘している。Brunnée, *op cit*, pp. 9-10.

(56) 西村智朗、「地球環境条約における遵守手続の方向性――気候変動条約制度を素材として」『国際法外交雑誌』、第一〇一巻、第二号、二〇〇二年、一一九頁。

(57) David. Kennedy, "The Disciplines of International Law and Policy", *Leiden journal of international law*, Vol. 12, 1989, pp. 94-98.

(58) 「公共政策」の定義において、ミニマムの政策・制度保障として「市民の合意」を指摘するものとして、松下圭一、『政策型思考と政治』東京大学出版会、一九九一年、一〇頁。

(59) Kennedy, *op cit*, pp. 100-101. 尚、このような研究手法は米国における実証主義・経験主義法社会学と同質性が認められるが、この活動が次第に社会管理と結びついた技術的知へとその性格を変容させてゆき、その批判性・対抗性を喪失したとの指摘については、和田仁孝、『法社会学の解体と再生――ポストモダンを超えて』、弘文堂、一九九六年、二九―三一頁。また、社会工学的な行動科学が米国の政治風土の産物であり、価値中立的ではないとの指摘については、阿部斉、「社会工学的思考と現代社会」、『世界』、一九八三年一月号、八三―八五頁。

(60) 「政策法」における「法の政治化」の危険性を一般的に指摘する見解として、阿部昌樹、「法化社会における法と権力」、和田仁孝編、『法社会学』、法律文化社、二〇〇六年、五七―五八頁。

(61) 各論者の理論の比較については、Burgstaller, *op cit.*, pp. 113-165.

(62) Toope, *op cit.*, p. 98.

(63) Farahana Yamin, Joanna Depledge eds., *The International Climate Change Regime-A Guide to rules, institutions and procedures*, 2004, p. 9.

(64) コンセンサスを基本として、三分の二多数決を認める場合（モントリオール議定書、生物多様性条約、砂漠化対処条約、ＣＩＴＥＳ、ラムサール条約）、同様に四分の三多数決を認める場合（オゾン層保護条約、バーゼル条約、気候変動枠組条約、ＰＩＣ条約、ＰＯＰｓ条約）がある。

(65) このような慣行は交渉に最も消極的な当事者に有利に働き、合意が最低限となる傾向がある。したがって、議長のリーダーシップや非公開会合により、決定の効率性が重視される場合もあるが、効率性が決定の正当性を保障しない以上、衡平性と効率性の均衡を図る必要があると指摘されている。Joanna Depledge, *The Organization of Global Negotiations*, 2005, pp. 91-103, 135-136, 234.

(66) 例えば、モントリオール議定書第二条九項（ｃ）。議定書の多数国間基金執行委員会のメンバーシップも先進国、途上国代表を均衡させているが、同様の構成は再構築後のＧＥＦでも採用された。

(67) Joanna Depledge, *supra* n. (65), pp. 83, 204-205.

(68) 協議プロセスの手続的統制に言及するものとして、Thilo Marauhn, "Towards a Procedural Law of Compliance Control in International Environmental Relations", 39 *ZaöRV*, vol. 56/3, 1996, pp. 722-730.

(69) David Freestone, "The Road from Rio : International Environmental Law After the Earth Summit", *Journal of Environmental Law*, Vol. 6/2, 1994, p209.

(70) 気候変動枠組条約第３条柱書。原則の指針的機能に言及するものとして、Philippe Sands, "International Law in the Field of Sustainable Development", *The British Yearbook of International Law*, Vol. 65, 1994, p. 336; D. Bodansky, "The UN Framework Convention on Climate Change : A Commentary", *The Yale Journal of International Law*, Vol. 18, 1993, p. 501 ; 96-97. Lluis Paradell-Trius, "Principles of International Environmental Law : an Overview", *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 9/2, 2000, pp. 94-96.

(71) 原則の法源性及び内容の曖昧さの観点から、法的地位は不明確であるとの指摘については、Paradell-Trius, *op cit*, p. 94. もっとも、原則の中には既存の原則の再陳述や再定義とみられるものもあり、個々の原則の法的地位は個別に吟味す

る必要がある。Sands, *op cit.*, p. 336.

(72) Daniel Bodansky, "Customary (and Not So Customary) International Environmental Law", *Global Legal Studies Journal*, vol. 3, 1995, pp. 115, 117-119. 同様に、一定の政策指針として機能する規範的基準の存在を論じるものとして、Eibe Riedel, "Standards and Sources Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law?" *European Journal of International Law*, vol. 2-2, 1990, pp. 65, 83-84.

(73) このようなペレルマンの所説に依拠し、制度の外部に拡がる社会的コンセンサスを法的正当化の規準とみる見解については、亘理格「行政上の命令・強制・指導――社会的合意論の視点からの展望――」、岩村他編、前掲書、二五一―二五三頁。

(74) このような動態のメカニズムを概説するものとして、鶴田順、「「国際環境法上の原則」の分析枠組」『東京大学社会科学研究紀要』第五七巻第一号、二〇〇五年、七三―七八頁。

(75) 『法と経済学』においては、市場取引と権威的決定のいずれによって効率性が達成されるかは争われてきた。コース＝カラブレイジ論争に言及しつつ、法制度における効率性基準を概説するものとして、平井宣雄、前掲書、七〇―九二頁。

(76) 同上、七〇頁。

(77) 効率性と衡平性は市場取引により両立可能か、事後的再配分を要するかという論争については、Michael I. Swygeert and Katherine Earle Yanes, "A Unified Theory of Justice: The Integration of Fairness into Efficiency", *Whashington Law Review*, Vol. 73, 1998, 249-327; Russell B. Korobkin and Thomas S. Ulen, "Efficiency and Equity: What can be Gained by Combininng Coase and Rawls?", *ibid*, pp. 329-348.

(78) Christopher D. Stone, "Common but Differentiated Responsibilities in International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 98, 2004, pp. 283-285, 293-295.

(79) 拙稿、「「共通であるが差異ある責任（ＣＢＤＲ）」原則――履行援助における責任の差異化の検討を中心として――」『阪大法学』第五五巻第一号、一一九―一四三頁。

(80) Declaration on "Environment: Resources for the Future" of 20 June 1985, para. 8, in *OECD and Environment*,

Paris, 1986, p. 20. see also S. Murase, "Perspectives from International Economic Law on Transnational Environmental Issues", 253 *Recueil des course* 283, 1995, p. 401.; J. B. Opschoor and H. B. Vos, "Economic Instruments for Environmental Protection", *OECD, Paris*, 1989; J. B. Opschoor, A. F. de Savornin Lohman and H. B. Vos, "Managing the Environment: The Role of Economic Instruments", *OECD, Paris*, 1994.

(81) Michale Bothe and Peter H. Sand eds., La politique del'environment-Environmental Policy: from regulation to Economic Instruments, 2003, *Recueil des course*, p. 5.

(82) 議定書交渉が本格化した九〇年代には経済のグローバル化，民間直接投資の増大及びエネルギー部門の民営化が進展していたため，事業活動を多国籍化させ，温暖化に直接，影響を及ぼす民間セクターの活動を実効的に規制するには，従来の国家による規制では十分ではなく，国際的な規制制度に経済的インセンティブを導入する必要があると考えられたためである。Laura B. Campbell, "The Role of the Private Sector and Other Non-State Actors in Implementation of the Kyoto Protocol", in W. Bradnee Chambers ed., *Inter-Linkages-The Kyoto Protocol and the International Trade and Investment Regimes*, 2001, pp. 19–21.

(83) Summary Report Under Chatham House Rules, *Workshop: Legal Implications of the Clean Development Mechanism on Host Countries: Legal Nature and Ownership of Emission Reductions*, January 23–24, Washington D. C., pp. 4–5.

(84) I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1984, p. 93.

(85) R. Wolfrum and N. Matz, *op cit.*

(86) 例えば，MEAsのクラスタリングの評価と見通しについては，Sebastian Oberthür, "Clustering of multilateral environmental agreements, potentials and limitations", in M. Bradnee Chambers and Jessica F. Green eds., *Reforming International Environmental Governance*, 2005, pp. 40–65.