

丙第46号証

鑑定意見書

平成27年6月18日

京都大学大学院法学研究科

教授

高木 光



一 はじめに

本意見書は、平成26年(ネ)第126号 大飯原発3・4号機運転差止請求控訴事件につき、長年原子力訴訟に関心を有してきた研究者の立場から所見を述べるものである。関西電力株式会社から依頼された鑑定事項は、【1】第一審判決(福井地裁平成26年5月21日判決)は、原子炉等規制法が採用し、伊方上告審判決(最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁)で確認された「安全性」判断の原則に反しているのではないか、【2】第一審判決は、原子炉等規制法による行政規制、とりわけ、「新規制基準」の意義を無視しているのではないか、の2つである。

私は、第一審判決について、業界誌に簡単なコメント¹をしたことがあり、また、仮処分によって再稼働の差止めが求められた類似の案件について下された最近の2つの地裁決定(高浜3・4号機に関する福井地裁平成27年4月14日決定及び川内1・2号機に関する鹿児島地裁平成27年4月22日決定)について、その対照的な判断の仕方を紹介するとともに、今後の理論的課題を指摘する小稿²を執筆したところである。

そこで、本意見書では、以下、まず、私が第一審判決を読んで感じた問題点を簡単に指摘する(二)とともに、行政訴訟と民事訴訟の役割分担についての私の基本的な考え方を示し(三)、その後に、依頼された2つの鑑定事項について所見を述べることにしたい(四及び五)。

二 第一審判決の問題点

大飯原発の再稼働の差止めを命じた第一審判決については、マスコミ等における評価は極端に分かれている。他方で、「法学的視点から」の分析・評価は、筆者の知る限りでは活発とはいえない。筆者は判決直後に、悩みながら³も簡単に批判的なコメントをしたが、その後、本格的な論稿を執筆することはできずに1年が経過し、その間に公表されたものとしては、大塚教授による第一審判決にやや好意的なもの⁴があるにとどまる。

¹ 高木光「原子力技術に基づく判断を『素人の代表』に委ねていいのか」月刊エネルギー論 2014年7月号70-71頁(多事争論:大飯原発差し止め判決の是非を問う!)

² 高木光「法律時評:仮処分による原発再稼働の差止」法律時報 2015年7月号1-3頁。

³ 筆者が第一審判決を批判することに「悩み」を感じたのは、以下の理由による。筆者は若いころから原子力訴訟には強い関心を有してきたが、専門分野は「行政法」であり、同じ原子力訴訟といっても、原子炉設置許可などの行政機関の判断の適否を問題とする「行政訴訟」についてある程度の研究の蓄積があるにとどまる。これに対して、本件は、関西電力株式会社という事業者を被告とした民事の差止訴訟についてのものであり、そこで適用されるべき法理論について深い考察をしてきたのは、「民法」を専門分野とする研究者であった。また、主張立証責任ないし主張疎明責任に関する議論は「民事訴訟法」を専門分野とする研究者及び「要件事実教育」を受けた実務家の領域と感じてきたからである。したがって、第一審判決をあわただしく読んだ筆者の前掲注(1)の論評は、学界の慣例に従えば、「専門外」の研究者が受けた印象にとどまると評価されることになろう。

⁴ 大塚直「大飯原発運転差止訴訟第一審判決の意義と課題」法学教室 410号84-94頁(2014年11月)。他に、同「大飯原発3号機、4号機差止訴訟判決について」環境と公害 44巻2号50-56頁(2014年10月)があるが、以下では、大塚教授自身が「紙幅の関係で」「より網羅的」とされている法学教室の論稿を引用する。なお、原告側弁護士の執筆にかかるものとして、井戸謙一「法律時評:福井地裁大飯原発3・4号機運転差止め判決に寄せて」法律時報 2014年8月号1-3頁がある。

さて、筆者が瞥見しただけでも、第一審判決の理由づけには、法律論としての標準的な「作法」に沿つたものであるかどうかという観点から、疑問を禁じ得ない点が少なくとも以下のように3つあった。

第1に、判決は冒頭で、<生存を基礎とする人格権が公法、私法を問わず、すべての法分野において、最高の価値を持つとされている>から、<人格権とりわけ生命を守り生活を維持するという人格権の根幹部分に対する具体的侵害のおそれがあるときは、その侵害の理由、根拠、侵害者の過失の有無や差止めによって受ける不利益の大きさを問うことなく、人格権そのものに基づいて侵害行為の差止めを請求できる>としている。

しかし、これがはたして、差止請求の根拠としての「人格権」に関する確立した判例理論と整合的なのか疑問である。というのは、判決は、<人格権は各個人に由来するものであるが、その侵害形態が多数人の人格権を同時に侵害する性質を有するとき、その差止めの要請が強く働くのは理の当然である>とも述べており、人格権は1人のそれでも差止めの根拠となる「強い切り札」のようなものなのか、あるいはやはり「被害の総量的評価」が必要となるのかという未解決の問題が伏在していることを示唆しているからである。

第2に、本件は、大塚教授の分類によれば、「リスク差止訴訟」⁵に該当し、<生命・健康に対する侵害のおそれがあるが、蓋然性が高いとは言い難い⁶>場合であるから、通常の人格権理論によれば差止請求が認められない類型である。

そこで、この類型でもなお差止めを認めるために、その要件及び法律構成をどのように構築するかについて見解が分かれている⁷。しかし、第一審判決は、どのような考え方依拠するかを明示しておらず、それだけに分析・評価が難しいものとなっている。あるいは、<生命・健康に対する侵害の危険が、一般通常人の感覚を基準として、不安感や恐怖感を与えることにより平穀な生活を侵害していると評価される場合には、差止めができる⁸>という「平穀生活権」の考え方依拠しているのかもしれないが、この考え方には批判も強い⁹ことに留意が必要である。

⁵ 大塚直「公害に関する近時の裁判例の動向と課題」環境法政策学会編『公害・環境紛争処理の変容：その実態と課題』（商事法務・2012年）10頁、13頁参照。なお、16頁では「予防的科学訴訟」というカテゴリーを立て、「予防的科学訴訟における差止訴訟は一般的の差止の法理では救済されない」と説明している。

⁶ 大塚・前掲注（5）16頁。大塚直「環境民事差止訴訟の現代的課題——予防的科学訴訟とドイツにおける公法私法一体論を中心として——」大塚直他編『社会の発展と権利の創造——民法・環境法学の最前線——』（有斐閣・2012年）545頁参照。なお、この論稿ではもっぱら「予防的科学訴訟」というカテゴリーが用いられている。大塚教授のいう「リスク差止訴訟」は、侵害の蓋然性が高い場合も含むようである。しかし、通常の用語法において、「リスク」は、「具体的危険」＝「侵害の蓋然性」があるとはいえない状態について語られるように思われる。

⁷ 大塚・前掲注（5）16-17頁によれば、第1は、人格権の一種としての「生活平穀権」を差止めの根拠とするものであり、廃棄物処分場の設置・操業をめぐる紛争についての下級審裁判例が少なからずみられるという。第2は、被害発生の蓋然性（因果関係）について、証明の軽減を図るものであり、3つないし4つのパターンに分かれれる。

⁸ 大塚・前掲注（5）16-17頁。

⁹ 大塚・前掲注（5）17頁によれば、最近の裁判例には「生活平穀権」理論を採らないことを明言するものが出ており。また、大塚教授自身も「不安という主観的利益を基礎として差止めを認めていいかという問題がある」と指摘し、「生活平穀権」概念が裁判例で受け入れ続けられるためには、「再構成」の必要があるとしている。

第3に、判決は、<原子力発電技術の危険性の本質及びそのもたらす被害の大きさは、福島原発事故を通じて十分に明らかになったといえる。本件訴訟においては、本件原発において、かような事態を招く具体的危険性が万が一でもあるのかが判断の対象とされるべきであり、福島原発事故の後において、この判断を避けることは裁判所に課された最も重要な責務を放棄するに等しいものと考えられる。>と述べている。そして、この理は、<上記のように人格権の我が国の法制における地位や条理等によって導かれるものであって、原子炉規制法をはじめとする行政法規の在り方、内容によって左右されるものではない。>とし、この理に基づく裁判所の判断にはく必ずしも高度の専門技術的な知識、知見を要するものではない。>としている。

しかし、このように、民事の差止めを認めるべきかどうかは「素人の代表」である裁判官の「良識」に委ねれば足りるのであるとすれば、行政規制の存在意義はないということになりかねない。このような割切りは、従来の同種の原発差止訴訟における他の裁判所の「苦悩」と比較するとき、「無造作」に過ぎるというべきであろう。

以上3点の疑問につき、筆者はその後、関連文献を読み直しながら考察を深めてきたが、函館市が原告となっている大間原発訴訟¹⁰のうち国を被告とする行政訴訟について、原告側の依頼に応じて「自治体の原告適格」に関する意見書を執筆する過程で、行政訴訟と民事訴訟の役割分担について再考する機会を得た。項を改めて、その結果を述べることにしたい。

三 行政訴訟と民事訴訟の役割分担

(1) 結論

行政訴訟と民事訴訟の役割分担という観点から考察すると、本件のような「民事の差止訴訟」を「人格権」で基礎づけるという発想には、そもそも無理があるのでないかを疑うべきであろう。すなわち、わが国においては、長年にわたって行政訴訟と民事の差止訴訟の併存が当然の前提とされてきたが、見直しの時期を迎えていといえそうである。

また、民事保全法に基づく仮処分は、原発の再稼働の差止めを求める手段として用いるのは不適切であるとみるべきであろう。そこで、行政事件訴訟法44条の「法意」に照らして、全面的に排除するか、あるいはその内容に一定の限定を加えるような解釈論が検討されるべきであると思われる。

(2) 「リスク差止訴訟」は民事訴訟の形式を借りた行政訴訟？

原子力訴訟の特徴は、伝統的な「危険防止」(Gefahrenabwehr)の領域ではなく、リスクをどのように法的に制御すべきかが議論の焦点となることにあると筆者は考えている。

すなわち、原告の主張する「権利利益の侵害」は、多くの場合、「現実の被害」ではない。そして、(1)設置許可処分、(2)後続処分、(3)原子炉の運転、(4)平常運転時の放射線被曝、(5)事故時の放射線被曝、(6)(4)による晩発性ないし遺伝的放射線障害、(7)(5)による急性放射線

¹⁰ 東京地方裁判所平成26年（行ウ）第152号 大間原子力発電所建設差止等請求事件。

障害及び晩発性ないし遺伝的放射線障害、という因果関係の連鎖を想定すると、どの段階で「権利利益の侵害」や「権利利益の侵害のおそれ」あるいは「放射線障害が生じる具体的可能性」を語るのかが問題となる。そして、福島第1原発事故でクローズアップされたのは、(5)の事故がどの程度の確率でどの程度の深刻さで起きるのか、そして、(7)の放射線障害の程度をどのように評価するのか、という点である。

また、事故の深刻さをどのように考えるかは、俗にいう「止める」「冷やす」「閉じ込める」という3つの対策のそれぞれをどのように評価するかに依存する。そして、その評価は立場によって異なるものとなるものであって、裁判官であれば、その評価は同様のものとなるというものではない¹¹、と考えられる。

そして、従来の多くの裁判例¹²では「放射線、放射性物質の環境への排出を可及的に少なくし、これによる災害発生の危険性を社会通念上無視し得る程度に小さなものに保つ」ことができているか、という基準が用いられているため、筆者のみるところ、行政庁が行う安全審査を裁判所が見直していることに帰着している。すなわち、民事の差止訴訟という形式、すなわち原告に「絶対権」としての「人格権」があり、どのような要件のもとで「差止請求権」が発生するか、という形で問題を立ててはいるものの、その要件が、事故がどの程度の確率でどの程度の深刻さで起きるのか、放射線障害の程度をどのように評価するのか、という「政策的な判断」であり、かつ、「不確実な」「将来予測」の要素を含むものを必要とするものとされているという難点があるのみならず、本来は行政訴訟で判断されるべきものを民事訴訟において判断しているのではないか、という疑問がぬぐえないものである。

そこで、ひるがえって考えてみると、リスク管理は、伝統的な民事法の法理によって行うのではなく、立法による授権を基礎として、行政規制を導入し、行政機関の専門技術的知見を活かした活動に期待するというのが、先進工業国に共通した政策となっていると思われる。そして、比較法的にみると、以下のように、わが国のように無条件で行政訴訟と民事差止訴訟の併存を認めるのは、むしろ異例であるといえるのである。

第1に、ドイツでは、操業の停止を求める民事訴訟は、立法により明示的に排除されている。

第2に、フランスについては、「司法裁判所は行政が出した許可に矛盾する措置を命じることはできない」という判例法理により、民事訴訟による差止めは、妨害を低減させる措置を命じるのが限界であり、操業停止や閉鎖を命じることはできない、という大塚教授の指摘¹³がある。

第3に、アメリカについては、「アメリカ連邦法では、環境保護に関する包括的な連邦の

¹¹ たとえば、もんじゅ差戻後控訴審（名古屋高金沢支判平成15年1月27日判時1818号3頁）には、冷却材喪失事故が、「止める」「冷やす」「閉じ込める」という3つの機能がすべて失われるという「最悪の事態」につながると述べている部分がある。しかし、福島第1原発事故では、「止める」ことはでき、また、「冷やす」と「閉じ込める」も一定程度機能している面がある。

¹² 名古屋高金沢支判平成21年3月18日判時2045号3頁（志賀2号機控訴審）。

¹³ 大塚直「公害・環境分野での民事差止訴訟と団体訴訟」森島昭夫＝塩野宏編『変動する日本社会と法』（有斐閣・2011年）640-641頁。

制定法（行政機関を用いる規制法）が、伝統的ニューサンス法理にとってかわる地位を占めしており、伝統的なニューサンス法理に基づく差止め訴訟は、もはや有用性を失っている。訴訟として提起することが妨げられるわけではないが、提起するだけの実益がない。わが国の人格権侵害に基づく差止め訴訟のような“素朴な訴訟”は、もはや出る幕が無くなり、行政機関による規制法の世界に移行しているのである。」という中川教授の指摘がある¹⁴。

そこで、平成24年に原子炉等規制法が改正され、3条機関としての原子力規制委員会が従来よりも強い権限を有するようになった現行法制¹⁵の下では、バックフィットの不十分さ等を争う手段として、取消訴訟及び執行停止のほか、平成16年の行政事件訴訟法改正によって法定された非申請型義務付け訴訟（同法3条6項1号、37条の2）及び仮の義務付け（同法37条の5第1項）等を用いることが可能であることから、今後は、行政訴訟との関係を意識して、民事差止訴訟の役割を見直すことが要請されよう¹⁶。

なお、筆者の理解によれば、原子炉等規制法による行政法的な規制は、民事法（及び刑法）のルールの存在だけでは、十分に事業者の活動の「危険性」ないし「リスク」が低減されないことから、より一層の「安全性の向上」を目的としてなされている。したがって、民事法のルールによればひとまず行うことができるという意味で「社会的に許容される」事業者の活動であっても、なお、原子炉等規制法のルールによれば、事前及び事後の規制に服し、そのような活動が許されない、という結論になる場合があっしゃるべき、ということになる。すなわち、人格権に基づく差止請求権が発生しない程度の「抽象的危険性」しか有しない原子炉であっても、行政府による安全審査に合格しないことがあり、あるいは改善命令や停止命令の対象となることがある、というように、要求されるレベルが異なるのが本来の姿であろう。ところが、要求されるレベルをほぼ同一としつつ、安全審査が甘いから、民事の差止めが認められるべきである、という発想をするために、「許可が適法であれば、具体的危険はない」という命題から、「許可が違法であるから、具体的危険がある」という命題を導くという論理的誤りにつながりやすいのではないであろうか。

（3）民事仮処分の限界

ドイツの原子力訴訟に関して、オッセンビュール教授は、1978年の雑誌論文で、以下

¹⁴ 中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査——アメリカ(下)——」ジュリスト1242号95頁(2003年)。

¹⁵ 原田大樹「原子力発電所の安全基準」同『行政法学と主要参照領域』(東京大学出版会・2015年) 215-241頁参照。

¹⁶ なお、大塚・前掲注(4)93頁は、本案の差止めについて、次のように、認容判決の内容に一定の限定を加える解釈論を提示している。
<安全性の程度や安全性についての考え方方が時代とともに進展することからすると、差止の効果としては、被告が上記安全目標を超える事故の危険性がないことについて証明するまでは原発の稼働を差し止めるという一時差止が適當であると思われるが、執行との関係では、具体的には、一定期間に限定した差止が考えられよう。>　このように、大塚教授も、リスク管理は基本的には行政規制によるべきであるとの考え方に対する理解を示している点は重要であると思われる。

また、大塚・前掲注(6)565-566頁は、改正前の原子炉等規制法において、バックフィットを実現するための許可の取消等ができないことを前提にして、民事の差止訴訟が認められるべきことを主張していた。

のような2つの指摘を行っていた¹⁷。

＜原子力発電所の許可は、裁判所の確認を要する。＞

＜原子力訴訟は徹頭徹尾鑑定人訴訟である。＞

筆者は、民事保全法に基づく仮処分によって原発再稼働の差止めが求めされた案件についての最近の対照的な2つの地裁決定に接して、上記の指摘の意味を改めて考えさせられることになった。

すなわち、これまであまり意識されなかつたが、民事の差止めにおいて、本案訴訟における請求認容判決と、仮処分における認容決定とは、執行力が直ちに発生するかどうかについて大きな違いがある（民事訴訟法116条1項、民事保全法7条、民事訴訟法119条、民事執行法22条、民事保全法52条）。すなわち、本案訴訟の場合は、事業者は第一審で敗訴しても、控訴すれば、再稼働をすることが法的には可能である。しかし、仮処分の場合は、保全命令に対しては、保全異議の申立て（民事保全法26条）をして、取消決定（同32条）を得るか、保全執行の停止（同27条1項）を得る必要がある。

このような状況を「機能的」にみると、原子炉等規制法において、原子力規制委員会が有する原子炉設置許可（法43条の3の5）、原子炉設置変更許可（同43条の3の8）、工事の計画の認可（同43条の3の9）、使用前検査（同43条の3の11）、保安規定の認可（同43条の3の24）、許可の取消等（同43条の3の20）、施設の使用の停止等（同43条の3の23）の権限と同様の権限が、裁判所に与えられているということになる。すなわち、差止認容の仮処分は、変更許可の取消ないし施設の使用の停止と同様の効果を持つものである。

しかも、第一審判決や、福井地裁決定の考え方によれば、250キロメートル圏内に居住する住民は、債権者の立場を分担することによって、複数の裁判所に何度も期間制限なく、そのような権限の行使を求めることができることになる。「審尋」という手続は、口頭弁論手続と比較すれば、手続保障の程度が低いものであるから、そのような手続保障のなかで、すべての仮処分案件において「却下」決定を得ない限り、稼働ができないというのでは、事業者の法的地位は極めて不安定なものと言わざるを得ない。

一方で「私法上の差止請求権」という権利構成及び民事訴訟の「相対効」の建前、他方で満足的仮処分の「事実上の対世効」の組合せは、「訴訟が第2の許可手続になってしまう」といわれた状況以上に不合理な結果をもたらすのである。

この点、行政事件訴訟法は44条で「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為については、民事保全法に規定する仮処分をすることができない。」と定めている。この条文の趣旨目的および適用範囲については定説がないが、「実質的に」行政処分や法規命令の効力と抵触するような仮処分は許されないとした裁判例¹⁸が散見されるところである。そこで、

¹⁷ 塩野宏「西ドイツ原子力訴訟の特色」『行政過程とその統制』（有斐閣・1989年）380頁、415頁（初出1978年）に紹介がある。

¹⁸ 新潟地決昭和48年8月4日下民集24巻4・5—8号500頁、広島地決昭和53年12月5日判タ373号115頁、東京高決平成24年7月25日判時2282号49頁など参照。

原発再稼働の差止めの手段としての仮処分については、行政事件訴訟法44条の「法意」に照らして、全面的に排除するか、あるいはその内容に一定の限定を加えるような解釈論が検討されるべきであるとも思われる。

それでは、以下、上記の考察の結果を踏まえて、本件における第一審判決の見直しがどのような観点からなされるべきかを、依頼された鑑定事項に即して、述べることにしたい。

四 「隠れた」絶対的安全性論？——鑑定事項【1】——

(1) 結論

依頼された鑑定事項【1】は、第一審判決は、原子炉等規制法が採用し、伊方上告審判決で確認された「安全性」判断の原則に反しているのではないか、である。

私には、第一審判決は、差止認容という結論を導くために、原告にとって「不当に有利な」土俵を設定したために、結果的には「絶対的安全性」を要求するに等しいことになっているのではないかと思われる。すなわち、第一審判決は「隠れた絶対的安全性論」に陥っているというべきであり、それが意図的なものであるかどうかにかかわらず、原子炉等規制法が採用し、伊方上告審判決で確認されている「相対的安全性」の原則に「実質的」に反している疑いが濃いと考える。

以下、「差止請求権」の根拠、主張立証責任について分説する。

(2) 差止請求権の根拠

第一審判決の設定した土俵は、「人格権」に基づく民事差止めであり、差止請求権の根拠づけは、理論上は「実体私法」の問題であるから、どのような場合に差止請求権が発生するかは、さしあたりは裁判所の解釈権限に委ねられることになる。わが国においては、原子力訴訟においても、行政訴訟と民事の差止訴訟が併存することはこれまで特に問題とされることがなかったからである（現時点で見直しが必要ではないかという点については、さきに、三で指摘した）。

しかし、第一審判決の「人格権」の用法は、筆者にはやや特殊なもののように感じられる。

さきにみたように、第一審判決は冒頭で、〈生存を基礎とする人格権が公法、私法を問わず、すべての法分野において、最高の価値を持つとされている〉から、〈人格権とりわけ生命を守り生活を維持するという人格権の根幹部分に対する具体的侵害のおそれがあるときは、その侵害の理由、根拠、侵害者の過失の有無や差止めによって受ける不利益の大きさを問うことなく、人格権そのものに基づいて侵害行為の差止めを請求できる〉としていた。

確かに、「生命」や「生活基盤」への「具体的侵害のおそれ」がある場合には差止めが認められるべきである、という言明自体には反論の余地がないようにも思われる。しかし、原子炉の設置・稼働という行為によって、250キロメートル圏内のすべての住民の「生命」や「生活基盤」への「具体的侵害のおそれ」があるとの言明は、従来の公害・環境訴訟のなかで形成されてきた判例法理が想定している状態と比較すると、多くの法律家には違和感

を与えるものであろう。すなわち、民事の差止めが認められるべきかどうかが争われた多くの事例では、被告の行為が損害賠償義務を発生させる不法行為に該当することが明らかな場合が大半である。しかし、本件において、被告が原子炉を設置し運転する行為そのものが不法行為に該当するとは到底いえないであろう。

そこで、冒頭に設定された土俵を素直に理解すれば、そのような要件は本件では容易には満たされないから、請求棄却という結論になるのが自然であると考えられる。

しかし、第一審判決は、それにもかかわらず、請求認容という結論に至っているのであるから、①設定された土俵そのものが、通常の判例法理とは異なる、原告に「不当に有利なものとなっているか、②「具体的侵害のおそれがあるとき」という要件該当性の判断において、原告に「不当に有利な」扱いがなされているか、のどちらかではないか、との疑いが生じるのである。

周知のように、民事差止の法理に関しては、国道43号訴訟上告審判決（最判平成7年7月7日民集49巻7号1870頁）が、「侵害行為の態様と侵害の程度」「被侵害利益の性質と内容」「侵害行為のもつ公共性と程度」を比較衡量すべきとの考え方を示している。そして、留意すべきは、上記判断は、さきに指摘したように、不法行為に基づく損害賠償請求が認容されるような事案についてのことであること、すなわち、生活妨害という被害については現実に発生していることが明らかであり、健康被害についてもその発生・拡大が「蓋然性」を有するものであることの認定が容易である場合が想定されていることであろう。

このように、従来の判例法理においては、「公害も生活妨害も、実質的侵害の発生について蓋然性が高いことが当然の前提とされてきた。」¹⁹のであるから、第一審判決のいう「具体的侵害のおそれがあるとき」も、本来は、「実質的侵害が発生する高い蓋然性があるとき」ということを意味しなければならない。

しかし、実際には、第一審判決は、さきにみたように、<原子力発電技術の危険性の本質及びそのもたらす被害の大きさは、福島原発事故を通じて十分に明らかになったといえる。本件訴訟においては、本件原発において、かような事態を招く具体的危険性が万が一でもあるのかが判断の対象とされるべきであり、福島原発事故の後において、この判断を避けることは裁判所に課された最も重要な責務を放棄するに等しいものと考えられる。>と述べ、「福島原発事故のような事態を招く具体的危険性が万が一にもある」場合は、「具体的侵害のおそれがある」といえるとしているのである。

このように、第一審判決は「生活平穏権」には言及しないものの、不確実性を伴うリスクに関する事案において最も問題となる「不安・恐怖感」を重視しているとみられるのであって、通常の「人格権侵害」よりも手前の不安感という段階で差止めを認めるための「規範定立」を行っている。大塚教授の言葉を借りれば「これが相当異例であることは事実であろう」²⁰。

¹⁹ 大塚・前掲注（5）16頁。

²⁰ 大塚・前掲注（6）548頁参照。

また、更に第一審判決の判断の仕方で問題とされるべきは、同判決にやや好意的とみられる大塚教授も難点として指摘しているように、「定量的基準」を設けていない²¹点である。すなわち、第一審判決は、「万が一」の「具体的危険」を問題とするとしているのであるが、①どの程度の確率で起きる事故で、②どの範囲の地域に、③どの程度の量の放射性物質の放出がなされる場合を想定しているのかは判決文からは読み取れない。あるいは、②の地域の範囲と③放射性物質の量については、福島第1原発事故と同様という想定があるのかもしれない。しかし、福島第1原発事故の原因は「地震」と「津波」であり、一般には「津波」の対策に問題があったことが大きな要因であると理解されているところ、第一審判決は専ら「地震」を問題にしており、①の事故の確率についても同様という想定であるとすれば、その「事実認定」は、技術の素人である筆者からみても、明らかに極めて不合理である。

そこで、筆者のみるところ、第一審判決のいう「具体的危険性」は、結局のところレトリックに過ぎない。第一審判決は、実質的には、「抽象的危険性」のレベルであっても、いつたん発生した場合の被害の甚大性・広域性を考慮すれば「危険性がある」とすべきという立場を採っている²²のである。そして、「疑わしきは安全側に」あるいは「誤るのであれば安全側に」というそのような立場は、環境法で説かれる「予防原則」²³と相通じるものがある。

筆者の理解によれば、「予防原則」という考え方は政策的な色彩の強いものであり、必ずしも「絶対的安全性論」と同一ではないから、立法によって授権をし、行政規制を通じてそのような考え方を推進してゆくことは（憲法上の比例原則に反しない限りで）認められるが、民事訴訟という場を通じて裁判官がそのような政策を採用・実現することには疑問があるといわざるを得ない。

以上をまとめると、第一審判決は、差止請求権の根拠論において既に、従来の判例法理とは異なる発想を示しており、「隠れた絶対的安全性論」に陥っているのではないか、との強い疑いが生じるのである。

（3）主張立証責任

主張立証責任について第一審判決の採用した判断枠組みは、従来の裁判例における標準的なものとは異なるものであって、妥当ではないと思われる。

²¹ 大塚・前掲注（4）87頁は、「事故時の Cs—137 の放出量が 100TBq を超えるような事故の発生頻度は、100 万炉年に 1 回程度を超えないように抑制されるべきである」という原子力規制委員会の「安全目標」に言及している。また、大塚・前掲注（6）550 頁では、「合理的な不安」であるかを判断する基準として、放射線物質線量年間 5 ミリシーベルトに言及している。

なお、川内 1・2 号機に関する、鹿児島地裁平成 27 年 4 月 22 日決定は、危険性をゼロとする「絶対的安全性」を確保することは不可能であることから、原子力規制委員会が平成 25 年 4 月に定めた「安全目標」を判断の目安とすべきものとし、次のように述べている。「この安全目標が達成される場合には、健康被害につながる程度の放射性物質の放出を伴うような重大事故発生の危険性を社会通念上無視し得る程度に小さな目に保つことができると解するのが相当である。」（決定書 85 頁）

²² 大塚・前掲注（4）87 頁注 10 は、第一審判決は「抽象的危険で足りるとするものではない」と述べる一方で、「1699 ガルを超える地震に耐えうるかは抽象的危険の問題ということになろう」と指摘している。

²³ 大塚・前掲注（4）88 頁。

すなわち、従来の裁判例においては、客観的な主張立証責任は、民事訴訟の原則どおり、原告にあることを大前提とし、証拠の偏在等の理由を考慮して、「公平の観点」から、主張立証の仕方について、いくつかの類型に分かれていたとみられるが、その中で「標準的」なものとみられるのが、いわゆる「伊方型」である²⁴。

そして、第一審判決は、以下のように「伊方型」を採用しない理由を述べているが、筆者には説得的な論証とは思われない。

<原子力発電所の差止訴訟において、事故等によって原告らが被ばくする又は被ばくを避けるために避難を余儀なくされる具体的危険性があることの立証責任は原告らが負うのであって、この点では人格権に基づく差止訴訟一般と基本的な違いはなく><被告に原子力発電所の設備が基準に適合していることないしは適合していると判断することに相当性があることの立証をさせこれが成功した後に原告らに具体的危険性の立証責任を負わせるという手法は原子炉の設置許可ないし設置変更許可の取消訴訟ではない本件訴訟においては迂遠な手法といわざるを得>ない。

筆者の理解によれば、伊方上告審判決は、「裁量処分については、被告行政庁が裁量権の範囲を逸脱し、または濫用したことにつき、原告が主張立証責任を負う」という実務上的一般的な理解を前提に、専門技術的裁量も裁量処分のひとつであると考えることから、「事實上推認」という言葉を用いている²⁵。したがって、設置許可の取消訴訟と民事の差止訴訟は、原告が「客観的主張立証責任」を負うという点では同様の構造であるといえよう。

そこで、民事差止訴訟に関する従来の裁判例におけるさまざまなアプローチの違いがもたらす最も重要な点は、最終的に「危険性があること」を原告が主張立証すべきなのか、それとも「危険性がないこと」を被告が主張立証しなければならないのかであると思われる。しかし、「ないこと」の立証は「悪魔の証明」であるともいわれるよう、後者の立場の採用は、構造的に、被告にとって「不当に不利」、すなわち原告にとって「不当に有利」なものとなる傾向を有している。

そして、第一審判決は、さきにみたように「具体的危険性」の概念を独自の意味で用いることによって、原告の主張立証のハードルを大幅に下げている。第一審判決のいう「具体的危険性」の実質は、筆者の考えによれば「リスク管理」のレベルの「抽象的危険性」である

²⁴ 大塚・前掲注（4）84-85頁参照。女川原発訴訟に関する仙台地判平成6年1月31日判時1482号3頁のとる「第1アプローチ」＝「伊方型」が支配的なものであり、そこでは、「被告の側においてまずその安全性に欠けることのないことについて、相当の根拠を示し、かつ、必要な資料を提出した上で立証する必要がある」が、被告がその立証を尽くした場合には、「原告において、安全性に欠ける点があることについて更なる立証をしなければならない。」とされる。これに対して、志賀原発訴訟に関する金沢地判平成18年3月24日判時1930号25頁のとる「第2アプローチ」は、「原告が本件原子炉の運転により許容限度を超える放射線を被ばくする具体的可能性があることを相当程度立証した場合」には、「被告において、そのような具体的危険性が存在しないことについて、具体的根拠を示し、かつ、必要な資料を提出して反証を尽くすべき」であるというものである。

²⁵ 高木光『技術基準と行政手続』（弘文堂・1995年）16頁注15参照。ただし、大塚・前掲注（13）547頁は、「伊方の定式」は行政訴訟に関するものであるから、民事の差止訴訟の構造にはそぐわないという見解をとっている。また、交告尚史「伊方の定式の射程」前掲『変動する日本社会と法』265頁も、大塚教授と同様に、金沢地裁平成18年判決のとる「第2アプローチ」を支持している。

から、そのような「危険性がないこと」は、結局のところ「ゼロリスク」を意味することになりかねないのである²⁶。

以上のようにみてくると、筆者には、第一審判決は主張立証責任論においてもまた、やはり「隠れた絶対的安全性論」に影響を受けているのではないかとの疑いが生じるのである。原告が主張するような「最悪の事態」を想定すると、確かに250キロメートル圏内の住民が「被ばくする又は被ばくを避けるために避難を余儀なくされる」ことになる可能性はゼロではない。したがって、第一審判決の判断枠組みは、そのような可能性がゼロであることを被告に証明せよ、というに等しいものであるとみられるのであって、原告にとって「不当に有利な」ものというほかない。

五 「新規制基準」の尊重——鑑定事項【2】——

(1) 結論

依頼された鑑定事項【2】は、第一審判決は、原子炉等規制法による行政規制、とりわけ、「新規制基準」の意義を無視しているのではないか、である。

私には、第一審判決は、原子炉等規制法による行政規制の意義を十分に理解していないために、「新規制基準」の骨格をなしている原子力規制委員会規則が、理論上の「法規命令」としての「民主的正統性」と法的拘束力を有することを見落としているのみならず、高度に専門技術的な分野において行政基準が有する機能をも無視する誤りを犯していると思われる。そこで、控訴審においては、民事の差止訴訟においても行政基準を尊重した形での判断を行うという、従来の多くの裁判例が採用してきた手法が維持されることを期待したい。

以下、原子力規制委員会規則の法的位置づけ、「新規制基準」の内容に関する行政裁量、「表見証明をもたらす経験則としての行政基準」について分説する。

(2) 原子力規制委員会規則の法的位置づけ

平成24年の原子力規制委員会設置法ないし原子炉等規制法の改正²⁷によって、現行法制においては、原子炉の安全性の確保に関して、行政機関が従来よりも重い責任を担うべきものとされている。そして、筆者の理解によれば、改正原子炉等規制法において、原子力規制委員会が「規則」という形式で基準を定めるべきこととされた点が最も重要である²⁸。その

²⁶ 大塚・前掲注（4）88-89頁参照。大塚教授の分析によれば、第一審判決は、「第2アプローチ」よりもさらに「原告に有利な」判断枠組みを採用している。すなわち、さきにみたように、第一審判決のいう「具体的危険性」の中身は従来の用語法によるそれとは異なったものであり、原告に要求される証明の程度は「実質的に大いに緩和」されており、第一審判決は、「不確実性が残っている限り『具体的危険』であるとする論理を採用することにより、本判決は実質的には証明責任を転換したと同等の効果を発揮したともいえる」のである。

²⁷ 制度改革の経緯については、高橋滋「原子力規制法制の現状と課題」高橋滋=大塚直編『震災・原発事故と環境法』（民事法研究会・2013年）2-35頁が参考に便宜である。

²⁸ 原田・前掲注（15）224-225頁参照。原子炉等規制法43条の3の6第1項4号の委任を受けて「実用発電用原子炉及びその附属施設の位置、構造及び設備の基準に関する規則」（平成25年6月28日原子力規制委員会規則第5号）が制定されている。また、原子炉等規制法43条の3の14第1項の委任に基づいて、「実用発電用原子炉及びその附属施設の技術基準に関する規則」（平成25年6月28日原子力規

意義を明らかにするためには、従来の法制度において、行政機関と裁判所の役割分担がどのようになされるべきものとされてきたか²⁹を確認するのが便宜であろう。

平成4年の伊方上告審判決（最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁）及び福島第二上告審判決（最判平成4年10月29日判時1441号50頁）では、行政訴訟の「本案」に関する「判例理論」が形成されたと理解されている。

すなわち、（当時の）原子炉等規制法24条1項4号の定める「原子炉施設の位置、構造及び設備が核燃料物質、核燃料物質によって汚染された物又は原子炉による災害の防止上支障がないものであること」という許可基準を充足しているかどうかの判断について、裁判所は行政庁の判断をどの程度尊重しなければならないかという論点に関して、判例の採用した立場は、「実体的判断代置方式」の審査ではなく、「専門技術的裁量」を認めつつ、「合理性の審査」を行うというものである。

そして、被告行政庁の判断に不合理があるとされるのは、第1に原子力委員会（昭和53年以降は原子力安全委員会）の「調査審議に用いられた具体的審査基準に不合理な点がある」場合であり、第2に「当該原子炉施設が右の具体的基準に適合するとした……調査審議及び判断の過程に看過しがたい過誤、欠落がある」場合であるとされた³⁰。

さて、このように、行政訴訟において、裁判所が「実体的判断代置方式」を探らないということは、原子炉等規制法の趣旨目的の実現に関しては、行政機関が主たる責任を負うということを意味する。すなわち、許可権者たる大臣は、当該原子炉の「基本設計」が「相対的安全性」の原則に従って、社会的に許容される程度に「十分安全であるか」どうかについて責任をもって判断する必要がある。この判断は、純粹に科学的に一義的な答えが出る問題ではなく、価値判断という要素を含む決断である。裁判所は、大臣と同じ立場に立って同様の価値判断を含む決断をすべきものではなく、「十分安全であると認めた」判断に不合理な点がなかったかをチェックするにとどまる。したがって、裁判所が設置許可処分の取消請求を棄却したからといって、それは、裁判所が当該原子炉を「十分安全である」と認めたということを意味するわけではない。逆に、設置許可処分の裁判所による取消しは、当該原子炉が社会的に許容される程度の安全性を備えていないということを直ちには意味しないのである。

それでは、原子力の「専門家」の責任は法的にどのように位置づけられるのだろうか。

（当時の）原子炉等規制法の仕組みにおいては、設置許可において、原子力安全委員会（昭和53年までは原子力委員会に置かれた安全審査会）の「専門技術的な調査審議及び判断」が重視されていた。しかし、原子力安全委員会は「諮問機関」の一種であり、許可権限自体は大臣が有するものとされていた。また、同法24条1項4号の定める要件は極めて抽象的

制委員会規則第6号）が制定されている。

²⁹ 高木光「裁判所は原子炉の安全性をどのように取り扱ってきたか」駒村圭吾=中島徹編『3・11で考える日本社会と国家の現在』（日本評論社・2012年）58-67頁参照。

³⁰ 他に、いわゆる「基本設計論」を採用し、原子炉の安全性をトータルに見直すことはしないものとしたこと、さらに、処分の違法性を「最新の科学技術水準」に照らして判断すべきものとした点も重要である。

であり、「十分な安全性を確保せよ」というメッセージを送るにとどまっている。具体的な安全審査は、原子力安全委員会が「内規」として定めた指針と呼ばれる各種の「審査基準」³¹に即して行うこととされていた。

以上のような状況を踏まえて、理論的な観点から留意すべき点は、法律における「災害の防止上支障がないものであること」というような不確定概念の使用は、実質的には、政策的、政治的価値判断を国会が自ら行わず、「法適用機関」に委ねるものであることであると私は考えてきた。そして、その委ねられた判断は、「正当な権限を有する機関」たる行政機関又は裁判所が行うほかない。そこで、行政訴訟において「専門技術的裁量」を認めることとは、そのような判断を行政機関が主たる責任を負って行うことを意味し、他方、裁量を否定して「実体的判断代置方式」を採用する場合には、そのような判断を最終的には裁判所が責任を負って行うことを意味する³²。

さらに、当時の法制においては、行政機関や裁判所が、「災害の防止上支障がないこと」という要件に該当するかどうかについての判断を行うにあたって、「法規」としての性質を持たない技術的な基準に依拠し、あるいは個々の事項についての「専門家」の判断に依拠する場合には、「権限」が実質的に「専門家」に委譲されていることにならないかという問題が残っていた。「専門家」は「権威」を有するものであるが、「権力」を行使する「正統性」は有しないからである。「専門家鑑定」という扱いは、自由心証主義の下で、技術的な知見を証拠法上の扱いとして尊重することで、裁判所の負担を専門家に転嫁するものであり、権限はあくまでも裁判所に保留されてはいるものの、不安定さは否定できないのである³³。

このように考えると、原子力規制委員会の設置と原子炉等規制法改正により、一定の改善がもたらされたと評価できるであろう。すなわち、現行法制においては、原子力規制委員会が、3条機関として原子炉設置許可（法43条の3の5）、原子炉設置変更許可（同43条の3の8）、工事の計画の認可（同43条の3の9）、使用前検査（同43条の3の11）、保安規定の認可（同43条の3の24）、許可の取消等（同43条の3の20）、施設の使用的停止等（同43条の3の23）のような各種行政処分による規制権限を有するほか、委員会規則という形式で「民主的正統性」を有する「法規」としての性質を有する「基準」を策定する権限を有するからである。

すなわち、理論的な観点から留意すべきは、現行法制は「法的安定性」を向上させるために、許可基準については「発電用原子炉施設の位置、構造及び設備が・・・災害の防止上

³¹ したがって、リスク管理が適正に行われるかどうかについて「審査基準」のあり方は極めて重要な意味を持つ。しかし、どの「審査基準」のどの部分が不合理かを裁判所の前で議論するという仕組みがそもそもうまく機能するのかは議論の余地があろう。筆者は、少なくとも民事の差止訴訟はそのような議論をする適切な土俵ではないと考えている。

³² このような視点からは、民事の差止訴訟の場合には、構造的に裁判官が「生の価値判断」を行わざるを得ないという問題が指摘できよう。すなわち、行政訴訟と民事の差止訴訟の併存を認める「判例理論」は矛盾を内包しているともいえるのである。

³³ 高木・前掲注（25）23頁。民主主義国家における「決定権限の正統性」と「決定内容の合理性」の両立は時に極めて困難であり、科学技術の法的制御は、このような困難さがきわだつ領域である。下山憲治「原子力事故とリスク・危機管理」ジャーリスト1427号100頁（2011年）参照。

支障がないものとして原子力規制委員会規則で定める基準に適合するものであること」(法43条の3の6第1項第4号)としていることである。これは、行政機関に委ねられた「専門技術的裁量」の行使を、基準策定と基準の適用の2段階に分けて行うべきこと、そして、第1段階の基準策定の段階での「政策的判断」をより具体的にかつ明確に行うべきことを定めていると評価できる。そして、そのような「民主的正統性」を有する「政策的判断」を示した原子力規制委員会規則は、「法規命令」として、それが違法無効でない限りは、いわゆる「外部効果」を有し、法律と同様の法的効果をもって国民の権利義務を規定するものであるから、裁判所も紛争を解決する際には、それを適用しなければならないのである。

「災害の防止上支障がない」という判断をどのような手順で行うかについても、さまざまな方法が考えられ、そのどれを選択するか自体もひとつの「政策判断」であるが、「相対的安全性」の原則をどのように具体化するかという「設計思想」が「民主的正統性」を有する委員会規則という形式で示された以上、行政訴訟においては当然として、また、民事訴訟においても、裁判所はそれを尊重する必要があると考えられる。

この点、第一審判決は、「基準地震動」について、次のように、そのような考え方方に立脚して設計をすること自体を否定するかのような判示をしている。

<日本語としての通常の用法に従えば、基準地震動というのはそれ以下の地震であれば、機能や安全が安定的に維持されるという意味に解される。基準地震動Ss未満の地震であっても重大な事故に直結する事態が生じ得るというのであれば、基準としての意味がなく、大飯原発に基準地震動である700ガル以上の地震が到来するのかしないのかという議論さえ意味の薄いものになる。>

<この地震大国日本において、基準地震動を超える地震が大飯原発に到来しないというのは根拠のない楽観的見通しにしかすぎない上、基準地震動に満たない地震によっても冷却機能喪失による重大な事故が生じ得るというのであれば、そこでの危険は、万が一の危険という領域をはるかに超える現実的で切迫した危険と評価できる。>

確かに、専門家の意見を参考にするにしても最終的には裁判官が自由に判断してよいのであれば、行政機関や事業者が依拠する専門家の意見をしりぞけ、反対派住民が依拠する専門家の意見を採用するということも妨げられない。しかし、原子炉のリスクおよび安全対策に関する評価がすべて、自由心証主義の適用される「事実認定」のレベルの問題であるのかは疑問である。第一審判決は、現行原子炉等規制法による行政規制の仕組みを十分に理解していないために、「新規制基準」の骨格をなしている原子力規制委員会規則が、理論上の「法規命令」としての「民主的正統性」と法的拘束力を有することを見落としていると思われる。また、そうでないとしても、結局のところ、原子力規制委員会規則の無効を前提にしていることになるが、その場合は、原子炉等規制法が、原子力規制委員会に授権した「命令制定裁量」との関係が問題とされるはずである。項を改めて検討する。

(3) 「新規制基準」の内容に関する行政裁量

潜在的な「危険性」ないし「リスク」に晒される周辺住民に対して、原子炉の安全性を誰が保証するのかは重要な問題であるが、日本の法制度は全体としてみると、残念ながら、責任の所在が曖昧なままの状態が長く続いてきた。「どの程度のリスクを社会的に許容すべきか」という判断を「正当な権限を有する機関」が「法的安定性」を保って「明確」かつ「具体的」に行うという仕組みになっていなかったからである³⁴。

筆者の理解によれば、わが国においては、ドイツにおけるような「国家の安全確保義務」という考え方は浸透しておらず、「安全確保の第一次的な責任は原子炉設置者にあり、国はその責任を肩代わりするものではない」という言い方がなされたことがあったように、事業者が比較的重い責任を負うこととされてきた。

以上のような状況について、一定の改善をもたらすものとして、原子力規制委員会が「民主的正統性」を有する「規則」の形式で定める基準が位置づけられると思われる。以下、「新規制基準」のうち、福島第1原発事故の教訓という形で議論の焦点となっているいわゆるバックフィットの問題³⁵をとりあげることにしたい。

改正原子炉等規制法は、原子力規制委員会に、さきにみたような様々な権限を与えることでいわゆるバックフィットの問題を解決しようとしている。そこで、既存の原子炉の安全性を「最新の科学技術水準」に照らしてどの程度向上させるべきかという「政策的かつ専門技術的」な事項についての判断は、さしあたりは行政機関に委ねられていると理解するのが妥当であろう。すなわち、法律という形式で国会が大枠について価値判断をし、その具体化を、行政機関の裁量に委ねた場合には、裁判所は行政機関の判断を一定の敬讓を持って審査することができるにとどまり、自己の価値判断によって「代替」することは許されないと考えられる。そして、さきにみた「規則」への委任は、原子力規制委員会に「命令制定裁量」という権限を与えるものであり、内容については性質上広い裁量が認められるから、「規則」が違法になるのは、委任の趣旨に反するか委任された範囲を逸脱する場合、あるいは内容が明らかに不合理である場合に限られると考えられる。

そして、過去になされた原子炉設置許可処分ないし設置変更許可処分の無効確認訴訟のほか、再稼働の申請に対する原子炉設置変更許可の取消訴訟、工事の計画の認可の差止訴訟、許可の取消の義務付け訴訟、施設の使用の停止命令の義務付け訴訟などの行政訴訟の形態で、バックフィットの不十分さを感じる周辺住民等が裁判所の審査を求める場合には、伊方

³⁴ 櫻井敬子「福島第二原発訴訟（行政法講座 55）」自治実務セミナー50巻6号7頁（2011年）の辛口の表現によれば、「無責任状態」である。

³⁵ バックフィットの問題について詳細なものとして、高橋滋「福島原発事故と原子力安全規制法制の課題」高木光他編『行政法学の未来に向けて（阿部古稀）』（有斐閣・2012年）395-421頁がある。制度改正前においても、最新の耐震基準に適合しない稼働中の原発については、行政庁が改善命令等（電気事業法40条、原子炉等規制法33条2項、36条1項）で対処すべきであり、また、周辺住民は義務付け訴訟でそれを求めることができると解すべきではないか、との指摘がなされていた。阿部泰隆「原発事故から発生した法律問題の諸相」自治研究87巻8号4頁（2011年）、川合敏樹「東日本大震災にみる原子力発電所の耐震安全性の確保の在り方について」法律時報83巻5号82頁（2011年）。

上告審判決の「専門技術的裁量論」の枠組みが維持されれば、基準の策定と基準の適用の2段階のそれぞれについて、行政機関と裁判所の適切な役割分担が維持されると思われる。

しかし、本件のような民事の差止訴訟においては、理論的にすっきりした形で役割分担を維持することは難しい。すなわち、第一審判決のように、民事の差止訴訟においては、行政規制がどのようになされていても無視してよいと割り切るのであれば、ある意味では「理論的にすっきりした」解決がもたらされるが、そのような立場は、「民主的正統性」を有しない裁判所に「生の政策的判断」を余儀なくさせ、国民の信頼の根拠となる「中立的な法原理部門」という性格を失わせるおそれが大きいと思われる。

以上述べたように、筆者は、本件のような民事の差止訴訟において「新規制基準は緩やかに過ぎる」かどうかという形で問題を立てることは誤りであり、一審被告準備書面（20）が主張しているように、「本件発電所において、炉心の著しい損傷や周辺環境への放射性物質の異常な放出が生じる蓋然性」があるかどうかのみを審理すべきであると信じるものである。

しかし、従来の裁判例におけるように、「蓋然性」に至らない程度の「具体的危険性」についても審理するといつてあれば、行政訴訟とのバランスの観点から、民事の差止訴訟においても、行政基準を尊重した形での判断が要請されると思われる。そこで、従来の裁判例の多くがいわゆる「伊方型」を採用してきたことの理論的基礎づけとして試論を提示しておきたい。

（4）「表見証明をもたず経験則としての行政基準」

民事訴訟の基本は「自由心証主義」であるが、従来の原子力訴訟においても、従来の多くの裁判例は、専門技術的な事項についても、「事実認定」のレベルであれば、裁判官は、「専門家鑑定」を用いることによって適切な判断をすることができるという考え方がとられてきたと思われる。

しかし、ドイツの原子力訴訟に関して、高度に専門的な事項についての個別的な鑑定は、鑑定人の主觀によって左右されコントロールのすべがないという問題があり、どの鑑定人のどの鑑定部分をとるかを裁判官の裁量に委ねる場合には、それに加えて裁判官の主觀によって左右されるという問題があるという指摘があったところである³⁶。この問題は行政訴訟において「実体的判断代置方式」の審査がなされる場合について指摘されたものであるが、構造的に「生の安全論争」を招きがちであるわが国の民事差止訴訟にはより一層あてはまると思われる。

したがって、仮に本件において「どの程度の事故がどの程度の確率で発生し、どの程度の

³⁶ 高木・前掲注（25）23頁。なお、筆者は、もんじゅ訴訟に関する名古屋高裁金沢支部平成15年1月27日判決について、「鑑定人裁判の怖さ」を指摘したことがある。高木光『行政訴訟論』（有斐閣・2005年）370頁（初出2003年）。これに対して、斎藤浩「大型の専門技術的行政行為に対する裁量論の課題」日本弁護士連合会行政訴訟センター編『最新重要行政関係事件実務研究』（青林書院・2006年）332頁は、「鑑定という制度、裁判官の自由心証主義に対する根拠のない非難ではないだろうか」と指摘している。

量の放射線、放射性物質がどの範囲に放出されるか」をすべて事実認定の問題として扱う場合、そのために裁判所がどのような「専門家鑑定」を採用するかについて、全くの自由を認めることは許されないとと思われる。すなわち、「原則として個人よりも組織」というように、一定の優先順位が定められていると考えるべきであろう。

この点、筆者は、従来の多くの裁判例が、民事差止訴訟や仮処分案件において、行政訴訟に関する判例法理である「伊方の定式」を「転用」してきたのは、理論的にはその根拠が必ずしも明確ではないものの、行政規制の意義を一定程度尊重する³⁷という「実務的バランス感覚」によるものであったと考える。そして、「行政基準」の尊重がなぜ要請されるのか、という理論的基礎づけについて改めて考えてみたとき、ドイツにおける「予めなされた専門家鑑定」の理論が参考になると思われる所以、以下で、紹介しておきたい。

「予めなされた専門家鑑定」の理論とは、専門技術的知識を有する多数の専門家が組織的作業によって策定した「技術基準」や、それを内容にとりこんだ行政基準は、法令が想定している客観的な「非法的」基準と一致しているということが、訴訟法にいう「(中程度の蓋然性を有する) 経験則」として認められるから、「予めなされた専門家鑑定」として、裁判所の事実認定の基礎とされるべきである、というものである³⁸。この場合、その訴訟法上の扱いは、法律上の推定には及ばないが、単なる事実上の推定よりは強く、略式の証拠方法となるとされる³⁹。そして、技術基準やそれを内容にとりこんだ行政基準は、それが最新の研究等に照らして時代遅れになっているとか、当該事案に、標準的な場合を想定している基準を適用するのにふさわしくない特殊事情がない限り、尊重されるべきであり、そのような例外に当たらないにもかかわらず、裁判所が、個別の「専門家鑑定」によって、異なる事実認定をすることは、「経験則違反」になる。

この理論は、ドイツの連邦行政裁判所によって、フェルデ事件に関する1978年判決で採用された。フェルデ事件の主な争点は、石炭火力発電所の設置許可の取消訴訟において、施設の設置及び操業により「有害な環境影響その他的一般公衆又は近隣にとっての危険、重大な不利益又は重大な生活妨害をもたらすおそれのないこと」という許可の要件に該当するかどうかの判断において、裁判所は「行政規則」の形式で定められていた行政基準をどの程度尊重しなければならないかであった。上記の法律上の許可要件は、不確定概念を含んでいるが、連邦行政裁判所は「実体的判断代置方式」の審査をすべきものとする一方で、行政基準を尊重すべきものとした。そして、行政基準に適合している施設の許可について、独自の判断により「有害な環境影響をもたらすおそれがないこと」という要件が満たされていないとして許可を違法とした控訴審判決を破棄したのである。

そこで、ドイツにおける行政訴訟とわが国における民事訴訟という違いはあるが、本件に

³⁷ 民事の差止訴訟においても、実際には、裁判所は行政側の有する科学的・専門技術的な知見を尊重して判断していると指摘するものとして、たとえば、岩橋健定・女川控訴審判決解説『平成11年度重要判例解説』49頁参照。

³⁸ 高木・前掲注(25)49頁参照。

³⁹ 同・49-50頁。

おいて「どの程度安全であれば十分安全であるか」を裁判所が責任を持って判断しなければならないと考える場合には、「予めなされた専門家鑑定」の理論を参考にすることが考慮されるべきであろう。

そして、本件で問題となっている「新規制基準」は、さきにみたように、その骨格は、原子力規制委員会規則という「民主的正統性」と法的拘束力を持った「法規命令」という形式で定められており、それを具体化し詳細化するものとして、「設置許可基準規則の解釈」などが位置づけられている。したがって、第一審判決のように、「新規制基準」を全く無視するかのような判断を行うことは、到底許されるものではない、と思われる所以である。

意見書作成者の略歴

昭和 29 年（1954 年）12 月 生まれ
昭和 52 年（1977 年）3 月 東京大学法学部卒業
昭和 52 年（1977 年）4 月 東京大学法学部助手
昭和 55 年（1980 年）8 月 神戸大学法学部助教授
平成 2 年（1990 年）4 月 同教授
平成 3 年（1991 年）4 月 学習院大学法学部教授
平成 16 年（2004 年）4 月 学習院大学専門職大学院法務研究科教授
平成 19 年（2007 年）4 月 京都大学大学院法学研究科教授（現在に至る）

主要研究業績

【著書】

『事実行為と行政訴訟』（有斐閣・1988年）

『技術基準と行政手続』（弘文堂・1995年）

第 1 編 技術基準

第 1 章 基準と裁量

第 2 章 技術基準の法的性格

第 2 節 予めなされた専門家鑑定の理論

第 3 節 政策的価値判断と基準の機能

『条解行政手続法』（弘文堂・2000年）（塩野宏教授との共著）

『行政訴訟論』（有斐閣・2005年）

第 3 部 判例分析

第 2 章 原告適格

第 1 節 民事差止訴訟との併存——もんじゅ第 1 審

第 2 節 線引き——もんじゅ控訴審

第4章 裁量統制

第1節 専門技術的裁量の尊重——もんじゅ本案第1審

第2節 判断過程の統制——もんじゅ本案控訴審

『行政法講義案』（有斐閣・2013年）

【最近5年間の主要論文】

「行政処分における考慮事項」法曹時報 62巻8号 1-25頁（2010年）

「法執行システム論と行政法の理論体系」民商法雑誌 143巻2号 1-27頁（2010年）

「裁判所は原子炉の安全性をどのように扱ってきたか」法学セミナー608号24-28頁（2011年）

「公定力と国家賠償請求」

水野武夫先生古稀記念論文集刊行委員会編『行政と国民の権利』1-19頁（2011年）

「法律の執行——行政概念の一断面」

高木光他編著『行政法学の未来に向けて』（阿部泰隆先生古希記念論文集）21-43頁（2012年）

「省令による規制権限の「性質論」——泉南アスベスト国賠訴訟を素材として——」NBL984号36-43頁（2012年）

「裁判所は原子炉の安全性をどのように扱ってきたか」

駒村圭吾=中島徹編『3・11で考える日本社会と国家の現在』（別冊法学セミナー）58-67頁（2012年）

「法規命令による裁量拘束——保険薬局指定処分を素材とした一考察——」法学論叢172巻4/5/6号80-113頁（岡村周一先生退職記念号）（2013年）

「課徴金の制度設計と比例原則——JVCケンウッド事件を素材とした一考察——」

石川正先生古稀記念論文集『経済社会と法の役割』149-176頁（2013年）

「社会観念審査の変容——イギリス裁量論からの示唆」自治研究 90巻2号 20-34頁（2014年）

「認可=補充行為説の射程（上）」自治研究 90巻5号 3-15頁（2014年）

「認可=補充行為説の射程（下）」自治研究 90巻6号 3-15頁（2014年）

「国家無答責の法理の克服——イギリス国家賠償制度の名誉回復」自治研究 90巻7号

3-17 頁 (2014 年)

「省令制定権者の職務上の義務」自治研究 90 卷 8 号 3-17 頁 (2014 年)

【その他原子力訴訟関連の解説等】

「伊方原発事件—科学問題の司法審査」別冊ジュリスト 206 号 (環境法判例百選第 2 版)

202-205 頁(2011 年)

「行政事件と司法権の範囲」高木光=宇賀克也編『行政法の争点 (新・法律学の争点 8)』

(2014 年) 108-109 頁

「仮処分の排除」高木光=宇賀克也編『行政法の争点 (新・法律学の争点 8)』(2014 年)

140-141 頁