

## 原発訴訟と裁判官の営為について(二)

弁護士・立命館大学教授

齋藤 浩

- 一 本稿の問題意識
- 二 逆行の具体的現れ
- 三 「判断代置」批判論について(以上、本号)
- 四 鑑定排除論について
- 五 民事差止訴訟役割縮小論について
- 六 行政立法尊重論について
- 七 おわりに

## 一 本稿の問題意識

行政法学の一部に、行政裁判における行政裁量の過度の重視主張がみられ、それはこの分野における三権分立の基礎をも掘り崩しかねないレベルに至たる傾向であると危惧される。

戦後、裁判所自身が政府、行政を裁かない、裁けない傾向を強く示したが、これに対しては、行政法学は基本的に批判的立場をとり、司法制度改革、情報公開制度の国地方レベルの確立、行政手続法制定、行政事件訴訟法改正、行政不服審査法改正など基本法の制定、改正作業に大きな力を発揮し、裁判所が行政を裁く基本的制度枠組みを提供してきた。その結果、大要として、裁判所の対行政姿勢は、三権分立がもつべき基本の方向への歩みを見せ始めている

と言えよう。まだ裁判所の対行政姿勢は確固としたものとは言い難いが、行政法学はあるべき三権分立への方向を応援してきたものと言えるであろう。

しかるに、行政法学の一部に極端な傾向が逆行的に生まれている。筆者の見たところ、そのような動きは原発訴訟を巡り起こっており、放置すればこの分野で取り返しのつかない損害をもたらすほか、他の分野の行政裁量統制にも悪影響を及ぼしかねないと考えられる。また行政の絡む民事訴訟への不当な越権行為にもなっているように見受けられる。

本稿がそのような「理論」への歯止めとなれば幸いである。

## 二 逆行の具体的現れ

いくつかの現れをまず整理し、三以下でその一つ一つを詳しく検討する。

## 一 「判断代置」批判論

それは、原告側を行政事件として初めて勝訴させたもんじゅ事件高裁実体判決(名古屋高裁支判<sup>(2)</sup>平一五・一・二七)を巡り噴出した。口火は高橋滋教授と高木光教授であった。そして同判決を覆した最高裁判決の評価をめぐっても論議は続いた。両教授は色々書いておられるので、そのうちで議論が最もよく表れている文章を摘出すれば次のものであろうか。

高橋教授は、高裁判決の「最大の問題点は……自らの認定した安全審査における過誤、欠落が無効原因たる『重大な瑕疵』に該当することを論証しようとするがために、放射性物質が環境に放出される様な事態が発生する具体的危険性が否定できないことを積極的に認定する誤りを犯してしまった点にある」と言われた<sup>3)</sup>。また教授は、高裁を覆滅した最高裁判決についても「『二次冷却材漏えい事故』に対する行政庁の判断を妥当とした第二次上告審判決の結論に異論はない」と述べたうえで、①二次冷却材漏えい事故の点を、②蒸気発生器伝熱管破損事故の点といっしょに次

のように述べている。すなわち①②の点の「対策については、第二次控訴審判決の直前の二〇〇二(平成一四)年一月二日に、原子炉設置変更許可が経済産業大臣より発給され、対策にかかる基本設計の変更、追加がされている。ただし、最高裁は、これらの基本設計の変更、追加は、安全性の向上のため念のためおこなわれたものであり、変更前の安全審査の妥当性を否定するものではない、との立場をとった。これは原子力安全委員会(当時)をはじめとする被告側の主張を採用したものである。しかしながら、最高裁の判断としては、このように判断代置の審査方式によるのではなく、控訴審口頭弁論終結後ではあるが、第二次控訴審判決の直前の二〇〇二(平成一四)年一月二日に、ナトリウム漏えい事故を踏まえた設置変更許可を事業者は経済産業大臣より受領している事実を正面から指摘し、変更許可の対象となった事項は設置変更許可を争う訴訟の守備範囲であると判断するか、または、本件訴訟の守備範囲であるとして、同許可により安全対策上の過誤、欠落は治癒されたとするか、あるいは、その事実を指摘して控訴審に差し戻す判断をすべきであった<sup>(5)</sup>」。

高木教授は、同高裁判決に対し、鑑定人裁判の怖さを実証したなどと批判し、「隠れた実体判断代置方式」に陥っていると共に、結果として、原子炉等規制法のとる「相対的安全性」という基本原則に反するものとなっている<sup>(6)</sup>。「筆者は、上告審において見直しがなされるべきである<sup>(7)</sup>と考える。もちろん、私が特に発言しなくても上告審における破棄はほぼ確実であるとの予測はできよう<sup>(8)</sup>」とまで言われた。

さらに高木教授は、原告側の再稼働差止めを認めた大飯原発判決<sup>(福井地判平二)</sup>、高浜原発仮処分決定<sup>(福井地決平二)</sup>が出るや、法律雑誌に批判論文を書くとともに大飯原発判決で敗訴した電力株式会社の求めに応じて控訴審である名古屋高裁金沢支部に平成二七年六月一八日付鑑定意見書を提出された。

その中で「判断代置」批判を展開する典型的部分は次のような内容である。  
伊方上告審判決と福島第二上告審判決で、判例理論が形成されたと理解されているとし、「すなわち、(当時の)原

子炉等規制法二四一条一項四号の定める『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また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<sup>(9)</sup>』とされる。

## 二 鑑定排除論

この論点は高木教授が早くから最近にいたるまで強調される。

早くは、伊方上告審判決、福島第二原発一審判決訴訟などを論じた論文において論じられている<sup>(8)</sup>。  
また、上述のように原告側を勝たせたもんじゅ事件高裁実体判決批判として発言された<sup>(9)</sup>。

続いて、原告側を勝たせた大飯原発再稼働差止事件の地裁判決に対する控訴審において事業者の求めにおいて書かれた鑑定意見書で展開されている<sup>(10)</sup>。これには筆者が高木教授のもんじゅ事件高裁実体判決批判を批判した論文も引用されている。

さらに、最近時、「『専門家鑑定』という扱いは、自由心象主義の下で、技術的な知見を証拠法上の扱いとして尊重すること、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留保されてはいるものの、不安定さは否定できないものである<sup>(12)</sup>』と持論を展開された。

## 三 民事差止訴訟役割縮小論

高木教授は注(7)で引用した二つの論文と前掲鑑定意見書で、民事訴訟、民事保全で原発を稼働差止、再稼働差止をすることに大きな異論を述べられている。ことは上記福井地裁の判決と決定の内容を批判するにとどまらず、民事的手段で原発を差止めること自体への異論、不快感の表明であり、法律学者としては初の特徴をもった意見である。

#### 四 行政立法尊重論

二―三の論点と不可分だが、高木教授は、リスク軽減は行政法規を通じておこなうべきで、それを争うのは行政訴訟によるべきで、民事差止訴訟が行政訴訟の役割を果たすことへの異論を展開されるにあたり、原子力規制委員会の発足、原子炉等規制法の改正を重視し、規制委員会の定める規則等の行政法規に裁判所も拘束されると説く。行政訴訟における法規命令論としては当然であるが、高木教授の目的は、民事訴訟においてこの点を強調することと、法規命令でもない行政立法に裁判所は尊重の念をもつようにというところにあると思われる。原子力法制にとつても、行政法学、民事法にとつても見逃せない論点である。以下順次検討する。

#### 三 「判断代置」批判論について

##### 一 判決ではなく調査官解説

もんじゅ事件高裁実体判決を契機に噴出した判断代置批判論は、そのルーツがある。まず、高木教授は、上述のように、伊方上告審判決が判断代置というワーディングを使用したかのように言われるが、ミスリードである。

後述するように本来は真つ当な「判断代置」という用語を、このような特殊な用法で使用したルーツは、伊方上告審判決そのものではなく、その調査官解説<sup>(13)</sup>であり、そこで引用されている学者文献<sup>(14)</sup>である。調査官解説を当該判決の内容だと喧伝するのは、そのように誤解することが多い法科大学院生への戒めをする教員がつねに心すべきところに反している。

さらにルーツを探れば、悪意義の表層とは逆の真つ当な議論、岩盤にぶちあたる。

判断代置というワーディングの因つてくるところは、言うまでもなく行政と司法の関係の本質から来る。

園部逸夫元最高裁判事が「裁判所の公益判断を行政庁のそれと置きかえることまで要求される」行政事件訴訟においてと言われる場合<sup>(15)</sup>、「公益判断の置き換え」は羁束行為に限らないことは当然の前提として含意されていたはずである。それを判断代置と呼ぶなら、行政の公益判断を司法(裁判所)の公益判断に置き換えることを意味している。

しかるに、伊方上告審判決の調査官解説で高橋利文調査官が、原発許可のような「高度の専門技術的知見に基づく判断を必要とする当該処分」においては、裁判所は「実体的判断代置方式によらない」と述べたこと<sup>(16)</sup>を皮切りに、公益判断の置き換えという論点が妙な方向に歩みを進めた。

筆者は「判断代置」、「隠された判断代置」などというワーディングの使用をやめるべきだと提起したことがある<sup>(17)</sup>。

一部の行政法学者は、行政行為のうち、羁束行為については判断代置、裁量行為は判断過程統制等と整理し、裁判所が裁量行為について踏み込んだ判断をすると、高木教授らは上述のように判断代置に陥っていると、隠れた判断代置だと非難される。しかし、その非難を仔細に読んでも、その内容は乏しい。かえってそのような非難は、行政の裁量を裁判官が判断代置しているなどといいつつ、実質は原発許可などの裁量行為には裁判所は踏み込んだ判断をすることをやめよという意見であるに等しい。

##### 二 藤山雅行裁判官の議論

筆者は、裁量行為への裁判所の判断の本質は、羁束行為の判断と同様の事実認定と法律判断であるというに尽きると考える。

この点について、藤山雅行判事の「行政訴訟の真理のあり方と立証責任<sup>(18)</sup>」という論文がこの論点を深めている。この論文は改訂前の藤山編「行政争訟」にも同名で入っていた。筆者は「行政訴訟の実務と理論<sup>(19)</sup>」を書いたとき、主張立証責任の箇所と同判事のこの論文を非常に貴重なものとして勉強し、多く引用している。そして同判事はその後改

訂版で重要な補充をおこなわれている。僭越ながら、筆者が展開する一部の行政法学者への批判と同旨とも言えるものであると考える。

藤山論文に沿って少し述べたい。

藤山判事は、上記論文で、「認定された事実関係を前提として裁量権の行使に逸脱濫用があるか否かを決する場面は、もはや事実の有無を確定するものではなく、裁判官の法的価値判断を表明すべき場面であるから、真偽不明という事態が生ずる余地はなく、客観的な立証責任を云々する必要はない。…民事訴訟における規範的要件又は評価的要件に関する判断と同様に考えるべきものである」<sup>(20)</sup>。「行政庁の裁量判断の多くは、事実関係が全面的に明らかでない状況下において、見込みを含む一定の事実認識の下に行われるのであり、過大考慮・過小考慮定式においては、その事実認識に誤りがあったか否かにとどまらず、当該事実認識の適否をあるべき事実認識と比較して判断されること<sup>(21)</sup>が裁判所には求められているのである」。「裁判所は、当事者双方の提出した証拠及びそれに関する主張を吟味し、…それらを総合して、行政庁のした予測やそれに基づく判断に不合理な点があるか否か、その判断が社会通念に照らして著しく妥当性を欠くか否かを、認定するのではなく判断するほかないのである」<sup>(22)</sup>。「裁量権の行使の適否の判断については、その適否自体は法的評価であつて事実ではないから立証の対象にもならないし、それを基礎付ける事実も客観的立証責任の対象にはならないことになる。むしろ、この点の審査においては、当事者及び裁判所が協力して適切な争点を設定した上、その点について必要かつ十分な主張立証活動を行うことこそが重要であつて、裁判所は、その結果明らかになった真偽不明を含む事実状態を前提として自らの判断を示さなければならぬのである」<sup>(23)</sup>とされている。

筆者の理解によれば、この藤山論文の内容が重要であるのは、裁判官の事実認定と裁判官の判断を明確に区別し、裁判官のこの両場面での営為の内容を掘り下げていることであり、裁判官の判断と言う営為にこそ、裁判官、裁判所

の究極の価値があることを誇り高く宣言している点であると考ええる。

これが裁判の真髄である。行政裁判も裁判である。

### 三 再 考 察

このように藤山論文を読み込んだ上で、行政裁量に対する裁判統制をさらに考察する。

羈束行為への判決に至る過程は、自由心証<sup>(四七条)</sup>による事実認定で結論が決まる可能性が強く、判断面で難しいことはないと思われる。言葉が過ぎるとすれば、逆から言えたいいものではあるまいか。そのように難しくない領域が羈束行為領域だと。

裁量行為への判決に至る過程も、自由心証による事実認定と判断である。

ところが藤山判事が言われるように、裁量行為の場合、事実も容易く認定できるものではなく、確定できない事実を含め事実関係が全面的に明らかではない状況下において、見込みを含む一定の事実認識の下に、裁量判断は行われる。それは裁判官による法的価値判断なのである。

裁判官が行政の判断過程を審査すれば容易く行政段階の判断内容が明らかになり、余程のことがない限り、それを尊重すれば足りるかの如く言う学者の言質は、観念的で危ういものである。それら学者の言うことは、意図は別としても、結果としては裁量審査をおこなう裁判官に法的価値判断をさせないことをもって結論としていっていると云わざるを得ない。

伊方上告審判決が、当時の原子炉等規制法二四条二項が、内閣総理大臣の設置許可の場合に「あらかじめ原子力委員会<sup>(24)</sup>の意見を聴き、これを尊重してしななければならないと定めているのは」、同条一項三号四号など「右各号所定の基準の適合性については、各専門分野の学識経験者等を擁する原子力委員会の科学的、専門技術的知見に基づく意見を尊重して行う内閣総理大臣の合理的な判断にゆだねる趣旨と解するのが相当である」という意味であるとしながら

も、「原子炉設置許可処分」の取消訴訟における裁判所の審理、判断は、原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の専門技術的な調査審議及び判断を基にしてされた被告行政庁の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきであつて、現在の科学技術水準に照らし、右調査審議において用いられた具体的審査基準に不合理な点があり、あるいは当該原子炉施設が右の具体的審査基準に適合するとした原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落があり、被告行政庁の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には、被告行政庁の右判断に不合理な点があるものとして、右判断に基づく原子炉設置許可処分は違法と解すべきである」という基準を立てたのは、裁量過程審査にあつてもこれらの基準にのっとり、裁判所が法的価値判断をすることを判示したものと理解するのが当然である。

ところが筆者がこれまで注(5)引用の二つの論文で分析してきたように、その後のもんじゅ最高裁判決(平成一七・五)などは、原子力安全委員会の判断を尊重するだけで、日本国憲法に基づく当時の原子炉等規制法二四条に関する裁判所、裁判官としての法的価値判断を放棄した。

そしてさまざまな苦しい言い訳をしながら一部の学者は、この最高裁の判断放棄の判決を容認しているのである。行政の羈束行為への裁判官の判断は代置ではなく判断そのもの、代置に対比して言うのであれば判断正置である。

裁量における判断過程統制も終局的には裁判官の判断であり、裁量がない場合の判断と、判断という点では変わりはない。判断方法が変わるだけで、裁判所は判断するし、しなければならぬ。裁量行為と言えども判断過程審査をした上で、最終判断を下さねばならない。

しかるに原発のような大型の専門的技術的行政行為についての一部の学者の言説は、判断過程審査の名を借りて、裁判所の判断回避を意図しているのではないかと考えざるを得ない。きちんと判断をした裁判所、裁判例に対し、判断代置をしたと批判をすることを通じて、裁判所の判断回避、判断放棄を迫っているとしか思えない。

行政の判断過程を統制することが裁量統制の課題である。しかし、それに対する概念としての判断代置と言う考え方を措定することは、本質を混迷させるだけで百害あって一利もない。行政の判断過程への統制過程で、裁判官が当該行政の判断過程が適切でない認定することは、代置ではなく、判断過程統制そのものである。

裁判は、法的な紛争につき、証拠によつて事実を確定し、法律を適用して判決という形で結論を示す。

原発行政の分野の司法による裁量チェックは、行政段階の審査基準の合理性およびその具体化としての基本設計ないし基本的設計方針適合性を司法として単純にチェックするだけで、判断代置などという概念が入る余地はない。

その司法作用、裁判官の判断内容はどのような性格の行為として説明できるか。

(1) 単純なことだが、裁判官の裁量チェックは、要件裁量部分、効果裁量部分を通じて、事実の確定、事実認定に関わる点は自由心証主義による判断である。

心証形成のために用いることができる資料は、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べによる結果である(民事訴訟法二四七条)。証拠調べには当然鑑定が入るのであつて(同法二二条以下)、「鑑定人裁判の怖さ」<sup>24)</sup>などという言説は、訴訟法を無視したものである。この点は四においてあらためて見る。

(2) 法律の適用に関わる点には、行政事件訴訟法三〇条の規定がある。今日的にはこの条文は裁量権の限界の規定として位置付けられる。位置付けられるが、内容のない規定であるから、この条文があろうとあるまいと、裁判官は行政裁量の統制を各分野の行政法令を適用しておこなうのであり、原発許可分野では当時の原子炉等規制法二四条の解釈判断であつた。これは裁判体の判断そのものであり、判断代置などという考え方は寄りつき難い。

これらの点は、福島事故以後の原子炉等規制法の改正により変わることはない。原子力規制委員会の独立と新規制基準、規則制定の意義については六で詳述する。

#### 四 高木教授の最近の議論について

筆者のこのような考えに対して真逆の立場を推し進められているのが最近の高木教授の一連の論稿である。それを最も端的に吐露しているのは、上述の名古屋高裁金沢支部宛に提出した平成二七年六月一八日付鑑定意見書における次のような言質である。

新規制基準のうちのバックフィットについて、「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(傍点)、自己の価値判断によって『代置』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』が違法となるのは、委任の趣旨に反するか委任の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」<sup>(25)</sup>。

筆者はこの言質の後半にはさしたる異議はなく、裁量的一般論に過ぎないと考えるが、問題は前半である。この前半の言質は、筆者が上述した裁判所の営為である裁判所の判断行為を否定する暴論ではないだろうか。この論者は、原発の許可、再稼働許可を支持するあまり、裁判の本質を踏み外し、三権分立を掘り崩そうとする迷路に踏み込んだと言わざるを得ないのである。その心象風景は、注(9)で引用した論文での裁判所に対する本音、「素人の代表」という侮蔑があるのであろうと想像する。

高木教授が尊敬してやまない原子力行政の現場の状況を次に垣間みておきたい。

#### 五 原子力規制委員会の実力と行政判断の実例

(一) 行政判断の実例報告としては、日本原子力発電(株)敦賀発電所の敷地内の破砕帯が、耐震設計上考慮する活断層かどうかの判断をめぐる原子力規制委員会の行政判断のプロセスについての詳細な報告書<sup>(26)</sup>がある。電力事業者のための研究所の報告書ながら、規制委員会の実態、判断実例を知るうえで貴重なものである。

規制委員会と事業者が行政審査にあたり展開した手続きと簡単な論点は一〇六頁の「表」の経過に整理してある。この報告書によると、規制委員会による行政判断の問題点として次のように述べられている点が筆者の本稿で論じている論点との関係では特に重要である。

それは第一に、当該破砕帯が活断層かどうかは純粹科学論争に見受けられるが、「本破砕帯問題に代表されるようなキスエ以上の問題は、純粹科学論争を通じて決着可能な類の問題ではなく、その科学論争がどのような枠組み(フレーム)やルールの中で議論されるべきか、が定まって、はじめて問題解決への端緒へと繋がる類の問題である」と述べられている。つまり科学的知見を適切に規制に反映させる手続きが確立されていないと言われているのである。

第二に活断層かどうかを判断する規制委員会の私的諮問機関である有識者会合の人選、専門性の確保も整備されるべきであると論じられている。そもそも私的諮問機関という位置付けに驚くところがある。

第三に活断層かどうかの証明責任を、有識者会合が一応事業者に負わせることにしたが、明確なルールは確立されていない<sup>(27)</sup>。

第四に規制委員会においては、リスク評価機能(曝露経路や人体への影響等を評価し、当該リスクの特性を明らかにする機能)とリスク管理機能(当該リスクに対して具体的な規制基準を定めたり、取締り等の規制活動を行ったりする機能)の分離が行われておらず、現にこの活断層問題では行われなかった<sup>(28)</sup>。

第五に規制委員会と事業者との行政争訟関係が確立していない<sup>(29)</sup>。

田邊氏は、これらの専門技術的判断能力が行政に具備されていることが、原発訴訟における行政の裁量の前提であり、具備していなければ外部から調達することも重要であると提起している<sup>(30)</sup>。当然のことながら貴重な意見である。そして、今日のように極端に行政裁量に敬讓しない時代の高木教授の議論を紹介しつつ、自身の裁量論をまとめておられる。

(二) 規制委員会の技術的能力を論じた論文<sup>(33)</sup>もある。同論文は次のように書いて、規制委員会が各原発設備を点検する場合の、技術的能力、プラント知識を問題にしている。

原子力安全基盤機構(JNES)も二〇一四年三月一日、原子力規制庁と統合し、原子力規制委員会となる。元々は「JNESは、原子力専門知識を有した技術集団であり、規制庁の技術的能力はJNESが握っていると言っても過言ではない。また、国会で議論になったようにJNESの技術職員は、多くがメーカーそして事業者のOBで占められており、プラント組織、経験そして基礎知識など、事業者そして原子力メーカーの技術者に匹敵した能力を有している<sup>(34)</sup>」。

国会でも議論になったように、プラントなどの知識を有している技術者は、事業者及び原子炉メーカーを退職した者がほとんどであり、かなりの高齢であり、その技術を若手に受け継ぐのは簡単ではない。また、『電気新聞』(二〇二〇年八月)でも報道しているように、JNESが規制庁に吸収された場合、……JNESの技術者が規制庁に所属した場合、数年で定年を迎える人も多いはずである。その場合、規制庁にJNESが吸収されたことによる審査の技術力が落ちる可能性がある<sup>(35)</sup>、と述べられている。

このように、同論文はそれら技術者が、事業者のOBであること、その後継者育成が心配であることを導き出している。これが高木教授が敬讓してやまない原発関係の行政の実態なのである。

#### (三) 規制委員会の情報公開の弱さ<sup>(36)</sup>

規制委員会・規制庁は、情報公開請求のための文書目録とも言える「行政文書ファイル管理簿」を発足以来三年間も作らず、文書管理の組織内点検も怠っていないながら「点検した」と内閣府にウソの報告書を出していた。また、東京電力柏崎刈羽原発の原発敷地内を走る「F5断層」が活断層などではないと東電が主張する点の非公開ヒアリングに

ついて、規制委員会は、録音や詳細な議事録は残さず、議事要旨にとどめた。国会事故調にも議事録公開をしない。

また、関西電力高浜原発の審査においても、関電は事故時の原子炉格納容器内の水素濃度分布を試算したが、資料では試算方法や結果は「白抜き」になっている。試算は規制委が「同原発が事故時に水素爆発を起こす可能性は低い」と判断する根拠になったにも関わらず、規制委員会は白抜きを許している。また、発足三年を翌日に控えた二〇一五年九月一八日、規制委員会は旧保安院などから引き継いだ大量の資料をホームページ(HP)から削除した。福島事故の資料も消えたのである。これらは文書管理法の精神に反しているし、理解しがたい秘密主義である。

#### (四) 行政判断と裁判所

裁判所は、行政の実態がこのようなものであることをふまえて、適切な訴訟運営によって、鑑定その他の方法によって専門家の協力も得て、行政の判断過程を辿り、規制基準へのあてはめの正当性を点検し、同時にその事案によっては規制基準の合理性の判断をすることはできるし、しなければならぬ。それが三権の一つである裁判所に与えられた裁判という判断行為であり裁判所の営為である。

大型の専門技術的行政行為の典型である原発許可分野の裁量統制は、もんじゅ高裁実体事件で金沢支部の当該裁判体がとったように、裁判体として双方の専門家から高度なレクチャーを十分に受ける機会を確保し、自らの良心に従い独立してその職務を行い、憲法と法律にのみ拘束されるという状態を作り出すことが重要で、最高裁はこの種事件に係属した裁判所、部へのこのような配慮をすることが重要である。間違っても、歴史を逆転させて、伊方事件の地裁の裁判官構成に司法行政的に介入したようなことを福島事故後の現代には起こすべきではない。

そうすれば、わが国の裁判官は、原発関係事件でも、自己の良心に従った、国民と世界環境のためになる判決を出すであろう。外圧がなければ、わが国の裁判官は原発行政訴訟における裁量統制を十分におこなうことができる。行政法学者・研究者は、原子力村から出て、<sup>(38)</sup>または入らず、国民と裁判所にわかりやすい理論を打ち立て、原発阻止の



ためにたたかう原告とその弁護団に本当の意味で頼りにされ、わが国の裁判官を理論面から励ますべきである。

- (1) 塩野宏「行政法Ⅱ第五版」有斐閣、二〇一〇年、七〇頁以下、阿部泰隆「行政法再入門 上」信山社、二〇一五年参照。
- (2) 裁判所ウェブサイトに収録されている判決については、以後も出典は省略する。
- (3) 高橋滋「福島原発事故と原子力安全基本法制の課題」(高木光等編「行政法学の未来に向けて 阿部泰隆先生古稀記念」(有斐閣、二〇一二年) 所収三九五頁以下)。
- (4) 高橋滋「原子力関連施設をめぐる紛争と行政訴訟の役割」『もんじゅ』訴訟第二次上告審判決の検討(宮崎良夫先生古稀記念論文集、日本評論社、二〇一四年) 所収六九頁。
- (5) 高橋・前掲注(4) 論文七二頁。なお筆者は高橋教授のもんじゅ事件に関する一連の論稿を次のような論文で批判してきている。齋藤浩「大型の専門技術的行政行為に対する裁量論の課題」(日弁連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、二〇〇六年、三二七頁)、齋藤浩「行政法分野の原子力村と原発訴訟判決」(齋藤浩編「原発の安全と行政・司法・学界の責任」法律文化社、二〇一三年、二一七頁)、齋藤浩「もんじゅ事件残論及び原発行政訴訟における裁量論」立命館法学二〇一四年三号、三九頁。なお、もんじゅについては、二〇一五年一月一三日原子力規制委員会が運営の見直し勧告(日本原子力研究開発機構による運営の交代)を出したから、社会的決着はついたものである。このような組織を判決や「理論」で擁護してきた人々の社会的責任が以後問われるであろう。
- (6) 高木光「行政訴訟論」(有斐閣、二〇〇五年) 三七〇頁。この部分の初出は二〇〇三年。
- (7) 高浜飯処分につき高木光「飯処分による原発再稼働の差止め」(法律時報二〇一五年八月号一頁)、大飯本訴につき高木光「原発訴訟における民事法の役割」(自治研究九一卷一〇号二九頁、二〇一五年)。
- (8) 高木光「技術基準と行政手続」(弘文堂、一九九五年) 一三三頁。この部分の初出は一九九三年。
- (9) 高木・前掲注(6) 三七〇頁。この部分の初出は二〇〇三年。
- (10) 前掲高木鑑定意見書(名古屋高裁金沢支部宛平成二七年六月一八日付) 一六頁。
- (11) 齋藤・前掲注(5)「大型の専門技術的行政行為に対する裁量論の課題」三三三頁。

- (12) 高木・前掲注(7) 自治研究論文二九頁。
- (13) 高橋利文「最高裁判所判例解説民事篇平成四年度」。
- (14) 原田尚彦「行政訴訟の構造と実体審査」(田中二郎先生追悼論文集「公法の課題」有斐閣、一九八五年)。なお原田教授は教科書でも「行政行為の取消しにかかわる紛争は、きわめて多様で、なかには、裁判所の判断代置方式による審理になじまないものもある。たとえば、原発の安全性をめぐる紛争などは、高度の専門技術的知識に基づく未来予測的判断が必要であり、裁判所の能力では的確な判断はおぼつかない」(行政法要論全訂第六版、学陽書房、二〇〇五年、三九六頁) などと、わが国裁判所に対する侮辱的かつ噴飯な言説を発しておられた。さすがに品に欠けることを自覚されたか、「全訂第七版補訂版、二〇一一年」四〇九頁では表現を少し変えられたが本質は変わっていない。なお、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」(月刊エネルギーフォーラム二〇一四年七月号七〇頁)の裁判所論の裁判所侮辱的言質は、原田教授の後継者の域を承継しているようか。
- (15) 園部逸夫「現代行政と行政訴訟」(弘文堂、一九八七年) 一九頁。
- (16) 高橋・前掲注(13) 参照。
- (17) 齋藤・前掲注(5)「もんじゅ事件残論及び原発行政訴訟における裁量論」五二頁。
- (18) 藤山雅行「行政訴訟の審理のあり方と立証責任」(藤山雅行・村田斉志編「行政争訟 改訂版」、青林書院、二〇一二年) 三八九頁以下。
- (19) 齋藤浩「行政訴訟の実務と理論」(三省堂、二〇〇七年)。
- (20) 藤山・前掲注(18) 四一〇頁。
- (21) 藤山・前掲注(18) 四一二頁。
- (22) 藤山・前掲注(18) 四一三頁。
- (23) 藤山・前掲注(18) 四一四頁。
- (24) 高木・前掲注(6) 文献三八四頁以下。
- (25) 鑑定意見書一五頁、高木・前掲注(7) 自治研究論文三二頁。

- (26) 田邊朋行「原子力規制体制の制度的課題と解決策—敦賀発電所敷地内破砕帯問題」(電力中央研究所報告 研究報告 Y13024' 二〇一四年四月)。
- (27) 田邊・前掲注(26) 論文二七頁。
- (28) 田邊・前掲注(26) 論文二九〜三二頁。
- (29) 田邊・前掲注(26) 論文三一頁。
- (30) 田邊・前掲注(26) 論文三二、三六〜三七頁。
- (31) 田邊・前掲注(26) 論文三七〜四二頁。
- (32) 田邊・前掲注(26) 論文四五〜四六頁。
- (33) 師岡慎一「原子力安全規制の技術的能力」(松岡俊二・師岡慎一・黒川哲志「原子力規制委員会の社会的評価—三つの基準と三つの要件」早稲田大学出版部、二〇一三年、七九頁)。
- (34) 田邊・前掲注(26) 論文八一頁。
- (35) 師岡・前掲注(33) 論文八三〜四頁。
- (36) この項の記述は毎日新聞二〇一五年一月一日付「特集ワイド・原子力規制委・規制庁 肝心の情報、やぶの中」の記事に依拠している。
- (37) 二〇一一年の福島事故後、愛媛新聞(二〇一一年二月一日付)は社説で、一九七八年伊方原発一号機訴訟での、一審審理がほぼ終えた時期の担当裁判官全員の交代をあらためて伝え、最高裁の人事介入を指摘し、司法の清算を主張した。また伊方事件をもモデルとした黒木亮「法服の王国—小説裁判官 上下」(産経新聞出版、二〇一三年)の、特に「下」三三頁以下参照。
- (38) 斎藤・前掲注(5)「行政法分野の原子力村と原発訴訟判決」二二七頁以下参照。

(つづく)

## 原発訴訟と裁判官の営為について (二・完)

弁護士・立命館大学教授 斎藤 浩

- 一 本稿の問題意識
- 二 逆行の具体的現れ
- 三 「判断代置」批判論について(以上、92巻2号)
- 四 鑑定排除論について
- 五 民事差止訴訟役割縮小論について
- 六 行政立法尊重論について
- 七 おわりに(以上、本号)

### 四 鑑定排除論について

この論点について、二で見た一九九三年以来の高木教授の議論を支持する論稿は筆者の検索能力の範囲ではあるが皆無である。独自の見解なのではなからうか。

なぜか。それは教授の議論が民事訴訟法の枠組み、ひいては裁判の枠組みから外れる暴論であるからではないだろうか。筆者は、教授がもんじゅ高裁実体判決を「鑑定人裁判の怖さ」などと評しているのに対し、「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からうか」と批判した<sup>(39)</sup>。

また、さらに原子炉等規制法改正問題とからめる高木教授の最近の議論は、従来に加えて、暴論度が一段と跳ね上

がったものとなっている。

#### 一 従来からの議論

高木教授の従来からの議論は、司法判断にとって、「策定された基準」がないままに鑑定に依拠して判断することの危険を述べるもので、その前提となる行政判断、行政裁量も技術基準の存在とその重要性が語られている点<sup>(41)</sup>を考慮するならば、司法と行政の営為の違いの無視の点をしばらくおけば、裁量統制の方向を探索する一般論を含んでいた。

ただもんじゅ高裁実体判決後の「鑑定人裁判の怖さ」などという言辞をみれば、この一般論の揺らぎも垣間見えるところであった<sup>(42)</sup>。

このような高木教授の裁量統制の方向での一般論には、四―二に述べる議論に続くような暴論が姿を現していた。

それは裁判、裁判官の判断という営為を、行政判断と同種のものとする傾向である。「行政庁も裁判所も自らは十分に有しない専門技術的知識を法的判断にとりこまねばならないという点では同じである」、「当該行政決定に至る判断過程の合理性、とりわけその判断の基礎とした専門技術的知識のとりこみ方の合理性が焦点になると考えられる。

このような局面で行政決定の尊重が正当化されるのは、私的領域で蓄積された専門技術的知識を法的判断(これは実は常に政策的決定・価値判断を含む)にとりこむために、行政機関のほうで、組織および手続からみて比較的優位にあることによる<sup>(43)</sup>と言われるところによく現れている。

誤解なきように述べておきたいが、筆者は行政過程をこよなく重視している。原発許可、再稼働許可などにおいてもその点は変わらない。前述したような規制委員会の現状と実力を大いに充実していただきたいと願っている。しかし、いま論じているのは裁判のことである。裁判という過程に入ってから、行政と司法とを同種に論じることが、質の異なる国家行為、公的行為を同列にすることであり、ありえないことである。

裁判過程では、行政事件では、司法が行政を裁くのであって、それぞれの判断手続と判断内容は異質なものである。

司法は民事訴訟、行政訴訟においては基本を民事訴訟法という手続法に依拠し、行政事件訴訟法を使って営為を果たす。行政は六で詳述するように、当該分野の法令、法規範ののつとり行政判断をおこない営為を果たし、その行政判断が裁判にかかれば、司法から評価を受けるのである。民事差止訴訟においても電力業社への許可を出した行政は直接、間接に司法から評価を受ける。

その行政と司法という二つの営為を一緒に見ることは許されることではない。

専門家鑑定は怖ろしいなどといって鑑定を否定し、鑑定にも依拠しない裁判官独自の判断も否定すれば、科学裁判では行政の判断を尊重するのみという結論が導かれる。これは裁判の否定であり、三権分立の一つの国家権力の発動を禁止する暴論である。この教授の議論は、後述する行政立法尊重問題に絡めて、「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<sup>(44)</sup>」という論理と並んで品が悪いのではなからうか。この言い方だと、逆に言えば素人の裁判官に任せるな、行政判断で十分だと言っているのと同じだからである。

#### 二 原子炉等規制法改正問題とからめる議論

高木教授は原子炉等規制法改正問題後、鑑定問題をさらに激しく展開されている。

裁判所の事実認定と法的判断という局面で考えれば、どの鑑定結果を採用するかしないかはまさに裁判所の法的価値判断であり、専門家鑑定などと大迎な言い方をしなくても、鑑定人の言論が裁判所の法的価値判断になるかどうかもまた裁判所の法的価値判断なのである。

原子炉等規制法改正後の規制委員会の判断は、改正前と比べ独立性と権威をもつことになったと言えるが、処分権者となった規制委員会の行政処分の適否を裁判において判断する職責をもつのは裁判所である。その判断を伊方上告審方式のようにする場合にも、専門性を持った処分庁の適否を裁判所は判断するのである。伊方上告審判決は

「現在の科学技術水準に照らし、右調査審議において用いられた具体的審査基準に不合理な点があり、あるいは当該原子炉施設が右の具体的審査基準に適合するとして原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落があり、被告行政庁の判断がこれに依拠してされた認められる場合には、被告行政庁の右判断に不合理な点があるものとして、右判断に基づく原子炉設置許可処分は違法と解すべき」として、最後は裁判所が判断すると述べている。当たり前のことであり、これをしなければ裁判ではない。

その判断過程で鑑定を利用するかどうかは裁判所の判断である。

先にもみたように、高木教授は最近の論稿で、新規制基準について、「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とどまり、自己の価値判断によって『代置』することは許されないと考えられる<sup>(45)</sup>」と言われるわけであり、四―一で述べた従来からの議論においてさえ、「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<sup>(46)</sup>」と述べていたのであるから、規制委員会権限が強化され、新規制基準になった今日においては、裁判所のこの分野の判断は行政の判断に委ねるべきだと考えていることが容易に推測される。

規制委員会は法令上の権威をもつし、専門技術的知見に基づく判断であり、伊方上告審判決が言うようにその合理的判断にゆだねられる。しかし、最終的にその判断を裁判所が点検するとき、裁判所が鑑定を参考にすることが許されることは当然である。それが民事訴訟法の構造である。当事者が提出する鑑定書は、規制委員会の判断レベルと水準またはそれ以上の専門性を持ったものであることもある。そもそも規制委員会の委員がすべて判断するのではないし、また委員、専門委員、事務局の総体を考えるとき、その総体は原子力村との癒着が語られ続けてきた<sup>(47)</sup>。また上述のような判断手続整備、能力不足もある。他方、電力業界との腐れ縁のない独立した専門家の鑑定書は、安全性、リスクの判断にあたり、高い価値を有し、規制委員会の判断を裁判所がチェックするのに適したものが存在しうるこ

とは当然のことである。

## 五 民事差止訴訟役割縮小論について

高木教授が、最近の注(7)で引用した二つの論文、注(10)で引用した鑑定意見書、注(14)で引用した論文で打ち出した原発に対する民事差止訴訟役割縮小論は、事実上禁止論に近い代物で、民事系であれ行政法系であれ、本邦初の極端な議論であり、読む者の度肝をぬく内容となっている。その柱ごとに整理し批判を試みたい。

### 一 原発差止民事訴訟では人格権を基礎に構成するべきでない、基礎にすることはできない!

この議論への批判は徐々に述べるとして、それなら原発差止め民事訴訟の原告はどのような権利を基礎に提訴すべきかについて、教授は一切答えを用意しない。つまり、禁止すべきだという議論の展開なのである。

その理由を、教授は民事差止訴訟の根拠として学説判例で確立している人格権は、原発のようなリスク差止めの場合には侵害の蓋然性が高くないから認められにくく、あえて認めるためには平穩生活権の考え方に依拠せざるを得ないであろうが、この考え方にも批判が強いとされる。福井地裁の判決は、人格権が一人のそれでも差し止めの根拠となるほど「強い切り札」なのか「被害の絵量的評価」が必要かを明確にしていな<sup>(48)</sup>とも言われる。

そしてまずリスク差止訴訟論の理論的主柱である大塚直教授批判に移り、大塚教授は行政訴訟を軽視していると述べ、大塚教授がバックフィットを実現するための最後の砦としていた民事差止は、原子炉等規制法の改正により行政法規としてバックフィットも行政訴訟に乗るようになった今日では、前提の重要な部分が失われたと論じている。そして独仏米の議論を引用して、わが国のように行政訴訟と民事訴訟の併存を認めるのは異例であると述べている。さらに民事法、刑事法のルールでは事業者の活動の危険性やリスクが低減されないのに対し、行政法規制は一層の安全性の向上がはかれる、リスク管理は民事法でなく、立法、行政の専門技術的知見ですべきと一般論を述べている<sup>(49)</sup>。

しかし、民事差止訴訟には、集団的利益訴訟論と個人の権利・利益訴訟論の二つの潮流があり、公害などでは後者が問題とされてきたものであつて、生成過程である。人格権を中心に福井地裁のように論じることが疑問であるという教授の議論自体が解せないものとなっている。

高木教授は周知のように、環境訴訟分野においては(も?)、本来は行政法規を整え、取消訴訟・無効確認訴訟で対処すべきであるという持論を発表しておられた。しかし、行政法規が不備であれば、原発分野においては「どちらかといえば民事の差止訴訟が原告によってより多く選択されるようになる」と予測される」とまで書いておられた。<sup>(51)</sup>

その後、高木教授の予測通りというか、原発訴訟において原告が地裁、高裁で勝訴した事件においては民事事件が三件(志賀原発の釜沢地判平一八・三・二四、大飯原発の福井地判平二六・五・二一、高浜原発の福井地決平二七・四・三二)、行政事件が一件(もんじゅの差戻実体判決名古屋平一五・一・二七)ということになった。

原子炉等規制法が改正され、原子力規制委員会の権限が強化されたことを一途に評価される高木教授にとって、この福井地裁の両判断に対し、怒りが激発した模様である。とりわけ、仮処分決定に対して。仮処分問題と規制の強化のレベル水準についてはのちに再び見ることにする。

さらに高木教授が、教授は、原発分野においては民事差止訴訟をやめさせ、行政訴訟一本にすべきだとする主張のために、外国法制を紹介される点はまことに牽強付会なもので、外国法制とわが国法制との対比を行えば、ほとんど教授の意図からは外れるものである。

そもそも日本の裁判実務において、有害、公害施設に対して、周辺住民が民事差止め裁判と行政裁判の両方を検討することは常識に属することで、行政法規が整っているから民事差止裁判はできないなどという議論は公の場ではないであろう。

ドイツについて、高木教授は、「運転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」と書かれている。

ドイツにおいては、飛行場設置についても、それが許可されると事業者に対する差止請求権が排除されることが立法で規定されているが、騒音などのイミシオンに対しては、連邦行政裁判所が差止等請求を認めている。<sup>(52)</sup>

しかしドイツにおける明文立法による例を出してみても、わが国における原子炉等規制法解釈に何らの示唆を与えるものでないことは、自明のことであろう。

フランスについて、高木教授は次のような大塚直教授の論文を引用して、自己の結論を正当化しようとしている。

すなわち、大塚論文が、フランスでは「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」と書いている部分である。大塚教授はこの引用の直前で「事業に対する行政庁の許可が交付されている場合に、司法裁判所は、事業者に対して損害賠償や妨害を低減させるための措置を命ずることはできない。『許可は第三者の権利の尊重を前提として交付される』という考え方が原則である」と<sup>(53)</sup>とされている。

この点は、抗告訴訟の排他的管轄から来る。橋本博之教授が、「行政決定につき行政裁判手続の排他性があることは明らか」であるが、「他方で、フランスは、行政決定に関する広い解釈、行政決定の取消しを求める訴えの利益の極めて柔軟な解釈等、行政決定の取消しを争う場合の訴訟要件に関するリベラルな判例政策とセットになっている部分が、日本と際立った対照をなしている。フランスでは、行政裁判制度の存在もあって抗告訴訟が排他性を有する一方、抗告訴訟手続に乗せるための入り口は非常に柔軟である。フランスでは、国民がさまざまなルートを選択することにより、多様な形で行政訴訟の入り口が開かれる可能性があるものであつて、行政訴訟で争うことにつき日本のような否定的・限定的なニュアンスは見られない。これと対比すれば、日本では、行政裁判制度を有しないにもかかわらず取消訴訟の排他性が法定され、かつ、取消訴訟の入り口が厳格に運用されていることになる」と<sup>(54)</sup>とされていることの意味に思いを至さなければならぬ。

アメリカについて、高木教授は、次のような中川丈久教授の論文を引用して、自己の結論を正当化しようとしている。

すなわち、中川論文が「アメリカ連邦法では、環境保護に関する包括的な連邦の制定法（行政機関を用いる規制法）が、伝統的ニューサンズ法にとつてかわる地位を占めており、伝統的なニューサンズ法理に基づく差止訴訟は、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。わが国の人権権侵害に基づく差止訴訟のような素朴な訴訟<sup>(55)</sup>は、もはや出る幕がなくなり、行政機関による規制法の世界に移行しているのである。」と書かれている部分である。

中川論文のこの部分は、アメリカでは、行政法規と私法（コモロー）という二様の実体法の関係について、前者が後者を変更する場合があります、その場合は、後者で訴訟をしても勝てないと言われているに過ぎない。個々の規制法、行政法規の解釈の問題である。

しかし、高木教授が、その後の論文展開で、原子炉等規制法の福島事故後の改正を、中川教授の言われる行政法規がコモローを変更した場合と同様に展開され、もはや民事差止訴訟はできないかのように言われるのは、理由なしの結論ありき方式、感情前面方式としか読めない。わが国においては、アメリカのような実体法上の整理は行われておらず、行政訴訟と民事訴訟の並行提起は許されるし、そのことは当然のことと言えよう。まして、後述するように、原子炉等規制法改正に当たり、高木教授のような意見が粗上に上ったという事実もない。

高木教授は、自己の結論に合う大阪空港判決<sup>(最大判昭五六・一一・二六)</sup>の方向を示唆しておられるのかもしれない。同判決は国営空港につき、航空行政権、空港管理権などの「総合的判断に基づいた不可分一体的な行使」概念をもとに、公権力の行使に対して民事差止め訴訟は認められないと言っているからである。

しかし、同判決については、多様かつ大きな批判があり、射程は小さいものであった<sup>(56)</sup>。高木教授が同判決を明示的

に引用されていないのは、このような大きな批判の存在のせいであろうかと推測する。

次に高木教授は、大塚教授が再構成し客観化する平穏生活権の考え方について、いかに構成し直そうとその主観性は残り、福井地裁大飯判決のような違和感をあたえるところに行きつくとする。同判決は不安・恐怖感という人格権侵害より手前の規範定立をして、具体的危険性としているが、それは結局レトリックにすぎないと非難する。素人裁判官の主観的判断にすぎない<sup>(57)</sup>というのである。そして、そもそも原子炉の設置運轉行為は不法行為なのかと問いつけるにいたるのである。

しかし、この部分の高木教授の議論は、大塚教授に依拠して説き起こして大塚教授の理論を否定するレトリックと言うかアクロバットと言えようか。要するにご都合主義引用の典型なのである。大塚教授は侵害発生の蓋然性が必ずしも満たされない点に特徴がある予防的科学訴訟で、どのような法理を用いるべきかを探索され、平穏生活圏概念を再構成し、原発などに対し、被告が合理的な安全性を欠く事態を発生させないことの立証に成功しない場合、原告の平穏生活権は全く保護されないから、平穏生活権を認める以上、裁判所は、合理的な安全性の確認が行われるまでは、稼働を差し止めることができる<sup>(58)</sup>と論じられている。福井地裁がこの考えに依拠していることは判示上明確に読み取れるところである。しかし、この結論は高木教授の受容限度を超えるのである。高木教授は、原発問題では、業者の敗訴は許さない立場である。そのために、高木教授は、予防的科学訴訟では侵害発生<sup>(59)</sup>の蓋然性が満たされないという大塚教授の出発点のみ使い、大塚教授が工夫し、福井地裁がそれに依拠した平穏生活権の考え方は批判が多いと否定して見せたのである。

## 二 原発の許可や再稼働を止めてしまう民事差止仮処分は一層論外だ！

高木教授は、原発差止め仮処分に関しては行訴法四四条の射程を再考すべきと主張されている。

立法論であればある意味で議論は自由だが、解釈論と見受けられる。

そうしなければならぬ理由として、仮処分は執行力が直ちに発生すること、原告(債権者)の距離的制限が広いこと、期間制限がないこと、審尋手続であることを通じて、原発事業者の法的地位が極めて不安定であることがあげられている。仮処分のこの強い権限は、第二の許可手続ではないかと論じられる。

仮処分の特徴としてあげられていることを不当というのではなく、そのような特徴を持つ仮処分であるから、行政処分との関係で民事裁判所に行政処分を排除する権限を「機能的に」与えることとなるのは不当であり、行訴法四四條の射程を再考して広げ、仮処分を排除したいということに高木教授の本意があると考えられる。

行訴法四四條の射程を再考すべきと言つても、解釈論である限り制限があることは当然である。

これまでの行訴法四四條の議論は、奇しくも高木教授によつて、高浜原発についての福井地裁の仮処分決定が出て教授の怒りが爆発する約六ヶ月前に発刊された論文によりよく整理されている<sup>(59)</sup>。それによれば、公共工事ないし公共事業に関する仮処分について、国道や国営空港への総合的考察やそれに基づく一体的構成により、不適法と考えるのは「これは法四四條の趣旨の不当な拡大解釈であるといふべきであろう」とされ、判例上仮処分を排除したものの多くは、行政処分との抵触を理由づけとしたのであるとして岡村周一教授の論文を引用している<sup>(60)</sup>。

その岡村論文が述べているのは、つぎのようなことである。

「問題は、公共工事に先行する行政処分が存している場合における仮処分と当該処分の効力との抵触である。場合を分けて考える必要があると思われる。行政処分の違法を主張して公共工事の差止めを求めようとする場合には、行政処分の効力を攻撃しているものであり、仮処分の申請は不適法とされるべきであろう。これに対して、人格権、財産権等の侵害を根拠に差止めを求めようとする場合には、原則として私人の行う工事に対してするのと同じであり、それらの権利が処分の効力と必然的に相反するものとして予定されており、あるいは、それらに及ぼす影響について行

政庁に優越的な第一次的判断権が認められていると解される積極的な根拠がない限り、仮処分の申請は適法とされるべきであろう」。

まことにバランスの良い行政法議論である。

おそらく高木教授は、上記のような自説は、行政処分の効力に直接抵触するわけではない工事についての言明であり、原発稼働・再稼働の差し止めは直接抵触するものだと言われるのかもしれない。しかし、そのような恣意的な区別は、国営空港やゴミ焼却場にも行政法規による規制があることを無視した暴論であろう。

元の「行政法の争点」における高木教授自身の整理を持って、いまの激発している高木説への批判とすることが適切である。

## 六 行政立法尊重論について

一 福島事故を受けての原子力行政法の主な改正の概要は次のようなものである<sup>(61)</sup>。

### A 原子力規制委員会の設置

原子力の利用推進と規制を分離し、独立性、専門性、透明性の高い原子力規制体制を確立することが求められた。二〇一二年六月に成立した「原子力規制委員会設置法」<sup>(平成二十四年法律第四七号)</sup>によつて、同年九月、原子力安全規制に関する業務を担う原子力規制委員会が発足した。

経済産業省、文部科学省、内閣府等が所掌していた原子力の安全確保に関する事務は、原子力規制委員会に一元化され、原子力安全・保安院と原子力安全委員会は廃止された。原子力規制委員会は、環境省の外局組織ではあるが、「国家行政組織法」<sup>(昭和三十三年法律第二〇号)</sup>第三条第二項の規定に基づいて設置された委員会である。

### B 規制の厳格化

a 原子炉等規制法の改正<sup>(62)</sup>

原子力規制委員会設置法は、その附則において、原子炉等規制法の大幅な改正も規定した。原子炉等規制法の主な改正点は次の通りである。②③④をややくわしく見る。

- ① 規制目的の見直し(人と環境の保護の明記等) 一条
  - ② 重大事故対策を含んだ規制への転換 四三条の三の六ほか
    - a. 発電用原子炉設置の認可条件の一つとして、申請した事業者が重大事故の発生及び拡大の防止に必要な技術的能力があることが明記(四三条の六)
    - b. 事業者の義務である保安措置に重大事故対策が含まれることが明記(四三条の三)
    - c. 事業者の義務である安全評価の項目として重大事故発生の可能性が明記(四三条の二九)
  - ③ 最新規制の既存施設への適用(バックフィット規制) 四三条の三の一四ほか
    - a. 「発電用原子炉設置者は、発電用原子炉施設を原子力規制委員会規則で定める技術上の基準に適合するよう維持しなければならない」ことが明記(四三条の四)
    - b. 原子力規制委員会は、最新規制に適合しない発電用原子炉施設の使用の停止、改造、修理又は移転等の保安のために必要な措置を命ずることができるとされた(四三条の三)
  - ④ 運転期間制限(原則四〇年)の導入等 四三条の三の三二
    - a. 発電用原子炉を運転することができる期間は、使用前検査に合格した日から四〇年と明記
    - b. ただし、原子力規制委員会の認可によって、一回に限り延長(上限二〇年)することができることとされた。
- b 新規制基準

原子炉等規制法の改正によって、原発の設置許可は原子力規制委員会の権限となり(四三条の五)、その基準は原子力規

制委員会規則として定めることとなった(四三条の六)。法規命令である。

新規制基準は、原子力規制委員会の規則と告示として公布され、併せて審査ガイド等の内規が公開されて、二〇一三年七月に施行された。

新規制基準の特色は、(i)安全機能の一斉喪失を防止する観点から、自然現象等の想定とその対策が見直されて、設計基準が強化されたことと、(ii)原子炉等規制法に規定された重大事故対策が新たに盛り込まれたことの二点である。

## (i) 設計基準の強化

想定外の事故の可能性を極小化するため、設計基準は格段に強化された。例えば、津波の評価と対策やその他の自然現象への考慮は新設事項である。また、安全機能維持の観点から、火災、電源喪失、内部溢水(ないぶいすい)等への備えが拡充された。

これらをやや具体的に見ると次の通りである。

- ① 基準地震動策定のための断層評価の厳格化(明確化)
  - ② 断層等の直上に重要施設を設置することの禁止(明確化)
  - ③ 津波評価と対策の新設
  - ④ その他の自然現象に対する考慮の新設
  - ⑤ 自然現象以外に安全機能の一斉喪失を引き起こす事象(その他共通要因)への対策
- (ii) 重大事故対策

設計基準を超える過酷事故(シビアアクシデント)への備えは、従来は事業者の自主保安と位置づけられていた。新規制基準では、シビアアクシデントによって炉心損傷や水素爆発に至る重大事故を防止する対策や、重大事故となった場合にも放射性物質の大量放出を回避する等によってその影響を緩和する対策(あわせて重大事故対策)が、原

子力規制委員会による規制の対象に新たに加わることとなった。その柱は次の通りである。

- ① 炉心損傷防止対策
  - ② 格納容器破損防止対策
  - ③ 敷地外への放射性物質の拡散抑制対策
  - ④ 施設の大規模な損壊への対応(航空機の意図的衝突等テロ対策を含む)
- 二 不十分な規則・基準、改正でも抜け落ちている安全対策

悲惨な福島事故により、立法、行政が原子力行政に一定の改善を施したことは当然であるが、これは「世界で最も厳しい基準」<sup>63)</sup>などでないばかりか、世界の原子力政策に常識的な項目が抜け落ちたレベルでさえある。

規制基準は原子力安全委員会の内規から原子力規制委員会の規則となり法規命令となった<sup>(四三條の三の六)</sup>。この点が高木教授によってたいそう強調されていることは前述もしたし詳しくは後にみる。

しかし、この基準は世界で一番厳しいものではない。

巷間有名になったのが、避難計画が地方公共団体に丸投げされ規制委員会は審査しない点である。<sup>64)</sup>

その他次のような欧米各国に劣る等の点が指摘されている。<sup>65)</sup>

- ・旧規制基準にあった原子炉立地審査指針がなくなった
- ・安全率を削った耐震設計
- ・航空機事故、破壊工作への対策不十分
- ・炉心メルトダウン、メルトスルーの場合のコア・キャッチャーを要求していない
- ・二重構造の格納容器がない
- ・火山噴火のリスクを無視

### 三 高木教授の議論

六一―二で述べた改正後の行政法規の内容については高木教授と認識を共有できるものであろう。

しかし、電力会社から「新規制基準の尊重」というテーマで鑑定意見を依頼され、それに応答している教授の議論は一見は激しい。次のようなものである。

第一に大飯原発判決の福井地裁は原子力規制委員会規則が法規命令であり、法的拘束力を有することを見落としている、第二に法規命令でない基準も高度に専門的な分野では尊重しなければならないのに同裁判所は無視している、というものである。

教授はこれらの議論を権威づけるために伊方上告審判決を持ち出すが、その議論の中には、判決が言ってもいないことを(調査官解説しか言っていないことを)持ち出していること、ミスリードぶりはすでに本稿の前半で詳しくみたところである。

判断代置論や鑑定論に行きつ戻りつしながらの脈絡をとおって教授がたどり着くのは、規則は法規命令であるから違法無効でない限りは裁判所はそれを適用しなければならない、また法規命令になっていない新規制基準も無視してはならないという、行政法学からすれば平凡な結論である。民事訴訟の裁判官はこんなことも知らないであろうと考えたり、裁判官は原子力のことを知らない素人、主観的な判断をしているなどと言わなくても、行政法学の上のような平凡な結論を知らない裁判官は我が国にはいまい。高木教授のような言辞で裁判所、裁判官を非難してみても、我が国の裁判官は、おそらく、福島事故の惨状と、今も収拾しない福島発電所の推移と全国に広がる被害者たちの惨状の報道を国民の一人として感得し、みずからの営為として判断をするであろう。

法規命令で高木教授が言われることは常識の領域である。改正後の原子炉等規制法が違憲であるとか、規則が違法であるとの認識には、筆者は今のところ至っていない。<sup>66)</sup>法の委任の範囲を逸脱しているという論点も発見していな

規則でない規制基準については、先に引用した伊方上告審判決が裁判所の判断方式を指示している。それは「基準の適合性については、各専門分野の学識経験者等を擁する原子力委員会の科学的、専門技術的知見に基づく意見を尊重して行う内閣総理大臣の合理的な判断にゆだねる趣旨と解するのが相当である」という意味であるとしながらも、「原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の専門技術的な調査審議及び判断を基にしてされた被告行政庁の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきであつて、現在の科学技術水準に照らし、右調査審議において用いられた具体的審査基準に不合理な点があり、あるいは当該原子炉施設が右の具体的審査基準に適合するとした原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落があり、被告行政庁の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には、被告行政庁の右判断に不合理な点があるものとして、右判断に基づく原子炉設置許可処分は違法と解すべきである」とするのである。つまり行政のした基準の合理性の判断を、裁判所が行政の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落があるかどうかの視点から判断するものとして行われるのである。

規制基準については六一二で述べたように多くの問題点が指摘されている。

志賀原発判決(金沢地判平一)、大飯原発判決(福井地判平二)、高浜原発仮処分決定(福井地決平二)のいずれも耐震基準に関する規制基準が不合理であると言っている。

原子炉等規制法改正前の志賀原発判決は「被告が基準地震動S2を定めるに当たつて考慮した地震の選定は相当でなく、基準地震動S2の最大速度振幅は、過小に過ぎるのではないかと強い疑いを払拭できない」と述べた。

大飯原発判決は、法改正が行われた後の判決ではあるが、改正後の原子力規制委員会の許可が出る前の再稼働差止め判決であるので、旧原子力安全委員会の審査基準が判断対象になっている。同判決は「基準地震動の信頼性につい

て 被告は、大飯の周辺の活断層の調査結果に基づき活断層の状況等を勘案した場合の地震学の理論上導かれるガル数の最大数値が七〇〇であり、そもそも、七〇〇ガルを超える地震が到来することはまず考えられないと主張する」。

「しかし、この理論上の数値計算の正当性、正確性について論じるより、現に、下記のとおり(本件五例)、全国で二〇箇所にも満たない原発のうち四つの原発に五回にわたり想定した地震動を超える地震が平成一七年以後一〇年足らずの間に到来しているという事実(前提事実(10))を重視すべきは当然である」と述べた。その前提に、「新規制基準の対象となつている事項に關しても新規制基準への適合性や原子力規制委員会による新規制基準への適合性の審査の適否という観点からではなく、(1)の理(「発電所に求められるべき安全性」……引用者)に基づく裁判所の判断が及ぼされるべきこととなる」との判示がある。

高浜原発決定は、新規制基準を検討して「新規制基準に求められるべき合理性とは、原発の設備が基準に適合すれば深刻な災害を引き起こすおそれが万が一にもないといえるような厳格な内容を備えていることであると解すべきこととなる。しかるに、新規制基準は緩やかにすぎ、これに適合しても本件原発の安全性は確保されていない」とした。

これら三判決の判断はいずれも、伊方上告審判決の判断方式に従つた上で規制基準の不合理性を判示したものである。民事訴訟分野にも伊方上告審判決のその部分の判決判断方式は受容されている。大飯原発判決は、民事差止訴訟においては具体的危険の立証を原告がすれば良いので、取消訴訟である伊方上告審判決の立証責任判断方式が本件民事差止訴訟において迂遠な手法であるとしているが、新規制基準の合理性を裁判所が判断すべきとする点において伊方上告審判決の方式を踏襲しているのである。

## 七 おわりに

本稿は筆者の行政法の単著である「行政訴訟の実務と理論」(三卷)の改訂作業の途中、裁量部分のあたりで、あまり

にも原発訴訟をめぐる論議がけたたましくなってきたので、その作業を中断して本稿を書いた。本稿により、この分野についての筆者の危機感が読み手に伝われば幸せである。

(追記)

本稿の校正中に、高浜原発仮処分決定(福井地決平二)に対する保全異議決定が出た(福井地決平二七)。原決定を取り消し、仮処分申立を却下したものである。若干のコメントをしておきたい。

異議決定は、原発再稼働に対し具体的危険性があるならば人格権に基づく民事仮処分が可能であるとの枠組みを当然維持している。また債権者側の鑑定類は多く提出されている(裁判所はそれらの内容を自らの判断に取り入れてはいない)。また裁判所の結論は、電力会社である債務者の主張の通りであるから、一部行政法学者からの判断代置批判はこの決定には当然なされないであろう。異議決定は伊方上告審判決の判断方式に従い裁判所の営為をなしているが、その判断内容は誤っていると考える。誤りの最大なのは、事実上新規制基準に凝縮される過度な行政立法尊重論を通じて、裁量統制放棄に陥っているところにある。仮処分決定は原発による危険性が万が一にも起こらないという基準評価で臨んでいるのに対し、異議決定は危険性が社会通念上無視できる程度かどうかという基準評価で臨んでいる。異議決定のような抽象的基準で原発を裁くことが人間の尊厳、人格権擁護の立場から許されるのかどうか問われる。異議決定の規制基準評価は電力業者の主張の通りであった。

抗告審その他の裁判で、この異議決定の判断が正される日が必ず来ることを筆者は理論的に、論理的に確信している。歴史にはジグザグはあるが、裁判官の営為が国民の希望に沿ったものとなる日が必ず来るであろう。

(39) 高木光「行政訴訟論」三七〇頁、三八四頁参照。

(40) 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」三三三頁。

(41) 高木光「技術基準と行政手続」二二三～二四頁参照。

(42) 「鑑定人裁判の怖さ」云々は、ドイツの一九七〇年代の原発許可取消訴訟の実体的判断代置方式判決における専門的鑑定の弊害を指摘したものである(高木・前掲注(39))三八五頁。

(43) 高木・前掲注(41)二三～二四頁参照。

(44) 前掲高木鑑定意見書(名古屋高裁金沢支部宛平成二七年六月一八日付)一九頁。

(45) 高木光「原発訴訟における民事法の役割」(自治研究九一卷一〇号二九頁、二〇一五年)三一頁参照。

(46) 高木・前掲注(45)三七頁。

(47) たとえば東京新聞二〇一二年六月一六日付「こちら特報部」欄。吉岡齊九州大学教授を代表とする原子力市民委員会の二〇一四年九月三〇日付「声明1：原子力規制委員会の存在意義が問われている」は、委員会の解体的再編を提起している。

(48) 高木・前掲注(45)一九頁。

(49) 高木・前掲注(45)二二～二三頁。

(50) 大塚直「公害・環境分野での民事差止訴訟と団体訴訟—フランス法の動向と日本法の検討」(変動する日本社会と法

所収、有斐閣、二〇一一年)六二九頁参照。

(51) 高木・前掲注(39)二二頁。この部分の初出は一九九九年の論文である。

(52) 山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査—ドイツ(上)」(ジュリスト一二三八号一〇〇頁、二〇〇三年)参照。

(53) 大塚教授の引用はすべて大塚直「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、二〇一一年、六四〇頁)。

(54) 橋本博之「行政訴訟に関する外国法制調査—フランス(上)」(ジュリスト一二三六号八九頁、二〇〇二年)。

(55) 中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査—アメリカ(下) —」(ジュリスト一二四二号九五頁、二〇〇三年)。

(56) 前述のもんじゅ高裁実体判決(名古屋高裁平一五・一・二七)に対しては高木教授と同様の激しい批判を浴びせられた高橋滋教授も、空港騒音差止めについては、「本来、多様な選択肢があり、それを踏まえた柔軟な解決が司法によっ

て与えられることを重視すべきである」とされ、判例変更をうながしておられる(高橋滋「包括的公権力観の終焉? —判例の展開と改正行訴法の応答」論究ジュリスト三号、二〇一二年、九三頁)。

(57) 高木・前掲注(45)二四〇二六頁。  
(58) 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化論を中心として」(「社会の発展と権利の創造—民法・環境法学の最前線」所収、有斐閣、二〇一二年)五三九頁以下参照。なお、越智敏裕「環境訴訟法」(日本評論社、二〇一五年)一〇〇頁参照。

(59) 高木光「仮処分の排除」(高木光・宇賀克也編「行政法の争点」有斐閣、二〇一四年、一四〇頁)。

(60) 岡村周一「行政上の法律関係と仮処分」(「行政法の争点」新版「有斐閣、一九九〇年、二二四頁)。

(61) 小池拓自「新規制基準と原子力発電所の再稼働」(国立国会図書館「調査と情報」八四〇号、二〇一五年)の整理に基本的に依拠した。

(62) 本稿五までの記述では過去の判例を扱うことが多かったので原子炉等規制法の改正前の条文をそのまま登場させ、いちいち注釈を打っていないが、基本条文である設置許可が旧条文では全体を通して二三条二四条であったものが、改正後は二三条二四条は試験研究用等原子炉に関するものとなり、発電用原子炉については節が分けられて条文は四三条の三の五、四三条の三の六となっている。

(63) 二〇一四年四月閣議決定されたエネルギー基本計画で、「原子力規制委員会により世界で最も厳しい水準の規制基準に適合すると認められた場合には、その判断を尊重し原子力発電所の再稼働を進める」というややこしい言い回しが使われ、安倍首相は随所で規制委員会が定める規制基準が世界で一番厳しいものだとの趣旨の発言を繰り返している。

(64) 原子力災害対策指針につき奈良本栄祐「原発の安全性を保証しない原子力規制委員会と新規制基準」(合同出版、二〇一五年)六九頁参照。また泉田裕彦新潟県知事の発言(DailyMotion二〇一四・七・二八付)。

(65) 奈良本・前掲注(64)書五九頁以下。

(66) 原発の違憲性については澤野義一「原発と憲法—原発違憲論の考察」(大阪経済法科大学二二世紀社会研究所紀要(四)二〇一三年、一九頁参照)。