もんじゅ事件残論
及び原発行政訴訟における裁量論

斎　藤　　浩*

目　　次

第１　もんじゅ高裁実体判決が無効とした設置許可処分の箇所３点
第２　批判の大合唱と法律分野でのいくつかの音色
第３　もんじゅ最高裁実体判決（最判平 17.5.30）についての評論
第４　原発行政訴訟における裁量論原論
　　～判断代置というミスリーディング用語の検討
　１　伊方最高裁判決についての筆者の従前の見解とその修正ポイント
　２　もんじゅ事件を素材としてみる伊方最高裁判決裁量論の弱点
　３　伊方３原則および追加第４原則の整理
　４　伊方第３原則，追加第４原則の検討
　５　伊方第１原則，第２原則適用による原告勝訴判決
　６　判断代置というワーディングについて
　７　原発安全審査のためのあるべき裁量統制について

第１　もんじゅ高裁実体判決が無効とした設置許可処分の箇所３点

筆者がもんじゅ高裁実体判決と呼ぶのは名古屋高金沢支判平 15.1.27[1)]のことである。

もんじゅは，福井県敦賀市にある高速増殖炉である。1983年（昭和58年）５月27日，内閣総理大臣が動力炉・核燃料開発事業団（以下，「動燃」という。）に対して高速増殖炉もんじゅの原子炉設置許可処分を行ったため，周辺住民らが，国に対して同許可処分の無効確認を求めるとともに，動

＊　さいとう・ひろし　立命館大学大学院法務研究科教授

1)　裁判所ウェブサイトに掲載されている判例には出典を省略する。

燃に対してもんじゅの建設と運転の差止めを求めて民事訴訟を提起した。

無効確認訴訟においては，福井地判昭 62.12.25 において原告適格が否定され，控訴審の名古屋高金沢支判平元.7.19 でも一部しか原告適格が認められなかったことから，訴訟要件に関する争いで一度最高裁まで行き（最判平 4.9.22），最高裁が原告適格を認めて差し戻したところ福井地判平 12.3.22 が請求棄却したので，住民らが控訴してもんじゅ高裁実体判決へと進んだ[2)]。このような大裁判事件である。なお動燃への民事訴訟は取り下げられた。

もんじゅ高裁実体判決は，原発裁判として，わが国で初めて国の設置許可に瑕疵あることを認めた画期的な内容であった[3)]。

もんじゅ高裁実体判決が認めた設置許可処分無効理由は次の 3 点であった。

① 2 次冷却材漏えい事故（主要な争点 2 の 3）

本件原子炉施設で発生したナトリウム漏えい事故及びその後の燃焼実験の結果などによれば，本件許可申請書において選定された「2 次冷却材漏えい事故」に関する本件安全審査には，床ライナの健全性（腐食の可能性）と床ライナの温度上昇（熱的影響）に関する安全評価に，看過し難い過誤，欠落がある。

本件原子炉施設の現状設備では，床ライナの腐食や温度上昇に対する対策を欠いているため，漏えいナトリウムとコンクリートの直接接

2） 事件の経過，概要は，北口星・繁松祐行「原発判決全点検」（斎藤浩編『原発の安全と行政・司法・学界の責任』法律文化社，2003年）20頁参照。

3） わが国の裁判所は，後述するこの上告審（最判平 17.5.30）を含めて，原発行政訴訟については，福島事故後の福井地判平 26.5.21 が大飯原発運転差止め判決を出すまで，すべて国を勝訴させ，原告住民側の真摯な訴えを蹂躙してきた。民事事件でも，金沢地判平 18.3.24 が志賀原発の差止めを認めた以外は，その事件の上級審も含めすべて原発事業者を勝訴させてきた。裁判所は，電力業界の安全神話に乗せられ，原発推進政策をとる政府の虚偽的議論を見破れず，国民の安全と環境保全に寄与しようと言う意思をもたない情けない状態であった。岡田和樹・斎藤浩「誰が法曹業界をダメにしたのか」（中公新書ラクレ，2013年）も参照されたい。

触が確実に防止できる保障はない。その結果，本件原子炉の２次主冷却系のすべての冷却能力が喪失する可能性を否定できない。

そうすると，「２次冷却材漏えい事故」の評価に関する本件安全審査（安全確認）に瑕疵があることにより，本件原子炉施設においては，原子炉格納容器内の放射性物質の外部環境への放出の具体的危険性を否定することができず，本件許可処分は無効というべきである。

② 蒸気発生器伝熱管破損事故（主要な争点２の４）

本件許可申請書で選定された「蒸気発生器伝熱管破損事故」の解析においては，伝熱管破損伝播の形態は，ウェステージ型破損が想定され，高温ラプチャ型破損は考慮の対象とされていない。本件安全審査においても，高温ラプチャによる破損伝播の可能性は審査されていない。しかし，本件原子炉施設の蒸気発生器では，高温ラプチャ発生の可能性を排除できない。

そして，蒸気発生器伝熱管破損事故における破損伝播による２次漏えいを考える場合，その結果の重大性は，高温ラプチャ型破損の方がウェステージ型破損よりも遙かに深刻である。そうすると，「蒸気発生器伝熱管破損事故」についての原子力安全委員会の本件安全審査の調査審議及び判断の過程には，看過し難い過誤，欠落があったというべきである

蒸気発生器伝熱管破損事故が発生し破損伝播が拡大すれば，ナトリウム－水反応による圧力上昇によって，水素ガス（気体）の混入した２次冷却系ナトリウムが中間熱交換器の伝熱管壁を破って１次主冷却系に流入して炉心に至る可能性があり，そうなれば，本件原子炉（高速増殖炉）の炉心中心領域ではナトリウムボイド反応度が正であるから，出力の異常な上昇と制御不能を招き，炉心崩壊を起こす恐れがある。

以上のことからすると，本件安全審査（安全確認）の瑕疵によって，本件原子炉施設においては，原子炉格納容器内の放射性物質の外

部環境への放出の具体的危険性を否定することができないというべきである。そうすると，本件許可処分は，この点からも無効である。

③ 炉心崩壊事故（主要な争点 2 の 5）

原子力安全委員会は，本件安全審査において，「1 次冷却材流量減少時反応度抑制機能喪失事象」における炉心損傷後の最大有効仕事量（機械的エネルギーの上限値）を約 380 MJ とした本件申請者の解析を妥当と判断した。しかし，この判断は，同事象における起因過程での炉心損傷後の機械的エネルギーの上限値に関するもので，遷移過程における再臨界発生の機械的エネルギーの評価をも合わせて行った結果に基づくものではない。要するに，遷移過程における再臨界の際の機械的エネルギーの評価はされていないのであり，この点において，本件安全審査の評価には欠落のあることが認められる。そして，この評価の欠落は，炉心崩壊事故という重大事故の評価に直接かかわるものであるから，看過し難いものというべきである。

また，起因過程における即発臨界の際の機械的エネルギーを約 380 MJ とする解析評価についての本件安全審査の判断も，本件申請者がした解析結果の中には 380 MJ を超えるケースがあることを知らずになされたものである。そして，記録から認められる本件安全審査の在り方に対する疑念，すなわち，本件申請者がした各種解析につき，審査機関がその妥当性を十分に検証，検討したと認めるには疑問があること，本件許可申請書には，蒸気発生器伝熱管破損事故時における中間熱交換器などの機器の健全性が損なわれない根拠，並びに設計基準事象の解析における単一故障の仮定の有無などについて看過し難い不備があるにもかかわらず，審査機関がその補正を求めた形跡は全く認められず，むしろ，本件許可申請書の記述を無批判に受け入れた疑いを払拭することができないことに照らせば，原子力安全委員会の 380 MJ を妥当した上記判断は，規制法が期待するような科学的，専門技術的見地からの慎重な調査審議を尽くしたものと認めるには，余りに

も大きな疑問がある。したがって，380 MJ を妥当とした原子力安全委員会の判断は，これを尊重するに足りる適正な判断と認めることはできない。

この反応度抑制機能喪失事象は，炉心崩壊事故に直接かかわる事象であり，即発臨界に達した際に発生する機械的エネルギーの評価を誤れば，即発臨界によって原子炉容器及び原子炉格納容器が破損又は破壊され，原子炉容器内の放射性物質が外部環境に放散される具体的危険性を否定できないことは明らかである。したがって，炉心損傷後の最大有効仕事量（機械的エネルギーの上限値）に対する本件安全審査の瑕疵は，本件許可処分を無効ならしめるものである。

筆者が，判決文に下線を引いたのは，一つは「看過し難い過誤，欠落」という判断部分であり，これはいうまでもなく伊方最高裁判決（最判平4.10.29）の3原則[4]に従ったものである。二つは「放射性物質の外部環境への放出の具体的危険性」などという判断部分であり，これは伊方事件が取消事案であったのに対し，もんじゅ事件が無効確認事案であることからくる重大な瑕疵表現である。

第2　批判の大合唱と法律分野での いくつかの音色

この高裁判決に対しては電力業界・学界[5]，原子力業界・学界[6]，右派

4）　後に詳しく見るが，とりあえず斎藤浩「大型の専門的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）319～322，346頁以下参照。

5）　たとえば，芝一角「電力人脈銘々伝(63)『独裁』と『ザ・ジャッジ』――『もんじゅ判決』を憂う」（政経人2003年4月号）。

6）　たとえば，可児良男「『もんじゅ』の安全性について」（日本原子力学会誌2003年3月号）。

マスコミ[7]，政府関係筋[8]から批判の大合唱が起った。安全神話を垂れ流し，破れることのなかった原子炉関係訴訟敗訴の衝撃がどれほど大きかったかを物語る。

法律分野でのこの判決についての評価は分かれたが[9]，結論を支持する評論が多い中で，批判に主眼をおいた論者もいた[10]。

筆者はこれらの論稿の検討をいくつかの別稿でしているが，高橋滋教授の原田古稀論文集[11]での論法を再録するとともにさらに詳しく見ておきたい。

高橋教授の原田古稀における高裁批判は次のような激烈なものであった。「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」と言い[12]，「本判決が描いた事故のシナリオが，多くの技術者から非現実的・非科学的であるとの強い批判を浴びている」[13] と言われた。そして高裁判決の重大な瑕疵の認定が「躓きの石」であるとし[14]，高裁判決は「自己の設置した無効原因の高いハードルをクリアーしようとする余り，伊方

7） たとえば，上坂冬子・茅陽一対談「原発止まって大停電――『もんじゅ裁判』の暴挙は日本社会を混乱に陥らせる」（Voice，2003年 4 月号）。

8） たとえば，渡辺格「最高裁で争う『もんじゅ』裁判上告受理申立て理由書（「エネルギーレビュー」2003年 3 月号40頁）。

9） 中川丈久「もんじゅ事件差戻後控訴審判決～原子炉設置許可無効確認訴訟の本案審理」（環境法判例民選202頁，2004年）および引用される文献参照。

10） 筆者の高裁判決批判論稿批判は注 4 論文331～333頁。また斎藤浩「行政法分野の原子力村と原発訴訟判決」（斎藤浩編「原発の安全と行政・司法・学界の責任」法律文化社，2003年）231頁以下，「原子力村論文」として引用する。

11） 高橋滋「科学技術裁判における無効確認訴訟の意義」（原田尚彦先生古稀記念「法治国家と行政訴訟」，有斐閣，2004年）345頁以下。以下，高橋・原田古稀として引用する。

12） 高橋・原田古稀345頁。

13） 高橋・原田古稀347頁。

14） 高橋・原田古稀349頁。

原発訴訟最高裁判決が示した行政判断の統制の枠組みを越えてしまった」[15] と言うものである。

これに対し，筆者が前論文で書いた高橋・原田古稀論文への批判の要約は次の通りであった[16]。

> 教授の上記議論のレトリックは次のようなものである。原子炉等規制法24条１項３号４号の設置許可処分判断は安全審査であり，原子炉の安定的・円滑な運転の確保の視点から読み込めるものは読み込めばよく，それは専門機関の判断を判断過程審査して看過し難い過誤，欠落がある場合には，事故につながる想定が出来るかどうかに関わらず取消すべきだ，というもっともらしいものである。しかし教授は高裁判決が無効原因とした「２次冷却材漏えい事故」，「蒸気発生器伝熱管破損事故」，「炉心崩壊事故」の３点が24条１項４号の安全審査として読み込めるのかどうかという自らのレトリックへの当て嵌めをしようとしない。これら３点が安全審査として読み込めることは判決当時でも，福島事故後の現在ならなおさら自明のことではなかろうか。もちろん教授はそれがわかるから当て嵌めを言わないで，また専門機関が判断していなかったり誤って判断していれば裁判所が・・・・取消さねばならないことがわかるからレトリックだけを観念的に措定するのであろう。
>
> 高裁判決はこれら３点を事故につながる安全審査上看過できない重大な瑕疵と判断した。裁判所は求められているのが無効確認であるから３点のような事故が起こりうるほどの瑕疵を重大と考え無効と判決したのである。実に自然な名判決と言えよう。・・・・無効はこの程

15） 高橋・原田古稀353頁。なお首藤重幸「もんじゅ原発行政訴訟控訴審判決」（法学教室271号44頁。2003年），中川丈久注９論文など，高裁判決の根幹部分を支持する見解も多い。

16） 注10原子力村論文233頁。

度の違法がいると高裁判決は考えたのであろう。高橋教授に聞きたい。この程度までに至った瑕疵は違法ではないのですかと。違法ではあるが無効ではないと言っているのですかと。

筆者は，本稿を書くために，原告弁護団にお願いして，高裁実体判決後のすべての記録のコピーをさせていただき，さらに弁護団の中心的弁護士のお一人を訪ね数々の教示を受けた。記して感謝申し上げる。弁護団では，この高橋教授の原田古稀論文を優れたものと考え[17]，平成16年 9 月29日付答弁書補充書とともに資料を提出するに際し，その資料 1 に位置付けて最高裁第一小法廷に提出していた。

そこで，筆者は今一度，高橋教授の原田古稀論文を再読しつつ，弁護団の意見を検討した。

高橋教授は同論文で，事業者が1995年（平成 7 年）のナトリウム漏えい事故後に得られた知見に基づき，変更許可申請を出し，2002年（平成14年）に変更許可を得ている点をあげ，変更内容に，本判決の判断事項である「 2 次冷却剤漏えい事故」にかかわるものが含まれていた点を注目すべきだとし，「事故により得られた知見によれば，許可時の安全審査には，基本設計の内容に変更が生ずる可能性が認められる程度の重大な過誤，欠落があったことを，この事実が裏付けていると言い得る余地があったからである」とされている。この記述をみると，筆者が上述の批判で述べているうちの本件「 2 次冷却材漏えい事故」部分について24条 1 項 4 号の安全審査として読み込めるという「当て嵌め」を高橋教授はしているのではないかと弁護団は指摘する。

しかし，高橋教授は，同論文の続きの部分で，当該変更が，安全対策の根幹にかかわる修正であるかどうかはわからないと逃げておられるのであ

17） 弁護団の中心の一人海渡雄一弁護士は，この論文が「原告側の最高裁における見解となった」と述べている（「もんじゅ訴訟」（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）293頁。

り[18]，のちに見る引き続きの論文においての論述をみれば，弁護団の「当て嵌め」観測とは異なり，教授の見解は筆者の「当て嵌め」回避観測で推測した通りであった。いや教授は，原田古稀で当て嵌め回避をしていた態度を捨て，当て嵌めた上で高裁判決は誤っていると考えておられることがわかるのである。つまり教授の結論は，もんじゅ事件の原告敗訴当然の立場である。

筆者が尊敬するもんじゅ弁護団，原告団が，このような立場の研究者しか頼ることができなかったという原子力行政法学の貧困が悔やまれてならない。現在のわが国の原子力行政法学の最高権威は電力業界の応援団であり，原発推進の立場なのである。

第３　もんじゅ最高裁実体判決（最判平 17.5.30）についての評論

最高裁は，高裁判決が上述のように述べ無効と判断した点について，次のように判示して，高裁判決を破棄し設置許可には違法はないとした。「違法があることを前提として本件処分に無効事由があるということはできない」というのである。最高裁は，高裁の無効論をとらなかったばかりでなく，高橋教授の上述のレトリックによる違法論もとらずに原告らの請求を棄却したのである。高橋教授がこれをどう評されるかは，この件に関心を持つ万人が見守ったところである。

まず３点についての最高裁の判断は次の通りである。

①　２次冷却材漏えい事故

高速増殖炉の設置許可の申請に対する原子力安全委員会及び原子炉安全専門審査会による安全審査において，２次冷却材ナトリウムの漏えい事故が発生した場合に漏えいナトリウムとコンクリートとが直接

18）　高橋・原田古稀364頁。

接触することを防止するために床面に鋼製のライナを設置するという設計方針が当該原子炉施設の基本設計を構成するものとして審査の対象とされたこと，床ライナの溶融塩型腐食という知見を踏まえても，床ライナの腐食対策を行うことにより前記の直接接触を防止することが可能であり，床ライナの腐食については後続の設計及び工事の方法の認可以降の段階において対処することが不可能又は非現実的であるとはいえないこと，漏えいナトリウムによる床ライナの熱膨張については，床ライナの板厚，形状，壁との間隔等に配意することにより前記認可以降の段階において対処することが十分に可能であることなど判示の事情の下においては，前記設計方針のみが前記許可の段階における安全審査の対象となるべき原子炉施設の基本設計の安全性にかかわる事項に当たるものとした主務大臣の判断に不合理な点はなく，また，原子力安全委員会等における前記事故に係る安全審査の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤，欠落があるということはできず，これに依拠してされた高速増殖炉の設置許可に違法があるとはいえない。

② 蒸気発生器伝熱管破損事故

高速増殖炉の設置許可の申請者が行った蒸気発生器伝熱管破損事故に係る安全評価のための解析条件が，伝熱管破損伝ぱの機序としてウェステージ型破損（伝熱管から漏えいした水又は蒸気とナトリウムとの反応によって生じた水酸化ナトリウムの噴出流による損耗作用とその化学的腐食作用との相乗効果によって，隣接伝熱管が破損すること）が支配的であるという考え方を基に設定されたものであったこと，当該原子炉施設については，伝熱管からの水漏えいを検知して伝熱管内の水又は蒸気を急速に抜くなど高温ラプチャ型破損（伝熱管から漏えいした水又は蒸気とナトリウムとの反応によって生ずる高温の反応熱のため強度が低下した隣接伝熱管が内部圧力によって破損すること）の発生の抑止効果を相当程度期待することができる設計となっ

ており，現在の科学技術水準に照らしても前記解析条件が不相当であったとはいい難いことなど判示の事情の下においては，前記解析条件を前提に前記事故を想定してされた解析の内容及び結果が原子力安全委員会における具体的審査基準に適合するとしてされた同委員会等における前記事故に係る安全審査の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤，欠落があるということはできず，これに依拠してされた高速増殖炉の設置許可に違法があるとはいえない。

③ 炉心崩壊事故

高速増殖炉の設置許可の申請者が，１次冷却材流量減少時反応度抑制機能喪失事象（外部電源喪失により１次冷却材ナトリウムの炉心流量が減少し原子炉の自動停止が必要とされる時点で，制御棒の挿入の失敗が同時に重なることを仮定した事象で，炉心崩壊をもたらす事故を起こす代表的事象）における起因過程での炉心損傷後の炉心膨張による最大有効仕事量を約380メガジュールと解析したこと，同申請者が，海外の評価例，関連する実験研究等を調査し，米国の国立研究所が開発した解析コードにより，保守的条件設定によって生ずる遷移過程の再臨界の場合であっても，その機械的エネルギーが380メガジュールを超えないことを確認したこと，この値を踏まえて構造物の耐衝撃評価に当たっては膨張過程における最大有効仕事量として500メガジュールが考慮されたが，この圧力荷重によってナトリウムが漏えいするような破損は原子炉容器等に生じないと解析され，原子力安全委員会は，この解析評価について，事象の選定，解析に用いられた条件及び手法が妥当なものであり，解析結果が同委員会における具体的審査基準に適合する妥当なものであると判断したこと，同審査基準は，前記事象の安全評価の目的を，技術的観点からは起こるとは考えられない事象をあえて想定して事故防止対策に係る基本設計に安全裕度があることを念のために確認することとしていることなど判示の事情の下においては，同委員会等における前記事象に係る安全審査の調

査審議及び判断の過程に看過し難い過誤，欠落があるということはできず，これに依拠してされた高速増殖炉の設置許可に違法があるとはいえない。

最高裁判決についての筆者の批判は，すでに別稿でおこなった[19]ので繰り返さない。

高橋教授が，最近この最高裁判決の評論を書かれたので[20]，上述の問題意識の延長としてこれを検討する。その過程で筆者の見解も述べる。

高裁以来の具体的争点であった①～③につき，最高裁はいずれも違法でもなくまして無効でもないと高裁判決を切って捨てたが，これらについて高橋教授は宮﨑古稀論文で次のように述べられた。

① 2 次冷却材漏えい事故の点について，高橋教授は「『2 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 2 次上告審判決の結論に異論はない」と述べた[21]。

高橋教授は① 2 次冷却材漏えい事故の点を，さらに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 2 次控訴審判決の直前の2002（平成14）年12月に，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 2 次控訴

19） 注 4 論文333頁以下。

20） 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 2 次上告審判決の検討」（宮﨑良夫先生古稀記念論文集，2014年）57頁以下。以下，高橋・宮﨑古稀として引用する。

21） 高橋・宮﨑古稀69頁。

審判決の直前の2002（平成14）年12月に，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」と述べた[22)]。

③炉心崩壊事故の点について，高橋教授は「最高裁は，当時の『５項事象[23)]』にかかる事故解析，安全対策における特殊性を認め，申請者の判断およびこれを是認した行政庁の判断を妥当としている。この点は，福島第一原発事故後の原子炉等規制法改正前の状況を踏まえたものといえよう」と述べた[24)]。

教授は旗幟鮮明にされたと言えるであろう。最高裁判決につき，いくつかの疑問というかたちの意見を論文は述べるが，肝心の３点はすべて判示妥当と言われたのである。

筆者は前論文[25)]において「高橋教授がもんじゅ最高裁判決を正面から批判し，取消訴訟では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の主張立証を要せず，そのような具体的危険の不発生を国が主張立証すべきであるとし，無効確認では加えてどのような危険があれば良いのかを整理すれば，エネ法研幹部の文章ではなく，著名な行政法学者の文章としての輝きが戻るであろう。期待しておきたい」と述べていたが

22） 高橋・宮崎古稀72頁。

23） 「高速増殖炉の安全性の評価の考え方について」（昭和55年11月６日原子力安全委員会決定）の「〈2〉．LMFBR の安全評価について」の⑸項において，「⑸ 前記(2.2)にいう『事故』より更に発生頻度は低いが結果が重大であると想定される事象については，LMFBR の運転実績が僅少であることに鑑み，その起因となる事象とこれに続く事象経過に対する防止対策との関連において十分に評価を行い，放射性物質の放散が適切に抑制されることを確認する」と定める。この「『事故』より更に発生頻度は低いが結果が重大であると想定される事象」を，⑸項に記載されているので，「５項事象」と呼ばれる。

24） 高橋・宮崎古稀73頁。

25） 注10原子力村論文236頁。

裏切られた。

弁護団の海渡雄一弁護士も，宮﨑古稀が出る前の高橋教授の論述につき次のように述べておられた。「もんじゅ高裁名古屋高裁金沢支部判決の認定した３つの違法事由はいずれも重大なものであり，２点については変更許可を求めなければならず，当然違法事由を構成するものと判断すべきものであった。ところが，高橋教授はみずからの定立した基準を否定し，このような事例について違法性がないと判断したもんじゅ最高裁判決に対して，これを正面から批判する論文を執筆されなかった。筆者は高橋教授のこのようなあいまいな態度について，とても残念であると感じてきた」。「高橋教授は，前記論文の注釈において，『高裁判決について詳細な検討を加えておきながら，これを正面から否定した最高裁判決について分析を加えてこなかったのは，筆者の学問的な怠慢である。加えて，福島原発事故を受け，原子炉施設に対する裁判統制のあり方については，再度，検討を加える必要が高まったと考えるので，別稿において，もんじゅ訴訟最高裁判決（第二次上告審判決）に検討を加える予定である。』とされている。別稿における積極的で明快な分析を期待したい」[26]。高橋教授の宮﨑古稀論文を，海渡弁護士はどのように読まれたであろうか。

第４　原発行政訴訟における裁量論原論
～判断代置というミスリーディング用語の検討

気分を直して，もんじゅ事件を上述のように検討したことからみえてきた原発行政訴訟における裁量論を以下検討する。従来の筆者の見解の修正も含めて以下論ずる。

福島事故以後の原子炉等規制法などの改正によって，許可権者など重要な点が変わったが，裁量論の基本は変わらないと考えるので，改正後の状

26）　海渡雄一「3.11後の原発裁判の課題と展望」（斎藤浩編「原発の安全と行政・司法・学界の責任」法律文化社，2003年）82～83頁。

況は以後の叙述の中で適宜記述することとする。

三権のうち，内閣を頂点とする行政の活動は，国会で制定される法律を頂点とする法令により規律されるが，すべての行政の行動の内容が法令に書き込まれるわけではないところから，行政の活動には判断の余地，行動の余地が与えられることが多い。行政の多様な活動からすると当然のことである。これを行政裁量と呼び，行政裁量の是非はそれを問う具体的事件が起これば最終的には司法裁判所が判断する。

その司法裁判所による行政裁量の統制について，さまざまな議論が重ねられて今日に至っている。

裁判所が，行政が標榜する公益目的を尊重しすぎればそれは行政国家となろう。司法国家たるためには，裁判所は行政裁量の統制を憲法価値に基づいておこなうことが重要である。裁量統制は憲法価値を基礎にした行政の標榜する公益目的への審査であると言って良いと思う。

大型の専門的技術的行政行為の代表である原発の許可もそのように審査されなければならない。

羈束行為については裁判所が実体的判断代置をして行政行為の法令適合性を判断するが，裁量行為については裁判所が行政事件訴訟法30条を前提にしながら実体的判断代置でない審理方式をしてきた，と学説は評価し，様々に論じてきた[27)]。

問題は裁判所の裁量判断について，これは判断代置で間違っているという趣旨の非難が，前述のもんじゅ高裁実体判決でみたように一部の学説によって加えられたところに生じている。判断代置だと非難することで，論者はその内容を詳細に説明しないままに批判として完結しているかのごとき印象を与えてきた。

しかし，裁量判断が判断代置になっているという非難は，実は裁判官の究極の裁量判断としての自由心証に基づく心証形成，民事訴訟法247条の

27） 阿部泰隆「行政法解釈学Ⅰ」（有斐閣，2008年）374頁，「行政法の法システム　下」（有斐閣，1999年，653頁）参照。

職権発動への非難ではないかと筆者は考えるに至った。この点は従前も本稿でも変わりはない。

そこで，以下の検討で，筆者は，このような一部の行政法学者による民事訴訟法，民事裁判の基本を崩すような傍若無人な非難から，大げさに言えば行政法学と民事訴訟法学を守るためにも，行政法学の裁量論では，羈束行為の場合に使用される判断代置というワーディングの使用を中止するよう提案するものである。

行政の羈束行為への裁判所の判断は代置ではなくいわば判断正置である。つまり判断そのものである。裁量行為への裁判所の判断方法としては，これまで学説が整理してきた行政の判断過程の統制で良い。いずれも裁判所の判断であり，変わりはない。判断方法が変わるだけで，裁判所は判断するのであり，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，いわれなき非難を浴びせて，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。

2 分類説[28]によれば，近時の判例の裁量論は，これから検討する判断過程統制型と社会観念型とに分かれる[29]。本稿では社会観念型には最小限でしかふれない[30]。

28） 高木光「社会観念審査の変容」（自治研究90巻 2 號，2014年）22頁参照。

29） 山本隆司「判例から探求する行政法」（有斐閣，2012年）229頁以下，角松生史「日本行政法における比例原則の昨日に関する覚え書き――裁量統制との関係を中心に――」（政策科学21巻 4 号，2014年）194頁。社会観念型の代表判例は，神戸税関事件最高裁判決（最判昭52.12.20），マクリーン事件最高裁判決（最判昭53.10.4）である。ただし，同判決の欠陥，それを乗り越えてきている最高裁，下級審判決の分析につき，泉徳治「マクリーン事件最高裁判決の枠組みの再考」自由と正義2011年 2 月号19頁は，判断過程統制型を考えるときにも，非常に有益である。

30） 高木注28論文，榊原秀訓「社会観念審査の審査密度の向上」法律時報2013年 2 月号 4 頁以下参照。

前述のように，判断代置という用語の不当な使用方法により，筆者の従前の見解も上述の学者の言説への機械的反発から考えが深化できずに不正確な点があった。

判断過程統制をおこなう裁判所に対して，一部の学者が，当該判断は判断代置ではないかとか，隠れた判断代置ではないかなどと述べる言説は上記のような不当な意図とともに，近時のアメリカ，イギリスの判例学説の動向を理由にしているふしもあるので，それらに関する論文[31]を参照しつつ以下論ずる。

1 伊方最高裁判決についての筆者の従前の見解とその修正ポイント

伊方最高裁判決[32]は裁量という言葉を使ってはいないが[33]，その判断枠組みは，大型の専門技術的行政行為に対する裁量論の基本判例であり，もんじゅ事件実体判断の最高裁判決，名古屋高裁金沢支部判決，大飯原発を差止めた福井地裁判決など行政事件判例ばかりでなく，志賀原発を差止めた金沢地判平 18.3.24 など民事事件判例にも広く引用され，また家永教科書検定第三次訴訟上告審判決（最判平 9.8.29）などにも引用され，大型の専門技術的行政行為以外の行政分野にも活用されている。

筆者は，注 4 論文で，伊方最高裁判決を研究したが，修正・追加すべきことも出てきたので，本稿でまとめたい。

(1) 筆者の注 4 論文の要約

伊方 3 原則（本稿では後の 3 で整理している）に基づいて，原子炉等規

31) 高橋正人「法律・事実・裁量：アメリカにおける司法審査論の展開と課題(1)(2)」静岡大学法制研究17-2，18-3＝4，2012年，2014年，榊原注30論文，高木注28論文など。

32) 最判平 4.10.29。

33) 調査官解説（高橋利文・最高裁判所判例解説民事篇平成 4 年度399頁）によると，政治的，政策的裁量と同様の広範な裁量を認めたものと誤解されるのを避けるためだとされている。

制法24条２項，１項３号，４号[34]の適合性審査を裁判所がする。

筆者は伊方３原則に加えて追加第４原則（専門機関の独立性）が重要であると唱えた。

裁量に関する審査方式は，「手続ないし過程的審査論」とか「判断過程の合理性審査方式」とか「判断過程統制型」と呼ばれる[35]ことはすでに述べて来た通りである。そして伊方最高裁判決には「隠れた実体的判断代置方式」に導く要素が内包されていたとする論者もいる[36]。

その上で筆者は，裁判所が行政処分の合理性判断において通常取るのは「実体的判断代置方式」とか「判断代置型」であるのに，専門技術的な専門機関を法が置いていれば「判断過程統制型」によるべきである[37]というのは不可解であると述べた。いくつかの優れた下級審判例を検討して，原子炉など大規模な専門技術的行政行為に対する裁量論においても，専門技術的判断を裁判所自らが人権的視点で再点検し必要な代替判断を縦横に駆使することが重要であると述べ，単純に伊方最高裁判決に依拠するような硬直した判断は避けなければならないとして，伊方最高裁判決は改良を加えるべき可塑性をもった構造であって，各事件ごとに特有の要素を追加していくような判断が好ましいと述べた。

その上で，次のように結論していた。

裁判所は，必要な場面では，専門技術的判断においても，判断代行するべきで，そうしてきた。亘理教授の整理による「中間密度型」の裁量審査を行なってきたと言いうる[38]。もんじゅ高裁実体判決もそれを破ったもんじゅ最高裁実体判決もそのようにしてきた，と。

34） 福島事故後の改正前の核原料物質，核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律

35） 亘理格「行政裁量の法的統制」芝池義一・小早川光郎・宇賀克也編『行政法の争点第３版』116頁の用例にしたがって「判断過程統制型」と呼ぶ。学説判例の整理は阿部注27文献。

36） 高木光「裁量統制と無効　上」『自治研究』79巻７号42頁。

37） これが塩野宏教授の説であることと，この説の判例浸透ぶりと，他方塩野説の共有する弱点の分析として，注10原子力村論文228頁参照。

38） 亘理注35論文参照。

この判断代行すべきであったと言う点が不十分であった。誤りと言っていいと思う。述べたかったことは本稿と変わりないのであるが，表示主義からすれば誤っていたというべきである。

述べたかったことは本稿の第４の冒頭で述べた通りであり，また後の６でも述べるところである。

すなわち，羈束行為の場合の裁判所の判断と，裁量行為，それが大型の専門的技術的行政行為であっても，裁判所の判断は正置しておこなわれなければならず，判断過程統制の判断も最終的には裁判所が行政の裁量権行使の是非を判断するもので，量的違いはあるが裁判所の判断が粛々と行われると言う点では同じである，ということである。

従前は，その述べたいことを判断代置というミスリーディングな用語を使いながら行ったところから，結果として誤りの領域に踏み込んだものであった。

⑵　筆者の見解の修正のポイント

本稿は，⑴で要約した前論文での筆者の問題意識を修正・発展させることにある[39]。

従前の筆者の見解では，学者によって多様にあるいは野方図に使用される判断代置ということの概念分析が十分でなかったことが原因で混乱していたので，本稿ではそれらを整理整頓するものである。

2 もんじゅ事件を素材としてみる伊方最高裁判決裁量論の弱点

⑴　もんじゅ最高裁実体判決は伊方最高裁判決の裁量論の弱点を拡大した

もんじゅ最高裁実体判決は上記３点の高裁があげた無効事由の判断に至る前の総論部分で次の二つのことを判示している。

（i）「規制法の規制の構造に照らすと，原子炉設置の許可の段階の安全

39）　なお山下義昭「科学技術的判断と裁判所の審査」（行政判例百選Ⅰ）164頁は，筆者の問題意識と同様だが，裁判所の審査方法についてのご提言には，今は賛成できない。

審査においては，当該原子炉施設の安全性にかかわる事項のすべてをその対象とするものではなく，その基本設計の安全性にかかわる事項のみをその対象とするものと解するのが相当である」。

(ii)「どのような事項が原子炉設置の許可の段階における安全審査の対象となるべき当該原子炉施設の基本設計の安全性にかかわる事項に該当するのかという点も……原子力安全委員会の意見を十分に尊重して行う主務大臣の合理的な判断にゆだねられていると解される。」

「規制法は，上記基準の適合性について，上記のとおり原子力安全委員会の意見を十分に尊重して行う主務大臣の合理的な判断にゆだねていると解されるから，現在の科学技術水準に照らし，原子力安全委員会若しくは原子炉安全専門審査会の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上記の具体的審査基準に適合するとした原子力安全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，主務大臣の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には，主務大臣の上記判断に不合理な点があるものとして，同判断に基づく原子炉設置許可処分は違法と解される」

(i)の部分は，伊方最高裁判決から受け継いだ段階的安全規制論の問題であり，原子炉等規制法の根幹的構造である。この構造のもとでは，裁量審査としては設置許可処分が安全審査であることから，それに読み込めるものは読み込む対応が求められる[40)]。もんじゅ最高裁実体判決のように判断したのでは伊方最高裁判決の裁量論には欠陥があったことになろう。

高橋教授は，「何を基本設計として審査の対象としたのかが明示される必要があろう[41)]」という折衷説を述べられる。しかし，このような言い方は教授独特のものであり，今後の審査への要望に過ぎず，もんじゅ最高裁実体判決内容についてはそれで良いと言うことなのである。

40） 段階的安全規制の問題については，筆者は注10原子力村論文237頁で検討している。

41） 高橋・宮崎古稀67頁。

(ii)の部分の後半は，伊方３原則のうちの第２原則であるが，前半はその拡大である。伊方第２原則がなにゆえ不合理審査を看過し難い過誤，欠落にかぎるのかは明らかでないが，それが最高裁の判断なのである[42]。

伊方第２原則では，(ii)の前半のような判示を防ぐことはできないかもしれない。そうだとすれば，伊方判決の見直しまたは厳格適用を，福島事故以後の裁判所としては追究する必要があろう。この点も含め，後述する。

(2) もんじゅ高裁実体判決が無効事由に上げた３点について

この点の最高裁の判断①～③は第３で詳しく見たとおりである。また，この判示についての個別の批判は筆者の別稿でやや詳細におこなっている[43]。

裁量審査の立場からいえば，実に粗雑な内容であった。

伊方最高裁判決の第２第３原則から大幅なはみ出しと言えるが，そのようなオーバーランを許す構造を伊方判決が持っていたことの確認が重要である。

もんじゅ最高裁が伊方最高裁判決を明示的に引用したのは，上述の(i)と(ii)後半部分であり，(ii)の前半はもんじゅ最高裁による伊方最高裁のいわば解釈であるが，ここまで伊方最高裁原則を広げてしまえば，要するに司法は行政の判断に異を唱えないというに等しい領域にまで到達していると言えよう。

3 伊方３原則および追加第４原則の整理

原子炉設置許可処分が違法かどうかの司法審査の伊方３原則をあらためて整理すると次のとおりである。主張立証責任の分配方策についての判示

42) 調査官解説は「安全審査・判断の過程に過誤，欠落があったとしても，それが軽微なものであって重大なものでない場合には，これにより直ちに，多角的，総合的な判断である被告行政庁の判断が不合理なものとなるものではないという趣旨であろう」（高橋利文・最高裁判所判例解説民事篇平成４年度423頁）と述べる。

43) 注４論文333～342頁。

は本稿では省略する。

(1) 専門機関の専門技術的な調査審議及び判断を基にしてされた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，用いられた具体的審査基準に不合理な点があるかどうかの審理判断であること。

(2) 同じく当該原子炉施設が具体的審査基準に適合するとした専門機関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，行政庁の判断がこれに依拠してされたと認められるかどうかの審理判断であること。

(3) それら審理判断は，現在の科学技術水準に照らしおこなわれるべきこと。

くわえて前述の筆者の追加の第 4 点目は次の通りである。

(4) (1)，(2)における専門機関については，当該行政庁からの権限，人事および財務上の独立性が審理されるべきであること[44]。

4 伊方第 3 原則，追加第 4 原則の検討

行政が行政行為をするとき，憲法，法令に従い，通達があればそれにより，原発施設許可行政の分野であれば，裁判となったもんじゅの例では，基本設計ないし基本的設計方針は「原子炉施設の安全性に係る設計の基本的考え方」に具体化され，安全審査における審査基準があり，それによる審査事項が定められているから，それらすべてに従うことが求められるのである[45]。行政手続法 5 条 8 条の趣旨からもそのことは当然である[46]。

44) 阿部泰隆・高木光・斎藤浩「更なる行政訴訟制度の改革について　上」（自治研究82巻 3 號）23頁における斎藤発言参照。

45) 深澤龍一郎教授が言われるように，「原子力安全委員会が定立した安全性審査基準は，法律の授権に基づくものでないため，安全性審査基準の適用の誤りにより，原子炉設置許可処分がただちに違法になるわけではない」（「行政裁量論からみた福島事故の前と後」斎藤浩編『原発の安全と行政・司法・学界の責任』法律文化社，2003年168頁）が，それは行政手続法の審査基準等の一般論としての論点である。筆者が後述するのは，審査基準違反等について裁量違反判断を裁判所がして，行訴法30条によるか否かはともかく，裁量違反として違法と判断することができるのである。

違う方向から言えば，事業者が行政に提出する申請書は，それらすべてが充たされることを行政に約束するフォーマットである。行政はこれを法令・審査基準に基づき判断する。

司法は，これらの行政過程，申請書を点検するのであり，伊方の第２原則は当然のことを言ったものと理解できる[47)]。もんじゅ高裁実体判決の川崎裁判長は，実体控訴審が始まった頃「『看過し難い』のハードルは高いのでは？」と弁護団に聞いたそうである[48)]。伊方の第２原則は，前述のように行政過程での小さな過誤，欠落を司法が発見しても違法とはしないという含意があるから，川崎裁判長の当初の素朴な感想はそのあたりのものだった可能性はある。筆者が第２原則は当然と言う意味は，上記の規範に行政が従っているかを司法が判断して，看過し難い過誤，欠落か，そうではないかを司法自身が判断すると宣言しているからである。

第１原則も審査基準を司法が判断するから当然のことである。

追加第４原則は，第１～第３原則による審査を司法がする過程で自ずと司法により看破できる性格のものである。

通常の原発の訴訟過程では，第３原則をベースにして，第２原則によるチェックが論理的に先行しよう。その過程で，審査基準の不合理に辿り着き第１原則が発動されることとなろう。もちろん，裁判官の心証形成はそれらが同時並行的に進むのであり，追加第４原則によるチェックも当然おこなわれることとなる。福島事故後，原発推進の経済産業省の外局である原子力安全・保安院と内閣府原子力安全委員会等が廃され，国家行政組織

46） 本稿では立ち入る余裕がないが，他の行政手続的面での論点につき，常岡孝好「裁量権行使に係る行政手続の意義～統合過程論的考察」（行政法の新解釈Ⅱ，2008年）235頁以下参照。

47） そのような意味で，山本隆司教授が「裁判所における外的手続の層では，行政裁量は，裁判所と行政機関および原告私人が，法（律）規範を具体化する論証過程を，協議して追試的に検討する手続を意味する」（「日本における裁量論の変容」判例時報1933号，2006年）18頁と言われるところと同じ問題意識である。

48） 2013年10月19日中部弁護士会連合会定期弁護士大会における吉村悟弁護士の講演とパワーポイント画像による。

法３条委員会としての原子力規制委員会が環境省の外局としておかれ，その事務局として原子力規制庁がおかれたことは，それまでの専門機関が適正適当でなかったからにほかならない。司法は専門機関でもあり後述のように許可行政庁ともなった原子力規制委員会が適正であるか否かのチェックを今後はしていかねばならない。

伊方３原則は，厳格に適用すれば，当然のことに属す。しかし，実際には曖昧に適用され，もんじゅ最高裁実体判決のように拡大を許してきたものである。

伊方最高裁判決が３原則を立てた理由について，高橋滋教授は「許可の停止・廃止に関する裁量の幅の狭い原子炉設置許可処分においては，許可を直接争う取消（及び無効確認訴訟）において新知見を取り込んだ審査を裁判所が行なっても，行政の裁量的判断権を侵害する度合いは低い，との判断があったように思われる」[49] と述べられる。仮にそうだとすると，最高裁のその判断は甘かったと言わざるをえない。なぜならわが国の原子力行政は，極めて脆弱な基盤の上に成り立っていたからである。付加すれば，「規制体系は，『温泉長屋』ともいわれる継ぎはぎによって，ますます複雑なものとなりつつあ」り，「府省令や審査指針といった下位規範のレベルでは相互に矛盾するものが生まれて」おり，海外の「科学技術情報に技術水準が十分適応できていない」状態で，「安全に関する技術基準」について「強化するという方向の改正にしても『今まで嘘をついていたのか』といわれることを恐れて技術基準変更を避ける傾向にある」というほどのものであるからである[50]。

5 伊方第１原則，第２原則適用による原告勝訴判決

伊方の原則を厳格に適用して原告を勝訴させた判決があることが，わが国司法を救っている。

49） 高橋・原田古稀341頁。

50） 城山英明「原子力安全規制の基本問題」（ジュリスト1245号）82頁，85頁。

第２原則適用により「看過し難い過誤，欠落がある」として原告を勝訴させたのが，本稿で詳しく見てきたもんじゅ高裁実体判決であることは言うまでもない。

第１原則適用，つまり具体的審査基準の不適正を理由に原告を勝訴させた判決が注１で述べた二つである。

その一つは，志賀原発の差止めを命じた金沢地判平 18.3.24 で「被告が基準地震動 S2 を定めるに当たっ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の強い疑いを払拭できない」と述べた。

もう一つは，大飯原発の再稼働の差止めを命じた福井地判平 26.5.21 である。後述するように福島事故後の法改正がおこなわれたのちの判決ではあるが，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700であり，そもそも，700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５例），全国で20箇所にも満たない原発のうち４つの原発に５回にわたり想定した地震動を超える地震が平成17年以後10年足らずの間に到来しているという事実（前提事実⑽）を重視すべきは当然である」と述べた。

6 判断代置というワーディングについて

⑴ 敢えて使用される判断代置論（または判断代置批判）の訴訟法論としての問題

５でみた３判例は実に自然に裁量審査をおこなって，判断をおこなっている。

行政処分の裁量部分の検討を伊方第２原則のようにおこない，専門機関

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，行政庁の判断がこれに依拠してされたとして無効を宣言したもんじゅ高裁実体判決のどこに判断代置があるのか。判断そのもの，判断正置である。

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と認定することは，代置ではなく，判断過程統制そのものである。

調査官解説を書いた高橋利文調査官は，わが国の裁判所がその意思さえ持てば，どのような事案であっても，鑑定などの助けを借り，自由心証の立場から事実認定をしてきた歴史を誰よりも知っていたし，訴訟法上そうしなければならないことを知悉していたはずなのに，原田尚彦教授が「科学問題は実体法上の価値選択の自由にかかわる問題ではなく，事実認定のむつかしさゆえに裁判所の判断認識能力の限界が問題とされる事項である」との言説[51)]を敢えて引用しつつ，それでも一応は「当該処分につき専門技術的裁量を肯定し得るか否かは，あくまでも，当該処分の根拠となった行政実体法規の解釈問題であるから，この問題は，右行政実体法規が，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の性質にかんがみ，行政庁の専門技術的裁量を認めていると解し得るかという見地から検討すべきであろう」といなしながら，伊方判決を検討し，同判決は当該行政法規（原子炉等規制法24条１項３号４号，２項）が行政庁の専門技術的裁量を認めていると判断したとして，実体的判断代置方式によらない

51） 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，1985年，395頁。なお原田教授はその後の教科書でも「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，2005年，396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てか，「全訂第七版補訂版，2011年」409頁では表現を少し変えられたが本質は変っていない。

ことを判示したと，もってまわった解説をしたのである[52)]。

この調査官解説は，高橋調査官が原案を起案し裁判官全員一致になった判決をふたたび自らが解説しているという代物であるが，原田教授などの上述のような乱暴で，訴訟法にも違反するのではないかと思われる意見，科学問題では判断代置方式を追放しようと言う意見（判断代置などというが，判断することをやめようという意見であるに等しい）に，裁判官でありながら敢えて乗って，原発事件の乗り切りを原告側敗訴の線ではかったというべきである。裁量なのに判断代置しているとの，正しい判例への一部学者の根拠のない非難のルーツは，この高橋調査官解説にあるのかもしれない。

次に判例に判断代置があるとの批判をしている２論者の批判内容を検討してみる。

高木光教授は，もんじゅ高裁実体判決の理由第２節第２の末尾の部分「上記事態の発生の具体的危険性については，裁判所は，その存在を積極的に認定する必要はなく，その具体的危険性を否定できるかどうかを判断すれば足りると解すべきである。けだし，原子炉設置許可処分の抗告訴訟において，原子炉施設の安全性に関する判断の適否が争われる場合における裁判所の審理，判断は，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ものであり（伊方最高裁判決），裁判所は，行政庁に代わって，原子炉施設の安全性の有無を直接判断する立場にないからである」という点を取り上げ，「この第一文が川崎判決の最大の弱点であろう」とし，「『具体的可能性』があるかどうかを判断するためには一定の心証を形成する必要があるが，『積極的に』認定すると必然的に『実体的判断代置方式』になってしまう。第二文の建前は崩せないことから『否定できるかどうか』という形で裏側から基準を立てている。しかし『具体的可能性』が一定レベルの確率を意味する以上，同様に『実体的判断代置方式』をとらない限り認定できないのではないだろうか」と述べられ

52）　注42の解説420～421頁。

る[53]。

高木教授の「実体的判断代置方式」と言うのは，後にやや詳しく述べるが，筆者の立場から言えば裁判所の自由心証による事実認定である。高木教授のような言い方をしなくても，通常の裁判実務であると考えられる。要するに，川崎コートは，双方の専門家の話を１か月に１度丸１日聞く期日をもつことなどにより勉強し，自由心証に基づき，専門機関と行政本体がおこなった行政判断過程に不合理を見つけているのである。

高橋教授の判断代置論はさらにわかりにくい。

宮崎古稀論文で，高橋教授は，高裁が無効理由とした① ２次冷却材漏えい事故，② 蒸気発生器伝熱管破損事故の２点につき，最高裁がこれを是正する強い意図をもって，判断代置で特異な判示をしたと述べておられる[54]。高橋教授の高裁判決に対する判断代置批判も，この最高裁への注文も，詳細な展開がないので理解しづらい。判断代置の点では，高木教授の上記議論を援用しているだけかも知れないので，筆者の批判は上記に譲る。

橋本博之教授は，一連の判断過程統制手法の最高裁判決と判断過程の合理性・適切性に着目した審査方法を導入して行政裁量に係る審査密度を高めたとされる日光太郎杉判決（東京高判昭 48.7.13）とを対比して論を進める。収用対象たる土地の文化的価値・環境保全を解釈により加重したことは実体的判断代置方式ではないか，あるいは最高裁の判断過程統制とは異なるのではないかと言われる[55]。筆者は判断過程統制と判断代置を対

53） 高木光「行政訴訟論」（有斐閣，2005年）386～387頁。高木教授はもんじゅ高裁実体判決のようにならないために，裁判所は行為規範的統制に純化すべきと提案される（「行政処分における考慮事項」法曹時報62巻８号22頁，2010年）が，ますますがんじがらめに裁判所の行政統制を枠にはめようとするものとしか読みようがなく，とうてい賛成できない。榊原教授もこの高木説を裁量統制限定説としてとらえておられる（「行政裁量の『社会観念審査』の審査密度と透明性の向上」室井力先生追悼論文集，法律文化社，2012年，131頁）。

54） 高橋・宮崎古稀71頁。

55） 橋本博之「行政判例と仕組み解釈」（弘文堂，2009年）150～153頁参照。

立させてその対立を価値あるもののようにいう分析には，今は同意できないので次のように考える。すなわち，日光太郎杉事件判決と伊方第３原則修正第４原則との関係でこれを論ずれば，太郎杉事件の審査基準は土地収用法20条３号にいう事業認定の法定要件である「事業計画が土地の適正且つ合理的な利用に寄与するものであること」のみであり，東京高裁は自然公園審議会の議論も審査過程審査をした上，事実認定の上（あえて伊方第２原則風に言えば，自然公園審議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，建設大臣の判断がこれに依拠してされたと認められるので），法律判断をしただけであり，収用対象たる土地の文化的価値・環境保全を重視したのは事実認定と法律判断の両方にまたがる裁判官の判断行為である。判断代置などをおこなった理由も形跡もない。なお，橋本教授の最近の教科書[56]では，判断過程統制，判断代置を対立的に解説した部分はない。

亘理格教授は，最近の論稿[57]で伊方事件，もんじゅ事件各判決を論じ「現行の訴訟制度を前提とする限り，安全性に関する具体的審査基準の内容とその適用過程に不合理な点がないかという点に着眼した司法審査方法は，今後も維持すべきであると思われる」と言われる。このような判断代置云々のない学説の増勢を祈る。

⑵　いわゆる混合問題について

もっとも，筆者が⑴末尾に書いた事実認定と法律判断にまたがる領域については，アメリカにおける事実問題と法律問題の中間の“事実認定に対する法の適用問題”である混合問題の議論（裁判所が行政機関の判断＜解釈＞を尊重すべきであるという考え方）の帰趨にも一応注目しなくてはな

56）　橋本博之「行政法解釈の基礎――『仕組み』から説く」（日本評論社，2013年）97頁以下参照。

57）　亘理格「原子炉安全審査の裁量統制論――福島第１原発事故から顧みて」（論究ジュリスト３号，2012年）。

らない[58)]

すなわち，この問題はアメリカ法における実質的証拠法則との関わりで理解されなければならない。事実認定は実質的証拠法則で裁判所の判断に制約があることを前提に，法律問題であれば裁判所の判断に制約がないという枠組みのもとで，たとえば新聞の売り子を労働者と見るのかどうかが，単純な法律判断ではない，混合問題なのだというような議論である。

わが国での裁判所による行政の判断過程統制を考察するとき，このアメリカの議論が大きな影響を与えているとは思えないが念のために論ずる。日本国憲法は行政機関が終審として裁判を行うことを禁止している（76条２項）のであるから，唯一実定法規に現れた実質的証拠法則の規定である独禁法80条１項でさえもその合憲性が論じ続けられてきている。現在の憲法論としての安定した考えによれば「事実の認定権を完全に委ねてしまうことは問題であり，少なくとも事実認定に実質的な証拠があるかどうかの判断権は裁判所が留保している必要があろう。この点を考慮して，独禁法80条２項は『実質的な証拠の有無は，裁判所がこれを判断するものとする』と規定している。この条件の下に，合憲と解してよいであろう」[59)]ということになっている。

わが国の訴訟法では，裁判所が事実認定と法律判断をあらゆる点においておこなうことになっているのである。その中で，原子炉等の許可などの場面では判断過程統制によりそれをおこなうのが当然である。判断過程統制の中で，もんじゅ実高裁実体判決のように判断することを，判断代置であり過程統制でないなどと非難するのとはあってはならない主観的批判であると考える。

58） 高橋正人前掲注31論文（２）107頁以下参照。

59） 高橋和之「立憲主義と日本国憲法」（有斐閣，2005年）344～5頁。浦部法穂「憲法学教室　全訂第２版」（日本評論社。2000年）338頁参照。

(3) 判断過程統制と実体的審査との違い論

裁判所による行政の判断過程統制が訴訟法上通常の行為だとして，日光太郎杉判決以後定着した判断過程統制的判例が，従来の実体的審査との間に，判決の効果の点で相違があるとの見解が村上裕章教授により表明されている[60)]。非常に重要な問題提起であり，この論点の深まりが重要である。

しかし教授は，実体的審査は行為の内容（結論）に着目した審査であるのに対し，判断過程審査は行為を行うに至った判断過程に着目した審査であるので，判断過程に過誤があるとして行為が取り消されたとしても，当該行為の内容が違法とされたわけではないから，合理的な判断過程を経て，あるいは適切な考慮要素を適切に考慮して同じ内容の行為をすることは，原則として妨げられない（差戻的取消し）といわれる[61)]。この論は筆者が期待するものとは異なる。

教授は明言しておられないが，この論では，判断過程審査による取消判決は行政事件訴訟法33条２項の効果は持たず，その審査は手続的審査でもないから３項の効果も持たないと言うことになろう。

筆者は，この論は，論者の意図は別として，司法による行政の判断過程統制を，民事訴訟法の原則から外れさせ，行政事件訴訟法の判決効からも免れさせて自死させるのではないかと考えざるを得ない[62)]。

7 原発安全審査のためのあるべき裁量統制について

これまで述べてきたことからも明らかなように，原発設置許可処分に関する裁量の幅は広いものではない[63)]。

60） 村上裕章「判断過程審査の現状と課題」（法律時報85巻２号，10頁以下，2013年）。

61） 前注論文13～14頁。

62） 論者は，行政裁量に対する司法審査が強化されているとの認識である（注60論文16頁）が，強化されているのは裁量過程審査の差戻的効果によるのではなく，裁量過程審査が裁判所によって厳密になっているためであると筆者は考える。

63） この点はもんじゅ高裁実体判決が明言し，高橋教授も賛成し（高橋・宮﨑古稀68↗

(1) 行政手続段階での裁量

行政裁量とは，行政活動が法令によって一義的に拘束されないことの反面として行政に認められる判断の余地を意味する[64]。

もんじゅを例にとれば，提出された許可申請書にのっとり，行政は審査をおこなう。改正前の原子力等規制法24条に基づき，基本設計ないし基本的設計方針は「原子炉施設の安全性に係る設計の基本的考え方」に具体化され，安全審査における審査基準が明示されているから，それらの各審査事項にもとづきすべての審査はおこなわれる。これらは実に技術的なものであり，当時の原子力委員会等の専門機関がそれにあたる。

専門機関及びそのゴーサインが出た場合に行政がそれを許可するのである。後述するように，福島事故後の原子炉等規制法改正により，専門機関が許可権者に変わったので，行政組織法 3 条委員会である原子力規制委員会が行政庁として許可判断をおこなう。

専門機関がそれぞれの膨大な審査事項を審査するについて，どのような裁量が与えられているであろうか。

「審査基準」と「基本設計ないし基本的設計方針」とは分けて考えねばならない。

① 申請書に添付された資料が「基本設計ないし基本的設計方針」に合致しているかどうかの認定は極めて高度な技術的判断であるが，むしろそのゆえにほとんど裁量の余地を残さないほどに狭いものであり，また狭いものでなければならないであろう。いわばこの点での要件裁量は狭いものであり，まして効果裁量が残されていると考えるのも困難なことである。

これまですべての原発関係の許可手続で，結論としては事業者の申請書は適正なものと認められた。

しかし，後に見る司法段階のチェックにより，「基本設計ないし基本的設計方針」に合致しているとする行政段階の判断には誤りがあったことが

↘頁），多くの学者の共通の認識となっている（たとえば，山本注29文献304頁など）。

64） 芝池義一「行政法総論講義第 4 版」（有斐閣，2001年）68頁参照。

指摘されるにいたった。

それは要件裁量違反か効果裁量違反か。

もんじゅ高裁実体判決の無効理由の①を例に考察してみよう。

本稿冒頭の同判決の認定は「本件原子炉施設で発生したナトリウム漏えい事故及びその後の燃焼実験の結果などによれば，本件許可申請書において選定された『２次冷却材漏えい事故』に関する本件安全審査には，床ライナの健全性（腐食の可能性）と床ライナの温度上昇（熱的影響）に関する安全評価に，看過し難い過誤，欠落がある。本件原子炉施設の現状設備では，床ライナの腐食や温度上昇に対する対策を欠いているため，漏えいナトリウムとコンクリートの直接接触が確実に防止できる保障はない。その結果，本件原子炉の２次主冷却系のすべての冷却能力が喪失する可能性を否定できない」というものであった。

ここで指摘された問題点について，行政はチェックミスをしており，「基本設計ないし基本的設計方針」に合致していなかったのである。どちらかというと要件裁量違反といえるであろう。

② 審査基準の問題に移る。「基本設計ないし基本的設計方針」は審査基準に基づいて作られているから，「基本設計ないし基本的設計方針」に違反がなくても，審査基準に合理性が欠ければ，その部分についての「基本設計ないし基本的設計方針」は本来存在価値のないものに転化するのである。その意味で，審査基準の審査は要件裁量と効果裁量の両方にまたがる領域と言えようか。

これまですべての原発関係の許可手続で，結論としては事業者の申請書は適正なものと認められ，その審査基準の不合理が指摘されたことはなかった。

しかし，司法段階のチェックにより，審査基準は合理的であるとの行政段階の判断には誤りがあったことを指摘する判決が出るにいたった。

大飯原発差止め判決を例に考察してみよう。

前述５のところで記した判決の認定は，基準地震動の信頼性について

「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５例），全国で20箇所にも満たない原発のうち４つの原発に５回にわたり想定した地震動を超える地震が平成17年以後10年足らずの間に到来しているという事実（前提事実⑽）を重視すべきは当然である」と述べた。つまり，「基本設計ないし基本的設計方針」には合致しているし，それが審査基準通りの地震動を前提にしているが，その基準自体に合理性がないと判断されたのである。

ここで指摘された問題点について，行政はチェックミスをしており，「審査基準」の改訂を怠っていたのである。

なお，福島事故後，原子炉等規制法は改正され，23条で原子力規制委員会が行政庁となり，43条の３の５第１項により，設置申請者は政令で定めるところにより，原子力規制委員会の許可を受けなければならないこととなった。同法43条の３の６第１項にはその許可基準について規定されている。また，同法43条の３の８第１項は，原子炉設置許可を受けた者が，同法43条の３の５第２項２号ないし５号又は８号ないし10号に掲げる事項を変更しようとするときは，政令で定めるところにより，原子力規制委員会の許可を受けなければならないと規定された。

この改正法のもとでは，従来の主務大臣による許可から，原子力規制委員会による許可に変化した。変化したが，許可要件に関する24条の改正はなされず，その点は従前のままである。この点は本稿の末尾で再考察する。

⑵　司法段階での裁量チェック

裁判は，法的な紛争につき，証拠によって事実を確定し，法律を適用して原則として判決という形で結論を示す。

⑴で司法段階での裁量チェックの実例もみたわけだが，このように，この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[65]。

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247条）。証拠調べには当然鑑定が入るのであって（同法212条以下），「鑑定人裁判の怖さ」[66] などという言説は，訴訟法を無視したものである。原告の訴えを勝たせたわが国の上述の原発３裁判が，文科系知識の枠を越えて真摯に勉強をした裁判官たちによりなされたことを筆者は知っている[67]。その勉強の中に，鑑定がしっかり位置付けられていたことは言うまでもあるまい。

② 法律の適用に関わる点には，行政事件訴訟法30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，改正が企図されてはいるが，替わる適切な条文が見いだせないでいる[68]。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

65） 注27の阿部整理参照。

66） 高木注53文献384頁以下。もっとも，教授のこの部分の語りは，ドイツでの判断代置方式を問題にされているので，判断過程統制を基本とするわが国の判例及び本稿の内容からは，鑑定の重要性は一致できるのかも知れない。

67） 注26海渡論文284頁，川崎和夫元裁判長の朝日新聞インタビュー（2012年５月12日付）。そしてこの審理方式は Eberhard Schmidt-Abmann 教授が1993年以来の著書で提唱する「討議モデル――Diskursmodell」による行政訴訟審理方式（山本隆司「行政訴訟に関する外国法調査研究　ドイツ下」ジュリスト1239号126頁，2003年参照）と酷似している。

68） 司法制度改革推進本部行政訴訟検討会「行政訴訟検討会最終まとめ――検討の経過と結果」（2002年）189頁以下，日本弁護士連合会「『行政訴訟法（案）』の提案」（2003年５月13日）35条など。

り，原発許可分野では原子力等規制法24条の解釈判断である。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。

なお，イギリスの裁量統制論を研究された深澤教授が，判断代置と同視される「自らの価値観」裁判と，判断過程審査との違いを次のように要約されていることは実践的に有効ではなかろうか。すなわち「『社会の内部で重要と考えられている価値に関する個々の裁判官の理解』と『それらの価値に関する裁判官自身の批判的評価』を基礎として＜長期的＞ないし＜永続的＞に重要と考えられる価値を有する事項を義務的考慮事項として導き出すことが許される」[69] と。

これを筆者の言葉で言い直せば，裁判官の良心による判断過程審査のありようということができ，判断代置などというレッテルを貼る必要のない当然の裁判官行動である。

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が係属した裁判所，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[70]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，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。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。

69） 深澤龍一郎「裁量統制の法理と展開――イギリス裁量統制論」（信山社，2013年）359頁。

70） 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」（産經新聞出版，2013年）の特に「下」33頁以下参照。

行政法学者・研究者は，原子力村から出て，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。

⑶　原子力規制委員会の独立性

筆者の上述伊方追加第４原則との関係で，法改正後の原子力規制委員会は独立しているか否かの論点がある。

原子力発電を推進する「資源エネルギー庁」と規制する「原子力安全・保安院」が同じ経済産業省の中にあった法制から，あらたに制定された原子力規制委員会設置法は環境省の外局として原子力規制委員会を置き，その事務局として原子力規制庁を置き，そして同委員会を国家行政組織法３条２項の委員会（三条委員会）としたから，法制上の独立性は確保されたことになろう。

しかし，深澤教授が言われるように，同委員会には規則制定権が与えられている（設置法26条）のにその予定はなく，原子炉等規制法の設置許可要件はそのまま維持された[71]ことは，許可権者がその許可基準を自ら制定しないと言うことであるから，この意味で原子力規制委員会の独立性は道半ばの程度である。

人事は同法７条の定めるところであり，この方式はアメリカの原子力規制委員会（NRC）のそれと同様のものであるが，職員数，専門スタッフ数，予算の面では，NRC と比べようもないほどの貧弱さである[72]。

原発許可行政に関する裁量を考察する時，この専門的技術的機関の独立性の問題は避けて通れない。許可権限を持った規制庁の動向を我々は注視しなければならない。

71）　深澤注45論文170～171頁。

72）　越智敏裕「アメリカの原子力規制」（斎藤浩編『原発の安全と行政・司法・学界の責任』法律文化社，2013年）206頁以下参照。