

平成29年（ネ）第373号 「生業を返せ、地域を返せ！」福島原発事故原状回復等請求控訴事件

控訴人 中島 孝 外

被控訴人 国 外1名

控訴審準備書面（3）

（「適時にかつ適切に」判断基準と誠実に考慮すべき事項、すべきでない考慮）

2018（平成30）年8月31日

仙台高等裁判所第3民事部 御中

控訴人ら訴訟代理人

弁 護 士 安 田 純 治 外

本準備書面は、一審被告国第2準備書面の第2及び第3に対する反論をするものである。

内容

はじめに.....	6
第1 一審被告国第2準備書面の第2の1について.....	6
（規制権限不行使の違法性が問題となった最高裁判決は行政分野ごとに判断基準が異なること）	6
1 一審被告国の主張	6
2 一審原告らの反論	7
（1）一般的な判断枠組みの文言は同じであるが、判断基準が異なること.....	7
（2）規制権限の根拠法令の趣旨・目的・権限の性質について	8
（3）行政分野の特質の違いによる「裁量」に広狭があること	9
第2 一審被告国第2準備書面の第2の2について.....	13
（考慮要素が違法判断の基準時に限定されないこと）	13
1 一審被告国の主張	13
2 一審原告らの反論	14
（1）適時にかつ適切に権限行使するためには情報収集・調査を尽くすことが求められること.....	14
（2）被害の事後救済制度であることに立った解釈をすべきであること	15
（3）憲法で保障された基本的人権を守ることが誠実に尽くされたかどうかを審査されるべきであること	16
（4）最高裁判決は考慮要素が「当時」存在した事実限定されるとの判断をしていないこと.....	16
第3 一審被告国第2準備書面の第2の3について.....	18
（違法性の判断に、国の補充的責任論を持ち出すことは失当であること）	18
1 一審被告国の主張	18
2 一審原告らの反論	19
第4 一審被告国第2準備書面の第2の4について.....	19

(違法性判断の必要的考慮要素)	19
1 一審被告国の主張	19
2 一審原告らの反論	20
(1) 必要的考慮要素は、被害法益の重大性、予見可能性の存在、結果回避可能性の存在であること	20
(2) 実効性ある措置でなければ意味がないこと	21
第5 一審被告国第2準備書面の第2の5について.....	22
(本件においては「適時にかつ適切に」の判断基準が用いられるべきこと)	22
1 一審被告国の主張	22
2 一審原告らの反論	23
(1) 原子力基本法以下の法令により原子炉の安全性の確保と核燃料の管理について被告国が全面的な規制をしていること	23
(2) 経済産業大臣は、定期検査等を通じて各原子力発電所の現況を把握していたこと	24
(3) 適切な行政指導で規制の効果をあげることも十分に期待できること.....	25
(4) 津波予見に関し科学的知見の確立まで不要であること	25
(5) 「長期評価」は薄弱なエビデンスではないこと	25
(6) 裁判を起こされることの懸念や電気料金の値上げ、国民生活の混乱等の懸念を考慮することは許されない他事考慮であること	25
第6 一審被告国第2準備書面の第3の2について.....	26
(一審被告国の「科学的知見の評価」論に対する反論)	26
1 一審被告国の主張	26
2 一審原告らの反論	26
(1) 「長期評価」の評価にあたっては、「長期評価」の根拠となった法令の趣旨、目的を踏まえるべきであること	26
(2) 保安院が当時において「長期評価」を誠実に考慮した経過がないこと	27

(3) 一審被告国の提出する「第一線の研究者ら」の意見書は「後出し」の個人的見解に過ぎないこと	28
第7 一審被告国第2準備書面の第3の3について.....	29
(「後知恵バイアス」論に対する反論)	29
1 一審被告国の主張	29
2 一審原告らの反論	29
(1) 予見可能性について	29
(2) 結果回避可能性について.....	29
第8 一審被告国第2準備書面の第3の4について.....	31
(最高裁判決は科学的知見の「確立」を一律の判断基準としてはいないこと) ..	31
1 4の(1)「規制権限行使の前提」について.....	31
2 4の(2)「最高裁判決における予見可能性の程度」について.....	31
(1) 一審被告国の主張.....	31
(2) クロロキン薬害訴訟最判について.....	31
(3) 筑豊じん肺訴訟最判について	32
(4) 水俣病関西訴訟最判について	33
3 4の(3)について.....	34
(科学的知見の「確立」を一律に求める一審被告国の主張が失当であること) ..	34
(1) 一審被告国の主張の概略.....	34
(2) 一審原告らの主張.....	34
第9 一審被告国第2準備書面の第3の5について.....	36
(「長期評価」の未成熟性と工学的判断の裁量の広さを強調する一審被告国の主張について)	36
1 第3の5の(1)について.....	36
(絶対的安全か相対的安全かを判断基準とする一審被告国の主張の誤り)	36
2 第3の5の(2)について.....	36

(規制の必要性の判断に工学的判断を持ち込むことは誤りであること)	36
(1) 一審被告国の主張.....	36
(2) 一審原告らの反論.....	37
ア 広い裁量論を持ち込もうとする一審被告国の主張は誤っていること	37
イ 「長期評価」の「成熟性」という立論をすることの誤り	37
ウ 予見可能性の判断に工学的判断を持ち込むことは誤っていること	38
エ 予見可能性の判断は「適時に」行うべきこと	38
オ 一審被告国が、すみやかに「長期評価」を考慮した実効性ある対策を一審被告 東京電力にとらせなかったことは、予見可能性の判断を「適時に」行わなかったと いう点で著しい怠りであること.....	39

はじめに

一審被告国は控訴理由書第2において、クロロキン薬害訴訟最判のとした判断枠組みを引用しながら、原判決は実質的に最高裁判決の判断枠組みに従っていないと論難する。その理由とするところは、被害の切迫性の要件を無視していること、当時の時点を離れて結果回避措置の検討をしたこと、工学的知見への理解を欠いており実質的に行政庁の専門性、裁量性自体を否定したこと、「長期評価」公表後の国は無策であったとの誤った事実認定をしていること、の4点である。

これに対し、一審原告らは、「一審被告国の控訴理由書に対する答弁書（第1分冊）及び控訴審準備書面（1）で反論した。

その後一審被告国は、第2準備書面の第2において「規制権限不行使の違法性の判断枠組み」を主張したうえで、第3で、予見可能性及び結果回避可能性の判断において、地震学・津波学の分野における知見の成熟性の評価や津波工学に基づいた専門的技術的判断が必要となること、地震と津波という複数のリスクがある場合には、原子力工学の考え方に基づいた専門技術的判断が必要となると主張する。そのうえで、一審被告国の主張は、これらの判断における行政庁の裁量は広く、裁判所が「予見可能性」や「結果回避可能性」を司法審査できるのは限定されると主張する。

本準備書面は、この一審被告国の主張に対する反論をするものである。

第1 一審被告国第2準備書面の第2の1について

（規制権限不行使の違法性が問題となった最高裁判決は行政分野ごとに判断基準が異なること）

1 一審被告国の主張

一審被告国は、規制権限不行使の違法性が問われた最高裁判例として、宅建業者訴訟最判、クロロキン薬害訴訟最判、筑豊じん肺訴訟最判、水俣病関西訴

訟最判、泉南アスベスト訴訟最判を引用した上で、「クロロキン最高裁判決では、厚生大臣が医薬品の副作用による被害の発生を防止するために薬事法上の権限を行使しなかったことが、当該薬品に関するその時点における医学的、薬学的知見の下において、薬事法の目的及び厚生大臣に付与された権限の性質等に照らし、その許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは、同権限の不行使は、国賠法1条1項の適用上違法となる旨判示しており、このような規制権限不行使に係る違法性の判断枠組みについては、クロロキン最高裁判決等により判例の立場が確立されたものと評価され、・・・以後、筑豊じん肺最高裁判決等においても、同様の立場が踏襲されている。」と主張する。

2 一審原告らの反論

(1) 一般的な判断枠組みの文言は同じであるが、判断基準が異なること

一審被告国が主張するとおり、一審被告国が引用する5つの最高裁判決が、規制権限不行使の違法性の一般的な判断枠組みについて同じ文言を用いている。

しかし、上記5つの最判は、それぞれの事案における規制権限行使の違法性の判断基準については異なる判断をしている。つまり、消費者保護行政の分野の事案である宅建業者訴訟最判、及び薬事行政の分野の事案であるクロロキン薬害訴訟最判は、行政庁の「裁量」の存在を問題としているが、労働安全行政の分野の事案である筑豊じん肺訴訟最判及び泉南アスベスト最判、並びに環境保護行政の分野の事案である水俣病関西訴訟最判は、行政庁の「裁量」の存在を問題とせず、規制権限は「適時にかつ適切に」行使すべきであることを明確にしている。このことは、上記5つの最判が、上記した規制権限不行使の違法性の一般的な判断枠組みを踏まえながら、具体的な規制権限の行使の在り方については、それぞれの規制権限の根拠法令の趣旨、目的、権限の性質の違い（そ

れぞれの行政分野の特質を踏まえた違い)、被侵害法益の性質、予見可能性、結果回避可能性、権限行使の影響等の事情を総合的に判断して、規制権限不行使の違法性の有無を判断しているといえる。とくに、規制権限が付与された法令の趣旨、目的、権限の性質を解釈するにあたって、それぞれの事案における侵害された権利利益(法益)の性質や行政分野の特質を踏まえ、行政庁の「裁量」に広狭があることを明らかにしているといえる。

(2) 規制権限の根拠法令の趣旨・目的・権限の性質について

まず、上記5つの最判が規制権限不行使の違法性を判断するにあたって最も重視している要素は、それぞれの規制権限の根拠法令の趣旨、目的、権限の性質である。このことは、上記した規制権限不行使の違法性の一般的な判断枠組みを踏まえることから導き出されてくる当然の帰結でもある。

つまり、上記5つの最判は、規制権限行使の根拠法令が、当該訴訟の原告(被災者)が主張する被侵害利益を保護することを直接の目的としている場合は、当該被侵害利益を保護するために、行政庁に対し、当該権限を適時にかつ適切に行使することが強く要請され、これに対し、規制権限行使の根拠法令の趣旨・目的が、当該被侵害利益を直接に保護することにあるとまではいえない場合は、行政庁に対する規制権限行使の要請が相対的に低くなるという関係にあることを明らかにしている。具体的に述べると、筑豊じん肺訴訟最判、水俣病関西訴訟最判、泉南アスベスト訴訟最判の事案の根拠法令は、いずれも当該被侵害利益を保護することを直接の目的としていることから、当該被侵害利益を保護するために、行政庁に対して、規制権限を適時にかつ適切に行使することが強く求められている。これに対し、宅建業者訴訟最判は、宅建業法が免許制度を設けた趣旨、目的について、「直接的には…取引の公正を確保し、宅地建物の円滑な流通という公益目的を図るところにあり」、「個々の取引関係者の被る具体的な損害の防止、救済を制度の直接の目的とするものとは解し難く、かかる損害の救済は一般の不法行為規範等に委ねられている」と判示し、行政庁に対する

規制権限行使の要請が相対的に低くなることを示している。また、クロロキン薬害訴訟最判は、後述するように、薬事行政の分野の特質から、規制権限行使の要請が相対的に低くなることを示している。

(3) 行政分野の特質の違いによる「裁量」に広狭があること

次に、上記5つの最判は、権限の性質、つまり、行政分野の特質の違いから、行政庁の「裁量」の広狭を判断している。以下、具体的に述べておく。

ア 宅建業者訴訟最判は、宅建業法の免許制度の趣旨、目的が、個々の取引関係者の被る具体的な損害の防止、救済を制度の直接の目的とするものではないと判示していることとの関係を踏まえ、県知事の広範な「裁量」を認めるとともに、行政側（県知事）の執った措置について考慮している。

イ クロロキン薬害訴訟最判は、薬事行政の分野であることの特質を踏まえ、「これらの権限を行使するについては、問題となった副作用の種類や程度、発現率及び予防方法等を考慮した上、随時、相当と認められる措置を講ずべきものであり、その態様、時期等については、性質上、厚生大臣のその時点の医学的、薬学的知見の下における専門的かつ裁量的な判断によらざるを得ない」と判示し、行政庁の広範な「裁量」を認めている。

この点に関し、宮坂昌利調査官は、筑豊じん肺訴訟最判の「判例解説」のなかで、薬事行政の分野における「規制権限が、その性質上、医学的、薬学的知見の下における専門的かつ裁量的判断によらざるを得ないという特質が考慮されたものである（特に、当時の医学的知見として、『副作用を考慮してもなお有用性を肯定し得るものとしてその使用が是認されていた』ことが重要なポイントとなったものと解される。）」と、クロロキン薬害訴訟最判が薬事行政の分野の特質を考慮していると解説している。また、泉南2陣高裁判決も、クロロキン薬害訴訟最判を引用して、「医薬品は、治療上の効能、効果とともに、何らかの有害な副作用が生じることを避けがたく、副作用の生じる点も考慮した上で医薬品としての有用性が判断されるものであり、それ故厚生大臣が医薬品の副

作用による被害を防止するために薬事法上の規制権限を行使するに当たっては、当該医薬品の有効性と副作用、代替可能な医薬品や治療法の有無に関する医学的、薬学的知見を前提として、専門的かつ裁量的判断を行うべきものと解される」と判示しているところである。つまり、クロロキン薬害訴訟最判は、薬事行政の分野における特質（その性質上、医学的、薬学的知見の下における専門的かつ裁量的判断によらざるをえない、という特質。）から、行政庁に広範な「裁量」を認めるとともに、行政庁（厚生省）の執った措置について考慮しているのである。

それとともに、同最判は、上記した医薬品の特性を踏まえ、権限行使の影響について考慮している。つまり、同最判は、同事案の原告らがクロロキン製剤を服用した「昭和34年から同50年までの…間のクロロキン網膜症に関する医学的、薬学的知見の内容がクロロキン製剤の有用性を否定するまでのものではなく…難病である腎疾患及びてんかんに対する有効性が認められ、クロロキン網膜症を考慮してもなお有用性を肯定し得るものとして臨床の現場でその使用が是認されていた」と判示している。このことから明らかなように、同最判が、規制権限不行使の違法性を否定した根拠は、あくまでも、当時の医学的、薬学的知見の下でクロロキン製剤の有用性が未だ否定されておらず、副作用を考慮してもなお有用性を肯定し得るものとして臨床の現場でその使用が是認されていたことが重要なポイントとなったものといえる。このことは、副作用による被害だけでなく、承認取消しなどの規制権限を行使した場合に、当時の知見で有用性が認められる難病である腎疾患及びてんかんに罹患した患者の治療を受ける機会を喪失させるという問題が考慮されたといえる（生命と生命の比較考量）。

ウ これに対し、筑豊じん肺訴訟最判は、労働安全行政の分野の事案で、根拠法令である鉱山保安法が労働安全衛生法の特別法の性格を有し、職場における労働者の安全と健康を確保することを直接の目的としているところから、鉱山保

安法に基づく省令制定権限は、「鉱山労働者の労働環境を整備し、その生命、身体に対する危害を防止し、その健康を確保することをその主要な目的として、できる限り速やかに、技術の進歩や最新の医学的知見等に適合したものに改正すべく、適時にかつ適切に行使されるべきものである」と判示している。また、水俣病関西訴訟最判は、環境保護の行政分野の事案で、水質二法に基づく「権限は、当該水域の水質の悪化にかかわりのある周辺住民の生命、健康の保護をその主要な目的の一つとして、適時にかつ適切に行使されるべきものである」と判示している。そして、両最判は、いずれも行政庁の「裁量」を強調していない。これは、薬事行政の分野においては、上記したように、医学的、薬学的知見の下における高度の専門的かつ裁量的な判断が求められるのに対し、労働安全及び環境保護の行政分野における専門性は、技術基準を定めるものであり、その程度は低く、薬事行政における規制権限行使の在り方とは大きく異なっているからである。この点に関し、山本隆司教授¹¹は、筑豊じん肺訴訟最判が、クロロキン薬害訴訟最判と異なり、行政庁の「裁量」の存在を問題としていないことについて、「労働安全に関しては、医薬品の分野に比べると概して、学問的知見や技術が除々に蓄積される経験に基づき連続的に発展する度合いが高い。また、労働者の安全の利益を保護する水準を、例えば事業者の利益と比較考量して決定する行政裁量も、基本的に認められない。残る裁量は主に、安全保護目的を実現する手段・措置を選択する裁量であろう。…そして本判決（注：筑豊じん肺訴訟最判）は、規制権限不行使に対し第三者私人を国賠法上保護する場合に、『違法性』の判断基準を加重する因子を挙げていない。」と指摘しているところである。

それとともに、筑豊じん肺訴訟最判、水俣病関西訴訟最判の各事案における保護法益は生命・身体という不可侵の権利であるのに対し、被規制者の利益は財産権である。これに対し、クロロキン薬害訴訟最判は、生命と生命の比較考

11 山本隆司外「最高裁民事判例研究」〔法学協会雑誌 122 巻 6 号〕 187 頁

量が求められる事案であり、筑豊じん肺訴訟最判、水俣病関西訴訟最判の事案とは決定的に異なっている。なお、宅建業者最判の事案の被害者が被ったのは、取引に伴う財産的損害であるため、同最判は、財産的損害の救済は「一般の不法行為規範等に委ねられている」と判示している。

上記したように、筑豊じん肺訴訟最判、水俣病関西訴訟最判は、クロロキン薬害訴訟最判と異なり、行政庁が規制をなすか否かの判断、いつ規制を行なうかの判断を含め、行政庁に広範な「裁量」があることを認めていない。そして、このことを明確にしたのが、筑豊じん肺訴訟最判と同様に労働安全行政の分野の事案である泉南アスベスト訴訟最判である。

エ 泉南アスベスト最判も、国の規制権限行使の在り方について、「上記各法律（注：旧労基法、安衛法）の目的及び上記各規定の趣旨に鑑みると、上記各法律の主務大臣であった労働大臣の上記各法律に基づく規制権限は、粉じん作業等に従事する労働者の労働環境を整備し、その生命、身体に対する危害を防止し、その健康を確保することをその主要な目的として、できる限り速やかに、技術の進歩や最新の医学的知見等に適合したものに改正すべく、適時にかつ適切に行使すべきものである」と判示している。そして、同最判は、筑豊じん肺訴訟最判、水俣病関西訴訟最判と同様に、行政庁の「裁量」を問題としていない。

注目すべきは、泉南アスベスト最判は、上記した規制権限行使の判断基準を示すにあたり、筑豊じん肺訴訟最判のみを引用し、クロロキン薬害訴訟最判は引用から外していることである。その意味は、国が提出した泉南アスベスト1陣訴訟の最高裁宛ての「答弁書」において、「筑豊じん肺訴訟最高裁判決及び関西水俣病最高裁判決は、規制権限不行使の違法判断枠組みについて、いずれも宅建業者訴訟最高裁判決及びクロロキン訴訟最高裁判決を引用して判示しているのであるから、以上の最高裁判決が示す規制権限不行使の違法判断枠組みに差異がなく、裁量の存在を前提としていることは明らかである。」と主張してい

たことに対し、泉南アスベスト訴訟最判が、規制権限不行使の判断枠組みを判示するにあたり、筑豊じん肺訴訟最判及び水俣病関西訴訟最判のみを引用し、また、違法性の判断基準を判示するにあたっては、筑豊じん肺訴訟最判のみを引用し、宅建業者事件訴訟最判及びクロロキン薬害訴訟最判をあえて引用しないということで、上記の一審被告国の主張を否定する趣旨であることを明確にしたものといえる。

つまり、労働安全行政の分野（筑豊じん肺訴訟最判及び泉南アスベスト訴訟最判の各事案。）における違法性の判断基準と薬事行政の分野（クロロキン薬害訴訟最判の事案。）におけるそれとは異なっており、とくに前者の分野においては、行政庁に広範な裁量はなく、「粉じん作業等に従事する労働者の労働環境を整備し、その生命、身体に対する危害を防止し、その健康を確保することをその主要な目的として、できる限り速やかに、技術の進歩や最新の医学的知見等に適合したものに改正すべく、適時にかつ適切に行行使すべきものである」ことを明確にしたものである。そして、泉南アスベスト訴訟最判が、上記した国の主張を排斥したことにより、規制権限行使の時期や態様等について主務大臣の高度に専門的な裁量に委ねたクロロキン薬害訴訟最判は、医薬品の有用性と副作用の比較衡量が必要な薬事行政の分野における事案であり、石綿粉じんから生ずる健康被害を防止するための労働安全行政の分野においては妥当しないことを明確にしたものといえる。

第2 一審被告国第2準備書面の第2の2について

（考慮要素が違法判断の基準時に限定されないこと）

1 一審被告国の主張

一審被告国は、「国賠法1条1項の違法は、国民の権利利益を侵害する行為をすることが法の許容するところであるかどうかという見地からする行為規範違

反であるから、公務員が個別の国民との関係で負担する職務上の法的義務に違背するかどうかは、当該職務行為をした時点を基準時として判断される。」「・・・予見可能性や結果回避可能性は、国賠法1条1項の違法の有無を判断する前提としての考慮要素であるところ、これらは法が当該公務員に対して、結果発生の危険性との関係でどのような職務上の法的義務を課しているかを検討する前提としての考慮要素となるものであることから、その判断も、権限の行使・不行使が問題とされる当時の科学水準や確立した科学的知見を離れては論じがたい。」「現時点から回顧的に予見可能性の有無を判断するかのような検討手法は厳に慎まなければならない。」と主張する。

2 一審原告らの反論

(1) 適時にかつ適切に権限行使するためには情報収集・調査を尽くすことが求められること

行政庁に命令制定権限（規制権限）が付与された趣旨は、行政庁は所掌事項に関する専門技術的な知識と経験を有しているため、時宜に応じて迅速な判断及び規制の発動を実施することが可能でありかつそれが必要とされたためである。

本件でいえば、関係法令としての電気事業法が原子力発電所に適用される場面においては、国民の生命、健康、及び生存の基盤としての財産および環境に対する安全性の確保を主要な目的の一つとしているのである。かかる電気事業法の趣旨・目的に照らせば、電気事業法39条が経済産業大臣に規制権限（技術基準省令制定権限）を委任した趣旨、及び同法40条が経済産業大臣に技術基準省令で定める技術基準に適合するように電気事業者に対し命令する権限を委任した趣旨は、原子力発電所から万が一にも災害が発生しないようにするために、適時にかつ適切に安全規制の基準をつくり、かつ適時にかつ適切に監督権限を行使することによって原子力発電所の原子炉の安全性の確保に万全を期

しているところにあることは明らかである。

この権限行使の性質について、伊方原発訴訟最判は、科学的、専門的技術的知見は、科学技術が不断に進歩、発展していることを前提に、万が一にも事故が発生しないようにするため、最新の科学技術水準へ即応させる必要があることを強調している。最新の科学技術水準への即応のためには、原子炉施設の安全性に脅威となり得る内部事象及び外部事象が存在することが明らかになった場合には、規制の必要性の有無及びその内容を判断すべく、すみやかに当該事象について情報を収集し、調査研究する必要がある。

そして、行政庁が負う情報収集・調査研究を尽くした上での予見義務を懈怠した場合、行政庁が同義務を果たしていたのであれば判明したであろう事項は、規制権限不行使を基礎づける予見可能性の前提事実として考慮要素となるというべきである。なぜならば、予見可能性は、行政庁の規制権限不行使の違法を基礎づける一要素であるところ、これは法的な判断要素であるため、規範的要素として、現実に認識されていた事項だけでなく、認識することが可能であった事実があればこれを加えることによって初めて法的責任の有無を判断することが可能となるからである。

(2) 被害の事後救済制度であることに立った解釈をすべきであること

国賠法は被害の事後救済をすることを法の趣旨、目的とするものである。規制権限不行使が問題となる国賠法の適用場面は、事業者の事業活動が規制を受けることなく継続し、そのことが原因で発生した被害の救済を事後的に図る制度である。権限不行使が国賠法1条1項の適用上違法であるとの判断をすることが、違法時において事業者の事業活動を現に制限するという関係にはない。事後的な救済であるから、事後的な経過も踏まえた判断がなされることは不可避である。

(3) 憲法で保障された基本的人権を守ることが誠実に尽くされたかどうかを審査されるべきであること

憲法が保障する基本的人権、とりわけ、個人の生命、健康は、憲法13条により国政上最大限の尊重が求められる。公務員は憲法99条の憲法尊重擁護義務を負っていることから、この生命、健康を保護するため事業活動へ規制する権限を法令から委任された規制行政庁は、生命、健康の保護のために誠実に職務執行を尽くす責務がある。国賠法の適用を検討する上では、誠実に職務執行が尽くされたかどうかを審査されるべきであり、そのためには、当時実際に権限を行使しなかった保安院の当該公務員ではなく、法令の趣旨、目的と権限の性質等からみて誠実に職務を執行するべき公務員を基準として判断をされるべきである。この規範的判断のためには、事後的な経過も考慮した判断が必要である。

(4) 最高裁判決は考慮要素が「当時」存在した事実限定されるとの判断をしていないこと

ア 泉南アスベスト訴訟最判

一審被告国は、泉南アスベスト訴訟において、責任を免れるために上記のような主張を展開していたが、この一審被告国の主張は泉南2陣高裁判決及び泉南2陣最判によって排斥された。

泉南アスベスト訴訟2陣高裁判決は、「労働大臣が実際に講じた規制措置の具体的内容を考慮するにあたっては、当該措置の実効性、すなわち、当該措置の内容やその手法が労働者の被害防止のために十分な規制効果を上げ得るものであるか、また実際に十分な規制効果を上げたかも考慮されなければならない。この点で、労働大臣がとった規制措置が行政指導である場合には、行政指導が相手方の任意の協力と同意を得て行われる行政作用であり、行政機関は相手方が行政指導に従わなかったことを理由として不利益な取り扱いをしてはならないとされていること（行政手続法32条2項参照）に照らして、罰則によって

実効性を担保した省令による規制（この場合、行政機関は、事業者に対し、監督権限を行使して省令の規定に基づく義務の履行を指導し、事業者が指導に従わない場合は罰則の適用を求めることもできる。）と比べて、規制措置としての実効性に大きな違いがあることは否定できない。」と判示した。

泉南アスベスト訴訟 2 陣高裁判決が判示するとおり、国がとった措置が行政指導である場合に、「当該措置の内容やその手法が労働者の被害防止のために十分な規制効果を上げ得るものであるか、また実際に十分な規制効果を上げたかも考慮されなければならない。」のであるから、規制権限不行使が問題とされる当時の事情のみならず、当該措置が現に実効性があったのかどうかについての事後的な検証も踏まえた判断が必要となるのは当然である。

泉南アスベスト訴訟 2 陣高裁判決の判示した規制権限行使の違法性の判断基準を是認した最判は、国が局所排気装置設置を推奨する通達を出した 1958（昭和 33）年 5 月 26 日の時点において設置義務付けの規制権限不行使の違法性を肯定している。すなわち、同最判は、通達では効果的な局所排気装置が普及することはないとして、1958（昭和 33）年時点において国は設置を義務付けるべきであったと明確に判断している。この点、局所排気装置が行政指導で普及したかどうか、どの程度普及したのかは、実際はその後の事情も合わせて考慮しないと正確にはわからないことである。同最判も、「昭和 42 年の大阪労働基準局の調査では、1 台でも局所排気装置が設置された石綿工場の割合が 4 割程度にすぎず、昭和 46 年の同局の調査でも、石綿工場に設置された局所排気装置は設計及び保守管理が不良で現実の労働環境は依然として改善されていないなど、昭和 46 年当時においても、石綿工場における局所排気装置による粉じん対策は進んでいなかった。」と、1958（昭和 33）年以後の事情も考慮して違法性の判断をしている。つまり、泉南 2 陣最判は、1958（昭和 33）年当時に存在していた事情だけではなく、その後の事情も踏まえて、行政指導という事業者の任意に委ねる方法では、効果的な局所排気装置が普及すること

はないという前提で、当時において局所排気装置設置を義務付けるべきであったと判断しているのである。

イ 水俣病関西訴訟最判

水俣病関西訴訟最判は、【要旨1】において、昭和34年11月末の時点で「③上告人国にとって、DF工場の排水に微量の水銀が含まれていることについての定量分析をすることが可能であったこと」という事情を考慮事項としている。これは、当時において現にやっていた「定量分析」をやっていれば得られたであろう結果を考慮事項として判断しているものである。

ウ 小活

このように泉南アスベスト訴訟2陣最判をみても、水俣病関西訴訟最判をみても、当時の事情について、単に当時国がどう認識していたかだけではなく、国が何を認識すべきであったか、どのような規制をすべきであったかという規範的な視点も含めて判断しているのであって、考慮要素が「当時」存在した事実限定されるとする一審被告国の主張は失当である。

第3 一審被告国第2準備書面の第2の3について

(違法性の判断に、国の補充的責任論を持ち出すことは失当であること)

1 一審被告国の主張

一審被告国は、規制権限不行使に基づく国の損害賠償責任は、「加害者（事業者）の一次的かつ最終的な責任を前提とした国の二次的かつ補完的な責任が問題とされる構造を本質的に有するかつ補完的な責任が問題とされる構造を本質的に有するものであり、」と主張した上で、ここでもクロロキン薬害訴訟最判のとした判断基準に言及する。そのうえで、一審被告国は、筑豊じん肺訴訟最判も水俣病関西訴訟最判でも、国の二次的かつ補完的な責任が問題となっているのであって、違法性の判断構造についての違いはない、と主張する。

2 一審原告らの反論

まず、規制権限不行使を国賠法1条1項の適用上違法とする最高裁判決において、国の二次的責任だとか、補完的責任だとかの判断がなされたことはない。

一審被告国の主張は「国家賠償責任の補足性」ともいわれ、国の国賠法上の責任が認められた後の国の責任範囲にかかわる論点で主張されるものである。

ところが、一審被告国の上記の主張は、国賠法1条1項の違法性の判断の論点において、「二次的責任」、「補完的責任」という点では、クロロキン薬害訴訟最判も、筑豊じん肺訴訟最判も、水俣病関西訴訟も、宅建業者訴訟最判も同じ構造にあるので、クロロキン薬害訴訟最判の判断基準が妥当する、といたいようである。

しかし、「国家賠償責任の補足性」理論は違法性の判断とは無関係なものであり、ここで持ち出すことは失当である。違法性の判断基準において、上記4つの最高裁判決が異なる基準を採用していることは第1で述べたとおりである。

第4 一審被告国第2準備書面の第2の4について

(違法性判断の必要的考慮要素)

1 一審被告国の主張

一審被告国は、角谷昌毅裁判官が、泉南アスベスト訴訟最判の判例解説において「①規制権限を定めた法が保護する利益の内容及び性質、②被害の重大性及び切迫性、③予見可能性、④結果回避可能性、⑤現実に実施された措置の合理性、⑥規制権限行使以外の手段による結果回避可能性（被害者による被害回避可能性）、⑦規制権限行使における専門性、裁量性などの諸事情を総合的に検討して、違法性を判断」という枠組みが維持されている、と解説していることに言及した上で、「本訴訟においても、本件事故前において講じられるべきであったと考えられる措置とは別に、行政庁において実際に講じた措置が

ある場合には、規制権限不行使が『許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠く』と認められるか否かは、行政庁が当該措置に代えて、あるいは当該措置に加えて、別の権限行使をしなかったことの不合理性が問われなければならない」と主張する。

2 一審原告らの反論

(1) 必要的考慮要素は、被害法益の重大性、予見可能性の存在、結果回避可能性の存在であること

過去の最高裁判決において、一審被告国が言及する①から⑦の諸事情が総合的に検討されていることがあること自体を争うものではないが、筑豊じん肺訴訟最判、水俣病関西訴訟最判、泉南アスベスト訴訟最判が判断基準としている必要的考慮要素は、被害法益の重大性、予見可能性の存在、結果回避可能性の存在のみである。

一審被告国は、控訴審になり、「被害の切迫性」を強調しているが、一審被告国の引用する判例解説は、「切迫性」のある事案があること、その場合には「切迫性」を加えた「諸事情を総合的に検討して、違法性を判断しているものと解される。」と述べているだけである。「切迫性」が必要的考慮事項であると解説しているものではない。また一審被告国は、控訴審になり、「現実に実施された措置の合理性」、具体的には「長期評価」を確率論的安全評価において考慮するという判断をしたことの合理性を強調するが、この判断基準はクロロキン薬害訴訟最判のとした判断基準であり、筑豊じん肺訴訟、水俣病関西訴訟、泉南アスベスト訴訟の各最判がとした判断基準ではない。

この点、芝池義一教授も、規制権限不行使の違法性が認められる要件として、①行政による対処を要請するものとしての危険（またはその発生の可能性）の存在、②その危険性への行政の対処の可能性（予見可能性、結果回避可能性）、③行政の対処の必要性（危険の防除が私人の力のみによっては困難であり、行

政による対処への依存性が認められること)が必要であり、これがミニマム要件であって、学説や判例では、①につき危険の切迫性、②につき権限行使の容易性、③につき権限の不可欠性、といった様々な要件が付加されることがあるが、このような「付加的要件は、…ミニマム要件とは異なる法論理上当然に要求されるものではなく、何らかの現実的・政策的考慮に基づくもの」であり、「被侵害利益が国民の生命・身体・健康のような重大なものである場合には、これらの考慮を働かせることには疑問がある」と述べているところである²。

(2) 実効性ある措置でなければ意味がないこと

一審被告国は、「本訴訟においても、本件事故前において講じられるべきであったと考えられる措置とは別に、行政庁において実際に講じた措置がある場合には、規制権限不行使が『許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠く』と認められるか否かは、行政庁が当該措置に代えて、あるいは当該措置に加えて、別の権限行使をしなかったことの不合理性が問われなければならない」と主張する。

この一審被告国の主張は、クロロキン薬害訴訟最判のとした判断基準を本件事案に持ち込もうとするものであるが、「一審被告国の控訴理由書に対する答弁書(第1分冊)」の第2で主張したとおり、本件事案は、クロロキン薬害訴訟最判の判断基準が妥当せず、筑豊じん肺訴訟、水俣病関西訴訟、泉南アスベスト訴訟の各最判のとした判断基準である「適時にかつ適切に」の基準によって判断をすべきである。原判決はこの判断基準によったものとして正当である。

また一審被告国は「行政庁において実際に講じた措置がある場合には」というが、その措置が原子炉災害から国民の生命・健康を保護する対策としての実効性がある実質を具備したものであることが求められるのは当然であり、仮に国の責任が二次的責任であったとしても、国のとした措置が津波対策の規制としての実効性のないものであるときには意味がないのであって、およそ合理性

² 行政救済法講義 第3版(甲B69号証、260頁以下)

判断の考慮要素とはなりえない。

この点、水俣病関西訴訟最判は、「昭和34年8月現在の水俣病患者の発生状況は患者数71名、死亡者28名であった。通産省は、そのころ、水俣病が現地において極めて深刻な問題となっている状況にかんがみ、DF工場に対し、口頭で、水俣川河口への排水路を廃止すること、排水処理装置の完備を急ぐこと、原因究明のための調査に十分協力することを求める行政指導を行った。また、通産省は、同年10月末から11月にかけて、厚生省公衆衛生局長、水産庁長官等から、DF工場の排水に対して適切な処置を至急講ずるよう求める旨の要望を受けたので、Dの社長あてに文書を送付して、一刻も早く排水処理施設を完備することなどを求めた。」と判示したうえで、「なお、Dが昭和34年12月に整備した前記排水浄化装置が水銀の除去を目的としたものでなかったことを容易に知り得た」と判示し、国がとった措置としての合理性を全く認めず、昭和34年11月末時点で「適時にかつ適切に」権限行使をしなかったことの違法性を判断した。この判断過程は十分に参考にされるべきである。

第5 一審被告国第2準備書面の第2の5について

(本件においては「適時にかつ適切に」の判断基準が用いられるべきこと)

1 一審被告国の主張

一審被告国は、①「・・・技術基準適合命令は刑事罰をもって強制されるなど、被規制者の大きな負担となるのであるから、同命令を発するためには、第3において後述するとおり、客観的かつ合理的な根拠をもって発令を正当化できるだけの具体的な危険性が存在し、かつそれを認識していることが必要であり、更にかかる規制権限の行使が作為義務にまで高まるのは、この客観的かつ合理的な根拠としての科学的知見が確立している場合に限られると解するべきである。」と主張する。

一審被告国は、続けて、②「仮に、予見可能性の対象について、規制権限行

使が客観的かつ合理的な根拠をもって正当化できるだけの具体的な法益侵害の危険性が認められるに至っていないにもかかわらず、薄弱なエビデンスに基づいて一審被告国が技術基準適合命令を発した場合、「事業者から取消訴訟が提訴されたり、営業損害等について国家賠償請求訴訟が提訴されることにもなりかねない」と主張し、さらに③事業者に一定の措置を講じることを強制した場合、その原資は電気料金値上げ等により国民負担増となる、電力需要バランスが崩れ経済活動に混乱がでかねないなどと恫喝とも思われる主張をする。

2 一審原告らの反論

(1) 原子力基本法以下の法令により原子炉の安全性の確保と核燃料の管理について被告国が全面的な規制をしていること

電気事業者は、もともと国の包括的関与なしには原子力発電所の事業が成り立たないことを承認して、重大な事故が発生すれば国民にとって受容不能なリスクとなり得る原子力発電所の事業を引き受けている。

一審被告国が、商業用原子力発電所の事業主体として認めた電気事業者は、一審被告東京電力をはじめとした9電力会社と日本原子力発電株式会社である。日本原子力発電株式会社は、電気事業連合会加盟の電力会社9社と電源開発の出資により設立された半官半民の事業体である。これらの電気事業者が、本件原発事故までに設置稼働してきた原子力発電所は54基である。

一般に事業者の経済活動に対し国が規制をかける場合には、対象となる事業者が全国に広範囲に多数存在し、その事業規模も中小零細から大企業まできわめて幅のあることから、法規制をかけるときには、規制の時期、規制の対象の選択、規制の程度、代替措置等について配慮をしなければならないことがあるかもしれない。

しかし、こと原子力発電所の事業分野においては、事業者は10電気事業者に限定されていること、9電力会社とも法律により地域独占が認められ、株式

一部市場に上場している大企業であること、9電力会社とも、電気事業連合会を構成し、原子力利用とその安全性確保に関する最新の科学的、専門技術的知見の収集と技術の習得をしていること等から、たとえば、労働関係法令に基づく規制権限行使の分野のように、対象となる事業主が多数にのぼり、その事業規模の大小にも幅のある場合に比べ、国による規制の幅を考えることは不要である。

そして、一審被告国が、原子炉による重大な事故が発生すれば国民にとって受容不能なリスクとなり得ることを承知のうえで、発電所に利用することを許容する以上、万が一にも災害を起こして、広域・多数の国民の生命、健康及び生存権の基盤としての財産・環境を侵害することがないように電気事業者に対し万全の法規制をとることが必要である。

原子力発電所の管理使用段階における一審被告国の規制権限行使の場面で、規制権限により保護される利益は、国民の生命・健康及び生存の基盤としての財産と環境であり、これに対する規制される側の不利益は、電気事業者の物的・経済的負担と利潤である。

(2) 経済産業大臣は、定期検査等を通じて各原子力発電所の現況を把握していたこと

電気事業法54条は、原子力発電所の原子炉1基ごとに、13か月を超えない期間ごとに、原子炉を停止したうえで、経済産業大臣による定期検査を義務付けている。この定期検査の実施については、電気事業法施行規則90条の2の規定に基づき「定期検査を受ける者が行う定期事業者検査に電気工作物検査官が立ち会い、又はその定期事業者検査の記録を確認することにより行うものとする。」とされており、この定期事業者検査は、電気事業法55条1項に基づいて事業者自ら行う定期的な検査である。そして、定期事業者検査においても、当該事業用電気工作物が同法39条1項の経済産業省令で定める技術基準（省令62号等）に適合していることの確認が求められているのであり、経済産業

大臣による定期検査の基準も同技術基準となる。

経済産業大臣はこの定期検査を通じて福島第一原子力発電所の各号機を含め54基の原子炉の安全性にかかわる状況認識をすることができた。

(3) 適切な行政指導で規制の効果をあげることも十分に期待できること

規制である以上、最終的には刑事罰による担保等がなされていなければ実効性を確保できない。しかし、国としては、いきなり技術基準適合命令を発する義務が課されているわけではなく、技術基準適合命令を背景にしながら、適時にかつ適切に、まず行政指導を行うことにより、電気事業者に「長期評価」を考慮した津波シミュレーションの実施、それに対する津波対策をとらせていくことは十分に可能である。

(4) 津波予見に関し科学的知見の確立まで不要であること

この点は、一審原告ら「一審被告国の控訴理由書に対する答弁書(第1分冊)」の5で主張したとおりである。

(5) 「長期評価」は薄弱なエビデンスではないこと

一審被告国は、「薄弱なエビデンス」という言葉を使用した主張をしているが、2002年「長期評価」を「薄弱なエビデンス」として論じること自体ナンセンスである。

(6) 裁判を起こされることの懸念や電気料金の値上げ、国民生活の混乱等の懸念を考慮することは許されない他事考慮であること

原判決が正しく指摘したとおり、電気事業法が経済産業大臣に津波対策に関する規制権限を付与した趣旨は、「原子炉施設の事故等がもたらす災害により直接的かつ重大な被害を受けることが想定される範囲の住民の生命、身体の安全等を保護する趣旨」にあり、「この規制権限は、上記の趣旨によれば、上記周辺住民等の安全の確保を主要な目的とし、最新の科学的知見等を踏まえて、適時にかつ適切に行使されるべき性質のものである。」から、一審被告国が、恫喝するように持ち出す裁判や電気料金の値上げ、電力の安定供給等の懸念は、考慮

することが許されない他事考慮である。

そもそも、求められる津波対策は、福島第一原子力発電所の安全性を確実に向上させるものであり、一審被告東京電力に無駄な措置を強いるものではないのである。

さらに指摘すれば、電気事業者は、もともと国の包括的関与なしには原子力発電所の事業が成り立たないことを承認して、重大な事故が発生すれば国民にとって受容不能なリスクとなり得る原子力発電所の事業を引き受けているのであるから、国の措置を理由に裁判をすることはおよそ考えられない。必要な津波対策は法令上義務付けられている定期検査期間も活用しながら実行することも可能であり、福島第一原子力発電所の原子炉が全部同時に稼働停止となることが必然ではないことも指摘できる。

第6 一審被告国第2準備書面の第3の2について

(一審被告国の「科学的知見の評価」論に対する反論)

1 一審被告国の主張

一審被告国は、第3の2において「科学的知見を評価する場合、基準時点を明確にした上で、専門家らに意見の真意を確認する必要があり、それらの意見を適切に評価するためにはセカンドオピニオンを含む複数の専門家の見解との整合性を確認する必要がある」という主張をする。

2 一審原告らの反論

(1) 「長期評価」の評価にあたっては、「長期評価」の根拠となった法令の趣旨、目的を踏まえるべきであること

原判決は81～82頁において、「長期評価」を作成した地震調査研究推進本部を設置した法令の趣旨、目的を正確に押さえた上で「長期評価」が「規制権限の行使を義務付ける程度に客観的かつ合理的根拠を有する科学的知見であ

る。」と判示している。

一審原告らは、控訴審段階においても「一審被告国の控訴理由書に対する答弁書（第2分冊）」において「長期評価」の信頼性に関する一審被告国の主張に反論した。その中で（57頁）、「地震本部の地震調査研究は防災対策に生かすことを目的として行われており、かつ地震防災対策において活用されることを当然に予定されているものであることは明らかである。地震本部の地震調査研究の成果は、特定の防災行政（その中には原子炉施設の防災のための安全規制も含まれる。）において、全く無条件で採用されることを予定しているものではないことは当然であるが、他方で、地震防災対策特別措置法の趣旨、及びそれに基づく地震調査研究推進本部の役割を踏まえれば、同本部の地震調査研究の成果は、原判決の判示するとおり、特にその信頼性を疑うべき根拠が示されず、「規制権限の行使を義務づける程度に客観的かつ合理的な根拠を有する科学的知見」と認められる限り、原子炉施設の安全規制においても基礎に据えられるべきものである。」と主張したとおり、「長期評価」の根拠となっている法令の趣旨、目的からすれば、電気事業法によって津波対策の規制権限を付与された保安院（経済産業大臣）は、原子炉施設の安全規制において「長期評価」を誠実に考慮すべき責務を負うものである。

（2）保安院が当時において「長期評価」を誠実に考慮した経過がないこと

一審被告国は「長期評価」を科学的知見と表現した上で、上記したとおりの「科学的知見の評価」の仕方に関する「べき論」を講釈する。

しかし、保安院（経済産業大臣）が、2002年「長期評価」が発表された後、すみやかに、一審被告国の主張する「べき論」にしたがって「長期評価」を十分に検討したことを踏まえての主張であればまだしも、当時において、誠実に検討をした経過がない。当時におけるこの保安院の姿勢は、「長期評価」の根拠となった法令の趣旨、目的に照らし、合理性のない怠りであると評価すべきものである。

(3) 一審被告国の提出する「第一線の研究者ら」の意見書は「後出し」の個人的見解に過ぎないこと

一審被告国は、原審の審理の最終盤から控訴審にかけて「本件事故前の理学及び工学」の各分野における第一線の研究者らの意見書を多数提出してきた。これらの意見書はすべて、一審被告国の主張に合わせた「後出し」のものである。

その上で一審被告国は、「他の科学者から積極的に異論が唱えられなかったからといって、その見解が揺るぎないものとして支持されたという意味でもないことに注意が必要である。」という。

しかし、「長期評価」は上記した法令の趣旨、目的に基づいて設置された地震調査研究推進本部が適正な手続きのもとに第一線の理学者の集団的検討を経て決定した公的な判断である。地震調査研究推進本部の目的を承知してそのメンバーとして参加していた理学者が、個人の見解と一致しないところがあったとしても、地震調査研究推進本部の組織体としての判断（「長期評価」）を出すことに同意をしたのである。それを後になって、メンバーである研究者が自分は「長期評価」に異論をもっていたとして「長期評価」の信頼性を攻撃することは制度趣旨と信義に反する態度である。しかも、これらの「後出し」意見書によって、2002年7月に発表された「長期評価」が当時において原子炉施設の安全性確保に考慮すべきほどの津波知見でなかった、などと弾劾しようとするやり方は、到底許されない論証方法である。

なお、一審被告国が提出した意見書等が内容面等からみても「長期評価」の信頼性を傷つけるものではないことは、「一審被告国の控訴理由書に対する答弁書（第2分冊）で詳述したとおりである。

第7 一審被告国第2準備書面の第3の3について

(「後知恵バイアス」論に対する反論)

1 一審被告国の主張

一審被告国は、第1に、予見可能性を考えるに当たっては、本件地震及び本件津波が発生したことや、これらの地震・津波の発生に基づく地震学・津波学の分野における科学的知見の進展を除外し、本件事故前の地震学・津波学の知見のみによって予見可能性を判断しなければならない、と主張し、第2に、結果回避可能性について、単に物理的、技術的にそのような措置が可能であったかが問題にされるべきでなく、飽くまでも、各時点においてどのような結果回避措置が一次的に導かれるのか、また当該措置が合理的といえるかという点についても、本件事故前の原子力工学及び津波工学の知見のみによって判断されなければならない、と主張する。

2 一審原告らの反論

(1) 予見可能性について

第2の2で述べたとおり、規制権限行使の必要性を導く予見可能性の判断においては、国賠法が被害の事後救済制度であることを踏まえて、現実的に認識されていた事項だけでなく、認識することが可能であった事実があればこれを加えて規範的な判断がなされるべきである。

2002年「長期評価」が、規制権限行使を義務付ける程度に客観的かつ合理的根拠を有する科学的知見であるかどうかを検証するためには、事後的な経過をも踏まえた検討が必要である。

(2) 結果回避可能性について

予見可能性が、主に判断基準「適時にかつ適切に」の「適時に」の法的判断要素であるとするならば、結果回避可能性は「適切に」措置をとれば結果を避ける可能性があったかという法的判断をする要素である。法的判断であるから、

技術的可能性があったかどうかを規範的に評価することとなるので、事後的な経過も踏まえた判断がなされることは当然である。

「長期評価」が発表された当時において、一審原告らの主張する敷地高さを超える津波対策が客観的に技術的に可能であったことについては、一審被告国は、控訴理由書でも、「本件事故を回避できなかった可能性がある。」というものの、「本件事故を回避できる可能性があった。」という一審原告らの主張には正面から反論できていない（この点については、「一審被告国の控訴理由書に対する答弁書（第3分冊）」51～69頁に譲る。）。

ところで、一審被告国は、山口、岡本、今村教授の意見書の一部を引用し、本件事故を経験するまでは、防災関係者一般の認識として、原子炉施設における津波防護は、主要機器のある地盤面を設計想定津波の高さより高くすることで必要十分であると考えられてきたこと、そのため、津波の越流を前提とした様々なレベルでの津波防護に関する工学的な検討がほとんどなされてきていなかったことを強調し、一審原告らの主張する主要施設の水密化や非常用電源設備等の高所配置などの津波防護対策は「後知恵」だと論難する。

しかし、「長期評価」が発表された当時において、誠実に「長期評価」を考慮すれば、福島第一原子力発電所において敷地高さを超える津波が襲来する現実の危険性があることが明らかになり、津波の越流を前提に誠実に工学的な検討をすれば、当時においても一審原告らの主張する津波対策が工学的に考案され、実行されるという経過になったことは間違いない。一審被告国の引用する工学者も、2002（平成14）年当時において、技術的に不可能であったとは言っていないのである。

一審被告国の「後知恵」論は、当時において「長期評価」を誠実に考慮し検討しなかった結果、当時において敷地高さを超える津波対策についての工学的な検討を誠実に行わなかったことを、弁解しているにすぎない。

第8 一審被告国第2準備書面の第3の4について

(最高裁判決は科学的知見の「確立」を一律の判断基準としてはいないこと)

1 4の(1)「規制権限行使の前提」について

一審被告国が、規制権限行使の前提として述べていることについては、一審原告らの主張は第1で述べたとおりである。

2 4の(2)「最高裁判決における予見可能性の程度」について

(1) 一審被告国の主張

一審被告国は、クロロキン薬害訴訟最判、筑豊じん肺訴訟最判、水俣病関西訴訟最判を取り上げて、規制権限を行使すべき作為義務を導くのに必要な予見可能性の程度について、科学的知見が形成、確立していることを前提としている、と主張する。

しかし、最高裁判決が、一律に「科学的知見」の確立を判断基準としているとの理解は誤りである。

(2) クロロキン薬害訴訟最判について

クロロキン薬害訴訟は、クロロキン製剤がエリテマトーデス、関節リウマチ、腎疾患、てんかんに対する有用性をもつことを前提に、クロロキン製剤の副作用であるクロロキン網膜症に関する知見が形成されてきた状況のもとでのクロロキン製剤に対する規制権限の判断が争われた薬事行政の分野のものである。第1の2の(3)イで述べたとおり、この事案では、クロロキン製剤による生命、健康の保護とクロロキン製剤の副作用による生命・健康被害が比較考量されることとなり、最高裁判決は、泉南2陣高裁判決が判示したとおり、「医薬品は、治療上の効能、効果とともに、何らかの有害な副作用が生じることを避けがたく、副作用の生じる点も考慮した上で医薬品としての有用性が判断されるものであり、それ故厚生大臣が医薬品の副作用による被害を防止するために薬事法上の規制権限を行使するに当たっては、当該医薬品の有効性と副作用、代替可能な医薬品や治療法の有無に関する医学的、薬学的知見を前提として、専

門的かつ裁量的判断を行うべきものと解」し、行政庁に広範な「裁量」を認めるとともに、行政庁（厚生省）の執った措置について考慮しているのである。

クロロキン薬害訴訟最判は、行政庁の広い裁量を認めるという判断基準をとったものであって、「医学的知見の確立」の有無を判断しているものではない。

（３）筑豊じん肺訴訟最判について

ア 予見可能性

筑豊じん肺訴訟最判は、炭じん等の吸引による健康被害（じん肺）に関する医学的知見の確立を求めている。じん肺は蓄積型の健康被害であり、この健康被害の原因物質の特定のためには医学的知見の確立が求められる。これは原因物質を除去するためには、原因物質と健康被害の因果関係を確定する必要があるためである。

そして、筑豊じん肺訴訟では、最高裁は医学的知見の確立の時期として、けい肺審議会医学部会が「昭和34年9月、じん肺に関する当時の医学的知見に基づき、炭じん等のあらゆる種類の粉じんの吸入によるじん肺発症の可能性、危険性を肯定し、その症状が高度なものとなった場合の健康被害の重大性を指摘した上で、けい肺の原因となる遊離けい酸を含有する粉じんに限定せず、あらゆる種類の粉じんに対する被害の予防と健康管理の必要性を指摘する旨の意見を公表」したことを指摘した。

イ 結果回避可能性

一審被告国は、「じん肺防止のための粉じん対策についても、昭和30年代初頭までには、さく岩機の湿式型化により粉じんの発生を著しく抑制することができるとの工学的知見が、形成、確立していた。」と主張する。一審被告国のこの主張は正しくない。

最高裁判決は、実効性のある粉じん対策が昭和30年代初頭に客観的に存在したことを指摘しているものであって、そのことに関する工学的知見の形成、確立という論の立て方をしていない。

(4) 水俣病関西訴訟最判について

ア 予見可能性

水俣病もじん肺と同じく蓄積型の健康被害であり、本来であればこの健康被害の原因物質の特定のためには医学的知見の確立が求められる。しかし、昭和35年以前においては、水俣病の主因を成すものはある種の有機水銀化合物であるということについて「高度のがい然性をもって認識し得る」とまで言えたが、さらに原因物質を特定するだけの医学的知見の確立まではできていなかった。

しかし、当時において、現に深刻な健康被害が継続的に発生している切迫した状況があるという特別な事情を考慮して、最高裁判決は、医学的知見の確立まで求めず水質2法に基づく規制権限を行使しなかったことが違法であると判断した。

最高裁は、原因物質を特定するための医学的知見についても、事案によってはそれが「確立」していることを必要要件としていないのである。

イ 結果回避可能性

最高裁判決は、通商産業大臣のとるべき水質2法に基づく規制権限行使による結果回避可能性について「Dに対しF工場のアセトアルデヒド製造施設からの工場排水についての処理方法の改善、当該施設の使用の一時停止その他必要な措置を執ることを命ずることが可能であり、・・・この時点で上記規制権限が行使されていれば、それ以降の水俣病の被害拡大を防ぐことができた」と判示している。また、熊本県知事のとるべき漁業調整規則32条に基づく規制権限（何人も水産動植物の繁殖保護に有害な物を遺棄し、又は漏せつするおそれのあるものを放置してはならない旨を定め、これに違反する者があるときは、熊本県知事は、その者に対して除害に必要な設備の措置を命じ、又は既に設けた除害設備の変更を命ずることができる）行使による結果回避可能性については特に明示していない。

最高裁判決は、いずれの規制権限行使による結果回避可能性についても、技術的工学的問題は事業者が適切に検討すべき領域のものと考え、司法判断の対象としていない。このことは本件においても十分に参考にされるべきである。

3 4の(3)について

(科学的知見の「確立」を一律に求める一審被告国の主張が失当であること)

(1) 一審被告国の主張の概略

一審被告国は、規制権限不行使の違法性に関する最高裁判例は科学的知見について「確立」したことを要件としていること、「確立された科学的知見」とは「単に一部の専門家から論文等で学説が提唱されただけでは足りず、少なくとも、その学説が学会や研究会での議論を経て、専門的研究者の間で、正当な見解であると是認され、通説的見解といえる程度に形成、確立した科学的知見であることを要する」というべきであると主張した上で、いくつかの判例に言及し、さらに科学的知見が形成、確立したというためには、当該規制に関わる専門家においてかかる知見が支持されていることが必要であると主張している。

(2) 一審原告らの主張

ア まず考慮すべき科学的知見の形成の程度については、健康被害の原因物質を特定するための医学的知見については「確立」が求められることが原則であるが、水俣病関西訴訟最判では、「確立」まで求めている。医学的知見以外の科学的知見について、最高裁判例が、「確立」したものであることを要すると判示していないし、「通説的見解といえる程度に形成、確立した科学的知見であることを要する」とは判示していない。

イ 次に一審被告国が引用する伊方原発訴訟最判の判例解説については、伊方原発訴訟最判は、原子炉設置許可処分取消の違法性をめぐる事案に対するものである。事前規制として原子力発電所の設置そのものを争う事案と、原子力発電所の設置・稼働を前提に管理使用としての安全規制の不十分さから発生した被

害を事後救済する国賠事案とは、考慮すべき要素に大きな違いがある。したがって当該判例解説の指摘は本件には当たらない。

一審被告国は第三次家永教科書用図書検定訴訟最判を引用して主張しているが、同事案は事前規制に関するものであり、しかも、そこでの対立する利益は、本件の生命・健康対経済活動の自由というものとは全く異なるのであり、本件には妥当しない。

ウ 一審被告国は、科学的知見が形成、確立したというためには、当該規制に関わる専門家においてかかる知見が支持されていることが必要であると主張し、その例示として、筑豊じん肺訴訟最判が労働省のけい肺審議会医学部会の公表した意見を取り上げ、水俣病関西訴訟最判が厚生大臣の諮問機関である食品衛生調査会の特別部会として発足した水俣食中毒部会の中間報告等を取り上げていることを指摘する。

しかし、考慮すべき科学的知見一般について「確立」が求められるわけではないことは前述したとおりである。さらに、最判が、考慮すべき医学的「知見の確立」と判断できるためには、当該規制の主務行政庁内における専門家の判断が必要だと判示してはいない。たとえば、泉南アスベスト1陣訴訟最判は、「石綿とがんと関連性についても、我が国及諸外国において調査研究が進められ、昭和47年には、石綿にがん原性があることについての国際的な医学的知見が確立するに至った。」と認定している。

エ 一審被告国は、原子力規制について、「予見可能性の有無を判断するに当たっては、当該規制に関わる専門的研究者の間で正当な見解であると是認させ、通説的見解といえる程度に形成、確立した科学的知見に基づいていることが必要である。」と主張する。

本件における津波の予見可能性について、「確立した知見」、「通説的見解」という一審被告国が持ち出す概念が妥当しないことは、「一審被告国の控訴理由書に対する答弁書（第1分冊）」の第2の5（23～26頁）で述べたとおりであ

るし、本件における津波の予見可能性の有無の判断をする専門的機関については、同答弁書の第2の6（27～30頁）で詳述したので、それぞれそこに譲る。

第9 一審被告国第2準備書面の第3の5について

（「長期評価」の未成熟性と工学的判断の裁量の広さを強調する一審被告国の主張について）

1 第3の5の（1）について

（絶対的安全か相対的安全かを判断基準とする一審被告国の主張の誤り）

一審被告国は、控訴理由書において、原子力規制の分野では「相対的安全」論が妥当するにもかかわらず、原判決は「絶対的安全」論に立つものであると非難する。一審被告国は第2準備書面においても同趣旨の主張を繰り返す。

この国の主張について、一審原告らは、「一審被告国の控訴理由書に対する答弁書（第1分冊）」の第2の4（18頁）において、そのような概念を立てて論ずることが失当であることを指摘した。なお、一審被告国が引用する高橋利文・最高裁判所判例解説や福岡高裁宮崎支部判決は、事前規制として原子力発電所の設置そのものを争う事案にかかわる判決に関するものであり、事後救済である国賠法の適用場面における考慮要素の判断には妥当しない。

2 第3の5の（2）について

（規制の必要性の判断に工学的判断を持ち込むことは誤りであること）

（1）一審被告国の主張

一審被告国は、アとして地震・津波のような自然災害に関する分野において、「最新の科学的、技術的知見を踏まえた合理的な予測」によってリスクを示唆する知見といえるのかについては、地震学・津波学の理学分野における知見の成熟性の評価や津波工学に基づいた専門技術的判断が必要となること、イとし

て、「最新の科学的、技術的知見を踏まえた合理的な予測」によってリスクを示唆する知見が存在する場合、「相対的安全性」を確保するためには原子力工学に基づいた専門技術的判断が必要となる、と主張する。

(2) 一審原告らの反論

ア 広い裁量論を持ち込もうとする一審被告国の主張は誤っていること

一審被告国の主張は、予見可能性＝規制の必要性の判断に工学的判断を全面的に持ち込むことにより、技術的選択の判断の裁量やさらには事業者の経済的負担を考慮事項にするなど広い裁量を認めさせようとの意図をもったものである。しかし、第1、第2、第4、第5で主張したとおり、本件においては、「適時にかつ適切に」の判断基準が用いられるべきであり、一審被告国の主張するような広い裁量論は妥当しない。

イ 「長期評価」の「成熟性」という立論をすることの誤り

一審被告国は、津波工学者、原子力工学者の意見を使って、「長期評価」を1学説のごとく扱って「知見」としての「成熟性」の評価が必要だという。

この「成熟性」という表現は、一審被告国が強調するところの「知見の確立」、「通説的見解」という概念と関連させたものであるが、最高裁判決の判断基準ではない。しかも、「長期評価」は一学説ではなく、法令によって設置された地震調査研究推進本部が、想定すべき自然現象（地震・津波）についての具体的にどの地域に、どのような地震及び津波を想定すべきであるかという個別具体的な地震の発生可能性に関する公的な判断である。第6で主張したとおり、「長期評価」の根拠となっている法令の趣旨、目的からすれば、電気事業法によって津波対策の規制権限を付与された保安院は、原子炉施設の安全規制において「長期評価」を誠実に考慮すべき責務を負うものである。ところが、保安院が、2002年「長期評価」が発表された後、すみやかに、誠実に「長期評価」を考慮した経過がないのである。

ウ 予見可能性の判断に工学的判断を持ち込むことは誤っていること

本件における規制の必要性判断の対象は、自然現象である地震・津波である。自然現象であるので理学分野の専門家の判断の責任領域である。原子力工学者はもとより、津波工学者であっても、理学者が法令に基づいて組織的な検討をして判断を出した「長期評価」の信頼性について、それを減殺ないし否定する知見をもつ立場にはない。保安院は「長期評価」を誠実に考慮することもしないで、裁判になり、「後出し」の工学者の意見を並べて、「長期評価」の信頼性を攻撃する主張を繰り返すことはさらに誠実さを欠くものである。

エ 予見可能性の判断は「適時に」行うべきこと

予見可能性は、対策の必要性（規制の必要性）を基礎付ける考慮要素である。本件における予見可能性の対象は、敷地高さを超える津波の襲来である。福島第一原子力発電所に敷地高さを超える津波の襲来があれば非常用電源設備等をはじめ重要な安全設備が機能喪失する現実的な危険性があるのであるから、保安院はこの予見可能性の判断を「適時に」行なわなければならない。

そして地震・津波等の自然現象は本質的に不確実性を伴うものであり、現代の科学水準では地震・津波が発生する時点を正確に予測することができない。

2002年「長期評価」は、日本海溝寄りの領域における将来の地震の評価について、以下のように結論付けている。

「(2) 三陸沖北部から房総沖の海溝寄りのプレート間大地震（津波地震）

M8クラスのプレート間の大地震は、過去400年間に3回発生していることから、この領域全体では約133年に1回の割合でこのような大地震が発生すると推定される。ポアソン過程により（発生確率等は表4-2に示す）、今後30年以内の発生確率は20%程度、今後50年以内の発生確率は30%程度と推定される。」（5頁）

この「長期評価」の判断を誠実に考慮すれば、客観的には、福島第一原子力発電所が敷地高さによって津波対策としている対策の在り方では万全ではなく、

「適切に」対策をとらなければならない事態であることについては、一審被告国も争うところではないのである。

オ 一審被告国が、すみやかに「長期評価」を考慮した実効性ある対策を一審被告東京電力にとらせなかったことは、予見可能性の判断を「適時に」行わなかったという点で著しい怠りであること

一審被告国は、工学者の意見を引用しながら、ベネフィット・コストの比較考慮論、リソースの有限論、グレイテッドアプローチの手法論を持ち出す。工学者の判断としてこれらの考慮をすること自体の合理性を否定するものではない。しかし、原子力発電所の安全規制の分野で、保安院が、規制の必要性の判断において、工学的な判断を考慮して、換言すれば事業者の経済的負担・利益を考慮して、「長期評価」を考慮した対策の規制を先延ばしする判断をすることは、電気事業法から規制権限を委任された趣旨、目的、権限の性質に照らして、「適時に」規制権限を行使することを怠ったというべきである。

以上