

意見書

同志社大学司法研究科教授

2013 (平成 25) 年 3 月 2 日

佐伯 祐二 (印)

以下、本件において争点の一つとなっている定期検査終了証交付の処分性いかに関し、意見を申し述べたい（原子炉または電気事業の規制に関する法令・規則等の内容は、いずれも本件に適用された当時のものによる）。

(1) 行政法各論領域では珍しくないが、原子力発電事業に関する個別規制法令を検討した文献は、ほとんど見あたらない。学説の関心は、概ね、原子炉の設置許可をめぐる訴訟事例や外国法の検討に限られている¹。加えて、本件の原判決が引用する処分性判定の一般的定式（最判昭和 39・10・29 民集 18 卷 8 号 1809 頁参照）は、処分性が争われる事例において、最高裁自身が滅多に引用しない、有用度の高くない定式である²。本件のように解釈論の困難な問題については、個別の根拠法条の文言、根拠法条を含む諸条文の立て方、それら諸条文が置かれている文脈や、最高裁判例に見る実例などを参考に決する他ない。

(2) 文言上、重要であるのは、電気事業法 54 条 1 項の委任に基づく同法施行規則 93 条各項が「申請」および「(定期検査) 申請書」の語を用いていることである。「申請」の語は、行政手続法 2 条 3 号および同法第 2 章、行政事件訴訟法 3 条 5 項では、行政処分以外の行為については用いられていない。行政法の代表的な教科書類において「申請（権）」が検討される場合も、同様である³。個別法令が、「処分」以外の行為（たとえば、事実行為や契約）に関して「申請」をいう例は、寡聞にして知らない。法令上、一般に、「申請」の対象たる行政の行為は、行政処分に限られている⁴。

¹ 下山俊二「原子力」(『未来社会と法』(筑摩書房・現代法学全集 54 卷、1975 年) 所収) は、アメリカ原子力法紹介の他、わが原子力基本法以下の諸法令を扱うが、下山氏（当時、日本原電経理部次長）は、「執筆過程でいちばん困ったのは全く類書のないこと」だと述べていた（同書付録末尾を参照）。法律学的検討に関する状況は、現在も、ほとんど変わらない。

² 曾和俊文・金子正史『事例研究行政法〔第 2 版〕』（日本評論社、2011 年）116～117 頁（野呂充）を参照。

³ 塩野宏『行政法 I 〔第 5 版〕』（有斐閣、2009 年）372～373 頁、同『行政法 II 〔第 5 版〕』（有斐閣、2010 年）230～231 頁、芝池義一『行政法総論講義〔第 4 版補訂版〕』（有斐閣、2006 年）142～143 頁、薄井一成「申請権の保護」芝池義一ほか編『ジュリ増刊 行政法の争点』（有斐閣、2004 年）54～55 頁などを参照。但し、小早川光郎『行政法 上』（弘文堂、1999 年）は、220 頁・227～228 頁では許認可制や給付の仕組みとの関わりで「申請権」の語を用いるが、同 318～319 頁は、契約の申込みや第三者に対する不利益処分発動の申入れなども含めた「広義における“申請”」という理論的概念を使っている。この他、「申請」の対象を処分以外にも拡張する理論的概念を用いる例外的な論説については、次注を参照。

⁴ 芝池義一「『行政手続法』における申請・届出に関する一考察」法学論叢 139 卷 6 号 1 頁〔5

判例・裁判例では、食品衛生法 16 条にいう「輸入届出」を検疫局長に対する申請の一種と見て、局長の応答たる通知は取消訴訟の対象となるとした最判平成 16・4・26 民集 58 巻 4 号 989 頁⁵、児童福祉法 24 条 1 項にいう保育所入所「申込み」について入所承諾処分⁶の義務付けを認めた東京地判平成 18・10・25 判時 1956 号 62 頁などがあるが、逆に、法令条文上の「申請」を処分以外の措置の求めと解した例は、見あたらない。

もっとも、法令が「～の者は～について許可を受けなければならない」旨規定する場合、不許可がなされうることは当然の前提であるが（建築確認済証の交付拒否に関する明示の定めを置く建築基準法 6 条 13 項のような例はある）、電気事業法 54 条 1 項に基づく検査を、設置者（申請者）は法的義務として受けなければならないので、「定期検査」それ自体の「申請」に対し、拒否や留保があることは甚だ考えにくい。また、「検査」それ自体は、一般の許認可に先立つ行政の審査と同様、許認可等の申請者が求める対象ではない。そこで、電気事業法施行規則 93 条にいう「定期検査」の「申請」は、同 93 条の 3 にいう「定期検査終了証」の「交付」申請を指すと解するのが、これらの規定の文言上妥当である。

(3) 原判決は、上記の点には触れず、主に次の二点から解釈の帰結を導いている。すなわち、①定期検査の結果いかにに関わりなく、大臣は技術基準違反を理由に不利益処分（技術基準適合命令）を行うことが可能であるから、定期検査終了証の交付に法的効果は認められない（原判決 16～17 頁、23 頁）、②使用前検査の場合と異なり、検査の合格を原子炉の運転制限解除と結びつける法令の規定はないので、この点からも、定期検査終了証の交付に法的効果は認められない（原判決 21 頁）、と。電気事業法および同法施行規則の諸条文の立て方に関し、ありうる理解だが、少なくとも、当然の帰結ではない。

まず、①については、確かに、定期検査に「合格」後間もない時期であっても、たとえば検査過程での事実誤認が明らかとなった場合や、科学技術の急速な進展ゆえに技術基準の改定またはその運用方針の変更が行われた場合には、最新の知見を根拠に不利益処分の発動が可能である⁶。しかし、このように以後の不利益処分が想定されることは、前段階の

頁]（1996 年）は、行政手続法 7 条を引きつつ、「申請権とは、行政庁に対し、申請を審査し、正式に応答することを求める申請人の権利」と説明している。同・3 頁は、平成 17 年法律 123 号による改正前の児童福祉法 21 条の 6（身障者たる児童に対する補装具の交付等に関する規定）を挙げ、この交付行為を広義の「申請」に対する「事実上の行為」の例とし、このような例に配慮しない行政手続法第 2 章の適用対象は狭すぎる旨批判するところ、同 21 条の 6 は「申請」の語を避け、「市町村は……児童に対し……補装具を交付……することができる。」と定めるにとどめていた。

⁵ 林俊之・最判解民事篇平成 16 年度（上）291 頁 [301 頁] を参照。

⁶ この点は、原判決 18 頁に引用の内規が、検査における確認対象を、技術基準適合性そのものではなく、「技術基準に適合しないものではないこと」と理解していることと整合する。

行為の処分性否定と、必ずしも結びつかない。たとえば、建築確認や都市計画法上の開発許可の取消しを求める訴えの利益は、判例上、工事の完了により消滅する（建築確認や開発許可の存在は、行政庁が後に不利益処分たる違反是正命令を発する上で法的障害とはならない）とされている⁷。本件では、建築確認や開発許可の場合ほど法効果性が自明ではないにせよ、終了証の交付・不交付には何らかの法的意味があるのではないかと、なお検討すべきである。

次に、②については、電気事業法 54 条が簡略であり、同法施行規則 93 条の 3 も「経済産業大臣は、定期検査を終了したと認めたときは、定期検査終了証を交付する。」と定め、交付・不交付の法的意味を明示していないことが、原審の解釈を支えているのであろう。建築基準法 7 条 5 項の検査済証交付の例（同法 7 条の 6 第 1 項により、検査対象である建築物の使用制限の解除という法効果が明示されている）なども、念頭に置かれているのかもしれない。

しかし、検査自体の終了、および内規にいう検査報告書の内容確定の後、終了証の交付が不可能な事態（検査報告書において技術基準不適合性の判断がなされる事態）については、どのように考えるのであろうか。このような事態が生じた場合、電気事業法 40 条に基づく技術基準適合命令が可能ではあるが（原判決 20～21 頁）、この命令の事前手続上の通知（行政手続法 15 条 1 項・2 項および 30 条を参照）があるまで、権限ある行政庁は、不交付という正式の意思表示なしに済みますのであろうか。乙第 3 号証の内規 7～8 頁は、終了証の交付については述べても、不交付ないし交付（申請）拒否には言及していないが、これは、想定すべき事柄を想定していない結果ではないかと思われる。また、事前の意見陳述手続を省略するにしても（行政手続法 13 条 2 項 1 号・3 号を参照。慎重を期して意見陳述の手続を執ればなおさら）、不交付の通知から命令発出まで、処分庁側と電気事業者側との事実上の折衝によるタイムラグが予想される。技術基準適合命令が発されるまでの間、「原子炉の運転には何ら法的制限がないが、行政指導により停止させていれば實際上事なきを得るはず、それで問題なし」、と施行規則を解釈すべきであろうか。法令上、終了証交付が拒否された状態での検査後運転再開または運転継続は、適用可能な罰則はないもののやはり制限・禁止されていると解するほうが、はるかに合理的である⁸。終了証不交付の判断・通知は、後の技術基準適合命令の要件に関する判断を前倒して処分庁が最終決定す

⁷ 最判昭和 59・10・26 民集 38 卷 10 号 1169 頁、最判平成 5・9・10 民集 47 卷 7 号 4955 頁を参照。

⁸ 罰則の裏付けのない報告義務賦課行為たる通知（この義務に違反した場合には報告命令の発動ができる旨法律に明示されており、その報告命令違反には罰則がある例）に関し、処分性を認めた判例として、最判平成 24・2・3 民集 66 卷 2 号 148 頁を参照。この判例は、最高裁が前掲・最判昭和 39・10・29 民集 18 卷 8 号 1809 頁を引用した、数少ない例である。

るものであり、その意味で制限・禁止の効果ないし処分性が認められる⁹。

終了証の交付拒否の意義を上のように解するなら、終了証の交付は、上記のような法的制限なくして運転を再開または継続できる法的地位の承認をなす行為だ（但し、検査終了後に明らかになった事実を理由に技術基準適合命令が適法に発される可能性までは排除しない）、というべきである。なお、「法的地位」という表現は、「権利義務（の形成または範囲確定）」よりも広い範囲を指すが、処分性を肯定する最近の判例においてよく使われている¹⁰。

(4) 定期検査終了証交付を、処分性が否定されるという意味での「観念の通知」ではない¹¹と解することは、伊方原発に関する最判平成 4・10・29 民集 46 巻 7 号 1174 頁の趣旨にも沿う。すなわち同判決は、

「規制法第四章の原子炉の設置、運転等に関する規制の内容をみると、原子炉の設置の許可、変更の許可（二三条ないし二六条の二）のほかに、設計及び工事方法の認可（二七条）、使用前検査（二八条）、保安規定の認可（三七条）、定期検査（二九条）、原子炉の解体の届出（三八条）等の各規制が定められており、これらの規制が段階的に行われることとされている（なお、本件原子炉のような発電用原子炉施設について、規制法七三条は二七条ないし二九条の適用を除外するものとしているが、これは、電気事業法（昭和五八年法律第八三号による改正前のもの）四一条、四三条及び四七条により、その工事計画の認可、使用前検査及び定期検査を受けなければならないこととされているからである。）。したがって、原子炉の設置の許可の段階においては、専ら当該原子炉の基本設計のみが規制の対象となるのであって、後続の設計及び工事方法の認可（二七条）の段階で規制の対象とされる当該原子炉の具体的な詳細設計及び工事の方法は規制の対象とはならないものと解すべきである。」「右にみた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審査においては、当該原子炉施

⁹ 山本隆司『判例から探求する行政法』（有斐閣、2012 年）340～341、354～356 頁は、本文 2 頁の平成 16 年最判、および後掲・注 10）の平成 17 年最判を取り上げ、典型的な行政処分ではない行為が、後続する処分要件に関する最終決定の前倒しとしてこれも処分と認められる旨述べる。

¹⁰ 前掲注 8）の平成 24 年最判の他、最判平成 21・11・26 民集 63 巻 9 号 2124 頁、最大判平成 20・9・10 民集 62 巻 8 号 2029 頁、最判平成 17・4・14 民集 59 巻 3 号 491 頁（「手続上の地位」に言及）などを参照。さらに、本件の第一審原告が援用する最判平成 17・7・15 民集 59 巻 6 号 1661 頁は、「病院開設中止の勧告の保険医療機関の指定に及ぼす効果」に言及するところ、そこにいう「効果」は、杉原則彦・最判解民事篇平成 17 年度 440 頁 [446 頁]によると、「事実上病院開設を断念せざるを得ない地位に置かれること」を指している。

¹¹ 個別具体的事案に関する行政機関の意思表示について、処分ではない観念の通知か、厳密な意味での法効果のある処分か、を二者択一的に問うことは、グレーゾーンの判断方法としては適切ではない。前掲注 10）の平成 17 年最判の他、税関検査に関する最判昭和 54・12・25 民集 33 巻 7 号 753 頁 [757 頁]を参照。

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。」

と述べ、原子炉設置許可段階で処分庁が審査すべき範囲、およびこれを裁判所が審査できる範囲を基本設計の問題に限定している。

それ故、原子炉が現実に設置され運転されるに至った段階での行政規制¹²については、限定的にはあれ、設置許可をめぐる紛争とは別個に裁判所の審査の機会が認められなければならない。しかし原判決の立場からすると、せいぜい、技術基準適合命令の義務付け訴訟が特殊例外的に適法と認められうるにすぎない、ということになるのではなかろうか。このような義務付け訴訟が適法とされたとしても、建築基準法上の違反是正命令や都市計画法上の監督処分と同様、不利益処分不発動の裁量を否定する法的拘束は働かない、という命題¹³が原子炉規制にまで及ぼされるのであれば、義務付けの訴えは、實際上意無意味となる。このような非申請型義務付けの訴えをめぐるのは、訴訟要件および本案上、本件よりも困難な問題が生じるであろう。

(5) なお、原判決 24 頁は、定期検査不合格についての不服申立ての規定がないことを指摘する。不服申立てに関する個別法の規定（通常、不服申立前置の定め）があれば、個別法の当該規定の適用対象とされた行為が行政処分と解されることは確かである。しかし、行政不服審査法、行政事件訴訟法は一般概括主義を採っているので、上記の規定がなくとも、処分性否定の論拠にはならない。

¹² 下山・前掲注 1) 524 頁は、「原子力発電所の安全性にとって最も重要な段階は、いうまでもなく実際に運転されている状態におけるその確保である。このためには個々の設備及び施設全体がその機能を完全に維持しなくてはならない。」と述べる。

¹³ 前掲・注 7) の二判決を参照。