



Gyoseiho
-kenkyu

[Review of administrative law - Revue de droit
administratif - Zeitschrift für Verwaltungsrecht]

No.9 July 2015

A Brief History of *Kokoku*-lawsuits and *Tojisha*-lawsuits:
Transformation of Academic Views Takehisa NAKAGAWA

On the Legal Control of Administrative Decision based on
the Result of Predictions Kenji SHIMOYAMA

Recent Development in Judicial Control over Public
Administration — focused on the Theory of Standing
Takeshi NAKANO

The Planning Laws of the Year 2002-2013
Die Gesetzen über die Verwaltungsplanung vom Jahre 2002-
2013 Tsuyoshi NISHITANI

SHINZANSHA
TOKYO 2015

宇賀克也 責任編集
行政法研究 9

行政法研究

第九号

第九号

寄附金
2015/7

2015/7

2015/7

信山社

2015/7

信山社

6539

9

宇賀克也 責任編集

行政法研究

2015.7

Gyoseiho
-kenkyu

中川丈久 1 抗告訴訟と当事者訴訟の概念小史
—— 学説史の素描

下山憲治 2 行政上の予測とその法的制御の一側面

仲野武志 3 行政事件における訴訟要件の意義

西谷 剛 〈資料〉 実定行政計画法その後



信山社
6539

成立しえた幻想であり、いわゆる公定力と同じく、そう捉えるだけの内実を欠いていたと考えられる。

他方、平成16年改正前後の時期に、立法論と解釈論の双方において急速に生じた学説上の変化——抗告訴訟と当事者訴訟を区別することに積極的意義を認めないというスタンスの明言——は、あたかもそのような伏流水がもともとあって、自噴を始めたかのごとく、きわめて自然に生じているように思われる。もはや、抗告訴訟と当事者訴訟の概念についての新たな約束事を模索するよりも、行政処分を争う方法として両者は理論的に同義であることを正面から認めるべき時期に至っているのではないかと考えられる。

2

行政上の予測とその法的制御の一側面

——行政法における科学・技術の専門知

下山 憲治

- I はじめに
- II 予測と行政上の意思決定
- III ドイツにおける予測・予測決定の法的制御と限界
- IV 究明・獲得途上の専門知と行政上の予測・決定の法的制御
- V おわりに

I はじめに

科学・技術⁽¹⁾に関わる知識や知見(以下「専門知」)を獲得・処理し、伝達・提供する科学者・技術者などの専門家(以下「専門家」という主体の「独立性」・「中立性」や専門知の「価値自由」・「普遍的で客観的な合理性」、あるいは、より一般的には「真理」や「正しさ」といったイメージが強い。そして、立法や各種政策決定から個別の処分などに至るまで公的意思決定の場面で、一般に承認された専門知ないしそれを提供する専門家に依拠することで意思決定の合理性が担保されると考えられてきた⁽²⁾。他方、未知・不知、不確実性や多義性などのため究明・獲得途上の専門知それ自体は専門家集団によって構成されたものであり多くの限界があること、そのような条件下にある専門知の利活用に当たっては、特にトランス・サイエンスのアプローチから、民主的正統化の必要性などの議論が展開されている⁽³⁾。そして、専門知それ自体の学問的な変動性・動態性とそれを社会実践に適用する場合の社会との関わりやその担い手たる専門家と政治・経済や社会との接続など、人文・社会・自然科学の枠組みを超えた学際研究も進められている⁽⁴⁾。ただ、最近では、このような議論動向に関し専門家の助言を大衆の選択に委ねる「技術のポピュリズム」との批判もだされ、専門家による支配を回避しつつ、その位置づけを再評価する試みも提起されて

- (1) 通常「科学技術」と表記されるが、本稿では、理学と工学、理論と応用など、科学と技術に関するそれぞれの文脈で相互関連とともに、相違も少なくないため、ここでは、「科学・技術」と表記する(たとえば、池内了『科学・技術と現代社会 上』(みすず書房、2014年)86頁以下参照)。「科学技術」概念については、金子務「日本における『科学技術』概念の成立」鈴木貞実・劉建輝『東アジアにおける知的交流——キイ・コンセプトの再検討』(国際日本文化研究センター、2013年)287頁以下参照。
- (2) Vgl. N. Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, 1990, S. 627 ff. 邦語訳としては、N・ルーマン(徳安彰訳)『社会の科学2』(法政大学出版局、2009年)666頁以下参照。より体系的には、P. Collin/ T. Horstmann (Hg.), Das Wissen des Staates - Geschichte, Theorie und Praxis, 2004参照。また、Ch. Möllers, Vorüberlegungen zu einer Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts, in: M. Jestaedt/ O. Lepsius (Hg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 151 (153 ff.) も参照。
- (3) たとえば、A. Voßkuhle, Expertise und Verwaltung, in: H.-H. Trute/ T. Groß/ H. Ch. Röhl/ Ch. Möllers (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht - zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, 637 ff., 戸部真澄「リスク、法、市民・市民社会」大阪経大論集65巻(2014年)1号39頁以下、藤垣裕子『専門知と公共性』(東京大学出版会、2001年)や小林信一「改訂版 社会技術概論」(放送大学教育振興会、2012年)など参照。

おり、多くの議論を呼んでいる⁽⁵⁾。また、専門知の中には、相応の差異があるものの、専門家のもつ(おそらく共通するはずの)相場観、経験・勘やローカル・ナレッジなど意思決定における暗黙知があり、それらの重要性も意識され、その形式化や活用に向けた公的主体ないし民間主体による「知識マネジメント(Knowledge Management)」も法的議論の対象となっている⁽⁶⁾。

本稿は、以上のような動向と密接に関わるリスク行政法論⁽⁷⁾の展開を踏まえ、行政上の予測をテーマにドイツにおける議論を参考にしつつ、学際研究の一つの試みとして、専門知と行政法の関わり、今後の法的制御のあり様・あり方の

- (4) 最近のものとして、長谷部恭男・大村敦志・佐伯仁志・荒木尚志・道垣内弘人・亀本洋樹『岩波講座 現代法の動態 第6巻 法と科学の交錯』(岩波書店、2014年)参照および平川秀幸「科学的助言のパラダイム・シフト」科学84巻(2014年)2号195頁(197頁以下)参照。
- (5) この議論については、たとえば、H. Collins/ R. Evans, Rethinking Expertise, 2007, 松本三和夫『テクノサイエンス・リスクと社会学』(東京大学出版会、2009年)127頁以下、同『テクノサイエンス・リスクを回避するために考えてほしいこと』思想1046号(2011年)6頁以下、また、隠岐さや香「歴史的事例から見る〈社会の中の科学〉」社会思想史研究38号(2014年)9頁以下、直江清隆「思想史における技術」同24頁以下、平川秀幸「専門知の民主化/民主政の専門化」モデルと3・11複合災害後の日本」同43頁以下等参照。
- (6) この点に関しては、A. Scherzberg, Zum Umgang mit implizitem Wissen - eine disziplinübergreifende Perspektive, in: G. F. Schuppert/ A. Voßkuhle (Hg.), Governance von und durch Wissen, 2008, S. 240以下参照。また、ここでの問題意識は、いわゆる「知識社会」との関連が想起されるが、P. F. ドラッカー(上田博生・佐々木実智男・田代正美訳)『ポスト資本主義社会』(ダイヤモンド社、1993年)や大内秀明『知識社会の経済学』(日本評論社、1999年)などで指摘された産業社会・工業社会から産業構造の変化・変容、経済活動・社会経済のあり様と課題などとは異なる。本稿では、専門知、とりわけ不確実性の条件下にあるものや未知・不知に関わる領域のものについて、その法学への影響と管理のあり方を法的に制御する仕組みに注目する。たとえば、K.-H. Ladeur, Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft: Von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement, 1995; I. S. gen. Dörmann/ P. Collin (Hg.), Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts, 2008; T. Vesting, Information und Kommunikation, in: W. Hoffmann-Riem/ E. Schmidt-Aßmann/ A. Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Aufl., 2012, § 20 Rn. 36 ff. und I. Augsberg, Informationsverwaltungsrecht, 2014参照。この種の議論は、とりわけ環境法分野で多く、松本和彦「環境法における情報取扱いと知識の創出」同編『日独公法学の挑戦——グローバル化社会の公法』(日本評論社、2014年)263頁以下も同様の問題意識に基づくものといえる。また、暗黙知の形式知化など、知識マネジメントについては、野中郁次郎・紺野登「知識創造の方法」(東洋経済新報社、2003年)など参照。
- (7) たとえば、比較的最近のものとして、拙著『リスク行政の法的構造』(敬文堂、2007年)、戸部真澄「不確実性の法的制御」(信山社、2009年)、桑原勇進「環境法の基礎理論」(有斐閣、2013年)及び山田洋「リスクと協働の行政法」(信山社、2013年)参照。

序論的分析・検討を試みるものである。ドイツでは、警察権限行使の一般的な要件である「危険 (Gefahr)」にもある種の予測 (Prognose) が包含されることを意識しつつ、それとは差異をもつ経済政策や計画行政など社会形成領域における予測を巡る法的議論の積み重ねがある。そこで、伝統的な自由主義国家における警察行政法の基本的思考と今日的課題に対応するためのそれを対比・確認すること、典型的には過去から現在に至る因果の推移を単純にそのまま延長して推論する場合の予測と現時点ないし将来のある時点で社会に対し何らかの影響力を行使した結果生じうる社会の変化を推論する予測のほか、予測に当たって複雑性のあるデータないしその不足と予測手法・仮説 (理論モデル) が関わる場合の意思決定のあり方や法的制御について検討を進めたい。

II 予測と行政上の意思決定

1 予測と専門知

予測は、過去・現在の状況把握を踏まえ、日常の生活経験や科学的信頼性のある知識という経験則・論理則に基づいて将来のある一定時点で生じる現象ないし状況を推論する蓋然性判断であって、その結果は、一般に、明示的な条件設定の下でできるだけ合理的に構築された将来発生する状態または事象に関する言明となる⁽⁸⁾。予測には、一般的な日常経験則に基づくものから、統計的手法を用いて定量的に数値化するものなどがある。

日本の法律用語としての「予測」は、調査および評価と並列して規定されることがある (環境影響評価法2条1項)。この場合、調査は予測と評価に必要な情報を適切に収集・整理・解析して過去・現在の状況を把握するもので、予測

(8) Vgl. R. Breuer, Legislative und administrative Prognoseentscheidungen, Der Staat 16 (1977), 21 (32 f.); F. Ossenbühl, Die richterliche Kontrolle von Prognoseentscheidungen der Verwaltung, in: H.-U. Erichsen/W. Hoppe/A. v. Mutius (Hg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes: Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, 1985, S. 731 (734); H.-J. Koch/H. Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 206 ff.; P. J. Tettinger, Überlegungen zu einem administrativen >Prognosespielraum<, DVBl. 1982, 421 (423); J. Kokott, Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten, 1993, S. 30.

2 行政上の予測とその法的制御の一側面 (下山 憲治)

は数値計算・シミュレーションなどの方法によって定量的あるいは定性的に把握された事業実施によって生ずるおそれのある一定の影響とその程度の言明になる⁽⁹⁾。そして、これらを基にして、各種評価基準へのあてはめなどその影響の回避・低減について経済的・社会的及び規範的评价がなされることになる。また、この予測に類似する用語に「将来の見通し」(土地基本法11条1項、国土利用計画法5条5項、都市計画法6条1・2項及び13条1項11号等)がある。このような明示的なもの以外にも、危険 (警察官職務執行法4条1項や銃刀法2条1項等) や「おそれ」(遺伝子組換え生物等の使用等の規制による生物の多様性の確保に関する法律3条1項1号等、建築基準法17条2・3項など多数) のような要件判定に当たっても予測は包含されている。このように一口に「予測」といっても、個別領域および各法制度において、必要とされる蓋然性の程度以外にも、予測対象やターゲットとなる予測時点、その方法なども異なることになる。

中・長期的な予測は、一般に、予測対象に関するデータ・情報を収集し、何らかの適切な前提条件の下で理論モデルを選択し、対象・状態の未来における展開を推論することによって行われる。予測の精度を高めるためには、予測対象に関わる各種データなどをより多く収集すると共に、予測に用いられる理論モデルの確実性・妥当性を高めることが必要となるが、それには相応の時間を要する。また、予測は、正確性や高い信頼性を求めると、幅のあるものになってしまう、具体的な対策をとることが困難となってしまう。それゆえ、予測を用いる社会実践の現場では、一定の時間的制約とデータ・情報不足の中、すなわち、不確実性の条件のもと限定的合理性の追求で留めつつ、目的を達成するために必要な精度の調査と予測が行われる。このように「前提条件付きの外挿シナリオ」、すなわち、「整合性ある形であつ前提条件付きのシナリオを作成すること」が予測にとって重要となる⁽¹⁰⁾。それゆえ、調査・予測に際しては、それを有効に活用するための目標・目的設定と調査の精度や予測方法などがあ

(9) 環境影響評価法第4条第9項の規定により主務大臣及び国土交通大臣が定めるべき基準並びに同法第11条第4項及び第12条第2項の規定により主務大臣が定めるべき指針に関する基本的事項 (環境庁告示第87号、最終改正平成24年4月2日環境省告示第63号) 及び環境省環境影響評価研究会著『逐条解説環境影響評価法』(ぎょうせい、1999年) 314頁参照。なお、以下で参照するドイツにおける連邦環境適合審査法2条1項では、調査 (Ermittlung) の中に予測が包含されている (W. Appold, in: W. Hoppe/ M. Beckmann (Hg.), UVPG, 4. Aufl., 2012, § 2 Rn. 55) が、その基本構造について日本の環境影響評価制度と大きな差異はない。

らかじめ確定される必要があろう。そして、この限定的合理性の担保と継続的な合理性追求のための法的制御のあり様とそのあり方について検討を進める。

2 行政上の予測と日本の裁判審査

行政上の予測については、たとえば、多摩川水害訴訟最高裁判決⁽¹¹⁾や伊方原発訴訟最高裁判決⁽¹²⁾のように、安全(性)水準に関わるものもあれば、小田急高架化訴訟最高裁判決⁽¹³⁾にも見られるとおり、騒音予測、都市計画事業や土地収用法上の事業認定における費用便益分析などを行う前提としてさまざまな予測が行われる。そして、その予測については、需要予測のように計画・事業の必要性にかかわるものから、費用の見通し(予測)⁽¹⁴⁾のほか、将来予測の合理性を審査するに当たって、予測対象の選択(当初浮遊粒子状物質を対象としなかったことや加減速車線の走行パターン)、予測の基礎(気象データや各種調査結果)、騒音予測結果の評価(環境基準との適合性など)について判示したもの⁽¹⁵⁾、さらには予測の精度等について判断をするものがある⁽¹⁶⁾。前記小田急高架化訴訟最高裁判決では、環境影響評価が「一般に確立された科学的な評価方法」に基づいて行われたことを前提に、調査方法や予測値の評価などに言及された。

日本で予測について比較的詳しく判示された事例に、たとえば、都市計画法6条に定める基礎調査(将来の見通しを含む)の適切性が争点となった(ア)伊東大仁線都市計画変更決定事件と、予測(たとえば方法が一般に承認されている騒音予測)に関し(イ)西大阪延伸線訴訟に関わる一連の裁判例がある。本稿における検討の着眼点とも関わるので、取りあげておきたい。

まず、(ア)都市計画変更決定にあたって基礎調査の適切性が争われた事案で東京高裁⁽¹⁷⁾は概ね次のように判示した。都計法6条1項に定める「客観的、

実証的な基礎調査の結果に基づく土地利用、交通等についての現状の正しい認識及び将来の的確な見通しを踏まえて、合理的な判断がされ、都市施設が適切な規模で必要な位置に配置されることを確保」することにあるから、①当該都市計画に関する基礎調査の結果が客観性、実証性を欠き、不合理な現状の認識及び将来の見通しに依拠して都市計画が決定されたとき、②都市計画決定に当たって客観的、実証的な基礎調査の結果に基づく現状認識、将来見通しを全く考慮しなかったとき、または、③②とは異なり、一応考慮したものの都市計画の内容がそれと著しく乖離していると認められるときなどの場合には、都市計画決定・変更決定は違法となる。本件における将来交通量の予測は、現実人口減少傾向が見られる区域ほど将来予測される交通量も増加するという予測手法の構造自体合理性を欠き、また、交通量予測の基本となる総人口の予測が過大に設定されるなど、基礎調査の結果が客観性、実証性を欠くから、市の土地利用、交通等の現状及び将来の見通しは合理性を欠き、都市計画の変更決定は違法であると。

都市計画の決定・変更には比較的広い裁量(計画裁量)が認められるものの、都計法13条の基準により、同法6条1項の基礎調査の結果に基づき、都市の実態・現状を的確に把握し、長期的な見通しに基づいて策定・変更されることで、その合理性・権利制限の正当性を担保しようとする「しほり」がある。この判決では、予測の方法や条件設定などが合理性を欠いていること、それを基にした基礎調査結果も客観性・実証性を欠くから、前記①に挙げた場合に該当し、都市計画の変更による問題解決方法(道路拡幅)そのものも合理性を欠くとした。

つぎに、(イ)工事施工認可を争点とした事案で大阪高裁⁽¹⁸⁾は概ね次のように判示した。「本件工事計画と類似する現実の列車走行箇所における騒音の実測データを基に予測するとの手法に拠らざるを得ず、現時点で最も科学的・合理的な方法によるものではあっても、予測としての不確実性があることは否定し得ず」、裁判所は、「解釈基準所定の数値を含め、本件工事計画の内容、すなわち、軌道・レールの構造・材質・機能、地盤の特質、車輛の構造、列車の速度・運行回数・頻度、騒音防止設備の有無・程度等、認可審査段階で予測ないし認識し得る技術基準省令6条所定の認可要件に必要かつ十分な事情を対象と

(10) 齋藤雄志『知識の構造化と知の戦略』(専修大学出版局、2005年)177頁以下参照。また、vgl. G. Bechmann/J. Jörissen, Technikfolgeabschätzung und Umweltverträglichkeitsprüfung: Konzepte und Entscheidungsbezug, KritV 1992, S. 140 (153 f.).

(11) 最一小判1990(平成2)年12月13日民集44巻9号1186頁。

(12) 最一小判1992(平成4)年10月29日民集46巻7号1174頁。

(13) 最一判2006(平成18)年11月2日民集60巻9号3249頁。

(14) 東京高判2012(平成24)年7月19日判例集未登載(平成22年(行コ)第333号)。

(15) 東京高判2008(平成20)年6月19日判例集未登載(平成17年(行コ)第187号)、同旨：東京高判2006(平成18)年2月23日訟月54巻5号1013頁。

(16) 東京地判2004(平成16)年4月22日訟月51巻3号593頁。

(17) 東京高判2005(平成17)年10月20日判時1914号43頁。

(18) 大阪高判2007(平成19)年10月25日訟月53巻10号2860頁。

して審査し、かかる諸事情を総合考慮した結果、本件認可につき、その基礎とされた重要な事実と誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等により判断内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認める場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法となる」と。そして、「直ちに解釈基準所定の数値の判断に重大な事実誤認がある」等とまではいえないとした。

同一事例で都市計画事業認可が争点とされ、都市計画変更決定の前に行われた条例に基づく環境影響評価の過誤が直接争われた事案で大阪地裁⁽¹⁹⁾は、「森藤式は、鉄道騒音の予測モデルとして、汎用性が高く、かつ、信頼性も高いものとして広く受け入れられているものであるから、鉄道騒音の予測を森藤式に基づいて行ったか否かは、当該予測が信頼性の高いものか否かを判断する重要な事実というべきである。そして、……騒音対策指針は、在来鉄道の新設又は大規模改良に際し、生活環境を保全し、騒音問題が生ずることを未然に防止する上で目標となる鉄道騒音の当面の指針を、学識経験者等から構成される検討会による検討を経て作成し、環境庁大気保全局長(当時)が各都道府県知事及び政令指定都市の市長に宛てて発出した指針であると認められるから、当該鉄道による騒音が騒音対策指針を下回っているか否かは、当該騒音により生活環境が悪化するか否かを判断する重要な事実というべきである。そうすると、本件評価書が、西大阪延伸線の鉄道騒音につき、森藤式に準拠して予測をしているといえるか否か、その予測結果が騒音対策指針を下回っているといえるか否かは、本件評価書の信頼性を左右する重要な事実であり、その見誤りは、西大阪延伸線(都市高速鉄道たる都市施設)が良好な都市環境の保持(都市計画法13条1項)に反せず、これを都市計画に盛り込むことが適切であるとの判断(本件変更決定)の基礎を失わしめるものというべきである」と判示した。

前記事案では、予測対象の選択とその基礎(騒音発生の類似性と実測データ)、予測手法、そして、許認可または騒音対策指針による評価・当てはめについて、裁量審査として事実誤認ないし考慮不尽等の判断過程の過誤の観点から判断している。また、後者の事案では、特に、森藤式の汎用性・信頼性は争われておらず、主たる争点はその用いられ方等である。大阪市の委託により行われた環

(19) 大阪地判2008(平成20)年3月27日判タ1271号109頁。

境影響評価の予測方法に仮に過誤があったときは、科学的客観性・信頼性を欠き、それによる評価結果はその過誤の影響を受けるにもかかわらず、その点を考慮せず、大阪市長が都市計画変更決定をしたことになる⁽²⁰⁾。

以上につき、都市計画決定に関する裁量の違法性審査について、その違法原因を、評価の前提となる予測結果ないしその後の評価結果を重要な事実とみて「事実誤認」の枠組みでとらえるのか、あるいは、調査・予測・評価を含め、決定に至る一連の判断過程全体をみて、計画変更決定の合理性を担保しうるものかどうかを審査する判断過程審査の枠組みでとらえるのが理論的には問題となる。双方の枠組みは必ずしも截然と区別される訳でなく、連続的ないし重層的関係にあるため、理論的整理・区別が困難な場合もあろう⁽²¹⁾。いずれにしても、結論において大きな差異がないとはいえる。ただ、重要なのは、判断過程のいかなる段階で何を対象にどのような審査をするのかであろう。ここでは、後述のとおり、予測に関する各種条件設定・枠組み設定段階(フレーミング)―調査・予測段階―評価・比較衡量段階と一応区分し、枠組み設定段階では考慮すべき事項や調査・予測の対象の設定などは法令解釈によって明確化されることを原則とし、また、法制度の趣旨などを踏まえ、現状把握の方法や予測手法などは専門知を取り込んで適切なものが選択されるべきであると理解しておきたい。なお、過去及び現在における事実認定と将来に関する予測を含む各種決定との相違を指摘し、予測に基づく決定に裁量を認める一判断要素とする向きもある⁽²²⁾。そこで「予測」がどのような意味で裁量を肯定する要因

(20) なお、環境影響評価では、権利保障ないし民主的意思決定の観点から意思決定プロセスの透明性(及び中立性)も併せて問題となる。実際、本件で、本件評価書は、実測値の詳細や音源パワーレベルの設定過程が明らかではないと原告から主張された。これに対し、前掲大阪地裁判決では、「大阪市環境影響評価専門委員会の専門的、技術的な立場からの検討を受け、予測モデルのパラメーター等に問題はなく、現況再現性もあると評価されたことが認められるから、本件評価書は、十分に事後的な検証に耐え得る」のであって、技術指針の趣旨に反しないとしている。前記専門委員会の判断をそのまま取り入れているが、その構成や客観的妥当性、信頼性など、外部に対する透明性の視点からの検討の余地もあったものと思われる。

(21) たとえば、小幡純子「判批」判評573号(2006年)177頁、前田雅子「公共事業と都市計画」芝池義一他編『まちづくり・環境行政の法的課題』(日本評論社、2007年)99頁(特に111頁以下)、山村恒年「行政法と合理的行政過程論」(慈学社、2006年)251頁及び293頁、久保茂樹「都市計画決定と司法による裁量統制」青山法学論集51巻(2010年)3・4号89頁以下参照。

(22) 水俣病認定義務付け訴訟最高裁判決について林俊之「判解」ジュリ1467号(2014年)70頁(71頁)。

ないし構造となっているのか、ドイツにおける議論を参考としながら、以下で検討を進めたい。

III ドイツにおける予測・予測決定の法的制御と限界

1 予測に基づく評価・決定と判断余地

ドイツでは、裁判所は、行政活動の法的評価にあたって、ドイツ基本法20条3項で行政は法律と法に拘束されること、また、同法19条4項で国民の権利侵害に対する実効的な救済を定めており、その結果、事実及び法の両面において制限がないという意味で完全な事後審査をすることが原則である⁽²³⁾。ただ、立法者が行政に対して個別に特権的評価権(Einschätzungsprärogative)ないし判断余地(Beurteilungsspielraum)・裁量を立法により明示的に認め、またはその解釈により認められるとき、裁判所の事後審査は、判断余地・裁量の法的限界が維持されているかに限定されることがある⁽²⁴⁾。この判断余地は、通常、ドイツでは法適用における「包摂ないし当てはめ(Subsumtion)」段階の問題として処理される⁽²⁵⁾が、法の解釈ないし事実認定との相互関連性を否定するものではない⁽²⁶⁾。そして、警察法上の危険を念頭におきつつ、予測が含まれるからといって判断余地が直ちに認められるのではなく、たとえ将来の展開や結果が未確定であっても、蓋然性判断は一般に承認された経験則に基づいて行われなければならない。そのため、予測に基づく決定とその法的制御は、困難

(23) Vgl. BVerfGE 15, 275 (282); 73, 339 (373); 84, 34 (49); BVerfG NVwZ 2011, 1062 (1064); BVerwGE 72, 38 (48) und H. A. Wolff, in: H. Sodan/ J. Ziekow (Hg.), VwGO, 4. Aufl., 2014, § 114, Rn. 318; E. Schmidt-Abmann, in: T. Maunz/ G. Dürig (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 182 f. und 198. (Lfg. 74, Stand 2014); M. Sachs, in: P. Stelkens/ H. J. Bonk/ ders (Hg.), VwVfG, 8. Aufl., 2014, § 40 Rn. 147 und 160; M. Jestaedt, in: H.-U. Erichsen/ D. Ehlers (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2010, § 11 Rn. 38.

(24) BVerfG, NVwZ 2011, 1062 (1065) und NVwZ 2012, 694 (695).

(25) Z. B. F. O. Kopp/ U. Ramsauer, VwVfG, 15. Aufl., 2014, § 40 Rn. 24; H. A. Wolff, Fußnote 23, § 114 Rn. 301f; K. Rennert, in: E. Eyermann, VwGO, 14. Aufl., 2014, § 114 Rn. 56.

(26) Vgl. E. Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 42 ff.

ではあっても、それを理由に判断余地が正当化されるわけではない⁽²⁷⁾。もっともこの一般に承認された経験則があるとはいえない場合であっても何らかの法的規制が行われることがあるから、判断余地が、どの程度、どのような範囲で認められるかについては基本的に法解釈によるものの、その明確な類型化は現在のところできていない⁽²⁸⁾。判断余地が認められているかどうか疑わしいときは、完全審査が原則とも主張される⁽²⁹⁾。

判断余地が認められる場合、一般に、裁判審査は批判に耐えられるかどうかという合理性・許容可能性審査(Vertretbarkeitsprüfung)ないし明白性審査(Evidenzkontrolle)となる⁽³⁰⁾。判断余地が認められる事案類型としてドイツでは、各種試験関係事例⁽³¹⁾、公務員の専門的適性評価判定事例⁽³²⁾、経済政策⁽³³⁾や青少年保護⁽³⁴⁾および計画行政の領域⁽³⁵⁾で、最近ではインフラなど社会基盤整備ないしそれに関わる規整(Regulierung)領域の事例⁽³⁶⁾がある。また、このような類型とは別に、独立性の高い専門委員会などが介在して行われる意思決定、一般に支持される評価方法がない場合などであって、行政機関の評価や

(27) Vgl. M. Ibler, in: K. H. Friauf/ W. Höflig (Hg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2009, Art. 19 Abs. 4 Rn. 277 und H. Schultze-Fielitz, in: H. Dreier (Hg.), Grundgesetz, 2. Aufl., 2004, Art. 19 Abs. 4 Rn. 128 ff.

(28) E. Schmidt-Abmann, Fußnote 23, Art. 19 Abs. 4 Rn. 198; F. Schoch, Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: W. Hoffmann-Riem/ E. Schmidt-Abmann/ A. Voßkuhle (Hg.), Band III, 2. Aufl., 2013, § 50 Rn. 289; A. Decker, in: H. Posser/ H. A. Wolff (Hg.), VwGO, 2. Aufl., 2014, § 114 Rn. 35. Vgl. auch BVerfG NVwZ 2011, 1062, 1065; BVerwGE 72, 195 (199ff.); BVerwGE 81, 12 (17); BVerwGE 100, 221 (225); BVerwG NJW 2007, 2790 (2792).

(29) F. O. Kopp/ W.-R. Schenke, VwGO, 20. Aufl., 2014, § 114 Rn. 24.

(30) Vgl. W.-R. Schenke, in: W. Kahl/ Ch. Waldhoff/ Ch. Walter (Hg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 616 (Stand 2009).

(31) BVerfGE 84, 34 (51 f.); BVerfGE 84, 59 (78).

(32) BVerwGE 85, 177 (180).

(33) BVerwGE 72, 195 (199ff.). 特に、経済行政における予測については、P. J. Tettinger, Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1980, S. 429 ff. 参照。

(34) BVerfGE 83, 130 (147).

(35) 需要予測についても、インフラ施設の規模や立地などに関わって計画を正当化する根拠となり得るので、制限的な裁判コントロールが許容される BVerwGE 98, 339 (345 f.); 100, 238 (253 f.).

(36) いわゆる規整裁量(Regulierungsermessen)の事例等に関し、E. Schmidt-Abmann, Fußnote 23, Art. 19 Abs. 4 Rn. 197b; K. Rennert, Fußnote 25, § 114 Rn. 62 und 65.

価値判断と関わる時に判断余地が認められうるとされることが多い⁽³⁷⁾。

これら個別領域と並列ないし相互に関連づけられて、予測ないし「予測決定 (Prognoseentscheidung)」⁽³⁸⁾との表題のもとに、判断余地が論じられることがある⁽³⁹⁾。ただし、このような判断余地は、本来、予測ないしそれに基づく決定に関し十分な審査をした上で、裁判所による判断代替ができないことを意味するものといえよう⁽⁴⁰⁾。この予測は、計画決定が争われるときの争点となり、また、リスク評価 (Risikobewertung/-abschätzung)・リスク決定 (Risikoentscheidung) が議論となるときも、おそらく予測の対象が将来生じうる被害 (ないし便益) に特定されているに過ぎないとの認識のもと、これらを並列連記する文献が多い⁽⁴¹⁾。

この予測は、前述のように予測に基づく決定とは区別して論じられる場合もあるが、論者によって若干概念の混乱が見られるように思われる⁽⁴²⁾。それゆえ、まず、若干の概念整理をしておきたい。

たとえば、各種交通機関やエネルギーなど需要予測は、その配置や規模など

(37) BVerwG NVwZ 2004, 991 (993); A. Nußberger, Sachverständigenwissen als Determinante verwaltungsrechtlicher Einzelentscheidungen, AöR 2004, S. 282 (298 ff.); A. Decker, Fußnote 28, § 114 Rn. 33; W.-R. Schenke, Fußnote 30, Rn. 578; E. Pasche, Fußnote 26, S. 120 ff.

(38) 恒川隆生「行政の『予測決定 (Prognoseentscheidung)』論の検討・序説」法政論集149号 (1993年) 129頁以下がこの点について論じている。

(39) Z.B. F. O. Kopp/W.-R. Schenke, Fußnote 29, Rn. 37.

(40) A. Decker, Fußnote 28, § 114 Rn. 36. 6 f.; E. Schmidt-Aßmann, Fußnote 23, Rn. 200 und T. Schwabenbauer/M. Kling, Gerichtliche Kontrolle administrativer Prognoseentscheidungen am Merkmal der >Zuverlässigkeit<, VerwArch 2010, S. 231 (S. 240). 技術法に関する記述であるが, W.-R. Schenke, Fußnote 30, Rn. 569 und 617も参照。

(41) Vgl. F. O. Kopp/W.-R. Schenke, Fußnote 29, § 114 Rn. 23; T. Stuhlfauth, in: K. Obermayer/M. Funke-Kaiser (Hg.), VwVfG, 4. Aufl., 2014, § 40 Rn. 75; K. Schönenbroicher, in: T. Mann/ C. Sennekamp/ M. Uechtritz (Hg.), VwVfG, 2014, § 40 Rn. 122; J. Ziekow, VwVfG, 2. Aufl., 2010, § 40 Rn. 19; M. Jestaedt, Fußnote 23, § 11 Rn. 46; E. Pasche, Fußnote 26, S. 141 ff. また, 判断余地に代えて, 評価決定 (Bewertungsentscheidungen) なる枠組みを設けて同列化するものに, M. Knauff, in: K. F. Gärditz (Hg.), VwGO, 2013, § 114 Rn. 32がある。ただ, H. A. Wolff, Fußnote 23, § 114 Rn. 322では, 予測に基づく決定の下, リスク決定ないしリスク予測というカテゴリーを設定し, 特に規範を具体化する行政規則 (normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften) に関する議論を展開する。

(42) Vgl. M. Jestaedt, Fußnote 23, S. 367 mit Fn. 198 und E. L. Nell, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, 1983, S. 221 ff.

に関する計画・事業決定に統合・帰結され, 民主的な社会形成に向けた意思決定プロセスの中に組み込まれる。ただ, 将来に関わる意思決定をする場合には, ありとあらゆる事情のすべてを調査し, 予測することは不可能, 非効率的で適切ではないため, 調査・予測の対象及び期間など, それを実施するに当たって前もって条件ないし目標が限定的に設定される。また, 当初設定された前提条件ないし枠組みで行われた予測の結果が期待どおりではなかったり, 望ましくない見通しとなった場合には, 各種対応策など新たな条件設定を付加したり, 変更する等して, 再度の調査・予測を行うなど, 意思決定に有用な調査・予測がここでの問題となる。このような調査・予測前の条件ないし枠組みの設定 (フレーミング) は, 科学的・技術的手法を用いて行われる予測の結果に大きな影響を及ぼす⁽⁴³⁾。しかし, この点の分析は十分行われてこなかった。

この調査・予測前に設定される枠組みについては, 公的意思決定者と専門的助言者という役割分担, すなわち, 価値判断と科学的処理・判定の機能的区分との関連で, 既にリスク行政をめぐる議論の中でも展開されてきた⁽⁴⁴⁾。ここでは, 同様の着想のもとで分析を進めるが, 科学的処理・判定と価値判断を截然と区分・切り離してしまうと, もとからの目的達成や意思決定に当たって専門知を必要とする趣旨から乖離してしまうおそれもある。学問としてというよりも社会的実践として専門知を用いる場合には, 法的・制度的な前提としての枠組みの他, 社会的・経済的・政治的判断などを科学・技術の水準との照合, つまり, 専門家と意思決定者間における機能分離を前提としつつ, 意思疎通を確保した上で, 枠組み設定 (たとえば, 目的・目標設定, 調査・予測対象の範囲の確定など) をする必要がある。このような理解を基礎に意思決定プロセスの観点からすれば, 調査・予測それ自体は基本的には科学的処理・判定の対象であり, その前提にある枠組み設定, あるいは, その後に行われる予測結果の評

(43) 調査と予測の区分など議論もあろうが, 同様の視点から, 調査について検討したものに, 戸部真澄「調査・評価に関する行政手続」法時87巻 (2015年) 1号6頁以下がある。

(44) 黒川哲志「統計的思考と行政法」行政法研究4号 (2013年) 51頁以下及び拙著『リスク行政の法的構造』157頁以下参照。Vgl. auch W. Appold, Fußnote 9, § 2 Rn. 63; W. Hoppe/ W. Appold, Umweltverträglichkeitsprüfung - Bewertung und Standards aus rechtlicher Sicht, DVBl. 1991, 1221 (1222 f.) und K.-H. Ladeur, Umweltverträglichkeitsprüfung und Ermittlung von Umweltbeeinträchtigungen unter Ungewißheitsbedingungen, ZfU 1994, 1 (8 f.).

価にあたって価値的要素が付加され、そこに判断余地が認められる場合もあると整理すべきであろう⁽⁴⁵⁾。但し、科学的処理・判定について、専門家間で差異がある場合には、別途議論を要することになるが、いずれをとるにしても、法目的・制度趣旨や実効性などの観点から判断されることになるだろう。

2 予測の法的評価基準時と裁判審査

予測は、その範囲・射程が直近であれ、中長期的であれ、将来に向けた蓋然性判断である。そうするとまず、どの程度の蓋然性が求められるかが問題となる。ドイツ民事訴訟では、予測結果について、予測にあたって設定された時点に達していない現時点での真実判定は不能であるが、「現在の観点から真実であると認められる」ことが必要で、「確実な予測は不可能であるとき、白黒の判決を下してはならず、証明責任に応じて決定されなければならない」こととされている⁽⁴⁶⁾。したがって、まず予測に当たって必要とされる蓋然性については、その根拠となる個別実体法の解釈を通じて要証命題に関する必要な蓋然性の程度を確定することが必要であって⁽⁴⁷⁾、訴訟法における事実の認定にあたって裁判官の確信の度合いをこの蓋然性に低減させるものではないとされている⁽⁴⁸⁾。

もっとも、蓋然性判断は過去・現在の状態・事象においても用いられる。たとえば、過去の因果関係、特に不法行為のそれは現時（口頭弁論終結時）の知見に基づいて評価される⁽⁴⁹⁾が、予測の法的評価に当たっては、仮に予測結果が事後において誤りであったと判明しても、それを理由に直ちに「違法」と評価されるかが問題となる。この点は、法的紛争場面や要件が異なるものの、過

去の行為等により発生した損害に対する不法行為責任において予測の誤り方が「過失」の問題として処理される場合と類似し、ドイツでは予測に関する違法判断の基準時は、それに基づく処分・行為と同様、現時＝事後（ex post）ではなく、予測「当時」＝事前（ex ante）である⁽⁵⁰⁾。ただし、予測した結果がその後の事態の推移に照らし現実と異なっている場合には、それは予測に当初から瑕疵があったことの一つの徴憑となり得る。また、予測結果とその後の現実との間に大きな差異・誤差があるにもかかわらず、それを是正しない場合には、是正しないことが違法と評価される余地でもてくる⁽⁵¹⁾。

同じく、予測が必要となる警察権限の行使の前提にある危険判断も取りあげなければならない。ドイツ警察・秩序法の一般条項における危険とは、「個別事例において、ある行為またはある状態により、客観的に予期しうる現象がそのまま推移すれば十分な蓋然性をもって、近い将来、警察上の保護法益に対する損害をもたらす状況」をいう⁽⁵²⁾。その判断に当たっては、基本的には明確で確定的な経験則に基づき、個別具体的には反比例原則により十分な蓋然性を予測に際し必要とするドイツでは、裁判所による全面的審査対象として判断余地を認めないのが一般である⁽⁵³⁾。このように、予測に基づく決定でも、予測要素があるからといって直ちに判断余地が認められるわけではない。また、予測が専門知によるものであっても、それが一般に承認されたものないし信頼性が確認されているものであれば同様となるだろう⁽⁵⁴⁾。それゆえ、特に、科学・技術の領域において動態的で複雑かついまだ十分な信頼性のある知見がない場合が問題となる。

(45) 結論において同趣旨なのは、たとえば、M. Nierhaus, Zur gerichtlichen Kontrolle von Prognoseentscheidungen der Verwaltung, DVBl. 1977, 19 (23); P. J. Tettinger, Fußnote 8, DVBl. 1982, 421, (426 f.) f.; F. O. Kopp/W.-R. Schenke, Fußnote 29, § 114 Rn. 37がある。

(46) H. Prütting, in: W. Krüger/ T. Rauscher (Hg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl., 2013, § 286 Rn. 46.

(47) F. Ossenbühl, Fußnote 8, S. 733; M. Nierhaus, Beweismaß und Beweislast: Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozeß, 1989, S. 95 f.; H. A. Wolff, Fußnote 23, § 114 Rn. 317.

(48) J. Kokott, Fußnote 8, S. 31. vgl. auch S. Unger, in: K. F. Gärditz, VwGO, Fußnote 41, § 108 Rn. 22.

(49) たとえば、潮見佳男『不法行為法 I（第2版）』（信山社，2009年）364頁以下。

(50) M. Ibler, Fußnote 27, Rn. 279; W.-R. Schenke, Fußnote 30, Rn. 574; K. F. Röhl/H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., 2008, S. 244. この点については、拙著『リスク行政の法的構造』30頁以下参照。また、日本の裁判例として東京地判1987（昭和62）年10月7日判時1252号32頁も参照。

(51) BVerwGE 56, 110 (120 ff.) und BVerwGE 123, 261 (277).

(52) この点の詳細は、たとえば、拙著『リスク行政の法的構造』30頁以下及び桑原勇進『環境法の基礎理論』193頁以下参照。

(53) 具体的な裁判例も含め、F. Rachor, in: E. Denninger/ ders., (Hg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., 2012, E Rn. 138 ff und L Rn. 152; W.-R. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., 2013, Rn. 51. なお、明示的ではないが、V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., 2013, S. 40 ff.; T. Württenberger, in: D. Ehlers/ M. Fehling/ H. Pünder (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 3, 3. Aufl., 2013, § 69 Rn. 232 ff. も参照。

前述のように、前提として設定された枠組みあるいは予測に基づく評価・意思決定に政治的・価値判断要素が付され、判断余地が認められる場合、基本的裁判審査の核心は尤度 (Plausibilität) の審査であるとされている⁽⁵⁵⁾。そして、その前提として、事後的な検証・跡付けが十分可能 (nachvollziehbar) となるように記録作成や理由付けが適切に行われていることが義務化される⁽⁵⁶⁾。その基本的判断要素は、つぎのとおり整理されることが多い⁽⁵⁷⁾。

- (a) 入手可能なデータを駆使し、適切な事実関係を前提としたこと (予測基礎)⁽⁵⁸⁾
- (b) 科学的に妥当な予測方法・手順が選択され、批判に耐えるよう使用されたこと⁽⁵⁹⁾
- (c) 予測に説得力のある理由が詳細に付されていること⁽⁶⁰⁾
- (d) 恣意的判断を疑うような、評価・決定に明らかな誤りがないこと⁽⁶¹⁾

通常、上記の4点が重要な審査対象とされる。また、計画・事業決定の場合には、それに加えて、将来の展開に関する不確実性とプロジェクトによる介入との間に比例関係があること⁽⁶²⁾や、適切な初期値を前提においたか、予測が非現実的な想定 (unrealistische Annahmen) に基づいているかどうか⁽⁶³⁾という前述の調査・予測の枠組みも審査対象として取りあげられることがある。この「非

(54) Vgl. K. Grupp, Rechtsschutz gegen Gremienentscheidungen, in: K.-P. Sommerman (Hg.), Gremienwesen und staatliche Gemeinwohlverantwortung, 2001, S. 133 (142 f.). なお、同書の K. Grupp の主張によれば、判断余地が認められるのは、目標や非法的基準設定について「メタ法的性質 (metajuristische Natur)」が問題となるときであるとする (ders. S. 144)。それは、法適用の問題ではなく、法実現 (Rechtsverwirklichung) であることを根拠とする。しかし、これら双方の区別の妥当性に加え、その考え方の前提には認識と価値の伝統的区分があるが、この点も議論すべき内容である。これらについては、さらに、同書151頁以下における討論も参照。

(55) F. Ossenbühl, Fußnote 8, S. 731 (744f.) und H. A. Wolff, Fußnote 23, Rn. 323.

(56) Z. B. F. O. Kopp/W.-R. Schenke, Fußnote 29, § 114 Rn. 47 f.

(57) F. O. Kopp/ U. Ramsauer, Fußnote 25, § 40 Rn. 32 ff.; F. O. Kopp/W.-R. Schenke, Fußnote 29, § 114 Rn. 37a; K. Schönenbroicher, Fußnote 41, § 40 Rn. 124; H. A. Wolff, Fußnote 23, § 114 Rn. 323 ff. und B. Brunn, Prognosen mit rechtlicher Bedeutung, NJOZ 2014, 361 (367 ff.).

(58) BVerwGE 72, 38 (48f.).

(59) BVerwGE 56, 110 (121); 69, 256 (272); 72, 282 (286); 75, 214 (234); 87, 332 (355); 120, 227 (233) und P. J. Tettinger, Fußnote 8, DVBl. 1982, 421 (427).

(60) BVerwGE 56, 110 (121); 75, 214 (234).

(61) BVerwGE 79, 208 (213).

(62) BVerwGE 107, 142 (146).

現実的想定」などは、前述した (ア) 伊東大仁線都市計画変更決定事件と類似する面があり、それに基づく行為によって国民の権利・自由制限が付随する場合、その制限を正当化でできるのかという観点 (比例原則) からの審査とみることができる。この比例性について予測に対する固有のコントロールとは別の問題であるとか、予測の枠組みも「予測基礎」の問題と位置づける理解もある⁽⁶⁴⁾が、この差異は整理・分類の仕方の相違に過ぎず、本質的対立やそれによる結論の相違を生じないものと思われる。そのほか、蓋然性判断としての予測のみに着目し、前記 (a)・(b) に加え、法律が求める蓋然性の程度を充たしているかの三点が挙げられる場合もある⁽⁶⁵⁾。

なお、一般に、計画裁量に対する裁判審査の中心的対象となるのは、(i) 当該計画の必要性と (ii) 比較衡量である。この (ii) の違法類型としては、通常、比較衡量の不実施、比較衡量の不備、評価の過誤及び比例原則違反が挙げられる。予測との関わりで見ると、(i) の段階では需要予測が、(ii) の段階では配慮すべき利害が考慮されたかどうかを審査する比較衡量の不備においてその利害を確定する予測が重要となる⁽⁶⁶⁾。しかし、前述のとおり、配慮すべき利害関係やその程度の把握には予測が必要であっても、それらは予め規範的に確定していると見るべきであるから、利害の評価や比較衡量のブラックボックス化を避けるため、その前段階の法的コントロール対象として位置づけるべきものと考ええる。それゆえ、枠組み設定段階と予測段階は、その結果に対する評価・比較衡量段階と関連するものの、一応切り離して裁判審査の対象とすべきであろう⁽⁶⁷⁾。また、リスク評価・リスク決定については、入手可能なすべての知見を駆使すること、よりよい知見による事後改善・適化義務、リスク比較義務、リスク決定の理由付けなどが指摘され⁽⁶⁸⁾、予想される損害の

(63) Vgl. BVerwG Urteil vom 23.04.2014, 9 A 25.12; Beschluss vom 5.10.1990 4 CB 1.90; BVerwGE 134, 308 (328); Beschluss vom 15.3.2013. 9 B 30.12.

(64) Schmidt-Abmann, Fußnote 23, Art. 19 Abs. 4 Rn. 200.

(65) K. Rennert, Fußnote 25 § 114 Rn. 83 und BVerwG DÖV 1984, 557 (558f.).

(66) Z. B. M. Wichel, in: D. Ehlers/ M. Fehling/ H. Pünder (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band II, 2013, § 40 Rn. 135 ff.; K. Rennert, Fußnote 25, Rn. 45; A. Voßkuhle, Grundwissen-öffentliches Recht: Entscheidungsspielraum der Verwaltung (Ermessen, Beurteilungsspielraum, planerische Gestaltungsfreiheit), JuS 2008, 117 (118).

(67) Vgl. E. Schmidt-Abmann, Fußnote 23, Rn. 199. なお、この枠組み設定段階にあっても、たとえば、騒音規制値そのものの適否が争点となる場合には、明白性審査によって法的に評価される (W.-R. Schenke, Fußnote 30, Rn. 616)。

性質等に応じ、裁判審査の厳格性・広範性に变化がある⁽⁶⁹⁾。このように、予測に基づく決定とリスク評価・決定に対する審査は、類似点もあるが、相違も大きく同列に論じることは適切ではない。

予測に基づく意思決定について、それが適切な予測結果に基づいているのであれば、仮に事後にその誤りが判明しても、それによって直ちに意思決定が違法と評価されることにはならないのが、ここで取りあげる予測に関わる法的評価の一つの特徴である。ただ、予測結果が事後の事実状況と異なる場合、その意思決定によって継続的に権利・利益の侵害や不利益を受けている者（そのおそれがある者を含む）の法的保障の観点からは、何らかの事後的対応が必要となろう⁽⁷⁰⁾。それゆえ、科学的知見や技術の水準、社会・経済状況の変化を断続的ないし継続的に調査・予測し、必要に応じて適正な時点で適切な修正をする義務（情報再確認と事後的改善義務・適合理化義務）の存否が次の問題となる。

また、以上では、データ・情報が比較的多く、調査対象や予測方法等も比較的明確で一般に承認された方法がある場合を想定して検討を進めたが、そのような事情にない場合の法的評価のあり方について、現在ドイツで多くの議論となっているので検討を進めたい。

3 究明・獲得途上の専門知と法的制御の限界？

近年、生態系・自然保護分野では、作業仮説に基づいた目標設定・計画立案→実施→継続的なモニタリング評価→作業仮説の検証というプロセス・サイクルを継続して専門知の獲得と適切な科学的管理を模索する順応的管理手法がとられている⁽⁷¹⁾。それゆえ、この段階における管理、規制のあり方とその裁判審査について、近年、ドイツ連邦行政裁判所の一連の判決が注目され、同時に

(68) U. Di Fabio, Voraussetzungen und Grenzen des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips, in: M. D. Kley/ E. Sönnner / A. Willemsen (Hg.), Festschrift für Wolfgang Ritter zum 70. Geburtstag, 1997, S. 807 (S. 820 ff.). この詳細は、拙著『リスク行政の法的構造』82頁以下及び M. Delhey, Staatliche Risikoentscheidungen - Organisation, Verfahren und Kontrolle, 2014, S. 228f. 参照。

(69) Z. B. F. O. Kopp/W.-R. Schenke, Fußnote 29, § 114 Rn. 38.

(70) Z. B. F. O. Kopp/W.-R. Schenke, Fußnote 29, § 114 Rn. 37c.

(71) 浦野絃平・松田裕之編『生態環境リスクマネジメントの基礎』（オーム社、2007年）32頁以下及び松田裕之『生態リスク学入門——予防的順応的管理』（共立出版、2008年）参照。また、法的課題については、島山武道『生物多様性保護と法理論』環境法政策学会編『生物多様性の保護』（商事法務、2009年）1頁以下。

問題視されている。ここではその議論を紹介しながら、検討する。

風力発電所の設置に必要な許可（連邦イミシオン保護法6条1項）について、特別保護動物の殺傷等禁止などを定めた連邦自然保護法44条1項に基づき野鳥被害のおそれを理由に拒否された。なお、連邦イミシオン保護法6条1項2号は、「他の公法規定」に違反しないことが許可要件の一となっており、それに連邦自然保護法44条1項も含まれている（また、連邦建設法典35条3項5号も参照）。連邦自然保護法44条1項1号は、特別保護種である野生動物の捕獲や死傷等を禁止している。前記拒否の取消し等が争われた事例において、連邦行政裁判所は、おおむね次のように判示した⁽⁷²⁾。

許認可権限を有する行政庁には殺傷禁止規定要件に関する審査について自然保護に関わる専門分野における特権的評価権（Einschätzungsprärogative）が承認されなければならない。生態学において一義的な認識・知見によって裏付けられないとき、よりよい認識・知見に基づいて、専門家による助言を受けた行政庁の自然保護に関する専門的評価に「過誤がある」または「正当でない」と判定することはできない。

たとえば、自動車や航空機等との交通上の衝突などのうち社会的に妥当なリスクの顕在化は禁止対象とはならないとされ、連邦自然保護法上の特別保護動物に関する死傷等禁止条項における要件充足のポイントは、問題となる事業計画がその死傷等のリスクを有意に増加させるかどうかである⁽⁷³⁾。同裁判所は、「自然保護に関する専門的判断余地は、保護されている種の個体数把握にも、事業計画が実施された場合に生じうるリスクの評価にも関わるものであるが、……種の個体数把握に関する一定の方法、あるいは、リスク評価に関する評価基準が確定され、専門鑑定意見がもはや正当として許容しえないと認められる場合には、その余地はない」と判示した。このような判断余地ないし特権的評価権⁽⁷⁴⁾を認める理由として、同裁判所は、（a）ドイツ基本法19条4項から、原則と

(72) BVerwG NVwZ 2014, 524. なお、同様の判断方法は、従前の同裁判所の判決にも見られる（BVerwGE 131, 274; BVerwG NVwZ 2013, 1411; BVerwGE 147, 118）。自然保護法上の各種要請については、W. Durner, in: J. Ziekow (Hg.), Handbuch des Fachplanungsrechts, 2. Aufl., 2014, § 7 und A. Hinsch, Windenergienutzung und Artenschutz, ZUR 2011, 181参照。

(73) M. Lau, in: W. Frenz/H.-J. Müggendorf (Hg.), BNatSchG, 2011, § 44 Rn. 9 und P. Schütte/M. Gerbig, in: S. Schlacke (Hg.), GK-BNatSchG, 2012, § 44 Rn. 15 f. Vgl. auch BT-Drs. 16/5100, S. 11 und BT-Drs. 16/12274, S. 70 f.

して事実・法の両方に関する裁判審査が及ぶことを前提にしつつ、(β)連邦自然保護法44条改正の経緯を踏まえ、禁止規定遵守に例外規定がなくなり⁽⁷⁵⁾、個体数調査の種類・範囲や精度(Untersuchungstiefe)及び事業計画による影響の把握と評価に関する特段の定めをおかず、しかも、他環境法領域(特にイミシオン保護法)におけるような規範内容を具体化する命令や行政規則も存在しないから、連邦自然保護法が生態学及び実務の知見への準拠を求めていること、しかし(γ)当該専門領域で一般に承認された一義的基準がない限りで、立法者は行政庁の特権の評価権を認め、相応して裁判審査も制約されると判断しているのである。

このような裁判審査の後退には、非合法的な専門的問題に関わる裁判審査では珍しくないとの評価がある⁽⁷⁶⁾一方で、多くの批判がある⁽⁷⁷⁾。たとえば、連邦自然保護法44条違反に対しては過料(69条2項)ないし刑事罰(71条1項)の対象となり得るため、そのような特権的评价権は基本法103条2項の確定性原則の観点から許されないとするものがある⁽⁷⁸⁾。それに対し、前記連邦行政裁判所判決では、このような特権的评价権は、連邦自然保護法「44条の禁止対象たる行為に対する制裁規範としての機能に関わるのではなく、許認可要件・計画確定要件としての機能に関わる」こと、また、「法律上の要請に適合するため、

(74) 鳥類保護区域の指定にあたって「鳥類学上価値ある地域の周辺区域(Randzonen eines ornithologisch wertvollen Landschaftsraums)」の線引きについて、D. Murswiek, BVerwG, Beschl. v. 16. 6. 2003 - 4 B 37/03 (Auswahl von Vogelschutz- und FFH-Gebieten durch die Mitgliedstaaten), JuS 2004, 452 (453) 参照。立法者の特権的评价権については、C. Bickenbach, Die Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers, 2014参照。

(75) 「ワーストケース」を考慮すること(worst-case-Betrachtungen)も許され、したがって、事実状況を適切に把握して具体的適切である限り、疑わしい場合には、否定的な推定をすることも許される(BVerwGE 128, 1 (31))。Vgl. auch M. Lau, Fußnote 73, Rn. 5 und P. Schütte/M. Gerbig, Fußnote 73, Rn. 11.

(76) S. Paetow/R. Wahl, in: AKUR (Hg.), Grundzüge des Umweltrechts, 4. Aufl., 2012, § 4 Rn. 81.

(77) vgl. F. O. Kopp/U. Ramsauer, Fußnote 25, § 40 Rn. 31b; E. Gassner, Aktuelle Umwelt-/ Naturschutz-Rechtsfragen, NuR 2013, 324 (325); E. Brandt, Tötungsrisiko und Einschätzungsprerogative, NuR 2013, 482. より一般的には、H.-J. Koch, in: S. Schlacke (Hg.), Fußnote 73, § 15 Rn. 11.

(78) M. Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 44 Rn. 24 (Stand 63. EL Dezember 2011). より詳細には、ders, Zugriffsverbote des Artenschutzrechts und behördliche Einschätzungsprerogative, NuR 2014, 597 (598ff.).

個別事案において、自然保護に関する専門的観点から正当として許容されうるか、また、不十分なしまったく不適切な手段と認められるような評価手続きによるものではないかどうかを裁判所は審査する」として、全く裁判審査が及ばないわけではないことを示す。ただ、予測に基づく決定では、判断余地が認められる場合でも、許容可能性審査(Vertretbarkeitskontrolle)と評価手続のほか、適切な事実関係を前提としたこと、予測に説得力のある理由が詳細に付されていることや恣意的判断が疑われる明らかな誤りが評価にないことなどの点が審査されるのに比し、本判決で示された審査は相当程度に制限的・限定的である。しかも、「一義的な認識・知見」と判示している点も大きな問題がある。これは訴訟制度の相違(たとえば職権探知主義や証明責任論)が関わっていると思われる点もないではないが、仮に実体的判断が困難な場合に、どのような法的制御が可能なのか、専門知と行政上の意思決定の関係を踏まえて、次に検討を進めたい。

IV 究明・獲得途上の専門知と行政上の予測・決定の法的制御

1 科学的不確実性と法的対応・判断

専門知の究明・獲得は、それぞれの専門分野に応じて異なるものと思われるが、ごくおおざっぱに言えば、科学的実験・調査とデータ・情報の蓄積に併せ、仮説・理論モデルが設定され、その正しさに関し各種検証が行われ、再現性の存否が確認されることにより行われていく。そして、科学的不確実性は、通常、選択された変数、計測値、調査結果の抽出、推計・理論モデル、因果関係の判定など、科学的方法に関わって生じ、また、既存データが意味するものについて理解や意見が一致しなかったり(多義性)、重要となるデータが入手できていなかったりするときに発生する⁽⁷⁹⁾。それゆえ、この不確実性に伴うさまざまな負の影響ないしその発生のおそれをリスク⁽⁸⁰⁾と呼ぶのであれば、そのマネジメントは既存の知識や経験を越えた対応とならざるをえない⁽⁸¹⁾。そのため、社会的実践段階における不確実性への社会的・法的対応では、たとえば、

(79) EG Kommission, Mitteilung der Kommission, die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips, Brüssel, den 02. 02. 2000, COM 2000 (1), Ziff 5. 1. 3.

新規の化学物質や技術など既存の情報や知識ではその安全性に関し十分な判定ができないものの、その有用性・利用価値に照らし、実験室における調査研究にとどまらず、社会的利活用に供される。そしてまた、社会实践の過程でデータ・情報収集に努め、専門知の獲得と不確実性の削減に向け、その管理が維持・展開されるというように、情報・知識マネジメントが同時並行で行われる⁽⁸²⁾。

また、法的判断はある事実の存・否や適法・違法という二元的判断・評価であるため、自然科学における判定として表現される「ゼロ」と「イチ」の間の定量的な確率値または定性的表現をどのように処理し、規範的に評価するのが必然的に問われる。このように、仮に専門知を取り入れても、不確実性・多義性のもとでは、(仮にあるとしても)唯一正しい解決に向けた意思決定(法の適用)ができるとは限らない。この場合、たとえば、要件を充足していないのに「充足している」と誤判定し権利・自由を制限してしまう「第一種の過誤」と、逆に、充足しているのに「充足していない」と誤判定し保護すべき権利利益に被害が発生してしまう「第二種の過誤」という統計学上の区分が参考となる。つまり、対象となる法制度の趣旨・目的が指向する方向性が「第一種の過誤」の回避にあれば「疑わしきは自由のために」、第二種の過誤に回避にあれば「疑わしきは安全のために」という基本方針に結びつく。これら基本方針は相互の対抗関係を明確化するために相当単純化したモデル・理念型であって、その間に位置する方針を否定するものではない。また、この第一種の過誤と第二種の過誤、そのいずれの回避を重視するかは、トレード・オフの関係にある。

(80) 経営学、統計学ないし意思決定論では、不確実性下の意思決定とは、被害の程度とその発生確率が判明している「リスク」、被害が判明しているだけで確率が不明な狭義の不確実、そして、被害も確率も不明な非知・未知に区分される。また、帰責の観点から外因による被害のおそれを危険、自己決定の帰結という意味での内因としてのそれをリスクとするものなど、定義はさまざまである。詳細は、拙著『リスク行政の法的構造』21頁以下参照。

(81) K.-H. Ladeur, Risiko und Recht: Von der Rezeption der Erfahrung zum Prozeß der Modellierung, in: G. Bechmann (Hg.), Risiko und Gesellschaft, 2. Aufl. 1997, S. 209 ff.; U. Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 450 ff.; W. Köck, Grundzüge des Risikomanagements im Umweltrecht, in: A. Bora (Hg.), Rechtliches Risikomanagement, 1999, S. 129 (151 f.).

(82) たとえば、医薬品の製造販売承認を転換点として市販前と市販後のリスク・知識マネジメントについて、拙稿「リスク管理手法の構造とその法的制御」環境法研究33号(2008年)139頁以下参照。

「第一種の過誤」回避を第一義的に指向する場合、自由への介入の諫抑性、厳格な比例原則や権限行使の補充性などの伝統的な自由主義的法治国家観がその理念型として登場してくる。そして、典型的には、ある一時点の特定場面において過去と現在の延長線上に未来を仮定し、公共の安全と秩序の保持されている状態の維持・回復を目指し、それを変動させる具体的危険やその顕在化の防止に向けた権限が行使されることに現われる。すなわち、いまだ顕在化していないものの、権利自由など保護法益に対する被害発生のおそれのある行為・状態を対象に、現在の具体的な規制監督権限の行使にあたり、直近の現実性の高い事実状況をベースにして、一般に承認された日常経験則ないし自然法則を用いた蓋然性判断に基づき、予測の結果と効果的・実効的な被害発生防止という双方の観点を両睨みしつつ、最適な時点で適切な対応措置を講じることを目指すことになる。このような伝統的な法的判断方法を具現化したものが警察法規における要件・効果プログラム定式であるといえる⁽⁸³⁾。その一方で、過去の行為に対する制裁の場合、過去の確定した事実関係をもとに要件充足性を最終的に判定し、それに応じた手段を選択するという思考方法となる。法律要件が近未来の現象・状態や行為を対象としているときには、法効果にかかわる判断と予測に基づく要件充足性判断とが相互に密接に関連する場合もある⁽⁸⁴⁾。この点は、日本の伝統的学説においても「客観的な経験則に従ってなされるべき羈束行為」⁽⁸⁵⁾や「社会の平均人が、具体的の場合について、警察権の発動もやむを得ないとして是認するような客観的条件をそなえることが警察権発動の条件」⁽⁸⁶⁾と記述され、いわゆる自由裁量の問題ではないことが示されている⁽⁸⁷⁾。

「第二種の過誤」回避は、権限行使の遅延など警察法理論の欠陥を補填しながら、化学物質や技術、環境法分野における規制監督等に関わる意思決定や権限行使が段階的・継続的に行われる。そして状況・事情の変化に応じて、いったんある時点で行われた意思決定を終局的なものとして位置づけずに、持続的な調

(83) K.-H. Ladeur, Fußnote 6, S. 72 ff.

(84) J. Kokott, Fußnote 8, S. 33 f.

(85) 田中二郎『行政法総論』(有斐閣, 1957年) 290頁。

(86) 田中二郎『新版行政法下巻(全訂第二版)』(弘文堂, 1983年) 60頁。

(87) 集会等のための公の施設の使用不許可処分が争われる場合にも同様の判断方法とられる。たとえば、東京高決平成24年11月5日判例地方自治377号23頁、東京地決平成20年10月17日判例地方自治338号10頁や岡山地決平成19年10月15日判時1994号26頁等参照。

査・情報収集と必要に応じた新たな意思決定というプロセスが構築され、そのための組織・手続制度が創設されることがある⁽⁸⁸⁾。時間軸で見た場合、前述の「第一種の過誤」回避のためには直近の未来を単線的・連続的な因果の流れの中で把握するという特徴を有するが、「第二種の過誤」を回避する場合には、「現在に働きかけて」未来を変える形成的性質と因果の経過について非連続性あるいは複線性に特徴を見いだすことができる⁽⁸⁹⁾。

2 不確実性と共存するための行政法構造

専門知の取り入れについて最も典型的な方法は、直接、専門的行政組織（行政委員会など）を設置したり、担当者として専門家を任用すること、あるいは、審議会などを通じて外部専門家・外部からの専門知を意思決定過程に取り込むなど、専門知の内部化を行うことである。この内部化に当たって、当該専門家自身に対して「不偏性・中立性」と他者・他機関からの影響を（遮断ないし）軽減する「独立性」を求め、それを外形的に担保するため、関係企業からの寄付金や役職などの履歴に関する情報開示制度が導入される場合がある。また、個々の委員の「中立性」「独立性」ではなく、相対立する利害関係代表者やそれらに属さない専門家など属性・立場性を踏まえて、組織体としての意見の公正性が追求される場合もある⁽⁹⁰⁾。いずれにしても、恣意性を排除するため、意志形成過程では、審議において用いられた各種資料・記録の開示は当然として、答申案や取り纏め案など、直接審議に現れない起案段階に関わる情報の開示も必要とされる場合がある⁽⁹¹⁾。

(88) H.-H. Trute, Wissen - Einleitende Bemerkungen, in: H. C. Röhl (Hg.), Wissen - Zur kognitiven Dimension des Rechts, Die Verwaltung 2010 (Beiheft 9), S. 11 (27 ff.). E. Schmidt-Altmann, Die Ambivalenz des Wissens und die Ordnungsaufgaben des Rechts, in: H. C. Röhl (Hg.), a. a. O., Die Verwaltung 2010 (Beiheft 9), S. 39 (40 f.).

(89) M. Albers, Risikoregulierung im Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht, in: dies (Hg.), Risikoregulierung im Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht, 2011, S. 23.

(90) たとえば、拙著『リスク行政の法的構造』167頁以下。なお、佐藤靖・有本建夫「科学的助言をめぐる諸問題へのアプローチ」科学84巻（2014年）2号202頁（207頁）における各国比較も興味深い。

(91) この専門家ないし専門知の組織的取り入れに関わる問題点については、A. Voßkuhle, Sachverständige Beratung des Staates, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., Band III, 2005, § 43; P. Scholl, Der private Sachverständige im Verwaltungsrecht, 2005; Ch. Häfner, Verantwortungsteilung im Genehmigungsrecht, 2010, S. 122 ff. 参照。

このような専門知の取り入れに当たっては、前述のような重要な組織・手続的対応を前提として、法律家のみによって判断することが困難な非法的な基準である科学・技術の水準の参照・準拠が求められる。たとえば、「技術基準」（建築基準法20条、消費生活用品安全法3条1項、省エネ法3条2項など）、「科学技術の水準」（日本海溝・千島海溝周辺海溝型地震に係る地震防災対策の推進に関する特別措置法4条）、「専門的知見」や「科学的知見」に基づくこと（食品基本法5条・11条3項、国土強靱化基本法17条3項、自然再生法3条3項、ダイオキシン類対策特別措置法6条2項）など、行政が法を具体化し、何らかの活動をする際の準拠すべき基準として専門知ないし専門的知見水準の参照・取り込みが多くなっている⁽⁹²⁾。その中には、「最新の」などの修飾語が付され、専門知の変動・充実化を継続的に調査・観察し、必要に応じて事後の改善ないし適合理化する仕組み、いわゆる自省的ないし順応型管理が明示的に定められている場合も少なくない（環境基本法16条3項、生物多様性基本法3条3項、原子力規制委員会設置法1条、消費者安全法3条1項、大気汚染防止法18条の23、種の保存法53条2項、遺伝子組換え生物等の使用等の規制による生物の多様性の確保に関する法律7条1項等）。これらは、元来、法システムが指向し、維持しようとする法的安定性・明確性・確定性という側面と、いわゆる権利・法益の動態的保護⁽⁹³⁾といわれる側面の双方を調整するものと位置づけられる。特に、各種基準設定や許認可等の具体的な行為に関わる法的判断にあたって、不確実性を前提として科学的知見や科学水準などの動態・変動的な基準を参照し、その水準を維持するように専門家の関与を法律で定めるなど制度化し、情報収集や知見の確保につとめ、必要に応じて知見や水準の変化に順応・適合するように公的主体自ら、あるいは、規制の名宛人である民間事業者などに対し、知識マネジメントと共に規制の順応型管理を課すものといえる。すなわち、不確実性を前提とした法的対応・措置が後に不合理で不要となったり、従前の設定基準・措置が過剰な制約あるいは過少な規制ないし権利保障となったりすることに対する対応・是正が義務付けられるのである⁽⁹⁴⁾。

従来、法、とりわけ、法解釈はある意思決定の「正当化のプロセス」と位置

(92) この点は、日本のみではなく、ドイツを含め、多くの国々に共通する事柄であろう（H.-H. Trute, Staatsrechtslehre als Sozialwissenschaft?, H. Schulze-Fielitz (Hg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung, 2007, Beiheft 7, S. 115 (S. 129).).

(93) BVerfGE 49, 89 (139 f.).

づけられてきたが、前述の発想はいわば適切な意思決定に関する「発見のプロセス」に眼を向けたものといえる。そして、このような特徴は、法規定の部分的な脱実体化 (Entmaterielisierung)、それを補完し持続的な合理性を追求するための手続化 (Prozeduralisierung) と自省化 (Reflexivität) と表現され、また、本来法の重要な機能である法的安定性と確定性等と衝突する法の時限化 (Temporalisierung)・柔軟化 (Flexibilisierung) と表現された⁽⁹⁵⁾。そして、このような自省のプロセスは「学習する法 (das lernende Recht)」とも呼ばれ、変化・変動を前提とする科学・技術の水準に法的判断基準ないし運用を適合化させるため、当初の限定的合理性に基づく意思決定の継続的・持続的合理性を担保する法的仕組みを示す⁽⁹⁶⁾。

このようなある分野に見られる法システムの順応化では、本来、ある一定の確定した事実関係を前提として法の解釈・適用が行われる法的演繹法が法的基準の設定段階を含めて専門知の動態性・変動性に対応することの影響を受けるため、帰納法的構造を取り入れることになる⁽⁹⁷⁾。また、この専門知に付随する不確実性を行政上の意思決定に取り込む場合には、その前提たる事実関係の確たる真偽は意思決定時 (予測時点) では判明しておらず、その意思決定に誤りがありうることも内包している。それゆえ、主として経済的自由に対する介

入を正当化できるか、規制によって保護される利益との比較検討をするに当たって重要な比例原則のうち、特に介入手段の目的適合性と必要性によるコントロールが限定的とならざるを得ない⁽⁹⁸⁾。他方、前述の自省的学习が主張されるときは、安易に経済的な実現可能性を前提とした科学・技術水準を法的に鵜呑みにすることになるとの正当な批判がある⁽⁹⁹⁾。そのため、法的観点からは、実体的比例原則によるコントロール=合理化を補填するものが手続法化論や事後改善・適合化義務論である⁽¹⁰⁰⁾といえる。

3 行政上の意思決定時と情報・専門知

過去の行為・状態や事象が問題になる場合には、その包括的説明は理論的には一応可能であって、それに関わる知見は、意思決定の確実な (確実性の高い) 基礎と位置づけることができる。ただし、法的決定に当たっては、意思決定に熟した時点で、真実発見のプロセスを終了せざるを得ない⁽¹⁰¹⁾。ただ、ある事柄について将来に向けたあるいは予測に基づく何らかの決定をしようとする際、ある時点で一定条件が充足したと判断したとしても、もう少し待っていれば決定的で重要な情報が入手でき、意思決定も当初想定していた内容とは異なるものが採用された可能性が高い場合があることも考えられる。また、逆に、

(94) このような認識と規範との連動を「法におけるリスクとリスクにおける法」と題して議論を展開するものに、J. Scharrer/ M. Dalibor/ K. Rodi/ K. Fröhlich/ P. Schächterle (Hg.), Risiko im Recht - Recht im Risiko, 50. Assistentenstagung Öffentliches Recht, 2011がある。

(95) A. Scherzberg, Wissen, Nichtwissen und Ungewissheit im Recht, in: Ch. Engel/ J. Halfmann/ M. Schulte (Hg.), Wissen - Nichtwissen - Unsicheres Wissen, 2002, S. 113 (124 ff.); ders., Grundlagen staatlicher Risikosteuerung, in: M. Albers (Hg.) Fußnote 89, S. 33 ff.; I. Appel, Methodik des Umgangs mit Ungewissheit, in: E. Schmidt-Aßmann/ W. Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 327 (351 ff.); M. Albers, Fußnote 89, S. 18 ff.; I. Augsberg, Multi-, inter-, transdisziplinär?, in: ders. (Hg.), Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht, 2013, S. 3 (28)。

(96) B. Wollenschläger, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 50 f. und 223; C. Quabeck, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 190 ff. und 259 ff.; J. J. Nolte, Die Verarbeitung von extrajuridischem Wissen im Verwaltungsgerichtsverfahren, in: I. Augsberg (Hg.), Fußnote 95, S. 241 und E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, S. 163. また、調整戦略との表題のもとで同様のことを論じる I. Augsberg, Fußnote 6, S. 244 ff. も参照。

(97) L. Jaechel, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, 2010, S. 225 ff.

(98) とりわけ、立法者の予測に関しては、Ch. Hillgruber, Grundrechtsschranken, in: J. Isensee/ P. Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 3. Aufl., 2011, § 201 Rn. 68 ff. また邦語文献としては、拙著『リスク行政の法的構造』95頁以下および桑原勇進『環境法の基礎理論』(有斐閣, 2013年) 281頁以下参照。

(99) P. Hiller, Probleme prozeduraler Risikoregulierung, in: A. Bora (Hg.), Fußnote 81, S. 37f.

(100) この点に関連して不確実性の条件下における意思決定の合理化・最適化がリスクマネジメントないしリスクガバナンス論のもとで論じられる。たとえば vgl. R. Pitschas, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, W. Hoffmann-Riem/ E. Schmidt-Aßmann/ A. Voßkuhle (Hg.), Fußnote 6, § 42 Rn. 175 ff. und 201 ff. ただし、この議論では、行政活動ないし意思決定の受容の問題として、参加や透明性、情報へのアクセスについて論じられている。民主的な意思決定をすることと受容の問題は実質的には表裏の関係にあると思われるが、「受容」と関連づけることの法的意味は議論を要するであろう。

(101) たとえば、民事訴訟法243条などが一つの参考になる。他方、経済・経営学の観点からすれば、どこまで新たな情報を求めて調査を継続するのかは、限界効用がその限界費用を下回るときが意思決定に熟した時点と位置づけられる (たとえば, I. S. gen. Döhm, Staatliche Informationsgewinnung im Mehrebenensystem - ein Überblick, in: J. Oebbecke (Hg.), Nicht-normative Steuerung in dezentralen Systemen, 2005, S. 253 (282f.) 参照)。

このような「拙速」を避け、慎重に判断をするために情報収集・処理を継続し、決定を留保すると、多くの情報を得る機会が増加する反面、新たな情報の欠缺が認識されその解決も必要となり、適時・適切な意思決定が遅延して、かえって問題が深刻化することも考えられる。それゆえ、いつの時点で意思決定することが適切かという問題は停止ルール(stopping rule)ないし最適停止ルール(optimal stopping rule)の問題として統計学などで議論される⁽¹⁰²⁾。それは、法的判断・法適用に当たっても、要件充足の判定とそれに基づく権限行使の時期などの判断の際に同様の問題が登場する⁽¹⁰³⁾。それは特に、事後の問題として規制権限不行使の違法性を争う国家賠償訴訟において裁判所が「遅くとも〇〇の時点で……」と判断を出す場合に顕著となろう⁽¹⁰⁴⁾。

いずれにしても、科学・技術の進展とその社会における実践的利活用に伴うさまざまな問題を公法的に規律・解決するには、行政上の基準設定の場面であっても、それを用いる法適用の場面であっても、行政活動にあたって専門知を必要とし、かつ、究明・獲得途上にあるものを基礎におかざるを得ない場合、第一種または第二種の過誤のうちいずれの回避を法制度が重視しているのか判断することが重要となる。その場合、科学・技術と社会との界面に生じる各種問題について、継続的な知見の究明・獲得とそれへの対応(決定内容の修正・変更や処分取消など)を構造化させ、「学習プロセス」と科学的合理性の可及的追求が立法者により求められていると理解することになる⁽¹⁰⁵⁾。

(102) たとえば、竹内啓「ストップ・ルール」オペレーションズ・リサーチ：経営の科学24巻(1979年)6号312頁、坂口実「最適停止問題の諸相」オペレーションズ・リサーチ：経営の科学24巻6号317頁以下参照。また、アプローチは異なるが、松原望「意思決定の基礎」(朝倉書店、2001年)65頁、エリオット・ソーパー(松王政浩訳)「科学と証拠」(名古屋大学出版会、2012年)112頁以下参照。この点に関わる法的議論は、K.-H. Ladeur, Fußnote 6, S. 29, 89ff., 215f. und R. Wolf, Die Risiken des Risikorechts, in: A. Bora (Hg.), Fußnote 81, S. 65 (80) も参照。

(103) この点については、たとえば、警察権限の行使に関し、米田雅宏「危険概念の解釈方法(1),(2),(3),(4・完)」自治研究83巻(2007年)8号95頁、同10号87頁、同11号118頁、84巻(2008年)1号103頁参照。

(104) 筑豊じん肺訴訟・最判2004(平成16)年4月27日民集58巻4号1032頁、水俣病関西訴訟・最判2004(平成16)年10月15日民集58巻7号1802頁および泉南アスベスト訴訟・最判2014(平成26)年10月9日民集68巻8号799頁参照。

(105) Vgl. I. Augsburg, Von Gefahrenabwehr zu Risikomanagement und Opportunitätswahrnehmung, in: C. Peter/ D. Funcke (Hg.), Wissen an der Grenze, 2013, S. 209 (223ff.).

以上の観点からすれば、究明・獲得途上の専門知を用いて規制監督ないし管理が行われる場合には、その時点において利用可能で、信頼されるデータ・情報のすべてが検討されていること、採用された調査・分析及び予測方法の適切性・信頼性が認められること、法の仕組みや趣旨などに照らして必要な権利・法益のすべてを比較衡量していること、その選択・判断のプロセスが意思決定の理由と共に明確に示されていること、そして、全体を通じて判断に恣意性・不合理な契機が認められないことが、まず確認される必要がある。その上で、事後においても、新たな知見や技術の進歩などを踏まえ、必要に応じて当初の決定内容を修正・変更する義務が尽くされているかが問われることになる。このような観点は、仮に現時点で信頼性のある専門知であっても、それが後に必ずしもそうでなかった場合にも当てはまる。

V おわりに

本稿では、行政上の予測を一つの題材にして、専門知と行政上の意思決定ないし法適用のあり方について、検討を進めた。

調査・予測などの専門知を要する場面では、主に、科学的妥当性・信頼性、説得力等が重要な法的評価基準として用いられる。またそれを確認するためには、その跡付け・再検証可能性を維持するための手続的制約も重要である。この予測に過誤がある場合、それに基づく決定は、直ちに違法との評価を受けるわけではないが、予測の枠組設定の不備や非現実的な想定があったり、不十分な調査、予測手法の選択や用い方が一般に承認されたものではないなどの過誤があれば、それに基づく決定の違法原因となりうる。一般に、将来に対する予測が法適用や決定の前提にある場合であっても、それは将来に向けた蓋然性判断であるから、事後の「真実」と差異や誤差がありうることは「織り込み済み」のジレンマ⁽¹⁰⁶⁾であって、いわば予測結果が専門的見地から合理性の認められる「幅」の範囲内にあるかどうかなどを厳密に審査することが重要である。究明・獲得途上の専門知を用いて、規制監督・管理をする場合には、多くの検討課題が残されているが、少なくとも、順応的・自省的学習プロセスが重要となること、法制度がいかなる過誤を回避しようとする趣旨かを明確に意識しておく必要がある。

(106) K.-H. Ladeur, Die rechtliche Kontrolle planerischer Prognosen, NuR 1985, 81 (83).

番号	法律名	内容	備考
269	国家戦略特別区域法（平成25年12月13日法107）	・基本方針（政府）[新設] ・区域ごとの区域方針（大臣）[新設] ・区域計画（会議）[新設]	
270	アルコール健康障害対策基本法（平成25年12月13日法109）	・推進基本計画（政府）[新設] ・都道府県推進計画（都道府県）[新設]	
271	消防団を中核とした地域防災力の充実強化に関する法律（平成25年12月13日法110）	・災害対策基本法の従来の市町村地域防災計画の対象事項の追加	

〈編 者〉

宇賀 克也（うが・かつや）
東京大学大学院法学政治学研究科教授



行政法研究 第9号

2015(平成27)年7月25日 第1版第1刷発行 6539-01011

責任編集 宇賀 克也

発行者 今井 貴 稲葉文子

発行所 株式会社 信 山 社

〒113-0033 東京都文京区本郷6-2-9-102

Tel 03-3818-1019 Fax 03-3818-0344

info@shinzansha.co.jp

出版契約 No.2015-6539-1-01010 Printed in Japan

©編著者, 2015 印刷・製本/亜細亜印刷・渋谷文泉閣
ISBN978-4-7972-6539-2 : 012-020-005 C3332
P160 分類323.903.a003 行政法

〔COPY〕(社)出版者著作権管理機構 委託出版物

本書の複製・転写は著作権法上の例外を除き禁じられています。複製される場合は、そのつと事前に、(社)出版者著作権管理機構(電話 03-5613-6569, FAX 03-5613-6579, copyright@coppr.jp)の同意を得てください。