

論 説

ドイツ原子力法をめぐる議論の動向（１）

首 藤 重 幸

- | | |
|---|------------------------------------|
| ① 原子力行政における助言機関と法律よりも下位の規律 | |
| はじめに | (3)原子力施設の安全規制に関わる委員会をめぐるドイツでの議論の動向 |
| I 課題設定 | III 法律よりも下位にある規律の効力 |
| (1)伊方原発最高裁判決とウィール判決 | (1)法規命令 |
| イ. 伊方原発最高裁判決 | イ. 連邦 |
| ロ. ウィール判決 | ロ. 委員会 |
| (2)課題設定 | (2)行政規則 |
| II ドイツの原子力行政と委員会 | イ. 連邦 |
| (1)原子力行政の特徴 | ロ. 委員会 |
| (2)原子力行政における助言機関 | (3)指針と勧告 |
| イ. 原子炉安全委員会と放射線防護委員会 (a. 法律的基础／b. 任務／c. 組織構成) | イ. 連邦環境大臣の指針と勧告 |
| ロ. 核技術委員会 (a. 法律的基础／b. 任務／c. 組織構成) | ロ. 委員会の勧告 |
| | 結語 |

はじめに

近年、ドイツでの原子力発電（所）をとりまく状況は大きく変化してきている。特に1986年4月に発生したチェルノブイリ原発事故はドイツ市民にも大きな衝撃を与え、原子力発電に対する反対運動が拡大するところとなった。この状況のうえに、さらに、その他の技術的大規模プロジェクト（たとえば、フランクフルト空港18西滑走路建設）に対する反対運動などの展開

が加わり、いわゆる巨大科学技術と環境保護の関係は益々緊張した段階に入ったものとして意識されることになる。このようななかで社会民主党 (SPD) は、1986年のニュールンベルクでの党大会で核エネルギーからの脱却を決定し、1987年には同党が与党であるノルトライン・ベストファーレン州での同党大会で、州の原子力施設を将来廃止する事が決定されるまでにいたる⁽¹⁾。1982年以来、連邦政府においては原子力発電推進派のキリスト教民主同盟 (CDU) が与党の中心となっていることから、連邦レベルでの核エネルギー政策の極端な変化は生じていないが、核エネルギーの利用をめぐる環境は厳しさを増している(いまや、新規の原子力発電所を建設することは困難であり、稼働中のものより休止中の原子炉が多くなってきている。このことが、また、原子炉の解体義務規定の創設をめぐる論争をよびおこしている)。

このような状況に対応して、当然に原子力発電の全サイクルに対する法的規制形態の再検討が様々な形で提案されてきており、また一部はすでに修正されてきている。原子力の利用に対する法的規制の中心にある原子力法 (Atomgesetz) は、その成立以来すでに 7 回の改正がおこなわれてきた。最近の 7 回目の改正は、1994年に可決されたものである。そこでの改正の最大の注目点は、これまでドイツ原子力法が使用済み核燃料の再処理を原則としてきたのを修正し、再処理と直接処分の二つの可能性を同等のものとして認めたことである(再処理優先の廃止)。そのほかにも若干の改正点が

(1) 『原子力年鑑 (昭和62年度)』251頁、『原子力年鑑 (昭和63年度)』251頁、岩城成幸「『原子力法』改正への動き」(ジュリスト1020号)101頁参照。1987年に発生した核廃棄物輸送会社トランスヌクレア社の核廃棄物不正輸送問題も、原子力利用論争に大きな影を落とすことになった(これへの対応として、連邦の放射線監督機能体制を統一・強化するべく、1989年11月に連邦放射線防護局が創設された)。SPD 党大会での核エネルギーからの脱却決定、続いて同党から核エネルギー清算法が提案され、1988年には同党の連邦議会議員によりプルトリウム社会の選択に対して異議を唱える憲法訴訟が提起されるにいたる。このようなドイツの動きは、我が国の原発論争にも強い影響を与えた。たとえば、いわゆる「もんじゅ訴訟」において、プルトリウム社会の選択について国民(議会)の承認が得られていないとの原告側から提出されている主張は、このドイツの影響が考えられる。

あったが、その他のドイツ原子力法の改正検討項目として議論されてきたものの少なからぬ事項は、いまだコンセンサスが得られていないものとして今回の改正の対象にならなかったようである。

ドイツ原子力法の改正の検討項目としては、今回の７回目の改正前の数年間に議論されていたものとして、許可要件の明確化（原子力法７条関係）、許可の取消しに対する損失補償義務規定の削除（原子力法１８条関係）、施設の定期点検の法律的義務付け、放射性廃棄物の最終処分場の設置・操業の民営化（原子力法９a条関係）、解体義務の導入、助言・諮問委員会の法定化などがある⁽²⁾。

以下では、このような検討項目に関連して、それぞれについて、いかなる行政法的问题が提起されているのかを検討してゆくが、まず本稿では、助言・諮問委員会の法定化や委員構成・運営手続の改革の問題を、原子力規制についての法律よりも下位にあるの規律（法規命令、行政規則、指針、勧告等）の法的機能・効果と関連させながら検討してゆく。

I 課題設定

（１）伊方原発最高裁判決とウィール判決

イ．伊方原発最高裁判決

伊方原発最高裁平成４年１０月２９日判決は、従来の原子炉設置許可処分の取消訴訟における下級審判決の流れに沿いながら、原子炉設置許可処分の性格を裁量行為と把握したうえで⁽³⁾、司法審査の範囲と方法について次のように判示したのである。

（２） 原子力法の改正検討項目の範囲の概観については、H.Wagner, Die Sieben Novelle zum Atomgesetz, NVwZ 1993, S.513ff., R.Steinberg, Begrüßung, in: R. Steinberg (Hrsg.), Reform des Atomrechts, 1994, S.7ff.

（３） 伊方原発最高裁判決（民集４６巻７号１１７４頁，判例時報１４４１号３７頁）は，裁量という用語を使っていないが，原子炉設置許可処分を裁量行為として把握して

「原子炉設置許可処分の取消訴訟における裁判所の審理、判断は原子力委員会若しくは原子炉安全専門委員会の専門技術的な調査審議及び判断を基にしてされた被告行政庁の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきであって、現在の科学技術水準に照らし、右調査審議において用いられた具体的審査基準に不合理な点があり、あるいは当該原子炉施設が右の具体的審査基準に適合するとした原子力委員会若しくは原子炉安全専門委員会の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落があり、被告行政庁の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には、被告行政庁の右判断に不合理な点があるものとして、右判断に基づく原子炉設置許可処分は違法と解すべきである。」

このようにして最高裁判決は審理の範囲と方法を、①現在の科学技術水準に照らし、原子力委員会若しくは原子炉安全専門委員会の専門技術的な調査審議において用いられた「具体的審査基準」に不合理な点があるか、②具体的審査基準に適合するとした「調査審議及び判断の過程」に不合理な点があるか、の二段階に限定されるものとした。

この審査基準に着目して司法による審査密度を緩和する最高裁の考え方の枠組みは、ウィール判決に代表される近年のドイツにおける連邦行政裁判所の審査方式に類似していることが多くの論者により指摘されている。そして、この観点から我が国でも、連邦行政裁判所のウィール判決や、その基礎にある連邦憲法裁判所のカルカー決定についての精密な検討が、様々な視点からなされてきている⁽⁴⁾。

いることは疑いない。この最高裁の裁量の内容を、従来の下級審判決がいう「専門技術的裁量」として理解してよいとするのが多数の見解であるが、この理解につき若干の異論もだされている。この点の最高裁判決の理解にについて、山田洋「伊方原発訴訟上告審判決」（ジュリスト・平成4年度重要判例解説）46頁、高木光『技術基準と行政手続』20頁以下等参照。

- (4) 高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』71頁以下、藤原静雄「ドイツ行政規則論のためのノート」（『行政紛争処理の法理と課題』所収）239頁以下、高木・前掲73頁以下等を参照。

ロ ウィール判決

バーデンビュルク州のウィールに計画された加圧水型原子力発電所の建設についての第一次部分許可の取消訴訟において、連邦行政裁判所のウィール判決⁽⁵⁾が示した司法審査抑制（司法審査密度の緩和）の論理構造を、カルカー決定⁽⁶⁾やウィール判決後の行政裁判所の動向⁽⁷⁾などを踏まえて一般的に述べれば以下のようなになるであろう⁽⁸⁾。

まず、原子力法 7 条 2 項 3 号が定める許可要件の一つである災害配慮規定（「施設の設置および運転による災害に対し科学および技術の水準から必要とされる配慮が行われているとき」）は、警察法的に理解される「危険除去」（Gefahrenabwehr）とならんで、未来予測を含む高度の専門科学的判断が必要とされ、さらには政治的評価をも含まざるをえない「リスク配慮」（Risikovor Sorge）を含んでいる。この規定によって立法者は、このリスクの調査と評価についての責任を行政に配分しているのであるが（立法や司法よりも行政のほうが、最善のリスク配慮の実現をなしうる機能を有し、また、そのための諸作用形式を使える）、この責任の最善の遂行のためには行政に判断余地を与えることが不可欠である。行政に権限配分された科学的争点の評価とリスクの査定を、司法の評価で代替することは原則として許されず、事後的な行政裁判所のコントロール事項にはなりえないものである。裁判所の審査は、行政よる評価が、恣意的でない見解に基づいているか、それに十分な調査に基づいているかのみに限定される。

このような論理構造のもとで、ヴィール判決は、連邦内務大臣の指針

(5) BVerfG E49, 89 Beschluß vom 8.8.1978.

(6) BVerwG E72, 300 Urteil vom 19. 12. 1985

(7) BVerwG E78, 177 Urteil vom 22.10.1987（ブロックドルフ判決）、BVerwG E80, 207 Urteil vom 9.9.1988（ミュールハイム・ケールリッヒ判決）、BVerwG E81, 185 Urteil vom 19.1.1989（ヴェルクシュッツ判決）

(8) E.Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 10 Aufl., 1995, 556f., D.Blickle, Die Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbestimmungen des Atomrechts durch untergesetzliche Regelungen, Fn.3., 4., 5., in: Neues Deutsches Atomrechts-Symposium, 24.-26.Juni 1991 in München.

(Richtlinie) である「放射線被曝の一般的算定基礎」を、原子力法 7 条 2 項の「科学および技術の水準」の内容を確定する「規範を具体化する行政規則」であり、これに対する司法審査の密度が限定されるべきものであるとしたのである。すなわち、その指針が恣意的な調査に基づいていないか、原子力法の安全目的を考慮して十分に保守的な評価がなされているかのみが行政裁判所によって審査されるとしたのである。

この判決は、従来の行政規則論と整合しない内容を含んでいるのであり、このような従来にない「規範を具体化する行政規則」の考え方を作り出す基礎にあったものが、前述の司法審査抑制（司法審査密度の緩和）の論理構造である。

(2) 課題設定

さて、このようなウィール判決の（基礎にある）論理構造は、前述の伊方原発最高裁判決との類似性を示しており、最高裁判決の妥当性の根拠の一つとして、このようなドイツの行政裁判所の動向を指摘する見解もある。

しかし、ドイツでは、原子力施設の設置に関する権限が連邦からラントに委託されていることに典型的に見られるように、ドイツと日本の原子力行政の仕組みにはかなりの相違が見られ、原子力行政を管轄する官庁に対する諮問・助言機関（日本でいえば原子力安全委員会などの）の有り様にも差異がある。諮問・助言機関が策定する指針などへの司法審査密度の緩和を語るとしても、ドイツと日本での諮問・助言機関の差異が考慮されていなければ、ドイツと日本の比較・類似を正確に認識することはできない。

このようなことから、伊方原発最高裁判決でより明確に定着したところの、原子力を規制する「法律よりも下位にある規律」の裁判所への拘束力の強化の流れのなかで、この下位の規律の作成を実質的に担当する諮問・助言機関の機能と実態、あるべき運営形態などが、従来以上に検討対象とされなければならない。繰り返しになるが、そのさい、ドイツと日本での当該機関の構造的差異や、それをめぐるドイツでの理論的蓄積を看過して、

ドイツの「司法審査密度の緩和」の動向を単純に受容することは許されない。以下、ドイツにおける原子力利用を規制する「法律よりも下位にある規律」の問題を、その作成を実質的に担当する諮問・助言機関の法的性格や運営実態とからませる形で検討していくこととする。これは、ドイツでの原子力法をめぐる議論の動向の重要な部分を構成しているものである。

II ドイツの原子力行政と助言機関

（１）原子力行政の特徴

ドイツの原子力行政システムの最大の特徴は、周知のように原子力施設の設置と運転に関する許認可権限が連邦政府からラントに依託されていることであり、連邦政府はこの権限行使に対する監督と指図のみを行うということである。さらに、ラントでの許認可のための実際の審査は独立の私的機関である技術検査協会（Technische Überwachungsverein = TÜV）⁽⁹⁾がおこない、この技術検査協会での安全審査の過程に連邦政府の原子力行政機関が助言・監督という形で関与する。

さて、このように原子力施設の安全性に関する規制権限がラントに委託されていることから、たとえばラントの安全審査への関与ということで、連邦の環境大臣が原子炉の安全基準に関する行政規則を作成したとしても、この行政規則が連邦自身の官吏・被用者を内部的に拘束することは問

（９） 技術検査協会は100年以上の歴史をもつ民間検査機関であり、協会が実施する原子力施設の安全審査の必要経費は、この協会が扱うボイラ、自動車、溶接、公害防止、などの許認可審査と同じく、すべて受益者負担となっており、その費用徴収権もラント政府から技術検査協会に委譲されているとのことである（『原子力年鑑（昭和61年度）』255頁参照）。このような技術検査協会は、我が国でいう「指定法人」としての性格を有するものである。指定法人の問題については、塩野宏「指定法人に関する一考察」（芦部古稀記念『現代立憲主義の展開（下）』所収）483頁以下、米丸恒治「指定機関による行政の法律問題」（鹿児島大学・法学論集29巻1・2合併号）241頁（TÜVについては244頁）以下参照。

題ないにしても、ラントの関係官吏・被用者までも拘束するかについては問題が生じることになる。たとえば、前述のウィール判決で、規範を具体化する行政規則であるとの法的性格を与えられた連邦内務大臣の指針（このウィールでの第一次部分許可がなされた当時は、原子力施設の安全性に関する監督・指図の権限は連邦内務大臣に与えられていた）である「放射線被曝の一般的算定基礎」は、連邦行政裁判所を基本的に拘束すると判断された。しかし、この指針を連邦の行政規則として位置付けるかぎり、それがラントの政府や担当被用者を拘束するかについては重大な問題が存在している。

基本法85条2項からすれば、ラントが連邦により委託された事務を執行するについて、これを監督すべく連邦政府が行政規則を發布するについては、連邦参議院の同意が必要である。しかし、上記の「放射線被曝の一般的算定基礎」は連邦参議院の同意を得た上での行政規則ではなかった。そこで、この指針（行政規則）は、ウィール判決に従えば裁判所は拘束するがラントを拘束しないという奇妙なことになっているのである（事実、ウィール判決は、これがラントを拘束するかいなかについては触れていない）。このような日本の原子力行政では通常は発生しない問題がドイツでは発生することになるが、この点の問題については後述する。なお、連邦の管轄行政庁は、原子力行政を管轄するラント官庁への拘束力をもった監督形態として、基本法85条3項の「指図」によることもできる（この指図についても後述する）。

さて、以下で用いる行政規則の外部効力の内容については、通常通り、行政規則の国民と裁判所に対する拘束力の意味で使用する。ただし、原子力法の執行がラントに委託されているドイツでは、連邦参議院の同意が必要な基本法85条2項による「一般的行政規則」の形式をもつ行政規則でなければ連邦環境大臣の行政規則はラントを拘束しない。この意味では、連邦の行政規則にはラントを拘束するものと拘束しないものがあることになるので、ラントを拘束する連邦の行政規則を外部効力のある行政規則と表

現することもできる。つまり、行政規則の外部効力とは国民や裁判所のみでなく、ラントに対する拘束力を含むものと定義することは可能であるが、以下では、単に外部効力という場合は国民と裁判所に対する意味で使う（このような連邦とラントの問題は、我が国でも、たとえば地方税法に関する国の通達（行政規則）に関連して発生する）。

（２）原子力行政における助言機関

ドイツ原子力法20条は、許可と監督の手続について、管轄官庁は専門家の協力を求めることができるとしている。この関連で最も重要と思われるのが、原子力施設の許認可実務において、基準作成や勧告を通して安全基準を事実上確定している連邦の委員会、すなわち原子炉安全委員会(Reaktor-Sicherheitskommission = RSK)、放射線防護委員会(Strahlenschutzkommission = SSK)、核技術委員会(Kerntechnische Ausschuss = KTA)の協力である。この三つの委員会は、裁判所を拘束し、それに対する審査範囲が限定されるべき場合がある安全基準を、実質的に確定している委員会であることから、まずは、そのような法的権威が与えられ得る構成や運営になっていることが、ウィール判決に見られる論理構造が成立する絶対の前提条件となる。その重要性からいえば、原子力施設の許認可のさいの実際の基準は、「法律→法規命令→行政規則→指針（→勧告）」という順番にあるのではなく、その逆だからである⁽¹⁰⁾。このことから特に上記の三つの委員会は原子力施設の安全保証にとって決定的な重要性を有している組織であることが理解できる。伊方原発最高裁判決がいう審査方式が成立するために必要な日本の原子力安全委員会等の改革の視点をより明確にするためにも、以下において、この三つの委員会の構成と運営をやや詳しく紹介しながら、この委員会の構成・運営の改革等について提出されてきている意見を見ておくことにする（この委員会の勧告や意見表明の法的性格

(10) R.Steinberg, Untergesetzliche Regelwerk und Gremien, S.92f., in: R.Steinberg (Hrsg.) Reform des Atomrechts, 1994.

については後述)。

イ. 原子炉安全委員会と放射線防護委員会⁽¹¹⁾

α) 法的基礎

1958年に設置された原子炉安全委員会と1974年に設置された放射線防護委員会は、連邦環境・自然保護・原子炉安全省（以下、連邦環境省という）のもとに置かれているが、原子力の安全問題の所管が連邦内務省にあった時代には、この内務省の管轄下にあった。現在の二つの委員会の構成や運営は、1990年1月に連邦環境大臣によって連邦官報で告示された原子炉安全委員会と放射線防護委員会の共通規約（die gemeinsame Satzung der Reaktor-Sicherheitskommission und der Strahlenschutzkommission, 以下では、この共通規約を「RSK/SSK-S」と略）に基づいており、独立して存在していた従来のそれぞれの委員会の職務規程は、この共通規約のなかに統合された。この規約⁽¹²⁾は行政規則としての性格を有し、外部的効力をもった法規範を含んでおらず、官庁内部でのみ拘束的なものである。このように原子炉安全委員会と放射線防護委員会が委員会の設置のための法制的基礎を欠いている点については、他の法領域での同様な委員会の設置については法的基礎が与えられる場合が増えていることから、この二つの委員会の存在につき、その任務、専門家の構成、独立性等を確認する法的根拠を与えるべきとする意見が多い⁽¹³⁾。

(11) 以下で紹介する原子炉安全委員会と放射線防護委員会の構成や運営に関しては、主として、H.Jarass, Das untergesetzliche Regelwerk im Bereich des Atom- und Strahlenschutzrechts, S.407ff., in: Lukes (Hrsg.), Reformüberlegungen zum Atomrecht, 1991に依拠している（なお、Jarassは、この詳細な検討を踏まえて1991年6月にミュンヘンで開催された「第9回ドイツ原子力法シンポジウム」で研究報告を行っており、その内容が、Neuntes Deutsches Atomrechts-Symposium, 24.-26.Juni 1991 in München.の107頁以下で示されており、Jarassの考え方を理解するうえで便利な資料である）。

(12) 規約(Satzung)の性格と法源としての限界については、H.Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 10 Aufl., 1995., S.143ff.を参照。

(13) Jarass, a.a.O., S.408., さらに Steinberg は、委員会の任務が国民の生命・身体（基本法2条2項）の危険性と重大に関わることから、本質的事項の立法者

b) 任務

原子炉安全委員会と放射線防護委員会の任務は、連邦環境大臣に対する助言であるが、まず原子炉安全委員会の助言の対象は原子炉（核燃料が分裂する施設と理解されている）と核燃料サイクル（核燃料の寄託と保管、核燃料の放射性廃棄物、核燃料の製造・加工・処理、使用済み燃料の再処理・安全貯蔵・最終処分を含む）の安全性に関する事項である（RSK/SSK-S 2条1項）⁽¹⁴⁾。他方、放射線防護委員会の任務は放射線からの防護についての助言（RSK/SSK-S 2条2項）であるが、原子炉安全委員会の任務と重なる部分については、施設自身が問題でない範囲での核技術施設の放射線防護にのみ関わることで調整されている。二つの委員会の助言は勧告（Empfehlung）と意見表明（Stellungnahme）の決定形式でおこなわれるが、共通規約は二つの決定形式の差異については定めを置いていない。原子炉安全委員会の勧告は、連邦環境大臣により修正されることなく公表されることが義務付けられている（RSK/SSK-S11条3項）。それに対して同委員会の意見表明は、連邦環境大臣の決定（特に指針）に反映されるのみで、それ自体が公表されることはない。このことから勧告は、法的拘束力はないにしても一定の独立的機能を果たしている。放射線防護委員会の勧告と意見表明は、原子炉安全委員会のそれと異なり、公表・非公表で区別されず、勧告は法的拘束力はないが当為的内容を含むものが多く、意見表明の内容は事実確認に限定されている。

c) 組織構成

1 委員

原子炉安全委員会は18人の委員からなり（RSK/SSK-S 3条1項）、いか

による規律化の必要性という観点（「本質性論」）から、委員会の形式的法律による規律化が要請されているとする（Steinberg, a.a.O., S.94.）。この本質性論については、大橋洋一『現代行政の行為形式論』1頁以下等参照。

(14) 原子炉安全委員会の最も重要な勧告としては、加圧水型原子炉に対する原子炉安全委員会準則（die RSK-Leitlinien für Druckwasserreaktoren）などがある。

なる代理も認められない(RSK/SSK-S 4 条 1 項)。この委員は、自然科学、科学技術の専門領域に属する原子炉の設置・運転に関する専門家からなり、ほとんどは大学もしくは国立・半国立の研究施設に属している。放射線防護委員会の委員は17人(RSK/SSK-S 3 条 2 項)であり、自然科学、科学技術に加え医学の専門領域の専門家から構成される。この委員の構成については、原子炉安全委員会について医学者、生物学者、生態学者などが加えられるべきではないかとの意見がだされている。そして、二つの委員会ともに、そこでの決定については自然科学・科学技術的な事実確認の観点ばかりでなく「評価」の側面が含まれるのであるから、利害関係の代表者を委員に加えるべきではないかとの意見もだされている。従来、後述の核技術委員会と異なり、原子炉安全委員会と放射線防護委員会では自然=科学技術的な事実に基づく判断のみをなすのであるから利害関係の代表者は委員に加えないこととされてきた。利害関係人の代表者を委員に加えるべきとする意見⁽¹⁵⁾は、それによって発生するかもしれない若干の混乱が、逆に委員会の決定の正当性を高めるものであると考えているようである。

2 服務

委員の任期は3年間(任期途中で解任には、特別の理由が必要)で連邦環境大臣により任命されるが、一定の専門的団体に委員の提案権を与えるべきとする意見もある。委員への連続任用については、再任が一度のみ可能とするのが原則である(RSK/SSK-S 4 条 2 項)が、実際にはそれ以上の再任もなされているようである。

服務関係で興味深いのは、委員は、良心的で偏らない職務遂行と守秘義務が義務付けられており(RSK/SSK-S 4 条 4 項)、この関係で、予断をも

(15) D.Blickle, Die Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbestimmungen des Atomrechts durch untergesetzliche Regelungen, S.136., in:Lukes/Brikhofer (Hrsg.) Neuntes Deutsches Atomrechts-Symposium, 24.-26. Juni 1991 in München.は、病気につきなんらかの利益のために作られている集団に相談しようとは誰も考えないのであり、助言を求めるよき病人は常に経験のある医者に相談するものだとの比喩をもって、これに反対する。

つ案件については委員会の助言活動から排除されると定められていることである（RSK/SSK-S10条１項）。そして、委員は、委員会の委員として許可申請者や監督関係者と接触した場合は届出義務がある（RSK/SSK-S10条４項）。この届出義務について、その届出義務の範囲が狭すぎるのではないかとの批判もある。このような届出義務などをみると、ドイツと我が国で同時に、行政により策定される安全基準等に対する裁判所の審査密度の緩和が語られる場合でも、その基礎が異なることに注目せざるをえない。

３ 部会、事務所、会議

二つの委員会は、連邦環境大臣の協力（＝同意）のもとに、部会（Ausschuß）⁽¹⁶⁾を設置して特別の任務を指示することができる（RSK/SSK-S 6条１項）。

二つの委員会と部会の支援のために、それぞれの委員会の事務所が放射線防護局のもとに置かれるが、その事務所は任務の専門的な問題につき放射線防護局の指示のもとにおかれることはない（RSK/SSK-S 8条）。

通常の会議の開催は、原子炉安全委員会が１か月にほぼ１回、放射線防護委員会は１年にほぼ６回であるが、委員の３分の１以上の要求をもって、それ以上の会議を要求することができる（RSK/SSK-S12条２項）。会議は公開されず（RSK/SSK-S13条１項）、出席者は守秘義務のもとにおかれる（RSK/SSK-S 14条４項）。出席者という点では、連邦環境大臣の要請（RSK/SSK-S11条２項）という形で、連邦政府とラント官庁の関係者が会議に「参加」するのが常のようであるし、また、許可等の申請者等も会議に「参加」することができる（RSK/SSK-S13条３項）。

４ 勧告と意見表明の決定

勧告や意見表明の決定過程は、次のような三段階でおこなわれる。

①委員会での助言（問題）の対象の確定

この確定は、連邦環境大臣によりなされる場合と委員会自身でなされる

(16) Ausschuß は、委員会と表現すべきものであろうが、原子炉安全委員会と放射線防護委員会の「委員会」と区別するために、ここでは「部会」と表現する。

場合があるが、ほとんどは連邦環境大臣によりなされているようである (RSK/SSK-S 9 条 1 項 1 文)。問題の性格によっては委員会の下にある部会に直接、助言の課題を与えることもできる (同項 2 文)。

②部会への検討の付託

委員会から検討を付託 (RSK/SSK-S11 条 4 項) された部会では、付託事項に対する勧告ないし意見表明の提案をするが、ラントの鑑定人 (技術検査協会) と申請者に意見表明の機会を与える。そして最終提案を委員会に送付するが、助言の課題が連邦環境大臣から直接に与えられたものについては、同時に連邦環境大臣にも最終提案を送付する。

この部会の作成した最終提案は公開されないが、やはり相当数の利害関係者には説明も含めて、この提案が示されていることから、部会の提案を一般的に公開すべきであるとの意見もある。

③委員会での勧告と意見表明の決定

通常の決定は委員の単純多数でなされるが (RSK/SSK-S16 条 1 項)、勧告が具体的な問題に関するもので、核技術施設の立地や運転開始に関するもの等については委員の 3 分の 2 の多数決が必要である。投票で少数となった委員は、その少数意見の公表を要求することもできるが、実際に要求されたことはないようである。なお、科学技術研究の進歩の早さを考えれば、とくに一般的な勧告の改正という問題が出てこざるをえない。委員会の共通規約は、これについてなんらの言及もしていない。この点については、原子炉安全委員会と放射線防護委員会の一般的勧告は、一定期間ごとに改正の必要性を検しななければならないとの義務付けを定めることが必要であるとの意見がある。

ロ 核技術委員会

a) 法律的基礎

1972年に設置された核技術委員会 (der Kerntechnische Ausschuß) は、今日では1987年9月の連邦環境大臣による「核技術委員会を連邦環境大臣の管轄に移す告示」(Bekanntmachung über die Übernahme des Kernte-

chnische Ausschusses in die Zuständigkeit des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, 以下では、これを「KTS-S」と略）に依拠している。核技術委員会は1974年に職務規程を作成している（1980年２月に改正）が、上記の告示のなかに職務規程たる性格を有するものも含まれている。核技術委員会は、行政規則として位置付けられる上記の告示のなかで連邦環境大臣のもとに設置すると規定されるのみで、法律的基础をもっていない。そこで、原子炉安全委員会と放射線防護委員会の所で紹介したと同じ、核技術委員会を原子力法のなかで明確に基礎付けるべきであるとの意見がある。

b) 任務

核技術委員会の任務は安全技術基準の作成と、その適用の促進であるが（KTA-S 2条）、安全技術基準はその規制内容が詳細であり、安全目的達成のための技術的解決が示されている。この点で、同じ安全目的の達成といっても、典型的な事項を扱い、やや一般的な規制内容になる原子炉安全委員会と放射線防護委員会の勧告や意見表明と区別される。そして、安全技術基準が公表されるのは、経験を基礎にして、原子力施設の建設と運転に関する専門家と鑑定人と官庁の意見が一致する場合のみであることから、原子力法7条2項3文で要求される「科学と技術の基準」よりはレベルが劣るものと考えられているようである。

c) 組織構成

1 委員

委員は50人からなるが、その委員の構成についての特徴は、専門家のみで構成する原子炉安全委員会や放射線防護委員会と異なり、専門家とならんで利害関係者の代表が委員に加えられていることである⁽¹⁷⁾。核技術委員

(17) 委員は、原子力施設の製造・建設の代表（10人）、原子力施設の運転者の代表（10人）、原子力施設につき原子力法の執行を管轄するラント官庁と監督権を行使する連邦官庁の代表（10人）、鑑定人（社団法人・技術検査協会やその連合体、有限会社・原子炉安全協会）と助言機関（原子炉安全委員会、放射線防護委員会）の代表10人、そのほかの官庁や組合等の代表10人、で構成される。この委

会の委員構成については、環境保護団体と学会からの代表がいないことが問題として指摘されている。また、核技術委員会の決定が委員の6分の5の多数決を必要 (KTA-S 6条2項) とすることから、委員の個々のグループが拒否権を有していることになり、委員会の運営においては特に原子力施設の製造・建設のグループが優位な位置にあることが指摘されている⁽¹⁸⁾。

2 服務、小部会、事務局、会議

核技術委員会は、必要のある場合には小委員会 (Unterausschuß) を作ることができ、この小委員会には核技術委員会の委員以外の者も加わることができる (KTA-S 8条1項)。この小委員会には、一般的問題に対応する小委員会、基準作成にかかわる小委員会、基準作成をする他の外部の委員会に参加する小委員会の三つの種類がある。

委員会の事務局は、行政組織的にのみ原子炉安全協会 (die Gesellschaft für Reaktorsicherheit) に編入されている (KTA-S 5条3項)。会議はすくなくとも年一回は召集され非公開 (KTA-S 6条1項) であり、委員会の議長団が指定する範囲での守秘義務が委員に課せられる (職務規程3条3項)。核技術委員会の決定は、前述のように6分の5の多数決が必要であり、投票権の委任は許されていない。

3 勧告と意見表明の決定

核技術委員会で決定された安全技術基準案は、連邦環境大臣と共に原子炉安全委員会にも送付される。連邦環境大臣は送付された安全技術基準案につき、官報で当該基準案の表題と内容説明を公表することが義務付けられており、同時に、完全な基準案の入手方法についての情報も与えなければならない (KTA-S 7条3項)。そして、さらに、そこでは3か月の期間内に基準案に対する修正提案がなされうる。このような過程を経て、連邦環境大臣により決定された安全技術基準が公表されることになる。

員の構成の詳細は、Jarass. a. a. O., S. 420., Steinberg, a. a. O., Fn. 43.を参照。

(18) Steinberg, a. a. O., S. 90.

（３）原子力施設の安全規制に関わる委員会をめぐるドイツでの議論の動向

以上、原子力施設の安全問題に関わる連邦レベルでの委員会の構成や決定過程とともに、これに対する改革・改正の意見を見てきた。

本稿の最初に、今回のドイツ原子力法改正をめぐる論点の一つに、専門委員会の形式的法律による規範化があることを紹介した。それは単なる形式論ではなく、原子力施設の安全基準に関する委員会の勧告等が国民の身体・生命に本質的に関わる性質を有し、しかも、その勧告は、単なる専門的事実確定でなく（政治的）評価を含むという認識を基礎とするものである。すなわち、多くの論者が指摘するように、一定の限界値内で建設・運転すべきとする原子力施設の安全基準に関する決定は、同時に、（統計学的に）多数の確実な事故死、生命や健康への被害、財産への損害、さらには環境破壊を許容する意味を含んでいる⁽¹⁹⁾。このような国民の基本権に重大なる影響を与える政治的評価を含む委員会の決定の正当化を、法治主義システムの枠外に押しやり、単に三権分立という基本法上の根拠をもって与えられる行政権の正当性や、選挙により選出されている政府（行政）の民主的正当性のみで説明することはできないのである。形式的意味での法律により、すくなくとも、委員会の設置、委員構成や会議運営の基本原則などが規範化されるべきである。この場合、委員会の委員構成の多様性（代表専門領域の多様性、少数意見の反映）というものが保証されていなければいけないほど、委員会での決定過程におけるヒアリングの必要性が大きくなるとの原則が確実に前提とされていなければならない⁽²⁰⁾。

伊方原発最高裁判決は、裁判所による安全審査基準への司法統制の範囲

(19) Vgl. Steinberg, a. a. O., S. 84.

(20) Vgl. Steinberg, a. a. O., S. 97f., さて以上のような委員会をめぐる規範化の要請は、日本にとっても同様に要求されるべきであるが、さらに我が国の実態を考えてみるならば、委員会が決定に至った理由や前提にしたデータの開示なども、重要な要請になると思われる。

を限定化したが、最高裁判決の理論枠組みが成立するために必要な委員会の構成・運営原理に関する理論的確認もしくは理論的蓄積がない段階で判決が出されたという意味で、最高裁判決は時期尚早な判決であったといわざるをえない。この理論的蓄積のないこと、すなわち必要な委員会の構成・運営にたいする原理的思考の欠如が、あのような基準作成委員会たる原子力委員会や原子炉安全専門審査会等（原子力安全委員会は、この伊方原発 1 号炉の設置許可当時は存在していなかった）の運営実態に対する最高裁の甘い法的評価を導いた原因であるといわざるをえない。

III 法律よりも下位にある規律の効力

前述の様に、原子力施設に関する様々な許可決定にとっての基準となるものの実際の重要性は、本来の法秩序が前提にしている「法律→法規命令→行政規則→指針（→勧告）」の人工滝のような流れで垂直的に存在しているのではなく、その逆である。そうすると、法律や法規命令は問題ないにしても、従来の行政法学体系からすれば国民や裁判所を拘束する効力（外部効力）のない行政規則や指針が許可基準として決定的な位置を占めていることは許容されるのか、許容されるとすれば、いかにこれを体系整合的に説明してゆくかの検討は、多大な困難をともなうことになる。この困難は、行政法のいずれの領域にも多かれ少なかれ存在しているが、原子力行政領域では特に困難な問題として浮かび上がってくる。ドイツを見ると、原子力法と放射線防護法の下にある法規命令は、その二つの法律のなかにある法規命令への授權規定自身の数よりもはるかに少なく、行政規則の数はさらに少数であり、そして、その下に原子力施設に関連する膨大な数の指針等が存在する。この変形したピラミッドの形からも容易に想像されるように、（ラントによる）管轄官庁の許可処分のさいの決定的基準は（連邦環境大臣による）指針等に表示されており、しかも、裁判所がその高度に専門的な指針の違法性を全面的に審査することは容易でないという状況がある。

このような状況のなかで、ドイツでは重要な指針等を法規命令に引き上げるべきとする議論と並行して、指針等になんらかの外部効果（Außenwirkung）を付与する理論的努力がなされてきたのである。「行政の自己拘束（Selbstbindung von Verwaltung）」の理論、「先取りされた専門家鑑定（antizipiertes Sachverständigengutachten）」の理論、そして前述のウィール判決で行き着いた「規範を具体化する行政規則（normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften）」の理論は、そもそも外部効力のある法規命令を除く、法律よりも下位にある規律に外部効力を認めようとする理論的努力の成果であった⁽²¹⁾。以下では、原子力施設に関する「法律よりも下位にある規律」の問題を、原子力行政領域における外部効力の観点から検討する。

（１）法規命令

イ 連邦

原子力法と放射線防護法は多数の法規命令への授權規定を有している。法規命令の外部効力については、以下に見るように行政規則よりも下位にある規律のような問題はないが、原子力法54条2項1文により、原子力法に依拠する法規命令は連邦参議院の同意を必要としている（だし、同項2文に該当する法規命令については連邦参議院の同意を必要としない）。

この法規命令に関しては、原子力法の不確定な概念の具体化に関するところの、法規命令よりも下位にある規律を法規命令に引き上げるべきであり、それによって、「規範を具体化する行政規則」というような不明確な法カテゴリーを使うことなく、外部効力に関する困難が解決されとする見解は少なくない⁽²²⁾。この見解自体には異論のないところであろう。しか

(21) この点については、大橋『行政規則の法理と実態』39頁以下、高木・前掲30頁以下等で詳細な検討がなされている。

(22) Steinberg は、これまで法規命令が連邦参議院の拒否によって挫折したことは記憶にないとして、原子力法の具体化を法規命令で行うべきであるとしている（Steinberg, a. a. O., S. 129）。

し、この問題は、原子力施設に対する安全基準等の作成につき、非公開の専門家のみによる形(＝連邦参議院の同意を必要としない行政規則、指針)と、公開の非専門家も参加する形(＝法律、連邦参議院の同意を必要とする法規命令)によるのと、いずれが合目的かという問題とも関連する。規範を具体化する行政規則の考え方を支持する立場は前者を合目的であると見ていることになる。

次に、連邦インミッション法に規定があることの関係で、原子力法における法規命令の作成についても、関係団体のヒアリングを実施する規定を原子力法に置くべきとの提案がある。現在の原子力法や放射線防護法の法規命令の作成過程では、ほとんどの場合にヒアリングがおこなわれたという事実、しかも法規命令の正当性を高める点で望ましいという観点からも、この提案がなされているようである⁽²³⁾。

ロ．委員会

原子炉安全委員会や放射線防護委員会の勧告、さらに核技術委員会の安全技術基準が法規命令の性格を獲得するためには、基本法80条1項に基づいて法律により法規命令を発布する権限が与えられなければならないが、そのような法律の規定は存在しない。そえゆえ、これらの委員会が法規命令としての勧告を発布する可能性はない。

(2) 行政規則

イ 連邦

原子力法や放射線防護法に関連する行政規則には、連邦内部の行政規則、一般的行政規則、ラントの行政規則の三つの種類がある。連邦内部の行政規則は、原子力法と放射線防護法の執行のためのものでラントに委託され

(23) Jarass, a. a. O., S. 372. なお、同じ箇所 Jarass は、法規命令の作成過程に原子炉安全委員会と放射線防護委員会の参加を義務付け、法規命令がこの委員会の見解と異なる内容になる場合には、連邦環境大臣がその理由を示すべきとする提案について、それでは法規命令を委員会が作っているような印象を与えることになるので反対するとしている。

ていない範囲での行政規則である。これは連邦の被用者もしくは受任者のみに拘束力をもつことは当然である。これに属するものが原子炉安全委員会と放射線防護委員会に対する前述の規約(RSK/SSK-S)である。ラントの行政規則は、非常にまれのようなものであるが実際に存在する。

そして、連邦の委託に基づいてラントが行政課題を遂行する場合、連邦は基本法85条2項に基づき連邦参議院の同意を得て一般的行政規則を発布することができる。この一般的行政規則は連邦の法律を執行するラントの官吏と被用者を拘束する。

さて、行政規則をめぐる最大の関心は、いうまでもなく外部効力に関するものである。現在では、行政規則に外部効力があることは一般的に認められており、問題は「いかなる法的理由付けで、いかなる要件のもと、いかなる限界のなかで」認められるかということである。

この法的理由付けとしては、まず、基本法3条1項の平等原則という確実な基礎をもって「行政の自己拘束」が登場する。この自己拘束の理論自体には理論的疑問はないにしても、その原子力法領域における機能領域は狭いものであろう。自己拘束が機能する通常の場合とは、「特別な事由」もなく行政規則と異なる扱いを行政庁がなす場合に⁽²⁴⁾、この行政庁の行為が裁判所によって違法と評価されることになり、その範囲で当該行政規則は行政庁ばかりでなく、行政庁の処分の相手方たる国民、それに裁判所に対して外部効果を有する、ということになる。原子力施設をめぐる紛争は、管轄行政庁がなした原子力施設の設置許可に対して、当該処分の第三者たる住民がその取消しを求めるという形態をとり、その場合に行政庁が許可基準とした行政規則（もしくは指針）が科学と技術の基準を充足しないという攻撃方法をとることになる。このような場合には、行政の自己拘束の

(24) Jarass は、自己拘束による拘束が行政規則への拘束ではなく、行政実務への拘束であるとしている。しかし一般論のレベルでいうならば、現在では、行政実務と行政規則は一致するのが通常であるから、行政規則違反行為は行政実務違反と評価されていると思われる。この点については、拙稿「通達・指導」（日税研論集25号）190頁。

理論が働く範囲は極めて限定的なものであろう。

つぎに登場したのが、事実認定における証拠価値の領域のものである。すなわち、一般的な経験則が問題である場合、行政規則が遵守されたときには法律上の要件は遵守されたとの外観的証明が存在するとする「一応の推定」⁽²⁵⁾もしくは「先取りされた専門家鑑定」としての価値を行政規則に認め、事実認定に関連しての外部効力を認めようとするものであった。しかし、この理論は、原子力法もしくは放射線防護法の法律上の要件充足の認定については、非法的な事実認定のみでなく「評価」の要素が不可欠であることから、行政規則の外部効果を導く理論としては妥当性を否定されることになった⁽²⁶⁾。そして、ウィール判決での「規範を具体化する行政規則」の理論に行き着くことになる。

この規範を具体化する行政規則の理論は、いまだ判例・学説において安定した承認のなかにあるとはいい難く、これを支持する者のなかでも、いかなる場合に行政規則による規範の具体化が承認されているとみるべきなのかについては意見のわかれるところである（もちろん、これについてウィール判決はなにも語っていない）。そのことから、規範を具体化する行政規則の行政による策定権限を法律でもって確認するとともに、その作成については原子炉安全委員会や放射線防護委員会のヒアリングを踏まえることとして、規範を具体化することのさらなる正当根拠を形成するべきとする意見がでてくることになる⁽²⁷⁾。

ロ 委員会

原子炉安全委員会や放射線防護委員会の勧告、それに核技術委員会の安全技術基準を行政規則として位置付けることはできない。なぜなら、これ

(25) 証拠価値とは、一定の証拠資料が事実認定に役立つ程度のことである。また「一応の推定」とは、十のうち八ないし九くらいまでの程度に高い蓋然性をもつ経験則にもとづく事実上の推定である。これらについては、中野貞一郎ほか編『民事訴訟法講義 [補訂第二版]』286, 319頁参照。

(26) この点については、高木・前掲49頁以下参照。

(27) Jarass, a. a. O., S. 383f.

らの委員会が他の行政部門に対する監督権限を有していないからである。連邦環境大臣が委員会の勧告に行政規則の形式を与えたとしても、それだけでは基本法85条2項の要件（連邦参議院の同意）を充足していないことから、ラントを拘束する行政規則とはなりえない。しかし、ラントがこれらを行政規則に指定することは、理論的には可能である⁽²⁸⁾。

（3） 指針と勧告

イ 連邦環境大臣の指針と勧告

原子力法と放射線防護法における法規命令の数は多いものではなく、行政規則の数はさらに少ない。このような状況を多数の連邦環境大臣の告示が補っている。原子炉安全・放射線防護ハンドブック(Handbuch Reaktorsicherheit und Strahlenschutz)のなかの「連邦環境大臣の告示」の章には、「指針(Richtlinien)」という表示のもののほか、「原則(Grundsätze)」、「基準(Kriterien)」、「準則(Leitlinien)」、「措置勧告(Rahmenempfehlungen)」などが、あわせて80以上も集められている。

さて、このような表示の不統一は、不必要な混乱を与える場合があり、連邦環境大臣の告示のうち、原子力法と放射線防護法の執行官庁に向けられる告示を「指針」と表示し、外部の者に向けられる告示（例、「職業上放射線にさらされる者の医療上の監視に関する原則」）を「勧告」として、明確に区別して表示することが提案されている（この連邦環境大臣の勧告(告示)は、また、委員会の勧告と区別される）⁽²⁹⁾。

以上のように区別される意味での指針につき、まず、それがラントの原子力法の執行官庁を拘束しうる行政規則として性格付けられうる場合があるかを考えてみると、指針が行政規則として位置付けられるためには基本法85条2項の要件を充足しなければならない。このことから、前述の様にウィール判決が、この要件を充足しない「大気中もしくは水面への放射能

(28) Jarass, a. a. O., S. 430.

(29) Jarass, a. a. O., S. 387.

放出による放射線被曝に関する一般的算定基準」を、規範を具体化する行政規則として性格付けたことには問題が生じる。85条2項の一般的行政規則の要件を充足していないがゆえに、ウィール判決によれば、当該指針はラントの執行官庁を拘束しないが裁判所は拘束するという、奇妙な結果を導くことになってしまう⁽³⁰⁾。このような結果を是認しえないとの立場に立つならば、85条2項の要件を充足しない指針の外部効力の根拠は、行政規則とは異なるものとして求められなければならないことになる。

そこで、指針の作成は、実際には連邦環境大臣とラント官庁との見解の一致が前提になっているとの事実⁽³¹⁾をとらえて、指針を行政協定としてとらえることにより外部効果を導こうとする見解がある。しかし、このような事実上の見解の一致が前提になっていることをとらえて行政協定の性格を指針に与えることには無理があり、また、それを行政協定ととらえることができるとしても、それによりラントへの拘束を導きうるが、そこから裁判所等にとっての外部効力を導くためには、なんらかのウィール判決の理論構成に類似するものの媒介が必要になってくる。

次に、では指針を基本法85条3項に基づく連邦環境大臣の指図(Weisung)として外部効果を導けないかが検討されることになる。85条3項は、連邦の委託によってラントが連邦法律を執行する場合、ラント官庁は管轄連邦最高官庁の指図に従うと規定する。この場合、同条2項の「一般的行政規則」とこの「指図」の区別が前提として問題になる。この区別が不明確な場合には、連邦参議院の同意を要求する同条2項の一般的行政

(30) Jarass, a. a. O., S. 392f., ブリックルは、原子力法の執行に関する連邦環境大臣の指針は、ラント官庁との合意のうえで作られるものであるから、連邦環境大臣の指針がラント官庁を拘束するか否かなどということは、問題になることはないとする (D. Blickle, a. a. O., S. 130.)。

(31) D. Blickle, a. a. O., S. 130., Jarass, a. a. O., S. 387f. も、指針の典型的なものはラントの原子力エネルギーに関するラント委員会と一致した決定を基礎とし、しかも、原子力エネルギーに関するラント委員会という名前にもかかわらず、実質は連邦環境大臣が出席している「連邦・ラント委員会」であると指摘している。

規則の目的を、そのような同意の必要ない３項の指図でもって実現できることになるからである。これについては多様な見解があり、ここでは空間的に固定されている対象に関するもので具体的な内容のものが指図の対象であるというくらいに理解しておこう⁽³²⁾。このような意味での指図がラント（ラント最高官庁）に対してなされた場合、確かにラントの執行官の指針への拘束は発生する。しかし、同じく、これから直接に裁判所等に対する外部効力の発生を説明することは、これまた容易ではない。

以上のようなことを考えてくると、ウィール判決は、なぜ、「放射線被曝の一般的算定基礎」という指針に、まず行政規則という性格を85条２項を無視するかたちで与えておいて、そのうえで、これに外部効力を認めようとしたのかという点は疑問に思えてくる。指針のままでも、前述のウィール判決の基礎にある論理でもって、直接に外部効力を認めることはできたのではなかろうか。まさしくウィール判決の理論構造は、指針の決定過程における委員会の組織や手続の民主化がさらに進められることを前提に、指針にも直接に及ばざるをえない（及ばずにはおかない）性格を有しているものと思われる。

さて、もう一つ、指針に外部効果を与える方法がある。それは、法規命令や行政規則のなかで、管轄官庁に指針の顧慮を指示する（＝義務付ける）ことである⁽³³⁾。このような法規命令や行政規則のなかに指示条項を置く方法については、これが、指示条項の発布の時点ですでに存在して適用されている特定の指針の顧慮を指示する静態的指示（statische Verweisung）の場合には、なんらの法的疑念がない。しかし、研究の進歩に連動すべく、いわば、そのときどきでの最新の指針の顧慮を指示する動態的指示（dynamische Verweisung）は、基本法85条２項の要請を回避するものであり、結果的に法定立権能の行政権への委譲がなされたことにもなり、許容されないものと解されている。

(32) Jarass, a. a. O., S. 397.

(33) これについては、高木・前掲61頁以下参照。

指針に対する「一応の推定」や「先取りされた専門家鑑定」の適用は、前記の行政規則のところで述べたと同じ問題状況のもとに置かれる。

ロ. 委員会の勧告

委員会の勧告が法規命令や行政規則として位置付けられえないことについては、すでに述べたところである。

さらに、すでに述べたところとの対応でいえば、もちろん委員会自身は基本法85条3項により指図をなす権限はないから、指図の方法で勧告をラントに拘束的なものとすることはできない。この委員会の勧告をラントにとって拘束的なものとするためには連邦環境大臣が85条2項もしくは3項に基づいて、この委員会の勧告を拘束的なものとする必要がある。指針の所で述べた法規命令や行政規則のなかに指示条項を置く方法は、委員会の勧告についても利用可能であり、これにより委員会の勧告が外部効力を有し得ることになる。もちろん、この場合にも、静態的指示のみが許容される。委員会の勧告に対する「一応の推定」や「先取りされた専門家鑑定」の適用も、前記の行政規則や指針と同じ問題状況のもとに置かれる。

結 語

法律よりも下位にある規律、とくに行政規則や指針、勧告になんらかの形で外部効力（特に裁判所に対する外部効力）を認めていこうとする場合、その外部効力を導く法技術的理論構成の検討も確かに重要であるが、それを導く前提となるものの、その下位の規律の拘束力を正当化する規律自身の作成手続の検討が不可欠である。この規律作成手続の検討については、特に、その作成過程で決定的な影響力を持つ助言（諮問）委員会の委員構成や運営原則の原理の検討が不可欠である。この点の検討なくして、法律よりも下位にある規律の外部効力が安易に語られ容認されるならば、それは司法国家原理を根底から掘りくずすものとなる恐れがある。さいごに、多くの論者に引用されるベンダの言葉を紹介しておこう。

「行政の危険評価に対して裁判官により行われる審理方式の、審理代替的コントロールから制限的なコントロールへの移行は、これに相応する形で、行政が技術的安全規範を策定してゆく制度と手続の規範化を前提とする。基本権保障という観点からは、この規範化不足が埋め合わされないまま、裁判所が技術基準の内容に完全に拘束されることは妥当ではない。規範定立者が必要な領域で実体的な基準を定立できないという場合、規範定立者は可能な限りの基本権配慮のために、本質的な制度的・手続的備えをすることが義務付けられている。立法者は、危険の技術的コントロールの領域での権力分割を再度復活するために、このチャンスとらえるべきであった。ここに、いまだ完全には、その重要性が認識されていない目下焦眉の政治的課題が横たわっている。」⁽³⁴⁾

(34) E. Benda, Technische Risiken und Grundgesetz, S. 10., in: Blueme/Wagner (Hrsg.), Technische Risiken und Recht, 1981.