



平成17年(ワ)第87号、平成18年(ワ)第16号

遺伝子組換え稲の作付け禁止等請求事件

原告ら 山田稔 外22名

被告 独立行政法人 農業・食品産業技術総合研究機構

### 準備書面 ( 4 4 )

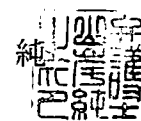
平成21年5月1日

新潟地方裁判所高田支部合議係 御中

被告訴訟代理人弁護士 畑 中 鐵



同 弁護士 山 岸



被告訴訟復代理人弁護士 大 塚 陽



同 弁護士 辻 崇 成



#### 第1 緒論

- 原告らは、本来、原告らにおいて主張立証すべき「本件GMイネ中にどの程度のディフェンシンが蓄積し、それが水田水中にどの程度流出した場合に、原告らの主張する「水田水中に常時大量に漏出したディフェンシンが大量の耐性菌を生じせしめ、植物、さらには動物に悪影響を及ぼし、人類を滅ぼす」なる損害が発生するのか」について、何らの基準も提示しな

いまま本件鑑定を強行したが、自らに有利な鑑定結果が得られなかったことから、今般、「鑑定未了」、すなわち、真の意味での鑑定がなされていないとして、鑑定事項2についての再鑑定の申出をするに至った。

2 しかし、被告準備書面（40）等で繰り返し述べてきたとおり、本件鑑定は「本件GMイネから水田水中にディフェンシンが常時大量に流出することなどない」との結論を以て適正に終了している以上、再鑑定を行う必要性も相当性も存在しないから、原告らの当該再鑑定の申出は却下されるべきである。

3 もつとも、仮に、原告らによる「本件鑑定では、真の意味での鑑定ができなかった」旨の再鑑定の必要性に関する主張を前提とした場合にも、以下の理由から、当該再鑑定の申出は、やはり却下されるべきものなのである。

(1) 原告らによる当該再鑑定の申出は、民事訴訟において忌避されるべき模索的証明に該当し、当事者は鑑定の対象とすべき立証事項を明らかにして申出をなすべきことを規定する民事訴訟法（以下、単に「法」という）180条1項、民事訴訟規則（以下、単に「規則」という）99条1項及び同129条1項に違反するものである。

(2) 原告らが、前記基準について、これまで全く明らかにしてこなかったにもかかわらず、鑑定が終了して訴訟も終盤に達した現段階において、突如として当該基準についての主張を提出する旨述べ、これをもとにして再鑑定の申出をなすことは、適時提出主義違反を惹起する時機に後れた攻撃防御方法の提出に該当するのであり、これにより被告が被る不利益の重大さに照らしても厳に禁止されるべきものであるから、被告は本準備書面を以て法157条1項の申立てをなすものである。

4 また、今後、原告らが前記基準についての主張を提出した場合に、当該基準によって原告らの主張する請求権の存在を基礎付けるというのであれば、実質的に「法の遡及適用」にも等しい不利益を容認するものであって、法的安定性を著しく害し、民事訴訟を貫くべき正義・公平の理念に悖る結果となるものであるから、原告らの請求には理由がないものとして、本件訴訟は即時に棄却されるべきである。

5 したがって、今般の原告らによる「本件GMイネ中にどの程度のディフェンシンが蓄積し、それが水田水中にどの程度流出した場合に危険なのか」の基準の主張及びこれに基づく再鑑定申出は、いずれも厳に却下されるべきであり、原告らの本件請求は理由がないものとして直ちに棄却されるべきであるので、以下、この点について、詳述することとする。

## 第2 原告らの立証活動が模索的証明として許されないこと

### 1 緒論

(1) 被告としては、被告準備書面(40)等で繰り返し述べてきたとおり、本件鑑定は「本件GMイネから水田水中にディフェンシンが常時大量に流出することなどない」との結論を以て適正に終了している以上、再鑑定を行う必要性も相当性も存在しないから、原告らの今般の再鑑定申出は却下されるべきである旨を主張するものである。

(2) もっとも、原告らの主張に対応するため、以下では、仮に、原告らによる「本件鑑定では、真の意味での鑑定ができなかった」旨の再鑑定必要性に関する主張を前提とした場合にも、やはり当該申出が却下されるべきものであることについて詳述する。

### 2 民事訴訟において忌避されるべき模索的証明

(1) あるべき鑑定<sup>1</sup>の申出方法

ア 「鑑定も証拠申出の一種」(伊藤眞「民事訴訟法 第3版3訂版」(以下、「伊藤眞」という)364頁)であるから、「当事者は、鑑定の対象とすべき立証事項を明らかにして鑑定の申出をなす」(同頁。法180条1項、規則99条1項及び同129条1項)が必要である。

イ すなわち、鑑定により証明すべき事実を具体的に明示することで、相手方の防御権を保障し、かつ、裁判所による鑑定の必要性の判断を可能ならしめるのである。

(2) 模索的証明と法180条1項、規則99条1項及び同129条1項違反

ア 民事訴訟では、「主張を取り交わし一致しないところにつき証拠を申請して証拠調べに入るとするのが健全な姿である。主張は、証拠調べに入ることを覚悟してなされなければならない、証拠の裏づけのない主張はなすべきでない」(高橋宏志「重点講義民事訴訟法下巻補訂版」有斐閣(以下、「重点講義」という)79頁)のである。

イ ところが、「ともかくも証拠調べに入りそこで情報を得て後から主張を整える」(重点講義79頁)という証拠の申出や証拠調べが存在し、これらを「模索的証明(または、探知証明、証拠漁りの旅)」(同頁)という。

ウ そして、ドイツの判例は「模索的証明は不適法」との旨の判決を多数出したことが知られているところ、「これはもっともな処理だと見えるが、法律論としては、立証事項を特定していない証拠申出であり(一八〇条一項)、その関係で不適法だということができる(立証事項の特定がないと、相手方は不意打ちを受け防御権を侵害される。裁判所も、

証拠の採否の判断ができないし、仮に証拠調べに入っても目標が不明なのであるから効率的な処理ができない」(重点講義 79 ないし 80 頁)のである。

エ すなわち、模索的証明は、被告の防御権の保障、被告の応訴の負担、訴訟経済及び迅速な裁判の観点から、「当事者は、鑑定の対象とすべき立証事項を明らかにして鑑定の申出をなす」ことを規定する法 180 条 1 項、規則 99 条 1 項、同 129 条 1 項に違反する違法な立証方法なのである。

### 3 原告らの訴訟追行

- (1) それにもかかわらず、原告らは、本件GMイネ中にどの程度のディフェンシンが蓄積し、それが水田水中にどの程度流出した場合(量、濃度及び残存時間等)に、原告ら主張の「水田水中に常時大量に漏出したディフェンシンが大量の耐性菌を生じせしめ、植物、さらには動物に悪影響を及ぼし、人類を滅ぼす」なる損害が発生するののかとの基準について、自らが主張立証すべきであるのに、この点に関する何らの明確な主張・立証もないまま、漠然と「ディフェンシンが流出するか」との鑑定の実施を強硬に求めた。
- (2) これに対し、被告は、事前に「本件鑑定結果が提出された後においても、なお、議論が錯綜することを予め防ぐべく、本書面においては、本件鑑定結果毎に、それぞれの場合における今後の訴訟進行に関する被告意見を詳述する」(被告準備書面(37)「第1 本書面の目的」4)として、本件鑑定を有効・適切に実施するために、予想される各鑑定結果に対応すべき訴訟上の帰結を整理し、これを通じて適切な実験条件や立証事項を確定するよう求めていたが、前記のような原告らの強硬な姿勢

により、原告らの要望どおりの鑑定嘱託機関及び実験方法で、原告らのイニシアティブによって本件鑑定が実施された。

- (3) そして、被告の事前の懸念どおり、原告らの主張の根幹である「水田水中に常時大量に漏出したディフェンシン」の存在の直接証拠となる実証実験（主実験）たる鑑定事項1について明確にディフェンシン不検出の結果が得られたにもかかわらず、本件鑑定を自らのイニシアティブで強行した原告ら自身が再鑑定を申し立てるに至っている。
- (4) また、本件鑑定嘱託機関所属の佐藤文彦教授（以下、「佐藤教授」という）は、本件鑑定の結果について、佐藤教授から貴庁に対して平成21年3月11日付でファクシミリ送信された「質問事項への回答」（以下、「本件回答書」という）の中で、「植物体中にいくら蓄積することが危険なのか、あるいは、環境中にいくら放出されることが危険と判断されるのかの基準がないと、真の意味での鑑定は困難である」（質問事項2(1)に対する回答8ないし10行目）とし、本件鑑定においては、原告らにより当該「危険と判断されるのかの基準」が明らかにされていなかったことから、「真の意味での鑑定」が困難となった旨を述べた。
- (5) これを受けて、前回期日（平成21年3月26日）の際、貴庁が、原告らに対し、佐藤教授の指摘する「危険と判断されるのかの基準」が明らかにされない限り原告らの再鑑定の申出を認めることはできない旨を述べたところ、原告らは「その点が必要ということであれば、すぐに準備して主張する」旨を回答し、原告らが、当該基準を主張することができなかった特段の事情があるわけでもないのに、この点について、これまで何ら明らかにしてこなかったことを自認した。

#### 4 原告らの立証活動が模索的証明として違法であること

- (1) 仮に、原告らによる「本件鑑定では、真の意味での鑑定ができなかった」旨の再鑑定の必要性に関する主張を前提とした場合、原告らのかような訴訟追行は、「植物体中にいくら蓄積することが危険なのか、あるいは、環境中にいくら放出されることが危険と判断されるのかの基準」を何ら明らかにしないまま本件鑑定の実施を強硬に求めたものであり、当該基準が不分明なままであった結果、佐藤教授をして「何をどのような基準に従って、どこまで解明する必要があるのか」が確定できないまま鑑定を実施せざるを得ない状況に追い込み、以て本件の争点に有効かつ最終的な解決をもたらす「真の意味での鑑定」を困難ならしめたことになるのであるから、要するに「鑑定の対象とすべき立証事項」を明らかにすることなくなされた鑑定の申出に他ならないのである。
- (2) かえって、原告らは、自らのイニシアティブで強行した本件鑑定の終局に至って不利な結果が出たとみるや、当該鑑定結果を“なかったもの”にするために、佐藤教授による前記「真の意味での鑑定は困難である」等の言明があったことを奇貨として新たに再鑑定を申し出ようとするものであるから、その実は「とりあえず鑑定を求めてみる」、「ディフェンシン流出の結果が得られなくても、鑑定結果に付随して得られる情報を利用して鑑定結果に異議を唱え、有利な結果が得られるまで何度でも再鑑定を申し出ればよい」という態度に尽きるものであり、そこには、本件鑑定を本件訴訟に有効かつ最終的な解決をもたらす「真の意味での鑑定」にしようとする誠実な姿勢が一切見当たらない。
- (3) なお、確かに、原告らは漠然と「ディフェンシンが流出するか」との立証事項を掲げてはいたが、原告らの主張を前提とすれば、この程度の立証事項では本件鑑定を「真の意味での鑑定」ならしめることができない

かったことは原告らも自認するところなのであるから、模索的な当て推量との評価を免れ得ない。

(4) そして、このような「当て推量の証拠申出は脱法であり、やはり不適法だとすべき」(重点講義 80 頁)なのである。

(5) したがって、原告らの当該訴訟追行は、まさに模索的証明に該当するものであるから、「当事者は、鑑定の対象とすべき立証事項を明らかにして鑑定の申出をなす」ことを定めた法 180 条 1 項、規則 99 条 1 項及び同 129 条 1 項に違反する。

## 5 小括

したがって、仮に、原告らによる再鑑定の必要性に関する主張を前提とした場合、今般の原告らによる再鑑定の申出は、民事訴訟において忌避されるべき模索的証明に該当するものであるから、被告の防御権の保障、被告の応訴の負担、訴訟経済及び迅速な裁判の観点からも、「当事者は、鑑定の対象とすべき立証事項を明らかにして鑑定の申出をなす」ことを定めた法 180 条 1 項、規則 99 条 1 項及び同 129 条 1 項に違反するものとして、厳に却下されるべきである。

## 第 3 原告らの訴訟活動が適時提出主義違反として許されないこと

### 1 緒論

被告としては、本件鑑定が有効な結論を得て適正に終了している以上、原告らの今般の再鑑定の申出は却下されるべきである旨を主張するものであるが、以下では、前記第 2 と同様、仮に、原告らによる再鑑定の必要性に関する主張を前提とした場合にも、やはり当該申出が却下されるべきものであることについて詳述する。



## 2 適時提出主義と時機に後れた攻撃防御方法の却下

### (1) 適時提出主義

ア 法156条は、「攻撃又は防御の方法は、訴訟の進行状況に応じ適切な時期に提出しなければならない」として、適時提出主義を明文化している。

イ 適時提出主義の表れの一つとして、法は、時機に後れた攻撃防御方法について、「一方で、すでに行われた主張や証拠調べが無駄になり、相手方当事者や裁判所に無用の負担をかけることになるとともに、他方で、新たな主張や証拠申出が続出することは、さらにそれに対応する相手方の主張や立証を誘発することとなり、審理を遅延させ、迅速な紛争の解決に対する当事者や社会の期待を裏切る結果となる」（伊藤眞 255 頁）ことから、「裁判所は、申立てにより又は職権で、却下の決定をすることができる」（法157条1項）と規定している。

### (2) 時機に後れた攻撃防御方法の却下の要件

ア 法157条1項は、時機に後れた攻撃防御方法の却下の要件として、①提出が時機に後れていること、②当事者に故意又は重大な過失があること、③そのために訴訟の完結が遅延することを挙げている。

イ ①時機に後れたかどうかは、「当該攻撃防御方法が提出されるまでの審理の進行状況を考慮して、より早く、かつ、適切な時機にその提出が期待できたか否かを基準として判断」（伊藤眞 256 頁）される。

ウ ②当事者の故意又は重過失については、「後れて提出されたことについて何らの合理的理由が認められなければ、重過失が推定される」（伊藤眞 257 頁）。

エ ③訴訟の完結を遅延させるかどうかは、「当該攻撃防御方法を却下し

た場合に予想される訴訟完結の時点と、それについて審理を行った場合の訴訟完結の時点とを比較して判断される」(伊藤真 257 頁) のであり、「続行期日が予定されているときであっても、審理の遅延がありえないわけではない」(同頁)。

### 3 原告らの訴訟追行態度

原告らは、訴訟の開始から優に3年以上が経過し、かつ、本件訴訟の前には、本件原告らのうちの複数名が貴庁に対してなした「被告は被告北陸センターにおいてディフェンシン遺伝子を組み込ませた稲を試験作付けしてはならない」旨の仮処分申立て(新潟地方裁判所高田支部平成17年(ヨ)第9号)も係属していたのであるから、実質的には4年近くも同様の争点が争われているにもかかわらず、準備に多大な時間や労力を費やした鑑定実験も適正に終了した現段階に至って、貴庁からの「佐藤教授の指摘する「危険と判断されるのかの基準」が明らかにされない限り原告らの再鑑定の申出を認めることはできない」旨の言明に対し、「その点が必要ということであれば、すぐに準備して主張する」旨を述べた。

### 4 原告らによる時機に後れた攻撃防御方法の提出と被告の申立て

#### (1) 法157条1項の各要件の充足

ア 原告らによる再鑑定の必要性に関する主張を前提とすれば、本件訴訟においては、前記「危険と判断されるのかの基準」が本件鑑定を「真の意味での鑑定」ならしめるために必要なものであったところ、事前に貴庁及び当事者間で実験方法、実験条件及び鑑定の対象とすべき立証事項の内容等の必要な事項について十分に検討を行う期間があったのであるから、①当該基準についての主張が提出されるべき適切な時機は、遅くとも、本件鑑定囑託の採用決定がなされた平成19年1

0月5日以前であったことは明らかであるが、原告らは、未だに当該主張を提出しないまま現在に至っている。

イ そして、原告らは、前日期日（平成21年3月26日）において、当該「危険と判断されるのかの基準」について「すぐに準備して主張する」旨を述べており、当該主張の提出は十分可能であったことが明らかならば、②「後れて提出されたことについて何らの合理的理由」も存在しないから、原告らには、時機に後れた提出についての故意又は重過失があるといえる。

ウ さらに、③原告らの当該「危険と判断されるのかの基準」の主張を容認すれば、当該基準の妥当性について新たに長時間の議論・検討が必要となるばかりか、当該主張を受けて原告らによる今般の再鑑定の申出が認められるようなことになれば、本来、被告が実施した黒田実験（乙19、25）のみならず原告らのイニシアティブで行われた本件鑑定でも「本件GMイネから水田水中にディフェンシンが常時大量に流出することはない」との最終的な鑑定結果が得られている以上、本件訴訟は速やかに結審されるはずであったところ、再び長期間を要する鑑定実験が行われることになるのであるから、「当該攻撃防御方法を却下した場合に予想される訴訟完結の時点と、それについて審理を行った場合の訴訟完結の時点とを比較」すれば、訴訟の完結を遅延させることは争う余地がない。

(2) 法157条1項の申立て

このように、原告らによる再鑑定の必要性に関する主張を前提とすれば、原告らのかような訴訟追行により、本件鑑定をはじめ、訴訟開始から3年以上に渡って行われてきた主張や証拠調べが無駄になるのである

り、これによって被告が被る応訴の負担・防御上の不利益は重大であるから、被告は、貴庁に対し、本準備書面をもって、原告らによる当該「時機に後れた攻撃防御方法」の却下を申し立てるものである（法157条1項）。

## 5 小括

- (1) 以上のように、仮に、原告らによる再鑑定必要性に関する主張を前提とすれば、原告らによる前記「危険と判断されるのかの基準」の提出及びこれに基づく再鑑定の申出は、法157条1項の全ての要件を十分に充足するものであり、訴訟開始から優に3年以上が経過するという異常な事態であること及び被告の被る不利益の重大さを考慮すれば、これらを却下せずに容認することは、同項の空文化を招くものであって、同項及び法156条の趣旨を没却するものとの誹りを免れ得ない。
- (2) したがって、被告は貴庁に対して法157条1項の申立てをなすものであり、原告らによる今般の「危険と判断されるのかの基準」の主張及びこれに基づく再鑑定の申出は、適時提出主義（法156条）に違反し、時機に後れた攻撃方法として却下されるべきなのである（法157条1項）。

## 第4 原告らの主張が実質的な「法の遡及適用」であり許されないこと

### 1 精神的損害の不存在

#### (1) 精神的損害発生のために必要な認識

原告らは、本件訴訟において、本件GMイネからディフェンシンが流出することにより生じる「耐性菌の大量発生」等の副次的な危険の発生を前提として、精神的損害を被った旨を主張しているのであるから、単

なる仮説や妄想の類では賠償請求など認められるべきではないことに鑑みても、原告らの請求が認められるためには、原告らが当該危険の発生を認識することが必要であるというべきである。

## (2) 精神的損害の不存在

ア しかしながら、原告らは、ディフェンシン流出を裏付ける何らの科学的証拠も提示できていないばかりか、かえって、本件訴訟においては、既に黒田実験（乙19、25）と本件鑑定という2つの鑑定実験においてもディフェンシンの流出がないことが明らかとなっており、（事実として、ディフェンシンは流出しないのであるから当然のことであるが、）前記危険の発生の大前提となる「ディフェンシン流出の事実」さえも認識していない。

イ さらに、原告らは、前回期日（平成21年3月26日）において、前記「危険と判断されるのかの基準」について、これから調査して主張する旨を述べて、訴訟開始から優に3年以上が経過した現段階においても、「本件GMイネ中にどの程度のディフェンシンが蓄積し、それが水田水中にどの程度流出した場合に危険が発生するのか」についての認識がないことを自認した。

ウ よって、原告らは、「ディフェンシンが流出していること」及び「流出による副次的な危険が発生するには、どの程度のディフェンシンの流出が必要なのか」のいずれについても何らの認識もないのであるから、これらの認識があることではじめて得られる「ディフェンシン流出により生じる副次的な危険の発生」の認識など、一切持ち合わせていないことは自明であり、何を以て原告らに精神的損害が発生したというのか全く不明なのである。

## 2 違法性の不存在

### (1) 権利侵害の不存在

原告らは、「ディフェンシン流出により生じる副次的な危険の発生」に対する精神的損害を主張するものであるところ、前記1で述べたように、原告らには何らの精神的損害も発生していないことが明らかであるから、原告らの主張する精神的な権利に対する侵害もなかったことは明らかである。

### (2) 故意・過失の不存在

不法行為の成立には、行為当時において行為者に故意・過失があったことが必要であるところ、前記1(2)で述べたように、現在、2つの鑑定実験でディフェンシンの流出がないことが確認されており、かつ、未だ前記「危険と判断されるのかの基準」が何ら明らかにされていないという事情に照らせば、「原告らが主張するような、ディフェンシン流出による危険など発生し得ない」というのが、被告による本件GMイネ作付け行為の当時はもちろん、現時点でも「水準に適った科学的知見」であると言えるから、被告には何らの故意・過失もなかったものというべきである。

## 3 実質的な「法の遡及適用」

(1) 原告らは、今般、前記「危険と判断されるのかの基準」を新たに提出し、これに基づいて原告らの請求権を基礎付けようと試みる。

(2) しかし、「一般に民事上の法律行為の効力は、他に特別の規定がないかぎり、行為当時の法令に照らして判定すべき」（最高裁判所昭和35年4月18日決定）ところ、この理は法令の適用に限定されるものではなく、例えば「公序が法律行為の後に変化した場合においても同様に考

なるから、前記第2及び第3で述べたように、本件訴訟における被告の  
防御権が違法・不当に侵害され続けていたことが、この意味でも裏付け  
られるのである)。

## 第5 結論

被告準備書面(40)等で述べてきたとおり、本件鑑定は「本件GMイ  
ネから水田水中にディフェンシンが常時大量に流出することなどない」と  
の結論を以て適正に終了している以上、そもそも再鑑定を行う必要性も相  
当性も存在しない。

そして、以上述べたように、仮に、原告らによる「本件鑑定では、真の  
意味での鑑定ができなかった」旨の再鑑定の必要性に関する主張を前提と  
した場合にも、原告らによる今般の再鑑定の申出をはじめとする訴訟追行  
は、模索的証明及び時機に後れた攻撃防御方法として却下されるべきもの  
である。

また、今後、原告らが提出する「危険と判断されるのかの基準」によっ  
て本件GMイネ作付け当時の被告の行為を評価することは、実質的に「法  
の遡及適用」を行うに等しく、正義・公平の理念に悖る結果となるもので  
あるから、許されるものではない。

したがって、被告は、貴庁に対し、原告らによる当該基準の提出と再鑑  
定の申出を即時に却下し、原告らの主張立証の不十分を確認した上で、速  
やかに本件訴訟を棄却することを求める次第である。

以上