

平成26年（行ヒ）第411号 行政上告受理申立て事件

申立人 秋山 博 外12名

相手方 群馬県知事 外1名

## 上告受理申立理由補充書

2014（平成26）年11月28日

最高裁判所第二小法廷 御中

上告受理申立人ら訴訟代理人弁護士 野 上 恭 道 代

同 嶋 田 久 夫 代

同 福 田 寿 男

ほか50名

## 目 次

I	補充書提出の趣旨と本事案の概要	8
第1	補充書提出の趣旨	8
1	法律時報の八ッ場ダム訴訟特集号の発行	8
2	『戦後河川行政とダム開発横利根川水系における治水・利水の構造転換』の発刊	8
3	補充書提出の趣旨	9
第2	本事案の概要と本補充書での補充事項	9
1	事案の概要	9
2	本補充書での補充事項	10
II	原判決の法的判断枠組みへの批判	14
第1	原判決の判断枠組みの問題点	14
第2	河川法上の受益者負担金等の支出差止請求の概要	14
第3	負担命令をめぐっての地方公共団体の意見申出・争訟制度	15
1	国から費用の負担命令を受けた場合の地方公共団体の対応法制について	15
2	河川法63条に基づく納付通知の効力の争点は「著しい利益の存否」である	18
3	住民訴訟は代位訴訟であり，支出に係る違法要件の加重は許されない	21
第4	原判決の現行法制の点検状況と一日校長事件最高裁判決の援用	22
1	原判決の点検状況—国からの賦課処分を争うことができる制度についての看過	22
2	一日校長事件最高裁判決は本件事案には適用外である	23

第 5	原判決の判断枠組み批判	25
1	群馬県には納付義務の違法性・内容の適正性を検証すべき義務と権限があるのに、原判決はこれを看過し、尊重義務を不当に強調する誤りを犯している	25
2	原判決は地方自治法，地財法等の法令遵守や審査義務を全く看過している	28
3	群馬県の審査基準は「著しい利益の有無」・「違法の有無」であるのに、原判決は「重大かつ明白な瑕疵」とする重大な誤りを犯している	29
4	争点は「著しく利益を受ける」の存否である一人見教授，野呂教授の所見から	31
5	原判決は「違法」ではなく「無効」の証明を求めているのである	32
第 6	原判決は「著しい利益」の存否や利根川治水計画の不合理性については実質の審理をしなかった	34
1	原判決は納付通知には「重大かつ明白な瑕疵」がないとして棄却した	34
2	「重大かつ明白な瑕疵」という審査基準で各論には判断回避	35
第 7	「Ⅱ」のまとめ	36
1	原判決の判示と 3 教授の見解の対比	36
2	判例違反・審理不尽，地方自治法・河川法の重大な解釈の誤りは明白	37
Ⅲ	一日校長事件最高裁判決の解釈を誤りその射程を超えて援用し，国土交通大臣の納付通知に過剰な拘束力を承認する誤りを犯した原判決	39
	はじめに	39
第 1	一日校長事件最高裁判決とその射程	39
1	同事件判決の事案と判旨	39

2	同事件判決の内容と特徴	40
3	同事件判決の射程	42
4	射程論のまとめ	45
第2	原判決の判断枠組みに関する主要な判示とこれらの問題点	46
1	原判決の基礎的な判断枠組み	46
2	野呂教授の原判決の解読	46
3	原判決の問題点	47
第3	野呂教授の原判決批判	47
1	野呂教授の一日校長事件最高裁判決の射程論の視点	47
2	野呂教授の原判決への各論批判について	48
3	野呂論文を全面的に援用する	52
第4	田村教授，人見教授らによる原判決批判	54
1	田村教授による原判決批判	54
2	人見教授による原判決批判—人見「6月号論文」	55
3	人見教授による一審判決批判 —甲A第19号証	56
第5	原判決批判のまとめ— 一日校長事件最高裁判決の射程を誤り，重大な判例違反を犯している原判決	57
1	一日校長事件最高裁判決の判決要旨	57
2	事案の相違—4号事案をそのまま1号事案には使えない	58
3	事案の相違—法主体間の関係では射程外となる	59
4	法定要件を充たさない納付通知には尊重義務はなくこれを訴訟で争える本件を一日校長事件最高裁判決で縛るのは，地方自治法等の解釈を誤り，かつ重大な判例違反を犯すものである	61
IV	伊方原子力発電所設置許可処分取消訴訟最高裁判決が判示する司法審査の判断枠組みに基づく原判決批判	64
	はじめに	64

第1	伊方原子力発電所設置許可取消訴訟における違法性の主張，立証責任の配分	65
1	設置許可処分の取消訴訟における違法審査基準ないし要証事項	65
2	設置許可処分の取消訴訟における違法性の主張・立証責任の配分	66
3	行政庁の要証事項と行政庁の立証責任	66
4	伊方最高裁判決の射程について	68
第2	伊方最高裁判決に反する原判決の「重大かつ明白な瑕疵」の認定手法	70
1	原判決の基礎的な判断枠組みの設定	70
2	原判決の違法審査の手順	71
3	原判決の「重大かつ明白な瑕疵」方式の採用と認定手順	71
4	伊方最高裁判決とは反する原判決の主張，立証責任の配分	72
第3	利根川水系の基本高水・毎秒2万2000 m <sup>3</sup> 計画の「不合理な点」	72
1	昭和24年策定の「利根川改修改訂計画」—氾濫なしで毎秒1万7000 m <sup>3</sup>	74
2	昭和55年の「利根川水系工事実施基本計画」—突然の「氾濫戻し」で毎秒2万2000 m <sup>3</sup>	74
3	本訴訟では国土交通省の「基本高水」の説明は二転三転	75
4	基本高水・毎秒2万2000 m <sup>3</sup> は「計算上の仮設計」であった	76
5	国土交通大臣の謝罪—「2万2000トンありきの検討」	78
6	恥の上塗りの「洪水，山に上る」の氾濫状況報告書	78
7	「上流域での氾濫は1000万m <sup>3</sup> 程度」—大熊意見書	80
8	国土交通省内には基本高水の算定記録もなく，外部への回答は不統一	81
9	上流の大氾濫はねつ造だから基本高水の説明は二転三転，氾濫戻しの説明ができない計画の「不合理な点」は明らか	82

第4 国土交通省の「氾濫説」及び日本学術会議の検証作業における「不合理な点」	86
1 分科会は、国土交通省の大氾濫説を却下した	87
2 未確認の流出計算技法で算出されたピーク流量・毎秒2万1100 m <sup>3</sup>	89
3 日本学術会議の計算手法では、大規模洪水では過大な計算値となる	90
4 計算精度が低いことを自認する小池委員長の総括的な答弁	91
5 関准教授が指摘した過大な計算値が出るカラクリ	92
6 関証言での分かり易い解説	94
7 分科会採用の流出計算手法の信頼性は未確認、入力データは洪水を大きめに、という計算手法の「不合理な点」は明らか	95
第5 むすび	98
V 利根川の基本高水計画の不合理性について	101
はじめに	101
第1 二転三転した基本高水（毎秒2万2000 m <sup>3</sup> ）の国土交通省の説明	103
1 そのときばったりの基本高水の解説	103
2 大氾濫もなし、堤防改修もなし	103
3 建設省・国土交通省の4回の説明	104
4 説明相互の矛盾、破綻は明白	105
第2 大氾濫はなく調査もせず、「計算上の仮設計」であり、河道改修などの予定は全くなかったことを示す事実の各論	106
1 カスリーン台風では大氾濫はなく、堤防改修計画もない毎秒2万2000 m <sup>3</sup> 計画	106
2 「毎秒2万2000 m <sup>3</sup> 」計画の不合理、破綻は明白	109
第3 「毎秒2万2000 m <sup>3</sup> 」計画に対する「梶原意見書」の判定—「全く	

もって事実の基礎を欠き，不合理である」	110
1 判断の主たる根拠資料，判断過程	110
2 「梶原意見書」の結論—「全くもって事実の基礎を欠き，不合理である」	113
第4 八ッ場ダムによって「著しく利益を受ける」ことはないことの確認	114
1 申立人らのこれまでの水位低減効果の主張要旨	114
2 国土交通省が説明する水位低減効果の算定法と八ッ場ダムの効果	115
3 「梶原意見書」が指摘した「引き伸ばし計算の不確実性」と倍率の修正	116
4 「梶原意見書」が示した八ッ場ダムの水位低減効果	117
5 計算された水位低減効果も，事実とは離れた「机上の計算」である	119
第5 小田急線最高裁判決及び伊方原発最高裁判決の司法審査基準からみた利根川の基本高水計画の不合理性	121
1 基本高水計画の不合理性について	121
2 仮想条件の下に行われた水位低減効果であって不合理であり，群馬県等は「著しく利益を受ける」関係にはない	122
3 小田急線最高裁判決，伊方原発最高裁判決の司法審査基準にも違反する	123

## I 補充書提出の趣旨と本事案の概要

### 第1 補充書提出の趣旨

#### 1 法律時報の八ッ場ダム訴訟特集号の発行

法律時報の平成26年6月号には、「小特集 八ッ場ダム訴訟の論点—住民訴訟の新しい視点を探る」と題する特集が搭載されている。この小特集の論者は、田村達久早稲田大学教授、野呂充大阪大学教授、人見剛早稲田大学教授の3教授陣であった。3教授の論題は、この順に、「八ッ場ダム住民訴訟東京高裁判決の検討」、「一日校長事件最高裁判決の射程」、「国の直轄公共事業に係る自治体負担金の法的統制」と題されるものであり、八ッ場ダムをめぐる6都県における住民訴訟のうち一番最初に判決が出された東京事件の控訴審判決を取り上げたものであるが、本件群馬事件の控訴審判決についてもその論旨は共通するものである。

3教授の各論考の論旨で共通するところは、一連の八ッ場ダム住民訴訟東京高裁判決は一日校長事件最高裁判決の射程に関する考察を誤っており、同最高裁判決から引き出された判断枠組みを八ッ場ダム住民訴訟に援用したり適用したりしたことは誤りであると指摘され、国土交通大臣が東京都など利根川流域の地方公共団体に発した納付通知に過大な拘束力を持たせるのは誤りである、とするものである。

#### 2 『戦後河川行政とダム開発—利根川水系における治水・利水の構造転換』の発刊

平成26年6月30日、「戦後河川行政とダム開発—利根川水系における治水・利水の構造転換」（著者梶原健嗣 ミネルヴァ書房刊）という著作が発刊された。この書には、昭和55年の利根川水系工事实施基本計画において、利根川の基本高水のピーク流量が、それまでの毎秒1万7000m<sup>3</sup>から同2万2000m<sup>3</sup>に増量改訂されたのは「氾濫戻し」によるものであるとして始まっていたこと



(同書202～203頁)，しかし、今日では、カスリーン台風の再来計算が毎秒2万2000m<sup>3</sup>にずれの根拠は二転三転し、結論としては現実化しない「机上の計算」であることが判明したなどの記述がなされている(205頁)。また、平成23年1月からはじまった日本学術会議・分科会における基本高水の検証作業をも取り上げられており、そこでの国土交通省からの「洪水、山に登る」という氾濫計算報告書(285頁)や、同分科会の「河道域の拡大と河道貯留」によっても、「計算流量と実績推定の乖離は最後まで解けなかった」(293頁)とし、「利根川水系の基本高水に設定されているカスリーン台風洪水の実績流量推定、再現計算には重大な事実誤認がある」(294頁)と結論づけられている。

### 3 補充書提出の趣旨

上述した3教授の各論旨及び梶原氏の論述は、原告住民(控訴人・上告受理申立人)らが、これまでに主張してきた論旨と同じくするものである。そこで、上告受理申立人らは、これらの3教授の論考及び梶原氏の論述を中心にして、既提出の上告受理申立理由の補充を行うこととして、「補充書」を提出するものである。

## 第2 本事案の概要と本補充書での補充事項

### 1 事案の概要

- (1) 群馬県企業管理者は、ハッ場ダムに関する特ダム法に基づくダム使用権設定予定者であり、建設費負担金、水特法負担金および基金負担金を負担している。また群馬県は、河川法60条に基づく建設事業負担金、群馬県企業管理者が支出する建設費負担金を補助するために行う一般会計から水道事業特別会計への一般会計繰出金の支出を行っていた。
- (2) これについて、群馬県の住民(原告・控訴人・上告受理申立人)らは、ハッ場ダムのダム使用権は群馬県の水道事業に不要であり、また同ダムは治水上も不要な施設であり、群馬県にとっては河川法63条1項に定めると同様の「著

しく利益を受ける」関係にはない等のほか、八ッ場ダムがダム建設に不適格でありダム湖岸の地盤には地すべりの危険があつて、八ッ場ダムが河川法上の河川管理施設としての性状と機能を有しておらず、また、八ッ場ダムの建設計画が環境保護法令に違反する違法な事業であるから、それら建設費負担金、水特法負担金、基金負担金、建設事業負担金および一般会計繰出金の各支出が違法であると主張して、地方自治法242条の2第1項1号請求（以下「法242条の2第1項」は略記）として各支出の差止めを求め、また、ダム使用権設定予定者の地位が同法237条の「財産」に当たり、八ッ場ダムが群馬県の水道事業等に必要がないにもかかわらず、群馬県企業管理者がダム使用権設定申請を取り下げない行為が「財産の管理を怠る事実」に当たると主張し、同3号請求として、群馬県企業管理者が国交大臣に対し八ッ場ダム使用権設定申請を取下げる権利の行使を怠る事実の違法確認を求め、さらに、群馬県知事の職にあるないしあつた個人が、違法な支出をしない義務を負うにもかかわらず、その義務に反して上記一連の各支出をし、また、群馬県企業管理者の職にあるないしあつた個人らが、違法な支出をしない義務を負うにもかかわらず、その義務に反して上記一連の各支出をして群馬県に損害を与えたと主張して、同4号請求として、相手方群馬県知事に対して当該職にあつた個人に対する損害賠償の請求を、および、群馬県企業管理者の職にあつた個人らに対する損害賠償の請求をすることを求めたものである。

## 2 本補充書での補充事項

### (1) 大臣納付通知の違法性

本補充書で扱うのは、前記「事案の概要」で述べた請求原因の中で、八ッ場ダムの治水上の不要性のうち、河川法60条1項に基づく建設事業負担金についての大臣納付通知の違法性が明白であるとの主張を補充するものである。

原判決は、上記の本件事案における大臣納付通知の違法審査の判断枠組みに

ついて、一日校長事件最高裁判決が同事案で示した判断枠組みを用い、この納付通知を受けた群馬県は、これに「重大かつ明白な瑕疵」がない限り、大臣納付通知の審査を行わないまま同納付通知に沿った負担金の支出を行っても違法とはならない旨判示し、申立人らが主張してきた利根川水系の基本高水の策定経緯の不透明性や基本高水の不合理性・過大性、そして河川法60条1項に基づく建設事業負担金においても要求される河川法63条1項の「著しく利益を受ける」の法定要件の客観的な違法性審査を実質行わないまま申立人らの請求を排斥した。

そこで、本補充書の「Ⅱ」においては、原判決の納付通知の違法性の判断枠組みを3教授の論考に依拠して改めて点検する。ここでは、原判決は、一日校長事件最高裁判決を援用しながら、「被告知事は、上記通知に重大かつ明白な瑕疵がある場合でない限り、上記通知を尊重してその内容に応じた財務会計上の措置を執るべき義務があり、これを拒むことはゆるされないと解される」旨の判示を行っているが、これは全く妥当しないことを指摘する。そして、原判決がこのような判断枠組みを採った結果、河川法60条1項においても要求される河川法63条1項の「著しく利益を受ける」の違法審査が事実上行われず、利根川水系の基本高水の策定経緯の不透明性や基本高水の不合理性・過大性などの重要な事実の審理、判断がないがしろにされたこと、そして、これは同時に地方自治法や地方財政法等重要な関係法令の解釈の誤りを犯していることを指摘する。

そして、本補充書「Ⅲ」においては、同じく3教授の論考に依拠して本件事案において一日校長事件最高裁判決を援用することが許されるのかを検証する。この結果は、原因行為と後続の財務会計行為とを担う行政機関が別の法主体（行政主体）である事案では同最高裁判決を援用するのは許されないことだということになる。原判決の一日校長事件最高裁判決の射程の考察に関する誤り（判例違反）について原判決の批判を行うものである。

## (2) 原判決の立つ立証責任論の誤り

行政処分の取消訴訟における主張・立証責任に関し、伊方原子力発電所設置許可処分取消訴訟最高裁判決（平成4年10月29日最高裁第1小法廷判決民集46巻7号1174頁。以下「伊方最高裁判決」という）は、「被告行政庁がした右判断に不合理な点があることの主張、立証責任は、本来、原告が負うべきものと解される」としながら、「当該原子炉施設の安全審査に関する資料を全て被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮すると、被告行政庁の側において、まず、……被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある、」と判示している。行政庁の処分に対する取消訴訟において、原則的に原告側に取消理由が存在することの立証責任を全面的に負担させるとの扱いが肯定されるべきかは問題のあるところであるが、伊方最高裁判決は、そうした配分を原則としながらも、実質においては、被告行政庁に、行政側の判断には不合理な点がないことの主張・立証責任を負わせる判示を行っている。

そこで、この補充書「IV」においては、伊方最高裁判決が示す行政処分の取消訴訟における主張・立証責任の配分法則及び行政庁の処分の違法性審査の判断枠組みないし違法審査基準に準じて原判決を点検するものである。点検によって浮かび上がる原判決の違法性審査の判断枠組みの像は、同最高裁判決が示すそれとは対極にあるとって言い過ぎではない。

## (3) カスリーン台風洪水の実績流量推定、再現計算の重大な事実誤認

平成26年6月30日に発刊された「戦後河川行政とダム開発—利根川水系における治水・利水の構造転換」（著者梶原健嗣 ミネルヴァ書房刊）で明らかにされた事実に基づき、昭和55年の利根川水系工事実施基本計画において、利根川の基本高水のピーク流量が、それまでの毎秒1万7000 m<sup>3</sup>から同2万2000 m<sup>3</sup>に増量改訂されたのは「氾濫戻し」によるものであるとして始まっていたこと、しかし、今日では、カスリーン台風の再来計算が毎秒2万2

000 m<sup>3</sup>にずれる根拠は二転三転し、結論としては現実化しない「机上の計算」であること、また、平成23年1月からはじまった日本学術会議・分科会における基本高水の検証作業をも取り上げられており、そこでの国土交通省からの「洪水、山に登る」という氾濫計算報告書や、同分科会の「河道域の拡大と河道貯留」によっても、「計算流量と実績推定の乖離は最後まで解けなかった」ことが明確となった。

そこで、この補充書「V」においては、利根川水系の基本高水に設定されているカスリーン台風洪水の実績流量推定、再現計算には重大な事実誤認があることを補充する。

## Ⅱ 原判決の法的判断枠組みへの批判

### 第1 原判決の判断枠組みの問題点

八ッ場ダム建設に係る群馬県の建設費負担金・建設事業負担金の各支出は国土交通大臣の納付通知を原因として行われ、水特法負担金または基金負担金の各支出は各負担協定を原因として行われるが、原判決による、それら負担金支出の原因行為たる大臣納付通知または各負担協定の違法性の判断枠組みのうち、ここで取り上げるのは、国土交通大臣が河川法60条1項に基づいて発する建設事業負担金の負担を求める納付通知についてである。

原判決の判示は、事案の異なる一日校長事件最高裁判例を援用し、地方自治法や地方財政法が規定する納付命令を受けた際の対応の仕方については判断を避け、国土交通大臣の納付命令に「重大かつ明白な瑕疵」が認められないときは納付命令への尊重義務が優先するとして、公金支出の法定要件（例えば、河川法63条1項の「著しく利益を受ける」）の審査を欠いたままに行う公金の支出を違法ではないとするものであり、現行の法秩序を揺るがしかねない法解釈を展開したものであり到底許されないものである。

### 第2 河川法上の受益者負担金等の支出差止請求の概要

国土交通大臣が河川法60条1項に基づいて群馬県に対して発する納付通知は、群馬県が八ッ場ダムによって同法63条1項所定の「著しく利益を受ける」ことを要件として負担金の支払義務を生ぜしめるものである。

しかしながら、八ッ場ダムは群馬県にとって、河川法63条1項所定の「著しく利益を受ける」施設であるとは認められず、同条項の要件を充たさない納付通知に基づく建設事業負担金の支出は、地方自治法2条16項、同138条の2、地方財政法4条1項、同25条ほかの規定に基づく財務会計法規上の義務に違反した違法な行為となる。よって、住民ら（原告・控訴人・上告受理申立人ら）は、

地方自治法242条の2第1項1号に基づいて、この支出の差止めを求めるとするものである。

利根川の治水計画は昭和22年9月のカスリーン台風洪水が再来する場合を想定して、上流部にダムがない状態では基準点の八斗島地点（群馬県伊勢崎市）に毎秒2万2000m<sup>3</sup>の洪水が襲うとするものであるところ、この基本計画は過去の利根川の洪水データを正視せず過大な流量算定を行ったものであるうえ、国土交通省が管理する八斗島地点下流部の河道は計画高水流量（毎秒1万6500m<sup>3</sup>）を流下させる河道断面が概成しているから、ハッ場ダムがなくとも計画流量を流下させられる。しかも、洪水時における同ダムの下流都県の河道の水位低減効果は、近時策定された中期計画である「利根川・江戸川河川整備計画」（ピーク流量毎秒1万7000m<sup>3</sup>）においては、江戸川で僅か数センチメートルに過ぎないものであって、国土交通省が受益者負担金を課す根拠としている河川法63条1項に定める「著しく利益を受ける」との要件を充たさない違法な課金であり、群馬県は納付を拒むべきものである。

### **第3 負担命令をめぐっての地方公共団体の意見申出・争訟制度**

本事案は、ハッ場ダムの建設計画に伴って国土交通大臣が発した河川法60条1項に基づく納付通知による建設事業負担金（群馬県の場合）、63条1項に基づく納付通知による受益者負担金（群馬県以外の5都県）の納付命令に対して、利根川流域の都県がどのように対処すべきか、どう対処することができるのかを中心課題となっている事案である。そこで、先ずこれらの法制がどのようなになっているかを点検しておくこととする。

#### **1 国から費用の負担命令を受けた場合の地方公共団体の対応法制について**

##### **(1) 関係法令の点検**

地方自治法2条16項は、「地方公共団体は、法令に違反してその事務を処理してはならない。」とされ、同条17項は、「前項の規定に違反して行った

地方公共団体の行為は、これを無効とする。」とされている。同法138条の2は、当然のことながら、地方公共団体の執行機関に法令の遵守義務を課している。そして、地方財政法4条1項は、「地方公共団体の経費は、その目的を達成するための必要且つ最少の限度をこえて、これを支出してはならない」と規定し、同法17条の2第3項は、「地方公共団体は、前項の通知を受けた場合において負担金の予定額に不服があるときは、総務大臣を経由して、内閣に対し意見を申し出ることができる。」とされている。また、同法25条3項は、「地方公共団体の負担金について、国が第一項の規定に従わなかったときは、その部分については、当該地方公共団体は、国に対し当該負担金の全部又は一部を支出せず又はその返還を請求することができる。」と規定している。

(2) 国の機関の先行行為・負担命令に当然に拘束されるものではない

住民側の依頼に対して原審で意見書（甲A第13号証の人見第一意見書）を作成された人見剛立教大学教授（現早稲田大学教授）は、上記の法制度においての国の納付命令とこれを受けた地方公共団体との関係について、「一日校長事件最判の事案と同様に首長等が、別機関の先行行為を尊重しその内容に応じた財務会計行為をなすべく当然に拘束されるわけではないのである。」（同意見書3～4頁）と、次のように解説されている。

「ある自治体機関は、他の自治体や国の機関の行った、自己の財務会計行為の原因となる行為に、違法性があると考えた場合、独立行政委員会や議会の行為ほどにそれを尊重しなければならないとは言えない。自治権を憲法上保障された自治体が、他の自治体や国の行った機関の行為が、自己の財政に違法な負荷をかける場合に、その他機関の行為の効力を自らの権限として否定することはできないとしても、その違法性を行政手続・裁判手続を通じて争うこともできないとすれば、それは憲法上も問題となるからである。実際、地方財政法17条の2第3項は、国の土木事業で地方公共団体を利するものに対する負担金の予定額の通知に対して当該地方公共団体は、総務大臣を経



由して内閣に不服を申し出ることができる旨を定め、同法25条は、地方公共団体の負担金が法令の規定に従わず使用されない場合には、負担金の全部又は一部を支出せず又はその返還を請求することができる旨を定めている。さらに、首長が教育委員会等の行政委員会の行った行為の違法性を争う訴訟を提起することは認められないが（そうした訴訟は、いわゆる機関訴訟（行訴法6条）であり、法律上これを認める特別の定めがある場合に限り提起することができる（行訴法42条））、自治体と国の間、あるいは自治体と自治体相互の間では、民事訴訟・行政訴訟の提起は当然に認められるのである。なお、宝塚市パチンコ店建築中止命令事件＝最判平成14年7月9日民集56巻6号1134頁は、『行政権の主体としての』地方公共団体には、法律の特別の定めがなければ訴訟を提起できないとする趣旨の判示をしたが、ここで検討している事案は、自治体が『財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合』に当たるので、自治体の出訴等が認められることに疑問はない。以上のような意味で、国や他の自治体の機関が先行行為を行った事案においては、一日校長事件最判の事案と同様に首長等が、別機関の先行行為を尊重しその内容に応じた財務会計行為をなすべく当然に拘束されるわけではないのである。」（同意見書3～4頁）

### （3）国土交通大臣の負担金納付通知も訴訟で争うことができる

人見教授は、今みたとおり、甲A第13号証の人見第一意見書において、国土交通大臣からの納付通知に対して、それが違法である時は、地方公共団体はその取消を求めて提訴できることを解説されていたが、同意見書の後半においても、重ねて取消訴訟の提起ができることを解説されている。次のとおりである。

「国土交通大臣の負担金納付通知も、あらかじめ都道府県知事の意見を聴かねばならない上に（河川法63条2項、特定多目的ダム法4条4項）、都道府県知事は、その額に不服があるときは、内閣に意見を申し出ることがで

き（地方財政法17条の2第3項），さらに国がその負担金を違法に使用している場合には，負担金の支出を拒み，支出済みの負担金の返還を請求することもできるのである（地方財政法25条3項）。そして，当然，負担金納付通知が違法であった場合には，自治体は，当該通知の取消訴訟ないしは支払義務の不存在確認訴訟などの当事者訴訟を提起して，当該通知の違法性を裁判上で争うこともできるはずである。」（甲A第13号証 10～11頁）

（4）以上のところからすれば，地方公共団体は国から納付命令が発せられたとしても，当該機関は，独自の立場において，これを審査すべき義務を負っているということになり，むしろ特別の規定や条件がない限り，上記の審査義務は負うが納付命令に対しては尊重義務を負わないのが原則であることになる。そこで，国土交通大臣から河川法60条1項もしくは63条1項に基づく納付通知が発せられた場合にも，これが国から発せられた故をもって尊重義務が付加され，地方公共団体が無審査で納付通知に沿った措置を講ずるというルールが敷かれているということはないのである。国土交通大臣からの納付通知であっても，むしろ，原則的には地方公共団体の立場で金銭支出の正当性を吟味する審査が行われなければならないことを知ることができる。法制度としては，大臣が発する納付通知には格別の尊重義務は認められないのである。

## **2 河川法63条に基づく納付通知の効力の争点は「著しい利益の存否」である**

（1）本件事案の最終の争点は，八ッ場ダムが群馬県にとって，河川法60条1項においても要求される同法63条1項にいう「著しく利益を受ける」河川管理施設であるか否かであるが，これを決するには，計画対象洪水であるカスリーン台風洪水の実像の確認と，日本学術会議の基本高水の検証作業の下で行われた同台風洪水の再現計算の精度の検証，とりわけ同台風洪水の実績流量と再現計算流量との間の大きな乖離について合理的な説明が必要であるところ，原審

までの審理においては、国土交通省も日本学術会議も、事実上この説明を断念、放棄している状態にある（上告受理申立理由書 第3章「第7 日本学術会議・分科会の基本高水・毎秒2万1100m<sup>3</sup>は、カスリーン台風洪水の実績流量に反する机上の計算となった」（75～101頁。特に76～87頁）。

- (2) 利根川の治水計画は、既往最大の洪水である昭和22年9月のカスリーン台風洪水を計画対象洪水として、上流部にダムがない状態では基準点の八斗島地点（群馬県伊勢崎市）に毎秒2万2000m<sup>3</sup>の洪水が襲うとするものであるが、この基本計画は過去の利根川の洪水データを正視せず過大な流量算定を行ったものである。即ち、カスリーン台風時のピーク流量は、国土交通省の計算においても、長きにわたって最大にみて毎秒1万7000m<sup>3</sup>とされていたが、昭和55年の「利根川水系工事实施基本計画」において、突然、同台風洪水時のピーク流量は、「氾濫戻し」をすると毎秒2万2000m<sup>3</sup>であったと修正されたものであること。そして、平成18年2月の「利根川水系河川整備基本方針」において、改めて基本高水の毎秒2万2000m<sup>3</sup>の相当性が確認されたというが、平成22年11月2日の記者会見において馬淵澄夫国土交通大臣は、「基本方針で定められた基本高水についてしっかりと平成17年に検証を行っていなかった」（甲B第133号証の3）と謝罪し、現に国土交通省にはその資料が全く保管されていないこと（甲B第147号証 冒頭の「要旨」ii頁参照）。本訴訟においても八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>への改定理由は、カスリーン台風の再現計算に基づくものとされたり（乙第198号証の2，4頁），上流部の将来の流域開発を見通した「将来的な計画値」であると説明（乙第278号証の2，12頁）されたり混乱が生じていること。近時の日本学術会議分科会での基本高水の検証では、同台風洪水の机上の再現計算においては毎秒2万1100m<sup>3</sup>（甲B第147号証20頁）とされながら、この計算流量と国土交通省の実績流量との毎秒4000m<sup>3</sup>に及ぶ乖離の説明はなし得なかったこと。国土交通省は、日本学術会議に協力を求めての検証作業を行う以前には、現況

の河道でカスリーン台風が再来しても八斗島地点のピーク流量は毎秒1万6750m<sup>3</sup>にとどまるとしていたこと（甲B第39号証）。などなど利根川水系の治水計画の基本に置かれている基本高水は著しく合理性を欠くものとなっているのである。

- (3) そして、現況の利根川の中流部から下流の河道の流下能力であるが、国土交通省が管理する八斗島地点下流部の河道は計画高水流量（毎秒1万6500m<sup>3</sup>）を流下させる河道断面が概成しているから、八ッ場ダムがなくとも計画流量を流下させられる。しかも、洪水時における同ダムの下流都県の河道の水位低減効果は、近時策定された中期計画である「利根川・江戸川河川整備計画」（ピーク流量毎秒1万7000m<sup>3</sup>）における東京都を例に取れば、江戸川で僅か数センチメートルに過ぎないものであって、八ッ場ダムは利根川中流部の水位低減効果はあるかなしのものであり、下流都県にとって河川法63条に定める「著しく利益を受ける」との要件を満たさないものとなっているのである。
- (4) 以上のように、本件事案の最終の争点は、八ッ場ダムが群馬県にとって「著しく利益を受ける」関係にある施設であるか否かであり、その前提として八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>とする基本高水のピーク流量の合理性が問われ、現況の河道の流下能力や八ッ場ダムの洪水時の水位低減効果をチェックすることから結論される「著しく利益を受ける」という事実の存否なのである。そして、この意味で、納付通知そのものが「重大かつ明白な瑕疵」を有するものか否かは訴訟物とはなり得ないものである。
- (5) このことについては、原審において、甲A第19号証の第二意見書を作成された人見教授は、上記の事実を把握され、次のように見解を述べられている。事実はそのとおりなのであり、本件事案においての争点は、八ッ場ダムは群馬県にとって河川法63条1項にいう「著しく利益を受ける」関係にあるのか否かであり、納付通知に「重大かつ明白な瑕疵」があるか否かではないのである。
- 「本判決の事案においては、受益者負担金支出の直接の根拠である国土交通

大臣の納付通知が河川法63条に照らし適法であるか否か、すなわち、八ッ場ダムの建設によって、治水の面から東京都に『著しい利益』が生ずるのか、あるいは納付を命じられた金額が、東京の受ける『受益の程度』に見合ったものであるのか、この点が正面から審査されるべきである。そして、納付通知がこうした要件を充足しているか否かを判断するためには、八ッ場ダム建設が下流域の地域（とりわけ東京都）にとって治水上の顕著な効果があるとしている上記の諸計画の合理性が、審査される必要があるのである。それら計画の『重大かつ明白な瑕疵』の有無のみが審査されればよいというものではない。」（甲A第19号証4～5頁）

### 3 住民訴訟は代位訴訟であり、支出に係る違法要件の加重は許されない

- (1) 最高裁判例によれば、住民訴訟は、「普通地方公共団体の執行機関又は職員による同法242条1項所定の財務会計上の違法な行為又は怠る事実が究極的には当該地方公共団体の構成員である住民全体の利益を害するものであるところから、これを防止するため、地方自治の本旨に基づく住民参政の一環として、住民に対しその予防又は是正を裁判所に請求権能を与え、もって地方財務行政の適正な運営を確保することを目的としたものであって、執行機関又は職員の右財務会計上の行為又は怠る事実の適否ないしその是正の要否について地方公共団体の判断と住民の判断とが相反し対立する場合に、住民が自らの手により違法の防止又は是正をはかることができる点に、制度の意義がある。」とされている（昭和53年3月30日 最高裁第一小法廷判決 民集32巻2号485頁）。そして、同判例解説によれば、住民訴訟制度の本旨に則して考えると、「住民訴訟において主張されているのは、本質的には、住民全体の利益のために認められた住民自身の権利としての違法是正請求権であって、それが是正の対象たる違法行為の態様ないし段階に応じて、差止め請求となったり（1号）、取消又は無効確認請求となったり（2号）、怠る事実の違法確認請

求となったり（3号）、損害補填等の請求となったり（4号）するものであるといえる。」（最高裁判例解説 民事篇昭和53年度144頁）と解説されている。

（2）これらの住民らの違法是正請求権は、一般的に地方公共団体の権利の代位行使という形で行使されるものであるから、本件のごとく八ッ場ダム建設に係る国土交通大臣からの建設事業負担金の納付通知の違法性の審査においては、河川法63条1項が規定する「著しく利益を受ける」場合であるか否かを客観的に審査して、その支出の当否が決められるべきは当然である。そして、この場合の「著しく利益を受ける」の語義ないし定義については、地方公共団体（群馬県）の執行機関がこれを判断する場合でも、住民訴訟で判断される場合でも同一であるはずである。言葉を変えていえば、「著しく利益を受ける」ことを条件として流域都府県に受益者負担金の納付を求める河川法63条1項が定める賦課の要件は、住民訴訟になったからといって、「重大かつ明白な瑕疵」の有無と変更されたり、この要件が加重されるなどということはない。したがって、本件の住民訴訟で住民側に求められる訴訟活動は、八ッ場ダムは河川法63条1項の要件である「著しく利益を受ける」を欠いていることの主張で足り、原判決が判示したような、納付通知の「重大かつ明白な瑕疵」の主張、立証ではないことは明白である。

#### **第4 原判決の現行法制の点検状況と一日校長事件最高裁判決の援用**

##### **1 原判決の点検状況—国からの賦課処分を争うことができる制度についての看過**

これまでに、地方公共団体が国から納付命令を受けた場合の地方公共団体の対応をめぐる法制度について検討を行ってきたが、次に、原判決がこの点についてどのような判示、説示を行っているかについて点検してみると、原判決は、地方公共団体の側からの対処方法については触れるところがない。

すなわち、原判決は、地財法17条の2第3項が定める負担金の予定額に対する不服申出制度や、納付通知に対する出訴制度など、国からの賦課処分を争うことができる旨の主張に対してはまったく応答がなく、現今の法体系の下では、河川法63条1項の「著しく利益を受ける」の法定要件を欠くときは、群馬県はその支出を拒むことができるのであるから、住民らはその差止めを求めるのであるという主張に対しては、原判決は、何ら答えていない。

以上のとおり、原判決が示す判断枠組みが形成される前提には、納付命令を受けた地方公共団体が持つ不服申出権や出訴制度、あるいは不払い・返還請求権など国からの賦課処分を争うことができる制度についての看過がある。そして、原因行為に「重大かつ明白な瑕疵」が認められない限り原因行為を尊重し、原因行為に沿った措置を採ることに違法性はないとする。原判決は、地方公共団体は行政組織上独立の権限を有する他の機関の権限に基づいてなされた原因行為に対しては介入することができないのであるから、原因行為を尊重してこれに沿った措置を採ることは違法とはならないというのであるが、「何の審査もしないまま納付通知を尊重すべき」との判示の根拠は、地方公共団体には積極的な審査義務を課した規定がないという誤った判断と、筋違いの一日校長事件最高裁判決の誤った援用だけなのである。

## 2 一日校長事件最高裁判決は本件事案には適用外である

一日校長事件最高裁判決の射程の詳細は別項（本補充書Ⅲ）で行うが、ここでは、同最高裁判決は、本件事案においては適用したり、援用できる事案ではないことについて簡潔に指摘することにとどめることとする。

- (1) 原判決は、一日校長事件最高裁判決を拡大解釈して援用し、他の独立の機関の原因行為は尊重されるべきであるとか、後行の機関は、先行行為に重大かつ明白な瑕疵が認められない場合には、原因行為を尊重してそれに沿った財務会計行為を行っても違法とは認められないなどの結論を導いているが、本件事案

においては、こうした結論は前記最高裁判決の判旨からは導くことはできないのである。

- (2) 一日校長事件は、周知のとおり、教育委員会が勧奨退職に応じた教員を1日だけ校長の職に遇して校長職の退職金を給付することとした案件について、この教育委員会の人事処分にそって退職金の給付を行った知事に対して、住民が旧地方自治法242条の2第1項4号に基づいて損害賠償請求訴訟を提起した事案であるが、これについて最高裁は次のように判示している。

「教育委員会と地方公共団体の長との権限の配分関係にかんがみると、教育委員会がした学校その他の教育機関の職員の任免その他の人事に関する処分（地方教育行政の組織及び運営に関する法律23条3号）については、地方公共団体の長は、右処分が著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵の存する場合でない限り、右処分を尊重しその内容に応じた財務会計上の措置を採るべき義務があり、これを拒むことは許されないものと解するのが相当である。けだし、地方公共団体の長は、関係規定に基づき予算執行の適正を確保すべき責任を地方公共団体に対して負担するものであるが、反面、同法に基づく独立した機関としての教育委員会の有する固有の権限内容にまで介入し得るものではなく、このことから、地方公共団体の長の有する予算の執行機関としての職務権限には、おのずから制約が存するものというべきであるからである。」

- (3) 地方公共団体の首長と教育委員会との間では、教育の中立性を確保する配慮から、特別法によって、この二つの機関の権限が分掌されている。判示にもあるように首長は原則的に教育委員会の人事処分等については尊重し、同委員会の処分に従った財務会計上の措置を採ることが義務付けられているという事情がある。一方、国土交通大臣が発した納付通知に関しては、納付命令を受けた地方公共団体に対しそうした義務等を定める特別法などは存在しない。このように本件事案と一日校長事件とでは、先行の原因行為と後行の財務会計行為



とを律する法制度が大きく異なっている。そして、一日校長事件での住民訴訟は、いわゆる「4号請求」であるが、本件事案の中心は「1号請求」であることも相違している。

- (4) この最高裁判決を援用して、国土交通大臣が発した河川法60条1項の納付通知に対して格別の尊重義務があるとするのは大きな誤りである。そして、知事が、教育委員会が決定した原因行為にそつた措置を採らないこととする場合の条件についても、最高裁判決は「右処分が著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵の存する場合」としたが、右処分に「重大かつ明白な瑕疵」が認められた場合などの加重要件は付されていないことにも注意すべきである。

## 第5 原判決の判断枠組み批判

原判決の本件事案における判断枠組みに関する原判決の判示を中心にして、順次検討し批判を加える。

### 1 群馬県には納付義務の違法性・内容の適正性を検証すべき義務と権限があるのに、原判決はこれを看過し、尊重義務を不当に強調する誤りを犯している

- (1) 国と地方公共団体の関係は上命下達の関係ではないのであり、地方公共団体は対等な関係で納付通知の適法性と効力を審査すべきものである。田村教授は、本件訴訟と内容を同じくする東京訴訟事件に関し、一日校長事件最高裁判決の解釈を誤って援用し、納付通知への尊重義務を強調する原判決を次のように批判をされている。「引用の一日校長事件住民訴訟最高裁判決の事案と本判決のそれとではまったく事案を異にする。前者は、一法主体たる自治体の事務の執行の法的仕組みのあり方が問題となる事案であるのに対して、後者(本判決)は、国(国交大臣)の事業の実施にかかわり、事業主体と当該事業の費用分担者との法関係が問題となる事案である点に最も根本的な相違があろう。換言

すれば、本判決の事案は、同一法主体(行政主体)の事務の執行に係る行政組織法上の権限配分のあり方如何が問題となるものではない。それは、国と都という二法主体間の法関係と評価、判断することが正当である。少なくとも、本判決の事案においても、都(ないしその機関)が国の行政組織の一機関であるはずがない。法主体間関係であれば、費用分担者(都)が自身の負う義務の適法性、その内容の適正性を自ら確認、検証することができると思うのが当然であろう。それ故、本判決の上記の評価、判断は適切とは解しえない。」(甲A第20号証54頁後段)とされている。

(2) この点は、先にみた人見第一意見書(甲A第13号証)でも、同旨の見解が述べられているところである。即ち、人見教授は、「自治権を憲法上保障された自治体が、他の自治体や国の行った機関の行為が、自己の財政に違法な負荷をかける場合に、その他機関の行為の効力を自らの権限として否定することはできないとしても、その違法性を行政手続・裁判手続を通じて争うこともできないとすれば、それは憲法上も問題となる」とし、「国や他の自治体の機関が先行行為を行った事案においては、一日校長事件最判の事案と同様に首長等が、別機関の先行行為を尊重しその内容に応じた財務会計行為をなすべく当然に拘束されるわけではないのである。」(同意見書3～4頁)とされている。納付通知を受けた地方公共団体は、独自の立場において、納付通知が法定の要件(本事案では河川法63条1項の要件)の存否を厳正に吟味すべきであることを指摘されてきていた。

(3) 東京事件の第一審判決は、その控訴審判決とほぼ同様な判断枠組みをとっていた。人見教授は、東京事件の控訴人からの依頼に応じて、第一審判決に対する意見書(甲A第19号証)を作成されたが、同意見書では、河川法の受益者負担金をめぐる都府県の機関と国の機関との関係に、一日校長事件のような都と教育委員会との関係があると思うのは明らかな誤りであるとされている。次のようである。

「河川法63条の受益者負担金の負担に関して、都道府県と国（国土交通大臣）との間で、上記のような拘束関係がないことは明らかであろう。河川法63条に基づく負担金納付通知によって課された負担金を都道府県が支払わない時には、同法74条の2第3項によれば、総務大臣を経由して内閣に不服を申し出ることができる。また、都道府県は、納税者が課税処分に対して納税を拒む場合と同様、納付通知の違法を裁判で争うこともできるはずである（参照、摂津訴訟＝東京高判昭和55年7月28日行集31巻7号1558頁、大牟田市電気訴訟＝福岡地判昭和55年6月5日判時966号3頁など）。そして、納付通知が河川法63条の要件に違背して違法であるとき、例えば「著しく利益を受ける場合でない」とか、「受益の限度」を超えた金額であるときには、裁判所の判決によって当該納付通知が取り消され、負担金の支払い義務を負うことはないのである。

教育委員会のような行政委員会や議会と首長との関係が、このような関係にないことは、もはや説明するまでもないであろう。教育委員会による教育職員の人事上の処分がなされたとき、都道府県知事は、それが違法であるとして裁判に訴えることはできない。そうした訴訟は機関訴訟であり、法律にそれを特別に認める規定があつて初めて提起できるのである（行訴法42条）。そのような規定がない限り、最高裁も述べるように、首長は、教育委員会の判断を尊重して財務会計行為をなさねばならず、ただ、それが「著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵の存する場合」に限って、それを拒むことができるのである。河川法の受益者負担金をめぐる都道府県の機関と国の機関との関係に、これと同様の関係があると考えるのは、明らかな誤りである。」（甲A第19号証3～4頁）

- (4) 田村論文（甲A第20号証）も、人見意見書も変わるところはないのであり、国と地方公共団体との関係についての原判決の判示が根本的に誤っているの

である。特別に審査義務が法で定められていない場合には、国の納付通知にそった措置を採れとの原判決の解釈は、一日校長事件最高裁判決の解釈を誤り判例の射程を誤っているうえに、国と地方公共団体との対等な関係を全く無視するものである。地方公共団体は、国からの納付命令が違法であると判断されたのなら、意見の申出もできるし、納付命令の取消訴訟も提起できるのである。原判決の納付通知に対する尊重義務というのは、それが導き出される理由の説明も欠くし、全く説得性を欠くものである。

## 2 原判決は地方自治法、地財法等の法令遵守や審査義務を全く看過している

- (1) 既に検討を行ったところであるが、納付通知を受けた地方公共団体は、当該職員ないし当該機関に特別の審査義務が課されているか否かには関係なく、地方公共団体が公金の支出を行うに当たっては、その支出の法定要件が充たされているか否かの審査は当然に行われなければならない。田村教授も、本件事案と同様な東京事件において、当該職員に特別な審査義務を課した規定は存在していないという事実を承認した上で、「自治体には事務の処理に当たっての法令遵守義務が一般的に課されているため(自治法2条16項)、大臣納付通知の形式・実体の両面にわたる適法性、適正性を自治体自ら審査、判断すべき義務が果たされなければならないはずであり(大臣納付通知の一事をもって当該事務が免除されるはずはない)、その当然の一帰結として負担金不納付の事実が生じうる。他方、不納付の原因となる事由を当該法令は明定し、限定していない以上、当該強制徴収手続の規定は、自治体の法令遵守義務より導かれる上記の本判決のいう審査権限を明確に否定するものであるとまでは断定しえない。」(甲A第20号証54頁後段から55頁前段)とされている。
- (2) そして、この点についても、人見教授の意見書(甲A第13号証)も同旨の意見を述べている。即ち、人見教授は、「国土交通大臣の負担金納付通知も、

あらかじめ都道府県知事の意見を聴かねばならない上に（河川法63条2項，特定多目的ダム法4条4項），都道府県知事は，その額に不服があるときは，内閣に意見を申し出ることができ（地方財政法17条の2第3項），さらに国がその負担金を違法に使用している場合には，負担金の支出を拒み，支出済みの負担金の返還を請求することもできるのである（地方財政法25条3項）。そして，当然，負担金納付通知が違法であった場合には，自治体は，当該通知の取消訴訟ないしは支払義務の不存在確認訴訟などの当事者訴訟を提起して，当該通知の違法性を裁判上で争うこともできるはずである。」（同10～11頁）とされている。

- (3) このように，地方公共団体は，国土交通大臣が発した納付通知に対して，その支出の要件が整っているかについて審査する権限と義務があるのである。そして，とりわけて「1号請求」の支出差止請求においては，当該職員の認識や故意・過失は問題とならず，本件事案に即していえば，八ッ場ダムの建設が群馬県にとって「著しく利益を受ける」関係にあるのか否かが客観的に問題とされるべきなのである。原判決の法解釈の誤りは明白である。

### **3 群馬県の審査基準は「著しい利益の有無」・「違法の有無」であるのに，原判決は「重大かつ明白な瑕疵」とする重大な誤りを犯している**

- (1) ついで原判決は，「被告知事は，上記通知に重大かつ明白な瑕疵がある場合でない限り，上記通知を尊重してその内容に応じた財務会計行為上の措置を取るべき義務がある」（23頁）としている。このことは，納付通知を受けた地方公共団体がその違法を主張して支出を拒むことができるのは，納付通知に「重大かつ明白な瑕疵」が認められるときだということである。この判示は，「納付通知の違法」が「重大かつ明白な瑕疵」に置き換えられているということの意味する。このことを河川法63条1項の納付通知の例でみると，当該納付通知が違法と評価されるのは，河川法63条1項の「著しく利

益を受ける」との要件を欠いているときではなく、納付通知に「重大かつ明白な瑕疵があるとき」だということになる。しかし、原判決には、河川法63条1項の要件を超えて、何故、「重大かつ明白な瑕疵」という要件の加重を課すのかについての説示もない。このような解釈は、明らかに河川法63条の規定を無視するものであり許されるはずはない。

(2) 原判決の判示の趣旨からすると、群馬県が「著しく利益を受ける」ことがないとして納付通知に従わなかった場合には、国土交通大臣は、滞納処分に準じた手続を執ると考えられるが、そうなれば、その手続で争われる事実は、群馬県が八ッ場ダム建設によって「著しく利益を受ける」か否かという事実であり、納付通知に「重大かつ明白な瑕疵」があるか否かではない。このことは、一般の課税処分の取消訴訟の例を考えても明らかである。課税処分を受けた納税者がその処分の取消しを求める訴訟においては、法で定められた課税要件の存否こそが訴訟物になるのであり、課税処分に無効の事由があるとか、「重大かつ明白な瑕疵」があるとかが訴訟物になるのではない。こうした例からも、違法性の審査を「重大かつ明白な瑕疵」の審査に振り替えるかのような原判決の不当性は明らかであり、破棄されなければならないものである。

(3) もとより田村教授は、本件事案と同様な東京事件の控訴審判決の判示に対して疑義を呈している。同教授は、「前述のとおり、本判決の事案に即していえば、都は原因行為たる大臣納付通知の形式・実体両面の適法性、適正性を審査する権利を有するのみならず、その義務を免れないはずである。とすれば、当該通知が当然無効であることが必須であるとは考え難く、原因行為が違法か否かこそが重視されなければならない。」(甲A第20号証55頁前段)と指摘されている。

さらに、同教授は言葉をついで、納付通知に対する客観的な違法評価ではなく、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という違法基準を持ち込む原判決に対

して批判を加えられている。即ち、「前記・法人税更正処分無効確認等請求事件最高裁判決が引用されていることに鑑みても、本判決は、いわゆる行政行為の公定力理論に依拠して、原因行為たる大臣納付通知に重大かつ明白な瑕疵がなければ、それは有効であり、したがって、当該大臣納付通知を「尊重してその内容に応じた財務会計上の行為をすることが違法と認めることはできない」と解しているようである。しかし、重要なのは、行政行為の有効・無効という効果の有無ではなく、その適法・違法にあらう。極めて基本的なことであるが、瑕疵ある行政行為は違法であり、その違法性が公定力により治癒されて適法となるものではない。」（前同55頁前段）とされている。

#### 4 争点は「著しく利益を受ける」の存否である—人見教授、野呂教授の見から

(1) 人見教授は、納付通知を受けた東京都がこれの審査をするには、納付通知が違法であるのか適法であるのか、即ち、河川法63条1項の「著しく利益を受ける」との要件の存否こそが審査されるべきものと強調されている。次のとおりである。

「本判決の事案においては、受益者負担金支出の直接の根拠である国土交通大臣の納付通知が河川法63条に照らし適法であるか否か、すなわち、八ッ場ダム建設によって、治水の面から東京都に『著しい利益』が生ずるのか、あるいは納付を命じられた金額が、東京の受ける『受益の程度』に見合ったものであるのか、この点が正面から審査されるべきである。そして、納付通知がこうした要件を充足しているか否かを判断するためには、八ッ場ダム建設が下流域の地域（とりわけ東京都）にとって治水上の顕著な効果があるとしている上記の諸計画の合理性が、審査される必要があるのである。それら計画の『重大かつ明白な瑕疵』の有無のみが審査されればよいというものではない。」（甲A第19号証4～5頁）。

(2) 野呂教授も、原判決の判断枠組みについては、これを厳しく批判されている(甲A第21号証)。次のとおりである。

「都府県が国から不利益な措置を受ける関係は、独立した法主体間の関係である。さらに、納付通知は、都府県の公行政活動の監督手段ではなく、国と都府県との間の財産上の利害調整にかかわる行為であり、かつ、都府県の納付義務については『著しい利益を受ける』ことが法律上の要件とされている。そうすると、納付通知が法定の要件を充たさず違法であると都府県が考えるときは、取消訴訟を提起して納付通知の取消しを求めることができることと解すべきであり、また、『著しい利益を受ける』という要件の司法審査にあたり、国の判断を一方的に優先させる理由もない。したがって、都府県は違法な納付通知を訴訟を通じて是正しうるのであって、その手続を怠ったまま漫然と違法な納付通知に従って支出をした場合には、違法となると解される。」(同62頁前段)とする。

(3) この人見教授や野呂教授の指摘や原判決批判は極めて的確なものであり、東京事件と同様な本件事案にも当てはまるどころ、原判決が、事案の異なる一日校長事件最高裁判決を援用して、国土交通大臣が発する納付通知への地方公共団体の対応について誤った尊重義務を課し、「著しく利益を受ける」という要件の司法審査に代えて、先行する原因行為の「上記通知に重大かつ明白な瑕疵がある場合でない限り、上記通知を尊重してその内容に応じた財務会計上の措置を執るべき義務があり、これを拒むことは許されない」旨の判断を採ることは許されないとの趣旨は、これまでの上告受理申立人らの主張と同旨である。これによっても、原判決の判断が不当で維持されるべきでないことが明らかである。

## 5 原判決は「違法」ではなく「無効」の証明を求めているのである

(1) これまでに検討してきたところから、河川法63条1項に基づく国土交通大



臣の納付通知が「著しく利益を受ける」との要件を備えるものでなければならぬことは改めて説明の要はなからう。そして、それを欠くときには納付通知は違法となること、そして、そうした納付通知には群馬県は従ってはならないことも自明である。

(2) そして、八ッ場ダムの建設によって群馬県が「著しく利益を受ける」関係にないとしたらそれは違法な納付通知となり、河川法60条1項に基づく建設事業負担金の支出差止訴訟においては、その違法の事実の検証で十分となるはずである。これについては、田村教授も、先にみたとおり、「本判決の事案に即していえば、都は原因行為たる大臣納付通知の形式・実体両面の適法性、適正性を審査する権利を有するのみならず、その義務を免れないはずである。とすれば、当該通知が当然無効であることが必須であるとは考え難く、原因行為が違法か否かこそが重視されなければならない。」(甲A第20号証55頁前段)と指摘されている。このように本件事案は、納付通知の違法性の審査こそが行われるべきものなのである。

(3) しかしながら、これまで見てきたところから明らかなように、原判決は、本件において、審理の対象を河川法63条1項の「著しく利益を受ける」の事実の存否に代えて「納付通知に重大かつ明白な瑕疵」があるか否かとし、その立証責任を住民側に課しているのであるが、このことは、納付通知の違法性の立証ではなく、納付通知の無効の立証を求めているということに他ならない。

塩野宏教授の「行政法I」(第五版補訂版)には、行政行為の無効と取消し得べき行為との区分について解説がなされているが、この二つの区分について、「判例・学説を支配してきた説として、重大明白説がある。これは無効の行政行為とは、行政行為に内在する瑕疵が重要な法規違反であることと、瑕疵の存在が明白であることとの二つの要件を備えている場合であるとするものである」(161頁)とされている。これからすれば、「重大かつ明白な瑕疵を持つ行政行為」とは行政行為の無効をさすものであり、これは無効の同義語

なのである。とすれば、原判決は、本件事案の審理において、納付通知の違法の立証に代えて、納付通知の無効の立証を求めているということに他ならない。

## **第6 原判決は「著しい利益」の存否や利根川治水計画の不合理性については実質の審理をしなかった**

### **1 原判決は納付通知には「重大かつ明白な瑕疵」がないとして棄却した**

(1) 申立人らは、八ッ場ダムは群馬県にとって河川法63条1項にいう「著しく利益を受ける」という関係にはなく、八ッ場ダムは同条項の要件を充たしていないから同法60条に基づく納付通知に従った群馬県からの建設事業負担金の支出は違法であり、その支出の差止を求めるものであると主張した。これに対して、原判決は、「上記通知に重大かつ明白な瑕疵がある場合でない限り、上位通知を尊重してその内容に応じた財務会計上の措置を執るべき義務があり、これを拒むことは許されないと解される。」（原判決23頁）として住民側の主張を排斥した。

(2) そして、利根川の治水計画は計画対象洪水であるカスリーン台風洪水の再現もできないまま、当時の実績ピーク流量と日本学術会議の下で行われた同台風洪水の机上の再現計算では、毎秒4000～5000<sup>m</sup>もの大きな乖離が生じているがこれについて説明ができない状況にある上に、利根川の治水計画には不可解な不透明性と不合理性が積み重ねられてきているのであり、平成18年2月策定の「利根川水系河川整備基本方針」は、馬淵国土交通大臣自らが平成22年11月5日の記者会見において、「2万2000トンありきの検討」と言わざるを得ない状況にあつて（甲B133号証の4）、既往最大洪水たるカスリーン台風洪水の規模を解析する資料等すら存在しない状況（控訴人の控訴審準備書面（4）9～10頁参照）であつて、八斗島地点毎秒2万2000<sup>m</sup>計画はねつ造ともいふべき計画であつたのであるが、申立人らのこれらの主張

に対しては、原審裁判所は、審理・判断の対象にすらせず、ただ日本学術会議による検証作業と検証結果についてだけ若干の判示を行ったが、いずれも前記判断枠組みの枠内で行い内実の判断には踏み込まず形式的な判断に終始した（原判決23～27頁）。

## 2 「重大かつ明白な瑕疵」という審査基準で各論には判断回避

- (1) 上に述べたように、原判決は、独自に設定した判断枠組みの下で、河川法63条1項の要件の不存在の主張・立証責任を住民側に転嫁し、申立人らが主張する事実については、「重大かつ明白な瑕疵」という違法審査基準を持ち込んで住民側の立証の道をふさいだのである。そして、上告受理申立人らが主張した納付通知の客観的な違法事由については実質、審査を回避して、納付通知に「重大かつ明白な瑕疵が認められない」ことを唯一の理由として、公金支出の差止請求を棄却したのである。
- (2) 原判決は、一日校長事件最高裁判決以後の「1号請求」に係る最高裁判例で、この一日校長事件最高裁判例を引用したものは皆無である（甲A第19号証2頁）のに、あえてこの判例を援用し、地方教育行政の組織及び運営に関する法律に基づいて、地方公共団体の首長は教育委員会の人事処分を尊重しその内容に応じた財務会計上の措置を採るべき義務を法定されている事案での判示を本件事案の先例であるかのようにして用い、国の納付通知に対しての尊重義務を虚構したのである。そして、地方自治法や地方財政法が規定する地方公共団体の機関が所属庁に対して負う誠実義務や財務規律は無視。さらに、河川法63条1項の「著しく利益を受ける」の法定要件を不当にも「重大かつ明白な瑕疵」に置き換えて、住民側が主張した利根川治水計画の不合理性や「著しく利益を受ける」の主張に対しては、実質審理を回避し、結論として、利根川の基本高水計画や河川法60条に基づく納付通知には「重大かつ明白な瑕疵」は認められないとして、上告受理申立人らの請求を棄却したのである。原判決のこ

のような最高裁判例の拡大解釈や誤った援用，そして，行政行為の違法性評価の無効評価へのすり替え，住民側の基本主張に対する大幅な判断の回避や脱漏など，およそ行政訴訟の審理・判断とは評価することができないものである。このような原判決は道理，正義に反する。直ちに破棄されるべきである。

## 第7 「Ⅱ」のまとめ

### 1 原判決の判示と3教授の見解の対比

- (1) 原判決は，先にみたとおり，一日校長事件住民訴訟最高裁判決を引用し「建設事業負担金は，河川法60条1項，64条1項により，国土交通大臣が都道府県に負担させることができるとされているものであり，同法施行令38条1項の通知の性格は，国土交通大臣が発する具体的な費用負担の命令であると解すべきであるから，被告知事は，上記通知に重大かつ明白な瑕疵がある場合でない限り，上記通知を尊重してその内容に応じた財務会計上の措置を執るべき義務があり，これを拒むことは許されないと解される」(判決書23頁)とした。
- (2) これに対して，田村教授は，「引用の一日校長事件住民訴訟最高裁判決の事案と本判決のそれとはまったく事案を異にする。前者は，一法主体たる自治体の事務の執行の法的仕組みのあり方が問題となる事案であるのに対して，後者(本判決)は，国(国交大臣)の事業の実施にかかわり，事業主体と当該事業の費用分担者との法関係が問題となる事案である点に最も根本的な相違がある。……法主体間関係であれば，費用分担者(都)が自身の負う義務の適法性，その内容の適正性を自ら確認，検証することができると思うのが当然であろう。それ故，本判決の上記の評価，判断は適切とは解しえない。」(甲A第20号証54頁後段)と応え，野呂教授は，「『著しい利益を受ける』という要件の司法審査にあたり，国の判断を一方的に優先させる理由もない。したがって，都府県は違法な納付通知を訴訟を通じて是正しうるのであって，その手続を怠ったまま漫然と違法な納付通知に従って支出をした場合には，違法となると解される。」(甲A第21号証62頁前段)と応えられた。

(3) そして、人見教授は、「国が全国的な視点に立った判断で決定・実施する公共事業について、そこから特定の地方公共団体に『著しく利益』が生ずると国が判断したときには当該地方公共団体に一方的に負担金支払い義務を課すことができ、地方公共団体はそれに全面的に服従しなければならないそれを争う余地もない、とすれば、それは『地方自治の本旨』（憲法92条、地方自治法1条）に反し、『地方公共団体に関する法令の規定は、地方自治の本旨に基づいて、かつ、国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえて、これを解釈し、及び運用するようにならなければならない』とする地方自治行政の『自律性をそこない』、『地方公共団体に負担を転嫁するような施策を行ってはならない』とする地方財政運営の基本原則（地方財政法2条2項）の趣旨に反することになる。」（甲A第22号証65頁後段から66頁前段）と応えられている。

## 2 判例違反・審理不尽、地方自治法・河川法の重大な解釈の誤りは明白

(1) 要するに、本件事案において、群馬県が大臣納付通知であるが故にこれに服従しなければならない道理も規定も存在しないのである。群馬県は大臣納付通知に対しても審査権を有し、県民に対しては審査義務も負っているのである。こうした背景で、今見た田村教授や野呂教授、そして人見教授の見解が示されているのである。

(2) 以上のとおり、全く事案の異なる一日校長事件最高裁判決を持ち出して、納付通知に対する違法審査基準を立証不能なまでに引き上げる審査方式を導入する判断枠組みを採用して申立人らに納付通知に「重大かつ明白な瑕疵」の主張立証を求めたことは判例違反を構成し、利根川水系の基本高水の策定経緯の不透明性や基本高水の不合理性・過大性の審査・判断を脱漏し、さらに河川法63条1項の「著しく利益を受ける」との客観的な違法審査を行わずに審理を閉じて申立人らの請求を排斥したことは判決の結果に影響を及ぼす審理不尽の違法を構成する。さらに、納付通知に対する地方公共団体の審査権を無視し

たことは、地方自治法2条16項、17項、同法138条の2、地財法25条3項等の解釈を誤ったものであり、なおかつ河川法63条1項が定める「著しく利益を受ける」との解釈を誤ったものであり、これらの判例違反、審理不盡と一連の法令の解釈の誤りは、判決の結果に重大な影響を及ぼしていることは明らかであるので、原判決の破棄は免れないものと信ずる。

### Ⅲ 一日校長事件最高裁判決の解釈を誤りその射程を超えて援用し、国土交通大臣の納付通知に過剰な拘束力を承認する誤りを犯した原判決

#### はじめに

平成26年6月号の法律時報、小特集「八ッ場ダム訴訟の論点—住民訴訟の新しい視点を探る」の中の野呂充大阪大学教授の「一日校長事件最高裁判決の射程」(甲A第21号証)と題する論考は、東京事件判決の河川法上の受益者負担金の支出差止請求に関する論考である。

ここで直接取り上げられているのは東京事件判決であるが、本件事件である群馬事件においても一日校長事件最高裁判決を援用しているので、申立人らは、野呂教授を始めとする諸学者の学術論文を基に、一日校長事件最高裁判決を援用して誤った判断を下した原判決、その中で河川法60条1項に基づく建設事業負担金の支出差止め案件の判示を対象として、さらに批判を行うものである。

#### 第1 一日校長事件最高裁判決とその射程

##### 1 同事件判決の事案と判旨

(1) 一日校長事件は、再言すると、教育委員会が勧奨退職に応じた教員を1日だけ校長の職に遇して校長職の退職金を給付することとした案件について、この教育委員会の人事処分にそって退職金の給付を行った知事に対して、住民が旧地方自治法242条の2の1項4号に基づいて損害賠償請求訴訟を提起した事案である。これについて最高裁は次のように判示している。

「教育委員会と地方公共団体の長との権限の配分関係にかんがみると、教育委員会がした学校その他の教育機関の職員の任免その他の人事に関する処分(地方教育行政の組織及び運営に関する法律23条3号)については、地方公共団体の長は、右処分が著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵の存する場合でない限り、右処分を

尊重しその内容に応じた財務会計上の措置を採るべき義務があり，これを拒むことは許されないものと解するのが相当である。けだし，地方公共団体の長は，関係規定に基づき予算執行の適正を確保すべき責任を地方公共団体に対して負担するものであるが，反面，同法に基づく独立した機関としての教育委員会の有する固有の権限内容にまで介入し得るものではなく，このことから，地方公共団体の長の有する予算の執行機関としての職務権限には，おのずから制約が存するものというべきであるからである。」とした。

- (2) 地方公共団体については，首長のほか地方自治法180条の5に規定する各種の行政委員会ないし委員が，それぞれ執行機関としての権限を有する，いわゆる執行機関複数制が採用されているところ，首長と教育委員会との間では，教育の中立性を確保する配慮から，地方教育行政の組織及び運営に関する法律という特別法によって，教育行政に係る権限や義務は，この二つの機関に分掌されている。判示にもあるように首長は原則的に教育委員会の人事処分等については尊重し，同委員会の処分に従った財務会計上の措置を採ることが義務付けられているという事情がある。この事案では法によって首長には一定の尊重義務が課せられているのである。一方，国土交通大臣が発した納付通知に関しては，納付命令を受けた地方公共団体に対しそうした尊重義務を課している特別法などは存在しない。このように本件事案と一日校長事件とでは，先行の原因行為と後行の財務会計行為との関係を律する法制度が大きく異なっている。そして，一日校長事件での住民訴訟は，いわゆる「4号請求」であるが，本件事案の中心は「1号請求」であることも留意しておかなければならない。

## 2 同事件判決の内容と特徴

- (1) 先述のとおり，一日校長事件判決の事案は，勸奨退職に応じた教頭に対し教育委員会がした昇格処分および退職承認処分を前提として知事が退職手当の支出決定をしたところ，支出決定が違法であるとして，知事個人に損害賠償請



求訴訟が提起されたという案件である。この事案について、野呂教授は、法律時報6月号の小特集「八ッ場ダム訴訟の論点」の中の論考「一日校長最高裁判決の射程」（甲A第21号証）において、次のように解説されている。即ち、

「同判決は、当該4号請求訴訟が、『財務会計上の行為を行う権限を有する当該職員に対し、職務上の義務に違反する財務会計上の行為による当該職員の個人としての損害賠償義務の履行を求めるものにほかならない』ことを理由に、

①『当該職員の財務会計上の行為をとらえて右の規定に基づく損害賠償責任を問うことができるのは、たといこれに先行する原因行為に違法事由が存する場合であっても、右原因行為を前提としてされた当該職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られる』とする。この①には、（ア）当該職員の行為自体の義務違反と、（イ）その義務が財務会計法上の義務違反であること、という二つの要素が含まれる。これを前提にして、同判決は、先行行為が、地方公共団体の長から独立した機関である教育委員会の固有の権限に属することを理由に、②地方公共団体の長は、教育委員会の『処分が著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵の存する場合でない限り、右処分を尊重しその内容に応じた財務会計上の措置を採るべき義務があり、これを拒むことは許されない』という厳格な基準を示したうえで、知事の責任を否定した。」（59頁前段）「一日校長判決の判断のうち、①が、職員個人の賠償責任を問う4号請求訴訟を前提としていることは、判文からも明らかである。②の厳格な基準は、これを前提にして、当該職員が先行行為を是正する権限を有していなかったことを理由に、職員の行為が違法とされる場合を限定したものである。」と解説されている（59頁前段から後段）。

(2) 野呂教授は、一日校長事件判決の判旨に示されている特徴を、上記のように分析し、住民訴訟の中の「4号請求」に係る事案であることはもとより、その中でも、一日校長事件は上記の①と②の事項を含む事案であることが特徴だと

捉え、同判決の射程等を論ずる場合には、これら二つの特徴が充たされているか否かを重視する姿勢が、ここに示されていると理解される。しかし、本件事案には、一日校長事件を特徴付けている①と②の特徴がいずれも存在しないのである。これは後述するところである。

- (3) 前述のとおり、一日校長事件判決は、「地方教育行政の組織及び運営に関する法律」という特別法により、知事と教育委員会の権限や義務が分掌されていて、知事は、教育委員会が行った人事処分に対しては尊重義務が課されているという特殊な事案である。一日校長事件は、こうした知事と教育委員会という特殊な機関相互の関係から生じた特殊な事案なのであって、人見教授が、甲A第19号証の意見書において、「最高裁判決のこの判示は、先行行為の行為者と後行の財務会計行為の行為者が異なり、かつ後者が先行行為の内容を法制度的に特に尊重する義務がある事案についてのものである。」(同号証3頁)とされているのも、この関係を指摘されてのことである。

### 3 同事件判決の射程

次に、同判決の射程論について点検を行う。後に、同最高裁判決が本件事案に援用、適用できるのかについて検討を行うが、その前提として、同最高裁判決の射程論を点検するものである

#### (1) 最高裁判例解説によるこの判決の射程

「判例解説」の冒頭の「判決要旨」と「参照条文」には、旧地方自治法242条の2第1項4号と地方教育行政の組織及び運営に関する法律23条3号に係る事件であることが表記されている。そして、同判例解説における福岡右武調査官の解説によれば、「本判決は、普通地方公共団体の長から独立した権限を有する行政委員会の一つである教育委員会のした原因行為とこれを前提として長がした財務会計上の行為との間における「違法性の承継」の問題について判断したものであるが、本判決の考え方は、教育委員会と同様に、普通地

方公共団体の長から独立した権限を有する他の行政委員会，例えば，選挙管理委員会，人事委員会等の措置の違法とこれを前提とする長の財務会計行為上の行為の違法との関係についても，基本的に当てはまるものと解されよう。」としている（「最高裁判例解説」法曹時報46巻12号 295頁）。これからも明らかなように，この判決の射程は，「4号請求」訴訟であることを当然の前提として，地方公共団体の長とその自治体の中の独立性の高い行政委員会との関係に限られていると理解されているのである。

## （2）藤田宙靖最高裁判事の射程論

同最高裁判決の射程については，学者・研究者からは，判例解説にそった見解が述べられていた。藤田宙靖最高裁判事（当時）は，「行政組織法」（有斐閣2005年）において，一日校長事件の最高裁判決の判旨を紹介した上，その注（259頁 注（8））において，「この判決の射程距離に関しては，なお，次のような限界があることを留意しておくべきだろう。」とし，この「判示は，専ら『旧4号請求訴訟』において，職員の地方公共団体に対する損害賠償責任を，住民が当該地方公共団体に代位して請求する場合に関するものであって，必ずしも，例えば公金の支出差止め（1号請求）等に直ちに妥当するものではない。」とされている。

## （3）人見教授の射程論

人見教授は，原審において提出されている第一意見書（甲A第13号証）においては，同最高裁判決の射程について次のように述べられている。「住民訴訟における財務会計上の違法性が『当該職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られる』とする周知の判示は，住民訴訟の諸類型中，旧4号請求訴訟とりわけその中の損害賠償請求訴訟に関するものであり，住民訴訟の諸類型全てに関するものではない。」（甲A第13号証1頁）

さらに同教授は，同じく原審において提出されている甲A第19号証におい

て、次のようにも述べられている。

「このように、この最高裁判決は、4号請求として職員に対してなされた損害賠償請求訴訟は、職員個人の損害賠償義務の履行を求めるものであることから、原因行為に違法事由があるだけでなく、その職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであることが必要と論じているのである。そして、これは、ある意味当然なことである。4号請求のように、最終的に職員の個人責任を問うことになる訴訟となれば、どうしても当該職員の職務上の義務違反や故意・過失が問われざるを得ないのであり、当該職員が行った職務行為やその原因行為が法令に適合しているか否かという行政活動の客観的な適法・違法の問題は後景に退かざるを得ない。この意味で、一日校長事件最判の判示は、4号請求としての損害賠償請求訴訟の当然の帰結を述べているのである。

なお、平成4年の一日校長事件最高裁判決以後の1号請求に係る最高裁判例（例えば、織田が浜埋立工事事件＝最判平成5年9月7日民集47巻7号4755頁、旧陸軍軍医学校跡地人骨焼却事件＝最判平成12年12月19日民集54巻9号2748頁、羽村市土地区画整理事業事件＝平成18年4月25日民集60巻4号1841頁）で、この平成4年判決を引用したものは、もちろん皆無である」（甲A第19号証2頁）とされている。

### （3）野呂充大阪大学教授の射程論

野呂教授の「一日校長事件最高裁判決の射程」（甲A第21号証）によれば、同教授は、同最高裁判決の射程について、「一日校長判決は、職員個人の賠償責任にかかる判断基準を示したものであるから、その射程を1号請求および2号請求に拡大することが適切でないことは言うまでもない。一日校長判決以後の1号請求にかかる最高裁判決も、一日校長判決の引用を慎重に避けていることがうかがわれる。前掲最判平成23・12・2は、1審および2審が一日校長判決を引用していたにもかかわらずこれを引用していないし、前掲最判平成25・

3・28 は、1号請求と4号請求とを区別して、後者についてのみ一日校長判決を引用している。」(60頁前段から後段)とされている。前掲の人見教授の見解と同旨と理解される。

#### (4) 田村達久早稲田大学教授の射程論

田村教授の「八ッ場ダム住民訴訟東京高裁判決の検討」(甲A第20号証)によれば、「引用の一日校長事件住民訴訟最高裁判決の事案と本判決のそれとはまったく事案を異にする。前者は、一法主体たる自治体の事務の執行の法的仕組みのあり方が問題となる事案であるのに対して、後者(本判決)は、国(国交大臣)の事業の実施にかかわり、事業主体と当該事業の費用分担者との法関係が問題となる事案である点に最も根本的な相違があろう。」(54頁後段)とされている。

## 4 射程論のまとめ

一日校長事件最高裁判決の射程は、福岡右武調査官の「本判決の考え方は、教育委員会と同様に、普通地方公共団体の長から独立した権限を有する他の行政委員会、例えば、選挙管理委員会、人事委員会等の措置の違法とこれを前提とする長の財務会計行為上の行為の違法との関係についても、基本的に当てはまるものと解されよう。」との解説が最も基本的であり常識的であり、正鵠を得ている。そして、その後の最高裁判例においても、県議会の議長による議員に対する出張命令が県議会の自律的行為とされて、旅費の支出権限を有する知事が先行行為を是正する権限を有していなかったとして、知事に対する4号請求訴訟が棄却されている事案(最判平成15年1月17日 民集57巻1号1頁)等に限られており、最高裁の判例の積み重ねは同判例解説の範囲内で推移している。

詰まるところ、本件請求事案との対比では、一日校長事件判決は、「4号請求」事案であることのほか、一法主体である地方公共団体の事務の執行の法的枠組みのあり方に係る事案であるのに対し、本件請求事案は「1号請求」であり、国(国

土交通省)の事業の実施にかかわり、事業主体たる国と当該事業の負担分担者である地方公共団体との法関係が問題となる事案であり、まったく事案を異にする、というのが学者・研究者の見方である。もとより、これらの見解は、最高裁判例解説と極めて整合的である。

## 第2 原判決の判断枠組みに関する主要な判示とこれらの問題点

### 1 原判決の基礎的な判断枠組み

原判決は、「建設事業負担金は、河川法60条1項、64条1項により、国土交通大臣が都府県に負担させることができるとされているものであり、同法施行令38条1項の通知の性格は、高度交通大臣が発する具体的な費用負担の命令であると解すべきであるから、被告知事は、上記通知に重大かつ明白な瑕疵がある場合でない限り、上記通知を尊重してその内容に応じた財務会計上の措置を執るべき義務があり、これを拒むことは許されないと解される」とした(原判決23頁)。

以下には、この判示を中心に、河川法上の納付通知に基づく建設事業負担金に関しての原判決の判断枠組みの問題点を点検し、その違法・不当を指摘することとする。

### 2 野呂教授の原判決の解読

(1) 野呂教授は、原判決の判断枠組みについては次のように捉えている。

野呂教授は、「八ッ場ダム訴訟の論点」における論文「一日校長事件最高裁判決の射程」(甲A第21号証)において、4都県の高裁判決について、「当該負担金の支出の違法性にかかる判断方法は以下のようなものである」として、判断枠組みの判示を次のように3つの要素に区分して取り上げ、これを解説されている。

(2) 野呂教授は、東京事件判決と千葉事件判決は、「一日校長判決を引用しつつ、

原因行為が行政組織上独立の権限を有する他の機関の権限に基づいてされた場合には、原因行為に重大かつ明白な瑕疵があるなど、著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵の存する場合でない限り、財務会計上の行為を行う職員はこれを尊重しなければならないとする。そして、[1]都府県の職員が納付通知の適法性を審査した上でこれが適法な場合に限り支出をすべき義務を課することをうかがわせる規定がないこと、[2]都府県に納付が義務付けられるなどの受益者負担金の性質、[3]額の決定および徴収・督促の方法等における国土交通大臣と都府県の権限の配分関係からすると、都府県の職員が納付通知の適法性を審査することは予定されておらず、上記の厳格な基準が妥当するという。」（61頁後段）と、判決の判示を読み解かれている。

### **3 原判決の問題点**

そこで、「4号請求」事案である一日校長事件判決を「1号請求」事案である本件事案に対し適用できるのか、同一自治体内の特殊な事務執行関係例の事案である一日校長事件判決の判断枠組みや違法審査基準を、国と地方公共団体との納付命令の本件事案に適用できるのか、「納付通知」への地方公共団体の審査権が認められないとの判断や納付通知への尊重義務を強調する判断は正当なのか、そして、この種の事案における違法の審査基準における判例違反はないのか、などが問題となる。以下では、これらについて、野呂論文を基本資料として、原判決を点検し、批判することとする。

## **第3 野呂教授の原判決批判**

### **1 野呂教授の一日校長事件最高裁判決の射程論の視点**

本補充書Ⅲの「第1の2 一日校長事件判決の内容と特徴」の項で、野呂教授が見た同事件判決の特徴等をみたところであるが、同教授は、同判決の射程

を測るについては、まず、1号請求や2号請求にも一日校長事件判決の判断基準を適用し得るか否か、次に、一日校長事件判決の②の基準、即ち、「②地方公共団体の長は、教育委員会の『処分が著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵の存する場合でない限り、右処分を尊重しその内容に応じた財務会計上の措置を採るべき義務があり、これを拒むことは許されない』という厳格な基準」（甲A第21号証59頁前段）が適用し得る事案といえるのか、という視点からチェックを行うとしている。もとより、その検討対象は、本補充書の「第2の2 野呂教授の原判決の解説」の項において紹介した、[1]～[3]の項目で示された特徴を持つ原判決の判示である。

このような視点から野呂教授は、本件事案には、一日校長事件の適用は不可と判定している。野呂教授の主たる審査事項と、その判定結果を挙げれば次のとおりである。

## 2 野呂教授の原判決への各論批判について

(1) まず、「4号請求」事案である一日校長事件判決を、「1号請求」事案である本件事案に適用できるか、について。

野呂教授は、「一日校長判決は、職員個人の賠償責任にかかる判断基準を示したものであるから、その射程を1号請求および2号請求に拡大することが適切でないことは言うまでもない。一日校長判決以後の1号請求にかかる最高裁判決も、一日校長判決の引用を慎重に避けていることがうかがわれる。前掲最判平成23・12・2は、1審および2審が一日校長判決を引用していたにもかかわらずこれを引用していないし、前掲最判平成25・3・28は、1号請求と4号請求とを区別して、後者についてのみ一日校長判決を引用している。実質的に見ても、1号・2号請求訴訟においては、行政機関の権限行使の違法性が審理されるのであるから、公務員の職務義務違反がない



として4号請求が棄却される場合でも、先行行為の違法性の承継により、後続行為の差止め等の請求が認められる場合があると解すべきである。」（甲A第21号証60頁前段から後段）とされている。

(2) ついで、一日校長事件判決と本件事案では、登場する法主体の関係が大きく異なっている。即ち、一日校長事件では同一の地方公共団体内での先行行為と後続の財務会計行為との事務執行関係が問題となっているところ、本件事案では国と地方公共団体との関係において、先行行為（国交大臣の納付通知）が後続の群馬県の財務会計行為を拘束するのかが問題となっている。

これについて野呂教授は、「従来の判例が②基準を適用してきた地方公共団体内部の関係と異なり、都府県が国から不利益な措置を受ける関係は、独立した法主体間関係である。さらに、納付通知は、都府県の公行政活動の監督手段ではなく、国と都府県との間の財産上の利害調整にかかわる行為であり、かつ、都府県の納付義務については『著しい利益を受ける』ことが法律上の要件とされている。そうすると、納付通知が法定の要件を充たさず違法であると都府県が考えるときは、取消訴訟を提起して納付通知の取消しを求めることができると解すべきであり、また、『著しい利益を受ける』という要件の司法審査にあたり、国の判断を一方的に優先させる理由もない。したがって、都府県は違法な納付通知を訴訟を通じて是正するのであって、その手続を怠ったまま漫然と違法な納付通知に従って支出をした場合には、違法となると解される。」（同62頁前段）とされる（下線は代理人による）。

野呂教授によれば、知事が教育委員会から教職員の辞令を届けられた場合とは異なり、東京都（本件事案では群馬県）は、国から事業費の分担等を求められた場合には対等な立場で検討することができるというのである。そして、「『著しい利益を受ける』という要件の司法審査にあたり、国の判断を一方的に優先させる理由もない。」と断言されている。現行制度ではこのとおりなのである。これを原判決は完全に無視して判示をしているのである。そうであれ

ば、一日校長事件判決を援用して、野呂教授の言われる一日校長事件の「②の判断基準」を適用した原判決の判示は明らかに違法の判断となる。

(3) 次に、前問とやや重なるが、原判決は、地方公共団体には先行行為（国土交通大臣の納付通知）に対する介入権はなく、また特定の審査権や審査義務を定める規定も存在しないとし、そのことから納付通知への尊重義務を導き出し、一日校長事件の想定の下に、野呂教授のいう「②基準」を適用したのであるが、本事案においてそれは可能なことなのかについて。

野呂教授は、原判決に対して、「都府県が納付通知を争うことができないと解するためには、積極的かつ憲法による地方自治の保障に反しない法的根拠が必要となろう。上記[1]は、審査権が認められることについての積極的な法的根拠を要求するもので、議論が逆である。[2]および[3]は、国土交通大臣が決定した額について都道府県が納付義務を負い、また、強制徴収手続（河川法74条）が予定されていることを指摘するものである。しかし、私人に対する課税処分等でも同様の仕組みがとられているし、河川法70条は、私人および経済的主体としての地方公共団体が受益者となる場合の負担金についての定めを置くが、その要件や徴収の仕組みは、同法63条による負担金と同様である。課税処分の相手方や河川法70条の負担金の納付を求められた者が違法を主張して争えることは当然であり、河川法63条の負担金についてこれと別異に解する理由は見当たらない。」（62頁前段から後段）とされている。

なお、この野呂論文の引用分の中に、[1]～[3]と表記して原判決の判旨の特徴が示されている部分があるが、これについては、本補充書Ⅲの「第2の2 野呂教授の原判決の解説」の項で取り上げているので参照を願いたい。[1]は、「都府県の職員が納付通知の適法性を審査した上でこれが適法な場合に限り支出をすべき義務を課することをうかがわせる規定がないこと」とされている。

野呂教授は、都府県が納付通知を争うことができないと結論を導き出すには

そうしたはっきりした法令が必要となるが、そのような法令で憲法に違反しない法令など考えられるか、と厳しく批判されている。そして、これは前問の回答でも出ているが、こうした国からの地方公共団体への賦課金は、国民や企業への課税処分と同様に争えるのであり、「河川法63条の負担金についてこれと別異に解する理由は見当たらない」と明快に答えられている。明示の審査権を認める規定がないから納付通知を尊重せよ、支出を拒めるのは納付通知に「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」が認められたときだけだとの原判決の判示は生き残る余地はまったくないはずである。

(4) 以上のように、国土交通大臣の納付通知は、河川法60条1項についても必要とされる同法63条1項の「著しく利益を受ける」との要件が充足してはじめて拘束力を持つものであり、それが充たされないままの公金の支出は違法となるものである。因みに地方自治法232条の3は、「普通地方公共団体の支出の原因となるべき契約その他の行為（これを支出負担行為という）は、法令又は予算の定めるところに従い、これをしなければならない。」と規定し、また同法232条の4は、長の支出命令を受けた会計管理者に対し「当該支出負担行為が法令又は予算に違反していないこと及び当該支出負担行為に係る債務が確定していることを確認したうえでなければ、支出をすることができない。」と規定しているところであって、これらの規定は地方公共団体が財務会計行為の適法性を確保すべきことを厳しく要請するものである。この関係から言えば納付通知を受けた地方公共団体は当然に事前の審査義務を負い、無審査で納付通知に沿った負担金の支出を行うことは明らかに違法との評価を受けることになる。そして、この審査権を打ち消すような、原判決の納付通知への尊重義務などはどこを探しても見当たらない。無審査での負担金支払いを奨励することになる原判決の判示は法治主義を危うくするものであり、到底許容されるものではない。

かくして、一日校長事件判決の射程を超えて援用した原判決の判旨はことごと

とく論破されたことになる。

### 3 野呂論文を全面的に援用する

以上に野呂論文に基づいて一日校長事件最高裁判決の判旨を学び、そして原判決の誤りを指摘してきたが、上告受理申立人らは、この野呂論文を全面的に援用するものであるが、ここでは、重複を恐れず強調したい4点を取り上げておきたい。

- (1) まず、「4号請求」事案である一日校長事件判決を「1号請求」事案である公金の支出差止め請求事案である本件事案に適用を拡大すべきではないとの点については、改めて指摘するまでもないのではないか。この点は、「最高裁判例解説」からも導くことができるし、人見教授も同意見である。
- (2) 本件訴訟では、国土交通大臣から河川法60条に基づく納付通知を受けた地方公共団体が、これに対してどのような対応が可能なのか、どう対応すべきなのかが、一日校長事件判決の射程の問題とともに基本的な最大のテーマの一つとなっている。これに対する野呂教授の教示は、先に引用した論考に下線を施した箇所にある。これをさらに簡略にすれば、「『著しい利益を受ける』という要件の司法審査にあたり、国の判断を一方向的に優先させる理由もない。したがって、都府県は違法な納付通知を訴訟を通じて是正しうるのであって、その手続を怠ったまま漫然と違法な納付通知に従って支出をした場合には、違法となると解される。」となる。そして、「著しい利益を受ける」との要件が満たされていないのにも拘わらず、是正手段を採ることもなく違法な納付通知に漫然と従って支出をした場合には違法となるとの判断は、これこそ住民・上告受理申立人らがこれまで強調してきたところである。そして、すぐ後に見るように、田村教授、人見教授らの新論考とも論旨を同じくするものである。
- (3) 次に、東京事件判決が、一日校長事件最高裁判決を援用しつつ、東京都の当該職員が納付通知の適法性を審査した上でこれが適法な場合に限り支出をす

べき義務を課することをうかがわせる規定がないことを理由にして、当該職員が原因行為を尊重してその内容に沿って行った財務会計行為を違法とすることはできないとする点については、野呂教授は、「審査権が認められることについての積極的な法的根拠を要求するもので、議論が逆である。」（62頁前段）と厳しく批判されている。利根川の下流都県は、当然に審査権を保有しているものであり、逆に都県には納付通知に対して尊重義務などは課されていないのである。野呂教授は、このことをあり得べからざることだと批判されたのである。研究者から、このような評価を受ける原判決は判決の名に値しないのではないか。

- (4) さらに、野呂論文は、原判決が重大な判例違反を犯していることを示唆している。同論文では「②基準」と呼ばれている、一日校長事件最高裁判決での判断基準、即ち、「②地方公共団体の長は、教育委員会の『処分が著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵の存する場合でない限り、右処分を尊重しその内容に応じた財務会計上の措置を採るべき義務があり、これを拒むことは許されない』という厳格な基準」（甲A第21号証59頁前段）が用いられたのは、これまでの最高裁判例でも限られた事案にとどまるという。同論文によれば、「②基準は、地方公共団体内部の関係において、後続行為を行った職員が先行行為を尊重して財務会計行為をしなければならないことについて何らかの明確な法的根拠が存在する場合に適用されている。」（同61頁前段）とされている。これが正に、4号請求訴訟の一日校長事件判決の事案であり、また、先行行為（県議会議長による議員に対する旅行命令）が、県議会の自律的行為に当たり、旅費の支出にかかる権限を有する知事が先行行為を是正する権限を有していなかった事案（平成15年1月17日最判 民集57巻1号1頁）などであり、極めて限られた事案しか存在しないのである。そうであれば、東京事件においては、納付命令を受けた東京都の当該職員が、「後続行為を行った職員が先行行為を尊重して財務会計

行為をしなければならないことについて何らかの明確な法的根拠が存在する場合」に置かれていないことは明らかである。つまり、東京都の当該職員は、先行行為を尊重して財務会計行為を行わなければならない拘束は受けていないのである。そうであれば、4号請求事案か1号請求事案かの問題をさて置いても、この「②基準」を本件事案に適用するのは明らかに妥当を欠くことになる。しかし、それにとどまらず、原判決のような判断枠組みを採ることは、これまでの先例を破る重大な判例違反を構成することになるであろう。

#### **第4 田村教授、人見教授らによる原判決批判**

野呂教授の6月号の論文のほかに、同号では、田村達久早稲田大学教授、人見剛同大学教授が、同じく原判決批判を展開されている。これらを紹介し、これらの論考からも教示を受けて、最終のまとめ作業に入ることにしよう。

##### **1 田村教授による原判決批判**

田村教授は、「八ッ場ダム住民訴訟東京高裁判決の検討」（甲A第20号証）において、一日校長事件最高裁判決を誤援用して納付通知への尊重義務を強調する東京事件判決に対して、次のようにその判断枠組みに批判を加えられている。

「引用の一日校長事件住民訴訟最高裁判決の事案と本判決のそれとではまったく事案を異にする。前者は、一法主体たる自治体の事務の執行の法的仕組みのあり方が問題となる事案であるのに対して、後者(本判決)は、国(国交大臣)の事業の実施にかかわり、事業主体と当該事業の費用分担者との法関係が問題となる事案である点に最も根本的な相違があろう。換言すれば、本判決の事案は、同一法主体(行政主体)の事務の執行に係る行政組織法上の権限配分のあり方如何が問題となるものではない。それは、国と都という二法主体間の法関係と評価、判断することが正当である。少なくとも、本判決の事案においても、都(ないしその機関)が国の行政組織の一機関であるはずがない。法主体間関係であれば、費用分担者(都)が自身の負う義務の適法性、

その内容の適正性を自ら確認，検証することができると思うのが当然であろう。それ故，本判決の上記の評価，判断は適切とは解しえない。」（同54頁後段）

## 2 人見教授による原判決批判—人見「6月号論文」

人見教授は，6月号の論文「国の直轄公共事業に係る自治体負担金の法的統制」（甲A第22号証）において，原判決の判断枠組みに対して，次のように批判を加えられている。

「以上のように地方公共団体が国の負担金納付通知の違法性を訴訟を通じて争えるにもかかわらず，一連の東京高裁判決が，それに『著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正の見地から看過し得ない瑕疵のあるときでない限り，これを尊重して財務会計上の行為をすることが違法と認めることはできない』とするのは，一日校長事件＝最判平成4・12・15（民集46巻9号2753頁）の同様の判示を当てはめたものであろうと想像される。しかし，本件で問題となっている都県と国（国土交通大臣）の関係が，一日校長事件で問題となった都知事と都教育委員会の関係とは全く異質であることは言うまでもない。教育委員会による教育職員の人事上の処分がなされたとき，都道府県知事は，それが違法であるとして裁判に訴えることはできない。そうした訴訟は機関訴訟であり，法律にそれを特別に認める規定があつて初めて提起できるのである（行訴法42条）。そのような規定がない限り，最高裁も述べるように，首長は，教育委員会の判断を尊重して財務会計行為をなさねばならず，ただ，それが『著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵の存する場合』に限って，それを拒むことができるとしたのである。河川法の受益者負担金をめぐる都県と国の関係は，これと全く異なった独立の法主体間の関係なのである。」（68頁前段）

### 3 人見教授による一審判決批判 一甲A第19号証

人見教授は、東京事件の原審において、申立人側からの要請に応じて、東京事件一審判決の問題点を論じていただいた。河川法をめぐる負担金の差止請求に係る判断枠組みでは、基本的には、東京事件一審判決も東京事件原判決も同じである。人見意見書は次のように東京事件一審判決を批判されている。

「河川法63条の受益者負担金の負担に関して、都道府県と国（国土交通大臣）との間で、上記のような拘束関係がないことは明らかであろう。河川法63条に基づく負担金納付通知によって課された負担金を都道府県が支払わない時には、同法74条の2第3項によれば、総務大臣を経由して内閣に不服を申し出ることができる。また、都道府県は、納税者が課税処分に対して納税を拒む場合と同様、納付通知の違法を裁判で争うこともできるはずである（参照、摂津訴訟＝東京高判昭和55年7月28日行集31巻7号1558頁、大牟田市電気訴訟＝福岡地判昭和55年6月5日判時966号3頁など）。そして、納付通知が河川法63条の要件に違背して違法であるとき、例えば『著しく利益を受ける場合でない』とか、『受益の限度』を超えた金額であるときには、裁判所の判決によって当該納付通知が取り消され、負担金の支払い義務を負うことはないのである。

教育委員会のような行政委員会や議会と首長との関係が、このような関係にないことは、もはや説明するまでもないであろう。教育委員会による教育職員の人事上の処分がなされたとき、都道府県知事は、それが違法であるとして裁判に訴えることはできない。そうした訴訟は機関訴訟であり、法律にそれを特別に認める規定があって初めて提起できるのである（行訴法42条）。そのような規定がない限り、最高裁も述べるように、首長は、教育委員会の判断を尊重して財務会計行為をなさねばならず、ただ、それが『著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正確保の見地から看過し得な



い瑕疵の存する場合』に限って、それを拒むことができるのである。河川法の受益者負担金をめぐる都道府県の機関と国の機関との関係に、これと同様の関係があると考えるのは、明らかな誤りである。」（甲A第19号証3～4頁）。

## 第5 原判決批判のまとめ— 一日校長事件最高裁判決の射程を誤り、重大な判例違反を犯している原判決

### 1 一日校長事件最高裁判決の判決要旨

これまで検討をしてきたが、念のため、「最高裁判例解説」から一日校長事件最高裁判決の判決要旨を確認しておこう。次のとおりである。

#### (1) 判決要旨

(i) 「地方自治法242条の2第1項4号の規定に基づく代位請求に係る当該職員に対する損害賠償請求訴訟において、右職員に損害賠償責任を問うことができるのは、先行する原因行為に違法事由が存する場合であっても、右原因行為を前提としてされた右職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られる」。

(ii) 「教育委員会が公立学校の教頭で勸奨退職に応じた者を校長に任命して昇給させるとともに同日退職を承認する処分をした場合において、右処分が著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵が存するものといえないときは、知事がした右の者の昇給後の号給を基礎とする退職手当の支出決定は、財務会計法規上の義務に違反する違法なものとはいえない。」

#### (2) 引用・援用の場合の留意点

この事件の判例が他の事件の先例として適用されたり、援用されたりするには、当該事件の構造や訴訟当事者らの権利関係等が上記の事件に類似しており、上記の2つの判旨が妥当する条件があつてこそ可能となるものである。こ

のことを改めて確認しておきたい。一日校長事件の最高裁判決というのは、この二つの判旨が適合してこそ適用したり、援用できるものである。第1項は、「4号請求」事案であることが明記されている。そして、特に問題なのは、第2項の判旨にある、同一地方公共団体内にある知事と教育委員会との業務分担関係と、本件事案である事業主体たる国土交通大臣と同大臣から納付通知を受け取った地方公共団体との関係が、法的に同種の関係と認められるかであるが、これまでの点検では、諸学者は、「全く異なる」との見解を述べられていることは見てきたとおりである。これらを踏まえて、まとめの作業を行うこととする。

## 2 事案の相違—4号事案をそのまま1号事案には使えない

- (1) 野呂教授は、「一日校長事件最高裁判決の射程」(甲A第21号証)において、「一日校長判決は、職員個人の賠償責任にかかる判断基準を示したものであるから、その射程を1号請求および2号請求に拡大することが適切でないことは言うまでもない。一日校長判決以後の1号請求にかかる最高裁判決も、一日校長判決の引用を慎重に避けていることがうかがわれる。」(60頁前段から後段)とされる。
- (2) そして、人見意見書(甲A第19号証)も、「4号請求のように、最終的に職員の個人責任を問うことになる訴訟になれば、どうしても当該職員の職務上の義務違反や故意・過失が問われざるを得ないのであり、当該職員が行った職務行為やその原因行為が法令に適合しているか否かという行政活動の客観的な適法・違法の問題は後景に退かざるを得ない。この意味で、一日校長事件判決の判示は、4号請求としての損害賠償請求訴訟の当然の帰結を述べているのである。」(2頁)とする。そして、同教授も、1号請求訴訟の最高裁判決では、一日校長事件判決を引用したものはないと指摘されている(同前)。
- (3) そして、野呂教授も、「実質的に見ても、1号・2号請求訴訟においては、

行政機関の権限行使の違法性が審理されるのであるから、公務員の職務義務違反がないとして4号請求が棄却される場合でも、先行行為の違法性の承継により、後続行為の差止め等の請求が認められる場合があると解すべきである。」

(甲A第21号証60頁後段)と、4号請求と1号請求では必要な要件が異なることを指摘されている。

- (4) このように、4号請求事案と1号請求事案では、その要件が異なるのであるから、たやすく4号請求の判断枠組みを1号請求訴訟に転用することは誤りであり、これをしてはならないのである。このことは、一日校長事件判決の後、最高裁ではこの判例が1号請求事案に使われていないことから理解できるはずである。

### 3 事案の相違—法主体間の関係では射程外となる

- (1) 田村教授は、先にみたとおり、「ハッ場ダム住民訴訟東京高裁判決の検討」(甲A第20号証)において、一日校長事件は、「一法主体たる自治体の事務の執行の法的仕組みのあり方が問題となる事案である」のに対して、本件事案は「国(国交大臣)の事業の実施にかかわり、事業主体と当該事業の費用分担者との法関係が問題となる事案である点に最も根本的な相違があろう」とされている。そして、「法主体間関係であれば、費用分担者(都)が自身の負う義務の適法性、その内容の適正性を自ら確認、検証することができると思うのが当然であろう。」(54頁後段)とされる。

- (2) 人見教授は、「国の直轄公共事業に係る自治体負担金の法的統制」(甲A第22号証)において、国土交通大臣からの違法な納付通知に対しては、地方公共団体は法的に争うことができることを解説された上で次のように指摘されている。

「本件で問題となっている都県と国(国土交通大臣)の関係が、一日校長事件で問題となった都知事と都教育委員会の関係とは全く異質であることは言

うまでもない。教育委員会による教育職員の人事上の処分がなされたとき、都道府県知事は、それが違法であるとして裁判に訴えることはできない。そうした訴訟は機関訴訟であり、法律にそれを特別に認める規定があつて初めて提起できるのである（行訴法42条）。そのような規定がない限り、最高裁も述べるように、首長は、教育委員会の判断を尊重して財務会計行為をなさねばならず、ただ、それが『著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵の存する場合』に限って、それを拒むことができるとしたのである。河川法の受益者負担金をめぐる都県と国の関係は、これと全く異なった独立の法主体間の関係なのである。」（68頁前段）

- (3) 東京事件の原判決は、河川法63条1項の「著しく利益を受ける」という要件が充足して初めて効力を持つ本件の受益者負担金の納付通知であるのに、これの実質の審理をしないまま、これに一日校長事件最高裁判決を頭から被せ、住民・上告受理申立人らの主張を封殺しようとしたのである。この状況は本件群馬事件でも変わらない。

国と都という、それぞれが独立した法主体間においては、国から事業費の分担金を賦課されたのなら、これを頭から尊重するなどというルールはどこにもない。現行制度ではその違法・不当を訴訟で争うことができる。しかし、教育委員会での人事処分では、余程の不合理が認められないと、首長はこれを尊重してこれに沿った財務会計上の行為を採らなければならない。一日校長事件と本件事案ではこれだけの基本的な条件が異なっているのに、東京事件原判決は、一日校長事件判決を引いて、「当該原因行為について重大かつ明白な違法ないし瑕疵があるなど、当該原因行為が著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正の見地から看過し得ない瑕疵があるときでない限り、これを尊重してその内容に応じた財務会計上の行為をすることが違法と認めることはできないと解するのが相当である」としたのである。卑近な言い方をすれば、原判決は、国土交通大臣が発した納付通知に一日校長事件判決の衣を被せて本

件事案をそれに見せかけ、納付通知に「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」があるとの主張・立証がなければ支出差止めなどできないと、住民・上告受理申立人らの主張や申立をことごとく排斥したのである。原判決の論法と判示は、驚をカラスと言ひ張る論法と同類と言ってはばかりはない。この状況は群馬事件でも同様である。

#### **4 法定要件を充たさない納付通知には尊重義務はなくこれを訴訟で争える 本件を一日校長事件最高裁判決で縛るのは、地方自治法等の解釈を誤り、 かつ重大な判例違反を犯すものである**

(1) 以上のとおり、一日校長事件最高裁判決の事案と本件請求の国土交通大臣が発する納付通知の建設事業負担金の支出差止め請求事案とでは、まったく事案を異にする。その土俵が全く違っているのである。本件請求事案は、同一法主体（行政主体）の事務の執行に係る行政組織法上の権限配分のあり方如何が問題となるものではない。それは、国と県という二法主体間の法関係と評価、判断することが正当である。法主体間であれば、費用分担者が自身の負う義務の適法性、その内容の適正性を自ら確認、検証することができるのが当然である。それ故、「1号請求」と「4号請求」の問題は別にしても、本件事案に一日校長事件の最高裁判決を適用するのは誤りである。

(2) 次のようにも言える。問題となっている都県と国（国土交通大臣）の関係が一日校長事件で問題となった都知事と教育委員会の関係とは全く異なっていることは言うまでもない。教育委員会による教育職員の人事上の処分がなされたとき、都道府県知事は、それが、違法であるとして裁判に訴えることはできない。そうした訴訟は機関訴訟であり、法律にそれを特別に認める規定があつて提起できるのである（行訴法42条）。そのような制約があるからこそ、最高裁も述べるように、首長は、教育委員会の判断を尊重して財務会計行為をなさねばならないのである。ただ、それが「著しく合理性を欠きそのためこれに

予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵の存する場合」に限って、それを拒むことができるとしたのである。一方、河川法の受益者負担金または建設事業負担金をめぐる都県と国の関係は、これと全く異質の独立した法主体間の関係なのである。したがって、一日校長事件の判決要旨1項はもとより、2項が妥当する関係にはない。

(3) このように、河川法63条または60条に基づく国土交通大臣からの納付通知に対しては、都県は、同63条1項が定める「著しく利益を受ける」との要件が充足していればもとより納付すべき義務を負うが、その要件が充足しているか否かについては、自ら判断すべきものであり、その要件が充たされていないときに負担金の支払いをすれば違法となるのである。この意味で、「納付通知」には、教育委員会の人事処分に関して首長に課せられている尊重義務のごときものは全く付加されていない。納付通知に対しては、首長や当該職員らは自主的な判断こそが地方自治法や地方財政法で義務となっているのである。

(4) 以上のところからすれば、野呂教授が、一日校長事件判決から引き出した「②の基準」、即ち、「②地方公共団体の長は、教育委員会の『処分が著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵の存する場合でない限り、右処分を尊重しその内容に応じた財務会計上の措置を採るべき義務があり、これを拒むことは許されない』という厳格な基準」（甲A第21号証59頁前段）や、これに類した審査基準は本件請求に適用される余地はなくなる。

そうすると、原判決の基本的な判旨、

「建設事業負担金は、河川法60条1項、64条1項により、国土交通大臣が都府県に負担させることができるとされているものであり、同法施行令38条1項の通知の性格は、高度交通大臣が発する具体的な費用負担の命令であると解すべきであるから、被告知事は、上記通知に重大かつ明白な瑕疵がある場合でない限り、上記通知を尊重してその内容に応じた財務会計上の

措置を執るべき義務があり，これを拒むことは許されないと解される」（原判決23頁）。

はすべて根底から崩壊することになる。

- (5) 以上，要するに，一日校長事件と本件事案とは，全く事案を異にするのであるから，同最高裁判例を引くこと自体が基本的に大間違いなのである。原判決は，同最高裁判決を引いて，納付通知に，「重大かつ明白な瑕疵がある場合でない限り」，これに従った負担金の支出に違法はないとして，河川法60条1項の要件の司法審査を自ら放棄してしまったのである。このような審理，判決が許されるはずはない。原判決の破棄は免れないものと信ずる。

#### IV 伊方原子力発電所設置許可処分取消訴訟最高裁判決が判示する司法審査の判断枠組みに基づく原判決批判

##### はじめに

行政訴訟の主張・立証責任の配分に関しては、判例、学説にも長い間の論争が存在している。不服を申立てる原告側に主張・立証責任が存在するのか、行政処分等を行った被告行政庁に存在するのかについては、学説上「法律要件分類説」と呼ばれる考え方と、「個別具体説」と呼ばれる考え方に二分されてきた。「法律要件分類説」は、各当事者は自己に有利な法規の要件事実について証明責任を負い、具体的には、権利の主張者が権利根拠事実について、またその相手方が、権利根拠規定に基づく法律効果の発生を妨げる権利障害事実、一度発生した法律効果を後に再び否定する権利消滅事実等について、各々証明責任を負う、とするものである。この考え方は、行政訴訟における立証責任の配分も民事訴訟におけるそれに従う考え方であるとされている。そして、「個別具体説」は、私法法規の構造から証明責任の分配を決しようとする法律要件分類説の考え方は行政訴訟には妥当しないとするものであり、一般的な証明責任の分配原則としては、「当事者の公平・事案の性質・事物に関する立証の難易等」により、具体的な事案ごとに、いずれの当事者に不利益な判断をするかを決しなければならないとするものである。現在まで、この二つの考え方に代表されて、なお意見が戦わされている状況にあるといわれる。

ところで、伊方原子力発電所設置許可処分取消訴訟最高裁判決（平成4年10月29日最高裁第1小法廷判決 民集46巻7号1174頁。以下「伊方最高裁判決」という）は、同取消訴訟において、「被告行政庁がした右判断に不合理な点があることの主張、立証責任は、本来、原告が負うべきものと解される」としながら、「当該原子炉施設の安全審査に関する資料を全て被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮すると、被告行政庁の側において、まず、……被告



行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある、」と判示している。行政庁の処分に対する取消訴訟において、原則的に原告側に取消理由が存在することの立証責任を全面的に負担させるとの扱いが肯定されるべきかは問題のあるところであるが、伊方最高裁判決は、そうした配分を原則としながらも、実質においては、被告行政庁に、行政側の判断には不合理な点がないことの主張・立証責任を負わせる判示を行っている。

この補充書IVにおいては、行政処分の取消訴訟における主張・立証責任の配分法則の一般論は措いて、伊方最高裁判決が示す行政処分の取消訴訟における主張・立証責任の配分法則及び行政庁の処分の違法性審査の判断枠組みないし違法審査基準に準じて原判決を点検するものである。点検によって浮かび上がる原判決の違法性審査の判断枠組みの像は、同最高裁判決が示すそれとは対極にあると行って言い過ぎではない。判例違反は鮮明である。

## **第1 伊方原子力発電所設置許可取消訴訟における違法性の主張、立証責任の配分**

### **1 設置許可処分の取消訴訟における違法審査基準ないし要証事項**

伊方最高裁判決の判決要旨第一及び第二は次のとおりである。

〔判決要旨第一〕

「右の原子炉施設の安全性に関する判断の適否が争われる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審査会の専門的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、現在の科学的水準に照らし、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審査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。」

## 2 設置許可処分の取消訴訟における違法性の主張・立証責任の配分

〔判決要旨第二〕

「原子炉設置許可処分についての右取消訴訟においては、右処分が前記のような性質を有することにかんがみると、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることの主張、立証責任は、本来、原告が負うべきものと解されるが、当該原子炉施設の安全審査に関する資料を全て被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮すると、被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある、被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認されるものというべきである。」

## 3 行政庁の要証事項と行政庁の立証責任

伊方最高裁判決は、上記のとおり、行政庁の自己の許可処分の適法性について、相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要があるとしたが、これについて、行政庁の要証事項と立証責任の配分についての判決要旨を整理すると次のようになる。

### (1) 行政庁の要証事項

上記の最高裁判決によれば、行政庁に求められる要証事項は次のようになる。

- ① 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ないこと。
- ② 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審査会の専門的な調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落がないこと。

- ③ そして、行政庁は、原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の上記①と②の判断に依拠して、行政庁の判断に不合理な点がないものとして原子炉設置許可処分を行ったこと。

伊方最高裁判決が説示していることは、学識者・専門家が行う調査審議等の審査基準並びに調査審議、判断に不合理があってはならないこと、そして、その司法審査においては行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づいて主張、立証する必要がある、ということであろう。

そして、設置許可処分取消訴訟においては、「被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認される」ということになる。

## (2) 行政庁の立証責任

伊方最高裁判決は、原子力発電所の設置許可処分に対する取消訴訟においては、行政庁には、その判断に不合理な点がないことについての主張、立証責任があると、次のように判示している。

「被告行政庁がした右判断に不合理な点があることの主張、立証責任は、本来、原告が負うべきものと解されるが、当該原子炉施設の安全審査に関する資料を全て被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮すると、被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある、」とされている。

行政庁は、所管にかかる専門分野の情報や資料を独占しているのであるから、この判断は当然であろう。そして、こうした理由での主張・立証責任の転換の理は、原子力発電所の設置許可取消訴訟の分野に限らず、河川行政の分野や専門的な知識や情報が行政に集中し独占されている分野での行政訴訟にお

いても妥当するものである。

#### 4 伊方最高裁判決の射程について

- (1) 上記の「3」の末尾で主張した事柄は、ひとり申立人らの独断に基づくものではない。伊方最高裁判決の「判例解説」に基づく主張である。同判例解説は、同解説の末尾において、同判決の射程を次のように解説されている。

「本判決は、前記のとおり、①原子炉設置許可処分の取消訴訟における審理、判断の方法、②右取消訴訟における主張立証責任、③原子炉設置許可の段階における安全審査の対象等について、最高裁として、初めての判断を示したものである。右の各点に関する本判決の判断は、これまで下級審判例が積み重ねてきた判断と概ね合致するものであり、本判決により、原子炉設置許可処分の取消訴訟における審理判断の基本的な枠組みが確立したものと評価することができよう。本判決の判断は、原子炉設置許可処分の適否が争われる同種訴訟はもとより、行政庁がした高度の科学技術的判断等の、専門技術的裁量に基づく行政処分の適否が争われる行政訴訟（科学裁判）における司法審査の在り方、主張立証責任等についての理論、実務に対しても、大きな影響を与えるものと思われる。」（最高裁判例解説（平成4年度）433頁）としている。

- (2) 一方、本件事案は、国（国土交通大臣）からの群馬県への大臣納付通知に基づく負担金の賦課処分に対して、これを住民訴訟において支出差止めを求める請求であり、大臣の行政処分に対する取消訴訟ではないことなど事案の法的な性質は異なるものであるが、前記「判例解説」が説くように、「行政庁がした高度の科学技術的判断等の、専門技術的裁量に基づく行政処分の適否が争われる行政訴訟（科学裁判）における司法審査の在り方、主張立証責任等についての理論、実務」という点においては、大きく重なるものがある。

- (3) そして、この伊方最高裁判決の主張・立証責任が妥当する範囲はさらに拡大

されるべきだとの考えも有力である。即ち、この伊方最高裁判決の射程に関する判旨を「主張・立証責任を負わない当事者も、一定の場合には、事件の事実関係につき、事案解明のための主張・立証行為をなす義務（事案解明義務）を負うとの法理を認めたもの」であると解し、同最高裁判決の射程を行政訴訟に限らず、相手方が「事案解明義務」を負う場合には通常の民事訴訟にも拡大すべきであるとの説を唱える立場である。

例えば、竹下守夫一橋大学教授は、「伊方原発訴訟最高裁判決と事案解明義務」（「民事裁判の充実と促進」中巻 木川統一郎博士古稀祝賀）において、伊方最高裁判決の射程について、次のように説かれている（甲A第23号証竹下守夫教授の「伊方原発訴訟最高裁判決と事案解明義務」）。

「最後に、以上のように理解した本判決の認める法理の射程範囲につき一言する。本件は内容的には原発訴訟という特色を持ち、また訴訟の種類としては、行政訴訟中の取消訴訟である。この二つの要素が、最高裁をして、被告行政庁側に事案解明義務を認めさせる決定的要因になったと見れば、本判決の射程範囲は、極めて限られたものとなる。しかし、主張・立証責任を負わない当事者に事案解明義務を負わせることが正当と認められる根拠が、前述のように、高度技術社会に内在する危険が原因となって生ずる訴訟において、事案解明資料・事案解明能力の構造的偏在を是正し、当事者間の公平、相手方と対等・平等な手続上の地位に立って裁判を受ける権利、を保障する必要にあり、また、具体的には、前述の①ないし③の要件の下で、この義務を認めることができるのであれば、この射程範囲を、原発訴訟に限る理由はなく、また行政訴訟に限定する必要もない。」とされ、例えば、「ダム建設等各種開発事業に関する環境訴訟」にも事案解明義務の法理が適用されてしかるべきである、との所見を述べられている（前記古稀論文23頁所収）。

(4) そして、竹下教授が、民事訴訟にも適用されてしかるべきと提言される「①ないし③の要件」とされた要件は、①主張・立証責任を負う当事者側について

は、これらの当事者が、事件の事実経過から物理的に隔離され、事案解明のための資料を入手しえず、かつ、事件の専門技術的性質から、自己の請求（あるいは抗弁）を理由付ける具体的主張を主張・立証しえない事情があること、②その相手方については、事件の事案を解明するために十分な資料を有し、また、争われているのが、他人に重大な危険をもたらす可能性のある自己の行為の適否である場合、③主張・立証責任を負う当事者側の主張が一応納得しうるものであることを示す手掛かりの提供がなされている場合、などの3要件である（同21頁）。

こうした諸条件を充たす場合には、伊方最高裁判決は、民事損害賠償請求事案をも射程に入れてよいとの見解を表明されている。こうした理論からすれば、本件事案においては、行政庁側に「著しく利益を受ける」との事実や、その前提に置かれている利根川水系の基本高水が合理的に策定されているとの事実の主張・立証責任が負わされて当然ということになる。申立人らは、以下においては、この伊方最高裁判決の判断枠組みと司法審査ルールに基づいて、原判決の手法を再点検することとする。

## **第2 伊方最高裁判決に反する原判決の「重大かつ明白な瑕疵」の認定手法**

伊方最高裁判決が示した、違法性の審査に関する主張、立証責任の配分を先例モデルとして、原判決の違法性の判断枠組みと、「重大かつ明白な瑕疵」の認定手順のあり方について点検することとする。

### **1 原判決の基礎的な判断枠組みの設定**

原判決は、「一般に、先行する原因行為に違法事由が存する場合であっても、それにより直ちにその後の財務会計行為が違法となるわけではなく、原因行為を前提としてなされた当該職員の行為自体が、財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限り、地方自治法242条の2第1項4号に基づく損害賠

償の請求を求めることができると解される。そして、建設事業負担金は、河川法60条1項、64条により、国土交通大臣が都府県に負担させることができるとされているものであり、同法施行令38条1項の通知の性格は、国土交通大臣が発する具体的な費用負担の命令であると解すべきであるから、被告知事は、上記通知に重大かつ明白な瑕疵がある場合でない限り、上記通知を尊重してその内容に応じた財務会計上の措置を執るべき義務があり、これを拒むことは許されないと解される。そうすると、上記のような瑕疵が存する場合でない限り、被告知事がする支出に関する行為は、その職務上負担する財務会計法規上の義務に違反してなされる違法なものということとはできないと解するのが相当である。」とした(判決書23頁)。

## 2 原判決の違法審査の手順

原判決は、「(2) 建設事業負担金(治水に係わる負担金)について」のアの項において、前記「1」で記述した「基礎的な判断枠組み」と、これを補充する判示を行った後に、(イ)の項の冒頭で「そこで、本件における国土交通大臣の河川法施行令38条に基づく通知に重大かつ明白な瑕疵がある場合に当たるか否かについてみる」(判決書23頁)とする。

そして、原判決は、イの項において、カスリーン台風後の利根川治水計画の推移を概観し、各種の行政手続が履行されてきている等の事実を各認定する(同23～27頁)。

## 3 原判決の「重大かつ明白な瑕疵」方式の採用と認定手順

原判決は、「控訴人らは、八ッ場ダムが治水のための河川管理施設として不要なものであり、その必要性について一見明白に必要性があることを被控訴人らにおいて立証すべきことを主張するが、独自の見解であり採用することはできない。」(原判決23頁)との判断を前提にして「以上のとおり、八ッ場ダム

について治水上の必要性がないとする原告ら主張はいずれも採用することができず、他に八ッ場ダムが群馬県内の利根川流域で生じる水害の発生を防止するという目的に照らして不必要であることをうかがわせる証拠はない。・・・したがって、治水に関して、八ッ場ダムの建設に関する基本計画等に重大かつ明白な瑕疵があり無効であるなどの特段の事情を認めることはできないというべきである。」（原判決27～28頁）とした。

こうした原判決の認定手法が伊方最高裁判決とは全く反するものであることは明らかであろうが、次にこのことについて述べる。

#### **4 伊方最高裁判決とは反する原判決の主張、立証責任の配分**

原判決の上記の判示からすれば、違法性の主張、立証責任について、原判決は、納付通知について重大かつ明白な瑕疵がある、との事実について、申立人側に主張、立証責任が存在しているものと扱い、結論として、申立人側の主張を排斥するという手法をとる。原判決の主張、立証責任の配分は明らかに伊方最高裁判決のそれとは真っ向から異なるものである。同最高裁判決では、「被告行政庁がした右判断に不合理な点があることの主張、立証責任は、本来、原告が負うべきものと解されるが、当該原子炉施設の安全審査に関する資料を全て被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮すると、被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要があり、」と判示しているのに、原判決は、納付通知について、重大かつ明白な瑕疵がある、との事実について、申立人・住民側に立証を求めているのである。

### **第3 利根川水系の基本高水・毎秒2万2000m<sup>3</sup>計画の「不合理な点」**

伊方最高裁判決の違法審査の判断枠組み及びその違法審査手続とその手法に準じて、本件事案における国土交通省の利根川水系の基本高水毎秒2万2000



m<sup>3</sup>計画の違法審査を行うならば、以下のとおり、同計画には、同最高裁判決がいう「不合理な点」が多々存在するところであり、十分に違法性の推認ができる。

昭和24年の「利根川改修改訂計画」策定時には、カスリーン台風時のピーク流量は、利根川本川と支川・烏川、同神流川の3川の八斗島地点での合流量を推計して、毎秒1万7000m<sup>3</sup>とされ、それが基本高水と策定された。その際には、上流域での氾濫は全く問題とされなかった。

建設省は、昭和55年12月の「利根川水系工事実施基本計画」の改訂に当たっては、昭和24年の改修改訂計画の基本高水・毎秒1万7000m<sup>3</sup>を毎秒5000m<sup>3</sup>引き上げて毎秒2万2000m<sup>3</sup>としたが、その改訂理由はカスリーン台風洪水の氾濫戻しを行った結果であると説明した。

本件訴訟においては、国土交通省は、平成18年9月の「回答」（乙第198号証の1）では、上の説明を維持した。しかし、その後2年もすると、それを事実上撤回し、基本高水・毎秒2万2000m<sup>3</sup>は同台風後の流域の変化を検討して、流域の将来を見通した計画値として策定した、と改めた（乙第278号証の1）。しかし、平成23年1月からの日本学術会議での基本高水の検証がはじまると、再び、八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>はカスリーン台風洪水の氾濫戻しによるものだとの姿勢に戻り、その氾濫状況について、「洪水、山に上る」ともいうべき報告書を分科会へ提出した。このように、国土交通省は、八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>計画については、カスリーン台風の氾濫戻しといたり、また、カスリーン台風の実績流量とは関係なく流域の発展を見込んでの将来の計画値であると言ったり、さらにその後再び「カスリーン台風洪水の氾濫戻し」に戻るなど利根川の基本高水の策定理由について、説明が定まらないだけでなく、相容れない矛盾する説明を繰り返したのである。

以下に、建設省・国土交通省の現在の基本高水の策定経緯とその策定理由の混乱ぶりを示すこととする。

## 1 昭和24年策定の「利根川改修改訂計画」—氾濫なしで毎秒1万7000m<sup>3</sup>

昭和24年の「利根川改修改訂計画」策定時には、利根川上流域での氾濫は全く問題になっていなかった。治水調査会の小委員会の審議でも、上流部での氾濫は問題とならず、利根川本川と烏川とが合流する八斗島地点での合流量の推計について、河道貯留を考慮すべきか否かが議論の中心となっていた。そして、カスリーン台風洪水のピーク流量は、利根川本川、烏川、神流川の八斗島地点での推計合流量から毎秒1万7000m<sup>3</sup>とされ、それが基本高水として採用されたが、当時の第一線の研究者・学識者である安芸皎一東大教授や富永正義元建設技官からは、この推計は過大ではないかとの議論さえ残している（甲B第18号証 群馬県「カスリーン台風の研究」中の安芸論文「利根川昭和22年9月洪水水害実態調査報告」288頁。甲B第21号証「河川」所収 富永論文「利根川における重要課題（下）」）。

## 2 昭和55年の「利根川水系工事実施基本計画」—突然の「氾濫戻し」で毎秒2万2000m<sup>3</sup>

- (1) その後、昭和44年頃から、カスリーン台風時には上流で相当の氾濫があったという見解が出されたり（「利根川百年史」甲B第89号証1128頁）、昭和45年には、「利根川上流域における昭和22年9月洪水（カスリーン台風）の実態と解析」（利根川ダム統合管理事務所、昭和45年4月）が刊行され、カスリーン洪水の計算上のピーク流量は毎秒2万7000m<sup>3</sup>に及ぶとの見解が公表された（甲B第161号証の1 大熊意見書4頁）。
- (2) こうした流れの中で、建設省は、昭和55年12月の河川審議会で、「改修改訂計画の基本高水流量は、昭和22年9月洪水を対象に決定されたものであり、当時は上流域で相当氾濫していたが、その後の支川の改修状況等を考慮して昭和22年9月洪水を再現すると約22,000 m<sup>3</sup>/Sになる旨の回答」を行い

(甲B第89号証「利根川百年史」1165頁)，それまでに議論の対象となっていなかったカスリーン台風洪水の氾濫戻しを理由に基本高水は一挙に毎秒2万2000 $\text{m}^3$ と変更されたのである。

- (3) 上の建設省の説明は、カスリーン台風洪水の氾濫戻しを行った結果であるとしているのであるから、カスリーン台風が再来したときは、ダムなしの条件では、八斗島地点には毎秒2万2000 $\text{m}^3$ の洪水が襲う、即ち危険は現在化しているとの立場に立っていることになる。しかし、国土交通省（建設省時代を含む）の基幹的資料である利根川水系工事実施基本計画とか利根川水系河川整備基本方針といったような刊行物には、上記のカスリーン台風再来時の危険性については解説されたことはなかった。

### 3 本訴訟では国土交通省の「基本高水」の説明は二転三転

- (1) 国土交通省は、本訴訟において、平成18年9月の関東地方整備局の「回答」（乙第198号証の1）では、利根川の基本高水を毎秒2万2000 $\text{m}^3$ と改訂した理由については、「昭和22年のカスリーン台風以降、利根川上流域の各支川は災害復旧工事や改修工事により河川の洪水流下能力が増大し、従来上流で氾濫していた洪水が河道により多く流入しやすくなり、下流での氾濫の危険性が高まったこと、また、都市化による流域の開発が上流の中小都市にまでおよび、洪水流出量を増大させることとなった」と解説されていた。この解説では、基本高水のピーク流量は、カスリーン台風洪水を対象洪水として設定されており、「毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」という値は同台風洪水時の氾濫戻しを行った結果であるとする昭和55年12月の河川審議会における建設省の解説と基本的に同旨となっている。
- (2) しかし、カスリーン台風が再来しても、現況河川管理施設（上流部での既設6ダムの調節容量は毎秒1000 $\text{m}^3$ ）の下では、上流部での氾濫を前提としながらも、八斗島地点には毎秒1万6750 $\text{m}^3$ の洪水しか来襲しない事実が明らか

かになり（甲B第39号証），さらに控訴人側の調査等で上流部での河道改修は，カスリーン台風以後ほとんど行われていない事実（甲B第54号証，同第92号証，同第127号証）が徐々に明らかになり出すと，国土交通省は，平成20年10月の「回答」（乙第278号証の1）では，一転して，「現況（昭和55年時点）の河道等の状況で，計画降雨を与えた場合に八斗島地点でのピーク流量が毎秒2万2000 $\text{m}^3$ になると説明をしているものではなく，カスリーン台風以降，昭和55年までの状況変化を踏まえたうえで，昭和55年時点での河川整備に対する社会要請や今後想定される将来的な河川整備の状況等も含めた検討を行い，将来的な計画値として基本高水のピーク流量を毎秒2万2000 $\text{m}^3$ と定めた。」と改めた。つまり，カスリーン台風の再来を条件とした計画降雨（3日雨量319mm）で八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ の洪水来襲の危険が現在化しているわけではないことを認め，毎秒2万2000 $\text{m}^3$ はカスリーン台風の氾濫戻しの結果ではなく，「将来的な計画値」であると説明を改めたのである。この説明では，カスリーン台風洪水は計画対象洪水ですらなくなっているのである。そして，このことは，「大氾濫」という説明はねつ造であったことを認めたことになる。

#### 4 基本高水・毎秒2万2000 $\text{m}^3$ は「計算上の仮設計」であった

- (1) 原告・申立人側の情報公開請求で入手した「対象洪水・昭和22年9月洪水のハイドログラフ」（甲B第39号証）によると，「S22年の実績降雨を与え，現況の洪水調節施設で流出計算を行った場合，上流部で氾濫したうえで八斗島のピーク流量は，16,750 $\text{m}^3/\text{S}$ となる。」とされている。現況の河川管理施設の下では，カスリーン台風が再来しても，八斗島地点にはこの程度の洪水にとどまるのである。
- (2) そして，同台風時の上流域の氾濫は，もともと，どの程度であったかという点，関東地方整備局の河崎和明元河川部長は，国土交通省はかつて一度も氾濫

調査をしたことがなく、また、大きな氾濫を確認したりしていないという趣旨の証言をしている。即ち、河崎元部長は、氾濫の状態については、「あふれているという状況であることについては皆無ではないと。ですから、あふれている部分があるというように理解します。」（甲F第1号証 同証人尋問調書22頁）と、極めて消極的な証言をし、国土交通省の氾濫調査報告については、「そうした資料については見たことがない」旨証言している（同28頁）。このように利根川を現場で管理する河川部長もカスリーン台風洪水のピーク流量を毎秒5000m<sup>3</sup>も低くするような氾濫があったとは考えていないのである。これが、建設省・国土交通省の本来の認識であったはずなのである。

(3) そこで、平成20年10月の「回答」（乙第278号証の1）では、「将来的な計画値として基本高水のピーク流量を毎秒2万2000m<sup>3</sup>と定めた。」と説明されている昭和55年の「利根川水系工事实施基本計画」とはどのようなものであるかであるが、さいたま地裁への平成20年1月の関東地方整備局の「回答」（甲B第57号証の4）によれば、この「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」を流下させるためには、八斗島上流の利根川本川や烏川における堤防高を数地区において1～5mも嵩上げすることが前提となっていた。この計画は、どこまで実行されているのか、実現の目途があるのか、いつ完成するのか。原告・控訴人らの現場調査では、この計画に基づいて堤防の改修が行われた形跡は全く見当たらなかった。

(4) こうした経緯の中で、関東地方整備局は、取材に当たった東京新聞社の記者に対してこの計画は「計算上の仮設計」であると説明をした（甲B第115号証「東京新聞」）。実現の目途などはないのである。このことに関係して、分科会の田中丸委員は、公開説明会において、「上の計画堤防高に関しては、このような築堤計画があると考えよりは、基本高水流量を流すことができる断面を想定したものと解釈できます。」（甲B163号証 議事録17頁）と述べている。つまり、平成20年10月の関東地方整備局の「回答」に表示され

ていた「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」計画は、現実の堤防改修計画などではなく、「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」を算出するためだけの「計算上の仮設計」であったのである。

そして、もとより群馬県には、「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」計画に対応する堤防改修計画などは存在していない（甲B118号証「公文書不存在決定通知」）。

## 5 国土交通大臣の謝罪—「2万2000トンありきの検討」

(1) こうした状況の中で政権交代が行われて、馬淵澄夫国土交通大臣は、平成22年10月22日の記者会見において、平成17年度の利根川の基本高水のピーク流量の検証は、「具体的にどのようにして流出計算が行われたかという資料が現時点では確認できなかった。」（甲B第133号証の2）とし、同年11月5日の会見では「平成18年2月策定の利根川水系河川整備基本方針の基本高水のピーク流量の算出については検証されず、『22,000トンありき』の検討であった。所管大臣としてお詫びする。」（甲B第133号証の4）旨述べ、同大臣は、こうした経緯について反省を示した。

(2) ついで、同国土交通大臣の指示により、同省は利根川水系の基本高水の見直し作業を行うことになり、日本学術会議は、同省のこの検証作業を評価することとなった（甲B第165号証「河川流出モデル・基本高水の検証に関する学術的な評価について（依頼）」）。日本学術会議の作業の中心は、カスリーン台風洪水を計画対象洪水として同洪水の再現計算を行う中で、基本高水毎秒2万2000m<sup>3</sup>の相当性や合理性を検証するというものであった。そこで同洪水の再現計算を求められるのは当然のことであった。

## 6 恥の上塗りの「洪水，山に上る」の氾濫状況報告書

(1) 日本学術会議の検証作業がこのようなものであったから、国土交通省は、再

びカスリーン台風洪水時の計算流量と実績流量との乖離を埋めるべく、氾濫計算報告書（甲B第158号証）を作成するに至るのである。

しかしながら、同報告書によれば、「利根川上流の氾濫について記載された資料はほとんどなく、唯一「昭和二十二年九月大水害の実相（群馬県 昭和22年）の群馬県水害被害図（別添資料1）を入手した。」（11頁）という状況であった。

この氾濫図は、昭和22年当時に作成されたものではあるが、利根川上流域の氾濫状況がB5版程度の用紙にフリーハンドで作成されていた「氾濫図」なのである。国土交通省は、これを原図として現今の地形図に転写して氾濫状況を推測しようとしたのである。しかし、そのような作業が上手くゆくはずはない。また、もとより氾濫状況について現場での確認を行うというような作業は全く行われなかった。このため、特に利根川本川と肩を並べる有力支川の烏川では、和田橋下流の河原で標高86mであるのに、そこよりも10m以上も高い高崎市役所が建つ台地（同97m）に洪水が上ったとか、さらには、その下流部では、一本松橋の下流の河原で標高が74mであるのに、15m以上も高い上信電鉄の軌道（標高89m）から、さらにより以上高い西側丘陵斜面にまで洪水が上ったとして、分科会へ報告した（本稿での地図の標高の判読は、「 Google Maps 標 高 (SRTM) V3 API 版 」 ([http://wisteriahill.sakura.ne.jp/GMAP/GMAP\\_ALTITUDE\\_II/](http://wisteriahill.sakura.ne.jp/GMAP/GMAP_ALTITUDE_II/)) によった)。

(2) 国土交通省が、かつて一度も氾濫調査をしたことがなく、また、カスリーン台風時には大きな氾濫を確認したりしていないことについては、関東地方整備局の河崎和明元河川部長が法廷で認めていた。これは、先にみたとおりである（甲F第1号証 同証人尋問調書22頁，28頁）。このように利根川を現場で管理する河川部長もカスリーン台風洪水のピーク流量を毎秒5000m<sup>3</sup>も低くするような氾濫があったとは考えていないのである。これが、建設省・国土交通省の本来の認識であったはずである。

(3) 日本学術会議の検証作業については別項（「第4」）で取り上げているが、国土交通省が提出した「氾濫計算報告書」に対しては、日本学術会議は、平成23年9月1日付の「回答」（甲B第147号証の「回答」）ではこれに回答せず、その後の9月28日の「公開説明会」において、「確かなデータがない中では氾濫の議論は無理」と評価して（甲B第163号証23頁）、結局これに取り合わなかった。この程度の報告書であったのである。

## 7 「上流域での氾濫は1000万 $\text{m}^3$ 程度」－大熊意見書

- (1) 控訴人らは、利根川研究の第一人者である大熊孝新潟大学名誉教授に依頼し、国土交通省の「氾濫計算報告書」と、分科会の「回答」（甲B第147号証）に示されている推計流量についての問題点と誤りを指摘した意見書（甲B第161号証の1）を得たが、国土交通省の「氾濫計算報告書」に対しては、上述の「洪水、山に上る」という状況を指摘し、「八斗島上流における氾濫量は大目にみてもせいぜい1000万 $\text{m}^3$ を超えない」（同5頁）と大氾濫はないことを事実を以て指摘された。そして、分科会の推計流量に対しては、「カスリーン台風時の八斗島地点の最大実績流量は、15000 $\text{m}^3$ /秒の方が信頼性が高い。17000 $\text{m}^3$ /秒は、昭和24年利根川改修改訂計画で採用された、基本高水に相当する安全側の数値である。」としたうえ、結論として、「分科会が推算したカスリーン台風時における八斗島地点最大流量21000 $\text{m}^3$ /秒は、氾濫がないとして計算されたものであるが、昭和22年当時、これを17000 $\text{m}^3$ /秒に低下させるほどの上流での氾濫はなく、実績推定流量の17000 $\text{m}^3$ /秒との乖離を説明しうるものではなく、21000 $\text{m}^3$ /秒は過大に推算されていると言える。」（同意見書6頁）とされた。
- (2) 大熊教授は、上記の意見書が作成される前の時点で、分科会に参考人として招請され、カスリーン台風時の出水状況について意見を述べたが、分科会が国土交通省の氾濫説を取り合わない判断を採るに至ったのは、大熊意見が大きく



影響していることが窺える（甲B第163号証23頁小池俊雄委員長の解説）。当然の結論ではあったが、国土交通省の作業は、余りにも杜撰で、科学・学問の領域の外にあるものであったのである。

- (3) そこで結局、国土交通省は、昭和55年の基本高水のピーク流量毎秒5000 m<sup>3</sup>の増量改定はカスリーン台風の氾濫戻しによる上乘せを理由としたのに、その前提事実たる上流部での氾濫を論証することができず、同台風洪水の再現計算流量と推計実績流量・毎秒1万7000 m<sup>3</sup>との乖離を埋めることができなかったのである。このことは即ち、カスリーン台風が毎秒2万2000 m<sup>3</sup>の洪水となって八斗島地点を襲うとの再現計算が誤りであることを示している。このように、国土交通省は「八斗島地点毎秒2万2000 m<sup>3</sup>」という治水計画の根幹たる基本高水さえも合理的な説明が果たせなかったのである。

## 8 国土交通省内には基本高水の算定記録もなく、外部への回答は不統一

- (1) 上記のとおり、国土交通省が、「八斗島地点毎秒2万2000 m<sup>3</sup>」計画の説明ができず、相矛盾する説明までするなど終始混乱を続けていることは以上のとおりであるが、庁内の内部事情について、分科会は次のように解説、報告している。即ち、分科会は、「分科会で審議を開始したものの、利根川水系の現行の基本高水の算定に関して、国土交通省にはその背景・経緯の記録が残っておらず、また同省より十分な説明を得ることができず、科学的な追検証が担保されていないことが判明した。さらに、利根川水系の現行の基本高水の算定に用いられた洪水時のハイドログラフの一部が変更となったが、その理由については不明であった。」と報告している（甲B第147号証「回答」1頁）。
- (2) こうした庁内の杜撰な管理状態との関係は定かではないが、基本高水の流出モデルのパラメータについても、裁判所へ提出されたものと、分科会へ提出されたものが全く異なっていたとの事実も存在する。

さいたま地裁の調査嘱託に対する平成20年1月付けの関東地方整備局の

回答（甲B第57号証の4）によれば、昭和55年の工事実施基本計画における八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>の流出計算に用いられている流出モデルは、一次流出率を0.5とし、飽和雨量を48mmとして、これらの値は全流域一律であるとしていた。しかし、平成23年1月の学術会議に対する説明では、八斗島上流域を「第四紀火山岩帯」と「非第四紀火山岩帯」に区分し、前者では最終流出率を0.5とし飽和雨量は設定しない（甲B第150号証 25, 33頁）、後者では一次流出率を0.5とし、飽和雨量を48mmとして計算を行ったとした（同33頁）。

- (3) このように平成23年1月の、国土交通省の日本学術会議への説明資料によって、国土交通省関東地方整備局の「回答」（甲B57号証の4）は、毎秒2万2000m<sup>3</sup>の計算根拠と異なるものであることが明らかになった。関良基拓殖大学准教授は、関東地方整備局の「回答」が示した係数で貯留関数法モデルをつくり、国土交通省の雨量データを用いてカスリーン台風洪水の再現計算を行ったところ、ピーク流量は毎秒2万2000m<sup>3</sup>を大きく上回り、2万6500m<sup>3</sup>にも及んだ（甲B第131号証 第二意見書）。

こうした事実からすると、国土交通省は、原告側による基本高水の検証作業を阻むべく、計算根拠となるデータを隠し続けようとした意図が推認される。このことは、これまでに詳述してきたように、基本高水・毎秒2万2000m<sup>3</sup>の科学的根拠が希薄であることを同省側で認識していたことを窺わせるものである。

## 9 上流の大氾濫はねつ造だから基本高水の説明は二転三転、氾濫戻しの説明ができない計画の「不合理な点」は明らか

これまで「第3」において述べてきたところを整理しておこう。

- (1) 昭和24年の「利根川改修改定計画」では、カスリーン台風時の上流域での氾濫は問題とならず、上流3川の合流量から推計された基本高水の毎秒1万7

000 m<sup>3</sup>自体、この推計は過大であるとの意見のある中で、将来の治水計画としての意味からこのピーク流量が採用されたのであった。それが、昭和40年代後半の日本列島改造計画で国内の公共事業が沸き立った時代の中で、昭和55年12月の河川審議会でのたった1回の審議で、カスリーン台風時の「氾濫戻し」を理由に基本高水は毎秒2万2000 m<sup>3</sup>と30%も引き上げられるのである。

(2) このような経緯を経ての基本高水の大改訂であったことを反映して、本件訴訟においては、これまでに見てきたとおり、基本高水の改訂理由についての国土交通省の説明は二転三転した。上記の経緯からすれば、建設省・国土交通省としては、毎秒2万2000 m<sup>3</sup>は氾濫戻しの結果と説明せざるをえないところであるが、同台風時の上流域での大氾濫を示す事実はどこにも見当たらない。元河川部長ですら、「あふれているという状況であることについては皆無ではないと。ですから、あふれている部分があるというように理解します。」(甲F第1号証 同証人尋問調書22頁)という状況であったのである。つぶさに現場調査を重ねてこられた利根川研究の第一人者である大熊教授は、カスリーン台風洪水のピーク流量は毎秒1万5000 m<sup>3</sup>程度であり、毎秒1万7000 m<sup>3</sup>は過大であるとされ、大氾濫はなかったと言明されたが(甲B第161号証の1 大熊意見書)、科学の目をもって事実を観察するならば、立場は異なっても同様な結論が導かれるのである。

国土交通省も、一時は、「昭和55年時点での河川整備に対する社会要請や今後想定される将来的な河川整備の状況等も含めた検討を行い、将来的な計画値として基本高水のピーク流量を毎秒2万2000 m<sup>3</sup>と定めた」(乙第278号証の1「回答」)と説明を改めたが、カスリーン台風洪水を計画対象洪水として出発し、「氾濫戻し」を理由としている以上、この方針の変更は困難であったであろう。

(3) 日本学術会議・分科会における基本高水の検証作業においても、国土交通省

は、氾濫戻しを理由にしてこの乖離を埋めようとしてこれに挑戦したが、その結果は「洪水、山に上る」という氾濫計算報告書の作成に終わった。この事実は、毎秒2万2000 m<sup>3</sup>計画が「計算上の仮設計」であるという実体のない机上の計算結果であることと極めて整合的である。カスリーン台風時の上流域での氾濫の裏づけもなく、また、河川の改修計画も存在しない。洪水の流出計算は、実際の洪水に裏付けられない計算値だけであれば、いかような計算値でも出せるのである。

(4) 上記の事情は、馬淵澄夫国土交通大臣の、平成22年10月22日、同年11月5日の記者会見における、「具体的にどのようにして流出計算が行われたかという資料が現時点では確認できなかった」、「平成18年2月策定の利根川水系河川整備基本方針の基本高水のピーク流量の算出については検証されず、『22,000トンありき』の検討であった。所管大臣としてお詫びする。」などの同大臣の謝罪、そして、分科会の「分科会で審議を開始したものの、利根川水系の現行の基本高水の算定に関して、国土交通省にはその背景・経緯の記録が残っておらず、また同省より十分な説明を得ることができず、科学的な追検証が担保されていないことが判明した。さらに、利根川水系の現行の基本高水の算定に用いられた洪水時のハイドログラフの一部が変更となったが、その理由については不明であった。」との報告（甲B第147号証「回答」1頁）ともよく符合している。

(5) 要するに、国土交通省は、カスリーン台風洪水の氾濫戻しの再現計算により、基本高水のピーク流量を毎秒2万2000 m<sup>3</sup>と策定したと説明をしたが、同台風時の推計実績流量と同洪水の再現計算流量（基本高水）との間の毎秒5000 m<sup>3</sup>という大きな乖離の説明が全くなし得ないのである。自ら設定した基本高水の規模の説明がなし得ない。これでは基本高水の合理性、正当性を肯定しようにもなし得るはずがない。

申立人らは、この「第3」において主張した基本高水の策定経緯及び基本高

水の相当性や合理性の説明を国土交通省がなし得ず、作成された弁明書は「洪水、山に上る」であったこと等について、原審「控訴人最終準備書面」の「第3章」において詳細に主張を行ったが、原判決はこれについて何の応答もしなかった。基本高水の策定者が自ら弁明することができなかつたのであるから、原審裁判所としては、「触れない」こと以外に対応のしようがなかつたのであろう（なお、「上告受理申立理由書」においては、これらの点は、「第2章の第2」、「第4章の第2～第4」に記述）。

- (6) 伊方最高裁判決は、「被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある、被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認されるものというべきである。」としたが、これまでにみた国土交通省のカスリーン台風洪水の推計実績流量と再現計算流量との間の大きな乖離の説明の放棄、基本高水に関する二転三転の説明や関係資料等の消失などの事態は、「その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある」という伊方最高裁判決の審査基準を、到底、充足するものではないであろう。

そうであるのに、原判決は、伊方最高裁判決が示す違法性審査の判断枠組みに著しく反する判断枠組みを採用し、上記事項のすべてについて、原告・控訴人・申立人らに主張・立証責任を課したばかりではなく、その明白性についての立証までを求めるという手法を採用しておきながら、前述のとおり、カスリーン台風の推計実績流量と再現計算流量との間の大きな乖離の放置、基本高水に関する二転三転の説明や関係資料等の消失などの事態等についての申立人らの主張に対しては、むしろ、これを封殺するかのようにして一切の判示を避けたのである。これが公正を旨とする裁判所の対応なのであろうか。この違法、

不公正ともいうべき原判決の対応と判断は、到底維持されてはならないものである。

#### 第4 国土交通省の「氾濫説」及び日本学術会議の検証作業における「不合理な点」

伊方最高裁判決の違法審査の判断枠組み及び違法審査手続とその手法に準じて、国土交通省が提示した「氾濫説」及び日本学術会議・分科会の利根川水系の基本高水毎秒2万2000 $\text{m}^3$ の検証作業に対する違法審査を行うならば、以下のとおり、同最高裁判決がいう「不合理な点」が多々存在するところであり、十分に違法性の推認ができる。

利根川水系の基本高水毎秒2万2000 $\text{m}^3$ は、カスリーン台風洪水の再現計算流量であるとされているところ、国土交通省は、同台風洪水の推計実績流量毎秒1万7000 $\text{m}^3$ との毎秒5000 $\text{m}^3$ の乖離は、上流域での氾濫であったとの報告書を日本学術会議の分科会へ提出したが、それは「洪水、山に上る」という報告書であった。そして、日本学術会議は、基本高水の検証作業の中で、カスリーン台風洪水の再現計算結果を毎秒2万1100 $\text{m}^3$ としたが、分科会が採用した計算手法は世界的にも未確認の手法であり、かつ、その計算式に中規模洪水で得られた流出計算データを用いて大規模洪水の流出計算を行うと、計算値は過大に算出されるという致命的な欠陥を有する手法であった。そして、そうした欠陥のある計算手法を用いて得た毎秒2万1100 $\text{m}^3$ とカスリーン台風洪水の推計実績流量との間の乖離については、分科会は、「河道域の拡大と河道貯留」によると説明した。しかし、これは、いわば擬似氾濫による説明であり、そのような事実は国土交通省の氾濫説と同様に認められないもので、分科会の基本高水の検証は事実面からの裏付けを全く欠くものであり、机上の計算に過ぎないものであった。

申立人らは、原審において、こうした事実を詳述した。これに対して原判決は、国土交通省の「氾濫説」に対しては全く言及せず、「河道域の拡大と河道貯留」

については分科会の説明としても認めず、分科会の上記のような流出計算技法に対する疑問に関しては、ほとんど応答せず、結論としては、上告受理申立人らの主張をことごとく排斥したのである。

しかし、国土交通省も日本学術会議も、カスリーン台風洪水の推計実績流量とこれの再現計算流量との大きな乖離の検証においては、伊方最高裁判決がいう「不合理な点」だらけという状況である。であるのに、原判決は、これをことごとく看過し、見逃したのである。

## 1 分科会は、国土交通省の大氾濫説を却下した

### (1) 大規模氾濫がないと説明がつかない毎秒2万 $\text{m}^3$ 超のピーク流量

建設省は、昭和55年12月の「利根川水系工事実施基本計画」の改訂に当たっては、昭和24年の改修改訂計画の基本高水・毎秒1万7000 $\text{m}^3$ を毎秒5000 $\text{m}^3$ 引き上げて毎秒2万2000 $\text{m}^3$ としたが、その改訂理由はカスリーン台風洪水の氾濫戻しを行った結果であると説明した。

日本学術会議での基本高水の検証が進む中で、国土交通省は、カスリーン台風洪水での推計実績流量と自身の同洪水の再現計算流量との間の毎秒5000 $\text{m}^3$ の乖離を埋めるために、第9回分科会に対し「補足資料4 平成22年9月洪水の氾濫量の推定について」（甲B第158号証）を提出した。これによれば、①氾濫量は、推定1で3900～7700万 $\text{m}^3$ 、推定2では6000万 $\text{m}^3$ 。②氾濫面積 51平方キロメートル。③浸水深1～3m、というものであった。河川の物的管理や洪水防御の実務に当たる官署である国土交通省関東地方整備局の見方では、これほどの氾濫がないと毎秒5000 $\text{m}^3$ というピーク流量の低減を説明できないということなのである。

国土交通省は、この「氾濫計算報告書」（甲B第158号証）を分科会へ提出したが、その内容は「洪水、山に上る」という、子どもも騙せない作品であった。利根川の有力な右支川・烏川を流れる洪水が、河床より10メートル以

上も高い、現在高崎市役所がそびえるあの台地に上がったとか、その下流右岸部では、河床より20～30メートルも高い丘陵の斜面にまで上がったとかという報告書であった。

(2) 日本学術会議は説明会で「氾濫の議論は無理」と解説した

日本学術会議・分科会は、平成23年9月28日の公開説明会において、国土交通省が提出した「氾濫計算報告書」（甲B第158号証）が展開している上流域での大氾濫説について「この氾濫の議論は無理」と評価した。

ア 小池委員長は説明会で次のように解説している。

「利根川の洪水についての研究の造詣の深い大熊孝先生においでいただき、カスリーン台風の時に上流域で大規模氾濫はないと明確に主張されました。一方、国土交通省からは、これだけ氾濫しているというデータが示されたわけですが、私どもは確かなデータがない中では、この氾濫の議論は無理と判断いたしました。そこで、河道貯留によるピーク遅れとピークの減少を調べ、差が生まれるメカニズムを理解したにとどまっております。ですから、これは先ほど田中丸委員から話もありましたように、完全ではありません。可能性の指摘のみにとどめております。」（甲B第163号証 議事録23頁）

イ この小池委員長の説明によれば、要するに、「国土交通省が主張するような氾濫の議論は裏付けるデータがないから議論は無理だ。そこで、別の角度から検討したところ、河道貯留の効果で説明がつく可能性を見出した。」ということである（なお、甲B第162号証「公開説明（質疑）」にも同旨の解説がある）。「裏付けるデータがない」ということは「大氾濫はなかった」というに等しい。そのことは、関東地方整備局の元河川部長が証言している。そうであれば、国土交通省の氾濫説は事実として成り立つ余地はないということである。



## 2 未確認の流出計算技法で算出されたピーク流量・毎秒2万1100m<sup>3</sup>

(1) カスリーン台風洪水の再現計算は世界的にも未確認の手法で、かつ過大に算出される手法が採用されている

分科会が行った、カスリーン台風洪水のピーク流量「毎秒2万1100m<sup>3</sup>」という再現計算のやり方であるが、それは利根川の過去の毎秒5000m<sup>3</sup>程度以上の洪水の再現計算から取り出されたパラメータ（特に、「kとp」）を用いて、そのままカスリーン台風降雨規模の洪水の計算を行ったというものである。

利根川では、八斗島地点でピーク流量・毎秒5000m<sup>3</sup>程度から毎秒1万m<sup>3</sup>程度の洪水は、カスリーン台風後で10例を数える。過去の洪水での実績データがあると、貯留関数法による流出計算で取り込むパラメータ（飽和雨量。そして「kとp」など）は、計算結果から検証が可能であるから一定の信頼性を備えることができる。しかし、観測データがない規模の洪水については、用いたパラメータは実際の観測流量からの検証ができない。それ故、用いたパラメータの精度や洪水の予測計算、再現計算結果の信頼性は容易には担保されない。

(2) 信頼性が低いことを分科会が自認

中規模洪水から得られたパラメータを2倍以上の降雨規模の洪水にそのまま採用することについては、平成23年9月1日付日本学術会議の「回答」（甲B第147号証）自身がその正当性を主張することを留保しているのである。即ち、「10,000m<sup>3</sup>/S程度のチェックのみでは、昭和22年の20,000m<sup>3</sup>/S程度の洪水に対して適用可能かどうかの確認はできていないことを附記する。」（同「回答」16頁）としているのである。そして、ほぼ同旨の評価は、9月28日の公開説明会での「公開説明（質疑）」（甲B第162号証）にも記述されている。即ち、「既存のデータを用いて構築した流出モデルやパラメータの値が、異なる規模の洪水、特にこれまで経験したことのない

ような大洪水を信頼性をあわせて予測することは極めて重要な課題ですが、世界的にも未解決の課題です。」（9頁 論点6・スライド18）としているのである。日本学術会議は、世界的にも未確認の技法で流出解析を行ったというのである。

「回答」の上記のような記述や「公開説明（質疑）」（甲B第162号証）における記述を受けて、小池委員長の説明でもこのことは明確にされている。即ち、同委員長は、新モデルについて、「再現性は非常によいという結果となり、新モデルの頑健性が確認された次第です。ただし、私たちが確認できるのは、1万 $\text{m}^3/\text{S}$ の洪水のみでして、昭和22年、2万 $\text{m}^3/\text{S}$ を超えるというような洪水に対して、使用可能であるかどうかの直接の確認はできておりません。」（甲B第163号証 議事録8頁）という手法なのである。

### 3 日本学術会議の計算手法では、大規模洪水では過大な計算値となる

そればかりではない、公開説明会で説明に当たった立川康人委員からは、中規模洪水のデータで大規模洪水の流出計算を行うと計算値は大きめに出るというのである。同委員は、第9回分科会配布の補足資料として提出されていた国土交通省の「資料2」の「表3 八斗島地点の相対的なピーク流量の差異」（甲B第166号証）に搭載されているデータについて、「この資料は国土交通省で、中規模洪水で $k$ 、 $p$ を推定して、それを用いて大洪水を設定したとき、どのようなピーク流量になるかということを試算された結果です。この結果を見ますと、中規模洪水で計算したときの $k$ 、 $p$ を使うと、少し洪水流量を過大に評価するという傾向が見えます。」（甲B第163号証 議事録16頁）と解説しているのである。

立川委員は、「過大に評価する」という説明を行っているが、その理由や割合については解説を行っていない。

#### 4 計算精度が低いことを自認する小池委員長の総括的な答弁

##### (1) 原告団からの質問に対する答弁

本訴訟の原告団からも、ピーク流量 $2万1100\text{ m}^3$ という推定値の信頼性への疑問や、計算流量と実績流量との大きな乖離について、日本学術会議へ質問書が提出されていた。これに対して、小池委員長は、総括的に次のように答えた。日本学術会議の作業結果には信がおけない事実が簡潔にして要を得て語られている。この答えて、カスリーン台風が再来したとき、ダムなしで毎秒 $2万\text{ m}^3$ 超の洪水が襲う事実が検証されたと納得する者がいるというのだろうか。

「1万トン程度のチェックで2万トンクラスのものが本当に適用できるかどうか。これは立川委員からお話がありましたように、これはまだ明確に確認できておりません。河道貯留、河道周辺域の氾濫の効果も検討しましたが、今申し上げましたように、それから、田中丸委員からありましたように、そういう、どれだけ河道幅が広がったかというようなデータがない限りにおいて、ある程度の算定をすることはできても、それがほんとうに定量的に起きているかということを見積もることはできないと考えております。ですから、私どもは、こういうメカニズムが働いた可能性があるということにとどめております。」（甲B第163号証 議事録24頁）

##### (2) 何らの裏付けもない机上の計算

繰り返すが、「 $10,000\text{ m}^3/\text{S}$ 程度のチェックのみでは、昭和22年の $20,000\text{ m}^3/\text{S}$ 程度の洪水に対して適用可能かどうかの確認はできていない」という手法での計算結果がどうして信用性があるのか。どうして科学的手法による検証と言えるのか。

このように、ピーク流量「八斗島地点毎秒 $2万1100\text{ m}^3$ 」は、学術的に効用が未確認な流出計算手法を用い、かつ、その計算結果は事実面からは全く検証されておらず、実績流量との乖離、毎秒 $4000\sim5000\text{ m}^3$ に及ぶピーク低減については、国土交通省の立場からも、日本学術会議からも説明ができず、

「回答」（甲B 1 4 7号証）では「八斗島での実績流量が計算洪水流量より低くなることが示唆された」という程度のものであり、検証の責任者である小池委員長ですら、「可能性の指摘のみにとどめております。」と弁明せざるを得ない作業であったのである。

小池委員長が言っていることは、「私たちは然るべく計算を行った。しかし、それが本当に定量的に起こっていることかどうかは分からない」ということである。これでは検証に値しないことは明らかであろう。

## 5 関准教授が指摘した過大な計算値が出るカラクリ

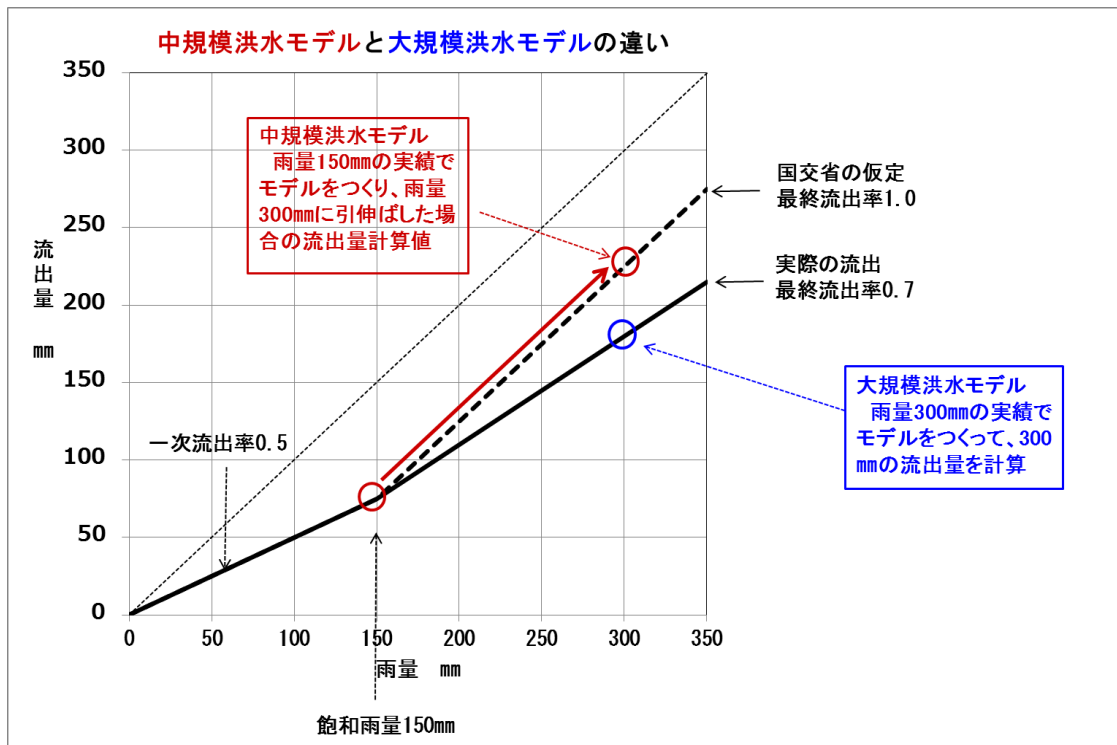
(1) 以上に見たとおり、分科会は、中規模洪水で得たパラメータを用いて大規模洪水の再現計算を行うと過大な計算値が出るという問題について、どうしてそのような結果を招くのかについて説明をしないのであるが、関准教授は、第5意見書（甲B第179号証）において、1枚のグラフ（「図1」）でその事情を解明している。

(2) この図は、縦軸に出水量をとり、横軸に降雨量をとっている。この図では飽和雨量を150mmと仮定し、その飽和雨量を超さない程度の降雨で起こった実績洪水に基づいて得られたデータで、降雨量が2倍近くなる洪水の流出計算を行うと、どのような結果となるかを簡明に説明したものである。国土交通省や日本学術会議での流出モデルでも、飽和雨量程度の降雨（それでも大雨ではあるが）であれば、実績流量で裏付けられているから、組み合わせられて用いられたパラメータにも、また計算結果にも誤りが生ずる可能性は低い。しかし、このパラメータを用いて、降雨量あるいは洪水流量が2倍以上にもなる洪水の流出計算を行うと必然的に過大な計算値が算定される。つまり、中規模洪水では、飽和雨量を超えない程度の洪水だとすれば、最終流出率を「1.0」としても「0.7」としても結果の値には違いは出ない。しかし、大規模洪水では飽和雨量を超える降雨分は、すべて河道へ流出するという計算がなされるので

あるから、計算値は図の破線の傾きをとって解が得られることになる。一方、最終流出率を「0.7」ととる計算では、計算の傾きは、黒の実線の傾きをとることになるから、カスリーン台風洪水のように3日雨量で300mmを超えるような大雨では、国土交通省などとの計算流量と実績と考えられる流量とは30%余りも乖離が生ずることになるのである。

(3) 飽和雨量を超えても、その後の雨量がすべて河道へ流出することはほとんどないことは、谷・窪田論文（甲B第158号証）の「図7」に示されている実測データからも明らかである。奥利根流域では、最終流出率（飽和雨量後の流出率）は、3地区で「0.55～0.69」であり、赤谷川で「0.82」である。このように、飽和雨量を超えたら、以後全量が河道へ流出するという想定が根本的に誤っているのである。この点について、利根川の実情に合わせて現実のデータを組み込めば、大幅に計算値は下がることになる。

関准教授の第5意見書（甲B第179号証）の「図1」は、この関係を簡明に表しているのである。



## 図1 中規模洪水に適合した計算モデルは大規模洪水では乖離する

(甲B第179号証 関第5意見書の「図1」を転写した)

### 6 関証言での分かり易い解説

(1) 関准教授は、平成24年8月7日の東京事件における証言(乙第372号証)において、上記の「図1」が示す事実を分かりやすく次のように解説した。

「……貯留関数法に幾つか不合理な点がありまして、飽和雨量を超えた後、降った雨は100パーセント、まるで土壌がコンクリートで覆われたかのごとく、降った雨が100パーセント川に流れてくるといふ仮定が置かれている」

(乙第372号証2頁)と指摘したうえ、中規模洪水のデータで、より大きな洪水の再現計算を行うと、どうして大きめの値が出るのかについて、次のように平易な解説を行った(同19頁)。

「先ほど説明した最終流出率1.0か0.7かという点に関わってくる問題です。最終流出率というのは、飽和雨量を超えた後の雨で何パーセント、川に出てくるかという値ですので、飽和雨量が例えば150ミリとしますと、飽和雨量を超えた後、200ミリ、250ミリ、300ミリと、大きくなればなるほど、この0.7の直線と1.0の直線というのは、規模が大きくなるとだんだん開いてくるわけです。そのために、規模が大きくなるほど乖離が激しくなるということです。」(同19頁)

「第5意見書の2ページ、甲B第179号証の2ページに、『中規模洪水モデルと大規模洪水モデルの違い』という図がございます。……この図を使って説明させていただきます。これは奥利根の例なんですけれども、奥利根は飽和雨量150ミリです。150ミリを超えると100パーセント、傾きが1.0になって川に出てくる。実際は、先ほどの谷、窪田委員のデータのとおり0.7です。ですので実際、0.7のものを国土交通省は1.0として計算してま

すので、150ミリ程度の雨で計算するとぴったり合います。しかし、200

ミリ，250ミリ，300ミリと，だんだん降雨の規模を大きくしてシミュレーションの計算をしますと，0.7と1.0の差がだんだん大きくなってきますので，この分，計算値が大きくなってきますので，この分，計算値が過大になってくるということでございます。」（同19～20頁）

- (2) このように解説されるならば容易に理解できる話が，日本学術会議では頭をなやましているらしいのである。しかし，このような論理が彼らにわからないはずはなかろう。このカラクリを解説しては，これまでの全ての労が水の泡になる，そして，検証作業が国土交通省の役に立たない結論となることを恐れたからなのではないか。そう考えるほかに学術会議の対応は思いつかない。

## 7 分科会採用の流出計算手法の信頼性は未確認，入力データは洪水を大きめに，という計算手法の「不合理な点」は明らか

これまで「第4」において述べてきたところを整理しておこう。

- (1) 実績と再現計算との間の大きな乖離については説明できないまま

国土交通省や分科会が計算した再現計算流量・毎秒2万2000～2万1100 $\text{m}^3$ と，カスリーン台風洪水の八斗島での推計実績流量・毎秒1万7000 $\text{m}^3$ との大きな乖離については，国土交通省の氾濫説は分科会で否定された。そうであれば，歴史的に起こった事実とその再現計算結果との間の流量のこれほどの大きな乖離の説明が不能であるということになり，基本高水毎秒2万2000 $\text{m}^3$ の正当性は当然に否定されることになるはずである。この事実だけを取り上げても，見逃し得ない「不合理な点」であろう。

- (2) 再現計算は世界的にも未確認な手法で計算

そして，カスリーン台風洪水の再現計算において，中規模洪水から得られたパラメータ（特にk，p）を2倍以上の降雨規模の洪水にそのまま採用したことについては，平成23年9月1日付「回答」（甲B第147号証）自身が，「10,000 $\text{m}^3$ /S程度のチェックのみでは，昭和22年の20,000 $\text{m}^3$

／S程度の洪水に対して適用可能かどうかの確認はできていないことを附記する。」（同「回答」16頁）としてその正当性を主張することを留保しているのである。そして、ほぼ同旨の評価は、9月28日の公開説明会での「公開説明（質疑）」（甲B第162号証）にも記述されている。日本学術会議は、世界的にも未確認の技法、あやふやな技法で流出解析を行ったというのである。そのうえ、中規模洪水で $k$ 、 $p$ を推定して、それを用いて大洪水の流出計算を行うと、どのようなピーク流量になるかという、「中規模洪水で計算したときの $k$ 、 $p$ を使うと、少し洪水流量を過大に評価するという傾向が見えます。」（甲B第163号証 議事録16頁）という計算手法なのである。これでどうして正しい再現計算ができるというのか。これ自体だけでも、見逃し得ない「不合理な点」であろう。

### （3）関准教授の簡明な解説

中規模洪水で $k$ 、 $p$ を推定して、それを用いて大洪水の流出計算を行うと、どうして洪水流量を過大に評価することになってしまうのか。

この点については、関准教授は、原審の証言において、「……貯留関数法に幾つかの不合理な点がありまして、飽和雨量を超えた後、降った雨は100パーセント、まるで土壌がコンクリートで覆われたかのごとく、降った雨が100パーセント川に流れてくるという仮定が置かれている」（乙第372号証2頁）と指摘したうえで、オリ根の例について、国土交通省は、同流域では降雨量が飽和雨量150ミリを超えると、全量が川に出てくる計算になっているが、実際は、谷，窪田委員のデータのとおり流出率は0.7だと解説されて、「200ミリ，250ミリ，300ミリと、だんだん降雨の規模を大きくしてシミュレーションの計算をしますと，0.7と1.0の差がだんだん大きくなってきますので，この分，計算値が大きくなってきますので，この分，計算値が過大になってくるということでございます。」（乙第372号証 19～20頁）とされている。



地表に降った雨は、設定された飽和雨量を超えたとしてもそのすべてが川へ流出することはない。そうであるのに、国土交通省と分科会は、奥利根流域と烏川では、飽和雨量を超えると全量が河道へ流出するという想定で流出計算を行っているのである。これが過大に計算される元凶なのである（甲B第146号証 関第3意見書の添付の表、「表1 国土交通省新モデルと学術会議谷・窪田提案の最終流出率の差異」によって、関准教授が行った流出計算では、奥利根流域と烏川については、国土交通省の設定とは異なって、同省が最終流出率を「1.0」としたのを「0.7」として計算を行った事実が示されている。その丁寧な解説も、同意見書に記述されている）。

(4) 伊方最高裁判決の判示に反する違法審査—分科会の検証作業の不合理性は十分に推認される

以上のとおり、国土交通省における利根川水系の治水計画の根本にある基本高水・毎秒2万2000m<sup>3</sup>計画の策定経緯や、この基本高水に対する日本学術会議・分科会の検証作業は、前記(1)～(3)に述べたように、事実と計算との間に大きな齟齬があり、しかもこれを説明できない状況にあり、学術的な検証とは言い難い欠陥だらけの作業であった。

このような基本高水の策定の仕方や検証作業は、伊方最高裁判決の「被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある、被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認されるものというべきである。」との判示に照らせば、正に、日本学術会議の検証作業の不合理性は十分に推認されるべきことになる。

ところで、原審での審理が佳境に入りつつあった平成24年2月、申立人は、上記一連の主張事項をより確実に立証するために、国土交通省の訴訟参加の申立を行い、また平成25年5月、国土交通省関東地方整備局の河川部長、

日本学術会議・分科会の小池俊雄委員長，大熊孝教授，関良基准教授ら4名の証人申請を行ったが，原審裁判所は，国土交通省の参加申立を却下，証人申請はすべて却下して立証機会と立証手段を奪っておきながら，判決書では，日本学術会議の検証作業の不合理性等についての主張・立証責任，しかもその明白性についてまでの挙証責任を申立人らに負わせておきながら，「重大かつ明白な瑕疵があるとは認められない」を連発して申立人らの立証は成功していないと批判し，申立人らの主張，請求を排したのである。かかる原判決の不公正な判断は到底維持されてはならないものである。

## 第5 むすび

- 1 ハッ場ダム計画の背景にある利根川水系の基本高水の算定を中心とした治水計画について，国土交通省は，カスリーン台風洪水の氾濫戻しの再現計算により，基本高水のピーク流量を毎秒2万2000 m<sup>3</sup>と策定したと説明をしたが，同台風時の推計実績流量と同洪水の再現計算流量（基本高水）との間の毎秒5000 m<sup>3</sup>という大きな乖離の説明が全くなし得ないのである。自ら設定した基本高水の規模の説明がなし得ない。これでは基本高水の合理性，正当性を肯定しようにもなし得るはずがない。国土交通大臣が言明したように，利根川の基本高水は「22,000トンありきの検討」であり，「計算上の仮設計」であったのである。原判決は，こうした国土交通省の基本高水策定に関しての説明の破綻については，これを覆い隠すように一言の言及もない。ここに原審裁判所の本当の立ち位置が示されている。
- 2 日本学術会議・分科会による，カスリーン台風洪水の再現計算値である毎秒2万2000 m<sup>3</sup>の検証の精度については，同分科会の平成23年9月1日付「回答」（甲B第147号証16頁）と，同年9月28日付「公開説明（質疑）」（甲B第162号証9頁）での解説のほか，小池委員長が公開説明会で自ら述べた次の解説で十分であろう。計画対象洪水であるカスリーン台風洪水の再現

計算の精度は科学技術的には全く担保されていないのである。だからこそ、歴史的に発生した昭和22年9月の洪水を再現できず、大きく齟齬する事態となっているのである。

「1万トン程度のチェックで2万トンクラスのもの本当に適用できるかどうか。これは立川委員からお話がありましたように、これはまだ明確に確認できておりません。河道貯留、河道周辺域の氾濫の効果も検討しましたが、今申しあげましたように、それから、田中丸委員からありましたように、そういう、どれだけ河道幅が広がったかというようなデータがない限りにおいて、ある程度の算定をすることはできても、それがほんとうに定量的に起こっているかということを見積もることはできないと考えております。ですから、私どもは、こういうメカニズムが働いた可能性があるということにとどめております。」（甲B第163号証 議事録24頁）

原判決は、再々、「第三者的な学術的機関である日本学術会議が、独立の立場で専門的な知見に基づき検討を行ったものであり、」「その〔検証の〕客観性は相当程度担保されていると考えられる」（原判決27頁）というが、日本を代表するとされる第三者機関がやっけてのけた検証作業の成果は、この程度のものであったのである。そして、原判決は、こうした検証作業のマイナス面については一言の言及もない。

3 以上のとおり、原判決においては、河川法63条1項の「著しく利益を受ける」との事実の存否が確認されないままにあり、利根川治水の根幹にあるはずの基本高水の策定経緯と策定理由について国土交通省は説明がなし得ず、計画対象洪水である昭和22年9月洪水の推計実績流量と再現計算流量との間の30%にも及ぶ乖離が解消できずに放置されている。そして、この基本高水も、その検証に当たった日本学術会議が「1万トン程度のチェックで2万トンクラスのもの本当に適用できるかどうか。これはまだ明確に確認できておりません。」という手法を用いた机上の計算（洪水の流量に関しての一切の事実確認

はなされていない) なのである。

4 伊方最高裁判決は、「被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要があり、被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認されるものというべきである。」としているから、この主張、立証責任の配分方式と行政行為の違法性・合理性の審査基準に照らして、これまでに確認した本件事案を審査、判断するならば、まず、「八ッ場ダムによって群馬県が著しく利益を受ける」との河川法63条1項の要件充足の事実は確認されていないし、さらに、国土交通省の基本高水毎秒2万2000m<sup>3</sup>の相当性・合理性は皆無というべき状況にあり、日本学術会議・分科会の検証作業も科学的・技術的な検証というには、矛盾・不合理と疑問が余りに多い。そして、この「不合理な点」は言うまでもなく、利根川水系の現今の基本高水の成立と「著しく利益を受ける」の存否に関する根本的、基幹的な不合理性であるから、本件事案は、「被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認されるものというべき」場合に十分に当たり、国土交通大臣による本件建設事業負担金の納付通知の違法性は十分に推認されるはずである。

5 以上のとおり、国土交通省と日本学術会議の利根川水系の基本高水の説明の破綻や、日本学術会議・分科会の流出計算手法は世界的にも効果が未確認の手法で、かつ計算結果が過大に出る傾向のある手法であるなど検証作業の不合理性は際立つものであった。そうであるのに、原審裁判所は、こうした行政側の弱点についてはこれを覆い隠すように原判決では一切触れなかった。そして、最終的な争点となる河川法63条1項の「著しく利益を受ける」の存否の認定を行わず、八ッ場ダム不要性の立証がなかったとして申立人らの請求を排斥したことは、河川法63条1項の法解釈を誤るものであるうえに、伊方最高裁判

決の判例違反をも犯したことになる。このような不公正な判断が許されてよいはずはなく、速やかにその破棄を求めるものである。

## V 利根川の基本高水計画の不合理性について

### はじめに

本年6月30日、「戦後河川行政とダム開発—利根川水系における治水・利水の構造転換」（著者梶原健嗣 ミネルヴァ書房刊）という著作が発刊された。同著作の「序章」の冒頭には、「多目的ダムは、戦後日本の河川行政の基軸的な政策手段である。本書はこの多目的ダムに焦点を当てて、第2次世界大戦後の日本の河川行政の合理性を検証するものである。」とされている。400頁の大著であった。

著者と同作品との関係については、「あとがき」に、「本書は、2007年3月、東京大学に提出した博士論文『戦後ダム開発の論理と構造—利根川を中心に』を修正・加筆したものである。」とされている。

そして、同書の第5章は「利根川水系の治水計画」、同第6章は「利根川治水とハッ場ダム」、同第7章は、「治水行政を支える『科学』」と題されている。

本件訴訟の弁護団は、この書の発刊を知って、著作者の梶原健嗣氏に、意見書の作成を依頼した。この書には、昭和55年の利根川水系工事実施基本計画において、利根川の基本高水のピーク流量が、それまでの毎秒1万7000 $\text{m}^3$ から同2万2000 $\text{m}^3$ に増量改訂されたのは「氾濫戻し」によるものであるとして始まっていたこと（同書202～203頁）、しかし、今日では、カスリーン台風の再来計算が毎秒2万2000 $\text{m}^3$ にずれる根拠は二転三転し、結論としては現実化しない「机上の計算」であることが判明したなどの記述がなされている（205頁）。また、「目標流量として既往最大洪水を用いる場合、氾濫戻しを行った洪水流量を用いることになる。従って、重要なのはカスリーン台風の公称値と氾濫戻しの正確性である。」との問題設定が表明されている（212頁）。

そして、平成23年1月からはじまった日本学術会議・分科会における基本高水の検証作業をも取り上げられており、そこでの国土交通省からの「洪水、山に登る」という氾濫計算報告書（285頁）や、同分科会の「河道域の拡大と河道貯留」によっても、「計算流量と実績推定の乖離は最後まで解けなかった」（293頁）とし、「利根川水系の基本高水に設定されているカスリーン台風洪水の実績流量推定、再現計算には重大な事実誤認がある」（294頁）と結論づけられている。

そして、これらの論述の間には、第7章の「治水行政を支える『科学』」においては、基本高水流量の解説や、現代の河川工学の技術的手法の中心を占める「貯留関数法」について、その有効性や機能の限界が幅広く平易に解説されている（256～285頁）。そして、第6章では、中規模洪水から大規模洪水の推計を行う場合の「引き伸ばし計算」の信頼性への疑問なども提起されている（231～241頁）。

このような著作が刊行されたところから、弁護団は、梶原健嗣氏に対して、利根川水系の基本高水の策定経緯の問題点と毎秒2万2000m<sup>3</sup>という値の合理性等についての所見、そして、八ッ場ダムに期待できる水位減衰効果などについての所見を求めることとした。そして、それを意見書として作成することを依頼した。梶原氏はこの依頼を快諾された。そして、弁護団はその意見書を8月28日に得た。本補充書「V」は、上記の梶原意見書の所見の展開に必要な範囲で、これまでの関係事項の主張事項を整理し、なお、一層、これらの主張を理由あらしめるために補充したものである。

以上の趣旨の梶原氏作成の意見書・「八ッ場ダム訴訟・治水上の争点に関連して」（甲A第24号証）を提出する次第である。なお、本補充書Vにおいては、上記意見書については、単に「梶原意見書」と略称することをお断りさせていただく。

## 第1 二転三転した基本高水（毎秒2万2000m<sup>3</sup>）の国土交通省の説明

### 1 そのときばったりの基本高水の解説

治水計画の根本となる基本高水について、国土交通省が約30年間の間に行なった説明が二転三転している事実は、これまで重ねて主張を行ってきたところである。建設省・国土交通省からの国民へ向けての基本高水の説明のうち、注視される説明は4回ある。そのうち1回目と2回目はほぼ同じであった。しかし、3回目の説明は1～2回目の基礎事実を否定するものであり、4回目の説明は、3回目の説明を、また根本から否定するものであった。

即ち、昭和55年の利根川水系工事实施基本計画においては、計画対象洪水であるカスリーン台風洪水の「氾濫戻し」という説明で発進した。これが1回目である。本件訴訟に入って、平成18年9月の、関東地方整備局の「回答」では、この説明を踏襲した。これが2回目である。しかし、3回目に当たる平成20年10月の同じく関東地方整備局の「回答」では、「現況（昭和55年時点）の河道等の状況で、計画降雨を与えた場合に八斗島地点でのピーク流量が毎秒2万2000m<sup>3</sup>になると説明をしているものではなく」、「将来的な計画値」となった。しかしさらに、4回目となる平成23年6月の日本学術会議・分科会へ提出された「氾濫計算報告書」では、再び昭和55年の「氾濫戻し」に先祖返りした。このように二転三転したのである。

計画対象洪水であるカスリーン台風洪水において、ピーク流量を毎秒5000m<sup>3</sup>も増大させるような大氾濫があったのか、この事実を基礎とするか否かで、このように説明の仕方が変わるのである。

### 2 大氾濫もなし、堤防改修もなし

関東地方整備局の河崎和明元河川部長は、同台風洪水では、上流域には大した氾濫はなかったと証言している。そして、これまでの収集資料によって、現況の河川管理施設においては、計画降雨（カスリーン台風時の3日雨量と同じ規模）

があっても、八斗島地点でのピーク流量は毎秒1万6750 m<sup>3</sup>にとどまること、昭和55年策定の毎秒2万2000 m<sup>3</sup>計画については、これを河道計画で実施する実際の堤防改修計画はどこにも存在せず、氾濫したはずの群馬県の上流域での堤防改修は、利根川本川の群馬県管理区間の上福島地区での嵩上げ工事（同台風時のピーク流量が過ぎてから小規模破堤した区間）を除いて、カスリーン台風時のままであることなどが明らかになっている。しかし、上流部のダム建設だけは進行している。

以上の事実は、原審以来、重ねて主張してきたところである。ここで、これらの国土交通省の二転三転の説明を順次挙げれば以下のとおりとなる。

### 3 建設省・国土交通省の4回の説明

4回の建設省・国土交通省の説明の要点は、以下のとおりである。

#### ① 昭和55年の工事实施基本計画策定時の河川審議会での建設省の説明

「改修改訂計画の基本高水流量は、昭和22年9月洪水を対象に決定されたものであり、当時は上流域で相当氾濫していたが、その後の支川の改修状況等を考慮して昭和22年9月洪水を再現すると約22,000 m<sup>3</sup>/Sになる旨の回答」を行った（甲B第89号証「利根川百年史」1165頁）。

#### ② 平成18年9月28日付 関東地方整備局の「回答」（乙第198号証の1）

「昭和22年のカスリーン台風以降、利根川上流域の各支川は災害復旧工事や改修工事により河川の洪水流下能力が増大し、従来上流で氾濫していた洪水が河道により多く流入しやすくなり、下流での氾濫の危険性が高まったこと、また、都市化による流域の開発が上流の中小都市にまでおよび、洪水流出量を増大させることとなったことなど、改修計画から30年が経過して利根川を取り巻く情勢が一変したため、これに対応した治水対策とするべく、昭和55年に利根川水系工事实施基本計画を改定し、…」

#### ③ 平成20年10月22日付 関東地方整備局の「回答」（乙第278号証の



1)

「現況（昭和55年時点）の河道等の状況で、計画降雨を与えた場合に八斗島地点でのピーク流量が毎秒2万2000m<sup>3</sup>になると説明をしているものではなく、カスリーン台風以降、昭和55年までの状況変化を踏まえたうえで、昭和55年時点での河川整備に対する社会要請や今後想定される将来的な河川整備の状況等も含めた検討を行い、将来的な計画値として基本高水のピーク流量を毎秒2万2000m<sup>3</sup>と定めた。」

④ 平成23年6月8日付国土交通省の日本学術会議分科会宛「氾濫計算報告書」（甲B第158号証）

カスリーン台風時の氾濫流量を推計した報告書。「推定1」では、3900万～7700万m<sup>3</sup>の氾濫、「推定2」では、6000万m<sup>3</sup>の氾濫があったとする報告になっている。しかし、その推計作業は極めて粗雑で乱暴極まるものとなっており、烏川では、河川敷から10mあるいは数十メートルも標高の高い台地に洪水が上がったとする報告になっている。

#### 4 説明相互の矛盾、破綻は明白

以上の「ピーク流量毎秒5000m<sup>3</sup>の増量改訂」についての、建設省・国土交通省の各説明の関係について、念のために簡潔に述べる。

まず、①の説明では、毎秒5000m<sup>3</sup>の増量改訂の理由は、単純に「氾濫戻し」である。同台風時、上流域では大氾濫があったから、この氾濫流量を取り込んで改修目標を大幅に引き上げるというものである。この説明に基づく計画では、計画降雨があれば、ダムなしなら八斗島地点に毎秒2万2000m<sup>3</sup>が襲うとの想定となっている。だから、危険は現在化しているということになる。

②の説明では、これに「都市化による流域の開発が上流の中小都市にまでおよび、洪水流出量を増大させることとなったこと」が付加されているが、この都市化による増量は極めてわずかにすぎない。この時点でも、大洪水の危険は現在化

しているとの想定は維持されている。

③では、「現況（昭和55年時点）の河道等の状況で、計画降雨を与えた場合に八斗島地点でのピーク流量が毎秒2万2000m<sup>3</sup>になると説明をしているものではなく、」となるが、これは「氾濫戻し」で毎秒2万2000m<sup>3</sup>になるのではないことを解説しているのである。増量改訂の理由は、「今後想定される将来的な河川整備の状況等も含めた検討を行い、将来的な計画値として基本高水のピーク流量を毎秒2万2000m<sup>3</sup>と定めた。」というのである。ここでは、計画降雨があっても、「八斗島地点には、毎秒2万2000m<sup>3</sup>はこない」としているのであるから、危険は現在化していないと解説しているのである。したがって、①及び②の解説とは、明らかに基本的な認識が異なっているのである。③は①及び②の説明と異なり、増量改訂の理由は既往最大洪水の氾濫に求められるのではなく、むしろ、これを否定するものとなっているのである。

④は、完全に①に戻る解説である。

このように国土交通省は、自身が定めた基本高水毎秒2万2000m<sup>3</sup>についての増量理由について、矛盾した解説を行っているのである。したがってこの破綻は明白と言わざるを得ない。

## **第2 大氾濫はなく調査もせず、「計算上の仮設計」であり、河道改修などの予定は全くなかったことを示す事実の各論**

### **1 カスリーン台風では大氾濫はなく、堤防改修計画もない毎秒2万2000m<sup>3</sup>計画**

カスリーン台風洪水では大氾濫などはなく、昭和55年の毎秒2万2000m<sup>3</sup>計画は、利根川上流域での氾濫防止のための堤防改修計画などを全く含まず、机上の計算に過ぎないものであることは今や明白となっている。次の事実を挙げることで十分に説明、証明できることであろう。

① 「あふれているという状況であることについては皆無ではないと。です

からあふれているというように理解します」旨の関東地方整備局の河崎和明元河川部長の証言（甲F第1号証22頁）。これが大氾濫を肯定した証言だとはだれも言うまい。

- ② 建設省・国土交通省は、カスリーン台風時の上流域での氾濫状況を、これまで一度も調査をしたことはない（同28頁。ほか）。
- ③ カスリーン台風が再来しても、現況の河川管理施設（上流6ダム）の下では、上流域に相当の氾濫は生ずるが、八斗島地点のピーク流量は毎秒1万6750 $\text{m}^3$ にとどまるとされている（甲B第39号証）。
- ④ 上の甲B第39号証で解説されている上流域の河道・堤防の状況は、乙第278号証の1の「回答」で説明されている状況、即ち、「現況（昭和55年時点）の河道等の状況で、計画降雨を与えた場合に八斗島地点でのピーク流量が毎秒2万2000 $\text{m}^3$ になると説明をしているものではなく、」との事実と符合している。そして、利根川の上流域では、カスリーン台風後、何ら堤防改修等が行われていなかった事実（下の⑨の事実）とも整合している。
- ⑤ 上の③の甲B第39号証で示された事実、即ち、カスリーン台風が再来しても、八斗島地点でのピーク流量は、毎秒1万6750 $\text{m}^3$ にとどまることは、茨城県、千葉県でも準備書面で認めている。
- ⑥ 昭和55年の工事实施基本計画で策定された毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 計画では、利根川本川八斗島上流、烏川、井野川などで、7法線で1～5mの堤防の嵩上げ工事が想定されているが（甲B第57号証の4）、国土交通省は、これらの堤防工事を行う計画は全く持っていない。原告側からの情報公開請求に対して、関東地方整備局は、甲B第57号証の4における堤防嵩上げ地区の3地区については、河道断面図すら保有していなかった（甲B第117号証の2）。
- ⑦ 関東地方整備局は、東京新聞記者に対して、平成22年1月、この計画（毎秒2万2000 $\text{m}^3$ ）は「計算上の仮設計」であることを認めている（甲B第

- 115号証)。
- ⑧ 群馬県も、上記の「計算上の仮設計」で想定されている地区の法線での7地区の「計画断面図」の開示を求めたが、同県は「当該箇所にて河川改修計画がないため、計画断面図を作成していない。」と回答した(甲B第118号証)。
- ⑨ 弁護団の利根川本川や烏川、井野川その他の地区で、堤防の嵩上げが想定された法線を現場調査したが、利根川本川での群馬県が実施したごく一部を除いて、嵩上げ工事は行われていなかった(甲B第54, 92, 127号証)。
- ⑩ 分科会の田中丸委員も、「築堤計画があると考えるよりは、基本高水流量を流すことができる断面を想定したもの」と公開説明会で解説している(甲B第163号証 議事録17頁)。
- ⑪ 大熊意見書は、カスリーン台風では大氾濫はなかったとの「意見書」(甲B第161号証の1)を作成している。氾濫量は、最大で1000m<sup>3</sup>としている。また、著作「利根川治水の変遷と水害」でも、同様の趣旨の記述がなされている。
- ⑫ 平成22年10月22日の記者会見で馬淵澄夫国土交通大臣(当時)は、平成17年度の利根川の基本高水のピーク流量の検証は、「具体的にどのようにして流出計算が行われたかという資料が現時点では確認できなかった」(甲B133号証の2)とし、「22,000トンありきの検討であった。所管大臣として、お詫びする」旨謝罪した(甲B第133号証の4)。そして、日本学術会議・分科会の「回答」(甲B第147号証)では、「分科会で審議を開始したものの、利根川水系の現行の基本高水の算定に関して、国土交通省にはその背景・経緯の記録が残っておらず、また同省より十分な説明を得ることができず、科学的な追検証が担保されていないことが判明した。」とある(「回答」1頁)。これが「計算上の仮設計」の舞台裏の姿であった。

- ⑬ 国土交通省は、カスリーン台風洪水の「氾濫戻し」に必要な氾濫量について、報告書（甲B第158号証）を作成したが、それは「洪水，山に上る」というもので、分科会の検証結果を集約した平成23年9月1日付「回答」（甲B第147号証）では全く無視されるほどの作品であった。
- ⑭ 日本学術会議・分科会の検証作業は、カスリーン台風洪水の実績推計流量（毎秒1万7000m<sup>3</sup>）についても、また、同台風洪水時の氾濫状況についても事実関係の検証等は全く行わずに、国土交通省の報告をそのまま了として進めたものであるところ、国土交通省の氾濫流量報告に代えて、「河道域の拡大と河道貯留」により説明をしようとしたが、分科会自身「この感度分析結果より、昭和22年洪水では、大規模氾濫とまではいかななくても、河道域の拡大と河道貯留によって、八斗島での実績流量が計算洪水流量より低くなることが示唆された」という限度での提言であった（甲B第147号証「回答」15頁）。

## 2 「毎秒2万2000m<sup>3</sup>」計画の不合理，破綻は明白

要するに、国土交通省は、昭和55年の工事実施基本計画の新基本高水の策定時に、カスリーン台風洪水時の「氾濫戻し」と説明を行ったが、今日に至るまで、「氾濫戻し」の計算に足る「大氾濫」の説明ができなかったのである。そして、八斗島地点上流部においては、同台風後、何ら見るべき堤防改修などは行われていなかった。それ故に、国土交通省の説明は、「氾濫戻し」と言ったり、「将来的な計画値」と言ったり、また前に戻ったり、二転三転したのである。国土交通省だけでなく、日本学術会議・分科会ですら、この国土交通省の説明の欠落をカバーできなかったのであるから、どのように説明しようとも、毎秒2万2000m<sup>3</sup>がカスリーン台風の再現計算結果であるとの結論にはなり得ない。日本学術会議・分科会は、事実の裏打ちがない、否事実を反する机上の計算を「カスリーン台風の再現計算」と銘打って強行したのである。国土交通省と日本学術会議・分

科会の所為は、上流部でのダム建設を正当化するためだけの基本高水の装いであったというのが真実であろう。

### 第3 「毎秒2万2000m<sup>3</sup>」計画に対する「梶原意見書」の判定—「全くもって事実の基礎を欠き、不合理である」

#### 1 判断の主たる根拠資料、判断過程

梶原意見書は、申立人らがこれまで述べてきた事実認識を基本的には共有しているものである。そして、そこから招かれる判断も基本的には同じくになっている。主要な論点について挙げれば以下のようなものである。

##### (1) カスリーン台風の氾濫について

まず、カスリーン台風時には、大きな氾濫が認められないこと、そして、その調査すら行われていないことについて、次のように厳しく批判をされている。

「氾濫戻しの評価の基礎となる、カスリン台風時の八斗島上流氾濫状況の調査・評価は必要不可欠なはずであるが、国はその調査をしたことはない（八ッ場ダム茨城訴訟・水戸地裁，河崎和明証人（元関東地方整備局河川部長），2008.7.15，証人尋問調書 p28）。つまり戻し流量を 5,000m<sup>3</sup>/s と評価する根拠がないわけである。この点は、基本高水流量という治水計画上の重要性を考えれば、致命的な調査不足である。それもそのはずである。同日の水戸地裁証人尋問で、河崎証人は、利根川上流域で洪水が『あふれているという状況であることについては皆無ではないと。ですから、あふれている部分があるというように理解します。』（同証人尋問調書 p22）と証言している。なるほど、『皆無ではない』『溢れている部分がある』程度であれば、実態調査がないことも、カスリン台風直後に計画改定された治水調査会で、上流部での氾濫の議論が行われていないことも頷ける。」（6～7頁）。

「ピーク流量にして 5,000m<sup>3</sup>/s もの減少をもたらすような氾濫は、空前の

規模の大氾濫である。それが、治水調査会当時も議論にさえならず、その後も長らく、実態調査が行われていないのは誠に不可思議であるが、何のことはない、そんな事実は存在しないのである。

事実としては、氾濫戻し  $5,000\text{m}^3/\text{s}$  を基礎づける氾濫実態調査は存在しないのであって、計画の中枢に位置する事実につき、裏づけを欠いたまま、 $5,000\text{m}^3/\text{s}$  の上乘せという話が一人歩きしていたのである。利根川水系工事実施基本計画策定時（1980）においても、利根川水系河川整備基本方針策定時（2006）においても、基本高水  $22,000\text{m}^3/\text{s}$  を基礎付ける氾濫調査は行われていなかったのである。」（7頁）。

## （2）国土交通省の「洪水，山に登る」報告書について

次に、国土交通省の分科会への「氾濫計算報告書」（甲B第158号証）については次のように批判している。

「しかし、そうした裏づけ調査があれば、気付いたはずの推定上のミスが大きくって2点ある。1つは、烏川左岸の高崎台地である。同地点と河川敷とは約10mの標高差があり、1/25,000地図でも、高崎駅真西の和田橋地点で84m、93mの標高が確認できる。しかし、この高崎台地でさえ国交省資料では水没したことになっている。現地確認や標高調査をするなど、資料の取り扱いを慎重にすれば、生じ得ない誤りである。

もう1つは、烏川右岸の旧八幡村一帯である。同地点は200mの丘陵地帯で、1/25,000の地図で確認できる標高を見ると、一本松付近は標高77mで、最高地点は197.5mもある。しかし、この国交省の氾濫推定図では、こうした丘陵でさえ、氾濫することになっている。しかし、そんな『洪水，山に登る』話はいりえない。つまり、カスリーン台風の再現流量を  $22,000\text{m}^3/\text{s}$  とする試みは、全く論拠を持たないのである。」（8頁）。

## （3）日本学術会議・分科会の基本高水の検証への評価

日本学術会議・分科会が、国土交通省の「洪水，山に登る」という報告書を

全く取り上げずに「河道域の拡大と河道貯留」という説明を持ち出したこと及びその評価については、次のように述べられている。

「学術会議分科会は、基本高水流量  $22,000\text{m}^3/\text{s}$  の妥当性も否定しようとしたわけではない。別の方法によって実績流量と計算流量の乖離が説明できるかを検証しようと試みたのである。

それが河道域の拡大と河道貯留という議論であるが、その内容は河道脇の小規模氾濫と殆ど変わらない話であり、何より、定量的な検証はできていない。学術会議分科会は烏川右岸において、河道域の拡大と河道貯留が  $600\text{m}^3/\text{s}$  程度のピーク流量（八斗島地点）をもたらしうることを示したものの、こうした地点が他にどれくらいあり、総計でピーク流量の低下分はいくらになるのかを示していない。つまり、最低  $4,000\text{m}^3/\text{s}$  となる実績・再現流量の乖離を合理的に裏付けてはいない。

そのため、学術会議分科会はカスリーン台風洪水の再現流量を  $21,096\text{m}^3/\text{s}$  と算出した新しい流出計算モデルについて「妥当」という評価を下しながら、その結論に附帯意見を加えて、『既往最大洪水流量の推定値、およびそれに近い値となる 200 年超過確率洪水流量の推定値と、実際に流れたとされる流量の推定値に大きな差があることを改めて確認したことを受けて、これらの推定値を現実の河川計画、管理の上でどのように用いるか、慎重な検討を要請する。（下線部筆者）』と述べているのである（p21）。」（9頁）

そして、日本学術会議・分科会の結論に対しては、最終判定として、

「学術会議の結論は、科学的知見の基本を踏まえていないものであって、これによっても、基本高水  $22,000\text{m}^3/\text{s}$  の発生（来襲はまた別問題である）は裏付けられていないのである。」（10頁）と簡明かつ明快である。



## 2 「梶原意見書」の結論―「全くもって事実の基礎を欠き、不合理である」

そして、「まとめ」において、要点の一部を再述しながら結論を次のように述べられている。

(1) 「河川法施行令 10 条 1 項が定めるように、治水計画の策定においては『過去の主要な洪水』を適正に考慮することを求め、これを考慮事項の筆頭項目に挙げている。そうであれば、利根川水系の治水計画においては、既往最大洪水であり、計画対象洪水であるカスリーン台風（1947）が正しく考慮されていなければならない」（10 頁）とされる。これが治水計画、河川改修の規範であり、基本姿勢でなければならないとされる。

(2) そして、昭和 55 年の「利根川水系工事实施基本計画」の大きな増量改訂に関しては、

「計画対象洪水が、上流部で氾濫を起こしている場合には、氾濫戻しを行った再現流量を求めなければならない。利根川では、1980 年の工事实施基本計画において、従来（利根川改修改訂計画，1949.2）の基本高水流量を  $17,000\text{m}^3/\text{s}$  から  $22,000\text{m}^3/\text{s}$  に引き上げたのも、氾濫戻しによって  $5,000\text{m}^3/\text{s}$  分の増大が生じるという再現流量が前提となっている。当時は、洪水調節ダムがない以上、両者の差異を埋めるものは氾濫によるピーク流量の減少しかありえないからである。」となる（11 頁）。

(3) そして、「そうであれば、カスリーン台風洪水の実績洪水流量と再現流量の間で、この  $5,000\text{m}^3/\text{s}$  の差異が氾濫戻しによって説明できるものでなければ、この基本高水流量は事実の基礎を欠くものになってしまう。実際、カスリーン台風の氾濫量（烏川右岸 410ha）から考えても、 $5,000\text{m}^3/\text{s}$  の差異は基礎付けられないし、後に、国交省が提示した  $7,700 \text{万 m}^3$  という氾濫量は、『洪水，山に登る』架空の氾濫を前提とするという不合理な推論であり、やはり、氾濫戻しで  $5,000\text{m}^3/\text{s}$  分増えるという試算は基礎付けられない。」（11 頁）となる。この理は、正常な常識を保有しているならば、万人が理解でき賛同できる論理

である。

(4) そして、同意見書のこの項の結論に至る。即ち、

「カスリーン台風の再現流量と実績推定値  $17,000\text{m}^3/\text{s}$  の乖離を合理的に説明できず、それゆえ、基本高水流量  $22,000\text{m}^3/\text{s}$  を合理的に基礎づけられないのは、学術会議分科会も同じである。学術会議分科会は、国交省が示した  $7,700$  万  $\text{m}^3$  の大氾濫説の評価を棚上げし、河道域の拡大と河道貯留によって、その再現流量と実績流量推定値の乖離を説明しようと試みたが、烏川右岸で約  $600\text{m}^3/\text{s}$  の乖離が起きうることを説明したのみで、やはりこの乖離を説明できない。そして、中規模洪水のデータから大規模洪水を再現計算できるかという方法論上の中核に結論を出せないまま、見切り発車のまま議論を進めたもので、その結論を信用することができないのは、科学の常識である。だからこそ、学術会議分科会は、報告書結論に、「慎重な検討を要請する」という異例の附帯意見を付せざるを得なかったのである。

このように、計画対象洪水であるカスリーン台風洪水が、当時よりも  $5,000\text{m}^3/\text{s}$  も増大して八斗島地点を襲うという試算は、全くもって事実の基礎を欠き、不合理である。」（11頁）

上記の結論は、申立人らの、これまでの主張と論理の過程も結論も同じということになる。正常な目をもって判断するとすれば、こうした結論に至ることを示している。

#### **第4 ハツ場ダムによって「著しく利益を受ける」ことはないことの確認**

##### **1 申立人らのこれまでの水位低減効果の主張要旨**

申立人らは、原審においても、ハツ場ダムが建設されても、八斗島地点においても水位低減効果は極めて限られた洪水にしか認められないものであり（もとより、この影響を検討する流出計算にも大きな問題がある）、また、東京都周辺、

特に江戸川筋においての水位低減効果は、わずかに数センチメートル、具体的には3～6 cmであると主張を行ってきた（上告受理申立理由書第3章の第8）。今回、「梶原意見書」においても、その水位低減効果の評価が行われているところ、申立人らのこれまでの主張を是とする所見が述べられているので、以下に、これについて述べることにするが、その前に、国土交通省の説明する水位低減効果の算定手法とその効果について点検を行うことにする。

## 2 国土交通省が説明する水位低減効果の算定法とハッ場ダムの効果

国土交通省が採用している水位低減効果の算定法と効果を紹介するについては、正確を期することが求められるので、この紹介については、「梶原意見書」の記述を借用することとする。「梶原意見書」は、国土交通省が採用しているその手法について、次のように説明を行っている。

- (1) 「これまで、ハッ場ダムの洪水調節効果は八斗島地点で  $600\text{m}^3/\text{s}$  とされてきた。まず、その計算方法を確認することで、ハッ場ダムの洪水調節効果が下流部に著しい利益を与えるものであるのかを検討してみる。そこで、まず  $600\text{m}^3/\text{s}$  というハッ場ダムの洪水調節効果の試算方法について確認する。

利根川の計画対象豪雨は 319mm（3日間平均雨量、以下同じ）であるが、過去にこの規模の豪雨はカスリン台風時（318mm）にしか記録されていない。しかし、同じ 319mm 豪雨であっても、時間的・空間的パターンが異なれば、八斗島地点を襲う洪水流量は変わってくるのであって、治水計画では、そうした降雨パターンの多様性にも配慮することが必要である。そこで一般的に行われるのが、ある程度の規模の豪雨をもとに、仮想の 319mm 豪雨を作成し、多様なパターンの 319mm 洪水を考えるというものである。このサンプル豪雨の作成方法が『引き伸ばし計算』と呼ばれるもので、縦軸に時間雨量（mm/hr），横軸に時間で示されるハイトグラフを、縦軸方向にのみ引き伸ばす形で豪雨の規模を拡大させる。ハッ場ダムの洪水調節効果の推定においては、1937～74 年の

100mm を超える豪雨をもとに、319mm 豪雨を作成したため、引き伸ばし率は、従来基準（1976, 『河川砂防技術基準（案）』）の2倍を上回る3.19倍となっている。ここの31個の319mm 豪雨を流出解析（貯留関数法）にかけ、31個の想定ピーク流量を求めた結果、計算された31洪水のピーク流量は、最大27,699m<sup>3</sup>/s（1940.8.24）から最小6,088m<sup>3</sup>/s（1968.7.27）まで、その幅は4倍以上の大きな開きをみせた。」（12～13頁）としている。

以上に述べたように、国土交通省が採用している「引き伸ばし計算」で行った結果、31洪水の平均値で洪水調節量が毎秒600m<sup>3</sup>となったというのである。

- (2) 今みたように、国土交通省の「引き伸ばし計算」は、ある程度の規模の豪雨をもとに、これを時間軸はそのままにして雨量だけを3倍以上も大きくして、仮想の319mm 豪雨を作成し、多様なパターンの319mm 洪水を考えるというものである。このことは、資料の収集の方法としてやむをえない面があるとしても、人為的に雨量強度を非常に高めた危険な降雨事例を集めて試算を行うということであり、その結果が毎秒600m<sup>3</sup>という値になったというのである。

### 3 「梶原意見書」が指摘した「引き伸ばし計算の不確実性」と倍率の修正

- (1) 問題は、ここまで大きな開きが出る引き伸ばし計算の信頼性である。これについて、「梶原意見書」は、この方式について、当然問題があるとして、次のように危惧を示し、また批判を行い、「梶原意見書」においては、「引き伸ばし率」を、旧「河川砂防技術基準」を範にして、「2倍以下」として調節量を試算している。「梶原意見書」は、次のように指摘する。

「縦軸に時間雨量（mm/hr），横軸に時間で示されるハイエトグラフを，縦軸方向にのみ引き伸ばすという手法が理論的な基礎をもつものか明らかではないし，引き伸ばし率も，何倍以下なら妥当であることの理論的基礎はない。そこで，従来の『河川砂防技術基準（案）』（1976）は，引き伸ばし率2倍以

下という基準を設けて、サンプル数を犠牲にしても引き伸ばし計算の不確かさを抑えようと考えたのである。この考え方は妥当であり、本意見書でも従来基準にのっとり、棄却ラインを引き伸ばし率2倍以下とすべきと考える。それでも12洪水が残り、12洪水のピーク流量幅は最大 $24,341\text{m}^3/\text{s}$ から最小 $8,718\text{m}^3/\text{s}$ までの間に収まり、上下幅は3倍程度に修正された。また、戻し流量も12洪水の平均 $17,971\text{m}^3/\text{s}$ と31洪水の $17,516\text{m}^3/\text{s}$ で大差はない。そこで160mmライン（2倍以下）を棄却ラインとして、この12洪水を検討する。」（13～14頁）とした。

- (2) そして、引き伸ばし率を「2倍以下」として得た12洪水について、各洪水調節量を算定した結果が「梶原意見書」の「表2」として示されている。そして、そうした計算結果を得て、「梶原意見書」は、八斗島地点での水位低減効果と江戸川での水位低減効果を試算されている。そして、「まとめ」において、要点を次のように説明を行っている。

#### 4 「梶原意見書」が示した八ッ場ダムの水位低減効果

##### (1) 八斗島地点での低減効果

「八ッ場ダムの治水上の利益を考えてみるに、重要なのは、八ッ場ダムが八斗島地点で $600\text{m}^3/\text{s}$ の洪水調節効果をもたらすという平均値ではない。ダムが著しい利益をもたらすには計画高水流量を上回る洪水であるから、そうした洪水において、八ッ場ダムの効果が本当に著しいものなのか、把握されなければならない。しかし、八斗島上流の他の6ダムで計画洪水流量に抑えられる場合が多く、他の6ダムでは足りず、八ッ場ダムがあつてはじめて計画高水流量に収まるという洪水は、1959年洪水の雨が319mm豪雨となって襲来する場合のみである。この場合に、他の6ダムによる洪水調節があつても計画高水流量を約 $1,000\text{m}^3/\text{s}$ 超過し、八ッ場ダムがこれを $1,369\text{m}^3/\text{s}$ 削減するも、 $1,369\text{m}^3/\text{s}$ は水位にして30cm以下であるから、堤防天端高1.8m下を流れる洪水を、2.1m下

を流れるものに抑えるに過ぎない。」（17～18頁）

## （2）江戸川での水位低減効果

「更に問題なのは、こうした効果は八斗島地点における効果であって、東京都内に至るには、八斗島地点から更に100kmある点である。100kmの間には、洪水調節効果は著しく減衰するから、八斗島地点で約 $1,000\text{m}^3/\text{s}$ の洪水調節効果があったとしても、江戸川上端では $100\text{m}^3/\text{s}$ 程度に減衰し、これは水位にして6cm程度である。八斗島地点 $1,369\text{m}^3/\text{s}$ の洪水調節効果も、江戸川上端から更に40km離れた都内で見れば、ほぼ同様の水位低減効果でしかなく、6cm程度と推測される。これでは、到底『当該ダムが建設されることで、その被害が著しく減少する場合』には当たらず、八ッ場ダムが東京都に『著しい利益』をもたらすものとはいえない。」（18頁）

## （3）水位低減効果は極めて小さい

以上が「梶原意見書」の八ッ場ダムの水位低減効果についての結論である。計画対象洪水であるカスリーン台風が再来しても、八ッ場ダムは、何ら水位低減に寄与することはないし（争いのない事実である）、その他の洪水に対しても、カスリーン台風洪水を除く11例の中で寄与しえる洪水は1例しかない。その1例（「E洪水」）も、引き伸ばし計算で人為的に危険を増幅させている事例であるから来襲の可能性は小さい上に、計算のとおりとしても水位低減効果は30cm以下であるという。そして、この「E洪水」の八斗島地点の水位を点検すると、「梶原意見書」の「表2」では、計算上の「戻し流量 18,885 $\text{m}^3/\text{S}$ 」から「6ダムの調節効果1,394 $\text{m}^3/\text{S}$ 」を引くと、17,491 $\text{m}^3/\text{S}$ となり、八斗島地点の計画高水流量を991 $\text{m}^3/\text{S}$ 上回ることになる。この流量の同地点での水位は、約20cmとなる。そこで、八ッ場ダムがない場合には、計画高水流量の水位を約20cm上回るということになる。そうであれば、八斗島地点の堤防余裕高は2mあるので、その余裕高が1.8mになるということである。従って、八ッ場ダムがなければ越流破堤を起こしかねな

いなどという状況ではない。この八斗島下流部は「首都圏氾濫区域強化対策事業」の工事により強化堤防が築堤されているから、現在では、その意味でも安全度が高い。

そして、東京都の江戸川への影響という点では、「梶原意見書」においては、水位低減効果は6 cm程度という判定である。この低減効果は、これまでの申立人らの主張と変わらないが、いずれにせよ、これで堤防の安全度が著しく高まる、破堤の危険性が著しく減少するなどという状況にはならない。要するに、八ッ場ダムの効果は極めて小さいという結論になる。

## 5 計算された水位低減効果も、事実とは離れた「机上の計算」である

これまで、国土交通省の説明に基づく手法で、八ッ場ダムの水位低減効果を検討してきたが、実は、この計算手法の信頼性と計算結果の現場での再現性自体が危ういのである。これについて述べる。

- (1) 「引き伸ばし計算」の際に、雨量強度を人為的に引き上げて行うという洪水調節効果の試算には、これまでみてきたような問題点があるが、そうした「引き伸ばし計算」の一般的な問題点のほかに、利根川治水においては、そもそも基本高水の策定過程において、仮想の大氾濫が想定されていたり、その高水の計算の大前提となっている河道整備が宙に浮いている、否、その整備の可能性はゼロという状況にあるから、基本高水に近い大洪水での洪水調節量の試算も「机上の計算」に過ぎないことになるのである。これについて述べておきたい。
- (2) 基本高水の計算を行うに当たって、引き伸ばし率を3倍にするにしても、2倍以下にするにしても、設定された基本高水流量に基づいて下流での流量を点検したり検証したりするに際しては、上流で全く氾濫することなく、洪水が下流まで流れてくるとの前提で、いろいろな試算が行われるのである。

ところで、利根川においては、カスリーン台風時に、上流部で大氾濫がなかったのに、これをあつたとして「氾濫戻し」の計算を行っているという事実が

あるから、この基本高水流量を基にして種々の流出計算を行っても、その計算に現れた事実や現象は起こらないという問題が根本にある。そして、その上に、計算上の基本高水流量を流すことになる上流部の堤防あるいは河道も未整備で河道断面が確保されていないという問題がある。

- (3) このような二つの条件を反映して、計画対象洪水であるカスリーン台風洪水が再来した場合の基準点での再現流量と、現況河川管理施設の下での計算流量とが大きく乖離しているという問題が発生している。このことを示しているのが、甲B第39号証の「ハイドログラフ」である。

この「ハイドログラフ」によれば、カスリーン台風が再来しても、現況の河川管理施設の下では、八斗島地点には毎秒1万6750 $\text{m}^3$ にとどまるとしている。この基本高水流量は同台風洪水での「氾濫戻し」を行った結果として、ダムなしなら八斗島地点で毎秒2万2000 $\text{m}^3$ というのであるから、同台風の再来なら、上流部の既設6ダムの調節量・毎秒1749 $\text{m}^3$ （「梶原意見書」の「表2」の1947/9/13の「D洪水」のダムの調節効果参照）を差引けば、八斗島には毎秒約2万0250 $\text{m}^3$ の洪水が来ることになるはずであるが、それよりも毎秒3500 $\text{m}^3$ も少ないというのは、上流部の堤防の嵩上げ工事がなされていないからであるというのである。これが利根川の現況であるというのである。

- (4) このように、計画規模の降雨があっても基本高水クラスの洪水が発生したとしても、現況の河川管理施設の下では、八斗島地点には毎秒2万超の洪水がくることはないのである。そうであれば、利根川の治水計画が完了していることを前提として、八斗島地点あるいは利根川本川下流部・江戸川における八ッ場ダムの水位低減効果を論議する意味は小さいということになる。計画降雨があっても、現況の河川管理施設の下で、八斗島地点に毎秒1万6750 $\text{m}^3$ にとどまるとするのは、上流部の嵩上げ工事の未了という理由だけでなく、基本的には毎秒2万2000 $\text{m}^3$ という基本高水の計算そのものが過大であるとの疑いが



強いのであるが、それはともかくとして、計画規模の降雨があっても、八斗島地点には上記の限度での洪水にとどまるのである。そうすると、国土交通省が行っている、利根川治水計画が完成しているという状態での八ッ場ダムの洪水調節量の算定は、事実を無視した机上の計算だということになる。そして、もとより、現況で、八ッ場ダムの調節量を計算すれば、それは遥かに小さくなるはずである。

## 第5 小田急線最高裁判決及び伊方原発最高裁判決の司法審査基準からみた利根川の基本高水計画の不合理性

以上に検討し検証してきた諸事実に基づき、小田急線最高裁判決及び伊方原発最高裁判決の司法審査基準に照らして、利根川の基本高水計画策定の合理性を問い、国土交通大臣の河川法60条1項に基づく建設事業負担金の納付通知の違法性を問うこととする。

### 1 基本高水計画の不合理性について

前記したところであるが、「梶原意見書」は、国土交通省も日本学術会議・分科会も、カスリーン台風洪水の実績推計流量と再現流量との乖離が埋められなかったことについて、次のとおり指摘している。

「カスリーン台風の再現流量と実績推定値  $17,000\text{m}^3/\text{s}$  の乖離を合理的に説明できず、それゆえ、基本高水流量  $22,000\text{m}^3/\text{s}$  を合理的に基礎づけられないのは、学術会議分科会も同じである。学術会議分科会は、国交省が示した  $7,700$  万  $\text{m}^3$  の大氾濫説の評価を棚上げし、河道域の拡大と河道貯留によって、その再現流量と実績流量推定値の乖離を説明しようと試みたが、烏川右岸で約  $600\text{m}^3/\text{s}$  の乖離が起きうることを説明したのみで、やはりこの乖離を説明できない。そして、中規模洪水のデータから大規模洪水を再現計算できるかという方法論上の中核に結論を出せないまま、見切り発車のまま議論を進めたもので、その結論を信用するこ

とができないのは、科学の常識である。」（11頁）。

「このように、計画対象洪水であるカスリーン台風洪水が、当時よりも5,000m<sup>3</sup>/sも増大して八斗島地点を襲うという試算は、全くもって事実の基礎を欠き、不合理である。」（11頁）

申立人らは、これに全面的に同意する。

## **2 仮想条件の下に行われた水位低減効果であって不合理であり、群馬県等は「著しく利益を受ける」関係にはない**

(1) 前記したとおり、国土交通省は31洪水からの計算で八ッ場ダムの洪水調節量を平均値で毎秒600m<sup>3</sup>とし、「梶原意見書」は12洪水から、減水効果が認められるのは1洪水（「E洪水」）であるとし、その洪水では八斗島地点で水位にして約30cm低下させる効果を持つとされているが、こうした調節効果の議論はいずれも、利根川上流部での計画河道などが完成されているとの条件で試算が行われているのである。しかし、利根川においては、上流部の堤防嵩上げ工事などは行われる可能性は全くないのであるから、それは仮想条件に基づく「机上の計算」に止まるものであり、国土交通省が試算した八ッ場ダムの洪水調節効果が現実に機能することはなく、この条件で試算すれば、「梶原意見書」での試算でも、さらに小さくなるはずである。

そして、江戸川における水位低減の効果については、「梶原意見書」では6cm程度であるとされたが、これも国土交通省の設定条件での計算の最大値であるから一つの参考値であるが、現実にはあまり意味を持たないものである。

(2) そして、それ以上に根本的な問題は、大氾濫がなかったのなら、基本高水流量は既往最大のカスリーン台風洪水の毎秒1万7000m<sup>3</sup>と見るべきということになり、この洪水調節量の試算自体が全くの仮想条件での計算だということになるのである。

以上、「1」及び「2」において述べたところから、利根川の基本高水の策

定には根本から不合理があり、また、八ッ場ダムの水位低減効果の算定についても大きな不合理が存在しているのである。ここから、群馬県が「著しく利益を受ける」という結論を導くことは到底できない。

### 3 小田急線最高裁判決、伊方原発最高裁判決の司法審査基準にも違反する

#### (1) 小田急線最高裁判決

小田急線最高裁判決は司法審査基準について、次のように判示している。

「裁判所が都市施設に関する都市計画の決定又は変更の内容の適否を審査するに当たっては、当該決定又は変更が裁量権の行使としてされたことを前提として、その基礎とされた重要な事実を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その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られる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したのものとして違法とならざるべきものと解するのが相当である」（平成18年11月2日 最高裁第1小法廷判決 民集第60巻9号3249頁。判例時報1953号3頁）

#### (2) 伊方原発最高裁判決

そして、「補充書Ⅳ」において取り上げた伊方最高裁判決は、原子力発電所の設置許可処分に対する取消訴訟においては、司法審査の在り方について、次のように判示している。

「被告行政庁がした右判断に不合理な点があることの主張、立証責任は、本来、原告が負うべきものと解されるが、当該原子炉施設の安全審査に関する資料を全て被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮すると、被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある、」（平成4年10月29日最高裁第1

小法廷判決 民集46巻7号1174頁)とされている。

(3) 両最高裁判決の司法審査基準に照らせば、基本高水・毎秒2万2000m<sup>3</sup>計画は不合理の極みとなる

小田急線最高裁判決が、①「その基礎とされた重要な事実に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」といい、②「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その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られる場合」とし、そして、伊方原発最高裁判決が、③「被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある、」としている司法審査基準に準じて、本件の基本高水・毎秒2万2000m<sup>3</sup>計画の合理性を問うとすれば、その合理性は明らかに否定される。

まず、計画対象洪水であるカスリーン台風の大氾濫の存在を説明できないことは、①「その基礎とされた重要な事実に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」に当たる。そして、基本高水の毎秒5000m<sup>3</sup>の増量改定の説明が二転三転し、大氾濫の存在の説明ができないままに、毎秒2万2000m<sup>3</sup>の再現計算の相当性を言い張ることは、②「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その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られる場合」に当たる。上記の問題点についての、国土交通省の対応と日本学術会議・分科会の検証作業は、どのように観察、評価しても、「その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られる場合」に当たるであろう。この分科会の検証作業は、「梶原意見書」からは、「科学の常識に反する」旨、そして、「このように、計画対象洪水であるカスリーン台風洪水が、当時よりも5,000m<sup>3</sup>/sも増大して八斗島地点を襲うという試算は、全くもって事実

の基礎を欠き、不合理である。」（11頁）との厳しい指摘が加えられている。そして、国土交通省の対応は、自らが策定した基本高水の策定経緯や内容について説明がなし得ないのであるから、実質において、③「被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある」を全く充たしていない。

このように、利根川水系の基本高水の策定は、不合理の極みというべきものとなる。

#### （4）要件を充たさない大臣納付通知は違法となる

そして、八ッ場ダム建設に係る群馬県への河川法60条1項の建設事業負担金について、「著しく利益を受ける」関係にあるか否かについて、「著しく利益を受ける」という要件を充足するためには、相応の八ッ場ダムの洪水調節効果が必要であるが、この試算が成立するためには、基本高水流量の毎秒2万2000m<sup>3</sup>が合理的に成立していること、そして、利根川上流部が完成河川となっていること、若しくはその確実な見込みが必要である。しかし、「計算上の仮設計」である利根川においては、カスリーン台風洪水の「氾濫戻し」の説明すらなし得ない。もとより、上流部の改修もなく、これらの条件は全く存在しない。こうした起こり得ない条件の下で八ッ場ダムの水位低減効果を試算してこれを水位低減効果だと主張することは、前記小田急線最高裁判決の①及び②の審査基準に明らかに反する。そして、同時に、伊方原発最高裁判決がいう、③「被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要」をも充たしていない。

現実に目を向ければ、カスリーン台風時に上流部に大氾濫があったとの説明は、結局なし得なかったものであり、現況の河川管理施設の下では計画規模の降雨があっても、八斗島地点には、毎秒1万6750m<sup>3</sup>の洪水にとどまるというのであり、この流量は計画高水流量（毎秒1万6500m<sup>3</sup>）をわずかに上回る

に過ぎないことを考えても、国土交通省の八ッ場ダムの洪水調節計算は、全く現実に反した意味のない計算なのである。よって、国土交通省の八ッ場ダムの洪水調節量の計算が合理的だなどとは到底評価できない。

河川法60条1項に基づく建設事業負担金の賦課要件を充たすものとは到底認められるものではない。よって、国土交通大臣の納付通知は違法となることは明白である。

以 上