

平成16年(行ウ)第47号 公金支出差止等請求住民訴訟事件

原告 藤 永 知 子 外31名

被告 埼 玉 県 知 事 外1名

準 備 書 面 (1 1)

さいたま地方裁判所

第4民事部合議係 御中

2007(平成19)年6月13日

原告ら訴訟代理人

弁 護 士 佐 々 木 新 一
弁 護 士 野 本 夏 生
外

記

第1 水利権をめぐる法制度

1 許可水利権の成立の法的な根拠

「水利権」とは、「特定の目的のために、河川の流水を排他的・独占的に利用する権利であり、河川の流水をその支配の客体として成立する、物権的性質を有する公法上の権利であり、河川管理者の特許により成立する権利」^{*1}と一般に定義される。

*1 許可によって成立する許可水利権の外に、いわゆる慣行水利権(河川法87条)もあるが、本件では問題とならないので、以下の論述は許可水利権に限定する。

この水利権は、もとより、河川法^{*1} 23条に基づく河川管理者の許可によって初めて成立するものである。

よって、水利権の内容も、河川管理者が与える許可の内容によって規定される。また、河川管理者は、水利権の許可を与える場合には「必要な条件を付することができる」(法90条1項)とされていることから、水利権の内容は、この規定に基づいて付される許可条件によっても規定される。

2 水利権の許可に際しての河川管理者の裁量とその限界について

水利権の許可について定める法23条は、河川管理者が水利権を許可する基準については何らの定めをおいていない。

よって、河川管理者は、法1条、2条の定める河川管理の目的に沿う範囲で、水利使用の許可をなすか否かについて裁量権を有するものと考えられる。

ただし、法90条は、許可に際して条件を付することを認めているものの、その条件については、「適正な河川の管理を確保するため必要な最小限度のものに限り、かつ、許可又は承認を受けた者に対し、不当な義務を課すこととなるものであってはならない」と定めており、河川管理者の裁量権に一定の制限を加えている。

3 水利権の内容は水利使用許可によって全て規定されること

水利権の許可の内容および許可の際に付された条件については、河川管理者は、許可の内容および条件を網羅した「水利使用規則」という許可文書によって明らかにされている。

よって、水利権の内容は、許可の内容および条件の全てを明記した書面である水利使用規則によってすべて規定されているものであり、水利使用規則を離れて、水利権の内容を規定するものは法的に存在しない。

*1 以下、単に「法」という。

4 いわゆる「暫定水利権」という言葉について

水利権の内容について検討をする場合には、以上述べた水利権の成立の法的な根拠を踏まえる必要がある。

これまでの被告の主張においては、水利権の内容に関して、「暫定水利権」という言葉が、明確な定義もなく、また法令上の根拠を示すこともなく使われてきている。しかし、「暫定水利権」という概念は、法令にその直接的な根拠があるものではない。

一般に、水利使用の許可が与えられる場合には、その許可の内容および条件は、形式的な基準により一律に定まるものではなく、河川の状況、既に存在する水利権の内容、将来の水需要の予測などによって千差万別の定め方がされる。そのため、成立する水利権の内容も、許可が与えられる際の状況に応じて多様な内容となる。

この多様な内容の水利権について、その水利権の内容に従って大まかな種類に分類されることがある。たとえば豊水条件^{*1}が付されている水利権を総称して、「豊水水利権」などと呼ぶことがある。

しかし、これは、水利使用規則に付された条件を下にして、水利権をその内容に従って分類する際に、一定の条件(たとえば豊水条件)が付されているものを総称して、(豊水水利権という)呼称を付けているに過ぎない。

まず法的に「豊水水利権」というものがあり、それに該当するから、豊水条件が付されているという関係ではない。水利使用規則に豊水条件が付されているものを、分類上で、豊水水利権という「呼称」で呼んでいるに過ぎない。

「暫定水利権」についても、まったく同じことがいえる。

*1 取水の許可条件として、河川の流量が一定流量を超える場合に限り取水できるとされているもの。

被告は、水利使用規則の記載内容に基づくことなく、「暫定水利権であるから……」として、何らの根拠を示すことなく「暫定水利権」であることを前提とし、その前提から水利権の不安定性を導き出している。

そして、この不安定性を解消するために、本件ダム計画に参画することが不可避であると主張している。

しかし、こうした主張は、水利権の内容が、水利使用規則によって初めて規定されると定める河川法の規定に反するものである。

水利権の内容については、あくまで水利使用規則に基づいて、論じる必要がある。

第2 「暫定水利権」の不安定性を解消する必要があるとの被告の主張について

1 被告の主張

被告は、農業用水から転用された水利権は、いずれも「暫定水利権」であり安定性に欠けるとする。そして、この安定性に欠ける水利権を「安定水利権」にするために、本件ダム計画に参画することが不可避であると主張する。

そして、被告が農業用水転用水利権をもって、不安定であるとする根拠は、要するに、以下の2点である。

すなわち、

- (1) 豊水条件が付されていること
- (2) 存続期間の安定性がないこと

である。

2 前提として水利権が「存在」することについて

農業用水転用水利権の安定性の問題について検討する前提問題として、水利権が存在するか否かという存否の問題と、存在する水利権の内容ないし条件の問題としての安定性の問題を明確に区別する必要がある。

被告は、本訴において、その主張の中で、農業用水転用水利権については、「水利権がない」と主張し、あたかも、農業用水転用水利権については、冬季に限っては、水利権自体がないかのように主張した^{*1}。

しかし、その後、原告からの求釈明に対して、被告も

「水利権を「存否の問題」と「安定性の問題」に分けて、「存否の問題」だけで議論するならば、非かんがい期には条件付き(水源措置を講ずること)で水利権は存在している。」

と非かんがい期にも水利権が存在することを認めるに至った^{*2}。

被告が、そもそも県民に向けて、「冬季の水利権がない」と説明し、宣伝したことは、不正確である。また、こうした事実と反する宣伝は、いたずらに県民にの安を煽るものであり、極めて遺憾な対応といわなければならない。

3 「豊水条件があるゆえ不安定である」との被告の主張について

(1) 被告の主張

上述の通り、埼玉県においては、農業用水転用水利権においても、水利権は存在するものであるが、被告は、この農業用水転用水利権に豊水条件が付されていることをもって、この水利権が不安定であると主張する。

確かに農業用水転用水利権については、被告が主張するように、いわゆる豊

*1 被告準備書面(2) p 15 「農業用水を水道用水に転用したものであり、10月から3月までの非かんがい期においては水利権がない」とか、同p 17 「非かんがい期に転用水利権がないのは明らかである」などと主張してきた。

被告準備書面(6) p 15 においても、「水利使用規則のとおり非かんがい期の水源手当の条件が付されており、非かんがい期の水利権がないのは明らかである」と主張してきた。

*2 被告準備書面(9) p 7 の7項(1)

水条件が付されている^{*1}。

しかし、豊水条件が付されていることは、実態として、水利権の不安定性を示すものではない。

(2) 長期間にわたり豊水条件に関わらず給水がなされてきたこと

農業用水転用水利権に基づく過去の取水の実績を確認すると、実際には豊水条件の定める条件に関わりなく、埼玉県は、冬場に豊水条件を満たさない場合においても、必要な水道用水の供給を受けてきたことは厳然たる事実であり、豊水条件が付されていない他の水利権と別異の取扱を受けたという事実は一切存在しない。

すなわち、

埼玉県水道が保有する農業用水転用水利権のうち、もっとも古い農水合理化一次事業(昭和47年完成)に基づく転用水利権は、これまで約35年の取水の実績がある。

また、その後の農水合理化二次事業(昭和62年完成)、埼玉合口二期事業(平成7年完成)に基づく転用水利権は、それぞれ、20年、12年の取水の実績がある。

さらに、平成14年に完成した利根中央用水事業に基づく転用水利権も、既に5年の取水実績がある。

この間、これらの農業用水転用水利権については、被告が「安定水利権」であると主張するその余の水利権と対比して、取水について特別の支障が生じたことはない。

35年にも及ぶ農業用水転用水利権に基づく取水実績においても、豊水状態

*1 転用の元となった農業用水は、かんがい期には豊水条件が付されていなかったものであり、これが転用された水利権に非かんがい期のみならず、かんがい期にまで豊水条件が付されることが不合理であることは、これまで繰り返し指摘してきたことであるが、この点は措く。

どころか、冬季の渇水^{*1}があった場合にさえ、これらの農業用水転用水利権に基づく取水が停止されたことは全くない。被告が「安定水利権」であると主張する他の水利権と比べて、取水制限率を大きくする等の不利な取扱をされたことは一切ないのである。

(3) 被告も豊水条件に関わらない供給の事実を認めていること

被告も、その準備書面(9)の第8項(p 8)において、率直に認めているように、渇水時においても、被告のいう「暫定水利権」も含めた水系全体の水需要の調整が行われており、「暫定水利権」であるが故に、流水状況が豊水条件を満たさないということで取水が制限されたことはないのである^{*2}。

よって、農業用水転用水利権に、豊水条件が付されていることをもって、これを「暫定水利権」であり、不安定であるとする被告の主張は、事実を反するものである。

実際の運用が示すものは、「安定水利権」であれ、(被告のいう)「暫定水利権」であれば、渇水時には何ら差をもうけることなく、取水調整がなされているのであり、この点に関して、被告が、豊水条件が付されていることによって、農業用水転用水利権を不安定であるとする主張は事実を反することは明らかである。

(4) 被告のいう「配慮」について

*1 冬季は雨量が少ないため、利根川の流量が夏季に比べて小さくなるが、かんがい用水のほとんどが取水しなくなるため、水利用の面では夏季よりも冬季の方がはるかに余裕があり、利根川で冬季に渇水が起きることはまれである。利根川ではたまたま、1996年(平成8)年と1997(平成9)年に冬季の渇水があったが、10%の取水制限にとどまり、実際の渇水被害は皆無であった。

*2 「いわゆる渇水時においては、(中略)暫定水利権も含めた水系全体の水需要の調整が行われ、取水制限など具体的な渇水調整の方法についても協議の上、決定されることとなっているが、この協議会において、埼玉県の暫定水利権の取水が中止に至ったことはない。」準備書面(9)の第8項(p 8)

なお、被告は、こうした取扱を受けるのは「埼玉県がダム事業を推進していることについて、関係機関の配慮を受けているためである」^{*1}とする。

しかし、こうした「ダム事業推進」と「関係機関の配慮」との、因果関係を示す資料は一切証拠として提出されていない。

そもそも、渇水時に水系ごとに渇水対策連絡協議会を開催して全ての水利権について平等に渇水対策を行っているのは、全国的に行われている運用であり、埼玉県に限られたものではない。

被告の主張によれば、埼玉県がダム事業から撤退すれば、渇水対策連絡協議会による調整から除外され豊水条件を厳格に適用されて、取水を制限されることとなるはずである。

しかし、埼玉県は、平成15年には、それまで参画していた戸倉ダム計画から撤退したが、その後も、渇水対策連絡協議会による調整から除外されることなく、被告のいう「安定水利権」と同様の取扱を受け続けているのであり、被告の主張は、こうした事実と反するものである。

4 存続期間の安定性とダム計画参画の関係について(被告の主張の変遷と現時点でのその整理)

被告は、前述のとおり、農業用水転用水利権については、冬場にはそもそも水利権が存在しないかのような不正確な主張を行った。

その後は、これを訂正し、農業用水転用水利権が存在はするものの、「不安定」であると主張するに至った^{*2}。そしてその根拠として、乙54～57号証

*1 被告準備書面(9) p 8

*2 被告準備書面(9) p 7の(1)で、「存在」することは認めた。

などの水利使用規則を提出し、これらの水利使用規則に「非かんがい期の水源措置条件」が付されていることを根拠として、これらの水利権は「不安定である」と主張するに至った。

しかし、被告が根拠として引用した乙54～57号証は、いずれも既に失効した過去の水利使用規則であった。そこで、原告は、現在の有効な水利使用規則に基づいてその主張を明確にするように求めた。

すると、被告は、現在有効な水利使用規則(乙27～31号証)には、「非かんがい期の水源措置条件」は付されていないことを認め^{*1}、上述の「水利使用規則上、非かんがい期の水源措置条件が付されているから不安定である」との主張を事実上撤回した。

そして、最終的には、埼玉県が保有する農業用水転用水利権は、「八ツ場ダムなどの水資源開発計画に参画したことにより非かんがい期の水源措置条件が満たされたために、これらの条件が付されなくなったのである。しかしながら当該ダムが完成していないため、現在も「暫定水利権」という状況に代わりはない」^{*2}と主張するに至った。

ここでも、被告は、水利使用規則の記載に基づかないまま、農業用水転用水利権が「暫定水利権」であるということを主張している。水利権の内容を定めた水利使用規則の記載に基づかないまま、当該水利権を「暫定水利権」であると断定することができないのは前述の通りであり、被告の主張は不正確といわなければならない。

*1 被告準備書面(9) p 5の4

*2 被告準備書面(9) p 2の2

しかし、この点を措いて、上記の被告の主張を善解すれば、要するに、被告は、水利権の存続の条件^{*1}の問題に関して、

「農業用水転用水利権は、八ツ場ダムなどのダム計画に参画したので認められている水利権であるから、これから撤退すれば、この水利権の更新は認められないという点で、不安定なものである。」

という点に尽きるものである。

農業用水転用水利権が、水利権の存続の面で不安定性であるとの被告の主張は、以下に述べるように、事実と反する。以下、項を改めて、水利権が不安定なものではないことを詳述する。

5 農業用水転用水利権が存続の面で、特に不安定なものとはいえないこと

(1) 水利使用規則等の検討

水利使用規則等の文書によって、水利権の内容が判断されるべきこと

前述の通り、埼玉県が現在保有している水利権の内容は、法的には、現時点で有効な水利使用規則の記載によって尽くされているものである。

仮に、水利使用規則には明記されていないものの、埼玉県と河川管理者の間で水利権の内容や、存続条件などについて、水利使用規則に明記されていない申し合わせなどがある場合には、当該文書によって水利権の内容や条件などは把握されるものである。

水利使用規則に「水源措置条件」の記載がないこと

埼玉県の保有する農業用水転用水利権については、現行の水利使用規則には、

*1 より具体的には水利使用規則の定める存続期間が満了した場合の更新の際の条件

その記載の中で「非かんがい期の水源措置条件」は付されていない。

この点は、被告も認めるに至ったものである。

よって、現行の水利使用規則に基づいて判断すれば、「非かんがい期の水源措置条件」は付されていないといえるのであり、農業用水転用水利権が不安定であるとはいえない。

その他に、水源措置条件を定めた文書がないこと

仮に、被告が、これらの水利使用規則とは別に、水利権の存続条件に関して、河川管理者との間で何らかの合意をしているとか、または、河川管理者が水利使用規則とは別に、水利権の存続に条件を付しているというのであれば、それを証拠として提出すべきものである。

しかし、この点については、被告は、ダム計画参画と水利権の関係については、特定多目的ダム法4条4項に基づき、国土交通大臣の定める八ツ場ダム計画(の変更)に「異議はありません」(乙82号証)ないし「同意します」(乙84号証)との見解を表明した文書があるのみで、それ以外には、この問題に関する「覚え書き等は存在しない。」ことを認めている。

以上からすれば、農業用水転用水利権の存続条件については、水利使用規則の記載内容によってのみ判断されるべきものである。そして、これらの水利権の水利使用規則には、存続のための条件に関して、他の一般の水利権と比して特別に不利に取り扱われるような条件は記載されていないのであるから、この点において、本件の水利権が、他の一般の水利権に比して不安定であるとはいえない。

(2) 「ダム計画参画」が水利権存続の条件とされていないこと

被告は、前述の通り、「八ツ場ダムなどの水資源開発計画に参画したことにより非かんがい期の水源措置条件が満たされたために、同条件が付されなくな

ったものの、未だ当該ダムが完成していないため、不安定である」^{*1}と主張する。

そこで、以下、「ダム計画参画」と水利権の関係について検討する。

そもそも、ダム計画への「参画」という言葉は、厳密な法律的な用語ではない。そこで、原告は、被告のいう「ダム計画への参画」と「水利権の存続」との関係を示す文書について求釈明を行った^{*2}。

これに対して、被告は、被告の「ダム計画への参画」を示す文書として、特定多目的ダム法4条4項に基づき、国土交通大臣の定める八ツ場ダム基本計画(の変更)に「異議はありません」(乙82号証)ないし「同意します」(乙84号証)との見解を表明した文書があるのみで、それ以外には、この問題に関する「覚え書き等は存在しない。」ことを明らかにした。

これらの文書は、被告埼玉県知事が上記の意見表明をしたことを示すのみであり、これらの文書の記載を子細に検討しても、この意見表明が水利権存続と何らかの関連を有することを示す事項は一切記載されていない。

(3) 基本計画にも、ダム使用权設定予定者であることと、水利権の関係は明示されていない。

被告が引用する基本計画には、「ダム使用权設定予定者」として、「埼玉県(水道)」が記載されている(乙8号証p11、乙20号証p10)。

しかし、これらの計画には、「埼玉県(水道)」が「ダム使用权設定予定者」

*1 被告準備書面(9)p2の2

*2 原告の求釈明書(2007年2月7日付)p1~2

とされていることと、埼玉県が保有する農業用水転用水利権の存続が、関連するとの記載はどこにも記載されていない。

また、前記の通り、被告自身も、八ツ場ダム基本計画に「異議はありません」と意見を述べたことと、農業用水転用水利権の存続が関連するとの内容の覚え書き等も一切存在しないことを認めている。

よって、特定多目的ダム法4条4項に基づいて、埼玉県知事が、八ツ場ダムの基本計画に対して「異議がない」等と述べたとしても、その後の水需要などの減退等の事情があれば、埼玉県としてはその意見を変更することが可能である。

水利使用規則にも、また八ツ場ダムの基本計画にも、「ダム計画からの撤退をした場合に水利権の取扱において不利な取扱を受ける」とは一切記載がされておらず、またその余の覚え書き等が一切存在しない以上、埼玉県がダム計画から撤退するということをもって、水利使用許可の上で不利益な取扱をすることは許されないものである。

(4) 戸倉ダムからの撤退後も、水利権が否定されていないこと

被告は、埼玉県が「八ツ場ダムなどの水資源開発計画に参画」したことから、非かんがい期の水源措置条件が付されなくなったと主張し、逆に、これらのダム計画から撤退すれば、水利権の取扱の上で不利益に取り扱われるかのように主張する。

しかし、これも事実と反する。

非かんがい期の水源措置条件が付されなくなった理由として、被告は、「八ツ場ダムなどの水資源開発計画に参画」した事実をあげる。

ここに「など」とあるように、必ずしも、八ツ場ダムだけが問題となってい

る者ではなく、広く利根川・荒川水系の水資源開発計画が問題となりうる。そして、その中には、戸倉ダムも当然に含まれることとなろう。

しかし、被告・埼玉県は、平成15年に、現に戸倉ダム計画から撤退している。

被告の主張によれば、戸倉ダム計画から撤退した以上、これに関連する水利権については、水資源開発計画に参画しないものとして、不利益な取扱がなされるはずである。しかし、埼玉県が戸倉ダム計画から撤回したことによって、水利権の取扱において、特段の不利益な取扱はなされていない。

戸倉ダム計画からは撤退しても水利権において不利益な取扱を受けないのに対して、八ツ場ダムから撤退すると、水利権が不安定になると被告が主張するのか？その根拠を全く不明としかいいようがない。

(5) ダム計画からの撤退を理由に水利権の更新を認めないとの取扱は河川管理者もできないこと

河川法90条2項は、水利使用許可に条件を付す場合には、それは「適正な河川の管理を確保するため必要な最小限度のものに限り、かつ、許可又は承認を受けた者に対し、不当な義務を課することとなるものであつてはならない」と定める。

被告は、埼玉県が八ツ場ダム計画から撤退した場合には、国土交通大臣が(自らの進める八ツ場ダム計画に対する協力姿勢を維持させるために)、水利権の存続の面で不利に取り扱うのではないかと危惧しているようである。

しかし、こうした不利益取扱は、河川法90条2項に違反することは明らかである。

すなわち、前記の通り、本件の農業用水転用水利権については、長年の取水実績に照らしても、基準渇水年においても取水が保障されている。現状では、渇水時においても、豊水条件が付されている農業用水転用水利権も不利な取扱はなされず、渇水協議会による調整によって、全ての水利権者と対等に供給が維持されている。

それどころか、河川管理者は、河川流量が低下する冬場において、利根川・荒川水系の水源の重要な部分を占める渡良瀬遊貯水池（谷中湖）において、異臭(カビ臭)の発生抑制のために、湖の干し上げを毎年実施している。

これは、現実の水の供給において、冬場は水源に相当の余裕があることを示すものである^{*1}。

このように、冬場(非かんがい期)において水源に余裕があり、異臭(カビ臭)の発生抑制の名目で大量の水源を放棄しているにもかかわらず、他方で、埼玉県が「非かんがい期の水資源開発計画」に参画することを水利権存続の条件とすることは、到底合理性が認められないものであり、河川法90条2項に違反することは明らかである。

以上述べたことから、仮に、埼玉県が本件ダム計画から撤退したとしても、水利権の更新において、不利な取扱がなされることは、河川法の規定からして

*1 利根川上中流部には利水目的を持つダムが8基ある。その一つが渡良瀬貯水池（谷中湖）である。谷中湖の冬季の利水容量は2,640万[?]で、利根川水系8ダムの冬季利水容量46,160万[?]の6%を占め、埼玉県水道も0.505[?]/秒の水利権を保有している。国土交通省はこの谷中湖において水道水のカビ臭の発生を抑制するという理由で、冬季の間は干しあげて空にする運転を2004（平成16）年から行っている（甲第 号証）。干し上げという方法でカビ臭の発生を抑制できるかどうか、疑問であるが、それはともかくとして、貯水された水の全部を1月中ごろから2月初めまでに放流し、3月後半まで空にしておくことを毎年行うようになった。国土交通省は冬季の渇水が来るようなことは一切問題視せずに、最大で2,640万[?]という大量の貯水量を躊躇なく、利根川に放流している。

あり得ない。よって、被告が、「非かんがい期の水資源開発計画に参画すること」が、水利権存続の条件であり、これから撤退すると水利権の存続において不利な取扱を受けるのではないかと心配しているとすれば、それは全くの杞憂に過ぎないのである。

(6) 結論

被告は、農業用水転用水利権が存続期間において安定性がないと主張するが、以上述べたように

- ・水利使用規則には、かかる不安定性を基礎づける記載はないこと
 - ・ハツ場ダム基本計画にも、ダム計画への参画と水利権を関連づけてはいないこと
 - ・農業用水転用水利権は長年の取水実績があり、冬場の渇水期で不利な扱いを受けたことが一切ない。
 - ・現に戸倉ダムの撤退は被告の水利権に何らの影響を与えなかったこと
 - ・冬場(非かんがい期)の谷中湖の干し上げに見られるように、冬場の水源に余裕がある中で、被告が非かんがい期の水資源開発計画から撤退したとしても、それを水利権の取扱で不利に取り扱うことは河川法90条2項に反すること
- などから、農業用水転用水利権が存続期間において、他の水利権と比較して安定性がないとの被告の主張は事実と反するものである。

以上