

副本

平成23年(行コ)第169号 公金支出差止等請求住民訴訟控訴事件








控訴人 市民オンズパーソン栃木 外20名





被控訴人 栃木県知事 福田富一

### 第2準備書面

平成25年2月28日

東京高等裁判所第4民事部 御中

被控訴人訴訟代理人弁護士	谷田容一	
同	白井裕己	
同	船田録平	
同	平野浩視	
被控訴人指定代理人	佐藤孝男	
同	鈴木充	
同	阿久津元士	
同	橋本陽夫	

同	森 戸 英	
同	澤 村 崇	
同	岩 崎 研 司	
同	渡 邊 利 孝	

## 第 1 治水負担金について

控訴人準備書面 3、同 4、同 5 及び同 8 の主張に対し、以下のとおり反論する。

### 1 はじめに

(1) 被控訴人がかねてより指摘してきたところであるが、地方自治法 242 条の 2 の規定に基づく住民訴訟は、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行為又は事実につきその違法の予防又は是正を請求する権能を住民に与え、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するものであり、したがって、その訴訟対象は、同法 242 条 1 項に掲げる財務会計上の行為又は事実に限られる。

(2) 本件で問題となっている思川開発事業、湯西川ダム建設事業及びハツ場ダム建設事業は、独立行政法人水資源機構又は国が事業主体として行う事業であり、被控訴人は、これらの事業を計画し、実施し、又は事業内容を変更する権限を有するものではない。

そして、思川開発事業に係る独立行政法人水資源機構法 21 条 3 項に基づき栃木県の費用負担については、同項、同条 4 項及び同法施行令 22 条の規

定に基づく所定の手続を経た国土交通大臣の賦課行為により行政上の支払義務が発生し、被控訴人はその支払いをなすべき法的義務を負うものであり、被控訴人の行う支出行為は、この義務の履行である。湯西川ダム建設事業に係る河川法60条1項に基づく栃木県の費用負担については、その負担割合が同法施行令36条の2で定められていて、国土交通大臣により同法63条1項による他の都県の負担割合が定められれば栃木県の負担割合も定まることとなり、国土交通大臣の同法施行令38条1項に基づく通知によって行政上の支払義務が発生し、被控訴人はその支払いをなすべき法的義務を負うものであり、被控訴人の行う支出行為は、この義務の履行である。ハツ場ダム建設事業に係る河川法63条1項に基づく栃木県の費用負担についても、国土交通大臣の同法施行令38条1項に基づく通知によって行政上の支払義務が発生し、被控訴人はその支払いをなすべき法的義務を負うものであり、被控訴人の行う支出行為は、この義務の履行である。

被控訴人が上記の各支払義務を履行しない場合は、国土交通大臣は、河川法74条等の規定に基づき、強制徴収することができるものとされている。

- (3) 本件の各治水負担金の支出が上記のとおり法的義務の履行としてなされるものであること、及び前記住民訴訟の目的等を踏まえて、原審は、治水負担金の支出が違法となるのはいかなる場合かにつき、河川整備基本方針、河川整備計画、ダム建設に関する計画又は栃木県が受ける利益に関する国土交通大臣の判断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場合には、治水負担金の支出が違法となる旨の判断基準を示しており、この判断基準は、基本的に是認し得るものである。

- (4) そして、原判決で示されているとおり、思川開発事業、湯西川ダム建設事業及びハツ場ダム建設事業に係る河川整備基本方針、河川整備計画、ダム建設に関する計画又は栃木県が受ける利益に関する国土交通大臣の判断が著し

く合理性に欠けるなどということはなく、本件の治水負担金の支出に違法はない。

また、控訴人らの主張自体、上記河川整備基本方針等が著しく不合理であって、それが栃木県の治水上の利益に具体的に関わるものであり、同県の財務行政の適正な運営を確保するという見地から看過し得ない瑕疵がある旨の主張と認めるに足りないことは、被控訴人第1準備書面に述べたとおりであり、この点は同準備書面の提出後になされた控訴人らの主張についても同様であるが、その主張内容は、以下に述べるとおり、事業主体である水資源機構や国とは立場を異にする被控訴人からみても是認し難いものである。

## 2 利根川の治水計画（基本高水と流出モデル）について

控訴人らは、国の「利根川水系河川整備基本方針」の基本高水（八斗島地点における基本高水2万2000 $\text{m}^3/\text{s}$ ）の数值は過大であり、それを前提とした治水計画は適法性を欠いていると主張する（控訴人準備書面3）。

しかしながら、以下に述べるとおり、国が「利根川水系河川整備基本方針」の基本に据えている基本高水の数值は妥当であり、それを前提とした国の治水計画は合理的である。

(1) 利根川の治水事業の経緯については、関東地方整備局がまとめた「八ッ場ダム建設事業の検証に係る検討報告書」（乙82。以下「八ッ場ダム検証報告書」という。）の2. 2治水と利水の歴史（2-17頁以下）のとおりであり、最終的に、国は、平成9年改正後の河川法16条に基づき、平成18年に「利根川水系河川整備基本方針」（乙85）を策定し、現在に至っている。その中で、国は、基準地点である八斗島における基本高水（洪水防衛に関する計画の基本となる洪水）のピーク流量について、昭和55年策定の「利根川水系工事实施基本計画」（乙63）で定めている22,000 $\text{m}^3/\text{s}$ を踏襲することとし、また、計画高水を16,500 $\text{m}^3/\text{s}$ 、洪水調節施設による調節量を5,500 $\text{m}^3/\text{s}$ とした（20頁）。

(2) 平成21年9月、当時の国土交通大臣によるダム事業の見直し発言があり、ダム事業の検証が行われることとなった。そして、平成22年9月、国は、ダム事業の検証を実施するための運用として、「ダム事業の検証に係る検討に関する再評価実施要領細目」(甲C91。以下「検証要領細目」という。)を定め、国土交通大臣から関東地方整備局長に対し、八ツ場ダムについて、ダム事業の検証に係る検討を進めるようにとの指示がなされた。

この検証では、検証要領細目に基づき、必要に応じ総事業費、堆砂計画、工期や過去の洪水実績など計画の前提となっているデータ等について詳細に点検を行うことになっているが、利根川水系においては河川整備基本方針策定時に飽和雨量などの定数に関して十分な検証が行われていなかったことから、データを点検した上で、現行の流出計算モデルの問題点を整理し、蓄積されてきたデータや知見を踏まえた新たな流出計算モデルを構築して、これを用いた基本高水の検証を行うこととし、その結果を平成23年9月に「利根川の基本高水の検証について」(乙86)として取りまとめた。ここでは、観測史上最大流量である昭和22年9月洪水(カスリーン台風)時の八斗島地点におけるピーク流量は約21,100 $\text{m}^3/\text{s}$ 、八斗島地点における1/200確率流量は約22,200 $\text{m}^3/\text{s}$ という結果となっている(25、36頁)。

(3) また、基本高水の検証については学術的観点からの評価が重要であり、その評価においては客観性と中立性の確保が必要であることから、国は、第三者的で独立性の高い学術的な機関である日本学術会議にその評価を依頼した(甲B167の26頁参照)。

これを受けた日本学術会議では、土木工学・建築学委員会の下に設置されている河川流出モデル・基本高水評価検討等分科会における詳細な検討を経て、「八斗島地点における昭和22年の既往最大洪水流量の推定値は、21,100 $\text{m}^3/\text{s}$ の-0.2%~+4.5%の範囲、200年超過確率洪水流量

は、22, 200m<sup>3</sup>/sが妥当であると判断する」との結論に達し、その旨を平成23年9月1日「回答 河川流出モデル・基本高水の検証に関する学術的な評価」（甲B167）により国に回答した。

(4) 控訴人らは、国及び学術会議の出した結論に反対する一部の学者・専門家の意見をもとに、国がハツ場ダム建設事業の前提としている八斗島地点における利根川の基本高水の値を過大だと主張するが、基本高水は国が河川整備基本方針で定めたものであり、今回のダム事業検証においても同等の結果が採用され、中立性が確保され、第三者的で独立性の高い日本学術会議の結果においても同等な評価が得られたものであり、極めて信頼性の高いものであって、決して根拠のないものではない。

### 3 ハツ場ダムの洪水調節便益計算について

控訴人らは、国が行ったハツ場ダムの洪水調節便益計算は、①氾濫計算の洪水流量想定量を過大に設定し、②河道流下能力の計算ではスライドダウンという方法で現況堤防高を著しく過小評価し、③氾濫想定地点と氾濫開始流量想定地点を変える奇妙な計算を行い、④上流側ブロックと下流側ブロックが同時に氾濫するという設定で被害を巨大化するなど、いずれも起こり得ない不可解な設定をして便益計算を行っていることから、栃木県が河川法63条1項が規定する「著しい利益」を受けるという要件を満たしていないと主張する（控訴人準備書面4）。

しかしながら、以下に述べるとおり、国が行った費用便益計算は合理的なものである。すなわち、今回のダム事業検証においても、国は、ハツ場ダムの費用対効果分析において、洪水調節につき最新データを用いて検討を行った。具体的には、洪水調節に関する便益について、栃木県の南部地域を含む洪水氾濫区域における家屋、農作物、公共施設等に想定される被害に対して、ダムの洪水調節による年平均被害軽減期待額を入手可能な最新データを用いて検討したところ、建設費（治水分）約3, 417億円に対し、洪水調節による便益は約

21, 925億円となった(ハッ場ダム検証報告書5-6頁)。それに「流水の正常な機能の維持に関する便益」を加えて、ダム事業の総便益(B)を算出し、それをダム事業の総費用(C)で除して、ダム事業の費用対効果(B/C)を6.3と算出して(同報告書5-6~7頁)、事業の投資効果を確認している。

上記の費用対効果の分析は合理的なものであり、このように栃木県が河川法63条1項に規定する「著しい利益」を受けることが確認されたものであって、その分析・算定が著しく不合理であり、栃木県が上記「著しい利益」を受けるとの国土交通大臣の判断に同県の財務行政の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵があるとは到底いえない。

#### 4 ハッ場ダムの洪水調節効果について

控訴人らは、ハッ場ダム建設事業の検証では、治水・利水の両面でハッ場ダム案が他の対策案と比べて有利であるという結果になったが、それはダム案が残るように検証の枠組みが最初から作られていたからであって、科学的・客観的な検証とは程遠いものであったとし、ハッ場ダムの治水効果は下流に行くほど減衰し、利根川下流や江戸川では上流の1/10程度まで落ち込むから治水効果は得られないと主張する(控訴人準備書面5)。

しかしながら、以下に述べるとおり、ハッ場ダム事業の検証は妥当なものであり、その検証によりダム案が総合的な評価として最も有利な案と結論づけられたのであって、下流都県にとってハッ場ダムが意味のない施設だとする控訴人らの主張は誤りである。

(1) ハッ場ダムは、利根川水系工事実施基本計画(乙63)の中で、利根川の八斗島から上流部における、洪水調節により下流の洪水を軽減するとともに各種用水の補給及び発電を行う多目的ダムと位置づけられていた(4頁)ところ、利根川水系河川整備基本方針においては、利根川水系の長期的な河川整備の観点から、100~200年の確率で起きる洪水の調節を最終目標と

し、吾妻川中流域において洪水調節と利水を目的とするダムと位置づけられている(乙85の6頁)。

(2) ダム事業検証においては、検証要領細目(甲C91)に基づき、ダム事業の目的(洪水調節、新規利水、流水の正常な機能の維持)別に検討を行うこととして、洪水調節については、検証対象ダムを含む案と検証対象ダムを含まない複数の治水対策案を抽出し、評価軸、目的別の総合評価を行い、最終的に新規利水等も含めて総合的な評価を行うこととなっている。

そこで、国は、治水(洪水調節)について、[0]八ッ場ダムを含む対策案(「ダム案」)、[I]河道改修を中心とした対策案から抽出された「河道掘削」(「河道掘削案」)、[II]ダムを含む既存ストックを有効活用した対策案から抽出された「渡良瀬遊水地越流堤改築+河道掘削」(「渡良瀬遊水地案」)、

[III]ダム以外の大規模治水施設による対策案から抽出された「利根川直轄区間上流部遊水地新設+河道掘削」(「新規遊水地案」)及び[IV]流域を中心とした対策を最優先し、不足分を河道掘削を中心とした対策案から抽出された「部分的に低い堤防の存置(御陣場川合流点)+二線堤+土地利用規制+宅地のかさ上げ・ピロテイ建築化+河道掘削」(「流域対策案」)の5つの治水対策案を抽出して詳細な検討を加え(八ッ場ダム検証報告書4-1~217頁)、それらの各案について、検証要領細目に示された7つの評価軸(i)安全度(被害軽減効果)、iiコスト、iii実現性、iv持続性、v柔軟性、vi地域社会への影響、vii環境への影響)ごとに目的別の総合評価を行った結果、[0]ダム案が洪水調節において、最も有利な案であるとの結論に達した(同報告書4-218~221頁)。

更に、総合的な評価においても、最も有利な案はダム案との結論に達したものであり(同報告書4-231頁)、平成23年12月1日同報告書の提出を受けた国土交通大臣は、有識者会議での確認を得て、同月22日八ッ場ダム建設事業の継続を決定したものである(乙83、84)。



(3) 以上のとおり、ハツ場ダム建設事業の検証は妥当なものと評価できるのであり、その検証の結果、ダム案が洪水対策上最も有利な案であることが確認されているのであって、ハツ場ダムの建設に関する計画が著しく合理性を欠いているとは到底いえないものである。

#### 5 ハツ場ダム建設事業の地すべり対策について

控訴人らは、ハツ場ダム建設事業について、地すべり対策が不十分であると主張する（控訴人準備書面8）。

しかしながら、国は、ハツ場ダムの建設による湛水に伴う地すべり対策について、これまで、地質や地すべりの専門家等の助言を得ながら、貯水池周辺の地盤の性質や状態について調査し、地すべりの可能性、必要となる対策について検討を行ってきたものであり、今回のハツ場ダム建設事業の検証においても、最新の技術を用いた調査を行い、現時点で得られている最新のデータ及び技術的知見をもとに、現時点で考えられる最大限の地すべり等の範囲を想定した対策工法の提示がなされているところであり、代替地区の安全対策についても同様である（ハツ場ダム検証報告書4-3～5頁、甲B205）。

地すべり対策が不十分であるとの控訴人らの主張は独自の見解であり、是認し得ない。

また、この点に関する控訴人らの主張は、ハツ場ダム建設事業により栃木県が河川法63条1項に規定する治水上の利益を受けるか否かという本件の争点とは関わりがない（地すべり対策が不十分であるから事業を実施すべきでないとの主張は、事業の実施を前提とする治水負担金支出を違法とする理由になりに得ない。）ものであって、その主張自体失当とみるべきことは、環境アセスメントの問題につき前述したところ（被控訴人第1準備書面第3の第1項(4)）と同様である。

#### 第2 利水負担金について

控訴人準備書面6及び同7の主張に対し、以下のとおり反論する。

## 1 思川開発事業検討の場でのやりとりについて

(1) 控訴人らは、ダム事業検証の思川開発事業検討の場で栃木県が資料の提出を求められたことに関し、栃木県の思川開発事業への参画が根拠のないことが問題とされたかのごとく主張する（控訴人準備書面6の第3）。

しかしながら、栃木県は、各市町の要望水量を前提として、地下水利用による地盤沈下や地下水汚染の影響等を勘案して思川開発事業への参画を決定したものである。

すなわち、県南地域の関係市町は、独立した水道事業者として、将来の水道普及率増に伴う新規需要や地下水位低下、地下水汚染、地盤沈下対策等を総合的に考慮し、多様で安定的な水源を確保するため、利水行政上の判断により地下水水源転換量を含めた要望水量を決定し、栃木県もそれを妥当として、栃木県全体の要望水量を決定したものである（原判決32～36、44頁）。

また、表流水確保の必要性は、現時点での状況や水需要の実測値のみならず、将来の人口や経済成長率等様々な要因を踏まえた長期的な水需要予測、現有水源の状況、地盤沈下や渇水発生の危険性等を総合的に判断しなければならぬところ、栃木県が思川開発事業に参画して表流水を確保する必要があると判断したのは、原判決も「県南地域は、上水道の地下水依存が全国平均よりも高い状態にあるところ、全国的にみても同地域の地盤沈下のおそれから地下水水源からの転換が促進される地域であって、栃木県の調査によっても、近年は安定した傾向にあるとはいえ、地盤沈下の傾向がなくなり、又は沈静化したとまで評価することは困難であって、・・・地下水源からの転換を図る必要性がなくなつたとまでいうことはできず、また、安定的な水道水の供給を確保する観点からは、地下水の汚染が生じた場合に備えて県南地域における地下水水源からの転換を図る必要性は依然として認められる」（45頁）と判示しているとおり、表流水への転換を進めることによりリスクを分散して危機管理を強化する等の必要があつたためである。

(2) 控訴人らが主張するのは、ダム事業の検証作業の過程において、検証のために必要な資料を求められたというものであって、これを受けて栃木県は、県南地域における水道水確保に関する検討を行い、「将来にわたり安全な水道水の安定供給を確保するため、地下水から表流水への一部転換を促進し、地下水と表流水のバランスを確保する」との基本方針案を策定してパブリックコメント等を実施し（乙87）、最終的に検討報告書を取りまとめ、近く国に提出する予定である。栃木県において資料を提出できないということではないし、そもそも、国の行政上の意思形成過程における検討状況をとらえて思川開発事業への参画に関する栃木県の行政判断を違法とする控訴人らの主張は是認することができないものである。

## 2 「2つの重大な違法性」との主張について

(1) 控訴人らは、水道供給事業の認可がなく、かつ、計画もなく、認可を受けていないことは水道法に違反すると主張する（控訴人準備書面6の第4）。

しかしながら、控訴人の主張からは何が水道法に違反しているのか明らかでなく、結局のところ裁量権の逸脱の一事情として独自の見解を述べているに過ぎないというべきである。

ところで、控訴人らの主張によっても、水道用水供給事業を営しようとする者として厚生労働大臣の認可を受けるためには、水源の種類、水源の水量の概算等の計画が確実であることが必要となるが、そうであるならば、理論的にも認可が先行することはあり得ず、思川開発事業への参画が認められていないと、認可が取得できないものである。

水資源機構法上、水道法の認可が参画の要件となっていないことはもちろん、思川開発事業に参画することは水道法上も何らの違反もない。

(2) また、控訴人らは、認可を受けないまま国庫補助金が支払われ続けているとして、補助金適正化法の観点からみても違法であり、認可を受けていない事業に国庫補助金を支出することは許されず、栃木県は交付を受けた金額に

加算金を付加した金額の返還を求められる可能性があるなどと主張する（控訴人準備書面 6 の第 4）。

しかしながら、控訴人らが主張するところの補助金は、水道水源開発等施設整備費国庫補助金交付要綱（甲 C 1 0 1 1）によるものであり、思川開発事業における補助金は、「独立行政法人水資源機構水道水源開発施設整備費補助金交付要綱」（乙 8 8）によるものである。交付の対象も水資源機構が行う水道水源開発施設の新築又は改築のための事業に要する費用であり、交付を受けているのも水資源機構であって、栃木県ではない。

したがって、「栃木県が水道用水供給事業の認可を得られる見込みが全くないまま思川開発事業に利水参画し続けていることは、補助金適正化法の観点から見ても違法である」というのは、的外れの主張である。

### 3 泡瀬干潟事件判決の論旨によれば違法であるとの主張について

(1) 控訴人らは、思川開発事業が泡瀬干潟に関する事業と同様であり、泡瀬干潟事件判決の論旨によれば違法であると主張する（控訴人準備書面 6 の第 5）。

しかしながら、泡瀬干潟事件判決は、公有水面埋立免許及びその承認自体の適法性は認められたものの、その前提となった土地利用計画案の変更が見込まれるという特殊な事案について、変更許可を受ける見込みがないのであれば、法的な裏付けを取得する見込みがないのに財務会計行為を行うことになるから違法としたものである。

控訴人らのいう「経済的合理性」ないし「効率性原則」は、事業を具体的に実施する上で準拠することが求められる規律と解すべきであって、思川開発事業への参画に関する判断において「効率性原則」を殊更に重視しなければならず、これを重視したことが明らかであると認められなければ裁量権の逸脱、濫用があるということがごとき主張は是認できないところであり（被控訴人第 1 準備書面第 1 の第 1 項(5)）、前記のとおり安全で安定した水道水の供

給（水源）を確保するために思川開発事業に参画する必要があるとした行政判断が、「経済的合理性」ないし「効率性原則」に照らし違法であるということではできないものである。控訴人らの主張は、思川開発事業の当否ないし必要性の問題に帰着するものであり、泡瀬干潟事件のような、財務会計行為の法的な裏付けの有無が問題とされているわけではない。事案を異にする泡瀬干潟事件判決の論旨をもって思川開発事業への参画の違法をいう控訴人らの主張は失当である。

(2) 控訴人らは、思川開発事業の内容自体経済的合理性に疑問があったとし、その計画に変更が加えられたことをもって事業が成り立たない証であるかのごとく主張する。

しかしながら、思川開発事業は、昭和37年8月に策定された「利根川水系及び荒川水系における水資源開発基本計画」の昭和45年7月変更時に追加されたものがある。同計画においては、「新規水需要に対処するため毎秒約130立方メートルを供給の目標とし、草木、南摩等のダム群、利根川河口堰及び霞ヶ浦における水位調節施設、多目的用水路、専用水路その他の水資源の開発又は利用のための施設を建設するとともに、水資源の合理的な利用に努めるもの」とされており、流域外からの導水を含む広域的な水資源開発事業であった（乙89）。

平成6年11月に水資源開発公団（現独立行政法人水資源機構）が国から「思川開発事業に関する事業実施計画」の認可を受けて事業を開始し（乙90）、その後、水需要の見通し、近年の降雨状況等による河川流況の変化等を踏まえ、地域の実情に即して安定的な水の利用を可能にすることを供給の目標として、大谷川からの導水中止を含む事業計画の変更が3回行われ（甲C63。なお、甲C63は水資源機構が事業計画変更につき平成20年7月埼玉県公営企業管理者に意見照会した文書であるが、国土交通大臣の認可を得てこのとおりの事業計画変更がなされている。）、現在に至っている。大

谷川からの導水を中止し、黒川及び大芦川からのみの導水を行うこととする上記計画変更がなされたからといって、思川開発事業の計画が成り立たない証であるということは到底できないものである。

(3) また、控訴人らは、仮に計画策定段階で一応の経済的合理性があったとしても、今日においては、経済的合理性に欠ける旨主張する。

県民が日々の生活を送る上で安全・安心が確保されなければならないことはいうまでもなく、このため欠くことのできない重要なインフラである水道に関して、水の持続的な供給や取水の安定性を高め、地震、濁水などの災害発生、断減水による県民生活や社会経済活動への影響を未然に防止すべく水源の多様化を図る必要がある。地下水源の依存度が高い場合には地下水汚染や地盤地下といったリスクが考えられ、リスクを分散するためにも地下水源から表流水源への転換も必要となる。

地下水が汚染されると、表流水に比して、汚染源を特定することも困難であるし、清浄に復することは更に困難であることは明らかである。また、栃木県は、地下水利用者に対し「栃木県地下水揚水施設に係る指導等に関する要綱」(乙91の17頁)に基づき揚水施設による地下水の採取に係る指導を行うなど、地盤沈下防止に努めているところである。平成9年以降、年間2cm以上の沈下が観測されることは少なくなつたものの、地盤沈下は依然として継続している状況にある(乙91の1頁)。一度沈下した地盤は元に戻らず、沈下量が年々累積されていくものであることはいうまでもない。

控訴人らの主張は、水道施設等に係る直接費用のみを比べるものであって、地下水汚染や地盤沈下の問題などを考慮していない点で失当である。

4 その他原判決の誤りをいう主張について

(1) 控訴人らは、原判決について、事実を原審の判断枠組みにあてはめて判断していないこと、その他の誤りがある旨主張する(控訴人準備書面7)が、原審は、その判断基準に照らし、参画水量決定の経緯、水需要予測等、地盤

沈下の状況などを詳細に検討した上で、思川開発事業への参画を決定したことで、及び同事業から撤退しないことにつき裁量権の逸脱又は濫用があったということとはできないとしているのであり（原判決32～45頁）、その認定・判断が正当であることは被控訴人第1準備書面に述べたとおりである。

- (2) なお、控訴人らは、原判決が「栃木県の参画水量が、毎秒0.403立方メートルとなったのは、東大芦川ダムの建設中止に伴ったものであるところ、栃木県の当初の利水計画においてこれを考慮することはできなかったといえること」（44頁）と述べている点をとらえて纏々主張するので、付言するに、栃木県の参画水量については、東大芦川ダムの建設中止に伴い、従前の参画水量0.821 $\text{m}^3/\text{s}$ の一部が鹿沼市の水道用水（0.200 $\text{m}^3/\text{s}$ ）及び大芦川（東大芦川ダム建設中止に伴う対応として思川開発事業による「流水の正常な機能の維持」の対象河川に加えられたもの）に係る「流水の正常な機能の維持」のための用水（0.218 $\text{m}^3/\text{s}$ 相当）に振り分けられて、栃木県の参画水量を0.403 $\text{m}^3/\text{s}$ とする計画変更がなされたものである（甲C63、64、乙80、81）。

確かに、参画水量を0.821 $\text{m}^3/\text{s}$ と策定した当時、栃木県において東大芦川ダム建設計画につき見直しの検討がなされていたこと（甲C44）、上記参画水量の中に東大芦川ダム建設を中止した場合に必要な鹿沼市の水道用水が含まれていたことは控訴人ら主張のとおりであり、「当初の利水計画においてこれを考慮することはできなかった」（原判決）ということではない。しかしながら、参画水量の変更とその理由、経緯に関する原審の事実認定（原判決35～36頁、44頁の「栃木県の参画水量が、毎秒0.403立方メートルとなったのは、東大芦川ダムの建設中止に伴ったものである」どの部分）に誤りはないのであり（なお、「ダブルカウント」とか「鹿沼市は・・・0.223 $\text{m}^3/\text{秒}$ についてはその支払を拒否するものと思われる」等の指摘が的外れであることにつき、原審被告第11準備書面参照）、

参画水量の変更についても変更前の参画水量の決定についても裁量権の逸脱、濫用は認められないとした原審の認定・判断は、その結論において極めて正当なものである。