

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 市民オンブズパーソン栃木 外20名

被控訴人 栃木県知事 福田 富一

控 訴 理 由 書

2011（平成23）年11月30日

東京高等裁判所 第4民事部 御中

控訴人ら代理人 弁護士 大 木 一 俊

同 同 高 橋 信 正

同 同 若 狭 昌 稔

同 同 須 藤 博

同 同 浅 木 一 希

外

目 次

第1章 序～ますます明らかになったダム建設の根拠の欺瞞	7
第1 はじめに	7
第2 民主党政権下でさらに明らかになってきたダム事業の問題点	7
1 民主党のマニフェストと前原元国土交通大臣による見直し発言	7
2 基本高水を算出した根拠資料が国交省には存在しない	8
3 国交省のデタラメさが次々に明らかに	8
第3 本控訴審において予定している訴訟活動	8
1 次回期日までの新証拠提出と主張補充の予定	8
第2章 原判決の判断の枠組みの問題点	10
第1 思川開発事業に係る利水負担金（独立行政法人水資源機構法25条1項に基づく建設負担金）の支出について	10
1 原判決の判示	10
2 原判決の判示が誤りである理由	11
第2 思川開発事業に係る治水負担金（独立行政法人水資源機構法21条3項に基づく負担金）の支出について	16
1 原判決の判示	16
2 原判決の判示が誤りである理由	16
第3 湯西川ダムに係る治水負担金（河川法60条1項に基づく負担金）の支出について	19
1 原判決の判示	19
2 原判決の判示が誤りである理由	21
第4 ハッ場ダムに係る治水負担金の支出	22
1 原判決の判示	22
2 原判決の判示が誤りである理由	23
第5 思川開発事業から撤退しないことが財産の管理を怠る事実にあたるかについて ..	24
1 原判決の判示	24
2 原判決の判示が誤りである理由	25
第6 まとめ	27

第3章 思川開発事業について.....	28
第1 思川開発事業の利水負担金（独立行政法人水資源機構法25条1項に基づく建設負担金）について.....	28
1 原判決の判示.....	28
2 原判決の判示が誤りである理由.....	30
(1) 当初の事業参画決定過程の問題（(3)①②について）.....	30
(2) 水需要予測の問題（(3)③について）.....	31
(3) 地盤沈下の問題（(3)④について）.....	32
(4) 水源の問題（(3)④について）.....	35
(5) 本当に貯まらないダムであること（(5)について）.....	35
3 まとめ.....	38
第2 思川開発事業の治水負担金～独立行政法人水資源機構法21条3項に基づく負担金～について（なお環境影響評価義務違反については後記第3で述べる。）.....	40
1 思川乙女地点における基本高水流量4000 m ³ /Sが過大ではないのかという点について.....	40
2 思川乙女地点における計画高水流量130 m ³ /Sが過大ではないかという点について.....	44
3 引き伸ばし計算の合理性の問題.....	46
4 渡良瀬遊水地が考慮されていないという点について.....	52
5 県と国の治水計画が矛盾しているという点について.....	55
6 まとめ.....	57
第3 思川開発事業における環境影響評価義務違反について.....	59
1 原判決の判示.....	59
2 原判決の判示が誤りである理由.....	59
(1) 条理上の環境影響評価義務.....	59
(2) 生物多様性条約に基づく環境影響評価義務.....	60
ア 生物多様性条約とは.....	60
イ 生物多様性条約の直接適用の可能性.....	61
ウ 生物多様性条約による環境影響評価義務.....	62
エ 小括.....	63

(3) 環境影響評価義務違反の効果	63
(4) 思川開発事業における環境影響評価の実状	64
ア 思川開発事業における環境影響評価	64
イ 1993年評価書について	64
ウ 2001年環境調査結果について	65
エ 生物多様性条約と本件思川開発事業	66
オ 南摩ダム湖の水質の問題	67
(5) 小括～思川開発事業は環境影響評価義務を怠った違法な事業	67
第4 思川開発事業の治水負担金についてのまとめ	68
第4章 湯西川ダム建設事業にかかる建設負担金支出の違法性	69
第1 湯西川ダムの治水上の必要性	69
1 治水計画上の湯西川ダムの必要性	69
2 数字操作により作出された治水効果	70
3 過大に設定された基本高水流量と湯西川ダムの必要性	72
4 まとめ	75
第2 湯西川ダム建設事業における環境影響評価義務違反について	76
1 原判決の判示	76
2 原判決の判示が誤りである理由	76
(1) 条理上及び生物多様性条約に基づく環境影響評価義務について	76
(2) 湯西川ダム建設事業における環境影響評価の実状	77
ア 1985年環境影響評価の問題点	77
イ 湯西川ダム建設予定地周辺地域の生物多様性	78
ウ 生物多様性条約と湯西川ダム建設事業	79
エ 小括	80
(3) 種の保存法との関係について	81
(4) 湯西川ダム建設による景観上の影響	85
(5) ダム湖の水質の問題	85
(6) 小括～湯西川ダム建設事業は環境影響評価義務を怠った違法な事業	86
第4 湯西川ダム建設事業の治水負担金についてのまとめ	87
第5章 八ッ場ダム建設事業に係る治水負担金の支出について	88

第1	八ッ場ダムには治水上の利益がないこと	88
1	はじめに	88
2	利根川水系河川整備基本方針等の策定手続について	88
3	八斗島における基本高水流量が毎秒2万2000m ³ とされている点について	89
(1)	原判決の判示	89
(2)	原判決の判示が誤りである理由	90
	ア アについて	90
	イ イについて	92
	ウ ウについて	94
4	計画規模の洪水があっても八斗島地点には1万6500m ³ /Sしか流れないことについて	97
5	上流での氾濫量について	97
6	流出計算モデル(貯留関数法)及び総合確率法による計算が非科学的であることについて	109
7	森林土壌が有する貯留効果について	111
8	八ッ場ダムの効果について	114
9	栃木県の負担割合について	118
第2	建設事業負担金(河川法負担金)(ダムサイト危険性関係)	122
1	はじめに	122
2	原判決の判断枠組みの誤り	122
3	基礎岩盤の脆弱性について	124
(1)	控訴人らの主張の骨子	124
(2)	基礎岩盤の岩級区分について	124
(3)	擾乱帯について	128
4	基礎岩盤の高透水性について	130
(1)	控訴人らの主張の骨子	130
(2)	基礎岩盤の高透水性について	131
(3)	グラウチング工法について	132
(4)	小括	134
5	熱水変質帯について	134

6	まとめ	136
第3	地すべりの危険性	139
1	原判決の判断概要	139
2	原判決の判断の誤り	139
第4	八ッ場ダム建設事業における環境影響評価義務違反について	142
1	原判決の判示	142
2	原判決の判示が誤りである理由	142
(1)	条理上及び生物多様性条約に基づく環境影響評価義務について	142
(2)	八ッ場ダム建設事業における環境影響評価の実状	143
ア	1985年環境アセスメント	143
イ	生活環境に与える影響	143
ウ	自然環境に与える影響	146
(ア)	八ッ場ダム予定地周辺の自然環境	146
(イ)	1985年環境アセスメントの問題点	148
エ	生物多様性条約と八ッ場ダム建設事業	149
オ	1985年環境アセスメント以降も環境に対する影響が検討不足であること	150
カ	国内希少野生動植物種への影響	150
キ	ダム建設による景観上の影響	153
ク	ダム湖の水質の問題	154
(3)	小括～八ッ場ダム建設事業は環境影響評価義務を怠った違法な事業	158
第5	八ッ場ダム建設事業の治水負担金についてのまとめ	159
第6章	水源地域整備事業の経費負担金及び財団法人利根川・荒川水源地域対策基金の事業経費負担金について	160
第1	控訴人らの主張	160
第2	原判決の判示	160
第3	原判決の判示が誤りである理由	161
第7章	結論	162

第1章 序～ますます明らかになったダム建設の根拠の欺瞞

第1 はじめに

本件の第一審は2010（平成22）年9月30日に結審した。ところが、結審後に馬淵元国土交通大臣の一連の発言によって判決に重大な影響を及ぼすべき事実が判明したことから、一審原告らは、その事実を主張立証するために、2011（平成23）年2月16日、弁論再開の申立をした。しかし、一審の宇都宮地方裁判所は、これを認めず、同年3月24日には、一審原告らの請求を全て退ける判決を下した。第2章以下で述べるとおり、この判断は誤りである。そして、一審判決以降、その判断の誤りが益々明らかになっている。

第2 民主党政権下でさらに明らかになってきたダム事業の問題点

1 民主党のマニフェストと前原元国土交通大臣による見直し発言

2009（平成21）年8月30日に実施された衆議院議員選挙の際、民主党は政権公約（いわゆるマニフェスト）で、無駄な公共事業の典型例として八ッ場ダム事業をあげ、その中止を掲げた。その政策は、国民の圧倒的な支持を受け、同選挙において、民主党が大勝し、同党が政権の座に着いた。同年9月17日未明、本件ダム建設を所管する国土交通省の責任者である前原国土交通大臣（当時）は、大臣就任後の最初の記者会見において、「八ッ場ダム建設を中止する」旨を明言した。続く10月27日の記者会見において、同大臣は「私は、これまでの所謂ピーク流量というものは、ダムを造り続ける方便だと考えているが、こういったところも根本的な思想としてどうあるべきかを見直していく。」として、ピーク流量に根底的な疑問を投げかけた。そして同日、「八ッ場ダムの必要性を再検証する」ことを明らかにし、この再検証の基準を策定するための「有識者会議」を立ち上げるとともに、八ッ場ダムの再検証を先行的に行うことを言明した。この発言は、単なる政治的意見の表明ではなく、現在の治水基準が不合理で

あることを指摘し、科学的見地から基準の「下方修正」を図ろうとするものであった。そして、その後「有識者会議」が発足した。その後任である馬淵澄夫前国土交通大臣も、「初めにダムありき」ではなく、有識者会議の報告を踏まえた科学的見地からの基準の見直しを明言してきた。その後、民主党政権下における「八ッ場ダム中止」の方針は、諸般の事情から先行き不透明感を拭えない状況にあるが、同党の政策はさておいても、八ッ場ダム事業の必要性を根底から覆す事実が次々に、明らかになっている。またこの事業をめぐり、様々な問題も露わになってきている。

2 基本高水を算出した根拠資料が国交省には存在しない

2010（平成22）年10月23日、馬淵澄夫国土交通大臣（当時）は、基本高水を算出した根拠を示す資料が、国交省内に存在しないという衝撃的な事実を明らかにした。すなわち、これまで国交省が金科玉条のごとく主張してきた（そして、一審宇都宮地裁判決も無批判に認定した）最重要証拠が、何と存在しなかったのである。

3 国交省のデタラメさが次々に明らかに

また、会計検査院の調査によって、国交省などのダム事業で、ダム建設がもたらす環境保全効果などがダムごとに異なる基準で算出されているというデタラメぶりも新たに発覚した。さらには、国交省が、代替地である住民の移転先である造成地の地すべりの危険性を知るのに欠かせない地下水の水位を、常識はずれの方法で行っていたことなども発覚した。

第3 本控訴審において予定している訴訟活動

1 次回期日までの新証拠提出と主張補充の予定

控訴審では、まず、弁論再開申立によって立証しようとした、馬淵元大臣の一連の発言に関する書証の取調べ、及び2006（平成18）年2月の利根川水系河川整備基本方針策定の際の検討状況に関する書証の取調べ並びに証人申請をする予定である。

さらに、八ッ場ダムの治水に関して言えば、この間に明らかになった「有識者会議」の検討結果とその問題点、及び国交省(関東地整)が公開請求を拒み続けていたものの、東京地裁の判決によって、公開せざるを得なくなった「54分割の流域分割図」を下に、関東地整が行っている現在の流出計算の問題点を検討し、その結果を主張立証する予定である。

また、判断の枠組み等の法的な側面からは、人見剛立教大学教授によって、治水に係わる河川法60条1項、63条1項に基づく受益者負担金の差し止めを求める部分等についての原判決の誤りが、田村達久早稲田大学法学学術院教授によって、主として裁量の行使の適否についての司法審査のあり方が、それぞれ明らかにされたので、これらの新証拠を追加提出予定である。

第2章 原判決の判断の枠組みの問題点

第1 思川開発事業に係る利水負担金（独立行政法人水資源機構法25条1項に基づく建設負担金）の支出について

1 原判決の判示

- (1) 原判決は、次のように判示して、栃木県が賦課行為の前提となった思川開発事業から撤退をしないことが違法と判断されるときには、負担金の支出も財務会計法規上違法となることを認めた。

「水資源開発施設を利用して流水を水道の用に供する者は、独立行政法人水資源機構の賦課行為によって上記負担金の支払義務を負い、原則としてその賦課行為を尊重して支出行為を行なわなければならないというべきである。しかし、他方で、独立行政法人水資源機構法は、水資源開発施設を利用して流水を水道の用に供するものが事業から撤退することを予定し（同法25条1項、2項、同法施行令30条2項）、撤退がされた場合の負担金の額は、事業の縮小に係る不要支出額であり（同法施行令30条2項）、撤退をしなかった場合と比べて費用の一部の負担に限られることが想定されていることからすると、水資源開発施設を利用して流水を水道の用に供する者は、自らの判断で、独立行政法人水資源機構による賦課行為の少なくとも一部の負担を免れることができるものと解するのが相当である。そうすると、水資源開発施設を利用して流水を水道の用に供する者が、独立行政法人水資源機構の賦課行為に従って負担金を支出する場合、賦課行為の前提となった事業から撤退をしないことが違法と判断されるときには、負担金の支出は財務会計法規上違法となるというべきである。」（30頁～31頁）

- (2) そして、どのような場合に、賦課行為の前提となった思川開発事業から撤退をしないことが違法と判断されるかについては、次のように判示して、まず栃木県に裁量権があるとした。

「栃木県は、清浄にして豊富低廉な水の供給を図り、もって公衆衛生

の向上と生活環境の改善とに寄与することを目的とする水道法（同法 1 条）に基づく水道事業を営んでおり、水道は、国民の日常生活に直結し、その健康を守るために欠くことのできないものであり、かつ、水が貴重な資源であることから（同法 2 条 1 項参照）、栃木県は、県内の自然的社会的諸条件に応じ、水道の計画的整備に関する施策を策定、実施するとともに、水道事業者として、水道事業の適正かつ能率的な運営に努める責務を負い（同法 2 条の 2 第 1 項）、給水区域内の需要者から給水契約の申込みを受けたときは、正当な理由がなければ、これを拒んではならず、給水契約の成立した水道利用者に対し、常時水を供給しなければならない（同法 15 条 1、2 項）とされている。このため、栃木県が思川開発事業に参画するについては、これらの責務を果たすため、県内の各市町村の保有水源量、将来の水需要予測、現在利用されている水源の問題点等諸般の事情を考慮しなければならないというべきである。」（31 頁）。

- (3) その上で、原判決は、「被告が思川開発事業に参画し、又は参画後にその事業から撤退するか否かの判断については、その基礎とされた重要な事実に誤認があることなどにより重要な事実の基礎を欠くことになる場合、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などにより、その内容が社会通念に照らして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ものとして違法となると解すべきである。」（31 頁）とする。

2 原判決の判示が誤りである理由

- (1) 原判決が、判示する事項のうち、上記 3 の判示は、一審原告らが最終準備書面その 1 で述べた主張（38 頁以下）とほぼ符合するもので、行政裁量に対する司法審査のあり方の一般論としては異論がない。

しかし、原判決の判示のうち、その余の部分については、以下のとおり大いに異論がある。

- (2) 第 1 点は、原判決は、栃木県が水道事業者となることを当然の前提と

の立論をしている点である。しかし、これは誤りである。「水道事業は、原則として市町村が経営するものとし、市町村以外の者は、供給しようとする区域をその区域に含む市町村の同意を得た場合に限り、水道事業を営むことができる（水道法6条2項）」に過ぎない。栃木県は、利水予定者として思川開発事業に参画しているものの、原判決も認めるとおり、「思川開発事業から配分された水を各市町に配水するための水道施設計画を策定していない。」（44頁）ことから判る様に、それは水道事業者としてのものではない。したがって、栃木県が思川開発事業に参画するに当たって、水道法所定の責務直接を負うことになる訳ではない。

- (3) 第2点は、仮に、水道事業者としての参画でなくとも、思川開発事業に利水者として参画する以上、水道法所定の責務を負うものとしても、原判決が諸般の事情として例示するものの中には、「低廉な水の供給」という重要な事項が落ちていることである。

これは、地方自治法2条14項の「最少の経費で最大の効果を挙げる」原則や地方財政法4条1項の経費の「必要且つ最少の限度」の原則を挙げるまでもなく、水道事業が利用者からの水道料金によって成り立っている以上、当然のことである。

したがって、栃木県が思川開発事業に参画あるいは撤退するについては、県内の各市町村の保有水源量、将来の水需要予測、現在利用されている水源の問題点に加えて、節水による水需要の削減やより安価な水源確保の可能性という低廉な水の供給確保に関する事項についても、考慮しなければならないというべきである。

- (4) 第3点は、上記第2点と関連することであるが、原判決の判示には、現在の水道事業を取り巻く経営環境について考慮の視点が抜けていることである。この点については、最終準備書面その1でも述べた、元総務省公営企業課長であった細谷芳郎氏の、次のような指摘が参考にされなければならない（「図解地方公営企業法」（甲C85））。

「中長期的な経営計画、特に建設投資計画の策定に際しては、政治的な思惑を排し、現実的な人口動向等を踏まえて的確な需要予測を行い、

当該団体にとって水源開発が本当に必要なのか、あるいは必要とされる水量はどの程度なのかをはっきりさせるとともに、節水その他の水需要抑制策や広域的な見地からの既存水源の活用、転用等の可能性についても真剣に検討し、投資規模の抑制を図ることが何よりも重要です。同時に、『右肩上がりの時代』が終わり、人口も減少に転ずる見通しとなっている今日においては、既にダムや水道施設の建設に着手している場合であっても、惰性に流れず、随時水需要の動向を検証しながら、必要とあらば、建設投資計画の大胆な見直しも辞さないという姿勢が特に重要だといえるでしょう。」(262頁)。

この指摘は、一審原告らが主張していた「適時再評価・反映義務(政策見直し義務)」(最終準備書面その1の13頁～24頁)に繋がるものである。

栃木県は、1兆円を抱える債務を抱え、その健全化が求められている。栃木県総務部の職員も指摘するとおり、栃木県は、「今後給水人口も大幅な伸びは期待でき」ず、「一人あたりの水使用料は減少し、減少分を給水人口の増加でまかなうこともできない」し、「節水型社会の定着や高い普及率、今後むかえる人口減少時代の到来等により、将来の水需要については大幅な伸びは期待でき」ない状況にある(甲C13)。また、後記第3章の第1で詳述するとおり、思川流域の市町では、新たな水需要はなく、地盤沈下も鎮静化しているので、その対策として栃木県が思川開発事業に対し利水者として参画する必要はない。したがって、栃木県及び関係市町は、この指摘に従い、適時再評価を行い、思川開発事業からの撤退をすべきなのである。

にもかかわらず、これをしないままではかえって売れない水を抱えて、その負担に苦しむことになる。その一例が、最終準備書面その1で述べた川崎市水道局の生田浄水場の廃止問題である。この外にも、長良川河口堰について、愛知県が水余りを背景に堰の開門を検討しているように、このような問題は各地で既に顕在化しており、今後、ますます同様の例が増加していくものと思われる。これは、国民にとって、極め

て重要なことなので、以下に、最終準備書面の記述を掲載しておく。

生田浄水場の水は、地下水を原水とし、水温は一定していて、水質的にも申し分なく、ペットボトルに詰めて売り出す位おいしいとの評判であるが、川崎水道局の計画では、この浄水場が廃止されることになった。そのため、地元の住民がこの計画に反対し、これをTBSの「噂の！東京マガジン」が取材し、2009年7月26日の番組で取り上げた。

それによると、川崎市では数次の拡張事業を実施し、1日100万 m^3 の給水能力を有するに至っているが、水需要は伸び悩み、1日最大給水量は53万 m^3 程度で、給水能力と給水量の乖離が大きな課題となっており、予測では人口は2025（平成37）年に146万人をピークに減少に転じ、水需要も2015（平成27）年に62.6万 m^3 のピークに止まる。そのような状況の下、効率的な経営をするため、100万 m^3 /日の給水能力を75万 m^3 /日にダウンサイズすることにした。しかし、水源開発によるダム等の建設費用や維持管理費を負担する責任があり、たとえ受水量を削減したとしても、ダム等がなくなる限りこの費用を負担し続けなければならないので、ダム等によって開発された50万5600 m^3 /日の水を使用することを前提に、ダウンサイズをすることにしたため、生田浄水場は廃止することとなったというのである（甲C86）。

2009年10月26日付け朝日新聞の記事に（甲C87）によると、利根川流域の1都6県では、既に、いずれの都県も需要を上回る水源を保有していることが明らかとなっている。今後、人口の減少や節水機器の普及によって益々水需要が減少することは確実であるから、本件湯西川ダムや思川開発事業、そして上記記事が取り上げている八ッ場ダムによる開発水源が加わる都県では勿論のこと、現在の保有水源量のままの都県でも、近い将来生田浄水場問題と同様の問題が起きることになる。

上記番組では、このような状況は今後日本全国で次々と起き、安価でおいしい地下水源が放棄される結果、不味くて、高い水を飲むことになるとのシンクタンクの予測を紹介していた。

なお、この水源開発の一環として行われた相模川水系建設事業に対して提起された住民訴訟が、相模川水系建設事業費差止等請求訴訟である（甲A7）。

この訴訟の中で、原告住民らは、水源開発の根拠となった神奈川県内の水需要予測が過大であり、水源開発は不要である旨主張していたが、敗訴判決を受けてしまった。もし、原告住民らの訴えが認められていたならば、川崎市も実需の2倍もの水源を抱え、その対策に苦慮することではなく、川崎市民はいつまでも生田浄水場からの安くておいしい水を飲むことができたと思うと残念でならない。

上記のとおり、栃木県が思川開発事業に対して利水者として参画し、撤退しないままではいることは、売れない水を抱えて、その負担に苦しむ結果を招来することは確実である。

今被控訴人に最優先で求められることは、将来の利水負担金の支払を免れることだけでなく、国土交通大臣からの賦課行為や自らがかつて関与して締結された協定に基づく負担金といえども、県財政の健全化の観点から、不要であるとして自らの判断で拒否しうるものは、拒否すべきということである。

- (5) 原判決は、被控訴人が思川開発事業から撤退しないことが、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法となるか否かの判断に当たって、上記3及び4の事項をまったく、考慮していないことは明らかである。これは、原判決が裁量権の逸脱又は濫用として違法となる場合として例示する、判断の過程において考慮すべき事情を考慮していない場合に該当し、しかも考慮から外れた事項は、「低廉な水の供給」という極めて重要な責務に係わる事項であるから、原判決には、重大な判断の遺漏があるといわなければならない。
- (6) 以上の諸事項に加え、後記第3章の第1で述べる諸事情を考慮するならば、栃木県が思川開発事業から撤退しないことは、栃木県に与えられた裁量権を逸脱または濫用したものであることは明白であるから、思川開発事業に係る利水負担金の支出の差止は認められなければならない。

第2 思川開発事業に係る治水負担金（独立行政法人水資源機構法 21条3項に基づく負担金）の支出について

1 原判決の判示

- (1) 原判決は、思川開発事業に係る治水負担金（独立行政法人水資源機構法21条3項に基づく負担金）の性質について、次のように判示した。

「独立行政法人水資源機構法21条3項に基づく思川開発事業の負担金については、同法25条1項に基づく建設負担金とは異なり、被告が思川開発事業に参加するか否か又は撤退するか否かによって栃木県の負担の有無及び負担金の額が左右される関係にはなく、被告は、国からの負担金の納付通知を受けた場合、同通知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、これ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する。」（47頁）。

そして、どのような場合に、納付通知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ことになるかについては、以下のように判示する。

「上記瑕疵の有無を検討するに当たっては、同通知が、河川整備基本方針、思川開発事業に関する基本計画を前提として、独立行政法人水資源機構法施行令22条1項所定の『特定施設の新築又は改築で治水関係用途に係るものにより利益を受ける都道府県』に当たるとの判断を前提にされることからすると、河川整備基本方針、ダム建設に関する基本計画又は同項の判断のいずれかが著しく合理性を欠き、そのために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は、同通知も同様の瑕疵を有するというべきである。」（47頁）。

2 原判決の判示が誤りである理由

- (1) 独立行政法人水資源機構法21条3項に基づく建設負担金については、同法施行令22条1項が、「法第21条第3項の規定により同条1項の交

付金の一部を負担する都道府県は、当該交付金にかかる特定施設の新築又改築で治水関係用途に係るものにより利益を受ける都道府県とする。」として、「治水関係用途に係るものにより利益を受ける」、ことを治水負担金の負担の要件としているのであり、その要件を欠く治水負担金については、負担を求められた都道府県は、要件を欠くことを理由に、その支出を拒むことができるものといわなければならない。

そして、そのように解することによって、初めて、予算執行の適正確保も可能となるのである。

- (2) また、当該施設の建設は、河川法に基づき、計画河川整備基本方針及びダム建設に関する基本計画によって、治水対策のためのダムとして計画されていることから、「治水関係用途に係るものにより利益を受ける」か否かの判断に当たっては、これらの方針や計画が合理的でなければならない、不合理な場合にも、予算執行の適正確保の見地から、そのことを理由に、その支出を拒むことができるものと解すべきである。
- (3) また、地方財政法25条によっても、国による違法な納付通知に対して、支出を拒否することができる。これについても、最終準備書面その1の31頁～32頁の記述を、ここに再掲しておく。

地方財政法9条ないし26条は、国と地方公共団体との間の経費負担の分配に関するルールを定めている。

ダムは同法10条の2第1項に定める「道路、河川、砂防、海岸、港湾等に係る重要な土木施設」の一つである。

同法17条の2は、「国が第10条の2…に規定する事務を自ら行う場合において、地方公共団体が法律又は政令の定めるところによりその経費の一部を負担するときは、当該地方公共団体は、その負担する金額（以下「地方公共団体の負担金」という）を国に対して支出するものとする」と規定しているので、河川法60条1項、63条1項に基づく負担金や、機構法21条3項に基づく負担金は、地方財政法17の2の定める「地方公共団体の負担金」にあたる。

同法25条1項は、地方公共団体が国の負担金を使用する場合と、国

が地方公共団体の負担金を使用する場合とを同等に取扱い、いずれも「法令の定めるところに従い、これを使用しなければならない」と規定する。この1項を受けて、2項では、地方公共団体が1項の規定に従わなかったとき、すなわち国の負担金を「法令の定めるところに従って使用」しなかったときに、国は地方公共団体に対し、負担金の交付を拒否し、また交付済みの負担金の返還を命ずることができる旨を規定し、3項では逆に、国が1項の規定に従わなかったとき、すなわち地方公共団体の負担金を「法令の定めるところに従って使用」しなかったときに、地方公共団体は国に対し負担金の支出を拒否し、また支出済の負担金の返還を請求することができる旨を規定している。

この規定を受けて、同法施行令16条（柱書および2号）は、地方公共団体が支払拒否ないし返還請求をする場合には、「その理由、金額及び金額算定の基礎を記載した文書をもって」請求を行う、という手続を定めている。

国から地方公共団体に対して交付する負担金、補助金については、別に「補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律」が制定されているので、本条の存在意義は、「国と地方公共団体相互間における負担金及び補助金の使用方法等に関する一般原則規定としての意義を有するとともに、地方公共団体が国に対して支出する負担金の使用方法とその使用が違法である場合における制裁についての規定であると考えられるべきである」ことになる（石原信雄著『新版地方財政法逐条解説』平成12年版215頁）。

なお、同書が「法令違反であるか否かの認定及び支出しない額又は返還を請求する額の認定は、負担金支出者である地方公共団体の裁量行為であるが、法令違反であるか否かの認定は、裁判上の訴因となり得るものとする」（216頁）と解説しているように、同条3項は、国が地方の負担金を違法使用していることの第一次的認定権は地方にあり、その認定の当否は最終的には裁判所の判断に従う、という趣旨を明らかにすることにより国と地方との対等平等性を示した規定である。

地方財政法 25 条 2 項、3 項が、既払分の返還のみならず、今後の負担金の交付・支出を拒否する権限をも規定している趣旨は、「法令の定めに従って使用」されていないということが過去の事実として確定されている場合のみならず、将来の事実としても、その見込みがないと客観的に判断される場合を含むものと解される。

したがって、被控訴人は、栃木県がこれらの事業によって建設されるダムによって治水上利益を受けることがない場合、あってもその負担が受益に見合ったものでない場合には、地方財政法 25 条 3 項によって、その支払を拒み、既払分の返還を求めることができるのである。

- (3) 後記第 3 章の第 2 で詳述するとおり、栃木県は、思川開発事業によって、治水上の利益を受けることはないのであるから、思川開発事業に係る独立行政法人水資源機構法 21 条 3 項に基づく負担金の納付通知は、要件を欠き違法である。したがって、栃木県は、この違法な納付通知にしたがった支出を拒むことができるというだけでなく、その予算執行の適正確保の見地から、これを拒むべきである。

しかしながら、栃木県は、これを怠り、納付通知に唯々諾々として従い、支出を続けているのであり、これに対しては、違法な行為として、その差止が認められなければならない。

第 3 湯西川ダムに係る治水負担金（河川法 60 条 1 項に基づく負担金）の支出について

1 原判決の判示

- (1) 原判決は、国土交通大臣の河川法 60 条 1 項に基づく負担金の納付通知の法的性質について、次のように判示した。

「国土交通大臣が、河川法 60 条 1 項に基づく負担金について、同法施行令 38 条 1 項に基づき都府県に負担すべき額を通知した場合、同通知を受けた都府県は、負担すべき費用を政令で定めるところにより国庫に納付しなければならないから（河川法施行令 38 条 1 項、河川法 64

条)、同法施行令 38 条 1 項に基づく通知の法的性質は、国土交通大臣が都府県に発する具体的な費用負担の命令と解される。」(56 頁)

- (2) その上で、原判決は、同通知を受けた都府県が、負担金の支出を拒むことができる場合について、次のように判示する。

「①国が、道路、河川、砂防、海岸、港湾等に係る重要な土木施設の新設及び改良など地方財政法 10 条の 2 に規定する事務を自ら行なう場合、「地方公共団体が法律又は政令の定めるところによりその経費の一部を負担するときは、当該地方公共団体は、その負担する金額(地方公共団体の負担金)を国に支出するものとする。」と規定し(同法 17 条の 2 第 1 項)、地方公共団体が負担金の予定額に不服が有る場合につき、総務大臣を経由して内閣に申し出ることができる」と規定していること(同条 3 項)、②一級河川の河川管理施設たるダム建設については、国土交通大臣が、一級河川の河川管理者として(河川法 9 条 1 項)、ダム等の河川管理施設の建設を含む河川の管理の主体であり、河川整備基本方針を定め(同法 16 条)、これに沿った河川整備計画を定めておかなければならないとされていること(同法 16 条の 2)、③河川管理施設が特定多目的ダム法上の多目的ダムに当たる場合、国土交通大臣は、その建設に関する基本計画を作成しなければならないこと(特定多目的ダム法 4 条)、以上のような河川法施行令 38 条 1 項の通知の前提となる河川整備基本方針及び河川整備計画又は建設に関する基本計画の内容自体を変更することはできず、河川法施行令 38 条 1 項の通知を受けた都道府県は、同通知の前提となった河川整備基本方針、河川整備計画、ダム建設に関する基本計画自体又は都府県が河川管理施設から利益を受けるとの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の存する場合でない限り、同通知を尊重しその内容に応じた財務会計上の措置をとるべき義務があり、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。」(56 頁～57 頁)。

2 原判決の判示が誤りである理由

- (1) 都道府県が河川法60条1項に基づく建設負担金を負担する根拠は、「国土交通大臣の行う管理は国家的見地より、国土保全上又は国民経済上の見地より行われるものであるが、これによって生ずる利益は都道府県にも帰するのであるので、都道府県も負担者の立場に立つことが衡平に適するとの法理」からである（前掲「逐条解説河川法解説（改訂版）」393頁）。

したがって、都道府県の河川法60条1項に基づく建設負担金の負担は、当該都道府県が、当該施設から治水上の利益を受けることが、当然の前提となっており、都道府県がこの利益を受けることがないにもかかわらず、負担を求める行為は違法であり、負担を求められた都道府県は、予算執行の適正確保の見地から、この負担の支出を拒むことができるだけでなく、拒まなければならないものと解すべきである。

- (2) また、前記第3、2でも述べたように、地方財政法25条によっても、国による違法な納付通知に対して、支出を拒否することができる。
- (3) この点について原判決は、次のとおり判示して、一審原告らの主張を認めなかった。

「地方財政法は、地方公共団体の財政（以下「地方行政」という。）の運営、国の財政と地方財政との関係等に関する基本原則を定めるものであり、負担金の支出等について具体的に定めた河川法施行令38条1項の通知の性質を前提とすると、地方財政法25条3項を根拠として、負担金の支出を拒否すべき義務が生じると解することはできず、原告らの上記主張を採用することはできない。」（57頁～58頁）

しかし、この原判決の判示は、法律上の基本原則を、法律ではなく政令によって変更してしまうものであり、法解釈の基本原則に反し許されるものではない。

一審原告らが主張するとおり、栃木県は、国による湯西川ダムに係る違法な建設負担金の納付通知に対しては、地方財政法25条を根拠に、支出を拒否することができるものと解すべきである。

- (4) そして、後記第4章、第1で詳述するとおり、本件湯西川ダムによる治水上の利益はなく、また、本件湯西川ダム建設事業は、違法な事業であるから、栃木県は、予算執行の適正確保の見地から、河川法60条1項に基づく負担金の支出を拒否すべきなのである。

第4 八ッ場ダムに係る治水負担金の支出

1 原判決の判示

- (1) 原判決は、国土交通大臣の河川法63条1項に基づく負担金の納付通知の法的性質について、次のように判示した。

「河川法63条1甲は、『国土交通大臣が行なう河川の管理により、第60条第1項の規定により当該管理に要する費用の一部を負担する都府県以外の都府県が著しく利益を受ける場合においては、国土交通大臣は、その受益の限度において、同項の規定により当該都府県が負担すべき費用の一部を当該利益を受ける都府県に負担させることができる。』と規定しており、国土交通大臣が同法施行令38条1項に基づき都府県に負担すべき額を通知した場合、同通知を受けた都府県は、負担すべき費用を政令で定めるところにより国庫に納付しなければならないから（河川法施行令38条1項、河川法64条）、同法施行令38条1項に基づく通知の性質は、国土交通大臣が都府県に反する具体的な費用負担の命令と解される。」（66頁～67頁）

- (2) その上で、原判決は、同通知を受けた都府県が、負担金の支出を拒むことができる場合について、①の冒頭に「国土交通大臣は、上記通知の前提として、都府県の意見を聞く必要はあるものの（同法63条2項）、国土交通大臣がこれに拘束されるとは解されない上」との文言を書き加える以外は、上記第4、1、(2)と同様の理由を挙げて、「その前提となった河川整備基本方針、河川整備計画、ダム建設に関する基本計画自体又は都府県が河川管理施設から利益を受けるとの国土交通大臣の判断のいずれか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、同通知を尊重しその内容に応じた財務会計上の措置をとるべき義務があり、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。」（67頁～68頁）

2 原判決の判示が誤りである理由

- (1) 河川法63条1項は、「国土交通大臣が行なう河川の管理により、第60条第1項の規定（都道府県の区域内における一級河川の管理に関する費用負担）により当該管理に要する費用の一部を負担する都府県以外の都府県が著しく利益を受ける場合においては、国土交通大臣は、その受益の限度において、同項の規定により当該都府県が負担すべき費用の一部を当該利益を受ける都府県に負担させることができる。」としているのであり、同条項による負担は、①「著しい利益」を受ける場合に、②「その受益の限度」において認められるに過ぎない。

そして、その「著しい利益」とはどのようなものであるかについては、次のように解されている。

これは、河川は上流から河口に至るまで連続した一の水系を成し、その管理も水系を一貫して行なわれるべきものであるので、ある都府県の区域内における河川の管理により、他の都府県が多かれ少なかれ利益を受けるのは当然予想されるところであり、多少とも利益があれば常に本条の負担金を課することとするのは、本法において河川の管理のための費用負担の体系を定めた趣旨に反するものであるから、この「著しい利益」とは、他の都府県が一般的に受ける利益を超える特別の利益でなければならない（大成出版社・河川法研究会編著「逐条解説河川法解説」改定版399～400頁）。

したがって、この要件を欠く費用負担は違法であり、この要件に反して、納付通知を受けた（負担を求められた）都府県は、予算執行の適正確保の見地から、この負担の支出を拒むことができるだけでなく、拒まなければならないものと解すべきである。

- (2) また、前記第3、2と同様に、地方財政法25条によっても、国によ

る違法な納付通知に対して、支出を拒否することができる。

- (3) この点について原判決は、次のとおり、上記第4、2、(3)と同様の理由から一審原告らの主張を認めなかった(68頁)が、この判断は、法律上の基本原則を、法律ではなく政令によって変更してしまうものであり、法解釈の基本原則に反し許されないことは上記第4、2、(3)で述べたとおりである。

一審原告らが主張するとおり、栃木県は、国による八ッ場ダムに係る違法な建設負担金の納付通知に対しては、地方財政法25条を根拠に、支出を拒否することができるものと解すべきである。

- (4) そして、後記第5章、第1で詳述するとおり、本件八ッ場ダムによって栃木県が著しい利益を受けることはなく、また、本件八ッ場ダム建設事業は、違法な事業であるから、栃木県は、予算執行の適正確保の見地から、河川法63条1項に基づく負担金の支出を拒否すべきなのである。

第5 思川開発事業から撤退しないことが財産の管理を怠る事実にあたるかについて

1 原判決の判示

原判決は、被告が思川開発事業から撤退しないことが財産の管理を怠る事実にあたるかについて、次のように判示してこれを否定した。

「独立行政法人水資源機構法についてみると、水資源開発施設の新築に係る事業の廃止のほか同施設の利用予定者の事業からの撤退が予定され(同法13条3項、6項、7項)、同施設の完成前にあつては、水資源開発施設によって流水を水道又は工業用水道の用に供しようとする者は、将来的に独立行政法人水資源機構の水資源開発事業に参加して水源を確保することができる地位にあるにすぎず、水資源開発施設によって流水を水道又は工業用水道の用に供しようとする者は、同施設の新築等に係る費用を独立行政法人水資源機構に負担する義務を負うにとどまる(同法25条)。次に、特定多目的ダム法についてみると、ダム使用权の設定予定者たる地位

は、将来、ダム使用権の設定を受け得るという手続上の地位にすぎず（同法16条2項、17条）、実際にダム使用権の設定を受けるには、実体的にダム使用権の設定要件に適合し（同法5条、15条2項）、当該多目的ダムの建設に関する基本計画中にその旨が規定される必要がある（同法4条2項5号）。このような仕組みのもとでは、原告らの主張する水源保有権の設定を受けべき地位は、地方自治法上の公有財産とされる同法238条1項4号の『地上権、地役権、鉱業権その他これらに準ずる権利』、同項7号の『出資による権利』のいずれにも当たるということはできず、その他地方自治法上の公有財産に当たるものと解すべき法的根拠を見いだすことはできない。

そうすると、原告らの主張する水源保有権の設定を受けべき地位が怠る事実の違法確認の対象となる『財産』に当たるということはできない。また、思川開発事業から撤退することは、当該地位自体を放棄することを意味するから、これを怠る事実の違法確認の対象となる『管理』行為となるということも無理があるというほかない。」（28頁～29頁）

2 原判決の判示が誤りである理由

独立行政法人水資源機構法には、特定多目的ダム法（以下「特ダム法」という）にある「ダム使用権」に相当する規定がない。しかし、栃木県が水資源機構が行なう水源開発事業である思川開発事業に利水者として参加することは、とりもなおさず同事業によって新規に開発される水源を確保すること及びその対価として応分の負担をすることを意味し、その実質は特ダム法によるダム使用権設定申請と異ならない。ダム使用権は、物権であるから、これと同様の内容を有する水資源機構の水源開発事業に参加して水源を確保することができる権利（原告らはこれを便宜上「水源確保権」と呼ぶこととした）もまた物権といえることができる。

原判決は、ダム使用権の設定予定者たる地位は、将来、ダム使用権の設定を受け得るという手続上の地位にすぎず（同法16条2項、17条）、実際にダム使用権の設定を受けるには、実体的にダム使用権の設定要件に適

合し（同法5条、15条2項）、当該多目的ダムの建設に関する基本計画中にその旨が規定される必要がある（同法4条2項5号）ことを理由に、ダム使用権の設定を受けるべき地位は、地方自治法上の公有財産とされる同法238条1項4号の「地上権、地役権、鉱業権その他これらに準ずる権利」、同項7号の「出資による権利」のいずれにも当たるとすることはできないとする。

しかし、ダム使用権の設定予定者には、基本的に実体的にダム使用権の設定要件に適合する者なるのであり、ダム使用権設定予定者として当該多目的ダムの建設に関する基本計画中にその旨が規定されることになるのであるから、当該多目的ダムの完成を停止条件としてダム使用権の設定を受けるべき地位を取得することに他ならない。このような地位は、地方自治法238条1項4号の「その他これらに準ずる権利」であり、同法237条の公有財産である。

これと同様に、独立行政法人水資源機構の水資源開発事業に対する利水予定者は、ダム等の水源開発施設が完成することにより、上記の水源確保権を取得することになるのであり、水資源開発事業への参加は、当該水源開発施設の完成を停止条件として水源確保権の設定を受けるべき地位を取得することに他ならない。

これについても、原判決は、「水資源開発施設の新築に係る事業の廃止のほか同施設の利用予定者の事業からの撤退が予定され（同法13条3項、6項、7項）、同施設の完成前にあつては、水資源開発施設によって流水を水道又は工業用水道の用に供しようとする者は、将来的に独立行政法人水資源機構の水資源開発事業に参加して水源を確保することができる地位にあるにすぎず、水資源開発施設によって流水を水道又は工業用水道の用に供しようとする者は、同施設の新築等に係る費用を独立行政法人水資源機構に負担する義務を負うにとどまる」として、その財産性を否定する。

しかし、水資源開発事業に参加する者は、当該水源開発施設が完成すれば、水源を確保できることは事実上確実なのであるから、水源確保権の設定を受けるべき地位も、ダム使用権の設定を受けるべき地位と同様に、地

方自治法 238 条 1 項 4 号の「その他これらに準ずる権利」であり、同法 237 条の公有財産であるというべきである。

そして、栃木県は、思川開発事業から撤退することにより、水源確保権の取得を辞退するとともに、これと対価関係にある利水負担金 86 億円の全部又はその一部の負担を免れることができるのである。

このように権利が義務と表裏一体の関係にある場合は、権利を放棄することによって義務を免れることが最も効率的な財産管理となる場合もあるのであり、栃木県知事は、栃木県の水道事業に関する資産を管理するに際して、地方財政法第 8 条の適用を受け、権利の放棄（思川開発事業からの撤退）という選択肢を含めて最も効率的な財産管理を行なう責任があるのである。

このことについての判断を誤り、一審原告らの請求を却下した原判決は取消された上、控訴人らの請求を認容する判決が言い渡されなければならない。

第 6 まとめ

以上のおりであるから、原判決の判断には、法令解釈の誤り及び事実誤認があるので、取消された上、控訴人らの請求を認容する判決が言い渡されるべきである。

第3章 思川開発事業について

第1 思川開発事業の利水負担金（独立行政法人水資源機構法25条1項に基づく建設負担金）について

1 原判決の判示

- (1) 原判決の判断の枠組みの問題点については、第2章第1で述べたとおり、原判決は、被控訴人が思川開発事業に参画し、又は参画後にその事業から撤退するか否かの判断については、その基礎とされた重要な事実には誤認があることなどにより重要な事実の基礎を欠くことになる場合、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などにより、その内容が社会通念に照らして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ると解すべきであるとして、判断の枠組みを示し(29頁～32頁の「(1)」)、参画水量決定の経緯、水需要予測の内容と現実との乖離の事実、地盤沈下の状況、栃木県は思川開発事業から配分された水を各市町に排水するための水道施設計画を策定していないことを認定している(32頁～44頁の「(2)」)。
- (2) そのうえで、判断としては、①栃木県は、思川開発事業への参画水量を決定するに当たり、独立した水道事業者である県南地域の各市町に地下水源転換量を含め要望水量を確認し、これに沿って、栃木県全体の要望水量を毎秒0.821立方メートルと決定したこと、②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、③栃木県及び各市町がした行政区域内人口、給水人口及び一日最大給水量などの水需要予測の推計は、実績と比べると過大となっており、近年の人口変動状況に照らし、今後直ちに実績が推計に沿うことをうかがわせる証拠もないものの、

水道事業の性質及びその重要性に照らし、栃木県及び各市町が水道事業者としての責務を果たすためには、将来にわたり安定的な給水業務を実施するため余裕をもった水需要予測をすることはやむを得ない面もあること、④県南地域は、上水道の地下水水源の依存度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、栃木県県南地域（小山市、野木町、藤岡町）においては水道用水に利用されている地下水は地下水の揚水量のうちの８パーセントにすぎないとしても、地下水水源からの転換を図る必要性がなくなっ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こと、⑤水道事業者は、将来まで安定的な給水業務を行う責務があり、事業の性質上、水源が必要になった段階になってその水源を直ちに取得することができないものであり、栃木県には川治ダムの工業用水、各市町が所有する農業用水、工業用水及び水道用水などその他に利用可能な水源が存在するとしても、それを水道用水として直ちに利用することができることを認めるに足りる証拠はないこと、の５点を認定し、「以上に照らすと、栃木県が、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ことについて、裁量権の逸脱又は濫用があったということとはできず、また、現段階において、栃木県には未だ思川開発事業から配分された水を各市町に配分するための水道施設計画が存在しないからと言って、直ちに水源が不要になったものとして、思川開発事業から撤退するとの判断をしないことについて裁量権の逸脱又は濫用があったとまでいうことはできない」と判断した（４４頁の「(3)」）。

(3) そして、思川開発事業特有の根本的な問題である「水が貯まらないダ

ムである」という控訴人らの主張について、「南摩川の形状、原告らの試算によれば、昭和59年から平成14年までの19年間において貯水量がゼロになる期間が14年にも及んでいると主張し、この主張に沿う証拠（甲A2）がある。」としながら、「上記証拠（甲A2）によれば、南摩ダムは、もともと大谷川から導水を利用して貯水容量を確保する計画であったが、上記導水計画が中止された後、平成14年には、総貯水容量を半分の5100万立方メートルにした上で黒川と大芦川から導水するとの計画変更がされたこと、国土交通省によれば、昭和30年から昭和59年までの30年間のうち12年間は最低貯水容量になる都市があったとの試算結果のあったことが認められるのであり」として、控訴人らの「主張を前提としても、上記計画変更によっても南摩ダムに水が貯まることがないとまでは認められず、また、30年間のうち半分以上は指定貯水容量とならないとの試算結果もあり、栃木県が南摩ダムから取水することが不可能であるとまで認めることができない。」として排斥している（45頁の「(4)」）。

2 原判決の判示が誤りである理由

以下、原判決が裁量権の逸脱濫用があるとまでは認められないとする根拠として掲げる44頁(3)の①から⑤の5項目及び同(4)の貯まらないダムであるという点について、原判決が誤りである理由を述べる。

(1) 当初の事業参画決定過程の問題（(3)①②について）

ア 原判決の掲げる上記①及び②の2点は、①は当初の決定の際、対象となる市町の要望を聞いて決定した、ということ指摘するだけで特に根拠といえるものではない。②も将来の計画変更はわからなかったというだけで、いわば当然のことを指摘するのみである。

イ 当初からの水需要予測に問題があったことは次項で述べるが、問題は、原判決も認めるとおり、参画後においても、参画の基礎とされた重要な事実の基礎を欠く状況になっていないか、評価が合理性を欠く

ことになって妥当性を欠くものになっていないかを随時チェックし、その事業から撤退するか否かを随時決断する必要があるということである。

ウ 原判決が、①及び②を前提事実として認定するだけでなく、裁量権の逸脱・濫用があったとまではいえないことの根拠として掲げているのは、次項以降の項目で検討する認定事実をもってすれば、その事業から撤退すべきという判断に至らざるを得ないと考えられるため、あえて「当初はやむを得なかった」という評価を加えざるを得なかったのではないかと考えられる。仮に当初の参画決定に誤りがなかったと仮定しても、その後の状況で撤退の判断をしなければ裁量権の逸脱・濫用となることは、原判決も認めるところであり、到底根拠の1つとなるものではない。これらの事実を根拠として掲げていること自体、原判決の基本的姿勢に疑問を生じさせるものである。

(2) 水需要予測の問題 ((3)③について)

ア 水需要予測が実態と乖離していて、数度に及ぶ水需要予測の訂正の数字を元にしたとしても、およそ今後予測のとおりの水需要となることなど考えられないことは原判決の認定のとおりである。判決は、それでもなお、裁量権の逸脱・濫用を認めないため、「今後直ちに実績が推計に沿うことをうかがわせる証拠もない」などという異様に控えめな表現をしているが、人口の減少や節水の高まり等を考えれば水需要が減っていくことは明らかであり、ますます予測と実績が乖離していくことは明らかである。

イ そして、この実績と予測の乖離は、前記①及び②の認定にかかわらず、思川開発事業への参画を決定したときからのものであり、年を追ってその乖離の幅が増えてきていることは原審最終準備書面その2で主張したところである。

ウ 問題は、原判決自ら、証拠上、利水のために南摩ダムを建設する必

要はないことを十分認識しながら、抽象的な「水道事業者としての責務」を持ち出し、「将来にわたり安定的な給水業務を実施するため余裕をもった水需要予測をすることはやむを得ない」として計画へ参画し、撤退しない判断を是認していることである。仮にこのような理由が成り立つのであれば、およそ撤退の判断について裁量権の逸脱や濫用があったと判断される可能性などありえず、原判決が自ら定立した基準はまやかしであるとしか考えられない。

エ 第2章第2で述べたとおり、「水道事業者としての責務」は、ただ無限定にいくら金をかけてもいいから集められるだけ水を集めることを意味するのではない。的確な需要予測の基に適切な経営計画を立て、無駄な経費を上乗せることなく低廉な水の供給をすることが水道事業者としての責務である。特にコストが掛からず、自然や生活に対する悪影響もないのであれば、「念のために確保」という判断もあるであろう。しかし、必要もないのに莫大なコストを負担してダムを造らせることは、結局、不要な水を高く買わせることになるのであり、明らかに水道事業者としての責務に反する。そしてそれは水道事業のみならず県政全般を預かる県知事がなすべき判断とは言えない。

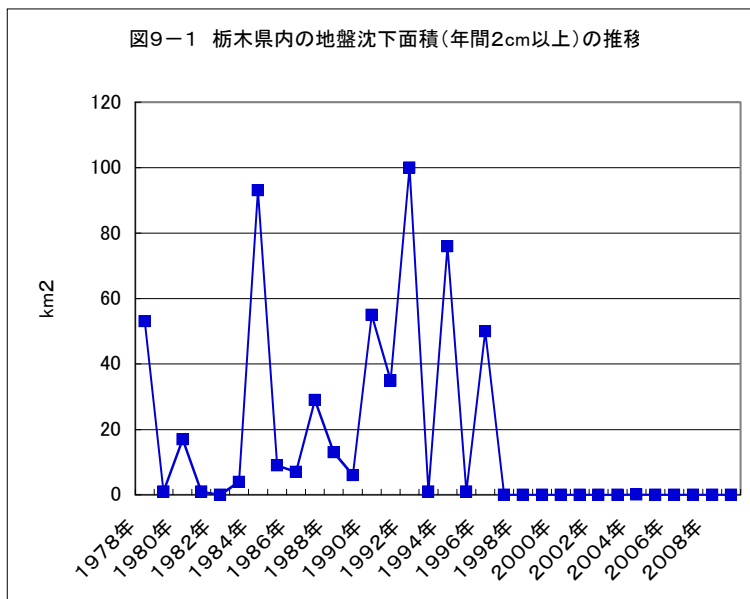
(3) 地盤沈下の問題 ((3)④について)

ア 原判決も、地盤沈下が収まってきていることは認めながら、「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」とし、それ故「地下水源からの転換が促進される必要性が依然認められる」としているが、データを虚心に見ればそのような判断はおよそ誤りであること明白である。以下、原審でも主張しているところであるが、改めてデータを示して反論する。

(ア) 地盤沈下面積

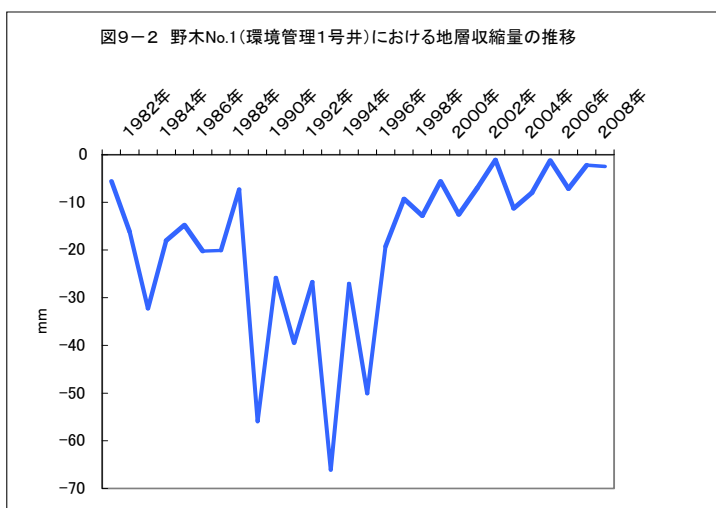
栃木県内では、1997年以降2009年までの13年間で、2cm以上沈下した地域はほぼない。2004年に0.1km²において沈

下しただけである。



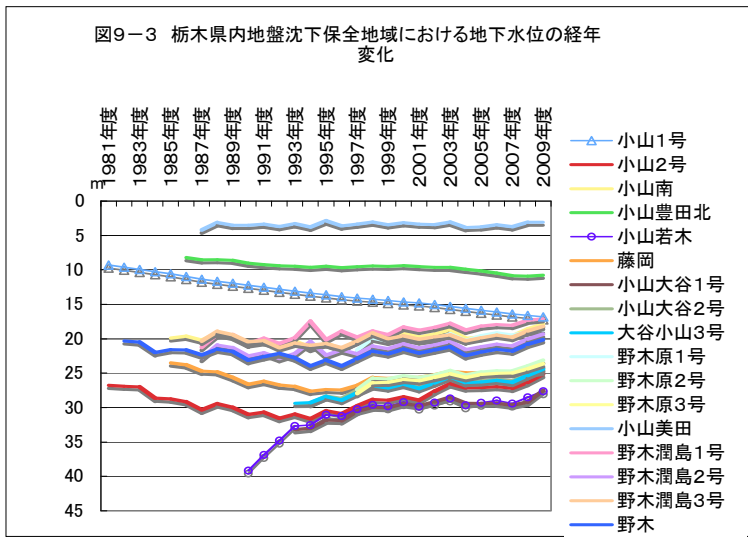
(イ) 地層収縮量

栃木県の代表的な観測地点である野木町の環境管理1号井における地層収縮量を見ると、年間の収縮量は徐々に小さくなり、ほとんど認められない状況になっていることがわかる。



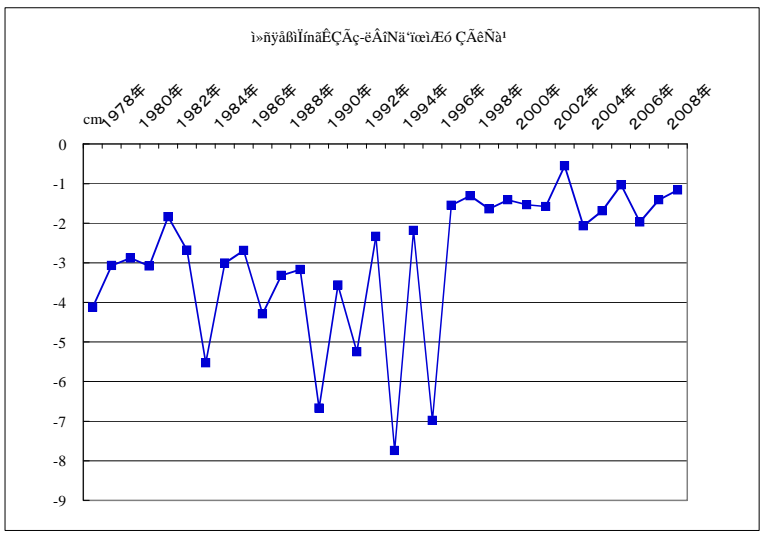
(ウ) 地下水位

保全地域内の観測井17本のうち15本において地下水の上昇傾向が見られる。この傾向は、ごく最近になっても変わっていない。



(エ) 最大年間変動量の推移

栃木県内の最大年間変動量とは、栃木県内のどの観測井かを問わない年間の最大の沈下量をいう。1996年以降は、最大で2 cm以上沈下したのは2004年の1回だけであり、地盤沈下が沈静化したことを示している。



イ 以上のデータを見れば、栃木県内の地盤沈下は、地盤沈下面積、地層収縮量、地下水位及び最大年間変動量のいずれの指標から見ても、1990年代までに見られたような地盤沈下はもはや認められない。にもかかわらず、原判決は「沈静化したと評価するのは困難」と述べるのは、裁量の逸脱・濫用を認めたくないがための恣意的な評価とし

か思われぬ。

ウ　そして、原判決は、ここでも「安定的な水道水の供給を確保する観点」を持ち出して、「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」としている。この点は、前述のとおりである。仮に「完全に沈静化したかまではわからない」と評価したとしても、そのコストを考えれば、現状で地盤沈下を南摩ダムを造って水を確保する必要性など到底認められない。きれいでおいしい地下水を捨てて高価でまずい水を飲むことなど県南地域の誰も望むはずがない。

(4) 水源の問題 ((3)④について)

ア　原判決は、利用可能な水源が存することは認めつつ、ここでも、「将来まで安定的な給水業務を行う責務」を持ち出している。この点の反論は繰り返さない。

イ　原判決はまた、「利用可能な水源が存在するとしても、それを水道用水として直ちに利用することができることを認めるに足りる証拠はない」というが、仮にこの理由が理由として成り立つならば、南摩ダムは、長期間莫大な金をかけて建設しなければ利用できず、かつ水道用水として利用できる証拠など全くない。むしろ次項のとおり、ろくに水が貯まらない証拠があるのみである。わからないというのであれば、利用可能かどうか確認し、可能な水源があれば、それを利用できるか確認し、利用できるようにすればよいことである。「低廉な水の供給」の視点が全くないからこのような成り立たない理由を理由として掲げるのであり、原判決の根本的な水道事業者としての責務についての理解の誤りが判断の誤りにつながっていることがわかる。

(5) 本当に貯まらないダムであること ((5)について)

ア　まず、原判決が、総貯水容量を半分の5100万立方メートルとした上で黒川と大芦川から導水するとの計画変更がされたことを控訴人

らの主張に対する反論として掲げていることは全く筋違いである。計画が変更されたから貯まるようになるものではない。

イ そして、国土交通省の試算結果を根拠とするのは、そもそも、国土交通省が立てた計画の是非が根本的に問われているところで、それを根拠にすることは、裁判所の判断の姿勢としておかしい。

ウ しかも、その内容も「昭和30年から昭和59年までの30年間のうち12年間は最低貯水容量になる年があった」「30年間のうち半分以上は最低貯水容量とならないとの試算結果もあり」ということを根拠に「南摩ダムに水が貯まることがないとまでは認められず、」また、「栃木県が南摩ダムから取水することが不可能であるとまで認めることはできない」というのは、公平な目で判断するという裁判所の責務を放棄していると言われても仕方がないであろう。

エ 利水目的のダムは必要な水を確保するために建設するのであり、そのためには水は常時貯まっていることが必要である。ところが、国土交通省の1955年から1984年までの運用計算でも、30年間のうち12年も最低貯水容量になってしまう期間があるのである。原判決はこれを「半分以上は最低貯水容量とならない」と肯定的に解するが、このデータは取水制限を必要とするような渇水年だけでなく、日常的に貯まらない時期があるということであり、結局、本当に必要なときには貯水量は底をついてしまっていることを意味する。

オ 国土交通省による計算がされていない1985年以降を同様の手法で控訴人が計算した結果では19年間中14年は貯水量ゼロになるのである。これも原審最終準備書面その2で示したところであるが改めて明らかにする。

(ア) ①1985年から1995年までは各地点の流量データが国土交通省から提供されたので、それをうい、②1996年～2002年は日本河川協会「流量年表」の思川・乙女地点と利根川・栗橋地点のデータを使用するとともにその他の地点の流量は乙女地点から

推定し、③2003年以降の流量年表はまだ発行されていなかった
ので、最新年を2002年とし、④渇水対策容量1000万 m^3 を常
に温存することはせず、渇水時にはその貯水も使うことにして、最
低貯水量をゼロとする、という方法で計算したものであるが、その
結果として、1984～88年の5年間と1993～98年間の6
年間は毎年、連続して貯水量がゼロとなっており、計画通りの運用
が成り立っていないことが分かる。そのほかに、1990年、99
年、2001年もゼロまたはゼロに近づく期間があるから、19年
間のうち、延べ14年は貯水が底につくことがある。このように、
ほぼ毎年と言ってよいほど、貯水量ゼロまたはほぼゼロの状態が訪
れることになる。

貯水量が満水貯水量の5%を切る日数を年別に求めると、5%未
満の日数が最も長いのが1996年で282日、第二位が1984
年で201日、第三位が1987年で158日である。1996年
の場合は1年間のうち、9か月以上が5%未満である。19年間で
5%未満の日数は延べ1567日で、4年3か月にも及んでいる。

(イ) 国土交通省は、「取水制限で乗り切る」というが、利根川水
系等の取水制限の実績を参考に、最終段階の取水制限率を限界に近
い40%とし、取水制限時には各基準点の確保流量も取水制限率の
割合で小さくする形で取水制限の条件を設定してダム運用の計算を
行ってみても、1987年、88年、93年、95年、96年は貯
水量がゼロまたはほぼゼロの期間が生じ、その中で1996年はそ
の期間が8か月を超える。19年間の貯水量が満水貯水量の5%未
満の延べ日数は630日となり、1年9か月にもなる。最終段階で
は限界に近い取水制限を行うという前提で計算しても、このように
貯水量ゼロとなる期間が長期間に及ぶのであるから、取水制限で対
応するのは現実に困難であると判断される。

(ウ) このような結果となるのは、思川開発事業の南摩ダムは、地形

面では5000万 m^3 から1億 m^3 の水を貯留できるダムに適地があるが、流域面積がわずか12.4 km^2 しかないため、流量が乏しく、小川のような河川であるからである。このため、南摩川だけでは、とても水が貯まらない。国土交通省は、最終的に南摩ダムの総貯水容量を当初計画の1億100万 m^3 からその半分の5100万 m^3 に減らし、導水する河川を黒川と大芦川だけにする計画を新たに策定して、2002年に計画変更を行ったが、思川開発はもともと大谷川から大量の水を導水することによって成り立っていたダム計画であったから、総貯水容量を半減したとはいえ、黒川と大芦川からの導水だけでは無理があり、まともにダムの運用を行えば、ダムが空または空に近い状態が続出することは必至なのである。

カ 確かに、原判決のいうとおり、「取水することが不可能ではない」、すなわち、「取水できる時期もある」とはいえるかもしれない。しかしこれでは、「必要なときには水がない」という、およそ利水には役立たないダムであることは明らかである。そこに何度も述べている「低廉な水の供給」という水道事業者としての責務を加えて考慮すれば、利水のためのダム建設の必要性の有無の議論を措いたとしても、この役立たない事業に参画し、このダムのために建設負担金を支出するのはその裁量に逸脱・濫用があると判断されなければならない。

3 まとめ

- (1) 以上のとおり、利水面では、その必要性も全くなく、しかも建設してもおよそ役に立たないダムであることは明らかである。そして、原判決は、少しでも余裕をもって水を確保することが水道事業を営む者の責務であるとしているが、それは根本的に誤りである。
- (2) 水道事業を経営する際に求められる基本原則は、水道法の目的である「清浄にして豊富低廉な水の供給を図」ること、すなわち、①安全な水を、②不足なく、③安い料金で供給することであろう。

このうち、①については、水道法4条で水質基準が定められているので、これに適合すればよいので、水道事業者に裁量があるわけではない。

一方、②と③については、過剰供給になると、使用されない分の水の浄水費用がかさんで料金が高くなるというような、相反する関係にあることから、この双方を満足させるためには、「安い料金で供給できるように、極力過剰供給とならないような経営」をすることが要求されることになる。

この「安い料金で供給できるように、極力過剰供給とならないような経営」という点は、地方自治法2条14項の「最少の経費で最大の効果」の原則、地方財政法4条1項の「必要且つ最少の限度」の支出の原則、地方公営企業法3条の「経済性の発揮」の原則、及び同法21条2項の「料金は、公正妥当なものでなければならず、かつ、能率的な経営の下における適正な原価を基礎とし、地方公営企業の健全な運営を確保することができるものでなければならない。」との原則から、幾ら強調してもしすぎるということはない。「安い料金で供給できるように、極力過剰供給とならないような経営」をするためには、専門的な経営手腕が要求されるが、それは、経営に自由な裁量が認められるというのとは異なるものなのである。

- (3) そうであるにもかかわらず、必要でもないのにやみくもに事業に参画し、そこから撤退しないと判断するのは、明らかに裁量権を逸脱・濫用するものであり、原判決は重要な事実について誤認し、誤った判断をしている。利水負担金の支出は違法であり差止めが認められるべきである。

第2 思川開発事業の治水負担金～独立行政法人水資源機構法21条3項に基づく負担金～について（なお環境影響評価義務違反については後記第3で述べる。）

原判決は、控訴人らが指摘した国交省の利根川水系河川整備基本方針等に現れる合理性を欠く根拠についてすべて排斥し、基本方針等の合理性を認めている。しかし、その判断は、以下に述べるとおり、事実誤認に基づく誤った判断である。

1 思川乙女地点における基本高水流量4000 m³/Sが過大ではないのかという点について

(1) 原判決の判示

ア 原判決は、前記事実を前提とし、思川乙女地点における基本高水ピーク流量は、降雨量データが存在する昭和11年からの流量データを用い、1/100確率流量として求められたものであって、平成18年2月策定の「利根川水系河川整備基本方針」においても維持されたものであることを合理性の根拠として掲げる（52頁(3)の①）。

イ そして、思川乙女地点の基本高水流量毎秒4000 m³というのは過大であるという控訴人らの主張は、「同地点の実績測定の最大値が平成14年の毎秒3130立方メートルであり、また、過去の実績測定（昭和28年から平成18年まで）から水文統計ユーティリティを用いた統計確率計算で確認すると最大値は毎秒3578立方メートルで、平均値も毎秒304立方メートルにすぎないと主張し、この主張に沿う証拠（甲A2、証人嶋津暉之）がある。」と認定しながら、「上記主張は、流量の実測がない昭和28年より前の流量を除くことが前提となっているところ、証拠（乙72、73の1・2）によれば、思川乙女地点の流域の降雨量データは昭和11年から存在しており、降雨量データから推定流量を算定することができるというのであるから、原告らの上記主張はその前提において採用できないというべきである。

原告らは、降雨量データから流量を推計することは客観的でなく科学的でもないとも主張するが、そもそも基本高水のピーク流量は洪水防御の目標とする規模の最大流量を求めるものであることからすれば、流量の実測がないことから、直ちにそれを考慮すべきでないということとはできない。」として排斥している。

(2) 原判決の判示が誤りである理由

ア 原判決は、実測がないものは推定値を用いればよいとするが、基本高水のピーク流量が洪水防御の目標とする規模の最大流量を求めるものであるから、実測がないものでも「直ちにそれを考慮すべきでないということとはできない」としても、降雨量データから推定した流量の算定結果の数値が、実測データと同列に扱えるだけの合理的な数値といえるかが問われなければならないのは当然である。原判決が「降雨量データから推定流量を算定することができるというのであるから」というのは、単に「国交省ができるといっているからそれでいい」ということで、全くの裁判所としての判断の放棄としかいいようがない。

イ 最終準備書面その2でも述べたところであるが、次のとおり基本高水のピーク流量 $3700 \text{ m}^3/\text{S}$ は過大である。

(ア) $4000 \text{ m}^3/\text{S}$ の洪水が起こり得るかどうかは、過去の実績流量から統計確率計算で確認することができる。

(イ) 国土交通省が使用している統計手法（財団法人国土技術センター「水文統計ユーティリティ」2003年12月、甲C第56号証）を使って、 $1/100$ 確率の流量を計算すると、 10 の統計手法による計算結果は手法によって差があって、最小値が $2691 \text{ m}^3/\text{S}$ 、最大値が $3578 \text{ m}^3/\text{S}$ で、平均値は $3046 \text{ m}^3/\text{S}$ であるが、この最大値をとっても、基本高水流量 $4000 \text{ m}^3/\text{S}$ を大きく下回り、計画高水流量 $3700 \text{ m}^3/\text{秒}$ をも下回っている。

計画高水流量は河川改修（堤防嵩上げ・補強と河床掘削）で対応

できる流量であるから、この計算結果は、思川では上流ダム群が全くなくとも、100年に1回の洪水に対応できることを示している。

(ウ) 田中茂信・宝馨「水文頻度解析における確率分布モデルの評価基準」(土木学会論文集1998年5月)(甲C第57号証)により統計手法の計算結果を評価して最も妥当な値を選ぶと、最も妥当な値は $3170\text{ m}^3/\text{S}$ となる。この値から判断すれば、2002年の実績洪水 $3130\text{ m}^3/\text{S}$ はほぼ $1/100$ 確率に相当する流量である。

(エ) したがって、思川・乙女地点の $1/100$ 洪水流量は上流ダムなしで、 $3700\text{ m}^3/\text{S}$ 以下の値になることは確実である。計画高水流量 $3700\text{ m}^3/\text{S}$ は河川改修によって達成できる河道の流下能力を示しているから、思川においては治水面では南摩ダムをはじめ、上流ダムは全く不要である。

思川の治水計画において南摩ダム等の上流ダム群が必要とされているのは、基本高水流量が過大に設定されているからであって、 $1/100$ に相当する洪水流量が科学的に求められれば、河川改修だけで対応可能な計画高水流量 $3700\text{ m}^3/\text{S}$ を下回る値になるのである。

ウ 国交省は、この控訴人らの指摘に対し、「昭和28年以前の明らかに大きな洪水を検討の対象とせず、昭和28(1953)～平成18(2006)年の53年間の実績流量データを用いて確率統計処理により算出した $1/100$ 確率流量は、恣意的に過小評価した結果であり、計画規模の検証にはほとんど意味がなく、思川・乙女地点の基本高水のピーク流量 $4000\text{ m}^3/\text{S}$ は過大であるという根拠には到底なり得ない。また、河川管理者の立場として、明確な根拠もなく、基本高水のピーク流量(洪水防御の目標とする規模の洪水の最大流量)を減少させ、地域の安全を疎かにすることなど論外である。」というのであるが、国交省の反論は、実績流量データを用いて、流量確率法により $1/1$

00 確率流量を求めることの意味を何ら理解しないものである。理由は次のとおりである。

(ア) 国交省は1 / 100 確率流量を雨量確率法で求めることを基本としている。すなわち、最初に、流域の1 / 100 確率雨量を求め、それを過去の洪水データに当てはめて雨量を引き伸ばした上で、貯留関数法の流出計算モデルにより洪水流量を計算する。そして、各洪水のピーク流量計算結果から1 / 100 確率流量を選択する。この雨量確率法は流出計算モデルの係数の設定が妥当か否かなど、計算者の判断要素が入るので、客観的なものではない。

(イ) そこで、雨量確率法による1 / 100 確率流量の妥当性を計算者の判断要素が一切入らない方法で科学的に検証するのが流量確率法である。それに使う実績流量はあくまで観測値に基づいた確かな数字でなければならない。そこで、控訴人らは思川・乙女地点については観測が開始された1953年以降の実績流量データを用いて流量確率法により、1 / 100 確率流量を求め、3170 m³/S程度の値を得、4000 m³/Sという設定は異常に過大であると主張しているのである。

(ウ) 国交省は1953年より前の実績流量も入れるべきだと主張しているが、その実績流量とは観測値ではなく、雨量確率法の計算でも使用した流出計算モデルで推定した値であるから、モデルの問題点を含み、不確かなものである。流出計算モデルの妥当性を検証するのに、同じモデルで求めたデータを使ってはならないことは自明のことであって、国交省は科学的な計算を行う際の基本ルールを無視している。

(エ) このように非科学的な計算を国交省が平気で行うのは、思川・乙女の基本高水流量4000 m³/Sが最初から決まっていて、あとは辻褃合わせをしているに過ぎないからに他ならない。

エ このように、国交省は、不都合な数字は科学的な算定手法を曲げて

でもダム推進の結論が出るような数字を導き出している。控訴審におかれては、こうした国交省の欺瞞に惑わされることなく、裁判所の職責を果たして正当な判断をされるよう期待するものである。

2 思川乙女地点における計画高水流量 $130 \text{ m}^3/\text{S}$ が過大ではないかという点について

(1) 原判決の判示

ア 原判決は、南摩ダムの治水効果についてみても、同ダム地点の計画高水流量毎秒 130 立方メートルは、昭和 11 年から平成 3 年までの 200 降雨を対象として、 24 時間雨量の $1/100$ 雨量確率計算を行い、計画降雨を 359.5 ミリメートルと設定し、この計画降雨を基に、昭和 11 年から平成 3 年までの 64 洪水について、貯留関数法による流出計算結果から、総合確率法による確率流量を計算して、 $1/100$ 確率規模の流量を求めた結果であって、この計算結果についても、昭和 52 年から平成 17 年までの南摩ダム建設予定地地点の最大流量を基に「水文統計ユーティリティ」を用いた確率流量の計算を行った検証によると、 $SLSC$ が 0.04 以下のものは、毎秒 95 立方メートルから毎秒 171 立方メートルになることを根拠として掲げる（ 52 頁(3)②）。

イ そして、控訴人らの、「南摩ダムへのこれまでの計画流入量は最大で毎秒 64 立方メートルでしかなく、計画流入量を流量確率法によって試算すれば、 $SLSC$ が 0.03 より小さく、統計学的に最も妥当な値は毎秒 100 立方メートルにとどまるから、毎秒 130 立方メートルは過大であり、また、引き伸ばし率が 2 倍以上という不合理な計算がされている」との主張に対しては、「南摩ダム地点の計画流入量の最大値が毎秒 64 立方メートルであるとの点については、原告らの主張は実測のない平成 3 年 8 月 20 日における最大流量を除いたものであるところ、証拠（甲 $C52$ 、乙 72 、 73 の $1 \cdot 2$ ）によれば、同日における最大流量は、河川から溢水したために実測がなく、洪水

痕跡から流量を推定することができることが認められる。また、統計学的に最も妥当な値が毎秒100立方メートルであるとの点については、証拠（甲C57）によれば、適当なSLSCの値は0.04以下であるとの見解があり、これを前提とすれば原告らの計算によっても適合する値は毎秒95立方メートルから毎秒144立方メートルの範囲内にあるのであるから、原告らの主張は、適合する値のうちで最も妥当な値を指摘するにすぎない。さらに、引き伸ばし率が2倍以上のものが含まれているとの点については、既に判示したとおりこれを不合理ということとはできない。」として控訴人らの主張を排斥している。

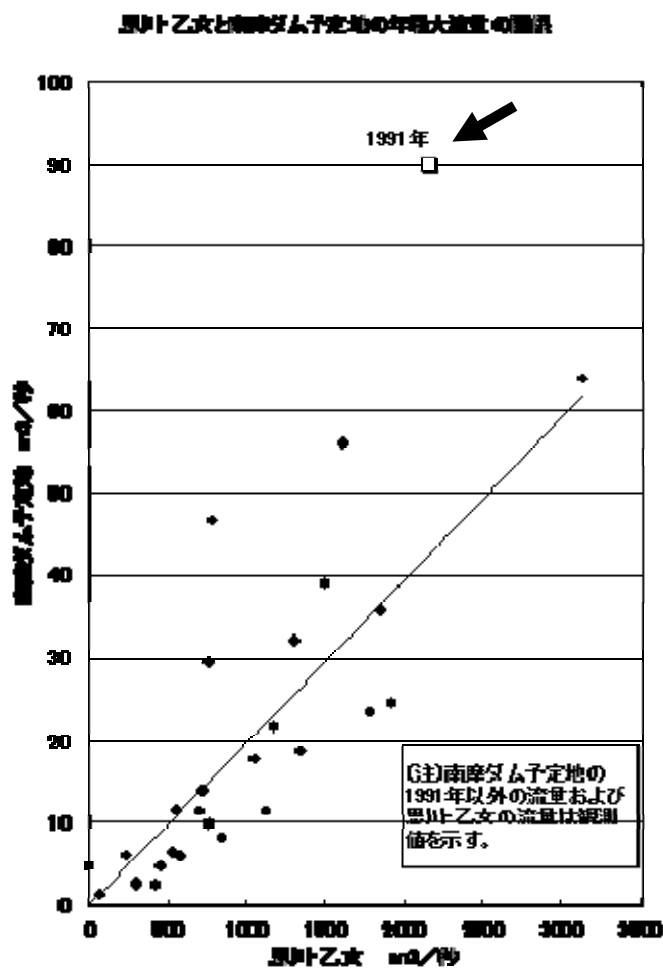
(2) 原判決の判示が誤りである理由

ア まず、実測のない

1991（平成3）

年8月20日の流量推定については、洪水痕跡から流量を推定できるかどうかの問題ではなく、推定できたとしてそれが観測数値と同一に扱えるだけの合理的な推定と言えるか否かが問われるべきである。

そして、洪水痕跡水位からの推定が不確かなだけでなく、その結果として示さ



れている数値は、観測値の実績から桁外れに大きな値となっており、およそ合理的な推定とは言い得ないものである。

これは最終準備書面その2でも掲げた思川・乙女地点と南摩ダム予定地の年最大流量の関係図から明らかである。南摩ダム予定地の流域は思川の流域の一部を構成するので、それぞれの年最大流量の観測値はある程度の対応関係が見られるにもかかわらず、1991年の南摩ダム予定地の推定値 $90 \text{ m}^3/\text{秒}$ は思川・乙女の観測流量との関係では突出しているのである。これを無批判に受け入れて「洪水痕跡から流量を推定できるから合理的」というのでは裁判所の職責放棄と言われても仕方がないであろう。

イ 原判決は、甲C57の田中・宝論文を「SLSCが0.04以下でよい」とする見解として掲げているが、同論文をよく読めばわかるように、その主旨は「本来はSLSC0.03以下のモデルを使うべきであるが、そのルールを適用すると、適合するモデルが一つもなくなってしまふことが多々あるので（甲C57の129頁の右側）、その場合はSLSC0.04以下というルールにする」ということである。したがって、SLSC0.03以下のモデルがあれば、そのモデルを優先して選択するのは当然のことである。原判決は甲C57の趣旨を誤解した上ではあるが、「原告らの主張は、適合する値のうちで最も妥当な値」と正しく理解しているのであり、それなのに何故計画上の推定値がおおよそ合理的と言い得ない値であると評価できないのか理解に苦しむところである。

3 引き伸ばし計算の合理性の問題

(1) 原判決の判示

ア 原判決は、「平成14年3月の株式会社建設技研による『思川開発事業検討業務報告書』でも検証されたとおり、思川流域の流出計算モデルを構築し、昭和11年から平成3年までの間の同地点上流域の3日雨量で100ミリメートル以上の63洪水を対象とし、3日雨量が

1 / 100 確率規模 (326.5 ミリメートル) と合致するように、各時間降雨を一定率増加させ (引き伸ばし率といい、対象洪水の約半分当たる 32 洪水において 2 倍以上の値が採用された。「建設省河川砂防技術基準 (案) 同解説」によれば、引き伸ばし率は 2 倍程度にとどめることが望ましいとされている。)、これが降雨として生じたものとして、流出計算モデルにより洪水流量を計算した。」と認定する (50 頁)。

イ しかし、「南摩ダムの治水効果の算定は、平成 14 年 3 月の株式会社建設技研による「思川開発事業検討業務報告書」でも検証されていることに加え、引き伸ばし率も 2 倍以内にとどめることが望ましいとされているにとどまること、また、南摩ダムの治水効果の算定に当たり治水容量比を用いた点についても、現時点において南摩ダムのほかに思川乙女地点上流域の洪水調節施設の建設等が決定されていないこと」 (53 頁(3)③) を根拠にその算定を是認している。

(2) 原判決の判示が誤りである理由

ア まず、思川開発事業検討業務報告書での検討内容自体の合理性が問われているのに、そこで検証されていることを根拠に掲げるは明らかに自己矛盾である。そして建設省河川砂防技術 (案) 同解説で 2 倍以内にとどめることが「望ましい」とあるだけだからそれ以上の引き伸ばし計算をしてもかまわないと何故言えるのか、全く論証されていない。また、計画の是非自体が問われている南摩ダムの治水効果の算定について、現時点でほかに洪水調節施設の建設が予定されていないから非現実的な仮定を元にした治水容量比を基にしたものでよいはずがない。

これらを吟味することなく「不合理ということはできない」というのでは、裁判所がどのような判断の枠組みを設定したところで、全く無意味である。控訴人らは科学的な根拠を示して明らかに合理的でないことを指摘しているのである。控訴審におかれては、作りたいがた

めの計画上の恣意的数値操作を無批判に是認することなく、司法として厳正な判断を下していただきたい。

イ 改めて不合理だという根拠を述べる。

(ア) 第1は、100年に1回の降雨量を過去の洪水に当てはめて引き伸ばし計算を行う際に使う洪水流出計算モデルの精度の問題である。

使用されている貯留関数法というモデル式においては、係数の設定の仕方によって計算結果が変わるから、当該流域に合った係数を設定することが必要である。そして、その検証のためには実際の洪水について実績降雨量により計算した流量が観測流量にどの程度一致するか確認することが不可欠であるところ、そのような検証を行ったデータは国土交通省の開示資料にも水資源機構の開示資料にも見当たらない。机上で設定したモデル式による計算では、思川等の洪水流出を正しく再現できるものではない。

これに対し、国交省回答では、「貯留関数法は、国土交通省が管理する河川の洪水流出計算で一般的に用いられている手法の一つであり、その手法によって構築された流出計算モデルにより、思川等の洪水流出を再現することは十分可能である。」と反論するが、控訴人らは、雨量から流量を計算する手法として貯留関数法そのものを否定しているのではない。控訴人らが問題にしているのは、現実の洪水を再現できない机上の貯留関数法のモデルが使われていることであって、国交省の反論はまったくの筋違いである。

貯留関数法はあくまで計算手法であるから、現実の洪水の流出状況を再現できるように係数を適切に定めなければならない。具体的には、流域をいくつかに分けて、各小流域ごとに K 、 p 、 f 、 Rsa 、各河道ごとに K 、 p といった係数を定める必要がある。流出量の計算結果が観測結果に合うように、これらの係数の組み合わせを幾通りも変えて、最もよい組み合わせを試行錯誤で求めていくことによ

って、現実の洪水を再現できるモデルがつくられる。ところが、国土交通省の開示資料にも水資源機構の開示資料にもそのような係数の検証を行ったような記述はまったく見当たらなかった。このように国交省が用いた貯留関数法は机上で設定したモデル式に過ぎないから、国交省が示す南摩ダムの治水効果は現実と遊離したものであると判断されるのである。

(イ) 第2の問題は、引き伸ばし率（計画降雨量／実績降雨量）の上限を設けることなく、引き伸ばし計算が行われていることである。

「改定新版建設省河川砂防技術基準（案）同解説 計画編（平成9年発行）」（甲C第53号証）によると、「引き伸ばし率（計画降雨÷実績降雨）は2倍程度に止めるのが望ましい」と明記されており、その範囲を超えるものは不適切とされている（14頁）。これは、引き伸ばし率を大きくしすぎると、現実と遊離した降雨の時間分布や地域分布が作られる懸念があるからである。

ところが、南摩ダムの治水効果の計算では、甲C第49号証各表「引伸ばし率」欄のとおり、思川・乙女地点では63洪水のうち、32洪水が2倍を超える引き伸ばし率計算になっているのである。計算した半分の洪水が「望ましくない」引き伸ばし率によっているのである。これを正当な計算と言えるのであろうか。国交省回答でも、「引き伸ばし率が2倍以上となる洪水を選定しても基準を反するものではない」と強弁し、具体的な結果も示さず、「例え、引き伸ばし率の上限を2倍にして、対象となる31洪水で検討したとしても、南摩ダムの治水降下量の結果に差はほとんどなく、引き伸ばし計算に問題はない。」とするのみである。

(ウ) 第3の問題は、思川ダム群の各ダムがどこにあらうが、治水容量あたりの治水効果は同じだという非現実的な仮定をおいて流量削減効果の比例計算を行っていることである。

思川において最近10年間で発生した大きな洪水は1998年9

月、2001年9月、2002年7月である。この3洪水における南摩ダム予定地および思川・乙女地点の流量の時間変化は、国土交通省と水資源機構への情報公開請求によって入手した流量観測データ（甲C第54号証、甲C第55号証）により計算すると、南摩ダム予定地から思川・乙女地点までの距離は約45km（標高差135m）で、洪水時の流速はこの区間の平均で毎秒4～6m程度と推測されるので（河川の流速を求めるマンニングの公式から計算）、洪水の到達時間は2～3時間と考えられるから、到達時間を2.5時間として、「この3洪水において仮に南摩ダムがあった場合に思川・乙女地点の洪水流量がどの程度変わるか」の計算を行ってみると、南摩ダムがあってもなくても思川・乙女地点の洪水ピーク流量はほとんど変わらず、南摩ダムの有無による差がきわめてわずかであることが判明する。

実際のピーク流量と、南摩ダムによる洪水調節を考慮した計算流量のピーク値を整理すると、次のとおりである。

(単位 m ³ /秒)	実績ピーク流量 (A)	南摩ダム調節後のピーク流量 (B)	差 (C)	C/A
98年9月洪水	1847	1826	21	1.14%
01年9月洪水	1746	1728	18	1.03%
02年7月洪水	3131	3088	43	1.37%
平均				1.18%

思川の治水計画では、乙女地点における上流ダム等による洪水調

節がない場合の最大想定流量、すなわち、基本高水流量は4000 m^3/S で、そのうち、南摩ダムで約65 m^3/S を削減することになっているから、その削減比率は $65/4000=1.63\%$ と微々たるものであるが、実際の洪水においては、さらにそれを大きく下回る効果しか得られないのである。

前記国交省回答では、「南摩ダムの治水効果の検討にあたっては、南摩ダム以外の洪水調節施設についても想定の上、思川・乙女地点における洪水調節効果量を算出し、治水容量比で南摩ダムの洪水調節効果量を算出する手法が用いられている。・・・南摩ダムを含め想定される上流のダム地点からは一様に遠く離れており、同地点における個々のダムの洪水調節効果量の低減割合に大きな差はないと考えられる。・・・南摩ダム以外に具体的な施設が決まらない中では、現実的かつ合理的な方法である。」と反論する。しかし、国交省は思川のダム群一括の計算結果から、治水容量比の按分で南摩ダムの効果を求めているが、各ダムの効果は治水容量だけでなく、集水面積も大きく影響するから、治水容量比だけで按分するのは誤った計算であり、集水面積がごく小さい南摩ダムの効果を過大評価するものになっている。そして、ダム群というけれども、思川においては南摩ダム以外のダム計画は現実に存在しない。かつては県営の東大芦川ダム、旧思川開発事業計画に位置づけられていた行川（なめかわ）ダムの計画があったが、いずれも中止となっており、それ以降、新たなダム計画はなく、今後とも南摩ダム以外の新規ダムの計画が作られる可能性は皆無である。すなわち、国交省が想定している南摩ダム以外のダムは架空のものなのである。国交省によるダム群の治水効果の計算はそのようにいくつかの架空のダム計画を前提にしたものであるから、現実性がまったくないものである。そのように架空のダム計画を前提とした計算を行って何の意味があるのだろうか。

国交省が南摩ダム単独の治水効果を計算しない理由は、集水域がわずかな南摩ダムだけでは、その効果がきわめて小さくなってしまいうからであり、それを覆い隠すためにダム群の計算に代えているのである。実際、国交省回答では、既に原告準備書面13で示していた上記観測流量から見た南摩ダムの実際の治水効果が国交省の計算結果を大幅に下回ることに對する反論はなく、国交省はこの事実を認めざるを得なかったと判断されるのである。

4 渡良瀬遊水地が考慮されていないという点について

(1) 原判決の判示

原判決は、「南摩ダムの利根川に対する治水効果の算定に当たっては、渡良瀬遊水地の貯水効果が無視されており、渡良瀬遊水地の貯水効果を前提とすれば、南摩ダムによって思川の洪水調節を図る必要はないと主張する。しかし、利根川河川整備基本方針においては、渡良瀬川、思川及び巴波川の利根川への合流量は、渡良瀬遊水地の洪水調節を加味して、利根川本川の計画高水流量に影響を与えないこととされているのであって、利根川水系全体としてバランスよく治水安全度を向上させる必要があることも考慮すると、利根川本川の計画高水流量に影響を与えないとしたことが不合理ということとはできない。」(55頁ウ)とする。

(2) 原判決の判示が誤りである理由

ア 原判決は何の根拠もなく国交省の主張を鵜呑みにし、控訴人らの主張を否定している。しかし、控訴人らはただ漠然と主張しているのではなく、国交省の計画を踏まえて具体的に根拠を主張しているのである。

イ これも改めて述べる。

(ア) 南摩ダムによる利根川の栗橋地点の洪水ピーク流量の削減効果は約50 m³/秒である。

(イ) 甲C第51号証表-2. 4. 3 栗橋地点流出計算結果(栗橋地

点1/200)によると、① 過去の31洪水(昭和12~49年)に200年に1回の栗橋上流域の3日降雨量328.1mmをあてはめて、思川のダム群がある場合とない場合について引き伸ばし計算を行ったところ、栗橋地点における思川ダム群の洪水ピーク流量削減効果は平均で274m³/秒であった。② 思川ダム群の治水容量は2740万m³、南摩ダムの治水容量は500万m³であるから、栗橋地点における南摩ダムの洪水ピーク流量削減効果は274m³/秒×500万m³÷2740万m³=50m³/秒である。ということであるが、この計算にも、前述の計算方法の3つの問題点そのまま当てはまる。

(ウ) そもそも、このように意味のない計算であるが、それによって算出された結果はじきだされた効果が、わずか50m³/秒の効果であり、利根川・栗橋地点の洪水流量想定値と比べれば、0.3%程度の微々たるものである。

(エ) そして、南摩ダムの利根川・栗橋地点への治水効果に関しては、さらに重要な問題がある。それは、思川と利根川との間に巨大な洪水調節池、渡良瀬遊水地が存在していることである。

渡良瀬川、思川、巴波川の最下流に渡良瀬遊水地があって、それら支川の洪水が利根川の洪水ピーク流量に影響しないように、渡良瀬遊水地内の3つの洪水調節池に越流させる仕組みがつけられている。渡良瀬遊水地は洪水調節容量が現状で1億7180万m³もある、巨大な洪水貯留施設である。

(オ) 利根川の治水計画では、渡良瀬川、思川、巴波川の計画高水流量、それぞれ4500m³/秒、3700m³/秒、1200m³/秒が渡良瀬遊水地で調節され、利根川・栗橋地点の洪水ピーク流量への影響をゼロにすることになっている(甲C第50号証)。国土交通省および水資源機構の開示資料にある「利根川・栗橋地点に対する思川ダム群の治水効果」(甲C第49号証、甲C第51号証)はこ

の巨大な洪水貯留施設がないという前提で計算したものであるから、現実と遊離したものとなっている。

(カ) 渡良瀬遊水地の洪水調節効果を考慮して、「利根川・栗橋地点に対する思川ダム群の治水効果」を計算したデータは見当たらないが、渡良瀬川、思川、巴波川の洪水ピークは渡良瀬遊水地の巨大な洪水調節容量に吸収されてしまうので、思川ダム群の治水効果が利根川の洪水ピーク流量の削減に寄与することはないと思料される。

(キ) これに対し、前記国交省回答で、「渡良瀬川(思川等の支川を含む)では、草木ダム等の洪水調節施設により渡良瀬遊水地に流入する洪水流量を計画高水流量以下に低減し、さらに渡良瀬遊水地の洪水調節により、渡良瀬川の利根川への合流量が、利根川本川の計画高水流量に影響を与えないようにする計画としている。すなわち、ダム等の洪水調節施設と渡良瀬遊水地により利根川への合流量を洪水調節するものであり、南摩ダムは草木ダム同様、その一翼を担う洪水調節施設である。」と反論する。

しかし、利根川への南摩ダムの治水効果は国交省の主張でも前記のとおり栗橋地点の計画高水流量に対する南摩ダムの効果の割合はたった0.5%と微々たるものであるが、それも渡良瀬遊水地の存在を無視した場合であって、実際には渡良瀬遊水地による大きな洪水調節作用があるので、ゼロと見るべきである。具体的に数字を示した反論ではなく、単に治水計画の考え方を述べるだけにとどまっている。

国交省が利根川にも南摩ダムの治水効果があると強弁するならば、渡良瀬遊水地の存在を前提とした治水効果の計算を行った結果を示すべきである。利根川に対する南摩ダムの治水効果がないからこそ、国交省はその計算結果を示すことができないのである。

ウ このような何の根拠も示さない国交省の計算結果を全く無批判に「国交省がそういう計画を立てたのだから合理性がある」と認定する

のが原判決である。何度も繰り返すが、控訴審裁判所におかれては裁判所の役割を果たし、合理性を吟味していただきたい。

5 県と国の治水計画が矛盾しているという点について

(1) 原判決の判示

原判決は、控訴人らは、「栃木県の思川圏域河川整備計画における計画流量配分図（甲C58）によれば、思川乙女地点における計画高水流量は毎秒3700立方メートルであるが、その算定方法は1/50確率流量によるものであって、県と国の治水計画は矛盾しており、これは治水計画がずさんであることの根拠であると主張する。しかし、証拠（甲C58）及び弁論の全趣旨によれば、原告ら主張の事実が認められるが、これは、県が、国の計画高水流量との整合性を保つために合理式により確率評価を行った結果であるから、県の計算方法自体が不合理ということとはできないから、この点をもって国の計算方法までが不合理であると認めることはできない」とする（55頁エ）。

(2) 原判決の判示が誤りである理由

ア 原判決の「県が、国の計画高水流量との整合性を保つために合理式により確率評価を行った結果」という認定には全く根拠がなく、裁判所の誤解か恣意的認定としか思われぬ。

イ 国交省回答では、「昭和55年に改定された利根川水系工事実施基本計画では、思川・乙女地点の基本高水のピーク流量は1/100確率流量の4000 m^3 /秒となり、洪水防御の目標とする規模の洪水流量は増大された。これに対処するため、様々な治水対策を比較検討するとともに、逼迫した水需要の増加等に対処するための水資源開発が必要なことも考慮のうえ、総合的に判断した結果、思川の治水対策は上流のダム群により300 m^3 /秒の洪水調節を行い、河道への配分流量は3700 m^3 /秒とされた。その後、平成18年2月に策定された

利根川水系河川整備基本方針においても同じ流量とされた。」と述べる。

しかし、思川は乙女地点より約1 km下流の地点から下流が国の直轄区間で、それより上流は栃木県の管理区間（指定区間）となっているので、栃木県が河川法に基づく河川整備計画（思川圏域河川整備計画）を2007年7月に策定したが、それによる乙女地点の計画高水流量は50年に1回の洪水を想定して $3700 \text{ m}^3/\text{S}$ である。

ウ 県は、50年に1回の洪水を想定したものであるが、基本高水流量は定めておらず、計画高水流量 $3700 \text{ m}^3/\text{S}$ などの算出根拠データは保有していないとのことであり、河川整備計画の乙女地点の $3700 \text{ m}^3/\text{秒}$ の根拠を何も示していない。治水計画の基本となる数字が根拠もなく定められていることは疑いがない事実である。

一方、国の利根川水系河川整備基本方針による乙女地点の計画高水流量も同じ $3700 \text{ m}^3/\text{S}$ であるが、これは100年に1回の洪水を想定したものである。

エ 原判決のいう、「整合性を保つために合理式により確率評価」ということがあるとすれば、単に、「国が 3700 だから県も 3700 にした」というだけのことである。しかし、方や100年に1回の洪水、方や50年に1回の洪水を想定したにもかかわらず、なぜ同じ数字になるのか、というのが「矛盾」の理由である。

それについて「何の算出根拠もない」というのが県の回答である。国交省の回答は専ら国の治水計画の経過を述べるだけで、その矛盾についての答えとはなっていない。ダム建設を正当化するための根拠とするための数字として $3700 \text{ m}^3/\text{S}$ や $4000 \text{ m}^3/\text{S}$ の数字を決め、国も県もその数字を使っているだけであって、その数字に科学的な根拠があつてのことではない。それゆえこのような矛盾が生じ、それに対して無回答となるのである。

裁判所までこの矛盾を無批判に是認してはならない。

オ そして、原審最終準備書面でも述べたとおり、控訴人らにおいて1 / 50洪水流量を前述の1 / 100洪水流量と同様に、実績流量からの統計確率計算で求めると、10統計手法の平均は2604 m³/Sであり、1 / 100の場合よりも、440 m³/Sも小さい。このように、南摩ダムが治水上必要だという計画は、杜撰な根拠で過大な想定洪水流量が設定されていることによるものであって、実際の必要性は皆無である。

6 まとめ

- (1) 以上述べたとおり、原判決が「不合理ということができない」とする論拠はいずれも誤りであり、矛盾だらけの非科学的根拠を無批判に是認したにすぎない。科学的具体的根拠により不合理性を指摘している控訴人らの主張の正当性は否定できないはずである。
 - (2) 原判決は、「利根川河川整備基本方針、ダム建設に関する基本計画又は独立行政法人水資源機構法施行令22条1項の判断のいずれか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ということはできず、被告による独立行政法人水資源機構法21条3項に基づく負担金の支出が違法ということとはできない。」と結論づけているが、第2章第3で述べたとおり、被控訴人は、思川開発事業によって治水上利益を受けることがない場合、あってもその負担が受益に見合ったものでない場合には、負担金の納付通知は違法であり、それに従った支出は拒まなければならない。
 - (3) しかるに、これだけ多岐にわたる非合理性や矛盾が生じるのは、すべてはこの場所にダムを造りたいがための数字あわせの産物であり、客観的にその必要性を吟味した結果によらず計画が策定されていることは明らかであり、実際には南摩ダム建設によりその負担する莫大な費用に見合う治水上の利益が得られる見込みはない。
- したがって、仮に、原判決の掲げる「看過し得ない瑕疵の存在」という判

断基準によったとしても、それが存在するというべきであるから、納付通知に基づく負担金を支出することは許されず、差止めが認められるべきである。

第3 思川開発事業における環境影響評価義務違反について

1 原判決の判示

原判決は次のように判示して、思川開発事業については、環境影響評価義務はなく、栃木県による独立行政法人水資源機構法21条3項に基づく負担金の支出が違法ということはできないと結論づけた。しかし、この判断は、後記2で述べるとおり誤りである。

「思川開発事業は、環境影響評価法施行前にその建設計画が告示された事業であり、環境影響評価法に基づく環境影響評価を行なう必要がない上、条理又は生物多様性条約を根拠にして、環境影響評価義務が生ずるとは解し得ないものであるし、平成13年に公表された『南摩ダム周辺の環境調査結果』と比べ、平成5年12月にまとめられた環境影響評価書は、評価の前提として把握した動植物の種類が少ないなど調査内容が不十分であったが、独立行政法人水資源機構は、平成5年以降も、環境影響評価法において環境影響評価項目とされた事項についての環境調査も継続して行っており、原告らが指摘するクマタカやオオタカの存在や、水質の状況についても調査結果によって把握した上で、今後は『思川開発事業生態系保全委員会』における検討を経て、環境保全措置の検討もしていく予定となっていることが認められ」（53頁）

2 原判決の判示が誤りである理由

(1) 条理上の環境影響評価義務

環境影響評価とは、ダム建設のように環境に著しい影響を与えるおそれのある行為については、これを未然に防止するため、その実施・意思決定に当りあらかじめ環境への影響について適正に調査、予測又は評価を行い、その結果に基づき、環境の保全について適正に配慮する仕組みである。

この環境影響評価は、1969（昭和44）年にアメリカのNEPA（National Environmental Policy Act：国家環境政策法）によって世界

で初めて制度化されたものであるが、日本においても、1972（昭和47）年6月には「各種公共事業に係る環境保全対策について」の閣議了解による取組が始まり、同年7月の四日市公害訴訟の判決理由中では、事前に環境に与える影響を総合的に調査研究し、その結果を判断して立地する注意義務があるとされ、司法によって、条理法上、事案に則した環境影響評価義務が存在することが確認された。

国による立法化は1997（平成9）年6月になってやっと実現したが、その間も、日光太郎杉事件判決等で条理上の環境影響評価義務の存在が裁判所によって確認され、また、地方公共団体では次々と環境影響評価条例が制定され、環境に著しい影響を与えるおそれのある行為については、これを回避するために環境影響評価をすべきことが当然のことと認識されるようになった。国土交通省（旧建設省）でも、1985（昭和60）年9月26日事務次官通知等によって、環境影響評価を実施するようになった。

このように、法律が制定されていなくとも、裁判例で環境影響評価義務が認められ、国も各省庁独自に環境影響評価制度を設けたのは、環境影響評価が条理上の当然の義務と認識されたからに他ならない。

そして、予測、評価の結果に基づき環境保全について要求される環境配慮については、影響の大きさと損ねられる環境の重要性との比較から、影響の回避、最小化及び代償措置の3段階からなるミティゲーションとされている。

したがって、条理を根拠にして、環境影響評価義務が生ずるとは解し得ないとする原判決は、法解釈を誤ったものである。

(2) 生物多様性条約に基づく環境影響評価義務

ア 生物多様性条約とは

生物の多様性に関する条約（以下「生物多様性条約」という、甲B第35号証）は、1992（平成4）年6月にブラジルのリオ・デ・ジャネイロで開催された国連環境開発会議（地球サミット）で条約に

加盟するための署名が開始され、1993（平成5）年12月29日に発効した。日本は1993（平成5）年5月23日に署名、批准し、平成5年条約第9号として成立している。

絶滅のおそれのある動物の輸出入等を規制する「絶滅のおそれのある野生動植物の種の国際取引に関する条約（いわゆる『ワシントン条約』）」、湿地保全のための「特に水鳥の生息地として国際的に重要な湿地に関する条約（いわゆる『ラムサール条約』）」、自然遺産等を保護する「世界の文化遺産及び自然遺産の保護に関する条約（いわゆる『世界遺産条約』）」など、野生生物等の自然環境の保護を目的とする国際条約が既に存在しているが、特定の野生生物の保護政策だけでは世界的に進行している自然破壊に対処できなかつたことから、個別の種や特定の生態系に限らず、地球規模の包括的な生物の多様性そのものを保護するためにと制定された国際条約が、生物多様性条約である。

イ 生物多様性条約の直接適用の可能性

日本では、日本国憲法98条によって、条約が優位する一元論にたち、その国内法的効力については条約をそのままの形で国内法として一般に受容し執行するという一般的受容方式を採用していることに争いはない。条約は、そのままの形で、天皇の公布により国内的効力をもつのであって（日本国憲法7条1号）、法律制定という国内法化のための特段の経路を経る必要はない（一般的受容のうちでも自動受容を採用している）。

また受容された条約の国内における序列については、条約は憲法には優先しないが個々の法律には優先するとするのが通説である。

条約が国内効力を有し法律に優先するとしても、特定の条約の条文規定が国内で何の措置もとらずに直接適用されるかどうかはさらに検討しなければならない。一般には、その判断は各国が行う、とされるものの、実際には各国とも共通している。現在の世界の国々では、条

約に国内効力を認める場合には直接適用力があると推測され、特にその条約の条文規定が明確である場合には直接適用力があるとされている。日本の実務でも少なくとも条文規定が明確であれば条約の規定に直接適用力を認めている（以上、甲B第37号証の11～12頁）。

以上から、次のことを指摘できる。

まず、①この条約は法律に優先することから、種の保存法や自然公園法を解釈する際に、その解釈の基準を条約に求めることができる他、不十分な法律については生物多様性条約によってその内容、解釈が補完されること、及び②条約の条文規定が明確であることによって直接適用力を肯定できる場合には、本条約の条文規定を直接に適用して、国の義務を確定することができること、である。

ウ 生物多様性条約による環境影響評価義務

生物多様性条約は、生物多様性を保全するため、締約国に様々な義務を課しているが、その一つに環境影響評価義務がある（14条）。

条約8条（生息域内保全措置義務）や9条（生息域外保全措置義務）が規定する具体的・積極的施策をとることは、対外的に日本国家に課せられた義務ではあるが、それを根拠に国内において国民が具体的請求権として特定の施策をとる権利があるとするにはできないであろう。

しかし、日本国家には条約に規定する生物多様性を保全する義務が課せられることの意義を考えれば、国が積極的に生物多様性を破壊するような場合には、国民がその破壊行為をもって生物多様性保全義務に違反していると主張して、裁判所に救済を求めることは可能でなければならない。また条約14条の環境影響評価義務についても、国内手続における環境影響評価が条約に即した十分な評価がなされていない場合に、その違法性を主張して同じく裁判所に救済を求めることも可能でなければならない（甲B第37号証の12～13頁）。

特に本件のように、控訴人らが個人の国家に対する請求の根拠とし

て本条約を挙げるものではなく、国家の行為であるダム建設行為を違法と認定する根拠として本条約を挙げる場合には、このような解釈はより妥当性を有する。一般に、後者の場合には、前者の場合に比べて、条約が直接適用されるための要件（例えば明確性）は緩やかであるとされ、同一の条約であっても、前者の場合には直接適用が不可能であるが、後者の場合には可能とされる場合があり得るといわれているからである（岩沢雄司「条約の国内適用可能性」有斐閣1985年）。

エ 小括

以上のとおりであるから、日本が生物多様性条約を批准した1993（平成5）年5月23日以降は、国及びその機関は同条約14条に基づき、国際的のみならず国内的にも、同条に則した適正かつ実効的な環境影響評価義務を負うに至り、これに反する場合には当該行為はこの義務を怠った違法な行為となるとみるべきであり、これに反する原判決の判示は訂正されなければならない。

(3) 環境影響評価義務違反の効果

ア このように、環境影響評価は、これが制度化されている場合は勿論のこと、そうでない場合であっても、事案に即して条理法上の義務として要求されるものであり、環境影響評価が必要であるのに実施されなかった場合や、形式的には実施された場合であっても、事案に即した適切なものでない場合には、この条理法上の義務違背としてその行為は違法とされなければならない。

イ 原判決は、「独立行政法人水資源機構は、平成5年以降も、環境影響評価法において環境影響評価項目とされた事項についての環境調査も継続して行なっており、原告らが指摘するクマタカやオオタカの存在や、水質の状況についても調査結果によって把握した上で、今後は『思川開発事業生態系保全委員会』における検討を経て、環境保全措置の検討もしていく予定となっていること」を肯定的に評価している。

しかし、環境影響評価義務は、あくまでも事業実施の前に環境への影響を評価するものであるから、それが不十分である以上、いくら事後的に調査を継続して保全措置を検討するといっても、環境に対して影響を及ぼさないと認められる場合は別として、環境影響評価義務を尽くさなかった瑕疵を治癒するものではない。

(4) 思川開発事業における環境影響評価の実状

ア 思川開発事業における環境影響評価

思川開発事業の現計画は2002（平成14）年3月に確定されたものであるが、現計画については、環境影響評価は実施されていない。

大谷川からの導水と行川ダム建設も予定されていた旧計画（訴状3頁～4頁）については、旧建設省関東地方建設局長において、「建設省所管ダム、放水路及び道路事業環境影響評価技術指針について」

（昭和60年9月26日建設事務次官通知、甲B第115号証）に基づき、環境影響評価を行い、その結果を1993（平成5）年12月「利根川水系思川開発事業環境影響評価書」（以下「1993年評価書」という）にまとめている（甲C第60号証）。

この次官通知に基づく環境影響評価が、評価項目が公害や自然環境に限定されている上、代替案との比較検討や内容の適正を審査する制度的手当がないといった根本的な問題点があり、この通達に従っただけの環境影響評価では、到底、適正な環境影響評価がなされたものと評価することができないことは、最終準備書面その8の11頁で述べたとおりである。

八ッ場ダムなど環境影響評価（アセス）法の成立（1997年）以前に計画されたダムは、ほとんどまともな環境アセスがなされていない（甲A10）のが実情である。

イ 1993年評価書について

1993年評価書（甲C第60号証）の内容は、思川開発事業の事業実施区域及びその周辺の区域における環境の現状を把握するために、

1978（昭和53）年度から1992（平成4）年度にかけて実施した環境調査の結果をもとに、なされた予測や評価を行ったものをまとめたものである（甲C第62号証「南摩ダム周辺の環境調査結果」のはじめに）。

1993年評価書は、生物多様性に関する予測については科学的・客観的にしているものの、その他の項目の予測および評価結果については、生物多様性に関するものを含め、その判断は非科学的・主観的で、事業実施に都合がよいように変容されてしまっており、「アワズメント」と揶揄される類のものであって、環境影響評価の名に値しないものである（甲C第81号証12～14頁）。

ウ 2001年環境調査結果について

「南摩ダム周辺の環境調査結果」（以下「2001年環境調査結果」という）は、1993年評価書を受けて、本件南摩ダム建設を前提にした環境保全対策を具体化するにあたり、新たな事業計画案に基づく事業実施区域及びその周辺の区域における環境（水質、地形及び地質、植物、動物）について、これまで実施してきた調査の結果をまとめたものである（甲C第62号証のはじめに）。

2001年環境調査結果においても、市民団体の調査により水没地域内で生息確認が確認されたトモンハナバチ（レッドデータブックとちぎではBにランクされている）が確認されておらず、またこの地域で確認されてしかるべきミドリシジミ類、ヒオドシチョウ、クモガタヒョウモン、サトキマダラヒカゲ、ジャノメソウ、コマダラチョウ、オオムラサキ等が確認されていないなど調査が不十分といわなければならない。それでも、2001年環境調査結果は、1993年評価書よりも、水生昆虫以外のすべての動植物種において、確認された種数が著しく増加している。これは、1993年評価書の調査が不十分だったことを示すと共に、本件南摩ダム周辺地域の生物多様性が極めて高いこと、および丁寧に調査すればするほど確認される種数が増える

ことを物語っている。この地域には未確認の貴重種が生育・生息している可能性が高いのである。

エ 生物多様性条約と本件思川開発事業

思川開発事業の中核である南摩ダム建設予定地及びその周辺地域は、生物多様性が極めて豊かである。

したがって、生物多様性条約を1993（平成5）年5月23日に批准した日本政府は、同条約に基づき、その国際的義務として、南摩ダム建設予定地周辺地域の生物多様性を保全すべき義務を負っており、これを侵害するおそれのある事業については、環境影響評価を行い、生物多様性に対する影響が大きいと予測される場合には、事業を中止する義務がある。

しかしながら、前述のとおり旧建設省の実施した環境影響評価（その内容は1993年評価書）は、調査、予測、評価結果とも、極めて杜撰であり、同条約14条1項にいう環境影響評価義務を尽くしたとみることはできない。

南摩ダム建設予定地周辺には、種の保存法による国内希少野生動物種の指定を受けた猛禽類として、クマタカ、オオタカ、ハヤブサが確認されている。

クマタカは、1999（平成11）年3月に飛翔が確認されたのを受けた調査により、同年4月～6月に約80回、同年11月～2001（平成13）年8月に約470回確認されており、南摩川に隣接する栗野川流域で1番の営巣が確認され、2000（平成12）年～2001（平成13）年の繁殖期には繁殖の成功が確認されている（甲C第62号証）。

南摩ダム建設によるノウサギなど餌となる哺乳類の生息地の消滅、ダム建設に伴う騒音、振動の影響による営巣放棄の可能性等を考慮すれば、南摩ダム建設行為は、クマタカの繁殖行為、採餌行為に重大な悪影響を与えるものとして種の保存法9条にいう損傷として違法とな

り得るものである。

オオタカについては調査がなされ、南摩ダム建設予定地周辺では4番が生息しており、そのうち2番が湛水予定地を縄張りに行っていることが判明している。なお、ハヤブサについては、クマタカやオオタカのような調査は行われていない（甲C第62号証）。

いずれにせよ、南摩ダム建設によって、オオカタやハヤブサの生息地そのものが消失し、あわせて餌である中小型鳥類も著しく減少し、採餌行為が制限されることは明らかである。これまた、南摩ダムの建設は、種の保存法9条にいう損傷に該当し違法な行為となり得ることは明らかである。

オ 南摩ダム湖の水質の問題

全チッソについては、すべての流入水が特別な基準をも上回っており、また、全リンについては、いずれも特別の基準はクリアーしているものの、一般的基準についてはぎりぎりクリアーしているという状態である。

したがって、本件南摩ダム湖の貯留水が富栄養化して、カビ臭の原因となる植物プランクトンを増殖させる蓋然性は高いと言わなければならない。また、水質の悪化は、カビ臭の問題の外にも、トリハロメタンの生成をも引き起こすおそれもあるのであり、南摩ダムに貯留された水は、飲料用に適した水ではなく、これを浄化するためにさらに膨大な費用を要することは確実である。

(5) 小括～思川開発事業は環境影響評価義務を怠った違法な事業

以上のとおり、思川開発事業は、南摩ダム建設予定地およびその周辺地域に生息する国内希少野生動植物種であるクマタカ、オオタカおよびハヤブサの生息地を減少させ、これらの生存を断ち切ることは確実であり、このままダム建設を続行してこのような結果を生じさせることは種の保存法9条に反する違法な行為となるであろうこともまた確実である。

にもかかわらず、そのことをまったく考慮せずにダム建設工事を実行

することは、生物多様性に対する影響について、事前に、適正に調査、予測又は評価を行い、その結果に基づき生物多様性の保全について適正に配慮しなければならないという、条理法上および生物多様性条約14条1項に基づく環境影響評価義務に反する違法な行為となることは明らかである。

また、思川開発事業の実施は、水質問題についても、事前に、適正に調査、予測又は評価を行い、その結果に基づき環境の保全について適正に配慮しなければならないという、条理法上の行政上の環境影響評価義務に反する違法な行為となることは明らかである。

第4 思川開発事業の治水負担金についてのまとめ

上記第2で述べたとおり、栃木県は、思川開発事業によって、治水上の利益を受けることはないのであるから、思川開発事業に係る独立行政法人水資源機構法21条3項に基づく負担金の納付通知は、要件を欠き違法である。また、上記第3で述べたとおり、思川開発事業は、条理上及び生物多様性条約上の環境影響評価義務を行なった違法な事業でもあるから、この点でも上記負担金の納付通知は違法である。

したがって、栃木県は、この違法な納付通知にしたがった支出を拒むことができるというだけでなく、その予算執行の適正確保の見地から、これを拒むべきである。

しかしながら、栃木県は、これを怠り、納付通知に唯々諾々として従い、支出を続けているのであり、これに対しては、違法な行為として、その差止が認められなければならない。

第4章 湯西川ダム建設事業にかかる建設負担金支出の違法性

第1 湯西川ダムの治水上の必要性

1 治水計画上の湯西川ダムの必要性

(1) 控訴人らの主張

控訴人らは、湯西川ダムが治水計画上は必要でなかったことについて、次のとおり主張した。

湯西川ダム計画が浮上する前の1973年度治水計画と湯西川ダム建設計画後に変更された1992年度治水計画の二つの治水計画を比較してみると、いずれの計画でも、石井地点の基本高水流量は8800 m³/秒であり、それを上流ダム群で調節して2600 m³/秒カットし、計画高水流量を6200 m³/秒にするという点は何ら変わっていない。変わったのは、1973年度の計画では湯西川ダムを除く3ダムで調節していたのに対し、1992年度の計画では湯西川ダムを含めた4ダムで調節することになっている点である。しかし、石井地点における洪水のカット量は両方の計画でまったく同じなのであるから、湯西川ダムを入れる必要性は無く、鬼怒川の治水計画は既設の3ダムだけで完結していた。すなわち、湯西川ダムは鬼怒川の治水計画として本来は必要がなかったものである。

(2) 原判決の判示

原判決の判示は次のとおりである。

「湯西川ダムを除いた既設の3ダムによる洪水調節効果と湯西川ダムを加えた4ダムによる洪水調節効果はともに毎秒2600立方メートルで変更がなかったものの、湯西川ダムの建設に併せて湯西川ダム下流の五十里ダムの計画放流量を当時の河道流化能力に合わせて毎秒1000立方メートルから毎秒500立方メートルと改定した上でのことであり、

原告らの主張は前提を欠き採用できない。」（64頁）

(3) 原判決の判示が誤りである理由

控訴人らの主張に対する原判決の批判は必ずしも明らかでないが、湯西川ダム以外の3ダムで2600 m³/秒調整できたものを、湯西川ダムを加え4ダムに増やして同じく2600 m³/秒調整するというのであるから、この2つの計画を比較する限り、治水上、湯西川ダムの必要性がないことは否定できない。原判決の判断は極めて不当であり、誤っていることが明らかである。

2 数字操作により作出された治水効果

(1) 控訴人らの主張

控訴人らは、2006年度基本方針の治水効果が数字操作により作出されたものであることについて、次のとおり主張した。

ア 石井地点の計画高水流量の縮小

1992年度治水計画と改定後の2006年基本方針を比較すると、石井地点の基本高水流量（ダム調整前の流量）が8800 m³/秒というのは変わっていないが、同地点の計画高水流量（ダム調整後の流量）は、1992年度治水計画では6200 m³/秒であったのが、2006年基本方針では5400 m³/秒となり、800 m³/秒小さくなっている。

イ 計画高水流量の変更には合理的理由がない。

石井地点の計画高水流量6200 m³/秒というのは、1973年度の工事実施基本計画で「石井上流の流下能力等により判断して」設定されたものであり、その後33年間変更されていない。

計画高水流量は基準地点における計画流下能力を示すもので、計画河道断面を確保すれば流下が可能という計算に基づいて定められている。したがって、計画河道断面が変わったならともかく、甲63号証の図5のとおり、2006年基本方針の計画河道断面は従来の基本計画のそれとほとんど変わっていない（石井地点の川幅は同じ590 m

のままであり、計画高水位は102.09mと102.03mであり、ほとんど差がない) のであるから、この時期にこれを変更する客観的・合理的理由は何もない。

ウ 湯西川ダムの治水効果創出のための数字操作

この時期(2006年)に計画高水流量を縮小変更したのは、本件訴訟が2004年に宇都宮地方裁判所に提起され、訴状のなかで、湯西川ダムの治水効果がないこと(湯西川ダムが建設されてダムが3基から4基に増えても洪水カット量が同じであること)が指摘されたため、湯西川ダムに治水効果をもたせる必要に迫られ、計画高水流量の数字操作をしたとしか考えられない。

エ 河道貯留による洪水流量の減少が1/3に変わる不可解さ

2006年基本方針が計画高水流量を変更したのは中流部の石井地点だけで、下流部の水海道地点については従前の基本計画の値5000m³/秒を踏襲した。そのため、新たな矛盾が生じることになった。

石井地点から水海道地点までの間では、川幅が広がって河道内の貯留効果が働くため、洪水ピーク流量が小さくなる。従来の基本計画では、石井・水海道間の洪水ピーク減少量は6200m³/秒から5000m³/秒への減少ということで1200m³/秒としていた。ところが、2006年基本方針では、石井・水海道間の洪水ピーク減少量は5400m³/秒から5000m³/秒への減少ということで400m³/秒となってしまった。つまり、石井・水海道間の洪水ピーク減少量が従前の1200m³/秒から400m³/秒へと1/3に大幅に減少するということになってしまった。

これは、前述のように、2006年基本方針が、中流部の石井地点だけ計画高水流量を変更し、下流部の水海道地点の計画高水流量は従前の基本計画の値を踏襲したため生じたものである。しかし、河道内貯留効果は、本来は科学的な計算により算出されるもので、合理的理由もなく大幅に変わるはずがない。洪水ピーク減少量が1/3に激減してしまったことは明らかに不合理であり、辻褃合わせで治水計画の

数字操作をした結果生じた新たな矛盾である。

(2) 原判決の判示

原判決の判示は次のとおりである。

「河道貯留効果は河道の状況により変化するものであり、昭和45年以降、鬼怒川の河床が減少傾向にあること、他方、昭和55年当時と平成18年当時で鬼怒川下流の計画水位にほとんど変更がないことが認められ、昭和45年以降鬼怒川の河床が低下しているなど現実に河道内の形状にも変化があったことをも考慮すれば、河道状況により変化する河道貯留効果が3分の1になったことをもって、直ちに不合理ということとはできない。」(64頁～65頁)

(3) 原判決の判示が誤りである理由

原判決は、河床低下が河道貯留効果減少の原因であるかのように言う。しかし、河道貯留効果は河道勾配によって左右されるものであり(勾配が緩くなれば貯留効果が大きくなり、勾配が急になれば貯留効果が小さくなる)、河床低下が全体的に進んだのであれば、河床低下は河道貯留効果と関係がない。

また、原判決は、河道内の形状に変化があったことを強調する。しかし、1973年の基本計画策定時と2006年の基本方針策定時では、計画河道の状態が基本的に同じであり、河道貯留効果が大きく変わることはあり得ない。前述したように、河道内貯留効果は、本来は科学的な計算によるものであるが、それが1/3になるというのは極めて大幅な減少である。このような大幅な減少を合理的に説明できるような根拠・証拠はなにも示されていない。そのような根拠・証拠もなく1/3という大幅な減少を認めるのは明らかに不合理であり、これを不合理でないとする原判決の判断は誤りである。

3 過大に設定された基本高水流量と湯西川ダムの必要性

(1) 控訴人らの主張

控訴人らは、石井地点の基本高水流量 8800 m^3 は過大に設定された数字であり、それを正しく見直せば、湯西川ダムは鬼怒川の治水上、必要性のないものになることについて以下のとおり主張した。

ア 石井地点の基本高水流量は過大に設定されていること

2006年度基本方針の石井地点の基本高水流量 8800 m^3 /秒は、1973年度の工事实施基本計画の数値をそのまま引き継いでいるが、基本計画策定時の作成資料は残っておらず、計算根拠の詳細は不明である。

2006年基本方針は 8800 m^3 /秒という数値を引き継ぐにあたり、一応の検証を行っているが、この検証で使われた石井地点の流量データのほとんどは、流量観測にもとづくデータではなく計算流量や推測流量で、その数字に問題がある。流量年表の石井地点の観測値をみると、水海道の観測値を上回っていることが多いが、水海道の観測値の1.5倍以下の範囲にとどまっている。鬼怒川の治水計画でも、石井地点と水海道地点の比は1.5倍以下である。ところが、計算推測流量の石井地点の値を見ると、水海道地点の1.5～2倍になっているものが数多くあるし、2.4倍になっているものもあり、水海道地点の観測値から見て明らかに過大である。

このように、石井地点の基本高水流量が 8800 m^3 /秒というのは、実績流量として実際よりかなり過大な値の流量データを使っており、科学的な根拠が希薄であるといわざるをえない。石井地点の基本高水流量を科学的な値に修正すれば、 8093 m^3 /秒となり、約 700 m^3 /秒も小さい値になる。

イ 基本高水流量を正しく見直せば湯西川ダムは不要であること

工事实施基本計画では石井地点の基本高水流量 8800 m^3 /秒のうち、上流ダム群でカットする量は 2600 m^3 /秒で、そのうち、湯西川ダムの効果は 370 m^3 /秒とされていた。これは石井地点の計画高水流量が 6200 m^3 /秒である場合である。

河川整備基本方針では、石井地点の計画高水流量が 5400 m^3 /秒に

変更され、上流ダム群によるカット量が $3400\text{ m}^3/\text{秒}$ に増加している。そのうち、湯西川ダムの効果を、比例計算すれば、 $370 \times 3400 \div 2600 = \text{約}480\text{ m}^3/\text{秒}$ が湯西川ダムの効果となる。

一方、石井地点の基本高水流量 $8800\text{ m}^3/\text{秒}$ は過大であって、過去の実際の流量に基づいて正しく計算すれば、前述のように $8100\text{ m}^3/\text{秒}$ 以下になる。石井地点の基本高水流量は $700\text{ m}^3/\text{秒}$ 以上も過大となるから、それを正しく見直すだけで湯西川ダムの効果約 $480\text{ m}^3/\text{秒}$ は不要となる。

このように、鬼怒川の基本高水流量を正しく見直せば、湯西川ダムは鬼怒川の治水上、必要性のないものになる。過大な基本高水流量の設定によって湯西川ダムの必要性が作り出されているのである。

(2) 原判決の判示

原判決の判示は次のとおりである。

「原告らがその根拠とするのは、石井地点における限られた観測流量であって、これをもって、石井地点における流量が水海道地点の流量の1.5倍以下にとどまるとまで認めることはできない。また、流量計算について採用すべきSLSCの値は0.04程度とすることが適当であるとの研究報告もあるから、原告の主張は、他の値がありうることを指摘するに過ぎない。」(65頁)

(3) 原判決の判示が誤りである理由

石井地点における観測データが限られたものであっても、そのデータがすべて水海道地点の流量の1.5倍以下にとどまっており、1.5倍を超える観測データが全くないこと、鬼怒川の治水計画でも、石井地点と水海道地点の比は1.5倍以下になっていることからして、石井地点における流量が水海道地点の流量の1.5倍以下にとどまるということが合理的に推認できるというべきである。なお、「SLSCの値は0.04程度とすることが適当であるとの研究報告もある」との点についての反論は、

第3章、第2の思川開発事業の治水負担金で述べたとおりである。したがって、この点についての原判決の判断も誤りであるといわざるをえない。

4 まとめ

以上のように、原判決の判断はいずれも誤りである。控訴人が原審で明らかにしたように、鬼怒川の治水計画は既設の3ダムだけで完結しており、湯西川ダムはもともと治水計画に必要でなかったものである。また、治水計画上の石井地点の基本高水流量は過大に設定されており、これを科学的な値に修正すれば、湯西川ダムは不要となる。

よって、湯西川ダムの治水上の必要性は認められない。

第2 湯西川ダム建設事業における環境影響評価義務違反について

1 原判決の判示

原判決は次のように判示して、湯西川ダム建設事業については、環境影響評価義務はなく、栃木県による河川法60条1項に基づく負担金の支出が違法ということはできないと結論づけた。しかし、この判断は、後記2で述べるとおり誤りである。

「湯西川ダム建設事業は、環境影響評価法施行前にその建設計画が告示された事業であり、環境影響評価法に基づく環境影響評価を行なう義務がない上、条理又は生物多様性条約を根拠として環境影響評価義務が生ずると解することはできず、また、昭和60年の環境影響調査は、湯西川ダム建設予定地付近に存在する、地形・地質、動植物の存在などを看過しており、現時点において収集されたデータからして、その内容が不十分であったことが認められるものの、国土交通省は、昭和60年6月以降も環境調査を継続して行い、環境影響評価法において環境影響評価項目とされた事項についての環境調査も追加して行い、環境保全措置の検討を継続していることが認められる。」（63頁）

2 原判決の判示が誤りである理由

(1) 条理上及び生物多様性条約に基づく環境影響評価義務について

ア 国は、条理上及び生物多様性条約に基づき、環境影響評価義務を負うことについては、既に、第3章、第3で述べたとおりである。

イ 原判決は、「国土交通省は、昭和60年6月以降も環境調査を継続して行い、環境影響評価法において環境影響評価項目とされた事項についての環境調査も追加して行い、環境保全措置の検討を継続していること」を肯定的に評価している。しかし、環境影響評価は、あくまでも事業実施の前に環境に対する影響を評価するものであるから、それ

が不十分である以上、いくら事後的に調査を継続して保全措置を検討するといっても、環境に対して影響を及ぼさないと認められる場合は別として、環境影響評価義務を尽くさなかった瑕疵を治癒するものではない。

(2) 湯西川ダム建設事業における環境影響評価の実状

ア 1985年環境影響評価の問題点

湯西川ダム建設事業についても、国交省は、「建設省所管事業に係る環境影響評価に関する当面の措置方針について」（昭和53年7月1日建設次官通知、甲B第113号証）に基づき環境影響評価（以下「1985年環境影響評価」という）を実施し、1985（昭和60）年6月にその結果をまとめた「湯西川ダム環境影響評価書」（以下「1985年評価書」という）を作成した（甲D第10号証）。

この次官通達に基づく環境影響評価は、評価項目が公害や自然環境に限定されている上、代替案と比較検討や内容の適正を審査する制度的手当がないといった根本的な問題点があり、この通達に従っただけの環境影響評価では、到底、適正な環境影響評価がなされたものと評価することができないことは、第3章、第3で述べたとおりである。

現に、1985年評価書には、湯西川ダム建設事業で最大の影響を受ける建設予定地及びその周辺地域の人の生活環境についての記載がまったくなく、また、全体でもB5判サイズで66頁しかなく、そのうち環境に及ぼす影響（第2章）と環境保全対策（第3章）について記載されているのは、その半分以下の30頁で、環境影響評価の最重点項目である「環境の予測と評価」と「環境保全対策」については、前者がわずか6頁、後者に至っては2頁しかない。

内容的にも、後述のとおり、ダムサイトの赤下地区には、地形上極めて希少な風穴が存在し（甲C第59号証77頁）、エゾヒョウタンボク等の生育地となっているにもかかわらず、「湯西川ダム湛水区域及びその周辺には、貴重な地形・地質は分布しない。」（40頁）として、これを見落としている。

また、生物関係では、最も配慮が要求されるイヌワシやクマタカについて、後述のとおり、湯西川ダム湛水区域及びその周辺には、少なくともイヌワシが1番、クマタカが4番も生息しているにもかかわらず、これを見落とし、イヌワシについては、「イヌワシの営巣地となるような急峻な地形はない」（51頁）、「イヌワシ営巣地は水没地にはない。」（61頁）との記述しかなく、また、クマタカについては、「山頂付近ではクマタカやハリオアマツバメが飛翔し」（50頁）との記載しかされていない。

さらに、渓谷美に富む自然景観の破壊については、「湛水により、ダム周辺の景観構成は一変するがダム湖の出現により湖面に映える新緑や紅葉は新たな景観が形成されることになる。」（62頁）として一顧だにしていない。

以上のとおり、1985年環境影響評価は、質・量とも古くて不十分なデータを用い、非論理的で不合理な予測を行うなど科学的なものとは言えず、保全対策も中身がなく、環境影響評価の名に値しないものである（甲D第22号証16頁）。

イ 湯西川ダム建設予定地周辺地域の生物多様性

1985年環境影響評価が余りにもお粗末で、湯西川ダム建設予定地周辺地域の自然環境を適正に把握していなかったことから、国交省では、その後も、多額の費用と時間をかけて、生物多様性、風穴の状況、水質等について調査を継続している。

その結果、ダム湛水予定地区周辺部は、これまでの調査によって、実に多様な野生動植物の宝庫となっていることが明らかとなった。しかも、調査をすればするほど新たな種が確認されている。

1985年評価書（甲D第10号証）ではこのような詳細な調査報告はなされていなかったのであり、このことは、湯西川ダム建設事業の計画決定にあたって行われた1985年環境影響評価が極めて杜撰であり、環境保全のために実効性あるものとは到底言えないものであったことを示している。

ウ 生物多様性条約と湯西川ダム建設事業

(ア) このようにダム湛水予定地区周辺部が多様な野生動植物の宝庫となっていることが明らかになったのであるから、生物多様性条約が発効した1993（平成5）年12月29日以降においては、日本政府は、同条約に基づき、その国際的義務として、その生物多様性を保全すべき義務を負っていることから、そのための方策として、改めて同条約14条1項に基づき、事案に即した実効性ある環境アセスメントを行い、その結果に基づき、影響の回避（湯西川ダム建設事業計画の中止）、影響の最小化（湯西川ダム建設事業計画の変更）、代償（植物については移植）の3段階からなるミティゲーションを検討しなければならなくなったといわなければならない。

しかしながら、前述のとおり旧建設省の実施した1985年環境影響評価（その内容は1985年評価書）は、調査、予測、評価結果とも、極めて杜撰であり、同条約14条1項にいう環境影響評価義務を尽くしたとみることはできない。

(イ) 1985年環境影響評価以降も環境に対する影響が検討不足であること

赤下地区の風穴近辺に生育するスルガヒョウタンボクやオニヒョウタンボクについては、ダム湖によって生育地が消失することから、近隣の日陰地区の風穴近辺に移植することが予定されているようである（甲D第11号証の本編2.1-66）が、これについては、近隣地区の風穴であるにもかかわらず、日陰地区の風穴近辺にはこれらの種が生育していなかったことがまったく考慮されていないといった問題点を指摘できる。

また、猛禽類については、湯西川流域猛禽類調査検討業務が行われ、また、2004（平成16）年3月4日より、「事業の進捗に対応したプレモニタリングを行い、保全対策の妥当性、プレモニタリング手法の妥当性、保全対策の評価等を実施することにより、『地域に調和した豊かな生態系』の保全を実現していくため『湯西川ダム

希少猛禽類プレモニタリング検討委員会』を設置しているが、「実は猛禽類のことだけを考えるとダム建設はほとんど進まないことになると思います。ここはいわゆるアセス法が通る前からの事業ですので、事業を行いながら猛禽類を保護するという一方で、両方が歩み寄りながらやることは一つ大事な点だと思いますので、なんとか折り合いがつくように、なおかつ繁殖がうまくいくように、最善の努力をお願いしたいと思います。」との2006（平成18）年3月30日に開催された第5回湯西川ダム希少猛禽類プレモニタリング検討委員会における委員長挨拶にもあるとおり（甲D第15号証の委員会資料・2-2-1～2）、これらは湯西川ダム建設事業を前提にした上での対策を検討するものに過ぎない。

そもそも環境影響評価は、環境に影響を与えるおそれのある行為の実施・意思決定に当りあらかじめ環境への影響について適正に調査、予測又は評価を行い、その結果に基づき、環境の保全について配慮しようとする方策であり、環境保全について要求される環境配慮については、影響の回避、最小化及び代償措置の3段階からなるミティゲーションが要求されるものである。

しかるに、湯西川流域猛禽類調査検討業務及湯西川ダム希少猛禽類プレモニタリング検討委員会は、湯西川ダム建設事業を前提にした上での対策を検討するものでしかなく、真の環境影響評価とは言えないのである。

エ 小括

上記イで引用した第5回湯西川ダム希少猛禽類プレモニタリング検討委員会における委員長挨拶は、裏を返せば、猛禽類の保護を真摯に検討するのであれば、また、アセス法（1997年制定の環境影響評価法のこと）に基づく環境影響評価を実施していたなら、湯西川ダム建設事業は中止になっていたということを意味している。

以上のとおりであるから、事案に即した実効的な環境影響評価がなされないまま事業計画が決定、実施されている湯西川ダム建設事業は、

生物多様性条約 14 条 1 項に違反する違法な事業というほかない。

(3) 種の保存法との関係について

ア 湯西川ダム建設予定地周辺において、種の保存法により国内希少野生動植物種として指定されている、イヌワシ、クマタカ、オオタカ、オジロワシ、オオワシ、ハヤブサの 6 種の生息が確認されている。うちクマタカとオオタカについては繁殖も確認されており、ダム建設予定地周辺は、これら指定種の重要な生息地となっている。湯西川ダム建設事業は、これら指定種をして営巣を放棄せざるを得ない状態に陥らせるなど、その生息環境に著しい影響を与えるであろうことは必至であるが、国交省は、現在大規模な周辺工事を行っている。国交省によるダム工事が進行することは、種の保存法に反する違法な行為となることが確実である。

イ 湯西川ダム建設事業による国内希少野生動植物種への影響

湯西川ダム予定地周辺に生息する国内希少野生動植物種の指定を受けた猛禽類として、イヌワシ、クマタカ、オオタカ、オジロワシ、オオワシ、ハヤブサの 6 種の生息が確認され、このうちこれまでに繁殖が確認されているのはクマタカ及びオオタカだけであるが、イヌワシについては成鳥・雄個体による枝をつかみながらの飛翔やペアによる交尾も確認されており（甲D第14号証の本編62頁）付近で繁殖をしている可能性もある。

① イヌワシ（甲D第17号証の102頁）

種の保存法 4 条 3 項、施行令 1 条、別表第 1 で、国内希少野生動植物種として指定されている。イヌワシは大型の猛禽類で全国で 500 羽以下といわれており、そのため番（つがい）数としては 200 から 300 番程度ではないかと推測される。営巣場所は急峻地の岩棚や大木であり、主にノウサギ、テン、ヤマドリ、シマヘビなど中型の哺乳類、鳥類や爬虫類を採餌する。翼開長は 2 m 前後ある。生物学的特性としては、険しい山岳地帯に雌雄 2 羽で生活し、季節

による移動はあまりしない。番ごとに大きい行動圏を有し、20から60km²の範囲に及ぶとされている。環境省の絶滅危惧種情報によれば、近年、森林伐採、スキー場建設などによる生息環境の減少、ダム建設や林道工事による攪乱が生じ、存続を脅かす原因となっているそうである。

ダム建設予定地周辺は、ノウサギをはじめとするテン、イタチなどの小型、中型哺乳類も多数生息し、ヤマドリ、キジバトなどの鳥類やシマヘビも多く、イヌワシの採餌環境としても整っている（甲D第10号証の49～56頁）。

では、ダム建設によるイヌワシへの影響はどのようなのか？

ダム建設によって、ノウサギは、生息地を広範囲にわたって失い、ダム周辺では絶滅する可能性さえ存在する。テン、イタチなどの哺乳類も、数が減少し、ダム建設によってその生息地を奪われる。つまり、イヌワシの生息環境として、まず採餌行為が著しく制限される。餌の存在しない場所にイヌワシが生息するはずはない。

また、ダム建設行為に伴う騒音、振動、広大なダム湖が出現することによって繁殖行為に影響が及ぶ可能性もある。実際に、付帯工事が始まっているためか、交尾等が確認されるものの繁殖までは確認されていない。このままダム本体工事が始まれば、イヌワシの繁殖行動が困難ないし不可能になる危険性が高い。環境省ですら、イヌワシは「繁殖期初期には人間の接近や騒音に敏感となり、人為攪乱による営巣放棄が起こりやすい」と警告しているほどである。

このような事情からは、湯西川ダム建設事業は、イヌワシの繁殖行動、採餌行動に重大な悪影響を及ぼし、生息環境の著しい悪化を招来することは確実であって、その遂行は種の保存法9条にいう損傷に該当する違法行為となってしまうと断ることができる。

② クマタカ（甲D第17号証の100頁）

クマタカの生態等については、上記第2の7(3)①で詳述したイヌワシと同じく大型の猛禽類で、急傾斜地の大木、特に針葉樹に営巣

する。

湯西川ダム建設周辺では4番の生息が確認されているが、繁殖が確認されたのは1995（平成7）年から2005（平成17）年までの11年間で合計10回に過ぎない。

餌となるノウサギなどの哺乳類が周辺から絶滅する危険性、ダム建設に伴う騒音、振動の影響による営巣放棄の可能性、営巣木の大部分がダム湖に沈む結果、営巣できる可能性の消滅のおそれ等を考慮すれば、湯西川ダム建設事業は、クマタカの繁殖行為、採餌行為に重大な悪影響を与えるものとして種の保存法9条にいう損傷として違法となり得るものである。

③ オオタカ（甲D第17号証の154頁）

オオタカについても、クマタカ同様、餌となるノウサギなどの哺乳類が周辺から絶滅する危険性、ダム建設に伴う騒音、振動の影響による営巣放棄の可能性、営巣木の大部分がダム湖に沈む結果、営巣できる可能性の消滅のおそれ等を考慮すれば、湯西川ダム建設事業は、その繁殖行為、採餌行為に重大な悪影響を与えるものとして種の保存法9条にいう損傷として違法となり得るものである。

④ ハヤブサ（甲D第17号証の160頁）

湯西川ダム建設予定地周辺は崖地形が多く、このような崖地にハヤブサが生息している。おそらくダム湖予定地内にも生息していると推測される。したがって、湯西川ダム建設事業によって、生息地そのものが消失し、あわせて餌である中小型鳥類も著しく減少し、採餌行為が制限されることは明らかである。これまた、湯西川ダム建設事業は、種の保存法9条にいう損傷に該当し違法な行為となり得ることは明らかである。

⑤ オジロワシ（甲D第17号証の96頁）、オオワシ（同152頁）

オジロワシは、北海道の海岸や湖沼周辺で繁殖する大型のワシで、翼開長は200～245cm、魚類や水鳥を餌にし、北海道や本州北

部で越冬する。冬期北海道と本州北部で越冬するのは550～850羽と推定されるが、極東全体の正確な個体数は不明とされる。

オオワシは、ロシア極東に分布する大型のワシで、翼開長は220～250cm、ロシアのオホーツク海周辺地域で繁殖し北海道が主要な越冬地となっている。魚類と水鳥を主な餌とするが越冬地での餌不足により、漁業活動から供給される魚に大きく依存している。総個体数は6000～7000と推定されているが、1990年代はスケトウダラ漁獲量の減少とともに越冬個体数も減少し、最近では1400～1700羽が北海道東部を中心に各地に分散して越冬している。

オジロワシ及びオオワシが湯西川ダム建設予定地周辺で越冬しているということは、これらの地域に餌となる魚類や水鳥が沢山生息していることを示すものであるが、湯西川ダム建設事業によって、これらの餌となる魚類や水鳥の生息地が消失し、採餌行為が制限されることは明らかである。

これまた、湯西川ダム建設事業は、種の保存法9条にいう損傷に該当し違法な行為となり得ることは明らかである。

ウ 小括

以上のとおり、湯西川ダム建設事業は、ダム建設予定地およびその周辺地域に生息する希少野生動植物種であるイヌワシ、クマタカ、オオタカおよびハヤブサの生息地を減少させ、またオジロワシ及びオオワシの採餌行為を制限し、これらの生存を断ち切ることは確実であり（高松意見書一甲D23）、このままダム建設を続行してこのような結果を生じさせることは種の保存法9条に反する違法な行為となるであろうこともまた確実である。

にもかかわらず、そのことをまったく考慮せずにダム建設工事を実行することは、生物多様性に対する影響について、事前に、適正に調査、予測又は評価を行い、その結果に基づき生物多様性の保全について適正に配慮しなければならないという、条理法上および生物多様性

条約 14 条 1 項に基づく環境影響評価義務に反する違法な行為であるといわなければならない。

(4) 湯西川ダム建設による景観上の影響

湯西川ダム建設予定地周辺地には、湯西川の流が作った自然豊かな溪谷が存在している（甲D第1号証、甲D第18号証）。

しかし、ダム建設はその景観を喪失させてしまう。ダムの存在は、水没を免れた他の溪谷部分の景観をも損ねる。また、湯西川ダム建設は、水没を免れた部分の溪谷美に重大な悪影響を与える。すなわち、湯西川溪谷は、時折やってくる洪水によってその岩肌の表面が洗い流されることにより美しい岸壁美が維持されてきたのである。ところが、ダム建設により水の流が堰き止められてしまい、溪谷の岩肌を洗い流す水が流れなくなり、その結果、溪谷の岩肌にはコケが生じ、やがては草木が生い茂り、溪谷の様相は大きく変わり、現在の溪谷美が失われてしまう。

しかるに、1985年評価書（甲D第10号証）では、「湯西川ダムの建設により、日光国立公園内の一部分が改変されるが、湛水により新たな自然景観が出現し、また自然と人工の組み合わせられた景観が形成される。さらに、ダム堤体及び周辺道路は、これまでと違った眺望点を提供することとなる。」（66頁）とするのみであり、これ以外に景観の破壊について調査検討した形跡はない。

湯西川ダム建設事業については、景観問題についても、事前に、適正に調査、予測又は評価を行い、その結果に基づき環境の保全について適正に配慮しなければならないという、条理法上の環境影響評価義務を尽くさない、違法な行為である。

(5) ダム湖の水質の問題

湯西川ダムについても、湯西川温泉の下流部に計画されていることから、ダム湖には湯西川温泉から排出される栄養塩類（窒素とリン）が流れ込むことになる。「平成17年度湯西川水質検討業務報告書」（甲D第19号証）によると、2005（平成17）年度においては、湯西川温

泉の直下流部で年平均の総窒素が0.47 mg/l、総リンが0.031 mg/lと、いずれも水道の特別な基準(18頁参照)を上回る値が検出されている。2006(平成18)年度もほぼ同様である(「平成18年度湯西川水質検討業務報告書」～甲D第20号証)。

これほど栄養塩類濃度が高いと、ダム湖における藻類の異常増殖が必ず進行し、ダム湖の水質が悪化する。その結果、水道水の異臭問題が生じる蓋然性が極めて高いのである。

また、主としてフミン質等の有機物によって、発ガン性の疑いのある有害物質であるトリハロメタンを発生させるおそれもある。

以上のとおりであるから、湯西川ダムに貯留された水は、飲料用に適した水ではなく、これを浄化するためにさらに膨大な費用を要することは確実である。

これまた、湯西川ダム建設事業は、水質問題についても、事前に、適正に調査、予測又は評価を行い、その結果に基づき環境の保全について適正に配慮しなければならないという、条理法上の環境影響評価義務を尽くさない、違法な行為であるといわなければならない。

(6) 小括～湯西川ダム建設事業は環境影響評価義務を怠った違法な事業

以上のように、湯西川ダム建設事業については、自然環境に極めて重大な影響を及ぼすおそれが大きく、また、生物多様性の破壊に関しては生物多様性条約に反するとともに、種の保存法で国内希少野生動植物種として指定されたイヌワシ、クマタカ等に対しては同法9条に違反する結果となること、さらには景観を損ね水質も悪化することが確実であるにもかかわらず、条理法上及び生物多様性条約に基づく、事案に即した適切な環境影響評価が実施されておらず、環境影響評価義務を怠った違法な事業というほかない。

第4 湯西川ダム建設事業の治水負担金についてのまとめ

上記第1で述べたとおり、湯西川ダム建設事業は治水上の効果はなく、栃木県は、湯西川ダム発事業によって、治水上の利益を受けることはないのであるから、河川法60条1項に基づく負担金の納付通知は、要件を欠き違法である。また、上記第2で述べたとおり、湯西川ダム建設事業は、条理上及び生物多様性条約上の環境影響評価義務を怠った違法な事業でもあるから、この点でも上記負担金の納付通知は違法である。

したがって、栃木県は、この違法な納付通知にしたがった支出を拒むことができるというだけでなく、その予算執行の適正確保の見地から、これを拒むべきである。

しかしながら、栃木県は、これを怠り、納付通知に唯々諾々として従い、支出を続けているのであり、これに対しては、違法な行為として、その差止が認められなければならない。

第5章 八ッ場ダム建設事業に係る治水負担金の支出について

第1 八ッ場ダムには治水上の利益がないこと

1 はじめに

控訴人らが、詳細な理由を挙げて八ッ場ダムには治水上の効果はなく、栃木県は八ッ場ダムによって河川法63条1項の「著しく利益」を受けることもないと主張したのに対し、原判決は、控訴人らの主張をことごとく退けた。しかし、原判決の判示は、以下に述べるとおり、誤りである。

2 利根川水系河川整備基本方針等の策定手続について

(1) 原判決の判示

「八ッ場ダムは、カスリーン台風と同程度の規模の降雨が利根川上流にあった場合に、吾妻川流域で唯一の洪水調節機能を有するダムとして、利根川流域で生じる水害の発生を防止するために計画され、利根川水系河川整備基本方針の策定手続及び八ッ場ダムの建設に関する基本計画においてもそれが確認されてきたことが認められ、その手続について著しい瑕疵があることを認めることはできない。（91頁～92頁）。

(2) 原判決の判示が誤りである理由

控訴人らが、2011（平成23）年2月16日付け弁論再開の申立書中で述べたとおり、八ッ場ダムの建設に関する基本計画の根拠となる利根川水系河川整備基本方針の策定手続には、「基本高水についてしっかりと平成17年に検証をしていなかった」という、その根幹にかかわる重大な問題点があったことが判明している。

この点については、第1章で述べたとおり、準備書面を提出する予定であるので、ここでは、①利根川水系河川整備基本方針の策定を検討した国土交通省社会資本整備審議会河川分科会河川整備基本方針検討小委員会における審議の中で、八斗島地点における基本高水流量を決定するにあたり、国交省からの説明に虚偽があったこと、また、②馬淵国土交

通大臣（当時）が2010（平成22）年11月2日の記者会見において、「基本高水についてしっかりと平成17年に検証をしていなかった」と述べていることを指摘するに止める。

以上の事実は、八ッ場ダムの建設に関する基本計画の根拠となる利根川水系河川整備基本方針の策定手続に著しい瑕疵があったこと、したがって原判決の判示によったとしても、河川法63条1項に基づく負担金についての納付通知の違法性を招来し、延いてはこの納付通知に従った栃木県の支出行為が違法となることを示すものである。

原審裁判官らは、弁論再開の申立書を読んで、そのことを認識した。しかし、弁論の再開を認めなかった。それは、原審裁判官らが、そのような結論を出すことを恐れたからに相違ない。それでは、日本国憲法が三権分立の原則を掲げ、司法に行政のチェックを委ねた趣旨が損なわれてしまう。控訴審においては、現憲法下における司法の役割を認識し、予断を排し、法と事実のみに従った判断をされるよう望む次第である。

3 八斗島における基本高水流量が毎秒2万2000m³とされている点について

(1) 原判決の判示

ア 「毎秒2万2000立方メートルとの数値は、昭和55年12月の利根川水系工事实施基本計画改定時に採用されたものであるが、これは、カスリーン台風の後八斗島上流にある支川が災害復旧工事や改修工事に伴い河道が整備された結果、従来上流で氾濫していた洪水が河道に入りやすくなり、また、都市化による流域開発及び支川の改修と併せて流出量が増大したことにより治水安全度が低下したこと、他方、カスリーン台風による洪水の氾濫区域内で人口及び資産が増大して、カスリーン台風が再来した場合には被害が増大することが予想されたことから、八斗島上流域における河川の氾濫があったことを前提とした八斗島地点の洪水流量である毎秒1万7000立方メートルを見直すこととした上で、八斗島上流の将来的な河道を考慮して算定された

将来的な計画値であることが認められる。（92頁）」

イ 「河川整備基本方針は、水害の発生状況、水資源の利用の現況及び開発並びに河川環境の状況を考慮し、かつ、国土形成計画及び環境基本計画との調整を図って、水系に係る河川の総合的管理が確保できるように定めなければならない旨定められており（河川法16条2項）、河川整備基本方針に定められる基本高水は、洪水の防御に関する計画の基本となる洪水をいう（河川法施行令10条の2参照）のであるから、基本高水流量の算定に当たっても多様な事情を考慮することが想定されているというべきである。また、河川管理が上流及び下流を含めて総合的な観点から計画されていくものであり、河川法上も河川整備基本方針及びこれを基にした河川整備計画も変更が予定されている（河川法16条6項、同法16条の2第7項）。」（93頁）

ウ 「八斗島地点の基本高水流量の算定に当たり、従来生じていた上流での氾濫の減少や将来的な河道の状況を考慮した上で、基本高水流量を算定したことが不合理ということとはできず、また、河川管理が上流及び下流を含めて総合的な観点から計画されていくもので、法律上計画の変更も予定されていることからすれば、現時点において河道改修計画が存在しないとしても、将来的な計画値として採用された毎秒2万2000立方メートルの値が直ちに不合理とは言えない。」（93頁）

(2) 原判決の判示が誤りである理由

ア アについて

原判決は、カスリーン台風洪水を受けて1949（昭和24）年に決定された八斗島地点の基本高水流量を1万7000m³とする「利根川改修改定計画」は、八斗島上流域で氾濫があったことを前提としたものであるとしているが、「利根川改修改定計画」決定時の洪水調査会でも、その後、この基本高水流量を引き継いだ1965（昭和4

0) 年の工事実施基本計画策定の際にも、八斗島上流域での氾濫が話題に上った形跡はない。

また、「カスリーン台風の後八斗島上流にある支川が災害復旧工事や改修工事に伴い河道が整備された結果」とある点についても、控訴人ら弁護団による堤防調査（甲B66、甲B124、甲B145）、嶋津暉之氏の「利根川支川『烏川・神流川・鏑川・碓氷川』（直轄区間）の築堤年の調査結果」（甲B84）及び大熊孝氏作成の「利根川調査報告書」（甲B85）並びに「利根川支川『烏川・神流川・鏑川・碓氷川』（直轄区間）の築堤年の調査結果（嶋津暉之氏作成）への補足」（甲B86）を見れば、改修工事はごくわずかであり、利根川上流域の流出機構を変えるほど大きいものではなかったことが判る。原判決の判示は、利根川100年史（甲B128）の記述を引写したに過ぎない。

「八斗島上流の将来的な河道を考慮して算定された将来的な計画値」という点も、①さいたま地裁の調査嘱託の回答（甲B123）で明らかになった上流域での「計画断面」においては、「計画堤防高」などの表記は存在したが、国の河道改修計画であるとの説明はなく、群馬県の管理区間の断面については、注記に、「群馬県の河道計画ではなく、国土交通省が計算に使用した断面です。」とされていたこと、②関東地整の河崎元河川部長も「河道整備の目標年次はないと思う。」（甲B125の60頁）と証言していること、③控訴人ら弁護団らの実地調査でも、そうした上流域での堤防の嵩上げや新堤の築堤は認められなかったこと、④関東地方整備局では、上流域での改修を想定した13断面のうち群馬県管理区間内の3断面については、当時の計算資料さえ保管していないという状態にあること、⑤関東地方整備局が東京新聞社からの質問に対して、「断面図は計算上の仮設定である」との趣旨の回答をしていること（甲B129）等の事実からは、将来的な河道を考慮して算定された計画値とは、到底いうことができ

ない。

イ イについて

原判決は、河川整備基本方針が、「水害の発生状況、水資源の利用の現況及び開発並びに河川環境の状況を考慮し、かつ、国土形成計画及び環境基本計画との調整を図って、水系に係る河川の総合的管理が確保できるように定めなければならない旨定められている（河川法16条2項）ことから、洪水の防御に関する計画の基本となる洪水である基本高水（河川法施行令10条の2）流量の算定に当たっても多様な事情を考慮することが想定されているというべきである。」とするが、これは誤りである。

河川整備基本方針には、「当該水系に係る河川の総合的な保全と利用に関する基本方針」と「河川の整備の基本となるべき事項」が定められなければならないとされているところ、基本高水は「河川の整備の基本となるべき事項」の1項目であり（河川法施行令10条の2）、同施行令10条1号の「洪水、高潮等による災害の発生の防止又は軽減に関する事項」に該当する。したがって、基本高水流量の算定に当たって考慮すべき事項は、「過去の主要な洪水、高潮等及びこれらによる災害の発生の状況並びに災害の発生を防止すべき地域の気象、地形、地質、開発の状況等」（河川法施行令10条1号）であり、「水資源の利用の現況及び開発並びに河川環境の状況」等の考慮はなされるべき事項ではない。これらが考慮されるべきは、「当該水系に係る河川の総合的な保全と利用に関する基本方針」の中でというのが、現河川法下での建前なのである。

一般的な基本高水流量の算定は、まず河川の重要度に応じて計画規模（対象降雨の降雨量の超過確率年）を決め（利根川本川の場合は、その重要度の鑑み1/200年とされている）、既往洪水等を検討して選定した対象降雨について流出モデルを用いて洪水のハイドログラフを求め、これを基に既往洪水、計画対象施設の性質等を総合考慮し

てなされることになっている（河川砂防技術基準）。河川の重要度に応じた計画規模（対象降雨の降雨量の超過確率年）の決定は、政策的になされるが、それ以降の算定手続は、基本的には科学的知見に基づいてなされているのである。

なお、八斗島地点の基本高水流量 $2万2000/S$ は次の手順で決定されたものである。（「利根川の治水について」－甲B15）。

① 基本高水流量設定の考え方

利根川の基本高水流量は、既往最大洪水をもたらした実績降雨から推定されるピーク流量と、200年に1回の最大流量（ $1/200$ の確率流量）を比較し、いずれか大きい値を採用するものとする。

② 既往最大洪水の流出計算

八斗島上流域における既往最大洪水は、カスリーン台風によってもたらされた洪水である。この洪水の実績降雨を用いて、八斗島上流域について、河川整備等の進展を考慮し、貯留関数法により、洪水調節施設がない場合の流出計算を行うと、八斗島地点の計算最大流量は $2万2000\text{ m}^3/S$ となった。

③ $1/200$ の確率流量の計算

利根川水系の確率流量の算定にあたっては、「総合確率法」を採用し、次の手順により、計算する。

- I 1937年から74年までの間で八斗島地点上流域の平均3日雨量が 100 mm 以上の31洪水を代表洪水として選定する。
- II 任意の流域平均3日雨量を31洪水に当てはめて、貯留関数法により、流出計算を行い、洪水ピーク流量を求める。
- III 上記の計算により得られた31洪水ごとの流域平均3日雨量と洪水ピーク流量との関係から、任意の洪水ピーク流量が生じる雨量をそれぞれ31個算出する。そして、その雨量の年超過確率を、過去74年間の雨量データによる統計計算から求める。その31個の雨量の年超過確率を平均したものをその任意の洪水ピーク流量の年超過確率とす

る。

IV 上記の計算により得られた任意の洪水ピーク流量ごとの年超過確率を元に、1 / 200 相当の確率流量を求める。

V 以上の手順で、洪水調節施設がない場合の八斗島地点の1 / 200 確率流量を求めた結果、2万1200 m³/S という値が得られた。

④ 基本高水ピーク流量の決定

上記②の既往最大流量の計算結果と上記③の総合確率法による1 / 200 確率流量を比較して、より大きい値である2万2000 m³/S を基本高水流量とした。

ウ ウについて

(ア) 後記のとおり、カスリーン台風時における八斗島上流域の氾濫量は1000 m³/S にどどまり、また、上記のとおり、八斗島地点の基本高水流量2万2000 m³/S は将来的な河道を考慮して算定された計画値とは認められないものである。したがって、カスリーン台風時における八斗島上流域の氾濫量や将来的な河道の状況を考慮して、将来的な計画値として採用された毎秒2万2000立方メートルの値が直ちに不合理とは言えない、との原判決の判示は重要な事実について誤認したものである。

(イ) ハッ場ダムの建設に関する基本計画の根拠となる利根川水系河川整備基本方針中で、2万2000 m³/S とされている八斗島地点における基本高水流量は、以下に述べるとおり著しく過大である。

① カスリーン台風の実績洪水流量について

利根川水系河川整備基本方針は、カスリーン台風洪水を対象洪水として、八斗島地点の基本高水流量を2万2000 m³/S とし、そのうち、5500 m³を上流ダム群で調節し、残りの1万6500 m³を河道で対応することになっている。カスリーン台風の実績洪水流量は1万7000 m³/S とされているが、それは観測流量ではなく、近傍の複数の観測地点の観測値を単純に合算した推定流量であり、

河道貯留効果を考慮して修正すれば、約1万5000 m³/Sであったと考えられる。

② 八斗島上流域での実際の全氾濫量は毎秒1000 m³にとどまる

国土交通省は、「カスリーン台風洪水の時は八斗島上流で氾濫があったが、現在は上流部の堤防整備で氾濫がないから、同じ雨が降れば、八斗島地点の流量が増大して毎秒2万2000 m³になる」としている。国土交通省の主張からすれば、毎秒5000 m³から7000 m³の氾濫があったことになる。しかし、八斗島上流域は谷合を流れており、河道の流量の30%とか50%もの河道に戻らない氾濫があるはずがなく、実際の全氾濫量は毎秒1000 m³にとどまる。カスリーン台風時の八斗島地点の推定流量は毎秒1万5000 m³に過ぎなかったのであるから、八斗島上流部でのこうした氾濫量を考慮しても、洪水ピーク流量は、計画高水流量とほぼ同等の毎秒1万6000 m³程度にしかない。

こうしたカスリーン台風時の洪水流量の判定は、安芸皎一教授、富永正義元内務相技官、そして、末永栄局長ら、その時代の代表的な学者や技官らの十分な根拠を示した見解とも一致する。

この点につき、さいたま地裁の調査囑託に対する関東地方整備局の「回答」（甲B123）では説明を変え、八斗島地点に2万2000 m³/Sの洪水が襲うには、ダム無しのほか、上流域で1～5 mもの堤防の嵩上げ工事や新規の築堤をするという条件付きのものであることが判った。しかし、そのような上流域での河道改修計画はない。

③ 基本高水2万2000 m³/Sの算出の虚構性

八斗島地点の基本高水流量2万2000 m³/Sは、カスリーン台風の再来計算と、総合確率法による1/200 確率流量2万1200 m³/Sを計算根拠としているが、いずれの計算も科学的な根拠はなく、利根川の洪水流出の実態と遊離したものである。

即ち、国交省は、①過去4回（昭33、34、57、平10）の洪

水実績に基づいて流出モデルを検証している、②計画雨量319mmでも同様に検証し計算結果を得ている、旨説明しているが、2002（平成14）年1月に衆議院議員に提出した資料（甲B70）では、昭和33年、34年洪水の実績流量と計算流量は乖離があり、実績流量を計算で再現できたとは到底言えるものではない。ところが、2005（平成17）年12月の国土交通省社会資本整備審議会河川分科会河川整備基本方針検討小委員会の資料（甲B72）では、昭和33年、34年洪水の実績流量と計算流量はぴったり一致している。数字の操作が行なわれた可能性が高い。国交省は、これを国民、住民の立場でチェックするに必要な流域分割図や河道分割図の開示を拒否している。貯留関数法という同じ手法で流出計算を行っても、係数や定数を若干変えれば、ピーク流量を「2万6900m³/S」とすることも容易なのであるから、検証を可能とする資料をすべて開示すべきなのに、その道を閉ざしている。これは、国交省の流出計算が非科学的で恣意的なものであることの証左である。

また、国交省のもう一つの検証手段とされる「総合確率法」は、科学的根拠が不明である上に、統計処理の基礎に置かれている流出計算は、同じ貯留関数法を用いているのであるから、「総合確率法」によって別の側面から「カスリーン台風再来計算」の信頼性が上がるというものではない。そして、「流量確率法」も、一般論としては否定されるべきものではないとしても、統計処理の基礎資料たる個々の流量データは、「実績流量」ではなく、国交省の問題のある計算流量であるから、これも「カスリーン台風再来計算」の信頼性を上げる資料とはなっていない。

このような非科学性、恣意性のある計画手法によって作出されている「2万2000m³/S」計画は、「カスリーン台風の実績最大洪水流量1万7000m³/S」を改訂するだけの合理性を持ち得ないものである。

④ 森林土壌の貯留機能を過小評価

さらに、八斗島地点基本高水流量 $2万2000\text{ m}^3/\text{S}$ は、森林土壌の貯留機能を過小評価しており、利根川で使われている「飽和雨量」と「一時流出率」の数値は、「ハゲ山の裸地斜面の流出より多き出水をもたらす」値である。

(ウ) しかし、原判決は、控訴人らの上記(イ)ないし(オ)の主張を認めなかったが、これが誤りであることは、5以下で詳述する。

4 計画規模の洪水があっても八斗島地点には $1万6500\text{ m}^3/\text{S}$ しか流れないことについて

(1) 原判決の判示

「(計画規模の降雨があっても、八斗島地点においては計画高水流量である毎秒 $1万65000$ 立方メートルをわずかに超える毎秒 $1万6750$ 立方メートルの洪水しか来襲しないのであるから八ッ場ダムは不要であるとの主張については、上記のとおり、)毎秒 $2万2000$ 立方メートルは将来的な河道状況を前提に計算されたものであり、これを不合理ということとはできない」(94頁)

(2) 原判決の判示が誤りである理由

上記3、(2)、アのとおり、八斗島地点の基本高水流量 $2万2000\text{ m}^3/\text{S}$ は、将来的な河道状況を前提に算定されたものとは認められないから、原判決の判示は、事実認識を誤ったものである。

5 上流での氾濫量について

(1) 原判決の判示

「八斗島上流域の氾濫量について見れば、上記大熊孝の調査結果及びその後の現地調査を前提としたとしても、カスリーン台風による八斗島上流域における広範な田畑の冠水被害が報告されていることからすると、

八斗島上流域において氾濫が起り得ることは否定し難いものであり、

また、上記基本高水流量の算定に当たっては、カスリーン台風時における実績降雨を前提にしつつも、多様な降雨パターンを想定した上で基本高水流量の算定がされているものであって、カスリーン台風とは異なる降雨パターンにおいても八斗島上流域の氾濫量が毎秒1000m³に過ぎないとまで認めることはできない。また、カスリーン台風時の八斗島地点の洪水流量については、毎秒2万2000立方メートルが当時の洪水流量を前提とするものでないことも上記説示のとおりである。」（94頁～95頁）

(2) 原判決の判示が誤りである理由

ア 上記3、(2)、イで述べたとおり、利根川水系河川整備基本方針中の八斗島地点の基本高水流量2万2000m³/Sは、カスリーン台風時の降雨状況を前提に貯留関数法によって算出されたもので、実績流量によるものではない。しかし、貯留関数法は、洪水防御に関する計画の基本となる洪水であるのに基本高水流量の算出のために用いられるものであるから、実績と乖離した流量を算出するものであってはならず、常に実績流量によってその精度が検証されるべきものである。

貯留関数法によって算出された八斗島地点の基本高水流量2万2000m³/Sについても、実績流量によってその精度が検証されなければならない。このよう観点から、控訴人らは、カスリーン台風時における八斗島地点の流量及び上流域での氾濫量を詳細な根拠に基づき主張した。

これに対して、原判決は、「八斗島上流域において氾濫が起り得ることは否定し難いものであり」とだけ述べて、カスリーン台風時における八斗島上流域での氾濫量を確定することもせず、また、カスリーン台風とは異なる降雨パターンにおける八斗島での氾濫量については、何ら具体的な検討もせず、「カスリーン台風とは異なる降雨パターンにおいても八斗島上流域の氾濫量が毎秒1000m³に過ぎないとまで認める

ことはできない。」と判示しており、論理の体をなした判断とは言い難いものである。

イ カスリーン台風時における八斗島地点の実績流量

(ア) カスリーン台風時の実測流量の記録について

カスリーン台風は、1947（昭和22）年9月13日～15日にかけて利根川流域に戦後最大の洪水をもたらした。このときの八斗島地点での実測流量は不明であったが八斗島の上流部や下流部の実測流量から八斗島の流量を推測する方法がとられた。上流部における実測流量は、①利根川本川では「上福島」で15日19時に9222 m³/秒、②烏川では「岩鼻」で15日18時30分に6747 m³/秒、③ 神流川では「若泉」で15日18時に1380 m³/秒の各地点での計測記録がある。

そして、これら3地点の観測流量がそのまま単純に流下したものとして合成したのが、15日19時の1万6850 m³/秒であった。

これら「上福島」「岩鼻」及び「若泉」の3地点から八斗島までの距離は、それぞれ約5.7 km、8.2 km、15.4 kmである。そして、この区間において、大幅な流量変動をもたらす有力河川の流れ込みはない。従って「論理的に」八斗島において1万6850 m³/秒以上が流下したことはあり得ないのである（大熊証人調書—甲B94の4頁～7頁）。

(イ) 河道貯留効果を考えた場合には最大でも毎秒1万5000 m³が妥当

しかしながら、上記の1万6850 m³/秒は、河道貯留効果を全く考えずに単純な足し算をした結果であった。河道貯留効果とは、河川が合流した際、河川流量が低減する現象のことで、通常10%～20%は低減するとされている。これは、河川工学の一般的な常識である（甲B94の8頁）。

安芸皎一東京大学教授も、昭和25年の群馬県の「カスリン颱風の研究」（甲B18）において、次のように述べている。

「（三河川の合流点において）約1時間位16900 m³/sの最大洪水

量が続いた計算になる。しかし之は合流点で各支川の流量曲線は変形されないうで算術的に重ね合わさったものとして計算したのであるが、之は起こり得る最大であり、実際は合流点で調整されて10%～20%は之より少くなるものと思われる。川俣の実測値から推定し、洪水流の流下による変形から生ずる最大洪水量の減少から考えると此の程度のものと思われる。」（甲B18の288頁）

また、末松栄元建設省関東地方建設局長が監修した「利根川の解析」（昭和30年12月、上巻112頁、132頁）においても、同様の記述がなされている（大熊意見書一甲B81の9頁）。なお、末松栄の「利根川の解析」は、九州大学の博士論文となっている（甲B94の8頁）。

さらに、富永正義元内務相技官も、雑誌「河川」（昭和41年4月、6月、7月）における「利根川に於ける重要問題（上）（中）（下）」において、以下のとおり述べている。

「利根川幹線筋は上福島、烏川筋は岩鼻、又神流川筋は渡瀬（大熊注：若泉村の大字名）に於いてそれぞれ、8、290m³/sec、6、790m³/sec、1、380m³/secとなる。今上記流量より時差を考慮して八斗島に到達する最大流量を推定すると、15110m³/secとなり、起時は9月15日午後8時となった。

之に対し八斗島に於ける最大流量は実測値を欠くから、流量曲線から求める時は13、220m³/secとなり、上記に比し著しく少ない。しかし堤外高水敷の欠壊による横断面積の更正をなす時は最大流量は14、680m³/secに増大し、上記の合同流量に接近する。

次に川俣における最大流量は実測値と流量曲線式より求めたものにつき検討した結果14、470m³/secを得た。而して八斗島より川俣に至る区間は氾濫等により流量の減少が約1、000m³/secに達するが、一方広瀬川の合流流量として約500m³/secが加算されるものとすれば、川俣に達する最大流量は14、460m³/secとなり、上記のそれに酷似する。

更に栗橋に於ける最大は流量曲線式より $13,040\text{m}^3/\text{sec}$ 、又部分観測より推定したものとして $13,180\text{m}^3/\text{sec}$ を得た。

之を要するに昭和22年9月の洪水に於ける最大流量は八斗島、川俣、栗橋に於いて夫々 $15,000\text{m}^3/\text{sec}$ 、 $14,500\text{m}^3/\text{sec}$ 、 $13,000\text{m}^3/\text{sec}$ に達したものと考えられる。」（「河川（昭和41年7月号）」一甲B21の34頁）

大熊証人は、以上の河川工学の先達の見解を支持するとともに、とりわけ、上記富永正義の指摘については、以下のように述べる。

「（昭和41年という） $17000\text{m}^3/\text{秒}$ が定着した時期に出されたものであり、それなりの確信をもって公表されたのではないかと考える。また、富永が示した数値は、下流の川俣（八斗島から約32km）と栗橋（八斗島から約51km）の流量と比較しており、信憑性が高いといえる。 $17000\text{m}^3/\text{秒}$ とされた理由は、利根川改修改訂計画を立案するに当たって安全性を高めるとともに、利根川上流域に戦前から要請の高かった水資源開発を兼ねたダム群による洪水調節（ $3000\text{m}^3/\text{秒分}$ ）が計画されたからではないかと考える。」（大熊意見書一甲B81の9頁～10頁）

このように、大熊証人も、富永と同様、カスリーン台風時の八斗島地点の最大流量は、毎秒 $1万5000\text{m}^3/\text{秒}$ が妥当である旨証言している。

以上のとおり、カスリーン台風時の八斗島地点の最大流量は、 $15000\text{m}^3/\text{S}$ 程度と考えられる。

(ウ) 政治に決定された $1万7000\text{m}^3/\text{S}$

1949（昭和24）年の改修改訂計画では、計画洪水流量（基本高水流量と同じ）は $1万7000\text{m}^3/\text{S}$ とされた。その決定過程について、1987（昭和62）年に発行された建設省の「利根川百年史」では、1949年当時の議論をふまえて、次のように述べられている（甲B7の906頁～909頁）。

「計画洪水流量の決定方法には、起り得べき雨量と流出率、合流時差等を種々勘案して決定する方法もあるが、利根川のような広大な流域と

多くの支川を有する河川では、その組合せが極めて複雑で、評価が困難なこと等から昭和22年9月洪水の実績最大流量によって決定することとした。しかしながら、八斗島地点は実測値がないため、上利根川（上福島）、烏川（岩鼻）及び神流川（若泉）の実測値をもとに時差を考慮して合流量を算定することにした。」

① 関東地方建設局の推算

「関東地方建設局では、上福島・岩鼻・若泉の最大流量を、流出係数による方法、既往洪水の流量曲線式による方法、昭和22年9月洪水の流量観測結果による方法及び昭和10年9月洪水の流量曲線式による4種類の方法により求め、これらの結果を総合的に判断し、上福島7500 m³/s、岩鼻6700 m³/s、若泉1420 m³/sと決定した。」

「これより、3川合流量の最大値を15日19時、15000 m³/sとした」

② 土木試験所での推算

「土木試験所では上福島・岩鼻・若泉における流量について、流量観測の状況、断面・水位・浮子の更正係数等を検討し、時刻流量の算出を行った。その結果、岩鼻・若泉の最大流量は関東地方建設局の推算とほぼ同じ値となったが、上福島については、浮子の更正係数を0.94として用いたため、関東地方建設局の推算より約1700 m³/s多い9222 m³/sと算出している。3川合流量については、各観測所から3川合流点までの流下時間を考慮して求めた結果、最大流量は15日19時に16850 m³/sと算出された。」

「以上の検討結果より両者の間には断面積及び浮子の更正係数のとり方等に違いが見られたが、その後関東地方建設局において再検討した結果、3川合流量は16850 m³/sになったとの報告があった。」

③ 政治的に決定された1万7000 m³/S

「この検討結果について小委員会では審議した結果、17000 m³/sは信頼できるという意見と、烏・神流川の河幅は非常に広いため河道遊水

を考慮すれば、 $16000\text{ m}^3/\text{s}$ が妥当ではないかとの意見があった。結局小委員会としては、八斗島の計画流量を $17000\text{ m}^3/\text{s}$ とする第1案と $16000\text{ m}^3/\text{s}$ とする第2案の2案を作成し、各都県に意見を聞いた結果、各都県とも第1案を望んでいることもあって、本委員会には第1案を小委員会案として提出し、第2案は参考案として提出することとした。」

以上の $17000\text{ m}^3/\text{s}$ に至る決定経過は、実際には何 m^3/s が流れたのかという科学的研究をふまえて決定されたというよりは、むしろ、政治的に決定されたものである。

なお、当時はまだ基本高水という考え方はなかったものの、その決定された $17000\text{ m}^3/\text{s}$ という流量の性格は、まさしく基本高水としての流量にほかならない（甲B81の9頁）。

(エ) 小括～実測流量からは毎秒 $15000\text{ m}^3/\text{s}$ が妥当

以上のとおり、カスリーン台風時の八斗島地点の最大流量は、上流3地点における実測流量の合成及び下流における実測流量による検証の結果から、毎秒 $15000\text{ m}^3/\text{s}$ 程度と考えられる。

ウ 八斗島上流部での氾濫量について

(ア) 大熊意見書（甲B81）から

大熊意見書によれば、カスリーン台風時の上流部での氾濫面積と氾濫量は、せいぜい数百haであり、数百万 m^3 であるとされ、カスリーン台風再来時の氾濫状況は、1947年当時と現在とでは変わりはないはずとされている。即ち、「現地調査によれば、烏川の聖石橋～鏑川合流点間の右岸の氾濫域は現在でもそのまま遊水池として残されている。また、昭和22年以降築堤されたところは、利根川本川では棚下（左岸）、敷島（左岸）、大正橋下流から坂東橋付近までの右岸、烏川では城南大橋上流右岸、碓氷川合流点付近などであり、氾濫が防止された面積はせいぜい数百haであり、氾濫防止量も数百万 m^3 といったところであろう。すなわち、昭和22年当時と現在の利根川上流域での氾濫状況はほとん

ど変化なく、八斗島地点の流量を増大させる要因はほとんどないと考えられる。」（甲B81の13頁）とされている。

なお、大熊証人の「氾濫量」は、1947年時点と現在との比較であるから、1947年時点での絶対的な氾濫面積としては、烏川の聖石橋～鐮川合流点間の右岸の氾濫域410haを加えることになるが、これらからしても、1947年当時、毎秒4000 m^3 ～5000 m^3 などという大氾濫は考えられず、もとより今日においてもそうなのである。

(イ) 利根川百年史より

「利根川水系河川整備基本方針」で利根川の基本高水のピーク流量が2万2000 m^3 と決められたのは、観測史上最大であったカスリーン台風を対象洪水として、「この洪水の実績降雨データを用いて、河川整備の進展を考慮し、洪水調節施設がない場合を想定すると、基準地点八斗島におけるピーク流量は約22、000 m^3/S となる。」とされている。この「河川整備の進展を考慮し、」とあるのは、カスリーン台風時には、上流部で氾濫があつて、その後の河川整備の進展で氾濫量は減少し、その分河道への流下量が増加しているのもそのため基本高水流量が増大した、という趣旨が含まれているのである。

「利根川百年史」で当ると、このような説明がなされるようになったのは、1969（昭和44）年頃のことであることが分かる。

1949年の「改修改訂計画」で計画洪水流量を1万7000 m^3 と定めた事情について、次のように説明されている。

「……昭和22年9月洪水の実績最大流量によって決定することとした。しかしながら、八斗島地点は実測値がないため、上流側（上福島）、烏川（岩鼻）及び神流川（若泉）の実測値をもとに時差を考慮して合流量を算定することとした」（甲B7の906頁）

この説明によれば、「実績最大流量」とあり、河道のピーク流量を基本高水に採用しているから、明らかに「既往最大流量」を採用しているといつてよい。当時は「既往最大流量」を採用するのが大勢であったが、

この説明でみる限り、上流域の氾濫量は考慮されていない。

関東地方整備局は、1960（昭和35）年6月、工事実施基本計画の見直しを行うために「建設省利根川上流洪水調節計画委員会」を設置し（1126頁）、この委員会をさらに発展させた「利根川流量検討会」が、1969（昭和44）年に至って、「昭和44年計画案」というのを作成した。

その成果とは以下のようなものであるとされている（1128～29頁）。即ち、

- ① 昭和22年9月洪水は上流域で氾濫しており、氾濫戻しすると八斗島の流量は従来推定されていた1万7000 m³/sをかなり上回るものとなった。
- ② 治水計画の規模は1/200程度とするのが適当である。
- ③ 八斗島における計画高水流量は既定計画と同じ1万4000 m³/sとし、その超過確率を1/200とする。
- ④ 上記のためには、既設ダムや事調中のダムのほかに新たなダムが必要で、岩本ダムのほか烏川流域に重点的に配置する必要がある。
- ⑤ 治水計画案は、いろいろのパターンの洪水を対策としてダム調節後の流量1万4000 m³/sを1/200以下とするため、流量値を特定した基本高水の概念は必要ないと思われる。

この記述によると、「改修改訂計画」が策定された1949年当時は、上流域での氾濫を見過ごしていたため、八斗島地点の流量1万7000 m³をそのまま基本高水流量に採用したが、その後の上流域の氾濫状況の検証の結果、「従来推定されていた1万7000 m³/sをかなり上回る」氾濫に気づいた、ということになる。

カスリーン台風時に上流でかなりの氾濫があったという見直しは、岩本ダムその他のダム建設促進と共に登場してきているという事実を知ることができる。

「昭和44年計画案」は、基本高水流量を決めないまま、上流域での

ダム建設を進める考え方であった。こうした治水方針があったということは、現在のように、「2万2000 m^3 」案と上流のダム建設案が不即不離のものとはされていなかったことが理解できる。要するに、基本高水流量を決めないままに、ともかく上流でのダム建設を進めたいとの方針であったことが理解できる。

(ウ) 河崎証言も5000 m^3 の氾濫を否定

関東地方整備局河川部長であった河崎和明証人は、カスリーン台風当時、八斗島地点よりも上流の、どの地点でどれくらい溢れたかという資料が存在するかについては、「昭和22年当時、具体的に何トンあふれていたというのは、書いたものはない」とし（証人尋問調書（甲B125）16～17頁）、また、「残念ですが、そういう資料は見たことがありません。」と答えている（同28頁）。

そして、河崎証人は、「別のプログラムを作れば氾濫量が出てくる」（同53頁）というのに、関東地方整備局は、現在までに、そうしたデータも収集していない。そうした事実を解明する気が国交省にはまったくないのである。

そして、河崎証人は、カスリーン台風時の出水量について、原告代理人から「カスリーン台風の八斗島地点での実測が毎秒1万7000 m^3 で、貯留関数法を使って計算したら毎秒2万2000 m^3 というのだから、同台風では上流域で5000 m^3 溢れたということになるのではないか」と質問されたが、同証人は、そうした結果は「認めません」と答えた（同43頁）。

この場合、貯留関数法の計算結果自体からは毎秒5000 m^3 の氾濫が算出できないとしても、カスリーン台風時の降雨があり一定の河道整備がなされていれば基準地点の河道にピーク流量で毎秒2万2000 m^3 の洪水が流れるという事実が存在し、一方現実には、そうした河道が未整備の状況で1万7000 m^3 しか到達しなかったのであれば、その差は「氾濫量」と考えるのが常識であろう。貯留関数法で、自動的に500

0 m³が計算できるか否かは別にして、こうなるはずのものである。河崎証人がこのような常識を持ち合わせていないとは考えがたいところであるから、同証人の答弁は、「カスリーン台風時には、5000 m³もの氾濫は認められなかった」という趣旨に理解すべきこととなろう。そう理解することが全体の状況に整合する。

ところで、河崎証人は、カスリーン台風時には、群馬県内の八斗島地点上流域において、1万町歩以上の田畑が冠水しているとし、仮に田んぼで80 cmの冠水があったとしたら、水田だけでも6400～8000 m³の氾濫があったことになる」と証言している（同39頁）。

たしかに、群馬県の「昭和22年大水害の実相」（甲B68）によれば、八斗島地点上流域での水稻や畑、桑園等の流失・埋没・冠水などの被害面積は1万町歩以上に及ぶとされている。しかし、これらの被害面積はすべて厚く冠水したということではない。山間部の傾斜地では、大雨による表流水が田畑を流したり埋めたりすることでも被害は起こるわけであるから、これらの面積がすべて80 cmの冠水状態にあったと推計するのは専門家らしからぬ軽率な推算である。一定の氾濫と冠水があった事態は認められるが、ともかく、カスリーン台風の洪水を再現し、その氾濫量を推計するのはそれ程困難な作業ではないのに、国交省や群馬県は、これをやらないのである。

できるのにこれを放置して確実な知見、情報にしないのは、やっても国交省の主張を裏付けるものにはならないことを推認させる。

(エ) 氾濫のまとめ—八斗島上流部に大氾濫は認められない

利根川の上流域をくまなく丹念に現場調査をした大熊証人は、氾濫面積は、数百haの範囲内であると明言している。これに、烏川の聖石橋～鐺川合流点間の右岸の氾濫域410haを加えても、1947年当時でも、毎秒4000 m³～5000 m³などという大氾濫は考えられず、もとより今日においてもそうなのである。

利根川水系河川整備基本方針によれば、1980年に基本高水のピー

ク流量が毎秒2万2000 m³と改訂されたのは、カスリーン台風後に河川整備が進展し、上流域での氾濫の減少が下流部の流量を増加させたためであるとされている。しかし、利根川百年史には、「氾濫戻しすると八斗島の流量は従来推定されていた1万7000 m³/Sをかなり上回るものとなった。」とあるように、1949年の「改修改訂計画」が作成された時点では、上流では大きな氾濫はなかったとの認識が一般的であったと推認できる。カスリーン台風時に相当の氾濫があったという見解は、1969年頃、岩本ダムなどダムの増設の動きと共に、事実とは無関係に浮上したものである。また、「氾濫戻し」の計算をしておきながら、具体的な数値を示していないこと、記録も残されていないことなど、「氾濫戻しを行った」との記述の信憑性は著しく低い。

河崎元河川部長の証言によれば、関東地方整備局は、利根川の基本高水設定の基礎となっているカスリーン台風洪水の際の利根川上流域の氾濫量を記録した資料も持っておらず、見たことがないという。これまでの長い間、国交省が、氾濫調査をしたことがないということは、それ自体、氾濫がそれほどの規模ではなかったことを推認させる。

群馬県の田畑の冠水被害調査などは行われているが、氾濫量調査は行われていないようである（甲B125の17頁、39～40頁）。田畑の被害面積をすべて冠水面積とみてこれに水深を乗じて氾濫量推計するのは誤りである。

かかる状況からすると、カスリーン台風時に、烏川水系を含む利根川上流域に、毎秒4000～5000 m³というような大きな氾濫自体が存在しなかった、と考えることが相当だということになる。

(オ) 小括～八斗島地点の洪水流量

以上述べたとおり、大熊証人らによる現地調査結果を踏まえれば、カスリーン台風時に河道からの大規模な氾濫によって被害を受けた地域は、高崎から下流の烏川右岸のみである。その面積は約410 haに過ぎず、氾濫量は氾濫水深を2 mと「大きく見積もって900万 m³程度」（甲B

81の12～13頁)であり、900万 m^3 の氾濫量に相当する最大氾濫流量は毎秒450 m^3 以下である。実際の氾濫水深は2mよりもずっと小さいから、その他の氾濫地の氾濫量などを加えても、実際の全氾濫流量がせいぜい毎秒1000 m^3 にとどまるのである。

エ カスリーン台風時の八斗島地点の洪水ピーク流量

上記イのとおり、八斗島上流部三カ所での実測からの八斗島地点の推定流量は河道貯留効果を考えれば毎秒1万5000 m^3 に過ぎなかったのであるから、八斗島上流部でのこうした氾濫量を考慮しても、洪水ピーク流量は毎秒1万6000 m^3 程度にしかならないのである。

そして、カスリーン台風時の出水状況と今日のそれでは、大差があるわけではなく、現在は既設6ダムで毎秒1000 m^3 程度の流量調節が可能となっているのであるから、「既往最大洪水」としての同台風を対象として治水対策を講ずるのであれば、現在以上のダムは不要だということになることは明らかである。八ッ場ダムは要らないのである。

6 流出計算モデル（貯留関数法）及び総合確率法による計算が非科学的であることについて

(1) 原判決の判示

「原告らが主張するとおり、平成14年に国土交通省が開示した資料と比べて平成17年12月の国土交通省社会資本整備審議会河川分科会河川整備基本方針検討小委員会における資料では、昭和33年及び昭和34年の実績流量と計算流量の値が一致すること、流出計算モデルの検証に用いた昭和33年、昭和34年、昭和50年及び平成10年の降雨量が計画降雨319ミリメートルの52パーセントないし62パーセントであることが認められるほか、上記認定事実によれば、流出計算モデルによって過去に八斗島地点の基本高水流量が毎秒2万6000立方メートルと算定されたことが認められる。しかし、原告らが主張する上記各事実をもっても、国土交通省の計算過程において数字操作がなされた

とまで認めることはできず、数字操作が行なわれる可能性を指摘するに過ぎないと言わざるを得ないし、また、八斗島上流域の氾濫量が毎秒1000立方メートルであったとも認めることはできないから、流出計算モデルによる計算結果が客観的状況と矛盾するということとはできないものであって、流出計算モデル（貯留関数法）が非科学的だということとはできない。そうすると、流出計算モデル（貯留関数法）が非科学的であることを前提にして、総合確率法が非科学的であるということもできない。」（96頁）。

(2) 原判決の判示が誤りである理由

ア 原判決は、控訴人らが主張したとおり、2002（平成14）年1月に衆議院議員に提出した資料（甲B70）では、昭和33年、34年洪水の実績流量と計算流量は乖離があり、実績流量を計算で再現できたとは到底言えるものではなかったが、2005（平成17）年12月の国土交通省社会資本整備審議会河川分科会河川整備基本方針検討小委員会の資料（甲B72）では、昭和33年、34年洪水の実績流量と計算流量はぴったり一致していることや、貯留関数法という同じ手法で流出計算を行っても、係数や定数を若干変えることによって、ピーク流量が「2万6000 m³/S」とされたことがあることを認めた。これに対して、被控訴人や国交省からは合理的な説明はなされなかった。しかも、国交省は、控訴人らが、これを国民、住民の立場でチェックするに必要な流域分割図や河道分割図の開示も拒否していた。このような事実関係のもとでは、国土交通省の計算過程において数字操作がなされたと認定するのが、通常の裁判実務でなされている事実認定である。しかしながら、原審裁判官らは、前述のとおり、予断を持って本件審理に臨んでいたことから、このような当たり前の事実認定すら回避した。行政に対するチェック権限の放棄であり、司法権の自殺にもつながりかねない行為であって許されるべきではない。重ねて、控訴審においては、現憲法下

における司法の役割を認識し、予断を排し、法と事実のみに従った判断をされるよう望む次第である。

イ そして、このような数字操作を可能とする流出計算モデル（貯留関数法）は非科学的であり、この非科学的な流出計算モデル（貯留関数法）を使用する総合確率法もまた非科学的な計算手法であるとするのが、これもまた合理的推論である。

このような、八斗島地点基本高水流量2万2000 m³/Sが、上記4、(2)、エで述べた実績流量と乖離しているのも、非科学的な手法によって算出されたからに他ならない。

上記2、(2)で述べた八ッ場ダムの建設に関する基本計画の根拠となる利根川水系河川整備基本方針の策定手続において、「基本高水についてしっかりと平成17年に検証をしていなかった」ということの原因には、このような流出計算モデル（貯留関数法）の精度の問題もあったことを指摘しておく。

ウ また、「八斗島上流域の氾濫量が毎秒1000立方メートルであったとも認めることはできない」とする点については、上記4、(2)、ウで述べたとおり、事実誤認がある。

7 森林土壌が有する貯留効果について

(1) 原判決の判示

「国土交通省が八斗島地点の基本高水流量を算定するにあたって採用した飽和雨量48ミリメートル及び一時流出率0.5という値は、森林のない土壌を前提とした数値であることが認められる。しかし、証拠（甲B127）によれば、カスリーン台風をはじめとする治水上問題となる洪水においては、森林土壌が有する貯留効果に顕著な効果は期待できないとも指摘されていることが認められることからすると、森林土壌が有する貯留効果が流量に与える影響は不確定であることが認められる。したがって、洪水防御に関する計画の基本と基本高水の流量の算定に当

たって、その効果が不確定な森林土壌の貯留効果を考慮しなかったことが、不合理とは言えない。」（96頁～97頁）

(2) 原判決の判示が誤りである理由

ア 八斗島地点基本高水流量2万2000 m³/Sの算出に使われた貯留関数法とは、以下のような流出解析手法である（甲B134）。

「貯留関数法とは、流域内に降った雨がその流域に貯留され、その貯留量に応じて流出量が定まると考えて、流出量を推計する流出解析の手法である。具体的には、流出量を求めようとする地点（利根川では八斗島地点）の上流を支川の合流などを考慮して幾つかの小流域と河道に分割する。分割した小流域や河道をつなげて行ってモデル化し、このモデルに降雨を与え、小流域や河道での貯留量に対して、それらの時間差を考慮しながら流出量を計算していき、その流出量を上流から下流へと引き渡し、合流させていく。このような計算を各時間毎に行い、最終的に求めようとする地点の流出量を計算するという手法である。」

貯留関数法による流出解析においては、「飽和雨量」と「一次流出率」などが重要なデータとなる。

「飽和雨量」とは、流域の森林土壌がどれくらいの水分を保留することができるのかという水分保留量の大きさのことであり、「雨が降り始めてから、流域が飽和状態になるまでの累加雨量」である。

「一次流出率」とは、降った雨が地表面や地中を通して河道へ向かう割合のことであり、「降った雨に対する流出量の割合」ということになる。

飽和雨量が大きいと、降った雨は森林土壌へ貯留されて河道への流出が遅れるからピーク流量を低減させる効果を持つ。そして、一時流出率が低い流域では、初期の降雨の河道への流出を遅らせるから同様の効果を持つ。降った雨は流域でも、また河道でも貯留されるから、貯留関数法では、流域での貯留分と河道での貯留分とを分けて計算する。

「飽和雨量」と「一次流出率」のほかに、河道への流出を規定する定

数として、「P」、「K」そして、「遅滞時間」という定数が組み込まれている（甲B123）。PとKなどの定数は、河川の延長（距離）とか勾配とか、また流れの状態を定数化したもので、河道への流出率を左右する流域の森林土壌の状態などとは無関係の定数である。

このように、貯留関数法には流域の森林土壌の機能を反映させるべくデータが折り込まれている。

イ 控訴人らは、原審が結審した時点においては、さいたま地裁の調査囑託に対する関東地方整備局の回答（甲B123）しか情報がなかったことから、国交省が八斗島地点の基本高水流量2万2000m³/S算定の流出計算モデルの検証に用いた「飽和雨量」と「一次流出率」はそれぞれ、48mm、0.5であると認識して、主張立証を行なった。

ところが、結審後である2010（平成22）年10月12日の衆議院予算委員会において、流出計算モデルの検証に用いた昭和33年、昭和34年、昭和50年及び平成10年の4洪水の流出流量の再現計算においては、飽和雨量の値は、それぞれ、31mm、60mm、115mm、125mmである旨答弁した。

この値の是非は別として、このように、飽和雨量を年々増加させてきたことは、国交省も、森林土壌の貯留効果は、不確実なものではなく算定可能なものであること、森林の成長にしたがって森林土壌の貯留効果が高まること、しかもその効果は近年では相当な値となっていることを認めていることを示している。

したがって、原判決の「森林土壌が有する貯留効果が流量に与える影響は不確定であることが認められる。」との判示も、「洪水防御に関する計画の基本と基本高水の流量の算定に当たって、その効果が不確定な森林土壌の貯留効果を考慮しなかった」との判示も、事実と反したものであることが明白である。

以上の点についても、追って準備書面で主張する予定である。

8 ハッ場ダムの効果について

(1) 原判決の判示

「証拠（甲B9）によれば、カスリーン台風と同様の降雨状況の場合には、ハッ場ダムが顕著な治水効果を有していないことが認められるが、治水効果を検証するに当たっては様々な降雨パターンを前提に検証がされるのであって、上記事実をもって、ハッ場ダムに治水効果がないと認めることはできず、また、最大流入量毎秒3900立方メートルが過大という点についても、原告らが上記最大流入量が実績とかい離した理由としてその根拠とするのは、吾妻川下流にある村上地点の観測流量によって検証された結果であるところ、証拠（甲B90）によれば、ハッ場ダム予定地に近い岩島地点における流量観測が開始されたのが昭和56年からであることが認められることからすると、岩島地点の観測結果を用いずに、流量観測データが多い村上地点の観測流量によって上記最大流入量を維持することも、ダムへの流入量を算定するに当たってより多くのデータを用いる必要があるという観点から見て、不合理ということとはできない。」（97頁）

(2) 原判決の判示が誤りである理由

ア 控訴人らが問題にしたのは、「降雨集中度の違いを除いても、計画値3900m³/Sを算出した洪水計算モデルは2001年と2007年の実績洪水流量の約2倍にもなる過大な値を算出したモデルになっている。」（最終準備書面その4の83頁）との記述からも明らかなように、「最大流入量毎秒3900立方メートル」を算出した流出計算モデルが実態とあわない精度の低い手法であるということである。

原判決の「原告らが上記最大流入量が実績とかい離した理由としてその根拠とするのは、吾妻川下流にある村上地点の観測流量によって検証された結果であるところ、証拠（甲B90）によれば、ハッ場ダム予定地に近い岩島地点における流量観測が開始されたのが昭和56年からで

あることが認められることからすると、岩島地点の観測結果を用いずに、流量観測データが多い村上地点の観測流量によって上記最大流入量を維持することも、ダムへの流入量を算定するに当たってより多くのデータを用いる必要があるという観点から見て、不合理ということはできない。」との判示は、この点についてまったく判断していない。

ここでも、原審裁判官らの予断に満ちた態度が見て取れよう。

村上地点の観測流量を用いたとしても、流出計算モデルの精度が高ければ、実態とかけ離れた流量となるはずはないからである。

そして、村上地点の観測流量を用いた流出計算モデルでは精度が低いというのであれば、控訴人らが主張したように、岩島地点の観測流量を用いた流出計算モデルに改めるべきなのである。

イ 「ハッ場ダムの計画最大流入量3、900 m³/秒の検討」（甲B90）によると、平均3日雨量が341 mm（平成13年9月10日洪水）と324 mm（平成19年9月7日洪水）という計画降雨に近い雨量であったにもかかわらず、ハッ場ダム地点の流量が1205 m³/S、957 m³/Sと計画値3900 m³/Sの1/4～1/3以下にとどまっているのであり、国交省の流出計算モデルの精度は極めて低いものである。

精度の低い流出計算モデルによって算出されたハッ場ダム地点の最大流量3900 m³/Sは過大であり、ハッ場ダムの効果を過大に示す根拠となっている。

ウ 甲B第65号証の2の「ハイドログラフ」は、カスリーン台風と同規模の降雨があった場合に、現況の堤防断面、現況の洪水調節施設を前提にして八斗島地点の流出流量を計算したところ、1万6750 m³/Sとなったことを示す資料である。

2006（平成18）年2月策定の「利根川水系河川整備基本方針」の案（甲B28）によれば、利根川の堤防整備状況について、「利根川中流部（八斗島～取手）では大規模な引堤を実施したほか、堤防の拡築、河道掘削等を実施するとともに」（6頁）とし、また、その資料でも

「明治改修以来数度にわたる引堤工事等により堤防は概成している」（甲B29）とし、2005（平成17）年3月末の堤防は改正堤防が49.2%、暫定堤防が46.1%で95%が概成している（甲B77）ことになっている。

そして、関東地方整備局が作成したもう一つの資料である「利根川の整備状況（容量評価）」によれば、利根川の中流部に当たる河口から85km～186kmまでについては、堤防の容量（堤防内での流下能力）についての整備率は99%に達していると報告されている（甲B76）。そして、河口から85kmまでの整備率は88.4%、江戸川では河口から約60kmまでは90.0%であるとされている（甲B76）。

このことは、八斗島地点から取手までは、計画高水流量規模の洪水であれば、溢れないということであり、ほぼオーバーフローの心配はないということになる。

しかも、「昭和55年工事実施基本計画」によれば、八斗島地点下流部での堤防の余裕高は、2.0mあるとされている（甲B6の17～21頁）。

大熊証人も、甲B第65号証の2の「ハイドログラフ」が、カスリーン台風と同規模の降雨があった場合に、現況の堤防断面、現況の洪水調節施設を前提にして八斗島地点の流出流量を計算したところ、1万6750m³/Sとなったことを示す資料であることを確認された上で、こうした洪水の流出状況から判断した場合、上流部に現在以上のダムの新設が必要であるかについて、「ダムを造らなくても対応ができると考えます。」と明快な回答をしている（甲B94の31頁）。

エ 利根川の治水計画は、カスリーン台風洪水の再来に対応するために策定されているが、このカスリーン台風洪水が再来した場合における八ッ場ダムの治水効果がゼロであることを国土交通省自身が認めている。

国土交通省は、カスリーン台風洪水が再来した場合に既設6ダムおよ

び八ッ場ダムがあった場合にそれらがどの程度の治水効果を有するかについて計算を行っている。それによると、八斗島地点における八ッ場ダムの洪水流量削減効果はゼロである（「国会議員への国土交通省の回答 2004年3月」甲B9の表-5-(1)の7～9頁）。

カスリーン台風再来時における八ッ場ダムの治水効果がゼロである理由は、吾妻川の八ッ場ダム予定地上流域の雨量が少なかったことと、その降雨の時間がずれていたことによるものであるが、これはカスリーン台風だけに見られる特異な現象ではない。利根川流域では南からきた台風の雨雲が榛名山と赤城山にぶつかって大雨を降らせるため、吾妻川上流域には利根川上流域に対応するような大雨が降らないことが結構ある。このような地理的・地形的特質によるものであるから、たとえば、カスリーン台風に次いで大きな洪水である1949年のキティ台風においても同様な傾向がみられる（甲B9の表-5-(1)の7～9頁）。国土交通省の計算では同洪水の八ッ場ダムの効果は $224 \text{ m}^3/\text{S}$ にとどまっており、利根川の大きな洪水に対して八ッ場ダムの効果はゼロか、あっても小さなものなのである。

オ 控訴人らが準備書面5の60～67頁で述べたように、上記表には、根本的な問題として、計算時（2004年3月以前）に依拠すべきであった当時の建設省河川砂防技術基準案（改定新版 建設省河川砂防技術基準（案）同解説・計画編 1997年10月）のルールを無視して、2倍を超えて降雨量を大きく引き伸ばしたものが数多く含まれている。

2倍にとどめる理由は降雨量の引き伸ばし率を大きくしすぎると、対象洪水の降雨条件を反映しない異質の洪水を計算してしまう恐れがあるからである。ルールどおり2倍以下の引き伸ばしになる洪水のみ（12洪水）を取り出し、さらに、八ッ場ダムがない場合の洪水流量が計画高水流量 $1万6500 \text{ m}^3/\text{S}$ を超えてしまう洪水を拾い上げると、1947年、1949年、1958年9月16日、1959年9月、1966年6月の5洪水だけである。しかも、それらの5洪水における八ッ場ダム

の効果はそれぞれ0、224、164、1369、 $1\text{ m}^3/\text{S}$ であり、4洪水についての効果はゼロまたは基本高水流量2万2000 $\text{ m}^3/\text{S}$ の1%以内（流量観測の誤差以内）しかない小さなものである。

このように八ッ場ダムが意味を持つのは1959年9月洪水の計算値だけであって、計算上も200年に1度の降雨量があっても、そのうち、八ッ場ダムが役立つのは12回に1回の割合でしかなく、確率的にきわめて小さいレアケースなのである。いわば、 $1/200$ の $1/12$ であるから、ほとんど起こりえないケースであり、このように八ッ場ダムは計算上も利根川の治水対策としてほとんど意味を持たないダムなのである。

9 栃木県の負担割合について

(1) 原判決の判示

「原告らは、『利根川水系利根川浸水想定区域図』（甲B63）による栃木県の浸水区域は、『想定氾濫区域図』（乙64）に比べて10分の1以下であり、『利根川水系利根川浸水想定区域図』によれば栃木県の負担割合は現在の10分の1以下になること、『利根川水系利根川浸水想定区域図』による浸水区域の想定も実際よりも過大な範囲を浸水区域とすることから、栃木県の負担割合1.44パーセントは過大であると主張する。しかし、上記認定のとおり、『利根川水系利根川浸水想定区域図』と『想定氾濫区域図』は、いずれもその作成目的が異なっており、『想定氾濫区域図』は、利根川の計画水位よりも地盤の高さが低い利根川沿川の区域を氾濫が想定される区域として示したものであり、多様な洪水パターンにより変化せず、また、各都県に共通して使用できる図面というのである。そうすると、カスリーン台風の時の栃木県藤岡町洪水被害についての大部分が渡良瀬遊水池の氾濫によるものであるとの調査結果（原告伊藤武晴）としても、浸水想定区域図を前提としてその氾濫の広狭をいう原告らの上記主張を採用することはできない。」（9

8頁～99頁)

(2) 原判決の判示が誤りである理由

ア 仮に、八ッ場ダムに何がしかの治水効果があったとしても、利根川本川が貫流しておらず、利根川本川に接してもいない栃木県がその恩恵を受けることは基本的になく、栃木県が治水分として八ッ場ダムの建設費を負担する必要は本来はないはずである。

しかし、栃木県は、「想定氾濫区域図」(乙64)を根拠に、治水負担金のうち1.44パーセントの負担を求められている。

イ 原判決は、この「想定氾濫区域図」(乙64)について、「利根川の計画水位よりも地盤の高さが低い利根川沿川の区域を氾濫が想定される区域として示したものであり、多様な洪水パターンにより変化せず、また、各都県に共通して使用できる図面」というが、この図面が想定する氾濫は、計画洪水を超えた洪水(超過洪水)であり、基本高水流量を前提とした対策では防御できないものである。基本高水流量を前提にした治水対策についての負担を求めるのに、基本高水流量を超えた洪水による被害を基準にするのは、矛盾した制度である。

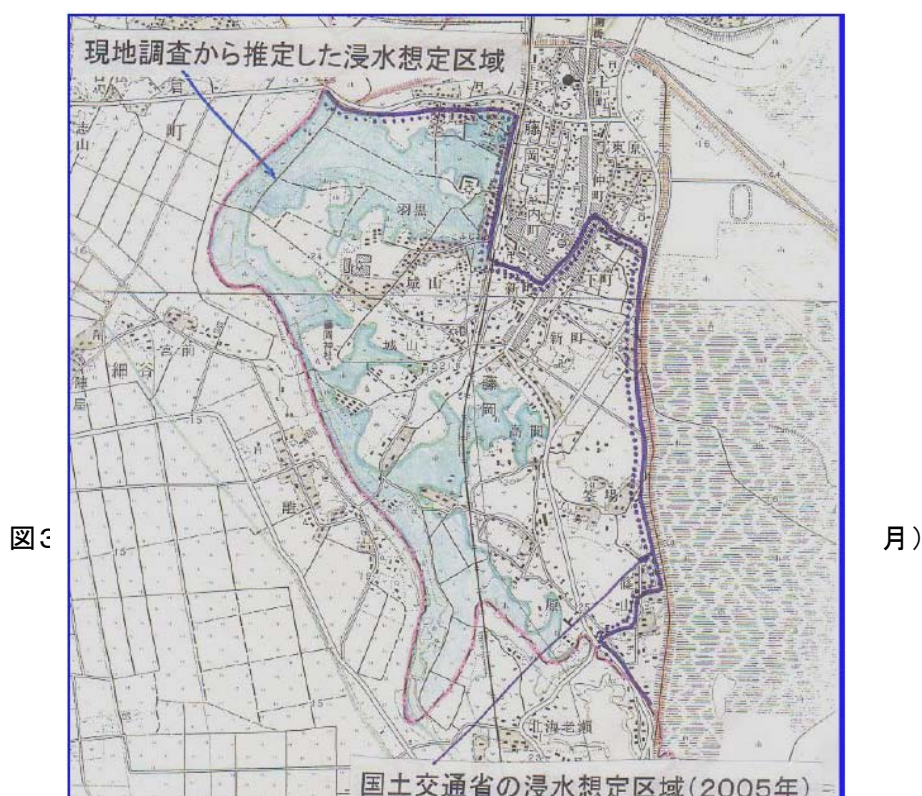
また、超過洪水の場合は勿論、基本高水流量以下の洪水であっても、越水の氾濫では、その流量は多くないので、計画水位以下の地域であっても浸水するのはより低い一部の地域のみである。また、破堤した場合には、氾濫流量は増えるが、それによって水位が低くなるので、計画水位以下の地域全部が浸水することはあり得ない。このように、「想定氾濫区域図」(乙64)は、実際にはありえない氾濫を前提としており、到底各都県に共通に使える図面などということとはできないものである。

以上のおりであるから、原判決の判示は、事実の認識を誤ったものであると言わなければならない。

ウ これに対して、「利根川水系利根川浸水想定区域図」(甲B63)は、基本高水流量を前提に実際にあり得る氾濫を示したものであり、治水対策費用の分担を決めるに相応しい図面である。したがって、国交省は、

ハッ場ダムの治水負担金を決めるに当たっても、このような図面を作成し、それによって決定すべきであったのである。

エ 2005（平成17）年3月の利根川浸水想定区域図では、図2のとおり、藤岡町の一部に利根川本川の氾濫が及ぶことになっているが、現地を歩いてみると、この想定も机上の計算によるものであって、実際は過大な想定である。



控訴人伊藤武晴は、2005（平成17）年10月に藤岡町の現地を歩いて利根川の氾濫が及ぶ範囲を調査した。その結果を図3に示す。これを見ると、実際は微地形があるので、浸水の範囲が2005（平成17）年3月の利根川浸水想定区域図よりさらに狭められ、国土交通省が机上の計算で求めた浸水想定面積の半分以下になっている。

このように、栃木県が利根川本川の氾濫によって実際に受ける影響はわずかなものなのである。

百歩譲って、2005（平成17）年3月の利根川水系利根川浸水想定区域図における藤岡町の浸水面積の分は負担するとしても、1.44%よりも一桁低い負担割合になる。その場合は八ッ場ダム建設事業への栃木県の負担額は1億円程度にとどまり、負担額を9億円も軽減することができるのである。

第2 建設事業負担金(河川法負担金)(ダムサイト危険性関係)

1 はじめに

- (1) 控訴人らの第一審最終準備書面第5章において述べたように、ダムにとって、基礎岩盤に割れ目などがなく、安定した堅硬なものであることは必須である。その理由は、①ダムの巨大な重量に耐えられるだけの耐久性がなければならない、②ダムの上流側に貯留される水の膨大な水圧に耐えるだけの水平方向の力に対する抵抗性がダム本体や基礎岩盤になくってはならない、③ダム本体の底に浮力を生じさせないような透水性の低さがなければならない、④ダムから水が漏れるような割れ目や構造があってはならない、という性状が求められることにある。
- (2) ダムに上記の各性状が求められるのは、これらの要件はダムが正常に機能するため、あるいはダムの安全性にとって不可欠、必須の条件であるからである。そして、こうした要件を備えないダムは、正常に機能せず、あるいは安全性が保証されないのであるから、瑕疵のあるダムだということになり、この種の最低限、必須の要件を備えないダムは、それは、単なる欠陥ではなく、ダムサイト周辺やダム下流の住民に対して重大な損害を及ぼすことになるから、重大な瑕疵があるものというべきである。

以下、詳述する。

2 原判決の判断枠組みの誤り

(1) 控訴人らの主張の骨子

控訴人らのダムサイトの危険性に関する主張の骨子は、本件ダムのダムサイト周辺の岩盤・地質は、ダムを建設するための適格性を欠き、河川法3条2項に定める河川管理施設としての客観的効用を備えておらず、このようなダム計画に負担金を支出することは違法である、というものであった。

(2) 原判決のダムサイトに関する判断枠組み

原判決は、八ッ場ダム建設事業に係る被告の負担金支出が違法な公金の支出にあたるか否かについて、河川法施行令38条1項の通知「の前提となった河川整備基本方針、河川整備計画、ダム建設に関する基本計画自体又は都府県が河川管理施設から利益を受けるとの国土交通大臣の判断のいずれか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えない瑕疵の存する場合でない限り、同通知を尊重しその内容に応じた財務会計上の措置を取るべき義務があり、これを拒むことは許されないと解するのが相当である」と判断枠組みを設定した(68頁)。

(3) 原判決の誤り

ア 上記のような原判決の判断枠組みが誤っていることについては、第2章、第5で述べたとおりである。八ッ場ダム建設計画等が著しく合理性を欠いていること、栃木県が八ッ場ダム建設によって著しく利益を受けることがあるかどうか、判断基準とされるべきである。

イ また、原判決は、個々の問題点について、控訴人らの科学的根拠に基づく指摘に対し、国が有効な反証をしているかという点について何らの検討がなされていない。通常、原告の主張に一定の根拠が認められる場合、有効な反証がなされなければ、原告の主張する事実が認定される。にもかかわらず、原判決は、「国土交通省が調査を行った」との事実から直ちにその調査が不十分とはいえないとしており、事実評価に不備がある。

ウ また、同様の例として、原判決は、単に国土交通省が「技術的な問題については対応可能としている」という認定を行っただけで、実際に同省が技術的な問題について対応する意思や能力を有しているということまで認定していない。しかしながら、原判決は、その後の記載においても、あたかも同省が技術的な問題についての的確に対応することが可能であることを当然の前提とするかのごとき論旨を展開している。これは明らかに論理の飛躍であり、論理の不備である。

国土交通省が「技術的に対応可能」と述べたからといって、本当に技術的に対応可能であることや実際に対応することについての保証は全くない。奈良県の大滝ダムでの湛水試験時点での地すべりの発生、同じく、埼玉県の高滝ダムでの同様な地すべりの発生などが示すように、国交省の地すべりや岩盤の安全性に関しての知見が極めて乏しいことは明白である。

国の「安全である」、「問題がない」といった言葉が、何らの裏付けのない空虚な言葉であったことは、福島第一原発の事故を見ても明らかである。ダム等の巨大な人工物の安全性については、原判決のような他人任せの安易な判断が許されないことは明らかである。

以下、ダムサイトの危険性に関する原判決の誤りを個々に詳述する。

3 基礎岩盤の脆弱性について

(1) 控訴人らの主張の骨子

控訴人らの基礎岩盤に関する主張は、

- ①国土交通省は、ダムサイトの基礎岩盤は岩級区分で言えばB級が主体であるとしているが、本件ダムサイト周辺は多くの割れ目が存在するし、非常に複雑な割れ目が発達しやすい火山性の地層である、
- ②現地で行われたルジオン試験の結果を参照すれば、岩級区分は見直されるべきである、
- ③ダムサイト周辺の吾妻川左岸には嘗て擾乱帯と呼ばれた箇所があるが、それは断層破碎帯であり、ダムサイトの直下に延びている可能性がある上、それと平行する断層も新たに発見されている、
というものである。

(2) 基礎岩盤の岩級区分について

ア 原判決の判断

原判決は、八ッ場ダムダムサイトの岩級区分について、「国土交通

省は、……本件ダムサイトは全体にB級岩盤を主体として、地表に近づくに従いCH級、CM級、CL級岩盤からなっていると評価し、ダム高が最も高く、水深が最大となり、最も大きなせん断強度が必要となる、渓谷中央部の河床から両岸の斜面にかけては、概ねB級の岩盤が広がっていると評価している」として、国土交通省がこのように述べていると指摘している(79頁)。

しかしながら、本件ダムサイト周辺は多くの割れ目が存在するし、非常に複雑な割れ目が発達しやすい火山性の地層であるという控訴人らの主張については、特に判断を示していない。

そして、原判決は、ルジオン値を参照すれば上記岩級区分は見直されるべきであるという控訴人らの主張に対して、「八ッ場ダムサイトの岩級区分は岩塊の硬軟、コア形状(割れ目間隔)及び割れ目の性情等の要素によって区分されているもので、ルジオン値にのみよるものではないことから、原告の主張は採用できない」とした(99頁～100頁)。

イ 原判決の誤り

(ア) 国土交通省の主張自体の曖昧さ

控訴人らの第一審最終準備書面第5章においても述べたことであるが、国土交通省のダムサイト基礎岩盤に対する考えの基本は、「今後も継続して実施される地質調査や設計作業により精度向上が図られ、ダムサイト地質に対する評価や図面等に修正が加えられていくものであることを申し添える。」ということである(甲B100・1頁)。

国土交通省自体、ダムサイトの基礎岩盤について不明な点・曖昧な点が残されていることを自認しているのである。そして、国土交通省の判断が、それまでに行われた調査や、当該判断後の資料と照らし合わせて矛盾しないのかどうか、改められなければならないのかどうか、厳しく検討されなければならないのである。

(イ) 多数の開口割れ目の存在について

控訴人らが岩級区分についてまず指摘したことは、多数の開口割れ

目の存在と国土交通省の岩級区分とが矛盾するということである。

「H14ダムサイト地質解析業務報告書」の表4・1-3「岩級区分基準」には、B級は「ほとんど割れ目がない新鮮堅硬岩盤」「割れ目は少なく、ボーリングコアでは1mにつき1～2本程度である。割れ目沿いは若干褐色部が認められるものの密着していることが多く、軟質化は認められない。開口割れ目も認められるが少ない」とされている(甲B48・86頁)。

まず、上記報告書には、B級と判断したボーリングのコアがすべて示されているわけではないので、国土交通省がB級と判断した岩盤が本当に正しいということを裏付ける証拠はない。次に、上記報告書87頁には、B級と判断されたボーリングコアの写真が3本、例示されている。この3本は例として挙げられているくらいだから、本件ダムサイトのボーリングコアの中から最も良質のものが選定されて掲載されているものと考えられるところ、一番上のBL-7及び真ん中のBR-12は、何れも河床部のものではなく、それぞれ、左岸部・右岸部のものである(甲B48・74頁)。一番下の60-Bのみが、河床部のものである(同上)。これらのボーリングコアを見ると、1mにつき3本以上の割れ目が入っているものが散見される(BR-12の54～55m、60-Bの60～61m、62～63m)。割れ目は、開口しているものが多い(BL-7の70～71m、72～73m、73～74m、74～75m、BR-12の52～53m、54～55m、60-Bの60～61m、62～63m、64～65m)。河床部の60-Bの割れ目が特に大きな割れ目となっている。また、60-Bは、コアが白色ないし赤褐色となっており、変質作用を受けていることが看取される。BL-7の70～71m、BR-12の50～51m、60-Bの60～61mの箇所等には、岩盤が風化して砕けていることが看取できる箇所がある。

このようなことからするならば国土交通省が行ったB級との判断は、上記のB級の定義と整合していないことが分かる。しかも、最良のものとして例示されているものがこの体たらくなので、その余の部

分のB級という判断も推して知ることができる。さらに、国土交通省の判断は、河床部において最も甘いことが窺える。

このように、国土交通省のB級との判断は、実際のボーリングコアの割れ目や岩の状態と矛盾するのであり、合理性がない。

(ウ) ルジオン値との整合性について

まず、控訴人らの第一審最終準備書面第5章、15頁においても述べたように、透水性が高いということは、岩盤中に割れ目が存在することを示す。即ち、ルジオン値が大きい箇所は、岩級区分のランクは、当然のことながら、低く評価されるべきことになる(甲B95・3頁)。

原判決は、岩級区分とルジオン値とは必ずしも連動しないかのごとく述べているが、甲B48・87頁に示された岩級区分の基準は、一見して分かるように、視認による区分である。一方、ルジオン値は、ルジオン試験によって明らかにされる数値であり、それによって岩盤中の割れ目や風化などの水を通しやすい脆弱な部分の存在が示される。ルジオン試験によって高いルジオン値が示された場合は、岩盤の脆弱性が示されたものと考えなければならない。特にB級については、「ルジオン値は概ね2以下」とされているのであって、ルジオン値と岩級区分との対応は比較的明瞭である。従って、ダムサイトの安全性を考えた場合、10を超えるようなルジオン値が示された場合、特に20を超える値が示された場合は、岩級区分の見直しをすることは必須であると考えなければならない。

本件ダムサイトの基礎岩盤は、控訴人らの最終準備書面その5、15頁以下において詳細に述べたように、ルジオン値が10以上20未満、あるいは20以上を示す箇所が多々あって、概ねB級との判断は誤りであり、多くの部分がCM級やCL級に変更されなければならないことは明らかである。

このようなルジオン値にも拘らず、岩級区分B級との判断、評価は不合理ではいけない、とする原判決の判断は、明らかに不合理であ

る。

(エ) 小括

以上から、本件ダムサイトの基礎岩盤について、B級主体と判断した国土交通省の判断は合理性があるとはいえないことは明らかである。

(3) 擾乱帯について

ア 原判決の判断

原判決は、上記平成14年報告書において擾乱帯と呼ばれた部分について、それが「ダムサイト直下まで延長していると認めることはできない」（100頁）とし、また、断層については、「八ッ場ダムの右袖部又はその近傍を通過し、かつ、ダム建設に影響を与えるような断層の存在を認めることはできない」として（103頁）、控訴人らの主張を排斥した。

イ 原判決の誤り

(ア) 断層の存在

原判決は、ダム建設に影響を与えるような断層は存在しないとするが、擾乱帯とよばれているものの正体が断層であること、本件ダムサイトには、それに平行して走る断層が存在することは、証拠上明らかである。

すなわち、控訴人らの第一審最終準備書面第5章、18頁以下に述べたように、「H17川原畑地区他地質調査報告書」作成の前提となった横坑調査では、2条の断層の存在が明記されている（甲B95・6頁、添付図・図-4、図-5）。また、当該「擾乱帯」付近で行われた水平ボーリングNo.13には、「16.45～16.5m付近が褐色に変色し、2条の断層の一部であると考えられる」とされている。同じく水平ボーリングNo.12にも「2条の断層の一部であると考えられる」とされているのである（甲B95・6頁、添付図・図-5）。H14報告書で擾乱帯とよばれていたものが、2条の断層に挟まれた

断層破碎帯であることは、証拠上明らかである。

さらに、やはり控訴人らの最終準備書面その5、18～19頁において述べたように、上記「H17川原畑地区他地質調査報告書」では、横坑調査の結果、坑奥・「擾乱帯」の西側にこれと並行した新たな断層が見つかったことが明記されている(甲B95・7頁)。

以上のように、証拠上擾乱帯が2条の断層であること、それに平行した断層も存在していることが証拠上明らかであり、断層又は断層破碎帯が存在するとは認められない、などとした原判決の誤りは明らかである。

(イ) 断層のダムサイト直下への延長

これもまた、控訴人らの第一審最終準備書面第5章、18頁において述べたことであるが、上記擾乱帯は、吾妻川左岸河床部で河道方向一1軸から2軸(ダム軸の上流側約40m～下流側約80mの範囲)まで連続していることが、上記「H17川原畑地区他地質調査報告書」作成の前提となった横坑調査、それ以前のH14報告書等において確認されている。

また、原判決は、国土交通省が安山岩貫入岩体の中で行ったボーリングNo. 17を踏まえて、上記のような「ダムサイトには断層が認められない」などと言う判断を行なったのではないかと思われるのである。しかしながら、このボーリングのコア部分には、他のコア部分と比べて異常な赤色変質部分が認められる。これは、割れ目への水の浸潤に伴う酸化帯であると考えられるため、直近に割れ目が存在することが明らかである。加えて、安山岩貫入岩体はその周囲の八ッ場層よりも形成が新しい。上記の擾乱帯は八ッ場層の中に認められるのであるから、擾乱帯の存否を確認するためには、安山岩貫入岩帯の中だけでなく、周囲の岩盤についても詳細な調査を行う必要がある。国土交通省はそのような調査を行っていないし、被控訴人も、このような調査を行ってダムサイトの岩盤中に擾乱帯が存在しないことを主張・立証していない。

のみならず、本件では、ハッ場層よりも新しい貫入安山岩体の、しかもダムサイト上流部分の擾乱帯の延長部に位置する部分に、上記のような赤色変質が認められることから、擾乱帯(=断層)と関連すると思われる割れ目が存在する可能性がある。この可能性は、相当程度の科学的根拠を持った可能性であり、原判決が想定したような、AもあればBもあるかもしれない、といった程度の可能性ではない。さらに、この擾乱帯—赤色変質帯の延長のダムサイト0軸の右岸側標高440m付近に高いルジオン値を示す部分がある。

これらの事実及び被控訴人がこれに対して何らの主張・立証も行っていないことも併せ考えるならば、擾乱帯は、ダムサイト直下に延長しているものと認めるのが相当である。

(ウ) 小括

以上のことから、本件ダムサイトには、ダムサイト直下に延びる擾乱帯とかつて呼ばれた断層破碎帯が存在することが認められ、本件ダムサイトの基礎岩盤は、ダム堤体を建設するためには安全な岩盤とは到底いえない。

この点に関する原判決の判断の誤りは明白である。

4 基礎岩盤の高透水性について

(1) 控訴人らの主張の骨子

控訴人らの主張は、

- ①吾妻川の河床標高以深にも高いルジオン値を示す地点が多々あり、河床付近の基礎岩盤は難透水性とはいえない、
- ②吾妻川の左岸側は高透水性の水平の割れ目が山側に向かって発達している、
- ③現場の透水試験からも「限界圧あり型」や「目詰まり型」の箇所が多々あり、一見強固な岩盤に見えても、ダムが湛水すればその水圧によって隠されていた岩盤の脆弱性が露わになる可能性がある、
- ④新グラウチング指針は国土交通省のお手盛り基準である可能性が高く

信用性が低い上、新グラウチング指針の基準によっても対応不可能なルジオン値を示す箇所もあるし、グラウチング工法では剪断抵抗を補強できない、
というものである。

(2) 基礎岩盤の高透水性について

ア 原判決の判断

原判決は、本件ダムサイトの基礎岩盤の透水性について、特に理由を示すことなく、「証拠（・・・）をみても、・・・、国土交通省が水深が最大となる河床付近の基礎地盤ではルジオン値は小さく難透水性であり、砂岩では、おおむね地下水位以深ではルジオン値が小さく、右岸では、基礎水位よりも深い箇所でもルジオン値の大きい箇所があると判断したことが不合理であるとまで認めることはできない。」と判断している（101頁）。

イ 原判決の誤り

原判決は、右岸のルジオン値が大きいことを認める一方、河床付近及び左岸・右岸の岩盤についてのルジオン値が小さいという国土交通省の評価について、この評価が不合理であるとまではいえないとしているが、大きな誤りである。

具体的なことは、控訴人らの第一審最終準備書面第5章、23頁以下に詳細に述べたが、①「H17川原畑地区他地質調査報告書」に添付された左岸側のルジオン値と標高の関係図(甲B95・添付図・図-10の左図)において、現実に、吾妻川河床付近や左右両岸側に高透水性の箇所が多数見られるし、②ダムサイト0軸(ダム堤体が建設される位置)のルジオンマップには、河床標高以深において、ルジオン試験の結果「目詰まり型」「限界圧あり型」を示す地点がかなりあり(甲B95・添付図-11、12等)、これらの箇所は、ルジオン値が低いように見えても、一定以上の水圧がかかると岩盤が亀裂破損する可能性がある、等の点を指摘することができる。

そして、原判決は、これらの点について、何らの批判・検討もできていない。もとより、被控訴人もこれらの点について反駁する主張・立証を行っていない。

河床付近、左岸及び右岸の基礎岩盤ではルジオン値が小さいという国土交通省の評価は、不合理な点だらけというべきである。この点に関する原判決の判断の誤りは明らかである。

(3) グラウチング工法について

ア 原判決の判断

原判決は、ルジオン値が高く遮水性に問題がある箇所について、国土交通省が、カーテングラウチング工事及びコンソリデーショングラウチング工事によって対処可能と判断していることに言及し、「グラウチング技術指針に採用されている基準が国土交通省によるお手盛りであると認めることはできないし、・・・現時点において、カーテングラウチングまたはコンソリデーショングラウチングによって対処していることが不合理であるということとはできない」と判断している（101頁）。

イ 原判決の誤り

(ア) グラウチング指針改定作業について

グラウチングに関しては、原審最終準備書面第5章、29～30頁でも述べたように、もともと、本件ダムサイトのような高い透水性のある岩盤には対応ができなかった。ところが、国土交通省がグラウチング指針について、お手盛的な改正を行い、高い透水性のある箇所においても対応することを可能ということにしてしまったのである。

このグラウチング指針の改定作業については、どのような者らによって、どのような手続で行われたのか、改定作業を行った者らの人選はどのような基準で誰が行ったのか、等の点についても全く明らかにされていない。このような点からも、現行のグラウチング指針が適切な内容を有しているという前提で判断をすることはできない。

(イ) 新グラウチング技術指針に準拠しても問題がある基礎岩盤

また、控訴人らの原審最終準備書面第5章、30頁においても指摘したことであるが、旧技術指針の基準ではコンクリートダムを造る際のカーテングラウチングでは、ルジオン値が1以下のところに施してやっと効果があるといわれていたものを、新基準では、ルジオン値10以下というように基準を甘くした。しかしながら、本件ダムサイトの基礎岩盤は、ルジオン値が10を超える箇所、20を超える箇所ですら存在する。甲B95・添付図・図-10のグラフによると、特に右岸側には、河床標高以下の場所でも30超、40超のルジオン値を示す箇所もある。さらに、前項で述べたように、河床標高以下の岩盤には、一見堅硬に見えても一定程度の水圧下においては急激に水の流出量が増える(=ルジオン値が上がる)限界圧あり型、目詰まり型の岩盤もある。従って、新指針に従ったとしても、本件ダムサイトの基礎岩盤は、なおグラウチング工法では対処不可能な箇所が多々ある。

原判決は、このような点を全く考慮していない。

(ウ) グラウチング工法では剪断抵抗を補強できない

さらに、岩盤が高透水性であることは、単に水が抜けてしまうという問題だけではなく、剪断力に対して脆弱であることを意味している。このような点についても、控訴人らは、原審最終準備書面5章、30～31頁において述べた。

一方、グラウチング工法というのは、割れ目を充填材で埋めて水の通りを悪くするという工法であり、水の流出を防止するための工法にしか過ぎない。従って、割れ目を挟んだ両方の岩盤の機械的な強度を上げるという効果はない。この工法を用いたとしても、高透水性の剪断抵抗の脆弱な岩盤の剪断抵抗を上げるという効果は期待できない(甲B101・14～15頁)。

(エ) 場当たりの費用増大という点について

仮にグラウチング工法が技術的に可能であったとしても、場当たりに対応していると費用が増大するということは、誰が見ても明らか

なことである。必要に応じてグラウチングを適用するということは、その都度その都度、費用が新たに増えていくということになるからである。

原判決は、この点について何ら触れておらず、行政追隨の不当な判断と言わざるを得ない。

(4) 小括

以上のとおり、本件ダムサイトの基礎岩盤は高透水性であることを認めるのが相当であり、グラウチング工法に関する新基準を以てしても、これに十分に対処することができるとは認めることができない。

この点に関する原判決の判断の誤りは明白である。

5 熱水変質帯について

(1) 控訴人らの主張の骨子

控訴人らの主張は、新たな調査を行うたびに熱水変質帯の新たな分布域が見つかっているし、熱水は地下深部から岩盤中の割れ目・亀裂に沿って上がってくるので、島状に分布するから、未調査の箇所から新たに熱水変質帯が発見される可能性もあり、本件地域は火山性の地質であることや熱水変質帯の分布は八ッ場層の分布とほぼ重なること等も考えれば、本件ダムサイトは、熱水変質帯の中に位置しているものと考えるのが相当である、と言うものである。

(2) 原判決の判断

原判決は、「国土交通省は、熱水変質帯の分布状況について、継続して調査を行って、熱水変質帯がダムサイト付近には存在しないことを確認していることを考慮すると、・・・、ダムサイトの基礎岩盤に広く熱水変質帯が分布することを認めることはできない」と判断している。

(102頁)。

(3) 原判決の誤り

ア 熱水変質帯の分布状況

控訴人らの第一審最終準備書面第5章、33頁以下に指摘したように、H14ダムサイト地質解析業務報告書の時点におけるよりも、H17川原畑地区他地質調査報告書や、H18ダムサイト地質調査報告書という調査を続けることにより、次第に、より広範囲の、しかもダムサイトを取り巻くような熱水変質帯の分布が明らかにされてきている。

また、熱水変質帯は島状に分布するので、未調査の部分に熱水変質帯が存在する可能性も高い。

さらに、国土交通省がH17川原畑地区他地質調査報告書において、ダムサイトは良好岩盤であるとした根拠となった横坑調査は杜撰且つ粗雑であり、この調査に信頼性はない。寧ろ、上記のような熱水変質帯の分布状況を見ると、ダム軸に変質帯が延びてきているものと考えerほうが自然である。

翻って、H14ダムサイト地質解析業務報告書に掲載された、ダム軸直下の60-Bというボーリングのコアを見ると、第3、2、(2)、イにおいて既に述べたように、他のBL-7に見られるような新鮮な岩盤であることを示す青色ではなく、赤褐色変質、白色変質を受けている上、大きな亀裂の存在が確認できる(甲B95・87頁)。ダムサイト直下の岩盤にも、熱水変質帯が伸びていることがはっきりと分かる。

イ 更にその後の調査でも発見された熱水変質帯

国土交通省は、平成19年にも熱水変質帯の調査を行ったようであるが、その結果を添付する(図-1、2 本書面本第5部末尾参照)。図-1を見ると、ダムサイト直下に、⑦～⑨の間、⑩～⑳の間に、標高480m±5mの範囲に熱水変質が認められたボーリングがあったことが記されている。ダムサイト下流側の㊸～㊿の間にも、同様に熱水変質が認められたボーリングが存在する。

この点、国土交通省は、それらの熱水変質が認められたボーリング

は、下方からの変質帯が連続しない、としている。しかし、変質帯は、熱水の通過した場所であり、岩盤中では割れ目分布に規制される。ボーリングのコアの中で変質帯が下方から連続しないとしても、変質帯の存在自体が、下方から熱水が上昇してきたこと、及びそのような上昇を許す連続した割れ目が存在することを意味している。

また、平成19年に行ったとされる調査では、熱水変質が認められなかったボーリングも多数存在するため、国土交通省は、熱水変質が存在するとしても僅かに過ぎないということをお願いしている。しかし、同省が熱水変質が認められなかったとしているのは、ボーリングコア中の10mの幅でしかない。それ以外の深度については何の言及もない。その上、熱水変質帯は、砂岩等空隙の多い岩体や地表部の開口割れ目の密度が高いところでは面的分布を示すようになるが深部での割れ目の幅は大きいもので数mm程度であることから、このようなところでは変質帯の幅もせいぜい数cmから数10cm程度と推定される。ところで、ダムサイト岩盤で実施されたボーリング密度は多いところでも40m間で1～2本程度である。仮に40mに1本のボーリングで、変質帯幅40cmの変質帯を見つけるとすると、その確率は40/4000、すなわち100分の1なのである。変質帯がないとしたボーリングをもって、その周囲に変質帯が及んでいないと断定するのは誤りである。

ウ 小括

以上から、本件ダムサイトには熱水変質帯が及んでいることが明らかである。この点に関する原判決の判断の誤りは明白である。

6 まとめ

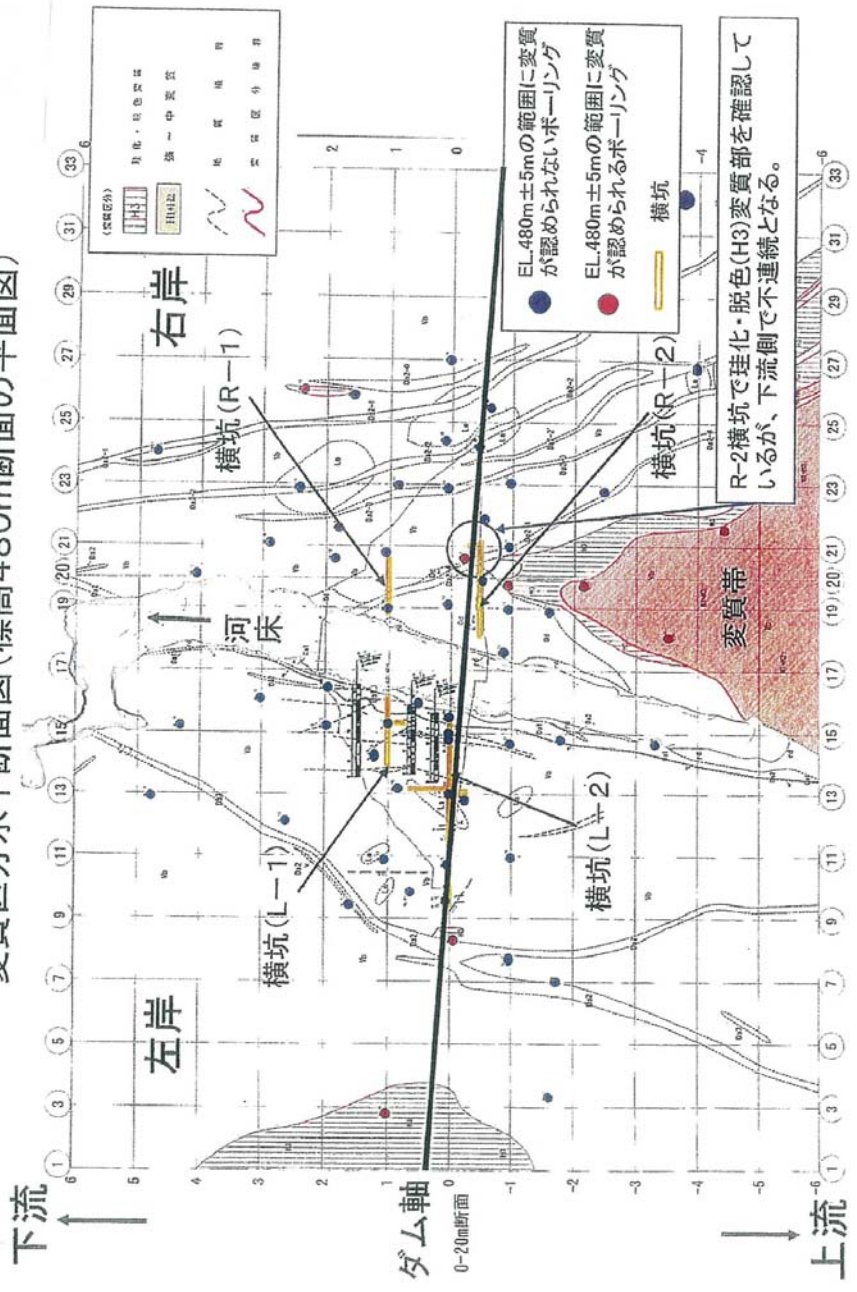
ダムが正常な機能を有すること、ダムサイトに危険性がないこと等は、被控訴人が有効な反証をしなければならないところ、被控訴人は、それらの責任を果たしていない。

上記のとおり、ハッ場ダムのダムサイトが脆弱であり、危険であること

は明らかであるから、ダムサイトの危険性についての原判決の判断は誤りである。

よって、原判決は破棄されなければならない。

変質区分水断面図 (標高480m断面の平面図)



第3 地すべりの危険性

1 原判決の判断概要

(1) ハッ場ダムの地すべりの危険の有無の判断基準

原判決は、103頁以下で「ハッ場ダム周辺の地すべりの危険性」についての判断を示している。その手法は、まず、国土交通省が講じたとする貯水池地域の地すべりについての検討・対策を前提に、周辺地の地滑りの危険性について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えない瑕疵があるといえるか検討するというものになっている。

(2) 原判決の判断基準、判断枠組みの誤り

上記原判決の判断基準は、ダムサイトの危険性に関する違法性の判断基準として述べられていることと同じである。この判断基準の誤りについては、すでに述べたとおりである。

(3) 地すべりの危険箇所についての判断

原判決は上記1記載のとおり判断基準、判断枠組みを示した上で、以下に述べるとおり、原告・控訴人らが指摘する箇所について、一部より慎重な検討と対策が望ましいとしながらも、国土交通省の調査、対策は不合理なものといえず、事業負担金納付通知を著しく不合理ならしめるほどの危険性があるとは認められない、と認定した。

2 原判決の判断の誤り

(1) 既に主張したとおり、栃木県による本件建設事業負担金の違法性の判断基準の1つは、本件ハッ場ダムが、河川法に適合した河川管理施設であるかどうかである。かかる管理施設といえない場合には、栃木県による負担金の支出は違法となる。

(2) したがって、ハッ場ダムが、河川法3条2項に定める河川管理施設としての客観的効用、すなわち「河川の流水によって生ずる…公害を除却

し、若しくは軽減する効用」を備えていなければ、栃木県が河川法60条に基づく建設事業負担金を支出すべき法的根拠はない。

そして、本件ダムのダム湖周辺の地盤等は安定しており、地すべりの危険がないと判断できなければ、そもそも、八ッ場ダムが、河川法に適合した河川管理施設とは、判断できないこととなる。

- (3) 原判決は、林地区について、原告らの主張は可能性を指摘するにすぎず、国土交通省が調査をしていることから、調査結果が不十分ではないとして、地すべりの危険性があることを認めるに足りる証拠はないとしている（104頁～105頁）。

しかしながら、科学的根拠に基づいて可能性が指摘されたとすれば、それに対する有効な反証がなされなければ、可能性のあるものと認定されるのが通常である。そして、可能性があるにもかかわらず、それを見過ごした調査しかなされていない場合、地すべりの危険性がないといえないことも明らかである。

- (4) また、原判決は、二社平地区や林地区において、国土交通省が調査をしていることから、調査結果は不十分とはいえないとしており、その調査の妥当性・十分性について、何らの検討をしていない。国が対応が可能であると述べていることと、現実に対応が可能であることがまったく別の問題であることは、福島第1原発の事故をみても明らかである。

- (5) そして、原判決自ら、「横壁白岩沢右岸地区については、地すべりの安全面からして問題のある試料が採取されており、ボーリング調査により安全率を検証し直すことが望ましい」と述べ（104頁）、また、当初地すべりの危険性がないと判断された横壁地区・西久保の小倉において地滑りが発生したことにつき、国土交通省の事前の調査検討が結果として不十分であったことを認めている（106頁）。かかる事実は、現在の八ッ場ダム建設計画等の中では、貯水池地域の地すべりの危険性に対する調査検討が不十分であり、具体的な対策が確立していないということを示すものである。

- (6) また、原判決は、仮に現時点で把握されていない地すべりが発生した

場合でも、今後対応が可能であるとする。繰り返しとなるが、国が対応可能であると述べていることと、現実に対応が可能であること及び実際に対応したかは、まったく別の問題である。にもかかわらず、原判決は、現実に対応が可能であるかという点については、一切検討することなく、結論を導いている。その一点をもっても、原判決の判断は、明らかに誤りである。

以上より、本件八ッ場ダム建設計画等において、ダム湖周辺の地盤等に地すべりの危険性がないと明らかになっておらず、その危険性が確実に除去できるダム建設計画となっていないにもかかわらず、国土交通省の調査、検討及び対策が不合理であるとはいえないとした原判決の判断の誤りは明らかである。

第4 八ッ場ダム建設事業における環境影響評価義務違反について

1 原判決の判示

原判決は次のように判示して、八ッ場ダム建設事業については、環境影響評価義務はなく、栃木県による河川法63条1項に基づく負担金の支出が違法ということはできないと結論づけた。しかし、この判断は、後記2で述べるとおり誤りである。

「八ッ場ダム建設事業は、環境影響評価法施行前にその建設計画が告示された事業であり、環境影響評価法に基づく環境影響評価を行なう義務がない上、条理又は生物多様性条約を根拠として環境影響評価義務が生ずると解することはできず、また、昭和60年11月の「八ッ場ダム環境影響評価書」が、それ以降に行なわれた環境調査と比較するとその内容において不十分であったとしても、その後、植物、動物、ダム下流の生物への影響等について継続して調査が実施されていることを踏まえると」（103頁）

2 原判決の判示が誤りである理由

(1) 条理上及び生物多様性条約に基づく環境影響評価義務について

ア 国は、条理上及び生物多様性条約に基づき、環境影響評価義務を負うことについては、既に、第3章、第3で述べたとおりである。

イ 原判決は、「その（昭和60年11月の「八ッ場ダム環境影響評価書」のこと）後、植物、動物、ダム下流の生物への影響等について継続して調査が実施されていること」を肯定的に評価している。しかし、環境影響評価は、あくまでも事業実施の前に環境への影響を評価するものであるから、それが不十分である以上、いくら事後的に調査を継続して保全措置を検討するといっても、環境に対して影響を及ぼさないと認められる場合は別として、環境影響評価義務を尽くさなかった瑕疵を治癒するものではない。

(2) ハッ場ダム建設事業における環境影響評価の実状

ア 1985年環境アセスメント

「ハッ場ダム建設事業」（甲B第32号証）によると、国交省は、「自然環境に関しても昭和54年以来、地形、地質、水質、植物、動物、景観についての現地調査を実施し、昭和60年12月『建設省所管事業に係わる環境影響評価に関する当面の措置方針について』（昭和53年7月1日建設事務次官通達）に基づき、環境アセスメントについては完了し、…その後もハッ場ダム工事事務所では、環境対策の充実に向けた各種調査を継続的に取り組んでいます。」（4-1頁）としており、本件ハッ場ダム建設事業について、事業決定に先立ち、建設事務次官通達「建設省所管事業に係わる環境影響評価に関する当面の措置方針について」に基づく環境影響評価（以下「1985年環境アセスメント」という）が実施されたことがわかる。

その結果をまとめたものが1985（昭和60）年12月付け「ハッ場ダム環境影響評価書」（以下「1985年アセス書」という、甲B第33号証）である。

1985年アセス書には、本件ハッ場ダム建設事業で最大の影響を受ける建設予定地、水没予定地及びその周辺地域の人の生活環境についての記載がまったくなく、また、自然環境部門では、詳細は後述するが、一見しただけでも、最も配慮しなければならないイヌワシについて、「営巣地は、淡水区域内にはない。・・・淡水区域周辺には広大な森林域が残されているため影響は少ない。」（69頁）としか評価しておらず、渓谷美に富む吾妻峡の自然景観についても、「ハッ場ダムの建設により、吾妻峡の一部は水没することとなるが、下流部の景観は残されることから、自然景観への影響は問題ない。」（75頁）とする等の問題を指摘することができるのであり、1985年環境アセスメントが環境保全のために実効性あるものであったとは、到底いうことはできない。

イ 生活環境に与える影響

ハッ場ダム建設事業は、自然環境の破壊だけでなく、ダム建設予定地、水没予定地及びその周辺の住民の生活環境の破壊をもたらす。特に、ハッ場ダムについては、建設が構想されてから半世紀以上にわたって、地元住民は計画に翻弄されてきた。ハッ場ダム建設事業による住民の生活環境の破壊は、自然環境の破壊以上に甚大で現実的かつ長期間にわたるものなのである。

したがって、事業者である国交省は、自然環境のみならず住民の生活環境の破壊という影響についても予測・評価をして、ミティゲーション（具体的には、第一に地元住民の生活破壊を回避することを考え、回避ができないとしても、次いでその影響を極力最小限のものとするべきであり、それらができない場合にはじめて代替りの措置による補償をする）を行うべき条理法上の義務があることになるが、1985年アセスメントではこの義務がまったく尽くされていないことは前述したとおりである。

その結果、以下に述べるとおり、地元住民の生活再建は全く等閑視されてしまっているのである。

水没予定地で最も問題となるのは川原湯温泉である。川原湯温泉は吾妻渓谷の山あいにある風情のある温泉街で、かつては同温泉街が反対闘争の中心であった。川原湯地区は、当初201戸あった世帯数が、2006（平成18）年には90戸足らず人口約350人にまで減少した。

そして、同地区についても、生活再建の見通しは付いていない。川原湯地区の代替地とされているのは打越地区と上湯原地区であるが、国有林があった打越地区こそ代替地造成が進んでいるものの、民有地が入り組んでいる上湯原地区については用地買収も進捗していない。

川原湯温泉街は、当初の計画では、主にこの上湯原地区に移転することになっていたが、仮に川原湯温泉街が代替地に移転することができたと仮定しても、同温泉街の将来は暗い。川原湯温泉の魅力の大きなものは、1つは吾妻渓谷であり、もう1つは風情のある温泉街というイメー

ジである。しかしながら、ダムが完成すると最大の観光資源である吾妻渓谷は失われてしまうことが確実である。また、代替地で経営される新しい温泉街には風情のある温泉街というイメージは乏しい。また、八ッ場ダムのダム湖は後述するとおり、到底観光資源にはなり得ないところである。さらに、川原湯温泉における温泉旅館経営者には、土地所有者が少ないという現実がある。ダムの補償金は専ら土地所有者を対象に交付されることから、多くの旅館経営者は旅館の再建に必要な資金が十分に得られないという問題がある。加えて、上湯原地区は、ダム湖の湛水が始まれば、地すべりの危険性が生じる地区でもある。

他方、造成が進んでいる打越地区は、JR川原湯温泉の新駅や温泉の泉源から距離があり、また、土石流を防ぐための巨大な砂防ダムで囲まれた人工的な地区のため、温泉街の移転地としては条件が悪い。しかも、電気や水道などのライフラインの整備も未だ手つかずであり、肝心の温泉もない。道路も水道もこれから整備し、温泉は源泉をポンプアップして1km以上パイプで通すというが、温泉街13軒のうち移転する旅館はせいぜい5、6軒ともいわれている。さらに、北向きで標高の高い代替地は、高齢者や農家にとって条件も悪いといわざるを得ない。

このように、生活再建を最優先にして事業が進められているとはいえないばかりか、生活再建の見通しもないのにダム建設事業だけが先行して進められている状況である。

上記生活再建上の諸問題の根源は、事業者である国交省が、本件八ッ場ダム建設事業計画の策定に当たって、地元住民の生活環境の破壊の影響について、適正に予測・評価をして、ミティゲーションを実施するという条理上の環境影響評価義務を果たさなかったことにある。

今の川原湯温泉にとって望ましい方向性は、ダム計画に乗って将来像を描くのではなく、ダム計画を中止して温泉街を現地で復興することである。そして、同温泉街復興のための費用は、現在まで地元住民に対して有形無形の苦痛を与えてきたダム起業者である国と、ダム計画に相乗

りした関係都県が負担すべきであろう。

ウ 自然環境に与える影響

(ア) ハッ場ダム予定地周辺の自然環境

1985年環境アセス書及びそれ以降に国交省が行った調査結果をまとめた「ハッ場ダム建設事業」（甲B第32号証）の「第4章 環境保全対策」によると、ハッ場ダム建設予定地及びその周辺における植物、動物等の項目毎の概要は、以下のとおりである。なお、以下において、いわゆるレッドデータブックへの掲載の有無及びそこでの分類については、特に断らない限り、調査当時を基準としている。

① 植物

貯水池周辺地域では135科1032種の陸上植物と6科7種の大型水生生物が生育し、発生土造成地周辺地域（工事によって発生する土砂を捨てる土地の意）においては119科815種の陸上植物と13科27種の大型水生植物が生育している。また、吾妻川では166種の付着藻類の生息が確認されている。

これらの植物のうち、1997（平成9）年8月に環境庁が発表した植物版レッドリストによると、絶滅の危険性があるとされたものは現地調査で確認されたものだけでもカザグルマ、ヤマシャクヤク、サクラソウ（以上、いずれも現在は絶滅危惧Ⅱ類）など9科12種もあり、文献調査で確認したものを含めれば27科52種にもなる。それに、レッドデータブックには載っていないが、環境庁や日本植物分類学会等の他の文献に示された重要な植物が、合計で16科19種も存在している。

また、生息植物が群落をつくり形成している植生は、植林植生、草地植生など合計43タイプ存在し、これらの中で人の手が加わっていない植生自然度（植生への人為の度合いによって定められたランクによって、植生の自然性を測る尺度）の高いものとして、アカシデ林、イヌブナ林などの落葉広葉樹林やアカマツ林、モミ林などの針葉樹林、サワグルミ林、フサザクラ林などの山地溪畔林、河畔林のオノエヤナギ林などが存

在している。

② 哺乳類

貯水池周辺地域では9科17種、発生土造成地周辺地域では8科14種の生息が確認されている。文献調査を加えると、合計で15科23種となる。

この中には、レッドデータブックに記載されたものとして、希少種（現在は準絶滅危惧種）のホンドモモンガとヤマネの2種があり、その他重要なものとして国の特別天然記念物に指定されているニホンカモシカをはじめ、ウサギコウモリ、カヤネズミなどが含まれている。

③ 鳥類

現地調査では、貯水池周辺地域では31科85種、発生土造成周辺地域では26科75種が確認され、文献調査を加えると合計で37科140種が生息している。

以上のうち、レッドデータブックに掲載されているものは、オシドリをはじめとする5科11種であるが、なかでも絶滅危惧種（現在は絶滅危惧ⅠB類）であるイヌワシとクマタカ、危急種（現在は絶滅危惧Ⅱ類）のオオタカの3種は、種の保存法の「国内希少野生動植物種」でもある。

レッドデータブックに記載されてはいないが、環境保全上重要と考えられる鳥類として、サシバ、ハヤブサ（現在は絶滅危惧Ⅱ類）などの猛禽類とカワセミ、ヤマセミ、イワヒバリなど合計9科12種が生息している。

④ 両生類・爬虫類

現地調査では、両生類4科5種、爬虫類3科5種が生息し、文献調査を加えても両生類5科8種、爬虫類2科5種の生息が確認されている。

以上のうち、レッドデータブックに掲載されているものはないが、環境保全上重要なものとしてハコネサンショウウオ、カジカガエルなど3科4種が存在する。

⑤ 魚類

現地調査では吾妻川とその支流で4科9種の魚が確認され、発生土造成地周辺でも2科2種が確認されている。吾妻川は酸性の河川であったことから元々魚の種類は少ないところであった。

生息が確認されたもののうち、レッドデータブックに掲載されたものはないが、ウグイとカジカの2種は環境保全上重要とされている。

⑥ 昆虫類

陸上昆虫類については、現地調査により、貯水池周辺地域で97科1273種、発生土造成地周辺地域で173科935種の生息が確認されている。これらのうち、レッドデータブックに掲載されているものは蝶のオオムラサキ1種のみであるが、その他環境保全上重要なものとしてムカシトンボ、ルリボシヤンマなど24科47種が存在している。

水生昆虫類については、現地調査により、吾妻川で162種、発生土造成地周辺の今川で103種が確認されている。そのうち、レッドデータブックに掲載されているものはないが、環境保全上重要と考えられるものがムカシトンボ、ノギカワゲラなど5科7種存在している。

(イ) 1985年環境アセスメントの問題点

以上のように、「八ッ場ダム建設事業」に掲載された国交省の調査によっても、八ッ場ダム建設地とその周辺地域の自然環境、生態系は多様で変化に富み、生物の多様性を備えており、これによって美しい景観を形成している。そのような場所に巨大な八ッ場ダムを建設することが、自然環境、生態系に広範囲の悪影響を及ぼすことは明らかなことであろう。特に注目されるのは、八ッ場ダム周辺で繁殖が確認されている猛禽類のイヌワシである。イヌワシは、複雑かつ微妙な関係によって形成される食物連鎖の頂点にたつ鳥であり、広く、深く、豊かな自然生態系が存在してはじめて生息が可能な生き物である。現在、生息環境の悪化が進行しているため全国的にも生息数が減少し絶滅のおそれに直面してお

り、文化財保護法では「天然記念物」に指定し捕獲を禁止するなどの措置を講じ、また、種の保存法でも国内希少野生動植物種として指定している。八ッ場ダム建設は、イヌワシの生息・繁殖にとって、極めて悪い影響を及ぼすことは明かである。

したがって、八ッ場ダム建設に当たっては、事案に則した適切な環境影響評価がなされなければならない。

しかるに、1985年環境アセスメントは、その結果を記載した1985年アセス書の分量だけから見ても、前述した湯西川ダム建設事業についての環境影響評価と同様、環境影響評価の最重点項目である「環境の予測と評価」及び「環境保全対策」は、前75頁のうち前者が9頁、後者が2頁と極めて不十分なものとなっている（甲B第116号証6頁）。

また、内容的にも、調査については、目的、方法、時期、引用文献、元データ等の基本的な情報がなく、予測、評価については「湛水域から離れている（ニホンカモシカ）、湛水域に巣はない（イヌワシ）、周辺に森がある（鳥類、昆虫類）、支流に移動可能（両生類・爬虫類）」など到底真面目に予測したものとは言えないものとなっている。そして、保全対策については、具体的な内容はなく、中身の無いものとなっている（甲B第116号証6～11頁）。

1985年環境影響評価は、現地調査も文献調査も不十分で、八ッ場ダム建設による自然環境や生物への影響予測は科学的でなく、影響評価も保全対策も合理的でなく、環境影響評価の名に値しないものである（甲B第116号証11頁）。

エ 生物多様性条約と八ッ場ダム建設事業

このようにダム湛水予定地区周辺部が多様な野生動植物の宝庫となっていることが明らかになったのであるから、生物多様性条約が発効した1993（平成5）年12月29日以降においては、日本政府は、同条約に基づき、その国際的義務として、その生物多様性を保全すべき義務

を負っていることから、そのための方策として、改めて同条約14条1項に基づき、事案に即した実効性ある環境アセスメントを行い、その結果に基づき、影響の回避（ハッ場ダム建設事業計画の中止）、影響の最小化（ハッ場ダム建設事業計画の変更）、代償（植物については移植）の3段階からなるミティゲーションを検討しなければならなくなったといわなければならない。

しかしながら、前述のとおり旧建設省の実施した1985年環境アセスメントは、調査、予測、評価結果とも、極めて杜撰であり、同条約14条1項にいう環境影響評価義務を尽くしたとみることはできない。

オ 1985年環境アセスメント以降も環境に対する影響が検討不足であること

国交省によると、ハッ場ダム工事事務所では、1985年環境アセスメント以降も環境対策の充実に向けた各種調査に継続的に取り組んでいるという（甲B第32号証4-1頁）が、その「環境対策の充実に向けた各種調査」等は、極めて不十分で、かつ環境対策として実効性の極めて小さなものに過ぎないといわざるを得ない。

カ 国内希少野生動植物種への影響

「H15ハッ場ダム周辺地域猛禽類調査報告書」（甲B第40号証）及び「H16ハッ場ダム周辺地域猛禽類調査報告書」（甲B第41号証）によれば、本件ダム予定地周辺に生息する国内希少野生動植物種の指定を受けた猛禽類として、イヌワシ（番が営巣し、繁殖活動をしていることが確認）、クマタカ（複数の番の営巣と繁殖活動が確認）、オオタカ（生息状況は非開示のため不明）、ハヤブサ（同上）などが確認されている。

① イヌワシ

ハッ場ダム建設予定地周辺では、近辺に柱状節理となった断崖が広く分布しており、イヌワシの生息地としての営巣環境は、極めて理想的な環境にある。ノウサギをはじめとするテン、イタチなどの小型、中型哺乳

乳類も多数生息し、ヤマドリ、キジバトなどの鳥類も多く、イヌワシの採餌環境としても整っている（甲B第33号証の49～56頁）。

1985年アセス書でもダム建設予定地周辺に複数回目撃され（甲B第33号証）、2004（平成16）年8月には番の外に若鳥の飛翔も確認されている（甲B第41号証）。

では、ダム建設によるイヌワシへの影響はどうなるのか？

ダム建設によってノウサギは、生息地を広範囲にわたって失い、ダム周辺では絶滅する可能性さえ存在する。テン、イタチなどの哺乳類も、数が減少し、ダム建設によってその生息地を奪われる。つまり、イヌワシの生息環境として、まず採餌行為が著しく制限される。餌の存在しない場所にイヌワシが生息するはずはない。

また、繁殖行為に及ぼす影響であるが、ダム建設工事に伴う騒音、振動、広大なダム湖が出現することによる影響などは全く考慮されていない。実際に、付帯工事が始まっている現在、イヌワシの営巣、交尾、育雛は失敗している。このままダム本体工事が始まれば、イヌワシの繁殖行動が困難ないし不可能になる危険性が高い。環境省ですら、イヌワシは「繁殖期初期には人間の接近や騒音に敏感となり、人為攪乱による営巣放棄が起りやすい」と警告しているほどである。

このような事情からは、八ツ場ダム建設事業は、イヌワシの繁殖行動、採餌行動に重大な悪影響を及ぼし、生息環境の著しい悪化を招来することは確実であって、その遂行は種の保存法9条にいう損傷に該当する違法行為となってしまうと断ずることができる。

② クマタカ

八ツ場ダム建設周辺では6番の生息が確認されている。2004（平成16）年4月ではうち4番の幼鳥の巣立ちが確認されている（甲B第41号証）。これは本件吾妻溪谷の急傾斜地の存在と針葉樹の大木が比較的多数溪谷に生育しているからである。

しかし、餌となるノウサギなどの哺乳類の周辺からの絶滅の危険性、

ダム建設に伴う騒音、振動の影響による営巣放棄の可能性、営巣木の大部分がダム湖に沈む結果、営巣できる可能性の消滅のおそれ等を考慮すれば、本件ダム建設行為は、クマタカの繁殖行為、採餌行為に重大な悪影響を与えるものとして種の保存法9条にいう損傷として違法となり得るものである。

③ オオタカ、ハヤブサ

2003（平成15）年度、2004（平成16）年度の調査報告（甲B第40号証、甲B第41号証）では、オオタカ、ハヤブサが、どのように生息しているかをすべて非開示としているため、詳細なデータは明らかではない。しかし、ダム予定地周辺にオオタカ、ハヤブサが生息していることは調査事実から明確である。おそらくダム湖予定地内に生息していると推測される。つまり八ツ場ダム建設によって、生息地そのものが消失し、あわせて餌である中小型鳥類も著しく減少し、採餌行為が制限されることは明らかである。これまた、本件八ツ場ダムの建設は、種の保存法9条にいう損傷に該当し違法な行為となり得ることは明らかである。

以上のとおり、八ツ場のダム建設は、ダム建設予定地およびその周辺地域に生息する希少野生動植物種であるイヌワシ、クマタカ、オオタカおよびハヤブサの生息地を減少させ、これらの生存を断ち切ることは確実であり、このままダム建設を続行してこのような結果を生じさせることは種の保存法9条に反する違法な行為となるであろうこともまた確実である。

にもかかわらず、そのことをまったく考慮せずにダム建設工事を実行することは、生物多様性に対する影響について、事前に、適正に調査、予測又は評価を行い、その結果に基づき生物多様性の保全について適正に配慮しなければならないという、条理法上および生物多様性条約14条1項に基づく環境影響評価義務に反する違法な行為であるといわなければならない。

キ ダム建設による景観上の影響

八ッ場ダム建設予定地周辺地は、吾妻川の流れを中心に人と自然が融合した自然豊かな環境が存在しており、丸岩、不動岩などの奇観や河川の浸食作用によって出現した溪谷が各所に見られ、これらによって独特の自然景観をつくり出している。その景観として何よりも重要なのは、吾妻溪谷の存在である（甲B第32号証の4-23頁、甲B第33号証の64頁）。

吾妻溪谷は、吾妻川に沿って長野原町大字川原湯（八ッ場大橋）から東吾妻町大字松谷（雁ヶ沢）までの約4kmにわたり存在している峡谷であり、通称「吾妻峡」と呼ばれている。吾妻溪谷は、この地区の主に溶岩、凝灰角礫岩が吾妻川の流れによって浸食されて形成されたものであり、大分県の有名な溪谷である「耶馬溪」をも凌ぐ美しさをうたわれ、すでに戦前の1935（昭和10）年12月に「名勝吾妻峡」として国の名勝地に指定され、戦後制定された文化財保護法に引き継がれている。

八ッ場ダム建設は、当初、吾妻溪谷のほぼ中央に当たる「鹿飛橋」付近に予定されていた。しかし、それでは吾妻溪谷が分断されてしまい、その半分がダム湖に沈んで失われることによって吾妻溪谷の景観が著しく損なわれてしまうことになることから、文化庁の反対を受けた。そこで、文化庁との協議をふまえて、1973（昭和48）年に当初計画地よりも約600m上流地にあたる現在の建設予定地に変更となっている。

しかし、建設予定地が変更された現在でも、なお吾妻溪谷の約4分の1が水没してその景観を喪失してしまうのである。それは、同時に水没を免れた他の溪谷部分の景観に対しても影響を及ぼし、景観を損なう原因となるものである。

また、水没を免れた溪谷部分について、八ッ場ダム建設はその溪谷美に重大な悪影響を与える。すなわち、吾妻溪谷は、時折やってくる洪水によってその岩肌の表面が洗い流されることにより美しい岸壁美が維持されてきたのである。

ところが、八ッ場ダム建設により水の流れが堰き止められてしまい、溪谷の岩肌を洗い流す水が流れなくなり、その結果、溪谷の岩肌にはコケが生じ、やがては草木が生い茂り、溪谷の様相は大きく変わり、現在の溪谷美が失われてしまう。

以上のようなダム建設による景観破壊の顕著な例が、同じく群馬県に建設された下久保ダムである。下久保ダムは、1968（昭和43）年、利根川上流の神流川に建設されたダムであり、ダムの直下には国指定の「名勝三波石峡」が存在している。同ダムの建設により、ダム直下から3.8kmが水の不通区間となった結果、三波石峡から清流が消えて、名勝にまで指定されたほどの貴重な景観が失われてしまったのである（甲B第45号証の1ないし3）。

現在、国交省は、水の一部を三波石峡の最上部に流しているが、本来の景観を取り戻すには至っていない。

八ッ場ダム建設により、吾妻溪谷が三波石峡と同じ運命をたどることは明らかである。

しかるに、1985年アセス書（甲B第33号証）では、前述したとおり、「吾妻峡の一部は水没することとなるが、下流部の景観は残されることから、自然景観への影響は問題ない。」（75頁）とするのみであり、これ以外に景観の破壊について調査検討した形跡はない。これまた、八ッ場ダムの建設実施は、景観問題についても、事前に、適正に調査、予測又は評価を行い、その結果に基づき環境の保全について適正に配慮しなければならないという、条理法上の行政上の環境影響評価義務を尽くさない、違法な行為であるといわなければならない。

ク ダム湖の水質の問題

一般に、ダム湖の上流に温泉地や鉱山等が存する場合には、ダム湖に強酸性水が流入し、これが飲料水中に混入し残存するおそれがある。

八ッ場ダムの場合、酸性の源は草津温泉、万座温泉、白根火山、硫黄鉱山採掘跡地等であり、河川水の酸性化には自然的要因と人為的要因が

ある。その対策のために、草津温泉の下流に中和工場と中和生成物の沈殿池として品木ダムがつくられているが、この中和工場で中和される酸成分は吾妻川の全酸成分の半分程度であり、今なお硫黄鉱山跡地から強酸性の水が流出している。

国交省は、八ッ場ダムの将来水質予測について、八ッ場ダム建設事業（甲B第32号証）は「八ッ場ダムは、流入する吾妻川の河川水が酸性水であるため、藻類の増殖は抑えられ、富栄養化は生じにくいと考えられます。」（4-19頁）と述べている。

草津中和工場及び香草中和工場における河川の中和事業により、湯川をはじめとする酸性河川の水質は改善されるもののその割合は全体の40%程度である（甲B第46号証）。

実際、2003（平成15）年度における吾妻川上流新戸橋地点の河川水のpHは年平均5.1程度である（群馬県環境保全課『平成15年度水質測定結果／大気環境調査結果』）。

なお、pH4～5は、強酸性ゆえに鯉の生息にも適さない水質であると一般にはいわれている。湖沼は、周囲を陸に囲まれた窪地に静止貯留している水域で、典型的な閉鎖性水域である。湖沼や内海などの閉鎖性水域に流入する栄養塩類によって、水質が肥沃化する現象を「富栄養化」というが、この富栄養化が人間活動の結果として引き起こされる場合には、実際には湖沼の水質汚濁という否定的意味合いで用いられることが多い。ダム湖でなくても、閉ざされた水域である湖沼は周辺環境変化の影響を受けやすく、一度湖沼が環境悪化の影響を被った場合には、これを原状に回復させることは困難である。日本では、水質汚濁防止法による規制にもかかわらず、湖沼の水質が一向に改善されなかったことから、1984（昭和59）年、新たに湖沼水質保全特別措置法が公布された。

これまでに①霞ヶ浦、②印旛沼、③手賀沼、④琵琶湖、⑤児島湾、⑥諏訪湖、⑦釜房ダム貯水池、⑧中海、⑨宍道湖、⑩野尻湖の10湖沼が、

汚れのひどい湖沼として同法上の指定湖沼に指定され、水質の保全が図られることになったが、いずれの湖沼についても、成果はあがっていない（甲B第47号証の2頁）。

ダム建設により、河川の流水が静水化し、植物プランクトンが増殖を開始する。この植物プランクトンの増殖の度合いを決定するのは、窒素やリン等の栄養塩類である。自然の湖沼に比較し、ダム湖の方がより速やかに富栄養化が進行する。それは、①ダム湖には安定した自然の浅場がなく、ヨシ帯や水草帯が形成されることが少ないため、湖周辺からの汚濁物質の流入が遮られず、かつ浮遊性の栄養塩類が沈降することもないこと、②ダム湖は水位変動が大きく、水位低下時に湖底が露出し、湖底に沈積していた窒素とリンが分解して水に溶けやすい状態になることによる。湖沼の富栄養化等への対策として、窒素とリンに関する環境基準が設定されている。すなわち、水道の一般的な基準として全窒素0.2mg/ℓ、全リン0.01mg/ℓという基準が、また水道の特別な基準として全窒素0.4mg/ℓ、全リン0.03mg/ℓという基準がそれぞれ設定されている（生活環境の保全に関する環境基準・湖沼〔天然湖沼及び貯水量1,000万m³の人工湖〕）。八ッ場ダムは吾妻川の中流部に計画されているので、同ダム湖には上流域から多量の栄養塩類（窒素とリン）が流れ込むことになる。

上流域の草津町、嬭恋村、長野原町には約3万人が居住し、草津温泉、万座温泉、北軽井沢等に大勢の客が訪れる。さらに、嬭恋のキャベツ畑には多量の化学肥料が投入され、三町村で何千頭という牛が飼育されている。これらの生活排水、農業排水、畜産排水等により、吾妻川に多量の栄養塩類が流入している。

実際、群馬県環境保全課「平成15年度水質測定結果／大気環境調査結果」によれば、2003（平成15）年度において、吾妻川上流新戸橋地点では年平均で、全窒素が1.3mg/ℓ、全リンが0.042mg/ℓ測定されている。環境基準における水道の一般的な基準に比して、

窒素が6.5倍、リンが4.2倍となっている（水道の特別な基準に比しても、窒素が約3.3倍、リンが1.4倍となっている。）。これほど栄養塩類濃度が高いと、河川の酸性度が緩和された場合には、ダム湖における藻類の異常増殖が必ず進行し、ダム湖の水質が悪化する。湖水の富栄養化により、藻類（植物プランクトン）が異常発生してアオコや淡水赤潮を発生させ、景観上も問題を生じ、さらに水道水の異臭問題を生じさせているダム湖がある。

一般に、水道水の異臭には、カビ臭や腐敗臭、きゅうり臭、魚臭等があるが、近年、代表的な「臭い」として多発している「カビ臭」は、①植物プランクトンであるフォルミディウムやアナベナ等の藍藻類が原因となる2-メチルイソボルネオールや、②ストレプトミセス等の放線菌が原因となるジオスミンが元となっている。その他、ダム湖に発生する植物プランクトンには、「腐敗臭」を生ずる藍藻類のミクロキスティスや、「きゅうり臭」や「魚臭」を生ずる植物性鞭毛虫類のペリディニウム等がある。水道水のカビ臭問題としては、例えば、群馬県の草木ダムにおいて異常発生したフォルミディウムは、1986（昭和61）年夏に下流の桐生市民を水道水のカビ臭で悩ませた。なお、上記2-メチルイソボルネオールは、わずか1滴で25mプールの水がカビ臭くなるといわれている。八ッ場ダムの場合も、流入水の状態をみるときは、ダム湖の富栄養化により水道水の異臭問題が生じる蓋然性が極めて高いのである。

また、水道水に含まれるといわれているトリハロメタンの人体への影響も懸念される。トリハロメタンとは、クロロホルム、ブロモジクロロメタン、ジブロモクロロメタン及びブロモホルムの総称で、発ガン性の疑いのある有害物質である。トリハロメタンは、主としてフミン質等の有機物が水道原水の浄化過程で加えられた塩素と化学反応して生成される。また、植物プランクトンの代謝・分解産物もトリハロメタンの原因物質となる。厚生労働省は、水道法第4条に基づく水質基準として、①

クロロホルムにつき0.06、②ブロモジクロロメタンにつき0.03、③ジブロモクロロメタンにつき0.1、④ブロモホルムにつき0.09、⑤総トリハロメタンにつき0.1という基準（単位はいずれもmg/ℓ）を設定している。この基準は、発ガン率を一定値以下にするという前提で設定されたものであって、その値以下であれば絶対に安全であることを保障するものではない。そして、「特定水道利水障害の防止のための水道水源水域の水質の保全に関する特別措置法」（水道水源法）の規定に基づき、全国520地点の公共用水域において実施された2004（平成16）年度公共用水域水質測定では、トリハロメタン生成能（一定の条件下でその水がもつトリハロメタンの潜在的な生成量のこと）が0.05mg/ℓ以下の地点は全体の約7割を占め、1997（平成9）年以降、平均値（全体）は0.04～0.05mg/ℓで横ばいであるとの結果を得たと述べる（甲B第47号証の4頁及び32頁）。しかしながら、トリハロメタンの人体に対する懸念を抜本的に解消するためには、流入水からの有機物や植物プランクトンの除去が不可欠であるが、流入水の状態に照らすと、これは極めて困難である。

以上のとおりであるから、八ッ場ダムに貯留された水は、飲料用に適した水ではなく、これを浄化するためにさらに膨大な費用を要することは確実である。八ッ場ダムの建設実施は、水質問題についても、事前に、適正に調査、予測又は評価を行い、その結果に基づき環境の保全について適正に配慮しなければならないという、条理法上の環境影響評価義務を尽くさない、違法な行為である。

(3) 小括～八ッ場ダム建設事業は環境影響評価義務を怠った違法な事業

以上のように、八ッ場ダム建設事業については、人の生活環境及び自然環境に極めて重大な影響を及ぼすおそれが大きく、また、生物多様性の破壊に関しては生物多様性条約に反するとともに、種の保存法で国内希少野生動植物種として指定されたイヌワシ、クマタカ等に対しては同

法9条に違反する結果となることが確実であるにもかかわらず、条理法上及び生物多様性条約に基づく、事案に即した適切な環境影響評価が実施されておらず、環境影響評価義務を怠った違法な事業といわなければならない。

第5 八ッ場ダム建設事業の治水負担金についてのまとめ

上記第1で述べたとおり、八ッ場ダム建設事業は治水上の効果はなく、栃木県は、八ッ場ダム建設事業によって、著しく治水上の利益を受けることはないのであるから、河川法63条1項に基づく負担金の納付通知は、要件を欠き違法である。また、上記第3及び4で述べたとおり、八ッ場ダムのダムサイト近辺の岩盤・岩質はダムを建設するには不適格であるばかりか、ダム湖周辺には地すべりの危険性もあって、八ッ場ダムは河川法3条2項に定める河川管理施設としての客観的効用を具備しないので、上記納付通知はその点からも違法である。さらには、八ッ場ダム建設事業は、条理上及び生物多様性条約上の環境影響評価義務を怠った違法な事業でもあるから、この点でも上記負担金の納付通知は違法である。

したがって、栃木県は、この違法な納付通知にしたがった支出を拒むことができるというだけでなく、その予算執行の適正確保の見地から、これを拒むべきである。

しかしながら、栃木県は、これを怠り、納付通知に唯々諾々として従い、支出を続けているのであり、これに対しては、違法な行為として、その差止が認められなければならない。

第6章 水源地域整備事業の経費負担金及び財団法人利根川・荒川 水源地域対策基金の事業経費負担金について

第1 控訴人らの主張

控訴人らは最終準備書面その1において、栃木県は、水資源地域対策特別措置法12条1項1号に基づく思川開発事業及び湯西川ダム建設事業の水源地域整備事業の経費負担金並びに思川開発事業に関する財団法人利根川・荒川水源地域対策基金の事業経費負担金の支出を拒むことができる根拠について、次のとおりの主張をした。

「違法な契約であることについて何人の目にもそのことが明らかである場合や契約当事者双方においてそのことを知り又は知り得べき場合には無効となることは前掲の最高裁判例も認めるところであるし、後記第2章の第3で詳述するとおり、思川流域の市町及び宇都宮市の水需要や保有水源の状況からは、被告は、思川開発事業及び湯西川ダム建設事業が栃木県にとって必要のない事業であることを知り又は知ることができたというべきであり、またそうである以上、被告は当該協定の無効を主張することができる。

したがって、被告は、民法93条但書を主張することによって、各整備事業の負担金の支出負担行為をすることを免れるのであり、そうしないで漫然と各負担金の支出負担行為をすることは、違法となるのである。」(33頁)

第2 原判決の判示

これに対して、原判決は次のように判示して控訴人らの主張を退けた。

思川開発事業について

「上記認定説示したところによれば、上記各負担金の支出に係る協定について、その当事者が栃木県にとって必要のない事業であることを認識した上でしたものと認めることはできない。」(56頁)

湯西川ダム建設事業について

「上記認定判断のとおり、上記各負担金の支出のための協定をしたことが栃木県にとって必要のない事業であることをその当事者双方が認識した上でしたものと認めることはできない。」（66頁）

第3 原判決の判示が誤りである理由

しかしながら、第3章の第2で述べたとおり、思川開発事業は栃木県にとって治水上の利益はなく、また第4章の第1で述べたとおり、湯西川ダム開発事業は栃木県にとって治水上の利益はないことは明らかであり、各協定の当事者が、そのことを認識していたことは確実である。

したがって、被控訴人は、民法93条但書を主張することによって、各整備事業の負担金の支出負担行為をすることを免れるのであり、そうしないで漫然と各負担金の支出負担行為をすることは、違法となるのである。

第7章 結論

以上述べたとおり、原判決には、思川開発事業に係る利水負担金についての行政裁量に関しては、「低廉な水の供給」という重要な事項についての判断が欠落し、また、裁量判断の基礎となった多くの事項に関して事実誤認や事実評価の誤りがあること等の問題があり、また、思川開発事業、湯西川ダム建設事業及び八ッ場ダム建設事業に係る各治水負担金に関しては、治水負担金の納付通知の違法性判断の枠組み及び具体的な判断について、明らかな事実誤認及び法令解釈の誤りがある。

控訴審におかれては、原審裁判官らのように予断を持つことなく、法律と事実に基づく司法判断をされるよう切に望むものである。

以上