

意見書

2010年8月23日

東京高等裁判所 第5民事部 御中

住所：西東京市向台町3丁目5番84号

氏名：田村 達久

I はじめに――国土交通大臣の納付通知とそれに基づく被控訴人・東京都水道局長との関係

1. 本件住民訴訟において、被控訴人・東京都水道局長が特定多目的ダム法（昭和32年法律第35号。以下、特ダム法、と略称する。）7条に基づく八ッ場ダム建設費負担金をはじめとする利水に係る各種負担金の支出を行うことの違法性の有無が争点の1つとされているところ、その前提として、被控訴人・東京都水道局長が、特ダム法12条に定めるダム使用権設定申請の取り下げを行うか否かの判断に係る被控訴人・東京都水道局長に認められうる裁量の行使の適否についての司法審査のあり方が、問われることとなっている。そこで、この点について、本意見書において意見を申し上げる。

2. ただし、それに先立ち、原審・東京地方裁判所民事第3部・平成16年（行ウ）第497号・平成21年5月11日判決では、「特定多目的ダム法7条1項は、ダム使用権の設定予定者は、多目的ダムの建設に要する費用のうち、同項所定の額を勘案して、政令で定めるところにより算出した額の費用を負担しなければならない旨定めており、基本計画においてダム使用権の設定予定者とされた以上、その者が、建設費負担金を納付する時点で、ダム建設完了後に設定される予定のダム使用権を利用する必要があることを要件としていない。したがって、都が国土交通大臣の納付通知を受けた時点で、都がダム使用権の設定予定者である以上、ダム建設完了後、都に設定されることが予定されるダム使用権が都の水道事業に客観的に必要となるか否かにかかわらず、法律上、都は建設費負担金の納付義務を負うことになる。したがって、都がダム使用権の設定予定者であり、国土交通大臣の納付通知がある以上、被告水道局長は、当該納付通知を尊重し、その内容に応じた財務会計上の措置を採るべき義務が

あるから、被告水道局長が、国土交通大臣の納付通知に従って建設費負担金を支出することは、財務会計法規上の義務に違反してされた違法なものということではできない。」(原判決32～33頁)と判示されている点において、尽くすべき考慮をなさずになされたものではないかとの大きな疑念を生じさせる判示となっていると考えるので、その点を指摘しておく。

3. 当該判示に見られる「建設費負担金の納付義務」は、国土交通大臣の納付通知があった時点では、あくまでも「抽象的な」それである。原審は、「国土交通大臣の納付通知がある以上、被告水道局長は、当該納付通知を尊重し、その内容に応じた財務会計上の措置を採るべき義務があるから」と述べ、「国土交通大臣の納付通知がある」ことから、直線的に、「具体的な」納付義務が当然に生じるかのごとくに述べるが、そうであるとすれば、これは、国土交通大臣とダム使用権の設定予定者である東京都との関係を、前者を行政組織上の上級機関、後者をその下級機関と考え、その上命下服の関係と誤解するかの如くである。国土交通大臣とダム使用権の設定予定者である東京都との関係は、当該納付義務の前提となっているダム使用権の設定の「取り下げ」のありうることも、特ダム法上明確に想定されていることから(特ダム法12条)、当該負担金の請求権者とその債務者という「対等な」当事者関係にあるとみななければならない。

国土交通大臣(ないし、国)とダム使用権の設定予定者である東京都との関係の「対等」当事者性については、そもそも、多目的ダムを新築する段階から始まっている。すなわち、国土交通大臣は、多目的ダム新築に際して、その基本計画を作成しなければならないところ(特ダム法4条1項)、作成(変更、廃止の場合も同様)に当たっては、「あらかじめ、関係都道府県知事及び基本計画に定められるべき、又は定められたダム使用権の設定予定者の意見をきかなければならない。」と定められている(特ダム法同条4項本文)。

この規定に基づくダム使用権の設定予定者の意見聴取の意味を、国土交通大臣による計画作成の適正性確保の機能にのみみるべきではない。ダム建設の進捗に応じて、ダム使用権の設定予定者は、法定の計算により算出される建設費を負担することになる(特ダム法7条)のであるから、ダム使用権の設定予定者の財産上の地位の保障の機能の存することもまた否定できない。

そうであれば、例えば、ダム使用権の設定予定者(本件では、東京都)が、例えば、水需要に関する合理的な現状認識や合理的な将来予測に基づかないと判断されるなど、適正さを欠く多目的ダム建設に関する基本計画を基礎とした建設費負担金の納付通知であるか否かを、自ら判断することができ、仮にそうであれば、当該負担金の納付を拒否できなければならないはずである。特ダム法は、そのための方途として、「ダム使用権の設定の申請の取下げ」を法定しているにとどまるが、しかし、まさに、そ

の「ダム使用権の設定の申請の取下げ」が、ダム使用権の設定予定者からの意見聴取の義務付けに加えて、それと並び、国土交通大臣（ないし、国）とダム使用権の設定予定者である東京都との関係の「対等」当事者性を表すものとなっているといわざるをえない。

少なくとも、原審の当該判断は、そのような「取下げ」が法律上予定されているという、負担金納付に係る特ダム法の予定する仕組みを正解せずに、ただ同法7条1項の規定しかみずになされた誤ったもの、尽くすべき考慮をなさずになされたものといわなければならないであろう。

そして、また、ダム使用権の設定予定者たる東京都による建設負担金の納付が、上述した法過程を経る法的構造となっているとすれば、その構造がまったく同一ということではないとしても、控訴理由書（2009年11月30日）18頁に指摘されているとおり、最高裁（二小）平成17年（行ヒ）第304号平成20年1月18日判決（判時1995号74頁、民集62巻1号1頁）の基準が参照されるべき合理的根拠があるといえよう。

4. それ故、「国土交通大臣の納付通知」と、ダム使用権の設定予定者たる東京都の「建設費負担金の納付義務」、さらに、被控訴人・東京都水道局長の「財務会計上の措置を採るべき義務」との関係が、より正確に判断されるべきである。原審は、この点についての判断を前提として、「被告水道局長が八ッ場ダム使用権設定申請を取り下げない判断が、合理的な裁量の範囲を逸脱したものであるか否かについて」の検討に進んでいる以上、原審による当該検討の正否、適否もその根底から問い直されることにもなる。

II 特ダム法12条に定めるダム使用権設定申請の取り下げを行うか否かの判断に係る被控訴人・東京都水道局長の裁量の性質

1. はじめに

次に、原審の「被告水道局長が八ッ場ダム使用権設定申請を取り下げない判断が、合理的な裁量の範囲を逸脱したものであるか否かについて」の検討（原判決35頁以下）には、本件において認められうる裁量の性質に適合した審査を正しく行っておらず、その結果、適正な検討、判断がなされているとは言い難い結果となっている。

以下、まず、本件において認められうる裁量の性質（**2. 被控訴人・東京都水道局長の裁量の性質**）を明らかにした後、本件においてみられるような行政の裁量権行使にはいかなる特徴があるのかを述べることにする。このことは、後述するとおり（**IV 特ダム法12条に定めるダム使用権設定申請の取り下げを行うか否かの判断に係る被控訴人・東京都水道局長の裁量行使の適否の司法審査のあり方について**）、司法審査の基準、

司法審査のあり方に直接かかわることであるからである。

2. 被控訴人・東京都水道局長の裁量の性質

被控訴人・東京都水道局長が特ダム法7条に基づく建設費負担金など利水に係る各種負担金を支出するに当たっては、ダム使用権の設定の申請の場合と同様、水道事業者としての東京都が、その「給水義務を給水義務を全うするため、将来の経済、社会の発展にも対応することができるよう、長期的な給水区域内の水道需要及び供給能力を合理的に予測した上、水道事業の適正かつ能率的な運営の観点から、その要否を慎重に検討、判断」しなければならないことはいままでもない。この点については、原審もたしかに正しく認識している（原判決34頁）。ただし、そこにいう「将来の経済、社会の発展にも対応する」ことや、「長期的な給水区域内の水道需要及び供給能力を合理的に予測」することなどは、決して固定的でない、換言すれば、常に変化しつづける事実状態を基礎にして行われる宿命にある以上、それらについては絶えざる見直しが不可避とならざるをえないはずである。したがって、仮にある一時点において静止した形で捉えた当該事実状態（いわゆる現状）を基礎にして行われた判断がいかに合理的であったとしても、基礎となるべき事実状態が常に変わりうる以上、新しい事実状態を適切かつ十分に考慮したうえで、将来に向けての新たな判断が行われるべきである。このような将来予測を伴う行政（本件においては、被控訴人・東京都水道局長）の判断であればこそ、その判断者に「裁量」が認められることになるのである。

にもかかわらず、原審は、一旦慎重に判断、検討されたうえでなされた（このこと自体もたしかにそのとおりであるのか（＝慎重に判断、検討されているか）の検証が必要であるが、少なくとも、原審においては、その検証はまったくなされていない過誤が存する。）場合には、「その後生じた短期的な事情のみからその判断を変更することは原則として想定されていないというべきである」（原判決34頁上から4～7頁）と述べ、その判断を将来に向けて変更できないことが「原則である」と述べる過ちを犯している（なお、「その後生じた短期的な事情」との表現があるが、当該事情がまさに「短期的」であるか否かには、当事者双方間での争いがあり、単なる評価の問題にとどまらず、「事実認識」の「適否」の問題が含まれているはずであるが、原審はその審理を十分に尽くしていない。）。

原審は、「合理的な裁量」の意味を、ある過去の一時点での判断を将来に向けて正当化するような性質や効力の認められるものの如くに考えているか、あるいはまた、単純に司法審査を免れしめる性質のものであるかのように捉えているかのように見られるが、決してそのようなものでない。本件における裁量の性質ないし存在意義は、将来に向けて変化し続ける事実状態を絶えず正しく認識し、かつ、それを適切に評価したうえで、新たな事実状態を基礎にそれに適合しうる新しい判断を絶えず行うこと

が不可欠であることにあるのである。また、かかる性質を持つ判断である以上、当該判断がなされるに当たっては、多種多様な判断要素が適切な比重をかけられた上で総合的に比較衡量されていなければならないものである。そのようなことがなされてはじめて、「合理的な裁量」が行使されたと判定しうる。

3. 行政の裁量を認める意義

本件の事案にかかわる裁量権の行使の適否についての司法審査のあり方を考える前提として、行政庁の判断・権限行使について、なぜ裁量権が認められるのか、その「意義」を再確認しておくことが重要である。通例、次のように説明される。例えば、芝池義一（京都大学名誉教授）の『行政法総論講義』〔第4版補訂版、2006年、有斐閣〕では、「行政裁量の観念」を叙述する節（同書68頁）において、「行政裁量が認められる根拠としては、立法者がおこりうるあらゆる事態を想定し、それらについてとるべき具体的な措置をあらかじめ定めることが困難であることや、立法者が行政担当者の専門的知識または政策判断を尊重しこれに具体的な判断を委ねることが考えられる。」（同書68頁）と説明されている。

4. 見解：「個別具体事案の事情の適正配慮・個別具体事案の適切・公正判断義務」

上記のとおり、「立法者が行政担当者の専門的知識または政策判断を尊重しこれに具体的な判断を委ねる」ことに、裁量権を認める一前提があるとするならば、そこには同時に次のことが必然的に伴わねばならないはずである。すなわち、「専門的判断をなす能力を有する行政」による「直面する個別具体の事案について、それらの個別具体的事実・事情を適正に配慮し、当該個別具体の事案に適切に即した公正な判断をすべき義務」が伴うことになろう。つまり、「個別具体の事案についてその処理を行うことを任務とする「専門的判断能力を備えた行政機関・行政庁」には、「個別具体事案の事情の適正配慮・個別具体事案の適切・公正判断義務」のあることが、前提として想定されるのである。

立法者は、裁量権を法律によって行政庁に認める際、その判断の余地を認めると同時に、当然ながら、その裁量権の「枠」の遵守をも当然に行政庁に求めているのである。

「個別具体事案の事情の適正配慮・個別具体事案の適切・公正判断義務」とは、その枠の遵守の義務の一つの発現形態ということも可能であり、裁量権を認める当該の法律規定の解釈から当然に導き出せるものとする。法律によって枠づけられた判断権限を与えられたに過ぎないともいえるのであるから、行政庁の裁量権の行使には、喩えてみるならば、民法における「善管注意義務」に対応するような義務が随伴しているともいえるであろう。

元最高裁判所裁判官である滝井繁男氏は、その近著『最高裁判所は変わったか——一裁判官の自己検証』〔岩波書店、2009年〕において、行政の裁量権行使の適否

を裁判所が審査するに当たって留意すべき点として、「裁量の基礎となる事実をしつかり認定し、その判断過程に注目することが、もっと重視されるべきじゃないかと思っ
ているのです。」（同書169頁）と述べられている。この発言は、行政機関の裁量権行使の適否、適法か否かの審査に当たる「裁判所」の視点からの発言である。

このことを、裁量権を行使する行政機関の立場に置き換えて、そこでいわれている内容を言い直せば、「専門能力を備えた」行政機関による裁量権行使が、「個別具体事案の事情の適正配慮・個別具体事案の適切・公正判断義務」を適切に果たしたものと
なっているか、具体的には、「裁量の基礎となる事実が適正にとらえられているか」、
「その判断過程において、効率性の義務・原則が適正に遵守、考慮されているか」と
いうことに特段の意が払われるべきであろう。

このような義務を前提とするならば、裁判所による行政裁量の統制は、より厳格、精密になされることになるはずである。

Ⅲ 地方自治行政における「効率性原則」の法定と行政の裁量権行使との関係

1. はじめに一地方自治行政運営の特質：「効率性原則」の法定

地方自治行政の運営に関しては、かねて、国の行政運営のそれにはみられない要請が法律上明記されてきた。いわゆる「効率性の義務・原則」（地方自治法2条14項、地方財政法4条1項、地方公営企業法3条。なお、文献上では、「最少経費最大効果原則」、「能率性の原則」、「能率化の基本原則」「経済性の原則」等、その内容を簡略に表現する用語は複数ある）が法定されている（以下、簡潔に、「効率性原則」と呼ぶ）。

行政の裁量権行使の適否をこの原則の観点から審査すべきことについては、原審においても正当に認識されているところである（「事実及び理由」第3 裁判所の判断4 争点3について〔原判決32頁以下〕）。

そこで、当該関係法規による規律内容について確認しておきたい。

2. 関係法規による規律内容

「地方自治の基幹法」と呼ばれる地方自治法（昭和22年法律第67号）は、地方自治行政一般の原則として、「地方公共団体は、その事務を処理するに当つては、…（中略）…、最少の経費で最大の効果を挙げるようにしなければならない。」との規定を置き（2条14項）、明文をもって効率性原則を定めている。のみならず、地方公共団体の財政の運営に関する基本原則等を定める地方財政法（昭和23年法律第109号）も、同様に、「地方公共団体の経費は、その目的を達成するための必要且つ最少の限度をこえて、これを支出してはならない。」（4条1項）と定める。さらに、地方公営企業法（昭和27年法律第292号）の法適用事業である水道事業（同法2

条1項1号)については、効率性原則に関して、地方自治法、地方財政法とはその表現を異にするが、同旨のことを、「企業の経済性」という言葉を用いて規定している。すなわち、「経営の基本原則」との見出しのある条文において、「地方公営企業は、常に企業の経済性を発揮するとともに、その本来の目的である公共の福祉を増進するように運営されなければならない。」ことが、法律の明文で定められている(3条)。効率性原則は、国の行政運営に対するのとは対照的に、地方自治行政運営に対しては、このように関係諸法律において重ねて明文で定められ、要請されているのである。このことに鑑みれば、この効率性原則がいかに地方自治行政運営にとって重要な原則であり、要請であるかが分かるであろう。

3. 最近の立法動向と学説の状況

しかも、国の行政運営に対しても、2001(平成13)年に、行政機関の実施する政策に関して、その「必要性、効率性、有効性」を、行政機関自らが評価、判断することを定め、その基本的な制度を整える「行政機関が行う政策評価に関する法律」(平成13年法律第86号)が制定されることに伴い、国の行政運営についても基本的に効率性原則が妥当することが法律上も明らかとなった。その結果、効率性原則はまさにわが国の行政運営全般にわたる基本原則の1つとなったといえることができるのである。

このことは、近時の行政法の教科書類において、「効率性の原則」が、他の諸原則と並び、独自の意味を持つ行政法の「一般原則」の1つとして明記されていることに端的にあらわれている。ちなみに、時期的にもっとも早いものとしては、2001年3月に公刊されている、大橋洋一(現・学習院大学教授)の『行政法 現代行政過程論』〔2001年、有斐閣〕49～50頁を指摘することができる。同箇所では、次のように叙述されている。すなわち、「上記の他、ある事業目的達成にとって手段が財政の観点から見て的確なものであったか、換言すれば、行政活動のコスト・パフォーマンスを問うことが必要である(費用便益分析の必要性)。現行法の中でも、『地方公共団体は、その事務を処理するに当っては、住民の福祉の増進に努めるとともに、最少の経費で最大の効果を挙げるようにしなければならない』と定めるものがある(地方自治法2条14項)。同様に地方財政法4条1項は、『地方公共団体の経費は、その目的を達成するための必要且つ最少の限度をこえて、これを支出してはならない』と規定する。こうした原則は、…(中略)…税金の用途を市民がチェックする住民訴訟の活用などを通じて確立されることが望まれる」と叙述されている。

4. 関係裁判例

効率性原則の重要性については、すでに複数の裁判例においても認識されている。例えば、本件と同種の事案に係る「相模大堰建設費用差止等請求事件」(平成5年(行

ウ) 第55号) に関する第一審の横浜地方裁判所の平成13年2月28日判決(判例地方自治255号54頁)は、「被告らは、本件事業の必要性は当不当の問題に収れんされるかのような主張をする。しかし、(中略)、本件支出について必要最少性に関する要請(地方財政法4条1項の「地方公共団体の経費は、その目的を達成するための必要且つ最少の限度をこえて、これを支出してはならない」との要請に一定の裁量が認められるとしても、その裁量を超えた不必要な公金支出は、財務会計法規上許されないというべきである。」と判示している(同68頁右段)。

公共事業関係では、公有水面埋立干拓事業の事件において、問題の財務会計行為が効率性原則に違反し、違法であると判断された近時の裁判例も存在する。沖縄県の泡瀬干潟等の公有水面埋立事業等の実施に係る沖縄県知事・沖縄市長の財務会計行為の差止め(一号請求)等を求めた事案について的那覇地判平成20年11月19日判例地方自治328号43頁、および、その控訴審の福岡高裁那覇支判平成21年10月15日判例地方自治328号29頁がそれである。

当該那覇地裁判決は、前記関係規定が、「地方公共団体や地方行財政の運営の在り方にかかわる基本的指針を定めたものであり、最も少ない経費で最大の効果を挙げるよう努めるべきであるとの、また、最も少ない額で目的を達するよう努めるべきであるとの執行機関に課されている義務を示したものである」と解したうえで、当該義務違反つまり効率性原則違反となるのは、「具体的な予算の執行や予算を伴う契約の締結等に際しては、執行機関に予算執行等に係る裁量権があるものと解すべきであるから、執行機関が、合理的な理由もなく不当に多額の支出をするなど、その裁量権を逸脱し、あるいはこれを濫用したと認められる場合に限」られるとして、予算執行の「合理的理由」の存否が効率性原則の違反認否の判断基準となるとした。そして、その「合理的理由」の有無は、当該埋立事業等の(経済的)合理性のそれ、究極的には、沖縄市の埋立計画地の具体的な土地利用計画の合理性の有無により判断されている(判例地方自治328号104頁)。そして、最終的には、口頭弁論終結時点において、「沖縄市による本件埋立計画地の具体的な土地利用計画は何ら明らかでなく、本件海浜開発事業が経済的合理性を欠く状態にある以上、それとは別個に沖縄県による本件埋立事業についての経済的合理性を認めることもできないものと解するのが相当である。」(判例地方自治328号104頁)とした上で、被告沖縄県知事および被告沖縄市長による本件埋立事業に係る将来の「財務会計行為は、地方自治法2条14項及び地方財政法4条1項に違反する違法なものというべきである」と判示されている。

控訴審・福岡高裁那覇支部も、同様に、「新たな土地利用計画に経済的合理性が認められないにもかかわらず、漫然と、従前の土地利用計画に基づいて埋立工事が継続されているとすれば、これに係る公金の支出等の財務会計行為は、違法と評価されることになる。」と述べ、口頭弁論終結時点において、「経済的合理性の調査・検討がされていない以上、今後策定される予定の土地利用計画を前提として、本件埋立免許及

び承認の変更許可が得られる見込みがあると判断することは困難である。そうすると、控訴人ら（沖縄県知事、沖縄市長―意見書提出者註）は、裏付けとなる法律上の根拠（本件埋立免許及び承認の変更許可）が得られる見込みが立っていないのに、本件埋立事業等を推進しようとしていると評価せざるを得ないから、本件埋立事業等に係る財務会計行為（本件各財務会計行為）は、予算執行の裁量権を逸脱するものとして、地方自治法2条14項及び地方財政法4条1項に違反する違法なものというべきである。」と判示している（判例地方自治328号42～43頁）。

5. 効率性原則と本件との関係

ここで、効率性原則と本件との関係について詳述しておく。

水道事業に係る財務に関し、地方公営企業法上、その経費は、「当該地方公営企業の経営に伴う収入をもって充てなければならない」ことが基本原則となっている（地方公営企業法17条の2第2項）。つまり、当該地方公営企業の経営を行う地方公共団体の一般会計等からの出資や補助等は法定の場合（同法17条の2第1項、17条の3、18条、18条の2）にのみ認められるものとし、地方公営企業のいわゆる独立採算性の原則が採られている。

そのため、問題は、経費に充てるべき「収入」如何である。「地方公共団体は、地方公営企業の給付について料金を徴収することができる。」（同法21条1項）とされているところ、本件にあつては、それは、水道使用料による収入が基本になる。ただし、この水道使用料は、「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」（同法21条2項）。

ここにみられるように、地方公営企業を経営するために必要な経費を賄う「収入」の面において、それを確保するための自由度は決して大きくない。むしろ一定の限定された枠内で、「効率性原則」、地方公営企業法上の用語に言い換えれば、「企業の経済性」の要請が、法制上満たされなければならないこととなっている。したがって、収入の反面にある、「支出」を伴う地方公営企業活動たる「事業」の合理性、その効率性、経済性がその意味で厳格に問われなければならないはずである。その有無の判断の自由度は決して大きいものではないはずである。

そこで、水道事業の法的規律を定める水道法（昭和32年法律第177号）は、具体的には、水道事業において水道給水量を増加させる場合の認可の基準の1つとして、「当該水道事業の開始が一般の需要に適合すること」（水道法（昭和32年法律第177号）10条2項による同法8条1項1号の準用）を定めるとともに、「料金が、能率的な経営の下における適正な原価に照らし、公正妥当なものであること」（同法14条2項1号）との要件を充たしている「供給規程」を水道事業者は定めなければならないことを明文の規定により義務付ける（同法14条1項）ことにより、それら

のことを具体的かつ明確にしているところである。

そうであるとすれば、いわゆる水道管をはじめとする各種既存インフラ施設の更新・維持のための経費が近年、水道事業経営をますます圧迫してきているとの指摘（『週刊ダイヤモンド』2009年12月15日号104頁以下）や、「水道事業は、設備投資の規模により収支構造が決まってくる事業であり、過大投資こそが健全経営の一番の大敵です。過大投資は、特に、ダム建設等による新規水源の開発に際して、将来の水需要に備えた水資源の確保という観点からこれに参加しようとする場合に起こりやすいといえます。」との指摘（自治省・総務省において公営企業課長補佐・課長の職歴のある細谷芳郎氏の『図解 地方公営企業』〔2004年、第一法規〕262～263頁）が既になされていることに適切かつ十分な配慮がなされなければならないはずである。

かかる観点からすれば、効率性原則を審査基準としての、被控訴人・東京都水道局長の裁量行使の適否の司法審査としては、特ダム法7条に基づくハッ場ダム建設費負担金をはじめとする利水に係る各種負担金を支出することにより進められる事業により企図されている給水量の増加が、真に「一般の需要に適合すること」（水道法10条2項による同法8条1項1号の準用）ものであるのか、であるとか、「料金が、能率的な経営の下における適正な原価に照らし、公正妥当なものであること」（同法14条2項1号）との法律要件を充足すべく、暫定水利権を安定水利権へ転換するというより経費のかからない方法による水源の確保という方策が適切に考慮されていたか、であるとか、さらには、例えば、いわゆる水道管等の既存インフラ施設の改修を通じて有収率の引上げという方策が適切に検討されていたか、であるとかなどを含めて、水道事業経営の面から当然考慮されるべき要素が、被控訴人・東京都水道局長において適切かつ十分にその考慮に入れられた上で本件における裁量行使がなされていたかが審査、判断されるべきであろう。

6. 小括

したがって、効率性原則は、本件で問題となっている地方公営企業たる水道事業に関する地方公共団体の行政運営を行うに当たっては、法律上、特段の配慮をすることが求められていると解さざるをえない。

IV 特ダム法12条に定めるダム使用権設定申請の取り下げを行うか否かの判断に係る被控訴人・東京都水道局長の裁量行使の適否の司法審査のあり方について

1. はじめに一司法審査基準のあり方

前記Ⅲで述べたとおり、効率性原則の視角からの被控訴人・東京都水道局長の裁量行使の適否を審査することは極めて重要である。それに加えて、以下に述べる点から

の司法審査も必要不可欠である。詳しくは後述するとおりであり(4. 司法審査のあり方(2))、両者は密接に関連する領域、ないし、効率性原則のより具体的な適用がみられることになる。

まず、当該裁量の行使の適否についての司法審査の基準を考える上で参考にされうる裁判例に言及し(2. 参考裁判例)、その後、司法審査の基準とそのあり方(3. 司法審査の基準、4. 司法審査のあり方)について述べる。

2. 参考裁判例

(1) 本件の多目的ダムとはたしかに異なる施設(都市計画道路)に関する事案における判断ではあるけれども、本件の場合と同様、建設に当たっては長期間を要するとともに、建設に当たっては科学的な(客観的、実証的な)調査に基づく、適正合理的な現状の認識と将来見通しに関する判断が要請される事件において、①科学的な(客観的、実証的な)調査の必要性、②①に基づく現状の認識の合理性、③①に基づく将来見通しの合理性が審査されている事例があり、参照されるべきである(東京高等裁判所平成16年(行コ)第14号平成17年10月20日判決、東京高等裁判所(民事)判決時報56巻1～12号15頁)。

(2) 当該事件は、伊東市において都市計画法(平成10年法律第79号による改正前のもの)21条1項に基づいてなされた都市計画変更決定により定められた都市計画道路の区域内において建築物を建築しようとした住民(原告・控訴人)らが、静岡県知事(被告・被控訴人)に対し、同法53条1項に基づき、建築許可申請をしたところ、同法54条の許可基準に合致していないとして不許可決定を受けたため、その取消しを求めたものである。この事件において、東京高等裁判所は、次に引用するとおりの判断基準を示し、これに依拠して都市計画変更決定の違法性を判断している。すなわち、「都道府県知事が、都市計画に都市施設を定めるに当たっては、上記基礎調査の結果に基づいて土地利用、交通等の現状を正しく認識し、かつ、将来を的確に見通し、現状の正しい認識及び将来の的確な見通しを勘案して適切な規模で必要な位置に配置するようにしなければならないこととし、もって、客観的、実証的な基礎調査の結果に基づく土地利用、交通等についての現状の正しい認識及び将来の的確な見通しを踏まえて、合理的な判断がされ、都市施設が適切な規模で必要な位置に配置されることを確保しようとするにあるものと解される。したがって、法(都市計画法のこと―引用者註。以下同じ。)は、上記基礎調査の結果が客観性のある合理的なものでなければならず、かつ、その基礎調査の結果に基づいて土地利用、交通等の現状が正しく認識され、かつ、将来の見通しが的確に立てられ、これらが都市計画において勘案されることを要するものとしているというべきである。そうすると、当該都市計画に関する基礎調査の結果が客観性、実証性を欠くために土地利用、交通等の現状の認識及び将来の見通しが合理性を欠くにもかかわらず、そのような不合理な現状の認

識及び将来の見通しに依拠して都市計画が決定されたと認められるとき、客観的、実証的な基礎調査の結果に基づいて土地利用、交通等につき現状が正しく認識され、将来が的確に見通されたが、都市計画を決定するについて現状の正しい認識及び将来的確な見通しを全く考慮しなかったと認められるとき又はこれらを一応考慮したと認められるもののこれらと都市計画の内容とが著しく乖離していると評価することができるときなど法第6条第1項が定める基礎調査の結果が勘案されることなく都市計画が決定された場合は、客観的、実証的な基礎調査の結果に基づいて土地利用、交通等につき現状が正しく認識され、将来が的確に見通されることなく都市計画が決定されたと認められるから、当該都市計画の決定は、都市計画法第13条第1項第14号、第6号の趣旨に反して違法となると解するのが相当である。」との基準を示した。つまり、先に指摘したとおり、①科学的な（客観的、実証的な）調査の必要性、②①に基づく現状の認識の合理性、③①に基づく将来見通しの合理性が審査され、いずれかにおいて合理性が認められない場合には、それに基づく行政の決定が違法であり、取り消されるべきものであると判断されているものと解される。

(3) なるほど、上記判決は、科学的な（客観的、実証的な）調査を基礎とし、それに基づく合理的な現状認識、および、合理的な将来見通しに基づいて行政上の決定が行われべきことが、法律上定められている事件におけるそれではある。しかしながら、このような法的仕組みが採られている理由の1つには、とりわけ、都市計画施設などの物的施設の建設には、極めて多額の費用がかかると同時に、建設には長期の日時を要することなどから、建設に当たってその適正性・必要性の確保の要請が高いことに求められると考えられる。また、都市計画決定がなされると、その対象となる区域にある土地等には建築規制等の各種の法的規制がかかることになる結果、当該土地の所有者等の権原者の権利に重大な影響を与えることになることから、当該決定の適正性・必要性等を慎重に判断することが求められていることにも、その理由を見出すことができよう。

このようなことに鑑みれば、科学的な（客観的、実証的な）調査を基礎とし、それに基づく合理的な現状認識、および、合理的な将来見通しに基づいて行政上の決定が行われべきことが都市計画法上明記されているとしても、それは確認規定的な性格のものと理解される。都市計画法上における当該関係規定は、とりわけそのような要請が高いことを考慮して、特にその点に注意すべきであることからおかれているものというべきであろう。

とするならば、本件のダム建設は、上記事件における都市計画道路の建設に比べて、より長期の日時を要する上、その建設に要する費用は比べものにならないほど膨大に多額となる。ダム建設の適正性、必要性等は、上記事件にも勝るとも劣らないほどに、注意深くかつ厳格に審査されるべきものである。

(4) また、本件は住民訴訟であり、他方、上記事件は行政事件訴訟法（昭和37年法律第139号）3条2項に定める取消訴訟であるという訴訟類型の相違はたしかに存する。しかし、その相違は、ここでは問題とならない。上記事件では、上述の諸基準は、建築確認の拒否処分の適法性の基礎、前提となる都市計画の適正性の判断を行うための判断基準、司法審査の基準として用いられているのと同様に、本件でも、建設負担金の納付の適法性の基礎、前提となる多目的ダム（ハッ場ダム）建設基本計画の合理性・適正性の判断をするための司法審査の基準を論じているのであるから、当該基準の適用される場面の構造には、共通性が認められる。訴訟類型の相違が問われる類のものではないと解される。

3. 司法審査の基準

以上のことを小括すると、控訴理由書（2009年11月30日）24頁記載の「第一部 第4 1 裁量逸脱の有無の司法審査の基準 （3）最高裁判決に基づく裁量統制の判断基準」の箇所に、裁量の適否の審査に用いられてきた判断基準がまとめられているところではあるが、その基準を適用、運用するに当たっては、上記Ⅱ2（**被控訴人・東京都水道局長の裁量の性質**）で指摘した裁量の性質ないし存在意義を十分に参酌することが不可欠である。そして、とりわけ、次の5点に特に着目した司法審査がなされるべきことが強く要請されると考える。

- ①判断の基礎とされた事実（状態）に関する認識が適正であるか。
- ②①の前提として、事実（状態）に関する必要かつ十分な調査がなされているか。
- ③①および②を基礎とした将来予測が適正になされているか。
- ④さらに、判断をなす上で重要な観点（各種の利益等の考慮要素）がすべて取り上げられているか（換言すると、特定の観点のみに依拠した判断となっていないか）、反対に、判断に入れるべきでない観点が入れられていないか（換言すると、他事考慮はないか）。
- ⑤④に指摘したすべての重要な観点（各種の利益等の考慮要素）に適正な比重（重み）が与えられたうえで、比較衡量がなされているか（換言すると、当該比重のかけ方が過少であったり、過大であったりしないか）。

先に指摘したところの、元最高裁判所裁判官である滝井繁男氏は、その近著『最高裁判所は変わったか——裁判官の自己検証』〔岩波書店、2009年〕において、行政の裁量権行使の適否を裁判所が審査するに当たって留意すべき点として、「裁量の基礎となる事実をしっかりと認定し、その判断過程に注目することが、もっと重視されるべきじゃないかと思っています。」（同書169頁）と述べられている。この

発言も、裁判所が行政の裁量審査に当たっては、上記の5点が重要であることを指し示すものである。

4. 司法審査のあり方

上記の5つの基準に基づく司法審査は、次に述べる事柄への十分な配慮の下で行われなければならないべきである。そうでなければ、専門技術的な見識と当該専門領域における法的責任を負う行政機関に判断・決定に当たっての裁量を認める意義がまったく失われてしまうと考えるからである。

(1) 上記Ⅱの4に述べたとおり、個別具体の事案についてその処理を行うことを任務とする「専門的判断能力を備えた行政機関・行政庁」には、「個別具体事案の事情の適正配慮・個別具体事案の適切・公正判断義務」のあることが、「立法者が行政担当者の専門的知識または政策判断を尊重しこれに具体的な判断を委ねる」前提として想定されるのだから、その行政機関による事実の認識・調査(上記基準①および同②)およびこれに基づく将来予測(上記基準③)は、当時において利用可能な最新の知識・知見に基づいて実施されるべきである。それ故、当時において利用可能な最新の知識・知見に基づいて実施されているか否かが問われ、審査されるべきである。

具体に当てはめていえば、水需要の見込みの算出に当たり、従前との継続性を過度に重視して、従来どおりの計算手法を用いることにとどまることなどは、上述の「個別具体事案の事情の適正配慮・個別具体事案の適切・公正判断義務」に違反する違法な裁量行使がなされた蓋然性を高める結果となる。

なぜならば、水需要総量の大幅な減少傾向は、以前から水道事業の専門家の間ではすでに明確な事実として認識されている(上記基準①および同②に係る事柄。なお、その認識の根拠として、例えば、上述の控訴理由書(2009年11月30日)94頁に指摘されている「東京都水道の1人当たり生活用水の実績と予測」【図表2-1-3】、「東京都水道の都市活動用水の実績と予測」【図表2-1-4】)にもかかわらず、従来型の計算手法では、水需要総量の将来予測において、その現実の大幅な減少傾向があまりに過小評価される結果を招来することになる(上記基準③に係る事柄)からである。

(2) 上記基準④および同⑤の両基準に基づく司法審査についても、上述(1)とまったく同様である。すなわち、これらにおいても、いわゆる裁量行使における比較衡量が当時において利用可能な最新の知識・知見に基づいて実施されているか否かが問われ、審査されるべきである。

また、上記基準⑤に基づく司法審査に当たっては、上記Ⅲ5において述べたとおり、地方公営企業としての水道事業の特性への適切な配慮が不可欠である。すなわち、特ダム法7条に基づく八ッ場ダム建設費負担金をはじめとする利水に係る各種負担金

を支出することにより進められる事業により企図されている給水量の増加が、真に「一般の需要に適合すること」（水道法10条2項による同法8条1項1号の準用）ものであるのか、であるとか、「料金が、能率的な経営の下における適正な原価に照らし、公正妥当なものであること」（同法14条2項1号）との法律要件を充足すべく、暫定水利権を安定水利権へ転換するというより経費のかからない方法による水源の確保という方策が適切に考慮されていたか、であるとか、さらには、例えば、いわゆる水道管等の既存インフラ施設の改修を通じて有収率の引上げという方策が適切に検討されていたか、であるとかなどを含めて、水道事業経営の面から当然考慮されるべき要素が、被控訴人・東京都水道局長において適切かつ十分にその考慮に入れられた上で本件における裁量行使がなされていたかが問われ、審査されるべきである。この点において、効率性原則との密接関連性、ないし、効率性原則のより具体的な適用がみられることになる。

V 原判決における問題点

これまで述べてきたことから考えて、原判決に関しては少なくとも以下の点においてその判断の適正性が疑問視される。

1. 水需要予測に関して

(1) 原審は、そもそもその出発点から事実を正しく認識していないといわざるをえない。具体的に指摘すれば、ダム使用权設定申請をなすに当たっての判断の性質に言及して、「その後に生じた短期的な事情のみからその判断を変更することは原則として想定されていない」（原判決34頁）と述べるが、「現実としての水需要」の「減少傾向」は、控訴理由書（2009年11月30日）93～94頁にわたり、「東京都水道の一日最大配水量の実績と都の予測」【図表2-1-1】、「東京都水道の1人当たり生活用水の実績と予測」【図表2-1-3】、「東京都水道の都市活動用水の実績と予測」【図表2-1-4】中の「実績」に関する客観的な資料を素直にみれば明白であるとおりに、とても「短期的な事情」であるとはいえない。この点からしてすでに、上記IVの3において指摘した「①判断の基礎とされた事実（状態）に関する認識が適正であるか」の基準に照らして判断すべき原審自身もまた、事実誤認の過ちを犯しているといわざるをえない。

(2) この点、被控訴人・東京都水道局長は、上述の控訴理由書（2009年11月30日）94頁に指摘されている「東京都水道の1人当たり生活用水の実績と予測」【図表2-1-3】、「東京都水道の都市活動用水の実績と予測」【図表2-1-4】中に示されている「実績」に関する客観的な資料・事実がありながら、それをまったく顧みない、正反対の水需要の「増加予測」がなされていることも明白である。

同じく、上記Ⅳの3において指摘した「③①および②を基礎とした将来予測が適正になされているか」の基準に照らして、被控訴人・東京都水道局長によるその予測の「合理性」は認められないはずである。仮に、当該予測を説得的、合理的に裏付けうる「合理的根拠」は示されているのであろうか。

この点に関してその予測の合理性を肯定する原審は、例えば、社団法人日本水道協会が平成12年3月に発行した「水道施設設計指針2000」で示された方法に従って行われた（原判決36～37頁）と述べ、予測手法の合理性を根拠としている。しかし、予測手法の合理性がいかに認められたとしても、その手法を適用する、前提となる事実の適正、合理的、客観的な把握、認識が冷静にされていなければ、まったく無意味である。手段の合理性をもって実体の適正を主張することは不能である。それ故、上記Ⅳの3において指摘した基準③に照らして、この点に関する原審の判断の適正性が疑われる。

2. 計画再検討義務に関して

(1) 原審は、第5次利根川荒川フルプランの策定のため、関係都県が平成19年10月ころに水需給計画を国土交通省に提出するに当たり、他県は新しい水道需要予測を行ったのに対し、都は、従前の水需給計画における水道需要予測が実績と乖離し、その乖離が年々拡大してきているにもかかわらず、新しい水道需要予測に取り組もうとしておらず、行政としての計画再検討義務を放棄した違法があるとの原告（控訴人）らの主張に対して、「生活用水の一人一日当たり使用水量は、…（中略）…ある程度多めに算出することもあながち不合理であるとはいいい難い」（原判決44頁）などとした後、「平成15年12月の予測から3年余り経過したにすぎない平成19年10月ころに予測の見直しをしなかったからといって、予測の見直しをすべき義務を懈怠したり放棄したということはできず、他に都が計画再検討義務を放棄した違法があることを認めるに足りる証拠はない。」（原判決45頁）と述べている。

(2) しかしながら、前者の「生活用水の一人一日当たり使用水量は、…（中略）…ある程度多めに算出することもあながち不合理であるとはいいい難い」とのの説示は、法的判断基準としてはあまりにも曖昧で、いかなる基準をもって合理的か否かを判断するのかまったく不明で、何らの説得性を持ちえまい。

また、後者の計画再検討義務違反の有無を判断するに当たっては、対象となっている当初の計画決定時点からどのくらいの期間が経過しているのかは極めて基本的な認識事項であり、当然の前提となること、控訴理由書（2009年11月30日提出）33頁に指摘されているとおり、その認識に重大かつ明白な誤りがある。基本的な事項についての認識の誤りは、あまりに基礎的であるが故にむしろ、適切な計画再検討期間を経過しているか否かに関する心証を正しく形成することに対する重大な

影響を与えているといえよう。

それ故、上記Ⅳの3において指摘した「①判断の基礎とされた事実（状態）に関する認識が適正であるか。」との司法審査の基準から見て、計画再検討義務違反に関する原審の判断の適正性が疑われる。

3. 保有水源量に関して

(1) 原審は、都が用いる水系別の計画上の利用量率は、根拠が明らかでなかったり、60年ないし80年前の数字を踏襲したものであって、根拠がないとの原告（控訴人）らの主張に対して、「水系別の計画上の利用量率の根拠が判然としないからといって、保有水源の評価全体の合理性に影響するとはいえ（ない）」（原判決48頁）と述べる。

(2) しかし、「水系別の計画上の利用量率の根拠が判然としない」、つまり、計画の策定・決定の「前提的基礎となる事実の正否が明らかではない」計画の合理性など、そもそも考えるのであろうか。裁量行使の前提がそもそも疑われる。それ故、上記Ⅳの3において指摘した「①判断の基礎とされた事実（状態）に関する認識が適正であるか。」および「②①の前提として、事実（状態）に関する必要かつ十分な調査がなされているか。」という2つの司法審査の基準に照らして、この点についても原審の判断の適正性が疑問視される。

しかも、仮に根拠となる事実があったとしても、それがすでに半世紀も前のものであれば、それは現時点から将来に向けての予測をする上で用いる価値の失われた根拠事実であろう。上記Ⅳの4に述べたとおり、個別具体の事案についてその処理を行うことを任務とする「専門的判断能力を備えた行政機関・行政庁」には、「個別具体事案の事情の適正配慮・個別具体事案の適切・公正判断義務」のあることが、「立法者が行政担当者の専門的知識または政策判断を尊重しこれに具体的な判断を委ねる」前提として想定されるのだから（上記Ⅱの4）、その行政機関による事実の認識・調査（上記Ⅳの3において指摘した基準①および同②）およびこれに基づく将来予測（上記Ⅳの3において指摘した基準③）は、当時において利用可能な最新の知識・知見に基づいて実施されるべきである。

Ⅵ まとめ

上述のした点をはじめ論点となるべき諸事項に関して、上記Ⅱの4に述べた「個別具体事案の事情の適正配慮・個別具体事案の適切・公正判断義務」、および、上記Ⅳの3において指摘した5つの司法審査の基準に鑑みて、審理が尽くされ、適正な判断が下されることをお願い申し上げる。

以上

<プロフィール>

氏名：田村 達久（たむら たつひさ）

生年月日：昭和40（1965）年8月18日

現職：早稲田大学法学学術院教授

専門分野：行政法、地方自治法、公務員法

【学歴】

早稲田大学法学部卒業、早稲田大学大学院法学研究科修士課程修了（法学修士）、早稲田大学大学院法学研究科博士後期課程研究指導終了

【主要な職歴】

島根大学法文学部助教授、島根大学大学院法務研究科助教授などを経て、
2008年4月 早稲田大学法学学術院教授（現職）

【主要な公職】

島根県労働委員会公益委員 2007年4月～2008年3月

【主要な研究業績】

（著書）

- 行政手続法（三省堂、1994年、共著）
- 地方分権改革の法学分析（敬文堂、2007年、単著）

（論文）

- 「行政計画における権利救済問題の一考察—西ドイツの計画確定手続制度を中心に—」（修士論文、早稲田大学大学院法学研究科、1990年）
- 「行政計画と取消訴訟（一）——行政計画における権利救済法理研究序説」早稲田大学法研論集第55号（早稲田大学大学院法学研究科、1990年）
- 「行政計画と取消訴訟（二）——行政計画における権利救済法理研究序説」早稲田大学法研論集第56号（早稲田大学大学院法学研究科、1990年）
- 「行政計画と取消訴訟（三）——行政計画における権利救済法理研究序説」早稲田大学法研論集第57号（早稲田大学大学院法学研究科、1991年）
- 「行政計画と取消訴訟（四・完）——行政計画における権利救済法理研究序説」早稲田大学法研論集第58号（早稲田大学大学院法学研究科、1991年）
- 「比較衡量要請の一考察」早稲田大学法研論集第60号（早稲田大学大学院法学研究科、1992年）
- 「行政手続法逐条解説」佐藤英善編著『行政手続法』（三省堂、1994年）
- 「都市計画とマチづくり」（財）地方自治総合研究所編『検証！地方分権』（（財）地方自治総合研究所、1996年）
- 「一般行政手続法制と行政の透明性」山梨学院大学行政研究センター編『行政の透明

性』(第一法規、1997年)

- 「都市計画をめぐる垂直調整の制度と実際の一考察——市町村決定都市計画における政府間交渉過程の分析を中心に」(財)行政管理研究センター編『政府関計画関係をみる視点——計画ファミリーと計画コミュニティ』(財)行政管理研究センター、1998年)
- 「地方公共事務事業における『市場』の可能性と『公共性』」日本公法学会編『公法研究』第70号(有斐閣、2008年)
- 「住民訴訟の展開」法律時報2010年7月号(第82巻第8号)

以上