

平成21年（行コ）第213号

八ッ場ダム公金支出差止等（住民訴訟）請求控訴事件

控訴人 深澤 洋子ほか37名

被控訴人 東京都水道局長ほか4名

控訴人準備書面（4）

平成22年12月17日

東京高等裁判所 民事第5部 御中

控訴人ら訴訟代理人弁護士 高 橋 利 明 代

同 大 川 隆 司 代

同 羽 倉 佐 知 子 代

同 只 野 靖 代

同 土 橋 実 代

同 西 島 和 代

同 谷 合 周 三

ほか28名

本書面では、八ッ場ダムによる水源確保が必要とする東京都水道局長の判断に対する原判決の裁量審査の誤りを明らかにする。

目 次

第1	はじめに	3
第2	田村教授による東京都水道局長の裁量判断に対する司法審査基準等	3
1	国土交通大臣の納付通知と水道局長との関係	3
2	ダム使用権設定申請の取下げを行うか否かの判断に関する水道局長の裁量の性質	4
3	地方自治行政における「効率性原則」の法定と水道局長の裁量権行使の関係	5
4	ダム使用権設定申請の取下げを行うか否かの判断に関する水道局長の裁量権行使の適否の司法判断	6
第3	本件基準に基づき司法審査を行うと、水道局長の判断は裁量権の範囲を超えており、これを合理的な裁量の範囲内とした原判決の判断は誤っている	8
1	東京都水道局長の責務に関する判断	8
2	新たな水源の要否に関する判断のあり方について	9
3	水道需要予測	11
4	計画負荷率について	13
5	計画見直し義務及び結審時までの申請取り下げについて	14
6	保有水源の評価について	16
7	利用量率について	18
8	保有水源量の「目減り」について	21
9	総合判断	21

第1 はじめに

原判決は、「被告水道局長による八ッ場ダムによる水源確保が必要であるとの判断は合理的な裁量の範囲を逸脱したものとはいえない」とした（原判決57頁8行目）。

被控訴人水道局長の判断は、「首都東京」における「水道水の安定給水」を錦の御旗とし、水道法及び地方公営企業法が水道事業者に対して要求する「水道事業の適正かつ能率的な運営」「常に企業の経済性を発揮することを経営の基本原則とする」責務、及び地方自治法及び地方財政法の求める最少経費原則について一顧だにせずになされたものであるが、原判決はきわめて粗雑な裁量審査によって、被控訴人水道局長の判断を適法と判断した。

控訴人らは、控訴理由書第1部第4（19～27頁）において、原判決の裁量審査について批判し、あるべき司法審査基準について主張したが、今般、田村達久教授（行政法）が、ダム使用権設定申請の取下げを行うか否かの判断に関する水道局長の裁量権行使に関する司法判断のあり方について考察され、控訴人らの示した審査基準の精度を高めた司法審査基準を示す意見書（甲A17、以下「田村意見書」という）を執筆された。

そこで、本書面では、田村意見書の概要について述べ、田村教授の示された裁量審査基準に従って司法審査がなされれば、被控訴人水道局長の判断が裁量権の範囲を逸脱していること、これを看過した原判決には過誤があることについて明らかにする。

第2 田村教授による東京都水道局長の裁量判断に対する司法審査基準等

1 国土交通大臣の納付通知と水道局長との関係

「原判決は、『国土交通大臣の納付通知』があるから、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、」これは、国土交通大臣と東京都との関係を、「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。」特ダム法4条4項本文に基

づくダム使用権設定予定者の意見聴取は、「ダム使用権の設定予定者の財産上の地位の保障の機能」を有していること、同法12条がダム使用権設定申請取下げについて明定していること等からすると、国土交通大臣と東京都とは、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。したがって、水道局長の判断に関する裁量審査も、水道局長が国土交通大臣と対等な当事者としてダム使用権設定に関して判断することができることを前提としてされなければならないが、原審はそもそもこの前提を誤っている（田村意見書I）。

2 ダム使用権設定申請の取下げを行うか否かの判断に関する水道局長の裁量の性質

原判決は、八ッ場ダム負担金を支出すると判断した水道局長の判断が、「慎重に判断、検討されたうえでなされた」かどうかを検討しないまま、「慎重に判断、検討されたうえでなされた」判断は「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」、などと判示し、『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。」

原判決の指摘するとおり、東京都は、その「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（原判決34頁）が、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、「本件における裁量の性質ないし存在意義は、将来

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」（田村意見書Ⅱ）。

3 地方自治行政における「効率性原則」の法定と水道局長の裁量権行使の関係

水道事業においては、「地方公共団体は、その事務を処理するに当っては、…（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。」（地方自治法2条14項）、「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。」（地方財政法4条1項）「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。」（地方公営企業法3条）。等の効率性原則がまもられなければならない。

さらに、水道事業の経費は、「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」（地方公営企業法17条の2第2項）とされ、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「収入」は、水道使用料による収入が基本になるが、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。」

水道事業の法的規律を定める水道法は、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。

「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」（田村意見書Ⅲ）。

4 ダム使用权設定申請の取下げを行うか否かの判断に関する水道局長の裁量権行使の適否の司法判断

都市計画変更決定の違法性が争われた事件で、東京高裁平成17年10月20日判決は、「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」との判断基準を示した。そうすると、「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」（田村意見書Ⅳ 2）。

控訴理由書（2009年11月30日）24頁記載の「第1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」の箇所にまとめられている判断基準の基準を適用、運用するに当たっては、・・・東京都水道局長の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。

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）。

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。上記基準④⑤についても同様である（田村意見書IV3）。

第3 本件基準に基づき司法審査を行うと、水道局長の判断は裁量権の範囲を超えており、これを合理的な裁量の範囲内とした原判決の判断は誤っている

次に、前記第2第4項で示した各基準（以下「本件基準」という）にもとづき、被控訴人水道局長が八ッ場ダムによる水源確保が必要であるとの結論を導く前提となった事項に関する各判断及び結論が裁量権の範囲をこえていないか、また、原判決の裁量審査が適切になされたか、検討する。

1 東京都水道局長の責務に関する判断

(1) 被控訴人水道局長は、八ッ場ダムによる水源確保が必要との判断の前提として、「都は、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（水道法1条）とし、常時給水義務を負う（同法15条2項）水道事業者として、また、住民の福祉の増進を図るべき（地方自治法1条の2第1項）地方公共団体として、渇水によって都民の生活、社会経済活動等が極力影響を受けないよう努力する責務を負う」（判決書23頁18行目）と判断している。

(2) しかし、被控訴人らの責務は、渇水防止につきるものではない。

前記第2、3のとおり、水道事業においては、効率性原則について、法律上、特段の配慮をすることが求められている。したがって、新たな水源が必要かどうか、渇水防止の責務をいかなる方法で果たすか、という判断においても、効率性原則を考慮したうえで判断されなければならないはずだが、水道局長の判断では効率性原則が無視されており、判断をなす上で重要な観点が取り上げられていないから、この点に関する水道局長の判断は、本件基準④にてらし、裁量権を逸脱したものである。

(3) この点、原判決は、地方公営企業法3条について引用するものの（判決書

34頁8行目)、この責務を「被告水道局長の合理的な裁量」の根拠のひとつとして位置づける一方で、「ダム使用権の設定の申請も、このような責務(引用者注: 渇水によって都民の生活が極力影響を受けないよう努力する責務)を果たすべくされるものである」(判決書33頁24行目)などとして、被控訴人水道局長の判断において効率性原則が考慮されていないことを看過しており、裁量審査の方法を誤っている。

なお、田村意見書は、原判決が、「ダム使用権の設定予定者は、ダム使用権の設定の申請を自由に取り下げることができ、その場合は建設費負担金納付義務を免れることができるから、被告水道局長には、負担金支出に見合う利水上の利益のないことが客観的に認められる場合には、ダム使用権の設定の申請を取り下げて負担金納付義務を回避すべき義務があり、これをせずに漫然と負担金の支払いをすることは、被告水道局長が都に対して負っている誠実執行義務(地方公営企業法6条、地方自治法138条の2)に反し違法」との原審原告らの主張を排斥し、「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」(判決書32頁)とした点は、その出発点において国土交通大臣の納付通知と東京都水道局長との関係等について理解を誤ったものであると批判されていることは、前述した(前記第2, 1)。

2 新たな水源の要否に関する判断のあり方について

- (1) 被控訴人水道局長は、八ッ場ダムによる水源確保が必要との判断の前提として、「首都東京において、平常時はもとより、大規模渇水があった場合でも、安定給水を達成し、これを将来においても持続していくためには、水道の需要量に影響を及ぼす様々な要因(将来人口、経済成長率等)を基礎にし

た長期的な水需要予測をし、これを基本としながら、将来における渇水発生
の危険性や水源の具体的状況等をも総合的に考慮して、先行的に水源を確保
していかなければならない。」(判決書23頁23行目)と判断している。

(2) しかし、この点に関する被控訴人水道局長の判断は、「大規模渇水」が発
生する具体的根拠がないのに、「大規模渇水があった場合でも、安定給水を
達成し、これを将来においても持続していく」ことを目標とする点で、効率
性原則に反する。発生する確率の低い大規模渇水などの大規模災害は、非常
事態といえるから、非常事態に相応した給水がなされるのが相当であって、
非常事態に通常時と同様の「安定給水を達成」することを目標として設定し
てしまうと、目標達成のために、通常は必要ない水利権に投資しなければなら
なくなり、収入がおいつかず「企業の経済性」を害する状況となることは
明らかだからである。近年、特筆すべき渇水はなく、平成6年には、給水制
限最大15%の「渇水」が発生したが、都に対する苦情はなく、渇水「被害」
が発生していないことは、争いのない事実である(被告準備書面(16)6
2頁11行目。なお、原審被告は、平成6年の渇水で公園の噴水などの中止
などの影響があった等とするが、渇水時に公園の噴水を中止しないという目
的が472億円の公金支出の根拠として不適格であることは、万人の目に明
らかであろう)。

また、仮に、前記目標が不合理でないとしても、安定給水のみを考慮して
予測をしたうえで、さらに、渇水発生危険性を考慮して、先行的に水源を
確保するという判断は、効率性の原則に基づく都の責務を全く考慮しておら
ず、安定給水・渇水防止に過大に比重をかけた判断であり、目標達成のため
の方法を決定した判断として誤っており、本件基準④⑤にてらし、裁量権の
逸脱がある。

(3) 原判決は、「一般にダム建設は計画から完成に至るまで長期間にわたり多
額の費用を要するものであるから、ダム使用権の設定の申請に当たっては、

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、判断した上ですべきであり、そのような検討、判断がされた上でダム使用权の設定の申請がされた以上は、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」（判決書33頁25行目）とする。

ここで原判決が示した一般論は、「水道事業の・・・能率的な運営」を考慮事項とし、効率性原則の考慮が必要と指摘したかのようにみえるが、実際には、原審は、水道局長の判断において効率性原則が考慮されたかどうかをまったく審査していないから、この原判決の判示は裁量審査において無意味な判示といわざるをえない。

3 水道需要予測

(1) 被控訴人水道局長は、水道需要予測をするにあたり、「平成15年12月、近年の水の需要動向の変化を踏まえ、平成12年12月に策定された「東京構想2000」で示された将来の人口、経済成長率等の基礎指標に基づき将来の水道需要量の見直しをし、平成25年度における一日最大配水量は600万立方メートル程度になるものと見込んでいる。水道需要予測は、過去の水道使用実績を基に重回帰分析などの統計手法により各用途別の計画一日平均使用水量を求め、これに適切に設定した計画有収率及び計画負荷率を用いて将来需要量である計画一日最大配水量を算出するものであるところ、都が水道需要予測において重回帰分析手法により算出した計画一日平均使用水量とその後の一日常使用水量の実績値をみると、両者は近い趨勢を示している」（判決書24頁3行目）、と判断している。

(2) しかし、近時の水道需要の減少傾向は、確実な事実であって（控訴理由書

107頁図表2-3-10、一日最大配水量は、92（平成4）年以降、前年より増大した年もあるが、2年以上連続して上昇しておらず、増大した年の2年後にはその前年より減少している）、これを整合的に説明できる要因（節水機器の普及等）もあるのだから、水道局長は、減少要因を調査して、減少要因を考慮した予測をすべきなのに、必要な調査・考慮を怠っている。また、このような予測手法の誤りは、将来の渇水のおそれを過大に評価した結果ともいえ、本件基準①ないし⑤にてらし、裁量権の範囲をこえているといえる。

なお、被控訴人らは、平成15年12月の予測について、予測に用いたモデル式で算出した生活用水の一人一日当たり使用水量の昭和61年から平成12年までの推計値と実績値とがよく符合していることを、予測手法の正しさの根拠としているが、生活用水一人一日当たり使用水量の実績値の推移をみると、遅くとも平成6年を境に、それまで増加傾向であった推移が横ばい、さらには漸減へと傾向が変化していることが明らかである。したがって、推計値が平成6年以前の実績と符合することは、予測手法の合理性の根拠とならないから、このことを考慮した点でも、水道局長の判断には、考慮すべきでない事項を考慮した瑕疵がある。

(3) 原判決は、裁量審査の方法を誤り、被控訴人水道局長の判断の誤りを看過した。

この点、田村意見書V1においては、以下のとおり原判決が的確に批判されている。いずれも的確な指摘である。

『現実としての水需要』の『減少傾向』は、控訴理由書（2009年1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

_____。」本件基準「『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。」また、「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。」したがって、本件基準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。」

4 計画負荷率について

- (1) 被控訴人水道局長は、計画負荷率を81%と設定している。81%という数字は、昭和61年から平成12年までの15年間の最低値であり、計画負荷率を81%と設定した判断の根拠は、「将来、一日平均配水量に対する一日最大配水量の比率が当該実績期間内の最大値（負荷率の最低値）と同じ状況となった場合でも、都民生活に支障が生じたり、首都東京の都市機能が滞ったりすることのないよう、安定的に給水を行う必要がある」、「他の主な政令指定都市と比較してみても、都の設定した計画負荷率81%は中位に位置するのであって、特に低い値となっているわけではない」（被告準備書面（16）21頁12行目以下）という。
- (2) しかし、「過去15年間の最低値」という負荷率設定の判断基準は、利根川流域の各県（過去10年間の最低値）や国と比較して特異である。

東京都が首都である、という事情は、国等とは異なる独自の数値を設定することを正当化する根拠にならない。なぜなら、東京都が首都機能を有する

ことは事実だが、安定給水の必要性という点に限定して検討すると、首都機能は、通常の市民生活が機能していれば機能するものだからである。とすれば、首都であることを、特に安定給水の必要性が高い、という判断の根拠とすることは、他事考慮というほかない。

また、負荷率は、その性質上、都市の人口規模が大きいほど高くなる性質があるのだから（控訴理由書45頁7行目）、政令指定都市とはいえ東京都より人口規模が格段に小さい自治体の設定した負荷率の値を考慮して、東京都の設定負荷率が合理的と判断することも、考慮すべきでない事実を考慮した判断にほかならず、以上から、水道局長の負荷率設定についての判断は、本件基準④にてらし、裁量権を逸脱したものである。

(3) 原判決は、被控訴人らの主張をそのまま採用して、被控訴人水道局長の判断に不合理はないと判断しており、裁量審査の方法を誤っている。

5 計画見直し義務及び結審時までの申請取り下げについて

(1) 原審において、被控訴人らは、平成17年時点で一日平均使用水量の実績値と予測値との乖離は、5%、22万4000立方メートルに過ぎず、大きな乖離とはいえないとして、誤った予測をやり直すべきとの控訴人らの主張に反論していた（被告準備書面（16）24頁22行目）。

(2) しかし、一日平均使用水量の実績値と予測値との差22万4000立方メートルを、一日最大配水量としての差に換算すると、八ッ場ダムによる確保水源量にほぼ匹敵するのであり、小さな差とはいえない（控訴理由書41頁）。

また、平成20年11月25日の原審結審時においては、一日最大配水量の実測値と予測値との差は約110万立方メートルに達しており、水道需要に関する都の予測と実績とが著しく乖離していることは明らかであった。

したがって、仮に、平成15年12月の予測が合理的な裁量の範囲をこえたものとはいえないとしても、結審の時点までに新たな水源が必要との

判断を見直さなかった判断は、「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」事実の認識・調査に基づき、考慮すべき事項を考慮していないといえ、本件基準①②及び④にてらし、裁量権の逸脱がある。

(3) 原判決は、「生活用水の一人一日当たり使用水量は、現時点で漸減傾向がみられるからといって同様の傾向がその後も将来にわたって長期間続くことが明らかであるとはいえず」「水道水の安定供給確保の観点に重きをおいた手法を採用することは合理的な理由がある」（判決書44頁20行目）とする。

しかし、効率性原則からすると、原判決が認定するように「漸減傾向がみられる」のであれば、過大な設備投資により経済性が阻害されること等を避けるため、漸減傾向の要因を調査し、予測手法の決定において適宜考慮すべきである。したがって、原判決がいうように漸減傾向が「長期間続くことが明らかであるとはいえない」とすれば、それは水道局長が必要な調査等を怠っているからである。しかし、原判決はこのことを問題とせず、「水道水の安定供給確保の観点」のみに「重き」をおいた裁量権行使の誤りを看過したものであるから、ここでも原判決の裁量審査は誤りである。

(4) この点、田村意見書V2では、以下のように原判決を批判している。いずれも的確な批判である。

すなわち、原判決の「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」（原判決44頁）、「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）との判示について、『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』

との説示は、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。」「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、当然の前提となるところ、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。」したがって、本件基準「『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」。

6 保有水源の評価について

- (1) 被控訴人水道局長は、都が保有する水源量は、日量約630万立方メートルである（多摩地区の地下水は、地盤沈下のおそれ及び水質問題があり、将来の保有水源に含めることは適当でない）（判決書24頁21行目）として、地下水源を除いて保有水源量を算定している。
- (2) しかし、他方で、被控訴人らは、多摩地区の地下水源39万立方メートル／日について、「地盤沈下や水質の動向に十分配慮しつつ、身近に利用できる貴重な水源として、引き続き可能な範囲で活用していく」（被告準備書面（16）50頁26行目）と述べており、主張に自己矛盾がある。地下水源を将来の保有水源に含めないのであれば、「地盤沈下や水質の動向に十分配慮」する予算的根拠が失われ、事実上「地盤沈下や水質の動向に十分配慮」しつつ活用することはできないはずである。したがって、多摩地区の地下水源を将来の保有水源に含めないという判断は、必然的に、これを水源として

放棄するという判断がなされたことを意味するはずである。ところが、被控訴人らが多摩地区の地下水源を「貴重な水源として、引き続き活用していく」というのは、被控訴人ら自身、地下水源が将来にわたり利用可能であり、これを放棄することが、被控訴人らの掲げる「安定給水」の目標に整合しないことを自覚しているからであろう。

このことを措くとしても、地盤沈下が沈静化していて、従前どおりの地下水利用の阻害要因とならないことは、控訴理由書50～51頁で述べたとおりであり、また、水質「問題」も、必要に応じ対策をとることで解決が可能な「問題」にすぎないことは控訴理由書55～57頁で述べたとおりであるから、被控訴人らの主張する事情は、多摩地区の地下水源を放棄する根拠とはならない（控訴理由書55頁16行目以下）。

したがって、多摩地区の地下水源を保有水源に含めないという判断は、地下水の保全に必要な対策、費用等を調査し、正しく認識したうえで判断されていない点で本件基準①②にてらし適正さを欠き、また、地盤沈下のおそれ、水質問題についての事実を誤認ないし過大評価している点で本件基準④⑤にてらしても適正さを欠き、裁量権の範囲をこえた違法な判断である。

- (3) 原判決は、被控訴人水道局長の判断を是認した上、多摩地区の地下水について「将来にわたり削減する必要が生じないことが確実視されていない」（判決書50頁20行目）として、被控訴人らの判断に誤りがなかった。しかし、「将来にわたり削減する必要が生じないことが確実視されていない」という抽象的なリスクは、八ッ場ダムにより確保される水源（表流水）についてもあてはまるのであって、地下水源放棄の理由として考慮することは許されないはずである。「将来にわたり削減する必要が生じないことが確実視されていない」水源を将来の保有水源に含めないことに合理性があるとする原判決の理屈が正しいとすれば、水道局長はいかなる水源も将来の保有水源に含めないことができることになる。原判決の裁量審査はきわめて空疎かつ不

公正で、その過誤は重大である。

7 利用量率について

(1) 被控訴人水道局長は、利用量率とは、「取水地点から浄水場に至るまでの導水施設からの漏水や浄水場で維持管理上必要となる作業用水などにより、取水から浄水場を出るまでの過程で」生じる水量の「損失を考慮して取水量を配水量に換算するための値」であるとしつつ、「運用上の利用量率（利用量率の実績）は、漏水や原水の水質の状況などにより毎日変動するので、毎日安定的に給水するためには、計画上は、日々の利用量率が低い状況になった時にも必要な需要量を配水できるようにしておかなければならない。したがって、計画上の利用量率は、年単位ではなく被値の利用量率が厳しい条件になった場合でも安定給水を確保することができるように設定する必要がある。」（被告準備書面（16）51頁17行目）として、利用量率の計画値を93.4%と設定した。

(2) しかし、控訴理由書62頁25行目以下で指摘したとおり、利用量率を決定づける「損失」の要因となる「漏水」の状況は、毎日変動するような性質のものでないことは社会通念上明らかであるし（日毎に漏水の状況が変動するような浄水場は、その維持管理の適正さが欠如しているというほかない）、浄水場はクロードシステムになっていて、浄水場排水処理施設の処理水を着水井に戻し再利用しているから、原水の水質が変化したからといって配水量が変動することもない。

被控訴人らがいう「日々の利用量率」とは、浄水場内の滞留水量の増減を含む数字であるのに対し、本来の利用量率は、被控訴人らの説明どおり「取水地点から浄水場に至るまでの導水施設からの漏水や浄水場で維持管理上必要となる作業用水などにより、取水から浄水場を出るまでの過程で」生じる水量の「損失を考慮して取水量を配水量に換算するための値」、つまり浄

水場の損失（ロス）率をみるための指標であり、「1－浄水場ロス率」という算式で求められるもので、両者は異なる概念である。

したがって、利用量率の設定にあたって考慮されるべき事項は、年単位の実績値であって、浄水場ロス率と直接関係のない「日々の利用量率」は、考慮される理由がない（なお、「日々の利用量率」を考慮することが許される理由として水道施設設計指針の記述を根拠とする原判決が誤っていることについては、控訴理由書6 1頁1 2行目で述べた）。ところが、利用量率の設定に関する被控訴人水道局長の判断は、利用量率の性質上当然に考慮されるべき年単位の実績値（近年は9 7～9 8％で推移している）を考慮せず、考慮される理由のない「日々の利用量率」を考慮している点で、本件基準④にてらし裁量権の逸脱がある。

(3) この点、原判決は、被控訴人水道局長の裁量権逸脱を看過し、判断が合理的と判断しており、裁量審査の方法を誤った。

そればかりか、原判決は、「クロードシステムであるはずの朝霞浄水場の利用率が9 0パーセント前後まで低下しているというのであるから、最近の浄水場では利用量率が概ね9 8パーセント以上になっているという原告らの主張の前提自体に疑問がある」（原判決4 8頁2 0行目）とするが、この判決の適正さには大いに疑問がある。いったい、原判決は、「朝霞浄水場がクロードシステムでない」と認定したのか、あるいは、「クロードシステムの浄水場でも利用量率が9 0パーセントとなるのが通常である」と認定したのか。おそらく後者と思われるが、控訴理由書9 9頁図表2－2－6のとおり、8か所の浄水場のうち、朝霞浄水場以外の利用量率の平均は9 9％にもなっており、前記のとおりクロードシステムの浄水場における「損失」の要因が主に漏水であることからすると、朝霞浄水場の数値に特異性がある、その要因は異常な漏水や、測定の誤り等早急に是正されるべき浄水場の維持管理上の問題にあることは明らかであって、「クロードシ

テムの浄水場でも利用率が90パーセントとなることが通常」という認定が誤っていることは明らかである。この異常な朝霞浄水場の利用率を加えても、全体の利用率は平成10年から平成19年までの10年間で96.7～98.6%となっているのであるから、他事考慮のうえ実績と乖離した93.4%という利用率を設定した水道局長の判断を是認した原判決の裁量審査は誤りである。

- (4) この点、田村教授は、原判決が「水系別の計画上の利用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)として水道局長の判断の合理性を肯定したことについて、「「水系別の計画上の利用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」は、「裁量行使の前提がそもそも疑われる」から、本件基準『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。」とされ、さらに、「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。」「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。」として原判決を批判される。

いずれも的確な指摘である。

8 保有水源量の「目減り」について

- (1) 被控訴人水道局長は、八ッ場ダムによる水源確保が必要との判断の前提として、「近年の降雨の状況や都の水源確保の目標を踏まえて算出した将来の保有水源量（近年の河川流況を基に利水安全度1／10として算出した水源量）は、課題を抱える水源を含んだ上で、日量570万立方メートル程度ないし590万立方メートル程度となり、将来の需要量である日量600万立方メートルに不足することになる。」（判決書24頁22行目）と判断している。
- (2) 控訴理由書67頁のとおり、国土交通省が近年の河川流況を基に利水安全度1／10として算出した水源量は、計算根拠資料がないことからその合理性を検証することができない、科学的な裏付けのない数字であるから、被控訴人水道局長が保有水源量を判断するにあたり考慮することの許されない事項である。したがって、この点に関する水道局長の判断は、本件基準④にてらし、裁量権の逸脱がある。
- (3) この点について、原判決は、国交省の「算定方法が不合理であることを窺わせる証拠はない」として、水道局長の判断が合理的な裁量の範囲内とするようであるが、算定方法が合理的であることを根拠づける資料が存在しない数字を考慮した判断は、前記のとおり他事考慮ともいえるし、公金支出の前提となる行政判断が最低限備えるべき科学性・合理性を欠いているともいえる。このような水道局長の判断が合理性に欠けるところがないという原判決の裁量審査は、司法審査の名に値せず、重大な過誤があるというほかない。

9 総合判断

- (1) 被控訴人水道局長は、「これらのことを総合的に勘案すると、被告水道局長

において、将来の水源量は将来の水道需要量に対して十分なものとはいえず、八ッ場ダムによる水源確保が必要であると判断したことは合理的である。」

(判決書25頁6行目)とする。

- (2) しかし、前記1ないし8で検討したとおり、八ッ場ダムによる水源確保が必要であるという判断の前提となる被控訴人水道局長の各判断に裁量逸脱がある。

また、八ッ場ダム建設に472億円を投資して每秒約5779立方メートル(日量約50万立方メートル)の水源を確保する目的は、安定給水のためとしながら、ほとんど費用のかからない多摩地区の地下水源(日量約39万立方メートル)を放棄する判断を行っていることからすると、被控訴人水道局長の判断は裁量権を濫用してされたのではないかとの疑問すら生ずる。

また、総合判断においても、被控訴人水道局長の判断には、地方自治行政、水道事業について特段の配慮が必要な効率性原則に関する考慮が全く欠落しているから、以上を総合すると、八ッ場ダムによる水源確保が必要とした被控訴人水道局長の判断には、裁量権の逸脱があり、このような被控訴人水道局長の判断について「合理的な裁量の範囲を逸脱したものとはいえない」とした原判決の裁量審査は誤りである。

以 上