

平成25年（行ヒ）第383号上告受理申立事件

申立人 深澤 洋子 外32名

相手方 東京都水道局長 外4名

## 上告受理申立理由補充書（その3）

一 伊方原子力発電所設置許可処分取消訴訟最高裁判決が

判示する司法審査の判断枠組みに基づく原判決批判 一

2014年8月13日

最高裁判所第一小法廷 御中

申立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 島 昭 宏 代

同 谷 合 周 三

ほか42名

## 目 次

はじめに.....	4
第1 伊方原子力発電所設置許可取消訴訟における違法性の主張、立証責任の配分.....	5
1 設置許可処分の取消訴訟における違法審査基準ないし要証事項.....	5
2 設置許可処分の取消訴訟における違法性の主張・立証責任の配分.....	6
3 行政庁の要証事項と行政庁の立証責任.....	6
4 伊方最高裁判決の射程について.....	8
第2 伊方最高裁判決に反する原判決の「著しく利益を受ける」の認定手法.....	10
1 原判決の基礎的な判断枠組みの設定.....	10
2 原判決の違法審査の手順.....	11
3 原判決の「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」方式の採用と「著しく利益を受ける」の認定手順.....	12
4 伊方最高裁判決とは反する原判決の主張、立証責任の配分.....	14
5 事実に基づかない原判決の「著しく利益を受ける」の認定.....	14
6 原告側に「著しい利益」の不存在の挙証責任を負わせるのは河川法63条の解釈を誤り、かつ伊方最高裁判決にも違反する.....	16
第3 利根川水系の基本高水・毎秒2万2000 m <sup>3</sup> 計画の「不合理な点」	
はじめに.....	18
1 昭和24年策定の「利根川改修改訂計画」一氾濫なしで毎秒1万7000 m <sup>3</sup> .....	19
2 昭和55年の「利根川水系工事実施基本計画」一突然の「氾濫戻し」で毎秒2万2000 m <sup>3</sup> .....	20

3	本訴訟では国土交通省の「基本高水」の説明は二転三転.....	21
4	基本高水・毎秒2万2000m <sup>3</sup> は「計算上の仮設計」であった.....	22
5	国土交通大臣の謝罪―「2万2000トンありきの検討」.....	23
6	恥の上塗りの「洪水、山に上る」の氾濫状況報告書.....	24
7	「上流域での氾濫は1000万m <sup>3</sup> 程度」―大熊意見書.....	25
8	国土交通省内には基本高水の算定記録もなく、外部への回答は不統一.....	27
9	上流の大氾濫はねつ造だから基本高水の説明は二転三転、氾濫戻しの説明ができない計画の「不合理な点」は明らか.....	28
<b>第4</b>	<b>国土交通省の「氾濫説」及び日本学術会議の検証作業における「不合理な点」.....</b>	<b>31</b>
	はじめに.....	32
1	分科会は、国土交通省の大氾濫説を却下した.....	33
2	原判決は分科会の「河道域の拡大と河道貯留」を却下した.....	34
3	未確認の流出計算技法で算出されたピーク流量・毎秒2万1100m <sup>3</sup> .....	36
4	日本学術会議の計算手法では、大規模洪水では過大な計算値となる.....	38
5	計算精度が低いことを自認する小池委員長の総括的な答弁.....	38
6	関准教授が指摘した過大な計算値が出るカラクリ.....	39
7	関証言での分かり易い解説.....	41
8	分科会採用の流出計算手法の信頼性は未確認、入力データは洪水を大きめに、という計算手法の「不合理な点」は明らか.....	43
<b>第5</b>	<b>むすび.....</b>	<b>46</b>

## はじめに

行政訴訟の主張・立証責任の配分に関しては、判例、学説にも長い間の論争が存在している。不服を申立てる原告側に主張・立証責任が存在するのか、行政処分等を行った被告行政庁に存在するのかについては、学説上「法律要件分類説」と呼ばれる考え方と、「個別具体説」と呼ばれる考え方に二分されてきた。「法律要件分類説」は、各当事者は自己に有利な法規の要件事実について証明責任を負い、具体的には、権利の主張者が権利根拠事実について、またその相手方が、権利根拠規定に基づく法律効果の発生を妨げる権利障害事実、一度発生した法律効果を後に再び否定する権利消滅事実等について、各々証明責任を負う、とするものである。この考え方は、行政訴訟における立証責任の配分も民事訴訟におけるそれに従う考え方であるとされている。そして、「個別具体説」は、私法法規の構造から証明責任の分配を決しようとする法律要件分類説の考え方は行政訴訟には妥当しないとするものであり、一般的な証明責任の分配原則としては、「当事者の公平・事案の性質・事物に関する立証の難易等」により、具体的な事案ごとに、いずれの当事者に不利益な判断をするかを決しなければならないとするものである。現在まで、この二つの考え方に代表されて、なお意見が戦わされている状況にあるといわれる。

ところで、伊方原子力発電所設置許可処分取消訴訟最高裁判決（平成4年10月29日最高裁第1小法廷判決 民集46巻7号1174頁。以下「伊方最高裁判決」という）は、同取消訴訟において、「被告行政庁がした右判断に不合理な点があることの主張、立証責任は、本来、原告が負うべきものと解される」としながら、「当該原子炉施設の安全審査に関する資料を全て被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮すると、被告行政庁の側において、まず、……被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある、」と判示している。行政庁の処分に対する取消訴訟において、原則的に原告側に取消理由が存在することの立証責任を全面的に負担させるとの

扱いが肯定されるべきかは問題のあるところであるが、伊方最高裁判決は、そうした配分を原則としながらも、実質においては、被告行政庁に、行政側の判断には不合理な点がないことの主張・立証責任を負わせる判示を行っている。

この「補充書その3」においては、行政処分取消訴訟における主張・立証責任の配分法則の一般論は措いて、伊方最高裁判決が示す行政処分取消訴訟における主張・立証責任の配分法則及び行政庁の処分の違法性審査の判断枠組みないし違法審査基準に準じて原判決を点検するものである。点検によって浮かび上がる原判決の違法性審査の判断枠組みの像は、同最高裁判決が示すそれとは対極にあるとって言い過ぎではない。判例違反は鮮明である。

## **第1 伊方原子力発電所設置許可取消訴訟における違法性の主張、立証責任の配分**

### **1 設置許可処分の取消訴訟における違法審査基準ないし要証事項**

伊方最高裁判決の判決要旨第一及び第二は次のとおりである。

〔判決要旨第一〕

「右の原子炉施設の安全性に関する判断の適否が争われる原子炉設置許可処分の取消訴訟における裁判所の審理、判断は、原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の専門的技術的な調査審議及び判断を基にしてされた被告行政庁の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきであって、現在の科学的水準に照らし、右調査審議において用いられた具体的審査基準に不合理な点があり、あるいは当該原子炉施設が右の具体的審査基準に適合するとした原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落があり、被告行政庁の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には、被告行政庁の右判断に不合理な点があるものとして、右判断に基づく原子炉設置許可処分は違法と解すべきである。」

## 2 設置許可処分の取消訴訟における違法性の主張・立証責任の配分

〔判決要旨第二〕

「原子炉設置許可処分についての右取消訴訟においては、右処分が前記のような性質を有することにかんがみると、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることの主張、立証責任は、本来、原告が負うべきものと解されるが、当該原子炉施設の安全審査に関する資料を全て被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮すると、被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある、被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認されるものというべきである。」

## 3 行政庁の要証事項と行政庁の立証責任

伊方最高裁判決は、上記のとおり、行政庁の自己の許可処分の適法性について、相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要があるとしたが、これについて、行政庁の要証事項と立証責任の配分についての判決要旨を整理すると次のようになる。

### (1) 行政庁の要証事項

上記の最高裁判決によれば、行政庁に求められる要証事項は次のようになる。

- ① 現在の科学技術水準に照らし、右調査審議において用いられた具体的審査基準に不合理な点がないこと。
- ② 当該原子炉施設が右の具体的審査基準に適合するとした原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の専門的な調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落がないこと。
- ③ そして、行政庁は、原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の上記①と②の判断に依拠して、行政庁の判断に不合理な点がないものとして原子炉

設置許可処分を行ったこと。

伊方最高裁判決が説示していることは、学識者・専門家が行う調査審議等の審査基準並びに調査審議、判断に不合理があってはならないこと、そして、その司法審査においては行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づいて主張、立証する必要がある、ということであろう。

そして、設置許可処分取消訴訟においては、「被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認される」ということになる。

## (2) 行政庁の立証責任

伊方最高裁判決は、原子力発電所の設置許可処分に対する取消訴訟においては、行政庁には、その判断に不合理な点がないことについての主張、立証責任があると、次のように判示している。

「被告行政庁がした右判断に不合理な点があること的主張、立証責任は、本来、原告が負うべきものと解されるが、当該原子炉施設の安全審査に関する資料を全て被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮すると、被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある、」とされている。

行政庁は、所管にかかる専門分野の情報や資料を独占しているのであるから、この判断は当然であろう。そして、こうした理由での主張・立証責任の転換の理は、原子力発電所の設置許可取消訴訟の分野に限らず、河川行政の分野や専門的な知識や情報が行政に集中し独占されている分野での行政訴訟においても妥当するものである。

#### 4 伊方最高裁判決の射程について

- (1) 上記の「3」の末尾で主張した事柄は、ひとり申立人らの独断に基づくものではない。伊方最高裁判決の「判例解説」に基づく主張である。同判例解説は、同解説の末尾において、同判決の射程を次のように解説されている。

「本判決は、前記のとおり、①原子炉設置許可処分の取消訴訟における審理、判断の方法、②右取消訴訟における主張立証責任、③原子炉設置許可の段階における安全審査の対象等について、最高裁として、初めての判断を示したものである。右の各点に関する本判決の判断は、これまで下級審判例が積み重ねてきた判断と概ね合致するものであり、本判決により、原子炉設置許可処分の取消訴訟における審理判断の基本的な枠組みが確立したものと評価することができよう。本判決の判断は、原子炉設置許可処分の適否が争われる同種訴訟はもとより、行政庁がした高度の科学技術的判断等の、専門技術的裁量に基づく行政処分の適否が争われる行政訴訟（科学裁判）における司法審査の在り方、主張立証責任等についての理論、実務に対しても、大きな影響を与えるものと思われる。」（最高裁判例解説（平成4年度）433頁）としている。

- (2) 一方、本件事案は、国（国土交通大臣）からの東京都への大臣納付通知に基づく負担金の賦課処分に対して、これを住民訴訟において支出差止めを求める請求であり、大臣の行政処分に対する取消訴訟ではないことなど事案の法的な性質は異なるものであるが、前記「判例解説」が説くように、「行政庁がした高度の科学技術的判断等の、専門技術的裁量に基づく行政処分の適否が争われる行政訴訟（科学裁判）における司法審査の在り方、主張立証責任等についての理論、実務」という点においては、大きく重なるものがある。
- (3) そして、この伊方最高裁判決の主張・立証責任が妥当する範囲はさらに拡大されるべきだとの考えも有力である。即ち、この伊方最高裁判決の射程に関する判旨を「主張・立証責任を負わない当事者も、一定の場合には、事件の事実



関係につき、事案解明のための主張・立証行為をなす義務（事案解明義務）を負うとの法理を認めたもの」であると解し、同最高裁判決の射程を行政訴訟に限らず、相手方が「事案解明義務」を負う場合には通常の民事訴訟にも拡大すべきであるとの説を唱える立場である。

例えば、竹下守夫一橋大学教授は、「伊方原発訴訟最高裁判決と事案解明義務」（「民事裁判の充実と促進」中巻 木川統一郎博士古稀祝賀）において、伊方最高裁判決の射程について、次のように説かれている（甲A23号証 竹下守夫教授の「伊方原発訴訟最高裁判決と事案解明義務」）。

「最後に、以上のように理解した本判決の認める法理の射程範囲につき一言する。本件は内容的には原発訴訟という特色を持ち、また訴訟の種類としては、行政訴訟中の取消訴訟である。この二つの要素が、最高裁をして、被告行政庁側に事案解明義務を認めさせる決定的要因になったと見れば、本判決の射程範囲は、極めて限られたものとなる。しかし、主張・立証責任を負わない当事者に事案解明義務を負わせることが正当と認められる根拠が、前述のように、高度技術社会に内在する危険が原因となって生ずる訴訟において、事案解明資料・事案解明能力の構造的偏在を是正し、当事者間の公平、相手方と対等・平等な手続上の地位に立って裁判を受ける権利、を保障する必要にあり、また、具体的には、前述の①ないし③の要件の下で、この義務を認めることができるのであれば、この射程範囲を、原発訴訟に限る理由はなく、また行政訴訟に限定する必要もない。」とされ、例えば、「ダム建設等各種開発事業に関する環境訴訟」にも事案解明義務の法理が適用されてしかるべきである、との所見を述べられている（前記古稀論文23頁所収）。

(4) そして、竹下教授が、民事訴訟にも適用されてしかるべきと提言される「①ないし③の要件」とされた要件は、①主張・立証責任を負う当事者側については、これらの当事者が、事件の事実経過から物理的に隔離され、事案解明のための資料を入手しえず、かつ、事件の専門技術的性質から、自己の請求（ある

いは抗弁)を理由付ける具体的主張を主張・立証しえない事情があること、②その相手方については、事件の事案を解明するために十分な資料を有し、また、争われているのが、他人に重大な危険をもたらす可能性のある自己の行為の適否である場合、③主張・立証責任を負う当事者側の主張が一応納得しうるものであることを示す手掛かりの提供がなされている場合、などの3要件である(同21頁)。

こうした諸条件を充たす場合には、伊方最高裁判決は、民事損害賠償請求事案をも射程に入れてよいとの見解を表明されている。こうした理論からすれば、本件事案においては、行政庁側に「著しく利益を受ける」との事実や、その前提に置かれている利根川水系の基本高水が合理的に策定されているとの事実の主張・立証責任が負わされて当然ということになろう。申立人らは、以下においては、この伊方最高裁判決の判断枠組みと司法審査ルールに基づいて、原判決の手法を再点検することとする。

## **第2 伊方最高裁判決に反する原判決の「著しく利益を受ける」の認定手法**

伊方最高裁判決が示した、違法性の審査に関する主張、立証責任の配分を先例モデルとして、原判決の違法性の判断枠組みと、「著しく利益を受ける」の認定手順のあり方について点検することとする。

### **1 原判決の基礎的な判断枠組みの設定**

原判決は、「職員等の財務会計上の行為が、これに先行する原因行為に基づく場合において、当該原因行為が行政組織上独立の権限を有する他の機関の権限に基づいてされた行為であるときは、職員等は、上記のような独立の権限を有する他の機関の固有の権限内容にまで介入し得るものではないことからすれば、法が特に職員等に対しその原因行為の適法性を審査した上で、適法な場合に限り、その内容に応じた財務会計上の行為をすべき義務を課しているときを除き、当該原

因行為について重大かつ明白な違法ないし瑕疵があるなど、当該原因行為が著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正の見地から看過し得ない瑕疵があるときでない限り、これを尊重してその内容に応じた財務会計上の行為をすることが違法と認めることはできないと解するのが相当である」とした(判決39～40頁)。

## 2 原判決の違法審査の手順

- (1) 原判決は、「2 河川法に基づく受益者負担金について」(39頁以下)の「イ」の項において、前記「1」で記述した「基礎的な判断枠組み」と、これを補充する判示(39～42頁)を行った後に、「ウ」の項の冒頭で「以上に判示したところに基づき、国土交通大臣のした受益者納付通知に重大かつ明白な違法ないし瑕疵があるなど、著しく合理性を欠きそのため予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵が存在するか否かについて判断する。」(42頁)とする。そして、原判決は、同項(「ウ」の項)において、カスリーン台風後の利根川治水計画の推移を次のように概観する(42～51頁)。
- (2) 原判決は、昭和55年12月、従前の治水計画を改定し、昭和22年9月洪水を主要な対象洪水として基本高水のピーク流量を毎秒2万2000 $\text{m}^3$ とし、上流ダム群により毎秒6000 $\text{m}^3$ を調節するという「利根川水系工事実施基本計画」が策定されたこと(42～43頁)、平成18年2月の「利根川水系河川整備基本方針」においては、上流ダム群での調節流量が毎秒500 $\text{m}^3$ 減じられ、八斗島地点下流部での計画高水流量が同500 $\text{m}^3$ 増加する旨の変更がなされたこと(43頁)、河川局長は平成23年1月、第三者的で独立性の高い学術的な機関である日本学術会議に対し、「利根川水系における河川流出モデル・基本高水の設定手法の検証に関する学術的な観点からの評価」を依頼し、新モデルによって計算された八斗島地点における昭和22年の既往最大洪水の流量の推定値は毎秒2万1100 $\text{m}^3$ 程度との判断が示されていること(45

～46頁)、八ツ場ダムの洪水調節流量は同地点の計画高水流量毎秒3900 m<sup>3</sup>のうち同2400 m<sup>3</sup>とされていること(46頁)、昭和22年9月のカスリーン台風洪水では東京都ほか利根川下流部に多大な被害が発生したこと(46～47頁)、国土交通大臣は、関東地方整備局事業評価監視委員会での審議を経た上で、平成16年9月、八ツ場ダムの建設事業について総事業費を4600億円と変更する告示を行ったこと(48頁)、そして、関東地方整備局が取りまとめた「八ツ場ダム建設事業の検証に係る検討報告書」も作成(平成23年11月)されており、同報告書では、利根川～江戸川の右岸で堤防が決壊すれば、利根川の洪水は旧流路沿いに東京都内にまで氾濫が広がるとされており、八ツ場ダムを含む案においては首都圏の中核部の安全度の向上に適切であるとされていること(49～50頁)、そして、有識者からなる関東地方整備局事業評価監視委員会は、この報告書を検討した結果として、「妥当な結論」との意見を示していることが認められる(51頁)、などの各種の行政手続が履行されてきている等の事実を各認定する(以上、原判決42～51頁)。

### 3 原判決の「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」方式の採用と「著しく利益を受ける」の認定手順

- (1) そして、原判決は、「ウの項」において述べた事項のうちから、①洪水により利根川～江戸川の右岸で破堤した場合、東京都区部にも多大の被害をもたらす可能性があること、②八ツ場ダムが利根川上流域での洪水調節によってこのような災害の防止に有効であれば東京都には「著しく利益を受ける」ものとなること、③利根川水系工事实施基本計画(昭和55年)や利根川水系河川整備基本方針(平成18年2月)などで基本高水が策定され、八ツ場ダムなどの上流域でのダムによる洪水調節が計画されていること、④大臣納付通知はこうした基本方針等を前提として八ツ場ダムによる洪水調節量が有効であるとの判断に基づいてなされていること、⑤河川局長は平成23年1月、前記のとおり

日本学術会議に対し、「利根川水系における河川流出モデル・基本高水の設定手法の検証に関する学術的な観点からの評価」を依頼して、基本高水の検証作業を行っていること、⑥前記のとおり、関東地方整備局は、「八ツ場ダム建設事業の検証に係る検討報告書」を取りまとめ、有識者からなる関東地方整備局事業評価監視委員会からは、この報告書を検討した結果として、「妥当な結論」との意見を示していることが認められる、などの事実を再び取り上げて（52頁）、次のように判示する。

(2) 即ち、原判決は、「以上の事実に加えて、前記ウ判示のその余の事実をも総合すると、八ツ場ダムにより東京都が同項所定の「著しく利益を受ける」ものではないとは認められず、また、仮に「著しく利益を受ける」ものではないと認められる余地があるとしても、これが明白であるとは認められないのであって、国土交通大臣のした上記受益者負担金の納付通知について、重大かつ行為の外形上一見看取できるような明白な違法ないし瑕疵があるものとは認められず、上記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えない瑕疵があるものとも認められないというべきである。」（52～53頁）とした。

(3) この判示からしても、「八ツ場ダムにより東京都が同項所定の「著しく利益を受ける」ものではないとは認められず」というのであり、原告・控訴人らの主張を排斥する判示ではあるが、積極的に「東京都は著しく利益を受ける」という認定でもなく、そして、具体的な事実を挙げての「著しく利益を受ける」との認定でもない。この姿勢は、「著しく利益を受ける」関係にはないとの原告・控訴人側の主張に対する排斥にとどまるものである。

こうした原判決の認定手法が伊方最高裁判決とは全く反するものであることは明らかであろうが、次にこのことについて述べる。

#### 4 伊方最高裁判決とは反する原判決の主張、立証責任の配分

原判決の上記の判示からすれば、違法性の主張、立証責任について、原判決は、①「著しく利益を受ける」ものではないとの事実も、②納付通知について重大かつ行為の外形上一見看取できるような明白な違法ないし瑕疵がある、との事実についても、原告側に主張、立証責任が存在しているものと扱い、結論として、原告・控訴人側の主張を排斥するという手法である。原判決は、伊方最高裁判決が行ったような、違法性の主張、立証責任に関する配分についての判示はないが、原判決の主張、立証責任の配分は明らかに同最高裁判決のそれとは真っ向から異なるものである。同最高裁判決では、「被告行政庁がした右判断に不合理な点があることの主張、立証責任は、本来、原告が負うべきものと解されるが、当該原子炉施設の安全審査に関する資料を全て被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮すると、被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある、」と判示しているのに、原判決は、「著しく利益を受ける」という事実のないことの立証だけでなく、「②納付通知について、重大かつ行為の外形上一見看取できるような明白な違法ないし瑕疵がある」との事実についてさえも、原告・住民側に立証を求めているのである。

#### 5 事実に基づかない原判決の「著しく利益を受ける」の認定

(1) 原判決は、先にみたとおり、「仮に『著しく利益を受ける』ものではないと認められる余地があるとしても、これが明白であるとは認められないのであって、国土交通大臣のした上記受益者負担金の納付通知について、重大かつ行為の外形上一見看取できるような明白な違法ないし瑕疵があるものとは認められず、」としている。このことからしても、原裁判所の目から見ても、八ツ場ダムによって東京都が「著しく利益を受ける」との事実を積極的に認定するこ

とができなかったことを示している。行政庁が「著しく利益を受ける」ことの挙証責任を負っていたとするならば、原判決のような判示では「著しく利益を受ける」との事実の不存在が推認されることになるはずである。

(2) ところで、原判決が挙げている事実の中から、「著しく利益を受ける」との事実を見出すことができるのかを点検してみよう。これを肯定することはおそらく困難であろう。

「第2の3」の項で、利根川の治水計画に関して採られた行政手続に関する原判決の各判示の要旨を挙げて点検したが、八ツ場ダムによる東京都の利益については積極的に触れたものはない。原判決は、「八ツ場ダムが利根川上流域における洪水調節によってこのような災害を防止することに有効であれば、東京都は、他の都府県が一般的に受ける利益を超える利益、すなわち、同項所定の『著しく利益を受ける』ものと認められる」（51頁）とするにとどまっているのである。このように判示をするのが、原判決としても精一杯なのである。この判示でも、「八ツ場ダムが利根川上流域での洪水調節によってこのような災害の防止に有効であれば」という条件付きの判示となっているが、この条件が充たされているという判示はなく、もとより、八ツ場ダムによる下流域の利根川～江戸川右岸で、どの程度の水位低減効果を生ずるのかとの判示もなく、また、現在八斗島下流部（特に右岸）で進行している破堤防止のための、スーパー堤防のごとき、通常の堤防の堤防敷の敷幅の3倍以上の敷幅を有する強化堤防工事が別途行われている事実などについても一切言及はない。水位低減にかかわらない堤防強化対策も別途採られているのであり、もともと八ツ場ダムに期待されている効果は限られたものでしかないのであり、ダムができれば洪水は防げるという単純な話はないのである。いずれにしても、原判決は、「八ツ場ダムにより東京都が同項所定の『著しく利益を受ける』ものではないとは認められず」という極めて消極的な判示にとどまり、結局、「著しく利益を受ける」との積極事実を何一つ認定することができなかったのである。

本件において、伊方最高裁判決のような挙証責任の配分をもってすれば、明らかに「著しく利益を受ける」との事実の認定は排除されることは明らかであるし、原判決の説示からしても、この事実の認定は到底困難な状況にあるのである。

## 6 原告側に「著しい利益」の不存在の挙証責任を負わせるのは河川法63条の解釈を誤り、かつ伊方最高裁判決にも違反する

これまで「第2」において述べてきたところを整理しておこう。

- (1) 原判決は、利根川水系の基本高水・毎秒2万2000 m<sup>3</sup>の策定経緯と策定理由については、行政手続を履践していること、日本学術会議の検証を経ていること、さらに有識者からの意見を聴取していることなどの認定は行っているが、その内容についての、相当性とか正当性とかの検討や評価は行わず、また、八ツ場ダムによって東京都が「著しく利益を受ける」のか否かについての具体的な事項の判断は示していない。原判決は、八ツ場ダムによって、利根川～江戸川の右岸の安全度が増すとか、破堤が防止できるとか、さらには江戸川の洪水時の水位の低減を図れるとかの認定もしていない。そして、総合評価として、「八ツ場ダムにより東京都が同項所定の『著しく利益を受ける』ものではないとは認められず」という極めて消極的な評価にとどまり、さらに、「仮に『著しく利益を受ける』ものではないと認められる余地があるとしても、これが明白であるとは認められないのであって」としているのである。
- (2) こうした原判決の判定は、「著しく利益を受ける」との事実の主張・立証責任は行政庁の側にはないと扱い、その一方、「著しく利益を受けることがないこと」の主張・立証責任を原告側に転じているばかりか、その明白性まで立証を求めているのである。このような主張・立証責任の配分は、伊方最高裁判決の主張・立証責任の配分に明らかに反している。河川法63条1項は、「著しく利益を受ける」ことを条件として、下流都県に受益者負担金を分担させるの



であるから、行政庁側からの要件充足の説明は当然の義務であり、原判決の判示はこの条項の法解釈を誤っているうえに、伊方最高裁判決の主張・立証責任の配分法則にも反しているのである。そして、「著しく利益を受ける」という事実が行政庁側からは立証されず、それが曖昧なまま下流都県に受益者負担金を負担させるということは、伊方最高裁判決が判示するところの、「被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要があり、」とする判示にも反するものである。

- (3) この問題は、請求原因事実に係わる問題であるから、河川法63条1項の法意を再確認したうえ、原判決の誤りをもう一度指摘しておこう。

河川法63条1項は、国土交通大臣の行う河川管理行為の効果として「著しく利益を受ける」都道府県に対し、その受益の限度における費用負担義務を課す規定であるが、ここにいう「著しく利益を受ける」の意味は、「通常の程度を超える顕著な利益を受ける」ことにほかならない。従ってその「利益」とは、費用を負担すべき都府県にこれが発生することを主張する側において、容易にその存在を立証しうる程度に顕著な事実であろうことが、文理上も想定されている。このことは、費用負担を請求された都府県が国土交通省に対しその根拠の説明を求める場面においても、また、住民訴訟の法廷において、裁判所が河川法63条1項の要件の存否を客観的に審理する場面においても共通に言えることである。

そうだとすれば、東京都の受益事実の存在が積極的に立証されないために、「東京都が八ッ場ダムによって利益を受けるか否かは不明である」という認定に至った場合には、河川法63条1項の要件は**充足されない**という結論を得ることになる。これに対し、原判決のように「東京都が『著しく利益を受ける』ものでないことが明白である」との判断基準を用いると、「東京都が利益を受けるか否かは不明である」という同一の認定状況から、河川法63条1項の要件は**充足される**という、全く正反対の結論が導かれてしまうことになる。

すなわち、原判決の用いた判断基準は、河川法63条1項の規定の趣旨を逆転させるほどの解釈の誤りをも意味するものなのである。

(4) 以上のように、原判決は、河川法63条1項の「著しく利益を受ける」との条件の下で成立する受益者負担金の分担について、同条項の法解釈を誤るとともに、伊方最高裁判決が示す違法性審査の判断枠組みに著しく反する判断枠組みを採用したことから、この受益者負担金賦課の違法を看過し、原告・控訴人・申立人らの請求を排したのであり、この判断は到底維持されてはならないものである。

### 第3 利根川水系の基本高水・毎秒2万2000m<sup>3</sup>計画の「不合理な点」

伊方最高裁判決の違法審査の判断枠組み及びその違法審査手続とその手法に準じて、本件事案における国土交通省の利根川水系の基本高水毎秒2万2000m<sup>3</sup>計画の違法審査を行うならば、以下のとおり、同計画には、同最高裁判決がいう「不合理な点」が多々存在するところであり、十分に違法性の推認ができる。

#### はじめに

昭和24年の「利根川改修改訂計画」策定時には、カスリーン台風時のピーク流量は、利根川本川と支川・烏川、同神流川の3川の八斗島地点での合流量を推計して、毎秒1万7000m<sup>3</sup>とされ、それが基本高水と策定された。その際には、上流域での氾濫は全く問題とされなかった。

建設省は、昭和55年12月の「利根川水系工事实施基本計画」の改訂に当たっては、昭和24年の改修改訂計画の基本高水・毎秒1万7000m<sup>3</sup>を毎秒5000m<sup>3</sup>引き上げて毎秒2万2000m<sup>3</sup>としたが、その改訂理由はカスリーン台風洪水の氾濫戻しを行った結果であると説明した。

本件訴訟においては、国土交通省は、平成18年9月の「回答」（甲第20号証）では、上の説明を維持した。しかし、その後2年もすると、それを事実上撤

回し、基本高水・毎秒2万2000m<sup>3</sup>は同台風後の流域の変化を検討して、流域の将来を見通した計画値として策定した、と改めた（甲B第90号証）。しかし、平成23年1月からの日本学術会議での基本高水の検証が始まると、再び、八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>はカスリーン台風洪水の氾濫戻しによるものだとの姿勢に戻り、その氾濫状況について、「洪水、山に上る」ともいうべき報告書を分科会へ提出した。このように、国土交通省は、八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>計画については、カスリーン台風の氾濫戻しといたり、また、カスリーン台風の実績流量とは関係なく流域の発展を見込んでの将来の計画値であると言ったり、さらにその後再び「カスリーン台風洪水の氾濫戻し」に戻るなど利根川の基本高水の策定理由について、説明が定まらないだけでなく、相容れない矛盾する説明を繰り返したのである。

以下に、建設省・国土交通省の現在の基本高水の策定経緯とその策定理由の混乱ぶりを示すこととする。

## 1 昭和24年策定の「利根川改修改訂計画」—氾濫なしで毎秒1万7000m<sup>3</sup>

昭和24年の「利根川改修改訂計画」策定時には、利根川上流域での氾濫は全く問題になっていなかった。治水調査会の小委員会の審議でも、上流部での氾濫は問題とならず、利根川本川と烏川とが合流する八斗島地点での合流量の推計について、河道貯留を考慮すべきか否かが議論の中心となっていた。そして、カスリーン台風洪水のピーク流量は、利根川本川、烏川、神流川の八斗島地点での推計合流量から毎秒1万7000m<sup>3</sup>とされ、それが基本高水として採用されたが、当時の第一線の研究者・学識者である安芸皎一東大教授や富永正義元建設技官からは、この推計は過大ではないかとの議論さえ残している（甲18号証 群馬県「カスリン台風の研究」中の安芸論文「利根川昭和22年9月洪水水害実態調査報告」288頁。甲B21号証「河川」所収 富永論文「利根川における重要課

題（下）」）。

## 2 昭和55年の「利根川水系工事实施基本計画」—突然の「氾濫戻し」で 毎秒2万2000m<sup>3</sup>

- (1) その後、昭和44年頃から、カスリーン台風時には上流で相当の氾濫があったという見解が出されたり（「利根川百年史」甲B第168号証1128頁）、昭和45年には、「利根川上流域における昭和22年9月洪水（カスリーン台風）の実態と解析」（利根川ダム統合管理事務所、昭和45年4月）が刊行され、カスリーン洪水の計算上のピーク流量は毎秒2万7000m<sup>3</sup>に及ぶとの見解が公表された（甲B第161号証の1 大熊意見書4頁）。
- (2) こうした流れの中で、建設省は、昭和55年12月の河川審議会で、「改修改訂計画の基本高水流量は、昭和22年9月洪水を対象に決定されたものであり、当時は上流域で相当氾濫していたが、その後の支川の改修状況等を考慮して昭和22年9月洪水を再現すると約22,000 m<sup>3</sup>/Sになる旨の回答」を行い（甲B第168号証「利根川百年史」1165頁）、それまでに議論の対象となっていなかったカスリーン台風洪水の氾濫戻しを理由に基本高水は一挙に毎秒2万2000m<sup>3</sup>と変更されたのである。
- (3) 上の建設省の説明は、カスリーン台風洪水の氾濫戻しを行った結果であるとしているのであるから、カスリーン台風が再来したときは、ダムなしの条件では、八斗島地点には毎秒2万2000m<sup>3</sup>の洪水が襲う、即ち危険は現在化しているとの立場に立っていることになる。しかし、国土交通省（建設省時代を含む）の基幹的資料である利根川水系工事实施基本計画とか利根川水系河川整備基本方針といったような刊行物には、上記のカスリーン台風再来時の危険性については解説されたことはなかった。

### 3 本訴訟では国土交通省の「基本高水」の説明は二転三転

- (1) 国土交通省は、本訴訟において、平成18年9月の関東地方整備局の「回答」(甲第20号証)では、利根川の基本高水を毎秒2万2000 $\text{m}^3$ と改訂した理由については、「昭和22年のカスリーン台風以降、利根川上流域の各支川は災害復旧工事や改修工事により河川の洪水流下能力が増大し、従来上流で氾濫していた洪水が河道により多く流入しやすくなり、下流での氾濫の危険性が高まったこと、また、都市化による流域の開発が上流の中小都市にまでおよび、洪水流出量を増大させることとなった」と解説されていた。この解説では、基本高水のピーク流量は、カスリーン台風洪水を対象洪水として設定されており、「毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」という値は同台風洪水時の氾濫戻しを行った結果であるとする昭和55年12月の河川審議会における建設省の解説と基本的に同旨となっている。
- (2) しかし、カスリーン台風が再来しても、現況河川管理施設(上流部での既設6ダムの調節容量は毎秒1000 $\text{m}^3$ )の下では、上流部での氾濫を前提としながらも、八斗島地点には毎秒1万6750 $\text{m}^3$ の洪水しか来襲しない事実が明らかになり(甲B第39号証)、さらに控訴人側の調査等で上流部での河道改修は、カスリーン台風以後ほとんど行われていない事実(甲B54号証, 同第92号証, 同第127号証)が徐々に明らかになり出すと、国土交通省は、平成20年10月の「回答」(甲B第90号証)では、一転して、「現況(昭和55年時点)の河道等の状況で、計画降雨を与えた場合に八斗島地点でのピーク流量が毎秒2万2000 $\text{m}^3$ になると説明をしているものではなく、カスリーン台風以降、昭和55年までの状況変化を踏まえたうえで、昭和55年時点での河川整備に対する社会要請や今後想定される将来的な河川整備の状況等も含めた検討を行い、将来的な計画値として基本高水のピーク流量を毎秒2万2000 $\text{m}^3$ と定めた。」と改めた。つまり、カスリーン台風の再来を条件とした計画降雨(3日雨量319mm)で八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ の洪水来襲の

危険が現在化しているわけではないことを認め、毎秒2万2000 $\text{m}^3$ はカスリーン台風の氾濫戻しの結果ではなく、「将来的な計画値」であると説明を改めたのである。この説明では、カスリーン台風洪水は計画対象洪水ですらなくなっているのである。そして、このことは、「大氾濫」という説明はねつ造であったことを認めたことになる。

#### 4 基本高水・毎秒2万2000 $\text{m}^3$ は「計算上の仮設計」であった

- (1) 原告側の情報公開請求で入手した「対象洪水・昭和22年9月洪水のハイログラフ」（甲B39号証）によると、「S22年の実績降雨を与え、現況の洪水調節施設で流出計算を行った場合、上流部で氾濫したうえで八斗島のピーク流量は、16,750 $\text{m}^3/\text{S}$ となる。」とされている。現況の河川管理施設の下では、カスリーン台風が再来しても、八斗島地点にはこの程度の洪水にとどまるのである。
- (2) そして、同台風時の上流域の氾濫は、もともと、どの程度であったかという点、関東地方整備局の河崎和明元河川部長は、国土交通省はかつて一度も氾濫調査をしたことがなく、また、大きな氾濫を確認したりしていないという趣旨の証言をしている。即ち、河崎元部長は、氾濫の状態については、「あふれているという状況であることについては皆無ではないと。ですから、あふれている部分があるというように理解します。」（同証人尋問調書22頁）と、極めて消極的な証言をし、国土交通省の氾濫調査報告については、「そうした資料については見たことがない」旨証言している（同28頁）。このように利根川を現場で管理する河川部長もカスリーン台風洪水のピーク流量を毎秒5000 $\text{m}^3$ も低くするような氾濫があったとは考えていないのである。これが、建設省・国土交通省の本来の認識であったはずなのである。
- (3) そこで、平成20年10月の「回答」（甲B第90号証）では、「将来的な計画値として基本高水のピーク流量を毎秒2万2000 $\text{m}^3$ と定めた。」と説明

されている昭和55年の「利根川水系工事实施基本計画」とはどのようなものであるかであるが、さいたま地裁への平成20年1月の関東地方整備局の「回答」（甲B第57号証の4）によれば、この「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」を流下させるためには、八斗島上流の利根川本川や烏川における堤防高を数地区において1～5mも嵩上げすることが前提となっていた。この計画は、どこまで実行されているのか、実現の目途があるのか、いつ完成するのか。原告・控訴人らの現場調査では、この計画に基づいて堤防の改修が行われた形跡は全く見当たらなかった。

- (4) こうした経緯の中で、関東地方整備局は、取材に当たった東京新聞社の記者に対してこの計画は「計算上の仮設計」であると説明をした（甲B第115号証「東京新聞」）。実現の目途などはないのである。このことに関して、分科会の田中丸委員は、公開説明会において、「上の計画堤防高に関しては、このような築堤計画があると考えるよりは、基本高水流量を流すことができる断面を想定したものと解釈できます。」（甲B163号証 議事録17頁）と述べている。つまり、平成20年1月の関東地方整備局の「回答」に表示されていた「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」計画は、現実の堤防改修計画などではなく、「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」を算出するためだけの「計算上の仮設計」であったのである。

そして、もとより群馬県には、「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」計画に対応する堤防改修計画などは存在していない（甲B118号証「公文書不存在決定通知」）。

## 5 国土交通大臣の謝罪—「2万2000トンありきの検討」

- (1) こうした状況の中で政権交代が行われて、馬淵澄夫国土交通大臣は、平成22年10月22日の記者会見において、平成17年度の利根川の基本高水のピーク流量の検証は、「具体的にどのようにして流出計算が行われたかという資

料が現時点では確認できなかった。」（甲B133号証の2）とし、同年11月5日の会見では「平成18年2月策定の利根川水系河川整備基本方針の基本高水のピーク流量の算出については検証されず、『22,000トンありき』の検討であった。所管大臣としてお詫びする。」（甲B133号証の4）旨述べ、同大臣は、こうした経緯について反省を示した。

(2) ついで、同国土交通大臣の指示により、同省は利根川水系の基本高水の見直し作業を行うことになり、日本学術会議は、同省のこの検証作業を評価することとなった（甲B第165号証「河川流出モデル・基本高水の検証に関する学術的な評価について（依頼）」）。日本学術会議の作業の中心は、カスリーン台風洪水を計画対象洪水として同洪水の再現計算を行う中で、基本高水毎秒2万2000m<sup>3</sup>の相当性や合理性を検証するというものであった。そこで同洪水の再現計算を求められるのは当然のことであった。

## 6 恥の上塗りの「洪水、山に上る」の氾濫状況報告書

(1) 日本学術会議の検証作業がこのようなものであったから、国土交通省は、再びカスリーン台風洪水時の計算流量と実績流量との乖離を埋めるべく、氾濫計算報告書（甲B第158号証）を作成するに至るのである。

しかしながら、同報告書によれば、「利根川上流の氾濫について記載された資料はほとんどなく、唯一「昭和二十二年九月大水害の実相（群馬県 昭和22年）の群馬県水害被害図（別添資料1）を入手した。」（11頁）という状況であった。

この氾濫図は、昭和22年当時に作成されたものではあるが、利根川上流域の氾濫状況がB5版程度の用紙にフリーハンドで作成されていた「氾濫図」なのである。国土交通省は、これを原図として現今の地形図に転写して氾濫状況を推測しようとしたのである。しかし、そのような作業が上手くゆくはずはない。また、もとより氾濫状況について現場での確認を行うというような作業は



全く行われなかった。このため、特に利根川本川と肩を並べる有力支川の烏川では、和田橋下流の河原で標高86mであるのに、そこよりも10m以上も高い高崎市役所が建つ台地（同97m）に洪水が上ったとか、さらには、その下流部では、一本松橋の下流の河原で標高が74mであるのに、15m以上も高い上信電鉄の軌道（標高89m）から、さらにより以上高い西側丘陵斜面にまで洪水が上ったとして、分科会へ報告した（本稿での地図の標高の判読は、「Google Maps 標高 (SRTM) V3 API 版」（[http://wisteriahill.sakura.ne.jp/GMAP/GMAP\\_ALTITUDE\\_II/](http://wisteriahill.sakura.ne.jp/GMAP/GMAP_ALTITUDE_II/)）によった）。

(2) 国土交通省が、かつて一度も氾濫調査をしたことがなく、また、カスリーン台風時には大きな氾濫を確認したりしていないことについては、関東地方整備局の河崎和明元河川部長が法廷で認めていた。これは、先にみたとおりである（同証人尋問調書22頁、28頁）。このように利根川を現場で管理する河川部長もカスリーン台風洪水のピーク流量を毎秒5000m<sup>3</sup>も低くするような氾濫があったとは考えていないのである。これが、建設省・国土交通省の本来の認識であったはずである。

(3) 日本学術会議の検証作業については別項（「第4」）で取り上げているが、国土交通省が提出した「氾濫計算報告書」に対しては、日本学術会議は、平成23年9月1日付の「回答」（甲B第147号証の「回答」）ではこれに応答せず、その後の9月28日の「公開説明会」において、「確かなデータがない中では氾濫の議論は無理」と評価して（甲B第163号証23頁）、結局これに取り合わなかった。この程度の報告書であったのである。

## 7 「上流域での氾濫は1000万m<sup>3</sup>程度」－大熊意見書

(1) 控訴人らは、利根川研究の第一人者である大熊孝新潟大学名誉教授に依頼し、国土交通省の「氾濫計算報告書」と、分科会の「回答」（甲B第147号証）に示されている推計流量についての問題点と誤りを指摘した意見書（甲B第1

61号証の1)を得たが、国土交通省の「氾濫計算報告書」に対しては、上述の「洪水、山に上る」という状況を指摘し、「八斗島上流における氾濫量は大目にみてもせいぜい1000万 $\text{m}^3$ を超えない」(同5頁)と大氾濫はないことを事実を以て指摘された。そして、分科会の推計流量に対しては、「カスリーン台風時の八斗島地点の最大実績流量は、15000 $\text{m}^3$ /秒の方が信頼性が高い。17000 $\text{m}^3$ /秒は、昭和24年利根川改修改訂計画で採用された、基本高水に相当する安全側の数値である。」としたうえ、結論として、「分科会が推算したカスリーン台風時における八斗島地点最大流量21000 $\text{m}^3$ /秒は、氾濫がないとして計算されたものであるが、昭和22年当時、これを17000 $\text{m}^3$ /秒に低下させるほどの上流での氾濫はなく、実績推定流量の17000 $\text{m}^3$ /秒との乖離を説明しうるものではなく、21000 $\text{m}^3$ /秒は過大に推算されていると言える。」(同意見書6頁)とされた。

(2) 大熊教授は、上記の意見書が作成される前の時点で、分科会に参考人として招請され、カスリーン台風時の出水状況について意見を述べたが、分科会が国土交通省の氾濫説を取り合わない判断を採るに至ったのは、大熊意見が大きく影響していることが窺える(甲B第163号証23頁小池俊雄委員長の解説)。当然の結論ではあったが、国土交通省の作業は、余りにも杜撰で、科学・学問の領域の外にあるものであったのである。

(3) そこで結局、国土交通省は、昭和55年の基本高水のピーク流量毎秒5000 $\text{m}^3$ の増量改定はカスリーン台風の氾濫戻しによる上乘せを理由としたのに、その前提事実たる上流部での氾濫を論証することができず、同台風洪水の再現計算流量と推計実績流量・毎秒1万7000 $\text{m}^3$ との乖離を埋めることができなかったのである。このことは即ち、カスリーン台風が毎秒2万2000 $\text{m}^3$ の洪水となって八斗島地点を襲うとの再現計算が誤りであることを示している。このように、国土交通省は「八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」という治水計画の根幹たる基本高水さえも合理的な説明が果たせなかったのである。

## 8 国土交通省内には基本高水の算定記録もなく、外部への回答は不統一

- (1) 上記のとおり、国土交通省が、「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」計画の説明ができず、相矛盾する説明までするなど終始混乱を続けていることは以上のとおりであるが、庁内の内部事情について、分科会は次のように解説、報告している。即ち、分科会は、「分科会で審議を開始したものの、利根川水系の現行の基本高水の算定に関して、国土交通省にはその背景・経緯の記録が残っておらず、また同省より十分な説明を得ることができず、科学的な追検証が担保されていないことが判明した。さらに、利根川水系の現行の基本高水の算定に用いられた洪水時のハイドログラフの一部が変更となったが、その理由については不明であった。」と報告している（甲B第147号証「回答」1頁）。
- (2) こうした庁内の杜撰な管理状態との関係は定かではないが、基本高水の流出モデルのパラメーターについても、裁判所へ提出されたものと、分科会へ提出されたものが全く異なっていたとの事実も存在する。

さいたま地裁の調査嘱託に対する平成20年1月付けの関東地方整備局の回答（甲B第57号証の4）によれば、昭和55年の工事実施基本計画における八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>の流出計算に用いられている流出モデルは、一次流出率を0.5とし、飽和雨量を48mmとして、これらの値は全流域一律であるとしていた。しかし、平成23年1月の学術会議に対する説明では、八斗島上流域を「第四紀火山岩帯」と「非第四紀火山岩帯」に区分し、前者では最終流出率を0.5とし飽和雨量は設定しない（甲B第150号証 25、33頁）、後者では一次流出率を0.5とし、飽和雨量を48mmとして計算を行ったとした（同33頁）。

- (3) このように平成23年1月の、国土交通省の日本学術会議への説明資料によって、国土交通省関東地方整備局の「回答」（甲B57号証の4）は、毎秒2万2000m<sup>3</sup>の計算根拠と異なるものであることが明らかになった。関良基拓

殖大学准教授は、関東地方整備局の「回答」が示した係数で貯留関数法モデルをつくり、国土交通省の雨量データを用いてカスリーン台風洪水の再現計算を行ったところ、ピーク流量は毎秒2万2000m<sup>3</sup>を大きく上回り、2万6500m<sup>3</sup>にも及んだ（甲B131号証 第二意見書）。

こうした事実からすると、国土交通省は、原告側による基本高水の検証作業を阻むべく、計算根拠となるデータを隠し続けようとした意図が推認される。このことは、これまでに詳述してきたように、基本高水・毎秒2万2000m<sup>3</sup>の科学的根拠が希薄であることを同省側で認識していたことを窺わせるものである。

## 9 上流の大氾濫はねつ造だから基本高水の説明は二転三転、氾濫戻しの説明ができない計画の「不合理な点」は明らか

これまで「第3」において述べてきたところを整理しておこう。

- (1) 昭和22年のカスリーン台風で、利根川中流部の埼玉県東村の右岸が破堤したが、破堤の直接の原因は、破堤地点直下流部の鉄道橋と道路橋での流れの堰き上げによる越流によつての破堤であったとされる。その破堤時には、利根川の洪水のピーク時は過ぎていた。

これまでに、点検、検証してきたように、昭和24年の「利根川改修改定計画」では、カスリーン台風時の上流域での氾濫は問題とならず、前述のとおり、上流3川の合流量から推計された基本高水の毎秒1万7000m<sup>3</sup>自体、この推計は過大であるとの意見のある中で、将来の治水計画としての意味からこのピーク流量が採用されたのであった。それが、昭和40年代後半の日本列島改造計画で国内の公共事業が沸き立った時代の中で、昭和55年12月の河川審議会でのたった1回の審議で、カスリーン台風時の「氾濫戻し」を理由に基本高水は毎秒2万2000m<sup>3</sup>と30%も引き上げられるのである。

- (2) このような経緯を経ての基本高水の大改訂であったことを反映して、本件訴

訟においては、これまでに見てきたとおり、基本高水の改訂理由についての国土交通省の説明は二転三転した。上記の経緯からすれば、建設省・国土交通省としては、毎秒2万2000m<sup>3</sup>は氾濫戻しの結果と説明せざるをえないところであるが、同台風時の上流域での大氾濫を示す事実はどこにも見当たらない。元河川部長ですら、「あふれているという状況であることについては皆無ではないと。ですから、あふれている部分があるというように理解します。」（同証人尋問調書22頁）という状況であったのである。つぶさに現場調査を重ねてこられた利根川研究の第一人者である大熊教授は、カスリーン台風洪水のピーク流量は毎秒1万5000m<sup>3</sup>程度であり、毎秒1万7000m<sup>3</sup>は過大であるとされ、大氾濫はなかったと言明されたが（甲B161号証の1 大熊意見書）、科学の目をもって事実を観察するならば、立場は異なっても同様な結論が導かれるのである。

国土交通省も、一時は、「昭和55年時点での河川整備に対する社会要請や今後想定される将来的な河川整備の状況等も含めた検討を行い、将来的な計画値として基本高水のピーク流量を毎秒2万2000m<sup>3</sup>と定めた」（甲B90号証「回答」）と説明を改めたが、カスリーン台風洪水を計画対象洪水として出発し、「氾濫戻し」を理由としている以上、この方針の変更は困難であったであろう。

- (3) 日本学術会議・分科会における基本高水の検証作業においても、国土交通省は、氾濫戻しを理由にしてこの乖離を埋めようとしてこれに挑戦したが、その結果は「洪水、山に上る」という氾濫計算報告書の作成に終わった。この事実は、毎秒2万2000m<sup>3</sup>計画が「計算上の仮設計」であるという実体のない机上の計算結果であることと極めて整合的である。カスリーン台風時の上流域での氾濫の裏づけもなく、また、河川の改修計画も存在しない。洪水の流出計算は、実際の洪水に裏付けられない計算値だけであれば、いかような計算値でも出せるのである。

(4) 上記の事情は、馬淵澄夫国土交通大臣の、平成22年10月22日、同年1月5日の記者会見における、「具体的にどのようにして流出計算が行われたかという資料が現時点では確認できなかった」、「平成18年2月策定の利根川水系河川整備基本方針の基本高水のピーク流量の算出については検証されず、『22,000トンありき』の検討であった。所管大臣としてお詫びする。」などの同大臣の謝罪、そして、分科会の「分科会で審議を開始したものの、利根川水系の現行の基本高水の算定に関して、国土交通省にはその背景・経緯の記録が残っておらず、また同省より十分な説明を得ることができず、科学的な追検証が担保されていないことが判明した。さらに、利根川水系の現行の基本高水の算定に用いられた洪水時のハイドログラフの一部が変更となったが、その理由については不明であった。」との報告（甲B第147号証「回答」1頁）ともよく符合している。

(5) 要するに、国土交通省は、カスリーン台風洪水の氾濫戻しの再現計算により、基本高水のピーク流量を毎秒2万2000m<sup>3</sup>と策定したと説明をしたが、同台風時の推計実績流量と同洪水の再現計算流量（基本高水）との間の毎秒5000m<sup>3</sup>という大きな乖離の説明が全くなし得ないのである。自ら設定した基本高水の規模の説明がなし得ない。これでは基本高水の合理性、正当性を肯定しようにもなし得るはずがない。

申立人らは、この「第3」において主張した基本高水の策定経緯及び基本高水の相当性や合理性の説明を国土交通省がなし得ず、作成された弁明書は「洪水、山に上る」であったこと等について、原審「控訴人準備書面（18）（治水関係最終準備書面）」の「第3章 第1、第2、第3」（同書面73～127頁）において、詳細に主張を行ったが、原判決はこれについて何の応答もしなかった。基本高水の策定者が自ら弁明することができなかったのであるから、原審裁判所としては、「触れない」こと以外に対応のしようがなかったであろう（なお、「上告受理申立理由書」においては、これらの点は、「第2

章の第2」、 「第5章の第2～第4」に記述)。

(6) 伊方最高裁判決は、「被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある、被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認されるものというべきである。」としたが、これまでにみた国土交通省のカスリーン台風洪水の推計実績流量と再現計算流量との間の大きな乖離の説明の放棄、基本高水に関する二転三転の説明や関係資料等の消失などの事態は、「その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある」という伊方最高裁判決の審査基準を、到底、充足するものではないであろう。

そうであるのに、原判決は、伊方最高裁判決が示す違法性審査の判断枠組みに著しく反する判断枠組みを採用し、上記事項のすべてについて、原告・控訴人・申立人らに主張・立証責任を課したばかりではなく、その明白性についての立証までを求めるという手法を採用しておきながら、前述のとおり、カスリーン台風の推計実績流量と再現計算流量との間の大きな乖離の放置、基本高水に関する二転三転の説明や関係資料等の消失などの事態等についての申立人らの主張に対しては、むしろ、これを封殺するかのようにして一切の判示を避けたのである。これが公正を旨とする裁判所の対応なのであろうか。この違法、不公正ともいうべき原判決の対応と判断は、到底維持されてはならないものである。

#### **第4 国土交通省の「氾濫説」及び日本学術会議の検証作業における「不合理な点」**

伊方最高裁判決の違法審査の判断枠組み及び違法審査手続とその手法に準じ

て、国土交通省が提示した「氾濫説」及び日本学術会議・分科会の利根川水系の基本高水毎秒2万2000 m<sup>3</sup>の検証作業に対する違法審査を行うならば、以下のとおり、同最高裁判決がいう「不合理な点」が多々存在するところであり、十分に違法性の推認ができる。

## はじめに

利根川水系の基本高水毎秒2万2000 m<sup>3</sup>は、カスリーン台風洪水の再現計算流量であるとされているところ、国土交通省は、同台風洪水の推計実績流量毎秒1万7000 m<sup>3</sup>との毎秒5000 m<sup>3</sup>の乖離は、上流域での氾濫であったとの報告書を日本学術会議の分科会へ提出したが、それは「洪水、山に上る」という報告書であった。そして、日本学術会議は、基本高水の検証作業の中で、カスリーン台風洪水の再現計算結果を毎秒2万1100 m<sup>3</sup>としたが、分科会が採用した計算手法は世界的にも未確認の手法であり、かつ、その計算式に中規模洪水で得られた流出計算データを用いて大規模洪水の流出計算を行うと、計算値は過大に算出されるという致命的な欠陥を有する手法であった。そして、そうした欠陥のある計算手法を用いて得た毎秒2万1100 m<sup>3</sup>とカスリーン台風洪水の推計実績流量との間の乖離については、分科会は、「河道域の拡大と河道貯留」によると説明した。しかし、これは、いわば擬似氾濫による説明であり、そのような事実は国土交通省の氾濫説と同様に認められないもので、分科会の基本高水の検証は事実面からの裏付けを全く欠くものであり、机上の計算に過ぎないものであった。

申立人らは、原審において、こうした事実を詳述した。これに対して原判決は、国土交通省の「氾濫説」に対しては全く言及せず、「河道域の拡大と河道貯留」については分科会の説明としても認めず、分科会の上記のような流出計算技法に対する疑問に関しては、ほとんど応答せず、結論としては、「その内容が科学的に合理性に欠けることが明らかであるとは認められない」として、上告受理申立人らの主張をことごとく排斥したのである。



しかし、国土交通省も日本学術会議も、カスリーン台風洪水の推計実績流量とこれの再現計算流量との大きな乖離の検証においては、伊方最高裁判決がいう「不合理な点」だらけという状況である。であるのに、原判決は、これをことごとく看過し、見逃したのである。

## 1 分科会は、国土交通省の大氾濫説を却下した

### (1) 大規模氾濫がないと説明がつかない毎秒2万 $\text{m}^3$ 超のピーク流量

建設省は、昭和55年12月の「利根川水系工事実施基本計画」の改訂に当たっては、昭和24年の改修改訂計画の基本高水・毎秒1万7000 $\text{m}^3$ を毎秒5000 $\text{m}^3$ 引き上げて毎秒2万2000 $\text{m}^3$ としたが、その改訂理由はカスリーン台風洪水の氾濫戻しを行った結果であると説明した。

日本学術会議での基本高水の検証が進む中で、国土交通省は、カスリーン台風洪水での推計実績流量と自身の同洪水の再現計算流量との間の毎秒5000 $\text{m}^3$ の乖離を埋めるために、第9回分科会に対し「補足資料4 平成22年9月洪水の氾濫量の推定について」（甲B第158号証）を提出した。これによれば、①氾濫量は、推定1で3900～7700万 $\text{m}^3$ 、推定2では6000万 $\text{m}^3$ 。②氾濫面積 51平方キロメートル。③浸水深1～3m、というものであった。河川の物的管理や洪水防御の実務に当たる官署である国土交通省関東地方整備局の見方では、これほどの氾濫がないと毎秒5000 $\text{m}^3$ というピーク流量の低減を説明できないということなのである。

国土交通省は、この「氾濫計算報告書」（甲B第158号証）を分科会へ提出したが、その内容は「洪水、山に上る」という、子どもも騙せない作品であった。利根川の有力な右支川・烏川を流れる洪水が、河床より10メートル以上も高い、現在高崎市役所がそびえるあの台地に上がったとか、その下流右岸部では、河床より20～30メートルも高い丘陵の斜面にまで上がったとかという報告書であった。

(2) 日本学術会議は説明会で「氾濫の議論は無理」と解説した

日本学術会議・分科会は、平成23年9月28日の公開説明会において、国土交通省が提出した「氾濫計算報告書」（甲B第158号証）が展開している上流域での大氾濫説について「この氾濫の議論は無理」と評価した。

ア 小池委員長は説明会で次のように解説している。

「利根川の洪水についての研究の造詣の深い大熊孝先生においでいただき、カスリーン台風の時に上流域で大規模氾濫はないと明確に主張されました。一方、国土交通省からは、これだけ氾濫しているというデータが示されたわけですが、私どもは確かなデータがない中では、この氾濫の議論は無理と判断いたしました。そこで、河道貯留によるピーク遅れとピークの減少を調べ、差が生まれるメカニズムを理解したにとどまっております。ですから、これは先ほど田中丸委員から話もありましたように、完全ではありません。可能性の指摘のみにとどめております。」（甲B第163号証 議事録23頁）

イ この小池委員長の説明によれば、要するに、「国土交通省が主張するような氾濫の議論は裏付けるデータがないから議論は無理だ。そこで、別の角度から検討したところ、河道貯留の効果で説明がつく可能性を見出した。」ということである（なお、甲B第162号証「公開説明（質疑）」にも同旨の解説がある）。「裏付けるデータがない」ということは「大氾濫はなかった」というに等しい。そのことは、関東地方整備局の元河川部長が証言している。そうであれば、国土交通省の氾濫説は事実として成り立つ余地はないということである。そこで、日本学術会議は、「河道域の拡大と河道貯留」を持ち出すことになる。

## 2 原判決は分科会の「河道域の拡大と河道貯留」を却下した

(1) 分科会のいう「河道域の拡大と河道貯留」は、疑似氾濫説である

ア 分科会では、カスリーン台風洪水のピークの再現計算流量と推計実績流量との間に毎秒4000m<sup>3</sup>の乖離があるとしたが、その乖離は「河道域の拡大と河道貯留」で起こったものと説明されている（甲B第147号証「回答」15頁）。しかし、その説明は、烏川のごく限られた一部での現象を説明したに過ぎず、また「河道貯留」というのは、洪水時に河道で水位が上昇し河道自体に洪水が貯留されることをいうのであって、この貯留によるピークの時間遅れが生ずることは貯留関数法で織り込まれている。だから、「河道域の拡大と河道貯留」で基準点の流量が小さくなったと説明するとすれば、多くは「河道域の拡大」、つまり擬似氾濫だということになる。

イ もともと、この程度のものであるから、「回答」の本文では、「この感度分析結果より、昭和22年の洪水では、大規模氾濫とまではいかななくても、河道域の拡大と河道貯留によって、八斗島での実績流量が計算洪水流量より低くなることが示唆された。」（同15頁）とするに止まるものであった。そして、小池委員長は、「河道域の拡大と河道貯留」の効果について、「…これは先ほど田中丸委員から話もありましたように、完全ではありません。可能性の指摘のみにとどめております。」（甲B第163号証 議事録23頁）と解説している。国土交通省の氾濫説が確かなデータがなく成り立たないのだから、日本学術会議の「河道域の拡大と河道貯留」説も五十歩百歩というべきものであり、同じ運命にあるはずである。

(2) 原判決は分科会の「河道域の拡大と河道貯留」による計算流量の低減の説明を認めなかった

分科会はカスリーン台風洪水の計算流量と実績流量との毎秒4000～5000m<sup>3</sup>に及ぶ乖離を埋めるべく「河道域の拡大と河道貯留」という理論を考え出したが、原判決は、「分科会作成の『河川流出モデル・基本高水の検証に関する学術的な評価について（回答）』と題する書面（乙145）には、昭和22年の洪水では、河道域の拡大と河道貯留とによって、八斗島での実績流量

が計算洪水流量より低くなることが示唆されたとの記載のあることが認められるが、上記書面の記載全体に照らせば、河道域の拡大や河道貯留の存在のあったことを確定的に認定したり、……分科会の検証結果の主要な論拠としたものとまでは認められないのであり、」（57～58頁）と判示し、分科会自身、計算流量と実績流量との乖離を「河道域の拡大と河道貯留」により説明したわけではないと断じたのである。

### （3）氾濫説も疑似氾濫説も消失した

そうすると、国土交通省や分科会が計算した計算流量・毎秒2万2000～2万1100 $\text{m}^3$ と、八斗島での推計実績流量・毎秒1万7000 $\text{m}^3$ との大きな乖離はどう説明されるのか。国土交通省の氾濫説は分科会で否定され、分科会考案の「河道域の拡大と河道貯留」については、原判決は、「分科会はそうした説明をしているわけではない」というのであるから、この大きな乖離についての説明は、全くなされないまま放置されているのである。

## 3 未確認の流出計算技法で算出されたピーク流量・毎秒2万1100 $\text{m}^3$

### （1）カスリーン台風洪水の再現計算は世界的にも未確認の手法で、かつ過大に算出される手法が採用されている

分科会が行った、カスリーン台風洪水のピーク流量「毎秒2万1100 $\text{m}^3$ 」という再現計算のやり方であるが、それは利根川の過去の毎秒5000 $\text{m}^3$ 程度以上の洪水の再現計算から取り出されたパラメーター（特に、「kとp」）を用いて、そのままカスリーン台風降雨規模の洪水の計算を行ったというものである。

利根川では、八斗島地点でピーク流量・毎秒5000 $\text{m}^3$ 程度から毎秒1万 $\text{m}^3$ 程度の洪水は、カスリーン台風後で10例を数える。過去の洪水での実績データがあると、貯留関数法による流出計算で取り込むパラメーター（飽和雨量。そして「kとp」など）は、計算結果から検証が可能であるから一定の信頼性

を備えることができる。しかし、観測データがない規模の洪水については、用いたパラメーターは実際の観測流量からの検証ができない。それ故、用いたパラメーターの精度や洪水の予測計算、再現計算結果の信頼性は容易には担保されない。

## (2) 信頼性が低いことを分科会が自認

中規模洪水から得られたパラメーターを2倍以上の降雨規模の洪水にそのまま採用することについては、平成23年9月1日付日本学術会議の「回答」（甲B第147号証）自身がその正当性を主張することを留保しているのである。即ち、「10,000 m<sup>3</sup>/S程度のチェックのみでは、昭和22年の20,000 m<sup>3</sup>/S程度の洪水に対して適用可能かどうかの確認はできていないことを附記する。」（同「回答」16頁）としているのである。そして、ほぼ同旨の評価は、9月28日の公開説明会での「公開説明（質疑）」（甲B第162号証）にも記述されている。即ち、「既存のデータを用いて構築した流出モデルやパラメーターの値が、異なる規模の洪水、特にこれまで経験したことのないような大洪水を信頼性をあわせて予測することは極めて重要な課題ですが、世界的にも未解決の課題です。」（9頁 論点6・スライド18）としているのである。日本学術会議は、世界的にも未確認の技法で流出解析を行ったというのである。

「回答」の上記のような記述や「公開説明（質疑）」（甲B第162号証）における記述を受けて、小池委員長の説明でもこのことは明確にされている。即ち、同委員長は、新モデルについて、「再現性は非常によいという結果となり、新モデルの頑健性が確認された次第です。ただし、私たちが確認できるのは、1万m<sup>3</sup>/Sの洪水のみでして、昭和22年、2万m<sup>3</sup>/Sを超えるというような洪水に対して、使用可能であるかどうかの直接の確認はできておりません。」（甲B第163号証 議事録8頁）という手法なのである。

#### 4 日本学術会議の計算手法では、大規模洪水では過大な計算値となる

そればかりではない、公開説明会で説明に当たった立川康人委員からは、中規模洪水のデータで大規模洪水の流出計算を行うと計算値は大きめに出るというのである。同委員は、第9回分科会配布の補足資料として提出されていた国土交通省の「資料2」の「表3 八斗島地点の相対的なピーク流量の差異」（甲B第166号証）に搭載されているデータについて、「この資料は国土交通省で、中規模洪水でk、pを推定して、それを用いて大洪水を設定したとき、どのようなピーク流量になるかということを試算された結果です。この結果を見ますと、中規模洪水で計算したときのk、pを使うと、少し洪水流量を過大に評価するという傾向が見えます。」（甲B第163号証 議事録16頁）と解説しているのである。

立川委員は、「過大に評価する」という説明を行っているが、その理由や割合については解説を行っていない。

#### 5 計算精度が低いことを自認する小池委員長の総括的な答弁

##### (1) 原告団からの質問に対する答弁

本訴訟の原告団からも、ピーク流量2万1100m<sup>3</sup>という推定値の信頼性への疑問や、計算流量と実績流量との大きな乖離について、日本学術会議へ質問書が提出されていた。これに対して、小池委員長は、総括的に次のように答えた。日本学術会議の作業結果には信がおけない事実が簡潔にして要を得て語られている。この答えで、カスリーン台風が再来したとき、ダムなしで毎秒2万m<sup>3</sup>超の洪水が襲う事実が検証されたと納得する者がいるというのだろうか。

「1万トン程度のチェックで2万トンクラスのものが本当に適用できるかどうか。これは立川委員からお話がありましたように、これはまだ明確に確認できておりません。河道貯留、河道周辺域の氾濫の効果も検討しましたが、今申し上げましたように、それから、田中丸委員からありましたように、そ

ういう、どれだけ河道幅が広がったかというようなデータがない限りにおいて、ある程度の算定をすることはできても、それがほんとうに定量的に起こっているかということを見積もることはできないと考えております。ですから、私どもは、こういうメカニズムが働いた可能性があるということにとどめております。」（甲B第163号証 議事録24頁）

(2) 何らの裏付けもない机上の計算

繰り返すが、「10,000 m<sup>3</sup>/S程度のチェックのみでは、昭和22年の20,000 m<sup>3</sup>/S程度の洪水に対して適用可能かどうかの確認はできていない」という手法での計算結果がどうして信用性があるのか。どうして科学的手法による検証と言えるのか。

このように、ピーク流量「八斗島地点毎秒2万1100 m<sup>3</sup>」は、学術的に効用が未確認な流出計算手法を用い、かつ、その計算結果は事実面からは全く検証されておらず、実績流量との乖離、毎秒4000～5000 m<sup>3</sup>に及ぶピーク低減については、国土交通省の立場からも、日本学術会議からも説明ができず、「回答」（甲B147号証）では「八斗島での実績流量が計算洪水流量より低くなることが示唆された」という程度のものであり、検証の責任者である小池委員長ですら、「可能性の指摘のみにとどめております。」と弁明せざるを得ない作業であったのである。

小池委員長が言っていることは、「私たちは然るべく計算を行った。しかし、それが本当に定量的に起こっていることかどうかは分からない」ということである。これでは検証に値しないことは明らかであろう。

## 6 関准教授が指摘した過大な計算値が出るカラクリ

(1) 以上に見たとおり、分科会は、中規模洪水で得たパラメーターを用いて大規模洪水の再現計算を行うと過大な計算値が出るという問題について、どうしてそのような結果を招くのかについて説明をしないのであるが、関准教授は、第

5意見書（甲B第179号証）において、1枚のグラフ（「図1」）でその事情を説明している。

(2) この図は、縦軸に出水量をとり、横軸に降雨量をとっている。この図では飽和雨量を150mmと仮定し、その飽和雨量を超さない程度の降雨で起こった実績洪水に基づいて得られたデータで、降雨量が2倍近くなる洪水の流出計算を行うと、どのような結果となるかを簡明に説明したものである。国土交通省や日本学術会議での流出モデルでも、飽和雨量程度の降雨（それでも大雨ではあるが）であれば、実績流量で裏付けられているから、組み合わせられて用いられたパラメーターにも、また計算結果にも誤りが生ずる可能性は低い。しかし、このパラメーターを用いて、降雨量あるいは洪水流量が2倍以上にもなる洪水の流出計算を行うと必然的に過大な計算値が算定される。つまり、中規模洪水では、飽和雨量を超えない程度の洪水だとすれば、最終流出率を「1.0」としても「0.7」としても結果の値には違いは出ない。しかし、大規模洪水では飽和雨量を超える降雨分は、すべて河道へ流出するという計算がなされるのであるから、計算値は図の破線の傾きをとって解が得られることになる。一方、最終流出率を「0.7」とする計算では、計算の傾きは、黒の実線の傾きをとることになるから、カスリーン台風洪水のように3日雨量で300mmを超すような大雨では、国土交通省などとの計算流量と実績と考えられる流量とは30%余りも乖離が生ずることになるのである。

(3) 飽和雨量を超えても、その後の雨量がすべて河道へ流出することはほとんどないことは、谷・窪田論文（甲B158号証）の「図7」に示されている実測データからも明らかである。奥利根流域では、最終流出率（飽和雨量後の流出率）は、3地区で「0.55～0.69」であり、赤谷川で「0.82」である。このように、飽和雨量を超えたら、以後全量が河道へ流出するという想定が根本的に誤っているのである。この点について、利根川の実情に合わせて現実のデータを組み込めば、大幅に計算値は下がることになる。



関准教授の第5意見書（甲B第179号証）の「図1」は、この関係を簡明に表しているのである。

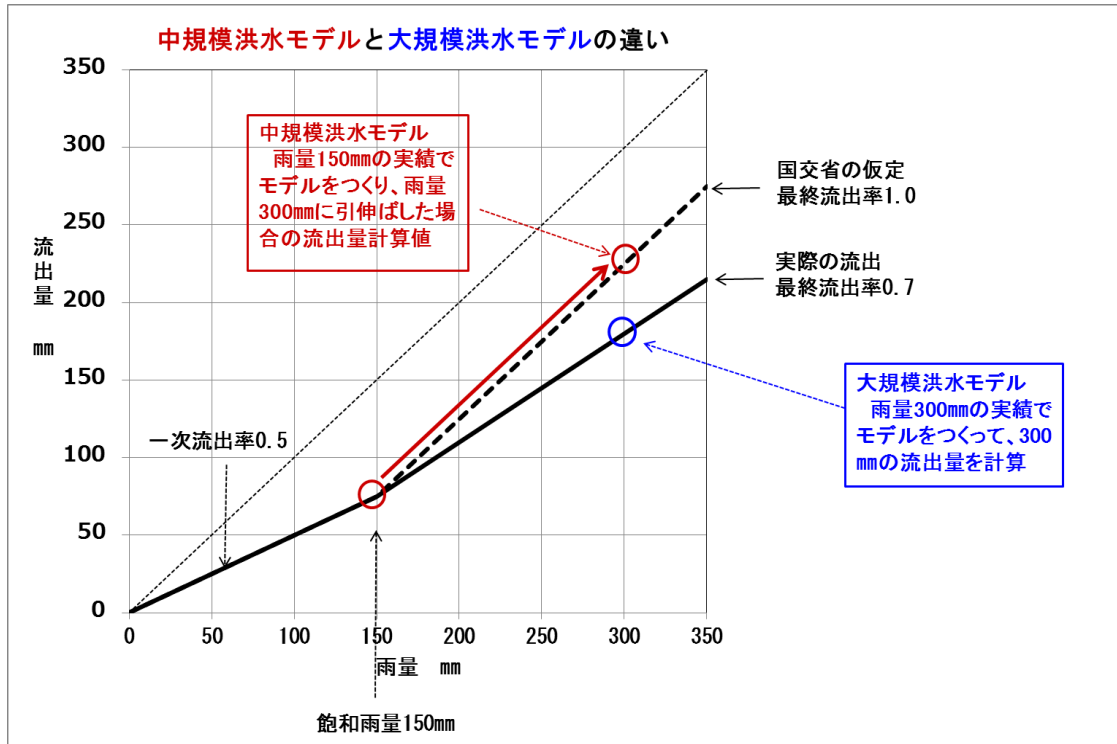


図1 中規模洪水に適合した計算モデルは大規模洪水では乖離する  
 （甲B第179号証 関第5意見書の「図1」を転写した）

## 7 関証言での分かり易い解説

(1) 関准教授は、平成24年8月7日の証言において、上記の「図1」が示す事実を分かりやすく次のように解説した。

「……貯留関数法に幾つかの不合理な点がありまして、飽和雨量を超えた後、降った雨は100パーセント、まるで土壌がコンクリートで覆われたかのごとく、降った雨が100パーセント川に流れてくるという仮定が置かれている。」（2頁）と指摘したうえ、中規模洪水のデータで、より大きな洪水の再

現計算を行うと、どうして大きめの値が出るのかについて、次のように平易な解説を行った（19頁）。

「先ほど説明した最終流出率1.0か0.7かという点に関わってくる問題です。最終流出率というのは、飽和雨量を超えた後の雨で何パーセント、川に出てくるかという値ですので、飽和雨量が例えば100ミリとしますと、飽和雨量を超えた後、200ミリ、250ミリ、300ミリと、大きくなればなるほど、この0.7の直線と1.0の直線というのは、規模が大きくなると段々開いてくるわけです。そのために、規模が大きくなるほど乖離が激しくなるということです。」（19頁）

「第5意見書の2ページ、甲B第179号証の2ページに、『中規模洪水モデルと大規模洪水モデルの違い』という図がございます。……この図を使って説明させていただきます。これは奥利根の例なんですけれども、奥利根は飽和雨量150ミリです。150ミリを超えると100パーセント、傾きが1.0になって川に出てくる。実際は、先ほどの谷、窪田委員のデータのとおり0.7です。ですので実際、0.7のものを国土交通省は1.0として計算してしますので、150ミリ程度の雨で計算するとぴったり合います。しかし、200ミリ、250ミリ、300ミリと、だんだん降雨の規模を大きくしてシミュレーションの計算をしますと、0.7と1.0の差がだんだん大きくなってきますので、この分、計算値が大きくなってきますので、この分、計算値が過大になってくるということでございます。」（19～20頁）

(2) このように解説されるならば容易に理解できる話が、日本学術会議では頭をなやましているらしいのである。しかし、このような論理が彼らにわからないはずはなかろう。このカラクリを解説しては、これまでの全ての労が水の泡になる、そして、検証作業が国土交通省の役に立たない結論となることを恐れたからなのではないか。そう考えるほかに学術会議の対応は思いつかない。

## 8 分科会採用の流出計算手法の信頼性は未確認、入力データは洪水を大きめに、という計算手法の「不合理な点」は明らか

これまで「第4」において述べてきたところを整理しておこう。

### (1) 実績と再現計算との間の大きな乖離については説明できないまま

国土交通省や分科会が計算した再現計算流量・毎秒2万2000～2万1100 $\text{m}^3$ と、カスリーン台風洪水の八斗島での推計実績流量・毎秒1万7000 $\text{m}^3$ との大きな乖離については、国土交通省の氾濫説は分科会で否定された。そして、分科会考案の「河道域の拡大と河道貯留」については、原判決は、「上記書面の記載全体に照らせば、河道域の拡大や河道貯留の存在のあったことを確定的に認定したり、……分科会の検証結果の主要な論拠としたものとまでは認められない」（58頁）と判示している。そうであれば、歴史的に起こった事実とその再現計算結果との間の流量のこれほどの大きな乖離の説明が不能であるということになり、基本高水毎秒2万2000 $\text{m}^3$ の正当性は当然に否定されることになるはずである。この事実だけを取り上げても、見逃し得ない「不合理な点」であろう。

### (2) 再現計算は世界的にも未確認な手法で計算

そして、カスリーン台風洪水の再現計算において、中規模洪水から得られたパラメーター（特に $k$ 、 $p$ ）を2倍以上の降雨規模の洪水にそのまま採用したことについては、平成23年9月1日付「回答」（甲B第147号証）自身が、「10,000 $\text{m}^3$ /S程度のチェックのみでは、昭和22年の20,000 $\text{m}^3$ /S程度の洪水に対して適用可能かどうかの確認はできていないことを附記する。」（同「回答」16頁）としてその正当性を主張することを留保しているのである。そして、ほぼ同旨の評価は、9月28日の公開説明会での「公開説明（質疑）」（甲B第162号証）にも記述されている。日本学術会議は、世界的にも未確認の技法、あやふやな技法で流出解析を行ったというのである。そのうえ、中規模洪水で $k$ 、 $p$ を推定して、それを用いて大洪水の流出計

算を行うと、どのようなピーク流量になるかという、「中規模洪水で計算したときのk、pを使うと、少し洪水流量を過大に評価するという傾向が見えます。」（甲B第163号証 議事録16頁）という計算手法なのである。これでどうして正しい再現計算ができるというのか。これ自体だけでも、見逃し得ない「不合理な点」であろう。

### （3）関准教授の簡明な解説

中規模洪水でk、pを推定して、それを用いて大洪水の流出計算を行うと、どうして洪水流量を過大に評価することになってしまうのか。

この点については、関准教授は、原審の証言において、「……貯留関数法に幾つかの不合理な点がありまして、飽和雨量を超えた後、降った雨は100パーセント、まるで土壌がコンクリートで覆われたかのごとく、降った雨が100パーセント川に流れてくるという仮定が置かれている。」（2頁）と指摘したうえ、奥利根の例について、国土交通省は、同流域では降雨量が飽和雨量150ミリを超えると、全量が川に出てくる計算になっているが、実際は、谷、窪田委員のデータのとおり流出率は0.7だと解説されて、「200ミリ、250ミリ、300ミリと、だんだん降雨の規模を大きくしてシミュレーションの計算をしますと、0.7と1.0の差がだんだん大きくなってきますので、この分、計算値が大きくなってきますので、この分、計算値が過大になってくるということでございます。」（19～20頁）とされている。

地表に降った雨は、設定された飽和雨量を超えたとしてもそのすべてが川へ流出することはない。そうであるのに、国土交通省と分科会は、奥利根流域と烏川では、飽和雨量を超えると全量が河道へ流出するという想定で流出計算を行っているのである。これが過大に計算される元凶なのである（甲B146号証 関第3意見書の添付の表、「表1 国土交通省新モデルと学術会議谷・窪田提案の最終流出率の差異」によって、関准教授が行った流出計算では、奥利根流域と烏川については、国土交通省の設定とは異なって、同省が最終流出率

を「1.0」としたのを「0.7」として計算を行った事実が示されている。  
その丁寧な解説も、同意見書に記述されている）。

(4) 伊方最高裁判決の判示に反する違法審査一分科会の検証作業の不合理性は十分に推認される

以上のとおり、国土交通省における利根川水系の治水計画の根本にある基本高水・毎秒2万2000m<sup>3</sup>計画の策定経緯や、この基本高水に対する日本学術会議・分科会の検証作業は、前記(1)～(3)に述べたように、事実と計算との間に大きな齟齬があり、しかもこれを説明できない状況にあり、学術的な検証とは言い難い欠陥だらけの作業であった。

このような基本高水の策定の仕方や検証作業は、伊方最高裁判決の「被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある、被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認されるものというべきである。」との判示に照らせば、正に、日本学術会議の検証作業の不合理性は十分に推認されるべきことになる。

ところで、原審での審理が佳境に入りつつあった平成22年6月、申立人らは、上記一連の主張事項をより確実に立証するために、国土交通省の訴訟参加の申立を行い、国土交通省関東地方整備局の河川部長、日本学術会議・分科会の小池俊雄委員長、大熊孝教授、関良基教授ら4名の証人申請を行ったが、原審裁判所は、国土交通省の参加申立を却下、証人申請は、関准教授を除いてすべて却下して立証機会と立証手段を奪っておきながら、判決書では、日本学術会議の検証作業の不合理性等についての主張・立証責任、しかもその明白性についてまでの挙証責任を申立人らに負わせておきながら、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵があるとは認められない」(54頁)とか「合理性を欠くことが明らかであるとは認められない」(57頁)を連発して申立人らの立証は成

功していないと批判し、申立人らの主張、請求を排したのである。かかる原判決の不公正な判断は到底維持されてはならないものである。

## 第5 むすび

- (1) 原判決は、八ツ場ダムによって東京都が「著しく利益を受ける」関係にあるか否かについては、「以上の事実に加えて、前記ウ判示のその余の事実をも総合すると、八ツ場ダムにより東京都が同項所定の「著しく利益を受ける」ものではないとは認められず、また、仮に「著しく利益を受ける」ものではないと認められる余地があるとしても、これが明白であるとは認められないのであって、国土交通大臣のした上記受益者負担金の納付通知について、重大かつ行為の外形上一見看取できるような明白な違法ないし瑕疵があるものとは認められず」（52～53頁）とした。この判示から明らかなように、この原判決には、行政庁の側から「東京都は著しく利益を受ける」との主張、立証があったとの事実摘示もなく、また、原判決としては、「東京都は著しく利益を受ける」との事実の積極認定もなさず、ただ原告・控訴人らの「東京都は著しく利益を受けることはない」ことの立証は認められないと判示したのである。

この原判決の認定は、河川法63条1項の「著しく利益を受ける」との事実の主張・立証責任は行政庁の側にはないと扱い、「著しく利益を受けることがないこと」の主張・立証責任を原告側に転じているばかりか、その明白性まで立証を求めているのである。「著しく利益を受ける」ことを条件として、下流都県に受益者負担金を分担させるのであるから、行政庁側からの要件充足の説明は当然の義務である。原判決の判示はこの条項の法解釈を根底から誤っているうえに、伊方最高裁判決の主張・立証責任の配分法則にも、違法審査ルールにも反しているものである。

- (2) そして、八ツ場ダム計画の背景にある利根川水系の基本高水の算定を中心とした治水計画について、国土交通省は、カスリーン台風洪水の氾濫戻しの再現

計算により、基本高水のピーク流量を毎秒2万2000 m<sup>3</sup>と策定したと説明をしたが、同台風時の推計実績流量と同洪水の再現計算流量（基本高水）との間の毎秒5000 m<sup>3</sup>という大きな乖離の説明が全くなし得ないのである。自ら設定した基本高水の規模の説明がなし得ない。これでは基本高水の合理性、正当性を肯定しようにもなし得るはずがない。国土交通大臣が言明したように、利根川の基本高水は「22,000トンありきの検討」であり、「計算上の仮設計」であったのである。原判決は、こうした国土交通省の基本高水策定についての説明の破綻については、これを覆い隠すように一言の言及もない。ここに原審裁判所の本当の立ち位置が示されている。

- (3) 日本学術会議・分科会による、カスリーン台風洪水の再現計算値である毎秒2万2000 m<sup>3</sup>の検証の精度については、同分科会の平成23年9月1日付「回答」（甲B147号証16頁）と、同年9月28日付「公開説明（質疑）」（甲B162号証9頁）での解説のほか、小池委員長が公開説明会で自ら述べた次の解説で十分であろう。計画対象洪水であるカスリーン台風洪水の再現計算の精度は科学技術的には全く担保されていないのである。だからこそ、歴史的に発生した昭和22年9月の洪水を再現できず、大きく齟齬する事態となっているのである。

「1万トン程度のチェックで2万トンクラスのものが本当に適用できるかどうか。これは立川委員からお話がありましたように、これはまだ明確に確認できておりません。河道貯留、河道周辺域の氾濫の効果も検討しましたが、今申し上げましたように、それから、田中丸委員からありましたように、そういう、どれだけ河道幅が広がったかというようなデータがない限りにおいて、ある程度の算定をすることはできても、それがほんとうに定量的に起こっているかということを見積もることはできないと考えております。ですから、私どもは、こういうメカニズムが働いた可能性があるということにとどめております。」（甲B第163号証 議事録24頁）

原判決は、再々、「第三者的で独立性の高い学術的な機関である日本学術会議」に「利根川水系における河川流出モデル・基本高水の設定手法の検証に関する学術的な観点からの評価」を依頼した（原判決45頁）というが、日本を代表するとされる第三者機関がやってのけた検証作業の成果は、この程度のものであったのである。そして、原判決は、こうした検証作業のマイナス面については一言の言及もない。

(4) 以上のとおり、原判決においては、河川法63条1項の「著しく利益を受ける」との事実の存否が確認されないままにあること。利根川治水の根幹にあるはずの基本高水の策定経緯と策定理由について国土交通省は説明がなし得ず、計画対象洪水である昭和22年9月洪水の推計実績流量と再現計算流量との間の30%にも及ぶ乖離が解消できずに放置されていること。そして、この基本高水の検証に当たった日本学術会議も「1万トン程度のチェックで2万トンクラスのものが本当に適用できるかどうか。これはまだ明確に確認できておりません。」という手法を用いた机上の計算（洪水の流量に関しての一切の事実確認はなされていない）なのである。

(5) 伊方最高裁判決は、「被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要があり、被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認されるものというべきである。」としているから、この主張、立証責任の配分方式と行政行為の違法性・合理性の審査基準に照らして、これまでに確認した本件事案を審査、判断するならば、まず、「八ツ場ダムによって東京都が著しく利益を受ける」との河川法63条1項の要件充足の事実は確認されていないし、さらに、国土交通省の基本高水毎秒2万2000m<sup>3</sup>の相当性・合理性は皆無というべき状況にあり、日本学術会議・分科会の検証作業も科学的・技術的な検証というには、矛盾・不合理と疑問が余り



に多い。そして、この「不合理な点」は言うまでもなく、利根川水系の現今の基本高水の成立と「著しく利益を受ける」の存否に関する根本的、基幹的な不合理性であるから、本件事案は、「被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認されるものというべき」場合に十分に当たり、国土交通大臣による本件受益者負担金の割当の違法性は十分に推認されるはずである。

- (6) 以上のとおり、国土交通省と日本学術会議の利根川水系の基本高水の説明の破綻や、日本学術会議・分科会の流出計算手法は世界的にも効果が未確認の手法で、かつ計算結果が過大に出る傾向のある手法であるなど検証作業の不合理性は際立つものであった。そうであるのに、原審裁判所は、こうした行政側の弱点についてはこれを覆い隠すように原判決では一切触れなかった。そして、最終的な争点となる河川法63条1項の「著しく利益を受ける」の主張・立証責任については、原告・住民側に「著しい利益の不存在の明白性」までの立証責任を負担させて、その立証がなかったとして申立人らの請求を排斥したことは、河川法63条1項の法解釈を誤るものであるうえに、伊方最高裁判決の判例違反をも犯したことになる。このような不公正な判断が許されてよいはずはなく、速やかにその破棄を求めるものである。

以 上