

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5）

2015年2月3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

はじめにー「補充書その5」の趣旨 .....	4
第1 「八斗島地点毎秒2万2000m <sup>3</sup> 」計画の策定経緯とその説明の変転 ー国土交通省は、自身で策定した基本高水のピーク流量・毎秒2万2000 m <sup>3</sup> の説明が出来ない .....	6
1 上告受理申立人らの八ツ場ダムの治水上の不要性についての基本的な 主張 .....	7
2 昭和24年の基本高水・毎秒1万7000m <sup>3</sup> が、昭和55年にカスリ ーン台風洪水の「氾濫戻し」で、30%増の毎秒2万2000m <sup>3</sup> となる ..8	
3 平成20年には、毎秒2万2000m <sup>3</sup> は現在来襲する洪水ではなく、 「将来の計画値」と180度変更ー平成20年の甲B第90号証の「回答」 .....	10
4 だが「八斗島地点毎秒2万2000m <sup>3</sup> 」計画は「計算上の仮設計」	10
5 日本学術会議の検証では、国交省は、「洪水、山に上る」という氾濫 報告書を提出 .....	11
6 上流の大氾濫も「河道域の拡大と河道貯留」も虚構 .....	12
7 国土交通省内には基本高水の記録もなし .....	14
8 日本学術会議の検証結果とその判示 .....	14
9 国交省の説明による利根川の治水計画は破綻を示した .....	16
第2 東京事件東京高裁判決の判断枠組みと他の5事件の高裁判決 .....	17
1 東京事件東京高裁判決の判示 .....	17
2 あいまいな判例の援用、そして不明確な判旨 .....	19
3 東京事件判決以外の5判決の判断枠組み .....	20
4 6判決の違法審査の判断枠組みの小括 .....	21

第3	違法審査基準に「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」を用いて手抜き判決	22
1	原判決の構造	23
2	基本高水の策定手続とピーク流量の策定理由についての判示	23
3	原判決の「著しく利益を受ける」の定義と判示	27
4	地財法25条3項の規定も「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」の下位に置く	29
5	申立人らの分科会の検証作業と検証結果への批判に対する判示	30
6	「重大かつ明白」という高いハードルを設けて手抜き判決	34
第4	本件差止訴訟での違法審査対象は、河川法63条1項の「著しく利益を受ける」の存否であり、「納付通知の重大かつ明白な瑕疵」の存否ではない	35
1	人見教授の原判決批判	36
2	田村教授の原判決批判	37
3	野呂教授の原判決批判	38
4	原判決の誤りは明白	39
5	東京都が「納付通知に対する判断権がない」とすること自体が違法である	40
6	出自の不明な原判決の「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」	42
7	原判決は、「重大かつ明白な瑕疵」を公定力理論から引き出している —田村教授の所見	44
第5	現代の「行政行為の公定力」から「重大かつ明白な瑕疵」の違法審査基準を引き出すことはできない	45
1	田中二郎教授と公定力理論	45
2	宮崎良夫教授の評価	47
3	田中二郎説が原判決に与えている影響	47

4	昭和30年代半ば以降の判例・学説の動向 .....	49
5	今日の通説的見解 .....	51
6	最高裁判例で排斥されている公定力理論 .....	52
7	「第5」のまとめ—宮崎良夫教授の公定力論から .....	53
第6	原判決の判示を公定力理論で補充したとしても、原判決の「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」理論を正当化することはできない .....	54
1	今日の「公定力理論」からは、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という違法審査基準は導き得ない .....	55
2	原判決は、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」を採用して、治水計画の不合理性や「著しく利益を受ける」の实质審査を回避したのである .....	57

## はじめに—「補充書その5」の趣旨

本件訴訟の治水上の争点は、河川法63条1項の「著しい利益」の存否であり、「納付通知の重大かつ明白な瑕疵」の存否ではない。原判決は、実定法に定めのない法規範で裁判を行い、かつ、利根川治水の根幹にある基本高水の不合理性や東京都が「著しい利益」を受けるか否かについての審理、判断等をも回避、脱漏したものであるので破棄されるべきものである。

これまで申立人らは、本件、特に河川法上の受益者負担金の支出差止請求事案の違法性の判断枠組みについては、原判決が本件事案に一日校長事件最高裁判決（平成4年12月15日 民集46巻9号2753頁）を引用してきたことを批判してきた。

そのポイントは2点であり、1つは1号請求事案において旧4号請求事案である一日校長事件判決を援用することはできないこと。もう1つは、同一の法主体内で、

特別法により権限が分掌されている機関相互の関係につき論じた一日校長事件と、国と自治体という異なる法主体の関係は根本的に異なることである。もし、本件のような国と自治体という異なる法主体の関係においても、一日校長事件の枠組みを援用するならば、それは憲法が保障した「地方自治の本旨」を大きく損なうことになり、その1点だけをとっても、原判決の誤りは明らかである。

しかし、原判決の誤りは、こうした一日校長事件の誤った援用だけに留まらない。一日校長事件を素直に踏襲する場合、違法性の判断枠組みとして、「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」があるかが判断基準となる。原判決も、「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」とは言うものの、その直前に（例示として）、「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」という言葉を挟むことにより、違法性の判断基準は、実質的に「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」から、「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」にスライドしてしまっているのである。しかも、なぜ本件において、原因行為たる大臣納付通知につき、「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」かどうかの問題になるのか、原判決は何らの説示も行っていない。

かかる見地から、今次の補充書では、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という違法性の審査基準を採用して、納付通知の実質的な違法性審査を回避した違法に焦点を当てて、原判決の誤りを主張する。

本件納付通知の違法性の審査ないし東京都の支出の違法性については、治水計画の不合理性及び河川法63条1項の「著しく利益を受ける」（例、洪水時の著しい水位の低下）という事実の存否こそが主題となるはずである。

そして、裁判所が判断すべき事項は、申立人側が主張してきた基本高水・毎秒2万2000m<sup>3</sup>の不合理性と「著しい利益」の存否についてである。そうであるのに、原判決は（一連の高裁判決も同様であるが）、大臣の納付通知の違法審査ないし東

京都の受益者負担金支出の違法審査において、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」を審査基準とすることで、基本高水の不合理性や「著しい利益」の不存在の主張に対しては、ほとんど回答せず、治水計画策定のための行政手続の履践だけを挙げて、納付通知には、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」は認められないとして、請求を排斥したのである。

ところで、一連の高裁判決は、違法審査基準に「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」を採用したことの説明を全く欠くのであるが、それは前世紀の遺物である「行政行為の公定力理論」に依拠するものと推測される(甲A20号証 田村論文でも指摘)。

そこで、「補充書その5」においては、今日の「行政行為の公定力理論」からは、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という審査基準を引き出すことはできないことを指摘する。そして、実定法に何の根拠も持たない「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という審査基準をあえて用いたのは、利根川の治水計画の不合理性や大臣納付通知が河川法63条1項の要件を充足しないことの審査を回避するためであることを指摘するものである。

この補充書の「第1～第4」までは、上記の角度から、改めて申立人側の主張を整理すると共に原判決の分析を行ったものである。そして、「第5～第6」において、原判決が行政行為の公定力理論から導いた「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という審査基準の採用の違法を指摘するものである。

## **第1 「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」計画の策定経緯とその説明の変転 —国土交通省は、自身で策定した基本高水のピーク流量・毎秒2万2000 m<sup>3</sup>の説明が出来ない**

利根川の治水計画の混乱の元凶は、昭和55年の利根川水系工事実施基本計画におけるカスリーン台風洪水の「氾濫戻し」によるとする30%もの増量改訂にはじまる。本件訴訟においての国土交通省の改訂理由の二転三転する説明の齟齬・矛盾をみれば、基本高水のピーク流量、毎秒2万2000m<sup>3</sup>計画の破綻は明

らかである。そして、この章での主張事項は、もとより、利根川の基本高水のピーク流量・毎秒2万2000m<sup>3</sup>の不合理性を主張する申立人らの基本的なものであるが、原判決は、これらについては無視し、ほとんど審理、判断の対象としなかった。河川管理者が自身の策定した治水計画の説明ができないことは「重大かつ明白な瑕疵」であろうが、原判決はこれを審査せず不問に付している。このことについては、「第3」の各該当部分において、改めて指摘することとする。

## 1 上告受理申立人らの八ツ場ダムの治水上の不要性についての基本的な主張

上告受理申立人らの、八ツ場ダムの治水上の不要性についての主張の骨子は次のとおりである。

- (1) 利根川の治水計画の基本は、既往最大のカスリーン台風洪水に備える上流ダム施設や河道等の整備であるとされているところ、建設省は、昭和24年の利根川改修改訂計画でピーク流量を毎秒1万7000m<sup>3</sup>と策定した。しかし、昭和55年の利根川水系工事実施基本計画では、同台風洪水の「氾濫戻し」を理由に、毎秒2万2000m<sup>3</sup>と増量改定したが、その後の国土交通省の説明は二転三転し上流部の大氾濫は説明不能に陥っている。つまり、治水計画の目標流量という計画の根幹部分において、事実をもって裏づけができないという重大な不合理を抱えているのである。これこそが、治水計画の根幹にある重大かつ明白な瑕疵というべきものである。
- (2) 既設6ダムを含む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、ほぼ計画高水流量規模程度の毎秒1万6750m<sup>3</sup>にとどまる(甲B39号証)。そして、国の直轄管理区間である八斗島下流では、計画高水流量(毎秒1万6500m<sup>3</sup>)を流下させる河道の断面は既に確保されている(甲B84号証 利根川水系河川整備基本方針「基本高水等に関する資料」24,29頁ほか)。そして、八ツ場ダムができて、計画洪水時に江戸川では水位

が数cmしか低減しないのであるから、東京都には河川法63条1項の「著しく利益」を受ける関係にはない。

- (3) そして、控訴審においては、日本学術会議での基本高水毎秒2万2000m<sup>3</sup>の国土交通省の検証に対する評価が大きなテーマとなり、申立人らは、分科会の作業の信頼性が極めて低いことについて、要旨、次の通り主張した。

カスリーン台風における八斗島地点の流量毎秒1万7000立方メートルを国土交通省の説明のまま検証せずに受け入れたものであること、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乖離を河道域の拡大と河道貯留により説明しているが、河道域の拡大と河道貯留によって上記の乖離を説明することはできないこと、分科会の使用した流出計算技法が世界的にも未確認の手法である上、中規模洪水で得られたパラメーターを用いて大規模洪水の流出計算を行うと過大な値が出るという欠陥を有すること、分科会の採用した流出率のデータが利根川上流域の実態と乖離しており、流出が高く出るデータを用いて計算が行われていることから、信頼性に欠けるものであって、この検証の結果をもってしても、国土交通大臣のした受益者負担金の上記納付通知が違法であることは明らかである。

- (4) よって、東京都の、国土交通大臣が発する納付通知に基づく受益者負担金の支出は違法となるから、この支出の差止めを求める。

## **2 昭和24年の基本高水・毎秒1万7000m<sup>3</sup>が、昭和5年にカスリーン台風洪水の「氾濫戻し」で、30%増の毎秒2万2000m<sup>3</sup>となる**

利根川水系のカスリーン台風後の基本高水の改定の経緯と変遷の概要は、およそ次のとおりである。

- (1) 昭和24年の「利根川改修改訂計画」では氾濫の論議なし

利根川の治水計画は、既往最大洪水である昭和22年9月のカスリーン台風



洪水に備えるものとして始まった。同24年に策定された利根川改修改訂計画は、同台風時の推計ピーク流量が採用されて、八斗島地点毎秒1万7000 $\text{m}^3$ と策定された。

この改修改訂計画の策定時には、治水調査会の小委員会の審議でも、カスリーン台風洪水での利根川上流域における氾濫流量は全く問題になっていなかった。むしろ、毎秒1万7000 $\text{m}^3$ という推計は過大であるとの議論さえあった（甲B7号証「利根川百年史」906～909頁。甲B18号証「カスリーン台風の研究」・安芸皎一氏の「実態調査報告書」288頁 甲B21号証富永正義氏の「利根川における重要問題（下）」雑誌「河川」所収）

(2) 昭和55年の工事实施基本計画で突然「氾濫戻し」で毎秒5000 $\text{m}^3$ の積み増し

建設省（管轄下の委員会、審議会等を含む）は、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言い出し（「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）を刊行して、カスリーン洪水の計算上のピーク流量は毎秒2万7000 $\text{m}^3$ に及ぶとした（甲B第161号証の1 大熊意見書4頁）。

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 $\text{m}^3/\text{S}$ 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を毎秒2万2000 $\text{m}^3$ と変更した。

(3) 本件訴訟でも、当初はカスリーン台風洪水の氾濫戻しと説明

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 $\text{m}^3$ と改めた理由として、カスリーン台風洪水時に氾濫があったことと、その後上流部での河道改修により洪水が河道内に収まりやすくなったからだとした。この説明は、昭和55年12月の河川審議会における解説と同旨であった。

### **3 平成20年には、毎秒2万2000 $\text{m}^3$ は現在来襲する洪水ではなく、「将来の計画値」と180度変更—平成20年の甲B第90号証の「回答」**

しかし、その後、カスリーン台風が再来しても、現況河川管理施設の下では、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)、上告受理申立人側の調査等で上流部での河道改修はほとんど行われていない事実が徐々に明らかになり(甲B54号証, 同第92号証, 同第127号証)、甲第20号証の「回答」の前提事実が崩れ出すと、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。」とした。この解説では、計画降雨で八斗島地点毎秒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とし、カスリーン台風洪水は計画対象洪水ではなく、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もなく、「将来的な計画値」であると説明を改めたのである。

### **4 だが「八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」計画は「計算上の仮設計」**

(1) 甲B第90号証の「回答」は、「八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」計画について、「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。」としているが、国交省はもとより群馬県も、上流部での河道改修計画などは有しておらず（甲B第118号証）、氾濫対策など将来へ向かっての対応策は何も立てられていない。「今後想定される将来的な河川整備」とか、「将来的な計画値」とかいうが、これを裏付ける河川改修などは何一つ計画されていなかった。

(2) 今日では、この「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」計画が、計算上の仮設計であることは、争いのない事実となっている（甲B第115号証東京新聞。甲B第163号証議事録17頁 田中丸委員の説明）。そして、国土交通省の治水計画では、計画降雨があっても、「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」という洪水が襲うことは理論上あり得ないのである。即ち、関東地方整備局からのさいたま地裁への「回答」（甲B第57号証の4）には、毎秒2万2000m<sup>3</sup>の流出計算を行うための河道条件が示されており、利根川本川で3地区、烏川本川で2地区、鍬川で1地区、井野川で両岸での7法線において、昭和55年時点よりも堤防高を1～5m高くした「計画堤防高」が記載された河道断面が掲載されているが、これに対応する河川の改修計画は、国においても、群馬県においても存在しない（甲B第118号証）。日本学術会議の公開説明会で田中丸委員は、「……計画堤防高に関しては、このような築堤の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。」と説明しているが、これが「計算上の仮設計」の意味である。このように、昭和55年の利根川水系工事実施基本計画は「計算上の仮設計」なのであり、文字どおり机上の計算なのである。

## 5 日本学術会議の検証では、国交省は、「洪水、山に上る」という氾濫報告書を提出

その後の民主党政権下での、馬淵国土交通大臣（当時）の「22000トンあ

りき」の発言に端を発して行われた日本学術会議での基本高水の検証作業は、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い、そこから基本高水のピーク流量を算定するというものであった。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）を作成して分科会へ提出した。しかし、それは河床よりも10m以上も高い高崎市役所の建つ台地に洪水が上がったとか、その下流では河道より数十メートルも高い丘陵斜面に洪水が上がったとか、「洪水、山に上る」という杜撰きわまりない氾濫報告書であった。

関東地方整備局の元河川部長であった河崎和明証人は、それまで、利根川で国が氾濫調査をしたことはなく（河崎証人尋問調書16頁、28頁）、カスリーン台風洪水での氾濫状況は、「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。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。」と証言している（前同22頁）。大氾濫などはなかったのである。それが俄かに氾濫の報告書づくりを始めたので、このような醜態をさらすことになったのである。

## 6 上流の大氾濫も「河道域の拡大と河道貯留」も虚構

(1) 日本学術会議の分科会は、国土交通省の氾濫説については「確かなデータがない中では、この氾濫の議論は無理」（甲B第163号証 議事録23頁）と取り合わず、それに代わる代案として、「河道域の拡大と河道貯留」を提起した。上流部での擬似氾濫説ともいうべきもので、八斗島地点への到達流量が低くなる工夫を示したのである（甲B第147号証 日本学術会議・分科会の「回答」15頁）。こうした努力は、実績流量と計算流量との間の大きな乖離を放置したのでは、基本高水の検証を果たしたとは言えず、その計算の合理性を主張することができないと考えたからであろう。

(2) しかし、この努力は報われなかった。原判決においては、分科会の「回答」

における「河道域の拡大と河道貯留」の記述に対しては、「上記書面の記載全体に照らせば、河道域の拡大と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）と判示した。原判決のこの判示は、この限りで正当であり、分科会のいう「河道域の拡大と河道貯留」が、同台風時のピーク流量を毎秒4000～5000 m<sup>3</sup>も低減させる機能を持つはずはないことは自明であり、そのピーク流量低減の効果は小池委員長が説明したように「……これは先ほど田中丸委員から説明がありましたように、完全ではありません。可能性の指摘にとどめております。」（甲B第163号証 議事録23頁）というものである。上流部の氾濫の存在が検証されたものではないことは学術会議が自認しており、この乖離を説明できたとは言明してはいなかった。「河道域の拡大と河道貯留」の効能はこの程度のものであったが、この原判決の認定により、乖離の説明の不能が再確認されたということになる。重ねて指摘するが、原判決は、日本学術会議分科会が、国土交通省の「上流部での大氾濫説」を補うべく考案した「河道域の拡大と河道貯留」という洪水流量を低減させる提案を明確に却下しているのであるから、カスリーン台風洪水時の氾濫や疑似氾濫という説明は、基本的に成り立たない状況にあるということになるのである。これは利根川の治水計画の致命的な欠陥となっているのである。

- (3) 分科会が、実績流量と計算流量との間の大きな乖離を説明できないということは、分科会の流出計算は歴史的に一回起こった洪水現象の机上の計算結果を事実では裏付けすることができなかったということであり、実態の解明という検証としては不成功であったということになる。適切な降雨データを採用して、流域の流出状況を示す適切なデータを採用して流出計算を行うならば、実際の洪水の再現計算手法は開発されているのであるから（例えば、甲B第146号証 関意見書の流出計算ではピーク流量は毎秒1万6600 m<sup>3</sup>）、事実の裏付けが伴わない計算結果は検証されていないと判断するのが常識、論理の帰結で

ある。

## 7 国土交通省内には基本高水の記録もなし

上記のとおり、国土交通省が、「八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」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、分科会は国交省側の庁内の内部事情について、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。」と報告されている（甲B第147号証「回答」1頁）。これは、国土交通省の庁舎の中にも、「基本高水・毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」という計画のまともな資料が存在しないということである。だから、その説明ができないのである。

## 8 日本学術会議の検証結果とその判示

- (1) 分科会が、カスリーン台風洪水のピーク流量を毎秒2万1100 $\text{m}^3$ と算定した流出計算技法は、分科会自身が「10,000 $\text{m}^3/\text{S}$ 程度のチェックのみでは、昭和22年の20,000 $\text{m}^3/\text{S}$ 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。」（甲B147号証「回答」16頁）とされているものであり、世界的にも未確認の手法であるとされている（甲B第162号証「公開説明（質疑）」9頁「論点6・スライド18」）。そしてかつ、中規模洪水で計算したときのパラメーターを使って大規模洪水を計算すると過大に評価するという（甲B第136号証議事録16頁 立川委員の解説）、致命的な欠陥を有している手法である。

- (2) そしてまた、同じ計算手法を用いても、流出率等を示すパラメーターの選択如何によって、計算値は大きく変わるのである。したがって、試算値に信頼性があるか否かは、計算対象の事象との事実の照合によって検証されなければならないのである。これが検証である。
- (3) 「検証」とは、一般に「ある仮説から論理的に導き出された結論を、事実の観察や実験の結果と照らし合わせて、その仮説を確かめること」（広辞苑）と説かれている。カスリーン台風洪水の再現計算を行うのに実績流量との照合が必須の条件であることは、改めて指摘する要のないことである。
- (4) 国土交通省からの日本学術会議への検証事項の依頼書（甲B第165号証）によれば、確かに「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」とされていて、同台風洪水の実績流量など洪水の事実面の検証は含まれていないが、この検証において、カスリーン台風洪水の実績流量の検証も合わせて依頼していたらどうなったのか。分科会も「河道域の拡大と河道貯留」という以上の説明ができなかったのであるから、同台風洪水の検証は「不能」ということになる。このような事実はおおよそ見通せていたはずであるから、事実面の検証を外したのだと考えて誤りはない。分科会は、公開説明会などでは、「流量についても十分な解明が望ましいとは考えます。ただ、国交省の依頼の本質は、あくまで流出モデルと基本高水の検証でありますので、……」（甲B136議事録19頁 田中丸委員の答弁）と解説したり、小池委員長が、実績流量とされる毎秒1万7000 m<sup>3</sup>について、「この実際の推定流量につきましては、それが国土交通省からの依頼の趣旨ではございませんでしたので、それを了承したのみでございます。」（甲B163号証議事録24頁）といい、基本高水の検証は「メカニズムの理解から、これが妥当と判断しただけです」（甲B163議事録36頁）と解説しているが、そうしなければ、「基本高水の検証」は形の上でも成立しなかったからなのである。これが本来の意味の「検証」に当たらないことは言うまでもない。日本学術会議の基本高水の検証は、この程度の

位置づけで行われたものなのである。

- (5) 日本学術会議分科会の基本高水の検証作業はこのようなものであったのに、原判決は、上のような事実については全く目をつむり、「第三者的で独立性の高い学術的機関である日本学術会議」を強調して、事実面からの裏づけを全く欠く机上の計算結果だけを取り上げているのである（原判決 45~46 頁）。
- (6) 「第三者的で独立性の高い学術的機関である」公的な団体の検証作業が、常に公正に、事実を忠実に理論的な判断を行っているならば、「3.11」の津波災害でも、東京電力の全電源喪失という大失態は招かなかつたはずである。

## 9 国交省の説明による利根川の治水計画は破綻を示した

- (1) 既にみたように、国土交通省の基本高水に対する説明は二転三転し、結局、カスリーン台風の実績推計流量・毎秒 1 万 7 0 0 0  $\text{m}^3$  との大きな乖離・毎秒 5 0 0 0  $\text{m}^3$  の説明を行うことが出来なかった。国交省が、自らが策定した基本高水・毎秒 2 万 2 0 0 0  $\text{m}^3$  計画の策定理由すら説明できないのであるから、その破綻は明らかであろう。そしてさらに、国土交通省の計算ではその規模の洪水が襲うとしても、現在の河川管理施設の下では、国土交通省の資料からみても、計画高水流量を流下させるに足りる河道断面はほぼ全川にわたって概成しているのである。
- (2) 現況では、カスリーン台風が再来しても、八ツ場ダムがなくとも、既設の 6 ダム等の現況の河川管理施設により、八斗島地点では、現行の計画高水流量・毎秒 1 万 6 5 0 0  $\text{m}^3$  にほぼ収まる状況となっており（甲 B 3 9 号証 八斗島地点でのハイδροグラフ）、この計画高水流量については、国の直轄管理区間ではこれを流下できる状況となっている。即ち、利根川水系河川整備基本方針「基本高水等に関する資料」（甲 B 8 4 号証）によれば、「現在の河道で処理可能な流量は、八斗島 16,500  $\text{m}^3/\text{S}$ …であり、これらを計画高水流量とする」（24 頁）とされ、「直轄管理区間の堤防が全川の約 9 5 % にわたって概成（完成、



暫定) している」 (29 頁) とされているのである。

(3) 後述するところであるが、原判決が、控訴人・申立人らの「第1」で述べた主張や論点に触れている事項は、「河道域の拡大と河道貯留」についてと、日本学術会議は第三者的で独立性の高い学術的な機関であるとして、そこでの最終的な報告結果について判示を記述するだけであり、同会議が自認する再現計算手法等の問題点については一言の言及もなく、そして、もとより、控訴人からの治水計画の破綻の主張に対しても応えるところがなかったのである。

この章の冒頭にも述べたが、原判決は、申立人らが主張した利根川治水計画の根幹にある基本高水の不合理性、とりわけ国土交通省がこの基本高水の策定経緯や策定理由すら説明できない事実については、全く判示の対象としていないのである。このことの具体的な指摘とその違法性については、「第3」で指摘する。

## **第2 東京事件東京高裁判決の判断枠組みと他の5事件の高裁判決**

東京事件東京高裁判決は、河川法63条1項に基づく受益者負担金の支出差止を求める本件事案の判断枠組みについて、①一日校長事件最高裁判決を引用・援用し、②納付通知の違法性の判断に関しては「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という基準を用いている。関係する判示は次のとおりである。

### **1 東京事件東京高裁判決の判示**

#### **(1) 一日校長事件最高裁判決の引用**

「同法242条の2第1項1号の規定に基づく差止めの請求は、このような住民訴訟の一類型として、財務会計上の行為を行う職員等に対し、職務上の義務に違反する財務会計上の行為の差止めを求めるものであるから、同号により差止めを求めることができるのは、仮にこれに先行する原因行為に違法事由が存在する場合であっても、当該職員等の財務会計上の行為自体が財務会計法規

上の義務に違反する違法なものであるときに限られると解するのが相当である。」（最高裁昭和 61 年（行ツ）133 号平成 4 年 12 月 15 日第三小法廷判決・民集 46 卷 9 号 2753 頁参照）

(2) 「違法」に代えて「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」の採用

「そして、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先行する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。」（同 25 頁。39～40 頁）

(3) 地方自治体に審査を義務付ける規定の欠如を指摘

「（河川法 63 条、64 条、74 条等の規定においても、当該職員らに対し）受益者負担金の支出について、原因行為である国土交通大臣による納付通知の適法性を審査した上で、これが適法な場合に限りその支出をすべき義務を課することをうかがわせる規定は存在しないことに加えて、これらの規定の定める上記都道府県に納付が義務付けられるなど受益者負担金の性質、その額の決定及び督促・徴収の方法等における国土交通大臣と受益者負担金を負担する都道府県の権限の配分関係をも総合すれば、法が被控訴人建設局課長に対し、受益者負担金の支出について、原因行為たる国土交通大臣による受益者負担金の通知の適法性を審査した上で、適法な場合に限り、上記受益者負担金の支出をすべき義務を課しているものとは認められず、国土交通大臣による納付通知につ

いて、重大かつ明白な違法ないし瑕疵があるなど、上記納付通知が著しく合理性を欠きそのため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、これに基づく被控訴人建設局課長による受益者負担金の支出が違法であるということとはできないというべきである。

そして、その違法ないし瑕疵が明白であるというためには、行為の外形上違法ないし瑕疵が一見看取できるものでなければならないと解される（前掲最高裁昭和44年2月6日第一小法廷判決参照）」（41頁）

## 2 あいまいな判例の援用、そして不明確な判旨

原判決が、本件「1号請求」事案に、「4号請求」事案である一日校長事件判決を援用していることについての問題は、かねてから指摘してきている。そして、一日校長事件判決の援用の趣旨が、原因行為の違法性は必ずしも後行の財務会計上の行為には承継されるものではないとの趣旨であるとの限度での援用であるのか、一日校長事件判決が判示する違法性の審査基準にまで及ぶのかについては、不明確となっている。即ち、原判決は、「①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先行する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、②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、③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」（番号は申立て代理人）とするのであるが、そのうち、③の部分は、ほぼ一日校長事件判決の判示の引用とみられるが、その前の例示として挙げられている「②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」とする判示は、一日校長事件判決の判示には存在せず、原判決が新たに付加したものである。そし

て、原判決は、このように一日校長事件判決をあいまいな形で援用したり、引用したりしながら、実質、違法審査基準を「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」から、「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」にスライドさせてしまっているのである。これは意図的な操作であるといわざるを得ない。

後に、田村教授や野呂教授の論考を基に、原判決の上記の判示の誤りについては、改めて指摘するが、原判決が原因行為の違法審査基準に「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」という高いハードルを持ち込む過程には、何がしかの意図があったのであろうが、このようなからくりが仕込まれていることに留意しておかなければならない。

### 3 東京事件判決以外の5判決の判断枠組み

#### (1) 東京事件判決と同型の千葉事件、群馬事件、埼玉事件

千葉事件、群馬事件と埼玉事件は、東京事件と同型である。即ち、一日校長事件最高裁判決をひき、違法審査基準に「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」を採用している。埼玉事件の判示を取り上げると次のとおりである。

埼玉事件判決 「被控訴人埼玉県知事は、河川法負担金納付通知に重大かつ明白な瑕疵が存する場合でない限り、河川法負担金納付通知を尊重して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り、これを拒むことは許されないと解される。」 (26頁)

#### (2) 一日校長事件最高裁判決の引用のない茨城事件判決

茨城事件判決では、東京事件判決の上記「1の(1)」に挙げたような判示を欠いている。そこで、一日校長事件最高裁判決の引用もない。しかし、もとより、地方公共団体側の「当該支出行為の違法性は必要」として、次のように判示している。

「当該支出行為が違法であるというためには、国土交通大臣がした受益者負

担金の納付通知には、重大かつ明白な違法ないし瑕疵があり、又は外形上一見して看取できる違法ないし瑕疵があることが認められる必要がある。」(27頁)としている。

そこで、結果的には、納付通知の「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という司法審査の判断枠組みが採用されている。

### (3) 「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」を採用しない栃木事件判決

栃木事件高裁判決は、一日校長事件最高裁判決を引用しているが、納付通知に対する違法審査基準においては、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という基準を採用しなかった。「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という基準を採用しなかったのは、6判決の中で、栃木事件判決だけであった。

栃木事件判決の、この部分の判示は、次のようであり、ほぼ一日校長事件最高裁判決の判示を用いている。

「当該財務会計上の行為それ自体が財務会計法規上違法と評価される場合、すなわち先行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確保の見地から看過しがたい瑕疵がある場合を除き、職員等は先行行為を尊重し、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、これを拒むことは原則として許されないものと解される。」(22頁)

## 4 6判決の違法審査の判断枠組みの小括

- (1) 以上のように、6判決のうち、一日校長事件最高裁判決を引用していないのは茨城事件判決だけであるが、6判決はいずれも、本件事案の「1号差止請求」が成立するためには、「当該原因行為について重大かつ明白な違法ないし瑕疵」(東京事件など5判決)が認められるか、「先行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確保の見地から看過しがたい瑕疵が存する場合」(栃木事件判決)を要求している。そうした違法ないし瑕疵が認められないと、「当該職員等の財務会計上の行為自体の財務会計法規上の違法」を構成

しないという判示であり、そうした場合でなければ、納付通知を受けた地方公共団体側は、納付通知を尊重して、これに従う義務があるとの判示となっている（ただし、東京事件判決だけは、「従う義務がある」とまでは判示していない。「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」というにとどめている）。

- (2) そして、もうひとつ共通する特徴は、地方公共団体の支出の違法審査において、原因行為に「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という審査基準を何故求めるのかについての説明が全く欠落していることである。そして、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」とは、具体的にどのような事由が想定されているのかについても判示を欠く。

以上のとおり、6判決とも、国土交通大臣の納付通知の違法性の審査において、河川法63条1項の「著しく利益を受ける」の要件充足の審査から離れて、また、違法（法規違反）の内実も不明な納付通知の「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」あるいは「予算執行の適正確保の見地から看過しがたい瑕疵が存する場合」の立証を要求しているのである。

### **第3 違法審査基準に「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」を用いて手抜き判決**

原判決は、本件受益者負担金の支出差止請求における違法審査基準を、河川法63条1項の要件の存否ではなく、「納付通知の重大かつ明白な違法ないし瑕疵」に差し替えることにより、同条項が定める「著しい利益」の存否や、その前提にある利根川治水計画の不合理性や基本高水の過大性については、ほとんど実質審査を懈怠し、判断も放棄してしまっているのである。その概要は、「第1」で既に指摘した。以下には、原判決の認定事実を追い、これらの事実を指摘する。原判決の審理不尽、判断の脱漏の違法は明白である。

## 1 原判決の構造

(1) 原判決は、前に述べた判断枠組み（「第2の1」）を判示したのち、「以上判示したところに基づき、国土交通大臣のした受益者負担金の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に予算執行の適正確保の見地から看過しえない瑕疵が存在するか否かについて判断する。」（42頁）として、上告受理申立人らの主張を上記の違法審査基準で判断するという構成を採っているのである。

(2) そして、原判決が取り上げている事項は、

「ウ」の項（42～51頁）において、昭和40年の「利根川水系工事実施基本計画」の策定から、平成23年11月の「関東地方整備局事業評価監視委員会」の報告書素案作成までの間に採られた行政措置等の外形的事実、

「エ」の項（51～53頁）において、河川法63条1項の「著しく利益を受ける」の解釈等、

「オ」の項（53～55頁）において、「著しく利益を受ける」に係る事項、

「カ」の項（55～59頁）において、申立人らが主張した分科会の検証作業への疑問についての判示を行っている。

(3) 以上の事項について、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という高いハードルを設定したうえで納付通知の違法性審査を行ったのであるから、当初からその結論は見えていたのである。その審査状況は、以下のとおりである。

## 2 基本高水の策定手続とピーク流量の策定理由についての判示

(1) 原判決は、原判決の「イ」の項（39～42頁）において、受益者負担金の違法の判断枠組みについて、既述のように判示（「第2の1の（2）及び（3）」）したのち、「ウ」の項（42～51頁）において、昭和40年の「利根川水系工事実施基本計画」の策定から、平成23年11月の「関東地方整備局事業評価監

視委員会」の報告書素案作成までの間に採られた行政措置等の外形的事実を時系列的に取り上げている。

(2) まず、国土交通大臣は、昭和40年に「利根川水系工事実施基本計画」を決定し、昭和55年12月これを改訂した、とする。基本高水のピーク流量を、カスリーン台風洪水を主要な対象洪水として基準地点八斗島において毎秒2万2000 $\text{m}^3$ とし、このうち上流のダム群により毎秒6000 $\text{m}^3$ を調節して、河道への配分流量を毎秒1万6000 $\text{m}^3$ とすることとした行政手続と流出計算の概略について判示する(42頁)。「氾濫戻し」については言及がない。そして、平成18年2月には、ダムの調節容量を毎秒500 $\text{m}^3$ 減じて、これを河道へ配分する計画変更にも触れる(43頁)

(3) そして、国土交通省河川局長が平成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」を依頼した事実を認定している。そして、分科会の作業を次のように認定している。

「分科会は、利根川水系で用いられる貯留関数法の位置づけとその仔細を検討し、利用可能なデータを吟味した上で、新モデルの構築における留意事項を国土交通省に提示し、この留意事項に沿って国土交通省によって構築された新モデルに対して、分科会が評価軸を設定し、それぞれの軸に沿って新モデルを評価し、京都大学及び東京大学が有する2つの異なる連続時間分布型モデルを、近年の観測データを用いてそれぞれカリブレーション(流出モデルの出力である河川流量と、降雨などの流出モデルへの入力との関係を決定付ける作業)した上で、両モデルを用いて、モデルの構造やパラメーターを変えることなく、同じモデルで長期の適用が可能であるかどうか検討するとともに、昭和22年の洪水流量の推定幅を推定して新モデルの結果と比較するという方針に基づき、上記の検証を行った。」としている(45頁)。



この判示からも分かるように、この「学術的な観点からの評価」には、現実  
に起こったカスリーン台風洪水の実像（規模）を確認する作業は含まれていず、  
あくまでも貯留関数法上の計算値の整合性を検証するという作業にとどまっ  
ているのである。

- (4) 上記のような検証作業の基本姿勢をもって臨んだ分科会は、若干の誤差を持  
つことを条件としたピーク流量・毎秒2万1100 m<sup>3</sup>が妥当であるとの判断を  
示したのであるが、原判決では、流出計算の手法を含めて主なデータについて  
も言及がなされている（46頁）。しかし、それらは貯留関数法上の机上の計算  
に関してのものだけであり、先の「第1の8」で指摘したような、学術会議で  
も説明のできないカスリーン台風洪水の推計実績流量と計算再現流量との乖  
離の問題や、学術会議が自認するところの再現計算手法が世界的にも未確認な  
手法であり、その正確性が担保されていない事実などについては言及がない。  
判断を回避しているのである。
- (5) ハツ場ダムの洪水調節能力について、同ダムのその容量は最大で6500万  
m<sup>3</sup>であること、同ダムの建設される地点における洪水調節流量は毎秒2400  
m<sup>3</sup>であるとしている。（46頁）
- (6) ついで、カスリーン台風洪水の被害状況についても判示している（47頁）。  
そして、吾妻川には流域にはハツ場ダム以外には洪水調節用ダムはなく、同ダ  
ムの洪水調節量は6500万m<sup>3</sup>であり、水系の既設ダムの中では最大であると  
し、「国土交通大臣による東京都に対する受益者負担金の納付通知は、ハツ場  
ダムによる上記洪水調節量がカスリーン台風洪水のような洪水被害の防止に  
有効であるとの判断に基づくものである。」旨の判示（48頁）を行っている。
- (7) 引き続いて、国土交通大臣が行った、平成13年9月27日の「第1回計画  
変更の告示」、同16年9月28日の「第2回計画変更の告示」。その間の平  
成15年11月20日、学識経験者等の第三者で構成される関東地方整備局事  
業評価委員会を開催し、ハツ場ダム建設事業について総事業費を4600億円

として事業の継続を決定し、平成16年3月29日、個別公共事業の評価書を作成した、などの事実を認定している(48頁)。

- (8) 国土交通省の設置に係る「今後の治水対策のあり方に関する有識者会議」(平成21年12月3日発足)において、平成22年9月、「今後の治水対策のあり方について 中間取りまとめ」において、事業の継続の方針又は中止の方針を決定することとした、とする(49頁)。

そして、関東地方整備局長は、平成22年9月27日、八ツ場ダム建設事業の関係地方公共団体からなる検討の場を設置し、平成23年11月、「八ツ場ダム建設事業の検証に係る検討報告書」を取りまとめた。そして、有識者委員からなる関東地方整備局事業評価監視委員会は、平成23年11月29日、上記報告書を包括的に吟味し、審議した結果、上記報告書(素案)の分析結果は妥当な結論であるとの意見を出した、との事実を認定している(51頁)。

原判決の以上の認定は、基本高水の策定経過については、そこで採られた行政手続を時系列の順でたどったに過ぎないものである。

- (9) 原判決は、以上のとおり、「ウ」の項(42~51頁)において、基本高水の策定経緯の極めて表面的な事実経過とカスリーン台風洪水の概要等について判示をするだけであり、申立人らが強く主張してきた、国土交通省自身が自ら設定した基本高水の説明ができない事実(「第1の2~5、9など」)については、これまた全く言及がないのである。判断を回避しているのである。

- (10) そして、日本学術会議の検証については、基本高水流量の策定や検証における必須の基礎事項であるカスリーン台風洪水時の氾濫状況や同台風時の実績推計流量と再現計算流量との乖離、さらに分科会が自認している大規模な洪水の再現計算手法についての欠陥など(「第1の7、9」など)については、何一つ言及することなく、検証作業の概要を判示するにとどまっている。

即ち、分科会自身が認めている、分科会が用いた計算手法は世界的に未確認の手法であることや、中規模洪水のデータで大規模洪水の流出計算を行うと過

大な値が出るなどの欠陥を有していること。分科会の「回答」（甲B第147号証）には、「ただし、10,000m<sup>3</sup>/S程度のチェックのみでは、昭和22年の20,000m<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付記する」（同16頁）とされており、分科会の責任者である小池委員長が同旨の説明を行っている事実（甲B第163号証議事録8頁）、そして、分科会の計算流量は、検証対象洪水のカスリーン台風洪水の実績流量との間に大きな乖離があり、国土交通省も分科会も、この説明が不能であった事実などについては、全く触れるところはない。つまり、原判決の分科会の検証作業についての判示は計算手法の解説にとどまるものであり、分科会の「回答」の解説のマイナス面については、一言の言及もないものであった。行政側にとって不都合な事実については、すべて判断を回避しているのである。

### 3 原判決の「著しく利益を受ける」の定義と判示

(1) 原判決は、引き続いて「エ」（51~53頁）の項において、河川法63条の「著しく利益を受ける」の一般的な定義として、次のように判示している。即ち、「前記ウ認定判示の事実によれば、洪水により利根川～江戸川の右岸で 破堤した場合、浸水区域が東京都区部にまで達し、多大の被害をもたらす可能性があること、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特別の利益、すなわち、同項所定の「著しく利益を受ける」ものと認められること」（51頁）とする。

(2) そして、原判決は、「ウの項」において述べた事項のうちから、①八ツ場ダムが洪水調節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、②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ていること、③この基本高水のピーク流量は日本学術会議の検証を経ていること、④関東地方整備局が平

成23年11月に作成した「八ツ場ダム建設事業の検証に係る検討報告書」は、有識者委員からなる関東地方整備局事業評価委員会の審議に付され、分析結果が妥当な結論であるとの意見を得ていることなどを、再び取り上げて次のように判示するのであるが、上記のとおり、「八ツ場ダムが洪水調節で有効であれば、東京都は、……「著しく利益を受ける」ものと認められる」とするが、原判決自身では、「有効である」との判断は示していないのである。

「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) 八ツ場ダム建設によって下流都県が「著しく利益を受ける」か否かは、本件受益者負担金の差止請求事件の最大の争点であるのに、原判決の認定では、「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、極めて消極的な判断しか示していない。そして、八ツ場ダムの有用性については、吾妻川水系には既設ダムがないことや水系の既設ダムの中では最大であるなどの事情を挙げるだけで、同ダムの下流都県での水位低減効果などを審理、判断しないまま、「国土交通大臣による東京都に対する受益者負担金の納付通知は、八ツ場ダムによる上記洪水調節量がカスリーン台風洪水のような洪水被害の防止に有効であるとの判断に基づくものである。」旨の判示（48頁）を行っているのである。この点の審理不尽、判断の脱漏は明らかであるが、より問題なのは、原判決が、「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」と判示して、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という判断枠組みの中に逃げ込んでしまい、「著しく利益を受ける」との要件の客観的な違法性審査を行わなかったことである。

#### 4 地財法25条3項の規定も「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」の下位に置く

原判決は、引き続いて、原判決は、引き続いて「オ」（53~55頁）の項において、河川法63条1項の「著しく利益を受ける」の解釈論、東京都の納付通知に対する審査義務のないこと、地方財政法25条3項の規定によっても、東京都の審査義務は認められないなど、次のように判示した。

(1) 八ツ場ダムによって、東京都は「著しく利益を受ける」ものではないとの申立人らの主張に対して

「前記イ、エに判示したところによれば、国土交通大臣が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」ものと判断して行った受益者負担金の上記納付通知について、重大かつ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など、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存在しない限り、上記納付通知に応じて、被控訴人建設局長の行う支出行為が、財務会計法規上の義務に違反する違法なものになるものではないというべきであり、上記納付通知に重大かつ明白な違法ないし瑕疵があるとは認められず、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あるとも認められない」（53~54頁）と繰り返した（なお、ここでは、改めての「著しい利益」の認定がなされているわけではない）。

(2) 地方財政法25条3項等の規定からすれば、国が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、地方公共団体は国に対し、負担金の支出を拒否し、また、支出済み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のであるから、東京都は、納付通知に対して当然に審査権を有し、また審査義務を負うとの申立人らの主張に対して、原判決は、次のように判示した。

原判決は、「争点3について」の「イ」の判示（原判決 25 頁。本補充書の「第2の1の（2）」）を繰り返し、東京都の当該職員の支出行為が違法となるのは、「当該原因行為について重大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く」（54 頁）ときであるとしたうえ、地方財政法25条3項の規定は、「河川法63条1項の『著しく利益を受ける』の要件を具備するか否かの適法性を審査した上、同項に当たらない場合には、その支出を拒否し、同項の要件を具備して適法な場合に限り、上記納付通知に応じた受益者負担金の支出をすべき財務会計法規上の義務を課したものと認められない。」（55 頁）とした。

この判示は、法律時報2014年6月号の「小特集 八ツ場ダム訴訟の論点」の田村・野呂・人見3教授が筆を揃えて強調されている「納付通知を受けた東京都には、これの審査権限と審査義務がある」との所見（甲A第20～22号証）と真っ向から対立するものであるが、原判決の誤りは明白である。

## 5 申立人らの分科会の検証作業と検証結果への批判に対する判示

原判決は、引き続いて、「カ」（55~59 頁）の項において、申立人らの分科会の検証作業と検証結果に対する批判に対して、次のように判示している。

### （1）控訴人・申立人の主張の要旨

原判決は、控訴人・申立人らの、分科会における検証が極めて不十分であるとする主張について、次のように受け止めている。

即ち、「カスリーン台風における八斗島地点の流量毎秒1万7000立方メートルを国土交通省の説明のまま検証せずに受け入れたものであること、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乖離を河道域の拡大と河道貯留により説明しているが、河道域の拡大と河道貯留によって上記の乖離を説明することはできないこと、分科会の使用した流出計算技法が世界的にも未確認の手法である上、中規模洪水で得られたパラメーターを用いて大規模洪水の流出計算を行うと過大な値が出るという欠陥を有すること、分科会の採用した流出率のデータが利根川上流域の実態と乖離しており、流出が高く出るデータを用いて計算が行われていることから、信頼性に欠けるものであって、この検証の結果をもってしても、国土交通大臣のした受益者負担金の上記納付通知が違法であることは明らか」（55頁）と捉えた。

## （2）原判決の判示

原判決は、申立人らの上記の主張に対して、次のように判示した。

「分科会による検証は、第三者的で独立性の高い学術的な機関である日本学術会議によって、専門的な知見に基づいて行われたものであり、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」（56頁。下線は申立人代理人による。以下同じ）とした上、控訴人・申立人らの主張のうち、関証人のカスリーン台風洪水の再現計算で用いられている最終流出率は「0.7」であり、国土交通省が用いているそれとは異なるとし、「上記証言及び陳述書の上記記載から、分科会による検証の内容が、科学的合理性を欠くことが明らかであるとは認められず、他にこれを認めるに足りる証拠もない」（56～57頁）などとしたが、他は何ら実質的な判断を示すこともなく、「カスリーン台風における八斗島地点の最大洪水流量を2万2000立方メートル／秒とする計算に相応の合理性のあることが認められる」（57頁）とし、「控訴人ら指摘の点によっても上記検証が合理性を欠くことが明らかである

とは認められない」などとし、「被控訴人建設局課長に、そのような検討を加えて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を判断しなければならない財務会計法規上の義務があるとも認め難く」（57頁）とした。

さらに、4つめとして、カスリーン台風時のピーク流量については、「当時の流量実績を1万7000立方メートル/秒として計算することが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）。5つめとして、「甲B第155号証、第163号証に照らせば最終流出率を1.0として計算することが科学的合理性を欠くことが明らかであるとは認められない。」（前同）とし、6つめとして、八ッ場ダム治水効果は非常に小さいとの控訴人の主張に対しては、「仮に『著しく利益を受ける』ものでないと認め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というべきである。」（59頁）とし、7つめとして、江戸川の水位低減効果が数センチメートルに過ぎないとの控訴人の主張に対しては、「利根川下流部における八ッ場ダムによる洪水調節効果が大きくないことによって、……国土交通大臣のした受益者負担金の納付通知に重大かつ明白な違法ないし瑕疵が存在するものとは認められず、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が存在するものとも認められない」（前同）として、控訴人・申立人らの主張をすべて排斥した。

### （3）無応答と粗雑が並ぶ原判決の判示

再三繰り返しているが、原判決は、日本学術会議分科会の検証評価作業については、分科会が自認している貯留関数法による基本高水のピーク流量の再現計算手法の不合理性や不確実性、中規模洪水の流出データを用いて大規模洪水を再現すると計算値が過大に出るなどの決定的な欠陥（「第1の8」など）については、何一つ言及がない。

そして、原判決の申立人らの主張に対する回答は、上記のように問題の中身



にはほとんど触れない粗雑なものであった。

例えば、関証人のカスリーン台風洪水のピーク流量の再現計算において、最終流出率に「0.7」を採用して行い、ピーク流量は毎秒1万6600 m<sup>3</sup>程度にとどまるとしたことについて、関証人のこの再現計算は、国土交通省や分科会が用いた同流出率「1.0」とは異なるから、「科学的合理性を欠くことが明らかであるとは認められない」とするのであるが、関証人は、過去の現場で得られている流出データから「0.7」を選択しているのに、このような経緯を全く抜きにして、同じデータが使われていないことを理由にして、同証人の再現計算には合理性はないとするのである。分科会が欠陥を自認する再現計算手法を補正して行った再現計算であるから、手直しが行われているのは当然なのである。そして、もとより、原判決は、どちらの流出率データが過去の洪水とより整合するかのチェックなどは行っていない。

そして、7つめの判示事項であるが、これについては判示の趣旨が不明なところがあるが、八ツ場ダムによって江戸川の水位はほとんど下がらないという事実があるとしても、カスリーン台風での破堤地点は、ずっと上流の埼玉県旧東村であった（原判決 47 頁）から、同破堤地点で水位低減効果が認められれば東京都にとっても「利益がある」との趣旨とも受け取れるが、同台風洪水での東村での破堤は、東武鉄道の陸橋での流木等によるダムアップで、その上流右岸がオーバーフローにより破堤したものであり、八ツ場ダムの建設によって防止できるような破堤形態ではなかったのである。こうした事情も把握せずに、あるいは把握しながら、あいまいな事実の認定によって、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵はない」と結論しているのである。

ともかく、自然科学の分野における検証作業であり、カスリーン台風洪水の再現性の信頼度をチェックする作業であるのに、過去に起こった洪水の規模や態様、そして現在の保水力を増している流域の森林の状態を示すデータなど客観条件を示すデータなどには全く目を向けない、結論ありきの判断。住民・申

立人らの主張に対しては「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」を振りかざして、実質の客観的な違法審査、判断を回避した裁判書きであったのである。

## 6 「重大かつ明白」という高いハードルを設けて手抜き判決

(1) 国土交通大臣が河川法63条1項に基づいて発する納付通知は、「著しく利益を受ける」との条件の下に発せられるものであるからこの条件を充たさない賦課は違法となり、この賦課を受けた地方公共団体は、その支出に応じてはならないことは明らかである（法律時報2014年6月号 甲A20号証54頁右、同21号証62頁左）。

(2) しかし、これまでに見てきたとおり、原判決は、原因行為たる納付通知の違法性を争うには、納付通知に「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」が必要であり、「その違法ないし瑕疵が明白であるというためには、行為の外形上違法ないし瑕疵が一見看取できるものでなければならない」という判断枠組みの下で、国土交通省は、治水計画策定のための所要の行政手続を行い、審議会等での議を経ているなど行政上の手続を履践してきたことを挙げて、納付通知には「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」は認められない、とした。

(3) このことを整理すれば、次のようになる。

まず、原判決は、納付通知に対する行政側の説明責任すら問うことなく、納付通知の違法性の挙証責任を原告・申立人側に全面的に課し（この点の違法・不合理的は、「補充書その3」で詳述した）、その違法の審査基準を「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という超え難い高いハードルとして設定した。そして、このような高いハードルを設定した理由については一言の説明も行わなかった。しかし、河川法上の受益者負担金の賦課を争うについて、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」を必要とすることを定めた実定法が存在しないことは明らかである。このように原判決が設定した納付通知の違法判断枠組みは、そのこと自体正当性が問われるものである。

(4) そして、原判決は、申立人らが「第1」で指摘してきたところの、利根川治水のベースとなっている基本高水流量の策定理由についてすら国土交通省が説明し得ない状態にあることについては審理・判断も回避して不問に付しながら、河川法63条1項の「著しく利益を受ける」の存否については、「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、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」と判示して、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という判断枠組みの中に逃げ込み、「著しく利益を受ける」か否の客観的違法審査を回避した。

そして、基本高水・毎秒2万2000m<sup>3</sup>に対する日本学術会議分科会の検証作業の不信頼性についての控訴人・申立人らの主張に対しても、同様にことごとく、「合理性を欠くことが明らかとは言えない。」として、申立人らの請求を排斥したのである。

(5) このような実体法の定める要件事実に基づく違法審査を離れて、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」というような違法審査基準を持ち込むことが許されるはずはないことは、最早多言を要しないところである。

以上の原判決の審理・判断の仕方は、利根川治水計画の根幹からの不合理性や八ツ場ダムの下流域での受益の希薄性など河川行政側の八ツ場ダム計画の弱点については、控訴人・申立人側の主張をすべて無視したという極めて偏頗な裁判の姿が浮かび上がっている。原裁判所の非中立性、意図的な審理・判断の脱漏の違法は重大であり明白である。

#### **第4 本件差止訴訟での違法審査対象は、河川法63条1項の「著しく利益を受ける」の存否であり、「納付通知の重大かつ明白な瑕疵」の存否ではない**

人見教授や田村教授や野呂教授は、河川法63条1項に基づく納付通知を受け

た地方公共団体が執るべき行動は、同条項の「著しく利益を受ける」という受益者負担金の賦課の要件事実の存否を審査し、その要件の充足を確認した上で支出を行うべきものであると指摘されている。大臣の納付通知であるからと言って、そのことの故に、「国の判断を一方向的に優先させる理由もない」とされる。

## 1 人見教授の原判決批判

(1) 原判決が大臣納付通知の違法審査に関して示した判断枠組みや審査基準に関しての判示や、河川法63条1項における受益者負担金の分担手続、そして徴収手続等に関しての判示に対して、人見教授は、「国の直轄公共事業に係る自治体負担金の法的統制」(甲A22号証)において、次のように厳しく批判をされている。

「このような制度理解と法令解釈は、根本的には日本国憲法92条以下の地方自治保障及び地方自治法等の諸規定に鑑みて、全く妥当ではないと言わねばならない。

まず、国が全国的な視点に立った判断で決定・実施する公共事業について、そこから特定の地方公共団体に「著しく利益」が生ずると国が判断したときには当該地方公共団体に一方向的に負担金支払い義務を課すことができ、地方公共団体はそれに全面的に服従しなければならずそれを争う余地もない、とすれば、それは「地方自治の本旨」(憲法92条、地方自治法1条)に反し、「地方公共団体に関する法令の規定は、地方自治の本旨に基づいて、かつ、国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえて、これを解釈し、及び運用するようにしなければならない」とする地方自治行政の基本原則(地方自治法2条12項)に適合せず、そして地方財政の「自律性をそこない」、「地方公共団体に負担を転嫁するような施策を行ってはならない」とする地方財政運営の基本原則(地方財政法2条2項)の趣旨に反することになる。」

(65頁後段～66頁前段)

(2) そして、人見教授は、本件事案においても、大臣納付通知に対しては、行政処分たる課税処分を受けた納税者が、取消訴訟を提起してその違法性一般を争うことができるのと同様に、金銭支払い義務を課された主体である都県は、この納税者と基本的に同様の立場にあるのであるとされる(甲A22号証人見論文66頁後段)。そして、「地方財政法は、河川法63条1項の負担金の金額を具体的に決定しそれを通知する国土交通大臣の納付通知(河川法施行令38条1項)の他に、負担金の予定額を工事着手前にあらかじめ地方公共団体に通知すべき旨を定めている(地財法17条の2第2項)。」などの事実を挙げて、地方公共団体が、国土交通大臣の納付通知に従わず、その是正を求める等の措置を執ることが都道府県知事には予定されているとされる(67頁前段)。そして、もとより、「当該都県にとって『著しく利益を受ける場合』(河川法63条1項)に当たらないときには違法となる」(68頁後段)とされている。

そうであれば、都県の立場としては、大臣納付通知に対して、当然に審査権を持ち、当該機関は所属庁に対して、ひいては住民に対して業務を誠実に履行し審査を尽くす義務を負っていることは明らかである。

## 2 田村教授の原判決批判

田村教授は、一日校長事件最高裁判決は、本件八ツ場ダムの公金支出差止請求事案とはまったく事案を異にするのであるから、同最高裁判決の引用は誤りであるとされた上、「国と都という二法主体間の法関係と評価、判断することが正当である。…法主体間関係であれば、費用分担者(都)が自身の負う義務の適法性、その内容の適正性を自ら確認、検証することができると思うのが当然であろう。」(甲A20号証54頁後段)とし、「自治体には、事務の処理に当たっての法令遵守義務が一般に課されているため(自治法2条16項)、大臣納付通知の形式、実体の両面にわたる適法性、適正性を自治体自ら審査、判断すべき義務が果たされなければならないはずであり(大臣納付通知の一事をもって当該事務が

免除されるはずがない)、その当然の一帰結として負担金不納付の事実が生じうる。」(54頁後段)とし、「前述のとおり、本判決の事案に即していえば、都は原因行為たる大臣納付通知の形式・実体両面の適法性、適正性を審査する権利を有するのみならず、その義務を免れないはずである。とすれば、当該通知が当然無効であることが必須であるとは考え難く、原因行為が違法か否かこそが重視されなければならない。」(55頁前段)とされている。

### 3 野呂教授の原判決批判

野呂教授は、原判決が、「4号請求事案」である一日校長事件最高裁判決を、本件の「1号請求事案」に適用したことに関して、「一日校長判決の以後の1号請求にかかる最高裁判決も、一日校長判決の引用を慎重に避けていることがうかがわれる。」とし、さらに、「1号・2号請求訴訟においては、行政機関の権限行使の違法性が審査されるのであるから、公務員の職務義務違反がないとして4号請求が棄却される場合でも、先行行為の違法性の承継により、後続行為の差止め等の請求が認められる場合があると解すべきである。」(甲A21号証60頁後段)と指摘されている。即ち、原判決が、「1号請求事案」と「4号請求事案」とを混同して扱っていることを批判するとともに、1号請求事案においても、当該職員の財務会計法上の義務違反が認められなければならないとする原判決の判断を批判されているのである。

そして、野呂教授は、「都府県が国から不利益な措置を受ける関係は、独立した法主体間の関係である。さらに、納付通知は、都府県の公行政活動の監督手段ではなく、国と都府県との間の財産上の利害調整にかかわる行為であり、かつ、都府県の納付義務については「著しく利益を受ける」ことが法律上の要件とされている。そうすると、納付通知が法定の要件を充たさず違法であると都府県が考えるときは、取消訴訟を提起して納付通知の取消しを求めることができると解すべきであり、また、「著しい利益」という要件の司法審査に当たり、国の判断を

一方的に優先させる理由もない。したがって、都府県は違法な納付通知を訴訟を通じて是正するのであって、その手続を怠ったまま漫然と違法な納付通知に従って支出した場合には、違法となると解される。」（62 頁前段）とされている。

そして、野呂教授は、「都府県が納付通知を争うことができないと解するためには、積極的かつ憲法による地方自治の保障に反しない法的根拠が必要となる。」（63 頁前段）ともされる。

#### 4 原判決の誤りは明白

(1) 以上のように、人見教授は、原判決の判断枠組みに対して、「このような制度理解と法令解釈は、根本的には日本国憲法 9 2 条以下 の地方自治保障及び地方自治法等の諸規定に鑑みて、全く妥当ではないと言わねばならない。」と憲法に定める国と地方公共団体との関係を侵すものと厳しく批判され、そして、野呂教授も、原判決の判断枠組みは、憲法の許さないところだと指摘されている。

(2) そして、野呂教授は、原判決が、「4 号請求事案」である一日校長事件判決を、本件「1 号請求事件」に適用したことについて、これまでの最高裁判例に違反している、と批判されている。

(3) そしてさらに、野呂、田村両教授は、一日校長事件は、教育委員会と首長という同一地方公共団体内での権限が法律で分掌されている機関相互の関係で起こった問題であり、支出権限を持つ首長は、先行行為を尊重することが求められている事案であるのに対して、本件事案は、「納付通知は、都府県の公行政活動の監督手段ではなく、国と都府県との間の財産上の利害調整にかかわる行為であり、かつ、都府県の納付義務については「著しく利益を受ける」ことが法律上の要件とされている。」（上記野呂論文）のであるから、一日校長事件判決が判示したような尊重義務が東京都に課されることはなく、納付通知が法定の要件を充たさず違法であると都府県が考えるときは、取消訴訟を提起し

て納付通知の取消しを求めることができると解すべきであり、また、「著しい利益」という要件の司法審査に当たり、「国の判断を一方的に優先させる理由もない。」のである。

(4) 田村教授も、本件事案は、都と国という二法主体間の法関係であると指摘され、そうであれば、「費用分担者（都）が自身の負う義務の適法性、その内容の適正性を自ら確認、検証することができると思うのが当然であろう。」（上記田村論文）とされる。両教授とも基本的な判断は全く同じである。そして、人見教授も、河川法の受益者負担金をめぐる都県と国の関係は、一日校長事件における教育委員会と首長との関係とは「全く異なった独立の法主体の関係」だとされている（68頁前段）。これらの点は、3教授の所見は全く一致している。

(5) 以上のところから、原判決が一日校長事件最高裁判決を誤って引用していることの当否はさて置いても、①本件における国土交通大臣と地方公共団体との関係は、独立した法主体間の関係であり、そうであれば、費用分担者（都）が自身の負う義務の適法性、その内容の適正性を自ら確認、検証することは義務であり、また権利でもある、②そうした審査の結果として、当該負担金の不納付の事実も生ずるが、納付通知の判断基準は、当該原因行為が違法か否かであり当然無効であることが必須であるはずはない、との2点は、3教授とも同じである。このことからすれば、納付通知の存在そのものに地方公共団体に対する過大な拘束力を与え、河川法63条1項の要件の有無の審査から離れて「重大かつ明白な瑕疵」がない限り、納付通知を尊重すべきとした判断は到底是認することができないことは明らかとすべきである。

## 5 東京都が「納付通知に対する判断権がない」とすること自体が違法である

(1) 申立人らは、国土交通大臣の納付通知に対しては、東京都は、河川法63条



1項の「著しく利益を受ける」の要件審査の権利を有し、義務を負うとの主張を重ねてきた。そして、田村教授は、今、みたように「自治体には事務の処理に当たっての法令遵守義務が一般的に課されているため（地治法2条16項）、大臣納付通知の形式・実体の両面にわたる適法性、適正性を自治体自ら審査、判断すべき義務が果たされなければならないはずであり」とされ（54頁後段）、野呂教授は、「納付通知が法定の要件を充たさず違法であると都府県が考えるときは、取消訴訟を提起して納付通知の取消しを求めることができる」と解すべきであり、また、「著しい利益を受ける」という要件の司法審査にあたり、国の判断を一方向的に優先させる理由もない。したがって、都府県は違法な納付通知を訴訟を通じて是正しうるのであって、その手続を怠ったまま漫然と違法な納付通知に従って支出をした場合には、違法となると解される。」（62頁前段）とされている。

- (2) このような関係にあるのに、東京都は、第一審の被告第3準備書面において、次のように主張している。即ち、「河川法63条1項に基づく負担金は、国土交通大臣が行う河川の管理により、同法61条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、当該都府県に負担させるものであるが（河川法63条1項）、当該都府県が著しく利益を受けるか否かは、国土交通大臣に判断権限があり、都府県には判断権限はない。このことは、河川法63条2項によれば、国土交通大臣は、同条1項の規定により当該利益を受ける都府県に河川の管理に要する費用の一部を負担させようとするときは、あらかじめ、当該都府県を統括する都府県知事の意見をきかなければならないとされるが、当該意見照会は、負担すべき金額及び納期限について意見を求めるものであって、当該都府県が著しく利益を受けるか否かについて意見を求めるものではないこと（乙80号証）、また、河川法74条によれば、国土交通大臣から納付命令を受けたにもかかわらず、当該都府県がこれを納付しない場合、国土交通大臣は当該都府県に対し強制徴

収することができる」とされていることから明らかである。」（16～17頁。なお、東京都は、その後、被控訴人準備書面（4）の5頁、及び同（5）の29頁等において、その結論のみを繰り返し述べている）とする。

- (3) 東京都が、このような法解釈の下で、大臣の納付通知に対して、何らの審査を行うことなく本件負担金の支出を行っていたのならば、そのこと自体が違法な措置となることは明らかである。原告側の主張に対する反論として、東京都は、上記のように主張を繰り返しているが、地財法17条の2第2項、3項の規定などについては全く言及がない。同法17条の2の3項には、「地方公共団体は、前項の通知を受けた場合において負担金の予定額に不服があるときは、総務大臣を経由して、内閣に対し意見を申し出ることができる。」と規定されている。この「3項」にいう「前項の通知」というのは、17条の2の「第2項の規定」がこれであるが、同項は「国の行う河川、道路、…等の土木事業で地方公共団体を利するものに対する当該地方公共団体の負担金の予定額は、当該工事の着手前にあらかじめ当該地方公共団体に通知しなければならない。」としている。このような手続規定が置かれている事実からしても、地方公共団体に、納付通知に対する審査権が存在しないなどとは、およそ考えられないところである（甲A20～同22号証の田村、野呂、人見3教授の論考参照）。

## 6 出自の不明な原判決の「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」

- (1) 原判決は、前に（「第2の1の（3）」）みたとおり、「受益者負担金の支出について、原因行為である国土交通大臣による納付通知の適法性を審査した上で、これが適法な場合に限りその支出をすべき義務を課することをうかがわせる規定は存在しないこと」や、「都道府県に納付が義務付けられるなど受益者負担金の性質、その額の決定及び督促・徴収の方法等における国土交通大臣と受益者負担金を負担する都道府県の権限の配分関係をも総合すれば、法が被控訴人建設局課長に対し、受益者負担金の支出について、原因行為たる国土交

通大臣による受益者負担金の通知の適法性を審査した上で、適法な場合に限り、上記受益者負担金の支出をすべき義務を課しているものとは認められず」とする。そして、このことから、「国土交通大臣による納付通知について、重大かつ明白な違法ないし瑕疵があるなど、上記納付通知が著しく合理性を欠きそのため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、これに基づく被控訴人建設局課長による受益者負担金の支出が違法であるということとはできないというべきである」とするのであるが、この判示からは、何故、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という違法審査基準が引き出されたのか、その理由は明示されていない。

(2) 原判決は、もっぱら、当該職員である建設局課長に焦点を当てて審査義務を課した規定はないとするが、本件は「4号請求」事案ではなく、この訴訟において、河川法63条1項の要件の有無を客観的に審査しているのである。それ故、こうした原判決の指摘は見当違いである。そして、国土交通大臣からの納付通知に対して、その賦課を受けた地方公共団体がその要件を審査すべき義務を有し、その要件を不備と判断したときには、地方公共団体はこれに異議を述べ、訴訟も提起できることは、人見教授、田村教授、野呂教授の所見で明らかであり、これの審査に当たって、「国の判断を一方的に優先させる理由もない」のである。

(3) そして、もうひとつ重要なことは、これまでに見てきたように、本件事案の争点は、河川法63条1項にいう「著しく利益を受ける」という要件の存否なのであり、これを具備しない納付通知が違法であることは明白なのであるから、この違法事由に代えて「納付通知の重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という審査基準を充てることは許されるはずはない。上に点検した原判決の判示をみても、これの説明は一言も見当たらない。「重大かつ明白な瑕疵」という事由は、行政行為ないし行政処分の無効原因とされる事由であるから、これを、本件河川法63条1項の審査において、この要件の審査を「重大かつ明白な瑕

疵」に置き換えることは許されるはずはない。

原判決をはじめ一連の高裁判決は、国土交通大臣の納付通知は尊重されるべきとしきりに説くのであるが、これには、原因行為たる納付通知には行政行為の公定力があり適法性の推定が働いているから、これを受けた地方公共団体はこれに拘束されるとの隠された判示が存在しているとも解される。そこで、次にこれを点検することとする。

## 7 原判決は、「重大かつ明白な瑕疵」を公定力理論から引き出している— 田村教授の所見

- (1) 原判決が「重大かつ明白な瑕疵」を持ち出した理由について、田村教授は、
- 「本判決は、いわゆる行政行為の公定力理論に依拠して、原因行為たる大臣納付通知に重大かつ明白な瑕疵がなければ、それは有効であり、したがって、当該大臣納付通知を『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』と解しているようである。」と解説されている（甲A20号証55頁前段）。申立人らも、この見解に同意する。行政行為の公定力理論は、かつて、便宜に用いられてきて、無効原因がある場合以外にはこれを有効と取り扱うことで、多くの疑義のある行政処分等を不問に付してきたが、厳しい批判を浴びて、今日では極めて限局された場面でしか用いられていない。そこで、この「公定力理論」を用いても、田村教授が指摘されるように、
- 「重要なのは、行政行為の有効・無効という効果の有無ではなく、その適法・違法にあらう。極めて基本的なことであるが、瑕疵ある行政行為は違法であり、その違法性が公定力により治癒されて適法となるものではない。瑕疵ある行政行為は違法であるが、権限ある機関によって当該行政行為が取り消されるまではなお有効であるとするのが行政行為の公定力に関する通説的理解である。」
- のであり、違法審査基準を「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」と採る理由はないのである。

(2) そこで、現代の公定力理論によっては、「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。」（判決 25 頁）とする判断は是認されないことを論証しよう。

## 第5 現代の「行政行為の公定力」から「重大かつ明白な瑕疵」の違法審査基準を引き出すことはできない

「行政行為の公定力」というのは、実定法に定められている効力ではなく、また、戦後の行政法学会等の中での取り扱いや、判例法における位置付けにおいても大きな変化があった。本章においては、宮崎良夫教授の「行政争訟と行政法学」（平成 16 年弘文堂。甲 A25 号証）に基づいて「公定力理論」の功罪と盛衰をたどる。その結果、原判決が、河川法 63 条 1 項の「著しく利益を受ける」との要件事実の審査に代えて「納付通知の重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という違法審査基準を用いたのは、国家意思の優越性という解釈理念がまかり通っていた時代の、古典的な公定力理論に依拠していることが明らかになった。以下には、原判決が試みているような、本件の違法審査基準を「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」に振り替えるような違法操作は許されないことを論証する。

### 1 田中二郎教授と公定力理論

(1) かつては、行政行為は、法律に基づく公権力の行使であることの特殊性に基づき、その成立に何らかの瑕疵があっても、それが重大かつ明白な瑕疵であつてそのために絶対に無効と認められる場合のほかは、原則として、適法として、適法の推定を受けるとされてきた。その代表的論者は、田中二郎教授である。田中教授は、

「行政行為は、その成立に明白且つ重大な瑕疵があり、絶対に無効と認められる場合の外は、一般に拘束力を有し、相手方はもちろん、行政庁も、これを有効なものとして尊重しなければならない。これを行政行為の拘束力（略）という。この行政行為の拘束力は、瑕疵ある行為についても、その絶対に無効と認められる例外の場合を除いて、一般に認められる。すなわち、一旦、行政行為が行政庁の一般的権限に基づいてなされたときは、一応、行政行為の要件を具備した適法の行為であるという推定（略）を受け、権限ある行政庁の職権による取消がなされるか、一定の争訟手続によって争われた結果、行政庁又は裁判所による取消がなされるまでは、その行政行為は、相手方はもちろん、行政庁その他第三者をも拘束する力を有するものとされる。」（甲A26号証 田中二郎「行政法総論」法律学全集1957年。275頁）と説明する。

(2) しかし、現在では、そのような考え方はとられてはいない。今日では、公定力とは、行政行為には適法性の推定が働くなどの議論がなされることはなく、取消訴訟の手続を経ないかぎり否定され得ないという制度の仕組みをいうのだと、ということにとどまっている。

田中二郎教授に代表される昭和30年代の公定力理論は、「国家意思の優越性」を色濃くもったものであったが、一方ではこれに強く反発する見解も早くから提起されていた。そのひとつの見解が次のような渡辺洋三教授の見解であるが、今日の通説的な見解に極めて近いものである。

「公定力とは、瑕疵ある行政行為に瑕疵なき行政行為と同様の拘束力を与えるというのではなく、瑕疵があろうとなかろうと（客観的に適法であっても違法であってもかまわない）、とにかく、裁判所が介入する以前の段階で行政庁の主張する仮象の法と国民の主張する仮象の法とが対立した場合、ともに仮象の法ではあるけれども、ひとまず行政庁の主張する仮象の法に実在の法であるかのような実効性を与えておくということであり、またそれ以上の何ものでも

ない。換言すれば、公定力とは、適法か違法かという実体法上の次元の問題ではない。それは適法であれ違法であれ、行政行為が存在するという事実があるとき、その行政行為の存在に一時実効性を附与するという手続上の問題に過ぎない。」（甲A27号証 渡辺洋三「現代国家と行政権」（東京大学出版会 1972年）76頁）との批判である。

## 2 宮崎良夫教授の評価

こうした学説や理論によって判例が展開されたのは、昭和30年代ころからとされているが、宮崎良夫教授は、こうした学説に対しては次のように解説されている。

「よく知られるように、戦前の美濃部達吉が公定力の根拠としたのは、国民に対する『国家意思の優越性』であった。すなわち、彼によれば、『国家と人民との間の法に於いては意思の力に優劣強弱の差等があり、国家は優越なる意思の力を以って相手方に対する』のであり、『公法上の関係に於いては国家の意思が優越な効力を有し相手方の意思に拘わらず其の一方的意思を以って何が法なるかを決定することを得べく、相手方は其の効力を否定することを得ない』というのである。」（甲A25号証262～263頁）（甲A25号証によれば、上記の引用されている美濃部達吉氏の著作は、美濃部達吉「公法と私法」1935年 日本評論社119頁であるとされている）

## 3 田中二郎説が原判決に与えている影響

(1) 田中二郎教授の、「それが取り消されるまでは、その相手方はもちろん、裁判所、行政庁その他の第三者も、一応これを有効な行為として尊重しなければならないものとされる。行政行為が、このように、その内容に応じた効力を有することの承認を強要する効力を公定力と呼び、行政行為のもつこういう性質を公定性という」（「新版行政法」）とする見解は、まさに「国家意思の優越

性」を顕わにした見解である。戦後間もない時期では、法の支配の原理と法治行政の原理とを同一視する傾向があるとの批判もなされ、また、私人に対する行政権の優越性が当然とされる風潮もあり、田中教授らの見解は、こうした時代を強く反映したものであったのであろう。

(2) そして、こう見てくると、先にみた本件八ツ場ダム訴訟の一連の東京高裁判決が、河川法に定める受益者負担金の賦課を命ずる納付通知を、地方公共団体の納付通知の賦課要件の審査の上位に置いたことは、数十年前の時代の「国家意思の優越性」の再現と理解すれば、それなりの納得がいく。田中二郎教授の教えるところから従って、とにかく国の命令はまず尊重されるべきだ、というのであろう。しかし、今日、このような公定力論が許されるはずはないことは明らかである。

(3) そして、田中二郎教授の「行政行為は、その成立に明白且つ重大な瑕疵があり、絶対に無効と認められる場合の外は、一般に拘束力を有し、相手方はもちろん、行政庁も、これを有効なものとして尊重しなければならない。これを行政行為の拘束力（略）という。この行政行為の拘束力は、瑕疵ある行為についても、その絶対に無効と認められる例外の場合を除いて、一般に認められる。」

（甲A26号証「行政法総論」）との記述は、原判決が、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という違法審査基準を、何故採用したのかについての回答をも与えているようだ。即ち、田中教授は、上記のように、一旦なされた行政行為については、公定力があり適法性の推定を受けるとされ、その拘束力もあるとし、行政行為の効力を、①有効か、②重大かつ明白な瑕疵のある無効かという、二項対立の図式で評価をしている。原判決も、「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られないと解するのが相当である。」（同25頁）としているところ



からすれば、二項対立の図式で捉えていることは全く同じである。こうした点からも、原判決は、昭和30年代の公定力理論に依拠しているものと理解されるところである。

#### 4 昭和30年代半ば以降の判例・学説の動向

(1) 戦後の日本では、昭和30年代に学説・判例上公定力の概念が定着するようになったとされている。そして、公定力の理論は、最高裁判例としては、昭和39年10月29日の最高裁判決がよく挙げられている。この事件は、「ごみ焼却場の設置許可処分無効確認請求事件」であるが、この判決では、公定力という言葉は用いられてはいない。しかし、行政行為の公定力の根拠が行政行為の公権力性と公共性及び行政法関係の安定性に求められ、公定力の内容として処分の相手方や他の国家機関によって尊重されるべきことが説かれ、さらに公定力の効果として行政行為が適法性の推定を受け、公定力排除のために抗告訴訟が排他性をもつことが説かれているとされている。しかし、行政行為の適法性の推定を過度に強調するようになれば、それに係わった国民やその関係者の権利や利益の保護が損なわれる場面が広がることは否めない。こうした公定力理論の学説や判例の推移について、宮崎良夫教授は、「公定力理論を適用したことが、結果的に、違法な行政行為の存在を容認し、それによって権利・利益の保護を否定する結果をもたらしたことは、公定力理論の正当性に疑念を生じさせるものであった。昭和30年代に入ると、多くの学者によって公定力理論に対する批判がなされるようになるが、それはまた、戦前以来の伝統的行政法理論に対する批判と表裏一体をなしていた」(285頁)と指摘されている。

(2) こうした経緯を経て、美濃部→田上・田中教授らの系譜の公定力理論への批判を強める諸学者の見解が相次いで発表されたが、宮崎教授は、これらの諸学説を次のように総括されている。

「民法・法社会学者である渡辺洋三教授は、昭和30年の論文および昭和3

3年の論文で、私人に対する行政権の優越性を所与の前提とすることは「法の支配」の原理に適合しないと、とくに公定力の理論に関しては、「法治主義の要請からいって与えてはならないものを与える、という点に公定力の核心があるのだとすれば、この意味での公定力なるものが法治主義と矛盾する対立概念であることは論理的に明らかである」と厳しく批判していた。

こうした行政法学以外の分野からする伝統的行政法理論の批判ないし行政行為論批判は、行政法学者にも大きな影響を与えたといつてよいであろう。それらの批判と呼応するように、行政行為の公定力理論に対する批判的検討が行政法学者からもなされるようになった。高柳信一教授は、昭和38年の論文で、公法関係において行政主体の意思の優越性を自明のものとして承認する伝統的行政法理論に対し、いうところの「行政主体の意思の優越性」とはけっして自明の前提ではなく、実定法規がもたらすものであつて、それ以上のものではありえないとして、公法関係の特殊性を強調する見解を批判したのであった。

(286頁)

さらにまた、行政行為の公定力理論に関しても多くの批判が加えられるようになった。とくに、批判の矢が向けられたのは、公定力理論が説くところの「行政行為の適法性推定」説に対してであった。たとえば、黒田覚（弁護士）は、行政行為の公定力から行政行為の適法性推定を導き出すことはできないとし、また適法性の推定を訴訟法上の推定にまで高めて、原告に立証責任を課すことはできないと批判した。同様に、広岡隆教授も、行政行為の公定力および執行力に関する一連の論文で、公定力は行政法関係の安定性、行政の円滑な継続的運用の見地から法政策的に行政行為に付与されるものであり、行政行為における行政権の判断が裁判所の公権的法律判断と同様のものとして通用するとは考えることができず、行政行為に適法性の推定を語ることはできないと批判したのであった。」(286頁)

以上に引用した宮崎教授の指摘は、これまでの行政争訟の病巣を根底から抉り

出すものとなっている。申立人らは、これを全面的に援用するものである。

## 5 今日の通説的見解

「行政行為の肯定力」についての通説とされる学説で、代表的なものを挙げれば次のようである。

### (1) 塩野宏教授（甲 A28 号証「公法と私法」有斐閣 1989 年 279 頁）

「ここでは最早、かつて美濃部が試みたような、行政行為の適法性推定論を中心とする、権力の法理論化を必要としない。人は端的に、公権力の行使に当たる処分の効果を否定するには、原則として、取消訴訟のみを利用すべしとする取消訴訟の排他的管轄にかかる制度—ここから公定力といわれる効果が生ずる—と、同じく取消訴訟に付属せしめられた、出訴期間制度—ここから不可争力なる効果が生ずる—及び、ときに公権力の行使たる命令行為に付加せしめられる自力救済制度—ここから執行力なる効果が生ずる—によって、私人の活動にはみられない、特別の効果は、ここに存する、というだけで足りる。その効果が認められる所以は、行為の適法性にある、という論理上の必要もなければ、解釈論上の意義もないのである。」

### (2) 宮崎良夫教授（甲 A25 号証 288 頁）

「今日では、行政行為の公定力とは、行政行為の効力、より正確に言えば、行政行為によって創出された法的効果は、取消訴訟の手続を経ないかぎり否定され得ないという制度の仕組み（いわゆる取消訴訟の排他性）を指すものと解されよう。」とされている。

このように、「行政行為の公定力」というのは、今日では「取消訴訟の手続きを経ない限り否定されないという制度の仕組み」というだけに扱われているのであり、適法性の推定も拘束力も既に剥ぎ取られているのである。

## 6 最高裁判例で排斥されている公定力理論

(1) 宮崎教授は、美濃部、田中に代表される公定力理論と、これに依拠して国民の権利救済を軽んじてきた判例の流れに対して、次のように厳しい目を向けられている。

「裁判官等の実務家も美濃部達吉や田中二郎の公定力説の『学問的権威』に依拠するだけでなく、公定力概念の『有用性・便利さ』に着目し、実務上に生じた種々の具体的な行政法上の問題に対して公定力概念を安易に適用して問題の解決を図るという傾向を見せてきた。おそらく、最近まで行政行為の公定力概念のもっとも有力な支持者は裁判官層ではなかったかと思われる。しかし、そのような公定力概念の安易な適用は、ある意味では法的思考の画一化をもたらし、かえって問題の解決にふさわしい妥当な推論を妨げる例もみられる。」（甲A25号証253頁）と指摘されている。

(2) その一例として、住民訴訟ではしばしば登場する川崎市役所職員の分限免職処分事件を取り上げている。

この事件は、収賄行為のため有罪判決が確定した公務員に対して任命権者である市長が懲戒免職処分とせず分限免職処分にして退職手当を支給したのに対して住民訴訟が提起されたという事案であるが、第一審が被告の主張する公定力論を排して原告住民の請求を認容したのに対して、第二審の東京高裁は、行政側の公定力の理論の主張を採用して結論を逆転させ、次のように判示した。即ち、「分限免職処分は行政処分であるから、仮にその処分に違法な点があったとしても、それが取り消されることなく、外形上有効なものとして存在する限り、何人も（右処分庁自身も含めて）これを有効なものとして取り扱わざるを得ず（いわゆる行政処分の公定力）、従って分限免職処分に違法な点があるからといって、その結果これを前提とする退職手当の支出が当然に違法となるものではない」とした案件である。

(3) 宮崎教授は、これについて、「このような高裁判決の論法をもってしては、

退職手当の支給に対する住民訴訟はほとんど有効に機能しないであろう。さすがに、最高裁はこのような論理を採用しなかった。最高裁は、たとえ収賄行為という違法行為をした公務員に対してであれ、分限免職処分でのぞむか懲戒免職処分でのぞむかは任命権者の裁量に属し、その裁量の行使が社会通念に照らし著しく妥当を欠くものでないかぎり、任命権者の裁量が尊重されるべきところ、本件においてはそのような裁量権行使の違法性は認められないとしたのであった。最高裁判決の言う裁量統制の理論枠組みに問題があるとしても、少なくとも最高裁は本件の住民訴訟を公定力の理論で処理することはしなかった。」(253頁)と評されている。

## 7 「第5」のまとめ—宮崎良夫教授の公定力論から

宮崎教授は、その著作(甲A25号証)の「第7章 行政行為の公定力(その2)」の章の末尾における、戦後の公定力理論の学説や判例の推移や盛衰、その功罪等を総括した上での「結び」において、行政行為の公定力の問題として論じられてきた事柄のうち、「残されるものは、行政行為による法的地位の変動の回復を求めるためには、取消訴訟の方法によらなければならないとされているということだけだろう。それ以外の事柄については、もはや公定力の概念を用いないほうが、問題の解決に有用であると思われる。」と、次のように締めくくられている。

「行政行為の公定力の理論は、繰り返し述べてきたように、ある意味でわが国に特有のものであったといえることができる。しかも、その内容がまた多義的であったために、きわめて包括的であり、行政法上の多くの問題を説明することができた。しかし、問題はそのような公定力理論の枠組みで導き出された結論が妥当性を有したかどうかという点にある。結論的に言えば、これまでの考察が示してきたように、公定力理論から導き出される結論は、行政権に対する国民の権利・利益の保護を強化する観点からは、消極的に評価せざるを得ないものであった。おそらく、これまで行政行為の公定力の問題として論じられてきた事柄のうち、

残されるものは、行政行為による法的地位の変動の回復を求めるためには、取消訴訟の方法によらなければならないとされているということだけであろう。それ以外の事柄については、もはや公定力の概念を用いないほうが、問題の解決に有用であると思われる。」（甲A25号証321頁）

本件事案そして原判決は、正に、「結論的に言えば、これまでの考察が示してきたように、公定力理論から導き出される結論は、行政権に対する国民の権利・利益の保護を強化する観点からは、消極的に評価せざるを得ないもの」であるのである。

そして、今日においては、行政行為の公定力理論からは、適法性の推定すら引き出されることはないのであるから、この理論によって、実体法で法定する河川法63条1項の「著しく利益を受ける」の有無の審査に代えて、「納付通知の重大かつ明白な違法ないし瑕疵」を審査基準とするがごとき論理操作が正当化されることはないのである。次には、これまでの論証に基づいて、原判決の違法を具体的に指摘することとする。

## **第6 原判決の判示を公定力理論で補充したとしても、原判決の「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」理論を正当化することはできない**

前章までの検討において、本件公金支出差止訴訟での違法審査対象は、河川法63条1項の「著しく利益を受ける」の存否であり、「納付通知の重大かつ明白な違法ないし瑕疵」の存否ではないことが明らかになった。

そこで、本章においては、原判決の判示から、この判断枠組みの違法を再確認するとともに、原判決が、利根川治水の出発点となっている基本高水のピーク流量策定の不合理性についての主張や、「著しく利益を受ける」関係にないことの客観的な違法事由の審査において、公定力概念を安易に用い、問題の解決を図ってきた事実を指摘する。こうした原判決が押し出している判断枠組みや判断手法は実定法のどこを探しても存在しないのであって、原判決は法治主義の大原則に

反する大きな誤りを犯すものであることを指摘するものである。

## 1 今日「公定力理論」からは、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という違法審査基準は導き得ない

- (1) 行政行為の公定力についての現在の学説については、いま見てきたが、それによれば、今日では、行政行為の公定力理論として、行政の効力として承認されているものは、「行政行為による法的地位の変動の回復を求めるためには取消訴訟の方法によらなければならないとされているだけである」とされている。このことから、最早、行政行為や行政処分には適法性の推定は働かないという見解が今や確立しているということになる。
- (2) 昭和30年代の公定力論は、裁判実務において裁判官たちに愛用されてきたから、それが力を失うには一定の時間がかかったが、宮崎教授が、渡辺洋三教授の言葉を借りて指摘されるように、「民法・法社会学者である渡辺洋三教授は、昭和30年の論文および昭和33年の論文で、私人に対する行政権の優越性を所与の前提とすることは「法の支配」の原理に適合しないとし、とくに公定力の理論に関しては、「法治主義の要請からいつて与えてはならないものを与える、という点に公定力の核心があるのだとすれば、この意味での公定力なるものが法治主義と矛盾する対立概念であることは論理的に明らかである」と厳しく批判されてきた経緯と歴史の上での成果であったのである。
- (3) ところで、原判決が、納付通知の違法性の判断枠組みについて、「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。」（原判決25頁）としていることは、昭和30年代の田中二郎教授の「公定力理論」のひき写しであることは、既に見たとおりである。原判決が、本件納付通知

の違法審査基準について、河川法63条1項の「著しく利益を受ける」の要件の審査を離れて、「納付通知の重大かつ明白な違法ないし瑕疵」と置き換えたのも、田中教授の「その行政行為は、相手方はもちろん、行政庁その他第三者をも拘束する力を有するものとされる。」（甲A26号証 田中二郎「法律学全集」）との、最も古典的な公定力理論に依拠するものであることは明らかである。

(4) 昭和30年代の「国家意思の優越性」という解釈理念の下での公定力理論においては、行政行為の適法性の推定が働き、国土交通大臣からの納付通知であることの故に、「その行政行為は、相手方はもちろん、行政庁その他第三者をも拘束する力を有するものとされる。」とまで扱われてきたのである。しかし、行政行為の公定力の中に、適法性の推定も働かない以上、今日では、国土交通大臣からの納付通知であることを理由にして、実体法の規定を超えて納付通知に適法性の推定や拘束力が与えられるはずはない。そして、納付通知の名宛人の要件充足の有無についての審査権を奪うというような解釈が肯定される余地は、さらにはない。

(5) よって、公定力理論によっては、原判決の上記のような判示や判断が支持されることはない。原判決の、そして本件事案の一連の東京高裁判決の前記、判断枠組みが生きながらえる時代ではないのである。

要するに、本件「1号請求」事案においては、八ツ場ダム建設によって、東京都が「著しく利益を受ける」という関係にあるのか、そして、その前提問題として、利根川の治水計画、その中で基本高水流量の設定が合理的になされているかこそが司法審査の中心課題であるのであって、「納付通知の重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という違法審査基準は、今日の公定力理論によっては何ほども正当化されることはないのである。

そして、東京都に、河川法63条1項の要件の審査義務が存在することも、これまでに人見、田村、野呂3教授らの論考によってみてきたとおりである。



(6) さらにもうひとつの重大な問題がある。本件「1号請求」事案は、国土交通大臣の納付通知が発せられて、その受益者負担金の納付期限が到来する前の状態で河川法63条1項に定める「著しく利益を受ける」の事実の司法審査が行われているのであり、過去に起こった公金支出の事後審査を行っているわけではない。裁判官の目前で受益者負担金のその要件事実の審査を行っているのであるから、法規範は河川法63条1項以外にはありえず、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」ではあり得ない。かかる状態にあつて、なお原判決の事後審査的な違法審査基準である「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」を用いることが正当であるというのなら、それは、住民訴訟の否定を意味することにもなる。この点からしても、到底許されることではないのである。

## **2 原判決は、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」を採用して、治水計画の不合理性や「著しく利益を受ける」の実質審査を回避したのである**

原判決は、本件受益者負担金の支出差止請求事案の中心争点である、八ツ場ダム建設によって東京都が「著しく利益を受ける」という関係にあるのか、そして、その前提問題として、利根川の治水計画、その中で基本高水流量の設定が合理的になされているかという本件の司法審査の中心課題については、多くの論点でほとんど審査を行わなかった。この事実を簡潔に示す。

### **(1) 申立人らの基本的な主張の骨子・要旨**

本件八ツ場ダムの治水上の不要性に関する主張ないし八ツ場ダムの建設に伴う受益者負担金の支出差止めを求める主張の骨子は、「本補充書その5」の「第1の1」に略記したとおりである。この「第6」での論議を行うため、これを再掲すると、次のとおりである。

① 建設省は、昭和55年の利根川水系工事実施基本計画では、カスリーン台風洪水の「氾濫戻し」を理由に、毎秒2万2000m<sup>3</sup>と増量改定したが、その後の国土交通省の説明は二転三転し上流部の大氾濫は説明不能に陥って

いる。つまり、治水計画の目標流量という計画の根幹部分において、事実をもって裏づけができないという重大な不合理を抱えており、破綻を示している（詳細は、「第1の2～5」に記述）。

② 既設6ダムを含む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、ほぼ計画高水流量規模程度の毎秒1万6750 $\text{m}^3$ にとどまる（甲B39号証）。そして、国の直轄管理区間である八斗島下流では、計画高水流量（毎秒1万6500 $\text{m}^3$ ）を流下させる河道の断面は既に確保されている（甲B84号証 利根川水系河川整備基本方針「基本高水等に関する資料」24,29頁）。そして、八ツ場ダムができて、計画洪水時に江戸川では水位が数cmしか低減しないのであるから、東京都には河川法63条1項の「著しく利益」を受ける関係にはない（詳細は、「第1の1の（2）、及び9の記述」）。

③ 日本学術会議分科会は、基本高水の検証に対する評価の作業においては、カスリーン台風における八斗島地点の流量毎秒1万7000立方メートルを国土交通省の説明のまま検証せずに受け入れたものであること、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乖離を河道域の拡大と河道貯留により説明しているが、河道域の拡大と河道貯留によって上記の乖離を説明することはできないこと、分科会の使用した流出計算技法が世界的にも未確認の手法である上、中規模洪水で得られたパラメーターを用いて大規模洪水の流出計算を行うと過大な値が出るという欠陥を有すること、分科会の採用した流出率のデータが利根川上流域の実態と乖離しており、流出が高く出るデータを用いて計算が行われていることから、信頼性に欠けるものであって、この検証の結果をもってしても、国土交通大臣のした受益者負担金の上記納付通知が違法であることは明らかである、などとした（原判決55頁での判示。詳細は本補充書の「第1の6、8」）

(2) 原判決の判断—無応答か「合理性を欠くことが明白であるとは認められない」

ア 原判決は、上記の①についての申立人らの主張に対しては、ほとんど無応答であった。国土交通省が昭和55年に策定した基本高水のピーク流量・毎秒2万2000m<sup>3</sup>は、昭和24年の1万7000m<sup>3</sup>を約30%も上る増量改訂であったが、「氾濫戻し」との解説はその後の国土交通省の説明で二転三転し説明は破綻を示していたのに、原判決は、こうした申立人らの主張に対しては、何らの判断も示さなかった。そして、申立人らは、この国土交通省の破綻した基本高水の解明と治水計画の根本にある疑問を解明するため、関東地方整備局の河川部長の証人尋問等を求めていたが、原裁判所はこれも却下して、控訴人側の立証の道をふさいだ。

原判決が、基本高水の策定経緯等について行った判示は、原判決「ウ」の項(42~51頁)において、昭和40年の「利根川水系工事実施基本計画」の策定から、平成23年11月の「関東地方整備局事業評価監視委員会」の報告書素案作成までの間に採られた行政措置等の外形的事実にとどまるものであった。

以上の原判決の審理・判断の仕方をみると、利根川治水計画の根幹からの不合理性や八ツ場ダムの下流域での受益の希薄性など河川行政側の八ツ場ダム計画の弱点については、控訴人・申立人側の主張をすべて無視したという極めて偏頗な裁判の姿が浮かび上がっている。原裁判所の非中立性、意図的な審理・判断の脱漏の違法こそ重大かつ明白であるといわねばならない。

イ そして、上記の②についての申立人らの主張に対しても、原判決は、ほとんど無応答であったが、唯一、河川法63条1項の「著しく利益を受ける」に関しての判示がなされている。

これについての原判決の判断は次の通りであった。

「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。」（原判決 52~53 頁）とした。

これへの批判は、本「補充書その5」の「第3の3」において行ったが、上記のように、原判決は、極めて消極的な判断しか示していない。原判決が関連して認定している八ツ場ダム の有用性は、吾妻川水系には既設ダムがないことや水系の既設ダムの中では最大であるなどの事情を挙げるだけで、同ダムの下流都県での水位低減効果などを審理、判断をしないまま、「国土交通大臣による東京都に対する受益者負担金の納付通知は、八ツ場ダムによる上記洪水調節量がカスリーン台風洪水のような洪水被害の防止に有効であるとの判断に基づくものである。」旨の判示（48 頁）を行っているのである。原判決自身が「著しい利益を受ける」との認定は行っていない。結局、ここでも、「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」として、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という審査基準に逃げ込んで、河川法63条1項の要件事実の審査を回避しているのである。

ウ そして、上記の③についての申立人らの主張に対しては、本「補充書その5」の、「第3の5 申立人らの分科会の検証作業と検証結果に対する批判に対する判示」のとおりであった。原判決の申立人らの主張に対する応答項目は6~7項目あった。そのいずれもが、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という違法審査基準の下で、「合理性を欠くことが明白であるとは認められない」とするものであった。そこでも述べたが、原判決の認定や判

示は、自然科学の分野における検証作業であるのに、過去に起こった洪水の規模や態様、そして現在の保水力を増している流域の森林の状態を示す洪水流出のデータなど客観条件を示すデータなどには全く目を向けない、結論ありきの判断。住民・申立人らの主張に対しては「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」を振りかざして、実質の客観的な違法審査、判断を回避した裁判書きであったのである。

原判決は、もともとこのような超え難い高度の主張、立証責任を住民・申立人側に課した上での審理であったから、河川管理者側の当該職員の証人申請をも排して実質の審理を行わず、上記のような論点についての排斥理由を、ことごとく「合理性を欠くことが明白であるとは認められない」として、請求を排斥したのである。

(3) 本件事案は、宮崎教授の指摘の典型例である

宮崎教授は、「行政争訟と行政法学」(甲A25号証)において、「裁判官等の実務家も美濃部達吉や田中二郎の公定力説の『学問的権威』に依拠するだけでなく、公定力概念の『有用性・便利さ』に着目し、実務上に生じた種々の具体的な行政法上の問題に対して公定力概念を安易に適用して問題の解決を図るという傾向を見せてきた。おそらく、最近まで行政行為の公定力概念のもっとも有力な支持者は裁判官層ではなかったかと思われる。しかし、そのような公定力概念の安易な適用は、ある意味では法的思考の画一化をもたらし、かえって問題の解決にふさわしい妥当な推論を妨げる例もみられる。」(253頁)と指摘されている。

先に点検したとおり、原判決が、利根川治水計画の基本的事項である基本高水の不合理性や、基本高水の変遷について説明ができない事実を隠ぺいするかのような訴訟指揮を執ったこと。そして、本件大臣の納付通知が下流都県にとって「著しく利益を受ける」との関係にあるのか否かを離れて、その違法審査基準は「納付通知に重大かつ明白な違法ないし瑕疵」のある場合であるとして、

これの住民側からの立証が必要とした訴訟指揮。こうした事情を総合すれば、原判決は、正に宮崎教授が鋭く指摘された、「公定力概念の『有用性・便利さ』」に着目し、実務上に生じた種々の具体的な行政法上の問題に対して公定力概念を安易に適用して問題の解決を図るという傾向を見せてきた。おそらく、最近まで行政行為の公定力概念のもっとも有力な支持者は裁判官層ではなかったかと思われる。」の裁判例の典型例であったと断じて誤りはないだろう。

(4) 原判決は無法の裁判を行ったのである

原判決は、「納付通知の重大かつ明白な違法ないし瑕疵」という判断枠組みと違法審査基準を楯にとることによって、河川法63条1項の要件事実の審査を回避し、また、その前提にある利根川の基本高水の策定経緯やその不合理性については全くの無応答とした。しかし、原判決が採用した本件事案の判断枠組みや違法審査基準は、結局、実定法のどこを探しても見当たらない裁判規範なのである。つまり、原判決は、実体法、実定法に基づいた裁判を行っていなかったのである。

原判決は、本件受益者負担金の支出差止請求において、違法審査基準を河川法63条1項に定める要件の審査ではなく、「納付通知の重大かつ明白な違法ないし瑕疵」の存否であるとしたことについては、再三指摘してきたように、原判決は一度たりともその理由の説示をしたことはない。このような不明朗で、行政争訟関係の法規を探してもどこにも見当たらない規範で裁判を行うことが許されるはずはない。これは無法の裁判である。原判決が破棄されるべきものであることは論をまたない。

以 上