

平成21年（行コ）第79号 公金支出差止等請求住民訴訟控訴事件

控訴人 市民オンブズパーソン栃木 外2名

被控訴人 宇都宮市長 佐藤栄一 外1名

準 備 書 面 2

2010年2月25日

東京高等裁判所 第2民事部 御中

控訴人ら訴訟代理人 弁護士 大 木 一 俊

同 同 高 橋 信 正

同 同 若 狭 昌 稔

同 同 須 藤 博

第1 はじめに

原判決は、ダム使用権の設定申請を取り下げるか否かの判断について、「ダム使用権の設定申請を取り下げるか否かは、宇都宮市の代表である被告市長において、宇都宮市の水需要の見込み及び給水計画に影響を及ぼすべき諸般の事情のほか、ダム使用権設定による利点及びそれに伴う負担等を総合的に考慮して判断すべき事柄であるから、被告市長は、その判断につき広範な裁量権を有するというべきである。」として（34頁）、被控訴人市長に対して広範な裁量を認めた。

また、これと裏腹の関係にあるダム建設事業に参画するか否かの判断については、「一般にダム建設事業は事業計画から実際の利用開始までに多年の歳月を要することが多いことから、水需要が増加し、供給が追いつかなくなつてから水源開発を開始すると、実際に供給が開始されるまでの長期間、給水制限を実施せざるを得なくなるなどして、給水区域内の社会、経済活動及びその発展が阻害されることになる。したがって、ダム建設事業に参画するか否かは、短期的な経済変動や水需要動向等のみによって判断されるべきではなく、長期的な視点に立って判断されるべきである。その際、水需要は、社会、経済の動向や自然環境の変化によって複雑に変動するから、長期間においては、当初、想定していなかった需要の増加や水資源の不足が起これることもあり得るのであり、ある程度の余裕をもって水源確保を行うことも許されるというべきである。」とした（35頁）。

そして、被控訴人市長に、このような広範な裁量があることを前提に、本件各財務会計行為は違法でないとして、原告らの主張をことごとく退けた。

このような原判決の判断が間違いであることについては、控訴理由書及び準備書面1で指摘したところであるが、本準備書面では、地方公企業論の専門家である太田正作新学院大学教授の意見書（甲70）及び行政法学者である田村達久早稲田大学教授の意見書（甲71）を踏まえ、さらに敷衍することとする。

第2 行政裁量が認められる根拠について

1 行政法学者の見解

塩野宏元東京大学教授は、「行政行為における裁量とは、法律が行政権の判断に専属するものとして委ねた領域の存否ないしはその範囲の問題である。」と説明している（有斐閣「行政法Ⅰ〔第4版〕113頁」）。

また、芝池義一京都大学名誉教授は、「行政裁量が認められる根拠としては、立法者がおこりうるあらゆる事態を想定し、それらについてとるべき具体的な措置をあらかじめ定めることが困難であることや、立法者が行政担当者の専門的知識または政策判断を尊重しこれに具体的な判断を委ねることが考えられる。」と説明している（有斐閣「行政法総論講義」〔第4版補訂版〕68頁）。

宇賀克也東京大学教授も前2者と同趣旨であるが、より具体的に、「行政裁量が認められるということは、訴訟になった場合、裁判所の判断よりも行政庁の判断を優先させると立法者が定めたことを意味する。裁判所に判断を委ねるよりも、行政庁の判断に委ねるほうが適切であると立法者が判断した場合、裁判所も、この立法者意思に従い、行政庁の判断を優先させなければならないのである。」と説明している（有斐閣「行政法概説Ⅰ」〔第3版〕302～303頁）。

そして、「立法者がある事項について、裁判所の判断よりも行政庁の判断を優先させるべきと判断する場合の代表例」として、次の5つの場合を挙げている（同書02～303頁）。すなわち、①教育に関する専門的判断の尊重の必要性、②政治的判断の尊重の必要性、③科学技術に関する専門組織による判断の尊重の必要性、④全国一律の基準を定めることが適当でなく、地域の特性や地域住民の意見を勘酌して決定すべき事項の認められる場合、⑤予測が困難な状況の変化に迅速かつ臨機応変に対応することが特に必要な分野である場合、がそれである。

2 個別具体事案の事情の適正配慮、個別具体事案の適切・公正判断義務

表現は多少異なるも、行政裁量が認められる根拠として共通しているのは、

行政が専権として有しているものではなく、あくまで立法者の意思によって、認められるものであるということである。具体的な理由は、裁量をもって判断されるべき事柄の性質によってさまざまであろうが、行政裁量が認められる根拠は立法者の意思以外にはないのである。これは、法の支配あるいは法治行政という行政法の基本原理からしてある意味当然のことであろう。

行政裁量が認められる根拠は立法者の意思によるものとする、行政に対して行政裁量権限を付与する際に、立法者がその行使の仕方や限界について何らの指示もしないということは考えにくい。裁量権限の範囲や行使の仕方についても、立法者の意思によって決定されるべきということが法治行政の基本原則に合致する。

また、田村達久教授も述べるように、民法の委任契約において、受任者側に善管注意義務が課せられているのと同様に、立法者によって裁量権限を付与される行政側には、立法者の意思あるいは条理法に基づき、個別具体事案の事情の適正配慮、個別具体事案の適切・公正判断義務が想定されているものと見るべきが、これまた法治行政の基本原則に合致する(甲71の4頁)。

その結果、行政の裁量権行使の適否を裁判所が審査するに当たっては、「専門能力を備えた」行政機関による裁量権行使が、「個別具体事案の事情の適正配慮・個別具体事案の適切・公正判断義務」を適切に果たしたものとなっているか、具体的には、「裁量の基礎となる事実が適正にとらえられているか」、「その判断過程において、効率性の義務・原則が適正に遵守、考慮されているか」ということに特段の意が払われるべきことになる(甲71の5頁)。

したがって、裁判所による行政裁量の統制は、本来、より厳格になされるべきなのである。

第3 裁量の範囲について

1 水道事業に関連する法律

本件で問題となっている行政活動は水道事業である。この水道事業について、被控訴人らに行政裁量が認められるか否か、及びこれが認められる場合

にその範囲・行使の仕方がどのようなものであるか、を認識するためには、前記第2で述べたように、立法者の意思がどのようなものであるかを知る必要がある。

その場合、まず必要となるのが、水道法の規定がどうなっているのかである。また、本件ではこれを宇都宮市が地方公営企業として実施していることから、地方自治法、地方財政法、及び地方公営企業法の規定についても見る必要がある。

2 水道法の規定について

水道法は、「水道の布設及び管理を適正かつ合理的ならしめるとともに、水道を計画的に整備し、及び水道事業を保護育成することによって、清浄にして豊富低廉な水の供給を図り、もって公衆衛生の向上と生活環境の改善に寄与する」ことを目的としており（1条）、この目的を実現するため、地方公共団体について種々の規制をしているが、行政裁量に関連すると思われる規定は以下のとおりである。

① 清潔保持並びに水の適正かつ合理的な使用

地方公共団体は、水道が国民の日常生活に直結し、その健康を守るために欠くことのできないものであり、かつ、水が貴重な資源であることにかんがみ、水源及び水道施設並びにこれらの周辺の清潔保持並びに水の適正かつ合理的な使用に関し必要な施策を講じなければならないこと（2条1項）

② 適正かつ能率的な運営

地方公共団体は、当該地域の自然的社会的諸条件に応じて、水道の計画的整備に関する施策を策定し、及びこれを実施するとともに、水道事業及び水道用水供給事業を経営するに当たっては、その適正かつ能率的な運営に努めなければならないこと（2条の2第1項）

③ 厚生労働大臣の認可と市町村が経営の原則

水道事業を経営しようとする者は、厚生労働大臣の認可を受けなければならないが、水道事業は原則として市町村が経営すること（6条）

水道事業者は、給水区域を拡張し、給水人口若しくは給水量を増加させ、又は水源の種別、取水地点若しくは上水方法を変更しようとするときは、厚生労働大臣の認可を受けなければならないこと（10条1項）

④ 供給規程の制定と適正な原価に照らし公正妥当な料金

水道事業は、料金、給水装置工事の費用の負担区分その他供給条件について、供給規程を定めなければならないが、料金については、能率的な経営の下における適正な原価に照らし公正妥当なものであること（14条1項、2項）

⑤ 水供給義務

水道事業者は、事業計画に定める給水区域内の需要者から給水契約の申し込みを受けたときは、正当な理由がなければ、拒んではならず、また、給水を受ける者に対し、災害その他正当な理由があつてやむを得ない場合以外には、常時水供給をしなければならないこと（15条1項2項）。

以上、①及び③は「清浄にして豊富低廉な水の供給」にかかわるもの、②及び④は「低廉な水供給」にかかわるもの、そして⑤は「豊富な」水供給にかかわるものとみることができる。

2 地方自治法及び地方財政法の規定

(1) 地方自治法の規定

地方自治法は、地方公共団体の役割について、「地方公共団体は、住民の福祉の増進を図ることを基本として、地域における行政を自主的かつ総合的に実施する役割を広く担うものとする。」定める。この住民福祉の増進は、地方公共団体の存立の第一義的な目的であり、これに務めなければならないのはいうまでもないことであるが、地方自治は住民の責任とその負担によって運営されるものである以上、常に能率的かつ効率的に処理されなければならない。そのため、地方自治法2条14項は、「地方公共団体は、その事務を処理するに当たっては、最少の経費で最大の効果を挙げるようにしなければならない。」と規定している。

また、2条16項は「地方公共団体は法令に違反してその事務を処理し

てはならない」と規定し、同法138条の1は「普通地方公共団体の執行機関は（中略）法令、規則その他の規定に基づく当該普通公共団体の事務を、自らの判断と責任において、誠実に管理し及び執行する義務を負う」と規定している。

(2) 地方財政法の規定

ア 地方財政法4条1項は、地方公共団体の経費は、その目的を達成するための必要且つ最少の限度をこえて、これを支出してはならない。」と規定している。これは、前記(1)の「最少の経費で最大の効果」の原則（地方自治法2条14項）を予算執行の立場から表現したものとされる。

イ 地方財政法3条2項は、「地方公共団体は、あらゆる資料に基づいて正確にその財源を補そくし、且つ、経済の現実に即応して、その収入を算定し、これを予算に計上しなければならない」と規定している。

ウ 地方財政法8条は、「地方公共団体の財産は、常に良好の状態においてこれを管理し、その所有の目的に応じて最も効率的にこれを運用しなければならない。」と規定している。

(3) 地方公営企業法の規定

控訴理由書第2、3で詳述したように、地方公共団体が水道事業を経営するときは、必ず地方公営企業法の適用を受ける地方公営企業として行われなければならない（地方公営企業法2条1項）、その場合には、地方財政法6条及び、同法施行令12条によって、特別会計を設けたうえ、経営に伴う収入をもってその経費に充てる独立採算が義務づけられている。

独立採算が義務づけられる理由は、地方公共団体の企業活動は、一般行政活動と対比されるもので、住民に財貨やサービスを供給する活動であり、企業活動はその効果が特定の個人に帰属するのを特徴とするので、その負担は直接にその財貨やサービスを受ける利用者が負担するのが衡平の原則に合致すること、及び事業の合理的能率的な経営の確保という

観点からは、独立採算制によることが公営企業の責任体制を明確化し、あわせてその事業意欲をも高めることとなると考えられるからである（「新版地方財政法逐条解説」104頁）。

この地方財政法の規定を受けて、地方公営企業法は、地方公営企業の経理は特別会計を設けて処理すること（17条）、その経費は経営に伴う収入をもって充てなければならない（17条の2第2項）として、経費負担の原則を定めている。

そして、この独立採算制の下で地方公営企業を経営するために、地方公営企業には、地方自治法上の「最少経費による最大効果」の原則にとどまらず、地方公営企業法3条により、民間企業に匹敵しうる企業として、「常に経済性を発揮する」ことが要請されているのである。

そのため、料金についても、「公正妥当なものでなければならず、かつ、能率的な経営の下における適正な原価を基礎とし、地方公営企業の健全な運営を確保することができるものでなければならない。」（21条2項）とれされている。

このような水道事業の経営原則について、太田正教授は、「水道事業の経営原則はその収入をもってその経費を賄うことが求められる独立採算制（一部経費を除く）であること、その独立採算制を支える収入の太宗を占めるのは需要者から徴収する水道料金であること、水道料金は強制徴収債権ではなく給水契約に基づき水道サービスの対価として支払われるものであること、その契約条項には『能率的な経営の下における適正な原価に基づく料金』が含まれること、給水契約の契約条項（供給条件）については水道事業者と需要者が相互に履行義務を負うこと」であるとしている（甲70の5頁）。

4 水道事業を営むに当たって遵守すべき規範

(1) 総論

以上のとおり水道事業に関連する法律を概観したが、地方公共団体が地方公営企業として水道事業を営む際に求められる基本原則は、水道法

の目的である「清浄にして豊富低廉な水の供給を図」ること、すなわち、①安全な水を、②不足なく、③安い料金で供給することであろう。

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

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

この「安い料金で供給できるように、極力過剰供給とならないような経営」という点は、上記地方自治法2条14項の「最少の経費で最大の効果」の原則、地方財政法4条1項の「必要且つ最少の限度」の支出の原則、地方公営企業法3条の「経済性の発揮」の原則、及び同法21条2項の「料金は、公正妥当なものでなければならず、かつ、能率的な経営の下における適正な原価を基礎とし、地方公営企業の健全な運営を確保することができるものでなければならぬ。」との原則（これを田村達久教授は「効率性の義務・原則」と呼んでいる、甲71の5頁）から、幾ら強調してもしすぎるということはない。この「安い料金で供給できるように、極力過剰供給とならないような経営」をするためには、専門的な経営手腕が要求されるが、それは、経営に自由な裁量が認められるというのとは異なるものなのである。

この点については、太田正教授も、「このように『適正な原価』という観点からも、過大投資による施設の過剰部分は総括原価から除外されることになり、仮にそのような部分が生じたとしても、その部分を含めて事業報酬（資産維持費）を算定することは認められないことになる。すなわち『投資規模の適正化』は、『適正な原価』の前提条件をなすという意味において、ほぼ唯一の収益源である水道料金の基礎をなすものでもある。いずれにせよ大規模水源開発事業への参加については、その根拠となる需要予測においても、水道料金への転嫁可能性という観点においても、裁量権

行使における羈束的な考慮事項が存在するというべきである。」と述べている（甲70の12頁）。

(2) 経営環境を踏まえての判断の必要性

ある行政活動について裁量が認められるとしても、その広狭等具体的な内容は、当該行政活動の主体を取り巻く状況によって違っているのは当然である。これは地方公営企業の経営についても同様である。しかも、上記3で述べたように、地方公益企業には、民間企業に匹敵しうる企業として、経済性の発揮が要請されている。

民間企業では、需要の拡大が望めれば、それを図るために、生産力を高めるために積極的な投資をして利益の獲得を目指すし、需要の拡大が望めない場合には、設備投資を押さえるだけでなく、さらに業績の悪化が予想される場合には、遊休資産の売却、人員やコストの削減を行って企業としての存続を図るのが通常である。需要の拡大が望める際の投資については、どのような投資をどの程度するかは、経営者の判断に大きく委ねられることになろう。しかし、需要の拡大が望めないばかりか、業績悪化が予想される場合には、無駄な投資を避けて、コスト削減を図ること以外に方法はなく、経営者が行う判断は極めて限られたものになる。

地方公営企業の経営についても、この民間企業と同様の判断が必要となることは明らかである。

(3) 水道事業の経営環境

控訴理由書でも述べたとおり、元総務省公営企業課長であった細谷芳郎氏は2004年11月発行の「図解地方公営企業法」の中で、次のように述べている。

「中長期的な経営計画、特に建設投資計画の策定に際しては、政治的な思惑を排し、現実的な人口動向等を踏まえて的確な需要予測を行い、当該団体にとって水源開発が本当に必要なのか、あるいは必要とされる水量はどの程度なのかをはっきりさせるとともに、節水その他の水需要抑制策や広域的な見地からの既存水源の活用、転用等の可能性についても真剣に検

討し、投資規模の抑制を図ることが何よりも重要です。同時に、『右肩上がりの時代』が終わり、人口も減少に転ずる見通しとなっている今日においては、既にダムや水道施設の建設に着手している場合であっても、惰性に流れず、随時水需要の動向を検証しながら、必要とあらば、建設投資計画の大胆な見直しも辞さないという姿勢が特に重要だといえるでしょう。」
(甲69の262～263頁)

また、作新学院大学の太田正教授も、「平成15～19年度の5年間に亘る給水人口、普及率、有収水量の推移の特徴は、給水人口及び普及率が微増にもかかわらず、一人当たり年間有収水量は微減傾向を示し、総有収水量も微減又は横ばいで推移している点であり、このことから、節水型社会への移行が確実に進展しているとともに、高普及率の達成と人口減少時代の到来によって、総有収水量の増加を見込むことも難しいことが読み取れる。このような状況下で大規模水源開発に参加することは、過大投資を招き施設の過剰化や遊休化を誘発し、ひいては投下資本の回収ができず経営を圧迫しかねない蓋然性が高まるといえよう。」と述べている(甲70の7頁)。

控訴理由書では、「このようなことは、水道事業の実態を見れば、2000(平成12)年ころには、誰もが感じていたことである。」と述べたが、これは以下の証拠からも明らかである。

- ① 大阪府の水道では、1人1日平均給水量が1989年をピークに減少の一途をたどっていること(甲62の32頁)
- ② 横浜市の水道では、1人1日平均給水量が1980年から横ばいとなり、1996年に急激な落ち込みを見せた後、減少の一途をたどっていること(甲62の32頁)
- ③ 利根川流域6都県の1日最大給水量が、1990年から横ばいとなり、1994年以降はほぼ減少傾向となっていること(甲32の34頁)
- ④ 全国の都市用水の1日最大給水量が、1994年をピークに減少傾向をたどっていること(甲32の35頁)

(5) 宇都宮市水道局の経営環境

宇都宮市水道局（現在の宇都宮市上下水道局）では、1998（平成10）年に水需要予測調査を行っており（乙11の8頁）、この時点で、宇都宮市水道局では、給水人口が増加しているにもかかわらず、1日最大給水量は1992（平成4）年をピークに減少傾向にあること、また1日平均給水量も1994（平成6）年をピークに減少しつつあること、さらには水道事業の収益の基本となる有収水量についても、1996（平成8）年をピークに減少していることを認識していた（甲62の28頁、甲65の5頁）。それ故、給水人口、計画1日最大給水量とも、下方修正する計画の変更を行っている（乙11の8頁）。

その後、宇都宮市水道局では、2002（平成14）年度（書面としてまとめられたのは2003年3月）に、現計画のための水需要予測を行っている（甲65）。この水需要予測では、2000（平成12）年度までの実績しか掲載されていないが、宇都宮市水道局は、これを書面としてまとめた2003（平成15）年3月時点では、2001（平成13）年度の実績は勿論のこと、2002（平成14）年度についても、少なくとも例年1日最大給水量を記録する夏場（具体的には8月まで）の実績は把握していた。

したがって、宇都宮市水道局は、2002年度の水需要予測を行った際、1日最大給水量は2000年、2001年と一旦上昇したものの、2002年にはまた減少していること、1日平均給水量も2000年に一旦上昇するも再び減少していることを把握しており、水需要の減少傾向に歯止めがかかっていないことを認識できたはずである（甲62の28頁）。

それ故、2002年度の水需要予測でも、多少表現は異なるものの「生活用有収水量と平成8年度の120,513 m^3 /日を最大に、その後の平成9年度から平成12年度は118千 m^3 /日～120千 m^3 /日の間で横ばいに推移している。（中略）宇都宮市上水道では給水人口が増加していることから、生活用有収水量の実績が横ばいであるのは、1人当りの使用水量が減少していることが原因である。図表2-11に、過去15年間の生活（小口径有収）原単位の推移を示す。これをみると、平成8年度の264.7 l /人・日を最大に、その後の平成10年度から平成12年度は257 l /人・日程度で推移してい

る。」（甲65の13頁）としているのである。

そればかりか、甲65の水需要予測が作成された直後の2003（平成15）年8月に宇都宮市水道局が作成した「第2次宇都宮市水道事業財政構造改革計画」の中では、「・平成14年度決算では、水道料金収入は当初見込を大幅に下回り、当初予算額から229,380千円減の10,939,715千円となった。さらに平成15年度当初予算では、それを下回る10,866,240千円を計上し、その分純利益も減少している。・平成14年度に策定した上水道基本計画実施計画における財政見通しでは、湯西川ダムの減価償却の始まる平成24年度以降、純利益は大幅に減少し、平成26年度には損失（赤字）を計上すると推計している。・今後、施設の老朽化等による維持管理費や、建設改良費が現行の実施計画を上回るようであれば、損失（赤字）を計上する時期は早まることになる。・水道事業は典型的な装置型産業であり、安定供給のため、毎年度、施設の整備やその更新・改良を行わなければならない。純利益は、これらの建設改良費や企業債の償還などの資本的支出に充てる貴重な財源であるので、一定の確保が必要となる。」（4頁）、「水需要の伸び悩み等により収入の根幹である水道料金収入が減少しているが、収益的収支において一定の純利益を出すとともに、資本的収支において必要な事業を実施していくためには、各種収入、財源の確保対策が必要である。」として、水道料金収入が減少している中で、湯西川ダムの減価償却により赤字に転落することを予測しているのである。

なお、宇都宮市上下水道局作成の「平成21年度版水道・下水道事業年報」（甲74）から明らかなように、2006（平成18）年度に上河内町に合併で給水人口が約8000人増加しているにもかかわらず、有収水量は減少し続けている（2頁）。

(6) 宇都宮市水道局に求められた経営判断

上記のとおり、宇都宮市水道局は、2000年度及び2002年度に水需要予測を行った際には、給水人口は増加しているにもかかわらず、1994年をピークとして水需要が減少していることは全国的な傾向であり、宇都宮市にお

いても、同様の状況にあり、有収水量も減少してきていることは、十分に認識し得た。

このように水需要の増加が望めないどころか、減少しつつある状況において、水道事業者に求められる経営判断は、無駄な投資を避けて、コスト削減を図ること、すなわち、さらなる投資は控えるべきであり、既にダムや水道施設の建設に着手している場合であっても、惰性に流れず、随時水需要の動向を検証しながら、必要とあらば、建設投資計画の大胆な見直しも辞さないというものでなければならない。

(7) 誤った経営判断の結末

この様な対応を怠るとどのような結末となるのかを示すのが、川崎市水道局における生田浄水場の廃止問題である。

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

それによると、川崎市では数次の拡張事業を実施し、1日100万 m^3 の給水能力を有するに至っているが、水需要は伸び悩み、1日最大給水量は53万 m^3 程度で、給水能力と給水量の乖離が大きな課題となっており、予測では人口は2025（平成37）年に146万人をピーク減少に転じ、水需要も2015（平成27）年に62.6万 m^3 のピークに止まる。そのような状況の下、効率的な経営をするため、100万 m^3 /日の給水能力を75万 m^3 /日にダウンサイズすることにした。しかし、水源開発によるダム等の建設費用や維持管理費を負担する責任があり、たとえ受水量を削減したとしても、ダム等がなくなる限りこの費用を負担し続けなければならないので、ダム等によって開発された505,600 m^3 /日の水を使用することを前提に、ダウンサイズをすることにしたため、生田浄水場は廃止することとなったというのである（甲72の1及び2）。

番組では、このような状況は今後日本全国で次々と起き、安価でおいしい地

下水源が放棄される結果、不味くて、高い水を飲むことになるとのシンクタンクの予測を紹介していた。

なお、この水源開発の一環として行われた相模川水系建設事業に対して提起された住民訴訟が、準備書面 1 で紹介した相模川水系建設事業費差止等請求訴訟である（甲 7 3）。

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

5 原判決の誤り

(1) 原判決の判示

原判決は、「宇都宮市の水需要の見込み及び給水計画に影響を及ぼすべき諸般の事情のほか、ダム使用権設定による利点及びそれに伴う負担等を多角的総合的に考慮して判断すべき事柄であるから、被告市長は、その判断につき広範な裁量権を有するというべきである。」と判示している（原判決 3 4 頁）。

(2) 考慮事項が多種多様であることは裁量が広範であることの理由にならないこと

ダム使用権設定申請を取り下げるか否かの判断を行うに際しては、「水需要の見込み」、「給水計画に影響を及ぼすべき諸般の事情」、「ダム使用権設定による利点」、「それに伴う負担等」といった多様な事項を考慮に入れることにはなろう。しかし、判断をなすに当たり考慮に入れられるべき要素が多種多様であるからということだけで即座に、当該判断に認められる裁量が広範であるということは、あまりに単純な説示である。

というのは、考慮に入れられるべき諸事項が多様であり、その数が多いと

しても、各考慮事項が、科学的な計算などを元に客観的にその内容を確定できる性質のものであれば、それらの考慮事項を元にした判断には、少なくとも、「広範な」という形容詞を付けうる「裁量」なるものは認められないはずであるからである。

例えば、指摘されている各考慮事項のうち、「ダム使用権設定による利点」、「それに伴う負担」という各考慮事項はそれ自体、なんら「判断の余地」、すなわち「裁量」のあるものではないことは、もっとも明確なものであると解される。そのうち、とりわけ、「ダム使用権設定に伴う負担」については、ダム建設に必要とされる事業費が客観的な数値によって示される金額があり、そして、それを元に、これも客観的な数値によって示される負担割合を乗じて算出されるものであるはずである。「ダム使用権設定による利点」についても、具体的に、上水道水源としての利用（利水）が可能となる量という「客観的な事実」としての「利点」が存在することなど、「事実」の存否で確認できることであり、その有無に関して「判断の余地」、すなわち「裁量」が認められるはずはないものである。

なるほど、その「利点」としての「客観的な事実」が、どの程度世の中に対する便益をもたらすものであるのか、というその「効果」の評価については、一定の幅があるとはいえよう。しかし、それでも、どの程度の利水が可能であるかは、土木工学等の科学的な知見を元にした計算により、客観的に算出されることになるはずで、そこには、やはり、法的に問題となる「判断の余地」という意味での「裁量」は存在しないはずである（以上、甲71の2頁）。

(3) 水道事業に関する法律の立法意思に反すること、

上記4で述べたとおり、水道事業を経営する市町村に立法者が求める基本原則は、①安全な水を、②不足なく、③安い料金で供給することであるところ、その中でも、最も、意を尽くすべきは、「安い料金で供給できるように、極力過剰供給とならないような経営」をすることである。

これは、ダム使用権設定申請をすべきかどうかの判断をする場合は勿論の

こと、これを取り下げるべきか否かの判断をする場合にも、最も重要な判断基準として、市町村長に求められるものである。

加えて、宇都宮市水道局の経営環境を見た場合、「安い料金で供給できるように、極力過剰供給とならないような経営」を続けるためには、上記5、(6)のとおり、さらなる投資は控えるべきであり、既にダムや水道施設の建設に着手している場合であっても、惰性に流れず、随時水需要の動向を検証しながら、必要とあらば、建設投資計画の大胆な見直しも辞さないという判断が求められていたのである。

(4) 小括

以上のとおりであるから、被告市長（被控訴人市長）は、ダム使用権設定申請をすべきかどうか、設定申請した後にこれを取り下げるべきか否かの判断をするにつき、広範な裁量権を有することなどあり得ないのである。

そうである以上、控訴理由書でも述べたように、①宇都宮市長が特ダム負担金を補助するための繰出金の支出負担行為及び支出命令が違法となる場合の判断基準、②宇都宮市上下水道事業管理者（以下「事業管理者」という）が、是正措置を講ずべき義務を負う場合の判断基準、及び③事業管理者の支出命令が違法か否かの判断基準は、以下のようになるものと言わなければならない。

① 宇都宮市長が特ダム負担金を補助するための繰出金の支出負担行為及び支出命令が違法となる場合の判断基準

「宇都宮市に湯西川ダム建設事業に参画する必要性・合理性がないことが明らかであって、ダム使用権設定申請を取り下げるべきことが明らかであるにもかかわらず、宇都宮市長において漫然と繰出金の支出負担行為及び支出命令をする場合に限られると解すべき」（原判決34頁）ではなく、「宇都宮市に湯西川ダム建設事業に参画する必要性・合理性がない場合には、宇都宮市長はダム使用権設定申請を取り下げるべきであり、にもかかわらず、漫然と繰出金の支出負担行為及び支出命令をする場合」に該当するか否かで、必要且つ十分である（控訴理由書9頁）。

② 事業管理者が、是正措置を講ずべき義務を負う場合の判断基準

「宇都宮市に湯西川ダム建設事業に参画する必要性・合理性がないことが明らかであって、ダム使用権設定申請を取り下げるべきことが明らか」であるにもかかわらず、事業管理者において、「同申請を取り下げる権限を有する宇都宮市長に対しその旨上申するなどの是正措置を講ずるべきであって、そのような措置を講ずることなく漫然と本件各負担金の支出負担行為を行うときは、当該支出負担行為は違法との評価を受け得ると解すべき」（原判決34頁）ではなく、事業管理者は、宇都宮市に湯西川ダム建設事業に参画する必要性・合理性がない場合には、ダム使用権設定申請を取り下げる権限を有する宇都宮市長に対し、その旨上申する等の是正措置を講ずる義務があり、そのような措置を講ずることなく、漫然と本件各負担金の支出負担行為を行うときは、当該支出負担行為等は違法との評価を受けると解するのが相当である。

③ 事業管理者の支出命令が違法か否かの判断基準

「納入通知等が著しく合理性を欠き、そのためこれに宇都宮市の健全な財政運営の見地から看過し得ない瑕疵の存する場合に限られると解すべきであり、具体的には、宇都宮市にとって湯西川ダム建設事業に参画する必要性がないことが明らかであるなど、被告管理者がした支出負担行為に重大な瑕疵が存するために、これが無効と評価される場合に限られるというべき」（原判決34頁）ではなく、事業管理者は、宇都宮市に湯西川ダム建設事業に参画する必要性・合理性がない場合には、ダム使用権設定申請を取り下げる権限を有する宇都宮市長に対し、その旨上申する等の是正措置を講ずる義務があり、そのような措置を講ずることなく、漫然と本件各負担金の支出命令を行うときは、当該支出命令は違法との評価を受けると解すべきである（控訴理由書11頁）。

第4 本件における裁量権の行使の適否についての司法審査のあり方について

1 はじめに

宇都宮市水道局が行った水需要予測及び水源構成の見直しについての原判決の判断の問題点は、控訴理由書で詳述したとおりである。これに上記第3で述べた行政裁量の範囲についての考え方を当てはめると、田村達久教授が意見書で述べる、後記3のような結論となる。

2 原判決の水需要予測等についての判示の誤りについての補足

(1) 水需要予測について

原判決は、水需要予測が合理的か否かの判断について、「その後の実績が予測と異なる結果になったことをのみから直ちに予測が不合理であったというべきものではない。」（原判決35頁）と判示し、あたかも控訴人らは、予測と実績が異なる結果となったことをのみをもって、予測が不合理であると主張しているような言い方をする。しかし、嶋津意見書（甲62）や最終準備書面の主張を見れば、これが誤りであることは明らかである。

控訴人らは、宇都宮市水道局が水需要予測を行う際に、水需要が減少傾向にある最近の実績をよく見れば、水洗化率と家計消費支出は生活原単位と相関がないことは素人目にも明らかなのに、これを相関あるものとする一方、自ら減少要因として認めていた「節水型水使用機器の普及」（甲65の14頁では「平成10年度調査時点では、世帯人員の減少、水洗化率の向上、生活水準の向上、自家用井戸から水道水への転用などの増加要因により、生活原単位の増加傾向は継続するものと考えていたが、実際には景気の後退、節水型水使用機器の普及、節水意識の向上などの減少要因が働いた結果、生活原単位の伸びは鈍化したといえる。」と記述している）については、全く予測の要素に用いていないこと等、その予測手法の不合理性を具体的に指摘していたのである。そのような不合理が明白な予測である結果、実績との乖離が生じたのである。

原審では、2006（平成18）年度までの実績で予測と実績の乖離の状況を示したが、2009年度までの実績が得られた（甲74、甲75）ので、甲第53号証の1ないし4のグラフを更新して甲第76号証の1ないし4として提出する。

これを見ると、2006年度には、上河内村が宇都宮市に合併し給水人口が8213名増加したにもかかわらず、一日最大給水量は2005年度の19万7218 m^3 から19万1714 m^3 に減少したが、2007年度には20万0318 m^3 に増加し、2008年度にも20万4311 m^3 に微増となったが、2009年には19万0532 m^3 と減少している。予測では2009年度における1日最大給水量は22万0400 m^3 で、実績との乖離は、約3万 m^3 に達している。しかもこれは、給水人口が予測よりも約1万人も増えた状況の下での乖離であることに注目しなければならない。なお、2007年度及び2008年度のように、減少傾向を示す中で一時期増加に転ずることは、これまでもあったことであるが、これからは給水人口が頭打ちから減少に転ずることは確実である(甲65の108頁)ので、水使用は2007年度、2008年度のような大幅な増加を示すことはなく、減少していくものと思われる。

(2) 水源構成について

原判決は、紫外線消毒装置の導入について、「同装置は平成15年時点ではまだ一般的ではなかったから(甲62、証人嶋津暉之)、平成15年当時、宇都宮市水道局がクリプトスポリジウム対策で紫外線消毒装置を考慮しなかったことが不合理であるとはいえない。」とする(47頁)。

この判断が誤りであることについては、控訴理由書(34頁)でも指摘したが、宇都宮市水道局では、2004(平成16)年2月作成の第6期水道拡張事業計画の中で、クリプトスポリジウム対策として、オゾンと並んで紫外線処理設備も上げており、2003(平成15)年当時に、紫外線消毒装置の存在を知らなかったはずはない(甲76)。

この装置を導入すれば、安価なクリプトスポリジウム対策が可能となるのであるから、宝井水源を放棄する理由はなく、したがって、代わりに割高な湯西川ダムによる開発水を水源とする必要などまったくなかったのである。

3 田村教授の見解

(1) 個別具体事案の事情の適正配慮・個別具体事案の適切・公正判断義務違反

「被控訴人・宇都宮市長らは、水需要の見込みの算出に当たり、従来どおりの計算手法を用いることにとどまる。その判断をなすに当たり、裁量権が認められているにもかかわらず、従前との継続性に過度に目を奪われた結果、従前のやり方を過度に重視してしまっているといえる。

このことの問題性は、少なくとも水道事業の専門家の間ではすでに明らかになっていたといわざるをえない。なぜならば、水需要総量の大幅な減少傾向は、以前から水道事業の専門家の間ではすでに明確な事実として認識されており、したがって、水需要総量の大幅な減少傾向があまりに過小評価されているといわざるをえない。このことは、控訴理由書（2009（平成21）年3月31日）7～8頁において指摘されている文献（自治省・総務省において公営企業課長補佐・課長の職歴のある細谷芳郎氏の『図解 地方公営企業』〔2004年、第一法規〕262～263頁）における次の指摘があることも、その証左となりうる。すなわち、同箇所において、『水道事業は、設備投資の規模により収支構造が決まってくる事業であり、過大投資こそが健全経営の一番の大敵です。過大投資は、特に、ダム建設等による新規水源の開発に際して、将来の水需要に備えた水資源の確保という観点からこれに参加しようとする場合に起こりやすいといえます。したがって、中長期的な経営計画、特に建設投資計画の策定に際しては、政治的な思惑を排し、現実的な人口動向等を踏まえて的確な需要予測を行い、当該団体にとって水源開発が本当に必要なのか、あるいは必要とされる水量はどの程度なのかをはっきりさせるとともに、節水その他の水需要抑制策や広域的な見地からの既存水源の活用、転用等の可能性についても真剣に検討し、投資規模の抑制を図ることが何よりも重要です。同時に、『右肩上がりの時代』が終わり、人口も減少に転ずる見通しとなっている今日においては、既にダムや水道施設の建設に着手している場合であっても、惰性に流れず、随時水需要の動向を検証しながら、必要とあら

ば、建設投資計画の大胆な見直しも辞さないという姿勢が特に重要だといえるでしょう。』と述べられている。

また、先にⅢの３．関係裁判例の箇所指摘した『相模大堰建設費用差止め等請求事件』（平成５年（行ウ）第５５号）に関する第一審の横浜地方裁判所の判決（判例地方自治２５５号５４頁）においてもまた、『昭和６２年ころからの水需要の実績値については、増加傾向が減少し、横ばいともいえる傾向が見て取れるばかりか、前年度より減少した年度も見られる。このように実績値と予測値とが一見して相当に乖離してきたのであるから、一部事務組合としての企業団としては、法令に従い予測の過程を再検討すべきことが要請されたというべきである。』（(3)水需要との関係での本件事業の必要性の有無（まとめ）イ 計画実施後の問題(イ)。判例地方自治２５５号７０頁）と判示されているとおり、水需要総量の大幅な減少傾向については、全国的に、少なくとも専門家の間では十分に明確に認識されていたといわざるをえない。

したがって、『専門能力を備えた行政機関による個別具体事案の事情の適正配慮・個別具体事案の適切・公正判断義務』の観点から考えただけでも、当該義務が、適切に果たされておらず、その結果、本件における行政の裁量権行使による判断に瑕疵があり、それ故、違法性を認めることができる、と解される。」

(2) 効率性の義務・原則違反

「水道事業行政において特段の法的配慮を要する効率性の義務・原則は員も認めざるを得ず、この点からも、本件における行政の裁量権行使による判断に瑕疵があり、その故、違法性を認めることができる、と解される。この点に係る被控訴人・宇都宮市長らの判断の違法性については、やはりすでに控訴理由書（２００９（平成２１）年３月３１日）１３頁以下に主張されている『第６ 湯西川ダム使用権設定について利水上の必要性がないことについて』のなかで、生活原単位と家計消費支出との間に相関がみられないこと、水洗化率と家計消費支出とを説明変数とする重回帰

式では予測と実績が大きく乖離すること、生活原単位の減少要因を十分調査検討しなかったことなどが主張されているところであるが、それらの指摘は適切であると考ええる。

そして、原審・宇都宮地方裁判所は、上述のとおり（Ⅰ 特定多目的ダム法（昭和33年3月31日法律第35号）12条に定めるダム使用権設定申請の取り下げを行うか否かの判断に係る被控訴人・宇都宮市長の裁量権の広狭の程度（（1））について）、本件における『裁量が広範である』ことを前提とした思考に羈束されてしまった結果、裁量権行使の適否に関する司法審査のあり方を誤ってしまったと解される。」

4 結論

以上検討した結果、宇都宮市水道局が行った水需要予測及び水源構成の見直しは、裁量権の行使を誤った違法なものであり、宇都宮市が宝井水源を放棄したり、白沢水源の取水能力を減少評価した代わりに、割高な湯西川ダムによる開発水を水源とする必要などまったくなかったのである。

したがって、宇都宮市には湯西川ダム建設事業に参画する必要性・合理性がないので、宇都宮市長はダム使用権設定申請を取り下げるべきであり、にもかかわらず、漫然と拠出金の支出負担行為及び支出命令を行うことは違法である。

また、宇都宮市上下水道事業管理者は、宇都宮市に湯西川ダム建設事業に参画する必要性・合理性がないのであるから、ダム使用権設定申請を取り下げる権限を有する宇都宮市長に対し、その旨上申する等の是正措置を講ずる義務があり、そのような措置を講ずることなく、漫然と本件各負担金の支出負担行為及び支出行為を行うことは違法である。

なお、水特負担金及び基金負担金の支出負担行為が違法であることについては、控訴理由書（12～13頁）で述べたとおりである。

よって、原判決は取り消されなければならない。