

平成23年（行コ）第169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20名

被控訴人 栃木県知事 福田 富一

## 控 訴 人 準 備 書 面 9

～被控訴人の主張に対する反論の準備書面～

2013（平成25）年5月16日

東京高等裁判所 第4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

同 同 品 川 尚 子

同 同 浅 木 一 希

同 同 服 部 有

同 同 小 西 誠

同（復代理人） 同 野 崎 嵩 史

## 目次

第1 治水上の建設負担金を違法とする判断の枠組み .....	3
1 審理の対象となる財務会計行為 .....	3
2 負担金支払い義務の成立要件～河川法63条を例に取って .....	4
3 「受益の限度」すなわち利益の具体性把握可能性 .....	6
4 納付義務の存否・範囲をめぐる国と県の関係 .....	7
(1) はじめに .....	7
(2) 強制徴収の規定の不適用 .....	7
(3) 都府県相互間における負担金支払い義務の処理との対比 .....	9
(4) 被控訴人の主張に対する反論 .....	9
5 一日校長事件最判と本件との関係 .....	11
(1) 一日校長事件の最判の射程 .....	11
(2) 一日校長事件と本件との事案の違い .....	11
第2 思川開発事業に係る利水負担金について .....	12
1 「低廉な水の供給」という重要な事項についての判断が落ちていることにつ いて .....	12
(1) はじめに .....	12
(2) 原判決の判断の誤り .....	13
(3) 被控訴人らの主張に対する反論 .....	14
2 南摩ダムは本当に水の貯まらないダムであることについて .....	14
(1) 被控訴人の主張 .....	14
(2) 被控訴人の主張に対する反論 .....	15
3 被控訴人第2準備書面の主張について .....	16
(1) 県南地域の関係市町の判断について .....	16
(2) 水道用水供給事業の計画もなく、認可も受けていないことについて .....	17
(3) 認可を受けないまま国庫補助金が支払われていることについて .....	18
(4) 被控訴人に対する求釈明 .....	19
(5) 「栃木県南地域における水道水源確保に関する検討報告書」について ..	19
(6) 泡瀬干潟事件判決について .....	22

## 第 1 治水上の建設負担金を違法とする判断の枠組み

### 1 審理の対象となる財務会計行為

(1) 控訴理由書の第 2 章、第 2 ないし第 4 及び控訴人準備書面 2 で述べたように、本件においては、各ダム建設事業に係る知事の負担金の支出行為が、負担金の根拠となった各法律が定める要件を充足しているか、ということが審理されるべき事項である。

すなわち、思川開発事業に係る治水負担金については、独立行政法人水資源機構法（以下「水資源機構法」という）施行令 22 条 1 項が、「法第 21 条第 3 項の規定により同条第 1 項の交付金の一部を負担する都道府県は、当該交付金に係る特定施設の新築又改築で治水関係用途に係るものにより利益を受ける都道府県とする。」と定めて、「治水関係用途に係るものにより利益を受ける」ことを治水負担金の負担の要件としているのであり、その要件を欠く治水負担金は違法である。

また、湯西川ダムに係る治水負担金については、河川法 60 条 1 項に基づくものであり、その趣旨は、「国土交通大臣の行う管理は国家的見地より、国土保全上又は国民経済上の見地より行われるものであるが、これによって生ずる利益は都道府県にも帰するのであるので、都道府県も負担者の立場に立つことが衡平に適するとの法理」（大成出版社・河川法研究会編著「逐条解説河川法解説（改訂版）」393 頁）からであり、当該都道府県が、当該施設から治水上の利益を受けることが、当然の前提となっており、都道府県がこの利益を受けることがないにもかかわらず、負担を求める行為は違法である。

さらに、八ッ場ダムに係る治水負担金については、河川法 63 条 1 項に基づくものであり、同条項は、「国土交通大臣が行なう河川の管理により、第 60 条第 1 項の規定（都道府県の区域内における一級河川の管理に関する費用負担）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おいては、国土交通大臣は、その受益の限度において、同項の規定により当該都府県が負担すべき費用の一部を当該利益を受ける都府県に負担させることができる。」としているのであり、同条項による負担は、①「著しく利益」を受ける場合に、②「その受益の限度」において認められるに過ぎない。

これは、河川は上流から河口に至るまで連続した一つの水系を成し、その管理も水系を一貫して行なわれるべきものであるので、ある都府県の区域内における河川の管理により、他の都府県が多かれ少なかれ利益を受けるのは当然予想されるところであ

り、多少とも利益があれば常に本条の負担金を課することとするのは、本法において河川の管理のための費用負担の体系を定めた趣旨に反するものであるから、この「著しく利益を受ける場合」とは、他の都府県が一般的に受ける利益を超える特別の利益を受ける場合でなければならない（前掲「逐条解説河川法解説」399～400頁）。したがって、この要件を欠く費用負担は違法である。

(2) この審理事項は、ダム建設計画が違法であるか否かという問題とは別箇独立の問題であり、ダム建設の違法性を前提としなければ、結論が得られないという問題ではない。仮にダム建設それ自体がいかに適法であっても、当該ダム建設によって「治水上の利益」あるいは「著しく利益」を受けることがない都府県は、その建設費用を負担する義務を負わない、という前記各法令の規定に照らし知事が義務なき支出を行なうことは地方財政法（4条1項）違反となるのである。

(3) 控訴人らは、例えば、八ッ場ダム建設事業については、国土交通大臣による利根川水系の基本高水の設定（22000 m<sup>3</sup>/S）の非科学性、非現実性を指摘してきたが、この事実はこのような基本高水の設定を内容とする河川整備基本方針、およびこれに沿う河川整備計画に基づいて整備されるダム等が河川法3条に定める河川管理施設の要件（「河川の流水によって生ずる公害を除却し、若しくは軽減する効用」）を欠くものであり、したがって、河川整備計画それ自体がそもそも違法であるという評価の前提ともなるものである。

(4) しかし、八ッ場ダムの建設それ自体が、洪水による公害の除却・軽減に全く役に立たないとか、その効果が建設に要する費用と著しく均衡を欠く、というような結論を追求する迄もなく、このダムが栃木県にとって著しい利益をもたらさないことさえ確認できれば、本件の審理としては十分である。

この理は、思川開発事業に係る治水負担金及び湯西川ダムに係る治水負担金の支出についても同様であることは言うまでもない。

## 2 負担金支払い義務の成立要件～河川法63条を例に取って

(1) 河川法63条は、「国土交通大臣が行なう河川の管理により、第60条第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おいては、国土交通大臣は、その受益の限度において、同項の規定により当該都府県が負担すべき費用の一部を当該利益を受ける都府県に負担させることができる」と規定している。

(2) 同様の規定は、63条1項のほか、都府県以外の一般受益者を想定した70条1項の、「河川管理者は、河川工事により著しく利益を受ける者がある場合においては、その利益を受ける限度において、その者に、当該河川工事に要する費用の一部を負担させることができる」という規定としても存在する。

(3) これら各規定の趣旨について、前掲『河川法解説』は、次のとおり説明している。

① 63条1項について

「著しい利益とは、他の都府県が一般に受ける利益を超える特別の利益である。河川は、上流から河口に至るまで連続した一つの水系を成し、その管理も水系を一貫して行われるべきものである。ある都府県の区域内における河川の管理により、他の都府県が多かれ少なかれ利益を受けるのは当然予想される場所であり、多少なりとも利益があれば常に本条の負担金を課することとするのは、本法において河川の管理のための費用負担の体系を定めた趣旨に反するものとする。」(400頁)

② 70条について

「受益が著しくなければならない。河川工事は、公利増進又は公害除却若しくは軽減のために行われるものであるから、その本質上一般公共の利益になるのである。従って、特別の負担金を課するためには、この意味における一般人の受ける利益を超過する特別の利益を特定人が享受することが必要である。(中略) その性格は本法第63条の他の受益都府県の負担金と同じである。」(420～421頁)。

(4) このように、公共施設の建設費用の一部を当該施設の建設によって「著しく利益を受ける者」に負担させる、という制度は、河川法に特有のものではなく、以下のとおり各法律に規定がある普遍的な制度である。

砂防法17条の受益団体負担金

地すべり等防止法28条3項(受益都府県)及び36条(一般受益者)の各負担金

道路法50条3項（受益都道府県）及び61条（一般受益者）の各負担金

港湾法43条の4の 受益者負担金

海岸法26条2項（受益都道府県）及び33条（一般受益者）の各負担金

### 3 「受益の限度」すなわち利益の具体性把握可能性

(1) 前述のとおり「著しく利益を受ける」都道府県の負担義務は、その「受益の限度」を範囲としている。この要件に照らしても、本条にいう利益は抽象的なものではなく、具体的に把握することが可能なものであることが予定されている。

(2) 一般的にも『政策効果は、政策の特性に応じた合理的な手法を用い、できる限り定量的に把握すること』が求められている（政策評価法3条2項）ところであるが、河川管理施設については、とくに河川法施行令10条が、「河川整備基本方針及び河川整備計画の作成の準則」を定め、その第1号の規定において、治水にかかわる事項をこれらの方針および計画に盛り込むにあっては、「洪水・高潮等による災害の発生の防止又は軽減に関する事項については、過去の主要な洪水、高潮等及びこれらによる災害の発生を防止すべき地域の気象、地形、地質、開発の状況等を総合的に考慮すること」

を要請していることに注意を要する。

すなわち、栃木県に顕著な具体的利益があるか否かは、これらの考慮要素に照らして把握すべきことが求められているのである。

(3) 過去最大のカスリーン台風規模の台風が襲来しても、利根川の堤防が決壊するような現実的可能性は見込まれないという状況（原審準備書面21の22頁、準備書面24のその4の15頁）下において、且つ、利根川本川は、渡良瀬遊水地部分以外、栃木県の県境から最も近いところでも約5kmも離れた地点を流れており、カスリーン台風時にも利根川本流の洪水氾濫の影響を受けなかった栃木県（伊藤武晴の証言）に対し、この種の具体的利益をもたらすことはありえないと解すべきは当然である。

## 4 納付義務の存否・範囲をめぐる国と県との関係

### (1) はじめに

上記各法令に基づく治水負担金の支払い義務の存否ないしその範囲は、当該河川管理施設の建設により関係都府県に「治水上の利益」あるいは「著しく利益」が生ずるか否か、またその「受益の範囲」はどれだけか、という要件に照らして客観的に決められるべきものであるが、この要件該当性の有無について、負担金を請求する側と請求を受ける都府県の側が見解を異にする場合は当然ありうる。

その場合、国あるいは独立行政法人水資源機構と都府県との関係は対等であって、国あるいは独立行政法人水資源機構の判断が一方的に都府県の判断を拘束するという関係にはない。もう一度敷衍する。

### (2) 強制徴収の規定の不適用

ア 水資源機構法 21 条 3 項の治水負担金については、同法 21 条 4 項、同法施行令 22 条 6 項により、「国土交通大臣が定めるところによる。」とされており、利水負担金のように強制徴収の規定（法 28 条）は適用されない。

これに対し、被控訴人は、河川法 60 条及び 63 条にもとづく負担金については、受益都府県が任意に支払わないときは同法 74 条による強制徴収がなされると主張するが、この主張は以下のとおり失当である。

イ 河川法 74 条は、河川法上の負担金又は流水占用料等に関する河川管理者の強制徴収権に関する一般的規定であるが、河川法 60 条、63 条に基づく都道府県の負担金については、同法 64 条に基づく河川法施行令 38 条が納付手続を定める。

ウ 前述のとおり河川法と同様の規定を設けている地すべり等防止法や海岸法も、受益者から負担金を強制徴収する制度を設けているが、受益都府県の負担金は強制徴収の対象から明確に除外されている。

たとえば、地すべり等防止法 38 条（強制徴収）の明文により、その対象には一般受益者の負担（33 条）は含まれるが、受益都府県の負担金（28 条 3 項）は含まれていない。

また海岸法 35 条（強制徴収）の明文により、その対象には、一般受益者の負担金（33 条）は含まれるが、受益都道府県の負担金（26 条 2 項）は含まれていない。

同じ趣旨をより端的に規定しているのが砂防法 38 条 1 項である。同条は、「この法律もしくはこの法律に基きて発する命令に依り私人に於て負担すべき費用及過料は、

この法律に於て特に民事訴訟を許したる場合を除くほか行政庁に於て国税滞納処分の例により之を徴収することを得」と規定している（かなづかいは引用者において現代化）。

つまり、これらの法律においては受益都道府県の負担金が強制徴収制度の適用外であることは一見明白である。

エ これに対して、河川法（74条）と道路法（73条）の場合は「河川管理者」ないし「道路管理者」が「この法律…により納付すべき負担金」を強制徴収しようという趣旨の包括的な要件を規定しているためにわかりにくくなっている面がある。

しかし一般の負担金の場合には、その請求主体が「河川管理者」（河川法67条、70条）ないし「道路管理者」（道路法61条、58条）と規定されているのに対し、道路法50条や河川法63条、64条に基づき、受益都府県に対し負担金を請求する主体については「河川管理者」や「道路管理者」という概念をあえて用いず、「国土交通大臣」が主語となっている。

このことに照らしても、河川法60条、63条の負担金については同法74条の適用はなく、同法64条および同法施行令38条1項に基づく納付通知に都府県が応じない場合は、民事訴訟手続を通じて回収をはかるべきことが予定されていると解することができる。

オ 河川法60条、63条に基づく都府県負担金が強制徴収の対象外であることは、同法70条の受益者負担の取扱いとの対比からも明らかである。

河川法70条1項の受益者負担金については同条2項が、「前項の場合において、負担金の徴収を受ける者の範囲及びその徴収方法については、国土交通大臣が負担させるものにあつては政令で…定める」との規定が存在するところ、同項が予定している政令はいまだに制定されていない。したがって同条1項に基づく受益者負担金を徴収する根拠法令は存在しないわけである。

一般受益者に対する負担金の納付さえ強制できないのに、都府県に対してだけはこれを強制できるとするような解釈は全くの背理である。

カ 結局、河川法74条に基づき河川管理者が強制徴収をすることができる債権として残るものは、同法32条に基づく流水占用料および同法67条の原因者負担金等に限られることになる。



### (3) 都府県相互間における負担金支払い義務の処理との対比

ア 国土交通大臣ではなく、都府県知事が行う河川管理行為により、他の都府県が「著しく利益を受ける場合」にも負担金支払い義務は発生する（河川法63条3項）。この場合当該義務の履行を強制する制度は存在しない。

イ 河川管理に限らず、一般に都道府県が行なう建設事業によってその区域内の市町村が利益を受けることは一般的にあり得るが、このような場合について、地方財政法27条は、「都道府県は当該市町村に対し、当該建設事業に要する経費の一部を負担させることができる」との規定を置いている。

しかし、この規定に基づき発生する負担金支払い義務の履行を強制する特別な制度はない。

ウ 各都道府県および各市町村は、それぞれ別個の法主体であって、相互に従属する関係にはない。各地方公共団体と国との関係も同様である。

国が地方公共団体に対して、また地方公共団体が他の地方公共団体に対して義務のないことを強制することが違法であることは、これらの法主体間の「寄附の強制」を禁止した地方財政法4条の5の趣旨に照らしても明らかである。

エ したがって、国土交通大臣が河川法60条、63条に基づく負担金の納付通知を受益都府県に発した場合に、当該納付通知が根拠を欠く場合（「治水上の利益」の利益の不存在、あるいは「著しく利益」を受けない場合、またはその過大把握など）には、当該都府県知事はこの通知を当然に遵守する義務はないし、また客観的に義務のない支払いをすることについて免責されることもない。

オ 国が根拠のない請求を行った場合には、都府県知事は、司法機関に対し当該債務が存在しないことの確認を求め、又は地方自治法250条の7に基づいて設置される国地方係争処理委員会に対し審理の申出を行うなどの手段に訴えて、その是正をはかるべきであり、また是正のために取り得る手段を尽くすことこそが、執行機関の義務（地方自治法138条の2）である。

### (4) 被控訴人の主張に対する反論

ア 被控訴人は、「被控訴人には国や水資源機構の治水事業に関し国土交通大臣を指揮監督する権限がない」ので、「被控訴人が国土交通大臣の権限内容に介入し得る立場に」ないことを理由に、本件各治水負担金の納付通知に従う義務があると主張するようで

ある（被控訴人第1準備書面6頁）。

イ しかしながら、「被控訴人が国土交通大臣の権限内容に介入し得る立場に」あるか否かと、本件各治水負担金はその根拠法令（水資源機構法施行令22条1項、河川法60条1項、同法63条）が定める要件を満たしているかどうかを国とは独自に判断できるか否かは、別問題である。

上記のとおり、国と地方公共団体の関係は対等なものであり、被控訴人も認めるとおり、「国土交通大臣には栃木県の財務行政に関し被控訴人を指揮監督する権限がないのである（被控訴人第1準備書面6頁）から、被控訴人は、本件各治水負担金はその根拠となった法令の定める要件を満たしているかどうかを独自に判断できるものと解すべきなのである。

ウ 被控訴人が、本件各治水負担金はその根拠となった法令の定める要件を満たしているかどうかを判断した結果、要件を満たしていないとの結論に至った場合には、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（地方自治法2条16項）のであるから、被控訴人は国土交通大臣からの請求を拒否すべき義務があるのである。

エ 控訴人らの上記ウの主張に対し、被控訴人は「負担金支出が法令に反するかどうか、被控訴人に負担金納付を拒否すべき義務があるか否かの判断基準が誤りであることの理由として、法令に違反してはならない、納付を拒否すべき義務があるというのは意味のない主張である。」と批判する（被控訴人第1準備書面6頁）が、控訴人らの上記ウの主張は、当たり前のことを述べたもので、決して意味のない主張ではない。

オ また、被控訴人は、控訴人らが、一日校長事件の場合、都知事と教育委員会との間で判断が異なった場合には機関訴訟も認められていないので、司法判断を求める余地がないのに対し、本件各治水負担金が法令の定める要件に反し違法かどうかは、債務不存在確認訴訟（河川法60条、63条の負担金については河川法74条の強制徴収の規定が適用にあるとしても、滞納処分取消訴訟）等による司法判断が可能であると主張したことに対し、「何をどのように考えてのことか理解に苦しむところである。」と批判する（被控訴人第1準備書面6頁）が、これは控訴人らの主張を正しく理解しないものである。

## 5 一日校長事件最判と本件との関係

### (1) 一日校長事件の最判の射程

ア 被控訴人は、原判決がいわゆる一日校長事件に関する最高裁平成4年12月15日判決（民集46巻9号2753頁）を本件各治水負担金支出の違法性判断に適用したことは基本的に是認し得ると主張する（被控訴人第1準備書面5頁）。

イ 同判決は、教育委員会が行った昇格処分等を前提として、退職手当の支出決定をした知事個人に対して、損害賠償責任を問うことができるか否かが問題となった事案について、「当該職員の財務会計上の行為をとらえて右の規定に基づく損害賠償責任を問うことができるのは、たとえこれに先行する原因行為に違法事由が存する場合であっても、右原因行為を前提としてされた当該職員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」と判示したものである。

ウ すなわち、同事案においては知事の（故意または過失による）責任を問えるか、ということが問題になっているので、先行する昇格処分等が違法であっても、これが取消されないうちは、退職者は所定の退職手当を請求する権利があり、知事にはその支払いをする義務があるという状況の下では、知事は退職手当を支払ったことについて責任を問われない、とされた事例であった。

エ したがって、一日校長事件はあくまでも旧4号請求に関わる事案であることに留意すべきであるが、仮に百歩譲って、校長の責任問題以前に、知事による退職手当支払い行為は教育委員会の昇格処分等に拘束される行為であるために、その違法性がそもそも問題にならない（仮に1号請求でも棄却される）と解する立場に立ったとしても、一日校長事件は本件とは全く事案を異にする。

### (2) 一日校長事件と本件との事案の違い

ア 前述のとおり、河川法60条、63条に基づく負担金支払い義務の存否をめぐる国と栃木県との関係は対等平等であり、国の納付通知に対し栃木県が異をとる機会が保障されない、などということはありません。

栃木県における著しい利益が客観的には存在しないのに、国がそのことを認めない、という場合には前述のとおり知事は司法による救済を求めることができる（この場合、義務の不存在が確認されれば足り、納付通知が取り消される必要はない）し、また知事はそのような手段を尽くすべき義務を負っている。

- イ よしんば国の納付通知に課税処分並みの拘束力があるという前提に立ったとしても、前述のとおり、違法な処分に対しては司法的救済の途が開かれているのであるから、納付通知が客観的に違法であるのにもかかわらず、負担金の支払いが適法になる、などということはありません。
- ウ 一日校長事件の事案においては、昇格処分等の適法性について東京都の機関である教育委員会と知事の判断がわかれたとしても両者は共に都の機関であるから、教育委員会の判断が違法であることについて知事が司法の判断を求めて訴え出るといふようなことはおよそ許されない。
- エ したがって、いかに客観的に違法であっても（無効と言える程度でない限り）昇格処分等の拘束力に知事は従わざるを得ず、教育委員会の処分が取消されない限り、住民による1号請求訴訟があっても裁判所は、知事に対し退職手当の支払いを禁止する命令は発し得ないということになる。
- オ しかし、このような前提は本件には存在しないのであるから、一日校長事件を本件に適用するのは適切ではないのである。

## 第2 思川開発事業に係る利水負担金について

### 1 「低廉な水の供給」という重要な事項についての判断が落ちていることについて

#### (1) はじめに

ア 被控訴人は、「栃木県が思川開発事業への参画という方法で行おうとしている事業は、水道法3条2項の水道事業そのものではなく、水道事業のための用水を確保してこれを供給する事業である」ことを認めている（被控訴人第1準備書面8頁）。

しかしながら、これは栃木県が自ら水道用水供給事業を行うことを決定したことを意味するものではなく、関係市町による一部事務組合による水道用水供給事業という選択肢もあり得ない訳ではない。栃木県は、事業者未定のまま、県南関係市町の水道水源確保の目的で思川開発事業に参画しているに過ぎないというべきである。

イ 仮に、栃木県が思川開発事業への参画して、自ら水道用水供給事業、すなわち水道用水の卸売事業を行う場合であっても、水道法1条が定める「清浄にして豊富低廉な水の供給」ということが大前提とされるべきことについても、争いはない。

ウ そして、この水の卸売事業は、水道用水の買い手側から支払われる料金収入によっ

て採算が取られなければならないのであるから、低廉な水を供給できなければ買い控えにあって、採算が取れなくなる運命にある。したがって、栃木県が思川開発事業に参画するに当たっては、「低廉な水」を供給できるかどうかについての判断は極めて重要な要件である。

エ その場合、控訴人らが再三にわたり主張しているように、現在の水道事業の経営環境がどのようなものであるかについて、正しい認識を持つことは不可欠である。この正しい認識が以下のようなものであることは言うまでもない。

「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。」（元総務省公営企業課長細谷芳郎著「図解地方公営企業法」、甲C85の262頁）。

## (2) 原判決の判断の誤り

ア ところが、原判決は、栃木県は水道事業者になる予定はなく、水道法15条1項の給水義務など負っていないにもかかわらず、この義務を挙げる過ちを犯した上、「水道事業者として」この義務を果たすためとして、「県内の各市町村の保有水源量、将来の水需要予測、現在利用されている水源の問題等諸般の事情を考慮しなければならないというべきである。」（31頁）として、「豊富な水」の供給という要件に関する要素のみを裁量判断の基礎とする判示をしていた。

このように、原判決には、栃木県の思川開発事業に対する利水参画及びそれを維持することについての裁量の違法性判断をするに当たって、自らが判断枠組みとして掲げる「その基礎とされた重要な事実」に誤認があった（31頁）のである。

イ さらに、原判決は、栃木県が開発事業に利水参画するに当たって、重要な視点となる「低廉な水供給」ができるかどうかについては、検討した形跡はまったくないので

あるから、この点については、その基礎とされた重要な事実には誤認があっただけでなく、これまた原判決が裁量の違法性判断の枠組みとして掲げる「判断の過程において考慮すべき事情を考慮しない」（31頁）ものでもあったのである。

### (3) 被控訴人らの主張に対する反論

ア 被控訴人は、控訴人らの上記主張に対し、『低廉』云々の文言がないからといって、原判決がこれを考慮していないと決めつけることはできないものである。」（被控訴人第1準備書面8頁）とか「原判決は、前記のとおり、『県内の各市町村の保有水源量、将来の水需要予測、現在利用されている水源の問題等諸般の事情を考慮しなければならぬ』と判示しているのであり、上記のような、水資源行政についての政策論ともいべき控訴人らの主張が採用されなかったからといって、原判決の判断基準が誤っているとは到底いえないものである。」と主張する（9頁）。

イ しかし、被控訴人らのこの主張には、原判決が水道法15条1項について誤った認識をしていることについて言及はなく、控訴人らの主張に対してはまともな反論となっていない。

ウ その点をひとまずおいたとしても、「判決に理由を付せず、又は理由に食い違いがあること」が上告理由となっている（民事訴訟法312条2項6号）ことから明らかなように、判決の判断過程は判決文から読み解くべきは、法律家にとってイロハであるところ、判決文を精査しても「低廉な水」の供給の視点に関わる事項を判断の基礎とした形跡はないのである。

エ 以上のとおりであるから、『低廉』云々の文言がないからといって、原判決がこれを考慮していないと決めつけることはできないものである。」とか「原判決の判断基準が誤っているとは到底いえないものである。」との被控訴人の主張は、実体に則しない空論と言わなければならない。

## 2 南摩ダムは本当に水の貯まらないダムであることについて

### (1) 被控訴人の主張

被控訴人は、「控訴人らは、『本当に貯まらないダムである』として縷々主張するが、『小川のような河川』であり、『とても水が貯まらない』、『まともにダムの運用を行えば、ダムが空または空に近い状態が続出することが必至』などというのは、思川開

発事業に対する控訴人らの独自の認識に過ぎず、(中略)、原判決が『南摩ダムに水が貯まることがないとまで認められず、』、『栃木県が南摩ダムから取水することが不可能であるとまで認めることはできない』という程度の判断でもって、控訴人らの主張は栃木県の同事業への参画につき裁量権の逸脱、濫用は認められないとの判断を左右するものではないと結論づけている(46頁)のは、正当である。ダムが未完成で、利水負担金が利水の実態に見合うものであるかどうか等の判断も不可能な段階において、思川開発事業を栃木県の利水に「役立たない事業」と断じ、利水負担金を支出することを違法と決めつけることは、到底できないものである。」と主張する(被控訴人第1準備書面12頁)。

## (2) 被控訴人の主張に対する反論

ア 原判決が、「南摩ダムに水が貯まることがないとまで認められず」、「栃木県が南摩ダムから取水することが不可能であるとまで認めることはできない」といった極めて消極的な判示をしたのは、原審裁判官らも、控訴人らの主張、立証によって、南摩ダムが「小川のような河川」であり、「とても水が貯まらない」、「まともなダムの運用を行えば、ダムが空または空に近い状態が続出することが必至」といった認識を持ったからに他ならない。

これは、本件で控訴人らが提出した証拠を見れば、誰でも同様の認識を持つものであり、思川開発事業に対する控訴人らの独自の認識になどではない。

自らの主張を裏付ける証拠もないまま、控訴人らの主張を否定する被控訴人らの上記主張こそ、独自の認識と言わなければならない。

イ 問題は、原判決が、「南摩ダムに水が貯まることがないとまで認められず」、「栃木県が南摩ダムから取水することが不可能であるとまで認めることはできない」という程度の判断でもって、控訴人らの主張は栃木県の同事業への参画につき裁量権の逸脱、濫用は認められないとの判断を左右するものでないとしていることである。

栃木県が思川開発事業に利水参画するのは、「清浄にして豊富低廉な水」の供給事業を行うためであり、それには南摩ダムから「清浄にして豊富低廉な」原水が取水できなければならない。

原判決の判示のように、「南摩ダムに水が貯まることがないとまで認められず」、「栃木県が南摩ダムから取水することが不可能であるとまで認めることはできない」とい

う程度の判断では、「清浄にして豊富低廉な水」の供給など、到底実現することはできない。

原判決は、栃木県の同事業への参画についての裁量権の違法性判断において、判断の過程において、極めて重要な考慮すべき事情である、南摩ダムから「清浄にして豊富低廉な」原水が取水できなければならないという事情を考慮しなかったものであり、被控訴人の言うような正当な判断であるとは、到底評価し得ないものなのである。

ウ なお、被控訴人は、「ダムが未完成で、利水負担金が利水の実態に見合うものであるかどうか等の判断も不可能な段階において、思川開発事業を栃木県の利水に『役立つ事業』と断じ、利水負担金を支出することを違法と決めつけることは、到底できないものである。」と主張するが、このことは、被控訴人が、裁量権行使の判断に当たって、極めて重要な考慮すべき事情である、南摩ダムからの取水がどの程度可能であるかについて、まったく検討してなかったことを物語るものである。

エ 以上のとおりであるから、栃木県が思川開発事業へ利水参画するに当たっての裁量権の行使については、その逸脱、濫用があったことは明らかである。

### **3 被控訴人第2準備書面の主張について**

#### **(1) 県南地域の関係市町の判断について**

ア 被控訴人は、「県南地域の関係市町は、独立した水道事業者として、将来の水道普及率増に伴う新規需要や地下水低下、地下水汚染、地盤沈下対策等を総合的に考慮し、多様で安定的な水源を確保するため、利水行政上の判断により地下水転換量を含めた要望水量を決定し、栃木県もそれを妥当として、栃木県全体の要望水量を決定したものである（原判決32～36、44頁）」と主張する（被控訴人第2準備書面10頁）。

イ しかし、栃木県が県南地域の関係各市町に求めた報告は、2025年における水需要予測量と2025年における水需要予測量の内訳のうち、新規水需要量と地下水水源転換量のみであり（甲C5）、栃木県がこの報告を求めるに当たって、関係市町に対し、「地下水低下、地下水汚染、地盤沈下対策等を総合的に考慮し、多様で安定的な水源を確保する」よう促した形跡は全くなく、栃木市が2度目の回答で「地下水汚染等による代替水源分を考慮して」としている（甲C6の2）以外、関係市町がこれらのことを総合的に考慮した結果上記報告をした形跡も見られない（甲C6の3～13）。



ウ 都賀町などは、県の担当者からの「使った水量分だけ払えばいい」との説明を信じて思川開発事業への参加を表明したが、この説明がウソだと判って参加を撤回しているほどであり（甲C7の1）、栃木県が県南地域の関係各市町に求めた報告は、思川開発事業への参画ありきの強引なものであったのである。

エ 以上のとおりであるから、上記アの被控訴人の主張は、明らかに事実と反している。

## (2) 水道用水供給事業の計画もなく、認可も受けていないことについて

ア 被控訴人は、「水道用水供給事業を営もうとする者として厚生労働大臣の認可を受けるためには、水源の種別、水源の水量の概算等の計画が確実であることが必要となるが、そうであるならば、理論的にも認可が先行することはあり得ず、思川開発事業への参画が認めてもらえないと、認可が取得できないものである。」と主張する（被控訴人第2準備書面11頁）。

イ 思川開発事業について利水参画しているのは栃木県だけではない。鹿沼市、小山市、古河市、五霞町、埼玉県及び北千葉広域水道事業団が参画している（原審準備書面20の5頁）。しかし、思川開発事業検討の場で水道用水供給事業の認可を受けてないことが問題とされたのは栃木県だけである。それは、栃木県以外の参画者は全て水道事業の認可を受けているからに他ならない。このことから明らかなように、「理論的にも認可が先行することはあり得ず、思川開発事業への参画が認めてもらえないと、認可が取得できないものである。」との被控訴人の主張は事実と反するものである。

ウ 仮に、被控訴人が主張するように、「思川開発事業への参画が認めてもらえないと、認可が取得できない」としても、そもそも、栃木県が思川開発事業に参画することによって行おうとしている水道用水供給事業には、誰が経営するのか（前述のとおり一部事務組合が経営する可能性もある）、どこにどのような取水口を設けるか、どこにどのような浄水場を造るのか、どこにどのようにして給水をするのかといった計画はおろか構想すらもない不確実なものであるから、将来にわたって参画を継続できるか極めて危ういものなのである。

エ 控訴人準備書面6で述べたように、ダム事業の検証は、再評価細目に基づき実施されることになっており、『新規利水の観点からの検討』では、はじめに、検討主体は、当該検証対象ダムに利水参画している全ての者に対し、①ダムの事業に参画を継続する意思があるか、②新たに開発すべき水利権量（以下「開発水量」という）として何

m<sup>3</sup>/秒が必要か、を照会し、③必要に応じ、利水参画者において水需給計画の点検・確認を行うよう、また、④当該検証ダムに代わる代替案が考えられないか検討するよう、利水参画者に要請し、次に、検討主体は、利水参画者が必要とする開発水量の算出方法や検討が行われた代替案の妥当性を確認し、これらを踏まえて再評価細目が示す17の方策から立案・抽出した利水対策案に対する利水参画者等からの意見聴取を経て、各対策案について6つの評価軸（目標、コスト、実現性、持続性、地域社会への影響、環境への影響）ごとに評価した上で、総合的に評価する。」ことになっているのであり（5～6頁）、利水参画者の意思の确实性、判断の妥当性等を判断する材料として、水道用水供給事業の認可を受けているかどうかは極めて重要な位置を占めているのである。

オ 栃木県は、「栃木県南地域における水道水源確保に関する検討報告書」（乙93）を作成提出することによって、思川開発事業の検証主体からの求めに応じられたと考えているようであるが、この報告書は参画水量の辻褃合せ作成されたものに過ぎず、この参画水量を活用する水道用水供給事業についての具体的な計画もないのに、利水参画者の意思の确实性や参画判断の妥当性等を検討することなどできないことは明らかである。

カ 以上のとおりであるから、「栃木県南地域における水道水源確保に関する検討報告書」（乙93）だけでは、思川開発事業の検証主体からの求めに応じられたとは到底言えず、栃木県が水道用水供給事業についての具体的な計画もない状態のまま、利水参画し続けることは、ダム事業の検証の再評価細目に反するものとして、参画は拒否されなければならない。

### **(3) 認可を受けないまま国庫補助金が支払われていることについて**

ア 被控訴人は、「思川開発事業における補助金は、『独立行政法人水資源機構水道水源開発施設整備費補助金交付要綱』（乙88）によるものである。交付の対象も水資源機構が行う水道水源開発施設の新設又は改築のための事業に要する費用であり、交付を受けているのも水資源機構であって、栃木県ではない。したがって、『栃木県が水道用水供給事業の認可を得られる見込みが全くないまま思川開発事業に利水参画し続けていることは、補助金適正化法の観点から見ても違法である』というのは、的外れの主張である。」（被控訴人第2準備書面12頁）と主張する。

イ しかし、「独立行政法人水資源機構水道水源開発施設整備費補助金交付要綱」（乙 8 8）の第 4 は、この補助金の交付の対象となる事業費は、水道事業者又は水道用水供給事業者が負担することとなる負担金の額の全部又は一部としており、この要綱に基づく補助金を、直接交付を受けるのが水資源機構だからといって、栃木県が受ける補助金ではないということとはできない。そして、同要綱の第 1 は、補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律、同法施行令及び厚生労働省所管補助金等交付規則の規定によるほか、この交付要綱の定めるところによるとしているのであるから、「栃木県が水道用水供給事業の認可を得られる見込みが全くないまま思川開発事業に利水参画し続けていることは、補助金適正化法の観点から見ても違法である」との控訴人らの主張は、的外れの主張などでないことは明らかである。

#### (4) 被控訴人に対する求釈明

なお、前記要綱の別表には、水道用水供給事業について、2009（平成 21）年度以前に採択された事業であって、用水単価が 130 円以上であり、かつ資本単価が 100 円以上又は原水単価が 90 円以上の場合には補助率が 1/2、それ以外の場合は補助率が 1/3 とされているところ、2008（平成 20）年度までは補助率が 1/3 であったものが、2009（平成 21）年度からは 1/2 と増加している（甲 C 99）。

これは、思川開発事業に係る用水単価、資本単価又は原水単価が、2008（平成 20）年度を境に増加したことを意味すると同時に、栃木県において、これらの試算をしていることを物語るものである。

この試算は、県南関係各市町が、思川開発事業に利水参画することによって栃木県が経営する水道用水供給事業から給水を受けるかどうかを判断するために、極めて重要な材料であり、ひいては栃木県の思川開発事業への利水参画が経済的合理性を有するかどうかの判断材料でもある。

よって、控訴人らは、被控訴人に対して、この試算結果及び試算の前提となった資料を明らかにするよう求める。

#### (5) 「栃木県南地域における水道水源確保に関する検討報告書」について

ア 前記(2)、オで述べたとおり、「栃木県南地域における水道水源確保に関する検討報告書」（以下「検討報告書」という、乙 93）は、参画水量の辻褃合せに、十分な検討

もないまま作成されたものに過ぎず、それ故、以下のとおり、その内容的には多くの問題がある。

イ その中で最も重視されなければならないのは、水道用水供給事業の計画が全くない状態であるため、精度をもった用水単価を算出することは不可能であること、そして、そのような精度をもった用水単価を示さないまま、各市町に対して、必要水量の確認を行っている点である。

前記(3)で述べたところでは、思川開発事業では用水単価が130円以上との試算結果があるようであるが、検討報告書を見る限り、それさえも関係市町に開示された形跡はない。

ウ また、水需要が増える説明として使われている資料は、栃木県のものではなく、東京都のもので、しかも、7年も前のものであるということである。

検討報告書4頁の「世帯人数が減少するに伴い一人当たりの使用水量が逆に増加するという関係にある」との記述を裏付ける資料として、同報告書5頁に掲載されているのは東京都の2009（平成21）年度の調査結果である。しかも、この資料では、世帯人数が二人の場合が一人当たりの水使用量が最大となり、一人のときはかえって二人の場合よりも一人当たりの使用水量は減少しているにもかかわらず、「世帯人数が減少するに伴い一人当たりの使用水量が増加する」と誤った結論を導き出している。この東京都の資料は、世帯人数が二人よりも三人、三人よりも四人と増えるにしたがって、一人当たりの水使用量は減少し、また、一人の場合も二人の場合よりも水使用量が減少することを示しており、水使用量の増減要因がどこにあるかを探る上で、重要な示唆を与えるものであるが、検討報告書はその点については全く無頓着である。

また、検討報告書5頁の「家庭における水の使われ方で最も高い比率を占めるものはトイレであることが見てとれる」との記述を裏付ける資料として、同頁に掲載されているのは、なんと今から7年も前の2006（平成18）年度の東京都の調査結果である。検討報告書の作成者が、「(水需要においては) 節水意識の高揚、節水機器の開発・普及等の減少要因が考えられる。」(4頁) との認識を本当に持っていたのであれば、より節水型の便器の開発・普及がめざましいトイレについて、7年も前の資料を前提に、「家庭における水の使われ方で最も高い比率を占めるものはトイレであることが見てとれる」等と言った結論を導き出すことなど考え難い。トイレの水洗化率

の増加イコール水需要の増加を言いたいがための、資料のつまみ食いである。

エ 渇水による影響について、判断を誤らせかねない記述をしている点である。

検討報告書13頁から14頁にかけて、渇水対策には、南摩ダムが必要で、南摩ダムがあれば渇水対策ができるかのような記述がなされている。

そもそも、「取水制限とその影響」として掲載されているものは、南摩ダムによる利水上の利益を受ける地域のものではない。そのほとんどが、上流にダム群が整備された利根川本流域あるいは渡良瀬川本流域のものである。また、「H8年渇水での給水活動」の写真は、思川開発事業とは無関係な桐生市の高台における給水活動のものである。むしろ、このことは、ダムが整備されたとしても、表流水では、渇水時にはやはり影響が出ることを示すものであり、地下水水源を捨てて表流水に転換することは、むしろ渇水対策上はマイナスであることを意味するものである。

これをあたかも、渇水対策には地下水よりも表流水に転換した方がよいかのような記述をする検討報告書は、詐欺まがいのものであり、まともな行政文書とはいうことはできない。

オ 地盤沈下対策として地下水水源から表流水への転換を上げるが、検討報告書中には、地下水の保全地域である県南地域（小山市、野木市、旧藤岡市）における地下水揚水量のうち水道用水の占める割合は8%に過ぎない（原審準備書面24のその2の46頁）という点が全く欠落していることである。しかも、これらの地域で思川開発事業からの取水によって地下水からの転換が予定されている水量は全地下水揚水量の1%に過ぎない（原審準備書面24のその2の46頁）が、これについても、検討報告書は何も触れていない。これまた詐欺まがいの報告書との非難を免れないものである。

カ 「水質事故による健康被害の状況」（22頁）についても、あたかも水道水源の井戸が汚染されているかのような説明がなされているが、この表が示している事故は、そのほとんどが個人の井戸であり、井戸水が水道水源での事故は、H17の秋田県の簡易水道でのものだけである。これは塩素滅菌が完全に行われていれば防げた可能性が高いものである。これに対して、表流水を水源とする簡易水道の水質事故も2件起きており、この表からは、水質事故対策のためには地下水から表流水へ転換すべきだとは到底言えないのである。

キ 検討報告書は、民意を無視している。「パブリックコメントに寄せられた意見につい

ては、(略) 参考とした。」(30頁)と書かれているが、事実に反する。2012(平成24)年11月27日から12月26日までに実施されたパブリックコメントに寄せられた21件の意見のうちの19件が、県が示した方針に反対するものであったが、県は、「実施機関は、県民から提出された意見(以下この条において「提出意見」という。)を十分に考慮して計画等について意思決定を行うものとする。」(栃木県パブリック・コメント制度実施要綱6条1項)とする規定に違反して、これらの意見を無視したのである。

## (6) 泡瀬干潟事件判決について

ア 被控訴人は、「泡瀬干潟事件判決は、公有水面埋立免許及びその承認自体の適法性は認められたものの、その前提と土地利用計画案の変更が見込まれるという特殊な事案について、変更許可を受ける見込みがないのであれば、法的な裏付けを取得する見込みがないのに財務会計行為を行うことになるから違法であるとしたものである。」(被控訴人第2準備書面12頁)として、栃木県の思川開発事業に対する利水参画とは事案を異にしている旨主張する。

イ しかしながら、前記のとおり、栃木県は思川開発事業に利水参画することによって自ら水道用水供給事業を行うことを決定したのではなく、仮にそうであったとしても、その計画は勿論、予算的裏付けもない不確実なものであって、そもそも厚生労働大臣の認可を得られる見込みすらないものである。その点で、泡瀬干潟事件判決における、変更許可を受ける見込みのない土地利用計画変更案と法的にはまったく同様である。

したがって、栃木県が思川開発事業に利水参画して、その負担金を支出することは、法的な裏付けを取得する見込みがないのに財務会計行為を行うに等しいものであるから、泡瀬干潟事件判決にならぬ、違法な財務会計行為として差止が認められるべきなのである。

以上