

平成25年(行ノ)第65号 行政上告受理申立事件

申立人 深澤 洋子 外33名

相手方 東京都水道局長 外4名

## 上告受理申立理由書

2013年7月10日

最高裁判所 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

第1章 原判決が、利根川水系の基本高水のピーク流量の算定について「合理性を欠くことが明らかであるとは認められない」と判示したことは、本件に援用すべきではない一日校長事件最高裁判決を援用し、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵がある場合」との誤った審査基準を設定して判断を行ったことに基づくものであり、原判決には重大な判例違反があり、かつ、地方自治法第242条の2第1項の解釈を誤ったものであるので破棄を免れない ...13	
はじめに.....	13
第1 原判決の「河川法に基づく受益者負担金について」の構造.....	14
1 原判決の示す法的な枠組み.....	14
2 原判決の構造.....	15
3 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.....	15
4 原判決の「著しく利益を受ける」の定義と判示.....	18
第2 申立人らの主張に対する判示.....	19
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.....	20
2 「著しく利益を受ける」関係にはない場合には、東京都の職員らは、その支出を拒む財務会計法規上の義務があるとの主張に対して.....	20
3 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.....	21
第3 最高裁判例違反は明らか.....	21
1 事案の異なる判例を引いて、申立人等に加重、違法な立証責任を負担させた原判決の誤り.....	21
2 国土交通省には基本高水の記録が保管されていず、追検証が不能であった.....	23
第4 住民訴訟の公金支出差し止め訴訟で要件とされる客観違法に加え	

て、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」の要件を加えることは許されない .....	24
第2章 原判決の利根川水系の基本高水・ピーク流量毎秒2万2000m <sup>3</sup> 計画 について合理性を認める判断は、小田急線最高裁判決が示す司法審査基準 に著しく背反するものであり、原判決は破棄を免れない.....	25
はじめに.....	25
第1 問題の所在—小田急線最高裁判例違反.....	27
1 原判決も「河道域の拡大と河道貯留」の効能を認めず、乖離の解明 は不能.....	27
2 ピーク流量毎秒5000m <sup>3</sup> の積み増しの説明が二転三転.....	28
第2 「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.....	29
1 当初は、カスリーン台風洪水の「氾濫戻し」で毎秒5000m <sup>3</sup> 増と 説明.....	29
2 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—平成20年の甲B第90号証の「回 答」.....	31
3 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」 .....	31
4 日本学術会議の検証では、再び、カスリーン台風洪水の「氾濫戻し」 へ.....	33
5 大氾濫も「河道域の拡大と河道貯留」も役立たず.....	33
6 国土交通省内には記録もなく、外部への回答は不統一.....	35
7 国土交通省の虚偽説明と混乱の履歴の整理.....	35
8 日本学術会議の検証結果.....	37
第3 小田急線最高裁判決で示された都市計画決定の司法審査の判断基準	

.....	39
第4 本件事案を小田急線最高裁判決で評価する .....	39
1 計画の基礎となっている氾濫の証明を欠き、実績と計算流量との乖離について説明できないことについて .....	40
2 計画降雨でも毎秒1万6750 m <sup>3</sup> しか来襲しない事実と「計算上の仮設計」について .....	42
むすび .....	44
第3章 河川法63条1項、74条1項、地方財政法25条1項、3項違反 .....	46
.....	46
第1 はじめに .....	46
第2 原判決の判断 .....	46
1 治水に関する受益者負担金の性質 .....	46
2 河川法63条1項の解釈 .....	48
3 地方財政法25条1項、3項の解釈 .....	48
第3 原判決の誤り .....	49
1 はじめに .....	49
2 河川法63条1項において、国と都府県との権限配分の問題はない .....	49
3 河川法63条1項と先行行為・財務会計行為という論点との混同 .....	50
4 河川法63条1項の正しい解釈 .....	52
5 八ッ場ダムのもたらす利益についての判断の混乱 .....	56
6 「受益の限度」に関する判断の脱漏 .....	57
7 地方財政法25条1項、3項の解釈の誤り .....	57
8 まとめ .....	59
第4章 八ッ場ダムの治水上の不要性に関する判決に影響を及ぼす経験則違反の事実認定（法令解釈に関する重要事項）について その1－判断に必要な	

な基礎的事実関係の粗雑な認定— .....	59
はじめに—原裁判所への重大な疑問 .....	59
第1 原判決の基礎的な重大な誤り .....	61
1 主要な争点の判示にも理由を付さず .....	61
2 「河道域の拡大と河道貯留」については支離滅裂な判断 .....	63
3 判断の脱漏 .....	65
第2 原判決が取り上げた上告受理申立人らの主張とその回答 .....	65
1 原判決が取り上げた上告受理申立人らの主張について .....	66
2 上告受理申立人らの主張に対する原判決の応答（56頁） .....	67
3 原判決の判示の整理 .....	70
4 原判決の控訴人らの主張を排斥した手法 .....	71
5 原判決への批判の組立 .....	74
第3 原判決の「河道域の拡大と河道貯留」への評価（57～58頁） .....	74
1 原判決の判示 .....	75
2 分科会には必要な「河道域の拡大と河道貯留」による河道流量の低減 .....	75
3 原判決の判示で、計算流量と実績流量の乖離は確定的になった .....	77
4 乖離は毎秒4000m <sup>3</sup> にとどまらない .....	77
5 裁判所も公認した基本高水策定の基礎の崩壊 .....	78
第4 カスリーン台風洪水の実像—関准教授の計算では毎秒1万6600m <sup>3</sup> となる .....	79
1 原判決の「関意見書」（甲B第146号証）に対する評価と論点 .....	79
2 関准教授の再現計算の概略 .....	80
3 関准教授の流出計算（甲第146号証）ではピーク流量毎秒1万6600m <sup>3</sup> 台 .....	80
4 関新意見書（甲B第164号証）による中規模洪水の再現性検証に .....	

について .....	83
5 原判決は具体的な応答や指摘もなしに主張を排斥 .....	85
第5 利根川上流域の最終流出率「1.0」は明らかに過大である .....	87
1 原判決の「最終流出率」に関する判示 .....	87
2 谷・窪田委員が提唱した利根川の総流出率 .....	88
3 300mm以上の降雨の流出率—流出率増加の兆候はない .....	90
4 国交省の流出率データから .....	92
第6 分科会は利根川上流域の保水力の増大を無視、原判決は上告受理申 立人の主張を無視 .....	95
はじめに .....	95
1 流域の保水力の上昇を認めながら流出率は不変とする学術会議の暴 論 .....	96
2 保水力を増大させるのは森林の生長がもたらす土壌層の孔隙の変化 である .....	98
第7 日本学術会議・分科会の基本高水・毎秒2万1100m <sup>3</sup> は、カスリ ー台風洪水の実績流量に反する机上の計算となった .....	102
はじめに .....	102
1 原判決の「河道域の拡大と河道貯留」の否定で計算流量の裏づけが 消失 .....	103
2 分科会は、国土交通省の大氾濫説を却下した .....	105
3 原判決は分科会の「河道域の拡大と河道貯留」を却下した .....	107
4 分科会の毎秒2万1100m <sup>3</sup> は実績流量に反する机上の計算となっ た .....	109
5 分科会の基本高水の検証において事実関係の点検、検証はゼロ .....	113
6 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 m <sup>3</sup> .....	115

7	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	117
8	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	118
9	計算値が過大に出る理由の説明をしない学術会議	119
10	関准教授が指摘した過大な計算値が出るカラクリ	120
11	関証言での分かり易い解説	122
12	再現された現行モデルと新モデルのカスリーン台風洪水は全くの別物	123
13	小括－日本学術会議の検証作業に対する重大な疑問と原判決の判断回避による誤判	128
第8	「著しい利益」の存否判断は回避して、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」は否定する原判決（58頁～）	132
1	原判決の控訴人らの主張を退ける判断	132
2	八斗島地点下流で水位低減効果があっても、八ッ場ダムは東京都にとって有益性は認められない	136
3	もともと計画降雨では発生しない2万2000 m <sup>3</sup> 洪水への備えは無意味であり無駄である	142
第5章	八ッ場ダムの治水上の不要性に関する判決に影響を及ぼす経験則違反の事実認定（法令解釈に関する重要事項）について その2－「八斗島地点毎秒2万2000 m <sup>3</sup> 」計画の破綻と八ッ場ダムの不要性－	144
	はじめに	144
第1	原判決により計算流量と実績流量との乖離の説明困難が確定した	146
1	原判決の判示で日本学術会議の検証の破綻は明確になった	146
2	計算と実績の乖離を埋められない分科会の検証の信頼性はゼロである	147
3	国民を欺き続けてきた建設省、国土交通省	149

4	流域の実態を反映させた流出計算では毎秒1万6600 m <sup>3</sup> となる	151
5	小括	152
第2	基本高水毎秒2万2000 m <sup>3</sup> の策定経緯と国土交通省の説明の混乱	154
	はじめに	154
1	昭和24年の「改修改定計画」では、上流部での氾濫は問題とならず	154
2	昭和55年に、突然「八斗島地点毎秒2万2000 m <sup>3</sup> 」計画	156
3	「毎秒5000 m <sup>3</sup> 」の積増しは「氾濫の見直し」として説明されている	157
4	毎秒5000 m <sup>3</sup> の積増しの理由を説明してこなかった国交省	158
5	カスリーン洪水の大氾濫を否定する国交省の資料、証言等	159
6	上流部での氾濫をめぐっての説明の混乱	161
7	東京都の主張の変転	162
8	国交省の「洪水、山に上る」という氾濫計算報告書（甲B第158号証）	163
9	カスリーン台風再来時の現況河川施設の下でのピーク流量	164
10	昭和24年の「改修改定計画」の補遺—カスリーン台風洪水のピーク流量は毎秒13500～15200 m <sup>3</sup> と推定されてきた	166
第3	虚構と矛盾だらけの国交省の基本高水の解説	168
	はじめに	168
1	カスリーン台風の「毎秒1万7000 m <sup>3</sup> 」は実績ではなく計画値である	169
2	建設省は大氾濫を作出して毎秒2万2000 m <sup>3</sup> 計画を強行した	169
3	甲20号証「回答」ではカスリーン台風洪水の大氾濫を理由とした	

.....	172
4 甲B90号証「回答」では、一転して「現在する氾濫の危険回避のためではなく、将来に備えての計画」と変転.....	174
5 「八斗島地点毎秒2万2000m <sup>3</sup> 」は、仮想の「計算上の仮設計」.....	176
6 上告受理申立人らの調査で利根川の上流部に変化がないことが明らか.....	177
7 さいたま地裁からの調査囑託に対する関東地整の虚偽回答.....	179
8 馬淵大臣の言明と謝罪—「2万2000トンありき」の検討.....	180
9 ダムの必要性の証明の欠如.....	181
10 小 括.....	182
第4 あり得ない国土交通省の新氾濫報告（甲B第158号証）—大熊意見書（甲B第161号証の1）から.....	184
はじめに—問題の所在と原判決の不当性.....	184
1 国土交通省の新氾濫図の作成と杜撰な作業.....	187
2 大熊新潟大学名誉教授による意見書の作成.....	189
3 利根川本川・上福島からの氾濫—観測点下流とピーク形成後の氾濫は影響なし.....	192
4 烏川筋での氾濫について.....	194
5 国土交通省の氾濫計算報告書の「表2」の氾濫域は68%減となる.....	196
6 洪水が山に上った現場の状況.....	197
7 何らの検証も行われていないカスリーン洪水の毎秒1万7000m <sup>3</sup> .....	201
8 大熊意見書による八斗島上流での氾濫量の推定.....	202
第5 この章の総括—国の行政のこれだけの恣意、放漫、自墮落を許して	

はならない .....	202
第6章 水道局長の水道事業計画の合理性を認めてダム使用権設定申請の維持が適法とする原判決の判断は、水道法及び地方公営企業法の解釈を誤るものであり、また、最高裁判決が示す裁量審査基準に著しく反するものであるから、原判決は破棄を免れない .....	211
第1 結論 .....	211
1 原判決の内容 .....	211
2 原判決の誤り .....	213
第2 利水に関する上告受理申立人の基本的な主張 .....	214
1 東京都水道の水需給の状況 .....	214
2 東京都の水需給計画 .....	216
第3 行政庁の裁量判断に関する判例 .....	218
1 はじめに .....	218
2 日光太郎杉事件（東京高判昭和48年7月13日行集24巻6・7号533頁） .....	219
3 エホバの証人事件判決 .....	221
4 学校施設使用不許可処分判決 .....	221
5 林試の森事件判決 .....	221
6 小田急高架事件判決 .....	222
7 判例における裁量審査基準（判断過程統制） .....	223
第4 ダム使用権設定申請を維持する水道局長の判断についての司法審査における判例違反（本章での上告受理申立理由その1） .....	224
1 原判決の構造（概要） .....	224
2 原判決には判例違反、法令解釈の誤りがある .....	225
第5 東京都の水需給計画に係る判断につき、その判断過程において水需要予測及び保有水源の評価について、事実に対する評価が明らかに合理性	

を欠いており、その内容が社会通念に照らして著しく妥当を欠き、裁量権の逸脱・濫用があるにもかかわらず、原判決は、最高裁判決が示す司法審査基準に著しく反するものであるから、破棄されるべきであること（本章での上告受理申立理由その2）	236
1 水需要予測全般について	236
2 水需要予測における最大の問題点—計画負荷率	239
3 2020年に、東京都自身も人口減少に転じるとしている点について	243
4 保有水源についてその1（利水安全度について）	245
5 保有水源についてその2（多摩地区の地下水について）	247
6 小活一原判決は、小田急線最高裁判決とはじめとする最高裁の審査基準に背反しており、破棄を免れない	249
第7章 ハッ場ダムのダムサイト及び地すべりの危険性に関する判決に影響を及ぼす経験則違反の事実認定及び河川法3条2項の解釈の誤りについて	251
はじめに 本章の論旨	251
第1 基本的問題の所在	252
第2 ダムサイトの危険性について	254
1 原判決が判断を行うについての審査の対象とした前提事実	254
2 原判決が取り上げた上告受理申立人らの主張とその回答	256
3 まとめ	265
第3 地すべりの危険性について	266
1 原判決が判断を行うについての審査の対象とした前提事実	266
2 原判決が取り上げた上告受理申立人らの主張とその回答	268
3 まとめ	281
第8章 環境法規違反について	281

第1	はじめに .....	281
第2	原判決の判示内容と上告受理申立理由の骨子 .....	282
1	原判決の判示内容 .....	282
2	上告受理申立理由について .....	283
第3	申立人らの主張 .....	286
1	八ッ場ダムが自然環境に与える影響 .....	286
2	八ッ場ダム予定地周辺の豊かな自然環境 .....	286
3	環境影響評価義務とその違反の効果 .....	287
4	1985（昭和60）年環境アセスメントと追加調査の不十分 .....	287
5	生物多様性条約に基づく環境影響評価義務 .....	294
6	85年アセス書で検討対象とされていない環境問題 .....	295
7	八ッ場ダム予定地の遺跡に関する問題 .....	302
8	小括 .....	327

**第1章 原判決が、利根川水系の基本高水のピーク流量の算定について「合理性を欠くことが明らかであるとは認められない」と判示したことは、本件に援用すべきではない一日校長事件最高裁判決を援用し、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵がある場合」との誤った審査基準を設定して判断を行ったことに基づくものであり、原判決には重大な判例違反があり、かつ、地方自治法第242条の2第1項の解釈を誤ったものであるので破棄を免れない**

## はじめに

- 1 原判決は、本件で問題となっている地方公共団体の執行機関による財務会計行為、すなわち特定多目的ダム法（以下「特ダム法」）第7条に基づく建設負担金の支出負担行為および河川法第63条に基づく受益者負担金の支出負担行為を違法と評価するには、その前提となる国土交通大臣の各納付通知に「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」などが存在しなければならないと判断し、その論拠として平成4年12月15日最高裁（三小）判決（以下「平成4年最判」という）を援用している（25頁、40頁）。
- 2 原判決が本件財務会計行為の違法性の有無に関する審査基準として、その原因行為たる国土交通大臣の納付通知が客観的違法を越えて「重大かつ明白な違法ないし瑕疵があるなど」の加重要件を設定したことは、地方公共団体の複数の執行機関へへの間の権限配分が尊重されるべき場合にのみ適用される平成4年最判の射程範囲を、そのような前提を欠く本件にまで無原則的に拡張したものであり、上記判例に違反するものであるとともに、地方自治法第242条の2第1項柱書の解釈を誤って、同項の定める住民訴訟の要件を不当に制限するものである。
- 3 上告受理申立人らは、上告申立理由において、原判決が本件財務会計行為の違法性の有無に関する審査基準として、その原因行為たる国土交通大臣の納付通知が客観的違法を越えて「重大かつ明白な違法ないし瑕疵があるなど」の加重要件

を設定したことは、納付通知の一時的な拘束力を是認するものであり、これは地方公共団体の国に対する自主性および自立性を保障した、憲法第92条および第94条の規定に反する判断であるから、原判決は民事訴訟法第312条2項に該当し、破棄されるべきものであることを主張したが、本章においては、この主張の上に立って、原判決が、原判決の「河川法に基づく受益者負担金について」（39頁）の項において判示している判旨について、判例違反及び地方自治法第242条の2第1項の解釈を誤ったものと立論から批判を行うものである。

## **第1 原判決の「河川法に基づく受益者負担金について」の構造**

### **1 原判決の示す法的な枠組み**

1 原判決は、地方自治法「242条の2第1項1号の規定に基づく差止の請求は、このような住民訴訟の一類型として、財務会計上の行為の差止を求めるものであるから、同号により差止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）第133号平成4年12月15日第三小法廷判決・民集46巻9号2573頁参照）」とした（24～25頁）。

こうして原判決は、いわゆる一日校長事件最高裁（三小）判決（以下「平成4年最判」という）を援用したうえ、「職員等の財務会計行為が、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為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場合を除き、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にこれに予算執行の適正の見地

から看過し得ない瑕疵のあるときでない限り、これを尊重して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39～40頁）と判示する。

- (2) このような判示が、憲法第92条および第94条の規定に反する判断であり、また、本件住民訴訟においては、「平成4年最判」を援用することも判例違反であることは、上告申立理由において述べたところであるから、ここでは再述することはせず、以下に、原判決が、上記の誤った法的な枠組みにより、「河川法に基づく受益者負担金」の客観的な違法を主張した上告受理申立人らの主張を排斥した判旨を追い、その誤りを指摘することとする。

## 2 原判決の構造

原判決は、「1」で引用、指摘した判示を行ったうえ、「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、上記の司法審査基準で上告受理申立人らの主張を審査するという構成を採っているのである。

## 3 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「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18年2月の「利根川水系河川整備基本計画」までの、策定された計画の外形的事実がまとめられている。
- (2) そして、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。もとより、平

成18年2月には、ダムの調節容量を毎秒500 m<sup>3</sup>減じて、これを河道へ配分する計画変更にも触れる。

- (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）。

分科会の基本高水の検証作業の基本姿勢を上記のように認定した上で、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、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。

- (4) しかし、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、10,000 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

きていないことを付記する」（同16頁）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」のマイナス面については一言の言及もないのである。

(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 $\text{m}^3$ 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 $\text{m}^3$ であるとしている。

(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。そして、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上記（キ）のような東京都の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。」としている（代理人注（キ）における記述とは、カスリーン台風洪水による被害状況を指している）。

(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。

(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7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。

そして、関東地方整備局長は、平成22年9月27日、ハツ場ダム建設事業

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1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）。

#### 4 原判決の「著しく利益を受ける」の定義と判示

(1) 原判決は、原判決の「ウ」の項（42～51頁）において、基本高水の策定経緯と毎秒2万2000m<sup>3</sup>の策定理由、カスリーン台風洪水の概要、そして、日本学術会議による基本高水の検証やその後の行政手続の外形的事実を認定したうえ、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利根川水系工事実施基本計画（昭和55年）や利根川水系整備基本方針（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している。

「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) 原判決は、原判決の上記の「ウ」項で認定した基本高水の策定経緯とその行政手続は然るべく履践されていると認定した段階で、基本高水の相当性や合理性について、申立人らが主張、指摘してきた事項について何らの判断を示すことなく、「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、「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」としているのである。通常の客観的違法の枠を超えて、「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」場合などとしているため、極めて安易な事実認定と違法性の否定の判断がなされているのである。

## 第2 申立人らの主張に対する判示

原判決は、原判決の「河川法に基づく受益者負担金について」の「オ」項（53頁）以下において、上告受理申立人らの主張に対しての判断を示しているが、それは日本学術会議・分科会の検証に係る事項にほぼ限定されている。この事項が本件訴訟の重要課題であることはもとよりであるが、申立人らは「八斗島地点毎秒2万2000<sup>m</sup>計画」について、所管庁の国土交通省がそのピーク流量を2万2000

m<sup>3</sup>としたことの説明が二転三転して説明ができなかった事実を詳細に指摘したが、それらについては何の応答もなかった。明らかな判断の脱漏を行っているのであるが、原判決の申立人らの主張に対する応答は極めて限定的で、しかも問題の内実への判断のほとんど見られないものとなっているのである。以下に、数少ない原判決の申立人等への応答の要旨を挙げておく（なお、これらの認定の問題点などは、上告受理申立理由「第4章」に詳述したので、参照願いたい）と、次のようであった。これらの判断及び判示も、先に述べたように、違法審査基準が「重大明白な違法ないし瑕疵」と設定してあるため、合理性の存否について実質の審査、判断は行われていないのである。

## **1 ハツ場ダムによって、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**

「国土交通大臣がハ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）と判示した（河川法63条の解釈の誤りについての主張は「第3章」に）。

## **2 「著しく利益を受ける」関係にはない場合には、東京都の職員らは、その支出を拒む財務会計法規上の義務があるとの主張に対して**

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」とときとした（54頁）うえ、地方財政法25条は、「著しく利益を受ける」の要件の具備について審査義務を課したものは認められない、とした（55頁）。

### 3 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

「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）とした上、申立人らの主張に対しては、若干の個別の論点について回答は行ったものの、個別の論点については、「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、また、「……さらに控訴人らの主張するような観点からの検討を加えなければ、八斗島地点での基本高水のピーク流量を毎秒2万2000立方メートルとすることを前提とする国土交通大臣の納付通知に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存在することとなるか、著しく合理性を欠きそのために予算執行の適正の見地から看過し得ない瑕疵が存することとなるとは認め難く、また、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）として、申立人らの主張をすべて排斥した。

## 第3 最高裁判例違反は明らか

### 1 事案の異なる判例を引いて、申立人等に加重、違法な立証責任を負担させた原判決の誤り

(1) 原判決は、原判決の「河川法に基づく受益者負担金について」での検討の冒頭に、「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）と判断を示している。

(2) 原判決は、「平成4年最判」（一日校長事件最高裁判決）の解釈を誤り、同最高裁判例の射程の解釈を誤っていることから、本件住民訴訟に同判例を援用し、東京都の職員等が、国土交通大臣が発する納付通知に従わず、その支出をしないことができる場合として、「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」（原判決54頁）とか、国土交通大臣の納付通知に「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存在することとなるか、著しく合理性を欠きそのために予算執行の適正の見地から看過し得ない瑕疵が存する」場合（57頁）との極めて厳しい条件を課したから、原判決は、利根川水系の基本高水の策定やピーク流量毎秒2万2000m<sup>3</sup>の相当性等に関しては実質の判断を行わずに、行政手続が履踐されていて、有識者の意見を聴取している事実を指摘して、「合理性を欠くことが明らかであるとは認められない」との結論を導いている。計画の内実についての審査は行われておらず、判断は示されていない。

(3) しかし、利根川水系の「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>計画」という治水計画は、その計画の基礎にあるカスリーン台風洪水の氾濫が立証されないだけでなく限りなく「不存在」に近く、その上所管庁の国土交通省が治水計画そのものを説明できない状況にあるのである。本家本元が説明できない治水計画が合理的と評価されるはずがない。原判決がこうした論点の判断を避けたのは、立ち入れば、「合理性を欠くことが明らかであるとは認められない」との結論を安易には導けないからである。

(4) このように、「平成4年最判」（一日校長事件最高裁判決）を援用して、東京都の当該職員の納付通知に基づく支出の違法要件を加重し、その立証責任を申立人側に転嫁するとの誤りを犯したことから、原判決には、審理不尽、理由不備、そして採証法則違反などの違法を積み重ねることになっているが、その

原因は上記の判例違反に起因しているのである。

## 2 国土交通省には基本高水の記録が保管されていず、追検証が不能であった

(1) 原判決は、先に指摘したように、基本高水策定の際の国土交通省が履行、履践した行政手続を細部にわたって事実認定を行い、それを大きな理由にして、「合理性を欠くことが明らかであるとは認められない」との判示を繰り返している。原判決の立場では、行政しかも国家の主要中央官庁が行った行政施策であるから、所要の手続が執られていることそれ自体が合理性を担保すると判断することは理解できないではない。しかし、国土交通省の内実は、こうした信頼を寄せるにはほど遠い状況にある。分科会の報告によれば、「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。」（甲B第147号証「回答」1頁）という状況であった。

そして、基本高水の流出モデルや計算式に投入されたパラメーター類についても、外部への報告が相手によって異なるという信じがたい杜撰状態にあったのである。

(2) 即ち、基本高水の流出モデルと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のである。

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2万2000 m<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）。正に、国土交通省は行政庁の体を成していないと言って過言ではないだろう。

このような行政庁における作業については、事実認定においても十分な監視が必要であり吟味が必要であるのに、原判決は、専ら行政庁への信頼の法則に頼っての判断と事実認定を行っているのであるから、原判決は破棄されるべきものである。

#### **第4 住民訴訟の公金支出差し止め訴訟で要件とされる客観違法に加えて、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」の要件を加えることは許されない**

上告受理申立人らは、東京都にとって不要な八ッ場ダムに河川法63条の受益者負担金を支出することは許されないと主張しているのである。東京都にとって不要な施設への公金の支出が違法であることは、地方自治法をはじめ地方財政法等の各関係規定に照らして、改めて論議の要のないところである。

然るところ、原判決は、「平成4年最判」を援用し、先行行為たる国土交通大臣の納付通知に「重大かつ明白な違法ないし瑕疵がある場合」との要件を加重し、こうした条件の下での立証がなされていないから、請求は認められないというのである。

こうした原判決には、誤った先例を援用するという判例違反のほかに、地方自治法242条の2第1項の解釈を誤ったものであり到底許容されないものである。即ち、自治法242条の2第1項は、「違法な公金の支出」がある場合には、所定の

手続きを踏んで住民訴訟を提起することができる」と定めているのであり、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵がある場合」などの条件を定めてはいない。そして、本件では、地方公共団体の長と教育委員会との間の権限の分掌を定めた特別法なども存在しないのである。また、国と地方公共団体との間には、国の関与は必要最小限にすべきとの一般原則（地方自治法第245条の3第1項）も存在し、国の納付通知に対して特別な尊重義務が規定されている訳でもない。国と地方公共団体との関係については、上告理由書に詳述したところであるから再述することはしないが、国の公共事業に係る建設負担金であるからという理由だけで地方公共団体の財務会計行為の違法性の判断が制約される理由はない。地方公共団体の審査権が縮小されているというのであれば、それは法によるものでなければならない。にもかかわらず、本件事案の担当裁判官が、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵がある場合」でなければ支出差し止めの請求を認めないとするのであれば、担当裁判官が新たな立法を行ったに等しい。

よって、原判決は破棄されなければならない。

## **第2章 原判決の利根川水系の基本高水・ピーク流量毎秒2万2000m<sup>3</sup>計画について合理性を認める判断は、小田急線最高裁判決が示す司法審査基準に著しく背反するものであり、原判決は破棄を免れない**

### **はじめに**

現在、利根川水系では、基本高水（計画の想定洪水流量）を毎秒2万2000m<sup>3</sup>とし、計画高水流量（その時の河道分担流量）を毎秒1万6500m<sup>3</sup>とし、上流ダム群で毎秒5500m<sup>3</sup>の洪水流量を調節するというものであり、八ッ場ダムはこの洪水調節計画の一部に位置付けられている。

この利根川治水計画において、基本高水流量は計画の根幹に位置するが、その目標数値は1/200流量と既往最大洪水（昭和22年カスリーン台風洪水）を算

定し、後者の再来流量を基準に定められている。ということは、カスリーン台風洪水の再来流量は利根川治水計画にとって、その合理性を担保する最も重要な事実の基礎に位置づけられる。しかし、本章で詳述するように、その最も重要な事実の基礎に合理性が見られないのである。

利根川の基本高水の算定において、国土交通省の計算では毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 、日本学術会議・分科会の計算では毎秒2万1100 $\text{m}^3$ とされており、それに対して、同台風洪水の実績流量（もっとも観測流量がないため、推定値である）は毎秒1万7000 $\text{m}^3$ にとどまり、そこに毎秒4000～5000 $\text{m}^3$ の乖離が生じている。この乖離について、国土交通省は、昭和55年の工事实施基本計画で基本高水のピーク流量を毎秒2万2000 $\text{m}^3$ と改訂した際には、カスリーン台風洪水では上流部に氾濫があり、その「氾濫戻し」の計算を行った結果であると説明した。しかし、本件訴訟においては、カスリーン台風時の「氾濫戻し」を行った結果であると説明したり、あるいは、「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 $\text{m}^3$ となる」との説明をしているものではなく、……将来的な計画値として基本高水のピーク流量を定めた。」とするなど説明は二転三転した。しかし、結局、上記の乖離の説明はなし得ないままとなっている。検証したとされる計算流量の20%もの洪水の行方が説明できない状態にあるのであるから、どうしてこれが検証といえるのか。

所管庁が、自己が策定した治水計画の基本高水について満足な説明がでないのでは、「計画の合理性」など望み得べくもない。小田急線高架化事業認可取消請求最高裁判決（以下、「小田急線最高裁判決」と略称する）が、行政の裁量権の逸脱に関する司法審査の判断基準として、「その基礎とされた重要な事実に誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合」、あるいは「事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合」という基準を示したが、利根川水系の治水計画での判断や考慮事項は、正にこ

の指摘を十分に満たすものである。そうであるのに、原判決が、前記の諸事情を看過して、「合理性がある」と判定したことは、この司法審査基準を無視したものであり、最高裁判例違反を構成する。

## 第 1 問題の所在—小田急線最高裁判例違反

### 1 原判決も「河道域の拡大と河道貯留」の効能を認めず、乖離の解明は不能

- (1) 現在、利根川の基本高水（カスリーン台風洪水のピーク流量）の算定結果は、国土交通省の計算では毎秒 2 万 2 0 0 0 m<sup>3</sup>、日本学術会議・分科会の計算では毎秒 2 万 1 1 0 0 m<sup>3</sup>とされており、それに対して、同台風洪水の実績流量は毎秒 1 万 7 0 0 0 m<sup>3</sup>にとどまり、そこに毎秒 4 0 0 0～5 0 0 0 m<sup>3</sup>の乖離が生じていることは、争いのない事実となっている。そして、その乖離が生まれる理由として説明された国土交通省の上流の大氾濫説は分科会によって「この氾濫の議論は無理」と否定され（甲 B 第 1 6 3 号証議事録 2 3 頁）、その代案たる分科会の「河道域の拡大と河道貯留」は、原判決によって「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」（原判決 5 8 頁）と判示され、乖離の理由としては無効となった。そこで、この大きな乖離は埋められていない。それ故、国土交通省の計算結果も、分科会の計算結果も、事実面からは何の裏づけもないままに置かれている。基本高水という治水計画の根幹がこのように危うい状態となっているのである。
- (2) 現状においては、分科会の基本高水の検証で確認されたとする「八斗島毎秒 2 万 2 0 0 0 m<sup>3</sup>」計画の検証が、事実面からの裏付けがないというに止まらず、カスリーン台風洪水の実績のピーク流量の 3 0 % もの洪水の行方が不明となっており、その説明ができないという状態なのであるから、同計画の合理性は根底から危うくなっているのである。

## 2 ピーク流量毎秒5000m<sup>3</sup>の積み増しの説明が二転三転

- (1) カスリーン台風洪水の実績流量と計算流量との乖離は昭和55年の利根川水系工事実施基本計画により基本高水のピーク流量が毎秒2万2000m<sup>3</sup>と策定された時から始まるのであるが、本件訴訟においては、同工事実施基本計画策定の際に毎秒5000m<sup>3</sup>の積み増しをしたことについて、国土交通省の説明は二転三転しているのである（甲第20号証、甲B第90号証ほか）。流域面積本一の利根川水系の基本高水の改訂経緯とその理由について、所管庁の国土交通省が説明できないのでは、「八斗島毎秒毎秒2万2000m<sup>3</sup>」計画の合理性、信頼性を云々する以前の問題ともいえる。
- (2) 基本高水の策定に当たり、カスリーン台風の再現計算を行うにおいて、同台風では毎秒2万1100～2万2000m<sup>3</sup>の洪水であると言いながら、実際の河道では八斗島地点に毎秒1万7000m<sup>3</sup>の洪水しか到達せず、毎秒4000～5000m<sup>3</sup>に及ぶ洪水の行方や説明がつかないのである。こうした事態を、小田急線最高裁判決が判示するところの、行政計画の審査基準に照らして判定したらどうなるのか。同最高裁判決が判示した、計画の「その基礎とされた重要な事実と誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合」に当たるであろうし、また、当然に「事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合」に該当することになるだろう。そして、それにも増して、所管庁が自己の行政計画の説明ができないという事実は、どう評価されるべきなのであろうか。
- (3) 本件訴訟は、住民訴訟であるから、治水計画としての「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」計画の取消を求めるものではないが、原判決が基本高水のピーク流量を合理的とする判示は、上記の最高裁判決が示した司法審査基準を無視し、これに反した判断を行っていることは明らかであるから、原判決の司法審

査基準は明らかに最高裁判例違反となるはずである。そして、この違反は重大であり、利根川水系の根幹である「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」計画の存在とその合理性に重大な影響を及ぼすものであるから、原判決は破棄されなければならない。

## 第2 「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

以下に、その理由を述べる。昭和55年利根川水系工事実施基本計画の策定理由の虚構にはじまり、本件訴訟においての国土交通省の説明の齟齬・矛盾、二転三転した経緯をみれば明らかとなるはずである。

### 1 当初は、カスリーン台風洪水の「氾濫戻し」で毎秒5000m<sup>3</sup>増と説明

#### (1) 昭和24年の「利根川改修改訂計画」では氾濫の論議なし

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。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。むしろ、毎秒1万7000m<sup>3</sup>という推計は過大であるとの議論さえあった。

#### (2) 昭和55年の工事実施基本計画で突然「氾濫戻し」で毎秒5000m<sup>3</sup>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2万7000m<sup>3</sup>に及ぶとのキャンペーンを張り出した（甲B第161号証の1

大熊意見書4頁)。そして、「利根川百年史」においても、同台風時の上流域での氾濫量は2億 $\text{m}^3$ に及ぶとの所見も掲載されている(甲B第168号証1166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 $\text{m}^3$ と変更したのである。

### (3) 国土交通省も基幹的な刊行物では解説なし

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、利根川中流部(八斗島地点下流部)には毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 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、こうした洪水の危険が現在化しているというのなら、国民へのそうした事実の広報も必要となるはずであるが、そうした国民への警報は関東地方整備局のホームページ(甲B第82号証)以外には無く、国土交通省(建設省時代を含む)の基礎的な刊行物である利根川工事実施基本計画とか利根川水系整備基本方針といったような刊行物には、上記のホームページの広報のような解説はなされたことはない。

### (4) 本件訴訟では、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 $\text{m}^3$ と定めた理由として、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る。

## 2 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—平成20年の甲B第90号証の「回答」

しかし、カスリーン台風が再来しても、現況河川施設の下では、八斗島地点には毎秒1万6750m<sup>3</sup>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2万2000m<sup>3</sup>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2万2000m<sup>3</sup>と定めた。」と、まず、計画降雨で八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>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、その理由を180度ほども改めた。カスリーン台風洪水が計画対象洪水ではなく、毎秒2万2000m<sup>3</sup>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。

## 3 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」

(1) 甲B第90号証の「回答」は、「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」計画について、「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。」としているが、現実には、どうなっていたのか。

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たの対応策は何も立てていない。ということは、「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、それは言葉だけのものであり、これを裏付ける河川改修などは何一つ計画されていないのである。甲B第90号証の「回答」も、架空、仮想の事実で説明をしているに過ぎないのである。

(2) 今日では、この「八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」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2万2000 $\text{m}^3$ 」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2万2000 $\text{m}^3$ 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、鑓川で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)。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。

(3) 上記のとおり、甲B第57号証の4の「回答」に示されている条件による流出計算は「計算上の仮設計」なのである。もとより、上流部での氾濫調査も行っていない。いふなれば、「八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」というピーク流量の値の獲得が作業目的であったと判断せざるを得ない。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」なのであるから、文字どおり机上の計算なのである。

#### 4 日本学術会議の検証では、再び、カスリーン台風洪水の「氾濫戻し」へ

ところで、その後行われた馬淵国土交通大臣（当時）の「22000トンありき」の検証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においては、検証作業の結論は、カスリーン台風洪水を計画対象洪水としてその再現計算が行われており、「国土交通省の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年の既往最大洪水流量の推定値は、21,100 m<sup>3</sup>/S……が妥当であると判断する。」（甲B第147号証「回答」20頁）とするものであった。作業の中心と「回答」の結論は、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。そして、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が、それは「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。国交省関東地方整備局は、この作業の以前には、カスリーン台風の際にも、また、その後60年以上を経過した近時まで、上流域での氾濫調査をしたことはない（河崎証人尋問調書16頁、28頁）。それは、氾濫調査など必要がなかったのであろうが、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ろう。

#### 5 大氾濫も「河道域の拡大と河道貯留」も役立たず

(1) 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、原判決においては、分科会の「回答」の「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）との判示をした。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 $\text{m}^3$ 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。
- (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計算結果を事実では裏付けを行う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に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）、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。

## 6 国土交通省内には記録もなく、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）。正に、国土交通省は行政庁の体を成していないと言って過言ではないだろう。

## 7 国土交通省の虚偽説明と混乱の履歴の整理

最後に、国土交通省の虚偽説明と混乱の履歴をもう一度整理することにしよう。

う。

- (1) 国土交通省は、昭和55年12月の工事实施基本計画で、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 $\text{m}^3$ と改訂するについて、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が、本件訴訟においては、平成18年9月の「回答」（甲第20号証）では、その説明を維持した。しかし、その後2年もすると、それを事実上撤回し、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、日本学術会議での基本高水の検証がはじまると、再び、八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ はカスリーン台風洪水の氾濫戻しによるものだと説明を翻し、「洪水、山に上る」氾濫報告書を分科会へ提出した。結局、国土交通省は、八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 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状況を検討した上での将来の計画値であると言ったり、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。
- (2) こうした混乱は、昭和55年12月のピーク流量毎秒5000 $\text{m}^3$ の積み増しの理由が検証された客観的な事実に基づいていないことを示している。その時点で、流出計算と共に現地での調査を含めて氾濫を確認してあるならば、その後右往左往した説明の変更が起こるはずはない。実際は氾濫がなかったから説明も変わってきたのである。この説明の変更が上流での氾濫がなかった強力な状況証拠となる。
- (3) そして、分科会も、この大きな乖離は埋めなければならないとは考えるから、その代案として「河道域の拡大と河道貯留」という理屈を考案した。しかし、これについては、原判決は、分科会は「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」したものではない（原判決58頁）と、乖離の

説明とは認めなかった。これで乖離を説明する妙案はこの世には存在しなくなった。結局、昭和22年の利根川での既往最大洪水の実績流量とその後の昭和55年以降の計算流量との乖離は埋められないことが確定したということになる。

- (4) 利根川の基本高水・毎秒2万2000 m<sup>3</sup>の策定理由について、あるときは「氾濫戻し」であるといい、あるときは「将来の計画値」であると説明する。同一省内から相矛盾する理由が提出されること自体、自殺行為ともいえるべきものである。どちらも改定理由の真実性、信頼性が疑われて当然であろう。そして、計算の実質においても、「八斗島地点毎秒2万2000 m<sup>3</sup>」は計算上の仮設計であったのであるから、利根川の毎秒2万2000 m<sup>3</sup>という基本計画は、実質不存在というべきものであろう。

## 8 日本学術会議の検証結果

- (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 m<sup>3</sup>と算定した流出計算技法は、分科会自身が「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ことを附記する。」（「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できないということになる。このような事実は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だろう。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1万7000m<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ことだろう。

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。

### 第3 小田急線最高裁判決で示された都市計画決定の司法審査の判断基準

1 治水対策としての施設建設の違法を争う事案ではないが、都市計画決定の違法性が争われた小田急線最高裁判決（平成18年11月2日 第1小法廷判決）では、都市施設の建設に係る計画決定の行政裁量に関する司法審査の判断基準ないし考慮基準について次のように判示している。

「裁判所が都市施設に関する都市計画の決定又は変更の内容の適否を審査するに当たっては、当該決定又は変更が裁量権の行使としてされたことを前提として、その基礎とされた重要な事実を誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法となるとすべきものと解するのが相当である。」（民集第60巻9号3249頁。判例時報1953号3頁）

2 この事案は都市施設（小田急線高架鉄道）の都市計画決定の決定又は変更に関して、鉄道事業者からの鉄道高架化事業の認可申請に対する東京都の処分の判断基準を示したものであり、治水対策としてのダム計画に関するものではなく、また、行政主体が自ら事業者となって施設建設を行う場合の考慮基準を示したものではないが、公共性が極めて高く、巨額の公費を投入して行われる施設建設の認可基準ないし自らの施行に対しての考慮基準としては、広く妥当するものと考えられる。そこで、以下、小田急線最高裁判決において示された判断基準に基づいて、本件八ッ場ダムの建設の不合理性・違法性を点検するとともに、原判決が執った司法審査の在り方についても検証することとする。

### 第4 本件事案を小田急線最高裁判決で評価する

本章の「第2の6及び7」において整理した事項を中心にして、小田急線最高裁

判決が示した審査事項に照らして、利根川水系の基本高水の合理性について審査する。

## 1 計画の基礎となっている氾濫の証明を欠き、実績と計算流量との乖離について説明できないことについて

- (1) 利根川水系の基本高水のピーク流量・八斗島地点毎秒2万2000 m<sup>3</sup>は、昭和55年12月の工事实施基本計画において、従前の基本高水・毎秒1万7000 m<sup>3</sup>に、既往最大洪水であり計画対象洪水であるカスリーン台風洪水時の氾濫戻しを行って毎秒5000 m<sup>3</sup>を積み増して毎秒2万2000 m<sup>3</sup>と策定されたとされている（甲B第168号証 利根川百年史1165頁。甲第20号証「回答」）。しかし、同台風時にそれだけの氾濫があったのかと問われると、国土交通省は、「洪水、山に上る」という氾濫計算報告書（甲B第158号証）の提出をもって応えた。しかし、これは自ら氾濫の存在を否定するのに等しいものである。
- (2) 日本学術会議の分科会の基本高水の検証も、カスリーン台風洪水の流出計算結果は毎秒2万1100 m<sup>3</sup>との答えが出されているが（甲B第147号証「回答」20頁）、その計算手法は、世界的にも未確認の手法で、かつ、中規模洪水の流出データで大規模洪水の流出計算を行うと過大な値が算出されるという計算手法で算定された計算結果なのである。そして、洪水の流出計算は、いわば洪水のパラメーターの採り方次第で幅の広い答えが出てくるから、計算結果には、あくまでも事実による裏付けが必要であるが、利根川水系の基本高水の計算においては、事実面からの裏付けが全く欠けているのである。否むしろ、裏付けが欠けているというよりも、歴史的に現実起こった事実と反しているのである。計算で事実を否定することはできない。
- (3) このように、利根川水系の基本高水のピーク流量・毎秒2万2000 m<sup>3</sup>計画は、実績流量と計算流量との間に大きな乖離が存在するのに、国土交通省は、この説明ができないのである。このような状況であるが故に、国土交通省が

ら訴訟資料として提出された「回答」（甲第20号証、甲B第90号証）から明らかなように、「カスリーン台風洪水の氾濫戻し」としたり、「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」定めたとするなど、肝心の毎秒5000m<sup>3</sup>のピーク流量の積み増しの理由が二転三転するのである。所管庁が説明のできない治水計画に、そもそも合理性を認める余地はない。

(4) 然るに、原判決は、「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」（原判決56頁）などとしたうえ、日本学術会議・分科会の作業結果については、「その検証結果によれば、国土交通省の作成した新モデルが合理性を備えていることが確認され、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というべきである。」（57頁）とした。原判決は、分科会の計算結果が、歴史的に起こっている事実との整合性の点検や検証を行わずに計算結果だけを答申しているのに、この事実を看過し極めて安易な判断を行っているのである。

(5) これを小田急線最高裁判決が示した司法審査基準に照らすとどうなるか。国土交通省の説明では、昭和55年の工事实施基本計画においての毎秒5000m<sup>3</sup>の積み増しの理由は「氾濫戻し」であるのに、その氾濫の事実の証明ができず、カスリーン台風時の現実の出水状況に大きく反する計算結果となっているのであるから、基本高水算定の基礎とされている事実には誤認があったことは明白である。それは、正に「その基礎とされた重要な事実には誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合」に当たり、さらに、「事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くも

のと認められる場合」に当たることは明らかである。

- (6) 原判決は、以上のとおりカスリーン台風洪水時に上流部で大きな氾濫があったとの前提で算定されたピーク流量（毎秒2万2000 $\text{m}^3$ ）には、小田急線最高裁判決が示した「その基礎とされた重要な事実を誤認がある」などの司法審査基準に反する事実が存在するのに、これに敢えて目を瞑り、「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というべきである。」としたのは、明らかに同最高裁判決が示した司法審査基準に反するものである。

## 2 計画降雨でも毎秒1万6750 $\text{m}^3$ しか来襲しない事実と「計算上の仮設計」について

「第4の1」では、「八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」という基本高水のピーク流量の算定の基礎となっている氾濫は存在しなかったとの疑いは強いのであるから、そうした状況の中で策定された「毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」という基本高水は明らかに小田急線最高裁判決が示した司法審査基準に反するものであることを指摘した。しかし、利根川水系の基本高水毎秒2万2000 $\text{m}^3$ への疑問を強める事実及び国土交通省の信じ難い杜撰さについて、最小限度の重要な間接事実を挙げれば次のようである。

- (1) 現況の河川管理施設の下ではカスリーン台風再来でも毎秒1万6750 $\text{m}^3$ にとどまる

現在の河川管理施設の下で、カスリーン台風洪水が再来襲しても、6ダムで毎秒1000 $\text{m}^3$ が調節され（甲B第9号証 佐藤議員の資料照会に対する回答）、八斗島地点には毎秒1万6750 $\text{m}^3$ の洪水にとどまる（甲B第39号証の八斗島地点のハイドログラフ）とされている。上流部の河道条件は同台風時とほとんど変わっていない事実を踏まえると、上記のハイドログラフが示す現在の出水状況は、同台風時のそれとほとんど変わらない

いことを推認させ、カスリーン台風時に上流部で大きな氾濫がなかった事実と整合的である。

ここで、治水計画上は、ダムなしの前提でも「八斗島地点毎秒2万2000 m<sup>3</sup>」の洪水が襲うことはなく、通常の計算では、計画降雨があっても、八斗島地点での洪水規模は計画高水流量規模の洪水（毎秒1万6500 m<sup>3</sup>）ということになる。

今指摘した事実は、すべて国土交通省側からの資料に基づいての指摘である。カスリーン台風再来時の、現況施設での八斗島地点のピーク流量は毎秒1万6750 m<sup>3</sup>とされているが、関准教授が分科会の新モデルで計算したピーク流量は、ダムなしで毎秒1万6663 m<sup>3</sup>となっている（甲B第146号証）。したがって、これに既設6ダムの洪水調節容量毎秒1000 m<sup>3</sup>を減ずれば、現況施設の下では、毎秒1万5600 m<sup>3</sup>近傍の値となる。これならば、明らかに八ツ場ダムは不要となる。

## (2) 「計算上の仮設計」と公評される計画が治水計画と言えるのか

甲B第57号証の4の「回答」に示されている「計画堤防高」などと表示されている河道断面は、ピーク流量・毎秒2万2000 m<sup>3</sup>の計算上の基礎資料であった。分科会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（甲B第163号証議事録17頁）。このことは、「八斗島地点毎秒2万2000 m<sup>3</sup>」が机上の計算であり、「計算上の仮設計」であることを示している。

このように、「八斗島地点毎秒2万2000 m<sup>3</sup>」計画は、上流部の氾濫の有無を調査したか否かを問うまでもなく、始めから、カスリーン台風が再来した場合に、どれだけの洪水が民を襲うのかなどを真剣に検討したとは思えない作業であったのである。上流部に一定の数のダム建設を行う理由がにじみ出ているれば足りる作業であったのだろう。その当時は「計算上の仮設計」で十分であ

ったのであろうが、治水計画の重要性を考えるならば、「計算上の仮設計」であると公評される治水計画が、数百万人の生命財産を守ることを使命として策定された利根川水系の治水計画であってよいのか。

### (3) 国土交通省の信じ難い杜撰行政

国土交通省の利根川水系の治水計画は、以上のところからも、虚構と矛盾に充ちたものであることが明らかであるが、分科会の「回答」が報告するところでは、「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。」（甲B第147号証「回答」1頁）という状況にある。

そして、これを裏付ける事実として、昭和55年の工事实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について、関東地方整備局が、さいたま地裁の調査囑託に対して同地裁へ提出した平成20年1月付けの「回答」（甲B第57号証の4）に記載されている流出モデルと、国土交通省が平成23年1月の学術会議に対して提出した流出モデルとでは大きく異なっている（本章「第2の5」に記述）。理解しがたい混乱が認められる。しかし、これは、少なくとも国土交通省の染み付いた伝統ともいうべきものではないのか。

## むすび

国土交通省は、昭和55年に策定された利根川水系工事实施基本計画の八斗島地点・毎秒2万2000m<sup>3</sup>というピーク流量は、昭和22年のカスリーン台風洪水では上流部に大きな氾濫があり、これの「氾濫戻し」を行った結果の算定流量だと説明してきた。しかし、国土交通省は、本件訴訟においても、また、日本学術会議で

の検証においても、その立証に失敗した。また、分科会も同台風洪水の実績流量等の検証は依頼事項ではないとして作業を回避し、実績流量という事実との対照を行わないまま、机上の計算結果だけを答申した。ここに同台風時の実績流量と計算流量との間の毎秒4000～5000 m<sup>3</sup>という大きな乖離は埋められず、計算上では発生したはずの洪水の行方は不明となってしまった。そうであるから、利根川水系の治水計画の根幹に位置する基本高水計画は、重要な事実の基礎を欠くことになった。このことは明白である。しかるに原裁判所は、この事実を不問に付し、分科会の基本高水の検証作業だけに頼って、基本高水の算定は合理的になされていると判示した。

検証とは、「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」であるのに、分科会は自己の流出計算結果と実績洪水流量の照合を行っていないのだから、「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」たとは、到底いえないのである。検証作業がないのである。そして、原裁判所も、この問題に立ち向かえば失敗するから一切立ち入らず、ここでも、カスリーン台風洪水の実像との対照という「検証」を回避したのである。

小田急線最高裁判決は、行政の暴走や無規律に一定の歯止めをかける必要を認め、行政側に広い裁量権を認めながらも、極めて常識的な判断基準を示した。利根川水系の八斗島地点毎秒2万2000 m<sup>3</sup>という基本高水流量の決定は、上記のとおり計画の基礎を欠いたままなのであるから、どのように見ても不合理と言わざるを得ない。この裁量権を大幅に逸脱した国土交通省の暴走を止めることができるのは裁判所しかない。ただ、本件訴訟は東京都に対する住民訴訟であるから、利根川水系の治水計画の取消を求めるものではない。上記のような計画の基礎を失っている治水計画に基づく東京都の八ッ場ダム建設に係る建設負担金の賦課の要件を欠くと主張しているのである。その限りでの違法を主張しているのである。

今や、裁判で「検証」の語義を問い、その裁定を待たなければならない状況とな

っているのである。裁判所の常識と権威を国民に示して欲しいのである。

### **第3章 河川法63条1項、74条1項、地方財政法25条1項、3項違反**

#### **第1 はじめに**

既に述べたように、原判決は、東京都に係る治水に関する受益者負担金(以下「治水負担金」という)の支出について、いわゆる一日校長事件(最高裁平成4年12月15日判決)を引用し、先行行為者と財務会計行為者との権限配分の話として捉えてしまっている。

しかし、本件の財務会計行為(治水負担金の支出)の根拠条文となっている河川法63条1項は、単に国が都府県に治水負担金の分担請求を課すにあたっての要件を示したものに過ぎず、両者との間の権限配分に触れた規定ではない。

以上のようなおかしな枠組みを設定してしまったことが主な原因となって、原判決には、上記河川法63条1項、74条1項、地方財政法25条1項、3項という、国と地方自治体との関係、地方自治体の自律を律する極めて重要な法令について、その解釈に重大な誤りを犯すことになっている。

以下にその内容を具体的に述べる。

#### **第2 原判決の判断**

##### **1 治水に関する受益者負担金の性質**

原判決は、東京都に係る治水負担金の根拠条文を、河川法63条1項であるとし、同法施行令38条が、「国土交通大臣は、その行う一級河川の管理に要する費用の負担に関し、同法63条1項の規定によりその費用を負担すべき都府県に対し、その負担すべき額を納付すべき旨を通知しなければならない旨定めていること、国土交通大臣が、東京都に対し受益者負担金の負担・納付通知を行ったこと」を根拠として、東京都による治水負担金の支出は、この納付通知を原因とするものと認められる、とする(39頁)。

そして原判決は、職員等の財務会計上の行為が、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、そ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うるものではない、などとして、治水負担金の問題を、国土交通大臣と都府県との権限配分の問題として捉え、職員等が納付通知を拒絶できるのは、原則として、法令が特にその原因行為の適法性の審査を義務付けている場合に限るべきであるという考えを示し、法令にそのような義務が規定されていない場合には、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、そのために予算執行の適正の見地から看過し得ない瑕疵のあるときでない限り、その納付通知を尊重すべきである、などという判断を行った(39～40頁)。

さらに原判決は、河川法74条1項には、納付通知に従った納付がなされない場合には、最終的には国税の滞納処分の例により、滞納処分をすることができるという定めがあるなどとした上、それらの規定にも東京都の職員には、国土交通大臣の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定める規定がない、などとして、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、当該原因行為が著しく合理性を欠き、そのために予算執行の適正の見地から看過し得ない瑕疵のあるときでない限り、これに基づく東京都の職員による治水負担金の支出が違法であるということとはできない、などとした(40～41頁)。

要するに、原判決の理解は、治水負担金の問題は、国土交通大臣と東京都との間の権限配分の問題であり、東京都においてその納付通知を拒絶するためには、原則として法令上の明文が必要であるが、そのようなものはないので、それを拒絶するためには納付通知に重大かつ明白な違法ないし瑕疵が必要だ、というものである。

## 2 河川法 63 条 1 項の解釈

河川法63条1項は、「国土交通大臣が行なう河川の管理により、第六十条第一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」と規定しているが、原判決は、この「著しく利益を受ける」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ことをいうと解される」と述べている(51頁)。

また、申立人らが「著しく利益を受ける」とは、「重大且つ明白な利益」を意味し、「一般的な利益を超える特別な利益」と言えるほどに重大な利益を受けることが明白でなければならない、と主張したことに対して、そのような解釈は同項の文理とも乖離するものであり、採用することができない、とした(53頁)。

## 3 地方財政法 25 条 1 項、3 項の解釈

地方財政法25条1項は、「国の負担金及び補助金並びに地方公共団体の負担金は、法令の定めるところに従い、これを使用しなければならない」と規定し、同法同条3項は、「地方公共団体の負担金について、国が第一項の規定に従わなかつたときは、その部分については、当該地方公共団体は、国に対し当該負担金の全部又は一部を支出せず又はその返還を請求することができる」と規定している。

この規定は、治水負担金にも当てはまるものということができる。

原判決は、これらの規定についても、上記の国と地方公共団体との権限配分の問題を持ち込み、同法同条3項が「…しなければならない」という文理ではなく、「…することができる」という文理となっていること、同条1項の「法令」とは財政の運営に関する一般法令を言うものと解されるなどとして、同条3項が東京都及びその機関に対して、国土交通大臣による治水負担金の納付通知が、その根拠法令である河川法63条1項所定の「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

件を具備する適法な場合に限り、上記納付通知に応じた治水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、などという判断を行った(54～55頁)。

### **第3 原判決の誤り**

#### **1 はじめに**

原判決の河川法63条1項を巡る判断には、いくつもの誤りがあり、それぞれ、法令の解釈に関する重大な問題点を含んでいる。

第一に、原判決は、河川法63条1項を、国土交通大臣と東京都との間の権限配分の問題に歪曲している。

第二に、原判決は、河川法63条1項の解釈と先行行為・財務会計行為という問題を混同している。

第三に、原判決は、河川法63条1項の意味を正確に捉えていない。

第四に、原判決は、河川法63条1項の適用について、八ッ場ダムが東京都に対して「著しく利益」を齎すか、という点を考慮しなければならない場面で、利根川の治水計画全体が東京都に対して齎す利益とを混同してしまっている。

第五に、原判決は、東京都に対する納付通知の金額が受益の限度になっているかどうかの判断を脱漏させている。

第六に、原判決は、地方財政法25条1項、3項の解釈を正しく行っていない。

以下、順に述べる。

#### **2 河川法 63 条 1 項において、国と都府県との権限配分の問題はない**

原判決の上記判断は、国と東京都とが同一の法主体の中にあり、その内部で権限配分がなされているような場合を前提としている。このような場合であって始めて、相互の権限の侵犯等の問題が発生する。しかし、既に総論の箇所ですべてのように、東京都は、国とは独立した主体としての地方自治体であり、相互の間に

権限配分の問題は存在しない。独立した主体の間で、相手方の行った判断が正しいかどうかを吟味・判断することは、当該相手方の権限を侵犯することには全くならない。そればかりか、相互に独立した主体であればこそ、相手方の要求が正しいかどうか、それに従うべきかどうかを独立に判断することは、寧ろ当然のことである。

国や地方自治体から公租公課の納付通知を受け取った個人や法人が、その納付通知が適法かどうかを独立に判断することができるのは当然のことである。原判決が挙げる、河川法63条1項に基づく納付通知については、同法74条1項に基づいて、滞納処分を行うことができるという法令の定めは、寧ろ、納付通知を受け取った都府県は、一般の個人や法人と等しく、その納付通知が適法かどうかを吟味・判断する権利を有することを前提とした規定である、と解するのが相当である。

この点、原判決には、河川法63条1項、74条1項の解釈に関する重大な誤りがある。

### 3 河川法 63 条 1 項と先行行為・財務会計行為という論点との混同

原判決は、住民訴訟一般について、いわゆる一日校長事件判決(最高裁第三小法廷平成4年12月15日判決)を引用し、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を求めることができるのは、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場合を除き、当該原因行為について重大且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にこれに予算執行の見地から看過し得ない瑕疵があるときでない限り、それを尊重すべきである、などという規範を定立し(24～25頁)、河川法63条1項の解釈についても、これと同様のことを述べているのである。

しかし、河川法63条1項の要件は、①同法60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、②その受益の限度、という2点だけである。納付通知を受け取った都府県は、この2点の要件が備わっているかどうかを審査・判断すべきなのであり、河川法63条1項に基づく納付通知に対する支出を問題とした住民訴訟においても、この2点についての審理・判断がなされれば足りるのである。納付通知を受け取る都府県に著しい利益をもたらすという国土交通大臣の判断について重大且つ明白な瑕疵があるか否か、などということは、河川法63条1項に定められた要件ではない。条文にない要件を加重するのは、著しく不合理である。

また、納付通知を受け取った都府県に「著しい利益」があるということは、上記のとおり、原判決の理解においても、「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こと」ということを意味するということである。「一般的な利益」はあるが、「特別の利益」と言えるものがないということであれば、河川法63条1項の要件を満たさないということである。しかも、「特別の利益」があるのか否かは、それが「特別」であるが故に、その判断は容易であるはずである。そして、「特別の利益」がないのであれば、それは、河川法63条1項の要件を満たさないのであり、しかもそれは明白である、ということが出来る。都府県において、河川法63条1項の要件を満たさないことが明白な納付通知に従う義務など全くない、というべきである。

ところが、原判決は、河川法63条1項の解釈と住民訴訟一般の問題とを混同させてしまっているのであり、河川法63条1項の解釈をなおざりにしてしまったと同時に、八ッ場ダムが東京都に対して一般的な利益しかもたらさないのか、特別な利益をもたらすのという論理的な吟味を行うことを欠落させてしまっている。即ち、原判決は、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、八ッ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、東京都は著しく利益を受けるものと認められる、などと述べている(51

頁)が、ここでは、河川の上流部にダムを作った場合の一般的な利益が述べられているに過ぎないのであり、一般的な利益とは何か、特別の利益とは何か、という規範の定立もなく、論理の飛躍をして、特別の利益がある、などという判断を行っているのである。

この点において、原判決には、河川法63条1項の解釈に関する重大な問題が存在すると同時に、重大な判断の脱漏がある。

#### 4 河川法 63 条 1 項の正しい解釈

既に述べたように、原判決は、河川法63条1項の「著しく利益」を受けるという文言を、「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こと」という意味に捉えている。上述したように、「特別の利益」とは、一般的な利益を超えるものであるから、当然その内容は、重大な利益であると言い換えることが可能である。また、その内容が重大である以上、それは誰の目にも明白な利益であるはずである。この点は、原審の最終準備書面においても述べたとおりである。

原判決は、このような申立人らの主張を、河川法63条1項の文理とも乖離する、などと述べている(53頁)。しかし、「著しい利益」と「重大な利益」とは文理上の意味合いに大差がない。原判決が述べるような「特別の利益」と言い換えてみても同じことである。「重大ではないが著しい利益」「特別ではないが著しい利益」というようなことが容易に想像できないことから、以上のことは明らかである。また、「明白ではないが著しい利益」というのも容易に想像することができない。「著しい」という言葉は「顕著な」という言葉と同義であることから明らかなように、誰の目にも明らかである、ということその内容とするのである。そもそも、「著」という文字は、「あらわす」「あらわれる」という意味を有するのである。原審の裁判官らは、三人も揃ってなぜこのようなことが分からないのか、不思議である。

原審における最終準備書面においても述べたように、河川管理に関する費用は、その管理者(利根川のような1級河川の場合は国ということになる)が全額負

担するのが原則である(河川法59条)が、法は、1級河川における大規模工事(同法60条1項、河川法施行令36条の2)において、当該工事実施県に費用分担を課すとともに、同事業が著しい利益をもたらす場合に限って、下流都県にも費用分担を課すことにしたものである。即ち、東京都が河川管理施設の建設のための治水負担金を分担させられる場合の根拠条文である河川法63条1項は、原則たる同法59条の例外規定たる同法60条1項を踏まえたものである。そしてその例外を許容するために、法は、当該河川管理施設によって当該下流都県に「著しい利益」がもたらされること、分担金も受益の限度に限られること、という厳格な要件を課したものと考えられる。

この点も原審における最終準備書面で述べたところであるが、河川法63条1項に規定される治水負担金を課するための要件たる、「著しい利益」の具体的内容は、以下のように解すべきである。

#### (1) 国の立場から考えた場合の「著しい利益」

それは、すでに述べたように、「他の都府県が一般に受ける利益を超える特別の利益」でなければならず、「多少なりとも利益があれば」いいというような程度の利益では足りないことが明らかである。この場合、当該都府県に著しい治水効果がない場合や、ダム計画自体がデータの捏造や誤魔化しの上に成り立っているような場合には、「著しい利益」はない、ということになる。

そして、河川法63条1項の解釈として、この「著しい利益」とは、国によって治水負担金の請求がなされる際に、当該都府県に対して「著しい利益」があるということについての説明がなされなければならないものと解される。何故ならば、同条項では、既に述べたように、治水負担金を課することができる要件として、「著しい利益」と同時に、「その受益の限度において」という要件が規定されているところ、当該都府県にどのような「著しい利益」があるかという説明を抜きにして、「受益の限度」を判断することは不可能だからである。そして、同法63条2項は、「国土交通大臣は、前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、当該都府県を統轄する都府県知事の意見をきかなければならない」と規定しているが、当該都府県は、国からどのような「著しい利益」があるのかという説明を受けなければ、的確な意見を述べるできないことは道理である。

従って、河川法63条1項に規定される「著しい利益」があると認められるためには、①当該都府県において、他の都府県が一般に受ける利益を超える特別の利益がもたらされること、②国から当該都府県に対してそのような特別の利益の具体的内容が示されたこと、の2つの要件が満たされる必要がある。また、上記②の特別な利益に関する説明は、合理的なものでなければならない。ただし、その説明が合理的なものでないのであれば、「著しい利益」の説明どころか、単なる「利益」の説明にすらなっていないことが明らかだからである。

## (2) 都府県の側から考えた場合の「著しい利益」

次に、「著しい利益」を、負担金を課される立場の都府県の側から考えると、その支払を適法とするための要件が別に加わる。即ち、③当該都府県は、国から示された「著しい利益」の存在について十分に吟味し、それが存在するという判断を自ら行う必要があるということである。即ち、当該都府県が、自らに「著しい利益」がないという判断をすれば、国の請求は違法ということになり、その負担金を支出する必要はないということになるのである。この場合、当該都府県は、既に述べたように、司法機関に対して当該債務が存在しないことの確認を求めることができるし、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て審理の申出を行う等の手段に訴えてその是正を図ることもできる。そしてなによりも、河川法63条2項に規定される「意見」をあらかじめ述べるのであり、河川法63条2項の規定は、当該都府県が「著しい利益」の存否を十分に吟味した上で意見を述べることを想定した規定であると解されなければならない。なぜなら、「著しい利益」の内容について、十分な吟味を経ずになされた「意見」など、「意見」というに値しないからであ

る。

実質的にも、地方財政を適切に処理する責任を負う者としては、多額の出費を行うためには慎重な吟味・判断を要求されて当然のことであるし、当該都府県に「著しい利益」があるかどうかは、正に地元であるところの当該都府県自身こそ、その実情を的確に把握できる立場にあるのである。従って、当該都府県にこのような義務が課されたからといって、それは過重な義務を課されたことには何らならないのである。

以上からすると、河川法63条1項及び2項は、国が治水負担金を都府県に対して要求する場合、当該都府県に対して支出の適法性を裏付けるための再度確認を義務付け、国と当該都府県との間での意見調整を行うという手続要件を課しているものといえることができる。これは、同条1項に規定する「利益」が通常の利益を超える「著しい利益」なければならないことから、治水負担金を要求するにあたっては慎重な手続きを要するという配慮に基づくものといえることができる。

そして、このような吟味・判断を行う義務があることの裏返しとして、当該都府県は、国から治水負担金の請求をされた場合、国に対して、当該都府県にどのような「著しい利益」があるのかという説明を求めることも必要になるであろう。

都府県が、吟味らしい吟味も行っていないような場合は、当該ダム工事において、河川法63条1項が定める「著しい利益」があるかどうかを巡って、当該都府県が同条2項に規定される意見を述べたと言うに値せず、国と当該都府県との間での意見調整が行われたということにもならない。このような場合には、治水負担金の請求及び支出に関する「著しい利益」の有無の確認について、法が課した実体的・手続きの要件を満たしたことにはならず、それら河川法63条1項及び2項に違反して違法となる。その場合、当該都府県が「著しい利益」があるという判断を行ったことにはならないし、「著しい利益」があるという判断を

行うにあたって、明白な瑕疵があると言えるからである。

### (3) 「著しい利益」の主張立証責任

以上述べてきたところから明らかなように、「著しい利益」は、国から当該都府県に対して十分に説明がなされなければならない上、当該都府県自身こそ、この「著しい利益」を十分に吟味できる立場にある。

そして、「著しい利益」とは、一般的な利益を超える特別な利益でなければならないから、当該都府県によってそれがあつたという判断がなされた以上は、当該都府県にとって、その存在は特に注目を引く利益であるはずである。

さらに、「著しい利益」は、当該都府県に対して、法律上、例外的に治水負担金を課すための要件である。

従つて、「著しい利益」の存在は、住民訴訟においては、その負担を行うという決断を行つた都府県にその立証責任があつたものと解される。

以上のような点において、原判決は、河川法63条1項についての解釈を完全に誤つており、同条項の解釈に付いて、重大な問題点を含んでいる。

## 5 ハツ場ダムのもたらす利益についての判断の混乱

原判決は、利根川上流域における洪水調節によつて、東京都区内が浸水するような被害を防止することにおいて、ハツ場ダムが有効であるとか、利根川水系工事実施基本計画等において、八斗島地点における基本高水流量に関して、ハツ場ダムを含む上流ダム群によつて毎秒6000m<sup>3</sup>を調節するものとされているとか、日本学術会議等において八斗島地点の200年超過確率洪水流量が2万2200m<sup>3</sup>が妥当であるとの判断がなされたとか、と述べ、ハツ場ダムには「著しい利益」があるなどとしている(51～52頁)。しかし、これは、利根川全体に関する治水計画によつてもたらされるとされる利益であり、ハツ場ダム単体の治水効果ではない。

さらに原判決は、国土交通大臣の行つた納付通知はハツ場ダムによる洪水調節

量が、上記の洪水調節に有効であるという判断に基づいてなされているとか、平成23年11月の「八ッ場ダム建設事業の検証に係る検討報告書」において八ッ場ダムの費用対効果が約6.3と算定されたとか、ということをして、八ッ場ダムには「著しい利益」がある、などと述べている(52頁)。しかし、申立人らの主張は、これら国土交通大臣が行った納付通知の内容や費用対効果の検証の内容が不合理であるというものであり、原判決はそれに対して全く答えていないのである。

即ち、原判決は、八ッ場ダムの具体的な治水効果、ないしはそれに対する国土交通大臣の判断の妥当性についての吟味・判断を完全に欠落させているのであり、この点において、河川法63条1項の解釈適用に関して重大な問題点を含んでいると同時に、重大な判断の脱漏がある。

## 6 「受益の限度」に関する判断の脱漏

何度も述べているように、河川法63条1項の要件のうちの一つが、「受益の限度」である。

ところが、原判決は、東京都に対する納付通知の金額が、東京都の受ける「受益の限度」になっているのかという点についての判断を完全に欠落させている。

従って、原判決には、この点において、河川法63条1項の解釈適用に関して重大な問題点を含んでいると同時に、重大な判断の脱漏がある。

## 7 地方財政法 25 条 1 項、3 項の解釈の誤り

まず、地方財政法25条1項の「国の負担金及び補助金並びに地方公共団体の負担金は、法令の定めるところに従い、これを使用しなければならない」という規定にある「法令」は、原判決が述べているような、財政の運営に関する一般法令に限定される謂れはない。文理上、原判決が述べるような限定が付されてはいない。原判決は、至るところで法令の「文理」という言葉を持ち出すが、この部分では、文理を無視した解釈を行っているのである。原判決には論理的な一貫性がなく、

裁判所としての中立性を擲って、徒に行政に媚を売った解釈を行っているという批判が可能である。ここでいう「法令」は、まさに法令一般を指すものと解される。

次に、同法25条3項は、地方公共団体が負担する負担金(当然のことながら、治水負担金も含まれる)を、国が、同条1項の規定に従わなかったとき(「法令」である河川法63条1項の規定も含まれる)は、その部分については、「当該地方公共団体は、国に対し当該負担金の全部又は一部を支出せず又はその返還を請求することができる」、と規定する。即ち、都府県は、国が治水負担金を河川法63条1項に従った請求を行わなかった時には、その支払いを拒んだり、既に支払ったものの返還を請求することができるのである。都府県がこのようなことをすることができるためには、当該河川管理施設によって当該都府県が「著しく利益を受ける」かどうかを、事前に審査することができるということを前提としている。地方財政法25条1項、3項は、一般的に、原則的に地方公共団体に対して、国の納付通知に従って支払う前にその適法性を審査することができるという権利を付与しているのである。原判決の論理に従った表現をすれば、「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なされた行為」に対する「介入」をする権利を、法が与えているということになるのである。「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分野にまで介入し得るものではない」という原判決の指摘(54頁)は、明らかに誤りである。しかし、現実の地方公共団体の作用は、国への「介入」ではなく、地方公共団体が外部から金銭支払の請求を受けたときに、その支払義務があり、適正な支払であるのかどうかを適式にチェックするという業務以外の何物でもないのである。

上記の条項は、文理上、地方公共団体に対して、原判決が述べるような「義務」を課しているものではないかもしれないが、権利を与えているのである。一方、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」と規定しており、地方公共団体が、与えられた権利を行使せずに漫然と違法な支出をすることは許されな

いのである。このような意味で、地方公共団体には、納付通知の適法性について審査をする権利があるにもかかわらず、それを怠って漫然と違法な支出をしてはならないという義務がある、ということができるのである。

以上のように、原判決には、地方財政法25条1項、3項の解釈について、重大な誤りがある。

## 8 まとめ

以上のとおり、原判決には、河川法63条1項、74条1項、地方財政法25条1項、3項のそれぞれについて、解釈上重大な誤りがあり、その結果、判決も誤っているあり、取り消しを免れない。

## 第4章 ハッ場ダムの治水上の不要性に関する判決に影響を及ぼす経験則違反の事実認定（法令解釈に関する重要事項）について その1ー判断に必要な基礎的事実関係の粗雑な認定ー

### はじめに一原裁判所への重大な疑問

1 上告受理申立人らは、原審においては、本件住民訴訟におけるハッ場ダムの治水上の不要性に関する争点は、同ダムの東京都にとっての要・不要、河川法第63条1項に定める「著しく利益を受ける」ことになるか否かであると設定して主張を重ねてきた。

カスリーン台風洪水当時、治水計画は、既往最大洪水に対処することが基本とされていたことから、実績流量に若干の安全率を加味して毎秒1万7000m<sup>3</sup>という基本高水が採用されたが、昭和55年策定の利根川水系工事实施基本計画以来、同台風時には上流部に大氾濫があったと偽装をこらし、上流部に複数のダム建設を想定した「2万2000トンありき」（馬淵大臣の記者会見）の工事計画を作り上げてきた。もとより、利根川上流域の森林の生長や保水力の増大を無視

した計画であって、計画降雨では来襲するはずのない毎秒2万2000m<sup>3</sup>という大洪水を想定した不合理きわまりない治水計画であった。原告・控訴人・上告受理申立人らは、国土交通省の計画降雨では八斗島地点にはそうした大洪水が来るはずのないことを強く主張してきた（甲B第39号証）。しかし、本件住民訴訟における治水上の争点としては、上記の背景事情の下において、請求原因事実としては、八ッ場ダムが東京都にとって不要、そして、より具体的には河川法第63条1項に定める「著しい利益を受ける」立場に当たるものではないとの主張を行ってきた。そして、この不要で無駄な八ッ場ダム建設に東京都が公金を支出するのは違法であると主張をしてきた。

2 しかるに、原判決は、この住民訴訟の法的な枠組みは、「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のあるときでない限り、これを尊重して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」（39～40頁）とし、原審での審理判断の対象は、「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かなど、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）としたのである。

3 原判決は、このように国土交通大臣が発した納付通知に従わずに東京都がその支出を拒むことができるのは、その納付通知に「重大かつ明白な違法ないし瑕疵

がある」場合とか、「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」がある場合に限るとの司法審査基準を設定したため、個々の上告受理申立人らの事実主張、即ち、利根川治水計画の不合理性や河川法第63条1項の「著しい利益」の存否についての事実主張に対しては、事実認定は極めて粗雑であり、ほとんどの事実について詳細な判示を示すことなく主張を退けた。

原判決には、かかる重大な欠陥と問題点が存在し、かつ、上記のような判断枠組みを採用した故か、上告受理申立人らの主張の多くの事実主張に対しても判断脱漏の誤りを犯しているが、以下には、原判決が認定した事実関係を中心にしてその誤りを取り上げ、これらについて指摘することとする。

## **第1 原判決の基礎的な重大な誤り**

### **1 主要な争点の判示にも理由を付さず**

(1) 原判決は、平成21年12月に発足した「今後の治水対策のあり方に関する有識者会議」において、同22年7月、「今後の治水対策のあり方について 中間とりまとめ」が作成され、ダム事業が検証されているとか、平成23年1月、日本学術会議に対して、「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、カスリーン台風時の洪水のピーク流量について毎秒2万1100m<sup>3</sup>との回答を受けているとか、専門家や有識者らのいわゆる第三者機関での検証作業や見直し作業などの審議手続やその経緯などを記述し、その検証結果や見直し結果だけを指摘して、「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」はない、との判示を繰り返しているのである。したがって、そこで議論された中味が、果たしてどれだけ客観性と合理性を持つものであるかの吟味は、全くなされていないのである。

(2) 原審における重大な争点の一つは、日本学術会議の分科会の検証作業の信頼性であった。上告受理申立人らは、「日本学術会議の分科会が行った基本高水

の検証作業は、分科会自身が、世界的にも未確認の流出計算手法を用いていることや中規模洪水で得られたパラメータ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のある手法であることを自認しながらこれらを用いて行ったものであり信頼性がない」との主張を行ったが、原判決は、「(2) 河川法に基づく受益者負担金について」の項(判決39頁～)において、これらの事実主張を、結論においてはことごとく排斥した。

上告受理申立人らは、そうした主張の中で、①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間には毎秒4000 m<sup>3</sup>にも及ぶ大きな乖離があるところ、これを河道域の拡大と河道貯留により説明しているが、これによってその乖離を説明することはできないこと、②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していること、③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る、などと主張した。

(3) ところが、原判決は、既に述べたように、納付通知の違法の有無の判断基準に、「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」場合とか、「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」がある場合との基準を採用していることから、例えば、検証を行った日本学術会議が第三者的で独立性の高い学術的な機関であるとされていることを理由として、まず、「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」という判断を示している。こういう立場であるため、日本学術会議の分科会の検証作業における上記の欠陥手法や問題点のほとんどについて、分科会が自認している欠陥手法についてさえ、個別には吟味せず判断を示さないままの判決となっているのである。

## 2 「河道域の拡大と河道貯留」については支離滅裂な判断

- (1) こうした判断枠組みに基本的な誤りがある上に、原判決は、カスリーン台風洪水の計算流量と実績流量との間の乖離を説明した分科会の考案による「河道域の拡大と河道貯留」という説明について、上告受理申立人らの主張を事実上容認して、計算流量と実績流量との間の乖離を「河道域の拡大と河道貯留」で説明するのは無理だとする判示を行っているのに、その結論においては、「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。」（判決58頁）とするなど支離滅裂な判断を行うのである。
- (2) 即ち、分科会は国土交通省が分科会に報告したような上流部の大氾濫（甲B第158号証）までは認めず、それに代わって、「河道域の拡大と河道貯留」という、いわば擬似氾濫で説明しようとしたのだが、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、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。」（57～58頁）とするのである。この判示の「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、」という部分は、分科会が考案した「河道域の拡大と河道貯留」の存在と機能を限りなく否定してしまったことを意味する。
- (3) 計算流量毎秒2万1100 $\text{m}^3$ と、カスリーン台風の実績流量としている毎秒1万7000 $\text{m}^3$ の間には、毎秒4000 $\text{m}^3$ もの乖離があるのだから、この乖離を説明するには上流部での氾濫とか、あるいは分科会が考案したような「河

河道域の拡大と河道貯留」とかで説明するほかは道がなく、分科会は「大氾濫」は否定しているのだから、後は、「河道域の拡大と河道貯留」しか残らないのである。そうであるのに、原判決は、これも否定してしまったのである。

(4) もともと、分科会の「河道域の拡大と河道貯留」の存在やそのピーク流量の低減効果というものの説明も極めて曖昧であったから（甲B第163号証「議事録」23頁）、毎秒4000 m<sup>3</sup>以上もの大きな乖離を「河道域の拡大と河道貯留」で説明することができないという趣旨の指摘は正しいし、そうした原判決の判断は、上告受理申立人らのそれと軌を同じくするものであるが、そうだとすれば、計算流量と実績流量との乖離の説明は絶対的にできないことになる。しかし、原判決は、「河道域の拡大と河道貯留」によるピーク流量低減効果では説明がつかないとの上告受理申立人側の主張を支持する立場に立ちながら、先のとおり、「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、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。」として、形の上では、上告受理申立人側の主張を退けているのである。支離滅裂というほかはない。

(5) 原判決は、これで上告受理申立人側の主張を封じて、分科会の検証には「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」は認められないとの結論が導かれたとするようであるが、これは全く反対なのである。

この支離滅裂な判断は、原裁判所が実績流量と計算流量との関係について基礎的な理解を欠き、そこに大きな乖離があった場合には、当該洪水のピーク流量の再現などなし得ないという基礎的な知識を欠いていることを示している。このような原裁判所には、カスリーン台風の実像とその後の机上の計算結果との関係について、争点の正しい解明などなし得るはずがない。

### 3 判断の脱漏

そしてさらに、原判決が取り上げた上告受理申立人らの主張は、上告受理申立人らが主張した事実関係の中の、ごく一部にしか過ぎない。例えば、①カスリーン台風時の上流部での氾濫の有無問題、②国交省が日本学術会議へ提出した氾濫状況報告書は「洪水、山に上る」であったことの評価、③それまで、カスリーン台風が再来すれば八斗島地点に毎秒2万2000m<sup>3</sup>の洪水が襲うとしていたのに、甲第39号証の hidro グラフでは毎秒1万6750m<sup>3</sup>に止まること、④これまでの国交省の利根川治水計画についての説明は、甲第20号証の「回答」と甲B第90号証の「回答」とでは、カスリーン台風時の上流域での氾濫の説明では相互に矛盾するものであったし、虚偽が充満していること、⑤八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>計画の前提にある上流部の堤防改修計画は存在せず、カスリーン台風が再来しても、八斗島地点に流下するのは毎秒1万6750m<sup>3</sup>にとどまり、計画では同地点には毎秒2万2000m<sup>3</sup>の洪水は未来永劫に来襲することはないこと、⑥関東地方整備局がさいたま地裁の調査嘱託に対して提出した「回答」（甲B第57号証の4）は、現実に使用されていない流出計算方式を虚偽回答した事実、⑦所管の国土交通大臣が、利根川の治水計画は「22,000トンありき」の計画であったと見解を表明している事実など、「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」に値するはずの事実主張に対しては、一切判示がない。原判決はこのように基本的に重大な欠陥を持つ判決なのである。

### 第2 原判決が取り上げた上告受理申立人らの主張とその回答

これまでに述べてきたように、原判決は、上告受理申立人らの主張に対して真摯に対応して、上告受理申立人らが呈示した数多くの疑問に取り組んで回答するという姿は見えなかった。その中で、上告受理申立人らが呈示した日本学術会議分科会の検証作業結果に対しての疑問点についてだけは若干の応答があった。しかし、こ

れについても、「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」を基準としての判断であったから、その内実に至る審査、判断があったわけではなかった。しかし、上告受理申立人らとしては、利根川治水計画の不合理性や河川法第63条1項の「著しい利益を受ける」ことの有無についての判断の不当性に迫るには、まず、こうした原判決の判断場面に焦点を当てて、その不当性を指摘することから始めなければならない。そこで、まず、以下には、治水上の不要性に係る論点を拾い上げ、まず、これらについての原判決の結論に影響を及ぼす重大な事実誤認が存在することの指摘から始めることとする。そこで、原判決の上告受理申立人らの主張と各判示との対応関係を点検し、ついで、その判示の誤りを指摘することとする。

## 1 原判決が取り上げた上告受理申立人らの主張について

原判決は、上告受理申立人らの事実関係の主張については、主として「日本学術会議・分科会の検証作業には信頼性が存在しないこと」に係る主張を取り上げている。次の5項目を挙げている（55～56頁）。

- (1) 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。
- (2) 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間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。
- (3) 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。
- (4) 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ること。

(5) 関良基準教授によれば、奥利根流域及び烏川流域における最終流出率を0.7として、前記新モデルと同じ手法による計算をすると、カスリーン台風再来の場合の八斗島地点におけるピーク流量は毎秒1万6663 $\text{m}^3$ となること。この計算の精度は過去の主要10洪水で検証されていること。カスリーン台風当時から森林の保水力は向上しているため、現在の森林の状況を前提とすれば前記のピーク流量の数値はさらに低いものとなること。上記新モデルを用いて中規模洪水で得られたパラメータに基づき相対的に大規模な洪水の再現計算を行うと大きめの数値が出る傾向があること（関准教授の陳述書甲B第146号証、同164号証。関証言調書等）。

## 2 上告受理申立人らの主張に対する原判決の応答（56頁）

原判決は、上記のような上告受理申立人らの主張に対して、6項目に区分して、その回答を示しているが、その回答は、上記の各項目に対応したものとはなっていない。とりわけ、上告受理申立人の主張を排斥するが、その理由を説示しないのが特徴である。

(1) 分科会で検証した毎秒2万2000 $\text{m}^3$ の合理性と関意見書への評価

① 「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こと。」

(原判決56頁)

② 「加えて、前記ウ(オ)判示の各点に、関証人の上記証言によっても、その証言にいう「前記モデルと同じ手法による計算」が、分科会が評価の対象とした新モデルと同じ結果をもたらす計算方法であることが明らかであるとは認められないこと。」（56頁）

③ 「最終流出量率について、日本学術会議の谷委員、窪田委員は、総降雨量が200ミリメートル程度以下では0.7くらいが妥当であるが、それより

総降雨量が多い場合は1にするのが安全側であり適切であるとしているが（甲B155）、同証人は、総降雨量が200ミリメートルを超える場合にも0.7を用いていることをも総合考慮すると、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）

④ 「その検証結果によれば、国土交通省の作成した新モデルが合理性を備えていることが確認され、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というべきである。」（57頁）

⑤ 「これに対し、さらに控訴人らの主張するような観点からの検討を加えなければ、八斗島地点での基本高水のピーク流量を毎秒2万2000立方メートルとすることを前提とする国土交通大臣の納付通知に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存在することとなるか、著しく合理性を欠きそのために予算執行の適正の見地から看過し得ない瑕疵が存することとなるとは認め難く、また、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）

## （2）カスリーン台風時のピーク流量

「また、カスリーン台風における八斗島地点の流量については、実測値が存在しないものの、上利根川、烏川及び神流川の三川の合流量に基づき毎秒1万6850立方メートルとする推計が存在し、上記三川の最大流量の実測値の算術和が1万7350立方メートルであり、19時をはさんで1時間程度1万6900立方メートル/秒の最大洪水量が続いた計算となる旨の報告が存在し、その内容が不合理なものとは認めるに足りない（甲B7、17、18、甲F1）

ことに照らせば、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）

(3) 「河道域の拡大と河道貯留」への評価

「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、国土交通省の新モデルに基づく計算結果としてカスリーン台風における洪水流量の推定値が2万1100立方メートル/秒の-0.2パーセントから+4.5パーセントの範囲とすることが妥当である等とした分科会の検証結果の主要な論拠としたものとは認められないのであり、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。」（57～58頁）

(4) 最終流出率「1.0」への評価

「さらに、控訴人らは、中規模洪水で得られたパラメータ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原因が、新モデルが最終流出率を0.7ではなく1.0としていることによるものであり、これが実態と乖離していると主張するところ、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。」（58頁）

(5) 「机上の計算」の否定

「また、控訴人らは、公開説明会「河川流出モデル・基本高水の検証に関する学術的な評価」議事録（甲B163）記載の質疑応答によって、分科会の検証結果が未確認の方法による机上の再現計算にすぎないことが明らかとなったのであるから、その科学的合理性は否定されるべき旨を主張するようである

が、以上判示の各点と議事録全体の記載に照らせば、上記議事録記載の質疑応答も上記判断を左右するに足りるものとは認められない。」（58頁）

以上によれば、控訴人らの主張は採用することができない。」

#### （6）ハッ場ダムの治水効果について

「控訴人らは、ハッ場ダムの治水効果が大きいのは渡良瀬川合流点より上流までであり、下流に行くにつれて小さくなり、利根川下流や江戸川では上流部の1/10程度にまで落ち込み、ハッ場ダムがない場合における対応不足流量は、利根川下流部、江戸川では、洪水位に換算すると数センチメートルにすぎないことが多く、東京都にとってハッ場ダムは意味を持たない治水施設であると主張する。

しかし、カスリーン台風においては河口からの距離134.4キロメートルの当時埼玉県北埼玉郡東村における破堤により、東京都にも多大の被害を生じたことは前記ウ(キ)判示のとおりであることに照らせば、利根川下流部におけるハ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、ハッ場ダムによる洪水調節量が洪水調節に有効であることを前提として、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するものとも認められないとの前記判断を左右するものではないというべきである。

控訴人らの主張は、採用することができない。」（58～59頁）

### 3 原判決の判示の整理

- （1）原判決は、国土交通省河川局長から依頼を受けて基本高水の検証を行った日本学術会議は第三者的で独立性の高い機関であり専門的な知見に基づいて検証は行われておりその内容が科学的に合理性が欠けることが明らかであると認められないこと。そして、カスリーン台風の再現計算を分科会の新モデル

と同じ手法で計算したとされる関准教授の毎秒1万6663 $\text{m}^3$ という流出計算は、新モデルと同じ結果をもたらす計算方法であることが明らかであるとは認められず、同准教授が採用した最終流出率を「0.7」とした値は日本学術会議の谷委員、窪田委員の意見書（甲B第155号証）とも異なるものであり、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ないこと。などの事情を挙げ、以上のところから、「八斗島地点での基本高水のピーク流量を毎秒2万2000立方メートルとすることを前提とする国土交通大臣の納付通知に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存在することとなるか、著しく合理性を欠きそのために予算執行上の適正の見地から看過し得ない瑕疵が存することとなるとは認め難く、」（57頁）とするものである。

(2) 要するに、日本学術会議は第三者的で独立性の高い機関であり、そこで専門的な知見により検証された結果であるから「その内容が科学的に合理性が欠けることが明らかであるとは認められない」とするものであり、関准教授の再現計算結果については、流出計算において、最終流出率を分科会が採用した「1.0」を用いず「0.7」を採用していることなどを挙げることはしても、関准教授の計算結果の当否についての評価を行うことなく、「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、」とするものである。そして更に、分科会の検証結果に対する以上の評価は、「上記議事録記載の質疑応答も上記判断を左右するに足りるものとは認められない。」と結んでいる（原判決58頁。公開説明会の議事録は甲B第163号証）。

#### 4 原判決の控訴人らの主張を排斥した手法

(1) 以上のように、原判決は、本件の河川法63条1項に基づく東京都の建設負担金の支出が違法となるためには、「前提とする国土交通大臣の納付通知に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存在する

場合」との審査基準をもうけていることから、「八斗島地点毎秒2万2000 m<sup>3</sup>」計画の合理性の有無の審査には必要不可欠な分科会の検証結果や検証内容については、通常レベルの違法審査は行わず、「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存在する場合」との審査基準で判断し、上告受理申立人らの主張をことごとく排斥するという手法を採用している。

(2) 原判決は、こうした特異な法的な枠組みと司法審査基準を採り、「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存在する場合」との非常に高い違法性の主張立証責任を原告・住民側に課した。こうした高い違法性の主張立証責任を課した結果がどうなるかと言えば、裁判所は、行政側が計画を策定するについて、一定の行政手続を踏み、あるいは学識者のそれらしい意見聴取を行うなどしていれば、それだけで、問題の行政計画や検証が「合理性を欠くことが明らかであるとは言えない」との結論を導いている。したがって、「八斗島地点毎秒2万2000 m<sup>3</sup>」計画の検証においても、カスリーン台風洪水時の氾濫を「洪水、山に上る」という報告書でしか国土交通省が説明し得ない事態にまで至っても、そして、本件訴訟中にみられた国土交通省の基本高水のピーク流量についての国土交通省の説明の大混乱についてさえ無視することになっている。

(3) こうした杜撰な審理の中で、原判決自体大きな誤りを犯している。分科会の計算流量・毎秒2万1100 m<sup>3</sup>とカスリーン台風の実績流量・毎秒1万7000 m<sup>3</sup>とは毎秒約4000 m<sup>3</sup>の乖離があることについて、原判決は、分科会の「回答」（甲B第147号証）は「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）として、この乖離の存在を確定させる一方、乖離の解消究明は放置してしまった。このように原判決自らが、この乖離の存在を確定させ、計算流量と実績流量は整合しない事実を認定しながら、「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は認められない」との判示を行うという支離滅裂な判断を行ったのである。洪水の再現計算でこれだけ大きな乖離の説明がつかないということは、日本学術会議の基本高水の検証は、結局、事実と整合しない机上の計算に過ぎなかったことを意味し、従来、原告・上告受理申立人ら住民側が主張してきた「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」計画の破綻が裁判所の手によって証明されたということを示すのである。

- (4) 原判決は、上記のような司法審査基準を設定し、原告・住民側に立証上の非常に高いハードルを設けていることから違法審査の判断が粗く、行政計画の合理性の審査において、実質の審査が行われていない。その典型例のひとつは、上告受理申立人らが原審で主張した、日本学術会議の流出計算の不合理性の審査であり、検証の責任者である小池委員長の証人尋問すら排斥し、実質審査の対象や判断の対象に取り上げなかった。即ち、学術会議がカスリーン台風洪水のピーク流量を毎秒2万1100m<sup>3</sup>と算定した流出計算技法は、世界的にも未確認の手法であり、しかも、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の致命的な欠陥を持つ計算技法なのであり、さらに実際に採用した流出率のデータは利根川上流域の実態とは遠く、かつ流出が高くなるデータを用いて得た計算結果である。そのため、その計算流量とカスリーン台風洪水との実績流量とは大きく乖離することとなり、原判決が判示しているように、学術会議自身その説明に窮している状況にあるのである。しかし、原判決は、こうした上告受理申立人らが主張した事実については、ほとんど判断を示さず、原判決では、僅かに、流出計算の関係では、分科会が「最終流出率」において「1.0」を採用していることを指摘し、関准教授においては「0.7」を採用している事実を取り上げ、分科会の流出計算には「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、」とし、「前提とする国土交通大臣の納付通知に重大かつ行為の外形上一

見取取できるような明白な違法ないし瑕疵が存在する……とは認め難く」としているのである。

## 5 原判決への批判の組立

そこで、以下の原判決批判においては、まず、原判決の致命的な欠陥である、分科会の「回答」（甲B第147号証）は「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は認められない」と判示し、分科会が行った基本高水の計算流量と実績流量との乖離を説明不能なものとした判示を取り上げる（「第3」）。そして、関准教授の計算手法を改めて確認し（「第4」）、その上で、利根川上流域での「最終流出率」は「0.7」が相当であり（「第5」）、現実に利根川上流域での保水力はカスリーン台風時よりも数倍に上昇している事実を取り上げ（「第6」）、ついで、日本学術会議分科会における検証作業の不合理性、不確実性を取り上げる（「第7」）。そして、最終課題であるところの、ハッ場ダムの不要性を取り上げ、これを具体的に観察すれば下流域における水位低減効果は極限までに小さく、東京都にとっては河川法第63条1項の「著しい利益を受ける」ものではないことを主張することとする（「第8」）。

### 第3 原判決の「河道域の拡大と河道貯留」への評価（57～58頁）

先にも触れたが、原判決は、日本学術会議の分科会は「河道域の拡大と河道貯留」によって計算流量と実績流量の乖離を説明しているわけではないとしながら、カスリーン台風時の実績のピーク流量が大幅に低減したとする理由については何の究明もせず、それでもなお、上告受理申立人らの主張を排斥している。原判決の認定では実績流量も計算流量も整合性を欠いたものとなっており、毎秒2万1100m<sup>3</sup>という計算流量は、確定的に同台風の実績流量に反するものとなったのである。それでもなお、日本学術会議の検証作業の合理性は否定されないという原判決の支離滅

裂の判断を改めて点検し、批判を行う。

## 1 原判決の判示

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、国土交通省の新モデルに基づく計算結果としてカスリーン台風における洪水流量の推定値が2万1100立方メートル/秒の-0.2パーセントから+4.5パーセントの範囲とすることが妥当である等とした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、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。」（57～58頁）としている。この判示をみれば、原判決は、上告受理申立人らの主張を排斥しているのであるが、その手前では、「河道域の拡大や河道貯留」は「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」としているのである。

## 2 分科会には必要な「河道域の拡大と河道貯留」による河道流量の低減

カスリーン台風の再現計算によって得られたピーク流量は国土交通省の流出計算では毎秒2万2000 $\text{m}^3$ であり、分科会の計算では毎秒2万1100 $\text{m}^3$ である。一方、実績流量は毎秒1万7000 $\text{m}^3$ であるとされている。この実績流量には疑問符がつくが、それはさておいても、その乖離は4000～5000 $\text{m}^3$ にも及ぶ。この乖離を関係機関はどのように説明をしたかという点、国土交通省は上流部の大氾濫で説明を行い（甲B第158号証）、分科会は「大氾濫の議論は無理」としてこれを否定し、代わりに、「河道域の拡大と河道貯留」で説明をしよ

うとしたのである。つまり、洪水が増大すると河道での貯留が増大するのはよく知られている現象であるし、分科会は、これに加えて「河道域の拡大として説明を行った」（甲B第147号証「回答」15頁）。いわば、擬似氾濫である。ともかく、机上で計算された洪水は、基準点の八斗島地点に到達した流量のほか氾濫とか擬似氾濫とかで説明をするほかはない。しかし、分科会の「河道域の拡大と河道貯留」についての説明も、極めてあやふやなものであった。「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）」（甲B第147号証）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）とするに止まっていた。

そして、公開説明会では、分科会の小池委員長は、次のように解説した。

「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）と説明した。極めて曖昧である。

このような説明であったから、上告受理申立人らは、「国土交通省の大氾濫説は明確に否定され、擬似氾濫である河道域の拡大そのものさえ証明できず、示唆に止まるというのであるから、八斗島地点でのピーク流量を毎秒4000～5000 m<sup>3</sup>も低減させる説明には到底なりえない」との主張を強く行ってきたのである。

### 3 原判決の判示で、計算流量と実績流量の乖離は確定的になった

これに対して、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、」としたのである。

原判決の上の判示では、分科会の「回答」での記述では、計算流量と実績流との乖離を「河道域の拡大と河道貯留」で確定的に説明しているとは受け取れないとの判示である。そうした判示に同意できないわけではない。正確に言えば、そう説明したかったのだが出来なかったということである。では、実績流量とされる毎秒1万7000 $\text{m}^3$ と計算流量の毎秒2万1100～2万2000 $\text{m}^3$ との乖離はどうなるのか。結局埋まらないということになる。このように、原判決の判断でも、この大きな乖離を説明できないことが明らかになったのであるが、結論となると、「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。」となるのである。支離滅裂というほかはない。

### 4 乖離は毎秒4000 $\text{m}^3$ にとどまらない

これまで日本学術会議がいう計算流量と実績流量との乖離は毎秒4000 $\text{m}^3$ だとしてきた。それは計算流量21100 $\text{m}^3/\text{S}$ －17000 $\text{m}^3/\text{S}$ ≒4000 $\text{m}^3/\text{S}$ としてきたからである。しかし、現実には、この乖離はこれに止まらないものである。学術会議は、先にもみたとおり、カスリーン台風洪水での実績流量については、国土交通省の報告をそのまま検証もせずに受け取っただけなのである（甲B第163号証 議事録24頁の小池委員長の発言）。そして、この流量

は、流域都県の要望を容れた治水計画上の将来の整備目標として認められた計画流量であったのであるから、実績流量ではあり得ない値なのである。実績流量は、安芸教授の論考にあるように、これを10%～20%下回るとされるものであったから、実績流量と計算流量との乖離は $5000\text{ m}^3/\text{S} \sim 6000\text{ m}^3/\text{S}$ 以上に及ぶ流量だということになる。したがって、日本学術会議のいう「河道域の拡大と河道貯留」で説明のつく乖離ではないのである。

## 5 裁判所も公認した基本高水策定の基礎の崩壊

では、原判決の認定からは、どのような状況が想定されるのか。原判決の認定では、分科会は、ピーク流量が毎秒 $4000\text{ m}^3$ とか毎秒 $5000\text{ m}^3$ も低減する事情として、「河道域の拡大と河道貯留」を挙げているわけではないとしていることになる。しかし、計算流量と実績流量との乖離が生じている事実については、何の説明もない。それは、裁判官にできるはずもない作業である。そうすると、分科会の計算流量毎秒 $2万1100\text{ m}^3$ と、実績流量とされる毎秒 $1万7000\text{ m}^3$ とは、一回の洪水で起こった計算流量と実績流量との関係だという関係でもないことになる。計算流量と実績流量に大きな乖離が生じている場合には、その乖離の説明ができてこそ、双方の信頼性が生まれるのだが、その乖離の説明ができないということは、いずれかの値あるいは双方の値に信頼性が失われるということである。互いに、何の裏付けもない状態のままにあるということである。どうして、こうした状態にある基本高水の計算に合理性や信頼性が存在するというのか。そして、これらの数値が利根川水系の基本高水を策定する基礎データとなるのか。それはあり得ない事実である。裁判所の判示は、これまで上告受理申立人らが主張してきた基本高水の計算の不合理性、不信頼性を裏付けたことに他ならない。これは利根川水系の基本高水策定の基礎が崩壊したことを示しているのである。

## 第4 カスリーン台風洪水の実像—関准教授の計算では毎秒1万6600m<sup>3</sup>となる

### 1 原判決の「関意見書」（甲B第146号証）に対する評価と論点

関准教授は、カスリーン台風の計算上の再現計算を行うに当たって、学術会議と国土交通省が開発した「新モデル」方式をそのまま採用し、修正した部分は、最終流出率について、国土交通省は「1.0」としたのを、利根川上流の流出率の実態に合わせて「0.7」と設定した再現計算を行ったのである。その結果は、ピーク流量は、毎秒1万6663m<sup>3</sup>であったとされた（甲B第146号証「関意見書」）。ピーク流量は、国土交通省の計算よりも20%以上も低減したことになる。

これに対して、原判決は、関准教授の「その証言にいう『前記モデルと同じ手法による計算』が、分科会が評価の対象とした新モデルと同じ結果をもたらす計算方法であることが明らかであるとは認められない」（56頁）とし、また、関准教授の流出計算で用いている最終流出率については、「総雨量が200ミリメートルを超える場合も0.7を用いていること」を挙げて、上告受理申立人らが主張した毎秒毎秒2万2000m<sup>3</sup>という基本高水の不合理性の主張に対しては、「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あるとは認められず」（56～57頁）として、上告受理申立人らの主張を排斥した。

しかし、原判決の応答は、具体的な指摘に基づくものではなく、上告受理申立人らが原審の最終準備書面で展開した関意見書の合理性、正確性の主張に対しての回答や対応はなされなかった。原判決は、「関意見書」の毎秒1万6663m<sup>3</sup>とする計算結果についてはその評価（科学性・合理性の有無等）を避けているのである。そして、本件の基本高水の流出計算において「最終流出率」を「1.0」とするか「0.7」とするかは、流出計算結果に大きな差異をもたらすのであるが、原判決は、この点についても、そのいずれを相当とするのかの判断は示さず、これを回避して、「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。」との判断にとどめているのである。

以下には、原判決が判断を回避したこれらの論点を中心にして論議と批判を進めることとする。

## 2 関准教授の再現計算の概略

日本学術会議の分科会の谷・窪田両委員は、利根川流域の実体的な流出データからすれば、奥利根流域や烏川流域においては、「一次流出率」は設定するが「飽和雨量」を設定しない方式での流出計算が合理的であり、「第三紀火山岩、花崗岩が0.7程度」と主張（甲B第155号証7頁）されていたから、「奥利根と烏川流域の最終流出率は0.7とする」ということになる。関准教授はこれに同意し、日本学術会議が用いた流出計算手法を用い、「奥利根と烏川流域の最終流出率は0.7とする」とする方式でカスリーン台風洪水のピーク流量を算定されたが、その解は毎秒1万6600m<sup>3</sup>となった（甲B第146号証 関意見書15頁）。そして、関新意見書（甲B第164号証）では、過去の中規模洪水10洪水についても再現計算を行ったが、国土交通省の行った再現計算よりも再現計算の精度が高かった（同2～5頁）。これにより、この流出モデルの正当性が実証されたが、特に大洪水では、実態にあったデータを用いれば上記のような実績流量に整合する計算結果が得られるのである。学術会議は、こうした手法について検証していないが、それはこうした検証を行えば、たちどころに自己の試算の誤りがたちどころに明白となるからであろう。

## 3 関准教授の流出計算（甲第146号証）ではピーク流量毎秒1万6600m<sup>3</sup>台

### （1）関准教授の谷・窪田流出モデルへの評価

関准教授は、谷・窪田論文（甲B第155号証）を精査するとともに、本州

地区では、この利根川の例に代表されるように大型降雨で基本高水を設定している河川において、一次流出率を0.5とし、飽和雨量に達すると突然その後の流出率を1.0とする流出計算モデルは、洪水流出の実態にそぐわない流出計算であると批判の目を向け、多雨地帯の九州地区では飽和雨量を多段階に設定している事例をも指摘された。九州地区での事例からも理解されるように、谷・窪田論文での「飽和雨量を設定しない」という手法は、上記の欠陥を解消するものとなり、洪水流出のより実像に近い姿を把握することが可能となると指摘された（甲B第146号証9～10頁。関証言調書2～3頁）。

こうして、関准教授は谷・窪田論文の指摘を評価され、原告弁護団の依頼に応じて意見書（甲B第146号証）を作成していただいた。国交省の新モデルに基づき、流域は39分割とし、神流川は一次流出率0.6で飽和雨量を130mm、吾妻川は一次流出率0.4で飽和雨量は設定しないという設定は国交省のモデルと同じであり、異なるのは奥利根流域と烏川流域について一次流出率は新モデルと同じくし、飽和雨量を設定せずにこの両流域の最終流出率を0.7と設定したことである（甲B第146号証12～14頁。控訴人第8準備書面38頁以下）。

## （2）計算条件についての新モデルとの対照

関准教授の計算条件と新モデルとの計算条件の異同は、原審第8準備書面においては、41頁の表として掲載したが、これを簡潔に示せば次のようである。この表から明らかなように、その相違点は、奥利根流域と烏川流域の最終流出率を、新モデルは「1.0」としているのに対し、関准教授は「0.7」としたことである（赤字で示した部分）。それ以外の条件は、すべて、国交省ないし日本学術会議の設定条件に一致している。

### 「新モデルと関准教授の計算条件の比較」

流域	新モデル	関准教授の設定
----	------	---------

	一次流出率	最終流出率	飽和雨量	一次流出率	最終流出率	飽和雨量
オリ根	0.4	1.0	150mm	0.4	0.7	150mm
吾妻川	0.4	—	∞	0.4	—	∞
烏川	0.6	1.0	200	0.6	0.7	200
神流川	0.6	1.0	130	0.6	1.0	130

### (3) 関准教授の毎秒1万6600m<sup>3</sup>の計算

関准教授は、「意見書」において、計算結果は、「八斗島地点毎秒1万6663m<sup>3</sup>」とされた(甲B第146号証15頁。控訴人第8準備書面41頁以下)。学術会議の推計からは20%強も小さくなった。そして、関准教授は、この再現作業の精度を確認するために日本学術会議の計算手法と計算データに基づく再現計算を行ったが、ピーク流量は毎秒2万605m<sup>3</sup>となり、学術会議の計算値に近似する値となって再現計算の精度は十分であることが確認できた。

### (4) ハイドログラフについて

関准教授は、この計算結果を次のようにハイドログラフに示している(このハイドログラフは控訴人第8準備書面の42頁でも、第9準備書面の31頁でも掲示した)。同准教授が行った流出計算は、国交省のそれと基本的に同一のデータを使用しているため、ハイドログラフの曲線もほぼ同じような弧を描いているとする。

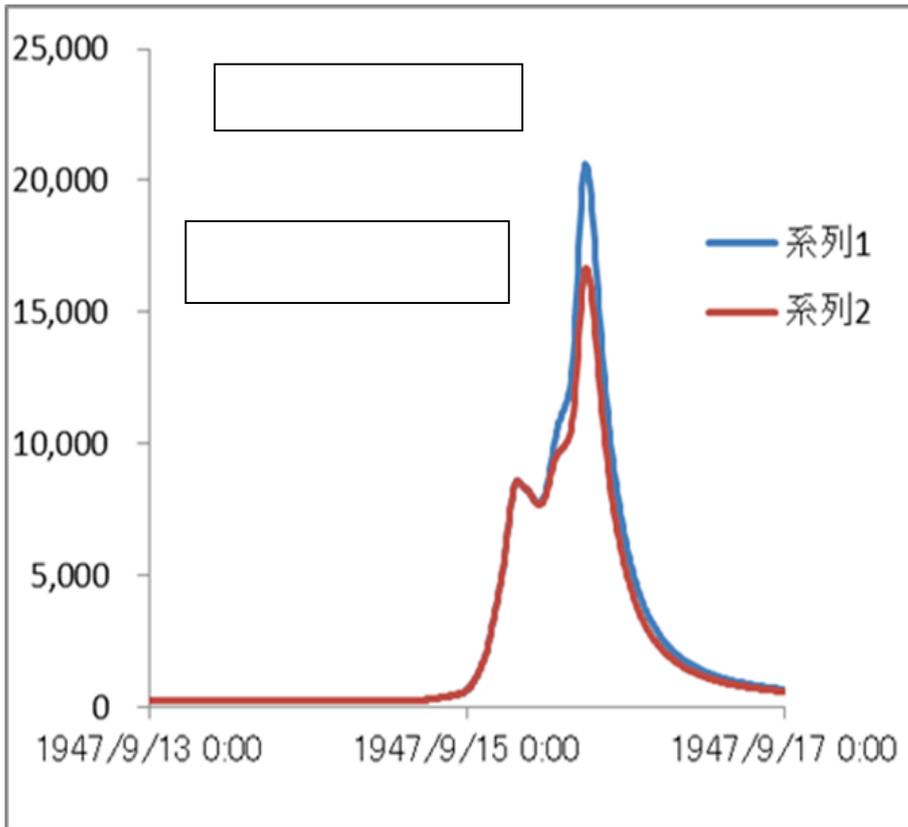
関准教授が作成されたこの図の「青い線」は国交省新モデルと全く同じパラメーターを用いてカスリーン台風の再来計算を行ったものであり、「赤い線」は国交省のパラメーターを用い、オリ根・烏川両流域の最終流出率のみ0.7に変更して計算を行った計算結果を示すグラフである。両者のラインは、飽和雨量(オリ根150mm, 烏川200mm)を超えるまでは全く同じ計算をしているため一致しており、累積雨量が150mmを超えてからの流出率1.0と0.

ピーク : 20,605 m<sup>3</sup>/秒

青 : 国交省モデル定

ピーク : 16,663 m<sup>3</sup>/秒

7の差が両ハイドログラフの差となって、ピーク流量の大きな差となって現れるのである（控訴人第8準備書面42～43頁）。



関意見書 図7「国交省新モデルのパラメーターを用いて計算した洪水波形」

（甲B第164号証 関新意見書16頁の「図7」より転写。なお、この図は、甲B第146号証の関意見書の「図2 奥利根・烏川両流域の最終流出率を0.7にした場合の計算結果」と、同じハイドログラフである）

#### 4 関新意見書（甲B第164号証）による中規模洪水の再現性検証について

- （1）関准教授には、平成23年9月提出の甲B第146号証の「意見書」に引き続いて、平成24年1月提出の甲B第164号証たる意見書を作成していただいた。それは、甲B第146号証の意見書で流出計算を行ったカスリーン台風

洪水のピーク流量、即ち、最終流出率を「0.7」として設定したピークの計算精度を検証するために、昭和33年から平成19年までの間の10洪水について、国土交通省が行った再現計算結果と、関准教授が行った最終流出率「0.7」モデルでの再現計算との精度を比較検討したものである。

(2) その作業結果は、甲B第164号証の新意見書「表1」に示されている(同意見書2頁)。関准教授は、その「表1」において、各洪水の実績流量(A)を示し、ついで、国土交通省の再現計算結果(B)を挙げ、ついで、関准教授が行った国土交通省と同様のモデルでの再現計算結果(C)を示し、さらに、最終流出率を「0.7」とした再現計算結果を示した。こうした計算結果を10洪水について各対照したところ、国土交通省の再現計算結果(A)よりも、最終流出率を「0.7」とした再現計算結果(D)の方が実績流量に近い計算値を示した、というものである(甲B第164号証 2~5頁)。

国土交通省の再現計算と、関准教授が行った最終流出率を「0.7」とした再現計算との再現精度の比較は、「決定係数」という数学的な手法で示されている。即ち、国土交通省が行った10洪水の再現計算においては、「2つの変数の間の相関の高さを示す決定係数( $R^2$ )は0.71にとどまっている」(3頁)ところ、最終流出率「0.7」モデルでは、「両変数の相関関係の高さを示す決定係数( $R^2$ )は0.81となった。」とされ、関准教授は「実績洪水の再現性は国交省の計算結果より明らかに高くなった。」(4頁)と結論づけている。国土交通省が行った再現計算結果と実績流量との相関関係は、「図1」に示されている。そして、関准教授の最終流出率「0.7」の作業結果は「図3」に示されている。

関准教授は、この点についても、証言において分かり易く、つぎのような解説を行った。

「3ページに図1がありまして、これは国土交通省の計算です。5ページに図3がありまして、これが私が出した計算結果です。比べてほしいん

ですけれども、横軸が実績値、実際に観測された値で、縦軸が計算値、国土交通省が計算した値になっております。図1が国土交通省のものなんですけれども、計算精度が高ければ高いほど、この一直線上にぴたっと合ってくるはずなんです。実績値と計算値が等しければ一直線上に並ぶはずなんですけれども、国土交通省の計算を見て分かりますとおり、かなり直線からばらけております。つまり精度が悪いです。私どもの5ページの図3を見ていただきたいんですけれども、私どものやった計算のほうが実績値と計算値が直線の上に比較的よく並んでいるのが分かると思います。これ、実際に誤差が少ない、どの程度の誤差率で計算できているかということを経験すると、国土交通省よりも誤差が少なく、直線上により並んでいる値となっておりますので、私どものモデルで計算精度は国交省よりも高いということになっております。」（関証言調書12頁）。

こうした証言の後、控訴人代理人からの、「先生がおやりになった0.7の流出モデルでは過去の10洪水の再現計算では国交省よりも精度が高いことが確認され、その手法でカスリーン台風の洪水の再現計算を行ったらピーク流量は1万6600トン台に納まった、こういうことになるわけですね」との質問に対して、関准教授は、「はい、そのとおりです。」と答えられた（同12～13頁）。

## 5 原判決は具体的な応答や指摘もなしに主張を排斥

(1) 原判決は、「関証人の上記証言によっても、その証言にいう『前記モデルと同じ手法による計算』が、分科会が評価の対象とした新モデルと同じ結果をもたらす計算方法であることが明らかであるとは認められない」（56頁）というが、関証言が説明し、上告受理申立人らの原審での最終準備書面等で説明した関准教授の再現計算方式と、国土交通省側の新モデルの計算方式とで、最終流出率のデータを除いてどこが異なるというのか、原判決の判示ではその指摘

がなく、判旨は到底理解できない。本理由書においても表示したが、「新モデルと関准教授の計算条件の比較」に表記した計算条件（この表も、原審・準備書面（18）治水関係最終書面159頁に掲載）で、新モデルの計算条件と関准教授の計算条件は明らかになっているのに、原判決は、これについて一言も触れることなく、「分科会が評価の対象とした新モデルと同じ結果をもたらす計算方法であることが明らかであるとは認められない」と切って捨てるのである。これでは、裁判の公正自体を疑いたくなる状況である。

- (2) ついで、原判決は、「最終流出率について、日本学術会議の谷委員、窪田委員は、総降雨量が200ミリメートル程度以下では0.7くらいが妥当であるが、それより総降雨量が多い場合は1にするのが安全側であり適切であるとしているが（甲B155）、同証人は、総降雨量が200ミリメートルを超える場合にも0.7を用いていることも総合考慮すると、」として、「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る証拠もない。」と判示している（56～57頁）。

この判示部分では、関准教授の計算手法が非合理的だとか非科学的であると批判しているわけではない。原判決の言い回しは、関准教授の計算手法が合理的であったとしても、「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」と、一步下がった評価となっているのである。

- (3) ここにも、「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」という審査基準を用いて、「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」とするのである。通常の違法ないし瑕疵の存否の判断基準での審査であれば、分科会の計算結果と関准教授のそれと、いずれが利根川流域の実態にそった流出計算となっているのかについて吟味しなければならないのに、「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」という審査基準により、形式的・外観的な審査で住民

らの主張を審査し排斥できることになるのである。

## 第5 利根川上流域の最終流出率「1.0」は明らかに過大である

### 1 原判決の「最終流出率」に関する判示

#### (1) 最終流出率「1.0」への評価

上告受理申立人らが、原審において、奥利根流域と烏川流域についての、流出計算における「最終流出率」は、分科会が採用した「1.0」ではなく、関准教授の流出計算で用いられている「0.7」と設定すべきであるとの主張に対しては、原判決は、次のように判示して、上告受理申立人らの主張を排斥した(58頁)。

「控訴人らは、中規模洪水で得られたパラメータ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原因が、新モデルが最終流出率を0.7ではなく1.0としていることによるものであり、これが実態と乖離していると主張するところ、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。」

#### (2) 原判決の理由不備と偏頗な証拠評価

原判決の判示は、上記のように証拠の標目を示すだけのものであり、「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。」と、理由の説示を欠くもので理由不備の判示であるが、その理由を推測するならば、谷・窪田委員が、その論考(甲B第155号証)において、「各流域のプロットは、中古生層の万場を除くと、降雨量増加によって流出率が1に近づくというよりは、ほぼ一定の流出率を示していることに注目したい。」(同7頁)としつつも、「300mmを超えるような大出水では飽和雨量に達するかも知れないとしても、それを得るデータが存在しないわけである。」(13頁)と述べ、「ただ、総降雨量が200mmより小さいデ

一タが多いので、さらに降雨が増加すると、少ない総降雨量で決められた回帰直線で示される流出率よりも総洪水流出高が大きくなる可能性はあると考えられる。」（7頁）と留保条件を付した上、同論考の結論としては、第三紀層と花崗岩類帯では、「……観測降雨と有効降雨の比が流出率0.7くらいで妥当であるが、200mmを飽和雨量と見て、それより総降雨量が大きい場合は、流出率1にするのが安全側でもあり、適切であると考えられる」（13～14頁）としている事実を指すものであろうと考えられる。

しかし、これは谷・窪田委員らが将来の治水計画上の安全率を考慮しての判断であると考えられるほか、谷・窪田委員の論考（甲B第155号証）の中にも、300mmを超える降雨でも最終流出率は「0.7」を超えていないデータが含まれているし、国土交通省が分科会へ提出している甲B第152号証の「f1. R s aの設定」という利根川流域の降雨の流出率データでは、中規模流域では300mm、500mmを超す降雨の場合でも、流出率は「0.7」前後にとどまっている少なくないデータが存在している。原判決は、その判示において、もとより、こうした上告受理申立人らが主張した資料への言及や評価は行っていない。原判決の審理・判断は、極めて偏頗な証拠評価に基づいているのである。以下には、これまでの上告受理申立人らの主張の要旨を述べ、原判決の重大な事実誤認を指摘する。

## 2 谷・窪田委員が提唱した利根川の総流出率

- (1) 水文学の専門家で利根川の降雨の流出・流況に詳しい分科会の谷誠・窪田順平委員は、利根川では、飽和雨量を超えても直ちに全量が河道へ流出することはないとの立場をとっていた。両委員は、分科会で「1947～53年のカスリーン、アイオン両台風によるものを含む24個の出水に対して、……図4に総洪水流出高との関係を示した。大きなばらつきもなく、40mmを超えると約0.68が洪水に割り当てられるような関係が見られる。」（5頁）と指摘

した（甲B第155号証 第9回分科会配布資料2「利根川源流域への流出解析モデル適用に関する参考意見」）。この「0.68」という数字は、総降雨量のうち、降雨初期の損失雨量を除くと、河道へ流出するのは68%程度であるということを示しているのである。しかも、この調査の時期は、戦中・戦後の森林の乱伐期のもので流域の保水力が大きく低下して時期のものである。それでも、なお流出率は「0.68」とされているのである。

(2) そして、両委員は、利根川上流域の10観測所での長期的な降雨と流量との観測結果（甲B第155号証8頁の「図7」）から、「各流域のプロットは、中生層の万場を除くと、降雨量増加によって流出率が1に近づくというよりは、ほぼ一定の流出率を示していることに注目したい。」（同7頁）とし、「第4紀火山岩類はもちろん、花崗岩や第三紀火山岩類でも、いわゆる飽和状態には到達しにくいことは指摘してよい」とし、結論として、「洪水流出予測における有効降雨分離においては、以上のような源流域における総降雨量と総洪水流出高の関係が十分配慮すべきである。具体的に数字を挙げると、回帰直線の傾きは、やや安全側に考えて、おおむね、第三紀火山岩、花崗岩が0.7、中生層が1.0、第4紀火山岩が0.4程度とみてよいだろう。」とされた（同7頁）。こうした流出機構の見方は、「貯留関数法で言うところの一次流出率のみを使い、観測降雨量がすべて洪水への有効降雨になる飽和雨量の値を与えなかった。これは図7においても、中生層の万場以外は、総降雨量と総洪水流出高の関係から飽和雨量を見出せないことを意味する。」（同13頁）ということになるのである。そして、この記述の先に、「図7にみるように、利根川の多くの源流域では、飽和雨量が明確に見えるまでの出水データが、中生層の流域以外に得られていないことになる。300mmを超えるような大出水では飽和雨量に達するかも知れないとしても、それを得るデータが存在しないわけである。」（13頁）とも述べている。

そして、「ただ、総降雨量が200mmより小さいデータが多いので、さら

に降雨が増加すると、少ない総降雨量で決められた回帰直線で示される流出率よりも総洪水流出高が大きくなる可能性はあると考えられる。」（7頁）との留保条件も付していた。そして、その論考（甲B第155号証）における結論としては、第三紀層と花崗岩類帯では、「出水例の多い総降雨量が200mm程度以下では、観測降雨と有効降雨の比が流出率0.7くらいで妥当であるが、200mmを飽和雨量と見て、それより総降雨量が大きい場合は、流出率1にするのが安全側でもあり、適切であると考えられる」（13～14頁）とされているのである。ここに「安全側に考えて」との記述がしばしばあることから、このパラメーターの選択は治水の計画論として述べられていることが明らかである。

### 3 300mm以上の降雨の流出率—流出率増加の兆候はない

(1) 谷・窪田両委員が分科会へ提出した論考は、このように過去に一次的に起こった洪水の再現計算においてのパラメーター-を決定するというものではなく、過去のデータを探りながら、治水計画上の一般論としての流出率を探るという作業であったため、よく分からない現象については、安全側に配慮してパラメーターを設定するという手法が採られているのである。まず、このことを念頭に置くべきである。

そして、次に問題となるのは、「300mmを超えるような大出水では飽和雨量に達するかも知れないとしても、それを得るデータが存在しないわけである。」（13頁）との記述である。この記述は、必ずしも正確ではないのである。

(2) そこで、改めて、同論文の「図—7」（次頁に添付）を点検してみよう。

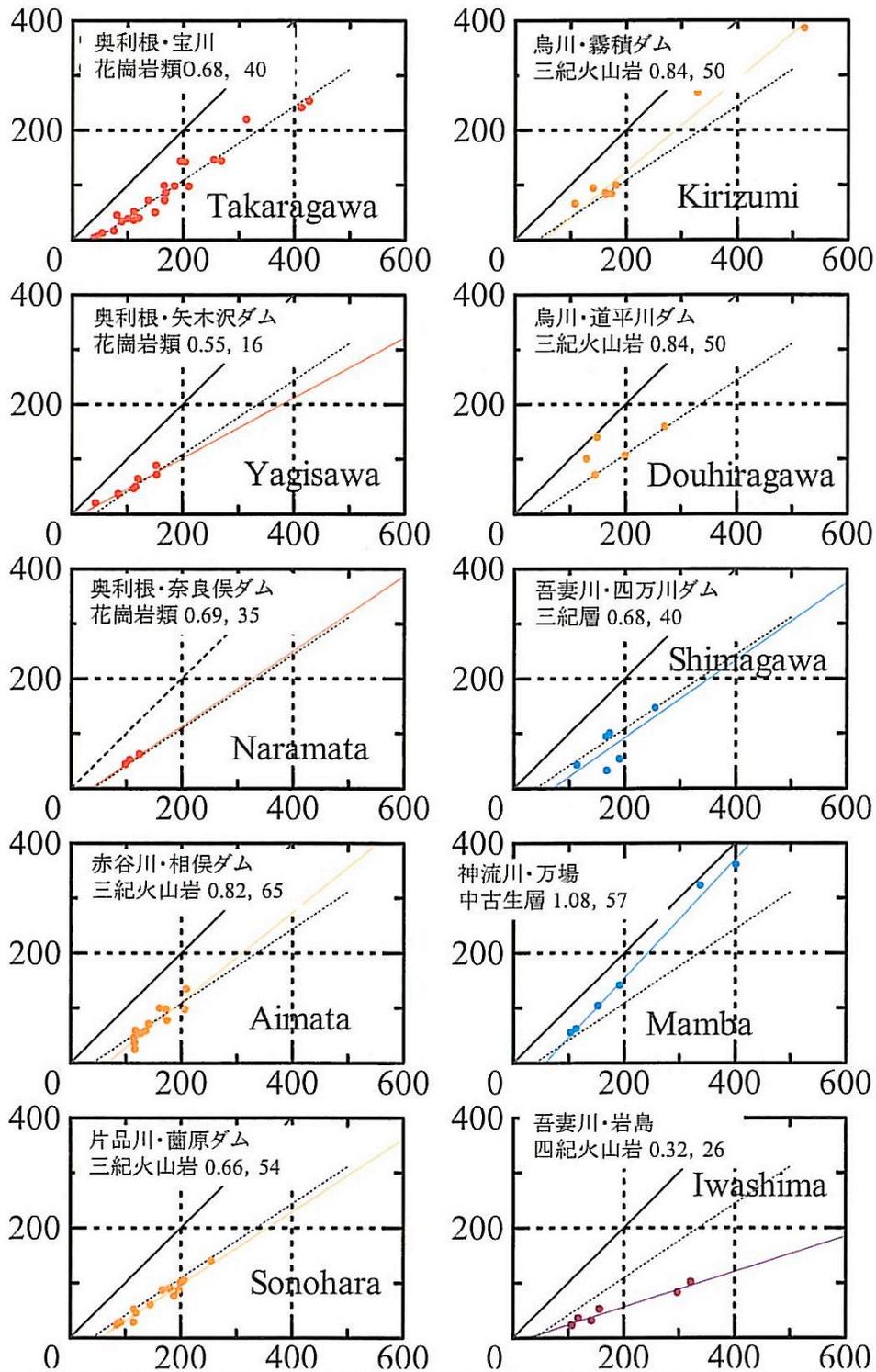


図7 利根川源流山岳流域における、ひと雨の総降雨量(横軸)と総洪水流出高(縦軸)の関係

単位 mm

国土交通省(2011b)による

なお、黒い点線は、宝川(左上図)における回帰直線。各プロットは、主たる地質で色の区分をしている。また、各図の色つき直線は、それぞれの回帰直線を、地質の横の数字は、回帰直線の勾配と横軸の切片(mm)を示す。

確かにデータは少ないが、総降雨量が200mmはもとより、300mmを超えても、流出率が急上昇するような気配は認められない。まず、奥利根・宝川では、降雨量が200mmを超えるところで回帰直線の傾斜が大きくなるような変化は認められない。同地点では400mmを超える降雨もあるが、その場合でも「0.7」の回帰直線の傾斜を変えるほどのものではない。烏川・道平川ダム地点では、若干のバラツキが認められるが、300mm近い降雨でも流出高は180mm程度である。したがって、総降雨量が200mmより小さいデータが多いので、300mm以上の降雨の場合の流域に貯留された降雨の挙動を見定めるにはデータ不足は否めないが、少なくとも現在のデータで見る限り、この回帰直線の傾きが大きくなる兆候は認められないとは断定できる。

#### 4 国交省の流出率データから

- (1) 国交省でも、総降雨量と基準点における総流出量との関係を調査したデータを持っている。控訴人第8準備書面で述べ、原審最終準備書面(18)でも述べたところであるが、国交省が、学術会議の第6回分科会へ提出した「f1. R s aの設定」(甲B第152号証)という資料は、利根川上流域21地点での雨量と直接流出高との関係データ集である。原告弁護団は、この資料から250mm以上の降雨を拾い、総降雨量と直接流出高の関係を一覧表に作成した。それが「総降雨量250mm以上の総降雨量と直接流出高」という次の「表」である(控訴人第8準備書面35頁にも掲載)。この表によると、流出率総平均は68%となり、この中から、中古生層の観測点である万場と下久保を除くと、それは65%となった。谷・窪田論文(甲B第155号証)では、「ただ総降雨量が200mmより小さいデータが多いので、さらに降雨が増加すると、少ない総降雨量で決められた回帰直線で示される流出率よりも総洪水流出高が大きくなる可能性はあると考えられる。」(7頁)とされているが、この表は、谷・窪田の心配が無用であることを示している。300mm程度の降雨

では、総流出率は十分に谷・窪田の見解の範囲の挙動を示しているのである。なお、吾妻川流域を除いても、霧積ダム（烏川の上流の碓氷川の最上流部）では500mm超でも総流出率が75%、高松（烏川）では360mm超でも60%などとなっており、300mmを超えたからといって100%近い流出となる例は認められないことが理解できる。

(2) ところで、分科会でも、「地質によっては、飽和雨量、飽和流出率を設定せずに一次流出率だけを用いた方が妥当な場合や、飽和雨量より大きな降雨について、飽和流出率が1.0より小さくなる場合もありうると判断した。」（甲B第147号証10頁）として限定的には、谷・窪田委員の指摘を認める記述を行っている。しかし、利根川全域で考えて、最終流出率が1.0より小さくなることは拒否しているのである。これをもし容認するとすれば、結果は、計算流量は大幅に低減することになるのである。分科会の判断は、明らかに意図的である。

そして、原判決は、こうした分科会の判断についても審査をすることなく、上告受理申立人らの主張に対しても、何らの審査も判示も行っていない。そうした審査態度で、「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。」（58頁）と判示しているのである。このような偏頗な証拠の取捨選択が許されるはずはない。関東地方整備局の河川部長の証人採用拒否に加えて、こうした審理判断を行うのは、裁判の公平自体が疑われるというものである。

上記の上告受理申立人らの主張を正視すれば、分科会の計算流量毎秒2万1100m<sup>3</sup>の過大性がたちどころに明らかになるのであり、原判決の「最終流出率」についての判断の誤りも明白となるのである。

#### ○総降雨量250mm以上の総降雨量と直接流出高

第6回分科会配付 別添資料2「f1、Rsaの設定」（甲B152号）より

地点	洪水名	総雨量(mm)	直接流出高 (mm)	流出率
藪原ダム	平成13年9月洪水	255.1	138.8	0.54
岩島	平成13年9月洪水	318.0	127.8	0.40
	平成19年9月洪水	293.5	81.4	0.28
四万川ダム	平成11年8月洪水	255.8	145.6	0.57
村上	平成13年9月洪水	265.1	147.1	0.55
霧積ダム	平成11年8月洪水	328.1	268.7	0.82
	平成19年9月洪水	515.5	385.2	0.75
安中	平成11年8月洪水	337.6	288.7	0.86
高松（全流域）	昭和57年7月洪水	269.2	176.1	0.65
	平成13年9月洪水	268.5	181.5	0.68
	平成19年9月洪水	362.5	217.0	0.60
道平川ダム	平成11年8月洪水	271.9	158.7	0.58
岩井	平成13年9月洪水	373.1	279.4	0.75
	平成19年9月洪水	462.7	392.9	0.85
岩鼻（全流域）	平成11年8月洪水	299.5	197.6	0.66
	平成13年9月洪水	327.9	265.5	0.81
万場	平成11年8月洪水	337.4	322.3	0.96
	平成19年9月洪水	402.0	352.1	0.88
下久保ダム	平成11年8月洪水	334.6	240.5	0.72

流出率総平均 68%

万場・下久保ダムを除く

総平均 65%

原告（控訴人、申立人）ら代理人作成

## 第6 分科会は利根川上流域の保水力の増大を無視、原判決は上告受理申立人の主張を無視

### はじめに

原判決は、「第5」で見たように、流出計算において最も肝要なパラメーターである流出率の値の選択に関しても、「……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。」との判断を示すについて、その理由は実質的に説示がないというものであった。そこで、降雨の河道への流出率を論議するその前提たる流域の貯留能力や飽和雨量の大小という問題には全く関心を示さなかった。判示は全く認められない。そして、日本学術会議・分科会でも、「戦後から現在まで、利根川の里山ではおおむね森林の蓄積は増加し、保水力が増加する方向で進んでいると考えられる。」としながら、「流出モデル解析では、解析対象とした期間内に、いずれのモデルにおいてもパラメーター値の経年変化は検出されなかった。」としているのである。分科会は、森林が生長し保水力が増大しても、洪水の河道への流出の低減にはつながらず、流域の土壌層全体の厚さが増加しなければならないとの独自の理論を採り、昭和33年、同34年当時でも、現在でも降雨の河道への流出率は変化していないというのである。群馬県の利根川流域の森林と土壌の調査報告書である「水源かん養機能計量化調査報告書」（甲B第129号証）では、森林の生長によって地表からの深度1～2mの土壌層に孔隙が増大し、これが土壌内での降雨の貯留に機能しているとの調査報告がなされている。そして、関准教授は、現今の洪水の流出計算を、昭和33年、同34年当時のパラメーターを用いて行くと、現今の実績流量よりも、計算流量の方が約14%も大きくなるという検証結果を示している。昭和30年代の河道への流出率の方が現今より大きいのは当然なのである。分科会は、こうした事実すらも否定するのである。原判決がこうした事実を正視すれば、「……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。」など

の結論にはなり得ないのである。

## 1 流域の保水力の上昇を認めながら流出率は不変とする学術会議の暴論

### (1) 貯留能力の向上を否定する学術会議の見解

ア 日本学術会議・分科会は、「回答」において次のように述べ、昭和20年代と比べて今日の流域の森林の保水力は上昇していることは認めながらも、「(洪水流量を減らす)パラメーター値の経年変化として現れなかったものと考えられる。」(回答18頁)としている。カスリーン台風時と今日とでは、国土交通省自身が、飽和雨量を数倍に引き上げているのに、降雨の河道への流出率を引き下げている事実の承認を頑強に拒んでいるのである。

「流出モデル解析では、解析対象とした期間内に、いずれのモデルにおいてもパラメータ値の経年変化は検出されなかった。戦後から現在まで、利根川の里山ではおおむね森林の蓄積は増加し、保水力が増加する方向に進んでいると考えられる。しかし、洪水がピークにかかわる流出場である土壌層全体の厚さが増加するにはより長期の年月が必要であり、森林を他の土地利用に変化させてきた経過や河道改修などが洪水に影響した可能性もあり、パラメータ値の経年変化としては現れなかったものと考えられる。」(18頁)

### (2) 流域の森林保水力の向上についてのこれまでの上告受理申立人らの主張

上告受理申立人らは、利根川上流域における森林の生長等による保水力の増大について、原審の第9準備書面において、「昭和55年の工事実施基本計画策定時の一次流出率や飽和雨量(さいたま地裁への関東地方整備局の回答によるデータ)による計算値と、現在の新モデルで設定されている一次流出率と飽和雨量による計算値を対照すると、前者では流域貯留量が1億2273万 $\text{m}^3$ であるのに対して、現今では6億629万 $\text{m}^3$ であるから、保水力は約6倍に増大している。この数字から見れば、流域の貯留能力、即ち、降雨を貯留するプールの大きさがそれだけ大きくなっているのだから、このプールが洪水のピーク

流量を低減する役割を果たすはずと思われる。この状況から、ピーク流量の低減効果を定量的に割り出すことはできないが、飽和雨量の上昇が確実にピーク流量を抑制する事実は、本準備書面「第8の4」で指摘することとする。」（同準備書面27頁）として、関准教授の意見書の指摘に基づいて、学術会議の前記の見解を批判したところである。より詳細は、上告受理申立人らの同準備書面をご覧願いたい、ここではその要点を再述することとする。

### （3）関意見書における指摘

関准教授は、前記の学術会議の所見に対しては強い疑問を投げかけている。「飽和雨量」とは、言うなれば、流域の貯水プールに譬えて誤りはない。それが「48mm」という小さな値から「150mm」とか「200mm」に増えているのだとすれば、降雨の河道への流出率を抑えないはずはない。学術会議の見解は、あまりにも非常識である。

関准教授は、新意見書（甲B第164号証）において、次のように批判されている（9頁以下）。

「日本学術会議が『森林変化がパラメータに与える影響は認められない』と主張するならば、昭和30年代の洪水に適用できたパラメータで近年の洪水も再現できなければならない。それが学術会議の見解の論理的帰結である。そこで昭和33年当時の飽和雨量のパラメータを固定したまま、近年の洪水を計算したらどのような結果が得られるのかを試算してみることにした。もし計算値より実績値が低くなる傾向が経年的に見られるようであれば、それは森林の生長による実績流量の低下と考えるのが妥当である。なぜなら、森林生長の他に、実績流量の経年的低下を生み出すような要因はないからである。」（9頁）。

関准教授は、このように指摘したうえ、昭和33年洪水に適合した飽和雨量（奥利根90mm、吾妻川∞、烏川110mm、神流川120mm）の値をそのまま他の9洪水に適用し計算流量を実績流量と比較してみたのである。その

結果を、「表3 飽和雨量をS33年の値で固定した場合の計算結果」に示したが、関准教授は、「……飽和雨量をS33年基準で固定した当方の試算結果(C)は、近年の洪水に対しては計算流量が過大になっていく傾向がある。即ち、S33年飽和雨量による計算流量に比べると、実績流量の低減傾向が確認できるのである。実績流量の計算流量に対する比(A/C)を見ると、昭和30年代洪水に比べ、近年の洪水では実績流量が低下していることが明らかに伺える。」とされている。つまり、昭和33年のパラメーターを用いて今日の降雨と流出の関係を点検すれば、昭和33年のデータによる計算流量よりも、実績流量の方が下回る結果となっているというのが、関准教授の指摘である。そして、その低下の割合については、「1950年に比べ2010年には洪水の実績ピーク流量は86.3%に低減していることになる。13.7%減である。」とする(同10頁)。そして、この項の結論として、「これは森林保水力の向上の結果と考えられ、この事実を否定する日本学術会議の見解は理解不能である。」(同18～19頁)と結ばれている。

このように、今日の森林保水力の下では、降雨の河道への流出率は明確に低下しているのに、国土交通省も学術会議も、これを無視した流出計算を行っているのである。

## 2 保水力を増大させるのは森林の生長がもたらす土壌層の孔隙の変化である

### (1) 学術会議が主張する森林保水力増大のメカニズム

学術会議は、「洪水がピークにかかわる流出場である土壌層全体の厚さが増加するにはより長期の年月が必要であり、……パラメータ値の経年変化としては現れなかったものと考えられる。」(「回答」)として、流域の森林の生長は認めながら、この森林の生長によって保水力が増大するのではなく、土壌層の増大が生じてはじめて保水力が増大するのだとして、利根川上流域の戦後か

らの森林の生長は、ピーク流量の算定に影響を及ぼすものではないとしたこと、前項でみたとおりである。関准教授も指摘しているとおり、これはおよそ常識に反する判断である。この論点については、控訴人第2準備書面において、降った雨が森林土壌の中でどのように貯留されるのか、森林土壌が洪水流出を抑える働きについて考察を行った。そこで、これの一部を再述し、学術会議の判断の誤りを指摘することとする。

## (2) 森林土壌の保水のメカニズム—原審・控訴人第2準備書面から

上告受理申立人らは、原審・第2準備書面の「第3 利根川上流域の森林保水力は全国平均値以上である」（同29頁）との項において、甲B第129号証「水源かん養機能計量化調査報告書」（群馬県林務部作成）に基づいて、「1 森林土壌の保水のメカニズム」を主張した。この主張は、降った雨は森林土壌のどの部分に貯留されるのかを明らかにしたものである。学術会議は、森林の生長が降雨の河道への流出を抑制するには、「土壌層全体の厚さが増加する」必要があるとしているが、こうした考え方は、およそ現今の林業の実務とは相容れない判断である。

控訴人ら第2準備書面の「第3の1」を、以下に再述することとする。次のように主張を行った。

ア 群馬県林務部が作成した「水源かん養機能計量化調査報告書」（昭和63年3月）という報告書（甲B第129号証）から、森林土壌がもつ保水機能について紹介をしたい。次のように述べられている（同号証3頁）。

まず、森林土壌の標準的な構造についてである。

「では、森林土壌がどのような仕組になっているか図—2に模式図を示す。

まず、表層に落葉落枝やその分解した有機物層のA<sub>0</sub>層、その下は鈳質土壌となり、落葉落枝などの分解した腐植を多く含むA層、その下にそれほど腐食を含まないB層があり、その下には全く腐植を含まないC層や基岩があ

る。」

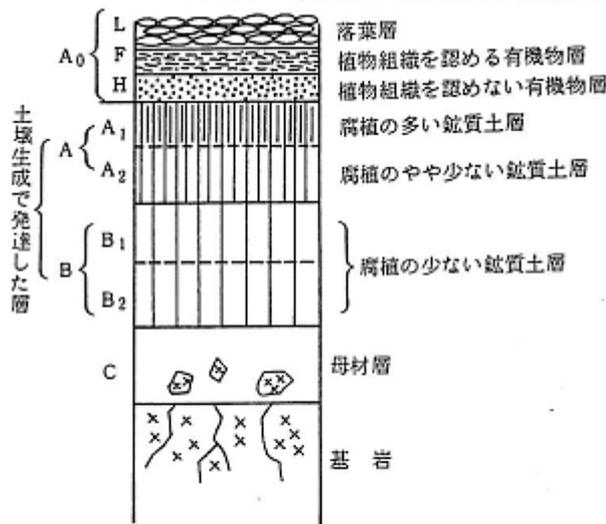


図-2 土壌断面層位の様式図

イ ついで、降水の浸透、保水などの機能について、次のように説明されている。

「では、森林土壌が降水にどの様に作用するかを考えてみる。降雨や林内雨は下層植生などにより落下速度が緩められ地表に落下する。A<sub>0</sub>層の構造は、上側に落葉など分解程度の低いL層、下になるほど分解程度の高いF・H層の有機物でできている。そのため、落下速度の緩められた水はさらにA<sub>0</sub>層表面で緩められ、速やかにA層境界に移行して表面流を起こしにくくしている。A層は粗孔隙が多く透水性も高く、水を保持するとともにさらに下層に水を移行させる。B層も表層に比べれば粗孔隙は少ないが、水を保持しつつさらに下層に水を移行させ、C層や基岩が水を受け入れ易くしていると考えられる。このように森林を構成する全てのものが一体と成り、水源かん養機能に有効に作用していると考えられる。」(同4)

一般に、森林土壌の保水のメカニズムは、以上のように考えられているところであるが、こうした森林土壌の保水機能は自在に水を吸収したりはき出

したりする「スポンジ」にも例えられる。

以上が、原審の第2準備書面で主張したところである。

(3) 森林土壌の保水力は土壌層の孔隙等の状態が決まるのである

以上のように、雨水が森林土壌で貯留されるメカニズムについては、「A層は粗孔隙が多く透水性も高く、水を保持するとともにさらに下層に水を移行させる。B層も表層に比べれば粗孔隙は少ないが、水を保持しつつさらに下層に水を移行させ、C層や基岩が水を受け入れ易くしていると考えられる。」と捉えられている。このことは、森林が根付き生長すれば、いわゆるA層やB層が整備され孔隙も増えることになるから森林土壌の保水力も上昇することとなる。もとより、こうした土壌層が厚ければ厚いほど保水力は大きくなるであろうが、利根川上流域で通常、取り扱われる土壌層の厚さは1メートル以内のものである。このことは、甲B第129号証「水源かん養機能計量化調査報告書」（群馬県林務部作成）の調査過程で行われた土壌調査でも、土壌調査については、「土壌断面：標本林分に試孔を設け、森林土壌の調べ方とその性質に準拠して深さ1mまでの調査を行う。」とされている（同号証10頁）。そして、この「1m」というのは、国内においては「森林土壌の平均深さは1m」とされている（甲B第120号証「水源かん養機能の指標」28頁）ことから来るものと理解される。したがって、森林かん養の成果等を調査するには、通常、深さ1mまでの土壌の孔隙等の状態を調べることで、森林土壌の保水力が得られるとの約束ごとになっているのである。当然のことながら、この孔隙が有効に発達していれば保水力の増大につながるのである。森林土壌の調査はこのために行われているのである。利根川上流域においても、森林土壌は優に1メートルを超えているのであるから、森林土壌の保水力の変化はこの範囲内の土壌調査で把握できることが前提となっており、森林の生長から数十年、数百年を経た上での土壌の厚さの増大がなければ認められないなどという前提は置かれていないことが明らかである。学術会議の主張は、森林保水力の増大を否定

せんがための強弁というほかはない。

もとより、この土壌層の状態は、その下部の母材たる基岩の地質（第四紀火山岩であるとか花崗岩とか中生層であるとか）によって、土壌層の生成に大きく影響を与えることになるから基岩の状態は重大な要因であるが、森林が生長して数十年、百年を経過しなければ保水力が増大しないなどというはずはない。現に、国土交通省が飽和雨量を数倍にも引き上げ、学術会議もそれを前提として流出計算を行っているのであるから、学術会議の主張ないし判断は自己矛盾に陥っているのである。このような判断が存在し得るはずがない。

#### （４）関准教授の結論

関准教授は、利根川流域の森林の生長による保水力の増大を無視する学術会議の対応について、「昭和30年代の雨から組み立てたモデルで平成10年以降の洪水を計算しますと、計算値と実績値は13.7パーセント乖離する。実績値のほうが下がってきてる。これが森林保水力の増加だというのが私の結論でして、先ほどの東大モデル、京大モデルでも10パーセント以上下がっておりましたので、同じ傾向が明らかになっていると思います。」（証言調書15～16頁）としたうえ、昭和2～30年代の状況と現在の状況が変わらず、データを入れてやると同じ計算流量が出るなどというのは大変おかしいことであり、「これは虚構だと思います。」と結論された。

## 第7 日本学術会議・分科会の基本高水・毎秒2万1100m<sup>3</sup>は、カスリーン台風洪水の実績流量に反する机上の計算となった

### はじめに

上告受理申立人らは、原審において日本学術会議の基本高水の検証に対しては、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データを用いて大規模洪水の計算を行うと、計算値は過大に算出されるという致命的な手法であると主張し、また、そうした計算値である毎秒2万11

00 m<sup>3</sup>とカスリーン台風洪水の実績流量とされる毎秒1万7000 m<sup>3</sup>の間には大きな乖離が生じており、この乖離は分科会が呈示した「河道域の拡大と河道貯留」では説明がなしえず、分科会の基本高水の検証は机上の計算にとどまるものであり、事実面からの裏付けを全く欠くものであると主張してきた。

これに対して、原判決は、上記のような流出計算技法に対しての上告受理申立人らの疑問、主張に対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。

しかし、カスリーン台風洪水の実績流量とこの度の検証における流出計算結果との間には、毎秒4000～5000 m<sup>3</sup>という大きな乖離が存在しているところ、これについて分科会は曖昧ながら「河道域の拡大と河道貯留」により基準点での河道流量が小さくなったとしていたものを、原判決は、分科会の「回答」（甲B第147号証）はそうした確定的な説明はしていないと判示した。この判断は、この限りで正しいのである。分科会がいう「河道域の拡大と河道貯留」は、どこでそのような疑似氾濫が起こったのかについても一地区を除いて説明されておらず、この大きな乖離が説明できるはずはないのであり、上告受理申立人らもそう主張してきた。しかし、そうすると、実績流量と計算流量との間の乖離は全く説明ができなくなってしまう、今回の検証作業は破綻したまま終わるということになる。

これにより、分科会の検証作業への評価は大きく転換することになるはずである。こうした視点で、分科会の「回答」を見直すとともに、原判決が「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」とした判断そのものが成り立ち得ない状況にあることを指摘することとする。

## 1 原判決の「河道域の拡大と河道貯留」の否定で計算流量の裏づけが消失

原判決が、分科会の「回答」（甲B第147号証）に対して、「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）と判示

した理由は、まず、日本学術会議が、第三者的で独立性の高い機関であり、そこで専門的な知見に基づいて検証が行われたという事情である。そうした形式論による判断が先行している。そして、若干でも流出計算の信頼性について触れているのは、洪水の流出計算の最終流出率を「1.0」としていることについてであるが、その記述は、「控訴人らは、中規模洪水で得られたパラメータ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原因が、新モデルが最終流出率を0.7ではなく1.0としていることによるものであり、これが実態と乖離していると主張するところ、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。」(58頁)とするだけのものである。上告受理申立人らが、具体的なデータを挙げて奥利根流域や烏川流域においては、最終流出率は「0.7」を採用すべきと主張したことに対しては、ひと言の判示も認められなかった。

そして、もとより分科会自身が自認している計算手法の欠陥についてさえ、ひと言の言及もなかった。原判決の判示によれば、日本学術会議は第三者的で独立性の高い機関であり、そこで専門的な知見に基づいて検証が行われたのであるから、その余の事情を斟酌するまでもなく、「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」とするものと考えられる。

このように原判決は、分科会の作成した「回答」(甲B第147号号証)を形の上では全面的に支持をして、「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」と判示したのであるが、一方で、原判決は、分科会が「回答」に示した基本高水の流出計算・毎秒2万1100m<sup>3</sup>の信頼性を根底から揺るがす判断を示したのである。既に触れたところであるが、原判決は、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分科会が考案した「河道域の拡大と河道貯留」という理屈については、「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、」（５８頁）と判示し、分科会が考案した「河道域の拡大と河道貯留」であったが、分科会は、これを計算流量が八斗島地点で小さくなることの理由として確定的に挙げたわけではないと断じたのである。このことにより、分科会の計算流量と実績流量との乖離は埋まらないことになり、また、計算流量は洪水の実像からは裏付けられないことが確定したということになる。第三者的で独立性の高い学者集団が計算した毎秒２万１１００ $\text{m}^3$ という流出計算は、実績流量と衝突をする机上の計算となったのである。この節においては、こうした新しい見解を踏まえて、分科会の作業を改めて検証することとする。

## ２ 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

洪水の基準点での実績流量が流出解析による計算流量より小さくなるという現象は十分にあり得ることである。上流域で氾濫が起これば氾濫流は基準点には到達しない、また、到達してもその時間が非常に遅れるからピーク流量は低下する。国土交通省は、自身の計算流量と実績流量との乖離を埋めるために、上流域での大氾濫を想定し、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。

この国土交通省の氾濫計算報告書（甲Ｂ第１５８号証）によれば、

#### ① 氾濫量

推定１ ３９００～７７００ $\text{万m}^3$

推定２ ６０００ $\text{万m}^3$

#### ② 氾濫面積 ５１平方キロメートル

③ 浸水深 1～3 m

というものであり、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4000 m<sup>3</sup>～5000 m<sup>3</sup>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。

(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）。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、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。

### 3 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」とは

分科会では、カスリーン台風洪水の計算流量と実績流量との間に毎秒4000 m<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、「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。

#### (2) 結局、分科会が否定した国交省のいう氾濫と大差はない

ア カスリーン台風時、八斗島地点に到達しなかった河道外の洪水について、「河道域の拡大と河道貯留」と呼び方を変えたとしても、河道外氾濫であることに変わりはない。そうとすると、このメカニズムで説明をすれば、それなりの氾濫事例を集めて毎秒4000 m<sup>3</sup>の説明がなされなければならない。しかし、学術会議が果たしたのは、烏川下流部右岸の一事例で毎秒約600 m<sup>3</sup>低減するというにとどまっている（前同「回答」15頁の「表3 各地点の計算ピーク流量」の「ピーク流量の変化」が「-598」と表記されている）。

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なのである。擬似氾濫である「河道域の拡大」そのものさえ証明できず、「示唆」に止まるというのであるから、これでは、八斗島地点でのピーク流量を毎秒4～5000 m<sup>3</sup>も低減させる説明には到底なり得ないことは、改めて説明の要もな

かろう。

ウ そして、こうした前提に立っているから、小池委員長は、国土交通省からの大氾濫説に対しては、「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。」と述べ、これに代わる「河道域の拡大と河道貯留」の効果についても、「……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）との解説となるのである。国土交通省の氾濫説が確かなデータがなくて成り立たないのだから、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。

エ 結局、国土交通省の大氾濫説はもとより、分科会の「河道域の拡大と河道貯留」も、基準点でのピーク流量を毎秒4000～5000 $\text{m}^3$ も減らすに足る合理的な事実を示すことができないのであり、論証・立証は為しえず、「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。」ということに終わっているのである。少なくとも、利根川の基本高水のピーク流量を策定するに相応しい確実性はどう考えても認める余地はないのである。

(3) 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

既にみたところであるが、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4000～5000 $\text{m}^3$ 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てしまったのである。

これまでに見たように、分科会の「河道域の拡大と河道貯留」による乖離の説明はあいまいであり、「河道域の拡大」と「河道貯留」の区分もされていず、「河道域の拡大」という擬似氾濫が起きた地区の説明も烏川下流部右岸の一地区に限られており、分科会の解説でも、「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なのであり、小池委員長自身の説明でも「……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）というのであるから、原判決の指摘はそのとおりなのである。分科会も自信を持って説明をしていたわけではないのである。したがって、この場面では、原判決の指摘は正しいといえる。

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、全くなくなってしまうということになる。

#### 4 分科会の毎秒2万1100 $\text{m}^3$ は実績流量に反する机上の計算となった

- (1) 日本学術会議・分科会は、カスリーン台風洪水の再現計算を行うに当たって、同台風洪水の八斗島での実績流量については国土交通省からの検証依頼事項

に入っていなかったとして、国土交通省の毎秒1万7000 $\text{m}^3$ という値をそのまま採用して検証を進めている。この毎秒1万7000 $\text{m}^3$ という値については、原審でも大きな論点として主張を行ってきたが、実績流量ですらなく、カスリーン台風後に、考えられる最大の推計値として採用された基本高水の計画値なのである（原審準備書面（18）治水関係最終書面77～79頁）。

さて、国土交通省や分科会の計算流量毎秒2万1100～2万2000 $\text{m}^3$ と、カスリーン台風洪水の八斗島地点での実績流量・毎秒1万7000 $\text{m}^3$ という値との間には、いうまでもなく毎秒4000～5000 $\text{m}^3$ もの乖離が存在している。計画降雨を与えて流出計算を行うと、基準点・八斗島で毎秒2万1100～2万2000 $\text{m}^3$ の洪水となるという計算がほぼ正しく、一方、基準点での実績流量は、多めに見ても毎秒1万7000 $\text{m}^3$ だというのであれば、その差、毎秒4000～5000 $\text{m}^3$ の洪水はどこへ行ってしまったのかは、どうしても解明されなければならない課題となる。

- (2) この課題に対して、国土交通省は「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。この作業に関った技術者たちがどういう思いで図面を作り、パソコンを叩いたのかに思いを致すと、怒りや苦笑いでは済まされないものがある。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図面や作文を、どういう気持ちで作成したのか。技術者の良心が傷まなかったわけではないだろう。作品には投げやりの心境が充満している。この作品の評価は、既に繰り返し述べたところであるから、ここでは繰り返さないが、分科会の「回答」（甲B第147号証）では、一言の言及もなされず、無視されるものであった。

では、どうしてこのような恥さらしな作業を国土交通省は行わなければならない

なかったのか。それは、計算流量と実績流量にこれほどの大きな乖離があるとすれば、この乖離をどうしても埋めなければならなかったからである。実績流量とされる毎秒1万7000m<sup>3</sup>の30%にも及ぶ洪水の行方をどうしても説明しなければならなかったからである。アリバイならぬ実在証明が必要であるからである。国土交通省のやったことの馬鹿ばかしさや杜撰さはあきれるばかりだが、ウソでもよいから何らかの説明をしなければ「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」計画が潰れてしまうとの危機感がそうさせたと考えるほかはない。

(3) では、子供だましにもならない「氾濫計算報告書」(甲B第158号証)を受け取った分科会はどうしたのか。「回答」では無視した状態であったが、分科会も、毎秒4000～5000m<sup>3</sup>の乖離を埋める洪水の実在証明には相当の労力を注ぎ込んだ。「回答」(甲B第147号証)での記述では、「河道域の拡大」の例としては、烏川下流部右岸での一事例だけであったが、甲B第162号証「河川流出モデル・基本高水の検証に関する学術的評価—公開説明会(質疑)」では、利根川本川での2地区のほか、烏川上流、鎗川下流などに通水能力が不足する箇所があるとして「河道域の拡大」が起こる可能性がある」と指摘していたのである。しかし、分科会の正式答弁である「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)とするに止まり、公開説明会での小池委員長の説明では、「……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)との解説とするにとどまっていた。

(4) このように、分科会が発案した「河道域の拡大と河道貯留」という疑似氾濫的な説明は、もともと曖昧であやふやなものであったのである。だから、この分科会の説明について、原判決が、「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）と判示したのは、この限りで尤もな判断であったのである。

しかし、この結果、計算流量毎秒2万1100～2万2000 $\text{m}^3$ の洪水の実態的な裏付けは、どこにも見当たらなくなってしまったことになる。計算だけはなされたが、これに相当する洪水はどこを流れたのかは全く解明できず、放置されてしまったのである。それが、東京事件・東京高裁判決の成果であった。

(5) カスリーン台風の計算流量という、分科会の毎秒2万1100 $\text{m}^3$ と、関准教授が行った毎秒1万6663 $\text{m}^3$ とが存在する（甲B第164号証）。この二つの計算手法はほとんど同じで異なるのは、奥利根流域と烏川流域での最終流出率を「1.0」と見るか、「0.7」と見るかの違いで生じている。計算値に現れた結果の違いは大きい、挿入データの僅かな違いから生じているものなのである。今、ここで真値を問うことは避けるが、こうしたデータの選択で結果が大きく異なるのだとすれば、二つの方式のどちらの方がより適正かを見分けるには、どちらが事実としての裏づけがなされているかを問うほかはない。計算は事実の裏づけがあってこそ、その価値が生ずるのである。

(6) こうした目でみると、国土交通省や分科会の計算では、彼ら在必死の思いで自分たちの計算結果を事実で裏付けようとしたが、両者とも果たせなかった。国を代表するとされる科学者たちが、自分たちの存在価値をかけて計算結果の事実面からの裏付けに懸命の努力を傾けたが果たせなかったのである。彼らは、計算と実績の乖離を説明できなかったのである。

(7) 一方、関准教授の計算結果は、カスリーン台風時の出水状況に整合している。カスリーン台風後、上流部に6つのダムが建設されたほか、上流部の河道改修

や堤防の構築が行われていないことは争いがないのであるから、関准教授の流出計算と同台風時の洪水実績とは整合しているといえる。そして、現在の河川施設で同台風洪水が再来した場合の八斗島地点での計算流量毎秒1万6750 m<sup>3</sup>（甲B第39号証のハイドログラフ）とも近似している。カスリーン台風時と現在の河川管理施設の違いは上流部にダムがあることだが、その洪水調節容量は八斗島地点では毎秒1000 m<sup>3</sup>にとどまる。したがって、流出計算値としては極めて近似しているのである。このように観察してれば、国土交通省の計算はもとより、日本学術会議・分科会の計算も、完全な机上の計算であり、その上に、事実面からの裏付けがないだけでなく、むしろ、これに反した計算値であるということになる。この事実だけをもってしても、分科会の計算流量の信頼性は地に堕ちたというべきである。

国土交通省も分科会も、そして、裁判所もこの事実を正視すべきである。

## 5 分科会の基本高水の検証において事実関係の点検、検証はゼロ

これまでは、原判決の判示に関しての事項を取り上げてきたが、以下には、原判決が実質的に審理・判断を回避した分科会の不確かであいまいな検証作業について指摘、批判を行うものである。

- (1) 国土交通省が学術会議に依頼した基本高水に係る検証事項は、利根川での「流出モデルと基本高水の検証」ということであった（甲B第136号証19頁田中丸委員の解説）。利根川の基本高水の検証を行うというのであれば、本来、既往最大洪水であり、同時に計画対象洪水であるカスリーン台風洪水の実績流量の確認は必須の作業であるはずである。そして、計算流量と基準点での実績流量に大きな乖離が生じたとすれば、その乖離が生じたメカニズムの解明とその実証が伴うべきは当然である。しかし、学術会議の検証事項には、同台風洪水での実績流量の確認や上流部の氾濫の有無などは、もともと含まれていなかったというのであり、分科会では「流量についても十分な解明が望ましいとは

考えます」(前同号証)という認識であった。このため、日本学術会議は、カスリーン台風洪水の再現計算を行うに当たって、昭和24年の「改修改定計画」という治水の計画目標として策定されたピーク流量・毎秒1万7000 $\text{m}^3$ を国土交通省の報告のままに受け取り、これを実績流量として扱うについて何らの検証を行わなかったというのである。公開説会において、小池委員長は、「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、これはこういう推定したということを経験から報告を受け、それを了承したのみでございます。」と明確に答弁している(甲B第163号証24頁)。

(2) この基本高水のピーク流量の検証作業は、馬淵澄夫国土交通大臣が、利根川のこれまでの基本高水の策定や検証は「22000トンありき」の検証であったと、平成22年10月22日の記者会見で爆弾発言を行ったことから始まったものである。そうであるのに、分科会は、カスリーン台風時からの基本高水の策定経緯や計算流量となった毎秒2万1100 $\text{m}^3$ についても事実面からの検証は、何一つなされなかったのである。

平成23年9月28日開催の分科会の公開説明会で、参加した高橋利明(控訴人訴訟代理人)から、「計算流量・毎秒2万1000トンという数字は、事実面から全く裏付けされていないという理解でよいか。」との質問をした(甲B第163号証 議事録34頁)。これに対して、小池委員長は、「メカニズムの理解から、これが妥当であると判断しただけです。」と回答された(甲B第163号証 議事録36頁)。

(3) 以上のように、結果として、学術会議は、カスリーン台風の八斗島地点での実績流量といわれる毎秒1万7000 $\text{m}^3$ については国土交通省の説明を鵜呑みにし、また、八斗島地点毎秒2万1100 $\text{m}^3$ については、原判決が認定したように、実績流量と計算流量との乖離については、分科会は「河道域の拡大と河道貯留」で説明をしていないというのであるから、この度の流出モデルの検

証といい基本高水の検証といい、事実面からのチェックや検証は何一つ行われていないものであることが、いよいよ鮮明になってきたところである。そして、原判決の指摘により、その計算流量はカスリーン台風洪水の実績流量とは齟齬し、相反する結果となったのであるから、この検証作業の信頼性は地に墜ちたというべきものである。

## 6 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>

日本学術会議の毎秒2万1100m<sup>3</sup>というピーク流量は、カスリーン台風洪水の基準点実績流量（公称、毎秒1万7000m<sup>3</sup>）の検証もなく、まして氾濫流量の検証もなく、事実面からの裏づけを欠いた計算結果であったが、それだけでなく、計算手法そのものに重大な欠陥があるのである。

即ち、学術会議がカスリーン台風洪水のピーク流量を毎秒2万1100m<sup>3</sup>と算定した流出計算技法は、世界的にも未確認の手法であり、しかも、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の致命的な欠陥を持つ計算技法なのである。さらに実際に採用した流出率のデータは利根川上流域の実態とは遠く、かつ流出が高くなるデータを用いて得た計算結果である。そのため、その計算流量とカスリーン台風洪水との実績流量とは大きく乖離することとなり、学術会議自身その説明に窮している状況にある。そして、原判決は、この点においては、分科会における乖離の説明不能にダメを押し付けたことになる。このことは前にみたところであるから、以下には、分科会の計算手法の非合理性、非科学性について批判を続けることとする。

(1) カスリーン台風洪水の再現計算は中規模洪水のデータを転用したものである

ア 学術会議が採用した流出計算手法そのものが学術的に使用可能か否かさえ未確認の技法であった。このこと自体は、「回答」が認めていることである（甲B第147号証「回答」16頁）。

分科会のカスリーン台風洪水のピーク流量「毎秒2万1100m<sup>3</sup>」という

計算は、利根川の過去の最大流量が毎秒5000 m<sup>3</sup>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、そのままカスリーン台風降雨規模の洪水に適用して計算したものである。

利根川では、八斗島地点でピーク流量・毎秒5000 m<sup>3</sup>程度から毎秒1万 m<sup>3</sup>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があると貯留関数法による流出計算において、取り込むパラメーター（飽和雨量。そして「k」、「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。

イ 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。ただし、利根川上流域の小流域単位では、計画降雨規模の降雨が降ることは珍しくはない。そうした単位での降雨と流出の関係をたどっていけば降雨の河道への流出状況のデータも探れるのであるが、学術会議は、そうした面からのチェックの手間は省いてしまっているのである。

## （2）学術会議の計算技法は適用できるかどうか未確認の手法である

ア 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することについては、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。

イ 「回答」の上記のような記述を受けて、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 $\text{m}^3/\text{S}$ の洪水のみでして、昭和22年、2万 $\text{m}^3/\text{S}$ 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）としている。このように、分科会がカスリーン台風洪水の再現計算に用いた流出計算手法は、「私たちが確認できるのは、1万 $\text{m}^3/\text{S}$ の洪水のみでして、昭和22年、2万 $\text{m}^3/\text{S}$ 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。

## 7 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

### (1) 立川委員の公開説明会での解説

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交省の「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。

## (2) 関准教授の裏づけ計算

立川委員は、「過大に評価する」という説明を行っているが、その割合については解説を行っていない。これについて関准教授は、甲B第179号証の意見書で、「表1 中規模洪水から求めたモデルで計算すると、大規模洪水ほど計算値は過大になる」を示し、昭和33年、昭和34年、昭和57年、平成10年洪水の4洪水について、①実績最大規模の洪水から求めたkとpによる洪水ピーク流量の計算値 ( $\text{m}^3/\text{秒}$ ) と、②実績中規模の洪水から求めたkとpによる洪水ピーク流量の計算値 ( $\text{m}^3/\text{秒}$ ) とを対比した作業を行っている。そして、①と②を対比するといずれも、②の方式による計算の方が大きな値となっている。このことについて、関准教授は、「国交省の計算によれば、過去4洪水のいずれにおいても、中規模洪水から決定されたkとpによって計算した値は、大規模洪水のそれによって計算した値を上回ってきます。とくに近年最大規模の洪水である平成10年洪水においては、中規模モデルの計算値は11%も大きな値になってきています。」(4頁)と解説されている。

## 8 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2万1100  $\text{m}^3$ 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。この答えて、カスリーン台風が再来したとき、ダムなしで毎秒2万  $\text{m}^3$ 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」では「八斗島での実績流量が計算流量より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。

## 9 計算値が過大に出る理由の説明をしない学術会議

### （1）致命的な欠陥を持つ学術会議の計算手法による毎秒2万1100 m<sup>3</sup>

新モデルによるカスリーン台風の流出計算については、「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 $\text{m}^3/\text{S}$ の洪水のみでして、昭和22年、2万 $\text{m}^3/\text{S}$ 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）という欠点があり、さらに、「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）という致命的な欠陥を抱えている。

## （2）計算値が過大に出る理由の説明をしない学術会議

学術会議は、自身の流出解析の結果について、自らその欠陥性を認めているが、如何なる理由で、こうした欠陥が現れるのか、その改善に当たっての処方があるのかについては口を閉ざしたままである。また、このような欠陥のある新モデルを如何なる理由で選択をしたのか、この疑問にも答えるところがない。このような状態でのカスリーン台風洪水の再現計算に信頼性を認めることができないのは多言を要しないところである。

こうした問題のある分科会の検証作業について、上告受理申立人らは、その問題点を詳細に指摘したのであるが、原判決は、これらについて一切の判断を示さなかった。明らかに判断の脱漏がある。

## 10 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、中規模洪水で得たデータ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」）でその事情を解

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、このデータを用いて、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を超えるような大雨では、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。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。

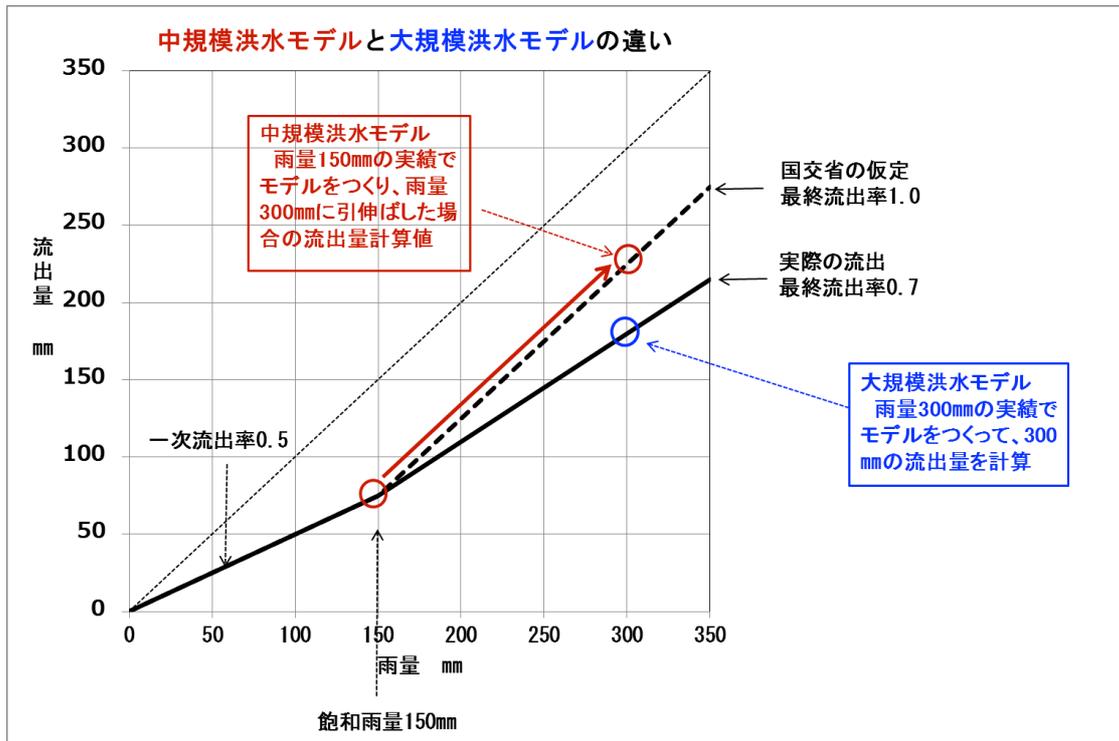


図1 中規模洪水に適合した計算モデルは大規模洪水では乖離する

(甲B第179号証 関第5意見書の「図1」を転写した)

## 1.1 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、学術会議では頭をなやましていたらしいのである。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。

## 1.2 再現された現行モデルと新モデルのカスリーン台風洪水は全くの別物

(1) カスリーン台風洪水は、昭和22年9月に発生した歴史的に一回起こった洪水である。この洪水を計画対象洪水として基本高水のピーク流量を設定するのであれば、まず、これの再現計算に真摯に取り組まなければならない。

ところで、国土交通省と学術会議は、同台風洪水の再現計算を行うについて、現行モデルと新モデルを用いて行っている。再現計算の精度は、洪水の継続時間、総流出流量、洪水波形、ピーク流量など洪水の主要指標が実績流量と整合することが求められることは言うまでもない。そして、新・旧二つの計算手法が存在するとすれば、これらの指標が基本的に一致していることが求められることも言うまでもないことである。

- (2) ところで、国土交通省が行った新・旧モデルでの再現計算結果は、およそ同一の洪水の再現計算とは言えないような結果に終わっている。即ち、洪水のピーク流量と洪水の継続時間はほぼ同じだが、洪水波形と総洪水流量が著しく異なるものとなっている。洪水波形は、従前は「ふた山型」であったが、これが「ひと山」となり、総洪水流量は14%も小さくなっているのである。

これは同一の洪水の再現とは言えるものではない。関准教授も甲B第179号証の意見書において、「この二つのモデルの計算結果は実際には大きく異なり、同じものではありません。」と指摘されている。証言においても同様の指摘をされた。以下に、前記意見書に基づいて、新・旧二つの洪水波形（ハイドログラフ）を点検し、国土交通省の恣意的な再現計算の実態を指摘することとする。

- (3) 関准教授は、甲B第179号証の意見書において、「図2 現行モデルと新モデルのハイドログラフの差異」において、国土交通省が作成した現行モデル（旧モデル）と新モデルの洪水波形（ハイドログラフ）とを対比し、「表2 現行モデルと新モデルのピーク流量と総流出量の差異」において、①ピーク流量と、②ハイドログラフの総流出量の各差異を示している。それによれば、現行モデルにおいては存在していた、ピークを記録する前の段階の「初期ピーク」が、新モデルでは消失している。そして、総流出量は10.7億 $\text{m}^3$ から8.9億 $\text{m}^3$ へと17.3%も減少している。まるで違う洪水であり、同一の洪水の再現とは見なし難い。しかし、ピーク流量は4.8%減るだけで毎秒2万100

0 m<sup>3</sup>に止まっている（関准教授は、法廷でも同趣旨の証言を行っている）。技術が進歩すれば、どの研究分野でも、またどの事象においても再現等の精度が増す場合があることは否定しないが、これまでカスリーン台風は「ふた山」洪水であるとされてきており、ピーク流量を形成する前に、初期ピークが形成されているとされてきたのである。これは降雨の形態や実際の河道への流出状況が示す洪水の実像なのであるから、計算によって否定できるものではない。しかし、それが新モデルでは、初期ピークが消失して「ひと山」洪水に変身しているのである。これではカスリーン台風洪水の再現とは到底言えないのではないか。この初期ピークはどこへ行ってしまったのか。学術会議は、現行モデルと新モデルでの再現では、異なった洪水波形を示していること、波形がスリムになっていることを認めてはいる。学術会議は「現行モデルはピーク流量を再現しているが、観測流量、新モデルによる計算結果よりも総流量が大きい」（甲B第162号証4頁 「論点3 新モデルの特徴、現行モデルとの違い」）としている。そして、その理由は、パラメーターの「k」の値を変えた結果であるとだけしか解説していない。これでは違った洪水を扱っていることになるのではないか。

- (4) 学術会議がこのような扱いをする必要に迫られた理由であるが、学術会議が説明をしないのであるから、上告受理申立人側でこれを推論するしか方法はない。

学術会議は、森林の成長は認めるが森林土壌の厚さが増大するには時間がかかるとして流出のパラメーターを変えるまでにはなっていないとして、カスリーン台風時でも現在でも降雨の流出率には変化はないとしている。つまり、ある程度は実態に合わせて「飽和雨量」だけは数倍に増やしても、ピーク流量としては、従前の計算値に合わせた答えを引き出しているのである。関准教授の証言によれば、「国土交通省と日本学術会議は森林の保水力が増加したことによる洪水流量の低減というのを現在に至るまで認めておりません。ですので、

彼らの理屈からすると、昭和22年にカスリーン台風が来ても、あるいは全く同じ規模の雨が平成24年に来ても、川に出てくる洪水の量は全く同じであるというのが彼らの計算の前提です。」（関証言調書15頁）、ということである。

- (5) そういう前提であるから、新モデルでのパラメーターでも洪水のピーク流量を確保はしたが、どうしても洪水時の総流出量までは維持できず、スリムになってしまった。これは当然である。飽和雨量を数倍も増やしたのであるから、流域土壌に貯留され河道には出てこない計算になるのは当然である。現在、昭和22年9月と同じ降雨があった場合には、森林土壌に貯留される分量が20%近くも増える状態であるならば、少なくとも、今日的にはピーク流量が毎秒2万1000m<sup>3</sup>とか2万2000m<sup>3</sup>となることはありえないのに、計算上の瑣末な技術を操作して、つまり「k」を操作して得た結果が前記のハイドログラフであったのである。このように考えるほかに、国土交通省と学術会議のハイドログラフを理解する道はあるまい。

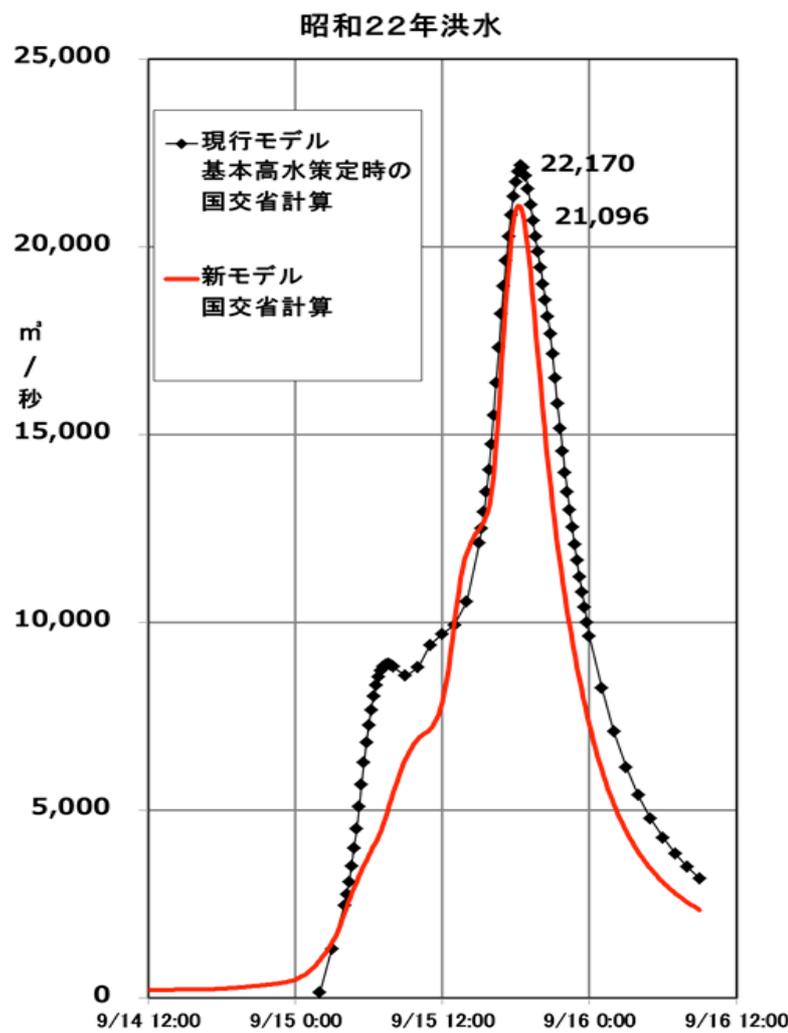


図2 現行モデルと新モデルのハイドログラフの差異  
(甲第179号証 関意見書より)

表2 現行モデルと新モデルのピーク流量と総流出量の差異

	現行モデル	新モデル	新モデルの値の現行モデルに対する比
ピーク流量	22,170 (m³/秒)	21,096 (m³/秒)	95.2%
ハイドログラフの総	10.7 (億m³)	8.9 (億m³)	82.7%

流 出 量			
Volume			

甲第179号証 関意見書より

### 1.3 小括—日本学術会議の検証作業に対する重大な疑問と原判決の判断回避による誤判

国土交通大臣が、平成22年10月22日、平成18年2月の利根川水系の基本高水の見直しは「22,000トンありきの検証」だと言明して始まった日本学術会議・分科会の検証であったが、同分科会の検証では、そうした過去の行政や研究者の取り組み姿勢の問題点の解明には一切目を向けず、検証結果として、カスリーン台風洪水の計算上のピーク流量を毎秒2万1100m<sup>3</sup>とした。しかし、用いられた計算技法は世界的に有効性も確認されていないばかりか、中規模洪水のデータで大規模洪水の計算を行うと計算値が大きく算出されるという驚くべき計算技法であった。これらの疑問の過半は、学術会議自身、自認するところのものである。

加えて、カスリーン台風洪水の実績流量とされている毎秒1万7000m<sup>3</sup>との大きな乖離があるところ、分科会の「回答」は、その乖離が生じた理由は「河道域の拡大と河道貯留」と説明していたのに、原判決は「そうした説明を確定的に行っているとは認められない」旨の判示をした。そうすると、ピーク流量の20～30%にも及ぶ乖離については何の説明もされずに、そのまま放置されていることになる。分科会の計算流量は洪水の実態面からは何の裏付けもないものとなったのである。

「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、その仮説の真偽を確かめること」とされているところ、果たして、日本学術会議の作業は、基本高水の検証に値するものであったのかという疑問を誰もが持つはずである。そうであるのに、原判決は、これまでに上告受理申立人らが主張してきた治水計画の不合理性や八ッ場ダムの不要性に係る主張については、ほとんど判示を示さなかった。

分科会の検証作業の問題点について、上告受理申立人らが原審で主張してきた主要な事項を「第7」で展開してきたが、これを要約すれば以下のとおりである。これらの問題だらけの検証作業を正視すれば、「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」などの結論に至るはずはない。原判決が、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵がある場合」とか「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場合」というような違法な審査基準を設けて審理、判断したために生じた事態なのである。こうした違法な審査基準を設けて上告受理申立人らの主張を排斥した原判決を取消すことこそが正義に適うというものである。

- (1) カスリーン台風洪水の再現計算結果である毎秒2万1100～2万2000 m<sup>3</sup>と、同台風洪水の八斗島地点のピーク流量とは毎秒4000～5000 m<sup>3</sup>もの乖離があり、国土交通省は上流部で大氾濫があったとしたが、分科会はこれを認めなかった。

分科会は、大氾濫に代わって、「河道域の拡大と河道貯留」という説明を試みたが、その解説は「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。」（「回答」15頁）という程度のものであり、小池俊雄委員長も、「……これは先ほど田中丸委員から話しもありましたように、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）としているものである。

- (2) この分科会の「回答」に対して、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、分科会は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。この判示は、この限りで正しい。上記のような分科会のあやふやな解説を流量低減の説明として認めなかった判断は正当である。しかし、そうすると、この乖離については何の説明もなくなってしまう、毎秒4000～5000 m<sup>3</sup>の洪水が宙に浮いたまま放置されていることになる。これでは、分科会の流出計算の事実面からの裏付けを全く欠くことになり、この検証は実績流量と衝突する「机上の計算」となった。

- (3) そもそも、分科会にはカスリーン台風洪水の再現計算を行おうとしているのに、その実像を追う姿勢ははじめから持ち合わせていなかった。利根川水系の基本高水のピーク流量の検証においては、対象洪水としたカスリーン台風洪水の正確な再現計算が不可欠であるところ、同台風洪水の実績流量とされる毎秒1万7000 m<sup>3</sup>については検証もなしに国土交通省の報告をそのまま受容し（甲B第163号証議事録24頁）、次の(4)と(5)の計算技法を用いて基本高水の計算を行っているのである。
- (4) 中規模洪水の再現計算で得られたパラメーターを用いて大規模洪水の推計を行うという計算技法は世界的にも未確認とされるどころ（甲B第162号証「回答」（公開説明（質疑）。9頁 論点6 スライド18。甲B第163号証議事録8頁、24頁）、この度の利根川水系の基本高水の再現計算は、こうした手法を用いて行われている。しかし、原判決はこれに目を向けず、こうした問題点への言及を避けている。
- (5) さらに、この計算技法はその有効性が未確認というだけでなく、中規模洪水の再現計算で得られたパラメーターを用いて大規模洪水の推計を行うと、その計算値は10%程度も大きく出ると委員らからも指摘されており（甲B第163号証議事録16頁）、現実には、カスリーン台風時の実績流量と再現計算流量との間には、実績流量とされる流量値の20%以上の大きな乖離が生じている

が、学術会議はこれについて説明がなし得ない状況にある。しかし、原判決もこうした問題点への言及を避けている。

(6) 小池委員長は、「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。」(甲B第163号証 議事録24頁)と説明している。分科会の計算手法の精度はこの程度のものなのである。原判決はこれに目を向けず、こうした問題点への言及を避けている。

(7) 中規模洪水のデータで大規模洪水の推計を行うと、どうして過大な値がでるのかについては、当然疑問が生じているが、分科会ではこの問題に答えようとしていない。関良基準教授がこのメカニズムを解明されており、主たる原因は、最終流出率を「1.0」として計算しているからだとしているところ、その説明は極めて合理的である(甲B第164号証 関新意見書)。原判決は、「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。」(58頁)としているが、実質は何も答えていない。特に、国土交通省の流出率のデータが、250ミリメートル以上の降雨でも、総流出率は「0.65」となっている事実(甲B第152号証)を全く無視している。

(8) 分科会は、現行モデルと新モデルに基づいて、八斗島地点でのハイドログラフを作成しているが、カスリーン台風洪水の現行モデルのハイドログラフに見える洪水と新モデルのそれに見える洪水とは、洪水波形(ハイドログラフ)が大きく変わり、「ふた山」洪水が「ひと山」洪水になり、河川への総流出量(洪水総量)が17%も小さくなっており、これで同じ洪水の再現といえるのかという疑問が存在している。分科会は、このようなまやかしのテクニックを使って総流出量を減らし、増大している土壌の保水力やその結果として表れている飽和雨量の増大を打ち消し、これにより河道への流出量を減じているとしか考えようがない。分科会の新モデルによる再現計算は極めて恣意的である。原判

決はこれに目を向けず、こうした問題点への言及を避けている。

原判決からは公平な裁判所の姿を読み取ることは困難である。

## **第8 「著しい利益」の存否判断は回避して、「重大かつ明白な違法ないし瑕疵」は否定する原判決（58頁～）**

### **1 原判決の控訴人らの主張を退ける判断**

#### **（1）原判決の判示**

原判決は、次のように判示している。

「また、控訴人らは、八ッ場ダムの治水効果が大きいのは渡良瀬川合流点より上流までであり、下流に行くにつれて小さくなり、利根川下流や江戸川では上流部の1/10程度にまで落ち込み、八ッ場ダムがない場合における対応不足流量は、利根川下流部、江戸川では、洪水位に換算すると数センチメートルにすぎないことが多く、東京都にとって八ッ場ダムは意味を持たない治水施設であると主張する。

しかし、カスリーン台風においては河口からの距離134.4キロメートルの当時埼玉県北埼玉郡東村における破堤により、東京都にも多大の被害を生じたことは前記ウ(キ)判示のとおりであることに照らせば、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、八ッ場ダムによる洪水調節量が洪水調節に有効であることを前提として、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するものとも認められないとの前記判断を左右するものではないというべきである。

控訴人らの主張は、採用することができない。」（判決59頁）

#### **（2）原判決の解析と問題点**

原判決の上記の判示は、上告受理申立人らの、後記（3）の主張に対する判断

であった。

ア 上告受理申立人らの主張は、国土交通省がコンサルタント会社に委託して行った八ッ場ダムの下流部での洪水調節効果の調査報告書（甲第55号証）に基づくものであった。同報告書は、国土交通省が当時策定を予定していた河川整備計画における八斗島地点の目標流量である毎秒1万7000m<sup>3</sup>（上流部に洪水調節施設がない状態での計算流量）を基準として、八ッ場ダムを含めて同整備計画に基づく上流部のダム施設等が整備された状態での流量と、八ッ場ダムがない場合とを比較して、直轄区間上流端（八斗島直上流）から河口部までの各区間での洪水調節効果を算定したものであった。それによれば、八ッ場ダムの江戸川での水位低減効果は、わずか数センチメートルのものであり、そうした水位低減効果は、河川法63条1項にいう「特別の利益」というには到底当たらないものであるとしたものであった（控訴人ら原審準備書面（18）治水関係最終書面165～176頁）。

イ こうした上告受理申立人からの主張であったところ、原判決は、それに対して、「……八ッ場ダムがない場合における対応不足流量は、利根川下流部、江戸川では、洪水位に換算すると数センチメートルにすぎないことが多く、東京都にとって八ッ場ダムは意味を持たない治水施設であると主張する。」として上告受理申立人の主張を取り上げたが、この主張事実に対しての直接の応答は行われなかった。ということは、八ッ場ダムの江戸川における水位低減効果について、「洪水位に換算すると数センチメートルにすぎないことが多く」という事実自体は否定できず、そこからは東京都が「著しい利益を受ける」という事実は引きさせないことを認めたということであろう。

ウ そして、続く判示をみると、「しかし、カスリーン台風においては河口からの距離134.4キロメートルの当時埼玉県北埼玉郡東村における破堤により、東京都にも多大の被害を生じたことは前記ウ(キ)判示のとおりであることに照らせば、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、八ッ場ダムによる洪水調節量が洪水調節に有効であることを前提として、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」と判示した。この判示からすると、江戸川での水位低減効果は、上告受理申立人らが主張するとおり数センチメートルであっても、カスリーン台風では、埼玉県の東村（河口から134.4 km 上流）右岸で破堤して東京都にも大きな被害が出たのであるから、「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」と結論していることになる。しかし、原判決の判示では、八斗島地点から渡良瀬川合流点前までの区間で相応の洪水調節効果が認められるとして、このことがどうして東京都にとって「著しい利益を受ける」という評価となるのかについては指摘や説明はない。原判決は、上告受理申立人らが「著しい利益を受ける」状態にはないと主張しているのに、東京都が利益を受けるのか、受けないのかについては直接の判断は回避してしまっているのである。そして、いきなり、原判決は、「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」と結論しているのである。カスリーン台風洪水で破堤した地区の水位が八ッ場ダムの建設によっていくらかでも低減する効果があれば、それは一般論として有益であるという程度のことを前提とした判示と考えられるが、そうであれば、八斗島地点から渡良瀬川合流点前までの区間での洪水流量がどれほどであり、現況施設において処理が困難な流量であるのかなどの吟味を行った上で判断されるべきことであろう。原判決の判示は極めて粗雑というべきものである。これを「2」において検証することとする。

### (3) 原審での上告受理申立人らの主張要旨

上告受理申立人らが、八ッ場ダム事業検証の元資料である委託調査報告書（甲第55号証）を分析した結果として、東京都にとって八ッ場ダムは意味を持たない河川施設であることを、原審で主張したその要点は次のとおりであ

る。原判決は、こうした主張に対して上記のような応答を行ったのである。

- ① ハッ場ダム事業検証の治水の計算はハッ場ダム案が有利となる前提で行われたものであるが、そのような計算であっても、ハッ場ダムの治水効果が下流に行くほど顕著に減衰する結果が得られている。
- ② ハッ場ダム検証のための委託調査報告書を分析したところ、計算上、ハッ場ダムの治水効果が大きいのは渡良瀬川合流点より上流までで、そのあとは下流に行くにつれて次第に小さくなっていく。利根川の取手付近下流や江戸川では渡良瀬川合流点より上流の1/10程度にまで落ち込んでいる。
- ③ ダムの治水効果の減衰は河道貯留効果といわれる現象によるものである。河道貯留効果により、ダムによる洪水ピークカット量は下流に行くほど小さくなる。
- ④ 利根川の目標洪水流量 17,000 m<sup>3</sup>/秒（八斗島地点）という前提で行った国土交通省の計算で、ハッ場ダムがない場合における対応不足流量を求めてみると、利根川下流部、江戸川ではかなり小さくなり、江戸川では40～160 m<sup>3</sup>/秒で、大半の洪水は40～90 m<sup>3</sup>/秒である。
- ⑤ 江戸川における40～90 m<sup>3</sup>/秒の超過が洪水位としてどの程度の高さになるかを考えてみると、川幅500m、流速3m/秒とすれば、40～90 m<sup>3</sup>/秒の超過は3～6cmに過ぎない。この超過がもし問題であるとするれば、河床の掘削深さを3～6cm増やすだけのことであり、現実に十分に対応することが可能である。
- ⑥ さらに、ハッ場ダムの効果は下流に行くほど減衰するから、江戸川について見れば、40～160 m<sup>3</sup>/秒は江戸川の上流部での数字であり、東京都が面する江戸川下流部ではこれよりかなり小さくなるから、東京都にとってハッ場ダムが意味のない施設であることは明らかである。
- ⑦ 利根川中流部に位置する埼玉県については中流部の堤防を格段に強化する大事業「首都圏氾濫区域堤防強化対策事業」が巨額の費用を投じて現在、

進められており、その事業が終われば、破堤の危険性がほぼ皆無になるので、埼玉県にとっても八ッ場ダムは無用の施設である。

以上のように、上告受理申立人らは、江戸川に接する東京都にとって、八ッ場ダムの洪水調節効果ないし水位低減効果は、あるかなしのものであると主張したのである。

## 2 八斗島地点下流で水位低減効果があっても、八ッ場ダムは東京都にとって有益性は認められない

(1) 整備計画で検討した八ッ場ダムがないときの計算流量は最大で毎秒1万5810 $\text{m}^3$ に過ぎない

先にも略述したが、国土交通省がコンサルタント会社に委託して行った八ッ場ダムの下流部での洪水調節効果の調査に基づいて作成された平成24年3月の報告書（甲第55号証）は、国土交通省が当時、策定を予定していた河川整備計画における八斗島地点の計画目標流量・毎秒1万7000 $\text{m}^3$ の下で、同整備計画の洪水調節施設が完成しているという前提での八ッ場ダムがある場合と、八ッ場ダムを含まない場合との比較において、直轄区間上流端（八斗島直上流）から河口部までの5区間での洪水調節効果を算定したものであった。

甲第55号証の報告書によれば、過去の8洪水から引き伸ばし計算を行ってピーク流量を毎秒1万7000 $\text{m}^3$ と設定しての流量計算であるところ、八ッ場ダムを含まない場合の八斗島地点（直轄区間上流端）から渡良瀬川合流前までの計算流量は毎秒1万5810 $\text{m}^3$ であるとされている（同号証の「表2.3.1」）。

これが仮に事実として、この「八ッ場ダムを含まない場合」の8洪水の中の最大洪水である毎秒1万5810 $\text{m}^3$ を現況施設で安全に処理できないのだろうか。現況施設で相応の対処ができるのであれば、八ッ場ダムによる洪水調

節機能は不要だということになる。これをチェックする必要がある。

(2) 八斗島下流では計画高水の毎秒1万6500 $\text{m}^3$ までは河道は概成しており、通過に支障はない

ア 八斗島下流部の河道の整備状況であるが、八斗島下流部は計画高水流量まで堤防は概成しており、毎秒1万6500 $\text{m}^3$ まではオーバーフローすることはない程度に整備されているのである。

即ち、平成18年2月策定の「利根川水系河川整備基本方針」の「基本高水等に関する資料」（甲B第84号証）によれば、「利根川の河川改修は、既定計画の計画高水流量（八斗島16,000 $\text{m}^3/\text{S}$ 、高津戸3,500 $\text{m}^3/\text{S}$ 、石井6,200 $\text{m}^3/\text{S}$ 、黒子1,300 $\text{m}^3/\text{S}$ ）を目標に実施され、大規模な引堤を含む築堤が行われて、堤防高は概ね確保されており、既に橋梁、樋管等多くの構造物も完成している。」とされている（同24頁）。そして、「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、これらを計画洪水流量とする。」

（24頁）とされ、また「直轄管理区間の堤防が全川の約95%にわたって概成（完成、暫定）している」と報告されている（同29頁）。

イ そして、関東地方整備局が作成したもう一つの資料である「利根川の整備状況（容量評価）」によれば、利根川の中流部に当たる河口から85km～186kmまでについては、堤防の容量（堤防内での流下能力）についての整備率は99%に達していると報告されている（甲B第49号証）。そして、河口から85kmまでの整備率は88.4%、江戸川では河口から約60kmまでは90.0%であるとされている。このことは、八斗島地点から取手までは、計画高水流量規模の洪水であれば、溢れないということであり、「利根川水系河川整備基本方針」の「基本高水等に関する資料」（甲B第84号証）と一致する資料である。その下流部も、江戸川を含めてほぼ90%程度であるから、ほぼオーバーフローの心配はないということになる。因みに、「昭和55年工事实施基本計画」によれば、八斗島地点下流部での堤防の余

裕高は、2.0m があるとされている（同22頁）。

ウ これは「基本高水等に関する資料」（甲B第84号証）であるから、この整備状況については疑いを挟む余地はないであろう。そうすると、現況でも八斗島地点の計画高水流量の毎秒1万6500m<sup>3</sup>に対しての河道断面と水位の関係では相応の安全性が確保されていることになる。つまり、カスリーン台風が再来しても、堤防の余裕高は2mとなっているから洪水が堤防をオーバーフローすることはないことはもとより、洪水が計画高水位を越えることもない状態になっているのである。

このように八斗島地点下流部の整備状況を見てみれば、毎秒1万6500m<sup>3</sup>までは、水位は堤防天端（天頂）より2メートル下位に納まる状況にあるのであるから、河川整備計画の中で今更、毎秒1万4000m<sup>3</sup>を目標にしての水位低減対策を講ずる意味はないはずである。

(3) 「首都圏氾濫区域堤防強化対策事業」は東京都に「著しい利益」をもたらすが、これは別工事で負担金も課されている

ア これまでに洪水の水位対策を中心に見てきたが、堤防は、オーバーフロー対策だけをしておけばよいと言うものではないことは確かである。利根川中流部では、現在、埼玉県深谷市から同県吉川市の約70キロメートル区間において堤防強化事業が進められている。この区間は、カスリーン台風洪水の破堤箇所を含んでいる。この堤防強化事業が「首都圏氾濫区域堤防強化対策事業」である（甲第58号証の2）。この事業の概要については、上告受理申立人らの原審最終準備書面（18）においても指摘し、八斗島地点下流部では、特に右岸堤防において洪水の浸透による破堤対策が進められており、カスリーン台風洪水が再来しても、上記の堤防強化対策事業が終わっていれば、破堤による洪水の発生は防止し得る状況にあることを主張したところである（上告受理申立人ら原審最終準備書面(18) 174~175頁）。

イ この「首都圏氾濫区域堤防強化対策事業」を改めて、江戸川工事事務所の

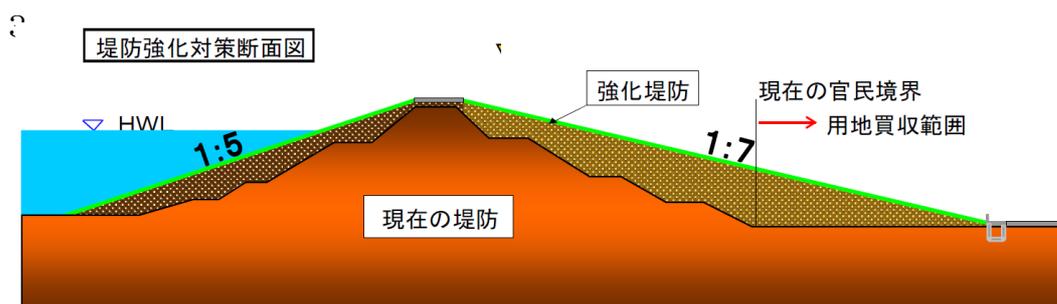
HPから確認すると次のようである。「利根川上～下流部及び江戸川の右岸堤防がひとたび決壊すれば、その氾濫は埼玉県東部はおろか東京都東部まで達し、首都圏が壊滅的な被害を受ける恐れがあります（p 2参照）。また、近年の出水においても漏水が発生するなど、堤防の安全性は必ずしも十分とは言えない状況です。このため、首都圏氾濫区域の堤防（延長約70km）について、堤防拡幅による堤防強化対策を実施します。」とされている（甲第60号証「江戸川工事事務所HP」）。そして、関連の掲載資料には、平成10年代の洪水で発生した幾つかの加須市地区での堤防基盤での漏水事故の状況が報告されている。こうした記述と資料からすると、カスリーン台風洪水で東武日光線の鉄橋上流部で破堤した事実を踏まえて、近年の堤防基盤の漏水事故対策が行われるようになったのが「首都圏氾濫区域堤防強化対策事業」であるということになる。

ウ たしかに、カスリーン台風再来時に利根川中流部右岸で破堤すれば、東京都東部が洪水に襲われる可能性は否定できないであろうから、利根川中流部右岸の堤防強化は、東京都にとって利益となるものであろう。しかし、この「首都圏氾濫区域堤防強化対策事業」は、八ッ場ダムの建設工事とは別の治水対策工事であって、八ッ場ダムによる洪水調節対策とは別の工事なのである。平成16年度から実施され、利根川の第一期は平成30年度までに、残りの事業は利根川水系河川整備計画による整備の期間中には遅くとも終わるとされている（甲第58号証 国土交通省関東地方整備局の開示資料「首都圏氾濫区域堤防強化対策事業」）。この堤防強化対策工事は、総工費約2700億円とされるものであり、通常の堤防よりはるかに大きな堤防が利根川中流部の大半及び江戸川上中流部でつくられるのであるから、仮に洪水位が計画高水位を多少超え、堤防の余裕高に及ぶとしても、破堤する恐れはほぼ皆無になる。国土交通省はカスリーン台風洪水が再来すれば、利根川中流部の136km地点（河口からの距離）で堤防が決壊して首都圏で34兆円

の被害が発生するとしているが、実際にはその136km地点の堤防も、都圏氾濫区域堤防強化対策事業の工事がその近辺で現在進められているから、近い将来に大きく強化されることは確実である（首都圏氾濫区域堤防強化対策事業における堤防の断面図を下に示す）。

このように利根川中流部から江戸川にかけての右岸は格段に強化されることになるが、これらの工事費については、東京都は別に納付金を課されているのである。したがって、この堤防強化対策で受ける利益は八ッ場ダム工事とは関係のない利益である。これを混同してはならないのである。今後近く実現する右岸の堤防強化は八ッ場ダムとは全く別のものなのである。

首都圏氾濫区域堤防強化対策事業における堤防の断面図



#### (4) 「多少なりとも利益」では負担は禁じられている

ア 原判決は、東京都が「著しく利益を受ける」場合について定義を行っているが、それによると、「洪水により利根川～江戸川の右岸で破堤した場合、浸水区域が東京都にまで達し、多大の被害をもたらす可能性があること、八ッ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」（51頁）としている。この定義は、極めて抽象的であり、上流部でのダム建設や堤防の強化工事について、東京都がどのような利益を受けるというのか明確にはなっていない。しかし、「首都圏氾濫区域堤防強化対策

事業」が、東京都にとって「著しく利益を受ける」場合になることは肯定できる。原判決の上記の定義においても、「八ッ場ダム」を「中流部の堤防強化対策」と置き換えるならば同意できるが、八ッ場ダムを想定するならば、「著しい利益を受ける」には遠いものがある。河川法研究会編著の「逐条解説 河川法解説」では、河川法第63条1項又は第3項の「著しく利益を受ける」とは、一般的な利益をいうものではないと次のように解説されている。「第1項又は第3項の規定に基づき他の都府県に負担させることができる場合は、他の都府県が「著しい」利益を受ける場合に限られる。著しい利益とは、他の都府県が一般的に受ける利益を超える特別の利益である。河川は、上流から河口に至るまで連続した一の水系を成し、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）としているのである。この規定の趣旨からすれば、利根川中流部の一部の水位低減効果が認められることを理由として、その下流にあつて、ほとんど水位低減効果が認められない東京都に「利益がある」とするのは、正に、「逐条解説 河川法解説」が容認していない「多少なりとも利益があれば常に本条の負担金を課する」例となり、本条の趣旨に反する結果となるものである。

イ 原判決がいう「洪水により利根川～江戸川の右岸で破堤した場合、浸水区域が東京都にまで達し、多大の被害をもたらす可能性があること、八ッ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」（51頁）というのは、利根川中流部の「首都圏氾濫区域堤防強化対策事業」

がこれに当たるものと考えられるが、この工事の負担金については、別途、東京都に負担が課されているのであるから、八ッ場ダム建設工事費について、河川法第63条1項の負担金を課すのは、明らかに同法違反の負担金となるのである。

### 3 もともと計画降雨では発生しない2万2000m<sup>3</sup>洪水への備えは無意味であり無駄である

- (1) そして、さらに廣く利根川治水計画を点検すれば、利根川の現況においては、カスリーン台風洪水が再来しても、八斗島地点においては、毎秒1万6750m<sup>3</sup>の洪水しか来襲しないとされている（甲B第39号証「八斗島地点のハイドログラフ」）。そして、このことは、八ッ場ダムの地元県群馬県も準備書面において、「利根川浸水想定区域図を作成する際の1万6750立方メートル／秒は、カスリーン台風の実績降雨を与え、現況の河道断面で現況の洪水施設があるという条件で算定しており」（甲B第89号証）と、現況では、カスリーン台風洪水が再来しても、毎秒2万2000m<sup>3</sup>の洪水が来襲することがないことを認めているのである。
- (2) さらに、日本学術会議の分科会の公開説明会においても、「実際に流れると推定される1万7000トン」（甲B第163号証「議事録」25頁）と答弁されているところであり、同台風の再来で毎秒2万m<sup>3</sup>超の洪水が来襲するとの議論は、現実では起きない仮想、空想物語なのである。この分科会での回答をもう少し紹介しよう。分科会に対して本件の訴訟関係者から、上記のハイドログラフが示すピーク流量のデータを前提にして、現況の河川管理施設では同台風が再来しても毎秒1万6750m<sup>3</sup>程度の洪水しか起こらないのではないかととの質問が書面で提出されていた。これに対して、小池委員長は、「質問16、17は、堤防の河川改修がない場合でカスリーン台風が再来したときに、2万1000トンぐらいにならないのではないかとということですが、全く同じ状態

であれば、おそらく実際に流れると推定される1万7000トンであったと思います。」と答弁しているのである。これは、言うまでもなく、甲B第39号証のハイドログラフを認めざるを得ず、カスリーン台風が再来しても、ピーク流量は毎秒1万6750 m<sup>3</sup>近傍の値に止まることを分科会も承認せざるを得なかったことを物語っているのである。

- (3) そして、東京地裁一審判決でも、カスリーン台風の再来で、国土交通省が計算していたように八斗島地点に毎秒2万2000 m<sup>3</sup>の洪水が襲うには、少なくとも利根川上流部での大規模な堤防改修が必須の条件であることを認めざるを得なかったので、同判決は、「しかしながら、八斗島における基本高水のピーク流量毎秒2万2000立方メートルが、八斗島の上流における将来の河道整備により上流部での氾濫がないことを前提として設定されたものであるとしても、八斗島の上流にも多くの市街地や農地があり、河道整備がされる可能性が皆無ではないのであるから、……河川法の目的（同法1条）に照らして、八斗島の上流における将来の河道整備を考慮することが直ちに不合理であるとはいえない。」（一審判決68頁）と苦しい判断を示したのである。

原判決は、この部分に足を踏み入れると、一審判決のように「……八斗島の上流にも多くの市街地や農地があり、河道整備がされる可能性が皆無ではないのであるから、……河川法の目的（同法1条）に照らして、八斗島の上流における将来の河道整備を考慮することが直ちに不合理であるとはいえない。」と、現行計画の不合理性を正面から認めざるを得なくなるので、もともとの国土交通省の基本高水の策定経緯や、現在、カスリーン台風が来襲した場合の洪水がどのようになるのかについては、一切触れず、何の判示もしなかったのである。これが原判決の審理、判決の実像なのである。

原判決は、このように、審理不盡と判断の回避、脱漏の山となっているのであり、経験則違反が認められるべきことは明らかである。

## 第5章 ハッ場ダムの治水上の不要性に関する判決に影響を及ぼす経験則違反の事実認定（法令解釈に関する重要事項）について その2－「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」計画の破綻とハッ場ダムの不要性－

### はじめに

- 1 原裁判所は、原判決において、基本高水のピーク流量を毎秒2万2000m<sup>3</sup>とした理由について、国土交通省が説明できなかつた事実を全く取り上げていない。何の判断も示していない。最大の争点の一つであり、治水計画の合理性の存否を判断する主テーマについて、審理不尽と判断脱漏の違法を犯している。本章ではこれを中心に取り上げ、また国土交通省の茶番劇ともいうべき、「洪水、山に上る」氾濫計算報告書について、その不当を訴えるものである。
- 2 利根川の基本高水の算定において、国土交通省の計算では毎秒2万2000m<sup>3</sup>、日本学術会議・分科会では毎秒2万1100m<sup>3</sup>、それに対して、同台風洪水の実績流量は毎秒1万7000m<sup>3</sup>にとどまり、そこには毎秒4000～5000m<sup>3</sup>もの大きな乖離が生じている。
- 3 既に指摘してきたところであるが、利根川水系の治水計画では、基本高水を毎秒2万2000m<sup>3</sup>として、計画高水流量を毎秒1万6500m<sup>3</sup>とし、上流ダム群で毎秒5500m<sup>3</sup>の洪水流量を調節するというものであり、ハッ場ダムはこの洪水調節計画の一部に位置づけられている。この利根川水系の治水計画において、基本高水流量は計画の根幹に位置し、その目標数値は既往最大のカスリーン台風洪水の再来流量を基準に定められている。したがって、カスリーン台風洪水の再来計算は利根川治水計画にとって、その合理性を担保する最も重要な事実の基礎に位置づけられていることになる。しかし、国土交通省は、本訴訟において、基本高水流量の組立て内容の説明を全く行うことができなかつたのである。
- 4 国土交通省は、昭和55年12月の工事实施基本計画で、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

2000 m<sup>3</sup>と改訂するについて、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、平成18年9月の「回答」（甲第20号証）ではその説明を維持したが、その後2年もすると、それを事実上撤回し、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、馬淵国土交通大臣の「22000トンありき」の検証発言を経て日本学術会議での基本高水の検証作業がはじまると、再び、八斗島地点毎秒2万2000 m<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説明を翻し、毎秒5000 m<sup>3</sup>の乖離を埋めるために「洪水、山に上る」氾濫報告書を分科会へ提出した。結局、国土交通省は、八斗島地点毎秒2万2000 m<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状況を検討した上での将来の計画値であると言ったり、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。結局、国土交通省は、自身の利根川水系の基本高水の説明ができなかったのである。

5. そしてさらに、カスリーン台風洪水の八斗島地点の実績流量と計算流量との間の毎秒4000～5000 m<sup>3</sup>に及ぶ大きな乖離については、国土交通省が分科会へ提出した「洪水、山に上る」氾濫計算報告書は分科会からは「氾濫の議論は不可能」と却下され、そして、分科会がその代案として考案した「河道域の拡大と河道貯留」については、原判決は、分科会は、確定的に「河道域の拡大と河道貯留」で説明をしているわけではないと、乖離の説明として有効なものとは認めなかった。これで乖離を説明する妙案はこの世には存在しなくなった。結局、昭和22年の利根川での既往最大洪水の実績流量とその後の昭和55年以降の計算流量との乖離は埋められないことが確定した。所管庁が自身の治水計画を説明できないのに、利根川水系の基本高水がどうして合理的だなどと判定できるのか。これが本章のテーマである。

## 第1 原判決により計算流量と実績流量との乖離の説明困難が確定した

### 1 原判決の判示で日本学術会議の検証の破綻は明確になった

(1) 日本学術会議・分科会は、国土交通省河川局長からの基本高水の検証依頼に  
応えて、平成23年9月1日、カスリーン台風洪水の再現計算結果を毎秒2万  
1100<sup>3</sup>mと回答した。カスリーン台風洪水の実績流量は毎秒1万7000<sup>3</sup>m  
とされているところから、分科会は、この毎秒約4000<sup>3</sup>mに及ぶ実績流量と  
の乖離が生じた理由について、「河道域の拡大と河道貯留」と説明した。いわ  
ば、上流部での疑似氾濫が起きたことにより、その分、基準点八斗島ではピー  
ク流量が小さくなったという解説であった。

(2) しかるところ、原判決は、分科会の「回答」（乙145号証 甲B第147  
号証）の記述について、「……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、八斗島地点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。これにより、カスリーン台風洪水における実績流量と計  
算流量との間の大きな乖離の解明は不能であることが確認された。即ち、  
利根川での降雨条件と流域の流出条件等から、計算上のピーク流量が毎  
秒2万1100<sup>3</sup>mとなるのが確実であり、一方、八斗島地点で確認された  
実績流量が毎秒1万7000<sup>3</sup>mに止まるのだとすれば、その乖離毎秒約4000<sup>3</sup>m  
の洪水はどこへ流れて消えたのか、この解明なしには分科会の検証は算  
数遊びに終わることになるはずであるが、いまや、そのとおりになった  
ということである。河川管理の元締め国土交通省は、少なくとも、形の上  
では、この乖離の解明に向かって一定の努力を払い、利根川や烏川の上  
流部には6000～7700<sup>3</sup>mの氾濫があったと説明（甲B第158号証）したが、  
その氾濫は分科会が否定した。

そして、分科会が考案した「河道域の拡大と河道貯留」による説明も無効となれば、分科会の検証結果たる毎秒2万1100 m<sup>3</sup>は、洪水の実体面からは何の裏付けもないということになる。実績流量との大きな乖離の説明がつかない検証はそれ自体、破綻を意味することは、改めて説明の要はなからう。

- (3) もともと、カスリーン台風当時は上流部で氾濫は問題となっていなかったのであり、実績流量とされている毎秒1万7000 m<sup>3</sup>も将来の治水計画の基本高水として設定されたものであり、実績流量ですらなかったのである。利根川の基本高水が問題となるのは昭和55年の利根川水系工事实施基本計画において、基本高水が毎秒2万2000 m<sup>3</sup>と設定されてからであるが、昭和55年12月の河川審議会では、毎秒5000 m<sup>3</sup>を積み増した理由は、カスリーン台風洪水時の上流部の氾濫戻しであると建設省から説明された。しかし、その後、本件訴訟に至るまで、建設省時代を通じて国土交通省は、毎秒5000 m<sup>3</sup>の積み増しについて、公式に「氾濫戻し」と説明したことはなかった。そして、本件訴訟においても、国土交通省は、計算流量と実績流量との乖離の説明をすることができずにいる。この混乱は、原判決によって決定的になったが、もともと、建設省が作出した氾濫であったのであるから、当然の帰結というべき事態ではあるのである。

## 2 計算と実績の乖離を埋められない分科会の検証の信頼性はゼロである

- (1) 日本学術会議における基本高水の検証作業であるが、まず、基礎資料であるカスリーン台風洪水の実績流量とされる毎秒1万7000 m<sup>3</sup>は、治水計画上の基本高水のピーク流量を国土交通省の言うままに受容したものである上に、学術会議が採用した流出計算技法はその有効性が世界的にも未確認の手法であり（甲B第147号証分科会「回答」16頁、甲B第162号証「公開説明（質疑）」9頁）、しかも、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（甲B第163号証議事録16頁の立川

委員の解説。甲B第166号証「表3」)との致命的な欠陥を持つ計算技法なのである。そしてしかも、日本学術会議は、利根川流域の戦後の森林の生長は認めるものの、「しかし、洪水ピークにかかわる流出場である土壌層全体に厚さが増加するにはより長期の年月が必要」(「回答」18頁)とし、「パラメータ値の経年変化としては現れなかった」(前同)と、洪水抑制機能を認めなかった。そうした手法で算出されたのが、毎秒2万1100m<sup>3</sup>という計算値なのである。しかし、こうした分科会でも、現行モデルと新モデルでの、再現計算における両モデルのハイドログラフでは、この考え方に矛盾する現象が現れている。

(2) 即ち、現行モデルと新モデルの二つのモデルで比較すると、洪水の総流出量は、現行モデルが10.7億m<sup>3</sup>であるのに対して、新モデルでは8.9億m<sup>3</sup>へと17.3%も減っているのである(甲B第179号証 関意見書の「図2」及び「表2」参照)。これは森林の生長による保水力増大の影響以外には考えられないことである。そうであるのに、新モデルでは、パラメーターの一部を操作して、洪水波形(ハイドログラフ)をスリム化し、ピーク流量だけは現行モデルのピークより、僅かに5%減にとどめているのである。この関係について、分科会は、「現行モデルはピーク流量を再現しているが、観測流量、新モデルによる計算結果よりも総流量が大きい」(甲B第162号証4頁「論点3 新モデルの特徴、現行モデルとの違い」)として、外形的な事実は認めている。しかし、何故このような現象が起きるのかについては解説がない。ともかく、30年、60年間の間に洪水流出のパラメーターに変化がないのなら、17%も洪水の流出量が減るはずはないのである。

(3) 以上のように、分科会の流出計算手法は、それ自体、毎秒2万m<sup>3</sup>超の洪水という大洪水の再現計算に使用できる保証の全くない計算手法であり、かつ、上流域の流出状況と異なるパラメーターを用いて算出された計算値であり、もともと、検証の作業目的が、「メカニズムの理解から、これが妥当であると判断

した」（小池委員長の解説 甲B第163号証議事録34頁。）というものであったから、洪水の実態に迫る機能を持ち合わせていないのであり、原判決の判示を待つまでもなく、カスリーン台風洪水の実績流量と計算流量との乖離の説明などなし得るはずもないのであった。しかし、原判決の判示によってより明確になった。今更ながら、洪水の流出機構が解明できたとしても、分科会は、自身が計算した洪水の20%以上もの洪水の行方を説明することができないのであるから、「その検証結果によれば、国土交通省の作成した新モデルが合理性を備えていることが確認され、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というべきである。」（57頁）などとは到底言えるはずはない。基本高水・毎秒2万2000 $\text{m}^3$ の検証としては、事実の裏付けを欠くのであるから、その信頼性はゼロというべきものである。

### 3 国民を欺き続けてきた建設省、国土交通省

- (1) 本件訴訟では、国土交通省が分科会に依頼して基本高水の検証作業に入る以前から、カスリーン台風洪水の計算流量と実績流量との乖離が問題となっていたが、馬淵澄夫国土交通大臣（当時）は、平成22年10月22日の記者会見において、平成18年2月の利根川水系整備基本方針におけるピーク流量の策定作業は「2万2000トンありき」の検証であったと言明した。しかし、利根川水系における「基本高水・八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」が「2万2000トンありき」の検証であることは、平成18年2月に始まるのではなく、昭和55年12月の「利根川水系工事实施基本計画」の策定時から始まっていたのである。当時の建設省は、ありもしない上流の大氾濫を作出して「八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」を河川審議会に承認させ、以後、その虚構を覆い隠すため、カスリーン台風時のピーク流量は毎秒1万7000 $\text{m}^3$ であったと水増しをし、さらに、時として上流での氾濫量は2億 $\text{m}^3$ に及ぶとか（甲B第168

号証1166頁)、計算流量は毎秒2万7000m<sup>3</sup>であったとする策動も試みられた(甲B第161号証の1 大熊意見書4頁)。また今もって、カスリーン台風の再来では毎秒2万2000m<sup>3</sup>の洪水が襲うとの虚偽宣伝を、関東地方整備局のホームページで続けているのである(甲B第82号証)。そして、国土交通省は外部の者が流出計算を行うに必要な流域分割図を不開示情報とするだけでなく、裁判所の調査囑託に対する虚偽回答まで行って裁判所と国民を欺いてきた。

(2) 国土交通省は、群馬県他からの訴訟上の争点についての意見照会に対する「回答」(甲第20号証)においては、「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」への改定理由については、カスリーン台風時に上流で氾濫がありその後の上流部の堤防改修等により下流部での危険が増大したからであるとしたが、これについて原告・控訴人らから反論を受けると、「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2万2000m<sup>3</sup>になると解説したのではなく」と説明を180度転換し、「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。」としてきたのである。つまり、「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」への改定理由は、カスリーン台風時の洪水や氾濫の有無とは関係がないと告げてきたのである。

(3) しかし、日本学術会議での基本高水の検証審議が始まると、国土交通省は、昭和55年の基本高水の改定の理由はカスリーン時の上流での氾濫があったからだと先祖返りの説明を行い、その氾濫量は6000万m<sup>3</sup>から7700万m<sup>3</sup>に至る大氾濫があったとの氾濫計算報告書(甲B第158号証)を、分科会へ提出した。

しかし、この氾濫計算報告書の氾濫域は、烏川下流部左岸の高崎市役所が建つ台地や、その下流部右岸の上信鉄道の西側の標高200mの丘陵斜面にまで

及ぶもので、「洪水、山に上る」氾濫計算報告書であった。この報告書に対しては、分科会は、「データがない中では、氾濫の議論は不可能」（甲B第162号証15頁「論点11」、甲B第163号証議事録23頁）として、その後も氾濫の有無については正面からは取り上げることはなかった。

こうして、国土交通省は、計算流量と実績流量との大きな乖離の説明に成功したことは一度もないのである。結局、「洪水、山に上る」氾濫計算報告書までつくらなければならなくなったのは、昭和55年の工事実施基本計画におけるピーク流量・毎秒5000m<sup>3</sup>の積み増しをするについて、ありもしない上流の大氾濫を作出したからであって、その後、今日までウソを重ね混乱を引きずっているすべての根源は、虚構の「カスリーン台風洪水の氾濫戻しによるピーク流量・毎秒5000m<sup>3</sup>の積み増し」に起因しているのである。

#### 4 流域の実態を反映させた流出計算では毎秒1万6600m<sup>3</sup>となる

- (1) 関良基拓殖大学准教授は、原告・弁護団の依頼に応じて、カスリーン台風再来時の洪水の再現計算を行った。これによれば、ピーク流量は毎秒1万6600m<sup>3</sup>となった（甲B第146号証 関意見書15頁）。この計算手法は、分科会考案の「新モデル」によるものであり、上流域の流出モデルは、日本学術会議の河川流出モデル検討等分科会の谷・窪田両委員の提案に基づくものである。同委員等の提案は、利根川流域の実体的な流出データからすれば、奥利根流域や烏川流域においては、「一次流出率」は設定するが「飽和雨量」を設定しない方式での流出計算が合理的であり、「奥利根と烏川流域の最終流出率は0.7とする」とするものであり、関准教授はこれに同意し、日本学術会議が用いた流出計算手法を用い、「奥利根と烏川流域の最終流出率は0.7とする」とする方式で、カスリーン台風洪水のピーク流量を再現計算したものである。そして、関新意見書（甲B第164号証）では、過去の中規模洪水10洪水についても再現計算を行ったが、国土交通省の行った再現計算よりも再現精度が

高かった（同2～5頁）。利根川上流域での降雨の流出を実情にそって再現すれば、この程度の洪水に納まるのである。

- (2) そして、関准教授は、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を推計すると、計算値が過大になる理由については、国土交通省や学術会議が、流域の流出の実態に反して、最終流出率を「1.0」として計算を行っているからであるとしている。このことを甲B第179号証の意見書で明らかにしている。

## 5 小括

- (1) 本件の利根川水系の基本高水のピーク流量・八斗島地点毎秒2万2000～2万1100 m<sup>3</sup>の検証において、日本学術会議の分科会は、計算流量と実績流量との間に、毎秒4000～5000 m<sup>3</sup>という大きな乖離を残した。そして、「回答」においては、「河道域の拡大と河道貯留」によって基準点での流量の低減が起こったとの解説が行われたが、原判決は、分科会の「回答」（甲B第147号証）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、八斗島地点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は認められない」（57～58頁）と判示した。そうすると、これにより、分科会が算定した毎秒2万1100 m<sup>3</sup>と実績流量との間の乖離は、全く説明がなされないものとなり、検証作業の最大課題であるはずの計算結果は、事実では全く裏付けられないものであるばかりでなく、実績流量と衝突する値のまま終わることが確定したことになる。
- (2) もともと、この分科会の計算作業は、小池委員長が説明しているように、「メカニズムの理解から、これが妥当であると判断しただけです。」（甲B第136号証 議事録36頁）というものであったから、驚くに当たらないものであ

り、当然の帰結ではあった。そうすると、分科会は、利根川の洪水流出のメカニズムは解明したとしても、その計算結果の洪水が、実際に河道へどのようにして流出したのか、あるいは、計算流量は現実には流出しなかったのかは解明されておらず、その行方は不明という状況になっているということになる。これでは、カスリーン台風洪水の検証とはならないことは明らかである。全く事実面からの裏づけのない机上の計算だけが行われたということになり、検証とは言えるはずもない。

(3) しかし、原判決は、分科会の検証作業ないし結果については、「その検証結果によれば、国土交通省の作成した新モデルが合理性を備えていることが確認され、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というべきである。」(57頁)としている。仮に、百歩譲って、流出計算自体は、メカニズムの解明としてそれなりの意味があったとしても、実績流量とされている毎秒1万7000 $\text{m}^3$ との間の乖離を説明できない検証に「相応の合理性」が認められるはずはない。これは常識というものである。原判決の評価は、「はじめに結論ありき」なのである。原判決の矛盾、破綻は明白である。

(4) 本章において取り上げる事項は、昭和55年12月の利根川水系工事実施基本計画以降の利根川の基本高水(八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ )の策定経緯と、毎秒5000 $\text{m}^3$ の積み増しの理由をめぐって、「カスリーン台風洪水の氾濫戻し」と言ったり、「将来の計画値」と言ったり、その都度、齟齬・矛盾する答弁を重ねてきた建設省、国土交通省の対応についてである。こうした利根川の基本高水の生い立ちは、現在の利根川水系整備基本方針の不合理性を同時に示しており、「八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」計画の破綻と八ッ場ダムの不要性を示すものである。こうした事実が存在するのに、原判決は、上告受理申立人らの主張に耳を傾けず、判断を示さなかった。原裁判所は、こうした真実に目を向けるならば、判決の結論は逆転することを承知していたからにほか

ならないと考えざるを得ない。この判断の回避と脱漏は判決の結論に重大な影響を及ぼすことは明らかであり、断じて許容できないものである。

## 第2 基本高水毎秒2万2000m<sup>3</sup>の策定経緯と国土交通省の説明の混乱

### はじめに

昭和24年2月の「利根川改修改定計画」において基本高水のピーク流量が毎秒1万7000m<sup>3</sup>と策定された際には、上流部での氾濫は問題とならなかった。「利根川百年史」によると、昭和55年の利根川水系工事实施基本計画の策定は、河川審議会の部会と総会で各1回審議されただけのスピード審理で毎秒2万2000m<sup>3</sup>への改定がきまる。この毎秒1万7000m<sup>3</sup>から毎秒2万2000m<sup>3</sup>への増量改定の理由は、同台風時に相当の氾濫があり、その後、河川改修があつて下流の危険が増したからであるというのであった。しかし、一方、国土交通省から定期的に刊行される「工事实施基本計画」とか「河川整備基本方針」など、利根川治水の基本方針（グランドデザイン）を国民に知らしめる基礎刊行物には、そのような毎秒5000m<sup>3</sup>の上積み改定理由はどこを見ても見つけることができない。利根川中流部（八斗島下流部）では、カスリーン台風が再来しても計画高水流量（毎秒1万6500m<sup>3</sup>）程度の洪水しか襲わず、その洪水を流すだけの河道断面は概成している。しかし、国土交通省の上流ダム統管理事務所で広報では、早くから、カスリーン台風が再来すると、八斗島地点には、ダムなしという条件なら毎秒2万2000m<sup>3</sup>の洪水が襲うとウソの情報を流し続けている。そして、昭和55年の毎秒5000m<sup>3</sup>の増量改定の理由の説明では、本訴訟では混乱を極めている。これらの事実を、まず時系列で整理する作業から始める。

### 1 昭和24年の「改修改定計画」では、上流部での氾濫は問題とならず

#### (1) 昭和24年の「改修改訂計画」では、氾濫の議論なし

カスリーン台風洪水から1年半が経って、昭和24年2月、利根川水系の基

本高水のピーク流量は毎秒1万7000 $\text{m}^3$ と決められた。その際には、同台風時に上流部で相当の氾濫があったはずだからこれを考慮したピーク流量の算定を行うべきだとの議論は見られない。その決定経緯を詳しく報告している「利根川百年史」にも、氾濫問題に関しての記述はない。むしろ、カスリーン台風後の昭和22年11月、治水調査会の小委員会で、この毎秒1万7000 $\text{m}^3$ は、八斗島地点上流部での河道貯留を考慮しない流量算定に基づくものであるから実際より過大に計算されているとの議論が行われているが（甲B第168号証「利根川百年史」909頁）、その逆に、上流部の氾濫戻しを行い、ピーク流量を引き上げるべきだとの指摘や議論は、全く見られない。

(2) 昭和36年にも毎秒1万7000 $\text{m}^3$ を確認

そして、昭和33年洪水（9500 $\text{m}^3/\text{S}$ ）、同34年洪水（8700 $\text{m}^3/\text{S}$ ）を経た昭和36年の関係会議での論議でも、「計画規模については、昭和22年9月洪水を対象とした改修改訂計画を変更するに足る確たる論拠もないため、第1段階としては変更しない」（「利根川百年史」1128頁）ことが確認されている。このような経緯をたどって、改修改訂計画の策定後も、利根川の改修計画の見直し作業は中断なく続けられているが、利根川治水の主題は、八斗島下流部（直轄区間）の堤防の拡築や河道の浚渫などのほか江戸川への流入量や利根川放水路、渡良瀬川の合流問題等の扱いであった。カスリーン台風の洪水流量が議題となるのは、沼田ダム（岩本ダム）問題も再浮上するようになる昭和44年以降のこととなる。

(3) 昭和44年に、「1万7千 $\text{m}^3/\text{S}$ をかなり上回る」との報告

利根川流量検討委員会は、昭和44年までの検討で次のような報告を残しているとされている（甲B第168号証1128頁）。その一部を紹介する。

- ① 昭和22年9月洪水は上流で氾濫しており、氾濫戻しすると八斗島の流量は従来推定されていた17,000 $\text{m}^3/\text{S}$ をかなり上回るものとなった。
- ② 治水計画の規模は1/200程度とするのが妥当である。

- ③ 八斗島における計画高水流量は既定計画と同じ  $14,000 \text{ m}^3/\text{S}$  とし、その超過確率を  $1/200$  以下とする。
- ④ 上記のためには、既設ダムや実調中のダムのほかに新たなダムが必要で、岩本ダムのほか烏川流域に重点的に配慮する必要がある。
- ⑤ 新治水計画案は、いろいろのパターンの洪水を対象としてダム調節後の流量  $14,000 \text{ m}^3/\text{S}$  を  $1/200$  以下とするため、流量値を特定した基本高水の概念は必要がないと思われる。

以下略。

この時に始めて「上流で氾濫」という記述が見られ、「 $17,000 \text{ m}^3/\text{S}$  をかなり上回る」とあるが、氾濫戻しによって八斗島地点でどれだけの流量が増えるのかの議論は見られない。⑤の記述から、基本高水という治水の基本的な枠組みも設定しないままダム増設の権限だけを白紙委任で手に入れようとしたものと読み取れるが、いずれにせよ、昭和55年10月の河川審議会での審議までは、カスリーン台風時の上流域での氾濫でどれだけ基本高水のピーク流量が増えるのかという議論はなされた形跡は認められない。

## 2 昭和55年に、突然「八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」計画

「利根川百年史」の記述が突如大きく変わるのは、昭和55年10月28日に開催された河川審議会・計画部会の審議状況からである。「利根川百年史」の記述においても、突然に「八斗島  $22,000 \text{ m}^3/\text{S}$ 」が登場するのである（甲B第168号証1165頁以下）。計画部会における質疑の状況は次のようなものであった。

「八斗島の基本高水流量が、 $17,000 \text{ m}^3/\text{S}$  から  $22,000 \text{ m}^3/\text{S}$  になった理由についての質問があり、これに対し、建設省からは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 になる旨の回答があった。」

以下略。

利根川の基本高水の審議については、全部で4項目の審議事項を紹介した上(代理人注一氾濫に係る議題は①だけであり、他の3つは氾濫に係らない)、  
「以上のような質疑応答を経て、改訂計画は妥当なものと認められ、さらに昭和55年12月の河川審議会総会でも同様な確認を得、同日付で建設大臣に答申され、同じく同日付で施行の運びとなった。」(同1166頁)と紹介されている。極めて簡略な記述である。毎秒2万2000 m<sup>3</sup>の審議は、実質1回の審議、総会での審議を含めても2回で終わったのであろう。

以上のとおり、「利根川百年史」では、「毎秒2万2000 m<sup>3</sup>」は、昭和55年10月28日の河川審議会・計画部会の議題として全く突然に登場するのである。

### 3 「毎秒5000 m<sup>3</sup>」の積増しは「氾濫の見直し」として説明されている

上に見たとおり、河川審議会における建設省の説明では、基本高水のピーク流量が毎秒1万7000 m<sup>3</sup>から同2万2000 m<sup>3</sup>に改訂された理由は、カスリーン台風時に上流部での大氾濫があったからだとしている。つまり、同台風洪水の「氾濫戻し」によるピーク流量の見直しなのである。

河川審議会での審議状況の解説は極めて簡略であるが、それを補うかのような「利根川百年史」での次のような記述がある。

「既定計画の対象洪水である昭和22年9月洪水は、八斗島上流域において2億m<sup>3</sup>もの氾濫が生じていたと推定されているが、その後、上流域の各支川は災害復旧工事や改修工事により河道が整備され河道の疎通能力は増大し、従来上流で氾濫していた洪水が河道へ流入しやすくなった。一方、都市化による流域開発は上流の中・小都市まで及び、支川の改修と併せて流出量を増大させる

こととなった。」（甲B第168号証1166～1167頁）

この記述内容は関東地方整備局が平成18年9月18日付で作成した甲第20号証の「回答」と酷似している。甲第20号証の「回答」は、ここに由来しているであろう。そして、上流域の氾濫量は「2億 $\text{m}^3$ 」に及ぶと明快に宣言している。当時は、このような勢いのよい風説が流されていたのであろう。

しかし、「利根川百年史」では、この以後には「八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」の議論の状況や計算過程の紹介は、全く見当たらない。

#### 4 毎秒5000 $\text{m}^3$ の積増しの理由を説明してこなかった国交省

(1) これまでに述べてきたように、国交省は、昭和55年に利根川水系工事实施基本計画を策定し、基本高水のピーク流量は毎秒5000 $\text{m}^3$ 引き上げて毎秒2万2000 $\text{m}^3$ と改定した。そして、平成18年2月には、上流でのダム調節容量と河道負担分との比率を変更した。このような機会があったが、国交省はピーク流量を引き上げた理由や必要性については何らの説明も行っていない。それぞれ、改訂理由を次のように説明している。

(2) 昭和55年の利根川水系工事实施基本計画（甲B第5号証）においては、昭和24年の「利根川改修改訂計画」当時の事情については、「昭和22年9月洪水により大水害を受けたので、治水調査会で計画を検討した結果、同24年に利根川改修改訂計画を決定した」（同1頁）というような簡略な記述に止まっている。そして、昭和55年の計画についての説明でも、「その後の利根川流域の経済的、社会的発展にかんがみ、近年の出水状況から流域の出水特性を検討し、利根川上流の基準点八斗島における基本高水のピーク流量を22,000 $\text{m}^3/\text{sec}$ とし、上流ダムで6,000 $\text{m}^3/\text{sec}$ を調節することを骨子とする現計画を決定した。」（3頁）との解説があるほか、「基本高水のピーク流量は、昭和22年9月洪水を主要な対象洪水とし、さらに利根川流域の過去の降雨及び出水特性を検討して、基準地点八斗島において22,000 $\text{m}^3/\text{sec}$

Sとし、このうち上流のダム群により6,000 $\text{m}^3/\text{S}$ を調節して河道への配分を16,000 $\text{m}^3/\text{S}$ とする。」(同7頁)との記述に止まっている。ピーク流量を増大させた実質的な理由についての解説は全く存在しないのである。もとより、カスリーン台風時の上流域での氾濫も挙げられていない。

- (3) 平成18年2月に策定された利根川水系河川整備基本方針(甲B第6号証)では、基本高水のピーク流量の策定経緯については、昭和55年の利根川水系工事实施基本計画(甲B第5号証)の記述をなぞった上、次のように述べているに過ぎない。

「基本高水は、昭和22年9月洪水、昭和57年9月洪水、平成10年9月洪水等の既往洪水について検討した結果、そのピーク流量を基準地点八斗島において22,000 $\text{m}^3/\text{S}$ とし、このうち流域内の洪水調節施設により5,500 $\text{m}^3/\text{S}$ を調節して、河道への配分流量を16,500 $\text{m}^3/\text{S}$ とする。」(同号証20頁)としている。

- (4) 国交省は、先に見たように河川審議会で「八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」の了承を取るには「上流域での大氾濫」と解説したのだが、上に見たように、その後の対外的な公式説明の場では、「上流部での氾濫の見直し」を挙げたことはないのである。こうした状況は、分科会が「回答」の冒頭に報告しているように、「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、科学的な追検証の可能性が担保されていないことが判明した」(甲B第147号証「回答」1頁)との事実と整合している(この点は、「第3の2」で再述する)。利根川水系の基本高水に関する治水計画は、実質、不存在に近い状況であったのである。

## 5 カスリーン洪水の大氾濫を否定する国交省の資料、証言等

- (1) 群馬県からは下流部の改修要望が出される

「利根川百年史」には、カスリーン台風洪水の規模の論議で、上流に大きな

氾濫があったとの見方や論議は見られないだけでなく、むしろ、地元の群馬県も上流域の氾濫は関心事項ではなかったと思われる事情が記述されている。即ち、昭和24年2月に、治水調査会利根川委員会で「改修改訂計画」が承認される際、関係都県から自都県内の河川改修などの要望が出されたが、群馬県からは支川改修計画として「石田川・早川」の改修要望が出されている（「利根川百年史」甲B第168号証914頁）。この二つの河川は群馬県の最南部に近く、八斗島地点より下流に当たる太田市内を流れるいわば都市河川での要望である。こうしたことから考えても、八斗島上流部での氾濫や浸水は深刻なものではなかったと推察することができる。

## (2) 元河川部長は「氾濫は皆無ではなかった」と証言

このことは、関東地方整備局の元河川部長河崎和明氏の第一審の証言（平成20年7月15日）とも符合するものである。同氏は、カスリーン台風の上流部での氾濫量を質問されて、「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ています。」（甲F第1号証 河崎和明証人尋問調書22頁）と答えている。同台風時の上流域での氾濫量はこの程度のものなのである。そして、カスリーン台風当時、八斗島地点よりも上流の、どの地点でどれくらい溢れたかという資料が存在するかについては、同証人は「昭和22年当時、具体的に何トンあふれていたというのは、書いたものはない」とし（16頁）、「残念ですが、そういう資料は見たことがありません。」と答えた（28頁）。そして、カスリーン台風が再来した場合に、上流部でまだ相当の氾濫が起きるのかを尋ねられて、「相当量というのが、どの程度のものか、お互いに分からない部分があると思いますけれども、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ています。」（甲F第1号証 河崎証人尋問調書22頁）と答えている。「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」という程度なら、国土交通省も

地元群馬県も、改めて氾濫調査をするまでもなかったのであろう。

- (3) このように、国土交通省内にも、カスリーン台風時の上流域での大氾濫を示すまともな資料は皆無なのである。それゆえ、同台風時に上流域に大氾濫があったことを根拠とする毎秒2万2000 m<sup>3</sup>は、最初から危うく、根拠を欠くものであったのである。

## 6 上流部での氾濫をめぐる説明の混乱

- (1) これまでに述べてきたように、カスリーン台風洪水で大きな氾濫が起これ、その氾濫戻しを行うと八斗島地点で毎秒2万2000 m<sup>3</sup>の大洪水となるとの事実を裏付ける資料はどこにも見当たらない。

しかるに、利根川ダム統管理事務所のホームページは、「昭和22年関東地方に大きな災害をもたらしたカスリーン台風と同じ降雨があった場合、洪水（想定される洪水）が発生した場合、利根川・八斗島地点（河口より185 km）では22,000 m<sup>3</sup>/Sが流れると予想されます。」（甲B第82号証）と広報してきた。この大洪水の危険は現在化しているとしているのである。この虚偽広報は、現在（平成24年）も続いている。

- (2) この広報が虚偽であることは現在明白であるが、この広報は、昭和55年の河川審議会での毎秒2万2000 m<sup>3</sup>への増量改定の解説と同趣旨のものであり、平成18年9月28日付け「回答」（甲第20号証）の「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徐々に増大し、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は高まった」という説明と同趣旨のものである。
- (3) しかし、本訴訟において平成20年10月になると、国土交通省は、上記の甲第20号証とはほぼ反対と見える見解を裁判所へ提出した（甲B第90号証の「回答」）。即ち、「八斗島地点毎秒2万2000 m<sup>3</sup>」は、「現況（昭和5

5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、……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。」と見解の変更を行ったのである。そして、この甲B第90号証の提出により同台風洪水での氾濫問題は終わったと思われたが、国土交通省は日本学術会議の検証が始まると、カスリーン台風洪水での実績流量とされる毎秒1万7000 $\text{m}^3$ と計算流量である毎秒2万2000 $\text{m}^3$ との乖離の説明を行うために、上流部での大氾濫を主張する氾濫計算報告書(甲B第158号証)を提出した。

- (4) このように、基本高水を毎秒2万2000 $\text{m}^3$ に増大した理由付けについて、国土交通省は、カスリーン台風時の氾濫戻しを持ち出したり、将来的な計画値であると言ってカスリーン台風洪水とは切り離す説明となったり、説明の一貫性がないだけでなく齟齬、矛盾する説明を行っている。こうした事実は、昭和22年9月の洪水で大きな氾濫などは存在しなかったことを強く推認させるものである。そして、国土交通省内部にも大きな混乱があったことも推定させる事実である。

なお、相矛盾する国土交通省の二つの「回答」(甲第20号証と甲B第90号証)については「本章第3の3～4」の項で詳述し、氾濫計算報告書の杜撰さについては「第4」で取り上げるが、その氾濫報告書の杜撰さの概略を、「8」で略述する。

## 7 東京都の主張の変転

こうした国土交通省の主張の混乱を反映して、一審中の被告・東京都の主張にも変化が現れている。東京都は、平成18年10月の第9準備書面においては、基本高水の定め方については、「基本高水のピーク流量22,000 $\text{m}^3$ /秒は、もともと観測史上最大のカスリーン台風時の雨量から、河川整備等による氾濫量の現象を考慮して算出されたものであることから、国は、八斗島地点における同

工事実施基本計画の基本高水のピーク流量は妥当であると判断し、河川整備基本方針でもこれが採用されている（乙第106号証の3 11頁）。」（同準備書面8頁）と主張していた。

しかし、平成20年11月の第15準備書面になると、「利根川水系整備基本方針の基本高水流量22,000m<sup>3</sup>/秒は、利根川水系が将来有すべき1/200という治水安全度を前提に定められているものであり、昭和22年当時や現在の流域状況を前提にしているものではないため、原告らが盛んに主張する昭和22年カスリーン台風による八斗島地点における実績最大洪水流量15,000m<sup>3</sup>/秒ないし17,000m<sup>3</sup>/秒とは、計画上想定している流域条件や河道整備状況が異なる上、流出計算手法も異なるため、原告らの比較論は何の意味もなさないのである。」（同準備書面89～90頁）と主張した。

以上のように、東京都の主張も、「もともと観測史上最大のカスリーン台風時の雨量から、河川整備等による氾濫量の現象を考慮して算出されたものである」というものから、「原告らが盛んに主張する昭和22年カスリーン台風による八斗島地点における実績最大洪水流量15,000m<sup>3</sup>/秒ないし17,000m<sup>3</sup>/秒とは、計画上想定している流域条件や河道整備状況が異なる上、流出計算手法も異なるため、原告らの比較論は何の意味もなさないのである。」に、大きく変わったのである。

## 8 国交省の「洪水、山に上る」という氾濫計算報告書（甲B第158号証）

(1) 日本学術会議の検証において、国土交通省は、利根川上流部において51平方キロメートルの広域に3900万～7700万m<sup>3</sup>（推計1）、あるいは6000万m<sup>3</sup>（推計2）に及ぶ氾濫があったとの氾濫推計報告書を提出した（甲B第158号証）。具体的な氾濫量を上げての公式な説明はこれが始めてであったが、同報告書に挙げられていた想定氾濫図では、利根川本川でピーク流量を記録した後に破堤して河道外へ出た氾濫量を集計していたり（甲B第161号

証5頁での大熊教授の指摘)、烏川左岸一帯では、高水敷よりも10mも高い台地にも氾濫したとか、さらに烏川右岸では丘陵部にまで氾濫が及んだとするもので(前同4頁)、「洪水、山に上る」というあり得べからざる氾濫状況が示されていた(控訴人第8準備書面43~53頁)。そして、大熊教授は、氾濫流量の推計方法についても、傾斜のある斜面での1箇所だけの水深データを単純に2分し、これに氾濫面積を乗ずるなどの手法に対しても、現場ではそのような浸水状況は認められないと厳しく批判された。

(2) 大熊教授は、カスリーン台風洪水での実績ピーク流量は毎秒1万5000 $\text{m}^3$ であるとされる(甲B第161号証の1「意見書」5,6頁)。そして、氾濫流量は「大目に見てもせいぜい1000万 $\text{m}^3$ を超えないものと考えている。」(5頁)とされている。

(3) 日本学術会議の小池俊雄委員長は、平成23年9月28日の公開説明会において、「利根川の洪水についての研究の造詣の深い大熊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。」と答えた(甲B第163号証 議事録23頁)。かくして、国交省の大氾濫説は門前払いとなるのである。

## 9 カスリーン台風再来時の現況河川施設の下でのピーク流量

(1) 現在、カスリーン台風が再来した場合の八斗島地点のピーク流量はどれくらいの値となるかについては、関東地方整備局が浸水想定区域図の作成作業の過程でつくった八斗島地点のハイドログラフ(洪水流量の時間変化を表したグラフ)がある。これによれば、現況の河川管理施設の下では、上流での一定の氾濫を想定しつつ毎秒1万6750 $\text{m}^3$ であるとしている(甲B39号証)。現況の上流部の6ダムの洪水調節容量は、毎秒1000 $\text{m}^3$ であるとされている。

(2) ところで、甲B第39号証のハイドログラフには、「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 m<sup>3</sup>/Sとなる。」と附記されている。この場合、上流部での想定氾濫量については記述がない。しかし、その氾濫量がそれほど大きくないことは、これまでの検証から明らかであろう。例えば、河崎証人は、カスリーン台風が再来した場合に、上流部でまだ相当の氾濫が起きるのかを尋ねられて、「相当量というのが、どの程度のものか、お互いに分からない部分があると思いますけれども、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ています。」(甲F第1号証 河崎証人尋問調書22頁)と答えていることは、先に見たとおりであるが、同証人は、カスリーン台風時と現在との氾濫流量との比較については、「当然、22年当時よりは、河川改修も進んでいるので、少なくなってきているというふうには思いますけれども、格段に少なくなってきているかと言われたら、そうではないように思います。」(同20頁)と答えている。要するに、昭和22年時点でも現在でも、それほど大きくは変わらず、その氾濫量は大きなものではないということである。

(3) そして、カスリーン台風の再来で八斗島地点でのピーク流量が毎秒2万2000 m<sup>3</sup>となるとの計算は、上流域の各所で堤防高を1～5 mも嵩上げするなどの条件で行われているものであるところ(甲B第57号証の4)、現在そうした改修はなされておらず、また、そうした改修計画はどこにも存在しないのである(後出「第3の6」を参照願いたい)。そうであれば、カスリーン台風が再来しても、首都圏を中心にした関東平野には、毎秒2万2000 m<sup>3</sup>の洪水が襲うことは未来永劫にないということになる。そうであれば、東京都は八ッ場ダムが建設されてもされなくても、治水安全度に変わりはないことになる。仮に、国の施策としては八ッ場ダムが必要であるとしても、東京都及び東京都民にとっては治水上の必要性を欠く構造物であることは明白である。

## 10 昭和24年の「改修改定計画」の補遺—カスリーン台風洪水のピーク流量は毎秒13500～15200 $\text{m}^3$ と推定されてきた

### (1) 毎秒1万7000 $\text{m}^3$ は改修計画目標値である

昭和22年のカスリーン台風当時は八斗島地点の流量観測が行われていなかったため、ピーク流量は八斗島上流の3観測所の流量を合計して求められたものであること、そして、「利根川百年史」(甲B第168号証906～909頁)には、この推定値の妥当性をめぐって治水調査会利根川小委員会(昭和22年11月)において、紆余曲折の議論があったこと、最終的には、毎秒1万7000 $\text{m}^3$ という見解と、毎秒1万6000 $\text{m}^3$ という意見の2案について各都県の意見を聞いた結果、各都県とも第一案を望んでいることもあって、第一案の毎秒1万7000 $\text{m}^3$ を計画流量として採用したという経緯があった。

このように毎秒1万7000 $\text{m}^3$ は各都県の要望を入れた計画流量なのであり、実績のピーク流量として求められた値ではないのである。大洪水の実績の流量の確定は、本来、学術的・技術的な検討でなされるべきであるが、当時は、「既往最大洪水」を計画対象洪水とする手法が採用されていたので、将来の治水対策を見越しての流域都県の要望が容れられて洪水流量が決定されたという経緯があるのである。毎秒1万7000 $\text{m}^3$ は、実績の出水量ではないのである。

### (2) 安芸東大教授のピーク流量の推計

この「毎秒1万7000 $\text{m}^3$ 」という値については、上述の河川審議会における審議経過を反映してか、学者や研究者から次々と異論が起こった。安芸皎一東大教授からは、「……3観測地点の流量時間関係がそのまま流下時間だけ遅れて合流点に於いて生ずるものと仮定すれば、……約1時間位16,900 $\text{m}^3$ /secの最大流量が続いた計算になる。然し之は合流点で各支川の流量曲線は変形されないで算術的に重ね合わさったものとして計算したのであるが、之は起こり得る最大であり、実際は合流点で調整されて10%～20%は之より少

なくなると思われる。川俣の実測値から推定し、洪水流の流下による変形から生ずる最大洪水量の減少から考えると此の程度のもと思われる。」との提言がなされた（甲B第18号証 群馬県「カスリン台風の研究」（昭和25年5月）288頁）。

当時の建設省からの八斗島地点での流量推計には、まだ河道貯留による流量の低減という考え方が定着しておらず、安芸教授の流量推計は最先端の学識による批判であった。

### （3）富永元技官によるピーク流量の推計

ついで、富永正義技官は、昭和47年に雑誌「河川」に「ピーク流量は毎秒1万5000 $\text{m}^3$ 」との見解を表明した（甲B第21号証）。

富永元技官は、利根川本川・上福島の流量を毎秒8,290 $\text{m}^3$ 、烏川・岩鼻を毎秒6,790 $\text{m}^3$ 、神流川・若泉を毎秒1,380 $\text{m}^3$ とし（その合計流量毎秒1万6,460 $\text{m}^3$ ）、そこから「上記流量より時差を考慮して八斗島に到達する最大流量を推定すると15,110 $\text{m}^3/\text{sec}$ 」（同34頁）となるとし、そして、「之に対し八斗島に於ける最大流量は実測値を欠くから、流量曲線求める時は13,220 $\text{m}^3/\text{sec}$ となり、上記に比し著しく少ない。しかし、堤外高水敷の欠壊による横断面積の更正をなす時は最大流量は14,680 $\text{m}^3/\text{sec}$ に増大し、上記の合同流量に接近する。」（34～34頁）とした。更に、富永元技官は、八斗島の直下流部にある川俣の流量について、「次に川俣に於ける最大流量は実測値と流量曲線式により求めたものにつき検討した結果14,470 $\text{m}^3/\text{sec}$ を得た。而して八斗島より川俣に至る区間は氾濫等により流量の減少が約1,000 $\text{m}^3/\text{sec}$ に達するが、一方廣瀬川の合流量として約500 $\text{m}^3/\text{sec}$ が加算されるものとすれば、川俣に達する最大流量は14,500 $\text{m}^3/\text{sec}$ となり、上記のそれに酷似する。」（35頁）などとし、最終的に、「之を要するに昭和22年9月の洪水に於ける最大流量は八斗島、川俣、栗橋に於いて夫々15,000 $\text{m}^3/\text{sec}$ 、14,500 $\text{m}^3/\text{sec}$ 、13,000 $\text{m}^3/\text{sec}$ 、に達したものと考えられる。」（前同）とした。このように、富永

元技官は、上流側からの推計だけでなく下流側からの実測、実績流量から推計の精度を担保する手法を用いて八斗島地点の実績流量を推計している。こうした観察から「八斗島地点 15,000 m<sup>3</sup>/sec」の値を得ているのである。昭和24年2月時点の改修改訂計画よりも、また、建設省、国交省の杜撰な推計よりも遙かに高い精度を持つと考えるのが妥当であろう。なお、安芸教授も、富永元技官も、治水調査会利根川委員会の委員を務めていた人物である（「利根川百年史」甲B第168号証912頁）。

### 第3 虚構と矛盾だらけの国交省の基本高水の解説

#### はじめに

原告・住民らと流域都県との間で本訴訟が進行する中で、国土交通省は、昭和55年の利根川水系工事実施基本計画において、ピーク流量を毎秒5000 m<sup>3</sup>上乗せた理由について、カスリーン台風時の上流での氾濫とその後の河道改修による利根川中流部での氾濫の危険を挙げたが（甲第20号証「回答」）、2年もすると、「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 m<sup>3</sup>になると説明をしているものではなく、……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 m<sup>3</sup>と定めた。」（甲B第90号証の「回答」）という説明となった。これは、基本高水のピーク流量は、カスリーン台風洪水の再現計算に依拠するものではないということである。

このように国土交通省の説明では、基本高水の設定の仕方について相矛盾する二つの説明が行われている。日本学術会議の検証は、国土交通省の説明の前者の立場で行われているが、カスリーン台風時の実績流量と計算流量との乖離について説明がなし得ない状況にある。そして、甲B第90号証の「回答」で「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 m<sup>3</sup>と定めた。」というが、これを裏付ける実効的な

計画は存在しないだけでなく、「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」という計算は、もともと「計算上の仮設計」として算出されているのであり、計算の前提たる改修計画や河道計画などが存在せず、仮想的な計画に過ぎないのである。

この節においては、建設省、国土交通省が、自身が策定した「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」計画について、説明がなしえず、所管の大臣に「22,000トンありきの検証」と言わせた利根川治水行政のデタラメと杜撰、そして無責任の極みを指摘することとする。

## 1 カスリーン台風の「毎秒1万7000m<sup>3</sup>」は実績ではなく計画値である

カスリーン台風時のピーク流量は公称では毎秒1万7000m<sup>3</sup>とされているが、これは観測流量ではない。同台風時には、八斗島地点の量水標が流失したため、八斗島近隣の観測流量から、これを推計するしかない。具体的には、八斗島地点のピーク流量は昭和22年9月15日の19時に記録されたものとして、利根川本川・上福島、烏川・岩鼻、神流川・若泉の3つの観測流量を合計するという方法であり、上福島8,930m<sup>3</sup>/s、岩鼻6,610m<sup>3</sup>/s、若泉1,310m<sup>3</sup>/sを総計し、毎秒16,850m<sup>3</sup>というピーク流量を求めている（（「利根川百年史」甲B第7号証907頁の「表4.6.2.4 三川合流表」））。

この推計値には水理学上の問題がある上に、流域6都県の知事からの要望を容れて、いわば政治的に決定された「利根川改修改訂計画」という治水計画上の目標値である。こうして作成された治水計画上の目標値なのであるから、実績流量ではありえないのである（控訴審・準備書面18の89頁参照）。このことは、誰よりも国交省が一番よく知っていることである。

## 2 建設省は大氾濫を作出して毎秒2万2000m<sup>3</sup>計画を強行した

- (1) 建設省が、昭和55年の利根川水系工事実施基本計画の策定に際して、毎秒5000m<sup>3</sup>ものピーク流量の積み増しを行ったことは、「第2の2」で述べた。

「利根川百年史」によれば、同年12月の河川審議会において、「建設省からは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になる旨の回答があった。」（甲B第168号証1165頁）と解説されている。そして、河川審議会の総会は、この日の1回だけの審議で、毎秒5000 m<sup>3</sup>を上乗せした毎秒2万2000 m<sup>3</sup>計画を直ちに承認しているのである。

(2) しかし、カスリーン台風時に八斗島地点の河道流量のほかに、その30%にも当たる氾濫があったのだとすれば、昭和24年の改修改訂計画の際に、流量の検討に当たった専門家等がこれを見逃すはずはないであろう。この改修改訂計画に対しては実績流量とされた毎秒1万7000 m<sup>3</sup>に対してでさえ、10～20%も大きすぎるとの見解が出されているのである（甲B第18号証「カスリーン台風の研究」中の安芸皎一東大教授の論文。同21号証 富永正義内務省元技官の「河川」搭載の論文）。そして、昭和33年洪水（9500 m<sup>3</sup>/S）、同34年洪水（8700 m<sup>3</sup>/S）を経た昭和36年の関係会議での論議でも、「昭和22年9月洪水を対象とした改修改訂計画を変更するに足る確たる論拠もない」ことが確認されている（「利根川百年史」1128頁）。そして、その後、昭和40年の「利根川水系工事実施基本計画」においても、「毎秒1万7000 m<sup>3</sup>」計画は維持されてきた。

(3) 昭和44年に、利根川の関係会議において、「氾濫戻し」の議題が上がっているが、その際もそれ以降も、具体的に計算を行って基本高水の見直しが行われた形跡は認められない。

(4) 第一審で証言台に立った関東地方整備局の元河川部長・河崎和明氏も、利根川上流部の氾濫状況については、「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。」という程度の証言に終わっている（F第1号証 同証言調書22頁）。そして、国土交通省は、これだけ重大な事実であるのに、

カスリーン台風洪水での上流での氾濫について調査をしたことがない（前同調書28頁）。そして、洪水から60年してはじめて作成した氾濫報告書（甲B第158号証）は「洪水、山に上る」というもので、日本学術会議からも無視される作品であった。

- (5) 大熊教授は、「氾濫は多めにみて、1000万 $\text{m}^3$ 」（甲B第161号証 5頁）としている。「上流部での氾濫」の証明はないのである。
- (6) このように、昭和55年12月の河川審議会での審議は全く形式的な審議であったことが窺えるが、それでも、のちに、上告受理申立人らが裁判所の調査嘱託によって、関東地方整備局から入手した甲B第57号証の4の「回答」に記載されている程度の流出計算は行ったと思われるのであるが、その流出計算モデルは、甲B第57号証の4の「回答」に記載されている方式では、全流域で飽和雨量を一律48mmとして流出計算が行われており、国土交通省が分科会へ報告した方式では、流域を第四紀火山岩帯と非第四紀火山岩帯とに区分し、前者では飽和雨量を設定しないという流出計算が行われたとされており（甲B第150号証 25、33頁）、どちらの方式で計算されたものかも不明となっている。
- (7) さらに、分科会の「回答」（甲B第147号証）には、およそ信じがたい国土交通省の資料管理の実態が報告されており、分科会は、「現行モデル」といわれる、従来の国土交通省の流出計算モデルについては、その計算根拠などほとんどのデータが保存されていなかったというのである。次のように報告されている。

「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、科学的な追検証の可能性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。このように、現行の計画に用いられた貯留関数モデル（以下、「現行モデル」という。）に関しては追検証がほとんどできない状態にあることが判明した。」（1頁）。

分科会がここで報告していることは、昭和55年12月に策定された「八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」計画については、国土交通省は現行モデルの関係資料をまともな状態では保管しておらず、分科会は追検証をすることができなかったというのである。「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、科学的な追検証の可能性が担保されていないことが判明した」というのであるから、上記の「毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 計画」は、限りなく計画の不存在にちかいかということではないか。首都圏の流域面積日本一の利根川の昭和55年の工事实施基本計画の姿は、このようなものであったのである。

(8) ともかく、こうして国土交通省は、この時点から、カスリーン台風時の上流での氾濫はピーク流量を毎秒5000 $\text{m}^3$ も増やすに値する氾濫であったと虚構を構え、そして、関東地方整備局は、平成18年9月、甲第20号証をもって裁判所へ同趣旨の説明を行うのである。

### 3 甲20号証「回答」ではカスリーン台風洪水の大氾濫を理由とした

(1) 国土交通省は、昭和55年の工事实施基本計画の際ピーク流量を毎秒5000 $\text{m}^3$ 上乘せしたことについて、平成18年9月28日、本訴訟において、ようやく解説を行った。この改訂理由を次のように説明した（甲第20号証「回答」）。

「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徐々に増大し、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及び、

洪水流出量を増大させることになったことなど、改修改訂計画から30年が経過して利根川を取り巻く情勢は一変したため、これに対応した治水対策とするべく、昭和55年に利根川水系工事実施基本計画を改定し、基本高水のピーク流量を変更した」（同「回答」4頁）。

(2) 要するに、昭和22年のカスリーン台風当時、上流域で氾濫していた洪水がその後の堤防の整備で河道への流入が増して下流での氾濫の危険性が高まった。また、流域の都市化で流出機構が変化し洪水流量を増大させた、とするものである。この説明は、昭和55年12月の利根川水系工事実施基本計画策定時の建設省からの河川審議会に対する説明と同趣旨のものである。そこで、仮にこの説明が成り立つためには、①カスリーン台風時には利根川上流域で大きな氾濫があった、②その後、河道改修や堤防構築がなされて氾濫が収まった、③流域の都市化により、あるいは森林面積の減少等が起きて流域の保水力が弱まった、などの事実の証明が必要となる。しかし、国交省の説明にはこうした前提事実については何の論証も存在しなかった。

(3) この3点の行方については、既に、悉く反対事実が証明されている。

まず、①については、大熊教授は「氾濫は大目に見て、せいぜい1000万 $m^3$ 」とされているし、日本学術会議は「氾濫の議論は無理」としている（甲B第163号証 議事録23頁 小池委員長の説明）。

ついで②については、現在の河川管理施設の下でもカスリーン台風が再来した場合の八斗島地点でのピーク流量は毎秒1万6750 $m^3$ とされている（甲B第39号証）のである。そして、「現在の河川管理施設」では、上流部に6ダムが建設されており、その洪水調節能力は八斗島地点で毎秒1000 $m^3$ とされているから、利根川上流部から八斗島地点までの河道の流下能力は、この約60年間ほとんど変わらないことが明らかである。そして、現実に上流域の堤防のほとんどは戦前の築堤（甲B第63号証ほか）であり、現に利根川本川、烏川本川、その支川・鏑川、井野川には新規築堤は見られない（甲B第54、同

92, 同127号証ほか)。従って、この議論は成り立たない。

③について、流域の都市化による河道への流量増大に関しては、「利根川百年史」が、「流域開発の影響による流出特性については、土地利用基本計画に基づく都市計画区域内の市街化区域（用途地域を含む）の利根川流域がすべて都市化されたもの（他の区域は現状のまま）とした場合の流域定数と、昭和33年・34年洪水資料から得られた流域定数を用いて昭和22年9月洪水を対象に流出量の比較を行った結果、八斗島の将来流域の場合で100m<sup>3</sup>/S増大するに過ぎず、ピーク流量に対しては0.4%程度の影響であることがわかった。」（甲B第64号証1168頁）としているのである。そして、今日では、逆に、流域の飽和雨量が著しく増大していることは馬淵大臣の言明するところであり、また、原告・控訴人らの計算においても流域の保水力が約5倍も大きくなっている（控訴人第9準備書面26頁。23～26頁）。このように、「改修改訂計画から30年が経過して利根川を取り巻く情勢は一変した」との事実からの洪水流量の増加という事態は、どこから見ても存在し得ない状況である。

(4) そして、今日、カスリーン台風時の上流部での氾濫を説明しようとするれば、治水の所管庁が、「洪水、山に上る」という報告書（甲B第158号証）を作成しなければならないのである。かくして、甲第20号証の「回答」における、カスリーン台風時に上流域で大氾濫があったことを理由とする基本高水の大幅引き上げ論は、根底から崩壊していることは明らかである。

#### **4 甲B90号証「回答」では、一転して「現在する氾濫の危険回避のためではなく、将来に備えての計画」と変転**

(1) こうして上告受理申立人側での調査と反論活動が進む中で、関東地方整備局は、平成20年10月に茨城県ほかに提出した「回答」（甲B第90号証）において、平成18年9月の「回答」（甲第20号証）の説明を実質的に撤回し、

「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」は、現在する氾濫の危険回避のための計画ではなく、将来に備えての計画値であると言い換えてきた。即ち、「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2万2000m<sup>3</sup>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2万2000m<sup>3</sup>と定めた。」としてきたのである。国交省は、この段階になって、ようやく計画降雨があっても、現況の施設では毎秒2万2000m<sup>3</sup>の洪水が来ることはないことを認めたのである。

(2) この説明では、カスリーン台風時に上流に大きな氾濫があつて、この氾濫量と河道を流下した洪水を含めた全出水量が「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」に相当する洪水であつたという説明ではない。平成18年9月の「回答」（甲第20号証）のように、「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は高まった」との説明は完全に姿を消しているのである。

(3) 平成20年10月の「回答」（甲B第90号証）では、あくまでも「カスリーン台風以降」の状況変化がピーク流量を増やす理由とされているのであり、同台風の上流での氾濫が理由とはされていないのである。これは、カスリーン台風洪水での上流部での氾濫の有無とは関係させず、現在ないし将来の条件の下での流出計算であるとの方針転換を示したものと理解すべきであろう。しかし、「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った」とあるが、その中味の説明はなく、現時点においては、何らの改修計画も存在しない「計算上の仮設計」であることを関東地方整備局自身が認めているのである。そして、「第3の2」で指摘したように、国土交通省が「現行モデル」としている従来の流出計算に関しては、「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、科学的な追検証の可能性が担保されていないことが判明した。」（甲B第147号証「回答」1頁）という、有りうべからざる状況にあるのであるから、正に「22000トンありき」の姿が浮かび上がっており、「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」という計画自体が存在しないといつて過言ではない。

## 5 「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」は、仮想の「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2万2000m<sup>3</sup>」計画について、「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。」としているが、現実には、国交省も群馬県も、上流部での河道改修計画などは有しておらず、氾濫対策など将来へ向かっての対応策は何も立てていない。ということは、「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、それは言葉だけのものであり、これを裏付ける河川改修などは何一つ計画されていないのであるから、甲B第90号証の「回答」も、架空、仮想の事実で説明をしているに過ぎない。

(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）。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）によって、毎秒2万2000m<sup>3</sup>の流出計算を行うための流域のデータや河道条件が明らかになった。その河道条件としては、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、「現況堤防高」などの表示に対して「計画堤防高」などの表示があり、昭和55年時点よりも堤防高が1～5m高い河道断面が作成されている。しかし、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。上記のとおり、この流出計算は「設計上の仮設計」なのであるから、昭和55年の利根川水系工事実施基本計画は実在していないのである（以下、「6」において再述する）。

(3) そして、これについて流域の実態から考察しても、流域の都市化による洪水の流出機構の増大方向への影響は、河道への流量を毎秒100m<sup>3</sup>増やす程度のものであり（甲B第64号証「利根川百年史」1168頁）、その逆に、流域の森林の生長による流域の保水力は数倍に上昇している（国交省自身が、「飽和雨量」を2～4倍に増大させている）ことから、降雨の洪水流出率は減少することはあっても増大することはなく、カスリーン台風洪水の実績値を超えて計画の目標値を増やす理由は認め難い。このように実態面から考察しても、カスリーン台風時の降雨で実流量が増大する要因は考えられないのである。

(4) 昭和55年策定の利根川水系工事実施基本計画に対する、甲B第90号証による「将来的な計画値」という治水計画は、洪水の増加の懸念という実質面から見ても、また、これに対応する河道の整備計画という対策面でも、すべて仮想の計画であったから、日本学術会議の分科会でも相手にされなかった。この治水計画については一度も議論をされたことがない。分科会は、基本高水の検証は、カスリーン台風洪水の再現性という論点に絞って取り組んでいる。このこと自体の問題も多いのであるが、甲B第90号証が示した「将来的な計画値」という治水計画は、全く問題にもされなかったということである。

## 6 上告受理申立人らの調査で利根川の上流部に変化がないことが明らか

上告受理申立人らの調査で、利根川上流部の河道や堤防の状況について、カスリーン台風後も大きな変化はないことが明らかになっている。次のとおりであ

る。

- (1) 上告受理申立人らが情報公開請求によって入手（平成18年1月10日付）した八斗島地点のハイドログラフ（甲B第39号証）によって、上流ダム群などの現況施設の下では、カスリーン台風が再来した場合、八斗島地点でのピーク流量は毎秒1万6750 m<sup>3</sup>に止まることが明らかである。八斗島地点への到達流量は、60年前とほとんど変わらないのである。
- (2) 上告受理申立人らは、利根川の直轄区間については河川台帳で築堤時期を調査したが、そのほとんどは、戦前の築堤であった（甲B第63号証ほか）。
- (3) さいたま地裁からの調査嘱託に対する関東地方整備局の平成20年1月の「回答」（甲B第57号証の4）によれば、「八斗島地点毎秒2万2000 m<sup>3</sup>」というピーク流量の流出計算上の河道条件として、利根川本川（八斗島上流）、烏川、その支川である鑄川、井野川で昭和55年当時の堤防高よりも1～5 mも高くなっている河道断面で計算が行われていた。しかし、こうした河道断面を確保するための工事計画はどこにも存在しないのである。
- (4) 原告弁護団は、平成19年8月から同年11月にかけてと、平成22年4月から6月にかけて、「八斗島地点毎秒2万2000 m<sup>3</sup>」計画の流出計算上で嵩上げや新規築堤がなされる条件となっている、群馬県の管理区間である利根川本川及び有力支川の法線を現地調査したが、毎秒2万2000 m<sup>3</sup>の流出計算上の堤防は、利根川本川の大正橋下流からの3～4 kmの範囲での群馬県営の堤防工事部分を除いて、昭和55年当時のままで改修はなされていないことを確認した（甲B54号証、同第92号証、同第127号証）。即ち、上流部の河道や堤防の状況はカスリーン台風時とほとんど変わっていないことが確認された。
- (5) 以上の事実が徐々に明らかになると、平成22年1月、関東地方整備局は、東京新聞の取材に対して、毎秒2万2000 m<sup>3</sup>の流出計算上の堤防は「計算上の仮設計である」ことを認めた（甲B第115号証）。そして、群馬県には、

「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」計画に対応する改修計画などは「群馬県には存在しない」ことも判明した（甲B第118号証「公文書不存在決定通知」）。

(6) 日本学術会議での検証においても、田中丸委員は、学術会議が疑似氾濫を想定してピーク流量の低減計算を行った烏川下流部における、現況堤防よりも5mも高い想定堤防について、「上の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。」（甲B第163号証 議事録17頁）と述べている。つまり、甲B第57号証の4の「調査嘱託書について（回答）」に表示されている堤防は改修計画ではなく、正に「計算上の仮設計」なのである。であるから、「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」は存在しないといって過言ではなく、また、計画降雨があっても現況河川施設において、そうした洪水が来襲することもないのである。

## 7 さいたま地裁からの調査嘱託に対する関東地整の虚偽回答

### (1) 調査嘱託に対する関東地整の流出モデルの虚偽回答

さいたま地裁の調査嘱託に対する関東地方整備局からの、平成20年1月の回答（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月の学術会議における説明では、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）。当然のことながら、調査嘱託に対する回答にある計算モデルの方が計算流量は大きくなる。関東地方整備局は、裁判所からの調査嘱託に対して虚偽の事実を回答したのである。

## (2) 控訴人側の再現計算に大きな支障

この虚偽データの回答の実害、即ち原告・控訴人側への影響は控訴審において現れた。原告・控訴人は、控訴審の段階になって、利根川上流域の降雨データなどの入力準備ができたので、流域分割は23分割ではあったが関准教授にこの流出モデルとデータを提供して、カスリーン台風洪水の再現計算を行ってもらったところ、同准教授の計算では、「毎秒2万5700 $\text{m}^3$ 」との解となった。この事実は、同准教授の「意見書2 利根川の基本高水流量毎秒22,000の計算モデルの虚構」（甲B第131号証）に、「1947年の22,000 $\text{m}^3$ /秒の再現は困難」と、報告されているところである（同6～7頁）。原告・控訴人団も関准教授も「毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」近傍の値が得られると期待して流出計算に臨んだが、結局、再現計算はできなかった。

## 8 馬淵大臣の言明と謝罪—「2万2000トンありき」の検討

馬淵国土交通大臣は、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。」とした上、「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」などとし、同大臣は、こうした経緯について反省を示した。

このこと自体、あるまじき事実ではあるが、既に「利根川百年史」に基づき、昭和55年の「八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」計画の策定経緯を点検したところであり、その時点においても、河川審議会での実質1回の審議において、「上流部に大きな氾濫があった」との虚偽報告を行って毎秒2万2000 $\text{m}^3$ の審査を通過させた事実を確認した。そうであれば、平成18年2月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審議においても、もともと仮定の氾濫が前提となっているのであるから、実質審査ができるはずもない。利根川の「八斗島

地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」の審査は、昭和55年のスタートから「22,000トンありき」であったことが改めて確認されるばかりである。

こうした事情を反映してであろうが、上記の重大な大臣発言、即ち、「22,000トンありき」の検証の事実そのものについては、その後国土交通省内部では一切論議された形跡はない。このことは、この大臣発言は事実を指摘したものと評価されるべきものであることを示すことになろう。

## 9 ダムの必要性の証明の欠如

- (1) ところで、八ッ場ダムの効用であるが、利根川中流部（八斗島下流部）では、計画高水流量の毎秒1万6500 $\text{m}^3$ までの河道断面は概成しており、現況河川管理施設の下では、計画降雨があっても八斗島地点より下流では毎秒250 $\text{m}^3$ の不足があるとしても、それは水位測定の誤差の範囲内ともいうべき程度のものであり、オーバーフローする危険はなく、ダム建設によって水位を低減させる必要はない状況にある。そして、もともと、「八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」計画に向けての上流部の河道整備は何ら計画されたり予定されたりしていないのであるから、計画降雨があっても、利根川中流部には、未来永劫に毎秒2万2000 $\text{m}^3$ の洪水が襲うことはないのである。
- (2) 八ッ場ダムが完成しても、江戸川上流部での水位低減効果は数センチメートルでしかない（甲54、55号証）。どのように考えても、東京都にとって八ッ場ダムの必要性が証明されているとはいえない。
- (3) 以上の事実からすると、昭和55年の工事实施基本計画で基本高水のピーク流量を毎秒5000 $\text{m}^3$ 積み増したのは、カスリーン台風洪水の流量の氾濫戻しによる見直しの結果として執られた対策であるとは考え難く、他の意図、即ち、上流域でのダム増設の口実であったと考えるほかはない。

## 10 小 括

- (1) 以上のところから明らかなように、利根川水系の基本高水・八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 計画をめぐる混乱の原因は、昭和55年の利根川水系工事実施基本計画の策定から始まるのである。このときに、昭和24年の改修改定計画の毎秒1万7000 $\text{m}^3$ から毎秒2万2000 $\text{m}^3$ へ引き上げた理由を、カスリーン台風洪水の氾濫戻しとしたことに諸悪の根源があるのである。こうした、ありうべからざる虚構を構えたことから、その後の虚構の連鎖が始まるのである。計画降雨があったとき、ダムなしの条件で、八斗島地点に毎秒2万2000 $\text{m}^3$ の洪水となるパラメーターを準備し、河道条件としては利根川本川上流や烏川（支川を含む）に1～5mもの堤防嵩上げの河道断面を想定し「計算上の仮設計」堤防を構築し、「八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」計画が完成するのである。
- (2) 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、科学的な追検証の可能性が担保されていないことが判明した。」と報告している。およそ、考えられないことであるが、それほど杜撰な作業であったのであろう。日本学術会議の検証に際して、都合の悪い資料を廃棄したとも考えられるが、いずれにせよ、公開して世に信を問うことができる作品でなかったことは明白である。
- (3) 既に検討したが、以後の経緯を簡略に整理すれば次のとおりである。これらの事実を認識して、なお、「八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」計画に相応の合理性があり、この計画は検証されたと結論する者がいるとすれば、それは、国土交通省関係者か分科会メンバーか、はたまたこの治水計画の実行で利益を受けるもの、そして、原裁判所メンバーくらいのものではないのか。
- ① 昭和55年に策定されたはずの、分科会が「現行モデル」と呼んでいる流出計算モデルは、「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、科学的な追検証の可能性が担保されていない」

(甲B第147号証「回答」1頁)のものであった。

- ② そうして計算された流出計算であったが、国土交通省は、カスリーン台風が再来すると、八斗島地点には毎秒2万2000 m<sup>3</sup>の洪水が来襲し、首都圏に33兆円の被害がでるとの虚偽広報をはじめ (甲B第82号証)。これが事実なら、上流部に必要なダムを造る計画に反対する者はいなくなるはずである。しかし、これが悪質なデマ宣伝であることは、現在、一点の疑いもない。
- ③ 本訴訟においては、平成18年9月の甲第20号証の「回答」で、八斗島地点での基本高水を毎秒1万7000 m<sup>3</sup>から毎秒2万2000 m<sup>3</sup>に引き上げたのは、カスリーン台風時の氾濫戻しを行ったからであるとの説明を行う。
- ④ その2年後、甲B第90号証で、「八斗島地点毎秒2万2000 m<sup>3</sup>」計画は、利根川流域の状況の変化を検討して、「将来の計画値」として策定したと説明を変える。本件訴訟において、被告・東京都の主張もこれにそって変更された。
- ⑤ 平成23年1月、日本学術会議の検証が始まると、国土交通省は、説明の先祖がえりをして、カスリーン台風時には上流部に大きな氾濫があり、この氾濫戻しを行うと「毎秒2万2000 m<sup>3</sup>」となるとし、「洪水、山に上る」氾濫計算報告書 (甲B第158号証) を分科会へ提出したが、分科会は「氾濫の議論は不可能」とした。
- ⑥ 分科会は、否定した氾濫説の変わりに、「河道域の拡大と河道貯留」、つまり擬似氾濫説を考案して代替案を示した。
- ⑦ 国土交通省の昭和55年以来の「上流部での氾濫」説は、分科会で否定され、今次の原判決では、分科会の「河道域の拡大と河道貯留」について、「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はまでは

認められない」とし、「河道域の拡大と河道貯留」の無効説を判示した。これで、分科会の計算流量と実績流量との乖離を埋める手立ては見つからなくなった。

- ⑧ 結局、「八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」の検証に用いた流出計算技法は、分科会も自認するように、その有効性が世界的にも未確認の手法であり（甲B第147号証分科会「回答」16頁、甲B第162号証「公開説明（質疑）」9頁）、しかも、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（甲B第163号証議事録16頁の立川委員の解説。甲B第166号証「表3」）との致命的な欠陥を持つ計算技法なのである。が、こうした計算手法に基づいて行われた計算結果、しかも実績流量に大きく反した計算結果だけが残ったということに終わったのである。

#### **第4 あり得ない国土交通省の新氾濫報告（甲B第158号証）—大熊意見書（甲B第161号証の1）から**

##### **はじめに—問題の所在と原判決の不当性**

- (1) 原判決は、カスリーン台風洪水での上流部での氾濫の有無については言及がないから、氾濫が無かったというのか、あったというのかは不明である。しかし、分科会の流出計算・毎秒2万1100 $\text{m}^3$ に対しては、「その検証結果によれば、国土交通省の作成した新モデルが合理性を備えていることが確認され、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」（判決57頁）と判示して、分科会の流出計算は合理的であると認定している。そして、この「第4」で扱う「洪水、山に上る」氾濫計算報告書（甲B第158号証）については何の言及もない。

- (2) この「洪水、山に上る」氾濫計算報告書の存在自体が上流部での大氾濫を否

定する決定的な資料であるのに、原判決はこれを全く無視しているのである。あやふやな答弁を繰り返す有力な容疑者が唯一防御的に提出したアリバイが崩れたに等しい状況であるのに、これを取り上げないのである。カスリーン台風洪水で、ピーク流量が流出計算上、八斗島地点に毎秒2万1100 m<sup>3</sup>以上の洪水が到達するはずであるというのであれば、多めに見ても同地点には毎秒1万7000 m<sup>3</sup>しか達していないのであるから、その差の洪水の行方を突き止めなければ、机上の計算流量が裏付けられないことになる。否、むしろその信頼性は積極的に否定されることになるのが論理の帰結である。だからこそ、国土交通省はリスクを承知しながらも、「洪水、山に上る」氾濫計算報告書を作成したのである。

(3) 分科会は、平成23年9月1日付の「回答」(甲B第147号証)では、この報告書にひと言の言及もなく、同年9月28日の公開説明会において、小池委員長は、「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」(甲B第163号証23頁)とした。そして、分科会は、上記の「回答」では、上流の氾濫に代わる、基準点でのピーク流量を小さくする事情として「大規模氾濫とまではいかなくても、河道域の拡大と河道貯留によって、八斗島地点での実績流量が計算流量より低くなることが示唆された」と解説したのである(甲B第147号証「回答」15頁)。いわば、この解説もあいまい、あやふやなものであったが、ともかくも、実績流量と計算流量の乖離を埋めなければならないという強いこだわりがそこには示されていた。

(4) 分科会苦心の労作であった、この「河道域の拡大と河道貯留」について、原判決は、「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は認められない」(58頁)と判示した。もともと、分科会も、ピーク流量が「計算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ったから、実績流量と計算流量の大きな乖離を埋める理屈として成り立つ余地のな

いものであったのである。そこで、原判決の判示を踏まえれば、実績流量と計算流量との間の大きな乖離は埋まらないことが確定したということになり、分科会の計算流量は事実の点からは裏付けを欠く机上の計算に過ぎないことになった。こうした事情からすれば、むしろ、「洪水、山に上る」という氾濫計算報告書は、計算流量・毎秒2万2000 m<sup>3</sup>の立証手段であることを離れ、逆に八斗島地点毎秒2万1100～2万2000 m<sup>3</sup>という計算結果を打ち倒す大砲になったということになる。計算流量の約20%もの洪水が行方不明というのでは、常識的に考えて、国土交通省や日本学術会議のカスリーン台風洪水のピーク流量が検証されたなどは評価をすることは許されないはずである。この状態で、冒頭に挙げたように、「その検証結果によれば、国土交通省の作成した新モデルが合理性を備えていることが確認され、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」（判決57頁）などとの結論が導かれる道理はない。

- (5) これまでに概観した利根川水系の八斗島地点・毎秒2万2000 m<sup>3</sup>計画は、小田急電鉄高架化工事差止訴訟の最高裁判決が司法審査基準として示した、「事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らして著しく妥当性を欠くものと認められる場合」には裁量権の逸脱濫用となるとしているが、正に、その典型例というべきものである。
- (6) 仮に、カスリーン台風洪水での洪水の収支の不整合を企業会計に譬えてみよう。企業の貸借対照表に基づいて作成された財産目録で資産の合計額が2億2000万円であったと表示されていたとしよう。しかし、不動産や債権や貸付金等の資産の合計額が1億7000万円しかなかったとしたら、不正経理としてその決算は通らないことは確実である。このままなら株主総会で追及される。監査役が見て見ぬふりをして監査の印を押したのなら取締役ら経営陣と同

罪になる。株主代表訴訟になって、裁判所も見て見ぬふりをして役員の責任を免責したならば、訴訟制度は崩壊の危機に瀕することになる。本件のこれまでの推移はこの図に等しい。

計算流量と実績流量との大きな乖離の説明がなし得ない事実は、この「洪水、山に上る」氾濫計算報告書（甲B第158号証）に、最も見事に鮮やかに描かれているのである。

(7) 大熊意見書（甲B第161号証の1）では、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 $21100\text{ m}^3/\text{秒}$ 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 $17000\text{ m}^3/\text{秒}$ 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 $17000\text{ m}^3/\text{秒}$ との乖離を説明しうるものではなく、 $21100\text{ m}^3/\text{秒}$ は過大に推算されていると言える。」（6頁）としている。そして、同教授は、国土交通省が日本学術会議へ提出した氾濫計算報告書（甲B第158号証）に対しては、「八斗島上流における氾濫量は大目に見てもせいぜい $1000\text{ 万 m}^3$ を超えない」（5頁）と、氾濫の不存在を、事実を以て指摘されている。

以下には、これらの最上の資料を参照しながら、八斗島地点最大流量・毎秒 $21100\text{ m}^3$ の検証の不在を明らかにする。

## 1 国土交通省の新氾濫図の作成と杜撰な作業

### (1) 「新氾濫図」の作成手続

国土交通省は、第9回分科会において補足資料4として「昭和22年9月洪水の氾濫量の推定について」（甲B第158号証）と題する報告書を提出した。

この報告書は、群馬県発行の「昭和22年9月大水害の實相」の氾濫図（図2）と、「カスリーン台風の研究」（昭和24年 群馬県）に記録されている浸水深（表1）を基礎データにして氾濫量を推計したとするものである。しかし、「昭和22年9月大水害の實相」の氾濫図はフリーハンドの見取り図的な

ものであることから、これを地形図に対応させて氾濫区域を特定するのは困難であったとのことであるが、ともかく、国土交通省の「昭和22年9月洪水の氾濫量の推定について」と題する報告書（以下、「氾濫計算報告書」という）では、同報告書の「表2」として、12の市町村単位で浸水深と浸水面積、そして氾濫量を表示し、その氾濫状況を「図4」の「氾濫図」（以下、「新氾濫図」という）として示している。しかし、この補正作業が極めて杜撰であり、後述のように、高い台地や山腹の斜面にまで洪水が上る図となっているのである。

(2) 氾濫量は3900万～7700万 $\text{m}^3$

しかしともかく、国土交通省は、氾濫面積51平方キロメートル、浸水深は1～3メートルとし、上述の作業によって二つの推定結果を報告している。推定1では、3900万～7700万 $\text{m}^3$ の氾濫があったとし、推定2では、6000万 $\text{m}^3$ とした。推定1では、国土交通省がこの作業で得た氾濫図（新氾濫図）により、各市町村の氾濫面積を算定し、それに各市町村の最大浸水深を乗じた合計値が7700万 $\text{m}^3$ であり、土地の傾斜を考えるとその水深を半分程度と扱うことが妥当と考えられるので、これを2分の1とすると3900万 $\text{m}^3$ となるという手法による推計である。推定2の手法は、各市町村における平均地盤高を出し、そこに浸水深を乗じて氾濫量を推計するとするもので、これによる推計値を6000万 $\text{m}^3$ とするものである。いずれの推計方法も手法自体が極めてラフなものである。

国土交通省が算定した市町村単位の氾濫量は次のとおりである。

「表 2」

市町村名	①深(m)	②浸水面積(m <sup>2</sup> )	①×②= 氾濫量
瀧川村	2.0	3,597,615	7,195,230
京ヶ島村	2.0	3,072,930	6,145,859
上陽村	1.0	13,173	13,173
玉度町	1.0	7,499,195	7,499,195
芝根村	3.0	4,743,396	14,230,189
八幡村	1.5	7,291,900	10,937,850
高崎市	1.5	8,326,951	12,490,427
美土里村	0.8	3,739,608	2,991,686
小野村	0.8	3,113,398	2,490,718
入野村	2.0	3,624,456	7,248,911
名和村	1.0	4,980,167	4,980,167
宮郷村	0.5	1,143,016	571,508
合計			76,794,914

### (3) 杜撰な推計値

いずれの推計手法においても、現場での住民からの聞き取りや市町村の地誌などに基づく現場調査は一切行わないというやり方であり、「昭和22年大洪水の実相」の見取り図的、概念図的な氾濫図に頼るだけで現実の地形等を見捨てて地形図に引き写したものである。正に紙上の計算であったのである。推計の精度が極めて低いことは誰の目にも明らかであった。特に、「推定2」の手法は、論ずるに値しない推計手法である。

## 2 大熊新潟大学名誉教授による意見書の作成

(1) 原告弁護団は、「利根川治水の変遷と水害」の著作者であり、本訴訟の第一審で証人としても出廷をされた大熊教授に、この国土交通省の氾濫計算報告書への見解と意見を求めところ、同教授は、平成23年9月、「意見書」(甲B第161号証の1)を作成していただいた。同意見書では、「分科会が求めたピーク流量21,000 m<sup>3</sup>/秒が、実際に流れたとする約17,000 m<sup>3</sup>/秒に低下するためには、比例計算で八斗島上流で約8700万m<sup>3</sup>の氾濫が必要となる。」(同

2頁)と、学術会議の作業にも厳しく批判の目を向けられた。

そして、国交省の氾濫計算報告書に対しては、こうした氾濫はあり得ないか、あるいは村内のごく一部での氾濫を村全域に浸水があったとの想定で氾濫計算を行っているとして厳しく批判されている。

(2) 大熊教授は、意見書において、国土交通省の氾濫計算報告書(甲B第158号証)は、国土交通省が、八斗島地点の計算ピーク流量を毎秒2万7000<sup>3</sup>m<sup>3</sup>に設定する目的で昭和45年に作成した大氾濫図の氾濫域を超えるものとなっているとして、厳しい批判の目を向けられている。この大熊教授の指摘は、日本学術会議でも事実上、受け入れられているものである。

ア 大熊意見書(甲B第161号証の1)では、国土交通省の氾濫計算報告書の新氾濫図(同報告書では「図4」)が描く氾濫域を明らかにし、この氾濫図の精度をチェックするために、同図と国土交通省が昭和45年に作成した「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」(利根川ダム統管理事務所、昭和45年4月)に搭載されている氾濫図(図9)とを、地形図に重ね合わせる作業を行った(前者を青色、後者を赤色で表示)。そして、大熊意見書においては、「図7 第9回分科会補足資料の氾濫図と昭和45年作成の氾濫図を地形図に転写した図」として掲示している。これを次に掲げる。

イ ここで、昭和45年当時刊行された「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」(以下、「カスリーン台風の実態と解析」と略称する)に搭載されている氾濫図とは何か、であるが、この「カスリーン台風の実態と解析」という刊行物は、当時の建設省が、カスリーン台風のピーク流量は毎秒1万7000<sup>3</sup>m<sup>3</sup>ではなく、毎秒2万6900<sup>3</sup>m<sup>3</sup>だと、ピーク流量の見直しを提唱する動きがあり、そうした中で、発刊されたものである。そこで、実績流量を毎秒1万<sup>3</sup>m<sup>3</sup>近くも超える氾濫量を説明する意図の下に作成されたものである。

ウ 大熊教授は、大熊意見書において、この度の国土交通省の氾濫計算報告書の氾濫想定区域を青色に、昭和45年の建設省時代の氾濫区域を赤色に塗り、対照させた。そして、氾濫区域としての判定に明らかな問題がある地域にアルファベットを付し、その問題点を指摘したのである。つまり、昭和45年当時は、ピーク流量は毎秒2万7000 m<sup>3</sup>に及ぶとの前提で、上流域の氾濫図を描いたのであるから、現在の想定よりも一層大きな氾濫域を思い描いていたことは言うまでもないことだが、この度の国土交通省の氾濫計算報告書では、それをさらに上回る氾濫域が描かれているというのである。次の図で、「赤色」の部分と「青色」の部分を対比しただけでも、この度の国土交通省の「青色による氾濫の認定」が、如何にあり得ない事実であることを示している。「青色」が、「赤色」を大きく上回っていることが明白である。

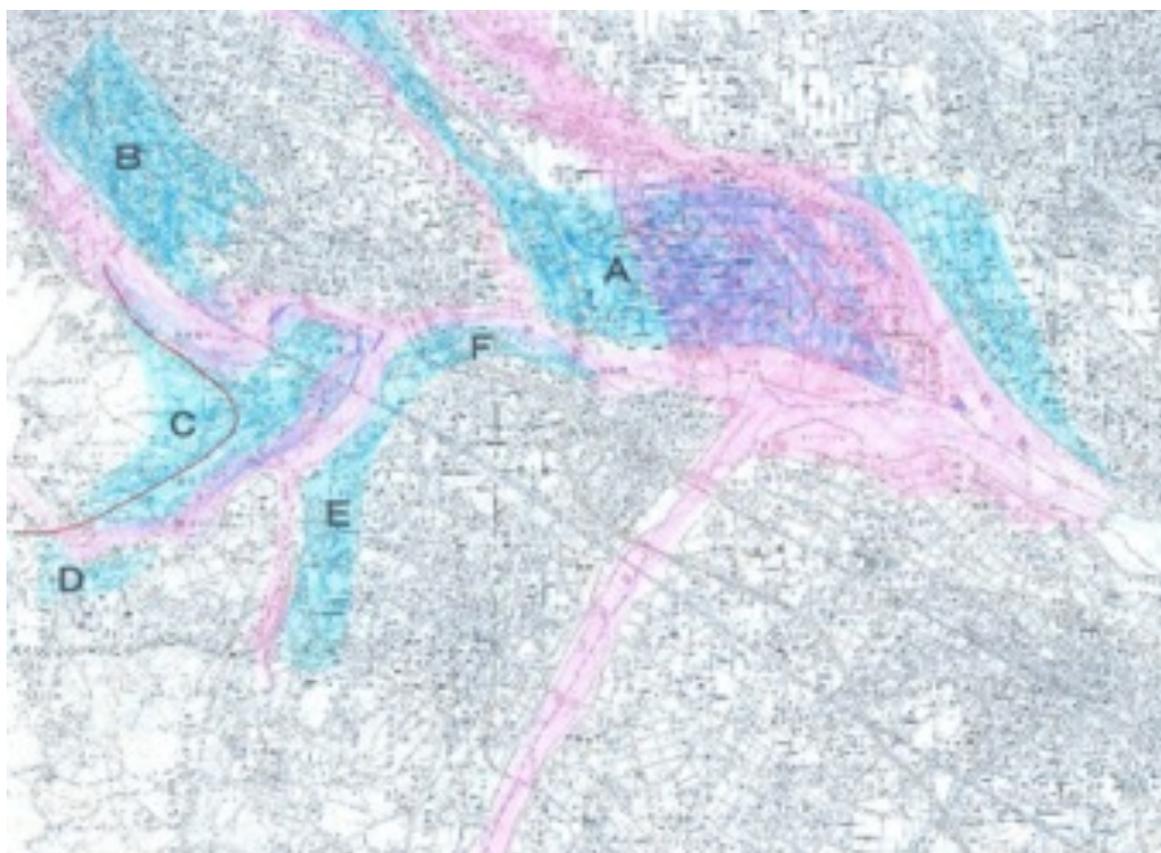


図7 第9回分科会補足資料の氾濫図と昭和45年作成の氾濫図を地形図に転写した図

青色：第9回分科会補足資料氾濫図

赤色：「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」（昭和45年）における氾濫図

- (3) 以下には、大熊意見書に基づいて、国交省の氾濫計算報告書の氾濫の主張を批判するものであるが、国交省の氾濫計算報告書においても、氾濫域は大きく分けて利根川本川と烏川流域とに分かれるので、両流域に分けて批判を行うこととする。

### 3 利根川本川・上福島からの氾濫—観測点下流とピーク形成後の氾濫は影響なし

- (1) 国交省の氾濫計算報告書では、玉村町と芝根村で合計2,172万 $\text{m}^3$ の氾濫があったとしている（前出「表2」参照）。これは、全氾濫流量の30%弱に当たる。玉村町と芝根村は、利根川と烏川の合流点に位置し、利根川本川の右岸に位置する。上記の大熊意見書の「図7」では「A」地区に当たる地域である。この地域に、このような大氾濫があったとは認められない。しかし、利根川本川右岸の上福島橋の上下流での小破堤により、より低い烏川へ向けて一定の氾濫があったことは事実である。しかし、この氾濫は八斗島地点でのピーク流量の算定には影響がないものとされている。

- (2) 大熊意見書は、八斗島地点での実績流量とされている毎秒1万7000 $\text{m}^3$ は、同地点で計測されたものではなく（洪水時、量水標は流失）、利根川本川、烏川、鐺川での八斗島上流直近の観測所での3つの流量を合計したものであるから、本川上福島から下流での氾濫はピーク流量の計算に関係がないと解説されている。次のようである。

「カスリーン台風当時は八斗島地点の量水標が流失したため、上流3地点の観測所から八斗島地点の流量が推測されている。すなわち、八斗島地点は、利根川本川、烏川、神流川の3河川の合流点に位置することから、利根川（観測所：上福島地点）、烏川（観測所：岩鼻地点）、神流川（観測所：若泉地点）の3カ所における実測値をもとに、各観測所から八斗島地点までの流下時間を考慮して3河川の合流量を算定し、合流量が最大になる流量が八斗島地点の最大流量として求められている。その値が、実績流量とされている 17,000 m<sup>3</sup>/秒である（建設省「利根川改修計画資料」（1957年））。したがって、利根川の上福島から下流の八斗島までの氾濫量は、八斗島地点の洪水ピーク流量に影響を与えるものとはならない。」（5頁）

以上のように、利根川本川右岸の、上福島の観測所の下流での氾濫は、ピーク流量に関係のない流量であるから、この氾濫は問題にならないとしているのである。

(3) しかし、大熊意見書では、上福島の観測所の上流でも小氾濫があったとしている。これについては、「利根川の上福島橋の上下流で小規模な堤防が2箇所破堤し、玉村町、芝根村が氾濫被害を受けているが、この上福島橋上流の破堤はピーク流量が通り過ぎたあとの20時頃であり、ここでの氾濫量も考慮する必要がない。」（5頁）とされている。

(4) 以上のように、大熊意見書においては、利根川本川右岸の上福島付近での小破堤により洪水は低地の烏川方向へ流れ下った事実は認められるとしたが、浸水量については、「玉村町から芝根村にかけての実際の氾濫は、……水深が3mに達するのは、烏川沿いの一部の地域であり、ほとんどが床下浸水程度である。さらに、…玉村町のほとんどが浸水したことになっているが、図6では玉村町の半分以下しか浸水していない。」（3頁）と現地調査や資料調査に基づく所見を示されている。このように国土交通省の氾濫計算報告書が持ち出している利根川本川右岸からの烏川へ向かう氾濫流は、いずれも八斗島地点のピーク

ク流量に影響を与える氾濫流ではないと断定しているのである。この解説は十分に真実性が認められることは言うまでもない。

#### 4 烏川筋での氾濫について

##### (1) 氾濫計算報告書の概要

氾濫計算報告書では、烏川筋の氾濫としては、烏川本川左岸の聖石橋下流部での高崎市内への氾濫、下って、鐮川との合流点付近右岸（旧八幡村）での氾濫と鐮川中流部（旧入野村）での氾濫、鐮川右岸（旧美土里村。旧小野村）での氾濫などを取り上げている。

##### (2) 地形等から見てあり得ない大氾濫

###### ① 烏川左岸の高崎市の台地への氾濫について

大熊意見書は次のように指摘している（「図7」は、大熊意見書での番号である）。「図7では地域烏川左岸の高崎市内（図中Bの地域）が大きく氾濫したことになっている。しかし、ここは高台となっており、烏川の氾濫はありえないところである。このことは、現地の住民に聞き込み、昭和22年当時まったく氾濫がなかったことを確認した。」（甲B第161号証の14頁）

若干補足する。聖石橋下流の左岸（東岸）は、現在は堤防を兼ねた国道17号線が走っていて、さらにその東側にはごく一部旧河川敷部分が市街化している地区があるが、そこから東側は高崎駅周辺に続く台地が広がっている。そして、聖石橋左岸上流では、旧河川敷部分もなく直接台地が形成されている。そして、聖石橋の東側の市街地の標高は現地地形図で「94m」とされており、その近傍の烏川本川の高水敷の標高は「84m」程度である。従って、カスリーン台風時でもここまで洪水が上がるわけではない。

###### ② 八幡村での氾濫

大熊意見書では、「八幡村では、図7に見られるように、山間部まで氾濫

したことになっている（図中Cの地域）。「大水害の実相」の氾濫図（図2）では、見取り図的であるが、上信電鉄の軌道（図中C地域の赤線）を境として西側は氾濫していないことが明記されているが、図3にはそのことがまったく反映されていない。「大水害の実相」の氾濫図に基づいて作成したといながら、これでは氾濫図を捏造したことになる。」（前同4頁）と、厳しく批判されている。

上信電鉄の軌道の西側は丘陵となっているが、国土交通省の氾濫図では、ここまで浸水したことになる。洪水が山に登っているのである。目を見開いて地図を見れば誰もこの可笑しさは感ずるはずである。

### ③ 入野村での氾濫

大熊意見書では、「入野村では、石神など河岸段丘（図中Dの地域）の上まで氾濫したことになる。この辺では、鐮川沿いの中島付近しか浸水していない。」（前同）としている。昭和45年の氾濫図では、入野村の氾濫は川筋だけとなっており、実質ゼロに近い。

## （3）氾濫実績のない地域への氾濫

### ① 美土里村

大熊意見書では、「美土里村でも、上大塚・中大塚・下大塚、本動堂（図中Eの地域）が浸水したことになるが、鮎川沿いの水田が浸水した程度である。」（前同）としている。美土里村は、鐮川の支川・鮎川の右岸であるが、この地区も、昭和45年の氾濫図では氾濫域とはなっていない。

### ② 小野村

大熊意見書では、「小野村にしても、中島（図中Fの地域）が浸水したことになるが、ここは被害がなく、鐮川沿いが内水氾濫を受けた程度である。これらのことは、現地で地元住民などに聞き込み確認した。」（前同）としている。小野村は、烏川と鐮川の合流点にあるが、大熊意見書では内水氾濫を受けた程度としているが、この地区も、昭和45年の氾濫図では氾濫

区域に入っていない。

## 5 国土交通省の氾濫計算報告書の「表2」の氾濫域は68%減となる

- (1) 昭和45年の「カスリーン台風の実態と解析」の氾濫図も、基本高水のピーク流量を毎秒2万7000m<sup>3</sup>を正当化するための作図であったものであるから、河道外氾濫を最大限大きめに想定したであろうことは確実な作品であったが、氾濫計算報告書の氾濫域はこれを大幅に超えるものとなっている。このことから見ても、同報告書の精度が論評に値するものでないことは明らかであり、国交省の氾濫計算報告書が主張する大氾濫はあり得ない事実である。
- (2) そして、既述の「3」と「4」で点検した結果に基づいて、国土交通省の氾濫計算報告書の「表2」にある各市町村における氾濫量から、ピーク流量の算定に関係のない氾濫（利根川本川の上福島の破堤）と、そもそも地形などから氾濫自体が認められない地域等の氾濫量を減ずると、およそ70%の氾濫が消去されることになる。即ち、利根川・烏川合流点付近での利根川本川からの氾濫量（玉村・芝根）で29%（大熊意見書のA地区）、高崎市の台地分（同B地区）で16%、入野村（同D地区）で9%、美土里村（同E地区）で4%、小野村（同F地区）で3%となる。以上は氾濫計算報告書の「表2」の上記関係市町村の全域が氾濫域に入らない計算をしたが、八幡村では、それを半分と計算して7%とした。
- (3) これらの全体の合計は、氾濫計算報告書の「表2」の氾濫量の68%となる。こうしてみると過半が非浸水区域かピーク流量に影響のない氾濫だということになる。そこで、国土交通省の氾濫計算報告書の氾濫域では、現状で残るのは32%だけということになる。その32%の氾濫量は、2437万m<sup>3</sup>となるが、これを氾濫計算報告書にならって半減させると、氾濫量は1219万m<sup>3</sup>となる。

## 6 洪水が山に上った現場の状況

原告・控訴人らは、国土交通省の氾濫計算報告書（甲B第158号証）の氾濫図を現場に追って確認してきた。その調査域は、烏川の聖石橋下流左岸の高崎市役所が建つ台地と、その下流部右岸の上信鉄道の西側の標高200mの丘陵地帯である。まさに、「洪水、山に上る」という氾濫計算報告書（甲B第158号証）であった。2万5千分の1地図と、現場の写真でその状況を示す。

### (1) 高崎台地—烏川聖石橋下流左岸氾濫

この地図では、地図上で「標高」が示されている地点を四角で囲んだ。そして、数字は判読が難しいので、太字で記述した。そして、下の「写真1」地図に示した烏川に並行して南下する崖線の一部を撮影したものである。この崖線は、国土地理院の2万5千分の1の地図にも表示されている。国土交通省の報告書（甲B第158号証）では、この崖上まで氾濫したことになっている。この崖上は台地となっており、その台地にはJR・高崎駅があり、また高崎市役所がそびえ立っている。この台地への氾濫は、およそあり得ない事態であり、この報告書がいかにか杜撰なものであるか、また、国土交通省が、如何に大氾濫に拘っているかを示すものである。





写真1（聖石橋下流左岸 高崎市下和田町）

（2）旧・八幡村近辺の丘陵地帯—烏川右岸

この地図でも、地図上の「標高」を四角で囲んだ。そして、近くにその標高を示した。一本松橋の辺りを南ないし西側へ上信電鉄を超えると、そこは標高90mを超えることになる。一本松橋の辺りの高水敷の標高は70m強と見られるから、洪水が上信電鉄鉄道を越えるはずはない。しかし、国土交通省の報告書（甲B第158号証）によると、洪水はそこからさらに西側へと丘陵の斜面を上ったということになる。まさに「洪水山に上る」であり、ありえない事態である。下の「写真2」は、一本松橋から南西方向へ向けて上信電鉄を超えて上記の丘陵を撮影したものである。そして、次の「写真3」は「山名八幡宮」は、地図上にその位置を示した。

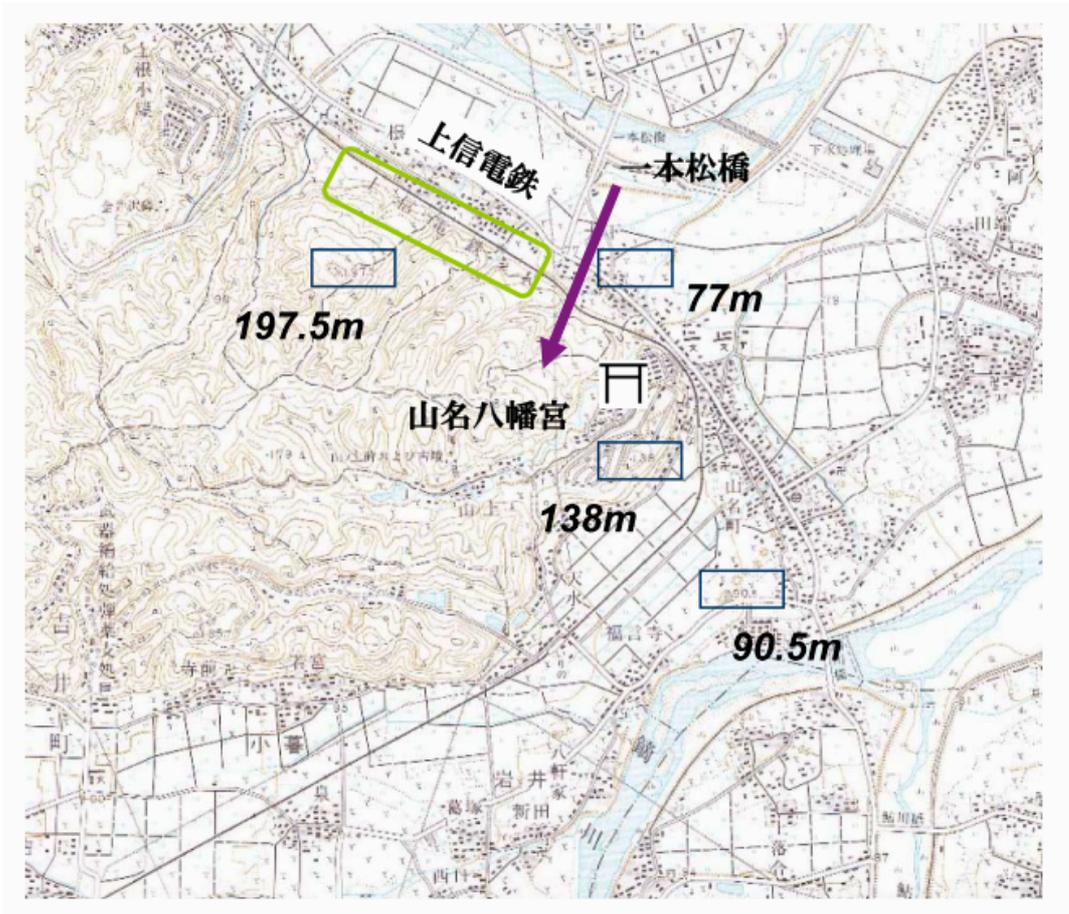


写真2（高崎市下佐野町・一本松橋）

地図上の矢印報告に丘陵地帯を見上げたもの。



写真3（高崎市山名町・山名八幡宮）

## 7 何らの検証も行われていないカスリーン洪水の毎秒1万7000m<sup>3</sup>

- (1) カスリーン台風時の公称ピーク流量は毎秒1万7000m<sup>3</sup>とされているが、この流量が八斗島上流3観測所の単純な合流量であることや、この流量値が、昭和24年の利根川改修改訂計画の改修目標値であることは、国土交通省が誰よりも承知していることである。従って、実績の流量値であるはずはないのである。それ故、国交省はこれについて検証などできない。やれば、たちどころに実績流量ではないことが明らかになるからである。
- (2) では、日本学術会議ではこれを検証したのかといえ、これもなされていない。このことは、学術会議の平成23年9月28日の公開説明会で明らかになった。小池委員長は、この公開説明会において、「この実績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、これはこういう推定したということを経済交通省から報告を受け、それを承認したのみでございます」（甲B第163号証 議事録24頁）と答弁している。

そして、当然のことながら、「氾濫を含む流域全体の計算は行っておりません。」（同議事録17頁 田中丸委員の説明）ということである。

## 8 大熊意見書による八斗島上流での氾濫量の推定

- (1) 大熊意見書では、次のように結論している。即ち、「カスリーン台風時の八斗島地点の最大実績流量は、15000 m<sup>3</sup>/秒の方が信頼性が高い。17000 m<sup>3</sup>/秒は、昭和24年利根川改修計画で採用された、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21100 m<sup>3</sup>/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 m<sup>3</sup>/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 m<sup>3</sup>/秒との乖離を説明しうるものではなく、21100 m<sup>3</sup>/秒は過大に推算されていると言える。」（6頁）としている。
- (2) この大熊教授の推定は、利根川治水の歴史的な変遷について研究を重ねた河川工学の専門家が利根川沿川を詳細に実地調査し、氾濫域を究明した結果の判断として十分な信用性があることは言うまでもないところであるが、洪水のピーク流量の判定についても、次に述べるようにカスリーン台風後の学者、専門家の論考でも、上流域の氾濫は問題とならず、ピーク流量は毎秒1万5000 m<sup>3</sup>とする見解が主流であったのである。

## 第5 この章の総括—国の行政のこれだけの恣意、放漫、自墮落を許してはならない

- 1 現在、利根川の基本高水（カスリーン台風洪水のピーク流量）の算定において、国土交通省の計算では毎秒2万2000 m<sup>3</sup>、日本学術会議・分科会の計算では毎秒2万1100 m<sup>3</sup>とされており、それに対して、同台風洪水の実績流量は毎秒1万7000 m<sup>3</sup>にとどまり、そこに毎秒4000～5000 m<sup>3</sup>の乖離が生じていることは、争いのない事実となっている。そして、その乖離が生まれる理由として

主張された国土交通省の上流の大氾濫説は分科会によって否定され、分科会の「河道域の拡大と河道貯留」は、原判決によって「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）と判示され、乖離の理由としては無効となった。そこで、この大きな乖離は埋められていない。それ故、国土交通省の計算結果も、分科会の計算結果も、事実面からは何の裏づけもないままに置かれている。基本高水という治水計画の根幹がこのように危うい状態となっているのである。しかし、このことは昭和55年に、カスリーン台風洪水での氾濫戻しを理由に基本高水のピーク流量を毎秒2万2000 $\text{m}^3$ と設定した時から運命づけられていたものなのである。この経過を振り返れば明らかである。

- 2 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流量は全く問題になっていなかったが、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 $\text{m}^3$ に及ぶとのキャンペーンを張り出した（甲B第161号証の1 大熊意見書4頁）。そして、「利根川百年史」においても、同台風時の上流域での氾濫量は2億 $\text{m}^3$ に及ぶとの所見も掲載されている（甲B第168号証1166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 $\text{m}^3$ と変更したのである。今日の状況、即ち、カスリーン台風洪水の実績流量と計算流量との乖離の説明がなしえないこの混迷は、ありもしない上流部の大氾濫という虚構の種を蒔いたこの昭和55年の毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 誕生に起因するものなのである。

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、利根川中流部（八斗島地点下流部）には毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 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。こうした洪水の危険が現在化しているというのなら、国民へのそうした事実の広報も必要となる。関東地方整備局のHPの広報は、カスリーン台風が再来した場合には首都圏に33兆円以上の水害が発生すると広報している（甲B第82号証）。しかし、一方、上記のような経緯もあってのことか、国土交通省（建設省時代を含む）の基礎的な刊行物である利根川工事实施基本計画とか利根川水系整備基本方針といったような刊行物には、上記のHPの広報のような解説はなされたことはない。こうした場面にも、建設省・国土交通省の利根川治水における「カスリーン台風洪水の氾濫戻し」の虚構と扱いの混乱が見てとれる。その後もこの問題が常に尾を引くことになるのである。

4 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 $\text{m}^3$ と定めた理由として、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、洪水が河道に入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る。

しかし、カスリーン台風が再来しても、現況河川施設の下では、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2万2000m<sup>3</sup>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2万2000m<sup>3</sup>と定めた。」と、まず、計画降雨で八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>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、その理由を180度ほども改めた。カスリーン洪水が計画対象洪水ではなく、毎秒2万2000m<sup>3</sup>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。

しかし、「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。」と言いながら、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）に表示されていた「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」計画は、利根川本川や烏川における堤防高を1～5mも嵩上げすることが前提となっていたから、こうした河川改修計画は予定されているものではなく、この基本高水自体が「計算上の仮設計」（甲B第115号証ほか）であって、治水計画などと言えるものではなかったのである。

5 こうした状況の中で、政権が民主党に変わると、形ばかりにせよ、利根川水系の基本高水の見直し作業が始まり、日本学術会議の手によって検証が行われたが、検証作業の結論は、「国土交通省の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年の既往最大洪水流量の推定値は、21,100m<sup>3</sup>/S……が妥当であると判断する。」（甲B第147号証「回答」20頁）となっており、作業の中心と「回答」の結論は、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。利根川の基本高水の検証を行うとすれば、既往最大洪

水のカスリーン台風洪水を対象洪水として、その再現計算から始めるのは当然のことであって、これを抜きに検証作業が行えるわけではないのである。

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、「洪水、山に上る」という氾濫計算報告書（甲B第158号証）を作成するに至るのである。

このように、利根川水系の基本高水毎秒2万2000 m<sup>3</sup>の検証は、カスリーン台風洪水の実態、規模を見極めることが基本となっているのである。

- 6 以上に述べたところから明らかなように、利根川の基本高水の検証において、既往最大洪水のカスリーン台風洪水の再現検証は必須の作業なのであり、これを抜きにして利根川の基本高水のピーク流量の策定はあり得ないのである。このことはいつの時点でも、いつの時代でも同じことなのである。それ故にこそ、建設省は、昭和55年12月の河川審議会で、基本高水のピーク流量を改定する審議において、嘘でもカスリーン台風の氾濫戻しを行った結果であると説明したのであるし、分科会の検証作業においても、同台風洪水の再現計算が主題であったのである。そうであるところ、分科会は、国土交通省の氾濫説を否定し、原判決においては、分科会の「回答」には、「河道域の拡大と河道貯留は示唆されるとの記述があることは認められるが、確定的に説明したものと認められない」旨の判示をしたのである。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、「回答」の記述自体でも、この乖離を説明できたとは言明してはいない。分科会の学者集団が常識的な判断ができる人たちであったなら、「洪水、山に上る」という報告書が提出された段階で、八斗島地点毎秒2万2000 m<sup>3</sup>計画の破綻を宣言し、独立性の高い学術機関の作業は終了したはずなのである。

このことはさておくとして、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が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

水現象と相反した計算結果を示しただけのものであり、実態の解明という検証には不成功であったということになる。卑近な例で、多くの住民が体感や被害状況から「震度4～5」とする地震で、学者が計算では「震度5～6」と判定がなされたとしたならば、この乖離の説明がなされなければ、検証作業は終わらないのではないか。そして、その説明が不成功に終われば、その検証も不成功の烙印が押される。日本学術会議の利根川水系の基本高水の検証作業は不成功に終わったのである。

7 繰り返すが、利根川水系の戦後の治水計画は、既往最大洪水のカスリーン台風洪水を計画対象洪水として、その実像を探りながら計画を策定し見直しを行ってきたのである。それ故、八斗島地点毎秒2万2000 m<sup>3</sup>が相当で合理的であるとするならば、少なくとも、昭和22年の実績の毎秒1万7000 m<sup>3</sup>を超える分の洪水流量の説明が必要となるのである。しかし、この「まとめ」の冒頭に述べたように、国土交通省の大氾濫説は分科会で否定され、分科会の「河道域の拡大と河道貯留」は、原判決で乖離の説明としては無効となったのであるから、八斗島地点毎秒2万2000 m<sup>3</sup>の論拠は消失しているのである。この事実を前にすれば、どう考えても、八斗島地点毎秒2万2000 m<sup>3</sup>が生き残る余地はないはずである。独立性を有する学者も独立性を有しない学者も、確認された事実には忠実であるべきである。まして司法府に在る者は言うまでもないことである。

8 では、何故分科会で「毎秒2万1100 m<sup>3</sup>」という値が算出されるのか。

洪水の流出計算は、観測流量などの実績値のないケースでは、良心を棚に上げて計算に臨めば、どのような計算値も出せるのである。それは、分科会の新モデルを用いても、利根川上流域の流出状況を示すパラメーターの選択で、分科会とは20%も異なる計算値が出てくるのである。分科会の計算値と関准教授のそれとを比較すれば明らかである。今、その真値を問うことはしないが、計算は何通りの答えが出るのだが、その信頼性は事実との照合で問うほかはない。

分科会の「回答」でも、そこに集結した諸学者にも自身の「回答」に迷いを感

じているのではないかと思わせる記述の一説がある。本来、分科会の使命は、集められた資料と情報によってカスリーン台風洪水の実像を、主として流出計算をもって再現することであり、行政が策定した基本高水の策定手順や計算結果に誤りがないか、誤りがないとなれば、行政の計算結果を信任して作業は終わることになるはずである。しかし、分科会は、「回答」の末尾に、「附帯意見」として、「既往最大洪水流量の推定値、およびそれに近い値となる200年超過確率洪水流量の推定値と、実際に流れたとされる流量の推定値に大きな差があることを改めて確認したことを受けて、これらの推定値を現実の河川計画、管理の上でどのように用いるか、慎重な検討を要する。」と付記したのである（甲B第147号証21頁）。これが様々な憶測を呼ぶことになった。

分科会の検証によって、毎秒2万1100 $\text{m}^3$ という値が、カスリーン台風洪水の再現計算として流出計算上、半ば自動的に算出されたものであれば、既往最大洪水に対処して安全を図るとの治水行政に対して非難や批判が起こらざるはずはない。むしろ、その実行は督励されるべきものとなる。そうであるのに、分科会は、「慎重な検討を要する」と付記したのである。

この付記は、見方によっては、学者集団は、自己の検証作業に事実だけに基づかない他事考慮の配慮がなされて「八斗島地点毎秒2万1100 $\text{m}^3$ 」との回答を行ったのではないか、そう理解した人々が少なくなかったのである。

以上の指摘はさておくとしても、洪水の流出計算においては、同じ計算手法の下においても、流域の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。こうした試算値に信頼性があるのか否かは、計算対象の事象との照合によって決せられなければならない。しかし、原判決の判示が示す状況を含めて考えると、国土交通省と分科会が行ったカスリーン台風洪水の実態面からの裏付けは、両者全く存在せず、むしろ反対に、昭和22年9月の八斗島地点での流出状況とは大きく齟齬する結果となっているのである。

分科会の諸学者も、国土交通省も、この事実を正視するべきである。そうすれ

ば、「八斗島地点毎秒2万1100m<sup>3</sup>」が成立する余地がないことの理解に到達するはずである。

9 最後に、もう一度整理をすることにしよう。

国土交通省は、昭和55年12月の工事实施基本計画で、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>と改訂するについて、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が、本件訴訟においては、平成18年9月の「回答」（甲第20号証）では、その説明を維持した。しかし、その後2年もすると、それを事実上撤回し、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、馬淵国土交通大臣の「2200トンありき」の検証発言を経て日本学術会議での基本高水の検証がはじまると、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説明を翻し、「洪水、山に上る」氾濫報告書を分科会へ提出した。結局、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状況を検討した上での将来の計画値であると言ったり、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、矛盾する説明が繰り返された。このことは、昭和55年12月のピーク流量毎秒5000m<sup>3</sup>の積み増しの理由が検証された客観的な事実に基づいていないことを示している。そして、さいたま地裁へ提出された調査嘱託への「回答」（甲B第57号証の4）として示された、流域の飽和雨量を一律に「48mm」と設定し利根川本川と烏川上流部での堤防の1～5mにも及ぶ堤防嵩上げを条件として流出計算がなされている「八斗島地点毎秒2万2000m<sup>3</sup>」は、計算上の仮設計としてなされた結果であることも判明した。利根川の基本高水の流出計算の基本、根本が計算上の仮設計に基づく流出計算であったのである。そうであるから、分科会も検討の対象にすらしなかった。

そしてさらに、カスリーン台風洪水の八斗島地点の実績流量と計算流量との間の毎秒4000～5000 $\text{m}^3$ に及ぶ大きな乖離については、国土交通省が分科会へ提出した「洪水、山に上る」氾濫計算報告書は分科会からは「氾濫の議論は不可能」と却下され、そして、分科会がその代案として考案した「河道域の拡大と河道貯留」については、原判決は、分科会は、確定的に「河道域の拡大と河道貯留」で説明をしているわけではないと、乖離の説明として有効なものとは認めなかった。これで乖離を説明する妙案はこの世には存在しなくなった。結局、昭和22年の利根川での既往最大洪水の実績流量とその後の昭和55年以降の計算流量との乖離は埋められないことが確定した。

利根川の基本高水・毎秒2万2000 $\text{m}^3$ の策定理由について、同一省内から相盾する理由が提出されること自体、改定理由の真実性、信頼性を失わせるが、その実質においても、「八斗島地点毎秒2万2000 $\text{m}^3$ 」の流出計算は計算上の仮設計であったのであるから、利根川の毎秒2万2000 $\text{m}^3$ という基本計画は、実質不存在というべきものである。こうした混乱を起こしている国土交通省の省内の状況について、分科会は、「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」と報告している（「回答」1頁）。正に、国土交通省は行政庁の体を成していないと言って過言ではないだろう。

最終的な問題は、当然のことながら、基本高水のピーク流量、八斗島地点毎秒2万1100～2万2000 $\text{m}^3$ の算定ないし判定の信頼性の欠如である。国土交通省の計算でも分科会の計算でも、カスリーン台風洪水の実績流量と基本高水として算定された計算流量は大きく乖離したままに終わっている。この乖離を合理的に説明できる手立ては全くない。事実裏付けられない流出計算、とりわけ、計算上の仮設計として出発した毎秒2万2000 $\text{m}^3$ について、国土交通省は毎秒5000 $\text{m}^3$ の積み増し理由の説明を二転三転させてきたし、何よりもカスリーン台風洪水の実績流量との間に毎秒4000～5000 $\text{m}^3$ という説明不能な乖離

を抱える机上の計算に、どうして信頼が置けるのか。答えを待つまでもなく「否」以外の回答はあり得ない。

司法府もこの事実から目をそらさずに立ち向かって欲しい。国の行政のこれだけの恣意・放漫・自堕落を見過ごし、国の公共事業の負担金に係る住民訴訟において、国土交通大臣の納付通知書が発せられているときには、「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」として、地方公共団体の支出の違法判断に二重基準を設定し、住民側に加重な負担を課するならば、この種の住民訴訟は全く機能しなくなってしまう。後世に汚点を残さないように、裁判所の役割を果たしてもらいたい。そうして本件を原審裁判所に差し戻し、改めて、原告・控訴人・上告人・上告受理申立人等の主張に耳を傾けてほしい。そうすれば、必ず、実績流量と計算流量の乖離、毎秒4000～5000 m<sup>3</sup>を巡る混迷が解決されると信ずる。

**第6章 水道局長の水道事業計画の合理性を認めてダム使用権設定申請の維持が適法とする原判決の判断は、水道法及び地方公営企業法の解釈を誤るものであり、また、最高裁判決が示す裁量審査基準に著しく反するものであるから、原判決は破棄を免れない**

## **第1 結論**

### **1 原判決の内容**

(1) 原判決は、「特ダム法12条は、ダム使用権設定予定者のダム使用権の設定の申請が却下され、又は取り下げられたときは、その者がすでに納付した第7条1項の負担金を還付するものとする旨規定し、ダム使用権設定申請の取下げを特に制約する規定は置いていない。したがって、ダム使用権設定予定者は、ダム使用権の設定の申請を取り下げることにより、建設費負担金の負担義務を免れることができるものといえることができる。そうすると、被控訴人水道局長が、

ダム使用権の設定申請をする行為が合理性を欠く場合には、その建設費負担金の支出について、被控訴人水道局長は、ダム使用権の設定申請を取り下げることによって、その負担義務を免れるよう務めるべき財務会計法規上の義務があると解する余地があるというべきであり、また、ダム使用権の設定申請には上記のような瑕疵がないとしても、その後の事情の変更により、ダム使用権設定予定者たる地位を維持することが、合理性を欠くと認められる場合においても同様であって、被控訴人水道局長は、ダム使用権の設定申請を取り下げることによって、建設費負担金の負担義務を免れるよう務めるべき財務会計法規上の義務を負うと解すべき余地があるということができる。」（原判決29頁）とする。

	東京都水道の 一日最大配水量 万 $\text{m}^3$ /日)
1985年度	590
1986年度	601
1987年度	566
1988年度	558
1989年度	567
1990年度	613
1991年度	596
1992年度	617
1993年度	591
1994年度	590
1995年度	576
1996年度	577
1997年度	560
1998年度	550
1999年度	535
2000年度	520
2001年度	539
2002年度	519
2003年度	506
2004年度	522
2005年度	508
2006年度	505
2007年度	497
2008年度	492
2009年度	495
2010年度	490
2011年度	480
2012年度	469

(2) 原告・控訴人・上告受理申立人らは、これまでに、

- ① 東京都における水需要は、1992年の617万 $\text{m}^3$ /日をピークとして減り続け、2012年度は469万 $\text{m}^3$ /日となり、20年間に148万 $\text{m}^3$ /日も減少していること（右表参照）、
  - ② 今後東京都における水需要が減少から増加に転じるという要素もないこと、
  - ③ 保有水源量は年々増加し、使用実績を踏まえれば、687万 $\text{m}^3$ /日と十分な量が確保されていること、
- を主張・立証した。

これはまさに、「その後の事情の変更により、ダム使用権設定予定者たる地位を維持することが、合理性を欠くと認められる場合」であって、「被控訴人水道局長は、ダム使用権の設定申請を取り下げることによって、建設費負担金の負担義務を免れるよう務めるべき財務会計法規上の義務を負う」。

- (3) ところが、これに対して、原判決は、①の事実は前提としながらも（被告・被控訴人・相手方も水需要の実績は争っていない）、②水需要予測及び③保有水源の評価についての被告・被控訴人・相手方の主張が、「直ちに合理性を欠くものとは認められない」として、申立人の主張を排斥した。

## 2 原判決の誤り

東京都がダム使用権設定申請の取下げをするか否かにつき、一定の裁量権が認められていることは、申立人も争わない。

### (1) 最高裁判例違反

しかしながら、その裁量権は無制限のものであるはずがなく、最高裁判所の判例でも、行政庁の裁量権行使に対する司法審査に関して、裁量権の逸脱・濫用により違法となる場合の審査基準を発展させてきたのである。

それにもかかわらず、原判決は、これら最高裁の審査基準を完全に無視し、かつ、何ら審査基準を示すことなく、ほとんど無制限に行政庁の裁量権行使の合理性を認めた。したがって、原判決には、審査基準に係る最高裁判例違反がある。

### (2) 水道法等の法令の解釈の誤り

そして、水道法及び地方公営企業法を適切に解釈した上で、最高裁判例による審査基準によって東京都の判断を審査すれば、後に述べるように、裁量権を逸脱・濫用する違法なものであることは明らかである。

したがって、原判決には、「最高裁判所の判例と相反する判断があ」り、また、水道法及び地方公営企業法の解釈の誤りがあるから、上告を受理した上で、

相当の裁判がなされるべきである。

### (3) 本章の構成

以下、第2においては、水需要予測及び保有水源評価に関する上告受理申立人の基本的な事実関係の主張、

第3においては、行政庁の裁量権行使に対する司法審査に関する最高裁判例、

第4においては、原判決が、水道局長の判断の審査に際して、水道局長が水道法上の給水義務等のみを考慮し、企業の経済性（地方公営企業法3条）を考慮しなかったことを「直ちに合理性を欠くとはいえない」等と是認した点には、判例違反及び法令（水道法及び地方公営企業法）解釈の違反があり、破棄されるべきであること、

第5においては、第2記載の各事実からすれば、東京都の水需給計画に係るその判断過程においては、水需要予測及び保有水源の評価について、事実に対する評価が明らかに合理性を欠いており、その内容が社会通念に照らして著しく妥当を欠き、裁量権の逸脱・濫用があるにもかかわらず、原判決はこれを否定しており、この判断は、最高裁判決が示す司法審査基準に著しく反するものであるから、破棄されるべきであることを述べる。

## 第2 利水に関する上告受理申立人の基本的な主張

### 1 東京都水道の水需給の状況

#### (1) 東京都の水需要

東京都水道（区部＋多摩地区）の水需要（一日最大配水量）は減少の一途を辿っている。近年では1992年度617万 $\text{m}^3$ /日をピークとしてその後はほぼ減り続けて、2012年度は469万 $\text{m}^3$ /日になっている。この20年間の減少量は148万 $\text{m}^3$ /日にもなる。東京都が八ッ場ダムで得る予定の水源量は配水量換算で42.8万 $\text{m}^3$ /日（東京都の数字）であるから、その3倍以上の水量が減少したの

である。

これは節水型機器の普及などで一人当たり水量が減ってきているからであるが、今後も節水型機器の普及が進み、さらに、東京都の人口が2020年以降は減少傾向に変わるので、東京都の水需要が今後も減り続けていくことは必至である。

## (2) 東京都の保有水源

一方、利根川水系・荒川水系でダム建設等の水源開発事業が進められてきた結果、東京都は大量の水源を抱えるようになった。

ア 東京都水道の現保有水源は、東京都が認めるものだけでも、618万 $\text{m}^3$ /日にのぼっており、2012年度の一日最大配水量の実績値469万 $\text{m}^3$ /日に対する水源余裕量は149万 $\text{m}^3$ /日にもなる。

イ さらに、東京都水道が今も利用し続けている多摩地域水道の地下水源を加え、東京都水道の現保有水源を使用実績に合わせて正しく評価すれば、保有水源は687万 $\text{m}^3$ /日にもなっている（配水量ベース）。2012年度の一日最大配水量の実績値469万 $\text{m}^3$ /日に対する水源余裕量は、実に218万 $\text{m}^3$ /日にもなる。

東京都の現保有水源の評価（618万 $\text{m}^3$ /日）との差69万 $\text{m}^3$ /日の内訳は、多摩地区の地下水39万 $\text{m}^3$ /日、多摩川上流の小水源5万 $\text{m}^3$ /日、利用量率の設定による差（浄水場ロスの評価量の差）が25万 $\text{m}^3$ /日である。特に多摩地区の地下水について、東京都は地盤沈下や地下水汚染の恐れがあるから将来利用できない水源である、としているが、実際には地盤沈下は沈静化しており、地下水汚染の心配もなくなっているから、杞憂である。実際には、八ッ場ダムへの参画の理由が損なわれないように、実際に利用している地下水を将来は利用できないという話にしているだけのことなのである。

## (3) 小括

東京都はすでに十分すぎる水源を確保しており、今後は水需要の一層の減少

によって水源余裕量がさらに拡大していくので、東京都水道にとって八ッ場ダムの新規水源が全く無用ものであることは明白である。

## 2 東京都の水需給計画

東京都は八ッ場ダム事業への参画の理由として、次の2点をあげる。

### (1) 水需要の増加予測

ア 1つ目は、水需要がこれから増加するという予測である。

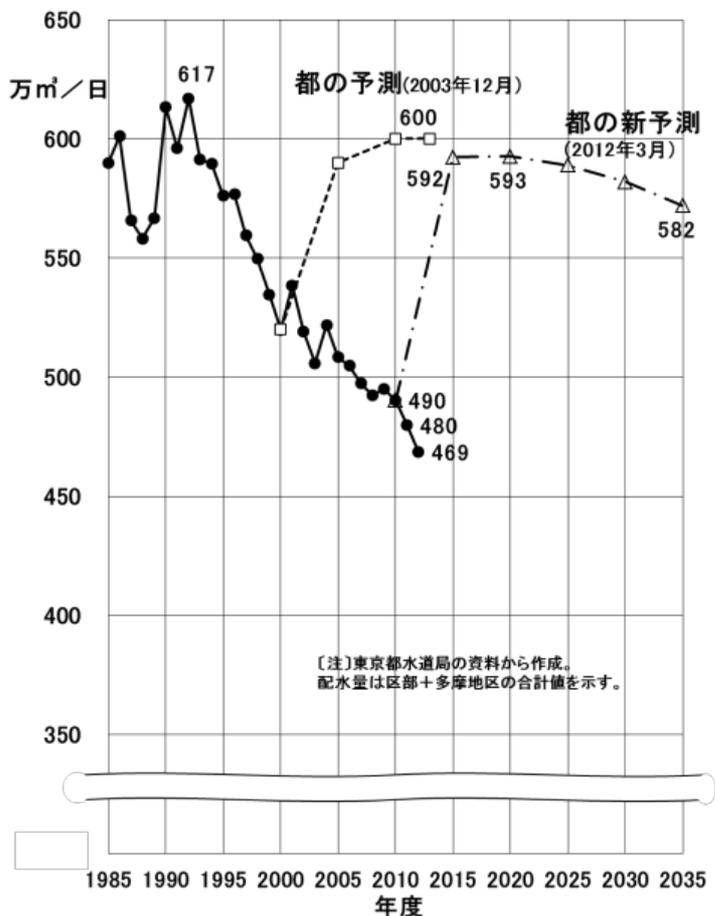
東京都は、2012年3月「東京水道施設再構築基本構想」で新しい水需要予測を発表した(甲48)。その予測値は2015年度に592万 $\text{m}^3$ /日、2020年度に593万 $\text{m}^3$ /日になるというものである。これは図1のとおり、従来の予測値600万 $\text{m}^3$ /日に近い一日最大配水量の将来値を維持するものであった。

しかしながら、これが発表された当時の一日最大配水量の最新実績値は2011年度480万 $\text{m}^3$ /日である。1992年度(617万 $\text{m}^3$ /日)のピークから2011年度(480万 $\text{m}^3$ /日)までの約20年間、人口は増加し続けているにもかかわらず、水需要は137万 $\text{m}^3$ /日も減少しているのである。

ところが、この水需要予測は、2011~15年度のわずか4年間で、112万 $\text{m}^3$ /日も増えるという予測になっている。これは、だれが見てもあり得ない予測である。

イ なぜ、このような水需要予測が導きだされたのか。これは最近の減少傾向

図1 東京都水道の一日最大配水量の実績と予測



が将来値に極力反映しないように、わざわざ過去 35 年間に遡ってそのデータを使って恣意的に予測式をつくったものであり、前例のない特異な予測である。

さかのぼって、東京都が 2003 年 12 月に行った水需要予測では、一日最大配水量は、2010～13 年度には 600 万 $\text{m}^3$ /日まで増加するとされていた。しかし、減少し続ける水需要実績とのかい離は凄まじく、その差は年々拡大してきた。

東京都は、毎年、委託調査で新しい予測を行ってきた（甲 4 2 号証）。それらの予測結果のほとんどは、大幅な下方修正が必要なものであった。

それにもかかわらず、東京都は、これらの委託調査の結果は採用せず、上記 2012 年 3 月「東京水道施設再構築基本構想」で、水需要が激増するという架空の予測をでっち上げたのである。

ここに、著しい裁量権の逸脱・濫用があることは明らかである。

## (2) 保有水源の過小評価

2 つ目は、保有水源の過小評価である。

ア 東京都水道の現保有水源は、東京都の評価でも 618 万 $\text{m}^3$ /日ある。

これに対して、東京都は、2/20 渇水（20 年に 2 回の渇水）という厳しい渇水年を想定すると、保有水源の供給可能量が 541 万 $\text{m}^3$ /日まで低下するとして将来の水需要予測値を充足できないとしている。

しかし、東京都が用いた 2/20 渇水の供給可能量の減少率は国土交通省が示したものであるが、その計算根拠を検討すると、恣意的で科学性が乏しい数字である。

イ そして、そもそも、東京都水道の現保有水源を使用実績に合わせて正しく評価すれば、上述のように 687 万 $\text{m}^3$ /日（配水量ベース）もある。百歩譲って、国土交通省が示す減少率を用いても、現保有水源量を実態に照らして正しく評価すれば、2/20 渇水でも 609 万 $\text{m}^3$ /日あるので、東京都の予測値でも

水需給に不足が生じることはない。

### 第3 行政庁の裁量判断に関する判例

#### 1 はじめに

- (1) 従来の判例・学説は、行政庁の裁量判断をその性質に応じて、羈束裁量（法規裁量）と便宜裁量（自由裁量）とに二分し、羈束裁量については、羈束行為と同様、完全な司法審査に服するのに対し、便宜裁量の範囲内で行政庁がした選択については、司法審査の対象とはなりえないとする態度であった。すなわち、便宜裁量については、裁判所は独自の判断を形成することなく、行政判断を尊重するとしてきたのである（裁量不審理原則）。
- (2) しかし、いかに行政庁の便宜裁量に委ねられた事項であっても、行政行為が法目的の実現を目指す活動である以上、行政庁の恣意的判断が許されるわけではない。裁量権の行使が客観的にみて法律で画された裁量権の限界を逸脱していたり、外見的には裁量権の範囲内と認められても、実際には不当な動機ないし目的で裁量判断をしているような場合には、裁量権の逸脱ないし濫用として違法となるのは当然であろう。
- (3) その後、判例は、行政庁の裁量判断に対する審査基準について、行政庁の判断が「全く事実上の根拠に基づかないと認められる場合であるか、もしくは社会観念上著しく妥当を欠く場合に裁量権の範囲を超え違法になる」という「社会観念審査」基準を採用した（最判昭和29・7・30民集8巻7号1501頁）。そして、その後、判断過程における考慮事項を審査するという手法を採用する裁判例は、数多く出されている。
- (4) このような、裁量権の逸脱・濫用論の展開により、今日は便宜裁量について裁量不審理原則は維持できなくなり、裁量権の逸脱・濫用の有無は、常に司法審査の対象となる。そして、裁量権の逸脱・濫用とは、裁量を授与した法規の趣旨・目的に適合していない場合をいい、行政行為が全く事実の基礎を欠く場

合、行政庁の調査審議及び判断の過程に看過しがたい過誤・欠落があるため、行政庁の判断に不合理な点があるとき（伊方原発事件・最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁）、考慮すべき事項を考慮せず、または考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、処分が社会観念上著しく妥当を欠く場合（エホバの証人事件・最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁）などがこれにあたる。そして、この考慮事項に注目する審査方式は、その後もくりかえし用いられている。

## **2 日光太郎杉事件（東京高判昭和48年7月13日行集24巻6・7号533頁）**

考慮事項に注目する審査方式の嚆矢たる判決は、日光太郎杉事件である。これは東京高裁で確定したため、最高裁の判断は示されていないが、その後の判例に大きな影響を与えたものであり、冒頭に述べる。

日光太郎杉事件は、国道の拡幅を行う事業において、事業認定・土地収用採決が行われたところ、拡幅予定地には日光太郎杉という老杉群が存在していたことから、事業認定等の取消を求めた事件である。

1審は、行政庁の裁量には特に言及せず、本件土地を収用しその有する文化的価値を毀損することは土地収用法20条3項の「土地の適正且つ合理的な利用に寄与するもの」であるとは認められないとして、事業認定を違法とした。

控訴審は、行政庁の裁量について以下のように述べた。

「同法20条3号所定の「事業計画が土地の適正且つ合理的な利用に寄与するものであること」という要件は、その土地がその事業の用に供されることによつて得らるべき公共の利益と、その土地がその事業の用に供されることによつて失なわれる利益（この利益は私的なもののみならず、時としては公共の利益をも含むものである。）とを比較衡量した結果前者が後者に優越すると認められる場合に存在するものであると解するのが相当である。そうして、控訴人建設大臣の、

この要件の存否についての判断は、具体的には本件事業認定にかかる事業計画の内容、右事業計画が達成されることによつてもたらされるべき公共の利益、右事業計画策定及び本件事業認定に至るまでの経緯、右事業計画において収用の対象とされている本件土地の状況、その有する私的ないし公共的価値等の諸要素、諸価値の比較考量に基づく総合判断として行なわれるべきものと考えられる」

「控訴人建設大臣が、この点の判断をするについて、或る範囲において裁量判断の余地が認めらるべきことは、当裁判所もこれを認めるに吝かではない。しかし、この点の判断が前認定のような諸要素、諸価値の比較考量に基づき行なわれるべきものである以上、同控訴人がこの点の判断をするにあたり、本来最も重視すべき諸要素、諸価値を不当、安易に軽視し、その結果当然尽すべき考慮を尽さず、または本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れもしくは本来過大に評価すべきでない事項を過重に評価し、これらのことにより同控訴人のこの点に関する判断が左右されたものと認められる場合には、同控訴人の右判断は、とりもなおさず裁量判断の方法ないしその過程に誤りがあるものとして、違法となるものと解するのが相当である。」

判示は、このように述べ、建設大臣の判断は、本件土地付近の持つかけがえない文化的諸価値ないしは環境の保全という本来最も重視すべき事柄を不当、安易に軽視し、その結果、右保全の要請と自動車道路の整備拡充の必要性とをいかにして調和させるべきかの手段、方法の探求において、当然尽くすべき考慮を尽くしていないとし、さらにオリンピック開催に伴う自動車交通量増加の予想等の本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れ、暴風による倒木の可能性および樹勢の衰えの可能性という、本来過大に評価すべきでないことがらを過重に評価したとした。そして、これらの諸点につき正しい判断がなされたとすれば、建設大臣の判断は異なった結論に到達する可能性があったとして、建設大臣の判断は、その裁量判断の方法ないし過程に過誤があるものとして、違法であるとした。

### 3 エホバの証人事件判決

エホバの証人事件（最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁）は、信仰上の理由による剣道履修拒否に対して原級留置処分及び退学処分をしたことが違法とされた事例である。最高裁は、代替措置が不可能ではないのに代替措置の検討なしに処分をしたという校長の措置は、「考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、社会観念上著しく妥当性を欠く処分をしたものと評するほかはな」とした。

### 4 学校施設使用不許可処分判決

学校施設使用不許可処分判決（最判平成18年2月7日民集60巻2号401頁）は、教職員団体の教育研究集会のための中学校の施設の使用不許可処分について、従来同団体の集会に対して使用許可処分がされていたこと、本件集会に対して具体的な右翼団体の妨害の動きがあったことは認められないこと、本件集会を学校施設で開催することにより教育上の悪影響が生ずるとする評価は合理的ではないこと等をあげて、「重視すべきでない考慮要素を重視するなど、考慮した事項に対する評価が明らかに合理性を欠いており、他方、当然考慮すべき事項を十分考慮しておらず、その結果、社会通念に照らし著しく妥当性を欠いた」とした。

### 5 林試の森事件判決

林試の森事件判決（最判平成18年9月4日判時1948号26頁）は、公道との接続部分として利用するため、国家公務員宿舎の敷地として利用されている国有地ではなく、これに隣接する私有地を公園の区域に含めた都市計画決定について、南門の位置を変更し、本件私有地ではなく本件国有地を本件公園の用地として利用することにより、林業試験場の樹木に悪影響が生ずるか、悪影響が生ずるとして、これを樹木の植え替えなどによって回避するのは困難であるかなど、

樹木の保全のためには南門の位置は現状のとおりとするのが望ましいという建設大臣の判断が合理性を欠くものであるかどうかを判断するに足りる具体的な事実を確定していないのであって、原審の確定した事実のみから、南門の位置を現状のとおりとする必要があることを肯定し、建設大臣がそのような前提のもとに本件国有地ではなく本件民有地を本件公園の区域と定めたことについて合理性に欠けるとした。

これは、南門の位置を変更することにより林業試験場の樹木に悪影響が生ずるか等について十分に審理しなければならないとして、裁量判断における根拠となる事実の調査義務を課したものである。

## 6 小田急高架事件判決

小田急高架事件判決（平成18年11月2日民集60巻9号3249頁・判時1953号3頁）は、都市施設の建設に係る計画決定の行政裁量に関する司法審査の判断基準について次のように判示した。

「裁判所が都市施設に関する都市計画の決定又は変更の内容の適否を審査するに当たっては、当該決定又は変更が裁量権の行使としてされたことを前提として、その基礎とされた重要な事実に誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したのものとして違法となるとすべきものと解するのが相当である。」

この事案は都市施設（小田急線高架鉄道）の都市計画決定の決定又は変更に関して、鉄道事業者からの鉄道高架化事業の認可申請に対する東京都の処分に係る審査基準を示したものであり、行政主体が自ら事業者となって施設建設を行う場合の基準を示したものではない。しかし、公共性が極めて高く、巨額の公費を投

入して行われる施設建設の認可基準ないし自らの施行に対しての審査基準としては、広く妥当するものである。

## 7 判例における裁量審査基準（判断過程統制）

### （1）審査基準の要点

上記のとおり、行政庁の裁量権行使に対する司法審査基準に関する判例の展開からすれば、裁量権の逸脱濫用が認められる場合は、次のように定式化できよう。

① その基礎とされた重要な事実を誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合

② ア 事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこととなる場合

イ 本来最も重視すべき諸要素、諸価値を不当、安易に軽視し、その結果当然尽すべき考慮を尽さず、または本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れもしくは本来過大に評価すべきでない事項を過重に評価した場合

これらの結果、その内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合

### （2）原判決は審査基準も示さずに東京都の主張を全面容認

本件、すなわち、東京都のダム使用権設定申請の取下げをしない判断についても、当然、これらの審査基準に照らして、判断されるべきである。

しかしながら、原判決は、全く何らの審査基準を示すことなく、あらゆる事項について、東京都の主張をそのまま受け入れ、それに何らの理由を付すこともなく「直ちに合理性を欠くものとは認められない」と結論づけたのである。裁判所のこのような態度は、行政庁の判断に対する司法権の放棄以外の何物でもない。

## 第4 ダム使用権設定申請を維持する水道局長の判断についての司法審査における判例違反（本章での上告受理申立理由その1）

### 1 原判決の構造（概要）

原判決は、ダム使用権設定申請の取下げをしない判断が、「ダム使用権の設定申請には・・・瑕疵がないとしても、その後の事情の変更により、ダム使用権設定予定者たる地位を維持することが、合理性を欠くと認められる場合」等に、不合理で財務会計法規上の義務違反となりうる余地のあることを明言した（判決書29頁、下線は引用者が付した）。

その上で、どのような場合に「ダム使用権設定予定者たる地位を維持することが合理性を欠く」かについては、次のように、水道局長の給水義務のみを考慮する考え方を示した。

「ハッ場ダムに係るダム使用権の設定の申請も、このような責務（引用者注：水道法上の給水義務等）を果たすために行われるものであり、上記の義務を全うし、将来の経済、社会の発展にも対応することができるよう、長期的な水道需要及び供給能力を合理的に予測し、その必要性を判断すべき」（30頁24行目）。

原判決は、上記の考え方を基本とし、東京都の水道需要予測及び保有水源量の評価についての各判断について、「直ちに合理性を欠くものとは認められない」と判示し、前記各判断を前提としてダム使用権設定申請を維持する判断も不合理とはいえない、とした。

しかし、原判決のように、ダム使用権設定申請及びこれを維持する判断が水道法上の給水義務等を果たすために行われることを根拠として、水道局長の判断の目的が給水義務等を果たすためであったかどうかのみを審査し、判断目的が給水義務等を果たすためであれば、どのような施策でも不合理とはいえないとするならば、「その後の事情の変更」を全く考慮しない水道局長の判断も不合理とされる場合は生じないことになる。水道局長の判断の目的が給水義務を

果たすためであったかどうかだけを審査した原判決には、以下述べるとおおり、判例違反または法令解釈の違反があるので、直ちに破棄されるべきである。

## 2 原判決には判例違反、法令解釈の誤りがある

### (1) 原判決の判例違反、法令解釈の誤り

原判決は、前記各判例と異なる審査基準を明確に示していない。

しかし、仮に、前記各判例と同様の基準が採用されたならば、水道局長の判断の審査に際し、企業の経済性（地方公営企業法3条）が考慮されたかどうか審査されるべきである（この点について後記（2）で詳述する）。他方で、給水義務（水道法15条2項）等は、水道事業者が負う義務のうちのひとつであって、他の義務により相対化されるという意味で絶対的な義務ではない（この点について後記（3）で詳述する）。

そうすると、判例の基準に従えば、水道局長は、水道需要予測・保有水源評価等における各判断において、企業の経済性を一切考慮していない（この点について後記（4）で詳述する）から、これらの判断は考慮すべき事項を考慮しなかったもので合理性を欠くということになり、これらの判断を積み重ねてダム使用権設定申請を維持するとした水道局長の判断は、社会観念上著しく妥当を欠くということになる。

ところが、原判決は、「八ッ場ダムに係るダム使用権の設定の申請も、このような責務（引用者注：水道法上の給水義務等）を果たすために行われるものであ」とし、企業の経済性を一切考慮せず、給水義務のみを考慮した水道局長の各判断をいずれも「直ちに不合理とはいえない」とし（この点について後記（5）で詳述する）、ダム使用権設定申請を維持する水道局長の判断を適法と判断している。

したがって、原判決が、起こり得ないような東京都の水需要予測をそのまま肯定してその供給計画の合理性を承認したり、有収率や負荷率が現在の実績に

基づく数値より低くなったり悪化したりする事態はおよそ考えられないのに、東京都水道局の事業規模を拡大ないし維持するための一日最大配水量600万 $\text{m}^3$ /日にこだわる都水道局の「新予測」を「直ちに不合理とはいえない」として同計画を容認したことは、最高裁判例に基づく審査基準に違反することが明らかであり、かつ、同時に、水道事業の経済性にも十分配慮することを求めている地方公営企業法及び水道法の解釈を誤ったものであることは明白である。

(2) 水道事業計画及びダム使用権設定申請を維持するかどうかの判断において企業の経済性が考慮されるべきことについて

ア 地方公営企業法は、「地方公営企業は、常に企業の経済性を発揮するとともに、その本来の目的である公共の福祉を増進するように運営されなければならない。」(3条)とするほか、水道事業の経費は「当該地方公営企業の経営に伴う収入をもって充てなければならない」(17条の2第2項)として地方公営企業の独立採算制を定め、その「収入」の源泉である水道使用料は「公正妥当なものでなければならず、かつ、能率的な経営の下における適正な原価を基礎とし、地方公営企業の健全な運営を確保することができるものでなければならない」(21条2項)等と定めている。

イ したがって、水道局長は、企業の経済性を発揮させ、企業経営を能率的に行う義務を負っている。

そして、「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」(細谷芳郎著『図解 地方公営企業法』第一法規株式会社、平成16年、262頁)であるところ、ダム使用権設定申請の維持は、巨額の対価(本件では472億円)の支出・負担を伴うものであるばかりか、ダム使用権設定によって増加する保有水源を供給するための設備投資を要する(本件では、平成22年時点で470万 $\text{m}^3$ /日程度の施設能力を、600万 $\text{m}^3$ /日まで増大させるための設備投資が

必要になる)、というように、企業の経済性発揮、能率的な企業経営に反する結果をもたらす判断である。

ウ したがって、ダム使用権設定申請を維持するかどうかの判断にあたっては、企業経営の経済性(能率性)は「本来最も重視すべき諸要素、諸価値」に当然含まれ、相当の重みづけをもって考慮される必要がある。(原判決も、この点を認識して、「事情の変更」が、ダム使用権設定申請維持判断を財務会計法規上の義務違反たらしめると判示したものである。)

### (3) 常時給水義務等の相対性

ア ところが、原判決は、水道事業者の義務を定める水道法の規定を摘示したうえで、水道事業者は、「水道により給水を受ける者に対し、常時水を供給しなければならない義務を負い、渇水によって都民の生活が影響を受けないよう努力する義務を負っている」(判決書30頁21行目、以下ここで述べられている義務・責務を「常時給水義務等」という)として、常時給水義務等を果たすためにダム使用権設定申請を維持した水道局長の判断は合理性を欠くものではない、とする。

しかし、常時給水義務等は、以下述べるとおり、企業の経済性を無視しても果たされるべき絶対的なものではない。したがって、水道局長の判断の目的が常時給水義務等を果たすためであったということのみをもって、水道局長の判断が考慮すべき事項をすべて考慮した合理的な判断ということにはならないはずである。

イ まず、原判決が30頁11行目から21行目までにおいて列挙する水道法の規定について検討する。

水道法1条は、「清浄かつ豊富低廉」な水の供給を水道事業の目的と定めており、「清浄」「低廉」という目的達成のために、「豊富」な給水という目的が相対化されるのは明らかである。

水道法2条1項は、国及び地方団体の責務として、水源及び水道施設並び

にこれらの周辺の清潔保持と水の適正かつ合理的な使用に関する責務を定めた。この規定自体、水道事業者の給水義務の絶対性を定めたものではなく、むしろ、「水の適正かつ合理的な使用」とは、水の浪費的な使用を抑制するとともに、水の循環利用その他の水の有効利用を推進すること等とされており（厚生省水道環境部水道法研究会『改訂 水道法逐条解説』平成4年、104頁）、供給側にたって供給しなければならない（可能性のある）量を設定するのではなく、需要側にたって需要を抑制すべきことが、ここでは要請されている。また、2条2項は、「水の適正かつ合理的な使用」を国民の義務としても定めており、このことから、水道事業者の常時給水義務等が絶対的なものでないことは明らかである。

水道法2条の2第1項について、原判決は、その前半部分のみを摘示するのであるが、水道法2条の2第1項は、「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。」と「適正かつ能率的な運営」の責務をも定めているのに、原判決はこの規定の前半部分だけに言及し、常時給水義務等を「負っているというべき」と判示するのである。この規定からは、水道事業者が負っているのは常時給水義務等だけでないことは明らかであるし、かつ、常時給水義務等が絶対的なものでないこと（「適正かつ能率的な運営」との関係で相対化されること）も明らかである。

水道法15条1項の給水契約受諾義務については、「正当な理由」があれば拒否することができ、例えば、「正常な企業努力にもかかわらず給水量が著しく不足している場合であって、給水契約の受諾により他の需要者への給水に著しい支障をきたすおそれがある場合には、その不足している期間において給水契約の締結を拒否することは正当な理由となる」とされている（前掲逐条解説259頁）。

原判決が述べる「水道により給水を受ける者に対し、常時水を供給しなければならない義務」（判決書30頁21行目）は、水道法15条2項が定める。この規定の全文は、「水道事業者は、当該水道により給水を受ける者に対し、常時水を供給しなければならない。ただし、第40条第1項の規定による水の供給命令を受けたため、又は災害その他正当な理由があつてやむを得ない場合には、給水区域の全部又は一部につきその間給水を停止することができる。この場合には、やむを得ない事情がある場合を除き、給水を停止しようとする区域及び期間をあらかじめ関係者に周知させる措置をとらなければならない。」というものである。常時給水義務といっても、絶対的な義務ではないことは、条文の文言上明らかである。

なお、この規定に関連し、原判決が「水道は、災害時及び事故等の非常時においても、給水の量的な安定性を確保することが求められていること」と判示している部分（判決書37頁16行目）は、水道法の解釈を誤っている疑いがある。

ウ さらに、水道法第40条1項は、緊急応援命令について定め、ここでは、災害その他非常の場合において、複数の水道事業者等の間で水道用水を融通することが想定されている。したがって、水道事業者は、「災害時にも区域内だけで安定給水を実現する義務」は負っていない。

エ 以上のとおり、水道法上の給水義務等は絶対的なものではないから、水道局長の判断の目的が常時給水義務等を果たすためであったということのみをもって、水道局長の判断が考慮すべき事項をすべて考慮した合理的な判断ということにはならない。

かえって、企業の経済性が達成されないと、給水に必要な水道施設の維持管理を適切に行うことができず、給水義務等が果たされないという事態が発生するのだから、企業の経済性は給水義務との関係においても、相当の重みづけをもって考慮されるべき事項である。

(4) 判例の基準による裁量審査を行えば、水道局長の判断は考慮すべき事項を考慮しなかったということになる

以上のとおり、「常時給水義務等」は絶対的な義務ではないこと、企業の経済性が相当の重みづけをもって考慮されるべきことからすると、企業の経済性発揮の観点から考慮されるべき「ダム使用権設定申請後の事情の変更」を考慮しなかった水道局長の判断は考慮すべき事項を考慮しなかったということになる。

すなわち、企業の経済性発揮の観点から考慮されるべき「ダム使用権設定申請後の事情の変更」として、① 一日最大配水量（需要実績の年間ピーク）が減少傾向にあり、ダム使用権設定時（昭和60年）は日量約600万立方メートルだったものが平成24年には日量約470万立方メートルまで減少していること（甲62）、他方で、保有水源は増加してきており、東京都が将来にわたる安定水源として認める保有水源だけをみても、ダム使用権設定時（昭和60年）は日量約550万立方メートルだったものが、現在では日量約620万立方メートルまで増加していること、②一人一日平均使用水量が20年以上減少傾向にあり、その原因は節水機器の普及によって合理的に説明できること（証人嶋津、他に水道需要減少の原因を合理的に説明できる事実は訴訟資料にあらわれていない）、③ 東京都自身が水道需要予測の手法を見直す目的（甲43）で行った「水道需要予測に関する調査研究」の結果、最新の実績値を用いると、東京都が平成15年に行った予測の手法と同じ手法でも平成27年度の1日最大配水量の予測値が日量548～561万立方メートル程度となること（甲42、甲59の3）、④ 負荷率の実績が上昇傾向にあり、その原因はライフスタイルの変化であると分析できること（甲51）、⑤ 有収率が上昇傾向にあり、有収率の性質上、有収率が経年により低下することはないこと、⑥ 多摩地区の地下水については、現実に数十年にわたり水源として利用されており、地盤沈下に関する東京都の報告書で「将来にわたり現状程度の揚水は

可能」とされており（乙101、甲46）、また、利根川の水源と比較して問題となるような具体的な水質問題は存在しないので、安定水源とされる利根川の水源と同程度に安定した水源であること（甲31、甲61、甲63）、⑦ 「1／10渇水年」に保有水源を切り下げを正当化する根拠のないことが明らかにされたこと（証人嶋津）、⑧ ハッ場ダムの完成時期が当初計画の2000年から大幅に遅れ、現時点で予定されているハッ場ダムの完成時期のうち最も早い時期である平成32（2020）年（甲60）には東京都の給水人口が減少を始め（甲52）、平成42（2030）年には平成22（2010）年実績値より少ない1307万人まで減少すると予測されていること（甲52）、⑨ 東京都の水道施設の耐震化率は基幹管路で34.9%にすぎず、災害時の給水という点からは、管路や浄水場等施設の耐震化に人的・物的資源を集中させる必要があること（甲65）、⑩ ハッ場ダムの事業費は当初の2110億円から4600億円に増額されたが、現時点で、地すべり対策等の必要により事業費が180億円増加する見通しであり（甲64）、今後さらに事業費が増加して東京都の負担金も増額される可能性があること、⑪ 東京都の浄水施設の供給能力は、平成22年時点で日量約470万立方メートルしかなく（甲48）、近年の傾向を反映して水道需要予測を下方修正すれば供給能力を増強する必要はないが、将来水道需要が日量約600万立方メートルまで増加するという現在の予測を維持するならば、浄水施設の大幅な増強が必要となること、等の事項がある。

ダム使用权設定申請を維持するかどうか、その前提となる水道需要予測及び保有水源評価の判断においては、これらの事項が考慮されるべきであり、水道需要予測及び保有水源評価においても、ダム使用权設定申請を維持するかどうかの判断においても、前記事実を一切考慮しなかった水道局長の判断は、考慮すべき事項を考慮しなかった不合理な判断ということになる。

#### （5）原判決の判断

ア ところが、原判決は、以下のように、水道局長の各判断を「直ちに合理性を欠くものとは認められない」等として是認した。

イ 例えば、水道需要予測において、水道局長は、前記（４）②③の事項を考慮せず、平成４年以降とは傾向の異なる実績値を含む過去３５年に遡る実績値を用いた。その結果、一日最大配水量が約２０年間減少傾向にあるのに、その傾向を反映せず、２０１１年度から２０１５年度にかけて一日最大配水量が４８０万 $\text{m}^3$ /日から５９２万 $\text{m}^3$ /日へと、わずか４年間で１１２万 $\text{m}^3$ /日（２０１１年度の一人一日最大配水量を基準とすると、約３００万人分）も増加するという数字を算出した。

原判決は、この水道局長の判断について、前記（４）②③の事項を考慮しなかったことを審査せず、「水道施設の計画、設計にあたっては、長期的な展望に基づいた総合的な基本計画を策定することが必要とされている（乙１２４）ことに照らすと、嶋津証人の上記供述及び陳述書の上記記載から直ちに、過去３５年間に遡る長期間の実績値に基づき予測を行ったことが合理性を欠くものとは認めるに足りず、時系列傾向分析においてロジスティック曲線式を用いた点についても、実績値との相関関係が最も高い傾向曲線を採用したものと認められることからすると、合理性を欠くものとは認めるに足り」ない等として、水道局長が過去３５年間に遡る長期間の実績値を採用したことをむしろ積極的に評価し、前記（４）②③の事項を考慮しなかった水道局長の判断を是認したもので、最高裁判例に基づく裁量審査基準を用いないという判例違反を犯し、かつ、水道法及び地方公営企業法の解釈を誤ったものである。

ウ 水道局長は、水道需要予測の前提となる計画有収率の設定においては、有収率が漏水率により決定され、したがって水道施設を整備後適切に管理していれば大きく下がることのない性質の数字であること（前記（４）⑤）を考慮せず、２０１２年３月の予測において２０１０年度に達成された９６％よ

り2%も低い94%と設定した。

原判決は、前記水道局長の判断について、「有収率については、漏水率により左右され、災害等の影響を受けて低下することもあり得ることが認められること（証人牧田嘉人（原審）、弁論の全趣旨）及び証人牧田嘉人の証言（原審）並びに、水道事業者の負担する前判示の義務に基づく給水の安定性確保の観点をも総合考慮すると、嶋津証人の上記供述及び陳述書の上記記載から直ちに、平成15年12月の予測と同率の94パーセントとしたことが、合理性を欠くものとは認めるに足り」ない等として、考慮すべき事項を考慮せず、「災害等の影響」という水道需要予測において考慮すべきでない事項を考慮し（災害時の安定給水を考慮するならば、水道施設の耐震化が図られるべきであって、保有水源の量は災害時の安定給水と直接結びつかない）、「給水の安定性確保」を偏重した水道局長の判断を是認したもので、最高裁判例に基づく裁量審査基準を用いないという判例違反を犯し、かつ、水道法及び地方公営企業法の解釈を誤ったものである。

エ 水道局長は、2012（平成24）年3月の水道需要予測において、予測の前提となる計画負荷率の設定においては、前記（4）④の事項を考慮せず、「過去35年の最小値」（1977年度の79.6%）を採用した（予測を行う一日最大配水量は、計画負荷率を分母として計算されるので、計画負荷率が小さくなればなるほど将来予測が大きくなる）。これ自体、考慮すべき事項を考慮していないのであるが、水道局長は、2003（平成15）年の予測では、「過去15年の最小値」を採用しており、2012年3月時点で「過去15年の最小値」は1996年度の83.6%であるから、水道局長は計画負荷率を4%小さくする予測手法の変更を行い、これにより一日最大配水量の予測値は約28万m<sup>3</sup>/日（2011年度の一人一日当最大配水量を基準とすると、約76万人分）も大きくなったもので、企業の経済性を「より一層無視した」、ということになる。

原判決は、水道局長の判断は直ちに合理性を欠くものとは認められない、とし、「控訴人らは、前記「東京水道施設再構築基本構想」における予測については、負荷率を79.6パーセントとしたことについても不合理であると主張する。しかし、上記予測は、その依拠した実績期間中の負荷率の最低値を採用したことが認められ、前判示のとおり、国内の主要都市の計画負荷率が上記の割合を下回る例も存在することが認められることをも併せ考えると、上記の割合が直ちに合理性を欠くものとは認めるに足りない」として、考慮すべき事項を考慮せず、「国内の主要都市の計画負荷率」という考慮すべきでない事項（負荷率は、需要の平均とピークの差を示す数字であるから、給水人口が多いほどピークが平準化されて負荷率の値が低くなるという関係にあるところ、2011年度の東京都水道の給水人口は1,316万人であるのに対し、その次に大きい横浜市営水道ですら給水人口は369万人であって、東京都水道の負荷率の実績が他都市の水道と比較して小さくなることは当然であり、東京都が他都市と比較して水道より小さい負荷率を設定することには何ら合理性がない）を考慮した水道局長の判断を是認したもので、最高裁判例に基づく裁量審査基準を用いないという判例違反を犯し、かつ、水道法及び地方公営企業法の解釈を誤ったものである。

オ 水道局長は、保有水源量の評価に関し、多摩地区の地下水（取水量実績はおおむね最大日量40万立方メートルで、八ッ場ダムに投資して得られる水源に匹敵する）を安定水源として評価するかどうかの判断において、前記（4）⑥の事項を考慮せず、「将来にわたって安定的な水源でない」と判断した。

原判決は、「現時点で多摩地区の地下水利用を削減する必要があるとはされていないと認める余地があるとしても、これを将来にわたっての安定的な水源として扱わず、保有水源に含めないことが直ちに合理性を欠くものといえない」等として、考慮すべき事項を考慮せず、給水義務を偏重した水道局

長の判断を是認したもので、最高裁判例に基づく裁量審査基準を用いないという判例違反を犯し、かつ、水道法及び地方公営企業法の解釈を誤ったものである。

カ 水道局長は、保有水源の評価に関し、前記（４）⑦の事項を考慮せず、国交省の示した文書（乙 8 6, 1 2 0, 1 2 6）を根拠に、水道局長の評価で現在約 6 2 0 万 m<sup>3</sup>/日ある保有水源が「1 0 年に 1 度の渇水の想定」、「近年の少雨傾向」により切り下げられ、約 5 4 0 万 m<sup>3</sup>/日と評価されることになる、と判断した。

原判決は、前記（４）⑦の事項を明らかにした嶋津証言「によっても、水道事業者の負担する前判示の義務に基づく水供給の安全性確保の観点を考慮すると、農業用水、都市用水の還元を限定的に考慮することなどが直ちに合理性を欠くものとは認めるに足りず、また、河川管理者である国の許可を得て取水を行う立場にある東京都が、国による上記計算を前提として供給可能量を計算することが、直ちに合理性を欠くものとは認めるには足りない」等として、水道局長の判断を是認したもので、最高裁判例に基づく裁量審査基準を用いないという判例違反を犯し、かつ、水道法及び地方公営企業法の解釈を誤ったものである。

キ 水道局長は、前記アないしカの判断を行い、さらに、前記（４）⑧ないし⑩の事項をすべて無視して、ハッ場ダムに係るダム使用权設定申請を維持し、負担金 4 7 2 億円をすべて支出するという判断を行った。

原判決は、「東京都が計画 1 日最大配水量を 6 0 0 万立方メートル、利水安全度を 1/1 0 とした保有水源量を 日量 5 9 0 万立方メートル<sup>〔注〕</sup>とした評価が合理性を欠くものとは認められず、上記保有水源量が課題を抱える水源及び不安定水源を含むものであること、水道は、災害時及び事故等の非常時においても、住民の生活に著しい支障を及ぼすことがないように、給水の量的な安定性を確保することが求められていること、そのため、計画取水量、計

画浄水量，計画給水量などの決定に当たっては，それぞれの水道施設の条件により，余裕を見込んでおくこと等についても考慮し，併せて，これに見合った水利権を確保する必要があるとされていることが認められること（乙100）をも総合すると，八ッ場ダムによる水源確保が必要であるとの判断に基づき，ダム使用権設定の申請を行った被控訴人水道局長の行為及び被控訴人水道局長がその後ダム使用権設定申請の取下げを行わないことが，合理性を欠くものとは認められない」として、考慮すべき事項を一切考慮せず、給水義務のみを考慮した水道局長の判断を是認したもので、最高裁判例に基づく裁量審査基準を用いないという判例違反を犯し、かつ、水道法及び地方公営企業法の解釈を誤ったものである。

〔注〕八ッ場ダム等の新規水源開発の完了後の数字を示している。

#### （6）まとめ

以上のとおり、原判決には、判例違反及び法令解釈の違反があり、破棄されるべきである。

**第5 東京都の水需給計画に係る判断につき、その判断過程において水需要予測及び保有水源の評価について、事実に対する評価が明らかに合理性を欠いており、その内容が社会通念に照らして著しく妥当を欠き、裁量権の逸脱・濫用があるにもかかわらず、原判決は、最高裁判決が示す司法審査基準に著しく反するものであるから、破棄されるべきであること（本章での上告受理申立理由その2）**

### 1 水需要予測全般について

#### （1）上告受理申立人の主張

ア 前述したとおり、東京都は、2012年3月「東京水道施設再構築基本構想」で新しい水需要予測を発表した（甲48）。その予測値は2015年度に592万

m<sup>3</sup>/日、2020年度に593万m<sup>3</sup>/日になるというものである。

しかしながら、これが発表された当時の一日最大配水量の最新実績値は2011年度480万m<sup>3</sup>/日である。1992年度(617万m<sup>3</sup>/日)のピークから2011年度(480万m<sup>3</sup>/日)までの約20年間、人口は増加し続けているにもかかわらず、水需要は137万m<sup>3</sup>/日も減少しているのである。

ところが、この水需要予測は、2011～15年度のわずか4年間で、112万m<sup>3</sup>/日も増えるという予測になっている。これは、だれが見てもあり得ない予測である。

#### イ 東京都の新予測の問題点

なぜ、このような水需要予測が導きだされたのか、その予測の問題点を明らかにする(甲49号証)。

結論からいえば、これは最近の減少傾向が将来値に極力反映しないように、わざわざ過去35年間に遡ってそのデータを使って恣意的に予測式をつくったからである。

##### ① 2003年12月の予測

まず、東京都が行った前回の2003年の水需要予測は、過去15年間の実績値に基づいて行われていた。過去15年間の実績値を用いるという方法は、それ以前になされた水需要予測でも用いられていた方法であった。そして、これらの予測方法でさえ、それぞれの水需要予測は、著しい過大予測を招いてきた。

##### ② 2012年3月の予測

そこで、現時点(2012年3月)で予測するにあたって、同様に過去15年間の実績値を使うとすれば、1996～2010年度のデータとなり、その期間はほぼ減少の一途の傾向であるから、それを反映すれば、将来も減少する予測式にならざるを得ないはずであった。

ところが、東京都は、過去15年間ではなく、大きく遡って過去35年間

(1976～2010年度)の実績値に基づいて予測を行った(甲49号証)。過去35年間に遡れば、その前半は増加傾向であるので、その傾向を反映させる予測式をつくれば、将来は減少傾向にはならない予測式にすることができる。東京都はそれにより、一人当たり生活用水と都市活動用水については減少傾向にならない予測式をつくったのである。

## (2) 原判決の判示

この点について、原判決は次のとおり判示した。

「しかし、水道施設の計画、設計にあたっては、長期的な展望に基づいた総合的な基本計画を策定することが必要とされている(乙124)ことに照らすと、嶋津証人の上記供述及び陳述書の上記記載から直ちに、過去35年間に遡る長期間の実績値に基づき予測を行ったことが合理性を欠くものとは認めるに足りず、時系列傾向分析においてロジスティック曲線式を用いた点についても、実績値との相関関係が最も高い傾向曲線を採用したものと認められることからすると、合理性を欠くものとは認めるに足りず、他にこれを認めるに足りる証拠はない。」(原判決33頁)

## (3) 原判決の最高裁判例違反

ア このように、原判決は、「直ちに合理性を欠くものとは認められない」というフレーズを随所で連発しているが、東京都が、それまでの水需要予測で過去15年間の実績値に基づき予測してきた手法を変更して、過去35年間の実績値に基づき予測する手法に変更した理由については、「水道施設の計画、設計にあたっては、長期的な展望に基づいた総合的な基本計画を策定することが必要とされている(乙124)」ということ以外、何も述べられておらず、まったく説得的ではない。

このような変更が許される場合をあえて考えてみれば、たとえば、過去15年間の実績値に基づいた予測がなんらかの理由で外れ、予測した以上の水需要の増加があった、という事情があるような場合は、このような見直しも理

解できないではない。

イ しかしながら、実際には、2003年12月における過去15年間の実績値に基づいた予測は2010年度に600万 $m^3$ /日となると予測されていたのに対して、2010年度は490万 $m^3$ /日、2011年度は480万 $m^3$ /日、そして2012年度は469万 $m^3$ /日と、大幅に予想を下回ったのである。そして、実績は、年々減少し続けているのである。

このような事情のもとで、あえて、過去35年間の実績値（これによれば、水需要予測は大幅に増加する帰結をもたらす）を用いる合理的な理由は、何も示されていない。

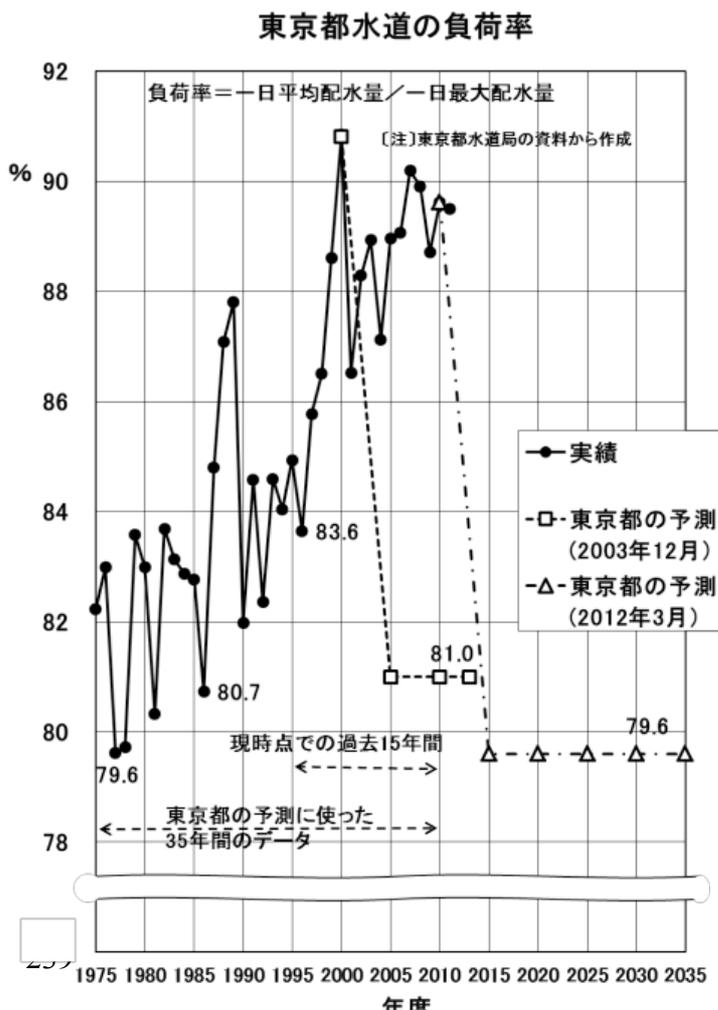
ウ にもかかわらず、2012年3月の水需要予測において、それまでの水需要予測とは異なり、過去35年間の実績値を用いたのは、八ッ場ダムに参画し続けるために、架空の水需要予測を策定し、つじつま合わせをしたものなのである。

したがって、水需要が2015年度に592万 $m^3$ /日となるとの予測は誤りであり、この誤った事実に基づいて、ダム使用权設定予定者たる地位を維持することには、重要な事実の基礎が欠けているというべきである。

## 2 水需要予測における最大の 問題点—計画負荷率

### (1) 上告受理申立人の主張

ア 東京都の水需要予測には、



数々の問題があるが、その最大のものは、負荷率について、1977年度の79.6%を採用したことである。

一日最大配水量は、 $\text{一日平均配水量} \div \text{負荷率} \times 100\%$

という手順で算出される。ここで、負荷率とは、ある年の一日平均給水量を一日最大給水量で割った率のことである。1年を通じて、需要の変動が激しければ負荷率は小さくなり、反対に需要の変動がそれほどなければ、負荷率は大きくなる。東京都水道の負荷率（一日平均配水量／一日最大配水量）の実績と都の予測値は図2のとおりである。東京都水道の負荷率の実績は、近年は88%～90%を推移している。

イ 負荷率の上昇傾向はライフスタイルの変化などによる水の使い方の変化、すなわち、構造的な要因によるものであるから、低い負荷率に逆戻りすることはありえない。利根川流域の他県の予測では負荷率として過去10年間の最小値を使っているから、過去15年間の最小値をとる方式も特異なものである。

東京都は2003年12月予測では、安全度を見なければならないという理由で、過去15年間（1986～2000年度）の最小値を採用し、1986年度の81%を使った。同じルールを新予測に当てはめれば、東京都は1996～2010年度の最小値として1996年度の83.6%が採用されるはずである。

ところが、2012年3月予測では、過去35年間のデータに遡ることによって、35年間の最小値である1977年度の79.6%が採用された。これは、一日最大配水量の将来値を大きく引き上げるため、なりふり構わず、今から30年以上前の低い負荷率を採用したのである。

## （2）原判決の判示

この点について、原判決は次のとおり判示した。

「（負荷率について）直ちに合理性を欠くものとは認められない。控訴人らは、前記「東京水道施設再構築基本構想」における予測については、負荷率を

79. 6パーセントとしたことについても不合理であると主張する。しかし、上記予測は、その依拠した実績期間中の負荷率の最低値を採用したことが認められ、前判示のとおり、国内の主要都市の計画負荷率が上記の割合を下回る例も存在することが認められることを併せ考えると、上記の割合が直ちに合理性を欠くものとは認めるに足りない。」（34頁）

### （3）原判決の誤り

負荷率は年度による変動があるが、確実に上昇傾向にある。1980年代前半は80～84%であったが、次第に上昇し、2000年代後半は89～90%になっている。

負荷率の上昇傾向はライフスタイルの変化などによるものであって、大阪府水道部は次のように述べている（甲51号証）。

「水使用スタイルの変化は、屋内（通年）プールの増加、屋外プールの減少、自家風呂率の増加、空調機器の普及（夏期シャワー回数の減少等）、飲料水の多様化及び乾燥機能付洗濯機の普及による衣類まとめ洗いの減少（梅雨時期等）などが要因と想定される。これは、様々な原因が複合した結果であり、今後、下がることは考えにくい。」

このように負荷率は確実な上昇傾向にあるのであるから、予測では近年の数字を使わなければならない。安全側を見るとしても、過去10年間の最小値を採用すれば十分であり、利根川流域の各県ではそのような負荷率を使っている。東京都のみが前回の2003年12月の予測では過去15年間の最小値を採用した。それだけでも常識外れの設定であるのに、東京都は新予測では、過去15年間の最小値では600万 $\text{m}^3$ /日に近い一日最大配水量の数字が得られないとして、過去35年間の最小値を採用した。まことに恣意的な設定であり、所定の予測値を得るため、何でもありの数字の操作を行ったのである。

原判決はこのように東京都の異常な負荷率設定についても、「直ちに合理性を欠くものとは認めるに足りない」として、妥当であるか否かの判断を一切回避しており、司法としての責任を放棄する判示になっている。

さらに、原判決は、「国内の主要都市の計画負荷率が上記の割合を下回る例も存在することが認められることを併せ考えると」と述べているが、これは負荷率の性質を全く理解していない判示である。負荷率は都市の規模等によって異なるものであるから、異なる都市について負荷率の絶対値を比較することは意味がない。都市の規模が大きいほど、個々の使用水量の変動が一層平均化されるので、給水量が突出して大きくなる度合いが少なくなり、負荷率が高くなる傾向がある。都市の規模が格段に大きい東京都は他都市と比べて負荷率が高くなるのは当然なのであって、原判決は都市の規模が格段に大きい東京都の特殊条件をも考慮できない、科学性が欠如した判示になっている。

仮に、このような変更が許される場合をあえて考えてみれば、たとえば、過去15年間の実績値に基づいた予測がなんらかの理由で外れ、予測した以上の負荷率の低下があった、という事情があるような場合は、このような見直しも理解できないではない。

しかしながら、実際には、2012年までの間、1986年度の81%を一度も下回ることはなく、むしろ88%~90%で推移してきたのである。

このような事情のもとで、あえて、過去35年間の実績値（これによれば、水需要予測は大幅に増加する帰結をもたらす）を用いる合理的な理由は、何も示されていない。

にもかかわらず、2012年の水需要予測において、それまでの水需要予測とは異なり、負荷率について過去35年間の最小値を用いたのは、八ッ場ダム事業に参画し続けるために、架空の水需要予測を策定し、つじつま合わせをしたものなのである。

したがって、水需要が2015年度に592万 $\text{m}^3$ /日となるとの予測は誤りであり、この誤った事実に基づいて、ダム使用権設定予定者たる地位を維持することには、重要な事実の基礎が欠けているというべきである。

### 3 2020年に、東京都自身も人口減少に転じるとしている点について

#### (1) 上告受理申立人の主張

東京都の2012年3月の新予測は極めて不合理な予測であるが、その予測でも2020年度以降は、一日最大配水量は漸減傾向に変わるとしている。すなわち、東京都の新予測では1日最大配水量は2020年度593万 $\text{m}^3$ /日にピークとなり、それ以降は漸減し、2035年度572万 $\text{m}^3$ /日となっている。

これは、東京都の給水人口がのとおり、2020年度にピークを迎え、そのあとは徐々に減っていくからである（甲49号証）。これは東京都が2011年12月に発表した「2020年の東京」による将来人口の推計であり、日本の総人口の縮小に伴って、東京都の人口も2020年以降、減少傾向に向かうことが示されている。なお、東京都は水道普及率がほぼ100%であるので、人口と給水人口はほぼ等しい。

東京都の人口減少は近い将来に訪れる確かなことであるので、東京都の新予測でもそれに伴って水道配水量が近い将来に縮小方向になるとせざる得なくなっている。このことは、少なくとも2020年度以降は新たな水源は不要となることを示しているのである。

#### (2) 原判決の判示

ところが、この点についても、原判決は次のとおり判示した。

「さらに、東京都の人口が平成32年度以降減少に向かうとの点についても、水道事業者の負担する前判示の義務を考慮すれば、将来予測されるピーク時における需要に对应得るよう水道施設の整備を図ることが直ちに合理性を欠くものとは認められない。」（33頁）

#### (3) 原判決の最高裁判例違反

ア 原判決は、「水道事業者の負担する前判示の（給水）義務」からすれば、「将来予測されるピーク時における需要に对应得るよう水道施設の整備を図ることが直ちに合理性を欠くものとは認められない。」という。しかし、

ここで「将来予測されるピーク時における需要」は虚構の予測であり、重要な事実の基礎に欠けていることは前述した。

イ 百歩ゆずって、その点を措くとしても、2020年度以降は、水需要が減少に転じることは東京都も認めていることなのであるから、この事実を前提に、水道局長の判断の審査に際しては、企業の経済性（地方公営企業法3条）が考慮されたかどうか審査されるべきである。

すなわち、地方公営企業法は、「地方公営企業は、常に企業の経済性を発揮するとともに、その本来の目的である公共の福祉を増進するように運営されなければならない。」（3条）とするほか、水道事業の経費は「当該地方公営企業の経営に伴う収入をもって充てなければならない」（17条の2第2項）として地方公営企業の独立採算制を定め、その「収入」の源泉である水道使用料は「公正妥当なものでなければならず、かつ、能率的な経営の下における適正な原価を基礎とし、地方公営企業の健全な運営を確保することができるものでなければならない」（21条2項）等と定めている。

したがって、水道局長は、企業の経済性を発揮させ、企業経営を能率的に行う義務を負っている。

そして、「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」（細谷芳郎著『図解 地方公営企業法』第一法規株式会社、平成16年、262頁）であるところ、ダム使用権設定申請の維持は、巨額の対価（本件では472億円）の支出・負担を伴うものであるばかりか、ダム使用権設定によって増加する保有水源を供給するための設備投資を要する（本件では、平成22年時点で470万 $\text{m}^3$ /日程度の施設能力を、600万 $\text{m}^3$ /日まで増大させるための設備投資が必要になる）、というように、企業の経済性発揮、能率的な企業経営に反する結果をもたらす判断である。

したがって、ダム使用権設定申請を維持するかどうかの判断にあたって

は、企業経営の経済性（能率性）は「本来最も重視すべき諸要素、諸価値」に当然含まれ、相当の重みづけをもって考慮される必要がある。（原判決も、この点を認識して、「事情の変更」が、ダム使用権設定申請維持判断を財務会計法規上の義務違反たらしめると判示したものと思われる。）

ウ しかしながら、水道局長は、こうした企業の経済性については、なんら考慮していない。ダム使用権設定申請を維持するかどうか、その前提となる水道需要予測及び保有水源評価の判断においては、これらの事項が考慮されるべきであり、水道需要予測及び保有水源評価においても、ダム使用権設定申請を維持するかどうかの判断においても、前記事実を一切考慮しなかった水道局長の判断は、考慮すべき事項を考慮しなかった不合理な判断ということになる。

#### 4 保有水源についてその1（利水安全度について）

##### （1）上告受理申立人の主張

東京都が認めている保有水源量はすでに618万 $\text{m}^3$ /日と十分な量が確保されている。

これに対して、東京都は、2/20 渇水（20年に2回の渇水）という厳しい渇水年を想定すると、保有水源の供給可能量が541万 $\text{m}^3$ /日まで低下するとして将来の水需要予測値を充足できないとしている。

しかしながら、その根拠となった国土交通省の計算は、恣意的で科学性が乏しい数字である。

国土交通省の計算は、さいたま地裁の調査囑託に対する国土交通省の回答で新たに明らかになった。

供給可能量の減少率は、基準点の河川流量が確保流量に対して不足が生じた時にダムからの補給を行う利根川の水収支計算から求められたものである。この計算において①確保流量が過大に設定されている場合や②河川流量が過小

評価されている場合には、ダム補給量が過大に算定されることになる。国土交通省の計算は①、②の条件がそのまま当てはまり、①栗橋地点の確保流量が過大に設定され、②上流域利用水の利根川への還流量が正しく算定しておらず、河川流量が過小に設定されている。したがって、この2点を改めれば、開発水量通りの補給を行っても、ダム貯水量が底を突くことはほとんどない。2/20 渇水年において利根川の開発水量が21%も減るといふ話はそのように現実遊離の計算がつくりだしたものに過ぎない。

2/20 渇水年への対応の話は、国土交通省が新たに持ち出した水源開発事業推進の口実である。2008年7月4日にようやく8年遅れで第五次利根川・荒川水系水資源開発基本計画（フルプラン）が策定されたが、都市用水の需要の減少傾向が続いてきている状況においては、ダム建設等の新規水源開発の必要性を示すことが困難となった。すなわち、水需要の実績が減少傾向に変わると、実績を無視した過大な予測を行うにも限度があり、将来の増加量を従来の過大予測よりも控え目にせざるを得ない。しかし、それでは計画中・工事中の水源開発事業の必要性を打ち出すことができない。そこで、新たに考えられたのが2/20 渇水年への対応である。

2/20 渇水年の供給可能量低下の話は、あくまで新規水現開発を進めるための口実にすぎないのである。

## （2）原判決の判示

この点について、原判決は次のとおり判示した。

「しかし、嶋津証人の上記供述によっても、水道事業者の負担する前判示の義務に基づく水供給の安全性確保の観点を考慮すると、農業用水、都市用水の還元を限定的に考慮することなどが直ちに合理性を欠くものとは認めるに足りず、また、河川管理者である国の許可を得て取水を行う立場にある東京都が、国による上記計算を前提として供給可能量を計算することが、直ちに合理性を欠くものと認めるには足りないものというべきであり、他にこれを認めるに足

りる証拠はない。」(36頁)

### (3) 原判決の誤り

2/20 渇水年への対応は国土交通省は水需要減少時代において新規の水源開発を進める理由として新たに考え出したものに過ぎない。そして、国土交通省が示す2/20 渇水年における保有水源の供給可能量の減少率は机上の計算値にすぎない。さいたま地裁での調査嘱託によって明らかになった国土交通省の計算根拠資料を分析すると、①確保流量の過大設定や②河川流量の過小評価という現実と乖離した計算が行われており、実際には2/20 渇水年が来ても、供給可能量が大幅に減ることはない。

このように2/20 渇水年は実体のない話であるが、百歩譲って、国土交通省が示すとおり、保有水源の供給可能量が減るとしても、東京都はすでに十二分の水源を確保しているので、保有水源量を実態に合わせて評価すれば、2/20 渇水年においても水需要を充足することが十分に可能であり、水需給に不足をきたすことはない。

原判決は、この上告受理申立人の上記の主張に一切耳を傾けずに、利水安全度の問題についても「直ちに合理性を欠くものと認めるには足りないものというべきであり」という決まりきったフレーズで片づけようとしているが、それは判断の脱漏に他ならない。

## 5 保有水源についてその2 (多摩地区の地下水について)

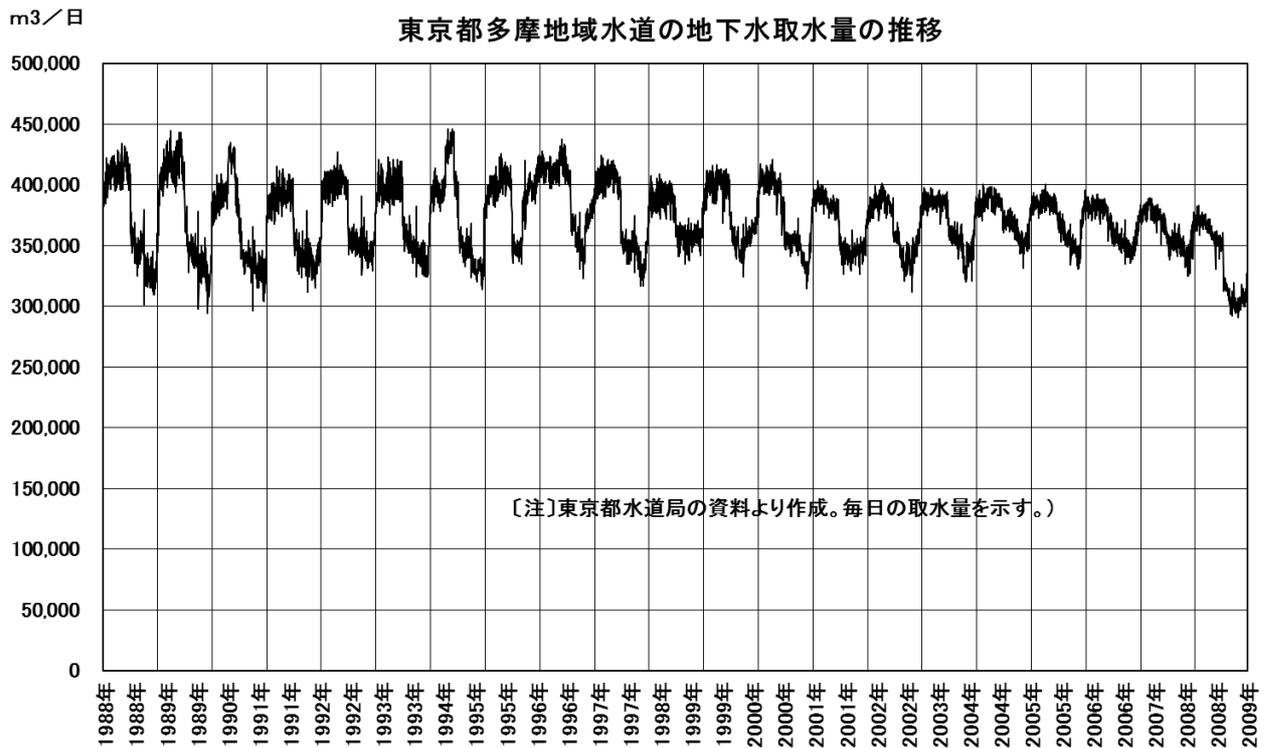
### (1) 上告受理申立人の主張

東京都が認めている保有水源 618 万 $\text{m}^3$ /日には、現に利用されている地下水が含まれていない。東京都のように現在使用中の水道用地下水を水源としてカウントせず、将来的に全面転換をする計画を保有している自治体は、関東地方では他になく、唯一東京都だけである。他の県では、多少の地下水削減計画はあっても、全面転換するような計画はない。その削減率は、茨城県以外は5～



14%で小さく、茨城県でも30%であり、東京都の削減率100%は例外中の例外である。

東京多摩地区の水道用地下水の取水量の推移を図3に示す。



多摩地区では長年ずっと水道水源として地下水が利用され続けている。取水量は概ね最大40万 $\text{m}^3$ /日である。東京都は地盤沈下の問題があるとか、地下水汚染の問題が心配されるという理由をつけて、多摩地区の地下水を水道水源としてカウントしていないが、このように長年の利用が可能であるのは地盤沈下等の理由が取るに足りないものであることを如実に物語っている。

## (2) 原判決の判示

この点について、原判決は次のとおり判示した。

「しかし、a判示の各点を考慮すれば、現時点で多摩地区の地下水利用を削減する必要があるとはされていないと認める余地があるとしても、これを将来

にわたっての安定的な水源として扱わず、保有水源に含めないことが直ちに合理性を欠くものといえないとの上記判断は左右されないというべきである。」

(35～36頁)

### (3) 原判決の誤り

原判決は、「現時点で多摩地区の地下水利用を削減する必要があるとはされていないと認める余地がある」と明言した。これは、現に地下水が利用されているからであろう。

しかしながら、「これを将来にわたっての安定的な水源として扱わず、保有水源に含めないことが直ちに合理性を欠くものといえないとの上記判断は左右されない」として、上告受理申立人らの主張を排斥した。

しかし、その判断には、なにゆえに、「将来にわたっての安定的な水源として扱わず、保有水源に含めないことが直ちに合理性を欠くものといえない」のか、その理由は全く示されていない。

## **6 小活—原判決は、小田急線最高裁判決とはじめとする最高裁の審査基準に背反しており、破棄を免れない**

以上述べたとおり、東京都の水需要は減少の一途を辿っており、他方、水道水の供給能力は十分に余裕があることが誰の目にも明らかである。したがって、新たな水源の必要性は皆無である。

ところが、東京都の水需要予測は未だに大幅な増加傾向を維持しており、それに対し保有水源については、余裕がないかのように過小評価されている。したがって、新しい水源の必要性があるとの判断を前提として、ダム使用権設定申請を取り下げる必要はないとの判断に至っているのである。

しかしながら、ダム使用権設定申請を取り下げる必要はないとの判断の基礎をなしている水需要予測の大幅な増加傾向と保有水源の過小評価は、いずれも重要な事実誤認がある。

まず、水需要予測であるが、この20年間に着実に水需要が減少してきていることは紛れもない事実である。これまでも繰り返し主張してきたがところであるが、生活様式の変化や節水機器の発達などによる水需要の変化であって、一時期の要因ではない。この傾向が変わることはありえず、かつ、八ッ場ダムが完成する頃には東京都の人口は減少をはじめ。このような状況の中で、現在よりも水需要が大幅に増えると予測することは、正に、「その基礎とされた重要な事実に誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合」に当たり、さらに「事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合」に当たる。

いかに、安定供給という錦の御旗を掲げたとしても、水需要が確実に減少することが明らかなのに、これを大幅に増加するという前提で計画を策定することは、誰が判断しても、小田急線最高裁判決をはじめとする最高裁の判断基準に背反する。

また、保有水源の過小評価についても、まったく合理的な理由は示されておらず、それにもかかわらず、保有水源の供給可能量が541万 $\text{m}^3$ /日まで低下するという事実は、「その基礎とされた重要な事実に誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合」に当たり、さらに「事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合」に当たる。

さらに、保有水源に関しては、現に利用している地下水も完全に利用できなくなること前提とした評価がされているが、これも、重要な事実に誤認がある。

以上から、東京都の水需給計画に係るその判断過程においては、水需要予測及び保有水源の評価について、事実に対する評価が明らかに合理性を欠いており、その内容が社会通念に照らして著しく妥当性を欠き、裁量権の逸脱・濫用があるにもかかわらず、原判決はこれを否定しており、この判断は、最高裁判決が示す司法審査基

準に著しく反するものであるから、破棄されるべきである。

## 第7章 ハッ場ダムのダムサイト及び地すべりの危険性に関する判決に影響を及ぼす経験則違反の事実認定及び河川法3条2項の解釈の誤りについて

### はじめに 本章の論旨

原判決は、事案の異なる「一日校長事件最高裁判決」と「法人税課税処分無効確認請求事件最高裁判決」を引いて、特異かつ違法な司法審査基準を採用し、東京都が、国土交通大臣が発した納付通知書に従わずに支払を拒むことができるのは、その納付通知書に「重大かつ明白な違法ないし瑕疵がある場合」に限るとした。そして、その主張・立証責任を、上告受理申立人・住民側に転嫁している。

上記のような訴訟構造を前提にして、原審裁判所は、「ダムサイトの危険性」について「ハッ場ダムのダムサイトが安全性を欠いており、ハッ場ダムが河川管理施設としての性状と機能を有しないため、国土交通大臣の受益者負担金の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ない」（原判決64～65頁）と認定し、また「地すべりの危険性」についても「貯貯水池周辺において地すべりの危険性があるため、ハッ場ダムが河川管理施設としての性状と機能を有さず、国土交通大臣の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とは認められない」（原判決73～74頁）との事実認定を行った。

しかし、上記審査基準そのものが違法であり、挙証責任の転換は、行政訴訟における行政計画の合理性についての立証責任の分配法則に明らかに反するものであり、このこと自体が違法である。また、上記訴訟構造に基づく事実認定は、国土交通省作成の報告書や技術指針(案)などを形式的に引用するだけであり、上告受理申立人らが指摘する「ダムサイト」及び「地すべり」の危険性に関する事実主張に対し、きちんと向き合って判断しておらず、その結果、その判断には経験則違反によ

る事実誤認や理由不備などの違法が存在し、河川法解釈に関する重要な事項が存在している。

## 第1 基本的問題の所在

1 上告受理申立人らは、原審においては、本件住民訴訟における八ッ場ダムの危険性に係わる争点のひとつとして、上述した治水上及び利水上の必要性の外に、同ダムが河川法3条2項に定める河川管理施設としての客観的効用、すなわち「河川の流水によって生ずる公利を増進し、又は公害を除却し、若しくは軽減する効用を有する施設」としての性状と機能を備えている必要があり、その前提条件として①ダムサイト周辺の岩盤・地質がダム建設の適格性を備えていること、②ダム湖周辺の地盤が安定しており、地すべりの危険性がないことを必要とする、との主張を重ねてきた。

そして、本件八ッ場ダムのダムサイト周辺の基礎岩盤は、八ッ場層と総称される安山岩類で構成される地層であるが、その形成年代は第三紀・後期中新世～前期鮮新世（約570～430万年前）とされている。要するに、火山性の堆積岩と溶岩とが交互に重なった地層であるが、その堆積後に、温泉水による熱水変質作用を受けており、また各所で岩脈の貫入を受けている。さらに、近時、数万年の間に、吾妻川からの急激な下方浸食を受けて、多数のシーティング節理（水平方向の亀裂）の発達を見ている。このような地質形成を経ているため、同地の基礎岩盤は、複雑かつ不安定である。

また、貯水池予定地を含む吾妻川の上流域は、火山活動で形成された軟質な安山岩類の地盤（八ッ場層より新しく「林層」と呼ばれる）であり、特に大規模な貫入岩体の影響で「林層」は軟質化、粘土化していることに加えて、吾妻川による浸食を受けて河岸斜面が不安定化し、地すべりを起こしている。現在の極めて不十分な対策のままダム堰堤が築造されて湛水すると、湖岸斜面の地すべりや表層の崩壊が起きかねない。特に、二社平地区、林地区、横壁・白岩沢右岸地区及

び横壁・小倉地区地の4地区は、調査報告書が地すべりや崩壊の危険性を指摘している地区であり、国交省も一定の危険性を認めている地区である。

したがって、上告受理申立人らは、ダムサイト周辺の岩盤・地質がダム建設の適格性を備えておらず、また、ダム湖周辺の地盤が安定しておらず地すべりの危険性がある本件ダムは前提条件を備えておらず、河川法に基づく河川管理施設とはいえないから、その建設費用として東京都が公金を支出することは違法であると主張してきた。

- 2 しかるに、原判決は、上述した第1章、はじめに於いて詳述したのと全く同様の法的な枠組みに基づき（39～40頁）、ダムサイト及び地すべりの危険性についても、原審での審理判断の対象として、「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かなど、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得ない瑕疵が存在するか否かについて判断する。」（42頁）としたのである。
- 3 原判決は、このように国土交通大臣が発した納付通知に従わずに東京都がその支出を拒むことができるのは、その納付通知に「重大かつ明白な違法ないし瑕疵がある」場合とか、「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」がある場合に限るとの司法審査基準を設定したため、ダムサイト及び地すべりの危険性に関する個々の上告受理申立人らの事実主張に対する事実認定は極めて粗雑であり、ほとんどの事実について詳細な判示を示すことなく上記基準をオウム返しに繰り返すことによって主張を退けた。

原判決には、かかる重大な欠陥と問題点が存在し、かつ、上記のような判断枠組みを採用した故か、上告受理申立人らの主張の多くの事実主張に対しても判断脱漏の誤りを犯しているが、以下には、原判決が認定した事実関係を中心にしてその誤りを取り上げ、これらについて指摘することとする。

## 第2 ダムサイトの危険性について

### 1 原判決が判断を行うについての審査の対象とした前提事実

原判決が、ダムサイトの危険性について、「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認められる」か否かの判断を行うについての審査の対象とした前提事実は、以下のとおりである。

ア 「ハツ場ダムのような重力式コンクリートダムでは、ダム堤体と基礎岩盤との接触面、基礎岩盤内の水平に近い傾斜の断層及びシーティング節理に留意する必要がある、水平に近い傾斜の断層等については、特に分布とせん断強度に関する調査を行い、すべり破壊に対する安定計算を行い、所定のせん断強度が確保されない範囲は掘削除去され、コンクリート置換が行われる。

また、基礎地盤の遮水性を向上させることなどを目的としてグラウチングを実施することが計画されており、平成15年制定の現行のグラウチング指針はこれまでの施工データや知見の蓄積等を踏まえて改定されたものであり、施工途中においても施工状況に応じた合理的なグラウチングを行うこととしており、国交省は平成16年の第2回計画変更に当たり、グラウチングの施工範囲を拡大する変更をし、さらに、施工中に新たな問題点が発見された場合、計画の検証・見直しをした上でその後の施工をすることが可能であるとしている。」

(60～62頁)

イ 「国交省は、昭和60年度から平成14年度まで合計74カ所、掘削長合計9090メートルのボーリング調査を行い、1541回にわたりルジオンテストを実施し、平成14年度調査では統一的な岩盤評価を行い、平成15年度にもボーリング調査を行い、以後も必要に応じて地質調査を実施している」 (62頁)

ウ 「基礎岩盤は全体にB級岩盤を主体とし、地表に近づくに従いCH級、CM級、CL級岩盤からなり、ダム高が最も高くなり、最も大きなせん断強度が必

要となる溪谷中央部の河床から兩岸の斜面にかけては、施工時に掘削除去されるべき地表から概ね5ないし10メートルの範囲にCM級岩盤が見られるが、その下部のダム基礎となる部分はB級を主体としている」（62～63頁）

エ 「平成15年3月作成の「H14ダムサイト地質解析業務報告書」では、ダムサイト付近では、地質学的及び工学的に際立った断層は認められない」（63頁）

オ 「変質帯については、H14報告書では、ダム基盤岩盤の安定性に関して着目すべきは中性の熱水変質のみであると判断され、ダムサイト右岸上流部に高いランクの変質が集中しており、右岸上流の変質が及ぶ範囲は-1軸から0軸の間までである」（63頁）。

カ 「H14報告書によれば、ダムサイトの岩盤は、岩片が堅硬なことと割れ目が少ないこと及び全体に風化も進んでいないため、かなり大きなせん断強度を有するものとみられる。ダムサイトにシーティング節理が存在する直接的証拠は少なく、現段階ではダムサイトの地質上の課題とは認識されていない」（64頁）

キ 「H14報告書以後の追加調査により、熱水変質によるCL、CM級岩盤は、上流からダムサイト（0軸）に向かってしだいに分布が狭くなり、ダムサイト付近ではほとんど分布がみられなくなり、良好な岩盤となっていることが確認された。そのため、関東地方整備局は、堤体基礎が変質帯にかからない範囲で、ダム軸の右岸側を上流側に20メートル移動させた上で、新に設定したダム軸をもとに堤体の設計を進めることとした」（64頁）

以上の7項目の事実認定をした上で、「以上判示の事実に照らすと、八ッ場ダムのダムサイトの地盤に関する調査の経過、内容及び八ッ場ダムの設計・施工の方針に重大かつ明白な瑕疵があるとは認められず、また、これが著しく合理性を欠くものとも認められない。したがって、八ッ場ダムのダムサイトが安全性を欠いており、八ッ場ダムが河川管理施設としての性状と機能を有しない

ため、国土交通大臣の受益者負担金の上記納入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、これ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とも認められない」（64～65頁）と判示している。

## 2 原判決が取り上げた上告受理申立人らの主張とその回答

ダムサイトの危険性について、原判決は、上告受理申立人らの主張に対して真摯に対応して、上告受理申立人らが呈示した数多くの疑問に取り組んで回答するという姿は見えなかった。

しかし、上告受理申立人らとしては、ダムサイトの危険性についての判断の不当性に迫るには、まず、こうした原判決の判断場面に焦点を当てて、その不当性を指摘することから始めなければならない。そこで、原判決の上告受理申立人らの主張と各判示との対応関係を点検し、ついで、その判示の誤りを指摘することとする。

### (1) 基礎岩盤の脆弱性について

#### ア 上告受理申立人らの主張

上告受理申立人らの基礎岩盤に関する主張は、①国土交通省は、ダムサイトの基礎岩盤は岩級区分で言えばB級が主体であるとしているが、本件ダムサイト周辺は多くの割れ目が存在するし、非常に複雑な割れ目が発達しやすい火山性の地層である、②現地で行われたルジオン試験の結果を参照すれば、岩級区分は見直されるべきである、③ダムサイト周辺の吾妻川左岸には嘗て擾乱帯と呼ばれた箇所があるが、それは断層破碎帯であり、ダムサイトの直下に延びている可能性がある上、それと平行する断層も新たに発見されている、というものである。

#### イ 原審の判断

ダムサイトの基礎岩盤は岩級区分で言えばB級が主体であるとの判断の不

合理性について、原審は、「H14報告書によれば、上記基準に基づき、控訴人らの主張する割れ目の存在を前提として、基礎岩盤は全体にB級岩盤を主体とし、また溪谷中央部のダム基礎となる部分はCH級及びB級からなるものと判断していることが認められるのであり、控訴人ら主張の点を考慮しても、上記判断に重大かつ明白な瑕疵があるとは認めるに足りないし、上記判断が著しく合理性を欠くものであるとは認められない」（65頁）と判断している。

また、ルジオン値が20以上とされている箇所については岩級区分をCL級に見直すべきとの点について、原審は、「岩級区分は岩塊の硬軟、割れ目間隔及び割れ目性状等から定められており、ルジオン値のみを基準とするものではなく、ルジオン値に関しても幅が設けられている。これによれば、ルジオン値が20以上の部分があるとしても、直ちに岩級区分をCL級に見直さないことについて、重大かつ明白な瑕疵があるとは認められず、また、著しく合理性を欠くものであるとも認められない」（65～66頁）としている。

#### ウ 原審の誤り

国交省がこれまで行ったダムサイトの地盤・地質に関する調査はきわめて不十分なものであり、ダムサイトの基礎地盤の安全性を裏付けるものとはいえない。国交省自身が「今後も継続して実施される地質調査や設計作業により精度向上が図られ、ダムサイト地質に対する評価や図面等に修正が加えられていくものであることを申し添える」（甲F5—2—1・1頁）と述べているように、ダムサイトの基礎地盤については不明な点・曖昧な点が残っていることを自認しているのであるから、その記載内容をチェックし他の資料等との整合性を検討する必要がある。

しかし、原審は、上記判断に際し、H14年報告書（甲D1）を単に引用しているのみで、その記載内容の相当性、妥当性については全く検討していな

い。

上告受理申立人らが岩級区分についてまず指摘したことは、多数の開口割れ目の存在と国土交通省の岩級区分とが矛盾するということである。

上記「H14 ダムサイト地質解析業務報告書」の表 4-1-3「岩級区分基準」は、B 級は「ほとんど割れ目がない新鮮堅硬岩盤」「割れ目は少なく、ボーリングコアでは 1m につき 1~2 本程度である。割れ目沿いは若干褐色部が認められるもの密着していることが多く、軟質化は認められない。開口割れ目も認められるが少ない」とされている（甲 D 1・8 6 頁）。

まず、上記報告書には、B 級と判断したボーリングのコアがすべて示されているわけではないので、国土交通省が B 級と判断した岩盤が本当に正しいということを裏付ける証拠はない。次に、上記報告書 8 7 頁には、B 級と判断されたボーリングコアの写真が 3 本、例示されている（末尾添付図面①参照）。この 3 本は例として挙げられているくらいだから、本件ダムサイトのボーリングコアの中から最も良質のものが選定されて掲載されているものと考えられるところ、一番上の BL-7 及び真ん中の BR-12 は、何れも河床部のものでなく、それぞれ、左岸部・右岸部のものである（甲 D 1・7 4 頁）。一番下の 60-B のみが、河床部のものである（同上）。これらのボーリングコアを見ると、1m につき 3 本以上の割れ目が入っているものが散見される（BR-12 の 54~55m, 60-B の 60~61m, 62~63m）。割れ目は、開口しているものが多い（BL-7 の 70~71m, 72~73m, 73~74m, 74~75m, BR-12 の 52~53m, 54~55m, 60-B の 60~61m, 62~63m, 64~65m）。河床部の 60-B の割れ目が特に大きな割れ目となっている。また、60-B は、コアが白色ないし赤褐色となっており、変質作用を受けていることが看取される。BL-7 の 70~71m, BR-12 の 50~51m, 60-B の 60~61m の箇所等には、岩盤が風化して砕けていることが看取できる箇所がある。

このようなことからするならば、国土交通省が行った B 級との判断は、上

記のB級の定義と整合していないことが分かる。このように、国土交通省のB級との判断は、実際のボーリングコアの割れ目や岩の状態と矛盾するものであり、合理性がなく、この点に関する原審の判断は、H14年報告書の記載を引用するだけであって、実質的に理由、根拠を欠いており、理由不備といえる。

また、原判決は、岩級区分とルジオン値とは必ずしも連動しないかのごとく述べているが、甲D1・87頁に示された岩級区分の基準は、一見して分かるように、視認による区分である。一方、ルジオン値は、ルジオン試験によって明らかにされる数値であり、それによって岩盤中の割れ目や風化などの水を通しやすい脆弱な部分の存在が示される。ルジオン試験によって高いルジオン値が示された場合は、岩盤の脆弱性が示されたものと考えなければならない。特にB級については、「ルジオン値は概ね2以下」とされているのであって、ルジオン値と岩級区分との対応は比較的明瞭である。従って、ダムサイトの安全性を考えた場合、10を超えるようなルジオン値が示された場合、特に20を超える値が示された場合は、岩級区分の見直しをすることは必須であると考えなければならない。

本件ダムサイトの基礎岩盤は、ルジオン値が10以上20未満、あるいは20以上を示す箇所が多々あり、概ねB級との判断は誤りであり、多くの部分がCM級やCL級に変更されなければならないことは明らかである。

このようなルジオン値にも拘らず、B級との判断は不合理であるとはいえない、などという原判決の判断は、明らかに不合理であり、事実誤認である。

## (2) 基礎岩盤の高透水性について

### ア 上告受理申立人らの主張

上告受理申立人らの主張は、①吾妻川の河床標高以深にも高いルジオン値を示す地点が多々あり、河床付近の基礎岩盤は難透水性とはいえない、②吾妻川の左岸側は高透水性の水平の割れ目が山側に向かって発達している、③

現場の透水試験からも「限界圧あり型」や「目詰まり型」の箇所が多々あり、一見強固な岩盤に見えても、湛水すればその水圧によって隠されていた岩盤の脆弱性が露わになる可能性がある、④新グラウチング指針は国土交通省のお手盛り基準である可能性が高く信用性が低い上、新グラウチング指針の基準によっても対応不可能なルジオン値を示す箇所もあるし、グラウチング工法ではせん断抵抗を補強できない、というものである。

#### イ 原審の判断

原審は、「八ッ場ダムのダムサイトの透水性は、河床付近の基礎岩盤ではルジオン値は小さく、左岸では概ね地下水位より高い位置でルジオン値が高い箇所が認められ、地下水位以深ではルジオン値は小さく、右岸ではルジオン値は全体的に小さいものの、ところどころにルジオン値の大きい箇所が、地下水位以深においても認められるところ、国土交通省は、平成15年に改訂されたグラウチング技術指針に基づき、ダムサイトの地質性状に応じて改良目標値及び改良範囲を設定することにより、八ッ場ダムの基礎地盤等において遮水性が不足する箇所に対応することが可能と判断していることが認められ、上記グラウチング技術指針やこれにより遮水性が不足する箇所に対処するとの方針に重大かつ明白な瑕疵があり又はこれが著しく不合理なものとは認められない」（66～67頁）と判示した。

#### ウ 原審の誤り

原判決は、一部ルジオン値の高い箇所の存在を認めるものの、全体的にはルジオン値が低いと判断しているが、①「H17川原畑地区他地質調査報告書」に添付された左岸側のルジオン値と標高の関係図(甲D15・添付図・図-1.0)において、現実には、吾妻川河床付近や左右両岸側に高透水性の箇所が多数見られるし(末尾添付図面②参照)、②ダムサイト0軸のルジオンマップには、河床標高以深において、ルジオン試験の結果「目詰まり型」「限界圧あり型」を示す地点がかなりあり(甲D15・添付図-11, 12等)(末尾添付図

面③④参照) , これらの箇所は, ルジオン値が低いように見えても, 一定以上の水圧がかかると岩盤が亀裂破損する可能性がある, 等の点を指摘することができるのであり, 原判決には事実の誤認がある。

また, 15年改訂の新グラウチング技術指針に基づく国交省の判断を単純かつ全幅の信頼を寄せ, これを援用するだけであって, 上告受理申立人らの主張に対し, きちんとした理由を示すことなく, 重大かつ明白な瑕疵があり又は著しく不合理なものとは認められないとしているだけであり, 理由が不備である。

### (3) 断層の存在について

#### ア 上告受理申立人らの主張

上告受理申立人らの主張は, ①本件ダムサイトの近くには, 大きな親断層おやだんそうがあり, 本件ダムサイトの右袖を通過している可能性もある, ②国土交通省は, この親断層の存在を無視している, ③かつて国会でも「河床を横断する3メートル幅の岩の断層がある」という議論がなされ, 旧建設省は断層の存在のために, 現在のダムサイトはダム建設用地として不適としていた, というものである。

#### イ 原審の判断

原審は, 「H14報告書において, ダムサイト付近では, 地質学的及び工学的に際立った断層は認められていないとされていることは前記判示のとおりであり, その後の調査によっても, ダムサイト周辺にダム基礎として問題となるような断層破砕帯は確認されていないことが認められる」(67頁)と判示した。

#### ウ 原審の誤り

原判決は, ここでもH14報告書を形式的に引用するのみで断層の存在を否定しているのであるが, 明らかな事実誤認である。

群馬県表層地質図(甲D5)からは, 原本は5万分の1の縮尺であるが,

本件地域を通る大きな断層が、ダムサイトの直下ではなかったとしても、数百 m(しかもその前半)以内の位置にあることが明らかである(末尾添付図面⑤参照)。応用地質調査事務所の作成した利根川水系吾妻川八ッ場ダム・ダムサイト地表地質調査報告書の図面(甲 D 1 8)の2本の断層のうち、吾妻川に沿って延びている方の断層は、左岸側のダムサイト直下に入り込んでいる。もう1本の方も、破線のダムサイトと最も近い部分で約200mの距離にある(末尾添付図面⑥参照)。上告受理申立人らが指摘した大きな断層の露頭は、ダムサイトから約500mの距離にある。

このように、八ッ場ダムのダムサイトの少なくとも至近距離に、大きな断層が存在していることは明らかである。

のみならず、かつて擾乱帯と呼ばれた部分は、断層破碎帯に他ならない。

「H17 川原畑地区他地質調査報告書」作成の前提となった横坑調査では、2条の断層の存在が明記されている(甲 D 1 5・6頁, 添付図・図-4, 図-5)(末尾添付図面⑦⑧参照)。また、当該「擾乱帯」付近で行われた水平ボーリングNo.13には、「16.45m~16.5m 付近は褐色に変色しており2条の断層の一部であると考えられる。」とされている(同図-5)。同じく水平ボーリングNo.12にも「2条の断層の一部であると考えられる。」とされているのである(甲 D 1 5, 添付図・図-5)。H14 報告書で擾乱帯とよばれていたものが、2条の断層に挟まれた断層破碎帯であることは、証拠上明らかである。さらに、上記「H17 川原畑地区他地質調査報告書」では、横坑調査の結果、坑奥・「擾乱帯」の西側にこれと並行した新たな断層が見つかったことが明記されている(甲 D 1 5・7頁)。以上のように、擾乱帯が2条の断層であること、それに平行した断層も存在していることが証拠上明らかであり、断層の存在は認められない、などとした原判決の誤りは明らかである。

国土交通省は、上告受理申立人らが指摘した大きな断層の露頭について、これまで全く触れずに来たし、これを誤魔化するような対応を行ってきたので

ある。当然のことながら、国土交通省は、この断層がどこに延びているかについても、全く調査を行っていないし、群馬県表層地質図（甲D5）に記載された親断層の調査も全く行っていない。昭和45年～46年に国会で問題となった断層についても、その後追跡調査を行っていない。

国交省のこのような態度に基づく調査・報告をそのまま依拠することは許されず、断層の存在についての原判決の判断が誤りであり、上告受理申立人らの主張に対し判断をしていないことは明らかである。

#### （4）熱水変質帯について

##### ア 上告受理申立人らの主張

上告受理申立人らの主張は、新たな調査を行うたびに熱水変質帯の新たな分布域が見つかっているし、熱水は地下深部から岩盤中の割れ目・亀裂に沿って上がってくるので、島状に分布するから、未調査の箇所から新たに熱水変質帯が発見される可能性もあり、本件地域は火山性の地質であることや熱水変質帯の分布は八ッ場層の分布とほぼ重なること等も考えれば、本件ダムサイトは、熱水変質帯の中に位置しているものと考えるのが相当である、と言うものである。

##### イ 原審の判断

原審は、「H14年報告書では、右岸上流の変質が及ぶ範囲は一1軸から0軸の間までとされ、その後の追加調査により、熱水変質によるCL,CM級岩盤は、上流からダムサイト(0軸)に向かってしだいに分布が狭くなり、ダムサイト付近ではほとんど分布がみられなくなり、良好な岩盤となっていることが確認されたため、堤体基礎が変質帯にかからない範囲で、ダム軸の右岸側を上流側に20メートル移動させた」ものであり、「熱水変質帯に関する問題は解消されていることが認められ、他に、新たに設定されたダム軸が熱水変質帯の中にあること、あるいは、変更後のダム軸に建設されたダムが将来の熱水変質の進行による悪影響を受けることを認めるに足りる証拠は

ない」(68頁)と判示している。

#### ウ 原審の誤り

原判決は、熱水変質帯に関する問題は「解消されている」と述べているが、現実を直視しない、安易な行政迎合の判断をしたものとの非難を免れない。

即ち、H14 ダムサイト地質解析業務報告書の時点におけるよりも、H17 川原畑地区他地質調査報告書や、H18 ダムサイト地質調査報告書という調査を続けることにより、次第に、より広範囲の、しかもダムサイトを取り巻くような熱水変質帯の分布が明らかにされている。また、熱水変質帯は島状に分布するので、未調査の部分に熱水変質帯が存在する可能性も高い。

さらに、国土交通省が H17 川原畑地区他地質調査報告書において、ダムサイトは良好岩盤であるとした根拠となった横坑調査は杜撰且つ粗雑であり、この調査に信頼性はない。寧ろ、上記のような熱水変質帯の分布状況を見ると、ダム軸に変質帯が延びてきているものと考えerほうが自然である。

翻って、H14 ダムサイト地質解析業務報告書に掲載された、ダム軸直下の 60-B というボーリングのコアを見ると、他の BL-7 に見られるような新鮮な岩盤であることを示す青色ではなく、赤褐色変質、白色変質を受けている上、大きな亀裂の存在が確認できる(甲 D1・8.7頁) (末尾添付図面①参照)。ダムサイト直下の岩盤にも、熱水変質帯が伸びていることがはっきりと分かる。

国土交通省は、平成19年にも熱水変質帯の調査を行ったようであるが、その結果は、平成24年12月21日付控訴人準備書面(20)33~35頁の図-1、2のとおりである(末尾添付図面⑨⑩参照)。図-1を見ると、ダムサイト直下に、⑦~⑨の間、⑳~㉑の間に、標高480m±5mの範囲に熱水変質が認められたボーリングがあったことが記されている。ダムサイト下流側の㉓~㉔の間にも、同様に熱水変質が認められたボーリングが存在する。

この点、国土交通省は、それらの熱水変質が認められたボーリングは、下方からの変質帯が連続しない、としている。しかし、変質帯は、熱水の通過した場所であり、岩盤中では割れ目分布に規制される。ボーリングのコアの中で変質帯が下方から連続しないとしても、変質帯の存在自体が、下方から熱水が上昇してきたこと、及びそのような上昇を許す連続した割れ目が存在することを意味している。

また、平成19年に行ったとされる調査では、熱水変質が認められなかったボーリングも多数存在するため、国土交通省は、熱水変質が存在するとしても僅かに過ぎないということを言いたいようである。しかし、同省が熱水変質が認められなかったとしているのは、ボーリングコア中の10mの幅でしかない。それ以外の深度については何の言及もない。その上、熱水変質帯は、砂岩等空隙の多い岩体や地表部の開口割れ目の密度が高いところでは面的分布を示すようになるが、深部での割れ目の幅は大きいものでも数mm程度であることから、このようなところでは変質帯の幅もせいぜい数cmから数+cm程度と推定される。ところで、ダムサイト岩盤で実施されたボーリング密度は多いところでも40m間で1～2本程度である。仮に40mに1本のボーリングで、変質帯幅40cmの変質帯を見つけるとすると、その確率は40/4000、すなわち100分の1なのである。変質帯がないとしたボーリングをもって、その周囲に変質帯が及んでいないと断定するのは誤りである。

以上から、本件ダムサイトには熱水変質帯が及んでいることが明らかであり、熱水変質帯に関する問題は「解消されている」などとした原判決の事実誤認は明らかである。

### 3 まとめ

以上のように、原判決は、本件の河川法63条1項に基づく東京都の建設負担金の支出が違法となるためには、「前提とする国土交通大臣の納付通知に重大か

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存在する場合」との審査基準をもうけていることから、「ハッ場ダム・ダムサイトの危険性」の有無の審査においても通常レベルの違法審査は行わず、「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存在する場合」との審査基準で判断し、上告受理申立人らの具体的事実主張をことごとく排斥するという手法を採用している。しかし、原審は形式的に国土交通省の報告書などを引用して上記審査基準を適用して判断しているだけであり、何ら実質的な検討をせず事実認定を行っているが、その判断には事実誤認や理由不備の瑕疵が存在し、事実認定の経験則違反による河川法3条2項についての法令解釈の誤りが存在するというべきである。

### 第3 地すべりの危険性について

#### 1 原判決が判断を行うについての審査の対象とした前提事実

原判決が、地すべりの危険性について、「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認められる」か否かの判断を行うについての審査の対象とした前提事実は、以下のとおりである(69～73頁)。

ア 国土交通省は、貯水池周辺の地すべりの安定評価及び対策方針について、検討委員会を設けて検討、資料収集を行い、地すべりの可能性があり、かつ、湛水の影響を受ける箇所として22箇所を抽出し、湛水による地すべりの危険性が高い箇所として6箇所(川原畑二社平、横壁地区白岩沢、林地区久森(2カ所)、林地区勝沼(2カ所))を選定した。

イ 上記6箇所について、ボーリング調査等を実施し、地すべり対策の必要性について検討した結果、川原畑二社平と林地区勝沼2カ所については、保全対象物があることから地すべり対策が必要であると判断し、押え盛土工事を行うこととした。横壁地区白岩沢については、地すべりによる貯水池への影響が軽微

であり、周辺の保全対象物へは影響が及ばず、林地区久森(2カ所)においては岩盤すべりが存在しないか、小規模な地すべりであり、その影響の及ぶ範囲はダム事業により買収、管理するから、地すべり対策の必要はないと判断した。なお、横壁地区小倉においては、対策工を実施済みである。

ウ 地すべり対策の必要性判断は、湛水の影響による地すべり土塊の安定性評価とともに、地すべり影響範囲内の保全対象物の有無が関係し、地すべり影響範囲内に保全対象物がなく、地すべりによる貯水池への影響が軽微である場合には、地すべり対策は不要とされている。

地すべり対策工には、押え盛土工などの工法があり、それぞれには長所と短所があつて、現地の状況に合った効果的かつ合理的な対策工を選定する必要があるが、押え盛土工は、土の重量バランスで安定させるため地すべりを抑制する確実な工法であり、掘削土を利用できるなどの利点もあり、ハツ場ダムでは現地で盛土材が確保でき、かつ、盛土を施工する場所も確保できることから、総合的に判断し、選定したものである。

エ 国土交通省は、平成21年7月に「貯水池周辺の地すべり調査と対策に関する技術指針(案)・解説」を改訂したが、この技術指針(案)に基づき、平成24年2月までに、地すべり対策について改めて検討を行った。

- a レーザープロファイラ測量図からの判読により地すべり地形箇所を推定し、現地踏査をした結果、地すべり等の可能性がある箇所45地区79カ所のうち、湛水の影響を受けると推定される地すべりの可能性ある箇所33地区59カ所を推定し、保全対象物と規模により判定した結果、6地区(二社平、勝沼、白岩沢、久森沢、久々戸、横壁小倉)を精査対象とした(ただし、横壁小倉は実施済みのため除外)。
- b 湛水の影響を受ける未固結堆積物斜面として6地区(川原畑①、同②、林、中棚、川原湯、横壁)19ブロックを抽出して精査の必要度を検討した。
- c 地すべりについては、技術指針(案)に準拠して安定計算したところ、精査

対象地すべてが湛水の影響により安全率が1.0未満となることから、対策の対象とした。未固結堆積物斜面についても技術指針(案)に準拠して安定計算したところ、最小安全率が1.0以上となる中棚地区を除く5地区について対策工を検討することとした。

d そして、地すべり対策工については、二社平地区について押え盛土工及び頭部排土工、勝沼地区につき頭部排土工及び押え盛土工、白岩沢地区につき頭部排土工及び押え盛土工並びに押え盛土工、久森地区及び久々戸地区について押え盛土工を選定し、未固結堆積物斜面对策工については、いずれも押え盛土工を選定した。

オ 国土交通省は、地すべり対策工は湛水を開始する前までに完了しなければならないため、貯水池周辺整備計画が定まるのに合わせて、貯水池全域の斜面を対象に地すべり対策を再検討して修正することを予定しているが、貯水池周辺の地すべりに対しては、技術的に十分対応可能であるとの判断を示している。

以上の5項目の事実認定をした上で、原判決は、「以上認定の事実を照らせば、ハッ場ダムの貯水池周辺の地すべり対策及び地すべり対策に関する技術指針(案)重大かつ明白な瑕疵があるとは認められず、また、これが著しく合理性を欠くものとも認められない。したがって、貯水池周辺において地すべりの危険があるため、ハッ場ダムが河川管理施設としての性状と機能を有さず、国土交通大臣の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とは認められず、これ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とも認められない」(73頁～74頁)と判示した。

## 2 原判決が取り上げた上告受理申立人らの主張とその回答

(1) 川原畑地区二社平、林地区勝沼、横壁地区白岩沢右岸の地すべりについて

ア 上告受理申立人らの主張

上告受理申立人らは、下記3地区では湛水地すべりの危険が現在している

と主張した。

a 川原畑地区二社平の地すべり

川原畑地区の二社平とその周辺（三平，上の平など）の地層は，基盤は「八ッ場層」であるが，この地では，そこへ後から「温井（ぬくい）層」と呼ばれる溶岩が割り込んで（貫入）きたことと，それに伴って酸性の高温温泉が上昇したことにより，八ッ場層は熱水変質を受け，粘土化したり風化が早まってひどく脆弱化し，斜面の下方へ移動する地すべりを起こしている。

二社平の尾根筋全体が地すべり地で，激しい崩壊が起こっていることは争いが無いが，国土交通省が想定している地すべりブロックには，地すべりの進行を示す滑落崖も分離丘もその周辺の空洞帯も含まれていない。このように過小評価した「すべり面」を前提に現計画の容量の押え盛土工法が設計されているから，「すべり面」が拡大した場合には，極めて効果が小さく，安全の確保は到底期待できない。

b 林地区勝沼の地すべり

林地区勝沼では，平成元年10月，JR吾妻線の路盤が沈下し，国道が押し出されるという，幅と奥行きが400mという大きな地すべりが起きた。群馬県は，地下水を抜くための井戸（集水井）を9箇所づくり，下流側の斜面の下部にはアンカーボルトも設置して，地すべりの動きを止めた。

国土交通省は，勝沼については3つの地すべり地を想定したが，そのうち，最も大きな中央部の地すべり地は，「地すべり面が確認されておらず，滑動する可能性は極めて小さいと判断される。」として，対策は採らないとし，残り2箇所だけを押え盛土工で対処するとした。しかし，平成元年の大きな地すべりは中央部の大きな地すべり面で起きた可能性が高く，国土交通省はそのことを無視して安上がりの対策で済まそうとしている。群馬県が設置した集水井のほとんどはダム湛水後は水面下になり，機能しな

くなるので、安易な地すべり対策で終わらせるのは危険である。

c 横壁地区白岩沢右岸の地すべり

横壁地区の白岩沢右岸について、国土交通省は、7つの地すべりブロックを想定し、そのうち、吾妻川よりの「ブロック7」だけを湛水によって不安定化する地区としている。国土交通省は、そのブロックは湛水すると地すべりを起こす危険を認めているものの、ここで滑っても守らなければならない財産がないので、対策は採らないとしている。しかし、そのブロックが滑れば山側へ連鎖して地すべりが拡大する恐れは十分にある。この連鎖の危険性は奥西一夫京都大学名誉教授も証言で指摘しており(甲F6)、この危険度は極めて高いと言わざるを得ない。

イ 原審の判断

原審は、「上記各箇所については、国土交通省が、現地踏査及びボーリングコアの観察等により、地すべりのブロック範囲及びすべり面を推定し、技術指針(案)に準拠して安定計算を実施して、保全対象の重要度に応じて計画安全率を設定し、想定される地すべりの特性、貯水位との位置関係及びそれぞれの特徴を考慮して対策工を選定したものであることが認められ、上記の地すべり対策に重大かつ明白な瑕疵があるとは認められず、これが著しく不合理なものとも認められない」(74頁)と判示した。

ウ 原審の誤り

しかし、八ッ場ダム貯水池周辺の地すべりの危険性がマスコミでも度々取り上げられ、地元住民から災害発生への不安の声が出されたことにより、ようやく国土交通省も重い腰を上げざるをえなくなった。そこで、平成22年10月から開始された八ッ場ダム建設事業の検証において、国土交通省は地すべり対策を検討し直し、その結果、10地区において約110億円の費用をかけて対策を行うことを明らかにした。

その結果、代替地の地すべり対策も含めると対象地区は13地区に増えた。

その中には、湛水で地すべりが起きても保全対象物がないことなどの理由で、国土交通省が地すべり対策の必要性がないと判断していた横壁地区白岩沢と林地区森沢も含まれている。

また、従来の計画でも対象になっていた川原畑地区二社平、林地区勝沼も対策の内容が大きく変わっている。林地区勝沼について見れば、従来の計画では押え盛土工 20.3 万 $\text{m}^3$ 、捨石工 4.06 万 $\text{m}^3$ の対策で良しとしていたが、新たな対策は、頭部排土の掘削工 89 万 $\text{m}^3$ 、法面工（簡易吹付法枠、植生工）11.7 万 $\text{m}^3$ 、押え盛土工 39 万 $\text{m}^3$ 、リップラップ工 3.01 万 $\text{m}^3$ と、大幅に増強されている（甲D第 26 号証「ハッ場ダム建設事業の検証に係る検討『地すべり等の対策工』平成 23 年 11 月、国土交通省関東地方整備局」）。それが十分な対策であるかどうかはさておき、国土交通省は従来コスト縮減最優先で極力安がりの対策で終わらせていたのが、今回の検証では地すべり対策の必要性を認め、全面見直しを行ったのである。

このように、地すべりの危険性についての国土交通省の認識は大きく変わり、ハッ場ダムをつくれば、ダム貯水池周辺で地すべりが多発する危険性を認め、大急ぎでその対策計画をつくったのである。この点で、上告受理申立人らのこれまでの主張の正当性は裏付けられたところであり、この点を無視して形式的な判断しかせず実質的な判断を行わなかった原審の判断は事実誤認であったと言わねばならない。

## （2）横壁地区小倉の地すべりについて

### ア 上告受理申立人らの主張

地質調査会社の委託調査報告書でも、夏季、ダムの水位が下がったとき、造成盛土層の下部の土石流堆積物などの層から川側の斜面へ地下水が流れ出し、一緒に土砂を運ぶから、上部の宅地造成地盤が沈下するおそれがあると警告している。宅地地盤の下の土石流堆積物などの層から地下水が流れ出していることは、冬季、この崖面一帯に巨大なつららのカーテンができるこ

とで明らかである。なお、同地区については平成 10 年の集中豪雨で小倉集落周辺で亀裂が発生し、緊急の地すべり対策が実施されたが、上記の委託調査報告書が指摘した問題とは別の現象への対策であり、問題は解消されていない。

#### イ 原審の判断

原審は、「同箇所については、既に地すべり対策工が施工済みであることは前判示のとおりであり、控訴人ら主張の点により、八ッ場ダムが河川管理施設としての性状と機能を有しないこととなり、国土交通大臣の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とは認められず、これ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こととなるものとは認められない」（75頁）と判示した。

#### ウ 原審の誤り

原審は、既に地すべり対策が施工済みというだけであり、地質調査会社の委託調査報告書でも、夏季、ダムの水位が下がったとき、造成盛土層の下部の土石流堆積物などの層から川側の斜面へ地下水が流れ出し、一緒に土砂を運ぶから、上部の宅地造成地盤が沈下するおそれがあると警告していることに対しても、平成 10 年の集中豪雨により小倉集落周辺で亀裂が発生し、緊急の地すべり対策が実施されたが問題は解消されていないことに対しても、何らの判断をしていない。

### (3) 林地区及び上湯原地区の古期大規模地すべり地形について

#### ア 上告受理申立人らの主張

上告受理申立人らは、奥西一夫鑑定意見書「八ッ場ダム湛水域斜面の地すべり危険度と地すべり対策の評価」（甲D第14号証）を提出し、林地区および上湯原地区の古期大規模地すべり地形について、その危険性を指摘してきたが、今回の新たな調査の対象として取り上げられてはいない（甲D第2

9号証p 2)。

#### イ 原審の判断

原審は、「古期大規模地すべり地形が形成されたのは2万4千年前よりさらに以前のことであり、少なくとも過去2万4千年の間、地形を根本的に改変するような顕著な地すべり活動を行っておらず、この地すべり地形が直ちに湛水によって滑動化するという事は必ずしもいえないというのであり、安定性の高い地すべりは地すべり地形を示すが、特に大きな要因の変化がない限り安定しているものと考えられるとされていることが認められることに照らせば、控訴人ら主張の点により、八ッ場ダムが河川管理施設としての性状と機能を有しないこととなり、国土交通大臣の受益者負担金の納付通知について、重大かつ明白な違法ないし瑕疵があるとは認められないし、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えない瑕疵があることとなるものとも認められない」(75頁)と判示した。

#### ウ 原審の誤り

林地区及び上湯原地区の古期大規模地すべり地形は、2万5千分の1地形図で観察すると、直ちに馬蹄形の地形が目飛び込んでくる(甲D14号証)(末尾添付図面⑩参照)。これら二つの古期大規模地すべりは、八ッ場ダムの完成によってこれらの地域の斜面下部が湛水すると、これらの地域がかつて経験したことがない環境変化が引き起こされることになり、特に地下水位の変化に伴って地すべりが再滑動する可能性を否定できない(同号証9頁)。現実にも、水没地域の代償として土地造成が行われている場所で、宅地擁壁の基部に亀裂が生じている事実も確認されている。

これらのことから見ると、林地区および上湯原地区の古期大規模地すべり地形について、その危険性を否定する原審の判断には事実誤認が存在する。

- (4) 岩の露頭の有無等から健全斜面と推定していること及び湛水の影響を受けないとして検討対象から除外している地区について

#### ア 上告受理申立人らの主張

国交省は、岩の露頭の有無等から5地区5箇所を健全斜面と推定しているが、その箇所は位置図から外されており、図面から健全性を判断することができない。また、健全性の判断理由も正当性を判断するには不十分である。（甲D第29号証3頁）。

また、地すべり等可能性がある箇所のうち、湛水の影響を受けない箇所として12地区20箇所を検討対象から除外している点は、大問題である（甲D第29号証10頁）。当該地すべり地が湛水しないとしても、湛水に伴い貯水池周辺の水文環境は大きく変化する。湖水面が上昇するのに伴って、非湛水地域の地すべり地内においても地下水位の上昇が予想されるのであり、そのため非湛水地域における地すべりの危険性は高まることになる。（甲D第29号証3頁）。

さらに、残りの33地区59箇所の地すべり地形は、推定される地すべりの可能性がある箇所（18地区37箇所）と、地すべりの可能性はないが精査が必要となる可能性のある未固結堆積物からなる斜面（15地区22箇所）とに区分されているが、一般的にあって、現に地形判読により地すべりの地形が見られる判定された箇所について、短期間の現地踏査だけで地すべりの可能性がないと判断することはきわめて難しい作業と言わねばならない。しかも、「H22年業務報告書」（甲D28）には、地すべりの可能性がないと判断した理由が記載されておらず、その判定結果は検証不能であり、信頼性を欠くものであると言うべきである（甲D第29号証3頁）。

#### イ 原審の判断

原審は、「控訴人らの主張は、抽象的に地すべりの危険性を主張するものにとどまり、控訴人ら主張の点により、直ちに八ッ場ダムが河川管理施設としての性状と機能を有しないこととなり、国土交通大臣の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とは認められないし、著しく

不合理であって、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こととなるものとも認められない」(76頁)と判示した。

#### ウ 原審の誤り

しかし、上告受理申立人らの主張は、単なる抽象的な危険性をいうものではない。特に、湛水の影響を受けないことを理由に、12地区20カ所を検討対象から除外している点は問題であり、湛水しないとしても湛水に伴い貯水池周辺の水文環境が大きく変化することは経験則からも首肯できるところであって、湖水面が上昇するに伴って、非湛水地域の地すべり地内においても地下水位の上昇が予想され、そのため非湛水地における地すべりの危険性が高まることは具体的な危険性というべきであって、原審の判断には事実誤認がある。

#### (5) 土石流堆積物を評価対象から除外したこと

##### ア 上告受理申立人らの主張

「土石流堆積物は、未固結堆積物の中でも一度水締めを経験していることから、湛水の影響が小さいと推定されるので、評価対象から除外した。」(甲D28号証2頁、3-31)としているが、問題がある。

土石流堆積物と崖錐堆積物との区分は、堆積物や土砂運搬距離から見て漸移的なものが存在するか否かである。「H22年業務報告書」の図2.3-33未固結堆積物斜面優先評価図(同書2頁、3-43)に示されている土石流堆積物については、崖錐堆積物と見なせるものが少なくない。特に、上湯原の地すべり地は土石流堆積物とされて調査対象から外されているが、ここは土石流堆積物ではなく崖錐堆積物から構成されていると見るべきである。従って、土石流堆積物が水締めを経験しているから対象から外すというのは乱暴な議論である。さらに、上湯原地区での応答層の分布をみると、湛水域にあるにもかかわらず、対象地域から外されているという2重の誤りがある(甲D第29号証5頁)。

この上湯原では、結局、報告は、対策が必要な崖錐堆積地区においても、何ら対策を執らないという結果を生じているのであるから、湛水時に地すべりを引き起こす危険性が高いということになる（甲D第29号証10頁）。

#### イ 原審の判断

原審は、「未固結堆積物斜面については、技術指針(案)に基づき、既往資料及び現地踏査の結果を踏まえて評価対象箇所の決定が行われたものであることが認められ、その内容に重大かつ明白な瑕疵があるとは認められないし、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ものとも認められない」（76頁）と判示した。

#### ウ 原審の誤り

原審は、技術指針(案)を引用し、既往資料及び現地踏査の結果を踏まえるのみで結論を導いているのであり、上告受理申立人らの主張に対し何ら正面から具体的に理由を示して判断していないものであり、その判断には理由不備の違法がある。

### (6) 安定解析及び対策工法について

#### ア 上告受理申立人らの主張

##### a 「H22年業務報告書」（甲D28）の第3章「安定解析」の問題点

ここでは各種の計算値が記載されているが、これらの安定解析に必要な数値の設定は、すべて平成21年7月改訂の「貯水池周辺の地すべり調査と対策に関する技術指針（案）・同解説」に基づいている。しかし、この指針は、日本全体を対象として設定されたものであって、そこに掲げられた数値は、あくまで一般値、参考値にすぎない。従って、個別の場面で設定する場合には、その場所、地域の特殊な地形、地質条件を考慮して計算しなければならない。八ッ場ダム周辺地域は、温泉変質を受けた地盤が存在し、火山岩屑流が堆積する地盤も存在し、また新しい地質時代の隆起による崖錐堆積物が発達する地盤も存在するなどの特色が見られるのである

から、これらを考慮した数値の設定をする必要があり、形式的に指針にしたがって数値を決めるのは間違っている。

また、地下水位については、安全率が高くなるように、すべり面より下に設定するなど、設定条件が甘く定められているし、地震に対する安全率の考慮も欠いており、この面でも正当とは言い難い(甲D第29号証6頁)。

抑止力についての試算結果が示されているが、今回計算された14ケースの抑止力についてみると、4000kN/mを超えるものが7ケースも存在している。

道路土工指針(社団法人日本道路協会編)によると、抑止力(P)については、 $2000\text{ kN/m} < P < 4000\text{ kN/m}$ の場合には大規模土工(排土、押え盛土)や大規模抑止工、あるいはこれらの組合せが必要とされている。そして、4000kN/mを超えると、通常対策工では抑制、抑止することが困難と言われている。このことからみると、4000kN/mを超えるものが7ケースも存在している八ッ場ダム地の地すべり対策は、元来きわめて困難であることを示しているのである(甲D第29号証6頁)。

このことは、この7ケースにおいては、「道路土工指針」のレベルで見ても、地すべりの抑制・抑止が困難であるということに帰着する。言い換えれば、この7ケースは湛水時に地すべりが起こる可能性が高いことを意味していることになるのである(甲D第29号証11頁)。

未固結堆積物斜面について安定計算を行うため、各種の数値を検討している。

しかし、応桑岩屑流堆積物の層相は極めて不均質である。そこに、一般の砂質土で得られたNと内部摩擦の関係式(これ自体も、かなりばらつきのあるデータからの推定式にすぎない)を用いて、単純に強度定数の値を適用することは問題だと言わねばならない。その意味で、設定条件が甘く

なっている。また、安全率についても、八ッ場ダム の地形、地質を考慮せず、平成21年7月改訂の指針にしたがって形式的に数値を設定しているだけであるし、地震に対する安全率の考慮も欠いている（甲D第29号証7頁）。

抑止力についての検討結果が述べられているが、2000 kN/mを超えるものが4例存在し、そのうち1例は4000 kN/mを超える対策困難箇所となっている。

また、「H22年業務報告書」では応桑岩屑流堆積物を通常の土質、砂層として扱っているが、これは問題である。応桑岩屑流の岩層はきわめて複雑であり、水浸下では強度低下が起きる可能性も考慮しなければならない。したがって、応桑岩屑流堆積物は特殊土と見なし、深層崩壊の可能性も考慮すべきである（甲D第29号7頁）。

応桑岩屑流堆積層は、吾妻川沿いの表層で常時と言ってよいほどに崩壊を繰り返している。これが深層で水浸した場合、荒砥沢地すべりや和歌山県での深層すべり事例が再現する可能性を否定できない。ここでも深層地すべりの危険性を否定できないのである（甲D第29号11頁）。

b 「H22年業務報告書」（甲D28）の第4章「対策工法の検討」の問題点

地すべり対策として5つの対策工法を比較検討した結果、押え盛土工と頭部排土工、もしくはその併用が採用されている。しかし、抑止力が4000 kN/mをこえる箇所が7箇所もある八ッ場ダム周辺地の地すべり対策として妥当なものと言えるかは疑問が残る。

押え盛土工法の対象となる白石沢（R12-2）では一部が常時満水位時においても水面上にあるが、勝沼（L32-2）、白石沢（R12-1）、久森沢、久々戸では制限水位時（夏期の洪水調節のため水位が低下する時期）にのみ、その一部が水面上に現れることになる。二社平と勝沼（L32-1）では常時制限

水位よりも深くなる。

押え盛土では、盛土による貯水量の減少や波浪浸食、貯水位下降時における土砂流出の恐れがある。また、大規模盛土は、地すべり本体の末端部に設置されるため、地すべり土塊の排水性の低下をもたらす恐れもある。さらに、一般に、押え盛土のメリットとしてダム本体基礎や原石山の掘削土の利用があげられているが、八ッ場地域の地山岩盤は熱水変質の影響を受けているものが多く、一見堅固な岩石も風水にさらされると強度低下を起こすものが少なくない。水面下の押え盛土については、表面保護工にリップラップ工法を採用するとされているが、用いるロック材（岩石材料）は掘削土塊を用いるのであれば、同様なことが起こりうる（甲D第29号証7頁、8頁）。

ダム湖底は押え盛土で埋まる観があるが、これらの押え盛土に全くメリットが認められない状況が想定されるとすれば、ダム湖斜面の地すべり対策は根本的な見直しが必要となるはずである。それ故、計画されているダム湖での押え盛土工法は極めて不十分な対策であり、地すべりを防止するに足る工法との判定は困難と言わざるを得ない。

それにしても、これだけ重大な対策工が、これまで看過されてきたという事態、いかに地すべり対策が軽視されてきたかを示すものである（甲D第29号証11頁）。

未固結堆積物斜面について3つの対策工法を比較検討し、いずれも押え盛土工を選定している。その結果、未固結堆積物斜面の5地区全てが、いずれも満水時には水面下になり、制限水位時にはその一部が水面上に表れることになる。

確かに、採用された押え盛土工については、押え盛り土より上位に湛水することに伴う地すべりは（円弧すべり計算では安定率が1以下となり）発生しないとされている。

しかし、応桑岩屑流の現在の堆積状況を考えると、その結論には疑問が残るのである。応桑岩屑流堆積物は、2.4万年前に吾妻川を数+ mの厚さで埋め尽くされ、その後、河川作用によりその大部分が急速に浸食された。このことは、応桑岩屑流堆積物は河川浸食に非常に弱い性質を有していることを表している。このような地形、地質背景を考えると、応桑岩屑流堆積物がダムの湛水と離水により、洗屈浸食が発生し崩壊に至ることが十分に考えられるところである。

重ねて指摘すれば、八ッ場ダム湖では、このような危険な桑岩屑流堆積物の壁が連続していると言って過言ではない。現行の計画のままで地すべり対策を行って貯水がはじまれば、これらの危惧が現実化する可能性は否定できない。

従って、「H22年業務報告書」が示す円弧すべり解析のみによる安定性判定は、きわめて一面的な視点と言わねばならない（甲D第29号証8頁，9頁，11頁～12頁）。

#### イ 原審の判断

原審は、「技術指針(案)及びこれに基づき改めて検討された貯水池周辺の地すべり対策に重大かつ明白な瑕疵があるとは認められず、これが著しく合理性を欠くものとも認められない。控訴人らの主張する各点は、貯水池周辺において地すべりの危険があることにより、八ッ場ダムが河川管理施設としての性状と機能を有しないため、国土交通大臣の受益者負担金の納付通知に重大かつ明白な違法又は瑕疵があるとは認められず、これ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とも認められないとの前記判断を左右するに足りるものではない。控訴人らの主張は、いずれも採用することができない」（77頁）と判示した。

#### ウ 原審の誤り

しかし、原判決は、上述したとおり、上告受理申立人らの安定解析及び対策工法に関するいくつもの論点についての主張に対し、具体的な理由、根拠を何ら指摘することをせず、きわめて簡単に「技術指針(案)及びこれに基づき改めて検討された貯水池周辺の地すべり対策に重大かつ明白な瑕疵が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排斥するばかりであり、理由不備の瑕疵があり事実認定に重大な誤りをもたらすものと言わざるを得ない。

### 3 まとめ

以上のように、原判決は、本件の河川法63条1項に基づく東京都の建設負担金の支出が違法となるためには、「前提とする国土交通大臣の納付通知に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存在する場合」との審査基準をもうけていることから、「八ッ場ダム of 地すべり危険性」の有無の審査においても通常レベルの違法審査は行わず、「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存在する場合」との審査基準で判断し、上告受理申立人らの具体的事実主張をことごとく排斥するという手法を採用している。しかし、原審は形式的に技術指針(案)などを引用して判断するだけで、上告受理申立人等が提示する問題点について、何ら実質的な検討をせず形式的な事実認定を行っているだけであり、その判断には事実誤認や理由不備の瑕疵が存在し、事実認定の経験則違反による河川法3条2項についての法令解釈の誤りが存在するというべきである。

## 第8章 環境法規違反について

### 第1 はじめに

原判決には、八ッ場ダム建設事業において行われた環境影響評価義務等に係る違法性判断において、著しい経験則違反、すなわち自由心証主義（民事訴訟法247条）違反及び環境影響評価義務並びにその違反についての法解釈の誤りが存在する。

すなわち、八ッ場ダム建設事業においては、環境影響評価が一部、形式的になされた部分があるものの、それは全く実質を伴わないものであった。さらに非常に重大な価値を有することが明白な遺跡等、環境影響評価の対象とされなければならないことが明らかなものにつき、調査の試みさえなされていないのである。

よって、原審の判断には、上告受理申立の理由となる「法令の解釈に関する重要な事項」（民事訴訟法318条1項）が含まれることは明らかであるから、御庁におかれては、本件上告受理申立を受理された上で、適切な判断をなされるべきである。

## **第2 原判決の判示内容と上告受理申立理由の骨子**

### **1 原判決の判示内容**

原判決は、次のとおり判示して上告人らの主張を退けたが、そこには、上告受理申立ての理由が存在する。

#### **(1) 利水負担金について**

「建設省は、昭和60年11月、『八ッ場ダム環境影響評価書』を作成し、植物、動物、自然環境等についてダム建設による影響について評価を行い、その後も、株式会社建設環境研究所、国土環境株式会社に委託して八ッ場ダム事業実施区域周辺における動物の生息状況等を含む環境調査を実施していることが認められ、その調査内容が合理性を欠くものとは認められない上、仮に、控訴人らの主張するような環境影響評価が実施されていないという余地があるとしても、それによって、国土交通大臣による上記建設費負担金納付通知が違法となるとは認められず、また、被控訴人水道局長が、国の行う八ッ場ダムに関する基本計画に関して適切な環境影響評価が実施されているか否かまでも検討して、ダム使用权設定の申請を行い、その設定の申請を取り下げない判断を行わなければならない財務会計法規上の義務を負っているものとも認め難い。」（判決38～39頁）

#### **(2) 治水負担金について**

「建設省（当時）が、『建設省所管事業に係る環境影響評価に関する当面の措置方針について』及び『建設省所管ダム事業環境影響評価技術指針について』に基づき『八ッ場ダム環境影響評価書』を作成し、植物、動物、自然環境等についてダム建設による影響について評価を行い、その後も、株式会社建設環境研究所、国土環境株式会社に委託して八ッ場ダム事業実施区域周辺における動物の生息状況等を含む環境調査を実施していること、その調査内容が著しく合理性を欠くものとは認められないことは前記（１）オ（カ）判示のとおりである上、八ッ場ダム建設の事業主体である国が、群馬県において行う八ッ場ダム建設事業について東京都の環境影響評価技術指針に基づく義務を負担するものとは解されず、さらに、世界遺産条約に基づき、八ッ場ダム建設事業実施区域の遺跡等に関して具体的保護、保存義務を負うものとも認められない。その上、仮に、控訴人らの主張するような環境影響評価が実施されていないという余地があるとしても、それによって、国土交通大臣による受益者負担金納付通知が、違法となり又は予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵を有することになるとは認められず、また、被控訴人建設局課長が、国の行う八ッ場ダムに関する基本計画に関して適切な環境影響評価が実施されているか否かまでをも検討して、受益者負担金の支出の判断をおこなわなければならない財務会計法規上の義務を負っているものとも認め難い。」（判決 78 頁）

## 2 上告受理申立理由について

（１）環境の保全は「健康で文化的な生活の保障」にとって不可欠である

20世紀後半の大量生産、大量消費、大量廃棄の社会がもたらした環境悪化が、人類の生存を脅かしかねない地球環境問題を招来したことから、これに対処すべく1993（平成5）年11月に制定された環境基本法は、環境保全の重要性及びその方法について、次のように定めている。

「環境の保全は、環境を健全で恵み豊かなものとして維持することが人間の

健康で文化的な生活に欠くことのできないものであること及び生態系が微妙な均衡を保つことによって成り立っており人類の存続の基盤である限りある環境が、人間の活動による環境への負荷によって損なわれるおそれが生じてきていることにかんがみ、現在及び将来の世代の人間が健全で恵み豊かな環境の恵沢を享受するとともに人類の存続の基盤である環境が将来にわたって維持されるように適切に行われなければならない。」（3条）

すなわち、環境は人類の存続の基盤であり、その環境を保全することは、憲法13条、25条が謳う健康で文化的な生活の保障にとって不可欠な施策なのである。このことは、事柄の性質上、環境基本法が規定すると否とにかかわらず、当然のことと言わなければならない。

そして、環境基本法は、国、地方公共団体、事業者及び国民に対して、それぞれの立場で環境保全のための施策・行動を取る責務を課す（6条ないし9条）外、環境影響評価が環境保全のために重要な手段であることから、国が環境影響評価推進のための必要な措置を講ずべきであることも規定している（20条）。

## （2）環境影響評価の重要性

この環境基本法の規定を受けて1997（平成9）年6月に環境影響評価法が制定されたが、同法1条は、その目的を次のように規定している。

「この法律は、・・・規模が大きく環境影響の程度が著しいものとなるおそれが有る事業について環境影響評価が適切かつ円滑に行われるための手続その他所要の事項を定め、その手続等によって行われた環境影響評価の結果をその事業に罹る環境の保全のための措置その他のその事業の内容に関する決定に反映させるための措置をとること等により、その事業に係る環境の保全について適正な配慮がなされることを確保し、もって現在及び将来の国民の健康で文化的な生活の確保に資することを目的とする。」

このように、環境影響評価は、現在及び将来の国民の健康で文化的な生活の

確保という、憲法13条及び25条が規定する人権保障を実現するための極めて重要な手段なのである。このことも、環境影響評価制度の持つ性格上、環境基本法が規定すると否とにかかわらず、当然のことと言わなければならない。

### (3) 自由心証主義違反

このような役割を持つ環境影響評価について、上告人らは、後記第3のとおり、具体的事実を指摘して、八ッ場ダム事業について行われた環境影響評価は極めて杜撰なもので、環境影響評価義務を尽くしたとは言えないと主張したのであるから、原判決は八ッ場ダム事業について行われた環境影響評価が内容において合理的かどうかを具体的に判断すべきであった。しかしながら、原判決は、何ら理由を述べることなく「その調査内容が合理性を欠くものとは認められない」と判示して上告人らの主張を排斥しているが、これには理由不備とも比肩し得る著しい経験則違反、すなわち自由心証主義がある。

### (4) 法解釈を誤った違法

また、環境影響評価が、現在及び将来の国民の健康で文化的な生活の確保という、憲法13条及び25条が規定する人権保障を実現するための極めて重要な手段であることは言うまでもない。それにもかかわらず、後記第3で詳述するとおり、八ッ場ダム事業について行われた環境影響評価は極めて杜撰なもので、環境影響評価義務を尽くしたとは到底言えないものである。

そして、前記第1章で述べたように、本件については、平成4年最判は適用にならず、被上告人らが環境影響評価義務に反する違法なダム事業に利水負担金、及び治水負担金を支出することが、地方自治法2条16項、138条の2に違反しないかが問われている。

したがって、上記のような判示をした原判決には、憲法13条及び25条に係わる環境影響評価義務及びその違反について、法解釈を誤った違法が存在すると言わなければならないのである。

### 第3 申立人らの主張

#### 1 ハッ場ダムが自然環境に与える影響

上告人らの第一審における2006年12月19日付け準備書面(12)の第3で主張したように、ダムは、水循環において陸域で中心的な役割を果たし、自然界における物質循環の重要な一翼を担い、多くの生物の住処やえさ場となり、さらには生態系の重要な構成要素として大きな役割を果たしている河川の水の流れを遮断し、建設場所と周辺地域のみならず上流・下流を含めた流域全体の自然環境に重大な影響を与えるものである。その影響は、河川に生息する魚類等だけでなく、海洋生物へも及ぶし、食物連鎖の繋がりが断ち切られて鳥類や小動物にもその影響が及ぶのであり、生態系全体を破壊するものである。

また、ダム建設は、自然景観、気候のみにとどまらず人間社会に至るまで多大な影響を及ぼすものであるし、水の富栄養化により、藻類の異常発生により景観を損なうだけでなく、水道水の異臭問題が生じることも予想され、ハッ場ダムに貯留された水は、飲料用に適した水ではなく、これを浄化するためにさらに膨大な費用を要することも確実である。

#### 2 ハッ場ダム予定地周辺の豊かな自然環境

また、同準備書面(12)の第3でも主張したように、ハッ場ダム予定地周辺は自然が極めて豊かである。

簡単に再言すれば、貯水池周辺地域には、判明しているだけでも、植物では貴重種を含む135科1032種の陸上植物と6科7種的大型水生生物が生育しており、また、動物では、天然記念物のニホンカモシカ、準絶滅危惧種のホンドモモンガとヤマネなど15科23種のは乳類、絶滅危惧IB類のイヌワシ、オオタカ絶滅危惧II類のオオカタ、ハヤブサなど37科140種の鳥類、3科5種の爬虫類、4科5種の両生類、97科1273種の陸上昆虫類等が生息している。このようにハッ場ダム予定地周辺は、多様な動植物の宝庫となっており、本州でも極めて豊かな自然が残されている場所である。しかもこの地域は日本海側と太平洋側との生態系を結ぶ重要なポイントでもある。

また、八ッ場ダム予定地周辺には、文化財保護法に基づき国の名勝に指定されている、吾妻川の流れが作った自然豊かな渓谷（吾妻渓谷）が存在している。この吾妻渓谷は「関東の耶馬溪」と言われ、吾妻川の両岸の溶岩が長い年月をかけて浸食されてできあがった名勝地であり、渓谷に隣接する川原湯温泉と相まって多くの文人墨客を迎え、歌人若山牧水もこの地をこよなく愛したと言われている。ダム建設はその美しい景観を台無しにし、また同時に水没を免れた他の渓谷部分の景観に対しても影響を及ぼし、景観を損なう原因となるものである。

このように、八ッ場ダム予定地周辺においては、特に貴重な自然環境や生物の存在が明らかとなっており、ダム建設によりそれらが失われてしまうことが確実である。

### 3 環境影響評価義務とその違反の効果

このように環境に著しい影響を与えるおそれのある行為の実施・意思決定に当たりあらかじめ環境への影響について適正に調査、予測又は評価を行い、その結果に基づき、環境の保全について適正に配慮しようとする環境影響評価は、これが制度化されている場合は勿論のこと、そうでない場合であっても、事案に即して条理法上の義務として要求されるものであり、環境影響評価が必要であるのに実施されなかった場合や、形式的には実施された場合であっても、事案に即した適切なものでない場合には、この条理法上の義務違反としてその行為は違法とされる。そして、予測、評価の結果に基づき環境保全について要求される環境配慮については、影響の回避、最小化及び代償措置の3段階からなるミティゲーション（Mitigation：環境に対する影響緩和措置）が要求されるものである。

### 4 1985（昭和60）年環境アセスメントと追加調査の不十分

- (1) このような条理は国も認めており、本件八ッ場ダム建設事業について、国交省は「建設省所管事業に係る環境影響評価に関する当面の措置方針について」（昭和53年7月1日建設事務次官通知。甲E18）に基づき環境アセスメントを実施し、1985（昭和60）年11月にその結果をまとめた「八ッ場ダム環境影響評価書」（以下「85年アセス書」という。）を作成した（甲E2）。

また国交省はその後も各種の追加調査を行っている（甲E21～25）。

しかし、これらには以下に見るとおり根本的な問題があり、到底、適正な環境影響評価がなされたものと評価することができない。

この点、財団法人世界自然保護基金（WWF）ジャパンに所属する花輪伸一氏は「八ッ場ダムをめぐる環境アセスメントと関連調査の問題点に関する意見書」（甲E17）の中で、また、前橋地方裁判所における証人尋問（甲F4）の中で、85年アセス書等の問題点を指摘しているので、以下、専ら同人の尋問での供述に沿って、同書等の根本的な問題点を指摘する。

(2) まず、85年アセス書であるが、同書本文は全部で75ページある。その内訳は下表のようになっている。これを見ると、事業や地域の概要はそれぞれ15ページ、19ページ、また、環境の現状に関する部分は30ページあるが、これらに比べると、環境の予測と評価、環境保全対策については、それぞれ9ページ、2ページと分量がたいへん少ない。すなわち、環境アセスメントの重点項目である環境影響の予測・評価および保全対策について記述された部分が極めて少ないのである。

表 85年アセス書のページ配分

章	内容	ページ数	%
第1章	事業の目的及び概要	15	20.0
第2章	地域の概要	19	25.3
第3章	環境の現状	30	40.0
第4章	環境の予測と評価	9	12.0
第5章	環境保全対策	2	2.7

その不十分さは、水質、地形・地質、植物、動物及び自然景観の5項目全部にわたるが、特に、植物、動物及び自然景観の項目を例にあげれば次のとおり

である。

## ア 植 物

### (ア) 調査結果（甲E2の42～48頁）

陸上植生については、現存植生、植生自然度、植生断面、ダム周辺の現況（群落の特徴と断面図）について図示している。これらの図については、引用文献等が示されておらず、いつのものか、だれが作成したのか不明である。また、現地調査を行ったのであれば、その調査の時期や方法の妥当性を確保するためには、そのことを記述すべきであるが、なされていない。単に「現地調査及び文献調査により」とあるだけである。記述は1ページのみで植生の概要を簡単に述べただけであり、この地域の植生の特徴などについては触れていない。

また、水中植生として、付着藻類について述べられているが、陸上植生と同様に調査方法については述べられていない。

このような記述の仕方では、対象地域の植生について環境アセスメントに必要な調査が行われ、きちんとデータが集められたのか、判断するのは困難である。

### (イ) 影響予測と評価（同67～68頁）

ダム湖によって失われる比較的自然度の高い自然植生は、ミズナラ林、コナラ林であり、湛水面積の約50パーセントを占めるとされている。しかし、「周辺一帯の山々には広大な同種林が広がっているので、失われる植生はわずかなものであり、影響はない」というのが結論である。

何と乱暴で粗雑な影響予測であることか。吾妻溪谷の上流部4分の1とさらにその上流の吾妻川流域が広大なダム湖となり、その半分はミズナラ林、コナラ林であるということは、流域植生にとっては、きわめて大きな変化が生じることになる。したがって、その大きな植生変化が、流域にどのような環境影響をもたらすかを科学的に予測するのが環境アセスメント

の役割である。影響を予測する範囲を無限に広げて、失われる森林面積は微々たるものと主張するのは、無意味であり、詭弁に過ぎない。

湖面付近の植生についても「これら植生群落の生育環境から判断して影響はほとんどない」と記述されている。しかし、何をどのように判断して影響がないとしたのか、その判断の根拠は示されていないので、これも無意味である。むしろ、水位変動の大きいダム湖では、湖面付近の植生に対する水位変動の影響は強く現れると考えられ、その影響を科学的に予測し、評価しなければならない。

また、藻類については、ダム湖の停滞水域では、季節的にどのような消長が起こり、水質にどのような影響があるのか予測する必要がある。しかし、これらの予測はなされていない。

#### (ウ) 保全対策 (同74頁)

「ハッ場ダムにより、消失または影響を受ける植生に貴重なし注目すべきものはないので、環境保全上問題なし」という結論である。

関連工事等では影響を受ける植生を極力少なくするよう配慮するとしているが、肝心の「配慮」の具体的記述はない。また、「本工事及び関連工事にともない発生する跡地に、保全対策により植生への影響を極力少なくする」としているが、その「保全対策」の内容は書かれていない。言葉だけで中身がなく、本当に有効な保全対策がなされる保証はない。

### イ 動物

#### (ア) 調査結果 (同49～63頁)

哺乳類、鳥類、昆虫類、魚類・甲殻類・貝類、両生類・爬虫類について、どの分類群に関しても、調査の目的、地域、日時、方法、引用文献など、基本的な情報が書かれていない。したがって、調査が目的に照らして適切な方法で行われたのか、季節変化のある種類については適切な時期に調べたのか、十分な調査時間はあったのか、データは十分なものか、調査結果

は妥当なものなのか、判断するのが困難である。また、影響予測も立てにくいものとなっている。

哺乳類では、「豊かな動物相が保たれている」との記述があるが、記録された種の生息状況については述べられていない。記録頻度やフィールド・サイン（食痕やフン、足跡など）から、ある程度の状況（極めて少ないとか、比較的多いとか）が把握できないと、影響を予測するのは困難である。

鳥類では、記録された種のリストが示されておらず、四季の優占種（ただし各1種のみで優占度は書かれていない）を見る限り、人里に生息する種がほとんどで、標高500～1000メートルの落葉広葉樹林、混交林に特徴的な種が出現していないのは不自然である。このような森林では、少なくとも繁殖期と越冬期にそれぞれ複数回の調査が必要であるが、上記の記述内容からすると行われていないと思われる。

昆虫類では、陸生昆虫が吾妻川流域で148種、八ッ場ダム予定地で14種となっているが、この少ない数値は果たして妥当なものだろうか（現地調査で蝶類が26種となっている）。

魚類については、吾妻川が酸性河川であるため定着していないと推察し、甲殻類、貝類は確認されなかったとの記述である。両生類・爬虫類は、合わせて15の記録種が示されているのみで、具体的な記述はない。

#### (イ) 影響予測と評価（同69～70頁）

動物に関しては、どの分類群についても、影響はないという結論である。

しかし、その結論にいたる根拠は極めて不十分である。湛水区域から離れている（ニホンカモシカ）、湛水域に巣はない（イヌワシ）、周辺に森がある（鳥類、昆虫類）、支流に移動可能（両生類・爬虫類）など、真面目に影響を予測したものではない。また、ダム湖では冬期にガンカモ類の渡来が期待される、流水型から滞留型の昆虫に変化するとの予測の根拠も

示されていない。仮にそうなったとしても、失われた環境と生物を代償するものではないことは自明である。なお、ダム湖が冬期に結氷するようであれば、ガンカモ類の渡来は期待できないし、開水面を休息場所として利用するにしても、採食場所がないので、周辺農地での食害の可能性も考えなければならない。

(ウ) 保全対策 (同75頁)

「ハッ場ダム建設により大きな影響を受ける貴重種、注目種はないので、環境保全上問題はない」との結論である。

「植物」の項目と同様に「関連工事の改変区域を少なくするよう配慮し、工事跡地は保全対策で植生への影響を少なくし、動物の保全に努める」と書かれているが、その具体的な内容は書かれていない。ここでも言葉だけで中身がない。

ウ 自然景観

(ア) 調査結果 (同64頁)

自然景観に関しては、吾妻川兩岸の河岸段丘、丸岩と不動岩、吾妻峡について、わずか6行で概略が述べられているに過ぎない。これでは、自然景観に関する調査は行われていないと言っても過言ではない。

(イ) 影響予測と評価 (同71～73頁)

「地形的条件によって可視領域が限られていることから、ダム堤体は特に景観を損なうことはない」、また「吾妻峡は下流部が残る」から影響は少ないという結論である。

しかし、この「堤体は景観を損なわない」という判断は、ハッ場ダムは高さ131メートル、幅336メートルの巨大なダムであることから、成り立たないと思われる。場所によってダムは見えないから景観を損なわないというのは詭弁である。また、丸岩、不動岩等の異観がダム湖に映えて新たな景観ができるというのも、ダム建設による景観破壊をすりかえるた

めの詭弁である。このような記述は、影響予測にも評価にもなっていない。

#### (ウ) 保全対策 (同75頁)

ダムにより自然と人工の組み合わせられた景観が形成される、堤体および周辺道路から新たな眺望が得られるなどと書かれているが、これも詭弁である。「自然景観の改変を極力少なくする配慮」、「適切な対策による自然景観の保全」という表現も、具体的にどんな対策をとるのが、まったく示されていないことから、空虚なものとなっている。

#### エ まとめ

以上から明らかなように、85年アセス書は環境アセスメントの名に値しない。この85年アセス書は、1972(昭和47)年6月の閣議了解に基づき、建設省(当時)事務次官通知による「78年措置方針」(甲E18)と「78年技術指針案」(甲E19)に基づいて実施されている。しかし、この方針と指針はまったく生かされていない。現地調査も文献調査も不十分であり、ダム建設による環境や生物への影響予測は科学的ではなく、影響評価、保全対策も合理的ではない。調査、予測、評価が論理的に一貫していない。「八ッ場ダム建設による環境への影響はほとんどない」という結論がはじめにあり、その結論に向けて不十分な調査結果と的外れな影響予測、杜撰な評価を羅列したに過ぎない。

確かに、1978年の通知や指針は、後の「閣議アセス(1984年)」や現在の「環境影響評価法(1997年)」に比較すれば、調査や予測、評価の項目が少なく、内容も比較的単純である。しかし、環境アセスメントは「科学的」かつ「適正に」行われるべきものであることは、当時も現在も同じであり、その趣旨が変わったわけではない。

85年アセス書は、当時においても、科学的かつ適正に実施されなければならなかったはずであるが、そうはなっていないのである。

#### (3) 85年アセス書以降の追加調査についてであるが、平成15年度及び平成1

6年度八ッ場ダム周辺地域猛禽類調査報告書（甲E13、9）等の調査結果によれば、八ッ場ダム建設予定地周辺地域は、種の保存法による国内希少野生動植物にも指定されているクマタカ及びハヤブサなど貴重な生物が多数確認され、多様な野生動植物の宝庫となっていることが明らかとなっているが、85年アセス書（甲E2）ではこのような詳細な調査報告はなされていなかった。このことは、本件八ッ場ダム建設事業の計画決定にあたって行われた1985年環境アセスメントが極めて杜撰であり、環境保全のために実効性あるものとは到底言えないものであったことを示している。

(4) 85年アセス書以降の環境調査・猛禽類調査（2003～2005年）は、追加調査として意味があるものの、影響予測がなされていない。計画から55年、アセスから22年、その間、社会経済的な状況が変化し、自然保護に関する世論は高まり、環境アセス制度も進歩している。このような状況の下では、本件八ッ場ダム建設のように広範囲にわたり環境に影響を及ぼす事業については、これまでの調査結果を再分析し、また、必要な追加調査を行い、現在の環境影響評価法に基づいて、環境アセスをやり直す条理法上の義務がある。

(5) このように、85年アセス書と追加調査には上記の根本的な問題があつて、到底、適正な環境影響評価がなされたものと評価することができないため、本件八ッ場ダム建設事業は環境影響評価義務に違反する違法な行為といわざるを得ない。

## 5 生物多様性条約に基づく環境影響評価義務

また八ッ場ダム建設事業は生物多様性条約にも違反する違法な行為である。

生物多様性条約（甲E4）は、1993（平成5）年12月29日に発効し、日本は1992（平成4）年6月13日に署名、1993（平成5）年5月23日に批准し、平成5年条約第9号として成立している。

この条約は法律に優先することから、種の保存法や自然公園法を解釈する際に、その解釈の基準を条約に求めることができるほか、不十分な法律については生物多様性条約によってその内容、解釈が補完され、かつ条約の条文規定が明確

であることによって直接適用力を肯定できる場合には、本条約の条文規定を直接に適用して、国の義務を確定することができる。

生物多様性条約 8 条、9 条は、国に対して生物多様性保全に関する義務を課す規定であり、「何もしないこと」や「積極的に生物多様性を破壊すること」を禁止している。この規定は、種の保存法の解釈適用において、種の数だけに着目して保全を考えるのではなく、生息地の保全、生息地破壊の禁止が種の保存法上要求されなければならない、種の保存法が明確でなければ、条約の目的から補完的に生息地の保全と破壊の禁止が要求されると解釈しなければならない、また環境影響評価法の解釈適用においても、日本において生物多様性に影響を及ぼすおそれのある事業を行う者は、条理法上の行政上の環境影響評価義務に加え、生物多様性条約が発効した 1993（平成 5）年 12 月 29 日以降は、本条約 14 条 1 項に基づき、事案に即した実効性ある環境影響評価義務も負うことになる。

上記追加調査によって、八ッ場ダム湛水予定地区周辺部が多様な野生動植物の宝庫となっていることが判明し、他方、本件八ッ場ダム建設事業は、それら生態系の改変、それによる種、個体群の消滅を招来し、生物多様性を破壊することは明らかである。したがって、生物多様性条約が発効した 1993（平成 5）年 12 月 29 日以降においては、日本政府は、同条約に基づき、その国際的義務として、その生物多様性を保全すべき義務を負い、そのための方策として、改めて同条約 14 条 1 項に基づき、事案に即した実効性ある環境アセスメントを行う義務がある。しかし、このような生態系の変化について、科学的な調査、検討はまったくなされていない。

したがって、事案に即した実効的な環境影響評価がなされないまま事業計画が決定、実施されている本件八ッ場ダム建設事業は、生物多様性条約 14 条 1 項に違反する違法な事業というほかない。

## **6 85 年アセス書で検討対象とされていない環境問題**

本件八ッ場ダム建設事業については、85 年アセス書及びその後の追加調査が形だけのものであり、実質を伴わないものであったという問題以外にも、本来、

環境影響評価の対象とすべきであるにもかかわらず除外されているという問題がある。以下、この点について詳述する。

#### (1) ダム湖の水質の問題

##### ア 強酸性水が流入する八ッ場ダム

一般に、ダム湖の上流に温泉地や鉱山等が存する場合には、ダム湖に強酸性水が流入し、これが飲料水中に混入し残存するおそれがある。八ッ場ダムの場合、酸性の源は草津温泉、万座温泉、白根火山、硫黄鉱山採掘跡地等であり、河川水の酸性化には自然的要因と人為的要因がある。その対策のために、草津温泉の下流に中和工場と中和生成物の沈殿池として品木ダムがつくられているが、この中和工場で中和される酸性成分は吾妻川の全酸性成分の半分程度であり、今なお硫黄鉱山跡地から強酸性の水が流出している。

##### イ 中途半端な対策

(ア) 国交省は、八ッ場ダムの将来水質予測について、八ッ場ダム建設事業(甲E1)は「八ッ場ダムは、流入する吾妻川の河川水が酸性水であるため、藻類の増殖は抑えられ、富栄養化は生じにくいと考えられます。」(4-19頁)と述べている。

草津中和工場及び香草中和工場における河川の中和事業により、湯川をはじめとする酸性河川の水質は改善されるもののその割合は全体の40%程度である(甲E第15号証)。

実際、2003(平成15)年度における吾妻川上流新戸橋地点の河川水のpHは年平均5.1程度である(群馬県環境保全課『平成15年度水質測定結果/大気環境調査結果』)。

なお、pH4~5は、強酸性ゆえに鯉の生息にも適さない水質であると一般にはいわれている。湖沼は、周囲を陸に囲まれた窪地に静止貯留している水域で、典型的な閉鎖性水域である。湖沼や内海などの閉鎖性水域に流入する栄養塩類によって、水質が肥沃化する現象を「富栄養化」という

が、この富栄養化が人間活動の結果として引き起こされる場合には、実際には湖沼の水質汚濁という否定的意味合いで用いられることが多い。ダム湖でなくても、閉ざされた水域である湖沼は周辺の環境変化の影響を受けやすく、一度湖沼が環境悪化の影響を被った場合には、これを原状に回復させることは困難である。日本では、水質汚濁防止法による規制にもかかわらず、湖沼の水質が一向に改善されなかったことから、1984（昭和59）年、新たに湖沼水質保全特別措置法が公布された。

(イ) これまでに①霞ヶ浦、②印旛沼、③手賀沼、④琵琶湖、⑤児島湾、⑥諏訪湖、⑦釜房ダム貯水池、⑧中海、⑨宍道湖、⑩野尻湖の10湖沼が、汚れのひどい湖沼として同法上の指定湖沼に指定され、水質の保全が図られることになったが、いずれの湖沼についても、成果はあがっていない（甲B47の2頁）。ダム建設により、河川の流水が静水化し、植物プランクトンが増殖を開始する。この植物プランクトンの増殖の度合いを決定するのは、窒素やリン等の栄養塩類である。自然の湖沼に比較し、ダム湖の方がより速やかに富栄養化が進行する。それは、①ダム湖には安定した自然の浅場がなくてヨシ帯や水草帯が形成されることが少ないため、湖周辺からの汚濁物質の流入が遮られず、かつ浮遊性の栄養塩類が沈降することもないこと、②ダム湖は水位変動が大きく、水位低下時に湖底が露出し、湖底に沈積していた窒素とリンが分解して水に溶けやすい状態になることによる。湖沼の富栄養化等への対策として、窒素とリンに関する環境基準が設定されている。すなわち、水道の一般的な基準として全窒素0.2 mg/l、全リン0.01 mg/l という基準が、また水道の特別な基準として全窒素0.4 mg/l、全リン0.03 mg/l という基準がそれぞれ設定されている（生活環境の保全に関する環境基準・湖沼〔天然湖沼及び貯水量1,000万m<sup>3</sup>の人工湖〕）。八ッ場ダムは吾妻川の中流部に計画されているので、同ダム湖には上流域から多量の栄養塩類（窒素とリ

ン) が流れ込むことになる。

(ウ) 上流域の草津町、嬭恋村、長野原町には約3万人が居住し、草津温泉、万座温泉、北軽井沢等に大勢の客が訪れる。さらに、嬭恋のキャベツ畑には多量の化学肥料が投入され、三町村で何千頭という牛が飼育されている。これらの生活排水、農業排水、畜産排水等により、吾妻川に多量の栄養塩類が流入している。

実際、群馬県環境保全課「平成15年度水質測定結果／大気環境調査結果」によれば、2003（平成15）年度において、吾妻川上流新戸橋地点では年平均で、全窒素が1.3mg/l、全リンが0.042mg/l測定されている。環境基準における水道の一般的な基準に比して、窒素が6.5倍、リンが4.2倍となっている（水道の特別な基準に比しても、窒素が約3.3倍、リンが1.4倍となっている。）。これほど栄養塩類濃度が高いと、河川の酸性度が緩和された場合には、ダム湖における藻類の異常増殖が必ず進行し、ダム湖の水質が悪化する。湖水の富栄養化により、藻類（植物プランクトン）が異常発生してアオコや淡水赤潮を発生させ、景観上も問題を生じ、さらに水道水の異臭問題を生じさせているダム湖がある。

(エ) 一般に、水道水の異臭には、カビ臭や腐敗臭、きゅうり臭、魚臭等があるが、近年、代表的な「臭い」として多発している「カビ臭」は、①植物プランクトンであるフォルミディウムやアナベナ等の藍藻類が原因となる2-メチルイソボルネオールや、②ストレプトミセス等の放線菌が原因となるジオスミンが元となっている。その他、ダム湖に発生する植物プランクトンには、「腐敗臭」を生ずる藍藻類のマイクロキスティスや、「きゅうり臭」や「魚臭」を生ずる植物性鞭毛虫類のペリディニウム等がある。水道水のカビ臭問題としては、例えば、群馬県の草木ダムにおいて異常発生したフォルミディウムは、1986（昭和61）年夏に下流の桐生市民

を水道水のカビ臭で悩ませた。なお、上記 2-メチルイソボルネオールは、わずか 1 滴で 25 m プールの水がカビ臭くなるといわれている。八ッ場ダムの場合も、流入水の状態をみるときは、ダム湖の富栄養化により水道水の異臭問題が生じる蓋然性が極めて高いのである。

(オ) また、近時、水道水に含まれるといわれているトリハロメタンの人体への影響も懸念される。トリハロメタンとは、クロロホルム、ブロモジクロロメタン、ジブロモクロロメタン及びブロモホルムの総称で、発ガン性の疑いのある有害物質である。トリハロメタンは、主としてフミン質等の有機物が水道原水の浄化過程で加えられた塩素と化学反応して生成される。また、植物プランクトンの代謝・分解産物もトリハロメタンの原因物質となる。厚生労働省は、水道法第 4 条に基づく水質基準として、①クロロホルムにつき 0.06、②ブロモジクロロメタンにつき 0.03、③ジブロモクロロメタンにつき 0.1、④ブロモホルムにつき 0.09、⑤総トリハロメタンにつき 0.1 という基準（単位はいずれも mg/ℓ）を設定している。この基準は、発ガン率を一定値以下にするという前提で設定されたものであって、その値以下であれば絶対に安全であることを保障するものではない。そして、「特定水道利水障害の防止のための水道水源水域の水質の保全に関する特別措置法」（水道水源法）の規定に基づき、全国 520 地点の公共用水域において実施された 2004（平成 16）年度公共用水域水質測定では、トリハロメタン生成能（一定の条件下でその水がもつトリハロメタンの潜在的な生成量のこと）が 0.05 mg/ℓ 以下の地点は全体の約 7 割を占め、1997（平成 9）年以降、平均値（全体）は 0.04～0.05 mg/ℓ で横ばいであるとの結果を得たと述べる（甲 E 第 16 号証の 4 頁及び 32 頁）。しかしながら、トリハロメタンの人体に対する懸念を抜本的に解消するためには、流入水からの有機物や植物プランクトンの除去が不可欠であるが、流入水の状態に照らすと、これは極

めて困難である。

#### ウ 水質に関する環境影響評価義務違反

以上のとおりであるから、八ッ場ダムに貯留された水は、飲料用に適した水ではなく、これを浄化するためにさらに膨大な費用を要することは確実である。八ッ場ダムの建設実施は、水質問題についても、事前に、適正に調査、予測又は評価を行い、その結果に基づき環境の保全について適正に配慮しなければならぬという、条理法上の環境影響評価義務を尽くさない、違法な行為である。

### (2) 生活環境に与える影響

#### ア 住民の生活環境破壊

八ッ場ダム建設事業は、自然環境の破壊だけでなく、ダム建設予定地、水没予定地及びその周辺の住民の生活環境の破壊をもたらす。特に、八ッ場ダムについては、建設が構想されてから半世紀以上にわたって、地元住民は計画に翻弄されてきた。八ッ場ダム建設事業による住民の生活環境の破壊は、自然環境の破壊以上に甚大で現実的かつ長期間にわたるものなのである。

したがって、事業者である国交省は、自然環境のみならず住民の生活環境の破壊という影響についても予測・評価をして、ミティゲーション（具体的には、第一に地元住民の生活破壊を回避することを考え、回避ができないとしても、次いでその影響を極力最小限のものとするべきであり、それらができない場合にはじめて代替りの措置による補償をする）を行うべき条理法上の義務があることになるが、1985年アセスメントではこの義務がまったく尽くされていないことは前述したとおりである。

その結果、以下に述べるとおり、地元住民の生活再建は全く等閑視されてしまっているのである。

#### イ 等閑視される地元住民の生活再建

水没予定地で最も問題となるのは川原湯温泉である。川原湯温泉は吾妻溪

谷の山あいにある風情のある温泉街で、かつては同温泉街が反対闘争の中心であった。川原湯地区は、当初201戸あった世帯数が、2006（平成18）年には90戸足らず人口約350人にまで減少した。

そして、同地区についても、生活再建の見通しは付いていない。川原湯地区の代替地とされているのは打越地区と上湯原地区であるが、国有林があった打越地区こそ代替地造成が進んでいるものの、民有地が入り組んでいる上湯原地区については用地買収も進捗していない。

川原湯温泉街は、当初の計画では、主にこの上湯原地区に移転することになっていたが、仮に川原湯温泉街が代替地に移転することができたと仮定しても、同温泉街の将来は暗い。川原湯温泉の魅力の大きなものは、1つは吾妻渓谷であり、もう1つは風情のある温泉街というイメージである。しかしながら、ダムが完成すると最大の観光資源である吾妻渓谷は失われてしまうことが確実である。また、代替地で経営される新しい温泉街には風情のある温泉街というイメージは乏しい。また、八ッ場ダムのダム湖は後述するとおり、到底観光資源にはなり得ないところである。さらに、川原湯温泉における温泉旅館経営者には、土地所有者が少ないという現実がある。ダムの補償金は専ら土地所有者を対象に交付されることから、多くの旅館経営者は旅館の再建に必要な資金が十分に得られないという問題がある。加えて、上湯原地区は、ダム湖の湛水が始まれば、地すべりの危険性が生じる地区でもある。

他方、造成が進んでいる打越地区は、JR川原湯温泉の新駅や温泉の泉源から距離があり、また、土石流を防ぐための巨大な砂防ダムで囲まれた人工的な地区のため、温泉街の移転地としては条件が悪い。しかも、電気や水道などのライフラインの整備も未だ手つかずであり、肝心の温泉もない。道路も水道もこれから整備し、温泉は源泉をポンプアップして1km以上パイプで通すというが、温泉街13軒のうち移転する旅館はせいぜい5、6軒ともいわれている。さらに、北向きで標高の高い代替地は、高齢者や農家にとって

条件も悪いといわざるを得ない。

このように、生活再建を最優先にして事業が進められているとはいえないばかりか、生活再建の見通しもないのにダム建設事業だけが先行して進められているのが状況である。

#### ウ 生活環境に関する環境影響評価義務違反

上記生活再建上の諸問題の根源は、事業者である国交省が、本件八ッ場ダム建設事業計画の策定に当たって、地元住民の生活環境の破壊の影響について、適正に予測・評価をして、ミティゲーションを実施するという条理上の環境影響評価義務を果たさなかったことにある。

今の川原湯温泉にとって望ましい方向性は、ダム計画に乗って将来像を描くのではなく、ダム計画を中止して温泉街を現地で復興することである。そして、同温泉街復興のための費用は、現在まで地元住民に対して有形無形の苦痛を与えてきたダム起業者である国と、ダム計画に相乗りした関係都県が負担すべきであろう。

## 7 ハッ場ダム予定地の遺跡に関する問題

国交省が85年アセス書を作成した翌年の1986年以降になって、ハッ場ダム予定地には、極めて価値のある遺跡群が存在することが判明した。

ハッ場ダム予定地の遺跡群（以下、「本件遺跡群」という。）の発掘事業を行っている群馬県埋蔵文化財事業団では、2012年5月から8月にかけて、水没予定地で発見された「東宮遺跡」の展示会を開催した。同展示会会場で掲げられたハッ場ダム予定地の埋蔵文化財についての説明文が、この地域の特性を伝えている。

「ハッ場地域は山間の国境にあり、しかも周囲を分水嶺で囲まれた特異な地域です。このことが、ハッ場地域の独自性をなおいっそう際立たせていると考えられます。

豊かな自然環境の中での縄文社会、稲作農業社会への独自の対応、平安時代の

謎に満ちた活況、まぼろしの『三原庄』と滋野源氏一族、海野氏の土着、天明泥流のタイムカプセル。・・・これらの遺跡は、いずれも平野部の遺跡とは一味違った独自性を見せてくれるだけでなく、歴史の大きな流れに対して、地域がどのように対応したのかを私たちに示しているように思います。」

以下、本件八ッ場ダム建設事業が遺跡との関係においても、重大な違法性を有することにつき、詳述する。

#### (1) 文化財保護法と環境影響評価義務

環境影響評価法の目的は、「・・・事業に係る環境の保全について適正な配慮がなされることを確保し、もって現在及び将来の国民の健康で文化的な生活の確保に資すること」とされている（1条）。かかる目的によれば、高い文化的価値を有する遺跡等の文化財についても、環境影響評価の対象とすべきことは明らかである。

この点につき、例えば東京都でも、環境局の環境影響評価技術指針において、環境影響評価の対象は、「対象事業の実施に伴う土地の改変、建築物その他の構造物の建設等が文化財保護法に規定する文化財のうち、土地に密接な関係を有する有形文化財、民俗文化財、史跡名勝天然記念物及び伝統的建造物群並びにこれらと同等の価値を有するもの（以下「文化財等」という。）に影響を及ぼすと予想される地域並びに内容及び程度を対象とする。」と規定している。すなわち、文化財保護法上の重要文化財と同等の価値を有する有形文化財等については、環境影響評価の対象となるとしているのである。

その他、多くの自治体の環境影響評価条例において、遺跡等の文化財が環境影響評価の対象とされている。

本件遺跡群は、事業の実施によって水没するのであるから、消滅、という最大の影響を受けることは確実である。そこで、少なくとも当該遺跡が、重要文化財と同等の価値を有する場合には、環境影響評価の対象となるのであり、それにもかかわらず本件では、それが行われていないのであるから、かかる義務

を怠った違法な事業ということになる。

## (2) ハッ場ダム予定地の遺跡

### ア 埋蔵文化財発掘事業について

#### (ア) 発掘調査に至る経緯

1986年にダム湖関連地域の文化財総合調査計画が策定され、翌年から長野原町教育委員会、文化庁の補助事業として、3ヵ年計画で県教育委員会文化財保護課の指導の下、埋蔵文化財の詳細分布調査が実施された。そして、1990年、「長野原町の遺跡一町内遺跡詳細分布調査報告書」(長野原教育委員会)によって、ハッ場ダム予定地では、埋蔵文化財包蔵地79(川原畑地区13、川原湯地区5、横壁地区15、林地区22、長野原地区24)が確認された。

その後、遺跡数が増大し、東宮、尾板、久々戸など大規模な発掘調査が実施されることになった遺跡も、新発見の遺跡として発掘調査対象に加わった。

#### (イ) 発掘調査の開始と事業の拡大

1994年3月18日、建設省関東地方整備局長と群馬県教育委員会委員長との間で、「ハッ場ダム建設工事に伴う埋蔵文化財発掘調査の実施に関する協定書」が締結され、同年4月1日、最初の発掘調査が長野原一本松遺跡で始まった。

ところが、同日、協定書の内容が変更され、発掘調査の受託者が、群馬県教育委員会委員長から財団法人群馬県埋蔵文化財調査事業団理事長へ変更された。そして、2005年4月1日には、発掘調査の業務完了期日が2005年度から2010年度に園長され、発掘対象面積が約57万平方メートルから約110万平方メートルに拡大されるという2回目の協定変更がなされた。さらに、2008年3月31日には、業務完了期日が2015年度に延長され、発掘調査事業費が66億円から98億円に増額され

るという、3回目の協定変更が行われたのである。

このように、発掘調査事業は、八ッ場ダムに関連事業の進行と連動して、1990年代後半から2000年代にかけて拡大した。2003年には代替地に移転した長野原第一小学校の跡地に県埋蔵文化財調査事業団の八ッ場ダム調査事務所が設置され、ダム事業用地の各所では、地元住民が作業員として多数参加した発掘調査が行われてきた。

## イ 発掘調査の成果

### (ア) 発掘調査報告書第2集

2002年には、八ッ場ダム建設工事に伴う埋蔵文化財発掘調査報告書第2集として、「八ッ場ダム発掘調査集成(1)」(以下、「集成1」という。)が群馬県埋蔵文化財調査事業団により刊行された(甲E26)。

集成1は、東宮・石畑・川原湯勝沼・横壁勝沼・西久保I・山根III・下田花畑・楡木III・尾坂・三平I・二社平・林の御塚・上原Iの各遺跡を発掘調査した結果をまとめたものである。

ここには、まず「序」として、以下のように記載されている。

「群馬県の北西部に位置する長野原町は、吾妻峡をはじめとする多くの景勝地を抱えた豊かな自然環境を持つことで知られております。また、火山県である群馬県を象徴する浅間山と草津白根山の二つの火山があることでも知られたところです。

県内に大きな被害をもたらした噴火として、最も新しいものが天明三年(1783年)の浅間山の噴火です。この噴火の際、長野原町は噴火に伴って発生した泥流などにより大きな被害を受けております。この噴火の様子は多くの絵図や古文書などに残され、当時の様子を今に伝えています。

当事業団では八ッ場ダム建設工事に伴って、長野原町の川原畑・川原湯・横壁・林・長野原の5地区での発掘調査を平成6年度から実施しております。この発掘調査は現在も行われております。本書は、平成6年から12

年度までに発掘調査された小規模な発掘調査による遺跡を集成した発掘調査報告書の第1集となります。

これらの遺跡は吾妻川の兩岸に存在する河岸段丘上に点在しております。多くの遺跡から縄文時代の遺構や遺物が発見されました。発掘された縄文土器には様々な時期のものが見られるため、長野原町内における縄文時代の集落の変遷を示す資料になると考えております。

また、この地域では遺構の検出例が極めて少ない弥生土器も出土しています。量的にわずかではありますが、こちらも多くの遺跡で散発的に発見されています。小規模ながら人々の生活が連綿と続いていた可能性を示しているのでしょう。

さらに、吾妻川の河床に近い河岸段丘の下位面からは、天明三年（1783年）の浅間山の噴火に伴って発生した泥流に覆われた近世の畑跡が見つっております。畑跡からは、狭腫な平坦面を利用して被災する直前まで耕作していた形跡も見ついています。当時の人々が力強く生活している姿を想像させてくれる遺跡でした。」（下線は代理人。）

#### (イ) ハッ場ダム関連地域の遺跡リスト

ハッ場ダム関連地域には、以下の表にあるように、現段階においても、約80の遺跡が発掘されている。

(ハッ場あしたの会作成)

	番号	遺跡名	ヨミガナ	時代区分
	1	温井Ⅰ	ぬくい	縄文・平安
	2	温井Ⅱ	ぬくい	縄文
	3	三平Ⅰ	さんだいら	縄文・弥生・平安
	4	三平Ⅱ	さんだいら	縄文・平安・中世
	5	上ノ平Ⅰ	うえのたいら	縄文・弥生・平安・中近世

【川原畑】	6	上ノ平Ⅱ	うへのたいら	不明
	7	西宮	にしみや	縄文・近世
	8	滑沢岩陰	なめさわいわかげ	縄文
	9	石畑岩陰Ⅰ	いしはたいわかげ	縄文
	10	石畑岩陰Ⅱ	いしはたいわかげ	不明
	11	二社平岩陰	じしゃだいらいわかげ	不明
	12	三ツ堂岩陰	みつどういわかげ	不明
	13	西宮岩陰	にしみやいわかげ	不明
	208	東宮	ひがしみや	近世、縄文
	209	二社平	じしゃだいら	縄文・平安・近世
	210	石畑	いしはた	縄文・弥生・近世
	【川原湯】	16	川原湯中原Ⅰ	かわらゆなかはら
17		石川原	いしがわら	縄文・近世
18		川原湯中原Ⅱ	かわらゆなかはら	平安
19		川原湯中原Ⅲ	かわらゆなかはら	縄文・平安
20		北入	きたいれ	縄文
23		川原湯勝沼	かわらゆかつぬま	縄文・古墳・平安・近世
207		金花山砦跡	きんかざんとりであと	中世
212		西ノ上	にしのうえ	近世
217		下湯原	しもゆばら	中世・近世
	37	立馬Ⅰ	だつめ	縄文・弥生・平安・中近世
	38	東原Ⅰ	ひがしはら	縄文・平安・中近世
	39	東原Ⅱ	ひがしはら	
	40	東原Ⅲ	ひがしはら	縄文・平安・中近世
	41	上原Ⅰ	うえはら	縄文・平安・近世

【林】	42	上原Ⅱ	うえはら	平安	
	43	上原Ⅲ	うえはら	平安	
	44	上原Ⅳ	うえはら	縄文	
	45	林中原Ⅰ	はやしなかはら	縄文・平安・近世	
	46	林中原Ⅱ	はやしなかはら	縄文	
	47	下田	しもだ	古代・中近世	
	48	林宮原	ひがしみやはら	縄文・古墳・平安・中近世	
	49	中棚Ⅰ	なかだな	縄文・近世	
	50	楡木Ⅰ	にれぎ	縄文・平安	
	51	楡木Ⅱ	にれぎ	縄文・平安・中近世	
	52	二反沢	にたんざわ	中世・近世	
	53	久森沢Ⅰ岩陰群	くもりさわいわかげぐん	不明	
	54	久森沢Ⅱ岩陰	くもりさわいわかげ	不明	
	55	滝沢観音岩陰	たきざわかんのいわけ	不明	
	56	蜂ツ沢岩陰	はちつさわいわかげ	縄文	
	57	御嶽山岩陰	おんたけさんいわけ	不明	
	59	林の御塚	はやしのおつか	縄文・近世	
	202	楡木Ⅲ	にれぎ	縄文・弥生・平安・中世	
	203	中棚Ⅱ	なかだな	近世	
	204	下原	しもばら	縄文・古墳・平安・中近世	
	204	下原Ⅱ	しもばら	縄文・弥生・古墳・平安・中近世	
	205	花畑	はなばたけ	縄文・平安	
	213	立馬Ⅱ	だつめ	縄文・弥生・平安・近世	
	215	立馬Ⅲ	だつめ	縄文・平安・中近世	
		21	上野Ⅰ	うえの	縄文・平安

【横壁】	22	上野Ⅱ	うえの	平安・近世
	23	横壁勝沼	よこかべかつぬま	縄文・弥生・平安・中近世
	24	横壁中村	よこかべなかむら	縄文・弥生・平安・中近世
	26	山根Ⅰ	やまね	平安
	28	山根Ⅱ	やまね	平安・近世
	29	山根Ⅲ	やまね	縄文・弥生・平安・近世
	30	山根Ⅳ	やまね	縄文・平安
	31	西久保Ⅰ	にしくぼ	縄文・弥生・平安・中近世
	32	西久保Ⅱ	にしくぼ	平安
	33	西久保Ⅲ	にしくぼ	平安
	34	丸岩城跡	まるいわじょうあと	中世
	35	柳沢城跡	やなぎさわじょうあと	中世
	216	西久保Ⅳ	にしくぼ	近世
	【長野原】	62	幸神	さいのかみ
63		長野原一本松	ながのはらいっぽんまつ	縄文・弥生・古墳・平安・中近世
85		長野原城跡	ながのはらじょうあと	
200		久々戸	くぐど	縄文・近世
201		尾坂	おさか	縄文・弥生・平安・近世
ダム 予定地外 【東吾妻町】	96	廣石A	ひろいし	縄文・近世
	114	上郷西	かみごうにし	縄文・平安
		大柏木	おおかしわざ	
		上郷A	かみごう	縄文～古代
		上郷B	かみごう	縄文・平安・中世・近世
		上郷岡原	かみごうおかのほら	縄文・弥生・平安・中近世

(ウ) 主な遺跡の概要

上記リストの中でも、特に顕著な特色を示す遺跡を以下の表にまとめる。

(ハッ場あしたの会作成)

〈参考資料〉群馬県埋蔵文化財事業団理事会議案書(情報開示資料)、群馬県埋蔵文化財事業団年報、ハッ場ダム建設工事に伴う埋蔵文化財発掘調査報告書、ハッ場ダム建設関連遺跡の試掘・発掘に関する財団法人埋蔵文化財事業団との協議・打合わせの議事録・復命書(情報開示資料)

	番号	遺跡名	遺跡の概要
【川原畑】	3	三平Ⅰ	標高約 600mの吾妻川最上位段丘面にある湧水や溪流に恵まれた、数千年間利用された主要遺跡の一つ。縄文の竪穴住居2棟、土器、石器、平安の堀立柱建物3棟、土師器、須恵器などを検出。代替地造成に伴う調査。
	4	三平Ⅱ	縄文草創期から前期末までの土器と石器、古代の土坑(陥し穴)群、中世の堀立柱群などを検出。西の松葉沢、東の穴山沢に挟まれた舌状台地にあり、隣接する三平Ⅰ遺跡との間にイドクボと呼ばれる谷地がある。
	5	上ノ平Ⅰ	縄文時代の竪穴、敷石住居跡と土器、平安の竪穴住居、近世の墓坑群検出。標高約 600mの吾妻川最上位段丘に位置する南向き傾斜地。三平遺跡に隣接。東に松葉沢、西に境沢、遺跡内に湧水地。代替地造成に伴う調査。
	7	西宮	20年度の調査で1m以上堆積した天明泥流下の畑跡、屋敷跡、災害後の復旧溝、ヤックラを検出。天明遺跡も調査済みは一部だが、その下に縄文遺跡がある。水没予定地内にあり、東宮遺跡の上流側に位置する。

	9	石畑岩陰	縄文時代草創期～晩期。吾妻溪谷上流部、ダムサイト予定地近くの 水没予定地内(標高約 520メートル)にあり、撚糸文、押型文などの土 器群や獣骨出土。昭和 53 年度に群馬県、平成 10 年度に事業団が調 査。
	208	東宮	1995 年の「新発見の遺跡」。天明浅間災害による集落の全体像を明 らかにする調査は 21 年度に中断されたが、極めて良好な依存状態で 遺構遺物を大量に検出。その下に縄文遺跡。標高 530～540m の水没 予定地内にある。
	210	石畑	縄文前期中期の土器石器、弥生中期の土坑、近世の畑跡を検出。 1990 年代の「新発見の遺跡」。吾妻溪谷左岸の断崖にあり、ハツ場沢 砂防工事の進入路に伴う調査。JR 川原湯温泉駅の北東約 300m、標 高 513～515m に位置する。
【川原湯】	17	石川原	20 年度に 1,700 m <sup>2</sup> のみ発掘調査後、ハツ場ダム本体工事凍結により 調査中断。天明泥流、浅間軽石層に覆われた屋敷跡、畑跡、道検 出。縄文の竪穴住居跡 18 軒、土坑、配石墓のほか、土器、石器 60 箱 出土。水没予定地上湯原地区に位置する。
	23	川原湯勝沼	縄文時代晩期の埋甕 2 基、平安時代の住居跡、天明三年の畑跡、災 害復旧時のヤックラ(石の片づけ場)道などを検出。標高 530～545m の水没予定地にあり、南側に急峻な山地形が迫っているため、冬季 の日照時間は極めて短い。
	212	西ノ上	天明泥流が 60 cm～1.2m 堆積した畑、道の跡を検出。千歳橋の建設 工事に伴う道路幅のみの狭い調査しか実施されていない。調査区内 に縄文遺構存在の可能性はある。標高約 520m の水没予定地に位置 する。

【林】	37	立馬 I	縄文～中世にわたる遺構が密集。縄文中期前半～後半の住居、縄文早期包含層遺物多数出土。縄文晩期終末の竪穴住居、弥生中高後半の土器棺墓が特記される。縄文～平安時代の陥穴多数。防災ダム工事に伴う調査。
	38	東原 I	縄文前期～後期の土器や打製石斧、縄文～古代の陥し穴を検出。中近世では堀立柱建物と柱穴列が復元され、陶磁器などの遺物多数出土。吾妻川の上位段丘面、標高 610～630mに位置。国道付け替えに伴う調査。
	39	東原 II	縄文前期～後期の土器出土。縄文遺構の陥し穴、中近世では堀立柱建物を復元。中世内耳土器のほか、近世では陶磁器、石器、金属器などの遺物が多数出土している。国道付け替えに伴う調査。
	40	東原 III	縄文早期～後期の土器多数出土。中近世の堀立柱建物、中世内耳土器や古瀬戸などの陶磁器も出土。東原 I、II 遺跡に隣接し、谷地形によって林中原 II 遺跡と分かれている。国道付け替えに伴う調査、21 年度調査終了。
	41	上原 I	9 年度試掘調査で陥し穴を確認。24 年度 5 月の試掘により、縄文時代の住居跡、カマド、土器片検出。集落が展開すると考えられるため、本調査必要と判断。土地改良事業に伴う調査。
	42	上原 II III	23 年度の調査で平安集落、鍛冶工房等を検出。
	44	上原 IV	縄文後期の敷石住居のほか、竪穴住居、列石遺構、配石遺構や土坑を検出。縄文晩期終末期～弥生前期の土器もまとめて出土。標高 645m前後に位置し、西側に押手沢が流れる。県道建設に伴う調査、21 年度終了。
	45	林中原 I	縄文前期、中期住居、土器、打製石斧を出土。中近世の「林城」関連の溝、堀立柱建物跡、礎石建物跡、青白磁、馬骨など多数検出。標高

【林】		630～635m。吾妻川の上位段丘面上に位置。町道建設に伴う調査、21年度終了。
	46	林中原Ⅱ 縄文中期後半～後期の大規模集落。縄文土器・石器多数、住居120軒以上、掘立柱建物、土坑、列石・集石遺構。土坑に焼人骨を確認。弥生土器、石器も多数検出。標高610～630m。国道付け替えに伴う調査、21年度終了。
	47	下田 天明浅間災害遺跡。天明屋敷跡・畑跡を検出。主な遺物は陶磁器、土人形、石器類、銅鏡、銭貨など。泥流層は約1.7mにおよぶ。畑跡に登壇らしき痕跡あり。工事用進入路建設に伴う調査。
	48	林宮原 24年度調査で中世の掘立柱建物、古代～近世の土坑、縄文土器、中近世の磁器の包含層を検出。地区コミュニティセンター、町道建設工事に伴う調査。吾妻川の最上位段丘面、標高620m前後に位置する。
	49	中棚Ⅰ 天明泥流堆積物下から畑、ヤックラ、石垣検出され、被災後の復旧状況を伝える資料も提供。南面傾斜地で標高約543～565m、下原Ⅱ遺跡の上流にあり、水没予定地に位置する。
	50	楡木Ⅰ 縄文時代の土坑、平安時代の住居、かまど屋跡、土坑、掘立柱建物跡、溝、焼土、集石遺構など出土。標高約633mに位置する。代替地造成に伴う調査、21年度に終了。
	51	楡木Ⅱ 縄文早期前半（撚糸系）の竪穴住居、埋甕をもつ前期住居、中期住居を検出。平安の竪穴住居、灰釉陶器、墨書磁器、中世の掘立柱建物検出。標高630～660m。県道、土地改良、墓地造成工事に伴う調査。
	52	二反沢 中世の石垣を伴う土坑、陶磁器片や軟質陶器片、石臼のほか、羽口、椀状滓など製鉄関連遺物が出土。14世紀末～16世紀初めとみられる。「大乘院堂跡」にあたり、標高632mに位置する。

	202	楡木Ⅲ	縄文土器、弥生土器を多数出土。縄文土器の中心は諸磯 b、c 式。弥生土器の中心は前期～中期前半。工所用進入路に伴う調査。
	203	中棚Ⅱ	天明浅間災害による畑跡、ヤックラ、石垣が検出され、被災直後の復旧、天明飢饉の状況が確認された。吾妻川下位段丘面の水没予定地にある。工所用進入路および残土置場整備工事に伴う調査。
	204	下原Ⅰ	平安時代の竪穴住居、天明泥流に埋もれた畑、道、石垣、溝の跡が比較的良好な状態で検出。吾妻川の下位段丘面に位置し、標高約560mの緩傾斜地。残土置場整備に伴う調査。
	204	下原Ⅱ	弥生土器、古墳、平安の竪穴住居、灰釉陶器、土師器、須恵器、墨書土器等出土。2m以上の天明泥流に覆われた田畑、溝、道、石垣、ヤックラを検出。標高 535～550mの水没予定地。残土処理整備工事に伴う調査。
	205	花畑	主な遺構は縄文早期後半の土師器、須恵器、石器。縄文住居跡、土坑、陥し穴、平安の竪穴住居跡も検出。吾妻川の最上位段丘、標高653～667mに位置する。長野原第一小代替地造成に伴う調査。
	213	立馬Ⅱ	縄文草創期～早期の出土物多数、縄文中期初頭～前半の住居跡を発見。縄文～平安の陥し穴も多数検出。大量の縄文土器から、日本海、太平洋沿岸部の文化が内陸地域と影響しあった交流の歴史が読み取れる。
	215	立馬Ⅲ	縄文早期～晩期、弥生、平安の遺物検出。縄文遺構は、早期～後期の竪穴住居跡のほか、子母口式、稻荷台式、沈線紋など早期の土器多数出土。立馬Ⅱ遺跡から谷を隔てた南西、標高 650mに位置する。 19年度調査終了
【横壁】	23	横壁勝沼	縄文時代の陥し穴、土器、9世紀の建物住居跡、中近世の土坑墓、キセル、銭貨などを検出。代替地造成、護岸工事に伴う調査。

	24	横壁中村	縄文時代中期後半～後期の住居跡を中心に平安時代の住居も含め250軒以上検出した大規模集落跡。弥生初期の遺跡としても群馬県内有数。ダム水位予定下の標高570m前後。国道付け替え、代替地造成等に伴う調査。
	29	山根Ⅲ	横壁中村遺跡に隣接する小集落跡。縄文中期の竪穴住居、土坑、巨石遺構、中近世の溝を検出。山根と西久保の字境の深沢に面した傾斜地。南側山麓からの崩落土が堆積。横壁神社跡地含む。国道付け替えに伴う調査。
	31	西久保Ⅰ	縄文時代の住居跡、多種類の縄文、弥生土器、須恵器、石器、銭貨、小刀、水場を検出。洪水による居住の断絶を確認。中近世の溝、礎石建物跡も検出。標高約580mに位置する。小倉地区護岸工事に伴う調査。
	216	西久保Ⅳ	50cm前後の天明泥流に覆われた畑、道路、溝などが確認された。吾妻川右岸の上位段丘面、標高約600mの斜面にある。JR付け替えに伴う調査。
【長野原】	62	幸神	長野原一本松遺跡に隣接した小規模集落跡。縄文住居跡、縄文早期の土器、石器、平安畠跡を検出。標高約650mに位置する。代替地造成工事に伴う調査。
	63	長野原一本松	縄文中期後半～後期を中心とする大規模集落跡。住居約250軒、中世掘立柱建物跡等も多数検出。発掘調査は20年度に終了。長野原草津口駅北側、標高600～630mの上位段丘面にある。代替地造成に伴う調査。
	85	長野原城跡	23年度の発掘調査で天明泥流下に畑跡を検出。城が使われていた時代の煮炊き用の内耳の鍋も出土。県道建設に伴う調査。

200	久々戸	天明浅間山噴火による軽石と最大 2.5m の泥流に埋もれた畑、ヤックラ、石垣、草津みち等を検出。縄文遺物も出土。水没予定地も含まれ、標高 610m で天明泥流堆積天端を確認。県道、国道付け替えに伴う調査。
201	尾坂	1～2m の天明泥流で埋没した屋敷と麻畑、溝などを検出。縄文土器、石器、住居、弥生土器、平安住居も検出。標高 585m 前後に位置する。吾妻線、国道付け替え工事等に伴う調査。長野原草津口駅に隣接。

## ウ 遺跡の評価

このように本件遺跡群の発掘調査は、相当に進んではきた。そこで、これらの遺跡が、文化財保護法上の「重要文化財」ないし世界遺産条約によって保護を受ける「遺跡」にあたり得る価値を有するものかどうかにつき、さらに具体的に検討する必要がある。

時代区分で見た場合、本件遺跡群の中で質量ともに最も豊富なのは、縄文時代と天明三年浅間災害の遺跡である。

### (ア) 縄文時代の遺跡

#### ① 豊富な遺跡群

縄文時代の遺跡は長野原町に広範に分布しており、当時の人々が山の恵みを受けながら生活を営んでいた様子を伺うことができる。

その中でも、長野原一本松遺跡、横壁中村遺跡が高い価値を有しており、いずれも 250 軒以上の住居跡が発見され、縄文中期後半から後期にかけての大規模集落の営みが明らかにされてきた。

また、林中原Ⅱ遺跡においても、120 軒以上の住居跡がみつき、縄文中期から後期に至る大集落の存在が新たに確認された。同じ林地区の楡木（にれぎ）Ⅱ遺跡では、撚糸文（よりいともん）期の竪穴住居 31 軒が確認され、県内はもとより全国でも希少な調査例とされている。

縄文時代の遺跡としては、他にも東原遺跡、立馬遺跡、花畑遺跡、上ノ平遺跡、三平遺跡など数多くの遺跡があり、天明浅間災害遺跡の下に縄文時代の遺跡が埋もれている事例も少なくない。

さらにダム予定地域で注目されるのは、岩陰遺跡の存在である。岩陰遺跡は地形的に限られた地域に立地するため、群馬県内でも確認された遺跡はわずかである。吾妻川流域は、そのほとんどが河川や溪沢に沿う山岳傾斜地帯で、急峻な山地もあることから岩陰遺跡が立地する好条件にある。

当該地域で特に有名なのが縄文時代草創期、早期の石畑岩陰遺跡である。この遺跡は、吾妻溪谷のダムサイト予定地近くの水没予定地内にあり（標高約 520 メートル）、撚糸文、押型文など様々な土器群やイノシシ、鹿の骨などが出土している。

しかし、縄文時代の遺跡がこれほど豊富な地域でも、群馬県内で稲作農耕が始まる弥生時代中期後半になると、人々の活動の痕跡は途絶えてしまう。この状況は、西吾妻地域全体に見られる傾向といえる。その後、八ッ場ダム予定地域に集落が戻るのは9世紀後半からである。

## ② 横壁中村遺跡＝ 縄文時代後半

【約4,000年前～3,000年前】＝

横壁中村遺跡は、200軒以上の住居跡が発見された縄文時代の大規模な集落遺跡である。

その中でも、縄文時代後期の住居跡は、柄のついた手鏡のような平面形をしており、床に平らな石を敷きつめているため、「柄鏡形敷石住居跡」と呼ばれる。横壁中村遺跡でもこのタイプの住居跡が多く認められ、その中には出入り口にあたる部分から左右に「列石」を建設する例もある。

住居跡は少しずつ位置を変えて何軒も重なって見つかると、繰り返し建

て替えられている。この場所に、数百年にわたり継続して住み続けた結果であろう。

「列石」は大量の石を用いて築かれ、ところどころに「丸石」を置いたり、細長い石を立てて据えた「立石」が認められたりする。また列石の前にも、立石や丸石を中心に据えた「配石」がいくつも築かれており、呪術や祭祀に関わる遺構と考えられる。縄文人たちがどのような思いを込めてこのような住居跡や配石を築いたのか、さらに調査を続ける必要がある。

### ③ 長野原一本松（ながのはらいっぽんまつ）遺跡

＝ 縄文時代中期後半～後期前半

【約4,500年前～3,500年前】＝

長野原一本松遺跡は、縄文時代中期～後期の集落跡が中心である。その中でも、ここでは敷石住居跡の遺構を紹介しよう。出入口部にも敷石があり、住居連結部から小規模な列石が左右に伸びている。大変不思議な列石であるが、他の住居と繋ぐ例や出入口部の左右空間を囲む例などが各地で報告されている。まだ性格がわかっていない施設である。床面中央には石囲い炉があるが、炉の中から2個体の深鉢が上下に据えられた状態で見つかった。土器は火の当たる部分が白く変色している。頻繁に火を使った料理をしていたのだろうか。

#### (イ) 中世の遺跡

— 横壁中村遺跡中世の屋敷跡 ＝古文書に残らなかった中世＝

横壁中村遺跡は、縄文時代の大規模な集落跡が出土したことで知られているが、中世の遺構や遺物も多く見られる。ここでは、石垣を伴う中世の屋敷跡について紹介しよう。

横壁中村遺跡は、吾妻川に向かって緩やかに傾斜した地形上にある。ここから石垣を伴う中世の屋敷跡が検出された。石垣は1段に築造されてい

ますが、低く傾斜した土地を整地して平坦にするために築かれたと考えられる。

この石垣に囲まれた中からは、9棟の掘立柱建物跡が検出された。長軸が10メートルを越える大型建物も2棟あったが、それ以外は長軸5メートル程のものが大半であった。掘立柱建物跡相互の重複は比較的少なく、屋敷の存続期間は短かったと考えられる。屋敷跡から出土した陶磁器は15世紀を中心とするものが多いことから、同時期頃の屋敷跡であろう。

出土遺物には、当時の高級品であった中国産の陶磁器や瀬戸・美濃産の施釉陶器がある。高級品である陶磁器を使い、飾り、その権勢を示していた人たちが横壁の地にいたのだろうか。そのほかに、多数の内耳土器（土鍋）・石臼や鉄製の鍬・刀の一部なども見られる。武器を携え、有事に備えていた人たちも、普段は平穏な毎日を送っていたのかも知れない。

山々に囲まれた横壁中村遺跡であるが、江戸時代においては信州街道、草津街道が通り、人々の往来は多かったと考えられている。これは、中世においても同様であったと思われ、交通の要所にあたる横壁の地に住んでいた人たちは、旧街道と何らかの関わりを持っていたことだろう。

15世紀は、武田信玄や真田氏が上州吾妻谷の城砦を攻める少し前にあたる。残念ながら、古文書の中に横壁の地について詳しく触れているものは存在しないが、発掘調査によって文献には残らなかった吾妻地域の中世の様相も、少しずつではあるが明らかになってきた。

#### (ウ) 天明浅間災害遺跡

##### ① 天明3年の大噴火

群馬県と長野県の県境に位置する浅間山は我が国有数の活火山である。ユネスコのリスク評価で国内では九州の桜島に次ぐ第2位の火山に位置づけられている浅間山は、広範囲に影響をもたらす噴火を過去に何度も繰り返してきた。中でも、江戸時代・天明3年（1783年）の大

噴火は甚大な被害をもたらした火山災害として知られている。

天明3年の噴火は5月9日（以下新暦）に始まった。8月5日には噴火活動が頂点に達し、土石なだれは泥流となって吾妻川を流れ下り、現在の群馬県渋川市で利根川に合流し、銚子沖や江戸湾にまで達する。

八ッ場ダム予定地は浅間山の火口から流下距離で23～28キロ前後の位置にある。8月5日の噴火後、泥流は発生からおよそ20～30分でダム予定地に到達したものと推定され、犠牲者は川原畑村4名、川原湯14名、林村17名などとされている。

## ② 遺跡の中にダム水没予定地

この時の泥流堆積物層がダム予定地を1～2メートル覆っており、泥流によって当日の生活と被災状況が封印されることになった。事業用地に遺跡が確認されることは珍しいことではないが、八ッ場ダムの水没予定地の場合は、全域が天明3年の泥流堆積物に覆われているため、事業用地の中に遺跡があるというより、遺跡の中にダムの水没予定地がある、といった方がふさわしいといえる。

これらの遺跡の発掘調査によって、当時の人々が大災害の中を生き抜き、後の世代の生活の礎を築いていったことが具体的な様々な事実によって明らかにされてきた。

田畑の丹念な調査は、大噴火の前兆である軽石や灰が降る中、当時の人々が農事暦にのっとり農作業を続けようとしていたことや、それでも作柄が著しく不良であったこと、そうした厳しい状況にあって人々が災害直後から礫や砂をどかし、田畑をつくり直し、懸命に復興に努めたことを200年以上たった現在、土の中からまざまざと蘇らせることになった。

また、水没予定地の川原畑地区の東宮遺跡では、2007年から始まった本格的な調査で15棟の建物跡が姿を現し、その保存状態の良さが

当初から大いに注目された。1783年当時の川原畑村は、酒造業、養蚕、麻栽培なども行われる活気ある村であったことが明らかとなり、群馬県内の新聞では「貧しいとされた当時の山里の暮らしぶりを覆すような発見」と報道された。

さらに、災害遺跡の発掘調査は、流域に大きな被害をもたらした泥流のメカニズムを解明する資料を提供することとなり、将来の災害に備えた防災の観点からも、貴重な知見を集積しつつある。

### ③ 災害遺跡は過去の遺物ではない

道路などの関連工事の用地にある遺跡は、発掘調査が終わるとただちに工事が始まり、その痕跡は見えなくなってしまうが、水没予定地の遺跡は、調査が終了すれば埋め戻され、今も天明3年当時の人々が毎日眺め暮した山々に囲まれている。苦難の歴史を後世に伝える天明浅間災害遺跡は、埋蔵文化財事業団の報告集にもあるように、「その地に眠る先代の人々の姿をよみがえらせることを通して、地域に対する愛着や誇りをもたらす素材を提供」（小野宇三郎事業団理事長）しているのである。ダム事業が中止になり、水没予定地が水没を免れることになった時には、これらの貴重な文化財は地域の宝として活かされ、地域振興の柱となる可能性を秘めている。

東日本大震災を経て、復興の問題に直面している我々にとって、八ッ場ダム予定地の災害遺跡は決して過去の遺物ではない。

県埋蔵文化財事業団で発掘調査に携わった関俊明氏は自身の著書「浅間山大噴火の爪痕」（新泉社、関俊明著、2010年）の最終章で以下のように記している。

—日本のポンペイを創りたい

天明三年の発掘調査にかかわり、火山災害をはじめ災害と人びとはどうむきあうかについて興味をもちながら、「天明三年」を追いかけてき

た。

災害を継承する・語り継ぐとは、「供養」の気持ちを増大させることでもある。このことはつぎの世代に伝えることと同時に、先人の苦労や努力に感謝しつつ、現世を生きる自分たちの暮らしをよりよい方向へ向かわせる力をもっている。

考古学を通して市民に伝えられることがあると思う。文化が多様化し、家族や隣人との疎遠さがこれほど広がってしまっている今日の社会状況のなかで、過去の出来事を語り継ぐことの難しさはいうまでもないだろう。習慣や伝統と同じく、意識されなければ消え失せていってしまうことでもあろう。そこであえて負の遺産ともいえる災害の傷跡を残して、人びとの目にとどめる工夫があつてよいのではないか。

天明三年浅間災害にかかわる行事や風習といった文化として語り継がれてきたこと、それに加え災害の伝承、災害地形や遺跡・記念物・景観など、地域に広がる「サテライト地点」ともいうべき場所をつないでいきたい。そして、ひとつの空間博物館・フィールドミュージアム的な発想を模索していきたいと考えている。「日本のポンペイ」を創って、情報発信をしていくことをつぎのテーマとしていこう。

二二七年目の八月五日

合掌

④ 東宮遺跡＝浅間山泥流下から出土した江戸時代の行灯＝

天明3年(1783年)の浅間山大噴火に伴う泥流で被災した東宮遺跡からは、多くの偶然が重なった結果、通常では朽ちて消滅してしまうような木製品が数多く出土している。それらは、220年以上も地中に埋もれていたとは思えないような残りの良いものばかりである(甲E27の1および2)。

それらの中には用途のわからない木製品もあるが、整理作業が進む中

で、その一部が組み上がり道具類となることが確認できた。ここで紹介する行灯（あんどん）も、その中のひとつである。底板のない台形状の箱を土台に、4本の細い棒状の柱が四隅に打ち込まれるように立つ。4本の柱の上には、持ち運べるように把手が付いていたかもしれない。

土台天板の中央には幅1cm、長さ2cmほどの孔（あな）があり、そこに灯明皿を受ける部分が接合する。十字に組んだ部分に灯明皿を載せていたのであろう。各所には木釘が打ち込まれ、固定されていたことも確認できる。

一般に、山村=貧しい生活というイメージがないだろうか。東宮遺跡で次々に現れた建物の様子や出土遺物が、想像をはるかに超える豊かさを示し、復元作業や分析作業がそれを裏付けていった。

江戸時代、贅沢品の絹を量産させないため、桑は通常、畑境など限られた場所でのみ栽培が許されたが、山の斜面では制約なくマユを生産できた。また、ある建物は数頭の馬を飼育し、運送業も行ったと考えられる。酒造りや麻栽培などを加えたこれらの生業が豊かな川原畑村を生み出したと想像できる。

江戸のリサイクル社会という言葉をよく耳にするが、東宮遺跡でもその様子は見て取ることができる。陶磁器類をはじめ、鉄鍋、桶など多数の補修痕跡が残っている。人や家畜の排せつ物は少しも無駄なく集められている。カイコの糞さえ捨てずに堆肥にしていたようである。

発掘された東宮遺跡には江戸時代の“モノ”を大切にする精神が見える。

#### ⑤ 石川原遺跡（いしかわらいせき）の天明三年遺跡

石川原遺跡は長野原町の吾妻川右岸の中位段丘に位置し、天明三年の泥流下から一軒の屋敷とその周囲に畑が検出された。

屋敷は間口7間、奥行4間の当時としては一般的なもので、西側に土間と馬屋があった。屋敷の南側に広がる庭には軽石の痕跡がなく降下後

に片付けられたと思われる。周辺の大部分の畑は畝が密接しているため麻畑と思われるが、屋敷前の一面だけは畝が高いため家庭菜園であることが推定される。

#### エ 小括

以上のように、八ッ場ダム予定地の遺跡は、縄文時代、弥生時代、そして江戸時代における人々の暮らしぶりを克明に伝えるものであり、非常に規模が大きく、質量ともに豊富であり、希少性も極めて高い。

さらには、地域に対する愛着や誇りをもたらす素材を提供するとともに、地域の宝として活かされ、地域振興の柱となる可能性をも秘めている。

既に判明している遺跡についてだけでも、十分に文化財保護法上の「重要文化財」ないし世界遺産条約上の「遺跡」にあたり得る価値を有する文化財であることは明らかであろう。

### (3) 進まない調査

以上のように、八ッ場ダム予定地の遺跡群は極めて大きな価値を有するものであり、少なくとも国は、これらの全貌を調査してその価値を認定し、さらには環境影響調査義務があることに、もはや疑いの余地はないであろう。

しかし、以下のような問題点がある。

#### ア 発掘対象面積を絞ろうとする国交省

##### (ア) 発掘面積の恣意的な縮小

国交省が用地を取得すると、関連工事を開始するまでの間に発掘調査を終了しなければならない。国交省、群馬県教育委員会、群馬県埋蔵文化財調査事業団の三者は、効率的に発掘調査事業を進めるため、毎月のように調整会議を開いてきた。群馬県教育委員会より情報開示された調整会議の議事録により、これまで一般には知られていなかった発掘調査の問題点が浮かび上がってきた。

協議の過程で、群馬県は国交省に対して発掘調査には130億円かかる

としたが認められず、98億円に抑えられた。発掘調査の事業地面積は、当初協定の約57万㎡から2004年度には約110万㎡とほぼ倍増し、さらに2007年度の再確認では約136万㎡に膨らんでいた。調整会議の議事録は、98億円の枠内に収めるため無理な計画を立てていること、遺跡のランク付けをしていることを伝えている。事業費を抑えるためには、発掘対象面積を絞りこまざるをえない。事業費がそのまま据え置かれれば、遺跡の有無の確認にあたって、発掘面積の恣意的な縮小が行われる可能性がある。

#### (イ) 存在感のない文化庁

八ッ場ダム予定地は浅間山の天明大噴火による泥流が流化したため、水没予定地全体が泥流に覆われており、全域が天明浅間災害遺跡と考えられる。当時の集落の全貌、土地利用のあり方を明らかにするためには、本来、全域を一带の遺跡と捉え、発掘調査の対象と考えるべきだが、実際には本調査を実施するかどうか決めるための試掘の場所は限られており、試掘によって本調査不要とされる場所も少なくない。

わが国では、埋蔵文化財の発掘調査のほとんどが開発に伴う緊急調査であり、大学などによる学術調査は極めて少ないのが実状である。八ッ場ダム事業における発掘調査では、開発事業者である国土交通省の裁量で事業費、工期にタガがはめられ、文化財保護行政を担うべき文化庁の影は薄い。調整会議の議事録からは、国交省八ッ場ダム工事事務所が発掘調査の成果をまとめる整理事業に対する予算配分を渋ったり、発掘成果を公にしたい群馬県にブレーキをかけている様子が読み取れる。

文化庁では1998年、「埋蔵文化財の保護と発掘調査の円滑化等について」と題する通知を出している。この文化庁通知は「埋蔵文化財は、国民の共通の財産であると同時に、それぞれの地域の歴史と文化に根ざした歴史的遺産であり、その地域の歴史・文化環境を形作る重要な要素である」

としながらも、その内容は全国で実施されている発掘調査の水準、今日の考古学の到達点からしても、きわめて問題のある内容となっている。

多くの研究者が指摘しているように、開発にともなう事前調査では、近世以降については解釈と運用によって調査対象を狭めることが許容されているからである。

#### (ウ) 行政にお墨付きを与える群馬県

文化庁通知を受けて、群馬県では1999年に県の基準を示したが、ここでは八ッ場ダム予定地の天明浅間災害遺跡を念頭に、「浅間山起因による浅間A軽石層や泥流層を良好に遺存している地域にあつては遺跡の重要度に応じて、対象とすることができるものとする」という項目が設けられた。

行政の恣意的な調査対象の設定に対して、本来は有識者が警鐘を鳴らすべきだが、その役目を果たすべき県の文化財保護審議会も、行政にお墨付きを与えてきただけである。

#### イ 八ッ場ダム本体工事の凍結による影響

2009年、民主党政権が誕生すると、前原誠司国土交通大臣（当時）が八ッ場ダム事業の中止を宣言し、ダム本体工事が凍結された。これによって、すでに始まっていた水没予定地内の発掘調査は中断されることになった。当時、報道でもたびたび取り上げられた東宮遺跡（川原畑地区）、調査が始まったばかりの石川原遺跡（川原湯地区）も発掘調査が中断された。その後、発掘調査の対象は、関連事業の用地に限られることとなり、事業費は縮小されていった。

八ッ場ダム本体工事の行方が不透明な状況にあつて、水没予定地内の調査は今も中断されている。水没予定地内には現在も鉄道、国道、住宅があり、試掘されていない場所が多い。調整会議の議事録によれば、群馬県は水没予定地内で包蔵地が増える可能性があると認識しており、埋蔵文化財発掘調査

事業の増額の可能性に言及している。また、国交省は八ッ場ダム の 2015 年度完成はないと群馬県に説明している。

今後、仮に八ッ場ダムの本体工事が再開された場合には、中断されてきた水没予定地内が発掘対象となるため、たとえ対象面積の恣意的な縮小が図られたとしても、調査期間が延長されるのは確実であり、調査費用も増大する。

#### (4) 本件遺跡群に係る義務違反

以上より、本件遺跡群は、文化財保護法上の「重要文化財」ないし世界遺産条約上の「遺跡」と同等の価値を有する文化財であり、八ッ場ダム建設事業が実施されれば、消滅という重大で回復不可能な影響が生じることが明らかであるから、少なくとも国は、その発掘調査を完遂し、さらに環境影響評価を行い、これを保護・保存する等の義務を負う。

それにもかかわらず、国交省は、調査に必要な予算を拒み、調査自体が中断したままであり、また、環境影響評価はまったくなされていない。

ここには、まさに環境影響評価義務を意図的に回避しようとする意思が明白であり、重大な違法性が存するものと断ぜざるを得ないのである。

## 8 小括

以上のとおりであるから、八ッ場ダム建設事業において行われた環境影響評価については、到底「調査内容が著しく合理性を欠くものとは認められない」ということはできず、原審には、著しい経験則違反（民事訴訟法247条）があることは明らかである。

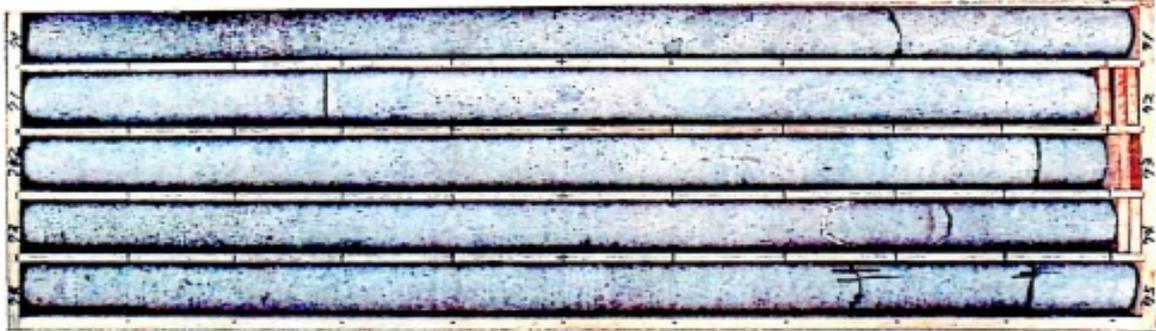
また、環境影響評価は、憲法13条及び憲法25条が謳う国民の文化的な生活の保障に不可欠のものであることに鑑みれば、原審判決には、環境影響評価義務及びその違反について、法解釈を誤ったものと言わなければならない。

これらは「法令の解釈に関する重要な事項」（民事訴訟法318条1項）であるから、御庁におかれては、本件上告受理申立を受理された上で、適切な判断をなされるべきである。

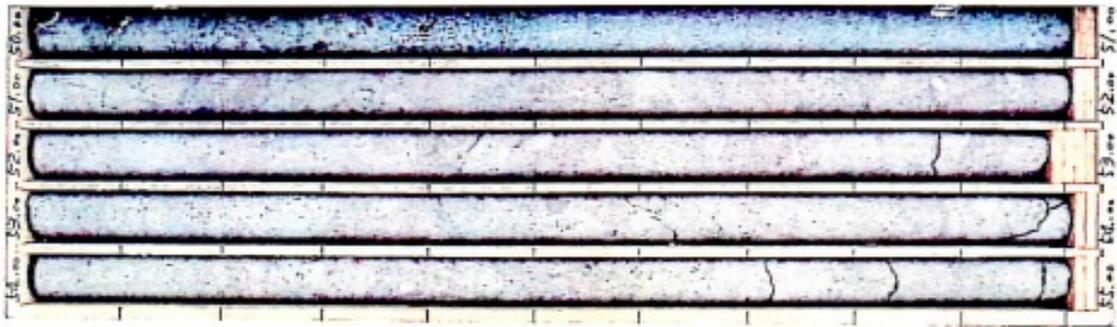
以上

第7章 ダムサイト危険性 添付図①

写真 4-1-1 B級岩盤



細区分 ; B I a  
地質 ; Vb  
(BL-7, 70~75m)



細区分 ; B I b  
地質 ; Vb  
(BR-12, 50~55 m)



細区分 ; B I b  
地質 ; Da1  
(60-B, 60~65 m)

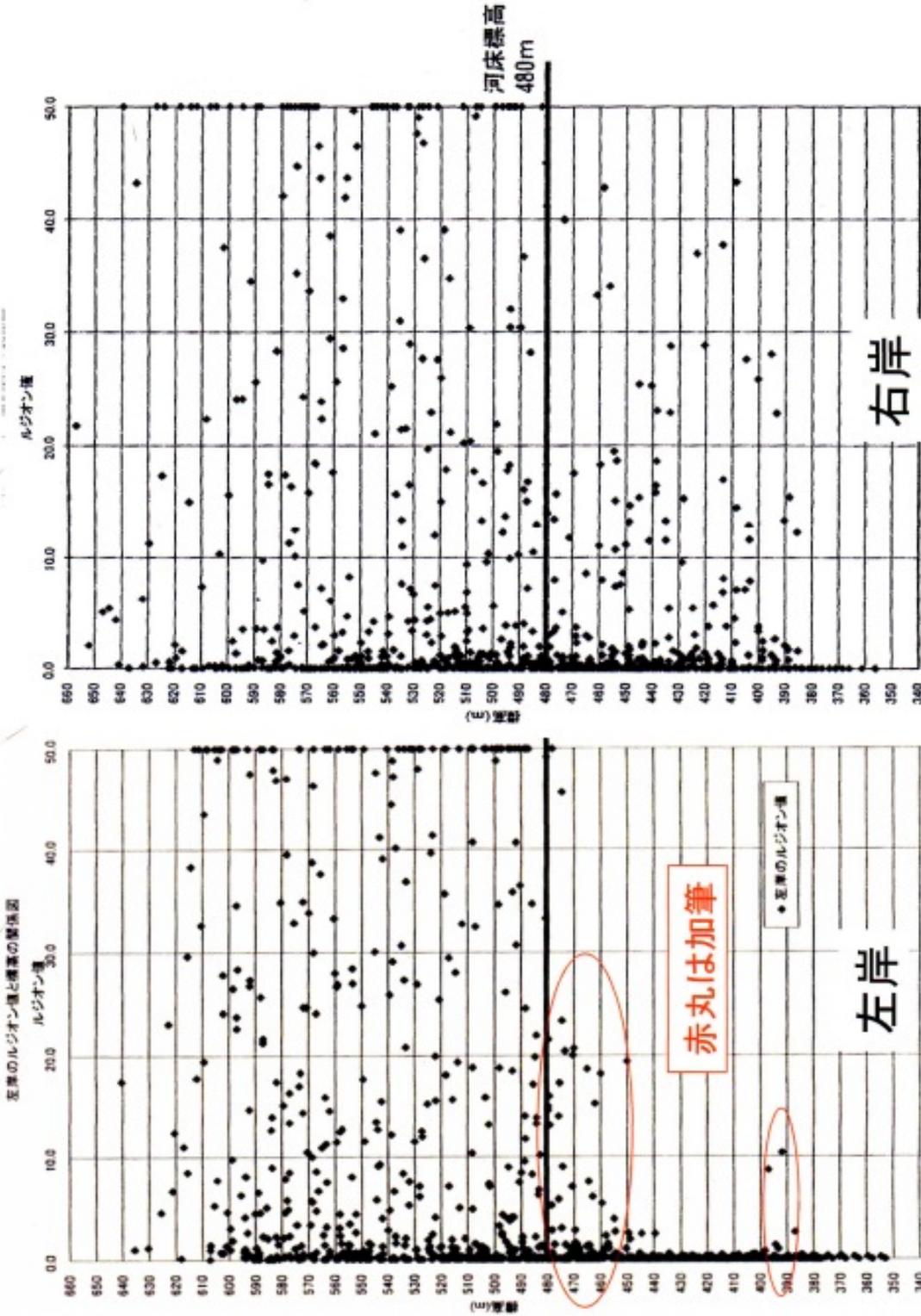
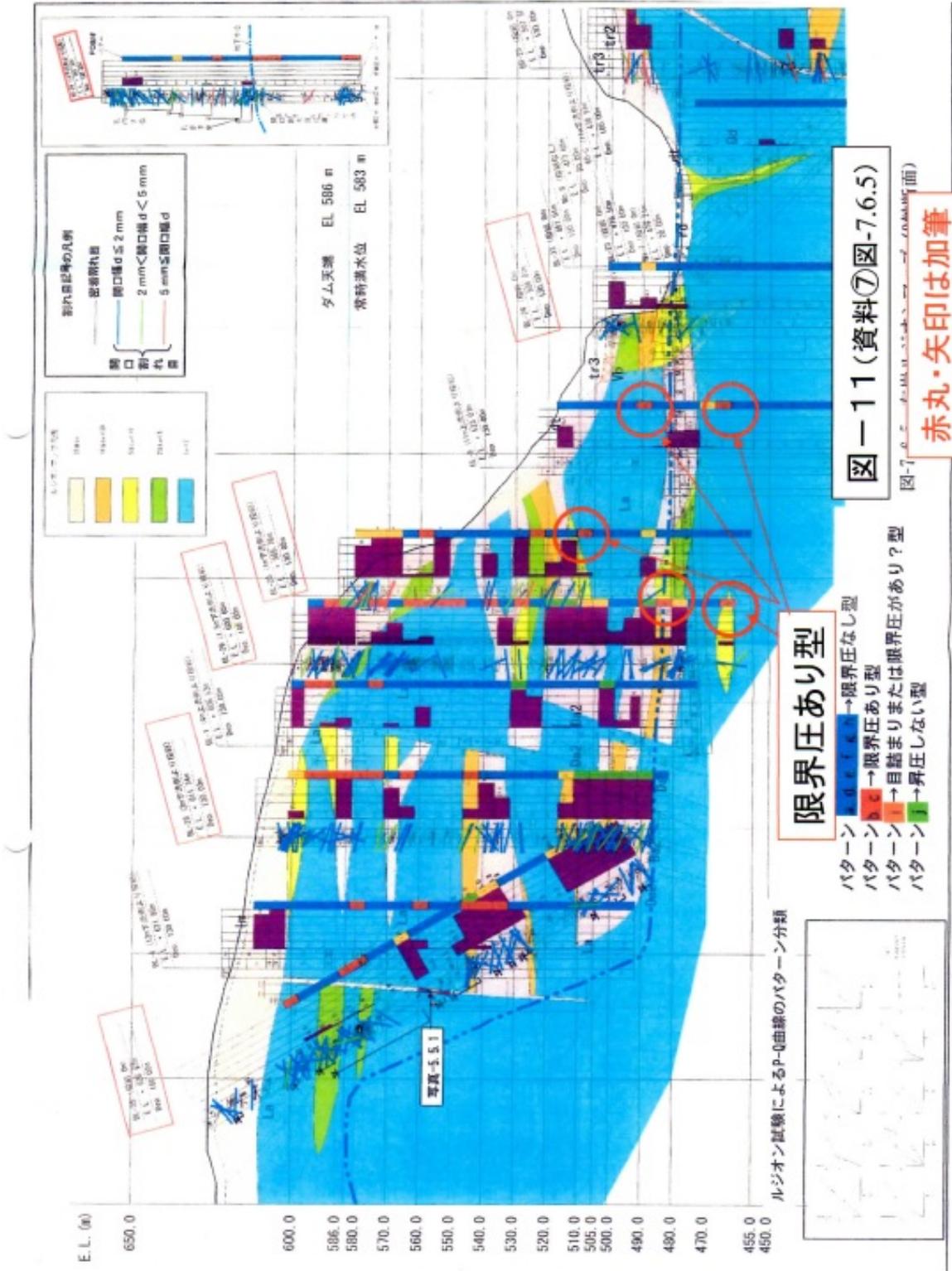


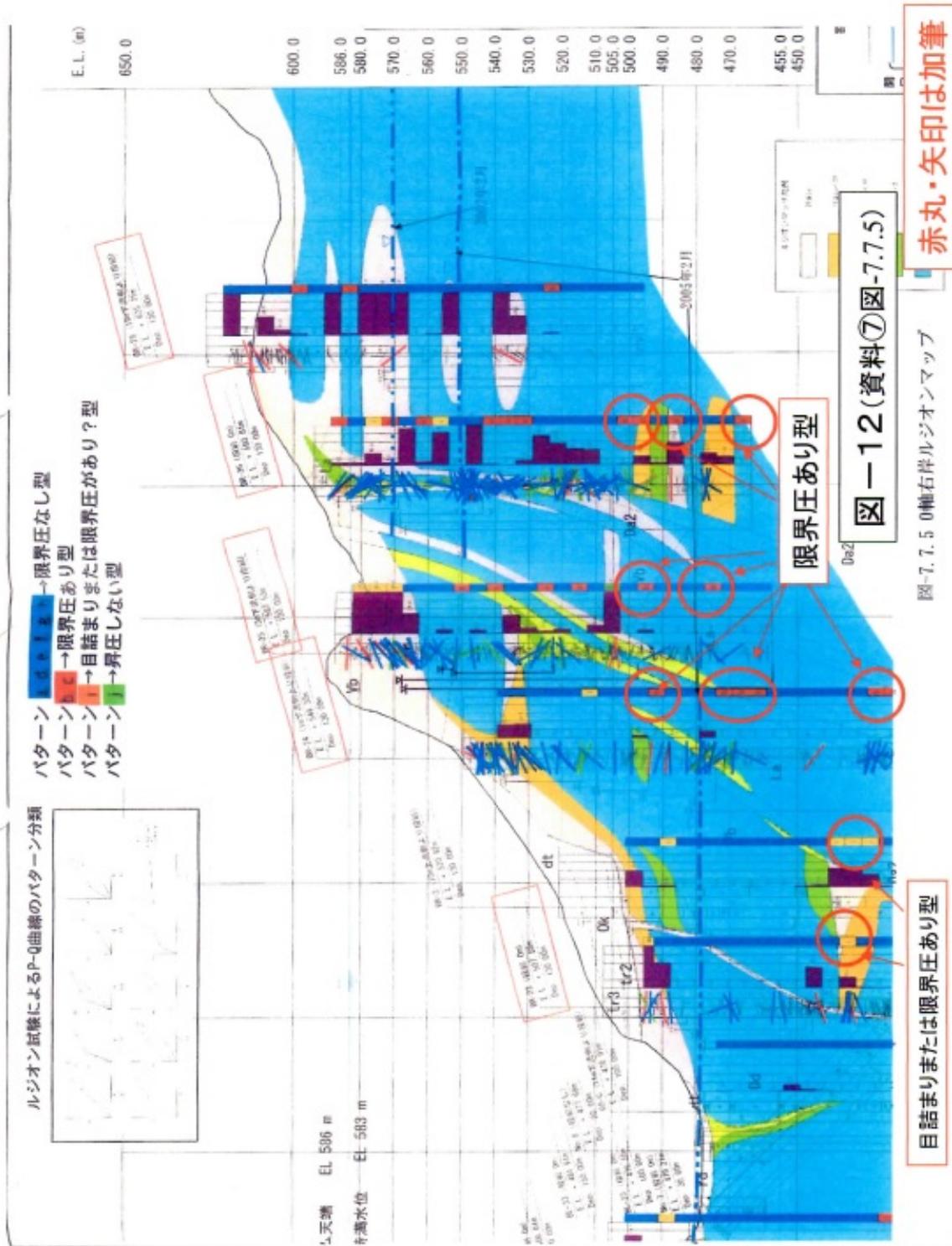
図-7.8.2 右岸のルジオン値と標高の関係図

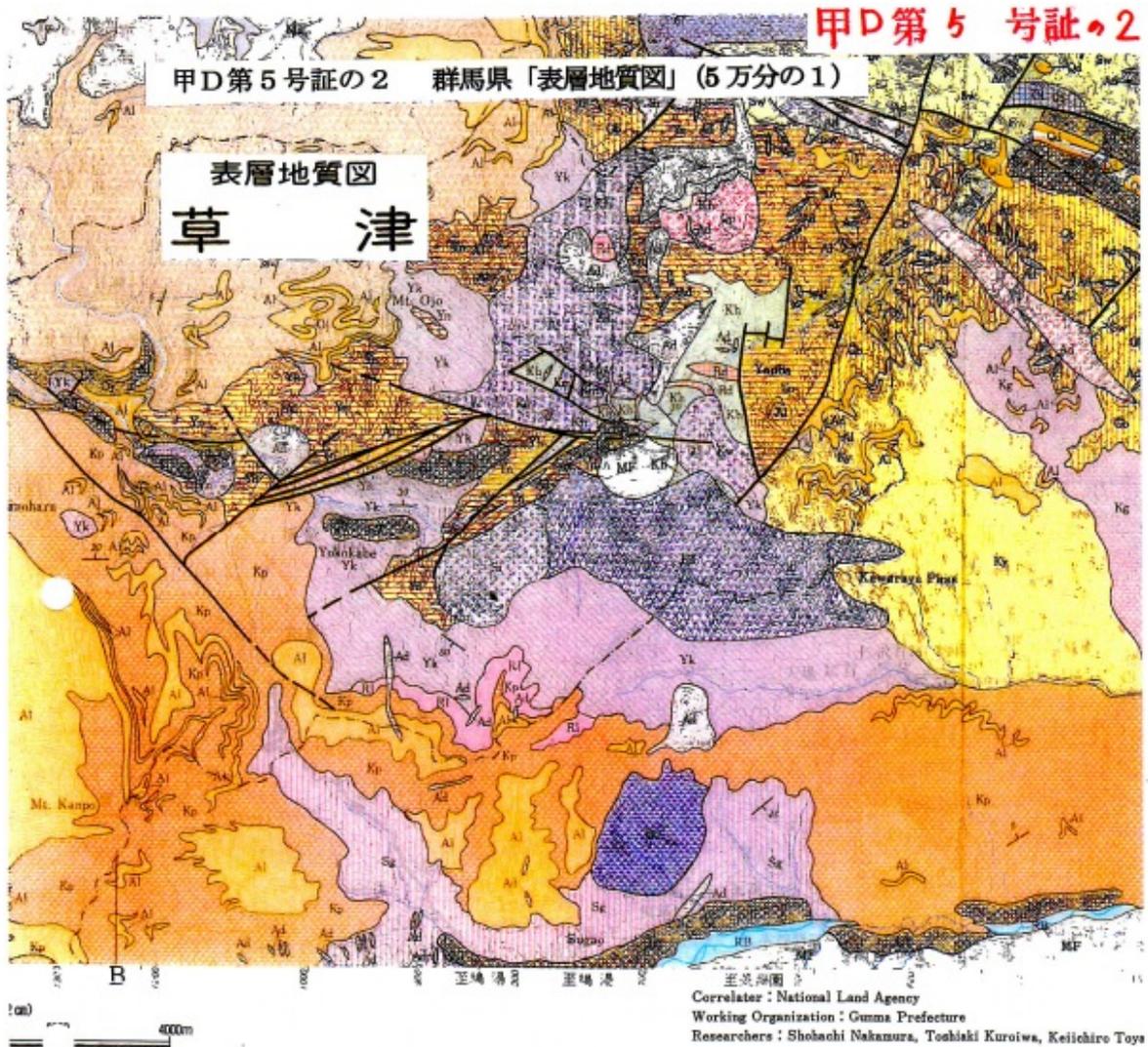
図-7.6.2 左岸のルジオン値と標高の関係図

ルジオン値と標高の関係図

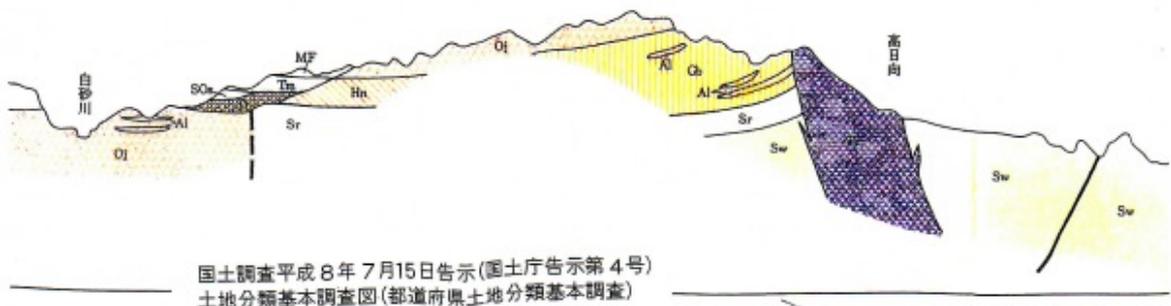
図-10(資料⑦)図-7.6.2、図-7.8.2)





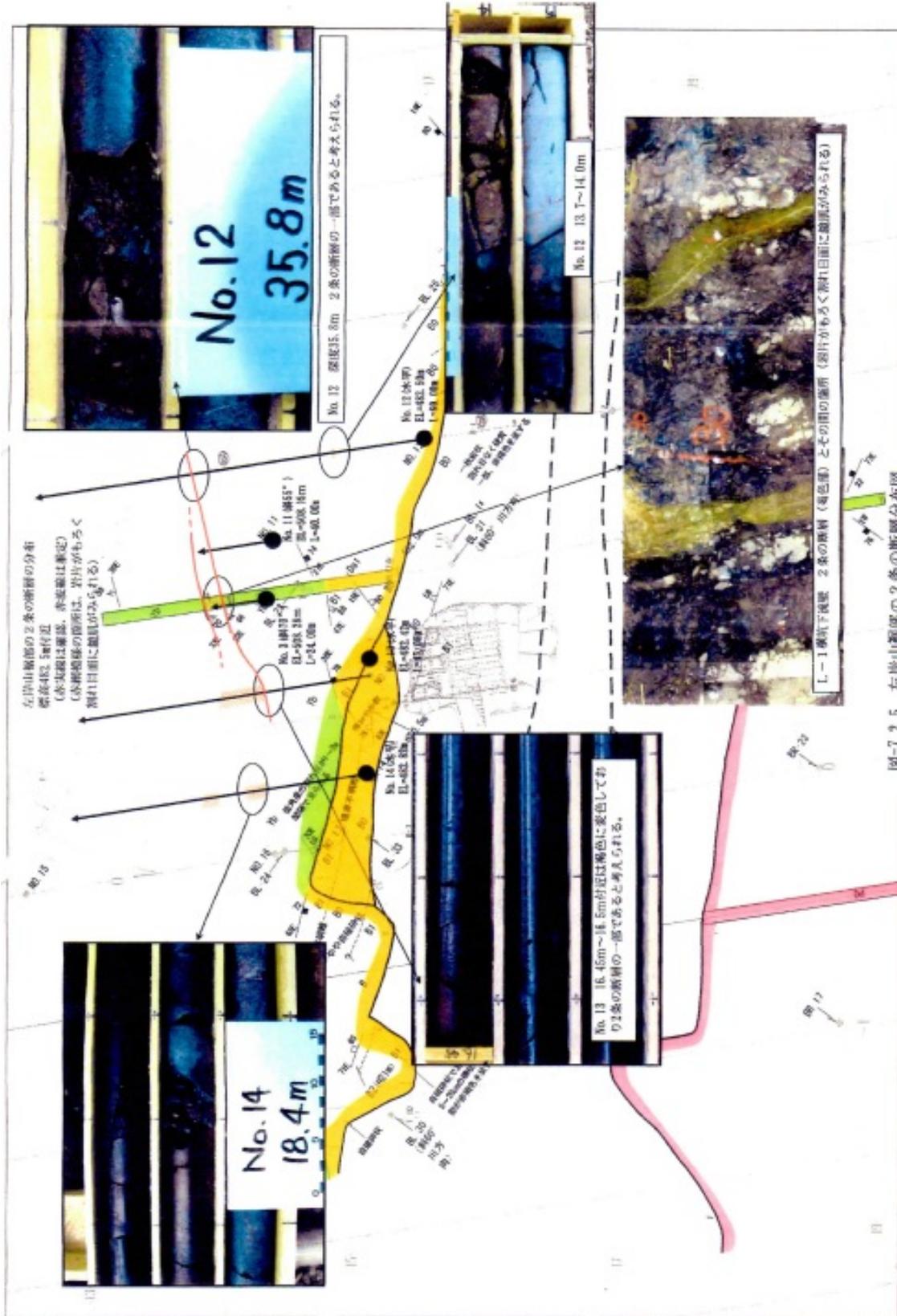


質断面図 Geology Profiles

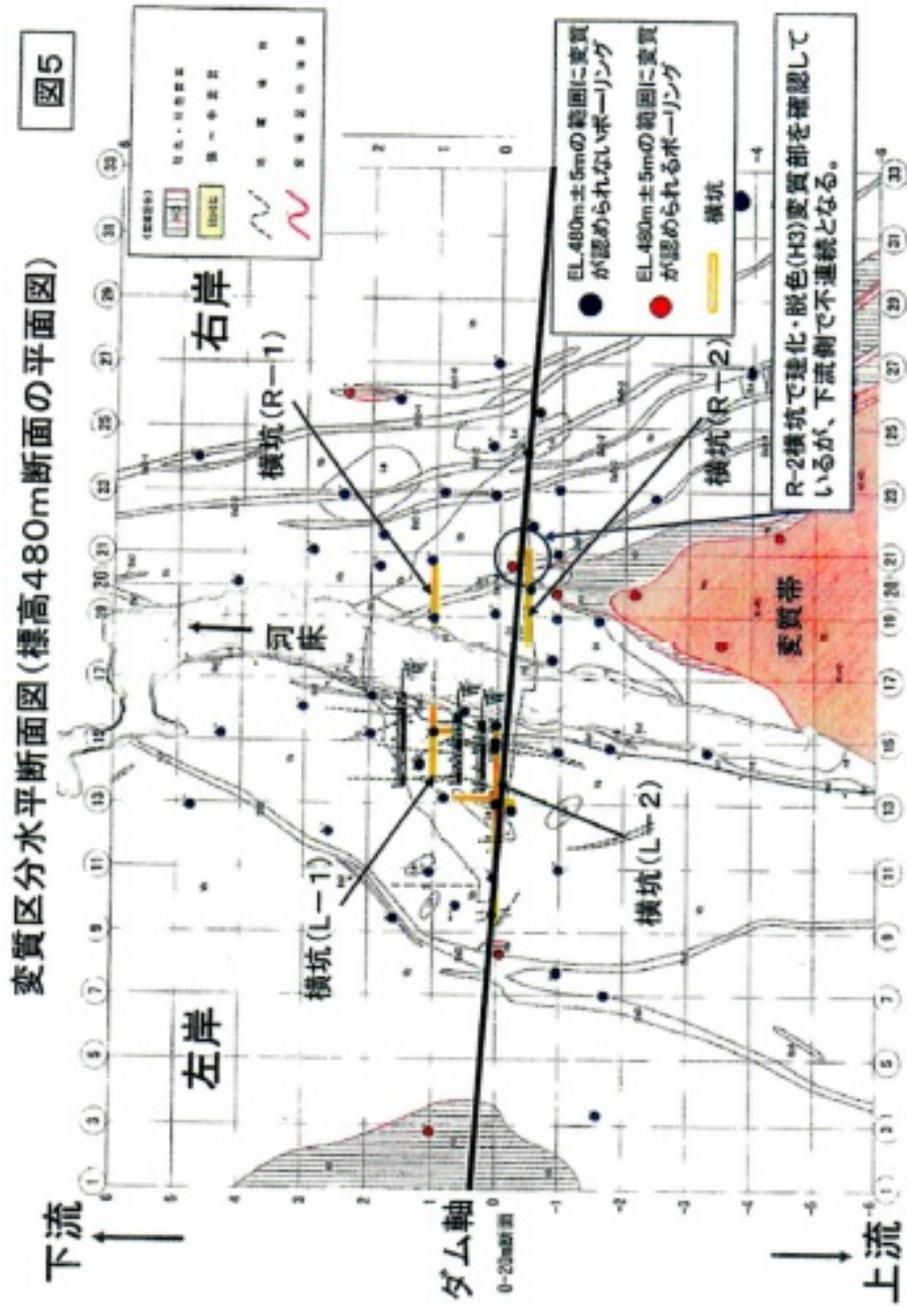


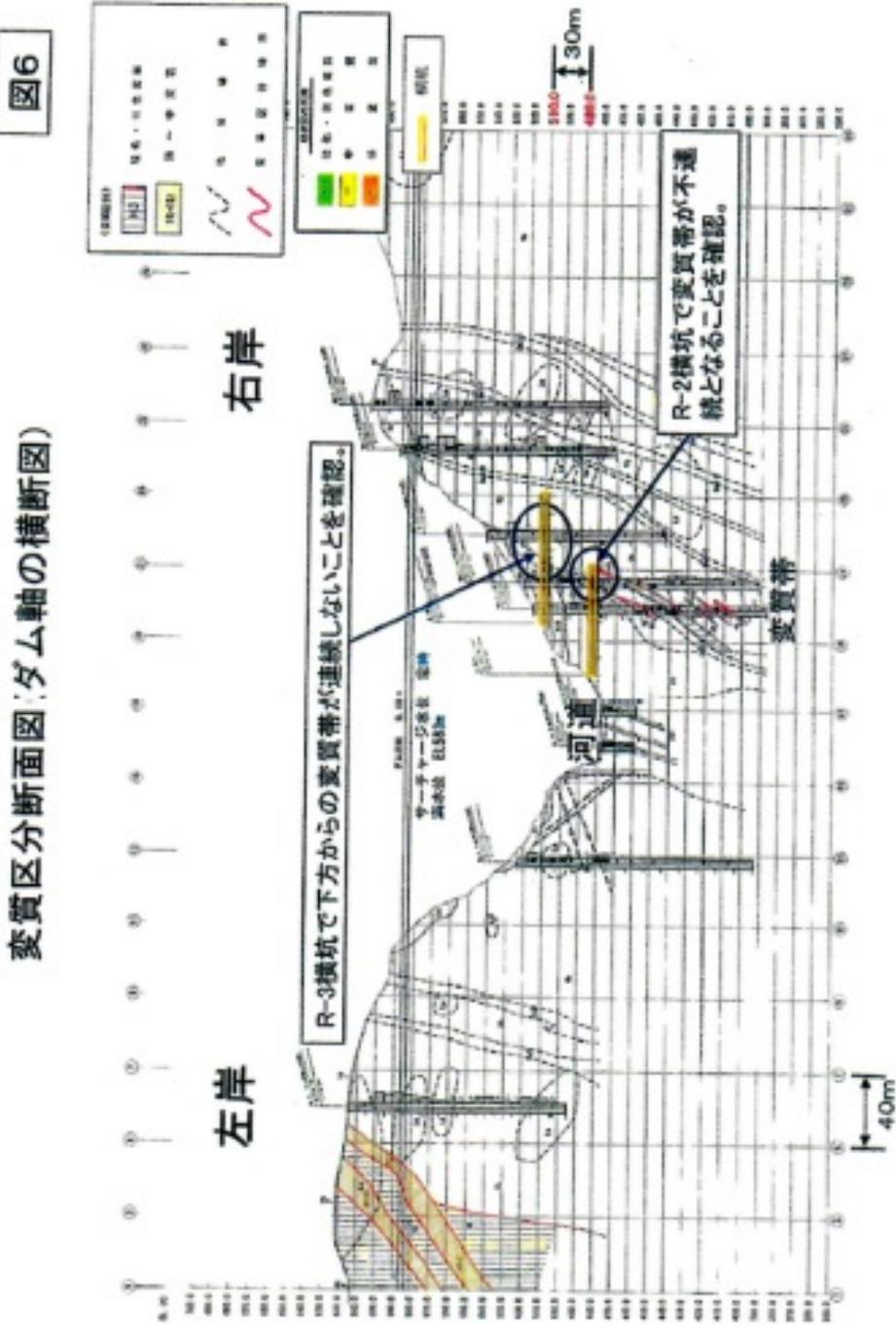


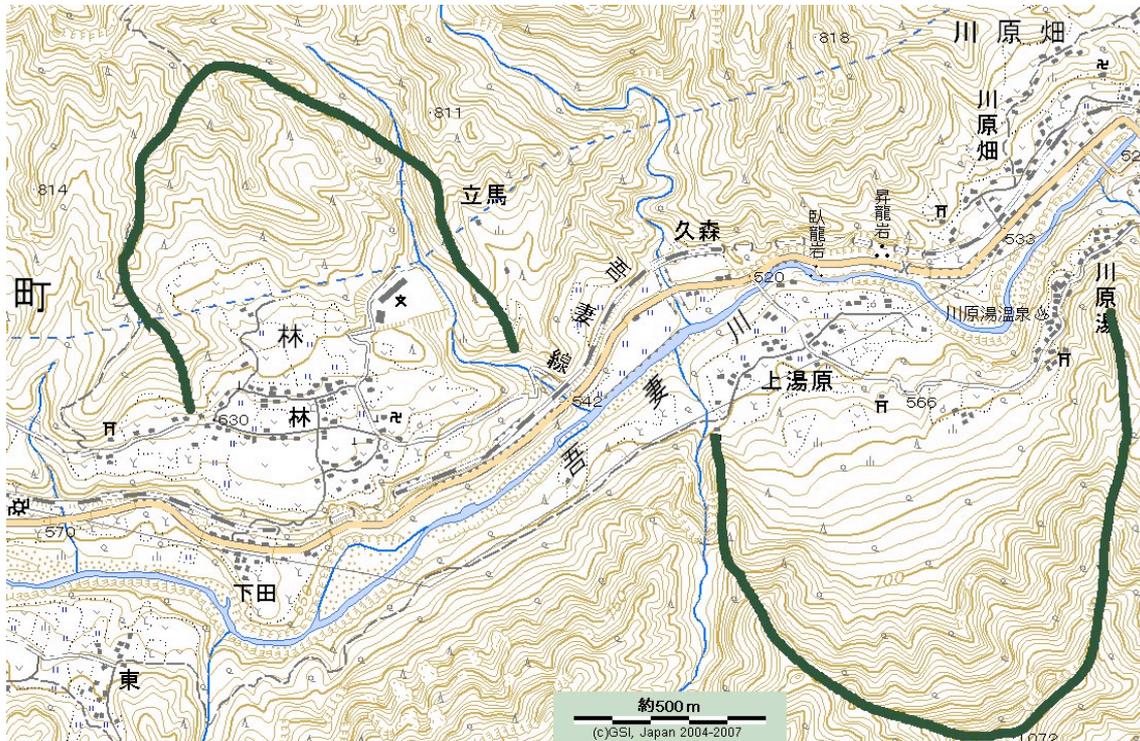




図一5(資料⑦)図7-2-5)







図一 八ッ場ダム湛水域の古期大規模地すべり（2万5千分の1地形図長野原図幅の一部に書き込み）。（甲D第14号証9頁より）

以上