

## 八ツ場ダム住民訴訟に関する意見書

——東京地裁判決の治水問題に関する判示に関して

2010. 11. 30

立教大学教授

人見 剛

### I 本意見書の射程

本意見書は、八ツ場ダム住民訴訟に関する初めての判決である東京地判平成 21 年 5 月 11 日（判例自治 322 号 51 頁）（以下、「本判決」という）について、その治水に係る河川法 60 条 1 項、63 条 1 項に基づく受益者負担金の支出の差し止めを求める部分について、その誤りを指摘するものである。

### II 1 日校長事件最高裁判決の援用の誤り

#### 1 本判決の判示

本判決は、「受益者負担金の支出命令の違法性について」として、次のように判示している。

「原告らは、国土交通大臣の納付通知に基づく被告建設局課長の受益者負担金の支出命令が違法であるとして、地方自治法 242 条の 2 第 1 項 1 号に基づく上記支出命令の差し止めと、同項 4 号に基づく指揮監督権者である被告知事個人への損害賠償の請求を求めている。ところで、先行する原因行為に違法事由が存する場合であっても、それにより直ちにその後の財務会計行為が違法となるわけではなく、原因行為を前提としてされた当該職員の行為自体が、財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限り、同項 4 号に基づく損害賠償の請求を求めることができると解するのが相当である（最高裁判所平成 4 年 12 月 15 日第三小法廷判決・民集 46 卷 9 号 2753 頁）。そして、受益者負担金は、河川法 63 条 1 項、64 条 1 項により、国土交通大臣が都府県に負担させることができるとされているものであり、同法施行令 38 条 1 項の通知の性格は、国土交通大臣が発する具体的な費用負担の命令であると解すべきであるから、被告建設局課長は、上記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得ない瑕疵の存する場合でない限り、上記通知を尊重しその内容に応じた財務会計上の措置を採るべき義務があり、これを拒むことは許されないと解される。そうすると、上記のような瑕疵の存する場合でない限り、被告建設局課長がする支出命令は、その職務上負担する財務会計法規上の義務に違反してされる違法なものということはできないと解するのが相当である。そして、地方自治法 242 条の 2 第 1 項 1 号に基づく差し請求においても、財務会計行為の違法性について、これと異なる解釈をすべき理由は見出し難い。」

#### 2 4 号請求と 1 号請求の相違

本判決は、上に引用した判示の最後の箇所、「地方自治法 242 条の 2 第 1 項 1 号に基づく差し請求においても、財務会計行為の違法性について、これと異なる解釈をすべき理由は見出し難い。」と述べている。しかし、1 号請求の場合には、4 号請求と異なる解釈をすべき理由は大いにある。

なぜなら、本判決が、上記判示の基礎においている 1 日校長事件＝最判平成 4 年 12 月 15 日（民集 46 卷 9 号 2753 頁）の判示は、4 号請求に固有の、財務会計行為の違法性判断の基準を述べたものであるからである。以下に詳しく述べよう。

まず、上記最高裁判決の問題の箇所を引用しよう。

地方自治「法 2 4 2 条の 2 第 1 項 4 号の規定に基づく代位請求に係る当該職員に対する損害賠償請求訴訟は、このような住民訴訟の一類型として、財務会計上の行為を行う権限を有する当該職員に対し、職務上の義務に違反する財務会計上の行為による当該職員の個人としての損害賠償義務の履行を求めるものにはかならない。したがって、当該職員の財務会計上の行為をとらえて右の規定に基づく損害賠償責任を問うことができるのは、たといこれに先行する原因行為に違法事由が存する場合であっても、右原因行為を前提としてされた当該職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られると解するのが相当である。」

このように、この最高裁判決は、4 号請求として職員に対してなされた損害賠償請求訴訟は、職員個人の損害賠償義務の履行を求めるものであることから、原因行為に違法事由があるだけではなく、その職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであることが必要であると論じているのである。そして、これは、ある意味当然なことである。4 号請求のように、最終的に職員の個人責任を問うことになる訴訟となれば、どうしても当該職員の職務上の義務違反や故意・過失が問われざるを得ないのであり、当該職員が行った職務行為やその原因行為が法令に適合しているか否かという行政活動の客観的な適法・違法の問題は後景に退かざるを得ない。この意味で、一日校長事件最判の判示は、4 号請求としての損害賠償請求訴訟の当然の帰結を述べているのである。

なお、平成 4 年の一日校長事件最高裁判決以後の 1 号請求に係る最高裁判例（例えば、織田が浜埋立工事事件＝最判平成 5 年 9 月 7 日民集 4 7 卷 7 号 4 7 5 5 頁、旧陸軍軍医学校跡地人骨焼却事件＝最判平成 1 2 年 1 2 月 1 9 日民集 5 4 卷 9 号 2 7 4 8 頁、城陽市土地開発公社事件＝最判平成 1 5 年 6 月 1 0 日判例自治 2 4 6 号 1 0 9 頁、羽村市土地区画整理事業事件＝最判平成 1 8 年 4 月 2 5 日民集 6 0 卷 4 号 1 8 4 1 頁）で、この平成 4 年判決を引用したものは、もちろん皆無である（他方、下級審判決においては、本判決を含め多くある）。

これに対し、自治体の財務会計に関する活動（作為・不作為）の客観的な適法・違法性を専ら争点とする差し止め請求（1 号請求）、処分の取消・無効確認請求（2 号請求）、不作為の違法確認請求（3 号請求）では、当該職員に職務上の義務違反があったか否かではなく、当該行為（不作為を含む）の客観的な法令違反の有無が審査される。その場合、原因行為の違法性が、どの範囲で、どの程度、財務会計上の行為の違法性に影響するか、これは個別の事案毎に、それぞれの法的仕組みに即して検討されなければならない。過去の判例から、肯定事例をみれば、例えば、いずれも 4 号請求の事案であるが、「市立体育館の起工式における地鎮祭の挙行」という原因行為があり「それに係る費用（神主への謝礼）の支払い」という財務会計行為がなされた場合（津地鎮祭訴訟＝最大判昭和 5 2 年 7 月 1 3 日民集 3 1 卷 4 号 5 3 3 頁）、「職員に対する分限免職処分」という原因行為がなされ「当該職員への退職金の支払い」という財務会計行為がなされた場合（川崎市分限免職事件＝最判昭和 6 0 年 9 月 1 2 日判時 1 1 7 1 号 6 2 頁）、こうした場合において、原

因行為の違法性は、(それ自体としては違法性がない) 財務会計行為を違法たらしめるとされているのである。

本件の場合、八ツ場ダムの建設に係る利根川水系の治水計画が違法で、その結果河川法に基づく受益者負担金の納付命令が違法であれば、これに基づいて負担金を都道府県が支出することも違法となることは、既に別の意見書において論じているところであるし、本判決もこうした違法性の客観的な関連性そのものは否定していないとみられるので、この点はこれ以上論じることはしない。

### 3 1 日校長事件の事案の特殊性

次に、本判決は、「被告建設局課長は、上記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得ない瑕疵の存する場合でない限り、上記通知を尊重しその内容に応じた財務会計上の措置を採るべき義務があり、これを拒むことは許されないと解される」と判示している。これも、一日校長事件最高裁判決の、しばしば援用される、財務会計行為の違法性を招来し得る先行行為の瑕疵とは、「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得ない瑕疵」であるとする判示に依拠したものであろう。

しかし、最高裁判決のこの判示は、先行行為の行為者と後行の財務会計行為の行為者が異なり、かつ後者が先行行為の内容を法制度的に特に尊重する義務がある事案についてのものである。当該判決は、次のように述べているからである。

「教育委員会と地方公共団体の長との権限の配分関係にかんがみると、教育委員会がした学校その他の教育機関の職員の任免その他の人事に関する処分（地方教育行政の組織及び運営に関する法律23条3号）については、地方公共団体の長は、右処分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得ない瑕疵の存する場合でない限り、右処分を尊重しその内容に応じた財務会計上の措置を採るべき義務があり、これを拒むことは許されないものと解するのが相当である。けだし、地方公共団体の長は、関係規定に基づき予算執行の適正を確保すべき責任を地方公共団体に対して負担するものであるが、反面、同法に基づく独立した機関としての教育委員会の有する固有の権限内容にまで介入し得るものではなく、このことから、地方公共団体の長の有する予算の執行機関としての職務権限には、おのずから制約が存するものというべきであるからである。」

複数の行政機関間のこのような権限分担関係は、教育委員会のような行政委員会と首長の関係のみならず、地方議会と首長の関係でも認められる。このことを示したのが、徳島県議員野球大会事件＝最判平成15年1月17日民集57巻1号1頁と大分県議員野球大会職員派遣事件＝最判平成17年3月10日判時1894号3頁である。

さて、河川法63条の受益者負担金の負担に関して、都道府県と国（国土交通大臣）との間で、上記のような拘束関係がないことは明らかであろう。河川法63条に基づく負担金納付通知によって課された負担金を都道府県が支払わない時には、同法74条に基づいて強制徴収されることがあり得るとしても、地方財政法17条の2第3項によれば、総務大臣を経由して内閣に不服を申し出ることができる。また、都道府県は、納税者が課税処分に対して納税を拒む場合と同様、納付通知の違法を裁判で争うこともできるはずである（参照、摂津訴訟＝東京高判昭和55年7月28日行集31巻7号1558頁、大牟田市

電気税訴訟＝福岡地判昭和55年6月5日判時966号3頁など)。そして、納付通知が河川法63条の要件に違背して違法であるとき、例えば「著しく利益を受ける場合でない」とか、「受益の限度」を超えた金額であるときには、裁判所の判決によって当該納付通知が取り消され、負担金の支払い義務を負うことはないのである。

教育委員会のような行政委員会や議会と首長との関係が、このような関係にないことは、もはや説明するまでもないであろう。教育委員会による教育職員の人事上の処分がなされたとき、都道府県知事は、それが違法であるとして裁判に訴えることはできない。そうした訴訟は機関訴訟であり、法律にそれを特別に認める規定があって初めて提起できるのである（行訴法42条）。そのような規定がない限り、最高裁も述べるように、首長は、教育委員会の判断を尊重して財務会計行為をなさねばならず、ただ、それが「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得ない瑕疵の存する場合」に限って、それを拒むことができるのである。河川法の受益者負担金をめぐる都道府県の機関と国の機関との関係に、これと同様の関係があると考えるのは、明らかな誤りである。

### Ⅲ 八ッ場ダム建設に係る諸計画の瑕疵審査の程度

本判決が、1日校長事件に係る最高裁判決を2重に読み誤っていたことが明らかになった。このことは、本判決の次のような判示が見直されなければならないことに帰結する。

「本件における国土交通大臣の河川法施行令38条に基づく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得ない瑕疵の存する場合に当たるか否かについてみるに、本件において既にされた通知は、・・・いずれも通知それ自体に瑕疵があることを窺わせる証拠はなく、今後されるであろう同種の通知についても、それ自体に瑕疵が生じるであろうことを窺わせる証拠はない。そして、原告らが本訴において主張するのは、これらの通知のさらに前提となる利根川水系工事実施基本計画及び利根川水系河川整備基本方針（八ッ場ダムの治水対策上の必要性）自体の瑕疵、あるいは、八ッ場ダムの建設に関する基本計画ないしこれらに基づき建設される八ッ場ダムそれ自体（ダムサイトの危険性、地すべりの危険性）の瑕疵なのであるから、これらの瑕疵が重大かつ明白であって、利根川水系工事実施基本計画ないし利根川水系河川整備基本方針及び八ッ場ダムの建設に関する基本計画が無効であるなどの特段の事情がない限り、国土交通大臣のする通知が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の存する場合に当たるとはいえないと解するのが相当である。」

このように本判決は、東京都の財務会計行為たる負担金支出が違法と認められるためには、その原因行為たる負担金納付通知の瑕疵が、「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得ない瑕疵」でなければならない、という前提に立ち、そこから納付通知がそのような瑕疵を帯びるには、その前提となる八ッ場ダム建設に係る諸計画には「重大かつ明白な瑕疵」、すなわちそれら計画を無効とするような特段の事情がある必要があると判断している。

しかし、このような計画の瑕疵の審査の限定が、1日校長事件に係る最高裁の判決によって根拠づけられないことは、先に述べた通りである。本判決の事案においては、受益者負担金支出の直接の根拠である国土交通大臣の納付通知が河川法63条に照らし適法であ

るか否か、すなわち、八ツ場ダムの建設によって、治水の面から東京都に「著しい利益」が生ずるのか、あるいは納付を命じられた金額が、東京の受ける「受益の程度」に見合ったものであるのか、この点が正面から審査されるべきである。そして、納付通知がこうした要件を充足しているか否かを判断するためには、八ツ場ダム建設が下流域の地域（とりわけ東京都）にとって治水上の顕著な効果があるとしている上記の諸計画の合理性が、審査される必要があるのである。それら計画の「重大かつ明白な瑕疵」の有無のみが審査されればよいというものではない。

#### IV 本判決における計画の瑕疵審査の誤り

##### 1 行政計画の判断過程の司法審査のあり方

本判決は、住民訴訟1号請求に係る前述のような誤った計画の瑕疵審査の範囲の見方に基づいて八ツダム建設の前提となっている利根川の治水計画の審査を行っているため、その審査密度は、非常に粗雑になっている。この点は、後に検討することにして、まずは、通常の抗告訴訟において、専門技術的な知見や将来予測のような不確定な要素を含む行政判断を積み上げてなされる行政の計画の適否について、その判断結果の適法・違法はともかく、その判断過程の合理性を裁判所が客観的に審査するあり方を見ておくことにしよう。

まず、最終的に、行政判断に違法性はないとされた事案であるが、小田急訴訟本案事件＝最判平成18年11月2日民集60巻9号3249頁は、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。」

行政計画の基礎となった「事実の認定の過誤」、「事実の評価の誤り」、「要考慮事項の考慮不盡」、こうした行政の判断過程の過誤のゆえに、計画の内容自体が法令に違反しないとしても、社会通念上著しく妥当性を欠くと認められるときは違法となる、とされているのである。

次に、林試の森公園事件＝最判平成18年9月4日判時1948号26頁は、次のように判示している。

「都市施設は、その性質上、土地利用、交通等の現状及び将来の見通しを勘案して、適切な規模で必要な位置に配置することにより、円滑な都市活動を確保し、良好な都市環境を保持するように定めなければならないものであるから、都市施設の区域は、当該都市施設が適切な規模で必要な位置に配置されたものとなるような合理性をもって定められるべきものである。この場合において、私有地に代えて公有地を利用することができる場合には、そのことも上記の合理性を判断する一つの考慮要素となり得ると解すべきである。

原審は、建設大臣が林業試験場には貴重な樹木が多いことからその保全のため南門の位置は現状のとおりとすることになるという前提の下に本件私有地を本件公園の区域と定め

たことは合理性に欠けるものではないとして、本件都市計画決定について裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用してしたものであるということとはできないとする。しかし、原審は、南門の位置を変更し、本件民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下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ものではないとすることはできないといわざるを得ない。」

都市施設に係る行政計画の策定に当たって、考慮要素の一つとなりうるとされた公有地の利用可能性について、その点に関する判断の合理性を判定するに必要な事実が明らかでないから、この事実を明らかにしなければならないとして、原審差し戻しの判決を下している。このことは、当該行政計画を策定する行政機関も、上記の事実をあらかじめ認定し、それを考慮した上で判断しなければならないことを示しているのである。

最後に、道路の拡幅計画に係る伊東大仁線訴訟＝東京高判平成17年10月20日判時1914号43頁においては、まず、次のような一般論が示された上で、当該計画の判断過程の詳細な審査が行われている。

都市計画法第6条第1項が定める基礎調査の結果が勘案されることなく都市計画が決定された場合、すなわち、①「当該都市計画に関する基礎調査の結果が客観性、実証性を欠くために土地利用、交通等の現状の認識及び将来の見通しが合理性を欠くにもかかわらず、そのような不合理な現状の認識及び将来の見通しに依拠して都市計画が決定されたと認められるとき」、②「客観的、実証的な基礎調査の結果に基づいて土地利用、交通等につき現状が正しく認識され、将来が的確に見通されたが、都市計画を決定するについて現状の正しい認識及び将来の的確な見通しを全く考慮しなかったと認められるとき」、③「これらを一応考慮したと認められるもののこれらと都市計画の内容とが著しく乖離していると評価することができるとき」は、当該都市計画の決定は違法となる。

その上で、被告行政側の行った調査とその評価について、最終的に次のような判断が示されている。

「本件変更決定の直接の資料である計画変更資料が援用した道路網計画で策定したマスタープランにおける将来交通量の予測は、その基礎的数値として平成22年における伊東大仁線沿線地区に当たるゾーンの可能収容人口の残容量を採用しているが、可能収容人口の残容量を用いて交通量の予測をすることの合理性自体明らかとはいえないばかりか（当該ゾーンの可能収容人口の残容量と人口の増加との関連性を解明するに足りる証拠もない。）、結果的に現実に人口減少傾向が見られるゾーンほど可能収容人口の残容量が多くなり、それに対応して将来予測される交通量も増加するという予測手法の構造自体合理性を欠くものといわざるを得ないし、また、交通量予測の基本となる伊東市の平成22年における総人口の予測について、過大に設定されてしまっているという問題があり、合理性に疑いのあるものといわざるを得ない。したがって、上記道路網計画で策定したマスタープランにおける将来交通量の予測結果は、合理的な推計方法に基づかないものであるとい

わざるを得ず、被控訴人が、平成22年における伊東大仁線の110メートル区間の利用交通量を1日当たり4100台であると推計して、この数値を根拠に、伊東大仁線が道路構造令第3条所定の第4種第2級の道路で、同令第27条第2項により右折車線を設ける必要があると判断したことも、合理性を欠くものといわざるを得ない。」

「計画変更資料が右折車線を設置する必要があると結論付けた根拠となった交差点解析は、その条件設定が合理性を欠くものであったといわざるを得ないのみならず、上記交差点解析の基礎となった計画交通量について、目標年次である平成22年の計画交通量を基準とせず、平成22年の計画交通量の約2倍に当たる平成12年の計画交通量のみを解析の基準としている点においてもその合理性を肯定することは困難というほかなく（この合理性を認めるに足りる証拠も提出されていない。）、したがって、計画変更資料の交差点解析をもって右折車線の設置の必要性の根拠とすることはできないというべきである。」

## 2 河川法に基づく治水計画策定の判断過程の法的統制

「治水事業は、・・・全国に多数存在する未改修河川及び改修の不十分な河川についてこれを実施するには莫大な費用を必要とするものであるから、結局、原則として、議会が国民生活上の他の諸要求との調整を図りつつその配分を決定する予算のもとで、各河川につき過去に発生した水害の規模、頻度、発生原因、被害の性質等のほか、降雨状況、流域の自然的条件及び開発その他土地利用の状況、各河川の安全度の均衡等の諸事情を総合勘案し、それぞれの河川についての改修等の必要性・緊急性を比較しつつ、その程度の高いものから逐次これを実施していく」ものとされ、「その実施にあたっては、当該河川の河道及び流域全体について改修等のための調査・検討を経て計画を立て、緊急に改修を要する個所から段階的に、また、原則として下流から上流に向けて行う」（大東水害訴訟＝最判昭和59年1月26日民集38巻2号53頁）ものとされている。そうした計画として、河川法は、河川整備基本方針（同法16条）とそれに基づく河川整備計画（同法16条の2）を定めている。

河川整備基本方針は、「計画高水流量その他当該河川の河川工事及び河川の維持・・・についての基本となるべき方針に関する事項」（16条1項）を定めるもので、「水害発生の状況、水資源の利用の現況及び開発並びに河川環境の状況を考慮し、かつ、国土形成計画及び環境基本計画との調整を図って・・・水系ごとに、その水系に係る河川の総合的管理が確保できるように定められなければならない」（16条2項）。河川整備計画は、「河川整備基本方針に沿って計画的に河川の整備を実施すべき区間について、当該河川の整備に関する計画」（同法16条の2第1項）であり、「当該河川の総合的な管理が確保できるように」定められなければならない、その場合「河川管理者は、降雨量、地形、地質その他の事情によりしばしば洪水による災害が発生している区域につき、災害の発生を防止し、又は災害を軽減するために必要な措置を講ずるように特に配慮しなければならない」（同法16条の2第2項）とされている。そして、河川法施行令は、この基本方針と整備計画は、共に「洪水、高潮等による災害の発生の防止又は軽減に関する事項については、過去の主要な洪水、高潮等及びこれらによる災害の発生の状況並びに災害の発生を防止すべき地域の気象、地形、地質、開発の状況等を総合的に考慮すること」が求められている（河川法施行令10条1号）。

従って、河川法施行令に定められている、例えば「過去の主要な洪水」及び「これらによる災害の発生の状況」、「災害の発生を防止すべき地域の気象、地形、地質、開発の状況」のような事実は、治水計画としての河川整備基本方針及び河川整備計画の重要な基礎的事実であり、①それに「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、②その「事実に対する評価が明らかに合理性を欠」いたり、そうした事実を構成する具体的な諸事実が、計画策定の判断の過程において考慮されていない等により、その内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くと認められる場合、これら計画は、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のである（参照、小田急訴訟本案最高裁判決）。

前に紹介した伊東大仁線訴訟に係る東京高裁判決は、上の①の事実誤認ないし事実認定の不合理性を根拠として、道路拡幅計画の違法を判示したものであり、林試の森公園事件に係る最高裁判決は、②の要考慮事項の考慮不尽の可能性のある都市公園施設に係る行政計画について、それを判断する事実を認定すべく事件を前審に差し戻した判決であったといえる。

### 3 本判決における治水計画策定の判断過程審査の問題点

以上のような近年の行政計画の策定に係る判断過程の司法審査のあり方を踏まえて、本判決における「治水対策の必要性を基礎付ける事実について」に関する判示を取り上げて、若干の検討をしてみたい。

先に述べたように、本判決は、八ッ場ダム建設に係る諸計画に「重大かつ明白な瑕疵」、すなわちそれら計画を無効とするような特段の事情があるか否か、を審査すれば足りると考えているので、利根川水系河川整備基本方針と利根川工事実施基本計画の策定のプロセスのごく大まかな概要を認定したのみで、「八ッ場ダム建設事業は、利根川水系河川整備基本方針及び八ッ場ダムの建設に関する基本計画に基づく適法な事業であると推認することができる」と、計画の適法性を推定してしまっている。

そのため、上記の治水計画の基礎となった事実認定に係る判断過程に係る他事考量・要考慮事項の考慮不尽の疑い、重要な基礎的事実の欠如の疑いなどについて、本判決は、ほとんど判断を加えていない。また、適正・合理的な計画を策定する責務と能力を有し、それに関する説明責任を負っているはずの行政庁（国土交通大臣は、本件事案の当事者ではないが）が、そうした責任を果たしていないことも、本判決はほとんど考慮していない。

まず、前者の点についてみることにしよう。八ッ場ダムの治水上の効果に係る最大の問題とみられる八斗島における基本高水のピーク水量の過大推計の問題に関し、本判決は、原告の主張・立証を次のように安易に退けてしまっている。

「利根川水系河川整備基本方針に定められた八斗島における基本高水のピーク流量毎秒2万2000立方メートルは、・・・昭和22年9月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となったことなど、昭和24年2月の利根川改修改訂計画から30年が経過して利根川を取り巻く情勢が一変したため、これに対応した治水対策とすべく改訂された

ものであって・・・、カスリーン台風の実績洪水流量をそのまま基礎とするものではないから、カスリーン台風の実績洪水流量と単純に比較する原告らの主張はそもそも失当である。この点について原告らは、利根川上流域の状況がカスリーン台風時と現在とで大差がないことをその主張の前提としているが、本訴提起後に原告訴訟代理人らが作成した報告書・・・は八斗島上流部の全てを調査したものではなく、調査範囲内においても堤防の状況に一切変化がなかったことを示すものではない上、利根川上流域の都市の利用は昭和25年ころから昭和60年ころまでの間に大幅に増加していること・・・についての検討は、限定的な資料に基づく推論がされるにとどまっている・・・のであって、他に、カスリーン台風以後の利根川流域の経済的、社会的発展による出水状況の変化が八斗島地点の洪水流量を増加させることはないことを認めるに足りる証拠はない。」(判決64～66頁)

ただ、本判決は、利根川上流域の改修工事や都市化によって洪水流出量が増大しているという事実が現段階では存在していないことを認めているようである。「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」と述べているからである。にもかかわらず、こうした八斗島における基本高水のピーク流量の数値を設定した利根川工事実施基本計画が、事実に基づかない違法な計画とされない理由は、次のように説明されている。「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、『河川について、洪水、高潮等による災害の発生が防止され・・・るようにこれを総合的に管理することにより、国土の保全と開発に寄与し、もって公共の安全を保持し、かつ、公共の福祉を増進すること』という河川法の目的(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。」(判決68頁)と。

しかし、本判決のピーク流量に関する説示の中にも上流域の改修計画についての判示はなく、「河道整備がされる可能性が皆無ではない」という前記の判旨によれば、そうした上流域の大規模な改修計画は、現実には存在しないようである。そうであるならば、本基本計画の少なくとも八斗島地点の基本高水のピーク流量の数値は、現時点でありえない河川改修を考慮した将来予測として他事考量の故に違法と評価されることになる。あるいは、客観的な事実<sup>1</sup>に立脚して全体として整合的な将来プランを立てるべき行政計画としては、上流域における河道整備がないことを前提に八斗島における基本高水のピーク流量の数値を設定すべきであり、そのようにされていない本計画は、その内部において矛盾をはらんだ計画として、あるいは客観的な事実<sup>2</sup>に裏付けられていない計画として違法と評価せざるをえないはずである。

本判決は、八斗島上流域の改修計画が現在においては存在しないとしても、将来計画が策定されて「河道整備がされる可能性が皆無ではない」として上記基本高水のピーク流量の数値設定を不合理ではない、とするのかもしれない。しかし、そのような判断は、行政が策定もしていない計画を裁判官が勝手に想定して行政の活動を裁断するもので、司法権の及ぶ範囲を逸脱しているものと言わざるを得ない。裁判所としては、現実に策定されてある行政の計画を前提に、現在及び過去の客観的な事実と法令の定めを基礎に、計画の適否を判断すべきである。

他方、原告側は、森林の保水力が目覚ましく改善しているというカスリーン台風時に比して八斗島地点の出水量が減少する要因を指摘している。原告のこの主張は、利根川工事実施計画における出水量に係る重要な考慮事項の考慮不尽を摘示しているものとも言えるにもかかわらず、本判決では一顧だにされていない。この点は、民有地に代えて公有地を利用することができるときには、そのことも行政計画の合理性を判断する一つの考慮要素となり得るとした上で、公有地を利用した場合に生ずる樹木への悪影響の有無やそれを回避することの困難さまで調査検討すべきであるとした、前記林試の森公園事件最高裁判決の判示とは全く異なった審査態様であると言うべきである。

#### 4 行政の説明責任に係る問題点

本判決は、原告らが問題としている、カスリーン台風が再来した場合の洪水流量の算定に使用した流出計算モデルや手法の科学的根拠や、それを再検証するための資料開示を行政庁が拒否している事情についても、「単なる推測の域を出ないものであって、原告らの上記主張もまた採用の限りではない」とするのみである。他方、伊東大仁線事件東京高裁判決では、前述のように、結論として「道路網計画で策定したマスタープランにおける将来交通量の予測は、その基礎的数値として平成22年における大仁線沿線地区に当たるゾーンの可能収容人口の残容量を採用しているが、可能収容人口の残容量を用いて交通量の予測をすることの合理性自体明らかとはいえないばかりか……結果的に現実に人口減少傾向が見られるゾーンほど可能収容人口の残容量が多くなり、それに対応して将来予測される交通量も増加するという予測手法の構造自体合理性を欠くものといわざるを得ない」という判断が示されている。都市工学的な交通量の将来予測の合理性に関して、裁判所が正面から審査を行い、それが不合理であるという結論に至っている。人口の自然増と市街地の拡大が当然視されていた時代ではなくなった今日、誰しもが納得のいく判示であり、この事件で争われた交通量の将来予測は、「専門家の常識は、社会の非常識」の一例であったのかもしれない。本件訴訟の事案も、そうでないという保証はない。

ところで、本件住民訴訟は、国を被告とするものでないが、仮に国を被告とする治水計画の策定を争う訴訟であれば、伊方原発訴訟＝最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁における次のような立証責任に関する判示が妥当すべきケースである。

「原子炉施設の安全審査に関する資料をすべて被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮すると、被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある、被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認されるものというべきである。」

ちなみに、政府の河川法解釈においては、「河川整備計画の策定に際しては、策定に当たっての根拠となったデータ等の情報公開に努めるとともに、必要に応じ、河川整備による効果、河川整備計画で定める目標を達成するための代替案との比較等を説明することが重要である」とされている（河川法研究会『改訂版〔逐条解説〕河川法解説』（大成出版、2006年）89頁）。

そして、本件住民訴訟の被告である自治体の行政機関は、国土交通大臣からの受益者負

担金の支払を求める通知に異議を唱えることなく従い続けているということは、そうした公金支出を正当化するに十分な八ッ場ダムの上水の必要性と効果に関する情報を取得しているはずである。もし仮に、そうした情報を得ることなく国からの負担金納付通知に盲従していたとすれば、それ自体で財務会計行為の違法事由といえるであろう。したがって、受益者負担金を納付する必要性と合理性があることを了解して負担金を納付し続けているはずの被告自治体行政機関は、そうした情報を全て提示して、八ッ場ダム建設に係る行政計画の合理性を積極的に立証すべきである。

## V 判断過程審査の結論と1号請求

### 1 判断過程の瑕疵と取消訴訟

前述のように、専門技術的問題や将来予測を含む不確実性の高い問題に関する裁量的な行政決定の適法性審査について、近年判例上広く用いられている審査手法が、いわゆる判断過程の合理性審査であった。審査基準の合理性、重要な基礎事実の正確な認定、要考慮事項の考慮義務、他事考量の禁止、考慮事項の適正な評価などがその具体的な審査手段をなしている。こうした審査の結果、行政決定の内容それ自体ではなく、その決定プロセスにおける判断過程に過誤があり、裁量の逸脱・濫用の故に違法とされた行政決定はどのようなのであろうか。

通常取消訴訟においては、当該行政決定は判決によって取り消されるが、行政庁は、そこで裁量の逸脱・濫用とされた判断過程を改め、適正な事実認定・考慮事由の考慮・評価を実施して再度同様の決定を下すことは、取消判決の既判力及び拘束力（行訴法33条）によって遮断されないことは言うまでもない。通説・判例によれば、たとえ取消判決によって取り消された行政処分と同一内容の処分でも、それは別の処分であるから、それを行政庁が行うことは取消判決の既判力と抵触せず、ただ取消判決の拘束力によって、同一事情の下、同一理由で同一内容の処分を繰り返すことが遮断されるのであり、かかる拘束力は、取消判決の主文と一体となった理由中の判断の限りで及ぶものであるからである。

判断過程の瑕疵は、この意味で、行政処分の手続の瑕疵の審査と同様の性格のものといえることができる。手続上の違法を理由に取り消された行政処分は、事後適正な手続を経てなされれば、それが取り消された処分と同一の内容であっても、今度は適法な処分となりうるのである。

### 2 判断過程の瑕疵と差し止め訴訟

差し止め訴訟の場合も、判断過程の瑕疵の故になされる差し止め判決の効果については、同様の結論になるものと思われる。本件の場合、受益者負担金の納付命令が、その前提となる治水計画の策定プロセスにおける判断過程に瑕疵があることを理由に判決により差し止められた場合、その差し止めは未来永劫続くということにならないはずである。違法とされた判断過程を改め、適正な事実認定・考慮事由の考慮・評価を実施して治水計画が策定され、それに基づいて国土交通大臣が受益者負担金の納付命令を再び行ったときに、自治体が当該命令に従って負担金を納付することは、上記差し止め判決によっても阻止されないはずである。

判断過程の違法を理由とする取消訴訟や差し止め訴訟における請求認容判決は、この意味で、行政への差し戻し判決ともいうべきことになるのである。