

平成30年（行コ）第35号

石木ダム事業認定処分取消請求控訴事件

控訴人ら 岩下和雄他

被控訴人 国

2019年2月28日

控訴人第3準備書面

福岡高等裁判所 第4民事部 御中

控訴人ら訴訟代理人弁護士 馬奈木 昭 雄
外

本書面では、主として、被控訴人答弁書の第4(利水関係)に対して反論する。

第1 「第4 1 平成24年水需要予測が、客観的に見て、社会通念に著しく反した極めて不合理なものである旨の控訴人らの主張は、失当であること」に対して

1 佐世保市の水需要予測と現実との乖離についての控訴人らの主張

(1) 控訴人らは、本件訴訟において、原審、控訴審を通じて(その弁論の全趣旨において)、「佐世保市の水需要予測は、過去のどの予測においても、現実と著しく乖離していることの問題点」として、要約するならば、次の通り主張している。

① 佐世保市の過去の水需要予測は、平成24年度予測も含めて、その「予測値」はその後に検証された実績値と比べて、著しく乖離している。しかも、その乖離のパターンが毎回同じである(しかも、後の予測になればなるほど、乖離の度合いが大きくなっている)。

② もし「指針を適正に運用した結果、毎回これほど乖離するのだ」というの

であれば、それは「指針自体が不適正」と言わざるを得ないはずである。どのような結論も出すことできる『融通無碍の基準』は、基準としての意味はなく、それは「不適正」と言わざるを得ない。

③ だが、被控訴人は「指針は適正」という。だとすると、指針を適正に運用するならば、これほど多数回にわたって、これほど著しく乖離するはずはない。

④ 従って、これだけ乖離を繰り返しているということ自体が、「佐世保市が指針を不適正に運用し、『先に結論ありきの数字合わせ』の予測をしてきたこと」を示すことは明らかである。

⑤ さもなくとも、少なくともその推定は働く。したがって、平成 24 年度予測が適正なものかどうかは、形式的、局所的にはなくて、実質的、総合的に判断しなければならない。

- (2) 控訴人らは、確かに「中身を検討するまでもなく、平成 24 年度予測が違法であることは明らかである」旨の記載をしているが、それは、前項④で述べているように、文字通り「中身を検討するまでもなく、平成 24 年度予測が違法であることは明らかである」という意味と、⑤で述べているように「平成 24 年度予測もまた不適正に指針が適用されている推定が働くので、実質的、総合的に判断しなければならない」という意味と、両方が含まれている。

2 被控訴人の反論

これに対する被控訴人の反論は、要するに、予測は不確実なものであるし、また予測は安定性・安全性を含むものであるから、「水需要予測が実績と乖離しているからといって、直ちに裁量権の逸脱・濫用があると評価されるものではない」ということに尽きる。

- 3 被控訴人の反論は、控訴人らの主張を誤解しているか、故意にすり替えていること

(1) 被控訴人が、答弁書 p13 の(2)ア(イ)で主張していることについて、一般論として、控訴人も強く争うつもりはない(認めるつもりはないが、本質はここではないので、留保付きで、この一般論をとりあえず認めて、議論を先に進める、という趣旨である)。

(2) しかし、佐世保市の水需要予測は、何度も強調するように「著しく乖離」している。かつ、その「乖離のパターン」が毎回同じなのである(さらに言えば、平成 12 年度予測よりも 16 年度予測、それよりも 19 年度予測、さらにそれよりも 24 年度予測と、後になるほど乖離の度合いが大きくなる)。

被控訴人の述べるような理由で、すなわち単に「不確実なものであるから」とか「安全性を考慮している」とかいう理由だけで、このような著しい乖離が頻繁に起こることはあり得ない。ある明確な意図に基づくものでなくして、起こるはずはないのである。少なくともそういう目で、検討しなければならない。

(3) 被控訴人は「著しい乖離」かどうか、それが「頻繁に」起こっているかどうかは敢えて認否をしない。

控訴人らとしても、その認否を被控訴人に敢えて求めはしない。被控訴人が認否しようがしまいが、「事実」は明らかであり、それを「著しい」とか「頻繁に」とか捉えるかどうかは評価の問題と理解しているからである。

ただし、その「評価の問題」を検討するのは貴庁である。原審は「著しい乖離であろうかがなかろうが、頻繁に乖離していようがいまいが、過去の需要予測の適否は全く検討する必要はない」と判示している(としか理解できない)。それは、被控訴人の答弁書の論調と全く同じである。

しかし、控訴人らは、著しい乖離が頻繁に起こっているならば、佐世保市の水需要予測の適正さについては大きな疑問が生じ、従って、平成 24 年度予測の適正さを検討する際にも、原審が採用したような極めて形式的に基準を適用す

るだけの判断は、誤っていると確信している。

この点については、貴庁において、正面から検討いただきたい。

4 小括

前述のように、被控訴人は「水需要予測が実績と乖離しているからといって、直ちに裁量権の逸脱・濫用があると評価されるものではない」と述べる。

控訴人らとしても、そのようなことは主張していないつもりである。

控訴人らの主張は、「水需要予測が実績と、毎回、著しく乖離しており、その乖離のパターンが同じ傾向であることから見て、平成 24 年度予測は、明らかに裁量権の逸脱・濫用があると評価すべきである」し、そういう状況であるから「平成 24 年度予測が適正になされているかどうかについては、形式論ではなくて、実質的に判断すべきである」と主張しているのである。

貴庁に置かれては、この点を十分にご理解いただきたい。

第 2 「第 4 2 過去の予測の問題点について述べる控訴人らの主張は、失当であること」に対して

1 問題の所在

前項で指摘したように、佐世保市の水需要予測は、その「予測値」が、毎回毎回、その後に検証できる「実測値」と著しく乖離しており、その乖離のパターンは同一で、後に行けば行くほど大きくなる。

それにもかかわらず、予測の手法は、毎回変わる（その典型例が後述する「負荷率」である）。

同じ手法を使って、その結果、毎回同じようなパターンで著しく乖離するのであれば、まだ、論理的には納得がいく。しかし、佐世保市の予測は、毎回予測手法を変えながら、それにもかかわらず、予測結果だけは、毎回同じである。

これを合理的に説明する論理は、「先に結果ありきの数字合わせだからである」（その結論を出すための手法を逆算的に採用しているにすぎないから）以外、どの

ようなものがあり得ようか。

つまり、控訴人らの主張は「毎回毎回、手法を変えながら、なぜか、結論はいつも同じで、実測値と著しく乖離する予測をしている。それは、まさしく、大きな予測値を導き出すためであり、指針を適正に適用していないことは明らかであるし、少なくとも、そういう目で、平成 24 年度予測を検討すべきである」ということである。

2 被控訴人の反論

- (1) あまり明快ではないが、第一に、「いくつかの手法を比較検討し、より適したものを選定する」ことになっているので、各回で違ってもおかしくない、と指摘しているようである(答弁書 p17 の(2)ア(ア))。

もしこの主張をするのであれば、被控訴人において「なぜ選択した手法が、他の手法よりも適切であったか」について、主張・立証する義務が生じるはずである。

これまでの被控訴人の主張の基本は、「どれを選択するかは裁量の範囲」というものだったと理解している。だからこそ、控訴人らは「抽象的に『裁量の範囲』とするのは誤りであり、合理的理由が必要なはずだから、合理的理由を説明せよ」と主張してきたが、被控訴人は、これまでその主張をしていない(厳密に言うと、被控訴人において、確かに「複数の選択肢のうちこういう理由でこちらが適正と判断した」と積極的に主張しているものもあるが、たびたび引き合いに出す「負荷率」のように、合理的理由を全く説明しないものの方が多数である)。

答弁書の主張は、「『選択した合理的理由を説明しないこと』は、自ら、違法であることを認めている」と理解してよいのであろうか。

- (2) 事業評価制度に伴って行われたものであること

ア 第二に、平成 24 年度予測が「厚生労働省の国庫補助継続の要件である事業評価制度に伴って行われたものである」ことを反論の根拠とする(これは明確に主張している)。

イ しかし、平成 24 年度予測が、どういう契機に基づきされたものであるとしても、「使用する指針は同一」である。予測の契機(動機)が違えば、違う手法となることについて、合理性があるとは思われない。

「いや、違いがあるのだ」というのであれば、事業評価制度に伴って行われるものと、そうでないものとの間で、具体的にどのような点で異なる手法を取ることが当然合理的になるのか、全部とは言わない、数点でいいから、具体的に上げていただきたい。少なくとも、何点かにおいては、「従来はこういう手法を採用していたが、事業再評価に伴うものであるから、こういう観点で、こちらを採用した」と説明できるものがあるであろう。

ウ ちなみに、答弁書 p17 の(2)ア(イ)に記載されているものは、すべて抽象論であり、具体性に欠ける。

しかも、ここの結論は「事業再評価に伴うものだから過去に実施された手法に固定されることなく…弾力的に運用されるべきものである」となっている。その論理が正しいとしても、それは「過去と同じ手法を使う必要はない」「過去と違う手法を使っても悪くない」ということしか導き出さない。しかし、被控訴人は、ここでは「別の手法を使うことが合理的である」と主張しているのであるから、わかりやすい例を示していただきたい。

エ ところで、控訴人らの理解では、事業評価制度に伴うものは、平成 24 年度予測だけではない。少なくとも、平成 16 年度予測(甲 B 第 14 号証)、同 19 年度予測(甲 B 第 3 号証)は、それに該当する。

したがって、被控訴人の前記立論を前提とするとしても、平成 16 年度予測や同 19 年度予測とどうして違う手法を採用しているのかについては、別の理

屈が必要となるはずである。

なお、被控訴人は『水道施設整備事業の評価実施要領等 解説と運用』から、「評価に当たっては、それぞれの事業ごとに地域性などがあり、すべて一律で評価の内容が決まるものではなく、それぞれの事業ごとに適切に判断されるものである」との一文を引用する。

しかしこれは、「他地域の事業と評価手法などが違うことはありうる」ということを述べたものであり、「当該事業で、年度ごとに評価手法が違って当然である」ことの根拠ではない。

したがって、万が一、「事業評価に伴う予測であるから、そうでない状況で作成されている予測と違う手法を取ることは当然である」が正しいとしても、平成 16 年度予測や同 19 年度予測とどうして違う手法を採用しているのかについては、合理的説明が必要である。合理的理由なく手法を変更し、過去の水需要予測同様の、著しく乖離した予測をしている平成 24 年度予測は、指針を適正に適用したとは到底評価できない。

- (3) さらに、被控訴人は、「事業認定に当たって、当該事業認定の基礎となる資料の内容の適正さを検討すればよく、過去の水需要予測との比較は必須ではない」という。しかし本件では、次の点が問題になる。

ア 被控訴人自ら述べるように、平成 24 年度水需要予測は、事業評価に伴うものである。とすれば、少なくとも、過去の実業評価に伴う予測との整合性の検討は必須である。

イ 本件については、多くの国民から、平成 24 年度予測の手法の誤りが指摘されていた。とすれば、少なくとも、その指摘の正誤・適否については検討すべきであり、「そんなことは検討する必要がない」として、検討していないのであれば、違法である。

ウ 仮に、百歩譲って、事業認定庁にそのようなことを検討する義務がなかったとしても、本件訴訟においては、審理の対象となる。裁判所が、平成 24 年度予測を適正にされたかどうかを判断する材料として、控訴人らは、何度も述べるように「平成 24 年度予測は、過去の手法と違う手法を採用し、その変更にも合理性がないにもかかわらず、結論だけは過去の予測とほぼ一致している。そして過去の予測はすべて著しく誤っていた。だから平成 24 年度予測についても不適正であることが推定されるのであるから、きちんと検討すべきである」と主張している。したがって、本件訴訟においては、過去の水需要予測との齟齬は、少なくとも重要な間接事実である。

3 小括

以上述べてきたように、佐世保市が手法を変えること自体の正当性について、被控訴人自身も、合理的必要性が不可欠であることを認めている(その程度については、控訴人らとの間で相違はあろうが)。

にもかかわらず、控訴人は、具体的な合理的必要性を明らかにすることができておらず、この点でも、平成 24 年度予測は不合理で違法であり、さもなくとも、少なくともその観点から、実質的、総合的に中身を検討しなければならない。

第 3 「第 4 3 平成 24 年水需要予測における各予測に関する控訴人らの主張は、いずれも失当であること」に対して

1 「同(1) 生活用水について」に対して

(1) 「『原判決の事実誤認①～原判決は佐世保市が建てた恣意的な仮説を追認しているにすぎないこと』に対する反論」(答弁書 p19 第 4 3 項(1)ア)に対して

ア 控訴人らの主張の確認

控訴人らは、控訴理由書第 4 1 項において、生活用水について、佐世保市が立てた仮説である「佐世保市民が節水どころではなく我慢をしており一般的な受忍限界を超えていたため、本来の値に向かって回復傾向となっている」

を原判決が何ら客観的合理的な根拠を確認しないまま、被控訴人の主張を盲目的に追認したことは事実誤認の誤りがあることを指摘した。

イ 被控訴人の答弁に対する反論

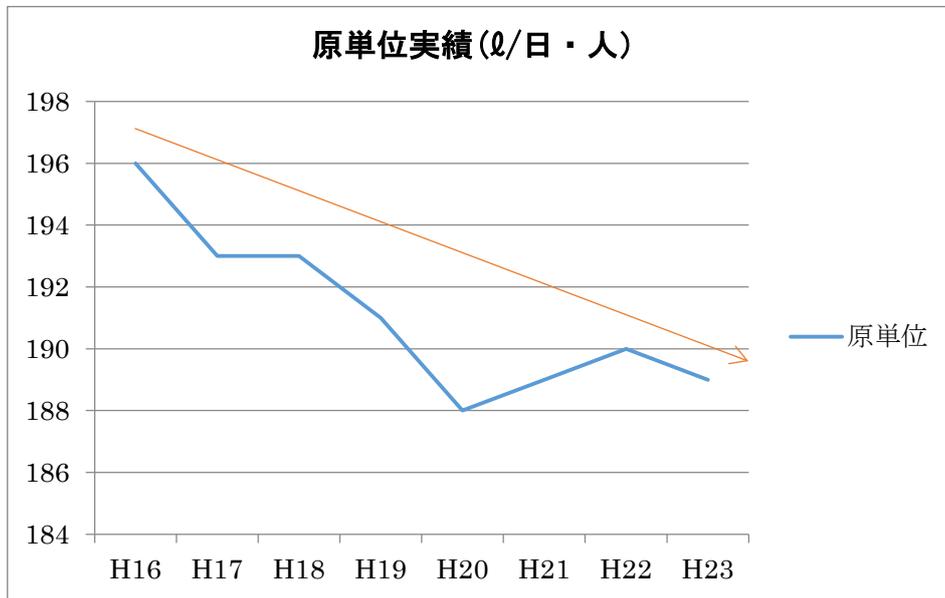
(ア) これに対し、被控訴人の答弁書(第4-3項(1)ア)では、上記佐世保市の考察には「根拠がある」と述べているが、何ら合理的説得的な論証はなされていない。

(イ) 被控訴人が「根拠がある」というのは、佐世保市が平成24年水需要予測の中で「何らかの渇水対策を行った年度は、前年度よりも原単位の数値が増加する傾向にあったことから、佐世保市の原単位は、全体として、渇水による制約を受けている傾向を確認することができた。」と述べている部分を指すにとどまる。それ以外の被控訴人らの主張は、原審での主張を単純に繰り返すにとどまり、「受忍限界を超えていたから受忍限界を超えていたと考察したのだ」というのみであって、何を根拠に、どのような調査結果に基づいて「佐世保市民の受忍限界を超えていたのか」について、具体的合理的な説明はできていないのである。

(ウ) この点、「一般的な受忍限界を超えて」いないことは、控訴人が控訴理由書1(第4-1項(6))において述べたことから理解可能である。

すなわち、被控訴人は、節水対策を行った翌年度は使用量が増えることをもって「佐世保市民は節水どころではなく我慢しており一般的な受忍限界を超えている」と結論付けているのであるが、実は、節水広報さえも行わなかった平成18年、平成20年、平成23年は、それぞれ前年の使用量と同等の193ℓ、-3ℓの188ℓ、-1ℓの189ℓとなっており、使用量は横ばいや減少傾向を示しているのである。したがって、「渇水対策をした翌年度に原単位が増える傾向が見られた」という論証も事実と反する誤った主張である。

- (エ) 「一般的な受忍限界を超えている」との分析、判断が誤りであることは、控訴人が控訴理由書でも示した下記グラフからも明らかである。



上記グラフを見れば、佐世保市民の生活用水使用量は、平成16年の196ℓ/人・日から平成23年の189ℓ/人・日まで-7ℓ減少しているのであって、この傾向を素直に読み取るならば、「佐世保市民の生活用水使用量は減少傾向にある」とすべきである。「生活用水の使用量が傾向的に減少していること」から「佐世保市民が一般的な受忍限界を超えている」ことを導く不自然さは火を見るより明らかであろう。

- (オ) 以上のことに鑑みれば、佐世保市には、水需要を増やさなければならないという命題が先にあり、それに沿った数値が必要だったのである。佐世保市は、自ら欲する結論(佐世保市民が一般的な受忍限界を超えている、水需要が増える)を導きたいがために、事実の詳細を見ることなく、極めて大雑把に、そして事実を捻じ曲げて主張をしたものである。そして、その主張を追認したにすぎない原審判断には、明らかな事実誤認があるのである。

ウ 求釈明

被控訴人は、佐世保市民の「一般的な受忍限界を超えている」と判断した

根拠資料について原審で出されたもの以外の根拠資料を開示すべきである。

この点、原審で証言した田中氏はある団体に確認をとったと述べるが、確認をとった団体名、確認した時期、確認した際の文書等を開示すべきである。

- (2) 『原判決は設計指針の理解につき重大な見落としをしていること』に対する反論」に対して(答弁書 p 22 第 4 3 項(1)イ)

ア 控訴人らの主張の確認

控訴人は、控訴理由書(第 4 1 項(4))において原判決が設計指針の理解を誤っていることを指摘した。すなわち、設計指針は、そもそも生活用水の将来推計を行う際、単に「時系列傾向分析、回帰分析、要因別分析、使用目的別分析などの推計方法から、適切なものを選択組み合わせることを定めている」のではなく、「(2)生活用水の将来推計に当っては次の事項に留意する必要がある。」として水洗便所の普及、水使用機器の普及、水使用行動の変化、核家族化の進行等による増加要因、節水意識の高揚、節水機器の開発・普及等の減少要因が考えられ、各都市の特性により相違することから給水実績の分析や実態調査の結果を踏まえ、将来像や国や地方の総合計画にも配慮して求めることや、過去の需要動向についての十分な調査分析を行うことを求めていること(乙 A 第 15 号証 2-4-2 参考資料 P152 以下)を指摘した。

さらに控訴人らは、佐世保市は、平成 19 年度の需要予測の際に細かに計算していた節水機器の普及による使用量の減少や人口減少に伴う使用量の減少に関する計算を、平成 24 年度水需要予測では計算さえしていないこと(実を言えば、控訴人らは、佐世保市のこれまでの『やり口』からすると、「計算したら思惑と違う結果になったので、取り上げなかった」のではないかと疑っているが)、これはすなわち、設計指針が要求する計算手法を故意に無視し、都合の良い数字を導くために故意に計算を省いたものであることを主張した。

イ 被控訴人の答弁の内容と反論

しかし、被控訴人らの答弁は、原審における主張を単に焼き直したにすぎず、控訴人らの控訴理由書で述べた主張に対し、何ら答弁していない。上記控訴人らの主張は、控訴段階において新たに指摘した点であるにもかかわらず、被控訴人らは原審時の主張を繰り返しただけで、答弁を故意に避けている。これは、被控訴人が控訴人らの主張に真正面から答弁すると、控訴人らの主張の合理性を認めることとなることから答弁することができないのであろう。

ウ 求釈明

被控訴人らは、当該控訴人らの主張に対し、真正面から答弁を行う必要がある。

なぜ、平成 19 年度予測の際に詳細に計算した計算過程を平成 24 年度において計算さえしていないのか、平成 19 年度予測の際には計算を行った理由、平成 24 年度予測の際には計算さえ行わなかった理由を明らかにされたい。その際は、佐世保市には広範な裁量があるとの理由以外の理由を示されたい。なぜなら、仮に水需要予測に技術的専門的な事項を含むとしても、その判断の際にどのような結論を導いてもかまわないという、いわゆる白紙委任を受けたものではないからである。技術的、専門的事項を含む判断であっても、その判断のプロセスや考慮要素の採用不採用の理由等については、根拠をもって判断がなされているのであれば、説明も容易なはずである。

- (3) 「『原判決は平成 24 年度予測で示されている統計手法の相関関係について判断を見落としていること』に対する反論」(答弁書 p249 第 4 3 項(1)ウ)に対して

ア 控訴人らの主張の確認

控訴人らは控訴理由書 1(第 4 1 項(5))において、原判決は平成 24 年度予

測で示されている統計手法の相関関係について判断を見落としていることを指摘した。

そこでの主張を簡単に要約すると、佐世保市が統計分析によって将来の生活用水使用量を推計した際、いずれも相関係数が 0.94 となった 193ℓ/人・日と 206ℓ/人・日があり、佐世保市が前者を採用せず後者を採用した合理的な理由が何ら説明されていないということ、206ℓ/人・日を採用したのは単に佐世保市が自ら欲する結論を導きたいがためであって、水需要予測を極めて恣意的に結論を誤導していることである。そして、原審は 206ℓ/人・日を採用した佐世保市の恣意的な結論を何らの合理的説明もなく追認したものであり、原審判断には重大な誤りがあることを主張した。

イ 被控訴人の答弁内容と反論

- (ア) この点について、被控訴人らの答弁は、原審における主張を単に焼き直したにすぎない。被控訴人は、どのような変数を用いるかは「高度に技術的かつ専門的事項を含むことから、水道事業者の広範な裁量に委ね」られており、その「裁量の範囲を逸脱又は濫用であるとうかがわせる事情は見当たらない。」とだけ述べている。
- (イ) 被控訴人は、「裁量事項であって、裁量の範囲を逸脱又は濫用した事情は見当たらない」と述べるのみであり、その判断プロセスを説明することを一切放棄している。たとえ技術的かつ専門的事項が含まれる判断要素だとしても、その判断過程を示すことは容易なはずである。むしろ、「技術的」「専門的」であったとしても、その判断プロセスは具体的に示されなければならない。佐世保市民は水道事業者の判断に対して白紙委任をしたものではない。判断過程が仮に技術的・専門的事項を含むものだとしても、そのプロセスを示すことができないのは、事実の隠蔽に他ならないのである。

(ウ) その判断プロセスについて被控訴人が具体的に答弁しないのは、合理的な説明が不可能なこと、佐世保市には水需要を増やすという命題が先にあり、その自ら欲する結論を導いたことが明らかになっていくことを恐れていることの証左である。更に言えば、被控訴人らは説明すると、水需要予測を恣意的に操作したことを論証することとなり、平成 24 年度水需要予測の不合理性を述べることとなるから、答弁できないのである。

ウ 求釈明

被控訴人らは、相関係数が同じ 0.94 となった二つの推計のうち、193ℓ/人・日を採用しなかった理由を具体的に明らかにされたい。あわせて、206ℓ/人・日の推計の方を選択した理由も具体的に明らかにされたい。

(4) 『「原判決の事実誤認②～生活用水使用量に関する実績に関して原判決は判断を誤っていること』に対する反論」(答弁書 p26 第 4 3 項(1)エ)に対して

ア 控訴人らの主張の確認

控訴人は、原判決が「市が、渇水による給水制限（断水若しくは減圧）又はその予告等を実施したことがあること、これらの措置を実施した年の原単位は前年よりも減少する傾向にあることが認められ」と判断した点に誤りがあることを指摘した。

イ 被控訴人の答弁とそれに対する反論

これに対し、被控訴人は、ここでも原審時の主張を繰り返すのみであって、節水広報による効果と佐世保市民の水使用に関する一般的な受忍限界を超えていることの関連性について合理的な説明が一切できていない。

先述のとおり、佐世保市が行う給水制限のうち、一番緩やかな節水広報さえ行わなかった翌年の平成 18 年、平成 20 年、平成 23 年においては使用量が横ばいか減少した傾向が見られる(平成 18 年は前年と同様の 193ℓ/人・日、平成 20 年は前年よりも 3ℓ の 188ℓ/人・日、平成 23 年は前年よりも 1ℓ の

189ℓ/人・日である)。

このように、節水広報さえ実施しなかった翌年の使用量が横ばいや減少傾向を示すことが過去の実績として明らかであるにもかかわらず、佐世保市民が「一般的な受忍限界を超えている」と断言していることは、自ら欲する結論を強引にひねり出したにすぎない。このような被控訴人側（佐世保市の判断）を無批判に採用している原審判断には前提事実の解釈に初歩的かつ重大な誤りがあることは明らかである。

ウ 求釈明

被控訴人は、上記のとおり節水広報さえ行わなかった翌年の生活用水使用量が横ばいかマイナスになったことを統計上認識していたかどうか回答されたい。また、仮に統計上の認識をしていたならば、その認識がありながら平成 24 年度水需要予測の中で、そのことを指摘も考慮もせずに、水使用量の増加傾向の方だけに着目し、佐世保市民において「一般的な受忍限界を超えた」と結論付けた理由を説明されたい。

2 「同(2) 業務・営業用水について」に対して

3 「同(2) 業務・営業用水について」に対して

(1) 控訴人らの原審での主張

控訴人らは原審において、業務・営業用水の小口需要について、佐世保市が、平成 24 年度予測から、突如、観光客数との相関関係を持ち出して水需要が右肩上がりに増加し続ける予測を立てたのは、人口が減少し続ける中で、それが唯一水需要を増加させられる説明変数であったからであり、観光客数との相関関係は決して高くなく、ハウステンボスを小口需要に変更するなどの作為も加えられた不合理な予測である、業務営業用水は、給水人口との相関関係の方がはるかに高く、給水人口が減り続けている佐世保市においては、業務営業用水の小口需要も減り続けることは誰の目にも明らかであり、観光客数との相関だけ

を根拠にして、業務営業用水の小口需要だけが右肩上がりに増加することはあり得ないと主張してきた。

(2) 原判決の誤り

しかし、原判決は、設計指針(32頁)によれば、業務営業用水を目的変数とした場合における業態別推計時の説明変数の例として、観光客数が列挙されていること、観光客数との相関係数は0.68であり、相関の度合いは高くはないものの、一定の相関関係があること、そもそも業務営業用水には様々な業態の需要先が含まれており、予測には困難を伴うこと、給水人口を説明変数とする予測手法は、相関係数自体は高くても、因果関係を合理的に説明できず、予測として意味のないものである可能性があること、ハウステンボスの分類変更は、過去の水需要予測の内容から変更されていることが本件水需要予測の合理性に必ず影響するとはいえないことからすれば、佐世保市が、観光客数との相関に基づき需要予測をしたことが不合理なものということとはできないと判断した(原判決 p72)。

(3) そこで、控訴人らは、控訴理由書において、改めて、佐世保市の需要予測の問題点を、それを容認した原判決の判断に即して、12頁にわたり詳しく論じた。

(4) 被控訴人の反論

これに対して、被控訴人は、平成24年度予測の説明資料や原審において繰り返し自明のように主張していた「観光客数との相関関係が高い」という主張はさすがに撤回したのか、答弁書においては、「設計指針は、水道施設の技術的基準を定める省令において定められた基準に沿った設計指針を示すために作成されたものであり、数十名の学者や水道局の担当者等の専門家により構成される特別調査委員会が策定、改訂したものであるから、設計指針の内容や、設計指針に沿った水需要予測をすることが合理性を欠く特段の事情がない限り、設計指針に基づいて実施された水需要予測は、合理性がある」とした原判決(p65

～66) を丸写しした上で、「すなわち、設計指針は水需要予測における水道事業者の裁量の幅を示したものと見える」として、平成 24 年度需要予測において、観光客数を説明変数として用いたこと及び給水人口を説明変数として用いないことは、設計指針に沿うものであり、裁量を逸脱する不合理なものでないと主張した。また、ハウステンボスの分類変更については、小口需要と観光客数との相関関係を恣意的に操作するためにしたものではないと述べた。

(5) 被控訴人の反論は反論となっていないこと

ア まず、前記のように、被控訴人は、控訴人の控訴理由にはまともに反論せず、答弁書では、設計指針の位置づけや重要性をことさら強調して、あたかも設計指針に形式的に沿いさえすれば、いかなる水需要予測を立てようとも問題ないかのごとき主張を全面に打ち出した。その端的な表れが、「設計指針は水需要予測における水道事業者の裁量の幅を示したものと見える」という主張である。この主張の意味が、設計指針にある説明変数のどれを採用するかについての行政の裁量は全くの自由裁量と捉えているものであれば、それは明らかに誤っており、違法である。

イ 次に、控訴人らが控訴理由書でも主張したとおり、業務営業用水は、事務所、官公署、学校、病院、ホテル等各種の都市活動において使用される多様な用途の水量であることから、設計指針においても、「業務営業用水を目的変数とした場合における業態別推計時の説明変数の例」としては、年齢別人口、老年人口、年間商品販売額、業態別の従業者数（事業所、商店、飲食店、官公署、病院医療等）、学校生徒数、観光客数、売り場面積、運搬関係施設数、理容美容等施設数、ホテル旅館延床面積又は客室数、娯楽場施設数、病院の病床数の 12 の説明変数が列挙されている（同 32 頁右上の参考表 1.7. 2）。そして、各説明変数のうち、観光客数の説明変数以外は、人口の増減に連動して増減する説明変数であるところ、佐世保市では、観光客数は一定の増加

傾向にあるものの、人口は減少の一途をたどっており、結局、業務営業用水の小口需要の需要予測は、どの説明変数を採用して需要予測をするかによって、全く異なる真逆の結論を導き得ることになる。

このように、極めて幅の広い設計指針の運用にあたって、当該自治体に全くの自由裁量が与えられていると考えることは、客観的な水需要予測ではない、恣意的な水需要を作出することを可能にするものであり、明らかに不合理である。控訴人らが主張するとおり、過去の水需要実績や以前の予測手法、将来の人口推計等に照らして、相当の相関関係があるものを採用しなければならない制限付きの裁量であるはずである。

ウ この点、佐世保市が、平成 24 年度予測で採用した観光客数との相関関係については、対象期間 9 年間でわずか 0.68 にすぎず、まさに、被控訴人側の証人である小泉教授ですらも、「有意水準からいうとあまり高くない」、「一応有意に入るかどうかぎりぎりのところである」、「ないかあるかといったらある」程度にすぎないと認めざるを得なかった程度の相関の低さである（小泉尋問調書 p35～36）。しかも、控訴人らが原審でも何度か指摘しているとおり、その対象期間 9 年間のうち、6 年間は観光客数と小口需要の増減が一致していないのである。小泉教授は、佐世保市の需要予測にお墨付きを与えた張本人であるが、意見書を作成する前には、佐世保市から具体的な相関係数の数値は全く教えられておらず、佐世保市の作成したグラフ等を見て相関が高いことは「明らか」などと平然と述べていたものの、原審の反対尋問の場で初めて 0.68 という具体的数値を控訴人ら代理人から告げられると、小泉教授は、突如、驚きの表情を浮かべて、業務営業用水の小口需要と観光客数との相関関係は決して高くないことを認めざるを得なかった。このように、佐世保市が、「相関が高い」として、事業認定を受けた業務営業用水の小口需要と観光客数との相関関係は、決して高くはなく、有意の方向で積極的に解するべきも

のではない。それにもかかわらず、「一定の相関はある」とあえて認定し、かつ、それで構わないとする原判決は、設計指針における説明変数の採用を行政の自由裁量に任せているに等しいこととなり、結局、どんな予測でも「不合理とはいえない」として、許容する余地を与える誤った判断である。このことを、当審では、きちんと確認していただきたい。

エ その上で、業務営業用水の小口需要と相関関係がはるかに高いのは、給水人口である。この点、原判決は、給水人口を説明変数とする予測手法は、相関係数自体は高いことを認めながら、小泉教授が、因果関係を合理的に説明できない旨供述したことをことさら重視して、「予測として意味のないものである可能性がある」として排斥した。

しかし、小泉教授は、業務営業用水の小口需要と給水人口の関係については専門家ではなく、小泉教授が因果関係を説明できないと述べたからといって、直ちに、設計指針にある「因果関係の合理性」がないものとして、給水人口との相関関係を排斥するのは明らかに不合理である。

そもそも、平成 24 年度予測を策定する時点においては、佐世保市は、業務営業用水の小口需要の需要予測にあたっては、時系列分析以外は、説明変数として観光客数との相関しか十分に検討しておらず、給水人口との相関など検討すらしていなかった。その時点で給水人口との相関関係については何らの検討すらもしていなかったにもかかわらず、本訴訟において問題点が指摘されるや、今になって、設計指針を持ち出し、小泉教授の供述を根拠に、「因果関係を合理的に説明できない給水人口を説明変数として用いないことは設計指針に沿ったものである」などと述べるのは、後付けの理由も甚だしい。

(6) 小括

以上のとおり、佐世保市が、突如、観光客数との相関を持ち出して実施した平成 24 年度予測については、佐世保市が設計指針を不適正に運用し、石木ダム

の水需要を作り出すという『先に結論ありきの数字合わせ』の予測をしてきたことが明らかであり、裁量を逸脱する不合理なものである。

したがって、原判決のように、「一定の相関があればいい」という極めて広汎かつ曖昧な行政裁量を認め、非現実的な右肩上がりの業務営業用水の小口水需の予測を「不合理とはいえない」として追認するのではなく、高等裁判所においては、設計指針の運用の適正、合理性について、慎重に判断されるようお願いする。

4 「同(3) 工場用水について」に対して

(1) 控訴人らの原審での主張

控訴人らは原審において、工場用水の大口需要（SSK）について、「修繕船が2隻同時にドック入りし、船体洗浄作業が同時に行われる」という事態が生じる具体的かつ客観的な根拠が不可欠であり、それがなければ、それを前提にした佐世保市の平成24年度予測水需要予測は不合理であるということを、原審から一貫して主張してきた。

しかし、原判決は、その具体的かつ客観的な根拠があったほうが「より適切であった」と述べるにとどまり、具体的かつ客観的な根拠がなかったとしても、SSKがそう回答している以上、佐世保市は、そのSSKの回答を前提に対応しなければならぬという判断をした。

(2) そこで、控訴人らは、控訴理由書において、改めて、佐世保市の需要予測の問題点を、それを容認した原判決の判断の要点①～④に即して、14頁にわたり詳しく論じた。

ところが、被控訴人は、答弁書において、わずか1頁程度の主張をするだけで、控訴人の主張にまともに反論しない。しかも、答弁書における被控訴人の主張は、「同日に複数のドックで船体の洗浄作業が行われる事態が想定されるこ

とが判明した」, だから, その場合の水量を見込んだことは合理的であるという一言に尽きている (答弁書 p37~38)。

この点, 被控訴人が, 「同日に複数のドックで船体の洗浄作業が行われる事態が想定されることが判明した」と断定的に述べる根拠は, SSK に対する意向調査であるところ (乙 A15 号証 2-4-2 参考資料 p89), その意向調査では, SSK は, 「運用状況によっては, 各ドックで使用する水道水が, 一日で同時に使用することも想定され」 (同参考資料 p87), 「この『船体洗浄』作業が複数のドックで同時に行うことが想定される」 (同参考資料 p84) という結論を単に言い放っているだけである。SSK が, 何を根拠に「同日に複数のドックで船体の洗浄作業が行われる事態が想定される」としているのか, それを裏付ける具体的な根拠は何一つ示されていないのである。

(3) すなわち, 控訴人らが原審から一貫して問題にしているのは, まさに被控訴人が「判明した」と言うところの「同日に複数のドックで船体の洗浄作業が行われる事態が想定される」ことが全く判明してないということ, それどころか, 原審の準備書面及び控訴理由書でも詳述したが, SSK の経営方針の転換やそれに基づく売上高 (受注量), 事業比率などの客観的事実からすれば, 「同日に複数のドックで船体の洗浄作業が行われる事態」が生じることを裏付ける具体的かつ客観的な根拠は何一つなく, むしろ, そのような事態が生じることは現実的に想定しがたいこと, そうであれば, 佐世保市の平成 24 年度予測水需要予測は, 予測の前提を欠き不合理であるということである。

(4) それにもかかわらず, 被控訴人は, 答弁書において, 相変わらず, 何の客観的かつ具体的な証拠を示すことなく, 「複数のドックでの船体洗浄が同時に行われる」ことが, あたかも現実味を帯びた事態であるかのような主張だけして, 控訴人らの控訴理由書における SSK の売上高 (受注量) や事業比率等を踏まえ客観的な根拠がないと詳細に主張した点に対しては, 「佐世保市による SSK の

水需要の予測は、SSKの売上高や事業比率の変化を用いたものではないから、水需要予測の合理性に影響を及ぼさない」という一言で切り捨てている（答弁書 p38）。被控訴人は、原判決が、佐世保市の言い分をほぼ丸呑みして、「具体的かつ客観的な根拠がなかったとしても、SSKがそう回答している以上、佐世保市は、そのSSKの回答を前提に対応しなければならない」という判断をしたことをこれ幸いとして、その判断の上にあぐらをかいているのである。従って、被控訴人が、控訴人らの主張に対し、まともに反論できないのは、まさしく、控訴人の主張が正しいことを認めていると理解すべきである。

(5) 結局、SSKの修繕船の船体の同時洗浄は、「そういう事態がもしかしたら起きるかもしれない」という程度の仮定もしくは錯覚にすぎない。一方、石木ダム建設のため、喉から手が出るほど水需要が欲しい佐世保市にとっては、それは、根拠があろうがなかろうが、また、現実に起きようが起きまいが、そんなことはどうでもよく、大事なのは、そういう事態が起きるという想定を作り出すことによって、石木ダム建設に見合う水需要を増やすことができたということに尽きる。そのため、平成24年度予測策定時から約6年が経過したが、現実にそのような事態が起きるはずもないことは、佐世保市自身が一番よくわかっているであろう、佐世保市は、修繕船の船体の同時洗浄の有無の実態については、SSKに確認すらしていないのである。

(6) 高等裁判所においては、何の具体的かつ客観的な根拠もないSSKの架空の水需要予測について、原判決のような安易な追認をせず、改めて、慎重に判断をされるようお願いする。

5 「同(4) 中水道について」に対して

特に反論はしない。控訴理由書でも述べていたように、事実関係については特に争いはなく、評価の問題であり、かつ、控訴人らも、この中水道を、「平成24年度予測が違法であること」の重要論点とはしておらず、この論点だけで平成24

年度予測の適否が決まるものではないからである。先に述べたように、総合的に判断する際に、重要な意味を持つと考える。

6 「同(5) 負荷率について」に対して

(1) 負荷率設定の恣意性

ア 控訴人らは、原審で、平成 24 年度予測が恣意的で、結論先にありきの数字合わせで、指針を誤って適用していることが明らかであると主張し、特にこの負荷率の恣意的設定こそ、平成 24 年度予測がはらむ本質的問題を最も明確に表しているとして、詳しく主張・立証した。

イ 具体的には、平成 16 年度予測では過去 10 年間の平均、同 19 年度予測では過去 10 年間の最低値と変えてきたが、さらに同 24 年度予測では「過去 20 年間の実質最低値」としている。なぜ 20 年の実質最低値にするかの合理的説明はなく、また被控訴人側証人である小泉教授自身も「10 年間の最低値」と言っている。

ウ しかるに、原判決は、およそ不合理な理由でこの問題を切り捨てた。

そこで控訴人らは控訴理由書において、7 頁にわたり、再度問題点を詳しく論じた。

(2) それに対する被控訴人の反論は、わずか、10 行である(答弁書 p40~41)。そのうちタイトルが 1 行、控訴人らの主張の要約が 3 行あるので、反論部分は 6 行である。そしてそこには実質的反論は一切ない。被控訴人は、「被控訴人の主張は原審準備書面で述べたとおりであり、これと同旨の判示は正当である」と記載するのみである。

(3) 控訴人らの主張は、要するに、「平成 24 年度予測の負荷率は、過去と全く違うものが採用され、その合理的理由は示されていない。これを指針の『負荷率の設定に当たっては、過去の実績値や気象、渇水等による変動条件にも十分留意して、各々の都市の実情に応じて検討すること』という基準を抽象的に満た

しているから問題ない、とするのであれば、それは基準が全くないことになる。そのような数値でも採用できることを指針が認めているならば、指針は基準として違法であるが、指針自体あるいはその運用において、合理的な運用がされており、(安全性を見込んで)最も低く設定する場合でも、小泉教授自身が述べるように、『10年の最低値』である。実際、過去の予測でもそれが採用されている。にもかかわらず平成24年度予測については、『過去20年間の実質最低値』に変更しており、その変更について合理的理由がない限り、平成24年度予測は、適正に作成されていないと言わざるを得ない」ということである。

- (4) 控訴理由書で指摘したように、原審における被控訴人の主張も、原審判示も「どのような数値を設定しようと、佐世保市の自由」と言っているに等しい。しかしそんなことが許されるはずはない。

だから、合理的理由を明らかにせよ、と原審からずっと、控訴人らは被控訴人に迫っていたが、控訴審答弁書に至っても、そのことを明らかにしない。

- (5) もちろん、それは、変更理由について合理的理由がないから、つまり、控訴人らが指摘するように『80.3』という値を使いたかったから」という恣意的理由しかないから、である。

被控訴人の今回の答弁書は、被控訴人自身も「合理的理由を説明できない」と認めていることを意味する。

貴庁に置かれて、本当にそれでいいのか、本当に、合理的理由を形式的にも挙げることなく、「何を設定するも佐世保市の自由と指針は解釈できるから、指針に反しているとは言えない」と判断することが正しいのか、慎重な検討を期待する。

7 「同(6) 安全率について」に対して

安全率についても、中水道同様、控訴人は、控訴理由書において、他と相まっ

て見れば，どういう意図で設定されているかは明らかであり，総合的に判断する際に，重要な意味を持つことを，指摘していたにすぎない。

負荷率と違い，控訴人らが 16 行程度しか主張していないことについて，被控訴人は倍以上の反論をしているようであるが，肝心の「過去の予測と違って 10 パーセント程度にしたこと」の積極的理由は説明していないし，控訴人が主張する「事実」に間違いがある，との反論もしていない。

8 まとめ

- (1) 平成 24 年度予測が誤っていることについては，控訴人らは，原審で十二分に主張・立証した。
- (2) それにもかかわらず，原審は，およそ不合理な理由で，あるいは明確な事実を無視して，平成 24 年度予測には「不合理であるとまでは言えない」などと言って，控訴人らの請求を棄却した。
- (3) そこで，控訴人らは，控訴理由書で，いかに原審判決が不合理であるか，以下に明白な事実を無視したかを指摘した。
- (4) それに対して，被控訴人は，ほとんど反論しない。

仮に，被控訴人が「評価にわたることだから反論するまでもない」という立場を取っているため反論していない，と解釈したとしても，それはすなわち，控訴人らが指摘する事実については，(反論をしていない限り)認めている，ということである。

- (5) 控訴人らの指摘する事実を前提にするならば，平成 24 年度予測が違法であることが明らかであることは，原審，控訴理由書及び本書面で述べてきたとおりである。

第 4 「第 4 4 佐世保市の保有水源についての控訴人らの主張は，失当であること」 に対して

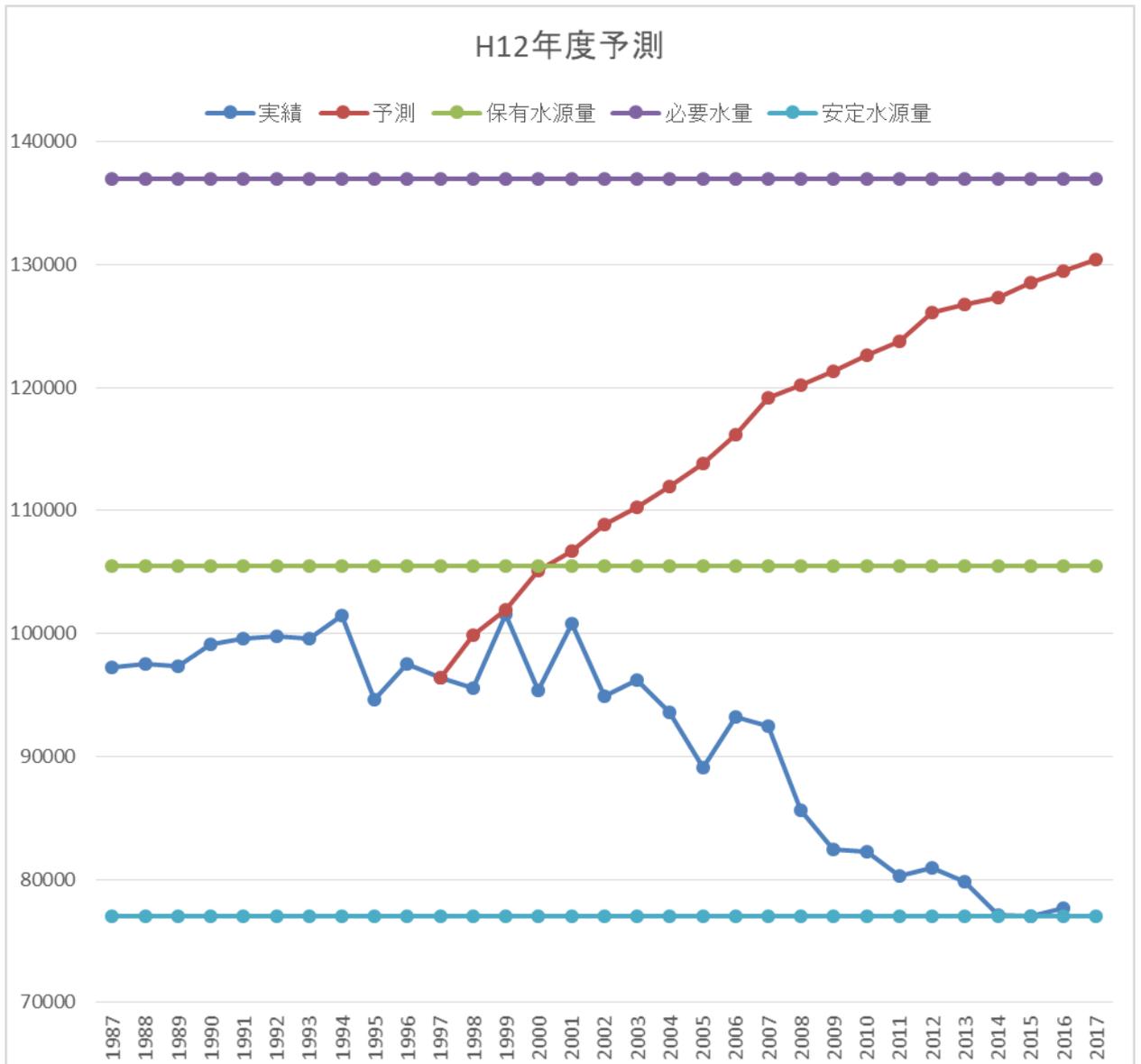
1 はじめに

(1) 原審でもたびたび指摘し、控訴理由書でも記載したが、「保有水源が許可水利権 77,000 m³しかない」とすれば、水需要予測が増えようが増えまいが(つまり、平成 24 年度予測が正しかろうが正しくなかろうが)、佐世保市は現時点で水不足である。

とすると、将来の水需要予測の伸びを前提に水道水が不足することから長い時間をかけて建設される石木ダムの水開発を待っている余裕はなく、今すぐ、新規水資源の開発が佐世保市には必要であり、それは、まさしく「水道事業者の義務」である。

(2) 保有水源が「77,000 m³しかない」とされた時期は、すでに指摘したように遅くとも平成 11 年度以降である。

この時点で、「実績値」は 10 万 m³前後である(控訴理由書のグラフをここでもう一度掲載しておく)。



すると、この時点で、「異常渇水」はもとより「10年に一度程度の渇水」どころでもなく、日常的に「水不足」に陥っていたことになる。したがって、佐世保市の主張が正しいならば、石木ダム云々以前に、「いかに日常の水を今すぐ確保するか」が喫緊の課題になるはずであろう。

- (3) しかし言うまでもなく、そのようなことは、佐世保市においては全く議論されていない。せいぜい「平成6年度のような異常渇水が起きたらどうしようか」程度であり、しかもその解決案の第1候補が「石木ダムができればなんとか

なる」であったというのであるから、お粗末なことである(何度も述べるように、異常渇水対策と、石木ダム建設の必要性は、本質的に無関係である)。

そのようなお粗末な状況が許され、かつ、「保有水源が 77,000 m³しかないはず」でありながら、少なくとも通常時の水不足が生じなかったのは、本件訴訟で指摘するように、「保有水源が、105,000 m³あったから」である。その中には、佐世保市が主張する許可水利権「77,000 m³」以外に、「本件慣行水利権 22,500 m³」が含まれている(それ以外にも、暫定水利権等があるが、それは議論の余地があるので、本件訴訟では「佐世保市の正当な保有水源」には、控訴人も含めていない)。本件慣行水利権 22,500 m³が正当な水源として存在していたがゆえに、これまでほとんど問題なく佐世保市は水を供給できたのである。

- (4) つまり、佐世保市には、正当な保有水源として、佐世保市が主張する許可水利権「77,000 m³」以外に、本件慣行水利権 22,500 m³がある。これを佐世保市自身が認めれば、石木ダムの必要性はなくなるが、佐世保市自身は認めない。

したがって、佐世保市が、本件慣行水利権 22,500 m³を保有水源から除外したことが適切かどうか、合理的かどうか、正当かどうか、が本件訴訟では大きな問題となる。

- (5) この問題について検討するに、平成 11 年度以前は、石木ダム事業において、本件慣行水利権も保有水源とされていた(甲 B 第 10 号証, 同第 15 号証参照)ことは注視しなければならない。

従って「慣行水利権というものの一般が、正規の(=認可水源の資格をもつ)保有水源とはならない。」という理屈はあり得ず、本件訴訟の検討対象ではない(そのようなことは被控訴人も佐世保市も主張していないし、ダム事業において慣行水利権を保有水源としている例は、必要ならばいくらでも出せる)。

- (6) 次に、「ある水利権(あるいは水利用の事実)を、保有水源と評価するかどうかは、(合理的理由は何ら必要なく)、全く当該水道事業者の自由である(意思次第

である)」という見解は、控訴人らとしては議論するまでもない論外な主張と考
えている。行政一般の問題として、そのような恣意的な運用が許されるはずは
ない。ましてや本件のように、強制収用が問題となる事業において、佐世保市
がどう考えるかで、無理やり移転させられるかどうかが決まるということが日
本国憲法下において認められるはずがないからである。

控訴人が理解している限りでは、この点についても、被控訴人も佐世保市も、
上記のような乱暴な主張は、述べていない。したがって、この主張も本件訴訟
では、検討対象でない。

- (7) したがって、本件慣行水利権を保有水源から外すことについては、何らかの
合理的理由が必要であるという点については、関係者一同(控訴人ら、被控訴人
らのみならず、原審裁判所、貴庁、佐世保市、長崎県も含めて)一致しているは
ずである。

もちろん、それは、「抽象論」「一般論」として一致している、という意味で
あり、具体的な「合理的理由」の内容やその主張・立証責任及びその程度につ
いては、一致していないであろう。

したがって、本件訴訟の争点は、まさしく、佐世保市が、現に使用している
本件慣行水利権を保有水源から排除した理由が何であり、それが本件に照らし
て合理的かどうか、ということが、問題となる。

- (8) ところで、被控訴人も、本件訴訟において「合理的理由がある」という表現
は確かにしてきた。しかしその中身が実は、よくわからない。この点について
は控訴人らとしては、故意にわかりづらくしているものと確信している。それ
は、控訴人らとしては「実は合理的理由がない」と確信しているからである。

本来、合理的理由を明確に主張しないのであるから、その一事を以て、合理
的理由がないものと判断されるのが訴訟手続上当然と考えるが、現実の訴訟は
そのように進行しないため、やむを得ず控訴人らの方で、「佐世保市あるいは控

訴人が合理的だとしている根拠」を整理してきた。

主として、次の通りである。

- ① 慣行水利権一般は、保有水源になれないから。
- ② 慣行水利権一般は、許可水利権一般に劣るから。
- ③ 佐世保市が、本件慣行水利権を保有水源として厚労省に届けていないから。
- ④ 本件慣行水利権が許可水利権でないから。
- ⑤ 本件慣行水利権の実態が、水量が少ないなど、「(許可水利権と比較して)保有水源として評価するに足る」実態を伴っていないから。

である、

- (9) 前項①は問題とされていないことは、(5)で指摘した通りである。

②については、法律上何ら区別がないこと(むしろかつてからある慣行水利権のほうが強いこと)は明らかである。従って、この一般論だけでは合理性は出てこず、実際、これだけを理由にするという主張を被控訴人もしていない。

③は、「保有水源と届けるかどうかは佐世保市の自由意思に基づく」ものである以上、結局は、(6)で指摘した「佐世保市が勝手に決められる」ことと同義となるから、これは、合理的理由とはなりえない。

④は、②あるいは③と同じことを言っているものであり、これも合理的理由とはなりえない。

だから、本件で問題となるのは、⑤のみである。

- (10) よって、控訴理由書では(①～④を排除した上で)⑤について論じてきたし、本書面でも、以下⑤について論じるつもりである。なお⑤は、具体的には「平成19年と同程度の渇水状況の場合、本件慣行水利権では、最大で届出水量である合計2万2500 m³/日の全部が、実際には取水できないおそれがあるから、実態として保有水源として評価できない」という主張である。

ところが、佐世保市あるいは被控訴人は、上記のようにきちんと整理して、

⑤のみを取り出して論じると自己に不利になることから、⑤を論じるふりをして、「すきを見ては」①～④をひそかに忍び込ませ、控訴人らはもとより、裁判所の目までも晦ませようとしてきた。控訴理由種でも指摘した通り、原審はこの控訴人の作戦に引っかかって、まんまと目を晦まされたと、控訴人らは評価している。

については、貴庁に置かれては、事実や論点をきちんと分析、整理して、審理を進めていくことを強く意識していただきたい。

2 「同(2) 後付けでしかないことに対する反論」に対して

- (1) 被控訴人が、答弁書で長々と引用するように(答弁書 p 43 の(2)ア)、「原判決及び被控訴人は、佐世保市は『平成 19 年と同程度の渇水状況の場合、本件慣行水利権では、最大で届出水量である合計 2 万 2500 m³/日の全部が、実際には取水できないおそれがあるから、実態として保有水源として評価できない』として、本件慣行水利権を排除しているが、平成 11 年度あるいは同 19 年度に既に排除していることから、それは合理的理由とはならない」と控訴人らは主張している。
- (2) これに対する被控訴人の主張は、「事業認定した時点で、本件慣行水利権を上記の理由で排除することは可能であるから、この排除理由は合理性がある」ということであろう。つまり、平成 19 年度において、どういう理由から排除したかはわからないが(被控訴人自身も、平成 19 年度時点で、「平成 19 年と同程度の渇水状況の場合、本件慣行水利権では、最大で届出水量である合計 2 万 2500 m³/日の全部が、実際には取水できないおそれがあるから、実態として保有水源として評価できない」ことを理由として本件慣行水利権を排除することが不合理であること、を暗黙裡に認めているわけだが)、平成 25 年に除外した理由としては(論理的に)不合理ではないから問題ない、というのである。

(3) しかし、平成 19 年度に本件慣行水利権を除外した理由と、平成 25 年度に本件慣行水利権を除外した理由が、その本質部分で一致しない限り(控訴人らも、現象面・形式面で一致すべきとは言わない)、「平成 25 年度に除外した理由は合理性がない後付けである」としか言いようがない。

(4) これまで指摘してきたように、平成 11 年度以降、常に、佐世保市は、石木ダム事業の必要性を訴える際に、本件慣行水利権を除外してきた。

しかるに、その理由は、明確にされていない(控訴人らが調査した限りでは、過去その点について、具体的で明確な説明をした資料は見つからなかったし、本件訴訟でも被控訴人はそのような資料を明らかにしていない)。そもそも、本件事業決定の判断をする際に、本件慣行水利権を排除した理由さえ、本件訴訟になって初めて主張されている。

だから、控訴人らは、「石木ダムをつくるために、本件慣行水利権があると都合が悪いから、勝手に排除した」(都合が悪くなかった時代には、すでに指摘したように、保有水源に含めていた)と主張してきた。この主張は、真実を衝いていると評価できるものであると、自負している。

被控訴人が、「上記が合理的理由のある説明である」というのであれば、平成 19 年度において除外した理由についても「ほら、こういう理由です。平成 25 年度の理由と実質的に同じです」と説明できるはずであるし、説明しなければならない。

その説明ができないのであれば、合理的理由がない「後付け」に決まっている。

そして被控訴人は、まさしくその説明を放棄している。

従って、件慣行水利権を保有水源から除外することが、合理的理由のない、石木ダム建設の必要性を創生するためだけであることは、明らかである。

このような事業は、裁判所としても許容できないはずである。

3 「同(3) 許可水利権との関係に対する反論」に対して

(1) 控訴人らが控訴理由書の該当部分で指摘したことは、「許可水利権の許可に当たっては、当該取水地点のみならず当該河川全体の流量や慣行水利権を含む既得水利権の調査が行われ、かつ、余剰がある場合に認められる。従って、本件許可水利権が認められているということは、少なくとも本件慣行水利権については、取水量には問題はない」ということである。

(2) それに対する被控訴人の主張は、慣行水利権一般に関する指摘である。

一般論としても正しいとは思わないが、少なくとも本件訴訟における本件慣行水利権の実態を議論することとは無関係である。

しかも被控訴人は「権利内容が明確ではない」と結論付けているが、少なくとも本件慣行水利権の権利内容は明確である。

(3) 加えて、先に述べたように、本件で問題となるのは、「事実として、実態として、本件慣行水利権の水量が、本件許可水利権と比べて、問題があるか」ということである。

原審は、慣行水利権が一般的にあるいは抽象的に水量等の把握ができていないという事実を指摘しただけで、実態としての本件慣行水利権の把握は極めて雑に行っている。仮に、原審判決が判示あるいは被控訴人が主張するように、「慣行水利権一般の権利内容が不明確である」としても、先に見てきたように、その一事を以て本件慣行水利権を除外することが合理的である、とはならない。一般論としての、「慣行水利権は劣っているから、保有水源になれない」という主張は、先に指摘したように、認めることはできないし、被控訴人さえもそのような主張はしていない(前記①②あるいは④)。

被控訴人の、答弁書 p45 の(3)イの反論が成り立ちうるならば、それはまさしく、「慣行水利権一般は、保有水源になれない」という主張が正しいことになる。しかしその主張は誤っていることはすでに確認済みであり、被控訴人が、控訴

人の主張のほんの一部だけを取り出して反論することは無意味であるし、控訴人らとしては理解に苦しむ。

- (4) 先に注意を促したことを思い起こしていただきたい。「⑤のみを取り出して論じる場合に自己に不利になることから、⑤を論じるふりをして、『すきを見ては』①～④をひそかに忍び込ませ、控訴人らはもとより、裁判所の目までも晦ませようとしてきた」という指摘を。

被控訴人の前記主張はまさしくこれである。控訴人らが指摘した多数の問題点のほとんど(特に本件慣行水利権の実態)に対してろくに反論することなく、一般論部分だけを取り出して反論し、「実態」から目をそらさせようとしているのである。

4 「求釈明に対する回答」に対して

- (1) まず、被控訴人は、「一般論として、慣行水利権が許可水利権に比べて実態と違っていることが多い」根拠として、原審が採用した乙 B 第 19 号証に関する釈明に答えない。

その理由が振るっている。「被控訴人として主張したことがないから」(「原審が勝手に認定したことだから」と)。

控訴人らとしては、原審が認定している以上、極めて重要な証拠であると考える。確かに、訴訟法上、被控訴人が答える義務はないかもしれないが、同時に、これが、本件訴訟において重要な意味を持つことは明らかである。

そして、被控訴人は、原資料を有しているし、少なくとも、乙 B 第 19 号証を自分で作成し、それをもとに説明に使用している。そしてそれを本件訴訟に提出している。

そういうことから、被控訴人が回答することは容易であるし、回答することによって、本件訴訟の解明が進むことは明らかであるので、任意にお出しいた

だきたい。もし任意に提出すること意思がないということであれば、やむを得ないので、調査嘱託等の手続きを取らせていただきたい。

- (2) 被控訴人が回答した内容あるいは回答に代えて提出した書証を見れば、控訴理由書で控訴人らが指摘した問題点が正鵠を射ており、原審認定がでたらめであることはもちろん、控訴人らの主張が正しいことは明らかである。
- (3) しかも、被控訴人は、この点について、先に指摘したようにほとんど反論をしていない。

もちろん被控訴人は「反論する必要がないから」とうそぶくのであろうが、果たして、控訴人らが控訴理由書で縷々述べたことは、すべて無意味、あるいは明白な誤り、であろうか。

そんなことは決してない。

被控訴人には、本来反論の必要があるが、ただ、反論できないから反論しないのである。

5 小括

- (1) 本件慣行水利権を除外した理由が、「平成 19 年と同程度の渇水状況の場合、本件慣行水利権では、最大で届出水量である合計 2 万 2500 m³/日の全部が、実際には取水できないおそれがあるから、保有水源として評価できない」ことであり、それにもかかわらず、「平成 19 年度に除外した理由」を明らかにできていない以上、それだけで、除外したことに合理性がないことは明らかである。
- (2) 次に「平成 19 年と同程度の渇水状況の場合、本件慣行水利権では、最大で届出水量である合計 2 万 2500 m³/日の全部が、実際には取水できないおそれがあるから、保有水源として評価できない」理由が、実態を見ることなく、一般論として、「保有水源として評価できない」というのであれば、それは明白に誤っている。そのような理屈は存在しない。

(3) 他方、実態として「平成 19 年と同程度の渇水状況の場合、本件慣行水利権では、最大で届出水量である合計 2 万 2500 m³/日の全部が、実際には取水できないおそれがあるから、実態として保有水源として評価できない」のであれば、被控訴人らは、控訴人らの控訴理由書第 4 全般(特に 5 項)に対して、きちんと反論すべきである。

特に、

① 「本件慣行水利権で、届出水量全量を取水していない(「取水量が 0 パーセント」の意味ではなくて「取水量が、届け出水量 100 パーセントに到達していない」の意味であることには注意していただきたい)ことが、『本件慣行水利権の水量に問題がある』ことを示す間接事実である」というのであれば、届出水量全量を取水していない理由を明らかにしなければならないこと

② 許可水利権でも同じような量しか取水されていないのに、なぜ、本件慣行水利権だけを排除するのか、合理的理由を明らかにしなければならないこと、

③ 本件慣行水利権において、水量不足から「届出水量全量を取水していない」日があるとして、なぜそれが「全量を排除する理由」となるのかを明らかにしなければならないこと、

などは極めて重要である。

しかるに被控訴人らはこの三点については、全く反論しない。それは反論できないからである。

(4) 被控訴人の答弁書は、少し俗な言い方をすれば「だんまり作戦」である。

自分に不利なことは一切反論せず、有利なこと、反論できそうなことのみ、つまみ食いの的に反論し、それ以外は無視を決め込む。

被控訴人のこの戦略は、「被控訴人に不利なことについては何も言わず口をつぐんでおけば、裁判所が、『裁量権』の名のもとに、勝手に被控訴人に有利なように判示してくれるはず」という「夢想」に基づいているとしか控訴人には

思われない。そしてそんな「夢想」が実現するはずないと、控訴人らは日本の司法制度を信頼している。

ただ哀しいかな，原審は，まさしくこの被控訴人の「夢想」通りの判示をした。原審判示が明白に誤っていることは，控訴理由書で指摘した通りであるし，被控訴人が答弁書でろくに反論できていないということもそれを裏付ける。

- (5) 日本の司法制度への信頼を揺るぎないものとし，また，日本国憲法が掲げる三権分立，基本的人権の保障を全うするためにも，本件の事実をきちんと検証し，被控訴人の誤りを指弾し，控訴人らの控訴を認めていただきたい。

「行政には，裁量権があるのだから，なんでも勝手にできる。問題を指摘されても，黙って座ってさえいれば，司法が勝手に行政を助けてくれる」などという許しがたい(「夢想」を通り越した)「妄想」を，行政が抱き続けないように，しっかりと審理をしていただきたい。

以上