

令和2年（ネ）第3049号 境川金森調節池建設差止請求控訴事件

控訴人 高橋靖昌 ほか

被控訴人 東京都

控訴人ら準備書面（2）

令和3年7月21日

東京高等裁判所第8民事部E係 御中

控訴人ら代理人弁護士 海 渡 雄 一

同 弁護士 只 野 靖

同 弁護士 海 渡 双 葉

岡田教授鑑定意見書（2）（甲95）に基づく、主張の補充

1	岡田教授の経歴・研究業績等.....	2
2	鑑定事項1について.....	2
3	鑑定事項2について.....	12
4	鑑定事項3について.....	17
5	上記違法性と民事訴訟上の工事差止めとの関係について.....	21

## 1 岡田教授の経歴・研究業績等

このたび、控訴人らは、2021年6月30日付けで、早稲田大学大学院法務研究科の岡田正則教授（以下「岡田教授」という。）の鑑定意見書（2）を提出した（甲95）。

岡田教授は、行政法、行政救済法が専攻分野であり、「現代行政とネットワーク理論」（共編著、法律文化社、2019年）、「判例から考える行政救済法〔第2版〕」（共編著、日本評論社、2019年）などの著書があり、2018年以降の主要なものだけでも甲95別紙「経歴・研究業績等」記載のとおり多数の論文を執筆されているほか、2015～2020年に東京都開発審査会委員の会長を務め、2020年から現在に至るまで町田市街づくり審査会委員を務めている（甲95別紙「経歴・研究業績等」）。

控訴人らは、甲95の冒頭に記載した3点の鑑定事項について鑑定を依頼したが、岡田教授は、当該各事項について専門的知見を有する専門家である。

## 2 鑑定事項1について

(1) 被控訴人東京都が、本件調節池の建設に関して、都市計画法に基づく都市計画決定を欠いた状態で設置工事を行っていることは違法である。

(2) 都市計画法制上で本件調節池は都市計画決定を経ることが必須であること

### ア 都市計画法決定における「都市施設」の位置づけ

都市計画法は、都市計画の内容及びその決定手続、都市計画制限、都市計画事業その他都市計画に関し必要な事項を定めることにより、都市の健全な発展と秩序ある整備を図り、もつて国土の均衡ある発展と公共の福祉の増進に寄与することを目的としており（同法1条）、都市計画は、農林漁業との健全な調和を図りつつ、健康で文化的な都市生活及び機能的な都市活動を確保すべきこと並びにこのためには適正な制限のもとに土地の合理的な利用が図られるべきこ

とを基本理念として定めるものとされている（同法2条）。

そして、「都市計画」とは、「都市の健全な発展と秩序ある整備を図るための土地利用、都市施設の整備及び市街地開発事業に関する計画で、次章の規定に従い定められたものをいう」とされ（同法4条1号）、「都市施設」とは、「都市計画において定められるべき第11条第1項各号に掲げる施設をいう」とされている（同条5号）。

その上で、同法11条は、都市施設に関する都市計画を定めており、その1項において都市施設の種類を定めている。旧法では、都市計画とは、交通、衛生、保安、防空、経済等に関し永久に公共の安寧を維持し、または福利を増進するための重要施設の計画であるとされていたため、主務大臣が重要施設であると定めるものは、すべて都市計画に定めることができた。他方、現行法においては、旧法の抽象的な規定に代えて都市施設をその都市機能別に列挙することとし、その範囲を明確にしている。

そして、最判2006（平成18）・11・2民集60巻9号3249頁（小田急高架化事業認可取消訴訟）はこのような都市計画法の趣旨に則って都市施設が配置されるべきことを判示している。

よって、都市計画において定めるべき都市施設を欠落させた都市計画決定は「重要な事実の基礎を欠く」との理由で「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。またそれゆえ、当該都市施設に関して都市計画決定がなされていない状況の下でのその設置行為は違法となる。

#### イ 市街化区域内の「都市施設」に関する都市計画法の定め

都市計画法は、都市施設の必要性に関する都市計画決定者の判断を合理的なものにするため、「都市施設は、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ること」とし（同法13条1項11号前段）、特に「市街化区域については、少なくとも道路、公園及び下水道を定

める」ものとし、第一種低層住居専用地域などの一定の地域内については、義務教育施設をも定めることとしている（同号後段）。このほか、法令や通達において、必要性に関する指針を与えるものとしている。

都市施設は、周辺住民の生活に与える影響が大きく、しかも、計画年数が長くなることが通常であるため、都市計画において適切な規模で必要な位置に配置すべきものである。この点について、最判2006（平成18）・9・4判時1948号26頁（林試の森事業認可処分取消請求事件）は、「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」と判示している。

市街化区域に配置すべき都市施設について、都市計画法があえて「少なくとも道路、公園及び下水道を定める」（同法13条1項11号）との規定を設けた理由は、「道路、下水道および公園の完備が快適な都市生活を保障するためのすべての都市に共通した最低限の条件であること」にある。これらの都市施設の規模と位置が周辺住民の生活に多大な影響を及ぼすこと、たとえば下水道が都市計画において定めることが必須とされているのは、浸水防止という水害対策上の重要性があるからである。また、第一種低層住居専用地域などの一定の地域内について義務教育施設を定めるものとしている理由は、「それらの地域の性格上当然に義務教育の通学者が大量に居住することが予想される」ことにある。これらの点は本件調整池の設置にとっても重要な考慮事項だと考えられる。本件調整池は浸水防止という水害対策上の重要性を持つこと、および、本件調整池の区域が義務教育施設の予定地であったことは、都市計画の決定にあたって重要な要素であって、それゆえ都市計画決定が必要とされる施設と解されるからである。

たしかに、同法11条1項各号に掲げる施設は、すべての都市計画区域において必ず決定されるのではなく、それらのうち必要なものが都市計画に定められるとされている。しかし上述のように、本件調節池が水害防止のための都市施設であること、この施設が義務教育施設の予定地という目的を変更して設置されることを考慮すれば、大規模な本件調節池の設置にあたっては、都市計画決定を経ることが住民の生活にとって「円滑な都市活動を確保し、良好な都市環境を保持する」（前掲の最判2006〔平成18〕・9・4）上で不可欠であったと考えられる。

ウ 調節池は法令および国土交通省の『都市計画運用指針』においてどのように位置づけられているか

同法11条1項は「都市施設」について定めており、同項14号の政令で定める施設の中には「防水の施設」が挙げられている。そして、国土交通省の「都市計画運用指針（第11版）」は、まず、調節池を含む河川と都市計画との関係について、基本的考え方を次のように示している。

「河川はその整備により市街地の安全性を向上させるほか、上記のように多様な機能〔治水上の機能、オープンスペース機能、都市景観機能、地域活性化機能、防災機能〕を有する施設であり、周辺の土地利用や都市施設と機能上密接に関連するため、積極的に都市計画に定めるものとし、特に市街化区域内においては道路、公園、下水道と同様都市計画決定すべきである」。「また、河川の都市計画決定に当たっては、周辺の土地利用の現況及び将来の見通しを勘案し、道路、公園等の他の都市施設と調和がとれ都市環境の向上に寄与するよう定めることが望ましい」（同指針276頁）。

その上で、同指針は調節池を「防水の施設」と位置づけて、次のように取り扱うことが望ましいとしている（ここにいう「望ましい」とは、国の見解によれば、「制度の趣旨等から、記述された事項による運用が想定されていると国が考えているもの」とされている）。

「調節池については、法第11条第1項第14号の政令で定める施設の「防水の施設」として都市計画決定する。なお、調節池から流出する河川について、改修計画がある場合にはその部分を河川として都市計画決定する」（同指針278頁）。

すなわち、同指針は、調節池について、同法11条1項11号の政令で定める施設の「防水の施設」として都市計画決定するのが「望ましい」としているのであるが、その理由は、都市計画制度の趣旨から、そのような運用を国が原則として想定していると解されるのである。

市街化区域において河川関係の都市施設が「防水の施設」とされる場合、都市水害を防止するための施設として、下水道に類似する位置づけが与えられている。この点は、後述の第2で示す特定都市河川浸水被害対策法が調節池を雨水貯留浸透施設として下水道施設と同等の「浸水被害の防止を図るための施設」として位置づけていることから明らかである。

また、判例においても都市河川は都市施設としてこのような面が重視されている。たとえば、排水路（溝渠）に落ちて児童が溺死した事案について、最判1984（昭和59）・11・29民集38巻11号1260頁（京都市都市排水路児童溺死事件）は「市街地にある普通河川は、都市排水路としての機能ばかりでなく、都市空間の確保等の機能の面においても住民の生活に密着した都市施設としての性格が極めて強いのであつて、本件の場合においても、前示事実関係のもとにおいては、上告人〔京都市〕は、地域住民の要望に答えて都市施設である排水路としての機能の維持、都市水害の防止という地方公共の目的を達成するべく、本件改修工事を行い、それによつて本件溝渠について事実上の管理をすることになつたものというべきであつて、本件溝渠の管理に瑕疵があつたために他人に損害を生じたときは、国家賠償法2条に基づいてその損害を賠償する義務を負うものといわなければならない」判示している。

このように、市街地における「防水の施設」は、地方自治体が強度の管理責任を負う都市施設であつて、都市計画においてこれを決定することが都道府県

の裁量に委ねられているとしても、都市計画において決定することが強く要請されている都市施設なのである。このことを考慮すれば、調節池に関する上記の点をまったく考慮に入れなかった場合や決定を経なかったことについて合理的な理由がない場合には、当該調節池の設置について、「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」（前掲の最判2006〔平成18〕・11・2）ということになる。

#### エ 小括

以上の通り、国土交通省の都市計画運用指針が、都市計画制度の趣旨から、調節池について、「防水の施設」として都市計画決定する運用を原則として想定していること、また、調節池は、都市水害を防止するための施設として、下水道と同様に（特定都市河川浸水被害対策法は調節池を雨水貯留浸透施設の一種として、下水道管理と一体として捉えている）、都市計画において決定することが強く要請されている都市施設だと解されること、そしてこれらの点を考慮することなく調節池の設置を都市計画決定に含めないことは裁量権行使の逸脱・濫用にあたることは明らかである。それゆえ、都市計画決定を経ることなく本件調節池を設置する行為は違法と解されることになる。

- (3) 本件調節池は被控訴人東京都の見解に照らしてみても都市計画決定を経るべき都市施設であること

#### ア 被控訴人東京都の見解

被控訴人東京都は、求釈明に対する回答で、都市計画による都市計画制限や土地収用特権に着目し、本件調節池については都市計画決定を経る必要がないとの見解を示している。そしてこの回答の中で、①東京都が予定する都市施設の予定地に東京都の以外の者の所有地があり、将来的に円滑な用地取得を確実にしておく必要がある場合と、②都市計画により他の都市施設（上下水道といったインフラや地下鉄等）と調整をしなければ、設置を予定している都市施設の目的が実現できないような場合に、都市計画決定を経ているとしている。

すなわち、「都市計画により他の都市施設と調整をしなければ、設置を予定している都市施設の目的が実現できないような場合」に都市計画決定を経るべきことについて、争いはないと思われる。そうすると、予定されている都市施設を設置するには他の都市施設を廃止しなければならない場合や行政財産を普通財産に変更しなければならない場合には、当該施設は都市計画決定を経なければならないことになる。

そこで、以下、被控訴人東京都の上記見解の②における「他の都市施設」、つまり本件調節池を設置するために廃止または変更された都市施設について検討を行う。

#### イ 市道の廃止について

本件調節池の設置場所とされた西田スポーツ広場には中央部に市道が設けられていた。本件調節池の設置工事はこの市道が存在する状態で開始された。この経緯は時系列で示せば以下の通りである。

1985(昭和60)年3月28日 町田市が本件調節池の対象区域となる土地を取得。この後、上記土地を行政財産(教育財産)として市教育委員会の管理とする。また、上記土地の中央部に市道を設置する。

1986(昭和61)年1月10日 西田スポーツ広場管理運営委員会と広場協定書を締結。上記協定書に基づく目的外使用許可は2015(平成27)年3月31日まで。

2015(平成27)年2月24日 上記土地について行政財産の用途廃止(普通財産に変更)。

2015(平成27)年3月27日 町田市長と東京都知事が「基本協定書」を締結。

2015(平成27)年4月1日 土地の使用貸借契約に基づきスポーツ広場として利用。

2018(平成30)年9月30日 上記使用貸借契約の期間満了。

2018(平成30)年12月24日 西田スポーツ広場(市道・南40号を含む)を閉鎖。同日より本件調節池の設置工事に着工。



2019（平成31）年2月20日 町田市議会に市長が市道・南40号の路線廃止を提案。

2019（平成31）年3月28日 市議会が市道・南40号の路線廃止を議決。

2019（平成31）年4月8日 市道・南40号の路線廃止。

上記時系列から明らかなおり、市道という都市施設が存在している状態で、本件調節池の設置工事が始められている。つまり本件調節池の設置工事は、他の都市施設（市道・南40号）と調整をしなければ、開始できないにもかかわらず工事開始をしてしまったのである。またそもそも、本件調節池は市道廃止の手続を済ませてからでなければ、その目的が実現できないような都市施設に該当する。

なお、本件調節池は、2017（平成29）年12月には鹿島・大林組 JV と契約して、着工できる状態となっていた。その後、下請け予定者の不祥事で契約できないことになり、再入札・契約して、上記のとおり2018（平成30）年12月24日に着工となったという経緯がある。本件調節池の設置工事は、他の都市施設（市道・南40号）と調整をしなければ開始できないにもかかわらず、その1年以上前に工事の契約をしてしまっていたのである。

以上から、本件調節池の設置工事は、市道・南40号との関係からみて、被控訴人東京都の見解の「②都市計画により他の都市施設（上下水道といったインフラや地下鉄等）と調整をしなければ、設置を予定している都市施設の目的が実現できないような場合」に該当するにもかかわらず都市計画決定を経ていない点で、被控訴人東京都の見解に基づいても違法である。

ウ 本件調節池の建設予定地である西田スポーツ広場について

西田スポーツ広場は、地方自治法244条の「公の施設」ではなく、町田市が学校建設予定地として確保した土地を、学校建設までの暫定利用として地域のスポーツ振興の場として活用したことから始まった（上記1986年の町田市と西田スポーツ広場運営委員会との協定書の締結による）。町田市が行政財産の目的

外使用許可（2015年3月31日まで）に基づき、貸し出しを行っていたが、その後、東京都が「地下に設置する調節池、これに付帯する河川管理施設及び地上利用施設の整備を行う用地」として使用するため、町田市はこの行政財産を普通財産に変更した。変更後も、土地の使用貸借契約（2015年4月1日～2018年9月30日）に基づき、この土地はスポーツ広場として利用されてきたところ、当該契約の期間満了によりその利用は終了した。行政財産の用途廃止（普通財産への変更）の時期は、2015年2月24日であり、その廃止の手続については市議会での決議等は経ておらず、学校教育部施設課長から財務部管財課長への「起案書」に基づいて行われており、その根拠として、地方自治法238条の2が挙げられている。本件調節池の建設のための、町田市と東京都との「基本協定書」に基づく使用貸借契約中、町田市は西田スポーツ広場を使用・収益・処分できない。また、調節池の工事の完了後に、上部利用に関する都市計画変更をするかどうかは未定である。

このように、西田スポーツ広場は少なくとも2015年2月24日に至るまで行政財産であり、都市施設としての広場（都市計画法11条1項2号）であった。被控訴人東京都が本件調節池を設置するためには、その予定地について行政財産（教育財産）としての用途廃止と普通財産への変更が不可欠であった。そうすると、本件調節池は西田スポーツ広場という他の都市施設をいったん廃止しなければ、その目的が実現できないような都市施設に該当することになる。

以上から、本件調節池の設置工事は、西田スポーツ広場との関係からみても、被控訴人東京都の見解の「②都市計画により他の都市施設（上下水道といったインフラや地下鉄等）と調整をしなければ、設置を予定している都市施設の目的が実現できないような場合」に該当することは明らかである。それにもかかわらず都市計画決定を経していない点で、本件調節池の設置工事は、被控訴人東京都の見解に基づいても違法である。

エ 埋蔵文化財の試掘調査について

西田スポーツ広場の一部には、町田市指定の遺跡がある（指定0681号、金森十号）。文化財保護法94条1項によれば、被控訴人東京都は本件調節池の設置工事を始める前に、埋蔵文化財の発掘をしなければならず、その発掘に係る計画の策定にあたっては、あらかじめ文化庁長官にその旨を通知しなければならない。この通知の受理は、同法184条1項6号および同法施行令5条1項5号の規定により、東京都教育委員会が行うものとされている。

ところが、被控訴人東京都は上記の手続をとることなく本件調節池の設置工事に着手したと推察される。上記の手続に関する被控訴人東京都の回答は「平成28〔2016〕年2月から3月にかけて遺跡発掘調査を行ったが、遺構・遺物は確認されなかった。その調査結果を同年3月、町田市教育委員会に報告したところ、同月、町田市教育委員会から本調査は必要ない旨の回答を得ている。」というものであるところ、文化財保護法上のこの種の報告等は東京都教育委員会に対して行うべきであるにもかかわらず、町田市教育委員会に対してこれを行ったというのであるから、本件調節池の設置工事の事業者として行うべき通知を被控訴人東京都は行っていないものと考えざるをえない。

本来、埋蔵文化財が存在しうる場所に都市施設を設置するにあたっては、その文化的な意義を考慮に入れた都市計画があらかじめ定められていなければならない（都市計画法13条2項）。本件調節池の設置が都市計画決定を経していないことから、文化財保護法の手続から外れた設置工事が本件において行われたと考えられる。

#### オ 「瑕疵の治癒」について

なお、被控訴人東京都の反論として、「本件調節池の設置工事の着手前に市道の廃止が行われるべきところ、当該廃止がその着手後になった点は違法であるが、その着手後に当該廃止の手続がとられたのであるから、工事着手の違法は治癒された」という見解が予想される。

しかし、治癒すべきは、都市施設に関する個々の廃止手続ではなく、他の都

市施設との調整を行うための都市計画の決定である。都市計画の決定手続において、公聴会や縦覧・意見書提出等の機会が住民等に保障されることによって、その調整が行われるのである。このような機会を保障する手続を被控訴人東京都が実施してはじめて「瑕疵は治癒された」という主張が成り立つのであるから、「工事着手の違法は治癒された」という見解は成り立たない。

#### カ 小括

以上のおり、被控訴人東京都の見解に基づいても、本件調節池の設置は、「都市計画により他の都市施設と調整をしなければ、設置を予定している都市施設の目的が実現できないような場合」に該当するので、都市計画決定を経るべきことは明らかであり、したがって、都市計画決定を経ていない本件調節池の設置は違法である。

#### (4) 結語

以上により、被控訴人東京都が、本件調節池の建設に関して、都市計画法に基づく都市計画決定を欠いた状態で設置工事を行っていることは違法である。

### 3 鑑定事項2について

(1) 境川について被控訴人東京都が「流域水害対策計画」を策定することなく本件調節池の建設を開始したことは、特定都市河川浸水被害対策法に反して違法である。

#### (2) 特定都市河川浸水被害対策法制定の趣旨

特定都市河川浸水被害対策法は、2003（平成15）年6月5日に国会で可決・成立し、同月11日に公布され、翌2004（平成16）年5月15日に施行された。同法の目的は、1条で次のように示されている。

「この法律は、都市部を流れる河川の流域において、著しい浸水被害が発生し、又はそのおそれがあり、かつ、河道等の整備による浸水被害の防止が市街化の進展により困難な地域について、浸水被害から国民の生命、身体又は財産を保

護するため、当該河川及び地域をそれぞれ特定都市河川及び特定都市河川流域として指定し、浸水被害対策の総合的な推進のための流域水害対策計画の策定、河川管理者による雨水貯留浸透施設の整備その他の措置を定めることにより、特定都市河川流域における浸水被害の防止のための対策の推進を図り、もって公共の福祉の確保に資することを目的とする。」

近年、都市部で人口の集中や資産の集積が進行する一方で、ヒートアイランド化等による集中豪雨により都市機能を麻痺させるような都市型水害が多発するようになっている。同法は、こうした状況に鑑みて、総合的な浸水被害対策を講ずるために制定された。具体的には、①河川区域内の整備だけでは十分かつ効率的な浸水被害対策を講ずることができないため、河川区域以外でも河川管理者が治水対策を行うことができるようにすること、②河川管理者や下水道管理者による対策だけでなく、民間事業者についても一定の責任を明確化し、雨水貯留浸透施設の設置の義務づけなどを行うこと、③河川行政と下水行政の関係機関が一体となって計画を策定することとし、それぞれの責任の明確化を行うこと、である。

なお、流域水害対策計画の対象河川を拡大することなどを内容とする同法の改正法が本年4月28日に可決・成立し、5月10日に公布された。

### (3) 特定都市河川浸水被害対策法に基づいて「流域水害対策計画」を策定する意義と境川についての現状

同法3条は、対策の対象となる「特定都市河川」および規制措置等の対象となる「特定都市河川流域」を国土交通大臣または都道府県知事が指定する旨を定めている。そして同法4条1項は、河川管理者と下水道管理者は共同して「特定都市河川流域」における浸水被害の防止を図るための対策に関する計画、すなわち「流域水害対策計画」を策定しなければならないものとしている。同条2項は、その計画で定めるべき内容として、浸水被害対策の基本方針のほか、特定都市河川の整備に関する事項(3号)、特定都市河川流域において当該特定都市

河川の河川管理者が行う雨水貯留浸透施設の整備に関する事項（4号）などを指示している。同条は、この計画を定める際の手続として、河川管理者等が国土交通大臣と協議し、その同意を得ること（3項）、学識経験者の意見を聴くこと（4項）、流域内の住民の意見を反映させるために公聴会の開催等の措置を行うべきこと（5項）を定めている。

このような流域水害対策計画と、河川整備基本方針・河川整備計画および下水道基本計画・下水道事業計画との関係について、国土交通省「特定都市河川浸水被害法施行に関するガイドライン」は、「流域水害対策計画は、当該特定都市河川流域において総合的な浸水被害対策を推進するために、特定都市河川の河川管理者、特定都市下水道の下水道管理者並びに関係都道府県知事及び市町村長（以下「河川管理者等」という。）が共同して策定するものであること。」（第3章第1節）としている。

また、上記ガイドラインの解説は、河川整備基本方針、河川整備計画との関係について、「流域水害対策計画は、当該特定都市河川流域における河川整備基本方針の中で定められている河川の整備の基本となるべき事項（基本高水、計画高水流量等）、河川整備計画の中で定められている河川整備計画の目標に関する事項（計画対象区間、計画対象期間等）、河川整備の実施に関する事項（河川工事の目的、種類、施工箇所等）、および河川整備の実施状況等を勘案し、これらと整合を図って策定するものとする。」「流域における雨水貯留浸透施設の整備を河川管理者が行う場合は、既定の河川整備計画を点検の上必要箇所をすみやかに見直すことが原則となる。」とし、下水道基本計画、下水道事業計画との関係について、「流域水害対策計画は、当該特定都市下水道における下水道基本計画（全体計画）の中で定められている雨水計画（雨水の排水区域、計画雨水量等）、下水道事業計画の中で定められている排水施設の配置、構造及び能力並びに予定処理区域、および下水道整備の実施状況等を勘案し、これらとの調整を図って策定するものとする。」としている。

よって、流域水害対策計画を策定する意義は、「浸水被害対策の総合的な推進のため」（1条）に、河川管理者・下水道管理者・関係都道府県知事・市町村長が共同して施策を講じること、そのために各々の方針や計画を見直して整合するように定めることである。そうすると、流域水害対策計画に基づくことなく、個別の河川管理者が個別機関の観点から水害対策施設を設置することは、「浸水被害対策の総合的な推進」という同法の趣旨および流域水害対策計画の意義に反するといわなければならない。

本件の境川とその流域については、同法に基づいて、2014（平成26）年2月14日に神奈川県知事が、同年6月1日に東京都知事が「特定都市河川」と「特定都市河川流域」に指定した。したがって、境川については、流域水害対策計画を策定することが義務付けられている。しかし、現在に至るまでこの計画は定められていない。その理由は不明であるが、被控訴人東京都によれば、「境川の流域水害対策計画については、平成28〔2016〕年に流域県市と共同して河川整備計画と同じ内容を取り込んだ素案を策定し（乙39）、パブリックコメントも実施して手続を進めているところである」というのが現状だとされている。指定から7年が経過したが、まだ素案の段階であって、各機関や住民などと調整中であるにもかかわらず、個別の水害対策施設として本件調節池を設置しようとすることは、同法に照らしてみれば、たいへん危険な行為と評価せざるをえない。

#### （4）雨水貯留浸透施設としての本件調節池

同法6条は、河川管理者による雨水貯留浸透施設の整備を定めている。本件調節池は、「雨水を一時的に貯留……する施設であって、浸水被害の防止を目的とするもの」（同法2条6項）であるので、雨水貯留浸透施設の一つである。

国土交通省の上記ガイドラインは、同条の雨水貯留浸透施設について「法第6条1項に規定する河川管理者が整備する雨水貯留浸透施設については、当該施設の必要容量及び調節効果並びに当該区域の地形・地質及び土地利用条件等を

勘案して、適切な構造形式を選定すること。また、河川管理者が整備する雨水貯留浸透施設は、都市における貴重なオープンスペースとなり得るものであることから、他の関係機関と連携しつつ、平常時におけるビオトープ及び運動公園等の多目的複合利用を積極的に推進する等、その有効かつ効率的な整備及び運用を図ること。」と定めている（第3章第3節）。

本件調節池の上部を将来的に運動場とする予定があることは、上記ガイドラインに沿うものといえよう。とはいえ、そのような多目的複合利用は、関係機関や住民らとの協議・調整・意見反映の結果として推進されるべきである。

ところで、神奈川県・東京都ほか『境川流域水害対策計画（素案）』には、本件調節池がまったく出てこない。その28頁には整備位置図があるが、⑨洪水調節施設整備（鶴瀬橋上流管理境から根岸橋の間）のうち、どこに調節池を作るかは書かれていない。素案にすら記載がない状況で本件調節池の設置工事が進められているという現状は、神奈川県および関係市との間で調整を行うことができないか、または、調整を行うことなく設置が進められていることを意味する。これは、前述のとおり、特定都市河川浸水被害対策法1条の「浸水被害対策の総合的な推進」に逆行する施策であり、浸水被害対策上きわめて危険な行為である。特に、河川の流域水害対策は下流から対応策を講じなければならないのであるから、神奈川県等との調整が不可欠であるにもかかわらず、それを欠いたままで本件調整池を設置することは危険であって、被控訴人東京都は工事を中止しなければならない。

#### （5）結語

以上のとおり、特定都市河川浸水被害対策法に基づく特定都市河川の指定を受けた境川について、同法に基づく「流域水害対策計画」を策定しない状態で本件調節池の設置工事を行うことは、同法に反して違法である。



#### 4 鑑定事項3について

(1) 本件調節池の建設と上流の河床掘削が密接不可分の計画であることは、本件調節池に関する行政目的、都議会での答弁、被控訴人東京都の準備書面での主張等からして明らかである。また、上流の河床掘削のみを取り上げて地域住民が争うのは困難である。よって、これらを分断して判断した原判決は、原告・控訴人らに対して不可能な救済手段を強いる点で不適切であり、取消しを免れない。

(2) 河川法および特定都市河川浸水被害対策法に基づく水害防止制度の趣旨

河川法16条の2が定める河川整備計画および特定都市河川浸水被害対策法4条が定める流域水害対策計画は、いずれも流域の水害防止をその重要な目的とし、流域全体の管理という考え方に基づいてその目的を達成しようとしている。境川についても、上流部の河床掘削と下流部の本件調節池の設置とは一体として流域の水害防止という目的を達成するものでなければならない。このような趣旨から外れる河床掘削工事は違法であり、また、この種の違法工事が行われうる状況の下で被害の拡大を招きかねない施設の設置工事を行うことも、上記の趣旨から外れるので、違法だと評価される。

(3) 境川の水害防止に関する被控訴人東京都の見解

境川における近年の水害（2008〔平成20〕年8月豪雨、2016〔平成28〕年8月台風9号）の発生場所は、いずれも本件調節池より上流である。本件調節池がこれらの水害被害発生地における被害の防止・軽減することに寄与するのは、本件調節池を建設した上で、調節池を担保として、水害被害発生地周辺（調節池よりも上流部分）の河床掘削をする場合に限られる。したがって、水害被害発生地である上流部における河床掘削とその下流部に計画されている本件調整池の設置は、両者が一体となってはじめて水害対策の目的を達しうるものなのである。

この点について、被控訴人東京都は、東京都議会の環境・建設委員会（2018

[平成30]年2月20日)での東野寛河川部長の答弁でも、「境川では将来、時間六十五ミリの降雨に対応する調節池を先行整備することで都管理区間の治水安全度の早期向上を図ることといたしました。境川金森調節池はその一つでございまして、整備によって下流の鶴瀬橋までの区間の治水安全度を向上させるとともに、調節池を担保に河床掘削を行うことで、上流の流下能力の向上も図ることが可能となります。これによりまして、二十八年八月に護岸上端近くまで水位が上昇した金森調節池を整備する西田スポーツ広場下流の鶴間小学校付近に加え、二十年に溢水被害が発生したJR町田駅周辺など、上流部につきましても治水安全度が向上いたします。」「河川は下流に行くに従い、下水道や周辺の水路などから洪水が流入いたしまして、流量がふえてまいります。下流に対しましては、都県管理境でございまして鶴瀬橋上流までに流入する陸地からの雨水のうち、河道の能力を超える部分を取水いたしまして、あらかじめ水位を低下させることで、都県境までの間で浸水被害を軽減することができます。上流に対しましては、調節池で洪水を取水し、下流への負荷を低減することで、上流の河床を掘削することが可能となりまして、安全性を向上させる効果がございます。お話にございまして、金森調節池は下流だけでなく上流にも効果が及ぶものでございます。」と述べている。

すなわち、本件調節池は、上流部における河床掘削と一体となってはじめて水害対策の目的を達しうるものとされているのである。

また、被控訴人東京都は、控訴審準備書面(1)でも、「本件調節池を担保として上流部の河床掘削を行うことにより、他の調節池が整備されるまで暫定的に(過去に水害が発生した)上流域の治水安全度を向上させることができる」と、同趣旨のことを述べている。

以上のとおり、本件調節池の設置と上流部の河床掘削が不可分であることは、本件調節池に関する行政目的、都議会での答弁、被控訴人東京都の準備書面での主張等からして明らかである。

#### (4) 原判決の事実認定とその問題点

そして、本件調節池を建設し、本件調節池を担保とした上流部の河床掘削を  
すると、本件調節池の容量が満水となった以降は、金森調節池周辺の洪水安全  
度はむしろ低下することに関して、原判決は以下のように認定している。

「原告らは、本件調節池を担保とした上流部の河床掘削は、本件調節池が満水  
となれば、かえって水害の危険性を増大させる旨主張し、前記石崎もこれに沿  
う意見を陳述（甲67・5~7頁）及び証言（証人石崎14、15頁）する。

しかしながら、上記の危険性は上流部の河床掘削を実施して初めて生じるも  
のであって、本件調節池の設置によって直ちに生じる性質のものではないし、  
被告は、上記の河床掘削を行う場合には、下流部の河道の整備状況を踏まえて  
シミュレーションを行い、その区間や規模を決定するというのであって（乙41・  
6頁、証人小田中14、27、28頁）、これによれば、下流の水害の危険性を増大さ  
せるような河床掘削が行われるとはおよそ考え難い。」

すなわち、原判決は、まず、上流部の河床掘削を実施することで上記危険が  
生じることを認めている。その上で、本件調節池の設置と、本件調節池を担保  
とした上流部の河床掘削とを、あえて分断し、上記危険は前者によって直ちに  
生じるものではないとし、かつ、後者について被控訴人東京都が現時点でどの  
ような河床掘削を行うか（範囲、規模等）は未定であるとしているにもかかわ  
らず、「下流の水害の危険性を増大させるような河床掘削が行われるとはおよ  
そ考え難い」という根拠のない推測に基づいて、請求を棄却したのである。

河床掘削の工事着手が被控訴人東京都の裁量に委ねられていること、それゆ  
え「下流の水害の危険性を増大させるような河床掘削」が法的に行われる可能  
性があることを考慮するならば、被控訴人東京都は、本件調節池の設置工事を  
行う前提として、「上記の河床掘削を行う場合には、下流部の河道の整備状況  
を踏まえてシミュレーションを行い、その区間や規模を決定する」という内容  
の河川整備計画や流域水害対策計画を定めておかなければならない。これが定

められてはじめて、原判決の推測が成り立つのである。したがって、これらの計画が定められていない状況下での本件調節池の設置工事は、上流部の違法な河床掘削工事を誘発しかねないものと評価せざるをえない。

- (5) 本件調節池設置の必要性およびその公共性の有無に関する判断においては、上流部の河床掘削の問題を含めて考慮しなければならないこと

本件調節池の設置と上流部の河床掘削が不可分であることは、上述のとおりである。

さらに、河床掘削は、その性質上、河川内で実施されるものであり、その実施の時期も、その範囲・規模についても、周辺住民が知る間もなく、実施され、工事が完了してしまうことが通常である。しかも、本件訴訟の控訴人らにとっては、上流部の河床掘削ということになり、なおさら、その実施の時期・範囲・規模を知る手がかりが乏しいものといわなければならない。そうすると、本件調節池設置の必要性およびその公共性の有無に関する判断においては、これと不可分の関係にある上流部の河床掘削の問題を含めて考慮しなければならないことは明らかである。

こうした問題に加えて、上流部の河床掘削により、本件調節池が満水となった後は、かえって本件周辺地域の水害の危険性を増大させるという問題が生じること、本件において考慮されなければならない。この点について、被控訴人東京都は、具体的に、反論の主張立証をしなければならず、単に「シミュレーションを行って本件調節池の能力（貯留量約15万 $\text{m}^3$ ）の範囲で施行する」といった抽象的な記載のみでは主張立証を尽くしたことになる。なぜなら、河川整備において、むしろ水害の危険性が増大するという事態は、本来の行政目的と逆行する由々しき問題であり、行政側が行政目的に合致することの説明責任を負うからである。

- (6) 結語

本件調節池設置の計画と上流部の河床掘削の計画とが不可分の関係にあるこ

とは、本件調節池に関する行政目的、都議会での答弁、被控訴人東京都の準備書面での主張等からして明らかである。また、上流の河床掘削のみを取り上げて地域住民が争うのは困難である。よって、これらを分断して判断した原判決は、原告らに対して不可能な救済手段を強いる点で不適切であり、取消しを免れない。

#### 5 上記違法性と民事訴訟上の工事差止めとの関係について

以上の通り、本件については行政法に照らして3点の違法性がある。甲95に示されているとおり、行政法上の客観的違法性が明らかとなった。そこで、この客観的違法性が、本件民事訴訟上の工事差止めに対して有する意義を、以下、考察する。

民事訴訟上の工事差止めについては、①加害行為の内容と、被害の性質・内容、②被害防除・軽減措置の状況、③加害行為の社会的有用性・公共性、④加害行為の行政的基準の遵守状況などを総合的に比較考量し、受忍限度を超えるような加害行為が違法と評価され、差止めるべきものとなる。

今回、甲95岡田教授鑑定意見書(2)で指摘された、本件調節池工事に関わる客観的違法性は、上記要素のうち、③加害行為の社会的有用性・公共性が、欠如ないし減少していることを示すと共に、④加害行為の行政的基準の遵守状況において重大な欠如があったことを示すものである。

よって、裁判所は、被控訴人が境川の浸水防止を内容とする河川整備計画と流域水害対策計画を策定し、その中で本件調節池の位置づけと、少なくとも流域の水害の危険性を増大させないことを明確にするまでの間、これらの計画が欠落した状態の下で本件調節池を設置することの危険性に鑑みて、被控訴人東京都の実施する本件調節池の設置工事は差止めなければならない。

以 上