

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（3）

令和3年7月27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

控訴理由書第1の3河川管理の瑕疵に関する最高裁判決も参照されるべきであること（控訴審における主張の補充）について補充主張

1	はじめに .....	2
(1)	はじめに .....	2
2	河川管理の瑕疵に関する最高裁判決の分析 .....	2
(1)	野山宏調査官による河川管理の瑕疵に関する最高裁判決の分析 .....	2
(2)	本件において考慮されなければならない事項 .....	6
3	福井教授の意見書（甲90） .....	10
(1)	河川改修についての基本的な原理 .....	10
(2)	大東水害事件最高裁判決 .....	10
(3)	大東基準は、基本的な河川改修原理のあり方と、安全性に関する最低基準を示したものであること .....	11
(4)	原判決への批判 .....	14
(5)	結論 .....	18

## 1 はじめに

### (1) はじめに

控訴人らは、控訴理由書第1の3において、河川管理の瑕疵に関する最高裁判決を確認し（4頁～5頁）、これらについて分析した野山宏調査官による「調査官解説」（甲78・492頁～502頁）を要約して、河川管理の瑕疵に関する最高裁判決の規範を分析した（6頁～10頁）。

その上で、本件においても、これら最高裁判決が示した点は、考慮されなければならないことを述べた（10頁～14頁）。

### (2) 福井秀夫教授の意見書（甲90）

控訴人らは、この点について、福井秀夫政策研究大学院大学教授から、意見書の提出を受けた（甲90）。

福井教授は、国土交通省にて河川行政の豊富な実務経験を有している（甲90の8頁注10 福井教授は、「河川管理責任者として、河川関係訴訟に加え、愛知、岐阜、三重、長野、静岡管内の河川改修事業、河川法の運用に従事していた」）。

福井教授は、現在は行政法の研究者として教鞭をとっているほか、政府の審議会における活動も多数経験されている（甲90意見書末尾の履歴書）。また、著書・論文も多数あり、学会における論説賞を受けたものも多数ある（甲90意見書末尾の賞罰、主要著書）。

控訴人らは、福井教授に対して、河川管理の瑕疵に関する最高裁判決と本件の関係について鑑定を依頼したが、福井教授は、当該各事項について専門的知見を有する専門家である。

以下、控訴理由書第1の3河川管理の瑕疵に関する最高裁判決の分析と本件との関係を再論した上で（2）、この点に関する福井教授の意見を引用し、本件でもこれらが考慮されなければならないこと（3）、を述べる。

## 2 河川管理の瑕疵に関する最高裁判決の分析

### (1) 野山宏調査官による河川管理の瑕疵に関する最高裁判決の分析

（本項は「調査官解説」（甲78・492頁～502頁）の要約引用である。）

ア 「河川管理の特殊性」とは、河川が有すべき安全性とは何かを考える際に考慮すべき要素及び右要素を考慮した結果としての河川が有すべき安全性の内容を示したものである。これは、河川管理の瑕疵を考えるに当たり、全ての河川（河川法の適用又は準用のある河川か普通河川かを問わない）に当てはまる考え方、考慮要素である。最一小判昭59年1月26日民集38巻2号53頁（大東判決）の57～58頁，最一小判平2年12月13日民集44巻9号1186頁（多摩川判決）の1195～1196頁が、これに該当する。これを要約すれば次のようである。

- ① 河川は、自然の状態で公共の用に供され、自然的原因による災害の危険性を内包し、その「通常備えるべき安全性」の確保は治水事業を行うことにより達成されていくことが当初から予定されている。
- ② 全国の河川の治水工事には莫大な費用を要し、国民生活上の他の諸要求との調整を経て議会が配分する予算の下で、必要性・緊急性の程度の高いものから逐次実施するほかないという「財政的制約」がある。
- ③ 治水事業の実施に当たっては、流域全体について調査・検討を経て計画を立て、緊急に改修を要する箇所から段階的に、原則として下流から上流に向けて行うことを要するなどの「技術的な制約」がある。
- ④ 流域の開発等による雨水の流出機構の変化、低湿地域の宅地化及び地価の高騰等による治水用地の取得難その他の「社会的制約」がある。
- ⑤ 危険区間の一時閉鎖等の危険回避の手段を採ることができない。
- ⑥ 改修の不十分な河川の安全性としては、治水事業の過程における河川の改修、整備の段階に対応する安全性で足りるとせざるをえない。

イ （中略）

「過渡的安全性」とは、一定の低い水準にある安全性」のことではなく、「改修、整備の段階に対応した安全性」のことであって、改修、整備が進むと、求められる安全性も高まるものである（改修が進むと当該河川の「過渡的安全性」も相対的にレベルの高いものになる）。

（中略）

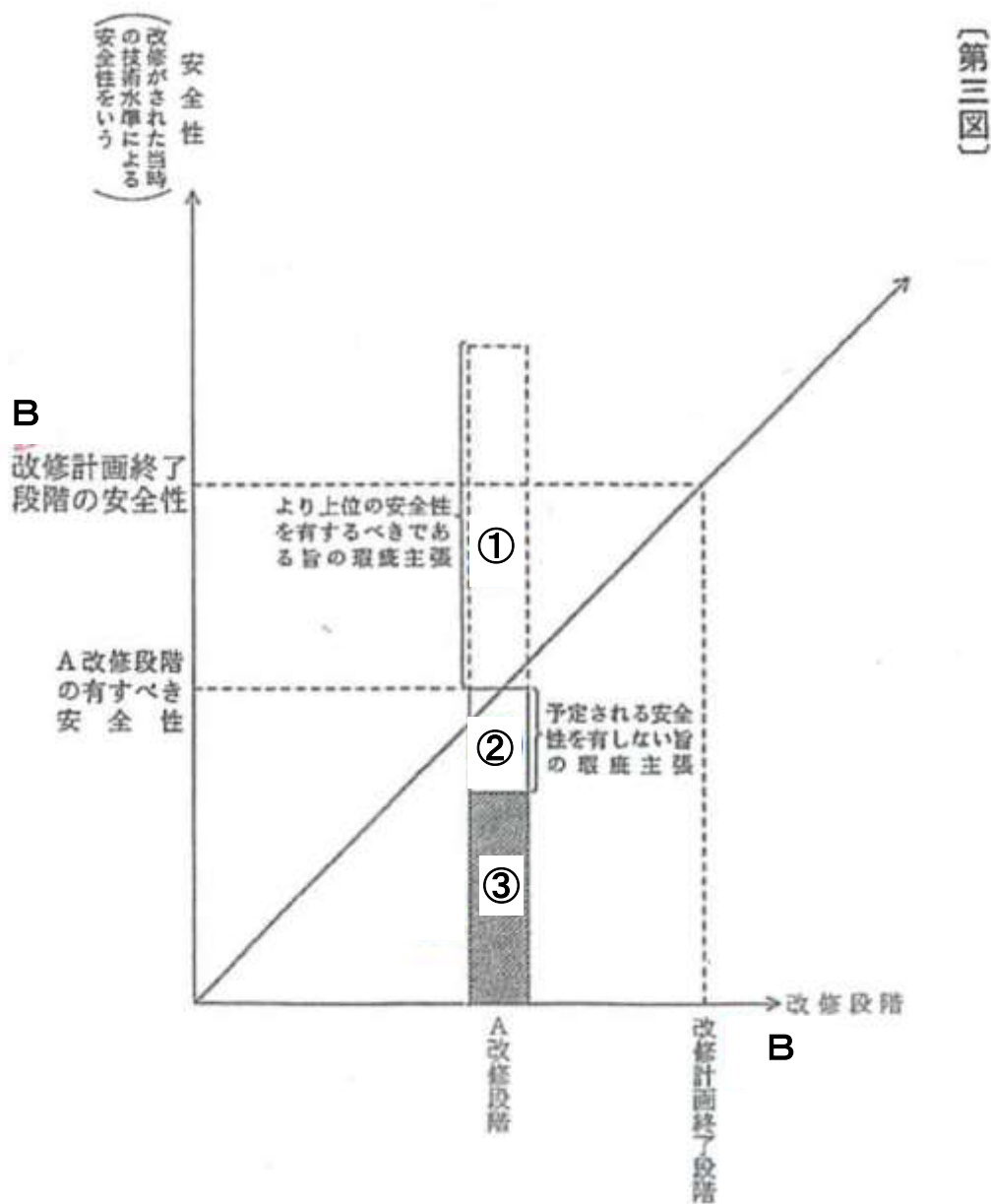
段階的安全性又は過渡的安全性とは、河川が通常有すべき安全性を欠く状態にあっても、そこに至る（過渡的）段階に対応する安全性（段階的安全性・過渡的安

全性)を備えていれば河川管理の瑕疵があるとはいえないということを示すための表現である。

(中略)

ウ 以上の安全性(段階的安全性・過渡的安全性)についての考え方の概略は、〔第三図〕のとおり図示される。

【代理人注】第三図の「①」「②」「③」及び「B」(2か所)は、代理人が加筆したものである。



調査官解説〔第三図〕からも明らかなように、未改修あるいは改修途上の河川の安全性は、原則としてその改修段階において予定されている安全性をもって足りると判断せざるを得ない。そして、このことは、河川については、① 改修計画終了段階において予定されている安全性を有していないこと若しくは予見可能な洪水を防ぐことのできる安全性を有していないことの一事をもって直ちに営造物の設置管理の瑕疵があるということとはできないことを示すと同時に、② 当該改修段階の有すべき安全性すら有していない場合（設計・工事・管理のミス等により当該改修段階において予定されている安全性が確保されていなかった場合）には原則として営造物の設置管理の瑕疵があることを示す、という二面性を持つ。

（ここまで「調査官解説」（甲29・492頁～502頁）を要約して引用した）

エ 段階的安全性又は過渡的安全性とは、河川が通常有すべき安全性を欠く状態であっても、そこに至る（過渡的）段階に対応する安全性（段階的安全性・過渡的安全性）を備えていれば河川管理の瑕疵があるとはいえないということを示すための表現である。

そして、その反面、その（過渡的）段階に対応する安全性（段階的安全性・過渡的安全性）を備えていなければ、河川管理の瑕疵があることを示すことになる。

このことについて、調査官解説第三図の横軸においては、0（ゼロ）改修段階からA改修段階へ、さらにA改修段階からB改修段階（改修計画終了段階）が図示されており、その各段階において、同第三図の縦軸において各段階に対応する安全性（段階的安全性・過渡的安全性）が求められる。

ただし、実際には、0（ゼロ）改修段階からA改修段階の間にも、A改修段階からB改修段階（改修計画終了段階）の間にも、改修段階は改修工事の数だけあり、その各段階において、同第三図の縦軸において各段階に対応する安全性（段階的安全性・過渡的安全性）が求められる。

調査官解説第三図の右肩上がりの斜め45度の直線は、まさにこのことを示しているのである。

以上のとおり、調査官解説第三図の横軸における各段階において、同第三図の右肩上がりの斜め45度の直線で示される安全性（これがまさに段階的安全性・

過渡的安全性である)を備えていなければ、河川管理の瑕疵があるといえる。

(2) 本件において考慮されなければならない事項

ア 上記最高裁判決は、国賠法2条1項の営造物の設置又は管理に瑕疵があるとする事案であり、本件とは事案の性質は異なる。

しかしながら、上記最高裁判決が示した以下の各点は、河川管理施設ないし河川整備事業の性質に照らして共通する事項であるから、本件においても、当然、考慮されなければならない事項である。

イ まず、河川管理についての瑕疵の有無は、「過去に発生した水害の規模、発生  
の頻度、発生原因、被害の性質、降雨状況、流域の地形その他の自然的条件、土  
地の利用状況その他の社会的条件、改修を要する緊急性の有無及びその程度等諸  
般の事情を総合的に考慮し、河川管理における財政的、技術的及び社会的諸制約  
のもとでの同種・同規模の河川の管理の一般水準及び社会通念に照らして是認し  
得る安全性を備えていると認められるかどうかを基準として判断すべきである」  
とされている。

これは、河川管理の瑕疵の有無に関する判示であるが、河川管理施設の整備の必要性・公共性の判断、すなわち、いつ、どこに、どのような種類の、どのような規模の河川管理施設を整備するか、という判断における考慮事項としても、当然、共通するものである。

ウ そして、「河川管理の特殊性」は、河川が有すべき安全性とは何かを考える際に考慮すべき要素及び右要素を考慮した結果としての河川が有すべき安全性の内容を示したものであり、河川管理の瑕疵を考えるに当たり、全ての河川(河川法の適用又は準用のある河川か普通河川かを問わない)に当てはまる考え方、考慮要素である。そして、本件調節池も、河川管理施設であるから、河川管理の特殊性は、そのまま、あてはまる。

その中でも、とりわけ、「治水事業の実施に当たっては、流域全体について調査・検討を経て計画を立て、緊急に改修を要する箇所から段階的に、原則として下流から上流に向けて行うことを要するなどの「技術的な制約」がある」との点、すなわち、下流原則が重要である。その内容は、以下のとおりである。

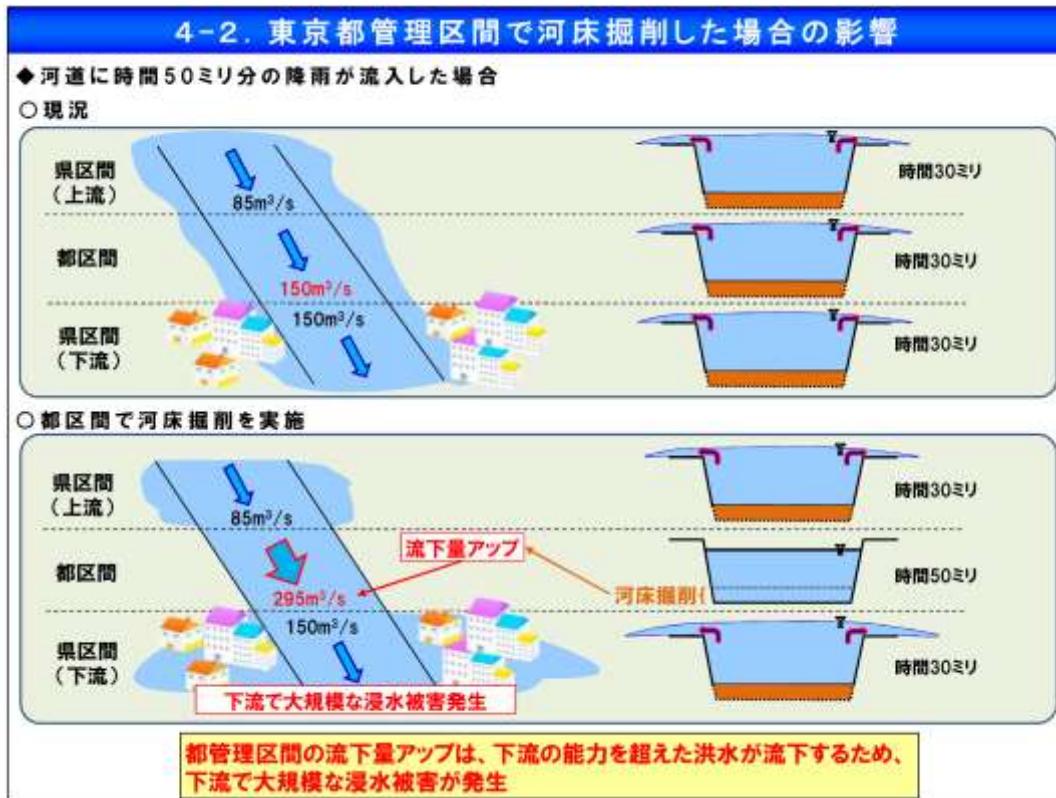
① 河床掘削は、河道の断面積を増加させることにより、河川の流下能力を向上させる工事である。河床を掘削し、河川の流下能力を向上させれば、より多くの

洪水を下流に流下させることができることになるから、河床掘削を行った周辺地域の治水安全度は向上する。

② ここで、河床掘削を、河川の上流部で行い、その下流部では行わないという場合には、下流部では、上流部の河床掘削を実施する前よりも、より多くの洪水が押し寄せることになり、下流部ではその洪水を流下させることができず、その結果、控訴人らの居住する中流部においては、水害の危険性は、工事前よりも増加することになってしまう。

③ 被控訴人自身、「東京都管理区間」では「時間雨量50ミリ（年超過確率1／6.3）対応による改修工事が実施されてきており、現在の護岸整備率は98%（平成27年度末（略））となっている一方で」「下流の神奈川県管理区間は未整備区間が多く残っているため、流下能力は時間雨量30ミリ対応程度に止まっている」「この状態で、被告管理区間における整備実施相当の流下量をそのまま神奈川県管理区間に流下させれば、下流の神奈川県管理区間において浸水被害が発生することは明らかである」（原審被告準備書面（1）3頁）と述べているが、これは、まさに上記の趣旨を言うものである（なお、小田中証人18頁～20頁は、「治水安全度」が低下するのではなく「より大規模な浸水被害が発生する可能性は高くなるという表現の方がよろしい」というが、実質的に意味にしていることは同じである）。

（甲9 4－2）。



- ④ それでは、反対に、下流部の流下能力を向上させる一方で、上流部をそのままにした場合はどうか。この場合は、河床掘削を行った下流部の周辺地域の治水安全度は向上するが、上流部はそのままであるので、上流部の治水安全度は変化しない。
- ⑤ ある箇所で事業を行うことにより、その周辺の治水安全度が向上するとしても、同時に他の箇所に不利益を生じさせる場合は、原則として、そのような事業は行ってはならない。河川の流下能力を向上させる河床掘削は、下流から順に行うこと、これが、河川整備の大原則である。
- ⑥ 被控訴人が作成した「東京都内の中小河川における今後の整備のあり方について」（甲2）でも、「通常、河川整備は下流から順に河道を拡幅もしくは掘削することで、所要の治水安全度を確保するのが原則である」（38頁）とあるのは、この趣旨を述べるものである。
- ⑦ もちろん、下流に守るべき住戸や財産が無い場合は、そもそも、下流の安全を気にする必要が無いのであるから、下流原則は修正する必要がある。しかし、境川は最下流部まで人口密集地帯であるから、下流原則を修正しなければならない根拠に欠けている。



- ⑧ また、本件の境川では、上流部と下流部を神奈川県が、中流部を被控訴人がそれぞれ管理しているが、このように管理主体が異なる場合でも、河床掘削を下流から行うべきという原則を変更すべき理由とはならない。

以上のとおり、河川において、上流部で水害が発生する場合、その上流部周辺を掘削すればその周辺は安全になるが、掘削した場所の下流は危険になる。これでは、上流部の水害が、下流部に転嫁されるだけのことになってしまう。この問題は、古くから、河川の上流と下流の対立、上下流問題として知られている問題である。それゆえ、河川においては、全体的にバランスを取りながら、原則として、下流から整備していく必要があるのである。このことは、河川工事の最も基本的な常識である。

- エ さらに、「改修の不十分な河川の安全性としては、治水事業の過程における河川の改修、整備の段階に対応する安全性で足りるとせざるをえない」（過渡的安全性、段階的安全性）とされている。

これは、河川改修が進めば、当然に安全度も上がっていくという考え方が前提となっている。河川改修によって、安全度が下がるなどという事態は、原則として想定されていない。河川整備における下流原則も、この考え方と整合するものである。このことも、河川管理施設の整備の必要性・公共性の判断にあたって、考慮しなければならない事項である。

- オ そして、河川改修計画は、「全体として、過去の水害の発生状況その他諸般の事情を総合的に考慮し、河川管理の一般水準及び社会通念に照らして」合理的なものでなければならない（判示は、「格別不合理なもの」であってはならないとするが、意味するところは同じである）。

河川改修計画は、上流と下流のバランス、右岸と左岸のバランスをはじめ、多くの者の利害に関係する重大な事項なのであるから、利害関係者が適切な情報開示を受け、意見表明の機会を与えられた上で、様々な利害を調整した上で、事前に合理的な計画が策定された上で、なされなければならない。

そして、仮に、当該河川の具体的な事情により、何らかの理由により上流部の整備を先行するのであれば、それは下流原則の例外的な取り扱いなのであるから、果たして、そのような例外的取り扱いをすることを正当化するだけの合理性があるかどうかについて、より一層、慎重に検討されなければならない。この

ような点もまた、河川管理施設の整備の必要性・公共性の判断にあたって、考慮しなければならない事項である。

### 3 福井教授の意見書（甲90）

#### (1) 河川改修についての基本的な原理

福井教授は、河川改修についての基本的な原理について、以下のとおり述べる。

「河川改修については、基本的な原理が存在する。特に、国民の生命、身体、財産を水害から守るための治水事業については、道路や公園など当初に人為的に設置する人工公物と異なり、元々自然界に存在し氾濫の危険を持つ自然公物たる河川を後から人為的に統制しようとするものであり、限られた予算の中で、現実に住民が氾濫可能性のある区域に多数居住している制約をも踏まえ、支出可能な予算の範囲内で、最大限関係住民の利益が守られるよう、適切な優先順位に基づき事業を実施することが求められる。河川改修事業について公共性、公益上の必要性が存在するというためには、このような基本的な原理に則っていなければならない。」（甲90意見書1頁）。

この一般論の限りでは、被控訴人においても異論はないと思われる。

#### (2) 大東水害事件最高裁判決

その上で、福井教授は、本件事件の実事関係（甲90意見書1頁～2頁）、原判決（同3頁～4頁）について整理した上で、大東水害事件最高裁判決を紹介した上で（同4頁～6頁）、以下のとおり述べている。

「大東基準は、公物管理一般について、自然公物か、人工公物かといった設置の経緯、事故の回避可能性、安全性の期待可能性などに応じた明晰な基準を示しており、その後の河川管理瑕疵判例のリーディングケースとなったのみならず、河川以外の公物の適切な管理のあり方にも重要な示唆を与えた。

もともと、大東基準が前提とする瑕疵の基準は、公物たる河川管理に起因して水害による第三者の損害が発生した場合の責任分担原則に関するものであり、不法行為法の設置管理瑕疵に関する基準であるから、少なくとも「大東基準を満たしているならば、水害被害があったとしても河川管理に瑕疵は

ない」という条件関係を示すものである。これが成り立つならば、対偶である「河川管理に瑕疵があるならば、大東基準を満たしていない」も成り立つ。

では、上記命題の逆である「大東基準を満たしていないならば、水害被害があった時河川管理に瑕疵がある」はどうか。大東最判ほか多くが請求棄却事例であるため、明示的に最判がこれを示すわけではないが、管理が大東基準を満たさず、それに起因する水害が発生したとき、最判が瑕疵を認定しない可能性があるとは想定し難いので、最判基準はこれも真であることを前提としていると考えて差し支えない。

したがって、「大東基準を満たすこと」(a)、「河川管理に瑕疵がないこと」(b)は、aならばbであり、bならばaである、という条件関係にあるから、相互に必要十分条件であり、同値である。

この観点からは、損害賠償責任の帰趨を決する国家賠償請求訴訟の局面では、破堤やいっ水による水害を避けるべき管理義務の判定については、大東基準を順守していれば管理責任を免れることになる。」(甲90意見書6頁～)

この論理も、被控訴人においても異論はないと思われる。

(3) 大東基準は、基本的な河川改修原理のあり方と、安全性に関する最低基準を示したものであること

その上で、福井教授は、「大東基準のさらに重要な含意は、基本的な河川改修原理のあり方と、安全性に関する最低基準を示したことである」として、以下のとおり述べている(下線は代理人)。

「しかし、大東基準のさらに重要な含意は、基本的な河川改修原理のあり方と、安全性に関する最低基準を示したことである。すなわち、大東基準Ⅰが示す通り、未改修河川の整備には莫大な費用が必要であり、予算制約の中で改修等の必要性、緊急性を比較しつつ優先順位を付けざるを得ない点を直視したこと、大東基準Ⅱが示す通り、「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」ること、「緊急に改修を要する箇所から段階的に、また、原則として下流から上流に向けて行うことを要するなどの技術的な制約」があること、「治水用地の取得難その他の社会的制約

を伴うこと」など、河川整備事業、治水対策の鳥瞰図的な原則を提示したことに重要な意義がある。

ここでは、多くの河川管理者が、膨大な改修必要箇所を前にして、乏しい予算の中で事業を執行するため、費用対効果に照らした優先順位を付けつつ、苦心惨憺して水害に備えている実情や実態も大局的に把握したうえで、そのような制約を前提としつつ、河川管理者にはその枠内での最善を尽くした合理的な整備が求められることを司法が言明していると言える。言い換えれば、水系一貫で上下流の整合的、統一的な改修を行うべき河川について、例えば「下流から上流に向けて行う」改修原理に違背して上流区間で突出した整備を行うことなどは、仮に二級河川で管理者が複数に分かれている場合も含め、およそ最高裁は想定していない。

瑕疵がないと言いうる最低限の要件としての大東基準の総体は、土木工学の初歩的原理であり、実務でも標準的に取られている河川改修原則と整合する。河川改修に割きうる予算全体に制約がある以上、効果に乏しい予算が優先して支弁されるならば、それは他のより効果の大きい支出が削減され、その支出がもたらす安全性の確保を犠牲にすることを意味する。これは、自治体の境界線を越えての管理の場合でも、水系一貫で考えれば同様である。

自治体の財政力格差によって上下流で標準原理に衝突するかのごとき事態が生じることが予想されるのであれば、下流の整備は当然に上流の安全性をも高める以上、自治体間で上流自治体の受益に応じて下流整備の分担金を協定に基づき上流自治体が支出するなど、合理的な事業計画を立てて実行することこそ本道である。

大東基準は、このような標準的な改修原理が計画や事業において実践されないことや、そのために改修の優先順位の歪な入れ替えが発生する事態を予定しておらず、これが水害につながる場合には、むしろ当然に瑕疵を認定することを前提としているものであることに注意が必要である。

さらに言えば、通常一級河川における国の改修事業では、下流の流下能力を時間当たり降雨 30 mm相当に据え置いたまま、上流の流下能力を 50 mm相当に引き上げる掘削事業を下流のめども立たない時期に先行させるがごとき異常な事業はおよそあり得ない。ましてや上流の 50 mm対応事業が完成したにも拘らず、下流に有害であるとの理由であえて土砂をわざわざ搬入して元

の30mm対応のまま事業の効果を一切発揮させないまま30年間放置するという、不合理どころか無駄かつ周辺住民にとっては有害な公共事業を平然と行い、それを司法でも正当化しようとするような特異な河川管理者が存在することは、最判もまさか想定していないはずである。ほとんどの河川管理者は、乏しい財源を必死にやりくりしてその中での原理に即した水害対策に邁進するのが通例だからである。

以上のように、大東基準は、河川管理瑕疵判定のみならず、河川の標準的な改修の原理をきわめて精緻な実態把握と理論的根拠に依拠して示しており、その基準は、河川改修事業一般に関して法的に検討する場合においても依拠すべき合理性を備えている。

差止訴訟や損害賠償請求訴訟における公共事業の「公共性」ないし「公益上の必要性」の判断に当たっても、対象が河川改修事業である場合、大東基準に基づいて標準的な整備原理に則って行われていない事業の「公共性」や「公益上の必要性」が大きいとは言えない。大東基準Ⅰ及びⅡに照らして、これらを逸脱した事業計画となっていないか否かについて、厳密な検証を行うべきものである。

そして、この原理は、大東基準において、管理者の異同による何らの区分が設けられていないことから明白なように、国管理の一級河川であっても、管理者が複数にわたる二級河川であっても、同様に貫徹されるべきものである。河川が、上流から下流に対して人の集積や行政の区分とは無関係に流れ続けるものである以上、水系一貫の合理的な整備計画が求められることは、大東基準の前提であることも当然である。言い換えれば、複数の管理者が存在する二級河川であったとしても、仮に一級河川同様、同一の主体が全体の管理を行うとしたらありえないような異常な整備優先順位を設けて整備や管理を行ってはならない、という原理も、大東基準が包摂する自明の論理である。」（甲90意見書7頁～）

このように、大東基準は、河川管理の瑕疵判定のみならず、河川の標準的な改修の原理を示したものであり、その基準は、河川改修事業一般に関して法的に検討する場合においても依拠すべき合理性を備えている。

#### (4) 原判決への批判

以上を前提として、福井教授は、原判決に対して、以下の5点について批判を加えた。

##### ① 河川改修原理の無理解

まず、原判決は、東京都が、神奈川県管理の下流区間を整備する立場にない以上、下流区間の整備を優先させる方策は非現実と切り捨てているが、これは、大東基準でも前提とされる水系一貫の管理原則を無視するのみならず、行政の縦割りを無批判に追認するものである。

この点について、福井教授は、以下のとおり述べる。

「河川法 16 条 2 項は、「河川整備基本方針は、…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」、同法 16 条の 2 第 2 項は、「河川整備計画は、河川整備基本方針に即し、…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」、同条 5 項は、「河川管理者は、河川整備計画を定めようとするときは、あらかじめ、…関係都道府県知事又は関係市町村長の意見を聴かなければならない」、とそれぞれ規定し、二級河川においても、上下流の総合的管理を確保することはむろん、関係自治体の間で調整を図るべきことが定められている。

さらに同法 63 条 3 項は、「都道府県知事が行なう河川の管理により、当該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、当該都府県は、その受益の限度において、当該都府県が負担した当該管理に要する費用の一部を、当該利益を受ける都府県に負担させることができる」と定め、上下流など管理区間の区分を超えて他の自治体に受益が及ぶ場合の費用負担措置を定めている。

これら一連の法原則では、二級河川で複数の都府県の管理者が存在する場合であったとしても、地判が言い放つような、「被告は下流…区間を整備する立場にないことはもとより」、（下流区間管理者による）「その整備には相当の長期間を要する見込みであること」を理由とした、隣接管理区間の整備は他人事というに等しい無責任な管理の姿勢を認めていない。

さらに言えば、法の発動を待つまでもなく、隣接管理者相互に密な連携を取って、下流からの整備原理に即しつつ費用の負担も含めて、緊密な協力のもとに合理的な計画を策定し、改修整備を推計（注：水系の誤り）全体で合理的なものとなるよう

に実現するのが通例である。

加えて、地判要旨Ⅳは、「神奈川県管理区間の早期改善を求める要望書を提出しており…、早期の整備が行われるよう一定の働きかけを行っている」ことを、C区間整備を行わないでよい免責要素として堂々と謳いあげる。しかし、法律の専門家のはずの裁判官が、「要望書」の法的効果は文字通り「要望」にすぎず、何の法的担保措置も伴わないものであることを知らないのだろうか。そうだとすれば、それ自体驚愕の事実である。あるいは知っていてこのような判決文を書くことができるなら、もはや司法の体をなしていない。行政にとって何の負担も費用も発生しない「要望書」を出し続けさえすれば、それで水系一貫の河川整備の一翼を担うことに責任を持つことになるのであれば、河川法とは無縁の無法行政そのものだろう。さらに三権の一翼たる司法機関が、これに無邪気にお墨付きを与えるのでは、日本は法治国家を返上しなければならなくなる。

河川法が想定する通り、神奈川県管理区間の整備によって都管理区間の安全性をより効率的に高めることができるならば、費用負担の調整ルールに即して、都が神奈川県に応分の費用を支払って水系一貫の整備による安全性を向上させる本来的な王道対策にとともに取り組むべきものである。仮に財政状況の余裕に差異があるとしても、何ゆえに被告は、30年もの間、要望書を出すだけで、抜本的な治水対策を下流で行うのをサポートもせず、河川の安全性の根幹を本気で高める試みに一切着手しないで、巨額の公金を費やして無意味な事業を先行させて平気なのか。そのような行政の無責任かつ杜撰な計画と事業を、何ゆえに司法が無批判に追認できるのか。いずれも理解に苦しむ。」（甲90意見書10頁～）。

以上のとおり、原判決が、東京都が、神奈川県管理の下流区間を整備する立場にない以上、下流区間の整備を優先させる方策は非現実と切り捨てたことは、大東基準でも前提とされる水系一貫の管理原則を無視しているものであり、誤りである。

② 行政が設置する「委員会」への過度の依存（甲90意見書11頁～）。

原判決は、「学識経験を有する計9名」からなる「委員会」の提言の内容、取りまとめの経過につき、具体的な根拠すら示さず「不自然、不合理な点は見受けられず、…提言を踏まえて策定された本件整備方針及び本件河川整備計画についても同様」とする（原判決33頁）。

しかしながら、「行政の審議会、委員会組織」は、「一定の結論を持った行政官にその意向を踏まえて協力することを前提に人選がなされ、会合の資料もすべて行政が用意し、会合ではその基本に沿っての意見交換が行われるのが通例であり、中立、公正なものではありえない。

行政官の経験も、行政の審議会、委員会の経験も豊富な福井教授からの指摘を、裁判所は、真摯に受け止めるべきである。

### ③ 金森調節池の役割の過大な評価

原判決は、金森調節池の役割に対する評価について、すべての区間についての時間雨量 50 mm 相当の河床掘削が完了することをなぜか前提としたまま、同 1 mm 相当のピークカットに対応するに過ぎない金森調節池の満水時間を 110 分程度とし、さらに「満水となるような状況が頻発するとも考え難い」とする。

しかしながら、福井教授が指摘するとおり、これは誤りである。

「第一に、少なくとも最長 30 年間もの間、C 区間の整備が想定されていない以上、判決自身が事実認定で強調するような、時間雨量 50 mm を超え、あるいは氾濫危険水位を超える近年の水害頻発状況を前提にすれば、流量が時間雨量 50 mm に対応して整備された後に初めて機能を発揮できるわずか時間雨量 1 mm 対応の金森調節池が、C 区間に合わせて B 区間も実際は時間雨量 30 mm 対応のままであるときに、時間雨量 50 mm を超える近年の頻発豪雨に対して追加的に、かつ、わずかにせよ、何らかの貢献ができることが「考え難い」ことは、高度の土木工学の知見に依拠するまでもなく、中学校課程の論理学の帰結である。

流下能力のベースが 30 mm 対応という河道流量の相対的低水準しか確保できていない場合の豪雨時には、判決が認定するような、満水までの時間 110 分程度、という悠長な想定は成り立ちえない。この時、はるかに短時間で満水となり、流入量を放出量に一致させて下流にそのまま流さざるを得ない事態に容易に至ることは自明である。判決も認定するように、金森調節池が、計画上の掘削量や時期すら不明の B 区間の河床掘削に対応しているならば、仮に掘削が時間雨量 1 mm 対応を上限として行われたとしても、河道の流下能力が想定されるピークよりもはるかに小さい時間雨量 30 mm 対応のままである以上、短時間で満水になる調節池の満水時以降は、当該 1 mm 相当の上流部分の追加掘削に伴う流量が、より流下能力の小さい下流に対



してそのまま押し寄せる。この危険の発生は、判決自身が認定する近年の豪雨と同規模の豪雨の再来があれば直ちに顕在化する。

さらに、地判要旨Vは、証言と証拠を根拠に「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」と断定するが、証言や証拠によっては上記の論理と結論は一切影響を受けない。都が前提とする上流部の河床掘削は、その掘削量のいかんを問わず、いかにそれが小さくとも、ゼロより大きい値を取る限り、掘削量それ自体に応じて確実に下流部を危険にさらすこととなる。これは、判決自身が前提とする事実関係それ自体から演繹的に導き出すことができる単純な論理操作による結論である。これと矛盾する証言や証拠は虚偽である。

加えて、地判の言う「証言」は、「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ことであって」という言明に対応しているが、将来計画に直接責任を負いようがない被告の一職員が、何の公的な意思決定や具体的な計画すらないままに、「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」、河床掘削の「区間や規模を決定する」と証言しさえすれば、何ゆえに、こともあろうに裁判所が、それを鵜呑みにして「危険性を増大」させることは「およそ考え難い」という驚天動地の気楽な結論を導けるのだろうか。行政の言い分を司法がそのまま行政性善説に立って根拠もなく信じてよいのなら、行政の違法を審理する行政訴訟や国家賠償訴訟、公共事業の差止訴訟はおろか、憲法も不要になる。地判は司法の体をなしていない。日本はいつから法治国家を返上したのか。

仮に地判が、30年先の完成形のことだけを考慮して現在の調整池事業の正当化根拠とする趣旨であるならば、予測が当たるはずもない遠い未来を前提にし、一行政職員の具体的根拠や単純な論理整合性すら備えない言明を吟味なく追認し、当面発生する、事業の便益も費用も、周辺住民への影響も一切無視して平気な裁判官には、国民や行政を裁く資格はない。

第二に、既に第一で論じた点からも明らかなように、地判は、近年の豪雨が時間雨量 50 mmを超えるほど苛烈であるから事業計画全体が合理的である旨認定しながら、調節池を正当化する部分では、近年の豪雨は「短時間かつ局地的」だから調節池は満水になりにくいと断定しており、矛盾している。部分ごとに何が何でも被告の主張を正当化しようとするあまりか、判決全体の論理は支離滅裂である。」

④ 調節池の効果を都管理区間だけに限定する作為的な効果試算の追認（甲 90 意見書 12 頁～）

東京都は、調節池の効果を意図的、作為的にその管理区間にのみ及ぶように操作して説明する。

しかし、これはまさに机上の空論である。

⑤ 計画完成時の整備効果のみを提示・強調する作為の追認（甲 90 意見書 13 頁～）

河道の流量確保と、河道への流下量のピークカットを行うダム、調節地などの貯留施設整備とは、別の治水手法である。あくまでも、治水対策の王道は前者であって、後者は、下流部の流量確保がある程度十分に図られて初めて豪雨のピークに一定の短時間に限って、流量限界の上限に達するのを遅らせる効果を持つのである。

しかし東京都の資料では、調節地と流下能力対策としての河床掘削が流下能力の絶対水準を問わず、あたかも代替関係に立つかのごとき誤解や過誤を誘発する記述や試算に満ち満ちている。

原判決は、このような東京都の誤った主張をうのみにしてしまっており、この根本的な姿勢が正されなければならない

## (5) 結論

福井教授は、結論として、以下のように述べる。

「都も、地判も、原告住民も一致して認めるのは、近年の境川における豪雨が、しばしば時間雨量 50 mm を超えあるいは氾濫危険水位を超える水害あるいは水害リスクをもたらしている、という事実である。これを前提とするならば、時間雨量 30 mm という現況の相当程度低い流下能力を保持したまま、完成時の貯留施設全体の時間雨量 5 mm の約 5 分の 1 に相当する時間雨量 1 mm に対応するにすぎない金森調節池の整備は、仮に上流部の河床掘削という下流部を危険にさらす事業を一切行わない前提に立つとしても、莫大な事業費、地判も認める周辺住民への多大な犠牲等という膨大な費用に対して、事業の便益は、下流 B 区間、神奈川県管理の C 区間の全体を通じてほとんどゼロに等しい。

付言すれば、「公共性」の担保のために行政でも近年一般的に実施される費用便

益分析によって事業実施を正当化できる条件は、当該事業に要する追加的な費用（事業主体による私的費用のみならず、周辺にもたらす負の外部性による社会的費用も当然に含む）を当該事業による追加的な便益が上回ることである。何の具体的な形も担保もない遠い将来の計画や事業などを、当該別事業と抱き合わせて費用や便益を算定することは、およそ許されていない。」

以上のとおり、本件調節池には、社会的有用性、公共性が無いか著しく乏しいことが明らかである。

以上