

2021（令和3）年12月22日


東京高等裁判所第8民事部 御中

（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）

鑑 定 意 見 書 （3）

「市街化区域内の調節池設置と都市計画・流域水害対策計画との関係について（補充）」

早稲田大学大学院法務研究科教授

岡田 正則 

（ 岡田 正則 ）

鑑 定 意 見 書 （ 3 ）

「市街化区域内の調節池設置と都市計画・流域水害対策計画との関係について（補充）」

2021（令和3）年12月22日

早稲田大学大学院法務研究科教授 岡 田 正 則

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）に関する被控訴人東京都の令和3年10月26日付け準備書面（3）（以下、単に「東京都準備書面（3）」という）に接しました。その「I 控訴人ら準備書面（2）に対する反論」の中で、2021（令和3）年6月30日付けで私が提出した鑑定意見書（2）に対する言及がありますので、以下のとおり、その主要部分について、鑑定意見の補足を申し述べます。

第1 鑑定事項1について

1 最高裁判例の射程について

東京都準備書面（3）5～6頁は、控訴人らが挙げる2つの最高裁判例について、「都市計画に定める公園の区域（ないし配置）」や「都市計画に定める都市高速鉄道の構造（配置ではない）」に関する裁量についての判断であるとみなして、鑑定意見書（2）の引用部分が一般論の部分であって、同意見書の結論は導けないと述べている。東京都準備書面（3）の上記論旨は、2つの最高裁判例は都市公園の区域（ないし配置）に関する裁量および都市高速鉄道の構造に関する裁量についての事例判断であるから、都市計画決定の要否に関する裁量が問題となっている本件にはこれら2つの判例の射程は及ばない、ということだと解される¹。

¹ なお、東京都準備書面（3）6頁11行目以下は、鑑定意見書（2）の引用を誤っている。私の鑑定意見書（2）の文章は「この最高裁判決によれば、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。」との結論を書いている。東京都準備書面（3）引用は「都市計画において定めるべき都市計画を欠落させた都市計画決定……」となっており、一見して明らかに語義矛盾のある文章である。このような誤った引用は、故意ではないとしても、文

《所見》 東京都準備書面（3）の上記論旨は、残念なことに、都市計画法と判例に関する基礎知識を欠いたものといわざるをえない。以下、この点を確認する。

上記2つの判例は、東京都準備書面（3）も認めるとおり、都市計画決定についての一般論として都市計画決定の行政裁量に関する判断基準を示したものである。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）を再び引用してみよう。

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）

（下線は引用者）

「都市計画法は、都市計画について、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等の基本理念の下で（2条）、都市施設の整備に関する事項で当該都市の健全な発展と秩序ある整備を図るため必要なものを一体的かつ総合的に定めなければならない、当該都市について公害防止計画が定められているときは当該公害防止計画に適合したものでなければならないとし（13条1項柱書き）、都市施設について、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ているところ（同項5号）、このような基準に従って都市施設の規模、配置等に関する事項を定めるに当たっては、当該都市施設に関する諸般の事情を総合的に考慮した上で、政策的、技術的な見地から判断することが不可欠であるといわざるを得ない。そうすると、このような判断は、これを決定する行政庁の広範な裁量にゆだねられているというべきであって、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」。

上記判示部分に見られるとおり、「重要な事実の基礎を欠く」場合に「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」という判示は、東京都準備書面(3)がいうような「都市計画に定める都市高速鉄道の構造(配置ではない)」の裁量についての限定的な判断ではなく、「都市施設に関する都市計画の決定又は変更の内容」の裁量についての一般的な判断である。この一般的な判断には、当然に都市施設の設置も含まれる。したがって、この判断基準は、本件のような都市計画決定の要否に関する裁量が問題となっている事案にも及ぶことは明らかである。

なお、念のために付言しておく、「都市施設の整備」とは、都市施設の配置や構造だけでなく、設置そのものをも含む意味の用語である。都市計画法11条にいう「施設を定める」もこの意味であるし、また上記最高裁判決が、「都市施設の整備に関する事項で当該都市の健全な発展と秩序ある整備を図るため必要なものを一体的かつ総合的に定めなければならない」と述べているのもこの意味である。都市計画において高速鉄道の構造を定めるのは、高速鉄道(都市施設)の設置を当然に含めて定めるのである。上記のような高速鉄道の設置行為を都市計画で定めることなく行えば、いかに設置事業者に裁量権があるとしても、それが裁量権の逸脱・濫用にあたることは明白であるし、また、都市公園への接続道路の設置行為を都市計画で定めることなく行えば、当該行為が裁量権の逸脱・濫用にあたることは明白である。

以上のとおり、都市計画法および判例に基づけば、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」として違法となることは明らかである。またそれゆえ、東京都準備書面(3)7頁の「上記の二つの最高裁判例はこの点(都市計画決定の要否の裁量)について判示するものではない」という記述は、明らかに誤りである。

2 運用指針について

東京都準備書面(3)8～9頁は、河川の都市計画の基本的考え方について、私の鑑定意見書6頁が引用した国土交通省『都市計画運用指針(第11版)』276頁の記述、すなわち「『河川は・・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』(乙66・276頁)との記述」について、「河川、特に比較的面積の広い河川敷(高水敷)や豊かな自然環境を有する河川が、洪水時以外の時期において」(傍点原文)という限定的な意味の記述であると述べている。

また、東京都準備書面(3)9頁は、「道路が必ず都市計画決定を経なければならないものでない(乙61・204頁、乙68・156～157頁。道路(例として。道路法に基づく道路)は基本的に路線認定、区域決定、用地取得、道路築造、供用開始決定を経て成立し、用地の強制取得も土地収用法に基づく収用によることが可能である。)と同様、河川においても必ず都市計画決定を経なければならないことを意味するものではない。」と述べている。

さらに、東京都準備書面(3)10頁は、「エ 岡田鑑定意見書(甲95)について」という表題の下に、「運用指針では上記ウのとおり、防災施設である調節池について、河川と同様に扱うべきとは記載されていない(乙66・278頁)」、「河川について『道路、公園、下水道と同様都市計画決定すべき』理由の『上記のような多様な機能』(乙66・276頁)は、地下式である本件調節池には基本的にはない」と述べている。

以上の東京都準備書面(3)8～10頁の論旨は、都市計画で定める必要があるのは多様な機能を有する河川の場合に限られるのであって、多様な機能を有していない(つまり防災施設という単一目的の)本件調整池のような地下式調節池(河川の一部)は都市計画で定める必要がない、ということだと解される

《所見》 東京都準備書面(3)の上記論旨は、やはり残念なことに、都市計画制度に関する基礎知識を欠いたものといわざるをえない。以下、この点を確かめる。

まず、東京都準備書面(3)8～9頁は、国土交通省『都市計画運用指針(第11版)』276頁の記述の意味を取り違えているようである。国土交通省『都市計画運用指針(第11版)』の同頁は、調節池を含む河川と都市計画との関係について、「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」という基本的考え方を示しているのであって、東京都準備書面(3)が述べて

いるような「河川、特に比較的面積の広い河川敷（高水敷）や豊かな自然環境を有する河川が、洪水時以外の時期において」という限定を設けて述べているわけではない。東京都準備書面（3）のこのような限定は、根拠のない創作にすぎない。

次に、東京都準備書面（3）9頁の「道路が必ず都市計画決定を経なければならぬものでない」という記述は、市街化区域における都市施設が問題となっている本件について述べたものだとすれば、常軌を逸した記述である。周知の通り、都市計画法13条1項11号は、「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……とする」と規定しているのであるから、市街化区域において都市計画決定を経ずに道路設置行為を行ったならば、行政裁量の余地を云々するまでもなく、当該行為は違法である。市街化調整区域や都市計画区域以外の場所で都市計画決定を経ずに道路を設置できる場合があることは、市街化区域で都市計画決定を経ずに調整池を設置できる根拠にはならない。これは常識に属する事柄であろう。

そして、東京都準備書面（3）10頁は、国土交通省『都市計画運用指針（第11版）』278頁の「調節池については、〔都市計画〕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」という調節池の位置づけを否定するために、「本件調節池は多様な機能を有していないから、都市計画決定をしなくてよい」という根拠のない議論をしている。国土交通省『指針』が調節池について都市計画決定するものとしているのは、河川の多様な機能とはまったく関係がなく、「防水の施設」という機能を有する施設として都市計画決定すべきものとしているのである。また、本件調節池について上記のような位置づけを否定するために、東京都準備書面（3）同頁は、「運用指針は地方自治法245条の規定に基づく『技術的助言』であって、地域の実情に即して合理的なものであれば、その運用が尊重されるべきである」として、本件調節池は運用指針に従わない旨を表明している。しかし、本件調節池が「地域の実情に即して合理的なもの」ではないからこそ、本件訴訟が提起されているのである。東京都準備書面（3）11～15頁は、「本件調節池について、都市計画決定を経ないことが合理性を欠くものではないこと」として、他の都市施設の計画との調整は不要であることや住民の合意形成が図られて

いることなどを挙げているが、本件調節池については、後述3のとおり、やはりその調整は必要であり、また、住民からの意見聴取が行われただけで合意形成ができたといえる状況にはない²。本件調節池が「合理的」だといいうるための最低限の条件は、後述の第2および第3のとおり、流域水害対策計画の中で定められることであろう。

以上のとおり、東京都準備書面（3）8～10頁の論旨は、都市計画で定める必要があるのは多様な機能を有する河川の場合に限られるという恣意的な限定を用いて、国土交通省の運用指針を無視することにより、本件調整池は都市計画で定める必要がない、と主張するのであるが、この主張は根拠を欠いているだけでなく、違法である。

3 他の都市施設の計画との調整について

東京都準備書面（3）12頁は「この場合の『都市施設の計画』とは、今後の施行を予定する都市施設等の都市計画を言うことは当然である（その場合に、設置や工事に関し相互の調整の必要が生ずる。）」（傍点原文）と述べている。その論旨は、都市施設の設置や工事に関して既存の都市施設との調整は必要ない、ということだと解される。

《所見》 上記東京都準備書面（3）の論旨は、被控訴人自身が挙げた例と齟齬を来しており、また法的にみても主張として成り立つものではない。以下、この点を確かめる。

東京都準備書面（2）（令和3年5月25日付）6頁は、都市計画決定を経た調整池の例として、神田川・環状7号線地下調節池および古川地下調節池を挙げている。そして、これらが都市計画決定を経た理由として、東京都準備書面（3）12頁は、「今後の施行を予定する都市施設等」との調整が必要だったからであって、既存の都市施設との調整が必要だったからではない、と述べ

² 東京都準備書面（3）13～14頁は、「住民の合意形成が図られていること」との標題を立て、「住民からはパブリックコメントを得ている」、「説明会で地元住民の意見を十分収集し、施設設計や工事实施において意見を十分に取り入れた」等と述べているが、これは、事業者側が実施したことの自己評価にすぎないのであって、住民の合意形成とはほど遠いのが実情だといわざるをえないであろう。境川については、説明会が目的とした河川整備計画も流域水害対策計画もまだ策定されていないというのであるから、とうてい「住民の合意形成が図られている」と評価することはできない。

ている。

しかし、神田川・環状7号線地下調節池の都市計画決定では、当然のことながら、既存の都市施設である道路（環状7号線）や上下水道等のインフラを考慮に入れた計画策定がなされている。工事の進め方に関してもこれらとの調整を行っていたはずである。また、古川地下調節池の設置にあたっては、既存の都市施設である地下鉄（南北線）との調整も行っている。要するに、都市計画決定を行うに際して、これらの調節池は、「今後の施行を予定する都市施設等」との調整だけでなく、既存の都市施設との調整も行っていたのである。そして何よりも、都市計画法13条1項11号が「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」定めるものとしているのであるから、現状で存在する都市施設を勘案することは法律上も必須なのである。

以上のとおり、既存の都市施設との調整は必要ない、という上記東京都準備書面（3）の論旨は、法的にも実務的にも成り立たない主張なのである。仮に、これまで既存の都市施設との調整を行わずに調節池等を設置してきたのだとすれば、それは違法であるので、あらためる必要がある。また、本件調節池は立体的な構造物であるから、立体的な範囲、当該立体的な範囲からの離隔距離の最小限度および載荷重の最大限度を定めることにより、「今後の施行を予定する都市施設等」との調整を行うべきものなのである（都市計画法11条3項、14条3項参照）。なお、東京都準備書面（3）13頁は「本件調節池完成後の地上部分についての利用関係は訴外町田市が決めるから（甲12）、本件調節池の地上部にグラウンド等スポーツ施設を設置するか否かについては、訴外町田市が決定する事柄である（甲12・第1条、16条）」とも述べているが、都市計画は「国や他の地方公共団体が今後の施行を予定する都市施設等」との調整を含めて策定されるべきものであり、これは東京都の都市計画においても否定できないはずであるから、当然に、本件調整池の設置者はその上側に設置することの決定が想定されている町田市の都市施設等との調整もあらかじめ行わなければならない。《東京都が地下に設置した構造物である本件調節池に適合する範囲で、町田市はその上部の都市施設等を造らなければならない》などという手前勝手な都市施設の造り方をしてはならないのである。

第2 鑑定事項2について

東京都準備書面（3）16頁は、「境川においては、平成27年に河川整備計画が策定されており、本件調節池は河川整備計画上に位置づけられるものであるが、それを前提として作成された『境川流域水害対策計画（案）』（乙37）は、本件調節池に関する部分は河川整備計画と同一となっている（乙37・27頁）」と述べている。その論旨は、流域水害対策計画を策定していなくても平成27年の河川整備計画で本件調整池が定められているので、本件調節池の設置工事を行うことは違法ではない、ということだと解される。

《所見》 2015（平成27）年策定の境川水系河川整備計画は、本件調節池に関する具体的な定めを行っていない。これに該当するのは、「洪水調節施設整備（総量約76万 m^3 ）」、「鶴瀬橋上流管理境～根岸橋」という記載だけである³。「境川流域水害対策計画（素案）」（平成28年6月）も同様の記載となっている。要するに、どちらにおいても、本件調節池の設置場所・形状・設置時期などについての記載がないのである。東京都準備書面（3）16頁は、「境川に関する流域水害対策計画が策定されても、本件調節池についての計画を見直すことはなく、……」というのであるから、被控訴人は、河川整備計画にも流域水害対策計画にも本件調節池を定めずに本件調節池の工事を進めるというのである。これはきわめて危険な行為であり、違法行為そのものである。

第3 鑑定事項3について

東京都準備書面（3）18頁は「河床掘削は本件調節池完成後に実施される事業であり（同時整備事業ではない）、まだ位置も規模も未確定の当該事業による流量増大により、未整備な下流の神奈川県との接続域で溢水が生じる危険をもって本件訴訟の審理の対象とすることはできない」と述べている。その論旨は、本件調節池の設置によって洪水等の危険が大きくなることはなく、またその完成後に実施される上流部の河床掘削は本件調節池を考慮して実施するはずなので安全だ、ということだと解される。

³ 「境川水系河川整備計画」25頁。「河道整備及び洪水調節施設整備位置図」（26頁）の⑨で、10キロメートル程度の区間のどこかに設置する予定であることが表示されている。「境川流域水害対策計画（素案）」27頁・28頁も同様の記載となっている。

《所見》 東京都準備書面（3）17頁は「本件調節池完成時点での整備状況が確定した時点で、上流域における様々な降雨状況を想定したシミュレーションを行ったうえで、下流の水害の危険性が增大しないように慎重に河床掘削の位置、規模を確定することになる」と述べている。そうだとすると、これは本末転倒であろう。すなわち、水害防止のために行わなければならない河床掘削の位置・規模をまず確定した後に、下流部において当該工事にともなう水害が生じないようにする対策として、下流部に当該工事に対応する位置・規模の調節池を設置するという順番でなければならない。このままでは、いかなるシミュレーションを行ったとしても、上流域における河床掘削の必要性が優先される可能性があり、その場合には本件調節池の能力を超える水量が下流部に流入するので、溢水被害が生じる危険性は否定できない。この危険を回避するためには、河川整備計画と流域水害対策計画によって、上流部の河床掘削計画と下流部の調節池を一体として定めなければならない。そして、上記のシミュレーションは工事担当者が自分たちだけで行うことは許されず（危険性が大きい）、河川整備計画や流域水害対策計画の中で客観性をもって行われなければならない。これが、特定都市河川浸水被害対策法1条にいう「浸水被害対策の総合的な推進」なのである。

以上のとおりであるから、裁判所は、水害対策の見通しが立たない状態で見切り発車した本件調節池に上流部の水害対策工事を合わせるなどという本末転倒の事業の実施を一旦停止させて、被控訴人に河川整備計画と流域水害対策計画を早急に策定させるべきである。

第4 まとめ

市街化区域においては、本件のような、河川に関わる大規模な調節池建設工事をする際には、都市計画に基づき、周囲の都市計画や、地域住民の生活との調和が図られなければならない。そのため、河川行政に関する部局と、都市計画に関する部局との連携が不可欠である。しかし、本件では都市計画のことを置き去りにしたまま工事が強行されている。

また、特定都市河川浸水被害対策法において計画策定が定められているにもかかわらず、本件においては流域水害対策計画が策定されていない。流域水害

対策計画の素案においても本件調節池は具体的に盛り込まれていないのであるから、これは河川行政自体としても違法な状態である。

以上のとおり、裁判所は、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東京都が策定し、その中で本件調節池の位置づけ（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、本件調節池の設置工事を中止させるべきである。

以上