

荒崎水害訴訟控訴審判決
(岐阜県大垣市) に関する判例研究

神 山 智 美

2013年12月

九州国際大学法学会 法学論集 第20巻第1・2合併号 抜刷

荒崎水害訴訟控訴審判決 (岐阜県大垣市) に関する判例研究

神 山 智 美

洗堰¹から越流した河川において、改修計画に基づく改修、整備の段階に対応する安全性を備えていたとして、河川管理の瑕疵があるとはいえないとされた事例（名古屋高判平25. 9. 25：判例集未登載）

1. 事案の概要

平成14年（2002年）7月10日及び11日の集中豪雨により、揖斐川支流の大谷川が増水して、大谷川と相川に挟まれた岐阜県大垣市長松町、島町、十六町等の大谷川右岸地域（以下、「荒崎地区」という。）において、浸水被害が発生した（以下、「本件水害」といい、本件水害に関する控訴審判決を「本判決」という。）。本件は、荒崎地区の住民、事業者（又はその相続人）である合計183名の一審原告らが、被控訴人である岐阜県に対し通称「大谷川洗堰（あらいぜき）」の機能的瑕疵、又は大谷川の河川管理者である岐阜県知事の河川管理の瑕疵（河川改修と並行して行うべき荒崎地区への浸水対策を怠ったこと）

1 本件判決における重要な論点の一つに、大谷川洗堰が越流堤の役割を果たしているのか、それとも大谷川洗堰という名称ではあるものの、越流堤としての機能を有しないかという点がある。そもそも「越流堤」とは、洪水調節の目的で、堤防の一部を低くして、水位が一定の高さを越えると、川の水の一部が「遊水地」へ越流するようにした川の堤防の一種である。「洗堰」という言葉がこの「越流堤」の意味で使われることもある。しかしながら、被告県も裁判所も、本件洗堰に越流堤の機能があるとは認めていないことを踏まえ、混同を避けるため、本稿においては、洗堰とは大谷川洗堰という营造物の名称をさすこととし、そこに「越流堤」の役割を果たすものとの含意はないこととした。なお、「遊水地」とは、河道に沿った地域で、洪水時に湛水して洪水流量の一部を貯留し、下流のピーク流量を低減させ洪水調整を行うために利用される地域の総称である。

により、本件水害が生じ、多大な精神的苦痛を受けたと主張し、国家賠償法2条1項に基づき、損害賠償を求めた事案である。控訴人のうち住宅等の床上浸水被害を受けた142名がそれぞれ慰謝料50万円及び弁護士費用5万円の支払を、床下浸水被害を受けた41名がそれぞれ慰謝料10万円及び弁護士費用1万円の支払（合計8,261万円）を求めた。

原審（岐阜地判平21. 2. 26：最高裁ウェブサイト）は、原告の請求をいずれも棄却した。よって、一審原告らのうち控訴人ら132名が、これを不服として控訴した。

2. 判決要旨

控訴棄却

争点（1）大谷川洗堰の管理について、機能的瑕疵の法理の適用又は類推適用による瑕疵が認められるか。

「大谷川洗堰（原洗堰²及び本件洗堰³）は、大谷川流域の洪水被害を軽減することを目的として設置された改修途上の堤防であり、流域の洪水被害の軽減を供用目的とする施設であるというべきであり、大谷川洗堰からの越流の態様及び程度は、もっぱら河川の排水という自然的原因による災害によるものであるから、岐阜県知事（被控訴人）が大谷川洗堰からの越流を前提として河川管理をしているとか、ほかの地域を守るために計画的に住宅地である荒崎地区に浸水被害を被らせてきたとか、河川管理者が越流機能を積極的に利用してきたなどとはいえず、大谷川洗堰は、自然的原因による洪水時に越流機能が表面化するにすぎないというべきである（ダムや水門の操作と異なり、大谷川洗堰から

2 昭和29年に土地改良事業で設置されたもの。昭和33年に完工した。

3 昭和56年に実施された嵩上げ工事後の現在の大谷川洗堰のこと。昭和56年3月に完工した。

下流の整備が進んだことや大谷川右岸の堤防整備等が進んだことを背景として実施された。

の越流に対する河川管理者の影響力の行使は、河川改修を実施するよりほかにない。）。

したがって、そもそも、営造物がその供用目的に沿って「利用」されている場合を前提とする機能的瑕疵の法理とは場面が異なるというべきである。」

「控訴人らは、大谷川洗堰の越流機能を利用していないというのであれば、越流による他地域の負担軽減は大谷川洗堰の嵩上げをしない理由にならないはずであり、少なくとも大谷川洗堰からの越流による浸水被害に関する対策を他地域の改修等により遅らせる理由はないはずである旨主張する。しかしながら、河川の改修は、その流域（上流、下流、右岸、左岸）の安全度のバランスを取りながら進めていくものであるから、控訴人らの上記主張は理由がない。」

「控訴人らの主張が、大谷川洗堰が事実上越流堤としての機能を有し、浸水被害を被る状態が生じていることから機能的瑕疵の法理を類推適用すべきであるというものであるとしても、本件水害は、自然的原因による災害をもたらす可能性を内包している河川の管理の瑕疵が問題となるものであって、河川管理の特殊性を考慮せざるを得ないものであること、機能的瑕疵の法理の対象となる営造物はその利用の態様及び程度について、管理者が利用につき適切な制限を加えるなどして影響力を行使することが可能であることを大前提としているものと解されるところ、大谷川洗堰からの越流の態様及び程度は、もっぱら河川の洪水という自然現象によるものであって、これに対する河川管理者の影響力の行使は考えられないことからすると、本件水害に機能的瑕疵の法理を類推適用することはできない。」

争点（２）大谷川洗堰と同洗堰を有する大谷川について、流域対策に関する河川管理の瑕疵が認められるか。

「国は、昭和40年、大谷川を含む木曽川水系の河川につき、「木曽川水系工事実施基本計画」を策定し、平成9年の河川法等改正により、上記計画は河川整備基本方針（河川法16条1項）ないし河川整備計画（同法16条の2第1項）と

みなされ、本件水害当時も、上記基本計画に基づき、国が下流河川である杭瀬川等の直轄区間を現に改修し、岐阜県知事が策定し平成9年に許可を受けた相川改良工事全体計画に基づき、被控訴人が大谷川および相川等の指定区間を現に改修中であつたのであるから、大谷川は、具体的瑕疵基準⁴が適用されるべき「改修計画が定められ、これに基づいて現に改修中の河川」に該当することは明らかである。

したがって、本件における河川管理の瑕疵の有無は、具体的瑕疵判断基準に基づき検討するのが相当である。」

①相川改良工事全体計画が、完全バック堤の完成時期や工事の順序も記載されておらず、具体的瑕疵判断基準の「改修計画」には当たらないのでは。

「河川の改良工事全体計画は、改修工事の完成時期や工事の順序の記載まで要求しているものではないから、控訴人らの上記①の主張は採用できない。」

②－１．具体的瑕疵判断基準の前提となる「河川管理」は、河川の流下機能の整備、改修であるから、上記基準は、改修計画の遅れという観点から瑕疵があるかどうかを判断する場合の基準にすぎないのでは。

「具体的瑕疵判断基準は、改修計画の遅れという観点から瑕疵があるかどうかを判断する場合の基準にすぎないものではなく、流域対策の不実施についても、改修計画の合理性の判断の中で検討するものである。」

4 本件では、裁判所は大東水害訴訟判決（最判昭59年1月26日：判時1104号26頁、訟月30巻第7号1126頁、判タ517号82頁等）を参照しながら、「既に改修計画が定められ、これに基づいて現に改修中である河川については、同計画が全体として、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、格別不合理なものとも認められないときは、その後の事情の変動により未改修部分につき水害発生の危険性が特に顕著となり、当初の計画の時期を繰り上げ、又は工事の順序を変更するなどして早期の改修工事を施工しなければならないと認めるべき特段の事由がない限り、上記部分につき改修がいまだ行われていないとの一事をもって河川管理に瑕疵があるとすることはできない。」と具体的瑕疵判断基準を説明している。

5 「完全バック堤」方式とは、逆流防止施設を本川と支川の合流点に設けず、本川の「背水」影響を受ける区間の支川堤防を、本川堤防並み（余裕高、天端幅）に堅固な構造を備えたものとする方式のことである。なお、「背水」とは、支川と本川との関係で、排水時、下流に位置する本川の水位が高いと支川の水が流れにくい状態となり、支川の水位が上昇する現象のことである。

②－２．本件で問題となる河川管理の瑕疵は、長期間を要する相川改良工事全体計画に基づく改修中の間においても、河川の流下機能の整備のほかに、「流域対策」（以下、河川の流下機能の整備のほかの荒崎地区の洪水対策（例として以下のアからオ）を「流域対策」という。）として、荒崎地区に洪水被害が生じないような対策を検討し、実施すべきであったにもかかわらず、これを検討実施してこなかったことではないか。

「ア．「二重堤」⁷の設置について

二重堤を設置することが、荒崎地区の浸水被害軽減措置として河川管理上合理的であるといえるか疑問であるから、岐阜県知事が二重堤設置の方策を取らなかったとしても、その裁量を逸脱したものとは認められない。」

「イ．改良輪中堤⁸の設置について

改良輪中堤を設置することが荒崎地区の浸水被害軽減措置として河川管理上合理的であるといえるか疑問であるから、岐阜県知事が改良輪中堤設置の方策を取らなかったとしても、その裁量を逸脱したものとは認められない。」

「ウ．改良水防土のう積みの設置について

水防土のう積みは河川管理施設ではなく防災施設であり、設置するとすれば大垣市がすべきものであること、河川審議会の中間答申の内容に照らして、相川改良工事全体計画の策定時においても、本件水害当時においても、河川管理

6 以下のアからオ：イ及びウは原告により控訴審から主張されたものであり、ア、エ及びオは原審から引き続き主張されたものである。

7 控訴人らは、河川管理者は、本件洗堰と住宅地の間に走る県道養老赤坂線を標高9メートルに嵩上げし、道路と共用の「二重堤」を設置すべきであったと主張する。「二重堤」とは、河川管理の一方法であり、本堤が破堤するなどした場合に、洪水の氾濫域の拡大を防ぐために、堤内地に築造された堤防のことであるところ、控訴人らの主張する「二重堤」は、本件洗堰を含む本堤と「二重堤」との間の土地を、堤防によって仕切られた遊水地とするものである。

8 「輪中」とは、木曽川及び揖斐川水系の下流に多く形成された村落の周囲を堤防で囲んだ水防共同体のこと又はその堤防のことをいう。なかでも、「大谷川流域にある輪中は、洪水常襲地帯にあるため、他の輪中の嵩上げを監視する等、氾濫区域の水位が上昇することに敏感である上、輪中内の住人と輪中外の住人とは先住性に差があり、後から来た人のために既存輪中の危険度が上がることには、既存輪中の住民からの抵抗が生じやすく、対岸の静里輪中や綾里輪中から強い反対運動があった」ことが本件判決文中の裁判所の判断においても明記されている。

者が、流域対策として、水防土のう積みのような河川管理施設等構造令の一般的技術的基準を満たさない設備を設置する義務があったといえるか疑問であること、本件水害後に大垣市が設置した水防土のう積みの設置予定期間は約5年間であったのに対し、控訴人らが水防土のう積みを設置すべきであったと主張する時期（市街化区域指定から10年以内、遅くとも、平成2年9月の水害から5年以内）から大谷川洗堰の段階的嵩上げ又は締切りまでの期間は少なくとも12年以上の長期になり、耐久性や維持管理の点から、水防土のう積みのような暫定的な設備を設置することが相当か疑問であることからすると、水防土のう積みを設置することが、荒崎地区の浸水被害軽減措置として河川管理上合理的であるといえるか疑問であるから、岐阜県知事が改良水防土のう積みを設置しなかったとしても、その裁量を逸脱したものとは認められない。」

「エ. 危険告知について

控訴人らが（河川法1条、48条又は改正前水防法10条の4及び被控訴人が荒崎地区を市街化区域に指定したことを挙げ）主張する危険告知は、新たに住民となろうとする者に対し、その者が建物建築や入居する前に、浸水区域という抽象的な危険を告知すべきというものであり、告知すべき時期や告知すべき危険の内容が大きく異なるから、同条の類推により、河川管理者が上記のような危険告知義務を負うとはいえない。

（中略）

また、被控訴人が荒崎地区の一部を市街化区域に指定したことについても、上記市街化区域指定の事実から直ちに、河川管理者に危険告知義務が生じるとはいえないし、河川管理者が危険告知の条件を付して同指定に同意したことを認めるに足る証拠はない（なお、岐阜県都市計画地方審議会において、岐阜県の担当者が、建築確認の段階で市の窓口に湛水の図面をはるなどの行政指導をしていきたいと考えている旨発言したとしても、このことから河川管理者に危険告知の義務が発生したということはできない。）。」

「オ. 建物自体の浸水対策について

控訴人らは、河川審議会の中間答申を根拠に、河川管理者が流域対策として建物自体の浸水対策をすべき義務があった旨主張する。

（中略）

上記中間答申の内容に照らすと、相川改良工事全体計画策定当時、河川管理者が治水対策としてこれらの「流域対策」をすべき義務を負っていたとは認められず、また、上記中間答申により、治水対策として河川管理者にこれらの流域対策が義務づけられるものでもなかったことは明らかである。」

③大谷川洗堰は、人工的に越流構造をもって設置された工作物であり、（河川に設置されたダムや水門等のように）人工の営造物による河川管理のあり方が問題となる側面が強いので、具体的瑕疵判断基準ではなく、一般的瑕疵判断基準⁹を適用すべきでは。

「大谷川洗堰は、荒崎地区の宅地化が進行する以前に、大谷川流域の洪水被害を軽減することを目的として設置された改修途上の堤防であり、その後、荒崎地区の宅地化が進行したことから、大谷川洗堰の解消（締切り）を目指して、国および被控訴人により、順次、大谷川および下流河川の改修工事が進められるとともに、大谷川洗堰の完全な解消までには長期間を要することから、昭和56年に大谷川洗堰を0.6メートル嵩上げし、遅くとも平成14年1月までには、更に1.05メートルの嵩上げを行う方針を定め、その前に行うべき工事を順次計画、実施してきたことが認められるから、大谷川洗堰をダムや水門等の完成した人工の営造物と同視することはでき」ない。

9 本件では、裁判所は、一般的瑕疵判断基準とは、「河川の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の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下での同種・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。」と説明している。

3. 研究—改修中の「災害防御型施設」が原因となる場合を中心に

本件においては、大谷川洗堰が、越流堤であるか、それとも改修途上の堤防であるかには議論があるものの、「災害防御型施設」たる営造物の在り方が一つの原因であり、かつそれが改修中とされつつも諸制約により、懸案の部分の改修にすら着手されていないことが特徴的である。筆者は、そうしたときに適切な流域対策がなされないのであれば、河川管理に関する違法行為（国家賠償法1条1項）又は河川管理上の瑕疵（同法2条1項）の有無が検討されねばならないと考えるに至った。さらに本件を検討するにあたっては、当該「災害防御型施設」の設置の経緯とその後の運用のされ方が、殊に政策的に用いられてきた結果であることを踏まえねばならないと考える。よって以下では、大谷川洗堰の設置とその後の経緯をたどり（3.1）、若干の水害訴訟の歴史を踏まえ（3.2）本件における着眼点を抽出しながら、本稿「2. 判決要旨 争点（1）（2）」についての検討を試みることにする（3.3）。

3.1 荒崎水害訴訟について

3.1.1 本件訴訟について

平成14年（2002年）7月10日に、台風6号による豪雨で、岐阜県大垣市の大谷川右岸の大谷川洗堰から越流し、大垣市荒崎地区を中心に、床上309戸、床下173戸の住宅浸水被害が出た。¹⁰

原告らは、大谷川洗堰が荒崎地区を遊水地とする越流堤であることを前提として、被告が、大谷川洗堰からの越流を予測できたにもかかわらず、何らの浸水対策を講じずに放置したことが河川管理の瑕疵であると主張した。それに対して被告である岐阜県は、本件で問題となっている大谷川洗堰が越流堤であることを否定し、大谷川流域の洪水被害を軽減することを目的として設置され

¹⁰ 岐阜新聞 2009年2月7日第1面。

た改修途上の堤防であり、流域の洪水被害の軽減を供用目的とする施設というべきものであるとしたうえで、被告の河川管理に瑕疵はないと主張した。

大谷川洗堰が45年間で15回もの越流を記録しており、こうした荒崎地区の特殊性をどう判断するかが注目された裁判である。

3. 1. 2 大谷川洗堰及び荒崎地区について

ここで、大谷川洗堰の設置及びその後の経緯をたどり、それに起因する荒崎地区の特殊性について、本件判決文における認定事実と、「相川・大谷川・泥川事業パンフレット」¹¹をもとに、若干の説明を加える。

江戸時代に、大谷川左岸には大垣城下町があり、これを保護するために綾里輪中が築堤された。他方、この大垣城下町を守るために、右岸はあえて無堤とされていた。この無堤の地域に、本件原告等の住所地である荒崎地区も含まれている。ここには、比較的標高の高い土地に集落があったほかは、昭和22年（1947年）ころまで草地として放置され、地盤高の低い後背湿地と称されるところであった。そのため、大谷川は日時雨量50ミリメートル（流出量毎秒15立方メートル）を超えると、1年に数回の頻度で荒崎地区に溢流氾濫し、豪雨になれば背水が生じ、上流から流下する洪水と合わせて大谷川右岸耕地250町歩に湛水する状態であり、右岸地域は遊水地（状態）とされていた。

大谷川右岸より西方より約1キロメートルに立地する十六村の住民は、度重なる洪水にみまわれるなか、これをよしとせず、明和8年（1771年）に新規水除囲堤築立を願い出たが、周辺輪中の障り申立てにより吟味禁止となった。¹²その後、その周辺輪中との対立抗争を経て、明治2年（1869年）に、現在の荒崎地区島町の南側に隣接する十六輪中が完成した。同じ明治時代には、大谷川左

11 「水害から命とくらしを守るために（相川・大谷川・泥川 床上浸水対策特別緊急事業）平成14年7月10日台風6号豪雨災害」岐阜県大垣建設事務所発行。

12 大谷川沿い東西一体の村々は、牧田川及び相川の背水を受け、絶えず水害を被ってきたため、江戸時代から何十回となく大谷川沿いに背水留め施設の築造を願い出たが、他村からの故障申出のため聞きいれられなかった。

岸には、静里輪中が成立した。

また、昭和11年(1936年)に大谷川右岸上流部の954メートルには築堤がなされたが、下流部は無堤地のままとされ、この荒崎地区は、市街地を洪水から防御するための遊水地(状態)とされていた。

しかし、戦後になると、食糧増産のため、大谷川下流部の右岸側が開墾され、昭和29年から33年にかけて実施された土地改良事業の中で、大谷川右岸堤が築造された。この築造により、「従来の遊水地」を締め切ることになるが、これをもって大谷川の洪水位の上昇と、それに伴う左岸堤防の破堤被害が懸念されることとなった。よって、この水位上昇を抑え、左岸堤防の破堤被害を防止する目的で、現在の位置に大谷川洗堰(原洗堰:延長110m、越流部標高7.20m)が設置されたのである。

原洗堰が設置された昭和34年から昭和55年までの約22年間の原洗堰からの越流は、10回(2年に1回の頻度)に及んだ。

その後、岐阜県大垣土木事務所は、下流の整備が進んだことや大谷川右岸の堤防整備等が進んだことを背景として、大谷川洗堰の嵩上げの検討を昭和54年度から開始した。そして、岐阜県知事は、昭和42年度から継続している「相川(大谷川)中小河川改修事業」の一環として、昭和56年に原洗堰の越流部を0.6メートル嵩上げた(本件洗堰)。この事業は昭和56年3月に完工した。この嵩上げ工事の効果としては、本件洗堰からの越流は、昭和56年から平成14年までの22年間に5回となり、ほぼ5年に1度の割合となった。

なお、平成2年9月の水害を機に、本件洗堰の嵩上げが再度検討もされたが、周辺地区のコンセンサスをを得るのが困難な状況であった。なお、被控訴人は、平成3年当時の河川改修計画(平成2年度から平成30年度まで)を策定し、それを実施している段階であった。その計画の中では平成22年ころに大谷川洗堰の嵩上げ(事業費1億円)を実施することとしていた。

併せて、この地域では、輪中という堤防で囲まれた水防共同体単位のつながりが強く、他方、他の輪中における水防施設設置の動向がそのまま自らの属す

る輪中の安全性の高低に影響を与えうるため（例として他の輪中が堤防を高くすると、それは自分が属する輪中が水害にあうことを示すのであるから）、大變過敏かつ過激な対処をする傾向にある。¹³ こうした傾向により、市街化区域となった後も「通常有すべき安全性」を備えた「災害防御型施設」の充実が遅れてきた地域が大谷川右岸であり、なかでもこの荒崎地区は顕著であるといえる。¹⁴

よって、本裁判例において問題となっている「財政的、技術的及び社会的諸制約」のなかの「社会的制約」は、以上のような歴史的経緯のなかで政策的に形成されてきたものであることを踏まえねばならないと考える。

3.2 水害訴訟について—歴史的考察と現状の課題—

3.2.1 「水害天災観」から水害訴訟へ

次に、水害訴訟の歴史の概略を踏まえ、本件水害の判例的位置づけを明らかにしたい。

国家賠償法2条1項は、河川という公の営造物の設置または管理に瑕疵があった場合には、営造物管理責任を問いうることを明記している。しかし、宇賀克也教授（東京大学）の整理によれば、¹⁵戦後しばらくは社会通念において「水

13 こうした「水害から自分の住む輪中を守るためにその中での結束が固くなるが、他の輪中の人に対しては冷ややか」という排他性は俗に「輪中根性」とも呼ばれており、現在でもいくばくかの桎梏を残している。

14 本件の特徴及び問題点としては、荒崎地区以外に住まう当該地域の住民は、大谷川洗堰は越流堤であり、荒崎地区は遊水地であると考えており、荒崎地区が市街化されてからも従前の機能の発揮をこの大谷川洗堰と荒崎地区に求めている点があげられる。確かに、大谷川洗堰は、河川行政上は荒崎地区を守る「災害防御型施設」であり、具体には改修途上の堤防である。また、当該地区は、大垣市の都市計画行政によれば市街化区域となっており、地域行政的には既に遊水地ではない。ではなぜ、度重なる水害にも関わらず、堤防改修が進まず、遊水地としてあてにされ続ける状態に終止符がうたれないのか。それは、荒崎地区以外に住まう当該地域の住民が、暗黙の了解として、こうした荒崎地区の機能を既存のものとしてそこから受ける反射的利益を守ろうとしているからにほかならず、その機能が失われることに示す各種の抵抗が、「社会的諸制約」として、大谷川洗堰の改修を遅らせる結果になっているという実態があるのである。

15 宇賀克也（1997）『国家補償法』（有斐閣）pp.280-281.

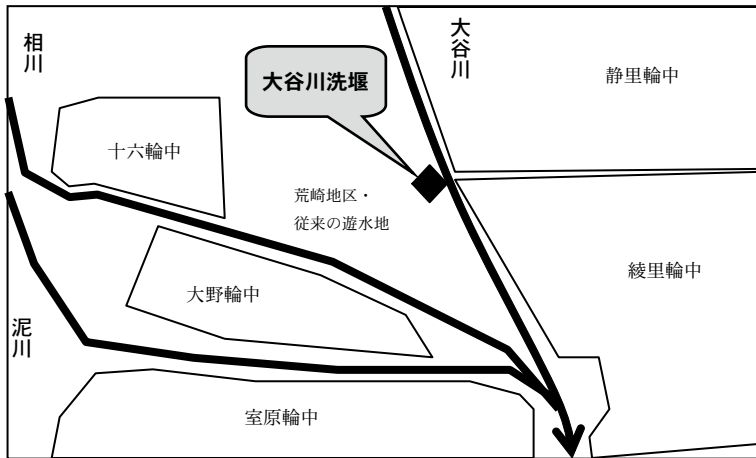


図 1：大谷川洗堰周辺の地図

（国土地理院地形図（昭和22年修測・昭和24年印刷）を参照して筆者作成）

害天災説」が根強く、水害訴訟は提起されなかったようである。

その後、昭和30年代に入ると水害訴訟の判決が散見されるようになり、初めて明確に堰堤の設置管理の瑕疵を認めたものに伊勢湾高潮水害訴訟一審判決（名古屋地判昭37. 10. 12：訟月 8 巻11号1621頁, 判時313号 4 頁）がある。さらに、土器川砂防堰堤水害訴訟一審判決（高松地判丸亀支部昭37. 12. 14：訟月 9 巻 1 号14頁）も堰堤の設置瑕疵を認めるにいたった¹⁶。そして昭和40年代に入ると、矢多田川水害訴訟一審判決（広島地判昭48. 2. 12：判タ302号224頁, 判時710号88頁）が、護岸の設置管理に瑕疵があると認める判決を出している。このように、水害訴訟において原告の請求が認められるようにはなってきたが、いずれも河川管理ではなく、堰堤、堤防、護岸等の設置管理の瑕疵が問われており、これは宇賀教授によれば「分解的考察」と称されている¹⁷。

16 ただし二審判決（高松高判昭44. 6. 27：訟月第15巻第 7 号762頁）では取消されている。

17 宇賀克也（1997）前掲15）p.281.

3. 2. 2 河川管理責任を問う

こうした「分解的考察」は、昭和49年（1974年）以降に次第に克服され、その後は、河川の管理瑕疵そのものを問う「一体的考察」が席卷した。¹⁸これは多摩川水害訴訟一審判決（東京地判昭54. 1. 25：判時913号3頁）から上告判決（最判第一小法廷平2. 12. 13：判時1369号3頁，判タ746号110頁）まで一貫して認められている。河道内に許可工作物（多摩川水害訴訟では川崎市の管理に係る取水堰）の存在する河川部分における河川管理の瑕疵の有無は、当該河川部分の全体について判断すべきであるとしている。

ではこの河川管理責任はいかなる場合に認められるのであろうか。とりわけ、本件水害のような未改修河川からの溢水型水害についての国家賠償法2条に基づく救済の可能性については、以下に示す二つの岐路があったとの指摘がある。¹⁹一つは、損失補償的構成ともいえるものである。代表的事例としてあげられるのは高知落石事故最高裁判決（最判一小法廷昭45. 8. 20：判タ252号135頁，判時600号71頁）であり、国道上への落石による事故につき、予算的制約の抗弁を認めず、道路の管理に瑕疵があると認定した。このように事故防止策実施のための諸制約として認められる抗弁の範囲を、できるだけ収縮していく方向で、瑕疵責任を考えていくものである。もう一つは、大東水害訴訟判決のように河川管理上の財政的・技術的・社会的諸制約を重く考慮して、客観的には安全性に欠ける状態であっても過渡的安全性で足りるとして、「管理の限界を救済の限界とほぼ一致させる舵取りを行ったもの」²⁰である。

以上二つの方向性の可能性があるなかで、河川管理責任の認定は、後者の方向性で進められた。すなわち、諸制約を勘案した管理の限界を重視するものであり、被害者救済の可能性を狭く解釈せざるをえない方向性であったといえ

18 宇賀克也（1997）前掲15）p.282.

19 小幡純子（2012）「水害と国家賠償法2条の瑕疵論」論究ジュリスト03,（有斐閣）p.150.

20 塩野 宏（1985）「管理の限界と救済の限界——水害訴訟の一断面」塩野宏・原田尚彦『行政法散歩』（有斐閣）p.159.

る。

昭和50年代に、河川管理瑕疵が初めて認められたのは、加治川水害訴訟一審判決(新潟池判昭50. 7. 12:民集39巻2号421頁)であった。ただし同判決では、道路管理とは異なる河川管理の特殊性を強調し、政治的責務とした²¹。同判決は、管理責任を原則として政治的責務の問題に狭く限定して解釈する代表的なものとされているが²²、この判決を契機として水害訴訟における河川管理責任に関する判決が(棄却されることなく)出され始めたことから、活発な議論を喚起するきっかけにもなった。

河川管理責任における現代のリーディングケースといえるものは、大東水害訴訟最高裁判決(最裁第一小法廷昭59. 1. 26:判時1104号26頁,判タ517号82頁)である。一審判決(大阪地判昭51. 2. 19:判時805号18頁,判タ333号136頁)は、河川管理と道路管理の間の質的差異を否定し、加治川水害訴訟一審判決に対抗する判例の流れを作った。控訴審判決(大阪高判昭52. 12. 20:判時876号16頁,判タ357号159頁)では初めて高裁段階でも、水害訴訟における河川管理の瑕疵を認めた。しかしながら、最高裁判決は、現判決に理由不備及び審理不尽の違法があるとしてこれを破棄し、大阪高裁に差戻した。差戻審控訴審判決(大阪高判昭62. 4. 10:判タ635号204頁,判時1229号27頁)は、最高裁の判断基準に従い、瑕疵を否定する判決を下し、差戻審上告審判決(最判平2. 6. 22:判例集未登載)²³も上告を棄却した。

3. 2. 3 リーディングケースとなっている大東水害訴訟最高裁判決

大東水害訴訟判決は、相当な事業費をかけて順次改修を進めてきた改修途上の都市河川において、駅付近で立退交渉等が進まず、狭窄状態にあった箇所

21「自然公物論」と称されており、その後水害訴訟の原告らはこの論の克服に努力を傾けることになった。

22 宇賀克也(1997)前掲15) p.283.

23 宇賀克也(1997)前掲15) p.287.

からの溢水型水害に関するものである。そもそも技術的および社会的制約が高かった事案であり、本件水害と類似の点が多いといえ、本判決においても引用がなされている。

この大東水害訴訟の最高裁判決は、河川管理の瑕疵の成立を否定しており、そのための一般理論も呈示しているため、リーディング・ケースとされている。しかしながら、学界では批判も多い判例でもあり、ここにその概略を整理して、瑕疵基準の問題点を整理しておきたい。

3. 2. 4 大東水害訴訟最高裁判決判旨

河川管理の特殊性：同判決は、道路防護柵転落負傷事件（最判第三小法廷昭和53. 7. 4：判時904号52頁）を引用したうえで、道路管理と河川管理との違いを強調した。すなわち、河川は本来自然発生的な公共用物であり、道路などとは異なり、もともと洪水などの自然的原因による災害をもたらす危険を内包している。また、河川の管理においては、道路の管理におけるような簡易・臨機的な危険回避の手段をとることもできない。そのため、国家賠償法2条1項にいう瑕疵について、道路の事例で蓄積された判断手法が水害事例については基本的には当てはまらず、未改修河川または改修の不十分な河川の安全性は、「過渡的安全性」で足りるのである。

一般的判断基準：そのうえで、「河川の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う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」との、いわゆる「一般的判断基準」を示した。要するに治水事業には、予算制約論を否定した高知落石事故最高裁判決は妥当せず、あくまでも財政的、技術的及び社会的諸制約があるのであり、

河川管理の瑕疵の有無は同種・同規模の河川の管理の一般水準に照らして判断するものと判示したのである。

具体的判断基準：さらに、「改修計画に基づいて現に改修中である河川については、右計画が全体として、過去の水害の発生状況その他の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格別不合理なものと認められないときには、その後の事情の変動により未改修部分につき水害発生の危険性が特に顕著となり、早期の改修工事を施工しなければならないと認めるべき特段の事由が生じない限り、当該河川の管理に瑕疵があるということとはできない」といういわゆる「具体的瑕疵判断基準」というものも呈示した。

これらの基準提示は、河川管理の瑕疵に関する議論において、昭和50年代における、大東水害訴訟一審判決のような河川と道路の管理の質的差異を否定し、河川の管理責任を広く解釈する説と、加治川水害訴訟一審判決に代表される河川管理の特殊性を強調し、その営造物管理責任を限定的に解釈する論との対立に終止符をうった。

3.2.5 大東水害訴訟最高裁判決の瑕疵基準の問題点

河川管理の特殊性：そもそも国家賠償法2条1項は、「公の営造物」の例示として、人工公物の典型である道路と自然公物の河川である河川をあげている。仮に法の趣旨が、河川は道路と同列に扱われることを要求しているとすれば、2条1項に共通する一般的な判断基準がたてられるべきであることになる。その場合には、道路判例において瑕疵判断の基準として確立していた高知落石事件（最判例第一小法廷昭45.8.20：判タ252号135頁，判時600号71頁）が、適用されることになる。そこで、河川管理の瑕疵判断につき、国家賠償法2条1項の一般的な判断基準をたてるのか、それとも河川判例独自の基準をたてるのが問題となったところ、同判決は道路判例とは異なる河川独自の一般的基準をうちたてた。すなわち、高知落石事件の適用を否定し、人工公物と自然公物の根本的な性質の違いを強調したのである。

同判決を境として河川管理瑕疵が否定される判決が相次ぎ、水害訴訟は「冬の時代」を迎えたとも称される。なかでも阿部泰隆は、本判決により水害訴訟に氷河の時代が訪れたと表現しながら、いくつかの問題点を指摘しており傾聴に値する。²⁴

特に道路と河川の異同については、むしろ、社会的に期待される安全度を基準として、外因的危険の除去の瑕疵を考えるべきであると主張している。例として、「①危険物を公共の利用に供した（道路の内在的瑕疵が顕在化した場合や、計画高水流未満の洪水で破堤した河川等）か、それとも②公共に対する自然の脅威を防ぎきれなかったか（未改修・改修途上の河川等における河川洪水や、自然災害を原因とする道路事故等）」という区別（①、②は筆者による。）」を提案し、②の場合には財政的制約論や時間的制約論の成立を述べてもいる。そのうえで、道路の場合は、行政上の管理が可能かどうかがか必ずしも明らかな場合にも、①に該当する落石や土砂崩れ等の救済が認められたにもかかわらず、河川の場合は管理ができないものとして救済が認められないのは不合理であると主張する。²⁵

この主張には筆者も賛同するところであり、自然公物論を克服し、より実効的な被害者救済を図っていくため立論として評価できる。特に、社会的に期待される安全度を基準として管理瑕疵を区分する部分には首肯する。①と②の区別が可能であれば、①に関しては道路であっても河川であっても救済すべきであろうと構成できるからである。しかし、いくばくかの疑問も残る。というのも、これは、道路や河川を、①そもそも危険な常態のものであるがその管理可能な部分を公共の用に供した公物であると考えなのか、それとも②平時には一定の安全性が保たれうる公物であると考え、そのうえでの特異な外因的な自然の脅威を想定するかの違いであろうと思われる。とすれば、河川管理に関しては、自然的原因による災害をもたらす可能性というものが常に想定されがちで

24 阿部泰隆（2009）『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣）pp.531-536.

25 阿部泰隆（2009）前掲24）pp.534-535.

あり、①と②の区分は決して容易ではないと考えるからである。また、河川に関しては、水の流量制限も速度制限も流路規制もできないのに管理を要するのであるから、開設後にその交通量の抑制や速度制限、利用規制ができる道路と比べるとはるかにその危険管理はしづらいといえるからである。よって、①に関しては、改めて道路とは異なる運用が望まれるといえよう。

さらに阿部氏は、道路の場合は利用者共通のリスクであるから、保険的発想で、道路の賠償費用を利用者に分散したと解すればよいが、河川洪水のリスクは地域性があり、みんなに共通ではないから、保険的発想は成立しないと主張している。²⁶しかしながら、河川洪水も、広く流域や水系という単位で検討するならば、流域や水系のうちのどこかの地域が被害をうけることで他の地域が被害を免れる構造があるといえ、むしろ保険的発想は積極的に適用されていくべきではなかろうかと考える。

一般的判断基準：一般的判断基準については、学説の評価は分かれているものの、筆者を含む大勢は批判説に与している。²⁷西埜章もその一人である。西埜氏は、瑕疵の有無を判断するための营造物の種類による特殊性は、財政的、技術的及び社会的制約として具体化されるが、技術的及び社会的制約は、結局、財政的制約に大部分は吸収されるとして、財政的制約について検討することの重要性を述べている。²⁸そのうえで、近時の判例では財政的制約を考慮すべきであるとするものが増加しており、その意味づけを「通常有すべき安全性」を確保するための当該破堤・溢水箇所を改修しておくのに必要な金額が、河川管理予算全体に照らして著しく巨額であるか否かを基準として判断されるべきであるとしているのである。

宇賀克也も、多摩川水害訴訟最高裁判決（最判第一小法廷平2. 12. 13：判時

26 阿部泰隆（2009）前掲24）p.535. 及び阿部泰隆（1988）『国家補償法』（有斐閣）p.224.

27 橋本博之（2012）「河川管理の瑕疵（1）」宇賀克也・交告尚史・山本隆司編『行政判例百選Ⅱ』（有斐閣）p.503.

28 西埜 章（2008）『国家補償法概説』（勁草書房）p.141.

1369号23頁，判タ746号110頁）について、大東水害訴訟最高裁判決が用いた財政的、技術的及び社会的制約という語を、瑕疵を否定する「マジックワード」として安易に用いるのではなく、事案に応じてその内容を吟味すべきことを確認した点を評価している。²⁹

これらのように、事案に応じての財政的、技術的及び社会的制約の内容の検討こそ重要であると筆者も考える。なお阿部氏が呈示する、芝池義一の説³⁰になぞらえて、「資源配分の見地から、なすべき行政措置に必要な財政支出が一般的に予想される危険と比較して客観的に期待可能性がなく、現実には生じた損害との関連においても、手落ちとしてとがめ立てするのは實際上酷だと判断される場合」³¹が妥当であるとする見解には説得力がある。

さらに、小幡純子も、公物管理上、当該河川にどの程度の安全性が合理的に期待できるかという観点から、河川の「通常有すべき安全性」を判断すべきであるとしている。そのうえで、「同種・同規模の河川」という観点からは、当該河川の四囲の状況から危険性が強く認識されながら特に整備状況が劣っている場合には、「通常有すべき安全性」を欠く河川として瑕疵を肯定することは可能であるとしており、³²当該河川管理における合理性のみではなく、より広い意味での社会的妥当性が要求されるという見解にも注目したい。

加えて、本判断基準の射程範囲を検討するにあたり、そもそも大東水害の特殊性を確認しておかねばならないともいえる。というのも、大東水害³³は、大東市近郊において、高度経済成長期を通じて爆発的に人口が増え、かつ近隣の水源が乱開発されるという状況の下で、行政による改修も進められていた途上

29 宇賀克也（1997）前掲15）p.295.

30 芝池義一（1984）「行政裁量と河川管理責任」法律時報56巻5号 p.51.

31 阿部泰隆（2009）前掲24）p.535.

32 小幡純子 前掲19）p.151.

33 大東水害の特殊性については、甲斐道太郎ほか「河川水害と法の新局面——大東水害最高裁判決とその後」法律時報60巻2号（1988）池田恒男発言（p.7）、五十嵐清発言（p.9）及び阿部泰隆（1988）前掲26）pp.231-235等。特に阿部（1988）のpp.232-234の写真は示唆的である。

で生じた水害である。財政上の制約で改修工事が進まない状況のもとで、もともと低湿地帯であったところに容量を超える洪水が出現し、一部未改修で放置されたところで発生した溢水水害だからである。規模としても、街の中を流れる、極端に言えば「ドブ川」があふれたという程度の事案とも称されている。よって、本判断基準は、「短期かつ小規模に問題が生じていた」事案であるため、財政的、技術的及び社会的制約がかなり高いと言わざるをえない大東水害訴訟において展開された一般論であることは踏まえねばならず、より大規模かつ長期計画的に管理されている河川にそのまま適用可能かどうかには大いに疑問があるところではある。

具体的判断基準：具体的判断基準については、改修途上の安全性確保に関する瑕疵判断基準と、河川改修計画の合理性の担保の仕方を問わねばならないと考える。

はじめに、改修途上の安全性確保に関する瑕疵判断基準については、河川改修中は安全性の確保は不十分であってもやむをえないというのでは、原告への説得力は皆無である。まして、原告住民らには、諸制約を取り除く手段が十分確保されているとはいえないのであるからなおさらであるといわねばならない。阿部氏は、個別の水害における瑕疵判断のために、広く行政計画の裁量権の議論を持ち出すのは飛躍していると指摘する³⁵。さらに、瑕疵の立証責任はあくまでも原告にあるのであり、この立証責任の一般原則を厳格に適用すると、被害者側が瑕疵を立証するのが著しく困難となってしまうことになる。

そこで、裁量権を広く認めすぎることなく、かつ原告の立証責任を軽減するために、比較的早い段階で、瑕疵の「一応の推定」の理論が説かれていた。これは、「公の営造物により損害が発生したことが立証されれば、瑕疵の存在を

34 甲斐道太郎ほか(1988)前述33)の五十嵐清発言(p.9)には、大東水害訴訟においてはそもそも財政制約論のような一般理論が問題になる必要もなかったのではないかとの指摘がある。

35 阿部泰隆(2009)前掲24) pp.535-536.

推認してよく、瑕疵の存在は、設置または管理による瑕疵と推定してよい」³⁶ というものである。こうした立証責任への配慮は求められているといえる。³⁷

次に、河川改修計画の合理性の担保の仕方については、前述の小幡氏による次の指摘がある。公物管理上、当該河川にどの程度の安全性が合理的に期待できるかという観点からは、「より危険性の高い個所から改修整備していく優先順位付けるが適切になされることが必要であるが、それぞれの河川の整備の進捗状況について周辺住民等の理解を得ながら進めていくことも要請される」³⁸ というものである。とはいえ、周辺住民の理解については、地元の意思に統一性があるケースばかりとは言えず、計画のあり方と進め方、進捗管理等には、より民主的なプロセスの確保が必須である。そもそも、水害に関しては、住民は河川行政によって守られる存在であるべきであるところ、一部地域の被災が同流域内の他の地域を被災から免れしめるという構造になっている。そのため、より平等性というものを意識することが重要であり、社会的に固定した弱者や地域格差を作り出してしまわないような配慮も求められよう。

3. 2. 6 流域対策に関する河川管理の瑕疵

加えて、土地利用対策をはじめとする流域対策が検討される必要があるといえる。河川水害は、被害地域と河川との位置関係・地形的関係によって生ずるものといえ、土地利用計画行政によって対応する部分が大きいことが指摘されている。³⁹ すなわち第一義的には、「君子危うきに近よらず」という方針に基づ

36 西埜 章（2008）前掲28）p.146.

37 なお、1997年に改正された河川法においては、新たに河川整備の基本となるべき方針を決めた河川整備基本方針と、具体的な河川整備内容を決めた河川整備計画を設定することとなった。このうち河川整備計画は、地方自治体の首長や地域住民等の意見を反映する流域委員会等の諮問機関が設置され、議論が行われている。これらは「住民参加型の河川事業」の実現という目的で実施されているが、不十分さも指摘されている。そのため住民に立証責任を担わせるということは、住民は改修計画のバックデータを知りようもなく、依然として原告に不当な負担を強いるものであるといわざるを得ない。

38 小幡純子（2012）前掲19）p.151.

39 阿部泰隆（1988）前掲26）p.229. 及び遠藤博也（1984）『国家補償法中巻』（青林書院）pp.750-751.

く土地利用計画の必要性が問われねばならないのである。遠藤氏は、低湿地で湛水しやすい災害多発地域でありながら、床高がわずか30センチないし70センチメートルにすぎなかったため床上浸水が生じた大東水害をその例の一つにして、説得力ある考察を展開している。遠藤氏の説を踏まえ、筆者も、管轄する自治体もしくは部署は異なれども、河川管理行政と、土地計画行政、建築行政並びに防災・減災行政による、自然の脅威までを盛り込んだ「予防的（ここではリスク回避を意図する）行政としての流域対策」が実施されることがまずもって望ましいと考える。とはいえ、既に住宅や事業所が築造されたのちであれば、移転にはかなりの困難が伴うため、第二次的にはあるが、河川管理行政と連携しての地元自治体による、より適切な「減災的（ここではリスク低減を意図する）行政としての流域対策」が行われる必要があるといえよう。

なお、松本充郎は、水害の損害・損失の文脈では、国家賠償法2条1項の河川管理の瑕疵の賠償責任だけでなく、国家賠償法1条による国又は公共団体の土地利用規制や水防法上の権限行使の誤りによる賠償責任、さらには憲法29条3項の損失補償も問題とすべきであると指摘している。⁴⁰

この視点の敷衍を試みるべく、いわゆる本件でいうところの流域対策を怠る瑕疵について若干の検討を行なう。官見によれば、水害被災住民による流域対策の必要性の主張で最も古いものは、鹿児島地判（平15. 3. 28：判例集未登載）である。この裁判においては、原告住民は、河川管理者には、河川管理に並んで河川法、建築基準法、都市計画法上の責任があり、内水対策を含めて⁴¹溢水等による被害を防止する義務があったとして「総合的治水のための流域管理」の必要性を主張した。しかしながら、裁判所は、河川法1条にいう「河川の管理」とは、「河川の保存、利用及び改良並びにこれに付随しておこなわれる一切の行為」であり、原告らの主張する「総合的治水のための流域管理」すなわち流

40 松本充郎 (2008) 『川と流域のガバナンスと法制度』『水をめぐるガバナンス』(東信堂) p.84.

41 内水とは、堤防を境界として、居住地側を「堤内地」と呼ぶことから、居住地側であふれる雨水等を指す。

域の宅地開発の規制をし、また市街化のできない保全区域に指定すべきであるという各種の土地利用に関わる規制権限行使を指すものではないと判断した。

次に名古屋地判（平20. 3. 14：判タ1289号99頁）では、被災した住民原告は、「新川周辺における内水被害の原因が新川の⁴²外水対策にある」旨主張し、外水対策としての総合治水の必要性を訴えた。しかしながら、裁判所は、新川における流域対策も含む新川流域整備計画（治水暫定計画）は、「時代の変化に伴う眼前の課題」と認めつつ、さらに、平成12年度末において、雨水を流域内で貯留めする必要対策量に対する対策率は、主体となる市町村の平均で26%であったことを示しつつも、流域対策は、被告県のみにおいてなしえるものではないことを挙げ、関係する市町村、開発業者や沿線民地の所有者等の協力が不可欠であったとしている。以上をもって流域対策の遅れに対する瑕疵を認定するには至っていない。

さらに、控訴審判決（名古屋高判平22. 8. 31：判例集未登載）においても、この判断は覆らなかった。住民である控訴人は、原審に同じく、本件浸水被害は、河川の氾濫・破堤の防止のために流域から河川への流入量が抑止されたため、流域で降雨の遊水や滞留が生じ、河川に流入する小河川が氾濫し、これらによる浸水被害が生じたのであり、よって、本件浸水被害は、河川が本来必要な流下機能がないことによる外水被害であると主張した。しかしながら裁判所は、新川が脆弱な河川であるからこそ、河川への流入量を抑制・削減する必要が生じており、その手段として流域対策たる総合治水対策が実践されていると判示した。ただし、こうした流域対策がなされていることをもって、当該河川が脆弱であると根拠づけるものではなく、流域が従来から有している保水、遊水機能の維持、増大を図る方策を、「治水施設の整備」「開発計画」「土地利用計画」との連携及び調整をもって、広く関係機関の合意の下に推進する流域内における雨水の流出抑制を目的とした対策であることを述べている。

42 外水とは、堤防を境界として、人の居住地の外（河川側）を「堤外地」と呼ぶことから、河川の水のことをいう。

以上の判例動向を読み解き、さらには流域対策を怠る瑕疵責任を検討するために、河川法並びに条例から、以下に検討を加える。河川法は、平成9年(1997年)度改正時に、環境の整備と保全を求める国民のニーズに的確に応え、また、河川の特性と実情に応じた河川整備を推進するために、樹林帯⁴³をダムや堰等の河川管理施設の一つとして特定し(河川法3条2項)、地域との連携を盛り込んだ。このため新河川法のもとでは、森林のダム代替機能(緑のダム論)が正面からとり上げられるようになった。さらに河川整備の計画について、河川整備の基本となるべき方針に関する事項(河川整備基本方針)と具体的な河川整備に関する事項(河川整備計画)に区分し、河川整備計画策定にあたっては、地方公共団体の長、地域住民等の意見を反映する手続きを導入することとなっている(河川法第16条の2、4・5号)。

よって、鹿児島地判(平15. 3. 28)という旧河川法下における判決と比較すれば、名古屋地判(平20. 3. 14)及びその控訴審判決においては、河川の総合的な保全を目指すために、流域対策というものが「治水施設の整備」「開発計画」「土地利用計画」等との連携をもって進められるべきものであるという点での認識はいくばくか進展しているといえる。しかしながら河川管理施設としての、樹林帯の特定は、むしろ河川管理者の所管を広げているのであるから、河川管理者の所管ではない各種の土地利用に関わる規制権限行使がなされないことをもって、流域対策における瑕疵を認定し国家賠償法1条に基づく請求を行えるという認識には、裁判所の見解は到りづらくならないかとも思える。よって、今後の講学上の議論の成熟及び各自治体における流域対策のより一層の充実、並びに訴訟における立論及び展開戦略の検討が必要となってくる

43 樹林帯とは、河川法3条1項によれば「堤防又はダム貯水池に沿って設置された国土交通省令で定める帯状の樹林で堤防又はダム貯水池の治水又は利水上の機能を維持し、又は増進する効用を有するものをいう」と説明されている。

44 及川敬貴(2010)『生物多様性というロジック』勁草書房 p.65等。なお水害対策としての緑のダムをめぐる政策的議論の経緯と森の洪水緩和機能については、蔵治光一郎(2012)『森の「恵み」は幻想か』(化学同人) pp.57-86に詳しい。

といえよう。⁴⁵

なお、流域対策という文言を用いてはいないが、富川地区沙流川水害訴訟（札幌高判平24. 9. 21：判例集未登載）という河川管理者に違法行為があったことが認定され、国家賠償法1条1項に基づく賠償請求が認められた事案もある。沙流川水害は河川管理施設の一つである樋門（水門の一種）の操作の誤ちに違法があり、その違法が水害を惹起する原因となったと裁判所は認定したのである。これは行政の権限行使の誤りによる賠償責任を認めたものといえ、被災者の訴訟における立論及び展開戦略に一つのヒントを与えうるともいえる。

さらに一つの傍証を構成しうるものとして、滋賀県の「流域治水の推進に関する条例」に、「建築基準条例」における出水の災害危険区域に関する条項をとり込む施策がある。これは滋賀県による、建築基準法39条の「災害危険区域制度」における建築に関する制限（39条2項）を積極的に流域治水の推進に活用することで、水害被災を減じる政策を展開する試みである。⁴⁶こうした試みが、一つのモデルとなり積極的に展開され、併せて各自治体内外における議論が深まることにより、流域対策に求められる（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うる安全性の）基準にも変化が生じるのではなかろうかと思われる。

なお、29条3項を根拠にする補償請求の可能性については、損失補償に関する規定がなくとも憲法29条3項を直接の根拠にして補償請求をする余地が全くないわけではないと解されているところ⁴⁷、水害訴訟においては、原告らが水害によって被った損失は「特別の犠牲」であると認められるものはないと思わ

45 松本充郎（2008）前掲40）p.84には、河川管理者の守備範囲が河川だけではなく流域対策全般に拡大した場合には、社会的制約は現状よりも狭くなる可能性があるという有益な示唆がある。とすれば河川管理者の責任と権限が拡大すれば、流域対策のみではなく河川管理に関する現行の瑕疵基準も変更しうるといえ、河川管理者の管理責任の範囲と水準については、今後も注視を要する。

46 第17回滋賀県自治創造会議において、市町長と「（仮称）滋賀県流域治水の推進に関する条例要綱案」について協議がなされている。 http://www.pref.shiga.lg.jp/h/ryuiki/jyourei/files/20130803_chiji.pdf（2013年11月13日閲覧）

47 最高裁大法廷昭43年11月27日：判タ229号256頁，判時538号12頁。

れる。しかしながら、個々の河川の実情を踏まえたうえで、「治水施設の整備」「開発計画」「土地利用計画」を含めた今後の総合的な流域対策が、広域行政の実現とともに推進されることも期待できる。さすれば、よりドラスティックな流域対策の実現も視野に入れることが可能になると思われ、適法な国家活動の推進による損失補償の必要性の議論が深まる可能性は否めない。

3. 2. 7 小括

以上のように、河川水害は、国家賠償法上は、天災の一言では解決できるものではなくなったといえる。堰堤、堤防、護岸等の設置管理の瑕疵の問題でもなく、河川管理の瑕疵そのものが裁判の俎上に上ってきたことが確認される。それは、許可工作物たる堰の設置管理に起因する訴訟においても、当該堰を含めた河川全体の管理の問題として、被告に河川の管理瑕疵を問責する主張が一般化したことから確認できる。

さらに本判決に関しては考慮すべきことは多々あれども、ここでは以下（本稿「3. 3. 2 争点（2）」）における検討のなかで特に着目していきたい観点を五点ほどまとめておきたい。一点目に、被告県の河川管理の瑕疵の有無は、大谷川洗堰のみにとどまらず、当該河川部分の全体について判断すべきものであるといえる⁴⁸。二点目に、財政的、技術的及び社会的制約という語を、瑕疵を否定する「マジックワード」として安易に用いるのではなく、事案に応じてその内容を吟味すべきことを確認せねばならない。三点目に、本件水害はリーディングケースである大東水害に似ており、よって、本裁判例も大東水害訴訟判決を引用していると思われる。しかしながら、大東水害訴訟は、短期かつ小規模に問題が生じていたため、財政的、技術的及び社会的制約がかなりの程度

48 なお本判決については、第一義的には当該河川部分の全体についての判断が問われているが、河川改修計画のあり方と河川管理を効率よく推進するという観点からは、当該輪中地域を流れる大谷川、相川、泥川を含む流域管理についての判断が問われることになる。と考える。

において高くならざるをえなかったケースであるといえ、その訴訟のなかで打ち立てられてきた瑕疵判断基準の適用範囲は慎重に検討せねばならないといえる。四点目には、改修計画の合理性の担保の必要性であり、さらには河川改修計画への住民合意のありかたである。すなわち、住民参加の手法の確保と被害の救済とのバランスが勘案されねばならないと考える。住民は河川管理者に守られる存在であるため、河川改修計画への参画・監視手段すら確保されていないのであれば、全面的に守られる存在であるべきであり、他方、河川改修計画に参画・監視等の手段を確保できるならば、救済の限界や範囲も変容してくるといえよう。五点目には、「治水施設の整備」「開発計画」「土地利用計画」等を含めた総合的な流域対策が検討されていく必要があるということである。河川管理行政を中心とする、土地計画行政や建築行政や防災・減災行政等を含めた、自然の脅威までを盛り込んだより予防的な行政が実施されることがまずもって望ましいといえよう。とはいえ既に住宅や事業所が築造されたのちであれば、移転等にはかなりの困難が伴うため、第二次的にはあるが、河川管理行政と連携しての地元自治体による、より減災に資する流域対策が行われる必要があるといえる。河川管理行政はそれらの中心的存在かつ牽引役となりえる。こうした流域対策の拡充によって、河川管理の瑕疵の範囲も基準も、担う権限や責任の度合いに応じて変更されていく必要があるともいえる。

3.3 検討

3.3.1 争点（１）大谷川洗堰の管理について、機能的瑕疵の法理の適用または類推適用による瑕疵が認められるか

原告らは、大谷川洗堰は実態的には越流堤の役割を果たしており、その結果として浸水被害が出たとして、被告の大谷川洗堰の管理に大阪空港騒音公害訴訟（最判大法廷昭和56. 12. 16：判時1025号39頁，判タ455号171頁）が示した、いわゆる機能的瑕疵があったと、原審からひき続き主張している。すなわち、大谷川洗堰は差別的な施設であり、大谷川洗堰が越流堤として機能していること

を利用し続けていることによって、原告らが不公平で特別な被害を被っている
と主張したのである。機能的瑕疵の法理は、受忍限度論に立脚しつつ、営造物
が公共的な機能を果たす過程で周辺住民に被害を被らせている場合にも管理の
瑕疵、違法性を肯定する法理である。しかしながら、裁判所は、原判決と同様
に、もっぱら河川の洪水という自然的原因による災害であり、そもそも営造物
がその供用目的に沿って「利用」されている場合を前提とする機能的瑕疵の法
理とは場面が異なると判示した。

更に裁判所は、本判決では、大谷川流域では昔から浸水被害が繰り返されて
きたことについては「自然的条件のため」と理由づけし、本件水害の原因も「大
谷川洗堰は、自然的原因による洪水時に越流機能が表面化するにすぎないとい
うべきである」とし、「自然的」という要素を強調した。そのうえで、河川管
理の特殊性を考慮せざるを得ないことを前提としたうえで、「自然現象に対す
る河川管理の影響力の行使は考えられない」と表現し、本件水害に機能的瑕疵
の法理の類推適用の可能性を否定した。その点においては、自然公物論を想起
させるような議論に終始し、かつ河川行政の困難さのみに配慮したものとい
え、水害訴訟における河川管理責任の確立という点においてはいくばくか後退
したものと受けとめることができよう。

一方、原審は、大谷川洗堰については、「越流堤としての機能がある」とし
たうえ、「歴史的に荒崎地区が事実上の遊水地としての役割を担ってきた事実
は否定できない」等と水害に苦しむ荒崎地区の特殊性に一定の理解を示したも
の、大谷川洗堰を越流目的の河川管理施設とまでは認めなかった。

しかしながら、本判決では、前述のような理解は示すことなく、河川管理の
特殊性を述べるにとどまってしまっている。さらには、①荒崎地区の住民には
危険に接近したという事実が認められ、②大谷川洗堰のかさ上げに反対する大

49 ただし、「荒崎地区の住民が、多量の降雨のたびに多大な精神的苦痛、肉体的苦痛、経済
的損失を受け続け、荒崎地区のみが放置されているとの怒りや絶望感を抱くことは理解
できないことはないが」とその心情を慮る一節がある。

谷川左岸住民らは水害常襲地帯において自らの努力によって輪中を形成、維持して財産等を保全してきたという歴史がある、として、治水対策が必ずしも不公平、不平等なものとはいえず、結果として、荒崎地区に浸水被害が生じていることも特別の被害とは認められないと判断している。これらの点については、以下に検討する。

①については、確かに、地元の知見や生活知を有する者であれば、荒崎地区は、住居及び事業場用地としてその域内の土地を購入するにはかなり慎重にならざるをえない地区である。しかしながら、河川管理行政ではないものの、住民が危険に接近したことも瑕疵として想定されるとすれば、荒崎地区を市街化区域とした都市計画行政にもその責任の一端が課せられるといえる。とすれば、縦割りを廃した流域全般の土地利用及び河川管理行政の必要性がより一層求められよう。

②については、筆者は、歴史的に荒崎地区が遊水地として「水の逃げ場」たる空間として政策的に運用されてきた経緯を重視している（本稿「3.1.2」を参照のこと）。これは現在でも域内の多くの人に共有されている観念であるところ、大谷川左岸住民らには築堤という自助努力が許されてきたが、他方、荒崎地区の住民にはそうした意向が無視され続けた経緯があることをも踏まえねばならないといえる。確かに、荒崎地区の住民は、今般の堤防のかさ上げのために地元負担金等を出すなどの寄与をしているわけではないが、自助努力までが、社会的制約によってもしくは政策的意図によって阻まれてきた歴史があるのであれば、そこにはやはり公助としての、地元住民の利害調整や安全度の均衡に配慮した改修計画の立案等といった現代的な河川管理行政の役割及び責務こそ望まれると考える。

よって、裁判所は、荒崎地区の浸水被害の不公平、不平等さをもって違法性を認定し、その特別な損害を越流堤という公共性の強い人工営造物の利用が限度を超えて損害を与えた場合の瑕疵として、機能的瑕疵の法理の類推適用を認めるべきであったと考える。

3.3.2 争点(2) 大谷川洗堰と同洗堰を有する大谷川について、流域対策に関する河川管理の瑕疵が認められるか

原告らは、流域対策(原審では「洗堰の嵩上げ、締め切り以外の浸水被害対策」とされている)に対する瑕疵を主張した。河川工学の専門家による、水防土のう等の対策をとることができたのにとらなかったという主張も新たに展開したが、ことごとく退けられた。

裁判所は、大谷川洗堰を含む大谷川は、改修計画に基づいて現に改修中の河川であり、大東水害訴訟判決を参照しながら、具体的瑕疵基準を適用している。そのうえで、河川改修計画が格別不合理なものとは認められず、その後の事情の変動等により、未改修部分につき水害発生の危険が特に顕著となり、早期の改修工事の施行が必要となったとも認められないため、河川管理の瑕疵は認められないとしている。また、流域対策として実施すべきであったとされる本稿「2. 判例要旨 争点(2)②-2.」で列举した事項に関しては、いずれもこれらの浸水対策を講じなかったことが河川管理の瑕疵に該当するともいえないとして、訴えを棄却した。

よってここでは、「3.2.5」および「3.2.6」で検討した大東水害訴訟判決から抽出したいくつかの問題点を踏まえつつ、若干の検討を加えるものとする。

一点目に、被告県の河川管理の瑕疵の有無を、大谷川洗堰のみにとどまらず、当該河川全体について検討する必要があるということである。本件では、河川管理の特殊性はもちろん考慮せねばならないが、その歴史は長く、十分対処する時間も技術の蓄積もあったはずであるともいえ、そうしたなかで現在においてもなぜ大谷川洗堰の嵩上げが実現されるに至っていないのかという点が勘案されねばならないと考える。

二点目については、財政的、技術的及び社会的制約という語を、瑕疵を否定する「マジックワード」として安易に用いるのではなく、事案に応じてその内容を吟味すべきことを確認せねばならないということである。特に本判決で

は、「地先性」⁵⁰という語を用いて技術的制約と社会的制約が高いことをことさらに取り上げているため、その中身を以下に検討するに、技術的制約は、「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ほかはな」いが、「大谷川洗堰の嵩上げや解消を実施するには、これにより影響を受ける上下流の改修事業を先行せざるを得ないという技術的制約が存する」というものである。社会的制約は、「江戸時代から、水防に関する輪中間及び輪中内外の対立が激しい地域であり、このような住民感情は、平成の時代に至っても受け継がれており大谷川洗堰を締め切ることについては、締め切ることにより水害の危険が増加するとして、大谷川左岸堤内にある静里地区、綾里地区等の住民や大谷川洗堰の上下流の住民からの根強い反対がある」⁵¹のであり、「自らの努力によって輪中を形成、維持して財産などの保全を図ってきた地区の住民らとの安全性の順序を変える洪水対策をとることは極めて困難である」というものである。こうした技術的及び社会的制約を是として、肝心の大谷川洗堰の改修は最後に実施せざるを得ないものと断じるのでは、理由が片面的とも、合理性に欠けるともとれる。よって荒崎地区に住まう住民への説明としては不十分といわざるをえない。

三点目に、大東水害訴訟判決の引用についてである。本件水害はリーディングケースである大東水害に似ており、よって、本件も大東水害訴訟判決を引用している。しかしながら、大東水害訴訟は、短期かつ小規模に問題が生じていたため、財政的、技術的及び社会的制約がかなり高かったケースであり、その訴訟のなかで打ち立てられてきた瑕疵判断基準の適用範囲は慎重に検討せねば

50 「他の輪中内の住人と輪中外の住人とは地先性に差があり、後からきた人のために既存輪中の危険性が上がることには、既存輪中の住民からの抵抗が生じやすく、対岸の静里輪中及び綾里輪中から強い反対運動があった。」との記述がある。

51 また、裁判所は、「輪中内の住人と輪中外の住人とは地先性に差があり、後からきた人のために既存輪中の危険度が上がることには、既存輪中の住民からの抵抗が生じやすい」とし、「かならずここが輪中堤よりも先に氾濫することが地域の約束となってきた経緯がある」という供述も踏まえ、大谷川右岸は締め切られず、現在のような大谷川洗堰となったことを認定している。

ならないといえる。本件では、大谷川及び相川、泥川を含む流域全体の治水対策は長期的に検討されてきた課題である。まして、大谷川洗堰はそもそもは越流堤として造成された歴史を持ち、政策的かつ積極的に差別構造を利用してきたということも指摘できるのであるから、現代における諸制約による影響のみを大きく評価しすぎることは許されないものと考ええる。

四点目には、改修計画の合理性の担保の必要性であり、さらには河川改修計画への住民合意のありかたについてである。すなわち、住民参加の手法の確保と被害の救済とのバランスが勘案されねばならないと考える。住民は河川管理者に守られる存在であるといえる。よって、河川改修計画への参画・監視手段すら確保されていないのであれば、全面的に守られる存在であるべきであり、他方、河川改修計画に参画・監視等の手段を確保できるならば、救済の限界や範囲も変容してくるといえよう。裁判所は、歴史的にも、荒崎地区の住民が築堤を望みながらも、それが他の輪中の住民の反対によって妨害されてきた事実を認定している。すなわち、地元の締め切り堤防を築堤してほしいという意向は汲み取られなかったのであり、それにもかかわらず、長らく住民は水害の危険に脅かされ、ひとたび水害の被害が生じても救済がなされないというのが本件の判決であるといえる。しかしながら、河川に関しては、住民は築堤を早めるための請願や住民の合意形成のための試みもいくばくかはできるとはいえ、基本的には河川管理者に守られる存在である。さすれば、むしろ行政は、客観的情報を使って住民参加及び住民合意の形成に積極的に介入していく必要があったのではなかろうか。

五点目には、「治水施設の整備」「開発計画」「土地利用計画」を含めた総合的な流域対策が検討されていく必要があるということである。原告らは、原審においては、河川法1条は、「河川の流水によって生ずる災害の発生の防止」、すなわち洪水防御を目的とした河川管理（広義の河川管理）について規定したものといえ、流域対策はこの広義の河川管理に当たるため、本件洗堰からの越流を前提とした流域対策としての浸水対策が行われていないことが、大谷川の

河川管理の瑕疵に当たると主張した。しかしながら裁判所は、原告らが、被告がとるべきであったと主張する方策を一つずつ検討しながらその難点を指摘した。さらに、一般的な広報活動あるいは個々の住民の自衛を促す啓蒙活動をなすことは好ましいことと考えられるが、直接大谷川の安全性を高めるものとはいえず、河川管理上の義務とされるべきことかについては疑問があり、これをしないことが、本件において、河川管理の瑕疵であるとは評価できないと解した。さらに、2000年（平成12年）12月に出された「流域での対応を含む効果的な治水の在り方」⁵²に関する河川審議会中間答申（以下、「中間答申」という。）に、流域対策として宅地嵩上げの実施やハザードマップの作成・公表等が示されていることにも触れ、これらは、従来の治水対策における河川改修のみの対応に限界があるとして、これからの治水対策の指針として示されたものであって、直ちに本件大谷川の治水対策として、これらの流域対策が義務づけられるものでないと断じた。控訴審判決では、原告らは流域対策の必要性の主張をより技術的に議論を補強して展開した。しかしながら、裁判所は、原判決と同様に、河川管理者がとるべきであったと主張する方策を一つずつ検討しながら、その合理性等を検討し、難点を指摘した。そのうえで、住民らが主張した中間答申の内容は、従来の治水対策における河川改修のみの対応に限界があるとして、これからの治水対策の指針として示されたものにすぎないとの判断を示した。それゆえ、河川管理者が相川改良工事全体計画策定当時（1997年（平成9年）1月28日に建設大臣の認可を受けた）に、流域対策をすべき義務を負っていたとは認められず、中間答申もそれを義務付けるものではなかったと断じた。

しかしながら、筆者は、本件においては、大谷川洗堰の改修工事の順位を最後にせざるを得ないのであれば、河川管理行政が地方自治体と連携して、過渡

52 流域での対応を含む効果的な治水の在り方 中間答申 河川審議会計画部会 平成12年12月19日 http://www.mlit.go.jp/river/shinngikai_blog/past_shinngikai/shinngikai/shingi/ryuiki.pdf(2013年11月13日閲覧)

的安全性を確保するための諸々の流域対策（改良水防土のう積みの設置等）を適時適切に行うべきであったものとする。確かに、残念ながら被災住民らの主張した流域対策は、その効果に疑問があるものもある。コストも低く、早期にかつ簡潔に対策できるとして、控訴審から主張した「ウ、改良水防土のう積みの設置」も、そもそも越流被害は破堤ではないため認められづらいであろう。しかしながら「2. 判例要旨 争点（2）②-2.」に列挙した流域対策のなかでも「エ 危険告知」については、一定の責任が認められるといえよう。というのも、ここまで荒崎地区の被害が拡大した背景には、同地区が市街化区域に指定したことがあげられるからである。なかには市営団地も建築されており、原告の中には「市営団地だから安心して買った」という声もある⁵³。市営団地であることが居住環境まで担保するものではないとしても、行政は情報にアクセスしやすい立場にある。にもかかわらず、市営ということは、住宅としては不向きな土地に漫然と住宅地もしくは住宅を購入することを推奨したものといえよう。ゆえに、行政の土地利用計画の区域指定そのものを争う手段はないが、土地利用計画との因果関係を追求して、取引安全のためのハザードマップ等を提示しなかったことに一定の瑕疵を認めることも可能であろうと考える⁵⁴。

なお、原審では、裁判所は、「流域対策は広義の河川管理に当たる」という認識を示しており、あくまでも国家賠償法2条の問題と位置づけられた。ゆえに、現状では同法1条の適用の余地は認められなさそうであるものの、流域対策の展開がより充実してくれば同法1条の、さらには憲法29条3項の損失補償の適用可能性もあるといえる。よって、総合的な流域対策という文言が、ただの画餅に終わらぬように、その進展を促すべく継続的な住民参加と監視が必要

53 第一審判決では、裁判所は「当時の荒崎地区が市街化区域にふさわしい危機だったか疑問がないとはいえない」と苦言を呈している。

54 取引安全の見地からいえば、当該住宅地もしくは住宅を販売した業者が、当地の形状に対する説明責任を果たしたかについては大いに疑問が残るのであり、損害賠償請求も可能であったのではないかと思われる。

であるといえる。

3. 3. 3 結びにかえて

本件判決では、原審から継続して大谷川洗堰の位置づけが大きな焦点となった。改修中の堤防か、それとも越流堤かというものである。河川行政上は既に改修中の堤防との位置づけである。であるからこそ、かつて遊水地であったところは市街化区域とされ、住宅や工場が立ち並んだ。しかしながら、本件洗堰は、越流堤として築堤された原洗堰から0.6メートルしか嵩上げされていない。よって、地域社会的には、長期にわたり荒崎地区は遊水地として、また大谷川洗堰は、越流堤として概ね認識されてきたのであり、現在に至っても対岸や同岸側の他の堤防よりも低いことからその機能を有しているといわざるをえず、未だ越流堤として認知されている。対岸や同岸側の他の堤防よりも低い堤防部分があることで、他の輪中は水害から免れやすくなるということを流域住民は分かっているのである。だからこそ、この改修が進むということは、越流堤の解消にほかならず、水と闘い続けてきた輪中地域には社会的軋轢が生じるのである。いわば、改修を阻む社会的制約は、歴史的な河川行政上の桎梏といえよう。

こうした矛盾が本件判決においても勘案されず、原告である荒崎地区住民の救済は甚だ不十分なものとなってしまったといわざるをえない。折しも、ゲリラ豪雨等と称される突発的で局地的な豪雨が頻発するようになり、集中豪雨へのリスク管理の必要性も高まってきている。併せて、縦割り行政を克服して、河川管理を含む流域管理の確立が求められる時代において、平時における防災・減災にむけての公正かつ合理的な住民合意の重要性和、その被害救済の法的仕組みの構築が求められていると考える。