

## 水害をめぐる国家賠償責任と流域治水に関する考察

三 好 規 正

はじめに～問題の提起

- 一 水害訴訟をめぐる主要判例
  - 二 水害訴訟と河川管理瑕疵の判断
  - 三 流域治水の実効性確保のための法政策
- むすびに代えて

はじめに～問題の提起

河川の氾濫で堆積した土砂によって形成された沖積平野に大都市が形成されているわが国は、国土の1割にすぎない洪水氾濫区域に人口の半分、資産の4分の3が集中しており、水害に対して極めて脆弱である。近年は、戦後から1960年代に比べると、水害による死者・行方不明者数や被災家屋数は減少してはいるものの、1平方キロメートルあたりの水害被害額（水害被害密度）は、1990年代までの10億円～30億円に対し、1997年以降は30億円～80億円余と増加しており、2005年には最高86億円を記録した<sup>(1)</sup>。気候変動の影響や、上流域の森林荒廃による水源涵養機能の低下、中・下流域の都市化の進行に伴う地表面の

---

(1) 末次忠司『実務に役立つ総合河川学入門』（鹿島出版会、2015年）72頁

被覆による雨水の地下浸透量減少など、水循環の悪化が河川や下水道への流入量を激増させ、都市水害の多発につながっている。また、都市部を中心に地表面の高温化（ヒートアイランド）による上昇気流の発生が局所的な集中豪雨（ゲリラ豪雨）をもたらし、時間雨量50mmを超える短時間強雨の発生件数は30年前の約1.4倍に増加している<sup>(2)</sup>。近年は都道府県が管理する流域の小さい中小河川の堤防決壊により人的被害を含む浸水被害が多発する傾向もある。西日本各地で「観測史上初」とされる雨量を記録した2014年8月豪雨では、広島市の土砂災害、京都府福知山市の大規模浸水被害などが発生した。

東日本大震災の遺した貴重な教訓の一つは、大規模な防潮堤など堅固な構造物も、大自然の力の前には無力でしかないということであった。大震災から4年が経過した今、改めてこの教訓を振り返り、さらに地球温暖化に伴う降雨量、洪水量の増加傾向も踏まえ、これまでの河道中心の治水に代わる新たな流域治水のあり方について考察することが不可欠である。本稿ではこのような問題意識に立って、水害訴訟をめぐる主要判例をレビューした後、水害と流域治水をめぐる瑕疵責任のあり方について検討し、さらに実効的な流域治水の実現に向けた制度設計についての提言を試みることにする。

## 一 水害訴訟をめぐる主要判例

河川水害をめぐる瑕疵判断においては「通常有すべき安全性」の有無が問題となる<sup>(3)</sup>。未改修河川については、最判昭和59年1月26日民集38巻2号53頁（大東水害訴訟）、改修済河川については、最判平成2年12月13日民集44巻9号

---

(2) 気象庁『気候変動レポート2013』

[http://www.data.jma.go.jp/cpdinfo/monitor/2013/pdf/ccmr2013\\_all.pdf](http://www.data.jma.go.jp/cpdinfo/monitor/2013/pdf/ccmr2013_all.pdf)

(3) 小幡純子「水害と国家賠償法2条の瑕疵論」『論究ジュリスト』3号（2012年）144頁以下は、河川による危険から防御される地位にある河川周辺住民等が自らの土地の洪水被害の可能性を的確に認識し、流域住民の参加・協働による総合治水の中で「通常有すべき安全性」の概念を再構築する必要性を指摘する。

1186頁（多摩川水害訴訟）により、それぞれ瑕疵判断基準が示されているところであるが、本章では代表的な2つの判例をレビューすることによって、これからの河川管理と瑕疵判断のあり方を考察する契機としたい。

### 1. 最判昭和59年1月26日民集38巻2号53頁（大東水害訴訟）

1972年7月の豪雨により、大阪府大東市の低湿地において床上浸水被害を受けた住民が、浸水の原因は一級河川谷田川の未改修、狭窄部分の放置および堆積土砂の浚渫の懈怠ならびに3本の法定外水路の疎通排水能力の不良に基づく溢水によるもので、谷田川および水路の管理瑕疵であるとして、河川管理者である国、費用負担者である大阪府及び水路の管理者である大東市に対し、国賠法2条及び3条に基づいて損害賠償請求をした事件である。第一審判決（大阪地判昭和51年2月19日判時805号18頁<sup>(4)</sup>）、控訴審判決（大阪高判昭和52年12月20日判時876号16頁<sup>(5)</sup>）はともに、自然公物である河川と人工公物である道路の間で瑕疵判断基準は異なることを前提として河川管理の瑕疵を肯定していた。上告審判決（以下、「大東水害判決」という。）の概要は、以下のとおりで

---

(4) 原告らの居住地域が四囲を天然堤防で囲まれた低湿地で湛水しやすい地域であり、これまでもしばしば浸水に見舞われて来た災害多発地域であること、宅地開発によつて従来は田であつた原告らの居住地域が急速に宅地化され、本件水害当時は住宅密集地域となつていたこと、丘陵地帯も宅地開発等のため山林が伐採され、溜池が埋立てられたこと等により貯水能力を失い、降雨によつて鉄砲水が出る危険性が增大していたこと、などを認定した上で、「元来河川はその流域における雨量等を集めてこれを完全に下流へ流下させる機能を備えるべきものであり、これを管理する者は、右の機能に欠けることのないよう安全な構造を備え、かつ、常にその機能を果せるように管理すべき責務を有する」と判示している。

(5) 「営造物が通路であれ、河川であれ、その置かれた具体的環境において公共用物として、社会一般人が期待する社会的安全性に欠くところがないかどうか、またそうした安全性の回復についての遅滞がないかどうかを、健全な社会通念に照らして、個個具体的に決するほかはないのであつて、人工公物（道路）のそれに比し、自然公物（河川）の場合にとくに制限的な判断基準を持ち込まなければならない理由はなく、河川においては、その存する物理的な瑕疵から発生が予想される浸水等被害が、流域または沿岸住

ある。

①河川管理の特質及び諸制約について

「河川は、本来自然発生的な公共用物であって、管理者による公用開始のための特別の行為を要することなく自然の状態において公共の用に供される物であるから、通常は当初から人工的に安全性を備えた物として設置され管理者の公用開始行為によって公共の用に供される道路その他の営造物とは性質を異にし、もともと洪水等の自然的原因による災害をもたらす危険性を内包している」

「治水事業は、もとより一朝一夕にして成るものではなく、しかも全国に多数存在する未改修河川及び改修の不十分な河川についてこれを実施するには莫大な費用を必要とするものであるから、結局、原則として、議会が国民生活上の他の諸要求との調整を図りつつその配分を決定する予算のもとで、各河川につき過去に発生した水害の規模、頻度、発生原因、被害の性質等のほか、降雨状況、流域の自然的条件及び開発その他土地利用の状況、各河川の安全度の均衡等の諸事情を総合勘案し、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。…その実施にあたっては、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、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もあり、更に、流域の開発等による雨水の流出機構の変化、地盤沈下、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を伴う…しかも、河川の管理においては、道路の管理における危険な区間の一時閉鎖等のような簡易、臨機的な危険回避の手段を採ることもできない」

---

民の社会的受忍範囲を超えるものかどうか、およびその危険個所の放置が、その危険性の程度との対比においてみて技術的、社会的に真に止むを得ない場合であつたかどうかによつて決すべきもの」と判示している。

②未改修河川の安全性について

「河川の管理には、以上のような諸制約が内在するため、すべての河川について通常予測し、かつ、回避しうるあらゆる水害を未然に防止するに足りる治水施設を完備するには、相応の期間を必要とし、未改修河川又は改修の不十分な河川の安全性としては、右諸制約のもとで一般に施行されてきた治水事業による河川の改修、整備の過程に対応するいわば過渡的な安全性をもつて足りるものとせざるをえない」

③河川管理瑕疵の一般的判断基準について

「当該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、前記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。」

④改修中河川の管理瑕疵の判断基準について

「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、右計画が全体として右の見地からみて格別不合理なもの認められないときは、その後の事情の変動により当該河川の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行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、右部分につき改修がいまだ行われていないとの一事をもつて河川管理に瑕疵があるとするはできないと解すべきである。」

大東水害判決は、河川と道路との本質的な差異を強調し、河川管理の特質及び諸制約を瑕疵判断にあたっての与件としている。その上で、未改修河川または改修不十分な河川の安全性については、改修整備の過程に対応する「過渡的な安全性」をもって足り、過渡的安全性の有無は、「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」決まるとする瑕疵判断基準を定立している。この準則によると具体的にどの程度の安全性が必要とされるか不明で、原告はいかなる事実を主張立証すればよいかも明確ではない。<sup>(6)</sup>なお、本判決に先立つ最判昭和53年3月30日民集32巻2号379頁においても「河川管理の一般的水準及び社会通念」という文言が用いられていたが、これは河川管理者に私有堤防の買い受け又は代替堤防の築造義務を認めるための要件に関するものであり、河川管理瑕疵の判断基準として一般化することは不適切であることはいうまでもない。また、本判決は改修不十分な河川について過渡的安全性で足りるとしたため、わが国の大部分の河川がこれに該当することとなってしまう、<sup>(7)</sup>河川管理責任の成立範囲を著しく制限する結果となる。大東水害判決後、「未改修河川又は改修の不十分な河川」の「溢水水害」についての判断準則であったはずの改修途上論は、下級審によって、水害発生が予測可能であったもの（横浜地横須賀支判昭和60年6月26日判タ566号73頁・平作川水害判決、大阪地

---

(6) 國井和郎「河川管理瑕疵に関する最高裁の準則（上）－加治川水害訴訟最高裁判決を契機として」『判例タイムズ』594号（1986年）13頁。古崎慶長『国家賠償法研究』（日本評論社、1985年）144頁は、「同種・同規模の河川の管理の一般水準」が国の怠慢から相対的に低い場合、水害訴訟は、勝ち目がないと批判する。

(7) 芝池義一「行政裁量と河川管理責任」『法律時報』56巻5号（1984年）52頁は、諸制約の下での「同種同規模の河川の管理の一般水準」という基準は、管理の瑕疵の認定基準として不明確であり、現在のわが国の立ち遅れた河川管理についての現状追認的機能をもっていると指摘する。

(8) 加藤一郎「大東水害訴訟判決をめぐって」『ジュリスト』811号（1984年）28頁～29頁は、溢水型の大東判決の射程は、破堤型の水害には及ばず、「長良川および多摩川の判決がこれによって直接に影響を受けることはないであろう。」とし、犀川千代子「水害訴訟一大東水害訴訟最高裁判決をめぐって」『判例タイムズ』520号（1984年）52頁は、「改修計画に基づいて工事が完成し、計画高水流量規模の洪水に対しては安全であるとされている河川における溢水または浸透水害等」については、大東判決は拘束力をもたないと指摘していた。これに対し、國井・前掲注（6）14頁は、「最高裁判所はほぼすべての水害への本件準則の適用を企図していると解し、下級審裁判所も少なくともしばらくの間はこれを踏襲すると見ている」と予言していた。

判昭和62年6月4日判時1241号3頁・平野川水害判決)、長良川のような整備の進んだ優良河川における計画高水流量未満での破堤水害(岐阜地判昭和59年5月29日判時1117号13頁・長良川水害墨俣判決)や、取水堰を原因とする破堤水害(東京高判昭和62年8月31日判時1247号3頁・多摩川水害訴訟)についても拡大適用され、水害訴訟は「冬の時代」を迎えることとなる。同判決は、事実問題であるものを不当に法律解釈の次元に引き上げて固定化させるものであると批判されており、また、河川の特定期間の管理のあり方の評価の問題が、何故に水系全体の改修計画の合理性の有無の問題に解消されることになるのかといった疑問が呈されている。そもそも、河川管理の特質や河川管理の諸制約についての判示は、いわば当然のことを指摘したままであり、一般論としては「正論」といえよう。しかし、河川の設置管理の瑕疵判断基準として個々の事案に適用することは困難である。たとえば、財政的制約についても、わが国の治水事業全般に対するマクロ的な予算上の制約に重点を置きすぎており、当該溢水(破堤)箇所の改修に必要な金額が河川管理予算に照らして著しく巨額であるか否かについての判断は示されていないことから、個々の河川工事の瑕

---

(9) 古崎慶長「河川管理責任の「つまづきの石」」『ジュリスト』898号(1987年)30頁～31頁。なお、長良川水害訴訟においては、大東水害判決以前に出された安八判決(岐阜地判昭和57年12月10日判時1063号30頁)は瑕疵を認めたが、同判決以後に出された墨俣判決は、堤防の増強工事が予定されていたことなどを理由に「未改修」河川として、大東判決の枠組みで判断して河川管理瑕疵を否定している。

(10) 下山瑛二「水害」『ジュリスト』993号(1992年)138頁

(11) 芝池・前掲注(7)54頁

(12) 宇賀克也「大東水害事件」『ジュリスト』900号(1988年)209頁は、「大東判決が指摘する河川管理の諸制約は、それ自体としては常識的なもの」であるが、道路管理についてもそのような制約が全くないとはいえないとして、瑕疵判断基準に疑問を呈している。また、原田尚彦「水害と国家賠償法2条との関係」『ジュリスト』811号(1984年)34頁は、天災を人災化し、国賠法で救済するには限界があり、水害に対する国賠責任に道路とは別途のアプローチを採用したのは、「一般法理論としてみるかぎり」、穏当な判断とする。

疵判断基準としての適切性に疑問がある<sup>(13)</sup>。河川管理の諸制約の有無や程度は各河川によって多様である以上、事実関係に即して考察することが不可欠だからである。したがって、瑕疵判断にあたっては、予見可能性と回避可能性、行政の防災対策の期待可能性、対策の方法の合理性等を個別具体的な事案ごとに考慮し<sup>(14)</sup>、河川管理上の諸制約のために回避措置をとることができなかったことに十分な合理性があれば瑕疵が阻却されると考えるべきものである。また、大東水害判決の論理によると、河川工事を通常の方法で実施した場合、「水害発生の危険性が特に顕著」となり、当初計画の時期の繰り上げ、工事の順序の変更などによって早期の改修工事を施行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、河川管理の瑕疵は否定されることになるが、原告側がこれを立証するのは極めて困難である。このような形で河川管理瑕疵の問題と計画裁量とがリンクさせられ、河川管理瑕疵を争うことが計画裁量の適法性を争うことに転化することは論理の飛躍と指摘されており<sup>(15)</sup>、「法制度の現代的発展に対応した新たな瑕疵判断基準<sup>(16)</sup>」の検討は急務である。とりわけ、流域治水の進展による河川管理の守備範囲の拡大は、大東水害判決の示す「社会的制約」の妥当性に再検討を求めるものとなる<sup>(17)</sup>（この点については次章で検討する。）

大東水害判決の事案は、上下流部が改修されたにもかかわらず、未改修のまま、幅1.8メートルほどの狭窄部として残されていた、300メートル余の区間から溢水したことによる浸水被害である。狭窄部の河道上には終戦直後から存在した数戸の家屋が占用許可されていたことが改修が遅れた原因であったが、国

---

(13) 阿部泰隆『国家補償法』（有斐閣、1988年）227頁、西楚章『国家賠償責任と違法性』（一粒社、1987年）210頁

(14) 阿部・前掲注（13）230頁

(15) 橋本博之「行政判例における「判断基準」－水害訴訟をめぐる」『立教法学』65号（2004年）206頁

(16) 橋本・前掲注（15）215頁は、法目的の拡大、河川整備計画の手続的整備、市民参加等をふまえた瑕疵判断基準の変化の必要性を指摘する。

(17) 角生史「演習 行政法2」『法学教室』253号（2001年）134頁



家賠償請求訴訟が提起された4カ月後にはすべての家屋が撤去され、1976年には改修工事も完了している。河川改修は下流から進めていくもので、やむをえず上流から工事をするなら、中間地点にあった建物を立ち退かせることは当然である。河道上に長期間にわたって家屋を存置させること自体、河川管理の常識では考えられず、早期に家屋の撤去がなされていれば、狭窄部の浚渫など最低限の溢水防止措置はとれていたはず<sup>(18)</sup>である。また、改修を要する区間も限定<sup>(19)</sup>されていることから改修工事に多額の費用を要するとも考えられない<sup>(19)</sup>。さらに、水田や山林の宅地開発等による保水能力の低下といった諸事情についても、「社会的制約」ではなく、第一審判決のように浸水被害発生の予測可能性の判断要素として瑕疵判断に取り込むことが適切である。

このようなことから、本件では本来、技術的、財政的、社会的な「諸制約」は、ほとんど問題になる余地はなく、「早期の改修工事を実施しなければならない」と認めるべき特段の事由」が存在する事案であったと思われる。

## 2. 最判平成2年12月13日民集44巻9号1186頁（多摩川水害訴訟）

一級河川多摩川左岸（東京都狛江市）から右岸（川崎市）にかけて許可工作物として川崎市が設置していた農業用取水堰（宿河原堰）の左岸側取付部が1974年8月の台風16号の通過に伴う豪雨によって破壊され、発生した迂回流によって護岸と本堤防の間の小堤、高水敷が順次浸食されて左岸本堤が決壊し、家屋19戸が流出したことについて、河川管理の瑕疵があったとして、国に対し損害賠償請求がされた事件である。第一審判決（東京地判昭和54年1月25日判時913号3頁<sup>(20)</sup>）は、宿河原堰と周辺の護岸、小堤等の河川構造物の構造、形式

---

(18) 鬼追明夫「大東水害最高裁判決の問題点」『ジュリスト』811号（1984年）47頁

(19) 阿部・前掲注（13）231頁は、このような点を指摘し、同種同規模の河川との比較のしようがないため、一般論は適当でないと批判する。

(20) 営造物の設置または管理の瑕疵による損害賠償責任について、「人工公物、自然公物」といつた公物成立上の分類によつてその適用の範囲程度を区別して両者についての管理

等が危険な状態に放置されており、計画高水流量程度の洪水によって堤内地災害につながる可能性のあることが十分予測できたこと等を理由に、首都圏を流れる一級河川として通常備えるべき安全性を欠いていて、その管理に瑕疵があったとした。しかし、大東水害判決後に出された控訴審判決（東京高判昭和62年8月31日判時1247号3頁）は、改修工事が完了している河川部分についても大東水害判決の判断基準が適用されるべきであるとし、堰や取付護岸の改修工事を実施しない場合に、具体的な堤内災害が発生することが明白に予測し得るような特別の事情があったものとは認められないから、被災箇所付近の多摩川の管理は、同種同規模の河川の管理の一般水準および社会通念に照らして是認し得る安全性を備えていたことを理由に、河川管理の瑕疵を否定した。当該判決<sup>(21)</sup>については、大東水害判決の拡大適用が批判されている。

上告審判決（以下、「多摩川水害判決」という。）は、大東水害判決の一般的判断基準を引用して、この判断基準は本件の場合にも適用されるとした上で、

---

責任に質的な差異を設け、あるいは道路等の人工公物のそれに比較して自然公物たる河川につき特に制限的な判断基準を導き出すことは、単なる概念のみにとらわれ実態を軽視するもの」というべきであつて、国賠法の解釈上もその趣旨に反し相当でない、と判示する。

- (21) 浦川道太郎「多摩川水害訴訟控訴審判決の問題点」『法律時報』60巻2号（1988年）56頁は、大東水害最高裁判決の「具体的判断枠組みが相当強引に拡大されている」と指摘する。また、許可工作物の管理者である市の責任追及の可能性を指摘するものとして、宇賀克也「水害と国家賠償－多摩川水害訴訟控訴審判決を契機に」『法学教室』88号（1988年）39頁

池田恒男「多摩川水害訴訟の教訓－岸辺の住民の遅すぎた春」『法学セミナー』461号（1993年）4頁以下は、1982年に建設省河川局に設置された学識経験者や建設省職員からなる河川管理責任研究委員会の示した「河川管理責任の考え方について」『訟務月報』31巻6号（1985年）1477頁の「4 許可工作物の管理が問題とされる場合」中の「当該許可工作物が明白かつ具体的な危険性を有しているかどうか等を十分に検討する必要がある」という基準と控訴審判決の判示が「うりふたつ」だったこと、控訴審判決言い渡しの裁判長が訟務検事出身であったこと、などを挙げて、下級審の大東判決追従の背景には司法行政の組織的な問題があると指摘する。

おおむね以下のように判示して、原審に差し戻している。

①「工事実施基本計画が策定され、右計画に準拠して改修、整備がされ、あるいは右計画に準拠して新規の改修、整備の必要がないものとされた河川の改修、整備の段階に対応する安全性とは、同計画に定める規模の洪水における流水の通常的作用から予測される災害の発生を防止するに足りる安全性をいう」こと、②「改修、整備がされた河川は、その改修、整備がされた段階において想定された洪水から、当時の防災技術の水準に照らして通常予測し、かつ、回避し得る水害を未然に防止するに足りる安全性」が要求されること、③「水害発生当時においてその発生の危険を通常予測することができたとしても、右危険が改修、整備がされた段階においては予測することができなかったものであって、当該改修、整備の後に生じた河川及び流域の環境の変化、河川工学の知見の拡大又は防災技術の向上等によってその予測が可能となったものである場合には、直ちに、河川管理の瑕疵があるとする事はできない。けだし、右危険を除去し、又は減殺するための措置を講ずることについては、前記判断基準の示す河川管理に関する諸制約が存在し、右措置を講ずるためには相応の期間を必要とするのであるから、右判断基準が示している諸事情及び諸制約を当該事案に即して考慮した上、右危険の予測が可能となった時点から当該水害発生時までに、予測し得た危険に対する対策を講じなかったことが河川管理の瑕疵に該当するかどうかを判断すべきものである」こと、④「許可工作物が存在することによって生ずる危険を除去し、減殺するために当該工作物又はこれと接続する河川管理施設のみを改修し、整備する場合においても、前記判断基準の示す財政的、技術的及び社会的諸制約があることは、いうまでもない。しかし、その程度は、広範囲にわたる河川流域に及ぶ河川管理施設を改修し、整備する場合におけるそれと比較して、通常は、相当に小さいというべきであるから、右判断基準の示す安全性の有無を判断するに当たっては、右の事情をも考慮すべきである」

差戻後控訴審判決（東京高判平成4年12月17日判タ806号77頁）は、堰及び

その取付護岸並びに高水敷は、1971年当時の一般的技術水準からみて安全性に問題があり、同一箇所過去の被災例から基本計画に定める計画高水流量規模の洪水の通常的作用によって堤内災害が発生することを予測することが可能であったことから、堰高を切り下げたり、堰可動部の比率を高めたり、堰取付部護岸の構造を改善したりすること等によって、災害を回避することができたとして、災害時までには災害の発生を回避するため何らの対策を講じなかったことについて河川管理に瑕疵があったと判示している。

多摩川水害判決は、河川管理瑕疵の有無の判断が予測可能性と回避可能性を要件としてなされるものであることを明確に説示した上で、大東水害判決の示した河川管理の特質・諸制約を相対化して、予測可能性や回避可能性の判断に際し斟酌すべきものとしている。また、低い水準の安全性でも許されるかのような現状肯定的な「過渡的安全性」に代わり、「改修、整備の段階に対応する安全性」という表現が用いられている。これは、河川の改修、整備がすすむにつれて安全性も向上すべきものであることから、改修のされた河川はその改修段階に応じた安全性が求められることを説示するものである。一方、同判決は、改修、整備がされた段階においては水害の危険を予測することができず、改修、整備後に生じた河川及び流域の環境の変化、技術的知見の向上等によって危険の予測が可能となった場合、大東水害判決の示す河川管理の諸制約をふまえて河川管理の瑕疵を判断するものと判示していることから、大東水害判決の枠組みの中で「河川管理者側の事情に相当配慮した内容」であり、改修済河川の許可工作物の欠陥に起因して生じた特殊な事案における同判決の法理の適用のあり方を明確にしたものとの評価もある。<sup>(24)</sup> 差戻後控訴審判決において、水害の予測可能性を認定する際に重視されているのは、いずれも計画高水流量を

---

(22) 國井和郎「改修河川の管理瑕疵の判断基準－多摩川水害訴訟最高裁判決」『ジュリスト』976号（1991年）88頁

(23) 富越和厚「時の判例」『ジュリスト』979号（1991年）67頁

(24) 宇賀克也「多摩川水害訴訟最高裁判決について」『法学教室』127号（1991年）78頁

下回る流量によって1958年及び1965年に本件堰のほぼ同一箇所が破壊されていることである。これを応急的復旧にとどめることなく、過去の小規模な被災事例からの知見を後の大災害を防止するために活かされていなかったことについて、河川管理者の責任は小さくないと思われる。訴訟対応にあたった当時の建設省河川局長は、「予測可能性をあの程度で認められてしまうと全く対応の仕様が<sup>(25)</sup>ない」と批判するが、このような被災事例にこそ、「ここは危なそうだと<sup>(26)</sup>いう予測や予感、何かメッセージやヒント」が示されてはいなかったのか、河川技術的な立場から真摯にレビューしておく必要があるのではないだろうか。

また、多摩川水害判決は、改修済河川について、工事実施基本計画に定める規模の洪水における流水の通常的作用から予測される災害の発生を防止するに足りる安全性を要求しており、計画高水流量を瑕疵判断の重要な要素と位置付けている。計画高水流量については、これ以下で水害が発生した場合には原則として管理瑕疵<sup>(27)</sup>があるとする見解が有力であったが、計画高水流量を基準とする<sup>(28)</sup>ことに批判的な見解も少なくなく、下級審判決の判断も分かれていた<sup>(29)</sup>。計

---

(25) 「エンジョイ！行政法 第6回 進化する河川行政」『法学教室』317号（2007年）57頁・座談会の近藤徹発言。

訴訟の争点となった1965年の小洪水による堰の破損状況から破堤が予測できたか否かという点について、高橋裕『川と国土の危機 水害と社会』（岩波新書、2012年）80頁は、「たとえ小洪水による小被害でも軽視せず、その状況を丁寧に調べ、それが来るべき大洪水の初期段階である可能性を察知すること」が必要と指摘する。高橋は、原告、被告共同推薦の証人として1965年災害の被災事例から大洪水時の破壊状況について予測すべきであったと証言している。

(26) 前掲注(25) 55頁の近藤徹発言

(27) 加藤一郎「水害と国家賠償法」『法律時報』25巻9号（1953年）15頁、有倉遼吉「洪水と河川管理上の賠償責任」『行政法演習Ⅱ』（有斐閣、1963年）13頁、古崎慶長『国家賠償法の理論』（有斐閣、1980年）185頁。

(28) 今井敬弥「水害訴訟の法律問題」『法律時報』44巻10号（1972年）119頁以下は、破堤箇所において、計画高水流量以上の流量が流れたか否かを確定させることは不可能に近く、瑕疵の有無の基準は溢水（越流）破堤か否かによるべきとする。

遠藤博也『国家補償法 中巻』（青林書院、1984年）734頁以下は、計画高水流量は、

画高水流量は、後述のように河川整備計画上の行政の内部基準<sup>(30)</sup>であって治水上の安全基準とはいえないことから、これのみに依拠して瑕疵判断を行うことは適切ではない。一方、河川管理施設等構造令（昭和51年政令第199号）18条は、「堤防は、護岸、水制その他これらに類する施設と一体として、計画高水位（高潮区間にあつては、計画高潮位）以下の水位の流水の通常的作用に対して安全な構造とするものとする。」と規定しており、治水計画は、計画高水流量を計画高水位以下で安全に流下させることを想定している。したがって、改修、整備済の河川で、計画高水流量を超えない流水の通常的作用によって発生した溢水、破堤については、河川管理の瑕疵があったと推定し、被告側に計画高水流量規模の流水の「通常でない作用」によるものであったことについて間接反証を挙げさせて、被害者の立証負担の軽減が図られるべきである。<sup>(31)</sup>

---

河川改修計画上の基本目標値にすぎないことから、具体的な瑕疵態様ないし水害発生の過程にふみこむことなく計画高水流量を論ずることは無意味であると指摘する。

白田和雄＝須田政勝＝針谷紘一＝中島馨「水害訴訟の法理と課題」『ジュリスト』613号（1976年）32頁以下は、計画高水流量は安全基準ではないことから、政治的・経済的事情を排除して治水対策の見地からのみ流量（治水流量）を決めるべきことを主張し、植木哲「災害と営造物責任（5）－加治川水害訴訟判決を契機として」『判例評論』216号（1977年）12頁も、計画高水流量は、経済的事情を排して治水的観点から捉えられる純粋工学上の基準」でなければならないとする。

- (29) たとえば、東京地判昭和54.1.25判時913号46頁（多摩川水害訴訟第1審判決）は、「河川において通常有すべき安全性とは、…許可工作物等の人工設備をも含めた河川全体…として、通常予測される洪水（計画高水流量規模の洪水）に対しては、これを安全に下流に流下させ、もって右洪水による災害を堤内地住民に及ぼすことのないような安全性を備えることである」とし、岐阜地判昭和59.5.29判時1117号105頁は、「完成堤防」が「計画高水位以下の水位の洪水の通常的作用により破堤した場合には、反証のない限り、右事実から河川の管理に瑕疵があったことを事実上推定し得るもの」と判示している（長良川墨俣水害訴訟第1審判決）。これに対し、岐阜地判昭和57.12.10判時1063号118頁～119頁（長良川安八水害訴訟第1審判決）は、瑕疵の推定について、洪水現象は、「洪水継続時間、洪水位の変動、流水の作用等の様様な要素要因が堤防の安全性に影響」することから、「計画高水流量、計画高水位以下の洪水」による破堤から堤防の瑕疵を推定することはできないと判示している。

方、計画高水流量を上回る流水によって水害が発生した場合、予測可能性がなく不可抗力<sup>(32)</sup>であったとして、直ちに河川管理の瑕疵を否定することはできない。当該河川流域の地形、洪水特性、河道状況、流域の開発状況等を多角的に勘案して、予測可能性の有無を判断すべきであり、瑕疵判断に際しては、危険の程度、被害の性質（とりわけ人的損害か物的損害か）、対策の必要性と困難性などが相関的に考慮されなければならない。また、広範な計画裁量を有する、計画高水流量の数値及びその策定過程についても司法審査の対象とすることが適切である<sup>(33)</sup>。

さらに、許可工作物設置者に対する監督処分権の行使（河川法75条1項、2項）によって改築等を命ずることについては、工作物管理者の多くを占める市町村の財政難等の問題もあり、実際に行われた事例は寡聞にして知らず、現実には小さくない「諸制約」がある。高度経済成長期に建設された道路、橋梁などのコンクリート構造物が50年を経過して耐用年数を迎つつある昨今、許可工作物に起因する災害の発生が増加することが懸念される。道路等の「新設」ではなく、既存の施設の安全を「維持」するための財政的、法制度的な対策は今後の課題として残されている。

## 二 水害訴訟と河川管理瑕疵の判断

### 1. 流域治水と河川管理瑕疵

人工的に作られ、供用開始される道路の場合、十分な安全対策がなされてい

---

(30) 芝池義一「多摩川水害訴訟最高裁判決の検討」『法律時報』63巻4号（1991年）33頁は、河川の改修計画の実現のために河川管理者が設定する計画高水流量は、降雨量または洪水量の合理的予測値と必ずしも一致するものではないと指摘する。

(31) 藤村和夫「許可工作物（堰）の瑕疵と河川管理責任」『法律のひろば』44巻3号（1991年）33頁

(32) 荒田健「水害と河川管理責任」『ジュリスト』613号（1976年）46頁

(33) 安本典夫「河川に関する行政計画と河川管理の瑕疵」『法律時報』63巻4号（1991年）31頁

ることが当然に期待される。これに対して河川は、供用開始行為や設置行為なく既に存在しているものであり、道路の場合とは、安全度に対する期待可能性<sup>(34)</sup>に相違があることは当然である。河川管理は、河川に自然状態で内在する危険を低減させて流域の住民の生命、身体、財産の安全性を保障することを目的とするものであることから、住民すなわち第三者に対する危険防止責任ないし危険管理責任<sup>(35)</sup>が河川管理責任の本質といえる。本節では、これからの流域治水の進展をふまえ、行政上の管理とは異なる、損害賠償訴訟における原告の救済の見地からの救済上の管理<sup>(36)</sup>と瑕疵判断のあり方について検討してみたい。

#### (1) 河川管理と治水のあり方

河川工事の実施計画は、1997年の河川法改正により、河川整備基本方針（16条）と河川整備計画（16条の2）に段階区分されている。また、治水計画や河川管理施設に関する調査・設計等の詳細については、河川砂防技術基準<sup>(37)</sup>に即して行われており、河川の治水計画の基本となるのが、基本高水である。これは、河川の規模、過去の洪水被害状況、想定氾濫区域の社会経済的重要性等を考慮して定められる河川の重要度に応じた計画規模（A級：200年に1回の割合で発生が予測される降雨量、B級：100年～200年に1回の割合で発生が予測される降雨量、C級：50年～100年に1回の割合で発生が予測される降雨量、D級：10年～50年に1回の割合で発生が予測される降雨量、E級：10年以下に1回以上の発生確率の降雨量。なお、100年に1回の確率とは、毎年当該確率

---

(34) 宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、1997年）258頁

(35) 阿部・前掲注（13）226頁、遠藤・前掲注（28）721頁、小幡純子「国家賠償法2条の再構成（下）」『上智法学論集』37巻1・2号9頁

(36) 塩野宏「管理の限界と救済の限界－水害訴訟の一面面」『法学教室』43号（1984年）104頁。塩野は、行政上の管理に関する限り、道路と河川の間に質的な差を見いだすことは困難であることを指摘する。

(37) 旧建設省河川局長通達。2000年の地方分権改革後は、地方自治法245条の4第1項の技術的助言として、全国の治水施設、砂防施設の構造設計は同基準に従って行われている。



で発生するという意味であり、洪水の間隔が100年ということではない。)を基に、過去の実績降雨と比較して2倍程度の引き伸ばしをして計画降雨(群)の決定を行い、その結果を流出解析手法にあてはめてハイドログラフ群(縦軸に流量、横軸に時間をとって流量の変化を図示したグラフ)を求め、ハイドログラフのピーク流量を基本高水流量とすることにより決定される。基本高水流量はダムや遊水地で貯留調節される量と、河道を流下する量に配分され、河道を流下する量が計画高水流量である。したがって、ダム建設の有無などは、基本高水流量算出の段階で事実上決まってくることになる。しかし、計算に用いる過去の洪水群の年数と精度、確率計算の方法などによってその数値は左右されるため、絶対に客観的基準とは言い切れず、あくまで便宜的かつ相対的の数値にすぎない。<sup>(38)</sup>また、その算定プロセスは非公開であるため、その適否を第三者が検証する機会も乏しい。近年の局地的豪雨の多発傾向などもふまえると、実績降雨を基に基本高水を算定すると、極めて高い数値となってしまう、半永久的に改修工事が完了しない「未改修河川」を続出させることにもなりかねない。基本高水の数値が「安全側」に高く設定されれば、洪水調節のためのダム完成までに長期間を要することから、その間に発生する洪水への対応がかえって手薄になってしまうおそれがある<sup>(39)</sup>(そもそも、ダム下流で発生した豪雨についてはダムによる洪水調節はほとんど意味をなさない)。また、ダム湖への堆砂やコンクリート構造物の耐用年数の問題など、ダム自体に内在する課題も少なくない。ダム建設を自己目的化したかのような治水政策の転換は不可避といえよう。

---

(38) 高橋裕「自然としての川の社会性と歴史性」宇沢弘文＝大熊孝編『社会的共通資本としての川』(東京大学出版会、2010年)350頁～351頁

(39) 基本高水の算定数値の適否が土地収用法に基づく事業認定処分取消訴訟(犀川辰巳ダム建設事業)の争点となった事案として、金沢地判平成26年5月26日(判例集未登載)がある。三好規正「判評」新・判例解説 Watch 文献番号 z18817009-00-140481118 (Web版2014年9月19日掲載)参照

わが国の大河川の整備の状況は30～40年に1回程度発生する洪水に対してその整備は6割程度とされ、無堤、堤防高不足、流下断面不足といった改修途上段階のものが多く、また、浸水しやすい低湿地が開発されて宅地化された結果、流域の保水力が低下して洪水流出量や流出速度の増大をもたらし、近年の地球温暖化に伴う異常降雨ともあいまって、計画高水流量を上回る規模の超過洪水が頻発することが懸念されているが、いったん超過洪水が発生すれば破堤の可能性が格段に高まるため、被害は甚大なものとなる。しかし、わが国の治水は、降雨による洪水波のピークをダムによる洪水調節によって低減し、洪水波のピークがきても氾濫しないよう堤防を整備する、というハード面の技術的対策が主流であったため、河川法上の河川区域<sup>(40)</sup>の概念は「線」としての河道を管理することを前提としたものとなっており、「面」としての流域の実効的管理は、等閑視されてきた。この点、欧州諸国においては、水法中に洪水氾濫区域の制度を設け、河川の公物管理と併せて河川沿岸の土地利用規制等の管理を行うのが通例<sup>(41)</sup>である。

本来、溢水、湛水、津波、高潮等による災害の発生のおそれのある土地の区域は市街化区域には含まないことが原則であり（都計法施行令8条2号ロ）、都市計画担当部局と治水担当部局が予め十分協議して都市計画案を作成するべ

---

(40) 「河川の流水が継続して存する土地及び地形、草木の生茂の状況その他その状況が河川の流水が継続して存する土地に類する状況を呈している土地（河岸の土地を含み、洪水その他異常な天然現象により一時的に当該状況を呈している土地を除く。）の区域」（1号地）、「河川管理施設の敷地である土地の区域」（2号地。なお、1997年の改正により堤防沿いの河畔林などを樹林帯区域として指定して河川管理施設とすることができることとなった）、「堤外の土地（政令で定めるこれに類する土地及び政令で定める遊水地を含む。）の区域のうち、第1号に掲げる区域と一体として管理を行う必要があるものとして河川管理者が指定した区域」（3号地）（河川法6条①Ⅰ～Ⅲ）とされている。また、河岸又は河川管理施設を保全するため、河川区域の境界から原則として50メートル以内の区域を河川保全区域に指定することもできる（同54条①③）。

(41) 金沢良雄・三本木健治『水法論』（共立出版、1979年）128頁、三本木健治「水害と土地利用規制」『自治研究』第51巻第8号（1975年）103頁以下

きものとされている（昭和45.1.8建設省都計発1号・建設省河都発1号建設省都市局長・建設省河川局長通達「都市計画法による市街化区域および市街化調整区域の区域区分と治水事業との調整措置等に関する方針について」）にも関わらず、現実には都市化に伴う河川への流出増加への影響が十分に考慮されることなく、河道沿いの低湿地や旧河道など軟弱地盤地域にも市街地が形成されてきた。宅地開発など流域の開発に伴って河川の氾濫の危険性が高まり河川改修が必要となった場合には、河川の現状変更の必要性を生じさせた原因者である開発行為者に河川工事を施工させ（河川法18条）、河川管理者が工事を行った場合、工事に要する費用の全部又は一部を原因者に負担させることができる（同67条）<sup>(42)</sup>とする解釈もあるが、これらの要件について十分なコンセンサスが得られていないこともあり、実際の発動は困難である。

そもそも、連続堤方式の河川改修は、中下流部での洪水の最大流量を増大させる一方、<sup>(43)</sup>改修後は氾濫原の開発が進んで人口や資産が集積するため、万一破堤した場合の被害ポテンシャルは拡大する結果となる。むしろ河川堤防については、100年に1度の確率の規模の洪水に対しては有効であるが、それ以上の<sup>(44)</sup>大洪水には耐えられないことを前提とすべきである。とりわけ都市河川については、10年位の比較的短期間に実現可能な計画とし、段階的に安全性を高めて<sup>(45)</sup>いくことが適切との考え方もある。

氾濫時の洪水被害については、氾濫外力レベル（氾濫到達時間、最大流速、最大浸水深、浸水継続場間、浸水頻度）と地先の耐水力レベル（警戒避難活動力、地先および家屋の耐浸水性、重要施設の危機管理能力、災害復旧能力）の<sup>(46)</sup>相対的關係で決まるとされている。氾濫流により家屋が流出する危険性は流速

---

(42) 佐藤毅三「都市における河川管理上の諸問題とその対策」『ジュリスト』613号（1976年）16頁

(43) 高橋裕『地球の水が危ない』（岩波新書、2003年）150頁

(44) 高橋・前掲注（25）158頁

(45) 藤野良幸「都市河川と水害」『法律時報』49巻4号（1977年）300頁

$v^2 \times \text{水深} h$  で評価することができ、谷底平野や扇状地のような地形では流出危険性が高くなる<sup>(47)</sup>。したがって、相対的に堤防高の低い不陸区間などの越流危険箇所が特定され、そこを徹底的に守って破堤を防ぐことができれば、越流氾濫量は破堤氾濫量に比べて圧倒的に量が少ないため、被害はかなりの程度軽減可能である。また、越水しても一定時間は破堤しない耐越水堤防の開発も技術的に可能とされていることから<sup>(48)</sup>、堤防強化と堤内の土地利用規制の手法を併用すれば、氾濫による人的被害の発生を防止できるだけの地先安全度の向上を図ることが期待できる。

このようなことから、地球温暖化に伴う気候変動や人口減少による都市縮退などを背景に、洪水という危険物を自然公物の範囲の中に閉じこめて制御する<sup>(49)</sup>だけでなく、超過洪水の発生を前提に、洪水を堤内に無害に越流させることにより破堤を避けるとともに、耐浸水性の高い建築様式の採用によって被害を最小化させるような減災システムの構築が今後の河川行政には求められる。およそ100年、200年の発生確率の洪水を河道から全くあふれさせることなく流下させることだけを治水目標とするのではなく、河川にある程度の「氾濫の自由」<sup>(51)</sup>を与え、河川管理施設の設計外力を上回る洪水の影響を軽減させることを、これからの治水の最終目標とするべきである<sup>(52)</sup>（この点、「およそ洪水に100

---

(46) 堀智晴 = 古川整治 = 藤田暁 = 稲津謙治 = 池淵周一 「氾濫原における安全度評価と減災対策を組み込んだ総合的治水対策システムの最適設計 - 基礎概念と方法論 -」 『土木学会論文集B』 64巻1号1頁以下

(47) 末次・前掲注(1) 21頁

(48) 大熊孝 「技術にも自治がある - 治水技術の伝統と近代」 宇沢 = 大熊編・前掲注(38) 131頁～132頁・138頁、「耐越水堤防整備の技術的な実現性の見解」について」 土木学会 『耐越水堤防整備の技術的な実現性検討委員会報告書』 (2008年)

[https://www.yodogawa.kkr.mlit.go.jp/img\\_upload/news/397\\_2.pdf](https://www.yodogawa.kkr.mlit.go.jp/img_upload/news/397_2.pdf)

(49) 塩野宏 『行政組織法の諸問題』 (有斐閣、1991年) 324頁

(50) 減災対策全般については、辻本哲郎編 『豪雨・洪水災害の減災に向けて - ソフト対策とハード整備の一体化 -』 (技法堂出版、2006年) 2頁以下参照

(51) 高橋裕 『河川にもっと自由を』 (山海堂、2000年) 228頁

年に1回でも浸かりそうな所は全部河川管理者が管理するのだ、という発想はもうそろそろやめようではないかと今思っている<sup>(53)</sup>」との前出の元河川局長発言が示唆的である。)。そしてこのことは、住民が事前に災害危険情報を取得し、地域社会全体の合意の下に共有することによって災害リスクをコントロールすることと不可分一体であり、居住地域の浸水危険度等を住民が明確に認識し、破堤を避けるための最小限の氾濫と必要な規制を社会連帯の観点から受容するという意識の醸成が不可欠である。

とりわけ、各河川流域の地形特性と氾濫特性をふまえ、耐水力向上のための土地利用規制<sup>(54)</sup>や建築物の耐水化などの施策については、所管省庁の縦割りを越えた総合行政主体としての地方公共団体の責務として進められなければならない。一級河川指定区間及び二級河川の管理（河川法9条②、10条①）を行っている都道府県知事は、都市計画区域の整備、開発及び保全の方針（都市計画区域マスタープラン）の策定（都計法6条の2）や開発行為の許可（都計法29条①）といった権限も有している。しかし、河川課と都市計画課は、通常、都道府県の同一部局内にありながら、相互の連絡調整は必ずしも密接ではない。これは、河川管理や都市計画などの事務が、国の機関委任事務とされていたことと無関係ではないと思われる。しかし、2000年の地方分権改革以降、河川管理は法定受託事務、都市計画関係事務の大半は自治事務とされ、ともに「地方公共団体の事務」（地自法2条8項、9項）とされたことにかんがみると、知事の補助機関である諸部局の活動の総体として「河川の安全性」<sup>(55)</sup>の確保を図る法的責任が都道府県に課せられていると考えなければならない。たとえば河川に

---

(52) 高橋裕『新版 河川工学』（東京大学出版会、2008年）135頁

(53) 座談会・前掲注（25）51頁の近藤徹発言

(54) 水害対策としての土地利用規制の必要性については、阿部・前掲注（13）229頁、遠藤・前掲注（28）750頁参照。遠藤は、「君子危うきに近寄らぬ」土地利用対策が河川水害対策の基本であるとする。

(55) 安本典夫「治水計画と土地利用規制」『法律時報』60巻2号（1988年）52頁

多大の負担をかける開発に対しては、保水・遊水機能の保持を都道府県条例によって義務付けるなど、まさに「河川管理」から「流域管理」<sup>(56)</sup>への法システムの転換が求められているのである。

## (2) 流域治水をめぐる法制度

### ① 審議会答申

土地利用規制を活用した流域治水の必要性については、既に1970年代に指摘されており（河川審議会中間答申「総合的な治水対策の推進方策について」1977年6月）、三大都市圏を中心とした17河川が総合治水対策特定河川に指定され、保水・遊水機能の保全などの流域対策、雨水浸透柵など流出抑制施設の整備、下水道整備と河川改修事業の一体的推進が図られているところであるが、特に流域の土地利用規制等については法的根拠の無い行政指導が中心であるため、実効的な制度とはなっていない<sup>(57)</sup>。2000年12月19日河川審議会計画部会中間答申「流域での対応を含む効果的な治水のあり方」は、洪水の氾濫域における土地利用方策として、現行の河川区域に比べて緩やかな規制を設定する新たな概念の河川区域に関する制度について検討を進めるべきであるとしており、国土交通省に設置された、豪雨災害対策総合政策委員

---

(56) 流域管理の理論と制度については、櫻井敬子「水法の現代的課題」『行政法の発展と変革（塩野宏先生古稀記念）（下）』（有斐閣、2001年）719頁以下、三好規正『流域管理の法政策』（慈学社、2007年）12頁以下。

河川工学の立場から、流域治水対策と自然共生型流域圏の必要性を指摘するものとして、吉川勝秀『河川流域環境学—21世紀の河川工学—』（技法堂出版、2005年）60頁以下

(57) 総合治水対策（当時）の概要とその評価については、安本典夫「総合治水対策と土地利用規制」『現代水問題の諸相 板橋郁夫教授還暦記念』（成文堂、1991年）95頁以下参照。座談会「総合治水対策をめぐって」『ジュリスト』688号（1979年）47頁において、当時の建設省河川局河川計画課長補佐は、総合治水対策として堤内地を保水区域、遊水区域、低地地域にゾーニングしてソフト面での土地利用規制を行うことの必要性について言明していたが、具体的な図面等の公表は行われず、流域管理のための実効性のある制度とはなっていない。

会が2005年に出した提言「総合的な豪雨災害対策の推進について」<sup>(58)</sup>は、氾濫域の土地利用状況に応じた輪中堤の設置や宅地嵩上げ、地域防災力の向上などによる減災体制の確立の必要性を提言している。直近では2015年2月に社会資本整備審議会河川分科会・気候変動に適應した治水対策検討小委員会の中間とりまとめ「水災害分野における気候変動適應策のあり方について」<sup>(59)</sup>において、まちづくり・地域づくりの担当部局と連携した災害リスクの提示と建築物の構造規制や宅地開発の抑制等の誘導、二線堤の築造等による氾濫の拡大を抑制するための仕組みの検討、施設の能力を上回る外力に対する的確な避難のための取組、などについて具体的に提言されている。国土交通省としてはこのような度重なる提言を真摯に受け止めて、「お蔵入り」させることなく、今後の河川法改正も含めた必要な措置を着実に進めるべきである。

## ②特定都市河川浸水被害対策法

2004年5月に施行された特定都市河川浸水被害対策法において、国土交通大臣又は都道府県知事が「特定都市河川」及び「特定都市河川流域」（3条）の指定、「流域水害対策計画」（4条）の河川管理者と都道府県、市町村及び下水道管理者による共同策定、河川管理者による雨水浸透施設の整備（6条）、雨水浸透阻害行為の都道府県知事による許可（9条）、都市洪水想定区域等の指定（32条）等について規定された。法文上「流域」の概念が明記され、河川管理者が河川区域外においても一定の権限行使ができるようになったことは一歩前進ではあるが、指定河川は、鶴見川（神奈川）、新川（愛

---

(58) 豪雨災害対策総合政策委員会「提言 総合的な豪雨災害対策の推進について」平成17年4月18日

<http://www.mlit.go.jp/kisha/kisha05/05/050419/01.pdf>

(59) 社会資本整備審議会河川分科会 気候変動に適應した治水対策検討小委員会「水災害分野における気候変動適應策のあり方について～災害リスク情報と危機感を共有し、減災に取り組む社会へ～中間とりまとめ」平成27年2月

[http://www.mlit.go.jp/river/shinngikai\\_blog/shaseishin/kasenbunkakai/shouinikai/kikouhendou/interim/pdf/s2.pdf](http://www.mlit.go.jp/river/shinngikai_blog/shaseishin/kasenbunkakai/shouinikai/kikouhendou/interim/pdf/s2.pdf)

知)、寝屋川(大阪)、巴川(静岡)、境川(愛知)、猿渡川(愛知)の6河川にとどまっている。また同法では、都市計画との調整や森林、農地の保全施策との連携までは想定されておらず、流域治水の実効性確保には依然として困難なものがある。

### ③水循環基本法

議員立法による水循環基本法が2014年4月2日に公布され、7月1日から施行された<sup>(60)</sup>。同法は水循環に関する施策について、基本理念を定め、「健全な水循環を維持し、又は回復させ」ることが目的に入っている(1条)。「水循環」とは、「水が、蒸発、降下、流下又は浸透により、海域等に至る過程で、地表水又は地下水として河川の流域を中心に循環すること」(2条1項)、「健全な水循環」とは、「人の活動及び環境保全に果たす水の機能が適切に保たれた状態での水循環をいう。」(2条2項)と定めており、法律レベルで「水循環」の文言が明記された。基本法の目的に「水循環に関する施策を総合的かつ一体的に推進」し、「健全な水循環を維持し、又は回復」させることが規定されたことにかんがみると、治水対策についても、健全な水循環の実現のための施策の一環として進められなければならない。なお、水循環の健全化のための施策として、浸透性舗装や雨水浸透柵の各戸設置の義務付けと公費補助、雨水貯留水の利用と河川への還元、下水道の雨水・汚水の分流化と処理水の河川への還元などが、引き続き積極的に推進されるべきである。また、基本理念の1つとして、「水は、水循環の過程において生じた事象がその後の過程においても影響を及ぼすものであることに鑑み、流域に係る水循環について、流域として総合的かつ一体的に管理されなければならない」と規定されている(3条4項)。上流域で発生した事象が下流域にも

---

(60) 水循環基本法の各規定の趣旨等については、三好規正「水循環基本法の成立と水管理法制の課題(1)」『自治研究』90巻8号(2014年)85頁以下、同「新法解説 水循環基本法－健全な水循環のための水管理法制を考える」『法学教室』411号(2014年)64頁以下、「法律解説 水循環基本法」『法令解説資料総覧』396号(2015年)8頁参照



影響を及ぼすことや地表水の浸透が地下水にも影響を及ぼすこと等を踏まえ、水を流域単位で総合的かつ一体的に管理すべき旨が明記されたことは、今後の水管理のマクロ的な方向性を示すものであり、市町村の境界を越え、源流の森林から河口に至るまでの流域をひとつながりとした、統合的な水管理のための施策の推進が求められる。さらに「基本的施策」の1つとして、「国及び地方公共団体は、流域における水の貯留・涵養機能の維持及び向上を図るため、雨水浸透能力又は水源涵養能力を有する森林、河川、農地、都市施設等の整備その他必要な施策を講ずるものとする」こと（14条）が規定されている。保水力を有する森林、河川、農地、都市施設等の整備について具体的な施策として明記されたことは、河川区域だけでなく、水源林や農地の保全、遊水地の整備などの流域の土地利用も含めた総合治水を推進するための理論的な根拠となりうると思われる。

#### ④ 条例

自治体の条例に関しては、埼玉県雨水流出抑制施設の設置等に関する条例の2011年改正により、開発区域の面積が1ヘクタール以上の開発行為等を「雨水流出増加行為」として、知事の許可を受けることを義務付け（3条）、知事が指定する「湛（たん）水想定区域」内の土地において盛土をしようとする者に雨水流出抑制施設設置の努力義務（11条）を課している。また、滋賀県は滋賀県流域治水の推進に関する条例を2014年3月に制定している。同条例は、200年に1度の確率の降雨で3メートル以上の浸水被害が予想される区域を「浸水警戒区域」に指定し（13条）、新築・増改築する際、部屋や屋上を想定水位より高くすること等を義務付け（14条、15条）、違反者に20万円以下の罰金（41条）を科すこと、宅建業者は想定浸水深等に関する情報提供に努めること（29条）などを主な内容とする。罰則付きの建築規制を規定した氾濫原管理条例は全国初である（ただし、附則において罰則は当分の間適用されないこととされている）。

このような、国法（河川法）に先んじて課題を認知し、独自の規制を行う

という、認知的先導性<sup>(61)</sup>を有する条例が他の自治体に伝播し、ひいては国法に反映されることが望まれる。

### (3) 流域治水と瑕疵判断

過去の水害訴訟においては、被告である河川管理者は、確率雨量からみた異常降雨であったこと、山林荒廃、宅地造成等の流域の土地利用の変化など社会的要因への対応は河川管理者の権限外であること、治水対策は多額の予算を要するため財政的制約があること、などの諸要素を不可抗力として主張してきた（大東水害判決は、「流域の開発等による雨水の流出機構の変化、地盤沈下、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」と位置付けている）。このような不可抗力論は、水害発生の人為的因子<sup>(62)</sup>を意図的に看過したものであり、巨額の投資を前提とした構造物優先主義に起因<sup>(63)</sup>していると指摘される。しかし、水害発生に対する人為的因子の寄与度が著しく増大している現在、河川管理者としては、それ自体は発生不可避な自然現象としての「洪水」を社会現象としての「水害」に拡大させないような防止措置を講じる義務を負っていると考えるべきである。また、もともと氾濫地域ではなかった地域が、上流が開発されて保水能力がなくなって、溢水をしたという場合、住民は国が公認した都市化の利益を受けている上流の住民に対する犠牲<sup>(64)</sup>者ともいえることから、損害を公平に分担する仕組みが必要である。

---

(61) 角松生史「自治立法による土地利用規制の再検討—メニュー主義と「認知的・試行的先導性」」原田純孝編『日本の都市法Ⅱ 諸相と動態』（東京大学出版会、2001年）329頁。角松は、最判昭和53年12月21日民集32卷9号1723頁（高知市普通河川管理条例事件判決）により違法とされた市条例は、普通河川の実情についての認知・分析が不十分であった河川法の立法者に対し、普通河川の事実上の管理を担当して課題認知能力に優位する市町村が独自の規制を試みた事例と理解することが可能と指摘する。

(62) 木村春彦「水害総論」『水害—その予防と訴訟〈土地問題双書22〉』（有斐閣、1985年）8頁

(63) 木村・前掲注（62）13頁

(64) 座談会「河川行政と治水対策」『ジュリスト』811号（1984年）22頁の塩野発言

国家賠償責任の前提となる公の営造物に関する危険については、前述のように第三者すなわち周辺住民に対する危険も含まれ、営造物の設置または管理の観念は、「とくに限定されたものではなく、営造物に関する、その設置・管理<sup>(65)</sup>者の措置または行為全般」と解されることから、営造物の安全性を保持し、営造物に起因する被害の発生を防止するために必要な措置が広く含まれる（最判昭和50年7月25日民集29巻6号1136頁、最大判昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁）。たとえば、河道内のダム、護岸、堤防等の施設整備に限られず、氾濫域の土地利用に応じた、宅地嵩上げ、輪中堤（集落を取り囲むように築かれた堤防）、霞堤（上流側に向けて堤防に切れ目を設け、洪水時には開口部から水を一時的に逆流させて水流を弱める不連続堤）、越流堤（堤防の一部を低くして、河川の水位がその部分の高さに達するとあふれさせて遊水地に導水するための堤防）、二線堤（本堤が破堤した場合に氾濫水が広がらないように堤内地側に築かれた堤防。控え堤ともいわれる）の整備や家屋移転等の実施、及び都市計画部局等とも連携した、自然地理的に災害危険度の高い土地における無秩序な開発を計画段階で抑制するための防災情報の提供など、地先安全度の確保の程度についても、河川の「通常有すべき安全性」の判断に含めて考えるべきである。河川法施行令10条1号が、河川整備基本方針及び河川整備計画の作成にあたり、「洪水、津波、高潮等による災害の発生の防止又は軽減に関する事項については、過去の主要な洪水、津波、高潮等及びこれらによる災害の発生の状況並びに災害の発生を防止すべき地域の気象、地形、地質、開発の状況等を総合的に考慮すること」を命じていることから、流域の状況についての総合考慮は河川管理者の法的義務と解される<sup>(66)</sup>。なお、霞堤や越流堤などの伝

---

(65) 芝池義一『行政救済法講義（第3版）』（有斐閣、2006年）280頁

(66) 名古屋地判平成3年7月19日判時1394号3頁（水場川水害訴訟）は、当該地域が計画降雨規模の洪水に対して直ちに改修を要すべき危険な状況にあったとは認めがたいとして、河川管理者には土地利用方法の制限等の方策を講ずる責任はないと判示している。しかし、一定の状況下においては堤内地の土地利用を誘導する責務が河川管理者に課せ

統的な治水施設については、構造設計等の詳細な基準を河川管理施設等構造令（政令）及び河川砂防技術基準に明確に規定しておくべきであろう。近年、河川事業の一環として、住宅地の嵩上げや輪中堤の築堤事業を行う土地利用一体型水防災事業及び洪水氾濫域減災対策事業が既に実施されており、実務的にも河川管理者の守備範囲が堤内側に拡大されつつある。流域は河川及びその集水域からなるものであり、堤内の氾濫原において一定の治水対策が行われることを前提とすると、国賠法2条の「河川」は「流域」の概念を含むものとして拡張解釈しても差支えないと思われる。また前述のように、流域治水の観点からは、連続堤主義、構造物優先主義の治水施策を背景とした大東水害判決の示す河川管理の「諸制約」がそのまま妥当することにはならないことから、同判決の射程は及ばないと考えられる。流域治水における瑕疵判断においては、ダムによる洪水調節と河道整備による完全防御か、さもなければ不可抗力か、という二者択一的な発想に代え、改修済河川も、超過洪水により一定確率での破堤や溢水がありうることを前提とする必要がある。そして、流域の濫開発等による土地利用の変化と河川への流出係数（流域内の総雨量に対する河道流出量の比）の増大への適切な対応の懈怠（不作為）の有無も含めて総合的に瑕疵判断がされるべきである。この場合、<sup>(67)</sup>①被侵害法益の重要性、②予見可能性、③結果回避可能性、④期待可能性の各要素を総合的に勘案して、「通常」有する安全性の有無を判断することが適切である。<sup>(68)</sup>洪水の形態には、ア. 氾濫水が拡散しながら流下する形態（デルタ、後背湿地）、イ. 氾濫水が長時間滞留する形態（デルタ、後背湿地、盆地）、ウ. 氾濫水が広がることなく直線的に流下す

---

られていると考えるべきである。しかし、計画降雨規模の洪水に対する安全性と土地利用規制の必要性との間に直接的な関連性は乏しいものである。安本典夫「水場川水害訴訟判決」『ジュリスト臨時増刊』1002号・平成3年度重要判例解説（1992年）51頁参照

(67) 下山瑛二「水害と賠償責任」『現代行政法体系6・国家補償』（有斐閣、1983年）142頁は、「瑕疵」の有無について営造物の四囲の状況との関係で総合的判断をする必要性を指摘している。

(68) 宇賀・前掲注（34）255頁

る形態（旧河道、扇状地）、エ．氾濫水が堤防沿いを流下する形態（谷底平野、河岸段丘）などがあり、河川の氾濫特性と地形特性は密接な関係がある<sup>(69)</sup>。したがって、水害発生に至るまでの多様な要因について各流域特性を踏まえた「流水の通常の作用」の検証を経て、予測可能性と損害回避措置の適否について事案ごとに認定される必要がある。つまり営造物の物的性状自体のほかに管理主体がなすべき安全配慮に関する諸事情をも含めて瑕疵の有無を判断<sup>(70)</sup>することが不可欠ということになる。このように考えると、「当該営造物の構造、用法、場所的環境及び利用状況等諸般の事情を考慮して個別具体的に判断すべき」（昭和53年7月4日民集32巻5号809号）という瑕疵判断の基本原則に立ち返らなければならないように思われる。そして、流域の地形、地質、土地利用などの地域特性をふまえ、破堤、床上浸水など生命、財産への重大な損害の発生が一定以上の確率で予測できたにもかかわらず、相当の期間内に、ソフト面も含めた実施可能かつ有効な安全確保措置がとられていなかったと認められるならば、河川管理者のみならず、適切な土地利用規制を懈怠した都市計画部局なども含めた、行政主体としての責任が問われることがあり得る<sup>(71)</sup>。地方公共団体の長の下に一元的に一致協力して活動することは組織体の一体性の原則からも当然であり<sup>(72)</sup>、事物管轄は内部的事情にすぎないと考えられるからである。とりわけ流域治水を進める場合、河川管理者、都道府県知事、市町村長など多くの主体間の連携が不可欠であり、治水安全の確保という同一目的の遂行

---

(69) 末次・前掲注（1）20頁。近年発生した水害の特性と教訓については、末次忠司＝橋本雅和「2000年代に発生した水害から得られた教訓」『水利科学』331号（2013年）36頁以下参照

(70) 小早川光郎「加治川水害訴訟最高裁判決について－最高裁昭和60年3月28日第1小法廷判決」『ジュリスト』843号（1985年）82頁

(71) 鶏の大量へい死の事故調査に関与した農林省係官に食品衛生行政庁への通報義務の懈怠等があったとして、国の賠償責任を認めたものに福岡高判昭和59年3月16日判時1109号44頁・カネミ油症事件がある。

(72) 阿部泰隆「行政の危険防止責任その後（一）」『判例評論』269号（1981年）145頁

のために相互に連絡調整義務を負っていると考えるべきである。

一方、堤内への治水施設の設置や土地利用規制を行う場合、地域住民らの応分の負担ないし協力が不可欠であり、地権者の反対等により、それが実施できなかった場合は、危険ないし損害の発生に直接・間接の関与が認められることから、瑕疵の有無の判断にあたって考慮<sup>(73)</sup>される場合がありうると思われる。一定程度の洪水の氾濫を許容することを前提とした流域治水では、相対的に一定程度の被害を受忍せざるを得ない地域が出現することは避けられず、住民が地域の水害リスクを認知して河川管理や水防に計画段階から参画することと不可分一体のものとして進められなければならない（河川管理への住民参加については後述）。また、流域治水は河川管理者の責任範囲を拡大するものではあっても、これを縮減するものではあり得ない<sup>(74)</sup>ことは当然であり、河道中心の河川整備計画を補完するための氾濫原管理の追加により治水体系の総合化<sup>(75)</sup>が図られることが必要である。

#### (4) 災害情報の提供

危険を防御される立場にある流域の住民としては、自らが居住する土地の「地先の安全度<sup>(76)</sup>」について行政から周知されて正確に認識しておくことが、河川の安全度に対する合理的な期待可能性の観点からも重要<sup>(77)</sup>である。このために

---

(73) 加治川水害訴訟第1審判決（新潟地判昭和50.7.12判時783号3頁以下・94頁）は、改修予定区間における桜伐採に対する地元の高い反対や、河床掘削に対する地元土地改良区の同意取得の困難があったことが「改修実施を極めて困難ならしめる事情となっていた」と認定し、全体改修計画が洪水時まで未達成であったことについて、洪水被害を「被災者に甘受させることが正義公平に反するとまでは到底いえない」と判示する。この点について遠藤・前掲注（28）523頁は、「被害や被害原因に地域的性格がみられるとき、協力の如何は重要な判断要素とならざるをえない」と指摘する。

(74) 櫻井敬子「流域管理の法的課題」『河川』57巻3号（2001年）15頁

(75) 瀧健太郎＝松田哲裕＝鶴飼絵美＝小笠原豊＝西寫照毅＝中谷恵剛「中小河川群の氾濫域における減災型治水システムの設計」『河川技術論文集』第16巻（2010年）480頁

(76) 嘉田由紀子ほか「生活環境主義を基調とした治水政策論—環境社会学の政策的境位—」『環境社会学研究』（環境社会学年報）第16号（2010年）41頁

は、現在の計画規模での改修計画の進捗状況や洪水の際の想定浸水深、浸水区域、浸水継続時間、氾濫水到達時間等についての具体的データをハザードマップとして河川管理者と関係市町村が共同して積極的に公表し、リスクを可視化することにより、各地先住民のもつ信頼を法的に保護する視点が不可欠となる<sup>(78)</sup>。また、正確なリスク情報は、高リスク地域の開発規制や、これまでほとんど適用されてこなかった建築基準法39条の災害危険区域の指定に活用されるべきである。また、欧米諸国で見られるような、土地利用規制と水害保険への加入をリンクさせ、水害保険加入を住宅融資の条件とするといった、リスク情報、土地利用規制及び水害保険の適切なリンクが必要と思われる<sup>(79)</sup>。この場合、公的財源による再保険制度など国による下支えのあり方も検討課題である。

なお、土砂災害のおそれのある区域における警戒避難体制の整備、開発行為の規制、既存住宅の移転促進などソフト的対策を規定した法律としては、2001年4月から施行された土砂災害警戒区域等における土砂災害防止対策の推進に関する法律（土砂災害防止法）がある。しかし、地価への影響を懸念する地権者の抵抗もあり、土砂災害警戒区域等の指定だけでなく基礎調査すら完了していない地域が多く存在し、住民に土砂災害の危険性が十分に伝わっていないこと、土砂災害警戒情報が、直接的な避難勧告等の基準にほとんどなっていないことなどの問題点が指摘されていた<sup>(80)</sup>。同法は、2014年8月豪雨により広島市北

---

(77) 小幡・前掲注（3）152頁。避難対策と災害情報提供に関する法制度のあり方全般については、大橋洋一「避難の法律学」『自治研究』88巻8号26頁以下参照。

(78) 橋本博之『判例評論』460号（1997年）34頁

(79) 米国、フランスにおいては、水害保険への加入が法律を根拠に強制されており、イギリスにおいては、水害危険区域では保険への加入が融資条件とされ、高リスク地域では保険引き受けが拒否されることがある。国土交通省国土交通政策研究所『国土交通政策研究第98号 水害に備えた社会システムに関する研究』（2011年）283頁、吉田恭「英仏の防災土地利用規制と保険制度について」『新都市』63巻7号（2009年）35頁以下参照

(80) 宇賀克也「総合的土砂災害対策の充実へ向けて」高木光＝交告尚史＝占部裕典＝北村喜宣＝中川丈久編『阿部泰隆先生古稀記念 行政法学の未来に向けて』（有斐閣、2012年）287頁

部で発生した土砂災害等を契機として、都道府県に対する基礎調査の結果の公表の義務付け、都道府県知事に対する土砂災害警戒情報の市町村長への通知及び一般への周知の義務付け、土砂災害警戒区域の指定があった場合の市町村地域防災計画への記載事項の追加等の措置を追加する改正がなされている。土砂災害や水害など自然災害の危険性を内包した土地を商業ベースで取引すること自体が規制され、当該土地の自然的特性を織り込んだ地価形成がされるべきことは当然であり、行政としては、住民の不安を煽るといった漠然とした懸念により危険情報等の公表を躊躇すべきでないことはいうまでもない。

災害情報の提供に関しては、2001年の水防法改正により、洪水予報河川が都道府県管理河川に拡大され、国土交通大臣又は都道府県知事は、洪水予報指定河川について、浸水想定区域を指定して当該区域及び浸水深を公表し、関係市町村長に通知することとされた（水防法10条2項、3項、11条1項）。また、2005年の改正により、洪水予報が困難な中小河川について、あらかじめ避難勧告の目安となる特別警戒水位を定め、当該水位に到達したときに特別警戒水位到達情報が発表されることとされている（水防法13条1項～3項）。そもそも災害情報の適切な提供についても、営造物の設置管理と密接に関連する行為である以上、危険管理責任の内容に含めて考えることが適切であり、河川行政の守備範囲の再検討が求められる。なお、現行の災害対策基本法では、避難勧告や避難指示は市町村単位で発令され（災対法60条1項）、犠牲者が出た場合、市町村長の責任が問われることがあるが<sup>(81)</sup>、もともと降雨は分水嶺で分けられ、流域で洪水が発生する以上、流域単位での洪水情報の提供が必要である<sup>(82)</sup>。

---

(81) 町長が避難勧告を早期に発令しなかったことについて国家賠償法1条の責任を否定した判決として、平成21年8月に発生した佐用町水害に係る神戸地姫路支判平成25年4月24日判自372号40頁がある。同判決は、自主避難中に小河川の氾濫によって発生した死亡事故に関するものであるが、流域面積の小さい河川は洪水流出が早い場合、本川が氾濫危険水位に達するまでに早期の避難情報の提供が必要である。末次＝橋本論文・前掲注（69）46頁参照



水防や避難対策については、国賠法1条の責任との競合も問題となりうる<sup>(83)</sup>が、営造物の設置管理行為で、権力的性格を有するものについては、国賠法2条を1条に対する特則とみると、2条を優先適用すべきであり、行政指導など救済の便宜上国賠法1条の「公権力の行使」に当たると解される行為について、それが同時に営造物の設置管理行為に当たる場合、国賠法1条を適用すべき理由はないといえる<sup>(84)</sup>。1条と2条の関係は、すべての事故が、いずれかの条文の排他的適用の下に置かれるというほどに整理されたものではないという前提<sup>(85)</sup>に立つと、水害発生時の災害情報の提供や避難対策について2条に基づく責任が認められる場合は少なくないと思われる（集中豪雨によって発生した土石流によるバス転落事故に関し、事前通行規制の不作为について道路管理の瑕疵を認めたものとして、名古屋高判昭和49.11.20判時761号18頁・飛騨川バス転落事件、河川管理者が水防に関する勧告・助言を適切に行わなかった不作为について河川管理の瑕疵を認定したものとして、東京高判昭和56.10.21判時1018号29頁・加治川水害訴訟控訴審判決参照）。

## 2. 河川の機能的瑕疵と賠償

### (1) 河川管理における機能的瑕疵

「営造物が通常有すべき安全性を欠いていること」とは、営造物を構成する物的施設自体に存する物理的欠陥ないし不備によって他人に危害を及ぼす危険性のある「物的性状瑕疵」だけでなく、営造物がその本来の供用目的に沿って利用される際の供用態様いかにによって生じる「供用関連瑕疵（機能的瑕疵）」

---

(82) 土屋信行『首都水没』（文春新書、2014年）217頁

(83) 遠藤博也『国家補償法 上巻』（青林書院、1981年）130頁は、避難対策は、2条に基づく責任を問題とすることによって生ずるもので、「1条と2条とが合体して初めて認められる独自の責任」とする。

(84) 芝池義一「国家賠償法第2条」室井力編『基本法コンメンタール行政救済法』（日本評論社、1986年）45頁

(85) 塩野宏『行政法Ⅱ [第5版補訂版]』（有斐閣、2013年）343頁

も含まれる。そして、公共性を有する建造物を供用目的に従って積極的に供用した場合の機能的瑕疵の有無は、「侵害行為の態様と侵害の程度、被侵害利益の性質と内容、侵害行為のもつ公共性ないし公益上の必要性の内容と程度等を比較検討するほか、侵害行為の開始とその後の継続の経過及び状況、その間に取られた被害の防止に関する措置の有無及びその内容、効果等の事情をも考慮し、これらを総合的に考察して決すべきものである」（最大判昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁・大阪国際空港訴訟判決）とされているところである。自然現象に起因する水害の場合、道路や空港などの公共施設を目的に従って供用した結果、周辺住民に事業損失を与えた場合とは異なるものの、流域治水における洪水の受容という側面から、複数の判決を素材として検討してみたい。

まず、名古屋高判平成25年9月25日（判例集未登載）<sup>(86)</sup>は、2002年7月の集中豪雨により揖斐川支川の大谷川が増水して岐阜県大垣市の大谷川右岸の大谷川洗堰から越流し、浸水被害が発生したことについて、住民らが損害賠償を求めた事案である。なお、大垣市では、同市が1968年から120戸の団地の建設を開始し、1973年から県営住宅が建設され、1975年12月に荒崎地区が市街化区域に指定されたことなどにより、荒崎地区の市街化が急速に進み、1954年当時1,338人であった荒崎地区の人口は、1980年には4,698人（1,272世帯）、2000年には6,493人（1,995世帯）と急増し、大谷川洗堰から越流した水が住宅地となった荒崎地区に流れ込むようになっていた。

原告側は、大谷川洗堰からの越流による荒崎地区の浸水被害は、大谷川洗堰の設置から約45年間に15回にも及んでいることから、同洗堰が事実上の越流堤の機能を有しており、荒崎地区は他の地域を洪水被害から守るための遊水地として、人為的に住民に特別の犠牲が強いられてきたとして、水害被害について機能的瑕疵の法理を適用又は類推適用すべきであると主張していた。これに対

---

(86) 同判決の評釈として、神山智美「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」『九州国際大学法学会法学論集』20巻1・2号（2013年）85頁以下

し、判決は、大谷川洗堰からの越流は、「専ら河川の洪水という自然的原因による災害によるもの」であり、「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ない」として、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ている。同判決は、機能的瑕疵の法理の対象となる営造物は、管理者が利用につき影響力を行使することが可能であることを前提としているところ、自然現象による越流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を理由に機能的瑕疵の法理の類推適用も否定し、荒崎地区が無堤の遊水地状態であったところに築堤及び洗堰の設置がなされ、同地区の宅地化に応じて改修計画が順次、計画、実施されてきたという経緯等に照らすと、浸水被害が特別の損害にはあたらないとした。しかし、大谷川洗堰については長年にわたり越流堤としての実質的機能を果たしてきたことは否定できないと思われる。水害常襲地において雨量が一定量を超えた場合に、同洗堰から荒崎地区に越流してきた洪水を引き受けることによって他の地域における浸水・破堤を防ぐための「公共的機能」を事実上担わされてきたことにかんがみると、当該地区の特定の住民らに対し、流域全体の治水上の安全という公共の利益のために受忍限度を超えた特別の犠牲を強いるものであったという評価も可能である。すなわち、市営団地の建設事業が市街化を進展させた一方で、不十分な治水対策しか講じられないまま、受忍限度を超える程度の被害を地区住民が被ったと考えれば、機能的瑕疵の法理の類推適用を認めても差支えない事案と思われる。水害のリスクを土地・家屋の所有者や居住者が全面的に負担するのか、あるいは国や公共団体もその一部を分担するのか、被害者の救済と社会的損失の公平な分担の観点からの検討がなされなければならないのである。

次に、名古屋地判平成20年3月14日判時2024号58頁は、2000年9月の東海豪雨によって一級河川庄内川の派川である新川の左岸堤防が決壊して浸水被害に遭った住民らが、国に対して主位的に、建設大臣が管理する新川洗堰の管理に瑕疵があったとして損害賠償を、予備的に損失補償を求めるとともに、愛知県

に対して、知事が管理する新川治水緑地の管理に瑕疵があったとして損害賠償を求めた事案である。判決は、江戸時代に本川の庄内川の洪水を調節する目的で設置された新川洗堰を閉鎖することなく、洗堰から新川への流入を残したまま改修を行ってきたことについて、河川管理における財政的、技術的及び社会的制約の下で、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瑕疵はないとして、住民らの請求をいずれも棄却している。同判決は、「新川には治水上の脆弱性があり、本件豪雨当時実施されていた新川流域整備計画（治水暫定計画）の内容やその実施状況から新川洗堰からの越流により新川が破堤する危険性は相当程度あった」としつつ、「新川洗堰は、もともと江戸時代から庄内川の洪水を調節するものとして存在していたこと、本件水害当時、庄内川下流部が改修未了であった上、庄内川下流部で破堤した場合の被害は新川が破堤した場合の被害と比較して甚大であると予想されたこと、本件水害前に新川洗堰からの越流により外水被害が生じたことがなかったこと等からすると、新川洗堰を閉鎖せず新川への庄内川洪水の流入を残したまま庄内川下流の改修を行ってきた被告国の庄内川の河川管理が、河川管理における財政的、技術的及び社会的制約の下で同種・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えないものとはまではいえ」ず、河川管理に瑕疵はないと判示している。また、損失補償については、財産上の犠牲が単に一般的に当然に受忍すべきものとされる制限の範囲を超え、特別の犠牲を課したものである場合には、これについて損失補償に関する規定がなくても、直接憲法29条3項を根拠にして、補償請求をする余地が全くないわけではないとしつつ、新川洗堰は、もともと江戸時代から庄内川の洪水を調節するものとして存在していたこと、水害当時、庄内川下流部が改修未了で、そこで破堤した場合の被害は新川が破堤した場合の被害と比較して甚大であると予想されたこと、水害前に新川洗堰からの越流により外水被害が生じたことがなかったこと等の事情からすると、住民らが本件水害によって被った損失は、「特別の犠牲」には当たらないとしている。しかしながら、本事案の場合、本川である庄内川の下流部が破堤した

場合、名古屋市中心部の想定被害がより甚大となることが想定されたため、両河川の接合部に古くからある堰を閉鎖せず、そこからの新川への洪水流入を残したままとなっていたことの適否が問われている。人口と資産の集中する大都市地域の浸水被害回避のため、浸水を甘受せざるを得なかった新川流域の住民のみに負担を強いることが適切か否か、個別的損害の社会的に公平な分担の視点から賠償責任の有無を考えるべきである。

そもそも、河川法や道路法などの公物管理法に基づいて設置管理される公の営造物から社会に生じた損害について、設置管理主体である国又は公共団体に負担させ、ひいては国民全体で分散された損害を負担することが損害賠償の重要な機能である以上、未改修もしくは改修不十分な河川において、国民経済上の優先度の高い箇所から改修を進めた結果、流域又は沿岸に治水安全度の低い状態で存置されている地域の住民が、既往最大洪水位や浸水実績等から判断して社会的受忍限度を超える重大な被害を被った場合においては、公平の理念に基づいて国民全体で負担するという損失補償類似の賠償責任<sup>(87)</sup>を負う場合がありうると思われる。空港や道路などの人工公物との違いはあるにしても、河川は社会的に必要不可欠な公共用物であり、公害や災害の発生源であるからといってその存在を否定しえない点では共通<sup>(88)</sup>していることから、危険な河川管理施設が予算も含めた社会的諸制約によってその是正が抑制されることにより、住民は社会公共の特別犠牲<sup>(89)</sup>となったという考え方も可能だからである。公共のため

---

(87) 下山憲治「災害と国家賠償法2条の瑕疵責任(1)」『早稲田大学大学院法研論集』64号(1992年)48頁。なお、ドイツにおいては、洪水防止という公益の観点から高権力主体が個々の財産権者に財産的損失を負わせ、公衆の大多数である他の財産権者の利益を保護する場合、特別の犠牲として、収用的侵害に基づく補償請求が認容されるとした判例がある。この点については、下山憲治「ドイツ裁判例における氾濫被害の補填構造」『早稲田法学会誌』44巻(1994年)209頁以下参照

(88) 高橋利明「大東水害最高裁判決と水害訴訟」『法律時報』56巻5号(1984年)64頁

(89) 座談会「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年)22頁の沢井発言

に特定人に特別の犠牲を強いる結果となる場合、利益を受ける者が賠償費用を負担するのが公平であるとする考え方によれば、賠償と補償の論理が接近することとなる<sup>(90)</sup>。この場合における瑕疵判断枠組みは、前記大阪空港訴訟判決の示すところの、①侵害行為の態様と侵害の程度、②被侵害利益の性質と内容、③侵害行為のもつ公共性ないし公共上の必要性の内容と程度、④侵害行為の継続状況、⑤その間に取られた被害の防止に関する措置の有無・内容・効果、を基礎として、さらに河川管理の面から、水害の予測可能性や水害の発生防止措置を講ずることができなかつた諸制約その他の事情を加味したものとすることが適切である。なお、前述の大東水害訴訟控訴審判決は、危険の除去・回復の遅滞があった場合の瑕疵判断について、「物理的な瑕疵から発生が予想される浸水被害等が、流域または沿岸住民の社会的受忍範囲を超えるものかどうか、およびその危険箇所の放置が、その危険性の程度との対比においてみて技術的、社会的に真にやむを得ない場合であったかどうか」によって管理瑕疵の有無を決すべきものと判示していた。

## (2) 下水道水害と機能的瑕疵

大阪地判昭和62年6月4日判時1241号3頁・平野川水害訴訟判決は、公共下水道<sup>(91)</sup>の設置管理の瑕疵の判断基準について、下水道の場合、河川のように危険

---

(90) 阿部泰隆「賠償と補償の間一両者の異同と国家補償の谷間を埋める試みについて」『法曹時報』37巻6号(1985年)1442頁、阿部・前掲注(13)244頁

(91) 下水道機能を担っていた普通河川からの溢水について、横浜地横須賀支判昭和60年8月26日判タ566号73頁(平作川・吉井川等水害訴訟)は、「下水道事業計画による計画事業の実施中の段階にあったとしても、健全な都市機能として最低限度必要な雨水・汚水の排水機能を有しないで、都市における市民生活の受忍限度を超える浸水被害やこれに類する影響を生ずるおそれの程度に右機能の欠如・欠陥があるときは、公共下水道の設置・管理に瑕疵がある」との一般論を示しつつ、結果回避義務及び因果関係がないとして下水道管理者の責任を否定していた。一方、最判平成8年7月12日判時1580号31頁は、「下水道法2条2号の下水道に当たるものであったか否かは、吉井川の管理についての瑕疵の有無に影響を及ぼさないから、判断の必要がない」として下水道に該当するか否かについて判断することなく瑕疵を否定している。

を内在させた自然公物を治水事業の実施によって段階的に安全性を向上させていく性質のものではなく、「当初から通常予測される災害に対応した安全性を備えたものとして設置され公用開始されている」点で、「道路等と同様の性格」を有しているとし、公共下水道施設の通常有すべき安全性の有無は、「下水道施設自体の規模、流下及び排水能力のみならず、放流先河川の流下能力まで含めて検討して決めるべき」もので、「余剰雨水について適切な滞留防止を講じておかない限り、当該公共施設は内水滞留の危険性を有するものとして、安全性が欠如」しているとする。その上で、当該下水道施設が、汚水、雨水を平野川及び平野川分水路に放流する計画でありながら、同川の河川整備工事が進んでおらず、計画どおり排水ができないことから、河川管理者の大阪府知事との事前打ち合わせに基づく排水ポンプの調整運転（運転停止）を余儀なくされ、調整運転によって集水地域の水が特定の地域に集中して水害を惹き起こす構造となっていたことから、「下水処理能力に充たない降雨強度の降雨による雨水量で浸水が発生することを十分防止しうるに足る程度の施策を講じないままにしておいた以上、本件下水道施設は通常有すべき安全性を欠如していた」として、下水道管理者である大阪市の管理瑕疵を認めている。同判決は、調整運転自体については、調整運転を行うことなく河川に排水を続けた場合には護岸決壊の発生する可能性があったと認定し、調整運転によって保護される法益が沿川住民の生命、身体の安全であったことを理由に、市及び調整運転を指示した府の賠償責任を否定している。

浸水被害にあった地区は水害常襲地帯であり、流下能力不足の河川の氾濫防止のために行った排水ポンプの調整運転により被害が生じていることから、道路や空港などの営造物を供用目的に従って供用した結果、周辺住民に対して継続的な被害を生じさせる場合と類似する状況となっており、機能的瑕疵を認めることも可能と思われる。また、下水道は都市計画の一環として設置される都市施設であり、河川未改修の段階での下水道計画の適否が司法審査の対象となり得る。<sup>(92)</sup>

また、下水道施設の場合、公共用水域の水質保全、公衆衛生の向上、浸水防止など公共の福祉が増進される一方、限られた特定の地区の住民が浸水によって財産権に特別の犠牲を被る結果となるという構図が明確であることから、損害賠償の法理よりも損失補償の法理の適用がふさわしいと考えることもでき<sup>(93)</sup>る。この場合、たとえば床下浸水については受忍限度の範囲内としても、床上浸水については受忍限度を超える特別の犠牲と解することも可能であろう。

### 三 流域治水の実効性確保のための法政策

#### 1. 流域治水と土地利用規制

##### (1) 土地利用規制手法の課題と提言

今後の地球温暖化などの気候変動をふまえると、自然と共生しうる安全で持続可能な法制度<sup>(94)</sup>のあり方を検討することは喫緊の課題である。本章では、このような視点から法政策上の提言を試みることにしたい。

持続可能な土地利用法制の実現のためには、都市計画の中に自然災害のリスクマネジメント<sup>(95)</sup>の概念を確立するとともに、そこで、土地特性と災害危険度の観点からの土地利用規制により、旧河道やかつての池沼、河道沿いの低地など自然地理的に災害危険度の高い土地の開発を回避し、土地利用の転換を誘導していく施策が必要である。このための手段として、地理情報システム（GIS）<sup>(96)</sup>を用いた地域特性区分による解析により、浸水、液状化、盛土崩壊、地滑

---

(92) 池田恒男「下水道水害の国家責任」『判例タイムズ』649号（1987年）100頁は、下水道計画の手続的担保と内容的担保の検証の必要性を指摘する。

(93) 阿部・前掲注（13）237頁、宇賀克也「下水道と水害」『ジュリスト』892号（1987年）97頁、池田・前掲注（92）102頁

(94) 持続可能性（sustainability）は、1992年の地球サミット開催を契機に提唱された理念で、生態系と社会経済システムが不可分に結びついて将来世代にわたり持続可能（sustainable）であることを意味する。

(95) 加藤孝明「災害に備えるこれからのまちづくり」『都市住宅学』72号（2011年）58頁

(96) 小荒井衛「災害特性に基づく地理的地域特性区分と活用」『都市計画』306号（2013



り等のリスクの高い箇所の地図化を図ることが考えられる。一例として、東日本大震災の際の宮城県気仙沼市における津波の遡上範囲は1949年当時、農地として利用されていた区域（非居住地）とほぼ一致しているという解析結果がある。このことは平常時には日常生活や生産活動を支え、災害時には津波・洪水の減衰・湛水機能を発揮して避難路・避難地としても機能しうる複合的な用途・機能を備えたレジリエンス（自然災害に対する回復力）のある土地利用計画の必要性を示しているといえる。このような多面的な機能を担う植生や土地とそれらのネットワークをグリーンインフラストラクチャー（GI）といい、既に欧米諸国の自治体における街づくりに活用されている。わが国の場合、水田は、生産地であると同時に遊水地として複合的な機能を有する土地の典型とされる。<sup>(97)</sup>このような土地利用計画の策定を各都道府県及び市町村単位で進めて土地利用規制や誘導に活用することが適切であり、宅地化前の過去の地形、地質や被害実績の情報を収集し、土地特性図として各市町村が公表することが望まれる。このような施策を実施するためには関係法令の見直しが不可欠であり、都市計画に関する基礎調査（都計法6条）の際に計画区域内の土地の特性調査を行い、当該土地の過去の地形・地質、被災履歴、地下水位などの土地特性を都道府県知事が公表し、それを踏まえた水循環と防災の観点からのアセスメントを開発許可（同29条1項、2項）の申請者に義務付けるべきである。<sup>(98)</sup>また、都市計画法の用途地域に「沿川区域」（仮称）の区分を新設し、土地特性と災害危険度の観点からの土地利用規制を可能とする法制度を創設することも考えられる。その他遊水区域内の農地の宅地転用規制の強化（農地法4条、5条）や、地域環境、防災など農地の持つ多面的機能を考慮した農用地区域（農

---

年）44頁以下

(97) 木下剛・苅京祿「レジリエントな地域社会の形成とグリーンインフラストラクチャーの意義」・前掲注(96)38頁以下

(98) 中村八郎『地震・原発災害 新たな防災政策への転換』（新日本出版社、2012年）166頁、228頁以下

振法8条2項)の指定を可能とするなど、関連法の見直しを同時並行的に進める必要がある。自然の生理現象としての洪水を病理現象である水害としないためには、自然と調和し、健全な水循環を確保しうるような土地利用を流域単位で形成することが不可欠だからである。これらの法政策は、今後の都市縮退を前提に、土地特性上危険度の高い地域からの撤退を想定した土地利用計画に基づいて氾濫区域内の人口密度を低減させる施策と一体のものとして進められなければならない<sup>(99)</sup>。そもそも土地は、再生産不可能な自然の構成要素であり、たとえ私有財産であっても、当該土地の置かれた自然的・社会的状況に応じた利用をすべき内在的制約があるといえる。このため土地特性に応じ、土地利用の方法も拘束されることも当然であり、健全な水循環を阻害するような土地利用については、むしろ公序良俗に反するものとして制限されなければならないと考えられる。

土地利用規制の具体的手法としては、都道府県又は流域単位の市町村で組織する広域連合の条例の定めるところにより、上流の森林等を「保水区域」に指定し、保水力の永続的保持・向上が望ましい森林の開発行為を禁止するとともに、一定面積以上の森林を他用途に転用しようとする場合、同一流域内に同一面積の植林や代替施設の設置などのミティゲーション（影響緩和措置）を義務づけることが考えられる。また、おおむね100年に1回程度の降雨量によって発生する洪水の想定水深が一定以上となることが予測される区域を「氾濫原区域」として公示し、水田・休耕田や公園緑地等を「遊水地」に指定する他、浸水危険度に応じ原則として建築や開発行為を禁止する区域と宅地の嵩上げ、家

---

(99) 三好規正「都市法の構造転換に向けた課題と提言」『(山梨学院大学法科大学院)ロー・ジャーナル』第8号(2013年)122~123頁

(100) 磯部力「都市の環境管理計画と行政法の現代的条件」『高柳信一先生古稀記念論集 行政法学の現状分析』(勤草書房、1991年)329頁は、「その私有土地が都市の中に所在しているという一事をもって、当然に都市環境管理の対象となり、その限りで私有土地の利用の自由は排斥されることになる」という法的しくみを作ることは十分に可能とする。

屋の耐水化等を条件としてこれを許可する区域にゾーニングを行うことが適切である。<sup>(101)</sup>このようなゾーニングの法的根拠については、河川法29条は「河川の流水等について河川管理上支障を及ぼすおそれのある行為」を政令で規制することができることとしているが、流域の土地利用規制の根拠としては十分とはいえないため、たとえば「流域治水」の規定を別途新設して、規制手法の詳細は各都道府県の条例に委ねることとすべきである。各河川流域の地形、地質などの自然的条件、人口や産業構造などの社会的条件をふまえた実効的土地利用規制のためには、全国一律の規準ではなく、地域的な対応が不可欠だからである。

そして土地利用規制に伴う補償については、財産権の制限のうちでも社会生活上一般に受忍すべきものとされる限度をこえ、特定の人に特別の財産上の犠牲を強いるものである場合には、<sup>(102)</sup>憲法29条3項により補償を要するものとされている（最判昭和50.3.13判時771号37頁）ことから、補償の要否については、<sup>(103)</sup>規制の目的、根拠と規制の程度との相関関係により判断していくことが必要である。土地に対し、その特性に応じた公共的制約を課することは、土地基本法2条の趣旨からも適切であり、地域特性に著しく反する土地利用を一定程度制

---

(101) 土地利用規制手法の具体例については、三好規正「河川管理法制の大転換を求めて～河川管理の地方分権、住民参加と治水及び河川環境保全のための土地利用規制手法のあり方」阿部泰隆＝根岸哲編『法政策学の試み 法政策研究（第4集）』（信山社、2001年）99頁以下参照

ドイツにおける洪水抑制制度については、アンネッテ・グッケルベルガー（磯村篤範翻訳）「ドイツ水管理法における洪水抑制制度」『島大法学』56巻3号（2013年）163頁以下参照。ドイツにおいては、各河川流域ないし水系ごとに洪水リスク評価を行ってリスク地域を決定、予測可能な洪水想定地図・被害想定地図の作成、洪水リスクマネジメント計画の作成、という各段階を踏んで行われる。州は統計的に100年に1回予測される区域を氾濫原地域として指定し、当該地域における新たな建物の建築等は禁止されている。

(102) 今村成和『損失補償制度の研究』（有斐閣、1968年）21頁

(103) 阿部・前掲注（13）282頁

限したとしても土地所有権に対する強度な侵害には当たらないと考えられる。一方、地域の合意の下に、一定の区域の周辺に盛土して湛水機能をもつ遊水地を設置した場合において、受忍限度を超えると認められる損害が生じたときは、損失補償しなければならない場合があると考えられる。たとえば、遊水機能を有する水田などの農地に地役権を設定、登記して正常な時価により算定した対価の支払いを行う手法があり、既に利根川・北上川などの大規模河川での先事例も見られる<sup>(104)</sup>。これに対し、治水や自然環境保全のために一定の範囲において、当該土地の自然的・地域的特性に反する利用を法律や条例に基づいて規制した場合、現状の土地利用を固定するにとどまるときは実損以外の補償は不要であり、将来の開発利益の補償を求めることはできないと考えられる<sup>(105)</sup>。およそ、土地利用は総合的な土地利用計画に沿って望ましいあるべき姿で行われるべきであるとする理念が国民に支持され、法制度によって裏づけられることにより、損失補償が必要な場合は著しく減少するといえる<sup>(106)</sup>。

そもそも、流域内で治水上のリスクの相対的に高い地域については、莫大な費用を要するダム建設に代えて、住宅の耐水化、前述の水害保険・共済への加入促進などが各省庁の枠を越えた公共政策の一環として進められる必要があることを改めて指摘しておきたい。

## (2) 森林管理法制

「治山治水」といわれるように、森林と河川は、相互補完的に機能を果たすべきものであり、明治時代に制定された旧河川法、旧森林法、旧砂防法は治水三法とされていた。本来、これらの法制度は流域で一体的に運用されることが

---

(104) 阿部泰隆「公共事業評価の法システム」『自治研究』74巻10号（1998年）3頁は、冠水を受忍してもらって補償するという地役権を設定し、地代や補償金を損失の50パーセント～100パーセント増しにすれば土地所有者の賛成を得ることができるとする。

(105) 塩野・前掲注（85）365頁、遠藤博也『実定行政法』（有斐閣、1989年）249頁～250頁。安本・前掲注（55）47頁以下は、氾濫原であるにもかかわらず洪水に対して抵抗力のない開発を行うことへの規制については、原則として補償不要とする。

(106) 玉巻弘光「土地利用規制と損失補償の要否」『東海法学』9号（1993年）363頁

望ましい<sup>(107)</sup>。しかし現在の行政実務は、河川管理と砂防は同じ国土交通省所管でも別の部署が担当しており、森林管理は農林水産省の所管であるため、水害や土砂災害への対応は縦割りとなり、治水行政は河道内に限定されたものとなっているのは前述のとおりである。一例として、森林法に規定する保安林の指定に際し、都道府県の森林部局と河川管理者との連携はほとんど行われていない。戦後、外国産材や代替材との競争による価格下落により生業としての林業が成り立たなくなったことが人工林（針葉樹林）の荒廃をもたらして保水機能や土砂流出抑制機能などの低下につながり、流域治水においても悪影響を及ぼしている。また近年は、河川上流域の水源機能を果たすべき森林の外国資本による買収問題がクローズアップされており、2011年の森林法改正の際に、地域森林計画の対象となっている民有林について新たに森林の土地所有者となった者の市町村長への届出義務（10条の7の2第1項）が議員修正より追加されたところである。森林は、流域の生態系や水循環系に大きな影響を及ぼすものであり、森林と裸地とのハイドログラフ（流出量の時間変化）曲線を比較した場合、12時間経過後の10分間当たりの流出量では、森林約0.05mmに対して、裸地では約0.5mmと10倍に達し、降雨が直ちに流出してくる量（直接流出量）については、樹木伐採前に比べて1.5倍～2倍に達する<sup>(109)</sup>。このようなことから、森林は私有財産であっても、その多面的機能の公共性に鑑み、総合的土地利用や自然資源管理の一環として保全されるべきものであり、宅地や農地に比して公共の福祉のための制約をより強く受けると考えられることから、森林法に農地法の転用規制や売買規制（農地法3条～5条）に類する規定が必要である。

---

(107) 流域管理と土地利用規制の現状と法制度のあり方については、三好規正「持続的な流域管理法制の考察～公物管理法制、土地利用規制および住民協働の視点から」阿部古稀・前掲注（80）439頁以下

(108) 外資による水源林買収対策の課題と提言について、安田喜憲「日本の地下水と森をどう守るか」『都市問題』101巻6号（2010年）31頁以下

(109) 高橋裕＝河田恵昭編『岩波講座 地球環境学 7 水循環と流域環境』（岩波書店、2001年）56頁

そして、森林の土地所有者は、適正な管理による森林保全義務を有しており、適正管理が困難な状況になれば、第三者主体によるアクセス及び管理を受け入れるという所有権内在的な義務を有していることについて、その法理を森林法<sup>(110)</sup>に明記すべきである。また、森林法の目的規定（1条）に「森林の有する多面的機能の持続的発揮」と「多様な主体の参加と協働による森林環境の保全」の趣旨を追加し、森林の持つ多様な機能を見直すとともに、環境資源としての位置づけを明確化すべきである。現在、人工林となっている土地の中に含まれている、採算性の点から木材生産不適地とされる土地については、森林の保水力<sup>(111)</sup>を活用する緑のダム機能重視の森林に区分して、治水・利水に活用する制度を導入することも今後の検討課題といえよう。

自然資源の枯渇を防ぐための一定のルールの下に資源を総有の権利として利用する入会は、コモンズともよばれ、農林業における共同的な生産活動が結果的に地域環境管理をも担うという、林業労働と環境保全労働の結合により、地域の二次的自然である里山等は保全されてきた。近年は環境保全に資する仕組みとして現代的コモンズを模索する取り組み<sup>(112)</sup>も行われている。これは生産を目的とした地縁主体のクローズドな性質の入会とは異なり、上流域と下流域の住民の相互交流を基本とするものであり、産業としての林業の衰退に伴って発生している放置林問題対策のためには、森林の「所有」と「管理」を分離し、農林業従事者、住民、NPO等が行政主体と協働して森林にアクセスし、地域の

---

(110) 大澤正俊「森林の整備・保全義務に関する一考察」『横浜市立大学論叢社会科学系列』60巻2号・3号合併号（2009年）192頁、同「森林所有権の公共性と所有権制限」『横浜市立大学論叢社会科学系列』60巻1号（2009年）79頁・108頁は、森林の公共性を根拠として森林所有権に森林の整備・保全義務を課す必要性があるとする。

(111) 蔵治光一郎・五名美江「森林の保水力と緑のダム機能」宇沢弘文＝関良基編『社会的共通資本としての森』（東京大学出版会、2015年）64頁。同54頁以下は、森林土壌の回復と出水時のピーク流出量の減少との間に相関関係がみられるとする実証データを示している。

(112) 三井昭二「森林から見るコモンズと流域一その歴史と現代的展望」『環境社会学研

環境資源として管理する新たな仕組みを構築すべきである。このためには、森林所有権を持たない都市住民やNPOなどの第三者にも里山の利用管理を認めるアクセス権を森林法において規定することが考えられる。

## 2. 河川計画への住民参加

水循環基本法16条2項が「国及び地方公共団体は、流域の管理に関する施策に地域の住民の意見が反映されるように、必要な措置を講ずるものとする」と規定した。国民の共有財（基本法3条②）と位置付けられた水について、流域ごとの特性を踏まえた実効的管理を可能にするためには、住民参加による流域ガバナンスの構築が必要である。「ガバナンス」<sup>(113)</sup>とは、政府や自治体が政策の舵取りを行い、市民を統治するという縦の概念としての「ガバメント」に対し、政策立案、実施、評価という一連の過程において、政府、自治体という公共セクターだけでなく、民間営利セクター（企業）、民間非営利セクター（住民組織やNPO等）といった多様な主体が水平的に協働して、相互に役割を分担・補完し合いながら、政策的課題の解決を図る「共治」（「協治」）の仕組みである。流域治水を進めようとした場合、関係者間の様々な利害関係の調整と社会的インフラの再構築が不可欠であることから、これまでのような「お上任せ」の河川管理ではなく、計画策定と意思決定段階からの住民参加を通じて、<sup>(114)</sup>計画の合理性と正当性が担保されなければならない。

この場合、多段階構造の計画については、各段階に応じた住民参加が担保されなければならないことは当然である。治水の基本計画である河川工事実施計

---

究』3号（1997年）33頁以下、加藤峰夫＝倉澤資成「環境保全的視点からの入会制度の評価と再構成」『エコノミア』46巻4号（1996年）20頁以下

(113) ガバナンスの意義について、中邨章「『ガバナンス』の概念と『市民社会』」『月刊自治研』43巻7号（2001年）14頁、山本啓「コミュニティガバナンスとNPO」日本行政学会編『ガバナンス論と行政学』（ぎょうせい、2004年）53頁など参照

(114) 遠藤博也『計画行政法』（学陽書房、1976年）51頁は、「公共性とはすなわち計画の合理性にほかならない」と指摘する。

画は、前述のように1997年の河川法改正により、河川整備基本方針（河川法16条）と河川整備計画（16条の2）に段階区分され、河川整備計画につき、公聴会の開催等住民意見を反映させるために必要な措置をとることとされたが<sup>(115)</sup>（16条の2第4項）、その手続や人選等については河川管理者の裁量に委ねられている。また、河川整備基本方針には、住民意見を反映させるための規定は置かれていない。これは、「長期的な観点から、国土全体のバランスを考慮し、基本高水、計画高水流量配分等、抽象的な事項を科学的・客観的に定めるもの<sup>(115)</sup>」であることが、その理由とされている。しかし、前述のように、基本高水の算定数値は過去に発生した豪雨を基にした机上の流出解析によるもので、決して唯一解ではなく、たとえば流域の人工林の適正間伐等による基本高水数値の低減も可能とされる。行政機関と遜色のない専門知識を有する環境NPO等も増加している昨今、行政だけが専門知を独占しているという前提は成り立たなくなっているのである。むしろ、流域に居住している住民が、ダム建設の要否等も含めた自らの居住地の治水安全度を正確に理解し、水害リテラシーを向上させるためには、河川整備基本方針策定段階で住民参加規定を設けることが適切である。なお、2013年の河川法改正により、河川環境の整備・保全等の自発的活動を行う民間団体を河川管理者が河川協力団体として指定することができることとされたが（同法58条の8～12）、河川環境維持活動という事実行為だけでなく、行政の意思決定過程への手続的参加を担保することこそが重要であって、代替案ないし修正案の提出・選択あるいは事業中止が可能な段階での政策情報の早期公開を前提に、行政機関と住民との協議の「場」の法制度設計が進められなければならない。<sup>(117)</sup>

---

(115) 河川法研究会編著『改訂版 [逐条解説] 河川法解説』（大成出版社、2006年）83頁

(116) 中根周歩「吉野川第十堰と緑のダム」宇沢＝大熊前掲注（38）229頁以下

(117) 角松生史「手続過程の公開と参加」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅱ 行政作用・行政手続・行政情報法』（有斐閣、2008年）300頁は、私人による「情報の入力」と「公的決定」をつなぐ情報の処理・加工過程として、コミュニケー



具体的には、計画原案の住民への公表、計画原案に対する住民意見書（反対提案を含む）の提出、事業中止（ゼロオプション）も含めた代替案の再提示と評価、質問権と反論権を保障した行政主宰の公開審議、行政による最終案の選択・決定、という合意形成過程を行政手続法及び各個別法に規定して、公共事業を始めとする行政計画の法的統制を図ることが適切である。また、公共事業に対する住民参加手続きを各都道府県の条例で定めておくことも考えられる。

少子高齢化が急速に進むこれからの成熟型社会において、多様な意見を封じ込めるような形で進められる「公共事業」が国民の理解を得られるだけの正当性を獲得しえないことは自明の理であり<sup>(118)</sup>、参加手続法制の改革は不可欠なものである。

### むすびに代えて

河川管理は国家が独占し、地域住民には一切関与させない反面、水害についての瑕疵は河川管理上の諸制約と不可抗力論を主張して徹底的に争うという、河川管理者と住民との関係は極めて不正常なものであり、問題の根本的解決につながらないことはいうまでもない。これからの少子高齢化と都市縮退の時代は反面、現在及び将来にわたり自然生態系と共生する持続的な社会を再形成する好機でもある。上流域の森林、農地から下流域の都市、海岸に至る河川を軸とした流域圏を地域の視点から統合的に管理し、自己決定しうる法制度の確立が、今まさに求められている。各河川流域の市町村及び包括する都道府県によって「流域連合」（地方自治法284条1項に規定する広域連合）を設置して、国の権限の受け皿とすることも将来の検討課題である。そして、「上流が下流のことを思い、下流が上流のことを知る」、流域ガバナンスの構築こそが、これからの治水には不可欠であることを改めて強調しておきたい。

---

ションの場の制度設計が重要とする。

(118) 三好規正「水循環基本法の成立と水管理法制の課題（3・完）」『自治研究』90巻10号（2014年）60頁