

令和4年（ネ）第4161号 損害賠償請求控訴事件

控 訴 人（一審被告） 国

被控訴人（一審原告） ほか8名

控 訴 理 由 書

令和4年9月26日

東京高等裁判所第15民事部 御中

控訴人指定代理人

稲 玉 祐

星 野 郁 也

山 口 友 寛

松 田 直 樹

作 沼 臣 英

関 根 八千栄

遠 山 浩四郎

高 橋 裕

塩 井 直 彦

藤 本 雄 介

石 川 武 彦

大	肱	雅	史
中	野	昌	一
森	川		卓
廣	田		健
進	藤	裕	次
大	井	秀	俊
後	藤	祐	也
三	枝	伸	太郎
成	田	義	則
小	貫	敏	志
霞		安	行
渡	辺	健	一
矢	部	隆	幸
海	津	義	和
金	森	正	博
栗	山	広	宣
栗	原		寛
長	内	博	昭

目 次

第1	はじめに	8
1	事案の概要	8
2	原判決の要旨	8
	(1) 河川区域の指定を怠ることが河川管理の瑕疵に当たる場合に係る判断準則について（原判決45ないし47ページ）	9
	(2) 本件砂丘を河川区域に指定すべき義務違反の有無について（原判決47ないし50ページ）	10
	ア 本件砂丘は「地形上堤防が設置されているのと同じ状況を示している土地のうち、堤防に隣接する土地」（河川法施行令1条1項1号）に当たるか否か	10
	イ 本件砂丘は「一体として管理を行う必要があるもの」（河川法6条1項3号）として河川管理者が河川区域に指定すべきであったか否か	10
3	控訴理由の要旨	12
第2	本件水害について控訴人の河川管理に瑕疵がなかったこと	15
1	本件砂丘は、太陽光発電事業者らによって掘削がされる以前も以後も、「地形上堤防が設置されているのと同じ状況を示している土地のうち、堤防に隣接する土地」（河川法施行令1条1項1号）に該当しないこと	15
	(1) 「地形上堤防が設置されているのと同じ状況を示している土地のうち、堤防に隣接する土地又は当該土地若しくは堤防の対岸に存する土地」（河川法施行令1項1項1号）の意義	15
	(2) 本件砂丘は「地形上堤防が設置されているのと同じ状況を示している土地のうち、堤防に隣接する土地又は当該土地若しくは堤防の対岸に存する土地」（河川法施行令1項1項1号）に該当しないこと	20
	(3) 本件砂丘の河川法施行令1条1項1号該当性についての原判決の認定判断	

の誤り	23
ア 原判決の判示	24
イ 原判決の判断が誤りであること	24
(4) 小括	27
2 仮に、本件砂丘について河川法施行令1条1項1号の要件に該当する余地があるとしたとしても、河川管理者が本件砂丘を河川区域に指定しなかったという河川管理権限の不行使は、それ自体から直ちに河川が通常有すべき安全性を欠き、河川管理に瑕疵があることを帰結するものではないこと	27
(1) 国賠法2条1項の責任に関しては、河川区域の指定をしなかったことの一事をもって河川管理の瑕疵に当たるものではないこと	27
(2) 原判決の判断の誤り	30
ア 原判決の判示	30
イ 河川区域の指定の位置づけについての理解の誤り	30
ウ 河川の性質からすれば、自然物について、改修計画の策定時で想定された安全性が損なわれないようにすることは予定されていないこと	37
エ 小括	39
3 河川管理者が本件砂丘を河川区域に指定しなかったことは、河川管理者に付与された権限の不行使として不適切であるとはいえないこと	40
(1) 河川管理に関する権限の不行使が河川管理の瑕疵に当たり得る場合があるとしても、かかる場合は例外的であること	40
(2) 河川区域の指定権限を定めた法令の趣旨、目的等について	41
(3) 河川区域の指定に係る権限の性質等	42
ア はじめに	42
イ 河川管理施設は人工的に設けられた工作物が原則であること	42
ウ 河川管理施設又は許可工作物の維持・修繕	43

エ	洪水時等における緊急措置としての必要な土地使用等	44
オ	河川保全区域の指定	44
カ	河川予定地の指定	45
キ	河川流域に存在する河川管理者以外が所有又は管理する施設や土地について、河川管理者がこれらを管理したり、これらに立ち入り、調査することができるとする権限は例外的なものであること	46
ク	まとめ	47
(4)	河川管理実務との整合性	48
(5)	本件における河川管理者の具体的な対応について	49
(6)	本件溢水は回避可能性がなく、結果回避可能性がない場合には管理の瑕疵が否定されること	50
(7)	小括	52
(8)	原判決の判断の誤り	53
ア	河川管理者において、本件砂丘が掘削等により更に損なわれてその尾根がより低くなる可能性は十分に認識できたことから、それ以降に洪水が発生して氾濫が生じる蓋然性を具体的に予見できたとする原判決の認定が誤りであること	53
イ	本件砂丘が保全されていた場合には浸水被害の程度及び範囲が相当程度小さいものになっていたものと優に推認されたとした原判決の判断は誤りであること	54
4	小括	55
第3	原判決の損害論に係る認定判断が誤りであること	55
1	原判決が被控訴人らの家財及び住宅の被害について民事訴訟法248条を適用し、国税庁資料に基づき損害を認定したことは誤りであること	56
(1)	家財の損害額の認定に民事訴訟法248条を適用することは誤りであること	

と	56
(2) 国税庁資料に基づき損害を認定することは原則として認められないこと	57
2 原判決の慰謝料額の算定方法が誤りであること	59
3 原判決の個別の損害の判断が誤っていること	59
(1) 被控訴人■■■■の損害について	59
ア 避難生活による積極損害について	59
イ 住宅の損害について	60
ウ 家財の被害について	61
エ 慰謝料について	61
(2) 被控訴人■■■■の損害について	62
ア 家財の被害について	62
イ 慰謝料について	62
(3) 被控訴人■■■■の損害について	62
ア 家財の被害について	62
イ 車両の被害について	63
ウ 休業損害について	63
エ 慰謝料について	64
(4) 被控訴人■■■■の損害について	65
ア 家財の被害について	65
イ 慰謝料について	65
(5) 被控訴人■■■■の損害について	65
ア 家財の被害について	65
イ 慰謝料について	65
(6) 被控訴人■■■■の損害（慰謝料）について	66

(7) 被控訴人■■■■の損害について	66
ア 住宅の被害について	66
イ 家財の被害について	66
ウ 慰謝料について	67
(8) 被控訴人■■■■の損害について	67
ア 住宅の被害について	67
イ 家財の被害について	68
ウ 車両の被害について	68
エ 慰謝料について	69
(9) 被控訴人■■■■の損害について	69
第4 結語	70

控訴人は、本書面をもって、控訴の理由を明らかにする。

なお、略語等は、原審における控訴人の準備書面の例による。

また、控訴人の原審における準備書面等を引用する場合には、「原審被告準備書面」などと表記する。

第1 はじめに

1 事案の概要

本件は、茨城県常総市内の若宮戸地区、上三坂地区及び水海道地区に居住しあるいは主たる事業所を有していた第1審原告らが、平成27年9月10日から同月11日にかけて発生した鬼怒川の堤防の決壊又は溢水に伴う氾濫（本件氾濫）について、控訴人の若宮戸地区及び上三坂地区における鬼怒川の管理に瑕疵があったと主張して、控訴人に対し、国賠法2条1項に基づき、損害賠償金及び遅延損害金の支払を求めた事案である。

2 原判決の要旨

原判決は、争点(1)「若宮戸地区の本件砂丘を含む区域を河川区域に指定しなかったことが河川管理の瑕疵に当たるか否か」について、河川管理の瑕疵についての一般的判断基準として、平作川水害最高裁判決における河川の管理についての国賠法2条1項の瑕疵の有無に関する判断基準等の説示部分を引用した上（原判決44ページ）、河川区域の指定を怠ることが河川管理の瑕疵に当たる場合に係る判断基準について、要旨以下(1)のとおり、また、本件砂丘を河川区域に指定すべき義務違反の有無について、要旨以下(2)のとおり判示して、若宮戸地区における溢水（本件溢水）については、控訴人において本件砂丘を含む区域を河川区域として指定すべきであったにもかかわらずこれを怠った河川管理の瑕疵があり、第1審原告らのうち若宮戸地区に居住し、あるいは主たる事業所を有する被控訴人らについては、河川管理の瑕疵と相当因果

関係のある損害が生じたと認められるとして、損害賠償金及び遅延損害金の請求の一部を認容するとともに、被控訴人らのその余の請求及びその余の第1審原告らの請求はいずれも理由がないとして棄却した。

(1) 河川区域の指定を怠ることが河川管理の瑕疵に当たる場合に係る判断準則について（原判決45ないし47ページ）

河川の備えるべき安全性が財政的制約等の諸制約の下で施行されてきた治水事業の過程における改修、整備の段階に対応したものであるとすると、河川管理者には、河川法1条所定の災害の発生を防止するなどの河川管理の目的に照らし、そのような段階的な安全性が損なわれないように適切に河川管理をするべき義務があるというべきである。このことは、改修後の河川についてその河川管理施設等を適切に管理するべきことだけでなく、改修計画を策定した時点で想定された安全性が損なわれないように管理するべきことを含むものと解される。

そして、既存の河川管理施設等の治水安全度が損なわれないようにすることは、河川管理者がその権限を適切に行使することにより達成できるものであり、上記諸制約の下で施行される治水事業そのものではないから、この点において河川の管理に瑕疵があるといえるかどうかは、改修計画が格別不合理であるか否かといった基準とは別に、河川管理者に権限が付与されている趣旨・目的に照らし、河川管理者による権限の不行使が不適切であり、それにより河川の備えるべき安全性を欠くに至ったか否かという観点から判断されるべきである。

この点に関し、河川法6条1項3号に基づく河川区域の指定をするべきか否かについては、河川区域の指定が私権の制約を伴うものであり、地権者との調整を要することなどを踏まえると、河川管理者の合理的な裁量に委ねられていると解される。もっとも、特定の土地につき、同号の要件に該当する

ものと認められ、かつ河川法上の規制が及ばないことにより重大な被害が発生することが具体的に予見できる場合には、私権の制約に優越する利益があることは明らかであるから、特段の事情がない限り、河川管理者には河川区域に指定すべき義務があるというべきであり、河川管理者において、上記の場合に当たるものとして特定の土地を河川区域に指定するべきであったにもかかわらず、これを怠ったために河川が備えるべき安全性を欠いて他人に危害を及ぼす危険性のある状態となった場合には、河川管理に瑕疵があるものと解するのが相当である。

(2) 本件砂丘を河川区域に指定すべき義務違反の有無について（原判決 47 ないし 50 ページ）

ア 本件砂丘は「地形上堤防が設置されているのと同じ状況を示している土地のうち、堤防に隣接する土地」（河川法施行令 1 条 1 項 1 号）に当たるか否か

本件砂丘は、上流側及び下流側の各端部付近は、それぞれ上流及び下流の堤防と接していたから、「堤防に隣接する土地」と認められる。

また、本件砂丘は、上流及び下流の堤防と接する地点からほぼ鬼怒川の流形に沿った形状をしており、実態的に堤防のような役割を果たしている地形（自然堤防）として挙げられ、本件砂丘の地盤高を含むことで現況堤防高が計画高水位を上回るとされ、山付堤として堤防の役割を果たすものとして扱われていたことから、「地形上堤防が設置されているのと同じ状況を示している土地」に当たるものと認められる。

したがって、本件砂丘は、「地形上堤防が設置されているのと同じ状況を示している土地のうち、堤防に隣接する土地」に当たると認められる。

イ 本件砂丘は「一体として管理を行う必要があるもの」（河川法 6 条 1 項 3 号）として河川管理者が河川区域に指定するべきであったか否か

現況堤防高の数値は治水安全度を評価する上で重要な指標となるものであり、本件改修計画においては、1/30の規模の洪水を安全に流下させることを当面の目標としていた。そして、若宮戸地区の左岸24.5kmないし26km地点は無堤防区間であり、現況堤内地地盤高が計画高水位を大きく下回っていたが、その治水安全度は、現況堤内地地盤高ではなく、本件砂丘を含む範囲の現況地盤高に基づいて算出され、おおむね1/30の規模の洪水に耐え得るものとして設定されていたから、控訴人は、本件砂丘があることを根拠にして、若宮戸地区について、当面の目標である1/30の規模の洪水を安全に流下させることができる程度の安全性が備わっているものと扱っていたものと認められる。

そうすると、おおむね1/30の規模の洪水を安全に流下させることができる程度の安全性を有していた本件砂丘について、堤防区間と併せて山付堤としてその現状を維持することは、若宮戸地区の治水安全度を維持する上で極めて重要であったというべきである。したがって、本件砂丘については、その現状を維持するために、これを河川区域として管理を行う必要があったものと認められる。

そして、昭和55年頃までの間に本件砂丘は大きく減少していたから、控訴人において、以後に本件砂丘が掘削等により更に損なわれてその尾根がより低くなる可能性は十分に認識することができたというべきであり、また、本件砂丘の掘削等がされ、現況地盤高が計画高水位を大きく下回るなどして、その治水安全度が1/10の規模の洪水にも耐え得ないものとなった場合には、当該箇所には築堤されるまでに相当長期間を要することを考慮すれば、その間に1/10規模の洪水が発生し、氾濫が生じる蓋然性を具体的に予見できたというべきである。さらに、控訴人は、若宮戸地区で氾濫が発生した場合には多数の地域住民らの生命・身体・財産に重大な

被害が及び得ることは容易に予見できたものと認められる。

したがって、本件砂丘を含む区域は河川法6条1項3号の要件に該当するものと認められ、かつ、控訴人には当該土地を河川区域に指定するべき義務があったというべきである。

3 控訴理由の要旨

- (1) 原判決は、本件砂丘が河川法6条1項3号所定の河川区域指定の要件に該当するとして、その指定を怠った控訴人の河川管理に瑕疵があると判断した。

しかしながら、本件砂丘は河川法6条1項3号所定の河川区域指定の要件を満たさないから、原判決の判断はその前提において誤りがある。

すなわち、河川法6条1項3号は、同項柱書の「河川区域」の一類型として「堤外の土地（政令で定めるこれに類する土地（中略）を含む。（中略））の区域のうち、第一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」をもって河川区域とし、これを受けた政令である河川法施行令1条1項1号は、「地形上堤防が設置されているのと同じ状況を示している土地のうち、堤防に隣接する土地又は当該土地若しくは堤防の対岸に存する土地」をもって、「これに類する土地」（以下、河川法施行令1条1項1号所定の土地を「堤防類地」ということがある。）の一類型として定めたものである。そして、その文言から明らかなとおり、同号は、土地の「地形」、すなわち自然のままの形状が、河川法上の河川管理施設である「堤防が設置されているのと同じ状況」、すなわち、河川管理施設等構造令（以下「構造令」という。）で求められるものと同程度の高さ（隣接する上下流の堤防と同程度の高さ）及び強度（質）が確保されたものであることを要求するものと解すべきである。

この点、本件砂丘は、高さの点からも、強度（質）の点からも、堤防と同様・同等の効用を有する土地であるとは認められない。

したがって、本件砂丘は、河川法施行令1条1項1号の「地形上堤防が設置されているのと同じ状況を示している土地」に当たらない。

よって、本件砂丘は、同号の要件を満たさないから、同号に該当することに基づき河川区域の指定を行うことはできない。

そうすると、本件砂丘を河川区域に指定することができることを前提に、それを怠ったとして河川管理の瑕疵を認めた原判決は、前提において誤っており、取消しを免れない。(後記第2の1)

- (2) また、原判決の示した河川管理の瑕疵の有無の判断基準も誤っており、その結果、河川管理の瑕疵があるとした判断も誤っている。すなわち、本来、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係る河川管理の瑕疵の有無は、大東水害判決の判決要旨二の判断基準に基づいて検討すべきであり、河川管理者の河川管理権限の不行使をもって直ちに河川管理の瑕疵の有無が判断されるべきものではない。それにもかかわらず、原判決は、河川区域の指定について、財政的制約等の諸制約の下で施行させる「治水事業そのものではない」として、これを改修計画と切り離し、専ら河川区域の指定に係る権限の不行使の適不適をもって河川管理の瑕疵の有無を判断したものである。しかしながら、このような判断は、河川区域の指定も諸制約の下で施行させる治水事業の一環として位置づけられるものであることについての理解を欠き、河川区域の指定が、具体的な築堤計画と離れて行われるものではないという河川区域の指定の位置づけについての理解を誤ったものであって、諸制約の下での同種同規模の河川管理の一般水準を考慮すべきものとする河川管理の瑕疵について従来の最高裁判決が示した判断枠組みからも逸脱するものである。(後記第2の2)

- (3) また、仮に、本件砂丘について河川法6条1項3号による河川区域の指定に係る権限の不行使の適否について河川管理の瑕疵の問題とする余地がある

と解したとしても、本件における具体的な事情の下においては、河川管理の瑕疵があるとは認められない。

すなわち、公務員による権限の不行使が国賠法2条1項の河川管理の瑕疵に当たる余地があると解したとしても、当該権限を行使するかどうかにつき裁量が認められている場合には、その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的事情の下において、その不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるなど例外的な事情が認められない限り、当該権限の不行使の結果について帰責されるものではない。

この点、河川区域の指定は河川管理者の裁量判断に委ねられるものであるところ、河川法を通覧すると、河川管理者が、流域に存在する個別の施設や自然的地形を管理する場合はごく限られており、中でも、河川区域の指定と同様、土地利用について強力な行為制限を受ける河川保全区域の指定については、河岸又は河川管理施設を保全するため必要があると認められるときに、必要最小限度の区域のみに限定されており、河川区域の指定に係る河川管理者の権限の性質についても、これらと整合的に解釈すべきである。したがって、河川法6条1項3号に基づく河川区域の指定は、河川管理の対象とならない河川区域外の土地（私有地）について、流域全体の安全性を段階的に確保すべく実施される治水事業とは無関係に、個別にその安全性を確保するためだけに行行使することが河川管理者に義務付けられているものとは解されず、このように解することは河川管理の実務とも整合する。このような観点からは、本件砂丘が河川法6条1項3号の土地に該当するものとして同権限を行使することを河川管理者に期待することは困難であり、そのような中で、河川管理者は常総市等の要請も踏まえ、応急的な措置として土嚢を設置するなど、必要な措置を行ったものである上、仮に同権限を行使したとしても結果を回避することは困難であったことなど、本件における具体的な事情の下

においては、本件砂丘を河川区域として指定しなかった河川管理者の権限不行使が、許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くとは認められない。

(後記第2の3)

- (4) 以上のとおり、いずれにしても、本件水害について控訴人の河川管理に瑕疵があったとはいえないから、原判決中控訴人敗訴部分は取消しを免れないが、なお念のため、原判決の損害論に係る認定判断の誤りについても指摘する。(後記第3)

第2 本件水害について控訴人の河川管理に瑕疵がなかったこと

- 1 本件砂丘は、太陽光発電事業者らによって掘削がされる以前も以後も、「地形上堤防が設置されているのと同じの状況を呈している土地のうち、堤防に隣接する土地」(河川法施行令1条1項1号)に該当しないこと

- (1) 「地形上堤防が設置されているのと同じの状況を呈している土地のうち、堤防に隣接する土地又は当該土地若しくは堤防の対岸に存する土地」(河川法施行令1項1項1号)の意義

ア 河川法6条1項3号は、同項柱書の「河川区域」の一類型として「堤外の土地(政令で定めるこれに類する土地(中略)を含む。(中略))の区域のうち、第一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」をもって河川区域として規定する。同号は、堤外の土地の区域を河川区域指定の対象とすることを本則としつつ、政令でこれに類する土地も含めてその対象とし得ることを定めたものである。そして、堤外の土地は、同項1号の所定の河川の流水が継続して存する土地又はこれに類する状況を呈している土地の区域(以下、同号所定の土地の区域を「河状を呈する土地の区域」という。)ではないが、河川の流水を出水時において災害をもたらすことのないように安全に流下させるため

支障となる行為を規制する等、河川管理者が、河状を呈する土地と一体として管理を行う必要があることから、河川区域として指定することができるとしたものである（河川法研究会編著・改訂版〔逐条解説〕河川法解説〔第2版〕・41ページ参照）。これをふえんすると、「堤外の土地」とは、堤防からみて流水の存する側の土地であるが（前掲改訂版逐条解説河川法解説41ページ）、このような土地は、人命や財産を水による災害から守る機能を有する堤防よりも流水側にあるため、河状を呈する土地の区域と一体として管理を行うことによる流水管理の有効性が高く、河川管理者による管理対象とするに適した土地であるといえる。

イ 河川法6条1項3号に基づく政令である河川法施行令1条1項1号は、「地形上堤防が設置されているのと同じの状況を呈している土地のうち、堤防に隣接する土地又は当該土地若しくは堤防の対岸に存する土地」をもって、河川法6条1項3号の「これ（引用者注：堤外の土地）に類する土地」の一類型として定めたものである。

そして、「地形上堤防が設置されているのと同じの状況を呈している土地」との文言から明らかなとおり、河川法施行令1条1項1号は、土地の「地形」、すなわち自然のままの形状を要件とするものである。また、「堤防が設置されているのと同じの状況を呈している」として、当該地形につき堤防が設置されているのと同じの状況にあることを要件とするものである。ここで、「堤防」とは、河川管理者による河川管理の対象となる河川管理施設（河川法3条2項）を意味することは明らかであり、これが「設置されているのと同じの状況」にあるとは、河川管理者が河川管理施設として堤防を設置するのと同じ（「類似」ではない。）の状況が、土地の自然のままの形状によって実現されていることを意味すると解される。しかるに、河川法上、河川管理施設は、水位、流量、地形、地質その他の河川の

状況及び自重、水圧その他の予想される荷重を考慮した安全な構造のものでなければならないものとされ（河川法１３条１項）、そのうちダム、堤防その他の主要なものの構造については、河川管理上必要とされる技術的基準を政令で定めるものとして（同条２項）、河川管理上、構造の基準が厳格に定められている。このような河川法の諸規定からすると、河川法施行令１条１項１号にいう「同一の状況」といえるためには、当該土地が、地形上、このような構造の基準を満たすような状況にあることを要求するものと解される。

ウ 河川法施行令１条１項１号についての上記イのような理解は、河川法６条１項３号が、河川法施行令１条１項１号に河川区域として指定されるべき土地の範囲を委任した趣旨にも整合するといえる。すなわち、河川法６条１項３号は、政令で定めるべき土地について、堤外の土地に「類する土地」として、堤外の土地との類似性を求めており、河川法施行令１条１項１号の「地形上堤防が設置されているのと同じ状況を示している土地」の意義を解釈するに当たっても、当該土地が「堤外の土地」に「類する」ものであることの趣旨を踏まえる必要がある。この点、前記アで述べたとおり、河川法６条１項３号は、河川管理者が、河状を呈する土地の区域と一体として管理を行うことを目的として規定されたものであることからすると、河川法施行令１条１項１号所定の土地についても、河川法に基づく河川管理者による管理対象として適したものであることが求められることになる。そして、前記イの河川法施行令１条１項１号の「同一の状況」をもって、当該土地が、地形上、河川法が堤防に求める構造の基準を満たすことを意味するとの解釈は、河川法が、そのような河川管理施設としての堤防の管理の内容について明確に定め（河川法１５条の２第１項は、河川管理者は、河川管理施設を良好な状態に保つように維持し、修繕し、もつ

て公共の安全が保持されるように努めなければならないと規定し、同条2項は、当該河川管理施設の維持又は修繕に関する技術的基準その他必要な事項は、政令で定めると規定している。)、管理の方法を明確に規律している点で、河状を呈する土地の区域と一体として管理を行うことによる流水管理の有効性が高く、河川管理者による管理対象とするに適した土地であるといえ、前記アの趣旨に整合するといえる。

また、河川法施行令1条1項1号が、上記のような土地自体の状況のみならず、「堤防に隣接する土地又は当該土地若しくは堤防の対岸に存する土地」としているのも、前記アの趣旨に整合するものである。すなわち、

「丘陵等が河川に迫って、その一部の土地が堤防と同様の効用を有している場合において、その土地が、現実には、堤防に隣接して一連のものとして効用を果たし、又はこれらの対岸にあって共に堤防の効用を果たしている場合には、このような土地及びこれらと河状を呈する土地との間にある土地は、洪水のはん濫を防止し、又は洪水を疎通させる役割を果たすことになる」(前掲改訂版逐条解説河川法解説41ページ)ことから、同号に該当する土地は、既存の堤防と一連又は共同して堤防の効用を果たす場合があるとの理解を前提として、これを河川区域の指定の対象としているのであって、土地自体の状況以外の堤防との位置関係をも河川区域の指定要件とすることで、河状を呈する土地の区域、更には既存の堤防との管理の一体性の観点から、前記アで述べた趣旨との整合性が図られているといえる。

エ 以上によれば、河川法施行令1条1項1号の、「地形上堤防が設置されているのと同じ状況を示している土地のうち、堤防に隣接する土地又は当該土地若しくは堤防の対岸に存する土地」との要件は、本来、河川管理施設(河川法3条2項)として設置された堤防と異なり、自然的地形であるにもかかわらず、当該土地が、河川管理施設としての堤防と同様・同等

の効用を有するものであることから、河川管理の必要がある場合に、堤防等の河川管理施設の敷地である土地の区域（同法6条1項2号）と同じく河川区域として管理すべき対象にすることを認めるための要件というべきである。

具体的には、河川管理施設である堤防と同様・同等の効用を有するといえるためには、少なくともその土地と隣接する上下流の堤防と同程度の高さを有することが必要である。構造令（乙第39号証）は、18条1項において、構造の原則として、「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（括弧内省略）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。」とし、20条において、堤防の高さとして、「計画高水流量に応じ、計画高水位に次の表の下欄に掲げる値を加えた値以上とするものとする。」と定めており、堤防の機能として、計画高水位を基準として、計画高水位以下の水位の流水の通常的作用に対して耐え得る高さを確保することを前提としていることに照らし、「地形上堤防が設置されているのと同じ状況を示している土地」についても、計画高水位以下の水位の流水の通常的作用に耐え得る程度の高さを有している必要があるものと解される。

また、堤防について、構造令19条は、材質及び構造として、原則的に、盛土によって築造するものとしている。このように「土堤原則」が採られているのは、堤防は一般に、軟弱地盤や地下水位の高い土地に設けられ、地震時に基盤の塑性破壊や流動化現象等の影響を受けやすいところ、土であれば構造物の劣化現象が起きにくい上、締め固めにより強度を確保することが可能であることなどによるものである（乙第38号証19ページ、乙第81号証62及び71ページ）。

以上のとおり、河川管理施設として整備する「堤防」について、構造令

において、必要な高さや材質が定められていることからすれば、「地形上堤防が設置されているのと同じの状況を呈している土地」に当たるといえるためには、構造令において必要とされているものと同程度の高さが確保されていること、及び、当該地形が土で構成されているなど地盤が強固で堤防と同程度の強度（質）が確保されていることが必要であると解される。

このことは、河川法 13 条 1 項において、河川管理施設については、水位、流量、地形、地質その他の河川の状況及び自重、水圧その他の予想される荷重を考慮した安全な構造のものでなければならないものとされていることから明らかである。

オ なお、河川管理実務上、国が管理する直轄河川の流域について把握することができる範囲では、新たに河川法 6 条 1 項 3 号に該当する土地として河川区域の指定がされているのは、堤防の設置に伴い、河川法 6 条 1 項 1 号の土地（低水路）と同項 2 号の土地（堤防敷）との間に存する土地（高水敷）が生じた場合に、かかる高水敷について河川法 6 条 1 項 3 号の土地（堤外地）として指定されている場合がほとんどである。すなわち、河川の改修計画に沿って堤防整備が完了すると、低水路（河川法 6 条 1 項 1 号の土地（低水路））と同項 2 号の土地（堤防敷）の間に土地（高水敷）ができる。高水敷は、複断面（高水敷のある河川の構造のことであり、これに対し、高水敷がない構造を「単断面」という。）の形をした河川で、常に水が流れる低水路より一段高い部分の敷地であり、洪水でひとたび川の水量が増すと水に覆われる土地である。このような敷地は、増水した場合に河川の流水を安全に流下させるために必要な土地であることから、河川区域の指定（河川法 6 条 1 項 3 号）の対象とされている。

(2) 本件砂丘は「地形上堤防が設置されているのと同じの状況を呈している土地のうち、堤防に隣接する土地又は当該土地若しくは堤防の対岸に存する土

地」(河川法施行令1項1項1号)に該当しないこと

ア 前記(1)のとおり、「地形上堤防が設置されているのと同じの状況を呈している土地」とは、河川管理施設である堤防と同様・同等の効用を有する必要がある、洪水に対する安全性という観点から河川管理施設である堤防と同様・同等の効用を有するものとは認め難いものについて、「地形上堤防が設置されているのと同じの状況を呈している土地」に該当するとして河川区域に指定することはできない。

しかるところ、本件砂丘については、計画高水位を上回る地盤高を有する箇所が存在し、氾濫を抑止するための一定の効用を有していたとは考え得るものの、平成26年3月頃の太陽光発電事業者による掘削(以下「本件掘削」という。)以前から地盤高がより低い区間(左岸25.35キロメートル前後)があり、同地点の地盤高はY. P. + 21.36メートルであって(乙第19号証47ページ)、同地点の直近である25.25キロメートル地点の計画高水位(Y. P. + 22.350メートル)を下回っており(乙第79号証3ページ)、その自然のままの地形上、堤防として必要な高さが十分に確保されたものとはいえなかったものである。また、本件砂丘の土質は砂であって、そもそも、流水による浸透作用や浸食作用に耐え得る土質であるとは認め難いばかりか、砂粒等が自然に堆積して形成されたにすぎないため、盛土をして締め固めを行うことで整備される河

川管理施設である堤防のような十分な強度を有していないと認められる^{*1}

(乙第81号証、第82号証及び第83号証)。さらに、本件砂丘は、樹木が繁茂する砂丘林であるところ、堤防に樹木が繁茂する場合、樹木の倒伏に起因し堤防の崩壊を引き起こすなどして破堤につながることになり

*1 河川土工マニュアル(乙第81号証)は、河川堤防に用いる土質材料が満たすのが望ましい条件の1つに、「浸水、乾燥などの環境変化に対して、のりすべりやクラックなどが生じにくく安定であること。」(同号証63ページ)を挙げ、同書66ページにおいて、「堤体材料として望ましい土」の条件として、「① 粒度分布のよい土」であること(締め固めが十分行われるためには粗粒、細粒を含む複数の粒径が適当に配合されていることが堤体材料として好都合であるとされている。なお、堤体材料の適性範囲は、前記河川土工マニュアルの「図3. 1. 2」(同号証63ページ)のグラフに示されているところ、本件の土質は、「㉔ 不透水性部材料」及び「㉕ 半透水性部材料」が混在しているため、同グラフの㉔の上限(ただし、「クラックの危険」がある範囲を除く)から㉕の下限の範囲内に収まるのが適性範囲である。)、**「③ 細粒分(0. 075mm以下の粒子)が土質材料(75mm以下の粒子)の15%以上」**(同号証66ページ)であることなどを挙げる。

この点、本件溢水後に本件砂丘において土の粒度試験が行われたところ、試料番号「若B-7-1」の土(「若B-7」(乙第82号証1枚目)の地点における深さ「2. 00~2. 65m」の範囲の土(同号証3枚目))について、前記①の条件については、粒径加積曲線(同号証3枚目下部のグラフ)が一部垂直に近い形であり(粗粒分の存在が粒子のかみ合わせにより強度を発揮させる上で効果があるところ、「粗砂」よりも粗い土がない。)、**「粒度分布のよい土」**であるとの条件を満たしておらず、かつ、前記の適性範囲の上限及び下限の範囲内に収まっているものではない。また、前記③の条件については、粒径が「0. 075」ミリメートルの土の割合は12. 9パーセントである。したがって、本件砂丘は、堤体材料として望ましい土の条件をおよそ満たすものではなく、河川管理施設である堤防のような十分な強度を有していないと認められる(同号証3枚目)。

かねない（乙第84号証）。

以上のように、本件砂丘は、堤防としての高さの点及び強度（質）の点の両面からして、河川の流水を出水時において災害をもたらすことのないように安全に流下させるような効用を有していたものと認めることはできない。このように、堤防の安全性の評価については、堤防の高さだけでなく、堤防の質を含めた機能評価を行うこととするところについては、治水経済調査マニュアル（案）（乙第74号証）にも記載されており、原判決も認定するところである（16ページ）。しかるに、控訴人は、若宮戸地区について本件各事業再評価資料を作成するに当たっても、過去の測量結果から地盤高等に照らし治水安全度が不足しているとの認識を有していたことから、堤防と同様・同等の効用を有するものと判断しなかったところであり、このように、本件砂丘が堤防と同様・同等の効用を有していなかったものとみなされていたからこそ、若宮戸地区においては改修計画に基づいて堤防を整備することが予定されていたのである。

したがって、本件砂丘は、河川管理施設である堤防と同様・同等の効用を十分に有するものとは認められず、治水安全度において不十分な地形であるから、河川法施行令1条1項1号所定の「地形上堤防が設置されているのと同じ状況を示している土地」には該当しない。

イ 以上のとおり、本件砂丘については、河川法施行令1条1項1号の「地形上堤防が設置されているのと同じ状況を示している土地のうち、堤防に隣接する土地又は当該土地若しくは堤防の対岸に存する土地」に該当しないから、同号に該当することに基づき河川区域の指定を行うことはできない。

(3) 本件砂丘の河川法施行令1条1項1号該当性についての原判決の認定判断の誤り

ア 原判決の判示

原判決は、本件砂丘について、①「上流及び下流の堤防と接する地点からほぼ鬼怒川の流形に沿った形状をしており、実態的に堤防のような役割を果たしている地形（自然堤防）として挙げられ」ていたこと、及び②「本件砂丘の地盤高を含むことで現況堤防高が計画高水位を上回るとされ、山付堤として堤防の役割を果たすものと扱われていたことからして、「地形上堤防が設置されているのと同じの状況を呈している土地」に当たる」とし、また本件砂丘の上下流の端は、それぞれ堤防と接していた旨判示した（原判決４７ページ）。

イ 原判決の判断が誤りであること

(ア) 前記ア①の事情は、本件砂丘を「地形上堤防が設置されているのと同じの状況を呈している土地」に当たるとする理由とはならないこと

そもそも自然堤防という用語は、「河川中・下流部の河道沿いに形成される微高地」であり、具体的には、洪水によって濁水が河道から溢れ出るときに砂粒分が河道の周囲に沈積し、シルト・粘土分が氾濫原に堆積し、これが繰り返されて砂からなる堤防状の高まりとなったものをいう土木用語の一つ（乙第５号証）にすぎず、河川法上の概念ではない。前記(イ)のとおり、河川法施行令１条１項１号の「地形上堤防が設置されているのと同じの状況を呈している土地」の該当性は、飽くまで河川法の河川管理施設としての「堤防」との同一性の観点から決せられるべきであって、控訴人が過去に本件砂丘を「自然堤防」と表現したことがあったとしても、それは、単に、上記の意味の微高地とみなしていたことを意味するにとどまり、本件砂丘を「地形上堤防が設置されているのと同じの状況を呈している土地」とみなしていたことの根拠となるものではない。

また、原判決が、控訴人が本件砂丘を「実態的に堤防のような役割を果たしている地形（自然堤防）」として挙げていた根拠として引用する「実態的に堤防のような役割を果たしている地形の調査結果について」と題する資料（甲第17号証）は、河川管理施設としての堤防と同程度の治水安全度（流下能力）を有している地形を調査して記載したものではない。このことは、各地形付近の河川の計画高水流量・計画高水位・計画堤防高などを一切問題としていないだけでなく、堤防の機能に関わる内容のうち、単に、「地形の平均的な高さが1.0m程度以上の地形」であるという「地形の物理的な形状」に着目したものにすぎず、堤防の機能として重要な質（土質）は何ら考慮されていないことから明らかである。したがって、上記資料において、本件砂丘が「自然堤防」と記されていることは、控訴人が本件砂丘を「微高地」とみなしていたことを示す以上のものではないから、本件砂丘が「地形上堤防が設置されているのと同じ状況を示している土地」に該当することの根拠となるものではない。

また、控訴人が本件砂丘を「山付堤」と記載していた資料（甲第7号証）を作成したことがあることは否定するものではないが、本件砂丘の地形や構造は前記のとおりであって、客観的な状況に照らして、本件砂丘について河川区域の指定ができるものでないことに変わりはない。

(イ) 前記ア②の事情も、本件砂丘が「地形上堤防が設置されているのと同じ状況を示している土地」に当たるとする理由とはならないこと

原判決が挙げる前記ア②の事情についても、原判決は本件砂丘の地盤高のみを重視し、堤防としての効用を発揮するかについて不可欠な考慮要素である質の点を何ら考慮しないものであり、この点を考慮することなく本件砂丘を「地形上堤防が設置されているのと同じ状況を示して

いる土地」に当たるなどと認定することはできない。

さらに、原判決は、本件砂丘の一部が1/30の基準に満たない箇所があり、若宮戸地区にも改修計画が存在していたことは、控訴人が本件砂丘に堤防としての役割を認めていたことを否定するものではない（47ページ）などとするが、控訴人が自然堤防と表現したことがあることが、控訴人が本件砂丘を「地形上堤防が設置されているのと同じの状況を呈している土地」としていたことを根拠づけるものでないことは前記のとおりである。

また、前記のとおり、本件砂丘に計画高水位を下回っている箇所があったことは「地形上堤防が設置されているのと同じの状況を呈している土地」といえないことを根拠づけるものであるにもかかわらず、原判決はこの事実を軽視しているものであり、失当である。また、若宮戸地区に改修計画が存在していたことが、控訴人において本件砂丘を堤防と同様・同等の効用を有していなかったものとみなしていたことを裏付けるものであることも前記のとおりである。

したがって、原判決の前記判示は失当である。

なお、確かに、河川の中流域又は下流域においては、洪水時に川からあふれ出た水に含まれる土砂が川岸に堆積してできた地形や、砂丘（河畔砂丘）のように、低水路ないし高水敷と比べて高さのある地形が形成されている例があり、そのような地形により、流水の流出をある程度阻止するという一定の効用を有する場合がある。前記のとおり、本件砂丘にも一部そのような一定の効用を有する部分もあったと考え得ることを否定するものではない。しかしながら、河川法6条1項3号及び河川法施行令1条1項1号の解釈上、河川管理施設である堤防と同様・同等の効用を有しない場合には、堤防と一連のものとして効用を果たすことは

できないことから、当該自然の地形については、たとえそれが低水路や高水敷と比べて高さのある地形であり、そこに一定の効用があったとしても、堤防と同様・同等の効用を有すると認められない限り、「地形上堤防が設置されているのと同じの状況を呈している」ということにはならないのである。原判決の判断は、地形の持つ事実上一定の効用が認められることをもって、河川管理対象としての適格性を考慮することなく河川区域の指定の要件充足性を認めるものであり、河川法6条1項3号及び河川法施行令1条1項1号の解釈、適用を誤っているというほかない。

(4) 小括

以上によれば、本件砂丘については、河川法施行令1条1項1号の「地形上堤防が設置されているのと同じの状況を呈している土地のうち、堤防に隣接する土地又は当該土地若しくは堤防の対岸に存する土地」に該当しないから、同号に該当することに基づき河川区域の指定を行うことはできず、同号の要件該当性を肯定した原判決の判断は誤りである。

したがって、本件砂丘について、同号に該当することに基づき控訴人が河川区域として指定すべき義務を負うことを前提に控訴人の河川管理の瑕疵があるとした原判決の判断は、そもそもの前提において誤りがあり、取消しを免れない。

- 2 仮に、本件砂丘について河川法施行令1条1項1号の要件に該当する余地があるとしたとしても、河川管理者が本件砂丘を河川区域に指定しなかったという河川管理権限の不行使は、それ自体から直ちに河川が通常有すべき安全性を欠き、河川管理に瑕疵があることを帰結するものではないこと

- (1) 国賠法2条1項の責任に関しては、河川区域の指定をしなかったことの一事をもって河川管理の瑕疵に当たるものではないこと

ア 国賠法 2 条 1 項の責任に関しては、その安全性の有無の判断において公務員の具体的な裁量権の行使、不行使が問題となるのではなく、管理者が一定の安全性確保の措置を講ずべきであったか否かが問われるものであるから（加藤和夫・最高裁判所判例解説民事篇昭和 59 年度 41 ページ）、河川区域の指定をしなかったことの一事をもって河川管理の瑕疵に当たることになるものではない。国賠法 2 条 1 項に基づく責任が問題となっている本件においても、河川管理者の同条の責任に関しては、安全性の有無の判断において、公務員の具体的な裁量権の行使、不行使が直接問題となるのではなく、河川管理者が一定の安全性確保の措置を講ずべきであったか否かが問われるのであるから、河川管理者が本件砂丘について河川区域に指定しなかったという権限の不行使それ自体をもって直ちに同条の河川管理の瑕疵があるとする事は、そもそも同条に規定する瑕疵の概念から逸脱するものである。

イ その上、大東水害判決や平作川水害最高裁判決等、累次の最高裁判決においては、河川管理の瑕疵についていわゆる段階的な安全性についての理解を前提に、国賠法 2 条 1 項における河川管理の瑕疵の有無を判断するものとしている。すなわち、一般に河川は、管理の開始当初から安全性を有しているものではなく、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、治水事業を経て逐次その安全性を高めていくことが予定されているものであるところ、治水事業については、議会が国民生活上の他の諸要求との調整を図りつつ配分を決定した予算の下で必要性、緊急性の高いものから逐次改修を実施していくほかないという財政的制約、長い工期を要するという時間的制約、流域全体について総合的に調査検討の上、緊急に改修を要する箇所から段階的に、また下流から上流に向けて行うことを要するなどの技術的制約、流域の開発等による雨水の流出機構の変化や治

水用地の取得難などの社会的制約が内在するものであるから、河川が通常予測し得る水害を未然に防止するに足る安全性を備えるに至っていないとしても、そのことから直ちに河川の管理について瑕疵があるとはできず、河川の備えるべき安全性としては、原則として、上記諸制約の下で施行されてきた治水事業の過程における改修、整備の段階に対応する安全性をもって足るものとせざるを得ない。

したがって、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、上記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解される（大東水害判決）。

ウ そして、「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」の管理における国賠法2条1項の瑕疵の有無について、大東水害判決以降の最高裁判例において確立した判断枠組み（大東水害判決の判決要旨二の判断基準）は、改修計画が、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認められるものか否かという基準1と、基準1において、改修計画が格別不合理なものと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ていたか否かという基準2により判断すべきものとされている。

本件についても、鬼怒川は、本件氾濫が発生した平成27年9月の時点

において、本件基本方針及び本件整備計画に基づいて改修が進められていたから、大東水害判決のいう「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」に該当する。したがって、本件において河川管理の瑕疵があるか否かは、大東水害判決の判決要旨二の判断基準（基準１及び基準２）に基づいて検討することが相当である（原判決の摘示する争点（２）「本件改修計画の格別不合理性」がこれに相当する。）。

そして、本件において、このような意味での本件改修計画の格別不合理性も、上記特段の事由も認められず、控訴人における若宮戸地区の河川管理に瑕疵がないことは、原審被告準備書面（10）１８ないし３４ページのとおりである。

（２） 原判決の判断の誤り

ア 原判決の判示

以上に対し、原判決は、「既存の河川管理施設等の治水安全度が損なわれないようにすることは、河川管理者がその権限を適切に行使することにより達成できるものであり、上記諸制約の下で施行される治水事業そのものではないから、この点において河川の管理に瑕疵があるといえるかどうかは、改修計画が格別不合理であるか否かといった基準とは別に、河川管理者に権限が付与されている趣旨・目的に照らし、河川管理者による権限の不行使が不適切であり、それにより河川の備えるべき安全性を欠くに至ったか否かという観点から判断されるべきである。」（原判決４５ページ）とし、「改修計画」から「河川区域の指定」を殊更に切り離し、これを河川管理の瑕疵における独立の考慮要素として争点に位置づけ、瑕疵を肯定した。

イ 河川区域の指定の位置づけについての理解の誤り

しかしながら、河川の管理は、河川について、洪水、高潮等による災害

発生の防止、適正な利用及び流水の正常な機能の維持を図るため、総合的な管理を行うことであり（河川法 1 条、前掲改訂版逐条解説河川法解説 2 1 ページ）、具体的には、河川工事、河川管理施設の操作等の事実行為及び河川区域の指定、河川使用の許可、河川に影響を及ぼす行為の制限等の行政処分であって、公共用物としての河川の保全及び改良並びにその利用の確保及び増進並びにこれらに付随して行われる一切の行為を指すものであり（同 5 5 ページ）、以下に詳述するとおり、この河川管理の 1 つである河川区域の指定は、大東水害判決が掲げた諸制約の下で施行される治水事業の一環として位置づけられるものであって、具体的な築堤計画と離れて行われるものではないから、河川区域の指定が治水事業そのものではないとする原判決の上記判断は、河川管理における河川区域の指定の位置づけを正解しないものであり、誤りである。

(7) 河川管理施設を設置する具体的な計画の実現工程における河川区域の指定の在り方

a 河川区域の指定に係る河川法の定め

河川区域の指定がされると、当該土地は、河川法 6 条 1 項 1 号及び 2 号に定める区域と同様に、河川法が適用され、河川管理の対象となる。河川区域の指定の手続に関する規定についてみると、河川区域の指定には、法令上は、河川区域の官報による公示（河川法 6 条 4 項、河川法施行規則 2 条）や不動産登記（不動産登記法 4 3 条）が義務付けられているものの、このほかに河川区域の指定の手続に関する規定は存在せず、河川管理の実務運用に委ねられている。

b 河川区域の指定に係る実務の運用

河川区域の指定がされると、当該土地に工作物を設置等するためには河川管理者の許可が必要になる（河川法 2 4 条ないし 2 9 条）など、

土地所有権等に対する強力な制限となり、当該土地の地価の下落といった事態も招来し得ることから、河川区域の指定に当たっては、当該土地の権原及び既存工作物の確認、地元自治体への説明、当該土地が私有地である場合は当該土地所有者等への丁寧な説明、交渉、調整のプロセスを経た上で行われている。

河川区域の指定は、上記のように土地の現状変更等その利用に対する強力な制限となり、当該土地について地価が下落するおそれがあるなど、土地所有者等に対して事実上ないし経済的な負担や不利益を強いることとなるため、実務上は、治水事業の内容及び進捗に伴って河川区域の指定が行われており、新河川法の制定後に直轄管理区間で河川区域の拡大の指定（ダムを設置、遊水地の整備による河川区域の拡大については対象外。）を行った事例が約40件あるところ、その全てが具体的な築堤等の事業実施に合わせて河川区域の指定を行っており、事業に関連せず単独で河川区域の指定をしている事例はなく（乙第85号証）、河川区域の指定は治水事業の一環として位置づけられるものである。

すなわち、堤防が必要な区間については、下流原則に則って下流から計画的に堤防工事を実施しているところ、河川区域の指定は私権制限を伴うことから、堤防を整備、拡大、改修する築堤計画等に基づいて、必要な区域に絞って河川区域の指定ないし変更を行っている。

また、具体的に堤防を整備するに当たっては、河川法上、築堤予定地について河川区域の指定をしなければならないものとはされておらず（当該築堤予定地について、「河川工事を施行するため必要があると認めるときは」河川予定地の指定（河川法56条）をすることができる。）、むしろ、実務上は、具体的な築堤計画がある場合であっても、

築堤予定地について河川区域として指定することは、土地所有者等に一方的に制限をかけることになり、築堤やその後の河川管理について土地所有者等の理解を得られないという事態を生じ、結果的に適正な河川管理が損なわれることになりかねないことから、河川区域の指定を行うことなく、築堤予定地について用地買収を行った上で築堤がされるのが通常である（正に、このような土地所有者等の理解を得た上で治水用地の買収等を進めることの困難性（治水用地の取得難）とといったことが、河川管理における時間的、社会的制約などに当たることとはいうまでもない。）。

以上のとおり、河川管理実務上、河川区域の指定が堤防等の河川管理施設を設置する具体的な築堤等の事業実施に関連せず単独で行われることはなく、治水事業の一環として位置づけられるものである。

(4) 具体的な計画の内容を確定していく過程で初めてどのような河川管理施設を設置することになるのかが決まること

河川管理施設は、一般に河川工事によって整備され、河川工事に関する事項（河川工事の目的、種類及び施行の場所並びに当該河川工事の施行により設置される河川管理施設の機能の概要）は河川整備計画に定めることとされている（河川法施行令10条の3）。

そして、河川整備計画を基に、堤防整備が必要な区間については、既に設定されている河川区域をベースとして、その流量を計画水位以下で安全に流下させるための堤防位置、河道の断面を設定し、堤防が整備されることとなる。

このように、どのような河川管理施設を設置することとなるかは、河川整備計画及びそれを具体化する築堤計画等の内容を確定していく過程で初めて決まるものである。

(ウ) 河川管理施設の形が定まって初めてどの範囲を河川区域として指定するかが定まること

河川管理施設は、前記(イ)のとおり、具体的な築堤計画によって初めて具体の構造物として形が定まったものとして設置される。

そして、河川管理施設の敷地は当然に河川区域になる（河川法6条1項2号）ため、当該敷地については河川区域に指定する必要がないものの、堤防を整備することによって新たに堤外の土地が生じ、1号地と一体として管理を行う必要があると認められる場合には、当該堤外の土地を河川区域に指定することとされている（同項3号）。すなわち、同号が「堤外の土地（括弧内省略）の区域のうち」と定めていることから明らかなおとおり、1号地と一体として管理を行う必要があるものとして河川区域の指定がされるのは、堤防が整備されていることが前提とされている。

また、堤防類地（河川法施行令1条1項1号）についても、河川区域の指定をするためには「堤防に隣接する」土地であること等が必要であるところ、実務上は、堤防類地となる自然の地形を挟む形でその上下流に堤防を整備した場合に、当該堤防類地を河川区域に指定している。

このことは、現行河川法成立時の衆議院の審議の過程においても、昭和39年4月22日の第46回国会の衆議院建設委員会で、政府参考人が、「今回の河川法によりまして、いわゆる水系として基本計画を立てるときに、それを河川工事として、こういう範囲において、こういう貯留あるいはこういう洪水調整をするということがきまれば、それに従った河川の区域ができ、それに従った規制ができる、こういうふうを考えております。」と答弁していることから明らかなように、河川区域の指定は、河川工事の内容及び範囲が定まっていることが前提であり、少

なくとも河川区域の指定範囲が定まるほどに河川管理施設の設置範囲が定まった後に、それに従って河川区域の指定をすることが想定されている（乙第86号証）。

以上のように、河川法の規定も、これに基づく河川管理実務上も、河川管理施設の形が定まって初めてどの範囲を河川区域として指定するかが定まるものとされており、立法当局者も、おおむね同様に解していたものである。

(I) いまだ具体的な築堤計画が定まっていない抽象的な計画段階で河川区域の指定をするとした場合、河川管理実務上、看過し難い不都合、不合理が生じること

河川法上、河川工事は、河川整備基本方針及び河川整備計画に基づいて実施されるとされているところ（河川法16条、同条の2）、河川整備計画は20年ないし30年を計画対象期間としている（前掲改訂版逐条解説河川法解説87ページ）。したがって、河川整備計画において堤防の整備が必要な区間とされていない土地について、土地の形状の保護のみを目的として河川区域の指定がされた場合、その後、改めて河川整備計画を策定し、当該土地を含む区間について堤防の整備が必要と判断されるまで、20年ないし30年程の行為制限を課されることとなる。

具体的な築堤計画が存在しないにもかかわらず、河川区域の指定という行政処分によって、長期間にわたって上記のような行為制限を課すことは、私権に対する過剰な制限となり、将来築堤計画が具体化したとき土地所有者等との交渉、調整を著しく困難にするものである。

また、全国の河川のうち、直轄区間だけでも両岸延長約1万7000キロメートル（堤防の整備は河川の両岸について行う必要があるため、直轄管理区間延長（片岸）である約8805.2キロメートルにつき、

おおむね2倍した数値を示した。)に及び、そのうち約20パーセントは自然条件(地形条件)を前提とするなどした河川管理を行っており、この中には境界や所有者が不明の土地があるだけでなく、堤防を整備する計画がある堤防必要区間約1万3369キロメートルのうち、約729.8キロメートルについては、堤防整備の計画はあるものの未整備の無堤防区間となっている(乙第87号証4ページ)。河川管理者が、その全ての区間について、改修計画に基づいて実施される治水事業とは無関係に、それぞれの土地について治水安全度を低下させる行為等が行われていないか否かを注視し、監視し続けたり、当該地形を保全するためだけに未然に河川区域に指定することは、およそ困難であり、河川管理者に不可能を強いるものである。

さらに、河川管理者が具体的な計画を離れて河川区域の指定をしなければならぬとすれば、将来的に整備される堤防の法線の範囲が決まっていない状況で、土地の利用に制限が生じる河川区域の範囲(どこからが低水路と一体管理する必要があるか。)を確定する判断を河川管理者に強いることとなるが、これはおよそ実務上困難であるだけでなく、いまだ具体的な築堤計画が定まっていない段階であるにもかかわらず、河川区域の指定のために土地所有者等との交渉・調整等を行うことを余儀なくされ、かかる交渉等に膨大な時間を要することとなり、ひいては全国における河川整備全体の遅延を来すなどの著しい影響を及ぼすことになることが容易に想定される。

以上のことから、具体的な築堤計画を離れて、抽象的な改修計画の段階において河川区域の指定をするとした場合に、河川管理実務上、看過し難い不都合、不合理が生じ、ひいては適正な河川管理を阻害させるものであって、河川管理の一般水準の在り方として採用の余地がないこと

は明らかである。

(オ) 小括

以上のとおり、河川区域の指定については、河川管理施設を設置する具体的な計画と無関係にその指定がされることは、通常予定されておらず、河川区域の指定も諸制約の下で施行させる治水事業の一環として実施されているのである。

それにもかかわらず、原判決は、河川区域の指定について「治水事業そのものではない」とし、これを改修計画と切り離し、その合理性とは無関係に専ら河川区域の指定に係る権限の不行使の適不適をもって河川管理の瑕疵の有無を判断したものであり、このような判断は、河川法に基づく河川区域の指定の位置づけについての理解を誤るものである上、河川管理者に不可能を強い、ひいては、適正な河川管理を阻害させるものである。そして、このような判断は、諸制約の下での同種同規模の河川管理の一般水準を考慮すべきものとする河川管理の瑕疵について従来の最高裁判決が示した判断枠組みからも逸脱するものであり、誤りである。

ウ 河川の性質からすれば、自然物について、改修計画の策定時で想定された安全性が損なわれないようにすることは予定されていないこと

また、原判決は、河川管理者が所有し管理するものではない土地について、「河川管理施設等」に当たるとの前提の下、河川管理者は、「改修後の河川についてその河川管理施設等を適切に管理すべきことだけでなく、改修計画を策定した時点で想定された安全性が損なわれないように管理すべき」であるものと解しているが、自然公物たる河川の性質に照らしても、かかる原判決の判断は誤りである。

すなわち、自然公物たる河川は、本来的に洪水氾濫の危険を内包してい

るものであって、その性質上、風雨による土砂の運搬、堆積や、流域の地形、気象条件の変化等といった予測が困難で、かつ制御することができない危険因子に絶えずさらされていることから、河川管理者において、その安全性を一定の状態に保つことは困難である。

そもそも河川については、これを一般公共の用に供する「供用開始」の意思表示をする余地がなく、改修計画の策定や河川区域の指定は、管理を開始する意思表示にすぎないのであって、河川管理を開始する意思表示があったからといって、上記の自然公物たる河川の性質からすれば、その時点において想定された安全性が損なわれないように管理するべき義務が課せられるものではない。

この点、原判決は、「改修計画を策定した時点で想定された安全性」や「既存の河川管理施設等の治水安全度」が損なわれないようにするべきであるとも判示するが、このような判断には、自然公物である河川の性質や河川管理の諸制約といった以下の事情に対する理解が欠けている。すなわち、河川管理においては、①流路の変化や、土砂の運搬・堆積や移動、樹木の繁茂等によって、河道の状態が常に変化するために流下能力が低減することがあること（自然的要因）、②河川整備には諸制約の下で相当の期間を要するところ、河川整備のための用地買収や河川工事の進捗状況により、上下流における河川整備の状況にずれが生じることで、やむを得ず整備箇所以外の地点の治水安全度が一時的に低下することがあること（河川整備に内包する社会的制約による事情）といった、治水安全度の低下が避けられない事情がある上、③河川整備に当たっては、治水安全度の保全の観点だけでなく、生物の生息・成育環境や景観の保全といった観点も考慮しつつ実施する必要がある（環境配慮の観点）という点も踏まえ、河川管理者は、上記のように日々刻々と変化する河川の状況や河川整備の状況そ

の他環境への配慮等の観点を総合的に勘案して河川管理を行っているのである。

そして、前記イ(エ)のとおり、国が直轄管理する区間の両岸延長約1万7000キロメートルのうち、約20パーセントは自然条件（地形条件）を前提とするなどした河川管理を行っており、また、堤防を整備する計画がある堤防必要区間約1万3369キロメートルのうち、約729.8キロメートルについては、堤防整備の計画はあるものの未整備の無堤防区間となっているところ、これだけの長区間においては、所有者が不明の土地や境界が不明の土地も多数存在するのであって、それにもかかわらず、河川管理者が、このような河川管理者が所有又は管理していない河川区域外の土地も含めて監視し続けることは、現実的にはおよそ不可能である。

さらに、仮に原判決が判示するように、河川管理者が所有又は管理しない土地についてまで、「改修計画を策定した時点で想定された安全性が損なわれないように管理すべき」であるとした場合、河川管理者には、改修計画を策定した河川について、自然的要因（上記①）や河川整備に内包する社会的制約による事情（上記②）により流域全体において治水安全度が低下するおそれがあることを踏まえ、流域全体において土砂の堆積や樹木の繁茂等を一切許容しない河川管理が求められることになりかねないが、このようなこともおよそ現実的でなく、河川管理者に対して不可能を強いるものである。

エ 小括

以上のとおり、河川管理者が河川区域に指定しなかったという河川管理権限の不行使は、それ自体から直ちに河川が通常有すべき安全性を欠き、河川管理に瑕疵があることを帰結するものではないのであって、これと異なる原判決の判断は、河川法に基づく河川区域の指定の位置づけについて

の理解を誤り、かつ、河川の性質上、自然物について、改修計画の策定時
で想定された安全性が損なわれないようにすることが予定されていないこ
とを看過し、河川管理者に不可能を強いるものであって、誤りである。

3 河川管理者が本件砂丘を河川区域に指定しなかったことは、河川管理者に付 与された権限の不行使として不適切であるとはいえないこと

前記1及び2で指摘した点をひとまずおき、仮に、本件砂丘について河川法
6条1項3号による河川区域の指定に係る権限の不行使の適否について河川管
理の瑕疵の問題とする余地があると解したとしても、以下に述べるとおり、本
件における具体的な事情の下においては、河川管理者が本件砂丘について同条
に基づいて河川区域に指定しなかったことが著しく不合理であるとはいえない
から、本件砂丘を河川区域に指定しなかったことに河川管理の瑕疵があるとは
認められない。

(1) 河川管理に関する権限の不行使が河川管理の瑕疵に当たり得る場合がある としても、かかる場合は例外的であること

ア 公務員による権限の不行使が国賠法2条1項の河川管理の瑕疵に当たる
余地があると解したとしても、これが認められるためには、少なくとも、
権限の根拠となる法令が存在し、それを行行使するための要件が満たされて
いることに加え、権限の不行使によって損害を受けたとする個々の国民と
の関係で、当該公務員が権限を行行使すべき法的義務（作為義務）を負い、
その義務違反があると認められることが必要であると解すべきである。そ
の上で、当該権限を行行使するかどうかにつき裁量が認められている場合に
は、当該権限を行行使しなかったからといって直ちに瑕疵があるとされるべ
きものではなく、その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質
等に照らし、具体的事情の下において、その不行使が許容される限度を逸
脱して著しく合理性を欠くと認められるなど例外的な事情が認められない

限り、当該権限の不行使の結果について帰責されるものではない。

イ また、その検討をする過程において、本件溢水の回避可能性がない場合には、管理の瑕疵が否定されることとなる。

すなわち、「営造物の設置管理の瑕疵とは、「営造物が通常有すべき安全性を欠き、他人に危害を及ぼす危険性のある状態」をいう（最大判昭56・12・16日民集35巻10号1369頁〔大阪空港判決〕）。このような瑕疵の存否については、「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総合考慮して具体的個別的に判断すべきものである」（最三小判昭53・7・4民集32巻5号809頁）とされる。（中略）通常予測し得ない事態に対する安全性を欠いても瑕疵があるとはいえず（予測可能性がない場合には瑕疵がない、前掲最三小判昭53・7・4参照）、危険を回避することができない状況にある場合も瑕疵があるとはいえない（回避可能性がない場合にも瑕疵がない、最一小判昭50・6・26民集29巻6号851頁）とされる」（野山宏・最高裁判所判例解説民事篇平成8年度（下）487ページ）。

そして、「公の営造物が河川である場合には、河川の管理についての瑕疵の有無は、事柄の性質上、財政的、技術的及び社会的諸制約を考慮した上で決せられるものであって、回避可能性（及び予見可能性）のあったことが瑕疵ありとする評価根拠事実として取り込まれ、原告において請求原因として主張立証されなければならないことが多い」（田中豊・最高裁判所判例解説民事篇平成7年度743ページ）とも説明されている。

ウ 以下においては、本件における事実関係等を基に、権限の不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められないことを明らかにする。

(2) 河川区域の指定権限を定めた法令の趣旨、目的等について

ア 河川区域の指定の趣旨等については、前記 1 (1) のとおりであるところ、いかなる対象、範囲の区域を河川区域として指定するかは土地の外見だけからは困難であることから、河川法 6 条 1 項 3 号は、河川管理者に河川区域の指定をする権限を認めたものである（河川法令研究会編著・よくわかる河川法第二次改訂版 19 ページ）。そして、河川区域に指定するかどうかの判断は、河川管理に関する専門的、技術的知識を有し、政策的配慮も要するので、河川管理者の広範な裁量に属すると解される。

イ また、河川法の目的は、治水、利水及び河川環境の整備と保全のための総合管理により、国土の保全と開発に寄与し、もって公共の安全を保持し、かつ、公共の福祉を増進することを目的としており（河川法 1 条）、河川区域の指定は、当該目的のために行使されるべきものである。

(3) 河川区域の指定に係る権限の性質等

ア はじめに

河川の流域の安全性は、飽くまでも流域全体を見渡した上で、改修計画に基づいて優先度の高い箇所から段階的に安全性を確保していくことが予定されているところ、河川法上、河川管理者が流域に存在する個別の施設や自然的地形を管理することは、下記のとおりごく限られた場合に行うこととされているにすぎない。河川区域の指定に係る河川管理者の権限の性質についても、これら河川法の諸規定と整合的に解すべきである。

イ 河川管理施設は人工的に設けられた工作物が原則であること

河川法 3 条 2 項本文は、「「河川管理施設」とは、ダム、堰、水門、堤防、護岸、床止め、樹林帯（括弧内省略）その他河川の流水によって生ずる公利を増進し、又は公害を除却し、若しくは軽減する効用を有する施設をいう。」と定めている。これら河川管理施設は、河川管理者の認定等の行為を必要とせず、法律の規定により当然に定まるものとしたのであり、河川

管理者が設置した上記の効用を有する施設であれば、当然に河川管理施設として河川法の適用を受け、河川管理の対象となる（前掲改訂版逐条解説河川法解説28及び29ページ）。また、「施設」とは、「建物や設備などを、ある目的のためにこしらえ設けること。そのこしらえ設けたもの。」をいう（松村明ほか編・旺文社国語辞典改訂新版505ページ）ことから明らかなとおり、河川管理施設とは、河川法3条2項本文に定める効用を有するものとして人工的に設けられた工作物を指し、このことは、当初は河川管理施設の規定に明示されていなかった「樹林帯」が平成9年6月4日の改正において河川法3条2項に明示されたことから裏付けられる。すなわち、同項の「樹林帯」とは、人工的に植林がされたり、買収等された樹林をいうものであるところ、河川管理施設のうち、工作物ではないものとして「樹林帯」についてのみ特に定めた趣旨は、維持管理の対象としては、基本的には要求仕様が定められ、人為的に管理が可能なものに限定する趣旨であると解される。このように、河川管理施設のうち、自然物について唯一「樹林帯」のみが規定されているのは、自然物が河川管理の対象となることが例外であることを示しているものといえる。

ウ 河川管理施設又は許可工作物の維持・修繕

河川法15条の2第1項は、「河川管理者又は許可工作物の管理者は、河川管理施設又は許可工作物を良好な状態に保つように維持し、修繕し、もって公共の安全が保持されるように努めなければならない。」と規定している。

河川管理施設は、基本的に河川管理者が設置した施設であるから、公共の安全が保持されるように維持し、修繕すべきことは当然である（許可工作物についても、同様に、その管理者の責任において維持し、修繕すべきものである。）。

エ 洪水時等における緊急措置としての必要な土地使用等

河川法 22 条 1 項は、洪水等による危険が切迫した場合において、緊急の必要があるときは、河川管理者は、「その現場において、必要な土地を使用し、土石、竹木その他の資材を使用し、若しくは収用し、車両その他の運搬具若しくは器具を使用し、又は工作物その他の障害物を処分することができる。」と規定している。

河川について災害発生の危険が具体化した場合には、これを防止し、又は被害を軽減するための応急措置を執る必要がある。このため、同条において、河川管理者に、緊急の必要がある場合に物的及び人的公用負担を課する権限を与えたものである（前掲改訂版逐条解説河川法解説 119 ページ）。

したがって、同条項に基づく措置は飽くまでも「応急措置」として、河川管理者に対して「緊急の必要がある場合に」他人の土地の使用等の権限が与えられたことによるものであるから、飽くまでも緊急時における例外的措置を規定したものであることは明らかである。

オ 河川保全区域の指定

河川法 54 条 1 項は、「河川管理者は、河岸又は河川管理施設（樹林帯を除く。（以下省略））を保全するため必要があると認めるときは」、河川区域に隣接する一定の区域を河川保全区域として指定することができる旨規定している。

河川保全区域の指定の制度が定められている趣旨は、河川管理は、洪水、高潮等による災害の発生の防止、河川の適正な利用、流水の正常な機能の維持及び河川環境の整備と保全を目的として行われるべきところ、このような河川管理の目的を達成するためには、河川工事等の事実行為、河川の使用関係の規制及び河川区域内における行為の規制を行うのみでは不十分

であることから、河岸又は河川管理施設（特に堤防）を保全するため、河川区域外の一定の区域について行為の制限を行うところにある（前掲改訂版逐条解説河川法解説 3 4 3 ページ）。

河川保全区域に指定されると、民有地であっても土地の掘削等に河川管理者の許可が必要になるなどの土地利用について強力な行為制限を受ける（河川法 5 5 条）ことから、上記の一定の目的の下、河岸又は河川管理施設を保全するために限られ、かつ、必要最小限度の区域についてのみ指定することができる（同法 5 4 条 3 項）。

河川保全区域の指定についてのかかる規定の内容に照らすと、河川法が、河川管理者に対し、私権制限に向けた河川管理がなされることについて謙抑的であることがうかがわれるところである。

そして、上記の河川保全区域の指定の規定のほか、「河岸」又は「河川管理施設」を「保全」することを目的として何らかの権限を河川管理者に付与したり、義務を負荷する規定は見当たらない。

カ 河川予定地の指定

河川予定地の指定は、「河川工事を施行するため必要があると認めるとき」に、河川工事の施行により新たに河川区域内の土地となるべき土地について、指定することができるものであるところ（河川法 5 6 条 1 項）、河川工事を施行することが当該工事の実施の計画からみて確実となった日以降でなければしてはならないとされている（同条 2 項）。この「確実となった日」とは、単に当該河川工事を施行することが確実であるばかりでなく、その着手が近い将来においてなされることが、計画の上からも、予算の上からも確実となった日をいう（前掲改訂版逐条解説河川法解説 3 5 6 ページ）。

河川予定地の制度は、河川工事を推進するため、河川工事の施行に支障

を与える行為を制限することを目的としたものであり、同条の指定がされると、民有地であっても土地の掘削等の行為制限が加えられることになる（河川法５７条）ところ、何時行われるかもわからない河川工事のために河川予定地を指定し、当該土地における財産権の行使を制限するならば、それは財産権の尊重という要請に反することになり、国土の有効利用という観点からも好ましくないことであるため、河川予定地の指定の時期が制限されている（前掲改訂版逐条解説河川法解説３５６ページ）。

河川予定地の指定の時期を制限する河川法の趣旨に鑑みても、私権制限に向けた河川管理行為がされることに対する河川法の謙抑的な態度をみてとることができる。

キ 河川流域に存在する河川管理者以外が所有又は管理する施設や土地について、河川管理者がこれらを管理したり、これらに立ち入り、調査することができるとする権限は例外的なものであること

河川法上、河川流域に存在する河川管理者以外が所有又は管理する施設や土地が河川管理施設に当たる場合については、河川法３条２項ただし書において、「河川管理者以外の者が設置した施設については、当該施設を河川管理施設とすることについて河川管理者が権原に基づき当該施設を管理する者の同意を得たものに限る。」との定めがあるものの、このような権原を有する管理者の同意を得た場合以外に、河川管理者において、河川管理者以外が所有又は管理する施設や土地を管理すべきものとする規定は存在しない。

また、河川法８９条１項は、「一級河川、二級河川、河川区域、河川保全区域（中略）の指定のための調査又は河川工事、河川の維持その他河川の管理を行うためやむを得ない必要がある場合においては、他人の占有する土地に立ち入（中略）ることができる」と規定している。

これは河川管理又は河川の管理の前提となる一級河川の指定等のための調査に必要な立入権等に関する規定であり（前掲改訂版逐条解説河川法解説482ページ）、無制限に認められるものではなく、上記のとおり、やむを得ない必要がある場合に限られる上、立入りをする場合には、あらかじめの通知（同条2項）、宅地等については立入りの時間的制限（同条4項）、身分証の提示（同条5項）等の種々の手続を履践することが義務付けられており、その権限は任意に相手の同意を得て該当する行為ができない場合における例外的なものであると解される。

ク まとめ

以上のとおり、河川法を通覧すると、河川管理者が、流域に存在する個別の施設や自然的地形を管理する場合はごく限られていることは明らかであって、このことは、河川法上、河川管理者において、河川管理施設に当たらない施設や自然的地形を個別に管理したり、これらの安全性を個別に確保したりすべきことが求められていないことを裏付けるものである。

中でも、河川保全区域の指定における指定の範囲を最小限度の区域に限ってするものとするとの規定（河川法54条3項）や、河川予定地の指定における、河川工事の施行が当該工事の実施の計画からみて確実となった日以後でなければしてはならないとの規定（河川法56条2項）が定められていることからすれば、河川法は、河川管理行為によって私権を制限することに対して謙抑的な態度を示しているものとみるべきである。河川区域の指定について、このような規定が置かれていないが、河川区域の指定が私権に対する強い制限になる以上、河川管理者が無制約になし得るものとみるべきではない。例えば、河川予定地として指定するためには、河川工事の実施が確実となってからでなければ行うことができないのに対し、河川区域として指定する場合には河川工事の実施が何ら予定されてい

なくても可能であるという解釈を許すと、河川区域の指定によることで、河川予定地の指定についての時的制限を回避して河川法56条2項を潜脱することが可能となり得るが、このような解釈を採り得ないことは明らかである。

そうである以上、河川区域の指定に係る河川管理者の権限の性質についても、これら河川法の諸規定と整合的に解釈すべきであるところ、河川区域の指定の諸規定はもとより、その他の諸規定、特に、河川保全区域の指定の規定のほかに、「河岸」又は「河川管理施設」以外の私有地を河川管理の観点から「保全」することを目的として何らかの権限を河川管理者に付与したり、義務を負荷したりする規定が、河川法上存在しないことからして、現に河川管理施設でもなく、河岸でもない私有地である土地について、「保全」の観点のみから河川区域の指定の対象とすることは河川法上想定されていないと考えざるを得ない。したがって、河川管理の対象とならない河川区域外の土地（私有地）について、個別にその安全性を確保する目的で、流域全体の安全性を段階的に確保すべく実施される治水事業とは無関係に、河川法6条1項3号に基づく河川区域の指定権限を行使することが河川管理者に義務付けられているものとは解されない（したがって、原判決は、本件砂丘が河川管理施設「等」に当たることで管理の対象とすべきものとして河川区域の指定の対象となるかのように判示している点においても理由がない。）。

(4) 河川管理実務との整合性

河川区域の指定について定める河川法6条1項3号が、河川管理者が河川区域として指定する土地について「堤外の土地の区域のうち」と規定していることから明らかなとおり、河川区域の指定は、基本的には、堤防が存在することを前提として「堤外の土地の区域」について行うものとされている。

実務上の取扱いをみても、前記 2 (2) イ (7) b のとおり、新河川法の制定後に直轄管理区間で河川区域の拡大の指定（ダムを設置、遊水地の整備による河川区域の拡大については対象外。）を行った事例が約 40 件あるところ、その全てが具体的な築堤等の事業実施に合わせて河川区域の指定を行っており、事業に関連せず単独で河川区域の指定をしている事例はない（乙第 85 号証）。

このような実務の運用を踏まえても、河川管理者は、現に河川管理施設ではなく、河川管理施設を設置する具体的な計画がない私有地について、河川区域の指定をすることが義務付けられる場合を想定することは困難である。

(5) 本件における河川管理者の具体的な対応について

ア 前記 1（ただし、ここでは前記 1 で述べた本件砂丘を河川区域に指定することができないことはひとまずおいて。）のとおり、本件砂丘については、河川法の解釈適用上も、従前の河川区域の指定に係る実務運用に照らしても、河川法 6 条 1 項 3 号に基づく河川区域の指定をすることができるとは考えられなかった。すなわち、本件砂丘は、前記 1 (2) アのとおり、一部の高さが計画高水位を下回っており、堤防機能として必要な高さが十分には確保できていない上、質の観点においても、本件砂丘の土質は砂であって、そもそも、流水による浸透作用や浸食作用に耐え得る土質であるとは認め難いばかりか、砂粒等が自然に堆積して形成されたにすぎないため、盛土をして締め固めを行うことで整備される堤防と同様の機能を期待することはできないものであって、河川管理者において、本件砂丘について堤防と同様・同等の効用を有するものであるとみなしてはいなかった。そうすると、河川管理者において、本件砂丘を堤防と同様・同等の効用を有するものとみなして河川区域に指定する判断をすることを期待することは、著しく困難であったといわざるを得ない。

イ また、若宮戸地区においては、過去には（少なくとも昭和５７年以降）本件溢水以外に氾濫が発生したことはなく、河川管理者は、河川区域でも河川保全区域でもない私有地について、本件掘削前の時点で、私有地である本件砂丘が太陽光発電事業者により掘削されその尾根が低くなって、水害が発生した場合に氾濫が生じることについて高度の蓋然性をもって認識し得る状況にはなかった。

ウ さらに、本件掘削後においては、河川管理者は、常総市等からの要請も踏まえ、土嚢を設置する対応をとっているところ（乙第１９号証４７ページ）、土嚢の設置は、出水時の水防活動における越水対策や河川工事における仮締切として一般的に用いられる手法であり（乙第５７号証の１、２）、応急的な措置として一定程度の氾濫を抑制する効果を期待し得るものである。控訴人は、掘削前の地盤高（地形の地盤高の各測線のうち一番低い高さであるY. P. + 21. 36メートル）と同程度の高さ（平均高Y. P. + 21. 30メートル）の土嚢を設置した（原審被告準備書面（１）５３及び５４ページ）のであるから、若宮戸地区においては、過去に本件溢水以外に氾濫が発生したことはなかったことを踏まえると、河川管理者は、本件掘削後の時点においても、法令の範囲内で必要な措置を行ったといえる。

(6) 本件溢水は回避可能性がなく、結果回避可能性がない場合には管理の瑕疵が否定されること

ア 本件における結果回避可能性について検討すると、本件砂丘において、平成２６年３月頃の太陽光発電事業者による掘削（本件掘削）前の地盤高の一番低い箇所はおおむねY. P. + 21. 36メートルであった（乙第１９号証４７ページ）。ところが、本件降雨による痕跡水位は左岸25. 25キロメートル付近においてY. P. + 22. 010メートル、左岸2

5. 50キロメートル付近においてY. P. +22.130メートルであり（乙第65号証）、本件掘削前の時点での地盤高の一番低い箇所を約0.65ないし0.77メートル超えていたことは明らかである。

したがって、仮に、控訴人が本件砂丘を河川区域に指定し、本件砂丘について掘削の許可（河川法27条）がされず、太陽光発電事業者により掘削されずに当該部分の地盤高が低下していなかったとしても、本件溢水の発生は回避できなかった。

したがって、控訴人には、本件溢水による被害の結果回避可能性はなく、その意味でも、若宮戸地区における鬼怒川の河川管理の瑕疵は認められない。

イ なお、本件掘削前の時点での地盤高の一番低い箇所からの溢水を防止しようとするのであれば、本件砂丘を河川区域に指定するだけでは足りず、本件降雨に耐えられるような築堤が必要になるはずであるが、太陽光発電事業者による本件掘削が行われた平成26年3月頃から約1年半後である平成27年9月に本件洪水が発生しているところ、築堤には長期間を要することから、その間に当該地区に堤防を造成することは、時間的にも技術的にも著しく困難であった。

すなわち、若宮戸地区においては、本件溢水から約2年半後に堤防が整備されたところ、本件溢水の発生により堤防を整備することに対する周辺住民の理解を得やすく、設計、工事等を同時並行で行うことができるなど、通常の堤防の整備に比較しても極めて迅速かつ円滑に進捗したものであり、このような条件が揃わない場合であれば、築堤にはより長い工期が必要となる（原審被告準備書面（1）・55ページ）。

こうした事情に照らすと、仮に、本件掘削の相当以前（後記（8）ア（イ）のとおり、昭和50年以降、平成26年3月に至るまでの間、本件砂丘の形

状自体に大きな変化は確認できないところ、原判決がいつの時点から河川管理に瑕疵があったとするのかは必ずしも明らかではない。)に本件砂丘を河川区域に指定していたとしても、本件溢水までの間に堤防を造成することができたかどうかは明らかではないのであり、その意味においても、堤防の造成により本件溢水を回避することはできたということとはできない。

また、前記(5)ウで述べたとおり、控訴人は、常総市等からの要請も踏まえ、掘削された箇所、に、応急的な措置として、出水時の水防活動における越水対策や河川工事における仮締切として一般的に用いられている手法で、掘削前の地盤高(地形の地盤高の各測線(河川に対して横断方向のもの)の一番高い高さを縦断的に整理し、そのうち一番低い高さがY. P. + 21.36メートル)と同程度の高さ(平均高Y. P. + 21.30メートル)の土嚢を設置した(乙第19号証47ページ、乙第57号証の1, 2)。この土嚢は、河川の流水に対して、堤防と同等とはいえないものの、応急的な措置としては一定程度の氾濫を抑制する効果を期待し得るものであった(原審被告準備書面(1)53及び54ページ)。しかしながら、この土嚢によっても本件溢水を回避することができなかったものである。

(7) 小括

以上を総合すれば、河川区域を指定する権限は、公共の安全を保持することなどのために付与されたものであるものの、私有地に対する河川区域の指定は抑制的に行使すべきものといえるところ、河川区域の指定を定めた法令の解釈上又は従来の実務運用上、本件砂丘が河川区域として指定すべき要件に該当するものとして同権限を行使すべきであったとは考えられず、これを河川管理者に期待することは困難であった。他方で、仮に同権限を行使したとしても、結果回避可能性が認められないなど、本件における具体的な事情

の下においては、本件砂丘を河川区域として指定しなかった河川管理者の権限不行使が、許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くとは認められないというべきである。したがって、当該権限の不行使の結果について帰責されるものではない。

(8) 原判決の判断の誤り

ア 河川管理者において、本件砂丘が掘削等により更に損なわれてその尾根がより低くなる可能性は十分に認識できたことから、それ以降に洪水が発生して氾濫が生じる蓋然性を具体的に予見できたとする原判決の認定が誤りであること

(7) 原判決の判示

原判決は、「昭和 55 年ころまでの間に本件砂丘は大きく減少していたから、被告において、以後に本件砂丘が掘削等によりさらに損なわれてその尾根がより低くなる可能性は十分に認識することができた」とした上で、「本件砂丘の掘削等がされ、現況地盤高が計画高水位を大きく下回るなどして（括弧内省略）その治水安全度が 1 / 10 の規模の洪水にも耐え得ないものとなった場合には、当該箇所には築堤されるまでに相当長期間を要することを考慮すれば、その間に 1 / 10 の規模の洪水が発生し、氾濫が生じる蓋然性を具体的に予見できたというべきである。」と判示する（原判決 49 及び 50 ページ）。

(4) 原判決の判断が誤りであること

若宮戸地区において昭和 41 年に河川区域の指定がされて以降、平成 26 年 3 月に太陽光発電事業者により本件砂丘の掘削がされるまでの間の本件砂丘の状況を調査したところ、本件砂丘上に建築物が設置されたり除却されたりするといった変化は認められるものの、昭和 50 年以降、平成 26 年 3 月に至るまでの間、本件砂丘の形状自体に大きな変化は確

認できなかった（乙第19号証44ページ、乙第88号証）。

原判決は、「昭和55年ころまでの間に本件砂丘は大きく減少していた」とするが、昭和50年以降平成26年3月までの間に本件砂丘の形状に大きな変化がなかった以上、昭和50年以降において本件砂丘が掘削されてその形状が「損なわれてその尾根がより低くなる可能性は十分に認識することができた」と認めることはできない。

実際、本件砂丘は、公園や農園として利用されていたほかは、ソーラーパネルが設置された箇所については家具製造工場が稼働していたにすぎず、昭和50年以降、民間事業者による掘削が行われるといった状況はなかったのに対し、平成26年3月に行われた本件掘削は、太陽光発電事業に伴うソーラーパネルの設置という近年みられるようになった新たな事業の動向を反映したものであって、このような過去に予想もされなかった事業による開発が進むなどして、本件砂丘が掘削されることになることを河川管理者において予見することは困難であったというほかない。

したがって、原判決の上記判断は誤りである。

イ 本件砂丘が保全されていた場合には浸水被害の程度及び範囲が相当程度小さいものになっていたものと優に推認されとした原判決の判断は誤りであること

(7) 原判決の判示

原判決は、「本件溢水が発生した左岸25.35km地点付近はもともと本件砂丘を含めても現況地盤高が計画高水位を約1m下回っており、洪水位も若干下回っていたから（括弧内省略）、たとえ本件砂丘が掘削されていなくても一定程度の溢水が発生した可能性は否定できないが、若宮戸地区においては破堤には至らなかったことからすれば、本件

砂丘が保全されていた場合には浸水被害の程度及び範囲が相当程度小さいものになっていたものと優に推認されることから、このことによって、本件溢水と浸水被害との間の相当因果関係は否定されない。」と判示する（原判決５７ページ）。

(イ) 原判決の判断が誤りであること

しかしながら、前記(6)アのとおり、仮に控訴人が本件砂丘を河川区域に指定し、本件砂丘の掘削の許可がされず、本件砂丘が掘削されずに、掘削された部分の地盤高が低下していなかったとしても、本件溢水の発生は回避することができなかったものと認められる。

その上、本件降雨がこれまでに経験したことがない記録的な降水量をもたらした豪雨であり、これにより若宮戸地区を含め、鬼怒川の流下能力を上回る本件洪水が発生したことに鑑みれば、仮に本件砂丘が保全されていた場合には浸水被害の程度及び範囲が相当程度小さいものになっていたとは認められない。しかも、浸水被害は破堤を伴わない越水のみでも十分に生じるのであるから、原判決がいう「破堤には至らなかった」ことをもって、浸水被害の程度及び範囲が相当程度小さいものと優に推認されるところの根拠にはならない。

したがって、原判決の上記判断は誤りである。

4 小括

以上のとおり、いずれにしても、河川管理者が本件砂丘を河川区域として指定しなかったことに河川管理の瑕疵があるとは認められないから、国賠法２条１項に基づく損害賠償請求は認められない。

第３ 原判決の損害論に係る認定判断が誤りであること

以上のとおり、本件水害について控訴人の河川管理に瑕疵があったとはいえ

ないから、原判決は取消しを免れないが、原判決の損害論に係る認定判断にも誤りが含まれることから、以下、念のため指摘しておく。

1 原判決が被控訴人らの家財及び住宅の被害について民事訴訟法248条を適用し、国税庁資料に基づき損害を認定したことは誤りであること

(1) 家財の損害額の認定に民事訴訟法248条を適用することは誤りであること

ア 民事訴訟法248条は、損害の発生について証明ができたとしても、損害額について証明ができなければ原告の請求は棄却されることになるところ、損害の性質上その額を立証することが極めて困難な場合に原告の請求を棄却することは当事者間の公平の見地が妥当でないことから、損害額の立証が十分でなくても、裁判所が相当な損害額を認定できるものとしたものである（兼子一ら著「条解民事訴訟法〔第2版〕」1387ページ）。

したがって、民事訴訟法248条が適用されるための要件として、①損害発生について証明されたこと、②損害の性質上その額の立証が極めて困難であることを要する。

イ 被控訴人らの家財について損害の発生が認められる可能性があるものは、本件溢水による浸水被害を受けた家財のうち、財産的価値を有する家財のみである（経年劣化等により財産的価値のない家財について損害の発生は認められない）。そして、これらの財産的価値を有する家財は、被控訴人らにおいてそのほとんどが生活必需品（冷蔵庫、テレビ、エアコン、洗濯機等の家電製品やテーブルや椅子等の家具など）として再取得されるものであるから、再取得の際の領収書等により損害の発生の立証は容易にできるはずであるし、仮に生活必需品に含まれない財産的価値のある家財について損害の発生を主張するのであれば、それを特定して具体的に主張すべきである。この点、原判決も「浸水被害発生後の再取得時の領収書等

を保管しておくことはさほど困難ではないと思われる」（原判決 60 ページ）と判示する。

しかるに、被控訴人らは、本件溢水による浸水被害を受けたと主張する家財に係る再取得時の領収書等を証拠として提出しないのであるから、家財に係る損害の発生立証がされていないというべきである。

このように、被控訴人らの家財に係る損害の発生は立証されておらず、また、再取得時の領収書等による損害額の立証は容易であることから、民事訴訟法 248 条が適用されるための要件を欠き、同条を適用する余地はない。

ウ 原判決は、①河川からの流入水により浸水被害を受ける家財は多種多様であり、かつ、その広範囲に及ぶことが想定されるから、個別の家財の種類、形状、金額等を正確に記録した資料を有していないことはある程度やむを得ないこと、②再取得時の領収書等のみにより多種多様かつ広範囲に発生する家財の被害全体を評価することは困難であることを理由に、民事訴訟法 248 条により相当な損害額を認定するのが相当であると判示する（原判決 60 ページ）。

しかしながら、上記の原判決の判示は、被控訴人らが特定の家財を所有していたこと及び同家財が損傷したことの立証を不要とするものであり、損害の発生立証という民事訴訟法 248 条が適用されるための要件自体を欠くにもかかわらず同条を適用するものにほかならず、誤りであることは明らかである。

(2) 国税庁資料に基づき損害を認定することは原則として認められないこと

原判決は、民事訴訟法 248 条による相当な損害額を算定するために、国税局（引用者注：現国税庁）・税務署が作成した資料である「大雨等の災害により被害を受けられた方へ（所得税及び復興特別所得税の全部又は一部の

軽減)」(以下「国税庁資料」という。)は、災害によって住宅や家財等に損害を受けた場合の確定申告において、所得税及び復興特別所得税の全部又は一部を軽減するための方法を記載したものであり、同資料の別表が世帯毎での平均的な家財額を前提に減価償却や被害割合等を考慮しており、これらの数値自体が不合理であるというべき理由はないとした上で、国税庁資料に基づき被控訴人らの損害を算定することは、相応の合理性があると判示する。

しかしながら、国税庁資料は確定申告における所得税の雑損控除の計算方法に関するものであり、損害賠償請求訴訟の損害額の算出に利用されることを予定したものではない。特に家財については、世帯主の年齢と同居者の人数のみから所有する家財の時価を算出するものであるが(甲損第2号証の2・別表2)、一般的に各人が所有する家財の具体的な種類・内容及び数量(価格)は、各人の所得や保有資産の多寡のほか、生活歴、居住の経緯及び趣味嗜好等に応じた個人差が非常に大きい性格のものであることからすると、同資料に依拠した認定を行う場合、これらの点が捨象されることとなり、現実には被控訴人らに生じた損害額と相当の差異が生じる蓋然性が否定できない。そのほかにも、統計データに基づく推計計算に依拠することの限界として、例えば、「被害割合表」(甲損第2号証の2・別表3)において、「床上1m以上1.5m未満」「二階建以上」「土砂を伴う」「24時間以上浸水」という条件の場合、被害割合が100%となるが、床上1.5メートル未満の浸水の場合、二階の家財には浸水の被害が生じていないのが通常であるにもかかわらず、全ての家財に被害が生じたものとして扱われることになり、再取得時の領収書等により損害額を立証した場合よりも、国税庁資料に基づく損害額を算定したほうが高額になることも考えられるのであって、個別の事情によっては明らかに不合理な結論となることがある。

このようにみると、仮に民事訴訟法248条が適用されとしても、損害

賠償請求訴訟である本件において、国税庁資料に依拠した損害の認定は、原則として許容されるものではなく、控えめに斟酌できるにとどまるものと解される。

2 原判決の慰謝料額の算定方法が誤りであること

慰謝料は、裁判所が被害の状況、侵害行為の態様はもちろんのこと、さまざまな事情を考慮して慰謝料額を決定する裁量を有しているとされており（松岡久和等編「新・コンメンタール民法（財産法）第2版」1225ページ）、最高裁判決も「慰謝料の額は、事実審の口頭弁論終結時までに生じた諸般の事情を斟酌して裁判所が裁量によって算定するもの」と判示している（最高裁平成9年5月27日第三小法廷判決・民集51巻5号2024ページ）。また、慰謝料に本来期待される機能が被害者の苦痛の慰謝である以上は苦痛の大きさが慰謝料額の算定要素になるところ、苦痛の大きさに影響を与える事情は各人によってさまざまであるため、各人の個別事情を考慮して苦痛の大きさを測るほかないとされている（「新注釈民法（15）債権（8）」886及び887ページ）。つまり、慰謝料は、被控訴人らが主張するような、その事案において生じ得る事情を抽象的に類型化し、それぞれに一定額を定め、当該事情の数によって単純に金額を合算する方法によって算定されるものではない。そもそも、被控訴人らが主張するような細かな類型化が可能であるのかも疑問である。

3 原判決の個別の損害の判断が誤っていること

(1) 被控訴人■■■■の損害について

ア 避難生活による積極損害について

原判決は、被控訴人■■■■（以下「被控訴人■■■■」という。）が、被控訴人■■■■（以下「被控訴人■■■■」といい、被控訴人■■■■と併せて「被控訴人■■■■ら」という。）と共に本件氾濫の発生した日からつくば

市内のホテルに4泊し、宿泊費用合計[]円を支払ったことが認められると判示する（原判決59ページ）。

しかしながら、原審被告損害各論準備書面（原告番号[]、[]）（3ページ）で述べたとおり、領収書や宿泊証明書といった客観的資料は何も提出されていない。原判決が上記認定の証拠として引用した甲損第4号証の9は、被控訴人[]らが[]に宿泊し、旅行サイトの宿泊プランによれば、宿泊費が大人2名で1泊[]円となる旨の弁護士の報告書であるが、そもそも被控訴人[]らが上記ホテルに4泊したこと、仮に宿泊していたとして上記プランを利用したことをそれぞれ裏付ける客観的証拠が何もないのであるから、上記報告書により被控訴人[]の宿泊費用を認定することはできず、ほかに被控訴人[]の宿泊費用の支出を裏付ける客観的証拠はない。

したがって、被控訴人[]の宿泊費用[]円は損害として認められず、上記の原判決の判断は誤りである。

イ 住宅の損害について

原判決は、被控訴人[]が自宅修理費用として[]円を支出したことが認められると判示する（原判決59ページ）。

しかしながら、原判決が上記認定の証拠として引用した甲損第4号証の8は、作成年月日が不明の工事業者の見積書であり、当該見積書の記載内容のとおりにより工事が実施されたのか、被控訴人[]が当該見積書記載の金額を支出したのかいずれも明らかではない。また、被控訴人[]において、工事の施工業者に依頼すれば工事代金の支払を示す領収書等の客観的資料を入手することは容易であるにもかかわらず、それさえも行わないのであるから、代金支払の事実の立証はされていないといわざるを得ない。

したがって、被控訴人[]が自宅修理費用として[]円を支

出したことは認められず、上記の原判決の判断は誤りである。

ウ 家財の被害について

原判決は、民事訴訟法 248 条を適用した上で、国税庁資料に基づいて算定した被控訴人■■■■の家財評価額が■■■■円であり、被控訴人■■■■が主張する家財の損害額■■■■円がこれを下回るとして、■■■■円を損害として認定した（原判決 60 及び 61 ページ）。

しかしながら、民事訴訟法 248 条が適用されるための要件として損害の発生の立証が必要であるところ、原判決が引用する証拠によっても、いかなる家財に損害が発生したのか明らかではないから、同条が適用されるための要件を欠くというべきである。

また、仮に民事訴訟法 248 条が適用されとしても国税庁資料に基づき損害額を認定することは原則として許容されるものではないことは前記 1 (2) で述べたとおりである。上記のとおり、国税庁資料に基づいて算定した家財評価額■■■■円と被控訴人■■■■が主張する家財の損害額■■■■円の差額は■■■■円となるのであって、このことから国税庁資料を用いることが不合理な結果になり得ることが裏付けられる。

したがって、家財の損害額■■■■円は認められず、上記の原判決の判断は誤りである。

エ 慰謝料について

原判決は、避難生活慰謝料■■■■円、生命・身体の安全が侵害される危険を経験したことによる慰謝料■■■■円及び写真、アルバム、ビデオ等思い出の品を失ったことによる慰謝料■■■■円をそれぞれ認定した（原判決 61 ページ）。

しかしながら、前記 2 のとおり、慰謝料は、被控訴人らが主張するよう

な、その事案において生じ得る事情を抽象的に類型化し、それぞれに一定額を定め、当該事情の数によって単純に金額を合算する方法によって算定されるものではなく、上記の原判決の判断は誤りである。

(2) 被控訴人■■■■の損害について

ア 家財の被害について

原判決は、家財の損害額をボイラー及びエアコンの見積費用の70%相当額である■■■■円と認定した。

しかしながら、前記(1)イと同様に、原判決が上記認定の証拠として引用した甲損第4号証の7は、作成年月日が不明の工事業者の見積書であり、当該見積書の記載内容のとおりにより工事が実施されたのか、被控訴人■■■■が当該見積書記載の金額を支出したのかいずれも明らかではない。また、被控訴人■■■■において、工事の施工業者に依頼すれば工事代金の支払を示す領収書等の客観的資料を入手することは容易であるにもかかわらず、それさえも行わないのであるから、代金支払の事実の立証はされていないといわざるを得ない。

したがって、被控訴人■■■■が自宅修理費用として■■■■円を支出したことは認められず、上記の原判決の判断は誤りである。

イ 慰謝料について

原判決は、避難生活慰謝料■■■■円、生命・身体の安全が侵害される危険を経験したことによる慰謝料■■■■円及び写真、アルバム、ビデオ等思い出の品を失ったことによる慰謝料■■■■円をそれぞれ認定したが(原判決63ページ)、前記2で述べたとおり、上記の原判決の判断は誤りである。

(3) 被控訴人■■■■の損害について

ア 家財の被害について

原判決は、国税庁資料に基づいて算定した被控訴人■■■■■（以下「被控訴人■■■■■」という。）の家財評価額■■■■■円のうち被害割合を65%して、家財の損害額を■■■■■円と認定した（原判決64及び65ページ）。

しかしながら、民事訴訟法248条が適用されるための要件として損害の発生立証が必要であるところ、原判決が引用する証拠によっても、いかなる家財に損害が発生したのか明らかではないから、同条が適用されるための要件を欠くというべきである。

また、仮に民事訴訟法248条が適用されとしても国税庁資料に基づき損害額を認定することは原則として許容されるものではないことは前記1(2)で述べたとおりである。

したがって、家財の損害額■■■■■円は認められず、上記の原判決の判断は誤りである。

イ 車両の被害について

原判決は、自動二輪車2台の整備費用として、それぞれ■■■■■円及び■■■■■円を支払ったことが認められるとして、■■■■■円の損害を認定した（原判決65ページ）。

しかしながら、原判決が上記認定の証拠として引用する甲損第6号証の9、同第6号証の10はいずれも請求書であり、当該整備費用の支出を裏付ける領収書等の客観的資料は何も提出されていない。

したがって、被控訴人■■■■■が自動二輪車2台の整備費用として合計■■■■■円を支出したことは認められず、上記の原判決の判断は誤りである。

ウ 休業損害について

原判決は、被控訴人■■■■■は、本件氾濫の影響を受けるまでは、■■■■■

（以下「 」という。）の開発業務を受注し、
月 円の報酬を得ており、これは平成28年2月28日まで
継続することが見込まれていたとした上で、被控訴人 が
 から得られる見込みであった平成27年10月及び12月分各
 円の合計 円と上記各月に現実に得た収入である
 円と 円の合計 円との差額であ
る 円を本件氾濫による休業損害と認めた（原判決65及び
66ページ）。

しかしながら、月 円の報酬は、被控訴人 と
 との間の長周期システム製造（甲損第6号証の15）に係る契約に
基づくものである。そして、購買覚書（甲損第6号証の16）の期限は平
成28年2月28日までとされていたものの、長周期システム製造の納期
は平成27年7月1日から同年9月30日までとされており、実際に、被
控訴人 は から同年7月28日、同年8月31日及び同
年9月30日にそれぞれ 円の報酬を受領していたものであ
る（甲損第6号証の15）。そうすると、仮に被控訴人が
から平成28年2月28日まで業務を受注する見込みであったとしても、
長周期システム製造の納期後も当然に月 円の報酬を得るこ
ととなっていたものとは認められない。

したがって、被控訴人 の休業損害は認められず、上記の原判決の判
断は誤りである。

エ 慰謝料について

原判決は、避難生活慰謝料 円、生命・身体の安全が侵害される危
険を経験したことによる慰謝料 円及び写真、アルバム、ビデオ等思
い出の品を失ったことによる慰謝料 円をそれぞれ認定したが（原判

決 6 6 及び 6 7 ページ)、前記 2 で述べたとおり、上記の原判決の判断は誤りである。

(4) 被控訴人 ■■■■■ の損害について

ア 家財の被害について

原判決は、国税庁資料に基づいて算定した被控訴人 ■■■■■ (以下「被控訴人 ■■■■■」という。) の家財評価額 ■■■■■ 円のうち被害割合を 6 5 % として、その 2 分の 1 である ■■■■■ 円を被控訴人 ■■■■■ の家財の損害額と認定した (原判決 6 8 ページ)。

しかしながら、民事訴訟法 2 4 8 条が適用されるための要件として損害の発生立証が必要であるところ、原判決が引用する証拠によっても、いかなる家財に損害が発生したのか明らかではないから、同条が適用されるための要件を欠くというべきである。

また、仮に民事訴訟法 2 4 8 条が適用されとしても国税庁資料に基づき損害額を認定することは原則として許容されるものではないことは前記 1 (2) で述べたとおりである。

したがって、家財の損害額 ■■■■■ 円は認められず、上記の原判決の判断は誤りである。

イ 慰謝料について

原判決は、避難生活慰謝料 ■■■■■ 円及び写真、アルバム、ビデオ等思い出の品を失ったことによる慰謝料 ■■■■■ 円をそれぞれ認定したが (原判決 6 9 ページ)、前記 2 で述べたとおり、上記の原判決の判断は誤りである。

(5) 被控訴人 ■■■■■ の損害について

ア 家財の被害について

前記 (4) ア で述べたとおりである。

イ 慰謝料について

前記(4)イで述べたとおりである。

(6) 被控訴人■■■■の損害（慰謝料）について

原判決は、避難生活慰謝料■■■■円、生命・身体の安全が侵害される危険を経験したことによる慰謝料■■■■円及び写真、アルバム、ビデオ等思い出の品を失ったことによる慰謝料■■■■円をそれぞれ認定したが（原判決70及び71ページ）、前記2で述べたとおり、上記の原判決の判断は誤りである。

(7) 被控訴人■■■■の損害について

ア 住宅の被害について

原判決は、補修工事の金額を立証する領収書等の客観的な証拠はないが、本件氾濫により、被控訴人■■■■（以下「被控訴人■■■■」という。）の居宅に損害が生じたこと自体は明らかであるとした上で、平成30年6月7日時点の固定資産税評価額が■■■■円であり、国税庁資料によれば、2階建以上の建物が床上50センチメートル未満浸水した場合の被害割合は35%であることを考慮して、居宅の補修に係る損害を■■■■円（■■■■円×35%）と認定した。

しかしながら、被控訴人■■■■は、領収書に代わる補修費用の支払の事実を示す振込票及び通帳の写し等による立証を試みることなく、また、補修工事を依頼した工事業者に確認する等の方法により損害額を立証することが極めて困難である事情を明らかにすることもなく、国税庁資料に基づく推計計算のみを行って損害額を算出するにすぎないのであるから、損害の証明はないといわざるを得ない。

したがって、居宅の補修に係る損害額■■■■円は認められず、上記の原判決の判断は誤りである。

イ 家財の被害について

原判決は、国税庁資料に基づいて算定した被控訴人■の家財評価額■
■円のうち被害割合を30%として、家財の損害額を■円と認定
した（原判決72ページ）。

しかしながら、民事訴訟法248条が適用されるための要件として損害
の発生立証が必要であるところ、原判決が引用する証拠によっても、い
かなる家財に損害が発生したのか明らかではないから、同条が適用される
ための要件を欠くというべきである。

また、仮に民事訴訟法248条が適用されるとしても国税庁資料に基づ
き損害額を認定することは原則として許容されるものではないことは前記
1(2)で述べたとおりである。

したがって、家財の損害額■円は認められず、上記の原判決の判断
は誤りである。

ウ 慰謝料について

原判決は、避難生活慰謝料■円、生命・身体の安全が侵害
される危険を経験したことによる慰謝料■円及び写真、アルバム、ビ
デオ等思い出の品を失ったことによる慰謝料■円をそれぞれ認定した
が（原判決72及び73ページ）、前記2で述べたとおり、上記の原判決
の判断は誤りである。

(8) 被控訴人■の損害について

ア 住宅の被害について

原判決は、被控訴人■（以下「被控訴人■」という。）が、本件氾
濫により床下消毒工事・清掃工事等の浸水災害復旧工事の費用として合計
■円を支払ったことが認められると判示する（原判決83
及び84ページ）。

しかしながら、被控訴人■は復旧工事請負契約書（甲損第20号証の9

及び同第20号証の10) 及び請求書(甲損第20号証の17)を提出するのみで、これらの代金支払の事実を示す領収書、振込票、通帳の写し等の客観的資料を提出していない。また、被控訴人■において、工事の施工業者に依頼すれば工事代金の支払を示す領収書等の客観的資料を入手することは容易であるにもかかわらず、それさえも行わないのであるから、代金支払の事実の立証はされていないといわざるを得ない。

したがって、被控訴人■が工事費用 ■■■■■ 円を支払った事実は認められず、上記の原判決の判断は誤りである。

イ 家財の被害について

原判決は、国税庁資料に基づいて算定した被控訴人■の家財評価額 ■■■■■ 円のうち被害割合を65%として、家財の損害額を ■■■■■ 円と認定した(原判決84ページ)。

しかしながら、民事訴訟法248条が適用されるための要件として損害の発生立証が必要であるところ、原判決が引用する証拠によっても、いかなる家財に損害が発生したのか明らかではないから、同条が適用される要件を欠くというべきである。

また、仮に民事訴訟法248条が適用されとしても国税庁資料に基づき損害額を認定することは原則として許容されるものではないことは前記1(2)で述べたとおりである。

したがって、家財の損害額 ■■■■■ 円は認められず、上記の原判決の判断は誤りである。

ウ 車両の被害について

原判決は、車両(商品名「■■■■■」、グレード「■■■■■」)の損害について、国税庁資料に基づき、 ■■■■■ 円と認定した(原判決84及び85ページ)。

しかしながら、原審被告損害各論準備書面（原告番号■■■■、■■■■■■）（４ページ）で述べたとおり、特段の事情がない限り、中古車の損害額を減価償却の方法によって算定すること許されない。すなわち、中古車が損傷を受けた場合、当該自動車の事故当時における取引価格は、原則として、これと同一の車種・年式・型、同程度の使用状態・走行距離等の自動車を中古車市場において取得し得るに要する価額によって定めるべきであり、減価償却の方法である定率法又は定額法によって定めることは、加害者及び被害者がこれによることに異議がない等の特段の事情のない限り、許されない（最高裁昭和４９年４月１５日第二小法廷判決・民集２８巻３号３８５ページ）。そして、前記自家用車については、広く流通している車両と考えられ、一般に中古車市場における取引事例が存在しないといった特段の事情はないから、減価償却の方法によって算定することはできず、通常の方法（個別的評価）によるべきである。また、前記自家用車について、水没により廃車となったことを裏付ける客観的資料が提出されていない。

したがって、国税庁資料に基づき車両の損害を■■■■■■円と認定した原判決の判断は誤りである。

エ 慰謝料について

原判決は、避難生活慰謝料■■■■■■円、生命・身体の安全が侵害される危険を経験したことによる慰謝料■■■■■■円及び写真、アルバム、ビデオ等思い出の品を失ったことによる慰謝料■■■■■■円をそれぞれ認定したが（原判決８５及び８６ページ）、前記２で述べたとおり、上記の原判決の判断は誤りである。

(9) 被控訴人■■■■の損害について

原判決は、避難生活慰謝料■■■■■■円、生命・身体の安全が侵害さ

れる危険を経験したことによる慰謝料■■■■円及び写真、アルバム、ビデオ等思い出の品を失ったことによる慰謝料■■■■円をそれぞれ認定したが（原判決86及び87ページ）、前記2で述べたとおり、上記の原判決の判断は誤りである。

第4 結語

以上のとおり、控訴人が本件砂丘を河川区域に指定しなかったことについて、河川管理の瑕疵は認められず、控訴人は国賠法2条1項に基づく責任を負わないのであるから、原判決の判断は誤りである。したがって、原判決中控訴人の敗訴部分を取り消し、同部分に係る被控訴人らの各請求を棄却すべきである。

以 上