

令和4年（ネ）第4161号 損害賠償請求控訴事件

一審原告 外

一審被告 国

控 訴 答 弁 書

2023年6月30日

東京高等裁判所 第15民事部 御中

控訴人ら訴訟代理人	弁護士	坂	本	博	之
同	弁護士	大	木	一	俊
同	弁護士	只	野		靖
同	弁護士	及	川	智	志
同	弁護士	小	竹	広	子
同	弁護士	五	來	則	男
同	弁護士	在	間	正	史
同	弁護士	鈴	木	裕	也
同	弁護士	高	橋	利	明
同	弁護士	田	中		真
同	弁護士	服	部		有

本書面は、1 審被告国の令和 4 年 9 月 2 6 日付控訴理由書のうち「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 5 頁～5 5 頁）について、反論を述べるものである。

まず、前提として、新たに判明した事実によるものも含めて、原判決の判示は正しく、誤りはないことを述べた上で（第 1）、控訴理由書で主張されている 3 点について述べる（第 2～第 4）。

なお、控訴理由書のうち「第 3 原判決の損害論に係る認定判断が誤りであること」（5 5 頁～7 0 頁）については、別の書面で述べることとする。

目次

第1 原判決の判示は正しく、誤りはないこと	4
1 原判決の判示要旨	4
2 枠組みとなる河川法施行令1条1項1号について	5
3 若宮戸地区の地形とその変化について	7
4 若宮戸地区について河川法6条1項3号の区域の指定を行う目的について	14
5 本件河川区域指定は、河川法施行令1条1項1号を正しく適用せず、河川法6条1項3号に反し、違法であること	16
6 小括	19
第2 控訴理由第2の1（15頁～27頁）に対する反論	21
1 国の主張（要点）	21
2 国の主張に対する批判・反論	21
第3 控訴理由第2の2（27頁～40頁）に対する反論	25
1 (1)（判断枠組み 大東水害最高裁判決の判断基準の適用）について	25
2 (2)イについて（控訴理由書30頁～37頁）	31
3 (2)ウについて（控訴理由書37頁～39頁）	35
第4 控訴理由第2の3（40頁～55頁）に対する反論	37
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、かかる場合は例外であるとの点について（(1)ア、(2)～(5)）	37
2 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（(1)イ、(6)）との点について	43

第1 原判決の判示は正しく、誤りはないこと

1 原判決の判示要旨

原判決は、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、平作川に関する最高裁平成8年7月12日判決を前提として（原判決44頁）、以下のとおり、判示した。

- (1) 河川管理者には、河川管理の目的に照らし、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。このことは、改修後の河川について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（原判決45頁）。
- (2) 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頁）。
- (3) 特定の土地につき、（河川法6条1項3号の）要件に該当すると認められ、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、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るべき義務があるというべきである（原判決46頁）。
- (4) 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」に当たり、かつ、本件砂丘は「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河川区域に指定するべき義務があった（原判決47頁～50頁）。
- (5) 以上の次第で、被告は、本件砂丘を含む区域を河川区域として指定するべきであったにもかかわらず、これを怠っていたものであり、河川管理の瑕疵があった（原判決50頁）。

以下、1審被告の控訴理由書に対する反論を述べる前提として、改めて、1審原告の主張をまとめ、原判決が正しく判示したことを述べる。

2 枠組みとなる河川法施行令1条1項1号について

(1) 河川は、本来自然発生的な公共用物であり、管理者による公用開始のための特別の施設設置行為を要することなく、管理開始時の状態において、公共の用に供される物である（参考、大東水害最高裁判決）。

河川は、その形成において、自然発生したものであるが、日本の沖積平野の河川（鬼怒川下流部もそうである）は、公共用物として河川管理者の管理の対象となるときは、発生したときの自然のままの状態ではない。すなわち、沖積平野は河川の出水によって運ばれてきた土砂が堆積して形成されたものであり、沖積平野の河川は、元来、網の目のように流路があり、洪水のたびにしばしば主たる流路を変えていたのである。それを、主に江戸時代において、築堤によって流路を固定し、さらには流路を変えるなどのことが行われ、明治に至って、近代法下の公共用物となったのである。沖積平野の河川は、管理者による公用が開始された時の状態は、発生時の状態（自然の状態）から築堤等の人為が加えられた状態なのであり、管理者が管理を開始したときは、規模の大小はあるが、堤防がすでに存在しているのである。

そして、すでに存在している堤防は、盛土されて堤内地よりも高くなっているが、全てが河川法13条2項に基づく河川管理施設等構造令の定めている構造の基準を満たしているのではなく、むしろ、大部分（殆どといってもよいであろう）がその基準を満たしておらず、計画高水位に満たない高さのものもある。それでも、堤内地よりも高くなっていることにより、洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいるのである。

(2) 河川管理者の管理の対象とする「河川」は、低水路を中心として兩岸に無限に広がっているのではなく、「河川区域」として画された範囲である。

堤防のある有堤区間では、低水路の土地の区域（河川法6条1項1号）と堤防

の敷地の土地の区域（同項2号）は、当然に河川区域となるので、公用開始のために特別の行為を必要としない。堤防と低水路との間の堤外の土地は当然に河川区域とならず、堤外の土地のうち低水路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が河川区域となる（同項3号）。

これに対して、堤防のない無堤区間では、河川管理者が公用を開始したとき当然に河川区域となり管理の対象となるのは、堤防がないので低水路だけである。堤防がないため堤外の土地がないので、堤外の土地のうち低水路と一体として管理を行う必要がある区域を指定することができない。そのため、連続的に堤防が築堤されているいわゆる築堤区間においてその一部に無堤区間がある場合、河川区域となり管理の対象となるのは、上下流の有堤区間においては、低水路及び堤防敷地の土地の区域並びに低水路と堤防と間の土地の区域（河川法6条1項3号よる指定がなされる）であるのに対して、河川法6条1項3号の括弧書きがなければ、無堤区間では低水路だけになってしまい、管理の対象・範囲の連続性が大きく欠けることになる。

しかし、すでに連続的に堤防が築堤されている築堤区間においてその一部に無堤区間がある場合は、かつて連続堤防を築堤したとき、洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいた丘陵地等の地形があったので、築堤の必要がないため、その上下流は築堤されたが、そこだけ築堤されずに、無堤区間となったのである。この地形の部分を河川区域にすることによって、河川管理の対象・範囲が上下流の有堤区間と連続したものとなり、洪水に対処することが可能となる。

このための法令規定が、河川法6条1項3号括弧書きによる同法施行令1条1項1号及び2号である。すなわち、すでに連続的に堤防が築堤されている築堤区間においては、無堤区間には、堤防がなく堤外の土地がない。そこで、先ず、堤防に隣接等し、高さが高くなっている地形により、上下流の堤防と一体となって洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいる土地は、堤防と同様の効用を有していて、堤防に隣接して一連のものとして効用を果たしている土地であり、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であって、河川法施行令1条1項1号の土地（「堤防類地」）となる。これと低水路（河川法6条1項1号の土地）との間にある土地は、堤防と低水路との間の堤外の土地と同様に、河川法施行令

1条1項2号の土地（堤外類地）となる。そして、堤防類地と堤外類地は、洪水の氾濫を防止し、又は洪水を疎通させる役割を果たすことになるので、合わせて河川法6条1項3号の区域として指定することによって、河川区域として管理することができるようになる。以上のことは、河川法研究会編著『改訂版「逐条解説」河川法解説』41頁においても、説明されている。

以上により、無堤区間の河川区域が上下流の有堤区間と連続した範囲となり、一体となった河川管理が可能となるのである。

3 若宮戸地区の地形とその変化について

(1) 鬼怒川の河川法6条1項3号の区域を指定する告示

現行河川法が1965（昭和40）年4月1日に施行され、鬼怒川を含む利根川水系が建設大臣（当時。以下、国土交通大臣を含め「国」という）の管理となり、国によって、同月に利根川水系工事实施基本計画が策定され、鬼怒川における指定区間外における河川法6条1項3号の区域の指定が1966（昭和41）年12月28日に告示されて、国の河川管理の対象となる鬼怒川の河川区域が定まった（乙6の1。以下、この指定を、正確な略称ではないが、それによって河川区域が定まるので「本件河川区域指定」といい、指定された同号の区域を「本件河川区域」という）。

本件河川区域指定において、河川法6条1項3号の区域とされたのは、その告示によれば、「鬼怒川下流平面図」の茶色で着色された赤線で囲まれている区域のうち河川法6条1項の区域（低水路）及び2号の区域（堤防の敷地）の区域以外の区域である（乙6の1建設省告示第4525号、乙6の2・3及び乙60の1・2各「鬼怒川下流平面図」）。

(2) 空中写真等に基づく若宮戸地区における丘陵地形とその変化（新たに判明した事実を含む）

ア 本件河川区域指定が行われた1966（昭和41）年時の地形は、左岸（以下、特に断らない限り距離kは左岸である）は、26.0kより上流には堤防があり、

24.5 kより下流にも堤防があるが、24.5 k～26.0 kの区間（以下「若宮戸地区」という）には、堤防がなかった（乙6の2・3及び乙60の1・2）。

すなわち、若宮戸地区には堤防がなかったが、その上流側堤防とその下流側堤防に接続する鬼怒川の流に沿う丘陵地があった。この丘陵地は、北西季節風（「日光おろし」と呼ばれている）によって、鬼怒川に堆積していた砂が東岸の自然堤防の上に高く堆積した河畔砂丘であり、「十一面山」あるいは「若宮戸山」と呼ばれている。以下、この丘陵地を、地形に着目して「本件砂丘」といい、樹木等の植生も含めていうときは「本件砂丘林」という。

イ 本件砂丘は、図1「迅速測図・治水地形分類図（1977年初版）比較」（迅速測図と現在の地図 比較地図 <https://habs.rad.naro.go.jp/compare.html>、治水地形分類図1977年初版）の迅速測図（1883（明治16）年作製、縮尺2万分の1）によると、長さは26 k付近から24 k付近までの鬼怒川の流に沿った約2 km、幅は最大25 k付近で約400 m、25 k付近から26 k付近において高さが比較的高く、最高点が標高32.25 mである丘陵地であった。

そして、尾根として、最高点があって最も規模が大きいと思われる東端及び次いで規模の大きいと思われる中央西寄りの北・南それぞれの始まりを共通にする2列の尾根と西端の幅が小さく長さも短いものがある2列の尾根よりなる合計4列の尾根があった。

なお、25.35 k付近の本件洪水で溢水のあった地点は、中央西寄り尾根のなかの「32.25」の南の東に張り出すように出ている東下りの崖（急斜面）の西側である（概ねの位置を赤色の◎で記入した）。

迅速測図によれば、本件砂丘は、松と檜の生えている林で、上流は約26 k付近¹で、下流は約24 k付近で、それぞれ堤防に接続していた。

ウ 若宮戸地区における河畔砂丘の時系列変化を明らかにしている空中写真

その後の1947（昭和22）年10月から2015（平成27）年9月まで

¹ なお、26 kで接続していた上流側堤防は、26.2 kより上流は1935（昭和10）年3月に通水した鎌庭捷水路ができる前の旧河道での堤防である。

の状況は、図2「若宮戸地区における河畔砂丘の時系列変化」(甲63青山雅史「土地履歴からみた液状化被害・水害の発生要因と危険度評価の検証 研究成果報告書」図13若宮戸地区における鬼怒川左岸河畔砂丘の時系列変化と人為的土地改変の履歴。同図は、国土地理院の空中写真には、スケールバーがついているので、長さを図上計測することが可能である)の各空中写真のようである。ここには、以下の日時の空中写真が11枚あげられている。

- ① 1947(昭和22)年10月26日
- ② 1964(昭和39)年5月16日
- ③ 1968(昭和43)年8月22日
- ④ 1972(昭和47)年9月16日
- ⑤ 1975(昭和50)年1月3日
- ⑥ 2013(平成25)年6月4日
- ⑦ 2014(平成26)年3月22日
- ⑧ 2015(平成27)年2月2日
- ⑨ 2015(平成27)年9月11日
- ⑩ 2015(平成27)年9月29日
- ⑪ 2016(平成28)年10月26日

これとは別に、以下の日時の空中写真が3枚ある。

図3「国土地理院1961(昭和36)年8月10日撮影」

図4「国土地理院1967(昭和42)年3月29日撮影」

図5「国土地理院1968(昭和43)年8月22日撮影」(図2③と同じ)。

エ 1947(昭和22)年から1964(昭和39)年にかけての変化

本件砂丘の堤防との接続関係は、1947(昭和22)年10月においては、図2①のとおり、迅速測図と同じであった。

その後、1961(昭和36)年8月においては、図3のとおり、下流側堤防が北に延びて、本件砂丘に東に折れ曲がって食い込む形で接続しており、図1の治水地形分類図と同じ24.6k付近までになっている。図1の迅速測図と対照

すると、下流側堤防が接続しているのは、東端尾根である。そして、本件砂丘は、26.0kで上流側堤防と接続している。このような地形は、上流側堤防一本件砂丘（東端尾根）一下流側堤防と連続させて一体としたものとし、これによって洪水の堤内地への流入を防ごうとしているものである。そのことは、図1の治水地形分類図からも読み取れる。

1947（昭和22）年10月から1964（昭和39）年5月までの空中写真（図2①、図3、図2②）を精査すると、樹木の伐採、樹木の伐根と掘削（土の露出）と認められるところがある。

旧河川法においては、河川の区域は、地方行政庁（都道府県知事）により、流水が永期に渉るべきものと認められて、認定された区域であり（旧河川法2条）、堤防は、河川の区域ではなく、河川の附属物として認定されていた（旧河川法4条）。低水路の外の洪水時に冠水しないところはもちろん、洪水時に一時的に冠水するところも、流水が永期に渉るべきものと認められないので、河川の区域には認定されていなかった。本件砂丘林は、河川の区域に認定されておらず、そこで樹木の伐根や掘削を行うことは制約がなかったのである。

モノクロ空中写真においては、樹林は樹冠で盛り上がっていて濃い灰色、樹林が伐採されているところは樹木がなくなってへこんでいて薄い灰色、樹木の伐採にとどまらず樹木の伐根のうえ掘削されて土が露出しているところはへこんでいて白っぽい色となる。

図3のとおり、1961（昭和36）年8月において、①樹林のなかに、樹木がなくなってへこんでいて薄い灰色の部分がある。図1の迅速測図における25.35k付近の東端尾根と中央西寄り尾根の間の部分である（図3の大きな赤丸）。②また、その南の市道東0272号線が本件砂丘林に進入する地点で、土が露出してへこんでいて白っぽい色となっている部分がある（図3の小さな赤丸）。掘削の程度は判別できないが、掘削のために樹木が伐根されて土が露出しているものと認められ、この部分は、図1の迅速測図における本件砂丘の東端尾根である。

そして、この部分は、1964（昭和39）年5月の図2②においても、白く写っていることを確認できる。

上記のように、地形からは、上流側堤防一本件砂丘（東端尾根）一下流側堤防と連続させて、洪水の堤内地への流入を防ごうとしているものと認められるが、本件砂丘林の現場では、最も基本となる本件砂丘林の東端尾根において、掘削のために樹木を伐根することによる土の露出があり、また、東端尾根と中央西寄り尾根の間の樹木の伐採も行われており、本件砂丘林は、改変の危険にさらされていた。

オ 国による河川管理の開始（1965（昭和40）年4月）と、本件河川区域指定（1966（昭和41）年12月）

国の鬼怒川の河川管理は、1965（昭和40）年4月に始まり、同時に利根川水系工事実施基本計画が策定された。

上記のとおり、1964（昭和39）年5月の図2②においてみられるように、本件砂丘林は、改変の危険にさらされていたが、河川管理の開始後、すみやかに東端尾根を区域内にする河川法6条1項3号の区域の指定をすることは可能であった。

ところが、本件河川区域指定の告示がされたのは、1966（昭和41）年12月であり1年9か月後であった。そして、本件河川区域指定の範囲は、東端尾根を区域内にしないどころか、中央西寄り尾根の堤内側丘陵終端部すら含めず、さらにこれよりも低水路側のより高さの低い箇所を区域内とするものであった。

その時点では、図4（1967（昭和42）年3月）にみられるとおり、上下流の堤防と接続して一体となって洪水の堤内地への流入を防ぐ機能を果たしている東端尾根が掘削されてなくなり始めていた。

河川管理の開始後、すみやかに東端尾根を区域内にする河川法6条1項3号の区域の指定をしていれば、この掘削を防げた可能性は十分にあった。

カ 1967（昭和42）年から1968（昭和43）年8月にかけての変化

そして、25.35k付近の上下流にかけて、1967（昭和42）年3月には、図4のとおり、南北長さ約300mにわたり、東側端から約100mの幅で、植生がなくなり、土が露出して、掘削改変と認められる変化がある。

さらに、1968（昭和43）年8月には、図5（及び図2③）のとおり、植生がなくなり土が露出して掘削改変と認められる範囲が、北に拡大して南北長さ約500mとなり、また、西に拡大して幅約150mになって、植生部分が幅約100mに縮小している（甲63では、著者の青山はこの掘削改変と認められる部分を「砂の採取場」と整理している）。

この変化は、図1の迅速測図と対照すると、図4（1967（昭和42）年3月）では、規模の大きな2列の尾根のうち、東端尾根が掘削されてなくなり始め、中央西寄り尾根に掘削が迫っている状態であり、図5（1968（昭和43）年8月）では、それがさらに進んで、東端尾根は北半分がほぼなくなり、加えて、中央西寄り尾根にも掘削が及んで、25.35k付近にある東に張り出すように出ている東下りの崖（急斜面）のある部分がなくなっている状態である。

本件河川区域指定をした1966（昭和41）年12月（空中写真では図4の1967（昭和42）年3月）時点では、東尾根は、掘削されてなくなり始めており、河川区域にして保全するには遅きに失していた。

しかし、東尾根を河川区域に含められなくとも、1966（昭和42）年12月の時点では、未だ、中央西寄り尾根が残されており、これを河川区域内にすることが洪水の堤内地への流入を防ぐ最後の守りとなるのであるから、中央西寄り尾根を含む範囲を河川法6条1項3号の区域にすることは可能であり、同区域にすべきであった（未だ稜線には掘削が及んでいないので、保全するには十分に間に合う）。

しかし、国は、中央西寄り尾根の堤内側丘陵終端部を区域内とせず、これよりも低水路側のより高さの低い箇所を区域内とする本件河川区域指定を行った。

そのため、上記のように、本件河川区域指定時には、中央西寄り尾根には掘削が及んでいなかったものが、1968（昭和43）年8月には、図5のとおり、中央西寄り尾根の25.35k付近にある東に張り出すように出ている部分がなくなってしまったのである。

(3) 1968（昭和43）年8月から2013（平成25）年6月までの全体的

状況と25.35k付近の精査

ア 本件砂丘の1968（昭和43）年8月の状況は、その後、2013（平成25）年6月まで、基本的に変わっていない。

すなわち、図6「若宮戸地区 地形図」（甲21『平成15年度若宮戸地先築堤設計業務報告書』図3.3.1洪水時冠水状況平面図（3-11頁））のとおり、本件砂丘は、鬼怒川の流路に沿うもので、上記の東側部分の掘削によって東端尾根がなくなったため、中央西寄り尾根の掘削によって残された稜線が東端となっている丘陵地であり、稜線が、26.0k付近において上流側堤防に、24.5k付近において下流側堤防に、それぞれ接続していて、一部を除いて計画高水位（24.75kはY.P.22.17m、25.00kは同22.26m、25.25kは同22.35m、25.50kは同22.44m）を上回る高さがあったのである。

イ 1968（昭和43）年8月から2013（平成25）年6月の間の地形につき、25.35k付近について詳しくみると、図7「25.35k付近の2014年掘削前の地盤状況」のとおりである。

横断的には、低水路の東（図では下）の部分は、全体としては、東に行くにつれて、高さがY.P.20mからY.P.22mへと高くなっているが、測線NO.15と同NO.16の間付近は、かなり東に達してY.P.21mになり、その少し先で崖となっている。崖の上端は、高さがY.P.22mないところが多い。そして、崖となっている部分の上下流の部分は、いずれもY.P.23mを上回る高さの稜線となっている。

この地形の形状からみると、崖になる前は、崖となっている部分の東には、Y.P.22mより高さが高く、上下流のY.P.23mを上回る高さの稜線と連続している稜線があったが、東から掘削されたため、稜線がなくなってしまう、低水路側から東に向かって高さが高くなっているが、Y.P.22mの直前で途切れ、そこから東下りの崖となる上記の地形となったものと推認される。

上記のように、1967（昭和42）年3月（図4）において植生がなくなり土が露出していて掘削改変と認められる範囲が、1968（昭和43）年8月（図5）には、西に拡大し、図1の迅速測図の中央西寄り尾根の25.35k付近にあ

る東に張り出すように出ている東下がりの崖（急斜面）の西まで及んで、植生が幅約100mに縮小する変化がある。また、25.35k付近においては、上記のように、図7で崖となっているところの東には、元は、Y.P. 22mより高さが高く、上下流のY.P. 23mを上回る高さの稜線と連続している稜線があったものと推認される。図4の1967（昭和42）年3月における植生部分の東端が、この稜線があったときの堤内側丘陵終端部である。この部分の樹木の伐根と掘削が行われて、この稜線が失われ、図5及び図2③の1968年（昭和43）年8月以降の図7の地形となったものである。

4 若宮戸地区について河川法6条1項3号の区域の指定を行う目的について

(1) 目的1

国が鬼怒川の河川管理を開始した後、本件河川区域指定をした時の若宮戸地区及びその上下流の地形は、26.0kより上流と24.5kより下流には堤防があるが、24.5k～26.0kの若宮戸地区には、堤防がなかった。

したがって、若宮戸地区においては、当然に河川区域となり河川管理の対象となるのは、堤防がないので、低水路だけである。そして、堤外の土地がないため、堤防のある上下流と同様に、堤外の土地のうち低水路と一体として管理を行う必要がある区域を指定することができない。そのため、河川区域となり、管理の対象となるのが、このままでは、堤防のある上下流においては、低水路及び堤防敷地の土地の区域並びに低水路と堤防と間の土地の区域（堤外の土地があるので、河川法6条1項3号による指定がなされる）であるのに、若宮戸地区では、低水路だけになってしまい、管理の対象となる河川区域の範囲の連続性が大きく欠けることになる。

しかし、若宮戸地区は上記のとおり、洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいた丘陵地の本件砂丘があるので、かつて上下流の堤防を築堤したとき、築堤の必要がないため、築堤されなかったのである。

本件砂丘を河川区域にすることによって、若宮戸地区は、はじめて堤防のある上下流と連続したものとなり、一体となって洪水に対処することが可能となるのである。

若宮戸地区においては、上記のとおり、本件砂丘には、上下流の堤防に接続する

尾根として、東端尾根と中央西寄り尾根があり、1965（昭和40）年4月に国が鬼怒川の河川管理を開始して、1966（昭和41）年12月に本件河川区域指定の告示をした時は、東端尾根は失われつつあったものの、中央西寄り尾根が残されていた。この尾根の部分は、上下流の堤防に接続する丘陵地であり、上下流の堤防と一体となって洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいるので、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であり、河川法施行令1条1項1号の土地（堤防類地）とすることができるのである。これによって、尾根と低水路との間の土地が、堤防と低水路との間の堤外地と同様な、同項2号の土地（堤外類地）となり、この堤防類地と堤外類地を合わせて河川法6条1項3号の区域の指定ができる。以上によって、若宮戸地区は、河川区域が、堤防のある上下流と連続した範囲となり、上下流と一体となった河川管理が可能となるのである。

(2) 目的2

本件砂丘は、上記のように、堤防が設置されているのと同じの状況を呈している地形であり、上下流の堤防と一体となって洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいたとしても、河川区域でなければ、所有者等の土地の利用権限ある者は、掘削、砂を含む土石（以下同じ）の採取等の地形改変を自由に行うことができる。掘削、土石の採取等の地形改変が行われると、本件砂丘の堤防が設置されているのと同じの状況を呈している地形が損なわれて、洪水の堤内地への流入氾濫を防止できなくなる。

しかし、本件砂丘を、堤内側丘陵終端部まで、河川法施行令1条1項1号の土地（堤防類地）として、河川法6条1項3号の区域に指定すると、河川区域となり、区域内の掘削、土石の採取、樹木の伐根等の地形改変は、禁止されて、河川管理者（国）の許可を受けなければならなくなる（河川法25、27条1項）。

若宮戸地区の河川法6条1項3号の区域の指定の目的は、本件砂丘林の上下流の堤防に接続している中央西寄り尾根の部分を河川区域内にすることによって、若宮戸地区の河川区域の範囲を上下流の堤防区間と連続したものとするとともに、河川区域内の掘削、土石の採取等を禁止し、洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいる地形が損なわれるのを防止することである。

実際、本件砂丘林は、上記で述べたように、1966（昭和41）年12月告示

の本件河川区域指定が行われようとしているときに、東側の堤内側が、樹木の伐根と掘削がされて、地形改変が行われている。本件砂丘林は、告示の時には、図1の迅速測図に記載されている尾根のうち、最も規模の大きい東端尾根が失われつつあり、次いで規模の大きい中央西寄り尾根も、地形改変は、25.35k付近では、高さがY.P.22mより高く、上下流のY.P.23mを上回る高さの稜線と連続している部分に迫っていた。そして、中央西寄り尾根は、上記告示から約1年半後の1968（昭和43）年8月には、砂丘林の東端になったうえ、この部分がなくなって、残された稜線がY.P.22mを下回るところがあるものとなり、砂丘林の幅が約100mだけになっている。本件河川区域指定を行おうとしているときは、このような地形改変が行われて、洪水の堤内地への流入を防いでいる最後の守りというべき、本件砂丘の中央西寄り尾根が失われてしまうのを防止しなければならない状況だったのである。

5 本件河川区域指定は、河川法施行令1条1項1号を正しく適用せず、河川法6条1項3号に反し、違法であること

(1) 本件河川区域指定の内容

上記で述べたように、本件河川区域指定において、河川法6条1項3号の区域とされたのは、その告示によれば、「鬼怒川下流平面図」の茶色で着色された赤線で囲まれている区域のうち河川法6条1項の区域（低水路）及び2号の区域（堤防の敷地）の区域以外の区域である（乙6の1建設省告示第4525号、乙6の2・3及び乙60の1・2各「鬼怒川下流平面図」）。

すでに述べたように、本件砂丘は、鬼怒川の流路に沿う丘陵地であり、1966（昭和41）年12月の本件河川区域指定時においては、2列あった規模の大きい尾根のうち、東端尾根は掘削によってなくなり始めていたが、中央西寄り尾根が、26.0kにおいて上流側堤防に、24.5kにおいて下流側堤防にそれぞれ接続しており、接続する上下流の堤防と一体となって洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいた。

ところが、本件河川区域指定によって定まった河川区域の堤内地との境界は、中央西寄り尾根の堤内側丘陵終端部ではなく、その稜線よりも低水路側のそれよりも

高さの低いところであった。

(2) 本件河川区域指定は、河川法施行令 1 条 1 項 1 号を正しく適用せず、河川法 6 条 1 項 3 号に反し、違法であること

ア 河川法施行令 1 条 1 項 1 号の土地（堤防類地）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であり、堤防類地と河川法 6 条 1 項 1 号の土地（低水路）と間の土地が河川法施行令 1 条 1 項 2 号の土地（堤外類地）となり、堤防類地と堤外類地とを合わせて、堤外の土地についての河川法 6 条 1 項 3 号の区域の指定が行われ、これと河川法 6 条 1 項の土地（低水路）とを合わせて河川区域となるものである。連続的に堤防が築堤されている築堤区間においては、これによって、河川管理の対象となる河川区域が、有堤区間と無堤区間とが連続した一体となったものとなるのである。

そして、当該土地は、堤防類地とされて、河川区域になることにより、掘削等の地形改変が禁じられ、その指定の根拠となっている洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいる地形が損なわれることを防止でき、洪水被害の防止・軽減ができるのである。

イ 本件砂丘林は、1966（昭和41）年12月に告示された本件河川区域指定が行われようとしているときに、東側部分において、樹木の伐根と掘削が行われていた。

しかし、本件河川区域指定の告示時においては、上下流堤防に接続する2列あった規模の大きい尾根のうち、東端尾根は掘削によってなくなり始めていたが、中央西寄り尾根が、なお上下流堤防に接続しており、接続する上下流の堤防と一体となって洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいた。

本件河川区域指定を行おうとしているときは、本件砂丘を河川区域内にして、東側部分の地形改変が西側に及んで、洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいる本件砂丘の中央西寄り尾根が失われてしまうのを防止しなければならない状況だったのである。

したがって、河川区域が定まる河川法 6 条 1 項 3 号の区域の指定においては、

若宮戸地区に係る指定は、その上下流の堤防に接続して堤防と一体となって洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいる本件砂丘の中央西寄り尾根が、堤防が設置されているのと同じの状況を呈している地形であり、河川法施行令1条1項1号の土地（堤防類地）あるので、この部分を区域内にする指定を行い、河川区域の範囲を上下流の有堤区間と連続した一体となったものとするとともに、掘削等の地形改変を禁じて、洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいる中央西寄り尾根が失われるのを防止するものでなければならなかったのである。

しかし、本件河川区域の地形は、中央西寄り尾根の稜線よりも低水路側のこれよりも高さの低いところであり、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えない地形である。それにもかかわらず、このような地形の土地を河川法施行令1条1項1号の土地（堤防類地）とする本件河川区域指定が行われており、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中央西寄り尾根の堤内側丘陵終端部までの部分を、河川法施行令1条1項1号の土地（堤防類地）とせず、河川法6条1項3号の区域外とする区域指定であった。

以上のような本件河川区域指定は、河川法施行令1条1項1号を正しく適用せず、河川法6条1項3号に反し、違法なものである。

ウ そして、この違法は、その後も、是正されることがなかった。

そのため、本件砂丘は、上記告示から約1年半後の1968（昭和43）年8月には、東端尾根の北半分がほぼなくなり、中央西寄り尾根が東端になったうえ、25.35k付近では、高さがY.P.22mより高く、上下流のY.P.23mを上回る高さの稜線と連続している部分が失われてしまい、残された稜線がY.P.22mを下回るところがあるものとなり、砂丘林の幅が約100mになってしまった。

それでも、図6のように、未だ、洪水の堤内地への流入を防ぐことができる地形であるので、堤防が設置されているのと同じの状況を呈している地形である。さらに地形改変が行われて、洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいる本件砂丘の残された中央西寄り尾根が失われてしまうのを防止しなければならない状況なのである。

上記のように、本件河川区域指定は河川法施行令1条1項1号を正しく適用せず、河川法6条1項3号に反し、違法なものであり、この違法が是正されることがなかったため、上記の中央西寄り尾根の稜線の一部がなくなってしまう地形改変が行われたのであるが、中央西寄り尾根の残された部分は、未だ洪水の堤内地への流入を防ぐことができる地形であるので、なおさら、この違法を是正して、本件砂丘の残された中央西寄り尾根の堤内側丘陵終端部までの部分が失われてしまうのを防止しなければならないのである。

しかし、その後も、この本件河川区域指定の違法は是正されることなく、継続していた。そのため、2014（平成26）年3月に、ソーラー発電事業者によって本件砂丘林の樹木の伐根と掘削が行われて、残された中央西寄り尾根がなくなり、地盤高が堤内地平坦部とほぼ同じ高さになったのである。そして、2015（平成27）年9月に本件洪水が起こり、本件溢水被害が生じたのである。

6 小括

以上のとおり、若宮戸地区の本件砂丘は、最も規模が大きいと思われる東端及び次いで規模の大きいと思われる中央西寄りの尾根が始まりと終わりを共通にしていて、その上流と下流に築堤されている堤防を接続させ、上流側堤防一本件砂丘（東端尾根ないし中央西寄り尾根）一下流側堤防と連続させて一体となり、これによって洪水の堤内地への流入を防ごうとしているものである。

本件砂丘は、1966（昭和41）年12月時点において、掘削によって東端尾根がなくなり始めていたが、中央西寄り尾根が残されており、堤防に接続して堤防と一体となって洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいて、堤防と同一の状況を呈している地形（河川法施行令1条1項1号）であり、河川法6条1項3号の区域とすべきであった。

ところが、国は、1965（昭和40）年4月に、現行河川法の施行により利根川水系の河川管理を開始し、利根川水系工事実施基本計画を策定して、1966（昭和41）年12月に行った本件河川区域指定において、本件砂丘の中央西寄り尾根を河川法6条1項3号の区域に含めず、これを河川区域内にしなかった。また、国は、その後も、本件河川区域指定を是正して、本件砂丘の残された中央西寄り尾根

を河川区域内することは可能であったが、それも怠った。これは、河川法施行令1条1項1号を正しく適用せず、河川法6条1項3号に反し、違法である。

原判決の判示内容は、以上の趣旨をいうものであって、その判示は極めて正当であり、誤りはない。

第2 控訴理由第2の1（15頁～27頁）に対する反論

1 国の主張（要点）

国の控訴理由は、要するに、河川法施行令1条1項1号が定める地形上堤防が設置されているのと同様の状況を呈している土地の「堤防が設置されているのと同様の状況」といえるには、河川法13条2項に基づく河川管理施設等構造令（昭和51年政令第199号）が定める構造の基準を満たす状況にあることを要するということ等である。

2 国の主張に対する批判・反論

現行河川法が施行された1965（昭和40）年頃の堤防は、大部分が、河川管理施設等構造令の構造の基準を満たしていないが、堤内地より高くなっていて洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいた。河川法施行令1条1項1号の土地（堤防類地）は、このような堤防と同様の状況を呈しているものであって、河川管理施設等構造令に定められた構造の基準を満たしていることは要しないものである。理由は以下のとおりである。

(1) 河川は、本来自然発生的な公共用物であり、河川管理者による公用開始のための特別の施設設置行為を要することなく、管理開始時の状態において、公共の用に供される物である。

河川は、その形成において、自然発生したものであるが、日本の沖積平野の河川（鬼怒川下流部もそうである）は、河川管理者の管理の対象となったときは、発生したときの自然のままの状態ではない。すなわち、沖積平野は河川の出水によって運ばれてきた土砂が堆積して形成されたものであり、沖積平野の河川は、元来、網の目のように流路があり、洪水のたびにしばしば主たる流路を変えていたのである。それを、主に江戸時代において、築堤によって流路を固定し、さらには流路を変えるなどのことが行われ、明治に至って、近代法下の公共用物となったのである。

沖積平野の河川は、国等が1965（昭和40）年4月1日に管理を開始して堤防を設置したのではなく、国等が管理を開始した時は、発生時の自然の状態から築堤等の人為が加えられた状態である。国等が河川管理を開始した時は、規模の大小はあるが、堤防がすでに設置されていて、存在しているのである。すでに設置されている堤防は、盛土されて堤内地よりも高くなっていて洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいるが、全てが河川管理施設等構造令の定めている構造の基準を満たしているのではなく、むしろ、大部分（殆どといってもよいであろう）がその基準を満たしておらず、高さが計画高水位に満たないものさえもある。そのため、河川管理施設等構造令の基準を満たすように、改修工事として、堤防整備が行われるのである。河川管理施設等構造令が定める構造の基準は、堤防がそれを満たしていなければ、当該堤防には瑕疵あるというのではなく、改修工事によって完成堤防として達成する目標なのである。

- (2) 国が1965（昭和40）年4月に鬼怒川の河川管理を開始した時、連続的に堤防がある築堤区間においては、規模の大小はあるが、堤防がすでに存在していて、存在している堤防は、大部分が河川管理施設等構造令の定める構造の基準を満たしておらず、高さが計画高水位に満たないものさえもあったのである。

したがって、この場合、築堤区間のうちの若宮戸地区のような無堤区間においては、この事実のもとで、河川法6条1項3号の区域の指定を行い、河川管理の対象となる河川区域が定まるのであるから、河川法施行令1条1項1号の「堤防が設置されているのと同じ状況」の「堤防」とは、大部分が河川管理施設構造令の定める構造の基準を満たしていないが、盛土されていて堤内地よりも高くなっていて洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいる現にある堤防である。洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいる地形により、このような堤防と同様の効用を有していること（『改訂版「逐条解説」河川法解説』41頁参照）、現にある堤防と同一の状況を呈しておればよいのである。

仮に、この「堤防と同一の状況」を、河川管理施設構造令が定めている構造の基準を満たしていることを要するとすると、無堤区間のこの構造の基準を満たしていない地形のところは、河川法施行令1条1項1号の土地（堤防類地）がなく、

同項2号の土地もないことになるので、河川法6条1項3号の区域の指定ができず、河川管理の対象となる河川区域になるのが河川法6条1項1号の土地（低水路）だけになってしまう。その結果、築堤区間においては、河川区域が、その上下流の有堤区間では堤防から低水路までの間であるのに、無堤区間では低水路だけになってしまい、河川管理の対象となる土地の種類・内容と範囲が断絶して連続しないものとなる。このような、河川区域は、明らかに不合理なものである。

また、本件河川区域は、本件砂丘の低水路側の高さの低いところであり、河川管理施設等構造令の定める堤防の構造の基準を満たしておらず、また、土質は本件砂丘の中央西寄り尾根と同じ砂である。国が、河川法施行令1条1項1号の「堤防が設置されているのと同じ状況」は、河川管理施設等構造令の定める堤防の構造の基準を満たしていることを要せず、また、土質は砂であってもよいとしているからこそ、本件河川区域指定がなされているのである。

- (3) 1965（昭和40）年4月1日に現行河川法が施行されて、国の鬼怒川の河川管理が始まり、本件河川区域指定は、1966（昭和41）年12月28日に告示されたものである。これに対し、河川法13条2項に基づく河川管理施設等構造令は、1976（昭和51）年10月1日に施行されたものである。

したがって、国が鬼怒川の河川管理を開始し、本件河川区域指定をした時は、河川管理施設等構造令は存在しなかったのである。

存在しない基準を満たすことは不可能であり、本件河川区域指定においては、河川管理施設等構造令の構造の基準は、前提となっていないのである。

- (4) 国は、鬼怒川の河川管理において、河道の測量に際し、本件砂丘を堤防として扱い、その稜線の高さを現況堤防高とする測量結果（甲14～16、甲35～39の各左岸の24.75k、25.00k、25.25k、25.50kの現況堤防高）に基づいて、河川管理を行っている。例えば、直轄河川改修事業事業再評価においては、現況の流下能力を評価しているが、先ず、堤内地盤高①と高水敷高②に基づく各流下能力を比較し、その高い方の流下能力を破堤敷高流下能力⑦とし、これと、現況堤防高さ④から計画余裕高⑥を差し引いたスライドダウン堤防

高⑤に基づくスライドダウン流下能力⑨を比較し、その大きいほうを最小流下能力⑨とし、これを現況の流下能力としている。そこでは、河道の測量によって得られた本件砂丘の稜線の高さを、本件砂丘は堤防ではないにもかかわらず、堤内地盤高①ではなく、現況堤防高さ④として、これによって最小流下能力を求めているのである（甲41の43頁の距離標24.75、25.00k、25.25、25.50の部分）。

国は、本件砂丘が堤防と同一の状況を呈していると判断しているからこそ、本件砂丘を堤防として扱う測量を行って、現況堤防の高さとし、これに基づいて河川管理をしているのである。

- (5) 国は、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）と同号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、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殆どである、と主張する（控訴理由書20頁）。

しかし、若宮戸地区の河川区域指定は、新たに河川区域に指定することや、新たに河川区域に指定する権限行使を怠ったことについての問題ではない。

若宮戸地区の河川区域指定の問題は、国が、鬼怒川の河川管理を1965（昭和40）年4月1日に開始した後に行った河川管理の対象となる範囲を定める1966（昭和41）年12月28日告示による本件河川区域指定が違法なものであり、そして、その違法が是正されることがなかったことであり、そのため、本件砂丘林で樹木の伐根と掘削が行われて、本件砂丘の洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいた地形が失われてしまったということなのである。

第3 控訴理由第2の2（27頁～40頁）に対する反論

1 (1) (判断枠組み 大東水害最高裁判決の判断基準の適用) について

(1) 総論 (大東水害最高裁判決の判断枠組みとその射程)

ア 大東水害最高裁判決 (要旨、下線は代理人)

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、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ものである。

したがって、河川の管理は、本来的にかかる災害発生の危険性をはらむ河川を対象として開始されるのが通常であって、河川の通常備えるべき安全性の確保は、管理開始後において、予想される洪水等による災害に対処すべく、堤防の安全性を高め、河道を拡幅・掘削し、流路を整え、又は放水路、ダム、遊水池を設置するなどの治水事業を行うことによって達成されていくことが当初から予定されているものということができるのである。

【代理人注：「治水」について】

河川の管理は、河川について、洪水、高潮等による災害発生が防止され、適正に利用され、流水の正常な機能が維持され、及び河川環境の整備と保全がされるよう総合的な管理を行うことである（河川法1条参照）。そのうち、洪水、高潮等による災害発生の防止と流水の正常な機能の維持に係るものが「治水」である。治水は、さらに、高水に係る洪水・高潮等による災害発生の防止と、低水に係る流水の正常な機能の維持に細分される。大東水害最高裁判決が「治水」と称しているものは、上記のうちの洪水・高潮等による災害発生の防止、特に洪水による災害発生の防止のことである。本準備書面でも、「治水」は、この意味で用いる。

この治水事業は、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。

また、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ことも看過することはできない。

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安全性をもつて足りるものとせざるをえない。

以上説示したところを総合すると、我が国における治水事業の進展等により前示のような河川管理の特質に由来する財政的、技術的及び社会的諸制約が解消した段階においてはともかく、これらの諸制約によっていまだ通常予測される災害に対応する安全性を備えるに至っていない現段階においては、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と解するのが相当である。

イ 治水における二重の二つの範疇（大東水害最高裁判決の射程）

大東水害最高裁判決は、上記のように、河川の改修を行う治水事業において、改修（当該箇所の河道の拡幅・掘削と築堤）が実施されていなかったことが河川管理

の瑕疵となるかについての事案において、下線を付したように、堤防の安全性を高め、河道を拡幅・掘削し、流路を整え、又は放水路、ダム、遊水池を設置するなどの治水施設を整備する治水事業（河川の改修）を行うことによって、河川の通常備えるべき安全性の確保を達成していくことが当初から予定されているものということができるとし、この治水事業は、改修等の必要性・緊急性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く、未改修河川又は改修の不十分な河川の安全性としては、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安全性をもつて足りるとしたうえで、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、諸制約のもとでの同種・同規模の河川の管理の一般水準及び社会通念に照らして是認しうる安全性を備えていると認められるかどうかを基準として判断すべきであると判示している。

大東水害最高裁判決は、河川の安全性は、治水事業による改修工事を行うことによって段階的に高めて確保されるものとしたうえで、治水事業によって、当該段階において確保されるべき安全性が確保されているかについて、河川管理の瑕疵の有無を判断し、その判断基準を示したものである。

河川管理において、治水には、河川の安全性を高めるものと、河川の安全性が損なわれて低下しないようようにするものがある。これは、野球等の球技に例えれば、安全性を高めるものが得点を得るための攻撃に相当し、安全性が損なわれて低下しないようようにすることが失点をなくすための守備に相当するものであり、河川管理においては、両者が合わさって、河川の安全性が確保されるのである。

また、河川管理においては、改修工事を行う治水事業のように事実行為を行うことと、河川法6条1項3号の区域の指定のように管理権限に基づいて処分（意思表示）を行うことがある。事実行為においては、安全性を高めるものが治水事業による改修工事であり、安全性が損なわれて低下することがないようにするものが樹木の伐採等の河川維持である。そして、河川の安全性を害する行為が禁止されることになる処分は、河川の安全性が損なわれて低下しないようにする管理権限に基づく

処分（意思表示）である。河川区域となる区域が定まる河川法6条1項3号の区域の指定は、その代表例である。

大東水害最高裁判決は、上記の河川管理のうち、河川の安全性を高めるために改修計画に基づく等して改修工事を行う治水事業における河川管理の瑕疵（安全性を段階的に高めていくなかの当該段階において確保されるべき安全性が確保されているか）について、管理の瑕疵の有無を判断し、その判断基準を示したものである。

上記のように、河川管理には、河川の安全性を高めるために行う事実行為である治水事業とは別に、河川の安全性が損なわれて低下しないようにする河川管理者の権限行使による処分がある。したがって、大東水害最高裁判決が判断基準を示した安全性を高めるために改修工事を行う治水事業における管理の瑕疵（安全性を段階的に高めていくなかの当該段階において確保されるべき安全性が確保されているか）とは別に、河川法6条1項3号の区域の指定のように、安全性が損なわれて低下しないようにする河川管理者の権限の行使（処分）についての違法による管理の瑕疵（当該時点において確保されている安全性が損なわれて低下しないように確保されているか）があるのである。

この場合は、大東水害最高裁判決が示した治水事業における河川管理の瑕疵についての判断基準とは別に、河川管理者の権限行使において、権限を付与されている趣旨・目的に照らし、当該権限の行使において、行使あるいは不行使が不適切であり、それにより、河川の備えている安全性が損なわれて、備えるべき安全性を欠くに到ったか否かという観点から判断されるべきものである。

原判決は、上記の河川管理として行われる治水についての二重の二つの範疇を正しく理解してなされている至当な判決である。

(2) 各論（ア～ウに対して）

ア アについて（控訴理由書28頁）

国は、『最高裁判所判例解説民事編昭和59年度』の大東水害最高裁判決についての加藤和夫の解説のなかの「国賠法2条1項の責任に関しては、その安全性の有無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べきであるから」

との部分（41頁）を引用して、「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」と主張する。

しかし、上記記述部分は、築堤義務に関して述べられているのであり、「河川管理者がどこにどの程度の河川管理施設を設け、又は整備するかは、ある程度河川管理者の裁量に委ねられている面があり、」と記述されて、国の引用する記述がなされているのである。

上記記述で問題とされている国賠法2条1項の責任は、築堤等の河川管理施設の整備における責任であり、加藤は、築堤等の河川管理施設の整備は、築堤義務の違反の有無、すなわち、公務員の具体的な裁量権の行使、不行使が問題となるものではなく、管理者が築堤等の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べきであると述べているのである。加藤には、築堤等の河川管理施設の整備（改修工事）ではない、安全性が損なわれないようにする河川区域指定等の処分についての責任については、全く念頭にないものである。

したがって、上記記述部分のみを引用し、これを根拠に、河川管理者の本件砂丘についての河川区域の指定についての権限の行使・不行使それ自体をもって直ちに国賠法2条の河川管理の瑕疵であるとする事は同条に規定する瑕疵の概念から逸脱するものであると主張するのは、引用文献における築堤等の河川管理施設の整備の義務について述べている部分を抜かして、除いている引用であって、安全性を高める河川管理施設の整備について述べられていることを、これと異なる安全性が損なわれないようにする処分にも用いているものであり、ご都合主義の引用である。

また、本件における若宮戸地区の河川法6条1項3号の区域指定の問題は、同号の区域指定をすべきか否かが問題なのではなく、指定権限の行使が適切なものであったかが問題なのである。すなわち、同号の区域指定としてなされた本件砂丘の中央西寄り尾根の稜線から堤内側丘陵終端部までの部分を区域内にせず、稜線より高さの低いところを区域とする本件河川区域指定は、指定権限が適切に行使されていて指定時の本件砂丘の安全性が損なわれず確保されるものであるかが問題とされているのである。上記加藤の記述に則せば、河川の安全性確保のための河川法6条1

項3号の区域指定権限が適切に行使されて、つまり安全性確保のための措置が講じられて、本件河川区域指定時における安全性（一定の安全性）が確保されているかの問題なのである。このように、若宮戸地区の河川法6条1項3号の区域指定において、指定権限が適切に行使されているかによって河川管理の瑕疵を判断するのは、上記加藤の記述及びこれを引用する国がいう、河川管理の瑕疵に係る国賠法2条1項の責任において、河川の有すべき安全性として問われるべき、河川管理者が一定の安全性確保の措置を講じているかを問題としているのである。

以上のとおり、加藤の大東水害最高裁判決についての解説を引用して行っている、河川管理者の本件砂丘についての河川区域の指定についての権限の行使・不行使それ自体をもって直ちに国賠法2条の河川管理の瑕疵であるとするのは同条に規定する瑕疵の概念から逸脱するものであるとの国の主張は、根拠のない主張である。

イ イ及びウについて（控訴理由書28頁～30頁）

国は、アの主張を述べた後、「その上」と述べて、大東水害最高裁判決を引用して、「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」と主張する。

しかし、大東水害最高裁判決は、上記で述べたように、河川管理のうち、河川の安全性を高めるために改修計画等に基づいて改修工事を行う治水事業における河川管理の瑕疵（安全性を段階的に高めていくなかの当該段階において確保されるべき安全性が確保されているか）について、管理の瑕疵の有無を判断し、その判断基準（判断枠組み）を示したものである。

しかし、河川管理における治水には、河川の安全性を高めるために改修工事を行う治水事業とは別に、河川の安全性が損なわれて低下しないようにする河川管理者の権限行使があるのであって、河川管理のうち、大東水害最高裁判決が判断基準を示した治水事業における管理の瑕疵とは別に、河川法6条1項3号の区域の指定のように、河川の安全性が損なわれて低下しないようにする河川管理者の権限の行使についての違法による管理の瑕疵（当該時点において確保されている安全性が損なわれて低下しないように確保されているか）があるのである。

この場合は、大東水害最高裁判決の判断基準とは別に、河川管理者の権限行使に

において、権限を付与されている趣旨・目的に照らし、当該権限の行使において、行使あるいは不行使が不適切であり、それにより、河川の備えている安全性が損なわれて、備えるべき安全性を欠くに到ったか否かという観点から判断されるべきものである。

したがって、大東水害最高裁判決の判断基準を用いるだけでは、本件河川区域指定についての河川管理の瑕疵の有無の判断はできないのである。国の主張には理由がない。

2 (2)イについて（控訴理由書30頁～37頁）

(1) 国の主張

国は、冒頭において、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、及び河川環境の整備と保全を図るため、総合的な管理を行うことであり、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としてなされる一切の行為を指すとし、この河川管理の1つである河川区域の指定は、大東水害最高裁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てのものであって、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ると、述べている。

そして、(ア) 以下において、具体的な築堤計画のなかで河川区域の指定が位置づけられているとの主張を縷々述べている。

(2) 上記主張に対する批判・反論

ア 河川の管理は、国も述べるように、河川について、洪水、高潮等による災害発生が防止され、適正に利用され、流水の正常な機能が維持され、及び河川環境の整備と保全がされるよう総合的な管理を行うことである（河川法1条参照）。そのうち、洪水、高潮等による災害発生の防止と流水の正常な機能の維持に係るものが治水であり、治水は、さらに、高水に係る洪水・高潮等による災害発生の防止

と、低水に係る流水の正常な機能の維持に細分される。大東水害最高裁判決等が「治水」と称しているものは、上記のうちの洪水・高潮等による災害発生の防止、特に洪水による災害発生の防止のことである。

河川管理において、治水には、河川の安全性を高めるものと、河川の安全性が損なわれて低下しないようにするものがある。河川管理においては、両者が合わさって、河川の安全性が確保されるのである。

河川管理として行われる治水には、国もいうとおり、改修工事のように事実行為を行うことと河川区域の指定のように処分（意思表示）を行うこととがある。事実行為においては、安全性を高めるものが治水施設を整備する改修工事であり、安全性が低下することがないようにするものが樹木の伐採等を行う河川維持である。そして、河川の安全性を損なう行為が禁止されることになる処分は、河川の安全性が損なわれて低下しないようにするものであり、河川区域となる区域が定まる河川法6条1項3号の区域の指定は、その代表例である。

イ 大東水害最高裁判決は、河川管理のうち、その一つである河川の安全性を高めるために改修計画等に基づいて改修工事を行う治水事業における河川管理の瑕疵について、管理の瑕疵の有無を判断し、その判断基準を示したものである。

上記のように、河川管理には、河川の安全性を高めるために行う事実行為である治水事業とは別に、河川の安全性が損なわれて低下しないようにする河川管理者の河川法6条1項3号の区域の指定のような処分（権限行使）があるのであり、この指定が治水事業でないことは明らかである。

したがって、河川法6条1項3号の区域の指定については、大東水害最高裁判決が判断基準を示した安全性を高めるために改修工事を行う治水事業における管理の瑕疵（安全性を段階的に高めていくなかの当該段階において確保されるべき安全性が確保されているか）とは別に、安全性が損なわれて低下しないようにする河川管理者の権限の行使についての違法による管理の瑕疵（当該時点において確保されている安全性が損なわれて低下しないように確保されているか）が判断されるのである。

ウ 現行河川法が1965（昭和40）年4月1日に施行されて、国が一級河川の管理を開始した時、すでに連続的に堤防が築堤されている築堤区間において、若宮戸地区のような無堤区間には、堤防がなく堤外の土地がない。しかし、若宮戸地区において、上下流の堤防に接続する丘陵地の本件砂丘があり、上下流の堤防と一体となって洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいる地形があるように、無堤区間には、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があるのである。よって、先ず、これを河川法施行令1条1項1号の土地（堤防類地）とし、これにより、堤防類地と低水路との間の土地が、堤防と低水路との間の堤外地と同様に、同項2号の土地（堤外類地）となり、堤防類地と堤外類地を合わせて河川法6条1項3号の区域として指定することにより、河川管理の対象となる河川区域が定まるのである。以上により、河川区域が、若宮戸地区のような無堤区間と上下流の有堤区間とが連続したものとなり、一体となった河川管理が可能となり、定まった河川区域のもとで、河川管理として治水事業等が行われるのである。

そして、地形上堤防と同一の状況を呈している土地の全体、とりわけ丘陵地の稜線から堤内側丘陵終端部までの部分を河川法6条1項3号の区域として指定することにより、無堤区間の河川区域を上下流の有堤区間と連続したものとするとともに、河川区域における掘削、土石の採取、樹木の伐根等を禁止し、この指定の根拠となっている洪水の堤内地への流入氾濫を防いで堤防と同様の効用を有していて、堤防と同一の状況を呈している地形が損なわれることを防止して、安全性が損なわれて低下しないようにするものである。

このように、国が河川管理を開始した時において、上記のような連続的に堤防が築堤されている築堤区間における無堤区間については、河川法6条1項3号の区域の指定が行なわれて河川区域が定まるのであり、これによって、河川管理の対象となる河川区域が、有堤区間・無堤区間を通じて一体となった連続したものとなり、以後、この定まった河川区域のもとで、河川管理の一つとして、改修計画等による治水事業等が行われるのである。この河川法6条1項3号の区域の指定が、治水事業の一環としてのものでないことは明らかである。

この場合は、改修計画等に基づいて改修工事を行う治水事業における河川管理

の瑕疵について示された大東水害最高裁判決の判断基準とは別に、河川法6条1項3号の区域を指定する河川管理者の権限行使について、権限を付与されている趣旨・目的に照らし、当該権限の行使あるいは不行使が不適切であり、それにより、河川の備えている安全性が損なわれて、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ものであることが明らかである。

エ 国の主張は、冒頭の主張から(ア)～(エ)の主張に至るまで、現行河川法が昭和40年4月1日に施行されて、国が河川管理を開始したときに行った河川法6条1項3号の河川区域の指定が適法であったことを前提として、その後定められた改修計画により、堤防等の河川管理施設の位置が変更される場合になされる河川法6条1項3号の区域の指定について述べているものに過ぎない(この指定により、当然に河川区域となる河川法6条1項1号(低水路)の土地と同項2号(堤防の敷地)の土地と合わせて、河川区域が定まるので、国は、河川法6条1項3号の区域の指定を指して、単に「河川区域の指定」と述べている)。

しかし、本件における若宮戸地区についての河川法6条1項3号の区域の指定の違法の問題は、そのようなものではない。それは、国が現行河川法の昭和40年4月1日の施行によって鬼怒川の河川管理を開始したときに行った河川管理の対象となる河川区域を定めることになる河川法6条1項3号の区域の指定の問題なのであって(国控訴理由書38頁も、河川区域の指定は、管理を開始する意思表示とする)、若宮戸地区についての河川法6条1項3号の区域の指定(乙6の1～3)が違法であり、その違法が是正されないでいたことの違法なのである。

この場合は、改修計画等に基づいて改修工事を行う治水事業における河川管理の瑕疵について示された大東水害最高裁判決の判断基準とは別に、河川法6条1項3号の区域を指定する河川管理者の権限行使について、権限を付与されている趣旨・目的に照らし、当該権限の行使あるいは不行使が不適切であり、それにより、河川の備えている安全性が損なわれて、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ものであることが明らかである。

国の主張は、的外れであり、失当であることが明らかである。

3 (2)ウについて（控訴理由書37頁～39頁）

(1) 国の主張（要旨）

国は、河川は自然公物であって、流域の地形、気象条件の変化等もあり、風雨（ママ、「出水」の誤記と思われる）による土砂の運搬、堆積とその変化に絶えずさらされておられ、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り、河川区域の指定や改修計画の策定は管理を開始する意思表示に過ぎないものであって、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べき義務が課せられるものではない、と主張する。

そして、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、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（社会的制約による事情）、③河川整備は、生物の生息・成育（ママ、「生育」の誤記と思われる）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こと（環境配慮の観点）も踏まえて、河川管理をしているのであり、「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する判断（原判決の判示）は、上記の事情に対する理解に欠けている、と主張する。

(2) 上記主張に対する批判・反論

ア 上記国の主張は、本件における若宮戸地区の河川法6条1項3号の区域の指定の違法の問題については、以下のように、全く的外れの主張である。

若宮戸地区の河川法6条1項3号の区域の指定が目的としているのは、本件砂丘林が樹木の伐根、掘削等の人為によって地形が改変されて、当該指定時の治水安全度が損なわれないようにすることである。河川が自然公物であり、自然的要因によって同号の区域指定時の治水安全度が変化することがありうることを前提としたうえで、人為的要因によって、当該指定時における治水安全度が損なわれないようにすべきであるということなのである。

国の主張は、「人為的要因」のことを忘れ、これを無視した全く的外れの主張である。

イ 上記アで、批判・反論としては、十分であるが、上記国の三つの主張に対して、批判をしておく。

①の自然的要因については、樹木は、定着初期の小さいときに伐採せずに放置していると、成長して繁茂し、河道の流下能力が大きく低減する。したがって、河道内の樹木は、より費用がかからない定着初期の小さいときに伐採し、河川区域となった時の流下能力（治水安全度）が損なわれないようにしなければならないのである。樹木の伐採は、河川維持であり、改修工事等の河川工事とは別のものとして行われている。

②の社会的制約による事情については、整備時の治水安全度が損なわれないようにしなければならないのは、整備箇所の治水安全度であって、整備箇所の上下流の治水安全度ではないのである。

③の環境配慮の観点については、生物の生息・生育状況は、その時々々の生態環境によって変化するので、整備時の生態環境を維持するのを怠っていると、それが新たな生態環境となって、生物の生息・生育状況が変化するのである。例えば、樹木の伐採を怠っていると、大きく成長し、範囲も広がった河道内樹林となり、これが新たな生息・生育の場となって、整備時の生物が生息・生育できなくなったり、整備時の生物が駆逐、排除されたりなどして、整備時とは異なった生物が生息・生育するようになる。環境配慮の観点からも、整備時の河川環境を維持して、そのもとで生息・生育する生物を保全するようにしなければならないのである。

第4 控訴理由第2の3（40頁～55頁）に対する反論

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、かかる場合は例外であるとの点について（(1)ア、(2)～(5)）

(1) 国の主張（要旨）

国は、本件砂丘について河川法6条1項3号による河川区域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と主張し、以下の内容の主張をする。

ア (1)ア（40頁）

権限の不行使が河川管理の瑕疵と認められるためには、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使すべき法的義務（作為義務）を負い、その義務違反があることが必要であると解すべきである。

イ (2)～(4)（41頁～49頁）

（現行河川法が施行されて、国が河川管理を開始した時に行った河川法6条1項3号の区域の指定が適法であったことを前提として）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（ママ）したりする規定が河川法上存在しないことからして、「保全」の観点のみから河川区域の指定と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。

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。

ウ (5)（49頁～50頁）

本件砂丘は、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確保できていないうえ、土質は砂であって、堤防と同様・同等の効用を有するものとはみなしておらず（49頁）、また、本件掘削前の時点で、本件砂丘が太陽光発電事業者により掘削されて氾濫が生じることについて高度の蓋然性をもつ

て認識し得る状況にはなかった。さらに、本件掘削後においては、土嚢を設置して法令の範囲内で必要な措置を行ったといえる（50頁）。

(2) 上記主張に対する批判・反論

ア 本件河川区域指定についての河川管理の瑕疵の問題は、上記国が主張するような河川管理者の権限不行使についての河川管理の瑕疵ではない。

現行河川法が施行されて、国が河川管理を開始したときに行う河川法6条1項3号の区域の指定は、河川管理者が以後の治水事業の実施を含む河川管理行為を行う前提として必要なものであって、同号及び河川法施行令1条1項は、連続的に堤防が築堤されている築堤区間において、堤防のない無堤区間について、その河川区域を上下流の有堤区間と連続した一体のものにするるとともに、河川区域とすることにより、無堤区間において洪水の堤内地への流入を防いでいる地形の改変を禁止して、地形改変による洪水の堤内地への流入を防ぎ、洪水の氾濫による広汎な流域の浸水被害を防止することを趣旨・目的とするものである。しかし、国が河川管理権限を行使して河川法6条1項3号の区域の指定として行った本件河川区域指定は、上下流の堤防と一体となって洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいて、堤防と同一の状況を呈している地形である本件砂丘の尾根を河川法施行令1条1項1号の土地とせず、その稜線よりも低水路側の稜線よりも高さの低い地形上堤防と同一の状況を呈していないところを同号の土地とし、稜線を区域外とするものであって、河川法施行令1条1項1号を正しく適用せず、河川法6条1項3号に反し、違法なものであり、本件溢水のように、地形の改変が行われて、洪水の堤内地への流入を防いでいる地形が失われて洪水の流入氾濫が生じ、それによって、当該改変土地あるいはその直背後の個人だけでなく、その下流域まで広く氾濫が及び、その流域の殆ど全部の人に浸水被害をもたらすものであって、違法なものであり、この違法を是正しなかったことによる河川管理の瑕疵である。

「権限行使の義務付け」としていえば、違法な権限行使をした河川管理者は、自ら当該違法な権限行使を是正して、適法なものにする権限行使が義務付けられているのである。本件においては、河川管理者の河川法6条1項3号の区域の指定において、洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいた本件砂丘の尾根を河川法施

行令1条1項1号の土地とせず、その稜線よりも低水路側の稜線よりも高さの低い地形上堤防と同一の状況を呈していないところを同号の土地として、稜線を区域外とする違法な本件河川区域指定がなされたのであり、このような違法な権限行使をした河川管理者は、洪水の流入によるその下流域にまで及ぶ氾濫被害を防止するため、本件砂丘の尾根の部分を河川法施行令1条1項1号の土地として、本件河川区域指定を是正する権限行使を行い、洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいる地形が掘削等によって失われることがないように是正する法的義務があるのである。

国の主張は、本件河川区域指定についての河川管理の瑕疵の問題についての理解を根本的に間違っているものである。

イ なお、本件掘削後の土嚢の設置については、事情であって、これは河川管理の瑕疵についての主要事実ではないことを、すでに、原審において、裁判所及び当事者の三者間において確認しあっている。

(3) 本件河川区域指定の違法について

若宮戸地区についての河川法6条1項3号の区域の指定に係る河川管理の瑕疵につき、国は、権限不行使が違法なことによる管理の瑕疵の問題として主張を展開しているが、若宮戸地区についての河川法6条1項3号の区域の指定に係る河川管理の瑕疵はそのようなものではなく、すでに述べたように、国の権限行使が違法なものであり、その違法を是正しなかったことによる管理の瑕疵である。

国が、この河川管理の瑕疵の問題を、本件砂丘を新たに河川法6条1項3号の区域に指定して河川区域にする権限の不行使についての違法として、誤った主張をしているので、この誤りを正すため、本件河川区域指定の違法について、改めて、以下に述べる。

ア 本件河川区域指定の内容

すでに述べたように、本件砂丘は、鬼怒川の流路に沿う丘陵地であり、1966（昭和41）年12月の本件河川区域指定時においては、2列あった規模の大きい尾根のうち、東端尾根は掘削によってなくなり始めていたが、中央西寄り尾根が、

26.0kにおいて上流側堤防に、24.5kにおいて下流側堤防にそれぞれ接続しており、接続する上下流の堤防と一体となって洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいた。

しかし、本件河川区域指定において、河川法6条1項3号の区域とされたのは、乙6の2及び3の各「鬼怒川下流平面図」の茶色で着色された赤線で囲まれている区域のうち河川法6条1項の区域（低水路）及び2号の区域（堤防の敷地）の区域以外の区域である（乙6の1建設省告示第4525号）。

本件河川区域指定によって定まった河川区域は、本件砂丘の中央西寄り尾根を区域内とするのではなく、その稜線よりも低水路側の稜線よりも高さの低いところであった。

イ 本件河川区域指定が、河川法施行令1条1項1号を正しく適用せず、河川法6条1項3号に反し、違法であること

(ア) 河川法施行令1条1項1号の土地（堤防類地）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であり、堤防類地と河川法6条1項1号の土地（低水路）と間の土地が河川法施行令1条1項2号の土地（堤外類地）となり、堤防類地と堤外類地とを合わせて、堤外の土地についての河川法6条1項3号の区域の指定が行われ、これと河川法6条1項の土地（低水路）とを合わせて河川区域となるものである。連続的に堤防が築堤されている築堤区間においては、これによって、河川管理の対象となる河川区域が、有堤区間と無堤区間とが連続した一体となったものとなるのである。

そして、当該土地は、堤防類地とされて、河川区域になることにより、掘削等の地形改変が禁じられ、その指定の根拠となった洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいる地形が損なわれるのを防止でき、洪水の流入氾濫による被害の防止・軽減ができるのである。

(イ) 本件砂丘林は、1966（昭和41）年12月に告示された本件河川区域指定が行われようとしているときに、東側部分において、樹木の伐根と掘削が行われていた。

しかし、本件河川区域指定の告示時においては、上下流堤防に接続する2列あった規模の大きい尾根のうち、東端尾根は掘削によってなくなり始めていたが、中央西寄り尾根が、なお上下流堤防に接続しており、接続する上下流の堤防と一体となって洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいた。

本件河川区域指定を行おうとしているときは、本件砂丘を河川区域内にして、東側部分の地形改変が西側に及んで、洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいる本件砂丘の中央西寄り尾根が失われてしまうのを防止しなければならない状況だったのである。

したがって、河川区域が定まる河川法6条1項3号の区域の指定においては、若宮戸地区についての指定は、その上下流の堤防に接続して堤防と一体となって洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいる本件砂丘の中央西寄り尾根が、堤防が設置されているのと同じの状況を呈している地形であるので、この部分を区域内にする指定を行い、河川区域の範囲を上下流の有堤区間と連続した一体となつたものとするとともに、掘削等の地形改変を禁じて、洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいる中央西寄り尾根が失われるのを防止するものでなければならなかったのである。

しかし、本件河川区域の地形は、中央西寄り尾根の稜線よりも低水路側のこれよりも高さの低いところであり、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えない地形である。それにもかかわらず、このような地形の土地を河川法施行令1条1項1号の土地（堤防類地）とする本件河川区域指定が行われており、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中央西寄り尾根の部分を、河川法施行令1条1項1号の土地（堤防類地）とせず、河川法6条1項3号の区域外とする区域指定であった。

以上のような本件河川区域指定は、河川法施行令1条1項1号を正しく適用せず、河川法6条1項3号に反し、違法なものである。そして、この違法は、是正されることがなかった。

(ウ) そのため、本件砂丘は、上記告示から約1年半後の1968（昭和43）年8月には、東端尾根の北半分がほぼなくなり、中央西寄り尾根が東端になつたうえ、

中央西寄り尾根は、25.35k付近では、高さがY.P.22mより高く、上下流のY.P.23mを上回る高さの稜線と連続している稜線が失われてしまい、残された稜線がY.P.22mを下回るところがあるものとなり、砂丘林の幅が約100mになってしまった。

それでも、図6のように、本件砂丘の残された中央西寄り尾根は、未だ、洪水の堤内地への流入を防ぐことができる地形であるので、堤防が設置されているのと同じ状況を呈している地形である。さらに地形改変が行われて、洪水の堤内地への流入氾濫を防いでいる本件砂丘の残された中央西寄り尾根が失われてしまうのを防止しなければならない状況なのである。

上記のように、違法な本件河川区域指定は是正されることがなかったため、上記の中央西寄り尾根の稜線がなくなってしまう地形改変が行われたのであり、一層、この違法な本件河川区域指定は是正されて、本件砂丘の残された中央西寄り尾根が失われてしまうのを防止しなければならないのである。

しかし、その後も、この違法な本件河川区域指定は是正されることがなかった。そのため、2014（平成26）年3月に、ソーラー発電事業者によって本件砂丘林の樹木の伐根と掘削が行われて、残された中央西寄り尾根がなくなり、地盤高が堤内地平坦部とほぼ同じ高さになったのである。そして、2015（平成27）年9月に本件洪水が起り、本件溢水被害が生じたのである。

(4)まとめ

国の主張(2)～(5)は、全て、現行河川法が1965（昭和40）年4月1日に施行されて、国が河川管理を開始したときに行った河川法6条1項3号の区域の指定が適法なものであったことを前提として、その後において、(2)～(4)及び(5)アは、改修事業等によって、堤防等の河川管理施設の位置が変更される場合等になされる河川法6条1項3号の区域の指定について述べているものに過ぎないし、(5)イは、本件掘削前の2014（平成26）年時点のことを述べているものに過ぎない。

しかし、本件における若宮戸地区についての河川法6条1項3号の区域の指定の違法の問題は、上記のように、国が、1965（昭和40）年4月に鬼怒川の河川管理を開始し、1966（昭和41）年12月に行った管理対象となる河川区域が

定まる河川法6条1項3号の区域の指定が違法であったことであり、その違法が是正されなかったことである。国の主張のようなものではないのであり、国の主張は的外れである。

2 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((1)イ、(6))との点について

(1) 「(6)ア」について

ア 国の主張

本件砂丘において、本件掘削前の地盤高の一番低い箇所はおおむねY. P. 21.36mであったが(乙19の47頁)、本件降雨(ママ、洪水の誤記と思われる)による痕跡水位は25.25k付近においてY. P. 22.01m、25.50k付近においてY. P. 22.130mであり(乙65)、本件掘削前の地盤高の一番低い箇所を約0.65ないし0.77m超えていたことは明らかである。

したがって、仮に、国が本件砂丘を河川法6条1項3号の区域に指定して、本件砂丘が河川区域となり、本件掘削がされず、当該部分の地盤高が低下しなかったとしても、「本件溢水」の発生は回避できなかった(カギ括弧は代理人)。

したがって、「本件溢水」による被害の結果回避可能性はなく、国には、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 上記主張に対する批判・反論

(ア) 「本件溢水」について

「本件溢水」は、本件洪水において、若宮戸地区の25.35k付近で、当時の地盤高(乙66の1によればY. P. 約19m、乙19によれば同約19.7m)のもとで、幅約200mにわたって発生した溢水である。本件溢水の原因は、ソーラー発電事業者によって本件砂丘林の樹木の伐根と掘削が行われて(本件掘削)、本件砂丘自体がなくなり、地盤高が堤内地平坦部とほぼ同じ上記高さになったことにある。

本件洪水の痕跡水位がY. P. 約22mとすると、溢水断面は、四角形の形状で、幅が約200m、平均水深が乙19の47頁によれば約2.3m、乙66の1によれば約3mとなる。

(イ) 本件掘削前の地盤について

本件掘削前の地盤の状況については、測量結果を、測線を記載して平面図にしたものがあり（乙66の1。縮尺1：1000の記載があり、記載されている測線番号が、『平成15年度若宮戸地区築堤設計業務報告書』（甲44）の平面図に記載されている測線番号の番号と同じであるので、このときの測量結果と認められる）、また、地盤線として縦断図にしたもの（乙19の47頁）に、平面図及び測線番号毎の横断図を加えたものがある（甲64国交省回答資料2016年9月）。

測量結果を地盤線として縦断図にしたもの（乙19の47頁及び甲64の1枚目）における地盤高の数値は、乙66の1の平面図に記載されている測線のうちの、下流からの番号で、NO.13、SP4、NO.13+23.00、NO.14、NO.15、EC4（NO.15+5.218）、BC5（NO.15+16.876）、NO.16における最高値ということである。それぞれの測線における最高値の位置は、甲64の3枚目～8枚目の横断図によれば、NO.15は崖の西の崖よりも高いところであるが、その他は崖である。NO.15の崖の高さは、甲64の1枚目（乙19の47頁）の地盤線縦断図によれば、Y.P.21.68mである。

以上の測量結果に基づき、図7「25.35k付近の2014年掘削前の地盤状況」として、乙66の1の平面図に、上記測線NO.14ないしNO.16における崖の地点の位置と高さ（Y.P.m）、その相隣接する測線間の距離を図上計測した値（m）を記入し、その値が本件洪水の痕跡水水位Y.P.約22m以下である地点の縦断図を、「若宮戸 掘削前地盤線（Y.P.22.00m）以下）」として付した。

これによれば、本件洪水の痕跡水水位がY.P.約22mとすると、溢水断面は、次のようになる。底辺は、下流から順に、水深0m地点から16mが最大水深約0.3mまでの下り勾配となり、そこから5mは水深約0.05mまでの上り勾配となり、そこから17mが最大水深約0.65mまでの下り勾配となり、そこから25mは水深0mまでの上り勾配となる。断面としては、幅約20mで平均最大水深約0.3mの逆三角形と逆台形の間形と幅約40mで最大水深約0.65mの逆三角形と逆台形の間形が合わさったものとなる。

(ウ) 本件掘削前(イ)と本件掘削後(ア)との比較

本件掘削の前後を比較すると、溢水水位の幅が、本件掘削前において約60mであったものが、本件掘削後には約200mになっている。そして、溢水水位をY.P. 22mとすると、溢水断面は、本件掘削前において、幅約20mで平均最大水深約0.3mの逆三角形と逆台形の間形と幅約40mで最大水深約0.65mの逆三角形と逆台形の間形が合わさったものであったのが、本件掘削後には、平均水深約2.3mないし約3mの逆台形となっている。

本件掘削によって、溢水断面において、幅が3.3倍に、水深が3.8～4.6倍になっている。水深0.65mは膝上の高さである。これに対して、水深2.3mないし3mは、人の身長を大きく上回る1階の軒ないし1階部分の高さである。溢水規模（溢水断面積、水量にすると溢水量）は、本件掘削がされたことによって、格段に大きくなったのである。

洪水時には、水防団等が現場に出動して、土嚢積み等の水防活動が行われる。河川の安全性は、河川管理者の河川管理に加えて、洪水時における水防活動、とりわけ水防団等が現場で行う水防活動によって確保されることを前提としているものである。水防活動時に一般的に用いられる土嚢は、土を入れると約30cm四方の形となる。そうすると、水深約0.65mは、土嚢2～3段の高さである。これに対して、水深約2.3mないし約3mは、土嚢8～10段の高さである。幅60mで最大3段の高さに土嚢を積むことは、通常の水防活動として可能であるが、幅200mの全体に8～10段の高さに土嚢を積むことは、水防活動として行うには、困難なことである。したがって、本件掘削がなければ、溢水の危険が生じたときに、水防活動が行われて、溢水を止めることが可能なのである。あるいは、溢水が始まったとしても、水防活動が行われて、溢水量をより少なくすることはもちろん、溢水を止めることも可能なのである。

以上のとおり、本件掘削がなければ、「本件溢水」は生じなかったものである。そして、本件掘削がなければ、溢水量が少ないので、「本件溢水」における浸水被害は生じなかったのである。また、溢水の規模が小さいので、溢水の危険が生じ、あるいは溢水が始まったとしても、水防活動によって、溢水を止め、あるいは溢水量をより少なくすることが可能なのである。

したがって、「本件溢水」による被害の結果回避可能性があり、国には、若宮戸地

区における鬼怒川の河川管理の瑕疵が認められるものである。

(2) 「(6イ)」について

ア 国の主張（要旨）

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（ママ、洪水の誤記と思われる）に耐えられるような築堤が必要になるはずであるが、築堤には、長い工期が必要となる。

仮に、本件掘削の相当以前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どうかは明らかでないのであり、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はない。

イ 上記主張に対する批判・反論

国が本件河川区域指定をしたのは、1966（昭和41）年12月である。そして、1968（昭和43）年8月においては、本件掘削直前と同様の地形であったのであり、本件掘削直前と全く同一とはいわないが、同じ地盤高であったのである。したがって、本件溢水までは45年以上を経過しており、「相当以前」を上回る「遙か以前」であり、堤防を築造する意思があれば、築堤が可能な期間である。

また、国は、2003（平成15）年度に、若宮戸地先築堤設計業務をサンコーコンサルタント株式会社に委託し、具体的な複数の築堤設計案が記載された『若宮戸地先築堤設計業務報告書』（甲44）による報告を受けている。報告された第2案（20～22頁）は、図6の本件砂丘の中央西寄り尾根の残された稜線上に築堤する案である。

これは、①国が1966（昭和41）年12月にした河川法6条1項3号の区域の指定が、中央西寄り尾根が河川区域内になる指定をすべきであったのに、本件河川区域指定がこれを区域外とする違法なものであったため、本件河川区域指定告示後に、樹木の伐根と掘削による地形改変によって、中央西寄り尾根の稜線が失われて、上記残された稜線となったという違法を、事後的に是正する義務の履行として

行う築堤に相当するものである。

②さらに言えば、国が1965（昭和40）年4月に鬼怒川の管理を開始した後すみやかに河川法6条1項3号の区域の指定を行っておれば、東端尾根を河川区域にすることができたにもかかわらず、これを怠っていたために、1年9ヶ月後の1966（昭和41）年12月の指定となり、東端尾根の掘削が始まったことによって、その指定ができなくなったという指定が遅れたことの違法を、事後的に是正する義務の履行として行う築堤に相当するものである。

（いずれも、元の稜線や尾根がなくなっているのもはや同号の指定をすることは不可能であり、代わりに、築堤によって同じ目的を達成するしかない）

しかし、国は、費用をかけて具体的な築堤設計についての報告成果を得ていたにもかかわらず、築堤の意思がなかったため、さらに進んで、実施する築堤案を定めての用地買収及び築堤工事を行っておらず、同報告書をお蔵入りにしたのである。築堤することは可能であったが、築堤の意思がなかったため、築堤をしなかったのである。

そうであれば、本件砂丘の残された中央西寄り尾根の保全は、洪水の流入氾濫による被害を防止・軽減するため何より必要なことであり、1966（昭和41）年12月の本件河川区域指定の違法について、本件砂丘の残された中央西寄り尾根が河川区域内になるように是正する権限行使をして、本件砂丘林の残された中央西寄り尾根が樹木の伐根・掘削等によって失われないようにしなければならなかったのである。

以上



迅速測図

治水地形分類図

図1 迅速測図・治水地形分類図（1977年初版）比較

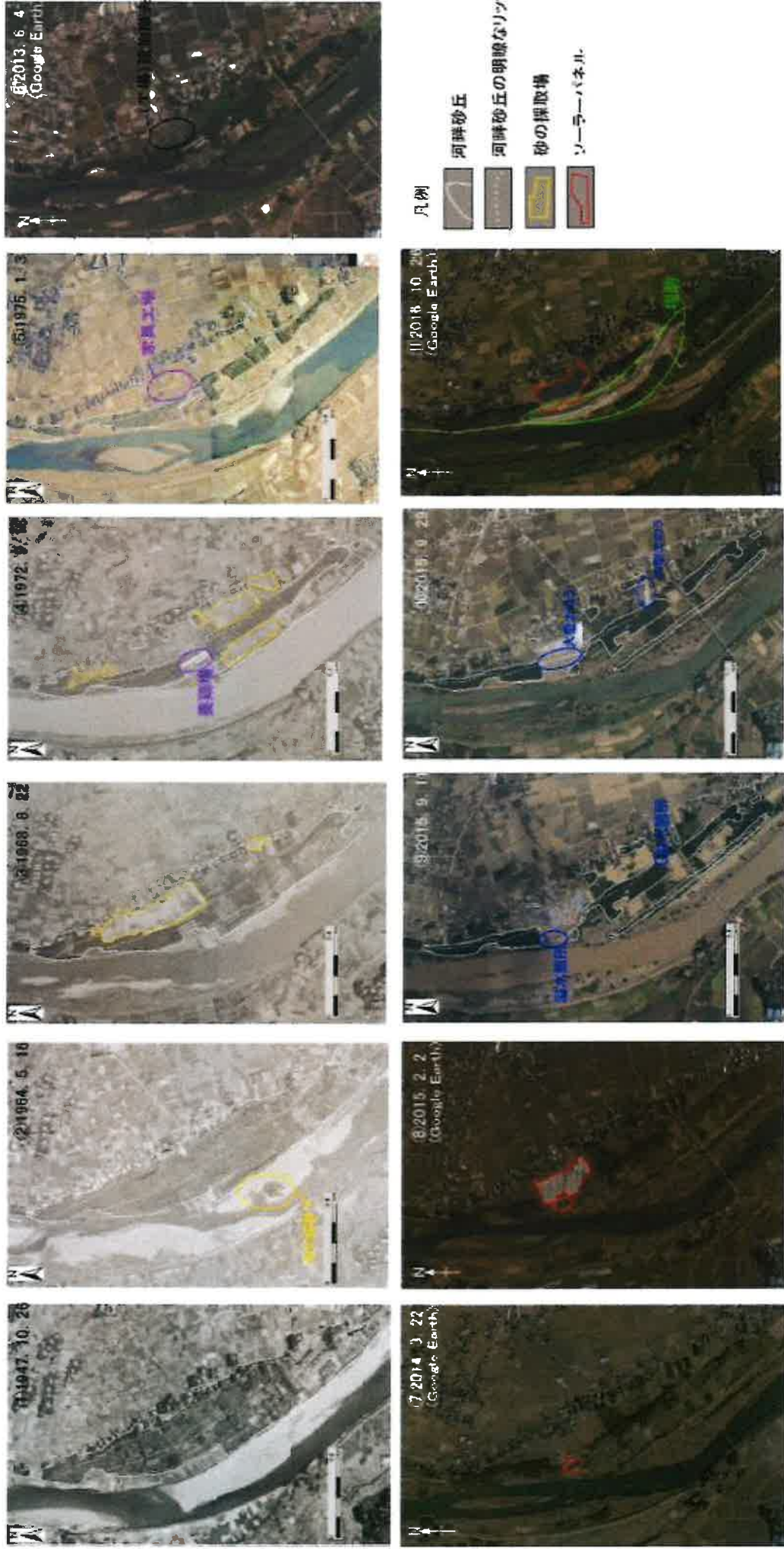


図2 若宮戸地区における河畔砂丘の時系列的変化



图3 国土地理院1961年8月10日撮影



图4 国土地理院1967年3月28日摄影



图5 国土地理院1968年8月22日摄影

图3.3.1 洪水時 冠水状況平面图 S=1:4,000



图6 若宮戸地区地形图

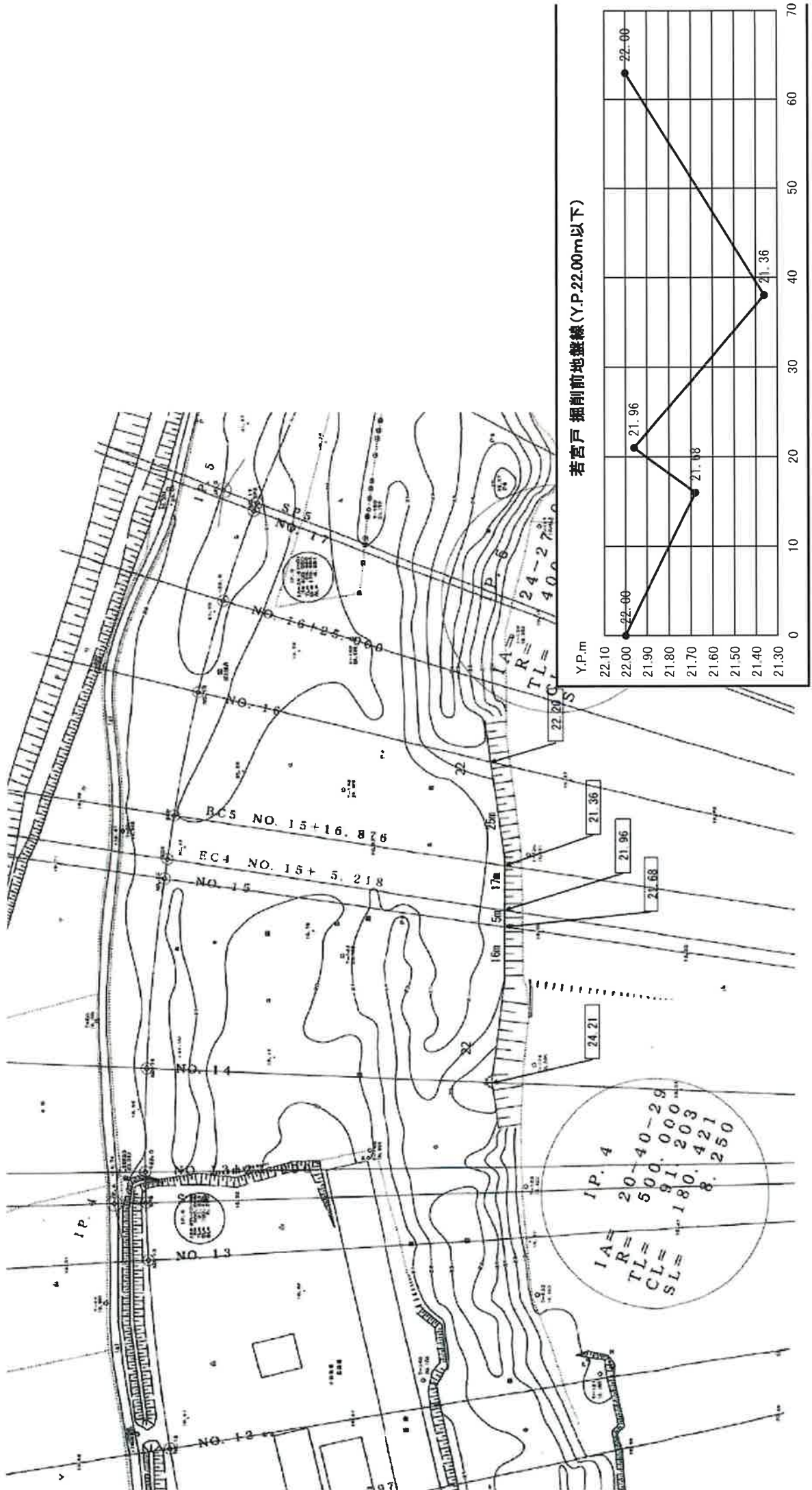


図7 25.35k付近の2014年掘削前の地盤状況