

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) 平塚党一ほか8名

準備書面(12)

令和6年2月22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

加藤 憲田郎

岡田 健 孝

牧野 嘉 典

嶋野 稔 彦

小佐野 祐 衣

矢崎 剛 吉

西田 将 人

内堀 寿美男

土田 純

藤田 美 香

飯	島	彩	子
廣	田		健
野	中	絵梨	子
大	井	秀	俊
山	川	貴	大
吉	池	弘	晶
成	田	義	則
小	貫	敏	志
岩	崎	和	夫
光	部		博
矢	部	隆	幸
海	津	義	和
金	森	正	博
大	野	光	秀
能	登谷	哉	生
磯	貝	朋	之

(目次)

第1	はじめに	5
第2	当初河川区域指定が違法である旨の一審原告らの主張立証は時機に後れたものであって却下されるべきであること	7
第3	河川管理者が、当初河川区域指定において中央西寄り尾根（本件砂丘）を河川区域に指定しなかったこと及びその後に河川区域の範囲の拡大（の指定）をしなかったことは違法とはいえず、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	9
1	一審原告らの主張の要旨（一審原告控訴答弁書第1の5・16ないし19ページ、同第2の2・21ないし24ページ、同第4の1・37ないし43ページ）	9
2	一審被告の反論	11
(1)	河川法6条1項3号及び河川法施行令1条1項1号は、自然的地形等であるものの、河川管理施設としての「堤防」と同様・同等の効用を有する土地について、河川管理の必要がある場合に、河状を呈する土地と一体として河川区域に指定して管理の対象にすることを認めるものであり、そのような土地に該当しないにもかかわらず、堤防が連続的に築堤された築堤区間における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とするを目的とするものではないこと（前記1(1)に対する反論）	11
(2)	一審原告らの主張する若宮戸地区における地形の変化は認められないこと（前記1(2)アに対する反論）	13
(3)	中央西寄り尾根（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の状況を呈している土地」に該当しないこと（前記1(2)イに対する反論）	15

(4) 河川管理者が、当初河川区域指定において中央西寄り尾根（本件砂丘）を河川区域に指定しなかったこと及びその後河川区域の範囲の拡大（の指定）をしなかったことは違法とはいえず、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(2)ウ及び(3)に対する反論）	19
(5) 小括	25
第4 本件における河川管理の瑕疵の有無は大東水害判決の判決要旨二に基づいて判断されるべきであること	26
1 一審原告らの主張の要旨（一審原告控訴答弁書第3・25ないし36ページ）	26
2 一審被告の反論	27
(1) 河川区域の範囲の拡大（の指定）は治水事業の一環として行われるものであること	27
(2) 大東水害判決等の累次の最高裁判決は治水を「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」に分けて判示していないこと	29
(3) 小括	30
第5 本件溢水は回避可能性がないこと	31
1 一審原告らの主張の要旨（一審原告控訴答弁書第4の2(1)イ・43ないし46ページ）	31
2 一審被告の反論	31

一審被告は、本準備書面において、一審原告らの2023（令和5）年6月30日付け控訴答弁書（以下「一審原告控訴答弁書」という。）に対して必要と認める範囲で反論するとともに、従前の主張を補充する。

なお、略語等は、本書面で新たに定めるもののほかは、原審における一審被告の準備書面の例による。

第1 はじめに

1 一審原告らは、一審原告控訴答弁書において、一審原告らが主張する河川法の関係規定の解釈（第1の2・5ないし7ページ、第2・21ないし24ページ）を前提として、一審被告が、河川法（昭和39年法律第167号）の施行を受けて行った鬼怒川に係る河川区域指定（以下「当初河川区域指定」という。）において、「中央西寄り尾根」が河川法施行令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」に該当するにもかかわらず、この部分を河川法6条1項3号により河川区域として指定せず、河川法施行令1条1項1号に該当しない部分を河川区域として指定した権限行使が違法であり、その違法を是正しなかったことが河川管理の瑕疵である（第1の5及び6・16ないし20ページ、第4の1・37ないし43ページ）とした上で、本件に大東水害判決の判断基準は妥当せず（第3の1及び2・25ないし34ページ）、また、本件掘削がなければ、溢水量が少なく浸水被害は生じず、溢水があっても規模が小さいため、水防活動により溢水を止めたり溢水量をより少なくすることが可能であり、本件溢水の回避可能性があった（第4の2・43ないし47ページ）と主張する。

2 しかしながら、本書面の第2以下で述べるとおり、中央西寄り尾根（一審原告らがいう「中央西寄り尾根」は、その範囲等が明確ではないが、本件砂丘とおおむね同様であると解し、以下「中央西寄り尾根（本件砂丘）」という。）を

当初河川区域指定において河川区域として指定せず、河川法施行令1条1項1号に該当しない部分を河川区域として指定した権限行使が違法であるとの主張は、時機に後れた攻撃防御方法であって、民事訴訟法157条1項により却下されるべきであり（後記第2）、これをおくとしても、中央西寄り尾根（本件砂丘）は、「堤防」と同様・同等の効用を有しているとは認められず、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」に該当しないことから、河川管理者が、当初河川区域指定において中央西寄り尾根（本件砂丘）を河川区域に指定しなかったこと及びその後も河川区域の範囲の拡大（の指定）をしなかったことは、いずれも違法とはいえず、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から、その河川管理に瑕疵があるとは認められない（後記第3）。

また、治水事業はいずれの行為も河川の安全性を高めるためのものであり、河川管理実務上、河川区域の範囲の拡大（の指定）は治水事業の一環として行われるものである。大東水害判決等の累次の最高裁判決は、河川管理の瑕疵を判断するに当たり、一審原告らが主張する「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」とに分けて判断していないのであるから、本件に大東水害判決の判断基準が妥当しない旨の一審原告らの主張も理由がなく、本件における河川管理の瑕疵の有無は大東水害判決の判決要旨二に基づいて判断されるべきである（後記第4）。

さらに、中央西寄り尾根（本件砂丘）の土質は砂であって、砂粒等が自然に堆積して形成されたにすぎないため、洪水時における流水による浸透作用や侵食作用に耐え得るものとは認められず、かつ、本件降雨による痕跡水位は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等からすると、仮に、本件掘削がされず、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（後記第5）。

したがって、一審原告らの上記の主張はいずれも理由がない。

第2 当初河川区域指定が違法である旨の一審原告らの主張立証は時機に後れたものであって却下されるべきであること

前記第1の1のとおり、一審原告らは、当初河川区域指定は、中央西寄り尾根（本件砂丘）が河川法施行令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」に該当するにもかかわらず、この部分を河川法6条1項3号により河川区域として指定しないなどの点において違法である旨主張する。

しかし、一審原告らは、2018年（平成30年）8月に本件を提訴して若宮戸地区における河川管理に瑕疵がある旨を主張し、その後、2019年（令和元年）6月28日付けの一審原告ら準備書面(1)をもって、「砂丘林を河川区域に指定しなかったことの責任の法的位置づけについて」として、昭和41年の当初河川区域指定時ではなく、飽くまで本件改修計画に関し、中央西寄り尾根（本件砂丘）を河川区域に指定しなかった不作為につき、当該計画が格別不合理であることを根拠づける事実として主張を整理する（同準備書面第5の4・14及び15ページ）一方で、昭和41年12月にされた当初河川区域指定の違法やその理由の詳細は何ら主張しておらず、その後も、原審において判決言渡しまでの審理計画が立てられ、集中証拠調べをする前の令和3年9月までに、6回の弁論準備手続を含む複数の口頭弁論期日及び進行協議期日が開かれて主張整理が重ねられたものの、同様に主張されなかった。また、一審原告らは、一審原告控訴答弁書第1の3(2)（7ページ）において、当初河川区域指定の違法を基礎づける事実として「若宮戸地区における丘陵地形とその変化」を主張するが、これに、新たに主張する事実が含まれていることを自認している。なお、地形等は刻々と変化するものであるから、ある時点における河川区

域の指定の不作为の違法が、それより前の全ての時点における違法を内包するものとはいえ、一審原告らが当初河川区域指定より後の時点のかかる不作为を主張していたからといって、その主張が当初河川区域指定の違法の主張を内包するものであるとか、あるいはこれを黙示に主張していたということもできない。以上によれば、上記のとおり主張整理がされた令和元年から約4年を経過した後に、控訴審において、一審原告らが、当初河川区域指定の違法を主張すること及びこれを基礎づけるものとして上記のとおり新たな事実を主張することは、時機に後れたものであるといえる。

また、その主張は、上記のとおり令和元年に一審原告らが自らの主張を整理した当初から存在していた証拠に基づくものであり（2016年度（平成28年度）に作成された甲第63号証に基づく主張を含む。）、これが後れて提出されたことについて、一審原告らには重過失があるものと推定される（秋山幹男ほか著「コンメンタール民事訴訟法Ⅲ（第2版）」376ページ、高田裕成ほか編「注釈民事訴訟法 第3巻」544ページ）。

そして、昭和41年12月にされた当初河川区域指定の違法を基礎づける事実の有無やその指定の適否を示す事情について明らかにするためには、当時から極めて長期間が経過しているがゆえに、証拠資料の探索等に時間を要する上、その発見された証拠の評価やこれが発見されない場合の判断等について、更なる主張の応酬をするなどの審理がされることが想定され、これをしない場合と比較して訴訟の完結が遅延するものと認められる。

したがって、当初河川区域指定の違法をいう一審原告らの主張立証は、時機に後れたものとして却下されるべきである（民事訴訟法157条1項）。

なお、一審原告らは、昭和41年12月に行った当初河川区域指定において、中央西寄り尾根（本件砂丘）を河川区域に指定しなかったこと、及びその後、その是正を怠ったことが違法である旨を述べた上で、「原判決の判示内容は、

以上の趣旨をいうもの」として、原判決が当初河川区域指定の違法についても判示した趣旨であり、あたかも原審において、その点につき審理がされたかのように主張する（一審原告控訴答弁書第1の6・20ページ）。しかしながら、原判決は、昭和55年頃までの間に本件砂丘が大きく減少していたことを根拠として、「以後に」、一審被告において掘削等により更に損なわれてその尾根がより低くなるなどし、氾濫が生じる蓋然性を具体的に予見し得たとして、本件砂丘を含めて河川区域に指定するべき義務があったと認定しているのであるから（原判決第3の3(2)イ(1)及びウ・49及び50ページ）、それより前の昭和41年における当初河川区域指定の違法について判断していないことは明らかであるし、上記義務の発生する根拠としても当初河川区域指定の違法やその理由について何ら言及していない。また、上述したとおり、その点について原審において審理がされたといえないことからしても、一審原告らの上記主張は、原判決の趣旨を正解するものとはいえず、理由がない。

もっとも、以下では、上記についてひとまずおき、当初河川区域指定の違法に関する反論も併せて述べることにする。

第3 河川管理者が、当初河川区域指定において中央西寄り尾根（本件砂丘）を河川区域に指定しなかったこと及びその後に河川区域の範囲の拡大（の指定）をしなかったことは違法とはいえず、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

1 一審原告らの主張の要旨（一審原告控訴答弁書第1の5・16ないし19ページ、同第2の2・21ないし24ページ、同第4の1・37ないし43ページ）

(1) 河川法6条1項3号及び河川法施行令1条1項1号は、堤防が連続的に築堤された築堤区間における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とするとともに、無堤区間において堤防に隣接等し、高くなっていることにより上下流の堤防と一体とし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、洪水の氾濫による浸水被害を防止することを趣旨・目的とする。

- (2) ア 1964（昭和39）年5月16日撮影の空中写真（一審原告控訴答弁書図2②）に見られるように、本件砂丘林は改変の危険にさらされており、1966（昭和41）年12月の当初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。
- イ 中央西寄り尾根（本件砂丘）は、左岸26.0キロメートルにおいて上流側堤防に、左岸24.5キロメートル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ものであり、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」に該当する。

当初河川区域指定時、構造令は制定されておらず、堤防類地は、氾濫を防いでいる地形により現にある堤防と同一の状況を呈していればよく、構造基準を満たす必要はない。

- ウ したがって、河川管理者は、河川法6条1項3号に基づき、中央西寄り尾根（本件砂丘）を河川区域にする指定を行い、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、中央西寄り尾根（本件砂丘）が失われるのを防止しなければならなかったにもかかわらず、当初河川区域指定において中央西寄り尾根（本件砂丘）を河川区域に指定しなかったことは、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、違法なものであった。ところが、その後もこの違法な当初河川区域指定は是正されなかったため、

平成26年3月に本件掘削が行われ、平成27年9月に本件氾濫が起り、
浸水被害が生じた。

- (3) 若宮戸地区における河川法6条1項3号の河川区域の指定に係る河川管理の瑕疵は、一審被告が、当初河川区域指定において、中央西寄り尾根（本件砂丘）が河川法施行令1条1項1号の「地形上堤防が設置されているのと同様の状況を呈している土地」に該当するにもかかわらず、この部分を河川法6条1項3号により河川区域として指定せず、河川法施行令1条1項1号に該当しない部分を河川区域として指定した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河川管理の瑕疵である。

2 一審被告の反論

- (1) 河川法6条1項3号及び河川法施行令1条1項1号は、自然的地形等であるものの、河川管理施設としての「堤防」と同様・同等の効用を有する土地について、河川管理の必要がある場合に、河状を呈する土地と一体として河川区域に指定して管理の対象にすることを認めるものであり、そのような土地に該当しないにもかかわらず、堤防が連続的に築堤された築堤区間における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とするを目的とするものではないこと（前記1(1)に対する反論）

「堤防」は、人為的に整備され、水位、流量、地形、地質その他の河川の状況等を考慮した安全な構造である河川管理施設であり（河川法13条1項）、その敷地である土地の区域は法律上当然に河川区域となる（河川法6条1項2号、乙第16号証・40ページ）。

その一方で、河川法6条1項3号の区域は、堤外の土地の区域のうち、河状を呈している土地の区域ではないが、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、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土地の区域である（同号証・41ページ）。そして、河川法は、河川について、洪水、高潮等による災害発生の防止、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図ることを目的としており（同法1条）、前記の「管理を行う必要」については、同目的に沿って河川管理者がその知見等に基づき判断することとなる。

また、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様の状況を呈している土地」とは、河川管理者が河川管理施設として「堤防」を設置するのと同様（「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ものと解され、自然的地形等であるものの「堤防」と同様・同等の効用を有するもの、例えば、山付区間のように、丘陵地と平野部が接する付近で、平野部には「堤防」が築かれているが、丘陵地部分では、丘陵地が「堤防」としての機能を発揮している場合の当該丘陵地については、河川区域内の土地として管理の対象とする必要を認めるものであり（乙第109号証・32、33及び35ページ）、それ自体が「堤防」と同様・同等の機能を発揮するものでなければならない。すなわち、「堤防」を含む河川管理施設について規定した河川法13条1項の考え方が基本となり、水位、流量、地形、地質その他の河川の状況等を考慮した安全な構造である「堤防」が設置されているのと同様の状況であることを要する。

なお、河川法の規定上は、同法6条1項3号に基づく河川区域の指定について、築堤等の事業と関連して行う場合に限定されていない。しかしながら、「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」するとの文言が示すとおり、その指定をするかについて、河川管理者の裁量が認められるところ、河川管理実務上は、上記裁量に基づき、具体的な築堤計画と無

関係にされる河川区域の指定が私権に対する過剰な制限となることなどによる弊害や、實際上そのような指定が困難であるなどの不都合、不合理等があること（一審被告控訴理由書第2の2(2)イ・30ないし37ページ）を踏まえ、乙第90号証のNo17及び19の事例（同号証の注1及び注2参照）のように、築堤等の事業において、新たな「堤防」を山に摺り付ける方法で築堤し、当該山の一部を含めて河川区域の拡大（の指定）をするなど、治水事業の一環として行われている。

このように、河川法6条1項3号及び河川法施行令1条1項1号は、自然的地形等であるものの「堤防」と同様・同等の効用を有するものについて、河川管理の必要がある場合に、河状を呈する土地と一体として河川区域として指定することを認める規定であるから、上記「堤防」と同様・同等の効用を有する土地に該当しないにもかかわらず、連続的に堤防が築堤された区間における堤防のない区間の河川区域指定について、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とするを目的とするものではない。

(2) 一審原告らの主張する若宮戸地区における地形の変化は認められないこと
(前記1(2)アに対する反論)

ア 一審原告らは、若宮戸地区における丘陵地形の変化として、①モノクロ空中写真では、樹林は濃い灰色、樹林が伐採されているところは薄い灰色、掘削され土が露出しているところは白っぽい色になるとした上で（一審原告控訴答弁書第1の3(2)エ・10ページ）、②「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（引用者注：一審原告控訴答弁書第1の3(2)イ・8ページ及び別紙図1）と同じであった。」（同9ページ）、③「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。」(同10ページ)、④「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」る(同10ページ)、⑤「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。」(同オ・11ページ)、⑥「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」、「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がりの崖(急斜面)のある部分がなくなってしまっている状態である。」(同カ・12ページ)と主張する。

イ しかしながら、一審原告らが①のとおり主張するモノクロ空中写真における地表面と植生の状態との対応について、特に裏付ける証拠はない。これをおくとしても、空中写真の撮影目的は様々であり、撮影された季節、時間、天候、撮影に用いられた機材等によって撮影された写真の色の濃淡

などは容易に変わると考えられるところ、一審原告らが指摘する空中写真は、「米軍・国土地理院撮影空中写真およびGoogle Earth画像」（甲第63号証・11ページ）であり、撮影の目的や機材の性能等が異なると考えられる上、それらの撮影された時期は、前記アのとおり区々であって（同号証・11及び12ページ）、季節によって樹木等の繁茂の状況に差が生じると考えられ、また、撮影時間や天候も明らかではないから、写真を比較して樹木の伐採、伐根と掘削の状況を判別することができるものではない。そのため、②ないし⑥の事実経過についても、一審原告らの指摘する空中写真によっても一審原告らが主張するような樹木の伐採等の事実やその程度を判別することができない（なお、前記④のとおり、一審原告らも掘削の程度は判別できないとしている。）。そして、掘削の程度を判別することができないのであれば、「東端尾根が掘削されてなくなり始めていた」（前記⑤）、「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」（前記⑥）との事実を認めることもできないというべきである。

また、1966（昭和41）年12月の当初河川区域指定時の状況につき、甲第63号証（研究成果報告書）では、「若宮戸地区の鬼怒川左岸に分布する河畔砂丘（引用者注：本件砂丘）」は1947（昭和22）年から1964（昭和39）年までは大きな地形変化は認められないとされている（同号証・11ページ）。

- (3) 中央西寄り尾根（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の状況を呈している土地」に該当しないこと（前記1(2)イに対する反論）

ア 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」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ものであり、具体的には、河川区域の範囲の拡大（の指定）をするに当たっては、構造令において必要とされているものと同程度の高さ、すなわち、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（一審被告控訴理由書第2の1 (I)・15ないし20ページ）。

また、河川法13条2項で定めることとされている「河川管理上必要とされる技術的基準」を定める政令（構造令）は、同条1項が定める河川管理施設等に求められる安全性に係る一般的な原則、すなわち、水位、流量、地形、地質その他の河川の状況等を考慮した安全な構造のものでなければならぬとする原則を具体化するものであることから、構造令が制定される前でも、河川管理施設である「堤防」は、安全性の程度として、上記の一般的な原則を満たす必要があったことに変わりはない。そうすると、自然的地形等により河川区域として指定することとなる堤防類地についても、上記のような安全な構造である「堤防」が設置されているのと同じの状況であることを要すると解される。

しかるに、中央西寄り尾根（本件砂丘）は、本件掘削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80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

ものとはいえず、また、中央西寄り尾根（本件砂丘）の土質は砂であって、そもそも、砂粒等が自然に堆積して形成されたにすぎないため、流水による浸透作用や侵食作用に耐え得る土質であるとは認め難く、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るとはいえない（乙第81号証ないし第83号証、一番被告控訴理由書第2の1(2)・20ないし23ページ）。

また、当初河川区域指定時においても、中央西寄り尾根（本件砂丘）の土質が、原則的な「堤防」の材質である盛土であって（一番被告控訴理由書第2の1(1)エ・18ないし20ページ、構造令19条（乙第39号証・530ページ）、地盤が強固で「堤防」と同程度の強度（質）が確保されていたことが立証されているものではなく、そればかりか、1964（昭和39）年頃から「砂を採取していたとのことである」（甲第63号証・11ページ）とされていることからすれば、その詳細は今となっては確認できないものの、当初河川区域指定時の土質も砂であったことが推認できる。このように、当初河川区域指定時において、中央西寄り尾根（本件砂丘）が、その質において安全な構造のものであるとはいえず、その点のみからも、河川法13条1項を満たしていたとは認められない。

この点について、一番原告らは、前記1(2)イのとおり、当初河川区域指定時、構造令は制定されておらず、堤防類地は、氾濫を防いでいる地形により現にある堤防と同一の状況を呈していればよく、構造基準を満たす必要はないと主張する。

しかしながら、上記のとおり、構造令が制定される前でも、堤防類地は、河川法13条1項が河川管理施設である「堤防」に求められる安全な構造のものでなければならぬと解されるから、一番原告らの上記主張が、構造令が制定されていないことをもって、堤防類地は、上記のような安全な

構造であることを要しない旨をいうものであれば、理由がない。また、当初河川区域指定時、中央西寄り尾根（本件砂丘）の土質は砂であり、その質において安全な構造のものであるとはいえないことについても、上記のとおりである。

なお、河川法13条1項は、河川管理施設に求められる安全性の原則を定めるものであり、同条2項は、これを具体化する基準について政令（構造令）に委任したものであるところ、構造令が制定されて構造基準が定められた以上は、上記のとおり、これを踏まえて堤防類地の解釈をすべきであって、構造令が制定されていない期間があったことは、一審被告が主張した河川法6条1項3号及び河川法施行令1条1項1号における河川区域指定の対象に関する解釈を否定する根拠たり得ない。

イ また、一審原告らは、一審被告が河道の測量において、中央西寄り尾根（本件砂丘）の稜線の高さを「現況堤防高」としていたことを根拠として、一審被告が、これを堤防と同一の状況を呈していると判断していた旨主張する（一審原告控訴答弁書第2の2(4)・23及び24ページ）。しかし、若宮戸地区には、「堤防」が整備されていないため、測量範囲のうち最も高い地盤の高さを測量して「現況堤防高」として測量結果をまとめたにすぎず、このような測量結果をもって、一審被告において、中央西寄り尾根（本件砂丘）を「堤防」と同様・同等の効用を有するものと扱っていたとはいえない（一審被告準備書面(4)第1の2(2)ア(7)b・12ページ）。また、地盤高のみをもってしては、「堤防」と同様・同等の効用を発揮するものとはいえず、堤防類地と認められないことについては、前記(1)及び一審被告控訴理由書第2の1(3)イ(1)（25及び26ページ）で述べたとおりである。したがって、一審原告らの上記主張は理由がない。

ウ 以上のとおり、中央西寄り尾根（本件砂丘）は、当初河川区域指定時か

ら本件掘削前までのいずれの期間においても、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」に該当するとは認められないから、「中央西寄り尾根が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、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」に該当する旨の一審原告らの主張は理由がない。

(4) 河川管理者が、当初河川区域指定において中央西寄り尾根（本件砂丘）を河川区域に指定しなかったこと及びその後河川区域の範囲の拡大（の指定）をしなかったことは違法とはいえ、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(2)ウ及び(3)に対する反論）

ア 前記(3)のとおり、中央西寄り尾根（本件砂丘）は、当初河川区域指定時から本件掘削前までのいずれの期間においても、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」に該当するとは認められないから、河川管理者が、当初河川区域指定において、河川法6条1項3号及び河川法施行令1条1項1号に基づき、中央西寄り尾根（本件砂丘）を河川区域に指定しなかったことが違法となることはない。

イ この点について、一審原告らは、前記1(3)のとおり、当初河川区域指定において、中央西寄り尾根（本件砂丘）を河川区域に指定しなかったことが違法であり、その違法を是正しなかったことが河川管理の瑕疵である旨繰り返し主張する一方で（一審原告控訴答弁書第1の6・19及び20ページ、第2の2(5)・24ページ、第3の2(2)エ・34ページ、第4の1(2)ないし(4)・38ないし43ページ）、一審原告らは、「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」（同24ページ）、「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。」(同38ページ)とも主張することからすると、中央西寄り尾根(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の問題とは異なる概念を主張しているようにも考えられる。

しかしながら、一審原告らの主張は、当初河川区域指定において、「若宮戸地区に係る指定は、(略)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状況を示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)があるので(マ)、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、(略)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」(一審原告控訴答弁書第1の5(2)イ・18ページ)というものであるから、あるべき権限行使という観点からは、「中央西寄り尾根(本件砂丘)」を河川区域に指定して、土地の掘削等の行為制限を及ぼすべきであったという作為義務の存在を前提として、当該義務を怠った不作為の違法を主張しているものにほかならない。また、これと同様に、一審原告らの主張する「違法な権限行使を是正」することも、河川法6条1項3号及び河川法施行令1条1項1号に基づき、河川区域の範囲を拡大して中央西寄り尾根(本件砂丘)を河川区域に指定することをいうものであるから、そのような指定をする作為義務があることを前提として、当該義務を怠った不作為の違法を主張しているものと解される。

そうすると、一審原告らの主張は、詰まるところ、当初河川区域指定時から本件掘削前までのいずれの期間においても、中央西寄り尾根(本件砂丘)が河川法施行令1条1項1号の「地形上堤防が設置されているのと同

一の状況を呈している土地」に該当していたことを前提として、河川管理者が、本件掘削前までに、河川法6条1項3号及び河川法施行令1条1項1号に基づき、河川区域の範囲を拡大して中央西寄り尾根（本件砂丘）を河川区域に指定するという権限を行使しなかったことを河川管理の瑕疵とするものと解される。

ウ(ア) 以上の理解を前提として、一審原告らの主張を検討すると、前記(3)のとおり、中央西寄り尾根（本件砂丘）は、当初河川区域指定時から本件掘削前までのいずれの期間においても、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呈している土地」に該当するとは認められないから、中央西寄り尾根（本件砂丘）を河川区域に指定する作為義務があったとはいえない。

(イ) また、一審被告控訴理由書第2の2及び3（27ないし55ページ）において詳述したとおり、仮に中央西寄り尾根（本件砂丘）が河川法施行令1条1項1号の要件に該当する余地があると解したとしても、河川管理者が河川区域の指定をしなかったという河川管理権限の不行使それ自体が直ちに河川管理の瑕疵に当たるとすることはできず、本件における具体的な事情の下においては、中央西寄り尾根（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は認められない。

なお、一審原告らは、一審原告控訴答弁書において、当初河川区域指定において中央西寄り尾根（本件砂丘）が河川区域に指定されなかったことの問題性を主張するが、一審被告が上記のとおり一審被告控訴理由書において詳述したところを踏まえると、当初河川区域指定がされた昭和41（1966）年12月当時に中央西寄り尾根（本件砂丘）を河川区域に指定しなかったという特定時の不作為をもって、約49年後（平

成27(2015)年に発生した本件氾濫との関係で、上記特定時においてその危険性を惹起するものとして河川管理の瑕疵に当たり、又は、本件氾濫による被害を発生させる違法なものであると認めることが、およそ困難であることは明らかである。

したがって、河川管理者が河川区域の範囲を拡大して中央西寄り尾根(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ず、河川管理に瑕疵は認められない。

エ さらに、一審原告らは、当初河川区域指定の違法を是正する方法として、中央西寄り尾根(本件砂丘)に堤防を築造することを主張する(一審原告控訴答弁書第4の2(2)イ・46及び47ページ)。

一審原告らの上記主張は、中央西寄り尾根(本件砂丘)を河川区域に指定すべきであったという主張とも異なり、中央西寄り尾根(本件砂丘)上に堤防を築造するという改修の実施義務を主張するものであるが、それがいかなる法的根拠に基づくのかは明らかではない。

もっとも、一審原告らの主張する河川法6条1項3号及び河川法施行令1条1項1号の理解は誤りであるから、昭和40(1965)年4月当時に河川法6条1項3号の区域の指定をすべきであった旨の主張(一審原告控訴答弁書第4の2(2)イ・47ページ)を含めて、一審原告らの上記主張は理由がない。そして、一審被告控訴理由書第2の2(1)ウ(29及び30ページ)並びに一審被告準備書面(11)第2及び第3(7ないし28ページ)において述べたとおり、大東水害判決の判決要旨二の判断基準に照らして、本件改修計画に格別不合理な点は認められず、また、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も認められない。

なお、中央西寄り尾根（本件砂丘）については、治水安全度を算出するに当たり、自然地形としてその現況地盤高を考慮したものであり、本件掘削により中央西寄り尾根（本件砂丘）を含む左岸25.25キロメートル付近の地盤高は低下したが、「堤防」が必要な区間については、下流原則に則って原則として下流から計画的に堤防整備を実施しているところ、下流地点には左岸25.25キロメートル付近の河川区域内の地盤高（安全度1/10未満）と同様に治水安全度が1/10未満の区間があり（乙第110号証）、下流原則により当該区間について左岸25.25キロメートル付近よりも早期に堤防整備をする必要があったことから、本件掘削によって堤防整備の優先順位を変更することはなかった。また、上記のように中央西寄り尾根（本件砂丘）を現況地盤高として測量していても、一審被告が中央西寄り尾根（本件砂丘）を「堤防」として扱っていたものとはいえない（前記(3)イ）。

オ 前記アのとおり、中央西寄り尾根（本件砂丘）は、当初河川区域指定時から河川法施行令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」に該当するとは認められないから、河川管理者が、当初河川区域指定において、河川法6条1項3号及び河川法施行令1条1項1号に基づき、中央西寄り尾根（本件砂丘）を河川区域に指定しなかったことが違法となることはない。

その上で、若宮戸地区における当初河川区域指定が不合理であるとはいえないことについて触れると、以下のとおりである。

(7) 旧河川法¹⁾が廃止され現行の河川法が制定された経緯

河川法施行法（昭和39年法律第168号）1条による廃止前の河川法（以下「旧河川法」という。）は、明治29年に制定された法律（明治29年法律第71号）であり、中央集権的国家権力による統制的色彩が強いものであった。

例えば、河川区域の認定（旧河川法2条）の効果として当該区域内の一切の私権が消滅するとされており（旧河川法3条）、そのために河川の実態を備える箇所であっても実際には河川区域の認定を容易に行うことはできなかった。私権が消滅することに対する補償規定がなかったことから、特に戦後は民有地について河川区域の認定を行った例はあまりなく、堤外の土地等実態上河川と認められるべきものについても、河川区域の認定をしないで民有地をそのまま残存させていた例が多く、法律上河川として取り扱うことができないなど河川管理上の問題が多かった

*1 河川区域に係る旧河川法等の主な規定

1 旧河川法

〔河川の区域〕

2条① 河川ノ区域ハ地方行政庁ノ認定スル所ニ依ル

② 流水河川ノ区域外ニ出テテ永期ニ渉ルヘキモノト認ムルトキハ地方行政庁ハ其ノ河川ノ区域ヲ変更スヘシ

〔私権の排除〕

3条 河川並其ノ敷地若ハ流水ハ私権ノ目的トナルコトヲ得ス

〔河川附近地に関する制限の命令委任〕

47条 此ノ法律ヲ以テ定メタルモノノ外尚河川附近ノ土地、家屋若ハ其ノ他ノ工作物ニ関シ河川ノ公利ヲ増進シ又ハ公害ヲ除却若ハ軽減スル為ニ必要ナル制限ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム

2 旧河川法施行規程（明治29年勅令第236号）

3条 沿岸、沿堤及河川附近ノ土地ノ区域ハ都道府県知事之ヲ定メ建設大臣ノ定ムル方法ニ依リ之ヲ告示スヘシ

ため、河川附近地制限令（明治33年勅令第300号）（旧河川法47条）を適用して、ある程度所期の目的を達している状況であった。

そこで、旧河川法制定以来70年間において大きく変化した我が国の社会経済情勢に対応するため、昭和40年4月1日に旧河川法が廃止されるとともに、新たな河川法（昭和39年法律第167号）が施行され、河川区域については、河川の現状に即して一定の要件に該当する区域は法律上当然に河川区域となり（河川法6条1項1号、2号）、その他の区域は河川管理者の指定によって、これを定めることとし（同項3号）、河川管理の適正を期することとした（乙第111号証・7、8、101及び102ページ、乙第112号証・13ページ）。

(4) 若宮戸地区における当初河川区域指定について

鬼怒川について、当初河川区域指定時の資料が存在しないため、若宮戸地区の当初河川区域の指定（乙第6号証の2）がいかなる考えに基づいて行われたのかは今となっては確認できないものの、①旧河川法上の「河川区域」及び「沿岸の土地の区域」、②上下流の川幅、③当時の出水状況、④付近の土地の利用状況等を総合的に考慮して当初河川区域を指定したものと考えられる。実務上、河川区域の指定は私権制限を伴うことから、必要かつ相当な区域に限って河川区域の指定を行っているところ、流下能力を確保するため上下流と同程度の川幅を確保しつつ、必要かつ相当な区域に限って当初河川区域の指定がされたことは不合理とはいえない。

(5) 小括

以上のとおり、河川法6条1項3号及び河川法施行令1条1項1号は、堤防が連続的に築堤された築堤区間における堤防のない無堤区間について、「堤防」と同様・同等の効用を有する土地に該当しないにもかかわらず、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とするを目的とするものではなく、一審原告らが指摘するモノクロ空中写真によっても一審原告らの主張する若宮戸地区における地形の変化を判別することはできないことから、一審原告らの前記1の主張はその前提を欠いている。

また、中央西寄り尾根（本件砂丘）は、地盤が強固で「堤防」と同程度の強度（質）が確保されていたとはいえないことなどから、当初河川区域指定時から本件掘削前までのいずれの期間においても、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」に該当するとは認められない。

そうすると、河川管理者が、当初河川区域指定において中央西寄り尾根（本件砂丘）を河川区域に指定しなかったこと及びその後河川区域の範囲の拡大（の指定）をしなかったことは違法とはいえず、それが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から、その河川管理に瑕疵があるとは認められない。

第4 本件における河川管理の瑕疵の有無は大東水害判決の判決要旨二に基づいて判断されるべきであること

1 一審原告らの主張の要旨（一審原告控訴答弁書第3・25ないし36ページ）

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」があり、河川管理には「事実行為」と「管理権限に基づく処分（意思表示）」がある。

河川区域の指定は、河川が自然公物であり、自然的要因によって河川区域指定時の治水安全度が変化することがあり得ることを前提とした上で、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ることを目的とするものである。

大東水害判決は、「河川の安全性を高める」「事実行為」である改修工事（治水事業）について判断基準を示したものである。一方、河川区域の指定は「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）」であるため、河川区域指定の是非は大東水害判決の判断基準によって判断されるべきではなく、河川管理者が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・不行使が不適切で河川の備えるべき安全性を欠くに到ったかという観点から判断されるべきである。

2 一審被告の反論

(1) 河川区域の範囲の拡大（の指定）は治水事業の一環として行われるものであること

ア 一審被告控訴理由書第2の2(2)イ（30及び31ページ）で述べたとおり、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、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（河川法1条、改訂版逐条解説河川法解説21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る（同55ページ）。

人工公物である道路は、安全なものとして公共の用に供された道路につき、その通常備えるべき安全性に欠けることのないように維持し修補して管理すれば足りることになるが、自然公物である河川は、もともとかかる安全性の確保されていない危険物として管理することを前提として、これにつき、管理開始後において、予想される洪水等による災害を防止すべく、逐次堤防の構築・改善、河道の拡幅・掘削、流路の調整、放水路・ダム・

遊水池の設置など種々の治水工事により安全性を高めていかなければならないものである（加藤和夫・最高裁判所判例解説民事篇昭和59年度36及び37ページ）。そうすると、自然公物である河川は元来自然の作用から危険にさらされているため、その管理に当たっては、予測される洪水等から、堤防の構築・改善、放水路・ダムを設置等の工事を累次重ねて、それに合わせて河川区域の指定を行い、また適正に運用されるよう施設の操作等を行うことで河川の安全性を高めていくことになるから、河川管理とは、これらの密接な関係にある行為を総合的に管理するものであって、事実行為と処分行為に分けられるものではなく、また、河川の安全性を低下させないようにする行為は、河川の安全性を高める行為と密接に関係し、一体不可分のものといえる。

例えば、河川事業の一つである河道における土砂掘削の目的は、洪水を安全に流下させるための流下断面を確保することであり、掘削する土砂は、高水敷や河床の土砂であったり、洪水等により堆積した土砂であったりするところ、河道を確保するという意味では、河川の安全性を高めるものとなり、堆積した土砂を除去して従前の河道の状態に回復させるという意味では、河道の安全度を低下させないようにするものともいえるが、河川の安全性を高める行為として、一体不可分の河川管理行為であって、せつ然と分類して評価することは困難であり、一審原告らの述べるような分類をすることは不合理である。

イ また、一審被告控訴理由書第2の2(2)イ(30ないし37ページ)及び前記第3の2(1)で述べたとおり、河川管理実務上、河川区域の範囲の拡大(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、河川区域の範囲の拡大(の指定)も治水事業の一環として位置づけられるものである。

(2) 大東水害判決等の累次の最高裁判決は治水を「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」に分けて判示していないこと

ア 平作川水害最高裁判決の調査官解説（野山宏・最高裁判所判例解説民事篇平成8年度477ページ）によれば、「水害訴訟に関する最高裁判決が示してきた判例法理」（同492ないし502ページ）として、次のような整理がされている。

すなわち、河川管理の瑕疵についての主張には、主に①より高い段階の改修がされていないという「改修の遅れ」が瑕疵に当たるとの主張がされる場合と、②設置済みの施設がその予定する安全性を備えていないという「内在的瑕疵」が瑕疵に当たるとの主張がされる場合に分けられる。

そして、上記①については、河川管理の特殊性（河川一般の管理の特殊性に係る一般的説示。同488及び489ページ）及び「大東判決要旨一」（河川一般の管理の瑕疵の有無に関する一般的瑕疵判断基準。同489ページ）が適用され、鬼怒川のような改修計画に基づき改修中の河川については、上記の判断基準をより具体化したものとして「大東判決要旨二」（同489ページ）が適用される。

また、上記②については、河川管理の特殊性及び「大東判決要旨一」が適用され、さらに、「河川がその改修整備の段階に対応する安全性を備えていない場合には河川の管理に瑕疵があり、右の安全性の有無は、右の改修整備の段階において対処することが予定された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備えているかどうかによって判断すべきである。」という判断基準が適用される。

イ このように、大東水害判決等の累次の最高裁判決（①「加治川判決」（最

高裁昭和60年3月28日第一小法廷判決・民集39巻2号333ページ)、②「多摩川判決」(最高裁平成2年12月13日第一小法廷判決・民集44巻9号1186ページ)、③志登茂川水害最高裁判決、④「長良川判決」(最高裁平成6年10月27日第一小法廷判決・裁判集民事173号201ページ)及び⑤平作川水害最高裁判決)は、河川管理の瑕疵を判断するに当たり、一審原告らが主張するように、「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」に分けて判断したものはない。

一審原告らは、大東水害判決は、「河川の安全性を高める」「事実行為」である改修工事(治水事業)について判断基準を示したものである、「加藤(引用者注:大東水害判決の最高裁調査官解説)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。」(一審原告控訴答弁書第3の1(2)ア・29ページ)などと主張するが、その根拠は何も示されていない上、前記(1)のとおり、「河川の安全性が損なわれて低下しないようにする」行為も河川管理行為であり、河川の安全性を高めるものであることには変わりがないことからすると、一審原告らの主張は独自の見解に基づくものというほかはなく、理由がない。

(3) 小括

以上のとおり、河川の管理は総合的な管理を行うことであり、具体的には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し、これらの河川管理者による治水事業はいずれも河川の安全性を高めるものであり、河川区域の範囲の拡大(の指定)は治水事業の一環として行われる上、大東水害判決等の累次の最高裁判決も、河川管理の瑕疵を判断するに当たり、一審原告らが主張する「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」に分けて判断するとの見解は示していないことからすると、一審原告らの前記1の主張は理由がなく、本件における河川管理の瑕疵の有無は大東水害判決の判決要旨二に基づいて判断されるべきである（そして、一審被告控訴理由書第2の2(1)ウ（29及び30ページ）並びに一審被告準備書面(11)第3（11ないし28ページ）で述べたとおり、本件における「改修計画」である本件基本方針及び本件整備計画は、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ず、若宮戸地区において、水害発生の危険性が特に顕著となり、早期の改修工事を施行しなければならないと認めるべき特段の事由が生じたともいえないことから、若宮戸地区における河川管理の瑕疵は認められない。）。

第5 本件溢水は回避可能性がないこと

1 一審原告らの主張の要旨（一審原告控訴答弁書第4の2(1)イ・43ないし46ページ）

本件掘削により、若宮戸地区の溢水規模（溢水断面積、溢水量）が格段に大きくなっており、太陽光発電事業者による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。また、溢水ないしその危険が生じたとしても、その規模が小さいため、水防活動により溢水を止めたり溢水量をより少なくすることが可能であり、本件溢水による被害の結果については、回避可能性があった。

2 一審被告の反論

(1) 一審原告らは、前記1の溢水規模が格段に大きくなったとの主張をする前提として、若宮戸地区の左岸25.35キロメートル付近の溢水断面の平均水深が約2.3メートルないし約3メートルとなると主張する（一審原告控

訴答弁書第4の2(1)イ・43ないし45ページ)。

しかしながら、一審被告控訴理由書第2の3(5)ウ及び(6)イ(50及び52ページ)で述べたとおり、一審被告は、常総市等からの要請も踏まえ、掘削された箇所、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)の土嚢を設置したものであり(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が(一審被告準備書面(1)第2の2(3)イ(i) b(a)・53及び54ページ)、この土嚢の設置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(なお、本件溢水による痕跡水位(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25.50キロメートル付近においてY. P. + 22.130メートル(乙第65号証))は土嚢の設置高の平均値を約0.7ないし約0.8メートル上回った(乙第19号証・47ページ))。本件掘削により、若宮戸地区の溢水規模(溢水断面積、溢水量)が格段に大きくなったとの一審原告らの主張は、これらの土嚢の設置の対応を踏まえていないものである。

(2) また、中央西寄り尾根(本件砂丘)の土質は砂であって、砂粒等が自然に堆積して形成されたにすぎないため、流水による浸透作用や侵食作用に耐え得るものとは認められないことから(乙第81号証ないし第83号証)、一審原告らが主張するように、「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」とはいえない。

そして、中央西寄り尾根（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. 36メートルであったが（乙第19号証・47ページ）、本件降雨による痕跡水位は前記(1)で述べたとおりであり、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のであるから、仮に、一審被告が中央西寄り尾根（本件砂丘）を河川区域に指定し、中央西寄り尾根（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（一審被告控訴理由書第2の3(6)ア・50及び51ページ）。

なお、本件洪水では、上三坂地区で堤防が決壊したほか、7箇所で溢水、23箇所で漏水が発生するなど、同時多発的に水防活動を必要とするような異常事態が発生したことから（乙第19号証・31ページ）、水防活動による十分な対応が行われることが困難であったため、水防活動により溢水を止めたり溢水量を少なくしたりすることが可能であったとはいえない。

(3) したがって、一審被告には本件溢水による被害の結果回避可能性はなく、一審原告らの前記1の主張は理由がない。

以上