

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

準備書面（4）

（国準備書面（11）に対する反論）

2024年6月26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

目次

第1 「第2 本件は大東水害判決の判決要旨二の判断基準（基準1及び2）により河川管理の瑕疵の有無を判断すべきであること」（7頁～11頁）（河川管理の瑕疵の判断枠組み）について.....	3
1 国の主張.....	3
2 大東水害最高裁判決の河川管理の瑕疵についての判断枠組みとその射程....	3
3 本件溢水に係る河川管理の瑕疵への大東水害最高裁判決の適用について....	5
第2 「第3の1大東水害判決の判決要旨二の判断基準（基準1）において、鬼怒川の『改修計画』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は認められないこと」（12頁～14頁）について.....	6
1 治水事業として行われる堤防整備についての河川管理の瑕疵の判断枠組みとその若宮戸地区の堤防整備への適用（総論）.....	6
2 大東水害最高裁判決の瑕疵判断基準2.....	6
3 小括.....	7
第3 「第4原判決の誤り」について.....	8
第4 若宮戸地区の堤防整備を行っていなかったことの河川管理の瑕疵.....	10
1 若宮戸地区の治水安全度とその堤防整備における優先度.....	10
2 若宮戸地区の堤防整備の実施における特別な事情.....	13
3 鬼怒川6k～26kの堤防整備状況（整備の時期・順序）の検討.....	15
4 結論.....	16
第5 「第3の2若宮戸地区において大東水害判決の判決要旨二の判断基準（基準2）における『特段の事由』は認められないこと」（14頁～28頁）について	18

国は、令和4年9月26日付国の控訴理由書（27頁～30頁）で述べた、大東水害判決が示した判断枠組みに照らし、若宮戸地区における河川管理の瑕疵がないことについて、さらに令和5年4月10日付準備書面（11）において主張を整理・補充したとする（国準備書面（11）6頁）。

国の令和4年9月26日付国の控訴理由書に対しては、すでに、2023年6月30日付控訴答弁書において反論済みであり、国の控訴理由書（27頁～30頁）に関しても、同控訴答弁書第3の1（25頁～31頁）において、反論済みである。

そこで、以下では、念のため、必要と思われる限度で述べる。繰り返しは極力避けるよう努めたが、書面の性質上、ご容赦願いたい。

第1 「第2 本件は大東水害判決の判決要旨二の判断基準（基準1及び2）により河川管理の瑕疵の有無を判断すべきであること」（7頁～11頁）（河川管理の瑕疵の判断枠組み）について

1 国の主張

国は、大東水害判決の河川管理の瑕疵の有無に関する判断枠組みを示した上で、本件には大東水害判決の判決要旨二の判断基準（基準1及び2）が妥当する、そして、その立証責任は1審原告らにあると主張する。

かかる記載内容は、国の上三坂についての令和5年8月4日付控訴答弁書第3（8頁～12頁）と、細かな書きぶりは異なるものの、その内容は全く同一である。

一審原告らは、国の上三坂についての控訴答弁書第3に対しては、すでに、一審原告ら2023年11月13日付準備書面（1）の第1、第2、及び第3の1～3において、詳しく反論したので、これも参照いただきたい。

以下では、若宮戸地区についての河川管理の瑕疵の判断枠組みについて、必要と思われる限度で、述べる。

2 大東水害最高裁判決の河川管理の瑕疵についての判断枠組みとその射程

(1) 大東水害最高裁判決の河川管理の瑕疵についての判断枠組み

大東水害最高裁判決は、改修工事を行う治水事業において、改修（当該箇所

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、河川の通常備えるべき安全性の確保は、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していくことが当初から予定されているものといえることができるとし、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、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、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って足りるとし、当該河川の実態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、諸制約のもとでの同種・同規模の河川の実態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。

このように、大東水害最高裁判決は、改修工事を行う治水事業において改修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き、河川の安全性の確保は、堤防の安全性を高めるなどの改修工事を行う治水事業を改修等の必要性・緊急性の程度の高いものから逐次実施して段階的に安全性を高めていき、治水施設を完備して達成するものとしたうえ、治水施設を完備するには相応の期間を必要とするとし、治水事業（改修工事）による当該改修段階（過程）に対応する安全性（過渡的安全性）が確保されているか否かによって、治水事業における河川管理の瑕疵を判断し、その判断基準を示したものである。

（2）大東水害最高裁判決の射程（治水における二重の二つの範疇）

河川管理は、洪水、高潮等による災害発生の防止（控訴答弁書25頁で述べたように、本訴訟においては、「治水」をこの意味で用いている）、流水の正常な機能の維持、河川の適正な利用及び河川環境の整備と保全を目的として行われるものであり、そのうちの治水には、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。これは、野球に例えれば、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にするもの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、工事のように事実行為を行うことと、管理権限に基づいて処分を行うこととがある。治水のための河川管理のうち、事実行為によって安全性を高めるものが治水事業による改修工事である。これに対して、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。

大東水害最高裁判決は、上記判示内容のように、治水のための河川管理のうちの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、治水のための河川管理には、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）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河川管理の瑕疵（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、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。

3 本件溢水に係る河川管理の瑕疵への大東水害最高裁判決の適用について

本件溢水に係る河川管理の瑕疵には、①若宮戸地区の堤外地についての河川法6条1項3号の区域指定が違法であったことによる河川管理の瑕疵と、②若宮戸地区

の堤防整備を行っていなかったことの河川管理の瑕疵がある。

①については、大東水害最高裁判決の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、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ものである。控訴答弁書において詳述したところである。

②については、改修工事である堤防整備を行う治水事業に係るものであるから、大東水害最高裁判決の河川管理の瑕疵についての判断基準が適用される。この点については、本準備書面の第4で述べる。

第2 「第3の1大東水害判決の判決要旨二の判断基準（基準1）において、鬼怒川の『改修計画』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は認められないこと」（12頁～14頁）について

1 治水事業として行われる堤防整備についての河川管理の瑕疵の判断枠組みとその若宮戸地区の堤防整備への適用（総論）

治水事業として行われる堤防整備についての河川管理の瑕疵の判断枠組みとその若宮戸地区の堤防整備への適用（総論）については、上三坂の堤防整備に関して述べた2023年3月31日付一審原告ら控訴理由書第1章の第1～第4がそのまま妥当するので、これを援用する。

以下では、若宮戸地区の堤防整備についての河川管理の瑕疵を検討するのに必要な記述にとどめる。

2 大東水害最高裁判決の瑕疵判断基準2

大東水害最高裁判決の瑕疵判断基準2は、「改修計画」が格別不合理であるかを、瑕疵判断基準1が示した「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」を考慮して、判断するものとしている。この諸般の事情のうち、「改修を要する緊急性の有無及びその程度」を考慮することによって、改修工事の基本的な事項と内容を定めた基本計

画に加えて、改修を要する箇所の工事の時期・順序（改修手順）を定めた実施計画が定まるのである。

河川法１６条等に基づく工事实施基本計画、河川整備基本方針及び河川整備計画の何れにおいても、その作成準則で考慮事情とされているのは、洪水等による災害の発生の防止又は軽減に関する事項に関しては、「過去の主要な洪水、津波、高潮等及びこれらによる災害の発生の状況並びに災害の発生を防止すべき地域の気象、地形、地質、開発の状況」である（河川法施行令１０条１号。改正前は１０条１項１号）。「改修を要する緊急性の有無及びその程度」は、作成準則における考慮事情にはない。それ故、何れの計画においても、河川工事を実施する場所についての工事の時期・順序（工事手順）は計画に定める事項とはなっていない。

したがって、工事实施基本計画や河川整備基本方針及び河川整備計画では、大東水害最高裁判決の瑕疵判断基準２に基づいて改修計画が不合理なものであるか否かを判断すること、つまり、改修を要する緊急性の有無及びその程度を考慮して、改修を要する箇所の工事の時期・順序において不合理なものであるか否かを判断することは不可能である。この場合の当該改修計画が改修工事の時期・順序（改修手順）において不合理であるか否かを判断するには、改修工事の実施状況を検討対象に加え、実施計画として定められる改修工事の時期・順序（改修手順）の内容を帰納して、実施された改修工事の時期・順序（改修手順）について、判断基準１の示す考慮事情である改修を要する緊急性の有無及びその程度を考慮して、不合理であるか否かを判断するしかない。一審原告ら準備書面（１）１０、１１頁でも述べたように、大東水害最高裁判決も、当該事案についての判断において（最高裁ＨＰ／裁判例検索／最高裁判所判例集／昭和５９年１月２６日最高裁判所第一小法廷判決８頁の一２の第２段落）、この方法によって、実施された改修工事の時期・順序（改修手順）が不合理であるか否かを判断している。

３ 小括

国が改修計画であるとする河川法１６条等に基づく利根川水系工事实施基本計画及び利根川水系河川整備基本方針とみなし河川整備計画（利根川水系工事实施基本計画のうちの主要な河川工事の目的、種類及び施行の場所等の部分）は、大東水害最高裁判決の瑕疵判断基準２のもとで改修計画が不合理か否かを判断する考慮事情

のうち、改修を要する緊急性の有無及びその程度が計画の作成において考慮されていないため、改修工事の時期・順序（改修手順）が定められた実施計画がない。そのため、大東水害最高裁判決の瑕疵判断基準 2 の鬼怒川への適用において、上記計画では、改修を要する緊急性の有無及びその程度を考慮して定められる改修工事の時期・順序（改修手順）が不合理か否かの判断はできないので、上記計画のもとで行われている改修工事の実施状況を検討対象に加えて、改修工事の時期・順序（改修手順）が不合理であるか否かを検討して、河川管理の瑕疵を判断することになるのである。

第3 「第4 原判決の誤り」について

- 1 国は、原判決の判示は大東水害判決の判断枠組みから逸脱したものであるとして、「第4の1(2)ア」において、国の控訴理由書37頁～39頁を引用し、「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、前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べき義務が課せられるものではない」などと主張する。

かかる国の主張は、国の控訴理由書37頁～39頁などで述べていることと同じである。これについては、すでに控訴答弁書35頁において、若宮戸地区の堤外地についての河川法6条1項3号の区域の指定は、自然公物である河川では、自然的要因による治水安全度の変化が起こりうることを前提としたうえで、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ものであって、国の主張は、人為的要因のことを忘れ、これを無視した的外れの主張であることを指摘して、反論済みである。

また、国は、「第4の1(2)イ」において、「原判決が判示する「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るような事情」と述べて、大東水害最高裁判決を引用して主張している。

しかし、原判決が判示しているのは、「想定された安全性が損なわれるような事情」ではなく、「想定された安全性が損なわれないように管理すべきこと」である。国の主張は、批判内容ないし対象を間違えている。

そして、大東水害最高裁判決は、治水のための河川管理のうちの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り、河川の安全性を高めることとは別の河川管理開始時や改修計画策定時に想定された安全性が損なわれないように適切に河川管理をすること（原判決４５頁）は、判断対象外であって、念頭になく、この点について何も判示していないのである。大東水害最高裁判決は、安全性が損なわれないように適切に河川管理をすること（若宮戸地区の堤外地についての河川法６条１項３号の区域の指定）についての判断においては、何の根拠にもならないものである。

以上のとおり、国の原判決の批判は、失当である。

- ２ 国は、「第４の２」において、事業再評価は改修計画に当たらない、などと主張している。

しかし、鬼怒川の改修計画である工事实施基本計画や河川整備基本方針及び河川整備計画（利根川水系工事实施基本計画のうちの主要な河川工事の目的、種類及び施行の場所等の部分）では、大東水害最高裁判決の瑕疵判断基準２に基づいて改修計画が不合理なものであるか否かを判断すること、つまり、改修を要する緊急性の有無及びその程度を考慮して、改修を要する箇所工事の時期・順序において不合理なものであるか否かを判断することは不可能であり、当該改修計画が改修工事の時期・順序（改修手順）において不合理であるか否かを判断するには、改修工事の実施状況を検討対象に加え、実施計画として定められる改修工事の時期・順序（改修手順）の内容を帰納して、実施された改修工事の時期・順序（改修手順）について、判断基準１の示す考慮事情である改修を要する緊急性の有無及びその程度を考慮して、不合理であるか否かを判断するしかないのである。大東水害最高裁判決も、控訴審準備書面(1) 10、11頁で述べたように、当該事案における河川管理の瑕疵の判断をこの方法によって行っている。

事業再評価根拠資料には改修工事の時期・順序が記載されており、改修工事の時期・順序が記載されていない鬼怒川の改修計画の内容（改修工事の時期・順序）を推認させるものである（原判決４２頁～４３頁）。国の主張には理由がない。

第4 若宮戸地区の堤防整備を行っていないかったことの河川管理の瑕疵

以下では、②若宮戸地区の堤防整備を行っていないかったことの河川管理の瑕疵について、鬼怒川下流部の堤防整備（築堤）の時期・順序（改修手順）において、若宮戸地区の堤防整備の時期・順序が諸制約（議会によって配分が決定される予算による財政的制約、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技術的制約及び低湿地の宅地化その他の社会的制約）のもとでの河川管理の一般水準及び社会通念に照らして不合理であったか否かを検討し、鬼怒川の改修において河川管理の瑕疵があったことを明らかにする。

1 若宮戸地区の治水安全度とその堤防整備における優先度

- (1) 控訴理由書（上三坂）においては、上三坂の堤防整備について、堤防整備を行う箇所のなかで治水安全度の最も小さい上三坂の堤防整備を後回しにし、他の治水安全度の大きい箇所の堤防整備を優先して行う工事の時期・順序（整備手順）が格別不合理であることを、距離標の250m間隔の測量結果に基づく現況堤防高及び同流下能力による治水安全度に加えて、地点間隔の密な現況の高さをほぼ漏れなく明らかにしているレーザプロファイラ測量（LP測量）によるものと思われる平成23年度現況堤防高縦断表（甲32）とこれに基づく平成23年度現況堤防高縦断図及び『平成26年度鬼怒川・小貝川水理解析検討業務報告書』様式－6【重要水防箇所の検討（鬼怒川編）】の図（甲61）に基づいて、上三坂の堤防整備を後回しにする工事の時期・順序（整備手順）が格別不合理であることを明らかにした（控訴理由書第5の2(1)ア(イ) b及び図6）。
- (2) これに対して、若宮戸地区は、25.25kと25.50kの間にあるので、距離標の250m間隔の測量では測量が行われておらず（本件砂丘のある24.50k～26.00kは、堤防がないにもかかわらず、上下流堤防に連続していて最も地盤の高い箇所を堤防と扱って、距離標の250m間隔での測量が行われている）、距離標の250m間隔の現況堤防高及び同流下能力による治水安全度を求めることができない。また、平成23年度現況堤防高縦断表（甲32）には、若宮戸地区のある25.25k～25.50kの間は、距離標地点の記載があるだけ

で、それ以外の地点についての記載がない。そして、『平成26年度鬼怒川・小貝川水理解析検討業務報告書』様式-6【重要水防箇所の検討（鬼怒川編）】の図（甲61）には、距離標地点以外の地点についても記載されているが、そこに記載されているのは、本件掘削後の高さである（甲61号証26頁No. 鬼怒左25-2）。これらの資料では、若宮戸地区の本件掘削前の現況地盤高が明らかでない。

- (3) しかし、国から若宮戸地先築堤設計業務の委託を受けたサンコーコンサルタント株式会社により、『平成15年度 若宮戸地先築堤設計業務報告書』（甲44）がとりまとめられており、その過程において、若宮戸地区の地盤の高さが測量されている。国から、平成28年9月9日に、「若宮戸地区の掘削する前の『いわゆる自然堤防』の高さを測量した結果」（甲64）として、平成16年1月の測量結果とする若宮戸地区の「掘削前の地盤線」の縦断図を記載した図（別図-1）及び平面図と横断図（別図-2）が公開された。そして、上記別図-2の横断図の各測線の位置を記載した平面図が国から提出された（乙66の1）。これらにより、若宮戸地区25.35k付近の、本件掘削前の地盤高（1972年9月以降、本件掘削がされるまでは、ほぼ変わっていないものと判断される）が明らかとなった。以上の内容をまとめたものが、図1（控訴答弁書図7）である。

- (4) そこで、平成23年度現況堤防高縦断表（甲32）に、左岸25.35kについては、上記公開資料において本件掘削前の地盤高の最小値とされたY.P.21.36mを堤防高に加えて、6k～26kの現況堤防高縦断図（平成23年度）を作成した（図2）。

25.35kの現況地盤高Y.P.21.36mは、同地点の計画高水位Y.P.22.39m（25.25kの22.35mと25.50kの22.44mを直線補間したものによる）を1.03m下回っている。

図2によれば、6k～26kにおいて、現況堤防高が計画高水位を下回っている箇所は、左岸の25.35kのほかは、11.1k付近、21.0付近（上三坂）、右岸の6.5k付近、6.8k付近、23.75k（もっとも、距離標毎の平成23年度測量結果では、現況堤防高はY.P.22.70mであり、計画高水位Y.P.21.815mを上回っている）の合計6箇所しかない。なかでも、左岸の25.35kと11.1k付近は、計画高水位を1m以上も下回っている。

- (5) 計画高水位は計画高水流量が流れたときの水位をこれ以下とする高さであり、

計画高水流量が流れたときの水位が計画高水位以下となるよう、計画高水位以下の流下能力を大きくする改修工事が行われる。堤防の高さが計画高水位に満たないところでは、計画高水位以上の高さにする堤防嵩上げが行われ、堤防の高さが計画高水位以上あるところでは、堤防嵩上げをしても計画高水位以下の流下能力が大きくなることはないので、計画高水位以下の部分について、当該部分の流下能力を大きくする河道掘削による河積の拡大等が行われる。堤防は、計画高水位の高さが備わっていることが前提となっているのである。

このように、計画高水位は、堤防が備えていなければならない最低の高さであり、堤防の高さが計画高水位もないということは、当該堤防は堤防が備えるべき最低基準も満たしていないということである。とりわけ、左岸 25.35k のように、高さが計画高水位よりも 1m も低いというのは、堤防が備えるべき最低基準を大きく欠いているものであり、あってはならないことである。

そして、国が現況堤防の安全度を評価する指標と主張しているスライドダウン評価をした堤防高と比べても、図 3 のとおり、6k～28k において、平成 23 年度鬼怒川直轄改修事業事業再評価根拠資料の様式—2 流下能力評価表（甲 41 号証 42、43 頁）によれば、スライドダウン堤防高は、殆どの箇所が計画高水位を上回っており、計画高水位に対して不足のある箇所でも、その不足量は左岸 25.35k の 1m よりも大幅に小さく、左岸 25.35k は最も治水安全度が小さい。

以上のとおり、現況地盤高が計画高水位を 1m も下回る左岸 25.35k（若宮戸地区）は、堤防が備えるべき最低基準を大きく欠いていて、鬼怒川下流部において、最も治水安全度が小さい箇所である。

- (6) また、若宮戸地区は、鬼怒川と小貝川に挟まれた若宮戸地区直上流から水海道地区までの南北に細長いお盆状の地形の最上流部に位置し、そこからの洪水の氾濫が最下流の市街地の水海道地区にまで及ぶ地形的特徴を有している（甲 25～27）。

若宮戸地区は、鬼怒川下流部における洪水の氾濫被害の防止において、重要な箇所である。

- (7) したがって、左岸 25.35k のある若宮戸地区は、堤防整備において、治水安全度が最も小さい箇所であり、また、地形的特徴からそこからの洪水の氾濫が最

下流の市街地にまで及ぶためことから、氾濫被害の防止において重要な箇所でもあって、最も優先して堤防の整備が行われなければならない箇所である。若宮戸地区は、堤防整備の時期・順序（整備手順）としては、第1順位である。

2 若宮戸地区の堤防整備の実施における特別な事情

(1) 若宮戸地区の治水安全度低下の原因は本件河川区域指定が違法であったためであり、この違法を是正する義務の履行として堤防整備をすべきであったこと

控訴答弁書で述べたように、国は昭和41年12月に本件河川区域指定を行ったものであるが、この指定において、本件砂丘の中央西寄り尾根は、Y.P. 23m以上の高さがあり、上下流の堤防に接続して、一体となって洪水の堤内地への流入を防いでおり、地形上堤防と同一の状況を呈している土地であるので、これが区域内になる指定をすべきであったのに、本件河川区域指定は、これを区域内とせず、区域外とする違法なものであった。そのため、本件河川区域指定後に、樹木の伐根と掘削による地形改変が行われて、中央西寄り尾根の稜線が失われてしまい、残されたものが現況地盤の稜線（崖）であり、計画高水位（当時）を約20cm下回る高さになった。そして、昭和48年の利根川水系工事实施基本計画の改定によって計画高水位が0.8m高くなったので、さらに、計画高水位を1mも下回る高さになったのである。

さらに言えば、国は昭和40年4月に鬼怒川の管理を開始したのであるが、管理開始後すみやかに堤外地についての河川法6条1項3号の区域の指定を行っていれば、本件砂丘の最も高い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、東端尾根を区域内にする指定ができなくなったものであり、特段の事情が認められない限り、河川法6条1項3号の区域の指定の遅れの違法の可能性が高い。

いずれにおいても、本件河川区域指定は堤外地についての河川法6条1項3号の区域指定として違法であるので、国には、当該違法を是正する義務がある。しかし、本件河川区域指定後に行われた掘削により、Y.P. 23m以上の高さがあった中央西寄り尾根の稜線も東端尾根もなくなっているのもはや、本件河川区域指定時の状態と同じ内容にする指定をすることは不可能である。したがって、その代わり

に堤防整備を行って、同じ目的を達成するしかない。

若宮戸地区の堤防整備は、この違法を是正する義務の履行として行われなければならないものである。この点からも、若宮戸地区の堤防整備は、優先的に行われなければならないのである。

(2) 堤防整備のための築堤詳細設計が行われたが、築堤が行われなかったこと

国は、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、『平成15年度 若宮戸地先築堤設計業務報告書』（甲4及び甲44）による報告を受けている。

同報告書は、本文（合計210頁）が業務概要、現地調査、基本事項の決定、平面および縦横断設計、小構造物設計、施工計画検討、数量計算からなり、末尾図（合計54頁）が、「河川境界をベースとして設定した」線形の第1案（平面図は甲44号証17～19頁）と「地山の尾根をベースに設定した」線形の第2案（平面図は甲44号証20～22頁）の2種類の設計図面からなるもので、本文・図の合計264頁からなる文字通り築堤の詳細設計がされている報告書である。

この築堤設計のための平成16年1月の測量によって（測量結果図は、甲64別図－2の平面図及び横断図、乙66の1）、左岸25.35k付近において、図1の若宮戸掘削前地盤線のとおり、現況地盤高がY.P.21.36mと、計画高水位Y.P.22.39mを1.03mも下回っていることが明らかとなった。現況の高さが計画高水位よりも1mも低いというのは、堤防として備えるべき最低基準さえも大きく欠いているものであり、このようなことは堤防としてあってはならないことであって、治水安全度が最も小さい箇所の一つとして、最も優先して堤防整備が行われなければならない箇所であることが判明したのである。

そして、若宮戸地区の堤防整備は、上記(1)で述べたように、本件河川区域指定後にされた掘削によって中央西寄り尾根の稜線が失われてしまったために、本件河川区域指定の違法を区域指定によって是正することが不可能となったので、これに代わって行われるものである。同報告書はこの義務の履行のためのものでもある。同報告書の地山の尾根をベースに設定した第2案は、工事量が少なく、この義務の履行として必要最小限度のものであるが、若宮戸地区は、稜線が失われてできた崖の堤外側に堤防を築造する設計となっている（甲44号証22頁）。

以上のことから、若宮戸地区の堤防整備は、同報告書の翌年度の平成16年度か

ら、最も優先して行われなければならないのである。

しかし、若宮戸地区の堤防整備は行われることがなく、同報告書は文字どおりお蔵入りにされてしまった。

3 鬼怒川 6 k～26 k の堤防整備状況（整備の時期・順序）の検討

(1) 鬼怒川 6 k～26 k の堤防整備状況（整備の時期・順序）

原審国準備書面(5)第1の4(3)ウ(12～16頁)に、鬼怒川下流部の堤防整備の状況として、「整備概要図2」(乙72の3)を引用し、平成13年から平成27年までの堤防整備の経緯が、平成13年から平成23年までと平成24年以降に分けて記述されている。

この記述に従い、図2には、平成14年度～平成23年度に整備された箇所を茶色横帯グラフ、平成24年度～平成26年度に整備された箇所を青色横帯グラフで記載した。

(2) 若宮戸地区の治水安全度（堤防整備順位）と堤防整備状況との対比

上記1で述べたように、若宮戸地区の左岸25.35kは、平成15年度の測量において、現況地盤高が計画高水位よりも1mも低いことが判明し、計画高水位という堤防が備えるべき最低基準を大きく欠いていることが明らかとなった。そして、図3のとおり、国が現況堤防の安全度を評価する指標と主張しているスライドダウン評価をしたスライドダウン堤防高をみたとしても、殆どの箇所が計画高水位を上回っており、計画高水位に対して不足のある箇所でも、その不足量は25.35kの1mよりも大幅に小さい。したがって、若宮戸地区は、最も治水安全度が小さい箇所として、最も優先して堤防整備が行われなければならない箇所であった。加えて、上記2で述べたように、本件河川区域指定が、本件砂丘の中央西寄り尾根が区域内になる指定をすべきであったのに、これを区域外とする違法なものであったため、本件河川区域指定後に、掘削が行われ、左岸25.35k付近は、中央西寄り尾根のY.P.23m以上の高さがある稜線が失われてしまったため、上記現況地盤高となったのであり、この違法を是正する義務の履行として、最も優先して堤防整備を行わなければならないものであった。

したがって、若宮戸地区は、堤防整備を行う場合、鬼怒川下流部のなかで、最も優先して堤防整備が行われなければならない箇所であり、堤防整備の時期・順序（整

備手順)としては、第1順位である。

堤防整備の状況は、図2の原審国準備書面(5)第1の4(3)ウ(ウ) aに従った横帯グラフのとおりである。平成14年度以降、平成23年度までに堤防整備が行われた箇所は、全て、現況堤防高が計画高水位を上回っている箇所である(現況堤防高が計画高水位よりも1m以上低い左岸11.1k付近(豊水橋上下流)は、一見すると、堤防整備が行われたとされている10.5k～11.25kに含まれているが、実際は、堤防整備は行われていない。堤防整備が行われたのは、本件洪水後の「H30鬼怒川左岸水海道元町築堤護岸工事」によってである)。

また、図2のとおり、平成24年度～平成26年度において堤防整備が行われた箇所も、平成23年度に現況堤防高が計画高水位を上回っている箇所である。

上記の治水安全度と堤防整備状況との対比では、現況堤防高は、平成23年度の測量結果である。平成14年度から平成23年度の間には堤防整備が行われておれば、図2の現況堤防高になることはあり得ることなので、念のため、距離標の250m間隔であるが、平成13年度と平成23年度の現況堤防高により、これに上記の平成16年1月の測量結果である左岸25.35kの現況地盤高Y.P.21.36mを現況堤防高に加えて、現況堤防高と上記堤防整備状況との対比を行った(図4)。図4のとおり、計画高水位を1mも下回る左岸25.35kを除いて、現況堤防高が計画高水位を下回る箇所はなく、平成14年度から平成23年度の間には堤防整備が行われた区間(茶色横帯グラフ)は、全てが計画高水位を上回っていた。

以上のとおり、鬼怒川下流部の平成16年度以降の堤防整備において、現況地盤高が計画高水位よりも1mも低いところがある最も治水安全度の小さい若宮戸地区の堤防整備が優先して行われず、現況堤防高が計画高水以上ある箇所の堤防整備が優先して行われており、最も治水安全度の小さい若宮戸地区の堤防整備を後回しにする堤防整備の時期・順序(整備手順)であった。

4 結論

(1) 若宮戸地区は、鬼怒川と小貝川に挟まれた若宮戸地区直上流から水海道地区までの南北に細長いお盆状の地形の最上流部に位置し、そこからの洪水の氾濫が最下流の市街地の水海道地区にまで及ぶ地形的特徴から、鬼怒川下流部における洪水の氾濫被害の防止にとって、重要な箇所である。そして、若宮戸地区は、堤防

がなく、現況地盤高が堤防の備えるべき最低基準である計画高水位を1 mも下回っており、また、その計画高水位に対する不足が他の箇所の方が現況堤防の安全度評価の指標と主張するスライドダウン堤防高の計画高水位に対する不足よりも大きく、最も治水安全度が小さいものであったことから、治水事業において、最も優先して堤防整備をしなければならなかった箇所である。加えて、本件河川区域指定が、Y. P. 2 3 m以上の高さがある、上下流の堤防と接続し、地形堤防と同一の状況を呈している土地である本件砂丘の中央西寄り尾根が区域内になる指定をすべきであったのに、これを区域外とする違法なものであったため、本件河川区域指定後に、掘削が行われて中央西寄り尾根の稜線が失われてしまい、上記現況地盤高となったことから、この違法を是正する義務の履行としても、最も優先して堤防整備をしなければならなかった箇所である。

それにもかかわらず、国は、治水事業として行う鬼怒川下流部の堤防整備において、他の現況堤防高が計画高水位以上あり、治水安全度の大きい箇所の堤防整備を優先して行い、若宮戸地区の堤防整備を行わずにいた。

その結果、本件洪水において、堤防が整備されていなかった若宮戸地区において本件洪水が起こり、本件浸水被害が生じたものである。

- (2) 本件洪水に関して、国が上記の治水上の安全性に係る諸事情のもとで行っていた堤防整備が、大東水害最高裁判決が瑕疵判断基準を示した改修工事を行う治水事業における河川管理の瑕疵に該当するかについて検討すると、次のとおり、国の鬼怒川の河川管理には瑕疵があるものである。

すなわち、利根川水系工事实施基本計画、利根川水系河川整備基本方針（平成17年にこれが定められるまでの間は、河川法改正附則2条1項により、同工事实施基本計画のうち、改正前同法施行令10条2項1、2号及び3号イに係る部分が同整備基本方針とみなされていた）及び利根川水系鬼怒川河川整備計画（平成28年にこれが定められるまでの間は、河川法改正附則2条2項により同工事实施基本計画のうちの改正前同法施行令10条2項3号ロの「主要な河川工事の目的、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主要な河川管理施設の機能の概要」として定められた部分が河川整備計画とみなされていた）とそのもとでの改修工事（堤防整備）の実施状況の全体を、過去に発生した水害の規模、発生原因、被害の性質、降雨状況、流域の地形その他の自然条件、

土地の利用状況その他の社会的条件、さらには改修を要する緊急性の有無及びその程度を総合的に考慮して検討すると（国準備書面(11) 13頁も参照）、若宮戸地区は、堤防がなく、上下流堤防に接続している本件砂丘の地盤高が、堤防が備えるべき最低基準である計画高水位よりも1mも低く、最も治水安全度が小さかったうえ、元は地盤高がY.P. 23m以上あり、地形上堤防と同一の状況を呈している土地であったのに、本件河川区域指定がこれを区域内とせず区域外とする違法なものであったために、掘削が行われて上記地盤高となったものであり、鬼怒川下流部の平成16年度以降の堤防整備において、堤防整備を優先して行われなければならない箇所であるにもかかわらず、他の現況堤防高が計画高水位以上あり、治水安全度の大きい箇所の堤防整備が優先して行われ、堤防整備が行われていなかったものであり、この堤防整備の時期・順序は、堤防整備の時期・順序全体（改修手順）として、配分が決定された鬼怒川下流部の堤防整備に係る予算枠のなかで整備を行うことを要する財政的制約、緊急に改修を要する箇所から段階的に整備を行うことを要する等の技術的制約、低湿地の宅地化その他によって生じる社会的制約のもとでの1級河川の河川管理の一般水準及び社会通念に照らして、格別不合理である。

このような、改修工事として堤防整備を行う治水事業において、他の現況堤防高が計画高水位以上ある箇所の堤防整備を優先して行い、計画高水位よりも1mも低く、治水安全度の最も小さい若宮戸地区の堤防整備を行っていない国の鬼怒川の河川管理には瑕疵があるものである。

第5 「第3の2若宮戸地区において大東水害判決の判決要旨二の判断基準（基準2）における『特段の事由』は認められないこと」（14頁～28頁）について

国は、準備書面（11）第3の2において、若宮戸地区における本件掘削が大東水害最高裁判決の瑕疵判断基準2の「特段の事由」に該当するかについて述べている。

若宮戸地区の堤防整備の問題は、大東水害最高裁判決の瑕疵判断基準2の適用の問題である。

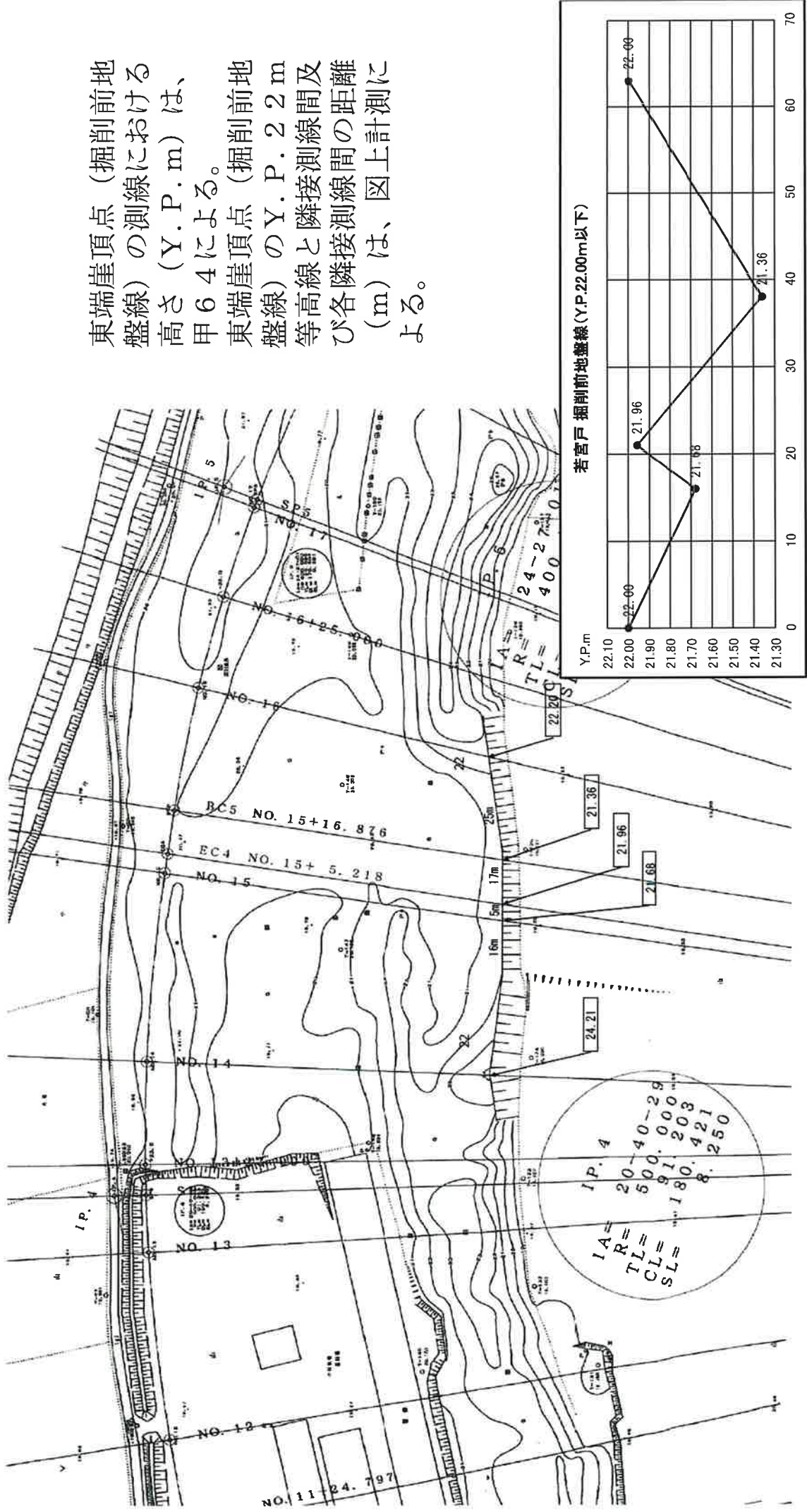
しかしながら、1審原告らが主張しているのは、本件掘削後ではなく、それ以前の時点において、国が若宮戸地区の堤防整備をしていなかったことにつき、改修計

画とそれもとでの改修工事の実施状況が改修の時期・順序において格別不合理なものと認められるかを問題としているのであり、若宮戸地区の堤防整備の問題は、当該改修計画で定められた改修の時期・順序を変更する特段の事由の問題ではない。

国の主張は的外れであるので、国準備書面（11）第3の2に対しては、反論の必要が全く認められない。

以上

図1 25.35k付近の2016(平成24)年掘削前の地盤状況



東端崖頂点 (掘削前地盤線) の測線における高さ (Y.P.m) は、甲64による。
東端崖頂点 (掘削前地盤線) のY.P. 22m等高線と隣接測線間及び各隣接測線間の距離 (m) は、図上計測による。

図 2 a

鬼怒川堤防高縦断面図(平成23年度詳細測量) 右岸

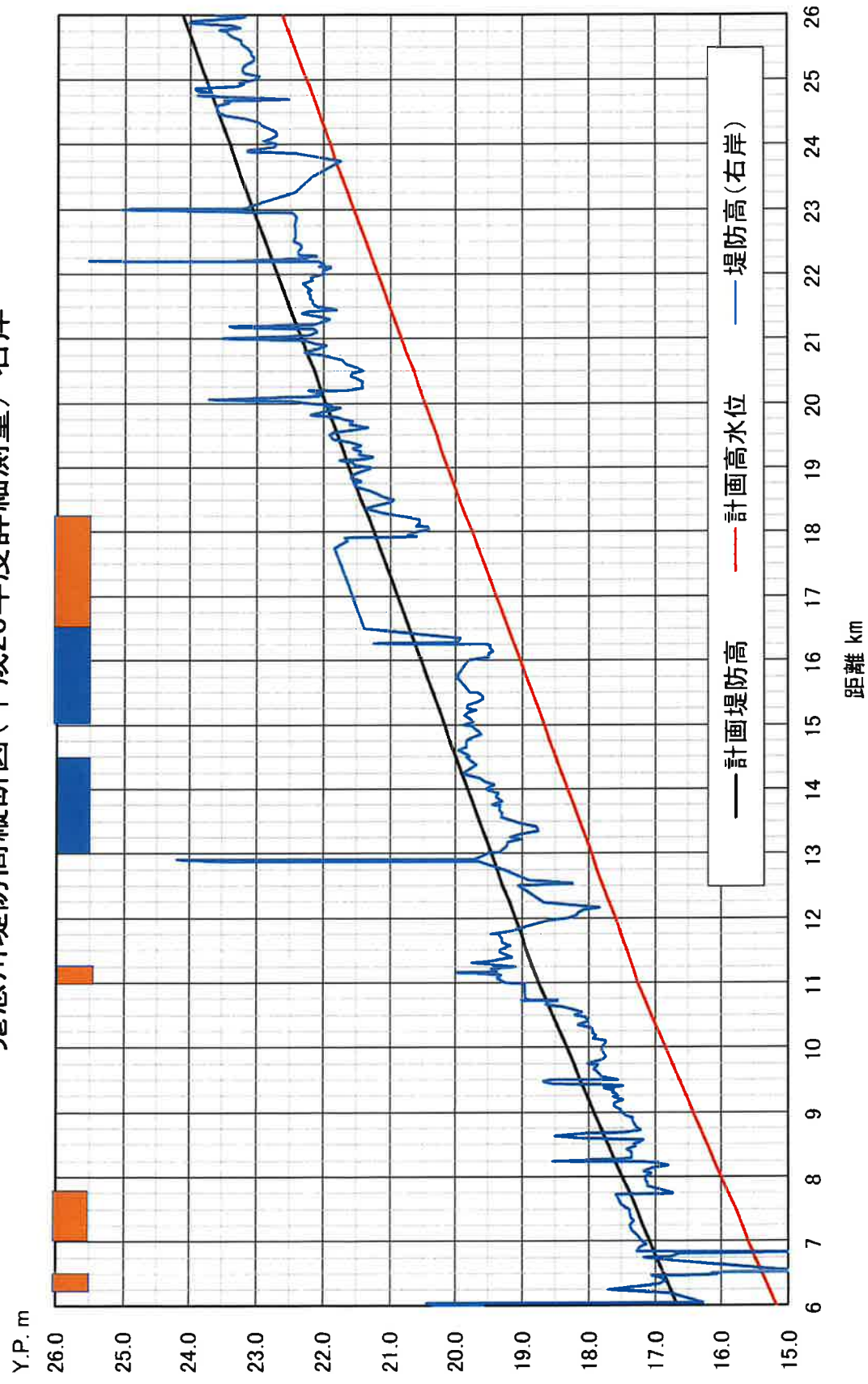
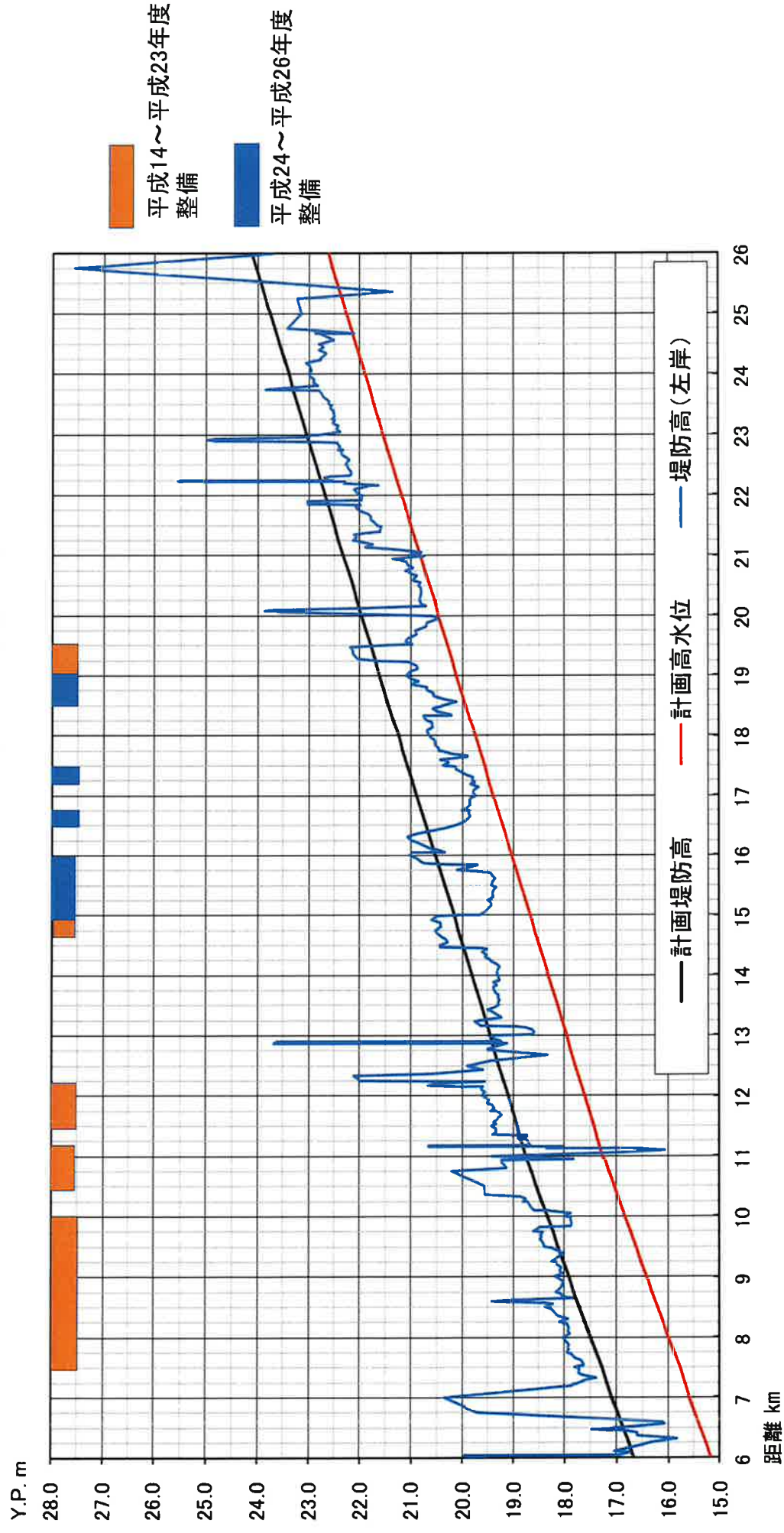


図 2 b

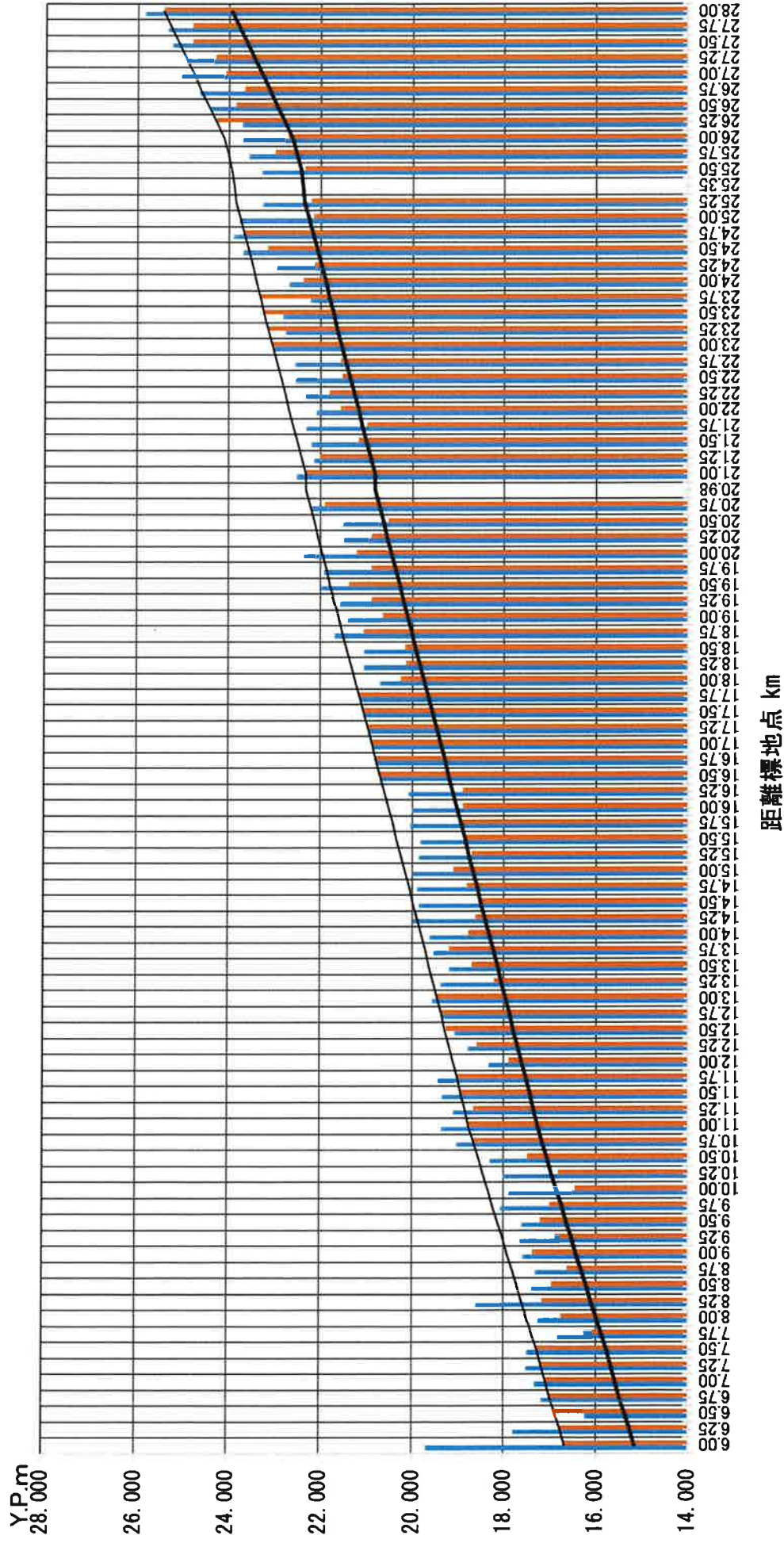
鬼怒川堤防高縦断面図(平成23年度詳細測量) 左岸



(注) 25.35kmの堤防高として、国土交通省平成28年9月9日回答文書の地盤高最小値(平成15年度測量)Y.P.21.36mを追加。

図 3 a

鬼怒川 現況堤防高／スライドダウン堤防高（平成23年度事業再評価根拠資料） 右岸



■ 現況堤防高（右岸） ■ スライドダウン堤防高（右岸） — 計画高水位

図 3 b

鬼怒川 現況堤防高／スライドダウン堤防高（平成23年度事業再評価根拠資料） 左岸

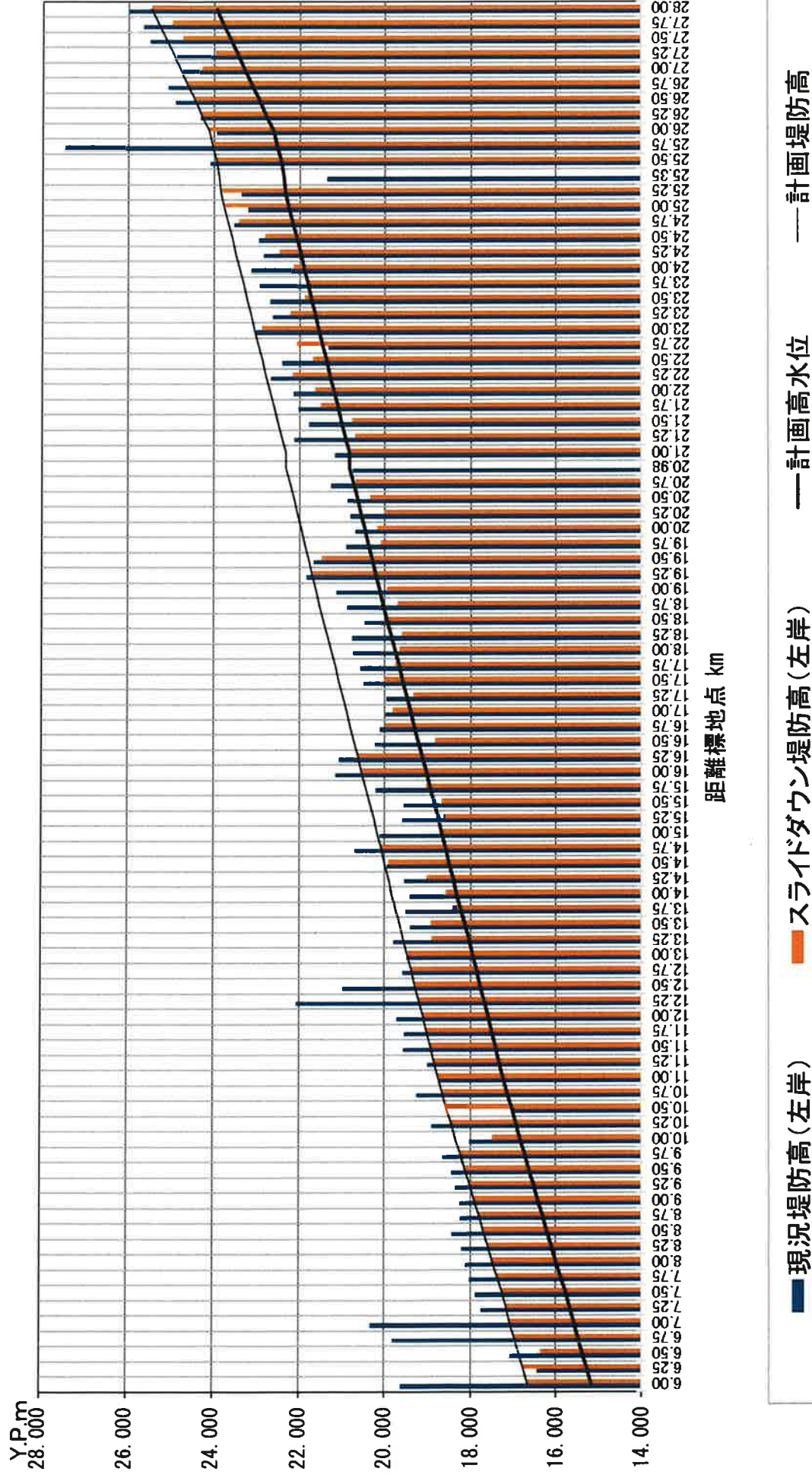


図 4 a

鬼怒川堤防高(平成13年度測量、平成23年度測量) 右岸

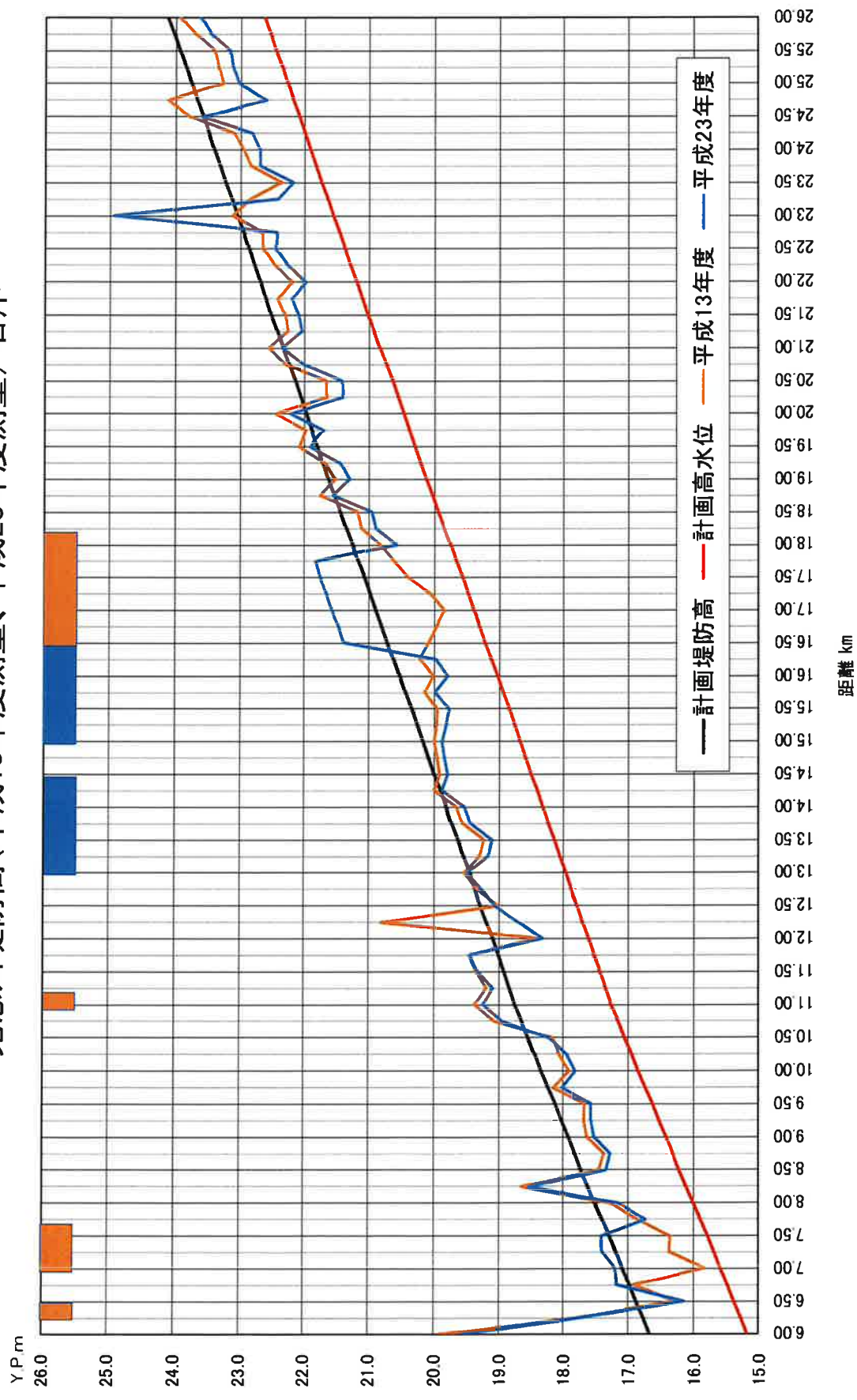
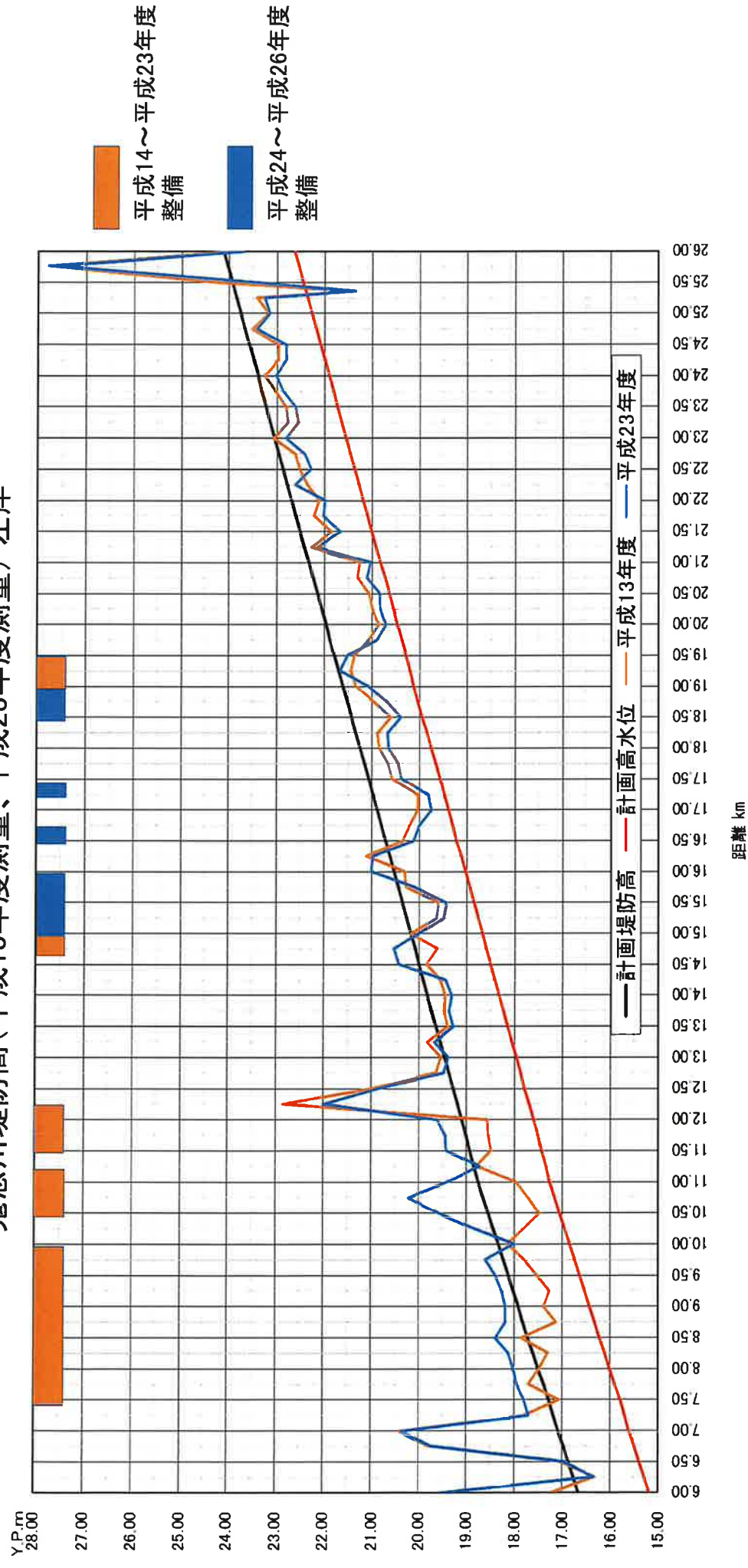


図 4 b

鬼怒川堤防高(平成13年度測量、平成23年度測量) 左岸



(注) 9.50kmの平成13年度測定値14.62mは、平成10年度測定値16.93mよりも極端に小さく、誤測又は誤記と認められるので、棄却した。
25.35kmの堤防高として、国土交通省平成28年9月9日回答文書の地盤高最小値(平成15年度測量)Y.P.21.36mを追加した。