

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（5）

（国準備書面（12）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

一審原告らは、国の令和6年2月22日付準備書面（12）に対して、必要な限度で反論する。

目次

第1 「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すべきであること」（7頁～9頁）について.....	3
第2 「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頁～26頁）について（本件河川区域指定の違法及びその違法を是正しなかったことの違法）.....	7
1 「2(1)」（11頁～13頁）について.....	7
2 「2(2)」（13頁～15頁）について（若宮戸地区の地形変化）.....	7
3 「2(3)、(4)ア及び(4)オ」について（本件河川区域指定の違法）.....	12
4 「2(4)イ～エ」について（本件河川区域指定の違法及びその違法を是正しなかった違法に関して）.....	18
第3 「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頁～31頁）について（本件若宮戸地区についての河川管理の瑕疵の判断枠組み）.....	23
1 「2(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」について.....	23
2 「2(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」にわけて判示していないこと」について.....	26
3 「2(3)小括」について.....	32
第4 「第5本件溢水は回避可能性がないこと」（31頁～33頁）について..	32
1 「2(1)」について（土嚢の設置について）.....	32
2 「2(2)」について（本件溢水及び本件溢水被害は生じなかった）.....	33

第1 「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すべきであること」（7頁～9頁）について

1 国は、概要、以下の点から、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すべきであると主張する。

(1) 一審原告らは、昭和41年12月にされた「当初河川区域指定」（（国は、本件河川区域指定）を指して、このようにいう）の違法やその理由の詳細を主張していなかった。

(2) 一審原告らが提出した証拠が後れて提出されたことは、一審原告らに重過失がある。

(3) これによって、訴訟の完結が遅延する。

2 しかしながら、国の主張には、いずれも理由がない。

(1) まず、一審原告らが、昭和41年12月にされた本件河川区域指定の違法やその理由を主張していなかったというのは誤りである。

国は、一審原告らは、2019（令和元）年6月28日付の一審原告ら原審準備書面（1）において、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（14頁～15頁）一方、その後、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等が開かれて主張整理が重ねられたものの、昭和41年になされた本件河川区域指定の違法やその理由の詳細は主張されなかったと主張する。

確かに、一審原告らは、2019（令和元）年6月28日付一審原告ら原審準備書面（1）においては、昭和41年12月にされた本件河川区域指定の違法を明示的には主張していなかった。

しかし、その後、一審原告らは、この点を修正して明確にしたうえ、違法の理由の詳細も主張した。すなわち、2020（令和2）年10月5日付一審原告ら

原審準備書面（６）において、「第４若宮戸の河川区域について」の「２若宮戸地区について」で、河川法６条１項３号の規定に基づく鬼怒川の河川区域の指定は、１９６６（昭和４１）年１２月２８日に告示され、若宮戸地区における河川区域は、乙６の２及び３において、赤線で囲まれた赤みがかった着色がされている区域であると述べたうえ、本件河川区域指定が違法である理由として、若宮戸の本件砂丘林は、河川法施行令１条１項１号にいう「地形上堤防が設置されているのと同様（注：条文の「同一」の引用誤りである。以下同じ）の状況を呈している土地のうち、堤防に隣接する土地」であることを詳細に述べて（２３頁～３４頁）、本件河川区域指定は、本件砂丘林を河川区域内にして、掘削等の地形改変により堤防の役割が損なわれることがないようにすべきであるにもかかわらず、これを怠り、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」ではない土地を河川区域内にする指定が行われていると述べて、「被告がした若宮戸地区における河川区域の指定は、上記のように違法なものであり」と、明示的に主張している（３４頁、３５頁）。そして、「原告らのこの主張は、被告が河川改修事業を行わなかったこと（改修が遅れたこと、より高い段階の改修がされるべきであったこと）が、河川管理の瑕疵であるとするものではない。若宮戸地区は、堤防の役割を果たしている地形があり、それによって洪水に対する安全性を備えており築堤等の河川改修事業を行う必要がないが（河川改修事業の対象外となる）、この地形が改変されて安全性が損なわれることがないように、河川区域の指定という管理権限を行使して、堤防の役割を果たしている地形を保全しなければならなかったというものである。第３で述べた、河川の安全性を改修工事を行うことによって高めていく河川改修事業において、当該箇所や区間の改修工事が未だ行われていないことが河川管理の瑕疵となるかについての一連の最高裁判決で示された規範中には、上記原告らの主張に対して該当するものはない。すなわち、原告らの主張は、堤防の役割を果たしている地形が改変されて河川の安全性が損なわれることがないように、河川区域の指定という管理権限の行使を怠ったことを河川管理の瑕疵とするものであり、一連の最高裁判決で問題となっている改修の遅れ（より高い段階の改修がされるべきであった）の観点からの瑕疵の主張ではなく、内在的瑕疵の観点からの瑕疵の主張とぴったり整合するものとも言えず、また、平作川最高裁判決における甲水路のよ

うな人工の排水管についてのものでもない。」と述べている（35頁、36頁）。

さらに、2021（令和3）年8月18日付一審原告ら原審準備書面（9）において、この主張をさらに敷衍し詳細にした。

加えて、本件河川区域指定につき、国が、令和3年9月の後も、令和4年2月18日付国準備書面（10）により、一審原告ら原審準備書面（9）に対し、鬼怒川は改修計画に基づいて改修中の河川であるので、その河川管理の瑕疵の判断は大東水害最高裁判決基準2（判決要旨2）に基づいて判断されることとなり、改修計画とは、旧河川法の工事実施基本計画、河川整備基本方針及び河川整備計画が想定されているとしたうえ、河川区域の指定は、これらの計画事項と定められていないので、改修計画の内容でないものであるから、若宮戸地区の本件砂丘林を河川区域に指定しなかったことが河川管理の瑕疵であるとする原告の主張は、主張自体失当であると主張した（第5、28頁～29頁）ので、2022（令和4）年2月24日付一審原告ら原審準備書面（13）において反論し、その5頁、6頁において、以下のとおり述べた。

「大東水害最高裁判決を始めとする一連の最高裁判決で示された規範は、河川の安全性を河川工事を行うことによって高めていく河川改修事業において、当該箇所や区間の改修工事が未だ行われていないことが河川管理の瑕疵となるかについてのものであって、上記若宮戸地区の河川区域の指定についての原告らの主張に対して当てはまるものはない。すなわち、原告らの主張は、堤防のないところにおいて、堤防の役割を果たしている地形があり、それを堤防類地（河川法施行令1条1項1号）として管理の対象を画するとともに、それが改変されて河川の安全性が損なわれて低下することがないように、管理権限を行使して河川区域に指定することを怠ったことを河川管理の瑕疵とするものである。この主張は、大東水害最高裁判決等で問題となっている改修の遅れの観点からの瑕疵の主張ではなく、内在的瑕疵の観点からの瑕疵の主張とぴったり整合するものとも言えず、また、平作川最高裁判決における甲水路のような人工の排水管についてのものでもない。原告らの主張が、河川区域の指定という管理権限行使の違法という河川管理の瑕疵の主張であり、堤防整備等の河川工事の実施についての瑕疵の主張でないから、当然のことである。

したがって、原告らのこの主張に対しては、上記2(2)のとおり、大東水害最高

裁判決のうち、河川管理の瑕疵の有無の判断に原則的に適用される部分である河川管理の特殊性及び判断基準1（判決要旨1）に係る部分は、判断に必要な範囲で参照されるものの、それ以外の判示内容、特に河川工事の実施に係る判断基準2（判決要旨2）は、基づくことももちろん、参照されることもない。

以上から明らかなように、若宮戸地区の河川区域の指定について大東水害最高裁判決判断基準2（判決要旨2）が適用されるとして、若宮戸地区の本件砂丘林を河川区域に指定しなかったことが河川管理の瑕疵であるとする原告の主張が主張自体失当とする上記1の被告の主張こそ、失当である。」

一審原告と国との上記の論争を受け、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。」と判示し（45頁）、国の主張を排斥している。

以上のとおり、一審原告らは、原審において、国の主張する令和3年9月までに、昭和41年12月になされた本件河川区域指定が違法であること及びその理由の詳細を主張しているのである。そして、同月の後に、国のほうから、一審原告らが同月前にした主張に対する反論がなされたので、これに対して、反論しているものである。

- (2) また、一審原告らが控訴審において提出した証拠及び控訴答弁書（若宮戸）の図の原図は、一審原告らの文書管理支配圏内にあるものでなく、一審原告らが訴訟活動を怠らずに調査を行った結果、原判決の言渡し後、見出したうえ整理できたものであって（もし、原審においてできておれば、当然、原審で証拠提出と主張をした）、一審原告らには、重過失はない。
- (3) さらに、本件控訴審の審理は、すでに最終弁論期日まで決まっている。本件河川区域指定区域の地形が、国の主張する堤防類地の解釈基準に該当していないこと、また、低水路側の本件砂丘よりも高さの低いところであることは、国も争うことができない事実である。そして、本件河川区域指定についての指定時の資料

は存在しておらず（国準備書面（１２）２５頁）、一審原告らも国も、現在行っている主張・立証以上に、そ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の証拠を収集することが不可能である。したがって、訴訟の完結が遅延することはない。

(4) 以上のとおり、国の主張には理由がない。

第２ 「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頁～２６頁）について（本件河川区域指定の違法及びその違法を是正しなかったことの違法）

１ 「２(1)」（１１頁～１３頁）について

国は、河川法６条１項３号及び河川法施行令１条１項１号の趣旨について縷々述べているが、この主張は、国の控訴理由書第２（１５頁から２７頁）の繰り返しであり、これについては、すでに一審原告ら控訴答弁書第２（２１頁～２４頁）において反論済みであるから、繰り返さない。

２ 「２(2)」（１３頁～１５頁）について（若宮戸地区の地形変化）

(1) 一審原告らの主張内容のさらなる明確化

一審原告らは、その主張内容をさらに明確にするため、控訴答弁書図１及び図３～５（原図を含む）を用いて、迅速測図の図及び空中写真と迅速測図の重ね合せ図を作成し、これらの図を一審原告ら控訴答弁書図１～７に追加して述べるものである。

図の追加及びそれに伴う図番号の変更を行ったものは以下のとおりである。

①迅速測図・治水地形分類図（１９７７年初版）比較（図１）について、比較図を図１ a、迅速測図を図１ bとした。

②１９６１（昭和３６）年８月１１日撮影空中写真（図３）について、空中写真

を図3 a、重ね合せ図を図3 bとした。

③1967（昭和42）年3月29日撮影空中写真（図4）について、空中写真を図4 a、重ね合せ図を図4 bとした（なお、控訴答弁書の「3月28日」は「3月29日」の誤記であったので訂正する）、

④1968（昭和43）年8月22日撮影空中写真（図5）について、空中写真を図5 a、重ね合せ図を図5 bとした。

上記で各追加した図（各b）には、本件溢水箇所の概略位置を「◎」で記入した。
なお、a・b共に述べるときは、親番号のみを記すこととする。

（2）モノクロ空中写真における樹林、樹林伐採、土の露出（裸地）の判読

一審原告らは、控訴答弁書において、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、と述べた。モノクロ写真は、すべてのものについて、その太陽光線に対する反射率の違いによって、色と明るさとを白から黒までの単一色の色調（階調）で記録するので、このようになるのである。

これに対し、国は、一審原告らが、モノクロ空中写真における樹林地が樹林であるときの状態、樹木が伐採された状態（植生の草本化）、樹木伐根のうえ掘削されて土が露出した状態（植生がなくなり裸地化）には、上記の色調の違いがあることを述べたことについて、これを「地表面と植生の状態との対応」と称して、①特に裏付ける証拠はない、②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し、図3、4、5の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、と主張する。

しかし、①についていえば、一審原告らが述べたことは、高度な知識・技量を要しない、空中写真判読における初歩以前のモノクロ写真における常識であり、社会通念上の経験則であって、そのことの証拠による裏付けを要しない事柄である。

また、②についていえば、図3、4、5の空中写真は、国土地理院が日本の国土全体をカバーして、定期的に撮影した空中写真の一部である。そして、国がいうよ

うなことによる写真の色調の変化があったとしても、上記のように、モノクロ空中写真には、樹林地（樹木）、草地（草本）、裸地（土）に明瞭な色調の違いがあるのである。樹林で樹木があるか、樹林の樹木が伐採されているか、樹林の樹木が伐根され掘削されて土が露出しているか、特に、樹林で樹木があるか、樹林の樹木が伐根され掘削されて土が露出しているかは、実際に空中写真を見れば分かるように、容易に判別できることである。例えば、後述するように、本件砂丘林についての図 3、4、5 の空中写真を見れば、上記のことは、容易に判読できる。

(3) 定期的に撮影された空中写真により、若宮戸地区について分かること

ア 空中写真判読による本件砂丘林の変化

上記のように、モノクロ空中写真には、樹林地（樹木）、草地（草本）、裸地（土）には明瞭な色調の違いがある。

このことから、一審原告ら控訴答弁書第 1 の 3 (2) で述べたように、本件砂丘林の 1947（昭和 22）年 10 月から 1968（昭和 43）年 8 月までの変化のうち、重要なことは、① 1961（昭和 36）年 8 月において、本件砂丘林は、図 3 のとおり、幅約 400m あり（寸法は、図 2 の国土地理院の空中写真に付されているスケールバーに基づいて計測した。以下同じ）、東端尾根の市道東 0272 号線と交差する地点において、植生（樹林）がなくなって土が露出し、掘削改変があると認められるものの、これ以外の東端尾根も中央西寄り尾根も樹林の状態であったこと、②それが、1967（昭和 42）年 3 月には、図 4 a のとおり、樹林が、南北長さ約 300m にわたり、東側端から約 100m の幅でなくなり、土が露出して、掘削改変と認められる変化があり、樹木が伐根されて掘削されれば、伐根前の地形より低い地形になるので、図 4 b のとおり、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ること、③さらに、1968（昭和 43）年 8 月には、図 5 a（及び図 2 ③）のとおり、樹林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、樹林部分が幅約 100m に縮小している変化があり、図 5 b のとおり、地形改変がさらに進んで、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なっている東下がりの崖（急斜面）のある部分を含む東側約半分がなくなってしまう

っている状態であることである。

イ 国の主張

これに対し、国は、①「②ないし⑥の事実経過（一審原告ら代理人注：本件砂丘林の1947（昭和22）年10月から1968（昭和43）年8月までの変化）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。」（下線は一審原告ら代理人）、②「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（一審原告ら代理人注：上記アの②））、「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うている状態」（前記⑥（一審原告ら代理人注：上記アの③））との事実を認めることもできない。」と主張する（14、15頁）。

ウ 国の主張に対する反論

（ア）①について

上記で述べたように、モノクロ空中写真の色は、樹林で樹木があるところは濃い灰色、土が露出しているところは白っぽい色になる。両者は明瞭な違いあり、樹林で樹木があるか、樹木が伐根されて掘削されて土が露出しているかは、容易に判別できることである。

モノクロ空中写真である図3、4、5の各aを見れば、濃い灰色のところと白っぽい色のところを明瞭に区別して判読（判別）できる。図3、4、5の各aにおいて、樹林で樹木があるところか、樹木が伐根されて掘削されて土が露出しているところかは、容易に判別できるのである。

以上のとおり、上記国の主張①は誤っており、理由がない。そして、国は、下線部のように、「樹木の伐採」とのみ述べて、樹林（樹木）とは明瞭に判別できる掘削によって土が露出している状態（裸地）について述べずに隠蔽し、ごまかしている。

（イ）②について

上記で述べたように、図3、4、5の各aにおいて、樹林で樹木があるところか、樹木が伐根されて掘削されて土が露出しているところかは容易に判別できる。そして、樹林の樹木が伐根され、掘削がされると、掘削後の地形は樹木伐根前の地形が失われて、より低い地形になる。

したがって、図3、4、5を順次見れば、上記で述べたように本件砂丘林は、1961（昭和36）年8月の図3aにおいて、幅約400mあり、東端尾根も中央西寄り尾根も樹林の状態であったのが、1967（昭和42）年3月の図4bにおいては、掘削され東端尾根がなくなり始めていたこと、1968（昭和43）年8月の図5bにおいては、掘削により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いる状態であること、以上を判読することができるのである。

以上のとおり、上記国の主張②は理由がない。

（4）地形図による精査

モノクロ空中写真は、色調により、樹林で樹木があるところか、樹木が伐根され掘削されて土が露出しているところかの判別ができるが、1枚の空中写真では、立体的に視ることができないので、詳細な地形の判読ができない。詳細な地形判読には、地形図を判読資料に加えて、空中写真と補い合う必要がある。そこで、一審原告らは、控訴答弁書第1の3(3)において、2004（平成16）年測量による地形図に基づき、アで図6によって本件砂丘林全体の、イで図7によって25.35k付近の地形を精査した（控訴答弁書13頁）。その内容は、以下のとおりである。

図6において、本件砂丘林は、中央西寄り尾根が、東部分が削られた崖あるいは急勾配となっており、崖・急勾配の下の方東側は平坦化されていて、東端尾根は、ごく一部が独峰として残っているだけで、なくなっている。

図7において、河川横断的には、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、その少し先で直線状の崖となっている。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、いずれも東側が急勾配であることから削られた可能性があるが、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、直線状の崖となっている部分の東には、崖になる前は、Y.P. 23mより高さが高く、東に張り出しながら、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、東に張り出していた稜線がなくなってしまい、低水路側から東に向かってが高くなっているのが、Y. P. 22mになる直前で途切れ、そこから直線状の東下りの崖となる上記の地形となったものと認められる。

上記のように、1967（昭和42）年3月において、図4において樹林がなくなり土が露出していて掘削改変と認められた範囲が、1968（昭和43）年8月には、図5bのとおり、西に拡大しており、迅速測図（図1b）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部分を含む東側約半分がなくなって、幅約300mあった樹林が幅約100mに縮小する変化がある。上記のように、25.35k付近においては、図7で直線状の崖となっているところの東には、崖になる前は、Y. P. 23mより高く、東に張り出しながら、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認められ、図4bのとおり、1967（昭和42）年3月における樹林部分の東端が、この稜線があったときの中央西寄り尾根の堤内側終端部である。この東に張り出した稜線がある部分の樹木の伐根と掘削が行われて、1968（昭和43）年8月には図5bのとおりとなり、稜線が失われてしまい、図7の直線状の崖のある地形となったのである。

以上のとおり、「（1966（昭和41）年12月の図4は）東端尾根が掘削されてなくなり始めていた」、「（1968（昭和43）年8月の図5は、）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しまっている状態である」と認めることもできない」、という国の主張は誤りである。

3 「2(3)、(4)ア及び(4)オ」について（本件河川区域指定の違法）

(1) 本件河川区域指定について

本件河川区域指定が行われたのは、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国の管理となった後、1966（昭和41）年12月28日である（管理開始の約1年9ヶ月後）。

その内容（範囲）は、乙6の2・3及び乙60の1・2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の河川法6条1項1号の区域

(河状を呈する土地。低水路)及び2号の区域(堤防の敷地)を除いた区域である。一審被告の令和6年1月31日提出図面(地形図)の赤線が、その左岸側区域境界線である。

本件河川区域指定により、鬼怒川において、河川法が適用され、国が管理する範囲の横の限界が定まったのである。

(2) 国の主張する河川法施行令1条1項1号の解釈・理解について

国の主張する解釈・理解((3)ア第1、第2段落)は、無関係や無意味な表現を省いて、意味のある部分をまとめると、「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」(堤防類地)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、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、構造令において「堤防」が必要とされているものと同程度のもの、すなわち、計画高水位以下の水位の流水の通常の作用に耐え得るのと同程度の高さや強度(質)が確保されていることが必要であると解される。」ということである。

河川管理施設等構造令の堤防の基準は完成堤防の基準であるから、国の主張する上記解釈は、「地形上堤防が設置されているのと同じの状況」とは、完成堤防と同じの状況であるということである。

しかし、国が鬼怒川等の河川管理を開始した当時から、堤防が、構造令基準を満たしていることは少なく、治水事業によって構造令基準を満たすように改修工事を行っているものである。国の解釈は、堤防類地の要件として、その上下流の既存堤防を上回る高さを求めているものであり、既存堤防と堤防類地とのバランスを欠いている。

(3) 国の主張する解釈・理解の本件河川区域指定への当てはめ

国の堤外の土地についての河川法6条1項3号に基づく区域指定についての解釈・理解を本件河川区域指定に当てはめると、以下のようになる。

ア 国は、「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。」と主張する（控訴答弁書 33 頁等）。

治水事業として、堤防の構築や河道の付替えが行われたとき、その新たな堤防の堤外の土地（河川法施行令 1 項 1 項が定めるこれに類する土地を含む）が従来の河川区域の外となる場合は、これが河川区域内になるように河川法 6 条 1 項 3 号の区域指定をする必要がある。上記国の主張はこのことを指して、治水事業の一環として位置づけられると述べているのである。

しかし、本件河川区域指定は、現行河川法施行による国の河川管理の開始に伴ってなされたものである。新たな築堤に伴って、新たな堤防の堤外の土地（河川法施行令 1 項 1 項が定めるこれに類する土地を含む）が従来の河川区域の外となったためなされたものではない。

イ 本件河川区域指定の区域の左岸側境界は国の令和 6 年 1 月 31 日提出図面（地形図）の赤線であり、同区域は、最も高いところでも、Y. P. 20 m 前後であり、計画高水位（22.35 k は、Y. P. 21.58 m、昭和 48 年の利根川水系工事実施基本計画の改定より Y. P. 22.38 m）よりも低く、上下流堤防よりも低かったし、上下流堤防に接続している本件河川区域指定時は Y. P. 23 m 以上の高さがあつた中央西寄り尾根よりも低かつた。

本件河川区域は、国のいう「堤防」と同一の状況を呈していない土地であり、「堤防」と同等・同様の機能を全く発揮していない土地である。本件河川区域指定は、国のいう「堤防」と同一の状況を呈している土地とは認められない土地を河川法 6 条 1 項 3 号の区域として指定しているものである。

国の堤防類地についての解釈に基づくと、本件河川区域指定は、河川法 6 条 1 項 3 号・同法施行令 1 条 1 項 1 号に反する違法な区域指定ということになる。

このような区域指定を行うことが許されるということは、国の主張する堤防類地についての解釈・理解が成り立たないということである。

(4) 河川管理の開始に伴って管理の対象となる河川区域が定まる堤外の土地についての河川法 6 条 1 項 3 号の区域指定における同法施行令 1 条 1 項 1 号の土地（堤防類地）の正しい理解

ア 標記の正しい理解は、一審原告ら控訴答弁書第 1 の 2、4、5 (2) アにおいて詳述したように、以下のとおりである。

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、沖積平野の河川は、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て、近代法下の公共用物となったのであり、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。

したがって、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状況を示している土地」（堤防類地）における「堤防」とは、このような堤防である。とりわけ、現行河川法の施行により、国が河川管理を開始したときの堤防はそうである。

既存の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、堤防がないが、堤防に接続等して高くなっている地形があり、この地形が、接続等している上下流の既存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ある。この地形の土地は、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、この地形の土地を、河川法施行令1条1項1号の土地（堤防類地）とし、これと河川法6条1項1号の土地（低水路）と間の河川法施行令1条1項2号の土地（堤外類地）を合わせて、堤外の土地についての河川法6条1項3号の区域の指定を行って、河川区域が定

まり、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 国の本件河川区域指定についての考え方からの検討

(ア) 国は、若宮戸地区に係る本件河川区域指定（当初河川区域指定）がいかなる考えに基づいて行われたのかについて、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行われたものと考えられるとし、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河川法6条1項3号の区域の指定がされた、とする（(4)オ(イ)）。

(イ) 上記国の説明は、アの「堤防と同一の状況を呈している土地」の「堤防」とは、構造令において堤防が必要とされているものと同程度のもの、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のと同程度の高さ（強度）が確保されている完成堤防のことを指すとの解釈が成り立たないことを自認したものである。

実際、これまで繰り返し述べたように、国は、鬼怒川の河道測量において、中央西寄り尾根の稜線の高さを「現況堤防高」としている。これは、中央西寄り尾根を現況堤防としていなければならないことである。堤防としていなければ、現況堤防高測量結果では、堤防の無いことを示す「－」の記号を記入するものである。国が、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ない（18頁。下線は一審原告ら代理人）というのは、無理な苦しい弁解である。

(ウ) そして、結論として述べている「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」とは、川幅は河道の洪水が流下する部分の幅であり、上下流の有堤部と同程度の流下能力を確保するということである。上下流の有堤部と流下能力が等しくなるこれと同程度の高さのところが河川区域内になるように、河川法6条1項3号の区域指定をするということなのである。

これは、一審原告らが連続的に堤防のある築堤区間の無堤区間における堤外の土地についての河川法6条1項3号の区域指定のあり方として、これまで述べてきていることである。そして、上下流の有堤部と同程度の流下能力を確保するためには、これと同程度の高さが必要であって、これよりも高さが低い本件河川区域指定では、上下流と同程度の流下能力（川幅）を確保することはできないのである。中央西寄り尾根が河川区域になるように河川法6条1項3号の区域指定をして、これが可能となるのである。

(5) 「2(4)ア」について（本件河川区域指定の違法）

本河川区域指定が違法であることは、控訴答弁書第1の5(1)及び(2)イで述べたが、改めて、以下において、確認のために述べる。

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、東側部分において、樹木の伐根と掘削が行われていたが、そ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ものの、中央西寄り尾根が、なお、Y.P.23m以上の高さがある、上下流の堤防に接続しており、上下流の有堤部と同程度の流下能力が確保され、これと一体となって、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その中央西寄り尾根、特に稜線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、河川区域が定まる堤外地についての河川法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、本件砂丘の中央西寄り尾根が、上記のとおり、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、堤防類地であるので、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、特に稜線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、本件河川区域指定の区域の地形は、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Y. P. 20 m前後のところであり、明らかに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は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堤防類地として、本件河川区域指定が行われている。そして、本件河川区域指定は、堤防に接続していて、Y. P. 23 m以上の高さがあり、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中央西寄り尾根を堤防類地とせず、河川法6条1項3号の区域外とする区域指定であった。こ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。

上記のように、本件河川区域指定の違法は、本件河川区域の地形が堤防類地ではないのに、堤防類地として堤外地についての河川法6条1項3号の区域指定を行ったことにとどまらず、中央西寄り尾根が堤防類地であるにもかかわらず、これを区域外とする同号の区域指定を行ったことの二重の違法なのである。国の2(4)アの主張は、このうちの前段の違法について、その違法はないとする主張がなく、違法がないのであれば、なすべき主張が欠如している。

4 「2(4)イ～エ」について（本件河川区域指定の違法及びその違法を是正しなかった違法に関して）

(1) 「イ」について

ア 国の「違法な権限行使の是正」に関しての主張は、要するに、一審原告らの主張する河川管理者が「違法な権限行使を是正」することは、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、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（下線は一審原告ら代理人）、というものである。

イ しかし、一審原告らの主張する「違法な権限行使の是正」は、河川法6条1項3号及び河川法施行令1条1項1号に基づいて河川区域の範囲を拡大して指定す

ることではない。国のいうこの指定は、「権限行使の結果の是正」であって、新たに、河川法6条1項3号に基づいて、従前の河川区域の範囲を拡大する内容の区域指定をすることである。そのことを示しているのが、本件河川区域指定を「当初河川区域指定」という略称である。

一審原告らの主張する「違法な権限行使の是正」とは「権限行使の是正」である。権限行使者には、自らの違法な権限行使を取り消して是正する義務あり、河川管理者（国）が河川法6条1項3号に基づいてした本件河川区域指定には、中央西寄り尾根が河川区域内になるように指定すべきであったのに、それがなされていない違法があるので、本件河川区域指定を、自ら取り消し、本件河川区域指定において本来指定すべきであった中央西寄り尾根が河川区域内になるように権限行使内容を改めることである。

国の主張する「権限行使の是正」は、「結果」の是正として、是正行為は是正対象行為と断絶した新たな行為を行うことであるのに対して、一審原告らの主張する「違法な権限行使の是正」は、「行為」の是正として、是正行為は是正対象行為を改める行為である。

この場合においては、中央西寄り尾根が堤防類地であることがすでに是正対象行為の違法判断において明らかとなっているので、新たに堤防類地に該当するかを判断するまでもなく、本件河川区域指定を取り消して、中央西寄り尾根が河川区域内になるように改めるのである。

(2) 「ウ」について

ア (ア)について

国が中央西寄り尾根が、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呈している土地」に該当するとは認められないことの根拠として引用する2(3)に対しては、すでに反論しているので、繰り返さない。

イ (イ)について

- a 第1段落のうち、河川管理権限の不行使による河川管理の瑕疵についての根拠としている国控訴理由書第2の2及び3に対しては、控訴答弁書第3及び第4並びに本準備書面第4で詳細に反論しているので、繰り返さない。
- b 第1段落のうち、本件における具体的事情及びその事情下における河川管理者

の権限の行使（不行使）が許容される限度を逸脱したものであり著しく合理性を欠いていることについては、要点は以下の通りである。

具体的事情については、上記で述べたように、本件河川区域指定を行おうとしているときは、本件砂丘林は、東側部分において樹木の伐根と掘削による地形改変が行われており、これが西側に及んで、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、河川区域が定まる堤外地についての河川法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、本件砂丘の中央西寄り尾根が、接続する上下流の堤防と同じ高さがあり、これと一体となって洪水の堤内地への流入氾濫を防いでおり、堤防類地であるので、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。

本件河川区域指定がなされた1966（昭和41）年12月においては、中央西寄り尾根の25.35k付近は、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、樹木の伐根と掘削が行われて、1968年（昭和43）年8月には、この稜線が失われてしまい（図5b、図6（一審被告の令和6年1月31日提出図面）、図7）、図7のとおりの一部がY.P.22mを下回る地形（最も低い箇所はY.P.21.36m）となり、安全性が低下したのである。そして、これ以上の掘削が行われるのを防止し、上記のかろうじて確保されている安全性が損なわれないようにしなければならない状況であったのである。

したがって、上記の具体的事情下において、鬼怒川の河川管理者である国が、堤外地についての河川法6条1項3号の区域指定に係る本件河川区域指定において、堤防類地でない低水路側の高さの低いところを区域に指定し、堤防類地である本件砂丘の中央西寄り尾根が河川区域内になるように指定しなかったこと、及び本件河川区域指定を取り消して、本件砂丘の中央西寄り尾根が河川区域内になるように是正しなかったことは、いずれも、河川管理者として、河川の安全性が損なわれて低下しないようにするため講ずべき、洪水の堤内への流入氾濫を防止する安全性確保の措置を講じていなかったものであり、河川管理者の権限の行使

(不行使)として許容される限度を逸脱したものであって、著しく合理性を欠いているものである。

国の第1段落の主張は理由がない。

- c 第2段落については、一審原告らは、1966（昭和41）年12月に本件河川区域指定において、中央西寄り尾根が河川区域内になるようにしなかったことだけが、2025（平成27）年9月に発生した本件氾濫を生じさせたものであるとは主張していない。一審原告らは、1966（昭和41）年12月に、本件河川区域指定において、中央西寄り尾根が河川区域内になるようにせず、その後も、この違法を是正して、中央西寄り尾根が河川区域内になるようにしていなかったことが、2025（平成27）年9月に本件氾濫を引き起こして、本件水害を発生させたものであり、国の鬼怒川の河川管理には瑕疵があると主張しているのである。

国の第2段落の主張は理由がない。

(3) 「エ」について

一審原告ら控訴答弁書第4の2(2)イにおいて、国が控訴理由書で、本件掘削前の時点での地盤高の一番低い箇所（一審原告ら代理人注：図7のとおり、Y.P. 22 mを下回る高さの崖）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、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と主張していることに対する反論のなかで、本件河川区域指定の違法を是正する義務の履行に相当するものとして、中央西寄り尾根に堤防を築造することを主張していることにつき、国は、一審原告らの主張は、中央西寄り尾根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とし、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、と主張する。

本件河川区域指定は、稜線がY.P. 23 m以上の高さのある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、掘削によって、中央西寄り尾根の25.35 k付近の稜線が失われて、Y.P. 22 mを下回る高さの崖となったのであり、この違法が結果として表れたのである。河川管理者である国には、この違法を是正する義務があるが、稜線が失われてしま

っているため、河川法6条1項3号の区域指定の是正という処分行為によって本件河川区域指定時の状態を保全することは不可能である。河川法6条1項3号の区域指定の是正では、本件河川区域指定時の安全状態にすることが不可能な状態になってしまったのであり、後記の甲44『若宮戸地先築堤設計業務報告書』で提案されている築堤設計案のような堤防の築造をするしか方法がなくなったのである。堤防の築造は、違法を是正する義務の履行によっては、本件河川区域指定時の安全状態にすることが不可能となったため、この違法是正義務の履行に相当するものとして行われるものである。この堤防の築造は、違法を是正する義務の履行として行われるものであるから、堤防整備における優先順位においては、第1順位である。

国が本件河川区域指定をしたのは1966（昭和41）年12月であり、中央西寄り尾根の25.35k付近の稜線がY.P.22mを下回る崖となっていることが明らかになっているのは1968（昭和43）年8月である。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。そして、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（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）。築堤の意思があれば、実施する築堤案を定めて、用地買収及び築堤工事を行うことが可能であるのに、同報告書をお蔵入りにして、堤防の築造を行わなかったのである。

一審原告らは、以上のことを、控訴答弁書第4の2(2)イにおいて、すでに述べているところである。いかなる法的根拠に基づくのかは明らかではないとする国の主張は、それこそ、根拠が全くないものである。

国の主張のうち、「なお」で始まる第4段落（23頁）における堤防整備についての部分については、一審原告ら準備書面（4）において述べたとおりである。

第3 「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 頁～31 頁) について(本件若宮戸地区についての河川管理の瑕疵の判断枠組み)

1 「2 (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」について

洪水等による災害発生の防止である治水のための河川の管理は、安全性を高めるための河川工事(河川改修)として治水事業を行うとともに、既存の安全性が損なわれて低下しないようにする河川の維持や堤外地についての河川法6 条1 項3 号の区域指定等の処分を行い、目的・内容の異なる両者が相まって河川の安全性が確保されるのである。

(1) 「ア」について

ア 安全性を高めることと安全性が損なわれて低下しないようにすることとは明瞭に区別される

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(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)、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)、具体的には、河川工事(河川改修)、河川の維持、河川環境の整備、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行うことである(国の主張には、「河川の維持」と「河川環境の整備」が抜けている)。

河川法が適用される河川の限界、特に横の限界は、河川区域によって画される。河川法6 条1 項1 号の土地(河状を呈する土地。低水路の土地)並びに2 号の土地(河川管理施設の敷地)の区域については、河川管理者の認定等を要することなく、法律上当然に河川区域となり、堤外地については、河川管理者の同項3 号に基づく区域指定(河川管理実務では、「河川区域指定」と俗称されているようである)によって河川区域となる。河川管理者が現行河川法施行により管理を開始した後に最初

に行う堤外地についての同項 3 号に基づく区域指定によって、管理の対象となる河川区域が創設的に定まるのである。

河川は、本来自然発生的なもので、明治以前において、自然の状態に、築堤、流路の固定や付替えが行われて、明治以降の状態となっており、そのもとで、上記のように、安全性の事前チェックをして供用開始を行う余地なく、管理の対象となる公物となるのである。

そのため、自然公物である河川は、治水を目的とする河川管理においては、もともとかかる安全性の確保がされていないもの（危険物）として管理を行うことを前提として、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、堤防の構築・改善、河道の拡幅・掘削、流路の調整、放水路・ダム・遊水地の設置など、河川工事（河川改修）として種々の治水工事を行う治水事業により安全性を高めていくことになる（加藤和夫『最高裁判所判例解説民事篇昭和 59 年度』36、37 頁を参照）。

同時に、河川の安全性は、安全性を高めていくだけでなく、安全性が損なわれて低下しないようにしなければ意味がない。治水を目的とする河川管理においては、治水工事を行う治水事業によって安全性を高めていくだけでなく、現在確保されている安全性及び治水工事によって高められた安全性が損なわれて低下しないようにしなければならないのである。例えば、河川区域とすることにより、土地の掘削等を行うことが一般的に禁止され、河川管理者の許可を要することになるが（河川法 27 条）、これによって安全性が損なわれて低下しないようになるものであり、これによって安全性が高まるものではない。また、河川の工事（整備）は、安全性を高める「河川工事」と安全性が損なわれて低下しないようにする「河川の維持」に分けられている（河川法 13 条 1 項参照）。河川の維持においては、河道、堤防を含む施設について、流下能力や施設の安全性が低下することがないようにする維持管理が行われる。河川工事（河川改修）については、河川改修費によって工事が行われるのに対し、河川の維持については、維持修繕費によって工事が行われる。このように、治水のための河川管理には、明瞭に区別される安全性を高めるものと安全性が損なわれて低下しないようにするものがあり、目的・内容の異なる両者を適切に行うことによって、河川の安全性が確保されるのである。

国は、「堤防の構築・改善、放水路・ダムの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」と主張する（２８頁）。

しかし、上記のように、現行河川法の施行による国の河川管理の開始後になされる堤外地についての河川法６条１項３号の区域指定は、それによって管理の対象となる河川区域の範囲を創設的に定めるとともに安全性が損なわれて低下しないようにするものであって、堤防の構築や河川管理施設の設置等はそのもとでなされるものである。

河川の安全性を高めるため堤防の構築・改善等が行われるが、河川区域外で堤防の構築や河道の付替えを行ったことにより、その堤外の土地（河川法施行令１項１項が定めるこれに類する土地を含む）が従来の河川区域の外であるとき、新たに河川区域内になるように河川法６条１項３号に基づく区域指定が行われる。これは、新たな堤防のもとで河川の安全性が損なわれて低下しないようにするためのものである。また、新たに設置された河川管理施設の操作と維持の管理は、当該施設やそのもとでの河川の安全性が損なわれて低下しないようにするために行われるものである。いずれも安全性を高める堤防の構築や河川管理施設の設置とは明瞭に区別される安全性が損なわれて低下しないようにする行為である。国の主張は、これらの後に行われる安全性が損なわれて低下しないようにする別の行為を、無理に、安全性を高める新たな堤防の構築や河川管理施設の設置に押し込んでいるものである。

イ 河道における土砂の掘削について

国は、「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、（中略）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」と主張する（２８頁）。

「河道を確保するという意味」における「河道を確保する」の意味が判然としなが、これは、「河川の安全性を高めるものとなり」と述べていることから、安全性が高まることになる従前の河道よりも流下断面積（河積）の大きい河道を確保するという意味であると理解される。これは、従前の河道の状態（安全性）に回復するのではなく、これを上回って、より安全性の高い河道にするということであって、

専ら河川の安全性を高める行為であって、河川改修として行われる。

これに対し、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きは、河道の安全性を低下しないようにするものであって、河川の維持として行われる。両者は明瞭に区別されている。

国の主張は、全く理由がない。

(2) 「イ」について

国は、「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。」と主張する(28頁)。

しかし、本件河川区域指定は、国の主張するような治水事業を行った結果なされた河川法6条1項3号の区域指定ではない。

一審原告ら控訴答弁書第2(21～24頁)でも述べたように、国は、1965(昭和40)年4月の現行河川法施行により鬼怒川の河川管理を開始し、1966(昭和41)年12月に、利根川水系に係る一級河川の指定区間外(建設大臣(当時)直轄管理区間)について、堤外地についての河川法6条1項3号の区域指定を行い、河川法が適用されて河川管理の対象となる範囲が定まった。本件河川区域指定はその一部である。この河川法6条1項3号の区域指定は、河川管理の開始に伴ってなされたものであって、治水事業を行った結果なされたものではない。一審原告らは、この河川法が適用されて河川管理の対象となる範囲が定まる区域指定の一部である本件河川区域指定が違法なものであること、そして、その違法が是正されることがなかったことが河川管理の瑕疵であると主張しているのである。

国の主張は的外れである。

2 「2(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」にわけて判示していないこと」について

大東水害最高裁判決を始めとする一連の水害訴訟における最高裁判決は、専ら河川の安全性を高めるための治水事業における河川管理の瑕疵について判断している

ものであり、治水のもう一つの範疇である河川の安全性が損なわれて低下しないようにすることは、判断対象外であり、念頭にないものである。

(1) 「ア及びイ第1段落」について

ア 国は、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」に分けて判断したものはないと主張をしているが、大東水害最高裁判決を始めとする最高裁判決の判示内容を何一つ示すことなく、専ら、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頁』）を引用しているだけである。

上記の主張をするには、一次資料である原典の累次の最高裁判決、とりわけ初出のものでリーディングケースである大東水害最高裁判決を示し、それに基づいて主張を展開しなければならないものである。国の主張は、主張を行うに際して最低限備えていなければならない条件ないし構成を欠いているものであり、そのことだけで失当である。

一審原告らは、控訴答弁書第3の1(1)において、大東水害最高裁判決のうちの「上告人国及び同大阪府の上告理由に関する判断」の一1の第2段落の「すなわち、河川は、本来自然発生的な公共用物であって」以下の部分の河川とは関係がない記述部分を除く全文を引用して主張しているところである（25～28頁）。国が大東水害最高裁判決を全く引用することなく主張しているので、改めて、大東水害最高裁判決の判示に基づいて、大東水害最高裁判決を始めとする一連の水害訴訟における最高裁判決は、専ら安全性を高めるために行う治水事業における河川管理の瑕疵について判断しているものであることを明らかにする。

イ 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の判決である。一審原告らは、控訴答弁書において、大東水害最高裁判決の上記のうちの河川とは関係がない部分を除く全文を引用し、核心的な記述部分には下線を付して述べているところである（25、26頁）。繰り返しとなる全文の引用はせず、そのうちの下線を付した部分をつなげると、以下のとおりとなる。

大東水害最高裁判決は、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、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つて足りるとし、当該河川の管理についての瑕疵の有無は、過去に発生した水害の規模、発生の頻度、発生原因、被害の性質、降雨状況、流域の地形その他の自然的条件、土地の利用状況その他の社会的条件、改修を要する緊急性の有無及びその程度等諸般の事情を総合的に考慮し、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す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ものである。

ウ 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。

河川管理は、治水、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、大東水害最高裁判決が述べてい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がある。これは、安全性における攻めと守りであり、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ことが失点をなくすための守備に相当するものである。河川管理においては、攻めと守りの両者が合わさって、河川の安全性が確保されるのである。

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（改修工事を逐次行うことによって段階的に安全性を高めていくなかで、当該段階における安全性が確保されているか）について、管理の瑕疵を判断し、その判断基準を示したものである。

したがって、大東水害最高裁判決は、専ら、河川の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を判断しており、もう一つの治水の範疇である河川の安全性が損なわれて低下しないように河川管理をすることは、判断対象外であって、念頭にないのである。

また、大東水害最高裁判決以降の水害訴訟の最高裁判決のうち、加治川水害、志登茂川水害及び長良川水害についての判決は、いずれも大東水害と同じく、専ら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判断したものである。したがって、大東水害最高裁判決と同様に、もう一つの治水の範疇である河川の安全性が損なわれて低下しないように河川管理をすることは、判断対象外であり、念頭にないのである。

平作川水害についての判決は、①専ら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と、②設置済みの河川管理施設（堤防のコンクリート胸壁・パラペット）が予定する安全性を有していなかった（開口部があった）ことの河川管理の瑕疵について判断したものである。①は大東水害と同じものである。②は、安全性を高める治水事業によって設置された河川管理施設（コンクリート胸壁）につき、予定する安全性を有していなかったという瑕疵があるか否かについて判断をしているものであり、設置されている河川管理施設（コンクリート胸壁）の現在の安全性が損なわれて低下しないようにしているかは判断の対象外である。①②のいずれも、河川の安全性が損なわれて低下しないようにすることは、判断対象外であり、念頭にないのである。

多摩川水害最高裁判決は、河川の安全性を高めるための治水事業が行われ、改修計画である工事実施基本計画に準拠して改修、整備の必要がないものとされた河川において、判断基準1に基づいて、既存施設（堰）に関して災害の発生の危険に対する対策が講じられず、安全性が確保されていなかったことが河川管理の瑕疵になるかを判断したものである。施設の既存の安全性が損なわれて低下しないようすることは問題となっておらず（逆に、安全性が損なわれたままで高める

対策が講じられていなかったことが問題となっている)、河川の安全性が損なわれて低下しないようにすることは、判断の対象外であり、念頭にないのである。

以上のように、大東水害最高裁判決及びその後の一連の水害訴訟の最高裁判決は、治水の範疇が「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」に分けられた後の、河川の安全性を高めるための治水事業における河川管理の瑕疵について、専ら判断しており、もう一つの治水の範疇である河川の安全性が損なわれて低下しないように河川管理をすることは、判断対象外であり、念頭にないので、河川の安全性が損なわれて低下しないようにすることについて、何も述べていないのである。

以上から明らかなとおり、大東水害判決等の累次の最高裁判決が河川の安全性が損なわれて低下しないようにすることについて何も述べていないのは当然のことである。国の「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」に分けて判断したものはない」との主張は、いわゆる「無いものねだり」の主張であり、主張自体が失当である。

(2) 「イ第2段落」について

ア 一審原告らは、大東水害最高裁判決が事実行為としてなされる河川の安全性を高めるための改修工事を行う治水事業についての河川管理の瑕疵の判断基準を示したものであることを、控訴答弁書第3の1(1)において、大東水害最高裁判決の「上告人国及び同大阪府の上告理由に関する判断」のうちの関係部分の全文を引用し、判決の記載自体を根拠にして、明らかにしている。上記(1)でも述べたとおりである。

一審原告らの主張は、大東水害最高裁判決の引用を何も行っていない国とは、全く異なっている。国が「その根拠は何も示されていない」というのは、全くの言いがかりである。

イ 一審原告らは、「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」と述べた。それは、『最高裁判所判例解説民事編昭和59年度』の大東水害事件についての解説で、加藤和夫は、河川管理施設である堤防の築造義務に関して述べている部分において、「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、(中略) 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べきであるから」(4 1 頁)と述べており、河川管理施設の整備(改修工事)である堤防の築造について述べるだけで、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は全く述べていないからである。国が「その根拠は何も示されていない」というのは、全くの言いがかりである。

また、若宮戸地区の洪水に対する安全性は、接続する上下流の堤防と一体となって洪水の堤内への流入を防いでいた計画高水位以上の高さのあった本件砂丘によって確保されていたのであり、安全性確保のためには、本件砂丘によって確保されていた安全性が掘削等によって損なわれて低下しないようにしなければならない。河川管理者が本件砂丘を区域内にする堤外地についての河川法 6 条 1 項 3 号の区域指定権限を行使することは、それによって本件砂丘での掘削等が一般的に禁止されることになり、加藤がいう国賠法 2 条 1 項の責任における「河川管理者が講ずべきであった安全性確保の措置」である。

むしろ、国のほうこそ、何の根拠も示すことなく、河川管理施設である堤防の築造義務に関して述べている上記記述から、「(中略)」の後の後半の部分のみを抜き出して、河川管理施設の整備ではない「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」ことは、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」と主張している。上記記述が河川管理施設の整備についての記述であることを隠したうえ、加藤が述べてもいない「同条(一審原告ら代理人注：国賠法 2 条)に規定する瑕疵の概念から逸脱するものである」を付加して、ご都合主義の引用をしているのである。

ウ 国は、「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」と主張する。

河川の安全性が損なわれて低下しないようにすることが、河川の安全性を高めることとは異なったものであることは、その言葉から明らかである。

「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の安全性を高める行為も河川管理行為であることに変わりがない」が、指向する目的が異なる河

川の安全性が損なわれて低下しないようにする行為と河川の安全性を高める行為があり、両者は、明瞭に区別されるのである。

国は成り立ち得ないことを主張しているものであり、失当である。

3 「2(3)小括」について

国は、その(1)及び(2)で述べていることを繰り返しているだけであり、すでに反論済みであるので、繰り返さない。

第4 「第5本件溢水は回避可能性がないこと」(31頁～33頁)について

1 「2(1)」について(土嚢の設置について)

国は、一審被告控訴理由書第2の3(5)ウ及び(6)イ(50、52頁)を引用して、掘削された箇所に、掘削前の地盤高の一番低い高さと同程度の高さの平均高Y.P. + 21.30mの土嚢を設置したものであり、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のであったと繰り返し主張し、一審原告らの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主張は、この土嚢の設置の対応を踏まえていないものであると主張する。

本件掘削箇所に設置された土嚢は、甲70の施工後写真のとおり状態(均された地盤上に2段に積んで、高さは国の説明によれば約1.6m)で置かれていた。それが、本件溢水後は、甲71の1、2(日経クロステック写真)の状態となっている。甲71の1は上流側から下流側を、甲71の2は下流側から上流側を撮影したものである。

甲71の1、2の写真から明らかなように、置かれていた土嚢は、本件溢水後は、全体形状として波を打つような沈下・崩壊をし、元の置かれていた形状・高さでなくなっており、ソーラーパネルの設置されていたところと変わらない程度の高さになって、土砂に埋まっている。本件掘削箇所に置かれ土嚢は、本件溢水(氾濫)を抑制する効果を果たしていなかったものである。

上記のような設置土嚢の本件溢水後の状態を踏まえ、原審において、一審原告ら

は、土嚢の設置については、当初は、土嚢の積み方が正しくないことによる河川管理の瑕疵を主張していたが（訴状 24 頁の請求の原因第 1 の 4 (1) エ参照）、阿部雅彦裁判長になった後、裁判所及び当事者の三者間において、本件掘削後の土嚢の設置については、事情であって、河川管理の瑕疵の主要事実ではないことを確認されている。この確認に基づき、以後は、一審原告らは、土嚢の積み方が正しくなかったこと等の土嚢の設置についての河川管理の瑕疵の主張を行っていない。また、原裁判所も、原判決において、争点としていない（原判決 17 頁）。

国の上記主張は、河川管理の瑕疵の主要事実ではなく、単なる事情の主張にすぎないものであって、裁判所の判断に影響しないものであるが、上記のとおり、本件掘削箇所に置かれ土嚢は本件溢水（氾濫）を抑制する効果を果たしておらず、理由がないものである。

2 「2 (2)」について（本件溢水及び本件溢水被害は生じなかった）

(1) 国は、一審被告控訴理由書第 2 の 3 (6)（50、51 頁）を引用して、仮に、一審被告が中央西寄り尾根を河川区域に指定し、中央西寄り尾根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と主張する（下線は一審原告ら代理人）。

(2) 国の控訴理由書に対しては、一審原告らは、すでに控訴答弁書第 4 の 2 (1) において詳しく反論しているので、以下のことを指摘するにとどめ、繰り返しとなる反論は行わない。

「本件溢水」は、本件洪水において、若宮戸地区の 25.35 k 付近で、本件掘削後の地盤高（乙 19 の 47 頁によれば、Y. P. 約 19.7 m）のもとで、幅約 200 m にわたって発生した溢水である。本件溢水の痕跡水位 Y. P. 22.0 m のもとでの溢水断面は、四角形の形状で、幅は約 200 m、水深は約 2.3 m であり、断面積は 460 m² である。これに対して、本件掘削前は、痕跡水位 Y. P. 22.0 m のもとでの溢水断面としては、幅約 20 m で最大水深約 0.3 m の逆三角形と逆台形の間形及び幅約 40 m で最大水深約 0.65 m の逆三角形と逆台形の間形が合わさったものであり、断面積は 16 m² $((20 \times 0.3 + 40 \times 0.65) / 2 = 16)$

であった。

本件溢水は、本件掘削前に比べて、幅が3.3倍、最大水深が3.5倍、断面積が28.8倍($460/16=28.75$)になったのである。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。

本件掘削がなければ、溢水を生じる高さのところはあったが、格段に規模の大きい本件溢水は生じなかったのである。

(3) 上記国の主張は、若宮戸地区において溢水の発生を防止するには、堤防を築造しなければならない、ということに帰する。

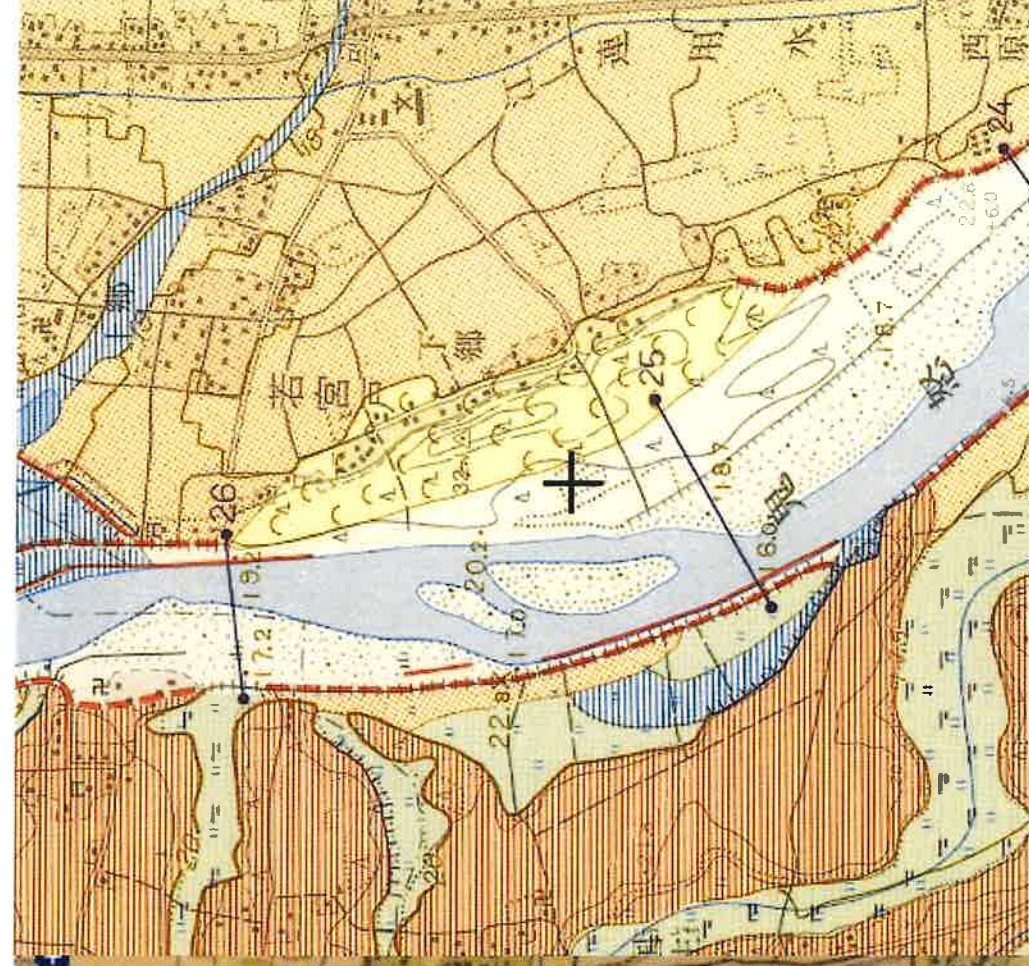
本件砂丘のなかの若宮戸地区25.35k付近は、1966(昭和41)年12月の本件河川区域指定時にはY.P.23m以上の高さの中央西寄り尾根の稜線があったが、その後掘削されて、1968(昭和43)年8月に、最低地盤高Y.P.21.36mの崖となっていることが明らかになったのであるが、この地盤高は痕跡水位Y.P.22mよりも約65cm低く、計画高水位Y.P.22.39mよりも約1m低い。この地盤状態が判明したのは1968(昭和43)年であり、それから2014(平成26)年までの50年近く、このような治水安全度の状態のまま、堤防が築造されることもなく、放置されていたことになる。

国が上記(1)の主張を固執して主張するのであれば、それは、地盤高が計画高水位よりも約1mも低い無堤部において、堤防の築造を怠ったことの河川管理の瑕疵の責任に移行することになる。このことについては、国の準備書面(11)に対する反論を述べた一審原告ら準備書面(4)において主張した。

以上



迅速測図



治水地形分類図

図 1 a 迅速測図・治水地形分類図（1977年初版） 比較

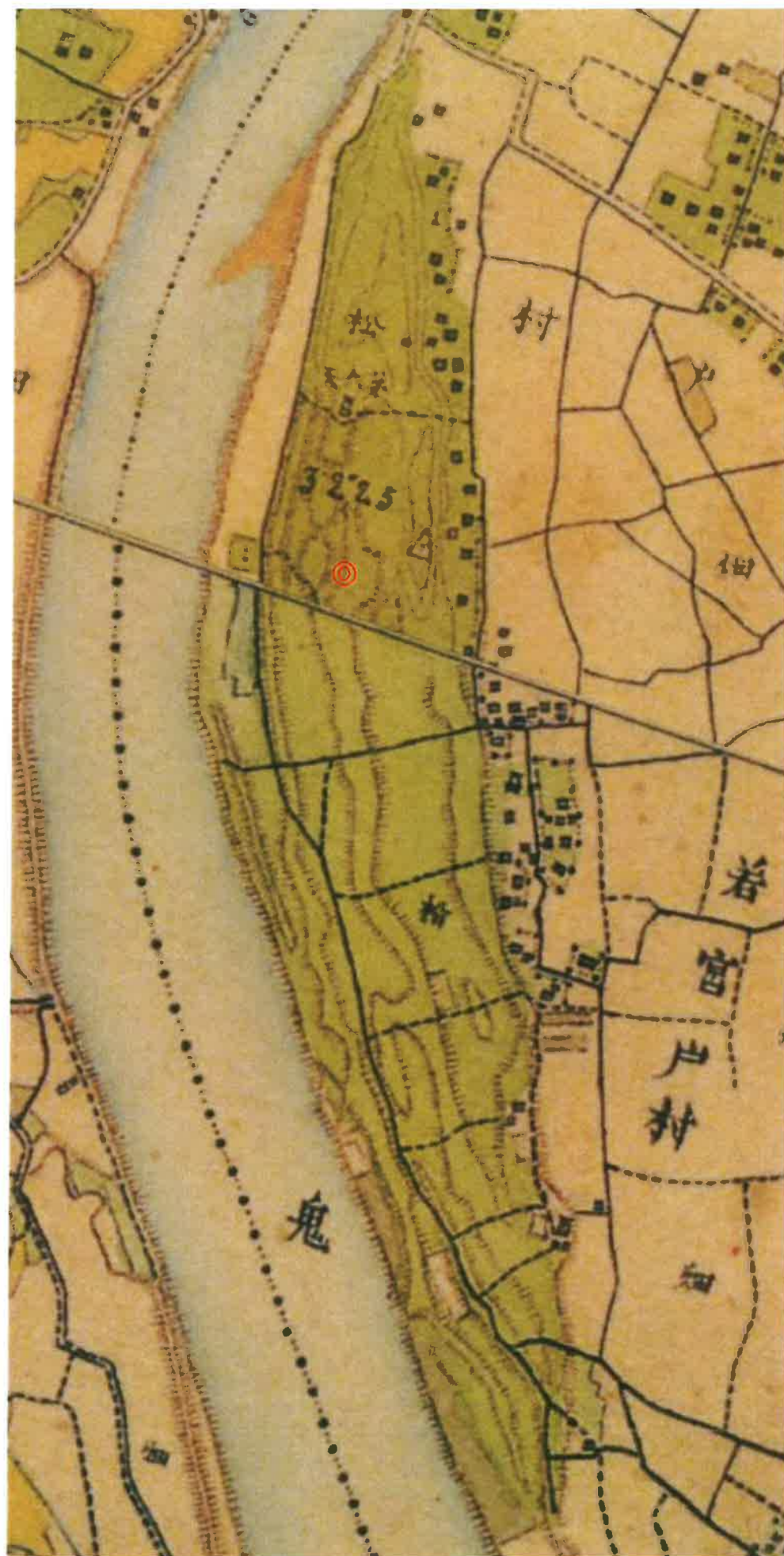


図 1 b 迅速測図

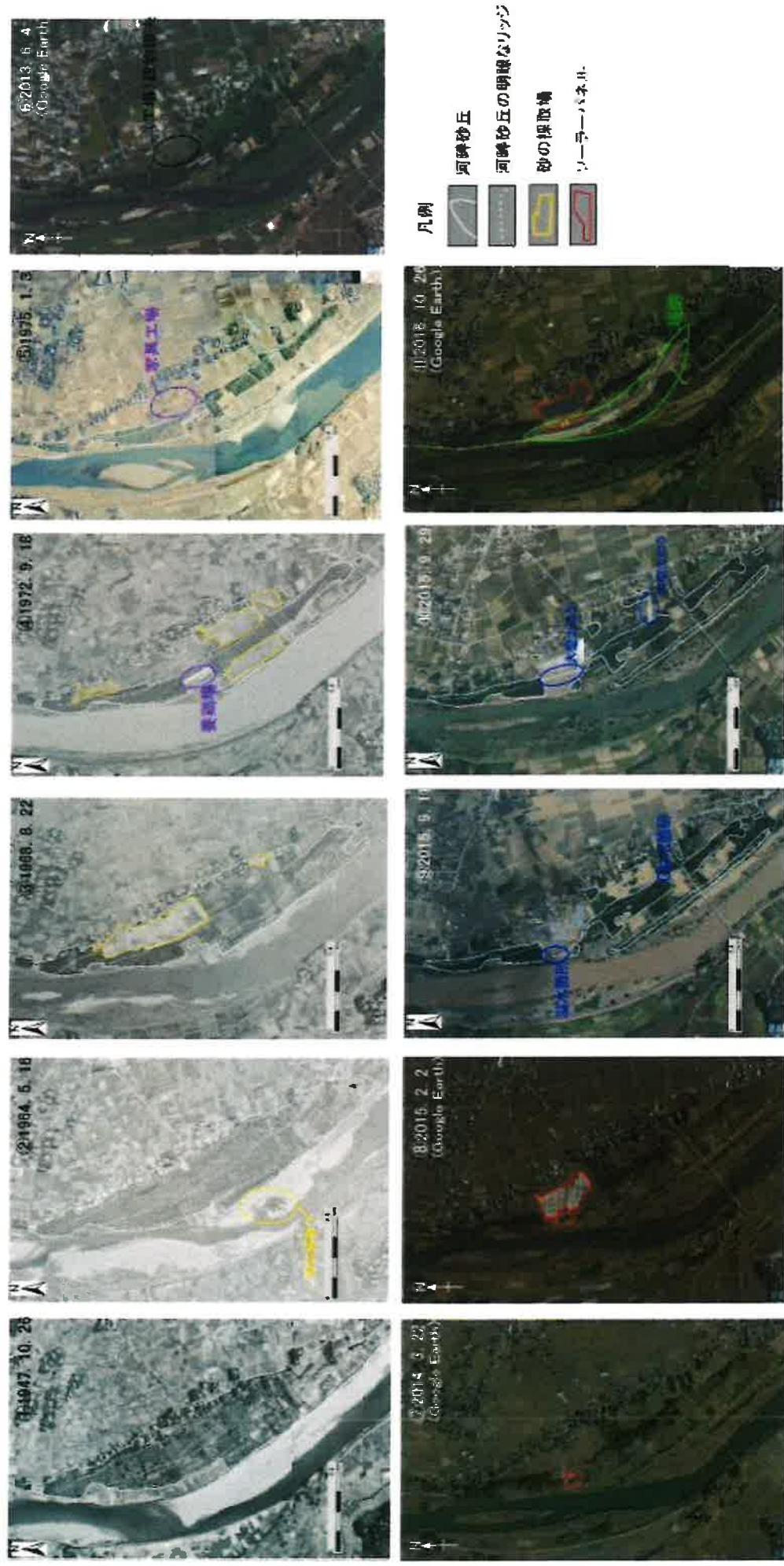


図2 若宮戸地区における河畔砂丘の時系列的変化



図3 a 国土地理院1961年8月10日撮影



図3 b 1961年8月10日空中写真—迅速測図 重ね合せ



图 4 a 国土地理院 1967 年 3 月 29 日摄影



図 4 b 1967年3月29日空中写真—迅速測図 重ね合せ



图5 a 国土地理院1968年8月22日摄影

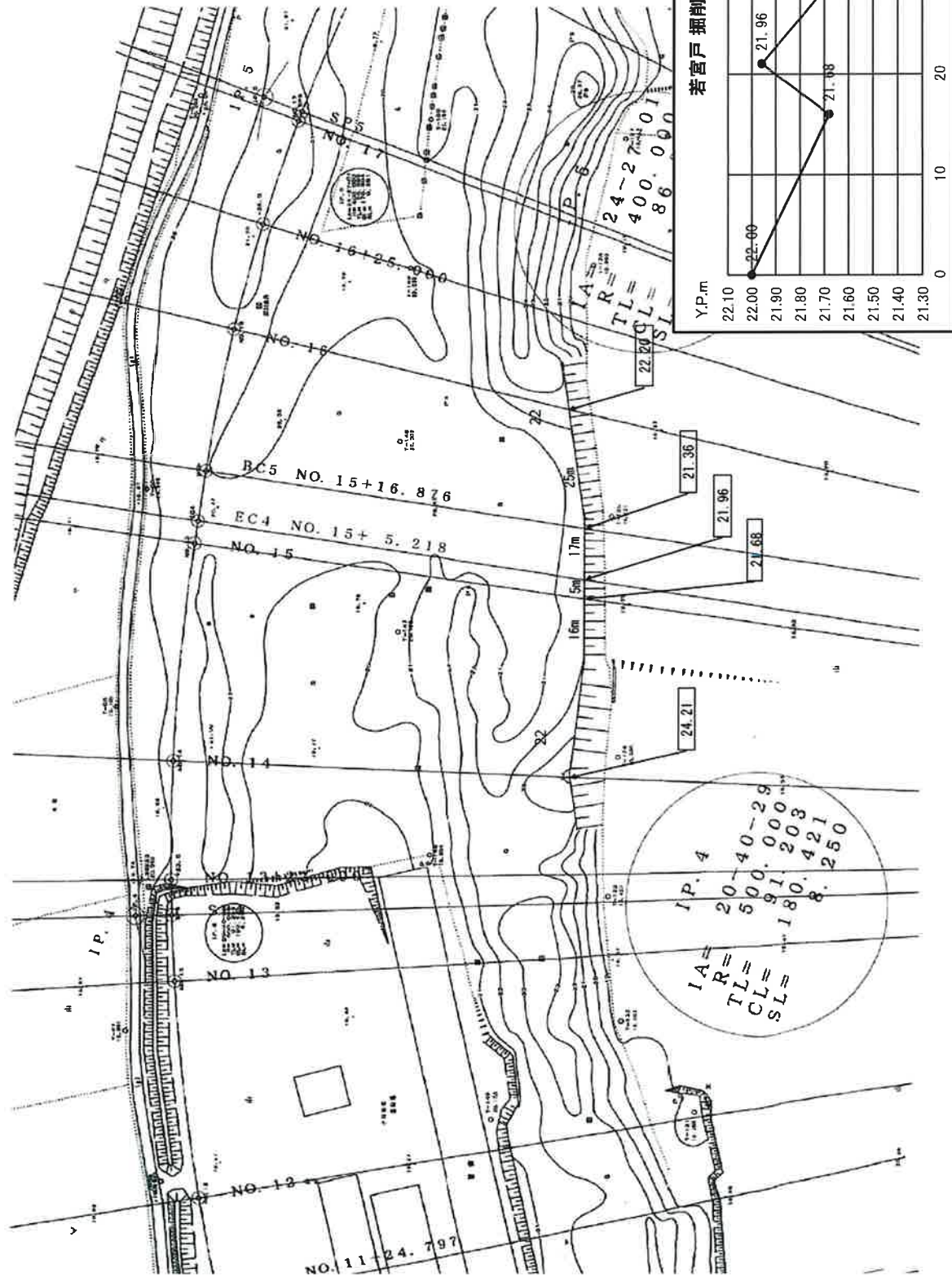


図5 b 1968年8月22日空中写真—迅速測図 重ね合せ

图3.3.1 洪水時 冠水状況平面図 S=1:4,000



图6 鬼怒川左岸24.50k~26.00k 地形図



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. 2.2m 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 7 25.35k 付近の 2016（平成 24）年掘削前の地盤状況