

本ファイルは、ジュリスト 1113 号（平成 8 年度重要判例解説）46-47 頁に掲載させていただいた拙稿の草稿段階のもので、公表に当たり若干の修正を加えていますので、本草稿の無断引用はご遠慮下さい。引用される場合は、公表版の方からお願いします。

<行政法 8 平作川・吉井川等水害訴訟上告審判決 最高裁一九九六（平成八）年七月一二日第二小法廷判決>（平成三年（オ）第一五三四号）（民集五〇巻七号一四七七頁、判時一五八〇号三一頁）

<事実の概要>一九七四年七月、神奈川県下の大雨により、横須賀市内を流れる五本の河川ないし水路（平作川（二級河川）、吉井川、甲水路、乙水路、丙水路）が溢水した。被害を受けた原告らが、上記河川・水路の設置・管理の瑕疵を主張して、国（平作川の管理者）・神奈川県（その管理費用の負担者）・横須賀市（その他四本の河川・水路の管理者）に対して、国家賠償法二条一項・三条一項に基づく損害賠償を請求したのが本件である。

第一審（横浜地横須賀支判一九八五・八・二六判タ五六六号七三頁）は、(1)平作川について、大東水害訴訟最高裁判決（一九八四・一・二六民集三八巻二号五三頁）の判断基準（後記(A)(B)）を適用して河川管理の瑕疵を否定した。また、(2)吉井川及び甲・乙・丙三水路に関しては、それらを「公共下水道」と認定し、大東基準の適用を否定した上で、吉井川・乙水路・丙水路の設置・管理の瑕疵を認めたが、「結果回避義務」及び因果関係を否定し、結局請求を退けた。第二審（東京高判一九九一・四・二六判時一三八六号四一頁）は、(1)一審とほぼ同様の判断の下に平作川管理の瑕疵を否定した。(2)その余の四水路は「公共下水道」ではないが、下水道法二条二号の下水道にはあたる。しかし、吉井川・乙水路・丙水路は同時に普通河川にもあたるため、大東判決及び多摩川水害訴訟最高裁判決（一九九〇・一二・一三民集四四巻九号二二頁）の説く「段階的安全性基準」の適用が問題になる。同基準は一般的には普通河川に直ちに適用されるものではないが、本件のような場合はそれに準じた適用が相当であるとした上で、吉井川に関してのみ瑕疵を認めた。（但し因果関係を認めず、原告の請求は退ける）(3)甲水路は普通河川には該当しないとし、下水道独自の瑕疵基準を適用した上で、瑕疵を否定した。なお、平作川の一部の護岸最上部にコンクリート製パラペット（胸壁）が設置されていたが、漁業等の利便のため、三箇所の開閉部が設けられていた。この開閉部は増水時には遮断板によって遮蔽されることになっていたが、遮断板の現実の保管状態及び運用の実態は明らかでなく、本件水害当時も遮蔽されていた形跡は明確でない。

<判旨>（一）（吉井川の管理の瑕疵について）最判はまず、大東判決の示した河川管理の瑕疵一般基準（後記(A)）は「河川法の適用のないいわゆる普通河川の管理についての瑕疵の有無の判断にもあてはまるものというべきである。」と明言する。「けだし、いわゆる普

通河川についても、河川の管理についての前記の特質及び諸制約が存するところは、異なるところがないからである。」そして、原審が、(1)普通河川の管理の瑕疵については直ちに段階的安全性基準が適用されるものではないとした点及び(2)同種同規模の水路の改修状況と比較しなかった点を批判し、その上で、本件水害当時、吉井川は「同種同規模の河川の管理の一般水準及び社会通念に照らして是認し得る安全性を備えていなかったということではできない」として瑕疵を否定した。なお判旨は、吉井川が「下水道法二条二号の定める下水道に当たるものであったか否かは、吉井川の管理についての瑕疵の有無に影響を及ぼさないから、判断の必要がない」と明言している。

(二) (平作川のパラペット開口部に関して)「既に改修計画が定められ、これに基づいて現に改修中である河川であっても、水害発生の時点において既に設置済みの河川管理施設がその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を判断するには、右施設設置の時点における技術水準に照らして、右施設が、その予定する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」と判示し、原審による後記大東特殊基準(B)の適用を批判した。しかし、仮に瑕疵があったとしても、本件水害による損害と因果関係がないとして、結局上告人の主張を容れなかった。

<評釈> 一 激しく議論された大東判決の「射程」に関して、最高裁は多摩川判決で一つの回答を示していた。即ち、大東判決の示した基準のうち、(A)「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、河川管理における財政的、技術的及び社会的諸制約の下での同種・同規模の河川の管理の一般水準及び社会通念に照らして是認し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」は、河川管理の瑕疵に関する一般基準であって、改修が一応完了している多摩川にも妥当する。しかし、続く(B)「右計画が全体として右の見地からみて格別不合理なものと認められないときは、その後の事情の変動により....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ない限り、右部分につき改修がいまだ行われていないとの一事をもって河川管理に瑕疵があるとするにはできないと解すべきである」は、「既に改修計画が定められ、これに基づいて現に改修中である河川」のみに妥当する特殊基準であって、多摩川には適用されないというのである。この立場を前提とする限り、「改修計画に基づいて改修中の」二級河川である平作川に一般基準(A)及び特殊基準(B)が共に適用されるのはやむを得ない。では、「普通河川」とされた吉井川及び乙・丙両水路にはいかなる基準をあてはめるべきであろうか。

普通河川とは、河川法上の一級河川(四条)、二級河川(五条)、準用河川(百条)の指定を受けていないため河川法の適用または準用を受けないが、同法が前提とする「河川」の定義＝「公共の水流及び水面」(四条一項)としての実態を備えているものである。その

実質は本件のような都市部排水路が多く、管理にしばしば問題があることもあって、水害の発生原因（一九九〇年の統計によれば全被害額の二一、七％。総務庁行政監察局編『安全で美しい河川を後世に残すために』四六頁）となるのが少なくない。

本件最判の第一の意義は、このような普通河川に関しても、大東判決の一般基準(A)の適用を明言したことにある。最高裁は、およそ「河川」に該当する限り同基準の適用を予定していることが明確になったと言えよう。しかし、本件は「改修計画に基づいて現に改修中である河川」にあたらなから、特殊基準(B)は適用されない。また、多摩川判決は改修完了河川に関して新たな特殊基準を定立した（後記(C)）が、本件最判は普通河川についてのそのような特殊基準の定立を試みず、一般基準が直接に適用されている。

確かに、大東判決の説く「河川の管理についての…特質及び諸制約」の存否は、河川法上の指定の有無に関わるものではない。この点に着目する限り、普通河川を一般基準(A)の射程外におくことは困難である。しかし問題は、特に都市普通河川にあっては、自然公物的色彩が希薄なものが少なくないことである。本件吉井川にしても、もともと灌漑用水路として利用されていたものが、周辺の宅地化により市街地排水路に変容したものである。公物としての成立過程から見ても、水害発生の危険性の増大にしても、都市化という人為的要因が大きい役割を果たしている（「一種の人災的様相」（塩野・行政法 II（第二版）、二六七頁註(1)）。もっとも大東判決自体、一級河川とは言え都市小河川である谷田川の事案であったし、「自然公物」論には後記のような問題がある。

新たな特殊基準が定立されなかった本件は、一般基準(A)それ自体の問題性をより顕わにしていると言える。吉井川の管理の瑕疵を認めた原審の判断を否定するにあたり、最判は「同種同規模の河川の管理の一般水準」を強調している。かねてより「現状追認的」（芝池・法時五六巻五号五二頁）との批判がなされてきたこの判断要素が原告にとって厳しいものであることを改めて浮き彫りにしたと言える。残された道があるとすれば、都市部普通河川の実態を踏まえた上で、河川の成立過程・水害の原因などに対応した類型化を試みることはないか。それは、「同種同規模」論を単なる現状追認としてではなく、規範的に読み替えていくことでもある。

二 本件一審は吉井川等が横須賀市公共下水道計画において雨水幹線として位置づけられていることに着目してそれらを「公共下水道」と認定し、下水道が「自然公物的性格」をほとんど有しないことから、河川と区別した独自の基準設定を試みた。同判決及び育和（平野川）水害訴訟判決（大阪地判一九八七・六・四判時一二四一号三頁）を一つの契機として、学説でも下水道と河川の瑕疵基準の相違の有無が議論されたところである。しかし本件は、下水道計画に組み入れられているとは言えまだ事業実施段階の水路（甲水路を除く）である点で、育和訴訟と事案を大きく異にする。

下水道法は、二条三一五号において、公共下水道、流域下水道、都市下水路の三種類の下水道それぞれの定義を定めている。原審は、本件各水路は三種類のいずれにも該当しないが、下水道計画に組み入れられている以上、最も広い下水道概念としての二条二号の「下

水道」には該当するとした。これに対して最判は、「下水道法二条二号の定める下水道に当たるものであったか否かは、吉井川の管理についての瑕疵の有無に影響を及ぼさない」とするのである。従って、供用開始された公共下水道及び法二七条の指定を受けた都市下水路には本件判旨の射程は及ばないことをまず確認できる。

普通河川と下水道の区別は、流域面積二平方キロメートルが一応の基準とされている（一九七三年七月五日建設省都市局長河川局長通達）が、基本的には各自治体の判断に任されている。しかし、事業完了にも関わらず指定が行われていない都市下水路等が存在し、管理の不適切が問題視されている（総務庁行政監察局・前掲、五一頁）ところである。かかる状況に鑑みると、公用開始がなされていなくとも、事業が完了している場合は、本件の射程外と考えるべきではないか。当該水路は既に特定の目的に供されているものであり、「公共の水流及び水面」としての性格を失っているという解釈が可能である。また、原審は、「終末処理場を有するものまたは流域下水道に接続するもの」という法二条三項の定義を厳密に解し、甲水路すら「公共下水道」に該当しないとす。しかし分流式の公共下水道の場合、雨水線は終末処理場に接続されないのがむしろ常態である。個別管渠単位で同条の定義の充足を厳密に問うことには疑問の余地がある。

大東判決が「本来自然発生的な公共用物」である河川と「当初から人工的に安全性を備えたものとして設置され管理者の公用開始行為によって公共の用に供される」道路との差異を強調しているのは周知の通りであるが、それが「同判決の射程を画する決定的要素」（宇賀・『国家補償法』二九八頁）になりうるかどうか、従来から疑問視されていたところである。下級審には、人工的に開削された放水路に大東基準を適用したもの（前記育和判決）もあり、「公物の生成過程における人為性の有無が、瑕疵判断基準の選択のうえで必ずしも決定的役割を果たしていたわけではない」（久保・後掲）という指摘もある。

かつて灌漑用水路として利用されていた吉井川に大東基準を適用した本件をこの流れに位置付けることも不可能ではないが、むしろ原審は吉井川が「人工的な安全性を確保した上で供用されたものではない」「灌漑を目的とする構造物として設置されたわけではなく、むしろ流域の雨水を流下させることを主な機能としていた」ことから、「その生成過程からみて」普通河川であると認定し、最判もそれを前提としていることに注目しておきたい。また原審は、人工性が明白な甲水路を「普通河川に該当しない」として下水道独自の瑕疵基準により判断し、最判は微妙な言い回しでそれに答えている。

三 判旨（二）は、既に設置された河川管理施設が「その予定する安全性」を有していなかったという瑕疵に関する判断基準を示したものとして重要である。多摩川判決は、いわゆる改修完了河川の管理の瑕疵は「工事实施基本計画に準拠して新規の改修、整備の必要がないものとされた河川における河川管理の瑕疵の有無は、同計画に定める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されるべきである」（特殊基準(C)）と判示していた。本件判決は、改修未了河川であっても、既に設置済みの個別（何をもって個別性を判断するかは、一つ

の問題たりうる) 河川管理施設の瑕疵判断に関しては、これに準じた基準が適用されることを表明したものである。今後、個別施設の瑕疵を問う「分解的考察」(宇賀・前掲、二八二頁)が、水害訴訟に残されたわずかな可能性となるかもしれない。

多摩川判決の特殊基準(C)は、河川全体の「予定する安全性」を「工事実施基本計画に定める規模の洪水」に対応させたが、個別の河川管理施設に関する本件では、「右施設設置時点における技術水準に照らして...予定する規模の洪水」が基準となる。河川管理施設構造令は本件パラペット設置時点では未制定であるが、本件に関する限り、「パラペットの上端の高さに相当する水位の洪水」を基準とする最判の立場には異論があるまい。(本件パラペット開口部の「瑕疵」とは、遮断板の管理体制といういわば「ソフト」の瑕疵であることにも注意) また、本件判旨は、仮堤防の安全性判断に「同種・同規模」論を持ち込んだ加治川判決(最判一九八五・三・二八民集三九卷二号三三三頁)の射程距離が「仮施設」に厳しく限定されるべきことを確認したことにもなろう。なお、多摩川判決が言及するところの危険予知・除去のタイム・ラグや諸制約の考慮に本件は触れていない(久保、後掲)が、これは、改修時には危険が予測できず、改修後水害発生時までには予測可能になった場合の基準であるから、本件ではおそらく問題とならない。

<参考文献> (本件最判評釈) 久保茂樹「時の判例」法学教室一九六号九六頁

野山宏「時の判例」ジュリスト一〇六号一一五頁

(本件一審関係) 宇賀克也「下水道と水害」ジュリ八九二号九一頁

池田恒男「民法判例レビュー」判例タイムズ六四九号九〇頁