

判例研究

公法判例研究③ 新潟大学公法判例研究会

水害と河川管理の瑕疵

——加治川水害訴訟控訴審判決——

西 棊 章

損害賠償請求事件、東京高裁昭五〇(特)一六六一号・二〇二二号、昭56・10・21民三部判決、一部変更、一部控訴棄却
 (上告)、判例時報一〇一八号二九頁

〔事 実〕

加治川は、新潟県北蒲原郡を流れる二級河川であるが、昭和四一年七月一七日、梅雨前線による集中豪雨により、向中条、西名柄、下高関地区の三箇所をはじめとして合計九箇所にわたり破壊し、その濁流は同郡一帯に甚大な被害を与えた。このため、災害後直ちに加治川の改修計画が樹立され、これに基づいて向中条と西名柄地区に応急対策として仮堤防が、また下高関地区には本堤防が築造された。ところが、翌四二年八月二八日、秋雨前線による集中豪雨のため、再度、向中条、西名柄地区の仮堤防、下高関地区の本堤防を含めて合計七箇所にわたり決壊し、後背地に甚大な被害を与えることになった。そこで、連続破壊した向中条、西

名稱、下高関地区の被害住民の一部は、右破堤の原因は堤防の設置・管理を含めた河川管理の瑕疵によるものであるとして、河川管理者である国と費用負担者である新潟県を被告として、国家賠償法二条、三条に基づき損害賠償請求訴訟を提起した。一審において、原告側は、主として、①向中条と西名柄の仮堤防の破堤原因は浸透破堤、下高関本堤防の破堤原因は洗掘破堤であり、「溢水なき破堤」は瑕疵を推定させること、②本件破堤は昭和二十七年に策定された計画高水流量毎二、〇〇〇立方メートルの改修計画の実施の懈怠という河川管理上の瑕疵によること、などを主張した。

一審判決（新潟地判昭和五〇年七月二日判例時報七八三号三頁）は、向中条と西名柄地区の仮堤防については、破堤原因を溢水であるとし、瑕疵を否定したが、下高関の本堤防については、破堤原因を洗掘であると、表法の天端までコンクリートブロック張りにされていなかった点に瑕疵を認めた。一審判決の右の結論は、次のような河川管理瑕疵についての一般的理解に基づくものであった。すなわち、道路は、人工公物であって、法律上殆ど絶対的といつてよい安全確保義務が課されているのに対して、「河川は、いわゆる自然公物であって、もともと危険が内在しているが故に、国はこれを管理し改良工事等の治水工事を行つてその安全性を高めてゆくべき政治的責務を負っている」にすぎず、なるほど「国が政治的責務に著しく違反し、全法律秩序の見地……からみて国家賠償責任を負わせるのが正義公平に合致し相当であると考えられるような場合においては、政治的責務は法律上の義務に転化する」けれども、「かかる見解による限り、河川について要請される法律上の安全確保義務の範囲程度は、河川が前述のような特殊性を有していることに徴すると、道路の場合と異なり、かなり狭いものとならざるを得ないと考えられる。」一審判決に対し、原告・被告双方から控訴がなされた。

控訴審においては、双方から補足的主張がなされたが、主たる争点は、一審におけると同様に、①右三地区の破堤原因と管理瑕疵、②河川の未改修と管理瑕疵であった。控訴審判決は、破堤原因を、向中条の仮堤防については浸透と溢水の競合、西名柄の仮堤防については溢水であるとし、ともに瑕疵を否定したが、下高関の本堤防については洗掘であるとして、一審判決の理由とは異なり、水防上の適切な指導助言がなされていなかった点に瑕疵を肯定した。

〔判 旨〕

一 判断の順序 「营造物の設置又は管理に瑕疵があったとみられるかどうかは、当該营造物の構造、用法、場所的環境及び利用状況等諸般の事情を綜合考慮して具体的、個別的に判断すべきものであると解するのが相当であり（最高裁判所昭和五三年七月四日第三小法廷判決・民集三三卷五号八〇九頁）、したがって、本件においては、まず、前記三地区の堤防について具体的、個別的に設置又は管理の瑕疵の有無に関する諸般の事情を調べ、これに基づいた判断をすることを主眼とし、当事者双方の展開する一般論に対する判断は、本件の争点について必要な限度に止めることとする。」

二 三地区の破堤と設置・管理の瑕疵

(一) 向中条地区仮堤防の破堤について 「向中条の仮堤防の破堤は雨水及び河水の浸透により裏法が崩落した後、崩落により

沈下した堤防の一部に河水が流れ込んで生じた浸透と溢水の競合による破堤と認めるのが相当である。……しかしながら、仮堤防は本堤防が完成するまでの間、背後地の安全を守るため比較的短期間にわたって応急的に設置されるものである。……仮堤防については河川法一三条が予定している一定の技術的水準に基づく安全な構造を有するものとして設置されることを期待するのは無理なことというべきであるから、仮堤防については、その設置の目的、経緯、存置期間等を綜合的に検討し、かつ、当時における仮堤防の設計施行の一般的水準及び社会通念等を参照しながら、同条の法意に沿うよう仮堤防として安全な構造のものを設置すれば足りると解するのが相当である。」そこで、本件仮堤防が仮堤防としての通常具備すべき安全性を有していたかどうかについて検討すると、「本件仮堤防が降雨のため、その後河水の浸透も加わって裏法面の崩落現象を起し、遂にはほぼ満水になった加治川の流水の荷重に耐えられずに破堤したことは、本件仮堤防が当時の河川工事の一般的水準及び社会通念上具備すべき通常の安全性を欠如していたことによるものであるとみるよりは、右降雨、洪水の規模が異常であつて、前記のように制約された諸条件のもとで築造された仮堤防の耐えうる強度を越えていたためであると認めるのが相当である。」

(二) 西名柄地区仮堤防の破堤について 「西名柄仮堤防の破堤の経過と態様に徴すれば、破堤の直接的原因は、河水の上昇に

よる溢水である」が、もし、本件仮堤防について切り下げが行われず、また切り下げ後の修復が完全に行われていたとすれば、あるいは破堤を免れたのではないかとも考えられるので、切り下げ及び修復が管理の瑕疵に当るかどうかについて検討してみると、「本件仮堤防の切り下げ及び修復がその破堤の二因と考えられるとしても、それは社会通念上是認せられる範囲内のものであるから、第一審被告らにはその管理瑕疵責任がないというべきである。」

④ 下高関地区本堤防の破堤について 「下高関右岸新堤防の破堤の経過と態様に徴すれば、同堤防は高水護岸上部の余裕高部分（コンクリートブロック工事が施行されていない土羽部分）から加治川の流水による波浪に洗われて欠け込みが生じ、その欠け込みが急速に拡大進行したことが破堤の主な原因と考えられる。」そこで、右破堤が河川管理の瑕疵に起因するものであるかどうかについて検討すると、「県土木部は下高関地区新堤防の余裕高部分に洪水がくることはないものと軽信し、水防管理団体に対し、余裕高部分に洪水がきた場合の危険性について具体的かつ適切な説明を行い、かつこれに対処すべき適切な指導助言を積極的に行わなかったと認めざるを得ないのである。……そして、県土木部が適切な指導助言をしていれば、破堤により最も被害をうける地元水防管理団体及び地元住民としては新堤防の問題性を知り、余裕高部分の洗掘等の事態に対処するため事前に相当の水防上の準備をしていたものと推測され、そうすれば、水防関係者が気付かないうちに余裕高部分の欠け込みが生じ、その後水防活動もできない状態で急速に破堤するという前記認定のような事態は回避することができたものと推測されるのである。そうだとすれば、本件下高関の堤防はその設置についての瑕疵は認め難いが、その後の維持管理につき、第一審被告県知事には、河川管理者として水防上の責任を尽さなかった瑕疵があったというほかに、第一審被告国はその管理の主体として、第一審被告県は管理費用の負担者として国家賠償法二条及び三条の規定に基づき右管理瑕疵につき責を負うものというべきである。」

三 河川の未改修と管理瑕疵

① 計画高水流量の法的意義 河川法二六条、七九条、河川法施行令一〇条の諸規定を通覧すれば、「現行河川法は河川管理者に対し洪水を防止又は軽減するための措置として、計画高水流量を基本とした工事実施基本計画を策定し、これに基づいて特定

水系の総合的な河川管理をなすことを法的に義務づけていると解するのが相当である。……なるほど、河川管理には道路管理と異なる特殊性があり、河川管理には、河川の有する特質に基く改修の困難性があることは後記認定のとおりである。……しかしながら、現行の河川法は水災から国土を保全し、公共の福祉を増進することを志向して、前記のとおり河川管理の法的基準を明らかにし、これに基づいて河川管理ないし河川改修工事がなされることを河川管理者に命じ、かつこれに明確な法的根拠を与えているのであるから、これを法的義務を伴わない政治的責務と観念することは相当でない。」

(四) 河川改修における諸制約と免責 「河川管理者は河川法に基づき計画高水流量を基本とする河川改修計画を実現すべき義務を負っているのであるが、それが河川改修の特質に由来する財政的、技術的及び社会的諸制約によって着手できず、あるいは遅延している場合においては、右未改修が当時の河川管理の一般的水準及び社会通念に照らして是認されるものである限り河川管理者……は管理義務を尽したものとして、右制約が存続の間は改修未着手あるいは遅延の責を免れうるものと解するのが相当である。もっとも、右諸制約による未改修が河川改修の緊急性ないし必要性との相関関係において社会通念上是認しえないような場合、例えば未改修によって招来されるであろう洪水の危険が顕在化し、その改修が背後地の重要性から緊急を要する状態にあることが明らかであるような場合において、その改修に要する費用が当時における河川改修の一般的水準及び社会通念に照らしても均衡を失するほど多額でないようなときには、河川管理者の改修未着手あるいは改修の遅滞は河川管理の瑕疵となり、免責されないというべきである。」

(五) 本件河川未改修と瑕疵の有無 「諸般の事情を総合し、かつ、さきに示した河川管理瑕疵と免責に関する一般的基準に照らしてみると、右毎秒二、〇〇〇立方メートルの改修計画が昭和四一年七月一七日の水害までに進捗しなかったことをもって河川管理者である新潟県知事に河川管理に瑕疵があったと認めるのは相当でないというべきである。」

〔評 釈〕

本判決は、結論においては、一審判決と同じく、向中条地区と西名柄地区の仮堤防について設置・管理の瑕疵を否定し、下高関地区の本堤防について設置・管理の瑕疵を肯定した。ただ、その理論構成においては、一審判決と相違している点が少なくない。以下、一審判決と対比しながら、本判決の特色を概観し、若干の評釈を行うことにする。争点が多岐にわたっているので、当面の問題点を、①政治的責務と法的義務、②設置・管理の「瑕疵」の意味、③河川改修上の諸制約と免責、に限定して検討することにしよう。本件は、前年の破堤後に応急的に設置された仮堤防等が再度破堤したという点で、めずらしい事件であるが、水害訴訟における争点は、ここに殆ど出そろっているといつてよい。本判決は、河川改修における諸制約、就中、財政的制約を広く認めており、他の水害訴訟に与える影響は少なくないように思われる。

一 政治的責務と法的義務

(一) 本判決の立場 河川管理責任の性質をめぐっては、政治的責務説と法的義務説の対立がある（学説の対立状況については、須田「水害と国の責任」全国公害弁護団連絡会機関紙・公害と国の責任二八三頁以下参照）。一審判決は、道路Ⅱ人工公物と河川Ⅱ自然公物を区別し、道路については絶対的安全確保義務が課されているが、河川についてはそうでないことについて、「河川は、いわゆる自然公物であつて、もともと危険が内在しているが故に、国はこれを管理し改良工事等の治水工事を行つてその安全性を高めてゆくべき政治的責務を負っているのである。この点設置管理するが故に危険のある道路ときわめて対照的であつて、この性質の差異を無視し河川についても道路同様法律上絶対的安全確保義務を課するのは早計であり、妥当でないといふべきである」と判示して、政治的責務説を採用した。このような政治的責務説は、学説上は、加藤教授の「国家は、水害を防いで国民の幸福を増進すべきものであるが、それは政治的な義務であるにとどまり、法律的な義務と

までいうことはできないと思われる」(「水害と国家賠償」法律時報二五卷九号一四頁)という見解に端を発するものであるといつてよい。しかし、このような考え方が現在においては殆ど説得力を有し得なくなっていることは、その後の学説・判例の動向を見れば明瞭となる(高橋「水害訴訟の法的帰問題」自由と正義三三卷七号二四頁以下参照)。本判決は、法的義務説に立って、次のように述べている。「現行河川法は河川管理者に対し洪水を防止又は軽減するための措置として、計画高水流量を基本とした工事実施基本計画を策定し、これに基づいて特定水系の総合的な河川管理をなすことを法的に義務づけていると解するのが相当である。…現行河川法は水災から国土を保全し、公共の安全を保持し、公共の福祉を増進することを志向して、前記のとおり河川管理の法的基準を明らかにし、これに基づいて河川管理ないし河川改修工事がなされることを河川管理者に命じ、かつこれに明確な法的根拠を与えているのであるから、これを法的義務を伴わない政治的責務と観念することは相当でない。」

(四) 本判決の評価 一審判決と本判決を単純に比較すれば、このように明確な差異を認めることができる。しかし、本判決は、法的義務といながらも、続けて、「計画高水流量を基本として河川改修事業を行うことが法的義務であるといつても、それが一朝一夕に実施しえないものであることは、事柄の性質上むしろ当然といふべきであり、したがって、右法的義務と河川管理瑕疵との関係を考察するに当っては、河川改修事業の実情、特質、これを実施するうえで諸制約を参酌しなければならぬ」と説いている。河川管理の特殊性を考慮しているために、「法的義務」の意味は、ここでは著しく減殺されたものとなっているといわなければならない。そのことは、また、次の表現の中にも見出すことができよう。すなわち、「河川管理者は河川法に基づき計画高水流量を基本とする河川改修計画を実現すべき義務を負っているのであるが、それが河川改修の特質に由来する財政的、技術的及び社会的諸制約によって着手できず、あるいは遅延している場合においては、右未改修が当時の河川管理の一般的水

準及び社会通念に照らして是認されるものである限り河川管理者……は管理義務を尽したものととして、右制約が存続する間は、改修未着手あるいは遅延の責を免れうるものと解するのが相当である。」これによれば、法的義務とはいっても、政治的義務との差異がただだけあるかは、はなはだ疑問とならう。一審判決といえども、「国が政治的義務に著しく違反し、全法律秩序の見地（公序良俗、条理ないし健全な社会通念）からみて国家賠償責任を負わせるのが正義公平に合致し相当であると考えられるような場合においては、政治的義務は法律上の義務に転化する」と述べているからである。

本判決が法的義務説を採用したことは、確かに、一歩前進したものと評価できよう。しかし、法的義務説と称し得るためには、それに違背した場合の法的責任が明確にされていなければならぬ。本判決は、自然公物論を排斥したものの、河川管理の特殊性に伴う諸制約による免責を広く認めたために（（国井「加治川水害訴訟審判決及び志登茂川水害訴訟第一審判決について」判例タイムズ四八号一九頁参照）、結論的には、政治的義務説と大差のないものとなっている（山口「加治川水害訴訟審判決について」河川四二五号三三頁参照））。後述するように、本判決が、向中条と西名柄の「仮堤防」の破堤につき、設置・管理の瑕疵を否定したのは、このような基本的立場からは当然の帰結であったといえよう。この意味において、本判決が政治的義務説を排斥して法的義務説に立ったことは、過度に評価されてはならない。

二 設置・管理の「瑕疵」の意味

(一) 瑕疵論争 設置・管理の「瑕疵」の意味については、周知のように、客観説と義務違反説の対立がある。一審判決は、これについて、「国家賠償法二条にいう道路、河川その他公の营造物の『設置又は管理の瑕疵』とは、管理又は設置という営為が違法であること、換言すれば、違法要素としての安全確保義務違反たる設置又は管理行為（作為、不作為を含む）であることをいうものと解される」と判示して、明らかに義務違反説に立脚していた

(植木「災害と營造物責任」)。これに対して、本判決がいずれの説に立っているものであるかは、必ずしも明確ではない。
(判例評論二〇八号五頁参照)

本判決は、「營造物の設置又は管理に瑕疵があったとみられるかどうかは、当該營造物の構造、用法、場所的環境及び利用状況等諸般の事情を総合考慮して具体的、個別的に判断すべきものであると解するのが相当であり(最高裁判所昭和五三年七月四日第三小法廷判決・民集三三卷五号八〇九頁)……」と述べて、このような判断方法に基づいて、仮堤防が仮堤防としての通常具備すべき安全性を有していたかどうかを検討している。そこで引用されている最高裁判決は、いかなる場合に營造物が本来具有すべき安全性に欠けるところがあったといえるかの判断をするについて、「当該營造物の構造、用法、場所的環境及び利用状況等諸般の事情を総合考慮して具体的個別的に判断すべきものである」と説いたものであるが、この最高裁判決が客観説に立っているとすれば、本判決もまた客観説に依拠したものであるということになるであろう。ただ、本判決は、下高関の本堤防の破堤について、「設置についての瑕疵は認め難いが、その後の維持管理につき、第一審被告県知事には、河川管理者として水上上の責任を尽さなかつた瑕疵があった」と述べているから、この点だけからすれば、義務違反説に近いものといえなくもない。しかし、全体的にみれば、やはり客観説の流れに沿って判示しているものと解すべきであろう。(但し、植木「災害と義務違反説に立つるもの」)

客観説と義務違反説の対立については、「いずれによっても管理瑕疵の外延は変わらない」(高橋・前掲二八頁)とか、「義務違反説と客観説とは、個々の事例における実際上の瑕疵の認定判断のうえでは、ほとんど差はない」(岡崎「營造物の通理の環境—行政判例研究会編、昭和五三年行政関係判例解説七四—頁)とか、あるいはまた、「客観説、義務違反説の違いは、単なる理論構成の差異にしかすぎない」(新美「多摩川水害訴訟判決の意義について」(ジュリ)スト六八八号六五頁、四頁、須田・前掲二八六頁)といった見方がある。本判決を含めて、最近の裁判例がいずれの説に立っているのか判然としなくなっているのは、いずれの説によっても、結果的には大差がないということによるも

のであろう。しかし、国賠法二条を客観説に立って解釈するか義務違反説に立って解釈するかでは、瑕疵判断において本質的な差異があり、国賠法の体系的理解のためにも重要な問題である。この点の解明は回避されるべきではない（古崎「多摩川水害訴訟第一審判決」ジュリスト七二）。筆者は、基本的には客観説が正当と考えているが、客観説によれば、「瑕疵」とは、営造物が通常有すべき安全性を欠いていること（（裁判昭和四五年八月二〇日）（集二四卷九号）二六八頁））をいうのであるから、本件における三地区の堤防について、それぞれ通常有すべき安全性を有していたか否かを問題にすればよいことになる。設置・管理者の作為・不作為、予見可能性や損害回避可能性の有無は、瑕疵の判断にとっては直接必要なものではない。

「状態」あるいは「状況」を客観的に見て、通常有すべき安全性を有していたか否かを判断するのであり、そのような状態・状況に至るまでの設置・管理者の作為・不作為は直接問われないからである。（（裁判昭和四五年八月二〇日）（集二四卷九号）二六八頁））確かに、設置・管理は人間の行為によってなされるのであるから、人間の行為を全く無視することはできない（（下山）「道路管理の瑕疵」行）が、国賠法が一条と二条を区別し、過失と瑕疵を区別している以上は、二条の瑕疵は、人間の行為とは別個の客観的なある種の状態を指すものと解すべきであらう（（古崎）「国家賠償法の理論」一九八頁以下、（下山）「国家賠償法の理論」三二八頁参照））。人間の行為は、状態の背後に隠れて表には出てこないのである。

客観説に立って、瑕疵を右のように定義したとしても、これは未だ一般的、抽象的であるから、通常有すべき安全性を具備していたか否かを判断するためには、さらに具体的基準がなければならぬ。具体的基準としては、計画高水流量説、溢水なき破堤説、破堤瑕疵説等が説かれている（（字説の対立状況については、植木「災害と営造物責任」判。ここで例評論二二六号二〇頁以下、高橋・前掲三〇三三頁参照））。ここでは学説の検討をしないでおくが、このうち計画高水流量説が通説であるといえよう（（古崎）「国家賠償法の理論」一八五頁、（鬼沼）「法律時報臨時増刊・現代と災」）。本件における第一審原告（以下、「原告」と略称する）側は、第一次的には溢水なき破堤説に立って、「堤防は溢水なき限り原則として洪水に対処しうる安全性を有していなければならない」と主張した（（なお、本

訴訟の法律問題」法律時報。四四卷一〇号一九頁参照)。しかし、一審判決は、向中条と西名柄の仮堤防の破堤原因を溢水と認定し、本判決は西名柄の仮堤防は溢水破堤、向中条の仮堤防は浸透と溢水の競合による破堤と認定したために、溢水なき破堤説に立った第一次的主張は、殆ど考慮されることがなかったのである。結局、計画高水流量説の枠内で論争されることになるが、原告側は、第二次的に、計画高水流量内での溢水破堤であること、あるいは計画高水流量の算定が適正でなかったことを主張した。ところが、本件においては、向中条と西名柄の「仮堤防」が破堤したのであるから、仮堤防と計画高水流量の関係をどのように考えるかという新たな問題が加わることになる。

(二) 向中条と西名柄の仮堤防の設置・管理の瑕疵 「仮堤防」の設置・管理の瑕疵について、原告側は、仮堤防と本堤防との間には基本的な差異はないと主張したのに対して、第一審被告(以下、「被告」と略称する)側は、仮堤防は応急対策として緊急に施工される仮施設であるから、計画対象水位、堤体の構造等において本堤防との間に差異があるのは当然であると反論した。一審判決は、この点につき直接の解答を避けながら、本件仮堤防が在来堤防と同等の強さをもった堤防であったと仮定しても、破堤を免れ得なかつたと考えて、瑕疵を否定したが、本判決は、向中条の仮堤防について、「仮堤防については河川法一三条が予定している一定の技術的水準に基づく安全な構造を有するものとして設置されることを期待するのは無理なことというべきであるから、仮堤防については、その設置の目的、経緯、存置期間等を総合的に検討し、かつ、当時における仮堤防の設計施工の一般的水準及び社会通念等を参照しながら、同条の法意に沿うよう仮堤防として安全な構造のものを設置すれば足りると解するのが相当である」と説いて、被告側の主張をほぼ認め、西名柄の仮堤防についても大体同趣旨のことを述べている。本判決が客観説に立っているものと解すべきことは前述のとおりであるから、以下、本判決の右のような見解が客観説の当然の帰結といえるかどうかを検討してみよう。

確かに、仮堤防は応急施設として本堤防よりも構造等において劣っていてもやむをえないとみることは、常識的な考え方であるといつてよいかもれない。しかし、このことが、仮堤防が破堤した場合の免責事由になるかどうかは、別個の考察を必要とする。国賠法は損害填補の法であり、特に二条は一条と異なり行為の違法性を要件としていないという点からすれば、仮堤防と本堤防を区別すべきでないという見解（今井「河川災害訴訟の提起と展開」自由と正義三三巻七号四〇頁）にも一理があるといえよう。このような考え方からすれば、他の事情を考慮しないで、その時点における状態だけから、瑕疵の有無が判断されるべきこととなる。従って、通常有すべき安全性を欠いていたか否かを「仮堤防」を基準にして判断することは、国賠法二条の解釈適用においては必ずしも自明の理とはいえず、客観説の当然の帰結ともいえないであろう。

本判決は、本件仮堤防は前年程度の規模の洪水に耐え得る程の安全な構造である必要はないとの立場に立って、「本件仮堤防が当時の河川工事の一般的水準及び社会通念上具備すべき通常の安全性を欠如していたことによるものであるとみるよりは、右降雨、洪水の規模が異常であつて、前記のように制約された諸条件のもとで築堤された仮堤防の耐えうる強度を越えていたためであると認めるのが相当である」として、瑕疵を否定した。本判決の考え方からすれば、当然の帰結であるといえようが、国賠法二条の解釈適用において仮堤防と本堤防を区別すべきではないとの前述の見解からすれば、批判の余地があるように思われる。仮堤防としての特殊性を考慮しないとした場合には、本件水害が計画高水流量内で発生したものであるか否か、あるいは計画高水流量の算定が適正であつたか否かが問われることにならう。この点について検討すれば、被告県は昭和二七年に計画高水流量を毎秒二、〇〇〇立方メートルとする加治川改修計画を策定したのであるから、その計画高水流量内で水害が発生したのであれば、設置・管理の瑕疵が認められるべきこととなる。一審判決は、計画高水流量を大幅に越える洪水があつたと判断し

たため、因果関係の点で原告側主張を排斥した。ところが、本判決は、この問題につき直接触れずに、計画高水量を基本として河川改修事業を行うことが法的義務であるといっても、河川改修事業の実情、特質、これを実施する上での諸制約を参酌しなければならぬから、毎秒二、〇〇〇立方メートルの改修計画が昭和四一年七月一七日の水害までに進捗しなかったとしても、河川管理の瑕疵があったと認めることはできない、と述べている。計画高水量内であったか否かは、事実認定の問題で微妙なところであるから、ここでは一応一審判決の認定したところに従っておくが、そうすると、残る問題は、計画高水量の算定が適正であったか否かである。これもまた専門的知識を必要とするが、新潟県知事が昭和四一年の水害後直ちに計画高水量を毎秒三、〇〇〇立方メートルに改め、さらに四二年の水害後にそれを四、〇〇〇立方メートルに改訂している点からすれば、大いに疑問となるころである。

(三) 下高関の本堤防の設置・管理の瑕疵 次に、下高関の本堤防の設置・管理の瑕疵について考えてみよう。一審判決も本判決も、ともに瑕疵を肯定したが、その理由は著しく異っている。一審判決は、洗掘防止のためには新堤防の天端もしくは天端付近までコンクリートブロックが張られているべきであったのに、それがなされていなかったという点に瑕疵を肯定した。これに対して、本判決は、これを排斥して、河川管理者としての知事が水防管理団体等の水防関係者に対し水防上の適切な指導助言をすべきであったのに、それをしなかったという点に瑕疵を認めている。理由づけは異なるものの、結論的には同一となったのは、向中条と西名柄の仮堤防の破壊とは異なり、下高関の本堤防の場合は洗掘破壊であったから、瑕疵の存在自体を否定することが難しかったためであろう。兩判決を比較すれば、一審判決の瑕疵判断は比較的理解しやすいといつてよいが、本判決の瑕疵判断は必ずしも明快とはいえない。近時は二条の適用範囲が拡張される傾向にあり、客観説に立つても、設置・管理に係る人間の行為を

二条の問題として処理してよい場合もあるであろう。しかし、河川管理者が水防上の適切な指導助言を怠ったというようなことにまで二条の適用を拡張することには、疑義がないわけではない。ただ、適切な水防活動がなされていたか否かを堤防が通常有すべき安全性を具備していたか否かの判断資料とすることは、必ずしも客観説と矛盾するとはいえないであろう。従って、知事が指導助言を怠ったことにより適切な水防活動がなされなかった場合は、二条の適用が可能となるから、本判決のような考え方も許されないことではないが、一審判決と比較すれば、やや技巧的すぎるきらいがあるように思われる。

これに対して、義務違反説に立てば、本判決の右の趣旨は比較的容易に説明できるかもしれない。義務違反説は河川管理者が水害防止のため究極的な損害回避義務を尽したか否かを帰責の判断基準とし、「当該豪雨にともなう危険性が予見可能であったかいなか、それが予見可能であるとき、河川管理者がいかなる究極的な損害回避義務を尽したかどうかにかかってくる」（種本：前掲判例群 論三二六号二二頁）と説くからである。しかし、いづれにしても、河川管理者の水防上の不作為を問題にする場合には、具体的かつ適切な指導助言の「内容」と指導助言の「有無」を明確にしなればならず、かえって被害者の負担を重くすることになりかねない。本判決のこのような考え方については、おそらく評価が分かれるところであろう。むしろ、前記仮堤防についてと同様に客観説を徹底させて、コンクリートブロック張りにされていなかったか、あるいは張芝が未育成であったかはともかくとして、余裕高部分が通常有すべき安全性に欠けていた点を端的に捉えて瑕疵を認定した方が、すっきりとした理論構成になったのではなからうか。

三 河川改修上の諸制約と免責

(一) 本判決の立場 河川の改修には、財政的、技術的、社会的な種々の制約が伴うことが多い。そこで、このような諸制約が免責事由となり得るか否かが問題となるが、特に論争の対象となるのは、財政的制約についてであ

る。一審判決は、本件水害を昭和二七年に定められた計画高水流量を大幅に越える不可抗力に近いものとみていたために、この点に直接触れておらず、わずかに、「水害を皆無にするためには、長大な堤防を構築する等の治水工事を行う外ないが、これは膨大な費用と時間と人員が必要であり、到底一朝一夕では達成不可能である」と述べているにすぎない。これに対して、本判決は、「計画高水流量を基本として河川改修事業を行うことが法的義務であるといっても、それが一朝一夕に実施しえないものであることは、事柄の性質上むしろ当然といふべきであり、したがって、右法的義務と河川管理瑕疵との関係を考察するに当っては、河川改修事業の実状、特質、これを実施するうえでの諸制約を参酌しなければならない」との基本的立場に立ちつつ、「河川管理について、右のような諸制約、就中財政的制約のあることを度外視して瑕疵の有無を論ずるのは相当でなく、右の制約があつて河川の改修が計画高水流量を相当の期間達成できない場合において、右未改修が原因となつて河川事故が生じたときには、管理瑕疵責任について他の公の営造物とは異なる配慮をしなければならない」と判示して、計画高水流量二、〇〇〇立方メートルの計画が四一年七月一七日にまで達成されなかつたことは、河川管理の瑕疵とはいえない、とした。本判決が、予算不足は免責事由とならないとした最判昭和四五年八月二〇日民集二四卷九号一二六八頁を考慮しながらも、右のように判示したのは、道路管理とは異なる河川管理の特殊性を認めたからにほかならない（同判の裁判例として、志賀川水害訴訟一審判決、（論地判昭和五六年一月五日判例時報）〇二六号四三頁（参照）。確かに、前記最高裁判決は、道路の設置・管理の瑕疵についての事件におけるものであるから、この射程距離は、河川の設置・管理の瑕疵にまで及ぶものではないと解することもできないではない。しかし、大東水害訴訟一審判決（大阪地判昭和五二年二月一九日判例時報八〇五号一八頁）のように、最高裁判決を引用しながら、財政的理由によつては免責されないことを判示しているものも存在することに注目しなければならない。

(二) 本判決の評価

客観説によれば、財政的制約は免責事由とはみなされないが、この点については、義務違

反説に立っても相違しない。ただ、義務違反説は、財政的制約が免責事由になり得ないことは客観説によつては説明困難であり、義務違反説によつてはじめて説明可能であるという（植木「災害と普通物責任」⑥判例評論二一九号七頁）。しかし、義務違反説が損害回避義務違反を核心とする以上、「社会現象としての災害の発生を常に回避できるとの前提で予算制約の抗弁を違法性の判断要素から一切捨象してしまふことは問題である」（植木・前掲判例評）ということになるから、財政的制約論に強力に対抗できるかどうか、疑問がないわけではない。これに対して、客観説は、营造物が通常有すべき安全性を欠いている状態を設置・管理の瑕疵として捉え、この瑕疵が認められる限り、財政的制約は免責事由とならないと説明するわけであるから（古崎・国家賠償法の理論三〇九―三二二頁、須田・前掲二九二頁参照）、むしろ客観説の方が説明容易といえよう。そして、このような客観説の考え方からすれば、道路管理と河川管理とで区別されるべき理由はないことになる。ただ、いずれの説によつても、財政的制約が原則として免責事由とならないという点では一致しているようであるから（須田・前掲二九六頁、今井・前掲自由と正義三三卷七号四〇―四一頁、山田「河川水害と裁判」自由と正義三三卷七号二―三頁等参照）、本判決がこの種の制約を広く認めたということは、疑義の多いものとして批判されることにならう。