

行政判例における「判断基準」

——水害訴訟をめぐって——

橋本博之

- 一 はじめに
- 二 「通常有すべき安全性」という基準
- 三 大東判決・再論
- 四 多摩川判決と平作川判決
- 五 河川管理法制の変化と大東判決

一 はじめに

私は、かねてより、行政法の領域における判例実務と学説のあいだの思考方法の異同という切り口から、日本の行政法学の方法的特色を考察しようと試みており、不十分ながらその一部を「判例実務と行政法学説」という論文⁽¹⁾のかたちで公表した。

右の論文は、「仕組み解釈」という解釈方法が、判例実務においては利益量的な民事法的思考によって導かれる結論を正当化するアドホックな法令上の根拠の探索作業という側面を有する場合があるのに対して、行政法学説

では憲法的価値を背景にした「法律による行政」等の行政法ドグマティックに準拠した実定法解釈たらんとする場合があり、このような意味で判例実務と行政法学説の方法的差異が存在することを、明らかにしようとしたものである。しかしながら、同論文は、分析対象も限定的であり、主題に関する考察の端緒という性格のものにとどまるものであった。⁽²⁾

その後、二〇〇三年に開催された日本公法学会第六八回総会において、久保茂樹により「行政法判例と学説」と題する報告がなされた。久保報告は、行政法判例と学説の関係について、解釈方法・思考方法の切り口から、より幅広い論点について明晰な分析を加え、この論点に関する議論の水準を高めるものであった。

本稿は、行政判例実務の解釈方法に光をあてる目的で、水害訴訟における河川管理瑕疵の基準に関する判例法のあり方について、考察を加えようとするものである。水害訴訟を取り上げようとする理由は、大東水害訴訟最高裁判決をはじめとする判例法理が、行政法の解釈方法という点で極めて特異であり、その方法的意味について改めて分析し直す必要があると考えたことにある。そして、本稿は、主題について、判例実務と行政法学説の方法的異同の探求を行うことを意図するものである。

(1) 塩野宏先生古稀祝賀『行政法の発展と変革(上)』(二〇〇一年)三六一頁以下。なお、同三六四頁では、「仕組み解釈」として、一定の結論を導くために、単なる利益考量ではなく、関係法令の立法事情・規定の体裁等の様々な情報を素材として、当該条文で示された制度の作られ方・法的仕組みを明らかにしようとする思考方法を想定しているが、本稿も基本的に同じ立場である。

(2) 同論文では、①行政上の法関係における民事法(民事法上の法理)の適用、②国家賠償法一条一項の違法性、という二つの論点のみを取り上げ、その中でも著名な判決に絞って分析対象とした。本稿は、この分析対象を、国家賠償法二条一項の解釈の領域に拡張する試みということになる。なお、筆者は、行政事件訴訟法の解釈に関する論点や、行政指導の違法性判断に関する論点などについて、順次判例実務の方法論という視点から検討を試みたいと考えている。

二 「通常有すべき安全性」という基準

本稿において、水害訴訟とは、国家賠償法二条一項に基づいて河川管理責任が争われた国家賠償請求訴訟を想定する。昭和四〇年代から五〇年代にかけて、水害をめぐる大規模訴訟が相次ぎ、河川管理者に厳しい損害賠償責任を課す判決も少なからず現れた。この問題は、民法・行政法の学説の関心が向くところとなり、国家賠償法における「河川の時代」と言われる状況が生じた。他方、この時期は、水害訴訟に関して公式判例集に登載された最高裁判例は未だ存在せず、他方で道路の瑕疵事例について国家賠償法二条一項の解釈論に関する判例が蓄積されつつあった。

昭和四五年に、最高裁は、国道への落石事故につき道路の瑕疵が争われた事例において、国家賠償法二条一項の定める「营造物の設置又は管理の瑕疵」を「营造物が通常有すべき安全性を欠いていること」であると、同条に基づく責任には過失を必要としないと判示した(最判昭和四五年八月二〇日民集二四卷九号一二六八頁)。「設置・管理の瑕疵」通常有すべき安全性の欠如」という図式は、「瑕疵の意義」に関する諸々の解釈論の出発点であるとともに、判例法における瑕疵の判断基準の核心となった。⁽³⁾

同判決の調査官解説(鈴木重信・最高裁判所判例解説民事篇昭和四五年度三〇八頁)は、道路の瑕疵について「道路はその上で交通が円滑安全に行われることを目的とする(道路法二条参照)のであるから、この性質を欠くこと」であるとする。同解説は、道路を「危険性を内蔵」したものととらえ、道路法上究極的には路線廃止・供用廃止まで可能なことを視野にいれ、「損害賠償責任の有無の判断の基準」として、①事故発生が客観的に予想されない場合には免責、②事故発生が客観的に予想されれば瑕疵はあるが、不可抗力・回避可能性の無いときは免責、と述べる。同解説は、道路法上の公物管理権の仕組みを手掛りにしながら、道路の利用関係に着目した瑕疵概念に立脚

し、回避可能性のない場合や不可抗力の場合には免責されるという枠組みを示している。⁽⁴⁾ 同解説の説示からは、道路法の解釈を軸に問題を処理しようとする、行政法的な「仕組み解釈」の方法が看取可能な要素がある。他方で、同解説は、「責任の存否は、道路に対する防護施設の程度、事故に結びついた道路の瑕疵を生じさせた自然現象ないし人工作用の規模、生じた瑕疵に対して講じた措置を総合して判断すべき」と述べていて、結局のところ「仕組み解釈」は利益考量的思考によって希釈されているように解される。⁽⁵⁾

道路の瑕疵については、昭和五〇年の二つの判例（最判昭和五〇年六月二六日民集二九卷六号八五一頁・最判昭和五〇年七月二五日民集二九卷六号一一三六頁）により、原状回復が時間的不能の場合に管理責任がないこと、危険回避可能性が瑕疵判断の要素になることが示された。両判決の調査官解説（斉藤次郎・最高裁判所判例解説民事篇昭和五〇年度二六一頁、同三六六頁）では、道路法四二条による道路管理者の道路の維持・修繕義務の解釈に言及しているものの、道路法の「仕組み解釈」による問題処理はとられていないように思われる。ただし、後者の判例の解説では、道路交通法に基づく警察官の措置と道路管理者の職務の関係という論点について、道路法の「仕組み解釈」が行われた部分がある。

その後、最高裁は、道路の防護柵から幼児が転落した事例について、「营造物の通常の用法に即しない行動の結果事故が生じた場合」で、「营造物として本来有すべき安全性に欠けることなく、右行動が設置管理者において通常予測することのできないものであるとき」には、营造物の瑕疵が否定されることを述べた（最判昭和五三年七月四日民集三二卷五号八〇九頁）。判例法の形成という意味では、同判決が、瑕疵の判断方法につき「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総合考慮して具体的個別的に判断すべき」であると判示した部分がより注目される。

同判決の調査官解説（牧山市治・最高裁判所判例解説民事篇昭和五三年度二五八頁）では、道路の安全性について

「利用するものの常識的秩序ある利用方法を期待した相対的安全性の具備をもって足りる」と解すべきこと、(幼児が)「異常な遊びをすることまでも予測し……万全の施設を備える法律上の義務はない」こと、「人が社会生活を営むうえで、どの程度の危険に対しいかなる責任分担をすべきか、という観点からも本件事故の責任配分について考察する必要がある」こと、等が述べられている。ここでの最高裁調査官の思考方法は、道路法の「仕組み解釈」ではなく、「諸般の事情」の「総合考慮」による「個別具体的」な瑕疵の判断という枠組みの中で、必要な考慮要素をチェックするという、比較量的・民事法的な思考方法が前面に出されていると評されよう。⁽⁶⁾

以上のように、道路の設置管理瑕疵に関する基本判例は、「通常」性、あるいは、道路管理者の安全管理義務を適切に判定するための基準を設定しようとしたものであろうし、同じ目的で学説による解釈論も厚い蓄積を見ている。ここで筆者が確認しておきたいのは、道路管理に係る実定法令の「仕組み解釈」の手法が、昭和四五年判決(その調査官解説)で、ややあいまいなかたちで展開され、その後の判例法の展開上、行政法的な「仕組み解釈」が後退してしまったことである。⁽⁷⁾⁽⁸⁾

(3) 瑕疵の意義に関する、营造物瑕疵説・客観説・義務違反説等の対立それ自体について、本稿では論及しない。議論の整理として、宇賀克也『国家補償法』(一九九七年)二四七頁以下、西壁章『国家賠償法』(一九九七年)二八九頁以下を参照。

(4) 小幡純子は、国家賠償法二条の責任について、公物の利用者に対する損害と第三者に対する損害との区別という視角から、分析を行っている。小幡純子『国家賠償法二条の再構成(上)』上智法学論集三七卷一・二号一〇七頁以下、同「(下)」同三八卷二号二頁以下。右の論考は、公物管理法の「仕組み解釈」と国家賠償法二条の瑕疵の判断基準を結びつけるための議論の、ひとつの方向性を示唆するものである。

(5) 同判決は、伊勢湾台風による名古屋港堤防決壊に関する下級審判決(名古屋地判昭和三十七年一月二二日判例時報三一三三四頁)との思考枠組みの類似性からも、道路と水害という類型別の思考枠組みという問題ではなく、事例の解決上ごく当然のこととして、道路法に基づく道路管理の法的仕組みを手掛りとした解釈論を展開したものと見えよう。

(6) 同解説では、瑕疵の判断にあたり、「法令や内部規則の定める基準のごときは、一応の判断基準となり得ても絶対的なものではな」⁽⁶⁾という言説がある(二六一頁)。

(7) 普通河川からの転落事故の事例につき、事実上の管理者たる市の賠償責任を認めた最高裁判決（最判昭和五九年一月二九日民集三八卷一 一〇二六〇頁）では、法定外公共用物の事実上の管理について、行政法的な「仕組み解釈」が用いられたものと考えられる。宇賀・前掲注（3）二六五頁以下。

(8) 公物管理法の「仕組み解釈」からのアプローチは、損害賠償と損失補償の境界設定を明らかにし、損失補償的構成による救済の発展につながる可能性を包蔵する。民事法的利益考量論が正面に出ることは、判例法上、損失補償的構成の発展を阻害する要因になっていないのではないかと考えられる。この点、下水道による水害事例を「特別の犠牲」として理論構成する可能性について、宇賀・前掲注（3）三〇〇頁、阿部泰隆『国家補償法』（一九八八年）一三七頁を参照。下水道水害を想定した場合に、大東判決を前提にすれば下水道が河川・道路（人工公物）のいずれに近いかという議論をすることになるが、筆者は、そのような問題の立て方ではなく、公水管理の法的仕組みを行政法的に解釈することから思考することが有益であると考えられる。

三 大東判決・再論

(1) 大東判決による瑕疵判断基準

水害訴訟の領域で、判例実務上最も重要な位置を占めているのが、大東水害訴訟最高裁判決（最判昭和五九年一月二六日民集三八卷二五三頁）である。⁽⁹⁾ 大東判決は、河川水害訴訟に関して最高裁判所民事判例集に登載された最初の判決であると同時に、河川管理瑕疵の判断基準につき詳細な判断を示すものであった。同判決の骨子は、①河川の公物としての特色（人工公物と異なりもともと災害の危険性を内包）、②河川管理の特質（治水事業による段階的な安全性確保）、③河川管理の諸制約（治水事業における財政的・技術的・社会的制約、簡易な危険回避手段の不存在）、④未改修河川に要求される安全性（治水過程に対応する過渡的安全性）、⑤河川管理瑕疵の一般的判断基準（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管理の一般水準・社会通念に照らして是認しうる安全性を備えているか）、⑥改修中河川の管理瑕疵の判断基準（改修計画が格別不合理か、早期の改修工事をしなければならない特段の事

由があるか)、という段階を踏んだ論理構成を描くものである。

右のうち、判旨①～④の部分は、河川管理に関する種の「一般論」を論じたものであるが、法解釈論上の言説としての特異性が指摘される。この部分は、「河川管理瑕疵に対する接近の基本的視点もしくは政策的な価値判断」⁽¹⁰⁾であり、その内容は常識的に首肯される(常識的に反論しにくい)ものである。⁽¹¹⁾同時に、右判旨は、河川法(当時)が、全体として、「水系を一貫した全体計画に基づいて、国及び地方の適正な財政負担により、治水事業を計画的に推進するための体制を整備する必要」⁽¹²⁾に応える法的仕組みであることを前提に、これを忠実にトレースしたものと見ることができよう。建設省河川局出身の論者が、大東判決について、「自然公物論・通常備えるべき安全性論・財政制約論・過渡的安全性・管理の一般水準等の論点の集大成」と高く評するのにも至極当然である。⁽¹³⁾しかし、管見では、判旨①～④は、治水行政に関する(当時の)法体系全体の趣旨という点でそれ自体正当であるものの、国家賠償法二条一項の設置管理瑕疵の判断基準の設定という解釈論的営為への組み込まれ方という点で、強い疑義がある。

なお、私は、かつて、大東判決の判旨①～④の部分を「考え方の枠組み」、⑤⑥の部分を「判断の指針」と整理し、具体的な判断基準と評されるものは未だ明示されていない、という分析を行ったことがある。そこでは、「考え方の枠組み」には事例の解決に必要な限度を超えた過度の言説が見られることを批判しつつ、「判断の指針」はそれ自体妥当であり、おそらくは広い射程をもつであろうことを述べつつ、さらに進んで具体的な判断基準と呼べるものが示されなければならないことを述べた。同時に、⑤と⑥を併せて「判断の指針」とすることにより、とりわけ⑥が「判断基準」として機能し得ないことを指摘した。この三段階の分析について自説を変更するものではないが、旧稿は判例の論理構造の分析そのものを目的としていたのに対して、本稿は、大東判決の論理の前提となる思考方法を批判することを意図している。

- (9) 筆者による判例研究として、橋本博之「判批」法学協会雑誌一〇三巻二号三七五頁。
- (10) 國井和郎(発言)判例タイムズ五六号二五頁。
- (11) 原田尚彦「行政判例の役割」(一九九一年)二二頁。
- (12) 河川法研究会「河川法解説」(一九九四年)一五頁。
- (13) 三本木健治「判例水法の形成とその理念」(一九九九年)四七頁。

(2) 大東判決の思考方法の特色

以下、判旨①～⑥の各部分について、瑕疵の判断基準の設定という法解釈論上の言説としての思考方法という観点から、批判的分析を試みる。

判旨①は、河川と道路の差異を説示した部分である。瑕疵の判断基準上、河川と道路を区別することの意味については、すでにさまざまな角度から検討が加えられてきた。ここでそれらを再吟味することはしないが、先に述べたように、昭和四五年最高裁判決において、道路法の「仕組み解釈」の方法がややあいまいなあたりで展開されたことが、道路・河川の質的峻別を強調する要因となったことを指摘しておきたい。判例法上、道路と河川の類型化がなされていることははや疑いなかろうが、それは必ずしも公物管理の実定法上の「仕組み解釈」が反映されたものではない。

判旨②は、河川管理の特質を、道路管理との差異を念頭に、治水事業の特質という観点から説示している。ここで治水事業のあり方について語られている内容も、河川管理に関する実定行政法令の「仕組み解釈」ではなく、極めて常識的ではあるものの、政策一般論・行財政一般論といった言説によっている。この点、仮に行政法的「仕組み解釈」をとるとすれば、河川法一六条に基づく工事実施基本計画のスキームを中心に、同条の定める工事実施基本計画策定義務に係る「法的仕組み」を解析し、国家賠償責任の前提となる河川管理者の法的義務を明らかにする

ことが想定される。しかるに、判旨②は、治水事業の進捗状況の現状説明ではあっても、「基準」を導くための法解釈論上の言説として、その有用性は疑わしい。判旨③についても同様のことが当てはまる。

判旨③の部分では、河川管理の諸制約（財政的、技術的、社会的制約）について、「これらの諸制約が解消した段階においてはともかく」現段階の瑕疵判断の基準を説示する、というレトリックが用いられている。しかし、これらの諸制約が将来的に「解消」という言説は、ごく常識的に考えて、極めて説得力の低いフィクションである。⁽¹⁴⁾ 解釈論上の言説として、改修途上の河川管理瑕疵の判断基準を設定するため、河川管理の諸制約が「解消」された状態を仮想して論理操作をするということはあり得なくはないのであろうが、判決の言説が、日本の（当時の）河川管理に係る「政策的な価値判断」たる一般論を展開する以上、このようなレトリックが用いられることは強い疑義がある。建設省の研究会による文書ですら、これらの諸制約が「解消」しうるものとして論理を展開しているわけではなく、諸制約論は、河川法一六条（当時）による工事実施基本計画策定義務の解釈による河川改修義務の法的位置づけに関する評価（建設省研究会はこれを「法律上の義務ではない」とする）を導くための論理として展開されているし、そこから進んで①溢水、②溢水破堤、③溢水なき破堤といった類型化に基づく瑕疵論を展開しているのである。⁽¹⁵⁾

大東判決のよって立つ論理のうち、河川管理の特殊性と諸制約を論じる部分は、「特に建設省が主張」した結果であろうし、⁽¹⁶⁾ 大東判決に先立つ下級審判決（加治川水害訴訟控訴審判決・東京高判昭和五六年一〇月二二日は典型である）においても、河川管理の特殊性と諸制約についてはすでに論及されていた。しかしながら、大東判決は、建設省研究会の文書の内容ともまた異なる独特の論理構造を有しているし、上記加治川控訴審判決の論理構造とも異なることに注意を要する。そもそも、ある実定法令を前提とする行政実務の現状分析と、仮想論理に基づく抽象的な基準設定とは、安易に結合できるものではあり得ない。

判旨④は、河川管理瑕疵について、いかなる措置を講じていけば被害が防止できたのかを想定した上でその措置を講じるべき法的義務を判断するという結果論的・回顧的思考ではなく、水害当時の河川管理の現状を基準とするという思考をとるという意味において、かつその限りにおいて正当なものと考え⁽¹⁷⁾る。

判旨⑤では、「同種、同規模の河川の管理の一般水準」が基準となるとされており、これは、全国レベルでの河川管理者の政策的対応が瑕疵の判断基準となることを示している。さらに、判旨⑥では、河川管理者による改修計画が「格別不合理」か、同計画を変更すべき「特段の事由」があるか、という基準が示されており、行政計画のあり方についての司法審査が、瑕疵の判断基準として正面から取り込まれている。さらに、判旨①～④の一般的説示も、治水行政全般に係るマクロな行政計画論・財源配分論が組み込まれていた。以上から、大東判決は、河川管理瑕疵の問題を計画裁量と結びつけて扱い、計画裁量の広さと瑕疵判断の狭さが比例するという論理になっている。

当時の河川法の仕組みにおいて、河川管理に係る計画裁量が広いことはそれ自体明らかなのであるが、問題は、個々の水害にフォーカスするかたちで、具体的な河川管理施設の態様・個別の水害の発生原因との関連で瑕疵を判断するという、不法行為法のごく常識的な思考方法とかけ離れたものになっていることにある。水害事案が、河川管理者による河川管理のあり方と関連することは確かであっても、瑕疵判断の基準と計画裁量が完全にリンクしてしまい、河川管理瑕疵を争うことが計画裁量の適法性を争うことに転化してしまうことは、論理の飛躍があると言わざるを得ない⁽¹⁸⁾。この部分の思考方法は、個別事案の具体的利益考量からかけ離れた、国土開発政策の基本的方向性といったレベルの政策的価値判断とすりかわっている。本稿の視点では、それが河川管理に関する行政法令の「仕組み解釈」とも異なる、政策のあり方レベルでの議論になった結果、判例法上、行政法的「仕組み解釈」の緻密化によって問題を処理する方向性が失われてしまったことが問題と考える。

なお、判旨⑤の部分は、先行する判例においても採用されており、諸般の事情を総合的に考慮して具体的個別的

に判断するという手法それ自体は不法行為法の解決の指針として正当と思われる。しかし、判旨⑤は、①④と論理的に結合させられることによって、具体的事案の妥当な解決という本来の文脈とは別物にすりかわっている。すでに論者が指摘するように、⑤は「適用する裁判所にとって不可能を強いるに近いものであり、裁判所があえてそれを適用しても、河川管理者の裁量を追認する結果に終わりにかねない」ものである。⁽¹⁹⁾

結局、大東判決の論理は、河川行政的思考(政策実務的思考と言っても良い)と、民事不法行為法的思考がミックスされたものではあっても、公物管理法に関する行政法的「仕組み解釈」が欠落している。この点、河川法の「仕組み解釈」については政策実務的思考の中に吸収されているという見方も不可能ではなからうが、大東判決の政策実務的思考は、水害当時の河川管理行政の実情に適合的であったとしても、損害賠償請求事件における瑕疵の判断基準を導くという法規範的思考と整合するものではない。

(14) 多摩川水害訴訟高裁判決(東京高判昭和六二年八月三十一日判例時報一二四七号三頁)が、工事実施基本計画に基づく改修済み河川についても、理想的管理状態との対比で更なる改修を要する「改修の不十分な河川」としたことは、このフィクションに忠実たらんとした結果であったが、最高裁判決では否定されている。

(15) 建設省(当時)内に設けられた河川管理責任研究委員会の報告「河川管理責任の考え方について」(同じ内容が訟務月報三一巻六号一四五頁以下に転載されている)を参照。

(16) 村重慶一(発言)「日本の国家賠償法制の特色」ジュリスト九三三三三頁。

(17) この点と関係して、点字プロッタの敷設されない島式ホームから視力障害者が転落した事案に関する最高裁判決(最判昭和六一年三月二五日民集四〇巻二四七二頁)の調査官解説では、「営造物が正常に機能しなかった場合(オペレーション上の瑕疵)」と「安全施設がなかった場合(プランニング上の問題)」という理論上の分析枠組みが参照されている(石井彦壽・最高裁判所判例解説民事篇昭和六一年度二〇五頁)。これは、山田卓生によって、当該事件の下級審判決を素材にした研究論文のなかで提起されたものであり、筆者もこれに賛同したことがある(橋本博之「判批」法学協会雑誌一一〇巻三三三頁)。これに比べて、大東判決の言説は、右の意味での「プランニング」という次元ではなく、よりマクロな行政論のレベルになってしまっていることが問題なのであろう。

(18) 塩野宏は、大東判決について、「国の計画と密接に結合したもの」とコメントしつつ(行政判例百選I(第二版)一一頁)、「賠償問題の中

に、財政問題が入り込んだということについて、最高裁判所は説得的な理論を立てているかどうか」という疑問を呈している（ジュリスト九九
三三三頁）。

(19) 芝池義一「多摩川水害訴訟最高裁判決の検討」法律時報六三卷四号三四頁。

(3) 大東判決と築堤義務に関する判例法

築堤など河川工事のあり方に関しては、第二次大戦前から、様々なかたちで裁判実務が蓄積していた。⁽²⁰⁾ 当時の行政法学説もまた、築堤作用に関する法的紛争について、当時の問題状況に即した分析を行っている。⁽²¹⁾ ここで、この論点に関する議論を詳細に分析する余裕はないが、公水管理法制のあり方に対応するかたちで、裁判実務・学説の双方において相当の議論の蓄積を見ていたことにつき、改めて目を向けるべきである。

本稿の主題である水害訴訟との関係で注目されるのは、昭和五年の最高裁判決（最判昭和五年三月三〇日民集三二卷二号三七九頁）である。同判決は、明治時代に築かれた民有堤防を河川管理者が長年にわたり占有・利用していた事案（本件堤防は台風で一部損壊した後、河川管理者により修復されている）において、河川管理者の堤防買受義務・代替堤防築造義務を認めるための要件につき、「あらゆる観点から総合的に判断して、河川管理上その地点に河川管理施設を設けることが必要不可欠であることが明らかであり、これを放置することが我が国における河川管理の一般水準及び社会通念に照らして河川管理者の怠慢であることが明白であるといえるような特別な事情のあること」と述べている。

この判決は、ある一級河川における特定の「民有堤防」に関する河川管理者の法的義務の有無というピンポイントの問題と、国の河川管理政策全般のマクロの問題がリンクされているという意味で、一見すると大東判決の先駆であるように見える。同判決の調査官解説でも、堤防設置義務に関する学説の分析として、水害事例において国の

不法行為責任が成立する前提としての堤防設置義務に関する議論が参照されている（田尾桃二・最高裁判所判例解説民事篇昭和五三年度二二四頁以下）。しかし、管見によれば、同判決と大東判決の思考過程には、根本的な相違がある。同判決の論旨は、個別の「民有堤防」に関する築堤義務を判断する場合について、そこで考慮すべき事由を列記し、この義務の認定要件のハードルを高めるものではあっても、河川改修計画に関する計画裁量を正面から問題にしたり、河川管理に関する政策的価値判断を法的責任の有無の基準として取り込むものとはやはり異質である。

同判決は、河川管理者の堤防買受義務・代替堤防築造義務を導くための民事法的比較考量の重要な要素として河川管理者の政策的裁量を認めてはいるものの、通常の民事的思考方法の枠内にとどまるものである。同判決について、行政法的思考方法により、「事実上の使用」による「公用使用」を認めた上で、損失補償的構成をとるべきではなかったのかという指摘がある。⁽²²⁾これは、民事法的思考と行政法的「仕組み解釈」の対比と言えるが、本稿の観点からは、同判決の論理はこの二つの思考方法を対比することが可能なものになっていることが重要である。

大東判決は、築堤義務に関する前記最高裁判決と類似した言説によりつつも、その思考枠組みにおいては大きな相違がある。筆者は、築堤義務に関する判例法の蓄積をフォローすることが、水害訴訟における瑕疵判断基準に関する議論の別の道として存在していたのではないかと考える。水害訴訟が、個々の河川管理施設の着目する「分解的考察」から、河川全体を問題とする「一体的考察」へと移行したことに、大東判決のような、民事的比較考量でも行政法的「仕組み解釈」でもない特異な法的言説が生まれた要因があると言えるのではなからうか。⁽²³⁾

河川法上の河川は、「公共の水流及び水面」であり、水系主義の下に指定される「一級河川」「二級河川」であり、「河川区域」という觀念によって区切られる公共空間である。水害訴訟において「一体的考察」をとるのであれば、そもそも河川法上の「河川」に関する法的仕組みとの整合性が図られるべきであろう。この点も、行政法的な「仕組み解釈」の欠如が指摘される。河川法上、河川そのものは、河川区域（六条）に着目すれば、新たな施設

として供用されるものではなく、エリアを指定することによって供用される公物である。他方で、現実に、河川法一条の定める河川の「総合的管理」は、河川管理施設（三条二項）の設置・管理をとおして行われ、かつ、河川法上、河川管理施設の構造基準（一三条）と操作規則（一四条）に関する規範が法定されていることは、河川法の実定法解釈として、河川管理者の法的義務を導く手がかりとなると考えるのが自然であろう。水害事例についても、河川管理施設の瑕疵ということを前提に、その「通常有すべき安全性」の基準としてどのような判断要素があるのかを明らかにするという思考枠組みをとり、その中に公物管理法の「仕組み解釈」を反映させるといふ道筋がとられるべきであったのではないか。

大東判決による瑕疵判断基準設定のための論旨は、河川法の採用する水系主義とそれを前提とする計画的手法による治水対策の仕組みとその限界を指摘するものであり、仮にこの論理を批判するとすれば、そもそも河川法の採用する治水行政の法的仕組み（洪水を河川という「線」に閉じ込めた上で、高水管理を行うという仕組み）のあり方を批判するというレベルの議論になりそうである。これは、国家賠償請求訴訟における個別事例の瑕疵判断基準を設定するための議論と整合するものでない、というのが管見である。

(20) 三本木・前掲注(13)三九頁以下は、有益な概観である。

(21) 美濃部達吉「慣習法上の公水使用権(三)」法学協会雑誌五二卷三号四〇七頁以下。

(22) 下山瑛二「判批」民商法雑誌八〇卷一号九〇頁。

(23) 宇賀・前掲注(3)二八二頁は、この流れを、「分解的考察」が克服されて「一体的考察」になったと整理する。もともと、宇賀が、この流れを肯定的に評価しているかどうかは明示されていない。

四 多摩川判決と平作川判決

大東判決の後、水害訴訟に関する最高裁判決であり公式判例集に登録されたものとして、仮堤防の決壊が争点となった加治川水害訴訟判決(最判昭和六〇年三月二八日民集三九卷二号三三三頁)が出されるが、瑕疵の判断基準に関する判例法としてより注目されるのが、多摩川水害訴訟判決(最判平成二年一月一三日民集四四卷九号一一八六頁)⁽²⁴⁾である。

多摩川判決の骨子は、改修済み(改修・整備の必要がない)河川であり、かつ、河道内の許可工作物が破堤の原因となったという事案についても、大東判決⑤の示す「一般的瑕疵判断基準」が適用されるとともに、右基準を本件に適用する場合のより具体化した基準を提示したことにある。すなわち、多摩川判決は、工事実施基本計画に基づく改修・整備の必要がない河川の安全性を「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」とし、改修段階で予測できなかったけれども水害発生時点では予測可能な危険について、「予測が可能となった時点から当該水害発生時までには、予測し得た危険に対する対策を講じなかつたこと」について瑕疵判断をすることを述べる。さらに、同判決は許可工作物が存在する場合の河川管理瑕疵について、大東判決③の示した諸制約が「相当に小さい」ことを指摘し、進んで、本件事案における瑕疵判断の具体的基準と考慮要素(①計画高水流量規模の流水の通常的作用による危険を予測できたか、②右危険を予測できた時点はいつか、③予測可能時点から結果回避措置を適切にとったか等)を、改めて提示している。

多摩川判決は、大東判決の基本的枠組みを踏襲するとしつつ、未改修河川と異なる改修完了河川について、具体的基準を提示している。大東判決と比べて、瑕疵の判断基準として具体性のあるものがつけ加えられたという意味で、評価することができよう。本稿の視点からは、改修完了河川であるということから、治水事業のあり方という

政策的・行財政的観点が背景に後退し、事案に応じた利益考量という民事不法行為的思考（予見可能性・回避可能性という法概念の使用と言っても良い）による基準の緻密化が可能であったものと考えられる。他方で、行政法的「仕組み解釈」という点では、許可工作物に関する公物管理法制上の分析が若干不十分である、とも思われる。⁽²⁵⁾

その後、水害訴訟に関する最高裁判決として、志登茂川水害訴訟判決（最判平成五年三月二六日判例時報一四六九号三二頁）、長良川水害訴訟判決（最判平成六年一〇月二七日判例時報一五一四号二八頁）が出された後、公式判例集登載判例として、平作川水害訴訟判決（最判平成八年七月一二日民集五〇巻七号一四七七頁）が現れる。⁽²⁶⁾

平作川判決については、「昭和四〇年代後半から提起された一連の水害訴訟についての最高裁における締めくくりに当たる」とされ、⁽²⁷⁾普通河川（河川法の適用・準用を受けない河川）についての瑕疵の判断基準と、改修中河川にすでに設置済みの河川管理施設についての瑕疵の判断基準が、それぞれ示されている。

普通河川の管理瑕疵について、同判決は、大東判決における判旨⑤が適用されるものとし、これを否定していた原審の判断を否定した。判決は、本件普通河川が下水道法上の下水道に該当するかについて判断する必要はないとし、また、本件普通河川については改修計画等が策定されていないことから、大東判決における判旨⑥を用いることなく、判旨⑤の基準のみによって当該河川の管理瑕疵を否定している。

右の点について、本件一審判決は本件普通河川を「公共下水道」と、同控訴審判決では「都市排水路」と、それぞれ下水道法の解釈を踏まえて性質決定し、大東判決以来の河川管理瑕疵の判断基準の射程を切断しようとしていた。これに対して、最高裁は、大東判決の「一般的瑕疵判断基準」の普遍性を強調し、この部分は、普通河川であつてもおよそ一律に適用可能であり、それによる問題の処理が可能であるという立場を貫いている。しかし、普通河川の場合に、河川法を根拠とする治水行政の枠組みが及んでいるわけではなく、市町村単位でアドホックな防災対策がなされているのであり、「同種同規模の河川の管理の一般水準及び社会通念」に照らして瑕疵の判断を行

うという言説は、何らの法的手掛かりもなく、行政裁量の追認とすら言えない空虚なものではないか。普通河川について、改修計画が策定されていないのであれば、下水道事業計画ないし下水道整備事業を法的手掛かりにするのは自然なことであるし、各地域の防災対策・総合治水対策等を視野に入れた上で管理瑕疵を判断する以外の法的思考の道筋は無いのではないか。筆者は、平作川判決の右の論旨は、大東判決の内蔵していた問題点を強く浮かび上がらせたものであり、議論の方向性につき強い疑念を感じざるを得ない。

調査官解説では、普通河川の「具体的事情が千差万別」であり、「その管理・整備の態様は一様ではない」ことを指摘しつつ、「最高裁が判断基準を作ると、後の同種事案の裁判における判断手法を事実上相当程度拘束することになるから、判断基準の定立にはある程度慎重にならざるを得ない」のであり、大東判決⑤よりも「具体的な判断基準を定立することは、時期尚早」という記述がある(野山宏・最高裁判所判例解説民事篇平成八年度四九九頁)。

しかし、具体的事情がさまざまであることと、判断基準を定立することは、もともと次元の異なる問題である。具体的事情について、必要な考慮事由を合理的に考量し、行政の裁量判断を適切に審査できるような法的基準が必要なのであり、その出発点は、問題とされた公物に関する実定法令上の法的仕組みの緻密な解釈に求められるべきなのではないか。同調査官解説は、本件普通河川を下水道と性質決定することが不要であることを説明する文脈で、下水道法の法的仕組みを精密に解釈しているが、その後は一転して大東判決に関する基準に依拠しており、行法的「仕組み解釈」を何故に一貫して展開しないのか、疑問である。⁽²⁸⁾

なお、同判決では、改修中の二級河川に設置された河川管理施設の瑕疵について、「施設設置の時点における技術水準に照らして……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」という基準を提示している。これは、多摩川判決の示した改修完了河川の瑕疵判断の基準と並び、河川管理施設の瑕疵の判断基準を提示したものと位置づけられる。

- (24) 筆者による判例研究として、橋本博之「解説」行政判例百選Ⅱ(第四版)三二六頁。
- (25) 同判決の調査官解説では、河道内の許可工作物の欠陥と河川全体の管理との関係について、比較的详细な法的仕組みの分析がなされている(富越和厚・最高裁判所判例解説民事篇平成二年度四八〇頁以下)。
- (26) 筆者による判例研究として、橋本博之「判批」判例評論四六〇号三一頁。
- (27) 野山宏「解説」ジュリスト一〇六号一五頁。
- (28) 同解説は、大東判決以降の最高裁判決を分析した上で、「河川管理の瑕疵についての主張」として、「より高い段階の改修がなされていない」という「改修の遅れ」が瑕疵にあたるというものと「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」が瑕疵にあたるというものとに類型化して整理する。そのような分析は首肯できるところであるし、両者の瑕疵判断における考慮事由が異なることも当然であろうが、いずれにせよ瑕疵の有無の判断は個々の具体的な水害ごとに、関連する公物管理法制・防災法制に照らして判断するべきであり、抽象的かつ一般的な河川行政論とは次元が異なるはずである。

五 河川管理法制の変化と大東判決

大東判決による河川管理瑕疵の判断基準は、判例法上、確立されるに至ったわけであるが、水害訴訟の中でも、大東判決とはカテゴリーを異にする事例もある。ダムを原因とする水害に関する国家賠償請求事例については、国家賠償法一条と二条の適用関係、大東判決による「一般的瑕疵判断基準」の射程といった基本的な問題を含めて、判例実務には未だ確立していない部分があるように思われる。⁽²⁹⁾ また、都市型水害においては、下水道施設の設置管理瑕疵の問題が、現時点での重要な争点となる蓋然性がある。すなわち、下水道施設は汚水と並んで雨水の処理を行うが、都市化の進行により下水道への雨水混入率が高まる一方、河川改修が不十分なために下水道から河川への排水が十分にできないケースなどが見受けられる(平成一二年九月の東海豪雨における野並訴訟など)。このような場合に、都市部での豪雨時に、下水道管理者による排水施設操作が、水害訴訟において争点となることが考えられるのである。⁽³⁰⁾ 大東判決による「基準」は、さしあたり右のような事例には少なくとも部分的にしか機能しないであ

ろう。

より一般的に見て、大東判決の示す「一般的瑕疵判断基準」は、実定法上の河川管理の法的仕組みから乖離し、法的根拠の乏しい一般的言説が独り歩きをしていることが指摘されるのではなからうか。大東判決の想定する自然公物としての河川管理の姿も、昭和四〇年代から五〇年代にかけての河川管理行政のシステムの一面のみを切り取ったものであり、その限りで説得力があったとしても、法解釈論上の言説としては過度の一般化・普遍化がなされたものと言わざるを得ないものではなからうか。水害訴訟の多くは、河川管理施設の瑕疵という問題であり、堤防設置義務に関する判例法の蓄積を踏まえ、関係行政法令の「仕組み解釈」という方向性が探られるべきであったのかも知れない。⁽³¹⁾⁽³²⁾

平成九年の河川法改正により、工実施基本計画（その内容としての計画高水流量）の根拠であった同法一六条は大幅に改正され、さらに同法一六条の二が追加された。この法改正により、河川の整備計画制度が抜本的に見直され、河川整備基本方針と河川整備計画の二段階の構造とされ、関係する地方公共団体や地域住民の意見を反映させる手続的仕組みが整備された。計画高水流量については河川整備基本方針において定められる（二六条一項）が、従前の工実施基本計画が河川整備の内容面で具体性を欠くものであったのに比べて、より具体的な河川整備計画のスキームが整備されることにより、住民参加に配慮した「川づくり」の仕組みへと大きく転換が図られたものと考えられる。さらに、平成一五年六月に成立した特定都市河川浸水被害対策法は、著しい浸水被害が発生するおそれがある都市河川とその流域について、河川管理者・下水道管理者・都道府県知事・市町村長が共同して流域水害対策計画を策定するとともに、雨水流出抑制のための措置を規定している。これは、従前から進められてきた総合治水対策が、一定程度実定法化されたものであり、洪水防護に関する法的仕組みの新しい方向性として重要な意味を有する。このように、河川の設置管理の瑕疵という枠組みも、法制度の現代的発展（法目的の拡大、河川整備計画

の手続的整備、市民参加・協働による河川管理など）に対応して変化すべきであるし、水害という点から見ても、河川以外の公物の管理、土地利用規制等の行政手法の拡大、予報や警告、ハザードマップ等の情報提供など、より広がりのある法的仕組みが紛争の場に現れることが考えられる。翻って、大東判決の「一般的瑕疵判断基準」も、実定行政法令の解釈と切り離された一般論となってしまう部分について、改めて「基準」を導き出すという視点から、方法的反省を迫られているように思われる。³³⁾

河川管理者が負うべき法的責任の限界線は、①河川上流・渓谷等でのアウトドア的利用の拡大、②情報提供・誘導というかたちでの災害対策、③住民の合意形成による河川整備計画の策定、④NPO等との協働による河川空間管理といった、河川管理をめぐるさまざまな現代的課題について法政策的課題を論じる場合に、常に議論の背景として押えておくべきポイントである。そこでは、損害賠償責任の前提となる河川管理者の法的責任のあり方を、実定法制度上見定めるということが必要であるし、損害賠償の「基準」論も、あるべき公共空間管理行政・防災行政・情報提供行政といった政策的議論へのフィードバックがなされることが要請される。大東判決の一般論は、河川管理に関する実定法上の議論を超越した、治水対策に関する政策論・行財政論が不法行為法的な利益考量論とリンクする一方、行政法的「仕組み解釈」が欠如することによって、新しい河川管理法制へフィードバック機能を果たし得ないものになっている。

公水を管理するための法的仕組みや、災害の防御・対策のための法的仕組みは、社会的需要に應えるかたちで進化した稠密になるべきものである。総合的な水管理法制の必要性については、かねてから多様な議論があったところであるが、水管理法制は着実に現代的なものになりつつあるし、それを発展させるように導くのが行政法学の任務でもあろう。水害に関する国家賠償責任の問題が、河川管理者の災害防御に関する法的義務の裏返しであるということから、大東判決の依拠する「解釈論」は、瑕疵の「判断基準」を示すようなものではなく、実定行政法の解釈

方法として「思考停止」をもたらすおそれがあることを改めて指摘するとともに、行政法学の側から、水循環の管理・公共空間の管理という新しい公物管理法制の理論的・解釈論的深化のための役割を積極的に果たすこともまた、必要なことであると思われる。

(29) 参照、最判平成一〇年三月二七日判例地方自治一八一号九五頁、長野地判平成一三年三月九日判例地方自治二二一号六九頁。

(30) 櫻井敬子「河川と下水道」自治実務セミナー四二巻七号一頁以下を参照。

(31) 大東判決の枠組みを前提に、財政制約論について、「河川瑕疵の有無を判断するにあたって、どのような場合に財政的制約を考慮すべきであるかについては、結局、国の予算配分の問題にまで遡らなければならない」との指摘がある(西埜・前掲注(3)三〇五頁)。この点、財政的制約が瑕疵判断の考慮事由になることと、個別の損害賠償請求事例において予算配分の問題を正面から争うことが一致してしまうという基準の立て方それぞれ自体に、内在的な問題があると見るべきである。なお、芝池義一『行政救済法講義(第二版)』(二〇〇〇年、二六六頁も参照)。

(32) 大東判決以降、行政法学説は、判例法の示す河川の瑕疵判断基準について、一般的な国家賠償法二条一項の解釈論と整合的に位置づける努力をしてきた。たとえば、宇賀は、国家賠償法二条一項の瑕疵の判断は、①被侵害利益の重要性、②予見可能性、③結果回避可能性、④期待可能性、の各要素を総合的に斟酌していると整理し、河川水害事例についても④の相違によって説明できるのであり、かつ、④の相違は③の判断に影響を与え、これが財政制約等の河川管理の諸制約の重視をもたらすという説明をする(宇賀・前掲注(3)二五五頁以下)。極めて明晰な説明であるが、右の各要素の具体的斟酌の過程で、行政法的「仕組み解釈」を意識的に組み込むことが必要である、というのが本稿の立場である。

(33) 河川管理「行政の現代的展開と河川管理瑕疵の関連について」、角松生史「演習」法学教室二五三号一三四頁が参考になる。