

内水氾濫と国家賠償

——下水道と河川管理の交錯——

板垣 勝彦

I 問題意識

相次ぐ巨大台風の襲来やゲリラ豪雨によって、計画規模を超える降雨の発生が顕著に増加している。増水によって川の水が堤防から溢れ出たり（溢水型）、堤防が決壊したりすること（破堤型）によって生じる「外水氾濫」の脅威は、鬼怒川氾濫（平成 27 年 9 月）や九州北部豪雨（平成 29 年 7 月）、西日本豪雨（平成 30 年 7 月）、そして令和 2 年 7 月豪雨の被害が記憶に新しい。

都市部においては、こうした外水氾濫とはまた別に、短時間の集中的な降雨が排水路や下水管の処理能力を超えることで市街地に水が溢れ出る「内水氾濫」のもたらす被害も無視できないものとなっている¹⁾。「水害統計」によると、平成 20 年から同 29 年の十年間における全国の水害被害額の合計は約 1.8 兆円であるが、内水氾濫の被害が約 0.7 兆円であり、実に約 4 割を占める。この割合は都市部においてはさらに高くなり、東京都では、同年間の水害被害額約 600 億円のうち、内水氾濫による被害額は 71%に相当する約 429 億円に上

1) 内水氾濫の用語法は不統一であり、文献によっては、「内水湛水」や「内水浸水」も併せて用いられる。水防法 2 条 1 項では、「雨水出水」が使われている。

る。同年間における全国の浸水棟数を比較すると、外水氾濫による浸水棟数が約 10 万棟であるのに対して、内水氾濫による浸水棟数は約 22 万棟であり、倍以上である²⁾。

外水氾濫については、大東水害判決（改修途上の河川）と多摩川水害判決（改修済み河川）が確立した判断を示しており、夥しい研究があるのに対して、内水氾濫の場合には、下水道管理と河川管理の瑕疵が交錯するという複雑な関係もあり、法的研究が十分とはいえないところがある³⁾。本稿は、実務的な重要性が格段に高まっている内水氾濫の被害と国家賠償責任について、数少ない裁判例と近年の動向を手がかりに、法的考察を加えるものである。

Ⅱ 内水氾濫の増加と下水道の治水機能の強化

1. 都市部における内水氾濫の増加

令和元年 10 月 12 日夜から翌日にかけて首都圏に襲来した台風 19 号（後に「令和元年東日本台風」と命名）は、多摩川の水が下水道管を逆流して溢れ出し、タワーマンションが林立する川崎市中原区の武蔵小杉駅周辺に広範な浸水被害をもたらした。通常、雨水を流し込んで樋管から川に排出するための下水道管の中を、川の水が逆流したわけである。樋管と多摩川の合流地点には逆流を防ぐための樋門（河川法 3 条 2 項）が設けられているが⁴⁾、駅周辺で大雨が降っ

2) 国土交通省水管理・国土保全局下水道部＝公益社団法人日本下水道協会「今後の下水道事業に係る制度の方向性」（下水道政策研究委員会制度小委員会報告）（令和 2 年 7 月）25 頁（以下では、「制度小委員会報告（令和 2 年 7 月）」として引用する）。

3) 数少ない研究として、宇賀克也「下水道と水害」ジュリスト 892 号（1987）91 頁、池田恒男「下水道水害の国家責任」判タ 649 号（1987）90 頁。水害全般に関しては、橋本博之「水害と国家賠償」高木光＝宇賀克也（編）『行政法の争点』有斐閣（2014）158 頁。近時の動向として、三好規正「豪雨災害と行政の役割」法学教室 476 号（2020）36 頁。総合的な情報提供として、国土交通省水管理国土保全局下水道部（監修）「浸水対策ポータルサイト『アメツジ』」<https://shinsui-portal.jp/>

表：浸水の深さの目安

浸水の深さ	浸水の目安
1.0m	大人の腰までつかる程度で、歩いての避難は困難
50cm	床上浸水しはじめる程度、車が冠水しはじめる程度
20cm	概ね歩道が冠水しはじめる程度

横須賀市上下水道局ウェブサイト「内水による浸水とは？」

<https://www.water.yokosuka.kanagawa.jp/bosai/hazard/explain.html>

ているときに樋門を閉めれば、今度は雨水による内水氾濫が生じることから、下水道管理者である川崎市は樋門を閉じなかった。下水道の運用上、雨水の処理と多摩川の増水が同時に起きることは想定されていなかったのである⁵⁾。

特に都市部においては、森林や農地といった浸透性の高い土地が不浸透性のアスファルトで覆われて保水機能が低下したこと、湛水機能を有していた水田が宅地へと変わって遊水機能が低下したこと、気候変動の影響で集中豪雨が増加したことが相俟って、浸水被害のリスクが顕著に増大している。

「内水氾濫」という用語自体は以前から存在するが、国立情報学研究所の論文総合検索システム cinii で「内水氾濫」と検索すると、昭和 45（1970）年か

4) 樋門とは、河川堤防を横断して設けられる函渠構造物で、河川堤防の効用も備えた河川管理施設である。平常時は門扉を開けておくことにより堤内地の雨水・汚水を河川へ排水する機能を果たすが、洪水時に本川の水位（外水位）が支川の水位（内水位、支川も内水に属する。）を上回り、樋門水路を通じ本川の水が堤内側に流れる状態になった場合には、門扉を閉じることにより、逆流を防止するという機能を担う。札幌高判平成 24 年 9 月 21 日（平成 23 年（ネ）第 300 号）裁判所ウェブサイトは、沙流川の洪水時に二風谷ダムからの放流水を増加させる操作（ダムの操作規則では、「ただし、気象、水象その他の状況により特に必要と認める場合」などと定められているために、「ただし書操作」と呼ばれる。）を実施するに際して、支川の樋門の閉扉を指示することを怠ったため内水氾濫が発生したという事案において、国の損害賠償責任を認めた。解説として、西田幸介・新・判例解説 Watch vol.13（2013）63 頁。

5) 「巨大都市の弱点 多摩川氾濫、タワマン機能不全」日経アーキテクチュア（2019 年 11 月 14 日）12 頁。

ら平成 12（2000）年の間には僅か 14 件であった論文数が、今世紀に入ってから 20 年も経たないうちに 200 件を超過しており——その多くは河川工学や土木関係の研究である——、注目度が飛躍的に高まっていることが分かる。

2. 下水道の治水機能

こうした状況にかんがみて、従来以上に重要性が意識されているのが、下水道のもつ治水機能である⁶⁾。下水道法（昭和 33 年法律第 79 号）1 条は、その目的を、「下水道の整備を図り、もつて都市の健全な発達及び公衆衛生の向上に寄与し、あわせて公共用水域の水質の保全に資すること」に置いており、文言上、水害の予防は目的に含まれていない⁷⁾。しかし、近年では、公衆衛生の向上と公共用水域の水質保全と併せて、行政実務においては、水害の予防も正面から下水道設置の目的の 1 つとして掲げられるようになってきた⁸⁾。

下水道では、家庭や工場などから流される汚水以外に、雨水も処理される（汚水と雨水を併せたものを「下水」とよぶ）。公共下水道の供用が開始された場合、その排水区域内の土地の所有者、使用者または占有者は、特段の事情がある場合を除いて、遅滞なく、下水を公共下水道に流入させるために必要な排水

6) 下水道には、①主に市町村が設置、改築、修繕、維持その他の管理を行う公共下水道（下水道法 2 条 3 号・3 条以下）、②主に都道府県がそれらを担い、終末処理場を有する流域下水道（同法 2 条 4 号・25 条の 10 以下）、③市街地における下水を排除するために市町村が管理する都市下水路（同法 2 条 5 号・27 条以下）があるが、本稿では併せて「下水道」と表記し、いずれか 1 つを指す場合にはその旨注記する。参照、東京都下水道局ウェブサイト「下水道のしくみ」<https://www.gesui.metro.tokyo.lg.jp> や横浜市ウェブサイト「下水道の役割・しくみ」<https://www.city.yokohama.lg.jp/kurashi/machizukuri-kankyo/kasen-gesuido/gesuido/>

7) 汚水の処理によって公衆衛生の向上と公共用水域の水質保全を図るという目的においては、制度上、下水道は農業集落排水や合併処理浄化槽と競合する関係にある。板垣勝彦『地方自治法の現代的課題』第一法規（2019）403 頁以下。

8) 制度小委員会報告（令和 2 年 7 月）37 頁では、浸水対策の強化や環境への取組み等の観点からの法目的の見直しの検討が提案されている。

管、排水渠その他の排水施設（まとめて「排水設備」という。）を設置しなければならない（接続強制、下水道法 10 条 1 項）。排水設備の設置・構造は、政令で定める技術上の基準に従う必要がある（同条 3 項、同法施行令 8 条各号）。

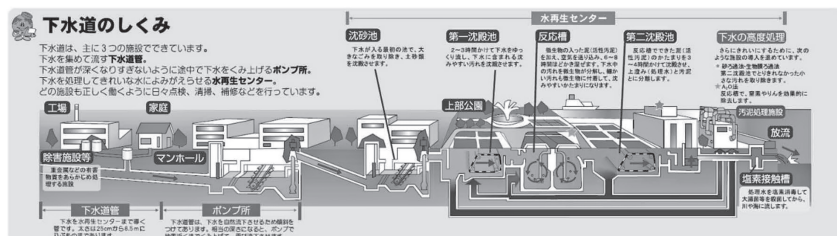
下水の排除方式には、汚水と雨水を 1 つの下水道管で集めて終末処理場（下水道法 2 条 6 号）まで運ぶ合流式と、両者を別々の下水道管で集め、汚水は終末処理場まで運ぶ一方で、雨水はそのまま川や海へ流すという分流式とがある⁹⁾。横浜市の場合、分流式が約 7 割、合流式が約 3 割を占める。合流式の場合、大雨の場合には集めた全ての下水を終末処理場で処理できないため、一部が処理されずに川や海に流されてしまう。そこで、降雨初期に汚水を雨水滞水池に一時的に貯めて後から処理をするといった改善策が進められている。

こうした貯留系の施設の施設を用いた浸水被害への対策としては、（オフサイト型の）雨水調整池が代表的である¹⁰⁾。浸水要因箇所の上流部において、流出する雨水を収集し、貯留するわけであるが、適地となる公用地の確保が難しい場合も少なくない。そうした場合に備えて、公道下の貯留管や民地を活用する方法が検討されている。また、一部の管渠の増径を行って、大容量の流下・貯留に対応するといった方法も考慮される¹¹⁾。

9) 終末処理場（下水道法 2 条 6 号）については、従来は「下水処理場」といった名称が付けられていたが、現在の終末処理場の役割は、単に下水を処理し放流するにとどまらず、健全な水循環系の構築や再生水・処理汚泥の有効利用など、多様なものとなっている。このことをふまえて、全国の終末処理場の名称も、「水処理センター」、「浄化センター」、「水再生センター」などに変更されたところが多い。参照、下水道未来計画研究会「終末処理場の名称変更に関する提案書」（平成 17 年 7 月 29 日）。

10) 雨水貯留の方式には現地貯留式（オンサイト型）と水路などで雨水を集水して貯留する方式（オフサイト型）とがあり、一般に「調整池」というときは後者を指す。三重県ウェブサイト「調整池ってなに？」<http://www.pref.mie.lg.jp/JUTAKU/HP/35494031307.htm>

11) 国土交通省水管理・国土保全局下水道部「雨水管理総合計画策定ガイドライン（案）」（平成 29 年 7 月）〔以下、「雨水管理総合計画策定ガイドライン（案）」とする。〕 42 頁。
<https://www.mlit.go.jp/common/001193332.pdf>



東京都下水道局ウェブサイト「下水道のしくみ」

<https://www.gesui.metro.tokyo.lg.jp/business/kanko/kankou/2016tokyo/02/>

下水道管には、下水が自然に流れる（自然流下）ように傾斜がつけられており、地中の相当の深さになると下水道管の設置が困難になるので、ポンプで下水を地表近くまでくみ上げて、終末処理場へ向けて再び自然流下させている。豪雨時に下水道管に流れ込んだ雨水を速やかに川や海へと放流して浸水を防ぐのも、ポンプ所の重要な役割である。

ただし、ポンプなどの排水系の施設を用いた浸水被害への対策には、土木構造物、（非常用を含めた）機電設備類のほか、ポンプ室、電気室等の建築物を設置するための用地の確保が必要となる¹²⁾。そこで、河川背水の影響を受ける期間には、小規模可搬式水中ポンプを用いて、公共用水域の吐口に設置する逆流防止弁（フラップゲート）と組み合わせたりすることで、別排水系統や別途河川に放流するといった手法や、既存水路を改修してゲートに水中ポンプを組み込んだポンプゲート施設を設置するといった手法が開発されている¹³⁾。

12) 令和元年東日本台風では、ポンプ場や終末処理場が外水氾濫によって浸水し機能停止する事故が数多く発生した。那須基「令和元年東日本台風（台風19号）の被害及び復旧状況について」下水道協会誌692号（2020）30頁。全国約4,100箇所のポンプ場の約7割、全国約2,200箇所の終末処理場の約5割が浸水想定区域内に立地していることが判明しており、施設の浸水対策が急務である。制度小委員会報告（令和2年7月）29頁。

13) 雨水管理総合計画策定ガイドライン（案）43頁。

3. 特定都市河川浸水被害対策法

市街化の進行により、都市部では、河川改修や洪水調節ダムの整備といった従来型の治水手法のみでは浸水被害の防止がますます困難となっており、下水道に寄せられる期待は大きい。河川管理者と下水道管理者、さらには民間事業者が連携して浸水被害への対策を合理的・効果的に行っていくために制定されたのが、特定都市河川浸水被害対策法（平成 15 年法律第 77 号）である¹⁴⁾。国土交通大臣ないし都道府県知事によって特定都市河川・特定都市河川流域に指定されると（同法 3 条各項）、当該河川の管理者、当該河川流域を含む地方公共団体の長、当該河川流域に係る下水道管理者は、連携して「流域水害対策計画」を策定することが義務付けられる（同法 4 条 1 項）。流域水害対策計画には、①浸水被害対策の基本方針、②洪水・浸水の発生を防ぐべき目標となる降雨、③河川整備、④雨水貯留浸透施設の整備、⑤下水道整備、⑥民間事業者が行う浸水被害防止のための雨水の一時的な貯留または地下への浸透に関する事項、⑦河川に下水を放流するための下水道ポンプ施設の操作、⑧浸水被害の拡大を防止するための措置に関する事項が書き込まれる（同条 2 項）。

特定都市河川流域内では、宅地等以外の土地において、無許可で一定規模（面積 1000㎡）以上の「雨水浸透阻害行為」を行うことが禁じられる。具体的には、①農地や林地などを宅地等にするために行う土地の形質の変更（宅地開発）、②土地の舗装、③ゴルフ場、運動場等の新設、増設、④土地をローラー等で締め固める行為が「雨水浸透阻害行為」に該当する（同法 9 条各号、同法施行令 5 条～7 条）。許可を取得して雨水浸透阻害行為を行う場合には、それに併せて雨水貯留浸透施設（浸透ます、浸透トレンチ、透水性の舗装など）を設置することが義務付けられる（同法 17 条 3 項）¹⁵⁾。こうして設置された雨水貯留

14) 実務担当者の解説として、大竹将也「都市部における浸水被害対策の推進に係る新たな法制度」時の法令 1705 号（2004）6 頁、五道仁実「気候変動を踏まえたこれからの治水対策——「流域治水」への転換」自治実務セミナー 696 号（2020）8 頁（9 頁）。

浸透施設を埋め立てるなど、その機能を阻害するおそれのある工事は、無許可で行ってはならない（同法 18 条 1 項各号）。監督処分（同法 20 条）、立入検査（同法 21 条）、報告徴収（同法 22 条）のほか、罰則（同法 38 条以下）によって、規制の実効性確保が図られている。その他、雨水の流出抑制機能を持つ既存の防災調整池を「保全調整池」へと指定すること（同法 23 条以下）、保全調整池所有者との間の管理協定の締結（同法 27 条以下）、都市洪水想定区域への指定（同法 32 条以下）といった規定が置かれている。

平成 17 年 4 月に鶴見川（神奈川県）流域が指定されたほか¹⁶⁾、新川（愛知県）、寝屋川（大阪府）、境川（東京都、神奈川県）、引地川（神奈川県）、巴川（静岡県）、猿渡川（愛知県）、境川（愛知県）の 8 河川が指定されている。特定都市河川浸水被害対策法は、行政区域の境界を超えた当該河川の流域全体のあらゆる関係者が協働して治水対策を進めていくという「流域治水」の思考に基づいて、民間の開発事業者に対しても法律上の義務を課すなど、最も抜本的に内水氾濫を防止するための手段を規定しているが、都市化が進行している地域では指定が思うように進んでいないことが難点である¹⁷⁾。

4. 下水道浸水被害軽減総合計画

平成 17 年 7 月に取りまとめられた「都市における浸水対策の新たな展開」

15) その代わり、雨水貯留浸透施設については、申請によって固定資産税が 2/3～5/6 の範囲で軽減される特例措置が及んでいる（地方税法附則 15 条 8 項以下）。

16) 一級河川鶴見川の流域は、昭和 50 年代から 40 年以上にわたり、国土交通省、東京都、神奈川県、町田市、川崎市、横浜市という行政単位を超えて、流域整備計画に沿った総合的治水対策に取り組んできた経緯がある。令和元年東日本台風がもたらした豪雨の際には、日産スタジアムに隣接して設けられた多目的遊水地（計画湛水量：390 万 m³）が 94 万 m³もの水を湛水したことで大きな成果を挙げたが、それ以外にも、鶴見川流域には大小 5,000 もの雨水調整池が設けられており、合計すると約 400 万 m³の保水力を持っている。岸由二「水土砂災害と流域思考」自治実務セミナー 696 号（2020）2 頁。

17) 三好・前掲注（3）40 頁以下。

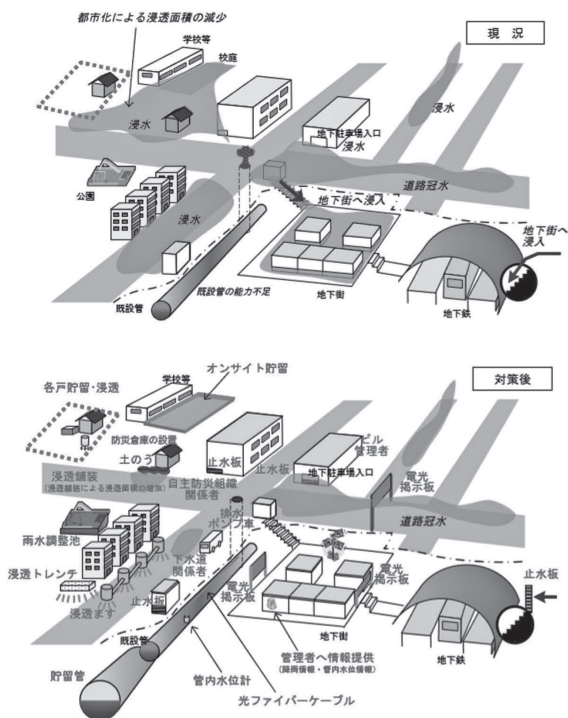
では、①「降雨（外力）」主体の目標から、「人（受け手）」主体の目標設定へ、②地域全域で一律の整備から、地区と期間を限定した整備（選択と集中）へ、③ハード施設のみの整備から、ソフト・自助の促進による被害の最小化へといった都市浸水対策の基本方針が示された。これを受けて、平成 18 年度から「下水道総合浸水対策緊急事業」が時限予算制度として開始され、平成 21 年度からは恒久制度としての「下水道浸水被害軽減総合事業」へと名を変えて展開されてきた。

何よりも、過去の浸水被害に照らして重点的な対策が必要な地区（重点対策地区）については、「再度災害防止」の観点から、浸水被害を軽減するための施設整備を優先的に進めていく必要がある。その見取図となるのが下水道浸水被害軽減総合計画であり、その目的は、㊦生命の保護、㊧都市機能の確保、㊨個人財産の保護という 3 つの視点に照らして計画降雨の水準を上げ¹⁸⁾、重点対策地区における浸水被害を最小化することにある。浸水被害への対策は、管路施設、ポンプ施設、貯留浸透施設といった施設そのものをを用いたハード対策と、維持管理、情報収集・提供、施設の効率的・効果的運用、自助対策の支援等によるソフト対策とがあるが、下水道浸水被害軽減総合計画の「総合」とは、公助と自助・共助によってハード対策・ソフト対策を文字通り総合的に用いるという趣旨である。

地方公共団体が計画策定の参考とするために、国土交通省水管理・国土保全局から、下水道浸水被害軽減総合計画策定マニュアル（案）が示されている¹⁹⁾。当該マニュアルでは、再度災害防止の観点から、検討地区内で起きた「既往最

18) 計画降雨とは、浸水被害の発生を防止するための下水道施設の整備の目標として事業計画に位置付けられる降雨のこと。降雨の確率年の表現として、例えば、5 年に 1 回程度発生する規模の降雨（5 年確率降雨）を 1/5、10 年に 1 回程度発生する規模の降雨（10 年確率降雨）を 1/10 などと表現する。

19) 随時改訂されているが、最新版は平成 28 年 4 月のものである。本節の記述は、当該マニュアルに多くを負う。



総合的な浸水対策のイメージ

国土交通省水管理・国土保全局下水道部「下水道浸水被害軽減総合計画策定マニュアル（案）」（平成28年4月）5-17 <https://www.mlit.go.jp/common/001128633.pdf>

大降雨」を基本とするものとされた。ただし、㊦生命の保護の観点から、高度地下空間利用地区（地下街、地下鉄駅構内など）や災害時要配慮者関連施設（医療施設、福祉施設など）を有する地区については、必要に応じて、水防法（昭和24年法律第193号）14条1項にいう「想定最大規模降雨」も対象に含めるとともに、ハード対策のみでは被害を防ぐのに限界があることから、直ちに安全な場所まで避難して命だけは守るといったソフト対策に重点を置くものとさ

れる。④都市機能の確保の観点からは、商業・業務集積地区（商店街、官庁街、大規模オフィスビルを含む地区）、交通拠点施設・主要幹線地区（複数路線の結節点となるターミナル駅、緊急輸送道路になりうる幹線道路など）、防災関連施設地区（防災拠点、避難所、緊急医療施設、消防本部など）の被害を最小化することが重要であり、過去 10 年の浸水実績を有する地区などを重点対策地区として設定することが推奨されている。⑤個人財産の保護の観点からは、床上浸水の発生する可能性のある浸水常襲地区を対象とすることが考えられる（後述する裁判例でも、浸水被害が床下浸水程度であるときは、市民生活に大きな影響を与えるとまでは言えず、受忍限度の範囲内であるとして損害賠償請求は棄却されている）。こうして、重点対策地区ごとに「地下街への浸水を防止する」とか「幹線道路冠水の浸水を機能保全水深以下とする」といった目標を立てて、3 年とか 5 年といった計画期間を設定し対応していくことが要請されるわけである。

5. 内水ハザードマップ、浸水被害対策区域

平成 27 年の水防法改正において、都道府県知事ないし市町村長は、雨水出水（同法 2 条 1 項）により相当な損害を生ずる恐れがあるものとして指定した公共下水道等の排水施設等（排水施設またはこれを補完するポンプ施設・貯留施設）について、想定最大規模降雨による内水浸水が想定される区域を「雨水出水浸水想定区域」として指定することとされた（同法 14 条の 2）。一般には内水浸水想定区域などと呼称され、これを地図に示したものが、内水ハザードマップである²⁰⁾。市町村防災会議（災害対策基本法 16 条 1 項）は、当該指定があったときは、市町村地域防災計画（同法 42 条 1 項）において、区域ごとに、①予報等の伝達方法、②避難施設・避難路、③避難訓練の実施、④区域内に存

20) 国土交通省水管理・国土保全局「下水道部内水浸水想定区域図作成の手引き」（平成 27 年 7 月）<https://www.mlit.go.jp/common/001097592.pdf>

する地下街、要配慮者利用施設（社会福祉施設、学校、医療施設など）、大規模工場の名称・所在地、⑤その他円滑な避難のために必要な事項を定めるものとされた（水防法 15 条 1 項）。内水浸水についても、洪水浸水や高潮浸水と同様に取り扱われることとなった点が特筆される。なお、他の災害のハザードマップと同様、内水ハザードマップは、緊急の雨水出水から避難する道筋を定めることで、——家屋のような財産が水没することはやむを得ないとしても——住民の生命・身体だけは守ろうというのが目的である²¹⁾。

同年の下水道法改正によって、公共下水道管理者は、条例で「浸水被害対策区域」を定めることができるようになった。浸水被害対策区域とは、排水区域のうち、都市機能が相当程度集積し、著しい浸水被害（同法 2 条 9 号）が発生するおそれがある区域であって、土地利用の状況からみて、公共下水道の整備のみでは浸水被害の防止を図ることが困難であると認められる区域をいう。浸水被害対策区域では、雨水を排除する排水設備について、下水道法 10 条 3 項の技術上の基準に代えて適用すべき排水・雨水の貯留・浸透に関する技術上の基準を定めることができる（同法 25 条の 2）。民間事業者が雨水貯留施設を整備する場合の国庫補助も行われる。また、公共下水道管理者は、浸水被害対策区域内に存する一定規模以上の雨水貯留施設を自ら管理する必要があると認めるときは、施設所有者等全員の合意を得た上で、管理協定を締結して当該雨水貯留施設の管理を行うことが認められた（同法 25 条の 3）。指定の第 1 号は、首都圏有数の拠点で地盤の低い JR 横浜駅周辺の「エキサイトよこはま 22 センターゾーン」（平成 29 年 1 月 25 日）である²²⁾。

21) 抜本的には、水害リスクの高い地域と土地利用規制を結び付けて、たとえば、市街化調整区域については、浸水想定区域等のうち人命に危険を及ぼす可能性が高いエリアについて開発許可を厳格化するとか、居住誘導区域等の指定に当たっては、より水害リスクの低い地域を選定するなど、治水部局と都市部局が連携を強化して、ハザード情報をまちづくりへと反映させていくことが重要である。五道・前掲 11 頁、三好規正「流域管理をめぐる法制度と自治体」自治実務セミナー 696 号（2020）13 頁（15 頁）。

この改正では、雨水排除に特化した公共下水道（雨水公共下水道、同法 2 条 3 号）の制度が創設された点も注目される。具体的には、公共下水道の整備を予定していたものの、その後の見直しの結果取りやめになった地域において、浸水被害の防止を図ることに特化した施設の整備を行うというものである²³⁾。

また、この改正に併せて発出された「下水道法に基づく事業計画の運用について」（国水下事第 80 号）では²⁴⁾、下水道事業計画（同法 4 条・25 条の 11）に記載する「その他事業計画を明らかにするために必要な書類」において²⁵⁾、主要な施策ごとに施設の設置および機能の維持に関する中長期的な方針を記載することとされた。浸水対策に係る「施設の設置に関する方針」は、すぐ後で述べる雨水管理総合計画の内容をふまえて決定されることになる。要するに、雨水管理総合計画の内容と下水道事業計画とが法的に関連付けられることになったわけである。

ただし、内水ハザードマップ（既往最大規模降雨）の早期作成が求められる 484 の市区町村のうち、123（約 1/4）で未公表である²⁶⁾。また、前述したように、高度地下空間利用地区（地下街、地下鉄駅構内など）や災害時要配慮者関連施設（医療施設、福祉施設など）を有する地区については、想定最大規模降雨による内水ハザードマップを策定することが求められるが、こちらも策定の

22) 横浜市記者発表資料（環境創造局下水道事業マネジメント課）「全国初！浸水被害対策区域を指定しました！！～エキサイトよこはま 22 センターゾーンで官民連携した浸水対策を推進～」(2017 年 1 月 25 日)

23) 国土交通省水管理・国土保全局長発都道府県知事・指定都市市長宛「水防法等の一部を改正する法律の一部施行等について」（国水下事第 81 号、平成 27 年 11 月 19 日）

24) 国土交通省水管理・国土保全局長発都道府県知事・指定都市市長宛「下水道法に基づく事業計画の運用について」（国水下事第 80 号、平成 27 年 11 月 19 日）

25) 根拠条文は、公共下水道の場合には下水道法 5 条 2 項と同法施行規則 4 条 5 号、流域下水道の場合は同法 25 条の 12 第 2 項と同法施行規則 18 条 5 号である。

26) 平成 31 年 3 月末現在。制度小委員会報告（令和 2 年 7 月）22 頁。

促進が課題となっている。

6. 雨水管理総合計画

下水道浸水被害対策総合計画が対象としていたのは、地下街や主要ターミナル駅など、都市機能が集積し、過去の浸水被害に照らしても重点的な対策が必要な地区であった（「再度災害防止」の視点）。これに対して、雨水の未整備地区が多く残っている地方都市においても、浸水リスクを評価したときに雨水整備の優先度の高い地域については（「事前防災」の視点）、「選択と集中」の観点から、市街地全域の雨水の整備方針を定める「雨水管理総合計画」を策定して、期間を定めて優先的な整備を進めることが要請されている。雨水管理総合計画とは、地方公共団体が下水道による浸水対策を実施する上で、当面・中期・長期にわたり、浸水対策を実施すべき区域や目標とする整備水準、施設整備の方針等の基本的な事項を定める計画のことと定義され、浸水対策を計画的に進めることが目的である²⁷⁾。平成 28 年度から開始された「効率的雨水管理支援事業」では、効率的に雨水管理総合計画を策定するための支援が行われている。

やはり計画策定の参考とするために、国土交通省水管理・国土保全局から示されている雨水管理総合計画策定ガイドライン（案）によれば²⁸⁾、雨水管理総合計画は、(1)雨水管理方針と(2)段階的対策計画から構成される。まず、(1)雨水管理方針は、①計画期間、②策定主体、③下水道計画区域、④計画降雨（整備目標）、⑤段階的対策方針等を定めるものである。①計画期間は、土地利用の状況や社会情勢の変化等をふまえておおむね 20 年の範囲で設定することとされ、当面（おおむね 5 年）、中期（おおむね 10 年後）、長期（おおむね 20 年後）に分かれており、5 年に 1 回の定期的な点検・見直しが予定されている。

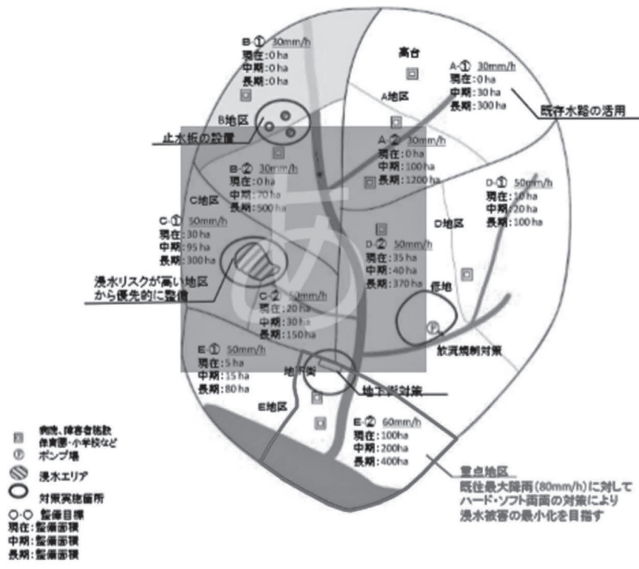
27) 「雨水管理総合計画の策定の推進について」（国水下流第 1 号、平成 28 年 4 月 25 日）

28) 随時改訂されているが、最新版は平成 29 年 7 月のものである。本節の記述は、当該マニュアルに多くを負う。

②雨水管理総合計画の策定、進捗管理および見直しは、市町村の（雨水の）下水道管理者の役割である。ただし、流域下水道については都道府県の役割であるし、複数の市町村に跨って浸水被害が生じている場合には都道府県が適宜調整を行うこととされる。③合流式か分流式かによっても下水道計画区域は異なるが、雨水管理総合計画の検討対象区域は主として市街地であり、現状・将来の土地利用状況等をふまえて、浸水被害の発生状況、浸水リスク、資産・人口の集積状況等を勘案し決定する。④計画降雨（整備目標）は、下水道浸水被害軽減総合計画の場合と同様に、「再度災害防止」、「事前防災・減災」、「選択と集中」の視点から、都市機能が集積して浸水リスクも高い地域では計画降雨の水準を上げ、その反対に浸水リスクが低い地域では水準を下げるというように、浸水リスクに応じたきめ細やかな目標を設定した上で、ハード・ソフトの両面にわたる整備・支援を行うものである。⑤段階的対策方針については、地域の状況に応じた対策を検討し、必要により、財源等に応じた概略事業可能量をも考慮しつつ、当面、中期、長期の段階に応じた対策メニュー案を抽出することとされる。

続いて、(2) 段階的対策計画では、雨水管理方針で策定した方針に基づき、計画降雨に対するハード対策および照査降雨に対するハード対策・ソフト対策を位置付けて、時間軸の視点を考慮して中長期的な対応の見取図が示される。こうして、細分化された地区ごとに下水道計画区域、計画降雨（整備目標）、段階的対策方針をマップ化して取りまとめられたものが、「雨水総合管理計画マップ」である。

雨水管理総合計画は、過去の水害の大小にかかわらず、市町村レベルで最も一般的に内水氾濫への対策として取り組まれるべきものとされており、効率的雨水管理支援事業の実施や雨水管理総合計画策定ガイドライン（案）の提示によって、国土交通省も雨水管理総合計画の策定推進に力を入れているが、その策定率は全国で約1割にとどまっている²⁹⁾。雨水管理総合計画と下水道事業計画とがリンクする形になっているとはいえ、下水道事業計画における法的な



雨水管理方針マップの概念図

国土交通省水管理・国土保全局下水道部「雨水管理総合計画策定ガイドライン（案）」
（平成29年7月）42頁 <https://www.mlit.go.jp/common/001193332.pdf>

位置付けは、「その他事業計画を明らかにするために必要な書類」（下水道法施行規則 4 条 5 号・18 条 5 号）という分かりにくいものであり、法令上、より正面から雨水管理総合計画の策定を根拠付けるべきであろう。また、後述するように、内水氾濫による被害を原因として国家賠償訴訟が提起された場合、雨水管理総合計画を策定して下水道の改修が進捗している段階ならば請求認容判決が下される見込みは非常に低くなるのに対して、反対に、雨水管理総合計画

29) 平成 31 年 3 月末現在。制度小委員会報告（令和 2 年 7 月）26 頁。雨水（下水道）事業計画がある約 1,000 の地方公共団体のうち、流域下水道を除いて、雨水管理総合計画を計画区域の一部または全部で策定済みのものの割合を指す。

を策定すらしていない段階では請求認容判決が下される可能性が極めて高くなることなどを市町村の担当部局に対し丁寧に説明するなどして、雨水管理総合計画の策定を促していく必要がある。

7. 下水道の治水機能の強化と国家賠償責任

こうして、下水道は、人の目につかない地下深くにおいて、多くの都市の内水氾濫を未然に防いできた。ただ、下水道の治水目的を強調するほどに、今度は、下水道の管理の瑕疵に起因して内水氾濫が生じたとき、国家賠償法2条1項に基づいてその管理責任が問われるのではないかという疑問が生じる。平成30年度末時点で、「都市浸水対策達成率」は約59%であり³⁰⁾、この進捗状況を順調とみるか停滞とみるかは見方が分かれようが、気候変動も相俟って、わが国の都市が内水氾濫の被害を受けるリスクは顕著に増大している。次節では、水害に関する基本判例である大東水害判決を再読することを通じて、内水氾濫と国家賠償の問題を読み解く視点を明らかにする。

なお、内水氾濫の多くは、本来低湿地であるなど、当該地域の地形上の特性によってもたらされる。そうした内容は当然に宅地建物取引を行う際の重要説明事項に含まれるし³¹⁾、多かれ少なかれ、浸水リスクは地価にも反映してい

30) 「都市浸水対策達成率」とは、社会資本重点整備計画（閣議決定）において、①人口・資産が集中する地域や、②近年甚大な被害が発生した地域など、都市浸水対策を実施すべきとされた区域面積（平成27年度から令和2年度にかけては、約84万haに上る。）において、おおむね5年に1回程度発生する規模の降雨に対応する下水道整備が完了した区域面積の割合のこと。

31) 令和元年7月26日、国土交通省土地・建設産業局不動産課長、水管理・国土保全局河川環境課長、下水道部流域管理官の連名で、不動産関連業界5団体（全国宅地建物取引業協会連合会、全日本不動産協会、不動産協会、全国住宅産業協会、不動産流通経営協会）あてに、宅地・建物の取引の相手方が水害リスクを把握できるように、宅地建物取引業者は市町村が作成・公表する水害ハザードマップ（洪水、内水、高潮）を提示して情報提供するように依頼している。

るはずである³²⁾。したがって、以下の考察は、当該地域においては自然力による内水氾濫（床上・床下浸水——ただし床下浸水は受忍限度内として扱われるので、実際は床上浸水が対象である。）を防御する機能を有するはずの下水道施設（防御施設としての下水道）が一通り整備されていたにもかかわらず、内水氾濫の被害を防ぐことができなかった事案が念頭に置かれることになる³³⁾。

また、策定された内水ハザードマップの内容的な瑕疵のため避難が遅れて生命・身体に被害を受けるといった問題については、理論的にも実務的にも極めて重要であるが、洪水浸水や高潮浸水、あるいは津波災害と重なり合う点が多いため、別稿に委ねる³⁴⁾。したがって、被害として想定されるのは、もっぱ

32) 公益社団法人日本不動産学会・春季全国大会シンポジウム「水害リスクと不動産：パネルディスカッション」日本不動産学会誌 121 号 (2017) 11 頁 (26 頁以下) (福井秀夫発言) では、水害リスクの情報開示を徹底した上で、浸水地の住民を強制加入保険に加入させるか、あるいは固定資産税収入を引き当てにした堤防整備を行うことを提言する。

33) このことは、内水氾濫からの防御施設としての下水道の整備によって、その下水道が期待されたような性能を発揮しなかったことで国家賠償法 2 条の責任を背負い込むという皮肉な帰結を認めることでもある。津波常襲地帯における防潮堤にも同じことが当てはまるが、科学技術の進歩が行政の責任を高める結果となった一例である。行政が予測・制御できない事象から生じた被害についてまで国家賠償責任を広範に認定し、最新の防御施設を整備することのディスインセンティブとなっただけとはいえないことは言うまでもない。

34) 東日本大震災において石巻市立大川小学校の児童・教職員が多数犠牲になった津波災害においては、危機管理マニュアルの内容的な瑕疵が問題となった。第 1 審判決（仙台地判平成 28 年 10 月 26 日判時 2387 号 81 頁）、控訴審判決（仙台高判平成 30 年 4 月 26 日判時 2387 号 31 頁）、上告審判決（最判令和元年 10 月 10 日（平成 30 年（オ）第 958 号、同年（受）第 1175 号））を通じて考えさせられることが多い。筆者自身の考察として、板垣勝彦「リスク社会と行為規範の設定——大川小学校の惨劇が遺したもの」ジュリスト 1542 号 (2020) 98 頁。控訴審判決の解説として、米村滋人・私法判例リマックス 59 号 58 頁、近藤卓也・行政法研究 30 号 297 頁、村中洋介・自治研究 95 巻 7 号 143 頁（以上、2019）、齋藤健一郎・商学討究 71 巻 1 号 (2020) 183 頁。津波災害全般の詳細な考察として、村中洋介「災害と国家賠償」行政法研究 16 号 (2017) 47 頁。

ら床上浸水による家屋の流出、財産の水没である³⁵⁾。

Ⅲ 河川管理の瑕疵に関する判例法理

1. 高知落石判決と「河川の時代」

公の営造物の設置・管理に関する基本判例が、道路における落石事故について、その設置・管理の瑕疵が問われた高知落石判決（最判昭和45年8月20日民集24巻9号1268頁）である。高知落石判決では、①国家賠償法2条の営造物責任は当該営造物が「通常有すべき安全性」を欠いたことに起因する責任であり、②管理者の過失の有無は問題とされず（無過失責任）、③財政的な制約は免責事由とされない（予算抗弁の排斥）という3つの原則が示された³⁶⁾。道路は人工公物であり、供用開始時点で100%の安全性が求められること、飛驒川バス判決（名古屋高判昭和49年11月20日判時761号18頁）が明らかにしたように、安全に供用できないおそれがあるときは通行止めにするれば簡易・臨機的な被害の回避が可能であることなどが、その理由である。かくして、道路の走行中に事故が起きて損害が生じた場合には、不可抗力であったような場合を除いて基本的に国家賠償2条の責任が発生するのであり、予算抗弁は認められないという判例法理が確立した。

実務・理論の次なる関心は、こうした道路管理の瑕疵をめぐる判例法理が、河川管理にもそのまま適用されるか否かに向けられた。折しも、「三大水害訴訟」と言われる加治川水害（昭和42年発生）、大東水害（昭和47年発生）、そ

35) 小幡純子「水害と国家補償法2条の瑕疵論」論究ジュリスト3号（2012）144頁（151頁）は、道路の落石直撃型事故では人身被害が発生するが、河川水害の多くは財産被害であることを指摘する。

36) 原田尚彦「水害と国家賠償法2条との関係」ジュリスト811号（1984）30頁（31頁）は、これを「営造物責任の三原則」と名付ける。

して多摩川水害（昭和 49 年発生）を契機として、昭和 50 年代には、水害訴訟の判決が相次いで下される「河川の時代」を迎える³⁷⁾。その中では、河川管理の特殊性を強調して国家賠償責任を限定的に捉える方向性（加治川水害訴訟第 1 審：新潟地判昭和 50 年 7 月 12 日判時 783 号 3 頁など）と、河川管理と道路管理の質的差異を真っ向から否定して、国家賠償責任を幅広く認める方向性（多摩川水害訴訟第 1 審：東京地判昭和 54 年 1 月 25 日判時 913 号 3 頁など）とが鋭く対立していた³⁸⁾。

2. 大東水害判決——道路と河川の峻別

河川管理の瑕疵について最高裁が本格的な判断を示したのが、昭和 47 年 7 月の豪雨によって一級河川寝屋川水系谷田川^{たんだがわ}が溢水し、床上浸水の被害を受けた大阪府大東市の住民ら〔原告住民ら〕が、国、大阪府および大東市〔被告国ら〕を相手取り国家賠償を請求した大東水害訴訟にかかる最判昭和 59 年 1 月 26 日民集 38 巻 2 号 53 頁である。第 1 審（大阪地判昭和 51 年 2 月 19 日判時 805 号 18 頁）と控訴審（大阪高判昭和 52 年 12 月 20 日判時 876 号 16 頁）が請求を認容したのに対し、最高裁は、河川管理は道路その他の营造物の管理とは異なる特質を有すること、①予算的制約（河川改修には莫大な予算を要し、改修の必要性・緊急性を比較しつつ、優先順位をつけて逐次実施していくほかないこと）³⁹⁾、②技術的制約（河川改修は、流域全体につき調査・検討を経て計画を立て、緊急に改修を要する箇所から段階的に、下流から上流に向けて行わなければならないこと）、③社会的制約（流域の開発等による雨水の流出機構の変化、

37) 宇賀克也『国家補償法』有斐閣（1997）286 頁、西埜章『国家賠償法コンメンタール〔第 3 版〕』勁草書房（2020）1179 頁。同時期の裁判例・学説の紹介として、國井和郎「水害訴訟をめぐる学説および裁判例の現況」判タ 526 号（1984）56 頁。

38) 阿部泰隆『国家補償法』有斐閣（1988）220 頁。

39) 裁判例や学説によっては、「財政的制約」と「予算的制約」が互換的に用いられており、本稿も特に区別しない。

地盤沈下、低湿地域の宅地化および地価の高騰等による治水用地の取得難）が内在することを挙げた上で⁴⁰⁾、いわゆる過渡的安全性論を持ち出して、事案を破棄・差し戻した。

すなわち、改修中の河川は、①～③のような河川管理の特質に由来する諸制約によっていまだ通常予測される災害に対応する安全性を備えるに至ってはならず、当該河川の管理についての瑕疵の有無の判断は、「右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な安全性をもつて足りるものとせざるをえない」。「治水事業の進展等により……河川管理の特質に由来する財政的、技術的及び社会的諸制約が解消した段階においてはともかく、これらの諸制約によつていまだ通常予測される災害に対応する安全性を備えるに至っていない現段階においては、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、前記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」というのである。

大東水害判決は（以下、特に断りなく「大東水害判決」という場合、最高裁判決のことを指す。）、道路と河川の管理の瑕疵ではその判断基準が異なることを明らかにした。道路は人の手によって当初から安全性を備えた物として設置され、管理者の公用開始行為によって公共の用に供されるのに対して、河

40) 角松生史「河川管理における「自然」と「人工」——水害訴訟の視点から」九州大学西部地区自然災害資料センターニュース 25 号（2001）3 頁（4 頁）は、「社会的制約」のほとんどは人為的要因による災害発生の危険増大の例であり、最高裁が言うところの「河川管理の諸制約」について、「自然と人工」という対比で説明することはできず、河川管理者という特定の行政部局の視点に立った上で、その立場から見て所与とせざるを得ない制約的要因の大きさを意味するとする。

川は本来自然のうちに災害をもたらす危険性を内包するものとして存在し、通常備えるべき安全性の確保についても、管理開始後において予想される洪水等に対処すべく治水事業を行うことによって対処されるべきものである（自然公物と人工公物の差異）⁴¹⁾。また、河川の場合には、道路のように危険な区間を一時閉鎖するといった簡易、臨機的な危険回避の手段がない（危機回避手段の不存在）。よって、河川管理の瑕疵は、過去の水害の規模、発生頻度などの自然的条件、土地の利用状況など社会的条件、改修の緊急性の有無・程度など諸般の事情を総合的に考慮し、①予算的制約、②技術的制約、③社会的制約のもとでの同種・同規模の河川の管理の一般水準および社会通念に照らして是認し得る安全性、言い換えれば、治水事業による河川の改修、整備の過程に対応する「過渡的な安全性」を備えているか否かという基準で判断されるというのである。この枠組みに沿って、差戻控訴審（大阪高判昭和 62 年 4 月 10 日判時 1229 号 27 頁）は、国と大阪府による河川管理は過渡的安全性を備えていたとして、原告住民らの請求を棄却した。

3. 多摩川水害判決——改修済み河川は射程外

大東水害判決に対して、学説からは賛否両論さまざまな反応が見られたが⁴²⁾、同時にその射程を限定する試みも数多く行われた。大東水害判決は未改修河川の事案であって、改修済み河川は射程外であるとか（後に多摩川水害判決で採用された考え方）⁴³⁾、大東水害判決は溢水型に関する基準であり、破

41) ただし、判決文が「自然公物」という言葉を用いることを注意深く避けていることには、留意する必要がある。井上章平＝塩野宏＝高橋裕＝森島昭夫「河川行政と治水対策〔座談会〕」ジュリスト 811 号（1984）6 頁（8 頁）（塩野宏発言）。

42) 阿部・前掲 222 頁は、大東水害判決について、河川管理のあり方という抽象論としては説得力があるとしながらも、実際の機能として瑕疵の範囲を著しく制限していることを厳しく批判する。

43) 古崎慶長『国家賠償法研究』日本評論社（1985）141 頁以下。

堤型は射程外であるといった見解などは特に有名である⁴⁴⁾。その後、下級審では、大東水害判決を引いて請求を棄却する判決が相次ぎ、水害訴訟は一転して「冬の時代」を迎える⁴⁵⁾。そして、破堤型である長良川・墨俣水害訴訟の第1審判決（岐阜地判昭和59年5月29日判時1117号13頁）が、破堤した堤防を改修途上の未完成のものであると認定した上で、大東水害判決の基準を適用して請求を棄却したことで、溢水型と破堤型を区別せずに大東水害判決の基準を適用するというのが裁判例の趨勢となる⁴⁶⁾。やはり破堤型である長良川・安八水害訴訟控訴審判決（名古屋高判平成2年2月20日判時1346号7頁）では、河川管理の瑕疵を認めた第1審判決（岐阜地判昭和57年12月10日判時1063号30頁）を破棄して、大東水害判決の基準に沿って請求を棄却した⁴⁷⁾。

ところが、最高裁自身が、多摩川水害訴訟にかかる最判平成2年12月13日民集44巻9号1186頁において、改修済み河川においては、大東水害判決の射程が及ばないことを明言する。事案は、昭和49年8月の豪雨で著しく増水した一級河川多摩川において、許可工作物である農工業用水の取水堰（管理者は川崎市）の越流水の作用により護岸が損壊して破堤が生じ、東京都狛江市猪方地区の堤内地約3000㎡が浸水して家屋19棟が流失する災害が発生したというものである。ところが、昭和41年に策定された多摩川水系工事実施基本計画（基本計画）によれば、当該地区付近の河川部分は改修工事完成区間とされており、

44) 加藤一郎「大東水害訴訟判決をめぐって」ジュリスト811号（1984）23頁（27頁）は、大東水害判決の射程を溢水型に限定しながらも、河川管理の特殊性という考え方は溢水型だけでなく破堤型にも及び得るとする。

45) 阿部・前掲228頁。

46) 古崎慶長『国家賠償法の諸問題』有斐閣（1991）253頁。

47) 宇賀・前掲注（37）288頁以下。長良川水害訴訟という同一の事件について併合が行われず、墨俣判決と安八判決に分かれた経緯については、加藤雅信「長良川水害についての墨俣判決と安八判決」判タ526号（1984）14頁。第1審の判断が正反対となったのは、両判決の間に大東水害判決が下されたためである。

本件災害時までの間に新規の改修計画はなかった。最高裁は、基本計画において新規の改修、整備の必要がないとされていたことは、基本計画に準拠して改修、整備がされた河川と同視されるとした上で、次のように述べた。

「工事実施基本計画が策定され、右計画に準拠して改修、整備がされ、あるいは右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の改修、整備の段階に対応する安全性とは、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いうものと解すべきである。けだし、前記判断基準に示された河川管理の特質から考えれば、改修、整備がされた河川は、その改修、整備がされた段階において想定された洪水から、当時の防災技術の水準に照らして通常予測し、かつ、回避し得る水害を未然に防止するに足りる安全性を備えるべきものであるというべきであり、水害が発生した場合においても、当該河川の改修、整備がされた段階において想定された規模の洪水から当該水害の発生の危険を通常予測することができなかった場合には、河川管理の瑕疵を問うことができないからである。」

大東水害判決の「過渡的な安全性」という言葉が、「改修、整備の段階に対応する安全性」へと置き換えられており、改修、整備が完了した（あるいは、その必要がないとされた）河川の安全性は、工事実施基本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いうとして、事案の峻別が図られている。

また、最高裁は、基本計画策定前から河道に存在する取水堰が河道内に存在し、基本計画に定める計画高水流量規模の洪水に際して、当該堰およびその取付部護岸の欠陥が原因となって高水敷の欠込みが生じ破堤に至ったという当該事案の特性について、許可工作物である取水堰に存在する欠陥により当該河川部分の安全性が損なわれた場合であっても河川管理の瑕疵と評価されるのであり、河川管理者には、右工作物の存在を所与の条件として河川施設の改修、整備を行い河川全体の安全性を確保する責務があると述べている。

かくして、多摩川水害判決は（以下、特に断りなく「多摩川水害判決」とい

う場合、最高裁判決のことを指す。)、大東水害判決以降の下級審の「行き過ぎ」を抑えて、改修済み河川においては堤防等が想定された性能を備えていなければ管理の瑕疵を認めるという判断を示した。差戻控訴審である東京高判平成4年12月17日判時1453号35頁は、計画高水流量に至る前の段階において破堤が生じた点で河川管理の瑕疵があり、災害の発生を回避するため何らの対策も講じなかったとして、国の損害賠償責任を認めた。

Ⅳ 【論点1】内水氾濫の責任——下水道管理と河川管理の守備範囲

1. 大東水害判決控訴審の再読

前提として、内水氾濫は下水道の管理の問題なのか、それとも河川の管理の問題なのか、その守備範囲を明らかにする必要がある。より正確に問題を設定すると、内水氾濫の発生が（自然力とされる場合を除いて）下水道の管理の問題であることは疑いないが、同時に河川管理の瑕疵も問われるのかということである。とりわけ、公共下水道や都市下水路の管理者は市町村（流域下水道の場合は都道府県）であるのに対して、河川の管理者は一級河川ならば国土交通大臣（河川法9条1項）、二級河川ならば都道府県知事（同法10条1項）、準用河川ならば市町村長（同法100条1項）と明確に切り分けられており⁴⁸⁾、この前提問題を解決しておく必要性は高い。ところが、この問題が大東水害判決の大きな争点の1つであったことは（谷田川に注ぎ込む甲・乙・丙の都市下水路の管理の瑕疵についても、河川管理者である国・大阪府は責任を負うかと

48) 一級河川においても、指定区間の管理は、都道府県知事が法定受託事務として行っている（河川法9条2項）。

ところで、河川法上の管理者としては、国土交通大臣（分権改革前は建設大臣）、都道府県知事、市町村長などの行政庁が定められているのに対して、下水道法上の管理主体は、都道府県や市町村といった行政主体が定められている。こうした事情もあり、本稿では基本的に行政主体を管理者として表記する。

いう論点)、あまり注目されていないように思われる。この点に関する控訴審(大阪高判昭和 52 年 12 月 20 日)の判示を以下に示す。

「右内水をいわゆる外力（自然力）寄与の観点で捉えることには、本件の主張・立証中しばしば本件水害がいわゆる都市水害であるとの観点から、本件水害の基盤的要因として、国および地方公共団体の一般的な都市政策およびこれに伴うべき治水行政の貧困と怠慢に弁論を及ぼし、具体的には谷田川水源域に影響を及ぼすサーキット場やその上流附近の宅地乱開発の放置・池の埋め立て等を指摘して来た〔原告住民ら〕としては異論があるかも知れない……。たしかに、右〔原告住民ら〕の指摘する事柄の中には、少くとも物理的には本件内水滞水発生の原因の一翼を担っているのではないかとみられるものも少なくはない。そうだとすると、内水即外力（自然力）との把握に問題が指摘されそうであるが、他方本件弁論の全趣旨に徴するとき、〔原告住民ら〕は、自ら「〔原告住民ら〕は本訴において〔溢水地点における〕未改修部分の放置を公の営造物の瑕疵であると主張しているのであつて、谷田川全体や、まして国・府の治水行政そのものを瑕疵として追及しているのではない」……とまで明言している位であつて、右内水発生原因に、仮りに〔被告国ら〕の責任原因となるべき人為的なものが介在しているとしても、本訴においては、直接その法律上の責任を問うものではない姿勢を示している以上……、内水は本件において、ひとまず外力（自然力）と把握すべきものである。」

控訴審は、以上のように述べて、「ひとまず」内水氾濫は河川の管理の範囲外であるという立場を採用しており、この判断は最高裁でも維持された⁴⁹⁾。河川を管理する国・大阪府は、内水氾濫については責任を負わないということである。現在の視点でみると、原告住民らが未改修部分の放置に限定して「公

49) ただし、控訴審が鑑定を根拠に損害に対する内水と外水の寄与度を五分五分であったと評価したのに対して、最高裁は、事実認定に対する態度としては異例の踏み込んだ判断によって、この鑑定を退けている。井上ほか・前掲注（41）17 頁（森島昭夫発言）。

の営造物の瑕疵」を主張したこと（少なくとも、そうした言質を取られたこと）は訴訟戦略上のミスという以外にないが、控訴審にせよ最高裁にせよ、内水氾濫に対する河川管理者の責任という厄介な問題に立ち入ることを注意深く回避したものと考えられる。

かくして、大東水害訴訟において、裁判所は、内水氾濫は甲・乙・丙の都市下水路を事実上管理する大東市の守備範囲であるという立場を採用した⁵⁰⁾。その具体的な責任については（次節の内容の先取りになるが）、第1審（大阪地判昭和51年2月19日）が当該下水路は十分な浚渫・改修も排水ポンプの設置等もなされず放置されており、「低湿住宅密集地域における都市下水路として通常備えるべき安全性を欠いていた」として市の管理の瑕疵を認めたのに対し、控訴審は、乙・丙水路が不疎通であったことと結果の発生との間に因果関係はなく、甲水路に関して、サイホン管部の狭隘さとポンプの不設置については市の権限上の制約等から責任は問い得ないものの、土砂の堆積については市に管理上の瑕疵があったとして、その損害賠償責任を認めた。しかし、最高裁は甲水路の土砂の堆積と排水能力の低下との間に相当因果関係があるとは直ちには認められないとして、破棄・差戻を行っている（差戻控訴審は、これらの都市下水路について大東市の管理の瑕疵を否定した）⁵¹⁾。

2. 平野川訴訟第1審

下水道管理と河川管理の守備範囲について、おそらく最初に明確な態度を示したのは、平野川訴訟の第1審：大阪地判昭和62年6月4日判時1241号3頁

50) 甲・乙・丙の都市下水路は国有財産たる法定外公共物であり、その管理は機関委任事務として大阪府知事が行っていた。大東市としては、公共物管理条例を定めれば当該水路の管理・取締を行うことが可能になるが、そうした条例は制定されていなかった。この点、差戻控訴審は、市が固有事務（当時の地方自治法2条2項——現在は自治事務に包摂）として法定外公共物に対する機能管理（同条4項）を行っていたものと解釈した。

51) 西埜・前掲1201頁。

である。一級河川寝屋川水系の平野川やその分水路等の管理は建設大臣（国）が行っていたところ、建設大臣は指定区間の管理を大阪府知事に機関委任していた。また、大阪市は、大阪市下水道（公共下水道）の設置、改築、修繕その他の維持管理を行っていた。昭和 57 年 8 月 1 日から 3 日にかけての豪雨により、平野川分水路の水位が危険水位を超えたため、大阪市は河川管理者である大阪府知事との協議事項に基づき、同月 3 日午前 5 時 30 分から同日午後 3 時まで、市町抽水所の排水ポンプの運転を順次停止するいわゆる調整運転を行い、そのために抽水所近辺の下水管渠が通水不能となったことで、滞留下水がマンホール等の下水道開口部から逆流、噴出して内水氾濫が生じたという事案である⁵²⁾。育和地区の住民が原告となったことから、「育和訴訟」と呼ばれることもある。

まず、原告は、河川を管理する国・大阪府の国家賠償責任を問題とした。すなわち、①河川管理者は、外水区域のみならず、内水区域内の雨水流出量も正確に算出した上で、その算出結果を基礎として洪水処理計画を立てなければならないのに、昭和 50 年に大阪府が作成した寝屋川改修全体計画には、内水から河川への流量計算を過少に見積もって基本降水流量を算出した瑕疵があり（府計画は内水区域の溢水対策を下水道管理者に任せ切りにしている。）、②下水道による浸水被害が発生しなくなる見通しが立たないうちに市の下水道計画を認可したこと自体にも瑕疵があるというのが、原告の主張である。

しかし、大阪地裁は、河川管理の目的について、「流域から河川に流入してきた雨水等を、溢水等の氾濫を惹起させることなく安全かつ迅速に海まで流下させ、流水の正常な機能を維持しつつ河川の適正な利用の増進を図ること」と

52) 下水道からの溢水について国家賠償責任を認めた点でも、平野川訴訟は注目を集めた。評釈も、宇賀・前掲注（3）93 頁以下や池田・前掲 90 頁以下のほか、木村実・判例評論 349 号（1988）28 頁、井上秀典・判例地方自治 40 号（1988）54 頁、古崎慶長・判例地方自治 51 号（1989）90 頁と数多い。

した上で、「河川管理者の諸権限及び責任は、右目的を達成するのに必要かつ有効な諸事項に及び、かつその範囲にとどまる」として、原告の主張を退けた。言い換えれば、河川管理者である国・大阪府の責任が生ずるのは、典型的には、「流域からの流入水が、河川を流下する途中で氾濫し、堤防決壊、溢水等によって沿川流域に浸水被害を惹起させたとき」であって、あるいはその前段階としての、「河川の形状や河床の土砂の堆積など河川の機能を阻害する諸事情によって、流域からの流出水が全量、速やかに河川に流入することを妨げられている場合」のような「流入水の安全かつ迅速な流下が困難になっている」場合である。

しかし、平野川等の溢水被害は、「もともと被告大阪市の抽水所の排水ポンプ容量によって河川への流入可能量自体が一定量に定まっているために余剰雨水の内水区域における滞留が生じることがあるというものであって、平野川等の河川内部の機能障害に起因して滞留が生じるというものではない」から、河底に堆積した土砂を除去するなど、平野川等の河川管理いかんによって解決する範疇に属する問題ではない。

そして、平野川に放流されるまでの大阪市公共下水道区域内における雨水処理計画の策定・実施は大阪市の所管であって、大阪市がその裁量と責任をもって行うべきことであり、府計画が内水区域の溢水対策を策定せず、それを下水道管理者である大阪市に委ねていることも非難されることではないとする。こうして、大阪地裁は、改修計画策定後の事情の変動により、水害発生の危険性が特に顕著になるなど、特に優先して早期に改修工事を施工しなければならない特段の事由でも存しない限り、河川管理の瑕疵はなかったと結論付けた。

3. 水場川訴訟控訴審

高裁レベルで河川管理者の内水管理責任を否定したのが、水場川訴訟の控訴審：名古屋高判平成7年12月27日訟月43巻11号2953頁である。一級河川水場川流域やその上流部に降った雨水が流下してきたものが、同川の外水位

の上昇により同川に排水できずに内水湛水（内水氾濫）が生じた。やはり、争点は、河川管理者は河道内の流水のみならずこうした内水湛水についてまで責任を負うか否かであり、平野川訴訟第 1 審が内水氾濫については河川管理者の責任の範囲外であることを消極的に説明するにとどめた部分について、内水氾濫に対する下水道管理者・河川管理者の責任をより詳細に述べた点が注目される。

原告は、河川管理者は危険区域に人命や財産を近づけず被害を回避軽減する防災対策をも講ずべきであって、①河川区域（河川法 6 条 1 項 3 号）、河川保全区域（同法 54 条）を指定するほか、土地利用上の制約を定め（同法 26 条～29 条、55 条）、②河川保全区域外であっても、水害発生危険区域については河川管理者として用途地域変更に同意しないなどの措置を通じて、土地利用に防災上の観点からの制約を加えるべきであったと主張した。しかし、名古屋高裁は、こうした主張について、「為政者の政治上ないしは行政上の責務としては理解できなくもないが、……賠償請求の根拠となる河川管理者の法的責任としては構成し得ない」とする⁵³⁾。

それは、「内水そのものの管理は、内水管理者においてまず行うべきものであって（地方自治法 2 条 3 項 2、3 号参照〔——現在は削除〕）、堤内地に降った雨水を調節池・遊水地等に湛水させるのか、直ちに河川に排水するのか、河川に排水するとして、どのような排水方法を選択するのか、また、排水場所を

53) 池田・前掲 100 頁は、この手の主張は行政から展開されるところが多いが、「法的国家論の原点をわきまえない論というほかない」と厳しく批判する。すなわち、具体的なケースにおいてある行為規範が法的義務と区別された政治的責務にすぎないと見るべき場合は少なくないが、それは、「当該社会において権利義務関係の具体的態様や水準が国民主権原理（民主主義）に基づいて、国民議会したがって実定法に委ねられた範囲で、しかも実定法規範が法的義務の領域内に当該行為義務が入らないと定めていると見られる場合」であって、ある行為規範が法的義務か否かを判断するためには、憲法秩序との関係で実定法を点検することが必要なのだとする。

どこにするのか、さらには公共下水道の整備その他の方法により湛水を防ぐのかは、内水管理者の決定選択すべき事柄……であって、河川管理者の権限の及ばないところ」だからである。河川管理者は、「河川の管理を通じて、当該河川における洪水等による災害の発生を防止し、又は軽減する責務を負うもの」であり、「河川の管理は、本来、流域から河川に流入してきた雨水等を、溢水等の氾濫を引き起こすことなく安全に河道内を流下させ、これを流域外に排水することを目的とするもの」であることからすると、河川管理者の権限・責任は、右目的を達成するのに必要かつ有効な範囲に及び、かつ、その範囲内に止まるとする。

したがって、内水についての河川管理者の責任は、①流域から河川に自然流入してきた内水を安全に流下させる責任、②流域からの内水の流入を確保するという河川の機能を阻害する河床の土砂堆積などの要因を解消すべき責任、③内水の自然排水が困難な地域について、内水管理者が強制排水施設（内水を河川に排水する施設）の設置を企図した場合には、下流の堤防の決壊・氾濫のおそれがない限りそれを受け入れる責任など、河川管理の手段によるものに限られる。以上の論拠から、名古屋高裁は、河川管理者が、河川区域・河川保全区域の範囲を越えて、内水湛水（内水氾濫）も含めて、当該河川流域に降った降雨の全部を安全に流域から排除する無限定の責任を負うということとはできないとした。

4. 考察

大東水害判決では明確な言及が避けられていたが、平野川訴訟第1審と水場川訴訟控訴審において、裁判所は、内水と外水を切り分ける、あるいは守備範囲として棲み分けるアプローチを明確に採用している。この思考が立脚するのは、河川管理者の守備範囲は、河川に流入してきた雨水や放流水を氾濫させることなく海まで流下させ、流水の正常な機能を維持しつつ河川の適正な利用の増進を図ることに限られるという権限分配の発想である（平野川訴訟第1

審)⁵⁴⁾。こうしたアプローチからは、河川内部の機能障害に起因して内水の滞留が生じたというのなら格別、河川に放流されるまでの内水区域の溢水対策は、下水道管理者の責任ということになる⁵⁵⁾。堤内地に降った雨水を調節池・遊水地等に湛水させるのか、直ちに河川に排水するのか、河川に排水するとして、どのような排水方法を選択するのか、また、排水場所をどこにするのか、さらには公共下水道の整備その他の方法により湛水を防ぐのかは、内水管理者の決定選択すべき事柄であり、河川管理者の権限の及ばないところだからである（水場川訴訟控訴審）。

降雨の対象地域が異なることも、内水・外水を切り分けることの論拠となろう。河川の増水には上流部における数時間前の降雨が反映するのに対して、内水氾濫は当該区域における直前の突発的な降雨が反映する。河川の場合、その管理責任は、適用河川（一級河川、二級河川）、準用河川などその種類に応じて、国、都道府県、市町村へと明確に配分される。流域が広大であれば国の管理する一級河川、中程度であれば都道府県の管理する二級河川というように、その流域全体の降雨規模に応じた配分方法である。これに対して、下水道の場合、公共下水道ならば市町村、流域下水道ならば多くの場合は都道府県の管理に属しており、河川管理よりも対象となる区域の規模が小さいことを反映している。

むしろ、水害において外水と内水とを截然と区別することは難しく、国民からみた行政（国、都道府県、市町村）が一体となって水害に対処していかなければならないときに、守備範囲を切り分けるという発想自体に拒絶反応を示す向きもあると思われる⁵⁶⁾。しかし、むしろ守備範囲を明確に設定しておかな

54) 宇賀・前掲注（3）94 頁も、内水と外水を峻別する点について、平野川訴訟第 1 審の結論を支持する。

55) 裁判所には採用されなかった外水氾濫の溢水型と破堤型の区別であるが、内水氾濫は、流域への降水を下水道および河川で受け止めきれないことで溢水被害が生ずるというものであり、もれなく溢水型の範疇で理解される。

いことの危険性の方こそ、強調しておかなければならない。共管事項は誰も責任を持たない、無責任の事項となりかねないのである⁵⁷⁾。都道府県の権限なのか、市町村の権限なのかというように、その責任を持つ範囲が明確でないと、却って誰も手出しをせず（手出しができず）、お見合い状態になって対策が進まないことの方が懸念されるのである。誤解のないように補足すると、このことは、国と流域の関係公共団体が調整して総合的に治水対策を検討する「流域治水」の重要性を否定するものでは全くない。ただし、「流域治水」の発想が求められるのは、冒頭の武蔵小杉の事例のように、あくまでも計画策定段階で雨水の処理と河川の増水が同時に起きるといった状況を想定して相互の役割分担を明確化する局面である⁵⁸⁾。内水は下水道管理者、外水は河川管理者として権限を明確に切り分けた上で、内水管理者が強制排水施設の設置を企図した場合に河川管理者が受け入れるというように（水場川訴訟控訴審）、計画策定段階で相互の役割分担を調整し、具体的な事業の実施においては切り分けられた権限の範囲内で事業を実施することこそ、現実的かつ実効的な災害対策の要諦となるものと考えらる。

したがって、1 m の出水があり、70cm は一級河川からの外水氾濫、30cm は市

56) 池田・前掲 103 頁は、平野川訴訟第 1 審において、市だけではなく、国・府にも共同不法行為者としての責任を問うべきであったとする。

57) 大雨により宅地造成工事規制区域に搬入されていた土砂が崩壊を起こして死傷者が出たという広島地判平成 24 年 9 月 26 日判時 2170 号 76 頁の事案では、宅地造成等規制法に基づく許可（同法 8 条）、監督処分（同法 14 条）、改善命令（同法 17 条）を発する権限が条例による事務処理の特例（地方自治法 252 条の 17 の 2）によって県知事から市長に移譲されていた（なお、当該土砂崩壊地が「宅地」に該当するか否かについては争いがあり、控訴審では否定されている）。事故の遠因は、県は権限発動について様子見になり、市は自身の権限とは考えていなかったためと推察され、権限分配を明確に意識しておかなかったことの弊害である。板垣・前掲注（7）204 頁以下。

58) 鶴見川の事例を参考にした流域連携の取組みの推進を謳う岸・前掲 6 頁も、「流域連携の響きのよさと、その実行にかかる困難の、大きな隔絶」について強調する。

の管理する公共下水道からの内水氾濫としたとき、損害に対する寄与度に応じて、最終的な賠償額の負担割合は、国：市＝7：3となる。むろん、民法 719 条 1 項により共同不法行為責任となるので、被害者との関係では、各自が連帯して損害を賠償しなければならない。

V 【論点 2】下水道の管理の瑕疵の判断基準

1. 道路と河川の間道的存在としての下水道

その上で、下水道の管理の瑕疵は、道路管理の瑕疵に引き付けて判断すべきなのか、それとも河川管理の瑕疵に関する判断基準にそのまま従うことになるのかを検討することになる。下水道の管理の瑕疵としてまず考えられるのは、ポンプ施設の不具合であるとか下水道管や逆流防止弁の腐食・損傷であるが、そのように設備が通常有すべき安全性を備えていなかったために内水氾濫が生じたような場合、管理の瑕疵が認められることは疑いない⁵⁹⁾。難しいのは、時間雨量 50mm を基準として下水道整備計画を立てたけれども、整備が完了していない段階で内水氾濫が生じたとか、時間をかけて整備が完了したところ時間雨量 50mm を超過する豪雨に襲われた（そして、計画にない遊水池を別途整備していれば浸水被害は生じなかった）といった事案である。

これまで見てきたように、最高裁は、人工公物である道路の場合と、自然公物である河川の場合とで、設置・管理の瑕疵に関する判断基準を変えている⁶⁰⁾。下水道の場合、それ自体は人工公物に属するものであり、その意味で

59) 内水氾濫以外にも、ビルピット（ビルの地下階のように、直接自然流下で下水道に接続できない施設において、汚水を一時的に貯留し、ポンプアップによって汚水を排除するための排水設備のこと）内の汚水滞留により硫化水素が発生して臭気の苦情が寄せられるとか、その硫化水素により下水管が腐食・損傷し道路が陥没するなどの事案で、下水道施設の管理の瑕疵が追及されることがあり得る。制度小委員会報告（令和 2 年 7 月）33 頁。

は道路に近い要素があるけれども、治水という文脈における具体的な作用・機能では河川に類する特質を備えている⁶¹⁾。大東水害判決に対する学説の反応として、同判決の一般論は同種の制約を有する人工公物の瑕疵に対しても当てはまるとしたものがあった⁶²⁾。人工公物である下水道の管理の瑕疵にも同判決の法理が基準として適用されるとなれば、改修途上であるか整備が完了していない段階の下水道において、設置・管理の瑕疵が認められる可能性は極めて低いことになる。

この点について裁判所がどのように考えているのか、多くの示唆を与えるのが、やはり平野川訴訟第1審である。

2. 再び平野川訴訟へ

(1) 排水ポンプの調整運転

前掲平野川訴訟（育和訴訟）の第1審：大阪地判昭和62年6月4日は、市

60) 河川の管理の瑕疵について最高裁の判例法理が確立される前の下級審では、大東水害訴訟の第1審（大阪地判昭和51年2月19日）が、大東市が実質的に管理していた都市下水路（谷田川に接続）の管理の瑕疵について、都市下水路は「家庭汚水や雨水を完全に排除することによって環境衛生を維持するとともに、これを安全に流下させて浸水を防止する機能を備えるべきものであり、これを管理する者は、右の機能に欠けることのないよう安全な構造を備え、かつ、常にその機能を果せるように管理すべき責務を有する」とした上で、道路などの人工公物の管理の瑕疵と同様の判断基準を適用して、これらの都市下水路は土砂堆積や埋立てのために谷田川への疎通能力が劣悪であるとか、流入が全く遮断されるといった状況にあったにもかかわらず、十分な浸透・改修も排水ポンプの設置等もなされず放置されており、「低湿住宅密集地域における都市下水路として通常備えるべき安全性を欠いていた」として、その管理の瑕疵を認めている。

61) 西埜・前掲1200頁。木村・前掲31頁は、下水道管理についても過渡的安全性の基準が適用されるとする。

62) 綿貫法源「河川の設置管理の瑕疵についての賠償責任（下）」法書時報36巻5号（1984）841頁（897頁）は、道路と河川を通じた公の営造物の設置・管理に関する従来の判例の全面的な再検討が不可避であったとする。

に下水道の管理の瑕疵に基づく国家賠償責任を認めたことで世間の耳目を集めた。原告の主張する責任は、(1) 排水ポンプの調整運転によって溢水被害が生じたことによる責任（国家賠償法 1 条 1 項）と、(2) 計画上予定された降雨強度毎時 60mm を下回る豪雨によって浸水被害が生じたことによる責任（同法 2 条 1 項）へと分かれる。

(1) について、育和地区の浸水の直接の原因は排水ポンプの調整運転にあり、大阪市は調整運転を行えば浸水という結果が起きることを十分に予測しえたのにもかかわらず、あえて調整運転を実施したことが違法であるというのが、原告の主張であった。ただし、調整運転の指令が出されるのは、水位上昇の度合いや降雨状況からみて、これ以上下水を河川へ放水すると河川の溢水氾濫が生じると実質的に判断された場合である。つまり、調整運転を実施することなく河川に雨水等の放流を続けたならば護岸越流による河川溢水が生じ、場合によっては護岸が決壊して沿川住民により広範囲に被害が及ぶ可能性がある。これに対して、調整運転を実施すれば（実際にはそうしたのだが）下水道の内水氾濫が生じるという、市担当職員にとっては調整運転を行っても行わなくても責任を追及されるという二律背反的状况が問題となった。

大阪地裁が採ったのは、保護法益の種類と程度を比較衡量するアプローチであった。すなわち、調整運転をすることで溢水被害が生じる場合、その被害は財産的なものにとどまるのに対して、調整運転をしないことで護岸決壊まで発生すると、家屋の流失、広範囲の浸水に拠って沿川住民の財産が脅かされるだけでなく、人命の損傷にまで至りかねないのであり——特に、平野川流域のような人口密集市街地では尚更である——、市担当職員が調整運転を指示した行為は、民法 720 条の規定の趣旨を類推することでその違法性が阻却されるとされた。

緊急避難という理由付けには異論もあり得ようが、請求を棄却した結論は妥当と思われる⁶³⁾。むしろ、原告の救済は、公共の利益を実現するために行われた調整運転により特別の犠牲を払ったものとして、損失補償（憲法 29 条 3 項）

によって図られるべきである⁶⁴⁾。

(2) 計画を下回る降雨強度による溢水

本節の論点にかかわってくるのは、(2) についてである。大阪地裁は、まず、河川と公共下水道は、①治水機能と②利水機能において共通し、その役割を分担していることを指摘する。すなわち、①公共下水道は雨水・排水の排除処理を行い、河川はそれに山地等からの流出水とを合わせて海まで流下させるという点で、雨水等を自然流下によって排水するという治水機能を有し、その役割を分担する。②河川は流域に生活用水や産業用水等を供給する利水機能を有しているが、こうした水資源は清浄でないとその効用を果たせず、下水道は河川の水質保全の役割を分担している。

しかし、大阪地裁は、その機能・役割において共通性を有しながらも、やはり両者の営造物としての性格が異なることを強調する。すなわち、河川は、(a) 元来、地形に沿った水流から自然発生したものであり、常時流水を有するか小量の降雨で流水を生じる水脈から成り立ち、(b) 管理者による公用開始行為を要せず、自然の状態のままで公共の用に供されるのに対し、公共下水道は、(a) 本来都市排水を排除するために街路下に網の目のように配管設置された下水管渠等から構成される人工的な公共用物であり、(b) 管理者がその供用を開始しようとするときは供用開始公示を要するという差異がある⁶⁵⁾。

63) 結論に賛同するものとして、宇賀・前掲注(3) 95 頁、木村・前掲 30 頁。これに対し、池田・前掲 101 頁は、民法起草時には自然力によって強いられた加害行為には民法 720 条の適用は認められていなかったとして、違法性阻却という結論に疑問を呈する。

64) 宇賀・前掲注(3) 97 頁、池田・前掲 101 頁、阿部・前掲 237 頁。

65) ただし、大阪地裁は、同じ判決の中で、放水路については、成立過程において人工的に造成され供用開始によって公共の用に供されるものであるとしながら、その管理瑕疵については河川の管理瑕疵の基準が用いられるとしており、興味深い。その論拠として、大東水害判決も、河川が自然公物であることから道路とは異なる瑕疵判断基準を適用し

かくして、大阪地裁は、「公共下水道は、その成立過程からみても、また機能面からみても、河川のように自然的原因による災害発生の危険性を内在させているために通常備えるべき安全性の確保について治水事業の実施による段階的達成を予定したものではなく、当初から通常予測される災害に対応した安全性を備えたものとして設置され公用開始されているのであり、その点で道路等と同様の性格を有する」とする。言うなれば、公共下水道は、供用開始時ににおいて通常有すべき安全性を具備していなければならず、かつその管理の過程で右安全性を継続的に維持していかなければならない。その備えるべき「通常有すべき安全性」とは、「計画上予定される降雨強度に対応した雨水流出量を迅速かつ滞りなく抽水所に集水したうえで全量、河川等に放流することができ、内水滞留を生じさせない機能を具備していること」を意味する。

この点、当該下水道施設自体は計画雨水流出量を十分流下、放流できる能力を備えていたとしても、放流先河川が抽水所等からの放流雨水を受け入れることができるだけの流下能力を備えていなければ、現実には雨水を排水することは不可能である。こうした場合には、放流先河川に排水しえない余剰雨水について適切な滞留防止措置を講じておかない限り、当該公共下水道施設は内水滞留の危険性を有するものとして、安全性が欠如していると解すべきであるとする⁶⁶⁾。内水氾濫はあくまでも下水道管理の守備範囲であるという大阪地裁の立場からすれば、一貫した態度である。

たのではなく、あくまでも道路と対比したときの河川管理の特殊性に着目して別個の基準を立てたのであって（前述のように、大東水害最高裁判決は、「自然公物」という言葉の使用を注意深く避けている。）、放水路は、供用開始に伴って河川の支川ないし分流としての実質的機能を備え、改修についても、河川の場合と同様の諸制約に服するためであるとする。宇賀・前掲注（37）298 頁。

66) 西埜・前掲 1201 頁。

(3) 検討

しかし、平野川訴訟第1審の判断基準および結論をそのまま受け入れることは、2つの理由から難しい。第一に、当該事件は、供用を開始した人工の下水道施設が、その処理能力として計画上想定していた降雨強度である毎時60mmをかなり下回る降雨によって浸水被害を生じさせたというものであった。すなわち、河川で言うならば改修途上ではなく改修済み河川に引き付けて考えるべき事案であって、下水道管理の瑕疵を道路管理の瑕疵に引き付けずに、河川管理の瑕疵の法理を適用したとしても、多摩川水害判決の示した改修済み河川の瑕疵判断基準を適用すれば、管理の瑕疵が認められる事案であった。

第二の理由は、大阪地裁が下水道管理の瑕疵について道路管理の瑕疵と同様に考えるとする上で、下水道の中には人工の水路ばかりでなく自然の水路を利用したものもあり、むしろ雨水処理の文脈では自然の水路に手を加えた下水道も少なくないとする有力な反論を、やや強引な理屈で退けているためである⁶⁷⁾。大阪地裁は、「本来的理念的下水道は、……人工的営造物として、河川とは対蹠的に位置付けられるものであり、また放水路や運河のように設置と同時に河川の流水の一部を分担して河川の流量負担を緩和するという機能を有するに至ることもないのであって、実質的にも下水道の営造物としての性格に河川のそれとの類似性を見出すことは困難」であるとした上で、確かに雨水流下排除機能において公共下水道と河川の機能は共通するが、公共下水道の機能はそれに尽きるものではなく、「むしろ汚水の人工的処理排除を主要な機能として備えている点で自然の水路とは著しく異なっている」として、下水道法と河川法の目的規定まで持ち出して、その差異を強調する。

67) 阿部・前掲237頁も、「この場合の下水道は雨水を排除するためのもので、道路に近いというよりも、河川と同じ防災機能を果たしている。河川のような場所をとれない土地柄であるため、地下に下水道を建設して土地利用の効率化を図っているだけである」として、平野川訴訟第1審の人工公物論は「事案の決め手として適切とはいえない」とする。

大阪地裁が持ち出した「本来的理念的下水道」というのは、当初から人工のものとして設置・管理されている下水道のことを意味し、自然の水路を利用したものはこれに含まれないという趣旨に解される。しかし、下水道の全体をみれば、「本来的理念的下水道」に当てはまらない自然の水路を利用した類型の存在を——とりわけ雨水幹線においては——無視することはできず、これでは反論に答えたことにはならない（たまたま、この事案で内水氾濫を生ぜしめたのは「本来的理念的下水道」の類型に属するものであったので、結論には影響していない）。次に、下水道が雨水流下機能だけでなく汚水処理機能をも（主要な機能として）備えていることは確かであるが、なぜ汚水処理機能をも備えていると自然の水路とは瑕疵判断の基準が異なり、道路と同様の瑕疵判断基準を採用することになるのか、説得力を欠いている。

自然の水路を利用した下水道の存在についてはどう考えるべきか、平野川訴訟で積み残された疑問への回答は、次の平作川・吉井川訴訟を通じて明らかとされる。

3. 平作川・吉井川訴訟第 1 審——正面から下水道の管理の瑕疵として把握

下水道の管理の瑕疵が明確に争われた点で注目されるのが、昭和 49 年 7 月 7 日夜から翌日にかけてのいわゆる七夕台風の豪雨がもたらした二級河川平作川（神奈川県）の溢水被害について国（管理者）と県（費用負担者）の河川管理の責任が追及されたことと並んで、平作川に注ぐ吉井川と甲・乙・丙の 3 つの水路（併せて、「四水路」とすることがある。）からの溢水被害について横須賀市の責任が問われた平作川・吉井川訴訟である。横須賀市の責任が問われたのは、甲・乙・丙の水路が市の下水道計画網の雨水幹線として位置付けられ⁶⁸⁾、市が事実上管理していたためであった（ただし、水害当時、これらの水路について、公共下水道としての供用開始の告示はされていなかった）。本流である平作川に関する判示は、第 1 審から最高裁を通じて大東水害判決の過

渡的安全性論に従って請求を棄却しているので、本稿では、支流である吉井川と甲・乙・丙水路（四水路）の管理の瑕疵に関する判示に絞って検討を加える。第1審である横浜地横須賀支判昭和60年8月26日判タ566号73頁は、国家賠償法2条にいう「管理」には事実上の管理も含まれるのであり、四水路も市の管理する公共下水道であるとした上で、その設置・管理の瑕疵の有無を問題とした。そこでは、①河川と下水道の差異として、「下水道管理の目的は健全な都市機能としての雨水・汚水の排除、そのための施設の地域全般にわたる機能の維持、整備、確保に主眼が置かれており、限られた箇所における洪水、溢水等の災害防止のみを目的とするものではない」としながらも、下水道の場合は、「河川の場合に比較し、……いわゆる自然公物的性格はほとんどないか極めてわずかにとどまるものである」。②そうであるならば、河川管理の瑕疵に関する法理（大東水害判決の基準）が「直ちにそのまま妥当すると考えることはできない」。横須賀市は時間雨量60mmを基準として下水道事業を計画し、順次これを実施する態勢をとって施工を継続し、逐次その事業計画に拡大、変更を加えてこれを実施しつつある段階であり、規模の差こそあれ財政上の制約が及ぶ点では河川管理と似ているのだが、「〔河川管理の瑕疵に関する〕法理を適用してその責任を否定することは、その本質、目的の差異からみて相当ではない」。③「むしろ下水道事業計画による計画事業の実施中の段階にあつたとしても、健全な都市機能として最低限度必要な雨水・汚水の排水機能を有しないで、都市における市民生活の受忍限度を超える浸水被害やこれに類する影響を生ずるおそれの程度に右機能の欠如、欠陥があるときは、公共下水道の設置・

68) 吉井川は元来灌漑用水路であった開渠であり、流域の水田が宅地化されるに従って灌漑機能を喪失し、水害当時はもっぱら雨水・汚水排除設備として機能していた。乙水路は、網の目状であった灌漑用水路を整理した開渠であり、やはり水害当時は下水排除機能が主となっていた。甲水路と丙水路は、団地を造成した際に造成業者が行政指導に従って敷設した雨水・汚水排除のための暗渠であるが、甲水路（暗渠）が新たに開削されたのに対して、丙水路（大部分が暗渠）は従前の農業用灌漑水路を利用したという違いがある。

管理に瑕疵があるものと考えるのが相当」である。かくして、「都市の市民生活に重大な又は相当の影響を与える程度の床上、床下浸水被害を生ずるような都市機能の欠如、欠陥を有するもの」であれば、受忍限度を超え、公共下水道の設置・管理に瑕疵があると認めるのが相当であるとした⁶⁹⁾。ただし、本件水害時の最高時間雨量が下水道事業計画で設定された基準降雨量を超えていたことなどを理由に、結果回避義務を負わないとして、結論的に市の責任は否定されている。

第 1 審のポイントは、第一に、市が事実上管理している下水道であれば供用開始の有無を問わずその設置・管理の瑕疵の責任を負い得るとしたこと、第二に、下水道の設置・管理の瑕疵については河川管理の瑕疵を判定する場合とは異なる基準を用いるべきとしたこと⁷⁰⁾、そして何よりも、第三に、下水道事業計画による計画事業の実施中の段階にあったとしても、健全な都市機能として最低限度必要な雨水・汚水の排水機能を有しないで、都市における市民生活の受忍限度を超える浸水被害を生ずるおそれの程度に同機能の欠如、欠陥があるときには、下水道の設置・管理に瑕疵があったことである。最終的に結果回避義務なる概念を持ち出して責任を阻却したことの体系的な位置付けは明らかでなく、結果回避義務というよりも端的に設置・管理の瑕疵を否定するのが従来の営造物責任をめぐる判例の態度に整合的であったと思われるが⁷¹⁾、ともかく、上記三点の判示は参照に値しよう。

69) なお、浸水被害が軽度の床下浸水程度の「市民生活に大きな影響を与えない程度の浸水被害であるとき」は、受忍限度を超えず瑕疵は認められないとしている。

70) 宇賀・前掲注 (3) 92 頁、角松生史「判例解説 (同事件最判)」平成 8 年度重判 46 頁、西埜・前掲 1202 頁。

71) 宇賀・前掲注 (3) 92 頁。

4. 平作川・吉井川訴訟控訴審——下水道と普通河川の性質を併有する「都市排水路」

(1) 四水路の法的性格の峻別

控訴審である東京高判平成3年4月26日判時1386号41頁は、第1審とはまた異なった興味深い判断を下した。まず、控訴審も、四水路は都市下水路（下水道法2条5号）として指定されていないが、市が事実上管理を行い、公共下水道事業計画では雨水幹線として組み入れられているのであるから、「下水道」（同条2号）に当たるとする。続いて、都市化以前の用水路のように、特定の目的を持って設置された人工の水流・水面であっても、現在その目的を失い、私人の管理に服することなく、一般公共の用に供されているものについては、「公共の水流又は水面」（河川法4条1項）に該当し、河川として扱われるとする（ただし、上水道や灌漑、発電等のための用水路や都市下水路等については、特定の用途に供される人工の水流・水面であることから、河川法上の「河川」には含まれない）。となると、甲水路は都市下水路であるから下水道として扱えば足りるが、一級河川、二級河川（適用河川、同法3条1項）としても準用河川（同法100条）としても指定を受けていない吉井川および乙・丙水路は、「下水道であると同時に普通河川である」ことになり、控訴審はこうした性質を兼ね備えたものを「都市排水路」と名付ける。

(2) 都市排水路としての吉井川および乙・丙水路

それでは、都市排水路である吉井川および乙・丙水路には⁷²⁾、大東水害判決の法理（控訴審の用語では、「段階的安全性基準」）は適用されるのか。周知のように、普通河川については、適用河川または準用河川に対する管理以上に

72) 控訴審判決は、「指定や認可の有無を問わず、事実上の機能の面からみて、主として市街地における下水を排除する機能を果たしている普通河川たる下水道」のことを「都市排水路」と定義している。

強力な河川管理を施さない趣旨である（高知市普通河川管理条例判決：最判昭和 53 年 12 月 21 日民集 32 巻 9 号 1723 頁）。したがって、一般論をいうならば、「普通河川は、その公共性においても、河川としての危険性においても、河川法上の河川に劣るものであるから、直ちに段階的安全性基準が適用されるとはいえない」ことになる。

しかし、「都市部にある普通河川は、下水道としての機能を有し、それがゆえに地方公共団体としてはこれを普通河川としてではなく下水道として事実上管理しているのであり、近時における都市水害の実態に鑑みれば、同じく普通河川であっても、その公共性、河川としての危険性は都市部以外にある普通河川とは比較にならないものがあり、しかも究極的には、公共下水道、流域下水道又は都市下水路として整備しなければならないものであるから、都市部にある普通河川管理の重要性は、河川法上の河川の管理に比肩し得るものといっても過言ではない」。もっとも、一口に都市排水路といってもその成り立ちから実際に果たす役割は様々なので、究極的には公共下水道として整備を図らなければならない都市排水路に限定して段階的安全性基準の適用について検討することが求められる。

この点、(1) 都市排水路は、流水を安全に流下させるという機能を河川と分享しており、洪水等の災害を惹起する危険性を有する点で河川と共通し、放流先河川の流下能力等との関連性を考慮しながら安全性確保のための整備が図られなければならない。(2) 河川管理に関する①財政的制約、②技術的制約、③社会的制約は、程度を異にするにせよ都市排水路にも妥当することからすれば、究極的には公共下水道として整備を図らなければならない都市排水路については段階的安全基準が適用される。(1) (2) の理由から、控訴審は、吉井川と乙・丙水路は、段階的安全性基準が適用されるべき都市排水路であるとした。

吉井川については、たびたび溢水による浸水被害が生じているにもかかわらず、護岸石積工事が追加されることも、パラペットが設置されることもなく、土砂浚渫工事が行われたに過ぎない。控訴審は、吉井川の溢水被害の状況に照

して、早期にその改修を実施すべきであったとして、同種同規模の水路の改修状況と比較するまでもなく、その管理に瑕疵があったとした。これに対して、乙・丙水路については、早期に改修を実施すべき必要があったということとはできないとした。しかし、平作川の溢水量の膨大な規模に比較すれば、吉井川の溢水量は無視し得る程に極小であるとして、吉井川の管理の瑕疵と本件水害事故との間に相当因果関係がないという理由で、請求棄却の結論は変わらないとされた。

(3) 下水道である甲水路

続いて、人工公物である下水道としての甲水路に関しては、「通常予測される災害に耐えられるだけの安全性」が求められる。控訴審は、これについて、「当該下水道を個別的具体的にみて、地域の自然的条件や社会的環境の下で、工作物等の人工設備を含む当該下水道が、通常予想される規模の流量に対し、これを安全に海又は河川等の水域に流下させ、もって流水の滞留が生じさせることのないような安全な構造を備えること」と解する。下水道の特性に鑑みれば、「健全な都市機能として最低限度必要な雨水、汚水の排水機能を有しないで、都市における市民生活に重大な悪影響を与える浸水被害やこれに類する影響を生ずる程度に、右の機能を欠如し、欠陥があるときは、下水道の設置管理に瑕疵がある」ことになるが、「軽微な床下浸水程度の浸水被害であって、都市の市民生活に大きな影響を与えない程度の浸水被害であるときはこれに当たらない」。

この点、甲水路は、時間雨量 60mm を基準として、右雨量に対処する施設として設置完成されており、その施設が右雨量にみあわない規模であったとはいえないし、右時間雨量が通常予測される流量として適正なものといえる。また、甲水路からの溢水流だけでは到底本件水害における床上浸水被害にまで至ることはない。したがって、甲水路についても、その設置・管理に瑕疵はなかったというのが、控訴審の結論である。

（4）小括

控訴審についてまとめると、吉井川や乙・丙水路のような都市排水路については、河川に準じて段階的安全性基準が適用されるどころ、乙・丙水路には管理の瑕疵はなく、吉井川については管理に瑕疵があるが、瑕疵と損害との間に相当因果関係が認められない。これに対して、甲水路は、普通河川ではなく人工公物としての下水道であるから、通常予測される災害に耐えられるだけの安全性を有していなければならないが、甲水路が基準とした時間雨量は適正であり、管理の瑕疵があったとはいえない（それに加えて、甲水路からの溢水量は軽微であった）ということである。

普通河川の危険性は一般的には適用河川・準用河川に劣後するけれども（もしも危険性が相応の程度に高いならば、河川法が適用・準用されているはずである。）、瑕疵判断の基準は普通河川の特성에応じて異なるべきものであり、普通河川と下水道の特性を兼ね備えた都市排水路の危険性・管理の重要性は適用河川・準用河川に決して劣らないという指摘には、傾聴すべき部分が多い。結局のところ、(1) 河川との機能の共通性、(2) 財政的・技術的・社会的諸制約の存在を理由に、段階的安全性基準が適用されとした点は、河川管理の瑕疵を幅広く認めるべきとする立場から批判のあり得るところだが、河川と共通する以上は河川と同様の瑕疵判断の基準が適用されるというのは必然的な判断であって、最高裁の諸判決に従わなければならない下級審に対して、これ以上を求めるのは酷であろう。

甲水路のように、人工公物として整備された下水道については、「通常予測される災害に耐えられるだけの安全性」を備えることが必要であるとした点は、河川管理の瑕疵に関する段階的安全性基準ではなく、道路管理の瑕疵に近い判断基準が適用されとしたものと解される。ただし、その内容は、道路の場合のように事故が生じれば即責任を認めるというほど厳しいわけではなく、適正に設定された時間雨量にも堪えられるだけの施設の安全性を要求するというものであって、この点でも控訴審の判断は適切である。

5. 平作川・吉井川訴訟最高裁判決

これに対して、最判平成8年7月12日民集50巻7号1477頁は、冒頭でいきなり「いわゆる普通河川についても、河川の管理についての……特質及び諸制約が存することは、異なるところがない」と述べて、大東水害判決と多摩川水害判決の法理は、「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当てはまる」とする。となると、控訴審が普通河川の管理の瑕疵にはそれらの法理が直ちには適用されないとした点、同種同規模の水路の改修状況と比較するまでもなく吉井川の管理に瑕疵を認定した点は、「判断基準及びその適用を誤った違法がある」ことになる。護岸石積工事の追加やパラペットの設置を行わなかった点についても、費用や具体的な効果が不明である以上瑕疵があったとはいえず、たしかに水害後それらの工事等が行われてはいるが、それよりも、舟倉ポンプ場の完成と激甚災害対策特別緊急事業制度に基づく改修工事による平作川の流下能力の向上の方を重視すべきであるという。わざわざ、「なお、吉井川が本件水害当時において下水道法2条2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」と注記した点が興味を引く。

そして、市は抜本的な対策として時間雨量60mmを基準とする下水道整備計画について認可を受けて舟倉ポンプ場の設置のための用地買収等を行っており、当面の対策としても、水門の整備改良工事、清掃工事、および浚渫工事などを行ってきたという事実を認定する。さらに、①吉井川は勾配がほとんどなく、雨水排除のための自然的条件に恵まれない上に、流域において急激に進んだ宅地開発に伴い山林、農地が減少し、土地の保水機能が減退して、溢水被害発生の可能性が増大したのであり、河川管理の諸制約を考慮すると、市が通常予測し得る水害を防止するに足る安全性を速やかに確保することは困難であったこと、②本件水害以前の溢水被害は、住民の生命に危険を及ぼしたり、家屋流失等の大規模な財産的損害を発生させたりするほどのものではなく、「我が国における当時の同種同規模の河川においてしばしば発生していたもの

と同程度のものであった」こと、③流域の宅地化で灌漑用水路から市街地の排水路に変容した普通河川については、「本件水害当時の我が国においては、改修計画の策定も、築堤や河道拡張などの本格的な改修工事の実施もされていないのが通常である」こと、④水害防止対策としての公共下水道整備の計画について、その策定期間、内容およびその実施状況に不合理な点がないことなどの事情を考慮すると、「吉井川は、本件水害当時において、河川の管理における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は認し得る安全性を備えていなかったものとはいえないから、その管理について瑕疵があったということはできない」と結論付けた。

吉井川以外の甲・乙・丙水路については、実に簡潔にまとめられている。すなわち、「原審の適法に確定した事実関係の下においては、乙水路及び丙水路の管理について瑕疵があったものということはできず、これと同旨の原審の判断は、正当である」とされ、「甲水路の管理の瑕疵に関する原審の認定判断も、原判決挙示の証拠関係に照らし、正当として是認することができる」とされた。乙・丙水路については、下水排除機能をもった普通河川としての都市排水路である点で吉井川と共通するので、普通河川にも大東水害判決以来の判例法理が適用されるとした判示が当てはまることになろう。注目されるのは、下水道である甲水路の管理の瑕疵に関する認定判断を、「正当として是認」したことである⁷³⁾。

73) 角松・前掲注 (70) 47 頁は、控訴審に対する最高裁の回答について、「微妙な言い回し」と表現する。調査官解説である野山宏・ジュリスト 1106 号 115 頁 (117 頁) は、「本件第 1 審判決が吉井川は公共下水道に当たると判断したため……本件を下水道水害事件として扱う向きもあるが、原審認定事実を前提とする限りは、的外れである」としているが、最高裁も、甲水路に関しては下水道であるという控訴審の判断を「正当として是認」しているし、控訴審の用いた「都市排水路」という概念は引き継いでいなくとも、少なくとも下水排除機能を併せ持つ普通河川の特徴について意識していることが窺えるのであり、調査官解説とはいえ、この解釈が妥当とは思われない。

6. 平作川・吉井川訴訟の考察とその後の展開

まず、瑕疵判断の基準についてみると、平作川・吉井川訴訟では、第1審から最高裁を通じ、甲水路は一貫して下水道として（第1審のみ「公共下水道」）その管理の瑕疵の有無が判断されている。これに対して、吉井川と乙・丙水路については、第1審では下水道（正確には、やはり「公共下水道」）として、控訴審では「都市排水路」（下水排除機能を有する普通河川）として取り扱われたところ、最高裁では、下水道（下水道法2条2号）に該当するか否かは、その管理についての瑕疵の有無に影響を及ぼさないとして、一緒に普通河川として大東水害判決以来の判例法理を及ぼすものとされた上で、瑕疵が否定されている。

本稿のテーマは「内水氾濫と国家賠償」であって、「下水道と国家賠償」ではないため、甲水路のような純然たる下水道だけではなく、吉井川と乙・丙水路のような「都市排水路」も、考察の対象に含める必要がある。しかし、最高裁によれば、こうした都市排水路が「下水道」（下水道法2条2号）に該当するか否かは「管理についての瑕疵の有無に影響を及ぼさない」のであり、都市排水路も普通河川である以上、大東水害判決以来の判例法理が適用されることになる。

普通河川の実態は多様であり、理論的には、公共性や危険性の程度といった個々の性質に着目して瑕疵判断の基準を変えるべきという控訴審のアプローチが全く正当である。これに対して、普通河川を十把一絡げにして大東水害判決以来の判例法理を当てはめるという最高裁のアプローチは、いかにも大雑把な印象を受ける⁷⁴⁾。しかし、普通河川について、(a) 都市排水路のような浸水

74) 久保茂樹「判例解説（最判平成8年7月12日）」法学教室196号（1997）97頁は、「河川（普通河川）」であるとの判例のなかに、危険性の内在が読み込まれているということなのであろうか」とする。橋本博之「判例解説（同最判）」判例評論460号（1997）31頁も、吉井川が下水道に当たるものであったか否かについての判断が本当に不要であったのか、疑問を呈する。

被害のリスクの高い「危険な」類型と、(b) その公共性・危険性の程度が決して高くない類型とに分けて見ると、(b) についてはそもそも浸水被害が生じないので(だからこそ河川法の適用も準用も受けていないのだとも言える)ほぼ等閑視して良く、(a) については都市部の人口密集地域を流れるという特性上、予算的・社会的・技術的諸制約がかかることは適用河川や準用河川と何ら変わるところがなく、大東水害判決以来の判例法理が適用されることは(それに対する内在的批判は措くとして)、やはり必然である。

続いて、具体的な認定判断についてみると、控訴審が吉井川の管理に瑕疵を認めたのに対し、最高裁は、吉井川において従前みられた溢水被害は、「当時の同種同規模の河川においてしばしば発生していたものと同程度のもの」であったとか、本件水害当時に吉井川が備えていた安全性は、同じように灌漑用水路が宅地化によって市街地の排水路に変容した「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ものとはいえない」として、瑕疵を否定している。しかし、「当時の同種同規模の河川」や「河川の管理の一般水準及び社会通念」といった根拠の曖昧な基準を持ち出すことは、現状を追認するだけで、被害者の救済や公物管理水準の向上を妨げかねないといった強い批判がある⁷⁵⁾。

こうして、内水氾濫と国家賠償という問題に正面から取り組んだ初の最高裁判決は、①瑕疵判断の基準として、多種多様な実態を有する普通河川についても、予算的・社会的・技術的制約を理由として大東水害判決以来の判例法理を当てはめることを明らかにしたこと(そして、それは普通河川でありながら雨水幹線に組み込まれ下水道としての性質を併有する「都市排水路」(控訴審の用語)においても変わらないこと)、②当初から人工公物として整備された下水道については、「通常予測される災害に耐えられるだけの安全性」を備える

75) たとえば、大東水害判決に対する批評である芝池義一「行政裁量と河川管理責任」法律時報 56 巻 5 号 (1984) 50 頁 (52 頁)。

ことが必要であるとした控訴審の判断をそのまま「正当として是認した」こと、③しかし、具体的な認定判断においては、「当時の同種同規模の河川」や「河川の管理の一般水準及び社会通念」といった現状追認になりやすい基準を用いたことで、その後の方向性を示したといえる。

ともかく、改修途上河川における大東水害判決、改修済み（改修不要）河川における多摩川水害判決に続く「第三の水害判決」として引かれることの多い平作川・吉井川判決であるが、大抵の場合は普通河川においても大東水害判決以来の判例法理が適用されることを示した判決として紹介されるにとどまる。しかし、平作川・吉井川判決は、内水氾濫と国家賠償の問題について上記①②③の包括的な視点を提供した重要判決であって、その判決文も丁寧に読み直されなければならない。

平作川・吉井川最高裁判決の影響下にある裁判例として、郷下川訴訟の第1審である名古屋地判平成18年1月31日判タ1276号70頁が見出される。普通河川である郷下川の河川管理の瑕疵については、平作川・吉井川訴訟の最判平成8年7月12日を引用して簡単に退けているが、この事件で注目されるのは、雨水ポンプ（野並ポンプ所）や野並地区の排水路を含む下水道設備の設置・管理の瑕疵についても争点となった点である。名古屋地裁は、国家賠償法2条1項の公の営造物の設置・管理の瑕疵とは、営造物が通常有すべき安全性を欠き、他人に危害を及ぼす危険性のある状態であるとした上で、「その瑕疵の存否については、当該営造物の構造、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ことは、本件雨水ポンプ、野並地区の排水路を含む下水道設備についても同様である」とする。

そして、①下水道関連施設の建設・管理の主目的は健全な都市機能としての雨水・汚水の排除と水質保全にあり、これを行うべき対象範囲が広範であって、限られた箇所における洪水、溢水の災害防止のみが目的ではないこと、②豪雨等の自然災害には上限がなく、あらゆる豪雨に対し排水を可能とする施設を築造することは、社会的制約や財政的制約の観点から非常に困難であること、③

下水道設備は雨水を集水した後これを海や河川に放流するものであり、豪雨時には河川の流下能力による制約を受けること、④現に野並地区については、天白川の流下能力により排出可能な雨水量に制約があること、⑤同地区の下水道設備は分流式であり、雨水排除という機能では河川と異なること等から、「本件雨水ポンプ及び野並地区の雨水排水路については、極大の降雨にも耐えられ、完全に排水可能な機能を常に期待することは困難であり、通常想定される範囲内の降雨に対し浸水被害に対する能力を備えている場合には、原則として、通常有すべき安全性を有するものと判断すべきである」とした。

名古屋地裁が雨水ポンプや排水路を含む下水道設備について示した瑕疵判断の基準をいかにみるかは、難問である。②③のように財政的・社会的・技術的諸制約を強調した点、⑤のように分流式水道については雨水流下・排除という機能が河川と異なることに言及した点からは、下水道設備の瑕疵を河川管理の瑕疵に引き付けて考える傾向がみられないこともない。しかし、下水道設備の瑕疵を道路のような人工公物の瑕疵に近付けて考えるアプローチを採った諸裁判例（平野川訴訟第 1 審、平作川・吉井川訴訟第 1 審・控訴審）においても、下水道に対して、「極大の降雨にも耐えられ、完全に排水可能な機能を常に期待」したものはなく、表現の違いはあるが、いずれも、「通常想定される範囲内の降雨〔によってもたらされ得る〕浸水被害に対する能力を備えている場合には、原則として、通常有すべき安全性を有する」という結論を導いていたことには変わりがない。こうしてみると、郷下川訴訟における名古屋地裁の判断も、下水道設備の瑕疵を人工公物の瑕疵に近付けて考えるアプローチの延長線上にあるものとして位置付けるべきであろう。

VI 展望

本稿の前半部分（→Ⅱ）では、気候変動の影響で内水氾濫の被害が増加している現状にかんがみ、下水道の治水機能に強い期待が寄せられるようになった

経緯を説明した。最も強力な法的手段は、流域治水の思想に立って制定された特定都市河川浸水被害対策法の特定都市河川への指定を通じて官民連携で「流域水害対策計画」に基づく施策を進めていくことであるが、すでに指定された鶴見川流域のような地域では抜群の効果をみせる一方、全国的には思うように指定が進んでいないのが課題である。繰り返し内水氾濫に襲われてきた人口密集地域では、下水道浸水被害軽減総合計画〔総合事業〕が展開されており、基本的には「既往最大降雨」に軸足を置いた対策を要請しながらも、生命の保護が強く求められる高度地下空間利用地区や災害時要配慮者関連施設では「想定最大規模降雨」まで対象に含めて、内水ハザードマップを策定するなど、とにかく直ちに安全な場所まで避難して命だけは守るといったソフト対策に重点を置いた施策が展開されている。これに対して、地方都市も含めて最も対象範囲が広いのが雨水管理総合計画であり、事前防災の視点に立って、「選択と集中」の観点から、優先度の高い地域について、当面・中期・長期にわたる浸水対策実施区域や目標とする整備水準とその方針などを策定し、事業を進めていくことが予定されている。整備のカギとなるのは計画降雨（整備目標）の水準をいかに設定するかであり、ほとんどの場合は既往最大降雨ということになるが、都市機能が集積している地域では計画降雨の水準を上げていき、そうでない地域では通常の既往最大降雨の水準で設定するものとされる。

このことが後半部分（→Ⅲ・Ⅳ・Ⅴ）で論じた内水氾濫の国家賠償責任の問題とどのように接続するかであるが、一言でまとめると、「普通河川としての性質を併有する下水道（平作川・吉井川訴訟控訴審がいう「都市排水路」）については大東水害判決以来の判例法理が適用され、人工公物として整備・供用開始された下水道（平野川訴訟第1審がいう「本来の理念的下水道」）については通常想定される範囲内の降雨によってもたらされ得る浸水被害に対応する設計強度を備えている必要がある」ということであり、それが満たされない場合に設置・管理の瑕疵が認定されることになる。「通常想定される範囲内の降雨」とは計画降雨のことを指す。

まず、普通河川（都市排水路）については、大東水害判決以来の判例法理が適用されるため、理論的にみるとそう難しい話ではない。普通河川の場合は適用河川や準用河川とは異なり現状では河川法上の管理がなされていないので、下水道事業計画に組み込まれた雨水幹線としての設置・管理の瑕疵が問われることになる。要するに公共下水道の管理者（市町村）の責任になるということである。大東水害判決以来の判例法理が適用されるということは、河川改修計画に基づいて改修途上の河川の場合には「過渡的な安全性」を備えていれば管理者は免責されるが、改修済みなし改修の必要がないと判断された河川になると、「通常想定される範囲内の降雨」（計画降雨≒既往最大降雨）によって水害が発生したような場合には管理者に国家賠償責任が問われるという帰結になる。現在では雨水管理総合計画が下水道事業計画にリンクしているため、雨水管理総合計画を策定して、それに対応する下水道の改修工事を実施している途中であれば、「過渡的な安全性」の基準で都市排水路の設置・管理の瑕疵の有無が判断されることになり、管理者の責任が認められる可能性は小さい⁷⁶⁾。これに対して、注意すべきは、雨水管理総合計画を策定していない段階で内水氾濫が発生するケースである。雨水管理総合計画が未策定の場合、未策定という状態それ自体に設置・管理の瑕疵が見出されるか、あるいは未策定ということは改修の必要なしと判断したものとされて、多摩川水害判決の基準によって国家賠償責任が認定されることになる。したがって、雨水管理総合計画を策定していない市町村（全体の 9 割に上るとされているが）は早急にこれを策定して、段階的に都市排水路の安全性を高めていく必要がある。

次に、下水道設備（「本来的理念的下水道」）について、想定規模最大降雨まで念頭に置いた整備を行うことは最初から求められていない。下水道浸水被害軽減総合計画において想定最大規模降雨まで念頭に置くこととされているの

76) 西塾・前掲 1204 頁は、整備計画の実施に財政的・社会的諸制約があるにしても、[通常の] 河川の改修・整備に比較すれば「その制約ははるかに小さい」とする。

は、あくまでも人命だけは守るための避難の視点からであって、財産が浸水することはやむを得ないものとして（回避可能性が無いか不可抗力として）受け入れられているからである。したがって、やはり計画降雨に対する適切な流下・排水能力があれば、「通常有すべき安全性」を備えていたものとして、設置・管理に瑕疵は認められないと考えられる。平野川訴訟の事案のように、計画上想定していた降雨強度である毎時 60mm をかなり下回る降雨によって浸水被害を生じさせたような場合に初めて、下水道管理者の国家賠償責任が生じることになる⁷⁷⁾。

むろん、計画降雨が既往最大降雨と連動している以上、その水準は、今後の気候変動によって変わっていくものと考えられるし⁷⁸⁾、既設の下水道設備の場合にも、その水準を上げて管路の増径、ポンプ場の強化、遊水池の整備を行ってみたい、維持・管理の必要上から弛まぬ補修・点検工事を続けていかなければならず、雨水管理総合計画の改訂に伴って変更されていく下水道事業計画に従って、段階的に改修事業を実施していく必要がある。しかし、既設の下水道設備について改修事業を実施していく際には河川管理と同様の財政的・社会的・技術的な諸制約が加わるため、河川管理の瑕疵に関する最高裁判例の基準に準じて瑕疵判断がなされるべきである。

河川管理にも言えることだが、災害防御型の施設については、災害の発生を未然に防いで当たり前、しかし一旦災害が発生すればその責任を全面的に問われるという点で、どうしても視点の偏りが生じることが否めない。社会科学の姿勢としては、責任追及ばかりに拘泥することなく、客観的・中立的な視点から、将来的に再び同様の被害が繰り返されないための建設的な提案が不可欠で

77) 西埜・前掲 1204 頁。

78) その定義上、観測史上最大の降雨が起きるたびに既往最大降雨は更新されるので、既往最大降雨に対応した防災施設の整備においては不可避免的に一定のタイム・ラグが生じるが、これは防災体制の永遠の課題である。

ある。そのためには、令和元年東日本台風においてダムや遊水地などの施設が多く、の流水を貯め込むことで下流域の浸水被害を防いだといった「成功事例」も相応に評価し、普及・啓発に努めていかなければならない。

横須賀市では、七夕台風による平作川・吉井川の溢水被害を受けて、昭和 50 年代から前述した護岸石積工事やパラベットの設置、舟倉ポンプ場の整備を推進したばかりでなく、下水道計画を見直して、平作川とは別ルートで直接久里浜港に雨水を流下させる「久里浜雨水バイパス幹線」が整備され、それ以降、大規模な浸水被害は発生していない。平成 30 年 7 月の西日本豪雨は岡山県内に甚大な被害をもたらしたが、ポンプ場の能力増強、農業用水路の浚渫、ボトルネックの解消といった取組みが進められてきた笹ヶ瀬川の東側地区では大幅に浸水被害に軽減されるなど（被害が集中したのは、浸水対策が完了していない同川西側地区や、これまで被害の少なかった津高地区と津島地区であった。）、対策の効果が認められている⁷⁹⁾。東京都の特別区内には、日本最大級の和田弥生幹線（貯留容量約 15 万 m³）を初めとする 56 箇所、総貯留容量約 60 万 m³にも上る下水道の雨水貯留施設が設置されており、多くの内水氾濫を未然に防いでいる⁸⁰⁾。

内水氾濫に対して絶大な効果を発揮するのは、埼玉県内の中川、綾瀬川の流域の地底 50m を全長 6.3km に渡り貫く首都圏外郭放水路のような地下放水路の整備である。都市部では用地取得が困難であることを踏まえて大深度地下を無補償で利用する手法に注目が集まり、平成 12 年に「大深度地下の公共的使用に関する特別措置法」(平成 12 年法律第 87 号) が制定された⁸¹⁾。この法律は、

79) 田村隆洋「平成 30 年 7 月豪雨における浸水対策の効果と今後の取組」下水道協会誌 680 号（2019）8 頁。

80) 奥田千郎「東京下水道における豪雨対策のさらなる加速・強化」下水道協会誌 692 号（2020）11 頁。

81) 板垣勝彦「地下空間の公共的利用と法——大深度地下使用法制定 20 年」日本不動産学会誌 133 号（2020）43 頁。

東京外郭環状道路やリニア中央新幹線のほか、本稿でも度々登場した内水氾濫の頻発地帯（大東水害訴訟、平野川訴訟）である寝屋川北部の地下河川事業においても用いられている⁸²⁾。

この研究を通じて、筆者が暮らす鶴見川流域が、かつて氾濫の常襲地帯であったことを知った。上流部における洪水調節ダムの整備、河道の改修、民間の雨水貯留地の設置など、先人たちが知恵を絞って積み重ねた見えない工夫の数々によって、現代を生きる私たちが快適な暮らしを享受している。こうした労苦を常に心に留めながら、私たちは、将来世代に対する責任として、災害に強い都市づくり、気候変動への対処を不断に進めていかなければならないと考える。

* 横浜に生まれ育ち、地元の大学で教鞭をとられてきた小池治先生の長年に渡る地域への多大な貢献に敬意を表するとともに、ご退職を心からお祝い申し上げます。

82) 大阪府 ウェブ サイト 「「一級河川淀川水系 寝屋川北部地下河川」事業施行に関する住民説明会」(令和2年2月13日) http://www.pref.osaka.lg.jp/ne/topics_neyasui/juuminsetsumeikai.html