

判例水法の形成とその理念

三本木 健治 著

山海堂

はしがき

本書は、一九九六年とその翌年に、国立国会図書館刊行の「レファレンス」(第五四八号、第五四九号、第五五八号及び第五五九号)に掲載された「判例水法の形成とその理念(一)、(二)、(三)、(四)」を合本としたものである。

今から一世紀前の明治二九年(一八九六年)に、河川に係る治水と利水の基本を定めた旧河川法の制定により、近代的な河川制度が創設されて以来、複雑多岐にわたる水関連法制が逐次整備されてきた。しかしながら実定法の規定は、法の本質のみならず具体的な法の適用条件等を十分に明記せず、また、法の欠缺せる分野も少なくないため、水をめぐる現実の紛争を契機として、水に関する条理あるいは慣習水法等の「生ける法」の存在を解明し、また、時代の変遷に応じて行政の準則等を具現して行ったのは、我が国固有の判例水法である。本書のもととなった論稿は、この百年来の判例、すなわち戦前の大審院及び行政裁判所、さらに戦後の最高裁判所等のリーディング・ケースを中心として、多様な判例の判決理由中に見られる水法理念のエッセンスを抽出し、水に係る慣習法・制定法と併せて、我が国における判例法の在り様を体系的に理解することを志したものである。

本来、水と人間社会との係わりを余すところなく把握しようとする総合的な水法学は、その一環としての判例水法の体系にあっても、山から海に至る過程で、河川・雨水・地下水・水路等の様々な姿態をとる水と、その賦存する空間の管理・利用を対象とするのみならず、水と土地との権利関係が錯綜するところにも考察を及ぼし、また近年は水環境問題も広く包括すべきものである。判例の蓄積には、それぞれのフィールドにより厚薄の差はあるが、ここには最大限度に、特に重要と思われ、かつ、判例の生成発展の筋道をなすと考えられるものを収録して、必要なコメントを加えた。不肖にして浅学の身ながら、かつて美濃部達吉博士が残された「判例に見はれたる水法」(昭和六年)の雄勁な語り口に思いを致し、また、水文的循環の観点からの「水法」の体系化(昭和三六年)を初めて成し遂げられた金沢良雄教授の先見に従いつつ、河川法・砂防法・森林法の三法制定によつて樹立された近代水法制度の百年を記念するため、判例水法の形成とその理念について、ささやかな集約を行った心算である。

このための資料収集と執筆連載の機会を与えて下さり、さらにこのような形での出版を承諾された国立国会図書館の関係の方々には、心から厚く御礼申し上げる次第である。

一九九九年一月

三本木 健治

総目次

第一編 河川

はじめに	3
一 河川の管理	7
(一) 公水・私水の区別	7
(二) 河川区域	11
(三) 河川附属物Ⅱ河川管理施設	13
(四) 普通河川	15
二 河川の敷地	18
(一) 河川敷地の所有関係	18
(二) 私有地上の河川公物	22
(三) 河川敷地上の私法関係	23
(四) 河川敷地の時効取得	25
三 河川敷地等の占用	29
四 河川の砂利等の採取	33
五 河川に関する工事	39
六 河川管理の瑕疵	43

第二編 水利権

七 水利用の法律的・行政的基礎	53
八 水利権の原理及び権利の発生	59
(一) 慣習によるもの	59
(二) 行政法規から見た権利の発生又は存在	66
九 権利調整の原理	69
(一) 専用権の制限	69
(二) 余水利用と上流利用者の制限	76
十 水利権の性質内容	79
十一 権利の侵害及び許可の裁量	87
(一) 水利権の侵害	87
(二) 流水占用許可等の裁量	93

第三編 地下水・温泉・溜池・森林・砂防

十二 水文的循環における水法	101
十三 地下水・温泉	103
(一) 地下水・温泉利用の基礎	103
(二) 温泉権の性質及び対抗要件	108
(三) 温泉水による許可の性質	115

(四)	許可の裁量性	118
(五)	地下水利用障害—権利の制限	122
十四	溜池	128
十五	森林・砂防	132
(一)	森林法	132
(二)	砂防法	135
第四編	海浜・海面・公有水面埋立・水道・下水道・ 公営環境	
十六	海浜・海面	144
(一)	海岸公物と私権	144
(二)	入浜権	147
(三)	海浜地・海面の取得	149
イ.	海浜地等の私下げ・時効取得	149
ロ.	旧時代の海面私下げ処分	151
(四)	海没地・海面下土地	153
十七	公有水面埋立	159
(一)	埋立免許及びその公益判断	159
(二)	埋立権等の性質	166
イ.	埋立免許等の効力	166

ロ.	埋立投入土砂の性質	169
十八	水道	172
(一)	水道使用関係の法的性質	172
(二)	給水拒否に係わる正当の理由	175
イ.	土地の不法占拠者に対する給水拒否	176
ロ.	違反建築に対する給水拒否	176
ハ.	宅地閉塞等指導要綱を順守させるための 給水拒否	178
ニ.	予想される水不足等のための給水拒否	179
十九	下水道	181
(一)	下水道使用関係の法的性質	181
(二)	水循環の中の下水道—上水との接点	183
(三)	水循環の中の下水道—河川との接点	185
二十	公物管理権と公害防止・環境保全	187

第一編 河 川

判例水法の形成とその理念(一)

目次

はじめに

一 河川の管理

- (一) 公水・私水の区別
- (二) 河川区域
- (三) 河川附属物Ⅱ河川管理施設
- (四) 普通河川

二 河川の敷地

- (一) 河川敷地の所有関係
- (二) 私有地上の河川公物
- (三) 河川敷地上の私法関係
- (四) 河川敷地の時効取得

三 河川敷地等の占用

四 河川の砂利等の採取

五 河川に関する工事

六 河川管理の瑕疵(以上本題)

はじめに

〔判例研究の意義〕

立法に欠缺が存することは、社会経済生活の進展と制度整備のギャップが常にあり得ることから、やむを得ないことであるが、行政は、その所管領域において、森羅万象ないし生活世界の隅々にいたるまですべてをかべーしているという幻想がある。しかしながら、実定法の規定は、法の本質のみならず具体的な適用条件等を必ずしも十分に明ら

かにしていない以上、法に基づく行政の範疇内といえども、国民の権利義務等に関して、様々な疑義ないしは紛争が生ずることは不可避である。

このことは、自然物をめぐると人（時には国民と行政当局）との間の紛争を調整することの難しさから、特に水法の分野において顕著であった。近代國家を形成する過程において、土地利用と資源の利用が多様化・複雑化し、旧来の水利利用との間に様々な軋轢を生じたことも、その背景にある。それは、慣行水利権の存在を考えても、現代につながる大きな問題であるといえることができる。特に、地域共同の関心として、治水と利水に係る我が國特有の社会規範が存在するのではないかという問題意識からも（比較的観点も含めて）、慣習法ないしは条理の存在を明らかにし、また、新しい時代のための行政の準則等を具体化して行った判例水法の機能には、大きな意義がある。

永年にわたる慣習法の世界に、社会経済生活の進展により新たな要素ないしは異質な要素が加わることになると、そこに紛争が生じて國家の裁判機能が働く場面となり、判例法が形成される。判例法主義の國にあっては、それがそのまま社会規範として承認を受けているが、制定法主義の國にあっては、紛争の一般的な予防のために、必要な法制度が整備される。しかしながら、紛争解決の拠るべき法令

規定の解釈をめぐって、再び裁判上の争いがあり、新たな判例法が形成される。当然のことながら司法的解決は、当事者のみを拘束するもの（強制的合意形成）ではあるが、それが一般的な承認（認得的合意形成）を得て、ひとつの社会規範となり、いわば新しい國民的慣習法として定着するものとなる。これを、「法の循環と沈澱の理論」と呼ぶことができるであろう。判例法の形成とその理念についての研究は、そのような法の発見のために重要であると思われる。

「水法制度の体系」

今からちょうど百年前の明治二十九年（一八九六年）は、我が國の水法制度とその体系を把握する上で、特に記憶すべき年であった。まず第一に、治水と利水の基本を定める旧河川法が、帝國議會開設以来「治水に関する建議」が十回にわたって提出されたことを背景として、直接的には淀川をはじめとする全国一五河川の追加予算要求を容れるのと引き換えに、同年三月一〇日急遽上程され、四月八日に成立した。

その一方で、私的財物のみならず「領海・海浜・道路・河川等の公物」及び「空氣・光線・流水・大洋等の公共物」の根拠規定をも定めようとした明治三年の旧民法（フランス民法を模範としたものであったが、日本の國情に合わない

いう、いわゆる法典論争のためその施行が遅れていた）に代えて、基本的に私的な権利義務のみに限定した現行民法が制定されたのは、同年四月二十七日である。従って、ここで単純な引き算をすれば、河川法が規律するもの以外の公物・公共物（海面・海浜・地下の流水等）は、爾後の立法措置に残されたわけである（例えば海浜の大部分は、現在にいたるもいわゆる「法外公共物」という扱いを受けている）。勿論のこと、私的な当事者間の問題に委ねられたものの最小限度のルール（我が國土来の慣習及び諸外國の民事制度を参照しその当時として必要と想定されたもの）は、現行民法物権編の中に規定されている。

第三に、地下水は土地所有権に従属するものであり、「土地所有者は自由にその水を利用することができるのは当然の理である」という大審院判決が同年三月二十七日に出されて、これが最年のリーディング・ケースとなった。民法施行後は、その第二〇六条に規定する所有権の内容として、あるいは第二〇七条に規定する所有権の効力として、それが実定法上も是認されるものとなった。特殊な地下水である温泉については、戦前から府県取締規則等により公共的な規律がなされることはあったが、一般の地下水については、工業用及び建築物用に限定した法律が制定されたのは、昭和三〇年代になってからのことである（これら

も、地盤沈下等の障害を防止することを主眼としたものであり、地下水の総合的な管理を目的とするものではない）。

このようにして、明治二十九年の春には、僅かひと月の間に、我が國の水法制度の大筋が立法・司法の両面から形作られたわけである。

さらに、河川流域の治水に資するための制度としては、森林法及び砂防法が明治三〇年に制定され、河川法と併せて「治水三法」と称されたが、流域の治水及び利水を総合的に計画的に推進するための制度は、やはり昭和三〇年代の特定多目的ダム法・水資源開発促進法等の制定を待たなければならなかった。上水道・下水道に関する法制度は、取水と排水に係る制度を所与のものとして、独自の発展を見て来た。水資源開発と併せて必要な水源地域の振興整備、その一方で公共用水域の水質汚濁対策に係る抜本的改善等の現代的政策は、いずれも昭和四〇年代にようやく樹立されたものであった。

これらのことから考察すると、もし仮に、人々の生活環境の重要な構成要素である公物（公共用財産）及び公共物（万人共有物）の基本を定める旧民法が、我が國の國民的制産資産であったならば、その後の法制度の整備に関するアプローチが違っていたのではないかと推測もあり得ると思われる。諸外國においては、地表水・地下水・沿岸水

(領海)を同等に総合水法に掲げる例(ドイツ)、沿岸権(流水に接して土地を所有する者のみが水利権を保有するという慣習法)を基本とし、地役権の調整・民法の特別規定等によって公共的利益を確保しつつ、総合水法を逐次拡大してきた例(フランス)、大気水・氷雪・下水等も総合的に水資源の保護と利用の対象とする例(コロンビア共和国等)がある。我が国にあつても、昭和初年の内務省・農商務省・逓信省の水法論争のほか、近年においても、総合的な水法制度の提案がしばしばなされている。諸外国の動向の中で優れた面に注目しつつも、我が国にふさわしい立法・行政の在り方を考える上で、この百年來の判例の形成に関する研究は重要である。

〔河川制度をめぐる判例の集約〕

本年は、近代河川制度百年を迎えた年であるが、河川制度をめぐる判例は、我が国の水法形成の上で圧倒的な蓄積があり、多岐にわたる水法論の歴史の中にその理念のエッセンスを集約することは、極めて重要なことである。

本稿においては、明治一九年の旧河川法制定と、その全面改正である昭和四〇年の新河川法の施行等、その歴史的経過に即応して、戦前の大審院及び行政裁判所の判例、戦後の最高裁判例のみならず、主要な下級審判例も収録して、

事項別に通観することとした。

大審院・最高裁等の重要判例は、いわゆるリーディング・ケースとされ、以後の下級審の判例に影響することは勿論であるが、それとは逆に、そこに至るまでの下級審等における先駆的判例の出現も、重要な意義を有している(例えば、「水利権は目的と水量を限定した権利であつて、決して排他的・独占的なものではない」という著名な昭和三七年最高裁判決は、実は明治以來約七〇年の判例上の伝統を有しているが、直接的にこれを導いたものは、これに先立つ地裁・高裁の判断である)。行政の在り方と国民の権利義務に係る判例の変遷を辿ることも重要である(例えば、国家賠償問題、水利権等の裁断の処理に関するもの)。事実認定がより具体的に取り扱われることによる判例の変遷も見られる(黙示の公用廃止による公共財産の時効取得の成立等)。

ここでは紙数の制約もあつて、膨大な記述にわたる事実関係は、ほとんど割愛せざるを得ず、判決理由のエッセンスを主に抄録したが、これらを概観することによって、法令規定には必ずしも明らかにされていない法制度の本質、権利義務の内容、行政運用の在るべき準則等を知ることができる(なお、歴史的な地方制度の固有の問題、行政訴訟手続上の問題等も、割愛せざるを得なかった)。

本来、総合的な水法に係る判例の体系は、さらに地下水・

温泉・海面・海浜・港湾・森林・砂防・雨水・溜池・上水道・下水道・水質汚濁等、様々な姿態をもった水の賦存利用目般にわたるものであり、それぞれに重要な判例があつて、法律・条例等の立法の趣旨と適切な法理念の解明に努められてきたところであるが、これらの問題については、さらに後編に委ねることとした。

民法学者の末弘敏太郎教授は、「日本の法學」(昭和二五年)という著書の中で、「現に不動産物権の対抗要件に関連して起る幾多の問題、水に関する複雑な法律問題等に関して、これを支配する現行法の何たるかを知らんと欲する者が、もしも判例を外にしてこれを求めんとするとき彼は果たして何を得るだらう」と、特に判例水法の重要性を挙げておられる。その複雑な構成のうちから、歴史的経過とともに国民的な法規範の一部として形成され、又は現に形成されつつある我が国の水法の理念を体系的に理解する上で、僅かなりとも本稿が裨益するところがあれば幸いである。

〔本稿における判例出典等略称一覧〕

大判	大審院判決
最判	最高裁判所判決
控判	控訴院判決(重控判は東京控訴院判決、以下同様)

高判	高等裁判所判決
高決	高等裁判所決定
地判	地方裁判所判決(支:支部、簡:簡裁)
地決	地方裁判所決定
行判	行政裁判所判決
民録	大審院民事判決録
刑録	大審院刑事判決録
民集	大審院民事判例集・最高裁判所民事判例集
刑集	大審院刑事判例集・最高裁判所刑事判例集
高刑集	高等裁判所刑事判例集
下民集	下級裁判所民事裁判例集
刑裁月報	刑事裁判月報
行録	行政裁判所判決録
行裁集	行政事件裁判例集
新聞	法律新聞
判時	判例時報

(訟務月報・裁判所時報はそのまま)

一 河川の管理

(一) 公水・私水の区別

戦前の行政法学の権威者であつた美濃部達吉博士は、昭

和六年七月以降三回にわたり、「法律時報」誌上に「判例に見(あら)はれたる水法」を執筆し、水利権公権主義・競願に対する自由裁量・国の不法行為責任等の学説を鮮明に掲げて、当時の判例の態度に大きな影響を与えたものであったが、やはりその一連の論考も、「公水と私水との区別」に始まる。美濃部博士によれば、その問題の重要性は、「私水は私物たる水であつて、それに付いての権利は一に民法に依つて支配せらるるに反して、公水は公物として公の目的に共用せらるるものであり、それに付いての権利は原則として公法に依つて支配せらるるものである」という論拠にある。

明治三〇年代の水をめぐる紛争は、民法の規定するところによつて解決されるべきものかどうか、それとも施行後間もない河川法とその付属の法令規則によるべきかどうか、まず争われた。その問題は、公法としての河川法によるべきものがどの範囲か、具体的には、地盤の所有区分との関係、流動する水そのものの公共性及び舟筏の通行可能性が、河川法上明確でなかったことが背景にあつて、裁判上の判断が必要となつたものである。この三点は、典型的に次の判例に現われている。

「その地盤が何人の所有に属するかどうかは、別個の問題

知事本件水法に対して河川取締規則を適用したのは不当ではない。」

(行判明治三六年四月二一日行録一四四六二頁)

参照条文は次のとおりである。

民法第二一四条「土地ノ所有者ハ隣地ヨリ水ノ自然ニ流レ来ルヲ妨クルコトヲ得ス」

同第二一九条「①溝渠其他ノ水流地ノ所有者ハ対岸ノ土地カ他人ノ所有ニ属スルトキハ其水路又ハ幅員ヲ変スルコトヲ得ス ②両岸ノ土地カ水流地ノ所有者ニ属スルトキハ其所有者ハ水路及ヒ幅員ヲ変スルコトヲ得但下口ニ於テ自然ノ水路ニ復スルコトヲ要ス ③前二項ノ規定ニ異ナリタル慣習アルトキハ其慣習ニ従フ」

これらの規定は、普遍的な条理を表わすものようであるが、歴史的にはローマ法以来の西欧法制の伝統となつてゐる雨水阻止訴権及び沿岸権の觀念に基づくものであり、共同体的あるいは公共的に水を治めて来た我が国の事情にそのまま適合するかどうかについては、法制史上の興味がもたれる問題である。

ここに掲げた判例は、治水・利水等に係る第三者に対する行政処分によつて、権利を侵害されたとする訴えを排斥した行政裁判所の判決である。特に、民法二一九条の制度

に属し、本件原告(河川取締規則)を適用すべきかどうかを決定する上において必要がないものとする。……従つて民法第二一四条(自然流水の受忍義務)第二一九条(水流変更権)は、本件の如き公有河川である水流の場合に適用すべきものでないから、被告が上置(堤防かさ上げ)工事を認可したことをもつてこれらの法規に違背したと云ふことはできない。」

(行判明治三五年二月五日行録五七卷一〇〇頁)

「本件係争の水路なるものは、水溜ではなくて純然たる水路であることは、その東西の關係から觀察し実地の形状によつて明らかである。そして当該水路は水利上その付近、殊に東西の地所に關係を有し、古來公共の用に供されたものであることは、その前後左右における排水の状況によつて確認するに足りる。……従つて民法第二一九条(水流変更権)は、このような公共の用に供する水路には適用することができない。」

(行判明治三六年一月七日行録一四四六頁)

「長野県令河川取締規則第一条には「各地川筋ニ於テ左ニ掲グル事業ヲ為サントスル者ハ」とあつて、舟筏の通すべき河川とそうでないものとを區別をしていない。よつて原

は、フランス民法六四四条に由来するもので、本来、水流(河川・水路・溪流等)の敷地が私人の所有に属する場合を前提とするものであつたが、古來我が国では、流水(流動する水)を共同体的に使用することが通例であり、明治初年の地券交付の際には、河川・溝渠等の敷地の私有を認めなかつたという沿革もあつて、外国とは事情が異なるものであつた。

第三点の判断も重要である。これについては、河川法制定の際の政府委員(古市公威内務省土木局長)の答弁(明治一九年三月一四日)として、次のような記録がある。

「成程西洋ノ或ル国テ行ヘテ居ル制度ノヤウナ河ノ舟筏ノ通スル部分ト舟筏ノ通セヌ部分トニ依ツテ區別ヘシナイダス……歐羅巴大陸ノ何ト邊ツテ日本ノハ舟筏ノ通ゼヌ河テモ公共ノ利害ノ關係ハ大ニ大キイモノモゴザリマス……」

ここにいう「公共の利害」とは、有史以来の水争いをどう収めるかという問題が(古代神話のアマテラス大神とスサノヲノ命の不和も水利条件の差から来たものであつた)、為政者の重大な関心と責務であつたことが背景にあり、近年の次のような判例にも、これが重要なキーワードとなつてゐる。これらの判例が再び現われるまでの間には、この点の疑問はほとんどなかつたようであるが、明治三〇年代と昭和三〇年代は、いずれも新規利水の参入をめぐる問題が特に顕

著であったことも思い合せることができる。

「流水が公水であるか私水であるかの区別は、特定の私人に流水の完全な排他的支配を許しても、公共の利害に影響するところがないかどうか、すなわち流水利用の経済的社会的価値と治水との両面からみて私人に排他的支配を許すことが公共の利害に影響しないかどうかによって決めるべきである。」

(東地判昭和三年一月四日下民集二卷一〇号五一九頁)

「自然河川は、公共の利害に影響の深いものであるから、閉止水の場合と異なり、その流水は公水である。」

(東地判昭和七年二月二五日日下民集三卷二一三三三頁)

全く人工の加わらない河川は、原始河川と称される。自然河川の支川をなす放水路等の人工河川区画についても、流れる水は自然物であると考えれば、全体を自然河川といふことができる。十三世紀のザクセンニコビエゲル(ゲルマン固有法の集積)には、この「閉止水」に相当するものとして、「唯風力ノミニ依リテ動ク水」及び「開掘セル池水」が挙げられているが、我が国でも池・溜池と称せられるものは、人為的なものとして私水扱いとされるのが一般的で

(新潟地裁長岡支判昭和四四年九月二三日下民集二〇卷九・一〇合併号六八四頁)

(二) 河川区域

河川の管理は、社会通念上の河川と称せられる形態をとる公水の管理と、公水の公共性の故に、これに関連する土地及び施設についてなされる公共的管理とを、その具体的内容とする。河川はその流量により、幅員を増減するのが普通であるから、公水とされるものの範囲は、その流送方向によって線的に明示すればよいが、流水(時には洪水となる)を収容するための土地及び流水の氾濫等の作用を防御する堤防等の施設の範囲は、他の土地利用との関係からも、その区域を明示しなければならない(旧河川法第二条第一項「河川ノ区域ハ地方行政庁ノ認定スル所ニ依ル」、同第二項「流水河川ノ区域外ニ出テテ永期ニ渉ルベキモノト認ムルトキハ地方行政庁ハ其ノ河川ノ区域ヲ変更スベシ」)。

旧河川法には、河川法が適用された「河川並其ノ敷地若ハ流水ハ私権ノ目的トナルコトヲ得ス」(第三条)とあって、法の適用により、私権が消滅するものとされていたから、問題は一層深刻であった(新法第二条第二項においては、旧法の準用河川と同じく、流水のみが私権の目的となることができないう形で立法上の変更がなされた)。

ある。

公水とされるものの大小規模等については、古代ローマ法においても、舟筏の通行に適する川のみを公川とみなしたのではなく、「その大ききにより、又は住民の意見により、小川(Rivus)と名付けるべきもの及び間歇川(Flumen torrentia)はこれを私川とみなし、不断流れつづめる川(Flumen perennia)はすべてこれを公川とみなす」例であったとされるが、近年の下級審判例には、次のような幾つかの説明がなされている。

「公水とは、國家の統一的な治水ないし流水の利用関係の調整等について、河川法その他の公法の適用又は準用のある流水及びこれに流入し、或は、これより分流する流水を汎称する。しかしながら、河川法等の適用ないし準用のある河川に入る流水については、全部が公水であるということができず、公水としい得るためには、相当程度の水量と相当の幅員を持った水路を有し、且つ、その水路は、或る程度不変性のものであることを要する。」(熊本地裁宮地簡判昭和四年三月二十九日訟務月報二卷六号八九四頁)

「自然の流水はその多少に拘らず原則としてこれを公水とみるべきである。」

これらの規定との関連で、旧法当時の判例には、次のようなものがある。

「府県知事の調製する河川台帳は、河川区域認定の要件ではない。」

河川区域の認定は、土地と流水との関係により客観的に河川区域を確定するものであり、地方行政庁の見るところにより自由に認定しようという法意ではない。そして河川区域とは治水上河川とすることを必要とする区域をいうものではなくて、現に河川たる区域をいうものであることはもちろん、単に現在河川状態を呈するにとどまらず、永くその状態を持続すべきであると認められる区域を指す法意であることは、河川法第二条第二項の規定及び一旦河川区域と認定されるときは、当然私権を喪失させるという同法第三条の規定によって、これを推知するに難くない。

河川区域の認定の当否を判断する場合は、判決当時の状態によるべきである。」

(行判昭和二年一月八日行録三八八三頁)

ここには、河川区域認定の自由裁量を排斥し、自然公物の管理は客観的な状態に基づくべきこと、特に私権の保護に留意すべきこと、紛争の処理にあたっては実権を尊重す

べきことが、明確に示されているが、これを明示する河川台帳の効力について、次のような判例がある。

「河川法の適用ある河川の区域は、河川台帳調製後のその事実の変更がない限り、同台帳のみによって認めるべきである。」

(行判昭和二十二年三月十四日行録四七輯二〇八頁)

河川台帳については、旧法第一条及び「河川台帳ニ関スル細則」(大正二〇年二月二十四日内務省令)により、河川区域のみならず、河川附属物(現行法の河川管理施設)及び河川工作物(いわゆる許可工作物)の厳密な図示等が義務づけられたが、これには「反証を許さない」という、いわゆる認学上の「公定力」が与えられており、また、現行法におけるような閲覧規定はなかった。河川区域の定め方について、現行法においては、①流水が継続して存する土地、②河川管理施設の敷地及び③計画遊水地の三類型が規定されている。自然公物としての基本的な河川の捉え方には大きな変化がなく、次のような判例も示されている。

「準用河川の流水が自然の力により変動した場合には、新たに河川敷地になった土地には当然に準用河川の認定の効

力が及ぶ。

自然の流水の変動によって準用河川の敷地内に入った私有地について権利の行使が制限されても、損失補償は必要ではない。」

(東地判昭和四年六月七日行裁第一八巻五、六合冊七五頁)

「河川法六条に規定する河川区域の土地は、私権の目的となりうるが、囲繞地通行権の成立は河川法の所期するところと両立しうるものに制限される。」

(札幌高判昭和五年五月三十一日訟務月報三五巻一〇号二五八九頁)

ここにいう権利行使の制限は、一言で「所有権の内在的制約」であるという説明が注釈書等でなされているが、これだけでは何が内在しているのかが一般市民には不明確であり、「流水に接する土地についての治水・利水・環境保持上の場所的制約」の具体的な理解を得ることが必要であろう。

河川の敷地に関する特有の問題及び民事法との関係については、章を改めて後述する。

(三) 河川附属物Ⅱ河川管理施設

我が国における内水舟運の最盛期は、明治三〇年代までであったが、旧河川法制定に至る近代的な行財政制度の確立の過程で、実務的に国策として河川事業が進められたのは、舟運のための低水工事を主とするものであり、水害防御は、水防活動も含めて、地先住民ないしは地方行政庁の仕事であった(ちなみに明治八年淀川分局事務規程には、「福根を防ぐ予防工事」は直轄事業「現橋を修める防御」は地方委任事業とする規定があった)。

次の一連の判例は、そのような時代背景を引き継いだものである。

判例水法の形成とその理念 (一)

「営造物の達しようとする利益を直接に享受する者が国ではなくて県である場合に、営造物たる堤防の所属は県にある故に、県知事は県の機関たる資格において、本件堤防の管理をなすものと云わなければならない。

知事がなす本件堤防の管理はもとより行政の作用に属するけれども、民法上の占有権がその管理権中に包含されることは言うまでもなく、(旧)河川法三条(私権の排除)は、私人の権利についての規定にすぎないもので、公法人たる県が本件堤防について民法上の占有権を有することの妨げ

となるものではない。(従ってこれに対する財産上の損害について賠償を請求することができる。)

(東地判大正六年五月一五日新聞一二七号二八頁)

この事案は、準用河川の堤防を不法に決壊した者に対し、刑事事件の付帯私訴として県から損害賠償請求をした事件であるが、本件堤防は県の営造物であるとした原判決に対して、大審院はこれを否定し、堤防の性格すなわち国有性と費用負担との関係について次のように述べている(後述の私有堤防とは、明らかに異なる点である)。

「河川法第三条に規定されているように、河川が国有であることは少しも疑いはない。河川の堤防については別に見るべき規定はないが、当該堤防は河川の附属物であり、その施設維持等すべて官費をもってしたいいわゆる官有堤防であって、明治十三年一月五日大政宣布第四八号をもって土木費の官費を廃止し、同年四月八日大政宣布第一六号地方規程則中地方規程をもって支弁すべき費用に河港道路堤防橋梁建築修繕費という項目を掲げ、また明治十四年五月二日内務省訓令に地盤官有に属する堤塘道路並木敷の費用は目今その費を負担する府県及び市町村において処分すべしと規定したといえども、これは単にその費用を府県

等の負担に帰したにとどまり、堤防の固有たることを廃してこれを府県等の營造物とした趣旨ではない。地方行政庁において河川及び準用河川の附属物と認定した堤防は、河川法第四條第二項により、すべて河川に関する規定に従うべきものであるから、河川及び準用河川と同様に國有に属するものと言わなければならない。」

(大判大正七年七月八日刑録二四輯九五七頁)

近年において、堤防築造義務及び私有堤防買受義務について争われ、最高裁で確定した次の事案は、明治二五年に築造された私有堤防が昭和三四年の伊勢湾台風で損壊したので、これを國が補修したことに係るものである。

「河川管理のため、河川のどの地点にいかなる管理施設を設置すべきかは、河川管理者がその河川の特性、河川全流域の自然的・社会的条件、河川工事の経済性等あらゆる観点から総合的に判断して決めるべきことであり、単にある特定の地点に河川の氾濫による災害の生ずるおそれがあるとか、災害が生じたとか、あるいは河川管理者がたまたま住民私有の堤防を占有、使用していた等の事実があることから直ちに河川管理者に右地点に堤防を築造する義務又は既存の住民私有の堤防を買い受ける義務があるとはいえない。

者の怠慢であることが明白であるといえるような特別の事情のあることを必要とする。」

(大坂高判昭和五八年六月二〇日訟務月報三〇巻一号一頁)

河川管理者以外の者が設置した類似の施設については、当該施設を河川管理施設とすることについて河川管理者が権原に基づき当該施設を管理する者の同意を得たものに限られ、これを「河川管理施設」と称することができるが(河川法第三條第二項)、実態的には次の判例に現われるような私有の施設は、依然として多数存在する。将来これを河川の公共的管理の体系にどう位置付けるか、またその反面、「同意」の制度が統一的な河川の管理に支障がないかどうかについては、まだ判例の発展はない。

「河川の利用を増進するものであっても、その目的が特定の受益者の利益のためにのみ利用されるもの、または河川の流水によって生ずる被害を除却・軽減するものであっても、特定の農地等の保全のみを目的とするものは、「河川管理施設」には該当しない。」

(浦和地判昭和五四年六月八日判時九五二号九四頁)

(四) 普通河川

い。……河川管理者にそのような義務があるというためには、前述のような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置す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わが國における河川管理の一般的水準及び社会理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の事情のあることを必要とする。」

(最判昭和五三年三月三〇日民集三二巻二号三九五頁)

この判決理由は、傍論としてではあるが、水害に係る國家賠償訴訟として著名な、六年後の大東水害訴訟最高裁判決を予測させるものであった。大東水害訴訟の高裁判決は昭和五二年二月二〇日に出されているので、この最高裁判決の影響関係はないが、滋賀県の草津川改修工事に関係する次の判決には、明らかにその影響が見られる。

「河川管理者に排水路等の河川管理施設を設置すべき義務があるというためには、その河川の特性、河川全流域の自然的・社会的条件、河川工事の経済性等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置することが必要不可欠であり、これを放置することが河川管理の一般的水準および社会理念に照らして河川管理

「河川は公共用物であつて」という現行河川法第二條第一項の宣言は、河川法の適用又は準用の有無を問わず、およそ社会理念上の河川と称せられるべきものに連する原則であるというのが、一般になされている行政解釈である。それにもかかわらず、河川法の適用又は準用のない河川(ないしは河川の区間)は「普通河川」と呼ばれ、それが建設所管の國有財産であるときは、海浜・里道等と併せて「法定外公共物」という名称で一括され、財産的な管理のみがなされている。その中で、地域住民の利害に関係するところが大きい場合には、地方自治法第二條第三項第二号に掲げる「河川等を管理し、又はこれらを使用する権利を規制すること」の一環として、普通河川管理条例を制定し、運用する事例が見られる。

次の事案は、数少ない判例の中で、地方公共団体の管理権についての判断を示したものである。

「大字において設置した用水路は、大字の營造物として村長の管理に属する。」

(大判大正五年七月五日民録二二輯一三四五頁)

「普通河川については、地域住民の福祉に直接深い関係が存するため、地方自治法二條三項は、地方公共団体にその

画期的な判断であり、法令違背問題に関する重要なリーディング・ケースとして、その後の判決に繰り返し引用されている（しかし、この理論により補償請求を実際に認められた最高裁判決はない）。

次の判例は、河川法第二十七条の「河川区域内の土地において土地の掘削、盛土若しくは切土その他土地の形状を変更する行為」には、同法第二十五条で許可の対象から除かれている「堤外民有地の土石採取」も該当することを、裁判上確認している。砂利窃盗事案以来の「行政上の取締」の必要、すなわち治水への悪影響等の河川管理上の支障を無くすことは、この一般的な許可制度に共通項が見出される。

「公有地であると私有地であることを問わず、河川区域内の土地において土地の掘さくをすることは、たとえ河川管理者の許可を要しない土石の採取のためにする場合でも、同法第二十七条にいう土地の掘さくに当る。」

（東京判昭和四五年六月一日刑裁月報二巻六号六二五頁）

さらに問題は、川原の転石の不法採取対策へと展開した。特に四国地方の石は、値打ちの高いもので、夜陰に乗じあられるは白昼堂々持ち去られることが、地域の大問題となった。河川管理その他の支障は、天然護岸の崩壊の危険、河

る。そして、これらの事実によれば、本件川石は流動性のある砂利等とは異なり、河川管理者によるその事実上の支配（占有管理）も充分可能で、現にこれについては、占有保持のための特別の事実上の支配もなされていたものというべく、その支配はもとより刑法上の保護にも値するものである。」

（高知判昭和五〇年一月二日刑裁月報七巻一五八頁）

流動可能な状態の石であっても、それを採取すること自体は、土地の形状変更に該当すること、土石が国有に帰属したものであることなど、河川法・河川管理行政における土石の位置付けに関しては、次のような判例もある。

判例水法の形成とその理念 (一)

「河川区域内の河床上に流動可能な状態で存在する転石、浮石を採取する行為は、河川法第二十七条一項の「その他土地の形状を変更する行為」に当る。」

（大阪高判昭和五三年八月五日刑裁月報一〇巻六十八合併号一〇八二頁）

「河川敷が新河川法施行法四條によって國に帰属するに至つたときは、当該河川敷にある土石も國に帰属し、民法にいう無主物とはいえない。」

床変動・流心偏向による悪影響、土砂流阻止機能の低下、取水困難、水質汚濁、自然景観の破壊等々に生じ、要するに盜石が続けば、河川の形状が大きく変わってしまうのである。河川法改正に関する国会請願に対しては、河川法第二十七条違反に積極的な罰則適用の検討が約された。それとは別に、前述のように、かつて窃盗罪が成立しないとされた砂利とは異なり容易に移動するものではないから、財産の占有保持の実を挙げるといふ行政側の努力が払われた結果、川石については刑法上の保護に値するという次の判決が初めて出現した。

「被告人らが無許可で採取した本件川石は、その一個あたりの重量も小は約一トンから大は約五トンにも及ぶものであつて、通常の自然状態のもとでは、容易に変改移動することのない性状のものであること、また本件川石については、周辺と同様川石とともに、いわゆる盜石を防止する一手段として、それが県知事の管理下にあることを公示する目的のもとに、所轄の土木事務所により、赤ペンキで一目瞭然に一連の番号が付されていたこと、更に右土木事務所は、本件河川を含む管内管理河川における盜石等防止のため、非常勤ながら巡視員四名をも雇入れ、平生より該河川の見まわり監視にあたらせていたこと等の事実が認められ

（大津地判昭和五四年一月二八日行裁集三〇巻二二号一九五二頁）

五 河川に関する工事

今からちょうど百年前に、近代的な河川制度（旧河川法）が策定したとはいえ、利水のみならず治水をめぐる地域の紛争は絶え間なく、裁判所はともかくも何らかの解決を図らなければならなかった。次の事案は、「日本の河川はまるで滝のようだ」とオランダ人技術者テレーケをして慨嘆せしめた激流河川の西岸の争いである（滝の意味は、華嚴の滝のような「フォール」ではなく、龍頭の滝のような「カスケード」であつたに違いないとしても）。

「本件余川の如き水路に堤防を築き流水を支える工事にあつては、水勢激昂し対岸に危害を及ぼすべきは理の当然であるから、ほしいままにかかる工事を施した者があるときは、対岸の者において、その取除を請求することができる。」

（大判明治一九年五月六日民裁二輯五巻一一頁）

ようやく行政側にも自信が出てきて、積極的に大小の河川改修工事を逐次進める必要があつたが、左右二つの判例

にも見られるように、行政側の施策を支持する行政裁判所の論理は、前掲の大審院判決とは対照的な立場を取っている。具体的には、前者は危険の明白・切迫性を強調し、後者は将来の危険を争点としたこと、前者は民事上の争い、後者は知事の行政処分を争うものであること等の差異はあるが、後者が地方公共団体間の紛争にまで発展していること、しかしながら現況河川の改善を図る必要を認めなければならないことから、ひとつの時代の方向性が見られる。

「知事が堤防の上置（かき上げ）工事を認可したために、たとえ将来対岸の村に浸水を増加し損害を生ずることがあるとしても、これを違法とすべきものではないから、対岸の村の権利を侵害したものであるということとはできない。また、公有河川である水流には、民法二二四条（自然流水の受忍義務）、二二九条（水流変更権）は適用すべきものではないから、これに違背するということもできない。」

（行判明治三五年二月三日行録五七巻一〇〇頁）

次の判例も知事の処分を争った行政事件であるが、規則（河川法を実施するために知事に機関委任されたもの）に明記されていない工事であるけれども、工作物の除去又は許可の取消を命じ得る以上、許可工作物自体は存置させながら、

を取敢たせる権利のあることは従前よりの慣習法であるという趣旨のことを述べているのは、前掲の明治二九年判例や、明治前半の社会的混乱期の紛争例が念頭ににあるものと思われる。

「水利に影響を生ずべき工事をなしたため、その上流下流に地所又は家屋を所有する者が洪水の際水害を被る虞れがあり、また耕地の所有者が旱魃の際旱害を受ける虞れがあり、また賃借人若しくは使用賃借の借主が生命財産に危害を受ける虞れがあるときは、これらの者が工事をなした者に対しその工事を取敢たせる権利のあることは、従前より慣習法として認められてきたところであるが、本件のように官有の堀に久しく排水をしてきたことをもって、排水者がその堀に対し所有権の一部である使用権を取得するということは、慣習法が認めなかったばかりでなく、民法上もこれを認める規定がない。」

（大判明治三十七年三月四日民録一〇輯三五頁）

大審院がこれほど慣習法の発見にこだわっているのは、明治一〇年代に全国民事慣例調査を大々的に行ったにもかかわらず、民法典には外国法制の直訳的継受が多く、従って法的現実との間に矛盾・不調和を感じることもままあつ

除去命令等よりも軽い処分ならば自由裁量的に命じ得るといのである。これは、現代の流行語ともなっている「ミタイゲーション（影響緩和措置）」に相当するものであるが、実は現行河川法第四四條には、ダムを設置する者に対し、河川の従前の機能を維持するために必要な施設等の措置を、河川管理者が指示するという規定がある。水車は旧時代の水エネルギー利用であり、水車堰というものは原始的なダムである。「公益保護」ということの現代的発現が、「河川の従前機能の維持」あるいは「ミタイゲーション」である。

「長野県令河川取締規則において、知事が公益上必要と認めるときは工作物の取払若しくは既に与えた許可の取消を命じ得ることを規定している以上は、公益を害する程度が甚だしくなく、これを命ずるに至らないものと認める場合において、水車堰を設けている水車営業者に対し、公益保護のためその取払若しくは許可の取消より軽い河川の浸漬を命じ得ることは当然である。」

（行判明治三六年四月一日行録一四輯二六一頁）

このように行政サイドへ理解のある行政裁判所の態度に比較して、民事裁判における大審院の立場は変わらない。次の判例で、水害・旱害・危害を与えるおそれのある工事

で、「異ナリタル慣習アルトキハ其慣習ニ従フ」（第二九條第三項）というような規定が、僅かにそのはげ口であったのではないと思われる。この中で「所有権の一部である使用権」というのは不可解であるが、おそらく民法第二〇六条（所有権の内巻）の「所有物ノ使用ヲ為ス権利」を主客転倒して読んだのか、あるいは物権的性質を有する権利をこのように観念したのか定かでない。

次の判例も、同様に慣習法の存在を理由として、不法行為法上の損害賠償請求のほか、工事の除去を請求することができるとしているが、むしろ判例の慎重な自体を慣習法なりと称しているような感は否めない。

「河川の沿岸一方の堤防に接続する土地の所有者が、その堤防に不法の工事をしたために、対岸の堤防に接続する他人の田地に水害を及ぼし又は及ぼす虞れがあるときは、被害者は不法行為に関する一般の法則に従い加害者に対し損害賠償を請求することができる外、その水害の排除又は予防に必要な処分、殊に水害の原因である工事の除去を請求しうることは、従来一般の慣習法として是認せられてきたところである。」

（大判明治四二年五月一〇日民録一五輯四六三頁）

その一方で、行政裁判所は、次の判例に示すように、現状改善のための河川に関する工事の実施を進める必要から、地方行政の行政処分の適法性・妥当性を積極的に擁護する姿勢を一貫させている。

「知事が新設水車の堰止工事を許可した場合に、通常時にはその上流の既設水車の運転に影響を与えずその営業を妨害しないと認められるときは、非常増水の際に運転が遅延するとしても、その事実は右許可の取消理由にならない。」
(行判明治四〇年一〇月一八日行録一八輯七四二頁)

「所有地保護のため直接必要であつて水利その他の点について支障のない場合に、知事が堤防の新設を許可したのは違法ではない。」
(行判明治四〇年二月二四日行録一八輯二四四頁)

ここにも私有堤防の新設工事ということが、行政許可という形で現われる。現代では、公共河川について私人が私有堤防を新たに作るなどということは想像もできないが、当時までは歴然とした社会慣習であつたものと思われる。次の行政裁判所判例も、築堤工事に関するものであるが、これに反対する利害関係者の指摘する許可違反の申し立て

き決潰の機会を促進せしめたに過ぎないとしても、その行為と堤防決潰との間に因果関係なしということではできないから、全部の賠償をなすことを要する。」
(東控判大正六年五月一五日新聞一二七二二頁八頁)

次の判例は、河川法上の許可がすべてを免責するものではなく、第三者に対する権利侵害は、自ら解決しなければならないという、当然のことを言つたまでであるが、この事例は、その四〇年後の判例にも現われるように、繰り返して発生する既存の権利・利益と新規開発の権利との相克の場面である。

「河川法による工作物設置の許可があるからといって、第三者の権利の侵害を是認したものではない。」
(広島縣知事大正二年六月三日新聞二〇二七頁)

「河川法による水利使用の許可及びこれに基づく工事実施の認可の処分は、工事施行者に第三者の権利を排除して工作物を設置する権利を付与するものではないから、工作物を設置しようとする目的地上に第三者の権利が存するときは、工事施行者は自ら当該権利を取得し又は収用その他により権利の調整を図り、その侵害を生じないように措置を講

を斥けて、全体の工事を守らうとしている。

「築堤工事の一部が許可に反するからといって、その全部を違法ということはできず、これを理由に工事の取払を請求することはできない。」
(行判大正六年三月二六日行録一八輯二七頁)

次の判例は、下級審に現われたものであるが、洪水時に、堤防はいずれ切れるだろうから、緊急避難であると理由づけをして堤防に手を加えたという、陰惨な事件である。判決にいう洪水自体に対する緊急避難とはどのようなものが、想像を絶することであるが、堤防を切ることが危難を避ける唯一の手段であつたかどうかも考え併せることができる。昔語りによく聞かれる逸話であるが、判例としてはこのように記録されている。

「被訴人の溢水の行為は、公利を増進し公害を除却軽減するために設置維持される堤防を掘鑿したもので、急迫の危難を生ずる原因たる洪水自体に対して行つたものではない故に、民法第七二〇条第二項(緊急避難)は本件の場合に適用すべき限りではない。堤防掘鑿の行為が、自然に放置しても決潰すべき堤防につ

じた上、初めて施行できる。」
(広島地院昭和三年三月二〇日行裁集二巻三三六六頁)

「河川法による流水の占有許可及びこれに基づく工作物(水路)の新築認可の処分は、当該工作物設置の計画予定地域に第三者の所有権・鉱業権等の権利が存在したとしても、何ら違法となるものではない。」
(広島高院昭和十七年一月三日行裁集三巻一七九頁)

以上三件は、いずれも広島裁判所に係属したものである。この後にも、河川に関する工事をめぐる争訟は多数発生しているが、歴史的に見て判例理念の形成による実定法の補充と明確化は、高度経済成長期に入るこの辺で一段落している。それ以後は、環境保護問題・国家賠償問題等に、訴訟物が大きくシフトして行つたようである。それと併せて、権利意識の細分化・日常生活化に伴い、原告資格性・訴えの利益等の手続法上の問題が多く論ぜられるようになって来ている。

六 河川管理の瑕疵

戦前の指導的行政法学者であつた美濃部博士は、「行政

行為に対しては、たとえそれが違法に他人の権利を毀損するものであっても、被害者は唯行政訴訟によってその取消を求めることができるだけであるが、河川の工事その他の事実上の作用については、司法裁判所はそれらの事実上の作用が違法であるや否やを審査する権能あるもので、もし公水の管理作用としてなされた事実上の作用が、違法に他人の権利を侵害するものであれば、被害者は民事訴訟をもって、公水の管理者（もし管理者と費用負担者が異なっておれば、費用負担者）に対し損害賠償の請求をなすことが出来なければならない」と述べている。

戦後には、行政裁判所が廃止されて、行政事件も通常裁判所が管轄するところとなったが、それと同時に、国家賠償法（昭和三年法律第二二五号）が制定され、公権力の行使に当る公務員の不法行為による賠償責任と併せて、公の營造物の設置管理の瑕疵による賠償責任が明記された。後者の賠償責任は、民法第七一七条の工作物責任と同様に、故意又は過失を要しない無過失責任とされるが、損害があれば常に賠償責任ありとする「結果責任」ではなく、その間に「瑕疵の存在」を要件としている。

比較的初期には、台風時における住民の被害が不可抗力によるものか、あるいはダムという營造物の操作の誤りに起因するものかが争われた「柳瀬ダム水害訴訟」の判例が

ある。

「本堰堤設置以前にも台風による洪水のあったことが窺われるところ、右堰堤は洪水調節を目的として、時に遭遇する強雨出水を予想し考慮して可及的に水管を防止する計画の下に人為的堰堤として設置築造され、工事施工には長期間を以て最善を尽したものであって、その目的規模、投光器、警報機その他の機械施設からするも本堰堤の設置自体に通常有すべき性状を欠くとはいえないし、またその堰堤操作状況及び人員、勤務状況を以てしても、本堰堤の管理方法に瑕疵があったとも到底認めることができない。」

（松山地裁西条支判昭和二年二月二日訟務月報三卷二号三一頁）

この事案では、築造施設の「通常有すべき性状」と施設操作上の「相當の注意」を認定しているが、次の「伊勢灣台風高潮水害訴訟」の判例は、「通常備えるべき安全性」という營造物管理瑕疵に関する基本的概念を掲げ、その場合にいう「通常」とは「予見可能性の範囲」と考えるべきことを明確にして、その後の司法判断のみならず、行政面においても、指導的役割を果たしたものである。

「堤防の設置または管理に瑕疵があるとは、堤防の築造およびその後の維持、修繕、保管作用に不完全な点があつて、堤防が通常備えるべき安全性を欠いている状態にあることを意味する。……国または公共団体が堤防を設置してこれを管理する目的は、堤防によって国土を保全し住民の生命財産等を保護するにあるのであるから、堤防は右目的を達成するに足るだけの安全性を保有する構造を持たなければならない、したがつて通常発生することが予想される高潮等の襲来に対してはこれに堪え得るものでなければならない。……原告は堤防が決壊したこと自体に瑕疵があるといわなければならないと主張するが、国家賠償法第二条、民法第七一七条の規定がかかる意味をもつとは認めがたく、堤防築造当時予見されなかつた高潮等により決壊することがあつてもそれは不可抗力による災害と認めざるを得ず、堤防の設置または管理に瑕疵があつたということではできない。」（名古屋地判昭和十七年一月二日下民集二三卷一〇号六一頁）

その後、著名な「高知国遺差石事件」の最高裁判決（昭和四五年八月二日民集四卷九号二六八頁）により、「通常備えるべき安全性」の判例概念が定着したこともあり、水害訴訟が頻発する状況が見られた。次の判例は、技術的知識を一手に有している被告側に安全性の舉証責任を転換

し、その立証がない以上、「一応の推定の理論」により、損害発生の際賠償責任を肯定したものである。

「河川法第三二条は堤防その他河川の施設の構造の基準について、水位、流量、地形、地質その他の河川の状況および自重水圧その他の予想される荷重を考慮し安全なものにならなければならない旨規定していることを合せ考えると、被告において、本件護岸が右基準に従い、過去の経験その他から合理的に予測される洪水等の災害に耐えうるだけの安全性を備えたものであることを主張立証しない限り、護岸の築造およびその後の維持保存に瑕疵が存在したと推認するのを相当とする。」

（広島地判昭和四八年二月二日判時七一〇号八八頁）

道路の管理瑕疵をめぐる訴訟は、国・公共団体の敗訴に終わることが多いが、河川については、本来的に自然公物であること、その安全確保義務は道路とは基本的に異なり、過渡的なものであることを説示したのは、次の「加治川水害訴訟」の判決である。

「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

行ってその安全性を高めてゆくべき政治的義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まわめて対照的であって、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な安全確保義務を課するのは早計であり、相当でないというべきである。

道路の場合には、道路の降止、一時閉鎖等が可能であるからこれによって事故を皆無にすることが可能であるが河川にはこのような方法は存しない。従って河川においては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、これには膨大な費用と時間と人員とが必要であり、到底一朝一夕では達成不可能である。

過渡的安全対策として、かなりの人手、費用、時間を要する措置を期待するのは一般的に無理であり、小規模ないし局所的な措置で相当な範囲の後背地の安全にかなりの効果をあげ得ると認められるときにはじめて過渡的安全対策としてこのような措置を望みうると考えられる。」

〔新潟地判昭和五〇年七月二日訟務月報二巻八号一五七七頁〕

その結果、「過渡的安全対策に関する遵法を認めうる余地はかなり狭いと考えられるが、なお例外的にしる遵法を認める場合もある」として、二年連続の破堤被害のうち、前年洪水後破堤箇所所築造した新堤防に護岸工事を施さな

かったことに起因する部分について、損害賠償責任を認めた。

営造物の設置管理に係る瑕疵の認定については、道路の事案であるが、次のような最高裁判決により、さらに判例理念の発展が見られた。このリーディング・ケースは、昭和四〇年代以降、都市郊外の宅地化等に伴い頻発した幼児の河川・水路への転落事故をめぐる多数の国家賠償訴訟の指導理念となった。

「営造物の設置管理に瑕疵があったとみられるかどうかは、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ものである。営造物につき右の観点からして本来それが負有すべき安全性に欠けるところがなく、事故が、通常の用法に即しない行動の結果生じたものである場合には、その設置管理に瑕疵はない。」

〔裁判昭和五三年七月四日民集三巻五号八〇九頁〕

その一方で、自然公物については、国家賠償法にいう営造物とはどの範囲か、また、公物管理権が現に及んでいないものについて疑問が提起された次のような事例がある。

「国家賠償法二条にいう公の営造物とは、行政主体により特定の目的に供用される建設物又は物的設備をいうものと解されているところ、国としては、びわ湖（注：一級河川として河川法が適用されている）の真野水泳場といわれる付近一帯をそれが自然に存在するままの状態一般公衆の自由な使用に供してきたものにすぎず、現在までに同所に何らの建設物も物的設備も設置、管理してきたことはないのだから、真野水泳場は国家賠償法二条にいうところの公の営造物ではないといわなければならない。」

〔大津地判昭和五五年八月六日訟務月報二巻二二号二〇九頁〕

「事故発生現場付近の荒川においては、河川法二八条に基づき舟の通行に関する規制はされていない。モーターボートの走行は、その具体的な態様に照らすと公物の自由使用の範ちゅうを超えるものではなく、それを取り締まり、安全、円滑な舟の通航を確保することは、まさに公物警察権の作用であって、未だ河川管理権の対象となるような河川の排他的、独占的な占有が行われていたとは到底認めがたい……以上、公の営造物の設置又は管理に瑕疵があったために損害が生じたということではできない。」

〔東地判昭和五七年三月二十九日訟務月報二巻八号一五一四頁〕

その反面、行政主体が手を加えた以上、事実上の管理をしているにすぎない国又は公共団体も国家賠償法二条にいう管理者に含まれるものとし、普通河川である溝渠への幼児の転落事故について損害賠償責任を認めた前出（本文17頁）の判例がある。

河川管理の瑕疵をめぐる国家賠償訴訟の中で最も著名なものは、次の「大東水害訴訟」に係る最高裁判決である。以下は長文にわたる引用であるが、自然公物論・通常備えるべき安全性・財政制約論・過渡的安全性・管理の一般的水準等の論点の集大成であり、学界においても、確立した判例法として定着したものとみなされているものである。

「河川は、本来自然発生的な公共用物であって、管理者による公用開始のための特別の行為を要することなく自然の状態において公共の用に供される物であるから、通常は当初から人工的に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道路その他の営造物とは性質を異にし、もともと洪水等の自然的原因による災害をもたらす危険性を内包しているものである。したがって、河川の管理は、道路の管理等とは異なり、本来的にかかる災害発生の危険性をはらむ河川を対象として開始されるのが通常であって、河川の通常備えるべき安全性の

確保は、管理開始後において、予想される洪水等による災害に対処すべく、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つて達成されていくことが当初から予定されているものといふことができる。

この治水事業を全国に多数存在する未改修河川及び改修の不十分な河川について実施するには莫大な費用を必要とし、結局、議会が決定する予算のもとで、各河川につき過去の水害の発生状況その他諸般の事情を総合勘案し、それぞれの河川についての改修等の必要性・緊急性を比較しつゝ、そ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い。また、その実施にあつては、当該河川について段階的に、原則として下流から上流に向けて行うことを要するなどの技術的な制約もあり、更に、流域の開発等による雨水の流出機構の変化その他の社会的制約を伴うことも看過することはできない。しかも、河川の管理においては、道路の管理における危険な区間の一時閉鎖等のような簡易臨時的な危険回避の手段を採ることもできないのである。河川の管理には、以上のような諸制約が内在するため、すべての河川について通常予測し、かつ、回避しうるあらゆる水害を未然に防止するに足る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、右諸制約のもとで一般的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得ない。

我が国における治水事業の進展等により前示のような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である。

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については、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当該河川の未改修部分につき水害発生危険性が特に顕著となり、当初の計画の時期を繰り上げ、又は工事の順序を変更するなどして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まだ行われていないとの一事をもつて河川管理に瑕疵があるとするとはできない。」

(最判昭和五九年一月二六日民集三八卷二五三頁)

最後に、これも著名な「多摩川水害訴訟」について最高裁が原判決を破棄差戻した判決理由の要点であるが、基本的には大東水害訴訟の考え方を維持しつゝ、一応改修整備済みとされた河川において発生した破壊災害について、その後の危険の発生が予測できたものかどうか、そのための対策を講じなかったことが河川管理の瑕疵に該当するかどうか指摘され、また、水害発生重大な原因であった利水のための許可工作物(衝河堰堤)に係る河川管理者としての責任が問われた事例である。差戻し後の控訴審判決において、この判断基準に基づき、河川管理者の敗訴が確定している。

「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る安全性を備えるべきものである。……水害発生当時においてその発生の危険を通常予測することができた

としても、右危険が改修、整備がされた段階においては予測することができなかつたものであつて、当該改修、整備の後に生じた河川及び流域の変化、河川工学の知見の拡大又は防災技術の向上等によつてその予測が可能となつたものである場合、右危険を除去し、又は減殺するための措置を講ずることについては、前記判断基準の示す河川管理に關する諸制約が存在し、右措置を講ずるためには相応の期間を必要とするのであるから、右判断基準が示している諸事情及び諸制約を当該事案に即して考慮した上、右危険の予測が可能となつた時点から当該水害発生時まで、予測し得た危険に対する対策を講じなかったことが河川管理の瑕疵に該当するかどうかを判断すべきものである。……許可工作物の存在する河川部分における河川管理の瑕疵の有無は、当該河川部分の全体について、前記判断基準の示す安全性を備えていると認められるかどうかによつて判断すべきものである。……河道内に河川管理施設意外の許可工作物が存在する場合においては、河川管理者としては、当該工作物そのものの管理権を有しないとしても、右工作物が存在することを所与の条件として、当該工作物に關する監督処分権の行使又は自己の管理する河川施設の改修、整備により、河川の安全性を確保する責務がある。」

(最判平成二年二月二三日民集四四卷九号一八六頁)

以上のように河川管理の本質から、河川をめぐる民事・刑事の関係、さらに行政運営上の瑕疵の問題に係る判例を、通観してみると、生きた法の意味を明確にし、当事者のみならず国民一般を納得させるに足る判例は、一日にして成るものではなく、具体的事案に即して法の理念を逐次解明することにより形成されるものである。

次の編では、同様に近代河川制度が成立した百年前からの水利権に関する判例の検討を行うこととする。

《参考文献》

- 美濃部達吉「判例に見はれたる水法(上)」『法律時報』三卷七号、一九三二年
- 川島武宣『注釈民法(7)』有斐閣、一九六八年
- 金沢貞雄・三本木健治『水法論』共立出版、一九七九年
- 塩野宏「法定外公共用物とその管理権」『ジュリリスト増刊行政法の争点』
- 小嶋純子「高知市普通河川等管理条例」『ジュリリスト増刊新条例百選』
- 水辺秀郎「公共用物の時効取得」『別冊ジュリリスト民法判例百選』
- 広岡隆「公共用財産と取得時効」『別冊ジュリリスト行政判例百選』

竹内重年「補償の要否と直接憲法に基づく補償請求」『別冊ジュリリスト憲法判例百選』

内野正幸「河川附近地制限令と直接憲法に基づく損失補償の可否」『別冊ジュリリスト街づくり・国づくり判例百選』

古崎慶長「河川管理の瑕疵」『別冊ジュリリスト行政判例百選』

建設省河川局水政課「軽石淤掘の事態と課題」『河川』三二六号、一九七三年

三本木健治「比較水法論集」水利科学研究所、一九八三年

同「河川の管理」有斐閣『現代行政法大系9』所収、一九八四年

同「旧河川法をめぐる比較法的考察」『季刊河川レジャー』九一号、一九九五年

第二編 水利権

