

令和3年（ワ）第378号 損害賠償請求事件（第1事件）外

原告 〇〇〇 外

被告 S社 外

準備書面（13）

令和7年5月2日

原告太田滋ら訴訟代理人弁護士

池田直樹

同

吉田理人

同

小島寛司

同

辻岡信也

同

杉田峻介

同

渡部貴志

同

中江友紀

訴訟複代理人弁護士

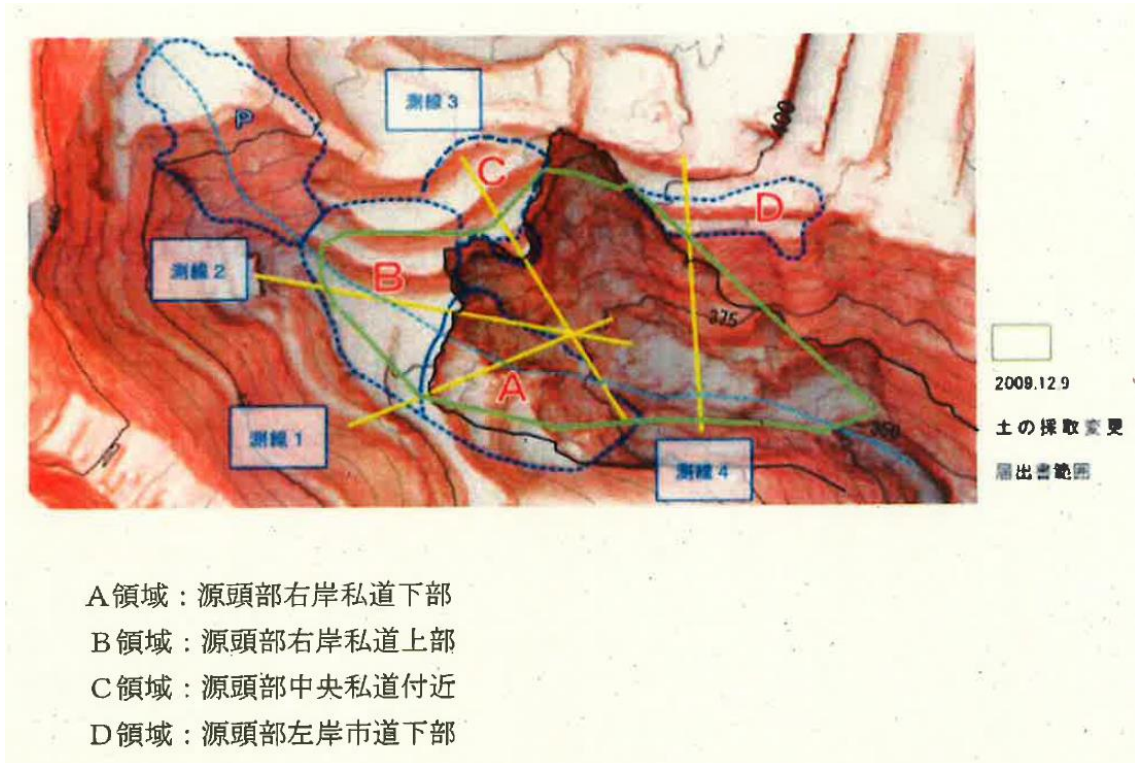
永田 駿

第1 県の措置命令の事実認定と県の責任論について

1 令和4年8月1日付措置命令（本件措置命令）における事実認定

本件措置命令（甲イC56号証）において被告静岡県は、赤井谷1076-3と1076-8において被告S社が行った盛土に係る土石流発生後に残った不安定土砂（同10頁の別図のABCDの各領域に残存する土砂）の期限内での撤去を命令している。

措置命令別図



この措置命令において被告県は、①被告 S 社が逢初川源頭部付近で盛土行為を行い、平成 19 年 3 月 9 日付で熱海市に対して土採取条例に基づく届出を行ったこと、②その後、平成 21 年 12 月 9 日付、平成 22 年 3 月 22 日付で土採取等変更届出書を提出しているが、届出の範囲と実際の行為の範囲が異なり、届出どおりの施行がされていない等の指導を熱海市から受けてきたこと、③その結果、令和 3 年 7 月 3 日の土石流災害が発生し、現地では不安定土砂の崩落の危険性があること、④盛土の放置は危険を生じさせる土砂搬入等の作為と同視できること、⑤被告 S 社の盛土行為は、変更届出書の標高 380m を超える部分にまで盛土がされており、届け出た内容の範囲で行われていないのは明らかであり、かつ届出工期をいずれも経過しているため、土採取条例の許可等を得ずに行っている盛土行為であることを事実認定している。

そして別紙をみると、土採取条例に関する緑色の届出書範囲に一部含まれつつもそれを超える範囲に及ぶ領域として、赤井谷１０７６－３内のＡＢＣ領域と、主に１０７６－８に含まれると思われる１０７６－８のＤ領域（一部１０７６－３も入る可能性がある）が土砂の撤去の範囲として特定されている。

この事実認定に対する被告Ｓ社（以下の概略的引用では「弁明者」）の弁明は、①弁明者が、平成２２年頃までに行った盛土行為について、１０年以上にわたって、熱海市と協議しながら宅地開発行為を進めており、強権的な行政指導を受けることもなかったにもかかわらず、令和４年７月１日施行の盛土条例を根拠に不利益処分である本件措置命令を発出し、公表することは、盛土条例の遡及適用によって弁明者を規制し、その財産権を不当に侵害しようとするものであって、憲法第２９条１項及び第３９条に違反し、許されない、②仮に遡及適用されとした場合であっても、ＡＢＣＤ各領域に残存する盛土行為を弁明者は行っておらず、本件土地の周辺では、被告麦島又はその関係者により造成工事が継続的に行われており、これに伴う残土が、本件土地に大量に搬入された可能性が極めて高いし、平成２３年４月２８日以降の時点で「誰が、どの範囲の盛土をしているのか特定できなかった」ことを被告県東部農林事務所担当者が述べている（逢初川土石流災害に係る行政対応検証委員会報告書４９頁参照）、③盛土条例第９条（注：無許可盛土に対する２７条２項の措置命令の発動根拠）は、盛土行為の「完了」または「廃止」後には適用されないことを静岡県も当然の前提としているところ、弁明者は被告Ｍに本件土地を売却し、防災措置等工事を実施した上、これが完了したことを平成２３年８月３０日、熱海市に報告しており、遅くともこの時点をもって弁明者の盛土等が実質的に「完了」と認定すべきであるから、弁明者が「盛土等を行おうとする者」（条例第９条）に該当する余地はない、の３点である。

これに対して、被告県は、「弁明に対する見解」において、①届出書の計画に反する土砂の埋立を行政指導に反して継続しており、施行日以後に現に存在する盛土行為を対象にしているのであるから、条例の遡及適用にはあたらない、②(a) ＡＢＣ

D領域の盛土は2009年から2012年にかけて行われたが、2011年8月までは被告S社は積極的に土地改変に関わっており、盛土行為は、2011年2月まで土地所有者であった被告S社が行ったと判断するのが合理的であること、②(b)D領域については2011年（平成23年）11月13日の写真などからD領域から土砂を計画区域に盛りこぼしており、当時D領域の土地所有者であった被告S社が同領域の土砂を埋め立てたと判断するのが合理的であること、②(c)現場写真によれば2010年（平成22年）6月30日までには現場の基本的形状が形成されており、その後の大きな形状変化はなく、第三者が大量に土砂を搬入した可能性は極めて低いこと、③熱海市の要請にもかかわらず弁明者が完了届を提出していないことは、弁明者が盛土行為を完了又は廃止する意思を有していなかった、あるいは完了又は廃止の状態ではないという認識を持っていたことを推認させ、また再三の指導にもかかわらず、これを無視し危険な状態を放置しており、これは盛土行為を継続しているといえ、完了または廃止したものと評価することはできない、などとして弁明者・被告S社の弁明を退けている。

2 森林法の1ha要件との関係性

（1）客観的な形質変更の面積について

本件措置命令はあくまで土採取条例に基づくものであるため、森林区域における形質変更について森林法の開発許可が必要となる1ha要件を満たす必要はない。そのこともあってか、源頭部における被告S社が形質変更（盛土をした範囲を含むがそれ以外の変更を含む）をした範囲の面積に係る記述はない。上記ABCDの各領域についても、地図上で特定はしているものの、その概略面積は記載されていない。

2019年12月9日付の被告S社による土の採取等変更届出書（己31）の平面図の面積（盛土部分以外の沈砂池、土堰堤等を含む埋立地全体）は9695.89556㎡であり、もともと1haぎりぎりの計画であった。すなわち計画図面の

領域からわずか300㎡（25m×12mのプール1つ分）にわたって追加の形質変更が行われれば1haを超える状態であった。

しかも当時、すでに赤井谷1076-3には、届出期間を経過していたにもかかわらず、無届で相当量の土砂がすでに計画（当初計画ではロックフィルダムが形成される予定であった）とは全く異なる形状で計画予定地に埋め立てられ、その面積について被告S社は2009年12月2日、赤井谷盛土求積図として12,200㎡という手書きの書面を提出していた（己30・5頁目）。このとおり、変更届が出される2009年12月当時であってもすでに1ha前後の形質変更が行われていたのである。

その後、被告S社は被告Sを現場責任者として2つの土堰堤を作るといった工事に着手したはずであったが、実際には、その間にもさらに土砂を赤井谷に搬入していた。そして上記のとおり、被告県は、上記変更届の半年後の2010年6月30日には、被告S社による盛土の現場の発災時同様の基本的形状がほぼ形成されていたと事実認定している。ここでいう基本的形状とは、変更届出書が予定した計画領域を逸脱したABCD領域を含む赤井谷1076-3と1076-8にわたる一体としての残土処分場化した土砂の投棄・埋立の形状のことである。

それではここでいう2010年6月の「基本的形状」の面積はどうだったのだろうか。

以下のとおり、本件措置命令の事実認定によれば、2010年6月30日には1076-3および1076-8という森林区域において、残土処分場への土砂の埋立工事により、森林区域である1076-3（森林法違反に対する原状回復工事が行われた扱いになっていた）と1076-8において、平面的に合計1haを超える形質変更が行われていたことが推定できるのである。

（2）D領域について

D領域・源頭部左岸私道下部は、新原告弁護団準備書面（2）で主張した、被告S社による変更計画対象地の領域外である「三角地」の部分にあたり、一部は10

76-3、その大部分は1076-8に該当する。D領域については、開発が終了したA工区にそった道路から、赤井谷の埋立計画地に向けて斜面を形成している。本件措置命令時の残っている推定土砂量は500 m³とされ、盛り土厚が薄いとされている。

被告S社は、D領域が含まれる赤井谷1076-8の5065.04 m²について、2007年（平成19年）5月11日付で、土石の堆積（砂防堰堤建設に伴う土砂等を仮置き場として使うため）と称して風致地区内許可申請を行い（己13）、同年6月4日、熱海市から1年間の許可を受けている（己14）。この工事は届出済の埋立工事と一体をなすものであったが、あくまで土石の仮置き場であって土砂の最終的な埋立地とはされていなかった。当初の届出書はもちろん変更届出書においても、D領域ないし1076-8は土砂の埋立範囲の面積には算入されていない。

ところが、現実のD領域の実態は次のとおりであった。

2007年5月31日付静岡県東部農林事務所長名での被告S社に対する通知書において、「自社宅地造成事業により発生した残土を沢に盛りこぼして」おり、降雨による流出の恐れが指摘されている。同通知書添付の写真と図面から、この盛りこぼしの斜面がD領域に合致することがわかる。

2009年6月24日の被告県・東部農林事務所の復命書に添付された図面と写真によればD領域の斜面に土砂が盛りこぼされていることがわかり、その行為者は被告S社とされている。

2009年11月13日の東部農林事務所の復命書および添付された写真によればD領域の斜面に残土が処分され、降雨時に下流域に流出していることが報告されている。

このように、被告県はすでに2009年11月13日までの段階で、D領域において風致地区内申請行為の許可や土採取等の届出計画に反した土砂の堆積行為（斜面への盛りこぼし）が違法に行われていたことを知っていた。すなわち、上記事実は、行為主体、行為の違法性、行為の範囲、行為の性質ないし目的（届出対象の土

砂埋立行為との一体性)のいずれの点からも、本件土石流が生じた後に新たに得た情報ではなく、2009年12月の変更届とそれに続くさらなる森林区域の形質変更行為が行われる以前から被告県が入手していた情報であった。

なお、D領域の面積は不明であるが、仮に「薄い」と報告されている盛り土厚が平均1mだとすると(実際には斜面地ゆえにそこまで無いものと思われるが)、面積は500㎡となる。その結果、変更計画届出部分(その部分全体が2010年6月末には埋立等による形質変更がされていた)とD領域を合算しただけで優に1haを超えることになる。

(3) A、B、C領域について

A領域・源頭部右岸私道下部の大部分は赤井谷内部の変更計画領域内にある。計画変更届出では本来、残土は標高380m付近で平たん化されて、380m以上の部分には土砂は積まれないはずの領域にA領域は位置する。しかし、実際には、変更届を無視して盛土の段が9段まで積み上げられた。その最上部にあたる標高400m付近(甲イC56号証125枚目「熱海市逢初川源頭部の不安定土砂についての措置命令について」の71頁参照))にある既存道路とそれより上部の盛土部分は、2009年12月の変更届の面積には含まれていない。写真からは明確ではないものの、少なくとも現場の盛土の1段分程度の幅は、変更届の平面図および既存道路より上部にはみ出している。

B領域・源頭部右岸私道上部は、変更届出書において盛土の最上部であるはずだった標高380mより上の、計画上は緑地帯であるべき部分等にあたる。実際には計画地内の緑地帯部分にも土砂が積まれたうえに、変更届の計画領域の最上部である標高400mの道路部分(己30の立面図参照)を超えて、その上部に広がる形で土砂が埋め立てられていた。その推定盛土量は10600㎡に及ぶ。

本措置命令添付の平面図が示すB領域は、緑色の計画範囲を一定程度はみ出しているから、この領域でも変更計画の予定面積を数百㎡以上の規模で上回る土砂の投棄が2010年6月当時に行われていたことになる。

C領域・源頭部中央私道付近は、A工区の道路からの進入路に最も近い赤井谷の上部であり、AB領域と異なり、そもそもその大部分が変更届の計画部分外である。落ち残っていた推定土砂量は500 m³とされ、盛り土部分は地山にかろうじて固着する状態とされ、図面上も盛土は薄い層として描かれている。これもまた推定になるが、仮に平均深度が1 mとすれば面積は500 m²となり、C領域の場合、その大部分が変更届の計画地外であることからすれば、C領域と改変されていた変更計画地を合算しただけで1 haを超える蓋然性が高い。

以上のとおり、ABC領域が変更届による土砂埋立計画部分からはみ出した部分を総計した面積と、変更届部分の埋立部分の面積と合わせると、1 haを超えることは明らかといえる。

(4) 埋立の主体について

被告県は、S社の届出地での盛土行為以外は、行為者が特定できない状態にあり、特に「当時は事実の特定が困難」として、甲B8-104, 118-1, 121などをその根拠にあげていた。

ところが、本措置命令において被告県は、被告S社による反論にもかかわらず2010年6月当時の情報を根拠として、前述したとおり、土砂の埋立主体を被告S社であると認定している。

そもそも被告S社は、赤井谷への大量の土砂の埋立を当初から計画しており、実際に、被告熱海市に対して土採取条例の届出および変更届を提出していた。そして当初埋立の届出における現場責任者は被告T社（己4の5頁）、変更届における現場責任者は被告CことSであった（己31の3頁）。また、土地所有者は土砂埋立時一貫して1076-3も1076-8も被告S社であった。

したがって、2009年から2010年6月ころにかけての土砂の埋立の個別の行為者（搬送してきた土砂を積下ろして赤井谷に埋立をした者）が不明だったとしても、現場を仕切っていた被告T社ないし被告Sの指示により行われていたことが十分認定できるのであり、被告T社や被告Sを現場責任者に選任していた被告S社

の承諾のもとで行われていたこともまた認定できる。つまり、埋立行為者の事実認定については、本件措置命令時点と埋立行為時とで被告県が認識し、認識しえた基礎事情に大差はないのである。

実際、被告県が証拠として挙げる甲B8-104号証の4枚目は、周辺土地の開発を行っていた訴外ランディを実態は被告S社と「同列会社」、被告T社を「実際の施工を行っている関連子会社」として、被告S社との一体性を認めている。また、被告Sが称していた「SO」については完全別会社であるが「赤井谷残土処理を下請けしている会社」と認定している。つまり、現場の埋立の仕切りは被告鈴木や被告沼尾ないし被告T社が行っているとしても、それは被告S社の意思に基づく一体としての行為と認定している。

また、同2枚目において被告T社は、被告S社の不払金の債権回収のために埋立を継続したいと被告熱海市に相談している。しかし、そのような埋立行為は、被告T社の債権回収のために被告S社の承諾のもとに行おうとしていたことは明らかである（そうでなければ他人の土地に無断で土砂を捨てるという新たな別個の埋立行為になるが、被告熱海市としても、赤井谷の埋立について被告S社の意思から独立した別個の行為とは受け止めていない）。

甲B8-118-1は2010年10月13日の被告県の廃棄物担当部署の不法投棄の監視の報告書である。同報告書は、個別の残土の排出元の把握が当時困難であった資料にはなっている。しかし、現地のK氏のもとで発行したチケットに基づいて土砂の埋立処理が行われていた。がれきについても「上に（N氏のこらし）報告して、持って行ったことも伝えてある」との記載があるように、被告T社のNが現地を監督する中で残土処分が行われていたことを示している。結局のところ、この書証は、被告S社が指名したN氏のもとで土砂の埋立が行われたことを示す資料であって、現地の埋立の行為主体が被告S社以外の第三者であることを示す資料ではない。

甲B8-121は2010年10月19日の被告沼尾からの聴取に基づく報告

書である。この報告書によれば赤井谷が被告 S 社から放置された状況に次第になってきており、被告 N が撤退を含めて責任逃れをしようとしていることがわかる。しかし、被告県は本措置命令では、主に 2010 年 6 月までの現場の状況を根拠として、被告 S 社による土砂埋立を認定しているから、その 4 か月後に作成された甲 B 8-121 は被告 S 社の責任とは矛盾しない。さらに、N にせよ、C こと被告 S にせよ、いずれも被告 S 社が現場の施工責任者として届け出た者であり、被告 S 社の包括的承諾のもと埋立行為していたものである。

他方、D 領域の土砂投棄は、その発覚当時から被告 S 社によることが認定されていた。

以上のとおり、A～D 領域の埋立の主体を被告 S 社と事実認定することは、2009 年から 2010 年の埋立行為が行われていた当時においても可能であり、かつ被告 S 社の不合理な弁明があったとしても、そのように事実認定すべきであった。

(5) 行為の一体性について

A ないし D 領域における土砂の投棄ないし埋立については、現場の一体性、行為者の一体性、時期の一体性からして一体の行為と判断でき、また判断すべきことは言うまでもなく、実際、本件措置命令も一体性について当然の前提としている。

(6) 図面上での平面面積の計算

新原告弁護団は、ソフトウェアを用いて赤井谷 1076-3 および 1076-8 に変更届後に最終的に積まれた土砂の範囲について、被告県が本件措置命令で特定した A B C D 領域の推定面積とそれが変更届の計画部分からはみ出る部分の推定面積を図面から机上計算した。その結果は、別紙報告書（甲イ C 55）のとおりであり、約 13,000 m²に及んでいる。

被告県は仮に措置命令の業務を請け負ったコンサルタント会社等が関係する領域の面積を計測しているのであればそれを提出されたい。また、仮に新原告団の上記計算が不正確であるとするのであれば、被告県としての求積（概算）を提出されたい。

(7) 1 h a をめぐる当時の認識・議論・告知と現場の状況

本措置命令に関連して、森林区域内での形質変更行為の範囲としての1 h a をめぐり、当事者にどのようなやりとりと認識等があったかについて再度まとめておく。

2007年5月31日、被告S社は赤井谷1076-3の埋立届出地周辺において森林法違反による開発中止命令を受けており、1年2か月にわたり復旧工事を行った(甲B8-12)。したがって、土砂の埋立範囲が1 h a を超えると森林法の適用を受け開発許可が必要となることを被告S社は熟知していた。

また2009年7月21日、被告S社は届出地で再開した土砂の埋立に関して、被告熱海市および被告県との合同会議において、被告県の東部農林事務所から「少なくとも1 h a を超えないことを確認する必要がある」と指示され、被告市からも「1 h a を超えた場合には林地開発許可を受ける必要があり、そのためには、開発行為同様逢初川の改修が必要となる可能性がある。」との説明を受けている。それに反発した被告S社は、「少しずつ(1 h a 未満をいくつも)やっていくしかない。」と述べると、東部農林事務所は「それはダメ」と回答している(甲B8-76)。

このように、2009年7月当時、被告S社、被告Sらは、1 h a を実質的には超えて埋立工事を行う経営上の必要性を抱えており、その意図も表明していた。被告県や被告市もそのことを熟知して、1 h a を超える開発行為(埋立)が行われる危険性が高いことを認識していた。

実際に同年9月ころから大量の土砂が搬入されるようになり、その懸念は現実化した。

2009年11月4日の熱海土木事務所(県)、東部農林事務所(県)、熱海市の合同会議では、土砂の埋立面積が1 h a を超えているかが議題に上っているが、出席した東部農林事務所の治山課長については、議事録上は特に発言記録がない(甲B8-77)。同会議を受けて、東部農林事務所の治山課長は、森林法の適用を前提に、被告S社に対して実効性のある復旧指導の方法について再検討する必要があると報告している(甲B8-78)。

2009年11月12日付の県土地対策室の報告書では「現状では同面積が1haを超えているようにも見受けられる。」としたうえで、「土採取等条例の規制が弱い
ため、河川法または森林法による対応が効果的であると思われる。」「下流域に与える影響が深刻であり、また事業者の資力信用も不十分であることから、最終的には行政代執行により安全上の措置がとられることも考えられる」と記載されている（甲B8-81）。

2009年11月13日には、被告市まちづくり課・産業振興課・建設課および被告県東部農林事務所の同席のもと、被告S社のいわば現場責任者として被告S（土砂搬入業者SO）と土砂流出対策について協議している（甲B8-82、同85）。そのうえで変更届、安全対策、土採取行為面積の確定を求めている（甲B8-83）。

2009年11月17日には、被告市建設課、まちづくり課と被告S社のA、N、C（被告S）らとの会合が被告S社事務所にて開かれ、変更届、安全対策、面積の確定の指導が行われた（甲B8-86）。

その後、被告Aが別件で逮捕されたことから、被告N、千葉C（被告S）、（退職した）Oらを中心に現場の安全対策等が行われることになったが（己30）、既に改変された面積の確定については変更届の提出と対策工事によりうやむやになってしまった。

その後、被告N（C）らが土堰堤を構築する工事を延々と遅延させている間に、さらに追加の土砂が搬入され、2010年6月末には、変更届とは似ても似つかぬ9段標高差45mに及ぶ残土処分場が形成された。

（8）赤井谷1076-3におけるその他の形質変更について

赤井谷1076-3の源流部の最上流部でC工区に接した付近に、被告S社が請け負った解体工事等による産廃を廃棄（放置）していたこと（新原告団準備書面（1）⑥の場所）に争いはなく、その面積は熱海市において1076-3の森林区域において約600㎡とされ、被告県にも報告されている（新原告団準備書面（1）125頁）。さらに、本件措置命令のA～D区域は本件土石流の流出後に土砂が不安定化

していた範囲にすぎない。しかし、1076-3の形質変更は、七尾調圧槽付近の土砂の山（新原告団準備書面（1）127頁）付近や、⑥の区域と赤井谷の残土処分場とをつなぐダンプ用の道路（同126頁参照）など、2010年6月末当時に現地を調査すれば容易に知りえた他の領域に及んでいた。

⑥の産廃処分箇所については、残土処分場とは若干離れた場所であるために、被告県は一体性の判断を行っておらず、そのことを裁量の範囲として正当化している。しかし、被告S社という同一主体が、その事業（グループ会社全体での開発ないし解体事業）を通じて、同時期に同じ土地内に、一方は土砂（ただし一部産廃混じり）、他方はガレキなどの建設廃棄物等を投棄し放置しその回復を怠り続けていたのであって、行為主体、行為の意図と態様（遵法意識の欠如と投棄の拡大意図を含む）からすれば、一体性の判断を行うことに何ら支障はなかった。まして七尾調圧槽付近の残土その他A B C D周辺の土地の形質変更の状況を遅くとも2010年6月末当時に調査さえすれば、容易に1haを超えた形質変更を認定することができた。

被告県、特にその森林部局において欠けていたのは森林法による規制の意欲であった。本件は、埋立当時においても、被告S社の森林区域の改変が1haを超えるかどうか微妙であり、訴訟において後に争われる場合に被告県の規制根拠が疑われるおそれがあった、という微妙な事案ではなかった。赤井谷の計画地自体が1haぎりぎりであり、谷の上部や東側の1076-8の斜面地に土砂を捨てるだけで面積超過が容易に認定できる事案であった。上記で述べた残土処分場（計画領域）とA～D区域に含まれていない1076-3のその他周辺部分は、それらを含まなくても形質変更が1haに及ぶという事実認定を容易にするいわばバッファーとしても機能しうる。それにもかかわらず、形質変更面積の現場調査はもちろん机上調査すら行おうとしなかった被告県の消極性は、極めて不合理というべきである。

（9）まとめ

本件措置命令および2009年7月から2010年6月末にかけての被告県および被告市と被告S社との協議等の状況をあわせると、遅くとも被告県および被告

市は、２０１０年６月末ころには、赤井谷１０７６－３および１０７６－８における土採取条例に基づく変更届による土砂埋立による森林区域の形質変更の面積が１ｈａを超えていたことを実質的には認識していたし、被告Ｓ社ないし被告Ｓや被告Ｎらに計測をさせ、あるいは自らが合理的な手法を用いて計測をすることで、１ｈａを超えていたことを確定することができた。まして、２０１０年８月からは被告Ｎないし被告Ｔ社らにより、さらに廃棄物混じりの土砂の搬入が行われたことでその面積は拡大していった。

その後、開発区域が１ｈａを超えていることは、時間が経過すればするほど、より明らかになっていた。⑥の区域やＡ～Ｄ以外の領域（七尾調圧槽付近）も一体性の見地から形質変更に含まればなお一層明白であった。２０１０年１１月１０日の合同会議では、被告県はあくまで現状で１ｈａを超えることを認めていないが、森林法の適用について森林事務所が持ち帰り検討すると言わざるを得ない状況にあった（甲Ｂ８－１３６、１ページ目の手書きメモの３、新原告弁護士準備書面（６）参照）。

そうすると森林区域内における本件土砂埋立行為について、２０１０年７月には森林法の無許可開発事案と把握し、森林法の適用を決断すべきであった。そのうえで、被告市と強調して指導等をしつつ、廃棄物混じりの土砂の投棄が続けられ、安全対策が取られない状況で事態の悪化が進んでいた２０１０年１２月ころには、準備書面（６）で主張したとおり、森林法に基づき、土木専門家による現地調査等を行ったうえで、土砂等の搬入を停止したうえで、適切な安全策を講じることを命じるべきであった。

なお、作為義務発生の時期論については、被告県の反論に応じてさらにその整理を進める用意がある。

第２ 被告県の準備書面へのその他の反論

１ はじめに

被告県の令和6年8月30日付準備書面(4)に対する反論については、その後、新原告団が追加主張として準備書面(6)を提出して作為義務発生時期を追加し、さらに、本準備書面第1において、本件措置命令をもとに当時の被告県の認識ならびに認識可能性について主張しており、それらに対する認否・反論が争点として重要になることが想定されるため、以下の反論は、それらに共通する論点についてのみ行うものとする。

2 権限不行使と当事者の当時の認識論

被告県は、国を代理する訟務検事であった二子石亮・鈴木和孝論文を引用して、国の権限の不行使に関する国家賠償事案においては、深刻な被害発生という結果に引きずられることなく、権限不行使の当時に存在し認識しえた諸事情をもとに不作為の違法性について判断すべきことを強調する。

新原告弁護団としてその点について概ね異論はない。むしろ、本件の特徴は、権限不行使の期間が長期に及び、その間、ほぼ被告市も被告県も責任発生の原因となる諸事情を認識し、容易に認識しえた点にあり、本件は事後に判明した科学的論拠によって回顧的に責任を問おうとしている事案ではない。むしろ上記論文の趣旨は、十分に県や市の責任の根拠となりうるのである。

すなわち、赤井谷という土砂災害の発生の極めて危険性の高い場所における、被告S社や関係者の遵法精神を欠いた違法な土砂の埋立行為とその潜在的危険性を、被告県と市はほぼリアルタイムで認識していた。被告県は森林法の監督処分 of 権限発動の可能性を消極的ではあったが検討対象としていたし、被告市は土採取条例を適用して指導を繰り返しつつ、措置命令の権限発動を検討していた。しかし、結局のところ、生ぬるい行政指導を繰り返すことになり、その間にさらなる土砂の埋立量の増大を招いてしまった。最終的には被告S社に赤井谷の土地を処分されてしまい、新土地所有者被告Mによる抜本的安全対策の協力が得られないまま、月日の経過とともに、組織内での事案の承継を怠り、現場の危険性を忘却していったという、

行うべき規制を怠り最大限の災害を招いてしまった顕著な失敗事案なのである。

行政の認識という点では、本件におけるもう1つの特徴は、行政の調査義務違反が顕著な点にある。被告県は、2007年5月31日における森林法の適用においては目測も含めた開発面積の概算をもって森林法違反事案として監督処分に踏み切ったにもかかわらず、2009年11月以降においては、「形質変更の面積が1haを超えている可能性がある」ことを繰り返し認識しながら、被告S社が計測を怠ってもその追及を行わず、変更届と全く形状が異なる残土処分場の形成がなされても、その開発面積が1haに及んだかどうかについて机上の図面上での測定なども含めて一貫して行わなかった。被告県は、当時、1haについての認識が無かったことを強調するが、災害発生後の措置命令においては1haを優に超える面積での埋立を前提としており、そのこと自体、遅くとも2010年6月末から合理的期間内において、1haを超える残土処分場が形成されたことを把握できたことを示している。

さらに、被告県および被告市において顕著な怠慢は、2010年6月から11月にかけて形成された現場の土砂処分場について、土砂災害の発生の危険性を抽象的には認識していながら（だからこそ両者は協議しつつその後も安全対策を取らせようとしてきた）、土木専門家（ゼネコンやコンサル、土木災害系の学者など）による現場の危険性に関する調査を一度も行わなかったことである。

本来15mを超えて土砂を積んではならない堰堤において、変更計画とは全く異なる45mもの高さの段が築かれ、しかもその土には相当量の廃棄物等が混じっており、かつ、その流出を防止する堅固な堰堤は全く構築されていない現場に、少なくとも数万立米の土砂が埋め立てられていることを知りつつ、そのまま放置すればどのような災害が生じうるか、対策をするとすればどのような対策が必要かについて、具体的な調査を一度も行わなかったのである。それは災害後の措置命令の準備段階において、専門のコンサルを入れて残された土砂の量や形状からその危険性を調査し、命令の基礎としてこととは対照的である。

新原告弁護団準備書面（２）において災害対策基本法２条の２第１号「災害の発生を常に想定するとともに、災害が発生した場合における被害の最小化及びその迅速な回復を図ること」、３号「科学的知見及び過去の災害から得られた教訓を踏まえて絶えず改善を図ること」を引用したが、災害の抽象的危険を認識していた以上は、重大な災害を想定し、過去の災害の教訓（災害は忘れた頃にやってくることもその１つ）と科学的知見に基づいた防災のために、被告県と被告市は現場の調査を行うべきだったのである。

もちろん防災対策は、本来、その危険を作り出した行為者たる被告Ｓ社が第一次的な責任を負うべきであり、また、対策を行うとした危険な工作物の所有者である被告Ｍが行うべきである。しかし、実際に被告Ｓ社（実際に行ったのは被告Ｓ（Ｃ）や被告Ｎないし被告Ｔ社であるが）が被告市の指導に従って行った防災対策は、さらなる土砂の搬入を行う口実的なものであり、大量の土砂を前提とした対策としてはあまりに不完全なものであった。防災対策は、その危険性に応じたものでなければならず、そうだとすれば残土処分場が出来上がってしまった以上は、それに応じたどのような対策が必要かについて、被告県と市が協力して科学的調査を行う必要があったのである。

しかし、現実には被告市の行政指導によって後追いで行われた「対策」工事は、抜本的な安全対策ではなく、漁協を通じて県土木当局から頻繁に寄せられた逢初川の濁水対策であった。すなわち小規模な沈砂池や土堰堤の設置、木柵による排水路の設置等は濁水対策を主眼とするものであり、固化材の使用も見せかけの対策にすぎなかった。２０１１年８月の被告Ｎによる災害対策工事は１ｈａを超える赤井谷の現場において総額３００万円という小規模な工事であり、その実態を写真で見ても設置された水路や沈砂池が短時間のうちに土砂で埋まってしまうことは素人目にも明らかな「対策工事」にすぎなかった（甲イＣ５８、工事写真参照）。

３ 最判平成１３年３月１３日（森林法判決）について

被告県は、森林法１０条の２の林地開発許可処分に関して、周辺住民の生命・身

体の保護については林地開発処分の個別的保護の対象となるが、立木などの財産権は林地開発処分の個別的保護の対象ではないとしてその所有者らの原告適格を否定した上記判例を引いて、原告らの財産権は国家賠償法の保護法益ではないと主張する。

しかし第1に、森林法判決は平成5年4月20日付の林地開発許可に対する取消請求事案であって、平成16年（2004年）行訴法改正以前の判例である。その後、都計法の事業認可処分の取消について、小田急大法廷判決（最大判平成17年12月7日民集59巻10号2645頁）は、改正行訴法9条2項を引いて公害対策基本法および東京都環境影響評価条例を関連する法令と見て、アセス条例の関係地域内で騒音振動被害を受けうる住民の原告適格を肯定した。小田急判決は直ちに森林法判決を変更するものではないものの、実質的には、原告適格を最小限に絞り込んだその判旨の正当性は、改正行訴法のもとで新たに問い直されざるを得ないものである。

そこで第2に、林地開発処分の保護法益を検討すると、旧法下においても、森林法の林地開発許可が、何故に生命・身体は個別的に保護しているものの同じく憲法上保護されている財産権はその保護の対象外とするのか、明文上の根拠はなく、その他説得力のある説明がないと批判されていた（村上裕章・平成13年度需要判例解説・ジュリスト1224号2頁以下）。

他方、本判決の趣旨として、財産権は公益に吸収解消しうる一方で生命・身体は公益に吸収しえないとの説明が調査官によりされていた（福井章代・ジュリスト1219号145頁）。

しかし、この理解もまた説得性を欠く。森林法における財産権は開発地周辺の立木等の所有権であったため、公益に吸収されるという解釈を安易に採りやすかったのかもしれない。しかし、本件のような大規模災害により、住居という重要な財産であり生活の基盤が一瞬にして失われた場合を想定した場合、財産権が公益に一律に吸収されるとする根拠はないというべきであろう。そこで、総合設計許可に関す

る第三者の原告適格について周辺地域の居住者と所有者に原告適格を認めた最判平成14年1月22日（民集56巻1号46頁）も考慮すると、「災害等により日常生活に不可欠の財産に対する直接的な被害が予想される範囲の地域の財産所有者には原告適格を認めるべき必要性が高く、個別事例に応じた判断が求められよう。」と主張されていることに説得力がある（鈴木光・行政判例百選Ⅱ（第8版）別冊ジュリスト261号326頁参照）。

まして、森林法の災害防止機能を考えたとき、関連する法令として第一にあげるべきは災害対策基本法であり、その目的には「国土並びに国民の生命、身体及び財産を災害から保護する（注：下線部代理人）」ことがあげられ（1条）、国・都道府県・市町村はそれぞれ国民・都道府県民・市町村民の生命・身体および財産を災害から保護する責務を負うことを規定している（3～5条）。災害の定義（2条）には「洪水、崖崩れ、土石流・・・その他異常な自然現象」があげられているところ、森林法10条の2第2項第1号の「土砂の流出又は崩壊その他の災害」がそれとは異なる意味を持つと解釈する必然性は全くない。

第3に、より根本的な問題として、森林法判決は抗告訴訟における原告適格の判例であり、国家賠償法1条に関する判例ではないことである。国賠法における規制権限不行使による損害賠償における規制権限行使の保護対象と、行政訴訟における原告適格を検討する場合の処分の根拠法に基づく規制権限の直接の個別的利益保護対象とは必ずしも一致しない。

この点、宇賀克也「国家補償法」81頁は、「保護規範の判断について、法律上保護された利益説を採るとしても、同一の規範が、抗告訴訟において保護している範囲と国家賠償請求訴訟において保護している範囲を一致せしめる必要は必ずしもないのである（中略）。実際には、国家賠償請求において保護規範性が否定されるべき場合は少ないといえよう。」としている。

同じく中原茂樹教授も「抗告訴訟においては、通常、権限不行使によって被害を受ける可能性のある多数の者（潜在的な被害者）のうちの1人として原告適格が主

張されるので、そのような潜在的被害者一般についての、ある程度仮定的で類型的な判断にならざるを得ないのに対し、国賠訴訟は、実際に被害を受けた者が提起するものであるから、仮定的・一括的判断により一括して救済を否定するのではなく、原告が受けた被害の実態に立ち入った、より個別具体的な判断が要請されると解される。」と述べている（中原茂樹・法学教室383号28頁）。

森林法の林地開発処分について考えても、開発許可を第三者が争う場合は、確かに争う適格性について、生命・身体の危険を有する者に類型的に絞り込むことは一つの司法政策的な在り方として考えうる。他方で、公務員の義務違反に基づく損害賠償の局面では、林地開発処分を行うにあたって公務員は災害防止（本件では不許可開発に対する監督処分）の要件該当性の判断を適時・適切に行う必要があるものであり、その判断に誤りがある場合、その違法な判断から生じた損害について国は賠償責任を負うのであって、主たる争点は処分の根拠法の保護範囲ではなく、作為義務の発生と義務違反、因果関係等にあるのである。

実際、医薬品の承認や水俣病をめぐる国家賠償訴訟でも、原告適格論を踏まえた反射的利益論（公益保護の反射的利益として結果的に国民の生命・健康が守られるだけであって、原告らの生命・健康は、行政権限の根拠法の対象とする保護法益ではないから国家賠償は認められないとする理論）は取られていない。

4 表流水論

本件土石流の発災の一因（引き金ないし拡大要因）となった赤井谷付近における表流水および地下水の量と動向については、改めて別途準備書面で反論する。

5 条例優先論

被告県は、本件についての権限発動については被告熱海市が土採取条例に基づき規制を行うとの合意があったし、実際土採取条例には十分な規制権限が備わっていたとするとともに、森林法の規制に関しては、専門性、裁量性が高く、あえて森林

法の規制権限を行使する必要はなかったと主張する。

しかし、森林法による監督処分権限と土採取条例による規制権限とは両立・併存するものであって、排他性や補充性を持つものではない。規制権限発動の作為義務が生じる事態においては、それだけ住民らの生命・身体・財産に対する災害の危険が生じているのであって、災害の防止のためにあらゆる規制権限の行使が検討されるべきであり、その場合、当然ながらより強力な規制手段があればその規制権限の行使がまず検討されるべきである。また、たとえば土採取条例によって土砂埋立停止を命じたうえで、災害防止対策や森林機能の回復については森林法によるなどの分担もありうる。

本件においても、現に県は被告 S 社に対して、開発面積が 1 h a を超えたら森林法の適用をすると明言していたし、被告県と被告熱海市との協議においても、森林法の適用は、強制力が強く有効ではないかとの議論があった。

被告県と被告市は、災害対策基本法 2 条の 2 が述べるとおり、「地方公共団体及びその他の公共機関の適切な役割分担及び相互の連携協力を確保する」(2 号) 義務を負っており、また「災害に備えるための措置を適切に組み合わせて一体的に講ずること」(3 号) が求められていた。

そして被告熱海市が土採取条例により実効性のある安全対策を進めることができていたのであればともかく、山積みされた土砂に対する抜本的安全対策がとられておらず、その結果、災害発生による生命・身体・財産の侵害の切迫性が明らかになっている局面において、森林法による規制権限を有する被告県が、被告熱海市が対処しているからと傍観していることは極めて無責任かつ不合理なのである。

ちなみに最判平成 16 年 10 月 15 日(関西水俣病国家賠償事件)においても、国の水質 2 法による規制権限の発動義務と熊本県の漁業調整規則による規制権限の発動義務とが並行して必要とされている。災害を防ぎ、市民の生命・身体・財産を守ることが求められる事態のもとでは、根拠を異にする規制権限がある場合、その重複的あるいは組み合わせによる発動が求められるのである。

以上