

令和3年(ワ)第378号 損害賠償請求事件(第1事件)

原 告 [REDACTED] 外

被 告 S社 外

令和4年(ワ)第354号 損害賠償請求事件(第2事件)

原 告 [REDACTED] 外

被 告 静岡県 外1名

## 準 備 書 面 (9) ( 責 任 論 )

本書面は、被告熱海市の規制権限不行使の違法性について、被告熱海市の令和6年8月30日付け準備書面(3)に反論しつつ、頭書事件原告らの主張を補充するものである。

令和7年1月30日

第1事件原告[REDACTED]、第2事件原告[REDACTED]、第1事件原告[REDACTED]、第2事件原告[REDACTED]、第2事件原告[REDACTED]、第2事件原告[REDACTED]、第2事件原告[REDACTED]、第1事件・第2事件原告[REDACTED]、第1事件・第2事件原告[REDACTED]、第1事件・第2事件原告[REDACTED]

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

## 1 はじめに

本書面は、被告熱海市の令和6年8月30日付け準備書面（3）に反論しつつ、頭書事件原告らの主張を補充するものである。

なお、被告熱海市は、令和6年（ワ）第310号事件における令和6年10月31日付け答弁書において、訴状に対する認否・反論を行っている。同事件における頭書事件原告らにおける訴状は、約30頁の概略版である。

他方、被告熱海市は、頭書事件原告らの準備書面（1）（責任論）に対する認否を行っていない。同書面は約150頁にわたるものであり、上記概略版訴状の元になっているものである。本来はこれに対して認否が行われてしかるべきである。特に、準備書面（1）（責任論）「第1 発生原因論」については、被告熱海市が認否する上記概略版訴状には記載していないものの被告熱海市の責任に関連する事項が多く含まれるため、上記答弁書において認否反論をしていない部分については被告熱海市においてまずは認否反論をされたい。

以下、原告は被告熱海市の令和6年8月30日付け準備書面（3）に反論しつつ主張するため、原告ら主張にかかる準備書面（1）（責任論）「被告熱海市の規制権限の不行使①」及び「被告熱海市の規制権限の不行使②」についての主張が中心となるが、当然これにかかる主張は、その後の時期である、頭書原告ら準備書面（6）における「被告熱海市の規制権限の不行使③」、「被告熱海市の規制権限の不行使④」についてもその責任原因ともなるものであることを付言する。

なお、静岡県土採取等規制条例（以下「県条例」という）上の規制権限の行使主体は熱海市長であるが、現実的には被告熱海市が組織的に対応すべきものであることから、被告熱海市を主体として表記して主張する（以下本書面において同じ）。

## 2 被告熱海市の規制権限の不行使①について

### （1）頭書原告らの主張

頭書原告らは以下の通り主張している。

被告熱海市は、2009年7月頃までに、被告S社に対し、県土砂条例に基づく届出を新たに出させ直し、または同条例5条に基づく計画の変更をさせるべきであった。また、万一、新たな届出の適切性が確認されるまでの間に被告S社が土砂の搬入を行おうとする場合には、遅くとも同年7月末までの間に、同条例7条1項ないし2項に基づき、土砂の搬入を停止するよう命ずべきであったがこれをしなかった。

## (2) 規制権限の内容について

ア これに対し、被告熱海市は準備書面（3）において、まず、①被告熱海市には、「県土砂条例に基づく届出を新たに出させ直す権限など存在しない旨主張する（同書面7頁）。

しかし、県土砂条例（戊1）は、当該届出に係る土の採取等に伴い、土砂の崩壊、流出等による災害が発生するおそれがあると認めるとときは、当該届出をした者に対し、当該土の採取等の計画の全部又は一部の変更を勧告することができる（5条）とされている。計画の全部を変更するよう勧告するというのは届出を出させなおすこととほぼ同義であり、熱海市長が行政指導として届出を新たに出させ直す権限を有するといえる。

イ 次に、被告熱海市は、②県土砂条例7条1項に基づく規制権限について、2009年7月頃においては、「土の採取等に伴う土砂の崩壊、流出等による災害の防止のため緊急の必要があると認めるととき」にあたらない旨主張する（準備書面（3）9頁）。具体的には、同年7月及び8月の現地調査においても、土砂の搬入はほとんどなされていなかったことを根拠としている（己93）。

しかし、己93において「土砂搬入による土量の増加を確認できなかつた」というのはあくまで目視による確認であり、2009年7月頃以降、実際上土砂の搬入があったことを否定するものではない。

そして、この時点で、頭書原告ら準備書面（1）3（2）で述べたところ及び本書面（3）予見可能性に関する項目で詳述する通り、残土がその後更に大量に埋め立てられる危険は容易に予見できたといえる。

そもそも、被告S社は当初届出をした後、届出内容と異なる態様で土砂の搬入を続け、2007年5月以降は、森林法違反にかかる被告静岡県の指導を受けて翌2008年8月7日まで約1年2カ月間、埋立工事は中止されることとなっていた。

そのため、2008年終わり頃には、当初届出の期限は徒過しており、かつ当初届出とも異なる状況の土砂の搬入が既に行われた状況になっていた。

その状況下において、被告S社が被告熱海市に対し、2009年1月14日には、「赤井谷への土砂の搬入を再開したい」、「小田原の開発に伴う土砂ではなく、別のところから約50万m<sup>3</sup>にのぼる土砂を搬入したい」（甲B8-54）として、残土搬入再開を希望したのである。

このように、当初届出の期限は徒過し、かつ当初届出とも異なる状況の土砂の搬入が既に行われた状況で、更なる土砂の搬入を（しかも約50万m<sup>3</sup>という文字通り桁違いの数量を）事業者が希望し、現実に搬入を開始した時点で、「土の採取等に伴う土砂の崩壊、流出等による災害の防止のため緊急の必要」はあったというべきである。

ウ 次に、被告熱海市は、③県土砂条例7条2項に基づく規制権限について、「仮に、事業者がその届出内容と異なる工法等をとっていると認められたとしても、行政機関が同条第2項の発令を行うためには、前記の通り、事業者が、行政機関の指導、すなわち、変更届の提出を指導してもこれを頑なに拒否する等の状況にあり、かつ、これを放置すれば、少なくとも、同条1項に準じる土砂の崩壊、流出等による災害発生の危険が客観的に認められる場合に限られる」とする、独自の解釈を展開する（準備書面（3）10頁以下）。

被告熱海市の主張は、県土砂条例7条2項に、（i）事業者に変更届の提出を指導しても頑なに拒否する等の状況、及び（ii）これを放置すれば、同条1項に準じる災害発生の危険が客観的に認められる場合、というどこにも書かれていらない要件を付加するものである。

県土砂条例 7 条 2 項について一定の効果裁量が認められていることは否定しないが、そもそもいかなる根拠で被告熱海市の主張するような書かれざる要件が付加されるのか不明であると言わざるを得ない。

被告熱海市は、( i ) に関し、同項に基づく停止命令を出すのであれば、その前に相当の期間を定めて弁明手続を実施する必要があるところ、それを行った場合に変更届出をされればこれを受けざるを得ないことから、まずは変更届の提出について指導を行う必要があることは明らかである、などと主張する。

しかし、そもそも被告熱海市は、現実にはこの時に変更届出を事業者に提出させるような行政指導を一切行っていない。

また、本件は単に期限を超過した土砂の搬入ではなく、当初届出の計画内容と異なる様態での土砂の搬入がされ、森林法違反での指導もされている状況だったのである。

そのような状況において、まずは変更届出の提出をさせる行政指導は必須だったというべきであって、そうすれば、変更届出書記載の計画や期限等を踏まえて、あらためてその内容を精査し、計画変更の勧告（第 5 条）や措置命令（第 6 条）等の方法を検討することも可能だったのである。

事業者に変更届出の提出を指導することもせずにおいて、事後的に、停止命令の要件としては変更届の提出を指導しても頑なに拒否する等の状況が必要であり、この要件を満たさなかったなどと主張するのは極めて不当な主張であると言わざるを得ない。

また、被告熱海市は ( ii ) これを放置すれば、同条 1 項に準じる災害発生の危険が客観的に認められる場合、という要件を付加する理由として、1 項が本条例上、「最も厳格な発令要件を定めている」こととのバランスであると主張する。

しかし、届出をせず、あるいは届出内容に違反して埋土又は盛土を行うという条例違反行為に対して停止命令の規制権限が付与されているのは、条例を遵守させるために当然のことであり、このような規範に違反する場合の停

止命令の規定というは本条例以外の多くの法律においても規定されているものである（廃掃法第9条の2、都計法第81条等）。これらの他の法律の規定においても、法令違反とは別個に法益侵害の客観的危険性がその要件に附加されていることはないし、そのような書かれざる要件を附加する解釈もなされていない。

被告熱海市の主張は特異な主張であって、このような主張は認められない。

エ 更に、被告熱海市は、④被告S社が当初届出において届け出ていた「ロックフィルダムの設置」とは異なる形での残土の埋立形での残土の埋立は、県土砂条例7条2項の（付加された）要件を満たさないと主張する（準備書面（3）12頁以下）。

被告熱海市による県土砂条例7条2項に（i）（ii）の要件を付加すべきであるとする独自の主張が認められないことは上記ウの通りであるが、その余の点について、反論する。

被告熱海市は、ロックフィルダム設置の目的・機能が濁水の防止にあったと主張する。

しかし、ロックフィルダム自体に濁水の防止機能があるとしても、それが土砂流出の防止の目的・機能も持つものであることは明らかである。

まず、県土砂条例に基づく届出書（己4）には、約70頁にわたるロックフィルダムの設計計算書が添付されているところ、同表題には「土砂流出防止工 埋設堰堤（フィルダム）の設計」と記載されている（己4・7頁）。

また、同文書「はじめに」においては、「開発工事で発生する残土を安全に処分するために、谷筋にロックフィルダム形式の堰堤を築堤し盛土の押さえとする。」「本設計では、この堰堤と盛土の安定性を検討し、その形状を検討する。」「堰堤の設計においては、土砂が堰堤高さ以上に堆積する場合、又は将来堤体が埋没するような盛土工事がある場合にも安全な設計とする。」などと記載され（己4・9頁）、それを前提に詳細な円形すべり面の安定計算が行われており（己4・11頁以下）、少なくとも本件においてはロック

フィルダムが盛土の流出を防止し、その崩落・流出を防止することに主眼があつたことは明らかである。

なお、風致地区内行為許可申請書（己5）の施工方法書にも、「行為の目的」欄には「土砂の崩落に供する、岩塊による堰堤の築造」と記載されている（己5・2頁）。

実際、被告熱海市も、土の採取等計画届出書を書類不備のまま受理した（己6）が、同届出には、付帯条件として「当該届出に係る土の採取等に伴う土砂の崩壊、流出等により災害が発生するおそれがあるときは、建築課と協議し、災害を防止するための必要な措置をとること。」「土砂の崩壊、流出により災害が発生した際は、早急に対策を講じるとともに、被災の補償を行うこと。」といった条件を付していた。被告熱海市も届出内容を検討するにあたって同ダムの構造の持つ災害防止機能に着目していたことは明らかである。

他方、被告熱海市の指摘する甲B8-6号証は、被告静岡県熱海土木事務所による被告S社に対する口頭での聴き取り記録であるところ、被告S社側が口頭でロックフィルダムがろ過機能を持っており、既開発地からの濁水が下流逢初川を汚染することを防止する目的を持っていることを強調した為、この点が記録されているに過ぎないと思われる。そして、当時から被告静岡県及び被告熱海市という行政側は、漁協への配慮等から濁水による下流の汚染防止への意向・関心を持っており、事業者側がこれを理解した上でこのような行政の意向に沿った発言をしたものと考えられる。

裏を返せば、被告静岡県及び被告熱海市という行政側は、当時から盛土に対して濁水流出防止にばかり目が行ってしまっており、災害防止の観点を軽視していたものといえる。

なお、静岡県議会逢初川土石流災害検証・被災者支援特別委員会報告書（甲イC1）における清水浩氏のコメント（甲イC1・25頁）は、同人としてもロックフィルダムが災害防止目的とその機能を持つことは前提にした上で、当時、被告熱海市は漁協への配慮から濁水流出防止への強い興味・関

心があり、事業者もそれに沿った対応をしていた、という趣旨からの発言であったとのことである。

以上の通り、ロックフィルダム設置は、土砂の崩壊による災害の防止という目的・機能を持つことは明らかであって、それが濁水流出の防止という目的・機能のみに有するものであったかのように主張する被告熱海市の主張は誤りである。

オ 更に、被告熱海市は、⑤被告 S 社が当初届出の期間を超過していたことを認めながら、それのみでは要件を満たさないと主張する（準備書面（3）12 頁以下。）12 頁以下）。

しかし、被告熱海市による県土砂条例 7 条 2 項に（i）（ii）の要件を付加すべきであるとする独自の主張が認められないことは上記ウの通りである。

### 3 被告熱海市の規制権限の不行使②について

#### （1）頭書原告らの主張

頭書原告らは以下の通り主張している。

被告熱海市は、2009年12月10日、被告 S 社から土の採取等変更届が提出された段階で、被告 S 社の予定土砂埋立量と計画されていた残土処分場の容量の食い違いや計画内容等について検討を行い、同条例 5 条に基づき、計画の変更を勧告し、同条例 6 条に基づき災害を防止するための必要な措置を命じ、これに被告 S 社が従わない場合には同条例 7 条 1 項に基づき、土砂の搬入を停止するよう命ずると共に、災害の発生を防止するために、土砂の撤去、原状回復等を命じる同条例 6 条に基づく措置命令を発出すべきであったが、これをしなかった。

#### （2）規制権限の内容について

被告熱海市は、県土砂条例 6 条が規定する「当該土の採取等に伴う土砂の崩壊、流出等による災害を防止するための必要な措置」として、「既存の盛

土の撤去、原状回復等を命じること」はできない旨主張する（準備書面（3）15頁以下）。

その理由としては、停止命令を定める7条1項後段が「土の採取等に伴う土砂の崩壊、流出等による災害の防止のため緊急の必要があると認めるとき」と規定していることとのバランスを主張するものと思われる。

しかし、これも上述の県土砂条例7条2項の解釈と同様、被告熱海市の特異な独自の解釈である。

県土砂条例7条1項後段は、同6条及び7条1項前段、同条2項の定める、措置命令及びその命令違反等、又は届出内容の違反等の条例違反がない場合であっても、緊急の必要がある場合には停止を命ずることができる規定となっている。

従って、同規定は、上述の通りそれのみで停止命令の対象となる届出内容の違反（7条2項）もなく、かつ、災害発生のおそれに対して計画変更の勧告（5条）や措置命令（6条）等をとっているような暇がない場合のために設けられた規定であり、勧告や措置命令を前置せずに停止命令という強い行政処分を行うものであるため「緊急の必要」が要求されているものと考えられる。

そうすると、条例第6条の規定は、県土砂条例第5条の定める計画変更の勧告に届出者が従わないときや、それに匹敵するような状況にあって「土の採取等に伴う土砂の崩壊、流出等による災害が発生するおそれがあると認めるとき」には、「緊急の必要」がなくとも、期限を定めて、既存の盛土の撤去や原状回復等を命じることができる旨の規定というべきである。

そもそも、県土砂条例は、土の採取等の跡地に係る措置命令の条文である9条も含め、「必要な措置」と記載するのみで既存の盛土の撤去や原状回復を例示列挙していないが、不法な盛土がされたような場合にその撤去や原状回復を命じることがおよそできないということは解釈としてあり得ない。

従って、条例第6条に基づき既存の盛土の撤去や原状回復等を命じることができないなどという解釈はとり得ないというべきである。

### (3) 予見可能性について

次に、被告熱海市は準備書面（3）において、2009年12月10日時点での本件届出地への土砂搬入量は多く見積もって約6000m<sup>3</sup>であるなどとして、災害の発生するおそれがある客観的状況は存在しなかった旨主張している（準備書面（3）16頁以下、20頁以下）。

しかし、①同時点での赤井谷への土砂搬入量は約6000m<sup>3</sup>を超えていた可能性があるし、②仮に同時点での赤井谷への土砂搬入量が約6000m<sup>3</sup>に過ぎなかつたとしても、下流の砂防ダムの計画貯砂量が3980m<sup>3</sup>であったこと、それ以降も大量の土砂が搬入される蓋然性があつたこと等からすれば、同時点で被告熱海市は、下流住民の生命・身体の危険について予見ができたし、すべきであったというべきである。

以下、詳述する。

ア 2009年12月10日時点での本件届出地への土砂搬入量は約6000m<sup>3</sup>を超えていたと考えられること

まず、2009年12月10日時点での本件届出地への土砂搬入量であるが、頭書原告らの主張は、搬入量としては「1日に普通でダンプ20～30台、多いときには50台程度」だったということ（熱海市まちづくり課土地利用対策（西島）室長。甲B8-77・3頁）から、1台のダンプに平均4トンの土砂が積載されていたとして、仮に1トンの土砂を0.6m<sup>3</sup>であるとすると少なくとも1日あたり60m<sup>3</sup>・一ヶ月あたり1800m<sup>3</sup>程度と試算されると主張したものである。

これはあくまで大雑把な試算であり、仮定する数字によって搬入された土砂量は大きく変わり得る。例えば、1日平均で40台のダンプが稼働したとすれば、一ヶ月あたり22日しか稼働しなかつたとしても一ヶ月に880台、そして仮に一台あたり10トンの積載がされていたと仮定すれば、8800トンの土砂が搬入されていた計算になる。1トンの土砂を0.6m<sup>3</sup>であるとすると、ひと月あたり5280m<sup>3</sup>となる。

このように、一ヶ月あたり  $1800\text{ m}^3$  程度というのは、少なくともその程度にはなるという趣旨で主張したものであって、決してその程度にとどまるという趣旨ではない。

被告熱海市の主張としても、被告熱海市職員の窪田純一氏（当時、熱海市まちづくり課土地利用対策室副室長）の「目視による推計」で、本件届出地に搬入された土砂量を「 $4000\text{ m}^3$  であると推定」（己93）したに過ぎない。

被告熱海市は、この点に関連し、窪田純一氏が本件届出地に搬入された土砂量を「 $4000\text{ m}^3$  であると推定」したのは、平成21年12月10日当時に、当時の状況からそのように同氏が「当時」推定したのか、それとも己93の報告書が作成された令和6年8月28日時点において過去の写真等を見て同氏が推定したのか、明らかにされたい。また、仮に前者であるとすれば、当時同氏そのような推定ないし推計をしたことがわかるメモ等の資料があれば提出されたい（求釈明）。

また、同じく窪田純一氏は、己93において、平成21年12月2日の被告S社本社における協議において、被告CことS（以下「被告C」という）から「赤井谷地区に搬入された土量は、 $5,000\text{ m}^3$  から  $6,000\text{ m}^3$  である旨の回答があった」と報告しているが、同日の協議について報告がされた己30号証には土量についての記載はない。被告熱海市職員においてC氏からそのような回答を受けたことがわかるメモ等の資料があれば提出されたい（求釈明）。

但し、仮にこのような発言が被告Cからあったとしても、被告Cが土量を適切に把握していたとは限らないし、現実に土砂の搬入を行っている事業者側が少なめに土量を申告するというのはむしろ通常のことというべきである。

以上を総合的に考えれば、2009年12月10日時点での本件届出地への土砂搬入量は約  $6000\text{ m}^3$  を超えていた可能性は十分にあるというべきである。

イ 仮に2009年12月10日時点での赤井谷への土砂搬入量が約6000m<sup>3</sup>程度だったとしても、同時点で被告熱海市は、下流住民の生命・身体の危険について予見可能であったこと

(ア) 6000m<sup>3</sup>程度の土砂量でも相当の危険性を有すること

被告熱海市は、2009年12月10日時点での赤井谷への土砂搬入量が約6000m<sup>3</sup>であったことを「争いがない事実」として取り扱うよう主張し、同程度の土砂量であれば、当時の土採取等面積が約1haであったことから、平均すれば盛土の厚さは約60cmに過ぎず、危険なものでなかつた旨主張する（準備書面（3）21頁）。

しかし、言うまでもなく赤井谷は谷状の形状であり、締固め等されていない土は底地部分に積み重なる。例えば被告熱海市の主張するように約6000m<sup>3</sup>の土量であったとしても、約1haのうち1割（1000m<sup>2</sup>）に中心的に埋立がされていたとすれば高い部分は6m以上の高さの盛土になりうる。1haの土地にまんべんなく盛土がされるようなことは赤井谷の形状からしてあり得ないし、被告熱海市の主張は意図的に土量を少なく印象付けるものであって、不当である。

そして、頭書原告ら準備書面（1）で詳しく主張した通り、逢初川は、土石流危険渓流に指定されており、下流に砂防ダム（以下「本件砂防ダム」という。）が設けられていたところ、計画貯砂量は3980m<sup>3</sup>とされていた。

本件砂防ダムについて、当初原告らは被告静岡県から情報公開請求により、同ダム作成検討にかかる静岡県熱海土木事務所が作成した報告書を入手したので、これを甲イC46号証として提出する。

まず、同報告書の「1. 流域概要」（甲イC46号証・1頁）冒頭には、以下のように記載されている。

本溪流は、熱海市北部に位置し、岩戸山中腹より源を発し、相模湾へと流下する流域面積0.30km<sup>2</sup>（砂防基準点）の土石流危険渓流である。更新世～完新世の箱根火山古期外輪山溶岩並びに湯河原火山溶岩からなる当箇所の地質は、脆弱で風化が進んでおり、また、溪岸及び渓床の浸食が著し

く河床には不安定土砂が堆積しているため、豪雨時には土石流発生の危険性が懸念される。

また、下流域では逢初川河口までの急峻な地形に人家をはじめ、温泉旅館、保養所等が密集している。さらにJR東海道新幹線、東海道本線、一般国道135号など主要交通路線が通過しており、ひとたび土石流が発生した場合には、急勾配の現河道周辺を巻き込み一気に流れ下ることが危惧され、甚大な土砂災害が予想される。

このような記載は、頭書原告ら準備書面（1）第1・2（2）ウ（イ）（17頁）に記載した砂防指定地の指定理由にほぼそのまま引用されている。

なお、同指定理由においては流域面積0.15km<sup>2</sup>と記載されており（甲イA44・15頁目）、上記報告書（甲イC46号証・1頁）から記載が修正されている。

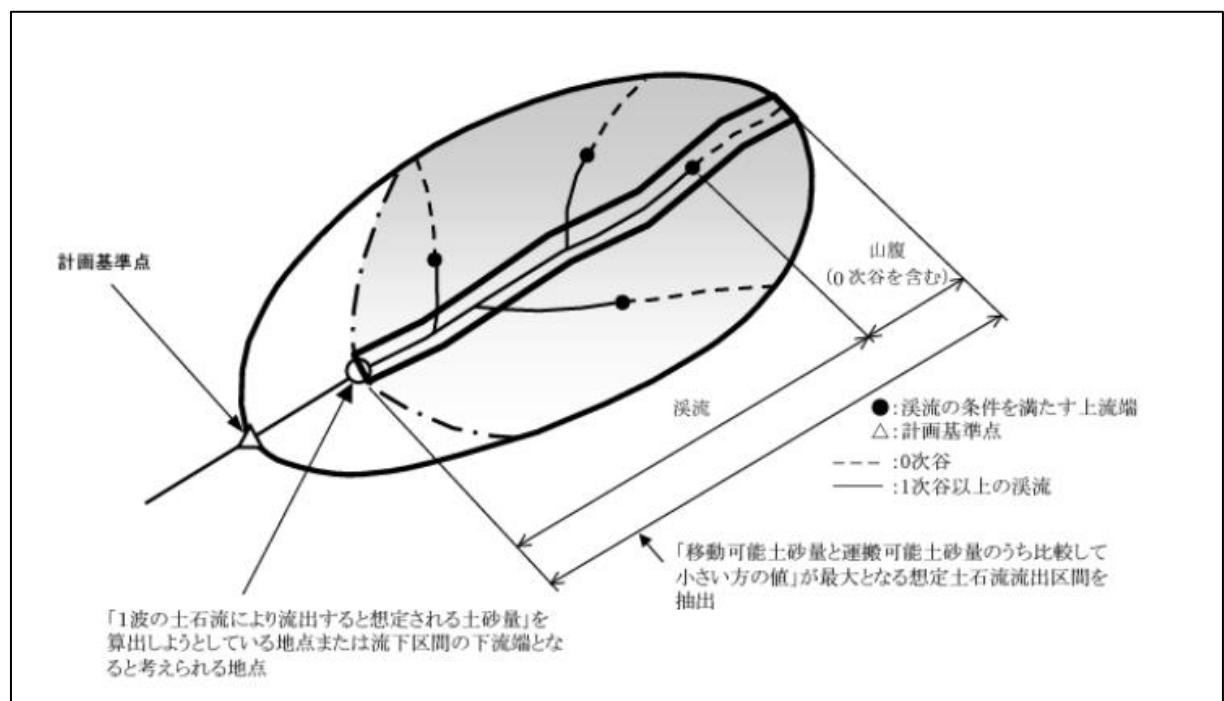
同報告書の「砂防施設設計画について」においては、「(1) 逢初川砂防施設計画」「(2)砂防施設の形式」として「計画対象渓流において一基目のダムであり、最下流に位置することから、不透過型ダムとする。」（甲イC46号証・4頁②）とされている。

次に、「計画流出土砂量について」は、当渓流に関わる「総合土石流対策基本計画検討業務報告書 卷末資料 土石流対策施設計画表」の結果をもとに、①設計時の堰堤地点での「移動可能土砂量」、②「河川砂防技術基準（案）による値」、③「運搬可能土砂量」の比較（①と②の大きい方と③とを比較して小さい方の値をとる）して採用する値を決定することとし、結果的に各数値を比較すると①<②<③となることから、②の5700m<sup>3</sup>を計画流出土砂量としている（甲イC46号証・5頁）。具体的な計算としては、上記①②③について、①設計時の堰堤地点での「移動可能土砂量」…2800m<sup>3</sup>、②「河川砂防技術基準（案）」…5700m<sup>3</sup>、③「運搬可能土砂量」…38900m<sup>3</sup>とされている（甲イC46号証・6頁）。

そして、最終的に、この計画流出土砂量 $5700\text{ m}^3$ を前提にし、本件砂防ダムの計画貯砂量 $3980\text{ m}^3$ と比べて整備率は約8割となることが確認されている（甲イC46号証・7頁）。

上記①及び②は当該堰堤を設ける地点において、水流によって運ばれる土の想定量を示すものであり、①と②はその計算方法の違いである（甲イC46号証・5頁）。他方で、③は、計画規模の土石流が理論的に運搬（流下）できる最大の土砂量を意味している。③は（当該地点より上流に実際に土がどの程度あるかはさておいて）、計画規模の年超過確率の降雨量に、計画地点の流域面積をかけて総水量を求め、これに流動中の土石流濃度を乗じて算定される（甲イC47号証、砂防基本計画策定指針（土石流・流木対策編）解説（H28.4）（以下、「解説」という）19頁参照）。

なお、計画流出土砂量をこのように設定することは一般的な方法であるといえ、「解説」においても、土石流により流出すると想定される土砂量算出方法について、「移動可能土砂量と運搬可能土砂量のうち、比較して小さい方の値とすることを基本とする」とされている（解説・14頁、27頁）。



解説・27頁・図一11。1波の土石流により流出すると想定される土砂量算出のイメージ図

この報告書における計算結果からわかるのは、本件砂防ダムがつくられた地点において、それより上流にある土の量は、計算方法の違い（①あるいは②）によって値は異なるものの最大でも② $5700\text{ m}^3$ 程度であると計算される一方で、③運搬可能土砂量（計画規模の年超過確率の降雨量に、計画地点の流域面積をかけて総水量を求め、これに流動中の土石流濃度を乗じて算定される）は、その約7倍にもなる $3万8900\text{ m}^3$ と想定されたということである（甲イC46号証・6頁）。

より端的にいえば、本件砂防ダム計画時点では、砂防ダム上流の流域にもともある土の量は最大でも $5700\text{ m}^3$ 程度であるが、土砂を下流に押し流すことが可能な（一定の雨が降った際の）水はその何倍も潜在的には存在しており、土さえ上流にあれば、 $3万8900\text{ m}^3$ もの土石流を運搬（流下）させることが可能であることが判明していたということである。

なお、当該作報告書を作成したのは静岡県熱海土木事務所であり、被告静岡県がこの結果を把握していたことは言うまでもないが、その上流における土砂の埋立について、土砂の崩壊、流出等による災害の防止をその目的とする県土砂条例を所管する被告熱海市も当然把握していかなければならないものである。

そして、本件砂防ダムの計画貯砂量は最終的に $3980\text{ m}^3$ とされたものの、本件砂防ダムは不透過型の砂防ダムであり、当然ながら平常時に流下していく土砂も徐々に堆積していっていた。

そもそも赤井谷は上記報告書「1. 流域概要」の通り、「当箇所の地質は、脆弱で風化が進んでおり、また、溪岸及び溪床の浸食が著しく河床には不安定土砂が堆積している」（甲イC46号証・1頁）というものであったのであり、砂防ダム建設時点では同ダム建設地点より上流にあるもとの土砂量の量だけで、 $5700\text{ m}^3$ は想定されたというのであるから、砂防ダムが

築造されてから約10年が経過した2009年時点においては本件砂防ダムに既に相当量の土砂は蓄積していたと考えられる。

実際、平成21（2009）年11月4日時点で「下流の堰堤はかなり埋まっている」「下流河川（逢初川）が埋塞（原告ら代理人注：河川が土砂等によって塞がれること）している」旨が被告静岡県と被告熱海市との間で共有されている（甲B8—77・3頁下から13行目）。

以上の事情も踏まえれば、赤井谷に新たに埋め立てられた約6000m<sup>3</sup>という土砂量が決して少ないものとはいえない。仮に当時埋め立てられていたのが約6000m<sup>3</sup>に過ぎないとしても、もともとの土砂の量を踏まえれば、到底、本件砂防ダムで補足できるような量ではない。そして、運搬可能土砂量は3万8900m<sup>3</sup>と想定されていたことを踏まえれば、土さえ上流にあればこれを押し流す降雨による水の量は想定されていたのであって、この時点で極めて危険な量の土砂が既に逢初川流域に埋め立てられていたと評価すべきものである。

(イ) その後の土砂搬入継続が予想されており、被告熱海市は土砂崩落の危険性を認識していたこと

そして、準備書面（1）で詳述した通り、2009年12月10日時点で、上述の通り既に相当量の土砂の埋立がされ、かつ当初届出の内容であるロックフィルを造らないまま上流部から土砂を捨てているといった条例違反の「ずさんな状態」が続けられていたこと、土砂が海まで流出し、下流の（砂防）堰堤もかなり埋まっているといった状態であり、被告静岡県と被告熱海市は合同会議を何度も開催し、危機感を共有していた（甲B8—76、己23、甲B8—76および77等）。

にもかかわらず、被告熱海市は、ロックフィルダム工法を取りやめて簡易な土堰堤を作るという事業者の変更届出（己31）を実質的審査も経ないまま受理している。

同変更届出においては、埋め立てる土量合計は「36640.34m<sup>3</sup>」とされており、その時点で無秩序に埋め立てられた残土（少なくとも約600

0 m<sup>3</sup>) に加えてその後に大量の残土が搬入される危険性があったことは明らかである。

しかも、同変更届出には当初届出の際に添付されていた安定計算書もなければ、事前に提出した求積図（己30・5頁目）から面積も変わっていること、森林法違反での復旧済み部分と明らかに重なっているなど、問題のあるものであったがその点も看過されてしまった。

更には、「被告熱海市担当者が現地に赴き確認したところ、変更届出添付の土砂数量算定用の断面図と本件届出地の実際の地経との間に大幅な齟齬があり、同変更届出書記載の盛土高15m（5m×3段）を前提に搬入できる土量は上記36640m<sup>3</sup>に及ぶことは困難と認識した」（被告熱海市準備書面（3）64頁（求釈明への回答）。下線部は頭書原告ら代理人）というのであり、届出内容自体、極めてずさんなものであったというべきである。

そして、被告熱海市は、当該変更届出の際、当初届出の際と異なり、安定計算の実施等を行っていないことを認めている（被告熱海市準備書面（3）65頁（求釈明への回答））。

以上からすれば、その後の無秩序な土砂搬入継続は容易に予想される状況だったのである、被告熱海市（及び被告静岡県）は土砂崩落の危険性を認識し、又は認識したというべきである。

#### (ウ)被告熱海市及び被告静岡県の合同会議の目的

被告熱海市は、上述の通り被告静岡県と合同会議を行っていたことに關し、同合同会議の目的が「土砂流出による逢初川の濁りに対する対策」にあつたとして2009年11月4日の会議についての復命書（甲B8—76）等を引用する（準備書面（3）・22頁）。

しかし、同復命書の「内容」には「このままでは更なる被害が生ずる恐れがある」と記載され、協議内容にも「現在の危険な状態を行政として放置しておくことは許されないことから、業者に対し至急何らかの措置を命ずる必要があるということで三者（市、土木、農林）の認識は一致した」と記載さ

れており、逢初川の濁り等は土砂崩落の兆候として捉えられ、土砂崩落の危険にどう対応するかが議題となっていたことは明らかである。

同日の打ち合わせ記録（甲B8—77）にも、「転圧しないでただ盛っただけの状態でありこれ以上盛土させるのは危険である。（降雨により崩落してもおかしくない状況）」「大雨が降ると斜面に亀裂が生じ崩落してもおかしくない。」「明日にでも停止するような気持で対応すべき。」「土採取等規制条例が期限切れのため、勧告→措置命令→停止の対応ができるのでは」「危険な状態ならこの手順をふまなくとも出来る。停止命令。」「許可内容と行為が違っている。危険であれば停止が必要。」といった協議がされており（甲B8—77）、土砂崩落の危険とその対策が主眼になっていることはここからも明らかである。

更に、被告熱海市まちづくり課土地利用対策室西島室長や窪田副室長らが参加した現地調査の復命書（甲B8—81）にも県土砂条例にかかる論点整理が行われた上、「下流域に与える事態が深刻であり、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。

以上のように、被告熱海市が主張する、当時の被告静岡県及び被告熱海市の懸念事項は「土砂の崩落、流出による住民の生命等への危険が生じるとの懸念ではなく、土砂流入による逢初川側の濁りに対する懸念であった」との評価は事実を捻じ曲げるものである。

また、当時の状況及び上述の公文書の記載にもかかわらず、仮に被告静岡県及び被告熱海市の担当者の問題意識が「逢初川の濁り」にしかなく、「土砂の崩落、流出による住民の生命等への危険」を一切問題視していなかつたとすれば、それは住民の人命を極めて軽視した重過失とも言うべき不注意であると言わざるを得ない。

以上の通り、被告熱海市は、規制権限の不行使②の時点（2009年12月10時点）において、既に多量の土砂の搬入がなされており、更なる搬入を停止させ、更に撤去等させなければ、豪雨等により盛土が崩落・流下し、

下流の市民らの生命・身体に危険を及ぼす可能性を認識し、又は認識した  
というべきである。

#### 4 被告熱海市のその余の反論について

##### (1) 県土砂条例の規制権限等

###### ア 被告熱海市の主張

被告熱海市は、県土砂条例の規制権限について、同条例が届出制であることから「受理」という概念は存在しないのであって、被告S社の届出を精査することなく受け取り、変更勧告、措置命令等を行わなかつたことは問題がない旨主張する（準備書面（3）41頁以下。被告熱海市の同書面記載の順とは異なるが、規制権限の根拠規定の趣旨やその権限の性質等にかかる主張であり、先に述べる）。

###### イ 頭書原告らの反論

確かに、行政手続法上、「届出」とは「行政庁に対し一定の事項の通知をする行為（申請に該当するものを除く。）であって、法令により直接に当該通知が義務付けられているもの」を言い（行政手続法2条7号）、「届出書に必要な書類が添付されていることその他の法令に定められた届出の形式上の要件に適合している場合は、当該届出が法令により当該届出の提出先とされている機関の事務所に到達したときに、当該届出をすべき手続上の義務が履行されたもの」とされている（同法37条）。

なお、行政手続法制定前は届出制であっても、届出書を「不受理」とすることで実質的に許可制のように扱うことが可能であり、実際しばしばそのような運用が行われていたが、行政手続法によりこれが禁じられることになった。その意味では、出石稔教授の「内容に不備があるのに届出を受理したという話があるが、届出には受理という概念はなく、届け出ればそれでいい。」（甲イC1・31頁）との発言はこのような行政手続法制定の経過を踏まえた発言であると言える。

しかし、県土砂条例について注意がされなければならないのは、出石稔教授も指摘する通り、届け出た内容に問題がある場合、変更勧告、措置命令等という「次のステップ」が条例に定められている点である。

このように、届出制ではあるものの、一定の是正・変更等を求めることができることが定められている例として、例えば水質汚濁防止法がある。

水質汚濁防止法は、工場又は事業場から公共用水域に水を排出する特定施設を設置しようとする者は一定事項を都道府県知事に届け出なければならないとされている（同法5条）。

そして、都道府県知事は、同届出があった場合において、排出水の汚染状態が当該特定事業場の排水口においてその排出水に係る排水基準に適合しないと認めるとき等には、「その届出を受理した日から60日以内に限り、その届出をした者に対し、…計画の変更…を命ずることができる。」（同法8条）とされている。そして、事業者は、原則、届出が受理された日から60日を経過した後でなければ施設の設置はできないものとされている（同法9条）。

このような制度は一般に「計画変更命令付き届出制」と言われているが、廃止も含めた変更命令付きの届出制は、実務上許可制に近いものと整理できる（甲イC48、北村喜宣「環境法」第5版・153頁、361頁）。

このような例は大気汚染防止法でも定められている（甲イC48、北村喜宣「環境法」第5版・391頁）。同法では、特定工事のうち、特定粉じんを多量に発生させる工事等の発注者等は、当該特定粉じん排出等作業の開始日の14日前までに、都道府県知事に届け出をしなければならないこととされており（同法18条の17）、都道府県知事は、一定の場合にはその届出を受理した日から14日以内に、その届出をした者に対し、その届出に係る特定粉じん排出等作業の方法に関する計画の変更を命ずることができるものとされている（同法18条の18）。

また、条文上、行政庁が諾否の応答をすべきことが規定されていなくても、解釈によって導かれることもある。例えば、食品衛生法16条（現行27条）は、「販売の用に供し、又は営業上使用する食品等を輸入しようとする者は、厚生労働省令の定めるところにより、その都度厚生労働大臣に輸入届出をしなければならない」と規定していたところ、最高裁平成16年4月26日判決（民集58巻4号989頁）は、「同条は、厚生労働大臣に対し輸入届出に係る食品等が法に違反するかどうかを認定判断する権限を付与していると解される。そうであるとすれば、法16条は、厚生労働大臣が、輸入届出をした者に対し、その認定判断の結果を告知し、これに応答すべきことを定めていると解するのが相当である。」と判示し、これにかかる通知は取消訴訟の対象となると判断した。このように、条文上届出となっている場合でも、行政庁が諾否の応答をすべきことが解釈によって導かれ、実質許可制と変わらない扱いがされる場合もある。

以上を踏まえて、県土砂条例（戊1）をみると、同条例は届出制をとってはいるものの、5条において「土砂の崩壊、流出等による災害が発生するおそれがあると認めるとき」は届出された計画の変更を勧告でき、それに届出者が従わない場合は、措置命令を発出することができ（同6条）、更に、同措置命令に届出者が従わない場合、行為の停止命令（7条1項）ができるものとされている。措置命令や停止命令違反には罰則も設けられている（16条）。このように、同条例は届出制をとってはいるものの、届出がされた計画についての計画変更勧告等が可能とされており、言わば「計画変更勧告付き届出制」というべきものである。

従って、被告熱海市は届出書を受け取った段階で、5条に定める「土砂の崩壊、流出等による災害が発生するおそれ」があるか否かを審査し、速やかにその諾否を通知すべき（何ら通知をしないとしても、そのおそれがないものと行政庁として判断したとみなされるにすぎない）な

のであって、甲G2（土の採取等に関する技術基準）はその審査基準であったというべきである。

また、仮にそのようにいえないとしても、上述したことを踏まれば、県土砂条例がいわゆる単なる「届出制」とは異なることは明らかであり、「計画変更勧告付き届出制」の条例として、措置命令、禁止命令といった規制権限を有するものであり、一定の場合にはその行使義務が生じることは否定しえないというべきである。

## （2）類型的危険の予見（予見可能性の程度）について

### ア 被告熱海市の主張

被告熱海市は、①頭書原告らの類型的危険の予見で足りる旨の主張（頭書原告ら準備書面（1）110頁以下）に関し、類型的危険性の予見で足りるとする判例・裁判例は見当たらず、福島原発事故にかかる令和4年6月17日になされた最高裁判決（民集76巻5号955頁、裁判集民268号37頁）は類型的危険性に関する判示を一切行っていない旨主張する（被告熱海市準備書面（3）27頁、53頁以下）。

次に、被告熱海市は、②上記最高裁判例を引用し、規制権限不行使の枠組みにおいて同判決を参考にすべきである旨主張する（被告熱海市準備書面（3）51頁以下）。他方で、被告熱海市は上記最高裁判例と根本的に異なる点として、本件が届出制に基づくものであって、規制権限が切迫した人的被害を前提にしていること、被告県の規制権限行使を促していた事案である点を挙げている（同55頁）。

### イ 頭書原告らの主張

まず、被告熱海市の主張①については、そもそも上記最高裁の事案は福島原発事故についての国家賠償請求にかかる事案であるところ、同最高裁判決は、概要、「長期評価」という地震にかかる知見に基づいて、敷地高を超える津波が予見可能であるか、また、結果回避が可能であるか等が争われた事案である。その意味では、敷地高を超えた津波による原発の全電源喪失、更にはそれによるメルトダウンや水素爆発、それによる具体的な個々の人々の

被ばくや避難等の具体的危険は予見の対象とされていない。このように、同最高裁の事案では、敷地高を超える津波が予見の対象とされていたが、これはその結果の重大性に鑑みて、類型的な危険を問題にしていたものと評価できる。

確かに令和4年最高裁判決は、極めて簡潔な判示しかしておらず、予見可能性については明確な判示をしないまま（主要な争点であるこの点について最高裁が明確に判示をしなかった点については、学会等からも強い批判が出されているところである）、結果回避可能性及び因果関係を否定して、国の責任を否定した。それでも、主要建屋の敷地を「本件敷地」と定義し、津波の到来による同敷地への海水の浸入を問題にしていることからは、予見の対象は敷地高を超える津波としていたものといえ、類型的危険性を問題にしていたものと評価できる。

本件においても、同最高裁の事案と同様、県条例に基づく規制権限の趣旨・目的は、生命・身体という重大な法益保護にある。そして、頭書原告らが準備書面（1）で主張した通り、本件は、当初届出の期間が徒過しているにもかかわらず、当初届出と土の数量や埋立の内容等で全く異なる埋立が行われるという実質無届での埋立がなされ、かつ、それ踏まえて出された変更届出も当初届出と全く内容の異なる簡易な安定計算もなされていないものであったという事案の特殊性に鑑みれば、危険の予見可能性については、具体的な危険性までは必要でなく、条例が想定している「土砂の崩壊、流出等による災害の発生」という類型的危険性の予見で十分というべきである。

次に、②について、頭書原告らも、上記最高裁の判示する、規制権限の不行使は、その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的な事情の下において、その不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは、その不行使により被害を受けた者との関係において、国家賠償法1条1項の適用上違法となる、との判示を否定するものではない。なお、同判示は頭書原告らが準備書面（1）で指摘する最高裁判例（最3小判平成16年4月27日民集58巻4号1032頁（筑豊

じん肺事件)、最2小平成16年10月15日民集58巻7号1802頁(関西水俣病事件)、最1小判平成26年10月9日民集68巻8号709頁(泉南アスベスト事件)の判示と同様のものである。

これを前提にして、頭書原告らは土砂の崩壊、流出等の災害により、住民の生命・身体という重要な法益が失われる事態を防止するために必要な措置が講じられるよう、被告熱海市は当該条例に基づく規制権限を適時にかつ適切に行使すべき義務を負っていた旨主張している。

この点、確かに令和4年最高裁は同様の判示をしていないが、そもそも上述の通り同最高裁は極めて簡潔な判示しかしておらず、規制権限の趣旨・目的に遡った判断枠組みを示していない。従って、この点は単に判断がされていないだけであって、これを否定したものではないと評価するのが適切である。

なお、三浦守裁判官の反対意見は、法令の趣旨、目的等に遡ったうえで、「経済産業大臣の電気事業法40条に基づく規制権限は、原子炉施設の従業員やその周辺住民等の生命、身体に対する危害を防止すること等をその主要な目的として、できる限り速やかに、最新の科学的、専門技術的な知見に基づき、極めてまれな災害も未然に防止するために必要な措置が講じられるよう、適時にかつ適切に行使されるべきものであった」旨判示している。

次に、被告熱海市は上記最高裁判例と根本的に異なる点として、本件が届出制に基づくものである点を挙げるが、これについては届出制であっても規制権限が行使できないものではないことは既に主張した通りである。

また、規制権限が切迫した人的被害を前提にしているという点については、令和4年最高裁の事案も、敷地高を超える津波を予見の対象としており、具体的な人的被害を予見の対象としているわけではないことは上述の通りである。

最後に、被告熱海市の主張する、被告県の規制権限行使を促していた事案であるという点については、被告熱海市に県土砂条例に基づく規制権限が残

っていたことは明らかであり、被告熱海市を免責する理由にはなりえないことについて（3）において述べる。

以上を前提にして、令和4年最高裁の事案と本件が根本的に異なる点があるとすれば、むしろ結果回避可能性ないし因果関係の点である。

すなわち、同最高裁は、「仮に、経済産業大臣が、本件長期評価を前提に、電気事業法40条に基づく規制権限を行使して、津波による本件発電所の事故を防ぐための適切な措置を講ずることを東京電力に義務付け、東京電力がその義務を履行していたとしても、本件津波の到来に伴って大量の海水が本件敷地に浸入することは避けられなかつた可能性が高く、その大量の海水が主要建屋の中に浸入し、本件非常用電源設備が浸水によりその機能を失うなどして本件各原子炉施設が電源喪失の事態に陥り、本件事故と同様の事故が発生するに至つていた可能性が相当にあるといわざるを得ない。そうすると、本件の事実関係の下においては、経済産業大臣が上記の規制権限を行使していれば本件事故又はこれと同様の事故が発生しなかつたであらうという関係を認めることはできないことになる。」として国の責任を否定した。

他方、本件では被告熱海市が適切に規制権限を行使し、赤井谷への土砂の搬入を停止し、搬入されてしまった後においては土砂を適切に搬出していれば、本件事故又はこれと同様の事故が発生した可能性は皆無である。

従つて、被告熱海市が適切に規制権限を行使していれば、結果回避は可能であったし、因果関係も肯定されるというべきである。

### （3）被告静岡県の規制権限の関係について

#### ア 被告熱海市の主張

被告熱海市は県土砂条例の土採取等面積が1ha以上であり、森林法上の土地改変面積も1haを超えていたのであって、規制権限を有していなかった旨主張するものと思われる（被告熱海市準備書面（3）29頁以下、37頁以下）。

#### イ 頭書原告の主張

静岡県事務処理の特例に関する条例においては、条例3項1項に基づき埋土又は盛土の届出を行った場合、その受付にかかる届出区域の面積が1ヘクタール未満の場合((1)の場合)には、これに係る条例5条の規定による勧告や6条の規定による措置命令、7条の規定による停止命令(同(5)～(8))の事務処理権限を熱海市長が有することとされている。

従って、文理上、届出の受付にかかる届出区域の面積が1ヘクタール未満の場合には、被告熱海市の規制権限は失わることはない。

実質的に考えても、届出区域の面積ではなく、現実に埋土又は盛土がされている区域の面積が1ヘクタールを超えた(と被告熱海市が認識した)途端に、被告熱海市の規制権限が失われ、誰も規制を行わない状態となるというのは不当極まりなく、とり得ない解釈である。

従って、届出が1ヘクタール未満でなされている以上、これについて事業者に1haを超えるものとして県土砂条例4条に基づく変更の届け出をさせたり、行政としては1haを超えるものとして評価している旨を被告熱海市の被告静岡県との間で評価を確定した上で事業者に伝えたような事情があれば別段として、そうでない限りは被告熱海市の規制権限は失われないというべきである。

そして、本件の届出の受付にかかる届出区域の面積は「9,695.89m<sup>2</sup>」であり(已31)、これについて事業者に1haを超えるものとして県土砂条例4条に基づく変更の届け出をさせた等の事実は認められない。むしろ、当時の被告熱海市の被告静岡県との協議等においても、被告熱海市の規制権限が失われるなどという議論は一度もなされていない(甲B8—76～80等)。

よって、被告熱海市に県土砂条例に基づく規制権限が残っていたことは明らかである。

なお、被告熱海市は、頭書原告らが準備書面(1)において規制権限不行使時期を①②という早い時期に設定したのはそれ以降被告熱海市の権限

が失われたと頭書原告らが考えているからではないかなどと邪推するが、頭書原告らとしては①②といった早い時期でも予見可能性は十分認められる以上早い時期に対応をとるべきであったと考えているだけであって、そのような意図は一切ない。実際、頭書原告らとしては、予備的な主張として準備書面（6）において規制権限不行使時期③④の主張を追加しているところである。

以上