

急傾斜地の崩壊と行政の責任

采女博文

- 1 はじめに
- 2 急傾斜地法と行政
 - (1) 崩壊危険区域の指定
 - (2) 所有権の制限
 - (3) 急傾斜地法の規定と占有訴権・物権的請求権
 - (4) 私人の責任領域と行政の役割
- 3 おわりに

1 はじめに

鹿児島県は、土砂災害が多発している県である。土砂災害のなかでも、急傾斜地の斜面崩壊による災害発生件数（平成元年から平成20年）は、1,038件で全国1位である。⁽¹⁾

急傾斜地崩壊危険箇所については、国土交通省ウェブサイトには、①人家5戸以上等の箇所、②人家1～4戸の箇所、③人家はないが今後新規の住宅立地等が見込まれる箇所に分けて公表されている。鹿児島県は、①4,231箇所、②5,426箇所、③2,161箇所、合計で11,818箇所（平成14年度）である。⁽²⁾ 土石流危険溪流等、地すべり危険箇所をも含めた土砂災害危険箇所等は県内で16,204箇所である。全国では、525,307箇所である。⁽³⁾ 県のウェブサイトによると、人家に被害を及ぼすおそれのある土砂災害危険箇所数は、6,476箇所であり、急傾斜地崩壊危険箇所は4,231箇所、そのうち要整備箇所を2,707箇所としている（平成18年4月1日現在）。現在、危険性、緊急性や地元の要望などを総合的に判断し、計画的かつ重点的な急傾斜施設の整備を進めるとされている（保全人家10戸以上〔地域防災計画に位置づけられている避難路がある箇所については5戸以上〕の危険箇所については、急傾斜地崩壊対策工事を実施するとされている）。⁽⁴⁾

急傾斜地の崩壊による災害の防止に関する法律（昭和44年7月1日法律第57号）は、1968（昭和43）年3月23日、第58回通常国会に法案が提出され、昭和44

年6月27日、第61回通常国会参議院本会議で可決成立し、7月1日に公布された。⁵⁾ この急傾斜地法は、都道府県知事が急傾斜地崩壊危険区域を指定し、指定区域の所有権を制限するとともに、当該急傾斜地の所有者などが施行することが困難または不適當な工事は都道府県が施行することによって、人命を守るというのが基本的骨格である。

急傾斜地法制定時には、急傾斜地対策関連の法律として、災害対策基本法（昭和36年11月15日法律第223号）の他、建築基準法（昭和25年5月24日法律第201号）、森林法（昭和26年6月26日法律第249号）、砂防法（明治30年3月30日法律第29号）、地すべり等防止法（明治33年3月31日法律第30号）、宅地造成等規制法（昭和36年11月7日法律第191号）があったが、総合的な対策を図るものではなかった。急傾斜地法は、がけ崩れ対策の一般法、補完的法という性格を持つものとして制定された。また、各法律で規定されている措置も異なることから、各法律によって指定される区域の重複が認められており、他の法律で防災工事の施工が定められている場合には他の法律が優先的に適用される（第12条2項）。

本法後に、土砂災害防止法（土砂災害警戒区域等における土砂災害防止対策の推進に関する法律、平成12年5月8日法律第57号、平成13年4月1日施行）が制定され、警戒避難体制の整備等は、土砂災害防止法が規律するところとなった。⁶⁾

現在、法制度上、ハード対策として、土砂災害を発生する場所の対策工事を行う砂防法、地すべり等防止法、急傾斜地法（砂防3法）とソフト対策（土砂災害の危険性のある区域を明らかにし、その区域の中での警戒避難措置や住宅地の立地抑制策を進める）である土砂災害防止法とを連携させて土砂災害の抑止を行う法体制になっている。

本稿では、建設省河川局急傾斜地法研究会編『急傾斜地法の解説』（全国加除法令出版、1970）（以下、『解説』という）の他、従来の研究に依拠しながら、⁷⁾ 急傾斜地崩壊危険区域の指定（第3条）、都道府県の施行する急傾斜地崩壊防止工事（第12条）に焦点をあてて、安全な地域コミュニティ形成のための私と公の守備範囲について考察したい。

2 急傾斜地法と行政

(1) 急傾斜地崩壊危険区域の指定

急傾斜地法の適用は、急傾斜地崩壊危険区域の指定から始まる。危険区域指定によって都道府県知事に規制権限，すなわち行為制限（第7条），監督処分（第8条），土地の保全等（第9条），改善命令（第10条）を与えるという制度になっている。第7条第1項違反者，第8条第1項，第10条第1項・第2項の命令違反者には，懲役又は罰金刑が科される（第27条～第29条）。また，所有権者等に土地の保全等の努力義務が課されることになる（第9条）。

急傾斜地は、「傾斜度が30度以上である土地」と定義されているが（第2条），危険区域指定は限定して行われる（第3条第1項）。急傾斜地崩壊危険区域は，「崩壊するおそれのある急傾斜地で，その崩壊により相当数の居住者その他の者に危害が生ずるおそれのあるもの」（以下では，単に，「急傾斜地」ということがある。）及び「これに隣接する土地のうち，当該急傾斜地の崩壊が助長され，又は誘発されるおそれがないようにするため，第7条第1項各号に掲げる行為が行なわれることを制限する必要がある土地」（以下では，『解説』58頁に従って「誘発助長区域」という。）からなる。誘発助長区域は，急傾斜地の上部と下部にある。

建設省（国土交通省）の通達によれば，区域指定は次のように行われる。指定区域は，土砂災害の発生が予想される場所で，①斜面が水平面となす角度が30度以上であること，②斜面の高さ（垂直）が5m以上であること，③斜面の上部または下部に人家が5戸以上である（5戸未満であっても官公署，学校，病院，旅館等に危害が生ずるおそれのあるもの）という要件を満たさなければならない。⁽⁸⁾

しかし，昭和44年8月25日通達の急傾斜地崩壊危険区域指定基準を満たすとしても，自動的に区域指定されるわけではない。また，県知事は指定の対象となる区域を指定するときは，「関係市町村長（特別区の長を含む。）の意見をきいて」行うこととされている。⁽⁹⁾

区域指定の手続は，実際には，まず，市町村が，地元要望及び調査，区域測量をし，地元説明会を開いて同意確認をし，指定調書を県に提出する（急傾斜地崩壊危険区域指定の承諾書，防災工事に係る用地の無償提供及び工法一任の

承諾書，防災工事等に対する諸協力の承諾書などの書類提出)。これを受けて，県が区域指定，指定告示をし，標識板・標識杭を設置し，工事用調査をし，工事に関して地元説明会をし，崩壊防止工事を実施する。このため，区域指定は，都道府県による崩壊防止工事とセットで行われざるを得なかった。1985(昭和60)年の段階で，たとえば阿部泰隆は，次のように述べていた。「地域指定をされるだけだと土地の利用が制限されるだけで，地主としては損をするばかりだから反対する……そうすると県の方としては，じゃあ工事をしてやるから指定を受けなさいということで，工事と指定がシंकしてくるということのようがあります」。(10)

安全な地域コミュニティ形成のためには，都道府県による崩壊防止工事と区域指定とがセットであるという現実のゆがみを正す必要があった。しかし，結局，危険区域の積極的な指定は，1999(平成11)年6月29日の広島災害後に成立した土砂災害防止法(平成12年5月8日法律第57号)に待つことになった。同法によって特別警戒区域の指定(第8条，同施行令第3条)と県による防止工事(急傾斜地法第12条)とは切り離された。以下では，まず，急傾斜地崩壊危険区域の指定による土地所有権の制限の意味を考えたい。

(2) 所有権の制限

区域指定を受けると，所有権は次のような制限を受ける。

1) 指定区域の所有権の制限

①行為の制限

「急傾斜地」「誘発助長区域」とも，急傾斜地の崩壊を助長し，または誘発するおそれのある行為は制限される(第7条第1項，第28条2号〔罰則〕)。制限行為は，水を放流し，又は停滞させる行為その他水のしん透を助長する行為(1号)，ため池，用水路その他の急傾斜地崩壊防止施設以外の施設又は工作物の設置又は改造(2号)，のり切，切土，掘さく又は盛土(3号)，立木竹の伐採(4号)，木竹の滑下又は地引による搬出(5号)，石の採取又は集積(6号)である。第7条第7号は，「前各号に掲げるもののほか，急傾斜地の崩壊を助長し，又は誘発するおそれのある行為で政令で定めるもの」と定めるが，政令で定められたものはない。

なお，急傾斜地の崩壊による災害の防止に関する法律施行令(昭和44年7月

31日政令第206号)は、法第7条第1項ただし書の政令で定める行為として、第1号「水田(地割れその他の土地の状況により水の浸透しやすい水田を除く。)に水を放流し、又は停滞させる行為」から第19号「砂利採取法(昭和43年法律第74号)第16条の規定による認可を受けた者が行う当該認可に係る行為又は同法第23条の規定による都道府県知事若しくは河川管理者の命令を受けた者が行う当該命令の実施に係る行為」までを定めている。

その他、建築基準法(昭和25年法律第201号)第39条による住居用建築物の建築禁止の規制を受ける。鹿児島県建築基準法施行条例第26条(昭和46年7月19日条例第33号)は、「(建築基準)法第39条第1項に規定する災害危険区域は、急傾斜地の崩壊による災害の防止に関する法律(昭和44年法律第57号)第3条第1項の規定により指定された急傾斜地崩壊危険区域とする。」と定め、原則として、住居の用に供する建築物の建築を禁止する。

②都道府県知事の命令

都道府県知事は、制限行為の行なわれた土地の所有者に対して急傾斜地崩壊防止工事の施行を命ずることができる。第10条第1項は、「都道府県知事は、急傾斜地崩壊危険区域内の土地において制限行為が行なわれ、かつ、当該制限行為に伴う急傾斜地の崩壊を防止するために必要な急傾斜地崩壊防止工事がなされていないか又はきわめて不完全であることのために、これを放置するときは、当該制限行為に伴う急傾斜地の崩壊のおそれが著しいと認められる場合においては、その著しいおそれを除去するために必要であり、かつ、土地の利用状況、当該制限行為が行なわれるに至った事情等からみて相当であると認められる限度において、当該制限行為の行なわれた土地の所有者、管理者又は占有者に対し、相当の猶予期限をつけて、急傾斜地崩壊防止工事の施行を命ずることができる。」と定める。

③都道府県知事の勧告

都道府県知事から、急傾斜地崩壊防止工事の施行等の勧告を受けることがある。第9条第3項は、「都道府県知事は、急傾斜地崩壊危険区域内における急傾斜地の崩壊による災害を防止するために必要があると認める場合においては、当該急傾斜地崩壊危険区域内の土地の所有者、管理者又は占有者、その土地内において制限行為を行つた者、当該急傾斜地の崩壊により被害を受けるお

それのある者等に対し、急傾斜地崩壊防止工事の施行その他の必要な措置をとることを勧告することができる。」と定めている。

なお、勧告又は命令に基づく急傾斜地崩壊防止工事の施行を円滑に行うための住宅金融公庫（独立行政法人住宅金融支援機構）等による資金の貸付けの配慮はなされている（第24条）。

2) 区域指定の懈怠責任

第3条第2項は、「前項の指定は、この法律の目的を達成するために必要な最小限度のものでなければならない。」と定める。この規定の趣旨はどこにあるのだろうか。たとえば、「危害が生ずるおそれのある」（第3条第1項）という解釈について、『解説』58頁以下は、「例えば危険な急傾斜地の下で相当規模の宅地造成が行われているような状態で急傾斜地崩壊危険区域の指定を行い得るかどうかについては、厳しい権利制限等が伴う本法の趣旨から、できるだけ厳格に解釈し、少なくとも相当数の居住者が将来に住む状態の段階になることを要するものと解する」と述べる。『解説』61頁は、厳しい私権の制限との関係上、区域の範囲を行政目的達成のために客観的、合理的に必要なものに限定し、みだりに私権を制限することがないようにしようという趣旨であると述べ、危険区域の範囲の決定にあたっては、慎重な検討が要求される、と述べる。

「崩壊するおそれのある急傾斜地」か否かは、「地形、地質、降水等の状況に関する現地調査」（第4条）によって客観的に決まるであろう。「相当数の居住者が将来に住む状態の段階」に至って初めて第3条第1項の区域指定を行うというのは、防災の観点からみて問題を感じる。⁽¹¹⁾ 区域指定と都道府県による防災工事（第12条）との連動を断ち切る必要がある。

急傾斜地法による土地所有権の制限は、公共の福祉ないし公共性概念でもって所有権が内在的に制限される場面（憲法29条2項、民法1条1項）⁽¹²⁾ とはひとまず異質のものと考えておきたい。「地形、地質、降水等の状況」に照らして「人の生命を危険にさらす」土地は、土地所有権としての性状に欠陥がある。商品としての土地所有権に欠陥があるという認識に立てば、当然に「人の生命を危険にさらす」ことのない土地利用しか認められないのである。土地の利用は、相隣地居住者の生命・財産を損なわないという制約を伴っている。⁽¹³⁾

なお、法によって行政に規制権限が与えられている場合、規制権限の不行使

が問題になる。ただ、急傾斜地法第3条の区域指定の懈怠が「権限の不行使が著しく合理性を欠く」として違法と評価される余地はほとんどないようである。参考までに、竜ヶ水訴訟（鹿児島地判昭和62年1月27日判時1234号131頁，判タ642号219頁。）⁽¹⁴⁾をみておきたい。

鹿児島地裁は、まず、次の3つの事実を認定している。①「被告県は昭和47年に急傾斜地崩壊危険箇所の総点検を行ったところ、約2000箇所の危険箇所があることが判明し、右危険箇所の調査結果に基づき、県知事は、昭和51年1月30日鹿児島県告示第99号の3をもって、本件災害地区を含む竜ヶ水1地区ないし3地区を急傾斜地崩壊危険区域に指定したが、本件崩壊場所は人家から距離が100メートル以上あるなどの理由により、急傾斜地崩壊危険区域の指定の対象から外されたことが認められる」。②「鹿児島市内においては昭和45年7月1日から順次、急傾斜地崩壊危険区域の指定が行われ、右竜ヶ水3地区に対する指定に先立ち合計70地区に対して指定がなされたこと、これら70地区内にある住宅戸数は、いずれも竜ヶ水3区内にある住宅戸数（竜ヶ水1地区と3地区がいずれも各14戸、2地区が17戸）を上回っており、危険区域内戸数が100戸以上である指定区域は計10区域存在すること、既指定区域における災害応急対策として、気象情報等の収集及び伝達、降雨量の測定、区域内の警戒及び巡視を行い避難体制を整える具体的な計画を立案してこれを実施したことが認められる」。③「被告県は急傾斜崩壊危険区域に指定された区域につき崩壊の危険の大きい区域から順次、斜面の整地工事や擁壁の建造工事等の防災工事を行っていることが認められる」。

次に、県知事の規制権限を検討し、防災工事をしなかったことが著しく合理性を欠き違法であったということとはできないという。①県知事が指定した急傾斜地崩壊危険区域内に本件崩壊場所が含まれていないのであるから、県知事には事前に本件崩壊場所の崩壊を防止すべき措置をとる急傾斜地法上の権限がなかった。②既指定区域が多数存在する状況の下では、県知事は指定区域の具体的な危険に応じて必要な措置を採れば足り、緊急の必要性がない限り既指定区域に先んじて防災工事等の措置を施すべき義務はない。③竜ヶ水3地区につき本件災害前に特別工事を実施すべき緊急の必要性があったことを認めるに足りる証拠はない。

比島山災害訴訟（高知地判昭和59年3月19日判時1110号39頁）⁽¹⁵⁾でも、県知事は急傾斜地法3条1項に基づく権限を行使して本件崩壊地を崩壊危険区域に指定することが可能であったとの被害住民の主張は退けられている。「県知事が本件崩壊地の具体的危険性を予見できたのは、昭和47年8月31日の時点であり、本件災害の発生までにわずか15日間しかない。仮に、原告ら主張のとおり同月20日の時点で予見可能であったとしても、本件災害の発生までには26日の余裕しかない。ところで、崩壊危険区域の指定には、私権制限（急傾斜地法7条1項等参照）が伴うから、急傾斜地法所定の各種の手続を経たうえ、右区域の範囲を現地において明確に確定すること等の慎重な準備が必要であることはいまでもない。しかも、本件事案については、前記のとおり、高知市内に限ってみても、287か所もの前記急傾斜地崩壊危険箇所があったのであり、このような四七総点検の実情に鑑みれば、わずか15ないし26日という短期間内に、慎重な手続を経て右指定を行うことが可能であったとは認められない。」

土砂災害における防災事業に関する国家賠償訴訟の下級審裁判例を全体としてみると、行政の責任に関しては財政的社会的制約を考慮しており、水害訴訟の大東水害訴訟最高裁判決（最判昭和59年1月26日民集38巻2号53頁）のロジックに近いと指摘されている。⁽¹⁶⁾

（3）急傾斜地法の規定と占有訴権・物権的請求権

1) 急傾斜地の崩壊の防止という観点でみると、急傾斜地法では、急傾斜地の所有者と急傾斜地の崩壊により被害を受けるおそれがある者との関係が明瞭ではない。急傾斜地法第9条第1項は、「急傾斜地崩壊危険区域内の土地の所有者、管理者又は占有者は、その土地の維持管理については、当該急傾斜地崩壊危険区域内における急傾斜地の崩壊が生じないように努めなければならない。」と定める。また、「当該急傾斜地の崩壊により被害を受けるおそれのある者」には、当該急傾斜地の崩壊による被害を除却し、又は軽減するために必要な措置を講ずる努力義務が課される（第9条第2項）。さらに、都道府県知事は「当該急傾斜地の崩壊により被害を受けるおそれのある者」に対しても、急傾斜地崩壊防止工事の施行その他の必要な措置をとることを勧告することができる（第9条第3項）。第12条第1項においても、急傾斜地崩壊防止工事は「当該急傾斜地の崩壊により被害を受けるおそれのある者」も行うことが論理的な

前提とされている。第23条第1項の「都道府県営工事により著しく利益を受ける者」のなかに「当該急傾斜地の崩壊により被害を受けるおそれのある者」も含まれる。

『解説』は、民事上の責任（占有訴権ないし物権的請求権）が明白でないから、これらの規定が強行規定ではなくて、いずれも努力義務を定めたいわゆる訓示規定にとどまらざるを得なかったと述べる。そこでは、「崩壊するおそれのある急傾斜地の所有者等は、被害を受けるおそれがある者が、自費でもって防災工事をするのを受忍する義務があるが、自らの費用で防災工事までする必要はない」とする説が有力説であると記載されている（『解説』78頁以下）。

第10条第1項は「都道府県知事は、急傾斜地崩壊危険区域内の土地において制限行為（略）が行なわれ、かつ、当該制限行為に伴う急傾斜地の崩壊を防止するために必要な急傾斜地崩壊防止工事がなされていないか又はきわめて不完全であることのために、これを放置するときは、当該制限行為に伴う急傾斜地の崩壊のおそれが著しいと認められる場合においては、その著しいおそれを除去するために必要であり、かつ、土地の利用状況、当該制限行為が行なわれるに至った事情等からみて相当であると認められる限度において、当該制限行為の行なわれた土地の所有者、管理者又は占有者に対し、相当の猶予期限をつけて、急傾斜地崩壊防止工事の施行を命ずることができる。」と定める。

『解説』は、「（第10条は）従来民法上の物権的請求権の一種である妨害予防請求権によって私法的に追求されていた土地所有権者等の責任を行政命令たる改善命令によって追求することを明確に法定し、その責任を公法上の責任にまで高め、急迫の危険に対しては行政代執行を行ない、社会公共の安全の維持に画期的な一歩を進めたものといえる。」と述べる（『解説』83頁）。

さらに、急傾斜地法は、都道府県の施行する急傾斜地崩壊防止工事について、「都道府県は、急傾斜地崩壊防止工事のうち、制限行為に伴う急傾斜地の崩壊を防止するために必要な工事以外の工事で、当該急傾斜地の所有者、管理者若しくは占有者又は当該急傾斜地の崩壊により被害を受けるおそれのある者が施行することが困難又は不相当と認められるものを施行するものとする。」と定める（第12条第1項）。

急傾斜地法は、人工がけ、自然がけいずれにも適用される（『解説』58頁）。

しかし、第12条においては、「人工がけ」と「自然がけ」とは区別して把握されている。第12条第1項によれば、「急傾斜地崩壊危険区域内の土地において制限行為が行われたことによって崩壊のおそれが生じている」場合（以下の叙述では、「人工がけ」に含めて考察する）は、都道府県による防止工事の対象外である。従って、都道府県による防止工事の対象は、「自然がけ」に限定される。自然がけでも、当該急傾斜地の所有者、管理者若しくは占有者又は当該急傾斜地の崩壊により被害を受けるおそれのある者が施行することが容易又は適切なものも対象外である。⁽¹⁷⁾

また、急傾斜地崩壊防止工事は、第一次的には、「当該急傾斜地の所有者、管理者若しくは占有者又は当該急傾斜地の崩壊により被害を受けるおそれのある者」が施行すべきと定めている（第12条第1項）。防止工事を施行すべきとされる私人に、急傾斜地の所有者・占有者のみならず、「被害を受けるおそれのある者」が挙げられている。土砂崩壊の「被害を受けるおそれのある者」が防災工事をすべきとされるのは、すんなりとは理解することはできない。

というのは、高地の土砂崩壊によって低地の土地所有の土地利用が妨げられる場合、低地の所有者は、物権的請求権に基づき高地の土地所有者に対して崩落した土砂の除去を請求できるはずであるからである。物権的請求権の一般理論によれば、所有権又は占有権の円満な状態が他から侵害される危険があるときは、当該危険が相手方の故意または過失ある行為によって生じているのでなくても、相手方の費用において危険防止の措置を請求できる。たとえば、自己の所有地に他人の車が放置されている場合には、放置されるに至った経緯がどのようなものであれ、所有者は、車の所有者に対して、車の所有者の費用で車の撤去を請求できる。法曹養成を担う司法研修所のテキストも、物権的請求権を次のように定義している。「物権の円満な状態が妨害され、又は妨害されるおそれがある場合に、その物権を有する者は、妨害の排除又は予防のため、一定の行為を請求することができ、これを物権的請求権という」。⁽¹⁸⁾ この定義によれば、物権的請求権は相手方に行為を求める権利（行為請求権）として把握されているから、工事に要する費用は当然に相手方が負担することになる。⁽¹⁹⁾

大審院も、物権的請求権について、所有権の円満な状態が他から侵害されたり侵害の恐れがあるときは、土地の所有者は、その土地の現状に基づき隣地の

所有者の権利を侵害しもしくは侵害の危険を発生させた場合、その侵害または危険が不可抗力に基づく場合および被害者が認容義務を負う場合を除いて、その侵害または危険が自己の行為に基づくか否か、自己の故意過失の有無を問わず、侵害の除去または危険を防止する義務を負担する、と判示した。「凡ソ所有権ノ円満ナル状態カ他ヨリ侵害セラレタルトキハ所有権ノ効力トシテ其ノ侵害ノ排除ヲ請求シ得ヘキト共ニ所有権ノ円満ナル状態カ他ヨリ侵害セラルル虞アルニ至リタルトキハ又所有権ノ効力トシテ所有権ノ円満ナル状態ヲ保全スル為現ニ此ノ危険ヲ生セシメツツアル者ニ対シ其ノ危険ノ防止ヲ請求シ得ルモノト解セサルヘカラス然リ而シテ土地ノ所有者ハ法令ノ範囲内ニ於テ完全ニ土地ヲ支配スル権能ヲ有スル者ナレトモ其ノ土地ヲ占有保管スルニ付テハ特別ノ法令ニ基ク事由ナキ限り隣地所有者ニ侵害又ハ侵害ノ危険ヲ与ヘサル様相当ノ注意ヲ為スヲ必要トスルモノニシテ其ノ所有ニカカル土地ノ現状ニ基キ隣地所有者ノ権利ヲ侵害シ若クハ侵害ノ危険ヲ発生セシメタル場合ニ在リテハ該侵害又ハ危険カ不可抗力ニ基因スル場合若クハ被害者自ラ右侵害ヲ認容スヘキ義務ヲ負フ場合ノ外該侵害又ハ危険カ自己ノ行為ニ基キタルト否トヲ問ハス又自己ニ故意過失ノ有無ヲ問ハス此ノ侵害ヲ除去シ又ハ侵害ノ危険ヲ防止スヘキ義務ヲ負担スルモノト解スルヲ相当トス」(大判昭和12年11月19日民集16巻24号1881頁)。(20)

この大審院判決の場合、不可抗力に起因する侵害又は危険の場合は除外されている。本事案も、畑地所有者が水田への変換のさいに隣接の宅地との境界線から垂直に掘り下げたため、境界に断層が生じ、すでに砂地である宅地の砂が崩れ落ち、将来水田内に自然崩壊する可能性があったものである。

不可抗力の場合、物権的請求権は成立しない。理論の混迷を解くためには次の認識がまず必要である。「ドイツやわが国で、不可抗力の場合にも妨害排除請求ができるとはしていない。ドイツで判例は、くり返し、加害作用は直接人間の活動にもとづくことを要せず、妨害者が妨害をもたらす自然力の作用の前提条件 (Vorbereitung) をつくったことで充分とする。つまり、妨害者が少なくとも自然力が作用する前提条件をつくっていなければならず、不可抗力の場合には、妨害排除請求をなしえない。」(21)

さて、判例法理によれば、人工的に形成された崖ないし急傾斜地であれば、

崖地ないし急傾斜地の所有者が、自らの費用でもって、隣地への崩落物の除去ないし予防工事をしなければならない。問題は、自然のままの崖・急傾斜地の崩壊・崩壊のおそれがある場合の妨害予防請求権である。関連する裁判例は極めて少ないが、幾つか見ておきたい。

①東高判昭和58年3月17日判タ497号117頁（控訴棄却）

公道沿いの山裾の土地を所有するXが、山の傾斜面を所有するYに対して、土砂崩落による被害が繰り返し生じており、今後も被害が生じることを理由にして、所有権又は占有権に基づく妨害予防請求として防護擁壁の設置請求をした事案である。

東京高等裁判所は、相隣地の関係にある土砂崩落の場合には、崩落が隣地所有者の人工的な作為に基づくのでなければ防護擁壁の設置請求は認められないとの判断を示した。

【事実の概要】

A所有の土地のうち、公道沿いの山裾の土地がXに、山の傾斜面（山側）がYに売却された。Xは山裾の傾斜面に接する部分の土を削り取って整地した上で、居宅と工場を建築した。Y所有の傾斜面はみかん畑である。

X所有地に隣接するY所有の傾斜面の表層は俗に「まぐそ岩」と呼ばれる極めて風化し易い土層であり、従来から土砂崩落を繰り返している。昭和41年秋ころには同地の土砂がX所有地内に崩落し、これにより境界付近に植栽してあった檜一本が工場の裏に倒れたことがあり、昭和43年には同様にXの工場内に土砂が流入し工場内の印刷機械に被害を生じたことがあり、昭和46年5月ころにも同様にXの居宅の床下に土砂が流入し、X方の水道管が切断されるなどの被害があった。昭和49年7月7日の夜の豪雨に際には、Y所有地内に地滑りが生じ、Y所有地内の土砂、水など大量がX所有地内に崩落流入するなどし、Xが多額の財産的損害をこうむった。Y所有地内にはその後も時々小規模の土砂の崩落が生じている。

Xは、Yに対し、将来土砂崩壊のおそれがあるとして所有権に基づく妨害の予防請求として防護擁壁設置を求めた。

【判旨】

Y所有地内の土砂等が将来大量の降雨の際などには再びかなりの規模による

崩落を生じ、これがX所有地内に流入する危険があり、XはY所有地内からの土砂等の崩落によりX所有地の所有権又は占有権の円満な状態が侵害される危険がある。

「ところで、およそ所有権又は占有権の円満な状態が他から侵害される危険があるに至ったときには、所有権又は占有権を有する者は、その効力として、権利の円満な状態を保全するため、現にこの危険を生ぜしめつつある者に対しその者の費用において危険防止の措置を請求することができ、しかも当該危険が右の者の行為に基づくものと否とを問わず、又、その者の故意、過失の有無を論じないものというべきである」。しかし、「右の危険が相隣地の関係にある場合に、それが土地崩落を内容とするものであり、しかも隣接土地所有者の人為的作為に基づくものでないときには、前記の請求をなし得ないものと解するのが相当である。」

その理由は、「相隣地の関係にある場合には、右のような危険は相隣地両地に共通に同時に発生する特性を有するものであり、右予防措置を講ずることは相隣地両地にとって等しくその必要性があり利益になるものといえるうえ、これを実施するには多大の費用を要することが一般であるから、このような場合において、一方の土地の所有者又は占有者にかかる請求権を認めることは著しく衡平に反するものといわねばならないからである。そして、このような場合には、むしろ土地相隣関係の調整の立場から民法223条、226条、229条、232条の規定を類推し、相隣地所有者が共同の費用をもって右予防措置を講ずべきである（なお、予防措置のための工事の実施、費用分担などについては、まず相隣地当事者間で協議し、もし協議が調わないときは、一方でこれを施工したうえ、他方にもその分担すべき費用の補償を請求すべきである。）」

本件において、土砂崩落の危険は、YがY所有の占有耕作及びみかんの植栽に際し、とくにその崩壊を招くような行為をしていないから、占有管理の方法など人為的作為によるものではない。数度にわたるY所有地内からの土砂の崩落はいずれも降雨の際であり、殊に昭和49年7月7日の事故の際にはその約一週間以前から降雨が断続的に存した状況にあったことが認められ、これにY所有地の表層は「まぐそ岩」といわれる極めて風化し易く、風化するともろく崩壊する性質を有するものであることを考え合わせると、Y所有地の存する位置、

地形、土質の状況に降雨の自然条件が加わって出現するに至るべきものと考えるのが相当である。

「本件において、Y所有地内からX所有地に土砂崩落流入の危険が依然として存在するものの、Y所有地とX所有地とは相隣地関係にあるところその危険はYの人為的作為に基づくものということとはできない。しかも、Y所有地はみかん畑であり、X所有地は宅地であってY所有地内からの土砂崩落防止の必要と利益はYとXとに共通にかつ等しく存するところであり（Y所有地は収益がそれほど多くないとみられるみかん畑であるのに対して、X所有地は公道沿いの宅地であって、同地上の本件工場で現に印刷業を営む工場用地兼住宅用地であるから、崩壊を予防することの必要と利益はYの方がはるかに大である。）、更に右危険防止措置としての防護擁壁設置工事を施工するには多大の費用を要すること、右工事には少なくとも900万円程度の費用を要することが認められる。）からしても、XがYに対しその費用のみをもって右防止措置を求める請求権を取得することはできない」。

②東京高判昭和51年4月28日判時820号67頁、判タ340号172頁（一部控訴棄却、一部取消・確定）⁽²²⁾

区画整理事業によって被告に指定された仮換地（高さ約20メートル、約50度の急傾斜地）が台風に伴う風雨によって崩壊流下し、原告の建物が損壊するとともに建物に居住中の家族1名が死亡した。原告は仮換地所有者に対して土砂の除去と崩壊の危険のある予防工事の実施を求めた。高裁は、妨害状態が不可抗力によって生じたとの被告の主張を退けたうえで、被告の費用による土砂の除去請求を認めたが、擁壁設置請求（妨害予防請求）は認めなかった。なお、第一審の横浜地裁は擁壁設置請求を認めている。

【判旨】①「XのYに対する妨害排除の請求につき検討する。本件土地内に前記風雨により本件仮換地から崩壊流下した少くとも約150立方メートルの土砂が現に堆積され本件土地の利用が妨害されていることが、〈証拠略〉によって認められるが、右土砂は、Yが使用収益権を有する本件仮換地の一部を形成していたものが流下したものであり、同人はその所有者に準ずる地位にあるものといえることができるから、同人は右土砂堆積によりXに対し本件土地の利用を妨害しているものと認められる。したがって、Xは、本件土地の所有権に基

づく物上請求権により、Yに対しその費用をもって右土砂を撤去すべきことを請求することができるというべきである。「物上請求権は物権の円満な行使が妨げられた状態そのものによって生ずるものであり、その妨害者の責に帰すべき事由の存否を問わないものである（大判昭和12年11月19日、民集16巻24号1881頁参照）。なお、不可抗力による場合は別に考える余地があるとしても、本件の場合は、風雨による土砂崩壊であるとはいえ、本件仮換地がともかくYのため有効に指定されていたこと、しかも崩壊の蓋然性の存する土地であることを考えると、不可抗力に基づいて生じた妨害状態とまではいえない。」。

②「次にXのYに対する妨害予防の請求についてみる。本件仮換地が急な傾斜地でくずれやすい土地であることは前認定のとおりであり、現に本件の土地崩壊が起こったことを考えると、将来も激しい風雨などにより再び同様の事故が発生するおそれがあると認められる。しかしながら、本件土地と本件仮換地とは相隣地の関係にあり、本件仮換地につき将来の土地崩壊を予防することは、両地にとって等しく利益となり、その必要も両地に等しく存するといえる。しかもその予防工事には莫大な費用を要することは明らかであるから、一方的にXのYに対する物上請求権に基づく予防工事施行の請求を認めることには躊躇せざるをえない（予防工事施行の請求を認めることは、その相手方たるYのみの費用をもって実施すべきことを命じることになることは、民法第414条第2項から明らかである。）。

そこで右予防については、土地相隣関係の調整の見地からこれを考えるべきものと解されるが、民法上その直接の規定を欠く。もっとも民法第216条はこの場合に比較的近いようであるが（この場合には、損害を受けるおそれのある土地所有者が相隣地所有者に対しその費用をもって予防工事を求めうる。）、同条は水流に関し、しかも工作物の破壊ないし阻塞による損害の場合であるから、本件のように単に土砂崩壊による損害の場合に類推するのは適当でなく、むしろ本件においてXが設置を求める擁壁のごときは、高地低地間の界標、圍障、しょう壁等境界線上の工作物に近い性質をあわせ有することをも考えると、民法第223条、第226条、第229条、第232条等の規定を類推し、相隣者たるX、Yが共同の費用（通常は平分と解する。）をもってこれを設置すべきものと解するのが相当である。したがって、XがYに対しその費用のみをもって本件予防

工事の実施を求める請求は理由がないとせざるをえない（右予防工事の実現については、両者の協議、合意でまずなすべきであるが、協議が整わないときは一方がまずこれを施工したうえ、その費用の補償を他方に請求すべき筋合である。）。」

2) 人為的に作り出されたのでない斜面の崩壊事例では、近時の下級審裁判例は、その説明においてやや不透明な部分を残してはいるが、物権的請求権の一般理論の射程外と捉えていると解することができる。侵害と被侵害という違法状態の発生ないし発生のおそれをいうためには、「自然力の作用の前提条件」が人為的に作出されていることが必要である。

近時の下級審裁判例を踏まえて法規範を整理するならば、次のように整理できる。①急傾斜地の崩壊が急傾斜地所有者又は低地の所有者の管理ミスによって生じた場合は、原因を作り出した者の費用において将来の土砂崩壊の予防工事を請求することができる。②土地の管理ミスという人為的な作為がある場合を除いて、将来土砂崩壊のおそれがあるときでも、急傾斜地所有者は予防工事をする義務を負わない。従って、③将来土砂崩壊のおそれがある場合の防護擁壁設置などの工事については、相隣地の所有者間での協議によって実現することになる。④防護擁壁設置の工事について協議が整わない場合は、防護擁壁の設置によってより多くの利益を受ける者がまず自らの費用で防護擁壁を設置した上で、その費用の分担を相手方に請求することになる。⑤急傾斜地の所有者は、低地の所有者による防護擁壁設置の工事を受忍する義務があり、工事を妨げることはできない。

法12条第1項が、防止工事を施行すべきとされる私人に、急傾斜地の所有者・占有者のみならず、「被害を受けるおそれのある者」を挙げているのは、一面では、物権的請求権論の混迷を反映しているといえる。しかし他面では、自然がけ地に限定していえば、個別の私的所有権相互間の利益調整（侵害対被侵害）の問題を越えているという本質をみているともいえるかもしれない。

なお、急傾斜地の崩壊が傾斜地所有者らの管理ミスによって生じた場合には、被害を被った低地の所有者に対して不法行為に基づく損害賠償義務も負うのは別問題である（民法第709条、第717条、国家賠償法第1条、第2条）。急傾斜地の崩壊によって他人の生命・財産が失われた場合、急傾斜地法第7条によつ

て制限されている行為を行った者、第9条第3項の都道府県知事の勧告に従わなかった者、第10条の改善命令に従わなかった者は不法行為責任が問われることになる。

(4) 私人の責任領域と行政の役割

行政による急傾斜地崩壊防止工事の社会的意味を考えたい。急傾斜地法は、受益者負担金についての規定を置いている。第23条第1項は、「都道府県は、都道府県営工事により著しく利益を受ける者がある場合においては、その利益を受ける限度において、その者に、当該都道府県営工事に要する費用の一部を負担させることができる。」と定めている。第2項で、「前項の場合において、負担金の徴収を受ける者の範囲及びその徴収方法については、都道府県の条例で定める。」と定める。受益者負担金については、通達があり、5%から20%とされている。⁽²³⁾ また、第21条は、都道府県営工事に要する費用の2分の1以内を補助することができるよと定めている（施行令4条）。国は補助基本額の2分の1を補助するが、補助基本額は事業費から受益者負担金の額を控除した額とされている（「急傾斜地崩壊防止施設に係る災害関連事業に実施について」昭和62年5月30日建設省河防発第84号建設省河川局長通知）。受益者負担金の控除については、この事業は、他の河川、砂防等の公共事業とのその性質を若干異にし、受益者も特定されるので、これらの受益者負担金を考慮するとの説明がなされている（『解説』116頁）。

しかし、実際には、受益者負担金は取らないで税金でまかなっていることが多い。⁽²⁴⁾ 鹿児島県議会でも、かつて次のような議論がなされている。平成8年防災対策特別委員会（7月1日）において、急傾斜地崩壊対策事業に対する土地収用法の適用が議論になった際に、砂防課長が、急傾斜地崩壊対策事業の進め方について、「受益者負担金の制度が法律上はうたってあるんですけど、実態としては市町村が、この負担金については現状としては肩がわりをしているという実態、それと本県、先ほど説明でもお話ししましたが、本土の大半がシラス土壌に覆われているという特殊性、これらから踏まえて、土地につきまちは無償提供でお願いしているし、「御理解を得られないところにつきましては、関係市町村と一体になって、工事に対する理解が得られるよう、いろいろ説明を、熱意を持って説明を繰り返していかないといけない」と回答している。⁽²⁵⁾

受益者負担金徴収という法の制度設計と受益者負担金を徴収しないという現実との間に齟齬が生じている。災害のない地域を作るという価値判断に照らすと受益者負担金を徴収しない法制度への変更が必要なのではないか。

他方で、この防災施策を奇貨として、急傾斜地所有者が不当な利益を獲得することも許されないであろう。その極端な例として、急傾斜地法第12条に基づく急傾斜地崩壊防止工事の妨害禁止仮処分が認められた事例（不動産仮処分異議事件・千葉地判昭和51年5月12日判タ345号273頁）を見ておきたい。

【事実の概要】

本件土地は急傾斜地（自然崖）であり、本件土地を含む急傾斜地一帯は地盤が脆弱であるため、昭和45年に急傾斜地法3条1項に基づき千葉県知事によって崩壊危険区域に指定された。本件土地は自然斜面で、その下部約10メートルは硬質の泥岩、上部約25メートルは軟質の泥岩であり、上部の勾配は約50度、下部は80ないし90度の急勾配で、表面は全般に風化が著しく常に落下の危険性をもつていて崩壊の恐れが十分にあり、現に昭和46年にも本件急傾斜地一帯の一部で崩壊が起つたため、債権者千葉県は急傾斜地法12条に基づいて、本件土地の上部にはコンクリート吹付、下部にはモルタル吹付による崩壊防止工事をしようとした。

ところが、昭和48年12月ころ、本件土地の登記簿上の所有者かつ占有者である債務者は債権者千葉県に対し、本件土地への立ち入り禁止と崩壊防止工事中止を申入れたため、右工事は中断を余儀なくされた。

このため、債権者千葉県は法第12条によつて崩壊防止工事をなす権利を被保全権利として、また崖地の真下の住民3人は所有権に基づく妨害予防請求権を被保全権利として、防止工事の妨害の禁止の仮処分申請をした。地裁は仮処分を認めるとの決定をした。本事件は、この決定に対する異議事件である。

地権者は、仮処分の必要性を否定しているが、実際上は、崩壊防止工法の工法をめぐる争われている。県（債権者）がモルタル及びコンクリート被覆工法を主張しているのに対し、地権者（債務者）は屏風型工法を主張している。

本判決は、地裁決定は、その第2項を「債務者は、債権者らが右土地に対する急傾斜地崩壊防止工事（モルタル及びコンクリート被覆工法による工事）をなすことを妨害してはならない」としたうえ、これを認可する、との判断を下

した。

【判旨】

①被保全権利について 「債権者3名（崖下の住民）は、その所有する前記土地、建物などの所有権に基づいて本件土地の将来の崩壊の危険性を排除するため、債務者に対し所有物妨害予防請求権を有することとなる。……本件急傾斜地崩壊防止工事は、第一次的には本件急傾斜地の所有者たる債務者や本件急傾斜地の崩壊により被害を受ける恐れのある債権者3名らが施行すべきものであるが、本件急傾斜地の高度が35メートルであり勾配も急であること、崩壊も十分予想されること、真下には人家が存在すること、後述の如く工事費用が至大であること、本件土地の北側の急傾斜地一帯の工事も従来債権者千葉県が行ってきたことなどの諸点に照らして、債務者や債権者3名らが右工事を施行するのは困難又は不適当と認められるので、債権者千葉県は、急傾斜地法12条第1項に基づき、これらの者にかわつて本件土地の崩壊防止工事を施行する権利を有するものと認められる。」

②保全の必要性 「本件土地は自然の急傾斜地で、常に崩壊の危険を有しているし、債権者らは昭和49年6月24日に本件仮処分を申請したことも本件記録上明らかであるところ、右の6月はいわゆる梅雨の時期で相当の降雨が見込まれることは公知の事実であり、この降雨によつて本件土地の表面が浮き上り離脱し易い状態となり、崩壊の危険性も一層増大する時期であつたのであつて、このように事前に崩壊の危険性が予測され、かつ、崩壊防止工事によつて、その危険性が完全ではなくとも、減少する以上、右工事が必要であることはいうまでもなく、本件仮処分は必要性を有する。」

なお、裁判所は、崩壊防止工事の工法について次のような考察をしている。「本件崩壊防止工事は債権者千葉県の行なう公共事業であり、さらに本件仮処分は梅雨の時期に入つて一層本件土地の崩壊の危険性の増大が予測される緊急な時期に申請されたものであるから、このような場合には、最少の費用かつ最短期間に最大の効果をあげうる工法を選択すべきであるところ、……債務者主張の屏風型工事〔鉄筋コンクリート製擁壁を地面に垂直に設置し、隙間に土砂を埋め平地にする。債務者所有土地全体で、工事費用は約19億円。工期は、10か月。〕は、モルタル及びコンクリート吹付工事〔表面の風化した部分を削り取り、金

網をその上に敷き、固定しモルタル・コンクリートを吹き付ける。債務者所有土地全体で、工事費用は1,796万円。工期は約5か月。]より耐久性及び工事後の本件土地の利用価値の点では優れているにしても、安全性の点ではそれほどの差異はなく、いずれの工法が絶対的ともいえないものであるし、モルタル及びコンクリート被覆工事の10倍以上の費用を要し、工期の面でもその約2倍はかかるのであつて、前記工法選択の基準に照らすと、債権者ら主張のモルタル及びコンクリート被覆工法による方が相当であり、本件土地に右工法による工事をなす必要性が認められる。」

千葉地判昭和51年の事例での地権者の行動は、所有権に藉口して不当な利得の獲得を求めるかなり特異なものであろう。裁判所も次のような指摘をしている。「債務者は、屏風型工法によらなければ多大の損害を被ると主張するが、本件急傾斜地一帯は昭和45年からモルタル又はコンクリート吹付による崩壊防止工事がなされていたのであり、債務者が本件土地を取得した昭和47年8月当時には、本件土地のすぐ北側の急傾斜地にまで右工事が及んでいたことも弁論の全趣旨より明らかであるところ、債務者は本件土地の売買に際しては、これを現場で検分しているのであるから、本件土地が浜勝浦急傾斜地崩壊危険区域に指定されていることは知らなかつたにしても、本件土地にも同様の工事がなされることは十分予測しえたものと推認されるので、本件土地が公共事業であることなどにも鑑みて、債務者は、モルタル及びコンクリート吹付工事による本件土地の利用価値の低価は、これを受忍すべきものと考えられる。」

防災対策を奇貨として法秩序の許容しない私益の実現を目指す者がいたとしても、現行法によって排除することができる。同時に、極端な事例から、防災対策が土地所有者に利益を与えることがあってはならない、という観念を取り出してはならないように思う。

3 おわりに

現在、住民の生命に対する危険の緩やかな回避は、土砂災害防止法による土砂災害警戒区域・特別警戒区域がかなり積極的に指定されることによってなされている。⁽²⁶⁾ 危険箇所既に地域コミュニティが成立している場合でも、積極的に指定が行われているようである。本来、急傾斜地法に期待されていた機能

を土砂災害防止法が緩やかな形であれ部分的には代替したことになる。

急傾斜地法や土砂災害防止法などに基づく土地利用制限は、公共の福祉概念を媒介にして私有財産が制限される場面と意識して区別すべきである。土地所有権への介入原理も「急傾斜地の崩壊による災害から国民の生命を保護する」（第1条）と明確であり、土地所有権を国家が制限しうる典型的な場面と考えられる。急傾斜地、誘発助長区域、さらには被害想定区域は、土地利用が内在的に制約された土地として取引市場に登場すべきである。

他方で、急傾斜崩壊防止工事の進捗は、財政的制約の問題もあり、万全とはいえない。既存の自然がけ地（急傾斜地と誘発助長区域）については、法制度のレベルで受益者負担の発想を克服すべきである。個別の私的所有権対個別の私的所有権という枠組みで問題を捉えるのではなくて、社会的共通資本（社会的共用資産）、地域社会の土地の保全と捉えて財政支援をすべきである。⁽²⁷⁾ 現行法の個人への資金の貸付（急傾斜地法第24条、土砂災害法第31条）という仕組みは、商品所有権、自助努力という呪縛になおとらわれているというほかない。急傾斜地法第23条の規定を削除してもよい。⁽²⁸⁾

地域コミュニティの維持・再生という観点でみると、商品交換法の基礎単位としての所有権概念の上に、環境共同利用権の考え方⁽²⁹⁾、居住福祉という考え方⁽³⁰⁾を重ね合わせることによって個別の私的所有権の制限法理と共に、個別の私的所有権に対する財政的支援の正当性を確保する法的仕組みを作り出していくことが必要である。

（付記）本稿は、『土砂災害等に関わる判例・土地収用事例集～国家賠償法、民法、土地収用法に基づく～』などをテーマとする「第9回砂防技術検討会」（鹿児島県土木部砂防課、平成23年7月29日）への参加機会を与えられたのを切っ掛けとして執筆したものである（「砂防メールかごつま」第29号、平成23年10月）。

-
- (1) 県土木部砂防課統計。『土砂災害等に関わる判例・土地収用事例集～国家賠償法、民法、土地収用法に基づく～』（鹿児島県土木部砂防課、2011）5頁。
 - (2) 平成23年4月1日現在、危険箇所数11,818箇所のうち要施工箇所は85箇所、そのうち施設設置箇所は21箇所であり、整備率は25%である（県土木部砂防課『安

全・安心な強度 かごしまを創るために 2012』5頁参照)。

- (3) 都道府県別土砂災害危険箇所 (<https://www.mlit.go.jp/river/sabo/link20.htm>)
- (4) 鹿児島県の平成21年度の急傾斜地事業費(補助事業) 予算169,189万円(平成23年度当初予算は, 225,050万円)であり(その他, 保全人家5戸未満の国庫補助対象外の急傾斜地崩壊対策の県単独事業も実施されている), 砂防・地すべり事業費(補助事業) 予算は535,200万円である。また、『鹿児島県地域防災計画(平成23年度版)』の「資料編別冊」に危険箇所等に関する資料が公開されている。急傾斜地崩壊危険箇所(傾斜度30度以上, 高さ5m以上の急傾斜地において, がけ崩れの発生する危険性があり, 人家5戸等に被害の及ぼす恐れのある箇所(急傾斜崩壊危険箇所Ⅰ)に加え, 人家5戸未満(急傾斜地崩壊危険箇所Ⅱ及び急傾斜地崩壊危険箇所に準ずる斜面Ⅲ)も含めた箇所が公開されている (<http://www.pref.kagoshima.jp/aj01/bosai/sonae/keikaku/h23/siryoubessatu.html>)。
- (5) 第58回国会建設委員会(昭和43年3月27日)において, 提案理由は, 「急傾斜地の崩壊による災害の防止について万全を期しますためには, 有害な行為の規制の強化, 急傾斜地における崩壊防止工事の施行等により積極的に急傾斜地の崩壊の防止をはかる一方, 急傾斜地の崩壊による被害を軽減するための警戒避難体制の整備, 住宅移転に対する融資等所要の措置を講じ, 急傾斜地の崩壊による災害の防止のための総合的な対策を確立する必要がある」と説明されている。
- (6) 土砂災害防止法は, 土砂災害警戒区域(第6条。通称:イエローゾーン), 土砂災害特別警戒区域(第8条。通称:レッドゾーン)の2つの指定によって住宅の新規建地の抑制を図っている。たとえば宅地建物取引業者は, 当該宅地・建物がイエローゾーン内であることについて重要事項としての説明義務を負うことになる(宅地建物取引業法第35条)。土砂災害防止法の制定に伴って, 急傾斜地法第19条(災害危険区域の指定)は削除された。
- (7) 木村春彦「山林災害—山林崩かい」法律時報49巻4号「特集・現代の災害」311頁以下(1977), 浦川道太郎「地盤災害」日本土地法学会編『水害—その予防と訴訟』(有斐閣, 1985)125頁以下, 宇賀克也「土砂災害と国家賠償(上)(下)」ジュリスト911号34頁, 912号81頁以下(1988), 阿部泰隆「土石流, 崖

- 崩れ，山崩れ災害における国家賠償責任判例—予見可能性，結果回避可能性の比較を中心として」『損害賠償法の課題と展望』（日本評論社，1990），甲斐道太郎編『大震災と法』（同文館出版，2000）など。
- (8) 昭和44年8月25日建河砂第54号建設省河川局長通達。
- (9) 関係市町村長の意見をきくという仕組みは，地域社会が自ら安全性を確保していくシステム構築の萌芽ともなりうる。もっとも，『解説』57頁は，「意見をきいて」とは，意見を十分尊重しての意であり，意見に拘束されるものではない，と述べる。
- (10) 阿部「宅地造成等規制法・急傾斜地法の仕組みと問題点」日本土地法学会編『水害—その予防と訴訟』（有斐閣，1985）57頁以下。土砂災害防止法研究会『土砂災害防止法解説』（大成出版社，2000）15頁，173頁も対策工事の実施を前提としてしか急傾斜地崩壊危険区域の指定がなされない実態があった，としている。
- (11) 阿部「宅地造成等規制法・急傾斜地法の仕組みと問題点」58頁は，人家ができた指定して安全にするのを後手後手行政といい，危険であれば先に指定して安全な家しか建てさせないという先手必勝のシステムにすべきと述べていた。
- (12) 公共の福祉概念，公共性概念については，甲斐道太郎編『大震災と法』（同文館出版，2000）所収の池田恒男「震災対策・復興法制の展開軸と震災法学の課題」29頁以下，牛尾洋也「市民法的公共性論のための覚書」224頁の議論参照。
- (13) 土地収用法第3条3の第3号，第71条などによる補償が問題となる場面（急傾斜地法第18条参照）との区別が問題になろう。「商品」として欠陥があるという理解を強調しておきたい。もっとも土地所有者からの補償請求は拒否されるべきであるという点では，環境法秩序によって所有権が制限される場面に近似することにはなる。絶対的排他的私的所有権と拮抗する公共的・共同体的所有理論を提唱している吉田邦彦『民法解釈と揺れ動く所有権』（有斐閣，2000）423頁などが示唆を与える。吉田が，環境保全のための規制を所有権自体に内在する制限に基づくものとして捉えるのに対し，中山充『環境共同利用権』（誠文堂，2006）292頁は，「環境共同利用権を所有権とは別個独立の権利としつつ，所有権に内在する制限は環境共同利用権によって所有権に課さ

れる制限でもある」と構成する。

- (14) 昭和52年6月24日、鹿児島市吉野町付近の標高約160メートル以上の山腹で崩壊を起こし、崩壊物質は谷を流過する過程で溪床堆積物や両岸山脚を削り取って雪だるま式に土砂石量を増加させ、扇状地に達するとともに流速を減じながら堆積し、土石流の最先端部分は日豊本線の線路まで達し、13棟の家屋が押し潰され死傷者が出たという事案である。
- (15) 高知地裁は、住民に対する警戒避難に関する権限の不行使をとがめて住民の生命及び身体の侵害に対する損害賠償を認めた（国賠第1条第1項）。「(崩壊危険区域) 指定に至るまでの暫定措置として、防災の基礎主体たる被告市を通じて、一部原告ら住民に対し、本件崩壊地の具体的危険性を知らしめて、十分な警戒を促す権限を行使すべき義務があり、かつ、この権限の行使は、その内容に鑑みて、予見可能となった時点から本件災害までに容易になし得たものと認められる。」などとして、「本件崩壊地の具体的危険性を知らしめ、十分な警戒を促す権限を行使していたならば、住民自らが事前に警戒、避難することにより、少なくとも一部原告らの人損のみは回避されていたものと認められる。」との判断を示している。
- (16) 宇賀克也「土砂災害と国家賠償（上）」ジュリスト911号43頁。
- (17) 法第12条による急傾斜地崩壊対策事業の採択基準は、都道府県が施行する急傾斜地崩壊防止工事のうち、次の各号に該当する場合で事業費7,000万円以上のものである。①急傾斜地の高さが10m以上あること、②移転適地がないこと、③人家おおむね10戸（公共的建物を含む）以上に倒壊等著しい被害を及ぼすおそれのあるもの（<http://www.mlit.go.jp/river/sabo/panf/landslide/09-10.pdf>）
- (18) 司法研修所編『改訂・紛争類型別の要件事実』（法曹会、2006）45頁。
- (19) 行為請求権説が多数説であるとするものに、広中・中村『新版注釈民法（7）』（有斐閣、2007）254頁以下、262頁、『民法（2）物権（第4版増補版）』（有斐閣、2003）（有川哲夫）27頁以下、佐久間毅『民法の基礎2 物権』（有斐閣、2006）305頁。物権的請求権については、川角由和「物権的請求権の独自性・序説」河内宏ほか編『市民法学の歴史的・思想的展開』（信山社、2006）397頁以下が歴史的基礎的研究を行っている。
- (20) 大判昭和7年11月9日民集11巻2277頁も同様の趣旨を述べる「土砂ヲ掘採シ隣

地ノ崩壊ヲ来タス虞アル危険ナル状態ヲ作為シタルトキハ其ノ土砂ノ掘採カ前所有者ノ時代ニ為サレタルト将タ又現所有者ノ時代ニ為サレタルトヲ問ハス又其ノ掘採カ現所有者ニ依リテ為サレタルト将又前所有者其ノ他ノ第三者ニ依リテ為サレタルトニ論ナク現所有者カ其ノ危険ナル状態ヲ其ノ儘ニ放置シテ顧ミサルハ隣地ノ所有権ヲ侵害スルモノナルヲ以テ之カ予防ニ必要ナル設備ヲ為スノ義務アルモノト謂ハサルヘカラス然レハ原判決カ現所有者タル上告人ニ対シ判示ノ予防工事ヲ為スヘキコトヲ命シタルハ正当ニシテ

- (21) 原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学4号82頁（1976）、同『市民法の理論』（創文社、2011）490頁。
- (22) その他、類似裁判例に、横浜地裁昭和61年2月21日判時1202号97頁（一部認容、控訴）がある。
- (23) 通達は、受益者負担金額は災害関連事業費の20%、公共施設に関連する事業は10%、崩壊による家屋半壊以上の被害があった箇所は10%、このうち公共施設に関連する事業は5%としている。（「急傾斜地崩壊防止施設に係る災害関連事業の取扱について」昭和62年5月30日建設省河防発第85号建設省河川局防災課長通知）
- (24) 阿部泰隆「宅地造成等規制法・急傾斜地法の仕組みと問題点」58頁は、神戸市、長崎市の例を報告している。
- (25) 現在、県民に対する広報では、急傾斜崩壊対策事業の場合（国の補助を受けて県が工事を実施〔原則として、がけの高さが10m以上、保全人家が10戸以上、全体事業費、7,000万円以上、移転適地がないこと〕）、県単急傾斜地対策事業の場合（県の補助を受けて市町村が工事を実施〔原則として、がけの高さ5m以上、保全人家5戸以上、単年度工事費が原則として、200万円以上1,500万円未満、移転適地がないこと〕）とに分けて行われている。いずれも事業地の無償提供を求めている（『土砂災害から暮らしを守る』（鹿児島県砂防課、2011年7月発行）17頁）。
- (26) 鹿児島県内で10,138区域（全国6位）である（平成23年2月28日現在）。法令上の義務づけはないが、「急傾斜地崩壊危険箇所」などと同様に現地に標識を設置することを考えるべきである。県の土砂災害情報マップ（<http://www.sabomap.jp/kagoshima/>）をみても、赤と黄色の地域が目立つ。危険区域への接

近を自己責任として片付けることはできない。

- (27) 「住宅は私有財産であり、個人補償はできない」という呪縛から解き放される必要があるのと同様に考える余地があるのではないか。居住福祉の考え方については、早川和男『災害と居住福祉』（三五館，2001）など参照。個人補償の問題については、「共同社会の同胞に対する他の成員の倫理的義務としても、人間らしい生存・生活を営む自然権を確保することを原初的な任務とする近代社会における国家の設立目的」（池田恒男「震災対策・復興法制の展開軸と震災法学の課題」甲斐道太郎編『大震災と法』（同文館出版，2000）64頁以下）という視点を共有したい。なお、国家は天災に対して責任を負わないという見地から個人補償に反対する説に、阿部泰隆『大震災の法と政策』（日本評論社，1995）81頁以下など。
- (28) 安全権，生存権の財産権として捉えることによって可能ではないか。安全権の考え方については、篠塚昭次「安全権の今日的状況」法律時報56巻5号36頁以下（1984）。
- (29) 環境共同利用権については、中山充『環境共同利用権』（誠文堂，2006）参照。たとえば同書292頁は、「対象が私的所有地である場合は、共同利用権の内容をなす共同利用が土地所有権を当然に制限するのであり、共同利用の対象である土地の所有権の内容は、その共同利用に適合するものでなければならない」と述べる。急傾斜地の土地利用の制限についても、同様に考えることが可能ではないか。
- (30) 早川和男『災害と居住福祉』（三五館，2001），早川和男他編『居住福祉学の構築』（信山社，2006），吉田邦彦『都市居住・災害復興・戦後補償と批判的「法の支配」』（有斐閣，2011）など参照。