

《論 説》

洪水防御は誰のためか

——土地利用規制の保護利益をめぐる——

山 田 洋

1. はじめに

1 古今東西を問わず、人の生活は、水と不可分であり、多くの都市は、河川の流域に発達してきた。さらに、近代になるほど、市街地とその周辺の土地は、産業あるいは住宅の用地として希少性を増し、河川の周辺の土地においても、開発への圧力が高まることとなる。これに応じて、いずれの国においても、こうした土地の安全性を確保し、それを開発可能にするために、古くから、堤防などの河川施設の整備が進められてきたわけである。

しかし、こうした河川施設の整備には、膨大な費用と極めて長い年月が必要となる。この結果、これが開発圧力に追い付かず、施設整備が不十分で河川等による浸水の恐れの高い地域が市街化してしまうといった現象も、多くの国に共通してみられるところといえる。とりわけ、近年は世界的な課題となりつつある気候変動の影響もあって、異常な豪雨が多発するなど、各国の市街地の水害に対する脆弱性が顕在化しつつある。わが国においても、近年、さまざまな水害対策が関係省庁などによりあらためて提唱されていることは、周知のとおりである¹⁾。また、わが国に比較して、水害に対する切迫感が薄いと見られてきたヨーロッパにおいても、EUが共通した水害対策に乗り出すなど、これへの関心が高まっている。とりわけ、ドイツにおいては、90年代以来のエルベ川

1) 一例として、社会資本整備審議会「水災害分野における気候変動適応策のあり方について（答申）」平成27年8月（国土交通省HP）。

などの洪水の多発による都市部の被害の拡大などを受けて、連邦レベルでの水害対応の立法化が進展しつつある²⁾。

2 いずれにしても、市街地における土地利用の効率化と水害リスク等からの安全性の確保の調整は、時代と国を超えた共通の課題といえる。都市における水害の多発という状況に直面しながら、河川施設の整備が短期的には難しい中で、洪水対策を踏まえた都市計画などによる土地利用の調整が急務であることも、以前から、繰り返し指摘されてきた³⁾。とはいえ、自由な開発と建築を原則としてきたわが国においては、洪水対策に限らず、とりわけ市街地における土地利用規制は、困難を極める。こうした現実、都市計画制度の整備で一日の長のあるドイツにおいても、程度の差こそあれ、同様である。

以前にも、別稿で紹介したことがあるが⁴⁾、ドイツにおいても、近年、洪水対策のための土地利用規制が大幅に強化され、市街地を含めて、おおよそ100年に一度の浸水が予測される地域を「浸水地域 (Überschwemmungsgebiet)」に指定し、この地域内での新たな建築計画の策定を原則として禁止するといった制度が立法化されている。しかし、市街地の開発圧力に対して、こうした厳格な利用規制を維持することは、必ずしも容易ではない。浸水地域内などにおいて、開発を急ぐ地元の自治体 (Gemeinde) により、例外的な建築計画の策定や建築許可がなされる例も少なからずあるのは、理解しやすいところである。ただし、注目すべきは、こうした建築による洪水時の水流の変化等により自己の住居等に被害が及ぶことを心配し、周辺の土地所有者等が建築計画や建築許可を争う訴訟を提起する例が多発していることである。

3 これも周知のとおり、ドイツにおいても、建築許可など処分の取消しを求める第三者は、当該処分が自己の権利利益を保護する規定に違反することの

2) さしあたり、山田洋「洪水リスクへの法対応」同『リスクと協働の行政法』(信山社、2013) 163頁。

3) こうした点を指摘する近時の文献として、三好規正「都市行政と水法」久末弥生編『都市行政の最先端』(日本評論社、2019) 25頁。さらに、山田洋「気候変動への適応と水害リスクへの防御」法時91巻8号64頁(2019)。

4) 山田洋「洪水防御と土地利用計画」一橋法学14巻2号345頁(2015)。

みを主張すべきものとされている。いわゆる「保護規範説(Schutznormtheorie)」である⁵⁾。ここでは、洪水防御のための土地利用規制に関する法規定について、これが一般公益ではなく周辺住民の利益を保護するものといえるか否かが問題となるわけで、わが国における「法律上の利益を有する者」を巡る議論と類似の枠組みとなる。

一方、建築計画である地区詳細計画(Bプラン)は、自治体の条例(Satzung)の形式をとるため、これを争うには、規範審査訴訟(Normenkontrollverfahren)によるのが通常である⁶⁾。しかし、こうした例外的な計画策定には、州法所定の州政府機関の許可を要するため、こうした計画に反対する住民等は、ここでも、その許可の取消訴訟により争うこととなる⁷⁾。そこでは、建築計画が原告の主観的権利を侵害するか否か、いいかえれば当該計画の例外を認める根拠規定が原告の主観的権利を認めているか否かが問題となるわけで、洪水防御のための法規定がそれに沿った土地利用計画の策定を求める権利を周辺住民に保障するものであるかが問われるわけである。先に述べた建築許可に対する周辺住民による取消訴訟と比較すると、やや枠組みは異なるものの、洪水防御のための土地利用規制が周辺住民の権利利益を保護する趣旨であるか否かという同様のハードルが存在することとなる。

4 ドイツにおける伝統的な考え方に従えば、浸水の高リスクの高い土地における建築等の土地利用規制は、洪水時の河川を円滑に流下させ、流域全体の安

-
- 5) これについても、極めて多くの研究があるが、引用を兼ねて、近年のものとして、吉岡郁美「原告適格とドイツ連邦制(一) 自治研究93巻10号102頁(2017)。
 - 6) Bプランに対する規範審査訴訟についての近年の詳細な研究として、湊二郎・都市計画の裁判統制(日本評論社、2018) 2頁。
 - 7) Schmitt, in: Giesberts/Reinhardt, Umweltrecht(2018), WHG §78, Rn.58.ただし、異論があるようで、許可に基づくBプランそのものを規範審査訴訟によって争うべきであるとするものもある。Reinhardt, Wasserhaushaltsgesetz, 12.Aufl.(2019), §78, Rn.28.もっとも、客観訴訟である規範審査訴訟による場合でも、権利侵害が訴訟要件となるため、水管理法により権利侵害を根拠付けようとするれば、それに沿った建築計画を求める権利の有無が問題となる。規範審査訴訟の原告適格につき、湊・前掲注6) 24頁。

全性を高めるといふ、まさに一般公益の保護のための制度であり、個別の土地建物等を保護する制度ではない⁸⁾。いいかえれば、こうした規制に反する建築計画や建築に対して、その排除を求める法的な権利利益がその周辺の住民等に認められているわけではないから、こうした住民等が建築計画や建築への例外許可への取消訴訟を提起して、それを争うことは認められないはずである。

にもかかわらず、近年における洪水防御のための土地利用規制の大幅な強化と都市水害の多発による住民の関心の高まりを背景として、前述のように、浸水地域などにおける例外的な建築許可などに対する取消訴訟がそれによる被害を憂慮する周辺住民等によって多く提起されることとなっている⁹⁾。こうした訴訟の可能性については、もちろん、これに消極的な下級審判決も存在するが、これに積極的に対応する途を模索する判決も存在し、見解が分かれていた。

こうした中で、2017年に連邦の水管理法 (Wasserhaushaltsgesetz)¹⁰⁾ が改正され、そこにおける洪水防御の規定がさらに強化された。そこでは、前述の浸水地域の設定や運用において、周辺住民等の利益に配慮すべきことが明記されることになり、これまでの争いに立法的な解決が図られることとなった。こうした訴訟については、前稿においても、別の観点から触れてきたが、この法改正を機会に、洪水防御のための土地利用規制の制度目的という観点から、あらためて再考を試みることにした。洪水防御に関するわが国との基本的な国情の相違を確認する上でも、新たな視角を提示できれば、幸いである。

8) さしあたり、Hünneckens, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, WHG, vor § 72. (Stand 2011).Rn.34ff.

9) 山田・前掲注4) 352頁。

10) Gesetz zur Verbesserung des vorbeugenden Hochwasserschutzes vom 3.5.2005, BGBl. I, 2005,S.1224ff.geänd.30.6.2017 BGBl. I S.2193ff.

2. 都市計画制度における洪水防御

1 周知のところであるが、ドイツの都市計画のシステムを簡単に振り返っておけば¹¹⁾、まず、連邦の国土整備法 (Raumordnungsgesetz) および各州の州計画法に基づき、各州により、州全体の土地利用の概略を定める州発展計画 (Landesentwicklungsplan) などの国土整備計画 (Raumordnungsplan) が定められ、さらに、これを詳細化するために、州をいくつかの地域に分割して、それぞれの地域についての土地利用を定める広域地方計画 (Regionalplan) が策定される。これを受けて、連邦の建築法典 (Baugesetzbuch) に基づき、各自治体 (Gemeinde) により、その区域全体の土地利用を定める「土地利用計画 (Flächennutzungsplan - F-Plan) が策定される。さらに、このFプランによって住居地域などの建築可能とされた地域については、建築物の配置等を詳細に定める「Bebauungsplan - B-Plan」が策定される。両者を併せて、「建設管理計画 (Bauleitsplan)」と呼ぶ。こうした4段階の計画システムに於いては、いうまでもなく、下位の計画は、上位の計画を反映しなければならないわけであるが、市民の土地利用を直接に拘束するのは、条例 (Satzung) であるBプランのみとされる。

さて、個別の建築物の建設には、各州の建築秩序令 (Baunutzungsverordnung) に基づく自治体による建築許可 (Baugenehmigung) が必要となるが、建築を可能とするBプランが策定されている地域と (制度確立前から) すでに市街化していた地域 (連担建築地域) を除いた外部地域 (Außenbereich) については、原則として、建築は許可されない。例外的に許可されるのは、農用建築物などの法定の場合と個別事情から例外的に認められる場合に限定される。もちろん、Bプランの存在する地域においては、それに即した建築のみが、連担建築地域

11) ドイツの都市計画法制については、古くから多くの紹介があるが、近年までの状況を概観するものとして、斎藤純子「人口減少に対応したドイツ都市計画法の動向」レファレンス2014年6月号3頁。

においては、当該地区の建築秩序に即した建設のみが許可されることとなる。原則として、建築には、Bプランの策定が前提となるわけで、いわゆる「計画なければ開発なし」の原則が妥当しているわけである¹²⁾。

2 さて、洪水防御との関連であるが¹³⁾、これも周知のとおり、建築法典においては、建設管理計画の策定においては、関連するすべての公的または私的利害が適切に衡量されるべきこととされる(1条7項)。いわゆる「衡量要請(Abwägungsgebot)」であるが¹⁴⁾、洪水のリスクのある地域については、それへの配慮が衡量されるべき利害に含まれることは自明である。ただし、同法においては、衡量に際して考慮すべき観点が例示的に列記されているが(同条6項各号)、後に触れる2005年の水管理法等における洪水防御規定の整備に合わせて、「洪水防御(Hochwasserschutz)」の観点が明記された(12号)。さらに、この規定は、2017年の洪水防御規定の強化に際して、「洪水予防(Hochwasservorsorge)」とりわけ「洪水被害の予防と軽減」という文言に改められている¹⁵⁾。

いうまでもなく、こうした法改正は、土地利用規制において洪水防御の観点を重視すべきことを求める立法者の意思を明確にすることを目的とするものである。とはいえ、法改正後においても、洪水防御の観点が他の様々な諸利害との衡量の中で考慮されるべき一つの観点到過ぎないことに変わりはなく、そうした衡量の中で優先的あるいは最大限に実現されるべき利害としての「最適化

12) ドイツにおける都市計画法制の特色を論ずるものとして、大村謙二郎「ドイツ現代都市計画をどう理解するか」原田純孝古稀記念・現代都市法の課題と展望(日本評論社、2018)457頁。

13) 建築管理計画における洪水防御の要請について、Köck, Hochwasserschutzbelange in der Bauleitplanung, ZUR 2015, S.515ff.; Mitschang, Blange des Wassers und Hochwasserschutzes in der Bauleitplan, ZfBR 2018, S.329ff.

14) 湊・前掲注6)166頁。

15) これにつき、Dirnberger, in: Spannowsky/Uechtritz, Baugesetzbuch, 3. Aufl. (2018), § 1. Rn.130f.; Battis, in: Battis/Krauzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 14. Aufl. (2019), § 1. Rn.86ff.

要請 (Optimierungsgebot)』を意味するものでもないと解されている¹⁶⁾。しかし、たとえば、洪水リスクを大きい地域において、これを適切に衡量することなくBプランを策定して建築を容認するとすれば、こうした計画は、衡量要請違反として違法の評価を受けることとなるわけで¹⁷⁾、Bプランの存在する地域においては、これによって洪水防御と土地利用との調整が担保される仕組みである。

3 ただ、Bプランの策定されていない地域については、これによる調整はなされないこととなり、個別の建築物についての建築許可の段階で調整する他はない。まず、外部地域においては、そもそも建築は、例外的にのみ許容されることとなっているし、例外許可についても、「洪水防御」を害してはならない旨の明文規定があるため (35条3項1文6号)、これが歯止めとなる¹⁸⁾。これに対して、原則としては建築が認められる既存市街地である連担建築地域については、今のところ、洪水防御に関する明文を欠く。しかし、そこにおける建築は、「健康的な居住および労働環境 (gesunde Wohn- und Arbeitsverhältniss)」の要請を充たすべきものとされているため (34条1項)、ここに洪水防御の観点を読み込まれることになる¹⁹⁾。

いうまでもなく、いずれも不確定概念であり、個別の建築物についての解釈適用には、困難を伴うことは予想される。とはいえ、こうした地域においても、洪水防御の観点からリスクのある建築について、歯止めをかける一応の手がかりは用意されていることになる。ちなみに、わが国の都市計画法における洪水防御に対する一般的な言及は、「災害危険区域」の規定を除けば、洪水等を含む「災害の恐れのある土地の区域」(施行令8条2号ロ)が市街化区域に指定できないこととされているに留まる²⁰⁾。

16) Mitschang, ZfBR 2018,S.339f.

17) 一例として、VGH München,Urt.v.30.7.2007, ZfBR 2008,S.52ff.この判決について、山田・前掲注4) 358頁。

18) Mitschang/Reidt,in:Battis u.a. aaO.(Fn.15). § 35. Rn.91.

19) Söfker,in:Ernst.u.a.Baugesetzbuch,(Stand 2019), § 34. Rn.67.

20) この点につき、山田・前掲注3) 68頁。

4 以上、建築法典所定の自治体による建築管理計画と洪水防御の関係を概観してきたが、河川が自治体内で完結することがないことから考えても、洪水防御と土地利用との調整は、自治体レベルに留まることなく、より広域的な観点からなされるべきことは当然といえる。そうであれば、こうした調整は、自治体レベルの建築管理計画のみならず、より上位の広域地域計画や州国土整備計画の役割でもあるはずである。前述した連邦の国土整備法は、国土整備計画により実現されるべき主要な「原則 (Grundsatz)」を列記しているが、その中でも、他の多くの原則と並んで、「海岸及び内陸における予防的な洪水防御に配慮すべきであり、内陸においては、とくに緑地、保留地および緩衝地の保全と回復に配慮すべきである。」(2条6号5号)旨が明記されている。

これによって、これらの上位計画においても、州政府などによって、流域全体の洪水防御の観点から、河川の流域の土地の空地 (Freiraum) への指定などがなされるべきこととなる²¹⁾。もちろん、これらの上位計画は、直接に市民の土地利用を制約する法的効力は有しないわけであるが、自治体は、建築管理計画の策定に際して、こうした国土整備計画に適合させる義務 (Anpassungspflicht) を負っているため (建築法典1条4号)²²⁾、たとえば、空地の確保は、これに即した建築管理計画によって実現が保障されるわけである。このように、4段階の土地利用計画システムを通じて、様々な形態での洪水防御のための土地利用規制が可能な仕組みとなっているわけである。

3. 浸水地域指定と土地利用計画

1 ドイツには、ライン川、ドナウ川、エルベ川、モーゼル川、マイン川など、いくつもの大河が存在し、もちろん、その支流も、多数、存在する。国境をまたぐ国際河川も少なくない。これらの河川は、源流部の山地を除けば、広

21) Spannowsky,in:Spannowsky/Runkel/Goppel,Raumordnungsgesetz,2.Aufl.(2018), §2. Rn.139f.

22) Battis,aaO.(Fn.15), §1. Rn.39ff.

い平野を緩やかに流下しており、多くは掘り込み式である河道の勾配は少ない。そのため、そこで想定されてきた洪水も、豪雨による短時間での増水が破堤をもたらすといったものではなく、上中流部の融雪や長雨による何日にも渡る水位の上昇によって徐々に溢水するという形態であった²³⁾。そのため、何年かごとに発生する洪水においても、避難の遅れによる人的被害なども考えにくいことなどから、これに対する一般の関心も必ずしも高くはなかったといえる。

そこにおける治水対策としても、河岸の平野部に集中する都市部については、もちろん堤防等の河川施設による洪水防御は進められているものの、基本的には、中上流部などに残された氾濫原を自然の遊水地として利用し、それによって河川の水位の上昇を抑制あるいは緩和することを基本としてきた。そして、こうした既存の氾濫原については、前節に見た各州の国土整備計画を頂点とする都市計画システムによる土地利用規制によって市街化等から保全されるほか、各州の水管理法に基づく「浸水地域 (Überschwemmungsgebiet)」などへの指定²⁴⁾といった河川管理法制による開発規制などによっても守られてきたわけである。

ちなみに、このような治水システムのあり方を前提として、ドイツにおいては、伝統的に、洪水防御を含む河川管理は、各州の役割であると考えられてきた。それについての立法権限も、原則として、各州に留保されており、連邦は、各州の水管理法の大枠を定める大綱的立法 (Rahmengesetzgebung) に関する立法権限を有するのみであった。それが2006年の基本法改正により競合的権限とされたことにより、2007年に初めての本格的な連邦レベルの水管理法が制定されることとなったわけである²⁵⁾。

2 さて、こうしたドイツの伝統的な治水システムの欠陥が露呈したのが2002年夏のエルベ川の大洪水である²⁶⁾。流域の記録的な豪雨の影響により、中

23) ドイツにおける河川と洪水の状況につき、さしあたり、戸田圭一「2002年夏のヨーロッパでの水害」京都大学防災研究所年報46号B1頁(2003)。

24) Hünneckens, aaO. (Fn.8), vor § 72.Rn.1ff.

25) Reinhardt, aaO. (Fn.7), Einl. Rn.7ff.

26) 戸田・前掲注23) 1頁。

小の支流で土石流被害などが多発したほか、本流の増水により、大都市ドレスデンの市街地が水没するなど、大きな被害が発生し、国民に強い衝撃を与えた。21人の死者と総額150億ユーロを超える被害が生ずる結果となり、これに前後した国内の洪水被害の頻発もあって、連邦政府も、洪水防御に本腰を入れることを迫られることになる。

こうした大水害によって認識されたことは、いかにドイツの市街地が水害に対して脆弱であるかであり、いかえれば、いかに水害のリスクの大きな地域の開発が放置されてきたかである²⁷⁾。市街地や農用地への土地の利用形態の変化により、150年の間に、自然の氾濫原は、85%も減少したとされ²⁸⁾、それだけ増水時における河川の水位の上昇は、激しいものとなる。とりわけ、こうした地域が市街化することとなると、たとえ堤防等が整備されていたとしても、水害等の被害を受けやすくなることは当然である。先に述べた都市計画システムや各州法による開発規制なども、開発圧力の前に、氾濫原等を守る歯止めとしては、十分には機能してこなかったわけである。

他方では、気象条件も、大きく変わりつつある。気候変動などの影響もあり、2002年夏のエルベ川流域に限らず、ドイツを含むヨーロッパにおいても、記録的な豪雨が頻発するようになってきている。これにより、従来は想定されなかったような河川の水位の上昇が、しかも急激に発生することともなる。いうまでもなく、世界的な気候変動は、ドイツにおいても、大きな関心事であるが、温室効果ガスの排出削減といった「緩和策」のみならず、早くから、それへの「適応策」にも関心が高く、2008年には、すでに連邦政府による総合的な制作プログラムが策定されている²⁹⁾。そこでも、洪水防御は、中心的な課題とされているのである。

3 こうした背景から、連邦政府は、洪水防御のための立法措置を急ぐこととな

27) 山田・前掲注2) 166頁。

28) 戸田・前掲注23) 5頁。

29) ドイツにおける気候変動への「適応」について、山田・前掲注4) 346頁。現在の政策プログラムとして、Aktionsplan Anpassung der Deutschen Anpassungsstrategie an den Klimawandel von Bundeskabinett am 31.8. 2011.(HP BUM)。

るが、その端緒となったのが、2005年の「洪水防御法(Hochwasserschutzgesetz)」³⁰⁾である。これについては、すでに別稿で紹介したが、前述のとおり、当時は大綱立法であった連邦の水管理法の改正を中心とする建築法典などの改正一括法である。その直後の2006年の基本法改正により河川管理の競合管轄化が実現したこと、さらに、2007年のEUによる「洪水リスク枠組み指令」³¹⁾を国内法化する必要が生じたことを受けて、あらためて2009年に水管理法が制定され³²⁾、現行の洪水防御法制の基礎が形成されたわけである。

2009年法による制度の概略についても、すでに前稿で紹介しているため³³⁾、繰り返しは避けるが、この制度の究極的な目標は、洪水防御のための土地利用規制の実効化といつてよからう。先に述べたように、従来の制度は、州政府や自治体による運用(あるいは裁量行使)に難があったために、結局、開発の歯止めとならず、氾濫原の縮小、場合によっては、その市街化を招いてしまったわけであるが、こうした土地利用規制を活性化し、適切な運用を確保するのが立法の狙いといえる。その柱は、大きく分ければ、地域の洪水リスク評価の制度の明確化、「浸水地域」制度の再活性化、の二つである。

まず、適切な土地利用規制の実施には、地域の適なりリスク評価が前提となるが、従前、これについての明確な制度設計がなされておらず、これが土地利用制限の実施をためらわせてきたといえる。新たな制度によると担当官庁(州政府)は、全ての流域について、予備的なリスク評価を実施して、2011年中に洪水の被害や頻度を勘案した「リスク地域」を設定し(73条)、その地域について、2013年中の「リスクマップ」と「ハザードマップ」を作成する(74条)。さらに2015年までには、その地域の被害減少のための「リスク管理計画」が策定されることとなる(75条)。この制度は、先に触れた2007年のEU指令を国内

30) Gesetz zur Verbesserung des vorbeugenden Hochwasserschutzes vom 3.5.2005, BGBl. I, 2005,S.1224ff.

31) Richtlinie 2007/60/EG des europäischen Parlaments und Rates vom 23.10.2007 über die Bewertung und das Management vom Hochwasserrisiken, ABIL 288,S.27ff.

32) Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts vom 31.7.2009, BGBl. I S.2585ff.

33) 山田・前掲注4) 348頁。

法化したものであるが、これによって、全流域についての段階的なリスク評価の工程表が法定化されたわけである。

さらに、この「リスク地域」に指定された地域を中心として、少なくとも100年に一度以上の頻度で浸水が予想される地域については、「浸水地域（Überschwemmungsgebiet）」に指定されなければならないとされる（76条2項）。従来の各州法に基づく指定とは異なり、この指定については裁量の余地はなく、義務的とされる³⁴⁾。この地域については、原則として、新たな「建築地域（Baugebiete）」を認める建築管理計画の策定による市街化等は許されない（78条）。例外については、市街の発展のために不可欠であること、既存市街地に隣接すること、洪水の保留地の補償措置が確保されること、などの厳格な要件が課される³⁵⁾。もちろん、この指定は、既存の氾濫原のみならず、要件を満たせば、Bプランや連担建築地域による既存市街地等も対象となしうるか³⁶⁾、こうした地域においても、新たな建築等は、洪水防御を害しないなど、厳格な要件の下での例外許可を要することとなる³⁷⁾。この制度によって、氾濫原の保全と再生が図られるとともに、洪水のリスクの高い地域の市街化等が防止されることとなる。

4. 洪水防御と個人の保護

1 以上で概観したように、2009年の水管理法における洪水防御規定の整備により、ドイツの連邦レベルでも、ひとまず、洪水防御のための土地利用規制のシステムが確立したといえる。2015年末で洪水リスク評価のサイクルは、一応、完了しており、義務化された浸水地域の各州政府による指定も、それなりに進展したといえる³⁸⁾。少なくとも、こうした指定がなされた地域においては、

34) zB.Reinhardt, aaO.(Fn.7), § 76. Rn.10ff.

35) 山田・前掲注4) 351頁。

36) BVerwG Urt.v.22.7.2004, BVerwGE 121,S.283ff.これについて、山田・前掲注4) 352頁。

37) 山田・前掲注4) 355頁。

38) Wienhues,Baurecht und Drittschutz:Neue Antwortung auf alte Fragen?

Bプランによる建築地域の新規の策定や建築等が原則的に禁止されることによって、氾濫原の市街化（あるいは農地化等）といった現象に、一応の歯止めがかかったとはいえる。

もっとも、現行制度においても、先に触れたとおり、浸水地域内においても、例外的にはあるが、新規のBプランの策定が認められる余地は残されている。とくに既存の市街地などにおいては、浸水地域の指定がなされても、Bプランの策定や変更は可能とされる³⁹⁾。さらに、こうした地域を中心として、浸水地域内においても、建築等の例外許可がなされる余地は残されている。もちろん、こうした例外措置については、水管理法所定の厳格な要件による拘束はかけられているものの、自治体による運用次第では、浸水地域内での建築が広がり、氾濫原の減少が続くことも、ありえなくはない。現実には、開発を急ぐ自治体においては、こうした事例も少なからず存在するようである⁴⁰⁾。

2 さて、その後もドイツにおける洪水被害は続発し、とりわけ2013年夏には、エルベ川やドナウ川において大規模な洪水被害が発生することとなった。これを受けて、連邦政府は、河川施設の整備の促進など、新たな洪水防御の措置の決定を迫られる⁴¹⁾。その一環として、洪水防御の法制度についても、見直しがなされることとなり、2017年に新たな一括法である「洪水防御法」⁴²⁾が成立する。これによって、水管理法の洪水防御規定についても、かなり大幅な改正がなされている。この改正においては、本稿で紹介してきた浸水地域とBプランの関係についても、従来は明文を欠いていた浸水地域内の既存市街地等にお

NordÖR2016, S.437 (438).もっとも、こうした指定が必ずしも順調には進んでいないとする政府関係者による指摘として、Wagner/Wahlhäuser,Hochwasserschutz und Bauleitplanung, DVBl.2018, S.473 (474).

39) 明文化されたのは、2017年改正によるが、従来から、判例は、これを認めてきた。

BVerwG ,Urt.v.3.6.2014,NVwZ 2014,S.1377ff.この点につき、山田・前掲注4) 356頁。

40) Wagner/Wahlhäuser, DVBl.2018, S.474.

41) Wagner/Wahlhäuser, DVBl.2018, S.474.

42) Gesetz zur weiter Verbesserung des Hochwasserschutzes und zur Vereinfachung von Verfahren des Hochwasserschutzes,v.30.6.2017,BGBI. I S.2193.

けるBプランの策定と変更の許容性を明確化する一方、そこでの衡量事項が規定され(78条3項)、浸水地域に指定されていないリスク地域における建築規制が強化されるなど(77条)、多岐にわたる⁴³⁾。その詳細に立ち入ることは避けるが、ここでの関心から注目しておきたい点は、浸水地域におけるBプランの新規策定や建築の例外許可の要件規定について、これが周辺住民等の利益を保護する目的を有することが明文化されたことである。

すなわち、先に触れたように、まず、浸水地域内におけるBプラン等による建築地域の例外的な設定については、水流や水位に影響しないこと、洪水の保留機能を害しないことなど、厳格な要件が規定されていたが、今回の法改正により、こうした要件の審査に際しては「近隣住民(Nachbarschaft)への影響も考慮(brücksichtigen)しなければならない」旨が規定された(78条2項2文)。同様に、浸水地域内における建築等の例外許可についても、その類似の要件の審理における近隣住民への影響の考慮が規定されたのである。これらの改正により、改正法政府草案の理由書によれば⁴⁴⁾、これらの例外要件の規定が「第三者保護の効力(drittsschützende Wirkung)」を有することが確認されたとされる。いかえれば、これによって、影響を被る近隣住民は、こうした例外要件に違反したBプランへの例外許可あるいは建築に対する例外許可については取消訴訟で、その効力を争うことができることが明確化されたわけである⁴⁵⁾。

3 前稿でも触れたとおり⁴⁶⁾、以前から、こうした訴訟は散見され、州水管理法の下における浸水地域の規定については、周辺住民等の利益を保護するものではないとする連邦行政裁判所の判決⁴⁷⁾も存在した。現行法下においても、

43) Reinhardt, Trial and Error: Die WHG-Novelle 2017 zum Hochwasserschutz, NVwZ 2017, S.1585ff.; Schmidt/Gärtner, Hochwasserschutz im Baugenehmigungsverfahren, NVwZ 2018, S.534ff.; Mitschang/Arndt/Schnorr, Hochwasserschutz und Bauleitplanung, UPR 2018, S.361ff.; Wagner/Wahlhäuser, DVBl. 2018, S.473ff.

44) Begründung, BT-Drusache 18/10879, S.27ff.

45) zB. Reinhardt, NVwZ 2017, S.1585; Schmitt, aaO. (Fn.7), WHG § 78, Rn.31ff.95ff.

46) 山田・前掲注4) 361頁。

47) BVerwG, Beschl.v.17.8.1972, ZfW 1973, S.114ff.

これを踏襲する下級審判決があり⁴⁸⁾、これを支持する学説も存在した⁴⁹⁾。本稿冒頭でも述べたが、ドイツの浸水地域の伝統的理解は、自然の氾濫原を保全して、流域全体の水位の上昇等を抑制するというもので、当該地域の住民を保護するという発想に乏しかったことからすれば、この制度は、まさに公益保護のためのもので、個人の利益保護を目的とするものではないとする見解は、自然なものであったはずである。

しかし、現行制度を前提とする近年においては、こうした規定に個人の利益保護の目的を端的に認める判決もある⁵⁰⁾。また、その第三者保護機能を一応は否定しつつも、いわゆる「配慮要請 (Rücksichtnahmegebot)」⁵¹⁾に依拠して、受忍しがたい損害を被る者には、これを争うことを認める判決もある⁵²⁾。また、学説においても、こうした方向を支持するものが目立ち始めていた⁵³⁾。EU指令をうけて、当該地域のリスク評価の結果によって浸水地域を指定とする現行制度においては、流域全体の安全度の向上と並んで、地域内の住民の生命財産の保護といった観点が重視されることも当然といえる。今回の改正は、こうした方向を確認するもので、草案理由書も、住民の生命安全の保護を強調する⁵⁴⁾。

4 もちろん、今後に残された問題は、これによって保護される「近隣住民

48) zB. OVG Lüneburg, Beschl.v.11.3.2010, NuR 2010,S.353ff.

49) zB.Hünneckens, aaO.(Fn.8), vor § 72.Rn.34ff.; Elgeti/Lambers, (Hoch-) Wasserrechtliches Rücksichtnahmegebot, BauR 2011,S.204ff.

50) zB. OVG Hamburg,Beschl.v.28.1.2016,NVwZ-RR,2016,S.686ff.

51) 配慮要請についても、多くの紹介があるが、近年のものとして、吉岡、前掲注5) 104頁。とくに水管理法との関係につき、山本隆司・行政上の主観法と法関係(2000)、316頁。近年の文献として、目についたものとして、Uechtritz, Das Rücksichtnahmegebot: dogmatische Verankerung und Bedeutung für den baurechtlichen Nachbarschutz, VBIBW 2016,S.265ff.

52) OVG Koblenz, Urt.v.2.3.2010,juris. これについて、山田・前掲注4) 361頁。

53) zB. Faßbender/Gräß, Drittschutz im Hochwasserschutzrecht, NVwZ 2011,S.1094ff.

54) Begründung,BT-Drusache 18/10879,S.27.

(Nachbarschaft)」の意味あるいは範囲である⁵⁵⁾。浸水地域における建築等の影響は、広範かつ多岐にわたる。従来から多く争われてきた例のように、隣地の建築によって洪水時の水流等が変化し、それにより隣家が被害を受ける恐れがあるといった事例もあれば、上流の氾濫原の市街化により、はるか下流の洪水時の水位が上昇し、家屋等の水没の可能性が発生するといった場合もありうる。

これについては、裁判例の集積に待つほかはないが、法案理由書は、これについて、「直接の隣地住民 (die unmittelbaren Grundstücksnachbar)」に限られず、受忍限度を超えた憲法上の法益を侵害されたものであれば、国境を超えることすらありうるとする⁵⁶⁾。おそらく、かなり広範な関係者が想定されると思われる。さらに、同時に改正された環境救済法 (Umwelt-Rechtsbehelfgesetz)」により、認定環境団体等による団体訴訟までもが容認されたことから考えても⁵⁷⁾、極力、出訴の途を拡大しようという立法者の意思は明確である。

そもそも、周知のとおり、ドイツにおいては、いわゆる保護規範説は、かなり柔軟に解釈され、先に触れた「配慮要請」など、これを補完する理論も発達してきた。こうした経緯もあり、管見の限りでは、出訴の途を拡大するための実体個別法の改正は、あまり例がないように思われる。そうした意味からは、訴訟の多発等を恐れる各州政府による反対をおして実施された今回の改正は⁵⁸⁾、(潜在的)洪水被害者の権利救済の拡大という側面もさることながら、浸水地域を中心とする洪水防御システムの「執行の欠缺」を司法の手を借りて解消しようという立法者による政策的意図の現れと見るべきかもしれない。

55) Reinhardt, aaO. (Fn.7), § 78. Rn.27.

56) Begründung, BT-Drusache 18/10879, S.27.

57) この点につき、Mitschang/Arndt/Schnorr, UPR 2018, S.370.

58) Reinhardt, aaO. (Fn.7), § 78. Rn.24.

5. むすびにかえて

1 いうまでもなく、洪水の防御は、とりわけ洪水リスクの高い土地における土地利用の規制は、最終的には、住民の生命や生活の保護を目的とする。しかし、そこで保護されるべき住民の具体像は、それぞれの制度設計や具体の状況によって異なってくる。当該地域を氾濫原として保全することによって、河川全体の安全度を高め、流域全体の住民を保護することに重きが置かれることもあろうし、当該地域内の建築等をあり方をコントロールすることによって、当該地域の住民自身の安全を確保することに主眼を置かれることもあるであろう。両者は、必ずしも相矛盾するものではなかろうが、具体の制度や規制措置においては、いずれかが主たる目的とされることになる。

これまでみてきたドイツの伝統的な「浸水地域」の制度は、基本的には前者を前提とするものであり、EU指令に基づく「リスク地域」の制度は、後者を目的とするものであるといえる。ちなみに、わが国の建築基準法に基づく「災害危険区域」の制度も、同様の発想に立つことは明らかであろう。ドイツにおける河川のあり方を前提とすれば、前者の発想に立つことは、ある意味では、自然なことであつたのであろうが、後者に立つEU法との接合を余儀なくされたために、ある種の齟齬が生じ、発想の転換を難しくしていたと見ることもできそうである⁵⁹⁾。浸水地域の住民個人の利益保護を鮮明にした今回の法改正も、こうした発想の転換の一環であると考えべきかもしれない。

2 類似のことを別の観点から述べれば、洪水防御を考える場合、これも相矛盾するものではないが、一方では、個別の河川の安全度から出発する発想があり、他方では、対象となる地域の安全度から出発する発想がありうる。河川区域内の河川施設の強化による治水を基本としてきたわが国が前者の発想に立ってきたことは、しばしば指摘されてきたが⁶⁰⁾、氾濫原の機能を重視してき

59) 山田・前掲注4) 363頁。

60) 山田・前掲注3) 69頁。

たドイツも、実は同様の発想に立ってきたのではないか。地域のリスク評価から出発するEUの制度が異なった発想に立つことは、すでに述べた。

いずれにしても、最終的には、住民の生命や生活の保護が目指されることにはなるが、前者においては、ここでも、流域の住民全体が直接に視野に入ってくるため、その利益が抽象化され、よく使われる表現を踏襲すれば、これが一般公益に解消されることになりがちである。広い視野から洪水防御や河川管理を考えることは、決して否定されるべきことではないが、結果として、洪水のリスクに晒されている個別の住民への配慮が希薄となりはしないか。さらには、こうした住民のニーズを力として、土地利用規制を含む洪水防御のための幅広い施策を推進することが難しくなっていないか。洪水防御措置の懈怠に対する周辺住民による出訴の途を開いた今回の法改正の背景を考えると、残された課題は大きいと言わなければなるまい。

3 冒頭でも述べたように、わが国においても、気候変動などによる豪雨の続発と被害の拡大への対応は、喫緊の課題である⁶¹⁾。なお、未改修河川が多く残される中、膨大な費用と時間を要する河川施設の強化のみによって、これに対応することは不可能となりつつある。都市部における内水氾濫の多発などを考えても、もはや、河川管理のみに依存する洪水対策は有効性を失いつつあり、個々の土地の安全性を確認し、その住民の生命と生活を守る「減災」対策が求められている。

これまで見てきたように、都市計画制度の先進国とされているドイツにおいても、とりわけ都市部における洪水防御のための土地利用規制は容易ではない。さらに、そのための法制度の整備が、必ずしも現実の改善に直結しないことも、わが国と同様であり、出訴の途を開くことによる住民の力の動員といった手法まで使われている。困難な課題ではあるが、住民の生命と生活に直結するだけに、放置することは許されない。わが国にとっても、残された時間は、多くはないのかもしれない。

61) 気候変動への適応と洪水防御につき、山田・前掲注3) 65頁。