

洪水防御と土地利用計画

—— ドイツの「浸水地域」制度をめぐって ——

山 田 洋^{*}

- I はじめに
- II ドイツの水管理法制と洪水防御
- III 浸水地域の設定
- IV 新規計画の禁止
- V 計画裁量と衡量
- VI 建築の制限
- VII むすびにかえて

I はじめに

1 温室ガスの排出などを原因とする「気候変動」あるいは「地球温暖化」については、世界的な関心事となって久しい。周知のとおり、京都議定書などに基づく温室ガス削減のための国際的枠組み作りなどの努力がなされ、わが国においても、温室ガスの排出抑制のため、排出権取引の制度化、環境税の導入、各種のエネルギー消費の抑制、再生可能エネルギーへの転換など、その現実の効果はともあれ、様々の対策が提案あるいは実施されている。こうした気候変動の「緩和」については、わが国においても、少なくとも、関心は極めて高いといえる。

しかし、国際的枠組み作りの停滞に象徴されるように、これらの緩和策が着実に実現しているとは、到底、評価できず、また、もし、これらが実現したとしても、その効果は、限定的と考えざるを得ない。そうすると、その程度はともかく、気候変動は継続し、その結果として、人間生活にも、降雨量の増大等による水害

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第14巻第2号 2015年7月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

のほか、温暖化による農水産業への影響、感染症などの健康への影響、生態系の変化による自然環境への影響など、広範な影響が及ぶことを覚悟しなければならないこととなる。そこで、気候変動に対する対応としては、これを温室ガス排出の削減により「緩和」することとならび、その影響に「適応 (adaptation/Anpassung)」するための対策が必要となる。この気候変動への「適応」に対する関心も、諸外国においては極めて高く、多くの国において、かなり以前から、これについての総合的な政策プログラムが存在する¹⁾。これに対して、わが国においては、個別の分野はともかく、気候変動に対する「適応」が総合的な政策目標として意識されることは少なかったといえる。ようやく、本年夏に、政府による「適応計画」がまとめられる予定であり、その前提となる各分野の計画が策定されつつある。

こうした中において、洪水対策の分野は、その影響が顕著なこともあって、気候変動への「適応」という意識は、かなり早くから存在しており、すでに平成20年に社会資本整備審議会が「気候変化への適応策」に関する答申を出している²⁾。さらに、本年2月には、前記の政府全体の動きを受けて、「気候変動対応策」に関する答申の中間とりまとめが発表されている³⁾。わが国においても、ようやく「適応」についての関心が高まりつつあるといえよう。

2 こうした気候変動に対する「適応」についての欧米諸国とりわけドイツの議論を管見すると、その実現の主要な手段として、都市計画などを含む土地利用計画、ドイツ流の表現によれば「国土利用計画 (Raumplan)」の役割が強調されていることが容易に見て取れる。気候変動による人間生活への影響を受けとめるためには、それに見合った土地利用のあり方を将来に向かって計画的に実現していく必要があるという発想である。もちろん、ここでも、もっとも顕著な例は災

1) たとえば、ドイツにおいては、Deutsche Anpassungsstrategie an den Klimawandel (von Bundeskabinett am 17.12.2008)。

2) 社会資本整備審議会「水災害分野における地球温暖化に伴う気候変化への適応策のあり方について (答申)」(平成20年6月)。

3) 社会資本整備審議会河川分科会気候変動に適応した治水対策検討小委員会「水災害分野における気候変動適応策のあり方について (中間とりまとめ)」(平成27年2月)。

害対策の土地利用への反映ということになるが、それに限定することなく、気候変動への適応が計画の目標として位置づけられ、その中に広範な適応策が位置づけられているわけである⁴⁾。

気候変動への適応が長期にわたり着実に推進すべき政策であるとすれば、それを土地利用計画の中に位置付けることは、極めて自然なことといえる。ただ、従来の土地利用計画は、インフラ整備といった所与の政策目標を着実に実現していくことを目指す「静態的」な計画であったのに対して、気候変動への適応は、未知あるいは不確実な要素を多く含み、それについての計画は、将来的な変化に柔軟に対処できる「動態的」な計画である必要がある。いいかえれば、気候変動への適応は、一種の「リスク対応」の要素をはらむものであり⁵⁾、そこでの計画自体も、「順応的 (adaptive/anpassungsfähig)」でなければならないこととなる。

すなわち、ここでの土地利用計画の役割は、現状において望ましいと考えられる土地利用のあり方を固定的に定めるのではなく、将来の気候変動の知見の増大や社会情勢の変化の中で、常に気候変動への適応する土地利用の決定がなされるよう、プログラミングしておくことにあるといえる。このために、ある論者によると、以下のような計画制度が求められるという⁶⁾。まず、計画策定に際して、常に、気候変動への適応を考慮すべき責任を明確化することである。次に、そのために、気候変動等への知見を継続的に調査し、それに応じて、定期的に計画を見直す義務を定めることである。さらに、こうした計画が確実に実現されるための保障として、そこに各分野の適応策が適切に統合され、それに外部的な拘束力を持たせることである。そもそも、気候変動への適応といった長期的な政策目標は、その時々を経済活動の要請などに劣位する結果となりがちであるため、それが常に最適に実現されるよう、計画制度の中でプログラミングしておくことが必要であると考えられているわけである。

4) 近年のものとして、Reese, *Klimaanpassung im Raumplanungsrecht*, ZUR 2015, S.16ff.; Köck, *Festlegungen zur Anpassung an den Klimawandel durch die Raumplanung*, ZUR 2013, S.269ff.; Kment, *Raumplanung unter Ungewissheit*, ZUR 2011, S.127ff.

5) とりわけ、Kment, ZUR 2011, S.127f.

6) Reese, ZUR 2015, S.18.

3 さて、多岐にわたる気候変動への適応の中でも、河川氾濫などによる水害を防ぐための措置は、直接に住民の生命にも関わるものであり、これが喫緊の政策目標であることには、およそ異論はなかろうが、この分野においてさえ、この政策目標を土地利用計画に適切に反映させることは容易ではない。ここでも、将来の不確実な水害への対策より、目前の土地利用の経済的利益が優先されやすいからである。こうした傾向は、「計画なければ開発なし」という強固な都市計画制度を有するドイツにおいても、同様に見ることができる。ここでも、近年の洪水被害の増大を背景として、洪水へのより高度の対応の必要性が認識され、とりわけ水害の危険性の高い地域での建築制限等を内容とする新法の制定が実現したが、それを既成市街地で実現することは、容易ではない。逆に言えば、それだけに、これについて、法的拘束力をもった土地利用計画によって実現する必要性が強調されることともなるのである⁷⁾。

以下、本稿においては、ドイツにおける土地利用計画における洪水への対応を素材として、そこにおける気候変動への適応のための土地利用計画の役割について考えてみたい。もちろん、気候変動への適応は、各国に共通の課題であるが、国情を異にするわが国において、ドイツと同様の土地利用計画による水害対策が容易に実現するとは思われない。とはいえ、わが国においても、もはや、河川施設の拡大による水害対策が限界にきていることは間違いなく、河川の氾濫を前提とした「減災」を図らなければならないとの認識は一般化しつつある。また、「まちづくり」などと連携した水害対策は、各種の答申などでも、常に取り上げられ続けている年来の課題といえる。法的な整備に一日の長を有する海外の動向にも目を配っておくことは、新たな途を模索していく上で、必ずしも無益ではないと考えられよう。

II ドイツの水管理法制と洪水防御

1 ドイツにおける河川管理は、伝統的には州政府の権限とされており、連邦

7) たとえば、Reese, ZUR 2015, S.24f.

レベルの本格的な洪水対策立法は、2002年のエルベ川の大洪水などを契機とする2005年の「洪水防御法 (Hochwasserschutzgesetz)」⁸⁾に始まる。しかし、その直後の2006年の基本法改正により、連邦に河川管理に関する競合的立法管轄権が認められたこと、さらには、2007年に「洪水リスクの評価と管理に関するEU枠組み指令」⁹⁾が発せられたこと、により、この法律自体は、短命に終わる。これを受けて、2009年に新たな「水管理法 (Wasserhaushaltsgesetz)」¹⁰⁾が制定され、洪水対策についても、その第6章「洪水防御」編として、先のEU指令の国内法化を含めた新たに洪水対策の法制度が立法化されることとなった。こうした経緯や立法内容については、すでに別稿で紹介を試みたが¹¹⁾、ここでは、土地利用計画との関係を中心として、現行の水管理法における洪水防御法制を概括しておく¹²⁾。

まず、担当行政機関 (通常は州政府) は、全ての流域について、地形図や過去の洪水のデータなどの既存の情報に基づいて、洪水リスクに関する予備的な評価を実施し、それに基づいて、2011年12月までに、洪水の頻度や被害を勘案して「重大な (signifikant)」洪水リスクを有する地域である「リスク地域 (Risiko-gebiete)」を設定する (73条)。そして、これらの地域について、2013年12月までに、「ハザード・マップ」と「リスク・マップ」が調整される。前者には、洪水の蓋然性 (低・中・高)、その範囲や水位等が記載され、後者には、住民数や、経済活動、危険施設などの被害予測が記載される (74条)。

さらに、これらの「リスク地域」については、担当行政機関は、2015年12月までに、洪水被害の減少の目標とその対応策を定めた「リスク管理計画 (Risiko-

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

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

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

11) 山田洋「洪水リスクへの法対応」同・リスクと協働の行政法 (2013) 163頁。

12) 現行法化における洪水防御法制全般について、前稿で参照したもののほか、注釈として、Reinhardt, Wasserhaushaltsgesetz, 10. Aufl. (2010), S.978ff.; Hünneckens, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, WHR, vor § 72ff. (Stand 2011). そのほか、Rolfen, Öffentliche Hochwasservorsorge vor dem Hintergrund von tatsächlichen und rechtlichen Grundvorgaben (2013), S.1ff.; Jablonski, Hochwasserschutzrecht (2014), S.1ff.

managementplan)」を策定することになる(74条)。その記載内容の大綱は、EU 指令の定めるところによるが、具体的には、その地域の特性により、極めて多様なものとなろう¹³⁾。洪水被害の減少のための「建設によらない措置 (nicht-bauliche Maßnahme)」を目標として記載する旨の規定があるが、もちろん、ダムや堤防等の建設を否定する趣旨ではない¹⁴⁾。しかし、このような措置が重視される結果、ここで注目している土地利用制限などが計画の大きな要素となることとなる。

以上のプロセスは、ほぼ EU 指令に準拠したものであるが、洪水をリスクと捉え、それへの対応が「リスク評価」から「リスク管理」へ、という枠組みで規定されていることとなる。このような将来の不確実性の要素をはらむリスクへの対応という認識を反映して、これらのプロセスについては、気候変動による影響などを反映するため、以後、6 年ごとの見直しが義務付けられていることに注目しておきたい。

2 さて、このような EU 指令に準拠したプロセスに水管理法によって接合された制度が「浸水地域 (Überschwemmungsgebiete)」である。洪水の危険性の高い地域の開発行為を規制する類似の制度は、他の EU 加盟国などにも存在するようであり、ドイツにおいても、制度としては、古くから、従前の水管理法に準拠する各州法などに規定されていた¹⁵⁾。しかし、先に触れたエルベ川大洪水などを契機とする 2005 年の洪水防御法の制定に際して、その制度の中核として強化され、これが現行法に引き継がれている。ここでも、洪水リスク管理法制の中核と位置づけられることとなる。

すなわち、「浸水地域」については、従来の立法を踏襲して、一応は、河川などの地表水と堤防等の間の地域、及び洪水に際して貫流もしくは浸水し、あるいは洪水の緩和や保留に必要な地域であると定義されているものの(72条1項)、正式には、州政府により設定される。このような浸水地域が設定されるのは、ま

13) Rolfsen, aaO. (Fn. 12), S.144ff.

14) Reinhardt, aaO. (Fn. 12), S.1011f.

15) Jablonski, aaO. (Fn. 12), S.105ff.

ず、本法によるリスク評価の結果により「リスク地域」に指定された地域及び従来の知見により重大な洪水リスクがあるとされた地域のうち、統計的に、少なくとも 100 年に 1 回の頻度で洪水が予想される地域である（同条 2 項 1 文 1 号）¹⁶⁾。これ以上の頻度で洪水が予想される地域については、裁量の余地なく、浸水地域が設定されることとなるが、もちろん、これより頻度の低い地域に設定することも許される。さらに、リスク地域等に含まれていなくとも、洪水の緩和や保留のために必要な地域についても、浸水地域が定される。この設定は、州政府の法規命令（Rechtsverordnung）の形式でなされ、事前に、州法の定めによる住民参加も必要とされる。

浸水地域に該当する地域については、それが正式に設定されるか否かを問わず、洪水を溜めるための「保留地（Rückhaltenflächen）」としての機能を保全されなければならない（77 条）。開発行為など、その機能を特段の公益のために損なう場合には、それを補う措置が求められている。こうした点は、当然のことながら、のちに述べる都市計画の策定などにおいても、重要な考慮事項とされることとなるのである。

3 このような浸水地域が正式に設定されると、こうした地域には、厳しい土地利用規制がなされることとなる（78 条）。まず、こうした地域においては、原則として、新たな「建築地域（Baugebiete）」を設定する建築管理計画（Bauleitungsplan）の策定が禁止される。例外が認められるのは、市街地の発展のために他に手段がないこと、既存の計画地域と隣接すること、洪水の状況を悪化させないこと、洪水の保留につき補償措置がとられること、などの厳しい条件を満たした場合に限定される。ドイツにおいては、原則として、計画外での建設は認められないから、これにより浸水地域内の新規の市街化は、食い止められる。

さらに、こうした地域内での建築物の建築や建増しも、原則として禁止される。これについても、例外的に許可を得るためには、ここでも、洪水の保留や流下に

16) ただし、「洪水」は、法的定義においては「浸水」と言い換えられているにすぎないため（72 条）、どの程度の浸水が該当するかについては、不明確が残る。この点については、Rolfesen, aaO. (Fn. 12), S.20f.

悪影響を及ぼさないなど、厳しい要件が課されている。これによって、地域内における既成市街地内の建築密度の拡大などにも、歯止めがかかることになる。

そのほか、浸水地域については、土地の形質変更の禁止、危険物質の貯蔵の禁止など、様々な土地利用の制限が規定されている。その結果、とりわけ市街地における浸水地域の設定においては、土地利用と水害防止の要請との間で、厳しい軋轢が避けられないこととなる。以下、浸水地域の設定、そこでの建築管理計画の設定、個別の建築の許可、の各局面について、目に付いた裁判例を手がかりにして、その調整のあり方を管見することとしたい。

Ⅲ 浸水地域の設定

1 まず、州政府による浸水地域の設定については、とりわけ、その地域がすでに市街化している場合においては、そこでの土地利用の制限を嫌う土地所有者や自治体の強い抵抗が予想される。浸水地域の設定は、先に述べたように、州政府の法規命令の形式でなされるため、ほとんどの州においては、利害関係者は、これに対する規範審査訴訟を高等行政裁判所に提起できることとなり¹⁷⁾、以下の連邦行政裁判所 2004 年 7 月 22 日判決¹⁸⁾は、その代表例といえる。先に触れたとおり、2005 年以前の旧法においては、その設定は州法の裁量に委ねられていたわけであるが、新法への改正直前の時点で、洪水防御とりわけ浸水地域の意義を述べたものとして、多く引用される判例である。

事件は、ヴィースバッハ川流域の浸水地域に関するものであり、州政府は、1990 年代の初頭に浸水地域の設定の必要性を認識して、民間会社に調査を依頼している。その結果、当該地域は、50 年に 1 度の頻度で洪水に見舞われるとの結果を得たため、浸水地域設定の手續に着手した。しかし、地元の自治体

17) 行政裁判法 47 条により、のちに触れる建築法典所定の B プランなどについては、当然に規範審査訴訟が認められるものの、これを他の法規命令等について認めるか否かは州法の定めに委ねられている。しかし、現在では、ほとんどの州がこれを認めている。この点を含めて、法規命令に対する規範審査訴訟については、Kopp/Schenke, VwGO, 20. Aufl. (2014), S.511ff.

18) BVerwG Urt. v. 22. 7. 2004, BVerwGE 121, S.283ff.

(Gemeinde) の意見聴取などの手続に手間どり、結局、2002 年 6 月に浸水地域が設定されることとなった。しかし、その間にも当該地域の開発は進み、地区詳細計画 (B プラン) は存在しないものの、すでに市街化した地域 (いわゆる「連担建築地域」) となっており、原告である土地所有者は、住居や下水処理施設などを所有し、養蜂場の設置計画なども存在した。こうした新たな地域の事情を考慮せずに設定された浸水地域は無効であるなどとして、土地所有者や自治体が出訴したものの、高等行政裁判所で敗訴したため、連邦行政裁判所に上訴している。

2 さて、判決は、そもそも、(B プランが存在する場合も含めて) 市街地を浸水地域に含めることは、違法ではないとする。こうした地域であっても、洪水のための保留地としての役割を果たしうるのであって、これを損なう増築等を防ぐ必要があるからである。建築法により建築が認められている地域であっても、他の法規による制約は予定されているのであって、水管理法による制約は、建築法と矛盾するわけではない。さらに、浸水地域による土地利用制限は、比例原則に反するものでもなく、また、補償のないことも違憲の理由とはならない。洪水防御は、「高位の公益的任務」とされ、土地所有者は、これに合致するように土地を利用すべき任務を課せられているとされるのである。したがって、当該地域が市街化しているからといって、浸水地域を設定できないわけではないとするのである。

ただし、本件における浸水地域の設定は、10 年以上前の調査に依拠しており、その後の洪水対策の進展や土地の状況変化が考慮されていないため、現在は、洪水の頻度が変化している可能性が否定できない。その結果、浸水地域を設定すべき範囲が変わっている可能性もあり、原審においては、この点の審理が尽くされていないとして、判決は、事件を原審に差戻している。

3 さて、この事件は、市街化の進む地域において、浸水地域を設定して土地利用を制限することの困難さを典型的に示すものといえよう。土地利用者等の抵抗は、当然に予想されるところであり、これを乗り越えて設定を実現することは、ドイツにおいても、おそらく政治的に容易なことではない。その結果、2005 年

の改正以前においては、市街地においては、ほとんど浸水地域が設定されていない州もあったようで、その執行不全が指摘されていた¹⁹⁾。本件におけるように、州政府が設定に積極的な場合においても、調査や手続に長い年月を要し、その間に市街化が進行してしまうこともありうるであろう。その結果、地元の抵抗が強まるのみならず、その設定の実効性にも疑問が生ずることともなるわけである。

こうした状況を打開するため、2005年法さらには現行法においては、州政府の裁量の余地を排除して、最低限、10年に1度の頻度で洪水が予想される地域については、浸水地域の設定を義務付けている²⁰⁾。さらに、EU指令によるリスク評価の期限の設定という外在的要因によるものではあるが、これと連動して、浸水区域の設定についても、2013年12月までという期限も設定されている。さらに、これもEU指令の要請でもあるが、市民等の参加手続の整備も、おそらく、手続の計画的進行による促進に繋がるものと考えられる。このようにして、着実な浸水地域の設定を法的に保障する一方、他方では、その見直しについても、意識されている。洪水のリスク評価が6年ごとに見直されることは前述のとおりであるが、浸水地域の設定についても、「新たな知見に適応すべきこと」が明記されている(76条2項2号2文)。

とはいえ、現行法制度によっても、浸水地域の設定をめぐる争いが根絶されるわけではない。地域の事情によっては、法定の洪水頻度を下回る地域についても浸水地域が設定されることが当然に予定されており、こうした場合についての政策的な裁量の行使については、もちろん争いが生じる余地が残る。さらに、特定地域の洪水頻度の判断そのものは、科学的リスク評価の問題ではあるが、かなりの不確実性をはらむ判断であり、そこに争いが生ずることも否定できない。いずれにしても、リスク地域全体について、地域の実情に即して、リスク管理計画に基づくさまざまな洪水対策措置を柔軟に適用していくとするのがEU指令さらにはドイツ法の基本的コンセプトであるが、ドイツは、最もリスクの高い地域にお

19) Jekel, Das Gesetz zur Verbesserung des vorbeugenden Hochwasserschutzes, ZUR 2005, S.393 (395f.).

20) これが義務であることは、しばしば指摘されるところであるが、Hünneckens, aaO. (Fn. 12), § 76 Rn9.

ける対策を下支えする制度として、浸水地域を義務的の制度として法定したわけである。法定の設定期限は経過したものの、それが実効的に機能するか否かは、今しばらく見守る必要があろう。

IV 新規計画の禁止

1 先にも触れたとおり、浸水地域が正式に設定されると、その地域内においては、新たに「建築地域 (Baugebiete)」を設定する「建築管理計画 (Bauleitplan)」を設定することは許されなくなる。例外が厳しく制限されていることも、すでに述べた。周知のとおり、ドイツにおける自治体 (Gemeinde) による建築管理計画は、領域全体の土地利用の大綱を定める「土地利用計画 (F プラン)」とそれを反映して地区毎の具体的土地利用の詳細を定める「地区詳細計画 (B プラン)」の二層構造をなし、原則として、建築などは、B プランに記載されたもののみが認められる²¹⁾。浸水地域が設定されると、建築法典 (Baugesetzbuch) の定め (5 条 4a 項、9 条 6a 項) により、その地域が F プランと (すでに設定されていれば) B プランに記載されることとなる。そして、こうした地域について、建築を認める新たな地域を設定する B プラン等の設定を自治体は禁じられることとなり、たとえば、従来は B プランがないために建築が許されなかった地域について、これを新たな B プランにより認めるといったことは不可能となり、浸水地域内の新たな市街化は食い止められることとなる。

しかし、問題は、B プラン等の設定禁止の射程範囲である。前節でも見たとおり、とりわけ現行法においては、既存の市街地にも浸水地域が設定されることが予想される。まず、当該地域について既に B プランによって建築が認められている場合に、計画を変更すること (Umplanung) が認められるであろうか。さらに、当該地域に B プランが存在しなくても、事実上は市街化していると認められる地域 (連担建築地域) については、例外的に建築が認められているわけであるが²²⁾、こうした地域に確認的に B プランを設定すること (Überplanung)

21) さしあたり、Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 12. Aufl. (2014), S.512ff.

は認められるか。とりわけ、設定されるBプランにおいて、その区域が拡大されたり、より高度の土地利用が容認されたりする例があり、これが新たな建築の容認ではないかと問題視されるわけである。

この問題は、立法当初から議論が分かれており、こうしたBプランの設定は禁止されていないとする見解が主流であったと考えられる²³⁾。しかし、プランが無効とされた場合の万一の混乱を恐れてか、自治体の担当者は、こうしたプランの設定には消極的であったといわれる²⁴⁾。ちなみに、Bプランは、自治体の条例の形式で設定されるが、これにつての規範審査訴訟が認められており、伝統的に、その効力を争う多くの裁判が提起されてきた。この問題に決着を付けたのが、連邦行政裁判所2014年6月3日判決²⁵⁾であり、実務に大きな影響を与えるものとして、注目を集めている²⁶⁾。

2 この事件は、浸水地域の設定されたモーゼル河岸の地域について、これを住居地域(Wohngebiet)から混合地域(Mischgebiet)に変更する自治体によるBプランに対して住民が提起した規範審査訴訟である。原告は、地域内の所有地に住居を有していたが、隣地には以前に廃業した発泡ワイン醸造所が存在する。当該地域の振興策の一環として、自治体は、隣地に屋外レストランを併設したワイン醸造所の開業を認めることとし、そのために前記のBプランの変更を決定したが、これに原告は反対している。訴訟において、原告は、騒音問題など、さまざまに主張をしているが²⁷⁾、その一つとして、当該地域は浸水地域であるか

22) 建築法典34条。Battis u.a. aaO. (Fn. 21), S.551ff.

23) 早期のものとして、たとえば、Breuer, Die neuen wasserrechtlichen Instrumente des Hochwasserschutzgesetzes vom 3. 5. 2005, NuR 2006, S.614ff. (620); Hünneckens/Arnord, Bau in Überschwemmungsgebieten, BauR 2006, S.1232ff.

24) Kerkmann, Das Verbot der Ausweisung neuer Baugebiete in Überschwemmungsgebieten, UPR 2014, S.328 (636).

25) BVerwG Urt. v. 3. 6. 2014, NVwZ 2014, S.1377ff.

26) この判決の解説として、Ruttloff, NVwZ 2014, S.1381ff.; Stüer/Garbrock, DVBl. 2014, S.1936ff. さらに、Kerkmann, UPR 2014, S.328ff.; Oerder/Nettekoven, Die Ausweisung neuer Baugebiete in festgesetzten Überschwemmungsgebieten, BauR 2014, S.635ff.

27) ちなみに、当該Bプランは、騒音調査の不備を理由に、一度、無効とされている。OVG Koblenz, Urt. v. 8. 6. 2011, juris.

ら、新たな土地利用を認める B プランの設定は水管理法に違反すると主張している。しかし、高等行政裁判所で請求を棄却されたため、上訴している。

判決は、従来から通説に従って、建築地域の「新たな設定」ではなく「新たな建築地域」の設定を禁じている法の文言、制定時における議会などでの議論、禁止の例外を認める規定との整合性などから、禁止されるのは、従来は認められなかった地域の建築を新たに認める計画であり、従来から建築が認められていた地域についての計画変更や確認的な計画設定は禁じられていないと解している。たとえ、これによって区域が拡大し、あるいは高度の土地利用が可能となっても、その是非は、B プランなどの設定に際しての衡量において考慮される問題であるとされるのである。そして、本件の B プランについては、原告の主張する衡量原則違反などは認められないとして、結論としては、原判決を維持している。

3 この判決の結論については、正面から異論を唱えるものは見当たらず、当然のことながら、自治体の現場からは歓迎されているようである²⁸⁾。その悪影響への憂慮も一部に見られるものの²⁹⁾、各地の市街地の相当部分が浸水地域に取り込まれつつある状況を前提とすると、そうした地域における計画変更などについて、全面的に禁止することは、地域の整備の観点からも、現実的ではないということであろう。現実的に市街地が浸水地域の中に存在する以上、洪水対策を含めて、そこにおける秩序ある土地利用の誘導の要請は否定できず、土地利用計画の役割も続くことになる。

結局は、こうした地域における計画の内容であり、その内容を洪水防御に適合したものとしていくことである。いいかえれば、判決も述べるように、計画の設定における衡量において、洪水防御の利益が適切に考慮されることを担保することである。この問題については、節を改めて、見ていくこととしたい。

28) たとえば、Stüer/Garbrock, DVBl. 2014, S.1396.

29) Kerkmann, UPR 2014, S.332.

V 計画裁量と衡量

1 当然のことながら、Bプランに代表される都市計画は、自治体の計画裁量の所産であり、そこでは、関係する諸利害が適切に比較衡量されなければならない、考慮すべき要素を不当に軽視した計画は、違法な裁量行使として違法と評価されることとなる。こうした考慮要素として、当該地域の洪水防御の要請が含まれることは、当然のことではあるが、2005年の洪水防御法の制定に際して、建築法典も改正され、都市計画において、洪水防御を考慮すべきことが明文化されている(1条6項12号)³⁰⁾。その意味では、当該地域が浸水地域であるか否かに関わらず、洪水防御を考慮することは、都市計画に際しての当然の要請ということになる。

浸水地域についていえば、こうした地域における計画設定の禁止は、衡量によって相対化できない法的拘束ということになるが、これが適用されない場合にも、都市計画の設定に際しての衡量において、洪水防御について、特段の配慮が要請されることとなる。すなわち、先に述べたように、浸水地域については、特段の公益がない限りは、洪水の「保留地」として保全されるべきこととなるが、これは、諸要素の比較衡量における「最適化要請 (Optimierungsgebot)」、いいかえれば、特別の事情がなければ実現されなければならない要請を意味すると解されているのである³¹⁾。この結果、Bプランの変更等による建築地域の拡大や利用の高度化は、洪水の保留能力を損なうこととなるため、原則として許されないこととなるのである。

類似的な要請は、上位計画との関係からも導かれる。国土整備法 (Raumordnungsgesetz) により、州政府は、州全体の発展計画と各地域の地域計画を策定することになるが、同法の基本原則として、洪水防御が規定されており(2条2項6号)³²⁾、より具体的には、計画への洪水防御のための空地等の記載を認めている(8条5項2号d)³³⁾。これをうけて、州政府は、地域計画の中で、浸水地

30) この点につき、Battis u.a. aaO. (Fn. 21), S.60f.

31) この点を強調するものとして、Hünneckens, aaO. (Fn. 12), § 77 Rn6ff.

32) Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz (2010), S.123f.

域を洪水防御の「優先地域 (Vorrangsgebiete)」として記載する例が多いようである³⁴⁾。自治体は、建築法典により (1 条 4 項)、B プラン等の設定に際し、州計画との適合 (Anpassung) が義務付けられているため³⁵⁾、この点からも、浸水地域の目的に反する土地利用を認める B プランは設定できないこととなる。

いずれの観点からも、例外は、極めて限定され、おそらく、新規の計画策定が例外的に認められている場合に順ずることとなろう³⁶⁾。前節の判決の事案も、既存の旧醸造所を改装してレストランを付設するに過ぎず、洪水への具体的な影響も本格的には争われていない事案であったために、B プランの変更が適法とされているわけである。以下、計画変更の事例ではないが、衡量に違法があるとして、B プランが無効とされた著名な事例であるミュンヘン高等行政裁判所 2007 年 7 月 30 日判決³⁷⁾を紹介しておこう。

2 この事件は、従来は B プランが存在せず、建築が認められなかった浸水地域内の土地について、新たに住居地区とする B プランに対する規範審査訴訟である。地元の自治体は、住宅用地の需要に応えるため、2006 年 4 月、新たな住居地区を認める B プランを設定している。これに州の水管理担当部局も同意している。ちなみに、当時は 2005 年法が適用されていたが、同法における浸水地域内での新規計画の禁止は、その文言上、同法自体により正式に設定された浸水地域のみ適用されることとなっていた³⁸⁾。本件のナーブ河岸の浸水地域は、100 年に 1 回の頻度で洪水が予想される地域ではあったが、なお旧法による設定であったため、計画の禁止の適用はない。原告は、地域内で農業を営む土地所有者であり、住宅の建設による地下水汚染などの農業をめぐる自然環境への悪影響を憂慮しているものと見られる。

判決は、この B プランについて、衡量を誤ったものとして無効としている。

33) Spannoesky, u.a. aaO. (Fn. 32), S.313ff.

34) Kerkmann, UPR 2014, S.332f さらに、Hünneckens, aaO. (Fn. 12), vor § 72 Rn21f.

35) 適合義務につき、Battis u.a. aaO. (Fn. 21), S.34ff.

36) この点の指摘として、たとえば、Stür/Garbrock, DVBl. 2014, S.1399.

37) VGH München, Urt. v. 30. 7. 2007, ZfBR 2008, S.52ff.

38) この点につき、Breuer, NuR 2004, S.621.

すなわち、自治体は、住民のアンケート結果などを根拠として住宅地新設の必要性を主張するが、これのみでは、浸水地域内での洪水防御の重要性を上回る公益性は認められないとするのである。この結果、自治体は、衡量における利益の重み付けを誤ったわけであり、当該Bプランは、その設定の「必要性 (Erforderlichkeit)」を欠くという意味では、建築法典 (1条3項) に違反し³⁹⁾、浸水地域の保留地の機能を損ねるに足る公益性を欠くという意味では、水管理法に違反するとされたわけである。なお、Bプランには、保留地機能を補填するための措置も予定されていたようであるが、事業に公益性が認められない以上は、こうした措置も意味はないとされている。

3 さて、この事案自体は、本来は、新たな建築地域を設定するBプランとして、禁止されるべきものであり、自治体により、新法に基づく浸水地域の再設定を見越して、駆け込み的に設定されたものと考えられる。判決が住宅地新設の重要性を簡単に一蹴している背景には、こうした事情があるものと思われる。前節で見たような計画変更等の事案においては、計画策定による経済的利益と洪水防御の利益の衡量は、はるかに微妙な判断となる⁴⁰⁾。

しかし、すでに述べたように、こうした衡量において、洪水防御の利益が特に重視されるべきものであり、特段の例外的な事情が存在しないかぎりには、これを損なうことができないことは、実定法上の明確な要請であり、確立された判例理論でもある。利害関係者による規範審査訴訟によるチェックの機会が開かれていることもあわせて、開発圧力への歯止めとして、それなりの機能が期待できるものと評価できようか。

39) 計画が都市の発展と秩序にとって「必要」なものでなければならないことにつき、Battis u.a. aaO. (Fn. 21), S.29f.

40) 結果として、衡量の違法を否定した事例として、OVG Münster Urt. v. 28. 3. 2008, ZfBR 2008, S.493ff.

VI 建築の制限

1 以上見てきたように、浸水地域の設定により、新規の建築地域を認める計画は禁止され、計画変更による拡大等についても、衡量原則による制限がかかることになる。しかし、浸水地域内の既存市街地における建設については、Bプランが存在しない連担建築地域はもちろん、在来のBプランの存在する地域についても、洪水防御の観点からの計画段階での規律は働かず、個別の建築の段階でコントロールするしかない。そこで、水管理法においては、設定された浸水地域内における建築物の建築や建増し等については、例外の許可を要することとされ⁴¹⁾、この許可には、洪水の保留機能が損なわれないか、その補填措置がとられること、洪水の水流を悪化させないこと、洪水防御の状況に影響しないこと、などの要件が課されている。要するに、建築法規により建築が認められる地域においても、洪水防御を悪化させるような建築は、許可されない仕組みである。

こうした許可については、これを独立の許可にするか、一般的な建築許可に包含させるかは、州法の定めによる。後者による場合には、州の水管理担当官庁の内部的同意が求められることとなる⁴²⁾。いずれの方式によるにしても、この許可が行政行為であることは、もちろんであり、これを拒否された申請者が義務付け訴訟または取消訴訟を提起できるのも当然である。しかし、こうした許可について、建築により洪水の危険が増大したと主張する隣人等が取消訴訟を提起できるか、いいかえれば、洪水防御のための建築制限を定める水管理法の規定が第三者保護機能を有するかについては、なお、争いがある⁴³⁾。最後に、こうした隣人による訴訟を適法とした裁判例の一つとして、コブレンツ高等行政裁判所2010年3月2日判決⁴⁴⁾を紹介することとしたい。

41) この許可は、いわゆる「例外許可」であるとされ、許可要件を満たした場合においても、許可官庁の拒否裁量が認められるとされている。これについて、Hünneken, aaO. (Fn. 12), § 78 Rn31ff.

42) Hünneken, aaO. (Fn. 12), § 78 Rn38f.

43) この問題について、包括的には、Faßbender/Gräß, Drittschutz im Hochwasserschutzrecht, NVwZ 2011, S.1094ff.

44) OVG Koblenz, Urt. v. 2. 3. 2010, juris.

2 事件は、浸水地域内における住居の新設を認める例外許可について、隣地の所有者が提起した取消訴訟である。許可の申請者の土地及び隣接する原告の所有地は、モーゼル川河岸の浸水地域とされており、Bプランは存在しないものの、建築の許容される既存の市街地である。申請者は、住居の建設によって失われる洪水の保留機能を掘り込みによって補填できるなどとして州水管理官庁の例外許可を取得するとともに、別途、建築法上の建築許可を取得している。これに対して、隣地に居住する土地所有者である原告は、住居の新設により洪水の際の水流に変化が生ずることなどから、隣地に損害が及ぶとして、例外許可の取消しを求めて出訴している。しかし、一審で敗訴したため、控訴している。

判決は、浸水地域における建築制限を定める水管理法の規定は、それが隣地への「配慮要請 (Rücksichtnahmegebot)」を含む限度で、隣地所有者の権利を保護する効力を有するとする。その結果、隣地所有者は、例外許可の取消訴訟において、その要件充足性の全てを争えるわけではなく、こうした配慮要請に違反していること、すなわち当該建築により受忍できない損害を被ることのみを争えることとなる。もちろん、こうした損害が生じうるか否かの認定は困難であるが、だからといって、こうした保護機能を否定することは適当でなく、裁判所は、具体の事例におけるこうした権利侵害の存否を認定すべきであるとするわけである。そして、本件については、専門家による鑑定の結果などに基づき、住居の新築による洪水の水流変化などにより原告の土地に損害が及ぶとは認められず、その限りでは例外許可は違法ではないとして、取消請求を棄却しているのである。

3 規範の客観的な適法性が争われる規範審査訴訟と異なり⁴⁵⁾、処分による権利侵害が争われる取消訴訟においては、根拠規範が原告の権利を保護する性格を有するか否かが正面から問題となることになり、水管理法による例外許可についても、これを隣人等の第三者が争いうるか否かが、争われることとなる。従来か

45) こうした意味から、規範審査訴訟は、客観訴訟と位置づけられることとなるが、これについても、規範による「権利侵害」が要件とされているため、水管理法のみに権利侵害の根拠を求める事例においては、取消訴訟と同様の保護規範性の問題が生ずることになる。規範審査訴訟の要件については、Kopp/Schenke, aaO. (Fn. 17), S.526ff.

ら、この制度は洪水防御という公益の保護を目的とするもので、第三者を保護するものではないという見解が有力であり⁴⁶⁾、旧法の下での判例でもあった⁴⁷⁾。しかし、2005 年法さらには現行法において、浸水地域等の制度が強化され、その立法の目的として、住民の生命財産の保護の必要性が強調されてきたことを受けて、これによって守られるべき住民等の地位が法的にも重視されるのは、自然の流れといえる。

もともと、浸水地域の制度は、保留による洪水のコントロールによって河川全体の安全度を高める観点から制度化され、当該地域内の住民の生命財産を保護するという発想には乏しい。そうした意味では、当該地域内のリスクに着目する EU 指令と齟齬があるともいえ、その接続に際し、一定の発想の転換がなされたはずであるが、現行法でも、従来の文言が踏襲されている。こうした経緯が議論にも反映しているのであろうが、現行法の下においては、その範囲はともかく、浸水地域などに関する水管理法の規定に第三者保護機能を認める見解が目立つようになってきている⁴⁸⁾。本判決も、この流れに位置づけられることとなる。おそらく、こうした傾向は、今後も、進展していくものと思われる⁴⁹⁾。そうなれば、許可官庁も、例外許可等による周辺への影響について、より慎重な調査と配慮を求められることとなり、ここでも、洪水防御の着実な進展が期待できることとなろう⁵⁰⁾。

Ⅶ むすびにかえて

1 冒頭に述べたように、地球温暖化といった不確定要因に適応しつつ、増大する洪水リスクに対応するためには、それぞれの地域の実情に応じて、さまざま

46) 現行法下でも、これを否定する代表例として、Hünneckens, aaO. (Fn. 12), vor § 72 Rn34ff.

47) BVerwG, Beschl. v. 17. 8. 1972, ZfW 1973, S.114ff.

48) たとえば, Reinhardt, aaO. (Fn. 12), S.1050.; Faßbender/Gräß, NVwZ 2011, S.1097ff.

49) 仮定的ながら、これに肯定的な例として、VGH Mannheim, Beschl. v. 18. 11. 2013, ZUR 2014, S.238ff.

50) Faßbender/Gräß, NVwZ 2011, S.1099.

な施策が総合的に講じられなければならない。これらの施策のうちでも、土地利用の制限は、最もリスクの高い地域に適用される施策であり、権利制限を伴う最もハードではあるが、実効性の高い施策であるといえる。しかし、いずれの国でも、このようなリスクの高い地域において、すでに市街化が進行しているという現実があり、即時に立退きを命ずるといった施策が不可能であることはいうまでもない。状況に応じて土地利用を承認しつつ、その悪化を防ぎ、将来に向けて、その土地に相応しい利用形態を実現していかなければならない。

将来的にも土地利用が継続していく以上は、それに関して、その時々状況において、さまざまな政策決定がなされることとなるが、洪水リスクについても、社会情勢等においても、不確実な要素が多く、その決定の内容を現状で予測することは困難である。ただし、とりわけリスクの高い地域においては、将来の決定に際して、洪水防御への配慮が最優先されるようにプログラミングしておく必要がある。ともすれば、それに対して、目前の経済的利益が優先することになるからである。これこそが法的拘束力を有する土地利用計画に期待される機能であり、ここまで見てきたドイツの浸水地域の制度は、まさに、このための制度である。そこでは、将来的に予想される地域内の土地利用に関して、様々な政策決定の段階で洪水防御の要請が重視されるようなプログラミングがなされていることは、紹介してきたとおりである。

2 将来の不確実なリスクに柔軟に対応することは、決して「場あたりの」に対応することではない。将来の事象に備えて、リスク評価を継続しつつ、対応を見直し、かつ、そこで変わらずに優先すべき価値は何かを、あらかじめ制度的にプログラミングしておくことが必要であろう。おそらくは、これこそが強制力を持った法あるいは拘束力を持った計画に期待される役割ということになろう。

洪水防御に代表される気候変動への対応については、わが国においても、こうした制度の整備が急がれよう。国情を異にするとはいえ、こうした将来に向けた政策形成の場における法あるいは法的計画の役割については、海外の動向にも注目しつつ、今一度、考え直してみる必要があると思われる。

※ 本稿は、科学研究費助成事業（基盤研究 B）「安全確保に向けた順応型管理システムの法制度設計」（課題番号 25285007）の成果の一部である。