

ミニシンポ報告 その2

ドイツ水管理法における洪水抑制制度
Die Ausgestaltung des Hochwasserschutzes im WHG

アンネット・グツケルベルガー（ザールブリュッケン）
（翻訳 磯村篤範）

島大法学第56巻第3号抜刷〔翻訳〕

2013年3月

ミニシンポ報告 その2

ドイツ水管理法における洪水抑制制度 Die Ausgestaltung des Hochwasserschutzes im WHG

アンネッテ・グッケルベルガー（ザールブリュッケン）*
（翻訳 磯村篤範）

I. はじめに

人々は、昔から、水の近くに好んで住んできた*¹。水は、そもそも、生活、消費、生産および運輸の手段として、重要なものである*²。他方で水は絶大な破壊力（Urgewalt）でもある。このことは、たびたび繰り返される洪水に表れている。洪水は、その破壊力に応じて、住民の身体や生活に対する重大な危険を伴い、重大な経済的損害を生ぜしめ得るものである*³。それゆえに、この

* ザールラント大学法学講座担当。この論考は、2012年3月27日シュバイヤー行政研究所で行われた独日共同研究会に際して私が行った講演にもとづくものである。

*¹ このことについては、連邦環境・自然保護・原子炉安全省（Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit）編『水・福祉・変化（Wasser, Wohlstand, Wandel）』（以下BMUと略す。）2011年61頁、ウベ・ミュラー（Uwe Müller）『洪水リスクマネジメント（Hochwasserrisikomanagement）』（以下、Müllerと略す。）2010年1頁を参照。

*² 連邦憲法裁判所1981年7月15日（1 BvL 77/78）決定（連邦憲法裁判所判例集58巻300頁、341頁（BVerfGE 58, 300, 341）＝UPR 1982, 158（164））、アンネッテ・グッケルベルガー（Annette Guckelberger）－「水法の誘導（Steuerung）：計画、手続及び公衆」：ミヒヤエル・ラインハルト（Michael Reinhardt）編『水法改革（Wasserrecht im Umbruch）』2007年69頁以下、Müller（Fn. 1），S. 1.

*³ BMU（注1）62頁、シルビア クルーゼ（Sylvia Kruse）『変化の中の洪水予防マネジメント（Vorsorgendes Hochwassermanagement im Wandel）』2010年18頁、Müller（Fn. 1），S. 1.、また、ミヒヤエル クレップパー（Michael Klopfer）「はじめに（Einleitung）」：クレップパー編『洪水抑制（Hochwasserschutz）』2009年9頁、ザンドラ・シュナイダー（Sandra Schneider）『ドイツにおける洪水抑制の法的手段（Rechtliche Instrumente des Hochwasserschutzes in Deutschland）』2005年1頁以下14頁。

現象を最もうまく回避する方法とは何かということが、繰り返し新たな問題として出されてきているのである。より新しい科学的検討 (Untersuchung) に対応して、ドイツの個々の地域の気候変化の結果生ずる異常気象、とりわけ極端な降水量が考慮されるべきとなる*4。洪水抑制のための諸措置は、直接の洪水との関係では、高く受け入れられていると認められる一方で、これらの諸措置は、時間の経過の中で、これに反する利用利益、例えば建築や農業に直面して、縮小されてきている*5。それ故に重要なことは、今後とも存在し続ける洪水抑制に関する措置の必要性和有益性を明確に結びつけることである*6。

II. 洪水抑制戦略の変化

相当以前から、ドイツにおいて、そして、ヨーロッパにおいても又、洪水抑制戦略は変化されてきた。前世紀の終わりまでは、洪水抑制のための処置は、しばしば、個別的に、発生した洪水への対応策として行われたものであった*7。さらにいうならば、技術的な洪水抑制のための措置が、前面に出ていた*8。洪水の危険性は、技術的な洪水対策のための処置では、技術的建造物、例えば土手 (Mauern)、堤防 (Deiche) あるいは洪水貯水池 (Hochwasserrückhaltebecken) によって、物理的に防止される*9。たしかに、そのような

*4 BMU (Fn. 1), S. 61; タンヤ・ゲンナー (Tanja Gönner)、「洪水抑制を事例とする環境政策による将来への準備」(Zukunftsvorsorge durch Umweltpolitik dargestellt am Beispiel des Hochwasserschutzes) in: Kloepfer (Hrsg.), Hochwasserschutz, 2009, S. 20; Kloepfer (Fn. 3), S. 10; Müller (Fn. 1), S. 2; また参照 Schneider (Fn. 3), S. 10 ff.

*5 Gönner (Fn. 4), S. 21 f.; Müller (Fn. 1), S. 207; s. auch Schneider (Fn. 3), S. 295 f.

*6 Müller (Fn. 1), S. 207.

*7 Kruse (Fn. 3), S. 7.

*8 Kruse (Fn. 3), S. 51 ff.

*9 ラインラント・プファルツ州環境・森林・消費省 (Ministerium Umwelt, Forsten und Verbraucherschutz Rheinland-Pfalz), ラインラント・プファルツ州における洪水抑制 (Hochwasserschutz in Rheinland-Pfalz), 2011, S. 20; Gönner (Fn. 4), S. 16; ペーター・

処置は、危険を克服するための適切な手段である。しかし、これらの処置は、如何なる場合でも洪水を防止することができるものではない*10。これらの建造物は、自らの高さの洪水までのみ、防止することができるにすぎないからである*11。したがって、技術的な洪水抑制のための措置は、側面から、更なる予防的措置によって援助されるようになってきている*12。いわゆる土地利用規制（Flächenvorsorge）がこれに該当する。土地利用規制では、洪水の危険性のある地域での新しい建設や注意を要する利用が、もはや許可されないことによって*13、洪水の危険性のある地区についての適切な利用が求められることになる*14。建築の際の予防対策（Bauvorsorge）に当たっては、洪水の危険のある地域では、既存の建築物を適当なものとする要請が問題となるのである*15。このことは、例えば、石油ヒーターを屋根裏部屋に設置する、地下室の利用をあきらめる、あるいは、水に対して安全な建築物を利用するなどとして現れている*16。オランダでは、初めて、「浮遊」建築物（„schwimmende“ Häuser）が設置された。居住船舶は、柔軟な給水の提供や排水処理及び特殊な建設方式により、水位に対応している*17。キーワードとしての「リスク予防対策（Risikovorsorge）」の下で、市民は、洪水危険（Hochwassergefahr）に対し

クアイチュ（Peter Queitsch）「気候変化の時期における洪水抑制と賠償責任（Hochwasserschutz und Haftung im Zeitalter des Klimawandels）」UPR 2011, 130; *Schneider* (Fn. 3), S. 16.

*10 *Gönner* (Fn. 4), S. 17.

*11 Ministerium (Fn. 9), S. 20; *Schneider* (Fn. 3), S. 16.

*12 *Gönner* (Fn. 4), S. 17; Ministerium (Fn. 9), S. 20; また参照 *Schneider* (Fn. 3), S. 15.

*13 *Gönner* (Fn. 4), S. 17; クリストフ・ウンガー（Christoph Unger）、「洪水克服にあたっての早期警告とヴォランティアによる共同（Frühwarnung und Einsatzkoordination bei der Hochwasserbekämpfung）」, in: Kloepfer (Hrsg.), *Hochwasserschutz*, 2009, S. 53; また参照 *Queitsch*, UPR 2011, 130 (133).

*14 2012年4月2日のヴィキペディアから引用した項目「洪水マネジメント」を参照。 *Schneider* (Fn. 3), S. 15 f., 18.

*15 Ministerium (Fn. 9), S. 21; *Schneider* (Fn. 3), S. 18.

*16 BMU (Fn. 1), S. 63; また参照 Ministerium (Fn. 9), S. 21; *Gönner* (Fn. 4), S. 19.

*17 BMU (Fn. 1), S. 63.

自らを保護できるか否か、あるいは如何なる条件の下で保護できるのか、さらには保護しなければならないのかあるいは如何なる条件の下で保護しなければならないのかが議論されている*18。洪水危険を克服するためにはさらに以下の様な措置が必要となっている。すなわち、損害回避のための行動の準備 (Verhaltensvorsorge) (たとえば、洪水抑止訓練 (Hochwasserschutzübungen))、そのための問題点の指摘そして用意、並びに、洪水報道や洪水の事前警告という形式での有効な情報の準備がある*19。

全体として、今日の洪水抑制に関する基本的考え方には、共通のものが特徴として表われている*20。これは、洪水予防措置 (Hochwasservorsorge) 並びに洪水発生 (eine Hochwasserereigniss) の克服 (die Bewältigung) を内容としている*21。近時の研究によると、両者は循環 (Kreislauf) するものである。すなわち、洪水に続く損害の克服は、将来をどうするかについて同時に考えなければならないのだから、予防的な準備に移行するのである。

準備がよければ、緊急状態をより効果的に克服できる*22。効果的な洪水抑制に関する数多くの構成要素を前にして、多くの学問領域の学際的共同作業が必要となっている*23。実務に即した解決の発展のためにも、そして、様々

*18 Ministerium (Fn. 9), S. 21; Gönner (Fn. 1), S. 19; Schneider (Fn. 3), S. 18; Unger (Fn. 14), S. 53.

*19 このことについては、Ministerium (Fn. 9), S. 23; また参照 Gönner (Fn. 4), S. 19; Müller (Fn. 1), S. 11; Schneider (Fn. 3), S. 18.

*20 Müller (Fn. 1), S. 3; また参照 Queitsch, UPR 2011, 130.

*21 Kruse (Fn. 3), S. 16; Müller (Fn. 1), S. 10.

*22 ウヴェ グリュンバルト (Uwe Grünwald), 「連邦教育研究省連合プロジェクト最終報告様々な地域のアクターの関わる形式での洪水予防処置と洪水防止の結合 (Abschlussbericht zum BMBF-Verbundprojekt, Verknüpfung von Hochwasservorsorge und -bewältigung in unterschiedlicher regionaler und akteursbezogener Ausprägung)」, 2008, S. 30; また参照 Müller (Fn. 1), S. 9 f.

*23 Müller (Fn. 1), S. 13によると、必要な学問領域には、法学、地理学、農学

な相容れない利害との対立の適切なバランスングにとっても、可能である限りで、共通の洪水戦略を展開していく中に重要なアクターのすべてが関わっていくべきである*²⁴。

Ⅲ. 分野横断的に存在する（Querschnittsmaterie）洪水抑止権限

洪水抑制は、分野横断的な課題（Querschnittsmaterie）として、いくつかの法領域との関連を明らかにしている*²⁵。たとえば、国土開発法（ROG）2条2項6号5文によると、海岸と内陸部では、予防的洪水抑制が考慮されなければならない。各州の国土開発計画は、認められるべきオープンスペース構造（Freiraumstruktur）について確定されていなければならないが、それには、国土開発法8条5項1文2号により、予防的洪水抑制を保障する建築規制空間がはいることになっている。建設法典（BauGB）1条6項12号によると、洪水抑制という利益は、都市建設計画（Bauleitpläne）の策定に際して重視されるべき利益を意味している。さらに、建設法典5条2項7号においては、洪水抑制のための建設用地が、建設法典9条1項16号では、洪水抑制施設のため及び排水規制のための土地が言及されている。土地利用計画においても地区計画においても、自然破壊に対して建設上特別の安全確保の措置が求められるような地区には、印（しるし）が付けられなければならないということになっている（建設法典5条3項1号、同9条5項1号）*²⁶。確定された氾濫

（Agrarwissenschaft）、地質学（Geologie）、地図学（Kartographie）、気象学（Meteorologie）、水文学（Hydrologie）、水利工事（Wasserbau）、経済、心理学、社会統計学（Demographie）、コミュニケーション・マスメディア学（Kommunikations- und Medienwissenschaft）があげられている。

*²⁴ また参照 *Gönnert* (Fn. 4), S. 22; *Kraus*, in: *Kloepfer* (Hrsg.), *Hochwasserschutz*, 2009, S. 61 (62).

*²⁵ 参照、*クルトウ フスベンダー* (Kurt Fußbender), 「水管理法における新しい規律 (Die Neuregelungen im Wasserhaushaltsgesetz), in: *Kloepfer* (Hrsg.), *Hochwasserschutz*, 2009, S. 111; *Kloepfer* (Fn. 3), S. 12; *Schneider* (Fn. 3), S. 4 f.

*²⁶ 詳細は、*Schneider* (Fn. 3), S. 199 f.

原地域については、計画に情報が記入されていなければならない、暫定的に確定されている氾濫原地域とリスク地域 (Überschwemmungsgebiete und Risikogebiete) はメモされる (建設法典5条4 a項、9条6 a項)。建設法典24条1項1文7号によると、洪水抑制の予防的措置目的で建設を防止するための区域では、ゲマインデに、先買権が与えられている。建設法典35条3項1文6号は、開発規制地域での建設事業に関し (für Bauvorhaben im Außenbereich)、事業によって洪水抑制が危険とされる場合、公的利益の喪失が存在すると定めている。それ以外にも、建設法典40条1項1文13号では、地区計画において、地区が、洪水抑制施設のための区域そして排水の規制のための区域が定められる場合、損失補償が規定されている。連邦自然保護法1条3項3号3によると、洪水抑制は、自然あるいは自然に近い措置によって実現されなければならない。洪水の発生に際しては、州毎の災害抑制法及び危険防止法 (das Katastrophenschutz- und Gefahrenabwehrrecht) が基準となる。基本法35条2項2文は、自然災害に際しては、他州の警察力、連邦国境警備隊さらに軍隊に要請することを、州に認めている。基本法35条3項1文は、連邦政府の州政府に対するこれに関する指示権を定めている。その場合、「災害緊急状態 (Katastrophennotstandes)」という概念には、損害発生の蓋然性が高いと予測されている状況の中での安全性もはいることになる^{*27}。

これまで、洪水抑制法に関する統一的な立法権限の根拠は存在していない。洪水抑制法の如何なる事項が問題か、そして、その時々規制の困難な問題がどこにあるかということに応じて、例えば、連邦は、基本法74条1項18号修正2項29号、31号に従って立法権を、州は、基本法70条1項に従って立法権を有することになっている。洪水抑制が、特別の危険防止法^{*28} 乃至災害法^{*29}

^{*27} BVerfG, Urt. v. 15.02.2006 – 1 BvR 357/05 –, BVerfGE 115, 118 (144) = UPR 2006, 244 Leitsatz 1; また参照、マルクス ティール (Markus Thiel), 『『危険防止』の境界線の解体 (Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr), 2011, S. 352 f.

^{*28} So Czyschowski/Reinhardt, WHG, 10. Aufl. 2010, § 72 Rn. 20.

^{*29} このことについて参照、Faßbender (Fn. 25), S. 111 (120).

と位置づけられているのかどうかということも、水管理法における複数の洪水抑制規範の性質が、生態保持機能の保護及び洪水を原因とする水質汚濁の回避を目的とすること^{*30}によって、明らかにされるのである。このことに関しては、むしろ、特定の洪水抑制措置が、損害あるいは具体的な危険の生ずる前に、設定されるということが広範囲に積極的に論じられている^{*31}。連邦は、水管理に関する具体的な立法権限を行使し（基本法74条1項32号）そして今では完全な規制（Vollregelungen）を公布することができる。しかし、連邦が自らの立法権限を行使しない範囲でそしてしない限りで、州は、基本法72条1項に従って、規制権限をなお保持しているのである。その他規律が洪水の場合にしばしばそうであるように、「物に係わらないあるいは施設に係わらない」（基本法72条3項1文5号）^{*32} 場合には、州は連邦の水管理法から離れた規律を定めることができるであろう。

IV. 水管理法による洪水抑制

水管理法は、直接的にも間接的にも、洪水抑制に関する多数の規範を有しているが、ここではいくつかの特に重要な規範を取り扱うことにする。水管理法第一章5条において、一般的な注意義務（allgemeine Sorgfaltspflicht）がおかれている。水管理法5条1項4号は、流水（Wasserabflusses）の増大あるいは氾濫を防ぐために、水自体に影響を与える効果的な措置を行うことを義務づけている。水管理法5条2項は、洪水抑制は、国家の任務ばかりではなく、同時に、すべての人々の義務（Jedermann-Pflicht）でもあるということを明

*30 *Faßbender* (Fn. 25), S. 111 (120).

*31 *Kloepfer*, *Umweltschutzrecht*, 2. Aufl. 2011, § 16 Rn. 36.

*32 氾濫地区において禁止された行動との関係で、コンラード バーレンデス（Konrad Berendes）、「新しい環境法典における洪水抑制（Hochwasser schutz im neuen Umweltgesetzbuch）」, in: *Kloepfer*, *Hochwasserschutz*, 2009, S. 129; また参照 *Elegeti/Lambers*, *BauR* 2011, 204 (207).

らかにしている*³³。それによって、洪水と利害関係を有し得るすべての自然人も法人も、洪水の結果発生防止および損害の減少について、適切な施行措置 (Vorsorgemassnahme) を行わなければならない。例として、洪水による人、環境あるいは遺産 (Sachwerte) に対する潜在的な後発的効果と土地利用の調整があげられる。他の対策は、洪水から生ずる損害に対する保険の契約を締結し*³⁴、または建設上の諸施策に存在し得る*³⁵。比例原則から可能性と期待可能性が保留される*³⁶。堤防やその他の公的抑制措置によって適切な水準で保護されている場合、法律上の根拠から明らかなように、配慮義務は責務に入らない*³⁷。水管理法5条は、官庁の介入権を内容としていない*³⁸。このことはたとえば水管理法100条1項2文に出てきている*³⁹。概括的な規律内容と公共の福祉の故に、水管理法5条は、公法上の権利を定めてはいない*⁴⁰。

水管理法第2章6条において挙げられている持続可能な水マネジメントという基本原則は、水活用上の (wasserwirtschaftlich) 意味を持った官庁の執行措置に関する拘束的な基本方向*⁴¹ をなしており、例えば裁量及び考慮についての権限の行使 (Ermessens- und Abwägungsentscheidungen) に際して重要とな

*³³ Berendes, in ders./Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, 2011, § 5 Rn. 14; Czychowski/Reinhardt (Fn. 28), § 5 Rn. 31.

*³⁴ Kotulla, WHG, 2. Aufl. 2011, § 5 Rn. 32; Queitsch, UPR 2011, 130 (136).

*³⁵ また参照 Berendes (Fn. 33), § 5 Rn. 15; Kotulla (Fn. 34), § 5 Rn. 29.

*³⁶ Berendes (Fn. 33), § 5 Rn. 16; Czychowski/Reinhardt (Fn. 28), § 5 Rn. 34; Kotulla (Fn. 34), § 5 Rn. 27.

*³⁷ BT-Drucks. 16/12275, S. 54.

*³⁸ Czychowski/Reinhardt (Fn. 28), § 5 Rn. 35.

*³⁹ Berendes (Fn. 33), § 5 Rn. 3; Kotulla (Fn. 34), § 5 Rn. 4, 34.

*⁴⁰ VG Hannover, Beschl. v. 10.01.2012 – 4 B 5078/11; Berendes (Fn. 33), § 5 Rn. 4; 水管理法5条2項の私法上の保護法の性格について、Czychowski/Reinhardt (Fn. 28), § 5 Rn. 16; Kotulla (Fn. 34), § 5 Rn. 4 und in Rn. 35.

*⁴¹ Berendes (Fn. 33), § 5 Rn. 5; Kotulla (Fn. 34), § 6 Rn. 3.

る*42。水管理法6条1項1文によると、流水に関しては、自然で損害を伴わない排水状態が「できるだけ広く」保障されることになっている。これには特に洪水によって生じる不利益を、地面に貯水することによって防止することも該当する。水管理法に特別の規定が存在する場合には、水管理法5条及び6条の一般的規定に基づく異議申し立ては認められない。

さらに水管理法第3章からはまず67条2項3文に眼を向けるべきであるが、それによると、洪水水量に影響を与える堤防やダムは〔67条2項の定める〕河川工事（Gewässerausbau）に該当することになる。これは事情によっては自然の貯水を維持し自然の流れを基本的に変更しないようにしなければならないことになる（水管理法67条1項）。連邦行政裁判所によると、堤防の規模は、洪水の場合の潜在的な損害の程度に左右されるという。洪水措置に関しては、通常、私的所有権を要するので、考えられる保護施設は、可能な損害額との比例適合性にあわせて決められる。何が利害関係人によって残余リストとして受け入れられるのか、そしていつ準備されている危険の枠が超えられるのかということは、他に規範的基準を欠いている場合、洪水抑制に権限のある官庁によって確定される*43。権限ある官庁は既存の洪水抑制施設に併せて新しい知識を取得し、危険状態に注意しなければならない*44。

さらに水管理法第3章は「個別の水法規定」という題名で「72条以下で、『洪水抑制』についての固有の節」を設けている。これは様々な規定によって構成されている*45。一方では、そこにヨーロッパ洪水リスクマネジメント指

*42 Berendes (Fn. 33), § 5 Rn. 5; 権利の構成要素の欠如について Kloepfer (Fn. 31), § 10 Rn. 77.

*43 BVerwG, Urt. v. 29.04.2010 – 7 C 18/09 –, UPR 2010, 389 (390).

*44 BVerwG, Urt. v. 29.04.2010 – 7 C 18/09 –, UPR 2010, 389 (391).

*45 Czychowski/Reinhardt (Fn. 28), § 72 Rn. 6; また参照 BT-Drucks. 16/12275, S. 73; グェンター ミヒャエル クノップ (Günther-Michael-Knopp) 「新水管理法 (Das

令の〔ドイツ国内法への〕移行のための規定があり、他方で2005年5月3日の洪水抑制修正法 (Das Gesetz zur Verbesserung des vorbeugenden Hochwasserschutzes vom 3.5.2005)^{*46}を基礎とする規定がある。この節は「洪水リスクマネジメント」という題目が用意されているのではない^{*47}。なぜなら連邦政府の指摘によると、許可規定及び禁止規定が、単なるリスクマネジメントよりもむしろ氾濫原地域で保持されているからである^{*48}。

1. 洪水リスクマネジメント指令の移行

ヨーロッパでは1998年と2004年の間に100を超える大きな洪水が、多数の死者と数十億ユーロに及ぶ損害を生ぜしめて^{*49}、2007年10月23日にEG洪水リスクマネジメント指令 (以下、HWRLと略す。)が公布された^{*50}。洪水は第二回提案理由の検討以降、回避されるべき自然現象ではないとしても、人間の健康、環境、文化遺産及び経済活動に対する不利益効果を削減するため、洪水リスクの評価とマネジメントについての共通の枠組をEU全体で求めた (HWRL 1条)。選択された権限の項目^{*51}及び補充性原則の維持^{*52}に対する疑問が提示されたが、HWRLの規定は、水管理法72条から75条、79条1項及

neue Wasserhaushaltsrecht)], 2010, Rn. 473.

*46 BGBl. 2005 I 1224.

*47 BT-Drucks. 16/13306, S. 16.

*48 BT-Drucks. 16/13306, S. 31; *Knopp* (Fn. 48), Rn. 475.

*49 2012年3月17日の http://europa.eu/legislation_summaries/environment/tackling_climate_change/28174_de.htm から引用した項目「„Bewertung und Bekämpfung von Hochwasser“」を参照。; *Albrecht/Wendler*, NuR 2009, 608.

*50 2007年10月23日の洪水リスクアセスメント及び管理に関する欧州議会及び欧州理事会指令 ABl. EU 2007 Nr. L 288, S. 27 ff.: dazu *Breuer*, in: *Kloepfer* (Hrsg.), *Hochwasserschutz*, 2009, S. 95 ff.: *Reinhardt*, NuR 2008, 468 ff.: *Albrecht/Wendler*, NuR 2009, 608 ff.

*51 それについて *Kotulla* (Fn. 34), § 72 Rn. 2.

*52 Rat der Europäischen Union, Dossier 2006/0005 (COD), 10456/906, ENV 357.

び80条に移行された。

今日では、「洪水」は、水管理法72条において時間的に限定された氾濫であって、普段は水によって覆われない土地が、表流水あるいは人工的な区域に於いて浸水する大量水流によって氾濫されていることをいう。ヨーロッパ洪水抑制の意味と目的を考えると、洪水とは、特に、人間、環境、文化財あるいは経済に不利益効果を伴う、時間的に限定された氾濫と理解することができる^{*53}。従来の枠組の範囲内にある水位の変化は、水循環という通常の自然状態を構成するものであって、洪水の構成要素ではない^{*54}。ドイツでは、排水から生じる氾濫は洪水概念から外されている^{*55}。ヨーロッパにおいて意図された洪水抑制は、複数の段階で行われる。第一に、特定の（河川流域）区画の洪水を評価し、重要な洪水リスクを持った区域を特定する。次に、この地域の危険カルテとリスクカルテが作成される。第三段階のそして最後のそれとして、リスクマネジメント計画が策定されることになる。

1.1 第一段階 洪水リスク評価とリスク地域の決定（73条）

水管理法73条1項3は、権限ある官庁に、まず第一に、それぞれの河川流域ないしマネジメント水系（Flussgebiets- bzw. Bewirtschaftungseinheit）に対して、洪水リスク評価を行うことを義務づけている。権限ある機関は、いわゆるリスク地域を決定するが、それは「重大な」洪水リスクを任意に決定する。「洪水リスク」として理解されることとは、人間の健康、環境、文化及び経済活動そしてドイツの立法者は定めていないが一重大な有価物に対する潜在的な洪水からの不利益を伴う洪水事件発生確率である。ドイツの古典的な危険防止から生じているように、現実性（Wahrscheinlichkeit）と保障された保護

*53 たとえばより狭い理解として *Cormann*, in: Giesberts/Reinhardt, Beck' OK Umweltrecht, Stand: 1.1.2010, § 72 WHG Rn. 7.

*54 *Cormann* (Fn. 53), § 72 WHG Rn. 7.

*55 BT-Drucks. 16/12275, S. 74; *Knopp* (Fn. 48), Rn. 476; eingehend *Dammert*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, 2011, § 72 Rn. 9 ff.

利益とは相互的関係にある (zueinander in Relation zu setzen)。損害の発生への恐れが大きくなればなるほど、損害発生 of 成立確立性をめぐる要請が低くなり、またその反対にもなる^{*56}。

洪水リスクがいつ「重要」と見なされるかということは、明確ではない。ドイツの法律を再度素材として検討すると、ここでは水指令 (Wasserrahmenrichtlinie) における「重要性 (signifikant)」が問題であるが、「重要性」は用語の上で「重大性 (erheblich)」と異なるとされている。なぜなら、後者 (「重大性」) に関しては、定量的な視点が役割を果たしているからである。かくして特定の汚染物質のきわめて少量の混入も、水質にとっては重要 (signifikant) である^{*57}。洪水の確率が低いとされる地域でもあるリスク地域に関して (水管理法74条2項1号)、危険カルテが作成されるのであるから、重要な洪水リスクに関して、発生確率の水文学的な数量化に至るとということが主張されている^{*58}。しかしながらそれに対しては洪水指令の第11理由書との比較検討を指摘することになる。ここでは、「経済的あるいは生態学的な価値を伴わない特定の地域、すなわち例えば居住指定地域で居住者が少ないあるいは居住者のいない地域においては、洪水リスクは重要性が無いと等級づけられる」とされている^{*59}。正しく行われれば、洪水の不利益効果は、重要性があると決定されることになる^{*60}。その場合には、憲法上の要請、特に基本法2条2項

^{*56} Dammert (Fn. 55), § 73 Rn. 9; Kotulla (Fn. 34), § 73 Rn. 13; それについては又参照、Debus, in: Risiko im Recht – Recht im Risiko, 2011, S. 11 (13 f.) sowie Sicko, in: Risiko im Recht – Recht im Risiko, 2011, S. 199 (201 f.)

^{*57} BT-Drucks. 14/7755, S. 17.

^{*58} Czychowski/Reinhardt (Fn. 28), § 73 Rn. 17; s. auch Cormann (Fn. 53), § 73 WHG Rn. 18.

^{*59} 又参照、Kotulla (Fn. 34), § 73 Rn. 16.

^{*60} 又参照、Kotulla (Fn. 34), § 73 Rn. 18, それによると、洪水抑制に関する公共の福祉という、これまで繰り返し争われてきた利益と保護のための措置に利害を有する人との間の調整が求められたという。

1文を根拠に国家に課せられた身体と生命（Leib und Leben）の保護義務が守られるべきである*⁶¹。

水管理法73条2項によって、リスク評価は、洪水指令（HWRL）4条2項に対応しなければならない。その1文によると、「使用可能な」もしくは「容易に導き出せる」情報に基づいた評価が実施されるべきである。例えば、長期にわたる事象の変化、特に、洪水の発生に及ぼす気候変動の影響に関する記録や研究などの情報に基づいて評価は実施されるべきである。評価は少なくとも過去の洪水についての報告書、その洪水は重要な影響を有しており、その場合、同様の形式での洪水の反復が繰り返し行われているとするものである。このような過去の重大な洪水の報告を含んでいるが、その限りで、将来の同様の事件の重要な不利益となる効果が同じく予測されうることになる（洪水指令4条2項2文b）及びc）。そうすることによって、リスク地域の選択は、過去の洪水事件の認識及び将来の洪水発生の潜在的な効果についての予測を根拠として行われる*⁶²。

評価は2011年12月22日までに行われなければならない（水管理法73条5項1文）。リスク地域の等級付けに関しては、特定の日程が定められていない。しかし間接的にはリスク地域の等級付けは、危険カルテ及びリスクカルテの取消しまで存在しているということでも明らかである*⁶³。水管理法79条1項1文による洪水リスクの評価は、権限ある官庁によって公表される場合でも、外部に対する直接的な効果を有することは無い。この事実（Vorgang）は行政行為の性格を持たず、そしてそれ自身直接的に裁判所のコントロールが及ぶ

*⁶¹ その点及び対処の原則について *Lohse*, in: *Risiko im Recht – Recht im Risiko*, 2011, S. 37 (48 ff.).

*⁶² *Cormann* (Fn. 53), § 73 WHG Rn. 13; *Czychowski/Reinhardt* (Fn. 28), § 73 Rn. 15; *Dammert* (Fn. 55), § 73 Rn. 16.

*⁶³ *Kotulla* (Fn. 34), § 73 Rn. 40.

ものでもない*⁶⁴。水管理法73条6項によると、リスク評価とリスク地域の指定は全て7年以内に審査されなければならない、そして必要な場合には現状にあわされなければならないのであるが、リスク評価は、戦略的環境審査義務 (Strategische Umweltprüfung, SUP-pflichtig)*⁶⁵ではなく、時間の経過の中で、事実関係が一既に採られた洪水抑制予防措置も根拠として一変化し得るという状況を同項は考慮するとするのである*⁶⁶。

1.2 第二段階 危険カルテ及びリスクカルテの作成 (水管理法74条)

権限を有する官庁は、2013年12月22日までに、「リスク地域」に関する危険カルテとリスクカルテを作成しなければならない。危険カルテは洪水事件の暫定性およびそこに予測できる規模を内容とするものである*⁶⁷。危険カルテは水管理法74条2項1文により、以下について記載している。すなわち、それぞれの洪水地域に於いて、発生確率が低いもしくは例外事例となる洪水 (1号)、中程度の発生確率の (「少なくとも」100年に1回の予測可能な) 洪水 (2号) そして「必要な限りで」、より蓋然性の高い洪水 (3号) である。しばしば発生する洪水もまた重大な影響を有し得るが故に、連邦一州水共同事業体 (LAWA) は、10年ごとに洪水発生の説明をすることになる*⁶⁸。危険カルテは、水管理法74条3項によって、強制的な内容として、洪水の程度及び水深について記述しなければならない。必要な場合には、水位についての叙述及び3号により流れの速さあるいはリスク評価に有意義な排水が取り上げられるべきとなる。

*⁶⁴ Czyschowski/Reinhardt, (Fn. 28), § 73 Rn. 15, 18; Dammert (Fn. 55), § 73 Rn. 47; Kotulla (Fn. 34), § 73 Rn. 15, 20.

*⁶⁵ Cormann (Fn. 53), § 73 WHG Rn. 19.

*⁶⁶ Kotulla (Fn. 34), § 73 Rn. 44.

*⁶⁷ Czyschowski/Reinhardt (Fn. 28), § 74 Rn. 5.

*⁶⁸ Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Wasser (LAWA), 洪水危険カルテと洪水リスクカルテの設置の紹介をしているが, beschlossen auf der 139. LAWA-VV am 25./26.03.2010, S. 11.

それに対して、いわゆるリスクカルテにおいては、洪水発生後の潜在的不利益効果が記述される。HWRL 6条5項に基づく指示を根拠に、潜在的利害関係を有する住民の数及び潜在的利害関係を有する地域における経済活動の態様、汚染防止管理指令（IVU-Richtlinie）の意味での特定の施設並びに、構成国家が有益とみなすその他のカルテにおける情報、そこでは、相当程度の土石流や廃棄物を伴う洪水が生じうる地域についての情報が記載される。LAWAに従って、適切な方法で、特に特別の意義を有する文化財についての叙述が場合によっては有益である*⁶⁹。特別の意義を持った危殆化した個々の対象（例えば病院、学校、社会施設）の説明、洪水抑止施設及び橋の指摘が*⁷⁰カルテの適切な内容となる。

水管理法79条1項1文に基づいて強制的に公表されなければならないカルテは、あらゆる人々に、如何なる地区で如何なる時間的間隔で、一定の規模の氾濫が予測されるかということを確認に認識させるものである*⁷¹。これは洪水抑制についての必要な意識と抑制措置の要請（Gebotensein）を要求する*⁷²。危険カルテ及びリスクカルテは全ての関係者にとっての正確な情報を内容とするものであり、行われるべき抑止のための措置を含んだ他の計画についての、また土地所有者にとっては、所有の対象を保護するための措置についての重要な基礎を構成するものである*⁷³。市民達の視点からは、カルテは特に、市民に対する直接的な法効果を伴わない情報を内容としている*⁷⁴。カルテは計画でも事業の企画でもないので、そこではSUPが遂行されること

*⁶⁹ Gönner (Fn. 4), S. 18; LAWA (Fn. 68), S. 17.

*⁷⁰ LAWA (Fn. 68), S. 18.

*⁷¹ Gönner (Fn. 4), S. 18.

*⁷² LAWA (Fn. 68), S. 11.

*⁷³ Berendes (Fn. 33), S. 125; Müller (Fn. 1), S. 232; また参照 den 12. Erwägungsgrund HWRL

*⁷⁴ Dammert (Fn. 33), § 74 Rn. 49 f. は「警告機能」について述べている“.

にもならない*75。

1.3 第三段階 リスクマネジメント計画（水管理法75条）

権限ある官庁は、危険カルテおよびリスクカルテを根拠に、2015年12月22日までに、リスクマネジメント計画を作成しなければならない（水管理法75条1項1文、6項1文）。リスクマネジメント計画は、ヨーロッパ洪水抑制の中核的要素をなしている*76。法律の文言を前提とすると、「リスク地域」についての計画策定義務が創設されていることになる*77。EU法は洪水リスクマネジメントの詳細な叙述を内容としている。水管理法73条4項3文が引用する、HWRL 7条3項により、洪水リスクマネジメント計画は、洪水抑制のあらゆる局面を、そしてそれによって、適切にも洪水抑制の時間的段階全体を内包しており*78、その際には、洪水の予防、抑制及び事前の備えに重点が置かれなければならない。

洪水リスクマネジメント計画は、不利益効果の削減に役に立つものであり、流水については、「少なくとも」中程度の発生確率の洪水から、つまり100年に1回の発生を予測する洪水を、そして沿岸地域については、少なくとも、それが「発生可能」で「相対的」なものである限り、例外的に生じる損害を対象としている（水管理法75条2項1文）。発生する洪水は地域に応じてきわめて異なるものとなり得るので*79、水管理法75条2項2文において、リスク

*75 Czychowski/Reinhardt (Fn. 28), § 74 Rn. 5; Kotulla (Fn. 34), § 74 Rn. 5.

*76 Ministerium (Fn. 9), S. 25; また参照 Kotulla (Fn. 34), § 75 Rn. 2.

*77 Cormann (Fn. 53), § 75 WHG Rn. 1; Czychowski/Reinhardt (Fn. 28), § 75 Rn. 2; Kotulla (Fn. 34), § 75 Rn. 4, 6. リスク地域で行なわれる抑制措置をこの地区以外でもできるようにするため拡張解釈について Reese, NuR 2011, 19 (23),

*78 Dammert (Fn. 55), § 75 Rn. 2.

*79 10. Erwägungsgrund HWRL; Albrecht/Wendler, NuR 2010, 608 (611); Ministerium (Fn. 9), S. 28.

地区に関する計画は、リスクマネジメントにとって適切な目標設定を定めるものである。特に、その目的は、水管理法73条1項2文の定める保護利益とそして必要な限りで、洪水対策のための建設作業によらない措置および洪水発生の蓋然性を少なくすることに関することを目的とすることである。建設に関わらない措置について明確に説明をすることによって、この種の洪水抑制の位置づけが強調され^{*80}、これにはたとえば、遊水池の保持や取得（再現も含む）や草地の処置が該当する^{*81}。

リスクマネジメント計画においては、確定された目標の達成のために、様々な措置が採用されねばならない（水管理法75条3項1文）。その種の措置として、土地利用規制、自然な貯水、技術的な洪水抑制、建設に係わる対策、リスクに係わる対策、情報に係わる対策、行動に係わる対策、危険防止と災害発生の抑制のための準備、洪水対処並びにその再建があげられる^{*82}。措置の選択についていうと、水管理法75条3項2文、HWRL 7条3項2文が適用されて以下のようなになる。すなわちたとえば、費用と便益、氾濫原および洪水流路の拡張、洪水の滞留の可能性を持った地区が、計画上重要な事項であるが、上述の規定によると、2000/60/EG 水枠指令4条の環境保護、土地利用及び水活用等の目的を考慮することになる。このこととの関連では、地域的に特に「洪水抑制が」成功することについても^{*83}考慮されるべきである^{*84}。それは同時に、基本法の憲法上の条件（Vorgabe）に対応していかなければなら

^{*80} Reinhardt, NuR 2008, 468 (471).

^{*81} Cormann (Fn. 53), § 75 Rn. 9; Czychowski/Reinhardt (Fn. 28), § 75 Rn. 15 f.; Kottulla (Fn. 34), § 75 Rn. 21.

^{*82} Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Wasser (LAWA), Empfehlungen zur Aufstellung von Hochwasserrisikomanagementplänen, beschlossen auf der 139. LAWA-VV am 25./26. 03.2010, S. 22 ff. werden die Handlungsbereiche weiter aufgegliedert.

^{*83} 計画上の判断余地について Dammert (Fn. 54), § 75 Rn. 16.

^{*84} これについて、このシンポでのピチャース教授の報告「リスクマネジメントによる洪水抑制」について参照

ない*⁸⁵。リスクマネジメント計画における措置は、その計画が、同一の（部分的な）流域に於いて、洪水リスクを増大する（水管理法75条4項）ことによって、基本的に、マイナス効果をもってはいけないのである。

策定されるべき洪水リスクマネジメント計画は、HWRLの付帯条項（Anhang）Aにおいて記されている成立要件を内容としていなければならない。これには、概要カルテという形式の洪水リスクの評価（Bewertung）の結論、洪水危険カルテ及び洪水リスクカルテ、確立された適切な目的についての叙述並びに措置「と洪水リスクマネジメントの適切な目的の実現を意図する措置のランキング」が該当する*⁸⁶。つまり官庁は、考慮される措置をして、対応する優先性に即して効果を上げなければならない。地域毎の状況に応じて、できあがるものは異なるものとなる*⁸⁷。計画は6年ごとに審査され、事情によっては修正されることによって、絶えまざる成功に向けたコントロールと改善のもとで遂行される*⁸⁸。

環境適合性審査法条件3の1.3号と結びついた同法14a条以下により、洪水リスクマネジメント計画に際しては、環境適合性審査法14i条及び同法14j条において定められている公衆参画（Öffentlichkeitsbeteiligung）を含む審査手続の進行が義務として定められている*⁸⁹。水管理法79条1項2文により、官庁は、「積極的な」すなわち単なる意見表明の機会を超えた*⁹⁰、リスクマネジメント計画の設定、審査及び実現に際しての「積極的関心を持った関与」*⁹¹

*⁸⁵ Dazu Lohse (Fn. 61), S. 48 ff.

*⁸⁶ Anhang Teil A I Nr. 4 HWRL. を引用。

*⁸⁷ LAWA (Fn. 82), S. 48; s. auch Müller (Fn. 1), S. 242, 244.

*⁸⁸ Reese, NuR 2011, 19 (22).

*⁸⁹ Dammert (Fn. 55), § 75 Rn. 37は、「Natura-2000」地域の調和性の審査及び自然保護団体の関与について広範囲に論じている。

*⁹⁰ Dammert (Fn. 55), § 75 Rn. 37.

*⁹¹ 自然人との関係について賛成するものとして Guckelberger (Fn. 2), S. 98 ff.;

を促進し、水管理法79条1項1文により、権限ある官庁によって公表される。計画の法的性質については、そこで確定される措置によって決まることになる。通常は、計画は、市民に対して直接的な法効果を有してはならず、それゆえに行政行為でもない^{*92}。計画は、特に、その内容が国土計画（Raumordnung）の目的及びその基本原則という形式で描かれる場合、官庁に対しては、重要である^{*93}。計画は、公益として、妥当な考量決定（Abwägungsentscheidung）（建築法典1条6項12号）が行われていて、そしてまた他の規範において用いられている洪水抑制を満たす場合、有意義なものとなる^{*94}。

1.4 中間まとめ

ヨーロッパ法に由来するドイツの法規範は、多くのところで批判されている。なぜなら、法規範の内容が多少弱点を有しており、法律上の圧力は強く生じないからである^{*95}。EU法に対応する規範が典型のように、特に手続の開始が諸規範には基本となる^{*96}。3段階の方法は決定過程の合理性を促進するものである。リスク評価およびリスクマネジメント計画を含む危険カルテとリスクカルテの公表は、官庁が自らが行った熟考を確認をすることを生ぜしめる。なぜなら、これらの公表は、把握し、議論しそしてまた批判できるからである^{*97}。文書の公表は行政の事実行為の類型にあてはまる。文書の公表

個々の人との関係で批判的なものとして *Kotulla* (Fn. 34), § 79 Rn. 4.

^{*92} *Dammert* (Fn. 55), § 75 Rn. 45; *Kotulla* (Fn. 34), § 75 Rn. 74; また参照 *Czychowski/Reinhardt* (Fn. 28), § 75 Rn. 5.

^{*93} *Kotulla* (Fn. 34), § 75 Rn. 74.

^{*94} *Kotulla* (Fn. 34), § 75 Rn. 74; また参照 *Reese*, NuR 2011, 19 (28).

^{*95} *So Reese*, NuR 2011, 19 (28); また参照 *Breuer* (Fn. 50), S. 95 (106); *Reinhardt*, NuR 2008, 468 (473).

^{*96} *Reinhardt*, NuR 2008, 468 (473); *Schmidt/Kahl*, Umweltrecht, 8. Aufl. 2010, § 5 Rn. 110.

^{*97} *Czychowski/Reinhardt* (Fn. 28), § 75 Rn. 21; また参照 *Schmidt/Kahl* (Fn. 96), § 5 Rn. 110.

は透明性を促進し洪水及び洪水抑制について開示するものである。

ヨーロッパ法に対応しそしてドイツの法規範において採用されたリスク概念は、環境法における通常のリスク概念と一致せず、その上位に危険 (Gefahrenschwelle) という言葉があり、潜在的な損害発生にリスク概念が用いられる^{*98}。評価可能な (abschätzbar) 経験を欠いている場合、「リスク」は多様に論じられているが^{*99}、その際には、いわゆる残余リスクが、社会的に適切な負担 (Last) とする以外の他の規律を欠いている^{*100}。リスク概念が、水管理法73条以降では、「独自の (sui generis)」基礎となっているということは、リスク地域に関し、「重大な」洪水リスクが存在しなければならないということでも明らかである^{*101}。リスク概念は、水管理法74条2項1文で用いられる、発生率の低い洪水、発生率が中レベルの洪水、発生率が高い洪水の区別によって、上位のカテゴリーを形成するが、その際に、危険への対策 (Gefahrenvorsorge) とリスクの間での古典的な境界線を曖昧なものにしている^{*102}。

2. 氾濫原に関する「ナショナルな」諸規定

近年の洪水による損害の発生を理由に、そして2002年8月のエルベ川での

^{*98} Czychowski/Reinhardt (Fn. 28), § 73 Rn. 5; Dammert (Fn. 55), § 73 Rn. 10; BVerfG, Beschl. v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89 (90); また参照 Kotulla (Fn. 34), § 73 Rn. 5.

^{*99} 参照、ライナー・ピチャース (Rainer Pitschas)、[§ 42 行政作用の諸基準 (§ 42 Maßstäbe des Verwaltungshandelns)], in: Hoffmann–Riem/Schmidt–Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2008, § 42 Rn. 178 m.w.N.

^{*100} 残リスクについては参照連邦憲法裁判所2009年11月10日不受理決定 – 1 BvR 1178/07 –, NVwZ 2010, 114 (118); Debus (Fn. 56), S. 16; Glaser, in: Recht im Risiko – Risiko im Recht, S. 61 (62 f.); 福島原子炉事故を概観するものとして Kloepfer (Fn. 31), § 3 Rn. 8.

^{*101} Cormann (Fn. 53), § 73 WHG Rn. 5; Czychowski/Reinhardt (Fn. 28), § 73 Rn. 5; Dammert (Fn. 55), § 73 Rn. 10.

^{*102} Cormann (Fn. 53), § 73 WHG Rn. 5; Czychowski/Reinhardt (Fn. 28), § 73 Rn. 5.

極端な氾濫に直面し、2005年から、予防的に洪水抑制を改善するための法律により、水管理法における洪水抑制のための詳細な規定が導入された^{*103}。これらの規定は、水管理法76条～78条、80条2項に受け継がれた。

2.1 水管理法76条及び78条の氾濫原

洪水が生じた場合に、より重大な損害を発生させること無く川が氾濫するために^{*104}、表流水が十分な空き地を有していることにより、州政府あるいは州政府から権限を与えられた官庁は、法令によって^{*105}、いわゆる氾濫原地域を指定しなければならない。氾濫原地域とは、表流水と堤防（Deich）あるいは高い川岸との間の地域及び洪水に際して氾濫しあるいは貫流するその他の地域あるいは洪水の発生あるいは遊水が求められる地域である（水管理法76条1項1文）。コトゥーラの言葉によると、氾濫原地域は、内地で（Inland）、洪水が絶対的に最高水位状態になったところまで、いくものである^{*106}。

一方で、各州は2013年12月22日までに、リスク地域の内部に於いて（水管理法73条）少なくとも以下のような地域を氾濫原地域と指定しなければならない。すなわち、そこでは洪水が統計的に100年に1回予測されるのである（水管理法76条2項1文1号）^{*107}。州は、洪水発生が少ない地域を（例えば、HQ

^{*103} BGBl. 2005 I 1224 ff.; BT-Drucks. 15/3681, S. 1, 8; それについて参照 Fassbender (Fn.25), S. 112 ff.

^{*104} 2012年3月19日の www.nlwkn.nieder-sachsen.de の「氾濫原地域」についての説明である。

^{*105} 法令に替わって州の法律による可能性について、参照、基本法80条4項。

^{*106} Kotulla (Fn. 34), § 76 Rn. 7; Schneider (Fn. 3), S. 67.

^{*107} 2008年6月12日の連邦通常裁判所判決 – III ZR 38/07 –, NVwZ-RR 2008, 672 (673) は、高度の価値を有する建設地区及び商業地区では、統計的な方法で、ここ100年で生じた洪水によって保護できるか否か、どの程度保護できるかということについて結論を出さなくてもよかった。いずれにせよ、まれに発生するような洪水によって発生した損害は、職務義務の保護範囲の外にあるとしている。

200) 同様に、任意に、氾濫原地域と指定することができる^{*108}。他方で、連邦法上、特定の時間が定められてはいないことから、氾濫原地域の指定のために、洪水軽減 (Hochwasserentlastung) と 遊水池 (Rückhaltung) を存続させることもある (水管理法76条2項2号)。立法の経過を見ると、「連邦法上あらかじめ設定された基準に基づいて地域の指定が行われるが、有効な洪水抑制を理由に連邦全体に拘束力を持った命令と禁止が妥当する」^{*109}。この命令と禁止は、所有権 (基本法14条1項) 及び基本法28条2項1文により保護された地方自治体の計画高権を限定する内容とするから、地域指定に際しては、命令と禁止が憲法と一致するものであることが特に考慮されなければならない^{*110}。

例えば、水管理法78条1項1文3号により、氾濫原地域と指定された地域において、都市建設計画及び建築法典によるその他の条例—港及び造船所に関する例外的な都市建設計画—における新しい建築地域の指定は、禁じられている。地区利用計画 (Flächennutzungsplan) 及び地区詳細計画 (Bebauungsplan) は都市建設計画と共同のものになっている^{*111}。特に建築法典34条4項～6項^{*112}により、都市内部地域 (開発区域) の条例は通常の条例に該当するが、しかしながら建築法典35条6項により、外部領域 (開発規制区域) の条例はこの条例に該当しない^{*113}。今日、全ての建築地区指定が、水管理法

*108 BT-Drucks. 16/12275, S. 75; Czychowski/Reinhardt (Fn. 28), § 76 Rn. 23; Zloch, in Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, 2011, § 76 Rn. 24.

*109 BT-Drucks. 16/12275, S. 75; Laskowski/Ziehm, in: Koch, Umweltrecht, 3. Aufl. 2010, § 5 Rn. 110.

*110 So auch Czychowski/Reinhardt (Fn. 28), § 76 Rn. 20; Kotulla (Fn. 34), § 76 Rn. 13; Zloch (Fn. 108), § 76 Rn. 27.

*111 参照. § 1 Abs. 2 BauGB; Cormann (Fn. 53), § 78 Rn. 5; Czychowski/Reinhardt (Fn. 28), § 78 Rn. 6; Zloch (Fn. 108), § 78 Rn. 4; a. A. 地区利用計画を取り扱うものとして、Kotulla (Fn. 34), § 78 Rn. 7.

*112 2011年5月のザクセン環境農業省およびザクセン内務省の共同勧告, S. 5.

*113 2011年5月のザクセン環境農業省およびザクセン内務省の共同勧告, S. 5.

78条1項1文1号により禁止されているか否かは不明確である*114。このことに関しては、氾濫原地域の指定の意味及び目的が争われることになる。この外に、以前の商業地域をそれ以外の建築地域に変更することは異なるものにする事とされ、そして全く「新しい建築地域」を設定することができる*115。しかしながらこの様な広く解する見解に対し、水管理法78条2項2号と比較検討するが、それによると、既に存在する建築地域と新しい建築地域との間は区別されることになる。文言によると、水管理法78条1項1文1号は、「新しい」建築地域の指示を限定している*116。その他の建築法典や条例での禁止規範の拡張との関係で、立法者は、水管理法78条1項1文1号の他のメルクマールを明確にしあるいは広く理解することはできたのかもしれない。しかしながら、このような理解をすることはできない。それ故に、既に存在する（事実上の）建築地域に係わる都市建設計画は、水管理法78条1項1文1号によって禁止されてはいない*117。ゲマインデは、その種の計画に際して、洪水抑制を（建築法典1条6項12号）建築法典1条7項により、重要な考慮事項として適切に配慮しなければならない*118。

水管理法78条1項1文1号により、自治体の計画高権は、制限されるから、官庁は、同条2項の前提全てを満たしている*119という条件の下で、新しい建築地域の指定を例外的に指定することができる。水管理法78条2項の許可の

*114 OVG Koblenz, Urt. v. 08.06.2011 – 1 C 11239/10; 明示するものとして *Queitsch*, UPR 2011, 130 (134).

*115 *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 9. Aufl. 2007, § 31 b Rn. 60.

*116 *Zloch* (Fn. 108), § 78 Rn. 5.

*117 *Cormann* (Fn. 53), § 78 Rn. 5; *Elegeti/Lambers*, BauR 2011, 204 (207 f.); *Kotulla* (Fn. 34), § 78 Rn. 7.

*118 *Cormann* (Fn. 53), § 78 Rn. 5; *Zloch* (Fn. 108), § 78 Rn. 5.

*119 OVG Koblenz, Urt. v. 12.04.2011 – 8 C 10056/11 –, NVwZ-RR 2011, 638 (641); *Czychowski/Reinhardt* (Fn. 28), § 78 Rn. 27; *Kotulla* (Fn. 34), § 78 Rn. 22; *Zloch* (Fn. 108), § 78 Rn. 50.

条件は、その規範の構成に応じて、免除の留保を伴う圧倒的禁止 (ein represives Verbot mit Befreiungsvorbehalt) を制度化した*120。法律の文言 (できる) によると、権限ある官庁は、裁量権を伴う決定を行わなければならない*121。多くの要件と基本法28条2項1文により保護されている計画高権に直面して、実務における裁量はしばしばゲマインデの有利なように行使される*122。そのことから、一部では、意図的裁量 (intendierten Ermessen) が指摘されている*123。

水管理法78条1項1文2号は、建築法典30条、33条、34条及び35条により建設施設の設置あるいは拡張に関する基本的建設禁止を制度化している。既に建設施設がそれぞれの地域において存在している場合でも、建築物が増大し、その為に損害の生じない流水とするために必要な土地が削減されることがないようにするため、この禁止は、洪水抑制を考慮して行われる*124。水管理法78条1項1文1号は、所有権の内容規定及び制限規定 (基本法14条1項2文) を内包している*125。洪水抑制は高度の公益の任務であるから、建築法典34条により、氾濫原地域において耕作可能な土地を承認することは、それ自体異論を唱えるものではない*126。対立する諸利益の適切な調整を達成するために、この禁止は絶対的なものではない。水管理法78条3項1文により、以下の場合、権限ある官庁は、建築施設の設置あるいは拡張を、個々ごとに許可することができる。すなわち、企画されている事業が、洪水遊水池を阻害しないあるいはしたとしても重大ではなくそして失われている遊水池の欠損部分を

*120 Kotulla (Fn. 34), § 78 Rn. 38; Zloch (Fn. 108), § 78 Rn. 30.

*121 Kotulla (Fn. 34), § 78 Rn. 39; Zloch (Fn. 108), § 78 Rn. 30.

*122 Kotulla (Fn. 34), § 78 Rn. 39.

*123 Czychowski/Reinhardt (Fn. 28), § 78 Rn. 27; Kotulla (Fn. 34), § 78 Rn. 39; kritisch Zloch (Fn. 108), § 78 Rn. 30.

*124 BVerwG, Urt. v. 22.07.2004 – 7 CN 1/04 –, BVerwGE 121, 283 (287 f.).

*125 BVerwG, Urt. v. 22.07.2004 – 7 CN 1/04 –, BVerwGE 121, 283 (287 f.).

*126 BVerwG, Urt. v. 22.07.2004 – 7 CN/104 –, BVerwGE 121, 283 (288 f.).

「急いで」修復すること（1号）、洪水に際しての水位や流路が悪化されないこと（2号）、既存の洪水抑制に損害が生じないこと（3号）、そして洪水に適合させて遂行すること（4号）が許可の条件である。損益が付款（Nebenbestimmung）によって克服されうるのであれば、選択肢として（「あるいは」）許可が考慮される。水管理法78条3項1文によって裁量権が行使された場合、官庁は、所有権保護（基本法14条1項）を考慮しなければならない。これは状況に応じていわば裁量権0収縮にいくことになり得る^{*127}。水管理法78条3項2文は建築施設の設置あるいは拡張について一般的な許可の可能性を認めているが、しかし、それは、その後、水管理法78条3項3文により官庁の監視を理由に、届出をしなければならない^{*128}。

さらに水管理法78条1項1文によって確定された氾濫地域において禁止されている活動には、水の流れの向きを妨げる土塀（Mauer）、堤防（Wäll）あるいは同様の施設の設置（3号）、地面の上で水質を汚濁する物質を燃やしたり堆積すること（貯蔵するのではない）（これらが規則に適した農業および林業の範囲内でなされることは除く。4号）、排水を妨げたりあふれる程度にまでされる「単に期間が短くはない」対象の蓄積が、あてはまる。草原を農地に変更すること（8号）^{*129} 及び遊水池の特別の意義のゆえに森林を他の利用態様に変更することは、浸水作用を削減することになる^{*130}。水管理法78条4項からは、いかなる条件のもとで、このような禁止の例外が許されるかが明らかとなる。水管理法78条5項により、法規命令において、他の方法が定め

*127 Zloch (Fn. 108), § 78 Rn. 43; また参照 Czychowski/Reinhardt (Fn. 28), § 78 Rn. 39.

*128 告示の時間については、Kotulla (Fn. 34.) § 78 Rn. 57.

*129 Czychowski/Reinhardt (Fn. 28), § 78 Rn. 19; Kotulla (Fn. 34), § 78 Rn. 19; Zloch (Fn. 108), § 78 Rn. 20.

*130 Czychowski/Reinhardt (Fn. 28), § 78 Rn. 20; Kotulla (Fn. 34), § 78 Rn. 20; Zloch. (Fn. 108) § 78 Rn. 22.

られているかあるいは規則が予定されているのであるが、たとえば水自体における生態系の維持改善（1号）、遊水池の保持あるいは創出（再開も含む）（3号）、あるいは、新しい暖房用石油施設及び既存のその種の施設の洪水防止施設も含んだ水質汚濁物質の洪水に即した取り扱い並びに新しいその種の施設の設置禁止（5号）に関するものである。「必要な限りで」という表現をどの様に明らかにするにしても、反する利益や利害関係の憲法適合的なバランスが留意されるべきである^{*131}。

水管理法76条4項1文により、公衆は氾濫原地域と予定された指定について、情報を取得し、自らの見解を出す機会を得ることになる。一般的に公衆について補完的に限定されるものではないから、民衆参画（Popularbeteiligung）が重要となり、その結果、何人も、それには法律家や結社もはいるが、計画化された氾濫原地域について、意見を表明することができる。そのことによって、禁止規範に利害関係を有する者は自らの権利を保護することができ、同時にあらゆる諸利益の包括的な確認作業を行い考慮することを確実なものとするのである^{*132}。水管理法76条3項及び同法78条6項は、確認作業が行われ、カルテとしての形式で表示され、暫定的に確定される、「なお」確定されていない氾濫原地域に係わっている。公衆は、水管理法76条4項2文により、確定され地域そして暫定的に決定されている地域とその地域で妥当する保護規定地域について、並びに洪水から発生する損害を削減するための措置について、情報提供が行われる。

禁止は実務においては十分に厳格に取り扱われていないということは^{*133}、紛争解決に直面して、危惧されるので、裁判上で貫徹可能かという事への疑

*131 このことについては *Kouulla* (Fn. 34), § 78 Rn. 77 ff.

*132 このことについてより詳細には *Guckelberger*, *VerwArch* 103 (2012), 31 ff.

*133 *Faßbender/Gläß*, *NVwZ* 2011, 1094; *Reese*, *NuR* 2011, 19 (25).

問に焦点が当てられる。新しい建設地域と指定することについての例外的な許可は認められず、利害関係を有する地方自治体はそれに対し抵抗することができる^{*134}。水管理法78条2項だけで、建築領域の指示が問題となるのだから、隣人者は、不十分な都市建設計画に対してのみ見解に応じて対処することができる^{*135}。水管理法78条2項7号では、上流の住民と下流の住民（Ober- und Unterlieger）の違いについて言及されていないので、水管理法78条3項による個別事業企画の許可に対する近隣住民の法的保護の可能性は、しばしば否定されている^{*136}。水管理法78条3項1文3号は、権利の承認に必要な保護されるべき人の範囲を欠いている^{*137}。それに対し、ラインラント・プファルツ上級行政裁判所は、水管理法78条3項1文12号との比較の対象となる規定の中に、権利としての公法（ein subjektiv-öffentliches Recht）を認めるとするバイエルン行政裁判所のかつての判決を参照しながら、水管理法78条3項の第三者保護効果を可能とした。旧水管理法4条1項2文の水法の考慮命令（Rücksichtnahmegebot）が水管理法13条に再び現れている^{*138}。水管理法78条3項1文はまた個別に保護された私的利益にも役立つものである。なぜなら、水位の上昇は、隣接する土地所有権者は一層強力な洪水危険にさらされているということになり得るからである^{*139}。「リスク領域内部での」氾濫原地区の

*134 Czychowski/Reinhardt (Fn. 28), § 78 Rn. 37; Reese, NuR 2011, 19 (25); Zloch (Fn. 108), § 78 Rn. 40.

*135 Czychowski/Reinhardt (Fn. 28), § 78 Rn. 11; Jeromin/Praml, NVwZ 2009, 1079 (1081); Zloch (Fn. 108), § 78 Rn. 40; i. E. auch Faßbender/Gläß, NVwZ 2011, 1094 (1097). これらは、行政裁判所法47条1項1文の検討を行い、そしてこの枠内ではじめて水管理法78条2項に立ち戻るものである。ゲマインデに対し行政行為として論じられる措置は、同時に、市民に対して外部効を有するか否かという争いについては、参照, Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 4. Aufl. 2010, § 74 Rn. 18.

*136 Elegeti/Lamberts, BauR 2011, 204 (208); zur Vorgängerregelung Jeromin/Praml, NVwZ 2011, 1079 (1092).

*137 Elegeti/Lamberts, BauR 2011, 204 (208).

*138 OVG Koblenz, Urt. v. 02.03.2010 – 1 A 10176/09.

*139 Faßbender/Gläß, NVwZ 2011, 1094 (1097).

指定は、危険の可能性への対応を示すものであり、つまるところ「人間の健康・・・及び重大な価値を有するもの」（水管理法73条1項）に対する洪水による損害発生を意味する。水管理法78条3項1文12号において、定式化されている「損害を生じない（nicht nachteilig）」が適用され、そして続く文章で「不利益効果（nachteiligen Auswirkungen）」が論じられると、水管理法73条1項の評価は水管理法78条の解釈と結びつけられることになる。歴史的な視点からも、洪水抑制についての規律は、巨大な損害を削減し、生命と価値のあるものを保護するため導入されたのであった^{*140}。それゆえに正しくは、水管理法78条3項1文2号は、第三者の利益に適格で個別化された方法で関与される場合、第三者に公権を付与しているのである^{*141}。

2.2 遊水地

水管理法77条は全ての氾濫原地区に、たとえそれが未だ確定されていなくても、適用される。このことは水管理法77条1文によると、遊水地としての機能におかれている。[遊水地としての機能が] 公共の福祉というはるかに重要な理由に対抗する限り、つまり、具体的な事例に於いてその中核にある意義付けが洪水抑制を考慮することに優先する氾濫原抑制とは調和しない利害関係がある場合、「適当な時期」に必要な調整措置が行われるならば、[この法理と] 異なることもありうる（水管理法77条2文）^{*142}。メルクマールとしての「適切な時期」を理由にして、洪水危険を把握するための時点が決まるといふことにはならない^{*143}。かつての氾濫原地区は、遊水地とすることが適切であれば、復原されるべきである。むろん、このことは、「できるかぎり」で

^{*140} Czychowski/Reinhardt (Fn. 28), § 78 Rn. 46; Faßbender/Gläß, NVwZ 2011, 1094 (1098).

^{*141} Faßbender/Gläß, NVwZ 2011, 1094 (1098).

^{*142} Cormann (Fn. 53.), § 77 WHG Rn. 4; Kotulla (Fn. 34), § 77 Rn. 6.

^{*143} Cormann (Fn. 53.), § 77 WHG Rn. 6.

かつ公共の福祉という圧倒的な根拠と衝突しない限りで妥当するものである（水管理法77条3文）。

2.3 情報と警告

水管理法79条2項によると、権限を有する国の部局及び利害関係を有する地域における公衆は、洪水に対する措置、適切な警告の措置及び行動規範についての情報を取得し、予測される洪水の到来前の適切な時点で警告が行われるかを州法で定められることになる。情報の予防措置ならびに警告が相互に互換的であっても、警告は常に具体的に緊迫した洪水発生に係わっている^{*144}。州法における命令は、状況に即した行動方法を実現するために適切なものと見なされる^{*145}。そのことによって、警告は、できるだけすべての人に到達し、様々な情報の手段を通してうまくいかなければならない^{*146}。警告義務の履行に際して、国の部局が過失で警告しなかった場合、職務責任から損害賠償義務に至る事もありうる^{*147}。警告は、同時に損害発生を防止するための一部として、洪水に関係のある人の利害に役立つものである。確かに堤防の救出の可能性が残っている場合でも、しかし出動指揮官の視点からダム の崩壊の確率性が既に明らかに圧倒的なものとなっており、それ故に現状をコントロールすることが疑わしくならざるを得ないならば、遅くともこの時点では、このこととの関連で官庁に属する裁量の余地（Spielraum）を考慮しつつも、権限ある部局は、それぞれの潜在的危険性に対する措置を判断し、警告をしなければならない^{*148}。ダム（Stauanlage）の管理者は、洪水の放送をメ

*144 Czychowski/Reinhardt (Fn. 28), § 79 Rn. 8; Kotulla (Fn. 34), § 79 Rn. 7; Zloch (Fn. 108), § 79 Rn. 11.

*145 Kotulla (Fn. 34), § 79 Rn. 5.

*146 また参照 Zloch (Fn. 108), § 79 Rn. 12.

*147 Czychowski/Reinhardt (Fn. 34), § 79 Rn. 9; Zloch (Fn. 108), § 79 Rn. 13.

*148 BGH, Urt. v. 21.11.2004 – III ZR 200/03 –, NVwZ-RR 2005, 149 (151).

ディアや最新情報から入手しそしてダム (Stauwehr) 増水の程度を見つけていなければならない。国の部局にとって、このような状況の下で、洪水が不可避であるとすると、部局は、官庁の介入とは別個に独立して、必要な範囲で、バルブを開いておかなければならない*149。

おわりに

水法上の諸規定についての概観は、洪水抑制が複雑であることおよび数多くの措置が連鎖して用いられるということを、前提となる共通認識として明らかにした。ヨーロッパ法上課せられ、各国の法に組み込まれた洪水抑制についての規律はなお相互に十分に結びついてはいない。連結の不十分さが明らかとなった事状は、水管理法72条の洪水定義と氾濫原地域についての規範に関しても、水管理法76条2項1文1号によって、氾濫原地域が確定されている。その種の確定は、リスクカルテと危険カルテが2013年12月22日までの設定であると同様に行われなければならない、リスクマネジメント計画の設定は、2015年12月22日までに、なされねばならない。多くの洪水抑制の手段や諸措置は一定事前の時間を必要とすることは明らかだ。リスク評価、危険カルテ及びリスクカルテ並びにリスクマネジメント計画さらに新しい認識の下で氾濫原地域を確定することに対する水管理法76条2項3文の規律の現実化で明らかになったように、洪水抑制は、「継続的で長期にわたるプロセス」とみなされるべきであり、利害関係人の認識と参画の状態に応じて、繰り返しさらなる発展と適切な対応が求められていく*150。そこには、関連する法規範の有効性——憲法上の基本権保護という背景の下、紛争利益の調整に際しての考慮裁量も含む——を問い、必要に応じて対応することが該当するのである。

*149 BGH, Urt. v. 16.02.2006 – III ZR 68/05 –, NVwZ-RR 2006, 469 (470).

*150 So Ministerium (Fn. 9), S. 9 zum Hochwasserrisikomanagement.

〔翻訳者補注〕

今日ドイツ水管理法に関する邦語文献は相当数あるが、ここでは特に以下2点のみを参考文献として紹介するにとどめる。

- ・ 渡部福久子「ドイツの水管理法」外国の立法254（2012年12月）126頁ドイツ水管理法制度の概説と条文の翻訳となっている。
- ・ 財団法人日本生態系協会「洪水リスクのアセスメントおよび管理に関する2007年10月23日 2007/60/EC 欧州議会および欧州理事会指令」
http://www.ecosys.or.jp/activity/international/Directive_2007_60_EU_of_the_European_Parliament_and_of_the_Council_of_23_October_2007_on_the_assessment_and_management_of_flood_risks.pdf