

大規模な災害に備えた条例について

関西学院大学 法学部
教授 岡田博史



1. 本稿の目的

大規模な災害が発生したとき、人の生命、身体又は財産の保護のため、平時とは異なる対応を認めるための法律（政令や省令を含む。以下同じ。）の運用に関する通知が当該法律を所管する国の省庁から出されてきた。その中には、「超法規的解釈」、すなわち違法と言わざるを得ない対応を可能とする見解を示すものがある。しかし、これは、行政活動は法律に従って行わなければならないという「法律による行政の原理」に反する。本来は、通知の発出ではなく法律改正がされるべきである。ところが、未だに法律改正がされていないものがある。

本稿では、そうした場合であっても、この原理に反しない適法な解釈を示し、その解釈を活用した条例の制定を提案したい⁽¹⁾。

2. 「比附」の活用

「超法規的解釈」を示した通知の内容を見ると、いずれも法律の規定を書き換えるような取扱いを認めるものである。こうした取扱いを正当化する解釈として、笹倉秀夫教授が提唱する「比附」を活用してはどうだろうか。

「比附」と呼ばれる法律解釈は、「当面するケースについて制定法の条文・慣習法・判例法が欠缺している場合に、「諸事項」を参照して、ある制定法の条文・慣習法・判例（一つないし複数）から、不当でない範囲でより一般的な内容の法命題を取り出して適用する技法」であり、「法文の概念を拡大して適用する拡大解釈、法文の概念と本質的な類似性を共有していることを理由にした類推適用等が使えない場合に、比附が活用される」⁽²⁾。

そこで、災害時においては、「必要性・緊急性・相当性」⁽³⁾及び通常第1条に置かれる法律の目的規定⁽⁴⁾を「比附」の定義中の「諸事項」とし、これらから新たな法命題を導き出し、法の欠缺を補充する手法を導入したい。このような手法により法律の規定を書き換えたといえる通知の内容が新たな法命題から導かれるのであれば、合理的な解釈で適法といえる。

3. 具体例の検討

例えば、大規模な水害のため、保育所の建物が濁流にのまれた。そこで、近隣の高台にある寺院の空き室を保育所にしたい。ところが、保育所の設置基準の一つである乳児室の1人当たりの面積⁽⁵⁾を満たさない。他に適当な場所が見当たらないので、何とかできないかという問題を考えてみる。

土壌汚染対策法（平成14年法律第53号）第17条は、汚染土壌の運搬に関する基準に従い運搬しなければならないが、非常災害のために必要な応急措置として当該運搬を行う場合は、当該基準に従わなくても良いと規定している。これに対して、児童福祉法（昭和22年法律第164号）には、土壌汚染対策法のように災害時においては本来の基準によらなくても良いとする規定がない。よって、児童福祉法は、災害時に適用されるべき基準がなく、平時における基準のみを定めているといえる。

児童福祉法第1条の「全て児童は、児童の権利に関する条約の精神にのっとり、適切に養育されること、その生活を保障されること、愛され、保護されること、その心身の健やかな成長及び発達並びにその自立が図られることその他の福祉を等しく保障される権利を有する」との規定から、同法は、このような児童の

権利を保障することを目的としているといえる。この目的は、災害時においても達成されなくてはならず、「必要性・緊急性・相当性」を踏まえたものでなければならない。そこで、土壌汚染対策法の規定に倣い、災害時には、児童福祉法による基準によらないことにより児童に不利益が生じて、保育が実施されることにより得られる児童への利益の方が大きいといえるのであれば、同法による基準によらなくても良いとの法命題を導き出し、同法の規定によらない対応を認めることができると解釈できるのではないか。

4. 「比附」を活用した条例の有効性

法の欠缺（不存在）があると認められる場合に導かれる新たな法命題が示され、法律改正によりこの法命題が明文化されれば、法が欠缺する状態が解消される。これに対して、こうした対応がされなければ、「法律による行政の原理」に反してしまう。そこで、このような場合、自治体が「必要性・緊急性・相当性」及び法律の目的を踏まえた法命題を導き出してこれを適用する旨を明らかにする必要がある。そして、これを明らかにする手段として、「比附」を活用したときにその都度その旨を告示その他の方法により周知することが考えられる。確かに、この方法でも、適法性を確保できる。しかし、「比附」の活用は、自治体に浸透していない方法であることを踏まえると、これを活用するルールがあらかじめ定められていない限り、必要なときに活用されないだろう。

そこで、「比附」を活用し、法律の規定を書き換える規定を置いた（新たな法命題を明文化した）条例を制定する方法が考えられる。確かに、大規模な災害が起こったときに求められる対応に備え、条例を制定しておくことは、これまでの事例の積み重ねからある程度はできる。しかし、必要かつ十分に規定しておくことはできない。想定外の事態が生じたときに、後追いで条例を制定しても、時機を逸することになりかねない。

以上から、条例を制定する方法として、「比附」を

活用できる場合とその場合の手続を条例で明文化することにより、「比附」を適時に、かつ、効果的に活用できるようにする方法（次頁以下の「条例案」参照）を提案したい。この方法であれば、「比附」を活用できるケースをあらかじめ明らかにしており、想定外の事態にも対応できるので、有効な方法といえる。

5. 「比附」を活用した条例の適法性

3. で取り上げた例のように、大規模な災害が発生した場合、そうした事態を想定せずに定められたと認められる規定をそのまま適用すると、かえって法律の目的の実現の妨げとなることがある。また、そうした事態を想定して定められたと認められる規定であっても、同様のことが起こり得る。

よって、このような場合は、当該規定を適用すべき領域を縮小させ、「必要性・緊急性・相当性」及び当該法律の目的を踏まえ、「比附」により導かれる一般的な法命題を明らかにできる限りにおいて、当該規定を適用できない領域（当該法律の空白領域）に条例で補充する（文面上当該規定を書き換える）ことができる。このように考えれば、現行の法律の規定が適用される場面とこの法命題が適用される場面が異なるので、法律と条例が矛盾抵触することはない⁽⁶⁾。

6. 大規模な災害に備えた条例の必要性

災害時には、現行の法律が役に立たないことがある。そのようなときでも「法律による行政の原理」による行政活動を続けるには、災害の現場の実態を踏まえた「比附」による法律解釈に基づく対応が必須である。

過去の通知を参考に、将来の大規模な災害時においても、国の省庁から様々な通知が出され、その中には超法規的措置を許容するものがあるであろう。しかし、自治体が求めるような通知が出ないことを理由に、自治体は全く対応不可能としてはならない。将来起こり得る災害の中には、国の省庁も大きな被害を受け、機能不全に陥り、全く通知を出せなくなる事態もあり得る。こうした事態も想定すると、筆者が提案したよう

な条例を制定しておく必要があるといえる。

(参考) 条例案

〇〇市大規模災害対策条例

(目的)

第1条 この条例は、大規模な災害が発生した場合において可能な限り人の生命、身体及び財産を保護するためには、現行の法律（法律に基づく命令（告示を含む。）を含む。）を含む。以下同じ。）の規定によらない対応が求められることがあることに鑑み、災害対策基本法（昭和36年法律第223号）その他の法律を補充するために必要な事項を定め、当該対応を適時に、かつ、効果的に行うことにより、当該法律の目的の実現に寄与し、もって幸福追求の権利その他の基本的人権の享有を保障する日本国憲法の理念を全うすることを目的とする。

（現行の法律の規定によらない対応を行う旨の告示）

第2条 市長は、大規模な災害が発生した場合において、前条の目的を達成するため、同条の対応が必要と認めるときは、その旨を告示するものとする。

（障害物の保管のための他人の土地の一時使用）

第3条 市長は、大規模な災害が発生した場合において、災害廃棄物（災害により生じた廃棄物（廃棄物の処理及び清掃に関する法律（昭和45年法律第137号）第2条第1項に規定する廃棄物をいう。）をいう。）、土砂等（崖崩れ、土石流、地滑りその他の異常な自然現象により生じた土砂及び当該土砂に混入し、又は付着した物をいう。）その他の障害物を保管するためやむを得ない事由があるときは、その必要な限度において、他人の土地を一時使用することができる。

2 市長は、前項の規定による措置を講じたときは、速やかにその旨を同項の土地の所有者又は占有者に通知しなければならない。ただし、過失がなくてこれらの者を確知することができないときは、この限りでない。

3 市長は、第1項の規定による措置を講じるため必

要があるときは、その職員に同項の土地に立ち入り、当該土地の状況を調査させることができる。この場合において、その職員は、その身分を示す証明書を携帯し、かつ、当該土地の所有者又は占有者の請求があるときは、これを提示しなければならない。

4 市長は、第1項の規定による措置により同項の土地の所有者又は占有者に損失を与えたときは、これらの者に対して、通常生ずべき損失を補償しなければならない。

（許可又は届出を要する行為の特則）

第4条 法律の規定によりあらかじめ許可（市長の権限に係るものに限る。以下この項及び第3項において同じ。）を受けることを要する行為をしようとする者で当該許可を受けていないもの（同項に該当する者を除き、当該法律の規定により許可の申請をする資格を有する者に限る。）は、大規模な災害の発生により緊急に当該行為をする必要があると認めるときは、当該法律の規定にかかわらず、当該行為をすることができる。この場合において、当該者は、当該行為をした旨を遅滞なく市長に届け出なければならない。

2 前項の規定は、法律の規定により届出（市長に届け出るものに限る。以下この項及び次項において同じ。）をすることを要する行為をしようとする者で当該届出をしていないもの（当該行為に着手した日後の特定の日までに届出を要する場合にあっては、その日を経過したもの）について準用する。

3 第1項後段（前項において準用する場合を含む。次項及び第7条第1項において同じ。）の規定は、災害の発生により緊急を要するため法律の規定による許可又は届出を当該法律の規定により免除される行為をした者について準用する。

4 市長は、第1項後段の規定による届出（前項の規定によるものを除く。）があった場合において、法律の趣旨及び目的に照らして当該届出に係る行為が適当であると認めるときは、速やかに当該行為の内容及び当該法律の規定によることなく行うこと

が違法ではないと解釈する旨を告示しなければならない。

- 5 市長は、第1項後段の規定による届出に係る行為が継続しているときは、同項に規定する者と協議し、同項前段の規定により当該行為を継続することができる期限を定めなければならない。
- 6 市長は、前項の期限を定めたときは、これを告示しなければならない。

(その他の措置)

第5条 市長は、前2条の規定による対応以外の対応が必要な場合であって、法律の規定による対応(適用すべき法律の規定がないため対応することができない場合を含む。)では時機を逸し、災害に係る救助活動、医療活動(防疫活動を含む。)その他の人の生命、身体又は財産の保護に資する活動に支障を来し、又は来すおそれがあると認めるときは、当該法律の規定にかかわらず、当該法律の趣旨及び目的に照らして適切と認められる措置を講じることができる。

- 2 前項の措置が当該措置の相手方に義務を課し、又は当該相手方の権利を制限するものであるときは、当該措置は、その確実な実施を図るため必要な最小限度のものでなければならない。
- 3 市長は、第1項の措置を講じたときは、速やかにその旨及び同項の法律の規定によることなく行うことが違法ではないと解釈する旨を告示しなければならない。
- 4 市長は、第1項の措置を講じるため必要があるときは、その職員に当該措置の相手方その他の関係者の状況その他必要な事項を調査させることができる。この場合において、その職員は、その身分を示す証明書を携帯し、かつ、当該関係者の請求があるときは、これを提示しなければならない。
- 5 第3条第4項の規定は、第1項の措置を講じたことにより前項の関係者に損失を与えた場合に準用する。

(刑事事件にしないための対応)

第6条 市長は、第4条第1項前段若しくは第2項の行為又は前条第1項の措置に基づく行為について、刑事訴訟法(昭和23年法律第131号)第197条第2項の規定による照会その他の捜査が行われ、又は行われるおそれがある場合において、これらの行為が第1条の目的に照らして違法でない認めるときは、その旨を検察官、検察事務官又は司法警察職員に説明しなければならない。

(告示の訂正)

第7条 市長は、第4条第1項後段の規定による届出に係る行為について、当該届出の後、適用することができる法律の規定があることが判明した場合は、既に同条第4項の規定による告示をしていたときは、速やかに当該告示を訂正する旨を告示しなければならない。

- 2 前項の規定は、第5条第1項の措置について、当該措置の後、適用することができる法律の規定があることが判明した場合は、既に同条第3項の規定による告示をしていたときに準用する。

(委任)

第8条 この条例の施行に関し必要な事項は、規則で定める。

(過料)

第9条 第4条第1項後段(同条第2項及び第3項において準用する場合を含む。)の規定による届出をせず、又は虚偽の届出をした者は、5万円以下の過料に処する。

附 則

この条例は、公布の日から施行する。

(条例案の補足説明)

【第1条】

人権を最大限尊重することを究極の目的に据え、大規模な災害時に、人の生命、身体又は財産が保護されない事態を可能な限り回避するため、条例で法律を補充する旨を明らかにした。

【第2条】

現行の法律によらない対応が必要である旨を告示することにより、特に、法律に基づき許可を受けることなく、又は届出をすることなく、第4条の規定による対応がしやすくなることが期待される。とはいえ、市長自身が告示できない事態も想定される。したがって、第2条は、この告示があつて初めてそうした対応が適法にできるという効果が発生するのではなく、そうした対応が必要である旨の周知を目的にしている。

【第3条】

大規模な災害が発生する度に必要となる災害廃棄物や豪雨災害による土砂等の仮置き場の確保のため、他人の土地の一時使用を認める規定である。これは、法律にはない新たな規制を行う規定である。「その他の障害物」としたのは、災害により生じた物の中には、廃棄物にも土砂等にも当たらない有価物が混在している場合が多いことを念頭に置いたためである。

【第4条】

「比附」により導かれる一般的な法命題を公にすることを条件に、法律の規定によらない対応を認める規定である（第5条も同じ。）。許可又は届出を要する行為をしようとする者が自らの判断でその行為を速やかにできるように後押しするものである。

第4項で市長に告示する義務を課すのは、市長による恣意的な判断を排除し、緊急時における行政の信頼の確保を図るためである。

【第5条】

第3条又は第4条の規定による対応以外の対応が必要な場合に備えた規定である。規制を強化する場合と緩和する場合の両方が想定される。

【第6条】

法律の規定に違反すれば刑罰が科される旨の規定が置かれていると、たとえ法律によらない対応ができる旨の規定をこの条例に置いても、刑事当局が立件するおそれがある。そこで、こうした事態を回避するた

め、刑事当局が適法な行為に対して立件するという誤った対応をしないよう、市長に刑事当局への説明を義務付ける規定を置いた。

【第7条】

現行の法令の規定による対応ができるにもかかわらず、「比附」を活用した条例による対応が違法でない」と解釈する旨の告示を誤って既にしていたときは、その告示を訂正する必要があるため、その告示を訂正する旨の告示を市長に義務付ける規定を置いた。

補注

- (1)本稿は、2022年10月23日に神戸市において開催された「ぼうさいこくたい 2022」のセッション「災害時における超法規的措置について考える」（主催団体：災害復興法理論研究会）における筆者の報告をまとめたものである。本稿の詳細は拙著「大規模な災害に備えた条例について」北村喜宣ほか編著『法律解釈権と条例制定権の可能性と限界』（第一法規、2022年）231～276頁に掲載されており、本稿はその要点をまとめたものである。
- (2)笹倉秀夫『法解釈講義』（東京大学出版会、2009年）127～128頁。
- (3)「必要性・緊急性・相当性」（人の生命、身体又は財産を保護する必要性及び緊急性が高く、これらを保護する手段が相当であること）は、「比附」の活用を正当化する基本的な法理（「比附」の定義中の「諸事項」の一つであり、かつ、他の「諸事項」である「法律の目的」の基底となるもの）として使うことができる。
- (4)目的規定は、法律の解釈の指針となるため（塩野宏「制定法における目的規定に関する一考察」同『法治主義の諸相』（有斐閣、2001年）44頁以下・62頁、吉田利宏『新法令解釈・作成の常識』（日本評論社、2017年）172頁参照。）、当該法律の目的を実現するため現行の規定では不十分といえる点（欠缺していると認められる部分）を見出し、新たな法命題を導きやすい。
- (5)児童福祉法第45条第1項の規定により、施設及び運営については条例で基準を定めることとなっており、同条第2項の規定により設備の基準は厚生労働省令（児童福祉施設の設備及び運営に関する基準（昭和23年厚生省令第63号））で定める基準に従い定めるものとされている。そして、その省令第32条において設備の基準が定められており、同条第2号では乳児室の面積は、乳児又は満2歳に満たない幼児1人につき1.65平方メートル以上であることとされている。例えば、京都市では、「京都市児童福祉法に基づく事業及び施設の人員、設備及び運営の基準等に関する条例」（平成24年3月30日条例第49号）第27条の規定により、この基準どおりとしている。
- (6)「条例が国の法令に違反するかどうかは、両者の対象事項と規定文言を対比するのみでなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかによってこれを決しなければならない。」と判示する徳島市公安条例事件判決（最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁）に抵触しない。

