緊急事態と法秩序

公法的規律オプションの検討序説：大規模災害の問題に即して

防衛大学校　公共政策学科・総合安全保障研究科
教授　山中　倫太郎

１．はじめに

日本災害復興学会の研究助成を受けて 2022 年 4 月から 2024 年 3 月までを活動期間とする災害復興法理論研究会（代表者は、山崎栄一会員）では、「緊急事態・大規模災害時特有の法原理・原則についての検討を図る」ことを課題として会合を重ねてきた。本稿は、この研究会における成果を代表的に総括するものではないが、その際になされた議論の積み重ねを参考にしながら、現時点における本稿筆者による研究を基礎に、緊急事態の公法的規律のあり方について―網羅的ではないかもしれないが―主なオプションを提示することを通じて、これに関する日本における議論を俯瞰する視座を得ることを試みるものである。

本稿では、同研究会の目的に則って、危機のうち、緊急事態・大規模災害の問題について分析及び検討を実施することとしたい。本稿で緊急事態という場合、武力攻撃、内乱、重大なテロリズム、大規模災害・重大事故、重篤な感染症の蔓延など高度の危機が生じた場合に、通常時の法では、政府がその任務を遂行するために危機に対処することが不可能又は著しく困難な事態を指している。

本稿では、まず、法の存立構造の分析を踏まえて緊急事態と法の関係を明らかにする(**第２章**)ことで、緊急事態における、法の限界問題の成り立ちを明らかにし、その上でこれに対する日本法の基本姿勢を示す(**第３章**)。これを踏まえて、次に緊急事態の公法的規律オプションを提示する(**第４章**)。最後に、本稿で提示した俯瞰的視座を踏まえた、若干のコメントを付する(**第５章**)。

２．緊急事態と法

（１）法の存立構造

まず、法と危機との関係を理論的に明確にするために、法規範はどのように存在しているかということを分析する。その際、緊急事態の問題を視野に入れながら法と危機の理論的関係を描き出した、ドイツの憲法学者 E-W-ベッケンフェルデ（E-W-Böckenförde）の理論に筆者なりの再構成及び補足を加えた上で、緊急事態・大規模災害の問題に即して解説することにしよう（本稿が解説記事である関係上敢えて単純化して記述している部分もあるので注意されたい）。

およそ法規範(Norm)は、何らかの典型的な（normal）事態を想定し、前提としている。法治国家では、このような法規範によって国家機関が設けられ、それに法的権限が与えられるのと同時に法的制約が設けられる。このような法規範は、国家機関がその権限及び制約の下でも任務を遂行することが基本的に可能であるように制定される(1)。

ここで、現代政府の任務には、経済秩序、国民生活及び公共秩序の維持といった目的のみならず、個々の人の尊厳の保護や回復が含まれる。こうした尊厳の保護や回復という課題もまた、防災・減災及び災害復興の中心的な課題となった。

（２）緊急事態の法秩序の形成

① 危機の類型別規律

主要な危機の類型としては、武力攻撃、内乱、テロリズム、自然災害、事故、感染症の蔓延などがあり、日本では、それぞれの危機の類型別に法秩序が構築されているが、このうち、本稿では、災害を念頭においた法秩序に焦点を当てている。

防災法の法規範は、純然たる平時とは異なった災害という―一定の抽象性を備えた―典型的な事態を前

提とし、これによって政府に権限が付与されると同時に、その権限の行使が制限される。こうした防災法の体系によって政府が任務を基本的に遂行しうるように法が整備され、その実効性の向上を目指して、法の制定、変更及び運用が模索されている。

さらに進んで、災害のより具体的タイプの想定の下により具体的な立法化が進展することもある。例えば、災害対策基本法の下に、地震といった、災害のより具体的なタイプを前提とした法律が制定され、地震防災法といった、より各論的な法領域が形成される。これは、災害の具体的なタイプに応じた立法の例である。もちろん、各論的・個別法的な法制度の集積から一般的・基本法的な法律へと発展することも実際の法秩序の形成過程としてありうることは付言しておきたい。

② 危機の段階別規律

危機には様々な段階があり、実際にはグラデーションとなっている。このような危機の諸段階に応じて立法化が進展するという側面もある。

平時を想定した法規範（及びその解釈）では任務遂行が不可能又は困難な事態を想定して危機に対応するための法規範が制定されるが、さらに、危機を想定した法規範（及びその解釈）では任務遂行が不可能又は困難な緊急事態を想定して高度（又は最高度）の危機に対応するための法規範が制定される。このようにしてすべての段階の危機に法規範によって対応できるように立法化が進展する。

③ 災害緊急事態の法秩序

このような段階別規律のうち、とりわけ高度（又は最高度）の危機である緊急事態を規律する立法化へと進むことによって緊急事態の法秩序が形成されていく。日本の法律では、危機の類型別の規律を前提に、災害対策基本法上の災害緊急事態が布告された場合に適用が予定された法規範群が予定されている。

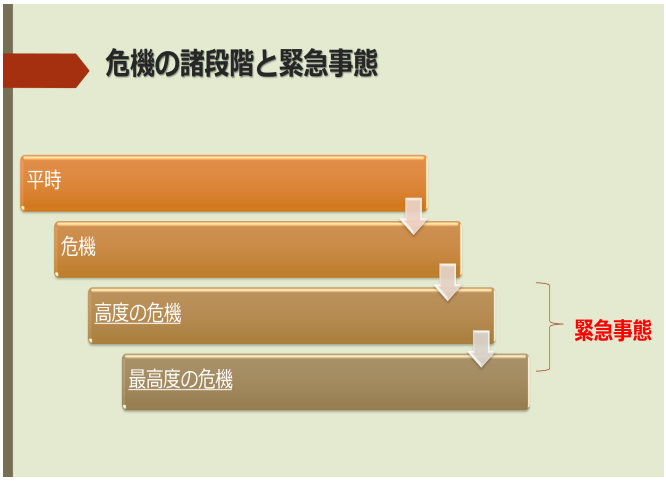

図１　危機の諸段階と緊急事態

もっとも、緊急事態の法秩序は、通常時の法秩序と根本的に内容を異にし、例えば、自由制限的な特徴を傾向的に有する。そのような緊急事態の法秩序が通常時の法秩序へと浸食すると通常時の法秩序自体が変質してしまうので、両者の法秩序は―たとえ、通常時と緊急事態が事実においてときに流動的であるとしても―基本的には構造の上で分離されなければならない。そのような分離を法制度上担保しようとするのが、緊急事態の宣言又は布告の制度である(2)。緊急事態を基礎付ける事実が真に存在する場合に、法定の機関が緊急事態を認定し、宣言又は布告することではじめて緊急事態の法秩序へとモード転換することができるのである。災害緊急事態の布告制度（災害対策基本法 105 条及び 106 条）(3)は、日本の緊急事態法制全般についてそうであるように、法律レベルで上述の分離を実現しようとするものである。

３．　緊急事態における法の限界

（１）法規範と任務遂行の齟齬

先に述べたように法規範は典型的な事態を想定している。しかし、とりわけ危機にあっては、法が前提としている典型的な事態が欠如し、想定外が起こりがちである。そのような想定外を法解釈で埋めることは一定限度で可能であり、そのような営みは必要でもある。けれども、法解釈には方法と枠があり、その限界を超えると法規範によって付与された権限及び制約

と任務遂行の間に齟齬が生じてしまう。

このような齟齬にあっても、政府の任務はなお残る一方で、これを遂行する権限が欠如若しくは不足し、又は、任務はあるが法的制約が障壁になることによって、国家機関に付与された任務遂行が困難になるか、その一部又は全部が不可能になるだろう。こうした法の限界に直面して、二つの選択肢に直面する。一つは、①超法規的措置に訴えてでも任務遂行に固執するという選択肢、もう一つは、②法の遵守に固執して任務遂行を断念するという選択肢である(4)。

もっとも、このような法の限界状況において追求されるべき任務は、しばしば国家の基本的目的に関わる、極めて重要な利益であろうから、任務遂行を求める圧力は強く、②の選択肢は実際には実現されないであろう(5)。防災の文脈でいえば、上記の法の限界状況において、公共の安全秩序の維持、並びに個々の人の尊厳及び安全の保護といった任務の遂行のために政府の行動を求める国民の圧力はしばしば強力であろう。ここにおいて、「超法規的措置が許されるか」という法治国家の危機管理における難問に直面する。

このような法の限界は、通常時から生じうることに注意しなければならない。しかし、緊急事態に際しては、この難問が顕在化し、時に先鋭化しがちである。そのため、以下では、緊急事態における法の限界の問題に焦点を当てることにしよう。

（２）「法的空間」としての緊急事態

法は、緊急事態における法の限界にどのように向き合っているであろうか。超法規的措置は時の必要に基づくものであるからおよそ合法である、あるいは、その措置は、いわば「法なき空間」でなされたものであるから、これを合法とも違法とも評価しないといった考え方も理論的にないではない(6)。それ自体は、極めて理論的に重要な問題を提起するものであるだろう。けれども、そのような法思想は、通常時はもとより緊急事態についても次の点で日本法に整合し難いと現時点で考えている。すなわち、日本法は、緊急事態においても憲法や法律の効力を一般的に停止することを予定していないという点である。より具体的にいえば、日本国憲法は、その効力を停止するといった発想を否定している(7)ので、憲法は緊急事態においてさえも効力を維持することとなるし、また、災害対策基本法における災害緊急事態の規律も、緊急事態においてなお防災関連法の効力が停止されずに妥当するという基本的前提の下で、その特例を個別に定めているにとどまるのである。このような意味で、緊急事態でさえも「法なき空間」でないのだから、その限界を超える措置は違法であるという大前提の下で、その限界になお法実践上どのように向き合うかが課題となろう。

４．緊急事態の公法的規律オプション

以上の課題を踏まえて、次に、これまで災害復興法理論研究会においてなされた議論、及び、外国の例も若干ではあるが参考に、緊急事態の公法的規律のオプションを挙げた上で、それらを４つのカテゴリーに分類する。すなわち、緊急事態における行政部門の活動の内容を直接に規制する法的規律が一次的に設定される時点を基準に、事前、臨機及び事後の３つのカテゴリーに区分し（カテゴリー１から３まで）、これとは別に、緊急事態において行政部門の活動をコントロールし、又は、その活動についてアカウンタビリティを確保するための法的規律を独自のカテゴリーとして設定する（カテゴリー４）。

このようなカテゴリー化において、法制定行為と個別措置の区別が緊急事態において相対化されるところがあることから両者の行為をひとまず同一カテゴリー内に合わせて挙げている。この点も含め、本稿におけるカテゴリー区分は、現時点における試論的なものに過ぎないので、より適切な区分がありうるか否かも今後の議論に委ねたい。

（１）活動内容の法的規律：事前（カテゴリー１）

緊急事態の公法的規律オプションにおける一つ目のカテゴリーは、緊急事態が発生する前に危機の想定を尽くし、その想定の下に法律で法を整備することで、法の限界を縮減することである。先にみた、緊急事態

の立法化もこの方法を基礎にして行われる。また、既に存在する法の解釈を事前に解明して確定しておくことも、このオプションに含まれる。これらは、日本を含む法治国家の危機管理の王道として位置付けられるべき法実践といえる。

このオプションの特殊な例（カテゴリー１'とする）としては、緊急事態が布告された場合に適用を限定した、より一般条項的又は利益衡量的性格の濃い授権条項を―場合によっては、特別のコントロールの機関及び手続きと共に―法律に設けることが可能かつ適切か(8)、また、緊急事態の事理に鑑みてこれに特有の柔軟解釈の方法がありうるか(9)、その際、成文法のみでなく不文法をどのように取り込むかも論点になりうる。その結論次第では、緊急事態における法の限界がかなり縮減されることがありえ、具体的な立法技法及び解釈手法には、より掘り下げた検討の余地を残している。もっとも、これらの方法となると、カテゴリー１に属するとはいえ、技法又は手法によっては、極めて論争的な性格を帯びることになろう。

（２）活動内容の法的規律：臨機（カテゴリー２）

緊急事態の公法的規律オプションに関する二つ目のカテゴリーは、臨機の法制定によって緊急事態における任務遂行のニーズに即応しつつも、法的統制を加えることである。

このカテゴリーに属する原則型は、臨機にその事態に即応した法律を制定することである。もっとも、この方法は、国会の組織及び手続きの下における臨機立法の機能が維持されていることが前提になる。それゆえに、緊急事態におけるその機能の維持、場合によっては―法律制定手続きの簡略化・迅速化など―その向上の対策が課題となりうる。

上記の原則型に対する例外は、事前に国会が立法を行政部門に委任しておき（この限りでは、カテゴリー１に属する）、臨機に行政部門が命令で立法を行うという方法である。その例として、現在の災害対策基本法が国会による立法の委任に基づいて緊急政令の制定を授権していることが挙げられる（災害対策基本法109条1項及び2項）(10)。これについては、より深刻な緊急事態への対応を可能とするために、立法委任の対象となる事項をより拡張することも考えられる。

また、上記の原則型に対し、極めて例外的でかつ論争的なオプションとして、緊急命令制度も考えられなくはない。これによれば、緊急事態の宣言又は布告を要件として、上記のような立法委任を欠いている場合にも、臨機に命令で立法を行うことが法的に可能となる。国会が臨機の立法機能を維持できず、かつ、立法の委任が十分ではない場合にも、なお臨機に法を産出することが可能である。

もっとも、こうしたオプションは、現在の日本国憲法の下では不可能であるから、その実現には憲法改正を要し、緊急事態条項の問題における一つの論点となる。その法政策上の当否を判断するに際しては、緊急命令制度にも複数の制度形態がありうること、また、現代日本がおかれた歴史的文脈を適切に踏まえつつ、その必要性のみでなく、広範かつ重大な濫用の危険性等を総合的に考量することが必要である(11)。

もう一つの極めて例外的でかつ論争的なオプションとして最後に触れておきたいのは、公法関係における緊急行為の法理、とりわけ緊急避難の法理の適用によってその成立要件を満たす超法規的措置の違法性阻却を認める可能性であり、これについては通常時にも問題になりうるが、緊急事態にはより問題になりやすい。この法理の背景に不文の原理や不文の緊急権を見て取るのであれば、それら問題とも交錯する。

緊急避難の法理は、抽象的基準として事前に存在するものと観念しうるから、カテゴリー１のオプションとして、また、裁判所によって終局的に適用判断がなされるのは基本的には事後であろうから、カテゴリー３のオプションとして位置付けることも考えられる。しかし、違法性阻却の法理が事前の平素から行政部門によって行為規範としてあてにされるべきではないく、緊急避難の要件の該当性判断が行政部門によってなされるのは事後ではなく臨機であることを勘案して、試論的にカテゴリー２に分類した。

このオプションにおいて問題となるのは、防災行政においても基盤となる法律による行政の原則との関係では、次の点である。すなわち、法律の根拠がなく又は法律に反する行政部門の活動は違法である、ということを前提としつつも、その活動の違法性が一定条件の下で阻却されるかどうかという点である。これが肯定される場合には、厳格な一定条件の下でのみ違法性阻却が認められることになることから、行政部門の活動に限界を設定するという側面もその法理に見て取ることができよう。

日本法では、行政訴訟の場において緊急避難の法理が当事者によって援用されることはあるものの、行政法関係における緊急避難の法理に基づいて法律の根拠がない又は法律に反する行政活動の違法性阻却を認めることの是非及び要件については、裁判例において―また、学説では時折論じられることはあるものの―必ずしも十分に明らかではない(12)。

このような状況と対比して注目されるのは、ドイツである。同国では、緊急避難の規定（ドイツ刑法 34 条、ドイツ民法 228 条及び 904 条）が公法関係においてどのような意味をもつかについて議論がみられる。この問題につき、管見の限りでは、刑法上の正当化に関する緊急避難規定、又は、そこに内在するとみられる、法の一般原則を公法関係において適用することは可能か否かが議論の中心にあるようである。この問題について、刑法学者と公法学者の間で非常に理論的に深く緻密な議論がみられる。

この問題について、連邦通常裁判所の裁判例は、より高次の法益を救うことが法に違反することによってのみ可能であるとみられる場合には、法の違反が甘受されなければならないという一般的法思想が刑法 34 条、民法 228 条及び 904 条に表現されているという見地から、肯定説に立っている(13)。

また、学説では、肯定説の根拠として、例えば、公法と刑法の間には法秩序の統一性があるという理解を前提とすれば、刑法上の正当化の要件に該当する活動は公法上も正当化されると考えられること、国家には人間の尊厳を保護する義務があり、法律に根拠がないことや法律に反することもこの義務に基づいてなしうると考えられること、また、刑法の緊急避難規定に表現された、違法性阻却の一般的原理が不文の緊急権として認められることなどが挙げられている(14)。

こうした肯定説に対しては、学説には様々な批判もあって、この問題自体が極めて論争的なものとなっていることも確かである。問題点として挙げられるのは、例えば、緊急避難を定めた刑法 34 条が行政機関への授権規範として機能することになり、法律の留保原則が空洞化しかねないこと、また、刑法と公法では法秩序が異なることを前提に、刑法上の正当化の要件を満たしても公法において正当化されるとはいえないのではないか、などといったことである(15)。

以上のようにごく雑駁に一瞥しただけでも、緊急避難法理の適用については、理論的にも極めて難しい問題が多々存在していることが分かるだろう。日本の防災法を考える際にも、例えば、震災緩和通知を個別具体的な事例に適用してなされた行政活動の適法性の評価との関係で意味をもつ(16)。そして、上記のドイツの議論は、刑法上の緊急避難規定に関わっているが、日本の問題を考えるに際しては、国家賠償請求訴訟の文脈においてむしろ民法上の緊急避難規定（民法 720 条）の位置付けがより直接の問題となろう。だが、その点を踏まえても、上記の刑法上の議論には、なお参考になるところがあるように思われる。

（３）活動内容の法的規律：事後（カテゴリー３）

事後的な法律制定は、防災に関する法律の生成サイクルを考える際に重要である。実際に災害を経験することによって現実的・具体的に法の不備が明らかになった場合には、事後に、その実際の経験を踏まえて立法化を図ることがなされる。この方法は、法の脆弱箇所にパッチを当てること、又は、法のバージョンアップを図ることによって将来に備えるために有効であり、緊急事態の事前の法的規律を試みる王道パターンへと連なっていく。

もっとも、この方法は、過去になされた超法規的措

置の法的扱いについてなお検討の余地を残している。過去になされた超法規的措置をおよそ違法のままとどめおくというスキームも理論的には考えられるが、超法規的措置のうち一定のものについて免責法の制定によって遡及的に合法化又は免責するという方法も比較法上みられ、イギリスでは、議会主権の発想の下で免責法（Indemnity Act）の伝統がみられた。

このような方法を緊急事態の公法的規律オプションとして挙げることは適切ではないかもしれない。もっとも、この方法は、任務遂行のためにやむを得ずになされた措置を事後的に救い出すと同時に、事後の合法化又は免責が得られなかった措置の合法性又は免責を改めて否定し、それが得られる見込みのない措置を抑止するという側面も有するといえる。本稿では、こうした意味において、免責法を緊急事態の公法的規律オプションの一つとして挙げている。

免責法のオプションが他の国でも移植可能かどうかは、日本の問題を考える上でも興味深い問題である。この移植問題について学説で論じられることがあるドイツでは、管見の限りであるが、否定説が有力であったように見受けられる。本稿では網羅的に詳説する余裕がないが、その理由として、同国ではイギリスと異なって議会主権の体制とはなっておらず、議会の権限は、憲法の授権及び限界の範囲内で認められた権限にとどまっており、憲法上の権利を停止する権限などは認められていないから、違憲の国家行為を事後に法律で遡及的に合法化することができないのではないか、免責法は個別措置に関する規律を含むから法律の一般性の要請に反するのではないかなど、他にも様々な問題が挙げられている(17)。もっとも、近時、免責法をドイツ基本法の下における法秩序に移植することにつき一部肯定説がみられる。そこでは、遡及的合法化と遡及的刑事免責の問題が区別され、さらに前者の問題においても、法律の根拠を欠く行為、憲法に違反する行為、及び憲法改正の限界をなす憲法原則を侵犯する行為が区別された上で議論が展開されている(18)。このような議論の分節化は重要な視点を提起し、これに基づく詳細な議論に途を開いている。

以上のような免責法に関する議論は、例えば、超法規的通知に則ってなされた個別具体的な行政措置を免責法によって遡及的に合法化又は免責することが日本国憲法を頂点とする日本法の体系の下で理論的に可能か否かを考える際に示唆的である。

（４）コントロール及びアカウンタビリティの確保の法的規律（カテゴリー４）

カテゴリー１から３までの公法的規律オプションは、緊急事態における行政部門の活動の内容を直接に法によって規制しようとするものであった。対して、もう一つのオプションとして、緊急事態における行政部門の活動をコントロールし、又は、その活動についてアカウンタビリティを確保することも考えられる。

このオプションには、通常時から機能しているコントロール及びアカウンタビリティの確保の法制度も含まれる。そして、特段の検討を要するのが、緊急事態に特有のコントロール及びアカウンタビリティの確保のための法的規律である。その法的規律は、原則的には、事前の組織及び手続きの規律によってなされ、その枠組みが臨機に起動することとなろう。

まず、緊急事態特有のコントロールの法制度については、その具体的な形態も含め、なお研究の余地が残されているように思われる。このような緊急事態特有のコントロール手段が補強されていることと引き換えに、緊急事態の予測不可能性に対応すべく、行政部門の活動内容に対する直接の法的規制の密度を弱め、高度の政策判断や行政裁量の余地をより広く観念することも立法論上考えられないではない。

次に、アカウンタビリティの確保という観点からは、緊急事態における政府対応に関する情報が記録され、開示、説明及び検証されるようにすることも重要である。とはいえ、アカウンタビリティの確保のために、臨機の迅速かつ実効的な行動が損なわれることは避けなければならないから、緊急事態特有のアカウンタビリティは、事後的な開示、説明及び検証に重点を移すことにならざるを得ないところがあるように思わ

れる。こうした事後検証にとって、例えば、東日本大震災の際の緩和通知が収集、整理及びアーカイブ化され本学会のサイトに掲載されている(19)ことは―本稿における意味での緊急事態に限らない問題ではあるが―非常に重要な意味をもっている。また、行政部門がこうした資料を開示する範囲、具体的内容及び方法が適切だったかという問題提起をそのような掲載から読み取ることができるかもしれない(20)。

５．おわりに

本稿で挙げた、緊急事態の公法的規律オプションを試論的に一覧表にすると、**表１**の通りである。本稿で挙げた各オプションのうち、現行日本法の法秩序の下で可能であるものについては、そのオプションをより精緻化し立法技術及び法解釈として練り上げること、さらに、本稿で挙げたものの他に緊急事態の公法的規律オプションがありうるか、あるとすればどのようなものがあるか、また、複数のオプションをどのように組み合わせて制度設計することが緊急事態における実効的対処に資するかを検討することも、今後の課題といえるだろう。加えて、本稿で緊急事態の公法的規律オプションを俯瞰したところからすれば、緊急事態における行政部門の活動内容に対する事前規律、臨機規律及び事後規律を適正に配分する視点、また、活動内容の規律とコントロール・アカウンタビリティーのための規律を適切に組み合わせる視点も重要である。

表１　緊急事態の公法的規律オプション

緊急事態の公法的規律オプション

１．事前の法的規律：カテゴリー１
- ◎ 事前の法律制定
- ※１’緊急事態特有の一般条項又は柔軟解釈等（具体的方法によっては、△又は▼）

２．臨機の法的規律：カテゴリー２
- ○ 臨機の法律制定（但し、国会の機能維持に課題）
- △ 事前に法律で立法を委任、臨機に命令で立法を行う
- ▼ 緊急命令の制定を可能とし、臨機に命令で立法を行う（緊急事態条項の問題。憲法改正要）
- ▼ 公法関係における緊急避難法理の適用

３．事後の法的規律：カテゴリー３
- ◎ 事後の法律制定
- ▼ 免責法による遡及的な合法化又は免責

４．コントロールとアカウンタビリティの確保の法的規律：カテゴリー４
- ○ 緊急事態におけるコントロールの確保（緊急事態特有の方法については、△）
- ○ 緊急事態におけるアカウンタビリティの確保（緊急事態特有の方法については、△）

さて、現在の日本のプラクティスでいえば、**表１**でみると、◎と○は原則型のオプションであり、法治国家の王道といえる（但し、カテゴリー１’については、具体的方法によっては別途の考慮を要することは、既に述べた）。△は例外型のオプションである。これらについては、日本の防災法の領域においてもほぼ実例がみられる。これに対して、▼は、極めて例外的であり、しかも、日本のプラクティスにはまだほとんどみられないオプションである。

このうち▼で示した論争的なオプションについて本稿では問題提起をするにとどめ、日本法の下における可否については最終的な判断を保留しているが、次の点だけ指摘しておきたい。すなわち、ここでは緊急事態の公法的規律オプションとして複数のものが挙げられているところ、原則型及び例外型のオプションが十分に尽くされていなかったり機能しなかったりすると、▼で示した極めて例外的かつ論争的オプションにより大きな機能上の負荷がかかることである。だからこそ、まずは、原則型としての王道オプションをきちんと整備しておき、これを例外型によって補い切れるように制度構想する必要がある。そのような全体的視点をもちながら、公法的規律オプションそれぞれの行為形式の基本的相違、及び公法的規律オプション相互間の原則例外関係も踏まえつつ、理論的に成り立ちうる、複数の公法的規律オプションをどのように組み合わせて制度構想するかを考えていくべきであろう。

ただ、それでも南海トラフ大地震のような大規模災害においては、災害緊急事態の布告がなされなかったが阪神淡路大震災及び東日本大震災でも既にみられたように、法の限界を越えた事象が生起して法の不備が露呈することも―危機予測の甘さがあってはならないことはいうまでもないものの―可能性として否定できまい(21)。過去の大災害の経験を踏まえて関係者の貴重な苦心の末に法の不備が幾度も補正されてきたにもかかわらず、である。そういった可能性を前にして、▼で示した論争的なオプションの可能性に関

する問いに繰り返し直面せざるを得ないのではないだろうか。

注記

本稿における論述は、筆者の学問研究に基づく成果発表であって、所属する機関の見解表明ではない。

謝辞

本稿は、冒頭で触れたように、災害復興法理論研究会における意見交換を踏まえたものである。また、同研究会のメンバーによって実施された、2023 年 12 月 2 日（土）の日本災害復興学会分科会における報告に基づいている。研究会のメンバーに感謝を申し上げる。

補注

(1) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Der verdrängte Ausnahmezustand, NJW Heft.38 (1978), S.1884f.

(2) そこで挙げられている参考文献も含め、参照、山中倫太郎「非常事態の布告制度の憲法原理上の地位」毛利透他（編）『比較憲法学の現状と展望』（成文堂・2018 年）所収 75 頁以下。

(3) より詳しくは、参照、山中倫太郎「災害対策基本法における災害緊急事態の布告制度」復興通巻第 18 号（Vol.7, No.6）（2017 年）14-21 頁。

(4) Böckenförde, a.a.O., S.1885.

(5) Vgl. Böckenförde, a.a.O., S.1885.

(6) 参照、石川健治「緊急事態」法学教室第 372 号（2011 年）9-10 頁、鈴木庸夫「震災緩和と法治主義」自治総研第 436 号（2015 年）57-59 頁。

(7) 参照、山中倫太郎「非常事態における基本的人権と日本国憲法」防衛法研究第 40 号（2016 年）71-93 頁。

(8) 法律の根拠がない措置のみでなく、法律の規定に反する措置を執ることを一般的に認める条項を法律に規定する案も考えられなくはない（例えば、佐々木昌二「東日本大震災における超法規的通知と恒久化法」復興通巻第 29 号（Vol.11, No.2）（2023 年）7 頁。但し、佐々木自身は慎重な姿勢に立っている）。なお、法律レベルのみならず、憲法レベルでも、そのような立法が考えられなくはないが、いずれにせよ、極めて論争的なオプションといえるだろう。

(9) 例えば、鈴木、前掲論文（注 6）76 頁以下では、類推、比付及び条理の理論的可能性が示されている。

(10) 災害対策基本法上の緊急政令の制度について、より詳しくは、参照、山中倫太郎「災害対策基本法における災害緊急事態制度の趣旨、構造及び課題」防衛大学校紀要（社会科学分冊）第 108 輯（2014 年）72-75 頁。

(11) 緊急命令制度の憲法政策上の争点については、参照、山中倫太郎「内閣憲法調査会において非常事態条項・緊急事態条項はどのように考えられたか」防衛法研究第 43 号（2019 年）特に 183-186 頁及び 195-196 頁。

(12) この問題につき、重要な題材となるのは、浦安鉄杭撤去事件である。この事件につき、東京高裁判決では、「緊急避難等に関する民法 720 条の規定を適用し得る場合があるとしても」（東高判平成元年 5 月 30 日）と述べられている（もっとも、認定された事実からは、緊急避難の成立を認めることはできないと結論付けられている）。これに対し、最高裁判決では、確かに「民法 720 条の法意」に言及し、これに照らしても同撤去行為に関する支出行為の違法性を認めることはできないと判示している（最小判平成 3 年 3 月 8 日）ものの、その判示が同撤去行為につき違法性阻却を認めたものか否かについて読み方が分かれている。このため、同最高裁判決があるとはいっても、行政上の緊急措置の可否自体が必ずしも明確ではないのが現状である。なお、仙高判平成 24 年 12 月 12 日及び仙地判平成 24 年 7 月 5 日は、当事者によって緊急避難が援用された事案に係る判決ではあるが、緊急避難の問題について判断するまでもなく行政活動の国賠法上の違法性が否定されたため、緊急避難について判断が示されなかった。

(13) BGHSt 27, 260. 同決定は、刑事訴訟法に反する接見禁止措置に係るものである。

(14) 本段落の記述については、そこで挙げられている参考文献も含め、参照、松生光正「例外状況と正当化」ノモス第 30 号（2012 年）20-21 頁及び 23 頁、山中倫太郎「非常事態における不文の法及び原理の帰趨」曽我部真裕他（編）『憲法秩序の新構想』（三省堂・2021 年）所収 37-38 頁。

(15) 本段落の記述については、そこで挙げられている参考文献も含め、参照、松生、前掲論文（注 14）20-21 頁、山中、前掲論文（注 14）37-38 頁。

(16) この点、佐々木昌二「震災緩和通知に関する法的検討」日本災害復興学会論文集第 16 号（2020 年）16-17 頁では、民法上の緊急避難の成立要件を参考に、一定範疇の震災緩和通知に関する適法性確保の考え方が示されている。具体的な要件については、さらに詳細な研究の余地があるように思われる。

(17) Vgl., z.B. Böckenförde, a.a.O., S.1887.

(18) Anna-Bettina Kaiser, *Ausnahmeverfassungsrecht*, 2020, S.347-358.

(19) 日本災害復興学会のサイト（https://f-gakkai.net/archive-notifications/notification-of-mitigation-in-case-of-the-great-east-japan-earthquake/（最終閲覧日 2024 年 1 月 2 日））　本研究会のメンバーからは、岡本正会員及び佐々木昌二会員がその掲載のために尽力された。また、宝崎益輝（他）『先例・通知に学ぶ大規模災害への自主的対応術』（第一法規・2019 年）も参照されたい。

(20) なお、佐々木、前掲論文（注 8）7 頁では、「東日本大震災の時のように通知文の題名に止めず、通知文の本体も含んで、関係省庁全体の通知発出内容を公表することが望ましいと考える」と述べられている。

(21) 緊急事態の予測困難性のゆえに想定を超える大災害が発生する可能性を排除できないことが主な理由であるが、政治過程上の問題もあるかもしれない。この文脈で注目されるのは、佐々木、前掲論文（注 8）6 頁において、業界団体との調整が難しい案件については、超法規的通知が発出された案件であっても事後の法改正が実現されていないことが指摘されていることである。