

震災緩和と法治主義

鈴木庸夫

1. はじめに

2011年3月14日、厚労省は、東日本大震災による犠牲者が多数出ていることを受け、遺体の埋葬許可や火葬の許可がない場合でも、土葬や火葬を認める特例を認め、都道府県に通知した（①のケース）。同年3月25日、警察庁、金融庁、財務省、経産省ほか併せて9の省庁が、被災者が本人確認書類を忘失した場合、当分の間、本人からの申告のみで本人確認があったとみなす特例の命令を出した（②のケース）。同年10月17日、当時約40ヶ国からの医療支援の申出があり、イスラエル、タイ、ヨルダン、フィリピンから医療チームが受け入れられ、外国人による医療行為が行われた（③のケース）。このような東日本大震災における「異例」の措置は、平時の法的な取り扱いが却って障害となることから、採られた緊急措置であった。しかし、「震災緩和」と呼ばれるこうした一連の措置は「法律による行政の原理」＝法治主義と真っ向から対立するものであった。①は、明らかに墓地埋葬法（以下、墓埋法という）違反であり、②は規則を改正したものであるから、一応の法的根拠はあるが、その危険負担などの点はあきらかではない。③は、法的根拠もなく、全くの医師法違反の措置であった。

こうした規制緩和措置の法的正当化についてのもっとも通俗的な根拠づけは、「緊急避難」論である。現に厚労省は①について、「事態の重大性と緊急性」に鑑みて特例的扱いも正当化されるとしていた⁽¹⁾。②は、「犯罪収益移転防止法」（いわゆるマネーロンダリング法）に基づく合同省令を改正したものである。9省庁から構成される大規模なものであったが、「なりすまし」の危険もあって、まさに綱渡りの緊急措置であった。③につ

(1) 健衛発0314第1号。この通知には、地方自治法245条の4第1項の「技術的助言」であることをことわり、厚労省は、責任を負わない旨も明言している。

いて厚労省は、正当業務として医師法違反の違法性が阻却されるとしていた⁽²⁾。

しかし、このような通俗的正当化論では、以下のような重要な論点を見落とすことになる。第一に、墓理法や医師法の刑事処罰は確かに免れることになるが、こうした措置の範囲や態様、適法性が明らかでなく、究極的には損害賠償請求訴訟などが提起されたりすれば、全く役に立たないことである。民法上の緊急避難は、その対象を「対物防衛」に限っているからである。「正当業務行為」だとしても、刑事上のことであって、それを許容した行政機関の不法行為法上の責任は別途検討されなければならない。第二に、以上のような震災緩和措置が、そもそも「法なき空間」（例えば「緊急事態に法なし」）においてなされたという議論があるとすると、これに対する緊急避難論、正当業務行為論はトートロジーでしかなく、論理的に説明できない議論となる。この点については、後述する。第三に、緊急行為であったとか、正当業務行為であったとして、これらは法治主義つまり法律による行政の原理の「限界」として容認するとしても、それでは、どの程度の乖離が認められるのか、その要件はどのようなものかという課題に対して何らの解答を持たないことである。結局、野放図な緊急措置論では、際限のない例外措置を認めることになり、それこそ法治主義の根幹を揺るがす事態となる。例外措置もまた法治主義の範囲内で、つまり平時の法治主義との連続としての「例外」でなければ、それがいかに必要な行為であったとしても法治主義に反した行為となる。

このような課題について、本稿は「法の欠缺」をいかに補充すべきか、という観点から、「類推適用」及び「非常災害の法理」＝「震災緩和の法理」という条理を以て解答したい。もともと、「法の欠缺」という課題は、戦後行政法学でほとんど議論されたことがない。しかも条理論も美濃部・田中理論以来（兼子仁教授の「特殊法」論以外）、学問的蓄積もない。したがって、このような課題にこたえるためには、予備的考察として行政法解釈論の原理的な考察に立ち返って議論する必要がある。そこで以下では、震災緩和とは何か、「法なき空間論」と「法の欠缺」、ケース志向の行政法解釈論、大震災における公法解釈

(2) これらの経緯については、萬歳寛之「東日本大震災における海外支援受入の問題点」及び尋木真也「東日本大震災における支援する外国人、支援を受ける外国人」早稲田大学社会安全政策研究所紀要第4号67頁以下及び87頁以下参照。これらの論文でも、阪神淡路の経験を生かさず、アドホックな通知で済ましたこと、受け入れ側に自治体のニーズなどとのマッチングに時間を要したこと、などの法的欠陥が指摘されている。また国家緊急権に関する憲法上の議論よりも法律的レベルの対応のほうが重要であるとの指摘も適切である。しかも両論文ともに国際法的論点を取り上げている点でも、震災後の公法学のあり方としても示唆的である。しかし、本稿は、法律的対応すなわち立法論ももちろん必要であるが、「法の欠缺」は避けたいという観点から条理で解決しようとするものである。

の方法という方法論的議論を行い、そのうえで震災による法治主義の変容、震災緩和の法理について論じていきたい。東日本大震災は、わが国の社会科学のパラダイムの転換を迫る大事件である。行政法学の見地からこの震災緩和を扱うには、これくらいの方法論的吟味は不可欠である。

2. 震災緩和とは何か

「震災緩和」とは、東日本大震災発災時に各省庁から出された特例措置で、平時における義務の免除や要件を緩和したものである。後述のとおり、わが国ではこうした「非常時」における規制緩和措置の一般法として「特定非常災害特別措置法」（「特定非常災害の被害者の権利利益の保全等を図るための特別措置に関する法律」。以下、災害特措法という）があるが、その範囲を超えた緩和措置も行われ、「震災緩和」と総称されている。以下ではまず法形式による分類及び法内容に関する分類を試みておく。

（1）法形式による分類

- ① 法律（災害特措法、東日本大震災建築制限法、震災旅券法など）
- ② 政令の改正（予防接種法施行令の改正など）
- ③ 省令の改正（内閣府令の改正・省令の改正）・特例省令による基準緩和（厚労省・介護関係期間限定）
- ④ 公表
- ⑤ 通知
- ⑥ 事務連絡
- ⑦ 通達
- ⑧ 監督指針
- ⑨ 告示（2012年12月時点の整理によると213項目）

（2）内容による分類

- ① 権利利益期限の延長（災害特措法3条）
- ② 義務履行の延期（災害特措法4条）
- ③ 既存の解釈運用の変更（土地利用ガイドライン変更に関する技術的助言・独禁法

の解釈)

- ④ 手続きの緩和・省略
- ⑤ 行政措置の不適用（食品衛生法上の行政上の措置など）
- ⑥ 権利の付与・義務の免除・基準不適合の許容

こうした分類から①権利制限的なものは法令に根拠にあり、②政令・省令の改正は法令に特例措置の規定がある場合のほか、「やむを得ない理由」「やむを得ない事情」など（以下、緊急条項という）がある場合も限時法とし、また地域的効力の範囲が明示された。

（3） その他の内容的特徴

- ① 利益付与的であること。
- ② 審査基準・処分基準とみなされる法令の執行方法（運用）の緩和であること（運用の緩和：行政措置の不適用表明：行政便宜主義、行為裁量の範囲内で行われた。）。
- ③ 実体的利益付与は東日本大震災財特法による予算的な手当から行われたこと。
- ④ 手続きの簡略化・省略が多数に上ること。

これらの「震災緩和」措置は今後の予想される大震災でも重要であるので、内閣府の表⁽³⁾を参照してもらいたい。

さて、以上のような「震災緩和」措置については、災害特措法上根拠のあるものは法治主義上問題はないが、他法令に基づくものでも、「震災緩和」の限時法的性格、地域的効力があきらかでないことの問題がある（上述の「緊急条項」がある場合でも、時間的効力、地域的効力の限定は規定されていないことが多い）。法令に依らない措置については、「震災緩和」措置からくる限時的性格及び地域的効力の限界のほか、法律の留保原則からその根拠をどのように基礎づけるかの問題がある。また法令に基づかない措置の「選択」が所管省庁の自由裁量的に決められたことも、緊急独立命令

（3） 東日本大震災に関連した各府省の規制緩和等の状況（平成23年4月19日公表・平成24年12月12日更新）<http://www.cao.go.jp/sasshin/kisei-seido/publication/241212/item241212.pdf>

を禁止している憲法原則の問題を提起している⁽⁴⁾⁽⁵⁾。

以上のほか、墓埋法の特例を認めた厚労省通知の問題及びすでに挙げた外国人の医療行為や薬局の移動、医薬品の融通といった問題がある。これらの点については、後述する。

3. 「法なき空間論」と「法の欠缺」

(1) 「法なき空間」論

震災緩和のうちの超法規的な措置について、通俗的な緊急避難論や正当業務行為論では不十分であることは先に指摘したが、それでは、これまでの議論ではどのような見解が展開されてきたのであろうか。憲法学や行政法学でもほとんど議論の蓄積はないが、唯一紹介に値するのが、3・11に関する石川健治教授の見解であるので、その整理を見ておく⁽⁶⁾。

それによると、このような超法規的措置については、①法秩序を優先して、違法とする立場、②事実上の必要性を優先して妥当な解決を行おうとする立場、③事実的なものを違法とも合法ともいわない立場、がある。①の立場では法の形式論理的解釈のギリギリの正当化を行うが、それ以外の措置は、法体系外の事象として「黙殺」し

(4) 今回の大震災では、自治体、経済団体等から様々な規制緩和の要請が政府に要望された。経団連は、2011年4月(28日公表)に171項目、同年5月に78項目に絞って要望を公表した。しかし、こうした要望に対して各省庁は、独自の判断で緩和を認め、又はその拒否をした。各省庁でもかなりの温度差がある。<日本経団連：東日本大震災にかかる規制改革要望(2011-04-28) <https://www.keidanren.or.jp/japanese/policy/2011/040.html>>

(5) 廃棄物処理の委託業者が被災した場合、他の業者への再委託などの手続緩和の要望に対し、環境省は具体的でないと回答を拒否している(回答番号50)。またマニフェストの返送期限の延長や弾力化も認められないとした(回答番号48)。また災害廃棄物の産業廃棄物としての例外的取り扱いや県外処理も認められないとした。他方、計画停電時の防火対策について消防庁は、自主的な防火対策を認めるなど相当程度弾力的な取り扱いを認めた(回答番号110)。以上のように、「震災緩和」における「運用」や「例外的取り扱い」は、担当者若しくは担当課の自由裁量に任されており、このような判断や措置については、事後的なチェック制度を考慮しなければならない。法治主義の観点からもこの点は重要である。<行政刷新会議ホームページ「被災地復旧・復興のための規制・制度の見直しについて」 <http://www.cao.go.jp/sashin/kisei-seido/publication/230607/item230607-1.pdf>>

(6) 石川健治「緊急事態」法学教室2011年372号7頁以下。

ようとする立場である。しかし、この立場では、事実上の措置はすべて違法となり、法令上根拠のない「震災緩和」は既存の制定法に違反するものとなる。だが、このような事態は、わが国の法体系上到底容認できる見解ではないであろう。②は「例外的な措置をその必要性から基礎づけ、この「必要性」を「根源的法源」として認めることにより正当化しようとする立場である。しかし、この立場は、結局、必要性や緊急性以上の法的枠づけをしないことになるから、既成事実の追認でしかなく、前述の通俗的緊急避難論と変わらないことになる。③は、「法なき空間論」そのものである。ここでは一定の空間において、当該空間での措置について適法違法の判断は許さないことになる。この点については、次項で検討する。

以上のとおり、「震災緩和」措置の適法性の問題は、憲法理論上も行政法解釈論としても極めて深刻な課題を我々に突きつけていることが理解できたと思う。

(2) 「法なき空間」論と法治主義

ところで、法理学の青井教授によると、「法なき空間」を論ずる意義は、ひとつには、法を外側からみた場合、法とは何かという問題設定より、法とは何でないかという視点の逆転によって法の内外の境界設定がより鮮明になること、二つには法なき空間と法の空間との境界設定こそが法哲学や法理学の課題とくに「欠缺問題」と密接に関わるという意味で根幹的問題となるのだという⁽⁷⁾。たしかに「震災緩和」の法的評価をしようとすることは、そもそも法をどのようなものとして捉えるかという、法理学の根本問題を我々に突きつけている。

しかし、本稿では、こうした「法なき空間」をどうみるかといった概念的で観念的な議論に堕しやすい傾向から一応離れて、自由主義的かつ民主主義的法治国家では、価値論的意味も考慮しながら、立法者および立法の背後を支えている立法事実や客観的な「制度の意思」を踏まえて考察を加えることとしたい。というのも、ここで課題とされている「法なき空間」論は、やはり法治主義の立場からは到底肯定できないからである。「震災緩和」措置が、法的評価を全く許さない事態であったとするのも、結局、既成事実の追認以外のものではなく、それでは法治主義の根幹を揺るがす事態となる。他方、石川健治教授は、今は懐かしい「ノモス主権」へ還ることを示唆している。しかし、これでは、実定行政法学としてあまりにも漠としているし、迂遠すぎ

(7) 青井秀夫『法理学概説』有斐閣 2007年 17頁。

る。筆者は、この点についてズバリ、「法の欠缺」論からの解釈論を試みてみたい。

結論を先取りしていえば、「客観的な立法者意思」が積極的に法の領域から当該行為を法なき空間に放逐することが立証されない限り、制定法が欠如している場合には「法の欠缺」があり、それを補充する方法を探索すべきであるというのが本稿の立場である。すなわち、「震災緩和」のような超法規的な措置についても、立法者が積極的に「法なき空間」に放逐したというのは正当ではない。むしろ法理論上は「法の欠缺」問題として捉えるべきであり、「欠缺補充」こそが重要である。法治主義や法律による行政の原理からしてもこうした帰結となる。「震災緩和」は、個々人の恋愛領域のような（境界領域にはストーカー法やDVのような案件もあるが）、法が積極的に立ち入らないと決定した領域ではない。このことは、「震災措置」についていったん訴訟等が提起されれば、裁判官には訴訟拒否の権限はなく、「法の欠缺」を補充すべく「立法者の法創造権限を引き継ぎ、法を発展的に形成していく権限と義務がある」⁽⁸⁾という観点からも肯定できよう。学説は、こうした状況を下支えする法解釈論を展開すべき義務がある。

法治主義の観点から「法の欠缺」問題をいかに扱うべきか。このような視点は、従来の法治主義の議論ではほとんど意識されてこなかったようにも思われる。だが、例えば行政裁量論にいう裁量統制論などは、法の欠缺問題であったし、社会観念審査などは条理という法源による「補充」とみなされてきた領域でもある。この意味で、「法の欠缺」問題は、行政法学でも中心的課題であった。行政法学説史からみても美濃部理論の条理論にみられるように、行政法解釈論のコアともいべき課題でもあったのだ。

他方、緊急事態における措置への法的評価は観念的議論になり易く、憲法学ではその傾向が特に著しい。個別行政法規やその欠缺補充としての条理論などを仔細に検討するという作業がほとんどなされておらず、結論誘導的な論点の立て方が行われている。しかし、こうした観念論こそ法治主義に反する思考といわなければならない。他方、恣意的でなく専断的でもない「欠缺補充」は意外と難しい。行政法学でも社会通念や社会観念、条理論が重要であることは認識されているが、方法論的吟味は戦後ほとんどなされてこなかった。そこで次節では、これらの課題を解明する予備的作業としてケース志向の行政法解釈論を展開しておきたい。

(8) 青井・前掲書68頁以下。368頁。

4. ケース志向の行政法解釈論

ところで、わが国では「法的仕組み論」が通説的立場であるが、個別法が明示的に法的仕組みを示していない「震災緩和」領域では、そのような解釈操作の前提が成立しておらず、今少し深い方法論的議論が必要になる。しかしそのことは法的仕組み論に多少なりとも方法論的反省を伴うものとならざるを得ない。以下この点について述べよう。

(1) 法的仕組み論＝トップダウン的思考

現在の行政法解釈論の通説的方法は、法的仕組み論である。塩野教授よって提起され、小早川光郎教授によって進化発展したこの解釈方法は、行政法学にとっても、基礎的方法として定着している。しかし、この方法には、どちらかという制定法を起点として、その法的仕組みを切り出し、それを解釈適用していくというトップダウン的なイメージがついて回る。むしろ、それぞれの論者には、制定法実証主義あるいは制定法準拠主義に陥らないように、価値の実現論やその手法論において、周到な準備があるので、それ自体否定すべきものではない⁽⁹⁾。だが、制定法を起点とするだけに、その対象領域の特別な利害構造については、個別法の規定枠内でしか捉えない傾向も顕著となる。その悪しき例が、有権解釈に見られる個別条文を文言解釈に限定しようとする制定法実証主義であり、かつて美濃部達吉博士が「条文学」として激しく攻撃した方法である。美濃部法学では、法解釈は社会的接点を持つことが常に意識されており、したがって社会通念や社会的良識が条理論のかたちで展開すべきこと夙に強調されていた。このことは、美濃部理論が当該法的紛争や法的課題の解決に際し

(9) 塩野教授は、個別法が明示的に承認した価値実現の方法、手法が制度化されたものが法的仕組みであるとしている。塩野宏『行政過程とその統制』有斐閣 1989年 30頁以下。ここでは「法的価値の実現」の方法に重点がみられるので、対象領域への視線も周到に目配りされている。塩野教授は個別法の目的条項を重視し、そこに憲法的価値の読み込みをも可能としている。これに対し、小早川教授は、目的規定よりもその実現手段である「行政手法」「行政作用」に行政法的価値を重点的に読み込む方法を提唱している。これらは、単なる条文学や概念法学に陥らない工夫というべきである。他方で、塩野教授は、最高裁は、例えば行政手続法理についてそれを独自に展開することなく、立法に期待し、立法をまつという態度があつて、このような消極的な傾向を制定法準拠主義と呼んでいた。塩野『行政法1』(第5版 補訂版 2009年 有斐閣 276頁)。こうした制定法準拠主義は、美濃部理論が主たる攻撃対象とした「条文学」にあたると考えてよいと思われる。

て、個別法の対象となる社会領域の個別的な利害や弊害に強く着目していたことを物語るものである⁽¹⁰⁾。

人体にたとえていえば、「法的仕組み論」は、人間の骨格や体幹から筋肉や内臓の機能を観察しようとしている。その結果、筋肉や内臓の機能も骨格や体幹の従属的な機能しか持たないものと位置づけられる。霞ヶ関法学の主流である「制定法実証主義」は、所管法律という断片的な骨でもって筋肉や内臓の機能不全を診断するという「条文法学」に堕している。これらに対して、筋肉や内臓にも骨格や体幹とは異なる独自の機能があり、それらの有機的つながりを高唱するのが美濃部理論であった。

素直に言えば、「震災緩和」のような法現象を扱うには、法的仕組み論では不十分である。災害関連法規が断片的であるうえ、その「欠缺」部分も多いことから、手がかりが少ない。重要なのは、被災の実態に対応した「震災緩和」なのであるから、この被災実態＝「ケースの実質」からボトムアップするベクトル＝規律力である。

通例、法律学的方法是、当該事件に該当する条文を適用することでその適法違法を判断する。しかし、条文の文言は多義性を免れないから、そこに解釈が必要となる。むろん、この法解釈においても、妥当な結論を導くための解釈操作が行われることが

- (10) 美濃部達吉の法哲学、社会心理主義のその他の重要なテーゼについては、長尾龍一『日本憲法史』講談社文庫 1996年11月 142頁以下が詳しい。制定法に傾きがちで、官僚主義的「条文法学」、ラーバントらの概念法学、新カント派のケルゼン批判など、社会心理主義論、条理論によって、こうした法学方法はことごとく批判された。これに対し、長尾教授は、社会心理主義は、法規範の承認説（立法権への国民の承認があるからこそ、法は効力を有し、妥当するものであるという法理論）の立場に立っていること、また美濃部理論が利益概念に精神的価値や倫理的・美的な価値までも含めていることから、利益概念の「希薄化」によって、支えられているとして美濃部理論を批判する。議論すべき論点は多々あるが、長尾理論は、新カント派の立場に立つ批判であるので当為と存在に関する論点及び社会心理主義についてだけ次に指摘しておく。青井教授は、当為と存在を峻別する新カント派に対して、規範的効力すなわち法的当為は、当為自体が社会的に存在するのであって、立法や判決という社会的存在に内在する「当為」に目を向けるべきであるとする（*ein seiendes Sollen*）青井・前掲書109頁以下。美濃部理論も基本的にはこうした立場であるし、筆者も基本的にはこれに同調したい。憲法学や自治体政策法務でいう「立法事実」論を真っ向から否定する新カント派的批判に対しては、「当為」が現実の社会と接触する機会を全く失うという美濃部の批判を再び強調しておきたい。社会から切り離された法など全く無意味である。社会心理主義については、確かに美濃部理論当時の社会心理理論は抽象的なものに止まったが、今日では、法と行動科学（認知心理学）との協働によって、価値評価や責任などが取り上げられており、より進化したものとして解釈論や立法論に大きな影響を与えている。平野晋『アメリカ不法行為法』（2007年9月 中央大学出版部 348頁以下など参照）。この点では、むしろ美濃部理論の法理論は、先駆的法理論として位置づけられるべきものである。

一般的であり、関係条文と当該事案の評価が同期的に行われる（これを「視線の往復」という）。この同期的な作業は、関係条文の可能な解釈可能性と当該事実の利害構造との複眼的、複合的作業を通じて、どのような裁断＝法的评价が妥当であるかが検討される。ここでは、明らかに当該事実に関する利害構造がどのような性質や構造を有しているかが課題にならざるを得ない。つまり当該事実を「構成的事実」として練り上げる作業が法的评价と同時並行的に行われるのだ。

例えば、殺人罪における「人」について「一部露出説」が現在に通説判例であるが、ここでは、条文解釈可能性として、独立呼吸説や全部露出説もあり得る。他方、一部露出した人体を殺したという事実がある。そこで、当該事実に対する社会的評価が行われて一部露出した人体も「人」であるという法的评价がなされる。ここでは、こうした案件でも殺人罪として処罰すべきであるという社会的評価、すなわち事実への評価があって、それが条文の解釈に反映していることになる。つまり、条文からの下降的、トップダウン的ベクトルと当該事実への社会的評価に基づくボトムアップの規律力の「合成」「合力」によって、一部露出説が導かれている。もっとも、こうした社会的評価は、社会的有機的な価値判断があり、決して孤立的に行われるのではないこともいうまでもない。

「震災緩和」のような「法の欠缺」補充の作業においても、被災の事実からのベクトルを考慮しつつ、他方で、断片的な災害関連法規の背後にある有機的な法システムをどのように発見していくか、という方法論的課題が登場することになるのである。美濃部行政法学は、こうした点でも、いまなお活力に満ちた方法を我々に提供している。以下では、美濃部理論にも親和的であり、かつ現代法理学からも注目すべき青井理論をみておきたい。

（2） 青井法理学における「弊害法学」論

青井理論は、様々な点で啓発的な法理論であるが、本稿では、①「弊害法学」の視点及び②法システムの内的体系の構造的把握を取り上げておきたい。①は、従来、利益法学とか利益衡量と呼ばれる立場に対して、制定法の基礎となっている「利益コンフリクト」の類型に着目する方法論である。この理論によると、制定法は、一定の社会的「弊害類型」に着目して、絡み合う利害の境界を画定する作用を有しているとい

う⁽¹¹⁾。したがって、制定法の解釈にあたっては立法当時の立法者の表象を超えて、当該制定法を生み出した利益状況へと立ち返る必要があるとする。

例えば、道路交通法は、目的規定において「交通の安全」を掲げているが、この目的は、放置しておけば、交通の安全が保持できず、事故や渋滞のような社会的弊害が生じてしまうことを念頭においている。運転免許制度をはじめ、様々な道交法の諸制度は、こうした「弊害」の除去のための措置であり、反則金制度などの規制も道路交通上の「類型的弊害」に適切に対応するためのものである。

したがって、ここでは、そもそも制定法が着目した弊害の生理学的あるいは病理学的な「類型的事実」の分析が不可欠となる⁽¹²⁾。裁判や法の適用とは、こうした規制目的と当事者の利益の境界を確定作業でもあるということになる。

(3) 法システムの内的体系

②の法システムの内的体系とは、(ア)原理的統括の連関(イ)目的論的連関(ウ)保護法益(評価)の連関から成立している。

災害関連法規についていうと、(ア)の原理的統括とは、実定憲法上の諸原則からの規律力を指している。これらの規律力が個別法や複数の個別法の体系的考察に強い影響を及ぼしていることは疑いないだろう。しかも、人権尊重のみでなく、財政的原則もあるから、ここでは複数の法原理が相互抑制的に働いている。大規模震災の憲法論の難しさはここにある。(イ)の目的論的連関とは、原理的連関がだまかな方向や基本的指針を示すのに対して、これを踏まえて、その効果的実現のための制度が構想されて実定法化することである。災害対策基本法(以下、災対法という)や災害救助法などの災害関連法規も、憲法上の原理を踏まえつつ、さらに個別の目的を定めて、それらを実現するための行政手法を定めている。これらに対して、(ウ)の保護法益・評価の連関は、現実の社会的事実や社会的な利害の構造が以上のような憲法や制定法の解釈に際して逆照射するベクトルを指している。例えば、今回の東日本大震災は、従来の憲法論にはなかった議論を呼び起こし、後述のような新たな解釈論が提示されているが、こうした立論は、大震災における被災の重大さや深刻さ、長期かつ広域的な

(11) 青井・前掲書253頁以下。

(12) 青井教授は、ドイツ法学史における「類型論」の様々な理論や難点を指摘し、「パタン認識」「パタン」という言語を用いている。しかし、ここでは、一応、読者にとってイメージしやすい「類型的事実」という用語を使っておく。青井秀夫『法思考とパタン』(2000年 創文社 315頁以下)

「被害の事実」が実定憲法に逆照射して、新たな解釈論を展開せしめている。また被災の現実には災対法上の強制措置や避難勧告などの解釈や立法に多大な影響を与えたことはいうまでもない。これは、社会的事実のほうからのボトムアップ的ベクトルが、憲法解釈や個別行政法の解釈適用、さらには立法にまでその規律力を発揮していることを意味している。法システムの内的体系とは、このように3次元ないし4次元の構造を有しており、全体として目的と手段の連鎖として把握することができる。

こうした内的体系の把握が重要なのは、個別法の背後にある「制定法の客観的意思」が紛争やトラブルに関する法解釈の根拠となり、また本稿の課題である「法の欠缺」を補充する「条理法」の基礎づけの根拠となるからである。詳細な議論は省くが、憲法学で提唱されている「ベースライン」（法的共同体の意思）論もこうした内的体系の把握やそれらに関する議論をしやすくするための方法として豊富な視点を提供している⁽¹³⁾。本稿では、従来の法的仕組み論に加えて上述のようなボトムアップ的ベクトルを加味する方法を「ケース志向の解釈学」と名づけて、以下の議論を進めることにする。

-
- (13) 長谷部恭男『続・interactive 憲法』（有斐閣 2011）43頁。長谷部教授は、法共同体の意思は決して固定的なものではないとしている。また「客観的制定法的意思」については、石川健治教授が、国籍法違憲判決に関する判例分析のなかで、個々の条文の立法的選択に論理的に先行する「制度思考」を指摘していることが参考になる。石川健治「国籍法違憲大法廷判決をめぐって——憲法の観点から（2）」法学教室2009年344号43頁。「制度」は決して単なる条文の体系でもなければ、条文や法形式的体系に基づくものではなく、これらの素材に基づく「枠組み」に価値が注入され、一種の有機体となり、固有のアイデンティティに基づいて独自の意味世界を形成するところにある。この点については、セルズニックの法理論分析した森田朗「“制度”に関する一考察（中）」季刊行政管理研究（1992年6.No.58）9頁。こうした有機体的存在としての「制度」はシステムとして外部との接触によって「内的な変貌」を遂げていく。長谷部教授が提唱された「ベースライン」論もこうした動態的制度思考が根底にあると思われる。興味深いのは、こうしたシステム内部の「変貌」をどのように評価するかである。美濃部理論では国民の社会的心理が高唱されており、帝国憲法の改正による天皇主権の変更は、国民の意思ではないという主張がなされていた。他方、裁判所は、場合によっては、「倫理的防波堤」（チャタレー事件最判など）になり、社会秩序の維持が使命だとされ、この「変貌」を拒む場合もある。法の社会的認知の仕方は、制度の内的「変貌」と「固定」との両面があることが本質的なものであり、その現れは両義的であることが必要であって、この両義性があるからこそ、変貌する社会的変化に対応できることになる。法システムは矛盾を含むシステムであるからこそ、動態的であり、かつ応答的な「制度の思想」が維持されることを強調しておきたい。法システムの内的な「制度」は有機的な意味構造を有しており、事案の様相（sache）により適法または違法の判断が下される。こうした両義性あるいは矛盾の自己同一性にこそ「制度」の生命があるというべきである。

5. 大震災における公法解釈の方法

以上のケース志向の法解釈論の立場から、まず原理的連関としての憲法論、目的論的連関として「危機管理的法システム」、保護法益・評価の連関として被災の実態の把握分析を行いたい。

(1) 憲法的連関からの大震災への視座

東日本大震災に関する憲法上の議論のうち、もっとも優れた論稿は、棟居快行教授の主張であるので、以下これを紹介する⁽¹⁴⁾。

棟居教授は、例外状況、災害を例外的各論のテーマとして扱わず、本来の原理原則がシビアに問われる場面として扱う姿勢が必要であることを強力に主張しつつ、①国の役割は、個人の自己決定の現実的な行使が可能となる基礎的条件整備に止まる＝「補完性」の原則が働く。②「生命・自由・幸福追求」の場ないしシステムの構築・再構築において、国の具体的な作為義務が成立する。③「生命・健康」については、国の安全確保義務、発災直後の救済義務が成り立つ。④国が、個人の自由について、その条件整備をするという抽象的義務が、災害によって自由の条件が破壊されたあとでは、自由の条件を復旧整備するという具体的保護義務に「転化」する。⑤生命最優先のための法的瑕疵が許される。ライフラインや道路、病院、公共施設の復旧は被災者の生命にとって「命綱」であるから、これらの再構築にも国は保護義務を負う。⑥国家緊急権は憲法の人権保障の価値体系から「異物」とみなされるべきではなく、むしろこうした価値体系を守るための例外的補完的な国家介入として肯定される。

以上が棟居論文の概要である。この理論の特徴は、大震災を例外状況と捉えるのではなく、むしろ「平時」のバージョンがシビアに問われる場面と捉えるべきことを主張したものである。筆者も全く同感であり、大震災のような状況でこそ、かえって平時の枠組みがよく見えるものである。①は個人の選択を重視すべきことであり、②は避難所や仮設住宅、その後の災害公営住宅のあり方や復興のあり方を示唆するものである。③は、緊急時の保護義務、及びそのために法的瑕疵は許容されるとしたものである。④は、憲法上の生命・身体の保護の基本的保護義務、自由権を行使する社会

(14) 棟居快行「大規模震災と権利保障」公法研究76号 43頁以下。

的「インフラ」の整備こそが憲法上の義務であり、個人の自由権を享受するための「インフラ」整備こそが憲法的保護の中心的課題であることが示される（⑤⑥はこうした原理の法的帰結を指摘したものである）。

以上から、大震災時の法原理として以上のような原理が示されたことになる。それぞれの原理は、立法、行政、司法の場で、一定の規律力を以て作用することになる。

（２） 目的論的連関＝行政法的視座から登場してくる「危機管理法システム」

（ア） 内閣法15条の「危機管理監」の所掌事務

わが国では、大震災時の「危機管理」に関する明文の包括的体系は存在しない。存在するのは、災対法の災害緊急事態の布告（災対法105条）、原子力災害緊急事態宣言（原子力災害特別措置法、以下、原災特措法という。15条）、武力事態対処基本方針の決定（武力攻撃事態等における我が国の平和と独立並びに国及び国民の安全の確保に関する法律、同法20条）などである。これらの法律は、外的な体系としては統一されておらず、危機管理対応としては、法的には未整備で、しかも権限も必ずしも明確ではない。災対法上の災害の程度も「緊急事態布告災害」、「著しく異常かつ激甚な非常災害」（災対法86条の2以下）、「激甚災害」（災対法97条）の特別措置の区分があり、被災者への対応も必ずしも整合的ではない。消防法や警職法などの個別法との対応関係も「調整する」とこととされており、統一性を欠いているという指摘もその限りでは正当である。

他方、注目すべきは、内閣府15条の「危機管理監」の所掌事務の規定である。それによれば「国民の生命、身体又は財産に重大な被害が生じ、又は生じるおそれがある緊急の事態への対処及び当該事態の発生の防止」が対象事務とされている。危機管理監は、内閣官房副長官の下に置かれ、安全・危機管理担当の副長官と共に24時間体制で官邸危機管理センターを統括（行政各部の施策の統一保持に必要な企画・総合調整＝同法12条4号及び5号）している。緊急参集チームや官邸対策室、政府対策本部の立上げなども所掌する統一的な組織である。この危機管理監の所掌事務には「大規模自然災害」、原子力災害を含む「シビアアクシデント」「武力攻撃事態における国民保護」「ハイジャック及び大型テロ」「サイバーテロ」などが含まれ、行政組織法上、極めて重要な位置にある。むしろ、この組織は、個別法を全面的に統括するような権限は有しないが、法的に見ると、緩やかではあるが政府対応を総括する位置にあり、こうした「有事体制」の背後

にある実質的な「危機管理法」の徴表を見ることができる。そして、このような法システムによって、断片的な各種災害法規の意味が位置づけられ、条文や案件の意味づけを行うことが可能となる。「危機管理法システム」は明示的なものではないが、バラバラに見える法制度に枠づけ（framing）を与えている。

なぜこのような見方が必要なのかというと、わが国の危機管理法制を外的な体系としてみた場合、断片的であり、権限も割拠的であるが、内的な法システムとしてみる場合、すなわち、以上のような個々の法律を超えて内的な「危機管理法」として考察することが、法解釈の場面で必要であり、また行政活動に当たっても不可欠であるからである。

例えば、すでに指摘した外国人による医療行為について、災対法も災害救助法上も明文の規定はない。しかし、国民保護法には91条に、外国医療関係者による医療の提供の許可条項が存在する。したがって災対法や災害救助法上の「法の欠缺」と見る場合でも、その補充方法の第一は「類推適用」であるから、国民保護法の類推適用によって適法とするほうが、ベターであり、法治主義の原理からも望ましいということになる。厚労省は、有事法制の立法経緯に配慮してか、このような類推適用を明言していないが妥当ではない。また防災法や災害法の分野では、人災か自然災害かの議論がなされることがあるが、前述した「憲法的観点」からも「危機管理法」の観点からも両者の区別は特別の意味は持たない。国民の生命・身体の保護及び財産の保護の観点からは優先度はあるものの、質的な区別を強調すべきではない。たしかに災害に起因性の違いはある。しかし、重要なのは応急措置や復旧、復興における行政措置の権限や義務なのであって、その対象領域を災害の起因性に求めることは、現代の高度に整備されたインフラを前提にした場合、ほとんど法的意味をもたないし、不毛でさえある。

したがって、パッチワークとして現れている個別法や個別の条文を背後で支えている実質的な「危機管理法システム」こそ重要であり、こうした内的な法システムによってこそ、個々の行政活動も法的に支持されると考えるべきである。以上のような観点からすると、災対法、災害救助法、国民保護法や原災特措法などは別個の法システムではなく、「危機管理法システム」の内的な体系のなかに存在するものであり、そうした位置づけの文脈において解釈適用すべきものとなる。そうすると、災対法の「通常災害」を除く「緊急事態災害」「著しく異常かつ激甚な災害」「激甚災害」は、国民保護法の対象となる「武力災害」、「原子力災

害」とともに実質的「危機管理法システム」の対象領域に位置づけられるべきものとなる。繰り返しになるが、たしかにわが国では、外的法システムとしては、「危機管理法システム」はなお未整備である。しかし、実質的法システムとしては、「危機管理法システム」が存在し、このシステムが「制度の意思」として、以上のような各法制度を下支えしているとみるべきなのである。

なお、この点については、組織法と作用法上の根拠規範との混同に基づく粗い議論にすぎないとの批判があり得るので、この点については以下に述べる。

(イ) 根拠規範・規制規範・組織規範の相対化

前述した「危機管理法システム」は、内閣法、災対法、災害救助法などの断片的な立法を憲法的観点、制度的観点、被災事実の観点から考察した場合の法システムの現れであったが、こうした法システムの機能と法律の留保理論はどのように関係してくるのであろうか。ここでは、二つの視点を挙げておきたい。(ア)通説的な法律の留保＝根拠規範論に対する相対化理論、(イ)「震災」事実による規範の性質変更の可能性、である。

(ア)の根拠規範論は、わが国では広範に支持されている学説であるが、侵害留保という「侵害」や「規制」の意味がかなりの程度、抽象化され、モデル化されている点に注意が必要である。人民の権利義務を定める規範は、組織法的規範では不十分であり、根拠規範を必要とするというテーゼは、警察規制がその典型例としてイメージされ、侵害や規制もそうしたイメージの下に、論理的な基礎づけが行われてきた。確かに、侵害行政理論の自由主義的要請や民主的要請からもこうした理論は、大きな役割を果たしてきたことも否めない。しかし、組織法という場合、当該組織法に根拠規範と解釈できるものが混入したり、作用法のなかに組織規範が存在することも当然あり得る。重要なのは、当該案件処理に必要な法律上の根拠が十分存在するか否かであって、権限配分を専ら規定する組織法でも、作用法的な意味が全くないわけではない。

「主体の瑕疵」は、行政行為の無効原因となる主要な例であるが、この判断は組織法的考察、解釈なしには困難である。規制規範であっても、手続法は、私人に対する行政作用の仕方・作法を規定したものであって、作用法的な意味が全くないわけではない。筆者が恐れるのは、行政作用に根拠が必要であるという命題が過度に一般化され、モデル化されて議論されることである。大震災で行われた救助行為について、法律上の根拠が必要かどうか、が問われたことが再三あったが、このように「根拠規範」を概念化し、行政活動を統制しようとすることは、相当程度「概念法学的」であ

るといわなければならない⁽¹⁵⁾。本稿は、根拠規範・規制規範・組織規範を機能的に考察して、いわば相対化して、当該対象事実の事象構造と関係をさせながら立法の要否を考察すべきではないかと考える。前述した「危機管理法システム」は法的仕組みを前提とした「制度思想」を体現したものであり、そうした観点から、根拠規範、規制規範、組織規範もバラバラに考察されるべきではなく、仕組み、システム、制度的観点から総合的判断されるべきである。その意味では、これらの規範の位置づけは、決して固定的ではなく、相対化ないし総合化されて理解されるべきである。

このことをいいますこし敷衍していうならば、法律の留保＝根拠規範の必要性は、価値理念的な要請のみでなく、当該案件の利益状況の観点からも見る必要がある。繰り返し述べてきたように、当該案件にかかわる法的判断は、価値理念的な側面のみでなく、利益状況、利害葛藤からのベクトルをも考慮すべきである。この観点に立てば、例えば塩野教授の根拠規範論は、法治主義に内在する価値理念からのアプローチとして評価すべきであるが、こうしたトップダウン的思考と共に利益状況をも考慮したボトムアップ的なベクトルも必要ではあるまいか、というのが本稿の立場である。制定法の対象領域における利害の性格やその構造をも反映した「法律の留保」論でなければ、一種のドグマに陥る危険性もある。

さらに付け加えると、根拠規範の特徴は、一定の権限及び義務を基礎づける自立的法命題ということになる。そして当該法目的や価値の実現のため、自立的法命題を機能させ、変容させ、条件づける規定が非自立的法命題である。したがって、このような自立的法命題でなければ、根拠規範ではない。組織法や規制法でもこうした自立的法命題といえなければ規範の相対化ということもできない。しかし、自立的な法命題が必ずしも明文にのみ規定されているわけでもなく、組織法やその他個別法の趣旨から黙示的に自立的法命題が析出する場合もある。前述の法システムや「制定法の意味」から「法の欠缺」部分が補充されて登場する場合もあるのである。

本稿に即していえば、内閣法15条の規定は、体裁は組織法であるが、災対法の「通

(15) 近時のこの点の詳細分析については、松戸浩「組織法と作用法」『行政法の争点』（第3版）2014年 有斐閣 16頁以下。松戸教授は、なお作用法と組織法との区別の有用性を説く。しかし、筆者は、そこにいう作用法と組織法の区分は多分に概念法学的で、対象領域の利益構造や行政指導における組織法の役割など、いまなお論ずべき点が広大にあると考えている。例えば、いわゆる各省通知の形で行われている有権解釈は、「法の表出機能」として、業界と政府の協働によって、實際上命令などの強制措置よりもはるかに広範にかつ強力な影響を及ぼしている。この点については、平田彩子『行政法の執行過程』木鐸社 2009年 147頁以下参照。

常災害」を除く「著しく異常かつ激甚な非常災害」時の緊急措置の大綱定立権、災害緊急事態宣言、原災特措法の原子力緊急事態宣言、国民保護法などの「対処基本方針」などの策定に深くかかわり、これらを「統理」する権限を有している。この「統理」権限は各省庁の活動を統括し、こうした統括の下に、内閣総理大臣が地方公共団体の長に対して指示をすることもできる（災対法28条2項）。このような規定を見ると、概括的にせよ、内閣危機管理監は、各省庁を「統理」する権限を有し、ここでは、組織法と作用法の区別がつかねるくらい相俟っていることが特徴的である。しかも、以上のような統理権限に基づく各省庁への権限行使が、直接間接に、作用法的な根拠となっていることは疑いがない。震災に関する作用法上の根拠規範の「欠缺」問題は、たしかに存在するが、それは、立法者の積極的意思としての「欠缺」ではなく、せいぜいのところ各省庁の割拠主義に基づくものである。

重要なのは、ケースのベクトル・規律力（ケースの規範力）を考慮した場合、根拠規範が必要であるにもかかわらず、それが存在しない場合、法的根拠のない行為として直ちに違法とするのは正当ではないことである。わが国の行政法理論は、対象領域の個々の性格、その利益状況、もつとえば、社会的に除去すべき類型的「弊害」の性質を顧慮することなく、行政活動の性格を抽象化して権力的活動には法的根拠が必要というドグマを固持してきた。そこには自由主義的な役割を果たそうという意図があり、一定の成果を上げてきたのも事実である。しかし、美濃部理論が傾注してきた対象領域の事性格からのベクトルを切り捨てて、つまり抽象化しすぎてしまったのではないか。

本稿では、こうしたドグマから離れて、「大規模震災」案件のような場合、必要な法的根拠を取って根拠を与えていないとする理由づけ、すなわち当該行政権限を禁止する積極的根拠が必要であると考え、このような観点からすると、法律の留保原則は、むしろ逆転する。積極的に行政権限の行使を禁止する理由が憲法や制定法から見いだせないときには、むしろ行政権限の行使が条理その他から根拠づけられるとするのである。

(イ)の「震災」事実からのベクトルによる規範の性質変更の可能性であるが、例えば、後述のように被災者を支えてきた「広域システム」の全面的崩壊という現象から制定法の命題が変質することがあるかという問題である。結論的にいうと、大規模震災に直面した災害法制は、少なくとも被災者の生命や健康の保護のために、組織法から変質して作用法的な色彩を強め、さらにその拘束力も利益状況に応じて弾力化され

ざるを得なくなる⁽¹⁶⁾。災害法制に限っていえば、そもそもこれらの法制度は柔軟かつ弾力的運用を期することが、元々の立法者の意思であると解する余地がある。ことは避難、救援といった事実行為に関わることが多いことからしても、厳格な拘束力を前提にできない事態も多い。救護、応急措置、避難勧告、避難指示などの事案では、平時の拘束力では、十分な根拠づけが困難な事態でもあった。ただこうした事態は、個別の案件ごとに判断されるべきであって、一般的な法の変質を論ずることよりも、後述のような「危機管理法システム」といった基盤的法システムに基づく評価規範を併せて議論すべきであろう。こうした作業によって制定法の適用範囲や適用の意味が変遷せざるを得なくなる。名取市船舶移動事件の一審、二審の判決を見ると、災対法の文言を極めて限定的に解釈した理論が展開されており、規範の性質変更が行われたことがわかる。震災下の法治主義は明らかに変容したのである。

以下では、被災事実＝対象領域の利益状況をどのようにみるか、観察すべきかについてのべることにする。ケース志向の法解釈では、憲法的観点、制度的観点、「利益状況の社会的性格」について「視線の往復」をして、当該課題について、しかるべき解答を導き出そうというものであるからである。

(3) 東日本大震災の震災としての特徴

東日本大震災について特徴づけることは難しい。被害の規模や広域性、深刻性、長期性などは数量的にある程度提示できないことはない。しかし、それでは被災の社会的性格を語ったことにはならない。法的に見ても、いかなる事柄をターゲットにしているかが見えないからだ。「全体が見えない」現象＝想定外の現象としての東日本大震災はいかに把握すべきであろうか。

このような観点から注目すべき議論として、筆者が挙げたいのが、「広域システム

(16) 山本隆司「行政による紛争解決手続」「ソフトロー研究14号」東大COEプログラム 29頁以下は、ハードな「閉じた」法と法的拘束力が弱く又は法的な規律密度が低い場合とに分け、後者には法以外の社会規範が紛争解決の基準となり、これをソフトな「開かれた」法であるとしている。災害関係法は、予測可能性が低いままで立法されるので、後者の色彩が強く出るとは不可避である。名取市道路啓開事件判決（仙台地判平24・7・5、同控訴審仙台高判平成24・12・12）などは、文言からはかなり離れた解釈を行っているが、災害関係法規の性質の点からも注目すべきである。

破壊論」の議論だ⁽¹⁷⁾。この議論によれば、現代日本社会は広域にわたる巨大システムによって成立している。電気、ガス、水道などのライフライン、高速交通網や電話、インターネットなどの通信網、全世界にわたる商品経済のネットワーク、このような広域かつ巨大なシステムが我々の生活の豊かさを支えている。こうした巨大な社会システム、つまり世界的規模での「広域システム」が今回の大震災によって破壊されたとみるのである。このような「広域ネットワーク」は例えば避難民の移動が全国にわたっていること、被災者の社会的関係がネットワークにより全国化していることを指している。この「広域システム」が破壊されたということは、都市基盤の崩壊であり、したがって、こうした広域かつ密接な社会システムの修復には大きな資金と長い時間を必要とする。復興が遅れているのは、法制度上の問題や行政上の対応だけではなく、こうした「広域システムの破壊」の性格から起因していることが大きい。

以上のような議論は、前述の「憲法上の観点」から見たときの生命・身体の保護の基本的保護義務、自由権を行使する社会的「インフラ」の整備こそが憲法上の義務であり、個人の自由権を享受するための「インフラ」整備こそが憲法的保護の中心的課題であるとする議論と見事に符合する。「広域システム」の復旧・復興こそが憲法上の要請であることは、じつは、東日本大震災の社会的性格である「広域インフラ」の破壊によって生じたのである。この被災事実の解析のうえで重要なことは、システムに不可避免的に存在する「中心」と「周辺」の問題である。システムはその特性上、中心が当該事態を周辺化ないし切り捨てているという可能性を秘めていることだ。

しかし、応急措置段階に限っていえば、震ヶ関と被災地には、中心と周辺の関係はみられるものの、著しい周辺化は起きなかった。むしろ「震災緩和」に見られるように、「広域システム」の復旧・復興に役立つように「震災緩和」が機能したといえる。

このような被災事実の社会的性格のベクトルは、行政法的制度の法解釈及び「危機管理法システム」の内実をより鮮明にする。つまり、「危機管理法システム」は運用上、応急措置段階で、生命や身体保護のための社会システムの修復を行うべく憲法上も義務づけられていた。危機管理法システムは、こうした法的性格を帯びたものであ

(17) 山下祐介「広域システム災害と主体性への問い」田中・船橋・正村編著『東日本大震災と社会学』ミネルヴァ書房 2014年27頁以下。この論文は、東日本大震災の被害の実相を初めてとらえたもので、数値的な被害などは二義的なものに過ぎない。中心と周辺という視点も重要でかつ啓発的である。そして最後に「地方分権」こそが、このような広域システムの暴走や脆弱さに応えるべき重要なポイントであるとする点は、我が意を得た。住民自治や団体自治を震災や復興の観点から論じた法学的論文はほとんどない。学際的な研究が必要である所以であろう。

る。しかし、今後の大災害を考慮するときは、こうした社会システムの中心だけで対応することは困難になるであろう。「危機管理法システム」の分散化すなわち避難、復旧、復興が全国的規模で展開されていくことになる。

それはともかく、「震災緩和」が300項目近くに渡っていることは、以上のような「広域システムの破壊」に対応するための広範な応急措置であったことを意味している。しかも被災者の仮設住宅生活が4年を超えようとするような事態である。時間的な緊急事態では想定できない「非常災害」の社会的性格、法的性格がここで明確になる。応急措置は復旧・復興に連結すべきものであるが、復興とは、破壊された社会システムをあらたに再建するための「まちの再開発」でもある。応急措置はそこまで継続する。「危機管理法システム」は被災当初の発災段階に止まらず、復興に至る過程のすべてを統括するような法システムである。東日本大震災は、断片的な法律を糾合して、より実質的な「危機管理法システム」を出現させたといえる。個々の震災緩和措置もこうした法システムの体系的考察から裏打ちされるものでなければならない。

前述の青井理論に即していえば、法解釈の基底となった被災事実＝弊害は、「広域システム」の破壊であり、この「弊害」を除くための具体的な行政措置が「震災緩和」であったのである。

6. 災害特措法と震災緩和

(1) 立法の経緯

異常災害時の「例外措置」を定めている諸法のうち、一般法的な性格を有しているのは、前述した災害特措法である。「震災緩和」措置は、この法システムの周辺に存在するものであり、法体系上は、この一般法の延長上にある。阪神・淡路大震災に対応するために立法された各種特別措置法等を踏まえ、「比較的定型的に立法措置が必要」となると予想される特別措置について一般的制度化するために内閣官房及び当時の国土庁が関係各省庁間で検討した結果、平成8年に立法化され、同年から施行された。以下では、その概要を紹介しておく。

(2) 災害特措法の要件とその「適用措置」

災害特措法が発動される要件は以下のとおりである。

- (ア) 「著しく異常かつ激甚な非常災害」が発生したとき（同法2条1項）に当該災害を「特定非常災害」であることを政令で指定すること。東日本大震災でも、死亡・負傷者等の人的被害、住家被害の程度が甚大であったことから、平成23年3月13日に閣議で決定された。
- (イ) 適用措置は、①行政上の権利利益に係る満了日の延長（同法3条）、②期限内に履行されなかった義務の免責（同法4条）、③債務超過を理由とする法人の破産手続開始の決定の特例措置（同法5条）、④民事調停法による調停の申立て手数料の特例措置（同法6条）、⑤建築基準法による応急仮設住宅の存続期間の特例措置（同法7条）、⑥景観法による応急仮設住宅の存続期間の特例措置（同法8条）である。このうち「震災緩和」に関わる措置は、①②であり、その後、仮設住宅の期間が災害救助法上の期間より大幅に長期に渡ることから、⑤⑥の措置が採られている。被災者にとっては③④の適用措置も重要であるが、これらは民事法、破産法等に譲り、①②を中心に論ずることとする。

①の事例としては、運転免許証の期限満了日（道交法92条の2）を延長するなどの措置が典型例である。②の事例としては、薬局の休廃止等の届出義務（薬事法10条）などの免除が挙げられる。

災害特措法の特徴の第一は、行政上の許認可等の期間延長、許認可等の申請、更新日の延長（同法3条1号及び2号）であり、延長措置は、災害発生日から6月を超えない範囲で政令で定めるものとし、各所管大臣は、対象となる法令の条項ごとに、地域を単位として、延長日を告示することになっている（同法3条2項）。必要な場合は再延長も可能とされている（同法3条4項）。

第二の特徴は、本法に定める特定非常災害発生日以降に法令上の履行期限が到来する義務（これを「特定義務」という）について、「免責期限」が定められ、その期間は、行政上の責任及び刑事上の責任（過料を含む）が問われないものとしていることである（同法4条1項）。地域の定めがないが、本法の趣旨からして、災害救助法の適用区域であることを予定しているものと思われる（東日本大震災時の本法6条に基づく政令では災害救助法適用区域としている）。

(3) 災害特措法の意義

以上、災害特措法の概要を見てきたが、この法システムは、非常災害時の行政措置の基本原則を表現したものとして、また災害時の一般法として極めて重要な位置にあ

る。第一は、行政上の権利利益の延長に関する「限時法」的性格を有していることである。第二は地域的効力＝「地域の限定」がされていることである。これらのことは、非常災害時における法治主義の観点からも示唆的であり、本稿の課題である「震災緩和」と法治主義の観点からも肝要な点を立法化したものというべきである。いいかえると、非常災害時における様々な異例の措置は、「限時法」的で、「地域限定」的でなければならないことを意味している。

すでに述べた「危機管理法システム」のなかに本法を位置づけると、この法システムが本質的に「限時法」的であり、「地域限定」的でなければならないことが明らかになる。

なお、国家緊急権についての議論は種々あるが、本法は、政令で行政措置を採ることを決められるのであるから、限定的であるにせよ、国家緊急権を前提にした制度であるともいえる。さらに、法律上の根拠のない許認可等の期間延長措置及び義務の免責は、法律の優位原則に抵触することになるから、本法のような法律上の根拠があることは、法治主義の観点からも妥当ということになる。

霞ヶ関がこうした法治主義の観点を意識したかどうかは明らかではないが、いわば「平時バネ」と「非常時バネ」との衡量が、「限時法」や「地域的限界」として明らかになっているのではないと思われる。そうだとすると、災害特措法を超えた「震災緩和」措置も、「非常時バネ」の限界を超えることは許されないことになる。

(4) 緊急条項としての「やむを得ない」条項

行政法規には、平時や想定と異なる状況の場合、「やむを得ない」条項＝但し書き条項を規定しているものも多い。被災時における健康保険証の「提示義務」については、内閣府の「震災緩和表」では、「事務連絡」として2011年7月1日までは、保険証亡失した場合、「本人申告」のみで医療給付が受けられるとしたが、これは施行規則にその根拠がある。

健康保険法施行規則

第五十三条 (略) 病院又は診療所(中略)(以下「保険医療機関等」という。)から療養の給付又は入院時食事療養費に係る療養、入院時生活療養費に係る療養若しくは保険外併用療養費に係る療養を受けようとする者は、被保険者証を(中略)当該保険医療機関等に提出しなければならない。ただし、やむを得ない理由があるときは、この限りでない。

2 前項ただし書の場合においては、その理由がなくなったときは、遅滞なく、被保険者証を（中略）当該保険医療機関等に提出しなければならない。

この規定は、「やむを得ない理由」に災害等を前提にしており、さらに理由がなくなったときは、遅滞なく提示を義務づけているという意味でも「震災緩和」に馴染むものである。ただ、当該「事務連絡」では、当然のことながら、その「限時法」の要件や「地域的効力」の限定を前提にしている。他方「やむを得ない条項」は大規模災害に限られず、本人だけの個別事情をも射程にしているので、「震災緩和」とは性格を異にする場面もある。そうすると、この「事務連絡」は、災害時に適用があること、及びその適用について、「限時法」及び「地域的効力」に限定したことを意味することになる。これは、前述の一般法たる災害特措法の「法意」をも顧慮したもの（同法の規律的ベクトル）ということができる。

要するに「やむを得ない条項」は根拠規定足り得るが、その適用範囲については「震災緩和」の法意である限時法的、地域限定的効力を前提にしなければならないという点で、災害特措法の強い規律力が働いているとみるべきなのである。したがって、「やむを得ない条項」の意味と「震災緩和」の意味は必ずしも同一ではないことに留意すべきである。

7. 震災緩和の法的根拠 — 類推・比附・条理

以上の予備的考察を踏まえて、「震災緩和」の具体的法的課題に応えることにしよう。すでに述べてきたように震災緩和措置には個別制定法令を直接適用したものもあるが、その根拠が明らかでないものが多い。しかし、これらを緊急避難論や正当業務行為論で正当化することが問題の矮小化でしかないことは先に述べたとおりである。「法なき空間」論も、結局のところ、適法違法の判断をしないということであるから、法治主義の観点からは到底受け入れることはできない。そうすると、震災緩和の法的根拠については、法の欠缺として捉え、それをいかに「補充」するかが課題となる。

（1）類推適用

法の欠缺手段として、従来、第一に挙げられてきた手法は「類推適用」である。本

稿では、例えば外国人の医療行為について、国民保護法91条の規定を類推適用できると解釈したことはすでに述べた。墓理法の特例についても国民保護法122条に規定があり、政令形式で定めるとあるが、内容的には今回の措置と同じ内容の措置ができるので、類推適用が可能である。その他廃棄物処理の特例（同法124条）、今回の大震災でも事実上行われた「臨時の医療施設」に関する特例（同法90条）、外国医療品等の輸入特例（同法92条）でもこれらの規定の類推適用が可能である。

総じていえば、災対法や災害救助法に比べ、国民保護法のほうが体系的かつ包括で原理面でも重要な原則が謳われている。同法第4条では、基本的人権の尊重が規定され、保護措置のための自由や権利制限であっても、必要最小限の原則やその際の適正手続、平等原則並びに思想表現の自由の尊重まで定められている。外国人についても国際人道法的確な実施が規定されているほか（同法9条2項）、外国人の安否情報の規定もある（同法96条）。今回の大震災では、災害法制の不備のため、事実上の措置が多数行われたが、国民保護法の類推適用によって相当のものがカバー出来るはずである。当面、災害法制の大きな改正が望めないとすれば、法解釈論的には、国民保護法の類推適用余地は大きい。立法論的には望ましいことではないが、訴訟等で裁判所は、類推適用までというのが憚れるから、国民保護法の「法意」という形で援用するかもしれない。

（2）比 附

他方、こうした類推適用ができる適切な根拠規定がないところでは、欠缺補充の最終手段である「条理」を根拠にすることが考えられる。しかし、その前に法哲学の笹倉教授のいう「比附」について触れておこう。教授によれば、「比附」とは、一定の条文の規定対象とは異なる（類推も不可能な）ケースを処理する方法である。つまり、ある規定やその体系的な解釈から説得的な「一般的法命題」を獲得し、それを類推適用もできないケースに適用とする法技術である⁽¹⁸⁾。類推適用はケースの本質的類似性とその要件であるが、こうした類似性が見いだせない場合、関連する条文やそれらの体系的考察から一般的法命題を導き出し、それを「法意」として抽出して適用するのである。条理との関係でいえば、類推適用→比附→法理（特定条文の意味の一般化＝笹倉）→条理という順序で、法秩序の価値論が深められている。条理は、法秩序の

(18) 笹倉秀夫『法解釈学講義』東大出版会 2009年 17頁以下。

最下層を支える普遍的価値や法価値である。最判等では、こうした厳密な区別はされていないが、「比附」も「欠缺補充」としても踏まえておくことが必要な技術であろう。

「震災緩和」措置のなかで、比附によって法的に正当化されるべきものは、①「手続きの緩和・省略」②行政措置の不適用③義務の免除の拡大・基準不適合の許容である。①については、例えば、被災地でのたばこ小売販売業者の仮移転、避難施設への出張販売、理美容師の仮設住宅への訪問営業などが許可されたが、これらは許認可手続きの省略を行ったものである。またこれらは行手法13条の現場性重視の法意及び行政代執行法3条3項の非常事態の法意などの根拠づけもあり得るが、災害特措法の拡大適用とするほうが、やはり適切であろう。②行政措置の不適用は、実質的には義務違反を認める内容であり、義務の免除であって、これも災害特措法の拡大適用であろう。③の義務の免除の拡大、基準の緩和も義務の免除であり、これも災害特措法の拡大と見られる。このように震災緩和措置は、災害特措法の拡大すなわち比附の手法により法的正当化されるものが多い。

(3) 条 理

(ア) 条理の関係規範体系的基礎づけの必要性

「震災緩和」のような大規模な被災者支援措置の適法性判断には、ケースの重大さを起点とし、関係規範の複合的視野をもたなければならないことはすでに指摘した。したがって、恣意的で曖昧な「条理」論を根拠とするというような単純な思考は厳しく遮断すべきである。つまり「震災条理」は、規範の複合的視点から体系的考察を行い、その体系に適う「条理」でなければならない。他方、行政法学にいう条理論も様々な文脈で語られており、その帰結も必ずしも一様ではない⁽¹⁹⁾。

(19) この「条理」による「欠缺補充」については、美濃部・田中理論以来、十分な学問的検討がなされておらず、こうした「空白」を埋める作業が必要となる。そこで、以下では、条理について、その予備的な検討をすることとする。

① 現在の行政法テキストの大部分は、条理と法の一般原則を同じものと見て論ずる場合が多い。信義則、平等原則や比例原則などは周知のとおりである。もっとも、仔細に点検すると条理と法の一般原則を区別する議論もある。例えば小早川教授は、法源論としての条理と法の一般原則は観念的には一致しないとし、問題処理の基準となるべきものを条理に基づいて、一般原則として構成して適用すべきものであるとしている（もっとも案件処理する場合は、両者は実質的にそれほど異なったものではないとしている）。小早川『行政法 上』弘文堂2004年 142頁。

ここで留意すべきは、この理論では、条理と法の一般原則が一応区別されていることである。そして、法の一般原則とは「正義」を内容とする法規範であるとされ、警察権の限界などが表象されている。これに対し、芝池教授は、条理は「社会通念」「社会観念」であるが、それ自体抽象的なものであり、恣意的で客観性を欠きやすくなることから、憲法原則と結びつけていく必要があるとする（芝池儀一『行政法総論講義 第4版 補訂版』有斐閣 2007年 13頁）。このように条理については、種々の文脈で語られており、その意味するところも軌を一にしているわけではない。そこで、ここではこれらの学説が基本的に受け継いでいるとみられる美濃部理論についてその大要をみておくことにしよう。

② 美濃部学説における条理論

周知のように、美濃部公法理論では、官僚主義的な「条文法学」と対峙すべき法解釈方法として、制定法を超えた原理として条理論が唱えられていた。とりわけ社会的事実と社会的正義感情とがここでは高唱されており、それが「事物の論理」であり、憲法解釈を含む基盤として条理論が展開されていた。ここではその詳細を論ずることはできないが、美濃部理論の根底には、社会心理学的な法の基礎づけ、および個々の心理的な利益を含む利益法学的な側面をも有していたことは特筆されるべきであろう（長尾龍一・前掲書142頁以下）。

③ 「条理」の法的機能

しかし、こうした条理論もいますこし法解釈の機能面から整理する必要がある。法哲学の笹倉教授によると、条理が使われるのは、①直接に適用できる制定法等がない場合（欠缺補充のため）②関連する制定法等に依拠すると不都合が生じる場合に、条理に依拠してその適用を止める、ないし意味するところを変更する（制定法の否認、修正）場合、③関連する制定法等の規定・扱い方が不明の場合に、条理に依拠して解釈の方向性を得る（解釈の参考のため）であるという。笹倉・前掲書158頁。

美濃部理論では、条理法は時として制定法又は慣習法を修正する力をもつ、とされ、法の欠缺のみでなく、反制定法的解釈をも基礎づける内容を有するものであった。条文は、生活事実、事物のもつ論理に沿って解釈すべきであり、場合によっては、条文の文言を超えた意味を有するものとして位置づけられていた。今日的な文脈からすると、法的仕組み論における価値の注入（塩野説による個別法目的への憲法的価値の注入、小早川説による「行政作用」の場面における行政法的価値の注入など）や社会通念、社会観念における社会心理学的な要素の介在、憲法学で強調されるベースライン論、立法事実論などのルーツとして美濃部理論があると評しても過言ではないであろう。

このような理解によれば、①は根拠規定の欠缺補充、②は法の一般原則としての機能であり、行政法学的な文脈からも、例えば、①は行政裁量における要件裁量論として、②は裁量統制基準としての一般的法原則の機能としての条理の位置づけが明らかになる。

ところで、問題は条理によって法の欠缺補充が法律の留保にいう根拠規範の必要性の要件を満たしているかどうかである。この点について、笹倉教授は、条理を制定法の規定や制度の根底にある法秩序上の基本原則（法生活上の基本的前提・必要性や正義観念）と定義したうえで、制定法を基礎に社会生活をも考えることによって構成できるとしている（第四の実定法）⁽²⁰⁾。ここでは条理を抽象的なレベルではなく、具体的な関連法規、関連諸制度との連関から捉えるべきことが主張されている。すでに述べた「制定法の意味」がその根底にあるといえよう。これを敷衍すると、価値論的状況つまり憲法上の価値を考慮し、さらに利益状況、利益葛藤を考慮し、しかも制定法に内在する意思を具体化したものとして条理を理解すべきことになる。本稿でいう条理は、前述の危機管理法システムの体系上の存在すべきものであることになる。そうして導かれた「条理」であるならば、条理も根拠規範足り得ると考えるべきであろう。もっとも、今回の震災緩和ではこうした問題について周到な配慮があったかどうかはともかく、厳密に言えば、根拠規範としての条理を問題にすべき事案はほとんどなかったと思われる。

具体的な事案を例に考えてみよう。今回の大震災では、工場立地法上の基準不適合な生産施設の復旧については、同法運用例規集の規定（2-2-3）に準じて同法の勧告をしないことができること及び仮設工場等はたんなる建築物で同法にいう工場ではない旨の通知が行われた。この工場立地法関係の例規には災害条項や緊急条項も見られないことから、解釈通知というべきであるが、これは比附でも説明ができないので、条理による解釈というべきであろう。このようなケースは、経産省の所管法律であることから、組織法上の権限はあるが、作用法上はその拡大解釈または変更解釈しようとしたものであって、あらたな権限を創設しようとした事例ではない。この事例のように、震災緩和措置の大部分は、既存の所管法令の運用を条理によって改変しようとしたものであって、あらたな権限を白地から創設しようというものではなかったと思われる。そうすると、条理による自立的法命題＝根拠規範を創設できるか否かという問題自体が、少なくとも今回の震災緩和については仮象問題であったことになる。もっとも、もともとが要綱や事務要領に基づいて行われてきた支援策の緩和などは、平時でさえ法律の留保上問題はなかったとされてきたものであるから、こうした事務では根拠規範の

(20) 笹倉・前掲書192頁以下。

問題は生じなかったといえる。

以上の点を踏まえると、本稿の対象とした「震災緩和」では、それらの法的評価規範としての条理が次の課題となる。

(イ) 「必要性・緊急性・相当性」＝非常災害の条理

筆者は、以上の点を踏まえて「震災緩和」の条理の要件としてつまり適法要件として「必要性・緊急性・相当性」を提唱したい。この着想は、名取市船舶移動事件の一審、二審判決で使われた法理に基づくものであるが、その汎用性は高く、緊急状態、応急措置に広く使える条理ではないかと思う。この二判決以前の事例としては、さいたま地裁判決で、特別消防隊が、轢死体をいくつも車両が更に轢くような状況で行った車両の移動の際の損壊について国賠が提起された事案がある⁽²¹⁾。それ以前には有名な一斉検問事件最判（昭55・9・22）がある。これは説明を要しまい。

これらの事件の共通項は、必要性＝公益性が高く、事態の緊急的対応が求められていたことである。一斉検問事件でも、法律上は明示的な緊急条項もない案件であった。具体的なケースを見ると、一斉検問のほか警察として有効な手段がなかったこと、犯人等の逃走、確保のためには時間的に切迫していたこと、相手方に対してはやむを得ない相当のレベルの検査であったとされている。さいたま事件では、死者の名誉を守ることも大きな公益であり、そのためには緊急に当該車両を移動することを要し、その移動中の損傷も相当のものであったことが、認定されている。名取市事件の道路啓開事件では、人命救助の必要性すなわち公益性が高く、時間的にも切迫していたこと、移動方法も相当であったこと、から国賠請求を棄却した。

これらを過度に一般化させるべきではないが、緊急事態における広義の比例原則のあり方を考慮すれば、妥当な要件ではないかと思われる。法理論的に詰めると、必要性と緊急性は事実判断であるが、法的評価が必要なのは、相当性要件である。ここでは、当面する保護法益の性質と他方の法益とがぶつかりあい、衡量が必要となる。

今回の「震災緩和」では表面化していないが、例えば、銀行における本人確認の省略事案では、もしも、なりすましがした場合、その損害は、残念ながら預貯金者に帰属するほかないであろう。一定期間、被災地では本人確認省略手続を認めなければ、多くの被災者が困難な状況に陥ってしまったであろうし、他方で、そのリスクを銀行

(21) さいたま地判平21・12・18。

側に求めることも妥当ではない。むろん、あきらかに本人ではないことが認められる場合や銀行側に重過失や故意がある場合は別である。そうでないかぎり、つまり「必要性・緊急性・相当性」の範囲にあるかぎり、行政措置は適法であり、それに従った銀行の行為も適法であると解すべきであろう。震災緩和の背景にはこうした法益衡量問題が伏在している。

以上述べた条理と災害特措法の相性も良い。後者の限時法的性格、地域的効力も相当性判断と共通している。なぜそうなのかというと、この条理こそが応急措置の対象領域を最も根底で支えている原理であるからである。災害特措法はその一部を明示したに過ぎない。比附によって「震災緩和」の大部分はカバーできる。救援活動のために航空機からの物件の投下の手続きも包括的手続で十分であるとする措置も、一面で災害特措法の免除の拡大ともいえる。他方、包括的手続制度を新たに設けている点で、その範囲を超えており、条理による正当化にもなじむものであろう。

8. むすび

「震災緩和」措置は、以上述べたとおり、災害特措法の拡大バージョンであることが多い。これらの措置を「比附」という新たな説明で根拠づけることにはやや躊躇がないわけではない。その意味では、比附と条理を括って「非常災害の法理」としたほうがわかりやすい。またこれを今少し広げて「震災緩和の法理」というのも適切かもしれない。震災緩和は、わが国の法治主義の根幹を揺るがす広範な行政措置であった。所管省庁は、これのできるだけ、法令の範囲内で処理しようとした。しかし、そこでは基盤となった実質的な意味での「危機管理法システム」の規律力及び被災事実のベクトルが強力に働き、既存の法システムを変容させたとみるべきである。それが「震災緩和」の実態である。災害特措法の「比附」や組織規範の根拠規範への変質、緊急条項（「やむを得ない」条項）の地域限定的性格、限時法的な性格も明らかにされ、大きな性質変更も行われた。またこうした措置の評価原理として「必要性・緊急性・相当性」の原理も、危機管理法システムの帰結として現れた。震災緩和措置が訴訟に持ち込まれれば、おそらく裁判所は「条理」「社会正義」、災害関係法令の「法意」という論理で判決するであろう。だが、これらの用語法の背後に以上のような認識ないし理論的基礎があることを忘れるべきではない。

さらに強調しておくべきことは、こうした隠れた危機管理法システムは可及的速やかに

立法化され、国民に開かれたものとなる必要があることである。また今後の大規模震災を考慮し、「震災緩和」措置の事後的なチェック制度を法的に整備すべきである。

筆者は、すべての「震災緩和」措置について、「必要性・緊急性・相当性」のテストが必要であると考えてきた。そして、このテストをパスしないものは現在なかったと考えているが、じつはこのテストによってわが国は辛うじて法治主義を守り、かつ維持したことになる。そうでなければ、震災緩和はなんら法的検討を経ずに戦前の独立命令を容認したことになる。

カール・シュミットはかつて、「例外事態において決定を下す者」を主権者と述べた。霞ヶ関官僚たちは、見方によっては主権者になるのかもしれない。そうした法体系が出来上がりつつあることを見逃すべきではない。

(すずき つねお 明治学院大学教授)

キーワード：震災緩和／法治主義／条理／ケース志向