

## 科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 28 年 6 月 8 日現在

機関番号：14401  
 研究種目：基盤研究(C) (一般)  
 研究期間：2013～2015  
 課題番号：25380006  
 研究課題名(和文) 緊急事態と悪法論 法理論的・法思想史的研究  
  
 研究課題名(英文) State of Emergency and Theories of Evil Law  
  
 研究代表者  
 中山 竜一 (Nakayama, Ryuichi)  
  
 大阪大学・法学(政治学)研究科(研究院)・教授  
  
 研究者番号：00257958  
  
 交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 3,500,000円

研究成果の概要(和文)：緊急事態法は、秩序維持の名の下、諸々の基本的人権や自由、民主的な決定過程、その他通常の法的手続の制限や中断を可能とする。本研究の目的は、従来の理論蓄積や内外法制の検討を通じて、緊急事態法制が「悪法」へと転化しないための条件を明らかにすることであった。危機的状況下においても「万人の万人に対する戦争」とはならず、それゆえ緊急事態法制の発動が不要となるためには、「平時」における強靱な市民的法=政治文化が重要であり、「法の支配」と立憲主義の尊重がその鍵となる。しかし、日本を含む東アジアでは、道具主義的な法文化が妨げとなってきたばかりか、ポスト9.11の今日では、国際政治上の影響も念頭に置く必要がある。

研究成果の概要(英文)：In the name of maintaining public order, the emergency law restricts, or suspends, basic rights and civil liberties, democratic decision-making processes, and other legal procedures. The objective of this study was to explore the institutional safeguards that prevent the legislations from degrading themselves to the "evil laws" during "state of emergency". In this respect, the resilient civil culture that embraces the Rule of Law and Constitutionalism should be deeply rooted in people's mentality before any emergency situations, either severe disasters or security threats, take place. However, in East Asia, the traditional politico-legal culture of instrumentalism stands in the way as an obstacle. Furthermore, especially in the post 9.11 era, the detrimental pressures from international politics should also be taken into consideration.

研究分野：法理学/法哲学

キーワード：緊急事態 悪法 リスク 法哲学 思想史

## 1. 研究開始当初の背景

報告者は長らく、民事責任制度を中心に、BSE 汚染、予防接種による健康被害、HIV 感染、ゴミ処理施設の有害物質、原子力発電所事故といった、科学技術の進歩がもたらす新たなリスクに焦点を当て、「リスクと法」という比較的新しい課題に取り組んできた。そして、ヨーロッパ環境法や保健衛生政策のなかから生まれた新たな法原理「予防=事前警戒原則 precautionary principle」のうちに、予測不可能かつ不可逆的な「新たなリスク」に直面した際に「法」がとりうる有効な手立てを見出し、その思想的な位置づけ、ならびにその運用上の問題点（費用便益分析の位置づけ、科学的進歩の観点）やその他の法原理（たとえば、比例原則）との関連について検討を重ねてきた。

だが、研究を進めるうち、「予防原則は人々の非合理的な不安に迎合するポピュリスト的政策である」とか、「国家の過剰な警察行動や予防戦争的に遂行される先制攻撃まで正当化する」といった主張の存在に気づいた（例えば、憲法学者キャス・サンスティンの所論）。こうした主張は、2001年9月11日に発生したニューヨーク貿易センタービル事件以降の世界において、テロリストに対する「予防」措置の名目で市民の「自由」や「人権」が踏み躪られ、「予防」戦争の名の下、無辜の人々の生命が犠牲とされる事態への批判としては妥当である。ただ、問題は、こうした立論が、環境法や健康政策上の予防原則まで総じて否定してしまう点である。予測不可能だが不可逆的でもある、環境や健康にかかわる「新たなリスク」に対し、「法」は手をこまねいているだけでよいのか。すでに国際条約や憲法典等で実定化されている環境法や保健衛生上の「予防原則」と、刑事司法や外交政策上の「予防」的措置を原理的に峻別すべきではないか。こうした関心から、報告者は、刑事司法や国際関係論における

「予防」観念の背景にある正当化理論として、功利主義または帰結主義的リアリズム（さらには法道具主義一般）と、これに対立する「自由」や「人権」の義務論的基礎づけの関係の再検討を試みた。

ところが、こうした研究を進めている最中の2011年3月11日、東日本大震災と福島原発事故が起こった。報告者は、両者の収束をめぐる経緯を一市民として観察するうち、科学技術がもたらす負の側面に対する「予防原則」の重要性を再確認すると同時に、秩序維持のための「予防」的措置や「危機管理」と密接に関連するとともに独自の理論的蓄積を有する法概念たる「緊急事態」について、十全な検討を行う必要があると考えられるようになった。というのも、わが国を含む各国の歴史を振り返ってみても、緊急事態法制がいわゆる「悪法」へと転化することは、きわめて頻繁に見られる現象と言わざるを得ないからである。思いがけない大規模な災害や事故が今後も必ず起こり得ること、また、好むと好まざるとにかかわらず、そうした際には何らかの形で緊急事態法制をめぐる議論が再浮上してくる可能性が確かに存在すること。これらの事実を直視するならば、そうした非常時の特例的措置がいわゆる「悪法」を導くことのないよう、平時においてこそ、その手続的条件や制度的限界について原理的考察を重ねておくことが、法哲学ないし基礎法学にとって喫緊の課題ではないかと思いはじめたからである。

本研究の前提となる「リスクと法」をめぐる研究は、当時、海外のみならず国内においても、研究書（例えば『岩波講座リスク学入門3』）が刊行され、日本法哲学会でも学術大会の全体テーマとなるなど（報告者が企画責任を担当した2009年度「リスク社会と法」）、着実に進展しつつあった。また、9.11以降の憲法・刑事政策・外交政策上の「予防」的措置や「緊急措置」の批判的検討に関して

も、カール・シュミットによる端緒的な議論は当然として、英米のリベラルな憲法理論（たとえば、ブルース・アッカーマンやデイヴィッド・ダイゼンハウス）に触発された、新たな研究が生まれつつあった（例えば、愛敬浩二教授による諸研究など）。

他方、いわゆる「悪法」論にかんする研究の方も、英米圏にあっては、ハート=フラール論争50周年を契機とした各種の理論的再検討の試みや、ロナルド・ドゥオーキン教授の最後のまとまった著作となった『ハリネズミの正義』(Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehog*, 2011)における「悪法」論の新たな定式化（と言うより「悪法」論の理論的解消）など、少しずつではあるが新しい動きが散見されるようになっていた。ちなみに、報告者も、前者にかんする紹介論文を執筆し（中山「ハート=フラール論争を読み直す」『法の理論』、2011年）また、前者と後者とを結びつける試論を研究会の場で報告している（九州法理論研究会、2012年9月29日）。

ただ、国内外を問わず、これらの研究はそれぞれ独立に進んでおり、両者を結びつける試みは、必ずしも存在してはいなかった。しかし報告者は、巨大災害や人為的事故の収束をめぐる諸々の困難や落とし穴が現実となった今こそ、一方の「緊急事態」にかんする基礎理論的考察と、他方の「悪法」論の新たな進展が結合されなければならないと考えた。というのも、そうすることによってはじめて、リスク現実化に備えた、平時の「予防=事前警戒」原則の運用と、被害拡大が一定程度収束した時期における損害賠償や復興のスキームとの狭間で、リスクが現実化した直後の混乱期にあっても正義や公正の要請に背馳することのない、妥当な法的枠組の構想が可能となるように思われるからである。

## 2. 研究の目的

「緊急事態」(emergency)は、「法的なもの」の極限に存する概念である。というのも、そこでは、「人権」や「自由」の保障、民主的な決定過程、その他通常の法的手続が中断され、秩序維持の名の下、国家が持つ剥き出しの「力」が顕在化するからである。東日本大震災と福島原発事故に際しては、暴力的な「危機管理」こそ、実行には移されなかったものの、それにより、リスクの現実化に備えた十分な「予防=事前配慮」措置の必要性とともに、「緊急事態」概念がいわゆる「悪法」を導くことがないよう、その意義と限界を予め十全に考察しておく必要があることも明らかとなった。そこで、本研究では、まず、法思想的観点から「緊急事態」と「悪法」に関する従来の議論の蓄積を網羅的に精査し、次いで、国内外の緊急事態法制について実証的観点から批判的検討を加える。そして、最終的には、緊急事態法制が「悪法」に転化しないための手続条件の解明を目指すことにより、「緊急事態」と「悪法」との関連をめぐる法哲学的理論の構築を目指したいと考えた。

## 3. 研究の方法

(1) 報告者はこれまで、まずは民事責任や環境法におけるリスクと予防的措置、次いで刑事司法や国際関係（とりわけ予防戦争論）を対象に、法思想的アプローチと（行動主義的「法と経済学」のような）一種の帰結主義的の双方から研究を試みてきたが、「緊急事態」の概念については正面からは取り組んでこなかった。それゆえ、まずは、C・シュミットにはじまり、現代のリベラルな理論（B・アッカーマンやD・ダイゼンハウス）にいたるまでの、憲法理論ないしは政治哲学上の「緊急事態」研究の蓄積に検討を加える必要がある。

(2) 国内外の各種の「緊急事法」や「災害特別措置法」等にかんする実証的な比較研究

を行う。文献を通じての理論的な精査が中心となるものの、それと同時に、政策の立案に何らかのかたちで実際に携わった人たち（研究者・行政官・政治家）の視点も、何らかの仕方を取り入れることが望ましい。

(3) また、「悪法」論についても、ハート=フラー論争からドゥオーキンの最近著に至る議論に再検討を加えると同時に、法思想的観点から、プラトンやトマスから近代自然権論を中心に「悪法」をめぐる議論の流れを追う。そして、その際には、レオ・シュトラウスのような、報告者がこれまで取り上げなかった類の理論家の所論についても検討する必要がある。

(4) 以上の作業を結びつけるかたちで、緊急事態法制が「悪法」に転化しないための手続的条件の解明を目指す。そして最終的には、これらの考察を、報告者がこれまでに組みこんできた「リスク社会における予防原則と賠償責任」をめぐる研究や、刑事政策と国際関係論上の「予防的介入」の限界にかんする研究と摺り合わせ、法哲学的な包括理論に至る手掛かりを見出す。

#### 4. 研究成果

(1) 報告者は、「緊急事態」については、C・シュミットの古典的研究や、B・アッカーマンやD・ダイゼンハウスら 9.11 以降の英米憲法学、G・アガンベンらによる「例外状態」の概念史、他方「悪法論」については、ハート=フラー論争からR・ドゥオーキンの最近の議論を導きの糸として、「緊急事態」と「悪法」をめぐる従来の諸理論を精査する作業を進めるとともに、それと並行して、これまでに行ってきた「リスク」と「予防」にかんする研究と、「緊急事態」にかんする新たな研究とを、リスク現実化の「前・後」における法的措置をめぐる検討として捉え直し、とりわけリスク現実化「以後」の壊滅的危機や巨

大なカストロフィについて、それがホッブズ的な「万人の万人に対する戦争」を引き起こさないための諸条件にかんする暫定的な検討を行った。そして、その上で、「緊急事態」における市民間の互惠性と責任の制度化のためには、とりもなおさず「平常時」すなわちリスク現実化「以前」における議論や取り組みが決定的に重要となること、さらに、いわゆる「緊急事態」の「悪法」に対する防波堤として「平時」における強靱な市民的法=政治文化が重要な鍵となることを指摘した。そして、その成果を、「社会的正義とカストロフィ」を統一テーマとした国際シンポジウム席上で報告し、論文のかたちで公表した（中山「互惠性と責任の政治学リスク現実化の「前」と「後」」）。

(2) そもそも、たとえ危機的な状況下であっても、「非常時においては、平時とは異なる危機管理が必要である」とか「諸々の自由や権利の一時停止や全体的利益とのトレードオフもやむなし」といった考えの下での安直な「緊急事態」法制の発動を拒むような、強靱な市民的法=政治文化が育つためには、その前提として「法の支配」や「立憲主義」といった近代法の基本理念が、政治家や行政官は言うに及ばず、市民の間に深く根を下ろしていることが決定的に不可欠である。しかし、日本を含む東アジア圏では、そうした理念の浸透とその健全な発達が、独自の伝統的な法=政治文化によって妨げられてきたようにも思われる。というのも、そこでは法は「道理」ないし「正義=公平」とは切り離はなされ、為政者による「統治」や「教化」、さらには「利益」誘導のための手段、ないしは「道具」として捉えられてきたからである。つまり、君子や士大夫、統治者階層を形成するエリート間では「礼」を通じた自生的秩序形成が期待されるのに対し、「法」はあくまでも被統治者層を対象とする次善の策、ないしはエリートによる大衆統治の

ための道具とされる。そして、そのような道具主義的法=政治文化の下では、「緊急事態」法制の「悪法」への転化は、ますます容易であると言わなければならない。米国のブライアン・タマナハ教授は、「法の支配」にかんする最も包括的な研究を行っている法理論研究者の一人であるが、その業績を称えるシンポジウムにおいて報告者は、タマナハ教授の基調講演への応答報告を担当した。その際、報告者は、日本における「法の支配」は、西洋近代法におけるそれとは異なり、「緊急事態」における「悪法」の支配へと結びつきかねない脆弱性を有しているという指摘を行っている (Nakayama, “On Legal Instrumentalism After Fukushima: A Comment on Professor Tamanaha’s Lecture”)。ちなみに、この報告は、国際法哲学・社会哲学学会連合 (IVR) が刊行する *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* の Beiheft に掲載の予定である。

(3) 「緊急事態」の名の下に制定された諸々の法制度が最も「悪法」へと接近するのは、壊滅的災害の場合にも増して、大規模なテロが行われた際や戦時体制の下であるだろう。その意味において、戦時下における各国の法制度を比較することは、「緊急事態」と「悪法」にかんする法哲学的理論の構築という本研究の目的にも合致する有益な作業である。とりわけ、同じ敗戦国であるドイツと日本について、第二次大戦下における各々の諸法制を比較検討してみることが生産的であると思われる。というのも、これにより「近代法から現代法」への移行という両者に共通する側面とともに、先に指摘した法=政治文化の根本的な違いがさらにくっきりと浮き彫りとなるからである。報告者は、若手法制史研究者たちが組織したミニシンポジウムのコメンテータとして、そのような趣旨の指摘を行い (法制史学会・近畿部会第 429

回例会・ミニシンポジウム「戦時法研究の可能性と課題」2013年10月19日、大阪大学中之島センター)、その概要を単行本に寄稿した (中山「二つの戦時法体制の類似性と相違をめぐって 法哲学研究者の立場から」)。

(4) 以上のように、報告者は、「リスクと法」をめぐる自己のこれまでの研究との接続を意識しつつ、「緊急事態」と「悪法」との理論的関連について考察を進めてきた。そして、基礎法学者を中心とする研究会の場を借りて、それらの全体像を試行的に振り返る研究報告も行っている (中山「リスク・緊急事態・悪法論」)。しかし、それと並行して、アプローチに内在する限界も次第に明らかとなってきた。報告者が「緊急事態と悪法」という主題にこだわったのは、福島原発事故以降の法的=行政的=政治的迷走が頭を離れなかったからだが、国内法中心の考察だけではその解明は到底望めないのではないかと考えるようになったからである。原発事故以降の日本における法と統治をめぐる混乱の背後には、国際政治上の力学という、別の次元の要因が確かに存在する。だとすれば、9.11 から 3.11 を経た今日において「緊急事態」と「悪法」について考えるためには、その前提として、国際法と国際政治学の出自を、法哲学と法思想史の視座から再検討してみる必要があるように思われる。本研究で積み残されたこの課題は、2016年度より実施される「危機とリスクをめぐる国際法/国際政治の法思想史」において取りあげられる。

#### 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔雑誌論文〕(計2件)

中山竜一「互惠性と責任の政治学 リスク現実化の「前」と「後」」立命館言語文化

研究、26 卷 4 号、2015 年、査読有り、143-152 頁

中山竜一「リスク概念・リスク社会・東アジア的統治形態 风险概念・风险社会・东亚統治形态」大阪大学中国文化フォーラム編『東アジアリスク社会 発展・共識・危機』OUFC ブックレット Vol.2、2014 年、査読無し、139-153 頁

〔学会発表〕(計 4 件)

中山竜一「リスク・緊急事態・悪法論」北海道大学法理論研究会、2015 年 7 月 4 日、北海道大学法学部センター会議室(北海道札幌市)

Ryuichi Nakayama, “On Legal Instrumentalism After Fukushima: A Comment on Professor Tamanaha’s Lecture”, 国際法哲学・社会哲学学会連合(IVR)第 11 回神戸記念レクチャー「法と社会の発展理論を求めて 法哲学・法社会学・開発法学」, 2014 年 5 月 31 日、法政大学ポアソナード・タワー/スカイホール(東京都千代田区)

中山竜一「互惠性と責任の政治学 リスク現実化の「前」と「後」(Politics of Reciprocity and Responsibility: Before and After the Materialization of Risks) 立命館大学先端総合学術研究科国際コンファレンス「社会正義とカタストロフィ: リスク・責任・互惠性」2014 年 3 月 20 日、立命館大学衣笠キャンパス、創思館カンファレンスルーム(京都府京都市)

中山竜一「コメント 総括セッション 「リスク社会: 発展・共識・危機」」大阪大学中国文化フォーラム第 7 回国際セミナー「現代中国與東亞新格局: 発展・共識・危機」、2013 年 8 月 21 日、大阪大学会館

大講堂(大阪府豊中市)

〔図書〕(計 1 件)

中山竜一「二つの戦時法体制の類似性と相違をめぐって 法哲学研究者の立場から」(小野博司=出口雄一=松本尚子編『戦時体制と法学者 1931~1952』国際書院、2016 年、155-161 頁、所収)

6. 研究組織

(1) 研究代表者

中山 竜一 (NAKAYAMA RYUICHI)  
大阪大学・法学研究科・教授  
研究者番号: 00257958

(2) 研究分担者

(3) 連携研究者