

政策法務ニュースレター

現場の課題を解決するルールを創造するために

2015. 7. 8 VOL. 12-1

本号の内容

政策法務について

～鈴木庸夫教授（明治学院大学大学院）による講義～

1. 大規模震災時の違法行為の扱い方
2. 震災事務管理論（基準外救助行為）
3. 震災緩和（特定非常災害特別措置法）



千葉県 総務部 政策法務課

政策法務班 中庁舎7F

電話 043-223-2157

FAX 043-201-2612

Eメール homu35@mz.pref.chiba.lg.jp

平成27年5月19日に開催された政策法務委員会において、鈴木庸夫教授（明治学院大学大学院）に御講義いただきました。今回は講義（約60分）の概要について紹介します。



1 大規模震災時の違法行為の扱い方



◆◆(1)非常時のルール設定を考える◆◆

政策法務の出発点は平成12年の分権改革の前後からである。機関委任事務の時代は、国が政策を決めて、それを立法化したものを自治体が執行するという体制であった。都道府県も市町村も政策主体としてそれぞれの課題をそれなりに持っているので、それらの課題に則して条例を整備することによって自己実現的な自治体として成り立っていく、というのが政策法務の出発点であったと思う。政策法務の取組が始まって10年以上経つところであるが、その間いろいろな動きがあり、県は問題ないのだが、町村あたりは分権疲れというところもある。

今日は、大震災のときにどういうことが起こって、法律的にどのような問題があったのか、ということについて話をしたい。東日本大震災では千葉県も大きな被害を受け、今後も大きな震災が予想されているので、非常時のルールをどう考えれば良いのか、という視点から話をする。

私の所属する公法学会で、東日本大震災が取り上げられた。我が国では、技術的に国家緊急

権を認めるべきであるし、東日本大震災では実行されたというのが、私の理解である。今、議論となっている憲法改正のなかで、国家緊急権を認めるべきか否かという議論は、実態をみていない人々が観念的にイメージの中でやっているだけのものである。既に東日本大震災のときに、国家緊急権でなければとても説明することができないようなことが山ほど起き、行われたのである。



◆◆(2)東日本大震災時の対応◆◆

【対応事例①】*****

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て、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。これは、墓地埋葬法の特例を認めたものである。当時、火葬などできるような状態ではなく、水死体が累々と続くというところで、水を抜いて毛布に包んで畑に埋めるというようなことが精一杯の状態だった。これを放置しておけば公衆衛生上の問題が出てくると

¹平成23年（2011年）3月14日付の厚労省通知（健衛発0314第1号）。

いう状態であった。**埋葬許可や火葬の許可なく土葬や火葬をすることは、墓地埋葬法にも他の法律にも規定がないので実は法律違反**なのであるが、厚労省としては違法なことを認めざるを得なかった。**その後、災害対策基本法の中で、災害を三段階に分け、そのうち二番目に大きい東日本大震災レベルのもの、異常甚大な災害の場合については、このようなことができるようにしたので、やっと法律上の根拠が与えられた。**



【対応事例②】*****

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、**被災者の本人確認ができない場合であっても、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し、銀行からお金を下ろさせて良いという特例の命令を出した。**犯罪収益移転防止法（いわゆるゲートキーパー法）²に基づく合同省令を改正したものであるから、**一応の法的根拠はあるが、「なりすまし」の危険もあって、綱渡りの緊急措置であった。なりすましがあった場合に一体誰が責任を負うのか、という危険負担の問題については、何ら語られていない。**だが、実情からいえば、津波によって運転免許証から保険証から何もかもなくなってしまったという状態で、お金を下ろすとなればこういう特例を認めることとなる。



【対応事例③】*****

同年10月17日、当時約40カ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。これは、正しかったかどうかという問題はさておき、少なくとも**法的根拠がなく医療法・医師法違反の**

² 正式名称:「犯罪による収益の移転防止に関する法律」

措置であることは間違いないのだが、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。

災害の面で非常に弱いのが、こういった国際的な側面であり、法的正当化についてほとんど検討らしい検討がなされていない。こういうときは、国境なき医師団が良いのではないか。震災を受けて海外から医師団が来ると、わざわざ市町村が出て、場合によっては県から代理が出て、受入れの結団式や歓迎式典などをやっていた。非常時に助けに来てもらったのだから、そんなことをやっている場合ではなかったはずである。

海外からの医療支援チームの受入れのための根本的な法的正当化について、厚労省も外務省も全くやる気がない。同じようなことが阪神淡路大震災から繰り返されている。**海外からの医療支援の受入れについて法に根拠を求めるとすると、国民保護法³のほうが良い。**災害対策基本法や災害救助法と、国民保護法とを比べると、国民保護法のほうが、体系的かつ包括的で、圧倒的に出来が良い。**国民保護法には、外国の医師や外国から薬を受け入れる、という規定がある（同法第91条第1項、第92条第1項）。**災害のほうでこれをやらないのはなぜか。ないのであれば、解釈論として、災害のときに国民保護法を類推適用して使って良いというのが私の考えである。

東日本大震災を受けての前述の異例の措置、①は明らかに違法、②は省令を改正したものであるからぎりぎりセーフ、③は全くの違法であった。このような措置は、**内閣府のホームペー**

³ 正式名称:「武力攻撃事態等における国民の保護のための措置に関する法律」

同法に、外国医療関係者による医療の提供の許可（第91条第1項）及び外国医薬品等の輸入の承認（第92条1項）が規定されている。

ジに、震災緩和の213項目として載っている

(<http://www.cao.go.jp/sasshin/kisei-seido/publication/shinsai.html>)。震災緩和について全部見て論文を書いているのは、日本では私しかいない。震災緩和の法的整理は大事なことなので、ぜひ県のほうでやってもらえると助かる。

規制緩和について、法律できちんと根拠を置いてやるというのは非常に大事なこと。そんな余裕はない事態において、曖昧に（緩和して）やっていこうという面も時には必要だと思うけれども、内閣府が震災緩和の213項目についていまだかつて消さないでホームページにずっと残してあるということは、各省庁がかつてこういうものを出した、ということ消さないで頑張っているということ、こんなに基準を緩めてやってきた、ということであるから、ぜひ見ていただきたいと思う。



◆◆(3) 緊急避難論とその限界◆◆

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付けは、「緊急避難論」であるが、**緊急避難というのが主として役に立つのは、刑罰を科すかどうかという場面。**民法上の緊急避難は、その対象を対物防衛に限っているため、全く役に立たない。行政上の問題については、刑事よりも民事なので、**緊急避難だけで法的正当化を図ることは限界がある。**



◆◆(4) 法なき空間と法の欠缺◆◆

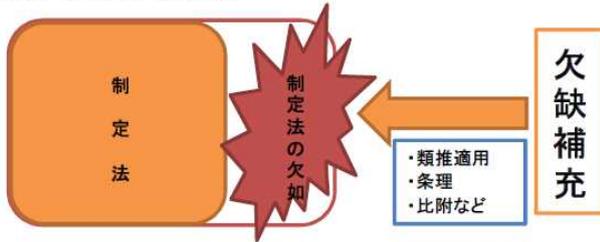


大規模震災時の違法行為の扱い方について少し哲学めいたことをいうと、「法なき空間論」というのがある。これは、例えば、恋愛の内面に関わるようなところには法は入らないという意味で、「法なき空間」ということである。もっとも、最近は、ストーカー防止法なども出てきてはいるが、昔は「法なき空間」というのは割と広がった。

「法なき空間論」として災害時のことを説明するとなると、適法・違法の判断をしない、ということの意味する。適法でなければ違法でもなく、ただ事実があるだけという状態であるとする。戦争の当時はよく言われた。第二次大戦の間、とくに末期、戦争責任論の中で、日本でも連合国側でも、事実上のことに過ぎない、として「法なき空間論」が言われた。ちなみに、「法なき空間」にあっても違法はあると言った判事もいた。

法なき空間については、「法の欠缺」と捉えるべき。「法の欠缺」とは、**法がないのではなく、法は完全無欠ではありえないので、穴が空いているという状態である。**つまり、「**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」すなわち穴があり、それを補充する方法を探索すべき**である。欠缺補充こそ重要なのである。「震災緩和」は、法が積極的に立ち入らないと決定した領域ではない。「法の欠缺」を補充する際、**第一に考えるべきことは類推適用**である。同じような条文があれば、それを使って法的正当化をする。外国医療関係者による医療の提供の許可などは、国民保護法に条文があるので（第91条第1項）、それを類推適用すべきである。

図表1 法の欠缺と欠缺補充



◆◆(5)条理◆◆

それから、条理というのがある。美濃部先生は「条理」を協調され、条文の足りないところは条理で補うべきで、場合によっては、条理は条文を超えるとすら言った。美濃部先生のいう「条理」とは、積極的に反対はない、という意味を含めての国民の法意識である。国民の法意識によって支えられていない条文は、無効だとした。ちなみに、マッカーサー草案を見たとき的美濃部先生は「国民の法意識はここにはない」として断固拒否し、それ以上関わらなかった。

条理は、あえてパラフレーズすれば、「非常災害の法理」が働くのではないか。中味を言えば、「必要性・緊急性・相当性」の原理である。生命・身体・財産の保護のための必要性和緊急性があるかどうか。そして、やはり大事なことは相当性である。行政側の関わり方が相当であるかどうか。比例原則と言っても良いが、相当性はとても大事である。



◆◆(6)比附◆◆

また、条理を超える「比附」というのがある。法哲学の笹倉教授が主張されていることで、気に入って使っている。「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、それを類推適用もすることができないケースに適用する**とした法技術である。**類推適用はケースの本質的類似性がその要件**

であるが、類似性が見出せない場合、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だし、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→法意（特定条文の意味の一般化）→条理という順序で、法秩序の価値観が深められている。**条理は、法秩序の最底辺を支える普遍的価値や法価値である。比附も、類似の法律から同じようなものを引き出すということで、法意を見出すことができる。**例えば、被災地でのたばこ小売販売業者の仮移転という話があった。要するに、仮設住宅におけるたばこ屋の開設ということである。これを認める規定は、たばこ事業法はもちろん、政令にも省令にもないが、これを認めた。前述の、213 項目の中に入っている。また、避難施設への出張販売も認めた。これも法にも政省令にもないが、法意として禁ずるものではないだろう、という比附の手法で認めた。似たようなケースで、理美容師の仮設住宅への訪問営業などの許可が認められた。法で、理容師や美容師は、勝手に行つて髪を切ることはできず、理容所や美容所を登録していなければならないと規定されている、ということが前提にある。例外規定も何もなかったが、震災後、現実に必要な性があったため、理美容師が仮設住宅に行つて、高齢者の髪を切っている。**震災緩和措置は、特定非常災害特別措置法⁴の拡大適用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。比附は、欠缺補充の手段としても踏まえておくことが必要な技術**なのである。

もともと、仮設住宅暮らしが何年も続けばこういう措置が必要になってくるのは当たり前のこと。



⁴正式名称：「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」

皆さんに御承知いただきたいのは、例外的な措置をする必要があるのに、例外的措置が法律上書いてないからということで、そこでダメだと言ってしまうことが一番困る。そういうことがないようにしてほしい。私は、213 項目は既成事実だったのだ、これからもこのようにやって良い、というように思っている。比附というか、条理というかは理論的な問題なのでそれはさておき、ルールのないところで、現実の必要性がある、というところで止められてしまった場合には、大変になるかもしれない。



2 震災事務管理論（基準外救助行為）



◆◆(1)災害救助法の限界と事務管理◆◆

「震災事務管理論（基準外救助行為）」について、**災害救助法の一般基準により難い事由というのが相当程度出てきている。**

【事例1】*****

例えば、避難所の食糧費は、平成 26 年度の災害救助法の解説でも、1040 円とされている。仙台市の事例を調べた限り、1040 円ではだめだ、弁当が出ない、ということになった。仙台市は、自分たちが持ち出しをしてでも、1300 円の弁当を支給した。おにぎりが良いか、お弁当が良いか、という話はさておき、最終的に、厚労省は 1600 円の弁当を認めた。避難所の食糧費について、仙台市が基準外のことをやっているのだが、この費用をどうするか、という話になったときには、県にはきついが厚労省にきちんと費用償還請求をしていただくということになると思う。**事務管理の場合は費用償還請求権というのがある。**費用償還請求をした場合には、**災害救助法の救助行為は第一号法定受**

託事務なので、県もちろん、支出した場合には国に対し不当利得返還請求することができると思う。

【事例2】*****

被災者への温泉施設利用費について。避難所の生活が長くなって、かわいそうなのが、お風呂にずっと入れない子どもがいっぱい出てきて、自分が汚いと思うのか人を避けるようになってきた。仙台市がバスをチャーターして温泉に連れていった。厚労省や宮城県と交渉しても、支障があるというので「ダメ」と言われたようであるが、後から費用償還請求をしている。宮城県とはやりあったようであるが、厚労省は後から全部認めている。温泉には要援護者をずっと置いておくとか、仮設住宅での要援護者の交通サービスとか、災害救助法に規定がないものについて、厚労省はたくさん認めている。災害救助法には、無数に穴がある。災害救助法をベースに救助活動を考えてしまうと、おそろしいことになる。



◆◆(2)行政上の事務管理◆◆

行政上の事務管理が認められるがどうかであるが、震災関係ではないが、豊田市の行政代執行費用は債権であるところ、業者が調査すべきところを市が調査した費用、2 千数百万円について、事務管理費用として、名古屋高裁は費用償還を認めた（名古屋高判平成 20 年 6 月 4 日）。

行政上の事務管理というのは、費用償還の場面で出てくるが、けっこう広く認められてきている。事務管理については、民法第 697 条で「義務なく他人のために事務の管理を始めた者は、その事務の性質に従い、最も本人の利益に適合する方法によって、その事務の管理をしなければならない」と規定されている。同法第

702条では、管理費用の償還請求が規定されている。震災を離れていうと、行政は相当たくさん事務管理しているのではないかと思う。本来本人がやるべきことを、ここでちょっと認めておこうという風潮があるのではないか。費用がたまり過ぎた場合には、費用償還請求訴訟を提起したほうが良いのではないか。



3 震災緩和(特定非常災害特別措置法)

◆◆(1)災害特別対応条例について◆◆

災害特別対応条例の制定について。大阪の箕面市の作った条例の中に、条例上許可を与えているものについて、震災に当たって、許可を延長するとか、義務の免除をする、といった規定がある。この条例は批判もあるのだが、この部分は、国が作った特定非常災害特別措置法において規定されている、自動車免許の延長や、税金の義務の免除等について、定めたものである。県でも条例を作って、義務の免除とか、許認可の延長などについて定めるべきではないか。ほとんどの自治体でこのような条例を制定していないと思う。状況が状況であったから仕方がなかった、というのかもしれないが、国はちゃんと作っているのだから、県でもやるべき。学説の中に、法律上あるいは条例上に根拠のない行政上の義務の免除は、法律の優位に反する、という法律の優位原則がある。義務は義務として残っているわけなので、黙って義務がないことにするのは違法になってしまう。そうであるから、箕面市のような災害特別対応条例は必要ではなかろうか。災害対策基本法はけしからん、などというイデオロギーの問題ではなくて、かなりしっかりした根拠のある話。国の特定非常災害特別措置法に倣った条例を県でも作るべきである。



◆◆(2)災害政策の今後の課題◆◆

あとは、ポリシーというか政策にかかわることなので課題としてみておいてくれればと思うが、今は、これから大震災がやってくるということで、幕末と同じような状況であると考えている。幕末、大震災⁵で江戸幕府は弱体化した。今度、大震災が起きると、避難が長期化するの間違いはない。外国に避難せざるを得ないことになるかもしれない。香港や上海等に千葉県住民が避難するという可能性も考えられる。大規模な震災だと避難も長期化し、国のありようも変わってくるのではないだろうか。



【避難所政策からの脱皮】*****

避難所政策からの脱皮を図るべきである。千葉県も東京都も、避難所→仮設住宅→公営住宅という流れで施策を考えているが、「図表2 仙台市の応急仮設住宅の入居状況(単位:戸)」をみると、平成24年3月30日の時点で、民間借上げ賃貸住宅が8,619、プレハブ仮設住宅が1,498、公営借上げ住宅等が799、これが言わば都市部の前提である。実態がこうであるにもかかわらず、地域防災計画には、避難所→仮設住宅→公営住宅という書き方をしている。良いとは思いますが、実態は違う。国は仙台市のような実態を認めて、民間借上げ住宅をみなし仮設住宅とすることとした。

図表2 仙台市の応急仮設住宅の入居状況(単位:戸)

年月日	プレハブ仮設住宅	公営借上げ住宅等	民間借上げ賃貸住宅	合計
平成24年3月30日	1,498	799	8,619	10,916

出典:「仙台市震災記録誌」(http://www.city.sendai.jp/fukko/1207640_2757.html)

学会で報告する際、三宅島を調べたことがある。三宅島は全島避難の島である。最初から仮設住宅を一軒も作らせなかった。学校は都立秋川高校に収斂させた。「図表3」で、都立秋川

⁵幕末の大震災としては「安政東海地震、安政南海地震(1854)」や「安政江戸地震(1855)」などがある。

高校に集めた生徒の数が徐々に減っているが、小学生についてはだんだん親が恋しくなってきた、親元で暮らしたいということで減った。

図表3 三宅島噴火災害における児童・生徒の在籍者数(人)

	平成12年9月4日	平成13年3月23日	平成13年4月6日	平成14年1月8日
小学校	138	60	27	18
中学校	106	99	57	49
高校	115	109	83	78
計	359	268	167	145

出典：国立国会図書館調査及び立法考査局『自然災害に対する地方自治体及び住民の対応－三宅島噴火災害を中心として－総合調査報告書』(2002年)

このポリシーがなぜ良いと思うかという、**避難所で苦勞するのは、女性と高齢者**であるからだ。**ジェンダー問題が必ず起こり、女性や高齢者が苦勞する**。仮設になると暑くて寒い。しかも仮設となると公有地を確保しなければならない。千葉県に、仮設を建てられる公有地がいったいどれくらいあるのか。避難所→仮設住宅→公営住宅という公式を少し緩めてもらおうとよろしいかと思う。私は女子学生には、被災したら「最初は避難所」というのは関係ないから最初からアパートを探せと言っている。そのほうが身のためだ、と。**避難所は決して安全な場所ではない**からだ。東日本大震災時、避難所では一週間は犯罪がなかったが、二週間目からは犯罪が多発し、相当ひどい状況だった。避難所で何も起きないというのは嘘で、相当ひどいことが起きており、ただ表出していないだけである。**避難所→仮設という公式にはあまりこだわらず、弾力的にすべきではないか。**

【住所地の問題】*****

あとは補足であるが、いま、福島から避難して来ている人達には住所がない。総務省が立案して、クレジットカードを作る場合と携帯を作る場合などに、今いる場所を証明するという特例法⁶を作っている。**住所は、行政法の世界において戦前からの大問題で、複数説が当たり前。**

⁶ 正式名称：「東日本大震災における原子力発電所の事故による災害に対処するための避難住民に係る事務処理の特例及び住所移転者に係る措置に関する法律」

どうして複数であってはいけないのか。公になると、一箇所です、ということになる。例えば、生活保護法上の住所と他の法律上の住所を並べていくと、複数の住所が出てくることはあり得る。むしろ複数が当たり前なのだと思う。

もちろん、福島の場合は、例えば、双葉町に住所がないと双葉町の住民として認められないのではないか、という懸念が住民にあるようだ。双葉町の住所からここに移った、前の住所はここ(双葉町)なんだ、といえればそれで良いと思うし、別に住所を移したらだめだと誰も言っているわけではないのだが、**双葉町から避難している人たちにすれば、双葉町から住所が離れてしまったら東電から賠償金をもらえないのではないか、という懸念がある**ようだ。**住所の代替手段として、「協定住民制度」が条例上の措置として考えられないか、**ということを考えている。



震災は、あまり考えたくない問題だと思うが、究極のルールという側面がある。究極のものを見ると、その本質がよくわかるのだと思う。大震災を法的に扱うにはどうしたら良いか、ということは雲をつかむような話で、半年くらい閉じこもって勉強したが、とても良い勉強になった。

鈴木先生、御講演ありがとうございました。

