

# 「災害緊急事態」の概念とスムーズな適用

湯浅壘道<sup>1</sup>・林紘一郎<sup>2</sup>・

## 概要

平和憲法の下で、「戦争」という積極的な武力行使を放棄したわが国では、「攻撃される」という消極的な非常事態についても、検討がないがしろにされてきた。2001年9月11日の同時多発テロに促されるような形で、「武力攻撃事態対処法」(2003年)と「国民保護法」関連の7法が成立(2004年)して、一応の整備がなされたが、武力攻撃事態以外の有事に関する法制は、引き続き検討が必要な状況にあった。

そのような中で、2011年3月11日の東日本大災害が発生したが、菅政権は既に規定が存在する「災害緊急事態」(災害対策基本法第8章)さえ発動することなく、一般的な対応に終始した。なぜ、発動されなかったのだろうか？ 3・11規模の大災害にも対応できない規定では、存在意義がないのではないかと。こうした疑問を検討するには、今回の大震災の余韻が冷めない現時点が、絶好の機会と思われる。

そこで本稿においては、災害対策基本法を糸口に、「緊急事態」の概念があまり受け入れられない原因を、歴史的経緯と憲法解釈の両面から探ってみたい。そして、住民基本台帳の消失に対する措置等を事例として、「緊急事態」の概念をより明確にし、その際の時限的権限と(同時に)制約のあり方を検討すべき時がきたことを、明確にする。

## 1 はじめに

危機管理について平時と有事(あるいは緊急事態)を区分し、また災害のように意図しないものと攻撃のように意図的なものを対比することが多い。有事と緊急事態の違いについては、①「緊急事態」の方が広く、「有事」は「もともと緊急度が高いもの」をいうとする説と、②「有事」の方が広く、「緊急事態」はそのうち「国家緊急事態」というような特殊な場合とする説、が対立しているようである(森本・浜谷[2003])。本稿では、両者の区分に立ち入らず、「非常事態」も含めて、三者を互換性のある用語として用いる。

ところで、このような平時と有事・緊急事態・非常事態という二者択一ではなく、「平和だが有事」という概念は要らないのだろうか？ 例えば、サイバー攻撃が組織的かつ広汎になされる事態は、対象が限られているため「有事」との判断に至らないものであっても、それに準じた扱いが必要な場合がある。また今回の大規模災害も、全国的な「有事」には当たらないが、地域を限定すれば、まさに「有事」にふさわしい対処が必要であろう。

---

<sup>1</sup> 情報セキュリティ研究科 教授

<sup>2</sup> 学長・情報セキュリティ研究科 教授

しかし、わが国の法制では「有事」の概念は、きわめて限定的である。というのは、日本国憲法第 9 条の制約の下で自衛力を整備し、国際紛争等への自衛隊の派遣を徐々に実現してきた中で、「有事」は常に憲法第 9 条で放棄したはずの武力行使を伴う事態として観念され、憲法違反との指弾を一部から強く受けるために、この言葉をつかうこと自体がタブー視されてきた経緯があるからである。代わって、全体をより広く捉えることのできる「非常事態」ないしは「緊急事態」という概念が望ましいかもしれない。ところが、災害に限定した「緊急事態」を定める災害対策基本法においても、「災害緊急事態」の適用はさらに限定されており、かつ政府もこれを発動したがない。

このような「腰の引けた」対応の背景としては、①縦割り・地域割りで権限が配分されている各省庁や地方自治体に係る事項を、一時的にせよ超法規的に集中することに対して抵抗感がある、②憲法に「緊急事態」等の規定がない以上、憲法秩序はつねに働くというはずでありそれに近い規定を設けることにある種の「うしろめたさ」がある、という 2 つの仮説を立てることができよう。

そこで本稿では、次章で「災害緊急事態」の法的な根拠と運用の実際を概観した上で、第 3 章で住民基本台帳の消失等の事例を考察し、第 4 章で主として①を、第 5 章で主として②を検証し、最後に第 6 章で概念をさらに明確にすることによって、今後のよりスムーズな運用を図る可能性を検討したい。

## 2 災害対策基本法における「災害緊急事態」：根拠と実際

災害対策基本法(昭和 36 年法律第 223 号)は、全国で死者 4697 人、行方不明 401 人、浸水 36 万戸という大被害を与えた、伊勢湾台風(昭和 34 年)を契機として制定された。

同法は、それまでに応急的に制定された法律を整理し、国土と国民の生命・身体・財産を災害から保護するため、防災に関して国・自治体その他の公共機関を通じて必要な体制を確立し、責任の所在を明確にするとともに、防災計画の作成、災害予防、災害応急対策、復旧・防災に関する財政金融措置、その他必要な災害対策の基本を定めたものである。

災害に関係する法律は非常に多岐にわたり、災害救助法、激甚災害法、建築基準法、土地区画整理事業法・都市開発法・都市計画法(被災地のまちづくり関係)、雇用保険法、被災市街地復興特別措置法、災害弔慰金の支給等に関する法律等、多くの法律が存在する。野口・幸田[2009]は、災害に関係する法律の体系を、基本法グループ、災害予防関係法グループ、災害応急対策法グループ、組織法グループ、災害事後対応・復旧法グループに分類しているが、このうち災害対策基本法は最も基本となるものである。

災害対策基本法の下では、政府の災害対策組織として、臨時に非常災害対策本部と緊急災害対策本部の 2 種類を置くことができる。

このうち、前者の非常災害対策本部については「非常災害が発生した場合において、当該災害の規模その他の状況により当該災害に係る災害応急対策を推進するため特別の必要があると認めるとき」(第 24 条)に内閣府に置かれることとされており、非常災害対策本部の長は非常災害対策本部長とし、国务大臣を充てることとされている(第 25 条)。

これに対して、同法第 8 章(第 105 条～第 109 条の 2)では「非常災害」を上回る事態と

して「災害緊急事態」を定めるが、105 条では、「非常災害が発生し、かつ、当該災害が国の経済及び公共の福祉に重大な影響を及ぼすべき異常かつ激甚なものである場合において、当該災害に係る災害応急対策を推進するため特別の必要があると認めるときは、内閣総理大臣は、閣議にかけて、関係地域の全部又は一部について災害緊急事態の布告を発することができる。」と規定している。

「非常」と「緊急」の二つの災害対策本部の違いは、「非常災害対策本部は、本部長は大臣で、関係地方公共団体の長、地方公共団体の長などに対して指示することができるが、大臣に対しては指示できないのに対して、緊急災害対策本部の本部長は首相であり、関係指定行政機関の長、つまり大臣に対しても指揮監督権がある」(阿部[2000])という点である。

災害緊急事態の布告は国会の事後承認が必要であり、106 条では内閣総理大臣が災害緊急事態を布告した場合には布告を発した日から 20 日以内に国会に付議して承認を求めなければならないとしている(ただし国会が閉会中の場合又は衆議院が解散されている場合は、その後最初に召集される国会において、すみやかに、その承認を求めなければならない)。国会が不承認の議決をしたとき、国会が災害緊急事態の布告の廃止を議決したとき、または当該布告の必要がなくなったときには、内閣総理大臣はすみやかに当該布告を廃止しなければならない(106 条 2 項)。

災害緊急事態の布告の効果は、大別すると緊急災害対策本部の設置(107 条)、一定の緊急措置を行なうための政令の制定権限(109 条 1 項)、他の法律の規定によって海外からの支援を緊急かつ円滑に受け入れることができない場合に、必要な措置をとるための政令の制定権限(109 条の 2)である。

このうち、109 条 1 項に定める政令を制定することによって実施できる緊急措置は、供給が特に不足している生活必需物資の配給・譲渡・引渡しの制限・禁止、災害応急対策・復旧または国民生活の安定のため必要な物の価格・役務その他の給付の対価の最高額の決定、金銭債務の支払(賃金、災害補償の給付金その他の労働関係に基づく金銭債務の支払と、その支払のためにする銀行その他の金融機関の預金等の支払を除く)の延期および権利の保存期間の延長である。

生活必需物資の配給等の制限(換言すれば、流通・販売の統制)、災害復旧または生活に必要な物品・役務の物価統制、金銭債務の猶予等を実施することができるのであるから、相当に強力な権限であるといつてよい。また 109 条 2 項に定める政令を制定することによって、たとえば海外から派遣された医師法上の医師免許を有しない外国の医師が緊急的に医療行為を行なうことも、可能になる。

今回の東日本大震災や、それに起因する東京電力福島第一原子力発電所の事故によって、わが国はまさに「非常災害が発生し、かつ、当該災害が国の経済及び公共の福祉に重大な影響を及ぼすべき異常かつ激甚な」事態に直面したことは明らかであろう。このことから、菅政権は当該布告を発することは可能であったし、また布告を発すべきであったという意見も出ている。

実際に、平成 23 年 4 月 22 日に開催された参議院予算委員会において、佐藤正久参議院議員が今回はまさに災害対策基本法 105 条の災害緊急事態に該当する事態であるとし、なぜ公布しないのかと質問したが、小滝晃・内閣府参事官は「政令の布告は国会閉会中に限られること、国民の権利義務を大きく規制する非常に強い措置で適切な判断が

必要であること」を理由として、慎重な姿勢に終始する答弁を行なったという。

たしかに、「内閣は、第一項の規定により政令を制定したときは、直ちに、国会の臨時会の召集を決定し、又は参議院の緊急集会を求め、かつ、そのとった措置をなお継続すべき場合には、その政令に代わる法律が制定される措置をとり、その他の場合には、その政令を制定したことについて承認を求めなければならない」(109条4項)とされている。

したがって、109条1項及び2項に定める緊急措置を実施するための政令の制定は、「国会が閉会中又は衆議院が解散中であり、かつ、臨時会の召集を決定し、又は参議院の緊急集会を求めてその措置を待ついとまがないとき」に限定されることになり、国会開会中に大震災が発生した今回は、緊急措置を布告したとしても、それに基づく政令を制定することはできない。

他方で、107条に定める緊急災害対策本部の設置については、国会開会中であるかどうかを問わない。実際に、総合防災訓練においては、次のように緊急措置の布告のひな形まで用意されている<sup>3</sup>。

訓練：南関東

災害緊急事態の布告について

平成13年9月1日 閣議決定

南関東地震による被害は、国の経済及び公共の福祉に重大な影響を及ぼすべき異常かつ激甚なものであり、当該災害に係る災害応急対策を推進するため特別の必要があるので、災害対策基本法(昭和36年法律第223号)第105条第1項の規定に基づき、下記のとおり災害緊急事態の布告を発する。

#### 記

##### 1 災害名

南関東地震

##### 2 布告の区域

茨城県、埼玉県、千葉県、東京都及び神奈川県 of 区域

##### 3 布告を必要とする事態の概要

南関東地震による被害は、我が国の経済及び公共の福祉に重大な影響を及ぼすべき異常かつ激甚なものであり、当該災害に係る災害応急対策を推進するため特別の必要がある。

##### 4 布告の効力発生日時

平成13年9月1日10時55分

<sup>3</sup> [http://www.bousai.go.jp/kunren/pdf/m3\\_2.PDF](http://www.bousai.go.jp/kunren/pdf/m3_2.PDF)

また、政府の災害緊急事態に関しては、南関東地域震災応急対策活動要領(昭和 63 年 12 月 6 日)というマニュアルが存在する。

このマニュアルは「災害対策基本法に基づく防災基本計画、大都市震災対策推進要綱及び南関東地域直下の地震対策に関する大綱を前提としつつ、広域的な災害に対処するために緊急災害対策本部が設置される場合を想定して、緊急災害対策本部が行なう活動、緊急災害対策本部を中心とする関係機関が行なう活動等に関する要領を示したもの」であり、「防災業務計画及び地域防災計画と整合性を保ちつつ一体となって、災害応急対策の円滑な実施を図ることを目的としている(前文第 2 目的及び性格)。

このマニュアルそのものは、「南関東地域に広域的かつ激甚な被害をもたらす地震が発生し、その災害に対処するために緊急災害対策本部が設置される場合に適用する」(前文第 3 活動要領の適用)とされているので、今回のような東北地域を主たる被害地とする場合を想定したものではないが、「なお、南関東地域におけるこれに準ずる震災に対処して非常災害対策本部が設置される場合においても、同本部が決定するところに従い一部又は全部を準用することを妨げない。」(同)とされているのであるから、今回の東日本大震災においても準用することは可能であった。

「政府は、著しく異常かつ激甚な被害が発生していると認められたときは、直ちに内閣総理大臣を長とする緊急災害対策本部の設置を行なう。また、国の経済及び公共の福祉に重大な影響を及ぼす異常かつ激甚な被害が発生していると認められたときは、直ちに災害緊急事態の布告を行なう。」(第 1 章第 1 政府の活動体制)とされているのであるから、このマニュアルに沿って政府が行動するのであれば、ただちに災害緊急事態の布告を行なうべきであっただろう。

ところが、災害対策基本法 107 条では「内閣総理大臣は、第 105 条の規定による災害緊急事態の布告があつたときは、当該災害に係る緊急災害対策本部が既に設置されている場合を除き、第 28 条の 2 の規定により、当該災害緊急事態の布告に係る地域を所管区域とする緊急災害対策本部を設置するものとする。」と規定されており、「当該災害に係る緊急災害対策本部が既に設置されている場合」には、緊急措置の布告に基づく緊急災害対策本部を設置することはできないこととされている。

今回の大震災においては、緊急災害対策本部は地震発生から約 30 分後の 3 月 11 日 15 時 14 分に設置されたとのことであるから、緊急措置の布告による緊急災害対策本部は、約 30 分間しか存続し得なかったことになる。

実は、従来は緊急災害対策本部の設置には緊急措置の布告が必要であった。しかし阪神・淡路大震災の教訓を踏まえて 1995 年に災害対策基本法が改正され、首相は災害緊急事態を布告しなくても、閣議にかけて緊急災害対策本部を設置できるようになった。その一方で、緊急災害対策本部が既に設置された場合は布告に基づく緊急災害対策本部の設置はできなくなり、既に設置されていない場合であっても布告に基づき設置するときには中央防災会議への諮問も必要となった(災害対策基本法 11 条 4 項 4 号)。

要するに、緊急災害対策本部そのものは設置しやすくなった反面で、緊急措置の布告に基づく緊急災害対策本部は逆に設置しにくいようになったのである。この間の経緯は不明であるが、緊急事態布告を「棚上げ」してなるべく緊急事態であることを政府が公的に表明するのを避け、平常時の枠組みで事態への対処を行なおうとしたようにも見える。

このように考えると、一体どのような場面において緊急措置の布告を行なうことを想定し、

その具体的効果として「当該災害に係る緊急災害対策本部が既に設置され」る前に中央防災会議に諮問した上で 107 条に基づいて設置する緊急対策本部とは、一体どのようなものが想定されていたのか、はなはだ疑問と言わざるをえない。そして実際にも、この規定が発動されたことは一度もないのである。

さらに、林(敏)[2011]は日本の緊急事態法制の特色として緊急事態そのものの一般的定義を欠き個別法にそれぞれの法が対応すべき領域が明示されているに過ぎないこと、緊急時における行政の権限と平時におけるそれとの弁別が行われていないことを挙げていますが、緊急時における行政のマニュアルとして策定されたはずの「南関東地域震災応急対策活動要領」においてもそれは顕著である。

緊急時における対応は、行政が民間事業者等に要請して「協力」を得ることが基本となっており、平時における物価対策等とどこが異なるのかは明記されていない。「必要な措置をとる」、「必要な措置を行なう」、「所要の措置を講じる」という文言は頻出するが、その内容の具体的な例の明示(すくなくとも例示的の列挙)はきわめて少ない。さらに、緊急時において行政が要請をこえて強制力をもって民間事業者等に対してそれらの「措置」を講ずることとされている場面において、その根拠法は平時の許認可・命令権限に求められている。

たとえば緊急に必要な物資の輸送(緊急輸送活動)に関しても、トラック業者等に対しては「運輸省からの要請に基づき事業者の協力を得て実施することを原則とする」ことになっており、「特に必要と認めるとき」以外には強制力を発動しないことになっている(第 3 章 緊急輸送のための交通の確保・緊急輸送活動)。「特に必要」があると認められたときは命令を発するが、この命令についても平時における許認可・命令権限の延長線上にあり、道路輸送関係については地方運輸局長の一般自動車運送事業者に対する運送命令(道路運送法)、海上輸送関係については運輸大臣の船舶運送事業者に対する航海命令(海上運送法)、運輸大臣の港湾運送事業者に対する公益命令(港湾運送事業法)、道路、鉄道及び海上輸送関係運輸大臣の応援命令に基づく都道府県知事の要求を受けて行われる地方運輸局長の輸送関係者に対する従事命令(災害救助法)というように定められている。

内容を詳しく検討すればするほど、わが国の緊急事態法制は緊急事態であることを政府が公的に表明するのを避け、平常時の枠組みで事態への対処を行なおうとしたものとしか見えない。

それは、緊急時における法的枠組みを一般的に定立することは、緊急時にどのような自体が発生するのかすべて確実に予測することができないだけに非常に困難であり、緊急時の対応において個々の具体的事案を離れて妥当する一般性をもつ理論を確立することは現実的に不可能に近いので、平時の枠組みを利用することがむしろ妥当であるという判断の結果なのだとすれば、一定の合理性がないわけではない。法律学者の関心は一般的理論の定立にむけられるが、できる限り一般的理論を前面に出すことを避けようとするのは、行政だけではなく裁判官も同じだからである(伊藤[1993])。

しかし、なぜ緊急事態であることを表明することに、これほど消極的なのであろうか。平時の統治能力を喪失する(と認める)ことが、ただちに政府の統治権力の正統性の危機につながるかと恐れた結果であらうか。それとも、緊急事態を想定すること自体によって非難批判を浴びることを恐れているのであろうか。後者については、おそらく憲法第 9 条の問題と

関係していよう。この点については第 5 章で検討することにした。

### 3 東日本大震災での事例研究

今回の大震災が阪神・淡路大震災と異なる点は多々あるが、災害復旧行政という観点からは、いくつかの自治体で庁舎そのものまでが津波で流されてしまい、窓口業務さえ行なえない事態になっている点が注目される。庁舎は残っていても、戸籍や住民基本台帳が流出したり電子データが海水に漬かったりして処理できなくなれば、業務に支障が出ることになる。宮城県南三陸町と女川町、岩手県陸前高田市と大槌町では、戸籍の正本が消失したとされ、陸前高田市では行政文書がほとんど流されたと言われる。また、情報セキュリティの観点からも、平時における情報セキュリティの CIA とは異なる対応が必要であることが明らかになってきている。通常はなりすましや権限外の職員によるアクセスを防止するために自治体の情報システムにおける権限付与や変更の手続きは厳格でなければならないが、今回の大震災のように自治体の職員自身が被災しているため他の自治体からの応援・代替職員の派遣を受けた場合に、本来の職員ではない者への権限付与や権限変更が障壁となってスムーズに業務再開できないというのはその一例である(井ノ口[2011])。これらの権限付与・変更の決裁者が死亡・行方不明で、その者に事故があった場合の代理をつとめることが定められている者も死亡・行方不明というケースも想定される。

被災地の自治体の業務としては、行方不明者の安否確認、死者に対する死亡届と火葬・埋葬許可、避難住民に対する各種支援や地方税の減免、家屋の被害程度を証明する「罹災証明」の発行など、急を要する業務が目白押しであり、これ以外にも、義援金の交付、仮設住宅の入退去手続き、各種保険料の減免や納期延期、医療助成の特例措置、福祉サービスの提供などがあるとされる(瀧口[2011])。これらはすべて住民基本台帳などの基礎資料を根拠に実施されるものである。

こうした被災状況を踏まえて、総務省は被災地から他の地域に転入しようとする場合に、転出証明を得ておらず本人確認書類を失くしていても、転入地で氏名・住所・転入年月日・生年月日・戸籍の表示などの届けが住民基本台帳のデータと一致する場合には、柔軟な窓口対応が行なえるよう通達(「東北地方太平洋沖地震により滅失した戸籍の再製について」)を出した<sup>4</sup>。

戸籍については法務省の所管であるが、仙台法務局や盛岡地方法務局の支局には副本(電子データ)が残っており、当初はこれらを元に完全復元できるものと考えていたようである。しかし、婚姻にせよ出生・死亡にせよ、届出から管轄法務局で戸籍が書き換えられるまでには時差があり、今年 2 月と 3 月分の異動については復元できない可能性が高いとされるようになった。そこで、本人あるいは家族からの口頭の申し出があれば、副本と届出で戸籍を復元した上で、関連資料も参考にして変更を認めることにしたという。また、副本しかない状態では「副本でも内容を証明できる」という特例を認めるという<sup>5</sup>。

これらの対策は、いずれも現場の実態を踏まえ、緊急を要する処理を迅速に行なうことによる便益と、誤認や悪意ある者からの詐欺的申告等を見過ごしてしまうという被害(費用)とを秤にかけた上で、前者を優先させる意思決定と考えることが出来よう。被災地にお

<sup>4</sup> [http://www.soumu.go.jp/menu\\_kyotsuu/important/02koho03\\_03000083.html](http://www.soumu.go.jp/menu_kyotsuu/important/02koho03_03000083.html)

<sup>5</sup> <http://www.moj.go.jp/hisho/kouhou/saigai0010.html>

いては「本人確認をしようにも、窓口で口頭によるしかない」という実態を直視すれば、このような特例を認めるのが常識的かと思われる。

しかし、問題はその手段として「通達」によることが妥当か否かである。たとえ結論が妥当であっても、手続きが適切さを欠けば、今後に禍根を残すことになりかねない。日本人は、「結果良ければ、すべて良し」とする傾向があるが、人種や宗教などの多様性に富む国では、アメリカの **due process of law** の原則のように、「適正な手続きを踏まないと正義の実現が妨げられる」という考えが徹底している。

一般に、官公庁が行なう行為は、それぞれに根拠法がなければならない。市民革命を経て近代国家が形成された先進諸国にあつては、それ以前の絶対王政等の専制と戦って市民が権利を獲得した経緯があるから、この点に特に敏感である。仮に官公庁が「良かれ」と思ってやった行為であっても、根拠法が無ければ「不法行為」となる。要は、官庁に「余計なお世話」は焼かせない、というのが近代国家の原理である。

このような目から見ると、平時には法律を制定して実施しなければならない行為を、非常事態だからといって「通達」で処理する権限が、どこから与えられたのかを問わねばならない。「災害緊急事態」を布告して、緊急措置として政令を制定する道があるのだから、それに従うのが理の当然ではないか、と思われる。

どうやら、このあたりの「仕切り」は、日本人の苦手に属するようである。常識人と目されている養老 [2011] が次のように言うのは、問題点の認識としては正しいだろうが、直ちに「超法規的措置」に結びつけるのは、法的には疑問と言わざるを得ない。

「津波の被災地で持ち主がわからなくなった車が復旧の妨げになっても、災害対策基本法では、市町村が撤去の公示をしてから 6 ヶ月間は保管しないとイケないという。(中略) 法律上の手続きを盾にすれば、トップが判断を先送りして時間稼ぎができる。場合によっては判断しなくて済む。(中略) 前例が無いとは言わせない。過去にいい例があるではないか。1977 年の日本赤軍によるダッカハイジャック事件の超法規的措置。(以下略)」

養老が気づいてないとは思えないが、ダッカ事件で日本が取った行動こそ、諸外国からあきれられた行為に他ならない。ハイジャックという(国際)犯罪に対して「超法規的」措置により屈服することは、当該事案だけを穏便に解決する場合があるにしても、その後「日本は脅かせばどうにでもなる」という前例を残すことになり、被害の方が圧倒的に大きい。したがって先進諸国はどこでも、人質の救出には配慮するにしても、決して要求に屈することはないのである。

もっとも、養老が心配するのが「コンプライアンス」を誤解した「杓子定規な法解釈」であるとすれば、その心配は多いにある。一例として、2011 年 3 月 18 日付けの『メディアファクス』という医療分野のファクス・サービス第 6080 号によれば、被災地の医療機関に対して別の医療機関から医薬品を送ることが、薬事法に違反するのではないかとの声が出たため、大塚厚生労働副大臣が 17 日の記者会見で「この緊急時に、薬事法のことを気にしているという情報が上がってくれば対処する」旨、回答したと報じられている。

この事例については、2つの問題点がある。1つは、わが国では平常時においても、コンプライアンス＝法令の条文に身の丈を合わせる事、という杓子定規な解釈が行なわれがちなことである。上記ファクスの後段には、「薬事法では、原則として薬局開設者でなければ、業として医薬品を販売、授与してはならないと定めている」とのコメントが載っている。しかし、上記のコメントは形式論としては間違っていないものの、実態的に「業として」に該当



しないことは明らかだろう。形式的には、薬事法第 24 条の「医薬品の販売業の許可」の規定が該当しそうだが、これは「業として」反復・継続的に行なう場合を想定したもので、上記のような態様には当然適用されないものと思われるからである。

第 2 の、より重要な問題点は、「薬事法に違反するのではないかとの声」を發した人は、非常時においても既存の法律がそのまま適用される、と思いついでいるフシがあることである。先に述べたとおり、平和憲法に守られ平和な半世紀を過ごしてきたため、日本人の多くに「非常時」という発想が育たなかったのは、やむを得ない面がある。しかし、この大震災の教訓を今後に生かすとするなら、まず「平時と非常時を峻別する」という意識を持つことが、大切ではないかと思われる。

また、今回の大震災で問題となった「福島原発事故において国産ロボットが原発事故で活躍できなかったのはなぜか」という疑問についても取り上げてみよう。

福島原子力発電所が放射性物質で汚染された際に、ロボットで内部を調査すべきだ、ということは誰でも気づくことであろう。そして実際、ロボットによる探索が行なわれたのだが、当初活躍したのはアメリカ製など外国製ばかりで、「ロボット王国」とも異名のある国産のものが活躍する余地はなかった。これはどうしたことだろうか。

ここには、商用と軍用のスペック(製品が備えるべき仕様)がまったく異なる、という事情が隠されている。外国製品が瓦礫の中の作業や、温度・湿度等が異常の場合でも作動するよう、実験に次ぐ実験を繰り返していたのに対して、わが国のものすべて商用で、走行実験も平らな地面でしか行なわれていなかったとされる<sup>6</sup>。これでは、非常時に対応できない。Dual Use という言葉があるが、商用と軍用が峻別されて交流がないわが国では、そのような利用が妨げられているのである。

また、わが国においては商用といいながらも、高度経済成長期に官庁を中心として立案された経済発展計画の展開としての産業振興策に企業が呼応する形で官民相乗りによって技術開発が進められてきた経緯があるので、国自らが技術開発と実用化を推進してきた製品について、国が冷静な評価をすることができないという事情もあるように思われる。ありていにいえば、戦後高度経済成長期においては、国自らがあたかも民間企業のように設計、開発、実用化に深く関与していたのであって、それは通商産業省による産業育成・振興にとどまらず、運輸省、建設省、農林水産省など多くの技官官僚を抱える官庁でも広く見られた現象である。

1946 年に東大工学部を卒業して当時の運輸通信省に入省し、運輸省を中心に技術官僚として勤務して運輸省港湾局長を最後に退官した竹内良夫は、この間の事情を中道らのオーラル・ヒストリーのプロジェクトにおいて次のように述懐している(中道[2007])。少し長くなるが、引用してみよう。

白人の社会とかイギリスの社会なんかは、技術というものは民間なのです。別の言葉で言うと、コンサルタントが技術を発展させて、それをコントラクターが、施工するというスタイルがアメリカやイギリス、だいたいヨーロッパの社会は、一般的です。お金を政府が持って、企画というのはコンサルタントがやって、コンサルタントは株式会社でしょ。それからコントラクター、ここにゼネコンがいるのです。コンサルタントと、ゼネコンと、政府と、三つ並立

<sup>6</sup> 各紙が報じているが、例えば  
<http://sankei.jp.msn.com/affairs/news/110430/dst11043021540026-n1.htm>

しながら仕事を進めてきたというのがイギリスなどの白人の社会です。

日本は政府のなかにコンサルタントが入っちゃったというか、初めからコンサルタントというのを作らないでコンサルタント的な仕事を政府がやったのです。(中略)それは政府自らがコンサルタント、すなわち設計とか、そういうふうなものも入れて、初期の段階は、コントラクター、すなわちゼネコンの仕事まで政府がやっていたのです。(中略)

政府のなかにインハウス・エンジニアがあるから、ゼネコンと癒着するのだとか、予算の配分みたいなものまで、技術官がやっていて、特に建設省、運輸省のなかに入ると、技術官が予算配分しているでしょ。そんなのは普通外国じゃやってないです。

このように企画、技術開発、製品化、及びそれに係る予算の配分までをすべて国がやっているところでは、製品のスペックに対する客観的かつ市場における価値に基づく評価というものが行ないにくいことは、自明の理であろう。

#### 4 災害対策基本法の歴史に見る「災害緊急事態」の位置づけ

「災害緊急事態」に対する *reluctant* な態度の背景として、①縦割り・地域割りで権限が(なるべく重複しないように)配分されている各省庁や地方自治体に係る事項を、一時的にせよ超法規的に集中することに対して抵抗感がある、②憲法に「緊急事態」等の規定がない以上、憲法秩序はつねに働くはずでありそれに近い規定を設けることにある種の「うしろめたさ」がある、という2つの事情が作用しているものと推測されることは、既に述べた。

本章では、災害対策に関する法制度の歴史を振り返ることによって、主として①の仮説を検証するが、必然的に②にも言及せざるを得ない場合もあることを了承願いたい(なお、以下の記述は主として防災行政研究会(編)[2011]による)。

わが国は、台風・地震等の自然災害を受けやすい環境にあるので、第2次大戦後において十勝沖地震(1952年)を契機として従来の防災行政を再検討する動きが始まった。この際は全国知事会が主導して「非常災害対策法要綱」と「非常金融公庫法要綱」を作成したが、それ以上の成果は得られなかった。その後伊勢湾台風(1959年)を受けて全国的に災害対策基本法制定の動きが高まり、内閣審議室が中心になって基本的な法律を作成することになった。

審議室の案は「災害対策の整備に関する法律案」となったが、当時の岸首相が「第1に、災害の発生を予防するため防災官というものを置いて常時防災会議を開いて対策を立てる。第2に、災害が発生したときには思い切った処置が取れるように災害対策本部を設けることとし、災害対策本部長に各省に対する強力な指揮命令権を与えるという2本建の構想」であるとの発言をしたこともあって、以下のような要素を含んでいたことが注目される。

① 内閣総理大臣が閣議にかけて、災害緊急事態の布告をすることができる。

② 布告後は、応急災害対策本部長が閣議の決定に基づき、必要な範囲内において、各主任の大臣および各省の長の委任を受けて、それぞれの権限に基づく事項を自ら処理することができる。

③ 同じく布告後は、応急災害対策本部長が、都道府県知事や関係市町村長に、必要な範囲内において、指示することができる。

しかしこの案は直ちに閣議決定を得るに至らず、自治省や自由民主党も別の案を検討

することになった。その後、3案の調整を経て法案名も「災害対策基本法」となり、1961年5月に国会に上程されたが廃案となり、同年9月に再提案された。その審議の際、「災害緊急事態(当初案の「非常事態」から文言が修正された)に関する規定は憲法上問題がないか」という疑義が出され、この章(第8章)全体が一旦削除された。

修正後の法案は、1961年10月31日に可決成立し11月15日に公布されたが、施行日の翌年7月10日以前に改正されることになった。改正は3回に及ぶが、他の法律の制改定に連動して改正された他の2回を除けば、第8章の復活が唯一の実質的な改正であった。ここでは憲法上の疑義を晴らすため、参考人の意見を聴いて規定を整備し、合わせて「災害緊急事態」の布告は、中央防災会議に諮って行なうこととなった。

しかし時代が変わり、1995年の阪神・淡路大震災においては、災害の規模もさることながら初動体制のまずさなどが指摘され、防災対策全般の見直しが必要になった。そこで同年末の法改正においては、「災害緊急事態」の布告がなくても、「著しく異常かつ激甚な非常災害の場合」には、次の措置が可能となった。

- ① 内閣総理大臣を本部長とする緊急災害対策本部を設置すること、
- ② 本部長が指定行政機関の長等に指示することができること、
- ③ 現地対策本部を置くことができること。

かくして、前章で述べたように、緊急災害対策本部を設置しやすくした反面で、緊急措置の布告に基づく緊急災害対策本部は、逆に設置しにくいようになったのである。国会は、こうした矛盾を理解していたためか、付帯決議の1つとして、「非常災害対策本部及び緊急災害対策本部の設置基準について早急に検討を行なう」ことを促している(参議院の付帯決議による)。しかし、それが実際になされた形跡はない。

さらに問題なのは、災害対策基本法の制定時に岸首相が唱えた2原則が、その後「なし崩し」的に消滅しつつあるのではないかと、いう懸念である。なるほど、内閣府に「内閣危機管理監」が設置されるなど、内閣機能の1つとして省庁横断的機能の強化が図られつつあるかに見える。しかし、今回の福島原発事故のような異常事態に対して、こうした体制が期待通りに機能した、と評価する国民の比率は低い。震災対応に対する世論調査は多いが、例えば4月18日の朝日新聞の調査では、震災対応全般について、「評価する」が22%に対して「評価しない」が60%、これが原発事故になると、16%対67%となっている<sup>7</sup>。

わが国の組織は、一般に中間管理層が優秀で補佐的機能を果たす反面、トップは具体的な指示をせず「おみこし」に乗っているのが、望ましいとされてきた。経済が右肩上がり発展を続け、外敵の侵入や大災害に見舞われることがなければ、それが組織を発展させ、関係者のすべてを満足させる「理想」であったかもしれない。

しかし今日では経済は停滞し、リスクはどこにあるかも分からないほど複雑化・グローバル化している。このような状況では、平時と非常時を切り分け、危機管理の対策を予め準備して、いざという時に強力なリーダーシップを発揮することができなければ、組織の存続すら危ぶまれる時代になった。加えて、非公開とする情報を選別するのは最低限にし、できるだけ多くの情報を開示しないと、却って「未だ隠しているのではないか?」という疑心暗鬼を呼ぶことも、自覚しておかねばなるまい。現在の日本の状況を、世界はそのような視点

<sup>7</sup> <http://www.asahi.com/politics/update/0417/TKY201104170326.html>

から注視していると見るべきだろう。

また、東日本大震災(東北地方太平洋沖地震)を契機として、各種のソーシャルメディアの行政の広報広聴手段としての意義が高く評価されるようになり、特に震災の後には自治体の利用が増えた。しかし、ソーシャルメディアにおける情報に対する人々の信頼度は、誰からの発信かという点に大きく依存するといわれる(藤代[2011])。市民が情報の信頼性を判断する際に「主に見ているのは、情報の中身ではない。見られているのは『発信者が信頼に値するかどうかである』」ともいう(三上[2011])。

そうであるとすれば、今回の東日本大震災と福島原発に関する政府の情報発信については、皮肉な結果になったといえる。というのは、野村総合研究所が実施した「震災に伴うメディア接触動向に関する調査」によると、発信者の身元が政府・自治体であることが明確であったものは、逆に国民に信頼されなかったことが明らかになっているからである<sup>8</sup>。国民は、政府・自治体が発信する情報だからこそ信頼に値しないと考えたのであろう。

「原子炉そのものであることは確認されていないが、何らかの爆発的事象であると報告されている」(2011年3月12日枝野官房長官の記者会見発言)とか、「今回検出された放射性物質濃度のハウレンソウを摂取し続けたからといって、直ちに健康に影響を及ぼすものとは考えられない」(2011年3月20日同)などという説明も、事態をある意味で正確に伝えているのかもしれないが、何かを隠すために曖昧に言っているのではないかという疑義を招いた点で、国民の政府への信頼を逆に低下させることにつながったと思われる。

## 5 日本国憲法と緊急事態

### 5.1 憲法学における「緊急事態」論

「災害緊急事態」の布告事例が皆無である背景には、前章で取りあげた①縦割り・地域割りで権限が配分されている各省庁や地方自治体に係る事項を、一時的にせよ超法規的に集中することに対して抵抗感がある、という理由のほかに、②憲法に「緊急事態」等の規定がない以上、理論的には「日本国憲法は、憲法秩序がつねに働き、平常な事態が維持されることを前提としている」(伊藤 1995)という認識が導かれるので、緊急事態に近い規定を設けることにある種の「うしろめたさ」がある、といった感情的要素があるものと思われる。ここでは、その憲法学的「うしろめたさ」の原因について考えてみたい。

周知の通り、わが国の憲法は「戦争」と「軍事力の保持」の放棄を定めることに急なあまり、外国からの攻撃等にどう対処すべきかといった「非常時の守り」についての規定を欠くことになった。このような例は、主要先進諸国の間では皆無である(森本・浜谷[2003])。成文法の国であり、規定がない以上議論にもならないことは当然かもしれないが、憲法学者の間でも「非常時の守り」は正面からは議論されないままに、時間が経過した。

日本国憲法は、緊急事態に関する明文規定を欠くが、このことから、憲法学界は緊急権そのものを否定する立場と、逆にそれを憲法の欠陥・欠缺として消極的に評価する立場に分かれることになる。また中間的なものとしては、緊急権そのものは理論的に「不文の法理」として肯定しつつも(佐藤[1995])、それを具体的に発動するための立法については慎

<sup>8</sup> <http://www.nri.co.jp/news/2011/110329.html>

重な見解をとり緊急権を謙抑的に理解しようとする立場もある。

この間の日本の憲法学における議論の特色は、本来は憲法保障の一つであり抵抗権と表裏一体に語られるはずの緊急権が、抵抗権よりも、憲法第9条との関係において議論の対象となるが多かったという点である。このため、憲法保障の一つとしての理論的地平における国家の緊急権に関する議論を行おうとする場合にも、それが「有事」に踏み込む射程を持っている以上第9条の問題を意識せざるをえなくなった。逆にいわゆる有事法制に関する議論においては、文面上は徹底した平和主義を採用していると解される日本国憲法の原理を純粋に尊重しようとする余り、外国からの武力攻撃やテロ等によるわが国の立憲体制に対する挑戦と日本国憲法体制の危機という状況を想定すること自体を排除して、そのような事態は平和主義からの「逆コース」が招来するものであると措定しがちになった。

わが国においては憲法第9条という桎梏が両者の間に介在するために、いきおい国家の緊急権に関する議論と現実の緊急事態に関する議論は、それぞれの地平で純化しがちであり、結果として現実の緊急事態に対する法治国家としての対応の具体性を欠くという展開になっているのである。

## 5.2 大日本帝国憲法と緊急勅令

憲法学における緊急事態アレルギーの原因の一つとして、大日本帝国憲法に天皇の大権として緊急権に関する規定が置かれ、これが濫用されて、軍国主義に利用されたことへの反省が挙げられよう。

大日本帝国憲法では、次のように8条に緊急勅令、14条に戒厳大権、31条に戦時または国家事変時の非常大権の規定が置かれていた。

### 第八條

天皇ハ公共ノ安全ヲ保持シ又ハ其ノ災厄ヲ避クル爲緊急ノ必要ニ由リ帝國議會閉會ノ場合ニ於テ法律ニ代ルヘキ勅令ヲ發ス

此ノ勅令ハ次ノ會期ニ於テ帝國議會ニ提出スヘシ若議會ニ於テ承諾セサルトキハ政府ハ將來ニ向テ其ノ効力ヲ失フコトヲ公布スヘシ

### 第十四條

天皇ハ戒嚴ヲ宣告ス

戒嚴ノ要件及効力ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム

### 第三十條

本章ニ掲ケタル條規ハ戦時又ハ國家事變ノ場合ニ於テ天皇大權ノ施行ヲ妨クルコトナシ

大日本帝国憲法においては、平時と有事(戒厳時、戦時または国家事変時)という枠組みとは別に、議会閉会時の緊急時を措定し、その場合に天皇に法律に代わるべき勅令を発することを認めていたのである(大日本帝国憲法第8条の規定が、前述した災害対策基本法105条、106条の規定に似ていることは、単なる偶然であろうか)。

第8条を置く目的について、伊藤博文著の形式をとって刊行された大日本帝国憲法の

逐条解説書である『憲法義解』においては、次のように解説されている。国家は「一旦急迫ノ事アルニ臨ミ又ハ國民凶荒疾病又其ノ他ノ災害ニアルニ當テ公共ノ安全ヲ保チ其ノ災厄ヲ豫防救済スル爲ニカノ及フ所ヲ極メテ必要ノ處分ヲ施サ」なければならない。このときに「議會偶開會ノ期ニ在ラザルニ當テハ政府ハ進テ其ノ責ヲ執リ敕令ヲ發シテ法律ニ代ヘ」ることは、国家自衛及び保護のために「固ヨリ已ムヲ得サルニ出ル者ナリ」と説明されている(伊藤[1889])。

第 8 条の規定によって緊急勅令を発することができる場合について、美濃部達吉は①議会の閉会中であること、②公共の安全を保持し又は公共の災厄を避ける為に必要であること、③その必要が緊急であること、④法律に代わる勅令を以てしなければ其の必要を充たすことの出来ないことの 4 条件が備わっていることが必要であるとし、この 4 条件が充足される場合には、本来ならば法律でなければ定めることができない事柄でも、勅令を以て定めることができると説明している(美濃部[1912])。

しかし、大日本帝国憲法においても、このような緊急勅令を発することにより平時・有事と異なる緊急事態の法秩序が生じることで、法理論上の問題が発生するとされていた。第 8 条の規定は、『憲法義解』においても「本條ハ憲法ノ中ニ於テ疑問尤モ多キ者トス。」とされている(伊藤[1889])。たとえ天皇の名において行われるとしても、公共の安全を保持し又は災厄を避けるための緊急の必要から、帝国議会が閉会中に法律に代わる緊急の命令を発することにより、平時の法秩序にはない法規範を発出することは、法理論上は疑問点が多いとされていたのである。

『憲法義解』の中で第 8 条に関する問題点としてあげられているのは、次の各論点である。

- 1, この勅令は法令の欠缺を補充するにとどまるか、それとも現行法を停止、変更または廃止することも可能であるか。
- 2, 議会がこの勅令を承諾した場合、勅令自体の効力はどうなるか。
- 3, 議会がこの勅令を承諾しない場合に政府が将来効を失う旨を宣言する義務を負うのはなぜか。
- 4, 議会が勅令を承諾することを拒むことができるのはどのような理由か。
- 5, 政府がこの勅令を次の会期に提出しないときはどうなるか。
- 6, 議会が勅令を承諾しない場合、遡求して勅令の効力を取り消すことになるか。
- 7, 議会は勅令を修正して承諾することができるか。

これらはいずれも興味深い論点であるが、『憲法義解』では、あくまでも「若政府ニシテ此ノ特權ニ托シ容易ニ議會ノ公議ヲ回避スルノ方便トナシ又以テ容易ニ既定ノ法律ヲ破壊スルニ至ルコトアラハ憲法ノ條規ハ亦空文ニ歸シ一モ臣民ノ爲ニ保障ヲ爲スコト能ハサラムトス」ることになるので、「故ニ本條ハ又議會ヲ以テ此ノ特權ノ監督者タラシメ緊急勅令ヲ事後ニ検査シテ之ヲ承諾セシムヘキコトヲ定メタリ」としていた。

しかし実際には、この第 8 条は、「議會ノ公議ヲ回避スルノ方便トナシ」たり、「既定ノ法律ヲ破壊スル」方向で利用されるようになる。具体的には、第 14 条に基づく戦時戒厳について具体的に定める戒厳令(明治 15 年太政官布告第 36 号)に該当しない事例であるにもかかわらず、戒厳を発するために第 8 条が利用されたのである。日比谷焼き討ち事件、関東大震災、および 2・26 事件では、戒厳令の規定を準用するための根拠法令としての勅令を発するため、第 8 条が利用された。

戒厳令は、「戦時若クハ事變ニ際シ兵備ヲ以テ全國若クハ一地方ヲ警戒スルノ法」であ

る(第1条)。一種のクーデタ未遂事件である2・26事件は、戦時もしくは事変とは言い難く、2・26事件に関して戒厳令による戒厳は布告できないはずである。そこで2・26事件の際には、第8条に基づき「一定ノ地域ニ戒厳令中必要ノ規定ヲ適用スルノ件」(昭和11年勅令第18号)が発せられ、戒厳令の規定を準用することになった。

さらにその後の関係者の裁判についても、本来、軍法会議法が規定する常設の軍法会議が用いられるべきであった。軍法会議法は、基本的訴訟手続がおおむね旧刑事訴訟法の規定に整合されていた(戦地での裁判を想定した特設軍法会議における例外規定を除く)。しかし陸軍は軍法会議を開くのではなく、特別法廷を設置しようとした。そこで、軍法会議について規定している軍法会議法の適用を排除するため、「東京陸軍軍法会議ニ關スル件」(昭和11年勅令第21号)が第8条を根拠とする勅令として公布され、特設軍法会議を設置する根拠にされたのである(山本[2008])。

こうして、第8条の緊急勅令の規定は、戒厳の根拠法令としては第14条の戒厳に関する規定と変わらないものになり、戦時戒厳以外の戒厳を発することが必要な場合に利用され、戒厳を正当化するものとして機能した。結果的には、有事(戒厳時、戦時または国家事変時)法制の一環としての役割を担うことになったのである。これが、国家緊急権を戦争や内乱などの有事に立憲主義の前提である国家存立自体が脅かされたときの秩序回復手段としてのみ捉え、国家緊急権に対して否定的な論調をなす論者が多い一因となっているように思われる。

しかし、繰り返すようであるが、第8条は少なくとも憲法制定時には、平時と有事(戒厳時、戦時または国家事変時)という枠組みとは別に、議会閉会時に戦争、内乱以外の「國民凶荒疾病又其ノ他ノ災害」等が発生するという緊急事態を想定し、そのときに「公共ノ安全ヲ保チ其ノ災厄ヲ豫防救済スル」ために、帝国議会が有していた立法協賛権の例外としての勅令を発することを認めたものであると理解されていたと思われる。運用の次元において戦時戒厳法制と同様に機能する結果とはなったが、憲法制定時には理論的にそれとは別個のものとして考えられていた点には注意が払われるべきであろう。

### 5.3 日本国憲法と緊急権

立憲主義的な憲法秩序において、外敵の侵入、内乱、激甚な災害等が発生して平常の手段をもっては対処し得ないような緊急事態が発生し、それによって国家の存立そのものが脅かされたとき、これに対処して憲法秩序それ自体を維持するために、非常例外的な手段によって国家は対処することがある。近代憲法は基本的人権の保障とそれを確保するための権力分立を構成要素としているが、一方で憲法によって基本的人権を保障するには、立憲主義的体制自体が維持される必要がある。憲法秩序それ自体が破壊されるような事態にいたっては、およそ憲法による人権の保障は実現し得ないからである。

そこで、緊急事態に関しては何らかの措置を設け、憲法自らの存立を保障する仕組みが必要である。これを憲法保障というが、それには国家が存立していなければならぬとして、行政権に権力を集中し財産権や表現の自由などの人権を制約して国家を護る非常例外的な手段をとる権利を国家に与えるものが緊急権であり、他方で国民自らが憲法秩序を破壊するものに抵抗し、憲法秩序を維持・防衛・回復する権利が抵抗権である。

両者は「上から」「下から」という大きな違いはあるが、危機に際して、非常手段をもって

その危機を克服しようとする点においては共通している(新[1995]).

論者によっては、平常時以外の憲法秩序はすべて有事であるとし、有事は日本国憲法第9条の禁ずる国際紛争を解決する手段としての武力行使を誘導したり結果的に許容したりすることになるから、有事を構想することは違憲の事態を措定するものであって平和憲法とは両立しないという論法から、緊急事態に対しても批判的な見方を取る場合もあった。また、国家緊急事態の中には防衛緊急事態、治安緊急事態、災害緊急事態という3つの概念が含まれているとし、本来違憲であるところの自衛・国防を合法的組織・権力である警察・消防と一体化させようとするものであるという批判もいまだに根強い(隅野[2010])。

しかし、ここで注意しなければならないのは、有事立法へのアレルギーはもっぱら再軍備への危惧から発生しているとしても、「憲法が停止される」事態は、武力攻撃や戦争だけによって引き起こされるとは限らないということである。

憲法学においては、憲法保障の手段として、国民自身による抵抗権と国家緊急権を並立的に置く理論があるが、国家緊急権は一般に「戦争・内乱・恐慌・大規模な自然災害など、平治の統治機構をもっては対処できない非常事態において、国家の存立を維持するために、国家権力が立憲的な憲法秩序を一時停止して非常措置をとる権限(傍点筆者)」(芦部 2011)として理解されている。換言すれば、本来、国家緊急権は戦争や内乱の場合に限って発動されることを想定されているものではない。

にもかかわらず、国家緊急権は、戦争や内乱との関係の文脈においてのみ議論されることが多かった。国家緊急権を「戦争や内乱などの非常時に立憲主義の前提である国家存立自体が脅かされたときの秩序回復手段」(辻村 2004)としてとらえるのは、その一例である。さらに、大規模な自然災害によって立憲主義の前提である国家存立自体が脅かされた場合についても、従来の憲法解釈は、有事という枠組みを採用して平時の憲法秩序を復活することに対して一般に否定的であった。そのような場合を想定すること自体にすら否定的であったともいえる。

「今日の科学の水準では、正確に予測できないにしても、対応すべき事態をシミュレートすることはできる。そうすると、自然災害の際に憲法の効力を停止する国家緊急権は必要ない」(杉原[村田尚紀執筆]2008)とする見解は、典型的にそれを表明している。平時において緊急時のシミュレートはできるのだから、緊急時にも平時の枠組みでシミュレーション通り実行すればよいというのは、理論的には正論かもしれない。しかし今回の大震災とそれによる福島原発の事故のように、対応すべき事態をシミュレートできない(意図的にシミュレートしなかったのではないかという疑念は残るが)、またはシミュレーションを超える事態が現実が発生したときには、平時にシミュレートしておいた通りに実行することはできない。

なぜ戦争や内乱ではなく災害によって緊急事態が発生することの想定自体にも、否定的になるのであろうか。井上典之は次のように指摘する(井上[2007])。

国家緊急権が想定する危機ないし緊急事態が、戦争から内乱、自然災害、さらに経済恐慌までを含むきわめて包括的な概念であることは問題となり、これらは、アブノーマルな社会状態をもたらすという一点で共通性を有するが、それを理由に一括して緊急事態とみなすのは、過度の(したがって恣意的な)抽象化といわなければならない」(原文における引用元:村田尚紀「立憲



主義と国家緊急権』『憲法問題』14号、2003年、114頁)との指摘は国家緊急権を論じる際の「緊急事態」のとらえ方についてのひとつの問題を提起する。そして、「緊急事態は、元来、予め予測しがたいところに、その本質があり、「その予測不可能性は、現代の危機の特質に相応して、いよいよ深まるばかり」であって、「そのような状況のなかで、そもそも、あらゆる緊急事態を予め網羅的に類型化し、精密に限定し、そこでとられるべき緊急措置を——恰も平常時の国家行為の如く——構成要件的に厳密に規律し尽すことは不可能であり、それだけでなく、厳格な規律によって「緊急事態に有効に対処しようとするれば、いきおい、その発生の予防ならびに対処の準備段階に深く立ち入らざる」をえず、それは「平常時における緊急事態法制の、平常の憲法秩序への止めどない侵入の可能性」を生み、「平常事態」と「緊急事態」の厳格な区別という緊急事態憲法の拠って立つ前提そのものに矛盾し、守るべき平常時の憲法をみずから蝕むことになる」(原文における引用元:新 正幸「緊急権と抵抗権」樋口陽一編『講座憲法学1』、日本評論社、1995年、222-223頁)とされる。そうであるならば、緊急事態の厳密な類型化の困難性を承認してそれを抽象化することは、国家緊急権それ自体の正当性を付与しうる憲法保障としての機能そのものをないがしろにする原因を惹起することになる。

井上の指摘はやや晦渋であるが、要するに許容される緊急時の枠組みを厳格に定義しようとすることは不可能に近いが、だからといって緊急権の発動が許されるような事態を正確に定義しないで一般的抽象的に緊急権を肯定することは、緊急事態の予防という観点から緊急事態法制が平常時法制の中に侵入してくる可能性を生み、緊急権がかえって憲法保障の機能そのものをないがしろにする恐れがあるというのである。

このように考えていくと、憲法 9 条をはっきりと改正しようという立場の論者を除く憲法学界の「うしろめたさ」の正体は、おそらく次のようなものであると想像できる。

現実の緊急事態対処の必要性を認めるとしても、戦争や内乱ではなく激甚災害によって平時の秩序が失われ国家存立自体が脅かされたときを想定して、そこに緊急事態という概念を導入することにより対処するという枠組みをひとたび認めると、同様に「緊急事態」であるところの戦争や内乱等の非常時と同じく緊急事態として認定し、かつそれには武力をもって秩序を回復しようとすることへの正統性を与え、憲法 9 条を空洞化することにつながる恐れがある(少なくともそれに荷担しているように見られる恐れがある)から、そのような緊急事態そのものを措定すべきでない。

そして、このうしろめたさは、緊急事態を想定する法制度や緊急事態における平時の枠組みをこえた対策を策定しようとするときにも常に通奏低音として存在し、それに掣肘を与えてきたのではないかと思われる。

しかし、「憲法が停止される」事態を想定していない憲法は、一見絶対的で信頼性が高いように見えながら、却って脆弱性を内包していると思えばなるまい。なぜなら、一旦緊急事態が発生して憲法が事実上機能しない事態になれば、それが際限なく広がってしまい、最低限の歯止めさえもないからである。

このような認識が日本でも広まりつつあったが、2001年9月11日の同時多発テロに促されるような形で(国民保護法制研究会 2005)、2003年6月に「武力攻撃事態対処法」が、また2004年6月には「国民保護法」関連の7法が成立して、一応の整備がなされた。しかし、武力攻撃事態以外の有事に関する法制は、引き続き検討が必要な状況にあった。

このように「非常時の守り」についての法の欠陥は、国際緊張の高まりなどの環境の変化に応じて遅まきながら修正されてきた。この点を、いわゆる「有事法制」に関する国会答弁で探ってみると、以下のように変遷してきた様子が読み取れる(浅野ほか [2003] による)。

①「志願により有事の場合の治安・警備に当たる組織を法律で作ることは、憲法に抵触しない」(1965年2月23日、第48回国会衆議院予算委員会第2分科会における防衛庁防衛局長の答弁)

②「現行憲法下においても、公共の福祉を確保する必要上の合理的な範囲内において、非常時立法を制定することができる」(1975年5月14日、第75回国会衆議院法務委員会における内閣法制局長官の答弁)

③「非常の場合に、自衛隊が司法作用または行政作用を統括することは、現行の憲法に違反する」(1978年10月17日、第85回国会参議院内閣委員会における内閣法制局長官の答弁)

④「有事の場合に必要なときは、合理的な範囲内において、国民の権利を制限することも許される」(1984年5月18日、第101回国会参議院本会議における答弁書)

このように現行憲法があまりに「聖典化」されたため、非常事態のような新しい概念が根付くには時間がかかったが、それでは改憲論者は必ず非常時法制に言及していたかといえ、これまた必ずしもそうとは断定できない。一例として、読売新聞の憲法改正試案をみると、第1次案では非常時に関する条項はなく<sup>9</sup>、第2次案になって初めて登場する<sup>10</sup>、といった次第である。

それどころか、1995年の阪神・淡路大震災では、社会党出身の村山首相が、自衛体違憲論の影響からか、出動要請に逡巡があったため、初動体制に遅れがあったのではないかと非難される結果となった。自衛隊の災害派遣は、原則として防衛庁長官(当時)に対して都道府県知事から派遣要請があることが要件である(自衛隊法83条1項)。しかし「その事態に照らして特に緊急を要し、前項の要請を待ついとまがないと認められるときは、防衛庁長官らは知事からの要請を待たずに、部隊等を派遣することができる(同2項)。

いずれにせよ、有事に対してアレルギーに近い反応をするのはやめて、「冷静に心配する」ことに転換すべきであろう。「見たくないものは見ない」では、世知辛い世の中を渡り歩くことはできないし、残念ながら現在の世界情勢は、「平和を愛する諸国民の公正と信義」(憲法前文)に期待するだけで十分なほど、甘くはないからである。

少なくとも、災害時のような「平和だが有事」の場合には、憲法論といった理念よりも、実体を重視した対処を検討すべきであろう。「平和だが有事」という枠組みを考えることは、決して立憲主義を否定するものではない。

この枠組みは確かに一時的かつ一定の範囲で人権の制限と権力分立の停止(権力の集中)をもたらすものではあるが、そもそも「かかる問題は、多かれ少なかれ立憲主義が採用されているところでしか生じえない」(野中・中村・高橋・高見[高橋執筆]2006)。立憲主義が存在しないところでは、有事における人権の制約や権力の集中が問題とされることすらないのである。

いま求められているのは、「大災害時における国家の緊急権の発動に伴って生じた些

<sup>9</sup> 1994年11月3日付け『読売新聞』朝刊。

<sup>10</sup> 2004年5月3日発表。

細な権利侵害は補償を要しないという、新しい理論を作るべきである(阿部[1997])という要請に応えつつも、「特定の場合の人権制限や行政権の強化が、憲法解釈として許される限度内にとどまらなければならない」(野中・中村・高橋・高見[高橋執筆]2006)という大前提をふまえて、憲法解釈として許される限度とはどこまでかを考えることであろう。

今回の大震災のような場合に、縦割り・地域割りで各省庁や地方自治体に配分されている権限をどこまで一時的に集中し、どこまで国民の権利を一時的に制限する(または権利侵害について免責する)ことが許されるかについて、冷静に心配する必要がある。

この点に関していえば、憲法学者の棟居 [2001] が、次のように述べるのは、現実主義者の面目躍如たるものがある。

国民のコントロールに服してはいるが緊急時には機能しえないか、それとも危機管理の装置としては作動するが国民のコントロールは効かないかの、どちらかしかないのだとすれば、「有事」に備えて自衛隊というものを維持することの(憲法論以前の)合理性を、いま一度考える必要があるであろう。

このような発言をすると必ず出る懸念は、「そのとき基本的人権はどうなるのか?」という点である。しかし、こうした反論をする方々が、「基本的人権を100%保障すると約束しなければ、非常事態の検討さえしない」という立場だとすれば、議論しても無駄である。「残念ながら100%の保障は諦めざるを得ないが、どの範囲に止めるのか、期間はどの程度か」といった地道な議論をした方が、よほど実りある結論が導かれるだろう。

そもそも、今回の大震災が教えてくれたのは、「国家は基本的人権を100%保障することはできない」という冷厳な事実である。その典型的な例は、宮古市田老地区(旧・田老町)の有名な防潮堤であろう。この地域はこれまでに何度も大規模な津波の被害に遭ってきたことから、長さ約2.5キロメートルにわたって海面からの高さ10メートルの二重の防潮堤が築かれた。しかし今回の大震災の後におそってきた巨大な津波は、この「万里の長城」と称された防潮堤の一部すらも破壊し、堤防内部の陸地に押し寄せて、多くの人命を奪った。

それでは、高さ10メートルだったから津波に勝てなかったのであって、仮に高さ100メートルの多重防潮堤を築いていたとすれば、田老地区の人々の生命と財産を守り、基本的人権を100%保障することができたのであろうか。高さ100メートルの構築物を数キロにわたってそびえ立たせたとすれば、たしかに津波の被害は避けられたかもしれないが、今度は深刻な日照問題が生じていたに違いないし、健康被害が発生していたかもしれない。巨大堤防を建設するためには、広大な用地を買収する必要も出たであろう。反対する住民の所有する土地を、強制的に収容するという画面も現出したと思われる。さらには、田老地区の住民を守るための堤防に桁違いの巨費となる国費を投入することに対して、他の地区の住民からは不平等という指弾も浴びていたかもしれない。

生命という基本的人権の中で最も重要なものであっても、国家は保障し得ないことがある。そうであるとすれば、特に重要であって他の権利よりも優先させるべき基本的人権(ここでいう基本的人権の中での優先度は、いわゆる人権のカタログの中からもさらにその重要性に応じて判断される必要があり、生命はおそらく最優先となるであろう)の保障をできるだけ確実にこなうために、一定の人権の保障については制約を設けつつも、その制約の範

困と期間をあらかじめ可及的に明示し、それに対する同意を得ておくことのほうが合理的なのではあるまいか。

その意味で、井上典之が「人権保障型」の国家緊急権の概念を提示しているのはきわめて示唆に富むものである(井上[2007])。井上は、国家緊急権は、基本的人権の保障を目的とした憲法の下で創出される国家の存立を護るものであり、「単純に国家を守るという観点から展開されるものであってはならず、やはり、市民の生命や財産、自由を守るということを目的に、市民の平穏な日常生活を保障する」ものでなければならないという。今回の大震災に即していえば、市民の平穏な日常生活を保障しえないときに、市民の生命や財産、自由を守るということが緊急権の発動の目的となるであろう。

## 6 概念の明確化とよりスムーズな運用に向けて

それでは、「冷静に心配する」にはどうしたら良いのだろうか？

先の政府答弁は、次のようなものであった。「現行憲法下においても、公共の福祉を確保する必要上の合理的な範囲内において、非常時立法を制定することができる」。ここで「合理的な範囲内」を具体的にイメージして、権力の乱用に歯止めをかけることこそ、今必要なことである。そして、そのためには枠組みを設定して議論を深め、より実現性の高い絞込みを行っていく必要がある。

そうした議論の入り口は、本稿の冒頭で述べた「平時と有事」「災害と侵略」という概念区分であろう。この点を考える上で参考になるのが、カナダの事例である。カナダにおいては、第一次世界大戦中の 1914 年、戦時体制を確立するため、イギリスの「国土防衛法」(Defense of Realm Act)を参考として、「戦時措置法」(War Measures Act)が制定された。しかし、事態発生時の認定、対応措置等が行政部の広範な裁量に委ねられていたこと等の理由から、①ウクライナ系カナダ人迫害事件、②日系カナダ人迫害事件、③10 月危機等の事例において、その適用に係る弊害が明らかとなった。

このような事例に対する反省を踏まえ、1988 年、緊急事態時における行政府に対する統制を確保し、人権の保障を図る観点から、国家緊急事態を①公共の福祉上の緊急事態、②公共の秩序上の緊急事態、③国際的緊急事態、④戦争による緊急事態に類型化し、各類型に応じた措置、手続等を規定するとともに、国会等による統制を強化した「緊急事態法」(Emergencies Act)が制定された(同法の成立に伴い、「戦時措置法」は、廃止された。)。また、同年、緊急事態の発生に対する事前の準備体制の整備を図るため、「緊急事態準備法」(Emergencies Preparedness Act)が制定された。

上記に類似するものとして、若田部(編)[2009]は、以下のような分類を提案している。

リスク・危険の分類

	意図せざるもの	意図的なもの
自然	①通常の自然災害	②なし。ただし対応部分には人為も絡む
人為	③科学事故	④テロリズム, 安全保障

この表に従えば、本稿で検討してきたのは①の範疇を主としつつ、③の要素(原発事

故)を加味したもの(上記のカナダにおける4分類のうち主として①のみ)であり、武力行使を伴うような事態を含んでいない。その分、基本的人権の侵害といっても軽微なもので、かつ期間も限定的と考えられ、「非常事態」への対応慣れしていないわが国においても、比較的冷静な議論が期待できそうである。

かつて林田和博は「国家の根本規範たる憲法の解釈は最も慎重を必要とせられる。憲法の解釈が時々の便宜主義や偏狭な独善主義に墮する場合は憲法自体の権威が、同時に国家生活の基底が、脅かされるに至る。」と述べた(林田[1953])。私たちはこうした先例を十分検討し、「時々の便宜主義や偏狭な独善主義」を排して、基本的人権の制限を最小限にしつつ、非常時対応に最大の効果を発揮する方法を模索すべき時にきた、といえよう。

※本稿は、日本セキュリティ・マネジメント学会第25回全国大会における林・湯浅の発表内容を大幅に加筆修正したものである。また科学研究費補助金基盤研究(C)「熟議の民主主義の形成を実現する情報法制度」(課題番号23530135)の研究成果の一部である。

## 参考文献

- [1] 浅野善治ほか[2003]『憲法答弁集(1947-1999年)』信山社
- [2] 芦部信喜[1992]『憲法学I』有斐閣
- [3] 芦部信喜[1994]「憲法と緊急権」『憲法叢説I 憲法と憲法学』
- [4] 芦部信喜・高橋和之(補訂)[2011]『憲法(第5版)』岩波書店
- [5] 新 正幸[1995]「緊急権と抵抗権」樋口陽一編『講座憲法学1 憲法と憲法学』日本評論社
- [6] 阿部泰隆[2000]「日本における大災害対策法制の不十分さと法整備の努力」神戸大学都市安全研究センター研究報告4号321-338頁
- [7] 安全保障及び国際協力に関する調査小委員会 [2003]『「非常事態と憲法」に関する基礎資料—カナダの緊急事態法制の概要』衆議院憲法調査会事務局
- [8] 生田長人(編)『防災の法と仕組み』(シリーズ・防災を考える第4巻)東信堂
- [9] 伊藤博文[1889]『帝國憲法皇室典範義解』国家学会
- [10] 伊藤正己[1993]『裁判官と学者の間』有斐閣
- [11] 伊藤正己[1995]『憲法(第3版)』弘文堂
- [12] 井上典之[2005]「危機管理と憲法」赤坂正浩・井上典之・大沢秀介・工藤達朗『ファーストステップ・憲法』有斐閣
- [13] 井上典之[2007]「国家緊急権」長谷部恭男編『岩波講座憲法6 憲法と時間』岩波書店
- [14] 井ノ口宗成[2011]「IT化社会の自治体機能を被災地にはどのように確保するか」都市問題102号15-20頁
- [15] 国民保護法制研究会(編)[2005]『逐条解説国民保護法』ぎょうせい
- [16] 国民保護法制研究会(編)[2004]『国民保護法の解説』ぎょうせい
- [17] 小林直樹[1979]『国家緊急権:非常事態における法と政治』学陽書房
- [18] 佐藤幸治[1995]『憲法(第3版)』青林書院
- [19] 杉原泰雄(編)[2008]『新版体系憲法事典』青林書院
- [20] 芹澤齊[1991]『「法治国家の敵」と抵抗権』小林直樹先生古稀祝賀記念論文集刊行会編『憲法学の展望』有斐閣
- [21] 高橋和之[2005]『立憲主義と日本国憲法』有斐閣

- [22] 瀧口樹良[2011]「東日本大震災、早急に被災地の自治体窓口機能の支援を」『Nikkei IT Pro』2011年4月8日
- [23] 田村重信・高橋憲一・島田和久(編)[2008]『日本の防衛法制』内外出版
- [24] 辻村みよ子[2004]『憲法(第2版)』日本評論社
- [25] 中道 實[2007]『日本官僚制の連続と変化—ライフヒストリー編—』ナカニシヤ出版
- [26] 野口貴公美・幸田雅治(編)[2009]『安全・安心の行政法学』ぎょうせい
- [27] 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利[2006]『憲法II(第4版)』有斐閣
- [28] 初川 満(編)[2009]『テロリズムの法的規制』信山社
- [29] 林 敏彦[2011]『大災害の経済学』PHP 新書
- [30] 林田和博[1953]「憲法・保障制度論:その一齣」法政研究 20 卷 2・4 号 87-106 頁
- [31] 藤代裕之[2011]「ソーシャルメディアの登場で風評の広がり方が変わった」宣伝会議 814 号 28-30 頁
- [32] 防災行政研究会(編)[2011]『逐条解説災害対策基本法<第二次改定・第8版>』ぎょうせい
- [33] 三上直之[2011]「専門家の伝える『正しい知識』はなぜ市民に信頼されないのか」宣伝会議 814 号 50-51 頁
- [34] 美濃部達吉[1912]『憲法講話』有斐閣
- [35] 棟居快行[2001]「自衛隊災害派遣をめぐって」同『憲法学再論』信山社
- [36] 村山富市[1998]『そうじゃのう』第三書館
- [37] 森英樹[2009]「憲法学における安全と安心」同(編)『憲法学における安全—比較憲法学的研究をふまえて』日本評論社
- [38] 森本敏・浜谷英博[2003]『有事法制:私たちの安全は誰が守るのか』PHP 研究所
- [39] 森本敏・浜谷英博[2005]『早わかり国民保護法』PHP 研究所
- [40] 山下愛仁[2010]『国家安全保障の公法学』信山社
- [41] 山本政雄[2008]「旧陸海軍軍法会議法の意義と司法権の独立—五・一五及び二・二六事件裁判に見る同法の本質に関する一考察—」戦史研究年報 11 号 64-83 頁
- [42] 養老孟司[2011]「『超法規的』とはこういうときこそ」『AERA』2011年5月16日号
- [43] 若田部昌澄(編)[2009]『日本の危機管理力』PHP 研究所