

新型コロナウイルス感染症への日本の対応の特徴

——緩い法的規制がはらむ問題性

毛利 透 (京都大学教授)

(以下は、2021年10月14日に、台湾の国立中興大学法政学部で行ったオンライン講演用の原稿です。)

I 序

2020年以來、各国は新型コロナウイルス感染症（以下「コロナ」とだけ記す。）によって、予想もできなかった混乱に見舞われ、未曾有の法的対応を迫られた。緊急事態であることを理由にして各種の自由は大幅に制約され、立憲主義はどの国でも危機に陥った。しかし、具体的な危機のあり方は国によってさまざまである。次のように言うこともできよう。「すべての幸福な法治国は似通っている。不幸な国家は、皆それぞれに不幸なものである」。私はここで、現在日本がどのように不幸な状態なのかについて少々語ろうと思う。そのための導入として、もう一つの引用を示したい。「正常なものは何も証明しない。例外がすべてを証明する。„Das Normale beweist nichts, die Ausnahme beweist alles.“」¹ このカール・シュミットによる一文は、公法学ではよく知られたものである。では、ここでの「すべて」とは何であろうか。例外は何を証明するのか？ 私の考えでは、例外状態において、その社会の本質が顕わになるということであろう。たしかに、コロナ危機において、普段は数えきれないほどの法律の背景に隠れている、日本の法秩序の本質が露見したように思われる。

とはいえ、すでに1990年代に、あるアメリカの法学者が『権力なき権威』という書物²の中で、日本の法秩序の特徴を見事に叙述していた。同書は次のように言う。日本は官庁の力の強い官憲国家のように見えるかもしれない。しかし、公式の実定法を見る限り、日本の官庁は決して強くなく、多くの場合他の国々よりも弱い規制権限しかもっていない。

「したがって法秩序は、共同体のコンセンサスと、共同体がすでに有している制裁手段の実効性に大幅に依存しようとする」³。同書は、このような「社会的コントロールのダーク

¹ Carl Schmitt, *Politische Theologie*, 2. Ausg., 1934, S.22.

² John Owen Haley, *Authority without Power*, 1991

³ *Id.* at 169.

サイド」を指摘する⁴。日本法は、その根幹において、社会に内在する暴力的な、多くの場合違法な圧力に依存しており、だから国家は、半ば自覚的に、そのような圧力を防止しようとしな

II 自粛を求める「緊急事態」

今回の例外状態においても、日本法のこのような特徴を見出すことは容易であろう。2020年春から、日本では「新型インフルエンザ等対策特別措置法」（以下「特措法」という。）に基づき、緊急事態が繰り返し宣言されている⁵。特措法 32 条 1 項及びその委任を受けた新型インフルエンザ等対策特別措置法施行令 6 条は、感染症の拡大により国民生活及び国民経済に甚大な影響を及ぼす場合や、医療の提供に支障が生じている都道府県がある場合に、内閣総理大臣は緊急事態を宣言できるとする。この「緊急事態」は、しかし、国民の自由を広くあるいは強く制約するものではない。法律により具体的な措置を授權される知事は、「緊急事態」においても、外出禁止も旅行禁止も集会禁止も命じることができない。つまり、日本ではいわゆるロックダウンを命じるための法的根拠規定は存在せず、他の諸国が行ったような、人々の外出を特に必要のある場合に限るといった措置をとることは法的に不可能なのである。緊急事態宣言の主な意味は、人々に自粛を強く呼びかけることにある（特措法 45 条 1 項）。

コロナ危機において、日本人は長期間持続的に自粛を要請されている。「自粛要請」という、本来矛盾をはらんだ言葉は、すっかり日本に定着した。しかも、事態の倒錯性は、この政策の実効性が実際には、理性的な人々の自発的判断というよりも、強い社会的圧力によって担保されていることによって強まる。2020 年の日本で誕生した Unwort（不快な言葉）として、「自粛警察」が挙げられるだろう。これは、政府や知事の自粛要請が守られているかを勝手に監視する私人たちのことであり、この要請に従っていない施設などを夜間に匿名で攻撃したりする。もちろん犯罪にあたる場合が多いが、実際に処罰されることは

⁴ Id. at 183.

⁵ 実は、日本では、この正式の緊急事態宣言以外にも、都道府県の知事が独自に「〇〇県緊急事態」を宣言して人々や飲食店に自粛を求めるということが頻発した。この自称「緊急事態」には法的根拠がなく、当然ながら強制的な措置の根拠にもならない。「緊急事態」というような重い言葉が法的根拠なく使用されるという現象も、日本の法治国家としての特徴を示しているということが出来る。ところが一方では、本文で述べるように本物の緊急事態も自粛要請が主たる内容であり、結局のところ、本物と自称「緊急事態」の間にあまり実質的な相違がない。日本の「緊急事態」は実に奇妙である。

少ない。人々は、匿名の声に糾弾されることを恐れて、自らの行動を制限している。都会の若者が地方の親元に帰省しようとしても、「帰ってくるな」という親が続出した。都会の人間が移動してきたと分かったら、地域の人々にウイルスを運んできたかのようにみなされ、親家族が地域社会で猛烈に非難されるためである。法的には禁止されていないのに、自粛しない者は社会の秩序を乱す悪者として糾弾される。

2020年春の最初の感染の波をこの対応で収められたことにつき、ときの安倍晋三内閣総理大臣は、これを「日本モデル」の勝利だといった。日本人は社会のために自己の行動を律することができる優秀な人々だというのである。彼は、周囲の圧力におびえ、自己の行動を法的強制がなくても社会の大勢にそろえようとする人々を称えたいのであろう。そのような人々を支配するのは大変楽であろうから。とはいえ、その後繰り返し、計4回緊急事態が宣言され、さらに2021年の夏には緊急事態下でオリンピックが開催されるなか、感染者が激増し、明らかに入院治療が必要な患者も入院できない状況が広がった。「自宅療養」という名で患者が放置されたのであり、まさしく医療崩壊と呼ぶべき事態であった。日本の感染者・死者数は諸外国と比較して決して多くないのだが、コロナの流行が始まって1年以上たっても、医療体制は十分整備されてこなかった。これは、政治の怠慢と言われても仕方ない。この間、政治は国民に自粛を求めるだけで、コロナ患者が増加した場合への備えを十分整えるという、政治がなすべき課題をこなしてこなかったと言わざるを得ない。

Ⅲ 法的な営業制限措置の実態

(1) 特措法の仕組みと補償の要否

では、緊急事態において知事は法的に何を命令できるのか？ 特定の大規模施設（百貨店、遊技場、スポーツ施設、劇場、映画館など）に対し、営業時間の制限や営業停止を求めることができる。さらに、飲食店に対しても同様の対処ができる(特措法45条2-5項)。ただし、命令を出すまでには一定の手続きが必要である⁶。まず、知事は緊急事態でなくとも、広く営業制限などへの協力を求めることができる（特措法24条9項）。緊急事態宣言下では、まず業種ごとに営業制限を要請する（特措法45条2項）。そして、この要請に応じない者に対し、特に必要がある場合に当該措置を講じるよう命令することができる（同条3項）。ただし、実際には、2項の業種ごとの要請に応じない店舗に対しては、命令の前に再度、個別に要請がなされることが通例である。2020年春の最初の緊急事態においては、大

⁶ 特措法45条は、2021年2月に改正された。本文では、改正後の規定を説明している。

規模施設の営業停止も求められたが、その後の緊急事態では主に、マスクを外してしゃべるというリスクの高い行為が必然的に伴う飲食店への規制がなされてきた。営業時間の午後8時までの制限と酒類の提供禁止が主な内容である。これにより、飲食店を訪れる客は激減し、多くの店が休業を余儀なくされた。

このように店舗や施設の営業制限が求められることに対しては、補償が必要だという声が強くあがった。日本国憲法29条3項は、「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共の福祉のために用ひることができる。」と定めているからである。しかし、上記の仕組みのうち、法的強制といえるのは特措法45条3項による命令だけであり、24条9項の協力要請も、45条2項の要請も、法的拘束力のない行政指導にとどまる。そうだとすれば、憲法上、これらの要請を行うためには補償が必要だ、ということはいえない。そもそも、行政指導の相手方にはそれに従う義務はないのだから。しかし、要請に従わずに最終的に命令を受けた者にだけ補償を行うのでは、まさしく「正直者（＝行政指導に従った者）が馬鹿を見る」結果となる。特措法も、命令に補償を求めているわけではない。これは、特措法による営業制限が、感染拡大の危険を理由とする、権利の内在的制約だからという理由による⁷。しかし、そもそもこのような法的仕組みで命令にのみ補償をつけるというのはナンセンスである。補償は、するならば営業制限を守る店舗全体に対して行われるべきものである以上、業界全体に対する法的拘束力ある制約という手段をもたない特措法は、法的な補償をなしえないような仕組みをとっているというべきであろう。感染症拡大防止のために本来求められるのは、個別の店舗の営業制限ではなく一定の業種全体の営業制限のはずである。その本来の制限が、日本では行政指導というかたちで行われており、だから法的な補償を求めることもできないことになっている⁸。

実際には、営業が制限されている飲食店などには、地方公共団体から協力金が支払われている。しかし、額が少ないとか売り上げと連動していないとか、さらに支払いが遅いなど、問題が多数指摘されている。それでも、性格が法的に請求できる補償ではないため、「正当な補償」にあたらぬとして訴訟を起こすことはできない。多くの飲食店が不十分な協力金しか得られず、廃業に追い込まれる店舗も多い。

⁷ 大橋洋一「感染予防のための行動制限と補償」論究ジュリスト35号47頁、53頁（2020）（改正前の規定についての説明であるが、改正後にも妥当するだろう。）。

⁸ 板垣勝彦「新型コロナウイルス雑感」横浜法学29巻1号185頁、194-195頁（2020）は、個別の事業者への命令ではなく、感染症拡大防止のために一定の業態に典型的に法的規制を及ぼす場合には、外在的制約として補償すべきと指摘する。山本真敬「休業補償の憲法問題」『コロナの憲法学』139頁（大林啓吾編、2021）も参照。

(2) 営業制限措置の実効性

さらに、このような抑制された義務付けであっても、行政機関は、それを実現するために十分な権限を有してはいない。日本には、一般的な行政執行法は存在しない。つまり、日本の行政機関が自らの命令を自ら執行できる場合は限られている。営業制限のような不作為義務については、行政が店舗を閉鎖するなどしてそれを直接強制することはできない。命令を拒否した者には、最終的には過料が科されることになっているが（特措法 79 条）、その実効性は低い。過料は刑罰ではなく、同条が定める額も 30 万円以下であるから、違法行為の抑止効果は低い。飲食店がつぶれるかつぶれないかの瀬戸際にあるとき、過料を科されるからといって違法営業を止めようとする者は少ないだろう。また、違法営業を行った店すべてに過料を科すのは事実上難しく、どうしても不公平感が付きまとう。しかも、逆向きの問題性もある。つまり、そのような制裁であるだけに、適正手続の保障が不十分である。憲法・刑事訴訟法上の手続保障が及ぶ刑罰ではないため、過料を科す手続は非常に簡略であり、公開法廷での審理が保障されていない。結局、日本の法体制は、コロナの緊急事態に真剣に店の営業を止めようとしているのかどうか疑わしい。しかし、だとすると、一部の違法営業店は暴力的な糾弾を受ける一方で、法の網からこぼれる闇の営業がはびこることになる。

実は、特措法が用意した執行確保手段はもう一つある。それは、要請や命令の対象者の名称などの公表であり（45 条 5 項）、むしろこちらの方が主たる手段と考えられているとあってよい（過料規定はコロナ流行当初はなく、法改正して導入された。公表の規定は当初からあった。）⁹。この公表という制裁手法は、日本の行政法がお手本にしたドイツの行政法教科書ではお目にかからないのだが、日本ではしばしば採用されている¹⁰。いかなる

⁹ この公表は、公式には制裁ではなく、情報提供が目的だとされている。内閣官房新型コロナウイルス感染症対策推進室長からの令和 3 年 2 月 12 日付事務連絡「「新型インフルエンザ等対策特別措置法等の一部を改正する法律」及び「新型インフルエンザ等対策特別措置法等の一部を改正する法律の施行に伴う関係政令の整備に関する政令」の公布について（新型インフルエンザ等対策特別措置法関係）」12 頁。たしかに、業種ごとの営業制限要請の状況を公表することは情報提供といえよう。しかし、要請に違反して営業し命令を受けた個別店舗の情報を人々に知らせることに何の積極的意味があるのか、理解困難である。実質的には、明らかに制裁的意味を持っているというべきだろう。板垣前掲注（8）188 頁参照。

¹⁰ 私と高田倫子准教授が報告した 2021 年 6 月 11 日のオンライン・シンポジウム „Die Corona-Pandemie und verfassungsrechtliche Probleme“ について、参加したあるドイツの弁護士が簡単なレポートをネット上で発表している。そこでは、我々が「官庁の示す準則を守

場合にいかなる要件で、行政の求めに従わない者の名前を公表してよいのかは、日本の行政法学における大きなテーマの一つである。と同時に、日本の行政の特徴を如実に示している。

今回のパンデミックにおいても、名称などの公表がたびたびなされた。しかし、そもそもどうして公表が制裁手段として機能するのかと考えれば、国家が自分の命令を守らせるために社会的圧力を利用しているのだと言わざるを得ない。本当は命令に従いたくない事業者も、行政の言うことに従わない者として自分の名が公表されれば、匿名の人々による激しい、多くの場合暴力的な反応が向けられるだろうと危惧する。国家は、まさにこのような心理的反応を期待していると言わざるを得ない。

日本では、戦前の行き過ぎた行政による強制への反省から、行政執行には抑制的であった。しかし、では裁判による執行ができるのかといえば、実はそれもできない。日本の裁判所は、行政処分で権利を侵害された者の迅速な権利救済を十分行っていないと批判されることが多いが、実は行政側が自らの処分を執行しようとしたときにも、それは法律上の争訟ではないとして、それへの協力を拒んでいるのである¹¹。実際にも、行政側からこうした訴訟が提起されることはまれである。結局、日本の行政の実効性は、処分の対象となる私人の協力に大きく依存してきたのである。この日本の行政の特徴が、コロナ禍で改めて浮き彫りになった。

こうして、今回の危機においては、日本の法秩序の本質がかなり顕わになったといえる。これは、日本の法治国家の危機でもある。だが、社会の雰囲気は変化してきた。2021年春以降の第3回、第4回の緊急事態は、前2回よりも効果が薄かったと言われている。その一因は、端的に日本人が自粛に疲れたということにある。「自粛警察」という言葉もいつの間にか聞かなくなった。多くの事業者は、名称の公表による損害をもはや恐れていない。どうしてこんなに長く自粛を要請されなければいけないのかという不満がたまっている。安倍首相の後を継いだ菅義偉首相は、2021年9月の自民党総裁選への立候補を断念して退

らない者への特殊に日本的な制裁手段について報告した。拒否する者の名前の公表である！」と書かれている（！も原文）。鮮烈な印象を残したようである。

[„Die Corona-Pandemie und verfassungsrechtliche Probleme“ - Bericht von einem Online-Symposium anlässlich des 160-jährigen Jubiläums der deutsch-japanischen Beziehungen am 11. Juni 2021 | Aktuelles | GTK Rechtsanwälte](#)

¹¹ 最判平成14(2002)・7・9民集56巻6号1134頁(宝塚市パチンコ条例事件)。もちろん、裁判による執行が可能な場合もあるが、それはむしろ例外である。都道府県が特措法45条3項による命令に従わない者を訴えても、この判例によれば法律上の争訟ではないとされるだろう。

陣することになったが、その大きな理由は、民意がコロナ対策への不満を強めたことにある。日本法が機能するための前提条件であったといえる国家と社会の協働が、崩れ始めている。日本は現在、法的にも大きな挑戦を受けているといえよう。

IV 学説による批判

コロナ対応が始まって1年半以上、日本が諸外国と比べてこのように緩い「緊急事態」のみで対応してきたことについては、日本国内でも評価が分かれている。最も厳しく批判するのは、法哲学者の井上達夫である¹²。井上は、日本で当初よりPCR検査が十分行われていなかったことを、感染の広がりという現実から目を背けるものだと批判し、政府も国民も「日本は何とかなる」という根拠のない *wishful thinking* に浸ってきたという。そして、「要請」という名の「お願い」や、「指示」という名の「お説教」による「同調圧力」で人々の行動を制限しようとする現状を、「法の支配」に反する事態であると批判する。井上によれば、このように法を迂回して行われる政策では、なぜそれに従わなければならないのかという問いに政府が答える義務も課されず、結局「権力行使の正統性」が失われてしまう。しかも、このように法的強制ではないとされるために、補償も必要とされない。

井上は、公権力に大きな法的権限を与えると、濫用される恐れがあるというリベラル派からの現状肯定に対しても、倒錯的な論理だという批判を加える。法から逸脱した事実上の同調圧力を用いる政策こそ、歯止めが利かず濫用されやすい。政府が必要な権限を行使し、不要な権限は行使しないように監視するのは国会・司法・国民の役割であり、その怠慢を許して政府への法的統制をないがしろにすることは許されない。そして、今日の目からは重要だと思われるが、井上は、同調圧力は、集団逸脱行動、つまりみんなで違反すれば問題ないという意識、に容易に転化するという。実際、特に4回目の緊急事態下では、多くの飲食店が大っぴらに営業制限要請に応じなくなっていた。

これに対して、日本では公権力による強制的措置に対する事前の適正手続および事後の権利救済の制度化が弱いので、現状では強制的措置をとることには危険が大きすぎるという指摘もある。日本は当面「ゆるふわ立憲主義」でいくしかないというのである。ただ、この言葉を作った曾我部真裕は、「ゆるふわ立憲主義」が望ましい体制だと言っているわけではない。日本の現状には、国際化への対応の遅れ、政府と業界の不透明な関係といった

¹² 井上達夫「コロナ・ラプソディー」法と哲学6号1頁(2020)、「危機管理能力なき無法国家」法律時報92巻9号62頁(2020)。

問題があり、改革していく必要がある。ただ、日本では権力統制の仕組みが弱体なので、「硬質な立憲主義」には踏み切れないということである。本来は、独立機関や裁判所の機能強化を図って、公権力の権限を明確化・強化すると同時に効果的に統制していくことが望ましい、という¹³。

V 最後に

このように、コロナ対応に関する現在の日本の法状態を望ましいと考えている法学者は、ほとんどいないというのが実情ではないかと思われる。ここでは、私なりの批判的指摘を付け加えて本報告のまとめとしたい。上記した緩いコロナ対応状況の帰結として、日本では、この間のコロナによる権利制約に対する訴訟は非常に少ない。諸外国では、職業活動の自由、信教の自由、集会の自由などへの制約の合憲性を争う訴訟が、それこそ数えられないほど提起されている。その中で、感染性の高い病気の流行という事態において憲法上の権利を如何にしてぎりぎりまで保障するかにつき、判例学説の努力が目に見えるかたちで残されることになった。しかし、日本では、緊急事態における営業制限に対する訴訟がいくつかあるだけであり、けた違いに少ない。私の知る限り、集団礼拝や政治的集会・デモの禁止の合憲性を争う訴訟は提起されていない。これは、そもそもそのような法的禁止が存在しないからである。しかし、実際には、コロナ禍において当然ながら宗教活動や集会・デモにも「自粛」が強く求められていたのであり、一時はほとんど開催不可能であった。今日でも、学会だけでなく多くの政治的集会もオンライン開催を余儀なくされている。どの勢力も、自分たちが「自粛」を破って周囲の人々に迷惑をかけていると批判されるのを恐れている。その結果、実際に人々が集うことによる熱気、それが周囲に対して及ぼす影響力といった、集会独特の意義——憲法はそれを保障しているはずである——を発揮する機会は、多くの人々から事実上奪われている。

しかも、これが「自粛」で担われているだけに、いったいどの程度コロナが収まったら集団礼拝や集会・デモを再開できるのかがあいまいなままだという問題もある。法的な制約の有無なら基準がはっきりしているが、「自粛」は常に求められているだけに、だらだらと再開が遅れてしまう。しかも、その状態が憲法違反だとして訴えることもできない。コロナ下の生活が2年近くになる現在、はっきりした出口が見えないことは、自由保障にと

¹³ 曾我部真裕「立憲主義のあり方から見る「自粛か強制か」問題」判例時報 2458号 144頁（2020）、「ゆるふわ立憲主義」再論」自治実務セミナー2021年7月号 54頁。

って重大な問題となりつつある。アメリカやヨーロッパで、マスクなしで大人数が集まるイベントが開催されているニュースが流れるようになり、我々はいつまで我慢しなければならないのかという思いが強まっている。しかし、現状でもマスクをつけることが法的に強制されているわけではなく、大規模イベントも法的に禁止されているわけではない。一体、どういう状況になったら元の生活に戻れるのか、はっきりしないのである。日本でもワクチン接種が広く行われ、感染の終息が期待されているが、しかしワクチンの効果を弱めるといういろいろな変異株が出現している。この自粛要請状況がいつまで続くのか、日本人がそれにいつまで我慢できるのか（すでにだいぶ我慢できなくなっているが）、先が見えない状況である。そして、この問題が裁判という法的解決の場にほとんど出てこないことが、日本法の問題状況を何よりも示している。