

Title	わが国コロナ・パンデミック危機管理前史 (四・完) : 感染症法制定から二〇二〇年三月特措法改正まで
Sub Title	Prehistory of the corona pandemic management : 1998 to Mar. 2020 (4. end)
Author	藤原, 淳一郎(Fujiwara, Junichiro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2022
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.95, No.3 (2022. 3) ,p.47- 83
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20220328-0047

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

わが国コロナ・パンデミック危機管理前史（四・完）

——感染症法制定から二〇二〇年三月特措法改正まで——

藤原 淳一郎

一 問題の所在

(1) はじめに——本稿の問題意識

(2) 当初検証しなかった命題

(3) 本稿の構成

二 感染症対応法令

(1) 感染症法（一九九八年）

(イ) 旧・伝染病予防法（二八九七年）から感染症法へ

A 感染症法の制定経緯

B 感染症法の制定理由

C 感染症法の主要論点

(a) 感染症の分類学（類型論）

(b) 感染症の分類学 その2——指定感染症と新感

染症に特化して

(c) 感染症の分類学 その3——指摘された問題点

(d) 感染症の人権論

D 法案修正

(a) 「前文」の追加

(b) 感染症の分類学

(c) 人権論

E 附帯決議

(a) 感染症の分類学

(b) 人権論

(ロ) 新しい感染症への対応例

A 新型コロナウイルス SARS（二〇〇三年）

(a) 新感染症から指定感染症へ

(b) 「一類感染症」へ——感染症法改正（二〇〇三年）

(c) 「二類感染症」へ——感染症法改正（二〇〇六年）

B 新型インフルエンザ——感染症法改正（二〇〇八年）

(a) 改正の経緯

(b) 改正法案の概要

- (c) 主要論点——総論
 - (d) 主要論点——各論「まん延ないしパンデミック対策」
- C 新型肺炎 MERS (二〇一二年)
- (a) 情報提供及び協力要請から「指定感染症」へ
 - (b) 「二類感染症」へ——感染症法改正(二〇一四年)
(以上、九十四卷十二号)
- (ハ) 小括・「感染症法」の課題
- A 感染症の類型
 - B 入院措置
 - (a) 感染症患者等が入院すべき医療機関(プレ・パ
ンデミック)
 - (b) 感染症患者等が入院すべき医療機関(パンデ
ミック時)
 - (c) 入院勧告・措置入院か自宅療養等代用措置か?
 - C 保健所の体制
 - D 行動制限措置
 - (a) 旧伝染病予防法の行動制限措置との不連続性
 - (b) スペイン風邪時の対応(一九一八年)
 - (c) 感染症法の行動制限の限界
- (2) 新型インフルエンザ等特別措置法(二〇一二年)
- (イ) 新型インフルエンザ(豚インフル)(二〇〇九年)
 - (ロ) 特措法制定の経緯
 - A 兵庫県検証委員会報告書(二〇〇九年)
 - (a) 報告書の構成
 - (b) 「報告書」提示の論点(第二編第五章)
- (ニ) 小括
- A 特措法の対象となる「感染症」(二条一号)
 - B 入院措置
 - C 行動制限
- (ハ) 特措法案の国会審議(二〇一二年)
- A 本法案の概要
 - (a) 本法案の提案理由
 - (b) 本法案の内容の概要
 - B 重要論点に関する審議概要
 - (a) 本法案提案の理由及び経緯
 - (b) 国内感染対策の体制
 - (c) 緊急事態宣言
 - (d) まん延防止措置
- (以上、九十五卷一号)

三 新型コロナウイルスへの対応（二〇二〇年初動期）

- (1) 感染症法
- (イ) 感染症の「類型」あてはめ論
- (ロ) 本感染症を「指定感染症」に
- (2) 特措法
- (イ) 特措法一部改正法案
- (ロ) 国会における改正法案審議
- A 附則一条の二第一項
- B 感染症法又は特措法（二条一号）改正論

四 結び

- (ハ) 小括
- (1) 感染症法及び特措法の構造上の問題
- A 特措法適用の第一関門（特措法二条一号）
- B 特措法適用の第二関門（特措法三二条一項）
- C 特措法適用の第三関門（特措法四五条）
- (2) 感染症法及び特措法の運用上の問題
- (3) 終わりに
- (以上、本号)

(二) 小括

ここまで特措法の制定過程を振り返ってきた。法案の国会委員会審議の場では、本稿二（二）（ハ）Bで言及しなかった他の論点もいくつかは存在はするが、重要度の観点から、本稿での検討を割愛していることをご了承いただきたい。法案は、予防接種でも述べた（本稿二（二）（ハ）B（d）②（θ））ように、両院委員会の附帯決議が付されたものの、修正提案はなく両院を可決・成立し公布された。

本稿の問題意識は、感染症法では対処しきれないパンデミック対応が、果たして特措法によって対応可能になったのかどうかにある。

まず二〇〇九年インフル（本稿二（二）（イ））当時は法的な裏付けがなかった政府の「新型インフルエンザ対策行動計画」（特措法六条一項）、「基本的対処方針」（二八条）、「政府対策本部」の設置（二五条）が法的に公認されたことは一歩前進である。しかしながら、特措法は、なお多くの課題を残している。

そこで本稿ではそれら課題のうち、「新型インフルエンザ『まん延ないしパンデミック対策』（本稿二（一）

(ロ) B (d) 及び「感染症法の課題」(本稿二(一)(ハ))で指摘した論点を中心に検討しておきたい。

A 特措法の対象となる「感染症」(二条一号)

特措法の対象となる「新型インフルエンザ等」は、感染症法六条七項の「新型インフルエンザ等感染症」(傍点引用者。同条柱書)(本稿二(一)(ロ) B (a))と、同条九項の「新感染症(全国的かつ急速なまん延のおそれがあるものに限る)」とから成る(特措法二条一項)。

前者の「新型インフルエンザ等感染症」は、二〇〇八年の感染症法改正(本稿二(一)(ロ) B (a))で「既存の感染症対策を超えた対策が必要であり、従前の一類感染症から五類感染症までの感染症の類型のいずれかに位置付けるだけでは十分な対策がとれないことから、新たに一つの類型を設ける」とされた新型インフルエンザ(感染症法六条七項一号)と「かつて世界的規模で流行し……近年流行がなかったために人類の大部分がそれに対する免疫を獲得していない」再興型インフルエンザ(同項二号)とを含む⁽⁶⁴⁾。後者の「新感染症」(感染症法制定時は六条七項「本稿二(一)(イ) C (a)」。その後の改正で、現九項)は、未知の感染症のうち、「病状の程度が重篤……まん延により国民の生命及び健康に重大な影響を与えるおそれ」があるもの(本稿二(一)(イ) C (a)。感染症法制定時は六条七項)に限定される。後者が既知・未知という以外に要件を厳格にしているのは、「原因不明の疾病であるにもかかわらず、強権的な措置の対象となることからその範囲を限定すべきであり、また、病状が重篤でなければ、原因を究明した上で指定感染症として指定することで対応が可能」だからといわれる⁽⁶⁵⁾。右の「強権的な措置」とは、患者等の入院(感染症法四六条以下)のほか、「一類感染症とみなし」消毒(二七条)、建物に係る措置(三二条)、交通の制限又は遮断(三三条)の「全部又は一部を実施」等、五〇条により「一類感染症に対してとり得る措置のすべてを実施することができ」⁽⁶⁶⁾ことを指している。

右の特措法上の「新型インフルエンザ等」の定義規定からすると、特措法の適用対象かどうかは、当該感染症が感染症法六条のどの類型に該当するのかの判断次第ということになる。仮に当該感染症が再興型インフルエンザ（感染症法六条七項二号）や、鳥インフルエンザ（H5N1）のような想定範囲内の新型インフルエンザ（同項一号）を含む既知の感染症であれば、特措法の適用対象になる感染症法なのかどうかの判断は比較的容易である。しかしながら、未知の感染症が海外で発生したときに、当該感染症（おそらくは「症候群」として命名？）が特措法の適用対象になる「新型インフルエンザ」（感染症法六条七項一号）又は「新感染症」（同条九項）への該当性の判断・決定を短期間に迫られる事態も想定される。そもそも当該感染症が、症状の重篤性・まん延可能性から「新型インフルエンザ」「新感染症」に該当するかどうかを、容易に「予知」することが可能なのだろうか。感染症法プロパールの類型論が、結果的には特措法適用対象論とむすびつくことになるのである。この場合、「理念型」として、「二つのシナリオ」を想定できよう。

第一のシナリオは、「危機管理優先型」とでも呼ぶべきもので、当該未知の感染症の「新型インフルエンザ等」「新感染症」該当性の予知は困難なので、さしあたり最悪の事態を想定して緩やかな基準で感染症法上の「新型インフルエンザ等」又は「新感染症」該当と判断することによって、特措法の「新型インフルエンザ等」該当とし、いち早く政府対策本部を設置して、当該感染症に関する内外の情報収集のかたわら、特措法上のパンデミック時の対策・措置の準備を着々と進めておき、仮に当該感染症が心配するほどのものでないことが判明すれば、その時点で政府対策本部を廃止する（二二条）まで、と割り切る積極対応型である。このシナリオの場合、感染症法上の措置を含むパンデミック対策が過度に先行し過ぎると、のちに批判を受けるリスクがある。

他方、第二のシナリオは、「石橋を叩いて渡る型」悪くいえば「モラトリアム型」とでも呼ぶべきもので、当該未知の感染症の感染症法上の「新型インフルエンザ等」又は「新感染症」該当性の判断を、確証が得られるま

で判断・決定を引き延ばし、あわよくば時間稼ぎの間に、WHO等が当該感染症の病原体を突きとめて、当該感染症が「既知」化することによって、早まった「新型コロナウイルス等」又は「新感染症」指定のリスクを免れて好都合な結果を期待できるという消極対応型である。ことにWHO判断を物差しに使うWHO依存型の決断にはありがちな話であり、これを裏返せば、WHOの判断待ちでも国内対策は十分に間に合うとの楽観論であろう。このシナリオの場合、感染症法上の措置を含むパンデミック対策が「危機管理優先型」に比べて数段後手にまわり、悪くすると、数周遅れになるというリスクを抱える。

いささか極論的に二つのシナリオを提示してみた。もともと感染症法の感染症類型論自体が柔軟性を欠き硬直的であると指摘した(本稿二(一)(ハ)A)。特措法の対象となる感染症の概念(定義規定)もこれに引きずられ、人権制約とのかねあいがあるにしても、余りに硬直的であるとの印象を拭えない。現行法上、法論理的には感染症法の感染症類型へのあてはめ作業が、特措法の判断に先行すべきことである。ところが、特措法の対象のひとつである「新感染症」該当性の判断を導きだす判断主体・手続き・手順等の判断過程について、政省令を含めた感染症法上、釈然としないところがあり(本稿二(一)(ロ)A(a)、(ハ)A)、もうひとつの特措法適用対象である「新型コロナウイルス」該当性の判断も同様に判断過程の手掛かりがなく、結局いずれの概念も、感染症類型のあてはめの決定過程の透明性が、必ずしも担保されないきらいがある。このように特措法二条一号は、感染症法の問題点を引きずったままといわざるを得ない。

(643) 平沢・前掲註(613)及び浜田・前掲註(614)。

(644) 厚生労働省・前掲註1・一七〜一八頁。

(645) 厚生労働省・同右・五五頁。

(646) 厚生労働省・同右・二一八頁。ちなみに新型コロナウイルス等感染症には、患者の感染防止協力義務(四四条の

三)のほか、「二類感染症とみなし」建物に係る措置(三二二条)、交通の制限又は遮断(三三三条)の「全部又は一部を適用」可能である(四四四条の四第一項)。厚生労働省・同右・一九五頁。

B 入院措置

特措法対象の「新型インフルエンザ等」感染症患者には、一類感染症患者に対する入院規定を準用し、知事は「特定感染症指定医療機関又は第一種感染症指定医療機関若しくは第二種感染症指定医療機関」、「緊急その他やむを得ない理由があるときは右以外の「病院若しくは診療所」への入院を勧告し(感染症法二六条による一九条一項準用)、右勧告に従わないときは入院させることができる(同法二六条による一九条三項準用)と規定する。⁽⁶⁴⁷⁾ 他方、「新感染症」の所見のある者には、知事が特定感染症指定医療機関へ、緊急その他やむを得ない理由があるときは右以外の(診療所は除外して)「病院」への入院を勧告し(感染症法四六条一項)、右勧告に従わないときは入院させることができる(同条三項)と規定する(本稿二(一)(ハ)B(a))。

右のように感染症法は、「入院させることができる」(一類感染症患者について一九条三項。二類感染症及び新型インフルエンザ等感染症患者について二六条で準用。新感染症患者は四六条二項)と規定するが、実務解釈では感染症法によって「原則入院」「状況によって入院」に分けている(本稿表2参照)。このギャップについては、ここでは繰り返さない(本稿二(一)(ハ)B(c)②③参照)。

感染症の条文だけをながめると、入院すべき医療機関は、感染症によって整然と区別され、診療・治療が行われるかのような錯覚に陥る。しかしながら現実には、患者対応として右に掲げられた医療機関のベッド数が満ち足りる保障はないばかりか、ことにパンデミック下では病床不足になることは容易に想像できる。このため、感染症法は正面だって規定をおいているものではないが、すでに二〇〇七年新型インフルエンザ専門家会議の医療

体制ガイドラインには、「医療機関以外の「代用施設」や「自宅療養」の選択肢も視野に入っていたのである（本稿二（一）（ハ）B（b）（c）。

代用施設論に入る前に、医療法を改正して、わが国全体としてパンデミック対応も可能な病床配置にすべきとの見解も聞かれる。口で言うのは易しいが、民間病院が大勢のわが国医療機関において、感染症対応の医療機器・人材の配置よりもむしろ、感染症患者受入れに伴う日常的な通院・入院患者への感染拡大防止のための（抜本的な空調改善等を含めた）ハード投資がかさむことは不可欠である。掛け声倒れに終わらせない決意と、ふんだんな支援策・財源が不可欠であろう。^(68の3)

特措法四八条は、感染症法一九条等に挙げられた「医療機関」でない「臨時の医療施設」の規定を設けた（本稿二（二）（ハ）B（d）③）。このことは、感染症法と現実のギャップを埋めるうえで、一歩前進と評価できる。^(68の4)

その反面、「自宅療養」が置いてきぼりをくらっている。感染症法には「感染症にかかっていると疑うに足りる正当な理由のある者」に「居宅……から外出しないことその他……協力を求めることができる」（四四条の三）との規定はあるものの、右は、患者そのものを対象にしたものではなく、「患者と濃厚に接触し、⁽⁶⁹⁾新型インフルエンザ等感染症にかかっていると特に疑われる者」、いわば「患者予備軍」を対象にとどまる。⁽⁶⁹⁾むしろ本来の医療機関及び代用医療施設が患者等を全員収容できれば問題はないが、パンデミック下、限られた病床資源の中で、それは不可能な願望でしかない。かといって正面から「自宅療養」を公認するのは「白旗」を上げることになるので面子が許さないかも知れないが、患者の治療及び家庭内感染防止の観点から「自宅療養」のバックアップ体制を用意しない限り、わが国における全体的な医療体制を築いたことにはならないだろう。^(69の2)（本稿二（一）（ロ）B（d）④、二（一）（ハ）B（c）④参照）。

(647) 厚生労働省・前掲註(1)・一三七頁。

(648) 厚生労働省・同右・二〇八頁。

(648の2) ちなみに二〇二一年新型コロナウイルス等対策特別措置法等の一部を改正する法律(令和三五号)第二十条による感染症法の一部改正にともなう改正後の二六条二項(新設)によれば、こと新型コロナウイルス等感染症(病状の程度を勘案して厚生労働省令で定めるものに限る)患者の入院勧告・措置に関する一九条の準用は、「当該感染症の病状又は当該感染症にかかった場合の病状の程度が重篤化するおそれを勘案して厚生労働省令で定める者」及び「濃厚接触者等で四四条の三第二項の居室待機の」協力の求めに応じないもの」に限定することが明示された。松澤登「新型コロナウイルス『特措法・感染症法等』改正でどう変わったか」ニッセイ基礎研究所・基礎研レポート(二〇二一年二月二日)参照。

(648の3) 二〇二一年良質かつ適切な医療を効率的に提供する体制の確保を推進するための医療法等の一部を改正する法律(令和三四九号)第三条による医療法の一部改正によって、都道府県の医療計画に「そのまん延により国民の生命及び健康に重大な影響を与える恐れがある感染症がまん延し、又はそのおそれがあるときの医療」が加わった(改正後の医療法三〇条の四第二項五号ハ)ことが注目される。ただし施行は令和六「二〇二四」年四月一日である(648の4) 二〇二一年新型コロナウイルス等対策特別措置法等の一部を改正する法律(令和三五号)による特措法改正により、緊急事態を待たず政府対策本部設置時に前倒して「臨時の医療施設等」の開設及び医療提供が可能になった(改正後の特措法三一条の二。新設)。右の医療施設には、緊急事態における臨時の医療施設(四八条)と同じく消防法、建築基準法、医療法の一部規定の適用除外・緩和措置(改正法同条三〜七項。新設)を置く。こと施設のための土地の使用に関しては、「所有者及び占有者の同意を得」たときに限られ(三二条の三。新設)、不同意の場合の規定を欠く点において、緊急事態における臨時の医療施設とは異なる(四九条一、二項参照)。

(649) 厚生労働省・前掲註(1)・一九三頁。

(649の2) 各都道府県・保健所設置市・特別区衛生主管局(部)宛・厚生労働省健康局結核感染症課「感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律等改正について(新型コロナウイルス等対策特別措置法等の一部を改正する法律関係)に関するQ&Aについて」一、四頁(令和三年二月一〇日)は、註(648の2)の二〇二一年感染症法の一

部改正によつて、「宿泊療養・自宅療養が法定化される」という。しかし正確には、「当該感染症の患者に対し……宿泊施設（当該感染症のまん延を防止するため適当なものとして厚生労働省令で定める基準を満たすものに限る）若しくは当該者の居室……から外出しないことその他の……協力を求めることができる」（傍点、改正箇所）という規定（改正後の四四条の三第二項）と、「知事は第二項により協力を求めるときは……必要な宿泊施設の確保に努めなければならぬ」（改正後の同条七項）新設」との規定にとどまる。つまりは遠回しの法文ではあるが、実質的には改正法により入院対象者を限定し（前掲註（648の2））「蛇口」をしぼつたため、あぶれた者を臨時施設ならともかく、代用施設や自宅療養に追いやるという話に聞こえ、余りに事実あと追いつたものである。濃厚接触者なみに、自宅療養者等への食事・生活用品支給等の生活支援が明文化された（改正後の同条四項）ことは、一歩前進と評価できるが、肝心かなめの自宅療養者等への日常的及び病状急変時の医療体制を真正面から明文化しない限り、「自宅療養」等が堂々と「入院」代用として市民権を得たとはいえないだろう。

C 行動制限

わが国が体験したスペイン風邪（本稿二（1）（ハ）D（b）①②）、二〇〇九年インフル（本稿二（2）（イ））のどれをとつても、感染経路である飛沫感染・接触感染・エアロゾル感染、いずれも「人と人との接触を極力避ける」ことによつて感染の拡大の回避がはかられることに違ひはない。したがつて、パンデミックにおける措置としては、ワクチン接種や治療薬服用がはじまるまでの間、非医薬的・公衆衛生手段として、人々の移動や集まりをいかに効果的かつ効率的に抑制し、感染拡大を防止するのが決め手にならざるを得ない。時代背景やウイルスに違ひはあつても、米国のスペイン風邪における都市が講じた非医薬的措置は、感染初期ほど効果的であるという教訓が得られた（本稿二（1）（ハ）D（b）③）。パンデミックにおける行動制限は、「初めに厳しく、徐々に緩める」というのが鉄則であることが証明されたともいえよう。

感染症法は、旧伝染病予防法にあった「交通遮断・隔離」（八、一九条）を継承しなかった（本稿二（一）（ロ）B（d）②）。感染症法には、わずかに残骸的に「建物に係る措置」（感染症法三二条）（本稿二（一）（ハ）D（a）①）と「交通の制限又は遮断」（同法三三条）がある。ことに後者が都市封鎖的に使えるかというところではなくて、「消毒や健康診断に要する期間を考慮した」と称するだけあって、「七十二時間以内の期間」という極めて短期間の措置で、おまけにその地理的範囲は「汚染され……た……場所」と地点的に表現するだけである。このため、およそパンデミック対策には使えない規定である（本稿二（一）（ハ）D（a）②）。また感染症法は、旧伝染病予防法にあった集会の制限（一九条）とは、完全に無縁である（本稿二（一）（ハ）D（a）③）。

では特措法はどうかというと、まず「都道府県対策本部長」「知事」は……：新型インフルエンザ等対策の実施に関し必要な協力の要請をすることができる」（特措法二四九項）。これは行政指導の根拠規定で、しかも講学上は権限の創設規定ではなく確認規定にとどまる。換言すれば、この規定がなくても行えるものである（本稿二（二）（ハ）B（d）①（η））。

特措法の「緊急事態」（同法三三条）における「まん延防止措置」として、「知事は……協力を要請することができる」（同法四五条一項）と、先の二四九項と変りばえのしない規定を置く。続けて、知事が学校、社会福祉施設、興業所等の施設管理者又は催物（イベント）開催者に対し、施設又は催物の使用・開催制限・停止その他の措置を要請し（同条二項）、正当な理由がないのに要請に応じないときに、「当該要請に係る措置を構すべきこと」を指示することができる」（同条三項）として、「要請」から「指示」への切替えが可能である。もともと「指示」の要件としては、まん延防止、国民の生命及び健康、保護、国民生活及び国民経済の混乱回避のため「特に必要があると認めるとき」という制約がついている。これら要請及び指示は、公表する（同条四項）。ここが要請のみの二四九項と違う点である（本稿二（二）（ハ）B（d）①（ε））。とはいえ、右の「要請」や「指示」

無視への制裁（罰則）であるとか、「指示」内容の徹底（強制力）を欠いている。論者によっては「公表」を講学上広義の制裁に入れる者もいるようだが、公表されることを意にも介さないどころか、逆に P R になるとの居直り組もあり、果たして実効性のある措置といえるのかどうか、極めて疑問である。^{(650の2)(660の3)}

特措法は、右にみたように、「行動制限」といっても、スペイン風邪当時のわが国（本稿二（一）（ハ）D（b）①）や米国都市（本稿二（一）（ハ）D（b）③）と同じく、本感染症（COVID-19）に関して海外で行われてきた「都市封鎖」等とは全く無縁である。特措法は、いわば遠慮がちに、スペイン風邪当時の実務と同様に、行政指導を中心に据えたソフトな手法しか用意していないのである。巷の論壇に目をやると、憲法を持ち出す人権論においては、行動制約を受ける側の人権保障が声高に叫ばれる一方で、感染症の拡大により被害を蒙る不特定多数の人権は脇にやられるという、極めてバランスを失する傾向が強いように思われる。万一にもこれが行き過ぎると、「国滅びて人権あり」になりかねないと危惧されるのである。余りにも性善説に立つ樂觀主義的で控え目な特措法上のパンデミック対策によって、パンデミックへの勝算あるといえるのか、不安を禁じ得ない。

(650) 厚生労働省・前掲註(7)・一五五頁。

(650の2) 二〇二一年新型インフルエンザ等対策特別措置法の一部を改正する法律（令和三法律五号）による特措法の一部改正により、「要請」に応じないときの「指示」を「命ずる」に改め（改正後の四五条三項）、「命令に違反した場合」に「五十万円以下の過料」という経済的には軽微な制裁条項を加えた（改正後の七九条。新設）。しかも要請・命令ともに「あらかじめ、感染症に関する専門的な知識を有する者その他の学識経験者の意見を聴かなければならない」（改正後の四五条四項。新設。旧四項を五項に繰下げ）という手続き規定を設けた。これにより幾分は改善されたが、とかく施設管理者等への命令はもっぱら不作為義務だから、代替的作為義務に転換する措置命令でない限り、行政上の強制措置は無理筋である。

(650の3) 二〇二一年新型インフルエンザ等対策特別措置法の一部を改正する法律（令和三法律五号）一条による特措

法の一部改正により、「まん延防止に関する措置が事業者の経営及び国民生活に及ぼす影響を緩和し、国民生活及び国民経済の安定を図るため、当該影響を受けた事業者を支援する財政上の措置その他の必要な措置を効果的に講ずるものとする」（傍点引用者。改正法六三条の二第一項。ちなみに第二項は「新型コロナウイルスエンザ等が発生したときにおいて医療の提供体制の確保を図るため、……医療機関及び医療関係者に対する支援」と規定された。法律論として、「施設の使用制限等による施設管理者に対する公的な補償は……事業活動に内在する社会的制約であると考えられ、公的な補償は規定されていない」（新型インフルエンザ等政策研究会・前掲註（7）・一六一―一六二頁）といわれても、論壇の憲法論や与野党国会議員からは「自粛要請と補償とはセット」との合唱は消えず、おまけに実務上、東京都が自粛協力店への「協力金」方式（藤原・前掲註（14）の2）・六四頁。私見では、このの可否を別として、自治体と事業者との一種の「契約」とも構成することが可能なように思われる）で先鞭をつけ全国に広まってしまった。右規定を右「協力金」方式を公認した規定と受け止められかねない。しかし右法文を「協力金」御墨付き規定と断定することはできないという意味でも「玉虫色」の規定といわざるを得ない。なお松澤登・前掲註（648）の2）・六頁参照。

三 新型コロナウイルスへの対応（二〇二〇年初動期）

本章では、二〇二〇年二月及び三月の本感染症（COVID-19）対応の初動期において、本稿で重点的に考察した感染症対策法令である感染症法及び特措法（本稿二（1）及び（2）の両者を、どう立ち上げていったかだけ）に的をしぼって、若干の考察を加える。

換言すれば、第一章（本稿一（3））でも断ったように、本章は、本感染症初動期における法令運用や行政実務・実態の詳細であるとか、ひいてはそれらの功罪・対応の評価について立入るものではない。

(1) 感染症法

(イ) 感染症の「類型」あてはめ論

新しい感染症が登場するたびに、当該感染症が感染症法六条のどの類型に該当するのかが必ず問題になる。というのは、いずれの類型に属するかによって、当該感染症法への措置に違いがあるからである(本稿表2参照)。

本感染症(COVID-19)についてみると、二〇二〇年一月二三日に中国湖北省武漢市が都市封鎖するよりも以前の時点、遅くとも同月一日に同市で初の新型肺炎による死者を出した時点では、既に新型コロナウイルスによることが判明していた⁽⁶²⁾。このように翌二月一日にWHOが本感染症を「COVID-19」と命名し、かつ国際ウイルス学会がウイルスを「SARS-CoV-2」と命名した時点の遅くとも一か月前には、本感染症がコロナウイルスによるものと判明していたのである。

次節の特措法に関連づけるならば、本感染症が「新感染症」に分類されれば、特措法の適用対象になり得ることに疑いはない(特措法二条一号)(本稿二(2)(二)A)。果たして本感染症を「新感染症」(現・六条九項)該当と判断できたのだろうか。これには新感染症の定義である「既に知られている感染性の疾患と……明らかに異なるもの」、すなわち「既知」「未知」の線引きがかかわる(本稿二(1)(イ)C(b))。特措法改正案の国会委員会審議において、大臣は、(ロ)で述べるように、本感染症を新感染症ではなく指定感染症にし、その判断の根拠は、同年一月九日、中国そしてWHOが本感染症は「新しいコロナウイルスというものが原因である」と確認したことにある、「本感染症」は、病原体や症状等が既に知られているもので……いわゆる未知のものではなく既知のもの、したがって……「新感染症ではなく」指定感染症に指定したと答える。その一方、新感染症は「既に知られている感染症の疾病とその病状又は治療の結果が明らかに異なるもの」とも答えている⁽⁶³⁾。この二つの命

題から、「未知の感染症に直面した場合、病原体が特定された時点で新感染症には該当しない」のか、それとも「病原体が特定されただけでは足りず、それがもたらす病状又は治療の結果が既知の感染症と明らかに異なっていないことを確認する必要がある」のかどうかという疑問が湧く。⁽⁶⁵⁴⁾ところがこの点に關し、感染症法制定時の国会委員会会議録にも逐条書にも直接の手掛かりはないように思われる。⁽⁶⁵⁵⁾仮に後者（病状又は治療の結果）を指標にするならば、本感染症が新感染症に該当する可能性が高いとも読める。また尾身氏によれば、法的ではなく「純粹に公衆衛生あるいは感染症学的な立場からいえば、これは新しい感染症」という。⁽⁶⁵⁶⁾こうした点を含め、次節で再論することにする。

（ロ）本感染症を「指定感染症」に

わが国政府は、同年一月二十八日、^(656の2)「新型コロナウイルス感染症を指定感染症として定める等の政令」（令和二政令一一号）を発令した。これによれば「新型コロナウイルス感染症（病原体がベータコロナウイルス属のコロナウイルス（令和二年一月に、中華人民共和国から世界保健機関に対して、人に感染する能力を有することが新たに報告されたものに限る）」を、「感染症法六条八項の」指定感染症として定める」というものである（傍点引用者。同令一条）。本感染症の指定感染症への指定は「一年以内の政令で定める期間」（感染症法七条一項）なので、「政令の施行の日以後同日から起算して一年を経過するまでの日までの期間」（令二条）、具体的には令和三（二〇二一）年二月六日までとされた。⁽⁶⁵⁷⁾

本感染症に準用される感染症法の規定（感染症法七条一項）には、一類感染症に適用される建物に係る措置（三三条）、交通の制限又は遮断（三三条）（本稿二（一）（ハ）D（a）①②）は、含まれていない（令三条）。翌月二月一四日の同令の一部改正政令（令和二政令三〇号）⁽⁶⁵⁸⁾においても、右の三三、三三条等の準用は、含まれてい

ない。⁽⁶⁵⁹⁾ というのは、同令の文言上明言はされていないものの、政府説明では「厚生科学審議会感染症部会への諮問、答申」で「二類感染症相当の措置、いわゆる措置入院、検疫法に基づく診療、診察を取ることを可能にすることを可能にすることについて御判断をいただきたい」という。⁽⁶⁶⁰⁾ もっとも右にいう部会は、持ち回り開催のためか、配付資料、議事概要をみる限り、「二類感染症」云々の議論はみえてこない。⁽⁶⁶¹⁾

- (651) BS12トゥエルビ局 China Hour で二〇二〇年四月二二日一九時放送のCGTN製作「特別編ザ・ロックダウン (The Lockdown: One Month in Wuhan)」には、一月二三日午前一〇時の武漢市都市封鎖開始前に、大勢の市民が脱出する映像が残されている。つまり封鎖中に武漢市にとどまった市民は、取り残された人々ということになる。
- (652) 滝田洋一・前掲註(9)・一四〇―一五頁。
- (653) 西村康稔国務大臣・第二〇一回国会衆議院内閣委員会会議録(以下「衆院」と略記する)・令和二年三月二二日二〇頁、四頁、同国会参議院内閣委員会会議録(以下「参院」と略記する)・令和二年三月二二日一八頁(二〇二〇)。
- (654) 長浜博行委員・参院・三月二二日一〇頁。
- (655) 後藤祐一委員は、「特措法で適用する新感染症というものは未知のものに限定していただく」として、確認の意味で感染症制定時及び特措法制定時の法制局審査録の提出を求めたが、「各省庁と相談しないと……提出できない」とのことで理事会協議事項にされた。後藤祐一委員(立憲民主・国民・社保・無所属フイラム)・衆院・三月二二日一四頁。
- (656) 尾身茂参考人(独立行政法人地域医療機能推進機構理事長)・参院・三月二二日五頁。
- (656の2) 国内では、一月二五日に武漢市に渡航歴のある中国人の発症が判明したのが一例目で、同月二四日に二例目が判明した。竹中・前掲註(9の3)・三五六頁。くしきも政令発令の一月二八日に、中国人観光客を乗せたツアーバスの運転をしていた渡航歴なき運転手の感染が確認されている。竹中・同右・同頁。
- (657) 健発〇一二八第五号・各都道府県知事・保健所設置市長・特別区区长宛厚生労働省健康局長「新型コロナウイルス感染症を指定感染症として定める等の政令等の施行について(施行通知)」(令和二年一月二八日) <https://www.>

[mhlw.go.jp/stf/seisakunitite/bunnya/0000121431_00212.html](https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitite/bunnya/0000121431_00212.html) V二〇二〇年一月二八日

(658) 健発〇二一三第四号・各都道府県知事・保健所設置市長・特別区区长宛厚生労働省健康局長「新型コロナウイルス感染症を検疫法第三四条の感染症の種類として指定する等の政令について（施行通知）」（令和二年二月一三日）にあるように、改正は、無症状病原体保有者の入院措置対象への追加のみである。

(659) 西村大臣・衆院・三月一日一三頁。

(660) 稲津久厚生労働副大臣・参院・三月一三日一頁。

(661) 第三六回厚生科学審議会感染症部会（持ち回り開催）資料をみると、「資料・新型コロナウイルス感染症の指定感染症等への指定について」六頁「感染症法の対象となる感染症の概観とその措置」と題する表（本稿表1類似）で「二類感染症」が太枠で囲まれている程度である。「議事概要」に至っては、議題「新型コロナウイルス感染症の指定感染症への指定について」、審査結果「新型コロナウイルス感染症の指定感染症への指定について了承された」とするのみである。https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage_09136.html

（2） 特措法

すでに（1）で頭出ししたように、本感染症を、「新感染症」ではなく「指定感染症」に指定したため、このままでは特措法の対象たる感染症（特措法二条一号）に該当しなくなる。そこで何らかの工夫が迫られ、三月一日閣議決定により特措法の改正に打って出たのである。

（イ） 特措法一部改正法案

特措法の一部改正法案（内閣提出四六号。以下、「本法案」という）の趣旨・提案理由は、「政府行動計画の策定、政府対策本部の設置等の措置及び新型コロナウイルス等緊急事態が発生したときにおける新型コロナウイルス等

対策特別措置法の適用対象に、新型コロナウイルス感染症を暫定的に位置付けることにより、国民の生命及び健康を保護し、並びに国民生活及び国民経済に及ぼす影響が最小となるようにすることを目的とする」ことにある⁽⁶⁶²⁾。
(傍点引用者)。

特措法改正法といいながら、本法案は、特措法の本則、ことに特措法適用対象の感染症の定義規定(二条一号)には直接手を加えないで、「附則一条の二」として一カ条(全体三項)を加えるものである。まず本感染症すなわち「新型コロナウイルス感染症(病原体がベータコロナウイルス属のコロナウイルス(令和二年一月に、中華人民共和国から世界保健機関に対して、人に感染する能力を有することが新たに報告されたものに限る)については……本改正法の施行の日から起算して二年を超えない範囲内において政令で定める日までの間は、第二条第一号に規定する新型インフルエンザ等とみなして、この法律及びこの法律に基づく命令(告示を含む)の規定を適用する」(傍点引用者。附則一条の二第一項)というのが本法案の目玉である。そして第二項は、本感染症に限っては、発生等に関する報告(一四条)を「そのまん延のおそれが高いと認めるとき」に限る。第三項は、「改正法の施行前に作成された政府行動計画、都道府県行動計画、市町村行動計画及び業務計画(以下この項において『行動計画等』という)に定められた新型インフルエンザ等に関する事項は、新型コロナウイルス感染症を含む新型インフルエンザ等に関する事項として行動計画等に定められているものとみなす」として、既存の行動計画等を取込むというものである⁽⁶⁶³⁾。

本感染症を特措法の対象たる感染症に含ませるには、幾つかのシナリオが考えられるだろう。本法案は、応急措置的に附則でしのごうとしており、このことについては、賛否両論が想定される。そこで次に、本法案の国会委員会における質疑を検討しておこう。

(ロ) 国会における改正法案審議

A 附則一条の二第一項

国会委員会審議の場で論点になったのが、本感染症が特措法の適用対象である感染症になるための方策である。法文上、「新型インフルエンザ等感染症」か「新感染症」のいずれかでなければ、特措法の適用対象にはならない（同法二条一号）。しかも本感染症は、一足先に感染症法の政令によって「指定感染症」に分類されてしまった（本稿三（一）（ロ））。これによって「新感染症」の途が決定的に閉ざされた以上、消去法的にいつて、「新型インフルエンザ等感染症」に救いを求めるしかない。とまあ、このような論理でもって、「附則一条の二」第一項は、本感染症を「新型インフルエンザ等「感染症」と見なし」、特措法令の「規定を適用する」としたものである。

国会委員会において、本感染症は「指定感染症」ではなく「新感染症」ではないかとの質問が相次いだことは、想像にかたくない。⁽⁶⁶⁾

その前に内閣委員会よりも時間的に先に開催された予算委員会で、本感染症を二類感染症相当の指定感染症としたことについて「二類感染症の指定では停留や隔離などができない」が、「新感染症」に……指定をすることによって「特措法で」カバーできるようになります」との委員質問がある。⁽⁶⁶⁾大臣は、「新感染症というのは、原因不明だということが一つ前提となります。……「本感染症は」新型コロナウイルスというウイルス事態が限定されている「ので」……新感染症ではなく……指定感染症ということで、特に二類「感染症並み」と、こういう位置づけをさせていただいた」「この指定「は」……逐次状況を見ながら、私ども、固定的にこうでやるということではなくて、やはり状況に応じて的確な判断をしていかなきゃいけない」と回答している。⁽⁶⁶⁾私は、右の委員質問は若干不正確のように思う。新感染症なみに一類感染症に準じた措置が可能かどうかは、当該感染症が特措法の適用対象になるかどうかで決まるのではなく、早い話、「指定感染症」であっても、政令によって一類

感染症に準じた措置が可能になり得る（感染症法七条一項）からである。

内閣委員会に話を戻すと、「新感染症」ではないかとの質問に対して大臣は、本感染症はコロナウイルスが原因と確認され、「指定感染症」としたが、仮に当該感染症を新感染症に指定した後に病原体が判明すると「指定感染症に移ることによってインフル特措法「対象」から抜けてしま「い」……法的に不安定な状態に置かれる」として、逆に新感染症に指定するリスクを指摘しつつも、一般論としては「未知のもので本当に急速に蔓延してこれは大変だというときに」「特措法の対象とする途はやはり残していくことが必要」であるし、「そういう道を「立法」当時つくられた」とする。そして本感染症については、「特措法は」私人の大きな権利制約を伴うもので……基本的には弾力的な解釈によるのではなくて、やはり法律改正による「特措法対象にする」のが適切」と答えている。⁽⁶⁶⁷⁾

他方、特措法制定時の担当大臣だった中川委員は、「新型インフルエンザの場合……二類に分類されている鳥インフルエンザ……などが突然変異を起こして、人から人への感染が確認をされて、重篤度が高く、伝染力もあって、パンデミックになる可能性があれば、それは病原体が確認できるものであっても当然特措法の対象になるという想定であった……。横展開をして、新感染症の場合も、同じようにこの特措法の対象としていこうというのが法律の趣旨」として、「コロナウイルスが病原体として特定されているかどうかという、ことではなくて、既に既存のコロナウイルスが変異をして、人から人の感染が確認をされて、重篤で、ワクチンのない中でその対応が模索されて、高い重篤度と蔓延の可能性があつて、パンデミック化も考えられる、その状況が判断された場合にはこの特措法の対象となる。」「もし、厚生労働省の言うように、病原体や病状等が既に明らかになっているから新感染症には当たらずに……特措法の対象にもならないとすれば、この特措法で緊急対処の対象とするほとんどの新感染症の類型を否定することになっていく」「これを」回避しようと思えば、感染症には分類できない

ために、……特措法の改正を苦肉の策としてとらなければならぬ。……パンデミックでの可能性が出てくるたびに、個々の病原体の名前を入れて特措法の修正「改正」をする必要が出てくる……。今回政府から出てきた修正「改正」案がその一つで、これからも事が起こるたびに、こうした修正「改正」を繰り返していくということになる」（傍点引用者）として、問題点を的確に指摘する。

ただひとつ私が気になる点は、「新感染症」の定義には、争点化した未知・既知のほかに「病状の程度が重篤であり、かつ、当該疾病のまん延により国民の生命及び健康に重大な影響を与えるおそれ」とかなり厳格な要件が付されている。そこで実務の現場としては、新しい感染症が発生した初期段階において、後者要件の充足性に確信がもてなくて判断を躊躇しかねないし、仮に早目に病原体が確定されずれば、とりあえずは「指定感染症」に身を寄せておいて、状況に応じ一類感染症並から三類感染症並と弾力的に運用し、最長二年間の限定ながら、次の手を打つまで様子見するのが得策と考えるのが常ではなからうか。つまりは感染症の類型論・分類学の難点を、今一度再認識させられるのである。

B 感染症法又は特措法（二条一号）改正論

本感染症法が特措法二条一号の定義規定にある同法の対象となる感染症（新型コロナウイルス等又は新感染症）に該当するののか？という問い掛けに対して、政府が用意したのが、本法案である。といっても本感染症法の特措法適用の第一、関門（同法二条一号）を突破することだけのために、単に「附則一条の二」を付け足すという泥縄的なものであった。野党（特措法制定時の与党）は、本感染症を「指定感染症」ではなく「新感染症」と解すれば、何なく第一関門を通過できると主張したが、本感染症は「新感染症」に該当しないとの政府・与党（特措法制定時の野党）と平行線のままであった。これで終われば与野党対立というお決まりの構図におさまるが、特

筆すべきは、今後のパンデミックをも見据えて、野党委員（＝特措法制定時の担当大臣）から「第一関門」に関する（二つのシナリオ）提案があったことである。

その第一シナリオは、新感染症の定義の見直しであり、「既知のウイルスであつても、それが変異を起こして、人から人の感染、重篤度、伝染力などが高いという可能性や、あるいは開発されたワクチンがなくて、確立された治療法もないなどの条件がそろえば、これを新感染症と分類する」こと、第二シナリオは、「必ずしも感染症の指定にこだわらずとも、特措法の中にある未知の感染症の定義を、ウイルスの変異後の形態、疾病情報と重篤度が明らかではなくて、既存のワクチンが存在しない、そういう中でこのまま進めば重篤なパンデミックを起こす可能性があるという分類で、新感染症の指定にこだわらずとも法の対象とする、この旨をこの特措法に普遍的に付加する……こうした類型をつくって、この特措法に指定していく」こと（傍点引用者）である。⁽⁶⁶⁾

右の二シナリオの是非の判断を棚上げにして、純粹立法技術面からだけ、その成否を考察してみよう。

第一シナリオは、既知のウイルスによる感染症の一部を新感染症に取込む話なので、感染症法制定時からの感染症類型論の一部を崩すことになり大事になる。⁽⁶⁷⁾ というのは、一九九八年の感染症法の制定当初、国会修正によって指定感染症が「既に知られている感染症」（傍点引用者）に限定されたことによって、新感染症概念と指定感染症概念の違いが浮き彫りにされていたからである（本稿二（一）イ）D（b））。

第二シナリオは、そもそも感染症法は個々の感染者を特定することを前提にしたもので、パンデミックのような大流行時には、検疫法、予防接種法等も含めた既存の法制度に基づく措置を講じつつ、社会全体の混乱への対応のために措置を講じるのが特措法⁽⁶⁸⁾であるという役割分担があること、換言すれば感染症法と特措法とが一般法・特別法（緊急事態法）の関係なり「車の両輪」であるという出発点をぼかしてしまっている。そして感染症法の類型論をすつ飛ばしていきなり特措法の仲間に入れようとしているが、「二段はしご」を外されると、実務

上感染者への対応に混乱を生じるだけである。したがって両者の関係を解体するのは行き過ぎで、必ずしも賢明な選択肢とはいえない。また「パンデミックを起こす可能性のあるものに限って『未知の感染症（新感染症）（感染症法六条九項）』として特措法の対象とする」という命題は、すでに感染症法の新感染症の定義規定の後段「病状の程度が重篤であり、かつ、当該疾病のまん延により国民の生命及び健康に重大な影響を与えるおそれがあると認められること」で先取りされている（本稿二（一）（イ）C（b））うえに、ご丁寧にも特措法二条一号括弧書きに「全国かつ急速なまん延のおそれがあるものに限る」と規定しているため、右命題は屋上屋にもならないように思える。そこでむしろ「当該疾病のまん延により国民の生命及び健康に重大な影響を与えるおそれがある」が、病原体のウイルスが既知というだけで、「新感染症」定義から外されるもの、すなわち端的にいえば（本感染症について政府が採用したところの）「指定感染症」（感染症法六条八項）そのものを、特措法適用の対象に取込むというのが、解決への早道ではなからうか。

また別の野党委員も、「国民の大部分が現在の免疫を獲得していないこと等から、新型インフルエンザ等が全国かつ急速にまん延し」云々という特措法の目的規定（一条）から考えて「本当に今回のコロナウイルス「感染症」が「特措法対象の感染症に」合致しなかったのか」という問題意識から、具体案の提示はなままに、「新たな」感染症の発生のたびに暫定的な見直し規定……法改正を行うというのは、今回のような対応の遅れをもたらすことになるので……新たな感染症の類型を新設して特措法の対象を広くしておく改正が必要」と指摘している⁽⁶⁷⁾。

これらの提案・指摘に対して大臣は、「今回の一連の事象が終息した後に検証を加えて、この特措法のあり方、感染症法「の定義、あるいは特措法」との「補完的な」関係を整理して……よりよい対応がとれるようなものに変えていくという努力はしなければならない」と回答している^{(67)(67の2)}。

- (662) 西村大臣・衆院三月一日・一頁及び二三頁、参院三月三日一頁。
- (663) 西村大臣・衆院三月一日・二頁及び二二～二三頁、参院三月三日一頁及び三二～三三頁。
- (664) 長坂康正委員(自由民主党)・衆院三月一日・一頁、江田康幸委員(公明党)・同日四頁、(ただし長坂・江田両委員は、自身の見解ではないと断つたうえでの質問)、中川正春委員・同日六～七頁、長浜博行委員・参院三月一日一〇～一一頁、矢田わか子委員(共同会派)・参院三月三日一七～一八頁。
- (665) 矢田わか子委員(立憲・国民、新緑風会)・第二〇一回国会参議院予算委員会会議録一月三十一日一一～一二頁(二〇二〇)。
- (666) 加藤勝彦厚生労働大臣・同日一一～一二頁。
- (667) 西村大臣・衆院三月一日・三、四頁、参院三月三日一八頁。
- (668) 中川委員・衆院三月一日・七頁。
- (669) 中川委員・衆院同日・七～八頁。
- (670) 新型インフルエンザ等対策研究会・前掲註(7)・一〇頁。
- (671) 矢田委員・参院三月一日一七～一八頁。
- (672) 西村大臣・衆院三月一日・八頁及び参院三月一日一四、一八頁の発言を合成。
- (672の2) 大臣答弁とは異なり、本感染症終息をまたずに二〇二一年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(令和三五号)二条による感染症法改正により、同法六条七項「新型インフルエンザ等感染症」に、あらたに「新型、コロナ、ウイルス、感染症」(あらたに人から人に伝染する能力を有することとなったコロナウイルスを病原体とする感染症であつて、一般に国民が当該感染症に対する免疫を獲得していないことから、当該感染症の全国的かつ急速なまん延により国民の生命及び健康に重大な影響を与えるおそれがあると認められるものをいう)「(改正後の同項三号)、「再興型コロナウイルス感染症(かつて世界的規模で流行したコロナウイルスを病原体とする感染症であつてその後流行することなく長期間が経過しているものとして厚生労働大臣が定めるものが再興したものであつて、

一般に現在の国民の大部分が当該感染症に対する免疫を獲得していないことから、当該感染症の全国的かつ急速なまん延により国民の生命及び健康に重大な影響を与えるおそれがあると認められるものをいう」（改正後の同項四号）が加わった。これにより、本感染症は、指定感染症の指定期間最長二年（七条一（二項）の呪縛から逃れて、晴れて「新型インフルエンザ等」として恒久的に感染症の仲間入りを果たし、同時に自動的に特措法の対象である感染症「新型インフルエンザ等」（特措法二条二号）の仲間入りも果たしたのである。むろん二〇二〇年特措法改正論議において、ウルトラC級の別解として、「戸東京が駄目なら」ではないが、「新感染症（六条九項）が駄目なら新型インフルエンザ等（六条七項）があるさ」と解釈を模索する方法もあるうが、法文が「新型インフルエンザ」「再興型インフルエンザ」の二者限定列記のため、いくら拡張解釈といっても「新型インフルエンザ」概念に新型コロナウイルス感染症を含ませるのはドン・キホーテ的で無理筋のため、ここに付け入る隙はなかったためか、そのような主張は耳にしなかった。

右の一部改正法（令和三法五号）一条による特措法改正により、同法の対象となる感染症である「新型インフルエンザ等」の定義に、あらたに「指定感染症（第一四条の報告に係るものに限る）」（傍点引用者）を加えた（改正後の二条一号）。今後予想される新たなパンデミックに対して、特措法が数段使いやすくなったことは確かである。あと、パンデミックにおいて特措法をいかに使うか、使いこなすかという運用にかかるのである。

（八） 小 括

本法案は、修正案の提出もいままに両院委員会で原案が可決され成立したが、衆議院で二〇項目、参議院で項目の附帯決議が付された⁽⁶⁷⁴⁾。その内容は、圧倒的に特措法の運用に関する注文であり、本法案の核心部分である本感染症を特措法の対象にすることに関連する項は、わずかに衆議院第二〇項及び参議院第二三項の「特措法の適用の対象となる感染症の範囲（当該感染症に係る法令の規定の解釈により含まれるものの範囲を含む）」について、速やかに検討することである。それに加えて注目される項目として、衆議院第一九項及び参議院第二二項の

「今回の新型コロナウイルス感染症への政府がとった対応について、第三者的立場から、客観的、科学的に検証し、その結果を明らかにすること」がある。

本三章では、本感染症対策の初動期における感染症及び特措法の対応を検討することにし、「(2) 特措法」で、本感染症を特措法の対象にするか否かという二〇二〇年同法の一部改正法の核心部分、すなわち「附則一条の二第一項」に的をしばって国会審議を検討してきた。むろん本(改正)法案審議過程では、委員のみならず参考人も含めて、本感染症に対する政府の過去の措置(たとえば内閣総理大臣による全国一斉休校措置要請)の根拠及び是非論、本感染症への今後の取り組み(政府対策本部の立ち上げ、緊急事態宣言等)や、特措法自体の論点(緊急事態宣言や「まん延防止措置」に至る手続き、まん延防止措置への不服申立て・救済手続き、損失補償の要否)等も組上にあがっているが、本稿では割愛している。

本章で検討した感染症及び特措法への対応が、タイミ_(研)ングとして適切なものであったかどうか、についてのみ、ここで簡単に検討しておく。

二〇二〇年一月二八日(公布の)「指定感染症」への指定(本稿三(一)(ロ)までの間には、国内で武漢市への渡航歴のない者の発症はなく、一月二八日の奈良のツアーバス運転手への感染確認が初事例であったことからすると、指定感染症の指定のタイミ_(研)ングには問題がないようにみえる。ところが肝心の右指定の(政令)施行日である二月一日までのわずかの間に、一月三〇日のW、H、O緊急委員会における「国際的に懸念される公衆衛生上の緊急事態」宣言、翌三一日の武漢市へ政府チャーター機第一便帰国者からの無症状病原体保有者の確認、二月一日の香港政府が香港で下船のクルーズ船ダイヤモンド・プリンセス号乗客の本感染症感染の発表(ちなみに政令施行直後の同月三日に、右クルーズ船が横浜・大黒埠頭沖に停泊、翌四日、右クルーズ船にて一〇名の感染者確認)という「急展開」と照らしあわせると、「指定感染症」の指定は、本当にギリギリのタイミ_(研)ングであったことが判

明する。

次に特措法についてみると、右のWHOの一月三〇日付緊急事態宣言の同日、政府は「新型コロナウイルス感染症対策本部」を設置したが、本感染症に特措法を使えないため、右本部は閣議決定による設置であり、特措法一五条一項にもとづく「政府対策本部」ではなかった。⁽⁶⁷⁵⁾ このようないわば法令上のブランクの状態で二月をしのいだことになる。三月一〇日に、ようやく本法案を閣議決定してからというもの、翌三月一日衆議院委員会審議・議決、一二日衆議院本会議・議決、一三日参議院委員会及び本会議審議・議決と、法案提出からスピード可決している。⁽⁶⁷⁷⁾ とはいえ、本法案は、恒久的に新たなパンデミックに対応するための法改正ではなく、本感染症の「第一関門」である特措法対象にすることに特化したものに過ぎない。わずかこれだけのためならば、法案の閣議決定まで時間がかかり過ぎという印象をぬぐえない。

⁽⁶⁷⁸⁾ しかも政府は、本法案国会審議の時点では、「第二関門」である緊急事態（宣言）には達していないとみていた。政府は、本法案で早目に特措法適用の道を拓き、本感染症への準備万端だったといたいかもしれないが、市井の私からすれば、「新感染症」か「指定感染症」か「新型インフルエンザ等」かといった非生産的入り口論に時間を浪費し、随分のんびり構えている印象でしかない。法案には「この法律は、公布の翌日から施行する」との附則を付け、三月一三日即日公布、⁽⁶⁷⁹⁾ 翌一四日施行であった。ところが閣議決定による設置にとどまった「政府対策本部」が、晴れて特措法上の「政府対策本部」（特措法一五条一項）として脱皮したのは、同月二六日だ⁽⁶⁸⁰⁾から、改正法施行から実に一二日間もの間、時間が空費されている。この間、「政府対策本部」設置よりもG7首脳との遠隔会議（同月二六日）、IOCとの東京五輪開催（延期）打ち合わせ（同月二四日）を先行させていることは、驚き以外のなものでもない。

- (673) 自由民主党・無所属の会、立憲民主・国民・社保・無所属フォーラム、公明党、日本維新の会・無所属の会の共同提案。今井雅人委員・衆院三月一日二一～二二頁。
- (674) 自由民主党・国民の声、立憲・国民、新緑風会・社民、公明党、日本維新の会の各派共同提案。杉原秀哉委員・参院三月一三日三一～三三頁。
- (674の2) 以下に記載する出来事は、竹中教授・前掲註(9の3)・三五六頁以下の「関連略月表」が参考になる。
- (675) 「新型コロナウイルス感染症対策本部の設置について」首相官邸HP▽新型コロナウイルス感染症対策本部 http://www.kantei.go.jp/singi/novel_coronavirus_taisaku_honbu.html▽「根拠・構成員」
- (676) 首相官邸HP「令和二年三月一日(火) 定例閣議案件」<https://www.kantei.go.jp/kantei/2020/kakugi-202003/007.html>
- (677) 衆議院HP▽立法情報▽第二一〇回国会法律案等審査経過概要▽新型インフルエンザ等対策特別措置法の一部を改正する法律案(内閣提出四六号)及び参議院HP▽議案情報▽第二一〇回国会議案審議情報▽新型インフルエンザ等対策特別措置法の一部を改正する法律案(内閣提出) 参照。
- (678) たとえば伝聞として川本哲郎参考人(同志社大学法学部教授Ⅱ刑事法)・参院三月一三日七頁等がある。
- (679) 衆議院HP・前掲註(677)による。
- (680) 首相官邸HP・前掲註(675)による。

四 結 び

パンデミックは、各国の国並びに自治体及び国際社会にとって「危機管理」の場である。ところが、わが国で危機管理を論じるときには、「危機」の文脈上に「感染症」が登場することはおそらく皆無に等しく、「感染症」は、ほぼ眼中になかったのではないかと思われる。⁽⁶⁸¹⁾

本章では、本稿の締めくくりとして、感染症法及び特措法等の「構造上の問題」と、感染症法及び特措法等の「運用上の問題」とに分けて、問題点をまとめておきたい。

（１） 感染症法及び特措法の構造上の問題

A 特措法適用の第一関門（特措法二条一号）

感染症への特措法適用の第一関門は、当該感染症が特措法対象たる「新型インフルエンザ等」（二条一号）に該当するかどうか、換言すれば、当該感染症が、感染症法でいう「新型インフルエンザ等感染症」（感染症法六条七項）又は「新感染症」（同条九項）に該当するか否かである（本稿二（二）（三）A）。感染症法六条の感染症の類型の非弾力性・硬直性に加えて、本感染症は「指定感染症」（同条八項）に指定された（本稿三（一）（ロ））ため、このままでは、第一関門を突破できない。そこで二〇二〇年三月に、本感染症を「新型インフルエンザ等」（特措法二条一号）とみなす特措法改正（附則一条の二第一項）をしたのである（本稿三（二）（イ）及び（ロ）A）。特措法制定時の国会審議を振り返ると、第二関門の緊急事態宣言の要件である「新型インフルエンザ等」（政令で定める要件に該当する……）」に関する質疑（本稿二（二）（ハ）B（c）③）はあっても、この第一関門である「新型インフルエンザ等」の定義規定に関する質疑は目につかなかった。

新たなパンデミックの危険にさらされそうなときに、当該感染症の病原体が不明であれば、すんなりと「新感染症」に分類されて、特措法の第一関門を突破できる。ところが「既に知られている」ものではないという「新感染症」の消極的定義（感染症法六条九項）の理解の仕方にもよるが、たまたまウイルスが判明していれば、第一関門対策として、その都度法改正が必要になり、結果としてパンデミック対策に出遅れるというやっかいなス

トリーリーになっている(本稿三(2)(ロ)B)。このように、感染症法とのリンクがもたらす第一関門が、特措法の抱える第一の問題点である。^(81の2)

B 特措法適用の第二関門(特措法三二条一項)

感染症法には存在しない特措法の最大の目玉は、「緊急事態措置」にあることはいうまでもない。「緊急事態」(特措法三二条一項)の第一要件は、当該感染症が「国内で発生」したこと、第二要件は、当該感染症が「国民の生命及び健康に著しく重大な被害を与えるおそれがあるもの」として政令で定める要件に該当すること(傍点引用者)、第三要件は「全国のかつ急速なまん延により国民生活及び国民経済に重大な影響を及ぼし、又はそのおそれがあるもの」として政令で定める要件に該当すること(傍点引用者)であり、国会審議で野党(現在・与党)から批判があったように、第二要件、第三要件ともに政令に委任されている。

新型インフルエンザ等対策特別措置法施行令(平成二五政令一二二号)によれば、右の第二要件は、「肺炎、多臓器不全又は脳症その他厚生労働大臣が定める重篤である症例の発生頻度が、感染症法第六条第六項第一号に掲げるインフルエンザにかかった場合に比して相当程度高いと認められること」(六条一項)、つまり当該感染症の重篤化頻度と季節性インフルエンザの重篤化頻度の比較論である。

右の第三要件は、「次に掲げる場合のいずれかに該当すること」(同条二項柱書)とし、ひとつめは「感染症法一五条一項又は二項の規定による質問又は調査の結果」、患者等が「感染し、又は感染したおそれがある経路が特定できない場合」(同項一号)、ふたつめは「感染症法一五条一項又は二項の規定による質問又は調査の結果」、患者等が「公衆にまん延させるおそれがある行動をとっていた場合その他の新型インフルエンザ等の感染が拡大していると疑うに足りる相当な理由のある場合」(同項二号)とする。前者(一号)は、海外特定国での感染や、

クラスターによる感染であれば、いかに爆発的感染であっても「経路が特定されない」に該当しないので、指標としては不都合で不備がある。裏返せば、感染経路さえ判明すれば「感染症拡大を抑えこめる」という不遜な考えに基づくのであろうか。逆に、患者等自身は感染経路に心当たりがあっても、感染症法一五条は任意の調査であるため、他者に知られると不都合である真実を秘匿する結果、「経路不明」例にカウントされることも起こり得るので、信頼性に問題を抱えた指標である。他方、後者（二号）は、「感染症法一五条一項又は二項の規定による質問又は調査の結果」患者等が、すでに不特定多数の者と長時間濃厚接触する等により、新型インフルエンザ等を「公衆にまん延させるおそれがある場合」に備えたというが、任意の調査によって、特定患者等個人の行動の把握が全て可能にならない限り、絵にかいた餅になりかねない。施行令六条は、指標として極力客観化されたものを提示したつもりだろうが、いかにも指標として頼りなさが残るといわざるを得ない。^(683の2)

C 特措法適用の第三関門（特措法四五条）

感染症法とは異なる特措法の最大の目玉は、緊急事態宣言下の「まん延防止措置」として、感染防止のための、知事による住民への外出自粛等の協力要請（特措法四五条一項）、学校・社会福祉施設・興業所等の施設管理者に対する使用若しくは停止の要請、催物（イベント）開催者に対する開催の制限又は停止の要請（同条二項）にあることは、再三繰り返し述べたことである。

「緊急事態宣言」という鳴り物入りの「まん延防止措置」でありながら、「行動制限の最大値」が、結局のところ右に列挙した外出自粛要請、施設の使用制限・停止要請、催物開催の制限・停止要請等の「要請」、つまりは講学上の行政指導に尽きるのである。これでは緊急事態宣言前の「対策実施の」協力要請（特措法二四条九項）と大同小異ではないかとの疑問が生じる。もともと、緊急事態宣言下の施設管理者及び催物開催者に対する要請

(特措法四五条二項)に限っては、要請に応じないときの「指示」(同条三項)、要請・指示の公表(同条四項)が控えてはいる(本稿二(2)(ハ)B(d)①)。

そもそも感染症の「飛沫感染、接触感染、エアロゾル感染を回避するためには極力人と人との接触を避ける」という観点から、非薬学的・公衆衛生上の措置が編み出されている。ところが特措法は、施設管理者等には緩やかながら制裁まがいの規定を設けておきながら、一般住民の外出等の自粛要請(特措法四五条一項)は、法文上は自粛の「掛け声」だけで手付かずの野放し状態で、それから先はない。むしろ施設管理者への要請の効果によって、ショッピング、飲食、映画・演劇・演奏会等を楽しめなくなれば、外出しても面白くないとして、生活必需の買物以外の外出自粛に誘導でき易いという目論見はうなずけなくもない。おそらくは個人の外出制限は「行動の自由」への過剰な制限になりかねないとして、人権論からの抵抗が強いことは予測される。しかし、現行法は、行動制限のかけ方として、不徹底で、かつ施設管理者等とのバランスを失っているくらいがある。

旧伝染病予防法八条及び一九条に明文化された交通遮断・隔離の規定(本稿二(1)(ロ)B(d)②)は、感染症法にも特措法にも存在しないが、非薬学的・公衆衛生上の「行動制限」の最たるものは「都市封鎖(ロックダウン)」である。都市封鎖ならば、(たとえば生活必需品販売店以外は営業停止で、飲食店は高々持ち帰りのみというふう)に住民も施設管理者等もお互いに権利制限されるので、バランスも保たれ、また感染拡大防止の効果も高いと考えられる。

右は極論に聞こえるかも知れないが、いつまでも住民・営業主性善説・人権論に肩入れし続けては、十分に感染拡大防止をはかれないように思われてならない。

(2) 感染症法及び特措法の運用上の問題

本稿は、感染症法と特措法を中心とする既存の法令（本稿表1参照）が、パンデミックに対応可能な法システムになっているかどうかを検証しようと試みたもので、感染症法及び特措法の運用実務・実態及びその評価に立入らない。とはいえ検討過程で気付いた特措法運用について覚書的に述べることをお許しいただきたい。

いかに立派な危機管理法を整備しようとも、特措法でいえば最終決断者の政府対策本部長である内閣総理大臣、現場の都道府県知事といった「人」「人」「人」で物事が決まる。特措法の運用は、「国民の生命及び健康保護」と「国民生活及び国民経済に及ぼす影響」の両者のバランスが求められる（傍点引用者、同法、一参。政府対策副本部長が西村経済復興担当大臣併任というのでは、公平さに疑義が残るといわざるを得ない。

右の政府対策本部開設時期について疑問を呈した（本稿三（2）（ハ））。本感染症への政府の対応に、右の特措法一条の目的規定から異質の「東京五輪開催」が影を落とし、政府の決定や判断に微妙な狂いが生じていることは自明である。パンデミック対応の成否は、それら法令をどう使いこなすのかという、その「使い手」なり「使い方」に左右されざるを得ないという、厳しい現実に直面する。

講学上の「裁量統制」は、先駆的な裁判判決から導かれ「司法統制」換言すれば「裁判規範」として近時発展を遂げた。しかし全ての行政実務・運用が争訟化するわけではなく、日常的な行政現場の「行為規範」として十分に機能するには至っていない。いまだ本感染症が終息しないうえに検証可能な根拠資料の収集段階なので例示を差し控えるが、東京五輪開催のほか、政治的思惑も含め決定の際に異質な利益考量が「優先順位」化するリスクを内蔵している。行政法学が、「行政の法的統制」として「他事考慮」「判断過程統制」といつてみても、行政現場への適切なメッセージなり国民目線での処方箋を用意したことになるのか、疑わしいし、それらにかわる方

策を提示するのも、極めて困難な課題といわざるをえない。

私はむしろこうした問題は、わが国の政・官の構造的問題に起因するように思われる。すなわち政・官は大学や民には「競争」を強いながら、自らは競争者・競合者不在で競争原理が働かず「独占」状態の体制⁽⁶⁸⁴⁾である。また永田町に関しては、小選挙区制・選挙公営・政党助成の導入等により実質無風状態にある。したがって、これらにメスを入れる改革が要請されるが、本稿は、これらを詳論すべき場ではないので、ここでは単なる指摘にとどめておく。

(681) たとえば小林慶一郎・大澤淳・矢尾板俊平・菊池誉名・地引泰人・伊藤弘太郎・小栗裕介助・原田倫世『危機管理政策の国際比較―危機対応の経済政策論に向けて』第一章「感染症関係の公開情報」中の「日本における感染症関係の公開情報」(二〇二一〇三他頁)によれば、わが国は他国に比べて表題について余りにも貧弱な状況にあることがわかる。RIETI Policy Discussion Paper Series 08-P-002 (独立行政法人経済産業研究所、二〇〇七)。

(681の2) 二〇二一年の感染症法改正により、本感染症は「新型インフルエンザ等感染症」の新類型として公認され、あわせて特措法改正により、「指定感染症」も特措法適用対象に加えられた(前掲註(672の2))ので、本文で述べた懸念は解消したといえよう。各都道府県知事・各指定公共機関宛・内閣官房新型コロナウイルス感染症対策推進室長「事務連絡」『新型インフルエンザ等対策特別措置法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)」二頁(令和三年二月二二日)二頁(二〇二二) https://coronago.jp/news_pdf/sekoutuuchi_20210212.pdf

(682) 厚生労働省・前掲註(1)・九一頁。

(683) 新型インフルエンザ等対策研究会・前掲註(7)・一二三頁。

(683の2) 二〇二一年の特措法改正の施行に伴う関係政令の整備に関する政令(平成三政令二八号)により、特措法施行令六条は「法第三二条第一項の新型インフルエンザ等緊急事態についての政令で定める要件は、都道府県における

感染症患者の発生の状況、感染症患者等のうち新型インフルエンザ等に感染し、又は感染したおそれがある経路が特定できない者の発生の状況その他の新型インフルエンザ等の発生の状況を踏まえ、一の都道府県の区域を越えて新型インフルエンザ等の感染が拡大し、又はまん延していると認められる場合であつて、当該感染の拡大又はまん延により医療の提供に支障が生じている都道府県があると認められるときに該当する」（傍点引用者）と書き改められた。

右の改正特措法令が、特措法三二条の「全国的」を「一の都道府県の区域を越えて」と読み替え緩和したのは正当である。もともと感染症の病原体は「国境なきウイルス」で「県境」も何もあつたものじゃないんだから、右の前段の県域越境要件すら本来は不要なくらいなのである。気になるのはその直前の「……を踏まえ」は（金田一春彦・池田弥三郎『学研国語大辞典・第二版』「一九七八」）によると谷崎潤一郎すら使つたようなので、単なる私の個人的感觸だけでも知れないが）学生運動や労働組合の口調に似ており、若干違和感を覚える。それはともかく、後段で、本感染症の経路から「医療提供の状況」を緊急事態の指標に据えたのは、極めて正当であろう。内閣官房新型コロナウイルス感染症対策推進室長・前掲註（681の2）・一一頁参照。

（683の3）前掲註（650の2）で述べたように、二〇二一年特措法改正（令和三法五号）で、要請に応じないときの「指示」を「命ずる」に改め、命令に過料を課すこととされてはいる。

（684）藤原淳一郎・前掲註（16）（法研九一巻一〇号）・三四頁。

（3） 終わりに

二〇二〇年四月下旬に本稿一（2）に掲げた命題の確定とともに本稿の執筆に着手したが、執筆は遅々として進まず、年二回の定期血液検査結果はほぼオールAでありながら、古稀を境に発症・判明した持病に対する予防薬等服用の副作用による胃腸障害等で、書斎の机に向かえない日も度々続き、東日本震災一〇周年記念日はおろか、同年四月の「緊急事態宣言」からも一年以上が過ぎ、原稿脱稿まで一年超を要した。

〔追記〕 本稿校正時に、太田匡彦「新型コロナウイルス感染症にテストされる感染症法（上）・（下）」法律時報九二巻九号八五頁、一一号八四頁、板垣勝彦「新型コロナウイルス雑感―自粛要請、休業と補償、都市封鎖」等の示唆に富む有益な論文に接したが、本稿校正時の加筆は控えた。

（二〇二二年一月三三日）