

## 緊急事態条項とコロナ

弁護士 永井幸寿



### 1. 緊急事態条項

#### (1) 緊急事態に対処する法制度

緊急事態に対処する法制度には2つある。個別法で対処する方法と憲法に緊急事態条項を設けて対処する方法である。個別法で対処する方法とは、災害なら災害対策基本法、原発事故なら原子力災害対策特別措置法などのように、緊急事態ごとに定めた法律で対処する方法である。この方法の特徴は、①個別の法律で必要な範囲での権限が付与されているので権力の濫用や人権侵害が起りにくいこと、②平常時に時間をかけて作成されているので合理的な内容であることである。日本国憲法は、個別法で対処するというスタンスをとっている。

これに対して、憲法に緊急事態条項を設けて対処する方法は、戦争、内乱、大規模な自然災害等、多くの緊急事態を包括した条項を憲法に設けて対処する方法である。これは、最も重度の高い戦争に合わせて制度設計される。戦争は勝たなければならないので、本来国会にある立法権や予算議決権が政府に認められ、権力分立を停止する。また、国民にお国のために国民に命を捧げさせる必要があるので人権保障を停止する。この方法の特徴は、①権力分立を停止するので、政府に極度に権力が集中し権力濫用の危険が高いこと、又、②人権保障が停止されるので、人権が大幅に侵害されやすいことである。

#### (2) 日本国憲法の趣旨

旧憲法には緊急事態条項が4つも設けられ、しかも、これが度々濫用されたあげく、軍隊が暴走して日中戦争や太平洋戦争に突入した経験から、日本国憲法はあえて緊急事態条項は設けていない。日本国憲法の趣旨は、①緊急事態条項は憲法を破壊する危険があるから設けない、②緊急事態に対しては平常時から事前

に個別法を設けて対処するというものである。

#### (3) コロナの法制度の検証

そこで、最近の緊急事態としてコロナ感染症が問題になったので、コロナのために緊急事態条項が必要かについて以下にのべる。

コロナ感染症については、検疫法、感染症法、新型インフルエンザ対策特別措置法などの個別法が整備されている。そこで、以下コロナと法制度について検討し、コロナ対応として個別法で対処することができるか、緊急事態条項が必要かについて検討する。

### 2. 医療崩壊の対策

#### (1) 医療崩壊の発生

2021年9月、第5波において、医療機関が逼迫して医療崩壊が生じた。コロナウイルスの感染症が爆発して、全国では陽性者の内、9万7000人が入院出来ずに自宅療養し、東京では2万5000人が自宅療養した(8月23日現在)。救急車が来ても、搬送される病院がない状態であり、自宅療養中に首都圏4都県(東京、埼玉、千葉、神奈川)では、7月以降少なくとも18人が死亡し、東京では9人が死亡した。法律上これに対処する手段が無いのだろうか。実は法律は完備しているのである。

#### (2) コロナ病床の受入の強制

日本は病床数は人口1人あたり世界一多いにもかかわらず、コロナ病床の受入がわずか1%未満(2021.1.現在)にすぎず、イギリスが22.5%、米国が11.2%であるのに対して、1/10以下であり極めて低い(2021年2月23日付日経新聞)。これについては、日本が公的な医療機関が欧州に比べて少なく、大部分が私的な医療機関なのでコロナ病床の受入を強制できないからだという意見があるが誤りである。飲食店

はほとんどが私的な企業であるが、日本では強力な事業の制限を行っていることから明らかなように民間の医療機関にも公的規制を行うことは可能である。

ここで問題になるのは、病院の営業の自由、つまり経済活動の自由という人権が制限できるかと言うことである。憲法では、人権も無制限に保障されるのではなく、「公共の福祉」による制約を受ける（憲法 12 条、13 条）。「公共の福祉」とは、人権と人権を調整するための公平の原理である。すなわち、経済活動の自由という人権は、国民の生命や健康という、他の人の人権との調整のために、必要最小限度の制約を受けることが認められている。

新型インフルエンザ対策特別措置法（以下「新型インフル特措法」）31 条 1 項では、都道府県知事は、医師、看護師などの医療関係者に対して、場所、期間などを示して、患者などに医療行為を行うよう要請が出来るとする。また、指示を受けた医療関係者のうち、医療機関の管理者である者は、医療機関の関係者、その職員を活用して実施の体制の構築を図る（同法施行令 5 条 2 項）。そして、正当な理由なく要請に応じないときは、厚生労働大臣、都道府県知事は医療行為を行うように指示できる（同法 31 条 3 項）。この指示とは強制のことである。但し、厚生労働大臣及び都道府県知事は、医療関係者の生命、身体の確保に十分配慮し、危険が及ばないよう必要な措置を講じなければならない（同法同条 4 項）。そして、国及び都道府県は、この医療行為の従事要請や従事指示には、費用を支払わなければならない（同法 62 条 2 項）、都道府県は、医療関係者が、死亡、負傷、疾病にかかり、障害を負ったときは損害を補償する（同法 63 条 1 項）。

このように、都道府県知事はコロナ病床の受入を要請又は強制し、これに対する実効性を確保する手続きは充分規定されている。

他方で、コロナ病床の受入には、①一般の診療が制限されてしまうこと、②コロナ患者の治療に対する専門性がないこと、③コロナ対応用に建物のゾーニングが必要であり、エクモや陰圧機等の特別な機材がない

こと、④スタッフ、特に看護師が不足していること、⑤コロナ患者の受入について患者が減少すること等のリスクがあるので、行政の一方的な指示で実施できるわけではない。これについても、平常時から、自治体は、医師会、大学病院、保健所や国と連携を取る必要がある（3 条 6 項）。神奈川県仁厚会病院では、コロナ病床の受け入れを行っているが、①については、むしろ発熱（発熱する疾患は多い）や肺疾患がある時に受け入れを拒否すること自体が診療の制限になること、②呼吸器専門の医師がいないことから県立病院の専門医との間で医師と医師のリモートによる助言で対応していること、③ゾーニングや陰圧機は国からの補助で対応していること、④人材の不足は専門医を交えてマニュアルを作成し、看護師の件費は県の特例手当を充てていること、⑤外来は若干患者が減少したがすぐに回復したこと等を述べている。県が関係者と連携してリスクの対策に努めれば十分対応可能である。その財政については、国及び都道府県は医療の供給体制の確保を図るため、コロナ対策に協力する医療機関、医療関係者に対する支援その他必要な措置を講ずると定めている（同法 63 条の 2 第 2 項）。

### （3）臨時の医療施設

また、日本医師会の 2021 年当時の中川俊男会長は、大規模イベント会場や体育館を利用した臨時の医療施設を設置すべきだとの提言をしたが、国や東京都は医療施設を増設しなかった。これについても新型インフル特措法は完備されている。

都道府県は、都道府県の区域内において、病院その他の医療機関が不足し、医療の提供に支障が生じると認める場合、臨時の医療施設を開設して医療を提供しなければならない（同法 31 条の 2 第 1 項）。

本来一時的にせよ医療施設を開設ことは、医療法、消防法、建築基準法、景観法等の法律の壁があって実施は不可能であるが、この制度はこれらの法律の適用を一切排除するという強力な規定である（同条 3 項～5 項）。しかも、これは都道府県知事の法的な「義務」とされている。医療機関が不足し医療の提供に支障が

生じるとき、都道府県知事は臨時の医療施設を設置する義務があり、不作為は違法となる。

そして、この臨時の医療施設開設の実効性を確保するために、都道府県知事には、土地、建物、医療の車両や機材等の物資を使用する必要があるときは、所有者占有者の同意を得て使用する権限を認めている(同法31条の3)。更に、緊急事態宣言が発出されたときは、実施区域の都道府県知事は、所有者占有者が正当な理由無く同意をしないときは、同意無く、強制的に土地、建物、物資を使用する権限を認めている(同法49条)。それだけでなく、この土地、建物、物資を使用するときは、職員に土地建物に立ち入り、その状況を検査させることができ(同法72条3項)、罰則まで設け、立ち入りを拒み、妨げ、忌避した場合は、30万円以下の罰金に処するとしている(同77条)。これらの費用は実施する都道府県が負担することになるが(同法65条)、国は、臨時の医療施設設置の費用は、50%から90%の負担をすることとしている(同法69条)。

但し、いくら法律があっても、自治体だけで医療機関を開設することは実際には困難なので、コロナ病床の受け入れと同様、地元の医師会等の連携や、財政を含めた国の支援が必要である。そして、コロナ病床の受け入れと同様に、国、地方公共団体等は、相互に連携協力し、適格迅速な実施に万全を期すべき義務を定めている(同法3条6項)。

以上のように、臨時の医療施設を設置するための都道府県知事の法的義務やその実効性を確保するための制度も完備されている。

従って、東京都、大阪府などは医療が逼迫することが予測できたのであるから、遅くとも緊急事態宣言が発出された2020年4月には医療期間の不足による医療提供の支障を予想して臨時の医療機関の設置の準備を行うべきであり、それから1年4ヶ月の間、漫然と放置したことによって自宅療養中に死亡した人がいたとすれば、国家賠償法による損害賠償請求の対象になりうると思われる。

### 3. 災害対策の原則

#### (1) 準備してないことは出来ない

災害対策の原則は「準備してないことはできない」ということである。新型コロナウイルス感染症においても同様である。残念ながら、日本政府は新型コロナウイルス感染症のパンデミックについては予想せず、準備していなかった。しかし、専門家から新型インフルエンザにつき以下の提言がされていた。

#### (2) 新型インフルエンザにおける提言

2010年6月10日に厚労省の新型インフルエンザ(A/H1N1)対策総括会議は「報告書」を政府に提出して、政府の新型インフルエンザ対応の検証に基づき、①PCR検査態勢強化、②国立感染症研究所、検疫所、保健所の組織や人員の大幅強化の必要性を訴え、③米国CDC(疾病対策センター)等を参考にした組織強化を提言した。この感染症対策は、新型インフルエンザだけでなく、コロナに対しても有効な対策であり12年前から準備していれば適切な対処が出来たはずである。しかし、政府はこの報告を無視して放置したばかりか以下の真逆の政策をとった。

#### ア ①のPCR検査体制強化について

新型コロナウイルスは、感染しても多くの感染者は症状が出ないこと。インフルエンザと異なり症状が出なくても感染することという特徴がある。そこで、国内で蔓延する場合、対策は早期に感染者を発見して、これを隔離して、患者を治療するという対処が必要であり、早期発見には、PCR検査の積極的な実施が必要である。

ところが、日本の検査数は、経済協力開発機構(OECD)36カ国中35位であった(2020.4.8現在)。PCR検査はその後大きく増加しておらず金額も自費負担で高額である。

2021年暮れ頃から検査は広がったが未だ少なく、2022年1月に政府はPCR検査抜きで診断するという方針を発表した。しかし、検査抜きで診断を行うことは医療水準に達しない医療行為であり問題があれ

ば医師が過失責任を負うことになる。これは医療崩壊と言うより政府による医療破壊である。

厚労省のコロナ対応は、感染症法が、国及び地方公共団体は、病原体などの検査能力の向上を図ること(3条1項)、国は病原体などの検査の実施等をはかるための体制を整備するよう努めること(3項)と規定することにも違反する。

イ ②の国立感染症研究所の保健所の人員増加

国立感染症研究所は、感染症の国の対策の中心を担い、コロナにおいても、検体採取や疫学調査、検査薬やワクチン開発支援を行っている。しかし、国は行財政改革の名目で医療や保健衛生の機関の規模予算を大幅削減した。予算と定員の削減が続き、研究評価委員会が再三増員増額を要望しているにもかかわらず、予算においては10年前から3分の1が削減されている。

また、各自治体の保健所はコロナのPCR検査の対応、入院宿泊施設の調整、積極的疫学調査(感染経路の推定、濃厚接触者の割り出し)、ワクチン接種の管理等の業務を担っている。しかし、1992年は全国で852箇所を設置されていた保健所は2019年に472箇所まで45%も減少した。政令指定都市では、1995年は、東京特別区53カ所、横浜市18カ所、名古屋16カ所、大阪市24カ所だったのが、東京では23カ所、横浜市、名古屋市、大阪市はわずか各1カ所である。コロナ感染症の蔓延で、人口270万人の大阪市で保健所が機能不全に陥ったのは当然である。

ウ ③の米国CDC(疾病対策センター)等を参考にした組織強化

米国のCDCは保健社会福祉省の下にあるが、政府から独立性のある専門機関であり、政府の政治的な発言とは別個に科学的な見地からの発言がなされている。しかし、日本では公衆衛生に関する専門家の独立性のある中立的な機関は設置されなかった。コロナにおいて「専門家会議」や「有識者会議」の「分科会」等が設置されたが、独立した権限はない。政府から専門家の科学性への尊重がなく、提言の内、政策と一致する

部分だけ利用し、GOTOキャンペーンやオリンピックの開催に対する反対意見等、政策に反する部分は無視される扱いがなされた。結局、政府による科学的な政策は行われなかったのである。

#### 4. 政府の権力の濫用

緊急時に政府の権力濫用が問題となるが、コロナ禍において、政府の権力の濫用というものがあったのだろうか。色々あげることができるが、典型的なものが以下の例である。

安倍総理大臣は、コロナ禍の最中である2020年5月に、検察庁法を改正して内閣や大臣の裁量で検察官の役職の延長や勤務延長が行われるようにしようとして、性急に国会の審議を進めた。

しかし、当時は、はじめて緊急事態宣言が発出されたわずか1ヶ月後であり、行うべきことはコロナの対策であって検察庁法の改正ではない。当時検察庁法を直ちに改正しなければならないような必要性もなかった。しかるに、検察官は公訴権、つまり、起訴不起訴の権限を独占しており、政府が検察の人事に介入することは、時の権力の圧力で起訴に値する事件が不起訴とされ、起訴に値しない事件が起訴される可能性があった。そこで、歴代の内閣は、検察官の人事には政治は介入しないという原則を確立してこれを厳格に守ってきたのである。安倍内閣ではこれを覆そうとしたものである。これに対しては、SNSを通じた多数の批判が起り、また、元検事総長、元最高検察庁検事等、検察幹部OB14人が反対の意見書を提出した。これは異例のことであり、彼らが反対だと言うことは声を上げられない現職の検事が反対だと言うことである。結果として対象の検官の不祥事で法案は取り下げられたが、仮に緊急事態条項があれば、内閣は、コロナ感染症を理由にした緊急事態宣言のもとで、法律と同じ効力の政令を発して検察庁法を改正したはずである。なくて良かった緊急事態条項である。

#### 5. コロナと緊急事態条項

### (1) 緊急事態条項の必要性

ある与党の国会議員は「憲法に緊急事態条項がないことが(コロナ対応の)スピード感を鈍らせている。」と述べていた。緊急事態条項について、与党自民党は2018年「条文イメージ・たたき台素案」を提示し、大地震などの緊急事態により、国会による法律の制定を待ついとまがないときは、内閣は、政令を制定できるとしている。ここでの政令は法律と同じ効力を持つものと考えられる。そこで、国会の法律の制定を待ついとまがないことが、コロナ対応であったのかを検討してみる。

しかるに、①2020年4月の緊急事態宣言は国会の会期中であり国会は機能していたし、また、②野党はコロナ対策の法律や予算に関しては協力を表明して、実際、法律制定だけでなく、10兆円もの予備費を認めるなど協力的な対応をしている。そして、③コロナ対策の法律は、新型インフル特措法の2020年3月の改正と、2021年2月の同法、感染症法の改正等それほど制定されておらず、むしろ命令(政令、省令)、行政的行為(通知、告示、要綱)で対応している。例えば、特別定額給付金も「補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律」に基づく要綱で実施しており、持続化給付金は会計法22条に基づく「新型コロナウイルス感染症対策中小企業等持続化給付金の支払いの臨時特例に関する政令」等で対処している。④そして、未だコロナ問題が山積するにもかかわらず、2020年6月18日に国会の会期延長せずに国会を閉会してしまい、その後開かれた国会も野党の要請にもかかわらず会期延長はされなかった。更に、野党が憲法53条に基づいて総議員の1/4で臨時国会を要求したが憲法に違反して内閣は召集を決定せずに放置している。このように、コロナ対応において、法律の制定を待ついとまがなかったという事実はない。むしろ、コロナ感染症の蔓延という「国難」に対しては、国民の代表である国会を常に開催して法律について審議すべき場面であったのに、政府がこれをしなかったものというべきである。

### (2) ロックダウンは憲法上認められるか。

憲法ではロックダウンが認められないので憲法改正が必要であるとの主張があるがどう考えるべきか。この主張は法的に誤りである。ロックダウンは、移転の自由を制限することである。移転の自由は憲法22条で、「公共の福祉に反しない限り」認められており、逆に言えば公共の福祉に反する場合は制限される。つまり、移転の自由は、他の人の生命・健康という人権との調整原理(「公共の福祉」)によって、法律によって、必要最小限度の制約を認めることが出来るのである。

### (3) 災害とロックダウン

実は、災害についてはロックダウンの法律が存在する。災害対策基本法63条は、市町村長は、災害が発生し又は発生しようとしている場合、人の生命身体の危険を防止するため、警戒区域を設定して、立ち入り制限・禁止又は区域からの退去命令が出来るとする。これには罰則があり、命令に従わないと10万円以下の罰金又は拘留(1日以上30日未満)に処せられる(116条1号)。行政罰ではなく刑罰なので処せられれば前科となる。

ロックダウンの主体は都道府県知事ではなく市町村長である。例えば、神戸市長は、神戸市全域をロックダウンすることは可能である。これは市長が単独で決定・実施することが出来、災害対策基本法105条の内閣総理大臣の災害緊急事態の布告は必要がない。しかし、この法律は、制約される人権への配慮がほとんどなく、きわめて粗雑な手続きである。

1991年の雲仙普賢岳の噴火災害の時、警戒区域の設定によるロックダウンが行われ、警戒区域内の養鶏所に立ち入ることが出来ず、飼育する鶏の餓死や養蜂の散逸によって7000万円の損害を受けた住民がいた。災害対策基本法には警戒区域設定による補償規定がなかった。そこで、日本弁護士連合会は、1994年に「災害対策基本法に関する意見書」で、憲法29条3項の「私有財産は正当な補償の下に、これを公共のために用いることが出来る」という規定の趣旨による警

戒区域設定に伴う損失補償制度を創設すべきであること等を提言した。しかし、この提言をしたのは、平成6年のことであり、未だ阪神・淡路大震災も発生する前だったので社会の災害に対する関心が無く、残念ながら法律は修正されることはなかった。

#### (4) 感染症のロックダウンの制度

感染症のロックダウンの法律を制定するなら、主体は、新型インフル特措法の構造からすれば内閣総理大臣ではなく、都道府県知事又は市町村長になると思われる。昭和22年に制定された災害救助法は、地方自治の理念に基づいて、災害救助の実施主体を都道府県知事又は救助実施市長としており(2条、2条の2)、医療関係者に医療活動の従事命令(7条1項)、土地家屋物資の使用物資の生産者等への保管命令、収用を認め(9条1項)、更に、職員の土地家屋などへの立ち入り検査を認める(10条1項)。これに倣って制定された新型インフル特措法も都道府県知事に医療関係者への従事指示(31条3項)、土地建物などの使用(31条の3、49条)、医薬品等の収用(55条1項、2項)、職員の土地家屋への立ち入り検査等(72条)を認めているからである。

そこで、感染症によるロックダウンの法律が認められるためには、上記の日弁連の意見書を参考にして、①ロックダウンによる事業や生活の損失について、憲法29条の趣旨から損失補償制度を設けること、②都道府県知事のロックダウンの判断において専門家の知見を尊重すること、③都道府県知事はロックダウン実施の必要性、実施や解除の基準、感染や治療、予防の状況などの説明を、実施や解除前、実施中に住民に対して充分に行い予測可能性を持たせること、④ロックダウンの期間や制限内容は、住民の自由、生活及び事業に支障のないように必要最小限にして、頻繁に見直し、緩和を行うこと、⑤罰則は刑罰ではなく行政罰にして、①～④の手続きがなされた後やむを得ない場合に実施すること、⑥不利益を受ける住民に対して迅速的確な救済の手続きを設けること(検疫法の不服申立手続きが参考となる)等が考えられる。③について

東京都は、2021年に多くの反対を押し切ってオリンピックを強行した。都民の理解を得るためには、オリンピックを当時実施する必要性やその感染症拡大への影響、その対策について科学的根拠に基づく十分な説明が必要であったが政府からほとんどなされなかった。

## 6. まとめ

以上のように、コロナ対応のための法律制度は十分に完備しており、また、必要があれば、新たに制定することは憲法上何ら支障はない。問題は政府が法律に従った対応を行っていないことや、コロナ対応について十分な事前の準備がなかったこと、又は、準備がなくても第1波の経験からその後の第2波、第3波を予想した準備がなされなかったこと、国会を常時開催して法の審議をしなかったことである。更に、コロナ禍に乗じて、法律を無視した権力の濫用が行われていることに問題がある。なお、緊急事態条項は必要ないし、むしろ濫用の危険があるので創設するべきではない。

なお、災害と緊急事態条項、テロと緊急事態条項については、下記の拙稿に記述しているので興味がおありならご一読いただければ幸いです。

永井幸寿『憲法に緊急事態条項は必要か』岩波書店  
岩波ブックレット(2016年)

永井幸寿「緊急事態条項の論点」関西学院大学災害復興制度研究所 編『緊急事態条項の何が問題か』岩波書店(2016年)29～78頁