

## コロナ感染症対策をめぐる憲法問題

著者	飯島 滋明
雑誌名	名古屋学院大学論集 社会科学篇
巻	57
号	2
ページ	1-22
発行年	2020-10-31
URL	<a href="http://doi.org/10.15012/00001274">http://doi.org/10.15012/00001274</a>

〔論文〕

## コロナ感染症対策をめぐる憲法問題

飯 島 滋 明

名古屋学院大学経済学部

### 要 旨

新型コロナウイルス対策として、安倍首相などの自民党政治家たちは憲法改正の必要性を主張する。しかしドイツやフランスなどでは憲法上の緊急事態条項を発動せず、法律などでコロナ感染に対応している。新型コロナウイルス対応のために憲法改正は必要ない。「憲法改正による緊急事態条項の導入が必要」というのであれば、憲法を改正しなければ対応できないことは何なのか、具体例を挙げるべきだ。

また、一部の政治家やメディアは新型インフルエンザ等特別措置法の改正、とりわけ罰則の導入を主張する。その論拠として外国の例が紹介されることが少なくない。ただ、外国では十分な補償がなされていること、政府の行為に対して国会や裁判所の統制が機能している。たとえばフランスでは「コンセイユ・デタ」が政府の対応を違法としたり、「憲法院」が「公衆衛生緊急事態法」(la loi d'état d'urgence sanitaire)を延長する2020年5月11日法の一部を違憲と判示するなど、裁判的統制が機能している。補償もせずに外出禁止や休業要請に罰則をつける法改正は、生存権(憲法25条)の自由権的側面の侵害し、正当な補償(憲法29条3項)をしない等、憲法違反の問題が生じる。

キーワード：緊急事態条項、国会機能の確保、新型インフルエンザ等特別措置法、生存権の自由権的側面、補償

## Constitutional problems on the novel coronavirus control measures (COVID-19)

Shigeaki IJIMA

Faculty of Economics  
Nagoya Gakuin University

---

発行日 2020年10月31日

【目 次】

- 第1章 コロナ感染症をめぐる（法的）議論
  - (1) はじめに
    - ①憲法改正による緊急事態条項の導入
    - ②国会機能の維持のための憲法改正論議
  - (2) 新型インフルエンザ等特別措置法改正論議
  - (3) 本稿での論点
- 第2章 憲法改正による緊急事態条項導入の是非
  - (1) はじめに
  - (2) 法律レベルで対応するドイツやフランス
  - (3) コロナ感染症拡大阻止のための対策がとれないのは憲法の責任か
    - ①安倍自公政権による不適切なコロナ対策
    - ②改正検察庁法案強行採決の動きと「緊急事態条項」
- 第3章 「緊急事態における国会機能の確保」を口実とする憲法改正論議
  - (1) コロナ感染で定足数が満たせない場合を想定しての改憲論議について
    - ①「3分の1」という定足数を緩和することが許されるか
    - ②国会議員は実際に議場にいななければならないか
  - (2) コロナ感染で国会議員選挙が実施できないことを想定しての改憲論議について
- 第4章 新型インフルエンザ等特別措置法改正論議と罰則規定
  - (1) 「罰則」「強制力」がないことが問題？
  - (2) 憲法上、罰則などを設けることは許されるか。
  - (3) 個人の権利・自由への配慮の欠如
  - (4) 国会や裁判的機関の関与
  - (5) 「補償」の必要性
    - ①補償は不要という主張
    - ②「奈良県ため池条例」について
    - ③罰則を伴う法改正と補償
    - ④迅速な補償を行う先進諸国
  - (6) 警察官立入問題
- 第5章 おわりに

## 第1章 コロナ感染症をめぐる（法的）議論

現在、新型コロナウイルスの感染が世界中での問題となっている。日本でも新型コロナウイルスの問題をめぐってさまざまな（法的）議論が生じている。「休業597万人 新規求人22%減 非正規失業97万人 働く場が奪われる」（『朝日新聞』2020年5月30日付）など、「生存権」（憲法25条）、「勤労の権利」（憲法27条）などの問題も生じている。政府や自治体による休業要請の影響で働くことができない状況に置かれた個人がいる一方、妊娠中の女性が働かざるを得ない状況に置かれるなど、「コロナ休業」が浸透しない事態も生じている（『東京新聞』2020年6月20日付）<sup>1)</sup>。失業率の増加による自殺の増加も懸念され、「防止対策急務」（『東京新聞』2020年5月16日付）である。「コロナで失職・

---

1) コロナ危機下での労働三権（憲法28条）の重要性についての適切な記事として『朝日新聞』2020年5月31日付。

学費払えず・1日1食」(『東京新聞』2020年7月24日付)など、学業にも深刻な影響が生じている。「子どもの貧困 7人に1人」など、依然として子どもの貧困率は高い状況にあるが、コロナ感染拡大はさらに子どもの貧困を増加させ、「ひとり親 コロナ直撃」(『朝日新聞』2020年7月18日付)という状況も生じている。コロナ危機下で医療機関が経営難に陥っていることも看過できない問題である。病院の経営難のため、献身的に医療に携わっており、自らも感染の危機にさらされる医師や看護師の給料やボーナスなどが削減されたり支給されない事態が生じている(『朝日新聞』2020年5月31日付)。しかし医療関係者による献身的な医療活動が評価されるどころか、医療関係者やその子どもなどが差別やいじめの対象になる問題も生じている(『東京新聞』2020年5月22日付)。医療体制や保健所の体制の脆弱化も表面化した。フランスのマクロン大統領は2020年3月12日のテレビ演説で「この感染拡大が明らかにしたのは、市場原理の外に置かれなければならない商品や業務があるということである。我々の食料や安全、生活基盤を維持する力を他人に委ねるのは狂気の沙汰です<sup>2)</sup>」と述べ、「新自由主義」のあり方に疑問を呈したが、新自由主義的政策に基づく医療機関の統廃合や病床数の抑制などが、PCR検査体制の検査数の抑制をせざるを得ない状況を生み出した。そこで「新自由主義的」政策の是非も今後の日本社会のあり方を考える上で避けては通れない問題であろう<sup>3)</sup>。10兆円もの巨額な、前例のない予備費が「財政国会中心主義」(憲法83条)から正当化されるのかといった問題もある。「コロナ対策」の名目で「再生可能エネルギー普及やIT化促進」といった、緊急性に乏しい事業に国家予算が費やされている現状を見ると、そして「Go Toキャンペーン」などの事業委託費、いわゆる「アベノマスク」に関する国家予算の支出を見ても、「税金の無駄遣い」、さらには「利権のための予算支出」という観点からも「財政国会中心主義」の問題も十分に議論がなされる必要がある。2月27日、安倍首相は突如、全国の小中学校に3月2日から春休みまでの臨時休校を要請した。この安倍首相の要請に対して5月、日本小児科学会が声明を出した。声明は「学校や保育所の封鎖は流行阻止効果に乏しい」、「結果として学校閉鎖はCOVID-19死者数をむしろ増加させると推定されている」、「学校閉鎖は……子どもを抑うつ傾向に陥らせている」等と述べ、安倍首相の学校閉鎖を批判した<sup>4)</sup>。学校に来ることができない等の状況で、子どもの「教育を受ける権利」(憲法26条)の問題も生じている。その一方、2020年3月、東京都立学校253校(当時)すべての卒業式で、飛沫を懸念して校歌すら歌わない状況にもかかわらず、東京都教育委員会は「君が代」を斉唱するように指示を出していた(『東京新聞』2020年7月20日付)。医療関係者が「医療が切迫している」と危機感を表明して迅速な政策を求めているにもかかわらず、安倍首相や菅官房長官、西村経済担当大臣などが「医療は切迫していない」などと表明したり、専門家が反対しているのにその意見に耳を貸さずに「Go To

2) <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/03/12/adresse-aux-francais>

3) この問題については広渡清吾「グローバル化のなかのコロナ危機 市民社会と科学の役割」『法と民主主義 2020年5月号』4-8頁、阿部太郎「コロナ禍の経済政策」『法と民主主義 2020年5月号』26-29頁を参照。新自由主義的政策と医療体制の問題については吉中丈志「医療政策の大転換 ―ショックドクトリンの向こうへ」『法と民主主義 2020年7月号』10-13頁、本田宏「新型コロナ危機、なぜ日本の医療は、脆弱な実態をさらけ出したのか」『法と民主主義 2020年7月号』14-17頁等参照。

4) [http://www.jpeds.or.jp/uploads/files/20200520corona\\_igakutekikenchi.pdf](http://www.jpeds.or.jp/uploads/files/20200520corona_igakutekikenchi.pdf)

キャンペーン」を実施するなど「科学に基づく政策決定」がなされていない等の問題がある<sup>5)</sup>。虐待やDVの問題もさらに深刻になっている（『東京新聞』2020年7月27日付）。新型インフルエンザ等特別措置法についても、国と自治体の役割分担が問題となっている。感染状況や医療体制などは地域ごとに異なること等、地域の実情に合った対策が求められることから、知事に権限を認める新型インフルエンザ等特別措置法の基本的なしくみは適切であるが、国と自治体の役割分担については今後も議論の必要がある。「開かれた民主主義のもとでは、政治において下される決定の透明性を確保し、説明を尽くすことが必要です。私たちの取組について、できるだけ説得力のある形でその根拠を説明を尽くすことが必要です。私たちの取組について、できるだけ説得力のある形でその根拠を説明し、発信し、理解してもらえるようにするのです」<sup>6)</sup>とメルケル首相が発言したように、国民主権国である以上、政治家には主権者に対して、今どうなっているのか、今後、どのような事態が予測されるのか、なぜそのような政治決断をしたのか等を十分に説明する必要がある。「丁寧な説明」との発言を繰り返す安倍首相の発言とは裏腹に、6月18日から7月31日までに記者会見を実施しない等、「国民主権」原理に基づく要請である「説明責任」を果たしているのかどうかの問題も生じている。そして「説明責任」のもととなる「公文書」が適切に作成、管理されていない<sup>7)</sup>。たとえば専門家会議の議事録が作成されていないことで、今後、第2波などへの対策に備えられない等の問題も生じる<sup>8)</sup>。DVの問題もコロナ危機の中で深刻になっている。コロナ感染のために公共施設ができないことと「集会の自由」（憲法21条）の問題、感染拡大阻止と個人情報（憲法13条）の問題もある。このように、「コロナ感染」に関して、さまざまな（法的）問題が存在するが、本稿では以下の3つの論点に限定して検討する。まずはコロナ対策を名目とする、憲法改正論議に関わる問題である。コロナ対策に関わる憲法改正論議には、大別して2つのものがある。具体的にはコロナ対策を口実とする、緊急事態条項導入論議と、国会の機能維持のための改憲論議である。さらに新型インフルエンザ等特別措置法を改正し、罰則を導入する議論である。本稿ではこれらの問題に限定した憲法論を提示する。

## (1) コロナ感染への対応のための憲法改正論議<sup>9)</sup>

### ①憲法改正による緊急事態条項の導入

まず一つは、コロナ対策を名目とする緊急事態条項導入の憲法改正論議である。2020年1月28日、

5) この問題については広渡清吾「グローバル化のなかのコロナ危機 市民社会と科学の役割」『法と民主主義2020年5月号』4-8頁、『読売新聞』2020年7月28日付等参照。

6) <https://japan.diplo.de/ja-ja/themen/politik/-/2331262>

7) 榎澤幸広「緊急時における公文書は誰のものか」『法と民主主義2020年6月号』30-33頁等参照。なお、例えば本稿で紹介しているフランス政府の説明、オールドナンスやデクレ、裁判的機関のHPは極めて分かりやすく、簡単に入手できる。一方、日本政府、例えば内閣府や国会の議事検索、裁判所などのHPは本当に分かりにくい。主権者に対して分かりやすく説明しようとしているか、単なる「お役所仕事」かの差が明瞭に表れている。

8) 『東京新聞』2020年5月30日付、『朝日新聞』2020年5月30日付。

9) この問題については、小沢隆一「新型コロナウイルス感染症対策に便乗する緊急事態条項改憲論」『法と民主主義2020年5月号』22-25頁、成澤孝人「改正新型インフルエンザ等特別措置法における「緊急事態制限」と野党の対応」『法と民主主義2020年5月号』30-33頁等。

衆議院予算委員会で日本維新の会の馬場伸幸幹事長は「感染症の拡大は良い教本となるはずだ。緊急事態条項について国民の理解を深めていく努力が必要だ」と発言した。1月30日、自民党の伊吹文明元衆議院議長も「(感染症拡大は)緊急事態のひとつの例。憲法改正の大きな実験台と考えたほうがいいかもしれない」と発言した。コロナ対策のため、憲法に緊急事態条項を導入すべきという主張は、その後も自民党政治家から繰り返されてきた。5月3日、安倍首相はビデオメッセージで自衛隊明記の憲法改正と同時に、憲法改正による緊急事態条項導入の必要性にも言及した<sup>10)</sup>。

## ②国会機能の維持のための憲法改正論議

2つ目は、コロナ感染により国会機能が維持できない可能性に言及しての憲法改正論議である。2020年4月3日、憲法審査会と党筆頭幹事の新藤義孝議員は、①憲法56条は本会議の定足数について「総議員の3分の1以上」と明記されているが、感染が国会議員に広がった事態を想定し、「定足数を欠いても国会の機能を確保し続ける方策」を議論すべき、②憲法45条で衆議院議員、46条で参議院議員の任期が明記されているが、法定任期内に選挙が不可能な場合の対処も議論すべきと主張した。コロナ禍の中でも国会機能を維持するための憲法改正論議の必要性は公明党も主張する。4月23日、新型コロナウイルスの感染拡大で公明党の北側憲法調査会長は記者会見で、「仮に国会議員に感染が広がれば定足数の確保も危うくなる可能性がある」と述べ、憲法審査会を開いて、国会の機能を確保するための方策について議論すべきとの認識を示した。

## (2) 新型インフルエンザ等特別措置法改正論議～罰則導入論議を中心に～

2012年、民主党政権下で新型インフルエンザ等特別措置法が制定された。新型インフルエンザ等特別措置法が制定された際、日本弁護士連合会は批判する声明を出した。その危険性は法的には看過できないものであるが、安倍自公政権は2020年3月13日にこの特措法を改正した上で、2020年4月7日、改正特措法32条に基づいて7都府県に「緊急事態宣言」を発出した。4月16日には「緊急事態宣言」を全国に拡大、5月6日には「緊急事態宣言」を延長した。しかし5月14日、「緊急事態宣言」を一部解除し、5月26日には「緊急事態宣言」を全面的に解除した。改正特措法には「休業要請」などを出す権限があるが、その違反者に対して罰則などの強制力を伴う措置を行使できないことから、

10) 安倍首相は5月3日のビデオメッセージで、自衛隊明記の憲法改正の必要性にも言及したが、今回は緊急事態についての発言を紹介する。

「今般の新型コロナウイルスという未知なる敵との戦いにおいて、前例のない事態に繰り返し直面しています。政府においては国民の命と健康を守るため、全国に緊急事態宣言を発出し、政策を総動員して各種対策を進めています」。

「そもそも現行憲法においては、緊急時に対応する規定は『参議院の緊急集会』しか存在しないのが実情です。

今回のような未曾有の危機を経験した今、緊急事態において国民の命や安全を何としても守るため、国家や国民がどのような役割を果たし、国難を乗り越えていくべきか、そして、そのことをどのように憲法に位置付けるかについては、極めて重く、大切な課題であると私自身認識した次第です。

「自民党が叩き台として既にお示ししている改憲4項目の中にも『緊急事態対応』は含まれておりますが、まずは国会の憲法審査会の場でじっくりと議論を進めていくべきであると考えます」。

「休業要請」の効果について疑問の声が上がっていた。実際、休業要請に従わずに営業を実施していたパチンコ屋などがメディアでも批判の対象とされていた。そこで「休業要請」等に強制力を持たせるため、特措法を改正して、罰則の導入が必要との主張がなされている。

### (3) 本稿での論点

以上、コロナ感染をめぐる日本の法的論点を紹介した。上記の状況を踏まえ、本稿では以下、3つの論点について憲法的視点から考察する。まず、コロナ感染を名目とする緊急事態条項導入について考察する。次に、国会機能の維持を名目とする、憲法改正論議について考察する。最後に、新型コロナウイルス等特別措置法改正による罰則導入に関して憲法的な考察を加える。

## 第2章 憲法改正による緊急事態条項導入の是非

### (1) はじめに

緊急事態条項とは、「国家緊急権」を憲法に明記する条項である。「国家緊急権」とは、「戦争・内乱・恐慌・大規模な自然災害など、平時の統治機構をもってし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」<sup>11)</sup>とされている。今までも阪神淡路大震災、東日本大震災、熊本地震等の自然災害に対応するためとの口実で自民党政治家などが憲法改正による緊急事態条項の必要性を主張してきた。コロナ感染拡大阻止という目的のため、政治が何らかの対応をする必要があることに異論はない。ただ、「コロナ感染拡大阻止」という「目的」達成のための手段として、「憲法改正」による緊急事態条項の導入という「手段」が適切なのか。まずはこの点について言及する。

### (2) 法律レベルで対応するドイツやフランス

ドイツやフランスの対応を見ると、ドイツでは「感染症保護法」(Infektionsschutzgesetz)、フランスでは「公衆衛生緊急事態法」(la loi d'état d'urgence sanitaire)等を根拠に、政府が迅速にコロナ感染に対して対応している。ドイツやフランスの憲法にも緊急事態条項に該当する規定があるが、そうした憲法上の「緊急事態条項」の発動で対応するのではなく、「法律」のレベルでコロナ感染拡大に対応し、迅速な生活補償、休業補償が実施されている。コロナ感染症拡大阻止のために政府が迅速かつ適切な対応をとることが必要であるが、ドイツやフランスの例のように、法律レベルで十分対応が可能である。金塚綾乃弁護士は、1955年の緊急事態法に関して「憲法に定めのある戒厳令の発令を避けるため、これに代わる手段として1955年4月3日の法律として制定されました」<sup>12)</sup>と指摘する。金塚弁護士が指摘するように、フランスでは憲法上の緊急事態条項の危険性を回避するため、敢えて

11) 芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法学(第6版)』(岩波書店, 2015年) 376頁。

12) 金塚綾乃弁護士によるブログ「金塚綾乃のフランス法とフランスに関するブログ」 「フランスにおける緊急事態宣言」2020年3月13日付 (<http://ayanokanezuka.jugem.jp/?page=1>)。

憲法上の緊急事態条項でなく「法律」で対応していることも念頭に置くべきである。

そもそも憲法を改正しなければ対応できない対策とは、具体的にどのようなものか。いまの日本で求められている対策として、PCR検査の拡大、医療体制の充実、マスク・防護服の調達、隔離施設の確保、休業補償、DV対策、精神的支援、学生への学費等の支援、高齢者の健康確保などを挙げることができようが、こうした問題に対してはいずれも法律（改正）で対応できるものであり、憲法改正は必要ない。それでも「憲法改正による緊急事態条項の導入が必要」というのであれば、憲法を改正しなければ対応できないことは何なのか、具体的事例を挙げるべきだ。コロナ感染拡大阻止のために緊急事態条項が必要だなどという、あまりにも抽象的な主張を根拠にした議論は極めて不適切である。

### (3) コロナ感染症拡大阻止のための対策がとれないのは憲法の責任か

#### ①安倍自公政権による不適切なコロナ対策

そもそも安倍自公政権がコロナ感染に十分対応できないのは憲法のせいだ。2020年1月にコロナ感染の問題が日本でも浮上してからの安倍自公政権の対応等を見てみよう。2020年1月中旬、日本でもコロナ感染の問題が取り上げられるようになってきたが、安倍首相が対策本部を設置したのは1月30日であった。さまざまな商品などが品薄になり、入手困難な状況が生じたが、2月12日、菅官房長官は「来週以降には増産体制が整う」と述べ、マスク不足はすぐにも解消されると発言をした。しかしその後もマスクの品薄状態は変わらず、1週間に1枚しか医師や看護師がマスクを入手できない医療機関もあった。小泉進次郎環境大臣が新型コロナ会議を欠席して地元の新年会に行ったこと等、緊張感のない政治家の対応も批判を浴びた。ロイター2020年2月25日付でも、Where's Abe? (安倍〔首相〕はどこ?) との皮肉が掲載されるなど、安倍自公政権は迅速かつ適切な対応をこななかった。かと思えば、2月27日には安倍首相がいきなり全国の学校に対して「一斉休校」の依頼をした。いきなりこうしたことを言われたため、児童、生徒、学生たちは卒業前に会うことすらできない状況もたらされた。4月1日、安倍首相は各家庭に2枚、マスクを配布することを発表した。いわゆる「アベノマスク」であるが、全国で緊急事態宣言が解除された5月25日段階でさえもアベノマスクは8割近くの家に届かない等、対策が極めて遅い。配布されたマスクの性能もお世辞にも良いとは言えず、挙句の果てにはアベノマスクにはカビが生えていたり虫が入っていたことから、「カビノマスク」「ムシノマスク」と批判され、「カピノマスク」はトレンド入りした。性能が悪いこともあり、町中でもアベノマスクをした人をほとんど見かけることはない。こうしたマスクに当初、466億円もかかると言われたことから「費用対効果」の点でも批判が相次いだ<sup>13)</sup>。「アベノマスク」は随意契約で、しかもすぐに受注業者を公表しなかったなど、「またしても利権」と多くの国民は疑い、この点でも安倍自

13) 経済ジャーナリストの荻原博子氏は「アベノマスクは466億円も使って不良品をばらまいた。そのお金を重篤患者を救う人工呼吸器や、困窮学生の支援に使えば、どれだけ多くの人が助かるか」と批判する(『東京新聞』2020年5月18日付)。



公政権への不満は高まっている<sup>14)</sup>。「アベノマスク」の単価は非公表とされており、裁判がおこされているが、なぜ民主主義国でマスクの単価を公表できないのか、理解に苦しむ。定額給付金の10万円の支給なども極めて遅く、多くの市民に10万円が渡ったのはかなり後のことであった。10兆円の予備費を計上する一方、コロナ感染拡大の中、国会の会期延長をせず、6月18日に国会は閉会した。7月22日からはGo Toキャンペーンを実施した。7月16日、日本医師会会長の中川俊夫氏がGo Toキャンペーンに「まだ収束していないのに前倒しでやるのはいかなものかと申し上げている。好ましくないということです」と反対しているにもかかわらず、そして専門家会議も反対したにもかかわらず、安倍自公政権はGo Toキャンペーンを実施した。手続的にもいろいろなことが決まっていな中での見切り発車であり、旅行会社やホテルなどでもどう対応したらよいか、困惑の声が上がった。Go Toキャンペーンを実施する一方、お盆への実家への帰省の自粛を呼びかけるなど、本末転倒の状況に困惑する市民も少なくない。今まで安倍自公政権によるコロナ対策政策とその問題点を概観した。フランスのマクロン大統領やドイツのメルケル首相などは政策決定には「科学的根拠」が必要との立場に立って行動しているのに対し、安倍自公政権のコロナ対策は科学的根拠に基づかない、極めて不適切な政策と言わざるを得ない。一斉休校やGo Toキャンペーンなども医学の専門家による科学的知見に依拠するのではなく、素人である安倍首相などの思い付きによって実行されている。民主権の観点から、首相をはじめとする政治家は施策に関して主権者に対して十分かつ適切な説明をする責任があるが、説明の元となる「公文書」も適切に作成されてない。これでは適切な説明もできない。たとえば7月31日段階、安倍首相は1か月以上もコロナ禍の中で記者会見などによる説明すらしてこなかった。再「Where's Abe? (安倍〔首相〕はどこ?)」という状況が生じている。

以上、安倍自公政権のコロナ対策の概要を紹介した。こうした対応を紹介したのはほかでもない。現在の日本でのコロナ対策が不適切なのは憲法どころか「法律」のせいですらないことを示すためである。安倍自公政権の対応そのものに責任があり、もはや「人災」である。長谷部早稲田大学教授も「国会をさっさと閉じていおいて、憲法を変えないとうつべき手を打てないかのように言うのはペテンです」と批判する(『朝日新聞』2020年7月26日付)。自分たちの対応の不適切さ・遅さを棚に上げ、迅速かつ適切な対応をとれない責任を憲法のせいにして憲法改正を主張するのは責任転嫁に他ならない。憲法改正のための国民投票には総務省の試算でも850億円もかかる。憲法改正のために850億円かけようとするより、たとえばコロナ危機で精神的、経済的に大変な状況に置かれた医療機関などへの支援、休業要請などにより仕事やアルバイトを減らされ、生活や学費の工面が深刻な状況に置かれる市民や学生などへの支援に使うべきだろう。

## ②改正検察庁法案強行採決の動きと「緊急事態条項」

また、このコロナ禍の中、どさくさに紛れ、安倍自公政権は「改正検察庁法案」などを強行採決し

---

14) たとえばタレントのデヴィ夫人はマスクの発注額は90億円なのに、「その差額、376億円はいずこへ？」と述べた上で、「このようなコロナ・ウイルスの脅威にまで、利権をむさぼる政治家、行政、商社関係者達、天罰下るべき!!」とブログで批判している。

ようとした。改正検察庁法案は、政治家の犯罪が裁かれぬ可能性を生じさせるなど、「法の支配」「権力分立」「民主主義」という点からも極めて問題がある法案であったが、安倍自公政権はこうした法案を十分な審議もない中で強行採決しようとした。こうした政治の動きを見ても、憲法を改正して緊急事態条項を導入しようとする動きには警戒する必要がある。1928年、帝国議会では「改正治安維持法案」が審議されていた。最高刑を死刑にすると同時に、「目的遂行罪」を導入する内容の改正であり、反政府的言動を容易に弾圧できるようにするなど、極めて危険な改正案であった。実際、治安維持法が改正されたのち、「目的遂行罪」は悪用され、政府にとって目障りな存在が「目的遂行罪」を根拠に弾圧された。この改正治安維持法案は議会では可決されなかったが、緊急勅令により改正案が成立した。どさくさに紛れて政府に好ましい法律などを制定する際に時の権力者が緊急事態条項を悪用する事例といえるが、コロナ危機のどさくさに紛れ、政治家が犯罪を犯しても裁かれぬ状況を生じさせる改正検察庁法などを強行採決しようとした自民党、公明党の対応を前提とすれば、今の日本で緊急事態条項などを導入すれば取り返しのつかない事態がもたらされる危険性がある。

### 第3章 「緊急事態における国会機能の確保」を口実とする憲法改正論議

新藤義孝氏は自己のHPで、「緊急事態における国会機能の確保」を口実とする憲法改正の必要性を主張する。以下、新藤氏などが主張する「緊急事態における国会機能の確保」についても検討する。

#### (1) コロナ感染で定足数が満たせない場合を想定しての改憲論議について

憲法56条1項では、「両議院は、各々その総議員の三分の一以上の出席がなければ、議事を開き議決することができない」と定められている。しかし2020年4月3日、新藤義孝氏は山花郁夫議員に対して、「緊急事態における国会機能の確保」というメモを渡した。その内容は新藤義孝議員のHPに掲載されているので、以下、引用する<sup>15)</sup>。

#### 「新型コロナウイルス感染症と憲法論議について」

##### ○憲法審査会開会の必要性（緊急事態における国会機能の確保）

新型コロナウイルス感染症まん延に関する現下の予断を許さない状況に鑑みて、国会においても、衆参議院運営委員会等の場を通じて、国民から負託された立法及び行政監視の機能を果たし続けられるよう、様々な方策が講じられているところである。

しかし、次のような事項については、どうしても憲法の規定に直面せざるを得ない。この問題について、「緊急事態における国会機能の確保」という観点から、早急に、憲法審査会で議論する必要があるのではないか。

---

15) <https://www.shindo.gr.jp/2020/05/5%E6%9C%883%E6%97%A5%E4%BB%98%E3%81%91%E8%AA%AD%E5%A3%B2%E6%96%B0%E8%81%9E10%E9%9D%A2%E3%81%AB%E3%80%81%E7%A7%81%E3%82%92%E3%81%AF%E3%81%98%E3%82%81%E6%86%B2%E6%B3%95%E5%AF%A9%E6%9F%BB%E4%BC%9A>

1 憲法では、総議員の3分の1以上の議員の出席がなければ、本会議を開き議決することができない旨の定足数が定められている（56条1項）。しかし、国会議員に新型コロナウイルスの感染者が出てそれが広がった場合、感染者や濃厚接触者は本会議を欠席せざるを得ないこととなろうが、そのような場合でも定足数を満たす方策はあるのか。また、定足数を欠いても国会の機能を確保し続ける方策はあるか。

2 憲法上（45条・46条）、国会議員の任期が明記されているところ、現在の衆議院議員の任期は2021年10月21日に満了する。このまま新型コロナウイルス感染症の事態が収束せずに長期化し、法定の期間に選挙を行うことができないこととなってしまった場合、衆議院議員不在の事態が発生してしまうおそれがある。このような事態に、どのように対処すべきか。

以上のように、コロナ感染拡大により、「総議員の3分の1以上の議員の出席がなければ、議事を開き議決することができない」（憲法56条1項）との規定の関係で、国会議員の3分の1以上の出席ができない場合の憲法改正論議の必要性を新藤義孝議員は主張する。

この問題を論じる際に考慮すべきことは2つある。(1) 一つは「3分の1」という定足数を緩和することが許されるかどうかと、(2) 実際に議場にいないことを認めることができるかどうかという問題である。以下、両者について検討する。

#### ①「3分の1」という定足数を緩和することが許されるか

合議体が活動するために必要な最小限の出席者数が「定足数」と言われる<sup>16)</sup>。多人数からなる会議体で常に全員の出席を求めるのは現実的ではない。ただ、「ごく少数の議員の出席によって、議事を開き議決をなすことを認めることは、会議の意義を失わせる」<sup>17)</sup>のであり、あまりに少人数で会議を開き、その意思を決することも、会議体の決定の正当性に疑問を持たせることになる。そこで、できる限り流会を防いで会議を成立させるとともに、多数決の価値及び意思決定の権威を保持するに足りる出席者数を定めることが求められる。日本国憲法では56条1項で、定足数が3分の1と定められている。「3分の1」という定足数は明治憲法と同じであり、「議会で過半数の定足数を要求することは少し多すぎるきらいがあるという……主として実際の見地から」定められたという<sup>18)</sup>。この点、「比較法的には、総議員の2分の1とするものが圧倒的に多く、議員の定足数を日本の国会のように3分の1とするのは、オーストラリア、韓国、サンビアなど少数の国にとどまる」<sup>19)</sup>。やはり定足数が「3分の1」というのは低いとの感を否めない。「立法論的には問題とされよう」<sup>20)</sup>という主張すら存在する。「国会」は「国民代表機関」（憲法43条）であるが、国会にはできる限り国民の多様な意志ができる限り公正かつ忠実に反映されるべきであるという「社会学的代表」の視点からも、定足数があまりに低いと、主権者である国民意志が正確に反映されたとされる国会の意志決定の正当性に疑問が持たれることに

16) 芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法学（第6版）』（岩波書店、2015年）311頁。

17) 橋本公巨『現代法律学全集2 憲法』（青林書院新社、1973年）460頁。

18) 宮沢俊儀『日本国憲法（コンメンタール）』（日本評論社、1956年）410頁。

19) 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅱ 第4版』（有斐閣、2006年）118頁。

20) 小林直樹『憲法講義下』（東京大学出版会、1970年）597頁。

なる。天皇主権のもと、協賛機関にすぎなかった議会で定足数が3分の1というのはともかく、「国民主権」が基本原理とされ（前文、1条）、国民代表とされる国会議員が3分の1しか出席せずに決定されたことを「国民意志の表明」と見做して認めることは正当ではない。「定足数」を設けた意味は、少数の議員で事柄を決定するのを避けるためであること、諸外国と比べて緩やかな定足数であることを考慮すれば、「3分の1」を下回るような定足数の改正は、「代表民主制」という視点からも適切ではない。

## ②国会議員は実際に議場にいないか

長谷部恭男早稲田大学教授は「憲法は国会議員について「全国民の代表」と定めています。議員が議場に現に出席（プレゼント）することによってはじめて、主権者たる全国民をその場に改めて現前（リプレゼント）させることができる。「出席」なき「代表」はありません。議場にいるのは単なる形式で、機能的に代替できるならリモートで構わないというのは危ない議論です」（『朝日新聞』2020年7月26日付）と主張する。原則としてはその通りである。常時、国会のリモート開催を認めるようなことは、長谷部教授が主張するように、国会の形骸化になり許されない。実際に議場で議論を交わすのと、Zoomなどでのやり取りでは、発言を聞いている議員の表情などが分からない等の差異が存在し、やはり現場での議論が最優先に追及されなければならない。さらには「例外」を前提として、例外的に国会のリモート開催を認めることが「蟻の一穴」となって「国会のリモート開催」に道を開き、「国会の形骸化」につながりかねない。実際、2015年と2017年、憲法53条に基づく国会の召集要請を無視し、2017年には国会召集直後に衆議院を解散するなど、憲法53条違反の対応してきた安倍自公政権の現状を考えると、さらには憲法83条の「財政国会中心主義」の要請に反するような、10兆円もの予備費を成立させるような安倍自公政権下では、「国会の形骸化」への危惧は決して杞憂ではない。ただ、「形骸化」に関する警戒を保ちつつ、新型コロナウイルス感染で議員が議場に来られないような例外的な場合に限り、「オンライン出席」を認めることは憲法上、許されないわけではない。憲法には「必ず議場に現存」することが要求されているわけでない。そして何を「出席」と見做すかは、議員間で十分な議論と討論がなされ、採決できる状況にあるという範囲内で一定程度、各議院の裁量に委ねられる（憲法58条）。実際に現場にいるのとオンラインでは、相手の表情などを適時に認識できない等の相違があるため、リモートを現場に出席することと同じと見做すことはできない。しかしリモートをあくまで、極めて例外的な状況に限定すれば憲法上、違憲とはならない。比較法的にも、EU議会では暫定的措置として7月31日までの臨時的措置でRemote Voting（遠距離投票）が認められている<sup>21)</sup>。EU議会の資料を見ると、各国のとりくみも紹介されており、たとえばスペインでは既に下院では2011年改正の議院規則82条、上院では2013年改正による議院規則92条により、妊娠していたり、重大な病気の場合などの特別な状況下ではRemote Votingが認められている。オンライン出席が常態化するような法改正などであれば、「国会への出席」の原則を形骸化して問題があるが、極めて例外的にZoomやTeamsへの参加を国会の出席として扱うように国会法などを改正する

21) [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2020/649348/EPRS\\_ATA\(2020\)649348\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2020/649348/EPRS_ATA(2020)649348_EN.pdf)

ことは憲法上、認められる。

なお、ZoomやTeamsなどでも意志表示ができないほど重体に陥る国会議員が3分の2を超え、Zoomなどで意志表示ができる国会議員が3分の1を割るといふ状況が生じるのであれば、それは安倍自公政権および国会の感染症対策が大失敗だった結果である。確かに今までのような、あまりにひどい安倍自公政権のコロナ対策を前提とすれば、こうした悲劇的な事態も生じる可能性を危惧しなければならぬが、自民党や公明党などの与党当事者は、自らの政治の不適切さを前提とした議論をしようとするに思っているのだろうか？

## (2) コロナ感染で国会議員選挙が実施できないことを想定しての改憲論議について

憲法では国会議員の任期が明記されている（45条、46条）。現在の衆議院議員の任期は2021年10月21日に満了する。それまでに新型コロナウイルス感染が収束せず、憲法で明記された期間に選挙を行うことができない場合、衆議院議員不在の事態が発生するおそれがある。このような場合を想定しての憲法改正論議の必要性も新藤義孝議員は主張する。

かりにこうした状況を想定しても、投票所などでの投票者間の距離の確保、期日前投票の期間を長くするなどの対策を公職選挙法などで決めれば良いだけの話である。投票者間の距離の確保などは今ではスーパーなどでも普通に行われており、法改正すら必要ない。ましてや憲法改正などは全く必要ない。

## 第4章 新型インフルエンザ等特別措置法改正論議と罰則規定

### (1) 「罰則」「強制力」がないことが問題？

「休業要請」等に従わないパチンコ屋等に言及した上で、「外出自粛」「休業要請」に従わない人や企業への「罰則」等の主張される。本稿ではこの問題について検討する。

### (2) 憲法上、罰則などを設けることは許されるか

まず結論から言えば、政策的視点から適切かどうかはともかく、「新型コロナウイルス感染症拡大防止」のため、「外出自粛」「休業要請」に違反した人や企業などへの罰則を法的に設けることは憲法上、許される。憲法25条2項では、「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない」とされている。「公衆衛生」のため、どうしてもやむを得ないのであれば、罰則を伴う強制措置を認める法改正をすることは憲法上、許されないわけではない。憲法13条では、「〔前略〕生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り〔後略〕」と明記されている。国や自治体には、個人の生命、健康、安全を守る法的義務がある。そして他者にコロナウイルスを感染させないためという「公共の福祉」から、「外出自粛」「休業要請」に強制力を設けることも法的には許容される。この点、「私たちの国は特殊です。各国のように、強い措置を何もとれない。権利や自由を制限できない」という主張（2020年5月3日に生中継された、「憲法は国民の命と生活を守れるのか！～新型肺炎と中東危機」での櫻井よしこ氏

の発言)は、いつもながら憲法や法に対する正確な理解を欠いている。イタリアの憲法裁判所長官であるカルタビア教授は、「我々の憲法は、他国の憲法と違って、『非常事態』を定めていない。危機の状況にあっても絶えず(憲法)原則は有効である。このことは、状況やその特殊性を考慮に入れてはならないことを意味しない。憲法原則は、現実に絶えず開かれた窓と言える。憲法には、権利制限を正当化しうる理由とその制限を実施する手段が示されており、憲法判例に、制限措置が依拠しなければならない指針すなわち必要性、比例性、合理性、均衡及び暫定性の原則を見出すことができる」と指摘している。そして比較法的にも、憲法に緊急事態条項がないイタリアでも罰則を伴う強制措置が実施されている<sup>22)</sup>。カルタビア教授の発言は日本国憲法にも当てはまり、権利制限の根拠規定とその方法などの指針が存在する。なお、留意すべきことは、「目的」は「手段」を正当化しないこと、「コロナ感染拡大阻止」という目的のためには何をしても良いというわけではないことである。憲法は個人の権利・自由の保障を目的としているため、個人の権利・自由を制約する際、とりわけ「自由権」に分類される権利・自由を制約する政策はどうしても目的達成に必要な場合にのみ許容され、かつ、手段については必要最小限度の制約に留めることが憲法上の要請となる。「移動の自由」については「経済的自由の性格」「人身の自由の側面」「表現の自由との関連」「個人の人格形成の基盤としての意義」があることが指摘されている<sup>23)</sup>。各個人が好きなときに、好きな場所に行く「移動の自由」は憲法13条の「幸福追求権」を根拠に認められる。好きな時に好きな場所に行くことがどれだけ自分の幸福感を充足させるか、一方で自分が行きたいときに行きたいところに行けないことがどれほどストレスとなり、自らの幸福追求を阻害するか、今回のコロナ危機で実感した人も少なくないだろう。また、散歩などで自分の健康を維持することが自己の健康などにとって必要な人たち、特に年配の人にとっては「移動の自由」は重要である。伊藤真弁護士が主張するように、移動の自由は経済活動にも極めて密接に関連する<sup>24)</sup>。外出自粛要請はこうした「移動の自由」に制約をかけるものである。休業要請、そして罰則などの強制措置を設けることも「公共の福祉」(憲法13条)等を根拠に認められるが、休業要請は「営業の自由」(憲法22条)や「財産権」(29条)を制約するものとなる。営業により生活の糧を得ている人たちにとっては、休業要請は生活の糧そのものを奪うことにもなりかねない。コロナ感染の阻止という目的自体は正当なものとしても、そのための手段として本当に必要な措置なのか、他により制約的でない手段がないのか等、一時的な感情ではなく、熟慮に基づく決定が求められる。

### (3) 個人の権利・自由への配慮の欠如

そして緊急事態措置が個人の権利・自由を侵害する危険性、民主主義を蝕む危険性が、罰則を伴う法改正を主張する政治家やメディアに欠けている。この点、たとえばフランスのマクロン大統領やドイツのメルケル首相は、外出禁止など、法律レベルでの強制措置でさえも、不当に権利・自由や民主主義を侵害するのを警戒している。マクロン大統領は3月16日のテレビ演説で「公衆衛生緊急事態

22) 高橋利安「期間限定と比例制の原則 イタリアからの報告」『法と民主主義2020年6月号』29頁。

23) 芦辺信喜編『憲法Ⅲ人権(2)』(有斐閣大学草書, 1987年)5-6頁。

24) 伊藤真先生の以下の発言を参照。第297回 塾長雑感[http://blogs.itojuku.com/jukucho\\_zakkan/2020/05/297-7543.html](http://blogs.itojuku.com/jukucho_zakkan/2020/05/297-7543.html)

法案」(3月24日成立なので、この段階では法案)に関して「民主的な生活と国会監視」の必要性に言及している。4月13日のテレビ演説でも「この流行が民主主義を弱めたり何らかの自由を侵害してはなりません」と発言した。メルケル首相も「こうした制約〔休業措置〕は、渡航や移動の自由 (die Reise- und Bewegungsfreiheit) が苦難の末に勝ち取られてきた権利 (ein schwer erkämpftes Recht) であることを経験してきた私のような人間にとり、絶対的な必要性がなければ正当化し得ないものである。民主主義では決して安易に決められてはならず、決めるのであればあくまでも一時的に留めるべき」と述べ、緊急事態における措置の危険性に警鐘を鳴らしている。東ドイツで育ち、「移動の自由」を制約された生活を体験してきたメルケル氏からすれば、「移動の自由」もまさに「苦難の末に勝ち取られてきた権利」である。メルケル首相はこの短いテレビ演説で4回も「民主主義」に言及している。奥田喜道奈良教育大学特任准教授が指摘するように、「連邦議会でも各州議会でも、規制をとどめるまでにはいたらなかったが、規制を根拠づける法会を、民主的にコントロールする、法治国家原理を守る、連邦政府に対して説明責任を果たさせる努力がなされている」のであり、「強制措置をめぐる議論が、民主主義、法治国家、人権保障をさらに維持する方向に進ませている」<sup>25)</sup>。

それに対して日本では、コロナ対策が「感染防止」と「経済」という視点からしか論じられず、「罰則」という議論についても権利・自由の制約への配慮という視点からの議論が政治家やメディアからはほとんどなされない。たとえ法律レベルであっても「個人の権利・自由」「民主主義」の視点からも「強制措置」の危険性を懸念する独仏の視点が日本の政治家やメディアには根本的に欠けている。「感染症法」では個人の権利・自由が不当に制約、侵害されないような配慮がさまざまな形でなされているが、2012年に制定され、2020年に改正された、新型インフルエンザ等特別措置法には不当・違法な人身の自由の制約を回避するための措置が明記されていないという欠点がある<sup>26)</sup>。

#### (4) 国会や裁判的機関の関与

次に、上記(3)とも関連するが、たとえば罰則を伴う外出禁止措置がとられているドイツやフランスなどでは、国会や裁判的機関による政府の統制が利いていることも、日本の政治家やメディアの議論には出てこない。イタリアでは①対象コムーネ等からの人の移動禁止又は対象コムーネ等への立入禁止、②デモ、イベント、宗教に関するものを含むすべての集会の禁止、③遠隔教育を除き、幼稚園から大学までの教育活動の中止、④文化的な施設及び場所(博物館、図書館、文書館、考古学的遺跡等)の公開中止などの措置が「首相令」により出されたが、多くの憲法学者は、緊急時におけるやむを得ない人権制限は緊急法律命令を根拠に行うのが基本であると批判した。5月19日、議会も政府に対して、①基本的人権の制限を導入する場合には、緊急法律命令という手段を優先すること、②議会の中心性を尊重し、議会の恒常的な関与を促進するという視点に立って、公衆衛生の保護のためにとられたすべての措置を適時に議会に報告することを要請する動議を可決した<sup>27)</sup>。

25) 奥田喜道「ドイツにおける新型コロナウイルス感染症への対応」『法と民主主義2020年6月号』20頁。

26) 新型インフルエンザ等特別措置法のこうした問題点については、飯島滋明「緊急事態条項・新型インフルエンザ等特別措置法改正と憲法改正」『社会主義 2020年4月号/第694号』55-61頁。

27) 高橋利安「期間限定と比例制の原則 イタリアからの報告」『法と民主主義2020年6月号』26-29頁。

ドイツでも、政府による緊急事態認定の危険性を避けるため、「防衛事態」などでも連邦政府でなく、連邦議会が認定する法的しくみを採用している。政府が緊急事態を宣言しないというのはコロナ感染の際も同様であり、「感染症がドイツ全土に拡大している緊急事態であることを確認する権限はあくまで連邦議会にあり、各州の対策の基本方針も基本的には各州が決めている」<sup>28)</sup>。

フランスでも、2020年3月18日、フィリップ・バ法務委員会委員長は、コロナ対策として採られる例外的措置は、裁判官と国会の統制に服すると発言した。そして実際、コロナ感染への対応に関する政府の行為や法案などは裁判的統制に服している<sup>29)</sup>。とくに裁判的統制は注目に値する。フランスでもコロナ感染に伴い、政府はさまざまな対応をしてきたが、裁判的機関はコロナ感染下での緊急事態の際にも政府の対応を忖度するのではなく、個人の権利・自由を擁護するという自らの役割を果たし、政府の対応についても違法、違憲の判断をしてきた。2020年4月29日、「コンセイユ・デタ」は、「国が亡命者の登録受付を実施しないのは、亡命権 (le droit d'asile) に対する重大かつ明白な違法行為であり、迅速審理裁判官 (le juge des référés) の介入を正当化する」として、内務大臣などに5日以内などの条件で亡命者リストへの登録受付の再開等を命じた<sup>30)</sup>。4月30日には「自転車の利用は往來の自由 (la liberté d'aller et venir) そして各個人の自由の尊重の権利 (le droit de chacun au respect de sa liberté personnelle) に属するものであり、政府がその点を明確にしないことは、権利に対する重大かつ明白に違法な侵害」として、隔離期間に許容された移動のために自転車を使うことは許可されると公的にかつ大々的に明示すること迅速審理裁判官は政府に命じた<sup>31)</sup>。

2020年5月11日、フランスの新聞や雑誌などでは、état d'urgence sanitaire: le Conseil Constitutionnel censure des dispositions sur les Tracage (公衆衛生緊急事態 [法]: 憲法院は追跡に関する諸規定について違憲とした)<sup>32)</sup> 旨の記事が一面に掲載されるものが少なくなかった。

フランス政府のサイト Vie publique にも、「個人的性格を有する情報の扱いや検疫や隔離の実施体制について、憲法院はいくつかの規定について違憲判決を下して限定解釈 (des reserves d'interpretation) を施した」<sup>33)</sup> と紹介されているように、憲法院は「公衆衛生緊急事態法」を延長する2020年5月11日法の一部を違憲と判示した。この判決では、①新型コロナウイルス感染に関して政治家や使用者の刑事責任を問う規定の合憲性、②公衆衛生緊急事態法じたいの合憲性、③検疫や隔離の合憲性、④追跡システムの合憲性が問題とされた。憲法院は①②に関しては合憲と判示した。しか

28) 奥田喜道「ドイツにおける新型コロナウイルス感染症への対応」『法と民主主義2020年6月号』20頁。

29) フランスの裁判的統制については、植野妙実子「フランスの緊急事態における権力の統制」『法と民主主義2020年6月号』21-25頁、金塚綾乃弁護士によるブログ「金塚綾乃のフランス法とフランスに関するブログ」(<http://ayanokanezuka.jugem.jp/>)等を参照。

30) <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-etat-30-avril-enregistrement-des-demandes-d-asile-en-ile-de-france>

31) <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-etat-30-avril-usage-du-velo-durant-l-etat-d-urgence-sanitaire>

32) [https://www.lepoint.fr/politique/etat-d-urgence-sanitaire-le-conseil-constitutionnel-censure-des-dispositions-sur-le-tracage-12-05-2020-2375060\\_20.php](https://www.lepoint.fr/politique/etat-d-urgence-sanitaire-le-conseil-constitutionnel-censure-des-dispositions-sur-le-tracage-12-05-2020-2375060_20.php)

33) <https://www.vie-publique.fr/loi/274230-loi-du-11-mai-2020-prolongation-etat-durgence-sanitaire>



し③と④に関してはそのままの規定では憲法違反として、合憲的限定解釈、解釈留保をした。③については、「司法機関は、個人的自由の守護者であり、法律が定める要件にしたがって、この原則の尊重を保障する」（フランス第5共和制憲法66条2項）の規定に言及したうえで、立法府によって定められた条文が、全ての者の外出を禁止する検疫や隔離措置が14日間以上、知事による事前の付託で「自由及び拘留担当判事」（le juge des libertés et de la détention）による許可なしに続けられるのを許容することにつながるのであれば、いかなる司法機関の制度的な介入も想定されていないことになる（つまり憲法66条違反。飯島補足）とした。そこで憲法院は憲法66条の要請を満たすように、つまり司法機関の許可なしに、12時間以上、自宅若しくは収容場所に留めることを当人に課す検疫若しくは隔離の実施の延長を許すことはできないと合憲的限定解釈を施した。また、隔離状態が長期にわたり、自由が奪われることになる場合にも、司法機関がこうした措置の妥当性を統制できるようにすべきとの合憲的限定解釈をおこなった。④についても憲法院は個人情報の保護のあり方について詳細に言及している。コロナの感染情報は私生活の尊重に関する権利に属するものであり、入手の必要がない立場の人たちに感染情報の入手が可能になることは憲法上、認められないと判示した。

このように、フランスでは、コロナ対策に関しても憲法院や CONSEIL CONSTITUTIONNEL が裁判的統制を及ぼしている。

新型インフルエンザ等特別措置法には、「緊急事態制限」の認定や措置についての国会承認、政府の行為に対する裁判的統制が明記されていない。政府の権限濫用を防ぐしくみが整備されていないのは法の根本的な欠陥の一つである。新型インフルエンザ特別措置法などの改正論議をするのであれば、国会や裁判所の統制のあり方も、十分な議論がなされるべきある。

## (5) 「補償」の必要性

### ①補償は不要という主張

この点、安倍自公政権は補償規定新設に必ずしも前向きではない。菅官房長官が補償規定について検討する旨の発言をした一方、西村経済再生担当大臣は朝日新聞のインタビューで、休業要請に応じない事業者への罰則規定の創設については検討する考えを示したが、休業要請に対する補償規定の新設には否定的な考えを示した（『朝日新聞』2020年7月8日付）。2020年8月1日、西村再生担当大臣は時事通信のインタビューでも「実態から言えば、事実上の補償はすでにやっている。持続化給付金や雇用調整助成金、地方創生臨時交付金でかなりの部分をカバーできている。（法律に明記するのは）技術的に難しいし、世界の主要国でも例がない」<sup>34)</sup>と主張する。

補償は不要という主張は政治家だけに限られない。長谷部早稲田大学教授は、「もちろん現に行われているように、政策的判断として様々な給付金を出すことはあり得ます」と述べる一方、「憲法上は補償の必要はありません。社会公共にとって危険であることが明白な行為を罰則付きで禁止しても、「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる」と定めた憲法29条3項に基づいて補償する必要はない、という最高裁判決があります（奈良県ため池条例事件）」と述べて

34) <https://news.yahoo.co.jp/articles/a15d12791bf208ece7a2861777717e85c2610417>

いる（『朝日新聞』2020年7月26日付）。

## ②「奈良県ため池条例」について

ここで「奈良県ため池条例事件」最高裁判決に関わる主張を検討する。最高裁は「ため池の破壊、決壊の原因となるため池の堤とうの使用行為は、憲法でも、民法でも適法な財産権の行使として保障されていないものであって、憲法、民法の保障する財産権の埒外にあるものというべく、従って、これらの行為を条例をもって禁止、処罰しても憲法および法律に抵触またはこれを逸脱するものとは言えない」とした。補償については「〔本条例〕4条2号は、ため池の堤とうを使用する財産上の権利の行使を著しく制限するものではあるが、結局それは、災害を防止し公共の福祉を保持する上で生活上やむを得ないものであり、そのような制約は、ため池の堤とうを使用しうる財産権を有する者が当然受任しなければならない責務というべきものであって、憲法29条3項の損失補償はこれを必要としないと解するのが相当である」と判示した（最大判昭38年6月26日刑集17巻5号521頁）。最高裁判所の判示に対して、渡辺洋三教授（当時）は「私有地の堤とう使用」が「そもそも憲法や民法で保障されている財産権でない、という理論は、どこから出てくるのであろうか。この認識自体があやまっている」と主張する<sup>35)</sup>。さらに「判決というものは、当該事案との関係において分析されなければならないという、我々の判例理論からすれば、本判決は、本条例による堤とう使用禁止がきわめて特殊な問題である点に鑑み、一般的先例となりえないと考える。……禁止に補償を要するか否かということも、本ケースの具体的事実に基づき、事物の性質に即して判断すべきことであって、不当に一般化することは許されない」と主張する。私も同感である。憲法29条1項では「財産権は、これを侵してはならない」と明記されている。憲法ではこうして「財産権」が保障されている。しかし最高裁判所は「私有地」の使用が「財産権の行使として認められない」と判示した。なぜ私有地の行使が「憲法や民法の財産権」として認められないのか、最高裁が適切な論証をしているとは思われない。奈良県ため池条例事件を論拠に補償が不要と主張するのであれば、私有地の行使は財産権の行使ではないと論証することが求められよう。さらに、「奈良県ため池条例事件」は特殊な事例であり一般化できないことにも留意する必要がある。

## ③罰則を伴う法改正と補償

先に紹介したように、西村大臣は補償は困難との認識を示してきた。菅官房長官も「補償を検討する」と言っているに過ぎない。実際、「検討」はするが、「補償」を改正法案に明記するとは現の段階では発言していない。

「特措法」に基づく「緊急事態宣言」が出されている期間、外出の自粛や休業要請が出されても、そうした要請に従わない企業などに対しメディアや一部の市民によるパッシングがおこった。しかし「コロナ危機」とはいえ、生業としてきた仕事をするなという主張は、「生存するな」というに等しい結果をもたらす可能性がある。実際、「休業要請」等に応じない企業や飲食業等の業者に対して批判

35) 渡辺洋三『財産権論』（一粒社、1985年）179頁。

等がなされたが、「生存」のため、「休業補償」「生存保障」が国や自治体から十分になされないため、やむを得ず営業せざるを得ない状況が生じていた。企業が休業要請に従うことができなかったのは、まさに「生存」のためである。にもかかわらず、休業要請に従わない企業などに対して罰則を設けるような法改正をする場合、「休業補償」「生存保障」がないのであれば、結果としてその人の「生存」を否定することになる。そうであれば生存権（25条1項）の「自由権的側面」を侵害する。憲法25条の生存権は2つの性質を有する。まず一つは、「社会権的側面」である。資本主義社会のもと、失業や疾病などで自力で生活できない個人が「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」の保障を国や自治体に求める権利である。この側面は教科書などでも多く取り上げられている。そしてもう一つは、生存権の「自由権的側面」である。これは、「生命や最低限度の生活を国や自治体に侵害されない権利」のことである。例としては、本人が払うことが不可能なほど多くの課税をすること等が例として挙げられる。個人の生活も補償せず、具体的には補償もせずに生計の糧となる仕事の禁止をするのであれば、そうした対応はまさに生存権の自由権的側面の侵害となる。そして生存権の自由権的側面を侵害する、罰則付の休業要請などを法改正により導入するのであれば、「健康で文化的な最低限度の生活」を保障するため、国による補償も併せて明記する法改正が必要である。コロナ感染拡大を名目にして営業禁止に罰則を伴う強制力を付与する法改正をする一方、個人が生存できるような補償をしないのであれば、「国による生命剥奪」に他ならず、生存権の自由権的側面を侵害し、憲法違反と言わざるを得ない。「憲法25条が保障する生存権とは、なによりもまず、生存することそれ自体への権利を意味している。これは、憲法13条が規定している「生命に対する権利」と同じものであると言ってよい。この意味での生存権を、国家は消極的な意味で侵害してはならないのみならず、国民のそれが危険に陥っている場合には、積極的に保護する義務が本条によって発生するといわなければならない<sup>36)</sup>」のである。

さらには罰則付の休業要請は、憲法29条3項の「正当な補償」との問題とも密接に関連する。憲法29条3項では、「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる」と明記されている。憲法学界の通説である「特別犠牲説」によれば、相隣関係上の制約（例：隣接する土地・家屋等の利用の調整のための制約など）や財産権に内在する社会的制約の場合には補償は不要だが、それ以外の、特定の個人に特別の犠牲を加えた場合には補償が必要とされる。ここでいう「特別の犠牲」については、侵害行為の対象が一般的か、特定の個人ないし集団かという「形式的要件」、そして侵害行為が財産権に内在する社会的制約として受忍すべき限度内か、それを超えて財産権の本質的内容を侵害するほど強度なものかどうかという「実質的要件」に照らして判断されるべきと考えられている<sup>37)</sup>。罰則を伴わない「休業要請」の場合には法的拘束力がないことから「休業要請」がなされた営業者が従わないことも可能であり、「補償」は不要との立場もあるかもしれない。しかし、罰則を伴うような強制措置となれば、休業措置は法的に強制されたものとなり、「財産権の本質的内容を侵害するほど強度なもの」となる。そうであれば憲法29条3項を根拠に、補償することが憲法

36) 山内敏弘・古川純『憲法の現状と展望』（北樹出版、1989年）217頁。

37) 芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法学（第6版）』（岩波書店、2015年）311頁。

上の義務とされる。

#### ④迅速な補償を行う先進諸国

西村大臣は、「世界の主要国でも例がない」と主張している。いつもながらいいかげんな主張であり、たとえばドイツでも迅速な補償がなされている。フランスでも政府はオルドナンス（ordonnance）<sup>38)</sup>等により、さまざまな対策を実施している。いくつか例を挙げると、「社会権の延長に関する2020年3月25日のオルドナンス」第2020-312号では、「障がい者・生活困窮者のための社会保障の権利行使及び給付期間の延長、申請手続簡素化等が定められている<sup>39)</sup>。2020年3月25日のオルドナンス第2020-315号では、旅行者の旅行キャンセルへの特例等が定められている<sup>40)</sup>。2020年3月25日のオルドナンス第2020-317号では、国、自治体、企業による「連帯基金」の創設、財政的危機にある企業・個人事業主への資金援助が定められている<sup>41)</sup>。2020年3月25日のオルドナンス第2020-322号では、病欠者に対する追加手当の支給、対象従業員の拡大等が定められている<sup>42)</sup>。2020年3月25日のデクレ第2020-324号では、失業手当の支援期間の延長等が定められている<sup>43)</sup>。2020年3月27日のオルドナンス第2020-346号では、企業は従業員に額面給与の70%の支払い、企業が従業員に支払った額は6927ユーロまで全額国が補助することが定められた<sup>44)</sup>。このようにフランスでは、市民の生命、健康を守るため、政府は迅速な対応をしている。一方、安倍自公政権の対応は極めて遅く、不十分で、現場の要求に合わない対策も少なくない。西村大臣は外国でも補償がなされていないと発言するが、上記のフランスの例を見ても、立法措置による補償がなされていないというのは事実誤認である。

#### (6) 警察官立入問題

なお、この問題に関しては警察官の立入の問題も生じている。7月9日、菅官房長官はテレビで「風営法（風俗営業法）で立入検査ができる。そういうことを思い切ってやっていく必要がある」と発言し、警察官による立入調査に合わせて感染症対策を徹底するように店側に促す考えを示した。7月16日、警視庁は風営法に基づいて新宿歌舞伎町や池袋のキャバクラやホストクラブにとの職員と立入調査をした。小池百合子知事は警視庁本部を訪れ、各店の感染症対策の徹底に関して協力を要請した。「立入調査」は行政法上、「行政調査」に分類される。行政調査とは「行政機関により、行政目的の達成のため私人に対して行われる調査活動・情報収集活動である」<sup>45)</sup>。この行政調査に関しては、「行政

38) 国会が法律で定めるべき事項について、政府の要請に応じて授權法律（loi d'habilitation）によって授權がなされた場合、政府は「オルドナンス」という形で法令を制定できる（38条1項）。

39) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041755763&categorieLien=id>

40) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041755833>

41) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041755852>

42) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041755930&categorieLien=id>

43) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041755956&categorieLien=id>

44) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041762506&categorieLien=id>

45) 稲葉馨・人見剛・村上裕章・前田雅子『行政法 第4版』（有斐閣、2018年）148頁。

調査の必要性がある場合であっても、さらに、調査権限が付与された目的と異なる目的に当該行政調査権限を用いてはならない」という「他目的利用の禁止原則」が妥当する。「風営法」(風俗営業法)の目的は、「善良の風俗と清浄な風俗環境の保持」、「少年の健全な育成」(同法1条)である。そして立入検査に関しては「この法律の施行に必要な限度において」(法37条1項, 2項)という制約が明記されている。つまり風営法上、「善良の風俗と清浄な風俗環境の保持」、「少年の健全な育成」という法目的を達成するためにしか立入調査は認められない。2019年12月2日付で警視庁生活安全局長が各地方機関の長や各都道府県警察の長にあてた「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律等の解釈運用基準について」でも、「立入り調査は調査の手段であり、その実施に当たっては、国民の基本的人権を不当に侵害しないように注意する必要がある」、「立入り等の行使は、法の施行に必要な限度で行うものであり、行政上の指導、監督のために必要な場合に、法の目的や他の行政目的のために使うことはできない。例えば、経営状況の把握のために会計帳簿や経理書類等の提出を求めたり、保健衛生上の見地から調理場等の検査を行うこと等は、認められない」と明記されている(88頁)。さらに「立入り等の行使に当たっては、いやしくも職権を濫用し、又は正当に営業している者に対して無用な負担をかけるようなことがあってはならない」とされている。最高裁判所は、調査の実施には「比例原則」が適用され、調査は目的達成に必要な最小限度の範囲・対象に留まるべきと判示したが(最判1973年7月10日刑集27巻7号1205頁)、上記「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律等の解釈運用基準について」でも「比例原則」が念頭に置かれ、「立入りは、直接営業所内に入るものであるため、営業者にとって負担が大きいため、報告又は資料の提出で行政目的が十分に達せられるものについては、それで済ませることとし、この場合には立入りは行わない」(89頁)とされている。菅官房長官、西村経済再生担当大臣、小池百合子東京都知事は、行政調査に於ける「他目的利用の禁止原則」や「比例原則」に反し、コロナ感染対策ためとして風営法を根拠に警察に立ち入り調査をさせ、さらには行政指導までさせた。行政手続法32条1項では、「行政指導にあっては、行政指導に携わる者は、いやしくも当該行政機関の任務又は所掌事務の範囲を逸脱してはならない」と明記されている。「コロナ感染症対策」は警察の「任務又は所轄事務の範囲」か。『朝日新聞』2020年7月23日付では、ある警察幹部が「風営法に基づく指導などできない。立ち入りの際に『対策に気をつけてください』といった声かけをすることになる」と述べている。「法定外の行政指導」に関しては、「行政指導の可否を機械的に法律の根拠の有無の問題とし、法定外の行政指導を一律に性悪視するのは、形式論にすぎ妥当でない。指導の可否はその内容の社会的妥当性・必要性・国民の受け取る不利益とを実質的に分析し、関係者の理解と支持に支えられているか否かを考慮して判定すべき」<sup>46)</sup>とも主張される。「法定外の行政指導」を認めるとしても、風営法を根拠に警察が立ち入り調査委を行い、「行政指導」をすることは違法の疑いを生じさせる。都内のキャバクラ従業員たちで構成される「日本水商売協会」の甲賀香織代表理事は、「風営法を根拠に新型コロナウイルス対策を求めるとしたら、『越権行為』になりかねない」と主張する。新宿社交料理飲食業連合会の工藤準一会長代行も「そもそもコロナ対策は風営法とは無関係なはず」と疑問を呈したうえで、「警察による立

46) 原田尚彦『地方公務員 新研修選書3 行政法』(学陽書房, 平成18年) 123頁。

ち入りは悪い印象を加速させる。納得できないが、やるならせめて制服姿だけはやめてほしい」と訴えている（『朝日新聞』2020年7月23日付）。警察に法的根拠もなく、任務の範囲外であるコロナ対策への業務をさせ、警察による市民への威嚇行為によって事実上の休業に追いやるとうする安倍自公政権や小池百合子都知事。「行政権の行使を為政者の独断に委ねてしまうのは適当ではない。為政者が福祉の名の下に市民生活に過剰に干渉して、国民の権利・自由を圧迫するおそれがあるからである。そこで行政権による余計な干渉から国民の市民としての自由と市民社会の自律を守るため、行政権の行使を法の拘束の下に置きながらその適正を期そうとするのが、法治国家であり法治行政の原則である」<sup>47)</sup>と指摘される。とくに警察については職務上、市民に威圧感等を無用に与える可能性を回避するため、その活動は法令で厳しく制約されている。今回の警察による立入調査だけではなく、法的根拠もない任務を警察に実施させ、上記のように警察官による立入という「威圧」を与えることを求める安倍自公政権、小池百合子都知事などには「法の支配」「法治国家」の視点が著しく欠けている。コロナ対策のために立入調査や行政指導などを行う必要があるというのであれば、安倍首相などは直ちに臨時国会を開催して必要な法案を国会に提出し、国民の代表である国会議員間の十分な議論を踏まえて法律を制定させるべきである。6月18日以降、コロナ危機や西日本豪雨への迅速な対策が必要な状況にもかかわらず、臨時国会を開いてこうした危機に対応せず、いつものように法令を曲解して市民に不信感を抱かせる安倍自公政権の対応は極めて問題である。

## 第5章 おわりに

以上、コロナ感染症対策を名目とする緊急事態条項導入の憲法改正、コロナ感染下での国会機能維持のための改憲論議、新型インフルエンザ等特別措置法を改正して休業要請に従わない企業などへの罰則を設ける、新型インフルエンザ等特別措置法の問題について論じてきた。

新型コロナウイルス対策として、安倍首相などの自民党政治家たちは憲法改正の必要性を主張するが、本稿で紹介したように、ドイツやフランスなどでは憲法上の緊急事態条項を発動せず、法律などでコロナ感染に対応している。イタリアでも憲法上の緊急事態条項が存在しないこともあり、通常法律で対応している。新型コロナウイルス対応のために憲法改正は必要ない。「憲法改正による緊急事態条項の導入が必要」という主張が自民党や日本維新の会の政治家などから主張されるが、具体的に憲法を改正しなければ対応できないことは何か。政府がさまざまな対策を立てて真摯に対応しているが、それでも対応できない事態があるというのであれば、憲法改正論議も必要になるかもしれない。しかし2か月近くも記者会見もせず、臨時国会も開催せず、具体的な政策をほとんどとっていない状況からすれば、今の安倍自公政権はコロナ対策に全力を傾けているわけではない。憲法を改正して緊急事態条項が必要だというのであれば、さまざまな施策を全力で取り組んだのちに言うべきであろう。安倍首相、自民党、公明党はコロナ危機社会のどさくさにまぎれ、政治家などが犯罪を犯しても逮捕・起訴されないような状況をもたらしかねない改正検察庁法を強行採決しようとした。このよ

47) 原田尚彦『地方公務員 新研修選書3 行政法』（学陽書房、平成18年）44頁。

うな行為は「無能」というより「悪質」と言わざるを得ず、政治的「公明」性のかけらもない政治である。政治家たちが犯罪を犯しても処罰されないような状況をもたらしかねない改正検察庁法を強行採決しようとする安倍自公政権であれば、かりに憲法が改正されて緊急事態条項が導入されれば、ヒトラーが緊急事態条項を濫用したように、政治家の保身のために緊急事態条項が悪用される危険性も決して杞憂でないだろう。

「緊急事態における国会機能の確保」を口実とする改憲論議には自民党だけでなく、公明党もその必要性を主張するが、それとてEU議会のように、例外的にオンラインで議論や評決することなどで対応可能である。憲法改正のための国民投票には、総務省の試算でも約850億円もの予算がかかる。憲法改正のために850億円かけようとするより、たとえばコロナ禍で精神的、経済的に大変な状況に置かれた医療機関や失業者、バイトがなくなり学費を稼ぐことができなくなった学生などへの支援に使うべきだろう。

また、一部の政治家やメディアは新型インフルエンザ等特別措置法の改正、とりわけ罰則の導入を主張する。罰則導入するに際しては、外国の例に言及することが少なくない。ただ、外国の例を挙げるのであれば、罰則だけに言及するのではなく、フランスやドイツでは政治家たちも個人の権利・自由、民主主義を形骸化する危険性に配慮していること、休業要請や外出禁止に対して相当の補償がなされていること、政府の行為に対して国会や裁判所の統制が機能していることも踏まえ、言及すべきである。補償もせずに外出禁止や休業要請に罰則をつける法改正は、生存権（憲法25条）の自由権的側面の侵害の問題、憲法29条3項で定められた「正当な補償」をせずに財産権の行使を否定する、まさに憲法違反の立法となる可能性がある。