

国立国会図書館 調査及び立法考査局

Research and Legislative Reference Bureau
National Diet Library

論題 Title	新型インフル特措法における休業要請等による財産権の制約と憲法との関係
他言語論題 Title in other language	An Essay on Restrictions on Property Rights under Article 29 of the Constitution of Japan due to Requests and Instructions for Suspension of Business under the Act on Special Measures for Pandemic Influenza and New Infectious Diseases Preparedness and Response
著者 / 所属 Author(s)	南 亮一 (MINAMI Ryoichi) / 国立国会図書館調査及び立法考査局 憲法課長
雑誌名 Journal	レファレンス (The Reference)
編集 Editor	国立国会図書館 調査及び立法考査局
発行 Publisher	国立国会図書館
通号 Number	838
刊行日 Issue Date	2020-11-20
ページ Pages	31-48
ISSN	0034-2912
本文の言語 Language	日本語 (Japanese)
摘要 Abstract	新型インフルエンザ等対策特別措置法に基づき都道府県知事が行う休業要請等につき、憲法上の財産権制約及び損失補償に関する枠組みを概観の上、両者の関係について検討した。

* この記事は、調査及び立法考査局内において、国政審議に係る有用性、記述の中立性、客観性及び正確性、論旨の明晰（めいせき）性等の観点からの審査を経たものです。

* 本文中の意見にわたる部分は、筆者の個人的見解です。

新型インフル特措法における 休業要請等による財産権の制約と憲法との関係

国立国会図書館 調査及び立法考査局
憲法課長 南 亮一

目 次

はじめに

I 特措法の制定経過と新型コロナウイルス感染症への適用

- 1 休業要請等の位置付け
- 2 日本における休業要請等の法制化までの経過
- 3 特措法第 45 条の内容
- 4 特措法第 24 条第 9 項に基づく協力要請
- 5 新型コロナウイルス感染症への適用

II 憲法上の財産権の制約と損失補償

- 1 財産権の一般的制約の二分類
- 2 財産権制約の合憲性判断の枠組み
- 3 憲法上の損失補償の要否
- 4 憲法を直接根拠とする補償請求
- 5 政策上の補償

III 特措法における休業要請等と財産権の制約との関係

- 1 休業要請等の財産権の制約としての性質及び目的の正当性
- 2 目的達成手段の必要性及び合理性の有無
- 3 憲法上の損失補償の要否

おわりに

キーワード：新型インフルエンザ等対策特別措置法、新型コロナウイルス感染症、休業要請、日本国憲法、財産権の制約、損失補償

要 旨

- ① 令和2(2020)年4月7日に新型インフルエンザ等対策特別措置法(以下「特措法」)に基づく緊急事態宣言が発出された後、45都道府県知事が特措法第24条第9項に基づく休業要請を、21都道府県知事が特措法第45条第2項に基づく休業要請を、うち5県知事は、同条第3項に基づく休業指示を、それぞれ行った。その結果、多額の売上減や損失の発生、休業や倒産に追い込まれる事業者が発生したことから、損失補償の必要性を指摘する声が上がった。政府は、補償を不要とする見解に立ち、憲法第29条第3項の損失補償の対象にならないことを、その理由の1つに挙げている。
- ② WHO(世界保健機関)が2005年5月に定めた行動計画において、休業要請等が新型インフルエンザ等のまん延防止対策として初めて位置付けられ、日本でも同年11月の行動計画から位置付けられた。ただ、休業要請等のような強力な措置を法律的な裏付けなしに実施することの実効性に対する指摘があり、平成24(2012)年5月に特措法が制定された。新型コロナウイルス感染症については、法改正なしに可能との主張も見られたが、結局、暫定的に適用する内容の法改正により同法が適用されることとなった。
- ③ 憲法第29条第2項では、財産権が法律によって一般的に制約されることを規定し、学説や判例ではこれらを消極目的規制と積極目的規制に二分するとともに、制約の合憲性判断の枠組みを示している。現在では同条第2項による制約でも損失補償を要することがあるとの見解が有力であり、一般に特定の者に対して「特別の犠牲」を課する場合には、憲法第29条第3項に基づく損失補償を要すると解されている。消極目的規制の場合、原則として「特別の犠牲」に該当しないとするのが通説・判例の立場であるが、受忍限度を超える場合には補償を要するとの見解も有力とされる。
- ④ 休業要請等は、消極目的規制として位置付けられ、新型インフルエンザ等のまん延防止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の混乱を回避するために必要とされる。有効性についても香港や米国の例が挙げられることから、制約の合憲性判断の枠内と解する余地がある。通説・判例では、消極目的規制は憲法第29条第3項に基づく損失補償の対象ではないとするが、受忍限度を超える場合には補償を要するとの見解に立てば、休業等の期間の長期化により損失額が高額となった場合や罰則規定が設けられることとなった場合には、損失補償について何らかの検討が必要とされる可能性がある。

はじめに

令和2(2020)年3月13日、新型インフルエンザ等対策特別措置法(平成24年法律第31号。以下「特措法」)を新型コロナウイルス感染症に暫定的に適用する改正法⁽¹⁾(以下「新型コロナ暫定適用法」)が、参議院本会議において可決成立し、即日公布の上、施行された。

特措法では、都道府県知事が、公私の団体や個人に対して新型インフルエンザ等対策⁽²⁾の実施に関して必要な協力を要請することを認めている(第24条第9項)。さらに、新型インフルエンザ等緊急事態(I2(2)(iv)参照)においては、都道府県知事が、多数の者が利用する施設の管理者及び催物開催者(以下「施設管理者等」)に対して当該施設の使用や催物開催の制限・停止等の措置を講ずるよう要請すること(第45条第2項)や、施設管理者等が正当な理由がないのに当該要請に応じないときは、一定の条件の下で、当該要請に係る措置を講ずべきことを指示すること(同条第3項)を認めている。同年4月7日の「新型コロナウイルス感染症緊急事態宣言」の発出⁽³⁾後、45都道府県において特措法第24条第9項に基づく施設の使用制限等の協力要請が行われ、21都道府県において特措法第45条第2項に基づく施設の使用制限等の要請が行われ、うち5県においては、同条第3項に基づく施設の使用制限等の指示が行われた⁽⁴⁾。これらの要請や指示(以下「休業要請等」)は、特措法制定後初めて行われたものであり、その期間は、第24条第9項に基づく協力要請の期間を含めて1か月以上にわたるものとなった⁽⁵⁾。その結果、多額の売上減や損失の発生、休業や倒産に追い込まれる事業者が発生することとなった⁽⁶⁾。

このことから、全国知事会が、当該休業要請等の対象となる施設管理者等に対して、休業に伴う営業損失についての補償を行うことを国に求める提言を出す⁽⁷⁾など、休業要請等について、当初から損失補償の必要性を指摘する声があった⁽⁸⁾。これに対し、政府は、補償を不要とする見解に立ち、その理由の1つとして、憲法第29条第3項の損失補償の対象にはならないことを挙げている⁽⁹⁾。

そこで本稿では、休業要請等が新型インフルエンザ等のまん延防止対策として定められ、新

* 本稿におけるインターネット情報の最終アクセス日は、令和2(2020)年10月16日である。

(1) 「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2年法律第4号)

(2) 特措法第2条第2号を参照。

(3) 「新型コロナウイルス感染症緊急事態宣言」(令和2年4月7日)新型コロナウイルス感染症対策推進室(内閣官房)HP <https://corona.go.jp/news/pdf/kinkyujitai_sengen_0407.pdf> なお、特措法第32条第1項では「新型インフルエンザ等緊急事態宣言」と呼ばれている。

(4) 新型コロナウイルス感染症対策本部「新型コロナウイルス感染症緊急事態宣言の実施状況に関する報告」(令和2年6月)首相官邸HP <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/novel_coronavirus/th_siryoku/houkoku_r020604.pdf>

(5) 例えば兵庫県の場合、県内全域のパチンコ店等の施設に対して令和2(2020)年4月15日に特措法第24条第9項に基づく協力要請を、同月27日から同法第45条第2項に基づく要請を、さらに同年5月1日現在においてこの要請に従わない施設につき、同日付で指示を行った。[兵庫県]企画県民部災害対策局災害対策課「新型インフルエンザ等対策特別措置法に基づく施設の使用停止(休業)の指示を行った施設について(公表)」(令和2年5月1日)<https://web.pref.hyogo.lg.jp/governor/documents/g_kaiken200501_05.pdf>

(6) 「新型コロナ 倒産中小なお「予備軍」も多数」『朝日新聞』2020.9.13; 「遅い政策 消えた「味」なぜコロナ倒産500件 中小企業に打撃」『毎日新聞』2020.9.22。

(7) 全国知事会新型コロナウイルス緊急対策本部「緊急事態宣言」を受けての緊急提言」(令和2年4月8日)<<http://www.nga.gr.jp/ikkrwebBrowse/material/files/group/2/02%20kinkyujitaiwouketenokinkyuteigen.pdf>>

(8) 例えば、「政府の休業支援 事業者の悲鳴聞こえぬか(社説)」『毎日新聞』2020.4.20; 依田高典「見返りなき制限には限界」『朝日新聞』2020.4.25; 小野善康「所得減の事業に集中補償を」『朝日新聞』2020.4.29など。

(9) 第201回国会衆議院経済産業委員会議録第9号 令和2年5月13日 p.21。

型コロナウイルス感染症に適用された経過を確認した上で、憲法第 29 条における財産権の一般的制約及び損失補償に関する枠組みを概観した後、休業要請等と財産権制約との関係について検討することとしたい。

I 特措法の制定経過と新型コロナウイルス感染症への適用

1 休業要請等の位置付け

感染症のまん延防止対策としては、「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」（平成 10 年法律第 114 号。以下「感染症法」）に基づき、患者の入院措置、罹っていると疑うに足りる正当な理由のある者に対する健康診断や報告の義務付け、ウイルスに汚染された建物等の消毒等といった、感染者又は汚染された建物等に着目した医療的・公衆衛生的な感染源対策が、従来から実施されていた⁽¹⁰⁾。新型インフルエンザ等についても、平成 20（2008）年の同法の一部改正⁽¹¹⁾により、これらの感染源対策の対象とされた。

しかし、新型インフルエンザの場合、ウイルスの抗原性が大きく異なる新型のウイルスが出現し、ほとんどの人がこの新型のウイルスに対する免疫を獲得していないことから、世界的な大流行（パンデミック）となり、大きな健康被害とこれに伴う社会的影響をもたらすことが懸念されている⁽¹²⁾。このような状況においては、入院措置や汚染された個々の施設の消毒の実施によっては感染が収まらない程度に感染が広がり、疫学的関係性が特定できない可能性がある。

このため、新型インフルエンザについては、感染症法等に基づき従来から行われている、入院措置や消毒のような医療的・公衆衛生的な感染源対策だけでは十分な対応が困難な場面を想定し、「一般国民、施設場所の管理者等に着目した、まん延によって引き起こされる国民生活及び国民経済並びに医療提供体制にわたる社会的混乱に対処するためのものとして」⁽¹³⁾、特措法には休業要請等が定められることとなった⁽¹⁴⁾。すなわち、この休業要請等という措置は、従来とは異なる、新たな感染症対策として定められたものと言える。

ただ、このような措置自体は、特措法の制定前から、「行動計画」という形で策定されており、さらにその実効性を高めるために、特措法により法制化されたものである。次項では、この経過について、世界保健機関（World Health Organization: WHO）による行動計画の策定から遡って解説する。

2 日本における休業要請等の法制化までの経過

(1) WHO における経過

2005 年 5 月、WHO は、「WHO 世界インフルエンザ事前対策計画（WHO global influenza preparedness plan）」（以下「WHO2005 年計画」）を公表した。これは、2003 年 12 月からの高

(10) 新型インフルエンザ等対策研究会編『逐条解説新型インフルエンザ等対策特別措置法』中央法規出版、2013、p.158.

(11) 「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及び検疫法の一部を改正する法律」（平成 20 年法律第 30 号）

(12) 新型インフルエンザ等対策研究会編 前掲注(10)、p.3；第 201 回国会衆議院内閣委員会議録第 3 号 令和 2 年 3 月 11 日 p.6.

(13) 新型インフルエンザ等対策研究会編 同上、p.158.

(14) 同上

病原性鳥インフルエンザ (A/H5N1) の鳥からヒトへの感染と、ヒトからヒトへの感染の状況や、2003年に流行した重症呼吸器症候群 (Severe Acute Respiratory Syndrome: SARS) 対策の経験等を踏まえ、1999年にWHOが策定した「インフルエンザパンデミック計画：WHOの役割と国家および地域計画への指針 (Influenza pandemic plan: The role of WHO and guidelines for national and regional planning)」(以下「WHO1999年計画」)を大幅に改定したものである⁽¹⁵⁾。

このWHO2005年計画では、WHO1999年計画からの主な変更点の1つとして、「薬剤以外の公衆衛生的介入を実施すること」を掲げており⁽¹⁶⁾、「別添1 薬剤以外の公衆衛生対策に関する提言」⁽¹⁷⁾に掲げられた「国家レベルにおける対策 (感染が広がる地域の居住者および、同地域内へ渡航する者に対する)」の1つとして、「社会距離 (social distance) の拡大対策」という表題の下、「全人口に対する、成人の接触機会の減少のための対策 (必須労働力以外の自宅待機、職場閉鎖、大規模集会の中止要請)」等が、6段階設定されているフェーズのうちのフェーズ4 (小さなクラスターは見られるものの拡散が限定的な段階) 以上のフェーズで実施が必要な対策と位置付けられ⁽¹⁸⁾、休業要請等に含まれる大規模集会の中止要請が登場することとなった。その理由としては、SARSが流行していた2003年の香港において、学校、遊泳施設その他の多くの人が集まる施設の閉鎖やスポーツイベントの中止が、公共の場でのマスクの着用や頻繁な手洗い等とともにSARS対策として行われた結果、感染者数が明らかに減少したことが挙げられている⁽¹⁹⁾。

このように、新型インフルエンザ等のまん延対策として、休業要請等という措置が出てきたのは、WHO2005年計画において掲げられたことが契機であったことが分かる。

(2) 日本における経過

(i) 平成17年行動計画

日本において休業要請等が初めて新型インフルエンザ等のまん延対策として位置付けられたのは、WHO2005年計画が策定された平成17(2005)年の11月に厚生労働省を中心に取りまとめられ、鳥インフルエンザ等に関する関係省庁対策会議において了承された⁽²⁰⁾「新型インフルエンザ対策行動計画 (平成17年11月)」(以下「平成17年行動計画」)においてである。

この計画より前にも、平成9(1997)年10月の「新型インフルエンザ対策報告書」⁽²¹⁾、平成

(15) 世界保健機関 ([国立感染症研究所] 感染症情報センター第一室訳・監修)「WHOの世界インフルエンザ事前対策計画—WHOの役割と前パンデミック期とパンデミック期における国家レベルの対策への提言— (WHO global influenza preparedness plan: The role of WHO and recommendations for national measures before and during pandemics)」2005.8.31, p.8. 国立感染症研究所感染症情報センター HP <<http://idsc.nih.go.jp/disease/influenza/05pandemic/EAResponse05.pdf>>; 厚生労働省「新型インフルエンザ対策行動計画」(平成17年11月) p.2. 首相官邸 HP <<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/tori/dai1/1siryou1.pdf>>

(16) 世界保健機関 同上, p.9.

(17) 同上, pp.66-74.

(18) 同上, pp.68, 74.

(19) World Health Organization Writing Group, “Nonpharmaceutical interventions for pandemic influenza, national and community measures,” *Emerging Infectious Diseases*, Vol.12 No.1, January 2006, pp.88-94. ただし、他の対策と併用することが必要であり、施設の閉鎖や催物の中止だけを行った他の事例では効果は見られなかったとも記されている。

(20) 鳥インフルエンザ等に関する関係省庁対策会議「新型インフルエンザ対策行動計画に基づく対策の推進について」(平成17年12月6日) 厚生労働省 HP <<https://www.mhlw.go.jp/bunya/kenkou/kekaku-kansenshou04/03.html>>

(21) [厚生省] 新型インフルエンザ対策検討会「新型インフルエンザ対策報告書」(平成9年10月24日) <<https://www.mhlw.go.jp/www1/shingi/s1024-3.html>>

16 (2004) 年 8 月の「新型インフルエンザ対策報告書」⁽²²⁾において、日本における新型インフルエンザ感染症対策への対応策が策定されていたものの、休業要請等は対策に含まれてはいなかった。

そのような中、高病原性鳥インフルエンザ (A/H5N1) が日本でも発生するなど、さらに新型インフルエンザウイルス発生の危険性が高まってきたこと、また、I 2(1) で言及したとおり、平成 17 (2005) 年 5 月に WHO2005 年計画が公表され、その中で、各国におけるパンデミック事前対策計画を整備又は改定する必要があるとされた⁽²³⁾ こともあり、日本においても、WHO2005 年計画に準じて、前述のとおり平成 17 年行動計画が策定され⁽²⁴⁾、同年 11 月に公表された。

平成 17 年行動計画は、WHO2005 年計画において設定されている 6 つのフェーズ (フェーズ 1 からフェーズ 6 まで) に「後パンデミック期 (リカバリ期)」を加えた 7 つの段階につき、それぞれ具体的な対策を示したものである。平成 17 年行動計画では、まず、「行動計画の主要 5 項目」として、WHO の示した加盟各国の包括的目標を参考に、「5 分野に分けて立案」したことを説明した上で、その中の「③ 予防と封じ込め」において、「場合によっては国民の社会活動の制限 (例: 不特定多数の集まる活動の自粛勧告、新型インフルエンザ様症状が見られた者の出勤停止・受診勧告等)」を実施するとした⁽²⁵⁾。

その上で、平成 17 年行動計画では、フェーズごとに具体的な施策が示されている。このうち、休業要請等に該当する対策については、表 1 のとおり記載されている。

表 1 平成 17 年行動計画における「休業要請等」に該当する対策

フェーズ	対策
4B (ヒトからヒトへの新しい亜型のインフルエンザ感染が確認されているが、感染集団は小さく限られている) - 国内発生 -	国民、関係者に対して、次の点を勧告・周知する。 > <u>発生地域における不要不急の大規模集会や興行施設等不特定多数の集まる活動は自粛を勧告する。</u>
5B (ヒトからヒトへの新しい亜型のインフルエンザ感染が確認され、大きな集団発生がみられる。パンデミック発生のリスクが高まる。) - 国内発生 -	国民、関係者に対して、次の点を勧告・周知する。 > <u>全国における不要不急の大規模集会や興行施設等不特定多数の集まる活動は自粛を勧告する。</u>
6B (パンデミックが発生し、世界の一般社会で急速に感染が拡大している) - 国内発生 -	国民、関係者に対して、次の点を勧告・周知する。 > <u>大規模施設や興行施設等不特定多数の集まる活動について、原則すべての活動の自粛を勧告する。</u>

(注 1) 下線は、各フェーズにより記載内容が異なる箇所を示すものとして、筆者が付したものである。

(注 2) 本計画では、WHO2005 年計画においてパンデミックが起こる前からパンデミックがピークを迎えるまでの状況に応じて分類した 6 つのフェーズに準じてフェーズを 6 つに分類し、さらにフェーズごとに国内で新型インフルエンザが発生していない場合 (国内非発生: A) と国内で新型インフルエンザが発生した場合 (国内発生: B) に細分化している。

(出典) 厚生労働省「新型インフルエンザ対策行動計画」(平成 17 年 11 月) pp.7, 51, 63, 72. 首相官邸 HP <<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/tori/dai1/1siryou1.pdf>> を基に筆者作成。

このように日本では、平成 17 年行動計画において初めて、大規模集会等の不特定多数の集まる活動の自粛勧告が感染症対策として位置付けられた⁽²⁶⁾。この段階では、施設の使用制限

⁽²²⁾ [厚生省] 新型インフルエンザ対策に関する検討小委員会「新型インフルエンザ対策報告書」(平成 16 年 8 月) <<https://www.mhlw.go.jp/topics/2004/09/dl/tp0903-1b.pdf>>

⁽²³⁾ 世界保健機関 前掲注(15), p.9.

⁽²⁴⁾ 厚生労働省 前掲注(15), pp.2-3.

⁽²⁵⁾ 同上, p.12.

⁽²⁶⁾ なお、フェーズ 5 では国民に対して行うこととされている外出自粛の勧告が、フェーズ 6 では掲げられていない。

の要請は、感染症対策として位置付けられていなかったことが分かる。

(ii) 平成 21 年行動計画

「新型インフルエンザ対策行動計画（2009 年 2 月改定）」（以下「平成 21 年行動計画」）は、平成 20（2008）年 4 月に「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及び検疫法の一部を改正する法律」（平成 20 年法律第 30 号）が成立し、水際対策等の新型インフルエンザ対策の強化が図られたことや、平成 17 年行動計画の公表後に蓄積された科学的知見を踏まえ、同計画を抜本的に改定したものとされる⁽²⁷⁾。

平成 21 年行動計画では、平成 17 年行動計画で 7 段階に区分された発生段階を、5 段階（前段階（未発生期）、第一段階（海外発生期）、第二段階（国内発生早期）、第三段階（感染拡大期／まん延期／回復期）、第四段階（小康期））に整理した上で、それぞれの段階で取るべき対策を列挙している⁽²⁸⁾。また、平成 17 年行動計画では 5 項目だった主要項目を、平成 21 年行動計画では 6 項目に設定した上で、その中の「③ 予防・まん延防止」の中で、学校や通所施設等の臨時休業・入学試験の延期等とともに、社会対策として、「外出や集会の自粛要請等の地域対策、不要不急の事業の自粛要請等の職場対策を行い、社会的活動における接触の機会を減らし、地域や職場における感染機会を減少させる」ことを掲げている⁽²⁹⁾。

そして、平成 21 年行動計画でも、フェーズごとに具体的な施策が示されている。このうち、休業要請等に該当する対策については、表 2 のとおり記載されている。

表 2 平成 21 年行動計画における「休業要請等」に該当する対策

フェーズ	対策
第二段階 国内発生早期 (国内で新型インフルエンザが発生した状態)	<ul style="list-style-type: none"> ・都道府県等又は業界団体等に対し、発生地域の住民や関係者に対して次の要請を行うよう依頼し、又は直接要請を行う。 ➢ 集会主催者、興行施設等の運営者に対し、活動を自粛するよう要請する。
第三段階 感染拡大期／まん延期／回復期 (国内で、患者の接触歴が疫学調査で終〔ママ〕えなくなった事例が生じた状態)	<ul style="list-style-type: none"> ・都道府県等又は業界団体等に対し、住民や関係者に対して次の要請を行うよう依頼し、又は直接要請を行う。 ➢ 集会主催者、興行施設等の運営者に対し、活動を自粛するよう要請する。

(注) 下線は、各フェーズにより記載内容が異なる箇所を示すものとして、筆者が付したものである。
 (出典) 新型インフルエンザ及び鳥インフルエンザに関する関係省庁対策会議「新型インフルエンザ対策行動計画」（平成 21 年 2 月改定）pp.44, 49. 内閣官房 HP <<http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/ful/kettei/090217keikaku.pdf>> を基に筆者作成。

平成 17 年行動計画と同様、発生早期には発生地域のみが、それ以後の時期にはそれ以外の地域も含めて、それぞれ対象とされている。一方、平成 17 年行動計画ではあくまで「国民、関係者に対」する「勧告・周知」だったのが、平成 21 年行動計画では、このような直接的な手段のほか、「都道府県等又は業界団体等に対し、住民や関係者に対して」「要請を行うよう依頼」という間接的な手段も用意されている。

⁽²⁷⁾ 新型インフルエンザ及び鳥インフルエンザに関する関係省庁対策会議「新型インフルエンザ対策行動計画」（平成 21 年 2 月改定）pp.2-3. 内閣官房 HP <<http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/ful/kettei/090217keikaku.pdf>>

⁽²⁸⁾ 同上, pp.7-12.

⁽²⁹⁾ 同上, pp.15-16.

(iii) 平成 23 年行動計画

「新型インフルエンザ対策行動計画（2011年9月）」（以下「平成23年行動計画」）は、平成21年行動計画が公表された後の平成21（2009）年4月、新型インフルエンザ（A/H1N1）がメキシコで確認され、その後世界的大流行となった際に実施された対策を通じて得られた経験等を踏まえ、平成21年行動計画を改定したものである⁽³⁰⁾。

平成23年行動計画では、発生段階は平成21年行動計画と同じく、未発生期、海外発生期、国内発生早期、国内感染期及び小康期の5段階のフェーズを採用している一方、主要項目については新たに「ワクチン」の項目を設けるとともに、各項目のグルーピングを見直している。ただ、休業要請等については、平成21年行動計画と同様、「予防・まん延防止」に位置付けられており、学校・保育施設等の臨時休業・入学試験の延期等とともに、社会対策として、「発生の早期から、必要な場合には、外出や集会の自粛要請等の地域対策、職場における感染予防策や一部の事業の自粛要請等の職場対策を行い、社会的活動における接触の機会を減らす」ことを掲げている⁽³¹⁾。内容はほとんど平成21年行動計画と変わらないが、例えば、「発生の早期から」の実施を求めたり、自粛要請を求める対象のうち、「不要不急の」が「一部の」に替わっていたり、「職場における感染予防策」が加わったりと、制約をより強める方向で改定されていることが分かる。

そして、平成23年行動計画でも、フェーズごとに具体的な施策が示されている。このうち、休業要請等に該当する対策については、表3のとおり記載されている。

表3 平成23年行動計画における「休業要請等」に該当する対策

フェーズ	対策
国内発生早期 ・国内のいずれかの都道府県で新型インフルエンザの患者が発生しているが、全ての患者の接触歴を疫学検査で追うことができる状態。 ・国内でも、地域によって状況が異なる可能性がある。	・ <u>地域発生早期においては、地域全体で積極的な感染拡大防止策をとることが重要であり、都道府県等に対し、学校・保育施設等の臨時休業や集会の自粛要請等の感染拡大防止策の実施に資する目安を示すとともに、必要な場合には、都道府県等又は業界団体等に対し、発生地域の住民や関係者に対して次の要請を行うよう依頼し、又は直接要請を行う。</u> > 集会主催者、興行施設等の運営者に対し、活動を自粛するよう要請する。
国内感染期 ・国内のいずれかの都道府県で新型インフルエンザの患者の接触歴が疫学調査で追えなくなった状態。 ・感染拡大からまん延、患者の減少に至る時期を含む。 ・国内でも、地域によって状況が異なる可能性がある。	・都道府県等に対し、学校・保育施設等の臨時休業や集会の自粛要請等の感染拡大防止策の実施に資する目安を示すとともに、必要な場合には、都道府県等又は業界団体等に対し、住民や関係者に対して次の要請を行うよう依頼し、又は直接要請を行う。特に、 <u>地域感染期のうち、流行が小規模な段階においては、一定期間、地域全体で積極的な感染拡大防止策をとるよう要請する。</u> > 集会主催者、興行施設等の運営者に対し、活動を自粛するよう要請する。

(注1) 下線は、各フェーズにより記載内容が異なる箇所を示すものとして、筆者が付したものである。

(注2) 表中の「地域感染期」とは、「各都道府県で新型インフルエンザの患者の接触歴が疫学調査で追えなくなった状態」をいう。

(出典) 新型インフルエンザ対策閣僚会議「新型インフルエンザ対策行動計画」（平成23年9月20日）pp.25, 53, 59-60. 内閣官房 HP <<http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/ful/kettei/110920keikaku.pdf>> を基に筆者作成。

⁽³⁰⁾ 新型インフルエンザ対策閣僚会議「新型インフルエンザ対策行動計画」（平成23年9月20日）p.2. 内閣官房 HP <<http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/ful/kettei/110920keikaku.pdf>>

⁽³¹⁾ 同上, p.20.

このように、平成 23 年行動計画においては、新たに国が「都道府県等に対し、学校・保育施設等の臨時休業や集会の自粛要請等の感染拡大防止策の実施に資する目安を示す」こととされた。

(iv) 特措法（平成 24（2012）年 5 月制定）

このように、休業要請等は、平成 23 年行動計画の段階で、都道府県等が住民や関係者に対して行うよう依頼し、又は国が直接依頼することとされていた。ただ、休業要請等のような強力な措置を法律的な裏付けなしに運用で実施することにつき、各方面からその実効性に対する指摘を受けていた⁽³²⁾。このような懸念については、あらかじめ実施できる範囲を法律上整理し、措置の範囲を法的に明確化しておくことにより、自治体が民間に負担をかけることを躊躇して休業要請等ができないことを回避できるようになることで、対応できるものと考えられる⁽³³⁾。このため、全国知事会からは「集会自粛をやるのであれば、法律を作ってほしい」と繰り返し要望⁽³⁴⁾があったところである。

このような趣旨から、平成 23（2011）年 11 月に開催された「新型インフルエンザ及び鳥インフルエンザ等に関する関係省庁対策会議」（第 47 回）において、新型インフルエンザ対策のために必要な法制度についての検討が始まり、平成 24（2012）年 1 月には「新型インフルエンザ対策のための法制のたたき台」が取りまとめられ、公表された⁽³⁵⁾。このたたき台では、「国は、発生した新型インフルエンザ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り、かつ、国民生活及び国民経済に甚大な影響を及ぼすおそれがあるときは、区域及び期間を定め、新型インフルエンザ緊急事態を宣言」することが明記されるとともに、緊急事態において実施される措置が 9 項目挙げられ、その中で、現在の特措法第 45 条の原型となる「不要不急の外出の自粛の要請、学校、集会等の制限等の要請及び指示」が挙げられた⁽³⁶⁾。

このたたき台を基に、地方公共団体関係者との実務者検討協議会や学識経験者からの意見聴取の場の開催等を通じて議論がなされて法案の内容が固められ、平成 24（2012）年 3 月 9 日、「新型インフルエンザ等対策特別措置法案」が閣議決定された⁽³⁷⁾。そして、同月 28 日に衆議院本会議において、同年 4 月 27 日に参議院本会議においてそれぞれ可決されて成立し、同年 5 月 11 日に特措法が公布され、「新型インフルエンザ等対策特別措置法の施行期日を定める政令」（平成 25 年政令第 121 号）により、平成 25（2013）年 4 月 13 日から施行された。

なお、特措法第 6 条では、政府に対し、「新型インフルエンザ等対策の実施に関する計画」（政

⁽³²⁾ 神ノ田昌博・大月克己「インタビュー 新型インフルエンザ（下）神ノ田昌博・厚生労働省健康局新型インフルエンザ対策推進室長 新型インフル発生警戒を一特別措置法、4 月末成立一」『厚生福祉』5911 号、2012.6.12, pp.2-4; 伊藤哲朗「巻頭インタビュー 危機管理のプロが語る 「緊急事態」のキーポイント」『明日への選択』412 号、2020.5, p.6.

⁽³³⁾ 神ノ田・大月 同上; 伊藤 同上

⁽³⁴⁾ 平成 18（2006）年 5 月 30 日に最初に要望して以後、6 回要望している。福田富一（全国知事会社会文教常任委員会委員長・栃木県知事）「新型インフルエンザ対策の法制化の経過について」（平成 24 年 5 月 18 日）〈http://www.nga.gr.jp/ikkrwebBrowse/material/files/group/3/h4_post-852.pdf〉; 同「新型インフルエンザ対策行動計画（案）について」（平成 23 年 9 月 2 日）〈<http://www.nga.gr.jp/ikkrwebBrowse/material/files/group/3/H230902shingatainfuruenzataisakukodokeikakuaniken.pdf>〉

⁽³⁵⁾ 新型インフルエンザ等対策研究会編 前掲注(10), pp.5-6.

⁽³⁶⁾ 内閣官房新型インフルエンザ等対策室「新型インフルエンザ対策のための法制のたたき台（案）」（平成 24 年 1 月）〈<http://www.cas.go.jp/seisaku/ful/dai48/siryoku.pdf>〉

⁽³⁷⁾ このたたき台の公表から閣議決定までの間、法案の詳細は明らかにならず、メディアの反応も鈍かったことから、国民的な議論はほとんどなかったという。井上愛彩「特集 新型インフルエンザ（上）私権制限、科学的根拠乏しく 新型インフル特措法が成立」『厚生福祉』5909 号、2012.6.5, p.2.

府行動計画)を定めることを義務付けており、同法の施行日から5日後の同月18日開催の「新型インフルエンザ及び鳥インフルエンザ等に関する関係省庁対策会議」(第49回)において、早速「新型インフルエンザ等対策政府行動計画(案)」が議題となり、同年6月7日、閣議決定を経て、「新型インフルエンザ等対策政府行動計画」(以下「平成25年行動計画」)⁽³⁸⁾が定められた。

3 特措法第45条の内容

前述のとおり、特措法第45条は、新型インフルエンザ等緊急事態において、新型インフルエンザ等の感染拡大が進行し、まん延によって引き起こされる国民生活及び国民経済の混乱に対処するための措置の一環として⁽³⁹⁾、住民や学校、社会福祉施設、興行場等の施設管理者等に対し、一定の要件を満たす場合において、一定の活動の制限を要請又は指示するための規定を整備するものである。

またこの規定は、これまでの、感染症法に定める医療的・公衆衛生的な感染症対策とは異なる、「一般国民、施設場所の管理者等に着目した、まん延によって引き起こされる国民生活及び国民経済並びに医療提供体制にわたる社会的混乱に対処する」措置を定めたものである⁽⁴⁰⁾。このような社会活動を制約するような措置は、I2において確認したとおり、WHO2005年計画において初めて登場したものであり、日本国内では、平成17年行動計画において初めて登場し、計画が改定されるたびに強化され、同条により初めて法制化されることとなった。

具体的には、次のとおり定められている。都道府県知事は、新型インフルエンザ等緊急事態下であることを前提として、①住民に対する一定の期間及び区域における不要不急の外出の自粛等の要請(第1項)及び②施設管理者等に対する一定期間における当該施設の使用制限や催物の開催等の制限や停止の要請(第2項)を行うことができることとされている。また、施設管理者等が正当な理由なしに当該要請に応じないときは、一定の要件を満たす場合において、都道府県知事は、当該施設管理者等に対し、当該要請に応じる旨の指示を行うことができ(第3項)、これらの要請又は指示を行った場合には、その旨の公表を行うことも定められている(第4項)。

これらの措置のうち、第1項及び第2項に定める「要請」については、平成23年行動計画にも施策として掲げられていたものであるが、この法制化により、都道府県知事が一定の要件下において「指示」することもできるようになった。前述の平成25年行動計画においても、この規定に基づき、これらの要請及び指示が定められている。

「要請」と「指示」の違いについては、「要請」は「一定の行為について相手方に好意的な処理を期待するもの」をいい、要請を受けた者には法的義務が生じないとされるのに対し、「指示」は「一定の行為について方針、基準、手続等を示してそれを実施させること」をいい、「指示」を受けた者は、「法的に当該指示に従う義務が生じる」とされる⁽⁴¹⁾。なお、このような法的な

(38) 「新型インフルエンザ等対策政府行動計画」(平成25年6月7日)内閣官房HP <<http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/ful/kettei/130607keikaku.pdf>>

(39) 新型インフルエンザ等対策研究会編 前掲注(10), p.157.

(40) 同上, p.158.

(41) 同上, pp.110-111; 第180回国会参議院内閣委員会会議録第7号 平成24年4月17日 p.17; 「新型インフルエンザ等対策特別措置法に関する質疑応答集」(新型インフルエンザ等対策特別措置法に関する都道府県担当課長会議(平成24年6月26日)資料3) p.17. 内閣官房HP <<http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/ful/housei/240626kachoukaigi/siryou3.pdf>>

義務が生じることを踏まえ、「指示」については、「行政不服審査法」（平成 26 年法律第 68 号）における処分に該当するため、当該指示に対する不服申立てのための手続をとることが可能⁽⁴²⁾とされる⁽⁴³⁾。

なお、この「要請」や「指示」に従わなかった場合の罰則は定められていない。この理由について、当時の立法担当者は、法的根拠があることで協力が期待できることと、実際上の取締りが難しいことを挙げている⁽⁴⁴⁾。

また、同条では、これらの「要請」や「指示」に従ったことで生じる損失を補償する旨は定められていない。

4 特措法第 24 条第 9 項に基づく協力要請

特措法に基づく要請は、第 45 条第 2 項に基づくものだけではなく、第 24 条第 9 項に基づくものも定められている。同項では、都道府県対策本部長（都道府県知事）が、当該都道府県の区域に係る新型インフルエンザ等対策を的確に実施するため必要があると認めるときに、公私の団体や個人に対し、当該区域に係る新型インフルエンザ等対策の実施に関し必要な協力を要請することができる⁽⁴⁵⁾と定めており、第 45 条第 2 項より要件はかなり緩いものとなっている。

令和 2（2020）年の新型コロナウイルス感染症の対策としても、第 24 条第 9 項に基づく催物の開催制限等の協力要請は全都道府県で、施設の使用制限等の協力要請は 45 都道府県で、それぞれ行われており、第 45 条第 2 項に基づく要請よりも多く実施されている⁽⁴⁵⁾。ただ、第 24 条第 9 項に基づく協力要請は、第 45 条第 2 項に基づく要請とは異なり、要請を行ったことを公表する仕組みとなっておらず、また、要請に従わなかった場合に指示を行うことができないため、実効性という点では第 45 条第 2 項に基づく要請よりは劣ることになる。しかし、その他の点では両者に大きな差異は見られないとされる⁽⁴⁶⁾。

5 新型コロナウイルス感染症への適用

特措法が適用できる感染症は、同法第 2 条第 1 号に規定される「新型インフルエンザ等」に限定されている。具体的には、表 4 に掲げる 3 種類である。

(42) このような見解を踏まえ、実際に神奈川県知事が休業指示を行った際、その文書上において、行政不服審査の請求及び処分取消訴訟の提起ができることを記載している。「新型インフルエンザ等対策特別措置法に基づく施設の使用停止（休業）について（指示）」（令和 2 年 5 月 1 日安総第 1160 号）（第 7 回新型コロナウイルス感染症神奈川県対策本部会議（令和 2 年 5 月 1 日）次第、[p.3]）神奈川県 HP <https://www.pref.kanagawa.jp/documents/59216/0501_honbukaigisiryoku.pdf>

(43) 新型インフルエンザ等対策研究会編 前掲注(10), p.112; 第 201 回国会衆議院内閣委員会議録第 3 号 前掲注(12), pp.8, 20. なお、同委員会の審議において、西村康稔国務大臣は、平成 24 年の特措法の審議における参議院の附帯決議において、不服申立て等の制度について検討を加える等と書かれていることから、今回の新型コロナウイルス感染症の終息後に、改めてこの課題についても検討を行いたいと考えている、と発言している。

(44) 伊藤 前掲注(32), pp.6-7.

(45) 特措法第 24 条第 9 項は、「必要な協力」を行う都道府県知事の権限を定めたものであって、行政の外にいる施設管理者等に対して休業等を要請する規定、すなわち行政作用上の根拠を求めた規定として解釈すべきでない、具体的な協力要請を行う場合にはその要件を定める根拠規定が別途必要となる、したがって、都道府県知事は、同項を根拠として休業要請等を行うことができないとするのが、法治主義に基づく解釈となろうとする見解も見られる。安田理恵「日本の新型コロナウイルス感染症対策からみた国、都道府県及び住民の関係」『法学セミナー』788 号, 2020.9, p.8.

(46) 第 180 回国会参議院内閣委員会議録第 7 号 前掲注(41), p.14.

表4 特措法第2条第1号に規定される「新型インフルエンザ等」の種類

種別	定義	根拠条文
新型インフルエンザ	新たに人から人に伝染する能力を有することとなったウイルスを病原体とするインフルエンザであって、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	感染症法第6条第7項第1号
再興型インフルエンザ	かつて世界的規模で流行したインフルエンザであっ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って、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	感染症法第6条第7項第2号
新感染症	人から人に伝染すると認められる疾病であって、既に知られている感染性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で、当該疾病にかかった場合の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もの	感染症法第6条第9項

(出典) 特措法及び感染症法を基に筆者作成。

新型コロナウイルス感染症への同法の適用をめぐることは、新型コロナウイルス感染症がこれらのうち「新感染症」に該当するのではないかとの観点から、同法を適用すべきとの主張が見られた⁽⁴⁷⁾が、政府は一貫して適用できないとの見解を維持した⁽⁴⁸⁾。ただ、今後、急激な感染の拡大が見られた場合にどのような措置をとるかをあらかじめ備えることが重要と考え、必要に応じて同法の仕組みを活用することができるよう、令和2(2020)年3月に新型コロナ暫定適用法を制定することで、新型コロナウイルス感染症を特措法に規定する新型インフルエンザ等とみなして同法の規定を適用する法改正を行うこととしたのである⁽⁴⁹⁾。

具体的には、特措法附則第1条の次に附則第1条の2を加え、新型コロナウイルス感染症を一時的に新型インフルエンザ等とみなして、令和3(2021)年1月31日までの間⁽⁵⁰⁾、同法の規定等を適用することを定めた。

この新型コロナ暫定適用法は、前述のとおり、令和2(2020)年3月13日に可決成立、公布され、その翌日である同月14日から施行された。この日以降は新型コロナウイルス感染症に特措法を適用できるため、新型コロナウイルス感染症のまん延防止対策として、都道府県知事が、同法第24条第9項の協力要請や、新型インフルエンザ等緊急事態下における同法第45条第2項の要請及び同条第3項の指示を行うことができることとなった。

(47) 例えば、第201回国会衆議院財務金融委員会議録第6号 令和2年2月28日 p.10における日吉雄太衆議院議員の発言

(48) 第201回国会参議院内閣委員会議録第4号 令和2年3月13日 pp.10-11. 西村国務大臣は、適用できない理由として、新感染症は病原体が分かっていない場合が対象になるところ、新型コロナウイルス感染症は、令和2(2020)年1月9日にWHOがコロナウイルスが原因と発表した時点で、既知のウイルスによるものであることが確認されており、厚生科学審議会感染症部会への諮問、答申を経て、1月28日に「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2年政令第11号)の公布により、新型コロナウイルス感染症を感染症法第6条第8項の「指定感染症」として定めたことを挙げた。また、西村国務大臣は、特措法が個人の大きな権利制約を伴うことから、弾力的な解釈により新感染症に該当することとするについては慎重であるべきとし、法律改正による対応が適切という答弁も行っている。第201回国会衆議院内閣委員会議録第3号 前掲注(12), p.3.

(49) 第201回国会衆議院内閣委員会議録第3号 同上, p.3.

(50) 新型コロナ暫定適用法による改正後の特措法附則第1条の2第1項により、新型コロナ暫定適用法「の施行の日から起算して2年を超えない範囲内において政令で定める日までの間」と規定されているところ、「新型インフルエンザ等対策特別措置法附則第1条の2第1項の政令で定める日を定める政令」(令和2年政令第45号)において、令和3(2021)年1月31日と定められた。

II 憲法上の財産権の制約と損失補償

1 財産権の一般的制約の二分類

日本国憲法第 29 条第 2 項は、財産権が法律によって一般的に制約されるものであることを規定する。すなわち、財産権には、権利の公平な保障を旨とする自由国家的な公共の福祉に由来する「消極目的規制」（「内在的制約」ともいう。）のほか、人間的な生存の確保を目指す社会国家的な公共の福祉による「積極目的規制」（「政策的規制」ともいう。）が及ぶこととされている⁽⁵¹⁾。なお、「消極目的規制」（内在的制約）の例としては、感染症の予防のための規制（感染症法第 29 条及び第 32 条）、火災の予防・消火のための規制（消防法（昭和 23 年法律第 186 号）第 5 条及び第 29 条）が、「積極目的規制」（政策的規制）の例としては、耕作者の地位の安定・農業生産力の増進のための規制（農地法（昭和 27 年法律第 229 号）第 3 条ほか）や史跡名勝天然記念物の保護等（文化財保護法（昭和 25 年法律第 214 号）第 125 条）等が挙げられている⁽⁵²⁾。

2 財産権制約の合憲性判断の枠組み

ただ、このような法律の形式で定められればどのような内容の制約であっても許容されるわけではない。この制約の限界については、最高裁判所がこれまでに出した判決において枠組み⁽⁵³⁾を示しており、次のように整理されている。すなわち、規制を課する目的・内容・手段・方法等が多種多様のため、これを一律に論ずることは困難とした上で、規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度を比較考量し、当該目的の達成のために合理的な範囲内であるかを判断すべきであり、その場合には、目的の正当性と目的達成手段の必要性・合理性の有無がその判断の決め手になるとされる⁽⁵⁴⁾。

3 憲法上の損失補償の要否

(1) 財産権の制約と損失補償

日本国憲法第 29 条第 3 項は、「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」と規定し、私有財産を公共のために収用又は制限することができるとともに、その際には「正当な補償」を行うべきであることを明示する⁽⁵⁵⁾。この損失補償とは、公共事業その他公共の利用に供するために直接特定人の財産に加えられた特別の損失を社会全体の負担で補填する償い金であると定義することができ、言わば、財産権の保障と平等則から導かれるコロラリー（論理的帰結）であると言われる⁽⁵⁶⁾。

(51) 中村睦男「第 29 条〔財産権〕」樋口陽一ほか『憲法Ⅱ〔第 21 条～第 40 条〕』（注解法律学全集 2）青林書院、1997、pp.239、243；矢島基美「財産権の制限と補償の要否」大石眞・石川健治編『憲法の争点』（Jurist 増刊 新・法律学の争点シリーズ 3）有斐閣、2008、p.154；高見勝利「第 9 章 経済的自由」野中俊彦ほか『憲法Ⅰ 第 5 版』有斐閣、2012、p.486。

(52) 宍戸常寿「第 29 条【財産権】」長谷部恭男編『注釈日本国憲法 3 国民の権利及び義務(2)・国会 § § 25～64』有斐閣、2020、pp.127-128。

(53) 高見 前掲注(51)、p.490 では、この枠組みは、最高裁判所昭和 62 年 4 月 22 日大法廷判決（最高裁判所民事判例集 41 卷 3 号 408 頁）（森林法事件）で提示され、最高裁判所平成 14 年 2 月 13 日大法廷判決（最高裁判所民事判例集 56 卷 2 号 331 頁）（証券取引法事件）で確立されたと思われる、と評価している。

(54) 同上、p.490。

(55) 芦部信喜、高橋和之補訂『憲法 第 7 版』岩波書店、2019、pp.246-247；同上、pp.492-493。

(56) 原田尚彦『行政法要論 全訂第 7 版補訂 2 版』学陽書房、2012、p.269。

かつては日本国憲法第29条第2項に基づく財産権の制約は、一般的な財産権の制限であり、補償について明文を欠くこともあり、同条第3項の補償を要しないとする見解が支配的であった。しかし、この見解に対しては、同条第3項の「公共のため」の語の意義について、本来的な公用収用の場合のみならず、「社会公共一般のため」まで拡張されたこと、「用ひる」の語についても財産権の行使を制限することも含むと解されるようになったこと、同条第2項による財産権の制約の場合であっても、「各人に保障された権利の剥奪又は権利の実質を失わしめることとなるような、強度の財産権の規制である場合」には、一般的な財産権の制限であったとしても補償を要することと考えるべきであることから、今日では同条第2項に基づく財産権の制約の場合であっても、同条第3項の補償を要することがあると解する見解が有力となっている⁽⁵⁷⁾。

(2) 「特別な犠牲」

その上で、どのような場合に補償を要するかについては、一般に、特定の者に対してその財産権に内在する社会的・自然的制約を超えて、「特別な犠牲」を課する場合であると解されており⁽⁵⁸⁾、例えば、広く一般的に負担を課す場合（租税の賦課等）、本人の帰責事由により特別の負担を課す場合（罰金・負担金等）等には、補償を要しないこととなる⁽⁵⁹⁾。

この「特別な犠牲」について、従来の通説は、①侵害行為が広く一般人を対象とするものか、それとも特定の範疇に属する人を対象とするものか（形式的要件）、②侵害行為が財産権に内在する制約として受忍する限度内にあるのか、それとも財産権の本質的内容を侵すほどに強度なものか（実質的要件）、という2つの要件を総合的に考慮して判断すべきとしていた（形式・実質二要件説）。

これに対し、現在では、法律の規制は、その形式において常に一般的なものであることから、①の形式的要件ではなく、②の実質的要件によるべきである、とした上で、a) 財産権の剥奪又は当該財産権の本来の効用の発揮を妨げることとなるような侵害については、権利者の側にこれを受忍すべき理由がない限り、当然補償を要する。b) それに至らない規制の場合には、(ア) 財産権の規制が社会的共同生活との調和を保つていくために必要とされるものである場合には、財産権に内在する社会的拘束の表れとして補償は不要（例えば建築基準法に基づく建築の制限）であり、(イ) 他の特定の公益目的のため当該財産権の本来の社会的効用とは無関係に偶然に課せられるものである場合（例えば重要文化財の保全のための制限や自然公園法に基づく国立公園内の自然風物維持のための制限）については、補償を要するものとする、という見解（実質要件説）が有力とされる⁽⁶⁰⁾。

(3) 消極目的規制と損失補償

Ⅱ1において、財産権の一般的制約について、消極目的規制と積極目的規制の2種類があると説明したが、損失補償を要するのは通常、積極目的規制による損失が「特別な犠牲」に当た

57) 宍戸 前掲注52, pp.138-139; 矢島 前掲注51, p.154; 長谷部恭男『憲法 第7版』(新法学ライブラリ2) 新世社, 2018, p.248.

58) 芦部, 高橋補訂 前掲注55, p.493; 矢島 同上, pp.154-155; 長谷部 同上, p.249; 高見 前掲注51, p.493.

59) 矢島 同上, p.155.

60) 芦部, 高橋補訂 前掲注55, pp.247-248; 同上, p.155; 宍戸 前掲注52, p.140; 高見 前掲注51, p.494.

る場合であって、消極目的規制については、財産権の社会的拘束の表れに該当することが多いため、原則として「特別の犠牲」に当たらず、憲法上補償を要しないと解することが通説的見解とされ、判例⁽⁶¹⁾もこの見解に立つものと理解されている。ただし、行政が多様化した現代においては、補償の要否について、消極目的規制か積極目的規制かにかからしめるべきではなく、消極目的規制であっても受忍限度を超える場合には補償を要するとの見解も有力とされる⁽⁶²⁾。

4 憲法を直接根拠とする補償請求

以上による検討の結果、憲法上補償を要するとの結論となった場合において、当該規制法に補償に関する規定を欠いている場合、補償請求を行うことができるか。この問題について、最高裁判所は、直接憲法第 29 条第 3 項を根拠として補償請求をする余地が全くないわけではなくと判示⁽⁶³⁾することで、これを認めた。学説は、かつては当該規定をプログラム規定とする説（立法指針説）や、補償規定を欠く公用収用法規を違憲無効とする説（違憲無効説）も見られたが、最高裁判所が上記判決によりこのような見解を示したことを契機に、憲法第 29 条第 3 項を直接根拠として補償を請求できるとする説（直接請求説）が一般に支持されている⁽⁶⁴⁾。

5 政策上の補償

他方、II3 までの検討の結果、憲法上は補償を要しない場合であっても、何らかの政策的な理由により、補償が行われる場合がある。このような補償を「政策上の補償」といい、伝染病に罹患し、「と殺・殺処分」にされた家畜に対する補償である「手当金」（家畜伝染病予防法（昭和 26 年法律第 166 号）第 58 条）、本州四国連絡橋の供用に伴い余儀なくされる事業規模の縮小を行おうとする者が作成し、国土交通大臣によって認定された実施計画に基づき、実際に事業規模の縮小が行われた場合に交付される「一般旅客定期航路事業廃止等交付金」（本州四国連絡橋の建設に伴う一般旅客定期航路事業等に関する特別措置法（昭和 56 年法律第 72 号）第 10 条）等が例として挙げられる⁽⁶⁵⁾。

ただ、これらの補償についても憲法上の補償であるとの見解もあり、いかなる補償が政策上の補償であるかとの見解は一致していないという。それは、政策上の補償は理論上の概念であり、ある補償が憲法上のものか政策上のものかが法令上明示されているわけではなく、専ら解

(61) 最高裁判所昭和 38 年 6 月 26 日大法廷判決（最高裁判所刑事判例集 17 卷 5 号 521 頁）（奈良ため池条例事件判決）及び最高裁判所昭和 43 年 11 月 27 日大法廷判決（最高裁判所刑事判例集 22 卷 12 号 1402 頁）（河川附近地制限令事件判決）。ただし、後者においては、相当の資本を投入してきた本件砂利業者が河川附近地制限令（明治 33 年勅令第 300 号。昭和 40 年政令第 14 号により廃止）第 4 条第 2 号の規定により要許可事項とされてきたことにより被る損失につき、同号に定める制限は、公共の福祉のためにする一般的な制限であり、原則としては何人もこれを受忍すべきであるとした上で、その財産上の犠牲は、単に一般的に当然に受忍すべきものとされる制限の範囲を超える「特別の犠牲」を課したものとみる余地が全くないわけではないことから、その損失補償を請求することができるものと解する余地があると判示された。

(62) 宍戸 前掲注(52), pp.140-141; 高見 前掲注(51), p.495. また、前掲注(61)の河川附近地制限令事件判決でも、その損失によっては、単に一般的に当然に受忍すべきものとされる制限の範囲を超える「特別の犠牲」を課したものとみる余地が全くないわけではなく、その損失の補償を請求することができるものと解する余地があると判示されている。

(63) 前掲注(61)に掲げた河川附近地制限令事件判決による。

(64) 中村 前掲注(51), pp.254-255; 芦部, 高橋補訂 前掲注(55), p.248; 矢島 前掲注(51), p.155; 宍戸 前掲注(52), p.145; 高見 前掲注(51), p.499.

(65) 橋本公旦「憲法上の補償と政策上の補償」成田頼明編『ジュリスト増刊 行政法の争点』（法律学の争点シリーズ 9）有斐閣，1980，p.177; 渡邊互「いわゆる「政策上の補償」をめぐる法的問題」『白鷗法学』16 卷 2 号，2009.12, pp.111-112.

積に委ねられているためと考えられている⁽⁶⁶⁾。

ある補償が憲法上の補償か政策上の補償かを区別する実益は、前者の場合、法律や予算に根拠がなかった場合であっても、4で述べたとおり、憲法第29条第3項に基づき直接補償請求ができるが、後者の場合には、根拠がない以上、補償請求ができないことになる、という点にある。また、後者の場合には、根拠があった場合にそれを廃止することで、補償を取りやめることも可能ということになることも挙げられる。一方、後者の場合には、「特別の犠牲」のような憲法上の基準を満たさない場合でも、補償を行うことができることになる⁽⁶⁷⁾。

Ⅲ 特措法における休業要請等と財産権の制約との関係

Ⅱ2で述べたとおり、財産権の制約が許容されるには、規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度を比較考量し、当該目的の達成のために合理的な範囲内であるかを判断することとされ、その場合には、目的の正当性と目的達成手段の必要性・合理性の有無がその判断の決め手になる、とされている⁽⁶⁸⁾。

そこで本章では、特措法における休業要請等と財産権の制約との関係について、財産権の制約としての性質及び目的の正当性、目的達成手段の必要性及び合理性並びに憲法上の損失補償の要否につき、同法及び新型コロナ暫定適用法の立法時の政府の見解を参照しつつ、検討することとする。

1 休業要請等の財産権の制約としての性質及び目的の正当性

新型インフルエンザ等には、Ⅰ1で述べたとおり、世界的な大流行（パンデミック）となり、大きな健康被害とこれに伴う社会的影響をもたらすおそれがあるという特徴がある。実際にパンデミックとなった場合には、感染症法による医療的・公衆衛生的な感染源対策では、まん延を防止しきれものではない。休業要請等は、Ⅰ2で述べたとおり、新型インフルエンザ等のまん延防止のための新たな対策として、WHO2005年計画において、成人の接触機会の減少のための対策の1つとして初めて導入され、日本においても平成17年行動計画以来導入されているものを特措法により法制化したものである。

特措法における休業要請等は、このような目的で行われるため、感染症の予防のための規制（感染症法第29条及び第32条）等と同じく、消極目的規制に位置付け、財産権の制約目的として正当性を有すると解する余地がある⁽⁶⁹⁾。ただし、「予防原則」⁽⁷⁰⁾に基づく基本的人権の制約が許容されることについてコンセンサスを確立していないように見受けられることから、こ

⁽⁶⁶⁾ 橋本 同上; 渡邊 同上

⁽⁶⁷⁾ 渡邊 同上, pp.115-116.

⁽⁶⁸⁾ 国会の場においても、休業要請と公共の福祉による制約との関係につき、「その具体的な内容や制約の可能な範囲等について、個別の立法の目的等に応じて、その必要性や合理性の面から具体的に判断する必要がある」と政府側(近藤正春内閣法制局長官)が答弁している。第201回国会衆議院会議録第19号 令和2年4月16日 p.7.

⁽⁶⁹⁾ 災害の危険が切迫している場合のような、人の生命又は身体に対する危険を防止するために特に必要であれば、感染症の場合であっても、災害対策基本法(昭和36年法律第223号)のような、大規模な行動制限をとることに憲法上の支障はないものとする見解として、江藤祥平「匿名の権力—感染症と憲法—」『法律時報』92巻9号, 2020.8, p.73がある。

⁽⁷⁰⁾ 「科学的知見が十分に備わってなくても、ひとたび問題が生じたとき、深刻かつ不可逆的な被害が発生する場合に、なにもしないのではなく、必要な対策をとるべきである、とする法原則」をいう。松本和彦「公法解釈における諸原理・原則の対抗—憲法学から見た比例原則・予防原則・平等原則—」『公法研究』81号, 2019.2, p.67.

の種の規制が憲法上許容されるかは、なお議論の余地があるとする見解も見られる⁽⁷¹⁾。

2 目的達成手段の必要性及び合理性の有無

休業要請等は、Ⅲ1で述べたとおり、新型インフルエンザ等のまん延防止を目的とする対策であり、接触機会を減らすことにより新型インフルエンザ等のまん延を防止することで、「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の混乱を回避するため」（特措法第45条第2項及び第3項）に必要とされており、WHO2005年計画において採用されていることを踏まえ、政府の行動計画にも盛り込まれたものである。

休業措置等の有効性については、I2(1)で述べたとおり、WHOは、2003年の香港における事例を挙げており、日本における特措法の制定時の国会では、当時の担当大臣が、1918年から1920年にかけて流行したスペイン・インフルエンザ発生時の米国の例、すなわち、多数の者が使用する施設の閉鎖を命じたセントルイスと対策を講じなかったフィラデルフィアとを比較して、セントルイスのピーク時の死亡率が4分の1であったことについて答弁を行っている⁽⁷²⁾。また、多数の者が集まる機会をできるだけ少なくすることで感染拡大を防止してピーク時の患者を減らしていくことで、ピークを後ろにずらしていくという効果があるとの専門家の指摘も、国会答弁において挙げられている⁽⁷³⁾。

さらに、制限の程度についても、特措法第5条において、新型インフルエンザ等対策を実施するため必要最小限のものでなければならないことを規定していること⁽⁷⁴⁾や、期間が1週間から2週間であること、使用制限の指示を受けた者は法的には義務を負うものの罰則による担保等によって強制的に使用を中止させるものではないことから、限定的であるとの答弁がなされている⁽⁷⁵⁾。

これらのことから、目的達成手段の必要性及び合理性も満たしていると解する余地がある。

3 憲法上の損失補償の要否

Ⅱ3において述べたとおり、新型インフルエンザ等のまん延防止対策のような消極目的規制は、通説・判例では、日本国憲法第29条第3項に基づく損失補償の対象ではないとされている。このことから、特措法第45条に基づく休業要請等についても、新型インフルエンザ等のまん延防止の観点から行われるという目的上の正当性や、本来危険な事業等は自粛されるべきであることを踏まえ⁽⁷⁶⁾、補償に関する規定が設けられていない。補償に関する規定を設けていない理由としては、Ⅲ2でも挙げたとおり、期間が一時的なものであり、罰則による担保等に基づく強制的な措置ではないことから、権利の制約の内容が限定的であるということも挙げられている⁽⁷⁷⁾。このため、通説・判例の立場では、損失補償が認められないという結論となる可

(71) 尾形健「『新型コロナウイルス禍』の福祉国家——憲法研究者からみた『新型コロナと法』——」（特別企画 新型コロナと法【リレー連載】第5回）『法学セミナー』790号、2020.11、p.60。

(72) 第180回国会参議院内閣委員会会議録第7号 前掲注(41)、p.12。

(73) 同上。

(74) 新型インフルエンザ等対策研究会編 前掲注(10)、pp.41-42；第201回国会参議院内閣委員会会議録第4号 前掲注(48)、p.13。

(75) 第180回国会参議院内閣委員会会議録第7号 前掲注(41)、p.24。

(76) 新型インフルエンザ等対策研究会編 前掲注(10)、p.161；第201回国会衆議院内閣委員会会議録第3号 前掲注(12)、p.5。

(77) 第180回国会参議院内閣委員会会議録第7号 前掲注(41)、p.24。

能性が高い。

一方、消極目的規制であっても受忍限度を超える場合には補償を要するとの見解に立った場合には、消極目的規制というだけでは補償対象から除外されないことから、休業等の期間が長期間にわたることで、損失額が高額となった場合や、後述のような、罰則を設けることを求める意見を受け、罰則規定が設けられることになれば、何らかの検討が必要とされる可能性が生じる。

なお、休業により極めて深刻な経済的損失を被っていることが財産権の制限と言えること、休業要請等を行う業態が特定されており、かつ、営業が全くできなくなったことで財産権の本質的内容を奪われていることから、「特別の犠牲」の要件を満たし、損失補償の対象となるとする見解も見られる⁽⁷⁸⁾。

また、II5で述べたとおり、憲法上の損失補償が認められない場合であっても、政策的に損失補償を行うこともできるため、政策の選択として採用される可能性もある。

おわりに

特措法による新型インフルエンザ等緊急事態宣言の発出と同法第24条第9項及び第45条に基づく休業要請等が、同法施行から初めて、全国を対象とし、かつ、1か月を超える長い期間にわたり行われた。その結果、多額の売上減や損失の発生、休廃業や倒産に追い込まれる事業者が発生し、国に対して損失補償を求める意見が出されている。また、要請に従わない事業者が出てきたことから、罰則を設けることを求める意見⁽⁷⁹⁾も出されている。

新型コロナ暫定適用法の国会審議においても、全体が終息した後に法全体について幅広く検討していきたいと考えている旨、担当大臣から発言⁽⁸⁰⁾があった。その一環として特措法の改正に関する検討が行われることとなると、本稿で示した憲法上の論点についても検討がなされる可能性がある。

本稿が今後の特措法の在り方についての検討の参考となれば幸いである。

(みなみ りょういち)

(78) 植田統「『自粛と補償はセット』議論に必要な3つの要点 政府が固執する『自粛と補償は別』は正しいか」2020.5.11. 東洋経済オンライン <<https://toyokeizai.net/articles/-/349262>> ただし、営業時間の短縮要請の場合については、その制限はかなり限定的であるとして、受忍限度内であるとの見解が示されている。

(79) 「新型コロナ特措法 34 知事「改正必要」 本社アンケート」『朝日新聞』2020.6.22; 「新型コロナウイルス感染症に関する緊急提言」(令和2年7月19日) 全国知事会 HP <<http://www.nga.gr.jp/ikkrwebBrowse/material/files/grouup/2/20200719%20shingatakoronakinkyuteigen.pdf>>

(80) 第201回国会参議院内閣委員会会議録第4号 前掲注(48), p.24.