

## 晴の日は行政法。

### —新型インフルエンザ等対策特別措置法と行政法への道しるべ—

ガバナンス研究科 木村俊介

ツツジの花が街角を彩る季節を迎えたが、皆さんはいかがお過ごしでしょうか。私はガバナンス研究科で法律科目を中心に担当しているので、今日は、現在最も重要な個別行政法として運用されている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「措置法」という。）を、行政法の観点から俯瞰した場合の特徴を述べたいと思う。また、そのことを通じて、行政法がどのような内容を扱う法律科目であるのかということや公共政策に関心を持つ皆さんに理解してもらう上での一助になれば幸いである。なお、国及び地方公共団体（以下「自治体」という。）による措置法の運用は日々変化を遂げていること、及び本稿における意見は私見であることをお断りしておく。



#### I 措置法とはどのような法律か？

##### 1 どのような経緯で制定されたのか？

措置法は、2009 年における H1N1 亜型インフルエンザの流行を踏まえ、対策の実施計画や緊急事態措置等を定めることにより対策の強化を図り、もって国民の生命及び健康を保護し、並びに国民生活等に及ぼす影響が最小となるようにすることを目的とし（1 条）、2012 年 5 月 11 日に公布された。2013 年 4 月の施行以降、措置法の適用例はなかったが、今般、新型コロナウイルス感染症（以下「コロナ」という。）のまん延のおそれにより、一定期間、コロナを新型インフルエンザ等とみなすための一部改正が行われ、2020 年 3 月 14 日に施行された。

<コラム 1> ここでいう「みなす」とは法令用語であり、擬制する（ある一定の事実（A）があった場合に、別の事実（B）があるものとして扱う）ことを意味している。すなわち、コロナは新型インフルエンザ等とは異なるものであるが、新型インフルエンザ等と同じ扱いをすることとして措置法の仕組みを使うという立法の手法（比喩的に言えばヤドカリが貝殻を借りるイメージ）である。

##### 2 措置法はどのような内容か？

###### (1) 行動計画の作成

日本国政府や自治体、指定された公共機関は、感染症の発生に備え、行動計画を作成する（6～9 条）。

###### (2) 発生時の対応

ア 新型インフルエンザ等（コロナを含め以下「感染症」という。）の発生が確認された場合、内閣総理大臣は原則として政府対策本部を設置する（15 条 1 項）。また、政府対策本部が設置されたときは、都道府県知事（以下「知事」という。）及び市町村長も対策本部を設置しなければならない（22, 34 条）。

イ 都道府県対策本部長は、当該都道府県の区域に係る感染症対策を的確かつ迅速に実施するため必要があると認めるときは、公私の団体又は個人に対し、その区域に係る感染症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。（24 条 9 項）。

ウ 全国的かつ急速なまん延により、国民の生活及び経済に甚大な影響を及ぼし、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事態となった場合、内閣総理大臣は緊急事態措置を実施すべき区域等を公示し、「新型インフルエンザ等緊急事態宣言（以下「宣言」という。）」を行う。

エ 宣言において特定された区域が属する都道府県の知事（以下「特定都道府県知事」という。）は、住民に対し、生活の維持に必要な場合を除き外出の停止を要請できる（45条1項）。また、罰則はないものの、多数の者が利用する施設（学校、社会福祉施設、劇場等）の使用制限・停止等を要請することができる（45条2項）。正当な理由がないのに要請に応じないときは、特に必要があると認めるときに限り、要請に係る措置を講ずべきことを指示できる。また、医療提供体制の確保（臨時の医療施設等）臨時の医療施設を開設するため、土地や建物を強制使用することも可能である（49条）。

オ このほか、緊急物資の運送の要請・指示、財政上の措置等が定められている。

### (3) 運用

2020年4月7日、コロナの全国的かつ急速なまん延による国民生活等に甚大な影響を及ぼすおそれがある事態が発生したと判断したとして、32条1項に基づく宣言が発令された。緊急事態措置を実施すべき期間は、4月7日から同5月6日までとされ、区域は、当初7都県（埼玉、千葉、東京、神奈川、大阪府、兵庫、福岡）とされたが、4月16日に全都道府県に拡大された。

### 3 措置法は行政法の観点からはどのような特徴があるのか？

行政法の基本的な考え方からみた措置法の特徴を挙げてみると、次のとおりである。

- (1) 宣言の発令など、国民保護法<sup>1</sup>その他の**危機管理法**制にみられるような緊急時を想定した特例的なルールを定めた行政法規であること。このため一部に私権制限を伴う内容が含まれていること。

**<コラム2>** 措置法は、感染症予防法（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）その他の衛生行政に係る行政法規よりも、緊急対処事態という概念や対策本部の設置等の枠組み等の点において、国民保護法に代表される危機管理法制との類似点が多い行政法規であるといえることができる。

- (2) 府県対策本部や都道府県対策本部の設置など、行政法規の中で**行政組織法**に該当する内容として重要な規範（ルール）を定めていること。
- (3) **国と地方の関係**においては、自治体が措置法により処理する事務は**法定受託事務**（自治体の事務の中で、本来は国が果たすべき役割に係る事務）とされていること。なお、措置法上の事務は、法定受託事務の判断基準<sup>2</sup>の中で、「広域にわたり国民に健康被害が生じること等を防止するために行う伝染病のまん延防止や医薬品等の流通の取締りに関する事務」に該当すると考えられる。
- (4) 要請、指示、及び立入検査など、典型的な**侵害行政**（国民の権利を制約し義務を課す行政の類型）を含む**行政作用法**の要素も有していること。侵害行政については、憲法上の原理である国民主権に基づき、法律の根拠を必要とすると考えられている。

**<コラム3>** これは、**法律による行政の原理**を構成する重要な考え方であり、**侵害留保説**と呼ばれ、多くの判例及び学説において採用されている。

このため、措置法の運用を巡っては、法律自体は整備されているものの、具体の運用を巡っては、常にその限界の問題（措置法に基づいてどこまで権利制限等を行えるか）という問題を伴っていること。

このように措置法は、感染症の発生という緊急の事態に対処するため、強力な公権力の行使を伴う措置を数多く規定していることから、特徴に富んだ行政法規であるといえることができる。

<sup>1</sup> 正式名称は、武力攻撃事態等における国民の保護のための措置に関する法律。

<sup>2</sup> 1995年に設置された地方分権推進委員会が示した判断基準。

## II 措置法にはどのような行政法上の論点があるのか？

措置法は、今回の一部改正前から強力な公権力の行使に係る内容を含む行政法規であったが、この度のコロナのまん延に対処するため、全国的に幅広く運用されている。このため運用を巡り幾多の論点を喚起しているが、本稿においては、特徴的な行政法上の論点を3つ採り上げてみよう。

### 1 緊急事態宣言はどのような法的効果をもたらすのか？

宣言の実施を巡り、関係する知事から、「国が宣言を出してくれれば、法的根拠をもって必要な要請を行うことができる」旨の発言がみられた。このことをより正確に言えば、宣言はどのような法的効果をもたらしているのだろうか。措置法には、24条9項と、45条1項という2つの要請措置が定められている。要請とは、一定の行為について相手方に履行の義務が生じるものではないが、行政機関として好意的な処理を期待する行為である。

24条に基づく場合、宣言がなくとも、知事において必要があると認めるときは、公私の団体又は個人に対し、感染症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。これは名宛人（行政機関が対象とする相手）を特定せずに、広い集団（例えば「〇〇業」のレベル）を対象に協力を要請することが想定されている制度である。このような要請は、本年3月14日の法施行後、宣言が出されない状態においても、知事は法的根拠をもって要請を行うことはできたのである。

これに対し、45条に基づく場合、宣言を前提として、特定都道府県知事は、必要があると認めるときは、外出の自粛を要請するとともに、多数者が利用する施設の管理者等に使用の制限若しくは停止又は催物の停止若しくは制限等を要請することができる（同条1, 2項）。また、施設管理者等が正当な理由がないのに要請に応じないときは、必要あると認めるときに限り、要請に係る措置を講ずべきことを指示することができる（同条3項）。さらに、特定都道府県知事は、指示をしたときはその旨を公表しなければならない（同条4項）。

すなわち、45条に基づけば、①実際に「要請」を行う際に個別の施設の管理者を特定して行うことが可能であり、②施設の管理者などが応じない場合には、法的な履行義務が生じる「指示」を行うことができ、さらに③指示に罰則はないが、事業者名を公表することによる事実上の影響力を行使することができると考えられている。このように、一般的には、宣言が出された場合には、45条の要請は、対象の特定性があり、段階的措置としてその次には指示が控えているため、相対的に24条の要請よりも強い影響力を持つ措置であると考えられる。したがって、宣言が出されれば、知事は「法的根拠をもって要請することができる」というよりは、「より特定性が高く、かつ、法的義務が生じる指示行為が後見的に付随する要請をすることができる」ということになる。

**<コラム4>** 2020年4月下旬現在、これらの制度の運用の考え方は、政府対策本部が18条に基づいて定めた基本的対処方針に示されている。当該方針において、まずは45条1項に基づく外出の自粛等について協力の要請を行い、その上で、24条9項に基づく施設の使用制限の要請を行うこととし、それらの効果を見極めた上で、45条2項から4項までに基づく施設の使用制限の要請、指示等を行うこととされている。ただし、これらの対応状況は今後も逐次変化していくことが予想される。

### 2 私権制限に対する損失補償は認められるのか？

損失補償は、適法な公権力の行使により、特定の者に財産上の特別の犠牲が生じる場合に、公平の理念に基づいて、その損失を補てんする制度である。措置法は、検疫所による病院の使用、特定都道府県知事による臨時の医療施設開設のための土地等の使用及び特定物資の収容の場合のみ、損失補償を定めてい

る(62条)。一方、45条2項に基づく興行場等に対する使用・開催の制限等については、経済損失等に対する公的な補償は行わないこととされている。その理由として次のような点が論じられている。①施設の使用制限等の要請は、多数の者が集まる機会をできるだけ少なくすることが感染拡大防止に有効であるため実施するものであり、国民の生命・健康の保護の観点から講じられる措置であること、②感染症の発生初期の1～2週間程度の実施を想定しているなど、その期間は一時的であること、③緊急事態においては、国民の多くがその生活に影響を被り何らかの制約を受けることとなるため、施設の使用制限等は事業活動に内在する社会的制約であると考えられること。

しかしながら、今後、措置法の運用において、休業要請に伴う補償のあり方については、自治体を始めとする関係機関の様々な論議が行われていく可能性がある。

### 3 私権制限に対する行政救済は認められるのか？

45条に基づく要請や指示は、**行政事件訴訟**の対象となるだろうか。行政事件訴訟は、違法な行政作用により権利利益を侵害された国民の救済を図るための仕組みである。訴訟の対象となるためには、行政事件訴訟法3条2項が定める「**行政庁の処分**」に該当するものでなければならない。

**<コラム5>** 行政事件訴訟の対象となる「行政庁の処分」とは、行政機関が行う行為全てを対象とするわけではない。その範囲については、最高裁が考え方を示しており、「公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているもの」（最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁）とされている。このような考え方を指して**処分性**という。なお、当該最高裁判例は、行政法において最もよく参照される判例の一つである。

この点について、措置法上の要請（24条及び45条）は、一般的に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であり、要請を受けた側は法的に要請事項について履行すべき立場に立たされるものではないため、判例のメルクマールでいけば、原則として直接国民の権利義務に影響するものではないと考えられ訴訟の対象とはなり難いと考えられる。

一方、指示は、一定の行為について方針、基準、手続き等を示して、それを実施させることを意味し、指示を受けた側は、法的に指示事項について履行義務が生じるものである。ただし、下級審判例では、同一の条文における「指示」が具体的な努力義務を内容とするときは処分に該当するが、抽象的な努力義務を内容とするときは処分に該当しないとするものがあり（生活保護法27条に基づく実施機関の指示。秋田地判平成5年4月23日行集44巻4=5号325頁）、具体的な事実認定の基づかなければ処分の該当性を必ずしも一義的に判断することができないという問題がある。

このように措置法における私権制限に対する行政救済の問題は、権利義務の線引きをどの程度行うことができるか、やむを得ない社会的制約（換言すれば国民の受忍の必要性）をどの程度まで考えるか等の問題とも関連し、今後の政府の有権解釈の発展や具体事案の積み重ねを通じた論議が必要となるであろう。

### おわりに

本稿の表題「晴れの日には行政法。」は、気楽に行政法という分野に親しもうという意である。一見とっつきにくい行政法という分野も、多少でも土地勘を養っておけば、現代における行政の動きの枢要部分がわかり易くなる。今、一番話題の措置法という法律が、強力な行政作用法として特徴的なものであり、そのために多くの論点を伴う行政法規であり、緊急時の実践的な運用と併せて、法的な論点の検証も必要とされることを感じ取っていただければ幸いである。

なお、本稿においても幾つか紹介したとおり、法律の学習において判例は不可欠な素材である。また、使い慣れれば情報リソースを拡げられること請け合いなので、公共政策に関心がある読者には、判例の検索に習熟することをお勧めする。

(※ なお、明治大学中央図書館では、D1-Law.com 及び LEX/DB インターネットという我が国を代表する判例データベースを備えている。関心がある人は、私宛に連絡、又は明治大学公共政策大学院の私が担当する秋学期の法律科目に参加し一緒に学習することをお勧めしたい。)

### <参考条文> 新型インフルエンザ等対策特別措置法（抄）

第1条 この法律は、国民の大部分が現在そ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的かつ急速にまん延し、かつ、これにかかった場合の病状の程度が重篤となるおそれがあり、また、国民生活及び国民経済に重大な影響を及ぼすおそれがあることに鑑み、新型インフルエンザ等対策の実施に関する計画、新型インフルエンザ等の発生時における措置、新型インフルエンザ等緊急事態措置その他新型インフルエンザ等に関する事項について特別の措置を定めることにより、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（平成十年法律第百十四号。以下「感染症法」という。）その他新型インフルエンザ等の発生の予防及びまん延の防止に関する法律と相まって、新型インフルエンザ等に対する対策の強化を図り、もって新型インフルエンザ等の発生時において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。

第24条 都道府県対策本部長は、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かつ迅速に実施するため必要があると認めるときは、当該都道府県及び関係市町村並びに関係指定公共機関及び指定地方公共機関が実施する当該都道府県の区域に係る新型インフルエンザ等対策に関する総合調整を行うことができる。（中略）

9 都道府県対策本部長は、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かつ迅速に実施するため必要があると認めるときは、公私の団体又は個人に対し、その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の要請をすることができる。

第32条 政府対策本部長は、新型インフルエンザ等（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ものに限る。以下この章において同じ。）が国内で発生し、その全国的かつ急速なまん延により国民生活及び国民経済に甚大な影響を及ぼし、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事態（以下「新型インフルエンザ等緊急事態」という。）が発生したと認めるときは、新型インフルエンザ等緊急事態が発生した旨及び次に掲げる事項の公示（第五項及び第三十四条第一項において「新型インフルエンザ等緊急事態宣言」という。）をし、並びにその旨及び当該事項を国会に報告するものとする。

一 新型インフルエンザ等緊急事態措置を実施すべき期間

二 新型インフルエンザ等緊急事態措置（第四十六条の規定による措置を除く。）を実施すべき区域

三 新型インフルエンザ等緊急事態の概要

第45条 特定都道府県知事は、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まん延を防止し、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必要があると認めるときは、当該特定都道府県の住民に対し、新型インフルエンザ等の潜伏期間及び治癒までの期間並びに発生の状況を考慮して当該特定都道府県知事が定める期間及び区域において、生活の維持に必要な場合を除きみだりに当該者の居宅又はこれに相当する場所から外出しないことその他の新型インフルエンザ等の感染の防止に必要な協力を要請することができる。（中略）

3 施設管理者等が正当な理由がないのに前項の規定による要請に応じないときは、特定都道府県知事は、新型インフルエンザ等のまん延を防止し、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に必要があると認めるときに限り、当該施設管理者等に対し、当該要請に係る措置を講ずべきことを指示することができる。