

特措法・感染症法の改正

——罰則の検討を中心にして——

川 本 哲 郎

1. はじめに
2. 感染症の類別
3. ロックダウン
4. 罰則
 - (1) 法改正までの経緯
 - (2) 罰則の概観
 - (3) 違反行為
 - ① 時短営業・休業命令違反
 - ② 隔離措置命令違反
 - ③ 疫学調査協力拒否・検査拒否
 - ④ 外出禁止命令違反
 - ⑤ マスク着用義務違反
 - ⑥ その他
 - ⑦ 違法性阻却事由
 - (4) 行政指導——施設名の公表
5. 議論の継続のために
 - (1) 原理・原則
 - (2) 法の支配——罪刑法定主義
 - (3) 犯罪化
 - (4) 2021年1月の特措法・感染症法改正
 - (5) 今後の課題

1. はじめに

伝染病予防法や性病予防法、エイズ予防法などの感染症に関する法律が纏められて感染症法（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）が成立したのは1998年である。患者の意思に反しても強制的に入院治療

を行うのは、精神障害と感染症だけである¹⁾。精神障害に関しては、1987年に法改正が行われ、精神保健法が制定されたときに、強制の際の人権侵害防止に着目して、精神医療審査会が設けられた。感染症については、1998年の感染症法制定に伴って、感染症診査協議会が設置された。筆者は、京都市の精神医療審査会及び京都市と京都府の感染症診査協議会の委員を長年に亘って努めてきた。「感染症と人権」は重要なテーマであるが、憲法・行政法や医事法の分野における取り組みが見られなかったことから、イギリスの動向の紹介を中心とした論稿を公表したのは2008年のことであった²⁾。当時は、鳥の間で流行しているインフルエンザが変異して人から人への感染が生じて、大きな被害が生じることが危惧されており、政府も2005年に対策行動計画を策定し、それに基づいて地方自治体が「新型インフルエンザ対策ガイドライン」を作成しているという状況であった。筆者は、当時、京都産業大学法科大学院に所属しており、同大学は2006年に鳥インフルエンザ研究センターを設立していたので、所長の大槻紘一教授を初めとするセンターのスタッフとの共同研究に参加する機会を得て、アメリカの情報を中心とする「大学の取り組み」に関する論文を執筆した³⁾。その後、2009年4月にメキシコにおいて発生した新型インフルエンザが世界に蔓延し、日本においても大きな問題となった。そこで、その問題に取り組み、行動制限・強制治療や医師の応召義務、予防接種被害などについて考察した⁴⁾。そして、翌2010年には、学校閉鎖や医療従事者に対するケア、ワクチンの優先順位についても検討した⁵⁾。これら一連の考察の最後には、筆者の本来の専門である「精神科病院・刑事施設などの閉鎖処遇」の問題を取り上げた⁶⁾。その翌年の2012年春に、

-
- 1) 拙稿「強制入院の正当化根拠」法と精神医療4号(1990年)51頁以下(拙著「精神医療と犯罪者処遇」(成文堂、2002年)39頁以下に所収)。
 - 2) 拙稿「新型インフルエンザと人権」産大法学41巻4号(2008年)66頁以下。
 - 3) 拙稿「新型インフルエンザに対する大学の取り組み」産大法学42巻1号(2008年)1頁以下。
 - 4) 拙稿「新型インフルエンザと法」産大法学43巻2号(2009年)1頁以下。
 - 5) 拙稿「新型インフルエンザと法政策」産大法学44巻1号(2010年)1頁以下。
 - 6) 拙稿「新型インフルエンザと精神科病院・刑事施設などの閉鎖処遇」産大法学45巻1号(2011年)1頁以下。

政府は、「新型インフルエンザ等対策特別措置法」（特措法）を制定することとし、参議院の審議において参考人として発言する機会を与えられた⁷⁾。そして、その後、2012年8月に内閣府の新型インフルエンザ対策等有識者会議委員となったこともあり、継続して関心を抱き、2014年にアフリカで流行したエボラ出血熱や2015年に韓国において流行した MERS（中東呼吸器症候群）についても、日本においては流行しなかったとはいえ、注目していた⁸⁾。この間に、医学会においても報告の機会が与えられ、2012年に日本社会医学会総会において、「感染症における人権の配慮」⁹⁾、2018年には、日本性感染症第31回学術大会において、「感染症の届け出制度・保健所の積極的疫学調査・日本の法律制度の中での接触者検診」¹⁰⁾ というテーマの研究報告を行った。そして、大学の定年を迎える直前の2020年2月から、新型コロナウイルス感染症（以下では新型コロナと略称）の大流行が勃発した。政府は、この感染症を、指定感染症とする特措法改正を行うこととしたので、再び筆者に参議院において参考人として発言の機会が与えられることになった¹¹⁾。その後、マスコミからの取材も多くなり、数十回のコメントがメディアに取り上げられた。2020年1月からの動向をフォローしてきた結果、感染症法と特措法などの改正が必要であると考えようになってきたが、政府も12月になって、法改正に取り組む意向を発表したことが報道され¹²⁾、2021年の通常国会において、改正法案の審議が行われることになった。そこで、本稿では、法改正に当たって重要であると考えられるテーマについて、若干の検討を加えることとした。2020年1月以降の政府の対応を見ていると、緊急事態という事情はあるものの、後手へ後手へと回っている感じは否めない。今回の法改正に

7) 第180回国会参議院内閣委員会会議録6号。

8) 拙稿「感染症に関する法政策と人権—新型インフルエンザを中心に—」from 共済会（日本看護学校協議会共済会）18号（2015年）1頁以下参照。

9) 社会医学研究特別号2012・53-54頁。

10) 日本性感染症学会誌29巻2号（2018年）198頁。

11) 第201回国会参議院内閣委員会会議録4号。

12) 朝日新聞2020年12月18日。

についても、当初は日程にのぼっていなかったものを2020年の末になって、唐突に提案されたものであり、審議の時間が限定されるという結果になっている。本来は、2020年の上半期から検討に入り、十分な時間をかけて審議を行うべきものであったが、事ここに至っては迅速な対応が必要であるのは疑いのないところであるから、ある程度、見切り発車的な改正もやむをえないであろう。しかし、その場合には、中長期的な視点からの継続的検討が必要であることが等閑視されてはならない。今回は、早急に法を制定した後に十分な検証を行い、不備な点を補正するなどの措置をとることが肝要であろう。以下は、そのような立場からの考察であることを予めお断りしておきたい。

2. 感染症の類別

感染症法は、従来の伝染病予防法などを総合したものであるところから、疾病を1類から5類に分けている（感染症法6条）。1類はエボラ出血熱やペストなどで、2類はジフテリア、結核、SARS、MERSなど、3類はコレラ、腸チフス、パラチフス、コレラ、細菌性赤痢、腸管出血性大腸菌感染症（これが1998年の法制定時には唯一の3類感染症であり、それ以外は2006年に2類から3類に移されたものである）など、4類は狂犬病やE型・A型肝炎など、5類はインフルエンザや梅毒などである。新型コロナは特措法の改正により指定感染症とされたが、指定感染症は、1～3類に準じた対人、対物措置を実施することとされているので、1類にしか認められていない無症状病原体保有者の入院が行われた。もっとも、1類であれば感染者のすべてが勧告入院の対象となるのであるが、現状では、無症状や軽症の者について、施設や自宅での療養が認められているので、中間の形態で運用されている。つまり、政府は2020年3月に都道府県等に対して、事務連絡によって、高齢者、基礎疾患のある者、免疫抑制状態である者、妊娠している者を除いて、無症状者と軽症者については、自宅での安静・療養を原則とし、4月には、都道府県が用意する宿泊施設等での安静・療養も可能としたのである。しか

し、この連絡が徹底されず、地方自治体の中には、依然として無症状者と軽症者の原則入院を継続しているところもあり、また、宿泊療養施設の準備も負担となっているという状況があった。そこで、新型コロナを2類から5類へ変更するという案が出てきたのである。2類の場合は、勧告入院の対象となり、感染症診査協議会の診査の対象となるところから、行政と医療機関の負担が大きいので、その対策として提案されたものである。実際に、2020年9月4日に開催された新型コロナウイルス感染症対策分科会では、「感染症法における入院勧告等の権限の運用の見直し」がトップに掲げられており、そこでは、「軽症者や無症状者について宿泊療養（適切な者は自宅療養）での対応を徹底し、医療資源を重症者に重点化。感染症法における権限の運用について、政令改正も含め、柔軟に見直し」と書かれている¹³⁾。しかし、この案は実現せず、2021年1月の感染症改正案では、新型コロナを現在の指定感染症から新型インフルエンザ等感染症に分類することとされた。問題は、2020年3月の政府の事務連絡が徹底していないことにあったわけで、治療薬や予防ワクチンが利用できない状態では、新型コロナの2類から5類への変更は、重症者の治療にとって得策とは考えられないところから、提案の実現に至らなかったのであろう。そして、その方針は妥当であったと思うが、法の観点から見ると、政府の事務連絡による運用という形式に問題があったように思われる。今回の法改正では、新型コロナの分類の変更にとどまっているが、今後は、感染症法の類別の妥当性や、類ごとの措置が適切であるかどうかを検討の対象とすべきであろう。

3. ロックダウン

今回の新型コロナの感染拡大の防止のために、中国や欧米においては、ロックダウン（都市封鎖）が行われた。ロックダウンとは、数週間以上の間、

13) これを支持するものとして、藤井聡・高野裕久「感染列島強靱化論」（晶文社、2020年）181頁以下、週刊新潮2020年11月12日号27頁以下、12月24日号28頁参照。

都市を封鎖し、強制的な外出禁止の措置や生活必需品以外の店舗の閉鎖などの措置を行うことである。我が国において、感染症法や特措法には、ロックダウンを実行する規定が存在していない。感染症法には、33条に「交通の制限又は遮断」という規定が置かれているが、「72時間以内の期間を定めて」、一定の場所の「交通を制限し、又は遮断することができる」となっていて、ロックダウンを想定したものではない。同法の注釈書を見ると、「ノミやねずみによって媒介されるペスト等の患者が一定地域において短期間に発生した場合など」を想定した規定であることが判明する¹⁴⁾。また、32条の「建物に係る措置」の規定も同様の想定から、「消毒により難いときは」、「当該建物への立入りを制限し、又は禁止することができる」とされているので、ロックダウンを行うときに適用するのは無理である。つまり、想定されているものが特定ないし限定されているために、柔軟な運用ができないという結果が生じているのである。同様のことは、特措法にも当てはまる。特措法では、緊急事態宣言が発令されたときに、まん延防止措置としての住民の外出自粛と多数の者が利用する施設の使用制限ないしは停止（法45条）が定められているが、45条2項の「多数の者が利用する施設」については、施行令11条1項に1号-14号として列挙されている。それを詳しく見ると、1号と2号は、学校と保育所等であり、床面積の条件は設けられていないが、3号から13号までの映画館、百貨店、ホテル、体育館、博物館などの施設については、1000平方メートルを超えるものに限るとされている。これは、特措法が、対象となる感染症として、100年前に世界で流行し、日本にも大きな被害をもたらした、悪性の高いスペイン風邪を念頭に置いていたからである。それは、特措法の名称が「新型インフルエンザ等対策特別措置法」であることを見ても明らかである。ただし、2009年の新型インフルエンザ流行の際に、学校の一斉休暇の最中に学生がカラオケに行っていたことなどが報告されたことから、特措法施行令11条14号には、床面積1000平方メートルを超えないものに

14) 厚生労働省健康局結核感染症課監修「詳解 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 四訂版」（以下では詳解と略記する）（中央法規、2016年）157頁参照。

についても、「新型インフルエンザ等の発生の状況、動向若しくは原因又は社会状況を踏まえ、・・・まん延を防止するため、・・・要請を行うことが特に必要なものとして厚生労働大臣が定めて公示するもの」は使用制限・停止の対象となるとした。そこで、当初は、パチンコ店の営業の停止を求める際に、床面積が1000平方メートルを超えるかどうかの問題とされたこともあったが、今回の新型コロナウイルスについては、いわゆる三密（密閉、密集、密接）の空間が感染拡大の大きな要因とされているところから、施設の床面積が、1000平方メートルを超えるかどうかは、ほとんど議論の対象とはならなかった¹⁵⁾。このような、法を無視した運用が行われた原因のひとつには、特措法が想定した感染症の範囲が狭かったということが挙げられるであろう。また、今回の新型コロナの対策で明らかになったのは、新しい種類の感染症が出現したときの対応に柔軟性が欠如していることである。この点についても、早急な改正は無理かもしれないが、中長期的には解決を図るべき問題であることは確かである。

4. 罰 則

2021年1月の特措法改正の重要な論点は、休業や時短営業命令に従わない飲食店への罰則と、命令に従った店舗に対する財政的支援である¹⁶⁾。また、感染症法の改正では、軽症・無症状者についての宿泊・自宅療養を義務化し、罰則を設けることや、積極的疫学調査拒否の場合にも処罰規定を置くことが検討されることとなった¹⁷⁾。これまでの新型コロナ対策においては、国民の逸脱行為が問題とされてきたが、その中には、上記のもの以外に、外出禁止やマスク着用、PCRなどの検査に関連する行為も存在する。したがって、

15) 拙稿「感染症と法」同志社法学72巻4号（2020年）469頁以下、同「新型インフルエンザ特措法と自治体」月刊自治研2020年9月号52頁以下参照。

16) 朝日新聞2021年1月5日。

17) 毎日新聞2021年1月7日。

以下では、法改正までの経緯と罰則の概観の行った後に、それぞれの逸脱行為について検討を行うこととする。

(1) 法改正までの経緯

全国知事会は、2020年4月30日の「新型コロナウイルス感染症対策に係る緊急提言」において、「2 実効性ある感染症拡大防止対策の強化について」の中で、都道府県知事による休業の指示に従わない場合には罰則適用の対象とすることを訴えた¹⁸⁾。また、朝日新聞が2020年6月に実施した全国知事調査では、34人の知事が特措法の改正は必要であるとし、その具体的な内容のうちに、「要請・指示に応じない場合の罰則規定」を25人の知事が挙げている¹⁹⁾。さらに、2020年10月25日に公表された「新型コロナ対応・民間臨時調査会 調査・検証報告書」においても、第4部「総括と提言」において、「国民の自主協力に依拠した危機管理の限界」が指摘され、「罰則と補償措置を伴う感染症危機対応法制の見直し」が提言されている²⁰⁾。そして、政府も2020年12月末に、特措法の改正を検討することとして、営業時間の短縮や休業の要請に応じなかった店舗への罰則の導入を論点の一つに挙げることとなった²¹⁾。

たしかに、現在の法制では、国民の外出制限・禁止や飲食店などの店舗の時短営業・休業については、罰則を設けずに、要請と指示を行うことにしているため、強制力に欠けることが指摘されてきた。また、最初に感染者が発見された中国の武漢や欧米において、罰則による強力な措置がとられてきたことから、国民の中にも、日本の規制は緩いと感じる向きもあるようである。そこから、上記の提案を受けた政府の取り組みが行われることになったわけであるが、国民の行為に刑事制裁を科すということは、その行為を犯罪

18) 全国知事会のホームページ参照。

19) 朝日新聞2020年6月20日。

20) 一般財団法人アジア・パシフィック・イニシアティブ「新型コロナ対応・民間臨時調査会 調査・検証報告書」(ディスカヴァー・トゥエンティワン、2020年) 431頁。

21) 朝日新聞2020年12月23日。

ないし逸脱行為と認定することであり、また、罰則にも、懲役などの拘禁刑や罰金、行政罰の過料などの様々なものが存在するし、地方自治体の条例に定められる罰則も存在する。さらに、その適用が問題になるのは、交通反則金やたばこポイ捨て禁止条例の運用などを考えると、明らかであろう。現在の我が国の法規制の状況および感染症対策を見れば、罰則の導入は不可避のことと思われるが、これには多くの問題が存在することも事実である。

(2) 罰則の概観

罰則とは、「違反者に対する罰の種類・軽重などを規定した規則」（新明解国語辞典）、「刑罰又は過料を科する旨を定めた規定」（法律学小辞典）のことであり、講学上は刑事制裁とも称される。制裁とは、「社会規範から逸脱した行為に対して加えられる心理的ないし物理的圧力の総体」²²⁾のことをいい、その中で、違反者＝犯罪者に対する不利益処分の最も大きなものが刑罰である。憲法31条は、「何人も、法律の定める手続きによらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」としているところである。しかし、これには例外が認められている。地方自治体の定める条例について、地方自治法14条は、「・・・条例中に、条例に違反した者に対し、2年以下の懲役若しくは禁錮、100万円以下の罰金、拘留、科料若しくは没収の刑又は5万円以下の過料を科する旨の規定を設けることができる」と定めているのである。憲法94条は、「地方自治体は、・・・法律の範囲内で条例を制定することができる」として、自治立法権を認めているが、条例によって刑罰を科すことができるのかということが問われたのに対して、最高裁判所は、地方議会の議決によって制定され、民主主義的な手続を経ているという理由によって、憲法に反しないとした²³⁾。なお、過料とは、刑罰ではない金銭罰で、法令違反に対して過料を規定する法律は多数存在するが、

22) 大谷實「新版 刑事政策講義」（弘文堂、2009年）83頁。

23) 最判昭和37年5月30日刑集16巻577頁。拙稿「地方自治」宮澤浩一・大谷實・墨谷葵・諸澤英道編「法学リーディングス [第2版]」（成文堂、1991年）117頁参照。

条例の場合は、刑罰と同様に法定刑の上限に限界が設けられている。ともかく、このように、罰則には様々な形態が存在するのであるから、特措法や感染症法の改正によって、罰則を設けるとしても、多くの問題点を整理する必要がある。

(3) 違反行為

①時短営業・休業命令違反

特措法45条は、2012年の制定時には、緊急事態宣言が出されたときに、「施設の使用の制限若しくは停止」の要請・指示を施設管理者等に行うことができる、と規定している。憲法22条は営業の自由を認めているが、公共の福祉に反する場合に自由の制約は可能であるとしているので、施設の使用制限・停止を求めることに問題はないが、それに従わない場合を犯罪とするかどうか、犯罪とするとしても、どの程度の制裁を課すのかということが問われることになる。第1に、対象となる施設の問題がある。前述のように、特措法は、悪質な新型インフルエンザを念頭に置いていたので、原則として、百貨店や映画館などの大規模施設に対して使用制限・停止を要請することとしている。それに対して、新型コロナの場合は三密（密閉、密集、密接）の空間内における飛沫感染の防止が課題となっているので、2021年1月の緊急事態宣言発令時には、飲食店内の感染防止が最大の課題とされ、休業・時短営業の要請・指示に従わなかった飲食店に対して、政令を改正して、店名を公表することとされている。そして、改正特措法においては、休業・時短営業命令を出すこととし、命令に従わなかった店舗に対して、30万円以下の過料を科すこととした（45条3項、79条）。過料とは、刑罰ではない金銭罰であるから、刑法総則の適用はない。つまり、過料を完納できない場合でも、労役場留置という処分は課されないし、前科（犯罪人名簿への登録）もつかない。労役場留置とは、1日以上2年間拘禁される処分（刑法18条1項）で、執行については、刑の執行に関する規定が準用される（刑事訴訟法505条）。拘禁の期間は判決言い渡しの時に定められ（刑法18条4項）、1日当たり5000円

とされることが多い²⁴⁾。そうすると、罰金50万円が完納できないときは、100日間の拘禁となり、処遇については、懲役受刑者に関する規定が準用される（刑事収容施設法288条）。それに対して、過料の納入については、非訟事件手続法121条の規定によることになり、「過料の裁判は、検察官の命令で執行する。この命令は、執行力のある債務名義と同一の効力を有する」とされることが多い。そして、実際には、未納分の徴収には困難が生じている。これについては、条例による過料の場合が報告されているので紹介すると、たとえば、東京都千代田区の路上禁煙条例では、路上喫煙者に2000円の過料が科されているが、2015年度の処分件数7207件のうち未納は1044件に達しており、徴収には限界があるとされている²⁵⁾のである。過料は罰金刑と比べて不利益の少ない制裁であるが、このような欠点を有するものであるから、その対策を法律制定時に講じておく必要がある。また、過料は罰金刑に比べて抑止力が低いことも明らかであるし、そもそも財産的制裁には、貧富の差による不平等という大きな問題を抱えていることも忘れてはならない。

さらに、改正特措法では、「30万円以下の過料」とされているので、実際に、どのような量刑になるのかも注目すべきである。つまり、過料が高額になれば、納入できない者が増加し、低額であれば威嚇効果に欠けることになり、低額の過料を納入して、店舗の営業を継続するという選択を行う例が出てくるのが危惧されるのである。筆者は、これに対して、食品衛生法や風営法のように、まず営業停止処分を課し、それに従わないときに刑罰を科するという方式の方が優れていると考える。同様の考え方はストーカー規制法や

24) 検察庁のホームページ参照。罰金刑全般については、拙稿「罰金刑の執行について」犯罪と非行143号（2005年）113頁以下、同「罰金刑の運用をめぐる課題」刑事法ジャーナル6号（2007年）9頁以下参照。

25) 朝日新聞2017年4月18日。条例による過料の場合は、徴収されたものは国庫に入らず、地方自治体の歳入となる（須藤陽子「過料と不文の原則」（法律文化社、2018年）166頁参照）。後に見る福岡県と東京都の場合は、条例によって過料を課すことが考えられているが、その刑事制裁的意味が深く検討されているとは思われない。過料は行政罰や秩序罰と捉えられていることもあって、その手続や効果などを詳細に検討するという事は行われていないようである（詳しくは同書参照）。

暴力団対策法にも見られるところである。たとえば、食品衛生法56条は営業停止処分を定めており、それに従わない場合に、「1年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する」としている(73条5号)²⁶⁾。

最後に、刑罰や過料が科される場合、処罰されるのは誰かという問題について触れておきたい。食品衛生法や風営法には法人処罰の規定が置かれており、特措法78条と感染症法79条にも同様のこと(「法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務に関し、…条の違反行為をしたときは、行為者を罰するほか、その法人又は人に対しても、各本条の罰金刑を科する。」)が定められている。飲食店においても、経営者と店長が別の場合などは多々見られるところであり、さらに、転廃業の場合などを考えると、法人処罰を含め、実際の法の運用についても予め検討しておく必要があると思われる。しかし、今回の改正では、施設の使用の制限・停止等について、「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、…都道府県知事は、…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命ずることができる」(45条3項)とされ、罰則については、「命令に違反した場合には、当該違反行為をした者は、三十万円以下の過料に処する」(79条)とされているので、その点が曖昧になっている。なお、フランス2020年5月11日法は、新型コロナウイルスに市民や被用者(学校生徒を含む)が感染した場合に、市町村長及び雇用主が刑事責任を負う可能性があるとしている²⁷⁾。

26) 風営法も営業停止処分を定め(26条)、その違反に対して、2年以下の懲役若しくは200万円以下の罰金を科している(49条4号)。なお、ストーカー規制法(5条禁止命令)、14条(5条違反)(1年以下の懲役又は100万円以下の罰金)、暴力団対策法9条(暴力的要求行為の禁止)、11条(中止命令)、46条(11条違反)(3年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金)参照。川口浩一「新型コロナ・ウイルスと刑法—問題の所在:ドイツ法との比較を通じて」法律論叢93巻1号(2020年)130頁は、「ドイツにおいては、外出制限等の違反に対しては、第一次的に秩序違反としての過料が科され、さらに刑罰も科すことが可能となっている。…(まず)過料を科し、反復違反者などの一定の悪質な事例にのみ罰則をつけるなどの方法も考慮に値しよう」としている。

27) 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549号(2020年)22頁。なお、フランスの法人処罰については、拙稿「フランスにおける法人の刑事責任」京都学園法

また、政府案では、休業・時短営業命令を遵守したときは、1日6万円の補償を行うとしているが、その算定根拠は明らかではないし、事業の規模の大小も問われないことになっているのは問題であろう。さらに、飲食業者以外に損害を被る者に対する補償も問われることになり、2021年1月には、飲食店の取引先に対する支援が検討されているとのことであるが²⁸⁾、今後、そのような支援の範囲をどこまで拡大するかが議論の対象になると思われる。

②隔離措置命令違反

政府は、2021年1月の通常国会に感染症法の改正案を提出し、入院命令違反に対して50万円以下の過料を科すこととした(80条)²⁹⁾。改正前の感染症法では、患者の強制措置入院は規定されていたが、病院からの無断外出を処罰する規定は置かれていなかった。これは、患者が、入院治療を必要とする病状であるので、無断外出のような行動をとることを想定していなかったからである。そして、この改正案で問題とされているのも、重症で強制措置入院となっている者ではなく、軽症ないし無症状の者に対して行われている宿泊療養と自宅療養という処分を課された者が、無断で外出する事例であった³⁰⁾。

韓国では、感染症予防法によって、感染症の疑いがある者に対する隔離措置命令に違反した場合には、1年以下の懲役又は1000万ウォン(約100万円)以下の罰金が科される。実際に、自宅隔離規則に違反し他人に感染させた事例や、隔離命令違反によって懲役4月が言い渡された事例³¹⁾が報告されて

学1995年2・3号(1996年)105頁以下、「フランスにおける法人の刑事責任」刑法雑誌35巻3号(1996年)341頁以下、「法人に対する制裁」刑法雑誌41巻1号(2001年)51頁以下参照。法人や国家の責任を問うのは困難であるとするのは、Philippe Goossens, L'entreprise face au risque pénal du fait du covid-19, La semaine juridique édition générale, no.23, 8 juin 2020. 法人の責任全般については、川崎友巳「企業の刑事責任」(成文堂、2004年)、樋口亮介「法人処罰と刑法理論」(東京大学出版会、2009年)参照。

28) 共同通信2020年1月9日。

29) 毎日新聞2021年1月7日。

30) 毎日新聞2020年12月3日、大阪府と埼玉県ホームページ参照。

31) 前者は、ハンギョレ新聞日本語版2020年2月14日。後者は、李定致「韓国における感染症対

いる。イギリスにおいても、自主隔離違反に上限1万ポンド(約140万円)の罰金が科されている³²⁾。

日本においても、東京都では、議員によって、「対策強化に関する特別措置条例案」の提出が検討されている。それによれば、新型コロナの陽性者が、就業制限・外出禁止に従わないで、一定人数以上の他人に感染させた場合に、5万円以下の過料を科すこととされている³³⁾。また、埼玉県においても、宿泊療養を拒否した人に対して、2020年8月に、感染症法に基づく入院勧告を検討することとしたと報じられている³⁴⁾。

日本の場合は、感染症法19条に、患者の強制入院が規定されているが、前述のように、無断で退院した場合などは想定されておらず、罰則も規定されていない³⁵⁾。そして、この場合は、通常、入院治療が必要な場合であるから、患者の利益にもなるので、患者から苦情や不満が表明されることは殆どないと考えられる³⁶⁾。それに対して、無症状・軽症の者に対する自宅ないし宿泊療養という処分については、入院時のような治療は行われないので、主として「感染症のまん延防止」のために、拘束されるということになるのであるから、その処分に従う理由を丁寧に説明することが必要になる。外国の文献では、対象者は、他人のために自由を制限されているのであるから、相応の補償が必要であるという見解も表明されている³⁷⁾。とくに、その見解

策と刑事法の対応」刑事法ジャーナル66号(2020年)40頁。

32) AFP = 時事2020年9月20日。

33) 都民ファーストの会のホームページ参照。

34) 毎日新聞2020年8月25日。

35) 前掲・詳解(註14)373頁は、感染症法の感染症患者の入院について、「義務違反が想定できず、まだ、その実効も『措置』で担保されているので、罰則を科さない」としている。

36) 2020年7月に、入院患者が専用病床の鍵を壊して外出した例が報告されている(産経新聞2020年7月31日)が、自己の行為の危険性を十分に把握していなかったと考えられる。また、入院治療を重症者のみに限定すると、外出が可能な者は殆ど存在しないであろう。

37) M.P.Battin et al, The Patient as Victim and Vector Ethics and Infectious Disease, 2009, pp.360-368.「宿泊施設や自宅に待機するように求める要請が、どこまで法的拘束力を持つのか不明確である」とするのは、大橋洋一「感染予防のための行動制限と補償」論究ジュリスト35号(2020年)49頁。

では、「被害者と病原菌媒介生物としての患者 (Patient as Victim and Vector)」という視点が重視されていることには注目すべきであろう。たとえば、精神障害犯罪者については、精神障害に罹患したという悲劇と犯罪者となって他人に危害を加えたという二重の不幸が指摘されることがあるが³⁸⁾、感染症の患者にも同様のことが該当するわけである。つまり、患者は、感染症に罹患したという被害者の側面と、感染症を蔓延させるという加害者の側面とを同時に備えているのである。

感染症法67条は、「一種病原体等をみだりに発散させて公共の危険を生じさせた者は、無期若しくは2年以上の懲役又は千万円以下の罰金に処する。」と定めている。また、他人に、故意で病気に感染させる場合は、刑法204条の傷害罪が成立する³⁹⁾。しかし、その際には、故意と因果関係の存在が証明されなければならない⁴⁰⁾。つまり、新型コロナの場合は、患者が拘束されている施設から外出し、濃厚接触等によって他人に感染させたことを検察官は証明する必要があるのである。2020年3月には愛知県において、感染者が、自己が感染し、自宅待機を求められたにもかかわらず飲食店に行き、店の従業員が感染した事例について、店が営業自粛になったことから、偽計業務妨害罪の疑いで捜査が行われた。また、路上で、「俺はコロナだ」などと言って、他人に息を吹きかけた事件では、脅迫の疑いで逮捕され、不起訴となったと

38) 精神障害犯罪者については、拙著「精神医療と犯罪者処遇」(成文堂、2002年)、精神障害者の人権については、拙稿「精神医療」加藤良夫編著「実務医事法〔第2版〕」(民事法研究会、2014年)334頁以下参照。

39) 大谷實「刑法講義各論〔新版第5版〕」(成文堂、2019年)24頁以下参照。裁判例として、最判昭和27年6月6日刑集6巻6号795頁。井田良「感染症対策と刑事法(総論)―問題状況の素描―」刑事法ジャーナル66号(2020年)5頁以下、天田悠「ドイツにおける感染症対策と刑事法の対応―感染症予防法の改正とトリアージの刑法的評価を中心として―」刑事法ジャーナル66号(2020年)17頁以下、川口浩一・前掲論文(註26)121頁以下参照。See, C.Stanton and H.Quirk ed., *Criminalising Contagion Legal and Ethical Challenges of Disease Transmission and the Criminal Law*, 2016.

40) P. Rousseau, *Les infractions de violation des restrictions liées au virus Covid-19*, in Dalloz Grand Angle, *Covid-19, sécurité publique et droit pénal*, 2020, p.38., Patrick Mistretta, *Coronavirus covid-19: un droit pénal chimérique*, La semaine juridique édition générale, no.13, 30 mars 2020.

されている⁴¹⁾。これらの事例において、傷害罪で起訴されなかった理由のひとつは、立証の困難性であったと考えられる。宿泊や自宅療養の場合の無断外出についても、その危険性がどれほどであるのかは確定していないわけであるから、そのような処分に不満を持っている人には、丁寧な説明をしても納得は得られない可能性もある。かといって、そのような者に刑罰を科して命令を遵守させることについては、慎重な検討が必要である。また、犯罪予防の見地からいえば、監視が不十分であるという点も見逃せないところである。たとえば、鉄道のキセル乗車という不正乗車が、自動改札機の設置によって減少したことを参考にすれば、問題は患者が簡単に外出できるという状態にあるわけであるから、それを防止するためには、違反者に刑罰を科すよりも、GPS (Global Positioning System) による監視を行って、無断外出を予防するほうが得策であると考えられる。台湾では、自宅待機者にスマートフォンの位置情報を提供させ、外出の有無を確認している、とのことである⁴²⁾。罰則を科すとしても、十分な監視措置を講じたにもかかわらず、それでも命令に従わない者に限定すべきであろう。改正法には、財産的制裁を科すのであれば、休業・時短営業命令の場合と同じような徴収の問題が見られるということを考えると、「GPSによる監視」という処分には検討の価値があると考えられる。

③疫学調査協力拒否・検査拒否

政府は、2021年2月に、感染症法と検疫法の改正を行い、その中に、宿泊療養等の対策の実効性を確保するための方策として、「宿泊療養等の協力要請に応じない場合に入院を勧告し、それに従わない場合の入院措置に反したときに処罰する」ことに加えて、「積極的疫学調査での虚偽答弁や調査拒否

41) 前者は、朝日新聞2020年3月14日。後者は、東海テレビ「ニュース One」2020年6月22日。
なお、城祐一郎「新型コロナウイルス感染症をめぐる法的な諸問題(下)」捜査研究837号(2020年)88頁以下、前田恒彦「コロナ感染者の入院拒否を厳罰化、実効性は? 『感染隠し』が起きる恐れも」Yahoo! ニュース2021年1月14日参照。

42) 産経 West2020年3月10日。

等をした場合の罰則を新設する」という案を提示し、違反者に30万円以下の過料を科すこととした（15条8項、81条）。

2020年11月に、福岡県が、積極的疫学調査を正当な理由なく拒否した場合や、虚偽の報告をした場合に、5万円以下の過料を科すことを検討していることが報じられた⁴³⁾。積極的疫学調査とは、感染症法15条が規定するもので、「都道府県知事が、感染症の発生を予防し、又は感染症の発生の状況、動向及び原因を明らかにするため必要があると認めるときに、患者等に対して行う質問および調査」のことである。これについては、対象となる人数が多いために、罰則を科して強制することは行われていなかった⁴⁴⁾ので、店舗内で感染が起きたときに、感染者が店名を明かさず濃厚接触者の特定が難航したことが問題となった⁴⁵⁾。この場合は、調査への協力を拒否する理由のひとつとして、プライバシーの問題があるのであるから、刑事制裁を科して協力を強制するよりも、プライバシーの保護の手立てを講じて、対象者に協力への同意を得るという方策の方が優れていると考えられる。

また、発熱や倦怠感を訴える者が、PCRなどの検査で陽性となった場合に被る差別や失職をおそれて、検査などを拒否することがあり、経路不明の感染を広げている恐れがあるとされていた。そこで、東京都では、前述のように、都議会議員が、「対策強化に関する特別措置条例」を提案することを検討しており、そこでは、検査命令を正当な理由なく拒否する場合に5万円以下の過料を科すこととされている⁴⁶⁾。

外国の例としては、韓国において、調査妨害・拒否に対して、2年以下の懲役又は2000万ウォン（約200万円）の罰金が科されている⁴⁷⁾。シンガポールでは、感染検査拒否や自宅待機命令違反に対して、1万シンガポールドル

43) 朝日新聞2020年11月20日。

44) 前掲・詳解（註14）92頁。

45) 朝日新聞2020年11月20日。同様のことが、梅毒などの性感染症についても問題となっていることについて、前掲拙稿（註10）198頁参照。

46) 都民ファーストの会東京都議団のホームページ参照。

47) 李定玟・前掲論文（註31）42頁。

(約76万円) 又は6月の拘禁刑が科される⁴⁸⁾。

我が国においても、「感染蔓延を防止する観点からも、また、執行にあたる行政職員の負担軽減の見地からも、罰則による間接強制を用意すべきであろう」⁴⁹⁾とする提案や、「調査協力を拒否する行為に対して、実効性を担保するため法的措置を設けるなどの改善を図ること」⁵⁰⁾とする提言が見られるが、ここでも、犯罪学の見地からは、その動機に着目したい。ひとつは、新型コロナという感染症についての理解が不十分であることである。新型コロナは「単なる風邪である」という見解は一部で有力である。したがって、そのような人たちに対しては、十分な理解を求めるための説明が必要であろう。いまひとつは、新型コロナ感染者に対する差別や偏見である。患者に対する誹謗中傷なども問題となっている状況では、検査を受けて陽性が判明したときの差別や失職を恐れて、検査や調査協力を拒否することがある⁵¹⁾のであるから、罰則を設けて強制力を高めるとしても、それと同時に、感染症に関連する差別や偏見、誹謗中傷の解消に向けた取り組みをより一層充実させることが要請される場所である。なお、調査や検査について、最初は協力の依頼を行うことになるが、この場合も、検査や調査に協力した人に対する協力金については、まったく俎上に上がっていないことの問題性も指摘しておきたい。

④外出禁止命令違反

今回の政府の法改正案では取り上げられていないが、外国で広く実施されているものに、国民の外出禁止命令がある。憲法22条が移動の自由を認めて

48) 産経 West2020年3月10日。

49) 大橋洋一・前掲論文(註38)49頁。

50) 全国知事会新型コロナウイルス緊急対策本部「新型コロナウイルス感染症対策に係る緊急提言」(2020年4月30日)。

51) 産経新聞2020年11月27日。検査拒否や検査結果の隠蔽によって、感染の抑止が困難になるとするのは、2021年1月14日に日本医学会連合が発表した「感染症法等の改正に関する緊急声明」(日本医学会連合のホームページ参照)。

おり、憲法13条も一般的行為の自由を保障しているところであるが、公共の福祉による自由の制約が可能であることは、①の営業の場合と同様である。

また、外国で実施されている場合は、「正当な理由」がある場合は違法とはならないとするものが見られるが、日本の特措法の場合は、「生活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…を要請することができる」（45条1項）と定められており、『「みだりに」が曖昧であるため、必要以上に広範な外出制限がなされる可能性がある⁵²⁾』ことが指摘されている。外出禁止の場合は、それによってウイルスの拡散を防止するという目的によるものであり、国民の協力という要素が強いものであるから、罰則の適用にあたっては十分な検討を行うべきであろう。

まず、罰金・過料の上限が問題となる。今回の欧州各国の対応を見ると、イタリアの場合は、罰金刑の効果が低いと評価して、2週間という短期間で上限を引き上げるようになった。つまり、外出禁止命令違反の罰金額は当初206ユーロ（約2万5千円）とされていたが、その上限を3千ユーロ（約35万円）としたのである。そして、3月10日以降の2週間で、正当な理由なく外出したとして計10万2316人が摘発された、と報道されている⁵³⁾。

同様の措置はイギリスやフランスでも見られるところである。イギリスでは、2020年3月の制定当初の罰金額60ポンド（約8500円）を5月13日以降100ポンド（約1万4千円）に引き上げている⁵⁴⁾、再犯や三犯以上の場合には罰金額が増加されることになっており、最高は960ポンド（約13万6千円）である⁵⁵⁾。フランスでも、2020年3月に、生活必需品の購入などの場合を除

52) 大林啓吾「感染症リスクと憲法—新型コロナウイルス流行を素材にして」小山剛・新井誠・横大道聡編「日常の中の〈自由と安全〉—生活安全をめぐる法・政策・実務」（弘文堂、2020年）423頁。

53) 2020年3月25日 SankeiBiz、日テレ NEWS24、芦田淳「【イタリア】新型コロナウイルス感染症対策—全国的な緊急事態下における権利制限—」外国の立法284-2号（2020年）15頁。

54) 芦田淳「【イギリス】コロナウイルス関連規則の制定—活動制限（ロックダウン）の概要—」外国の立法284-2号（2020年）5頁。

55) Matthew Shankland, COVID-19 Control Measures- UK Police Powers, March 31, 2020, <https://sidley.com/en/insights/newsupdates/2020/03/covid-19-control-measures-ukpolicepowers>.

いて、外出が禁止された。そして、例外の外出の際には、身分証明書のほか、紙版またはスマートフォン上の電子版による証明書の携帯が義務付けられており⁵⁶⁾、違反者には135ユーロ（約1万6000円）の罰金を科すこととしている。そして、15日以内の再犯には1500ユーロ（約18万円）、1月で4度の違反に対しては3700ユーロ（約44万円）が科される。なお、3月17日の施行から3月22日までの違反件数は9万件以上とされている⁵⁷⁾。

アメリカ合衆国ニューヨーク州公衆衛生法では、初度の違反行為に対して2000ドル（約21万円）以下、再度の違反行為については5000ドル（約51万円）以下、危害を引き起こす場合は1万ドル（約100万円）以下の民事罰が科される⁵⁸⁾。

このような外国の状況を見ると、罰金額に加えて、適用件数、再犯加重なども問題であることが分かる。我が国の例でいえば、交通反則金のように、低額の制裁金を多くの違反者に課すという方式を採用するのか、それとも、飲酒運転に対する罰金刑のように、上限額を引き上げることによって、飲酒運転の悪質性と危険性を強調し、飲酒運転の減少につなげるという方式を採用するのかの問題である⁵⁹⁾。法の運用は、法違反の状況によって変化するものではあるが、立法時に罰金や過料の上限を決定する際には、法の運用像が重要な役割を果たすので、その検討が欠かせないと思われる。また、再犯者の刑の加重については、我が国の刑法でも、加重規定を置いているが、懲役に関するものであって、罰金刑は対象となっていない（刑法56-57条）。そして、再犯については、常習犯罪者の処遇が重要な課題であるが、外出禁止の

56) 岡上雅美「フランスにおける感染症対策と刑事法の対応」*刑事法ジャーナル*66号（2020年）35頁。V.P.Rousseau, op.cit.,p.37.「高額な罰金は、違反者の資産に釣り合っていないときは不正なものとなる」とするのは、D. Mayer, *Le droit pénal au chevet de la crise sanitaire*, in Dalloz Grand Angle, *Covid-19, sécurité publique et droit pénal*, 2020, p.221.

57) 産経新聞2020年3月24日。

58) 小西暁和「アメリカ合衆国における感染症対策と刑事法の対応—ニューヨーク州及びニューヨーク市に焦点を当てて」*刑事法ジャーナル*66号（2020年）13頁。

59) 交通犯罪について、詳しくは、拙著「新版 交通犯罪対策の研究」（成文堂、2020年）参照。

場合には殆ど該当しないであろう。その点で、欧米諸国において外出禁止の再犯の刑を加重していることについては、悪質・重大な違反者に重罰を科するという意図は理解できるとしても、その結果の評価などを参考にして、慎重に判断するべきであると考ええる。

⑤マスク着用義務違反

韓国においては、感染予防法を改正し、2020年11月から、人々が集まる場所でのマスク着用が義務付けられ、違反者には10万ウォン（約9500円）の罰金が科されている。また、スマートフォンを通じて違反者を見つけた場合の通報に対して報奨金を支払うという制度が設けられ、活用されてきた⁶⁰⁾。イタリアでは、2020年8月16日に、ディスコ休業のほか屋外での午後6時～午前6時のマスク着用義務化を明らかにした⁶¹⁾。ドイツにおいても、バイエルン州では、2020年8月25日にマスク着用義務違反者に対する罰金額が150ユーロ（約2万円）から250ユーロ（約3万円）に引き上げられた。そして、再犯者に対する罰金は500ユーロ（約6万円）とされている⁶²⁾。ベルリン州では、マスクの着用を公共交通機関、レストラン、文化施設などで義務付けており、違反者には10-100ユーロ（1250-12500円）の罰金が科される⁶³⁾。さらに、フランスでも、マスクは、すべての閉鎖された公共の場で着用が義務付けられており、第4級違警罪として、135ユーロ（16800円）の罰金が科されている⁶⁴⁾。

我が国においては、ほとんどの場で国民がマスクを着用しているので、そ

60) 産経新聞2021年1月10日。なお、崔桓容・林倅如「新型コロナ禍における行動制限の比較—マスク着用義務に関する韓国の新立法と台湾の争訟事例が示唆するもの」法学セミナー793号（2021年）58頁以下参照。

61) 日本経済新聞2020年8月19日。

62) 北野令子「ドイツのマスク着用義務と罰金」時事ドットコム2020年11月18日。渡邊泰彦「マスク着用義務からみるドイツのコロナ対策」法律時報93巻4号（2021年）96頁以下参照。

63) 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549号（2020年）20頁。

64) 岡上雅美・前掲論文（註56）36-37頁。

れを義務化する必要はなさそうであるが、マスク着用の是非を巡るトラブルは発生しているのであるから、議論を行うべきであろう。実際に、2021年1月16日に実施された大学入学共通テストにおいて、鼻出しマスクの受験生が失格した事件が生じたし、1月19日には、2020年9月に飛行機内でマスク着用を拒んでトラブルとなり、飛行機を予定外の空港に臨時着陸させたとして、威力業務妨害と傷害などの容疑で男性が逮捕されたことが報道されたのを契機として、メディアでは、マスク着用の是非を巡る議論が取り上げられることになった⁶⁵⁾。

⑥その他

イギリスでは「必要な仕事や葬儀の列席などを除いて、同一家族でない2人以上の者が集合すること」が禁止された⁶⁶⁾。アメリカ合衆国ミズーリ州においても、10人以上の集合が禁止されており⁶⁷⁾、ドイツでも、公共の場で集まることができるのは5人までとされている。また、ドイツのベルリン州においては、例外を除き、1.5メートルの間隔を保つことを命じて、違反者には、罰金25-500ユーロ（3125-62500円）が科される⁶⁸⁾。

⑦違法性阻却事由

外国では、「正当な理由なく」と規定して、正当な理由が存在する場合は犯罪とならないとする例が多いが、その場合には、「正当な理由」という違

65) 毎日新聞2021年1月19日、20日。タクシーでは、運送約款を変更して、利用者から正当な理由なくマスクの着用を断られた場合、乗車を拒否できることとなっている（朝日新聞2020年11月5日）。

66) D. Ormerod, Coronavirus and Emergency Powers, *Criminal Law Review*, Issue 6, 2020, p.474.

67) Missouri Department of Health and Senior Services のホームページ。アメリカ合衆国では、州によって人数は異なる。2020年11月の時点で、ニューメキシコ州は6人、バージニア州は25人、アイダホ州は10人となっている。Covid-19 Live Updates- Several states add restrictions across the country, including lockdowns in New Mexico and Oregon, *The New York Times*, 2020.11.14.

68) 前者について、朝日新聞2020年11月16日夕刊。後者について、奥田喜道・前掲論文（註63）20頁。

法性阻却事由の内容が問題となる。すなわち、「正当」とされるものは何かということである。たとえば、イギリスでは⑥で紹介したように、「必要な仕事や葬儀の列席など」と「同一家族」が「正当な理由」の例として挙げられているが、その範囲の不明確性が問題とされた⁶⁹⁾。

2021年2月12日の内閣官房新型コロナウイルス感染症対策推進室長からの事務連絡や、同年2月10日の厚生労働省健康局結核感染症課の法改正 Q & A を見ても、明確なものが示されているとは言い難い。たとえば、飲食店の時短営業・休業要請に応じない「正当な理由がある場合」について、「地域の飲食店が休業等した場合、近隣に食料品店が立地していないなど他に代替手段もなく、地域の住民が生活を維持していくことが困難な場合」などが挙げられているが、限界的な事例が示されているわけではない。

(4) 行政指導——施設名の公表

特措法の外出自粛や施設の利用制限・停止について、罰則は規定されていなかったもので、強制力が不十分であり、そこから2021年1月に法改正が審議されることになったのは、前述の通りであるが、2020年4月の緊急事態宣言発令のときには、施設の利用制限・停止に関して、要請・指示に従わない施設名を公表することによって、強制力を高めるということが行われた。元来、特措法45条4項は、要請・指示をしたときには、「遅滞なくその旨を公表しなければならない」(法45条4項)と定めているだけであって、それを受けて作成された国と地方自治体の行動計画においても、要請・指示の対象となった(全)施設名を公表するとされていた。つまり、要請・指示に従わない施設名だけを公表することによって、制裁的效果を生み出すということは考えられていなかったのである⁷⁰⁾。ところが、2021年1月の法改正にあたっては、まず、法改正の前に、政令の改正によって、緊急事態宣言発令時に行う

69) D. Ormerod, *op.cit.*, p.474.

70) 前掲拙稿(註15 [同志社法学]) 474頁以下参照。

休業・時短営業の要請に応じない飲食店の店名を公表することとした⁷¹⁾。さらに、改正感染症法では、国や都道府県知事が医療機関に新型コロナ患者の受け入れを「勧告」できることとし、勧告に応じない場合には、医療機関名を公表することができることとされた(16条の2第3項)。これらの方策は、まさに、施設名公開を制裁として利用しようとするものであるから、狭義の罰則には該当しないけれども、ここで取り上げたい。

施設名などの公表を制裁として用いることの欠点としては、以前から、「制裁効果が、社会の人々の反応という行政の側でコントロールすることのできない事情に依存していること、社会的評価を気にしない者には効果が薄いことなど」が指摘されていた⁷²⁾。また、飲食店の名称公開については、とくに時短営業の場合に、要請・指示に従わない飲食店の名前を公表することによって、強制力が増加するのかは疑問である。飲食店は星の数ほどあり、営業状況を調査するのは自治体の職員であるから、負担が大きく、効果も定かではないということになると、多くの支持は得られないのではなかろうか。さらに、要請・指示に従わない店の名称だけを公表するというのは、平等原則に反するし、これまで各地で相次いだ「自粛警察」のような形で、公表された店を一般市民が攻撃する可能性も否定しきれない。国民が国民を監視する風潮が生まれる事態は避けるべきであろう。医療機関についても、なぜ勧告に応じないのかという事情を精査し、その改善策を図ることが先決である。また、施設名公表という実質的な制裁を課す場合には、施設側が、国や自治体の施設名公表という処分は不当であると考えた場合の救済策を整備しておくことも求められるところであろう。

71) 朝日新聞2021年1月5日。

72) 佐伯仁志「制裁論」(有斐閣、2009年)14頁。小山剛「自粛・補償・公表—インフォーマルな規制手法」判例時報2460号(2020年)145-146頁参照。

5. 議論の継続のために

(1) 原理・原則

以上で検討したように、罰則については論じなければならない問題が山積している。筆者は、2020年7月に、「感染拡大を防ぐには罰則を伴う措置も必要になるだろう」（日経新聞2020年7月8日）と指摘し、同年9月には、対策として、「迅速な対応が迫られるものと、そうでないものを分けて二段構えで取り組むこと」を提案した。そして、罰則についても、「差し当たり最善と考えられる罰則規定を設け、その後に十分な検証を行い、早期の見直しをはかる」という考えを示した⁷³⁾。しかし、政府は、そのような活動を起こすことなく、時日が経過し、2020年の末になって、法改正の意欲を示し、2020年度中の成立を目指すとした。これでは、良案が望めるはずもないし、審議も短時間の杜撰なものになることが危惧されるようになった。もっとも、かといって、感染拡大の状況を見ると、法改正を先送りすることは許されないと考えられたので、その時点で残されていたのは、とりあえず改正案を成立させて、すぐに検証に取り掛かり、十分な議論を行って、現在よりも優れた法律を成立させるという道筋をつけることだけであったといつてよいであろう。私見によれば、立案にあたって、刑罰論の理解が十分ではなかったし、外国の調査も不十分であった。たとえば、罰金刑と過料の区別がどれだけ分かっているかもおぼつかないし、外国の議論や刑事制裁の効果についての詳細な分析が行われた節もない。法案審議にかかる時間が短いのは、「由らしむべし、知らしむべからず」（為政者は人民を施政に従わせればよいのであり、その道理を人民に分からせる必要はない [大辞泉]）というのが理由となっているのだとしたら、大問題である。

73) 前掲拙稿（註15 [月刊自治研]）57-58頁。

バイデン・アメリカ合衆国大統領は、2021年の就任直前に、国会議事堂が大衆に占拠されたことについて、トランプ前大統領が、4年の在任期間に「民主主義と憲法、そして法の支配」を軽視してきたと述べた⁷⁴⁾。この3つの重要な価値の中に挙げられている「法の支配 (rule of law)」とは、英米法における重要な原理であり、法によって恣意的な権力の行使を抑えることである。それは、また、「立法権と行政権が同一の人間または人間集団の手に合一された場合には自由は存しえない」という三権分立 (権力分立) という原理と、罪刑法定主義という基本的な原則とに繋がるものである⁷⁵⁾。行政による「法の軽視」が行われてはならないのは当然であり、また、「適正な法」の制定が求められるのは言うまでもないことである。適正な法が定められず、法が適正に執行されなければ、国家が危機を乗り越えることはできないであろう。それが明確に示されたのが、今回の新型コロナ流行対策を考えるうえでのひとつの大きな収穫であったということは、遺憾ながら厳然たる事実である。そこで、以下では、このような根本的な原理・原則に立ち返った整理をしておこう。

(2) 法の支配—罪刑法定主義

刑法には、罪刑法定主義という大原則が存在する。これは、文字通り、「犯罪と刑罰を法律で定めなければならない」という原則であり、刑法典には明文で定められていないが、憲法31条（「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」）が、その根拠とされている。罪刑法定主義の具体的な内容としては、慣習刑法の排除や、類推解釈の禁止、罰則の不遡及などに加えて、刑罰法規適正の原則（実体的デュー・プロセス）が挙げられる。

74) <https://www.npr.org/sections/biden-transition-updates/2021/01/07>.

75) 戒能通弘・竹村和也「イギリス法入門」(法律文化社、2018年) 119頁。高柳賢三「英米法の基礎」(有斐閣、1954年) 145,158頁参照。V. Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, 1748 (Garnier, 1973), p.177.

刑罰法規適正の原則とは、「刑罰法規は、人権保障の見地に照らし実体的に適正なものでなければならない」とするものであり、実際には、犯罪とする必要性・合理性のある行為を選択・決定し、それを国民に事前に、誤解のないように明確に示したうえで、その行為に対して適正な刑罰を科す、ということになる。そして、刑罰法規が、①不明確かつ漠然としている場合、②著しく適用範囲が広範なために処罰の必要性のない行為も含まれてしまう場合、③無害な行為を処罰の対象にしている場合、④犯罪と刑罰が著しく均衡を失っている場合には、この原則に反することとなり、罪刑法定主義に違反するという結論が導かれる⁷⁶⁾。

(3) 犯罪化

これを犯罪学・刑事政策の見地から見ると、犯罪化の問題となる。犯罪化とは、犯罪でない行為を法律上の犯罪として刑事制裁の対象とすることである⁷⁷⁾。犯罪とは、構成要件に該当し、違法かつ有責な行為であり、違法性とは、社会的規範から逸脱して法益侵害ないしはその危険を惹起することである⁷⁸⁾。つまり、逸脱行為が法益（法によって侵害される利益＝生命・身体・財産等）を侵害するおそれのあるときに、犯罪とされるのである。なお、前述のように、制裁とは、社会的規範から逸脱した行為に対して加えられる心理的ないし物理的圧力の総体のことであり⁷⁹⁾、民事、行政、刑事などに分かれる。

犯罪化については、1970年代に取り上げられた非犯罪化の動きが参考になる。これは、従来犯罪とされてきた行為を犯罪として処罰しないという動きであり、対象として、妊娠中絶や、売春、薬物依存、賭博、猥褻図書頒布など、被害性（法益侵害）の把握が困難なものが、「被害者なき犯罪（victimless

76) 大谷實「刑法講義総論 新版第5版」(成文堂、2019年) 49頁以下、58頁以下参照。

77) 大谷實・前掲書（註22）91頁。

78) 大谷實・前掲書（註76）229頁。

79) 大谷實・前掲書（註22）83頁。

crime)」として取り上げられた。それに対して、1990年代になると、それとは逆に、従来犯罪とされていなかった行為を犯罪とするという犯罪化の動きが出現した。それまでは、「法律は家庭に入らず」として、犯罪とされていなかった家庭内暴力（ドメスティック・バイオレンス）、児童虐待、ストーキングなどの行為が処罰の対象となったのである⁸⁰⁾。

犯罪化の基準としては、行為が社会規範に違反していること（行為無価値）と法益侵害ないしその危険（結果無価値）とが挙げられるが、刑法の謙抑主義が特に重要である。つまり、刑法は、①法益保護のための最後の手段であり（補充性）、②国民の生活全般に介入してはならず（断片性）、③社会秩序維持の見地から処罰の必要性が乏しい場合には処罰を控える（寛容性）という考え方である⁸¹⁾。

また、外国においても、犯罪化の基準として、①犯罪化によって予想される影響・効果・副作用と、②他の形態の規制と統制によって問題を処理する可能性が挙げられ、「これらの評価を行わないで、（犯罪化の）決定を下すべきではない」とされている⁸²⁾。

（４）2021年1月の特措法・感染症法改正

これについては、特措法の所管が内閣官房であり、感染症法の所管が厚生労働省であるところから、連携・調整が不十分であるように思われる。たとえば、法改正の原案では、特措法で犯罪とされるものには過料が科され、感染症法で処罰されるものには刑罰が課されることになっていたが、その違い

80) 拙稿「刑法の原理—A. アッシュワース& J. ホーダー『刑法の原理（第7版）』を中心として—」同志社法学72巻1号（2020年）6頁参照。

81) 大谷實・前掲書（註22）92頁。

82) Andrew Ashworth & Jeremy Horder, *Principles of Criminal Law* 7th ed., Oxford U.P., 2013, p.52. アンドリュー・アッシュワース& ジェレミー・ホーダー「イギリス刑法の原理」（同志社大学イギリス刑事法研究会訳）（成文堂、2021年）70頁。犯罪化全般について、同書（原書22-43頁、訳書29-57頁）参照。なお、拙稿「予防拘禁について」浅田和茂先生古稀祝賀論文集（成文堂、2016年）647頁以下、同〔訳〕「アンドリュー・アッシュワース『予防的刑法の勃興』」同志社法学71巻7号（2020年）203頁以下参照。

の理由が明確に示されていたわけではない。また、特措法では、「罰則と補償はセットで」と言われているが、感染症法では、そのような考慮は見られない。

今回の法改正では、まず特措法の案が示され、それを追いかけるようにして感染症法の案が公表された。その過程では、処罰される範囲が拡大されていったように感じられるが、本来、法改正を考える場合には、感染症拡大防止に関連する逸脱行為のすべてを取り上げ、上に述べた基準に照らして、それらを犯罪とすること（＝犯罪化）⁸³⁾が妥当かどうかを検討し、それが妥当であるとされた場合に、それらに対する適正な制裁を考えるという過程を辿るべきである。そして、そのことは、将来の感染症対策にもつながることであるから、できるだけ今回の法改正のときに広汎な議論を行い、先送りとなったものについては、審議を継続することが必要であろう。今回の法改正の動きを見てみると、近時の「『法の支配』の軽視」という流れの延長上に位置するように思われる。2014年7月の集団自衛権による解釈改憲や2020年の検察官定年延長などのように、法の解釈を拡大する傾向が存在するが、これが承認されれば、立法際の審議・検討にも影響が及ぶことになるであろう。つまり、法律は解釈次第で如何様にも運用できるということになると、法律の完成度は問われないということになりかねないからである。それだけでなく、我が国においては、刑事立法論の研究に大きな進展が見られないのであるから、これを契機に、犯罪化や非犯罪化の議論を参照して、優れた法律を成立させるための基礎が築かれるべきであろう。その点で、2021年1月末に国会で行われた法改正案の与野党修正協議において、刑事罰（懲役・罰金）

83) 新型コロナウイルス感染症に関連したものとして、基本的に、命令違反に刑罰を科すのには反対であるとした後に、「仮に刑罰で対処するにしても、・・・刑罰は威嚇的效果を持たせるにとどめて、実際にはその前段階の非犯罪的処理（ダイバージェン）で解決することが適切である」とするのは、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—」横浜法学29巻1号（2020年）201頁。小津博司（元検事総長）「感染症と刑事法」刑政131巻11号（2020年）57頁は、「・・・過激な行為に刑事罰を発動するのは、『その行為は間違っている』と宣言する意義はあるのだけれど、それは人権行政など別の手段で行われることが望ましいのではないだろうか」と述べている。刑罰の教育的機能については、D.Mayer,op.cit.,p.221参照。

か行政罰（過料）かという選択と、過料の上限額だけが問題とされたことは残念なことであった。

（5）今後の課題

最後に今後の課題を挙げると、とくに重要なものとして、不服申し立ての問題がある。1998年に制定された感染症法は、「(強制)入院の必要性及びその期間の判断について、行政の独断を排除し、その妥当性を担保するため、第三者的な機関を設けること」⁸⁴⁾として、感染症診査協議会を設置した(24条)。また、同法24条の2には、「都道府県知事に対する苦情の申出」が規定されている。入院患者又は保護者は、「患者が受けた処遇について、都道府県知事に対し、苦情の申出をすることができる」とされ、「都道府県知事は、苦情の申出を受けたときは、これを誠実に処理し、処理の結果を苦情の申出をした者に通知しなければならない」のである。このような規定は、これまでのところ、その必要がなかったので、実際に活発に運用されてきたわけではない。また、特措法には、このような規定自体が存在しない。しかしながら、今回の新型コロナの場合には、法改正によって、様々な強制的処分が行われるようになるのであるから、その前に、国民の不服・不満を聴取する簡便な手続が設けられるべきではなからうか。ちなみに、フランスでは、「個々の禁止命令に対する迅速な裁判上の救済がなされ、議会や国内人権機関等が継続的に人権侵害の有無を監視し、報告書を公表する」とされており⁸⁵⁾、また、2020年5月11日法では、隔離の対象となっている者は、自由及び拘留担当判事に訴えをおこすことができ、72時間で判断が下る、とされている⁸⁶⁾。

それ以外には、新型コロナの後遺症の問題がある。これは、長期間に亘る

84) 前掲・詳解(註14)129頁。

85) 曾我部真裕「立憲主義のあり方から見る『自粛か強制か』問題」判例時報2458号(2020年)144頁。津田智成「緊急事態における裁判所の役割」判例時報2458号(2020年)142頁参照。

86) 植野妙実子・前掲論文(註27)22頁。「感染症法に基づく強制入院や検疫法に基づく隔離に対しても、それが不当だと思われる場合には入院先からの裁判を受ける権利を確保する必要がある」とするのは、大林啓吾・前掲論文(註52)425頁。

観察が必要とされるので、息の長い研究の経過を見守ることが重要である。さらに、ワクチンの優先順位の決定に関する問題も解決を迫られているものであるし、教育や労働など多くの分野に新型コロナは大きな影響を与えている。新型コロナが完全に収束するには、少なくとも数年を要するであろう。社会全体に大きな衝撃を与えた災厄から我々が何を学んだかを総括するのにも、かなりの期間と労力を要するものと思われる。そして、総括の後には、刑事法だけでなく様々な分野についても、新たな地平が切り開かれることを期待したい⁸⁷⁾。

* 東京都は、全国で初めて、2021年3月18日に営業短縮を拒否していた飲食店に対して改正特措法45条に基づく時短営業命令を出した。東京都は、時短要請に応じない店に対して事前通知を行い、それでも応じない場合に裁判所に通知する。対象は、32店であるが、そのうちの26店は同一の大手飲食チェーンである。緊急事態宣言は3月21日に解除されたので、それ以降の効果はない。対象の選定の正確性や、これによる効果などを検証する必要がある。また、店名公表については、「人が集まって感染リスクが高まる可能性がある点に考慮し」て、実施されなかった（朝日新聞2021年3月19日）。多くの疑問の残る法執行であったといわざるをえない。

* 政府は、感染第4波の発生を受けて、2021年4月5日から5月5日まで、宮城県（仙台市）、大阪府（大阪市）、兵庫県（神戸市、尼崎市、西宮市、芦屋市）において、さらに、京都市と沖縄県9市（4月12日から5月5日まで）、東京都23区・6市（4月12日から5月11日まで）において、まん延防止等重点措置を実施することとした。この措置も2021年2月の法改正によって設けられたものであり、都道府県知事が、事業者に対して時短営業等を要請することができるが（特措法31条の6）、施行令（5条の5）では、従業員が検査を受けることの勧奨、消毒設備の設置、マスクを着用しない者の入場禁止

87) 拙稿「新型コロナウイルス感染症との共生に向けて」from 共済会（日本看護学校協議会共済会）29号（2021年）2頁以下参照。

などの措置が挙げられている。この場合も、要請に応じないときは命令が出され（法31条の6第3項）、違反したときは20万円以下の過料に処される（法80条）。これについても、本文の批判が当てはまるし、さらに、処罰されるのは店舗だけであるから、今後は、客＝利用者の責任についての議論が必要になると思われる。