

仮想の秩序

——コロナ禍の法学的知を問う——

山羽 祥貴

1. 序
2. 予防原則とノルム
3. 仮想の秩序
4. 若干の展望

1. 序

2020 年 1 月に開始した COVID-19 の流行（以下、コロナ禍とする）は、飛沫感染・空気（エアロゾル）感染を通じて伝播する新興感染症であるというその特性上、社会生活の様々な局面に科学的不透明性を備えたりリスクが遍在するという状況を生じさせるものであった¹⁾。確実な科学的根拠を必ずしも得られないなかで、人々が日常生活において他者と関わる様々な行為の可能性が広範かつ継続的に縮限されるという状況をもたらしたこの事態が、国家権力の活動

1) 本稿がコロナ禍について過去形で語るのは、執筆時である 2023 年春の時点において、感染対策のために国家による市民の行動の（事実上の要請を含めた）制限が撤廃されつつあるという日本のみならず国外を含めた現実の動向により、本文で述べたような意味での立憲主義や法治主義の観点から問題とするべき事態としての性格を大きく変えたという認識に基づいている。これを超えて、コロナ禍それ自体を過去のものとしなすという立場を示すものではない。なお本稿は、筆者が 2022 年 10 月 29 日に行なった学会報告「感情の新たなる使用——予防原則をめぐるディスクールと日本の立憲主義」（2022 年日本公法学会 個別報告セッション）の一部を改稿したものである。

を法的に統制して自由を確保する立憲主義や法治主義²⁾の根幹を揺るがすものとして受け止められたこと³⁾は、不思議なことではない。

そのうえで、日本における感染対策は、こちらも市民の大幅な行動制限を伴ったにもかかわらず、それは国や地方自治体による市民の行動変容へと向けた行政指導を中心として行われており、法的な強制手段が用いられることは稀であるという特徴があった。海外の状況を踏まえた比較分析も、結論としてはそうした日本の例外性を再認するに至るというものになっている⁴⁾。そのうえでこうした日本の特徴は、議会の定める法律によって国家権力を拘束する（形式的）法治主義への重大な挑戦と受け止められることになる。日本の憲法学や行政法学の議論の多くは、この観点から、その問題性や特失を指摘するものだった⁵⁾。

これに対して本稿は、コロナ禍における日本の対応が含意していたと考えられる公法学上の問題について、より普遍的かつ特殊な視座からアプローチすることを試みる。これは次のような意味である。諸々の生活領域において様々な不透明なリスクが問題化され続ける現代社会において、議会の法律や比例原則を通じて国家権力の介入を統制および最小化するという理念は、すでにこうした現実との関係で縫合しがたい亀裂を抱えている——その限りで、我々のよく知っている立憲主義や法治主義は、少なくない部分において「イデオロギー」⁶⁾と化している——のではないのか。コロナ禍は、そうした一般的な危機

2) 立憲主義も法治主義も論争的な概念だが、ひとまずこのような最大公約数的理解から議論を進める。

3) そうした受け止め方の典型的なものとして、立憲主義にとって例外的な事態である以上、憲法レベルの緊急事態条項によって対応すべきだという議論（[横大道2022]）を挙げることができる。

4) 「穏健型」「強権型」「放任型」を並置する [大林（編）2021：2]（大林執筆）。

5) 公権力の責任回避や、心理的圧迫に依拠することから生じる問題を指摘するものとして [栗島2021：167-169] [江藤：2022：23-24]、裁判上の統制を困難にするという問題を指摘するものとして [土井2022：91-92]。他方で [曾我部2020] は、迅速な裁判上の救済の態勢等に欠ける日本の状況を前提とすると、法的強制に踏み切ることは慎重になるべきとした。

6) [宮沢1967：187]。

をこの上ないかたちで顕在化させる事態ではなかったか。そのうえで、日本のコロナ対応は、単に行政指導の活用多寡の観点から類型的に把握されるにとどまらず、顕在化した危機がその性質を根本的には変えることなしに、だが相応の固有性を帯びたヴァリエーションとして現出した出来事として分析されるべきではないのか。

とはいえ、リスク社会における立憲主義の諸相という一般的な主題⁷⁾も、日本におけるコロナ対応における固有の諸問題も、本格的に取り組むには、理論面および実践面それぞれにおいて多くの知的蓄積や資料にあたる必要があり、本稿限りで完遂しうるものではない。そこで本稿としては、コロナ禍におけるこれまでの公法学の議論の盲点をなしてきたものとして、「予防原則 (precautionary principle)」にまずは着目したい。予防原則とはその最大公約数的な形態において、深刻な被害をもたらす可能性のある脅威に対して、科学的知見が十分でなく不確実性が残る場合であっても、そのことを理由として対応を怠るべきではないという内容のものである⁸⁾。比例原則のもとでの判断や費用便益分析を排除するわけではなく、むしろこうした考慮が予防原則の内容または付属物なすものとして把握される ([大塚 2004 : 75] [Whiteside2006 : 30] [Ewald2008 : 45] など)。他方において、不確定な要素の多いリスクに対

7) ドイツの議論の動向を紹介するものとして、[西浦 2003] など。

8) 何が最大公約数的な定式かということ自体に異論がありえないわけではないと思われるが、ここではそうした細部には立ち入らない。入念な検討として、[畠山 2019 : 125-135]。予防原則をめぐる論争の議論状況も、同書において詳しく紹介されている。なお、本文で述べたような理解 (弱い予防原則) を超えるものとして、同原則を理解 (強い予防原則) することもある ([畠山 2019 : 136-172] を参照)。このうち有力な理解である証明責任の転換 ([大塚 2010 : 61-62]) について、これを支持する論者も、立法において既に限定された規制領域に用いられる (つまりその時点で一定の衡量が行われている) ものとして想定しているようであり ([Sachs2011])、あらゆる文脈でそれが妥当するべきとされるわけではない。また、科学的な不確実性のもとでの介入が許容されるだけでなく、国家の義務にもなるというのを強い予防原則の意義として理解する立場もあるが、これは基本権保護義務からの接近法 (ドイツ法からの議論として、[桑原 2013 : 259-289]) と符合することになる。

応する以上、手段の必要性を厳密に要求したり、利益の均衡を性格に測定することが困難になることも確かであり、そこでの公権力の統制に緩みが生じることは否定しようがない。同時に、このような意味での予防原則に基づく対応をおよそ拒絶するというわけにはいかないことも明らかである⁹⁾。

それにもかかわらず、同原則を前提としたうえで、いかなる方法での権力の統制が可能となるかという課題に向き合おうとするアプローチは限定的であり¹⁰⁾、端的に、否定的・警戒的な身振りを示すに終始する見解も見受けられる¹¹⁾。こうした言説状況は、不透明なリスクについて何らかの対応を行わなけ

9) コロナ対応における飲食店等の規制において制約されるのは、(有害物質の排出規制や食品安全のための規制の場合と同じく) 営業の自由であるとはいえ、その制約は経営者・労働者の生計や特定の業態を通じた自己実現に直接の影響を及ぼすかたちで行われるものであり、職業の自由の制限という側面を強く持つから、予防原則の適用が語られてきた典型的な場面と同視することはできない。しかし他方で、新型コロナが健康・生命に対する一定の重大な被害をもたらすことは確かであり、かつその被害は現に生じているものである。科学的な不確実性が認められるのはむしろ、そうしたリスクとの因果関係の程度——飲食店等がどこまで感染拡大に寄与しているのか、これを規制することでどれほど感染を抑えられるのか——という点である(そのため日常的な「予防」の語感からは外れるが、このことによってコロナ禍の諸対応が予防原則の射程外となるわけではない([MeBerschmidt 2020: 280-281])). 他のありうる対策によって得られる効果も確実とはいいがたいのだから、対策の効果の不透明性をもっておよそ規制が許されないとすると、あらゆる対応が麻痺することになる。

10) 予防原則に関してこれまで行われてきた議論のうち、司法審査に強く関連を持ちうる観点としては、措置の暫定性・段階的対応というものがあり([大塚 2004: 75])、これに関してはコロナ禍においても、(予防原則に言及するかどうかにかかわらず) 前提となった科学的知見の変化に応じて規制を撤回・是正することの必要性([宍戸 2022: 153] [小山 2020: 146] [栗島 2021: 164]) が指摘されてきたところである。他方で本稿が 4. で示すことになる方向性は、これと異なる側面、すなわち、政治的・行政的な意思決定の手續に関わる部分に着目するものだといえる。予防原則の可能性の中心をこの次元に見出す立場は支持を集めているし([中山 2004: 269-270] [Fisher 2001])、一般にリスク行政に関する議論で「プロセス」に着目するのは有力な議論の傾向だと思われる([下山 2007])。とはいえ本稿は、そうした方向性の出発点を確認するものにすぎない。

11) [尾形 2020: 60] や [横大道 2021: 6-8]。後者は予防原則を苛烈に批判するが、他方で「予防的な措置」が一切許されないとすることもできないとしており、最終

ればならないという事態における立憲主義や法のあり方について、少なくともコロナ禍という文脈においては、十分な自覚的検討が行われていないことを示すと思われる。以上の状況認識に基づき本稿は、この死角を明るみに出すための一つの方途として、フランスの哲学者であるフランソワ・エヴァルドの予防原則に関する議論を検討することから始める (2.)。福祉国家における法のノルム化、および予防原則のもとでのその変容に関するエヴァルドの議論は、法的な強制の乏しい日本のような状況も視野に入れながら、新興感染症という不透明なリスクを前にした立憲主義・法治主義の危機を分析するための視座を与えてくれるだろう。次にそこで得られた認識を基にしつつ、日本のコロナ対策をめぐる言説において氾濫した「三密」という概念の用いられ方に着目しながら、日本の法学者の議論や裁判例について批判的に検討し、法学的言説が新型コロナのリスクをいかに捉え損なったか、およびそこに働いていた思考様式がどのようなものかを示す (3.)。そのうえで、こうした分析から公法学にとっていかなる課題が浮かび上がるかについて示唆を行う (4.)。

2. 予防原則とノルム

エヴァルドの業績としては、それ自体に危機を内在させた「福祉国家 (1'

的には、「・・・予防原則を採用して、『比例原則の下では許されない自由の制限もやむを得ないものとすべきか』という問いに対しては、憲法学の立場からは『否』と答えなければならない」〔引用部分は [宍戸 2022 : 153]。もっともこちらについては、予防原則それ自体に対する否定的なニュアンスは見られない〕と述べる。結局のところ、比例原則が重要であるという以上の主張を読み取ることはできない。予防原則は、リスクの科学的不確実性に対する一定の態度決定を最低限意味するが、グローバルダイニング訴訟の原告側の意見書であるこの文書は、その具体的な議論のなかで対策の科学的根拠の有無に関わる問題について何も述べていないので、そもそも予防原則を持ち出す必要がどこにあったのかも定かでない。このように議論が空転する原因の一つは、同訴訟における原告の争い方が、被告東京都の行っていた規制連関のなかで、本当の意味で科学的根拠の論争性・不確実性のある部分には踏み込んでいないことによる (これについては、[山羽 2022] (特に判例の解説 4) を参照)。

Etat providence)] がもたらした法のパラダイム転換に関する大著 ([Ewald1986a]) が比較的知られている。さらに、予防原則を憲法化したフランスの環境憲章の起草にも関わったこの哲学者は、同原則についても、上記の学術的著作に匹敵する体系性を備えているわけではないものの、重要な洞察を行なっている¹²⁾。以下、必要な限りで要約して紹介しよう。

福祉国家における法のパラダイム転換としてエヴァルドが見出したものは、法の「ノルム化 (normalisation) 」および「社会法 (droit social) 」というテーゼにひとまずは集約することができる。独立した自己決定する諸個人を超えた実在として社会を観念しないリベラリズム (古典的自由主義) の論理においては、法は各人の自由を両立させるための条件でしかなく、その意義は個人間の契約の確保と他者への加害の禁圧に限られ、貧困であれ (労働時のものを含む) 事故であれ、他人の過失に帰責させることができない不幸 (mal) は運命に由来するものとして、個人が自己責任で乗り越えるべきものである。慈善を通じた弱者の救済は社会の調和を維持するために不可欠であるとしても、あくまで個人の道徳の領域に押し留められ、法的な権利として扱うことは拒絶される。これに対して福祉国家の理念のもとでは、産業化の進展を契機として (しかし根本的には、あらゆる社会的な害 (mal social) をそのようにみなすことを可能にした認識の枠組みの変化によって) 拡張した様々な「リスク」について、社会全体の責任において管理・調整を行うことになる。そこにおける様々な実践のなかで方向づけを与えるものを、エヴァルドは「ノルム」 (norm : 標準) と呼んでいる。これは個人の行動規範 (réglement de conduite) を指すこともあるが、産業活動の円滑化に寄与する技術的な規格、さらには保険の技術やその他の統計学的な知を用いた統治実践の基準 (平均) を指示するものでも

12) エヴァルドの著作の邦訳はほとんど行われていないが、議論の輪郭を理解するうえで、[Ewald1991] [Ewald1986b] (いずれも英語文献) は有用である。またエヴァルドの議論を紹介する邦語文献として、[中山2004] [中山1995a] [中山1995b] がある。なお、エヴァルドにも言及しつつ、本文で扱う法の変容 (ただし予防原則やそれがもたらす状況は射程の範囲外である) についてフランスの歴史に照らしてより具体的に描写するものとして [波多野2023]。

あり、かつこれらの諸次元は相互に関連する。

ノルムを通じた統治は、リベラリズムにおける「自然」のような外在的な準拠点——財産の不平等や他者に帰責できない不幸は「自然」の産物である——を持たない。むしろノルムは、それぞれの集団あるいは人口 (population) にとって相関的なものでしかありえず、そのため流動的であるとともに、社会における諸集団の抗争の賭金となる。また、ノルムは常に物理的な力の行使に支えられているわけではないから、必ず実定法上の規律へと結実するわけではないのだが、他方で法が (あるいは法的判断が) ノルムの設定という作用を果たすことはあり、むしろそれこそが法の主要な機能となる (法のノルム化)。こうして法は統治の道具となるのだが、それは特定の審級による一元的な支配というよりも、諸利益をめぐる対立の暫定的な均衡を達成するものとなる。このようにリベラリズムからの決定的な転換を遂げた法をエヴァルドは「社会法」と呼んでおり、労働法や社会保障法といった特定の領域に限定されない現代における法の一般的な性質だとされている¹³⁾。

非常に駆け足の紹介であるが、最後に述べたような「社会法」の特質は、おそらく現代の一般的な法学者が扱っている法のイメージに概ね合致するものと思われる (むしろ、平板に聞こえるかもしれない)。ここまでで紹介したエヴァルドのテーゼは様々な興味深い事柄を含意するのだが、それらを逐一紹介することは控えざるをえない。ひとまず予防原則に関する議論に移ると、エヴァルドは、同原則のもと科学的に不確実なリスクに対処するという局面において、(これも予想されることだが) ノルムの可変性・不安定性が著しく増大することを指摘している。ここにおいてノルムは流動的な科学的な知の状態に相関的なものとなるとともに、どのようなリスクであれば受容するかといった社会的な価値判断にも依存する ([Ewald2009a : 44-45])。現実においてそれは人々の科学的根拠の確立されていない不安に対しても感応的とならざるをえないが、市民が国家による法規制に限られない様々な文脈においてリスクへの対応を企業や裁判所へと求めるなかで、時にはそのような不安それ自体が保護

13) 以上は [Ewald1986a] を本稿の議論に必要な範囲で要約したものである。

されるべき法益として認知されるといったような、悪魔的な力学 (mécanique diabolique) ([Ewald2009b]) を見せることさえある。

さらにエヴァルドは、「予防原則の弁証法 (dialectiques du principe de précaution)」という言葉で、同原則の適用のもとで重大な役割を果たす様々な審級が、同時に自律性や権威を掘り崩されていく運動を指し示そうとしている。例えば専門家の科学的知見が重要な役割を果たすことは確かなのだが、人々の生活を脅かすリスクを前にして示される知見は不確実なものであり、それに対して公衆からの非難が寄せられることは避けがたく、専門家もまた党派的な利害のもとで発言を行っているのではないかという猜疑を生じさせる。こうして客観的な知を提供する科学という営みの自律性は掘り崩され、むしろそれぞれの専門家の人格的な廉直性が常に問われることになる ([Ewald2009a : 51-52] [Ewald2008 : 47])。同じことは、水準を変えて国家についても妥当する。不透明なリスク、とりわけ感染症のような人々の健康を直接に脅かすようなリスクは、一方で国家による積極的な公衆衛生上の介入を要請するのであるが、それと同時に、その対処を条件づけている科学的不確実性や価値の分断のために (さらには、懸念されたリスクが現実化せず、結果として行われた対処が過大なものであったというような場合に)、国家権力の正統性はむしろ弱体化する¹⁴⁾ ことになる ([Ewald2010])¹⁵⁾。

後者の問題状況は、より一般化したかたちでは、次のように述べられることになる。科学的不確実性、および人々の生の基本的条件を脅かす甚大性を備えた現代的リスクは、福祉国家の展開の原動力となった保険の技術において想定されていたようなものと異なり計算可能性を欠くためコスト・ベネフィットのバランスを確定することが難しく、またそうしたリスクへの対処のあり方は人々の生のモードそれ自体に関わるため、比較不能な価値をめぐる争いのなか

14) 同様のことは、弁証法という言葉は用いられないが、新技術を導入しようとする企業についても妥当する ([Ewald2009a : 26])。

15) [Ewald2010] について [西迫 2021 : 96-97] に言及があるが、趣旨を伝えるものとは言い難い。

で、社会的諸力の均衡を達成することは極めて困難となる。ある種の反動的なモデルとして、技術的な合理性を独占した国家が、外部の専門家の力も借りつつ、経済的な得失を含めて全体を最適化するというテククラティックな解決に期待がかかるが、結局問題となっているのは科学的なデータというよりも価値の対立であり、技術によって政治を除去することは不可能である以上、これは機能しない ([Ewald1986a : 417-424])。

以上のようなエヴァルドの洞察が、コロナ禍がもたらした状況の重要な側面を照らし出してくれるものであることについて、概ね了解を得られるのではないと思われる。というよりも、2020 年 1 月に始まった COVID-19 のパンデミックは、不透明なリスクあるいは予防原則に伴って生じる上記のような問題状況が、この上なく極大化したかたちで顕在化する世界に我々を置いたと言えるだろう。確かに事態の初期においては、諸外国におけるロックダウンのように強大な国家権力が苛烈なかたちで行使され、それは社会の各セクターに対する大規模な補償や、外国との交流を遮断するような厳重な検疫を伴うものでもあったから、グローバル化および新自由主義の潮流を押し戻すような主権国家の復権がささやかれることもあった。しかし、対策の根拠となる科学的根拠の不確実性や価値の分断（どこまでのリスクを許容するか、感染対策が要求する生活様式の変化をどの程度・どの範囲において受け入れるか）のもとでこれが長続きすることはなく、時間の経過とともに対策が共助または自助に委ねられていったというのが、概ね世界的な傾向だといってよい。日本における対策のあり方と変遷も、強制力に乏しい緊急事態宣言を通じた大幅な行動制限の達成という（少なくとも 1 年目においては見られた）状況や、その後もインフォーマルな規制が長く支配的であったという点で大きな特殊性があることは確かだとしても¹⁶⁾、やはり上記のような傾向の一つの現れ方として捉えることができる。

そのうえで、エヴァルドの議論の含意をさらに追究しておこう。エヴァルド

16) コロナ禍における公権力の特権性の喪失とそれに伴うインフォーマルな規制への着目自体は、決して日本に特有の問題関心ではない ([Rixen2021 : 54-55])。

において福祉国家のノルムは、個人の行動規範としての相において捉える場合、リスクに対する協働での社会防衛という性質をもつから、これを制裁を伴う法的規範として確立する場合においても、そこでの法（社会法）は、まさにこうした社会構成員としての任務（mission）を実現するための手段となる（[Ewald1986a：479]）。パンデミックにおいてこのような傾向が極限までに増大して現れるだろうということは、容易に理解できる。法律を通じて（実際には、法律の委任に基づく命令を通じて）感染対策のための法的義務がひとまずは確定されたとしても、感染ないし感染拡大への恐怖に駆動されたノルムの運動のなかで（具体的には、「同調圧力」とか「自粛警察」とかいったようなものによって）個人の自律が脅かされ続けることは避けがたい事態である。リベラリズムが想定したような、法律が行う境界確定によって確保されるはずだった各人の自己決定の領域（法治国的距離¹⁷⁾）は、現実の社会空間における具体的な身体の挙動をめぐる交渉と調整（社会的距離）によってほとんど全面的に取って代わられる。それどころか、遠く離れた土地においてマスクを外して行われる誰かの活動も、感染の拡大を懸念する立場からは許しがたい悪のように思われるわけである。「今や他者のあらゆる挙動、行動、活動は私に影響を与えるし、その逆もまた然りである。連帯という社会のあり方において体験される他人との関係性は、我慢しがたい雑居状態（promiscuité）、耐えがたい隣人関係（voisinage）なのであり、それはサルトルの『出口なし』における有名な台詞がおそらくその反響をたたえているものである。『地獄、それは他者である』」（[Ewald1986a：361]）。

実際、日本のコロナ対応において法的な規制が社会的な圧力によって代替されることの問題に関する議論でも、自粛に依存した対策のあり方が同調圧力を利用するものではないかという指摘を念頭に置きながら、法的な規制を敷いても同調圧力は依然として残るという指摘が行われてきた（[曾我部 2020]）。エヴァルドの議論と関連づけて理解するならば、ここで問題とされているのは、社会において広範に遍在するノルムが法的な規律にとって不可欠の背景をな

17) [毛利 2014：281-284]などを参照。

し、また法的な規律がノルムのありように一定の影響を与えることはあるとしても、前者が後者の運動を回収し尽くして恒常的な安定性を与えることはできないという事態だと思われる。このことを踏まえたうえで、日本の状況の具体的な分析に移ることにしたい。以下に見る通りここでは、ノルムと法の一致することはない連関という視角によって照らし出される側面が大いにある一方で、エヴァルドの想定を微妙に超えた事態が生じていたように思われる。

3. 仮想の秩序

日本のコロナ対応において極めて重要な意義をもった特権的なノルムを指示する用語として、「三密（三つの密）」を挙げることに異論はないと思われる。これが法令それ自体に取りこまれることによって規制の内容になるということにはならなかったのだが、「三つの密」を避けよという呼びかけが、とりわけ感染拡大期において、日本の市民社会の活動に事実上大きな影響を与えたことは確かである。それだけでなく、この三密という概念は、法学者たちの議論において非常に強い規範性を獲得していた。「・・・少なくとも、クラスターが現に発生した業種や、それと同様の状況（「三密」など）にある業種を対象とした休業命令については、受忍を要求しうるものとなろう」（[小山 2020 : 146]）。「業種ごとに類型化して営業中止命令を下す場合には、——類型化の宿命ではあるが——財産権の内在的な制約を超えた、不必要な部分の規制が及んでしまうことが起こり得る。しばし槍玉に挙げられるパチンコ店やナイトクラブであっても、「三密」を避ける営業形態は（採算がとれるかは別にして）十分に可能であるし、店舗によってはそうした工夫を施しているところも存するからである」（[板垣 2020 : 194]）。「いわゆる「3密」のような、感染リスクが明らかに高い店を営業することは、そもそも憲法の保護の範囲外と考えられます」（長谷部＝杉田 2020 [長谷部発言]）。「コロナ・ゼロを目標にするならば、もちろん制約は広範囲に強く、そして長くなります。その場合は『3密』

産業には業種転換支援を政策として打たないといけません」([木村 2021])¹⁸⁾。

以上のような論述・発言においては、それぞれ文脈は違うのであるが(最初の二者は損失補償の要否に関するものである)、「三密」という概念が、公法秩序における配慮や保護の対象となるかどうか——あるいは、来たりうる社会において居場所を与えられるかどうか——を分割する基準としての地位を得ている。さらに法学者の議論にとどまらず、2022年5月16日のグローバルダイニング訴訟東京地裁判決(東京地判令和4年5月16日判例時報2530号5頁)でも、「三密」の概念が重要な意義を与えられている。同判決では、緊急事態宣言下における営業時間短縮要請に従わなかった飲食店に対して下された営業時間短縮命令が、新型インフルエンザ等特別措置法45条3項の「特に必要と認めるとき」に該当しないとして違法とされたのであるが、そこで裁判所は、この要件を満たすためには命令発出をやむを得ないといえる程度の「個別の事情があることを要する」としたうえで、対象となった飲食店が換気などの対策を行っており「三つの密」にあたる状況にはなかったことに着目し、クラスターが発生するリスクが高いとは認められなかったといえることを一つの論拠としている¹⁹⁾。

18) 最後に挙げた[木村 2021]については、「コロナ・ゼロを目標にするならば」という条件がついているので、後に指摘する問題点のうち、社会的利害対立の捨象という点は免れているということになる。もっとも、ここで「コロナ・ゼロ」というのは、当時いくつかの国で行われていた(また瓦解しはじめていた)封じ込め戦略(一旦強力な行動制限と検査隔離で市中感染をゼロにした後で、その後は検疫を厳重にして感染者の流入を防ぎつつ、再度の市中感染の勃発の際には改めて同じ対応を行う)とは異なり(この場合であれば、旅行業界などを別にすると、国内における感染リスクの高い活動を恒常的に規制する必要はない)、恒常的に相当強度の行動制限を行うことを前提とするもののように思われるが、そうした方針が現実的な政策オプションとして存在したのかについて疑問がある。

19) ここで重疊的三密の概念(後述)に説明なく依拠していることは、上述した法学的議論と同じ問題を抱えているのだが、そのうえで注目すべきなのは、「要請」に従わなかった個別の飲食店に対して「命令」を下すという場合に、当該店舗の個別の状況がどのようなものであるかは、地域内にある多数の飲食店のうちのごく一部を対象とするものにすぎない以上、(飲食店のように広範に存在している施設を念頭に置く限り)感染の拡大の防止という目的との関係で意味をもたないという自

法学者たちの言説や裁判所の判決においてこれほどの意味を与えられている「三密」は、他方において、実際のところどのような出自と内実をもつ概念なのだろうか？ 社会学者の田中重人は、政府や専門家組織の公表されている資料を綿密に追尾したうえで、同概念の誕生と変遷について重要な検討を行なっている（[田中重人 2021]）。

田中によると「三密」あるいは「3つの密」は、事態の初期（2020年3月上旬から4月7日以前）においては、密閉・密集・密接の三条件が重なる場を指すものであり、このような場を避けることが、専門家会議の提言や首相官邸の広報において呼びかけられていた（[田中重人 2021：138-129]）。ところがこの定義は、2020年4月7日の基本的対処方針の改正により、三条件のうちのどれか一つの条件を満たす状況であれば避けるべきことを求めるような文言となり、その後は専門家会議および政府広報においても、この拡張された「三密」を回避すべき対象とする用法が定着した（[田中重人 2021：129-123]）。そして、このように定義を変更したことについて、明示的なアナウンスは行われなかった（[田中重人 2021：123]）。

こうした変遷の背景と意義について、田中は次のような分析を行なっている（[田中重人 2021：123-120]）。当初提示された三条件が重なる意味での「三密」の用法（本稿では、以下これを「**重畳的三密**」とする）は、クラスター対策と市民の行動変容に力点を置き、社会・経済機能への影響を最小限としながら感染の拡大を防止する「日本モデル」という専門家たちが自ら宣伝していた対策に親和的なものであったが、結果としてそれでは感染拡大を防止できず緊急事

明の理屈が見落とされていることである。本来であれば、特措法 45 条 3 項の命令が先行する飲食店一般に対する「要請」の実効性を確保するために行われていること、その意味で「要請」違反に対する制裁として機能していることを前提に、そのような運用が認められるかが正面から問われるべきだった。つまり問題の立て方に失敗しているのだが、ここでも、新型コロナのリスクの遍在性（あるいは、広範な文脈における感染機会を含んだ活動の積み重なりによって生じるという意味では、リスクの累積性）の捨象が、（重畳的三密への無自覚な依拠とは別の次元で）行われている。筆者は同判決の判示が最終的にはほとんど意味をなしていないことについて強く批判を行った（[山羽 2022]）。

態宣言の発出を余儀なくされるなかで、社会・経済機能への打撃を甘受することを前提に、三条件の一つであっても避けるべきとする「三密」の用法（以下、これを「**拡張的三密**」とする）を採用する2020年4月7日の変更が行われた。そもそも、三つの条件が重なる状況が感染拡大に特別に寄与する（三条件が重ならないならば、ほとんど「クラスター」が発生しない）という当初の仮説について、データに基づく研究結果の報告は行われておらず、定義変更にあたって科学的知見の進展があったとの説明もなかった。このようなコミュニケーションのあり方は、「『三密』をめぐる理解に混乱をもたらし、認識の齟齬を生み出す背景となっている」（[田中重人 2021：120]）。

重疊的三密と拡張的三密の差異が実際上含意するところについて、敷衍しておこう。拡張的三密の概念を前提とする場合には、密集・密接・密閉のうちのどれか一つでも満たせば避けるべき状況だということになるのだから、**感染リスクは極めて広範な社会的文脈に分散したもとして把握されることになる**。飲食店において「密接」を回避することは（単独での利用だけを可能とする業態にするのでなければ）不可能に近いし、それ以外であっても、**屋内または集団で行われる非常に様々な諸活動がこれに該当しうることになる**。これに対して、重疊的三密の場合、**感染の危険は社会のなかの限られた一部にのみ存在することになる**。飲食店であれば一定の努力によってこの意味での「三密」に該当することを回避できる一方で、例えば「接待を伴う飲食店」のような一部の業態については、特別に高度のリスクを伴う場所と見なされるのを避けがたいことになる。

上述した「三密」をめぐる法的言説が、たとえ明示されていなくても、重疊的三密の概念を前提としていることは確かだといってよいだろう。様々な社会活動の類型から、補償なしの規制や保護範囲からの除外が可能となる対象を選別するという機能を果たしうるのは、この意味での「三密」以外にはありえない。この重疊的三密の概念が法的言説に取り込まれることの帰結は次のようなものである。一方では、この概念を用いる議論は営業の自由の一律の（「三密」にあたるかどうかという個別の事情を考慮しない）制限を受けていた飲食店に

ついて補償の対象に含めるべきだという趣旨でも展開されたし、また場合によっては、グローバルダイニング訴訟においてまさにそうであったように、重畳の三密にあたらぬ業態への一律の規制は比例原則に反するという結論をもたらすものでもあり、その意味ではこれらの事業者の救済につながるものであった。しかしその反面で、上述した諸見解はその内容上の含意としては、重畳の三密を避けることに困難がつきまとう（「接待を伴う飲食店」と称されたような）業態ないし特定の生のあり方について、カテゴリカルに公法上の保護や配慮から排除するという契機を含んでいたこと²⁰⁾も確かである（逆に、拡張的な三密のもとでリスクを広範囲に遍在するものとして捉える場合には、このような排除・分割はできないことになる）。これは、重畳の三密の根拠と由来に比較すれば、明らかに過大な帰結である²¹⁾。

重畳の三密に依拠した法的言説は、以下に述べる通り、リスクの遍在性と科学的な不確実性（広範性と不明確性）という新型コロナの重大な二つの特徴、および、感染症対策の背景をなす社会的利害の対立を捨象することによって成り立っている。

第一に、感染症のリスクを社会の一部に限局されたものとして捉えようとする態度（リスクの遍在性の否認）であるが、ここには次のような事情があると考えられる。国家権力の介入について客観的かつ明確な（この文脈でいえば、科学的知見に支えられた）基準を与えようという立憲主義・法治主義の通常の問題関心からは、拡張的な三密の概念は極めて相性が悪い。これによると規制の

20) もっとも [板垣 2020: 193-195] は、そのような除外（というか個別の認定）をせずに補償を行うべきという趣旨だと思われるので、主張の内容の次元ではこの批判は当たらない。

21) 筆者は、上述したような法学者たちの言説が、ナイト・ワーカーへの差別に加担したというような非難を行いたいのではない。そもそもこれらの論述や発言の多くは、時期からいっても、マスメディアにおいて「夜の街」への過剰な言及が行われた局面より後に行われたものである。ここでの意図は、このような常識的な法学的議論のモードが、コロナ禍のような事態において陥る一般的な機能不全を明らかにし、それを通じてコロナ禍がもたらす公法学にとっての危機の一端を示すことにある。

対象となしうるリスクは広範囲に存在することになるため、権力的介入の対象は潜在的には際限なく拡大することが避けられないからである。しかし、このようにリスクを局在化しようとする知的態度が、論者の主観的意図にかかわらず、特定の生活形式を保持する人々を逸脱者として排除する契機をそれ自体としてもつことは、すでに述べたとおり否定できない²²⁾。

その次に、専門家の言説の受容のあり方に関する問題²³⁾をひとまず挙げることができる。少なくとも確かなのは、専門家の発信に対して非常に強い信頼が置かれていたことであるが、その際に何が見落とされるのかをより分析的に捉

22) 同様の問題を、「危害原理」を無反省に用いた言説についても指摘することができるだろう。少なくとも、感染症流行下において「危害」なるものを同定する作業に伴う必然的な曖昧さに対する留保（〔江藤 2022：18〕）を行うことなく、古典的なリベラリズムの構成要素であるこの概念を素朴に用いて議論することは、感染症のリスクの社会的性格、エヴァルドが福祉国家の基礎となる連帯主義の拡張の契機となった結核との関係で述べたように、「単一の原因ではなく『環境』、すなわち纏れあった数多の諸要素、増殖し折り重なった諸原因のシステム」（〔Ewald1986a：362〕²²⁾）から生じるものだというその性質を覆い隠すとともに、現実社会において（明示的にこの概念を使わなくても、実質的には）排斥されるべき「危害」行為を同定しようとするようなコミュニケーションが行われてきたことからすると、問題があるように思われる。無症状かつ空気感染する感染症が流行している事態において、感染を広げる可能性をもった行為は、（故意をもって殊更に他人に感染させるような行為を除けば）常に何らかの有用性・必要性を備えている以上——このような視点で評価することが、すでに社会法の視点をとることになるのだが——、「危害」の有無というカテゴリーカルな基準は実践的にも意義が少ないのではないかと思われる。

23) 細かい事情を説明すると、一般的な「三密」が重疊の意味から拡張の意味に変わった時点においても、飲食店・医療機関・高齢者施設については3条件が重なる場を避けるという指針が基本的対処方針において示された（〔田中重人 2021：126〕）。これを意識したのであれば、この発信が（状況ごとの差異等を捨象して）そのまま強い規範性を獲得したことになるし、特にこの点を意識したのでなければ、前の段落で述べたような問題関心から、一種の選択的な受容が行われたことになる。また論者によっては、特に「三密」に強いこだわりがあったというよりも、真に危険な状況とそうでない状況を線引きするという点に力点があったという場合もあると思われるが、その場合でもリスクの遍在性の否認という問題はあり、またこうした発想自体が、初期の重疊の三密であれ、飲食店を「急所」とするものであれ、リスクの局在化を促す専門家の発信に後押しされている面はあると思われる。

えてみよう。一方で、感染症対策のための公権力の介入について客観的な枠を与えようとする際に、専門家の科学的知見に頼る必要があることは確かである。しかし実際には、新興感染症についての科学的知見は不確実性（不定性）を伴うものにならざるをえず（[本堂 2021]）、安定的な判断の基準を与えることは難しい（科学的な不確実性の捨象）。また、回避すべき場面の選択は、そもそも科学的知見だけでは決まりえず、その時々²⁴⁾の感染状況や他にどのような対策が行われているか（またはありうるか）、さらには制限される権利の重要性等をも考慮して本来は決められるべきことである。つまり感染症流行下におけるノルムの動態は、それ自体としては、それぞれの状況のもとでの社会的な諸力の関係ないし諸利益の衡量の産物でしかないはずだが、コロナ禍における法的議論の内部ではこうした問題の複雑さが見落とされている（社会的利害対立の捨象）。以上が相まって、専門家の発信した言葉が一種の自立性をもって固定的な規範性を獲得するような状況が生じていたと考えられる。

「三密」と法学的言説をめぐる以上のような事態を、法とノルムの一致することはない連関というエヴァルドの視座へと改めて位置付け直してみよう。一見して目を引くのは、「三密」というノルムが（重畳的三密という理解のもとで）強く固定された規範的性格を獲得していたということであり、ここには、予防原則のもとでのノルムの不安定化というエヴァルドの想定とのズレがある（それどころか背反する）ように思われる。このことをどのように理解すべきだろうか？

ここでは、エヴァルドの理論構成におけるある死角、フーコーの議論のなかで彼が必ずしも十分に継承しなかった部分注目にすべきだと思われる。コレージュ・ド・フランスにおいてフーコーの助手を務めた経歴を持つエヴァルド自身は、自らの研究を、フーコーの展開した「生権力 (bio-pouvoir)」に関する思索を継承するものとして定位している（[Ewald1986a : 26-27]）。よく知られた議論だが内容を確認しておく、生権力というのは、軍事的な防衛や犯罪者の処罰のように死を与えることにおいてのみ片面的に顕現する古典的な

24) [田中重人 2021 : 120 注 7] も参照。

主権的 - 法的権力と区別されるものであり、人間の生を積極的に秩序づけ管理するものとして近代以降発展した権力の形態である。この生権力のさらなる種差として、諸個人の身体の挙動の微細な統制・監視から出発して全く新たな秩序を形成する「紀律」(discipline:「規律訓練」とも訳される)あるいは「解剖(学) - 政治(anatomo-politique)」と、所与の素材を前提としつつ、個人ではなく集団として捉えられた人間(人口 population)の活動をそれ自体としては抑圧的でない多様な手段——操作し、触発し、促進し、なすがままに任せる(laisser faire) ([Foucault2004: 360]) ——で調整ないし枠づけていくものである「セキュリテの装置」あるいは狭義の「生(生物学) - 政治(bio-politique)」をフーコーは提示していた([Foucault2004]のほか、[Foucault1994: 177-211]など)(両者は複合的に作用する)。エヴァルドが主題化する法のノルム化というのも、法がこの二つの権力の付属物として機能するようになるというフーコーの認識([Foucault1994: 189-190])から出発するものである。ただそのうえで、2.で行った紹介から推察できる通り、エヴァルドの議論は基本的にはこのうちの後者(セキュリテの装置ないし生政治)に主眼を置くものであり、紀律(discipline)の居場所が決して失われるわけではないのだが([Ewald1991])、相対的にはローカルないし副次的な形態として扱われている([Ewald1986a: 27])。

これに対して、コロナ禍において強度の行動制限が行われる場面において、紀律(discipline)の形態での権力が全面的に展開されるという問題意識は、憲法学者を含め([江藤2022: 23][小島2022: 288-289])これまで広く表明されてきた。フーコー自身は、紀律におけるノルムの特徴について、諸個人を鑄造するためのモデルとして一種の自立性を備えており、そうであるがゆえに正常なもの(normal)と異常なもの(anormal)の非連続的な分割が可能となることを指摘していた([Foucault2004: 59]²⁵⁾)。つまり、集団の状態や社会

25) なおこの箇所ではフーコーは紀律のノルムと法のノルムの混同を戒めているが、それにもかかわらず法と生権力の関連についての洞察を進めたのがエヴァルドの議論であり、それはフーコーの意図に照らしても正当だったと思われる。フーコーの

的諸力の配置に応じてノルムは「本来変わりうるものであるが、それにもかかわらず、それが固定的に捉えられる」([小島 2022 : 296]²⁶⁾) という事態が、紀律が全面化した状況においては生じることである。この狭義の生 - 政治と紀律の偏差 (あるいは前者の機能不全が後者によって補完されたこと) は、日本において特に強い「同調圧力」——紀律する権力の理念的な形式としての「一望監視装置」([江藤 2022 : 23]) の具体的な現れ——が見られるというよく行われる指摘が本当だとすれば、我々が置かれてきた状況を分析するにあたって必須の前提だということになりそうである。

もう一つ、事態を捉えるための補助概念を導入しておこう。「三密」という固定的なノルムに依拠した法学的言説に埋め込まれた思考様式——立憲主義・法治主義の観点からおおよそ耐えがたい流動性に目を閉ざすことによって仮想的な安定性を与えられた秩序像——を表現するような法学的カテゴリーがあるとすれば、それは「警察 (Polizei)」である。ここで「警察」というのは、警察組織のことではなく、「消極目的」とも呼ばれている国家作用の類型を指示する概念であり ([岡田健一郎 2008] などを参照)、他者への加害を防止するものとして理解されることもあるが、通常はそれにとどまらず、公共の安全や平穏などのように、より広く社会の秩序を維持することとして捉えられている。ここでいう秩序の内実は現実の社会観念に応じて決まるという意味で、一定程度の流動性を備えているが、同時に、警察作用の対象となる諸個人はこの秩序を侵害しない前実定法的な (自然法的な) 義務をあらかじめ負っていると観念

構想をどこまで法学に取り込めるかは法学研究者にとっては迷いの生じるところだが ([小島 2022 : 296])、フーコーが「法」として対象化するのとは、我々の通常考える実証主義的な法というよりも、大抵の場合は一定の内実や背景をもったものであり (ただそれも、初期近代の主権国家の「死を与える」権力であるとか、中世の司法国家であるとか、18 世紀の人権宣言といった多様なものが持ち出され一貫しない)、議論されるのは後者についてどう評価するかという点だと思われるので (テクスト上は、フーコーが生権力と我々のいう意味での法が連関すると考えていたのは各所で明らかである)、各論的にはそれほど気にする必要はないと思われる。

26) [小島 2022 : 296] はオーリウ説の紀律と現代の紀律の差異に準拠するが、ひとまずコロナ禍の状況については本文のように捉えておくのが簡明だと思われる。

される（そうであるがゆえに、議会法律による細かい規律は不要であり、法治国の成立以降も行政の裁量が広く残される）²⁷⁾。これは作用としての「警察」をめぐる伝統的な思考の型に関する説明だが、こうした発想は、「三密」をめぐる言説にとどまらず、コロナ禍の営業制限における損失補償の可否について行われてきた議論の背後においても、顕著なかたちで見出すことができる。

この問題に関して比較的初期にしばしば見られた補償不要説（長谷部＝杉田 2020 [長谷部発言] など）は、消極的・警察的規制については補償は不要だという伝統的な裁判例の論理（最大判昭和 38 年 6 月 26 日刑集 17 卷 5 号 521 頁 [奈良県ため池条例事件]）に依拠していた。そこで働いている思考の実質は、比較的言葉数の多いものによると（特措法が施設使用の制限に補償を設けていないことの説明という文脈だが）、感染拡大防止のための規制は、「感染源として公共の安全に危害をもたらす（危険の）原因である」ことに由来する、「危険の存在する事業の主体として顧客や近隣者に対し感染を広げない義務」の実現であり、「他者の法益のために被る特別犠牲とは評価できない」とされる（[大橋 2020 : 53]）。ここでは、感染のリスクは職場や学校など様々な場面に存在している（[徳田 2022 : 58-59] を参照）なかで（リスクの遍在性）、現実においては飲食店等の一部の事業者だけが規制の対象とされていることが捨象されている。

しかしすでに述べたことから示唆されるように、社会の様々な箇所が存在する感染機会のうちのどの部分に対して規制を敷くかは、それぞれの活動の必要性・有用性や規制の実効性を考慮した分配的性格を持つことは不可避である。別の言い方をすると、一定の水準の感染抑制を前提とした場合、あるセクターでの自由な活動は別のセクターでの活動可能性を減少させるから、ここでは（原理的に無限定どころではなく）それ自体が稀少性をもつ財と化した「自由」そのものが分配されていると考えてもよい（一種の「統制」作用であり（[岡田健一郎 2008] を参照）、積極的と言いうる）²⁸⁾。そのため、飲食店に対する

27) 戦前の議論を辿る必要があるが、まずは [島田 2017 : 311 以下] などを参照。

28) さらに別の言い方をすると、行動制限のような感染経路対策に視点を限る限り

規制が一定の効果をもち、それによって感染の抑制が多少なりとも達成されていたのだとすれば、そこで得られた一般市民の安全（あるいは、安全に活動を行う機会としての自由）は、飲食店の事業者の犠牲のもとに成り立っていたことは明らかである。結果的に少なくない法学者が、時間の経過とともに、限定的な範囲ではあれ何かしらの補償が必要だとする見解を述べるようになったのも²⁹⁾、飲食店をカテゴリカルに「危険の原因」と捉えることへの違和感によるものと思われる。逆に、こうした事態において「他者の法益のために被る」犠牲ではないと位置づけるような理解は、伝統的な「警察」理解を支える上記の秩序観、すなわち、究極的には秩序は流動的であるにもかかわらず、それを侵害しない義務を自明のもの（前実定法的なもの）として前提にできる程度には安定的・固定的なもののみならず、その背後にある社会的利害対立および力関係——この文脈であれば、飲食店が有力な業界団体を欠いていたというような背景——を捨象するような思考によってはじめて成り立つものだとはいえる³⁰⁾。

では、比例原則が問題とするような過剰な権利制約は全く行われておらず、むしろリスクの所在との関係では常に過小な制約だけが行われてきたのであり（逆に、検査隔離のような感染源対策との比較では全てが過剰である（[山羽 2021 : 61-62]））、ただその際の規制の対象の選択の適否が問題であった、ということになる。

29) 限定肯定説と分類しうる見解として、飲食店への一律の規制が、規制の実効性や便宜の観点で本来必要な範囲を超えるのではないかと、という観点に立つものがあった（[板垣 2020 : 193-195] [磯部 2022 : 129 頁]）。これに関して [山羽 2021 : 60-61] で述べたのは、そもそも便宜的な規制とそうでない規制を分けることはできないのではないかとという疑問であり、本稿ではリスクの遍在性について述べたのと同じ趣旨である。[曾我部 2021] は板垣説と同じ方向性の議論であるが、感染拡大の一次的責任を負うのは会食の場を提供した店ではなく会食を行った客であるということ（そのうえで客の行為の規制が難しいので、便宜的に行われざるをえない店舗の規制について補償を行うべきこと）が指摘される。こちらについては、本文で述べるところの「警察」的発想に近いものが見受けられることを別にすると、飲食店の経済的利益が感染リスクの高い会食に関する客の選好と結びついていること、すなわち、仮に感染リスクの低い形態での食事（究極的には一人での食事）しかできないという規制を敷くと、一部の業態を除けば相当に利益が減少するであろうから、曾我部説の前提からすると補償額も僅少となることに注意する必要があると思われる。

30) Polizei の概念史との関係では、フーコーが警察国家における Polizei を「紀律」

もちろん補償の要否が国家作用の性質だけで決まるわけではないので、解釈論としては、コロナ禍の状況の他の点での特殊性を踏まえつつさらに練り上げる必要があるだろうが、少なくとも確かなのは、我々が従来と異なる新たな思考を必要としていることである³¹⁾。

改めて簡潔に述べるならば、コロナ禍の法学的言説の様々な文脈で一貫して働いているのは、リスクの遍在性・不確実性と利害ないし価値の分裂のもとで生じる極度の流動性が、法治主義に関わる伝統的諸カテゴリーに沿った思考を不可能にしてしまうという耐え難い事態を、専門家によって発せられる科学的知見が与える仮の安定性によって覆い隠そうとする機制だと言することができる。メディアにおいて、日本国憲法のもとで「ロックダウン」はできるのかと問われた憲法学者が、科学的なエビデンスがあれば可能だと答える様子が何度か見られたが、これも、科学的な知によって権力を梃づけることへの期待が現れていると言える（[小島 2022 : 286]において、衛生緊急事態は科学的データに基づくことが求められているという点を理由として、法治国との矛盾を否定しようとするフランスの法学者の見解が紹介される）。そのうえで、コロナ禍におけるノルムの具体的な生態を観察することを通じて見えてきたのは、我々の思考と言説自体を規定しそれによって差別や排除さえもたらず——ただしこれは問題の一部にすぎない——知 - 権力 (savoir-pouvoir) の働きであり、「専門家による支配」はこうした隠秘な水準において・かつ強力に作動する。公法学自身も、それと無縁ではありえない。

的なものとして位置づけつつ、そのうえで重農主義的な国家理性の成立（狭義の生政治が前景化する）とともに、これが人口の管理と秩序維持へと分割され、後者が現在までつながる（我々のいう法治国における）「警察」の領分となったと指摘していることと（[Foucault 2004 : 361]）、本文で述べているような状況がどのような関係に立つのかという問題がありうるが、これについては別の研究に委ねざるをえない。

31) この点で、田中二郎がかつて唱えた「規制法」の概念（特に環境規制との関係で、[田中二郎 1984 : 111-113]）は、定着しなかったようではあるものの、見直すべき面を含んでいるように思われる。

4. 若干の展望

ここから我々は、どこに思考を進めるべきなのだろうか？立憲主義が一種の対抗言説であり、いかなる具体的な要請や課題を提示するかはそこで想定される「専制的権力」の性質によって可変的であるとすれば（[石川 2016：7]）、我々の文脈においても、そこで働いている権力の具体的な態様を見極めることが必要である。本稿はその作業を、法的言説の平面に現れた諸問題に照準するかたちで行ったことになる。そこで見出されたのが、伝統的には「警察」の觀念に還元することのできる固定性を備えた秩序像であったが、コロナ禍において働いた多様な権力のありようをこれによって汲み尽くせるはずは、当然ながらない。あくまで事態の一端を示したにすぎない。

とはいえ、さしあたりここまでの議論から浮かび上がる一つの方向性は、専門家の言説のあり方やその受容という局面に目を向けることだと思われる。これについては既に多面的な問題提起が行われている。科学技術社会論の横山広美は、東日本大震災以降において一定の支配力を獲得した危機時の科学技術コミュニケーションのあり方として、「ワンボイス」という発想があることを指摘している。これは、専門家によって示される科学的な知見がバラバラであると混乱を産むため、なるべく助言を一つにまとめようという心的な構えであるが、「科学は一つ」という単純な科学観にたつものであり、科学における合意形成の複雑さ、状況や文脈に応じた多様な選択肢の存在を見過ごしている（[横山 2021：80]）。情報発信の受け手という側面からみても、危機的状況における我々の心の習慣として、政府にオーソライズされた立場にある専門家の発信に従うことこそが良識的な振る舞いであり、それと異なる立場の専門家の見解を（素人が自己判断で）取り上げるのは危ういことだと考える傾向が、強固に存在していることは間違いない。実際、重大なリスクが広範な社会的関心を呼ぶ状況においては個々の専門家・研究者による様々な発信が、とりわけ SNS 等を通じて注目を集め、そのなかには信頼性の疑わしいものも多数含まれると

いう野放図な状態（「マルチボイス」[横山 2022：61]）が生じることも確かであり、この振幅のなかで専門家の言説の批判的な受容が困難となっているものといえる。

こうした問題状況に憲法学からアプローチする際に出発点となるのは、政府言論（government speech）という概念である。これを用いた議論を開拓したマーク・ユードフは、現代の政府が実力行使よりも洗練された様々なコミュニケーション手法によって、市民の活動や思考を操作するという事態を問題化しようとしていた（[Yudof1983]）。そこでいう「政府（government）」は、それ自体が様々な主体の関わる多様なプロセスである以上（[Yudof1983：13]）、政府によってオーソライズされた専門家の言論についてもユードフの問題意識は当てはまるはずであり、そうした観点から、上述した状況を抑制しつつ、科学者共同体の多元的な発信としての「グループボイス」（[横山 2021] [横山 2022]）を公共空間へと媒介するメディアのあるべき機能に着目する議論が既に開始されている（[森口 2022]）³²⁾。本稿はこうした試みのゼロ地点を確認したものにすぎない。

<文献一覧>

- 石川 2016：石川健治「立憲主義ってなんだ？」法学教室 428 号 7 頁（2016 年）
磯部 2022：磯部哲「感染症法・特措法の仕組みに関する医事行政法的考察」笠木映里ほか編『新型コロナウイルスと法学』126 頁（日本評論社、2022 年）
板垣 2020：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 卷 1 号 185 頁（2020）
江藤 2022：江藤祥平「匿名の権力——感染症と憲法」笠木映里ほか編『新型コロナウイルスと法学』16 頁（日本評論社、2022 年）
大塚 2004：大塚直「未然防止原則、予防原則・予防的アプローチ（1）——その国際的展開と EU の動向」法学教室 284 号 71 頁（2004 年）
大塚 2010：大塚直「リスク社会と環境法——環境法における予防原則について」法哲学年報 2009・54 頁（2010 年）
大橋 2020：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 47 頁（2020 年）

32) そのうえで、統治過程における専門知のインプットのあり方も、重要な検討課題となる。[岡田順太 2022] [山本 2022] を参照。

- 大林 (編) 2021: 大林啓吾編『コロナの憲法学』(弘文堂、2021 年)
- 岡田健一郎 2008: 岡田健一郎「日本公法学における「警察」についてのメモ——経済的自由規制目的二分論を出発点として」一橋法学 7 卷 2 号 379 頁 (2008)
- 岡田順太 2022: 岡田順太「統治における科学的集合知の導入——課題と展望」法律時報 94 卷 5 号 70 頁 (2022 年)
- 尾形 2020: 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』」法学セミナー 790 号 5 項 (2020 年)
- 木村 2021: 木村草太 (聞き手: 高久潤)「制限と補償の前に、問いたい法解釈と統治」朝日新聞デジタル 2021 年 5 月 3 日 (<https://digital.asahi.com/articles/ASP515JTYP4XU PQJ008.html>)
- 栗島 2021: 栗島智明「公法学の観点からみた日本のコロナ対応——「あいまいな法治国家」の一つの情景」法学研究 94 卷 12 号 160 頁 (2021 年)
- 桑原 2013: 桑原勇進『環境法の基礎理論——国家の環境保全義務』(有斐閣、2013 年)
- 小島 2022: 小島慎司「紀律法の誕生」上智法学論集 65 卷 4 号 281 頁 (2022 年)
- 小山 2020: 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 145 頁 (2020)
- 穴戸 2022: 穴戸常寿「新型コロナウイルス感染症と立憲主義」笠木映里ほか編『新型コロナウイルスと法学』152 頁 (日本評論社、2022 年)
- 島田 2017: 島田茂『警察法の理論と法治主義』(信山社、2017 年)
- 下山 2007: 下山憲治『リスク行政の法的構造』(文敬堂、2007 年)
- 曾我部 2020: 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 144 頁 (2020 年)
- 曾我部 2021: 曾我部真裕「新型インフルエンザ等対策特別措置法等の改正問題について」(個人ブログ (<https://masahirosogabe.hatenablog.com/entry/2021/01/29/062159>))・2021 年 1 月 29 日)
- 田中重人 2021: 田中重人「『3 密』概念の誕生と変遷——日本の COVID-19 対策とコミュニケーションの問題」東北大学文学研究科研究年報 70 号 140 頁 (2021 年)
- 田中二郎 1984: 田中二郎「新版 行政法 (下) 全訂第 2 版 (弘文堂、1984 年)
- 土井 2022: 土井翼「日本における COVID-19 対策と感染症法制」行政法研究 43 号 63 頁 (2022 年)
- 徳田 2022: 徳田安春「日本の新型コロナ対策における専門家助言組織の提言内容の科学的問題点」法律時報 94 卷 5 号 55 頁 (2022 年)
- 中山 1995a: 中山竜一「『保険社会』の誕生——フーコーの視座から見た福祉国家と社会正義」法哲学年報 1994・154 頁 (1995 年)
- 中山 1995b: 中山竜一「標準と正義」人文学報 76 号 101 頁 (1995 年)
- 中山 2004: 中山竜一「リスク社会における法と自己決定」田中成明編『現代法の展望: 自己決定の諸相』253 頁 (有斐閣、2004 年)
- 西浦 2003: 西浦公「『安全』に関する憲法学的考察」樋口陽一ほか編『日独憲法学の

- 創造力：栗城壽夫先生古稀記念（下）』81頁（2003年）
- 西迫 2021：西迫大祐「感染症予防の何が問題となるか——アメリカ合衆国及びフランスにおける感染症予防モデルの歴史的発展と問題点の考察」大林啓吾編『感染症と憲法』73頁（青林書院、2021年）
- 長谷部＝杉田 2020：長谷部恭男＝杉田敦「自粛か法規制か、冷たいようだが…」朝日新聞デジタル 2020年7月25日（<https://digital.asahi.com/articles/ASN7T5RC3N7RULZU005.html>）
- 畠山 2019：畠山武道『環境リスクと予防原則：II 予防原則論争』（信山社、2019年）
- 波多野 2023：波多野敏「19世紀フランスにおける社会法の形成と公衆衛生——慈善から連帯へ」法律時報 95巻8号22頁（2023年）
- 本堂 2021：本堂毅「コロナ禍での財産制限にかかわる科学的知見の不定性」判例時報 2464号118頁（2021）
- 宮沢 1967：宮沢俊義「国民代表の概念」同『憲法の原理』185頁（岩波書店、1967年）
- 毛利 2014：毛利透『統治構造の憲法論』（岩波書店、2014年）
- 森口 2022：森口千弘「科学報道とメディアの自由」法律時報 94巻5号75頁（2022年）
- 山羽 2021：山羽祥貴「『密』への権利（下）——コロナ禍の政治的言説状況に関する若干の問題提起」法律時報 93巻7号60頁（2021年）
- 山羽 2022：山羽祥貴「緊急事態・不服従・制裁——グローバルダイニング訴訟の意義」Web 日本評論・TKC 論文セレクション 2022年10月18日（<https://www.web-nippy.jp/29249/>）
- 山本 2022：山本健人「科学的助言の憲法学的検討に向けて」法律時報 94巻5号64頁（2022年）
- 横大道 2021：横大道聡「意見書」（グローバルダイニング訴訟・甲第57号証）（2021年8月31日）（https://www.call4.jp/info.php?type=items&id=I0000071#case_tab）【公共訴訟プラットフォーム CALL4 ウェブサイト】
- 横大道 2022：横大道聡「人権・ロックダウン・緊急事態」判例時報 2505号119頁（2022年）
- 横山 2021：横山広美「スター科学者ではなく『グループボイス』を」Voice 2021年7月号75頁（2021）
- 横山 2022：横山広美「科学的助言・グループボイスの必要性」法律時報 94巻5号60頁（2022年）
- Ewald1986a：François Ewald, *L'Etat providence* (Grasset & Fasquelle, 1986)
- Ewald1986b：François Ewald, *A Concept of Social Law, in Dilemmas of Law in the Welfare State* 40 (Gunther Teubner ed., Walter de Gruyter, 1986)
- Ewald1991：François Ewald, *Norms, Discipline, and the Law, in Law and the Order of Culture* 138 (Robert Post ed., University of California Press, 1991)
- Ewald2008：François Ewald, « Philosophie politique du principe de précaution », in F. Ewald et al., *Le principe de précaution* (2e éd., PUF, 2008), pp. 6-72

- Ewald2009a : François Ewald, « La dynamique du principe de précaution », in F. Ewald (dir.), *Aux risques d'innover: les entreprises face au principe de précaution* (Édition autrement, 2009), pp. 11-62
- Ewald2009b : François Ewald, « La mécanique diabolique du principe de précaution ». *Les Echos* du 10 févr. 2009
- Ewald2010 : François Ewald, « "Le principe de précaution oblige à exagérer la menace" », *Le Monde* du 9 Janvier 2010
- Fisher2001 : Elizabeth Fisher, *Is the Precautionary Principle Justiciable*, 13 J. ENVTL. L. 315 (2001)
- Foucault1994 : Michel Foucault, *Histoire de la sexualité I: la volonté de savoir* (Collection Tel, Gallimard, 1994)
- Foucault2004 : Michel Foucault, *Sécurité, territoire, population: Cours au Collège de France, 1977-1978*, (Seuil/Gallimard, 2004)
- Meßerschmidt 2020 : Klaus Meßerschmidt, *COVID-19 legislation in the light of the precautionary principle*, 8 Theory & Prac. Legis. 267 (2020)
- Rixen2021 : *Stephan Rixen*, *Verwaltungsrecht der vulnerablen Gesellschaft*, VVDStRL 80 (2021), S. 37
- Sachs 2011 : Noah M. Sachs, *Rescuing the Strong Precautionary Principle from Its Critics*, 2011 V. ILL. L. REV. 1285 (2011)
- Whiteside2006 : Kerry H. Whiteside, *Precautionary Politics: Principle and Practice in Confronting Environmental Risk* (MIT Press, 2006)
- Yudof1983 : Mark G. Yudof, *When Government Speaks: Politics, Law, and Government Expression in America* (University of California Press, 1983)

