

論文

世界的大流行型感染症と法律学 —地球社会と人権に関する一考察

Pandemic Infectious Disease and Law

—A Study of Human Rights in The Global Society

堀江 薫*

HORIE Kaoru

1 はじめに

2002年末から2003年春まで世界を震撼させたSARS（重症急性呼吸器症候群）問題や、2009年春から流行した新型インフルエンザ問題等も契機となり、大規模かつ重篤な健康・生命被害をもたらす感染症の世界的流行が心配されている¹。それとともに、とりわけ後者では、日本においても、「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」（以下感染症予防法と略記する）における諸々の措置や検疫法等に基づいてなされる隔離や停留措置等が注目されたところである。したがって、本稿では、まず、新型インフルエンザその他の感染症とそれによる地球規模での大流行のおそれについて検討を行う。国際社会全体の安定のための早期の感染拡大防止や情報の共有などが重要だと考えられるからであり、また、人権との関係でいえば、このような問題自体が世界中の人々の生きる権利その他の人権の保障と関係しているからである。他方、憲法学の中でも身体・生命の自由の保障を研究課題の一つとしてきた筆者にとっては、歴史の反省の下に刑事司法過程における身体の自由の制限がきわめて適正かつ厳格な手続きの下で行われることになっているのに比べ、このような問題では、意外に簡単に人々の人権の制限が可能であるようにみえることから、権力者が感染症の発生や流行を奇貨として政敵・反対勢力や入国外国人等の抑圧に当該措置を恣意的に用いることはないかなども懸念されるところであり、法律等に基づく人権制限措置の法的性質、あるいは理論的根拠は何かなどの問題に関して若干の検討を行うことにするものである。

* 新潟県立大学国際地域学部 (horie@unii.ac.jp)

2 新型インフルエンザ等の感染症の種類や影響などについて

2-1 感染症予防法における感染症の種類

感染症予防法は、第6条において「感染症」についての定義を行い、一類感染症、二類感染症、三類感染症、四類感染症、五類感染症、新型インフルエンザ等感染症、指定感染症及び新感染症をいうものとしている。具体的には、以下の通りである。

- (ア) 一類感染症 = エボラ出血熱、クリミア・コンゴ出血熱、痘そう、南米出血熱、ペスト、マールブルグ病、ラッサ熱。
- (イ) 二類感染症 = 急性灰白髄炎、結核、ジフテリア、重症急性呼吸器症候群（病原体がコロナウイルス属SARSコロナウイルスであるものに限る。）、鳥インフルエンザ（病原体がインフルエンザウイルスA属インフルエンザAウイルスであってその血清亜型がH5N1であるものに限る。第五項第七号において「鳥インフルエンザ（H5N1）」という。）。
- (ウ) 三類感染症 = コレラ、細菌性赤痢、腸管出血性大腸菌感染症、腸チフス、パラチフス。
- (エ) 四類感染症 = E型肝炎、A型肝炎、黄熱、Q熱、狂犬病、炭疽、鳥インフルエンザ（鳥インフルエンザ（H5N1）を除く。）、ボツリヌス症、マラリア、野兎病、前各号に掲げるもののほか、既に知られている感染性の疾病であって、動物又はその死体、飲食物、衣類、寝具その他の物件を介して人に感染し、前各号に掲げるものと同程度に国民の健康に影響を与えるおそれがあるものとして政令で定めるもの。
- (オ) 五類感染症 = インフルエンザ（鳥インフルエンザ及び新型インフルエンザ等感染症を除く。）、ウイルス性肝炎（E型肝炎及びA型肝炎を除く。）、クリプトスポリジウム症、後天性免疫不全症候群、性器クラミジア感染症、梅毒、麻しん、メチシリン耐性黄色ブドウ球菌感染症、前各号に掲げるもののほか、既に知られている感染性の疾病（四類感染症を除く。）であって、前各号に掲げるものと同程度に国民の健康に影響を与えるおそれがあるものとして厚生労働省令で定めるもの。
- (カ) 新型インフルエンザ等感染症 = 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をいう。)、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をいう。))。

- (キ) 指定感染症 = 既に知られている感染性の疾病(一類感染症、二類感染症、三類感染症及び新型インフルエンザ等感染症を除く。)であって、第三章から第七章までの規定の全部又は一部を準用しなければ、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ものとして政令で定めるものをいう。
- (ク) 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をいう。

上記のさまざまな感染症は、定義の各所に記されているように、まん延すれば人々の生命・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であるが、現在の国際的な人的交流・物資輸送の活発化ともあいまって、条件次第では、国際社会全体に急速にまん延し多大の影響・被害を及ぼすおそれがあるために、一国内のみならず、全世界的に対応すべき課題を含むと考えられるものなのである。

2-2 新型インフルエンザ等の世界的大流行型感染症とその影響など

2-2-1 新型インフルエンザの法的定義等について

以下では、世界的大流行型の感染症の中でも、最近時に世界的大流行のおそれを生じさせた新型インフルエンザを中心に考察していくことにする。

周知のように、インフルエンザは、各種の性質に基づいていろいろな意味で多様である。

2009年3月下旬以降に流行した「新型インフルエンザ」に関しては、当初は

表記も一定ではなかった。発生時はその起源から「豚インフルエンザ」などと表現され、国立感染症研究所感染症情報センターも、「新型インフルエンザ（ブタ由来インフルエンザA/H1N1）」（swine-origin influenza A/H1N1）などとしていた。英語表記について見ると、WHO（世界保健機関）でも、今回の新型インフルエンザに関して、新型であることや大流行型であることを中心とした視点からの、novel influenza strain、new strain、pandemic strainなどの表記や、遺伝子型を中心とした視点からの、Influenza A (H1N1)、H1N1 pandemic influenzaなどの用語が用いられていたが、その後2009年4月30日にWHOが呼び方を変更し、それに基づいて現在は「Influenza A (H1N1)」と表記されるのが一般的となっている。

その他の例を見ると、詳細に報道する場合には遺伝子型での表記が一般的となっており、2010年10月末から11月初めにかけて北秋田市の病院でインフルエンザ集団感染が発生し8人が死亡した事例では、インフルエンザA/H3N2（A香港型）が検出されたと報道され、11月末に島根県安来市の養鶏場で発見された高病原性鳥インフルエンザは、農林水産省の調べによりH5N1亜型（強毒タイプ）であることが判明したとされたところである²。

一方、法的視点を中心にした新型インフルエンザの定義についても、インフルエンザウイルスについては異なる遺伝子型のものが存在すること、インフルエンザウイルスの変異が著しいこと、それにより社会的影響も各種のレベルに分かれることなどもあって、一義的に定義することは簡単ではないことがわかる。

まず、近時、新型インフルエンザを含む各種の感染症の世界的流行のおそれが懸念されるようになったことを受けて、厚生労働省が2004年8月付で公表した新型インフルエンザ対策に関する検討小委員会による「新型インフルエンザ対策報告書」においては、用語解説として、「過去数十年間にヒトが経験したことがないHAまたはNA亜型のウイルスがヒトの間で伝播して、インフルエンザの流行を起こした時、これを新型インフルエンザと呼ぶ」とし、「（インフルエンザ）パンデミック」を「新型インフルエンザウイルスがヒトの集団に広範かつ急速に広がり、世界的大流行を呈する状況」と定義している³。

そして、これを受けて、2008年に改正された感染症予防法では、上記のように、第6条第7項1号において、新型インフルエンザが明文で定義されたのである。また、この感染症予防法では、新型インフルエンザ以外のインフルエンザについても類型化して定義を行っており、既述のように、「鳥インフルエンザ（H5N1）」を、感染力が強く罹患した場合の重篤性等に基づく総合的な

観点からみた危険性が高い二類感染症とし、「鳥インフルエンザ (H5N1を除く)」を、人から人への感染はないが動物や飲食物等の物件を介して感染するためその消毒・廃棄などの措置が必要となる四類感染症とし、「インフルエンザ (鳥インフルエンザ及び新型インフルエンザを除く)」を、発生情報の収集・分析と国民等への結果の提供・公開により発生・拡大を防止すべき五類感染症としたほか、上記の新型インフルエンザならびに「再興型インフルエンザ」を、新型インフルエンザ等感染症と規定したのである⁴。さらに、感染症予防法は、第7章 (第44条の2から5まで) において、新型インフルエンザに関する情報の公表その他の詳細な規定をおいている。

これらの新型インフルエンザ等の感染症に関する感染症予防法の定義での重要な点が、多数の人々が何らかの感染症に対する免疫を獲得していないこと、したがって、その感染症の全国的かつ急速なまん延により人々の生命・健康に重大な影響を与えるおそれがあるということであるのは、容易に理解できる。

もとより、これまでの歴史に鑑みても、インフルエンザの大流行は、数年間程度までのことが多かったのであるが、その決して長くはない期間における急速かつ広範な影響と被害がきわめて甚大であったと考えられるために、危機管理に関わるさまざまな予防や対策が重要と考えられるのである。

2-2-2 新型インフルエンザ等の感染症が与える諸影響

(1) 新型インフルエンザ等の感染症による人的被害

新型インフルエンザ等の感染症が大流行すると、どうなるのか、どんな被害・影響があるのか。ここでは、まず、インフルエンザを例として、その人的被害から見ることにする。

通常のインフルエンザに関しても罹患者数は多数にのぼっており、日本では、例えば2006/2007シーズン (2006年第36週/9月~2007年第35週/8月) において報告患者数は約108万人というレベルであり、死亡例も2008/2009シーズンではシーズン終盤の2月23日時点でのインフルエンザ脳症に関する報告33例中死亡6例だったのであるが、それと比較してみても世界的な大流行型インフルエンザの被害はすさまじく、1918年に世界で流行したスペイン型インフルエンザ (いわゆるスペインかぜ) では、日本だけでも、2300万人が罹患し、死亡者は38万人とされており、世界的には、当時の全人口の約3分の1に当たる6億人もの人が罹患し、死亡者数も2000万人から4000万人という膨大な数にのぼったとされているのである⁵。

また、日本国内で新型インフルエンザが流行した場合の想定被害についてみ

れば、政府が2009年2月17日に決定した「新型インフルエンザ対策行動計画」の「改定概要」では、その流行規模・被害想定に関しては、罹患率が全人口の約25%、従業員の欠勤が最大40%程度、医療機関受診患者数が1300万人から2500万人、死亡者数が17万人から64万人と見積もられたほどである⁶。

したがって、感染症予防法が、その前文で、「人類は、これまで、疾病、とりわけ感染症により、多大の苦難を経験してきた。ペスト、痘そう、コレラ等の感染症の流行は、時には文明を存亡の危機に迫り、感染症を根絶することは、正に人類の悲願と言えるものである。医学医療の進歩や衛生水準の著しい向上により、多くの感染症が克服されてきたが、新たな感染症の出現や既知の感染症の再興により、また、国際交流の進展等に伴い、感染症は、新たな形で、今なお人類に脅威を与えている」と規定しているのは、最近のSARS（重症急性呼吸器症候群）問題や今回の新型インフルエンザ問題に鑑みれば、正鵠を射たものといえるのである。

（2）世界的大流行型感染症による社会・経済の破綻のおそれへの対応

しかし、「文明を存亡の危機」に迫り、おそれがあるのは、人的被害の面だけではない。上記・「新型インフルエンザ対策行動計画（改定後）の概要」においては、「目的の明確化」として「①感染拡大を可能な限り抑制し、健康被害を最小限にとどめること」と並んで、「②社会・経済を破綻に至らせないこと」が記されているのであるが、後者も重大な問題なのである。

まず、国内でのまん延段階に至った場合を考えれば、各国内で、多数の患者が発生するものの病院だけでは患者を収容しきれず、医師や看護師等の医療関係者も罹患して不足し、電車やバスなどの公共交通機関もストップし、学校や企業や商店も閉鎖され、食料やエネルギー源を含む各種の物資・製品や商品の輸送が滞る、これらの事実が複合的に作用して罹患者の救済により一層の支障が生じる、などの事態が生じることが予想される⁷。国内社会の破綻であり、そうした事態を防ぐために、感染症予防法・検疫法の改正、あるいは「新型インフルエンザ対策行動計画」や「新型インフルエンザ対策ガイドライン」の作成が急がれた所以である⁸。

災害の際には情報収集や被災回避の面で難のある人々の救済・支援も重要課題となるが、新型インフルエンザまん延時には、各国内で、行政機関や報道機関あるいは学校や企業等が、正確な情報収集も適切な情報提供もともにできなくなることが予想されるため、あらかじめ十分な対策を講じていなければならないことになる。例えば、視聴面で問題を抱える障がい者については点字や手話等の手段を駆使して必要な情報を十分に提供する対応や、外国出身であるな

ど日本語理解能力に問題のある人々については必要な情報を提供するうえで多数の外国語に翻訳して発信・伝達するなどの対応が必要となるのである。

(3) 国際社会における世界大流行型感染症への対応の課題の一端

また、国際社会との関わりないし国際的な性質についてみれば、今回の新型インフルエンザ問題に際して厚生労働省が2009年5月1日付けで作成した「新型インフルエンザ (swine-origin influenza A/H1N1) 積極的疫学調査実施要綱 (暫定版)」⁹に基づいて、成田ほかの国際空港に到着した航空機が検疫を受け、新型インフルエンザ患者が隔離され、新型インフルエンザ患者 (疑似症例を含む) の同居者あるいは学校・職場等で2メートル以内にいた濃厚接触者が自宅待機を求められた¹⁰のは、まだ記憶に新しいところであり、海外旅行を含む国際交流や物資の国際移動も多大な影響を被ることになる。従って、交通・輸送手段が発達した現代国際社会においては、感染者が外国から入国する可能性および感染者が外国に出国する可能性が非常に高くなっていることもあって、対応策を世界レベルで実施する必要性が大きいのである。

一方、新型インフルエンザ等の世界大流行型感染症がどこかの国で発生した場合には、当該国内での情報の市民への迅速な公開だけではなく、他国ないし国際機関への早急な伝達による国際社会全体での諸情報の共有とそのための体制整備が課題となる。

この関係で、台湾 (中華民国) のWHOへのオブザーバー参加問題について触れておく。1949年に中華人民共和国政府が成立すると、中華民国政府は台湾に移ったが、1971年に国際連合が総会決議で代表権を中華民国政府から中華人民共和国政府に切り替え、中華民国政府は国連および国連に関連する国際機関から追放 (expel) された¹¹。このため、台湾は、SARS (重症急性呼吸器症候群) 問題の際に、他国やWHOから十分な情報が得られないために苦慮した。そこで、2009年の新型インフルエンザ発生の際には、政治的理由や国家主権という名目で国際機関への台湾の加盟を認めない中華人民共和国政府に対して、「政治問題ではなく人道問題だ」と説得し、これが功を奏して、WHOにオブザーバー参加することができるようになったのである¹²。

もとより、WHOは、1948年の世界保健機関憲章¹³の前文において、「人種、宗教、政治的信念、経済的または社会的条件の別なく、到達しうる最高の健康水準を享有することは、すべての人が有する基本的権利の一つである」と定めているのであり、上記の台湾のWHOオブザーバー参加は当然のことと思われる。感染症に罹患し治療を受けることに関して国籍は関係がなく、生きる権利の根幹をなす医療情報入手の権利や十分な情報を得た上で適切な治療を受ける

権利は、世界中のすべての人が有すべき権利ないし地球市民的基本権と考えるべきものであって、こうした国家の枠組みを超えた人権論の再構築は、これまでの法律学的思考に修正をもたらす国家主権の桎梏を打破する上で一つの方向性になるとも考えられる。今後の考察課題とするものである。

3 感染症の発生・流行時における人権の制限について

3-1 感染症と患者の人権尊重および差別防止等

感染症に関しては、人類の長い歴史において、さまざまな差別が存在してきたことは周知の事実である。

そのため、感染症予防法は、その前文で、「感染症の患者等に対するいわれのない差別や偏見が存在したという事実」に言及し、「感染症の患者等が置かれてきた状況を踏まえ、感染症の患者等の人権を尊重しつつ、これらの者に対する良質かつ適切な医療の提供を確保し、感染症に迅速かつ適切に対応する」要請に応えようとしている。

しかし、SARS問題や新型インフルエンザ問題に鑑みれば、歴史が繰り返されないとは言いきれず、感染力が強力な感染症の場合には広範にまん延する事態が発生しうると考えられるために、患者またはその疑いがある者に対して、公権力により不当な身体の拘束が行われたり、学校や役所や企業その他一般社会において不合理な差別的取り扱いが生じたりすることも心配されるところである。また、医療の現場でも、医師・看護師等を含む医療関係者ないし病院等が、患者もしくは罹患した疑いのある者を差別なく受け入れ、医療提供してくれるのか、あるいはそもそも医療現場こそが感染症の連鎖の場になりやすいのではないかという問題も懸念されるところである。

そこで、感染症予防法では、第2条において、「感染症の発生の予防及びそのまん延の防止を目的として国及び地方公共団体が講ずる施策は、これらを目的とする施策に関する国際的動向を踏まえつつ、保健医療を取り巻く環境の変化、国際交流の進展等に即応し、新感染症その他の感染症に迅速かつ適確に対応することができるよう、感染症の患者等が置かれている状況を深く認識し、これらの者の人権を尊重しつつ、総合的かつ計画的に推進されること」を基本理念と定める一方、第3条で国に対して諸々の施策の基礎として患者等の人権の尊重を義務づけ、第4条で国民に対しても「感染症の患者等の人権が損なわれないようにしなければならない」と定め、第5条で医師等の責務として「感染症の患者等が置かれている状況を深く認識し、良質かつ適切な医療

を行うとともに、当該医療について適切な説明を行い、当該患者等の理解を得るよう努めなければならない」と規定している。これらが実効的なものになるか否かは、国、地方公共団体、医療関係者、国民、あるいは国際社会全般の努力によることになるのである。

3-2 感染症対策関連法令における人権制限関連規定について

既述のように、なるほど、世界大流行型感染症がまん延すれば、膨大な患者が発生するだけではなく、国内社会および国際社会が危機に陥るおそれがあるので、発生予防やまん延防止のために行われる入院や隔離・停留措置等も、一見すると当然のようにも思われる。しかし、それでは、感染症対策において、いかなる法的根拠に基づいて人権を制限しうるのか、が問題とされなければならない¹⁴。

よって、以下では、まず、根拠となる法規範やその性質に関して検討を行うことにする。

日本国憲法は、第25条第1項において、健康で文化的な生活を営む権利としての生存権を規定し、人々の生存権を具体的現実的に保障するための国家の責務ないし社会的使命について、第2項において、「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない」と定めて、各種の法令を整備するとともに対応のための行政制度を構築する責務があることを規定している。そして、公衆衛生の中でも、感染症の予防とまん延防止策は、国の主要政策の一部をなしている。

しかし、看過されてはならないのが、感染症対策における人権の制限に関する問題である。すなわち、「感染症対策は、『近代公衆衛生の原点』であり、感染症のまん延から社会を守るために権力的な手段を用い、憲法で保障された基本的人権を制約せざるをえない行政作用を含んでいる」¹⁵のである。

ここで、感染症に罹患するとどのような対応がなされるのかの一端を、感染症予防法および検疫法等の規定に基づいて見ることにする。

まず、感染症予防法は、第1章「総則」において、法律の目的、基本理念、国及び地方公共団体の責務、国民の責務、医師・獣医師等の責務、感染症その他の用語の定義などを規定し、第2章「基本指針等」において、国の基本指針や都道府県の予防計画を定め、第3章「感染症に関する情報の収集及び公表」で、医師・獣医師等の届出の義務、都道府県による発生の状況及び動向の把握と原因調査ならびに検疫所長との連携、国および都道府県による情報の公表などについて定めている。

そして、同法第4章「健康診断、就業制限及び入院」¹⁶において、第17条で一類から三類までの感染症および新型インフルエンザにかかっていると疑うに足りる正当な理由のある者またはその保護者（親権者または後見人）に対する医師の健康診断受診勧告を定め、第18条で一定の感染症や新型インフルエンザの患者であると判明した者や無症状でも病原体を保有している者に対する就業の制限を規定し、第19条では一類感染症患者に対する入院勧告ならびに勧告に従わない場合の強制入院を定め、また第7章「新型インフルエンザ等感染症」においては、第44条の3で健康状態の報告ならびに居宅等からの外出自粛その他の感染防止に必要な協力とそのための食事の提供や日用品の支給などについて規定している。さらに、第5章「消毒その他の措置」においては、一類から四類までの感染症および新型インフルエンザ病原体に汚染された場所の当該区域管理者等への消毒命令やねずみ族・昆虫等の駆除命令、水の使用制限、汚染建物への立ち入りの制限または禁止、汚染された場所または汚染された疑いがある場所の72時間以内の交通の制限または遮断などについて規定している。

また、検疫法¹⁷は、第2条において、感染症予防法所定の一類感染症や新型インフルエンザ等感染症を検疫感染症と定義し、それらが外国で発生したときには、国内侵入を防止するための水際対策として、まず、日本人帰国者や外国人の日本入国者等を含む乗客・乗員に対して、質問・診察・検査が行われ（検疫法第12条・第13条）、患者と判明した者については隔離（Isolation）されて指定医療機関に入院させられ（検疫法第14条第1項1号・第15条）、感染症病原体に感染したおそれのある者（濃厚接触者と言われることもある：航空機内では感染者の2メートル程度以内に座っていた者などが該当する）については停留（Restriction of Activities）されて最大10日間指定宿泊施設（国の施設や民間のホテルなど）に留め置かれ（検疫法第14条第1項2号・第16条）、病原体に汚染されたまたは汚染された疑いのある場所の消毒や物の消毒・廃棄や物の移動・使用禁止（検疫法第14条第1項3号から7号）などの措置がとられるものと規定されている¹⁸。

また、学校保健安全法は、学校における児童生徒および職員等の健康の保持増進、教育活動の安全な環境のもとでの実施、児童生徒等の安全の確保等の目的で、第4節「感染症の予防」において、第19条で、「校長は、感染症にかかっており、かかっている疑いがあり、又はかかるおそれのある児童生徒があるときは、政令で定めるところにより、出席を停止させることができる」として出席停止を規定し、第20条で、「学校の設置者は、感染症の予防上必要があるときは、臨時に、学校の全部又は一部の休業を行うことができる」として臨

時休業を規定している。

もとより、感染症予防法第22条の2その他の規定では最小限度の措置であることが要請されてはいるものの、これらの措置が、たとえば、身体の自由の制限、学ぶ権利の制限、居住・移転の自由の制限、営業の自由ないし職業遂行の自由の制限、財産権の制限などに関連する強力な人権制限措置であることは明かであろう。

3-3 感染症予防法、検疫法等における人権制限措置の法的性質等

(1) 感染症対策における人権制限措置と即時強制

上で概観した感染症対策における諸々の措置のうち、発生の予防やまん延防止のために、病原体に汚染されたまたは汚染された疑いがある場所の消毒や飲食物・衣類寝具等の消毒や廃棄、生活用水の使用制限、建物への立ち入り禁止等を行政が命令することができる場合がある（感染症予防法第27条から第31条ほかや検疫法第14条第1項3号ほか）。

これらの行政行為は、相手方に対する一定の作為・給付または受忍の義務の発生を法効果とする行為（下命）や相手方に対する一定の不作为の義務の発生を法効果とする行為（禁止）¹⁹であり、「人の本来自由な行動に対し、作為・不作为の命令をする」²⁰行政行為であるために、法律の根拠が必要である。

一方、強制的健康診断（第17条第2項）や強制的入院（第19条第3項）や汚染された場所への交通の制限・遮断（第33条）などのように、緊急の場合の身体に対する強制も規定されており、これらは、講学上、行政上の即時強制と呼ばれるものである²¹。

即時強制とは、「義務を命ずる暇のない緊急事態や、犯則調査や泥酔者保護のように義務を命ずることによっては目的を達成しがたい場合に、相手方の義務の存在を前提とせずに、行政機関が直接に身体または財産に実力を行使して行政上望ましい状態を実現する作用」をいうものとされている²²。たとえば、警察官職務執行法は、第3条第1項において、「警察官は、異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して次の各号に該当することが明らかであり、かつ、応急の救護を要すると信ずるに足りる者を発見したとき」は、警察署その他適当な場所において保護しなければならないとし、同項1号で「精神錯乱又は泥酔のため、自己又は他人の生命、身体又は財産に危害を及ぼすおそれのある者」の保護を規定している。このように、即時強制は、まず、「目前急迫の障害を除く必要上義務を命ずる暇のない場合又はその性質上義務を命ずることによってはその目的を達しがたい場合」²³に行われることになるのであり、人権

の制限につながることから、法律の根拠を必要とするものである。

(2) 感染症対策における即時強制と手続き的保障の充実化の必要

しかし、行政上の目的を達成するために人々の身体や財産に実力を加えて行政上必要な状態を実現しようとする行政強制全般とりわけ即時強制に関して検討すれば、日本においては、明治憲法下での行政執行法等によって検束（同法第1条は泥酔者その他本人自身について教護を要すると認められる者に対する保護検束ならびに暴行・闘争その他公安を害するおそれのある者に対して他者加害防止・公共の安全等の目的での予防検束を定めていた）・仮領置・住居立ち入り・土地物件の使用制限その他の広範な人権制限措置が定められ、「殊に戦前戦中においては、これらの手段が、時には、法規の制限を超え法規をふみにじって、濫用されることも稀ではなかった」^{24A}のである。世界の歴史に鑑みれば、専制体制のもとでは、政治的主導権をめぐる争いがある場合でも、民族・宗教・言語などで争いがある場合でも、富・資源の偏在がある場合でも、ひとたび権力者が敵対勢力に対する抑圧・弾圧の方針をとれば、警察官も、検察官も、医師も、権力に逆らうことは許されず、過酷な状況が生じた例が多数見られる。本稿冒頭の、権力者による人権の恣意的かつ大規模な侵害の懸念も、ここから生じるものである。そのために、現在では、「憲法は、基本的人権の尊重確保をもって最大の眼目とし、行政法上の義務の不履行に対する強制の必要とか、社会公共の秩序を保障するための必要とかの名目をもって、無条件に基本的人権を侵害することは、これを許さない」^{24B} ことになっている。さらに、行政全般において、人々の人権を制約したり侵害したりする行政行為について法律の根拠を要求する法律による行政の原理が、現在の基本原理となっているのである。

しかし、それでも、感染症予防法での即時強制においては、緊急時のために「行政機関が義務を課す行為が前置されないために、手続き的保障の面で大きな問題」^{25A}があることになる。

感染症予防法は、このような懸念を払拭し、人権を保護するために、必要最小限度の措置を要請するとともに、各種の手続き的保障を行っている。たとえば、健康診断や入院に関する事前勧告（第17条第1項や第19条第1項ほか）、勧告時の理由提示義務（第17条第3項ほか）、入院期間制限（第19条第3項ほか）、一類感染症患者の入院時および入院期間延長時に事前に第三者機関である感染症の診査に関する協議会の意見聴取義務（第20条第5項）などである。これらの対応は、「人権保障の観点から手続き的保障に配慮する注目すべき制度改正」^{25B}であると評価されているものである。

もとより、感染症対策をはじめとする公衆衛生の領域においては、多数の人々の健康・生命を守るために、感染症の発生およびまん延の未然防止が種々の対策の主眼に置かれるべきことはいうまでもないことである。他方、感染症対策全般において、各種の即時強制該当措置がとられることになっていることから、運用の仕方によっては、大規模な人権の侵害も起こりうると考えられるのであり、今後も、適切かつ厳格な手続き的保障の整備と充実化が望まれるのである。

3-4 感染症対策における人権制限措置の根拠としての人権制約原理

(1) 権力のあり方および人権制約に関する異なる考え方の存在について

続けて検討しなければならないのは、諸々の人権制限措置の制約原理である。ただし、ここで人権制約原理の検討を行うに当たって最初に断っておくべきことは、私見は、これまで述べてきたように、「感染症対策における人権制限措置」などの用語を用いてきたのは、感染症の「患者」であることが明かである者ばかりではなく、検疫法が停留の対象者としているのが新型インフルエンザ等の「病原体に感染したおそれのある者」となっているように感染者の数メートル程度の身近にいたすべての者に対しても人権制約がなされうることを懸念する立場、権力は恣意的に運用されるならば大規模な人権侵害も引き起こすおそれがあるために自由を守るためには法の支配や権力分立等が必要であるという憲法学的視点から論じてきていることである。

そのことに関しては、国際化ないしグローバル化の進展に伴って、感染症対策問題や食品の安全性の問題や国際的テロ対策問題など、安全・安心、危険・リスク等に関する多方面にわたる国家によるリスク管理が議論されるようになり²⁶、現在では、憲法学や行政法学や刑事法学をはじめとする法律学者により種々の見解が提示されている。

周知のように、一方には、社会の安全を守ることは国家の基本的な責務であり、社会の安全が確保されてはじめて人々の自由の享有が可能になるのである。したがって、たとえ、プライバシーや、通信の秘密や、営業の自由などの人権が若干制約されることになっても、恐怖と不安からの自由の確保のためには不可避的な侵害であり甘受すべきである、といういわゆる「安全の中の自由」論があり、他方には、社会の安全の確保等の名目のもとの国家権力の拡大は人々の自由を危うくさせるものである、新たな危険やリスクというもの科学・技術の発展や社会のあり方の変化等に伴っていつの時代でも次々に生じるものであるから、これまで同様に法の支配のもとで一般行政の組織・作用・手

続きを再検討・再構築しながら対処していけばよい、という考え方がある²⁷。

前者と後者の相違点の一つは、権力に対する認識、あるいは権力への懐疑に関する考え方、ならびに現代社会における人権の保護や制約のあり方に関する考え方の違いにあるように思われる。たとえば、前者についてみれば、安全の中の自由論のほかにも、国家権力と自由の構造転換を主張する論者がおり、「『安全・安心まちづくり』の進展の果てに極大化した警察作用は、…規律訓練型権力の完成形態をもたらすことになる。それは、国法違反行為を強制力によって排除するという統治方法を超えて、規律訓練という統治術を通じて、秩序への志向性を個々人に自動的に内面化させる作用として立ち現れ、さらに、刑法犯の取り締まりを超えて、公衆衛生、静穏、健全な社会の建設、セクシュアリティの管理…に拡大されてゆく。…では、自由の方はどうなるのだろうか。…この点、憲法学における自由権論は、従来より、自由を『強制の不存在』と考える傾向にあったと言えよう。…権力は変容しつつあるのに、自由権論の構想だけは古典的なままでいるというのはあまりにも非対称的ではないだろうか。…『自由』の観念も、このような権力の変容に対応して再検討することが必要になってこよう」²⁸と述べているところである。

私見は疑問を留保するものであり、不明にして、このような見解が立脚するところの、新たな権力論や、新たな自由論等の定義や内容が、理解できない。権力者となった人間あるいは人間集団が運用する国家権力が、暴走して専制支配になることは、もうありえなくなったのであろうか。また、権力の恣意的な濫用による大規模な人権侵害の歴史的経験を踏まえて人々の自由を守るために構築されてきた自由主義に立脚する権力分立制、たとえば、日本国憲法についてみれば、立法・行政・司法の三権を分立させて均衡と抑制を図っただけでなく、人々に権利を賦与・制限し義務を賦課する法律制定権および社会のあり方を左右する予算議決権・条約承認権などという強い力を有する立法部の暴走を防ぐために衆議院と参議院という二院制を採用し、行政権を担う強大な内閣に権力を集中させないためにも地方自治を制度化して地方分権も重視し、裁判所に違憲法令審査権を付与するなどの諸制度を採用している制度は、歴史的使命を終えて、新しい状況が到来したのであろうか。社会の安全は自由に優先する、恐怖と不安からの自由の確保のためには若干の人権の制約は甘受すべきであると、すべての社会構成員が考える時代になったのであろうか。

むしろ、私見では、安全の中の自由論などに見られる人権を制約する名目であるところの「社会の安全の確保」等は、憲法学的視点からは、人権制約原理として考察されてきた「公共の福祉」の意義に関しての、古くから提唱されて

きたところの「人権の外にあって、それを制約することのできる一般的な原理」あるいは「人権の対立物ないし人権に優位する価値」としての「公共の福祉」を認める「一元的外在制約説」^{29-A}のもとでの「国土の安全」とか「公共の安寧秩序」などの用語ないし概念と同内容のものではないかと考えられるのである。この問題に関してはなんらかの結論を得る能力は現時点での筆者にはないこと等に鑑み、今後の検討課題とするものである。しかし、以下では、上に述べた私見が的外れでないことを前提にして先に進み、人権制約原理としての「公共の福祉」の内容について検討することにする。

(2) 人権制約原理としての「公共の福祉」の検討

憲法第13条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と規定している。個人の尊重に立脚するこのいわゆる幸福追求権は、包括的基本権であると考えられている。憲法学においては、ここにいう「公共の福祉」を、一般に人権制約原理と考えて、その意義の検討が行われてきた^{29-B}が、抽象的かつ論争的な用語であるために、多くの見解が提唱されてきている。

まず、日本国憲法制定後の初期の段階で提唱されたのが、上で触れた一元的外在制約説で、「公共の福祉」は人権の外にあってすべての人権を制約することのできる一般的な原理であるとされた。しかし、公共の福祉や社会の安全の確保などという名目は内容が明確であるとはいえない、立法や行政により人権の制限が広範に行われるおそれがある、実際に戦前戦中の日本ではこのような名目が濫用されて大規模な人権抑圧を見た歴史的経緯がある、人権が侵害されても裁判所は名目に基づき立法権が合理的目的を有すると判断し適正な手続きのもとに制定した適正な法律に基づく行政行為だと判断するなどして合憲合法であると容易に認めやすいではないか、などと批判されたのである。

そこで、次に有力となったのが、内在・外在二元的制約説で、公共の福祉によって制限される人権を経済的自由と社会権に限定し、その他の権利・自由には内在的制約が存するにとどまると主張された。しかし、憲法第13条は訓示的・倫理的規定であるとしたことについて、それでは裁判規範性がないことになり、プライバシー権のような新しい人権の根拠になりえないではないか、との批判を受けた。

その後、日本国憲法下では個人に優先する全体の利益ないし価値は存在せず、公共の福祉とは人権相互の矛盾・衝突を調整するための実質的公平の原理であり、この意味での公共の福祉はすべての人権に論理必然的に内在している、他

者の人権との調和を図り自由権を各人に公平に保障しようとするための制約は必要最小限度の規制のみが認められ（自由国家的公共の福祉）、また社会権を実質的に保障するために自由権を規制するための制約は必要な限度の規制が認められる（社会国家的公共の福祉）、とする一元的内在制約説が提唱され、有力となった。論者によっては、「憲法が個人の尊厳を基本原理とする以上、公共の福祉を全体主義的な思想を基礎にした『全体の利益』という意味に解することが許されないのはいうまでもない。戦時中に言われたような『滅私奉公』というような考え方は、日本国憲法の下では許されていない。…ゆえに、ここで『公共の福祉』とはすべての個人に等しく人権を保障するために必要な措置を意味する」³⁰と述べられている。しかし、このような見解に対しても、自由国家的公共の福祉と社会国家的公共の福祉とを認めるのならば、前者は内在的制約ではあるが、後者は政策的制約であって外在的制約説と大差なくなるのではないか、あるいはたとえば景観の保持や電波の混信防止などは他者の人権との関わりでは説明困難でやはり社会全体の利益ないし公共の福祉としてしか観念できないのではないか、との批判³¹もある。

これに対して、「公共の福祉」による人権制約を認める方向でも、「人権は原則的にすべて『公共の福祉』にもとづく制限をうける」^{32-A}としたうえで、人権制限事由についてより詳細に分類していく方向性ないし「人権制約の正当化事由を個別具体的に探求していく」^{33-A}立場からの見解が提示されている。

この見解は、人権制約事由（人権制限を憲法上正当化する事由）を、①他者加害防止（公衆衛生の確保や危害の予防などを含め他人の利益の確保）、②社会的経済的政策の実現、③自己加害防止、④公共徳ないし倫理の維持（動物虐待の禁止の場合など）、⑤自然的・文化的環境の保護、⑥国家（機関）の正当な統治・行政などの公共的機能の確保などをあげている^{32-B}。ただし、これらは、「合憲的な人権制限事例のすべてをうまく説明するため」のものであり、「人権制約事由をこの6つに限定しようとする姿勢が見られない…どころかこの類別を『さしあたっての便宜的なものにすぎない』とさえ述べている」^{33-B}のである。

敷衍すれば、この見解の方向性は、とりあえず現時点では、人権制約の名目として「公共の福祉」の用語を用いておくが、実際には、人権制約事由を、個別的に詳細に検討していく、とも考えられるのであり、賛同するものである。

この方向性を推し進めると、個別措置ごとに人権制約事由を示していけば、抽象的かつ論争的かつ恣意的運用のおそれを内包している用語である「公共の福祉」という語を、あまり用いなくてもよいことになるのではなかろうか。既

述のように科学・技術の発達や社会のあり方の変化に伴って生じる危険やリスクへの対応策およびそれに対応する人権制限事由も生じ変化していくはずであり、すべての措置を、「公共の福祉」、「安全」、「危険」などの抽象的な用語で説明するのは難点があることから、個別的措置の性質に応じて考えていくのが妥当であろうと思われる。可能ならば、立法においても、「公共の福祉」その他の抽象的な用語で、種々の性質を有する措置をひとくくりにするのではなく、個別の措置ごとに、どのような個別の人権制約事由に基づいているかを詳細に示していくことが望ましいと考えるものである。試みに、これまで検討してきた感染症対策における人権制約措置に関してみれば、まず、勧告による健康診断や入院等の措置は、本人の利益のために本人の人権を制限する措置として自己加害防止原理に該当し、強制入院や隔離・停留や就業制限や「一種病原体等のみだりに発散させて公共の危険を生じさせた者」の処罰（感染症予防法第67条第1項）等の措置は、他人の利益のために人権を制限する措置や他人の人権を侵害する行為を禁止する措置としてあるいは他の多数の人々の危害の予防や公衆衛生の確保などのための措置として他者加害防止原理に該当するものもしくは両原理の複合形態と考えられるものである³⁴。

(3) 感染症対策におけるいくつかの人権制限措置の憲法適合性について

最後に、現在の関連法令に基づく諸々の措置の憲法適合性の問題に関して、若干の検討を行うことにする。

まず、現行の感染症対策ないし公衆衛生の部面における人権制限に関する措置あるいは感染症予防法や検疫法等の関連法令が、著しく人権を侵害するとして憲法違反の疑いがあるとの見方は、寡聞にして見当たらない。

また、憲法学においては、人権規定と感染症対策に関する記述も少なく、「何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する」と定める憲法第22条第1項の居住・移転の自由の制限に関して、「伝染病予防等の理由による強制入院・隔離…があるが、いずれも合理的理由に基づく規制と解されている」³⁵と述べられたり、「感染症予防法…や精神保健福祉法…の『措置入院』のような、社会衛生的観点からの移動制限もある。放置した場合の害悪の度合と本人保護の必要性から、合憲性が判断されることになるだろう。こうした措置をとる『手続の適正さ』は、22条とは別に、13条・31条の問題となる」³⁶と述べられたり、あるいは、「本人の保護と社会衛生上の見地からなされる制約として、特定の病気の患者の強制入院・隔離がある…。この制約は、本人の保護と社会への影響を考慮して、特定の病気について人の居住移転の自由を制限するもので、法文は、そのおそれがあるときに制限できると

しているが、実質的に考えれば、自由を制限しないときに生ずる害悪の発生の蓋然性が高く、制約の緊急性と必要性を認めるに足りるものであるから、合憲であると一般に解されている」³⁷と述べられたりするにとどまっているのである。

ここで、感染症対策におけるいくつかの人権制約措置に関する憲法適合性に関して、試みに私見を若干示しておくことにする。

たとえば、感染症予防法や検疫法に基づく患者の強制的な入院措置をとりあげれば、移転の自由だけではなく身体の自由の制約でもある強力な人権制約措置であるために厳格審査基準で判断すべきであろうが、法の規定するところである感染症のまん延を防止し公衆衛生の向上を図るという目的に即し、入院させずに放置しておけば本人の健康・生命が害されるおそれが高いうえに感染して他の多数の人々の健康・生命を危うくさせ社会の破綻をもたらすおそれも高くと想定されるために、緊急の本人の保護および他の多数の人々の健康・生命の保護および社会の破綻の防止等の真にやむにやまれぬ立法目的に基づくものであり、立法目的達成手段としての入院措置および必要な場合の入院延長措置も合理的かつ必要不可欠な最小限度の措置であって、ほかに代替可能な措置も考えられないことから、違憲とは言い難いところである。

また、感染症予防法等に基づく一定の感染症にかかっていると疑うに足りる正当な理由のある者に対する事前勧告による健康診断や患者等に対する就業制限その他の措置、検疫法等に基づく隔離・停留措置等の人権制限措置も、他の多数の人々の健康・生命の保全等を目的とする真にやむをえない措置と考えられるものであり、上と同様の論理構成になると思われることから、やはり違憲とは言い難いことになろう。ただし、筆者が懸念するところの、権力者が政敵の弾圧や外国人入国者等を抑圧する目的で恣意的に諸措置を命じ濫用されるような場合においては、その限りで運用違憲の問題が生じることになろう。

4 むすびにかえて－今後の課題

今回の考察で、日本および世界における感染症まん延による深刻な被害やその克服の歴史を踏まえて整備されてきた、感染症予防・まん延防止のための法制度が、患者等の人権を尊重するとともに、患者等に対するいわれのない差別を防止し、患者等に対する良質かつ適切な医療を提供するためのさまざまな施策を有していることが明らかになった。

しかし、なお、患者等の人権保護について万全を期すためには、恣意的な運

用を防止するための手続き的保障のあり方の検討や、人権制約の法的根拠としての憲法学上の「公共の福祉」論および人権制約事由の検討、あるいは人権制約の思想的根拠の詳細な検討³⁸ などが必要であることもわかった。今後の検討課題とすることにして、ひとまず擱筆する。

注

- 1 本稿では、日本で早急な対応が必要とされた最近の事例として、新型インフルエンザを中心として検討を行うが、世界的流行による感染症の問題全般に関しては、岡田晴恵・田代真人『感染症とたたかうーインフルエンザとSARSー』岩波書店(2003年第1刷)2008年第4刷、河岡義裕『新型インフルエンザ 本当の姿』集英社2009年、河岡義裕・堀本研子『インフルエンザ パンデミック 新型ウイルスの謎に迫る』講談社2009年、押谷仁・瀬名秀明『パンデミックとたたかう』岩波書店2009年、押谷仁・虫明英樹『新型インフルエンザはなぜ恐ろしいのか』NHK出版2009年、などの感染症研究者の文献に詳しい。
 なお、SARSに関しては、世界保健機関(厚生労働省健康局結核感染症課監訳)「重症急性呼吸器症候群(SARS) 集団発生の状況と近い将来に対する教訓」(URL: <<http://idsc.nih.go.jp/disease/sars/sars03w/03sars.body.pdf>>)、あるいは、厚生労働省の「重症急性呼吸器症候群(SARS) 関連情報」(URL: <<http://www.mhlw.go.jp/bunya/kenkou/kekkaku-kansenshou05/index.html>>))などを参照されたい。とくに、後者における「SARSの発生状況について」(URL: <<http://www.mhlw.go.jp/bunya/kenkou/kekkaku-kansenshou05/03.html>>))においては、2002年11月16日の中国での発生確認後、2003年7月5日の世界保健機関による台湾の感染地域指定解除(その後世界保健機関による最終的なSARS終息宣言は2004年5月18日になされた)までに、感染者数8098名、死亡者数が774名と記されており、感染のすさまじさや高死亡率が目された。
- 2 北秋田市の病院でのインフルエンザの集団感染については、河北新報2010年11月20日付「北秋田・インフル 初期対応が不十分 県検査結果発表」により、また、その型については、秋田県健康福祉部による報道発表「鷹巣病院のインフルエンザ患者の死亡について」によるものである(URL: <<http://www.pref.akita.lg.jp/www/contents/1289349189463/files/takanosu-1109-2.pdf>>))。また、鳥根県の鳥インフルエンザの遺伝子型に関しては、農林水産省の「高病原性鳥インフルエンザウイルスのN亜型の確定について」(URL: <<http://www.maff.go.jp/j/press/syouan/douei/101203.html>>))によるが、朝日新聞記事「鳥根・鳥インフル、素早い初動 口蹄疫の教訓を生かす」によれば、2010年4月に宮崎県で発生した口蹄疫では、殺処分となった牛は約29万頭にのぼり、消毒措置終了までに76日間だったのに対して、11月末からの鳥根県の鳥インフルエンザでは、通報から殺処分決定等に関する一連の迅速な対応によって、殺処分となった鶏は2万羽強であり消毒措置終了まで6日であったという(URL: <<http://www.asahi.com/politics/update/1211/TKY201012110099.html>>))。
- 3 「新型インフルエンザ対策報告書」46頁による(URLは以下の通り: <<http://www.mhlw.go.jp/topics/2004/09/dl/tp0903-1f.pdf>>))。
- 4 小葉松章子「新型インフルエンザ発生に備えた国内法整備 ～感染症法及び検疫法の一部改正案～」立法と調査No.279(2008年4月)18頁、および厚生労働省の「新型インフルエンザ対策関連情報」資料による(URLは以下の通り: <<http://www.mhlw.go.jp/bunya/kenkou/kekkaku-kansenshou04/>>))。なお、小葉松論文においては、数次にわたる感染症予防法の改正により、基本指針の策定等の感染症予防に関する事前対応の整備、患者に対する良質かつ適切な医療の提供、新たな感染症への対応、生物テロ対策強化、検疫対策の強化および検疫と国内対策の連携の強化、感染症類型の見直し、結核予防法の統合、病原体の管理体制の確立などが行われたとされている。
- 5 これらの情報は、国立感染症研究所感染症情報センターによるものであるが、とくに、スペイン型インフルエンザの被害状況に関しては、国立感染症研究所感染症情報センター長によるインフルエンザに関する「総説」を参照(URL: <<http://idsc.nih.go.jp/disease/influenza/intro>>))。

- html)) 。
- 6 「新型インフルエンザ対策行動計画（平成21年2月17日最終改定）」ならびに「新型インフルエンザ対策ガイドライン（平成21年2月17日策定）」等は以下のURLから入手可能である（〈<http://www.cas.go.jp/jp/influenza/>〉）。
- 7 想定される被害や社会への影響は、たとえば、上掲注1・岡田晴恵・田代真人「感染症とたたかう－インフルエンザとSARS－」62－70頁参照。なお、感染症発生と治安に関する問題に関しては、宮坂直史「テロ対処・感染症対策におけるリスク・コミュニケーション」治安フォーラム2008年4月号40頁以下、同「新型インフルエンザ発生に際しての治安・安全保障問題」治安フォーラム2009年5月号42頁以下、同「新型インフルエンザの発生と今後の対応」KEISATSUKORON2009年7月号13頁以下参照。
- 8 日本政府の対応の一例をあげれば、2009年5月1日付「首相官邸 官房長官記者発表（速報）」（〈<http://kantei.go.jp/jp/tyoukanpress/press.html>〉）において、WHOが4月30日未明にフェーズ4からフェーズ5への引き上げを宣言し、31日には日本において初の感染の疑いのある患者の届け出があったことを受けて、同日「第2回新型インフルエンザ対策本部会合」を開催し、水際対策の徹底とウイルスの国内侵入の防止、国民への迅速かつ的確な情報提供、まん延防止のための必要な措置の弾力的かつ機動的実施などの、迅速な対応を行う方針であることが述べられている。
- 9 同要綱のURLは〈<http://www.chieiken.gr.jp/NFLU/090501-02a.pdf>〉。
- 10 朝日新聞2009年5月10日付による（URLは以下の通り：〈<http://www.asahi.com/special/09015/TKY200905100038.html>〉）。
- 11 中華民国政府から中華人民共和国政府に代表権を切り替えた1971年10月25日の国際連合総会決議の原文は、以下の通りである（国際連合の文書検索ページ〈<http://www.un.org/en/documents/>〉の総会決議におけるURL：〈<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/327/74/IMG/NR032774.pdf?OpenElement>〉から入手したものである）。
- 2758(X X VI) Restoration of the Lawful rights of the People's Republic of China in the United Nations
The General Assembly,
Recalling the principles of the Charter of the United Nations,
Considering that the restoration of the Lawful rights of the People's Republic of China is essential both for the protection of the Charter of the United Nations and for the cause that the United Nations must serve under the Charter,
Recognizing that the representatives of the Government of the People's Republic of China are the only lawful representatives of China to the United Nations and that the People's Republic of China is one of the five permanent members of the Security Council,
Decides to restore all its rights to the People's Republic of China and to recognize the representatives of its Government as the only legitimate representatives of China to the United Nations, and to expel forthwith the representatives of Chiang Kai-shek from the place which they unlawfully occupy at the United Nations and in all the organizations related to it.
1976th plenary meeting, 25 October 1971.
- また、中華民国政府の国際連合からの追放等に関しては、例えば、杉原高嶺ほか『現代国際法講義[第3版]』有斐閣2003年56頁・「中国と承認問題」（水上千之執筆）など参照。
- 12 朝日新聞2009年4月30日付による。
なお、台北駐日経済文化代表処のホームページから閲覧可能な「台湾のUN専門機構参加」における2009年5月1日付け「WHO事務局長が正式にわが国をWHO年次総会オブザーバーとして招請」ほかの記述も参照（URL：〈<http://www.taiwanembassy.org/Jp/ct.asp?xItem=89717&ctNode=6284&mp=202&nowPage=1&pagesize=15>〉）。
- 13 世界保健機関憲章の原文は、WHOのサイトから入手可能である（URL：〈<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>〉）。
- 14 強毒性のインフルエンザがまん延した場合の人権侵害の懸念に関して、川本哲郎「新型インフルエンザと法政策」産大法学44巻1号2010年13頁では、「国民の人権の問題は③に含まれることになるが、あまりにも軽視されているのではなからうか。今後、強毒性のインフルエンザが大流行したときには、国民の人権がかなり侵害されることが予想されるのであるから、今回の総括にあたっては、この問題を取り上げる必要があったと思われる。今後の展開に期待した

い」と述べられている。なお、川本哲郎教授による、新型インフルエンザと法の問題に関する論稿として、「新型インフルエンザ対策と人権」産大法学41巻4号2008年66頁以下、「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、「新型インフルエンザと法」産大法学43巻2号2009年1頁以下参照。

- 15 須藤陽子「公衆衛生と安全」公法研究第69号 (2007年) 157頁。
- 16 ここで、本稿に関連する感染症予防法の主な規定をあげておく。

第4章 健康診断、就業制限及び入院

第17条 (健康診断) 都道府県知事は、一類感染症…又は新型インフルエンザ等感染症のまん延を防止するため必要があると認めるときは、当該感染症にかかっていると疑うに足りる正当な理由のある者に対し当該感染症にかかっていると疑うかどうかに関する医師の健康診断を受け、又はその保護者…に対し当該感染症にかかっていると疑うに足りる正当な理由のある者に健康診断を受けさせるべきことを勧告することができる。

2 …勧告を受けた者が当該勧告に従わないときは…当該職員に健康診断を行わせることができる。

第18条 (就業制限) 都道府県知事は…感染症の患者又は無症状病原体保有者に係る…届出を受けた場合において、当該感染症のまん延を防止するため必要があると認めるときは、当該者又はその保護者に対し、当該届出の内容…を書面により通知することができる。

2 前項に規定する患者及び無症状病原体保有者は…通知を受けた場合には、感染症を公衆にまん延させるおそれがある業務…に、そのおそれなくなるまでの期間…従事してはならない。

第19条 (入院) 都道府県知事は、一類感染症のまん延を防止するため必要があると認めるときは、当該感染症の患者に対し特定感染症指定医療機関若しくは第一種感染症指定医療機関に入院し、又はその保護者に対し当該患者を入院させるべきことを勧告することができる。

2 都道府県知事は…勧告をする場合には、当該勧告に係る患者又はその保護者に対し適切な説明を行い、その理解を得よう努めなければならない。

3 都道府県知事は、第1項の規定による勧告を受けた者が当該勧告に従わないときは、当該勧告に係る患者を…入院させることができる。

4 第1項及び前項の規定に係る入院の期間は、72時間を超えてはならない。

第22条の2 (最小限度の措置) 第17条から第21条までの規定により実施される措置は、感染症を公衆にまん延させるおそれ、感染症にかかった場合の病状の程度その他の事情に照らして、感染症の発生を予防し、又はそのまん延を防止するため必要な最小限度のものでなければならない。

第7章 新型インフルエンザ等感染症

第44条の2 (新型インフルエンザ等感染症の発生及び実施する措置等に関する情報の公表)

厚生労働大臣は、新型インフルエンザ等感染症が発生したと認めるときは、速やかに、その旨及び発生した地域を公表するとともに、当該感染症について、第16条の規定による情報の公表を行うほか、病原体であるウイルスの血清型及び検査方法、症状、診断及び治療並びに感染の防止の方法、この法律の規定により実施する措置その他の当該感染症の発生の予防又はそのまん延の防止に必要な情報を新聞、放送、インターネットその他適切な方法により逐次公表しなければならない。

2 …公表するに当たっては、個人情報の保護に留意しなければならない。

第44条の3 (感染を防止するための協力) 都道府県知事は、新型インフルエンザ等感染症のまん延を防止するため必要があると認めるときは、厚生労働省令で定めるところにより、当該感染症にかかっていると疑うに足りる正当な理由のある者に対し、当該感染症の潜伏期間を考慮して定めた期間内において、当該者の体温その他の健康状態について報告を求めることができる。

2 都道府県知事は…報告を求めた者に対し…規定により定めた期間内において、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当該感染症の感染の防止に必要な協力を求めることができる。

3 …報告又は協力を求められた者は、これに応ずるよう努めなければならない。

4 都道府県知事は、第2項の規定により協力を求めるときは、必要に応じ、食事の提供、日用品の支給その他日常生活を営むために必要なサービスの提供又は物品の支給 (次項において「食事の提供等」という。) に努めなければならない。

5 都道府県知事は、前項の規定により、必要な食事の提供等を行った場合は、当該食事の提供等を受けた者又はその保護者から、当該食事の提供等に要した実費を徴収することができる。
第44条の4（建物に係る措置等の規定の適用） 国は、新型インフルエンザ等感染症の発生を予防し、又はそのまん延を防止するため、特に必要があると認められる場合は、2年以内の政令で定める期間に限り、政令で定めるところにより、当該感染症を一類感染症とみなして、第28条及び第31条から第33条までの規定並びに第34条から第36条まで、第12章及び第13章の規定（第28条又は第31条から第33条までの規定により実施される措置に係る部分に限る。）の全部又は一部を適用することができる。

17 本稿に関連する検疫法の主な規定をあげておく。

第14条（汚染し、又は汚染したおそれのある船舶等についての措置） 検疫所長は、検疫感染症が流行している地域を発航し、又はその地域に寄航して来航した船舶等、航行中に検疫感染症の患者又は死者があつた船舶等、検疫感染症の患者若しくはその死体、又はバクテリアを保有し、若しくは保有しているおそれのあるねずみ族が発見された船舶等、その他検疫感染症の病原体に汚染し、又は汚染したおそれのある船舶等について、合理的に必要と判断される限度において、次に掲げる措置の全部又は一部をとることができる。

一 第2条第一号又は第二号に掲げる感染症の患者を隔離し、又は検疫官をして隔離させること。

二 第2条第一号又は第二号に掲げる感染症の病原体に感染したおそれのある者を停留し、又は検疫官をして停留させること（外国に当該各号に掲げる感染症が発生し、その病原体が国内に侵入し、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るときに限る。）。

三 検疫感染症の病原体に汚染し、若しくは汚染したおそれのある物若しくは場所を消毒し、若しくは検疫官をして消毒させ、又はこれらの物であつて消毒により難いものの廃棄を命ずること。

四 墓地、埋葬等に関する法律（昭和23年法律第48号）の定めるところに従い、検疫感染症の病原体に汚染し、又は汚染したおそれのある死体（死胎を含む。）の火葬を行うこと。

五 検疫感染症の病原体に汚染し、若しくは汚染したおそれのある物若しくは場所の使用を禁止し、若しくは制限し、又はこれらの物の移動を禁止すること。

六 検疫官その他適当と認める者をして、ねずみ族又は虫類の駆除を行わせること。

七 必要と認める者に対して予防接種を行い、又は検疫官をしてこれを行わせること。

第15条（隔離） …停留は、次の各号に掲げる感染症ごとに、それぞれ当該各号に掲げる医療機関に入院を委託して行う。

第16条（停留） …停留は、第2条第一号に掲げる感染症の病原体に感染したおそれのある者については、期間を定めて、特定感染症指定医療機関又は第一種感染症指定医療機関に入院を委託して行う。ただし、緊急その他やむを得ない理由があるときは、特定感染症指定医療機関若しくは第一種感染症指定医療機関以外の病院若しくは診療所であつて検疫所長が適当と認めるものにその入院を委託し、又は船舶の長の同意を得て、船舶内に収容して行うことができる。

18 清水敦「新型インフルエンザ対策として県は外出禁止措置を実施できるか」自治実務セミナー2009年7月号9頁、ならびに、日本経済新聞2009年5月10日付や読売新聞2009年5月10日付や前掲注10・朝日新聞記事等参照。なお、停留期間は、最大10日間であるが、今回は2009年5月13日付の厚生労働省新型インフルエンザ対策推進本部事務局による「検疫法に基づく停留の期間に関する考え方について」によって停留の終了日時は7日間になった（URL：<http://www.mhlw.go.jp>）から参照可能）。

19 芝池義一『行政法総論講義〔第4版〕』有斐閣2001年127頁。

20 塩野宏『行政法Ⅰ〔第2版増補〕』有斐閣2001年96頁。

21 即時強制に関して、この用語を用いているのは、行政法の教科書では、たとえば、田中二郎『新版 行政法 上巻 全訂第2版』弘文堂1974年180頁以下、宇賀克也『行政法概説Ⅰ 行政法総論』有斐閣2004年90頁以下、前掲注19・芝池義一『行政法総論講義〔第4版〕』208頁以下、南博方『行政法〔第5版〕』有斐閣2004年186頁以下などであり、それに対して、即時執行の用語を用いているのは、前掲注20・塩野宏『行政法Ⅰ〔第2版増補〕』209頁以下、大浜啓吉『行政法総論』岩波書店1999年268頁以下などであるが、本稿でも即時強制の語を用いることにする。

22 前掲注21・宇賀克也『行政法概説Ⅰ 行政法総論』90頁。なお、続けて、「これは、事実行為であるが、私人の権利自由に対して制限を加える行政活動という規制の定義に該当する」と述べられている。

- 23 前掲注21・田中二郎『新版 行政法 上巻 全訂第2版』180頁。
- 24 A、Bとも、前掲注21・田中二郎『新版 行政法 上巻 全訂第2版』169頁による。
- 25 A、Bとも、前掲注21・宇賀克也『行政法概説Ⅰ 行政法総論』93頁。なお、感染症予防法に関する、「危険」概念、早期介入時の危険存否の判断、即時強制と人権等の問題に関する詳細な考察については、前掲注15・須藤陽子「公衆衛生と安全」157頁以下参照。なお、前掲注21・大浜啓吉『行政法総論』270頁では、人権保護の観点から、即時強制（著者は即時執行の語を用いている）と令状主義の関係について、次のように述べておられる。すなわち、「行政上の即時執行は、義務の賦課を前提としない実力強制の手続であるから、個人の権利自由の保障のための憲法33条、35条の令状主義の保障の必要が大きい。他方、即時執行は多くの場合、目前急迫の障害を除くため、あるいは義務を命ずることによっては目的を達しがたい場合に行われるので、令状を求めることが事実上不可能な場合が多い。通説によれば、即時執行は行政手続であるから憲法31条以下の規定は直接的に適用されない。たしかに、狂犬病発生時の措置、消防法上の破壊消防活動（消防法29）などの場合は、措置の必要性和被侵害利益の関係、事案の緊急性、大量性などを考慮すると令状制度になじまない面があることは否めない。しかし即時執行が公権力の行使でありかつかなり多くの規定が置かれている現状に照らすと、類型によって令状主義を採用したり、あるいは事前手続を整備する必要性があるものもあると思われる」と。
- 26 山田洋「リスク管理と安全」公法研究第69号（2007年）69頁参照。
- 27 安全の中の自由論ならびに従来の自由主義的な考え方に関するこのまとめは、白藤博行「『安全の中の自由』論と警察行政法」公法研究第69号（2007年）45頁以下の記述を参考に、筆者が行ったものである。
- 28 駒村圭吾「警察と市民」公法研究第69号（2007年）118-119頁。
- 29 Aは、芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』有斐閣1994年188-189頁および201-202頁、芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第4版〕』岩波書店2007年97頁。Bは、両書の「基本的人権の限界」に関する記述をまとめたものである。なお、松本和彦「公共の福祉の概念」公法研究第67号（2005年）136頁以下なども参照されたい。また、小林直樹『新版 憲法講義 上』東京大学出版会1980年321頁の脚注10では、各種の法律が公共の福祉の代わりに交通の利便・国土の安全・都市の健全な発達及び公衆衛生の向上などの言葉を使用していることに関して、「立法面でも、『公共の福祉』の用語はかなり安易に多用されていることがわかる」と述べられている。
- 30 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔改訂版〕』放送大学教育振興会2001年56-57頁。ただし、58-59頁では、「すべての個人を等しく尊重するために必要な公共の福祉の主要な内容には、次の4種類が存在することが分かった。第1が、人権と人権の衝突を調整する措置である。第2が、他人の人権を侵害する行為を禁止する措置。第3が、他人の利益のために人権を制限する措置。第4が、本人の利益のために本人の人権を制限する措置である。…特に第3については、安易に多数派の利益を重視することのないようにしなければならない」と述べられており、「公共」や「社会」などの語を用いずに、後述するような、人権制約事由類型化の方向性をとっておられる。「公共の福祉」等の抽象的な語を用いて安易に人権を制限することには批判的な立場の筆者からすれば、非常に魅力的な見解であると考えられるのであるが、それでも、たとえば、「動物の虐待の防止、動物の適正な取扱いその他動物の愛護に関する事項を定めて国民の間に動物を愛護する気風を招来し、生命尊重、友愛及び平和の情操の涵養に資する」ことを目的とする動物愛護法の第23条第1項が、「動物を殺さなければならない場合には、できる限りその動物に苦痛を与えない方法によってしなければならない」と苦痛軽減方法の義務づけ（動物殺害方法選択の自由の制限とも考えられる）を定めていることについて、人権ベースだけで説明することにはかなりの困難があるように思われるのである。
- 31 長谷部恭男『憲法〔第3版〕』新世社2004年113頁。
- 32 Aは、内野正幸『憲法解釈の論点〔第4版〕』日本評論社2005年28頁、Bは30頁。
- 33 Aは、前掲注29・松本和彦「公共の福祉の概念」137頁、Bは138頁。なお、138頁では、「内野会員の見解は学説の中で最も明快なものではあるが、決して特異なものではない。むしろ従来の『公共の福祉』論の到達点に位置づけることすら可能である」としたうえで、「人権制約の行き過ぎに対する歯止めは、人権制約事由の限定ではなく、判定基準の精緻化によって達成すべきものとされる」と述べられている。
- 34 前掲注30・高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔改訂版〕』58-59頁、ならびに前掲注32・内

野正幸『憲法解釈の論点〔第4版〕〕30頁参照。

35 戸波江二『憲法〔新版〕〕ぎょうせい1998年284頁。

36 渋谷秀樹・赤坂正浩『憲法1 人権〔第4版〕〕有斐閣2010年18頁・赤坂正浩執筆。

37 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注解法律学全集2 憲法Ⅱ〔第21条～第40条〕〕青林書院1997年106-107頁・中村睦男執筆。

38 感染症対策における個別の人権制約措置には、性質の異なるものがあり、強制入院、強制医療、建物への立ち入りの制限・禁止、汚染場所への交通の制限・遮断、汚染物の廃棄、検疫法上の隔離・停留などのそれぞれについて、制約される人権の内容や法的根拠が異なると思われるために、措置の性質に応じて、人権制約の思想的根拠から検討する必要があると思われる。

私見では、前掲注34・該当箇所で説明した個別措置でも、一つの人権制約事由だけを用いて根拠づけることのできるものは少なく、おそらく多数の措置が、他者や社会全体への加害の防止を目的とする場合には公権力による人権の制限も認められるとする危害防止原理、自己加害のおそれがあるなどの理由で本人自身の利益のためになるという名目のもとに本人の自由な意思に基づく自己決定に対する公権力による介入を例外的に認めようとするパターンリズム、本人には自己決定を行う能力が欠如していることを前提とするパレンス・パトリエなどの思想的根拠の複合であろうと考えるものであるが、感染症予防対策における人権制約措置の思想的根拠に関する文献は寡聞にして参照できなかつたため、筆者の今後の検討課題として本稿ではこれ以上立ち入らない。

なお、人権制約の思想的根拠の一つであるパターンリズムの詳細な考察に関しては、たとえば、芹沢育「公的規制とパターンリズム」公法研究第60号1998年133頁以下を参照されたい。

他方、精神医療に伴う強制医療を正当化する原理としての考察ではあるが、「自らの行動について制御能力を欠く精神障害者は、社会の安全のためにその将来の危険性を予測して強制的措置を講じることが許される」とするポリス・パワー思想と、「自ら決定する能力が欠如しているのであるから、本人に代わって社会が彼らにとって最良の医療を選択し、決定しなければならないとする」とするパレンス・パトリエ思想の相違、あるいは「厳格な手続的ハードルをクリアした者に対してのみ強制的措置が可能であると主張」するリーガルモデル、「医療的な立場から患者本人にとっての福利を最高の原理として医療保護を実施すべきであるということになる」メディカルモデル等の考察に関しては、園田寿「精神医療における患者の人権」日本精神病院協会雑誌第18巻5号1999年（参照URL：<http://sonoda.e-jurist.net/text/seisin/seisin.html>）。

また、これも、心神喪失者等医療観察法に基づく触法精神障害者の強制入院や医療の強制の領域の論稿ではあるが、触法精神障害者の再犯の確率を減少させるための強制入院の正当根拠はポリス・パワーであってパターンリズムではないとする平野龍一「触法精神障害者の処遇」・ジュリスト増刊『精神医療と心神喪失者等医療観察法』2004年7頁や、触法精神障害者の自由を制限し強制的に医療を与えることが許されるかという根拠としてはパレンス・パトリエ的考慮以外にはないとし、また「パレンス・パトリエが精神障害者の強制医療の基礎をなし、ポリス・パワーが強制医療を制約する」との標語をあげる町野朔「精神保健福祉法と心神喪失者等医療観察法」・ジュリスト増刊『精神医療と心神喪失者等医療観察法』2004年73頁等を参照されたい。