

新型コロナウイルス感染症（COVID-19） 対策と社会経済活動の両立をめぐる 国際（保健）法のディスコース

中 島 啓

概 要

新型コロナウイルス感染症（COVID-19）対策が長期化の様相を帯び、社会経済活動の停滞に起因する悪影響も無視し難い水準に到達した結果、感染拡大防止策と社会経済活動との両立をいかに実現するかが社会的課題となっている。本稿では、比例性概念を理論的な補助線として、感染拡大防止と社会経済活動の両立という課題に関連する国際法のディスコースに一定の整序を与えることができないかを検討する。司法審査の判断枠組みとして発展してきた比例性概念であるが、その本質は、対立する価値の衡量プロセスの整序、およびその理由付けの構造化にこそ見出すことができる。だとすれば、その理論的貢献は司法判断の場面にとどまらず、異なる価値基準に立脚する者との間の討議を整序するためにも応用することができると考えられる。比例性の概念は、利益衡量のあるべき均衡点について一義的な解を提供するわけではないものの、それについてのコンセンサスを探求する社会的な討議を緩やかに枠付ける機能を果たすことが期待されている。

キーワード

新型コロナウイルス感染症（COVID-19）、公衆衛生、利益衡量、比例性、討議

I. はじめに

2019年末に中国・武漢にて最初の症例が確認された新型コロナウイルス感染症（COVID-19）は¹、その後アジアから欧州へと感染範囲を拡大させ、瞬く間に世界中に蔓延していった。2020年1月30日、世界保健機関（WHO）事務局長は、COVID-19の拡大状況が「国際的に懸念される公衆衛生の緊急事態（public health emergency of international

1 WHO, *Novel Coronavirus - China* (12 January 2020), at <https://www.who.int/csr/don/12-january-2020-novel-coronavirus-china/en/>.

concern)」であると宣言し²、同年3月11日には「パンデミック」であると性格規定するに至った³。これに伴い、多くの国家がロックダウン（都市封鎖）を含む様々な規制措置を導入し、感染拡大の封じ込めを試みた。そうした対策が功を奏してか、6月ごろまでは、東アジアや欧州の一部地域では1日当たりの新規感染者判明数の増加に落ち着きが見られるに至った。しかしその後、夏季休暇明けの欧州を中心に感染拡大の第二波が押し寄せた結果、10月末以降、欧州各国はロックダウンを含む厳しい対策措置を再び課す途を選んだ。本稿執筆中の2020年12月末現在、累計感染者数は全世界で8000万人を超え、170万を超える人命が失われている⁴。ワクチンの開発と実用化は急ピッチで進められ、一部地域では接種が開始されたものの、事態の収束に向けた効果はなお未知数である。

感染拡大防止を目的として国家がとる公衆衛生上の措置は、その性質上、個人の自由や社会経済活動に様々な制約を与えるものであることから、人権や貿易、投資保護等に関する国際法上の義務に抵触する虞が指摘されてきた⁵。この点、感染拡大の初期段階においては、そうした制約はウイルスとの「戦争⁶」において必要な措置であり、「新たな日常」の一部として受忍しようとする論調も有力であった⁷。事実、貿易や渡航に制限を課すことにWHOが慎重姿勢を示していた2020年2月の時点で、WHOの勧告にかかわら

2 WHO, *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)* (30 January 2020), at [https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)).

3 WHO, *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19* (11 March 2020), at <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020>.

4 WHO, *Coronavirus disease (COVID-19) pandemic*, at <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>.

5 See e.g., Alessandra Spadaro, "Do the Containment Measures Taken by Italy in Relation to COVID-19 Comply with Human Rights Law?", *EJIL: Talk!* (15 March 2020), at <https://www.ejiltalk.org/do-the-containment-measures-taken-by-italy-in-relation-to-covid-19-comply-with-human-rights-law/>; Siddharth S. Aatreya, "Are COVID-19 Related Trade Restrictions WTO-Consistent?", *EJIL: Talk!* (25 April 2020), at <https://www.ejiltalk.org/are-covid-19-related-trade-restrictions-wto-consistent/>; Mona Pinchis-Paulsen, "Thinking Creatively and Learning from COVID-19 - How the WTO can Maintain Open Trade on Critical Supplies", *Opinio Juris* (2 April 2020), at <http://opiniojuris.org/2020/04/02/covid-19-symposium-thinking-creatively-and-learning-from-covid-19-how-the-wto-can-maintain-open-trade-on-critical-supplies/>; Oliver Hailes, "Epidemic Sovereignty? Contesting Investment Treaty Claims arising from Coronavirus Measures", *EJIL: Talk!* (27 March 2020), at <https://www.ejiltalk.org/epidemic-sovereignty-contesting-investment-treaty-claims-arising-from-coronavirus-measures/>; 川瀬剛志「新型コロナウイルスと国際通商ルール」*RIETI Special Report* (2020年4月16日), at https://www.rieti.go.jp/jp/special/special_report/115.html.

6 E.g., "Coronavirus: 'We are at War' - Macron", *BBC News* (16 March 2020), at <https://www.bbc.com/news/av/51917380>; "Draghi: We Face a War against Coronavirus and Must Mobilise Accordingly", *Financial Times* (26 March 2020), at <https://www.ft.com/content/c6d2de3a-6ec5-11ea-89df-41bea055720b>.

7 Francisco-José Quintana and Justina Uriburu, "Modest International Law: COVID-19, International Legal Responses, and Depoliticization", *American Journal of International Law*, vol. 114, no. 4 (2020), p. 692.

ず渡航制限を課した国は70を超えていた⁸。しかし、感染症封じ込めが長期化の様相を帯び、社会経済活動の停滞に起因する悪影響もまた無視し難い水準に到達すると、議論の焦点は、感染拡大防止策と社会経済活動との両立をいかに実現するかへと移行してきた。このことは、国内平面のみならず、国際平面における議論にもあてはまる。事実、2020年7月21日に欧州理事会にて劇的な妥結に至った総額7500億ユーロ相当のコロナ復興基金も、「社会経済的損失の緩和へと重点が移行している」という状況認識を背景としている⁹。

もっとも、感染拡大防止と社会経済活動の維持との両立という理念を抽象的に述べたところで、過酷な取捨選択が迫られる政策判断の場面における実際的な補助を提供するとは言い難い。確かに、2015年の国連「持続可能な開発目標（SDGs）」は、経済発展と並んで健康や福祉にかかわる目標を掲げていることもあり¹⁰、COVID-19対応の文脈で参照されることもある¹¹。しかしSDGsの文言それ自体は、両者が矛盾対立する局面でいかなる政策を選択すべきかについて具体的指標を提供するわけでない。もとより、感染症に由来する健康リスクと社会経済的損失のそれぞれについて具体的にどの程度の脅威として捉えるかは、究極的には各人が置かれた立場に依存せざるを得ず、あるべき両立の仕方について一義的な合意に至ること自体困難である。すなわち、COVID-19の蔓延はそれ自体として人類共通の脅威ではあるものの、現実にはすべての人が同等の感染リスクを背負っているわけではなく、社会階層や職業、あるいは人種といった基準から把握される特定の集団が他の集団と比べて高いリスクに晒されており、感染症の脅威に脆弱であることが明らかとなってきた¹²。これと同様に、経済社会活動への制約から生じる損失もまた、全ての社会構成員が等しく被るわけではなく¹³、航空や観光といった特定の産業セクターおよびそこに従事する人々や、不安定な雇用体系の下にある労働者といった特定のグループに属する人々に偏って帰せしめられている。したがって当面の課題は、あるべき両立の内容や

8 WHO, *Novel Coronavirus (2019-nCoV) Situation Report - 18* (7 February 2020), at https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200207-sitrep-18-ncov.pdf?sfvrsn=fa644293_2.

9 European Council, *Special meeting of the European Council (17, 18, 19, 20 and 21 July 2020) - Conclusions*, EUCO 10/20 (Brussels, 21 July 2020), at <https://www.consilium.europa.eu/media/45109/210720-euco-final-conclusions-en.pdf>.

10 *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, U.N. Doc. A/RES/70/1 (25 September 2015).

11 E.g., Kristin Heggen *et al.*, “COVID-19 and Sustainable Development Goals”, *Bulletin of the World Health Organization*, vol. 98, no. 10 (2020), p. 645, at <https://www.who.int/bulletin/volumes/98/10/20-263533/en/>; UNDP, *COVID-19 and the SDGs: How the ‘roadmap for humanity’ could be changed by a pandemic*, at <https://feature.undp.org/covid-19-and-the-sdgs/>.

12 Karima Bennouna, “‘Lest We Should Sleep’: COVID-19 and Human Rights”, *American Journal of International Law*, vol. 114, no. 4 (2020), p. 668.

13 Eyal Benvenisti, “The WHO—Destined to Fail?: Political Cooperation and the COVID-19 Pandemic”, *American Journal of International Law*, vol. 114, no. 4 (2020), p. 589.

程度を一義的なものとして特定するというよりは、むしろ、感染拡大防止と社会経済活動の維持という価値が個別具体的な場面において矛盾対立するに至った場合に、その対立を具体的に調整する契機をいかに見出さうか、である。少なくとも、異なる脅威に晒される結果として異なる価値に立脚するに至った人々の間の建設的な対話を可能とするための討議の基盤が求められよう。

こうした観点から想起されるのが、個別具体的な局面における価値対立の調整メカニズムとして（国際）法学が編み出してきた比例性（proportionality）の概念である。なかでも、対立する原理の最適化要求として比例性概念を構成したアレクシー（Robert Alexy）の議論は¹⁴、矛盾対立する価値の両立という、今般の問題意識にも応用できる可能性を秘めたものと考えられる。確かに、比例性は、立法行政作用に対する司法審査の判断枠組みとして発展してきたものであり、国家権力相互の敬讓（deference）のメカニズムと密接な関係がある。国際平面でも、比例性の概念は、「評価の余地」や「審査基準」といった判断枠組みの一部として、国家の規制権限行使に対して払われるべき国際裁判所の敬讓の度合いを調節する概念として機能している側面がある¹⁵。しかし、後述するように、比例性概念の本質は、対立する価値の衡量プロセスの整序、およびその理由付けの構造化にこそ見出すことができる。だとすれば、その理論的貢献は司法判断の場面にとどまらず、異なる価値基準に立脚する者の間の討議を整序するためにも応用できると考えられる。

そこで本稿では、比例性概念を理論的な補助線として、感染拡大防止と社会経済活動の両立という課題に関連する国際法のディスコースに一定の整序を与えることができないかを検討する。この点、比例性はすでに人権、貿易、投資といった国際法の各分野における判断枠組みとして定着しており¹⁶、その際、アレクシーの議論もまた、国際法学において幾度となく参照されてきている¹⁷。本稿はそれらを包括的に再検討しようとするものでは

14 Robert Alexy (translated by Julian Rivers), *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford University Press, 2002).

15 Johannes Hendrik Fahner, *Judicial Deference in International Adjudication: A Comparative Analysis* (Hart Publishing, 2020), pp. 140–142.

16 本稿 III.1. を参照。

17 See e.g., 伊藤一頼「投資仲裁における比例性原則の意義：政府規制の許容性に関する判断基準として」*RIETI Discussion Paper Series* 13-J-063 (2013年) 3–4頁; Shotaro Hamamoto, *Éléments pour une théorie de la nullité en droit international public* (thèse, l'Université Panthéon-Assas, 2007), pp. 173–174; Roland Kläger, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law* (Cambridge University Press, 2011), p. 152; Caroline Henckels, "Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration", *Journal of International Economic Law*, vol. 15, no. 1 (2012), pp. 226–227; Thomas Cottier et al., "The Principle of Proportionality in International Law: Foundation and Variations", *Journal of World Investment & Trade*, vol. 18 (2017), p. 630; Jonathan Bonnitcha and Zoe Phillips Williams, "State Liability for 'Politically' Motivated Conduct

なく、感染症拡大防止と社会経済活動とのあるべき両立について異なる理解に立脚する者の間の討議を可能とすることができるかという限定された問題意識に即して論じるにとどまる。

以下ではまず、COVID-19を含む感染症に関する問題についての国際的な規律を提供する国際（グローバル）保健法¹⁸が、公衆衛生と他の諸価値の両立調整に関してどのような秩序構想に立脚しているかを確認する（II）。そのうえで、比例性概念の理論構造を紹介し（III）、いくつかの具体例に即して比例性概念に基づくディスコースの整序を試みる（IV）。

II. 国際保健法の規律

1. 国際保健規則（2005）における公衆衛生と国際経済の調和

感染防止対策と社会経済活動との両立という問題意識への収斂それ自体、COVID-19を含めた感染症対策が今日、もはや公衆衛生という一専門領域に収まりきらない、経済を含む他分野との関係で定位されるべき分野横断的な課題となった¹⁹ことを示している。したがって、グローバル・ヘルス・ガバナンスのツールの1つである国際保健法²⁰が、そうした隣接分野との関係性をどのように規律しているかがまず問題となる。講学上、国際保健法は、WHOの枠組みで採択される拘束的・非拘束的な文書の総体から構成され、そしてそれは人権や貿易投資といった他の国際法分野と連関（interaction）するものと定義される²¹。では、そうした「連関」の在り方について、国際保健法はどのような秩序構想に立脚しているだろうか。

この点、疫病対策に関する法的拘束力を有する国際文書として世界保健総会（WHO総会）が採択した国際保健規則（2005）²²は、その第2条において、「国際交通及び貿易に対

in the Investment Treaty Regime”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 33, no. 1 (2020), p. 94.

18 「国際保健法（international health law）」と「グローバル保健法（global health law）」の相違については、Brigit Toebes, “Global Health Law: Defining the Field”, Gian Luca Burci and Brigit Toebes (eds.), *Research Handbook on Global Health Law* (Edward Elgar Publishing, 2018), pp. 5-6. もっとも、この点は本稿の問題関心とは直接には関連しないため、以下では便宜的に「国際保健法」の語で統一する。

19 詫摩佳代『人類と病：国際政治から見る感染症と健康格差』（中公新書、2020年）141頁、詫摩佳代「感染症と国際協調：新型コロナウイルスへの対応には何が必要か？」『国際問題』695号（2020年）8-9頁。

20 Suerie Moon, “Global Health Law and Governance: Concepts, Tools, Actors and Power”, Gian Luca Burci and Brigit Toebes (eds.), *Research Handbook on Global Health Law* (Edward Elgar Publishing, 2018), pp. 24-36.

21 Toebes, “Global Health Law: Defining the Field”, *supra* note 18, pp. 2-3.

22 International Health Regulations (2005), 23 May 2005, 2509 *U.N.T.S.* 79.

する不要な阻害を回避し、公衆衛生リスクに応じかつそれに限定した方法で」疫病の拡大防止対策を提供することを同規則の目的として掲げる²³。また、第43条は、公衆衛生リスクあるいは国際的に懸念される公衆衛生の緊急事態への対応として加盟国が採る保健衛生上の措置が「適当な保健水準を満たすであろう合理的に利用可能な代替措置よりも国際交通を制限するものであってはならず、かつ、人に対して侵害又は介入的なものであってはならない」と規定する²⁴。このように、国際保健規則は、疫病対策措置の実施が国際交通及び貿易という社会経済活動に負の影響を及ぼしうることを自覚した上で、部分的にはあるが、より制限的でない代替手段の不存在という基準による調和を試みるものと評価することができる。

確かに、国際経済活動に配慮したこうした規定よりは、貿易や投資に関する国際条約において、公衆衛生という価値及びそれに根差した措置が、貿易自由化あるいは投資保護に対する「例外」と位置付けられていることと表裏一体の関係で把握する余地を残すものである。しかし、そのことをもって、国際保健規則が公衆衛生に対する経済活動の優位性を承認していると結論²⁵するのはやや早計である。第1に、第43条が体现する、より制限的でない代替手段の不存在という基準は、後に検討する比例性の判断枠組みの一部を構成するものとして位置付けることが可能であり、そうである以上、対立する価値の一方の優位性をアプリアリに前提とするものと捉える必然はない。第2に、第43条の規定ぶりに見られる「適当な (appropriate)」保健水準あるいは「合理的に (reasonably)」利用可能な代替措置という表現は、保健衛生措置実施国の判断に対して一定の敬讓を与える解釈上の余地を残している。同条の運用次第では、自由貿易や投資保護との関係で公衆衛生措置を「例外」と捉えるパラダイム²⁶とは異なる価値調整メカニズムが国際保健規則に内在しているとみることは十分可能と思われる。

23 “The purpose and scope of these Regulations are to prevent, protect against, control and provide a public health response to the international spread of disease in ways that are commensurate with and restricted to public health risks, and which avoid unnecessary interference with international traffic and trade”.

24 “Such measures shall not be more restrictive of international traffic and not more invasive or intrusive to persons than reasonably available alternatives that would achieve the appropriate level of health protection”.

25 Julian Arato, Kathleen Claussen and J. Benton Heath, “The Perils of Pandemic Exceptionalism”, *American Journal of International Law*, vol. 114, no. 4 (2020), p. 636.

26 *Ibid.*

2. WHO の制度的限界

ただし、以上のような国際保健規則の解釈上の余地に関わらず、WHO の現行の制度設計を前提とする限り、WHO 自身がそうした価値調整機能を積極的に担うことを期待することは難しく、したがって公衆衛生と社会経済活動の両立の仕方について、WHO における実行から有益な示唆を得ようとするのはあまり現実的ではない。

まず、感染症拡大状況下における WHO の意思決定過程は必ずしも透明度が高いとは言えず、公衆衛生とそれ以外の価値についてどのような衡量を行うかを外部から見て取することは難しい。国際保健規則（2005）の下での WHO の最大の機能は、事務局長による「国際的に懸念される公衆衛生の緊急事態」の認定と、それに基づく加盟国に対する暫定的勧告である（第12条2項）。ある事象が「国際的に懸念される公衆衛生の緊急事態」か否かを判断するに際して、事務局長には、健康や疫病拡大のリスクに加えて「国際交通を阻害するリスク」をも検討することが求められている（第12条4項（e））。したがって、制度設計の上では、この「国際的に懸念される公衆衛生の緊急事態」の認定判断には、公衆衛生上の懸念のみならず国際交通という社会経済活動への悪影響のリスクの考慮が織り込まれている。しかし実際には、WHO 事務局長による「国際的に懸念される公衆衛生の緊急事態」の認定は、事象毎に都度召集される緊急委員会（Emergency Committee）の結論の追認であり²⁷、そして緊急委員会の審理は非公開であるため²⁸、同事態の認定プロセスにおいて、公衆衛生リスクに加えて社会経済活動への影響がどのように考慮されるのかを窺い知ることはできない。COVID-19 に関してみれば、緊急委員会は、同感染症が「国際的に懸念される公衆衛生の緊急事態」の基準を充足したと同時に、渡航あるいは貿易上の制限を課すことを推奨しないとしたもの²⁹、その際、公衆衛生上の懸念と国際経済への影響とをどのように折り合いを付けようとしたのか、それとも両者の関係性を具体的に検討することなく単に併記したに過ぎないのか、公表された声明文から読み解くことはできない。

また、WHO 事務局長が発出する暫定的勧告は文字通り法的拘束力を伴わない勧告で

27 Gian Luca Burci, “The Outbreak of COVID-19 Coronavirus: Are the International Health Regulations Fit for Purpose?”, *EJIL: Talk!* (27 February 2020), at <https://www.ejiltalk.org/the-outbreak-of-covid-19-coronavirus-are-the-international-health-regulations-fit-for-purpose/>.

28 Mark Eccleston-Turner and Adam Kamradt-Scott, “Transparency in IHR Emergency Committee Decision Making: The Case for Reform”, *BMJ Global Health*, vol. 4, no. 2 (2019), pp. 1-3.

29 WHO, *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)* (30 January 2020), at [https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)).

あり³⁰、加盟国による遵守を確保するメカニズムを欠いている³¹。確かに、国際保健規則（2005）は、国際交通を著しく制限する保健措置を実施する加盟国に対し、当該措置の根拠及び科学的情報を WHO 提出する義務を課しており（第 43 条 3 項）、WHO は当該情報に基づいて加盟国に対して措置の実施を再検討するよう要請することもできる（同条 4 項）。その限りでは、説明に基づくガバナンスの仕組みが内在しているとみることも可能であるものの³²、これが実際にどこまで機能しているのかを外部から窺うことは難しい。COVID-19 に関してみれば、例えば米国政府は 2020 年 1 月 31 日、中国（香港・マカオ特別行政区を除く）から米国へと渡航する外国人の入国を一定の範囲で制限する措置を課した³³。同時期に何らかの渡航制限措置を課した国は 70 を超えている³⁴。WHO が渡航制限を推奨しない旨の勧告を発出した直後にこうした措置がとられたことは、感染症対策と国際交通の両立の在り方について多くの加盟国が WHO とは異なる見解を持ち合わせていたことを示している。にもかかわらず、渡航制限措置について WHO に正式に報告した加盟国の数は 2 月下旬の時点で 38 にとどまる³⁵。そして、公開されている資料の限りでは、一定の加盟国からは報告と情報提供を受けたはずの WHO も渡航制限を推奨しない従前の立場を繰り返し、加盟国はそうした措置について情報提供をする義務を負うとの一般論を述べるにとどまっている³⁶。この点、WHO 事務局は加盟国のみがアクセス可能なウェブサイトを立てて自らの分析及び関連情報を掲示していると指摘されているものの³⁷、このプラットフォームを通じて WHO 事務局と加盟国との間でどこまで建設的な対話が行われていたかにつき外部から窺い知ることはできない。

加えて、WHO の枠内において用意されている紛争処理メカニズムが、本稿の関心事である価値の両立調整問題について何らかの示唆を提供する見込みも薄い。国際保健規則

30 国際保健規則（2005）第 1 条 1 項の定義規定参照。

31 José E. Alvarez, “The WHO in the Age of the Coronavirus”, *American Journal of International Law*, vol. 114, no. 4 (2020), p. 583.

32 Armin von Bogdandy and Pedro Villarreal, “International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in light of the Coronavirus Crisis”, *MPIL Research Paper Series*, no. 2020-07 (2020), p. 15.

33 See, *Proclamation on Suspension of Entry as Immigrants and Nonimmigrants of Persons who Pose a Risk of Transmitting 2019 Novel Coronavirus* (31 January 2020), at <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/proclamation-suspension-entry-immigrants-nonimmigrants-persons-pose-risk-transmitting-2019-novel-coronavirus/>.

34 WHO, *Novel Coronavirus (2019-nCoV) Situation Report - 18 (7 February 2020)*, at https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200207-sitrep-18-ncov.pdf?sfvrsn=fa644293_2.

35 WHO, *Updated WHO Recommendations for International Traffic in Relation to COVID-19 Outbreak* (29 February 2020), at <https://www.who.int/news-room/articles-detail/updated-who-recommendations-for-international-traffic-in-relation-to-covid-19-outbreak>.

36 *Ibid.*

37 Burci, “The Outbreak of COVID-19 Coronavirus”, *supra* note 27.

(2005) の解釈適用に関する加盟国間紛争の処理制度としては仲裁が予定されているものの（第 56 条 3 項）、当事国の個別の同意を要するため、国際司法裁判所への一方的提訴を可能とする WHO 憲第 75 条が注目を集めてきた。同条は、WHO 憲章の解釈適用に関する問題あるいは紛争のうち、交渉あるいは世界保健総会によって解決されなかったものについて裁判所への付託を認めているため、国際保健規則（例えば、前節で検討した第 43 条）の違反の有無を WHO 憲章のいずれかの条文の解釈適用に関する紛争として定式化することができれば、本稿が扱う主題を国際司法裁判所に持ち込むことも制度的には可能だからである³⁸。しかし、ある加盟国が実施する感染症対策における社会経済活動との両立の在り方について、他の加盟国が国際保健規則（2005）あるいは WHO 憲章上の義務違反と構成して国際的な司法判断を仰ぐというようなシナリオは、現時点ではかなり仮想性が高い。感染拡大の初期段階において、COVID-19 発生源と目される中国を相手取り、WHO 憲章第 75 条に基づいて国際司法裁判所に提訴し、国際責任を追及する可能性が広く論じられてきたものの³⁹、これを実行に移した国家はこれまでのところ存在しない。このことも踏まえるならば、WHO が用意する仲裁や裁判のメカニズムから本稿が関心を持つ主題についての示唆が得られる見込みは薄いものと考えられる。

以上のように、公衆衛生と社会経済活動の両立の仕方について、WHO における実行から何らかの具体的示唆を得ることは難しい。このことは、長期的な課題としては、透明性向上やガバナンス強化といったかたちで WHO に制度改革⁴⁰を迫るものである。そして、当面の課題としては、WHO の枠組みに依存することなく公衆衛生と社会経済活動の両立の仕方について検討していく必要があることを示している。したがって、次にそのための理論的支柱となりうる比例性概念の構造を検討する。

38 WHO における紛争処理メカニズムの概要としては次を参照。中島啓「COVID-19 と国際法（2）WHO における紛争処理メカニズム」（2020 年 5 月 28 日），at <https://public-intl-law.blogspot.com/2020/05/covid-192-who.html>; Peter Tzeng, “Taking China to the International Court of Justice over COVID-19”, *EJIL: Talk!* (2 April 2020), at <https://www.ejiltalk.org/taking-china-to-the-international-court-of-justice-over-covid-19/>.

39 COVID-19 の感染拡大をめぐる、中国を相手取って国際司法裁判所に提訴する可能性を論じた論考のリストとしては次を参照。 <https://www.peacepalacelibrary.nl/2020/05/could-china-be-taken-to-icj-over-covid-19-pandemic/>.

40 *E.g.*, Oona Hathaway and Alasdair Phillips-Robins, “COVID-19 and International Law Series: Reforming the World Health Organization”, *Just Security* (11 December 2020), at <https://www.justsecurity.org/73793/covid-19-and-international-law-series-reforming-the-world-health-organization/>.

Ⅲ. 比例性概念

人権や貿易投資に関する国際義務と抵触する虞のある感染症対策措置を法的に正当化するためには、国家責任法上の違法性阻却事由のいずれかを援用するという論理構成も想定しうる。しかし、国家責任条文において定式化された違法性阻却事由、とりわけ不可抗力（force majeure）や緊急避難の厳格な要件を前提とする限り、一次規則が体现する価値との関係で二次規則を通じて援用される価値が劣位に置かれる定式にならざるを得ず、したがって感染症対策と社会経済活動の両立を図る法的推論を構想する枠組みとしてどこまで適切か疑問である⁴¹。そこで、一次規則上の義務違反の成立の有無を判断する枠組みそのものに矛盾対立する価値の双方を読み込むアプローチが想定され、その法的推論の整理において比例性概念が有益である。

1. 討議の枠組みとしての比例性

比例性は一般に、目的と手段の釣り合いであるとか、規制が必要最小限であることなどと説明される⁴²。法学においては通常、18世紀後半のドイツ警察法における警察比例の原則として生成し、その後行政法上の一般原則ひいては憲法上の原理としての地位を占めるに至ったと説明される⁴³。こうした叙述の含意は、比例性原則が、国家権力の過剰な行使から個人の自由と財産を保護するという警察法上の二極的な法関係から、行政庁が一定の公益実現を目的として規制を課す場合における、当該規制によって保護される公衆と、当該規制によって侵害を被る個人という、三極的な法関係へと、その射程を拡大した点に求められる⁴⁴。それは、警察権の行使における「過剰の禁止」のみならず、効果的な保護のための行政権限行使の「過少の禁止」をも問う枠組みへと発展したことを意味する⁴⁵。憲

41 COVID-19 との関連で国家責任法上の違法性阻却事由の援用が実際的でない点につき、以下を参照。Martins Paparinskis, “The Once and Future Law of State Responsibility”, *American Journal of International Law*, vol. 114, no. 4 (2020), pp. 618-626; Federica Paddeu and Freya Jephcott, “COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility (Part I) (Part II)”, *EJIL: Talk!* (17 March 2020), at <https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-i/>; <https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-ii/>.

42 須藤洋子『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社、2010年）5頁。

43 Alec Stone Sweet and Jud Mathews, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, no. 1 (2008), pp. 97-111.

44 須藤・前掲注（42）83-84頁参照。

45 高橋明男「西ドイツにおける警察的個人保護：警察介入請求権をめぐる学説と判例（2）」『阪大法学』140号（1986年）161頁。

法上の原理として比例性が語られるのはこうした点においてであり、個人の自由や権利と国家的規制により追求される公益とが衝突する場面において、その最適化のためには対立する両者の衡量を行う必要があるという形で、比例性原則が定式化されていった。薬局設置規制を通じた社会的利益と個人の職業選択の自由とが衝突した事件において、「両要請を最も効率的な態様で最適化しようとするならば、対立しそして恐らく競合する2つの利益の含意を慎重に衡量（Abwägung; balancing）することにのみ、その解を見出すことができる」と説示した1958年のドイツ連邦憲法裁判所判決が⁴⁶、その指導的先例とされる⁴⁷。

このように、ある法体系において生じる権利や利益の衝突を調整するメカニズムとして比例性原則が把握される結果、同原則は、類似の構造を備える問題状況が発生する国際法の個別分野における判断枠組みとしても取り込まれていった。人権と公的規制との衝突を国際平面で扱う国際人権法のほか⁴⁸、貿易と非貿易的関心事項の衝突が論じられる国際通商法⁴⁹、対外投資保護と投資受入国による公的規制の衝突が問われる国際投資法⁵⁰などがその例である。

こうした展開を踏まえるならば、本稿の問題意識の延長線上に比例性概念が浮上することは自然である。第1に、感染症対策と社会経済活動をいかに両立するかという問いは、異なる価値あるいは矛盾衝突する権利や利益の調整という、比例性原則が想定する問題状況に他ならない。第2に、感染症対策と社会経済活動の両立をめぐるっては、国家による過剰な規制権限行使（overreach）のみならず、規制権限行使の不足（underreach）に起因する価値の衝突も問題となる。感染症対策の名の下にハンガリー政権が発出した期限の定めのない緊急事態法が市民の権利や自由に対して過剰な制約を課さなかったかが問われるのと同様に、ブラジルや米国など一部国家が経済活動の維持を優先する方針を掲げて十分な感染症対策を敢えて取らなかったことの是非も問われるわけである⁵¹。

比例性原則の意義は、一見して印象論的評価に過ぎない⁵²とみられがちな利益衡量のプロセスを合理的に構造化することに求められる⁵³。複雑な問題を分解して裁判官による

46 *Apotheken-Urteil*, BVerfGE 7, 377 (11 June 1958), translated in English at <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=657>.

47 Stone Sweet and Mathews, *supra* note 43, pp. 107-108.

48 E.g., Andrew Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality* (Oxford University Press, 2012), pp. 177-199.

49 E.g., Andrew D. Mitchell, *Legal Principles in WTO Disputes* (Cambridge University Press, 2008), p. 184.

50 E.g., 伊藤・前掲注 (17) 10 頁.

51 David E. Pozen and Kim Lane Scheppele, "Executive Underreach, in Pandemics and Otherwise", *American Journal of International Law*, vol. 114, no. 4 (2020), pp. 608-617.

52 Stavros Tsakyrakis, "Proportionality: An Assault on Human Rights?", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, no. 3 (2009), p. 482.

53 Robert Alexy, "Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse", *Ratio Juris*, vol. 5, no. 2 (1992), pp. 143-

事件分析を補助するのみならず⁵⁴、利益衡量の様々な側面を分析的に峻別することで、討議の適正性確保を請け負うものである⁵⁵。もちろん、比例性概念に依拠さえすれば、競合する価値の調整という難解事例において単一の解決策を論理演繹的に導出できるわけではない。ここで重要なのは、利益衡量が討議（discourse）の観念と結びつけられることである。ドゥオーキン（Ronald Dworkin）は、法規範のうち、要件の充足により一定の法的効果を一義的に生ぜしめる「規則（rules）」と、議論や理由付けに特定の方向付けを与えるにとどまる「原理（principles）」とを区別した上で、原理間には本来的に抵触があり、したがってその相対的な重み（relative weight）を考慮して抵触を解消しなければならないと考えた⁵⁶。この考え方を発展させたアレクシーは⁵⁷、規則に基づく権利の充足が「確定的命令（definitive commands）」であるのに対し、原理に基づく権利は暫定的なものであり、充足すべき程度は対立する原理との関係で決定される「最適化要求（optimization requirements）」であると構成し、事実上及び法上可能な限り最大限に実現することを要求するものとして把握した⁵⁸。規則の適用が事実の法命題への包摂（subsumption）であるのに対し、原理の適用とは衡量（weighing or balancing）であるため、対立する原理の双方の重みを考慮しなければならない⁵⁹。アレクシーは、原理が対立した際の最適化要求について、「一方の原理の不充足や毀損の度合いが高いほど、他方の原理を充足することの重要度が高くならねばならない」との命題で定式化し、これを衡量に関するルール（Law of Balancing）と呼ぶ⁶⁰。そしてアレクシーによれば、対立する原理の相対的な重みを特定する衡量作業は、討議なくしては行えない⁶¹。アレクシーにおいて、そうした討議には、民主的社会における立法や裁判といった制度化された手続に拠るもののほか、制定法や判例、あるいはより一般的な実践理性に従って行われる制度化されていない討議も含まれる⁶²。確かに、裁判のように決断を伴う制度を前提としない限りは具体的問題において単

152; Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights* (Oxford University Press, 2012), p. 179.

54 Kai Möller, "Proportionality: Challenging the Critics", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, no. 3 (2012), p. 727.

55 Matthias Klatt and Moritz Meister, "Proportionality—A Benefit to Human Rights? Remarks on the I-CON Controversy", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, no. 3 (2012), p. 708.

56 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, 1977), pp. 24-27.

57 この理論的系譜についてはより一般に、亀本洋「法におけるルールと原理：ドゥオーキンからアレクシーへの議論の展開を中心に（1）（2・完）」『法学論叢』122巻2号、3号（1987-88年）18-38、95-122頁参照。

58 Alexy, "Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse", *supra* note 53, p. 145; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, *supra* note 14, p. 47.

59 Alexy, "Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse", *supra* note 53, p. 147.

60 Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, *supra* note 14, p. 102.

61 Robert Alexy, "Balancing, Constitutional Review, and Representation", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, no. 4 (2005), p. 577.

62 Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, *supra* note 14, p. 370.

一の結論に到達しうるとは限らないものの、討議のルールに従うことで、結論の不確実性を一定程度除去することは可能と考えるわけである⁶³。この点、衝突する原理の衡量についての最適解を探究する討議は、利害関係者が各々拠って立つ論拠についての説明を提示し合うことで、ありうる均衡点についての社会的コンセンサスが徐々に浮かび上がってくるプロセスとして把握することができる⁶⁴。そこにおいて比例性概念は、必ずしも制度化されていない討議のプロセスにも合理的な構造を与えることで、その適正性を一定程度確保することが期待されていると考えられよう。

2. 討議プロセスの構造化

討議プロセスの構造化という問題関心からは、様々な法分野に取り込まれ展開してきた比例性原則の様々なヴァリエーション⁶⁵を仔細に見ていくよりも、むしろその基本的な理論構成に立ち戻ることが有益と考えられる。この点、比例性原則は一般に、目的正当性、手段の適合性、手段の必要性、そして利益衡量という4段階からなる判断枠組みとして定式化されている⁶⁶。以下では、感染症対策と社会経済活動の両立という問題意識に即して敷衍していく。

(1) 目的正当性

第1に、規制目的の正当性（legitimacy）であり、権利侵害を正当化しうる利益の存在を特定する作業である⁶⁷。この点、国家政策の目的それ自体は大半の場合正当と判断され、正当性を欠くことを理由に違反が帰結することは實際上ほとんどない⁶⁸。そうしたこともあり、目的正当性を比例性の判断枠組みに含めない考え方もある⁶⁹。もっとも、目的の正

63 Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, *supra* note 14, pp. 370-371.

64 こうした討議観念につき、伊藤一頼「国際経済法における価値調整問題と『持続可能な発展』概念」『世界法年報』38号（2019年）34-35頁。

65 Thomas Cottier *et al.*, “The Principle of Proportionality in International Law: Foundation and Variations”, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 18 (2017), p. 628.

66 Möller, “Proportionality: Challenging the Critics”, *supra* note 54, pp. 711-716; Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, *supra* note 53, p. 181; Caroline Henckels, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy* (Cambridge University Press, 2015), pp. 24-26; Valentina Vadi, *Proportionality, Reasonableness and Standards of Review in International Investment Law and Arbitration* (Edward Elgar Publishing, 2018), p. 60.

67 Aharon Barak (translated by Doron Kalir), *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* (Cambridge University Press, 2012), p. 245.

68 Möller, “Proportionality: Challenging the Critics”, *supra* note 54, p. 712.

69 Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, *supra* note 14, p. 397; Robert Alexy, “Proportionality and Rationality”, Vicki C. Jackson and Mark V. Tushnet (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New*

当性をあくまで問う枠組みを維持することで、社会的あるいは倫理的に許容し難い論拠や理由付けを援用する途を予め排除し⁷⁰、措置を擁護する側がその主張を「浄化された議論 (sanitised arguments)」へと置き換えることを促すような場面も想定することができ⁷¹、限定的ながら固有の作用領域が残されているように思われる。いずれにせよ、後に検討する比例性の他の構成要素はすべて規制目的との関係において検討されることになるため⁷²、正当な規制目的の特定は討議の出発点において必須の作業である。

今般の状況に鑑みても、この目的正当性の欠如が問題となりうる場面は多くはないと考えられる。各種の保健衛生措置の基底にある感染拡大防止という政策目的も、あるいは感染症蔓延により停滞した社会経済活動の活性化という政策目的も、いずれもそれ自体としては正当な政策目的であることに疑問を挟む余地は小さいからである。もっとも、そのようにして掲げられる政策目的があくまで真正のものであり、その内実において他の目的を追求するための口実として偽装されたものではないかを精査する必要はある。例えば、2020年3月20日、米国国土安全保障省は、米国とメキシコの間の人々の往来を制限し、メキシコから米国への個人の移動については、治療や労働目的での移動など、法令上定義される「必須の渡航 (essential travel)」に限って許可するという措置を期限付きで導入した⁷³。法令の文言上は、本措置は両国国民とりわけ国境管理に従事する人員の COVID-19 感染リスクの高まりへの対処と位置付けられており⁷⁴、公衆衛生上の正当な目的が掲げられていたと考えられる。しかし、同日の記者会見においてトランプ大統領は、同措置が「我々の国民が必要とする医療資源を枯渇させる大規模でグローバルな移住 (mass global migration) のインセンティブを減殺することになるだろう」と述べており⁷⁵、感染対策とは異なる政策目的も念頭にあったのではないかという疑念を残している⁷⁶。この例が示唆

Challenges (Cambridge University Press, 2017), pp. 19–20.

70 Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, *supra* note 53, pp. 190–191.

71 Mattias Kumm, “Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, no. 2 (2008), p. 168.

72 Aharon Barak, “A Research Agenda for the Future”, Vicki C. Jackson and Mark V. Tushnet (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (Cambridge University Press, 2017), p. 324.

73 *Notification of Temporary Travel Restrictions Applicable to Land Ports of Entry and Ferries Service Between the United States and Mexico*, *Federal Register*, vol. 85, no. 47 (24 March 2020) p. 16547, at <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2020-03-24/pdf/2020-06253.pdf>.

74 *Ibid.*

75 “Government Response Updates: Trump Invokes Defense Production Act, Closes Southern Border Citing ‘Viral Spread’”, *ABC News* (21 March 2020), at <https://abcnews.go.com/Politics/government-response-updates-white-house-briefing-expected-amid/story?id=69706088>.

76 See, León Castellanos-Jankiewicz, “US Border Closure Breaches International Refugee Law”, *Opinio Juris* (3 April 2020), at <http://opiniojuris.org/2020/04/03/covid-19-symposium-us-border-closure-breaches-international-refugee-law/>.

するように、措置の目的に関する説明を為政者から引き出し、掲げられた規制目的が真正のものであるかを精査するためにも、目的正当性をあくまで問う枠組みを維持しておくことがやはり必要と考えられる。

(2) 適合性

第2に、規制目的を実現するために選択された手段の適合性（suitability）であり、具体的には、ある権利を侵害する手段の実施が正当な規制目的の実現に貢献するかを実証的に確認する作業である⁷⁷。そうした連関が無い場合には、利益の衝突は実は存在しないことを意味するため、ある価値を犠牲にすることで他の価値を実現することができるという価値衝突の有無それ自体を判定する作業と位置付けられる⁷⁸。そうした適合性を欠く手段を討議の俎上から除外することがこの第2段階におけるフィルタリングである⁷⁹。

感染症が蔓延するにつれ、個人用防護具（personal protective equipment: PPE）をはじめとする医療物資の需要が世界中で急速に高まったことから、各国はこれら物品につき輸出規制措置を導入した。世界貿易機関（WTO）事務局の統計によれば、2020年4月の時点で80か国が何らかのかたちで輸出を禁止あるいは制限する措置を課している⁸⁰。これらは、感染者の治療に携わる医療従事者を保護し、自国内（域内）における感染症のさらなる拡大を防止するための措置であると説明され⁸¹、輸出制限措置は国内における物資の不足を緩和しうる点で当該目的に適合するものとみることができる。問題は、そうした連関が一見して自明ではない例である。例えば、上述したWTO事務局の統計によれば、COVID-19パンデミックの結果としてトイレットペーパーにつき輸出禁止・制限措置を課した国が少ないながら存在する⁸²。確かに、感染拡大第一波の3月から4月にかけて、日本を含めたいくつかの国で買い占めが発生したと報じられた⁸³。かといって、それが一国

77 Mattias Kumm, “Political Liberalism and the Structure of Rights”, George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* (Hart Publishing, 2007), p. 138.

78 Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, *supra* note 53, p. 193; Möller, “Proportionality: Challenging the Critics”, *supra* note 54, p. 713.

79 Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, *supra* note 14, p. 398.

80 WTO Secretariat, *Export Prohibitions and Restrictions: Information Note* (23 April 2020), p. 6, at https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/export_prohibitions_report_e.pdf.

81 *E.g.*, European Commission, *Commission Implementing Regulation (EU) 2020/402 of 14 March 2020 making the exportation of certain products subject to the production of an export authorisation*, OJ L 77 I, at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020R0402&from=GA>.

82 WTO Secretariat, *supra* note 80, p. 7.

83 *E.g.*, “Coronavirus Rumors Fuel Panic Buying of Toilet Paper in Japan”, *Nikkei Asia* (2 March 2020), at <https://asia.nikkei.com/Spotlight/Coronavirus/Coronavirus-rumors-fuel-panic-buying-of-toilet-paper-in-Japan2>; “Flushing Out the True Cause of the Global Toilet Paper Shortage Amid Coronavirus Pandemic”, *Washington Post* (8 April 2020), at <https://www.washingtonpost.com/national/coronavirus-toilet-paper->

における製品の「危機的な不足」(GATT 第11条2項(a))に相当していたとは考え難く、何より、トイレットペーパーの輸出規制が国内医療従事者の保護、あるいはより一般に感染症拡大防止とどう連関するかは明らかではない。適合性のテストは、こうした場面において措置を実施する側に対して規制目的との連関についての説明を促し、適合性を欠くと判断される措置について討議の遡上から除外することを求めるものと位置付けられる。

(3) 必要性

第3に、正当な規制目的を実現するために選択された手段の必要性(necessity)であり、権利制限の度合いがより小さい態様で当該目的を実現しうる代替手段が他に存在しないかを検討する作業である⁸⁴。ある社会問題に対応するための政策オプションとして、ある手段は制限の度合いがより小さいものの実効性の点で劣るとか、別の手段は制限の度合いがより小さいものの追加的な費用を要するなど、様々な選択肢が想定できることが通例である⁸⁵。そうした中で、必要性のテストは、設定された規制目的を実現するために選択される手段の効率性を追求するものと位置付けられる⁸⁶。

この必要性のテストでは、規制目的それ自体は所与として位置付けられるため、設定された当初の目的を達成できない手段の選択までは求められない。例えば、2020年2月1日にオーストラリアが課した中国本土からの外国人渡航者の入国禁止措置は、感染拡大の初期段階における新型ウイルスに関する情報の不確実性を背景に、最大限の予防(utmost precaution)を目的として取られたものである⁸⁷。ある研究によれば、同措置は感染事例発生を86%も低減させた極めて実効的なものであった⁸⁸。先に紹介した通り、これと同時期に出されたWHOの勧告では、渡航制限措置はむしろ推奨しない旨が強調されていた。仮にオーストラリア政府がWHOの勧告に従っていたならば、当初設定した規制目的を十分に達成することはできなかった可能性が高い。したがって必要性のテストという観点からは、WHOの勧告は、国際交通への制限の度合いはより小さいものではあったものの、オーストラリアが設定した政策目的を十分実現するための合理的な代替手段たり得な

shortage-panic/2020/04/07/1fd30e92-75b5-11ea-87da-77a8136c1a6d_story.html.

84 Möller, "Proportionality: Challenging the Critics", *supra* note 54, p. 714.

85 Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, *supra* note 53, p. 196.

86 伊藤・前掲注(17) 6頁。

87 Prime Minister of Australia, "Updated Travel Advice to Protect Australians from the Novel Coronavirus", *Media Release* (1 February 2020), at <https://www.pm.gov.au/media/updated-travel-advice-protect-australians-novel-coronavirus>.

88 Valentina Costantino, David J Heslop and C. Raina MacIntyre, "The Effectiveness of Full and Partial Travel Bans against COVID-19 Spread in Australia for Travellers from China during and after the Epidemic Peak in China", *Journal of Travel Medicine*, vol. 27, no. 5 (2020), pp. 1-7.

かったというかたちで整理することができよう⁸⁹。

(4) 利益衡量（狭義の比例性）

第4に、個別具体的な状況において衝突する価値のいずれが優先されるかを決定する利益衡量である⁹⁰。一方の利益を充足するために他方の利益を毀損することを正当化できるかを問うものである⁹¹。もっとも、利益の「衡量（balancing）」という表現で参照されている判断プロセスの内実としては、対立する価値や利益を共通の尺度で量的に比較したうえで各々の重みを計測するという費用便益分析的なアプローチ（“interest balancing”）の他に、対立する価値のいずれが具体状況において優越するかについての道徳的議論そのもの（“balancing as reasoning”）も含まれると主張される⁹²。すなわち前者に対しては、線の長さや岩の重さを比較しえないように異なる価値を共通の尺度で比較することはできないという共約不可能性（incommensurability）の問題が指摘されてきたため⁹³、これに対する応答として、対立する価値や利益の関係性についての道徳的議論として利益衡量のプロセスを把握する後者の考え方が提示されてきている⁹⁴。この後者の考え方では、「衡量」という表現に関わらず、実際には、一方の利益の犠牲を他方の利益が正当に（legitimately）要求することができるかという規範的な評価が正面から行われる⁹⁵。もっとも、このように構成すると、利益衡量は単に判断者の恣意に過ぎないとか印象論的評価でしかないのではないかといった更なる批判⁹⁶を招くこととなる。これについては、利益衡量論を擁護する論者も、判断者の直観（intuitions）に支配される領域が残らざるを得ないことを承認する。すなわち、判断者の直観であれ利益衡量を特定の方向に導くこともあり、また直観自体を精査する余地もあるという擁護を付しつつも、究極的には、可能な限り説明するという以上のことはできない領域が残ることを承認している⁹⁷。その限りでは、利益衡量のテスト

89 Oona Hathaway and Alasdair Phillips-Robins, “COVID-19 and International Law Series: WHO’s Pandemic Response and the International Health Regulations”, *Just Security* (8 December 2020), at <https://www.justsecurity.org/73753/covid-19-and-international-law-series-whos-pandemic-response-and-the-international-health-regulations/>.

90 Möller, “Proportionality: Challenging the Critics”, *supra* note 54, p. 715.

91 Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, *supra* note 14, p. 401.

92 Möller, “Proportionality: Challenging the Critics”, *supra* note 54, p. 715.

93 *E.g., Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enters.*, 486 U.S. 888, 897 (1988) (Scalia, J., concurring); Tsakyrakis, “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, *supra* note 52, p. 471.

94 Möller, “Proportionality: Challenging the Critics”, *supra* note 54, pp. 720–721.

95 Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, *supra* note 53, p. 200.

96 Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Morality* (The MIT Press, 1998), p. 259; Tsakyrakis, “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, *supra* note 52, p. 482.

97 Möller, “Proportionality: Challenging the Critics”, *supra* note 54, p. 727–730.

には理論的な不完全性が残るものの、とはいえそのことは討議のルールとして価値を失わしめるほどのものではなく、むしろ議論の整理に資する範囲に着目していくことが生産的であろう。

感染拡大の社会的影響が長期化の様相を呈する本稿執筆時点において問われているのは、感染拡大防止という正当な目的の実現のために社会経済活動に関わる個人の自由や権利がどこまで制限されるか、あるいは、社会経済活動の維持を目的とした措置の結果として個人の健康ひいては公衆衛生をどこまで脅かすことを容認できるか、である。したがって、この第4段階が主たる論争の場であり、貿易（輸出規制）⁹⁸や投資保護⁹⁹、そして次章で検討する人権分野などにおいて、感染症対策とそれに対立する社会的価値の調整が比例性概念を通じて論じられている。次章では、限られた例に即してではあるものの、この点について具体的に検討していく。

IV. 感染拡大防止と社会経済活動の両立をめぐるディスコース

1. 社会的距離確保（social distancing）

接触感染及び飛沫感染を通じて拡大する新型コロナウイルス感染症の性質に鑑み、ワクチンが実用化段階に至るまでは、人間同士の接触を低減し、社会的距離を確保する（social distancing）ことが感染拡大を防止するために不可欠の手段であると考えられている¹⁰⁰。こうした観点から、感染拡大の淵源と目される中国の武漢市では2020年1月23日から厳格な都市封鎖が実施され、各種の移動の制限を含む厳しい措置が導入された¹⁰¹。欧州で最初に感染者数が急増したイタリアでも2月下旬から人の移動を制限する措置が導入

98 E.g., Joost Pauwelyn, “Export Restrictions in Times of Pandemic: Options and Limits under International Trade Agreements” (2020), at <https://ssrn.com/abstract=3579965>.

99 E.g., Tillmann Rudolf Braun, “State Responsibility and Investment Protection in the Time of Pandemic”, Rainer Hofmann, Julian Scheu, Stephan Schill, and Christian Tams (eds.), *Investment Protection, Human Rights, and International Arbitration in Extraordinary Times* (Nomos, forthcoming in 2021), at <https://ssrn.com/abstract=3703146>.

100 Zheming Yuan *et al.*, “Modelling the Effects of Wuhan’s Lockdown during COVID-19, China”, *Bulletin of the World Health Organization*, vol. 98 (2020), pp. 585–594, at <https://www.who.int/bulletin/volumes/98/7/20-254045/en/>.

101 See e.g., The State Council Information Office of the People’s Republic of China, *Fighting COVID-19 China in Action* (June 2020), p. 12, at http://english.www.gov.cn/news/topnews/202006/07/content_WS5edc559ac6d066592a449030.html.

され、3月9日にはその対象範囲がイタリア全土にまで拡大された¹⁰²。人と人の接触を低減しようとするこうした措置は、程度や態様の差はあるものの今日まで世界中で実施されてきている。

こうした政策は、程度の差こそあれ、その性質上、社会経済活動にかかる個人の自由や権利を制限するものであるため、想定される感染リスクに比例したものでなければならぬ¹⁰³。この点、中国の措置については人から人への感染を防止最小化するための唯一の手段であったと評価され¹⁰⁴、イタリアの措置についても基本的に国際人権基準を遵守したものであったと評価される傾向にある¹⁰⁵。確かに、感染拡大防止という措置の目的は正当であり、社会的距離を確保する各種の措置はそのための手段として適合的であるのみならず、ワクチン実用化の見通しが無い段階においては必要であったと考えられる¹⁰⁶。したがって焦点は自由・権利に対する制限の比例性であり、措置の時限性や地理的適用範囲、違反者に対して課される制裁の内容といった個別事情に照らして判断する必要がある、という形で討議を整理することができよう。

なおこの点、感染拡大防止措置の合法性が欧州人権裁判所で審理される場合には¹⁰⁷、いわゆる評価の余地（margin of appreciation）論により、国家規制当局が行った意思決定に対しては裁判所による敬讓（deference）が払われる結果、当該決定においてすでになされている利益衡量に対しても敬讓が払われることが想定される。その際の利益衡量の判断には民主的正統性があるとみなして、比例性のテストに組み込んでしまう考え方もある¹⁰⁸。その結果、評価の余地論に依拠した判断では、裁判所は、場合によっては利益衡量の具体的な内容には触れることのないまま条約適合性についての一定の結論に到達することも可能であるため¹⁰⁹、ある特定の権利侵害がなぜ許容されるのかという利益衡量の核心について

102 “Coronavirus: Italy Extends Emergency Measures Nationwide”, *BBC News* (10 March 2020), at <https://www.bbc.com/news/world-europe-51810673>.

103 OHCHR, *COVID-19 Guidance* (13 May 2020), p. 1, at https://www.ohchr.org/Documents/Events/COVID-19_Guidance.pdf.

104 WHO, *Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)* (16-24 February 2020), p. 19, at <https://www.who.int/docs/default-source/coronavirus/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf>.

105 *E.g.*, Alessandra Spadaro, “Do the Containment Measures Taken by Italy in Relation to COVID-19 Comply with Human Rights Law?”, *EJIL: Talk!* (16 March 2020), at <https://www.ejiltalk.org/do-the-containment-measures-taken-by-italy-in-relation-to-covid-19-comply-with-human-rights-law/>.

106 *Ibid.*

107 COVID-19 対策措置の条約適合性が欧州人権裁判所で争われた（おそらく）最初の事案は、申立ての抽象性を理由に受理可能性が否定されている。 *Renaud Le Mailloux c. France*, Requête n° 18108/20, décision du 3 décembre 2020.

108 Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, *supra* note 53, p. 201.

109 *E.g.*, Concurring Opinion of Judge Rozakis in *Odièvre c. France*, Requête n° 42326/98, arrêt du 13 février 2003.

の手掛かりを提供するとは限らないことに注意しなければならない¹¹⁰。本稿の問題意識からは、対立する利益の調整を何らかの形で正面から試みた例が参考となる。

2. 接触追跡（contact tracing）

そうした観点からは、傍論的にはあるものの、感染者の行動履歴を追跡する措置の合法性につき比例性の枠組みに即して判断を加えたイスラエル最高裁判決が検討に値する。上に述べた社会的距離の確保策を実効的なものとするためには、感染症陽性者の行動履歴を確認し、その濃厚接触者を特定して隔離することが肝要である。この点、イスラエルでは、当初は保健省が陽性者個人からの聞き取りを通じて行動履歴を追跡していたものの、3月に感染者が急増した結果、そうした手法では対応しきれなくなったことから、イスラエル政府は、同国の治安維持機関（Israel Securities Authority: ISA）が有する高度なデジタル監視技術を用いることで、陽性と診断された者の過去14日間の行動履歴を確認し、陽性者と15分以上至近距離にいた人物の位置情報を迅速に洗い出す策をとることを決定した¹¹¹。同技術は主として対テロリズムのために用いられるものであることもあってか¹¹²、詳細は必ずしも明らではないものの、情報通信会社を通じてISAが情報を収集し、最終的にそれを保健当局と共有する仕組みとされる¹¹³。こうした措置がプライバシーの権利を侵害するとして市民団体等が国内裁判所に提訴していたところ、イスラエル最高裁は、4月26日に下した判決において、政府が治安機関にそうした権限を緊急に付与した点に法令の違背はなく、したがって同措置は定められた期限（4月30日）までは有効であると判断するものの、同日以降も同様の措置を継続するのであれば、民主的統制の観点から議会が制定する法律の形式に拠ることが必要であると結論付けた¹¹⁴。そのため、プライバシーの権利の侵害については判断する必要がなかったものの¹¹⁵、最高裁は、その傍論において、感染者の行動履歴を収集する措置とプライバシーの権利の関係について比例性

110 George Letsas, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, no. 4 (2006), p. 714.

111 See, *Ben Meir et al. v. Prime Minister et al.*, HCJ 2109/20, HCJ 2135/20, HCJ 2141/20, Judgment (26 April 2020, President E. Hayut), paras. 1-8, 12, English translation available at <https://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Ben%20Meir%20v.%20Prime%20Minister1.pdf>.

112 Amir Cahane, “The Israeli Emergency Regulations for Location Tracking of Coronavirus Carriers”, *Lawfare* (21 March 2020), at <https://www.lawfareblog.com/israeli-emergency-regulations-location-tracking-coronavirus-carriers>.

113 “Coronavirus: Israel Enables Emergency Spy Powers”, *BBC News* (17 March 2020), at <https://www.bbc.com/news/technology-51930681>.

114 *Ben Meir*, *supra* note 111, paras. 29-33.

115 *Ben Meir*, *supra* note 111, para. 35.

の枠組みに即して論じている。

最高裁（所長意見）は、治安維持機関が国民監視を行い、個人の同意なく情報を収集することは個人のプライバシーを著しく侵害するものであると判断すると同時に、そうしたメカニズムによって感染症陽性者と濃厚接触した人物の位置情報を迅速に取得し、感染の連鎖を断ち切ることで公衆衛生を保護することには相当な便益があると考え、状況に照らし両者の利益衡量が必要であるとする¹¹⁶。このように利益衡量に焦点を当てた問題設定はイスラエル政府側も共有するところであり、同措置がプライバシーを侵害することは争わず、治安維持機関による同措置はイスラエル国民・住民の生命およびイスラエル商業界の安定という目的に比例したものであり、「後者の権利や利益の重みはプライバシーの権利の侵害の重みを超える」と主張した¹¹⁷。裁判官の1人も、慎重な表現ながら、プライバシーの権利と国民の生命健康及びイスラエル経済とを対立関係に捉えた上で、後者の保護のために一定程度前者を犠牲にする用意が国民にある旨示唆している¹¹⁸。この点、「イスラエル商業界の安定」あるいは「イスラエル経済」の利益といった観点は所長意見には必ずしも表れていないため、対立関係にあるものと把握される利益の内実についての理解は必ずしも一致していなかった可能性はある。この点に留保を付しつつも、以下で見るように、そこで示された着眼点は今般の新型コロナウイルス感染症対策という文脈で衝突する利益の調整のあり方について一定の示唆を与えるものとみることができる。

イスラエル政府側の主張では対立する利益の一方が優先されることが端的に結論されていたのに対し、所長意見は、感染拡大の初期段階では実効的な手段が即座に必要であったものの、時が経つにつれてより制約の小さな代替手段の探求が求められるようになると説いており、比例性の判断枠組みに時の経過という視座を導入している点が注目に値する¹¹⁹。すなわち、「実効的な代替策を見つけ出す努力は不断に継続しなければならず」、「政府当局は、直近の必要性が、依拠している厳しい手段をなお正当化するものであるかを常に考えなければならない」と¹²⁰。あくまで傍論として論じられているためか、所長意見は必ずしも明確な結論を示すわけではないものの、イスラエルの場合には、保健省が開発した接触追跡アプリが判決時点でローンチ済みであり¹²¹、追跡対象となる個人の同意を前提とする手段である点に着目し、これが今後の有力な代替措置となりうることを示唆し

116 *Ben Meir, supra* note 111, paras. 38–39.

117 *Ben Meir, supra* note 111, para. 12.

118 *Ben Meir, supra* note 111, paras. 3–4 (Justice N. Sohlberg).

119 *Ben Meir, supra* note 111, para. 40.

120 *Ben Meir, supra* note 111, para. 41.

121 Ministry of Health of Israel, “The Ministry of Health launches ‘HAMAGEN’ - an App to Prevent the Spread of Coronavirus”, *Press Release* (22 March 2020), at <https://www.gov.il/en/departments/news/2203202004>.

たものとみられる。確かに、同アプリのその後の低い普及率や度重なる不具合、そして宗教戒律を重視し生活様式の変更に消極的なユダヤ教超正統派の住民が居住する区域における感染拡大を踏まえるならば¹²²、この接触追跡アプリがISAによる行動履歴収集と同等の実効性を持つという見通しは楽観的であったかもしれない。事実、感染が再拡大しつつあった6月、イスラエル政府はISAの技術に今後も依拠する方針を示し、7月1日にはISAへの権限付与を定めた法案が議会を通過した¹²³。これにより、治安維持機関の技術を利用した感染追跡措置は、最高裁判決に即したかたちで制定法上の根拠を得ることとなった。したがって形式的には、プライバシーの権利と感染拡大防止あるいは経済産業の保護という価値衝突において、後者に重点を置いた利益衡量が民主的な正統性を得たとみることできる。とはいえ、比例性の判断枠組みに時の経過の要素を導入した本判決は、対立する利益の衡量はその時々事情に即した暫定的なものであり、一度到達した衡量をその後どこまで維持するのことは事態の推移に応じて不断に問われなければならないことを示唆している。このことは、長期化が予想される新型コロナウイルス感染症対策においてとりわけ妥当するものと考えられる。本稿執筆段階では、一部地域でワクチン接種が開始され、事態の打開に向けた効果が期待されている一方で、英国や南アフリカを中心に感染力の高い新型コロナウイルスの変異株の検出が報告されるなど、依然として全く予断を許さない状況が続いている。加えて、多くの地域で実施されてきた都市封鎖措置も、その財政的負担の大きさに鑑みるならば、いつまでも現実的に依拠可能な対策手段であるとは限らない。こうした状況の不透明性あるいは流動性を踏まえるならば、新型コロナウイルス感染症対策と社会経済活動の維持とのありうる均衡点についての社会的コンセンサスは一回限りで固定されるのではなく、事態の推移を踏まえて不断に上書きされ続けるものとして捉える必要があるだろう。そこにおいて、比例性の概念には、社会的な討議のプロセスを緩やかにではあるが枠付けることで、理性的かつ建設的な対話を促す機能を果たすことが期待されているとみることができる。

122 Tehilla Schwartz Altschuler and Rachel Aridor Hershkovitz, *Digital Contact Tracing and the Coronavirus: Israeli and Comparative Perspectives* (The Brookings Institution, August 2020), pp. 10-11, at https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2020/08/FP_20200803_digital_contact_tracing.pdf.

123 See, Amir Cahane, "Israel Reauthorizes Shin Bet's Coronavirus Location Tracking", *Just Security* (3 July 2020), at <https://www.lawfareblog.com/israel-reauthorizes-shin-bets-coronavirus-location-tracking>.

V. おわりに

以上、本稿では、新型コロナウイルス感染症対策と社会経済活動の両立について、異なる価値基準に立脚する者との間の討議を比例性の概念を通じて整理しうる可能性を検討した。

新型コロナウイルス感染症が一定水準において社会に存在し続けることを新たな日常（new normal）として受け入れることは¹²⁴、誰かが決めた権利や自由に対する制約をもそのした新たな日常の一部として受け入れる¹²⁵べきことを直ちに意味するわけではない。とりわけ、今般の感染症のように事態の長期化が想定される場合には、利益衡量の均衡点は必ずしも一回限りの政策判断で固定されるものではなく、事態の推移に応じて不断に上書きされ続けていく必要がある。そこにおいて比例性の概念は、利益衡量のあるべき均衡点について一義的な解を提供するわけではないものの、それについてのコンセンサスを探求する社会的な討議を緩やかに枠付ける機能を果たすことが期待される。本稿が依拠したのは比例性の最も基本的なモデルであるが、同概念が（国際）法学の各分野に順応しつつ様々に発展していることに鑑みるならば、感染症対策と社会経済活動の両立というディスコースに順応するかたちで比例性の枠組みそれ自体が発展する余地があると考えられる。本稿はそうした展開を見据えた序論的考察と位置付けられる。

124 See, Federica Paddeu and Michael Waibel, “The Final Act: Exploring the End of Pandemics”, *American Journal of International Law*, vol. 114, no. 4 (2020), p. 706.

125 Quintana and Uriburu, *supra* note 7, p. 692.