

令和 5 年（ワ）第 316 号 損害賠償請求事件

原告 A

被告 国外 1 名

準備書面(1)

2023 年 11 月 26 日

岡山地方裁判所第 1 民事部 1 合 I 係 御中

原告訴訟代理人弁護士 桜井康統

第 1 原告の主張の整理

被告国及び被告岡山県（以下、「被告国ら」という。）から陳述された準備書面に対して細かく認否を行うと錯綜するため、本書面では改めて原告の主張を整理する。

原告は、厚労省が新型コロナ退院・就業制限通知(甲 3 の 2)において発症日から 10 日間経過するまでを就業制限期間としたのち、就業を行わないことについて患者が協力する場合には就業制限を行わなくてもよいとするなど、就業制限措置に係る見直しを行ったために（乙 9）、被告岡山県が 2022 年 4 月 1 日以降、全面的に就業制限の通知を出すことをやめ、しかし原告の勤務先においては引き続き新型コロナウイルス感染症の陽性反応が出た社員に対して発症日から 10 日間経過するまで欠勤を命じてい

たことから、2022 年 8 月 20 日に発症したことで、2022 年 8 月 23 日から同年 8 月 30 日まで欠勤を余儀なくされた。

被告岡山県が、個別の案件毎に意見聴取手続きを経て（感染症法 18 条 5 項）就業制限通知を行うか否か判断している状況で通知がなされなかったのであれば、就業制限はなかったといえる。そうではなく、被告岡山県は、患者が協力しない場合が存在しないことを前提に、就業制限通知書の交付それ自体を完全に停止した。

しかし、現実には、原告は、勤務先から、被告岡山県が就業制限通知を停止して以降も、陽性反応が出たことで欠勤を命じられており、被告岡山県が、そして、就業制限通知の停止を黙認した被告国もが、患者が協力しない場合が存在しないことを前提にしていることからわかるように、欠勤命令に対して拒否権を持たなかった（就業制限が事実上強制されていた。）。

原告の勤務先は、原告が自発的に休暇をとる意思ではなかったにもかかわらず欠勤を命じ（故意・過失）、原告が得られるはずであった休業手当その他訴状記載の損害を与えたため、原告の勤務先には不法行為責任が成立する（民法 709 条）。

被告国及び被告岡山県は、それぞれ、「公権力の行使に当たる公務員」たる当時の加藤勝信厚労大臣及び伊原木隆太岡山県知事が就業制限に係る行政という「職務を行うについて」、患者が協力しない場合が存在しないことを前提にして就業制限通知を一律停止し、つまり、発生届（感染症法 12 条 1 項）全件に対して就業制限通知を交付するに等しい状況を作り

出す一方、雇用主たる企業に対して陽性者たる患者の協力を得られない場合が存在することを踏まえて、使用者の責に帰すべき事由による休業には、休業手当を支払わなければならないことを周知しなかったのであるから、「故意又は過失」によって原告に対し作為・不作為による不法行為を行なったといえる。その結果、原告に少なくとも得られなかった休業手当その他訴状で記載した各損害が発生した（国家賠償法 1 条）。なお、損害論の主張につき追って補充する予定である。

上記原告の勤務先の不法行為と被告国及び被告岡山県の不法行為は、一当事者が適正な行動をとっていれば防げたという点でそれぞれ密接な関連共同性が認められ、原告の勤務先、被告国及び被告岡山県は共同不法行為責任を負う（民法 719 条）。

また、被告国は、追って主張するとおり、2021 年 12 月以降、重症化率死亡率が季節性インフルエンザのそれよりも大幅に下回っていたことから、遅くとも 2022 年 8 月 20 日までには、新型コロナウイルス感染症を感染症法上の 2 類感染症から 5 類ないし無類に変更すべきであったがこれを漫然と怠り、結果、上記の形で、原告に就業制限を加えて損害を生じさせたため、国家賠償責任を負う。原告は、予備的に、かかるに基づき、被告国に対し、10 円の損害賠償を請求する。

以上より、原告は、被告国及び被告岡山県に対して国家賠償責任としての原告の勤務先との共同不法行為責任にそれぞれ基づき、10 円の損害を連帯して賠償するよう求め、予備的に、被告国に対して国家賠償責任として 10 円の支払いを求める（それぞれ一部請求）。以下、補足する。

第 2 就業制限通知の一律停止は違法であること

1 原告が被告国らによる就業制限であると考えていたこと

原告は、たしかに、就業制限通知書それ自体の交付を受けてはいない。しかし、原告は、勤務先において、発熱等の症状が出た場合には、発熱外来を受診して抗原検査又は PCR 検査を受けるよう周知されており、陽性反応が出れば欠勤するよう命じられていた。勤務先からは就業制限通知書の提出は求められておらず、保健所から送られたショートメール（My HER-SYS というシステムを活用して保健所が医師から提出された発生届に記載されている陽性者の携帯電話番号宛にショートメッセージを送信する運用となっていた。）の画面で代替するとされていた。したがって、原告は、このショートメールの受信（甲 26）をもって就業制限通知書の代わりであると理解していた。

原告は、このような勤務先の労務管理が、当然に被告国による就業制限措置に紐付いたものと理解しており、いずれにしてもこれに従うという選択肢しかなかなく、2022 年 8 月 20 日に発症し、同月 22 日に抗原検査の陽性反応が出ると翌日から欠勤を余儀なくされた。

2 被告国は就業制限措置の見直しを行っていないこと

この点に関し、被告国は「就業を行わないことについて患者が協力する場合には就業制限を行わなくてもよいとするなど、就業制限措置に係る見直しを行った（乙第 9 号証）」と主張するが、厚労省は、従来から、就業制限の対象者が自発的に休暇をとることが「基本」（甲 27）である旨都道府

県に周知するよう促していた。「協力」の字義からして自発的に休暇をとることとの間に有意差はないと考えられるので、「協力する場合には就業制限を行わなくてもよい」というのはトートロジーのようなものである。

なぜ改めて厚労省がこのような周知をしたかという点、被告岡山県もその準備書面(2)4、5頁で同趣旨を述べるように、就業制限通知書の交付に関し、全国の都道府県で対応がバラバラになっており、職員の業務がパンクするなどして就業制限通知書が交付されるまでに数ヶ月かかる都道府県や、就業制限通知書の交付を事実上停止していた都道府県があったからである。被告国は、そのような都道府県の実情を慮り、これを追認するように、就業を行わないことについて患者が協力する場合には就業制限を行わなくてもよいとあえて当然の理を示したものと考えられる（対行政機関との関係で情報の非対称性が認められる国民を欺く行為というべきである。）。

被告国が改めて行なった周知を受けて、豊島区は、「令和4年2月9日（ママ）の厚生労働省の通知により、就労を行なわないことについて陽性者から協力を得られる場合は、上記の就業制限を行なう必要がない旨が示されました。これに伴いまして、『就業制限に関する通知』の運用を見直し、令和4年2月17日（木曜）をもちまして、受付を終了させていただいております。」（甲28）として、就業制限通知書の交付を、つまり就業制限措置の実施を一律停止した。被告岡山県においても、その準備書面(2)で述べるように2022年4月1日以降、就業制限措置の実施を一律停止するに至った。

3 就業制限通知の一律停止は発生届全件に対して通知をすることと同義であること（法律の留保の原則違反）

しかし、感染症法が「通知しなければならない」ではなく「通知することができる」（感染症法 18 条 1 項）とした趣旨は、あくまで「まん延を防止するため必要があると認めるとき」（感染症法 18 条 1 項）の該当性判断に裁量を認めることにあり（県内での感染状況等に照らして個別に判断されることが求められていると考えられる。）、事務処理の省略という便宜上の理由で通知書の交付を一律停止することを認める趣旨ではないと解される。

また、被告国らは、患者が協力しない場合が存在しないことを前提にしているため、被告岡山県は、発生届全件に対して就業制限通知書を交付しているに等しい。実際には就業制限通知書の交付を行わないで国民にそれと同様の効果を与えているのであるから、法律の留保の原則に違反しており、被告国らが就業制限措置の実施を一律停止にしたことは違法であった。

厚労省は、就業制限の対象者が自発的に休暇をとることが基本であるとする一方で、「法第 12 条第 1 項の届出を受けた都道府県知事等は、協議会の意見を聴いて、速やかに……就業制限の通知をすること。……就業制限の通知が確実に行われるようにすること。通知を行うべき対象者が、感染症指定医療機関に入院する等の理由により、事実上業務に従事することが困難な場合や、3 の就業制限対象職種に現に従事していない場合であっても、必ず通知を行うこと。」（甲 27）としており、就業制限の通知を行うことをも「基本」としているように思えることから、これらの論理関係はわ

かりにくいところがあるが、いずれにしても一律に通知を行わないこととするような運用は本来容認されないと考えられる。

就業制限措置の実施を一律停止にすることを認めるのであれば、被告国は、少なくとも、これにあわせて当該都道府県に対し、そして当該都道府県は、各企業に対し、陽性者の「協力を得られない場合」が存在することを説明した上で、使用者の責に帰すべき事由による休業の場合には、使用者が休業手当を支払わなければならないこと（労働基準法 26 条）を周知しなければならないはずであるが、していない。

問題は、このように、発症日から 10 日間経過するまで就業制限期間とされる就業制限措置が存在するという状態自体は継続している状況において、「協力」とは名ばかりとなっており、陽性者に拒否権がなかったことである。「就業を行わないことについて患者が協力する場合」とは、患者に対して「就業を行わないことについて」お願いがなされていることが前提となっており、被告岡山県が「就業制限の協力要請」をしていたと認めるとおりである。原告は、保健所から就業制限をお願いされていた（丙 7 ないし 11 の 2）。就業制限通知書の交付が「できる」（感染症法 18 条 1 項）とされていることから、原告にとっては、拒否すれば就業制限通知書の交付がなされるだけだと観念していた。原告は、事実上、就業を行わないことについて協力せざるを得なかったのである。

厚労省は、2022 年 1 月 31 日、「PCR 検査等を実施した医療機関や保健所において、各種証明がされるかどうかは、医療機関や保健所によって取扱いが異なりますが、国内での感染者数が増える中で、医療機関や保健所へ

の各種証明の請求についてはお控えいただくよう、お願いします。」(乙 9) と、医療機関と保健所の業務過多を考慮して、各種書類作成業務を減らすための注意喚起した後の 2022 年 8 月 10 日にも、改めて、「新型コロナウイルス感染症に係る医療機関・保健所からの証明書等の取得に対する配慮に関する要請について(協力依頼)」という事務連絡において、「従業員又は生徒等(以下、「従業員等」という。)が新型コロナウイルス感染症に感染し、自宅等で療養を開始する際、当該従業員等から、医療機関や保健所が発行する検査の結果を証明する書類を求めないこと。やむを得ず証明を求める必要がある場合であっても、真に必要な限り、医療機関や保健所が発行する書類ではなく、従業員等が自ら撮影した検査の結果を示す画像等や、自ら My HER-SYS で取得した療養証明書(ログイン後、ただちに取得可能。別添参照)等により、確認を行うこと。」(甲 29) と周知した。

これら厚労省の事務連絡に基づき、原告の勤務先においても、陽性者に対して就業制限通知書の提出を求めることなく、保健所からのショートメッセージの画面をもって事実把握を行っていたという実態がある。

そうすると、原告が、被告国による就業制限措置に紐付いたものとして勤務先から欠勤命令がなされており、保健所からのショートメッセージが就業制限通知の代わりになると理解していたことには十分理由がある。したがって、保健所からショートメールが送信された事実をして就業制限がなされたとみるべきであるし、その意味で、発生届全件就業制限通知発出という状態であったといえる。

このように、被告岡山県は、患者が協力しない場合が存在しないことを

前提に、漫然と、就業制限通知書の交付を一律停止し、被告国は、その事実を見過ごし、「協力」とは名ばかりで、陽性反応→発生届→保健所からのショートメールという一連の流れ及びこれらにあわせて行われている企業からの欠勤命令によって就業制限と同じ効果が生じていた実態を作出したのであるから、原告が欠勤を余儀なくされたのは、被告国及び被告岡山県が就業制限通知書の交付を一律停止したこと、それによって発生届全件就業制限通知発出という状態が作出されたことの結果であることは明らかである。

第 3 被告国及び被告岡山県が比例原則違反を犯していること

1 感染対策特有の問題点

これまでに述べたことから、本件においても就業制限がなされたと同視できる。そうすると、かかる就業制限措置には必要最小限度性(感染症法 22 条の 2)が要求される。その趣旨は、感染症対策が内在する次の特徴に求められる。すなわち、「新型コロナウイルスのような感染症の抑制対策は、発症者 1 名がウイルスを感染させる対象者数の平均である実効再生産数の抑制を目標とする。この実効再生産数が 1 を下回れば、社会全体での感染者数は減少する。この実効再生産数を下げる方策は科学的、医学的に唯一に定まり得ない。全ての社会的活動は感染リスクを伴い、それらの活動全体が実効再生産数を構成するため実効再生産数を低くする方策は無限にある¹」。そのため、「仮に……確実な科学的知見を感染症対策に求める

¹ 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

ならば、新型コロナウイルスの多くで、何も対策が取れない事態に陥ることになる²」。そこで、「社会的活動の制限を必要とする感染症対策には、科学的・医学的知見が十分に得られていない段階であっても、社会全体の利益のため『予防的に』一定業種に自粛を求めたり、制限を加えざるをえない場合がある³」。

したがって、感染症対策は、往々にして人権に対する「過度」「過剰」の制約になる危険がある。そうであるからこそ、憲法学の観点から、「感染症のリスクが従来の専門知の想定を超えているところで、環境分野における予防原則と同様、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どうか、論点となる⁴」が、憲法論・行政法学からは、明確に否という回答がなされる。

比例原則の下、「必要最小限度の措置」（感染症法 22 条の 2）というように個別法において比例原則が明文で確認されている場合にはなお一層、私人の権利・利益の制限は行政目的を達成するために必要最小限のものとしなければならない、①行政が用いる手段は、その目的に適合したものでなければならないという目的適合性の原則、②行政が用いる手段は目的達成に必要な不可欠＝必要最小限でなければならないとする必要性の原則、③行政が用いる手段は、目的達成による利益と均衡したものでなければならないとする均衡の原則が妥当する。

時報 2464 号（2021 年）118 頁。

² 本堂・前掲注(1)119 頁

³ 本堂・前掲注(1)119 頁

⁴ 宍戸常寿「新型コロナウイルス感染症と立憲主義」法律時報 1161 号（2021 年）82-83 頁。

ここで、感染対策の目的は、被告国が「新型コロナウイルス感染症に罹患した者が、重症化リスクの高い者と接触するなどして感染を拡大させることにより、病床の逼迫や死亡者数の増加が想定される。また、病床の逼迫等により、医療提供体制が崩壊した場合、他の疾患を有する者への手術等を行うことができない可能性などが生じることから、当該ウイルスに対する感染拡大防止対策は適切に実施する必要がある（乙第 12 号証）」（被告国第 1 準備書面 P15、）と述べるように、病床の逼迫等により医療提供体制が崩壊しないようにすること（＝医療逼迫を抑えること）と重症者数及び死亡者数を増やさないことといえる。

しかし、以下論じるとおり、感染対策は、その幕引きのタイミングを見失って次第に自己目的化していき、努力義務（特措法 4 条 1 項）を超えた事実上の強制となり、上記のような就業制限という形で、原告の権利・利益を侵害する事態に至ったのであって、被告国らの行なったことは到底「必要最小限度の措置」（感染症法 22 条の 2）とはいえない。

2 医療逼迫していないこと

(1) 医療逼迫が定義されていないこと

前提として、それを抑えることが感染対策の目的となっている「医療逼迫」（なお、医療提供体制の逼迫その他同趣旨の概念を含む。）について定義した法令はない。「医療逼迫」は就業制限その他行政処分の法律要件ではない。

他方で、被告国は、「原告が、新型コロナウイルス感染症に感染したとする令和 4 年 8 月 20 日時点において、新規感染者数は一時的に減少傾向

であったが、全国的には依然として新規感染者数が過去最高水準で推移し、引き続き、医療提供体制は逼迫していたのであるから（乙第 12 号証）、当時、新型コロナウイルス感染症を感染症法にいう 2 類感染症相当としていたことには合理的理由がある」（被告国第 1 準備書面 29 頁）と主張し、医療逼迫を正当性の根拠としているため、医療逼迫がなかったことについて論じる。

被告国は、新型コロナウイルス感染症対策分科会（以下、「分科会」という。）は、2021 年 11 月 8 日から 2022 年 11 月 11 日に 4 段階に変更されるまでの間、医療逼迫をレベル 0 からレベル 4 の 5 段階に分けた。しかしたとえば「維持すべき」とされるレベル 1 から「警戒を強化すべき」とされるレベル 2「への移行の指標及び目安は、地域の実情に合わせて、保健所の逼迫も考慮し、病床使用率や新規陽性者数も含め、各都道府県が具体的な数値を設定することが考えられる。」としかされておらず、「保健所の逼迫」という概念の不明確さと相まって客観的な指標としておよそ機能していない。

レベル 3 は「対策を強化すべきレベル」であり「一般医療を相当程度制限しなければ、新型コロナウイルス感染症への医療の対応ができず、医療が必要な人への適切な対応ができなくなると判断された状況である。」とされるが、多分に価値的、評価的、定性的である。レベル 2 からレベル 3 への移行については『3 週間後に必要とされる病床数』が各自治体において確保病床数に到達した場合又は病床使用率や重症病床使用率が 50%を超えた場合に、都道府県が総合的に判断する。」とされ、指標としてやや

客観化されたものの、必要病床数が「確保病床数に到達した場合又は病床使用率や重症病床使用率が 50%を超えた場合」が医療逼迫に当たると解するのは相当ではない。なぜなら、まず、確保病床数の定義が「確保病床数：新型コロナウイルス感染症患者の受入要請があれば患者受入を行うこととして、都道府県と調整済みの最大の病床数。⁵」であることから、もとよりそれを超える受け入れが不能であることを意味するものではない。また、確保病床には、実際に受け入れがなされなくても、病院のステータスに応じて、たとえば ICU 病床を確保すれば 1 日あたり 436,000 円、301,000 円、97,000 円、HCU 病床を確保すれば 1 日あたり 211,000 円、41,000 円といった病床確保料の支給がなされていたことから明らかなように、確保病床は、受け入れることを前提に、実際には受け入れていないのにもかかわらず病床確保料の支払いを受けているのであるから、そう行った存立基盤から当然に、最大限まで受け入れることが約束されているものであり、確保病床数に達したことは病床確保料の支給に国民の理解が得られる程度の意味しか持たず、直ちに医療位逼迫を意味しないことは明らかである。また、病床使用率や重症病床使用率が 50%を超えた場合というのは、レベル 3 をもって医療逼迫とするのは相当ではない。

レベル 4 は「一般医療を大きく制限しても、新型コロナウイルス感染症への医療に対応できない状況である。」「具体的には、このレベル 4 では、各自治体の最大確保病床数を超えた数の入院が必要となってくる。この段階になると集中治療の再配分等も現場で検討せざるを得なくなる。」とさ

5 https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000121431_00327.html

れ、これが「避けたいレベル」つまり医療逼迫を指すと解される。

(2) 被告国が医療逼迫したという根拠をまともに示せていないこと

被告国は医療逼迫していたという根拠に

「○医療提供体制の状況について

・全国的には、外来診療検査体制の負荷が増大するとともに、病床使用率については全国的に上昇または高止まりし、5割を超える地域が増加している。特に沖縄では、9割を超えて厳しい状況。重症病床使用率も東京と大阪では5割を超えている。一方で、自宅療養者・療養等調整中の数も多くの地域で増加傾向が継続しているが、一部地域では増加速度が鈍化あるいは減少に転じている。

・沖縄県を含め全国的に、医療従事者の感染が増加していることにより、十分に人員を配置できない状態が継続し、一般医療を含めた医療提供体制への負荷が長期化している。また、介護の現場でも、施設内療養が増加するとともに、療養者及び従事者の感染の増加により厳しい状況が続いている。」(乙12) ことを挙げる。

しかし、まず、重症病床数の定義がはっきりしない。重症患者を受け入れられる確保病床のことであると解されるものの、たとえば、東京都の重症病床の使用率が前週比で突如 86%から 32%になったニュースで明らかにされたように、「重症患者数について、国の基準は、人工呼吸器や体外式膜型人工肺 (ECMO=エクモ) での管理が必要な人や、集中治療室 (ICU) や高度治療室 (HCU) を使用している人の数。これに対し、都の独自基準は、人工呼吸器や ECMO での管理が必要な人のみの数。」であるにもかかわらず、

東京都の確保病床数は人工呼吸器や ECMO での管理が必要な人向けの病床のみを対象とした 500 床として登録されており、2021 年 1 月にその確保病床数を上回り使用率が 100%を超える異常値が発生したため、都が医療機関に対して国の基準に沿って確保病床数を確認したところ、500 床から 1000 床に倍増したという事例があった（甲 30）。このように、「厚労省と自治体で公表する指標に違いがあるケースはほかにもある。」（甲 30）のであるから、病床使用率ひとつとってもおよそ客観化された指標に基づいて判定されてこなかった。

また、「重症病床使用率も東京と大阪では 5 割を超えている。」という点は、前述のレベル 3 において「重症病床使用率が 50%を超えた場合に、都道府県が総合的に判断する。」とされている場合に対応するもので、この場合東京都と大阪府が総合的にレベル 2 からレベル 3 へ移行するかを判断するのであって、そもそもレベル 4 ですらなく、全国的に医療逼迫を認める根拠にはならない。

(3) トリアージの不全といわゆる幽霊病床問題

さらに、医療逼迫の前提であるトリアージがなおざりにされていた。トリアージとは、災害発生時などに多数の傷病者が発生した場合に、傷病の緊急度や重症度に応じて治療優先度を定めることであるが、新型コロナウイルス感染症に関してトリアージとしての入院基準が機能不全に陥っていたのである。

このことを説明するために、まず入院基準を概観すると、2020 年 10 月 14 日に発出された厚生労働省新型コロナウイルス感染症対策推進本部の

事務連絡「新型コロナウイルス感染症の感染症法の運用の見直しに関する Q&A について」において、「現在、医療的には入院加療が必要ではない軽症や無症状の方も入院している状況も見られるところですが、今後、季節性インフルエンザの流行期などに患者が増加してくることが想定される中で、同様の対応をしていると、重症で入院による加療が必要な方や、重症化リスクが高い方の病床の確保が難しくなることも想定されます。」「こうした点を踏まえれば、お尋ねのように病床に余裕がある状況であっても、医師が入院の必要がないと判断した無症状病原体保有者や軽症者について宿泊療養・自宅療養を求めることは可能ですが、具体的な対応については、その患者の症状や重症化リスクの有無、地域の感染状況などを踏まえて、都道府県において適切に判断していただきたいと考えています。」とされた。

つまり、2020 年 10 月までは基礎疾患なしの無症状者であっても陽性であれば入院勧告が行なわれ、原則入院させられていたところ、令和 2 年政令第 310 号及び令和 2 年厚生労働省令第 172 号が施行される 2020 年 10 月 24 日からは、高齢者や基礎疾患のある者など重症化リスクのある者や重症者など医療上の必要がある者等について必要的に入院勧告するという運用に変わった。医療資源の無駄遣いを是正しようとしたのは良かったものの、狙いとは裏腹に思うように是正はされなかった。

というのも、2022 年 1 月 15 日以降に入院し同年 2 月末までに退院した新型コロナウイルス感染症患者 13,701 症例（358 施設）についてみると、重症病床とされる病床に入院した軽症患者の 32%が 64 歳以下基礎疾患な

し、すなわち自宅療養が可能な症例であった（甲 31）。また、軽症患者の 17%が重症病床を利用し、重症患者の 21%が一般病床で治療を受けているなど、重症度に応じた病床利用は徹底されていなかった（甲 31）。

このようにトリアージとしての入院基準が機能していなかった理由として、軽症患者でも重症病床に入院させれば、高額の入院料、管理料を手に入れられることが指摘されている（甲 31）。「軽症は受け入れるが、中等症以上は人も必要になるので難しい」（甲 32）という医療機関の告白を見ると、受入要請があれば患者受入を行うことのできる病床であるはずの確保病床が、補助金を得るための道具としても機能していた実態が明らかになっている。

なお、確保病床は、2020 年 5 月 1 日時点の 16,081 床から、厚生労働省が 2020 年末以降新規に病床を確保すると 1 床につき最大 1950 万円を支給（これに加えて、上記病床確保料も支払われる。）する制度を設けたことで、2022 年 3 月 30 日時点で 43,671 床まで増床していた（甲 33）。日本の重症者数は、2021 年 9 月がピークで 2,000 人を若干上回る程度であり（甲 34）、つまり、確保病床の数%にすぎない。

そして、会計検査院の調べによると、「政府は、新型コロナウイルス感染症について、感染経路が特定できない症例が多数に上り、かつ、急速な増加が確認されており、医療提供体制がひっ迫してきているなどとして、これまで 3 回の緊急事態宣言を発出するなどしている。そこで、医療提供体制のひっ迫時におけるコロナ病床の使用状況をみるために、2 回目の緊急事態宣言の期間中で入院患者数が 14,417 人と最も多かった 3 年 1 月、

3 回目の緊急事態宣言の期間中で入院患者数が 24,126 人と最も多かった同年 8 月、3 回目の緊急事態宣言の解除以後 4 年 3 月までの期間中で入院患者数が 29,233 人と最も多かった 4 年 2 月について、全国における確保病床の平均病床使用率(注 20)をみると 3 年 1 月が 51.2%、同年 8 月が 56.1%、4 年 2 月が 58.1%となっていた。」(甲 33) のことであり、前述のレベル 4 にも達していない。確保病床とは受入要請があれば患者受入を行うために「確保」されている病床のことであるから、定義上それを超える受け入れが不能ということを意味せず、少なくとも 50%を超える使用率をもって医療逼迫というのは適当でなく、医療逼迫は一度も起きていないというのが正しい。

かえって、厚生労働省が所管する独立行政法人で、民間の病院とは異なり、公的な医療機関である独立行政法人地域医療機能推進機構(JCHO)は、いわゆる幽霊病床問題で批判を集めた。幽霊病床とは、新型コロナウイルス感染症患者の受入要請があれば患者受入を行うとしたにもかかわらず、受け入れを断り、しかし病床確保料を受け取っていた病床のことである。人手不足等で受け入れができないと最初から知りながら確保病床料を得ていれば詐欺(刑法 246 条)である。JCHO の理事長であった尾身茂氏は医療逼迫を煽り続け、JCHO は 2020 年度だけで新型コロナウイルス感染症に関し 56 件約 351 億円の補助金を受けた。

これ以外にも、詳細は割愛するが、看護師や医師の数を水増しするなどして ICU・HCU 以外の病床のステータスを ICU・HCU と偽り、補助金を詐取していた事例がいくつもあった。

(4) 発熱外来を拒否する病院が大量発生したこと

別の問題もある。厚労省の通知（医政発 1225 第 4 号 令和元年 12 月 25 日）において、「特定の感染症へのり患等合理性の認められない理由のみに基づき診療しないことは正当化されない。ただし、1 類・2 類感染症等、制度上、特定の医療機関で対応すべきとされている感染症に罹患している又はその疑いのある患者等についてはこの限りではない。」とされていたことから、2 類相当である新型コロナウイルス感染症に罹患した者の診療については応召義務が解除されていたのである。実際にいわゆる発熱外来を拒否する病院が多く存在していた。しかし、現実には、2021 年 12 月以降、新型コロナウイルス感染症の重症化率及び死亡率は季節性インフルエンザのそれを大きく下回っており、2022 年の前半には 5 類相当か、無類の普通感冒の扱いに変更すべきであったのであり、そうすると、発熱外来を拒否することはできず、医療逼迫の可能性は未然により低減できた。

(5) 小括

このように、被告国の政策は、医療逼迫を客観性ある指標をもって定義することなく、その前提であるトリアージを適切に差配せず、軽症者を入院させ、重症者の入院を断る事例を放置しながら、確保病床という見栄えを整えるだけで幽霊病床に補助金を出すというちぐはぐなものであった。被告国は、現実には医療逼迫は起きていないにもかかわらず、定義しない医療逼迫をマジックワードとして、国民に必要最小限度でない感染対策による弊害を強いたのである。

医療逼迫をマジックワードではなく意味のある指標として使うために

は、次の定義が合理的である。すなわち、医療逼迫とは、人口呼吸器、ECMO(体外式膜型人工肺)及びICU(集中治療室)を利用するICU相当病床を利用する患者、すなわち重症者数のピークが、ICU相当病床の最大値17,034床(甲35)に近付くことを指す。このように定義すれば、医療逼迫は定量的に判定できる。日本の重症者数は、日本の重症者数は、2021年9月がピークで2,000人を若干上回る程度であり、ICU相当病床数の1割を超える程度であった。医療逼迫というのは観念的でありその蓋然性は極めて低い。

なぜ国が「病床の逼迫等により、医療提供体制が崩壊した場合、他の疾患を有する者への手術等を行うことができない可能性などが生じることから」などと仮定の上に仮定を重ねて茫漠とした抽象的危険を根拠に、さらに「適切に実施」という一面的な評価概念を介して「一定の合理的理由がある」というそのようなロジックを採用すればほぼなんでもそうだろうという結論ありきの主張に終始するののかというと、国は感染対策の目的を2020年のはじめから終始客観化できないまま、欧米と比較して市民生活・社会経済の正常化を約1年遅れさせ、その間国民の相互監視と同調圧力に助けられながら、権利侵害を放置してきたことにつき、事後的な検証をするつもりがないからといえる。

以上より、医療逼迫が起きたことはなく、被告国らが発生届全件に対して就業制限通知を行うことによりなされた原告への就業制限は必要であったとはいえない。

以上