慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	感染症対策と司法審査 : グローバルダイニング訴訟を素材として
Sub Title	Countermeasures for infectious diseases and judicial review : focusing on Global-Dining case
Author	大林, 啓吾(Obayashi, Keigo)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2022
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.95, No.8 (2022. 8) ,p.1- 37
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20220828-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

感染症対策と司法審査

――グローバルダイニング訴訟を素材として――

大林啓吾

序
Ⅰ グローバルダイニング訴訟東京地裁判決
Ⅱ 考察
後序

「今日、歴史学とは、ドキュメントをモニュメントに変換するものである。」（ミシェル・フーコー（慎改康之訳）『知の考古学』一九頁（河出書房新社、二〇一二年））

序

二〇二〇年に新型コロナウイルス（以下、「新型コロナ」という）がパンデミックとなって以来[1]、政府は感染症まん延防止策の一環として飲食店に対して営業時間の短縮の要請（時短要請）や休業の要請（休業要請）を行っ

てきた[2]。二〇二一年二月三日の新型インフルエンザ等対策特別措置法[3]（以下、「特措法」という）改正以降は、自粛要請[4]に加えて命令や過料を科すことができるようになり、営業活動に対して、より強い規制が可能となった。憲法の観点からすれば感染症対策は自由と安全の問題として捉えることができ[5]、ここでは経済的自由と感染症対策が対立する構図になっている[6]。

もっとも、感染症対策は常に自由を制約するわけではなく、場合によってはそれが経済的自由と両立することがある。アメリカの経済学者トレスケン（Werner Troesken）によれば、憲法が経済的自由を保障したことが感染症対策を妨げた側面があるものの、経済発展が公衆衛生の改善に寄与した部分もあり、プラスとマイナスの両側面を併有するという[7]。たとえば、水道事業など公衆衛生の向上に貢献する民間投資の促進といったように、経済発展と公衆衛生の向上が両立する場面もあったのである。

他面、トレスケンは差別や偏見に基づく感染症対策により営業の自由が侵害されてきた事実にも言及している。一九世紀末から二〇世紀初頭にかけてアメリカ西海岸でペストが流行した際、中国人労働者に対する差別がはびこっていたサンフランシスコ市では多くの中国人が木造のクリーニング店を営んでいたことから、公衆衛生を理由にレンガまたは石で造られた建物でなければ営業してはならないとし、多くの営業者が罰則の対象となった[8]。

また、アメリカでは新型コロナ禍における営業規制に対して、事業者の多くは政府を相手取って訴訟を提起するのではなく、むしろ保険会社に対して新型コロナ禍における損失もカバーすべきであるとして訴訟を提起した[9]。ここでは、規制者と被規制者という対立構図ではなく、感染症まん延によって生じたリスクを保険会社が負うべきかどうかという問題に広がっている[10]。

このように、感染症対策と営業の自由との関係は様々な側面をはらんでおり、裁判所がその規制の合憲性を考える際には一筋縄ではいかない様相を呈している。また、現代福祉国家における感染症対策は規制に限らず、給

付としても実施されることがあり[11]、その構造は一層複雑化する。とりわけ、リスク社会が進む現代においては、三権はいずれもリスク対応を求められると同時にそのリスク対応によって生じたリスクについても対応することが求められる。リスクの問題を考える際にはリスク自体の計算に加え、リスク対策を行うことと行わない場合のコストベネフィットを検討する必要がある[12]。

多くの場合、感染症というリスクに対応するのが政治部門や行政機関であり、その対策によって生じたリスク（人権制約）に対応するのが司法の役割となる。もっとも、司法は権利保障だけを考えて判断すればよいわけではなく、実施機関の第一次的判断を尊重した上で、法制度上の枠組みに則りながら、その違法性・合憲性を審査しなければならない。また、司法が判断したことによって生じるリスクについても一定の考慮を行う余地もある。

日本では、二〇二一年に改正特措法に基づき、東京都知事が事業者に対して出した時短命令に対して訴訟が提起された。グローバルダイニング訴訟[13]である。本稿ではこの訴訟を基に感染症対策に対する司法審査を考察する。

Ⅰ　グローバルダイニング訴訟東京地裁判決

1　事件の背景

政府は二〇二〇年四月に最初の緊急事態宣言を発令して以来、宣言の発令を控えていたが、二〇二〇年末頃からいわゆる第三波が始まるとこれまでになく感染者が増加した。二〇二一年一月七日、政府は一都三県に対して二回目の緊急事態宣言（一月七日～二月七日）を発令した。これにより、飲食店等には時短営業等が要請される見込みが出てきた。

同日、グローバルダイニング社（原告）は、今後も平常通りの営業を続ける旨を自社ホームページにおいて公

表した。原告はその理由として、現状が緊急事態に該当しないこと、営業制限をしても感染防止に効果がないこと、医療崩壊が起きているとは思えないこと、協力金等が不十分であることを挙げていた。これに対して東京都（被告）は、一月八日、飲食店に対して特措法二四条九項に基づく時短要請（午前五時～午後八時、酒類提供の場合は午前一一時～午後七時）を行った。だが、原告はそれに従わずに営業を続けた。

この間、従来の感染症のまん延防止策の強化の是非が国会で議論され、二〇二一年二月三日に特措法が改正された[14]。これにより、時短要請や休業要請に応じない事業者に対して命令を出したり過料を科したりする規定が設けられた。

そこで二月二六日、被告は時短要請に応じない原告に対して、特措法四五条二項[15]に基づく時短要請を行った。感染状況が改善されなかったため、政府は三月五日に緊急事態宣言の延長を決定し、東京都については期間が三月二一日まで延長されることとなった。

こうした中、原告は、三月一一日に弁明書を提出し、当社は本件要請に応じない正当な理由があると考えているので今後も応じるつもりはないが、正当な理由がないという非常に不本意な判断がされて営業時間短縮の命令を受ければ、これには従うことを表明した。

被告は、三月一五日、原告が本件対象施設での夜間の営業を継続し、客の来店を促すことで飲食につながる人の流れを増大させて市中の感染リスクを高めていること、緊急事態措置に応じない旨を強く発信するなど他の飲食店の夜間の営業継続を誘発するおそれがあることを指摘し、同月一七日以降も夜間の営業を継続する場合は、四五条三項[16]に基づく命令を行う予定である旨の事前の通知をした。

原告は一七日以降も夜間営業を続けたため、三月一八日、被告は特措法四五条三項に基づく命令を行い、緊急事態宣言が終了するまでの間（四日間）、夜間営業を停止する旨の命令（本件命令）を出した。原告は、本件命令

に従い、四日間夜間営業を行わなかった。

なお、東京都内の飲食店のうち、約二〇〇〇店舗が時短要請に応じずに夜間営業を行っており、このうち、被告は三二店舗（このうち、原告の店舗が二六）に対して停止命令を出していた。

原告は、本件命令発出時は緊急事態といえる状況になかった、要請に応じないことには正当な理由があった、不必要な命令であった、として本件命令が違法であるとし、さらに特措法の規定および本件命令は営業の自由、表現の自由、平等を侵害して違憲であるとし、本件命令に従って時短に応じたことで売上が減少して損害を被ったとして、国家賠償法一条一項に基づき一〇四円[17]の損害賠償を被告に対して請求する訴訟を提起した。

2　東京地裁の判断

東京地裁は大要次のように判断した[18]。

(1)　本件命令発出時の緊急事態性

本件命令発出時は、政府対策本部長が特措法三二条一項に基づいて緊急事態宣言を発令していた期間に当たる。原告は、新型インフルエンザ等緊急事態であるか否かは緊急事態宣言期間中であることではなく、新規感染者数の推移や医療提供体制の状況に基づいて実質的に緊急事態にあるかどうかという基準により判断されるべきであると主張する。しかし、この主張はその基準自体が不明確であり、採用できない。

(2)　本件命令の目的の違法性

原告は、要請に従わなかった事業者が約二〇〇〇店舗存在した中で、被告が三二の対象施設に命令を出し、そ

のうちの二六が原告の施設であったことから、本件命令は反対意見を表明した原告に対する報復措置として原告を狙い撃ちにしたものであると主張する。しかし、時間的余裕があれば要請に従わなかったその他の反対意見を表明していない事業者にも命令を発出した可能性が高く、原告が反対意見を表明していなくても命令が発出されることが確実であったこと、そして本件命令は緊急事態措置に対し明示的に反対意見を表明していない飲食店にも発出されたことを踏まえると、本件命令が原告を狙い撃ちにした報復・見せしめであったとは言い難く、違法な目的があったとはいえない。ただし、本件命令の大多数が原告の店舗であったことは事実であり、それについては本件命令の発出は特に必要があったと認められるかどうかの判断において、考慮要素にするのが相当である。

(3) 正当な理由の有無

特措法四五条三項は、事業者が正当な理由がないのに要請に応じないことを命令発出の前提要件としている。そのため、原告の提示した理由が「正当な理由」に当たるかどうかが問題となる。

原告は、特措法は被告が四五条二項に基づく要請を行う際にはその影響の及ぶ事業者の経済的な事情を考慮することを当然の前提としているから、同法四五条三項所定の正当な理由の有無につき、経営状況等の経済的事情が考慮されるべきであると主張する。しかし、四五条二項要請に応じた場合には、店舗の営業時間の短縮によって必然的に売上が減少すると考えられる。それにもかかわらず、被告が四五条二項要請を行うに際し、飲食店ごとの経営状況を考慮しなければならないとすると、感染症から国民の生命及び健康を保護するという目的の達成に支障を来す。他面、要請に応じた事業者には法制度上財政上の支援がなされることから事業者に対する影響が緩和されることや措置が実施される期間は一時的であることなどを踏まえると、四五条二項要請に応じない正当な理由は限定的に解釈されるべきである。本件要請は、休業ではなく営業時間短縮の要請であり、要請に応じた

場合には損失が一定程度てん補されうることなどを考慮すれば、原告において同要請に応じない正当な理由があったとは認められない。

(4) 本件命令発出の必要性

特措法四五条三項は、事業者が正当な理由なく要請に応じないとき、知事は、まん延を防止し、国民の生命及び健康を保護し、国民生活や国民経済の混乱を回避するために「特に必要があると認めるときに限り」、命令を出すことができるとしている。そのため、命令発出の必要性があったかどうかが問題となる。

特措法四五条三項に基づく命令に違反した場合、当該違反行為をした施設管理者は過料に処せられるのであり[19]、制裁規定の前提になるものであるから、その運用は慎重なものでなければならない。この点につき、原告は、施設管理者に対する必要最小限の措置でなければならず、過料の制裁の前提になる不利益処分を課してもやむを得ないというに足りる高度の必要性があることが求められると主張する。この主張は、当該要件を非常に厳格に解しており、時短要請が感染症拡大防止対策として必要かつ有用であることとの均衡を失し、そのまま採用し難いものの、当該施設管理者に不利益処分を課しても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いう限度で首肯し得る。

内閣官房は、当該要件該当性判断について、都知事等に次のように説示していた。それによれば、たとえば、専門家の意見により、対象となる施設等がクラスター発生のリスクが高いものとして認識されていることに加え、当該施設において三密に当たる環境が発生し、クラスターが発生するリスクが高まっていることが実際に確認できる場合などが考えられるという。また、感染防止対策を講じていることは要件の考慮要素になり得るともしている。さらに、本件命令発出日の後には、上記要件該当性の評価について合理的な説明が可能であるか、個別施

設に対して命令を行う判断の考え方や基準について合理的な説明が可能であり、公正性の観点からも説明ができるものになっているかに留意すべきであると指摘しており、これらの内容は個別の事情の有無の判断に当たり参考になる。

原告は、対象施設内の座席間隔を従来よりも空け、強力吸排気により店舗内の換気を図り、手の触れる場所の消毒や拭き取り、消毒液や検温器を設置するなどの感染防止対策を実施していたことを踏まえると、少なくとも密閉空間が発生していたとはいえず、相当の感染防止対策が実施されていたのであるから、クラスターが発生するリスクが高かったとはいえないと主張した。

一方、被告は、本件命令発出の必要性の有無の判断は、都知事の広範な裁量に委ねられているとした上で、①同命令発出日の頃の都内での新規感染者数の推移や医療提供体制のひっ迫の状況に基づけば、緊急事態措置として飲食店の営業時間短縮の徹底を図るべきであったこと、②飲食店ごとの感染防止対策にまかせるだけでは、営業時間短縮措置の代替策として十分ではなかったことを挙げて、本件命令の発出は特に必要があったと認められると主張した。

しかし、本件命令発出の必要性の有無の判断が都知事の裁量に委ねられているとしても、特措法は、都知事が四五条三項の命令を発出し得る場合を、施設管理者が四五条二項の要請に応じないことに加え、特に必要があると認めるときに限定しているのであるから、その裁量の幅は広範なものとはいえない。被告の①と②の主張は個別の事情を考慮しないものであり、採用できない。

また、被告は、上場企業の原告が本件対象施設での夜間の営業を継続し、客の来店を促すことで、飲食につながる人の流れを増大させ、市中の感染リスクを高めており、加えて、原告が緊急事態措置に応じない旨を強く発信することにより、他の飲食店の夜間の営業継続を誘発するおそれがあったとして、感染リスクの抑制のために、

本件命令の発出は特に必要があったと認められると主張する。

しかし、本件命令発出日の頃、都内の飲食店のうち二〇〇〇余りの店舗は、営業時間短縮の協力要請に応じず夜間の営業を継続していた。こうした中、いかに上場企業であるとはいえ、二〇〇〇余りの店舗の一％強を占めるにすぎない本件対象施設において、原告が実施していた感染防止対策の実情や、クラスター発生の危険の程度等の個別の事情の有無を確認することなく、同施設での夜間の営業継続が、ただちに飲食につながる人の流れを増大させ、市中の感染リスクを高めていたと認める根拠は見出し難い。

さらに、本件命令の時点で、緊急事態宣言が三日後に解除されることにより、本件命令の効力が生じる期間は発出日当日を含めて四日間しかないことが確定していた。統計学に基づく分析によればこの四日間において、本件対象施設の営業時間の短縮によって来客数が減少したことにより抑止し得た新規感染はわずかであった。それにもかかわらず、被告が同命令をあえて発出したことの必要性については合理的な説明がなされていない。

また、原告の反対意見の表明は平常通り営業を続けるというにとどまり、他の飲食店に夜間の営業継続を扇動したり原告との協調を呼びかけたりしたものではなかった。実際、原告の意見に触発されて夜間営業を継続した飲食店の存在を認めるに足りる証拠はない。そうだとすると、四日間のうちに、被告の反対意見が他の飲食店の夜間の営業継続を誘発する具体的なおそれがあったということもできない。したがって、被告が四日間しか効力のない命令をあえて発出したことの必要性は説明されていない。

そして二〇〇〇余りの店舗中、被告が本件対象施設のほかには、わずか六施設に対してしか命令を発出しなかったことは原告にとって不公平なものであり、内閣官房の指摘する公正性の観点からの説明は困難といわざるを得ない。

したがって、本件命令につき、原告が本件要請に応じないことに加え、本件対象施設につき、原告に不利益処

分を課してもやむを得ないといえる程度の個別の事情があったと認めることはできず、本件命令の発出は特に必要であったとはいえず、違法というべきである。

(5) 職務上の注意義務違反

本件命令の発出は特に必要があったとは認められないものの、四五条三項命令自体が違法というわけではなく、本件命令は四日間しか効力を生じないことが確定していたにもかかわらず、被告が同命令をあえて発出したなどの事情の下、原告が本件要請に応じないことに加え、原告に不利益処分を課してもやむを得ないといえる程度の個別の事情があったとは認められない旨の違法性判断であることを考慮すれば、同命令の発出に当たり、都知事が裁量の範囲を著しく逸脱したとまではいい難い。

本件命令は、特措法四五条三項命令の法定後、命令該当性について内閣官房の要件該当性判断に関する見解が示されていたものの、今回が最初の発出事例であり、都知事は要件該当性判断の当否等の検討のために参照すべき先例がなかった。このような状況の下、都知事が本件命令発出日の頃、同条項の要件該当性を適切に判断するのは容易でなかったということができる。

また、本件命令は、対策審議会における学識経験者からの意見聴取、行政手続法所定の弁明の機会の付与等を踏まえており、原告に対する手続保障が確保されていたところ、意見聴取の結果は、こぞって本件命令の発出の必要性を認めるものであった。

こうした点を考慮すると、都知事が上記意見聴取の結果よりも原告の弁明書の考え方を優先し、本件命令の発出を差し控える旨判断することは、期待し得なかったというべきである。

また、行政処分の違法性が認められるとしても、違法であることを予見できない事情がある場合には、国家賠

償法一条一項にいう過失がないとされた判例（最高裁平成三年七月九日第三小法廷判決・民集四五巻六号一〇四九頁、最高裁平成一六年一月一五日第一小法廷判決・民集五八巻一号二二六頁参照）も参考にすれば、都知事が本件命令を発出するに当たり過失があるとまではいえず、職務上の注意義務に違反したとは認められない。

(6) 合憲性

飲食店に対する時短要請は、クラスターの起点とみられた飲食を中心とした人の流れを抑制する対策として必要かつ有用なものであったと認められる。また、感染拡大が深刻な社会問題になり、不特定多数人の前でマスクを外す場面が不可避的に生じる飲食店において、クラスター発生の危険性に対する警戒心が解かれることはなく、協力要請は一貫して最も重要な感染防止対策の一つであり、このことは都民にも浸透し、都内の飲食店のうち大多数の店舗が同協力要請に応じていたなどの事情においては、通常は上記協力要請の後に行われる四五条二項要請及び四五条三項命令が、飲食店に対する過剰な規制として許されないものと認めることはできない。そうだとすると、特措法四五条二項及び三項所定の規制は、同法の目的に照らして不合理な手段であるとはいえないから、これら各条項が原告の営業の自由を侵害するとはいえず、法令違憲であるとは認められない。

原告は、本件命令が営業の自由、表現の自由、平等を侵害し、適用違憲であると主張する。まず、営業の自由については、被告が本件対象施設において実施していた感染防止対策の検討を怠ったとしても、被告が特措法七二条二項により立入検査等を行う義務を負うとはいえず、原告の営業の自由が侵害されたとはいえない。次に、表現の自由については、被告が原告の反対意見が他の事業者の夜間営業を誘発するとした点は同命令に係る措置命令書に付記された理由の一部であり、本件記事に表れた原告代表者の考え方に対する批判や攻撃を目的とするものではなかった。また、対策審議会の委員から、原告が本件要請に応じない状況は、営業時間短縮の協力要請

に応じている多数の飲食店との不公平を生じさせるなどの意見が出されたこと、また他の飲食店の営業の短縮により、原告の店舗に顧客が流れ込んでいる旨の報道も見られたことによれば、本件命令発出日の頃、不公平感を募らせた他の飲食店が売上を増やそうとして、夜間の営業を継続する可能性が全くなかったとまではいい難い。そうだとすると、上記部分は、前提を誤っていたとはいえ、およそ根拠を欠くものであったとはいえず、また、行政手続上著しく不相当な理由の付記であったとも認められない。

本件命令は原告に対する報復や見せしめではなく、同命令に違法な目的があったとは認められないことを考慮すれば、本件命令を行う理由のうち上記部分が、原告の表現の自由に対する過度な干渉として憲法二一条一項に違反するとはいえない。

最後に、平等につき、被告が夜間の営業を継続していた二〇〇〇余りの店舗中、本件対象施設のほかには数店舗に対してしか、四五条三項命令を発出しなかったことは、不利益処分の対象になった原告にとって不公平なものであった。しかし、この点は本件命令の違法性の判断において事情として考慮したとおりであり、更に平等原則違反の有無を判断する必要性を認めない。

(7) 結　論

よって、そのほかの争点について判断するまでもなく、原告の請求は理由がないから棄却する。

Ⅱ 考察

1 本判決の特徴

グローバルダイニング訴訟は、新型コロナ対策の一環として飲食店に対する時短命令の合憲性および違法性が問われたものである。新型コロナ禍においては飲食店に対する規制が一つの柱になっており、その意味では新型コロナ対策の合理性を問うテストケースであったともいえる。実際、原告が請求した金額は一〇四円にすぎず、その主眼は感染症対策の合理性を問う点にあった。

本件で問題となった時短命令は隔離や休業規制ほど強度な規制ではなかったことを考えると、裁判所は、実施機関（都知事）の判断を尊重して、その判断を表面的になぞるだけで終える可能性もあった。実際、本判決は緊急事態の可否については原告の主張を簡単にしりぞけており、また必要性の審査の場面でも内閣官房の通達を踏まえて判断しており、その意味では政治または行政の判断を尊重しているといえる。しかし、本判決は実施機関の判断にはそれほど敬譲せず、特措法の構造を踏まえながら必要性の判断を丹念に行い、本件命令を違法とした。

かかる判断を可能にしたのは、感染症対策に固有の法制度が存在していたことが大きい。特措法五条が必要最小限の措置を要求し、また時短命令の根拠規定である同法四五条三項が必要性の要件を厳しく規定していたからである。もっとも、本判決は単に規制の違法性を厳しく審査したというわけではない。裁判所は、必要性の審査の際、原告の主張する高度な必要性は規制の必要性とのバランスを欠くので採用できないと述べ、当事者双方の主張を踏まえながら命令発出の必要性を審査した。また、命令発出については違法としながらも判決結果として当時の事情を考慮して過失を否定したことは、違法判決を下すことで自治体が感染症対策の実施に慎重になりすぎて支障が生じないように配慮したとも考えられる。すなわち、違法性の判断において感染症対策の重要性を考

慮し、過失の判断において違法判断がもたらす感染症対策へのリスクを考慮したのである。

こうした判断は感染症などのリスク問題に関する司法審査の一つの姿を提示するものともいえる。また、感染症対策に対する司法審査において自由とのバランスを考慮するとしても、判断代置を行うことは難しい。そこで特に重視されるのが法律の授権や中立性・公平性の判断といった外形的判断である。というのも、感染症対策においては実施機関が状況の変化に応じて法律の授権のない施策を行ったり中立性や公平性に欠ける判断をしたりすることがあるからである。本判決も公平性の問題に着目しており、その点も感染症対策に適した判断であったといえよう。

以下では、感染症対策に対する司法審査のあり方という観点から、本判決の判断構造を解きほぐすことにする。

2　感染症対策と司法審査

感染症対策などを含む公衆衛生施策は公共の福祉に合致すると考えられている[20]。公衆衛生の維持は国家の古典的責務の一つであり、実際、それは国民全体の利益につながるだけでなく、国民が健全な社会生活を営むために必要なものであることから、むしろそれが不十分である場合には不作為を問われかねない[21]。そのため、公衆衛生施策は国家が実現しなければならない公共の福祉そのものということもでき[22]、また憲法二五条二項[23]が国は公衆衛生の向上と増進に努めなければならないと規定していることからしても、国民の社会生活にとって不可欠な事柄である。

通常、公衆衛生施策を実施するのは政治部門や行政機関である。それを実施するにあたっては感染症対策と社会経済活動とのバランスなどの総合的判断や効果的な感染症対策などの専門的判断が必要となるため、これらの機関がその是非を決める。そのため、公衆衛生施策をめぐる問題が訴訟になった場合、裁判所はこれらの機関の

第一次的判断を尊重することが要請される。[24]

ただし、消極目的によって憲法上の権利を著しく制約する場合、規制手段が目的を実現するために必要かつ合理的であるかどうかが厳密に問われることがある。とりわけ、公衆衛生目的のための経済規制の合憲性については、かつて薬事法距離制限事件判決[25]が、許可制による強い職業制限が消極目的のために行われる場合には、許可制に比べて職業の自由に対するより緩やかな規制によってはその目的を十分に達成することができないと認められることを要するとし、目的を明らかにした上で、このような許可条件の設定とその目的との関連性、そしてその目的を達成する手段としての必要性と合理性を検討したように、裁判所は当該手段が公衆衛生維持という目的のために必要かつ合理的であるかどうかを厳密に審査することになる。

もっとも、感染症対策の文脈においては、一九九八年の感染症法[26]制定によって総合的感染症対策が構築され、新型インフル対策においても特措法によってその対策が構造化されたことにより、司法審査も基本的にはその構造に基づきながら行うことになる点に留意しなければならない。とはいえ、それは必ずしも敬譲型審査になるわけではない。なぜなら、感染症対策は隔離、検査、予防接種、交通遮断、土地使用規制、休業など権利を強く制約する手段が設けられていることが多いことに加え、過去にそれが重大な権利侵害を引き起こしてきたことを踏まえると[27]、かかる規制の合憲性審査においては厳格審査が行われてしかるべきであり、感染症法[28]や特措法[29]もまた必要最小限の措置でなければならないことを要求している。もちろん、実際にそこで用いられた規制の強度やその態様、制約された権利の性質や侵害された程度によって審査密度は変動する余地があり、かつ専門家の間でも意見が分かれるようなリスク判断が絡むような場合には厳密な司法審査が困難になる場面も生じうるが、しかし、少なくとも法律が必要最小限であることを要求する措置については行政判断に敬譲してはならないだろう[30]。

コロナ禍における諸外国の判例を見ると、感染症対策は刻一刻と変化する状況に合わせて様々な措置を行う必

要が生じることから、時に法律の授権に欠ける措置や中立性に欠ける措置が実施され、それらが違法とされるケースが散見される。たとえば、アメリカではマスクの義務化の違法性が争われた事件で、連邦最高裁は大企業に対するワクチン接種義務化が法律の授権を欠くとして違法判断を下している[31]。また、宗教施設に対する礼拝時の収容人数制限が世俗の一般施設の収容人数制限と比べて厳しく設定されていることの合憲性につき、連邦最高裁は中立性を欠くとして違憲判断を下している[32]。

感染症対策においては法令それ自体よりも具体的措置の問題が生じやすいこと、そして感染症法や特措法が必要最小限の措置を要求していることを踏まえると、感染症対策をめぐる訴訟は当該措置の違法性が主な争点になると考えられる。実際、公衆衛生施策による憲法上の権利侵害が主張された事件においても、最高裁は法令の適用の際に健康に害を及ぼすかどうかを個別に検討しなければならないとの判断を下している[33]。

そうなると、違法性の判断を行うにあたり、裁判所がどの程度踏み込むことができるかが主な論点になる。当該問題が行政機関の判断に委ねられる領域であり、さらに法令が広く裁量を認めるような規定を置いている場合には、その判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合でなければ裁量の逸脱濫用は認められない[34]。一方、感染症法や特措法は必要最小限の措置を要求しており、さらに本件で問題となった命令発出は「特に必要があると認めるときに限り」と命令発出場面を限定している。こうした規定を真摯に受け止めるのであれば、本判決が示したように、個別の事情や判断過程を踏まえながら、必要性、合理性、公平性などの審査に踏み込む余地がある。

他面、このような審査を行った結果、感染症対策の一部が違法になると、それが感染症対策に悪影響を与えてしまうこともありうる。感染症対策は国民の健康に密接に関わり、特にパンデミック時のような場合には、違法判断によって有効な感染症対策を行えなくなってしまうおそれがある。感染症対策に限らず、行政機関の行為に

対しては、取消訴訟で争う場合には事情判決の判断[35]、国賠訴訟で争う場合には行為の違法性と過失の有無を分ける判断方法がありうる。それぞれにおいて考慮する事項や結果の効力は違えども、規制を違法とした場合に生じるリスクを踏まえて、そのリスクを回避するために結果としてその規制を維持または合法とする途が残されている。このような行為の違法性と結果の違法性を分ける手法は特に違法判断がもたらすリスクを軽視し難い感染症対策において用いられる可能性がある。

3　違法性・過失二元論に潜在するリスク要素

本判決は都知事の命令を違法としながらもその過失を認めなかった。かかる判断は違法性の判断と過失の判断が異なるという前提に立つ。判例や行政法学説においては、国賠法上の判断について違法性と過失を分けるアプローチと、行為の違法性と過失の認定を同一視するアプローチがある[36]。この問題はもともと法令違反の行政活動が国賠法上も同時に違法となるかどうかをめぐるものであり、さらに取消訴訟における違法性との関係にもつながる[37]。そして違法性の判断や違法性と過失の関係については、判例、裁判例、学説において分かれている状況にある[38]。ここでは行政行為の違法性と過失の認定という場面に限定して考えることとし、国賠法上の違法性と過失を分けるアプローチを便宜上「違法性・過失二元論」と呼ぶことにする。

本判決は、二つの先例を引き合いに出しながら違法性・過失二元論を正当化しようとしたが、厳密にいえば、先例と本件では事案が異なる部分がある。本判決が引用した先例の一つは、幼年者接見交通制限事件判決[39]である。この事件では監獄法施行規則が在監者と一四歳未満の者（幼年者）との接見を禁止していることが問題となり、最高裁は規則が監獄法の委任の範囲を逸脱しているとして違法とした。しかし、最高裁は本件処分の過失につき、長年にわたって本件規則に基づく処分が行われてきたことをかんがみて監獄所長の処分の過失を否定した。もう

一つは、不法滞在者国民健康保険事件判決[40]である。最高裁は、不法滞在者であっても一定の事情がある場合には国民健康保険法五条所定の「住所を有する者」に該当するとし[41]、当該保険の交付申請を拒否した処分を違法とした。しかし、最高裁は、不法滞在者が当該保険の対象になるかどうかについては定説がなく裁判例も分かれていたことを踏まえ、処分の担当者等の過失を否定した。

両判決は、違法性と過失認定を分けているので違法性・過失二元論を採用し、行為は違法であるが過失はなかったとする点において本判決と共通する。しかし、両判決と本判決とでは過失の認定方法に違いがある。両判決は従来の慣行や裁判例の判断が分かれていたことを理由に過失を否定したが、本判決は初の命令発出という点に着目して過失を否定した。つまり、被引用先例は過去の状況に照らして過失の有無を判断してきたのに対し、本判決は初めてのケースという点に着目して判断したのである。換言すれば、被引用先例は現状それ自体に起因する理由ではなく、過去の法実務に照らして当該行為に過失がないかを判断するアプローチをとっているのに対し、本判決は現状だけに照射して過失の有無を判断するアプローチをとっている。したがって、厳密にいえば、初めてのケースにおける過失の判断は先例の射程から外れる。むしろ先例に従うのであれば、初めてのケースは過失の否定につながる理由を見出せないことになり、過失を認定してしかるべき事案ということになる。

それにもかかわらず過失を否定したのは、過失を認定した場合に生じるリスクを潜在的に考慮したという事情があったのではないかと思われる。本判決は、違法性・過失二元論を採用するために両判決を先例として引き合いに出したものの、先例引用の射程を過失の判断方法まで含めていなかったわけであり、本判決は先例に依拠することなく過失について独自の判断を行った。すなわち、本件命令は緊急事態宣言下における初の命令発出であった点と、専門家の賛同も得ていた以上そこに違法性があるとしてもやむをえなかった点を挙げて、過失を否定したわけである。先例と距離が生じてしまうにもかかわらず、あえて先例と異なる過失の判断方法を採用した

のは、先例の判断方法を用いると過失を否定することが困難になってしまうからだと思われる。先例との整合性を犠牲にしてまで過失を否定したのは、当時の状況下でそこまで厳格な責任を求めるのは酷であるという事情の他に、過失を認めた場合に生じる感染症対策萎縮のリスクが念頭にあったのではないかと考えられる。

とはいえ、取消訴訟における事情判決とは異なり、国賠の認定は処分を取り消すわけではないので、それがただちに公の利益に著しい損害をもたらすわけではない。また、本判決が将来の感染症対策への萎縮効果を懸念したとしても、過去の過失を判断する国賠においてそうした考慮は本来馴染まないともいえる。そうなると、本判決の判断は必ずしも感染症対策萎縮のリスクを考慮しなかった可能性もある。

だが、不法滞在者国民健康保険事件判決が判示していたように、裁判例が法実務に与える影響は否定できない[42]。とりわけ、初出の命令ですら過失責任が認められることになれば、以後の命令発出においては本件以上に過失が認められやすくなる可能性があり、感染症対策に支障が生じるリスクがないとはいえないだろう。そのため、本判決が採用した違法性・過失二元論はリスクを考慮した判断につながっていると考えられるのである。

リスクを考慮した判断は権利と公益のバランスをとろうとするものであるが、しかし、両者のバランスは利益の集合体である公益のほうに天秤が傾いてしまう可能性がある[43]。実際、本判決は結果的に過失を認めなかったわけであり、権利救済よりも公益を重視した判断とみなすこともできよう。

他面、原告の請求額が一〇四円と少額であったことを踏まえると、本件はいわゆる名目的損害賠償[44]であり、本件訴訟の狙いが感染症対策の合理性を問うものであったとすれば、命令発出の違法性を認めた本判決は権利保障の側面も十分に重視した判断ということになる。もちろん名目的損害賠償については、在外邦人選挙権訴訟判決における泉徳治裁判官の反対意見のように否定的な見解もある[45]。泉裁判官は、選挙権の侵害による精神的苦痛は国家賠償法による金銭賠償になじまないので合憲性を判断せずに棄却すべきであるとしている[46]。

だが、請求内容が必ずしも請求額に比例するとは限らない憲法訴訟において名目的損害賠償は相応の意味を持つ。とりわけ、憲法訴訟固有の手続法が存在しない日本では比較的汎用性のある国家賠償請求に頼らざるをえないという背景もある。本判決は都知事の過失を否定したため結果的に原告の敗訴となったが、命令発出の違法性が認定されたので、感染症対策の合理性を問おうとした原告の狙いはある程度達成されたといえるかもしれない(47)。

たしかに、違憲合法の判断を下した再婚禁止期間違憲判決(48)のように、判断内容において重要な憲法判断を示した場合にはそれが重要な意味を持ち、まさに名目的損害賠償の狙いを達成することができる。ところが、本件では憲法判断が十分になされていない。原告は営業の自由の侵害を理由に法令違憲を主張したが、本判決は時短要請が感染拡大を防ぐために必要な手段であるとし、緊急事態宣言時における時短要請および命令も過剰な規制とはいえず、合理的な規制であるとした。また、原告は、営業の自由、表現の自由、平等の問題があるとして適用違憲の主張も行ったが、本判決はこれらについても簡単に合憲性を認め、平等については違法性の判断に含めたとしてそれ以上の判断を差し控えている。ここでは違法性の判断とは対照的に合憲性の判断は厳密に行われているとはいえない。

これには、裁判所が行政処分の違法性さえ判断すれば済む問題であると考えていた可能性がある。すなわち、本件のような問題は命令の違法性さえ検討すれば足りるのであって合憲性の問題を判断する意義に乏しく、憲法判断については当事者の主張に付き合って付言したにすぎないというわけである。

もともと、日本では法令違憲が原則とされてきたことに加え(49)、行政処分の合憲性を判断しても実益が乏しいと考えられてきたきらいがある(50)。行政処分の根拠となる法律が違憲なのであれば法令違憲の判断をすればいいのであり、もし法律が合憲なのであれば行政処分については違法性さえ判断すればよく、合憲性を判断する実益が少ないというわけである(51)。

本判決も、基本的にはこうした思考に基づきつつ、当事者の憲法上の主張に付き合う形で、おざなりの合憲性の判断をしたように思われる。それがうかがえるのが、憲法判断の順序である。本判決は、違法性、過失の有無、合憲性という流れで判断を行った。違法性・過失二元論をとる以上、違法性の判断を経てから過失の判断を行う流れになるわけであり、本件はこれを軸にして判断し、合憲性の判断は「なお書き」のような位置づけにしてしまっているように思われる。というのも、合憲性の判断を最後にすると、仮に合法・過失無しと判断した上で違憲判断を下すことになった場合に、全体としてどのような判断構造をとるのかが不明な感が否めないからである。合憲性判断は違法性判断と同様に過失の有無とは別であると位置づけるのであれば、むしろ、合憲性を過失の判断の前に持ってくるべきであるように思える[52]。あるいは、違法性の判断において合憲性も判断するという方法もありうる。しかし、最後に憲法判断を持ってくると、その判断内容がいかなる意味を持つのかが不明瞭である。それにもかかわらず、合憲性の判断を最後に回したのは憲法判断を単なる付言のようなものとして位置付けているからであると思われる。そのことは、合憲性の判断を綿密に行わなかった可能性があることを示唆していると考えられるのである。

また、違法性の判断を合憲性の判断と切り離した点にも同様のことがうかがえる。違法性の判断において憲法的要素を加味すると、場合によっては違憲・違法の判断となってしまう可能性がある。とりわけ、平等の問題についてはそうなる可能性が高い。だが、先述したように、本判決は先例との関係ではやや無理をして過失を否定したため、違憲・違法であるにもかかわらず過失を認めないという結果となってしまう。そのため、合憲性の問題を目立たなくさせるために、順序を後ろに回して違法性と合憲性と切り離して判断し、合憲性の問題を十分に検討しなかった可能性がある。

本判決については、行政裁量の逸脱濫用の判断に取って代わられがちな憲法判断[53]を独立して判断したことを積

極的に評価しうる余地もあるものの、それが十分な判断でなければ権利保障を損なう危うさをはらむ。とりわけ、リスク社会における憲法秩序においても司法には権利保障の役割が期待されることから、この判断がそれを適切に果たしているかどうかという点については特に憲法判断が不十分であったという意味で疑問が残る部分があり、「感染症対策による権利へのリスク」という問題に十分対応できていないおそれがある。そこで、本件における憲法問題について検討を加える。

4　目的の違法性と表現の自由

権利へのリスクがうかがえるのが表現の自由の問題である。本判決は表現の自由の侵害を認めなかったが、それについては感染症まん延の状況下においては政府の政策批判を行えなくなるリスクを十分に考慮していないように思われる。

原告の反対意見の表明は二〇二一年一月七日の緊急事態宣言が発令されたときになされたものであり、緊急事態の状況にあったとは思えない、時短や休業が感染症対策として効果がない、現行の協力金等では時短要請に応えられないなど、政府の感染症対策に反発するメッセージを発していた(54)。営業規制の文脈ではあるが、政府の感染症対策を批判するものであることをかんがみると、その内容は政治的表現に入る可能性があり、表現の自由として保護されてしかるべき表現である。

本件命令は直接的にこの表現を規制するものではないものの、その対象の多くが感染症対策に批判を行って要請に従わなかった事業者に対して発出されていることを考えると、間接的に表現の自由を制約していることになる(55)。もし本件命令が反対意見に対する見せしめを狙って発出されているとすれば、それは表現の自由を侵害する違憲な動機が含まれていることになり、表現の自由に配慮した判断をしなければ、感染症まん延の緊急時には反

対意見を表明できないことになってしまう。それは表現の自由に対する重大なリスクをもたらすものであり、本件命令の動機を検討する必要がある。

この問題は本件命令の目的の違法性に関わる。本判決は目的の違法性を否定したが、その判断方法についてはやや疑問が残る。本判決は目的の違法性につき、①時間があれば他の反対意見を表明していない事業者にも命令を発出した可能性が高いこと、②原告が反対意見を表明していなくても命令が発出されることが確実であったこと、③反対意見を表明していない飲食店にも命令を発出されたことを理由に狙い撃ちを否定した。そして本判決は命令対象の大多数が原告の店舗であったことの問題については必要性の判断において検討するとし、二〇〇〇店舗中原告以外の店舗は六店舗しか対象になっていないことが不公平であるとした。

ここでは、命令の目的の違法性につき、原告の反対意見を理由に狙い撃ちしたかどうかを判断しているので、かかる判断には表現の自由の問題が含まれているといえる。しかし、表現の自由の問題として考えるのであれば、上記の理由では目的の違法性を完全に否定できない。①と②は仮定の問題であり、狙い撃ちを否定できる要素としては弱い。③については、反対意見を表明していない店舗をわずかに含んでいるからといって、表現の自由を制約していないといえるわけではなく、むしろ対象の大多数が原告の店舗だったことが狙い撃ちを裏付ける理由となる。ところが、本判決は目的の違法性を判断する際に平等的要素も入れ込んで審査したがゆえに、③の理由をもって合法の判断を行ったと思われる。原告のみをターゲットとする命令でなければ反対意見を表明した原告と表明していない他の店舗を差別しているとはいえないがゆえに、目的には違法性がないとしたのである。

この点につき、平等の問題として捉えると、他の店舗との区別が重視されることになるので、わずかであっても表明していない店舗が含まれていれば、差別がなされたとはいえないという判断もありうるかもしれない[56]。しかし、表現の自由の問題として捉えるのであれば、たとえ命令の対象が原告以外の店（反対意見を表明していない

店）を含んでいても、反対意見を表明した原告の店舗を主なターゲットとしていることが表現の自由の侵害となりうる。

本判決は、表現の自由の問題を審査する場面において、本件命令が原告の見解に対する批判や攻撃を目的とするものではなかったこと、命令の目的に違法性がなかったことなどを理由に合憲としたわけであるが、命令対象の偏りは表現の自由に対する違憲な動機を抱えている可能性があり、直接的な表現内容規制の意図が見られない場合でも命令発出の動機を炙り出す必要がある[57]。この点につき、本判決は、対策審議会委員から原告に応じさせないと他の飲食店との関係で不公平を生じさせること、不公平感を募らせた他の飲食店が売上を増やそうとして夜間の営業を継続する可能性が全くなかったとまではいい難いことなどを挙げて、正当な根拠のある命令としているが、それはむしろ反対意見を表明した原告を取り締まらなければならないという要請が働いたことを示している。そうなると、本件命令は反対意見を表明した原告を対象とする必要があるという動機に基づいて発出されたことになる。それは反対意見そのものに対する制限ではないものの、反対意見の表明を行った原告の営業を規制することが狙いにあったわけであり、反対意見に対する見せしめという違憲な動機に基づく規制という結果になると考えられる。

5　営業の自由

原告は時短要請に応じない正当な理由について自店舗の経済的事情を主張したが、本判決は正当な理由に当たらないとした。飲食店ごとの経営事情を考慮しなければならなくなれば感染症対策を実施できなくなってしまうこと、措置は一時的であること、財政支援によって影響が緩和されていることがその理由である。もっとも、本判決は何が正当な理由に当たるかについては明らかにしていない。先の理由を踏まえれば、損失を緩和できるほ

どの財政支援がなかったり[58]、制限が限定的でなかったりする場合には、個々の経営事情も正当な理由に該当する余地があるようにも思えるが、それだけでは感染症対策に生じる支障の問題を乗り越えられないだろう。

そのため、正当な理由に該当するためには、感染症対策に支障をきたさない理由を提示しなければならない。この点、原告が、内閣官房の令和三年二月一二日事務連絡[59]が店舗の感染防止対策が正当な理由に該当しないとしていることを問題視していた点は重要である。本判決が示した感染症対策の可否の要素はまさにこの点に関わるからである。

感染症対策への支障という点からすれば、たとえば、要請に重大な事実誤認があり当該事業者にその要請を行っても感染症対策にならない場合、あるいは当該事業者は十分な感染症対策を行っていることから要請が感染症対策の意味をなさない場合などが考えられる。そして時短要請による経済的損失が利益低下の程度にとどまらず財政支援があったとしても実質的に廃業せざるをえないような状況に追い込まれることが確実で、かつ時短要請――実質的にはその前提となる緊急事態宣言――が長期にわたる場合であることが求められよう。

本判決が示した正当な理由該当性の判断は営業制限を行う際の条件を提示していることから、この判断は営業の自由を念頭に正当な理由の有無を判断しているといえる。しかし、そこで重要な鍵となるはずの感染症対策への支障の問題が命令の必要性の判断においてなされているため[60]、ここでは営業の自由の問題が十分に検討されない形になってしまっている。適用違憲の判断の場面では緊急事態該当性と立入検査の履行が争点になったことを踏まえると、営業の自由の問題を判断する場面で正当な理由該当性の問題を含めて判断すべきであるように思われる。

6 平等

裁判所が行政行為の裁量統制を行う場合に平等原則が考慮される。行政は国民を合理的理由なく差別してはならず、この要請は憲法一四条の法の下の平等に基づくと考えられている[61]。ただし、平等原則は、判例上存在自体は認められているものの、現実に行政行為の裁量統制として適用された例はほとんどないとも指摘される[62]。

この点、本判決は憲法判断としての平等の箇所で本件命令が不公平であったと明言した上で、裁量統制の場面において平等問題を考慮していることから再度憲法判断としてそれを審査する必要はないとした。実際、本判決は本件命令の必要性の判断の場面において公平性に欠く部分にも言及しながら違法判断を下した。そのため、本判決は行政裁量統制の場面において平等原則を適用したとみることができる。

もっとも、本判決のように行政裁量統制の場面で平等原則を適用する場合には憲法上の平等判断に触れなくていいのだろうか。というのも、本判決は命令の必要性の審査において違法性の一要素として公平性に欠ける点を挙げたにすぎず、平等原則違反をもってただちに違法の判断を行っているわけではない。しかし、憲法判断において憲法上の平等違反が判明すれば、それだけで違憲となるはずである。そうなると、行政裁量統制における平等原則と憲法判断における平等には違いがある可能性がある。

行政裁量統制が違法性の判断のみを焦点とするものであり、特に裁量の逸脱濫用を審査する場合には様々な考慮要素があることから、そこに憲法上の規範的要請が含まれていたとしても、それは違法性の判断の一要素にすぎないといえる。

行政裁量統制における憲法上の権利の考慮につき、信教の自由など憲法の実体的権利が関わる場合には裁量統制の審査密度が高まる可能性を指摘する議論がある[63]。もしこのアプローチが平等のような行政裁量統制の中に類似の法原則が含まれている場合にも妥当するのであれば、本判決が必要性の審査において憲法上の平等の要請を

受けて厳しく判断したといえるかもしれない。

一方で、憲法上の実体的権利と異なり、平等は法適用[64]の際の一般原則として要求される側面がある。そのように考えると、平等問題が関わったからといって裁量統制の審査密度が厳しくなるわけではなく、あくまで裁量統制の一要素という位置付けということになる。

本判決がいかなるアプローチをとったのかは必ずしも明らかではないが、本件における命令対象の公平性の問題は必要性の欠如を裏付ける要素になるものの、そこで公平性に言及しなくても、二〇〇〇余の店舗のうち一％にすぎない原告店舗を命令の対象にすることは不合理であり必要性がないとすることもできたように思える。つまり、公平性という点を挙げなくても必要性に欠けることを示すことができたと思われるのである。

それでもなお公平性に言及したのは憲法上の平等の要請を意識した可能性があると考えられる。というのも、感染症対策においては臨機応変な対応が求められることから法の枠を逸脱した対策が実施されたり、偏見や差別に基づいて恣意的な判断が行われたり、予防効果を広げるために見せしめと思われるような規制が行われたりすることがある。いずれも公平性や中立性に欠けるものであり、平等やその他の権利を侵害することにつながるものである。実際、アメリカの連邦最高裁は礼拝行為の収容可能な人数を世俗施設よりも厳しくしたことが中立性に欠け、宗教を差別するものであるとして違憲判断を下している[65]。

こうした観点からすれば、感染症対策の実施については中立的に行われているかが重要な要素となり、本判決もそのような考慮を行った可能性もある。感染症対策の問題について、裁判所が厳しくチェックすると感染症対策の効果が減殺するリスクが生じ、緩やかにチェックすると権利侵害が広がるリスクが生じる。そのため、裁判所は政治部門や行政機関の第一次的判断を尊重しながらその違法性や合憲性を判断することになり、内容の実質的判断は困難であるものの、中立性のような外形的な基準に照らして判断することになる。つまり、裁判所が感

染症対策の問題を判断する際に中立性は重要な考慮要素になってくるのである。

後　序

新型コロナのパンデミックに起因する緊急事態対応は、平時の権利保障を揺るがすのかという問いを発するものであり[66]、「いついかなる時も憲法の統制を受ける[67]」か、「憲法は心中を迫るものではない[68]」かという古典的問題にもつながるものである。とりわけ、権利保障の役割を担う司法は政治部門の感染症対策の合憲性を判断する際にこの問題に直面することになる。グローバルダイニング訴訟はこの問題の一断面であり、本稿ではそれを素材にして感染症対策に対する司法審査の姿を考察した。

本判決は、緊急事態の有無などについては一定の敬譲を払いつつ、命令発出の必要性については厳密な審査を行ったが、過失についてはそれを認めなかった。この判断にはいくつかのリスク要素が考慮された様子がうかがえる。とりわけ、過失を否定した判断には、将来の感染症対策に与えるリスクを潜在的に考慮したのではないかと思われる。本判決は初めての命令だった点を過失否定の一要素として言及したが、初の命令だからといって過失が認められないわけではない。そうなると、初めての行政行為は過失が認められなくなってしまう。引用した先例が、判断の分かれていた問題であったことを理由に過失を否定していたことからうかがえるように、初めてのケースだからというのは過失を否定する合理的理由にはならない。それにもかかわらず過失を認めたことには将来の感染症対策を萎縮させてしまうことに対する懸念があったように思われる。それはもう一つの理由を見ると明らかになる。過失を否定した理由の中に専門家の判断が命令発出を容認していたという背景も命令発出のやむをえない要素に挙げられていたが、もし裁判所がその判断にも過失を認めてしまうと、司法が専門家の判断に

ノーを突き付ける形となり、それは将来の感染症対策を萎縮させてしまうおそれがあるからである。

かかる判断はリスク社会における司法審査のあり方を示したものといえるが、しかし、それは不十分な点も残る。リスク社会においても、権利保障の役割は司法の重要な責務である。先述した通り、憲法の観点から慎重に判断すべき点があり、違憲と判断しうる部分があった。たとえ感染症対策へのリスクを考慮して過失を認定しないという判断を行うとしても、違憲性には言及すべきであったように思われる(69)。

また、リスク社会における司法の役割という観点から考えると、司法は必ずしも時間が経過した事後対応にとどまらず、より迅速な救済機能を果たすことで重大な権利侵害のリスクを回避することができる可能性がある(70)。本件においても訴訟提起から判決が出るまで一年弱の時間がかかり、また損害賠償という形式なので、原告の権利行使は当該命令自体から免れることはできなかった。しかし、感染症対策が強い制限を与えることが多いことからすれば、迅速な差止などを法整備する必要があるように思われる。もちろん、本件命令は四日間の効力しかなかったためそうした訴訟自体が無理だったという事情があるが、感染症法等の法改正を行う際には規制を強化するだけでなく、救済の充実化もはかるべきであると思われる。

（1）ＷＨＯは二〇二〇年三月一一日に新型コロナがパンデミックになっていると宣言した。

（2）時短要請や休業要請の法的根拠については、特措法二四条九項（協力要請）、三一条の六第一項（まん延防止重点措置における時短要請）、四五条二項（緊急事態宣言下における要請）など、異なる根拠条文が存在する。

（3）平成二四年法律第三一号。

（4）自粛要請の法的意味については、磯部哲「『自粛』や『要請』の意味」法学教室四八六号一〇頁（二〇二一年）を参照。

（5）小山剛「コロナ禍の自由と安全」法律時報九三巻一三号一頁（二〇二一年）。

（6）感染症対策と経済活動の関係についてコストベネフィット等から分析を加えた論稿として、瀧川裕英「感染対策か経済活動か――費用便益分析と契約主義」法学教室四八六号四三頁（二〇二一年）。

（7）ヴェルナー・トレスケン（西村公男・青野浩訳）『自由の国と感染症――法制度が映すアメリカのイデオロギー』六二―六三頁（みすず書房、二〇二一年）。

（8）なお、これについて連邦最高裁は、人種に基づく差別であるとし、修正一四条に反するとして違憲の判断を下している。Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356 (1886).

（9）Geoffrey T. Stover, *Business Litigation During a Global Pandemic: Covid Coverage Lawsuits and Force Majeure Dispute*, 63 Orange County Lawyer 30 (2021).

（10）Amber N. Morris, *Small Business Debt in the Age of Covid-19*, 29 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 131 (2021). なお、連邦議会は中小の事業者救済の一環として破産関連の法改正も行っており、これについても複数の訴訟が提起されている。

（11）こうした点を指摘するものとして、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』」法学セミナー七九〇号五六頁（二〇二一年）。

（12）リスクの観点から感染症の問題を考えると、感染症のリスクを重く受け止めて積極的な対策を要請するようにみえるかもしれない。もっとも、リスクは〈損害発生確率×被害程度〉を計算した上で、対策をすること／しないことのコストベネフィットを検討する必要があり、必ずしも感染症対策を推進する方向に傾くわけではない。リスクの意味やリスク社会における憲法秩序については、大林啓吾『憲法とリスク――行政国家における憲法秩序』一九頁（弘文堂、二〇一五年）を参照。

（13）グローバルダイニング訴訟（東京地判令和四年五月一六日未登載）。

（14）なお、感染症法も改正され、積極的疫学調査に対して正当な理由なく応じない場合には命令や過料を科すなど、規制が強化されている。

（15）四五条二項「特定都道府県知事は、新型インフルエンザ等緊急事態において、新型インフルエンザ等のまん延を防止し、国民の生命及び健康を保護し、並びに国民生活及び国民経済の混乱を回避するため必要があると認めるとき

は、新型インフルエンザ等の潜伏期間及び治癒までの期間並びに発生の状況を考慮して当該特定都道府県知事が定める期間において、学校、社会福祉施設（通所又は短期間の入所により利用されるものに限る。）、興行場（興行場法（昭和二十三年法律第百三十七号）第一条第一項に規定する興行場をいう。）その他の政令で定める多数の者が利用する施設を管理する者又は当該施設を使用して催物を開催する者（次項及び第七十二条第二項において「施設管理者等」という。）に対し、当該施設の使用の制限若しくは停止又は催物の開催の制限若しくは停止その他政令で定める措置を講ずるよう要請することができる」。

(16) 四五条三項「3　施設管理者等が正当な理由がないのに前項の規定による要請に応じないときは、特定都道府県知事は、新型インフルエンザ等のまん延を防止し、国民の生命及び健康を保護し、並びに国民生活及び国民経済の混乱を回避するため特に必要があると認めるときに限り、当該施設管理者等に対し、当該要請に係る措置を講ずべきことを命ずることができる」。

(17) 原告の主張によれば、本件対象施設一店舗当たり日額一円（二六店舗）の四日分として一〇四円を請求額にしたという。ただし、原告の主張によると、実際の損害額は、本件命令に従った結果、前週の同じ曜日の四日間の売上高と比べた際の売上減少額に令和三年三月度の限界利益率を乗じた額である二一五九万八一五〇円の損害を被ったとしている。

(18) 以下は、東京地裁の判決文を抜き出しながらまとめたものである。なお、原告側は曽我部真裕教授（京都大学）や横大道聡教授（慶應義塾大学）といった憲法学者からの意見書を提出している。

(19) 七九条「第四十五条第三項の規定による命令に違反した場合には、当該違反行為をした者は、三十万円以下の過料に処する」。

(20) 歯科技工士事件（最大判昭和三四年七月八日刑集一三巻七号一一三二頁）。最高裁は、国民の保健衛生を保護するという公共の福祉のための当然の制限であるとしている。

(21) クロロキン薬害訴訟第一審判決（東京地判昭和五七年二月一日訟務月報二八巻九号一六九七頁）、カネミ油症損害賠償請求事件第一審判決（福岡地小倉支判昭和五七年三月二九日訟務月報二八巻一〇号一九一三頁）。

(22) ただし、公共の福祉を根拠にして、どこまで公衆衛生対策を行えるのかについては別問題である。

（23）憲法二五条二項「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」。

（24）Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11（1905）. アメリカの文脈ではあるが、連邦最高裁は、ワクチンの強制接種の合憲性につき、司法はワクチンの有効性や安全性を判断することはできないので、それが公衆衛生とほとんど関係ない場合に限り違憲と判断するにとどまるとして、実施機関の第一次的判断に敬譲する姿勢を示している。

（25）最大判昭和五〇年四月三〇日民集二九巻四号五七二頁。

（26）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（平成一〇年法律第一一四号）。

（27）ハンセン病訴訟（熊本地判平成一三年五月一一日判時一七四八号三〇頁）。

（28）感染症法二二条の二は、「第十六条の三から第二十一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。」と規定している。三四条や四八条の二などにも同様の規定がみられる。

（29）特措法五条は、「国民の自由と権利が尊重されるべきことに鑑み、新型インフルエンザ等対策を実施する場合において、国民の自由と権利に制限が加えられるときであっても、その制限は当該新型インフルエンザ等対策を実施するため必要最小限のものでなければならない。」と規定している。

（30）同様の見解を述べたものとして、江藤祥平「匿名の権力――感染症と憲法」法律時報九二巻九号七〇頁、七二頁（二〇二〇年）がある。

（31）Nat'l Fedn. of Indep. Bus. v. DOL, 142 S. Ct. 661（2022）.

（32）Roman Catholic Diocese v. Cuomo, 141 S. Ct. 63（2021）.

（33）医療類似行為事件判決（最大判昭和三五年一月二七日刑集一四巻一号三三頁）は、人に害を及ぼすかどうかを個別に判断すべきとした。

（34）マクリーン事件判決（最大判昭和五三年一〇月四日民集三二巻七号一二二三頁）。

（35）行政事件訴訟法三一条一項「取消訴訟については、処分又は裁決が違法ではあるが、これを取り消すことにより

公の利益に著しい障害を生ずる場合において、原告の受ける損害の程度、その損害の賠償又は防止の程度及び方法その他一切の事情を考慮したうえ、処分又は裁決を取り消すことが公共の福祉に適合しないと認めるときは、裁判所は、請求を棄却することができる。この場合には、当該判決の主文において、処分又は裁決が違法であることを宣言しなければならない」。

(36) 宇賀克也『行政法概説Ⅱ　行政救済法』〔第七版〕四七四―四七五頁（有斐閣、二〇二一年）、大橋洋一『行政法Ⅱ　現代行政救済論』〔第四版〕三九六―四〇二頁（有斐閣、二〇二一年）などを参照。

(37) 神橋一彦『行政救済法』三四九―三五六頁（信山社、二〇一二年）。

(38) 最近の状況につき、武田真一郎「続・国家賠償における違法性と過失について」成蹊法学八八号一頁（二〇一八年）などを参照。

(39) 最三小判平成三年七月九日民集四五巻六号一〇四九頁。

(40) 最一小判平成一六年一月一五日民集五八巻一号二二六頁。

(41) 国民健康保険法五条「都道府県の区域内に住所を有する者は、当該都道府県が当該都道府県内の市町村とともに行う国民健康保険の被保険者とする」。

(42) 同判決は「在留資格を有しない外国人が国民健康保険の適用対象となるかどうかについては、定説がなく、下級審裁判例の判断も分かれている上、本件処分当時には、これを否定する判断を示した東京地裁平成六年（行ウ）第三九号同七年九月二七日判決・行裁集四六巻八・九号七七七頁があっただけで、法五条の解釈につき本件各通知と異なる見解に立つ裁判例はなかったというのであるから、本件処分をした被上告人横浜市の担当者及び本件各通知を発した被上告人国の担当者に過失があったということはできない。」（二三八頁）と述べている。

(43) この問題や比較衡量論が抱える問題として従来から指摘されてきたものである。たとえば、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法』〔第七版〕一〇三頁（岩波書店、二〇一九年）などを参照。

(44) 名目的損害賠償は、法的侵害を被ったものの、金銭的賠償に値する損害がほとんどない場合に求める賠償のことをいう。*See* Black's Law Dictionary 490 (Bryan Garner, ed. 11th, 2019). アメリカの市民権法一九八三条訴訟を利用した憲法訴訟において散見される。

(45) 最大判平成一七年九月一四日民集五九巻七号二〇八七頁、二一〇八―二一一〇頁。

(46) 泉裁判官は、「上告人らの上記精神的苦痛は国家賠償法による金銭賠償になじまないので、本件選挙当時の公職選挙法の合憲・違憲について判断するまでもなく、上告人らの国家賠償請求は理由がないものとして棄却すべきであると考える。」（二一〇八頁）とし、「本件で問題とされている選挙権の行使に関していえば、選挙権が基本的人権の一つである参政権の行使という意味において個人的権利であることは疑いないものの、両議院の議員という国家の機関を選定する公務に集団的に参加するという公務的性格も有しており、純粋な個人的権利とは異なった側面を持っている。しかも、立法の不備により本件選挙で投票をすることができなかった上告人らの精神的苦痛は、数十万人に及ぶ在外国民に共通のものであり、個別性の薄いものである。したがって、上告人らの精神的苦痛は、金銭で評価することが困難であり、金銭賠償になじまないものといわざるを得ない。英米には、憲法で保障された権利が侵害された場合に、実際の損害がなくても名目的損害（nominal damages）の賠償を認める制度があるが、我が国の国家賠償法は名目的損害賠償の制度を採用していないから、上告人らに生じた実際の損害を認定する必要があるところ、それが困難なのである。」（二一〇九―二一一〇頁）と述べている。

(47) 実際、原告は主張の七五％が認められたとコメントしている。「新型コロナ：新型コロナ『正当な理由なし、はっきり』都時短命令『違法』原告側笑顔」毎日新聞東京朝刊二〇二二年五月一七日二五頁。

(48) 最大判平成二七年一二月一六日民集六九巻八号二四二七頁。女性にのみ再婚禁止期間を設ける民法七三三条一項につき、一〇〇日を超えて再婚禁止期間を設ける部分を違憲としたが、国賠法上は合法とした。

(49) 猿払事件判決（最大判昭和四九年一一月六日刑集二八巻九号三九三頁、四〇八頁）。猿払事件判決は、「右各判決は、また、被告人の本件行為につき罰則を適用する限度においてという限定を付して右罰則を違憲と判断するのであるが、これは、法令が当然に適用を予定している場合の一部につきその適用を違憲と判断するものであって、ひっきょう法令の一部を違憲とするにひとしく、かかる判断の形式を用いることによっても、上述の批判を免れうるものではない。」と述べ、適用違憲の判断が法創造になってしまうとしている。

(50) 太田健介「憲法学から見た行政裁量とその統制」東京大学法科大学院ローレビュー五号二五頁、二六頁（二〇一〇年）。

(51) 藤井樹也「違憲性と違法性」公法研究七一号一一二頁、一一九頁（二〇〇九年）。その理由として、憲法学における実益重視の側面と裁量統制の判断枠組の存在が指摘されている。

(52) なお、行為の主体、対象、問題場面は異なるが、立法行為について国賠法上の違法性を問う場合、近時、最高裁は法律の内容の合憲性を判断してから国賠法上の違法性の判断を行う傾向にある。再婚禁止期間違憲判決・前掲注(48)などを参照。

(53) 宍戸常寿『憲法　解釈論の応用と展開』〔第二版〕三一四頁（日本評論社、二〇一四年）。根拠法令の合憲性が論証されてしまうと、行政裁量の逸脱濫用問題に移ってしまうのが判例の傾向であり、その場合には憲法適合的解釈を施すなどして対応する方法もあるものの、ダイレクトな処分違憲を活用すべきであるとの指摘がある。

(54) 原告が表明した反対意見は本判決文の別紙5に掲載されている。

(55) 表現の自由に対する直接的と間接的規制の区別については、宍戸・前掲注(53)一三三―一三五頁がわかりやすく説明している。

(56) なお、アメリカの判例法理には特定の集団や属性に対して敵意を持っている疑いのある法令につき、その動機を炙り出す「敵意の法理」があり、むしろ平等分野を中心に展開している。*See* William D. Araiza, Animus: A Short Introduction to Bias in the Law (2017).

(57) 表現の自由と違憲な動機については、大林啓吾「表現の自由と動機審査」千葉大学法学論集三〇巻三号一頁（二〇一五年）を参照。

(58) 本判決は、財政による影響緩和の程度には触れず、法制度上財政上の支援がなされることから事業者に対する影響が緩和されるとしか述べていない。そのため、財政的支援による緩和を問うことは想定していないと思われる。しかし、飲食店の規模にかかわらず協力金を一律とすることは大規模飲食店にとって不利な内容であり、それだけでは経営への影響がほとんど緩和されないケースもある。本件の原告はまさにそうした事業者であった。

(59) 内閣官房新型コロナウイルス感染症対策推進室長「『新型インフルエンザ等対策特別措置法等の一部を改正する法律』及び『新型インフルエンザ等対策特別措置法等の一部を改正する法律の施行に伴う関係政令の整備に関する政令』の公布について」令和三年二月一二日事務連絡九頁。事務連絡によれば、「地域の飲食店が休業等した場合、近

隣に食料品店が立地していないなど他に代替手段もなく、地域の住民が生活を維持していくことが困難となる場合、新型インフルエンザ等対策に関する重要な研究会等を施設において実施する場合、病院などエッセンシャルワーカーの勤務する場において、周辺にコンビニ店や食料品店などの代替手段がなく、併設の飲食店が休業等した場合、業務の継続が困難となる場合」を挙げている。

(60) この点については、先の内閣官房（事務連絡・前掲注(59)二一頁）が、「感染防止対策を講じていることについては、要請に応じない『正当な理由がある場合』には該当しないが、例えば命令の際に、『特に必要があると認めるとき』に該当するかどうかを判断する際の考慮要素とすることが考えられる。」とした点を踏まえているように思われる。

(61) 櫻井敬子・橋本博之『行政法』〔第六版〕二五頁（弘文堂、二〇一九年）。「平等原則は、憲法一四条に根拠を有し、行政が国民を合理的な理由なく差別することを禁じている」とされる。

(62) 藤田宙靖『新版　行政法総論（上）』一二六頁（青林書院、二〇二〇年）。

(63) 宍戸常寿「裁量論と人権論」公法研究七一巻一〇〇頁（二〇〇九年）、渡辺康行「憲法上の権利と行政裁量審査――判例状況の分析と今後の方向性――」長谷部恭男ほか編『高橋和之先生古稀記念―現代立憲主義の諸相』三二五頁（有斐閣、二〇一三年）などを参照。

(64) もともと、平等の要請自体、法適用の平等から始まり、法内容の平等を含むように発展したという経緯があり、その意味では行政裁量統制においては平等原則が当然に要求されるとみることもできる。

(65) *Roman Catholic Diocese*, 141 S. Ct. 63.

(66) William I. Amberger, *Between Scylla and Charybdis: The Courts, the Constitution, and Covid-19*, 55 Ind. L. Rev. 113 (2022).

(67) Ex Parte Milligan, 71 U.S. 2, 120-121 (1866).

(68) Kennedy v. Mendoza-Martinez, 372 U.S. 144, 160 (1963).

(69) なお、原告側は憲法判断などを不服として即日控訴していたが、判決まで時間がかかることがわかり、八月一六日に控訴を取り下げた。「都の時短命令『違法』東京地裁認定　飲食チェーン訴訟、賠償は認めず」朝日新聞朝刊二

○二二年五月一七日一頁、「時短命令に『違法』の判決確定」朝日新聞朝刊二〇二二年八月一七日二五頁。

(70) アメリカでは連邦最高裁が緊急差止や緊急停止を行うケース（シャドードケット）が増えている。日本がこれをそのまま参考にする必要はないが、司法による緊急対応が実践されている状況については知っておくべきであると思われる。