

令和 3 年 8 月 31 日

意見書

慶應義塾大学大学院法務研究科教授
横大道聡

【目 次】

第 1	はじめに	2
第 2	検討のために必要な視点	2
1	感染症対策の特徴——人権に対する「過剰」な規制	2
2	比例原則——比例原則の下では許されない自由の制限	3
3	予防原則——人権制約の余地の拡大	6
4	比例原則に基づいた法律の解釈——憲法適合的解釈	8
第 3	特措法の解釈	11
1	特措法上の解釈規定	11
2	特措法の解釈規定の確認	12
3	緊急事態に関する特措法の仕組み	13
4	特措法第 45 条の解釈	14
第 4	本件命令の適法性	18
1.	本件命令の発出状況	18
2	本件命令の発出理由	19
3	理由①についての検討	20
4	理由②についての検討	24
第 5	結論	27
1	本意見書の要約	27
2.	裁判所に期待すること	27

第1 はじめに

(1) 本意見書の執筆者の横大道聡は、2007年3月に慶應義塾法学研究科公法学専攻後期博士課程を単位取得退学した後、2007年4月から2009年9月まで鹿児島大学教育学部専任講師、2009年10月から2015年3月まで鹿児島大学教育学部准教授、2015年4月から2018年3月まで慶應義塾大学大学院法務研究科准教授を務め、2018年4月から慶應義塾大学大学院法務研究科教授である。2011年に博士(法学)を慶應義塾大学から授与されている。憲法学を専攻しており、表現の自由を中心とした人権論のほか、近時は、自由と安全に関する研究に従事している(その成果物として、小山剛・新井誠・横大道聡編『日常のなかの〈自由と安全〉——生活安全をめぐる法・政策・実務』(弘文堂、2020年)、大沢秀介・新井誠・横大道編『変容するテロリズムと法——各国における〈自由と安全〉法制の動向』(弘文堂、2017年)などがある。

(2) 本意見書は、東京都(被告)がグローバルダイニング社(原告)に対して、新型インフルエンザ等対策特別措置法(平成24年法律第31号。以下、「特措法」と記す。)第45条第3項に基づき、原告が経営する飲食店合計26店舗に対して20時以降の使用制限を命じたこと(以下、「本件命令」と記す。)は「特に必要があると認めるとき」ではないにもかかわらず発出されたものであり違法であるから、被告は原告の被った損害について賠償をしなければならないということを、憲法学の専門家としての立場から主張するものである(以下、この訴訟を指して「本件訴訟」と記すことがある。)。なお、本意見書中の下線部は、すべて本意見書執筆者によるものである。

第2 検討のために必要な視点

本件命令の根拠規定であり、その解釈が問題となっているのは特措法第45条第3項である。この規定を適切に解釈するためには、まず、特措法をどのように解釈すべきなのかを明らかにし、具体的な検討のために必要な視点を獲得することが必要不可欠である。

1 感染症対策の特徴——人権に対する「過剰」な規制

(1) 特措法は、感染症対策に関する法律であるが、感染症対策には、通常、次の特徴が備わっている。「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

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」判例時報2464号(2021年)118頁。なお、新型コロナウイルス感染症とは、感染症の予防及び感染症の患者に対す

に……確実な科学的知見を感染症対策に求めるならば、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⁾」。

(2) 感染症対策に必然的に伴う特徴を、憲法と関連づけていえば、このようになる。すなわち、感染症対策においては、憲法上保障される各種の自由（移動、集会、営業、信仰に基づく行為、そして自由全般⁴⁾）が、その行為自体が感染を発生させているわけでもなければ、感染症拡大に対する具体的な危険をもたらすものでもないにもかかわらず、規制を受けるということ、したがって感染症対策は、必然的に、人権に対する「過度」「過剰」の制約にならざるを得ない、ということの意味する。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⁵⁾」という指摘がなされているのである。

2 比例原則——比例原則の下では許されない自由の制限

(1) 比例原則とは、「規制の必要性の高い行為には強い規制が許されるが、規制の必要性の低い行為には弱い規制しか認められない、という形で、リスク程度に応じた規制を行うことが本来求められ⁶⁾」る、とする法原則のことをいう。

憲法学における比例原則は、人権を制約する法令の合憲性を審査する際に用いられる原

る医療に関する法律第6条第7項第3号により、「新たに人から人に伝染する能力を有することとなったコロナウイルスを病原体とする感染症であって、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。」と定義される感染性の疾病のことをいう。

²⁾ 本堂・前掲注(1) 119頁。

³⁾ 本堂・前掲注(1) 119頁。

⁴⁾ この点については、大林啓吾「感染症対策の法的枠組」同編『感染症と憲法』（青林書院、2021年）50-51頁、山羽祥貴『「密」への権利（上）——コロナ禍の政治的言説状況に関する若干の問題提起』法律時報1163号（2021年）84頁以下などを参照。なお、本件命令によって制約を受ける原告の権利は、主に憲法第22条第1項の職業の自由であるが、後述するように（→第4の4）、原告の「発信」を理由に本件命令が出されている点については、憲法第21条第1項の表現の自由の制約が問題となる。

⁵⁾ 穴戸常寿「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。

⁶⁾ 座談会「感染症のリスク評価と法規制」Law & Technology 92号（2021年）1頁〔米村滋人発言〕。

則であり、ほとんどの国家が採用する「グローバル・モデル」である⁷。日本の最高裁判例で比例原則という言葉が明示的に用いられることはあまりないが、「最高裁判所の憲法判断の基礎にほぼ盤石のものとして据えられているのは、比例原則であるといえるのではないか⁸」、と指摘されている。

憲法上の比例原則は、具体的には、①手段の適合性（採られた手段が立法目的の実現を促進する場合に肯定される）、②手段の必要性（立法目的の実現に対して等しく効果的であるが、基本権を制限する程度が低い他の手段が存在する場合に否定される）、③利益の均衡（手段は追及される目的との比例を失してはならない）の3つに分節して、人権を制約する法令の合憲性を考察する手法をいう⁹。このうち③は、狭義の比例性、狭義の比例原則といわれることがある。

要するに、日本国憲法のもと、「公共の福祉を追及していれば、いかなる制約でも憲法上許されるというわけではない。制約の強度は追及される公共の福祉との関係において評価されなければならないのである。このとき要求されるのが、比例原則の遵守である¹⁰」。

（2）比例原則は、「行政の権力活動一般に妥当する原理¹¹」であり、平等原則とともに、憲法に由来する原則であると位置づけられている¹²。憲法に由来する原則であるということは、「それが法令の明文上の根拠を有するかどうかにかかわらず、憲法上の羈束として機能しうることを意味する¹³」。なお、後述するように（→第3の1）、個別法のなかには比例原則を明文で確認する規定を置く場合があり、その場合にはなお一層、当該法律の比例原則に基づいた解釈が必要となる¹⁴。

⁷ 吉田俊弘＝横大道聡「いつ人権の制約が正当化されるのか（上）」法学教室 462号（2019年）78－81頁、江島晶子「比例原則のグローバル化——人権の対話」比較法研究 75号（2013年）214頁以下などを参照。

⁸ 石川健治「法制度の本質と比例原則の適用」棟居快行・工藤達朗・小山剛編『プロセス演習憲法〔第4版〕』（信山社、2011年）313頁。

⁹ 松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、2001年）54－63頁、小山剛『「憲法上の権利」の作法〔第3版〕』（尚学社、2016年）70－72頁などを参照。

¹⁰ 玉蟲由樹「人権と国家権力——『公共の福祉』の多元的機能」法律時報 1072号（2014年）34頁。

¹¹ 宇賀克也『行政法概説 I 行政法総論〔第7版〕』（有斐閣、2020年）63頁。櫻井敬子・橋本博之『行政法〔第6版〕』（弘文堂、2019年）25頁等も参照。

¹² 比例原則は憲法第13条、平等原則は憲法第14条に由来すると説明されるのが通例である。宇賀・前掲注（11）63、65頁、櫻井ほか・前掲注（11）25頁等も参照。

¹³ 高橋明男「比例原則審査の可能性」法律時報 1056号（2013年）19頁。

¹⁴ 高橋・前掲注（13）19頁は、比例原則につき、「明文の法律上の規定がある場合には、当然に比例原則による規制がある」、「明文の法律上の規定が不明確又はない場合であっても、権力的な強制行為を伴い得る場合に関しては比例原則ないし比例性原理の適用がみられる」と指摘する。

行政法上の一般原則としての比例原則を構成する三要素として、①手段の目的適合性の原則、②規制は必要最小限でなければならないとする必要性の原則、③目的と手段が不釣り合いであってはならないとする狭義の比例性の原則があるということについては、行政法学において共通理解が見られる¹⁵。行政法の領域における比例原則は、「制定法がその規範内容を明確に特定していない場合に、これを具体化し、補充する機能」と、「制定法の文言の通りに解釈・適用すると、当該事案の解決として明らかに不適切である場合に、制定法の文言をその事案について修正し、衡平を実現する機能を持つ¹⁶」などと整理されている。

(3) 比例原則は、憲法でも行政法でも妥当する法原則であり、「少なくとも、『人権制約は公共の福祉との関係において比例的でなければならない』という普遍的ルール¹⁷」である。したがって比例原則は、法律の合憲性の審査の場面でも、法律に基づく処分の場合でも、さらには第1の4で詳しく見るように法律解釈の場面でも、用いられなければならない大原則なのである。

(4) 新型コロナウイルス感染症の場合、「規制の必要性が高い行為」とは、「新型コロナウイルスの感染者が、感染力を保持したまま社会活動を行い他人と接触してウイルスを伝播させること、これこそが(論理的にはこれだけが) パンデミック下において真に危険な行為であり、本来であれば、感染拡大を止めるためには、こうした行為が行われることを防止すれば必要十分である¹⁸」。

そうであるにもかかわらず、「真に危険な行為」とはいえない飲食店の営業に対して、時短や休業要請・命令を発出するというのは、「リスクに比例した規制」とはなり得ないために、比例原則の観点からは、常に問題を抱えた規制と評価されることになる¹⁹。それは、「感

¹⁵ 須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』(法律文化社、2010年)256-257頁、角松生史「日本行政法における比例原則の機能に関する覚え書き——裁量統制との関係を中心に」政策科学21巻4号(2014年)191頁、高橋・前掲注(13)17頁などを参照。

¹⁶ 原田大樹「平等原則と比例原則」法律時報1127号(2018年)16頁。

¹⁷ 玉蟲・前掲注(10)34-35頁。

¹⁸ 山羽祥貴「『密』への権利(下)——コロナ禍の政治的言説状況に関する若干の問題提起」法律時報1165号(2021年)61頁。また、「危険性を規制の根拠とする以上、本来その危険性は個別に認定されるべきである。言い換えれば、個々の営業所の安全対策の違いに着目したきめ細やかな対応が必要不可欠なはず」である。磯部哲「感染症法・特措法の仕組みに関する医事行政法的考察」法律時報1161号(2021年)64頁。

¹⁹ 「事業者に対する行政罰、過料についてはすけれども、危険性の高い活動を行っている事業者に対して制裁を科すということは許容されるわけですが、一律の営業禁止等の命令違反に対して制裁を科すことは、行政罰であっても比例原則違反等の問題が出る可能性があります。〔改行〕この観点から、現在の、今回の緊急事態宣言における飲食店対応というのは、私から見るとやや問題があるように思われます。と申しますのは、一律の時短要請というのが本当に危険な飲食の場のみを制限しているということになるのかどうかということでもあります」。第204回国会・参議院内閣委員会議録1号(令和3年2月2日)5頁〔米

染拡大防止のための営業規制その他の行動制限は、具体的な感染の徴憑の有無とは無関係に、このような事態が発生することを予防的に回避しようとするものなのだから、実際の危険との関係で過不足をもたらすことは当然といえる²⁰⁾からである。

以上が、感染症対策が、「比例原則の下では許されない自由の制限²¹⁾」である、と評されることの意味である。

3 予防原則——人権制約の余地の拡大

(1) 予防原則とは、もともとは環境問題に対する国際会議で承認された原則であり、「重大かつ不可逆的な損害が生じるおそれがある場合には、完全な科学的確実性が欠けているということを理由に、環境破壊を防止する費用対効果の高い予防措置をとることを延期するべきではない²²⁾」とする原則である。より一般化した法原則としていえば、予防原則とは、「科学的知見が十分に備わってなくても、ひとたび問題が生じたとき、深刻かつ不可逆的な被害が発生する場合に、なにもしないのではなく、必要な対策をとるべきである、とする法原則²³⁾」のことを指す。

(2) それでは、この予防原則は、先にみた比例原則とは何が異なるのか。「予防原則は規制の強化を志向するため、規制の名あて人に対する比例原則を緩和する意味を有する²⁴⁾」。すなわち、「予防原則の世界では、人々は客観的な評価基準だけによって判断されることを望んではおらず、恐怖や不安といった主観的リスクも政府がケアすべき対象であると考えているのだから、危機の際には過剰に対策すべきだということになる²⁵⁾」。このように予防原則は、ある行為が具体的な危険をもたらすか否かが不確定であり、まだ可能性に留まる段階で、予防的に、前倒しで、当該行為に対する規制を講じること、すなわち、「比例原則の観点からは許されない自由の制限」を承認するのである。

憲法学が、人権制約の根拠として予防原則を導入することに総じて批判的であるのは、そのためであり²⁶⁾、行政法学においても、「予防原則は、環境規制、食品安全規制等の分野を中

村滋人参考人発言]などを参照。

²⁰⁾ 山羽・前掲注(18) 61頁。

²¹⁾ 穴戸・前掲注(5) 82頁。

²²⁾ 1992年の国連環境開発会議における環境と開発に関するリオ宣言の第15原則。 http://www.env.go.jp/council/21kankyo-k/y210-02/ref_05_1.pdf

²³⁾ 松本和彦「公法解釈における諸原理・原則の対抗——憲法学から見た比例原則・予防原則・平等原則」公法研究81号(2019年) 67頁。

²⁴⁾ 宇賀・前掲注(11) 64頁。

²⁵⁾ 西迫大祐「感染症予防の何が問題となるか——アメリカ合衆国及びフランスにおける感染症予防モデルの歴史的発展と問題点の考察」大林編・前掲注(4) 97頁。

²⁶⁾ 西原博史「リスク社会・予防原則・比例原則」ジュリスト1356号(2008年) 75頁以下は、予防原則の導入によって「比例原則の空転」が生じること(特に予防原則の②と③)を指摘する。また、コロナ禍においても予防原則の導入に警戒的な議論として、尾形健「『新

心に議論されてきたが、批判も少なくなく、わが国では、これを法の一般原則として位置づけることは時期尚早²⁷⁾」などとされている。

(3) もちろん、上述したように感染症対策は、事の性質上、予防的な措置とならざるを得ないから、厳密な意味での比例原則しか要求し得ないとするのは、「何も対策が取れない事態に陥ることになる²⁸⁾」。つまり、「比例原則は、手探りの中で予測に基づき規制を行うことを禁止するものはない²⁹⁾」。

しかしここで重要なことは、予防のための措置が際限なく拡大し、各種人権の「過剰」な規制とならないようにするためにも、あくまでも比例原則による対応が原則でなければならない、ということである。「危害を与える『可能性』を根拠に国家の介入を認めざるを得ないが、可能性云々を言い出すと危害の範囲は際限なく広がり、国家の介入範囲も際限なく拡大するおそれがある。そうならないためには、危害の可能性は、観念的・抽象的なものでは足りず具体的・現実的なものである必要がある³⁰⁾」のである³¹⁾。

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2020年10月号60頁は、予防原則に基づく規制について「学説上これについてコンセンサスが得られていない」と評している。

²⁷⁾ 宇賀・前掲注(11)64頁。

²⁸⁾ 本堂・前掲注(1)119頁。山本隆司「パンデミックと公法の課題——特集にあたって」論究ジュリスト35号(2020年)8頁。

²⁹⁾ 小山剛「自粛・補償・公表——インフォーマルな規制手法」判例時報2460号(2020年)146頁。

³⁰⁾ 江藤祥平「匿名の権力——感染症と憲法」法律時報1154号(2020年)71頁。また、宍戸・前掲注(5)82頁が、予防原則に基づく「リスクへの対応はトライ・アンド・エラーの世界であり、情報をリアルタイムで把握して不要になった時点で速やかに規制を撤回することとセットでなければ、過剰な人権制限の正当化に終わることも懸念される」との指摘していることも参照。

³¹⁾ 危険が具体化する前段階における職業の自由(憲法22条1項)の規制に関する最近の事例として、最一小判令和3年3月18日裁時1764号1頁〔要指導医薬品ネット販売規制訴訟〕がある。この事件では、要指導医薬品について薬剤師の対面による販売又は授与を義務付ける医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律の各規定が合憲と判断されたが、その理由は、規制対象である要指導医薬品は、「医薬品としての安全性の評価が確定していないものである」から薬剤師による対面による適切な指導を求めることに合理性があること、市場規模が極めて小さく、かつ、「一定の期間内に一般用医薬品として販売することの可否の評価を行い、問題がなければ一般用医薬品に移行することとされているのであって、本件各規定による規制の期間も限定されて」いたことであった。危険をもたらす得る規制対象が極めて限定されていること、あくまで時限的な措置であることが合憲と判断された重要な要素とされていることが確認できる。この点において、本件命令のように、対象が極めて広範で、期間が限られているとはいえその性質上何度も発出される措

(4) そしてこのことは、国際的な理解とも一致する。例えば、市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）で保障された権利の制限や、義務からの逸脱に関する条文の解釈における原則を示した、いわゆるシラクサ原則³²においても、比例原則が採用されており（11条）、「必要とされる以上の制限手段を使用してはならない」、「人権の制約を伴わない代替措置が機能しうる場合、制限措置は取られるべきでない」と明言されている³³。

(5) したがって、予防原則を採用して、「比例原則の下では許されない自由の制限もやむを得ないものとすべきかどうか」という問いに対しては、憲法学の立場からは、「否」と答えなければならない³⁴。

4 比例原則に基づいた法律の解釈——憲法適合的解釈

(1) 法律を解釈するにあたって、国法体系の中で最上位の規範である憲法が保障する権利・自由の価値を考慮したうえで、当該規定の文言、趣旨と体系に最も適合的なものを選択するという解釈手法が求められることは、最高裁判所においてもしばしば指摘されている。学説は、このような解釈手法を「憲法適合的解釈」と名付けているが³⁵、この憲法適合的解

置とは区別される。

³² UN Commission on Human Rights, *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, 28 September 1984, E/CN.4/1985/4. <https://www.refworld.org/docid/4672bc122.html>.

³³ シラクサ原則については、江藤・前掲注(30)72頁、松尾太陽・大北全俊「シラクサ原則について」〔<https://www.pandemic-philosophy.com/post/%E4%BA%BA%E6%A8%A9%E3%81%AE%E5%88%B6%E7%B4%84%E3%81%AB%E9%96%A2%E3%81%99%E3%82%8B%E5%9B%BD%E9%9A%9B%E5%9F%BA%E6%BA%96%E3%81%A7%E3%81%82%E3%82%8B%E3%80%8C%E3%82%B7%E3%83%A9%E3%82%AF%E3%82%B5%E5%8E%9F%E5%89%87%E3%80%8D%E3%82%92%E7%B4%B9%E4%BB%8B%E3%81%99%E3%82%8B%E8%B3%87%E6%96%99%E3%82%92%E5%85%AC%E9%96%8B%E3%81%97%E3%81%BE%E3%81%99>〕などを参照。

³⁴ フランスでは、「公衆衛生上の緊急事態」において「基本的自由を保護するための急速審理」という仕組みが導入されており、今般の新型インフルエンザ対策においても活用されているが、そこにおいて「判断のポイントとなっているのは、問題となる措置が、公衆衛生の保護という目的に照らして、『必要性』・『適切性』・『比例性』をしているかどうか、という点である」と指摘されているように、比例原則に基づく審理がなされている。津田智成「緊急事態における裁判所の役割」判例時報2458号(2020年)142-143頁。韓国でも、新型コロナウイルス感染症対策において、基本権の制限には目的と手段とが比例性を有すべきであるという理解が重要となっていることを明らかにする、崔桓容「韓国におけるCOVID-19への対応と法的争点——行政法学の観点から」法学セミナー789号(2020年)46頁以下なども参照。

³⁵ 宍戸常寿「日本(シンポジウム 憲法適合的解釈についての比較法的検討)」比較法研究78号(2016年)6頁は、「憲法適合的解釈」とは、「①法令の規定に違憲的適用部分が含まれておらず、従って違憲の瑕疵が存しないけれども、②当該規定には憲法上の要請を考慮し

釈は、「行政法学の側からみれば、この学問的試み〔憲法適合的解釈のこと——引用者〕は、平等原則や比例原則で考慮されるべき人権の内容や性格を緻密化するものと捉えることができる³⁶⁾」とされている。すなわち、人権の制約の可否は、基本的に比例原則に基づいて判断されなければならないという憲法および行政法上の要請は、法律解釈の場面では、憲法適合的解釈の要請として具体化されるといってよい。

(2) 憲法適合的解釈を採用した代表的判例が最二小判平成 24 年 12 月 7 日刑集 66 巻 12 号 1337 頁〔堀越事件判決〕である。同判決では、国家公務員法第 102 条第 1 項の「職員は、政党又は政治的目的のために、寄附金その他の利益を求め、若しくは受領し、又は何らの方法を以てするを問わず、これらの行為に参与し、あるいは選挙権の行使を除く外、人事院規則で定める政治的行為をしてはならない」の規定の解釈が問題となった。同判決は、憲法第 21 条第 1 項が政治活動の自由を保障していることに言及したうえで、「本法 102 条 1 項の文言、趣旨、目的や規制される政治活動の自由の重要性に加え、同項の規定が刑罰法規の構成要件となることを考慮すると、同項にいう『政治的行為』とは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものを指し、同項はそのような行為の類型の具体的な定めを人事院規則に委任したものと解するのが相当である。」と解釈した。

すなわち同判決は、国家公務員法第 102 条第 1 項が憲法上の権利（憲法第 21 条第 1 項によって保障される政治活動の自由）を制約するものであることを踏まえて、同条文の明文にはない「実質的なおそれ」を解釈により導き出したのである。同判決の調査官解説は、この解釈は、「法令の解釈において憲法を含む法体系に最も適合的なものを選ぶという体系的解釈としての合憲解釈、すなわち『憲法適合的解釈』にあたるとみるのが相当と思われる³⁷⁾」と述べている。

(3) 本件命令は、原告が経営する飲食店合計 26 店舗に対して 20 時以降の使用制限を命じるものであるから、それによって制限される人権は、憲法第 22 条第 1 項が保障する職業

た解釈の余地が開かれており、③当該解釈によって、憲法上の要請を考慮しない通常の解釈とは異なる、適用ないし帰結が導かれるような場合」としている。憲法適合的解釈については、穴戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開〔第 2 版〕』（日本評論社、2014 年）310 頁、駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回——憲法的論証を求めて』（日本評論社、2013 年）380 - 381 頁、山田哲史「日本における『憲法適合的解釈』論の現状分析」土井真一編『憲法適合的解釈の比較研究』（有斐閣、2018 年）1 頁以下等も参照。

³⁶⁾ 原田・前掲注 (16) 21 頁。

³⁷⁾ 岩崎邦生・最高裁判所判例解説刑事篇平成 24 年度 516 頁。さらに続けて、「千葉裁判官の補足意見が本判決の解釈について合憲限定解釈ではなく『国家公務員法の構造、理念及び本件罰則規定の趣旨・目的等を総合考慮した上で行うという通常の法令解釈の手法によるものである』としているのも、これに近い趣旨をいうものと思われる」と指摘しており、憲法適合的解釈が、特殊な法解釈ではなく、通常の法令解釈であると位置づけている。同 516 - 517 頁。

の自由である³⁸。職業の自由に関する最高裁判例のなかにも、堀越事件判決と同様、職業の自由を制約する法律であることを踏まえた法律の解釈をしたものが見られる。

たとえば、最小二判平成10年7月3日判時1652号43頁〔酒類販売業免許申請に対する拒否処分取消請求訴訟〕は、酒類販売業の免許制について、その免許の要件を定めた酒税法10条は、「同条各号の一に該当するときは免許を与えないことができる」と規定しているが、これは、右免許制が憲法22条1項の保障する職業選択の自由に対する規制措置であることにかんがみ、酒類製造者において酒類販売代金の回収に困難を来すおそれがあると考えられる場合を限定的に列挙して、免許の申請がそれらのいずれかに該当すると認められる場合に限って免許を与えないことができるものとし、それらに該当するとは認められない場合には申請どおり免許を与えなければならないものとする規定であるというべきであると解釈した。そして、『経営の基礎が薄弱である』（10号）、『酒類の需給の均衡を維持する必要がある』、『免許を与えることが適当でない』（11号）という抽象的な文言をもって規定されている免許拒否の要件を拡大して解釈適用するときは、右の立法目的を逸脱して、事実上既存業者の権益を保護するため新規参入を規制することにつながり、憲法の前記規定に違反する疑いを生ずるといわなければならないのであって、あくまで右の立法目的に照らしてこれらの要件に該当することが具体的事実により客観的に根拠付けられる必要があるものと解すべきであるとして、本件は免許拒否の要件を満たしているとは言えないとして、原判決を破棄差し戻した。

（4）近時の例を挙げれば、タトゥー施術行為を医師法第17条の「医師でなければ、医業をなしてはならない」に違反するとして起訴された事案の上告審判決（最二小判令和2年9月16日刑集74巻6号581頁）がある。同判決は、医師法第17条にいう「医業」とは、医行為を業として行うことであるとしたうえで、「医行為とは、医療及び保健指導に属する行為のうち、医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為をいうと解するのが相当である」と解釈し、タトゥー施術行為は「医療及び保健指導に属する行為」に該当しないとして被告を無罪とした。草野耕一裁判官の補足意見は、「医療関連性を要件としない〔医師法第17条の医業の〕解釈はタトゥー施術行為に対する需要が満たされることのない社会を強制的に作出しもって国民が享受し得る福利の最大化を妨げるものであるといわざるを得ない」と指摘しているが、この憲法を意識した指摘は、医事関連性を要件としない解釈は、憲法22条1項が保障する職業の自由等の観点から問題があり、職業の自由を踏まえて医師法を解釈しなければならないとしてきた憲法学の議論³⁹と一致する。

（5）特措法の解釈に際しても、同法が憲法の保障する人権を制約する法律であるというこ

³⁸ この点については、訴状35-37頁を参照。また、谷口功一「『夜の街』の憲法論——立憲主義の防御のために」Voice2021年6月号68頁以下も参照。

³⁹ 例えば、小山剛「職業と資格——彫師に医師免許は必要か」判例時報2360号（2018年）141頁、曾我部真裕「医師法17条による医業独占規制と憲法」初宿正典先生古稀祝賀『比較憲法学の現状と展望』（成文堂、2018年）749頁などを参照。

と、そして本件命令が職業の自由を制約するものであることを踏まえて、比例原則に適合するように、すなわち憲法適合的に解釈するというのが、裁判所には憲法および行政法上求められるのである⁴⁰。

第3 特措法の解釈

第3では、第2で明らかにした「検討のために必要な視点」に立脚したうえで、特措法をどのように解釈しなければならないのかをより具体的に明らかにする。

1 特措法上の解釈規定

(1) まず、特措法自身、明文で解釈方法について指示しているので、それを確認することが同法の解釈の出発点となる。

特措法第5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。」と定め、特措法の解釈の方法について定めている⁴¹。

⁴⁰ 原告は、特措法施行令及び本件告示の定めは特措法の委任の範囲を超えるものであり無効であると主張しているが（訴状 32-35 頁）、委任立法の問題においても、命令が憲法上の権利を制限するものであるかが重要となる。医薬品のネット販売を規制した薬事法施行規則が、薬事法の委任の範囲を逸脱した違法なもので無効であるとした最二小判平成 25 年 1 月 11 日民集 67 卷 1 号 1 頁〔医薬品ネット販売事件〕は、最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 卷 4 号 572 頁〔薬事法事件〕を引用しながら、当該委任命令による規制は、「旧薬事法の下では違法とされていなかった郵便等販売に対する新たな規制」であり、医薬品の「郵便等販売をその事業の柱としてきた者の職業活動の自由を相当程度制約するものであることが明らかである」とする。そして、「これらの事情の下で」、規則が委任の範囲を逸脱したものではないというためには、「郵便等販売を規制する内容の省令の制定を委任する授權の趣旨が、上記規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要する」としている。ここでは、事案に即したかたちで、命令によって制限される権利ないし利益の性質によって委任法律に求められる委任の明確さの程度が異なりうるということが示されている。この論点についての検討は別の意見書に委ねるが、本意見書で指摘した比例原則を踏まえた憲法適合的解釈が必要であるということを強調しておく。

⁴¹ 法令自体が、解釈方法につき指示する条文（解釈規定）を設けている例は少なくないが、特に当該法令が人権を制約する内容である場合が多い。例えば、無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律第 2 条「この法律は、国民の基本的な人権に重大な関係を有するものであるから、公共の安全の確保のために必要な最小限度においてのみ適用すべきであって、いやしくもこれを拡張して解釈するようなことがあってはならない。」、特定秘密の保護に関する法律第 22 条第 1 項「この法律の適用に当たっては、これを拡張して解釈して、国民の基本的な人権を不当に侵害するようなことがあってはならず、国民の知る権利の保障に資する報道又は取材の自由に十分に配慮しなければならない。」、さらに、破壊活動防止法 2 条などを参照。解釈規定について、川崎政司『法律学の基礎技法〔第 2 版〕』（法律文化社、

(2) この規定は、感染症対策が必然的に各種人権の「過剰」な規制をもたらすものであることを踏まえて、それが際限なく広がることを防ぐために、「比例原則」に基づいた措置でなければならないことを確認する必要性から置かれた規定であることは明らかである⁴²。

このことは、同法の逐条解説において、「この法律は、特に第4章の規定において……一定の国民の自由を制約し、権利を制限する措置を規定している。しかしながら、そのような制限は、憲法上の人権保障の規定に照らし、必要最小限のものでなければならないことは当然である。本条は、……国民の権利と自由に制限を加える場合は、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としなければならないことは重要であることから、確認的に規定したものである⁴³」と説明されていることから裏付けられる。

2 特措法の解釈規定の確認

(1) 感染症対策のために国民の自由と権利に制限を加える特措法上の各種措置が「必要最小限」でなければならないことは、同法の改正のたびごとに再確認されている。

例えば、新型コロナウイルス感染症を暫定的に新型インフルエンザ等とみなすとした特措法改正（令和2年法律第4号）の附帯決議において、「七 各種対策を実施する場合には、国民の自由と権利の制限は必要最小限のものとすること。」（衆議院⁴⁴）、「八 各種対策を実施する場合には、国民の自由と権利の制限は必要最小限のものとすること。」（参議院⁴⁵）が改めて強調されている。

(2) また、新型インフルエンザ等まん延防止等重点措置（以下、「まん延防止措置」と記す。）の創設や、新型インフルエンザ等緊急事態措置において施設の使用制限等の要請に応じない者に対する命令の発出とそれに従わない場合の罰則を可能とすること等を内容とする特措法改正（令和3年法律第5号）の附帯決議においても、「九 罰則・過料の適用に当たっては、国民の自由と権利が不当に侵害されることのないよう、慎重に運用すること。」

2013年)233頁は、「この種の規定が文理解釈上優先的な基準とされるべき」と述べている。

⁴² 行政法学において、比例原則を実定法化した規定として必ずといってよいほど引き合いに出されるのが警察官職務執行法第1条第2項であり（例えば、櫻井ほか・前掲注（11）25頁）、同条同項は、「この法律に規定する手段は、前項の目的のため必要な最小の限度において用いるべきものであつて、いやしくもその濫用にわたるようなことがあつてはならない。」と定める解釈規定である。この警察官職務執行法第1条第2項の表現と、特措法5条の表現の類似性からも、特措法第5条が特措法の解釈にあたって比例原則を採用しなければならないとしていることは明らかである。

⁴³ 新型インフルエンザ等対策研究会編『逐条解説 新型インフルエンザ等対策特別措置法』（中央法規、2013年）40-41頁。

⁴⁴ https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_rchome.nsf/html/rchome/Futai/naikakuECB0F1A58E87DC0C49258529003CB3D6.htm

⁴⁵ https://www.sangiin.go.jp/japanese/gianjoho/ketsugi/201/f063_031301.pdf

(衆議院⁴⁶)、「九 罰則・過料の適用に当たっては、国民の自由と権利が不当に侵害されることのないよう、慎重に運用すること。」(参議院⁴⁷)とされている。

(3) このように、特措法に現れている立法者意思は、「必要最小限」の規制しか認めないということである。『広辞苑〔第7版〕』によれば、「必要」とは「必ず要すること。欠くことのできないこと。なくてはならないこと」を、「最小限」とは、「これ以上ないという限界に達するまで小さいこと」を意味するから、「必要最小限」の規制とは、要するに、比例原則に適った規制のことである。特措法自身、同法に基づく規制措置は、予防原則に基づいた規制ではなく、比例原則に基づいて講じられなければならないという態度を示しているのである⁴⁸。

3 緊急事態に関する特措法の仕組み

(1) 本件訴訟で問題となっているのは、特措法第45条第3項に基づく命令の適法性であるため、それに関連する特措法の仕組みを確認する。

- ① 政府対策本部長(内閣総理大臣)は、「新型インフルエンザ等が国内で発生し、その全国かつ急速なまん延により国民生活及び国民経済に甚大な影響を及ぼし、又はそのおそれがあるものとして政令で定める要件に該当する事態」(特措法第32条第1項)と定義される「新型インフルエンザ等緊急事態」が発生したと認めるときは⁴⁹、その旨と必要事項の公示(「新型インフルエンザ等緊急事態宣言」。以下、「緊急事態宣言」)と記す。)を行う(特措法第32条第1項)。
- ② 「新型インフルエンザ等緊急事態宣言」がなされた時から新型インフルエンザ等緊急事態解除宣言(特措法第32条第5項)がされるまでの間において、国、地方公共団体並びに指定公共機関及び指定地方公共機関がこの法律の規定により実施する措置を、「新型インフルエンザ等緊急事態措置」(以下、「緊急事態措置」)という(特措法第2条第4号(改正前は第3号))。「新型インフルエンザ等緊急事態措置」として実施

⁴⁶ https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_rchome.nsf/html/rchome/Futai/naikakuCC9F516DF7274F9449258670000AB0BB.htm

⁴⁷ https://www.sangiin.go.jp/japanese/gianjoho/ketsugi/204/f063_020301.pdf

⁴⁸ 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第2条、第22条の2も、同様のスタンスを採る。

⁴⁹ 特措法第32条第1項の「政令で定める要件」について定める新型インフルエンザ等対策特別措置法施行令(以下、「施行令」)と記す。)第6条は、「法第32条第1項の新型インフルエンザ等緊急事態についての政令で定める要件は、都道府県における感染症患者等の発生の状況、感染症患者等のうち新型インフルエンザ等に感染し、又は感染したおそれがある経路が特定できない者の発生の状況その他の新型インフルエンザ等の発生の状況を踏まえ、一の都道府県の区域を越えて新型インフルエンザ等の感染が拡大し、又はまん延していると認められる場合であって、当該感染の拡大又はまん延により医療の提供に支障が生じている都道府県があると認められるときに該当することとする。」と規定している。

できる具体的措置については、特措法第 45 条から第 61 条に定めが置かれている。

③本件命令は、特措法第 45 条第 3 項に基づく「新型インフルエンザ等緊急事態措置」として発出されたものである。

(2) 以上の特措法の仕組みは、次のように要約できる。すなわち、「緊急事態宣言の要件と効果を定めた特措法第 4 章 (32 条～61 条) によると、首相が務める対策本部長が緊急事態宣言を発出すると、営業制限・外出移動制限等に関する要請・指示や医療施設配備・医療施設配分に関する強制措置などの緊急事態措置を行う権限が都道府県知事に授権される。緊急事態宣言は、緊急事態措置の実施そのものではなく、かかる措置を行う権能の知事への授権なのである⁵⁰」。

つまり、「緊急事態宣言は、特定の緊急事態措置の実施指令ではなく、いかなる程度の緊急事態措置をいかなるタイミングで行うかの決定権の知事への授権である⁵¹」から、具体的にどのような緊急事態措置を講じるかは、知事の職務上の権限として、その責任のもとで判断されなければならない。個別の緊急事態措置は、特措法の授権の枠内で、それが人権を制約する規制であるということを踏まえてもなお、それが必要であるという場合に、初めて講じることが許されるのである⁵²。

4 特措法第 45 条の解釈

(1) 特措法第 45 条第 2 項は、「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」と定める。要請の対象となる施設は、学校、社会福祉施設、興行場「その他の政令で定める多数の者が利用する施設」であり、特措法施行令第 11 条第 1 項に詳細な定めがある。

特措法施行令第 11 条第 1 項は、要請の対象となる施設として、学校や保育所、介護老人施設などの「感染リスクが非常に高いため、対象とする施設」と、「人と人との接触をできる限り抑制する観点から、日常の社会生活を維持する上で必要な施設を除き、幅広く対象と

⁵⁰ 井上達夫「危機管理能力なき無法国家——コロナ危機で露呈する日本の病巣」法律時報 1154 号 (2020 年) 68 頁 [傍点は原文どおり]。

⁵¹ 井上・前掲注 (50) 69 頁。

⁵² 原告の適用違憲の主張 (訴状 42～49 頁) は、この点を問題とする。本意見書は、特措法第 45 条第 3 項の「特に必要があると認めるとき」の解釈に焦点を当てて論じるものであるが、「特に必要があると認めるとき」に該当しないにも関わらず本件命令が発出されたことを指して、適用違憲であると評価することも可能である。すなわち、「比例原則は、休業命令の対象となる地域、業種、時間対等の比例的な範囲への限定を求める。また、禁止よりも緩やかな手段——設備、時間帯、人数等の条件——による効果的な対応が可能であるなら、比例原則は、緩やかな手段の採用を要求する」(小山・前掲注 (29) 146 頁) ものにもかかわらず、本件命令は、比例原則に即していないため、その適用において違憲であるということもできよう。

する施設」を列挙しているが⁵³、特措法施行令第11条第1項第14号及び第15号により要請の対象とされる飲食店は、後者に該当する。つまり飲食店は、感染をまん延させる具体的な危険を実際に惹起しているからではなく、人流抑制の観点から、要請の対象とされているのである。

(2) 感染症対策は、その性質上、予測に基づく規制とならざるを得ないため、必然的に「過剰」な人権の制約となるのであり、それは比例原則の観点からは問題をはらむものであったことはすでに見た通りである(→第1の1)。そうであるが故に、特措法第45条第3項は、「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。」と定め、特措法第45条第2項に基づく「要請」に応じないことをもって命令を発出できるとはしていない。被命令者の側に「正当な理由」がなく、かつ、命令者の側に「特に必要があると認めるとき」という2つの要件をクリアして初めて、命令を発出できるとしているのである。

これは、特措法第5条の「必要最小限」の要請を、特に人権の「過剰」な制約となる第45条第3項に基づく「命令」の場面において強調・再確認するために設けられているといえる。

(3) 特措法第45条第3項の要件が緩やかに解釈されてしまえば、特措法第5条が必要最小限の規制を求めていることや、特措法第45条第3項が命令を発出することができる場面を絞り込んだ趣旨・意義が没却されてしまう。そのような解釈が許されないことについては、すでに説明した通りである(→第2の4)。

そのことを踏まえて、特措法第45条第3項の命令を導入した令和3年法律第5号による特措法改正の施行日である令和3年2月13日の前日2月12日付で、内閣官房新型コロナウイルス感染症対策推進室長から各都道府県知事と各指定公共機関に対して、事務連絡「『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(新型インフルエンザ等対策特別措置法関係)⁵⁴(以下、「事務連絡」と記す。)が出された。

この事務連絡は、当該法律案の担当部局であった内閣官房新型コロナウイルス感染症対策推進室の室長から出されたものであり、その意味で法律立案者の意思が反映されているものである。また被告自身、「特措法の規定により地方公共団体である被告が処理することとされている事務は第1号法定受託事務とされているところ、令和3年2月12日付けの国の事務連絡(乙4)は、都道府県に対し、改正法の趣旨及び内容についての周知を図るもの

⁵³ 新型インフルエンザ等対策研究会編・前掲注(43)165頁。

⁵⁴ https://corona.go.jp/news/pdf/sekoutuuchi_20210212.pdf

であることから、被告は、同事務連絡を踏まえて、同法に基づく対策、措置等を行ってきているものである」と述べ（準備書面（1）18頁）、さらには、被告の特措法45条3項の解釈の正当性を主張する際にも引用していることなどから、特措法第45条第3項の解釈の解釈において極めて重要な参考資料である⁵⁵。

（4）事務連絡は、特措法第45条第3項の解釈のつき、「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。」（事務連絡9頁）としたうえで⁵⁶、「特に必要があると認めるとき」の解釈について、次のように述べている。

緊急事態における施設の使用制限等の命令を行うことができる「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」に該当する状況は、必ずしも現に対象となる個別の施設においてクラスターが発生している必要はないが、例えば、専門家の意見として、対象となる施設やその類似の環境（業種）が、クラスターが発生するリスクが高いものとして認識されている上に、当該施設において、いわゆる「3つの密」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（令和2年4月23日付け事務連絡「第45条の規定に基づく要請、指示及び公表について」3.のとおり。）

このように事務連絡は、施設が「感染防止対策を講じていること」は「特に必要があると

⁵⁵ 被告は、特措法第45条第3項の「正当な理由がある場合」の解釈において、この「事務連絡」に依拠しており（答弁書7、8、48頁）、「同事務連絡の『正当な理由』に関する解釈が不合理なものとは解されない」とも述べている（準備書面（1）18頁）。したがって被告は、本文で引用する特措法第45条第3項の「特に必要があると認めるとき」についての事務連絡の解釈についても、当然に受け入れるはずである。

もちろん、事務連絡に法的拘束力はないが、仮に被告が特措法第45条第3項の「特に必要があると認めるとき」についての事務連絡及びそれに依拠した本意見書の解釈を否定するというのであれば、原告の「本件要請に応じないことについて『正当な理由』があること」とする主張（意見書25—30頁）に対する反論として事務連絡の解釈を挙げるだけでは足りず、その実質的な理由を示さなければならない。

⁵⁶ この部分は、「6 まん延防止等重点措置に係る感染防止の協力要請等（法第31条の6）」の「（5）『正当な理由』（法第31条の6第3項）」（事務連絡9頁）からの引用であるが、「8 緊急事態措置に係る感染防止の協力要請等（法第45条）」の「（1）緊急事態措置に係る要請の対象となる者（法第45条第2項）」において、「法第45条第2項の要請に応じない『正当な理由』の解釈については、『6（5）『正当な理由』（法第31条の6第3項）』と同様である」とされている（事務連絡11頁）。

認めるとき」に該当するか否かの考慮要素になること、そして「特に必要があると認めるとき」の具体例として、そうした感染防止対策を講じていないなどの理由から、「当該施設において、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」が提示されている⁵⁷。これは例示である（「例えば……など」とされている）から、それ以外の場合もあり得るが、それは具体例として挙げられた場合に匹敵し得る状況でなければならない（いわゆる並列的例示）。

（5）特措法は、対象施設においてクラスターが発生するリスクが高まっていることを実際に確認することが必要であるからこそ、第 72 条第 2 項において、「都道府県知事は、第 45 条第 3 項の規定の施行に必要な限度において、同条第 2 項の規定による要請を受けた施設管理者等に対し、必要な報告を求め、又はその職員に、当該要請に係る施設若しくは当該施設管理者等の営業所、事務所その他の事業場に立ち入り、業務の状況若しくは帳簿、書類その他の物件を検査させ、若しくは関係者に質問させることができる。」と定め、立入検査の権限を都道府県知事に授権している。

（6）以上を整理すれば、特措法第 45 条第 3 項は次のように解釈される。

第一に、特措法第 45 条第 3 項は、特措法第 45 条第 2 項の要請の場合のように、「人の流れを増大させるおそれ」であるとか、「他の飲食店の営業継続を誘発するおそれ」であるといった理由で命令を発出することを認めていない（それらの理由を「特に必要があると認めるとき」に含まれるとしていない）。

第二に、特措法第 45 条第 3 項の命令は、具体的な施設の感染防止対策等を実際に確認して、高い感染リスクが認められる場合又はそれに匹敵する場合にのみ、「特に必要があると認めるとき」に該当するとしている。したがって、要請を守らないことに対する「制裁」として命令を発出することを認めていない⁵⁸。

第三に、この解釈は、第 2 で論じたように、人権の制約は比例原則に基づくものでなければならないとする憲法および行政法上の要請を踏まえた憲法適合的解釈に沿ったものであるとともに、特措法第 5 条の解釈規定を踏まえた妥当な解釈である⁵⁹。

⁵⁷ この事務連絡の引用部分の末尾に、「(令和 2 年 4 月 23 日付け事務連絡『第 45 条の規定に基づく要請、指示及び公表について』3. のとおり)」とあるが、それを見ると、令和 3 年法律第 5 号による特措法改正前の第 45 条第 3 項に基づく「指示」の説明部分において、下線部を付した部分と同じ表現がある。「命令」は「指示」よりも人権の制約の程度が強い（違反に対する罰則がある）のであるから、「指示」よりもさらに具体的な「場合」であることが必要であると解される。

⁵⁸ 原告が、特措法第 45 条第 3 項に基づく命令の発出には「高度の必要性」が要求されると主張しているのに対して（訴状 31 頁）、被告は、「高度の必要性」の意味するところが不明であり争うと応じているが（答弁書 9、13 頁）、本文で述べた理由に基づく命令の発出しか認めていないということを目指して、「高度の必要性」と呼ぶことができよう。

⁵⁹ なお、本件命令後であるが、令和 3 年 4 月 9 日付けで内閣官房新型コロナウイルス感染症対策推進室長から東京都、京都府、沖縄県知事宛てに出された事務連絡「要請・命令に際

第4 本件命令の適法性

第2で明らかにした「検討のために必要な視点」と、それを踏まえて第3で明らかにした「特措法の解釈」に基づいて、以下、本件命令の適法性について検討する。検討すべき論点は多々あるが、特措法第45条第3項にいう「特に必要があると認めるとき」に該当するかどうか最も重要な論点であるから、本意見書ではその点を中心に論じる。

1. 本件命令の発出状況

(1) 本件命令は、令和3年3月18日に発出されたものであるが、原告は、「遅くとも本件命令発出時点（令和3年3月18日時点）において、『新型インフルエンザ等緊急事態』にあるとはいえない」と主張している（訴状20-23頁）。

原告の主張を支える主たる根拠は、令和3年3月18日に変更された「新型コロナウイルス感染症対策の基本的対処方針」（以下、「基本対処方針」と記す。）において、「令和3年3月18日に、感染状況や医療提供体制・公衆衛生体制に対する負荷の状況について分析・評価を行い、全ての都道府県が緊急事態措置区域に該当しないこととなったため、緊急事態措置を実施すべき期間とされている3月21日をもって緊急事態措置を終了した⁶⁰」と明言されていることである（求釈明申立書2頁）。

(2) これに対して被告は、本件命令は、「新型インフルエンザ等緊急事態宣言において、新型インフルエンザ等緊急事態措置を実施すべき期間として公示されている期間における措置を命じるものであるから、何ら違法なものではない」（答弁書5頁、42-45頁）、知事が緊急事態措置を行うに際して、「あらためて『緊急事態』（施行令第6条）の要件該当性を判断するものではない」（準備書面（1）3頁）、などと応答している。

(3) 両者の対立は、「実質」を問う原告と、「形式」に依拠する被告という構図で生じていると整理できる。すなわち、「形式」的には、本件命令の発出時点である令和3年3月18日は、緊急事態宣言の期間内であり、本件命令は緊急事態措置として発出されたものである一方、「実質」的には、緊急事態措置を講じるべき状況にはなかったことが各種指標から明らかであり、基本対処方針でもその旨が明言されていたという状況にあった。

「基本対処方針」は、「緊急事態宣言解除の考え方」として、「国内での感染及び医療提供体制・公衆衛生体制のひっ迫の状況（特に、緊急事態措置区域が、分科会提言におけるステ

しての適切な判断の在り方について」において、命令を発出するにあたり、「①まん延を防止するため『特に必要があると認められる』との評価について合理的説明が可能であるか②個別施設に対して要請や命令を行う判断の考え方や基準について合理的説明が可能であり、公正性の観点からも説明ができるものになっているか」といった観点からも検討を行うこと」とされており、説明責任が命令権者にあるということを明確にしている。https://corona.go.jp/news/pdf/yousei_handan_20210409.pdf

⁶⁰ https://corona.go.jp/expert-meeting/pdf/kihon_h_20210318.pdf 3-4頁。

ージⅢ相当の対策が必要な地域になっているか等)を踏まえて、政府対策本部長が基本的対処方針等諮問委員会の意見を十分踏まえた上で総合的に判断する」と述べている。そして東京都のステージ状況は、被告も認めているように、「3月18日時点において、大半の評価項目でステージⅢ」の状況であり(準備書面(1)8-9頁)、ステージⅣとされる項目は一つも存在していなかった。同日の時点で、東京都は、「都道府県における感染症患者等の発生の状況、感染症患者等のうち新型インフルエンザ等に感染し、又は感染したおそれがある経路が特定できない者の発生の状況その他の新型インフルエンザ等の発生の状況を踏まえ、一の都道府県の区域を越えて新型インフルエンザ等の感染が拡大し、又はまん延していると認められる場合であって、当該感染の拡大又はまん延により医療の提供に支障が生じている都道府県」(施行令第6条)ではなかったのである。

(4) なお付言しておくとして、令和3年法律第5号による特措法改正(令和3年2月13日より施行)により、まん延防止等重点措置が導入されたが(特措法第31条の4)、まん延防止等重点措置は、新型インフルエンザ等が「全国かつ急速なまん延により国民生活及び国民経済に甚大な影響を及ぼす」状態、あるいは「そのおそれ」があるとして緊急事態宣言を発出せざるを得ない状況に陥るのを防ぐため、緊急事態宣言の前段階、又は緊急事態宣言の解除後であるものの未だ上記おそれが継続している段階において実施されるものである。然るところ、令和3年3月18日の時点で「全ての都道府県が緊急事態措置区域に該当しないこととなった」とした「基本対処方針」は、令和3年3月21日をもって緊急事態宣言が終了した後、東京都について、まん延防止等重点措置に移行するという対応を採らなかった。その後、東京都でまん延防止等重点措置は、令和3年4月12日から令和3年5月11日までの30日間実施されている。

この対応が意味するのは、「基本対処方針」は、令和3年3月18日時点において東京都は、緊急事態措置が必要な区域に該当しないだけでなく、緊急事態宣言の解除後であるものの未だ上記おそれが継続している段階でもないとして評価されていたという事実である。

(5) このような状況下において本件命令が発出されたという事実は、本件命令を発出することが「特に必要があると認めるとき」ではなかったということ強く推認させる。この点は、本件命令の発出理由と関係するので、それと併せて次で検討する。

2 本件命令の発出理由

(1) 令和3年3月18日、被告は原告に対して、特措法第45条第3項に基づいて、下記の内容の本件命令を発出した。

対象施設は、20時以降も対象施設を使用して飲食店の営業を継続し、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いる。加えて、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20時以降の営業継続を誘発するおそれがある。

これらのことは、更なる新型コロナウイルス感染症のまん延につながるおそれがある。したがって、新型コロナウイルス感染症のまん延を防止し、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、対象施設の使用制限を命ずるものである。

本件命令の理由は、①原告の営業する店舗（対象施設）において20時以降も営業を継続していることは、客の来店を促すものであり、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ること。②原告は、緊急事態措置に応じない旨を強く発信しており、他の飲食店の20時以降の営業継続を誘発するおそれがあること、の2点である（以下、理由①、理由②と記す。）。

（2）理由①と理由②の関係であるが、理由①は、東京都において20時以降も営業しているすべての施設に当てはまる理由である一方、理由②は、そのなかで「発信」をしていた施設についてのみ当てはまる理由であるという関係に立つ⁶¹。なお、理由②の「発信」とは、答弁書によれば、原告が自身のウェブサイトにおいて、「緊急事態宣言に応じず営業を継続する旨を外部に発信」したことを指しており、「弁明書」の掲載を指しているわけではないとされている（答弁書6、15頁）。

3 理由①についての検討

（1）既述のとおり、特措法に基づく措置が人権に対する「過剰」な規制とならないように、憲法上保障される行為がもたらす具体的な危険性に応じた制約のみが許容されるというのが憲法によって求められる法解釈上の要請であり（→第2の4）、また、また特措法自身も、第5条の解釈規定をはじめとした各種の規定を置いてその解釈を採用すべきことを確認している（→第3の4）。特措法第45条第3項の「特に必要があると認めるときに限り」もそうした規定の一つであり、具体的な危険から離れて、抽象的なリスクの段階での命令を発出することを認めないという立法者意図を具体化した規定である。だからこそ、「特に必要があると認めるとき」の解釈について、事務連絡では、被命令者の施設が「感染防止対策を講じていること」は命令発出が「特に必要があると認めるとき」に該当するか否かの考慮要素になること、「特に必要があると認めるとき」の具体例として、そうした感染防止対策を講じていないなどの理由から、「当該施設において、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」又はそれに類する場合に限り、「特に必要があると認めるとき」に該当する、としていたのである。

（2）この観点から本件命令の発出理由を検証すると、原告の営業する店舗の感染防止対策

⁶¹ なお、被告の準備書面（2）3頁によれば、ソーシャル・ネットワーキング・サービスで緊急事態措置に応じず営業を継続する旨を発信している1者（1店舗）に対する措置命令書についても、被告に対する本件命令と同じく、「発信」を理由とした旨が付記されている。

の実際の状況について一切考慮されていない。原告の営業する店舗の感染防止対策の状況について一切考慮していない以上、「当該施設」における「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」か否かの評価は不可能である。当該施設における具体的なリスクの評価をもとにして、命令発出が「特に必要があると認めるとき」であるか否かを判断すべきとされている以上、「飲食につながる人の流れを増大させる」という理由は、そもそも「特に必要があると認めるとき」に該当しようがない。それにもかかわらず、理由①は、原告の営業する店舗の実情を「実際に確認」することなく、抽象的に、【20時以降の営業継続→客の来店を促す→飲食につながる人流の増大→感染リスクを高める】という推論関係しか提示していない。

(3) 被告は、理由①につき、「原告が経営する店舗（26店舗）の営業を継続すること自体によってリスク増大へ直接的に影響を及ぼす」（答弁書49頁）と述べているが、感染症対策の特徴（前記2（1）参照）から見ても、首肯できない認識である。また、「感染防止対策」など「実際に確認」することなくして、そのような評価を行うことは不可能である。被告はその他にも、「特に必要があると認めるとき」である旨を縷々主張しているが（答弁書44頁、準備書面（1）4-11頁）、そこにおいても、「当該施設」において「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」か否かの評価を具体的にどのように行ったのかを明らかにする主張は一切なされておらず、抽象的な感染状況と抽象的な感染対策の必要性を示す文書や事実を挙げるにとどまる。

前述したように、東京都全体において、実質的に「新型インフルエンザ等緊急事態」にあるとは言えず、さらには「まん延防止措置」を講じる状態ですらなかった（→第4の1）。この「緊急事態措置」を講じる前提が欠けていたという事実とも併せれば、本件命令を発出することについて、令和3年3月18日の時点で「特に必要があると認める」ことはできないと言わざるを得ない。

よって本件命令の理由①は、特措法第45条第3項にいう「特に必要があると認めるとき」に該当せず、本件命令は原告に対して違法に発出されたものである。

(4) なお付言すると、特措法第45条第4項は、「命令を行う必要があるか否かを判断するに当たっては、あらかじめ、感染症に関する専門的な知識を有する者その他の学識経験者の意見を聴かなければならない。」と定めている⁶²。そのため被告は、本件命令に先立ち、令和3年3月5日に、「東京都新型コロナウイルス感染症対策審議会」（以下、「審議会」と記す。）に諮問を行い、次のような意見が出されたとしている⁶³。

⁶² この学識経験者への意見聴取手続も、特措法第5条等の「必要最小限」を担保するための措置であると解される。

⁶³ https://www.bousai.metro.tokyo.lg.jp/_res/projects/default_project/_page_/001/013/764/20210512.pdf

「他の施設は努力をしているところ、特措法 45 条 2 項に基づく要請に応じることのない施設に対して、特措法 45 条 3 項の命令を行うことは致し方ないとする」、

「要請に従わず、今もなお夜間の営業を継続している事業者が存在することは、来客誘因を通じて感染リスクを拡大させるだけでなく、時短要請に応じている事業者との不公平を生じさせ、緊急事態措置事態の実効性を低下させかねないリスクをはらんでいる。そうしたリスクを軽減する観点から、改正特措法 45 条 3 項による命令の実施は適当であると考える」、

「対応していただけていないことによって結果として人流の増加をきたし感染を助長すれば、感染対策に対する事業者・都民の協力自体を無力化する可能性がある」(答弁書 40 頁)。

審議会において付されたとされるこのいずれの意見においても、原告の営業する店舗において、「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」であるか否かは一切触れられていない。また、審議会は 3 月 5 日に開催されたものであって、3 月 18 日時点における状況ではないから⁶⁴、仮に 3 月 5 日段階で「実際に確認」していたとしても、3 月 18 日に本件命令を発出する必要性を根拠づけるものではない。

確かに事務連絡では、「要請・命令の措置の必要性について、包括的に意見を聴取することも可能とし、対象となる業態に属する事業者全体に対する要請に応じない個別の施設に対する要請又は命令を行う際に、毎回個別に学識経験者の意見を聴取することは常に必要ということではない。」(事務連絡 10、12 頁)とされている。しかし、あくまでも学識経験者への聴取は、命令を行う「必要があるか」であって、学識経験者への聴取において「必要」と判断されたことをもって、特措法第 45 条第 3 項の「特に必要があると認めるとき」にも自動的に該当するわけではない。特措法第 45 条第 4 項に基づく学識経験者からの意見聴取は、命令を発出するために行われなければならない手続であるが、そこで「命令が必要」と判断されたことをもって特措法第 45 条第 3 項にいう「特に必要があると認めるとき」に該当するのではなく、それについては知事の責任で判断しなければならないのであり、この判断の根拠が示されていないことは、すでに見てきたとおりである。

(5) もう 1 点付言すると、被告は、まん延防止措置としても営業時間の短縮を命じることができることを理由に、「本件命令発出時に東京都がステージⅢであったことは、何ら本件命令の必要性を否定することとはならない」と主張している(準備書面(1) 11 頁)。

まん延防止措置としての命令(特措法第 31 条の 6 第 3 項)もまた、「特に必要があると認めるとき」に発出できると規定されているが、ここでいう「特に必要があると認めるとき」は、緊急事態措置としての命令(特措法第 45 条第 3 項)が「特に必要があると認めるとき」とは異なる。再び事務連絡を確認すると、まん延防止措置としての命令が「特に必要がある

⁶⁴ 令和 3 年 3 月 18 日開催の「東京都新型コロナウイルス感染症対策審議会の書面開催の結果について」では、本件命令を含む特措法第 45 条第 3 項の命令について何らの言及もない。

と認めるとき」に該当する状況について、次のように記している。

……必ずしも現に対象となる個別の施設においてクラスターが発生している必要はないが、例えば、

- ① すでに同種の業態においてクラスターが多数発生していること
- ② 対象となる施設において、「3つの密」に当たる環境が発生し、又は、感染防止対策が極めて不十分であるなど、当該施設においてクラスターが発生するリスクが高まっていると確認できること
- ③ 対象となる区域において、引き続き感染が継続しており、当該都道府県において感染が拡大するおそれが高まっていること

等が考えられる（事務連絡9-10頁。なお、この引用部分中、番号は引用者が便宜的に付したものであり、原文では「・」である）。

この説明は、第3の4（4）で引用した、特措法第45条第3項に基づく緊急事態措置としての命令が「特に必要があると認めるとき」に該当する場合の説明とは異なっている。煩を厭わずに再度引用すれば、次の通りである。

……必ずしも現に対象となる個別の施設においてクラスターが発生している必要はないが、例えば、専門家の意見として、対象となる施設やその類似の環境（業種）が、クラスターが発生するリスクが高いものとして認識されている上に、当該施設において、いわゆる「3つの密」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。

両者を比較すると、まず、まん延防止措置としての命令は、①だけを理由に発出できるとされているが、緊急事態措置としての命令は、①だけでは発出することはできない（上記引用部分の下線部分「上に」を参照）。

次に、まん延防止措置としての命令の②と、緊急事態措置としての命令が「特に必要があると認めるとき」に該当する場合を比べると、前者は「……当該施設においてクラスターが発生するリスクが高まっていると確認できること」という表現であるのに対して、後者は、「当該施設において、……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」とされている。この「実際に」という言葉の有無の相違が意味するのは、緊急事態措置としての命令の場合、「実際に」確認したうえでなければ「特に必要があると認めるとき」に該当しないとされているのに対して、まん延防止措置としての命令の場合には、そこまで要求されていないということである。

第三に、まん延防止措置としての命令は、③だけを理由に発出できるとされているが、緊急事態措置としての命令は、これだけでは発出できない。

要するに、本件命令発出時において、まん延防止措置として本件命令を発出することができたという事実は、本件命令が発出できか否かとは何ら関係がないのである。

4 理由②についての検討

(1) 理由①は、東京都において 20 時以降も営業しているすべての施設に当てはまる理由であったが、20 時以降も営業しているすべての施設が特措法第 45 条第 2 項の要請の対象になったわけでもなければ、特措法第 45 条第 2 項の要請の対象になった施設のすべてが同法第 45 条第 3 項の命令の対象となったわけではない。そこで、どのようにして原告が命令の対象となったのが問題となるが、それについて示しているのが理由②である。

理由②について、被告は、「上場企業であり社会的な知名度もある原告が積極的に要請者協力を公表することにより、他の事業者も同様に不協力の対応をとることを助長することになることは想像に難くなく、こうした他の事業者に対する影響（不協力事業者の増加）により感染リスク増大に間接的に影響を及ぼす（誘発する）ものである」（答弁書 49 頁）と説明している。

(2) 既に見てきたように、特措法第 45 条第 3 項の「特に必要があると認めるとき」とは、対象施設が、感染防止対策を講じていないなどの理由から、「当該施設において、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」又はそれに類する場合である。したがって、「感染リスク増大に間接的に影響を及ぼす場合」は、そもそも、「特に必要があると認めるとき」には該当しない。

仮に、原告の「発信」により、「実際に」不協力事業者が発生したのであれば、「特に必要があると認めるとき」に該当するといえるかもしれない。しかし、この点について被告は、「原告の店舗で現実にはクラスターが発生したこと、又は原告の情報発信後に不協力事業者が具体的に何店舗増加したなどの結果に着目して本件命令を発したのではない」、「被告は、20 時以降の営業を継続している店舗の事業主に対し、営業継続の理由が原告の情報発信に基づくものか等の確認は行っていないし、たとえ事業者から営業継続の理由として原告の時短要請拒否のことが話題として出されても、被告はそのことを逐一記録しているものではない」（準備書面（1）19 頁）などと述べており、そうした「実際の確認」を一切行っていないことを自ら明らかにしている。

(3) 次に、理由②で「発信」が挙げられていることにつき、原告は、「原告の『発信』を本件命令の理由としたことは、……表現内容に着目して命令を発出したことは明らかであり、代替可能な表現『手段』への制約ではなく表現の自由への侵害の程度は極めて強い」（訴状 47 頁）と主張している。

これに対して被告は、「被告が、緊急事態宣言において、特措法に基づき営業時間の短縮の要請を行い、これに対し、個人経営の飲食店や中小規模の事業者を含めた都内の大多数の飲食店が要請に応じている中で、上場企業である原告が時短要請に応じず営業を継続する旨を発信して公然と営業を継続し売上を伸ばしていることは、その社会的影響力の強さか

ら、大きな不公平感を生じさせることとなり、他の飲食店の 20 時以降の営業継続を誘発するおそれがあること、すなわち、時短要請という緊急事態措置の実効性が低下する懸念があることから、本件命令を発出せざるを得ないことを指摘したものであり、何ら原告の表現の自由を侵害するものではない」（答弁書 16 頁）と応じているので、この点について考察する。

（４）標準的な憲法の教科書の説明によれば、表現の自由に対する「内容規制とは、ある表現（言論）をその伝達するメッセージを理由として制限するものをいう。規制目的がある表現の「伝達効果」（communicative impact）に関わる規制を言う（ある表現を規制することによって除去しようとする害悪が右表現の「伝達効果」から生じる場合、その規制目的は表現内容に関わるものである）とも、しばしば説かれる⁶⁵」と説明される。そしてここで登場する「伝達効果」とは、「(a) 規制の対象とされる行為が表現する特定のメッセージもしくは見解（viewpoint）を理由として、または、(b) 規制の対象とされる行為が伝える情報もしくは思想を知ることによって惹起される効果を理由として、思想もしくは情報を制約する規制を言う⁶⁶」と説明されている。そして内容規制を行う法律の合憲性については、「一般に厳格審査（strict scrutiny）の基準と呼ばれる『やむにやまれぬ（高度に重要な、必要不可欠な、という意味）公共的利益』（compelling public interest）の基準ないし『明白かつ現在の危険』（clear and present danger）の基準によって判断される⁶⁷」。

（５）理由②は、要するに、【原告の「発信」を受けた飲食店が時短要請に従わなくなるおそれがある】というものであるから、上記で説明したところの表現の内容規制そのものである。すなわち、ある表現（原告の発信）を規制することによって除去しようとする害悪（新型コロナウイルス感染症のまん延の防止）は、その情報を知ることによって惹起される効果（時短要請に協力しない事業者の発生のおそれ）を理由として、情報（原告の発信）を制約する規制であるから、学説のいう表現内容規制と位置づけられる。そして、「原告の情報発信後に不協力事業者が具体的に何店舗増加したなどの結果に着目して本件命令を発したものではない」（準備書面（１）19 頁）とされているように、ある表現を規制することによって除去しようとする害悪が現実⁶⁸に生じているかを一切考慮せずに本件命令を発出していることは、令和 3 年 3 月 18 日の時点で「全ての都道府県が緊急事態措置区域に該当しないこととなった」とした「基本対処方針」が示された後に、あえて本件命令が発出されたという

⁶⁵ 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論（１）[増補版]』（有斐閣、2000 年）403 頁。

⁶⁶ 芦部・前掲注（65）403 頁。

⁶⁷ 芦部・前掲注（65）411 頁。なお学説において、表現内容規制と表現内容中立規制とを区別することに対する批判があるものの、当該批判の趣旨は、表現内容中立規制の合憲性の審査を表現内容規制と比べて緩やかにすることに向けられているのであって、表現内容規制の合憲性は厳格に審査されなければならないという点についての異論はないといつてよい。木下智史「表現内容規制・表現内容中立規制二分論の現在」立命館法学 393・394 号（上巻）（2021 年）255 頁以下などを参照。

事実と併せて、本件命令は、原告の「発信」それ自体に対する制裁を意図した命令であったことが強く推認される⁶⁸。

(6) なお、本件命令が原告に発出された事実につき、被告は、特措法第 45 条第 5 項に基づいて、当該命令をした旨を「公表することができる」にもかかわらず、公表をしなかった。新聞報道によれば、「都は今回、人が集まって感染リスクが高まる可能性がある点を考慮し、公表は見送った」とされるが⁶⁹、原告に対する本件命令の発出の理由②「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 20 時以降の営業継続を誘発するおそれがある。」という説明が真実であるのならば、「誘発」を防ぐために原告に命令を発出したという事実を「公表」し、「誘発」を防ぐ措置を講ずることが必要だったはずではないか。

また、原告は、令和 3 年 3 月 12 日付の弁明書で、「しかしながら要請に応じないことについて、正当な理由がないという（当社にとっては非常に不本意な）判断が下り、今後当社に特措法第 45 条第 3 項に基づく営業時間短縮の『命令』が出るということであれば、その命令に従うことは法律上の強制力をもった当社の『義務』となるため、遺憾ではありますが、その命令には従う用意はあります⁷⁰」と述べており、それを自社のホームページにも記載していた。このように原告は、要請に従うように命令された場合にはそれに従うことを明言していたのであるから⁷¹、原告に命令を出したという事実の公表は、要請の場合とは異なり、「店名の公表は逆に当該店舗に人が集まるなどの好ましくない影響が出る可能性」（答弁書 37 頁）は存在しない。したがって、「都は今回、人が集まって感染リスクが高まる可能性がある点を考慮し、公表は見送った」という不公表の理由はまったく説明になっていない。むしろ、公表したほうが、被告のいうところの他の事業者が感じる「不公平感」の解消ないし軽減につながったはずではないか。

そうであるにもかかわらず、被告が原告に対する本件命令を公表しなかったことは、本件命令の理由②の「原告は、緊急事態措置に応じない旨を強く発信しており、他の飲食店の 20 時以降の営業継続を誘発するおそれがあること」を防ぐという理由のうち、後半ではなく前半部分、すなわち、「発信」を理由に、その「制裁」「見せしめ」を目的に本件命令が発出されたということが強く推認されるのである⁷²。

⁶⁸ 被告の準備書面（2）3 頁によれば、原告以外の 1 者（1 店舗）についても「発信」を理由に特措法第 45 条第 3 項の命令を発出したとされているが、その事実は、本件命令が原告の「発信」に対する「制裁」を意図していなかったことを何ら基礎づけるものではなく、他にも、表現内容を理由に命令を受けた事業者が存在しているという事実を示しているに過ぎない。

⁶⁹ 長野佑介「要請応じない 27 店に都が時短「命令」 特措法改正後初」（令和 3 年 3 月 18 日）朝日新聞デジタル <https://digital.asahi.com/articles/ASP3L64RHP3LUTIL03B.html>

⁷⁰ <https://docs.google.com/a/global-dining.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=Z2xvYmFsLWRpbmluZy5jb218Y29ycG9yYXRILW5ld3N8Z3g6MmFjYzE2MDg2MWNkYjBhMA>

⁷¹ 実際に、本件命令が発出されたことを受けて、令和 3 年 3 月 18 日から緊急事態宣言が終了した同月 21 日までの 4 日間、本件命令の対象施設すべての営業時間の短縮を行っている。なお、河本哲郎「新型コロナウイルス感染症対策と人権」同支社法学 420 号（2021 年）158 頁は、「提訴した飲食業者〔原告のこと——引用者〕が 2021 年 3 月 11 日に提出した弁明書に対する十分な回答は行われていないので、告知・聴聞の内容の改善が求められるところである」と指摘している。

⁷² 訴状 24 頁が、「結局のところ、東京都知事が本件命令を発出した主たる理由（直接的な

(7) すでにみたように、制裁目的での命令の発出は許されないというのが、特措法第 45 条第 3 項の「特に必要があると認めるとき」についての憲法上の要請、特措法の解釈規定の要請、「事務連絡」における解釈であった。

よって本件命令の理由②は、特措法第 45 条第 3 項にいう「特に必要があると認めるとき」に該当せず、本件命令は原告に対して違法に発出されたものである。

第 5 結論

1 本意見書の要約

(1) 本意見書の主張を要約すれば、次の通りである。

- ①人権の制約は、公共の福祉との関係において比例的でなければならない。これは普遍的なルールであり、憲法上の要請であるとともに、行政法上の一般原則でもある。
- ②法律の解釈の場面において比例原則は、憲法の趣旨を踏まえて、憲法適合的に解釈しなければならないことを要請する。
- ③特措法第 5 条の解釈規定は、その旨を確認する規定であり、感染症対策においても、比例原則に基づいて必要最小限の規制にとどめることを要請する。
- ④特措法第 45 条第 3 項において、「特に必要があると認めるときに限り」、要請に従わない者に対して命令を出すことができているのも、比例原則に基づいて必要最小限の場合に限り命令を発出することを認める趣旨である。
- ⑤具体的な施設において、具体的に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でなければ、特措法第 45 条第 3 項の命令を出すことが「特に必要があると認めるとき」には該当しないというのが、④からの直接的な帰結であるとともに、法律立案者の理解でもある。
- ⑥本件命令の発出理由は、⑤の観点から、いずれも特措法第 45 条第 3 項の「特に必要があると認めるとき」に該当しない。したがって、被告の原告に対する本件命令は違法である。

(2) 本件命令は、特措法の授權を受けて、東京都知事の職務として発出されたものである。本件命令が違法に出されたことにつき、被告には公務員の職務上の義務違反又は過失が認められるから、原告の被った損害に対して、これを賠償しなければならない。

2. 裁判所に期待すること

(1) 新型コロナウイルス感染症は、いまだ収束せず、猛威をふるい続けている。そうしたなかで、特措法の規定に関する司法判断を行うことが求められた裁判所には、国民の注目が集まっており、大きなプレッシャーがかかっていることも推察される。

本意見書は、本件命令が特措法第 45 条第 3 項の「特に必要があると認めるとき」に該当

理由) は、……原告の『発信』にあるといえる」と述べている通りである。

しないにも関わらず、原告が被告に発したことは違法であると主張するものである。その点において本意見書の主張は限定的であり、新型コロナウイルス対策全般を裁判所が無効にするようなものではないから、判決の影響力を懸念して司法判断を差し控える必要はないし、過度に行政の判断に敬讓を示さなければならないような場面でもない。憲法や行政法、特措法の解釈規定、法律立案者の解釈が示された事務連絡等を踏まえて、特措法第45条第3項を素直に解釈すれば、本件命令が「特に必要があると認めるとき」に該当しないものであることは明らかであり、それを違法と判断することに躊躇すべきではないのである⁷³。

(2) 本件訴訟では、裁判所が、緊急時においても「法の支配」を貫徹できるか⁷⁴、緊急時においても個人の自由を擁護するという役割を果たすことができるかが問われている⁷⁵。それが「できる」と示してくれることを、裁判所には強く期待する。

以上

⁷³ 逆にいえば、本意見書が示した特措法第45条第3項の解釈を採らないのであれば、その理由を明らかにしなければ、司法としての役割を果たしたことはない。

⁷⁴ 例えば、座談会・前掲注(6)21頁は日本の感染症対策の「一番の問題は、『法治主義の欠如』」であり、「ある意味では臨機応変に、でも実は柔軟すぎる方法でやってきた」ことであると指摘している〔磯部哲発言〕。

⁷⁵ 令和4年5月21日の原告訴訟代理人弁護士の意見陳述要旨を参照。