

令和3年11月3日

東京地方裁判所 民事第42部 御中

意見書

京都大学大学院法学研究科教授

曾我部 真裕

筆者は京都大学大学院法学研究科において、憲法の研究・教育に従事している（別紙「略歴・業績一覧」参照）。本意見書では、御庁令和3年（ワ）第7039号国家賠償請求事件（原告：株式会社グローバルダイニング、被告：東京都）に関し、新型インフルエンザ等対策特別措置法施行令第11条第1項第15号に基づく令和3年厚生労働省告示第35号が、新型インフルエンザ等対策特別措置法第45条第2項の委任の範囲を超え、違法であることについて述べる。

なお、以下、新型インフルエンザ等対策特別措置法を「特措法」、特措法施行令を「特措法施行令」、上記告示を改正前のものも含め「本件告示」という。

第1 関係規定の確認

特措法第45条第2項は、「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（……）第1条第1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72条第2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。」とし、「多数の者が利用する施設」の定めを政令に委任している。

これを受けて、特措法施行令第11条第1項は、使用の制限等の要請の対象となる施設を列挙している。このうち、本件訴訟に係る「飲食店」は、同項第14号に掲げられているが、その建築物の床面積の合計が千平方メートルを超えるものに限るとされている（同項柱書の但書）。なお、同号は、令和3年1月7日政令第3号によって追加されたものである。

さらに、床面積合計が千平方メートル以下の飲食店に関しては、特措法施行令第11条第1項第15号の「第3号から前号までに掲げる施設であって、その建築物の床面積の合計が千平方メートルを超えないもののうち、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発生の状況、動向若しくは原因又は社会状況を踏まえ、新型インフルエンザ等のまん延を防止するため法第45条第2項の規定による要請を行うことが特に必要なものとして厚生労働大臣が定めて公示するもの」という規定を受け、本件告示（令和3年1月7日厚生労働省告示第4号。その後、令和3年2月3日厚生労働省告示第35号で改正。）が、「同項第4号から第6号まで、第9号、第11号及び第14号に掲げる施設であって、その建築物の床面積の合計が千平方メートルを超えないものとする。」とされている。なお、本件告示はもと、令和2年4月に制定されたものであるが（令和2年4月7日厚生労働省告示第175号）、当初は、飲食店は対象とされておらず¹、令和3年1

¹ 「国民の日常の社会生活を維持する上で必要な施設である飲食施設については、食料品店等と同様に、使用制限した場合、国民の日常生活に支障を生ずる恐れがあると考えられることから、対象外としております。」（内閣官房新型インフルエンザ等対策

月7日に特措法施行令が上記の通り改正され、飲食店が対象とされたことと併せて、同日に本件告示においても飲食店が追加されることとなったものである。

これらの改正により、これまでは飲食店に対しては特措法第24条第9項による要請しかできなかつたものが、規模の大小を問わず（すなわち、合計床面積が千平方メートルを超える店舗は特措法施行令第11条第1項第14号により、千平方メートル以下の店舗は本件告示により）、特措法第45条の要請及び命令を行うことが可能となった。

第2 立法による委任の範囲の逸脱の有無の判断方法について

憲法第41条は国会に立法権を付与しており、いわゆる必要的法律事項（国民の権利を制限し又は義務を課す一般的規範がこれに当たることは異論がない。）に含まれるものについては、国会が、そして国会だけが法律という形式で規範を定めることができることとしている（いわゆる国会中心立法の原則。）。しかし、同時に、専門技術性や迅速性の観点から、法律により、行政機関の定める政令や省令等への委任を行うことも、一定の条件下において認められている（憲法第73条第6項但書参照）。以下では、委任を行う法律を「委任立法」、委任を受けて制定された政省令等を、「受任命令」という。

ここでいう「一定の条件」については、①委任立法が備えるべき条件と、②委任の範囲を超えてないことという受任命令側の条件とがある。

憲法学においては伝統的に、白紙委任禁止の法理や国会による事後的な統制の可能性など、①に関する議論がなされてきたが、判例においてはむしろ、②に対する統制を行ってきた。この統制はかなり実質的なもので、委任の範

室『『新型インフルエンザ等対策特別措置法施行令（案）等』に関する意見募集に対して寄せられた御意見等〔ママ〕について』（平成25年4月11日）。

囲を逸脱するとされた事例が一定数に上っている²。特に、一連の判例の中でも、到達点だとされるのが、第1次医薬品インターネット販売禁止事件の最高裁判決（最二小判平成25年1月11日）である³。

これらの判例を整理すると、受任命令が委任の範囲内と言えるかどうかの判断には諸事情の考慮が必要であり、その際の考慮要素としては、①授權規定の文理、②授權規定が下位法令に委任した趣旨、③授權法の趣旨、④受任命令によって制限される権利ないし利益の性質等という4つが、考慮要素として一応挙げられるとされている⁴。

第3 本件における4要素の検討

1. 総説

本件では、特措法第45条2項の委任により本件施行令第11条第1項第14号及び第15号が定められ、さらに後者の委任により本件告示が定められ、それぞれ、合計床面積千平方メートル超の飲食店及び同千平方メートル以下の飲食店が指定されている。そこで、この両者について特措法第45条第2項の委任の範囲内と言えるかが問題となる。

以下では、第2の末尾で述べた4つの考慮要素に即してこの点を検討する。

2. 授權規定の文理

特措法第45条2項は、「学校、社会福祉施設（通所又は短期間の入所に

² 主なものとして、最大判昭和46年1月20日民集25巻1号1頁、最二小判昭和62年11月20日民集152号209頁、最一小判平成2年2月1日民集44巻2号369頁、最三小判平成3年7月9日民集45巻6号1049頁、最一小判平成14年1月31日民集56巻1号246頁、最三小決平成15年12月25日民集57巻11号2562頁、最二小判平成18年1月13日民集60巻1号1頁、最大判平成21年11月18日民集63巻9号2033頁、最二小判平成25年1月11日民集67巻1号1頁、最三小判令和2年6月30日判タ1479号5頁。

³ ちなみに、第2次事件は、要指導医薬品の対面販売の義務付けに関する最一小判令和3年3月18日裁時1764号1頁を指す。

⁴ 岡田幸人「医薬品ネット販売事件判解」最高裁判所判例解説民事篇（平成25年度）20頁。

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三百七十七号)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」と定める。「その他の」は、通常の法令用語の理解によれば、前の語句が後ろの語句の例示であることを示す⁵。

「多数の者が利用する施設」という文言を用いる他の立法例を見ると、若干の例がある。健康増進法第26条は、「国、都道府県、市町村、多数の者が利用する施設(……)及び旅客運送事業自動車等の管理権原者(……)その他の関係者は、望まない受動喫煙が生じないように、受動喫煙を防止するための措置の総合的かつ効果的な推進を図るため、相互に連携を図りながら協力するよう努めなければならない。」とする。ここで、「多数の者が利用する施設」とは、「2人以上の者が同時に、又は、入れ替わり利用する施設をいいます。」とされている⁶。

しかし、「多数」とは「人や物の数が多いこと」、「多い」とは「数や量がたくさんある」ことであり、「少数」の対義語であるから、学校、社会福祉施設、興行場といった例示ともあいまって、健康増進法第26条の上記のような理解は通常の文言理解とは言えず、「多数の者が利用する施設」とは相当数の利用者があるものをいうと考えられる。

実際、特措法施行令の検討の際には、「特措法第45条においては対象施設について『多数の者が利用する施設』と規定していることに鑑み、政令においては、国民生活に与える影響及び中小施設の被る経済的影響を考慮して、行政上の基準として『1,000㎡超』の施設を対象とすることが適当である」とされた⁷。

⁵ 法制執務・法令用語研究会『条文の読み方(第2版)』(有斐閣、令和3年)94頁。

⁶ 厚生労働省「改正健康増進法の施行に関するQ&A」(平成31年4月26日公表[最終改正:令和元年6月28日]、第196回国会参議院厚生労働委員会会議録第27号(平成30年7月10日)18頁(福田祐典政府参考人)。

⁷ 内閣官房「新型インフルエンザ等対策有識者会議中間とりまとめ」(平成25年2月7日)40-41頁。また、同会議における担当参事官の「法文上『多数の者が利用する施設』という文言が使われていますので、その具体化の手法として、広ければ多く

また、武力攻撃事態等における国民の保護のための措置に関する法律第48条は、「指定行政機関の長及び指定地方行政機関の長並びに都道府県知事等は、第四十五条又は第四十六条の規定による通知〔(筆者注：武力攻撃から国民を保護するための警報の通知)を受けたときは、それぞれその国民の保護に関する計画で定めるところにより、速やかに、その内容を学校、病院、駅その他の多数の者が利用する施設を管理する者に伝達するよう努めなければならない。』とするが、ここでの「多数の者が利用する施設」の意義は必ずしも明確ではないものの、例示されている施設のほか、空港や大規模集客施設等が含まれるものと理解されているようである⁸。

以上からもうかがえるように、現行法体系上、「多数の者が利用する施設」の意義について定まったものはなく、当該文言が用いられている法律ごとに解釈を行う必要があるものの、基本的には相当の規模を有する施設を想定すべきであると言えそうである。

ただし、現行法上、「不特定かつ多数の者が利用する施設」という文言を用いる例がいくつかある(身体障害者補助犬法第9条、遺失物法第16条など)。これらとの対比でいえば、「多数の者が利用する施設」とは、利用者の不特定性を要求するものではないとひとまず言えそうである。

3. 授權規定が下位法令に委任した趣旨

第1次医薬品インターネット販売禁止事件最高裁判決の調査官解説には、判例の傾向として「委任命令の制定については行政機関に裁量権があるものの、委任された事項につき専門技術的な色彩が強い場合には当該裁量権の範囲は広く解される一方、委任の趣旨が主として法律によって定めると迅速性

の人が集まるものとして理解をするのが通常であろうということから、面積基準をもうけたものです」という説明も参照(内閣官房「新型インフルエンザ等対策有識者会議 第5回議事録」(平成24年12月10日)3頁)。

⁸ 東京都「東京都国民保護計画」(令和元年7月)35頁。

に欠けるという点にあるなど本来的に裁判所による審査が必ずしも困難ではない事項に関するものであれば当該裁量権の範囲が狭く解される傾向にある⁹と述べられている。また、「授權規定の趣旨をしんしゃくするに当たっては、場合によってはその制定経緯にまで遡っての検討が必要になる」ともされている。この点について先に述べると、特措法は、省庁における事前の検討過程が明らかではなく、また、国会における審議も短時間であったため、公表資料から制定経緯をたどることが困難である¹⁰。

特措法第45条第2項の委任の趣旨は、立法過程での説明は明確ではないが、次に述べる通り、専門技術性と迅速性の双方が含まれているものと考えられる。

まず、専門技術性に関して述べると、特措法第45条の措置は、新型インフルエンザ等のまん延防止のためになされるものであるから、科学的知見に基づくものでなければならず、専門技術性が要求される。特措法を見ると、新型インフルエンザ等緊急事態においては、政府の対応は基本的対処方針に基づいてなされ（特措法第32条第6項等）、政府対策本部長は都道府県知事等に対して総合調整（特措法第20条第1項）、さらには指示を行うことができる（特措法第31条の5）。基本的対処方針は政府行動計画に基づいて定められ（特措法第18条第1項）、都道府県行動計画は政府行動計画に基づき作成される（特措法第7条第1項）。都道府県行動計画には、「感染を防止するための協力の要請その他の新型インフルエンザ等のまん延の防止に関する措置」も含まれる（特措法第7条2項第2号ハ）。

⁹ 岡田・前掲注4）22頁。

¹⁰ 近年の立法では、関係省庁における有識者会議での議論などを通じて、制定過程の透明性がかなり向上している。しかし、特措法に関しては、平成24年1月の「新型インフルエンザ対策のための法制のたたき台」の公表以降、法案の閣議決定までの間の議論状況が明らかにならなかったという（南亮一「新型インフル特措法における休業要請等による財産権の制約と憲法との関係」レファレンス838号（令和2年）39頁注（37））。なお、上記「たたき台」においては、現在の特措法第45条第2項、第3項の規定内容に対応する内容としては、「学校、集会等の制限等の要請及び指示」とあるにとどまる。

特措法第45条に基づく個別の措置、都道府県行動計画、基本的対処方針相互間の関係は特措法上必ずしも明確ではないものの、個別の措置は多かれ少なかれ都道府県行動計画、基本的対処方針を踏まえてなされるものと考えてよいだろう。ところで、これらに関しては、専門家（新型インフルエンザ等対策推進会議）の知見を踏まえることが特措法上求められている（特措法第6条第5項、第7条第3項、第18条第4項）。新型インフルエンザ等のまん延防止のために使用制限が必要な施設がどのようなものかの判断は、専門家の意見も踏まえて決定される対策の一部であるから、これについても専門技術性が求められると言えよう。

現に、特措法制定後、特措法施行令を定めるに当たっては、新型インフルエンザ等対策有識者会議において長時間の議論が行われた。とりわけ、ここで問題となっている「多数の者が利用する施設」を定めるための検討には、多くの検討時間が割かれた¹¹。

他方、迅速性に関しては、特措法第45条の措置は緊急事態においてとられるものであるところ、一般に、緊急事態においてとられる措置についてすべて緊急性があるわけではなく、ここで問題となっている「多数の者が利用する施設」の指定などは平時に行っておくのが基本であると考えられる。しかし、今般の新型コロナウイルス感染危機のような未曾有の状況においては特に、新たな状況に対応しあるいは新たな知見に基づいて、迅速に新たな措置をとる必要が生じうることは否定できない。

以上からすれば、特措法第45条2項の委任は、専門技術性の要請を主とし、迅速性を従とするものだと考えられる。

4. 授権法の趣旨

(1) 受任命令と個別の要請・命令との関係

¹¹ 平成24年9月11日開催の第2回会議から、平成25年1月29日開催の第7回会議まで、この点は主要な議題の1つとなった。

特措法第45条第2項及び第3項は、特措法施行令で具体的に定めた「多数の者が利用する施設」に対し、「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」に要請を、「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」に命令を発しうることにしている。

つまり、「多数の者が利用する施設」に該当する施設であっても、要請や命令を行うためにはさらに一定の要件が求められるという二段階構造になっている。そこで、「多数の者が利用する施設」の範囲については、例えば、上記の健康増進法第26条の場合と同様に、緩やかに捉えた上で、個々の要請や命令を発する際に比例原則が要求されると理解することも不可能ではないかもしれない。仮にこのように考えれば、受任命令で合計床面積千平方メートル以下の小規模飲食店を挙げることも委任の範囲内だと言える可能性がある。

しかし、こうした解釈は妥当ではないだろう。第1に、「多数の者が利用する施設」の意義を広く捉えるのであれば、まさに健康増進法第26条がそうであるように、その具体化を政令に委ねる必要はない。特措法第45条第2項の「多数の者が利用する施設」は、専門的な知見を踏まえて、一定の限定された施設を挙げるものと想定されているというほかない。

第2に、「多数の者が利用する施設」という文言は、一定の限定を想定していると考えるのが通常であり、健康増進法第26条のような広い解釈を行うのであれば、それが明確化される必要があろう。しかし、立法過程等でそのことは明らかになっていない。特措法の立法過程での検討内容は必ずしも

明らかになっていないが、示唆的なものとしては、まず、国会審議において所管の大臣が、曖昧さは残る答弁ながら、スーパーマーケットは「多数の者の利用する施設」には含まれないと述べたことがある¹²。また、間接的な事実とはなるが、特措法成立後、特措法施行令制定に向けて「多数の者の利用する施設」の具体化を検討する中でも、その意義は限定的に考えられていた（そのため、合計床面積千平方メートルという面積要件が提案された。）。

以上からすれば、特措法第45条の定める上記の二段階構造については、特措法施行令で「多数の者の利用する施設」を定める段階でも一定の限定を行い、さらに個々の要請や命令を発する段階でも所定の要件や比例原則によって統制されるものであると理解すべきである。

（2）授権規定の趣旨

特措法第45条第2項が「多数の者が利用する施設」を要請の対象とした趣旨は、国会審議や、立案者意思を事実上説明するとみられる逐条解説をみても、不明確であるが、少なくとも、施設利用の制限によって、何らかの意味で、「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」ことに資するものが「多数の者が利用する施設」となりえ、専門技術的な判断を介するために具体的な指定を政令に委ねたものだという事は可能だろう。

この点、立案者意思を間接的に反映するとみられる、逐条解説における特措法施行令の説明によれば、「多数の者が利用する施設」に関しては、「感染リスクが非常に高いため、対象とする施設」（学校、保育所、介護老人保健施設等）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、幅広く対象とする施設」（大学、劇場、集会場、百貨店、ホテル、キャバレー等）が区別されている。現在の用語で

¹² 第180回国会参議院内閣委員会会議録第7号（平成24年4月17日）18—19頁（中川正春国務大臣）

例えば、前者はクラスター発生のリスクが高い施設、後者は人流抑制の観点から対象とする施設だということができよう。

こうした区別をした上でいずれも「多数の者が利用する施設」であるとしている特措法施行令は、前々段落で述べた「施設利用の制限によって、何らかの意味で、『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』ことに資するものが『多数の者が利用する施設』」という理解と親和的である。つまり、「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」という幅広い目的を掲げていること、また、個々の施設の利用制限と感染拡大との機序・関係には多様なものがあるところ、法律の文言としてはそれらを区別せず包括的に規定していることからして、「多数の者が利用する施設」とは、施設の種類としては幅広いものが含まれ得るとした上で、専門的な判断による具体化に委ねるとするのが特措法第45条第2項の趣旨であると言える。

他方で、同条項は、「多数の者が利用する施設」を政令で具体的に定めることを要求していること（前述の健康増進法第26条は、「多数の者が利用する施設」自体の定義を法令上さらに具体化はしていないことと対比できる。）、同条項及び同条第3項の定める要請や命令は、次項で見るように職業活動に対する相当程度の制約となること、特措法第5条が「国民の自由と権利（……）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」としていることなどを踏まえれば、「多数の者が利用する施設」にいう「多数の者」には、限定的な理解がなされるべきものとする。

すなわち、「多数の者が利用する施設」とは、施設の種類としては幅広いものが含まれ得るとしても、「多数の者が利用する」という語については、健康増進法第26条所定の同じ文言の場合とは異なり、緩和した解釈をすべ

きではない。特措法施行令第11条第1項が、上記の「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、幅広く対象とする施設」の類型に関しては面積要件を設けているのはこうした意味において妥当である。

もっとも、感染症対策においては、屋内で人々が至近距離で接触する点にリスクがあるのであり、「多数」であれ面積要件であれ、その意味では意味がなく、小規模施設であっても今日いわゆる「三密」の状況となるものについてはリスクが高く、要請や命令の対象とすべきだとする考え方があるかもしれない。こうした考え方は感染症対策としてはおそらく妥当なのだろうが、特措法制定時も、「三密」という用語そのものこそいまだ存在しなかったものの、屋内で人々が至近距離で接触する点にリスクがあること自体は知られていたはずであり¹³、それも踏まえて「多数の者が利用する施設」という文言になったものと思われる。そうだとすれば、「多数」あるいはその代替変数である面積要件を空洞化させるような政令を定めることはできないだろう¹⁴。このことは、次に見るとおり、特措法施行令によって制限される職業活動の自由の制約が相当程度のものであることによってもさらに裏付けられる。

¹³ 注19に対応する本文にある通り、特措法施行令を制定する段階ですでにこうした指摘が強くなされていることから、特措法制定時においてもこうした知見は当然存在したはずである。

¹⁴ なお、「感染リスクが非常に高いため、対象とする施設」の類型に関しては特措法施行令に面積要件がない。したがって、例えばごく小規模な保育所であっても対象となりうるが、これも文言上は「多数の者が利用する施設」に含まれるものと理解される。しかし、そうすると、「感染リスクが非常に高いため、対象とする施設」については「多数」を非常に緩和して考えることになる。これを前提に、「多数」を一貫した意味で用いようとするならば、「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、幅広く対象とする施設」に関しても面積要件あるいはそれに代わる要件は不要ということになりかねないが、それは妥当ではない。

この問題は結局、感染症対策において施設の規模は重要ではないという本文でも述べた点も含め、「多数の者が利用する施設」という規定ぶりを採用した特措法の欠陥であると考えられるが、現行法がこうした文言となっている以上は、それを前提に解釈をするほかない。

5. 受任命令によって制限される権利ないし利益の性質

本件訴訟で問題となっているのは営業時間の短縮命令であるが、本意見書では、特措法施行令の関係規定及び本件告示が特措法第45条第2項の委任の範囲内にあるかが問題となっているため、本件訴訟の事案を前提とせず、一般的に論じる必要がある。

さて、令和3年の特措法の改正により、特措法第45条に基づき、これまでの要請、指示（罰則なし）に代えて、要請、命令、さらに特措法第79条により過料に処することができるようになった。そして、要請や命令の対象も、当該施設の使用の停止まで含みうる。しかも、その期間は、「新型インフルエンザ等の潜伏期間及び治癒までの期間」のみならず、「発生の状況を考慮し」た期間に及ぶ（特措法第45条第2項）のであって、法律上は相当長期に及びうるものとなっている。

飲食店に即して考えれば、特措法第45条に基づく要請や命令は、現に営業している飲食店に対し、相当程度の長期の休業を内容とするものとなりうる。しかも、同条第2項に基づく要請に関して言えば、施設類型毎に行われる¹⁵。すなわち、感染対策を十分に講じていたり、店舗の構造その他の事情で感染リスクの大きくないような飲食店であっても対象となる。要請については法的な拘束力はないと言っても、事実上の拘束力のあることは否定できず、こうした一律の要請は、現に営業している飲食店事業者の職業活動の自由（憲法第22条第1項）に対する相当程度の制約となる。

また、特措法第45条第3項に基づく命令は、それがなされた場合に公表される可能性があること（同条第5項）¹⁶、違反に対して過料の制裁がある

¹⁵ 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（新型インフルエンザ等対策特別措置法関係）」（令和3年2月12日）11頁。

¹⁶ 要請の場合も同様であるが、施設類型毎の公表であれば制裁的、あるいは強制的な効果は相対的に小さいと考えられる。

こと（特措法第79条）からして、職業活動の自由に対するより一層重大な制約である。

こうした要請や命令が営業の自由の制約として重大であることについては、次の2点に注意を要する。

第1に、飲食店の感染リスクが高いことが指摘され、政府の対策もそれを前提としてなされているが、飲食店そのものが感染源となっているわけではない。言うまでもなく、感染しているにもかかわらず来店する客が、店舗の意思とは無関係に行う会話によって感染リスクが生じるのであるが、個人の移動を実効的に規制できないがゆえに飲食店に対して要請や命令を行うのが特措法第45条の規定である。したがって、「学校、興行場等の使用の制限等に関する措置は、事業活動に内在する社会的制約である」¹⁷とするのは、そうした側面を否定することはできないが、客のリスクある行動の責任を引き受けさせられている側面も少なからずあり、そのような評価は一面的である。

第2に、令和3年の特措法改正により、緊急事態における国及び地方公共団体による事業者への財政支援義務が定められた（特措法第63条の2第1項）。実際、営業時間の短縮要請に応じた飲食店には協力金が支払われているが、この点をもって要請や命令の営業の自由に対する制約の程度が緩和されたとみることは可能ではあるものの、過大視はできない。なぜならば、薬事法判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）が示す通り、職業は「各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するものである」からである。営業そのものができないのであれば、協力金が支払われたとしても、職業のこのような側面に関する損失を埋め合わせることはできない。このことは、自ら事業主となっている場合にはより強く妥当するところ、とりわけ小規模飲食店にはそうした

¹⁷ 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』（中央法規出版、平成25年）162頁。

場合が多いだろう。

6. 小括

(1) 総説

以上からすれば、特措法施行令第11条第1項第14号及び本件告示が委任の範囲内と言えるためには、それぞれの内容を委任する趣旨が特措法から明確に読み取ることができることを要する(第1次医薬品インターネット販売禁止事件最高裁判決参照)と言えるかどうかはともかく、少なくとも「多数の者が利用する施設」という文言を、たとえ感染症対策の観点からは不合理であるとしても、緩和して解釈すべきではない。

(2) 合計床面積千平方メートルを超える飲食店について

以上からすれば、特措法施行令第11条第1項第14号により、合計床面積千平方メートルを超える飲食店を、「多数の者が利用する施設」に含めたことについては、委任の範囲内であると考えられる。

すなわち、特措法第45条第2項の委任の趣旨が、施設利用の制限によって、何らかの意味で、「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」ことに資するものが「多数の者が利用する施設」となりえ、専門技術的な判断を介するために具体的な指定を政令に委ねたものだと考えるならば、飲食店において多くの感染者が発生しているとするのが専門家の分析であり、合計床面積千平方メートルを超える飲食店を「多数の者が利用する施設」に加えることは委任の範囲内であると言えよう。

(3) 合計床面積千平方メートル以下の飲食店について

特措法施行令制定の際(この時点では飲食店は対象ではなかった。)に面

積要件が定められたのは、特措法第45条第2項が「多数の者が利用する施設」としていることによる。利用者数ではなく面積を要件としているのは、利用者数は流動的であり把握しにくいといった理由である。また、千平方メートルという基準自体には科学的な根拠はなく、「特措法第45条においては対象施設について『多数の者が利用する施設』と規定していることに鑑み、政令においては、国民生活に与える影響及び中小施設の被る経済的影響を考慮して、行政上の基準として『1,000㎡超』の施設を対象とすることが適当である」とされた¹⁸。

ただ、特措法施行令は、例外的に面積要件を充たさない小規模施設を告示によって指定する可能性も認めている（特措法施行令第11条第1項第15号）。本件告示はまさにその例である。

同号が十分な検討の末に設けられたのかどうかは明らかではない。「多数の者が利用する施設」の具体化について検討した新型インフルエンザ等対策有識者会議は、前述の通り長時間にわたって議論を行ったが、そこでは、「多数の者が利用する施設」という授權規定の文言を重視して面積要件の導入を提案する事務局と、感染症対策においては屋内で人々が至近距離で接触する点にリスクがあるのであるから、面積要件は無意味であるとか、密度の観点を導入すべきだといった委員との対立があった¹⁹。そうした中で、原則としては面積要件を求めるが、例外的にそれを除外しうる可能性を開く規定を置くことが提案された。それが特措法施行令第11条第1項第15号となったものだが、これについては授權規定の委任の範囲内にあることの説明は特段なされていない²⁰。

¹⁸ 注7) 参照。

¹⁹ 内閣官房「新型インフルエンザ等対策有識者会議 第2回議事録」（平成24年12月10日）、「同第3回議事録」（平成24年10月16日）、「同第4回議事録」（平成24年11月7日）、「同第5回議事録」（平成24年12月10日）、「同第6回議事録」（平成25年11月15日）、「同第7回議事録」（平成25年1月29日）

²⁰ 第5回会議における櫻井敬子委員の次の発言がこの点に関連するが、十分な説明と言えるかどうか明らかではない。「漏れるもので危険なものがあるということなので、

千平方メートルという面積要件は、飲食店においては相当に大規模であるから、それより小規模なものであっても「多数の者が利用する施設」であるとなお評価しうると考えられる。そこで、飲食店については面積要件を緩和することは不可能ではないと思われる。

しかし、本件告示は、面積要件を全く要求していないのであり、個人営業のごく小さな飲食店も対象となる。こうした内容をもつ本件告示は、「多数の者が利用する施設」の具体化を委任する施行令第45条第2項の委任の範囲を逸脱すると考えざるを得ない。

第4 手続上の問題

合計床面積千平方メートルを超える飲食店を対象に加える特措法施行令及びそれ以下の飲食店を対象に加える本件告示の令和3年1月7日の各改正は、いずれも、「公益上、緊急に命令等を定める必要があるため、第一項の規定による手続（以下「意見公募手続」という。）を実施することが困難であるとき」（行政手続法第39条第4項第1号）に当たるとして、同法第39条第1項の意見公募手続（パブリックコメント）が実施されなかった。

そのために本意見書で指摘したような疑問に対する説明が一切なされないこととなった点で遺憾ではあるものの、手続としては直ちに違法とは言えないかもしれない。

しかし、手続に関しては、別の問題であるが、次の点が問題となりうる。すなわち、特措法施行令第11条第2項は、「厚生労働大臣は、前項第十五

多数ですから多数をどう考えるかということですがけれども、英語の many は実は『多い』ではないという話は有名な話ですが、複数人がいればいいみたいなことがありますけれども、ともかく文言上、法律に反することはできませんが、感染症の危険性ということからすると、例えば数値以下のものであっても特段の危険性があるものについては入れることができるというような形で、そういう受け皿を用意していただいた上で対応してはどうかなど。それを行動計画に落とすということもあるいはあるのかもわかりませんが、それは別に法令違反にならないと思います。」（第5回議事録16頁）。

号に掲げる施設を定めようとするときは、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。」とする。具体的には、基本的対処方針等諮問委員会に意見を聴くことが想定されていた²¹。

実際、令和2年4月7日に本件告示が制定された際には、同日の基本的対処方針等諮問委員会の議題とされている。もっとも、告示案の説明がなされたにとどまり、実質的な議論はされていない²²。

ところが、飲食店を対象に加えるものを含む、その後の本件告示の改正（令和3年1月7日及び同年2月3日）に関しては、少なくとも公開されている基本的対処方針等諮問委員会の議事次第や議事録を見る限り、議題となり、意見が聞かれた形跡が見られない。特措法施行令上は、基本的対処方針等諮問委員会以外の場で意見を聞くことも否定されないが、意見が聞かれていないのであれば、手続面からも本件告示は違法であることになる。本件告示の新規制定の際に意見を聞くことで足り、改正の際にはその必要はないと言えないことは当然であろう。

以 上

²¹ 内閣官房・前掲注7）41頁。

²² 内閣官房「新型インフルエンザ等対策有識者会議 基本的対処方針等諮問委員会（第2回）議事録」（令和2年4月7日）19頁。

(別紙)

曾我部 真裕 略歴・業績一覧

○ 略歴

昭和49年 生まれ
平成8年11月 司法試験第2次試験合格
平成9年3月 京都大学法学部卒業
平成11年3月 京都大学大学院法学研究科修士課程修了
平成13年9月 司法修習修了(第54期)
平成13年10月 京都大学大学院法学研究科講師
平成16年8月 同研究科助教授
平成25年4月 同研究科教授(現在に至る)

○ 主要業績

(単著)

- ・曾我部真裕『反論権と表現の自由』(有斐閣, 平成25年)

(共著・編著)

- ・曾我部真裕・赤坂幸一・櫻井智章・井上武史(編)『憲法秩序の新構想 大石眞先生古稀記念論文集』(三省堂, 令和3年)
- ・曾我部真裕・尾形健・新井誠・赤坂幸一(編)『憲法論点教室(第2版)』(日本評論社, 令和3年)
- ・曾我部真裕・林秀弥・栗田昌裕『情報法概説(第2版)』(弘文堂, 令和元年)
- ・新井誠・曾我部真裕・佐々木くみ・横大道聡『憲法I 総論・統治機構』(日本評論社, 平成28年)
- ・新井誠・曾我部真裕・佐々木くみ・横大道聡『憲法II 人権』(日本評論社, 平成28年)
- ・宍戸常寿・曾我部真裕・山本龍彦(編著)『憲法学のゆくえ: 諸法との対話で切り拓く新たな地平』(日本評論社, 平成28年)
- ・曾我部真裕・見平典(編)『古典で読む憲法』(有斐閣, 平成28年)
- ・憲法判例研究会(淺野博宣・尾形健・小島慎司・宍戸常寿・曾我部真裕・中林暁生・山本龍彦)編『判例プラクティス憲法(増補版)』(信山社, 平成26年)