

新型コロナウイルス雑感——自肅要請、休業と補償、都市封鎖

Legal Study of Measures against COVID-19—Request for Leave, Shutdown and Compensation, Lockdown

板垣 勝彦
(横浜国立大学准教授)

I はじめに

中国の武漢で最初に発生が報告された新型コロナウイルス COVID-19 (以下では、単に「新型コロナ」とする。)は、その後数か月間で地球上を席卷し、同年 5 月 6 日時点で累計感染者は 350 万人、死者は 24 万人を超えた。グローバル化によって人やモノの移動が飛躍的に進んだことも手伝って、20 世紀に記録されたパンデミックであるコレラ、アジア風邪、香港風邪を凌駕し、ちょうど 100 年前に猛威を振るったスペイン風邪に迫る勢いをみせている。

原因究明、感染予防、ワクチン開発を初めとする治療に関して、世界各国は試行錯誤しながらこの新規の感染症に対処しているというのが、本稿脱稿時(令和 2 年 6 月 1 日現在)の現状である。令和 2 年 1 月 28 日付けで、新型コロナは政令によって「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」(感染症予防法、平成 10 年法律第 114 号) 6 条 8 項の「指定感染症」へと指定され、その施行日から 1 年間(令和 3 年 2 月 6 日まで)、同法の準用を受けることになった(同法 7 条 1 項)。本年 7 月に予定されていた東京オリンピックは延期され、令和 2 年 4 月 7 日には、前月に改正されたばかりの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。以下では、「特措法」とする。) 32 条 1 項の規定に基づき、緊急事態宣言が発令された¹。

本稿では、1 つの覚書として、政府が今回のコロナ禍において執ってきた、あるいは来るべき第二波、第三波に対し執り得る施策について、立法論を含めて簡潔に考察する。状況は日々刻々と激変しているため、あえて詳細なデータを付すことはしない。

II 「自肅要請」による感染拡大の防止——行政指導と制裁的公表

1. 行政指導としての自肅要請

潜伏期間が長く、無症状のまま、飛沫等を介した「濃厚接触」によって感染が拡大するという新型コロナの特質をふまえて、一般人は不要不急の外出を控え、飲食店や小売店は営業を取り止めるという方策が執られた。とりわけ、「三つの密」として、①密閉空間(換気の悪い密閉空間である)、②密集場所(多くの人が密集している)、③密接場面(互いに手を伸

¹ 当初の区域は埼玉県、千葉県、東京都、神奈川県、大阪府、兵庫県および福岡県の区域に限定されていたが、4 月 16 日に全都道府県へと拡大された。また、5 月 6 日までの 1 か月間とされていた実施期間も、5 月 31 日まで延長された。

ばしたら届く距離での会話や発声が行われる) が重なる状況を避けるようにすることが、自己と他人への感染を回避するためのカギであるとされる²。緊急事態宣言の目的も、人と人の接触を 8 割程度減らすことで、感染を早期に収束させることにある。

しかし、諸外国とは異なり、わが国には、感染症対策として都市を完全に封鎖する「都市封鎖 (ロックダウン)」を定めた法律はなく、可能な手段は、あくまでも「必要な協力を要請する」ことにとどまる。メディアでは「自粛要請」とよばれる、行政からの「お願い」である。一般人の外出 (特措法 45 条 1 項) も、事業者の営業 (同条 2 項) も³、この少々奇妙な日本語によって抑止するというのが、新型コロナ対策の主力として用いられてきた手段であった。

事業者の営業禁止についてみると、映画館、劇場、ライブハウス、スポーツクラブなど、興行場法 (昭和 23 年法律第 137 号) にいう興行場は、典型的にみて利用客同士の接触が密であることから、感染源 (クラスター) の典型例として、営業自粛の要請の対象とされる (特措法 45 条 2 項)。その他にも、政令によって、「体育館、水泳場、ボーリング場その他これらに類する運動施設又は遊技場」であるとか、「キャバレー、ナイトクラブ、ダンスホールその他これらに類する遊興施設」が指定されている (特措法施行令 11 条 1 項各号、令和 2 年厚生労働省告示第 175 号)。パチンコ店やゲームセンターなどは「遊技場」に属する。

しかし、こうした自粛要請は、指導、勧告、助言などと同様、法的拘束力のない「行政指導」 (行政手続法 2 条 6 号) に過ぎない。事業者が要請に従わない場合には、都道府県知事は「指示」を行うことができることになってはいるが (特措法 45 条 3 項)、罰則と連動していないので、これまた行政指導であって、法的拘束力があるとは言えない⁴。

行政指導は法的拘束力のないインフォーマルな手段であるという理由もあってか、告知と聴聞、処分基準の設定、理由の提示といった明確な事前手続は定められておらず、相手方の手続保障という意味で不十分な側面がある。最も問題なのが、相手方が任意に従っているという体裁をとりながら、その内実は強制であることが少なくないという実態である。

2. 制裁的公表

現状において、行政指導に過ぎない「要請」や「指示」に従わない事業者に対して積極的に用いられているのが、公表である。とりわけパチンコ店に関しては、自粛要請に従わなかった店舗名が都道府県から公表されるなどして⁵、世間からの強い非難を浴びた結果、営業

² 内閣官房ウェブサイト「新型コロナウイルス感染症対策 国民の皆様へ～まん延を防止するために～」 <https://corona.go.jp/>

³ 特措法 45 条 2 項では、学校や通所型ないし短期入所型の社会福祉施設も対象に含まれる関係上、「施設管理者等」という言葉が用いられている。

⁴ 塩野宏『行政法 I [第 6 版]』有斐閣 (2015) 232 頁、阿部泰隆『行政法解釈学 I』有斐閣 (2008) 104 頁、小早川光郎『行政法 (上)』弘文堂 (1999) 311 頁以下、宇賀克也『行政法概説 I [第 7 版]』有斐閣 (2020) 425 頁以下。

⁵ この制裁的公表については、ギャンブル依存症の者にとっては、むしろ自粛要請の中で開店している店舗をわざわざ宣伝しているようなものだという懸念も寄せられていた。今後に備える意味では、ディスインセンティブの付与から発想を転換して、自粛要請に従う

「自粛」に追い込まれたものが散見された。日本人に強い傾向としてみられる同調圧力が奏功(?)した形である。

こうした公表は、制裁的公表として性格付けられる⁶。公表には、①単なる事実に関する情報提供の側面と、②その対象者について非難を加える趣旨の制裁的公表があるが、新型コロナウイルスに関して行われた公表は、自粛要請に従わない不逞な店舗を非難する趣旨であることに争いはないからである⁷。

なお、①事実に関する情報提供の場合とは異なり⁸、②制裁的公表は「侵害」と評価されることから、これを行うには侵害留保の原理から法律の根拠が必要である⁹。おそらく、実務上は特措法 45 条 4 項が制裁的公表の根拠として用いられているものと考えられるが、この条項を制裁的公表の根拠とできるのかについては多少の疑問が残る¹⁰。

ともかく、頑なに自粛要請に従わずにいた複数の店舗も、店名の公開とそれに伴う「自粛警察」による WEB 上の「私刑」に屈した形で、営業を取り止めることとなった。ある意味、行政の思惑通りに事が運んだわけである。

しかし、行政指導はあくまでも相手方の任意の協力によってのみ実現されるものであって(参照、行政手続法 32 条 1 項)、行政指導に従わなかったからといって、相手方に不利益な取扱いをしてはならない(同条 2 項)。これは判例の積み重ねによって形成されてきた法理であり(武蔵野マンション刑事事件：最決平成元年 11 月 8 日判時 1328 号 16 頁)、緊急事態だからといって易々と例外が許されるものではない。事実上の強制力を持たせた行政指導は、脱法的運用なのである。

事業者を顕彰する積極的意味の公表とそれに伴う「協力金」の交付といったインセンティブ的な手段に切り替えた方がうまくいく可能性がある。

⁶ 包括的研究として、天本哲史『行政による制裁的公表の法理論』日本評論社(2019)。文献の参照も含めて、板垣勝彦「行政上の実効性確保」小早川光郎＝青柳馨(編)『論点体系・判例行政法 1』第一法規(2017) 290 頁以下。

⁷ なお、行政指導の実効性を確保する目的で行われる公表というものも存在する。那覇地判平成 20 年 9 月 9 日判時 2067 号 99 頁は、旧宮古島上水道企業団から温泉施設を運営する医療法人に対して排水の地下浸透処理を中止するように要請した行政指導の実効性を確保するために行われた公表について、目的の正当性、必要性、時期および内容の相当性に照らして違法であるとはいえないとした。

⁸ 事実に関する情報提供にとどまる場合、O-157 事件に係る東京地判平成 13 年 5 月 30 日判時 1762 号 6 頁、大阪地判平成 14 年 3 月 15 日判時 1783 号 97 頁、東京高判平成 15 年 5 月 21 日判時 1835 号 77 頁などの下級審裁判例は、法律の根拠を不要としてきた。宇賀克也「消費者事故情報の公表」『情報公開と公文書管理』有斐閣(2010) 224 頁。

⁹ 塩野・行政法 I 266 頁以下、阿部・解釈学 I 109 頁、小早川・行政法上 253 頁、宇賀・行政法概説 I 293 頁。

¹⁰ 制裁的公表の立法例は、国民生活安定緊急措置法(昭和 48 年法律第 121 号) 6 条 3 項、石油需給適正化法(昭和 48 年法律第 122 号) 6 条 4 項・9 条 2 項・10 条 3 項、国土利用計画法(昭和 49 年法律第 92 号) 26 条、障害者の雇用の促進等に関する法律(昭和 35 年法律第 123 号) 47 条などにみられるが、その文言は、「指示[勧告]を受けた者がその指示[勧告]に従わなかったときは、その旨を公表するものとする」というものであり、特措法 45 条 4 項とは明らかに異なる。

3. 立法論の提案——正面から営業を法的に禁止すべき

現在の行政指導と制裁的公表の組み合わせが違法すれすれのグレーゾーンの運用であるとなれば、正面から法律を改正し、クラスターとなり得る施設の営業を法的に禁止するという構成へと改めることが、手続保障の視点からも適切である。

対象となる店舗の数が限られるのならば、個別・具体的に営業中止命令（営業停止命令でも同じ）を発することになる。営業中止命令は、行政処分（行政手続法 2 条 2 号）のうち、「特定の者を名あて人として、直接に、これに義務を課し、又はその権利を制限する」ものであるから、不利益処分になる（同条 4 号）¹¹。正面から行政処分として構成することで、告知と聴聞の保障（同法 13 条・15 条以下）、処分基準の設定・公表（同法 12 条 1 項、ただし努力義務）、理由の提示（同法 14 条）といった事前手続の保障も及ぶ¹²。

世間の状況にかんがみて、政府も「指示」への違反に対して罰則を科すという法改正を検討し始めたそうである¹³。ただし、罰則のような制裁措置と連動させるとなると、同じ「指示」という言葉を用いていても、それはもはや行政指導ではなく、法的性質の異なる行政処分へと変容することになる¹⁴。法改正を行う場合、実効性確保のための罰則ばかりに目を奪われてはならず、事前手続への視線を怠らないことが肝要である。

対象となる店舗が相当の多数に上る場合は、一定の業種を類型化して、法律・政令の委任を受けた告示等により、その営業を法的に禁止することが考えられる。この場合、行政処分的構成とは異なって、名あて人となり得る者の個別の手続保障は及ばないけれども、「法律に基づく命令……また規則」のような「命令等」（行政手続法 2 条 8 号イ）を制定する際には、行政手続法 38 条以下に基づく意見公募手続（パブリック・コメント）をふむことが義務付けられるため、その意味での手続保障が及ぶことになる¹⁵。ただし、感染症予防という事物の性質上、実際には、「公益上、緊急に命令等を定める必要があるため、……〔意見公募〕手続……を実施することが困難であるとき」（同法 39 条 4 項 1 号）の例外として、意見公募手続の適用が除外される場合となる可能性が高い。とはいえ、正式な意見公募手続が行

¹¹ 講学上の「禁止」ということになる。小早川・行政法上 194 頁以下、宇賀・行政法概説 I 112 頁以下。行政処分の類型化については、塩野・行政法 I 127 頁以下、阿部・解釈学 I 321 頁以下も参照。

¹² 塩野・行政法 I 324 頁以下、阿部泰隆『行政法解釈学 II』有斐閣（2009）23 頁以下、小早川光郎『行政法（下 I）』弘文堂（2002）49 頁以下、宇賀・行政法概説 I 467 頁以下。

¹³ 日本経済新聞電子版「休業要請「罰則も必要」 経財相、特措法改正に言及」（2020 年 5 月 3 日 18 時 30 分）。野党から提出された特措法の改正案は、最初から罰則付きの営業停止命令として構成されている。時事ドットコム「野党、業務停止命令違反に罰則 コロナ対策で改正案」（2020 年 4 月 16 日 20 時 59 分）。

¹⁴ たとえば、生活保護法 27 条 1 項の指導・指示の法的性質について一概に割り切るのは難しい。太田匡彦「生活保護法 27 条に関する一考察」塩野宏先生古稀『行政法の発展と変革（下）』有斐閣（2001）595 頁以下。

¹⁵ 板垣勝彦「パブリック・コメント」高木光＝宇賀克也（編）『行政法の争点』有斐閣（2014）84 頁。

われないとしても、政治過程の中で国民的な議論が交わされることは確かである。

これまで事業者について論じてきたが、一般人に対して外出禁止を義務付ける場合には、個別の行政処分を発出することは現実的ではなく、やはり法律・政令の委任を受けた告示等により、地域を指定して住民の外出を直接に禁止することが考えられる。

昨今の状況について感じるのは、行政指導のような「お願い」ベースの手法よりも、法的拘束力のある営業中止命令を発出した方が、事業者にとっても（当然のことながら）「休業に踏み切りやすい」という事情である。事業者としては、新型コロナが猛威を振るう状況下で営業を継続すべきか、顧客、取引先、従業員そして出資者（株主）といった利害関係者（ステークホルダー）との関係で、難しい判断を迫られている。自粛要請という行政指導がなされているとしても、最終的に休業を決断するのが事業者自身ということになると、決断に伴う責任も背負い込まざるを得ない¹⁶。その点、行政処分や法令を通じて営業を法的に禁止されれば、ある意味「外圧」による禁止なので仕方ないということで、利害関係者に対する説明がしやすいという機能（エクスキューズ機能）が、法社会学的には無視できないと思われるのである。

現行法が法的拘束力のない行政指導である「要請」を多用していることの歪みは、補償の問題においてさらに顕著となる。

Ⅲ 「休業と補償はセット」なのか？——損失補償（義務的補償）と政策補償

1. 不可欠の前提——強制なければ補償なし

事業者も生活がかかっているわけであるから、おいそれと自粛要請に従うわけにはいかなないというのも、十分理解できるところである。この点、評論家や世論の一部から聞かれるのは、政府は迅速に営業補償の支払いを打ち出すべきであったのに、それを行わないから、パチンコ店やナイトクラブなどの営業自粛が遅れて、新型コロナの感染拡大に歯止めがかからなかったのだという言説である。しかし、休業に伴う営業補償の支払いは、論理必然的に要請されるわけではない。

まず、不可欠の前提として、営業中止命令のように法的拘束力（強制の要素）がなければ、損失補償の問題にはならないことを押さえる必要がある。損失補償は、財産権を公共の福祉のために権利者の意に反して「特別の犠牲」に供したことの対価として、衡平の見地から、権利者に対して支払われるべき金銭である（憲法 29 条 3 項）¹⁷。営業自粛の要請が行政指導にとどまる限りは、あくまでも従うか否かは事業者の任意であって、事業者が自由意思により要請に従ったという体裁をとる以上は、損失補償の問題にはなりようがない。

ただし、今回の場合は、事業者の自由意思とはいっても、かなり抑えつけられた自由意思

¹⁶ むろん、営業を継続した場合の責任も事業者自身に降りかかるのであって、これはコインの裏表の関係である。ただし、やはり現状を変更するという意味で、営業休止の決断の方が当事者にとって難しいことは異論がないと思われる。

¹⁷ 塩野宏『行政法Ⅱ [第 6 版]』有斐閣（2019）380 頁以下、阿部・解釈学Ⅱ 379 頁、宇賀克也『行政法概説Ⅱ [第 6 版]』有斐閣（2018）499 頁以下。

ではある。この点をとらえて、強制があったと立論することも不可能ではない。行政指導の中途半端な性格が、ここでも厄介な形で顔を出している。

2. 営業禁止と損失補償

続いて確認する必要があるのは、財産権の内在的制約にとどまる場合には、損失補償の問題にはならないことである¹⁸。O-157 のような新型の病原性大腸菌が猛威を振るって、各地の飲食店で大量の食中毒事件が発生したために、食中毒の起きた店舗に対し、都道府県知事が営業中止命令（食品衛生法 55 条 1 項）を下したとしよう。営業中止命令の目的は原因究明と再発防止であるが、行政は、命令を受けた飲食店に対して損失補償を支払うべき筋合いにはない。財産権の側に規制を受ける原因が存する場合には補償を要しないということであり、これが財産権の内在的制約とよばれる法理である（憲法 29 条 2 項）¹⁹。

食中毒を発生させた飲食店の営業中止命令に限らず、生もののように典型的にみて食中毒の危険性が高い食材の販売を禁止する限りにおいては（廃棄について、食品衛生法 54 条——価値の消滅を理由にする説明もあり得る。）、それは財産権の内在的制約の問題であって、損失補償を支払うべき筋合いにはない。ため池の堤とうの耕作を禁じたところで損失補償は支払われない（奈良県ため池条例判決：最大判昭和 38 年 6 月 26 日刑集 17 卷 5 号 521 頁）というのと同じことである。

したがって、行政に損失補償を支払うべき義務が生じるのは、財産権を外在的に制約される場合ということになる。つまり、生もの以外の一切の食材について販売を禁止するか、あるいは飲食店の営業を全て禁止するような場合である。見やすい道理だが、こうした規制は、規制の目的と比較して営業者の権利・利益を過度に制限することになり、比例原則（過剰禁止の原則）に違反する。

そのように考えると、業種ごとに類型化して営業中止命令を下す場合には、——類型化の宿命ではあるが——財産権の内在的な制約を超えた、不必要な部分の規制が及んでしまうことが起こり得る。しばし槍玉に挙げられるパチンコ店やナイトクラブであっても、「三密」を避ける営業形態は（採算がとれるかは別にして）十分に可能であるし、店舗によってはそうした工夫を施しているところも存するからである²⁰。

¹⁸ 伝統的には、規制の目的を社会経済的な公共の福祉の増進に係る積極目的（公用制限）と国民の健康という公共安全の秩序を維持するための消極目的（警察制限）へと分類し、警察制限であれば補償を要しないが公用制限の場合は補償を要するという二分論が説かれてきた。田中二郎『新版行政法（上）[全訂第 2 版]』弘文堂（1974）215 頁。この伝統的な二分論からすれば、コロナ禍をめぐる営業禁止命令は警察制限に属するから、一切の補償は不要ということになる。しかし、塩野・行政法Ⅱ 388 頁が指摘するように、警察制限と公用制限は明確に区別することが可能なものではなく、この基準には抛り難い。

¹⁹ 感染症予防法において、一類感染症患者を強制入院させたとしても（同法 19 条 3 項）、損失補償の問題にはならない。より一般的な例を挙げると、出火の原因となった建築物を延焼防止のために破壊したとしても、損失補償は支払われない（消防法 29 条 1 項）。塩野・行政法Ⅱ 386 頁。

²⁰ この点は、阿部泰隆「コロナまん延の防止対策としての休業要請、補償義務等」

ただし、どこまでが内在的制約でどこからが外在的制約であるのか、明確な線引きを施すことは極めて難しい。適法な制約の限度を超えた部分は過剰規制であり、比例原則に反する違法な規制であるとしても、個別の事例に応じて損害を認定し、国家賠償を支払うのは事務処理上も大変な手間である。

そこで、ある種の収用を行ったものとみて、損失補償として構成することを提案したい。典型的に見て「三密」となり得る可能性が高いという理由で、感染のクラスターを形成することを抑止するために、一定の業種を類型化して、個別事情を問わず、法的にその営業を禁止するわけであるが、これは国民への現在以上の感染拡大を防ぐという「公共の福祉」のために事業者に対してその意に反した「特別の犠牲」を強いていることになるから、収用類似の財産権の制約を課したものとして、損失補償を法定するのである。

少し考慮を巡らせれば、問題のある事業者に絞って個別に営業中止命令を出したとしても、感染症拡大を未然に食い止めることには結び付かないことが分かる。すでに感染のクラスターが形成されてから慌てて対処したとしても、「後の祭り」だからである。感染症対策としては、個別事情を捨象して、「三密」となり得る業態を類型化した上で事前に規制を及ぼす以外にない。食中毒を生じさせた飲食店に対し営業中止命令を発出する局面とは異なり、個別事情を度外視して典型的に規制を及ぼすので、内在的制約ではなく、外在的制約である（少なくとも、不可避的に外在的制約の部分が相当程度含まれる）ので、対価としての損失補償の支払いも正当化されよう。

戦争損害（在外資産没収事件：最大判昭和 43 年 11 月 27 日民集 22 卷 12 号 2808 頁）と同視することができれば、国民がひとしく受忍すべきものとして補償の支払い義務は生じないが、戦争損害の場合は 1 億総国民が文字通りひとしく生命、身体、財産を犠牲に供したものであるのに対し²¹、コロナ禍は人口密度の高い都市部と低い農村部とで被害の拡大に差異がある。また、観光業や飲食業が壊滅的な打撃を受けているのに対し、IT・流通業のように、業種によっては業績が伸びをみせているものもあり、戦争損害と同視することは困難である。

3. 政策補償との相違

ところで、実務上は、自粛要請に従ってくれた「協力金」や「お見舞金」といった名目で、すでに事業者に対して一定額の金銭が支払われている²²。これは政策補償とあって、社会保障給付（憲法 25 条）などと同様に、行政が対象者に向けて支払いを義務付けられるものではないけれども、一定の政策目的を達成するために支払われる金銭である²³。

(2020) 1 頁から示唆を得た（未公刊）。

²¹ この点には、阿部・解釈学Ⅱ 566 頁以下が提起するように少なからぬ疑問もあるが、ここでは措く。

²² 東京都では、施設の使用停止や施設営業時間の短縮に全面的な協力を行った事業者に対して、50 万円の「東京都感染拡大防止協力金」を支給している。東京都ウェブサイト「東京都感染拡大防止協力金のご案内」<https://www.tokyo-kyugyo.com/>

²³ 阿部・解釈学Ⅱ 426 頁。

食中毒の流行の事例でいえば、国民が外食を控え、飲食店の大半が潰れたとしても、それは市場経済活動の一側面であって、味やサービスが悪いとか値段が高いといった諸々の理由で客が入らず潰れるのと事象としては変わらない。しかし、飲食店が全て閉鎖されるのは経済秩序や国民の食生活、食文化の維持などの観点から望ましくないといった政策的な理由から、補助金を交付することは妨げられないということである。実際の立法例としては、ダム建設に伴う立退きについて行われる水源地域対策特別措置法(昭和 48 年法律第 118 号) 8 条の「生活権補償」や、自然災害の被災者に対して住宅再建のための支援金を交付する被災者生活再建支援法(平成 10 年法律第 66 号)のしくみがある²⁴。法律の根拠がなくとも、要綱や予算措置に基づいて補助金を支給することは妨げられない。

政策補償の義務的補償との違いは、具体的な法律が制定されていない段階では、受け取る側に請求権が認められない点にある²⁵。「自粛と補償はセットである」という言説は、義務的補償と政策補償の問題を区別できていないか、意図的に混同させているおそれがあるので、重々注意が必要である。

4. 一般人の外出制限と損失補償

一般人の外出を法令等で禁止した場合²⁶、移動の自由(憲法 22 条 1 項)に制限をかけていることになるが、その損失補償は不要だろうか。これについては、諸外国の都市封鎖においても、一切の外出を禁止するというわけではなく、生活必需品の買い出しなどは認められるのが通常であるから、制約の程度が受忍すべき範囲内に収まっているものとみるべきであろう。仮に一切の外出を禁止したとしても、それこそ戦争損害と同視することとなり、国民がひとしく受忍すべき損害であるとして、損失補償の問題にはならない。首都圏、中部圏、関西圏といった日本の人口のかなりの割合を占める密集地域について、外出禁止区域として指定した場合も同様である。

IV 「都市封鎖」——行政上の実効性確保

1. 現在の法制

新型コロナ特措法に基づく緊急事態宣言の発令が取り沙汰された際には、諸外国のような都市封鎖(ロックダウン)を想起する向きも少なくなかった。しかし、緊急事態宣言は、罰則を伴う外出禁止の措置や都市間の交通の遮断等、諸外国における都市封鎖のような権

²⁴ 自然災害は国の責任ではないから、義務的補償の対象にはならない。この点の考察として、阿部泰隆『大震災の法と政策』日本評論社(1995)78頁以下、板垣勝彦『住宅市場と行政法——耐震偽装、まちづくり、住宅セーフティネットと法』第一法規(2017)381頁以下。

²⁵ これに対して、損失補償の場合は、名取川砂利採取事件において、最大判昭和 43 年 11 月 27 日刑集 22 卷 12 号 1402 頁が、具体的な法律の根拠がなくとも、直接憲法 29 条 3 項に基づく請求を認める判示を行っている。

²⁶ 個別の外出禁止命令を行政処分として課しても同じことだが、前述したように非現実的である。

力的措置を伴う施策ではない²⁷。

戦後の日本には、こうした権力的措置を極めて抑制的に運用してきた歴史がある。違反建築物に対する代執行ですらほとんど行われず、直接強制の立法例も僅かである²⁸。戒厳令のように不特定多数の移動を厳格に制限する都市封鎖ならば尚更であって、そもそも法的根拠すらない。この 75 年間、権力的措置を用いなくとも国家運営が滞りなく行われてきたこと、今回のコロナ禍においても——強制力がないにもかかわらず——主要交通機関の利用、商業地の人出、大型連休等における観光地への行楽客が 8 割程度削減された国民性は、それ自体として誇るべき事実であろう。

そうはいっても、私たちの暮らしを脅かす新種の感染症の拡大に対処する上では、これまで視線を背けてきた権力的措置の活用について、少なくとも議論くらいは始めなければいけないことも確かである。ここでは、一般人の外出禁止（義務）と事業者の営業禁止（義務）に焦点を当てて、立法論も含めた適切な実効性確保の手法を考えてみたい。まず、外出禁止にせよ営業禁止にせよ、不作為義務であることの特質から、実効性確保のために採り得る手段は限定される。不作為義務の履行確保のためには、近年、特定空家の除却などに効果を発揮する代執行（空家等対策の推進に関する特別措置法 2 条 2 項・14 条 9 項、行政代執行法 2 条）は使えないのである²⁹。

パチンコ店に対する営業中止命令という、市の条例に基づく建築中止命令に従わない事業者に対する民事執行の可否が争われた宝塚パチンコ条例事件（最判平成 14 年 7 月 9 日民集 56 卷 6 号 1134 頁）の悪い記憶が蘇るところである³⁰。同事件が教訓を残したように、行政執行法が廃止された戦後の日本では、間接強制的手法である行政罰（行政刑罰、秩序罰としての過料）しか、不作為義務を遵守させる手段は想定されてこなかった。都市封鎖について立法しようにも、罰則を科する以外に実効性確保の手段が用意されていないのである。

2. 行政が直接に義務の履行を確保する手段——直接強制

立法論ではあるが、行政が直接に不作為義務の履行を確保する手段として、直接強制を採用することが考えられる³¹。直接強制の特徴は、人の身体に対して直接に実力を行使することが認められる点である。一般人の外出禁止であれば、権限を有する公務員が強制的に自宅へと連れ戻すことになるが、この手段はドラスティックに過ぎるため、適切妥当を欠く。現

²⁷ 前掲内閣官房ウェブサイトにおいても、わざわざ諸外国のような都市封鎖を行うものではない旨が注記されている。

²⁸ 成田国際空港の安全確保に関する緊急措置法（昭和 53 年法律第 42 号）3 条 6 項、学校施設の確保に関する政令（昭和 24 年政令第 34 号）21 条 1 項が見出される程度である。

²⁹ 代執行を用いることができるのは、違法建築物の除却、屋外広告物の除却、放置自動車のレッカー移動、違法係留船舶の移動など、「他人が代つてなすことのできる行為」（代替的作為義務）の履行に限られる（行政代執行法 2 条）。

³⁰ 板垣・実効性確保 270 頁以下。

³¹ 塩野・行政法 I 260 頁以下、小早川・行政法上 241 頁、宇賀・行政法概説 I 242 頁以下。民事執行法の直接強制（金銭執行、動産・不動産執行を包括する概念）とは全く意味内容が異なるので、注意されたい。

実的に採用され得るのは、事業者に対する営業中止命令の実効性確保手段としてであろう。すなわち、どうしても営業中止命令に従わない店に対して、何度か予告を行った上で、店内の客を外に連れ出し、店舗を閉鎖するという実力行使に打って出ることによって、物理的に店舗の営業を不可能にするという手法である。

実のところ、戦後の日本では、直接強制を用いるべきところを即時強制で代替している立法例が少なくない。即時強制の場合、その定義上、事前に相手方に対して法律や行政処分を通じて義務を課す手続が執られないので、手続保障が不十分となる³²。こうした問題にかんがみて、平成 10 年に感染症予防法が制定された際、旧法における即時強制の規定はかなり整理された³³。強制健診（同法 17 条 2 項）や強制入院（同法 19 条 3 項）という形で即時強制が残ってはいるが、たとえば強制健診に先立っては健康診断の受診勧告（一般には行政指導と解される。）を行うことにして（同法 17 条 1 項）、理由の提示を義務付けるなど（同条 3 項）、手続保障への一定の配慮がみられる³⁴。

新型コロナへの対応を見据えて改正された特措法においても、検疫のための特定病院等の使用（同法 29 条 5 項）、臨時の医療施設を開設するための土地等の使用（同法 49 条 2 項）、医薬品等の特定物資の収用（同法 55 条 2 項）において即時強制が定められており、それに応じた損失補償（同法 62 条 1 項）の規定が置かれている。

天災地変への対処のように、文字通り一刻の猶予も許されないような緊急事態に対応すべき場合においては、悠長に事前手続をふんでいる暇がないため、即時強制を用いることもやむを得ないと思われる。しかし、特措法に定められた即時強制に関しては、数日間の猶予を置くことも許容されると考えられるため、その間に事前手続をふんだ上で行政処分としての命令を下し、直接強制によって実効性を確保する法制の方が適切であろう³⁵。

3. 間接強制的手法

(1) 行政刑罰

行政罰については、法制上の工夫のしどころが多い³⁶。まず、行政刑罰についてだが、刑事訴訟手続をふむこととの関係上、違反者に対し刑罰を科すには警察や検察との密接な連携の下、厳格な手続で証拠を収集することが求められるし、有罪判決が得られるまで相応の

³² 阿部・解釈学 I 578 頁などは、直接強制の方が義務を課してから執行する点で、即時強制よりも「相手方の保護に厚い」とさえ評する。

³³ 従前の感染症関係の法律（伝染病予防法、性病予防法、結核予防法、後天性免疫不全症候群の予防に関する法律）では、即時強制の規定が数多く定められていた。

³⁴ 塩野・行政法 I 281 頁、阿部・解釈学 I 581 頁、宇賀・行政法概説 I 120 頁。須藤陽子『行政強制と行政調査』法律文化社（2014）161 頁以下。

³⁵ 曾和俊文『行政法総論を学ぶ』有斐閣（2014）379 頁は、感染症予防法 17 条 2 項と 19 条 3 項について、勧告を行政処分とみて、強制健診・強制入院を直接強制の手段とみる解釈を示唆する。

³⁶ 市橋克哉「行政罰——行政刑罰、通告処分、過料」公法研究 58 号（1996）233 頁、北村喜宣「行政罰・強制金」磯部力ほか（編）『行政法の新構想 II』有斐閣（2008）135 頁、板垣・実効性確保 247 頁以下。

時間を要する。

何よりも、事業者の営業禁止義務の違反に対してならばともかく、一般人の外出禁止についてまで刑罰で担保するのは、移動の自由（憲法 22 条 1 項）に対する萎縮効果が甚だしく、牛刀を持って鶏を割くが如き感がある³⁷。実際には懲役・禁錮刑が法定されるようなことは考えられず、せいぜい罰金か科料に処される程度だと思われるが、外出禁止義務に違反したからという程度で刑罰が科せられたのでは、「交通戦争」の時代に懸念された「一億総前科者」の事態そのものである。

したがって、仮に刑罰で対処するにしても、一般人の外出禁止については、刑罰は威嚇的效果を持たせるにとどめて、実際にはその前段階の非犯罪的処理（ダイバージョン）で解決することが適切である。たとえば、交通反則金（道路交通法 128 条 2 項）や租税犯則通告（国税通則法 157 条 1 項）は、それ自体は刑罰に処されるべき行為であっても、違反事実を認めて所定の金銭を納付すれば、違反者は公訴の提起を免れるしくみとなっている³⁸。こうしたダイバージョンの手続を法定することで、警察組織を活用した一般人の外出禁止義務の実効性を確保することが考えられよう。

また、仮に刑事訴訟手続に移行するにしても、交通事件のように、書面審理の略式手続（刑事訴訟法 461 条以下）を用いることとすべきであろう。

（2）秩序罰としての過料

続いて、一般人の外出禁止義務の履行を担保するための手段として有用であると考えられるのが、秩序罰としての過料である³⁹。法律で過料について定めた場合、非訟事件手続法 119 条に基づき裁判所から過料が科されることになり、事前手続として特に問題はない。しかし、事後手続については、異議の申立てとして対審・公開の裁判が保障されておらず、裁判を受ける権利（憲法 82 条・32 条）と抵触するという見解が有力である⁴⁰。

これに対して、近年盛んに活用されているのが、条例で定められた過料である（地方自治法 14 条 3 項）。「安全で快適な千代田区の生活環境の整備に関する条例」（平成 14 年条例第 53 号）24 条が路上喫煙やタバコのポイ捨てに対して 2 万円以下の過料を科しているように

³⁷ 行政刑罰が用いられない理由について、宮崎良夫「行政法の実効性の確保」雄川一郎先生献呈『行政法の諸問題（上）』有斐閣（1990）203 頁（223 頁以下）。

³⁸ 反則金を納付しないか、通告に従わないときに限り、当局から検察官への告発がなされて、検察官からの公訴の提起により、刑事訴訟手続に移行するというしくみが採られている（道路交通法 130 条、国税通則法 158 条）。詳細は、井上正仁「犯罪の非刑罰的処理——『ディヴァージョン』の観念を手懸りにして」芦部信喜ほか（編）『岩波講座基本法学（8）紛争』岩波書店（1983）395 頁、小早川光郎「通告処分の法律問題」租税法研究 5 号（1977）39 頁。なお、反則金納付通知、通告処分のいずれにおいても、取消訴訟の対象となる処分性は認められないとするのが判例（最判昭和 57 年 7 月 15 日民集 36 卷 6 号 1169 頁、最判昭和 47 年 4 月 20 日民集 26 卷 3 号 507 頁）である。

³⁹ その歴史的な経緯も含めて、須藤陽子『過料と不文の原則』法律文化社（2018）が包括的である。板垣・実効性確保 259 頁以下。

⁴⁰ 宇賀・行政法概説 I 278 頁以下。

41、正当な理由なく外出している一般人を見かけたら、行政処分として数千円の過料を科することが考慮に値する。不利益処分であるため、違反の取締りを行う職員に対する権限の委任、事前手続としての被疑事実の告知と弁明の機会の付与、理由の提示（地方自治法 255 条の 3、各都道府県・市区町村の行政手続条例）といった手続的な配慮は欠かせないが⁴²、実効性のある手段として効き目があるものと思われる。

ただし、条例で科すことのできる過料の額は 5 万円以下にとどまり、一般人に対する外出禁止義務の履行を確保するためには絶妙な価額であるが、違反 1 回につき一度しか科することができないこともあり、事業者に対する営業中止命令を担保する手段としては、少額にすぎないところがある。

なお、法令と条例の抵触という問題が残るけれども（憲法 94 条、地方自治法 14 条 1 項）、この辺りは立法で国と地方の役割分担（地方自治法 1 条の 2）を規定すれば済む事項である。感染症対策それ自体は国が「全国的な視点に立つて行わなければならない施策……の実施」（同条 2 項）ではあるが、外出禁止義務への違反に対していかなる制裁措置を採用するかについては、感染症の流行の程度や都市部か地方かなどといった地域の実情に応じて決めべきことであろう。

（3）執行罰

事業者に対する営業中止命令の実効性を確保するのに最適な手段は、何よりも執行罰である。執行罰とは、行政上の義務の履行が図られるまで過料を科すことで、その履行を促す手段をいう⁴³。間接強制的手法であり、代替的作為義務、非代替的作為義務、不作為義務のいずれの不履行に対しても科すことができる⁴⁴。また、執行罰は将来の義務の不履行に対して科されるものなので、私人が義務を履行するまで反復して科しても、二重処罰の禁止（憲法 39 条）には抵触しない⁴⁵。したがって、1 日当たりいくらという金額を設定して、営業を強行するパチンコ店等に対して執行罰を科すことにすれば、可及的速やかに営業を取り止めることが期待される。経済原理に従って営業する事業者に対しては、経済原理をもって制するのが最適ということである。

V 結論

感染症対策というとすぐに思い浮かぶのは警察規制であるが、上下水道の整備や廃棄物

41 条例上は 2 万円以下とされているが、実際には一律 2,000 円を科しており、それゆえ納付率も高いそうである。田中謙『タバコ規制をめぐる法と政策』日本評論社（2014）114 頁以下、165 頁以下。

42 須藤・過料と不文の原則 151 頁。

43 西津政信『間接行政強制制度の研究』信山社（2006）32 頁以下。名称が紛らわしいが、執行罰としての過料は一種の強制金であり、行政罰（刑罰・秩序罰）とは異なる。

44 西津・前掲 184 頁。民事執行法上の間接強制（同法 172 条 1 項）にほぼ相当する。

45 塩野・行政法 I 262 頁、阿部・解釈学 I 594 頁、宇賀・行政法概説 I 246 頁。このように実効性確保手段として適切な執行罰であるが、現行法では砂防法（明治 30 法律第 29 号）36 条に残るのみである。

処理などの公共インフラの整備についても、感染症対策としての公衆衛生を基軸として組み立てられてきた側面がある。感染症への対処は近代の都市法制の母胎であり、ひいては行政法システム全般の淵源の 1 つであるといっても過言ではない。テレワークの進展や社会的距離（ソーシャル・ディスタンス）の確保の呼びかけのように、新型コロナは、人々の生活様式にも着実な変化をもたらしており、生活様式が変化した影響は、そう遠くない将来、法制にも確実に及んでいくものと予想される。

事業者に対する営業禁止については、特措法が法的拘束力のない行政指導である営業自粛の要請・指示を軸に組み立てられており、制裁的公表によってその実効性を担保していることが、要請等に応じない事業者に対する国民からの「私刑」を生み出す原因となっている。行政指導の内容はあくまでも相手方の任意の履行によって実現されなければならない、事実上の強制が多用される現状は望ましいものとは言えない。事前手続の保障の観点からも、正面から営業中止命令（行政処分）とするか、法令で営業を禁止するという法的構成を採用すべきである。現状では政策補償としての協力金という名目で要請に応じた事業者に金銭が支払われているが、パチンコ店や接客制クラブなど、クラスターとなり得る業種ごとに類型化を施した上で個別事情を捨象して営業を禁止する場合には、公共の福祉のために特別な犠牲を払ったものとして、損失補償を法定すべきである。実効性確保の手段としては、現状の行政刑罰だけではなく、営業中止命令とリンクさせた形での直接強制と執行罰を法定することが考慮に値する。

一般人に対する外出禁止については、個別の外出禁止命令を行うことは非現実的であり、法令で一定の地域を指定して外出を禁じることになる。外出禁止は損失補償の対象とはならないものと考えられる。義務の履行確保手段としては、非犯罪的処理（ダイバージョン）を施した刑罰か、あるいは秩序罰としての過料を科すことが適切である。