

弁護士 神戸大学名誉教授 阿部泰隆

1 本件は、午後8時から翌朝5時までの営業禁止（時短命令）について違法・違憲として争ったものである。

この問題は、拙著『新型コロナ対策の法政策的処方せん』（信山社、2022年）に詳しいので、参照されたい。

多少のリスクマネジメント、科学的思考が必要な事案である。

2 肝心なのは、時短命令を発する「特に必要があると認めるとき」（特措法45条3項）に当たるかどうかにある。

- ① これについて、「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う程度の個別の事情があることを要すると解するのが相当である」と判示された。
- ② そして、原告は、店舗内の換気や消毒などの感染防止対策を講じているから、クラスターが発生するリスクが高いことは実際には確認されていない。
- ③ 本件命令発出当時、都内の飲食店のうち2000余りの店舗は時短要請に応じていなかった。そのわずか1%強を占める原告の施設で、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などの個別の事情の有無を確認することなく、同施設の夜間の営業継続が、直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がたい。
- ④ 本件緊急事態宣言が3日後に解除されることにより本件命令の効力が発生する期間は4日しかなく、その当時、新規感染者は大幅に減少していたし、この4日間の時短により抑止得た新規感染はわずかであった。
このような事情の下で都知事が4日間しか効力を生じない本件命令をあえて発出したことの必要性について、合理的な説明はなされておらず、また同命令を行う判断の考え方や基準について公平の観点からも合理的な説明は

なされていない。

⑤ したがって、①の個別の事情は認められない。本件命令の発出は、特に必要であったとは認められず、違法である。

3 この判決は、時短命令の違法性の根拠として、上記のように、多数の論拠を挙げている。それは、当事者の主張を踏まえたものであるが、しかし、それは全部必要なのか。

営業規制は飲食店というだけで一律に規制すべきものもある。衛生上の観点からはまさにそうである。しかし、新型コロナ感染対策は、飲食店というだけで感染拡大の恐れが同じくあるものではないから、個別の営業店舗ごとに感染拡大を惹起する可能性を論ずべきである。そもそも、特措法5条も、「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」と定めている。いわゆる比例原則で、これは憲法行政法上の重要な原則である（拙著10頁）。

その意味で①はやや甘いのが、妥当である。飲食店というだけで一律に規制する政府の方針は、私見によれば、およそ科学的思考がなく、「幽霊におびえた的外れの過剰規制」（拙著129頁以下）である。

そして、飲食店というだけで新型コロナ感染を拡大させるわけではない。3蜜対策をとり、特に換気を十分にして、認証店（拙著23頁）になっていたら、新型コロナ感染拡大の恐れはないから、営業禁止する必要性も理由もない。焼き肉屋、ラーメン屋などは強力な換気措置をつけているから、時短命令の対象とする理由はない（拙著134頁）。この点でも②は妥当である。

しかも、判決は指摘していないが、本件では、夜8時からの営業禁止措置がとられているが、新型コロナが夜8時に動き出すわけではなく、昼間でも、ランチや宴会などで、感染防止対策を講じなければ新型コロナの感染が拡大するから、夜8時以降だけの休業命令には合理的根拠はない（拙著135頁）。

営業を規制するなら、昼夜を問わず、ある程度の感染拡大を惹起する営業形態（バーなどの密着する業種、カラオケ、宴会、長時間の密着した食事・飲酒など）に絞るべきである。

この意味で、夜間の時短命令は的外れである。

③では、時短命令に従わなかった約2000の店舗の中で、原告の店舗は1%であるからとするが、それなら、2000の店舗がみな時短命令に応じなかったら、どうなるのか。それぞれの店舗が感染拡大を防止する措置をきちんと講じていれば、それがいくら多くても、感染拡大にはつながらない。

③では、人流増大が市中の感染リスクを高めるかという問題である。都は一時百貨店などに人流抑制のためとして休業を求めていたが、百貨店に来る人が増えても、市中感染が増大するほど新型コロナは感染力が高くはない。全く、科学的根拠を欠いている。現に都はそのことが分かったのか、その後は、百貨店への休業要請をやめている（拙著137頁）。

したがって、人流増大が市中の感染リスクを高めるかどうかについて、原告の店舗はごく少数であるからという理由でその可能性を否定するのは問題提起の仕方が間違っている。

そうすると、この時短命令は、緊急事態宣言解除直前の4日間にだけ発する必要性がないだけでなく、そもそも感染防止対策を講じた店舗についてはそれが何社であろうと、必要性を欠いたものである。

4日間に限定されていることを特に時短命令の違法性の根拠としたのは、原告がそれを争点にしたからであるが、そもそも、上記のようにこのような時短命令は最初からおよそ必要性がなく、違法であったのである。③、④は付け足しと理解する。

4 原告の主張する理由のうち、経営状況を理由とする点は排斥された。

たしかに、新型コロナ禍は、政府が惹起したものではなく、一種の天災であり、何人も感染拡大を防止する制約（財産権・営業の自由の制限）を受けるから、そのために必要な範囲内では、営業を自粛すべきで、単に経営が厳しくなるという

理由では時短命令に応じない正当な理由はない。天災による損失は、国家賠償ではなく、営業支援によるべきであり、それは損害を全部補填するものではなく、政策的に補填されるべきである。実際に業者によっては少ないという不満もあるが協力金が支給されている。逆に、どうせ8時半に閉店するのに、8時で閉店すると1日25000円も支給するコロナ特需の愚策もおこなわれている。国家賠償よりもはるかに高額で、国家補償法の体系を崩壊させる誤りである。

5 狙い撃ちの主張も排斥された。しかし、緊急事態宣言が解除される直前に、わずか4日ばかりで、何の効果があるか不明な命令を、時短に応じなかった2000以上の店舗の中で、時短を批判していた原告を中心に（他の者にも発されたとはいえ）発したことは、狙い撃ちというべきである。裁判所としては、原告の主張を全部認めなくても、必要性なしとの判断をするのだからまあいいやとバランス感覚を発揮したつもりであろうが、筋が通らないと思う。

5 国家賠償の点では、上記の2④の都知事の判断は裁量権の著しい逸脱とは言えないと判断されたが、その理由は、「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、45条3項命令自体が違法というわけではなく、本件命令が4日しか効力が生じないことが確定していたにもかかわらず、都知事が同命令をあえて発出したなどの事情の下、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」ということであるが、意味不明である。前記2②、③からすれば、命令自体が違法ではなかったのか。

この後半は、この命令に合理性がないとする前記2④と矛盾しないか。

都知事の判断は、新型コロナウイルスの感染リスクを全く科学的に考慮していないのであるから、筆者は重過失と思う。

本件では、学識経験者はこぞって命令の必要性を認めるものであったとされているが、だれが何と言おうと、政策には相応の科学的根拠が必要であるが、感染防止対策をきちんと行った飲食店に対して時短命令を発する科学的根拠が示されていないのである。その学識経験者は本当に学識を有したのか。しかも、この程

度のことは、都知事は常識としてわきまえるべきである。パチンコ店への休業要請も、全く根拠がないのにうるさく行われた。このような施策は、明白に重過失である。

判決は、「必要な感染防止対策を確実に実行することが重要とされた被告の立場」というが、「確実」とは何か。それはゼロコロナ施策であるか。しかし、いかなる施策も、反対の利益を奪うものであるから、費用対効果便益分析、リスクマネジメントが必要で、ゼロコロナ施策は不適切である。

日本人は、何かあると、ゼロ思考という思考停止に陥る。しかし、交通事故ゼロの町、津波死者ゼロの町を作るとは不可能である。それを実現しようとするれば他の大きな利益を放棄するしかない。現実には、損害をできるだけ少なく、利益をできるだけ大きくするという発想が普通なのである。

判決は、これは45条3項の命令の最初の発出事例であると述べるが、最初であろうと科学的思考はそれなりに必要である。しかも、要件該当性判断の当否のために参照すべき先例がなかったということをも都知事に過失がなかった理由に挙げているが、先例がなくても、感染拡大を惹起するかどうかという論点を検討すべきことは、行政施策として明白である。当時はまだ新型コロナの正体ははっきりしていなかったなどといわれているが、空気感染であるから、その対策を講ずべきことを求めるべきで、それをした業者を規制する理由はないのである。

日本の政府の施策はこの程度かもしれないが、それは政策担当者の資質に欠けていることを意味している。

したがって、筆者は、都知事の処置には重大な過失があると思う。