



新型コロナウイルスと自治体法務（４）

令和２年４月３０日 弁護士 吉永公平

○関係する自治体法務はまだまだある

今回は、今まであまり言及できていなかった「公の施設の利用関係」や「感染者情報の公表」等、幅広いテーマについても検討していきます。作成日時点での情報に基づく検討であり、情報は刻一刻と変わり得ること、私の勤務先を想定した内容であること（ただし、他の自治体にも参考になると思います）、私の勤務先の自治体の公式見解ではなく、私の個人見解であること（もちろん法曹有資格者自治体法務研究会の見解でもありません。前号までも同様です。）をご了承ください。

長文ですので、見出しを見て気になる部分からお読みください。

○遂に出された「全国緊急事態宣言」

政府は４月１６日に、全国を対象とする「特措法に基づく緊急事態宣言」を出しました。その結果、全ての都道府県知事が特定都道府県知事（特措法 38 条 1 項）となり、特措法 45 条 1・2 項の協力要請、3 項の指示、4 項の公表ができるようになりました（特措法 24 条 9 項の協力要請は、緊急事態宣言とは関係なく行うことができたものです）。

地域ごとに状況は異なるでしょうから、それぞれの特定都道府県知事がどのような協力要請・要請・指示・公表をするのか（又はしないのか）が注目されます。

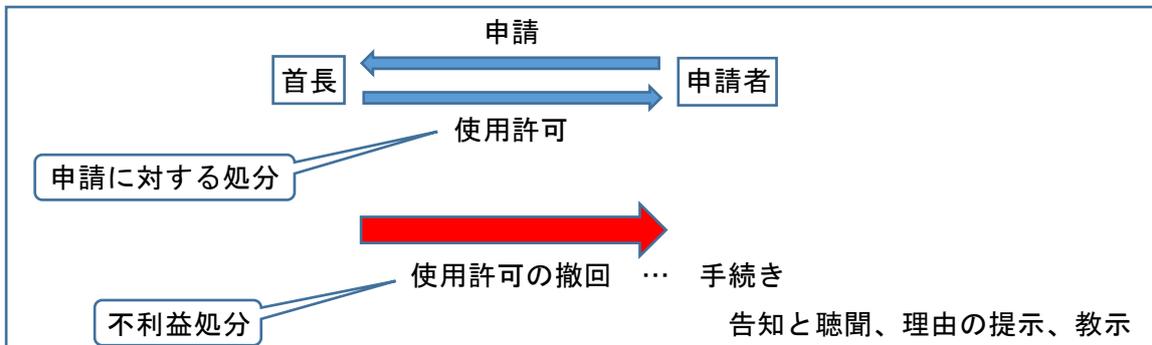
○公共施設の本来的な利用への対応

自治体には、公立会館や公立体育館等、住民一般が利用できる「公共施設」があります。このような「公共施設」を、地方自治法では「公の施設」と呼びます（244 条）。住民の利用形態として、使用許可（地方自治法 244 条の 2 第 1 項にも基づく条例の規定）を得て利用するような、いわゆる「貸館」業務があります（「貸す」ではなく「使用を許可する」ので、厳密には「貸館」ではないのですが）。公の施設の一部には、指定管理者制度を利用しているものもあります（同法 244 条の 2 第 3 項）。

首長（又は指定管理者。以下併せて単に「首長」と表現します）が、既に使用許可を得ている個人や団体に対し、使用料の還付を条件とした「利用の自粛」を求めているケースがあります。しかし、全ての方が「利用の自粛」をしてくれるわけではありません。そこで、自治体の中には、より一層の感染拡大及びクラスター発生の防止対策をとることが必要であると判断し、一定期間の「利用の休止」を決定したところもあります。

この「利用の休止」は、法的にはどのようなもののでしょうか。それは「使用許可の撤回」です（厳密には「撤回」と「取消し」は異なる法律用語ですが、この際、職員のみなさんに馴染みのある「取消し」という表現でも結構です）。すなわち、一度出した使用許可を、首長が職権で一方向的に奪い取るものです。この「使用許可の撤回」も行政処分です。そして、特措法 45 条 3 項の「指示」と同じく「不利益処分」（行政手続法 2 条 4 号に相当する行政手続条例の規定）です。よって、「使用許可の撤回」をするには、「告知と聴聞・弁明」の手続き（同法 13 条・15 条～31 条）に相当する同条例の規定。実際には弁明ではなく聴

聞（同法 13 条 1 項 1 号イ参照）や理由の提示（同法 14 条に相当する同条例の規定）が原則として必要です。また、審査請求や訴訟ができる旨の教示（行政不服審査法 82 条、行政事件訴訟法 46 条）も必要です。なお、第 2 号では言及し忘れましたが、教示は特措法 45 条 3 項の指示にも必要です。



使用許可の撤回は、手続きの問題とは別に、「そもそも撤回できるか」という問題があります。「自粛の要請が出ているのだから当然でしょう」という単純な問題ではありません。申請者が使用許可の基準を満たしていたからこそ、首長は使用許可を出したはずですが、それを撤回するためには、「使用許可の基準を満たさなくなった」ことが必要です。例えば、私の勤務先の自治体の市民会館条例 6 条は次のように定めています。

（利用の不許可）

第 6 条 会館を利用しようとする者のうち、会館の施設等を利用しようとするものが次の各号のいずれかに該当するときは、市長は、会館の施設等の利用を許可しないことができる。

- (1) 公の秩序又は善良な風俗を乱し、又は乱すおそれがあると認めるとき。
- (2) 会館をき損し又は滅失するおそれがあると認めるとき。
- (3) 会館の管理上支障があると認めるとき。
- (4) その他市長が適当でないとき。

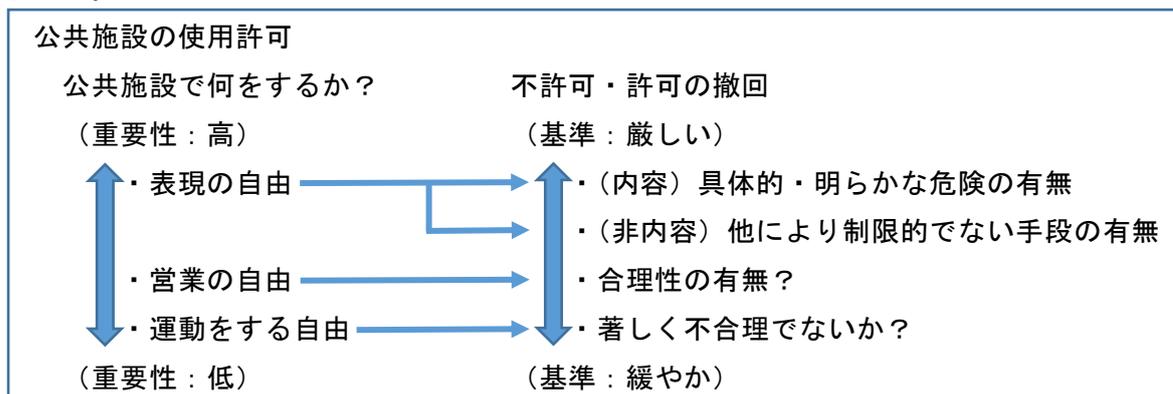
新型コロナウイルスの蔓延を防ぐことが目的ですから、6 条 3 号又は 4 号に当たると言えなければなりません。ここで、公共施設の使用を不許可にした（一旦許可をした後での撤回ではなく、最初から不許可にした）事案に関する判例を見てみましょう。最高裁平成 7 年 3 月 7 日判決と最高裁平成 8 年 3 月 15 日判決は、憲法上の人権である「集会の自由」（憲法 21 条 1 項）の重要性に鑑み、使用不許可をした自治体の条例の「管理上支障があると認められるとき」という規定は、「客観的な事実を照らして具体的に明らかに予想される危険」を回避・防止する必要性が「集会の自由の重要性」を優越することを意味すると判示しました。この「危険」は、単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りないと言われています。意外かもしれませんが、条例の文言どおり「ある程度の支障があれば不許可や許可の撤回ができるんでしょ？」という単純な問題ではないのです。

しかし、新型コロナウイルスの問題も、上記判例と同じ判断基準であるとは限りません。上記判例は、「集会の内容が原因で、部外者が集会を妨害して危険な事態となる可能性がどの程度あるか」が問題となったものです。一方、新型コロナウイルスの問題は、表現や集会の内容が原因ではなく、「いわゆる『3密』を避けられずに感染リスクが高いのではないか」という理由で使用許可を撤回するものです。このような「表現や集会の内容に着目し

ない規制」は、不許可・許可の撤回の基準が少しだけ緩やかになります（詳細は省略しますが、憲法の「違憲審査基準」の問題です）。

また、賛否両論がありますが、一般的には、憲法上の人権は、その種類によって重要性に差があると考えられています。「表現の自由（集会の自由を含みます）」（憲法 21 条）は重要性が極めて高く、一方、「営業の自由」（憲法 22 条 1 項）は少し重要性が下がります（それでも重要なのですが）。また、「運動をする自由」は憲法上に明記されておらず、「幸福追求権」（憲法 13 条後段）に含まれ得るとは思いますが、重要性はさらに下がると思われます。このような憲法上の人権の重要性に比例して、公共施設の不許可や使用許可の撤回の基準も厳しくなる（認められにくくなる）と思います。劇やコンサートの主催者が講演のために公共施設の使用許可を受けていた場合、「表現の自由」と「営業の自由」のどちらから寄りで考えるべきかは、少し悩みますが、「表現の自由」の要素は否定されないと思います。

憲法を学習された方は、本当はこれほど単純な話ではないことにお気づきだと思います。しかし、まずはみなさんに問題意識を持っていただくために、あえて単純化してお伝えしました。



また、このような「危険＞自由」の検討に際しては、上記判例が述べるポイントを考慮しなければ、判断過程に看過し難い過誤・欠落があるとして、行政に認められた裁量権の逸脱・濫用に当たり、違法と評価されるおそれがあります。「後で」ではなく、「使用許可の撤回を出す時」までに、このような検討を十分に行わなければなりません。この問題は、行政法における「行政裁量」というテーマです。

○公共施設の営業の縮小・休館によるテナント等への影響

<使用料・賃料の減免の要否>

公共施設の一部において、行政財産の目的外使用許可（地方自治法 238 条の 4 第 7 項）や行政財産の余裕部分の貸付け（同法 238 条 2 項 4 号、民法 601 条）により、レストランや売店をテナントとして入っていたり、自動販売機等を設置していたりすることがあります。通常であれば、自治体は使用料（地方自治法 225 条、228 条に基づく行政財産目的外使用料条例等の規定）や賃料（民法 601 条）を受け取ります。しかし、自治体の判断で公共施設の営業を縮小して、レストラン等の来客が減少したり、公共施設を休館して来客がゼロになったりすることがあります。この場合でも、レストラン等が完全に撤収するわけではないため、使用許可や賃貸借契約は継続されます。とはいえ、使用料や賃料の金額は

そのままでいいでしょうか。

新型コロナウイルスの影響による公共施設の営業の縮小や休館が、「不可抗力」によるものではなく、あくまで自治体の判断（都合）によるものであるとすれば、その結果としてレストラン等の収益が悪化したこととなります。そうであれば、自治体は使用料や賃料について一定程度の「責任」を負うべきように思われます。使用料であれば、行政財産目的外使用料条例等に、「首長は、生活保護法(昭和 25 年法律第 144 号)の規定に基づく生活扶助その他の保護を受けている者、その他特別の事情があると認める者に対しては、使用料を減免することができる。」といった規定があると思われますので、この「特別の事情」に当たるとする余地があります。

使用料を既に受領済みの場合は、行政財産目的外使用料条例等に「既に徴収した使用料は、還付しない。ただし、首長が特別の事情があると認める場合は、その全部又は一部を還付することができる。」といった規定があるでしょうから、「特別の事情」に当たるとして還付すればいいでしょう。

賃料であれば、公共施設の営業の縮小につき、借地借家法 32 条 1 項本文の賃料増減額請求が参考になります。同項本文は、「建物の借賃が、土地若しくは建物に対する租税その他の負担の増減により、土地若しくは建物の価格の上昇若しくは低下その他の経済事情の変動により、又は近傍同種の建物の借賃に比較して不相当となったときは、契約の条件にかかわらず、当事者は、将来に向かって建物の借賃の額の増減を請求することができる。」と規定しています。公共施設の営業の縮小の影響による来客の大幅な減少は、「その他の経済事情の変動」に当たるとする余地があり、そのことを踏まえた賃料減額の変更契約をすることが考えられます。

公共施設の休館における賃料であれば、自治体がレストラン等に対して負う「利用者が来ることを前提としてスペースを利用させる」義務を果たしていない（＝契約違反）といえますので、変更契約をするまでもなく、賃料を請求することはできないでしょう（念のため確認的に変更契約をしても問題ありません）。公共施設の開館時間の短縮は、上記の賃料増減額請求にとどまらず、休館の割合的な問題と考えることもできそうです。

公の施設の利用の対価

- ・ 目的外使用許可 … 使用料の減免（行政財産目的外使用料条例等の規定）
- ・ 賃貸借契約 … 営業の縮小：賃料減額請求（借地借家法 32 条 1 項本文）を踏まえた変更契約

休館：自治体の契約違反なので当然に賃料×（変更契約でも可）

賃貸借契約については、薬院法律事務所HP「コロナウイルスによる売上減少に対し、家賃の減額請求ができるか？」や同HP「緊急事態宣言でテナントビルが閉鎖された場合、賃料は発生するか？」も参考になります。

減免する金額は、「何となく半額」等といった感覚的なものではなく、客観性のある基準によって決めるべきです。厳密に「現在のこのスペースの価値（時価）はいくらか」を算出することは困難でしょう。たとえば、来客数や売上金額の減少率、営業時間等に比例させるといった基準が考えられます。公共施設の休館であれば、営業は一切できないので、休館期間中は全額免除が考えられます。

＜補償の要否＞

レストラン等への対応は、使用料や賃料の減免のみで足りるでしょうか。それとも、営業補償まで必要でしょうか。

行政財産の目的外使用許可に関しては、使用許可の取消し（厳密には「撤回」）がされた場合につき、判例があります。裁判所は、①公用若しくは公共用に供するため必要を生じたときは、使用許可を取り消す（厳密には「撤回する」）ことができること（地方自治法 238 条の 4 第 9 項）、②使用料は賃料に比べてかなり安価であること等の理由から、使用許可を得た者の立場は「強くはない」と位置付けて、原則として営業補償は不要と判示しています（最高裁昭和 49 年 2 月 5 日判決）。例外的に補償が必要なのは、使用許可が取り消される（撤回される）までの間に、初期投資費用さえ回収できなくなるような場合に限られます。

公共施設の営業の縮小や休館であれば、それらの対応が解除された際には、再びレストラン等も通常営業が可能です。そのため、「初期投資費用さえ回収できなくなる」という事態を想定する必要はありません。よって、上記判例と同様の考え方によれば、なおのこと営業補償は不要となります。

一方、賃貸借契約であれば、上記判例の①②の理由は当てはまりません。そうすると、営業補償が必要になるのではないかと（さらには、第 5 号で取り上げる「補償」ではなく、議決が必要な損害賠償ではないか）…という点は、より真剣に検討しなければならない問題だといえそうです。

公の施設の利用制限の補償

・目的外使用許可 … 原則として不要

∵①もともと撤回が想定済み、②使用料がかなり安価

・賃貸借契約 … ①②が当てはまらない ⇒ 補償（損害賠償）は必要？

○感染者情報の公表とプライバシー・営業情報の保護

「いつ、どこで、誰が感染したのか」という感染者情報は、その地域の方が更なる感染を防ぐために有益な情報であり、公表することは重要です。このような公表は、第 2 号でご説明した「制裁的な公表」ではなく、「情報提供としての公表」です。一方、感染者情報を無制限に公表すると、感染者本人や家族等のプライバシーを侵害したり、感染場所となった店舗等の風評被害に繋がったりするおそれもあり、慎重な判断が必要となります。

これまでに、災害が発生したときの「支援が必要な人（避難行動要支援者（災害対策基本法 49 条の 10）等）」や行方不明者の個人情報等を公表していいか、という問題がありました（詳細は中村健人・岡本正『自治体職員のための災害救援法務ハンドブック』8 頁～11 頁、36 頁～42 頁参照）。これまでの災害では、公表の目的は「本人や家族の利益を守るため」でした。広い意味では「本人等のため」であり、それも生命・安全のためですから、公表は正当化されやすいものです。

一方、新型コロナウイルスでは、公表の目的は「更なる感染の防止」です。そこでは「感染者本人のプライバシー」や「感染場所となった店舗等が風評被害を受けない利益」と、「その地域の方の安全・安心」が衝突します。そこで、どのような理由により、どこまで

の情報を公表すべきかは、政策論のみならず法律論としても検討が必要です。

＜厚生労働省の基本方針＞

厚生労働省は、新型コロナウイルスの感染拡大を受けて、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（感染症法）上の一類感染症に関する公表の基本的な考え方として、「一類感染症が国内で発生した場合における情報の公表に係る基本方針」（以下「基本方針」といいます。）を作成しました。この基本方針は、感染症法 16 条に基づく情報の公表に関するものといえそうです。肝心の新型コロナウイルスは、指定感染症（感染症法 6 条 8 項）とされ、当初は二類感染症（一類感染症の次に危険性が高い分類）相当の位置付けとされました。その後、徐々に一類感染症に近い位置付けに「格上げ」されてきたようです。一類感染症と指定感染症とで多少のズレはあるものの、厚生労働省としては、新型コロナウイルスに関する公表につき、基本方針を参考にするよう求めています（厚生労働省健康局結核感染症課事務連絡令和 2 年 2 月 27 日）。

基本方針の概要は次のとおりです（当該事務連絡に添付された公表基準も加味）。

公表の目的	感染症のまん延を防止し、感染症による健康リスクが個人や社会に与える影響を最小限にするため
公表する情報	感染症に関する基本的な情報 公表：居住国、年代、性別、居住している都道府県、発症日時 非公表：氏名、国籍、基礎疾患、職業、居住している市町村
	感染源との接触歴に関わる情報
	感染者の行動歴等の情報（他者に当該感染症を感染させる可能性がある時期のものに限る）

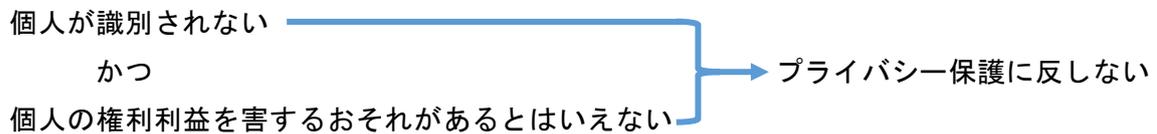
一見して気になるのは、「居住している市町村」が非公表にされていることです。たしかに、新型コロナウイルスの感染が広がり始めたころは、都道府県名は公表されても市町村名は非公表となることが多かった気がします。しかし、市町村名さえも公表せずに、感染症のまん延の防止という目的を達成できるのでしょうか。住民としては、ある都道府県内で感染者が発生したと聞いても、それが自分の住む市町村なのか否かで、受ける印象・危機感は全く異なるように思います。そして、感染者のプライバシーへの配慮が必要だとはいえ、市町村名が公表されても、感染者を特定することは困難でしょう。

ここで大切なのは、感染者のプライバシー保護を法的に整理することです。個人情報保護条例による「個人情報」の定義は、自治体によってそれぞれ異なりますが、よくあるパターンは、「特定の個人を識別することができる情報（他の情報との照合によって識別できる場合を含む）」というものです（行政機関個人情報保護法 2 条 2 項 1 号参照）。そうすると、市町村名を公表しても、感染者が誰かを識別することは困難でしょう。そうであれば、市町村名を公表すべきでない理由はなく、むしろ公表することが上記目的の達成に資するといえそうです。現在は市町村名も普通に公表されていますよね。法的にはそれでいいと思います。感染場所となった店舗の問題は後述します。

なお、情報公開条例の規定次第ですが、「特定の個人を識別することができない情報」であっても、個人の権利利益を害するおそれがあるものは、同条例に基づく公文書開示請求においては不開示となる場合があります（情報公開法 5 条 1 号柱書本文後段）。しかし、「個

人の権利利益を害するおそれがあるもの」は、個人の人格と密接に関する情報等が想定されているところ、「新型コロナウイルスに感染したこと」は、これには当たらないでしょう。

また、個人情報保護条例の規定次第ですが、感染者情報は「要配慮個人情報」（行政機関個人情報保護法2条4項「病歴」参照）に該当すると思われます。感染者情報の公表においても、個人情報保護条例における要配慮個人情報の取扱いに従う必要があります。



<2000 個問題と『今起きている問題への対応』>

感染者の情報は、主に保健所が把握しているようです。保健所ごとに、感染者情報の公表・関係自治体への提供の仕方は若干異なっているようです。情報法が専門の鈴木正朝教授は、「何をどこまで公表するか。その判断は、個人情報の保護と公衆衛生上の必要性のほか、本人のデータプライバシーの保護やメディアの報道の自由など、それぞれの価値と価値との比較衡量など専門的な見地から行う必要があります。しかし、その判断を地方自治体ごとにバラバラに委ねるべき問題なのか、地域の特性を尊重すべき問題なのかと疑問に思っています。」「広域災害やパンデミックといった問題に対しては、国が統一的なデータ収集と公表の基準を機動的に定めるべきです。」と述べています（弁護士ドットコム 2020年4月15日「感染者の情報どこまで公開？自治体ごとに対応バラバラ、鈴木正朝教授『国が判断基準示すべき』」）。各自治体で個人情報保護のルール（条例や運用）が異なることを「2000 個問題」といいます。鈴木教授の見解は正論だと思います。

しかし、現に今、「感染者情報をどこまで公表するか」という問題が起きています。そして、国からは基本方針が出されたものの、その内容は「??」です。そうであれば、やはり各自治体が「やるしかない」のです。

そこで参考になる判例があります。O-157（食中毒）とカイワレ大根の関係が公表されたことが問題となった東京高裁平成15年5月21日判決です。この判決は、公表が適法となるには、①目的、②方法、③生じた結果の観点から、是認できるものであることを要するとしています。

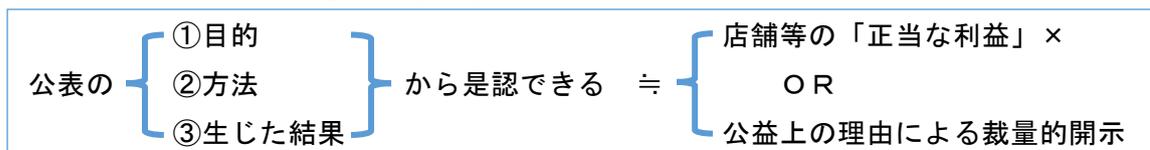
新型コロナウイルスに関しては、①公表の目的は上記のとおりであり、非常に重要だといえます。②その方法は、現在は主にPCR検査の結果が陽性であった人について公表するものであり、擬陽性の可能性を考慮しても、ある程度は正確性が担保されているといえます。③生じた結果の観点は、感染者については、感染者が識別されないような公表であれば、感染者のプライバシーを侵害することはありません。残念ながらお亡くなりになった方についても、個人が識別されない程度の情報であれば、遺族の同意がなくても公表できると考えられます。

一方、感染場所となった店舗等については、その店舗等から客が離れるという風評被害が予想されます。しかし、消毒作業等によって一定期間は営業を停止せざるを得ず、いずれにしてもある程度の客離れは避け難いこと、その店舗等の利用者にも感染リスクを伝えるという重要な効果が得られることから、是認できるものであると考えられます。

これを情報公開条例の問題に引き直すならば、情報公開条例の規定次第ですが、「感染場

所となったことを公表されない店舗等の利益」は、「当該法人等又は当該個人（※事業者）の権利、競争上の地位その他正当な利益」（情報公開法5条2号イ参照）には当たらないといえそうです。考え方によっては、当該「正当な利益」等に当たるとした上で、公益上の理由による裁量的開示（情報公開条例7条参照）と位置付けることもできるでしょう。

ただし、情報公開条例に基づく公文書開示請求は、請求者のみに対して開示するにとどまるものです。一方、公表は、広く社会一般に伝えることであり、公表の方が店舗等への不利益が大きくなることには注意が必要です。そのため、情報公開条例上は開示となるからといって、当然に公表までできるかは、慎重に考える必要があります。その際に参考になるのが、上記判例の考慮要素①～③です。



しかし、現実には、「社内でクラスター発生か 企業名公表に同意せず操業継続 姫路」といったニュースも聞こえてきます（神戸新聞NEXT2020年4月23日）。「制裁的な公表」ではなく、当該企業以外の方に警戒を促すための「情報提供としての公表」であれば、（無条件ではないものの）上記の事情から、企業の同意がなくても公表できるように思われます。まだ「今さら特定の企業に関して警戒を促しても、もはや手遅れ」という段階には至っていないはず（そう信じたいところです）。

○単価契約の誤解

自治体では、「講座1回当たり〇円の委託料とする講師委託契約を、1年間の『単価契約』で締結していました。新型コロナウイルスの関係で3月の講座を中止にしましたが、委託料は講座を実施する度に加算されるので、3月分の委託料は支払わなくていいですよ。」と言いたくなるケースもあると思います。私から、「講座の実施予定日・回数は契約書で決まっているのですか。」と尋ねて、答えはイエスだったとします。そうだとすると、私は「契約書には『単価契約』と記載されていても、それは本当の意味での『単価契約』ではなく、『総価契約』です。」答えることになります。みなさんは「??」となりませんか。

「単価契約」とは、言葉どおり、契約対象の物又はサービスの単価について決定する契約です。しかし、「リンゴ1個当たり100円で、10個買います。」という売買契約も「単価契約」なのではないでしょうか。そうではありません。「単価契約」と対比される「総価契約」を理解すれば、「単価契約」がよくわかります。「総価契約」とは、契約対象の物又はサービスの総額について決定する契約です。そして、「単価契約」は「総価契約」ではないのです。すなわち、「単価契約」は、契約上数量を決定することができないものについて、契約において単価を約し、代価の支払は、期間を画して供給を受けた実績数量を乗じることにより得られる額とするものです（確井光明『公共契約法精義』378頁・379頁）。なお、「単価契約」は、国の契約につき「予算決算及び会計令」80条1項ただし書に規定がありますが、自治体の契約につき法律上の規定はありません。自治体によっては、契約規則に国と同様の規定がある場合もあるでしょう。

講座の実施予定日・回数が契約書で決まっているということは、「契約上数量を決定する

ことができる」わけですので、「総価契約」です。よって、「講座を実施しなければ委託料は不要」と単純に処理できるものではなく、契約上決まっている「総価」としての委託料のうち、中止にした講座分を支払う義務があるか否か（それは民法 536 条 2 項の適用の有無で決まります）という、「普通の危険負担の問題」だったのです。

総価契約 … 【単価×数量＝総価】が決まっている。

⇒ 発注ストップは危険負担の問題。

単価契約 … 【単価】は決まっているが、【数量・総価】は決まっていない。

⇒ 発注ストップは「発注義務があるか」の問題(契約ごとに決まる)。

発注義務がなければ、危険負担とは関係なく、代金を支払う必要なし。

※単価が決まっているからといって、単価契約とは限らない。

○補助金と危険負担

自治体が締結した契約の影響について、これまでは委託契約（請負契約又は委任契約）や賃貸借契約を例に解説していました。しかし、それ以外の契約にも影響は及び得ます。たとえば補助金です。補助金の交付は、後述する例外（行政処分・法定の法律関係）を除けば、贈与契約によって行われます（民法 549 条）。

そして、「〇〇をしたら補助金を交付する」という条件付きのものであれば、「負担付き贈与契約」に当たります（民法 553 条）（確井光明『公的資金助成法精義』189 頁）。無条件でもらえるのが「普通の贈与契約」、〇〇をしないともらえないのが「負担付き贈与契約」です。この「〇〇をしなければならない」というのが、もらえる側にとっての「負担」です。「〇〇をしたら金銭を支払う」という点では、委託契約も負担付き贈与契約も共通しています。そこで、負担付き贈与契約では、委託契約をはじめとした「双務契約」（お互いが債権債務を有し合う契約）に適用される規定が原則として準用されます（民法 553 条）。その結果、今まで解説してきた「危険負担」（民法 536 条 1 項・2 項）も適用されます。

このような理解を前提とすると、贈与契約のうち負担付き贈与契約において、「自治体の都合でやめさせたものは、自治体が責任を負う」という民法 536 条 2 項の処理が行われます。すなわち、「節約できた経費等」を控除した上で、補助金を交付します。また、「自治体の都合でやめさせたものでなければ、自治体は責任を負わない」場合は、民法 536 条 2 項は適用されないため、補助金を交付しません（民法 536 条 1 項）。

また、行政処分（申請に対する処分）による補助金は、上記「負担」が「附款」という名称に代わります（民法に規定はなく、行政法の理論です）（小滝敏之『補助金適正化法解説（全訂新版（増補版））』148 頁（※手元に最新版がなくて恐縮です））。細かい話は省略しますが、「附款」の処理についても、自宅待機と給料の問題のときのように、民法 536 条 2 項が「類推」適用されると考えられます。その結果、負担付き贈与契約と同様の処理になるはずですが、法定の法律関係による補助金（法律・条例の規定から、直ちに補助金を受け取る権利が発生するもの）も、結論は同様です。

○自宅待機の法的な位置付け

第2号「前号の補足②～公務員と民法536条1項・2項の関係～」において、公務員が自宅待機となった場合の考え方につき、民法536条（類推適用）に加えて、職務命令、職務専念義務の免除、特別休暇を少しだけ指摘しました。その点を詳しく解説します。

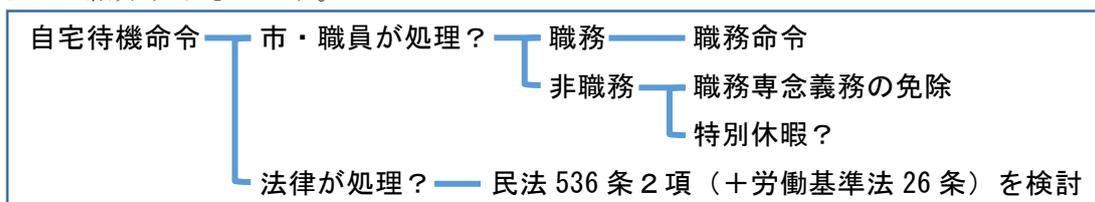
民法536条の「危険負担」の制度は、「業務・給料」問題においては、「当事者の合意等によって処理されていない場合、民法ならどのように処理されるか」というものです。そうであれば、民法（労働基準法26条も）以外で処理されるのであれば（労働基準法26条には違反できませんが）、理屈上はそちらが優先的に適用されるともいえそうです。たとえば、職務命令、職務専念義務の免除、特別休暇です。

自宅待機（在宅勤務とは異なります）が「自宅で待機して、いざとなったらいつでも登庁できるように準備しておく」という意味であれば、まさに「勤務場所が自宅、職務内容が待機という『職務そのもの』」となります。この場合は給料10割が支払われます。

一方、自宅待機が「自宅にいればよく、いつでも登庁できるように準備しなくていい。」という意味であれば、職務専念義務の免除（職免）（地方公務員法35条、職員の職務に専念する義務の特例に関する条例2条4号）又は特別休暇に当たるのかもしれませんが。職免も特別休暇も、給与条例の規定次第では、給料の減額は無い場合もあります。

特別休暇は、職員が新型コロナウイルスに感染した疑いがある場合等は、「出勤困難」等の特別休暇（勤務時間、休暇等条例と同条例施行規則）に当たるとする自治体もあるでしょう。一方、「自治体の都合による場合」が特別休暇のいずれかに当たるのかは、よくわかりません。

ご注意いただきたいのは、職員に自宅待機をしてもらう場合があり得るとして、それを職務命令・職免・特別休暇のいずれで行うか（又はその他の処理をするか）は、一律には決まっていないうし決められなさそう、ということです。本号は「あり得る選択肢」を私なりにご紹介するものです。



○外郭団体の休業手当と「故意・過失又は信義則上これと同視すべき事由」

私の見解では、職務命令・職免・特別休暇のいずれにもよらずに職員を自宅待機させた場合、それが「自治体の都合」によるものであれば、民法536条2項により賃金10割が支払われます。一方、自治体の委託先の民間企業等においては、「自治体の都合」で委託業務を中止させた場合、「委託先の民間企業等の都合」ではありませんので、民法536条2項は適用されない（労働基準法26条の休業手当6割以上が支給される）と考えられます。すなわち、委託先の民間企業等に「帰責性」＝「故意・過失又は信義則上これと同視すべき事由」（谷口知平ほか『新版注釈民法（13）債権（4）（補訂版）』684頁参照）があるとはいえない、というものです。（※第3号でお伝えしたように、厚生労働省や経営者側弁護士の見解は、私の見解とは異なります。）

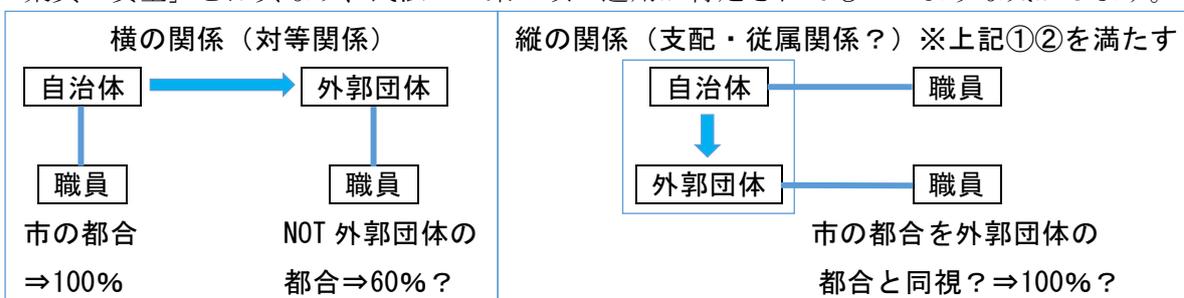
では、委託先や指定管理者が民間企業等ではなく、「自治体の100%出資法人である外郭

団体」であればどうでしょうか。素直に考えれば、委託業務や指定管理業務の中止は、「自治体の都合」によるものであり、「外郭団体の都合」によるものではないため、民法 536 条 2 項は適用されない（労働基準法 26 条の休業手当 6 割以上が支給される）こととなりそうです。

しかし、次のようなケースではどうでしょうか。親会社Aが 100%子会社Bを設立し、100%子会社Bは親会社Aから委託された業務のみを行っていたとします。「親会社Aの都合」で業務を中止した場合、それは「100%子会社Bの都合」ではありませんので、100%子会社Bの従業員の賃金には民法 536 条 2 項は適用されない（労働基準法 26 条の休業手当 6 割以上が支給される）、という結論でいいのでしょうか。賃金 10 割の支払いを免れるための「脱法行為」であるとまではいわないものの、実質的には、親会社Aが 100%子会社Bの従業員を雇用している（少なくとも、その命運を握っている）のほとんど変わらないのではないのでしょうか。少し難しい話ですが、このような場合に「法人格否認の法理」（民法 1 条 3 項）を適用するか否かを検討する余地もありそうです。

しかし、もっとシンプルに考えると、民法 536 条 2 項の「債権者の責めに帰すべき事由（帰責性）」とは、上記のとおり「債権者の故意・過失又は信義則上これと同視すべき事由」です。そこで、①100%子会社であること、②親会社から委託された業務のみを行っていること、という 2 つの要素を満たせば、「債権者（100%子会社）の故意・過失そのものではないが、信義則上これと同視すべき事由」といえるかもしれません（この見解には、いつも以上に自信がありません）。

そうすると、①自治体の 100%出資法人である外郭団体であること、②自治体から委託・指定管理者として指定された業務のみを行っていること、という 2 つの要素を満たす外郭団体であれば、「自治体の都合」による業務の中止であっても、外郭団体の職員との関係において、「外郭団体の故意・過失そのものではないが、信義則上これと同視すべき事由」といえるかもしれません（これまた自信はありません）。少なくとも、職員の人件費を自治体から 100%補填されていて財政的独立性がなく、かつ、業務の遂行は自治体の意向によってほぼ決まるといった、業務遂行上の独立性に乏しいような外郭団体（わかりやすくするために表現がキツくて恐縮ですが）においては、「自治体から委託を受けた民間企業等の従業員の賃金」とは異なり、民法 536 条 2 項の適用が肯定されてもいいような気がします。



ただし、その結論は、「外郭団体の職員は民間企業の従業員よりも優遇されているのか」というものであり、その点に少しためらいが残ってしまいます。

なお、自治体の外郭団体か否かに関わらず、指定管理者一般の話としては、一般社団法人指定管理者協会から「新型コロナウイルス感染症（COVID-19）の拡大に伴う指定管理施設の対応に関するお願い（第 3 報）」が出されています（ウェブ上で確認できます）。指定

管理を実施している部署は、ぜひご確認ください。

○職務命令と感染リスク

このような時でも（このような時だからこそ）、私たち職員は住民のために職務に従事しています。しかし、私たち職員も新型コロナウイルスの感染リスクから完全には逃れられません。職員同士、そして住民（子どもから高齢者まで）と接近する度に、感染リスクが生じているといわざるを得ないでしょう。

では、私たち職員は「感染リスクが怖いから仕事はできません」と言えるでしょうか。

「職員は、その職務を遂行するに当って、法令、条例、地方公共団体の規則及び地方公共団体の機関の定める規程に従い、且つ、上司の職務上の命令に忠実に従わなければならない」のです（地方公務員法 32 条）。ただし、上司の職務上の命令に「重大かつ明白な瑕疵」がある場合には、職員はこれに従う義務を負いません（橋本勇『新版逐条地方公務員法（第 4 次改訂版）668 頁』）。組織としての自治体は、職員の安全に配慮する義務がありますので（信義則上の義務。労働安全衛生法 3 条 1 項も参照）、あまりにも職員の安全への配慮が欠けている場合には、「重大かつ明白な瑕疵」があるといえる場合もあるでしょう。

また、命じられた職務の重要性も、「危険が完全には避けられない職務命令に従う義務」の有無に影響を及ぼすように思われます。「不要不急」の職務のために大きな危険にさらされることは、職員であっても避けるべきでしょう。奈良市は、市職員に感染者が出たわけではないものの、「不特定多数人が訪れる窓口業務は感染リスクがある」として、4 月 22 日から 5 月 6 日までの間、緊急性のあるもの以外の窓口業務につき、郵便や電話で対応することとし、窓口の原則閉鎖を実施しています。

最高裁昭和 43 年 12 月 24 日判決は、旧電電公社（現 NTT）の従業員につき、従業員が本来予想し得ない危険について、万全の配慮をしたとしてもなお避け難い場合は、その意に反して義務の強制を余儀なくされるものとは断じ難いと判示しています（ぎょうせいオンライン 弁護士法人淀屋橋・山上合同「感染症リスクと労務対応 第 10 回 緊急事態宣言が出された場合、企業がとるべき対応とは？」を読んで、この判例を知りました）。しかし、新型コロナウイルス自体は世界全体で「想定外」であるとはいえ、「重大な感染症が発生したときも、公務員は社会の基盤を維持するために、安全に配慮しながら原則として職務を遂行する」ことは、予想し得た危険であるといえるのかもしれませんが。

なお、最も危険な職務に従事しているといえそうな自衛隊員は、「事に臨んでは危険を顧みず、身をもって責務の完遂に努め、もつて国民の負託にこたえることを期する」ものとされています（自衛隊法 52 条）。

私自身は本格的な災害対応に従事したことがなく、大雨注意報や台風の際に市役所に詰めていた程度の経験しかありません。現在も、市役所の自席にすることが多く、保健所・公立病院・学校・保育園や窓口業務等に対応されている職員のみなさんに比べれば、「安全な場所でヌクヌクしている」に過ぎません。そのような私が言うことに説得力はないのですが、「安全を前提とした上での努力」が私たち職員には求められています。

○特措法 45 条 4 項の公表の注意点

＜法律・条例の根拠の有無＞

第2号でもお伝えしましたように、特措法45条4項は「制裁的な公表」ではなく「情報提供としての公表」として規定されているはずですが、同項は、「特定都道府県知事は、第2項の規定による要請又は前項の規定による指示をしたときは、遅滞なく、その旨を公表『しなければならない』」と規定しています。「制裁的な公表」であれば、制裁をするか否かにつき、特定都道府県知事に裁量が認められるはずですが、しかし、同条4項は「公表しなければならない」と規定し、特定都道府県知事の裁量を否定しています。『逐条解説新型インフルエンザ等対策特別措置法』も「利用者のため、事前に広く周知を行うことが重要である」として、「情報提供としての公表」であることを想定しています。

しかし、国が定めたガイドラインに沿って、一部の特定都道府県知事が行った公表は、休業要請の実効性を高めるための「制裁的な公表」と捉えられる可能性があります。

「制裁的な公表」には法律・条例の根拠が必要です。しかし、特措法45条4項は、「制裁的な公表」の法律・条例の根拠にはならない可能性があります。

＜行政裁量の逸脱・濫用の有無＞

元大阪府知事・元大阪市長の橋下徹弁護士は、特措「法45条2項3項で休業要請・指示をした場合には法45条4項によって『遅滞なく』『公表しなければならない』となっているんやで。公表することは『義務』だから全国の知事が続々と公表し始めた」と述べています（中日スポーツ2020年4月28日「橋下徹氏『知事に責任を負わせ政府は知らん顔』パチンコ店公表で針のむしろの大阪府・吉村知事に助け舟」）。特措法45条4項によれば、要請・指示をしたら公表せざるを得ないのだから、特定都道府県知事に公表しないという選択肢はなく、公表しても特定都道府県知事に責任は生じないとも思われます。

しかし、行政が行う活動には、「行政裁量の逸脱・濫用によって違法となる」場合があります。その一つが「法律の目的違反」です。最高裁昭和48年9月14日判決は、職員の分限制度（地方公務員法28条）の目的と関係のない目的や動機に基づいて分限処分をすることは許されないと判示しています。分限制度の目的は、公務の能率の維持及びその適正な運営の確保であり、制裁の趣旨を含むものではありません。そのため、職員の懲戒制度（同法29条）のような制裁の目的や動機に基づいて分限処分をすることは、「法律の目的違反」として違法となるはずですが。

この判例のように、「制裁的な公表」をする目的で、特措法45条4項に基づく「情報提供としての公表」をすると、「法律の目的違反」にならないか、私は危惧しています。特措法上は、要請・指示が主たるものであり、公表は住民に対する「情報提供としての」ものとして、従たるものと位置付けられています。「制裁的な公表」を主たるもの位置付けて、そのような公表をするために、従たるものとして要請・指示をするのであれば、主従逆転となってしまっていないか、という疑問もあります。

また、佐藤みのり弁護士は、「パチンコ店の店名公表についても、休業要請をした店名を広く市民に伝え、それらの店に入店しないよう呼びかけるという情報提供として行われたものでしょう。結果として公表された店は、社会から非難されることとなり、事実上、制裁としても機能しているように思います」と述べています（オトナンサー2020年4月30日「店名公表のパチンコ店、『行き過ぎ』として損害賠償訴訟を起こせる？勝つ可能性は？」）。

この見解は、特措法 45 条 4 項の公表には、「情報提供」と「制裁」の両面があるものの、主たる目的は「情報提供」であり、「制裁」は結果的に生じるもの（目的に含めるとしても、従たるものにとどまる）だと整理しているものと評価できます。ただし、佐藤弁護士は、詳細な理由付けの上、公表は適法だと結論付けています。

なお、橋下弁護士は、「これは制裁的な意味もあるが、権力を行使した場合にはそれを公表させることで『権力を監視する』必要があるとして義務付けた」とも述べています（同中日スポーツ記事）。このような公表は、「制裁的な公表」にとどまらず、「行政の説明責任を果たすための公表」でもあるという主張であり、その点では注目に値します。

<事前手続きの要否>

第 2 号でお伝えしたように、「制裁的な公表」は、事前に「告知と聴聞・弁明」の手続きを講じるべきであるともいわれています。この点につき、憲法が専門の右崎正博名誉教授は、特措法 45 条 4 項の公表につき、「店名の公表は事業者の経済的な自由を奪う制裁的な措置だ。事前に事業者側に公表の理由を丁寧に説明し、公表に至る議論の過程も明確に示すべきだ。今回はあまりに唐突に公表に踏み切っており、行政の裁量権を逸脱しているおそれがある」と指摘しています（朝日新聞DIGITAL2020年4月23日「大阪府、休業応じない店公表へ 隣県はパチンコ遠征警戒」）。事前手続きの必要性を法律レベルで主張されているものといえます。

佐藤弁護士は、「報道によると、大阪府は政府のガイドライン通り、実地調査をして、対象施設への事前通知を行い、再三協力を求めたにもかかわらず、従わなかったパチンコ店について公表を行っています。また、専門家の意見も踏まえた上で、特措法 45 条の要請に踏み切っており、手続き面で問題はないように思います」と述べています（上記オトナンサー記事）。

私も、報道で見聞きする限りの情報に基づく判断ですが、ある程度の事前手続きは履践していると評価できるように思います。

<その他の識者の見解>

元鳥取県知事の片山善博教授は、「知事には法律で権限が与えられており、どうしても要請に応じない場合は、指示や公表を堂々とすればいい。緩やかな対応だと今のような状態が長期間続く恐れがある」と述べ、公表に肯定的のようです（共同通信社 2020 年 4 月 24 日『「強権発動」に温度差 訴訟の恐れ、様子見も『コロナ特措法 45 条』』）。しかし、知事に法律で与えられた権限は、「情報提供としての公表」についてではないでしょうか。

行政学が専門の新藤宗幸教授は、「店名公表は一種の制裁手段で、行政は強い措置にもっと慎重になるべきだ。感染終息後に権力を露骨に行使できるような雰囲気は社会に広がらないか心配だ」と述べ、公表に否定的のようです（同共同通信社記事）。しかし、まさに今が権力の行使のし時であり、感染終息後の雰囲気への心配を優先する時間的猶予は、もはや日本には残されていないのではないのでしょうか。

<どうすればいいのか>

この原稿を書いている最中に、大阪府知事等が一部のパチンコ店を公表し、他の一部の知事も追随しました。上記の問題をクリアするには、①実施した公表が、少なくとも主たる目的としては「制裁的な公表」ではなく、「情報提供としての公表」であることを明らか

にするか、又は、②「制裁的な公表」を可能とする法律がないので、急いで条例を制定し（長の専決処分（地方自治法 179 条 1 項）も選択肢？）、事前手続きも行うか（緊急事態で省略可？）、のいずれかの対応が必要だと思います。大阪府等は①を選択したということでしょうか。それとも、特措法 45 条 4 項は、主たる目的が「制裁的な公表」でも大丈夫だという判断でしょうか。また、②なら市町村でもできるのでしょうか（法律と条例の関係の問題です）。

<内閣官房の事務連絡>

内閣官房新型コロナウイルス感染症対策推進室長から、都道府県知事宛ての事務連絡令和 2 年 4 月 23 日「第 45 条の規定に基づく要請、指示及び公表について」が出されました。これが上記「国が定めたガイドライン」でしょうか。同事務連絡では、特措法 45 条 2 項の要請は行政指導、同条 3 項の指示は行政処分（不利益処分）に当たること、指示は不利益処分に関する事前手続き（弁明の機会の付与）が原則として必要であることが示されています。一方、同条 4 項の公表については、事前手続きの要否は言及されていません。内閣官房も、同項の公表は「制裁的な公表」ではなく「情報提供としての公表」と整理しているのでしょうか。

○特措法の改正

新型コロナウイルス対策担当大臣は、特措法 45 条 3 項の「指示を出しても、指示に従わない施設が多数発生する場合は、罰則を伴うより強制力のある仕組みの導入、法整備について検討を行わざるを得なくなる」と述べたそうです（毎日新聞 2020 年 4 月 27 日「西村担当相『休業応じないパチンコ店に罰則検討も』特措法改正の考え明かす」）。政策の実効性の確保手段は、アメ（補助金や休業補償、表彰等）とムチ（義務付けや罰則、制裁的な公表等）がありますが、追加手段にはムチが選ばれそうなのですね。

○条例の制定・改正

第 1 号でご紹介した名古屋市条例の制定後に、東京都でも新型コロナウイルス関係の条例が制定されています。一つ目は「新型コロナウイルス感染症対策条例」です。名古屋市条例と同様に、都民及び事業者に対し、新型コロナウイルス感染予防・感染症対策への協力につき「努力義務」を課すものです。この条例は、緊急事態ということで議会を招集せずに行える「都知事の専決処分」（地方自治法 179 条）で制定されました。

また、東京都は「東京都における新型コロナウイルス感染症のまん延の影響を受けた者の権利利益の保全等を図るための特別措置に関する条例」も制定しました。こちらは議会の議決を経ています。行政上の権利利益に係る満了日の延長と、期限内に履行されなかった行政上の義務の免責について規定しています。「特定非常災害の被害者の権利利益の保全等を図るための特別措置に関する法律」（特措法 57 条によって新型コロナウイルス関係にも準用され得るもの）と同様の規定です。「特定非常災害～特措法」は法令に基づくもの、「東京都～特措条例」は条例等に基づくものについて適用されます。このような条例を制定していない自治体では、行政上の権利利益に係る満了日や、期限内に履行されなかった行政上の義務の取扱いはどうなるのでしょうか。