



新型コロナウイルスと自治体法務（５）

令和２年４月３０日 弁護士 吉永公平

○本号は毛色が違う

本資料は、第１号～第４号がそうであったように、「職員のみなさんにとって今すぐ役立つこと」をお伝えすることを目的としています。しかし、本号は違います。「職員のみなさんにとって今すぐ役立つわけではないが、誰かが問題提起をした方がいいのではないか。」
「国が決める問題だが、私たち地方公務員も（というよりはいち国民として）知っておくべきではないか。」という内容です。そのため、第４号と同時発行ながら、別立てで第５号にしました。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をご了承ください。

○要請・指示と補償

「自粛と補償はセット」という国民の声は、日に日に強まっています。この「補償」は、第２号でお伝えしたように、①「法的に必須のもの」と②「法的に必須ではないもの」の２種類があります。①は、憲法や行政法を学ぶと登場する「損失補償」というものです。憲法 29 条 3 項が大元の根拠となります。同項は「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる。」と定めています。この規定は、「公益実現のために受忍限度を超えた『特別の犠牲』を受けた者に対しては、損失補償をしなければならない」というものです。土地収用法のように個別法で損失補償が規定されている場合もあります。しかし、そのような個別法の規定がない場合でも、憲法 29 条 3 項を直接の根拠として、損失補償を求めることができます。

損失補償は、行政が「適法」な行為をした場合に、「特別の犠牲」を受けた人に金銭を支払うものです。行政が「違法」な行為をした場合に支払う損害賠償（議会の議決が必要）とは異なる点には、注意が必要です。

私も学校ではそのように学んだものの、各種試験で損失補償が出題されることはほとんどなく、「マイナーな分野」でした。しかし、まさかここにきて損失補償が注目される（又は、今は②の補償が注目されていますが、今後は①の損失補償が注目されるかもしれない）ことになるとは、夢にも思っていませんでした。それは、まさに「自粛の要請と補償」が憲法 29 条 3 項に基づく①「法的に必須な補償」ではないか、という問題です。もし、特措法 45 条 2 項の要請や同項 3 項の指示が、特定の事業者に対して「特別の犠牲」を強いるものであるとすれば、政府は半ば否定しているようなものの（そして『逐条解説新型インフルエンザ等対策特別措置法』の解説にも反するものの）、憲法 29 条 3 項に基づき損失補償を請求できるはずです。

なお、同条 3 項の要請は行政指導に過ぎませんが、第 3 号でお伝えしたように、私は「不可抗力」になり得るものと位置付けています。そこで、同項の要請も「特別の犠牲」の検討対象に含めることにします。

＜特別の犠牲＞

そこで、これらの要請や指示が「特別の犠牲」に当たるかが問題となります。「特別の犠牲」の有無は、①侵害行為の特殊性、②侵害行為の強度、③侵害行為の目的等を総合的に

判断する必要があります（宇賀克也『行政法概説Ⅱ（第5版）505頁』（※手元に最新版がなく恐縮です）。『逐条解説新型インフルエンザ等対策特別措置法』は、①につき、「国民の多くも（中略）外出を自粛し、何らかの制約を受けることが考えられる」と述べており、その特殊性は弱い（国民一般の問題である）と考えているようです。②につき、「要請等（中略）の期間は一時的であること、（中略）罰則による担保等によって強制的に使用を中止させるものではないことから、権利の制約の内容は限定的である」と述べており、侵害行為の強度は強くないと考えているようです。③につき、感染のまん延の防止が極めて重要な目的であり、侵害行為の目的は、受忍しなければならない方向性に働くものといえそうです。

極端な例を挙げますと（もはや「極端な例」とはいえないかもしれませんが）、太平洋戦争によって国民が受けた不利益は、多かれ少なかれ全国民に生じており、損失補償は否定されています（最高裁昭和43年11月27日判決）。①侵害行為の特殊性の弱さに着目した判決といえそうです。

しかし、①休業要請を受けるのは全国民・全事業者ではありません。少数ではないながらも「一部」の国民・事業者のみであり、侵害行為はやはり特殊性が強いといえるのではないのでしょうか。また、②休業要請を受けなかった国民・事業者（私たち公務員も含まれます）は、それはそれで大変な思いをしながらですが、仕事をして収入を得られる可能性が残ります。一方、休業要請を受けた国民・事業者の経済的損失は計り知れないものがあります。上記逐条解説が想定しているような「一時的」な要請でもなくなってきました。政府や都道府県が「制裁的な公表」を行うとすると（特措法45条4項が「制裁的な公表」か否かは議論があり得ますが）、実質的には「強制的に使用を中止させるもの」といえなくもありません（罰金数十万円と公表と、どちらが事業者にとってダメージが大きいか）。このような観点からすれば、③侵害行為の目的が極めて重要であるとはいえ、①②の要素が強く働き、全国民を守るために「一部」の国民・事業者が「特別の犠牲」になっている、という気もしなくはありません。

今までも、「全国民の安全のために、一部の国民に犠牲になってもらっていたもの」があります。それは予防接種です。どうしても一定割合で副作用が生じてしまいますが、公衆衛生の観点からは、予防接種が推奨されています。予防接種の副作用については、（損害賠償か損失補償か、損失補償であるとして憲法29条3項の補償の対象は「財産」のみならず「生命・身体」も含むかといった問題はありますが、）「特別の犠牲」に当たることは概ね否定されていません（東京地裁昭和59年5月18日判決、大阪地裁昭和62年9月30日判決）。損失補償に関しては、要請や指示は、戦争被害よりも予防接種の副作用の問題に近いのではないのでしょうか。

ただし、特措法24条9項の協力要請までは損失補償は不要で、協力要請に従わないと行われる特措法45条2項の要請には損失補償が必要だとすると、施設管理者等にとっては、『協力要請』には応じないで、『要請』がされるまで待った方が、損失補償が受けられるからお得」となり、結論としては不合理とも思われます。悩ましい問題です。

＜法律家の役割＞

休業の要請や指示をすれば、憲法29条3項に基づく①法的に必須な補償＝損失補償が必要となるか否かは、日本全体を揺るがす大きな問題です。私も引き続き検討してみますが、こういう時こそ憲法学者の方々等には、「緊急事態だからといって憲法改正までは…」

という議論にとどまらず、「今起きている事態を憲法（や法律）で何とかできないか」についても活発な議論と情報発信を期待したいところです。

…と原稿を書いていたら、やっと憲法 29 条 3 項に関する憲法学者の見解に出会いました（今まで見落としていただけかもしれませんが）。渡辺弘准教授は、「憲法の理念を踏まえれば、感染症対策であっても生じた損失を補償しなければならないと解釈すべきだ」と述べています（西日本新聞 2020 年 4 月 29 日「休業に応じぬパチンコ店 経営者『店名公表は乱暴すぎる』」）。私を含めた実務家は、どうしても「実務から発想をスタート」させがちです。他の憲法学者の見解も、これからどんどん発表されることを期待しています。

さらには、佐藤みのり弁護士は、「今回の休業要請は、国民の生命や健康を守るためになされていることなどから、『公共の福祉』のための事業活動に内在する社会的制約であり、『特別の犠牲』に当たらないとされる可能性が十分にあります」と述べており（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？」）、徐々に損失補償の議論が活発化しつつあります。佐藤弁護士の見解は、『『3密』になりやすい事業を行うのであれば、感染症が発生した際には要請や指示（さらには公表）をされても仕方がないので、そのことを覚悟して普段から事業を行うように」ということでしょうか。十分にあり得る考え方だと思います。

なお、猪野亨弁護士は、「私自身は補償なき営業の『自粛』は憲法 29 条（財産権）に違反すると考えます」と述べています（弁護士ドットコム 2020 年 4 月 27 日「営業続けるパチンコ店『名前公表でむしろ行列』『補償なき休業要請』の皮肉な限界」）。しかし、憲法 29 条 3 項に基づく損失補償が法的に可能であれば、憲法以外に「損失補償が可能である」という規定がなくても、その原因となっている行為（今回は休業要請）自体は違法にならず、損失補償を請求すればいいとされています（最高裁昭和 43 年 11 月 27 日判決（上記同日付け判決とは別判決）。「補償なき自粛要請は違法」という表現には注意が必要です。

<私の見解のまとめ>

私は、政策論として「制裁的な公表」を否定しているわけではありません。しかし、特措法 45 条 4 項を素直に解釈すれば、行政法の理論や判例との関係上、単純に「制裁的な公表」として実行するには問題があると考えています。同項をそのまま適用するのであれば、少なくとも主たる目的を「情報提供としての公表」と位置付けるべきだと考えます。また、「制裁的な公表」は、法律論をしっかりと押さえた上であれば実行可能なものです。

また、政策論としても法律論としても、休業の要請や指示の積極的な活用を否定するものでもありません。しかし、法律論として、要請や指示には損失補償が必要のように思われます。また、「損失補償をするから休業してください」というスタンスで臨めば、休業に応じる事業者が増加し、政策論としても有効であると考えます。しかし、それには財政上の問題が付きまってくるでしょう。「損失補償によって感染のまん延防止と事業者・従業員の倒産防止」を図るのと、「損失補償をしないで感染のまん延防止と事業者・従業員の倒産防止が甘くなる」のと、どちらが財政的に優れているのか、専門家の分析を聞いてみたいところです。

○災害対策基本法

4 月 16 日、有志の弁護士から首相、関係省庁、主要政党等に対し、「災害対策基本法等で住民の生命と生活を守る緊急提言」が提出されました。その内容は、災害対策基本法を

活用すれば、特措法以上に「社会を救える」というものです。提言では、次のような「社会の救い方」が示されています。

自宅待機の義務付け	市長村長が住民に対し、自宅待機を「指示」できる（60条3項）。特措法では協力要請（行政指導）にとどまったものを、行政処分として実施可能。 権限者は都道府県知事ではなく市町村長。
警戒区域内の立入制限	市長村長は、警戒区域を設定し、災害応急対策に従事する者以外の者に対して立入りを制限・禁止・退去命令できる（63条1項）。 違反者には罰則あり（116条2号）。
解雇されなくても失業給付を受給可能	政令により「激甚災害」に指定されれば、「激甚災害に対処するための特別の財政援助等に関する法律」25条により、解雇されなくても失業給付（みなし失業保険）を受給可能。

同法2条1号による「災害」の定義は次のとおりです。

災害	①暴風、竜巻、豪雨、洪水、崖崩れ、土石流、高潮、地震、津波、噴火、地滑り ①´その他の異常な自然現象 ②又は大規模な火事若しくは爆発 ③その他その及ぼす被害の程度においてこれらに類する政令で定める原因により生ずる被害
----	---

「①その他の①´」は「①を具体例とするような①´」という意味であり、①´が①を包含する関係です。「★その他③」は「★+③」という意味であり、★と③に包含関係はありません（★は「〈①その他の①´〉又は②」です）。よって、「災害」とは、「①を具体例とするような①´」、②、③のいずれかに該当するものです。

新型コロナウイルスを「災害」に該当させるには、①´「その他の異常な自然災害」に当たるとするか、③政令を改正して感染症を新たに追加するか、という方法が考えられます。防災行政研究会『逐条解説災害対策基本法（第3次改訂版）』71頁では、①´「その他の異常な自然災害」の例として、冷害、干害、雹害、旋風、山崩れ、土地隆起、土地の沈降等が挙げられています。感染症はその例に含まれていないものの、災害対策基本法の目的と条文の文言からすれば、①´で十分にいけるのではないのでしょうか。もしそう考えたくないのであれば、③政令を改正すればいいでしょう。

しかし、同提言の中心になった津久井進弁護士によれば、政令の改正には「低くて厚い壁」があるそうです。一方で、「天災地変その他の災害」に際しての自衛隊の災害派遣（自衛隊法83条1項）は、新型コロナウイルス関係でも要請されているようです（東洋経済オンライン2020年4月21日「コロナで困る人に『災害対策基本法』が有効な訳」）。「これが日本の行政か…」といった「壁」ですので、ぜひこのネット記事をお読みください。

○感染者が増加する中で

緊急時において法律家ができることは、たかが知れています。人を救うのは、実際の「人の手」であり、私のような法律家の戯言ではないことを痛感します。それでも、法律家には上記提言のような役割もあるはずで、本資料も、上記提言の何百分の1かでも意義があれば、との思いで書いています。