

July 2020

2020年7月

Q&A on Laws and Regulations related to COVID-19 In Japan

In Japan, a State of Emergency was declared from April 7th to May 25th. The prefectures subject to the declaration were limited to metropolitan areas at first, but the geographic area was expanded to the whole country from April 16th. On May 14th, the declaration began to be lifted for certain prefectures in a phased manner. The declaration was lifted for Osaka, Kyoto, and Hyogo on May 19th, and finally for the Tokyo metropolitan area and Hokkaido on May 25th.

Prefectural governors requested citizens to refrain from going out and stores to suspend their business not only during the period of the State of Emergency, but also before and after such period. There were many controversies over the fact that there was no way for business operators to continue their businesses because they would generally not be compensated even if they complied, that the names of pachinko parlors were made public because they did not comply, and so on.

In this newsletter, we will briefly examine certain issues related to Japan's State of Emergency.

コロナ関連法令についての Q&A

日本では4月7日から5月25日まで、緊急事態宣言が発令されていました。発令対象の都道府県は、当初は大都市圏に限られていましたが、4月16日からは対象が全国に拡大されました。5月14日からは段階的に県毎に宣言が解除されていき、5月19日には大阪・京都・兵庫について解除され、残る首都圏と北海道も5月25日に解除されました。

緊急事態宣言発令期間中はもちろんのこと、緊急事態宣言の発令前も、解除後も、都道府県知事から市民に対する外出自粛要請や店舗等に対する休業要請が出されました。

休業要請に応じても原則として補償されないから営業を継続するしか方法がないとか、パチンコ店が自粛要請に応じないので店舗名を公表されたこと等を巡り、様々な議論を呼びました。

本ニューズレターでは、こうした議論について、ごく掻い摘まんで考察します。

Q1 While the Japanese Government instituted a State of Emergency in response to the Coronavirus pandemic which was recently lifted, it was much less strict than the "Lockdown" restrictions imposed in certain other countries, such as Italy and Spain.

Does the Japanese Government have the legal authority to institute a strict Lockdown as in other countries, and what is the legal basis for the Japanese Government being able, or not being able, to impose a strict "Lockdown" on its residents?

In Japan, the State of Emergency under Article 32 of the Act on Special Measures Concerning Measures against Novel Influenza, etc. ("Act on Special Measures") was declared during the period from April 7, 2020 to May 25, 2020. The Japanese version of declaration of a State of Emergency, outlined in the box below, was very lenient compared to the strict measures taken in Europe (especially France, Italy, and Spain) such as imposing fines for violations of curfew orders.

Q1 日本政府は、コロナウィルスの世界的流行を受けて緊急事態宣言を発出しました。先だって解除された同宣言ですが、イタリアやスペインなど一部の国で課された「ロックダウン」の規制に比べると、はるかに緩やかなものでした。

日本政府は、他国のように厳格なロックダウンを実施する法的権限を持っているのでしょうか。また、日本政府が市民に厳格なロックダウンを実施できる（又はできない）法的根拠は何でしょうか。

日本では、2020年4月7日～5月25日の期間、新型インフルエンザ等対策特別措置法（以下「特措法」といいます。）第32条に基づく緊急事態宣言が発令されていました。日本版緊急事態宣言は、概要以下のような内容であり、欧州（とりわけフランス、イタリア、スペイン）のような、外出禁止命令に違反した場合に罰金を科すなどの厳格な措置と比較すると、非常に緩やかなものとなっていました。

- The state (head of the government task force) declares a State of Emergency by designating the period and area (Article 32, Paragraph 1 of the Act on Special Measures)

- Request to Refrain from Going Out

A prefectural governor may request residents not to go out without reason except in the case where it is necessary for the maintenance of daily lives, and to cooperate as necessary in preventing infection (Article 45, Paragraph 1 of the Act on Special Measures).

- Request and Instructions for Self-restraint of Business

- When the Director of the Prefectural Emergency Response Headquarters finds it necessary to take appropriate and swift countermeasures for the new influenza, etc., related to the area of the prefecture concerned, he/she can request public or private organizations or individuals to cooperate with necessary implementation of measures against the new influenza, etc.

- With regard to facilities which a large number of persons use, such as schools, social welfare facilities and performance facilities, a prefectural governor may request the facility managers, etc. to restrict or suspend the use of the facilities (Paragraph 2 of the said Article).

- If the facility managers, etc. do not respond to the request of a prefectural governor, the prefectural governor may instruct the relevant facility managers, etc. to take measures related to the request (Paragraph 3 of the said Article).

- In addition, the request or instruction shall be publicized (Paragraph 4 of the said Article).

- 国（政府対策本部長）は、期間・地域を指定し、緊急事態宣言を行う（特措法第 32 条 1 項）

- 外出自粛要請

都道府県知事は、住民に対し、生活の維持に必要な場合を除きみだりに外出しないことその他の感染防止に必要な協力を要請することができる（特措法第 45 条第 1 項）

- 営業自粛要請・指示

- 都道府県対策本部長は、当該都道府県の区域に係る新型インフルエンザ等対策を的確かつ迅速に実施するため必要があると認めるときは、公私の団体又は個人に対し、その区域に係る新型インフルエンザ等対策の実施に関し必要な協力の要請をすることができる（特措法第 24 条第 9 項）

- 都道府県知事は、学校、社会福祉施設、興行場等の多数の者が利用する施設について、施設管理者等に対し、当該施設の使用の制限・停止等を要請することができる（特措法第 45 条第 2 項）

- 施設管理者等が都道府県知事の要請に応じない場合は、当該特定の施設管理者等に対し、当該要請にかかる措置を講ずべきことを指示することができる（同条第 3 項）

- また、この要請又は指示は公表される（同条第 4 項）

The reason why the measures are relatively lenient is that the Act on Special Measures, which serves as the grounds for the measures, only stipulates self-restraint in going out and business, and no penalties are provided for violationsⁱ.

The natural question then, is whether it is possible to tighten the applicable measures if the law is revised, which is possible as discussed below.

In Japan, it is said that the Constitution of Japan, which was established after World War II, is based upon a very cautious approach to restrictions on private rights, reflecting the history of abuse of supreme authority and administrative power in the pre-war period caused by excessive restrictions on human rights and expansion of the war. In other words, there is no provision

このような緩やかな措置となっているのは、措置の根拠である特措法において、外出自粛・営業自粛等はあくまで自粛であり、違反した場合の罰則が設けられていないためですⁱ。

それでは、法改正を行えば、措置の厳格化は可能なのでしょうか。以下に述べる通り、可能と考えられます。

日本では、戦前、統帥権や行政権の濫用が、過度な人権制約や、戦争の拡大を招いたという反省から、戦後制定された日本国憲法の内容は、私権の制約に対し、非常に慎重な考え方に基づいていると言われています。すなわち、日本国憲法には緊急事態

in the Constitution of Japan that justifies the restriction of private rights by state authorities in a State of Emergency (so-called “emergency clause”). As grounds for restricting private rights, there is an abstract clause stating that private rights may be restricted based upon the “public welfare” (Article 13 of the Constitution). However, in order to prevent the restriction of private rights from being easily implemented by this clause, courts have conducted substantial and strict constitutional review, taking into consideration the importance of the purpose of restricting private rights and the necessity of the restriction. However, even if the degree of restriction of human rights is severe, it is not considered to be unconstitutional if the measure is the minimum necessary to protect important public interests, such as public health that involves human lives. Although the current situation of infection in Japan is not so serious, in the event of a serious spread of infection in the future, as in the United States, Spain, and Brazil, it is fully expected that restrictions on going out and business activities, along with the imposition of penalties, will be considered if self-restraint in going out and business activities without penalties is not sufficient as a means to prevent the spread of infection. Depending on the situation relating to the spread of infection, such strong measures may well be interpreted as constitutionalⁱⁱ.

- i Based upon the view that the measures under the Act on Special Measures must be the minimum necessary as measures against influenza, etc., the Government needs to carefully consider the imposition of coercive measures by means of penal provisions, taking into consideration the disadvantages of such measures in a comprehensive manner (From the answer of Mr. Akira Yasui, Witness of the Government of Japan, in the Committee on Health, Labor and Welfare, House of Councilors, the 201st session of the Diet (March 31, 2020)).
- ii When asked in a magazine interview whether it was possible to order cancellation of an event, former Supreme Court Judge Tsuneyuki Yamamoto said, “I do not think it is possible to ban an event if a threat is at the present level. If the situation further progresses, the fatality rate increases, and the disease spreads rapidly and widely, prohibition of events is not impossible from the viewpoint of public welfare; however, this is an untrodden field of constitutional law.”
<https://wedge.ismedia.jp/articles/-/19156> (Japanese)

に国家権力による私権の制約を正当化するような条項（いわゆる非常事態条項）は設けられていません。また、私権を制約する根拠としては、「公共の福祉」に基づき私権を制限することができるという内容の抽象的な条項（憲法第13条）があるものの、裁判所は、同条項によって安易に私権の制約が行われることのないように、私権を制約する目的の重要性や、制約の必要性等を考慮した、実質的・厳格な違憲審査を行ってきました。

しかし、人権制約の程度が強度の措置であっても、人命にかかわる公衆衛生といった重要な公益のために、必要最小限の措置であれば、憲法に違反することはないと考えられます。現在の日本の感染状況は、そこまで切迫したものとはいえないものの、仮に今後アメリカ、スペイン、ブラジルのように深刻な感染拡大状況となった場合で、罰則の伴わない外出自粛・営業自粛では手段として不十分である場合には、罰則を伴う外出制限・営業制限が検討されることは十分に想定されますし、感染拡大の状況次第では、このような強力な措置が合憲と解釈される可能性は十分にあり得ると考えられますⁱⁱ。

- i 特措法に基づく措置はインフルエンザ等の対策として必要最小限のものでなくてはならないという考え方から、政府は、罰則によって強制力を持たせることについては、その不利益等を総合的に勘案し、慎重に検討することが必要としている（第201回国会参議院厚生労働委員会（令和2年3月31日）安居徹政府参考人の答弁より）。
- ii なお、元最高裁判所判事である山本庸幸氏は雑誌のインタビューに対して、催事の中止命令が可能であるかを問われた際に、「今の程度の脅威であれば禁止はできないと思うが、更に事態が進んで致死率が高くなり急速かつ広範囲な蔓延となれば、公共の福祉の観点から、禁止ができないわけではない。ただ、これは憲法学の未踏の分野ではある」とコメントしている。
<https://wedge.ismedia.jp/articles/-/19156>

Q2 “Administrative Guidance” is a term that is often used in Japan to describe the interaction between the Japanese Government and private industry which is outside of the Japanese court system.

What do you think the role of such Administrative Guidance has been, and will be, in connection with Japan’s response to the Coronavirus pandemic?

Q2 「行政指導」は、日本において、日本の裁判制度の枠外にある日本政府と民間企業との間の相互関係を指す言葉としてよく用いられています。コロナウィルスの世界的流行に対する日本の対応に関連して、この「行政指導」がどのような役割を果たしていると考えますか。

Based on administrative practice in Japan, public administration

日本の行政実務においては、行政指導と呼ばれる、

authorities may provide guidance, recommendations, or advice which require a specific person to carry out certain acts or omissions in order to achieve a certain administrative purpose, which is called “Administrative Guidance.” Administrative Guidance is distinguished from acts imposing obligations on the subject party based upon purely legal grounds (Administrative Disposition). It has been pointed out that Administrative Guidance has the advantages that it can respond flexibly to administrative demands since it does not require legal grounds, and that it enables smooth administrative management by avoiding conflict with the subject party since it is a soft method for requesting voluntary cooperation from the subject party. On the other hand, it has also been pointed out that Administrative Guidance has certain negative aspects associated with it, such as that it can be provided verbally without a written record, procedures are unclear, arbitrary Administrative Guidance may be given, and procedural guarantees are insufficient (in the case of Administrative Disposition, a party can bring a lawsuit for revocation or injunction; however, in general, a party cannot seek revocation or injunction even if the relevant Administrative Guidance is erroneous or illegal).

Requests under Administrative Guidance, such as business suspension requests and event cancellation requests, do not impose legal obligations on the subject party; however, such requests should be made with due consideration for fairness so as not to be arbitrary, because they may in fact create a situation in which the relevant party has no choice but to comply with the request if such party is specifically named by the administrative body (and in some cases, if it is reported by media or it attracts social attention). In relation to the Novel Coronavirus, under the declaration of a State of Emergency, it is possible to request people to refrain from going out based on the legal grounds of the Act on Special Measures. A prefectural governor may issue a request to refrain from going out or to suspend business, or instruct stores to suspend their business if they do not comply with the request without justifiable reason. In addition, if a business suspension request or business suspension instruction is given, such fact must be publicized. With respect to these measures under the Act on Special Measures, it is interpreted that the request is merely Administrative Guidance, but instruction constitutes Administrative Disposition. On the other hand, under the Act on Special Measures, the name of stores is publicized not only in the case of a business suspension instruction, which constitutes Administrative Disposition, but also in the case of a business suspension request, which is merely Administrative Guidance. In fact, the names of businesses in Japan have been publicized based on a business suspension request in most cases. For example, pachinko parlors, which had been open until they were instructed to suspend their business, insisted that they had been in operation because they would go bankrupt if they followed the instruction, which led to some controversy.

行政が一定の行政目的を実現するため、特定の者に対して一定の作為や不作為を求める指導、勧告、助言等を行うことがあります。行政指導は、法律の根拠に基づいて相手方に義務を課す等の行為（行政処分）と区別され、法的根拠が不要であることから、臨機応変に行政需要に応じることができること、相手方の任意の協力を求めるソフトな手法であることから、相手方との対立を回避して円滑な行政運営を可能にするといった長所が指摘される一方で、口頭でも行い得ることから、手続が不透明で、恣意的な行政指導が行われるおそれがあることや、手続的保障が不十分である（行政処分であれば、その取消しや差止め等を求める裁判が可能であるが、行政指導に過誤や違法があっても一般に取消しや差止めを求めることはできない）といった問題点が指摘されています。

行政指導による休業要請や催事の中止要請等は、確かに相手方に対し法的な義務を課すものではないものの、行政から具体的に名指しされることによって（また場合によっては報道されることで、社会的に注目されることによって）事実上要請に応じざるを得ない状況を作り出す可能性があることから、恣意的なものとならないよう、公平性を十分に配慮した上で、行われる必要があります。新型コロナウイルスとの関係では、緊急事態宣言下では、特措法の法的根拠に基づき、外出自粛等の要請を行うことが可能です。都道府県知事は、外出自粛要請や店舗等の休業要請を行い、店舗等が正当な理由なく休業要請に従わない場合は休業等の指示を行うことができます。また、休業要請や休業指示を行った場合はその旨を公表しなければなりません。特措法上のこれらの手段については、要請は行政指導にとどまるものの、指示は行政処分に当たると解釈されているようです。他方で、特措法上は、行政処分に当たる休業指示の場合だけでなく行政指導にとどまる休業要請の場合でも店舗名の公表がなされてしまうこととなります。実際には休業要請に基づく公表が大半でした。休業指示を受けるまで営業を続けていたパチンコ店は、休業に応じたら倒産するからやむを得ず営業を続けていると主張し、賛否両論を巻き起こしました。

In fact, even before the declaration of a State of Emergency was issued, some prefectural governors had issued their own requests to avoid social movement without any legal grounds for doing so. Such requests by prefectural governors are not Administrative Guidance because they are not made only to specific persons; however, individual requests were also made that are considered to be Administrative Guidance, such as a request to cancel certain events ⁱⁱⁱ.

Even after the complete lifting of the State of Emergency, it is assumed that requests based on Administrative Guidance, irrespective of whether they are based on the Act on Special Measures, will be fully utilized in the future. Although Administrative Guidance is expected to play a role in encouraging changes in social behavior necessary to prevent the occurrence of a second wave of the Novel Coronavirus, the public and media are required to monitor the actions of the government in order to avoid arbitrary Administrative Guidance. Furthermore, as stated above, in principle, no compensation will be paid in connection with a business suspension request, whether based on the Act on Special Measures or without specific legal grounds. Although each prefecture has its own subsidy programs, the actual situation is that such compensation is not sufficient. There are many criticisms of the current situation in Japan that people are forced to substantially suspend their businesses despite such insufficient compensation.

- iii For example, it was widely reported that Saitama Prefecture and the Japanese Government made a request to cancel the large-scale fighting event “K -1 WORLD GP” in the middle of March 2020.
<https://www.nikkei.com/article/DGXMZO57084200S0A320C2CZ8000/> (Japanese)

また、実際には、緊急事態宣言が発出される以前から、都道府県知事が法的根拠なしに独自の行動自粛要請等を発出した例もあります。このような都道府県知事による要請自体は、特定の者のみを相手方とするものではないため行政指導ではありませんが、特定の催事に対する中止の要請等、行政指導に位置付けられると考えられる個別的な要請も行われていました ⁱⁱⁱ。

緊急事態宣言が全面解除された後も、政府対策本部が設置されている間は、特措法に基づき、あるいは基づかずに、行政指導としての要請が駆使されることが想定されます。行政指導には、第二波の発生を防ぐために必要な社会行動の変容を促す役割が期待されるところですが、他方で恣意的な行政指導がなされることのないように、国民やメディアは行政の行動をモニターしていくことが求められるともいえます。また、上記のとおり特措法に基づくものであれば法的根拠のないものであれ、休業要請等に応じて原則として補償は受けられません。各都道府県等が独自に給付金制度等を用意している場合があるものの、決して十分な補償とはいえない現実があります。それにもかかわらず事実上休業を強制されてしまう現状は、批判も多いところです。

- iii 例えば、2020年3月中旬、埼玉県と国が大規模格闘イベント「K-1 WORLD GP」の開催中止を求める要請を行っていたことが、大きく報道されています。
<https://www.nikkei.com/article/DGXMZO57084200S0A320C2CZ8000/>

KITAHAMA PARTNERS

Jiri Mestecky (Partner)

JMestecky@kitahama.or.jp

Miyako Ikuta (Partner)

MIkuta@kitahama.or.jp

Ryosuke Naka (Partner)

RNaka@kitahama.or.jp

Minami Hosoi (Associate)

MHosoi@kitahama.or.jp

北浜法律事務所・外国法共同事業

ジェリー・メステッキー (パートナー)

JMestecky@kitahama.or.jp

中亮介 (パートナー)

RNaka@kitahama.or.jp

弁護士法人北浜法律事務所東京事務所

生田 美弥子 (パートナー)

MIkuta@kitahama.or.jp

細井 南見 (アソシエイト)

MHosoi@kitahama.or.jp