

判 決 要 旨

【判決日、時間、法廷】

令和4年5月16日 午後3時 526号法廷

【事件番号】

6 令和3年（ワ）第7039号

【担当部、裁判官の氏名】

民事第42部

裁判長裁判官・松田典浩、裁判官・澤田順子、裁判官・成岡勇哉

【主文】

10 原告の請求を棄却する。

訴訟費用は原告の負担とする。

【事実及び理由の要旨】

第1 事案の概要

15 1 東京都知事は、新型コロナウイルス感染症のまん延防止対策としての緊急事態宣言期間中であつた令和3年3月18日、都内で経営する飲食店において、被告が行つた営業時間短縮の要請（本件要請）に応じなかつた原告に対し、新型インフルエンザ等対策特別措置法（特措法）45条3項に基づき、原告の店舗（本件対象施設）を午後8時から翌日午前5時までの間の営業のために使用するを停止する旨の命令（本件命令）を発出した。

20 原告は、本件要請に応じない正当な理由があつたこと、本件命令の発出は特に必要があつたと認められないことなどの理由で、同命令は違法であり、また、特措法及び同命令は営業の自由、表現の自由等の基本的人権を侵害するなどの理由で違憲であるところ、同命令に従い営業時間を短縮したために売上高が減少し、営業損害を被つたと主張して、国家賠償法1条1項に基づき、被告に対し、
25 上記損害の一部である104円の支払を求めた。

2 争点

- (1) 本件命令の違法性 (争点1)
- (2) 特措法及び本件命令の違憲性 (争点2)
- (3) 原告の損害 (争点3)

第2 当裁判所の判断

1 争点1 (本件命令の違法性) について

- (1) 本件命令発出日に新型インフルエンザ等緊急事態であったかどうか

政府対策本部長が、新型インフルエンザ等緊急事態が発生した旨等を公示し (緊急事態宣言)、同事態が終了した旨の公示 (緊急事態解除宣言) をするまでの間は新型インフルエンザ等緊急事態であり (特措法32条1項、5項)、特措法45条2項、3項所定の新型インフルエンザ等緊急事態を、同法32条所定のそれと異なるものと解すべき合理的根拠は見当たらない。したがって、本件命令発出日に新型インフルエンザ等緊急事態であったと認められる。

- (2) 本件命令に違法な目的があったかどうか

本件緊急事態宣言期間中に45条3項命令を受けたのは原告だけではないし、同命令は緊急事態措置に対し明示的に反対意見を表明していない飲食店にも発出され、又は発出される蓋然性が高かった。そうだとすると、本件命令が、原告を狙い撃ちした、報復ないし見せしめであったとまでは認め難い。したがって、本件命令に違法な目的があったとは認められない。

- (3) 原告において本件要請に応じない正当な理由があったかどうか

特措法が緊急事態措置の影響を受けた事業者を支援するために必要な財政上の措置等を効果的に講ずる義務 (63条の2第1項) 等を明記し、これにより事業者に対する影響は相応に緩和されると考えられること、措置が実施される期間は一時的であることなどを踏まえ、45条2項要請に応じない正当な理由は限定的に解釈されるべきであり、経営状況等を理由に要請に応じないことなどは、正当な理由がある場合に該当しない。

本件要請は、営業時間の短縮を要請するにとどまり、営業全部の停止（休業）を求めるものではないこと、被告の事務取扱要綱に基づく営業時間短縮に係る感染拡大防止協力金の支給により、本件要請に応じた場合には、損失が一定程度で補され得たことなどを考慮すれば、原告において同要請に応じない正当な理由があったとは認められない。

(4) 本件命令の発出は特に必要があったと認められるかどうか

特措法45条3項は、都知事が45条3項命令を発出し得る場合を、飲食店等の施設管理者が45条2項要請に応じないことに加え、新型コロナウイルス感染症のまん延を防止し、国民の生命及び健康を保護し、並びに国民生活及び国民経済の混乱を回避するため「特に必要があると認めるとき」に限定している。45条3項命令は、これに違反した場合、当該違反行為をした施設管理者は過料に処せられるのであり（同法79条）、制裁規定の前提になるものであるから、その運用は、慎重なものでなければならないというべきである。したがって、「特に必要があると認めるとき」の要件の下、都知事が45条3項命令を発出するに当たっては、施設管理者が45条2項要請に応じないことに加え、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える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。

原告は、店舗内の換気や消毒等の感染防止対策を実施しており、本件対象施設において、3つの密に当たる環境が発生し、クラスターが発生するリスクが高いものとして実際に確認できる場合にあったとは認められない。本件命令発出日の頃、都内の飲食店のうち2000余りの店舗は、営業時間短縮の協力要請に応じず夜間の営業を継続していた。こうした中、いかに上場企業であるとはいえ、上記2000余りの店舗の1%強を占めるにすぎない本件対象施設において、原告が実施していた感染防止対策の実情や、クラスター発生危険の程度等の個別の事情の有無を確認することなく、同施設での夜間の営業継続が、ただ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難い。

本件命令発出の時点で、本件緊急事態宣言が3日後に解除されることにより、本件命令の効力が生じる期間は、発出日当日を含めて4日間しかないことが確定しており、被告はこのことを当然に認識していた。その当時、1都
5 3県を中心に感染再拡大の懸念があったとはいえ、飲食店の営業時間短縮を中心としてピンポイントで行った対策は大きな成果を上げ、同地域の新規感染者数は大幅に減少し、医療提供体制のひっ迫の状況も緩和されていた。そして、統計学に基づく分析によれば、この4日間において、本件対象施設の営業時間の短縮によって来客数が減少したことにより抑止し得た新規感染は
10 わずかであった。また、原告は、自社のホームページにおいて、緊急事態措置に応じない旨の意見の発信を継続していたが、その内容は、営業時間短縮の協力要請に応じた場合、事業の維持、雇用の維持が困難であることなどを理由に挙げて、緊急事態宣言がされても平常通り営業を続けるという原告代表者の意見を表明したにとどまり、他の飲食店に夜間の営業継続を扇動したり
15 原告との協調を呼びかけたりしたものではなく、同意見に触発されるなどして実際に夜間の営業を継続した飲食店の存在を認められない。

このような事情の下で、都知事が4日間しか効力が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、合理的な説明はされておらず、また、
20 同命令を行う判断の考え方や基準について、公平性の観点からも合理的な説明はされていない。

以上のとおりであるから、本件命令につき、原告が本件要請に応じないことに加え、本件対象施設につき、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認めることはできない。したがって、
25 本件命令の発出は特に必要であったと認められず、違法というべきである。

(5) 本件命令は、特措法45条3項の「特に必要があると認めるとき」の要件
に該当せず違法である。そうすると、本件命令が比例原則に反するかどうか、

特措法施行令等の定めは特措法の委任の範囲を超えているかどうかにつき、判断は必要がない。

(6) 都知事が職務上の注意義務に違反したかどうか

5 本件命令の発出は特に必要があったと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、本件命令は4日間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、同命令の発出に当たり、都知事が裁量の範囲を著しく逸脱したとまではいい難い。

10 本件命令は、対策審議会における学識経験者からの意見聴取、行政手続法所定の弁明の機会付与等を踏まえており、原告に対する手続保障が確保されていたところ、そのうち上記意見聴取の結果は、こぞって本件命令の発出の必要性を認めるものであった。他方、原告代表者の考え方は、新型コロナウイルス感染症のような弱毒性のウイルスを完全に封じ込めるのは不可能であるとして、飲食店に対する営業時間短縮の要請に不信感を露わにするなど、その当否はさておき、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は相容れないものであった。その上で、45条3項命令の最初の発出事例であり、要件該当性判断の当否等の検討のために参照すべき先例がなかった当時において、都知事が、上記意見聴取の結果よりも原告代表者の考え方を優先し、本件命令の発出を差し控える旨判断することは、期待し得なかったというべきである。

20 以上に加え、行政処分の違法性が認められるとしても、違法であることを予見できない事情がある場合には、国家賠償法1条1項にいう過失がないとされた判例（最高裁平成3年7月9日第三小法廷判決・民集45巻6号1049頁、最高裁平成16年1月15日第一小法廷判決・民集58巻1号22

6頁参照)も参考にすれば、都知事が本件命令を発出するに当たり過失があるとまではいえず、職務上の注意義務に違反したとは認められない。

2 争点2 (特措法及び本件命令の違憲性) について

(1) 法令違憲 (営業の自由)

5 特措法45条2項及び3項所定の規制は、同法の目的に照らして不合理な手段であるとはいえないから、これら各条項が原告の営業の自由を侵害し、法令違憲であるとは認められない。

(2) 適用違憲、処分違憲

ア 営業の自由

10 本件命令発出日に新型インフルエンザ等緊急事態ではなかったとの原告の主張は採用することができないこと、都知事が本件対象施設において実施されていた感染防止対策の検討を怠ったとしても、特措法72条2項により立入検査等を行う義務を負うとはいえないこと等に照らし、原告の主張は、採用することができない。

イ 表現の自由

15 原告は、都知事は原告代表者個人の意見表明を問題視し、他の飲食店の夜間の営業を誘発するおそれなどないのに、本件命令を行う理由において、これがある旨断定したとして、原告の表現の自由が侵害された旨主張する。しかし、上記部分は、本件命令に係る措置命令書に付記された理由の一部
20 であり、原告代表者の考え方に対する批判や攻撃を目的とするものではなかった。また、対策審議会の委員から、原告が本件要請に応じない状況は、営業時間短縮の協力要請に応じている多数の飲食店との不公平を生じさせるなどの意見が出されたこと、原告の売上は増加し、他の飲食店の営業の短縮により、原告の店舗に顧客が流れ込んでいる旨の報道も見られたこと
25 によれば、本件命令発出日の頃、不公平感を募らせた他の飲食店が売上を増やそうとして、夜間の営業を継続する可能性が全くなかったとまではい

い難い。上記部分がおよそ根拠を欠くものであったとはいえ、行政手続上著しく不相当な理由の付記であったとも認められない。さらに、本件命令は原告に対する報復や見せしめではなく、同命令に違法な目的があったとは認められない。

したがって、本件命令を行う理由のうち上記部分が、原告の表現の自由に対する過度な干渉として憲法21条1項に違反すると認めることはできない。

ウ 法の下での平等

都知事が夜間の営業を継続していた2000余りの店舗中、本件対象施設のほかには数店舗に対してしか、45条3項命令を発出しなかったことは、争点1（本件命令の違法性）の判断において事情として考慮したとおりであり、更に平等原則違反の有無を判断する必要性を認めない。

第3 結論

よって、そのほかの争点について判断するまでもなく、原告の請求は理由がない。