感染症のまん延防止のための営業時間短縮命令の適法性

【文 献 種 別】 判決／東京地方裁判所
【裁判年月日】 令和 4 年 5 月 16 日
【事 件 番 号】 令和 3 年（ワ）第 7039 号
【事　件　名】 国家賠償請求事件（グローバルダイニング訴訟）
【裁 判 結 果】 棄却
【参 照 法 令】 新型インフルエンザ等対策特別措置法 32 条 1 項・45 条 3 項、憲法 21 条 1 項・22 条 1 項
【掲　載　誌】 裁判所ウェブサイト
◆ LEX/DB 文献番号 25592297

東京都立大学准教授 **山羽祥貴**

事実の概要

令和 2 年春に始まった新型コロナ禍のもと、令和 3 年 1 月 7 日に発令された 2 度目の新型インフルエンザ等緊急事態（新型インフルエンザ等対策特別措置法（以下「特措法」とする）32 条 1 項）において、被告（東京都）は 1 月 8 日以降、同法 45 条 1 項に基づき、都民に対して不要不急の外出自粛の協力要請を、同法 24 条 9 項に基づき、飲食店等を経営する事業者に対して営業時間を午前 5 時から午後 8 時まで（酒類の提供を行う場合は午前 11 時から午後 7 時まで）とする協力要請（以下、後者を「本件協力要請」とする）を行った。東京都内 32 店舗の飲食店を経営する原告は、緊急事態措置を行う期間においても平常通りの営業を行う方針である旨を 1 月 7 日付でホームページにて発信し、本件協力要請に従わなかった。被告の目視での調査によると、東京都の飲食店等の中で約 98％が本件協力要請に応じる一方で、2000 余りの飲食店等の店舗が同協力要請に応じていなかった（3 月 18 日時点）。

被告は 2 月下旬から 3 月中旬にかけて、本件協力要請に応じず夜間の営業を継続していた施設のうち、原告経営の 26 施設を含む合計 129 施設（原告を含む 96 事業者）に対し、特措法 45 条 2 項に基づき本件協力要請と同内容の営業時間短縮を求める要請を行ったうえで、同要請に従わなかった施設のうち、3 月 18 日には原告経営の 26 施設を含む 27 施設（原告を含む 2 事業者）に、3 月 19 日にはさらに 5 施設（5 事業者）に対して、特措法 45 条 3 項の命令（2 月 13 日の改正により、従前の「指示」から改められ、違反した場合には 30 万円以下の過料（79 条）に処することとなった）として同様の対応を求めた（以上のうち、原告に対するものを「本件要請」「本件命令」とする）。なお政府対策本部長（内閣総理大臣）は、3 月 17 日の会見において、同月 21 日で緊急事態措置の終了を検討している旨を述べたうえで、翌 18 日に解除宣言を行った。

原告は、本件命令が効力を有した 3 月 18 日から 21 日までの 4 日間、同命令に従い夜間の営業を停止したことにより合計 2159 万 8150 円の損害を被ったとして、このうち 104 円の賠償を被告に対し求めた。本件命令が違法である理由として原告が主張したのは、本件命令が発出された時点でその前提となる「新型インフルエンザ等緊急事態」（同条 2 項参照）に当たらなかったこと、本件命令は原告が本件協力要請に応じないことに関する発信を契機として行われた「狙い撃ち」あるいは「見せしめ」でありその目的が違法であること、営業時間の短縮によって経営の維持が困難となる等 45 条 2 項要請に応じない「正当な理由」（同条 3 項）があったこと、本件命令が「特に必要があると認められるとき」（同条 3 項）の要件を満たさないこと、特措法や本件命令が、営業の自由（憲法 22 条 1 項）・表現の自由（同 21 条 1 項）を侵害し違憲であること等である。

判決の要旨

1　本件命令発出時に「新型インフルエンザ等緊急事態」であったか

新型インフルエンザ等緊急事態とは「新型インフルエンザ等が国内で発生し、その全国的かつ急速なまん延により国民生活及び国民経済に甚大な影響を及ぼし、又はそのおそれがあるものとして政令で定める要件に該当する事態」であるが（特措法 32 条 1 項）、特措法はこれが発生した旨の公示（緊急事態宣言）及び終了した旨の公示（緊急事態解除宣言）を政府対策本部長が行うこととしているのであるから（同条 1 項・5 項）、後者の「公示がされ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 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」ず、「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　本件命令の目的の違法性

被告は原告のような発信をしていない事業者にも 45 条 3 項命令を下しており、また 45 条 2 項要請のみを行った事業者に対しても、本件緊急事態宣言期間中に手続を行う時間的余裕があれば同命令を下したと考えられることからすると、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」く、「本件命令に違法な目的があったとは認められない」。

3　本件要請に応じない「正当な理由」があったか

本件緊急事態宣言の解除後における新規感染者数の再度の増加等からすると「飲食店に対する営業時間短縮の協力要請は、少なくとも令和 2 年から翌 3 年にかけての頃には……必要かつ有用なものであったと認められ」、このことは本件要請についても同様である。原告は「正当な理由」の有無に関して経済的事情を考慮すべきと主張するが、「45 条 2 項要請に応じた場合には、店舗の営業時間の短縮により、必然的に売上が減少するから、同要請は事業者の経済的利益と相反する」ところ、「被告が 45 条 2 項要請を行うに際し、飲食店ごとの経営状況を考慮しなければならないとすると、同要請の影響を受けて経営状況が悪化し、又は悪化する可能性のある事業者に対しては営業時間短縮の要請を行うことができなくな」り、「同感染症から国民の生命及び健康を保護するという目的の達成に支障を来す」こと等からすると、そうした事情を考慮すべきではなく、原告において同要請に応じないことに「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「特に必要があると認めるとき」の要件を満たすか

45 条 3 項命令は、制裁規定の前提となる以上慎重に運用されるべきであり、この要件に該当するためには、「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」。内閣官房は同要件に該当する状況として、実際に 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まっていると確認できる場合等があるとし、感染防止対策を講じていることは考慮要素となり得るとの見解を示したほか（令和 3 年 2 月 12 日内閣官房新型コロナウイルス感染症対策推進室長事務連絡）、本件命令後においては「上記要件該当性の評価について合理的な説明が可能であるか、個別施設に対して命令を行う判断の考え方や基準について合理的な説明が可能であり、公正性の観点からも説明ができるものになっているか」に留意すべきである旨指摘しているが（令和 3 年 4 月 9 日同事務連絡）、これらは「上記個別の事情の有無の判断に当たり、参考になる」。

まず、原告が換気や消毒等の対策を行っていたことからすると、「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認めることはできない」。他方で被告は、上場企業であり知名度の高い原告が営業を継続することにより「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」いることを主張する［理由①］。しかし、本件協力要請に応じていなかった都内 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ける「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」。本件命令の効力が生じる期間が 4 日間しかないことが発出時において確定しており、新規感染者数や医療提供体制の状況も改善していたことや、統計学的分析によると 4 日間の営業時間

短縮による新規感染の抑止は少数の PCR 検査の増加で実現し得たことが認められるなか、被告が本件命令を「あえて発出したことの必要性について、内閣官房の見解等において求められる合理的な説明はされておらず、また、同命令を行う判断の考え方や基準についても説明がない」。また「原告が緊急事態措置に応じない旨を強く発信することにより、他の飲食店の夜間の営業継続を誘発するおそれがあった」ことも被告は主張するが［理由②］、原告による発信は他の飲食店を扇動等するものではなく、これに触発されて実際に夜間の営業を継続した飲食店の存在を認めるに足りる証拠はないのだから、この点についても合理的な説明や判断の考え方や基準についての説明を欠く。

以上から、「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」ないのであり、「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　都知事が職務上の注意義務に違反したか

本件命令発出は違法であるものの、その必要性について個別の事情があったとは認められない旨の判断であること（判旨４）等を考慮すると、「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」。本件は 45 条 3 項命令の最初の発出事例であり、「都知事が本件命令発出日の頃、同条項の要件該当性を適切に判断するのは容易でなかった」。さらに、対策審議会における学識者からの意見聴取（特措法 45 条 4 項）の結果は本件命令発出の必要性を認めるものである一方、弁明書（行手法 13 条 1 項 2 号を参照）に現れた原告代表者の考え方は、ウイルスの封じ込め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、被告の立場と相容れないものであったことからすると、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本件弁明書の考え方を優先し、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」。違法性を予見できない事情がある場合に国賠法 1 条 1 項の過失を否定した判例（最判平 3・7・9 民集 45 巻 6 号 1049 頁、最判平 16・1・15 民集 58 巻 1 号 226 頁）も参考にすると、本件命令の発出に「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」。

6　特措法及び本件命令の違憲性

(1)　上記の通り飲食店に対する営業時間短縮の協力要請は事件当時において必要かつ有用なものであり（判旨３）、「一貫して最も重要な感染防止対策の 1 つ」であった。このことが都民に浸透するとともに、大多数の店舗が同協力要請に応じていたなどの事情においては、「通常は上記協力要請の後に行われる 45 条 2 項要請及び 45 条 3 項命令が、飲食店に対する過剰な規制として許されないものと認めることはでき」ず、これらの規制は特措法の「目的に照らして不合理な手段であるとはいえないから」、営業の自由（憲法 22 条 1 項）を侵害し法令違憲であるとは認められない。また、本件対象施設における感染防止対策の有無の検討を怠ったとしても、立入検査（特措法 72 条 2 項）は義務ではないこと等から、適用上も原告の営業の自由が侵害されたとはいえない。

(2)　また、本件命令を行うに際して付記された理由の一部において、原告の発信が「他の飲食店の夜間の営業を誘発するおそれ」が「ある旨断定した」ことは前提において誤りであったが、「上記部分は……本件記事に表れた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」ことや、対策審議会の委員からの意見や当時の報道からして「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」ことからすると、「上記部分は、前提を誤っていたとはいえ、およそ根拠を欠くものであったとはいえず、また、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」ので、「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」。

判例の解説

一　「緊急事態」の意義

判決の要旨１で問題となった争点は、法律上の緊急事態制度の存在理由に関わる。特措法は「新型インフルエンザ等緊急事態」について新興感染症の「全国的かつ急速なまん延により国民生活及び国民経済に甚大な影響を及ぼし、又はそのおそ

れがあるものとして政令で定める要件に該当する事態」と定義したうえで（特措法施行令６条は医療提供体制の状況に着目した規律を行う）、政府対策本部長がこの事態が発生したと認めるときに、区域と期間を定めて「新型インフルエンザ等緊急事態宣言」を発令するものとしている（32 条 1 項）。そのうえで、緊急事態措置に関する規律を行う他の条文には、関係機関は「新型インフルエンザ等緊急事態において……できる」等の形式での規律を行うものがあり、本件で問題となった 45 条 3 項も同様である。ここから、同条項における「新型インフルエンザ等緊急事態」は、宣言が発令されている期間（及び区域）のことをいうのか、それとも都道府県知事は命令発出の都度上記要件に照らして緊急事態該当性を判断しなければならないのか、という問題が生じる。本判決は実質的な理由を示さず前者の解釈を選択したが、特措法が緊急事態に関する「宣言」を政府対策本部長（通常は内閣総理大臣）に行わせている趣旨に関する検討を本来は必要とする。本件の文脈では、「宣言」が組織・権限の面での変動を規律するにとどまるのか、各措置の前提となるリスク評価を一元化して対応の円滑化を図ることまでを意図しているのかが分水嶺となるだろう。

二　「要請」と「命令」のあいだ

判決の要旨２・３・４・６では本件命令の個別的内容の適法性に関する諸争点が扱われているが、その検討にあたって必要な前提の整理を行おう。感染症の拡大・まん延は、社会生活上の様々な活動における感染の伝播の累積によって生じる現象なので、個別に特定された施設への措置それ自体が比例原則に反しないかを問う意義は（よほど大規模の活動が行われる施設等を対象とするのでない限り）乏しい。それにもかかわらず本件命令が意義を持つためには、直接の感染防止効果ではなく、飲食店一般に行われる「要請」の実効性の確保を狙いとして命令発出を行うことを認めるほかない。被告の主張もその趣旨を含む（判決の要旨４の［理由②］）。これは、45 条 3 項命令が持ち得る（積極的）一般予防効果を通じて、「要請」の遵守を確実にするということであり、それは換言すれば、「要請」違反に対する段階的な制裁手続として同命令を活用するということである[1]。こうした運用を認めるならば、本件命令が「見せしめ」あるいは発信を契機とした「狙い撃ち」であるという批判は（後者については、規範意識の保全のためにそのような対象を特に選択するのは当然であるから）意味をなさない。そして、流動的な一般予防効果を狙いとすることを認める以上、「特に必要と認めるとき」の要件も裁判上は意義が乏しくなる。命令発出の法的統制という観点からは問題がありそうだが、他方で制裁的運用を否定すると、45 条 3 項命令はそれ自体として地域の感染状況に影響を及ぼすほどの催事が行われる施設に対してのみ可能となり、飲食店を「急所」としてここに対策を集中させる日本の戦略の中で居場所を失う。

紙幅の都合上、本判決がこのジレンマにどのように向き合ったのかの分析は別稿[2]に委ねたい。結論として、本判決が野放図な制裁的運用を認めなかったことは確かであり、それゆえ違法という判断が下されたのだが、他方で 45 条 3 項命令と先行する飲食店一般への「要請」の関係を断ち切ることもできなかったことは、日本の戦略の必要性・有効性に関する肯定的判断を行う部分（判決の要旨３・６）に示される。根本的な矛盾に貫かれた判決であり、特措法の仕組みに関する整合的な解釈を提供することは放棄されている。この点は、最も重要な「特に必要があると認めるとき」の要件の具体的な解釈論を、内閣官房の事務連絡にほぼ全面的に委ねた箇所（判決の要旨４）において顕著である。こうした経緯からすれば、本判決が前例のない 45 条 3 項命令の発出において「要件該当性を適切に判断することは容易ではなかった」として都知事の職務上の注意義務違反の有無について寛大な態度を示した（判決の要旨５）のも当然といえる。

●――注

1）積極的一般予防の意義については刑法総論の教科書に委ねる。「制裁」の概念については、ハンス・ケルゼン（長尾龍一訳）『純粋法学〔第 2 版〕』（岩波書店、2014 年）33 頁以下が参考になるだろう。

2）山羽祥貴「緊急事態・不服従・制裁――グローバルダイニング訴訟の意義」Web 日本評論 TKC 論文セレクション（https://www.web-nippyo.jp/29249/）（2022 年 10 月 18 日掲載）。