

# 訴 状

令和3年（2021年）3月22日

東京地方裁判所 御中

原告訴訟代理人弁護士（主任） 倉 持 麟太郎

同 水 野 泰 孝

同 金 塚 彩 乃

〒107-0062 東京都港区南青山七丁目1番5号

原 告 株式会社グローバルダイニング

上記代表者代表取締役 長谷川 耕 造

〒150-0011 東京都渋谷区東一丁目10番11号

弁護士法人 Next 東京 OFFICE（送達場所）

原告訴訟代理人弁護士 倉 持 麟太郎

TEL (03) 3498-1616

FAX (03) 3498-3535

〒150-0022 東京都渋谷区恵比寿南三丁目3番12号アージュ I ビル5階

水野泰孝法律事務所

同 水 野 泰 孝

TEL (03) 6303-0953

FAX (03) 6303-0954

〒107-0052 東京都港区赤坂六丁目3番20号 H.A.Tビル9階

金塚法律事務所外国法共同事業

同 金塚彩乃

TEL (03) 6277-7810

FAX (03) 6277-7303

〒163-8001 東京都新宿区西新宿二丁目8番1号

被 告 東京都

上記代表者知事 小池百合子

国家賠償請求事件

訴訟物の価額 104円

貼用印紙額 1000円

## 【目次】

第 1	事案の概要	7
第 2	当事者について	7
1	原告	7
2	被告等	8
第 3	大まかな事実経緯（東京都の対応以外）	9
1	特措法の成立	9
2	新型コロナウイルス感染症の発生	10
3	緊急事態宣言（第一回）の発出	11
4	特措法施行令及び厚生労働省告示の改正	12
5	緊急事態宣言の発出（第二回）及び特措法改正	13
第 4	東京都知事による命令発出に至る経緯（第二回緊急事態宣言の発出以降）	14
1	特措法第 4 5 条第 1 項及び同法 2 4 条第 9 項に基づく協力要請	14
2	原告（施設管理者）に対する特措法第 2 4 条第 9 項に基づく個別の協力要請	16
3	原告に対する特措法第 4 5 条第 2 項に基づく要請	16
4	原告に対する弁明の機会の付与と原告の弁明	17
5	原告に対する特措法第 4 5 条第 2 項に基づく命令	18
6	本件対象施設における営業時間の短縮	19
第 5	本件命令は違憲・違法であること	19
1	原告の主張の骨子	19
2	遅くとも本件命令発出時点（令和 3 年 3 月 1 8 日時点）において、「新型インフルエンザ等緊急事態」にあるとはいえないこと	20
(1)	法令の定め	20
(2)	本件命令は「新型インフルエンザ等緊急事態」とはいえない状況において発出されたものであり違法であること	22
3	本件命令は違法な目的をもって発出されたこと	23

(1) 東京都知事が本件命令を発出した理由.....	23
(2) 本件命令は違法な目的をもって発出されたものであり違法であること....	24
4 原告には、本件要請に応じないことについて「正当な理由」があること....	25
(1) 法令の定め.....	25
(2) 「正当な理由」①：本件要請は行政指導である.....	26
(3) 正当な理由②：本件要請に応じることは会社の経営を維持することを困難にさせる.....	27
(4) 「正当な理由」③：本件要請は要件を満たさず違法である.....	28
(5) 「正当な理由」④：本件要請は行政指導の範囲を超えたものであり違法である.....	29
5 本件命令を発出することについて「特に必要がある」とはいえないこと....	30
(1) 法令の定め.....	30
(2) 本件命令を発出することについて「特に必要がある」とはいえず、本件命令は違法であること.....	31
6 飲食店に対して特措法第45条第3項に基づく命令を発出することはできないこと（特措法施行令及び本件告示の定めは特措法の委任の範囲を超えていること）.....	32
(1) 法令の定め.....	32
(2) 特措法施行令及び本件告示の定めは特措法の委任の範囲を超えていること	34
7 特措法及びこれに基づく命令は違憲であること.....	35
(1) 特措法が法令違憲であること（営業の自由の侵害）.....	35
(2) 特措法に基づく本件命令がその適用において違憲であること（適用違憲ないし処分違憲であること）.....	42
8 小括.....	49
第6 東京都知事には本件命令を発出したことについて職務上の注意義務違反が認められること.....	49

1 東京都知事には本件命令を発出したことについて職務上の注意義務違反が認められること.....	49
2 学識経験者の意見の聴取手続き（特措法第45条第4項）に関して.....	50
第7 原告が被った損害額.....	50
第8 結論.....	50
別紙：対象施設一覧（本件対象施設）.....	52

## 本訴訟提起の意義

2020年に世界的に流行した新型コロナについて、日本でもその対応を迫られ、様々な感染症対策が実施された。その中で、日本社会の様々な問題点が露になった。政治権力は「自粛」の「要請」という語義矛盾を孕んだ法的根拠及び市民の権利制約の外延が極めて不明確で「あいまい」な施策を中心に、市民の行動変容を調達した。

このような状況のもと、原告は、法治主義及び法の支配の遵守の精神から、特措法（新型インフルエンザ等対策特別措置法）に基づいた法的強制力を有する命令には従う旨を言明し、適法に営業を継続した。しかし、被告（東京都知事）は原告に対して営業時間短縮を事実上強制させるべく執拗にその要請を繰り返した上で、原告が市民が等しく享受する表現の自由の行使として自身のサイト及びSNSを通して適法な営業継続について「発信」を続けたことを特に問題視し、特措法第45条第3項に基づく命令を発出した。

近代民主主義国家の「体裁」をとる日本において、原告の市民としてのまっとうな表現行為及び営業継続という適法合憲な権利行使に対して、東京都知事は自身の権力性を誇示するため、緊急事態宣言の終了が公示された段階で、あえて命令に及んだ。

これは、コロナ禍で露になった日本の「空気」の支配、無法の支配が表出した象徴的な一例に過ぎない。政治権力は科学、法、事実には依拠せず緊急事態宣言等の判断を繰り返す、国会を含め機能不全を露呈した。市民社会は「お上」に過剰に従う一方で、いわゆる“自粛警察”に象徴されるような全体主義的同調圧力と相互監視によって自ら自由を差し出した。その陰で、理不尽なしわ寄せを受けた弱者に陽が当たらないまま、社会自体が萎縮している。

原告は、本訴訟を通じて、我が国に「偽物」ではない民主主義や法の支配は存在するのか、そして、我々一人一人が真に多様かつ公正でしなやかな市民社会を再構築することができるのかを問う。そして、本訴において特措法自体の違憲・違法を争う中で、コロナ禍における日本社会の空気への違和感を感じるすべての人々、また、声をあげられないすべての人々が心を寄せることのできる場として本訴訟を進めていく。

## 請求の趣旨

- 1 被告は，原告に対し，金104円を支払え。
  - 2 訴訟費用は，被告の負担とする。
- との判決を求める。

## 請求の原因

### 第1 事案の概要

本件は，東京都知事が原告に対し新型インフルエンザ等対策特別措置法（平成24年法律第31号。以下「特措法」という。）第45条第3項に基づき原告が経営する飲食店合計26店舗について午後8時以降の使用を停止することなどを命じたことにより，原告はこれら飲食店を午後8時以降使用することなどができなくなったことについて，当該命令は違憲・違法でありこれを発出した東京都知事には職務上の注意義務違反も認められるとして，原告が被った損害の賠償（ただし，一部請求）を求める事案である。

なお，原告は，本訴状において，賠償を求める損害額を店舗ごとに1日あたり1円と設定している（店舗ごと1円×26店舗×4日間＝104円）。

### 第2 当事者について

#### 1 原告

- (1) 原告は，昭和48年10月5日に設立された，レストラン経営による飲食事業を営む株式会社である（甲1・会社概要，甲2・全部事項証明書）。
- (2) 原告は，平成11年12月に東京証券取引所第二部に上場し，その後現在に至るまで継続して同部に上場している。
- (3) 現在，原告は，下記のとおり，日本国内において合計41店舗の飲食店（東京都内32店舗）を経営している（これらのほか，原告の米国子会社である「グローバルダイニング，インク，オブ カリフォルニア」は，米国において飲食店を2店舗経

営している。甲1，甲3・事業報告（2020年度）。

記

営業形態区分	店舗数	所在地別			
ラ・ボエム	13	東京都中央区	1店	東京都港区	5店
		東京都渋谷区	1店	東京都世田谷区	2店
		東京都新宿区	1店	東京都目黒区	1店
		神奈川県横浜市	1店	愛知県愛知郡	1店
ゼスト	2	東京都港区	1店	東京都目黒区	1店
モンsoonカフェ	10	東京都港区	2店	東京都目黒区	1店
		東京都渋谷区	2店	千葉県浦安市	1店
		神奈川県横浜市	1店	埼玉県さいたま市	1店
		千葉県船橋市	1店	愛知県愛知郡	1店
権八	7	東京都渋谷区	2店	東京都港区	2店
		東京都世田谷区	1店	東京都台東区	1店
		神奈川県横浜市	1店		
ディナーレストラン	6	東京都港区	1店	東京都渋谷区	5店
フードコロシウム	1	栃木県那須塩原市1店			
その他	2	東京都渋谷区	1店	東京都文京区	1店
合計	41				

## 2 被告等

東京都知事は、特定都道府県知事（特措法第38条第1項）として、新型インフルエンザ等緊急事態（同法第32条第1項）において、同法第45条第3項に基づく命令を発出する権限を有する処分行政庁である。

### 第3 大まかな事実経緯（東京都の対応以外）

#### 1 特措法の成立

- (1) 平成15年以降，東南アジアを中心に発生した鳥インフルエンザウイルス（H5N1）が家禽類から人に感染し，死亡例が報告されたことを受け，内閣官房に設置された「鳥インフルエンザ等に関する関係省庁対策会議」は，平成17年11月14日付けにて「新型インフルエンザ行動計画」を策定し，同年12月6日付けにて「新型インフルエンザ対策行動計画に基づく対策の推進について」を公表するなど，新型インフルエンザの発生に備えた対策を進めていた。
- (2) 平成21年，豚由来の新型インフルエンザ（A/H1N1）の世界的な流行が起こり，全国知事会等から新型インフルエンザの発生・流行に備えて法的整備をする必要性が指摘され始めた。
- (3) 政府は，平成23年9月20日，「新型インフルエンザ対策連絡会議」において，「新型インフルエンザ対策行動計画」を改定し，新型インフルエンザの発生・流行に備えた医療，社会機能維持等の対策の強化等を図るとともに，行動計画の実効性を確保するための法的枠組みの検討に入った。
- (4) 平成24年3月9日特措法（新型インフルエンザ等対策特別措置法）が国会に提出され，同年4月27日に成立した（同年5月11日交付，平成25年4月13日施行。施行当時の特措法の条文につき，甲4・特措法条文（官報））。特措法の規定に基づく新型インフルエンザ等対策特別措置法施行令（平成25年政令第122号。以下「特措法施行令」という。）は，平成25年4月12日に交付，翌13日より施行された（施行当時の特措法施行令の条文につき，甲5・特措法施行令条文（官報））。
- (5) 平成25年6月，特措法第6条に基づく法定の計画として「新型インフルエンザ等対策政府行動計画」が策定されるとともに，「新型インフルエンザ等対策ガイドライン」等も用意された。
- (6) その後，新型コロナウイルス感染症（COVID-19。以下「新型コロナ」という。）の発生まで，特措法に基づく対応が必要となる事案が発生することはなかった。

## 2 新型コロナウイルス感染症の発生

- (1) 令和元年12月、中華人民共和国湖北省武漢市において、新型コロナの発生が確認され（ただし、同国が新型コロナの発生を公式に認めたのは令和3年1月）、まもなくその感染は世界的に広がった。

令和2年1月初めには、日本国内においても新型コロナの感染者が確認された。

- (2) 令和2年1月30日、特措法第15条第1項に基づき、閣議決定により、内閣総理大臣を本部長とし、全国務大臣から構成される「新型コロナウイルス感染症対策本部」（以下「対策本部」という。）が内閣官房に設置された（甲6・「新型コロナウイルス感染症対策本部の設置について」）。対策本部は、新型コロナに関する緊急対応策を取りまとめるなどの対策を講じた。

この頃は、新型コロナは、ウイルスが特定されているため特措法の対象である「新感染症」にはあたらない、特措法が定めるその他の「新感染症」の要件にもあたらないとして、「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」（平成10年法律第114号。以下「感染症法」という。）第6条第8項の定める「指定感染症」に位置付けられ、その整理のもと対策が講じられていた。

- (3) 令和2年2月3日に横浜港に到着したクルーズ船「ダイヤモンド・プリンセス号」に乗船していた多数の乗客について新型コロナの感染が判明した際には、検疫法（昭和26年法律第201号）第5条第3項の規定に基づく検疫所長の許可を受けての下船、感染症法第19条及び第20条の規定に基づく入院の対応等が取られた。
- (4) 令和2年2月以降も新型コロナの感染拡大は続き、同月27日開催の第15回対策本部において、内閣総理大臣は、「今後、新型コロナウイルス感染症の国内における更なる感染拡大も懸念されます。そのため、既存の各種対策の実効性を更に高めるとともに、感染拡大を抑制し、国民生活や経済に及ぼす影響が最小となるようにするため、必要となる法案について、早急に準備してください。」などとして、法案策定を進めるよう指示した。

- (5) 令和2年3月13日、「新型インフルエンザ等対策特別措置法の一部を改正する法律」(令和2年法律第4号)が成立した(施行日は翌14日。甲7・同法条文(官報))。この改正(附則第1条の2の追加)により、暫定的に新型コロナは新型インフルエンザ等とみなされることになり、新型コロナに特措法が適用されることになった。

### 3 緊急事態宣言(第一回)の発出

- (1) 内閣総理大臣は、令和2年4月7日に開催された第27回対策本部において、新型コロナの全国的かつ急速なまん延による国民生活及び国民経済に甚大な影響を及ぼすおそれがある事態にあるとして、緊急事態措置を実施すべき期間を同日から同年5月6日まで、同措置を実施すべき区域を埼玉県、千葉県、東京都、神奈川県、大阪府、兵庫県及び福岡県の7都府県と定めて、特措法第32条第1項の規定に基づく「新型インフルエンザ等緊急事態宣言」(以下「緊急事態宣言」という。)を発出した(このとき発出された緊急事態宣言をもって、「第一回緊急事態宣言」という。)
- (2) 令和2年4月16日、第一回緊急事態宣言に係る緊急事態措置を実施すべき区域につき、全都道府県に変更された。
- このうち、北海道、茨城県、埼玉県、千葉県、東京都、神奈川県、石川県、岐阜県、愛知県、京都府、大阪府、兵庫県及び福岡県の13都道府県については、特に重点的に感染拡大の防止に向けた取組みを進めていく必要がある「特定警戒都道府県」とされた。
- (3) 令和2年5月4日、第一回緊急事態宣言に係る緊急事態措置を実施すべき期間につき、同月31日に延長された。
- (4) 令和2年5月14日、第一回緊急事態宣言に係る緊急事態措置を実施すべき区域につき、北海道、埼玉県、千葉県、東京都、神奈川県、京都府、大阪府及び兵庫県の8都道府県に変更された。
- (5) 令和2年5月21日、第一回緊急事態宣言に係る緊急事態措置を実施すべき区域につき、北海道、埼玉県、千葉県、東京都及び神奈川県の5都道県に変更された。

- (6) 令和2年5月25日、第一回緊急事態宣言につき、緊急事態措置を実施する必要がなくなったとして、特措法第32条第5項に基づき、緊急事態宣言の解除宣言がなされた。
- (7) 第一回緊急事態宣言に係る緊急事態措置の実施状況等については、「新型コロナウイルス感染症 緊急事態宣言の実施状況に関する報告（令和2年6月）」（甲8）にまとめられている。

#### 4 特措法施行令及び厚生労働省告示の改正

- (1) 令和3年1月7日、「新型インフルエンザ等対策特別措置法施行令の一部を改正する政令」（令和3年政令第3号）が公布・施行され、特措法第45条第2項の委任を受けて定められた特措法施行令第11条第1項において、特措法第45条第2項に基づく要請の対象として新たに「飲食店、喫茶店その他設備を設けて客に飲食をさせる営業が行われる施設」を追加する旨の改正がなされた（特措法施行令11条第1項第14号の追加。甲9・同政令条文（官報））。
- (2) 令和3年1月7日、厚生労働大臣は、令和3年厚生労働省告示第4号により、特措法施行令第11条第1項第15号の規定に基づく新型コロナのまん延を防止するため特措法第45条第2項の規定による要請を行うことが特に必要な施設について、「同項第4号から第6号まで、第9号、第11号及び第14号に掲げる施設であつて、その建築物の床面積の合計が1000平方メートルを超えないものとする。」と定めて公示した（甲10・令和3年厚生労働省告示第4号。以下「本告示」という。）。
- (3) 上記(1)(2)の改正により、条文上は、特措法施行令第45条第2項に基づく要請の対象に「飲食店」も含まれることになり、「建築物の床面積の合計」の要件も課されないことになった（「建築物の床面積の合計」が1000㎡を超えるときには特措法施行令第11条第1項第14号により、これが1000㎡を超えないときには同項第15号により、上記要請の対象とされることになった）。

## 5 緊急事態宣言の発出（第二回）及び特措法改正

- (1) 内閣総理大臣は、令和3年1月7日に開催された第51回対策本部において、新型コロナウイルスの全国的かつ急速なまん延による国民生活及び国民経済に甚大な影響を及ぼすおそれがある事態にあるとして、緊急事態措置を実施すべき期間を令和3年1月8日から同年2月7日まで、同措置を実施すべき区域を埼玉県、千葉県、東京都、神奈川県と定めて、特措法第32条第1項の規定に基づく緊急事態宣言を発出した（このとき発出された緊急事態宣言をもって、以下「第二回緊急事態宣言」という。）。
- (2) 令和3年1月13日、第二回緊急事態宣言に係る緊急事態措置を実施すべき区域につき、栃木県、埼玉県、千葉県、東京都、神奈川県、岐阜県、愛知県、京都府、大阪府、兵庫県及び福岡県の11都府県に変更された。
- (3) 令和3年2月2日、第二回緊急事態宣言に係る緊急事態措置を実施すべき期間につき同年3月7日まで延長され（ただし、緊急事態宣言措置を実施する必要がなくなったと認められるときは、速やかに緊急事態を解除することとされた。）、同措置を実施すべき区域につき埼玉県、千葉県、東京都、神奈川県、岐阜県、愛知県、京都府、大阪府、兵庫県及び福岡県の10都府県に変更された。
- (4) 令和3年2月3日、「新型コロナウイルス等対策特別措置法等の一部を改正する法律」（令和3年法律第5号）が成立し、同日交付された（施行日は同月13日。甲11・同法条文（官報）。このときの特措法改正をもって、以下「令和3年2月特措法改正」という。）。

この改正により、感染症法第6条第7項に規定する「新型インフルエンザ感染症」の定義に新型コロナが含まれることになり、前述した暫定的なみなし規定である特措法附則第1条の2は削除された。また、この改正により、特定都道府県知事は、特措法第45条第2項に基づく要請に正当な理由なく応じない者に対し、当該要請に係る措置を講ずるよう命令を発出することが可能となった（同条第3項。罰則規定につき第79条。）。これらのほかにも、上記要請及び命令に係る公表規定の見直

し(義務的規定から裁量的規定に),「新型インフルエンザ等まん延防止等重点措置」の創設など,多くの重要な改正がなされた。

- (5) 令和3年2月26日, 第二回緊急事態宣言に係る緊急事態措置を実施すべき区域につき, 埼玉県, 千葉県, 東京都及び神奈川県のみに変更された。
- (6) 令和3年3月5日, 第二回緊急事態宣言に係る緊急事態措置を実施すべき期間につき, 同月21日まで延長された(ただし, 緊急事態宣言措置を実施する必要がなくなったと認められるときは, 速やかに緊急事態を解除することとされた。)
- (7) 令和3年3月17日, 内閣総理大臣は, 「関係閣僚と会談をして, 状況確認をいたしました。そして, 21日に期限を迎えます緊急事態宣言については解除する方向で, 明日, 専門委員会の先生方に意見を伺った上で最終的に判断したいと思います。」として, 第二回緊急事態を同月21日をもって解除(終了)する方向であるとの考えを示した。内閣総理大臣は, その理由として, 「今まで国民の皆さんに説明しているステージの数字があります。感染者数あるいは病床の使用率が解除の方向に入っているということです。」と説明している。
- (8) 令和3年3月18日, 内閣総理大臣は, 「同年(令和3年)3月21日をもって, 緊急事態が終了する旨を公示する」として, 第二回緊急事態宣言の終了を宣言した(甲12・「新型コロナウイルス感染症緊急事態の終了」)。

#### **第4 東京都知事による命令発出に至る経緯(第二回緊急事態宣言の発出以降)**

##### **1 特措法第45条第1項及び同法24条第9項に基づく協力要請**

- (1) 被告は, 令和3年1月7日, 都内全域について, 同月8日から令和3年2月7日までを対象期間として, 都民に対し特措法第45条第1項に基づき「不要不急の外出自粛, 特に20時以降の徹底した不要不急の外出自粛」を, 事業者に対し同法第24条第9項に基づき「営業時間の短縮, 催物(イベント等)の開催制限」を求める旨の協力要請を行った。

具体的には, 飲食店(「飲食店(居酒屋を含む。), 喫茶店等(宅配・テイクアウト

サービスは除く。）」と定義)及び遊興施設等(「バー、カラオケボックス等で、食品衛生法の飲食店営業許可を受けている店舗」と定義)に対し、営業時間を午前5時から午後8時まで(ただし、酒類の提供は午前11時から午後7時まで)とするよう協力要請がなされた(甲13・「新型コロナウイルス感染拡大防止のための東京都における緊急事態措置等について(令和3年1月7日発表)」)。

- (2) 被告は、令和3年2月2日、都内全域について、同月8日から令和3年3月7日までを対象期間として、都民に対し特措法第45条第1項に基づき「日中も含めた不要不急の外出自粛」を、事業者に対し同法第24条第9項に基づき「営業時間の短縮、催物(イベント等)の開催制限」を求める旨の協力要請を行った。

具体的には、飲食店及び遊興施設等に対し、営業時間を午前5時から午後8時まで(ただし、酒類の提供は午前11時から午後7時まで)とするとともに、業種別ガイドラインを遵守するよう協力要請がなされた(甲14・「新型コロナウイルス感染拡大防止のための東京都における緊急事態措置等について(令和3年2月2日発表)」)。

- (3) 被告は、令和3年3月5日、都内全域について、同月8日から同月21日までを対象期間として、都民に対し特措法第45条第1項に基づき「都民に対し「日中も含めた不要不急の外出自粛」を、事業者に対し同法第24条第9項に基づき「営業時間の短縮、催物(イベント等)の開催制限」を求める旨の協力要請を行った。

具体的な協力要請の内容は、上記(2)で述べたところと同様である(甲15・「新型コロナウイルス感染拡大防止のための東京都における緊急事態措置等について(令和3年3月5日発表)」)。

- (4) 被告が公表するところによれば、飲食店等について、午後8時以降の目視での調査結果として、令和3年3月18日時点において、飲食店等9万4773件のうち9万2522件(98%)が営業時間の短縮要請に協力しているとのことである(換言すれば、目視による調査によったとしても、少なくとも2000件を超える飲食店等は協力要請には応じていない。甲16・「営業時間短縮要請への協力状況」)。

## **2 原告（施設管理者）に対する特措法第24条第9項に基づく個別の協力要請**

- (1) 原告は、前記1の被告の協力要請（被告が求めるところの営業時間の短縮）には応じてはいなかった。
- (2) 被告（東京都総務局総合防災部危機委管理調整担当部長）は、令和3年2月19日付けにて、原告（正確には「施設管理者」あて）に対して個別に、特措法第24条第9項に基づく営業時間の協力要請に応じることを求める旨の書面を送付した（甲17・「新型インフルエンザ等対策特別措置法第24条第9項に基づく施設の使用制限（営業時間短縮）の要請について（協力依頼）」）。

この書面において、被告は、「なお、当該要請に応じていただけない場合には、今後、法第45条第2項に基づく施設の使用制限（営業時間短縮）の要請を行うとともに、同条第5項に基づき東京都ホームページにおいて公表を行う場合があります」と記載している。

## **3 原告に対する特措法第45条第2項に基づく要請**

- (1) 東京都知事は、令和3年2月22日付けにて、原告に対し、原告が東京都内で経営する飲食店のうち別紙1「対象施設一覧」記載の26店舗（これらをまとめて、以下「本件対象施設」という。）について午後8時以降も営業を続けていることを指摘した上で、同月24日以降も午後8時から翌日午前5時までの間に営業のために店舗を使用していることが認められれば、特措法第45条第2項に基づき、施設の使用制限（営業時間は午前5時から午後8時まで。ただし、酒類の提供は午前11時から午後7時まで。この使用制限をもって、以下「本件制限」という。）の要請を行う予定である旨の事前の通知を行った（甲18・「新型インフルエンザ等対策特別措置法第45条第2項に基づく施設の使用制限（営業時間短縮）の要請について（事前通知）」）。

また、東京都知事は、この通知書に「24条要請への御協力を改めてお願いいたし

ます」と記載し、原告に対し、特措法24条第9項に基づく要請に応じるよう再び求めている。

- (2) 東京都知事は、令和3年2月26日付けにて、原告に対し、同日から緊急事態宣言解除宣言がされるまでの間、本件対象施設について本件制限を求める旨の要請を行った（以下「本件要請」という。甲19・「新型インフルエンザ等対策特別措置法第45条第2項に基づく施設の使用制限（営業時短縮）の要請について」）。

#### **4 原告に対する弁明の機会の付与と原告の弁明**

- (1) 東京都知事は、令和3年3月5日付けにて、原告に対し、原告に対して特措法第45条第3項に基づく命令を発出する予定であり、これに対して弁明がある場合には、同月12日までに弁明書を提出することを求める旨の通知を行った（甲20・「弁明の機会の付与について（通知）」）。
- (2) 原告は、令和3年3月11日付けにて、東京都知事に対し、弁明書を提出した（甲21・弁明書）。

この弁明書において、原告は、原告としての考えを述べた上で、「上記説明の通り、当社は45条要請に応じておりませんし、応じないことについて特措法45条3項にいう「正当な理由」があるものと考えておりますので、今後も要請にとどまるのであれば、応じないという意思を持っております。しかしながら要請に応じないことについて、正当な理由がないという（当社にとっては非常に不本意な）判断が下り、今後当社に特措法45条3項に基づく営業時間短縮の「命令」が出るということであれば、その命令に従うことは法律上の強制力をもった当社の「義務」となるため、遺憾ではありあ（ママ）すが、その命令には従う用意はあります。」として、特措法第45条第2項に基づく要請には応じることができないが、同条第3項に基づく命令にはこれに応じなければならない法的効果があるため応じる旨を明示的に表明している。

## 5 原告に対する特措法第45条第2項に基づく命令

- (1) 東京都知事は、令和3年3月15日付けにて、原告に対し、本件対象施設について午後8時以降も営業を続けていることを指摘した上で、「貴施設は、20時以降も当該施設を使用して飲食店の営業を継続し、客の来店を促すことで、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。加えて、緊急事態措置に応じない旨を強く発信するなど、他の飲食店の20時以降の営業継続を誘発するおそれがある」と指摘した上で、同月17日以降も午後8時から翌日午前5時までの間に営業のために施設を使用していることが認められれば、特措法第45条第3項に基づき、本件対象施設について本件制限を課す旨の命令を発出する予定であるとの事前の通知を行った（甲22・「新型インフルエンザ等対策特別措置法第45条第3項に基づく施設の使用制限の命令について（事前通知）」）。

この書面において、東京都は、「また、45条命令を行った場合、法第45条第5項の規定に基づき、当該命令をした旨を東京都ホームページで公表する場合があります」と記載している。

- (2) 東京都知事は、令和3年3月18日付けにて、原告に対し、本件対象施設について、「令和3年3月18日から令和3年1月7日付新型コロナウイルス感染症緊急事態宣言に関する公示に係る東京都における新型コロナウイルス感染症緊急事態が終了するまでの間」を措置を講ずべき期間として、本件制限（20時から翌日5時まで（酒類の提供を行う場合は19時から翌日11時まで）の間において、営業（宅配及びテイクアウトサービスを除く。）のために使用することの停止）を内容とする使用制限命令を発出した（以下「本件命令」という。甲23・措置命令書）。

東京都知事が本件命令を発出した理由は、下記のとおりである（甲23）。

### 記

「対象施設は、20時以降も対象施設を使用して飲食店の営業を継続し、客の来店を促すことで、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。加えて、緊急事態措置に応じない旨を強く発信するなど、他の飲食店の20

時以降の営業継続を誘発するおそれがある。

これらのことは、更なる新型コロナウイルス感染症のまん延につながるおそれがある。したがって、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、対象施設の使用制限を命ずるものである。」

- (3) 東京都知事は、令和3年3月18日付けにて、東京都内の合計27施設について、特措法第45条第3項に基づき施設の使用制限命令を発出した（甲24・「新型インフルエンザ等対策特別措置法第45条第3項に基づく施設の使用制限の命令を行った施設について（第1791報）」）。このうち26施設は原告が経営する店舗であることから、原告が経営する店舗以外に対する同日の命令の発出は、1施設のみである。

また、東京都知事は、令和3年3月19日、合計5施設について、特措法第45条第3項に基づく施設の使用制限命令を発出したとのことである（甲25・「新型インフルエンザ等対策特別措置法第45条第3項に基づく施設の使用制限の命令を行った施設について（第1808報）」）。

## **6 本件対象施設における営業時間の短縮**

原告は、本件命令が発出されたことを受け、令和3年3月18日から第二回緊急事態宣言が終了した同月21日までの4日間、本件対象施設すべてについて、本件命令に従って営業時間を短縮し、午後8時以降の営業等はしなかった。

## **第5 本件命令は違憲・違法であること**

### **1 原告の主張の骨子**

原告は、下記の6点において、本件命令は違憲・違法であると主張するものである。

記

- ①遅くとも本件命令発出時点（令和3年3月18日時点）において、「新型インフ

- ルエンザ等緊急事態」にあるとはいえないこと（後記2）
- ②本件命令は違法な目的をもって発出されたこと（後記3）
  - ③原告には、本件要請に応じないことについて「正当な理由」があること（後記4）
  - ④本件命令を発出することについて「特に必要がある」とはいえないこと（後記5）
  - ⑤飲食店に対して特措法第45条第3項に基づく命令を発出することはできないこと（特措法施行令及び本件告示の定めは特措法の委任の範囲を超えていること）（後記6）
  - ⑥特措法及びこれに基づく命令は違憲であること（後記7）

## **2 遅くとも本件命令発出時点（令和3年3月18日時点）において、「新型インフルエンザ等緊急事態」にあるとはいえないこと**

### **(1) 法令の定め**

ア 特措法第45条第2項は「特定都道府県知事は、新型インフルエンザ等緊急事態において、…（中略）…、当該施設の使用の制限若しくは停止又は催物の開催の制限若しくは停止その他政令で定める措置を講ずるよう要請することができる。」と定め、同条第3項は「施設管理者等が正当な理由がないのに前項の規定による要請に応じないときは、…（中略）…、当該施設管理者等に対し、当該要請に係る措置を講ずべきことを命ずることができる。」と定める。

特措法第45条第2項に基づく要請は「新型インフルエンザ等緊急事態」において発出が可能であり、同条第3項に基づく命令は要請に応じない場合に当該要請に係る措置を講ずるよう命ずるものである。これらの規定から、同条第3項に基づく命令は「新型インフルエンザ等緊急事態」において発出することができるものであり、「新型インフルエンザ等緊急事態」にあることは命令の要件になっているものといえる（「新型インフルエンザ等緊急事態」にないことは、要請に応じないことについての「正当な理由」になるとの整理も考えられようが、いずれにせよ、同条第3項

に基づく命令発出時点において「新型インフルエンザ等緊急事態」にあることはその要件である。)

イ ここで、「新型インフルエンザ等緊急事態」とは何を指すのか説明する。

特措法第32条第1項は、「政府対策本部長は、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（以下「新型インフルエンザ等緊急事態」という。）が発生したと認めるときは、新型インフルエンザ等緊急事態が発生した旨及び次に掲げる事項（*新型インフルエンザ等緊急事態措置を実施すべき期間、同措置を実施すべき区域、新型インフルエンザ等緊急事態の概要*）の公示（第五項及び第三十四条第一項において「新型インフルエンザ等緊急事態宣言」という。）をし、並びにその旨及び当該事項を国会に報告するものとする。」と定める。この規定を受け、特措法施行令第6条は「法第三十二条第一項の新型インフルエンザ等緊急事態についての政令で定める要件は、都道府県における感染症患者等の発生の状況、感染症患者等のうち新型インフルエンザ等に感染し、又は感染したおそれがある経路が特定できない者の発生の状況その他の新型インフルエンザ等の発生の状況を踏まえ、一の都道府県の区域を越えて新型インフルエンザ等の感染が拡大し、又はまん延していると認められる場合であって、当該感染の拡大又はまん延により医療の提供に支障が生じている都道府県があると認められるときに該当することとする」と定める。

つまり、「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」という状態のことを指しており、この状態の有無は「当該感染の拡大又はまん延により医療の提供に支障が生じている都道府県があると認められる」か否かによって判断される。

ウ ここで留意すべきことは、法令の仕組み上、「新型インフルエンザ等緊急事態」と

は一定の状態を指しており、「緊急事態宣言」が発出されていること（「新型インフルエンザ等緊急事態措置を実施すべき期間」にあること）から直ちに「新型インフルエンザ等緊急事態」にあるといえるものではないことである。

## **(2) 本件命令は「新型インフルエンザ等緊急事態」とはいえない状況において発出されたものであり違法であること**

ア 前記第3・5・(7)(8)にて述べたとおり、令和3年3月17日内閣総理大臣は第二回緊急事態宣言を同月21日をもって解除（終了）させる考えを示し、翌18日「同年（令和3年）3月21日をもって、緊急事態が終了する旨を公示する」として、第二回緊急事態宣言の終了を宣言した（甲12）。

第二回緊急事態宣言の終了を宣言するに先立ち、「新型インフルエンザ等対策有識者会議」の下で開催される「基本的対処方針等諮問委員会」に対して諮問がなされているところ、同委員会においても、第二回緊急事態宣言を終了することが是認されている（議事録は令和3年3月21日時点において未掲載のため、これが公表されたのち、ここでの具体的な審議内容を改めて説明する。）。

内閣総理大臣は、第58回対策本部において、第二回緊急事態宣言の終了を宣言するにあたり、「1月の緊急事態宣言の発出以降、飲食店の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あげ、1都3県の新規感染者数は8割以上減少しております。病床のひっ迫が続いていた千葉県などにおいても、病床使用率は50パーセントという解除の目安を下回って40パーセント以下になっております。こうした状況を踏まえ、埼玉県、千葉県、東京都、神奈川県について、3月21日をもって、緊急事態宣言を解除することといたします。」と説明している（甲26・「新型コロナウイルス感染症対策本部（第58回）」）

イ 上記アからわかることは、仮に政府の説明を前提にしたとしても、遅くとも令和3年3月18日時点において、「当該感染の拡大又はまん延により医療の提供に支障が生じている」（特措法施行令第6条）とはいえず、ひいては「新型インフルエンザ

等緊急事態」にあるとはいえないとされていることである。

ただし、各種指標によれば、令和3年3月18日より相当程度前から「新型インフルエンザ等緊急事態」にあるとはいえない（この状態を脱している）といえるのであって、この訴訟の中で、追ってこのことも説明する。

ウ 本件命令は、「新型インフルエンザ等緊急事態」にあるとはいえない状況において発出されたものであり、これが適法とされる前提を欠くものであって、違法である。

### 3 本件命令は違法な目的をもって発出されたこと

#### (1) 東京都知事が本件命令を発出した理由

ア 前記第4・5・(2)にて説明したとおり、東京都知事は、「対象施設は、20時以降も対象施設を使用して飲食店の営業を継続し、客の来店を促すことで、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。加えて、緊急事態措置に応じない旨を強く発信するなど、他の飲食店の20時以降の営業継続を誘発するおそれがある。」との理由により、原告に対し、本件命令を発出した。

つまり、本件命令の理由は次の2点にあるといえる。

①本件対象施設において午後8時以降も営業を継続していることは、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

②原告は、緊急事態措置に応じない旨を強く発信しており、他の飲食店の午後8時以降の営業継続を誘発するおそれがあること

イ 東京都知事は、令和3年3月18日付けにて、合計27施設について、特措法第45条第3項に基づき施設の使用制限命令を発出したとのことであるが（甲24）、このうち26施設は原告が経営する店舗である。原告が経営する店舗以外に対する同日の命令の発出は、1施設のみである。また、東京都知事は、同月19日、合計5施設について、同命令を発出したとのことである（甲25）。

東京都知事は、特措法第45条第3項に基づく命令を東京都内の飲食店のうちごく一部についてのみ発出しており（甲16のとおり令和3年3月18日時点におい

て目視による調査によっても2000件を超える施設が協力要請に応じていない。),  
かつ, そのほとんどが原告が経営する店舗(32施設中26施設)であって, 客観的  
にみて, 原告に対する“狙い打ち”により命令が発出されているといわざるを得な  
い。

ウ 上記アの理由のうち①については, 本件対象施設が, 他の2000件を超える協  
力要請に応じていない施設と比べて, 市中の感染リスクを高めていると到底いえる  
ものでもない(そもそも, 午後8時以降も飲食店を開けていることと, 市中の感染リ  
スクの増大に, 因果関係があるとも認めがたい。被告において, 上記ア①の理由につ  
いて, その趣旨の説明も含め, 具体的な主張・立証していただきたい。)

他方, 東京都知事は, 措置命令書(甲25)記載の本件命令の理由において, 「緊  
急事態措置に応じない旨を強く発信するなど, 他の飲食店の20時以降の営業継続  
を誘発するおそれがある」として, 原告による「発信」を殊更問題視している。

エ 結局のところ, 東京都知事が本件命令を発出した主たる理由(直接的な理由)は,  
上記ア②にいうところの原告の「発信」にあるといえる。

## (2) 本件命令は違法な目的をもって発出されたものであり違法であること

ア 東京都知事が原告のいずれの情報発信をもって「緊急事態措置に応じない旨を強  
く発信するなど, 他の飲食店の20時以降の営業継続を誘発するおそれがある」と  
指摘しているのか, あるいは「強く」との評価が何を意味しているのか自体, 措置命  
令書(甲25)をみても判然としない。この意味で, 本件命令は理由付記の点で瑕疵  
があるともいえる(行政手続法第14条第1項本文。下記イ及びウにおいては, 被告  
がいうところの「発信」を原告なりに推察して反論する)。

イ 令和3年1月7日, 原告は, そのサイトにおいて, 第二回緊急事態宣言発令にあた  
っての原告としての考え方を記載した記事を掲載した(甲27・「緊急事態宣言の発  
令に関して, グローバルダイニング代表・長谷川の考え方(2021年1月7日現  
在)」。ここで原告は, 「今の行政からの協力金やサポートでは時短要請に応えられ

ません。飲食で19時までの飲食の提供、20時までの営業では事業の維持、雇用の維持は無理です。」「以上の理由により、当社は緊急事態が発令された後も、平常通り営業を続ける所存です。」などと記載している。この記事は「緊急事態措置」が取られる前のものであるし、この文面をみればわかるように表現も内容も穏当である。

ウ 令和3年3月12日、原告は、そのサイトにおいて、原告が東京都知事に提出した弁明書(甲21)のPDFデータを掲載した。前記第4・4・(2)にて説明したとおり、ここで表明した原告としての考えは、特措法第45条第2項に基づく要請には応じないが、同条第3項に基づく命令には応じるとの内容である。命令に応じることについて何ら留保をつけているものでもない。一つの模範的な法律への向き合い方といえる。現に原告は、本件命令が発出された後、本件対象施設すべてについて本件命令に従い営業時間の短縮を実行している。

エ 東京都知事が原告の「発信」を本件命令の主たる理由(直接的な理由)としたことは、原告としての考えを表明し東京都知事に対する反論をすることを許さないということであろう。本件命令は、東京都知事に対して反論をしたことに対する“見せしめ”ともいえる。

このような目的・意図をもってなされた本件命令は、目的・意図それ自体をもって違法性を帯びるものであるといえるし、原告がその考えを表明したことを理由として本件命令を課すことは、表現行為を委縮させ表現の自由を制約することに繋がるものであり、平等原則にも反するのであるから、本件命令は違法である(憲法論については後記7で述べる。)

#### **4 原告には、本件要請に応じないことについて「正当な理由」があること**

##### **(1) 法令の定め**

ア 特措法第45条第3項に基づく命令は、「正当な理由がない」にもかかわらず特措法第45条第2項に基づく要請に応じないときに発出することができる。換言すれば、同条項に基づく要請に応じないことについて「正当な理由」があれば、特定都道

府県知事は同条第3項に基づく命令を発出することはできない。

イ また、特措法第1条は、その目的として「もって新型インフルエンザ等の発生時において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に及ぼす影響が最小となるようにすることを目的とする。」と規定し、同法第5条は、特措法の基本的な解釈指針として「国民の自由と権利が尊重されるべきことに鑑み、新型インフルエンザ等対策を実施する場合において、国民の自由と権利に制限が加えられるときであっても、その制限は当該新型インフルエンザ等対策を実施するため必要最小限のものでなければならない。」と定める。

ウ 「正当な理由」との文言は、法令上しばしば用いられるが、これが何を意味するかについては、法令ないし条項ごとに異なるのであって、当該法令の趣旨・目的、当該条項が問題となる局面及びその仕組みなどに照らして、当該条項ごとに解釈することになる。

## (2) 「正当な理由」①：本件要請は行政指導である

ア 本件要請は、行政指導に位置付けられるものであり、本来的に被要請者においてこれに応じる義務があるものではない（行政手続法第32条）。また、本件要請をなすにあたって、被要請者につき法令の違反状態ないし法令違反行為があるものではない（この意味で、ある法令の違反がありそれを是正するよう求める行政指導とは、性質が異なるものである。）。

つまり、被要請者である原告において、そもそも本件要請に応じる義務はないのであって、このことから直ちに、原告には本件要請に応じないことについて「正当な理由」があることが基礎づけられるといえる。

イ 特措法第45条第3項には、特措法の改正経緯から生じた歪みがあり、これが顕在化している局面であるといえる。

すなわち、特措法制定当時、特措法第45条第3項においては「指示」という文言が用いられており、「指示」を行う要件として、現行法と同じく、「施設管理者等が正

当な理由がないのに前項の規定による要請に応じないとき」と定められていた（甲4）。ここにいう「指示」は、要請と同じく行政指導に位置付けられるものであった。つまり、要請に続いて「指示」という行政指導を重ねて行うことができる旨の制度となっていた。

令和3年2月特措法改正により、行政指導であった「指示」は、罰則を伴う行政処分である「命令」に置き換えられたが、その要件である「施設管理者等が正当な理由がないのに前項の規定による要請に応じないとき」との定めはそのまま残された。

「正当な理由」なく行政指導である要請に応じないことが、行政処分である「命令」の要件とされたのである。ここで格別留意すべきは、特措法第45条第2項に基づく要請をなすにあたっては、被要請者において法令違反があるわけではないことである（繰り返しになるが、法令違反状態を是正するよう求める行政指導とは、性質が異なる。）。ここにいう要請は、被要請者において文字通り任意の対応を求めるものであり、いかなる意味においてもこれに応じなければならない義務というのは観念できないのであって、「正当な理由」なく行政指導である要請に応じないことが「命令」の要件であるという設定自体が法令の仕組みとして破たんしているのである（行政指導に従わないことを不利益処分の理由とはしてはならないことについて、行政手続法第32条第2項参照）。

### **(3) 「正当な理由」②：本件要請に応じることは会社の経営を維持することを困難にさせる**

ア 本件要請に応じて営業時間を短縮したとしても、営業時間短縮によって発生した損失について保障する仕組みは用意されていない（東京都は1店舗・1日あたり6万円の時短営業協力金を用意するなどしてはいるが、原告が経営する店舗の規模の大きさなどからすれば、ほぼ意味はない。）。ましてや、本件要請は、飲食店において最も集客を見込むことができる時間帯である午後8時以降（酒類の提供を行う場合は午後7時以降）営業として施設を使用することの停止を求めるものである。適切

な保障もなく本件要請に応じて営業時間の短縮を続ければ、現実問題として会社の経営を維持することは困難となる。

原告は日本国内において41店舗の飲食店を経営する上場企業であり、多くの従業員を抱え、仕入先その他の取引先も多く、これらの者との関係でもその経営を維持する必要・責任がある。原告のみの利益を問題にしているものではない。

イ 繰り返し説明しているとおり、特措法第45条第2項に基づく本件要請は、行政指導に位置付けられるものであり、原告においてこれに応じる義務が本来的にあるものではないのであって、仮に上記(2)にて述べた解釈までは取らないとしても、「正当な理由」の要件については相当程度緩やかに解釈する必要がある。

ウ 会社の経営を維持することが困難となることが分かりながら、法的義務のない本件要請に応じることはできないのであって、原告には、本件要請に応じないことについて「正当な理由」があるといえ、本件命令は違法である。

#### **(4) 「正当な理由」③：本件要請は要件を満たさず違法である**

ア 本件命令に先行する本件要請が違法であれば、原告においてこれに応じる必要はないといえるのであって、本件要請に応じないことについて「正当な理由」があることになる。

イ 東京都知事は令和3年2月26日付けにて本件要請を発出しているところ、これが適法であるといえるには、同日時点において「新型インフルエンザ等緊急事態」にある必要がある（特措法第45条第2項）。

しかし、各種指標によれば、この時点において「新型インフルエンザ等緊急事態」にあるとはいえないのであって、この意味で本件要請は違法である（詳細な主張はこの訴訟の中で追って行う）。

ウ また、特措法第45条第2項に基づく要請を発出するにあたっては、行政指導とはいえ、その適法性要件として合理性・相当性が要求される。

しかし、当時、東京都知事が「飲食店」に対してのみ要請を発出したことについて

も、その対象として本件対象施設を選択したことについても、合理性・相当性は認められないのであって、この意味でも本件要請は違法である（詳細な主張はこの訴訟の中で追って行う）。

**(5) 「正当な理由」④：本件要請は行政指導の範囲を超えたものであり違法である**

ア 東京都知事は、原告が経営する飲食店について営業時間を短縮させるべく、行政指導の名のもと、執拗に要請を繰り返してきた。

前記第4で述べたとおり、第二回緊急事態宣言発出後に正式に書面でなされたものだけをみても、令和3年2月19日付けにてなされた特措法第24条第9項に基づく個別の協力要請（甲17）、同月22日付けにてなされた特措法第45条第2項に基づく本件要請の事前通知及びその際にあわせて行われた特措法第24条第9項に基づく個別の協力要請（甲18）、同月26日付け本件要請がなされている。

他方、本件要請に係る事前通知書（甲18）の別紙において、原告のサイトに令和3年1月7日に掲載された記事（甲27）が指摘されていることから、東京都知事は、上記一連の要請を行うに先立ち、原告は行政指導段階である上記要請等には応じない考えであることを把握していたものである。

イ また、上記アのうち、令和3年2月19日付け及び同月22日付けにてなされた特措法第24条第9項に基づく個別の協力要請（甲17、甲18）は、本来的に特措法が想定していないものであり、違法の瑕疵を帯びる。

すなわち、このときの個別の協力要請は「施設の使用制限」を求める内容であるところ、本来この要請は、厳格な要件が要求されている特措法第45条第2項に基づく要請として初めて行うことができるものである。具体的には、「新型インフルエンザ等緊急事態」にあり、緊急事態宣言が発出されているという状況のもと、特定都道府県対策本部長が、「新型インフルエンザ等のまん延を防止し、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必要があると認めるとき」に発出することでき（同条項）、この発出にあたっては、あらかじめ、感染症

に関する専門的な知識を有する者その他の学識経験者の意見を聴かなければならないとされているのである（同条第4項）。

他方、特措法第24条第9項に基づく協力要請は、「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。」と規定されているにとどまる。これは、緊急事態宣言下であるか否かにかかわらず、都道府県対策本部長に一般的な協力要請（たとえば、手洗い、咳エチケットなどの協力要請）を行う権限を付与したに過ぎないのであって、少なくとも「施設の使用制限」という強力な制約を伴う要請を行う権限を付与したものと解することはできない。

ウ このような違法の瑕疵を帯びる執拗な行政指導を経てなされた、あるいは、特措法の想定していない違法な協力要請の延長としてなされた本件要請は違法であるといえるのであって、これに応じないことについて「正当な理由」があるといえる。

## **(6) 小括**

このように、原告が本件要請に応じなかったことについては「正当な理由」があるのであって、本件命令は違法である。

なお、原告は、本件命令に先立ち、原告が本件要請に応じないことについて「正当な理由」がある旨の弁明を行ったが（甲21）、東京都知事は「当該弁明書に記載された内容からは、法第45条第3項に定める「正当な理由」があるとは認められない」との結論のみを記載し、原告の弁明に対する回答すら行っていないところであって、このような姿勢も行政のあるべき姿として大いに疑問があるところである。

## **5 本件命令を発出することについて「特に必要がある」とはいえないこと**

### **(1) 法令の定め**

ア 特措法45条第3項は「施設管理者等が正当な理由がないのに前項の規定による

要請に応じないときは、特定都道府県知事は、新型インフルエンザ等のまん延を防止し、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り、当該施設管理者等に対し、当該要請に係る措置を講ずべきことを命ずることができる」として、同条項に基づく命令の発出するにあたり、高度の必要性を要求している。

また、前述のとおり、特措法第1条は、その目的として「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に及ぼす影響が最小となるようにすることを目的とする。」と規定し、同法第5条は、特措法の基本的な解釈指針として「その制限は当該新型インフルエンザ等対策を実施するため必要最小限のものでなければならない。」と定める。

イ 特措法第45条第2項に基づく要請については、入店にあたっての手指の消毒を行うことを求めるといった制約の程度が小さいものから、一定の時間の営業そのものの停止を求めるといった制約の大きいものまで様々な内容が想定されているところである。

ウ これらを踏まえると、特措法第45条第3項にいう「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」にあたるか否かは、求める行為の内容及び制約の程度を踏まえた上で、そのこととの相関関係から判断する必要があるといえる。そして、制約の程度が大きい場合には、「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」の方策としてより制約の程度の軽い合理的な方法がなく、かつ、当該制約の必要性が説得的な根拠をもって裏付けられていることが必要であると解するのが相当である。

## **(2) 本件命令を発出することについて「特に必要がある」とはいえず、本件命令は違法であること**

そもそも、本件要請に応じずに原告が本件対象施設において営業を継続したとして

も、「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」を招くとは到底いえない。東京都知事が、いかなる事実関係のもと、いかなる論拠により、原告が本件対象施設において営業を継続することが「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」を招くと主張する趣旨であるのか、分からない。

また、前記3にて説明したとおり、本件命令においてその理由とされている内容は、本件命令を正当化するものでは全くない。

いずれにせよ、東京都知事が、何をもって「特に必要がある」と判断したのか自体不明であるし、その主張立証責任は本来的に被告側にあるといえるので、まずは被告の主張を待って、原告としての詳細な反論を行うことにする。

## **6 飲食店に対して特措法第45条第3項に基づく命令を発出することはできないこと（特措法施行令及び本件告示の定めは特措法の委任の範囲を超えていること）**

### **(1) 法令の定め**

ア 特措法第45条第2項は、同条項に基づく「要請」の対象につき「学校、社会福祉施設（通所又は短期間の入所により利用されるものに限る。）、興行場（興行場法（昭和二十三年法律第百三十七号）第一条第一項に規定する興行場をいう。）その他の政令で定める多数の者が利用する施設を管理する者又は当該施設を使用して催物を開催する者（次項及び第七十二条第二項において「施設管理者等」という。）」と規定し、これを受けて、特措法施行令第11条第1号は、下記のとおり、定める。

#### 記

（使用の制限等の要請の対象となる施設）

第十一条 法第四十五条第二項の政令で定める多数の者が利用する施設は、次のとおりとする。ただし、第三号から第十四号までに掲げる施設にあつては、その建築物の床面積の合計が千平方メートルを超えるものに限る。

一 学校（第三号に掲げるものを除く。）

二 保育所、介護老人保健施設その他これらに類する通所又は短期間の入所に

より利用される福祉サービス又は保健医療サービスを提供する施設（通所又は短期間の入所の用に供する部分に限る。）

- 三 学校教育法（昭和二十二年法律第二十六号）第一条に規定する大学，同法第二百二十四条に規定する専修学校（同法第二百五条第一項に規定する高等課程を除く。），同法第三百三十四条第一項に規定する各種学校その他これらに類する教育施設
- 四 劇場，観覧場，映画館又は演芸場
- 五 集会場又は公会堂
- 六 展示場
- 七 百貨店，マーケットその他の物品販売業を営む店舗（食品，医薬品，医療機器その他衛生用品，再生医療等製品又は燃料その他生活に欠くことができない物品として厚生労働大臣が定めるものの売場を除く。）
- 八 ホテル又は旅館（集会の用に供する部分に限る。）
- 九 体育館，水泳場，ボーリング場その他これらに類する運動施設又は遊技場
- 十 博物館，美術館又は図書館
- 十一 キャバレー，ナイトクラブ，ダンスホールその他これらに類する遊興施設
- 十二 理髪店，質屋，貸衣装屋その他これらに類するサービス業を営む店舗
- 十三 自動車教習所，学習塾その他これらに類する学習支援業を営む施設
- 十四 飲食店，喫茶店その他設備を設けて客に飲食をさせる営業が行われる施設（第十一号に該当するものを除く。）
- 十五 第三号から前号までに掲げる施設であって，その建築物の床面積の合計が千平方メートルを超えないもののうち，新型インフルエンザ等緊急事態において，新型インフルエンザ等の発生の状況，動向若しくは原因又は社会状況を踏まえ，新型インフルエンザ等のまん延を防止するため法第四十五条第二項の規定による要請を行うことが特に必要なものとして

厚生労働大臣が定めて公示するもの

イ 特措法施行令第1項第15号を受け、本件告示（甲10）は、特措法第45条第2項の規定による要請を行うことが特に必要な施設について、「同項第4号から第6号まで、第9号、第11号及び第14号に掲げる施設であって、その建築物の床面積の合計が1000平方メートルを超えないものとする。」と定めて公示する。

ウ 特措法第45条第3項に基づく命令の対象は、同条第2項に基づく要請の対象と同じある。

エ 上記アないしウにより、「飲食店」は、「建築物の床面積の合計」の数値にかかわらず、特措法第45条第2項に基づく要請（ひいては同条第3項に基づく命令）の対象になる。

これは、令和3年1月7日に交付・施行された「新型インフルエンザ等対策特別措置法施行令の一部を改正する政令」（令和3年政令第3号。甲9）により特措法施行令改正及び同日付け本件告示後の話であり、それ以前は、「飲食店」は、特措法第45条第2項に基づく要請（ひいては同条第3項に基づく命令）の対象ではなかった。

## **(2) 特措法施行令及び本件告示の定めは特措法の委任の範囲を超えていること**

ア 改めて特措法施行令第45条第2項の規定をみるに、同条項に基づく要請の対象は、「学校、社会福祉施設（通所又は短期間の入所により利用されるものに限る。）、興行場（興行場法（昭和二十三年法律第百三十七号）第一条第一項に規定する興行場をいう。）その他の政令で定める多数の者が利用する施設」であり、学校、社会福祉施設、興行場を列挙した上で、「多数の者が利用する施設」を定めることを政令に委任している。

特措法が政令で規定することを想定しているのは、学校、社会福祉施設、興行場に準じて「多数の者が利用する施設」であり、典型的に規模が大きく、多くの人が集まる施設である。特措法施行令第11条が列挙する「施設」のうち、少なくとも第1号から第10号に挙げられているものは、特措法が想定している「施設」にあたるとい

えよう。これらについても、「建築物の床面積の合計が1000平方メートル以上」との限定が付されていることについても（正確には、第1号及び第2号についてはこの限定はない）、特措法の定めと整合的である。

しかし、「飲食店」は様相が異なる。「飲食店」とは「施設」というよりも営業の態様であるし、「飲食店」が学校、社会福祉施設、興行場に準じて「多数の者が利用する施設」ともいい難い。ましてや、特措法施行令及び本件告示は、その規模を問わずに「飲食店」を対象としている。これは、特措法が本来的に想定している範囲を超えるものであるといわざるを得ない。

イ 特措法施行令及び本件告示が、「飲食店」についてその規模を問わずに特措法第45条第2項に基づく要請の対象としていることは法の委任の範囲を超えており無効であり、少なくとも法改正を経ない限りは「飲食店」を上記要請（ひいては命令）の対象にすることはできないのであって、特措法第45条第2項第3項・特措法施行令第11条第1項第15号・厚生労働省告示に基づいてなされた本件命令は違法である。

## **7 特措法及びこれに基づく命令は違憲であること**

### **(1) 特措法が法令違憲であること（営業の自由の侵害）**

#### **ア 営業の自由を保障することの現代的意義について**

憲法第22条第1項は職業選択の自由を保障しており、またその実効性を担保しなければ職業選択の自由の保障を実質化できないことから、営業の自由が保障されている（最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁「小売市場事件」、最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁「薬事法事件」）。

営業の自由の前提となる職業には、自己の生計を維持するためにする継続的活動という経済合理性を満たすという側面だけでなく、「分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有する」

という側面がある（前掲「薬事法事件」）。このような職業の人格的意義に照らして、選択した職業の遂行の自由（営業の自由）を認める必要があるのである。

ここで、さらに進んで2021年という現代社会における営業の自由の意義とは、このような2側面だけではなく、とりわけ企業（事業所）の社会的存在としての重要性が増大し企業のあり方の多様性も近時飛躍的に増していることも考慮にいなければならない。また、一企業の職業遂行の自由の内実は、そこで働く人々の職業活動の自由の保障はもちろん、日本において421万社存在する企業のうち419.8万社（約99.7%）が中小企業であるという実態からしても（2019年中小企業白書）、企業の職業遂行の自由の行使の結果に我々一人一人の生活そのものが依存しており、従業員やその家族が享受する様々な自由の総体であることが強調されるべきである。同時に、企業等の営業の自由は、現代社会では、我々一人一人の日々の幸福追求ないし個人の尊厳を満たす対象を提供してくれる。つまり、我々が大切な人や一人で過ごす時間に食べるもの、聴く音楽、そこに行くために着る洋服やそのための美容院などであり、営業の自由はいわば現代に生きる我々一人一人の自由の「ハブ」のような自由である。現代社会においては、職業の選択か遂行かという硬直的な二分論からのアプローチでは営業の自由（職業遂行の自由）は評価しきれないばかりか、むしろ営業の自由の現代的価値及びを見誤るものである。個人の自律という日本国憲法の根源的価値（憲法13条）に照らしても、職業の選択も遂行も全くの同価値であるというべきである。したがって、一企業の営業の自由への制限は、単に生計を立てることや自己実現の文脈のみではなく、その企業に生存そのものや日々の生活を依存している個人及び個々人の幸福追求の制限にもつながることに鑑み、より一層きめ細やかかつ慎重な制限の態様が求められる。

一方で、上記のとおり営業の自由も社会的・有機的關係性の中で捉えられるべき自由であることから、権利行使においては公共の福祉の観点から一定程度の制約を受けることはやむを得ない。

しかし、営業の自由の上記のような人々の自己実現、生存そのもの及び幸福追求

にまでかかわるといふ多層的な価値及び本質を考えれば、その制約の合憲性を判断するにあたっては、規制の目的、必要性、内容、これによって制限される営業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない。

特に、本訴訟で問題となっているような営業の自由の対立利益たる感染症対策という、社会経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、手段審査においてそれが必要かつ合理的な措置であり、当該目的達成のための消極規制に比してよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によっては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要する（前掲「薬事法事件」）。

## イ 特措法の目的について

特措法は、その目的として第1条で「この法律は、国民の大部分が現在その免疫を獲得していないこと等から、新型インフルエンザ等が全国的かつ急速にまん延し、かつ、これにかかった場合の病状の程度が重篤となるおそれがあり、また、国民生活及び国民経済に重大な影響を及ぼすおそれがあることに鑑み、新型インフルエンザ等対策の実施に関する計画、新型インフルエンザ等の発生時における措置、新型インフルエンザ等まん延防止等重点措置、新型インフルエンザ等緊急事態措置その他新型インフルエンザ等に関する事項について特別の措置を定めることにより、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（平成十年法律第百十四号。以下「感染症法」という。）その他新型インフルエンザ等の発生の予防及びまん延の防止に関する法律と相まって、新型インフルエンザ等に対する対策の強化を図り、もって新型インフルエンザ等の発生時において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に及ぼす影響が最小となるようにすることを目的とする。」と規定し、新型インフルエンザ等に対する対策においても「国民の生命及び健康の保護」と「国民生活及び国民経済に及ぼす影響が最小となること」を等置している。

つまり、感染症の拡大・まん延防止とともに、国民の権利自由の行使としての国民生活及び国民経済活動の最大限の尊重を法の目的としているのである。

また、同第5条は「国民の自由と権利が尊重されるべきことに鑑み、新型インフルエンザ等対策を実施する場合において、国民の自由と権利に制限が加えられるときであっても、その制限は当該新型インフルエンザ等対策を実施するため必要最小限のものでなければならない。」と規定し、新型インフルエンザ等対策の実施にあたって、国民の自由及び権利に対する制限が最小限であることを求めており、これらを併せ読めば、本法の目的が感染症の拡大及びまん延防止のみにあるのではなく、国民の権利行使への影響の最小化、とりわけ国民の生活及び経済のための権利行使の尊重にあることは明らかである。言い換えれば、本法は、感染症の拡大・まん延の防止のための施策と国民生活及び国民経済の維持の調和を求めており、ひいては適切な感染症対策を施しながら国民生活及び国民経済を営むことを尊重していると解される。このような特措法の目的の指定は、前述の営業の自由の保障意義やその多層的価値とも親和的であるといえよう。

#### **ウ 特措法の目的達成のための手段について**

これに対して、特措法は新型インフルエンザ等緊急事態において、上記目的達成の手段として、第45条第2項で「特定都道府県知事は、新型インフルエンザ等緊急事態において、新型インフルエンザ等のまん延を防止し、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必要があると認めるときは、新型インフルエンザ等の潜伏期間及び治癒までの期間並びに発生の状況を考慮して当該特定都道府県知事が定める期間において、学校、社会福祉施設（通所又は短期間の入所により利用されるものに限る。）、興行場（興行場法（昭和二十三年法律第百三十七号）第一条第一項に規定する興行場をいう。）その他の政令で定める多数の者が利用する施設を管理する者又は当該施設を使用して催物を開催する者（次項及び第七十二条第二項において「施設管理者等」という。）に対し、当該施設の使用の制限若しくは停止又は催物の開催の制限若しくは停止その他政令で定める措置を講

ずるよう要請することができる。」と規定し、同法施行令第12条において具体的な感染症拡大及びまん延防止のための措置を列挙している。

また、特措法第45条第3項は、「施設管理者等が正当な理由がないのに前項の規定による要請に応じないときは、特定都道府県知事は、新型インフルエンザ等のまん延を防止し、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り、当該施設管理者等に対し、当該要請に係る措置を講ずべきことを命ずることができる。」として、前項の要請に「正当な理由がないのに」応じない場合に、「特に必要があると認めるときに限り」命令を発することができる」と規定している。

この点、同条項において要請に従わない「正当な理由」とは、令和3年2月12日付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」によると、下記のとおり例示されている

#### 記

- ・地域の飲食店が休業等した場合、近隣に食料品店が立地していないなど他に代替手段もなく、地域の住民が生活を維持していくことが困難となる場合
- ・新型インフルエンザ等対策に関する重要な研究会等を施設において実施する場合
- ・病院などエッセンシャルワーカーの勤務する場において、周辺にコンビニ店や食料品店などの代替手段がなく、併設の飲食店が休業等した場合、業務の継続が困難となる場合

一方で、「経営状況等を理由に要請に応じないことや客の居座りにより閉店できないことは、「正当な理由がある場合」に該当しない」、また「感染防止対策を講じていることについては、要請に応じない「正当な理由がある場合」には該当しない」として、明示的に経営状況等を理由に応じないことや感染防止対策を講じていることを「正当な理由」から除外している。

そもそも、講学上、「要請」は法的に従う義務はないのであって、そのような性質

の「要請」に従わないことに「正当な理由」を要求すること自体が、不当に営業の自由を制約するものであり、その意味では、被告による執拗な時短要請は、それ自体違法の疑いが存する。また、原告が同解釈を採用するとの趣旨ではなく、仮に同政府の解釈を前提とするのであれば、上記例示によると、適切かつ厳格な感染症対策を行って営業している店舗や、例えばカウンター一列で一人で利用することが予定されている（つまり、会話等での飛沫飛散等のリスクが極めて低い）ような営業形態そのものに着目すると感染症拡大リスクが極めて低い店舗であっても、営業を継続する正当な理由が認められないこととなる。

また、類似店舗が密集しているような大都市圏においては、上記例示のような当該飲食店や食料店等の他の「代替手段」が存在しないということはおおよそ観念できず、ほぼ正当な理由は認められないということとなってしまう。

以上を総合的に考慮した場合、本来特措法の感染症の拡大及びまん延の防止と国民生活の維持及びそのための経済的営みとの調和という目的を達成するためによりゆるやかな営業の自由の内容及び態様に対する規制が存在しない適切な手段といえるであろうか。

本来、感染症対策を適切かつ厳格に行っている店舗や、営業形態自体に感染症拡大のリスクが極めて低い店舗等については、当該対策を徹底的に行うことを条件にして店舗営業を認める等することが、まさに、特措法の目的である感染症の拡大及びまん延の防止と国民生活及び国民経済の営みの調和の実践そのものといった、目的適合的な営業の自由の行使である。

しかし、上に見たとおり、特措法第45条第2項及び第3項並びに同施行令では、適切な感染症対策を徹底して営業している店舗についても明示的に正当理由から除外しており、わずかな例外を除いては、営業の態様や形態を問わずにほぼ一律に店舗営業を制限することを可能にしている。また、同命令に従わなかった場合には、これに対して過料や店舗名公表といった制裁を規定しており、2020年からの我が国におけるいわゆる「自粛警察」の存在や過剰な同調圧力といった特殊事情も併

せ考えれば、公表及び過料の制裁は事前規制ではないとはいえ、事実上・法律上、客観的要件による極めて厳しい権利制約であることは間違いない。

以上からすれば、特措法第45条第2項及び第3項は、感染拡大及びまん延の防止と国民生活及び経済活動の尊重という目的を達成する手段としての規制としては、同規定の規制に比してよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によっては右の目的を十分に達成することができないとは認められず、営業の自由に対する過剰な規制（過剰包摂）であるから、その限りで営業の自由の侵害として違憲である。

## エ 立法事実が存在しないことについて

また、今回発出された命令は令和3年2月特措法改正に基づくものであるが、同改正に先立って、令和3年1月7日付政令第3号及び本件告示（令和3年厚生労働省告示第4号）により飲食店が対象とされ、これに基づいて特措法第45条第2項及び第3項によって飲食店に対する営業時間短縮命令の発出が可能になった。

しかし、東京都のモニタリング会議によれば、例えば最も新規陽性者数が増大（2000名代）し、また、7日間移動平均がピークであった令和3年1月5～11日時点において、感染経路は同居：57.2％に比して、会食：10.8％、その前後でみると、1月12～18日時点で会食：6.8％、令和2年12月29～令和3年1月4日で会食：9.0％、で10％を超えることは極めてまれであった。直近では、令和3年3月2日～8日で会食：4.5％、3月9日～15日で会食：3.7％と、5％を超えない範囲で下降傾向に推移している。これらの事実からしても、特措法の目的である感染拡大及びまん延防止と国民生活及び国民経済の両立の観点からして、適切かつ厳格な感染症対策を行っている店舗や営業態様から感染リスクが低い店までをもほぼ一律に規制するとしている特措法の規制態様を支える立法事実が存在しない。

## オ 小括

以上を総合的に考慮すれば、特措法が目的としている感染症の拡大及びまん延の

防止並びに国民生活及び国民経済の尊重という目的を達成する手段として、感染症対策を適切かつ厳格に行っている店舗ないし感染症の拡大及びまん延の蓋然性が低い運営形態の店舗等も含めてあらゆる営業形態の飲食店をも一律に要請命令の対象とする特措法第45条第2項及び第3項の規定は、必要かつ合理的な規制とはいええず、当該目的達成のための特措法規定の規制に比してよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によっては右の目的を十分に達成することができないとはいえない。また、新型コロナの感染経路として会食＝飲食店の占める割合は感染者数が増大したときでさえ10%前後であったことや、平均的に5%を超えない程度で推移していた事実を鑑みれば、飲食店に対する一律の制限を可能にする本規定の立法事実は薄弱であると言わざるを得ない。そもそも、このように限定的に解釈しなければならない余地が過剰に存在している時点で過剰規制（過剰包摂）であり、また、本規定を合憲的に解釈する余地を上記2月12日付「事務連絡」で排除しているのであるから、いずれにせよ、特措法第45条第2項及び第3項の規定は営業の自由への過剰な制約として、その限りで違憲である。

## **(2) 特措法に基づく本件命令がその適用において違憲であること（適用違憲ないし処分違憲であること）**

### **ア 緊急事態宣言の発出及び再延長自体並びにそれらを前提とした本件命令が営業の自由を侵害していること**

既述のとおり、本件命令は、令和3年3月18日に発出された。しかし、同日時点では、菅総理大臣をして「病床のひっ迫が続いていた千葉県などにおいても解除の目安を下回っており、「当該感染の拡大又はまん延により医療の提供に支障が生じている」（特措法施行令6条）とはいえず」としており、政府が設定した基準においてもいわゆるステージⅡの状態（緊急事態宣言はステージⅣ）であった。したがって、同時点では明らかに緊急事態宣言を継続する状態にはなかったのであり、実態として命令を発令する前提たる緊急事態という状態を満たしていなかった。

また、政府は、令和3年3月5日に緊急事態宣言の再延長を決めたが、同再延長を決定する基礎として、政府提示のいわゆる「ステージ」の判断の根拠たる病床利用率が重視された。政府及び東京都も「(4都県の)病床が逼迫している。(解除の是非を判断するにあたって)ギリギリの指標もある。国民の命と暮らしを守るために延長が必要ではないかと考えている」(菅総理大臣)、「国において感染状況、医療提供体制を勘案したものと認識している。延長の考えは都と基本的に一致しており、どういう形での延長がリバウンドしないのか、国、1都3県で連携しながら対応する」(小池百合子都知事)と発言するなど(令和3年3月4日読売新聞)、緊急事態宣言の再延長の認定について病床利用率をメルクマールとし、病床のひっ迫という医療現場の実態にかからしめていた。

そもそも、政府は、国内での感染拡大及び医療提供体制・公衆衛生体制のひっ迫の状況が分科会提言における「ステージⅣ」相当であることを緊急事態宣言発出のメルクマールとし、「ステージⅢ」相当であることを緊急事態宣言解除のメルクマールとするとの考え方を、基本的対処方針及び公式記者会見において示していた。そして、遅くとも2月28日には、東京都における分科会提言における6つの指標のうち「ステージⅣ」相当は1つもなくなり、いずれも「ステージⅢ」もしくは「ステージⅡ」以下に改善し(なお、重症病床利用率については国基準の重症者病床数を正確に国に報告しなかったが、都が自ら発表した都基準の重症病床使用率は28%であった)、その後も継続的に各指標は改善していた。

それにもかかわらず、政府は、東京都における緊急事態宣言を3月8日から14日間再延長したが、各指標はその後ほとんど変わらずに推移していたところ、3月18日、政府は予定通り3月21日で解除することを決定した。

以上の事実を前提とすると、そもそも令和3年3月8日の緊急事態宣言の再延長は要件を満たしていなかったことが明らかであり、さらに、少なくとも同再延長した緊急事態宣言の解除が発表され、病床のひっ迫が続いていた千葉県などにおいても解除の目安を下回っており、「当該感染の拡大又はまん延により医療の提供に支障

が生じている」(特措法施行令第6条)とはいえず、ひいては「新型インフルエンザ等緊急事態」にあるとはいえない状態であった。

そのような状況であえて被告が本件命令を発出したことは、特措法第32条5項が「政府対策本部長は、新型インフルエンザ等緊急事態宣言をした後、新型インフルエンザ等緊急事態措置を実施する必要がなくなったと認めるときは、速やかに、新型インフルエンザ等緊急事態解除宣言(新型インフルエンザ等緊急事態が終了した旨の公示をいう。)をし、及び国会に報告するものとする。」として、さらに具体的にいえば緊急事態宣言のステージとして政府自らが明確に設定した基準を下回った場合は「速やかに」解除すべきとする法の趣旨に悖る。本来、政府による同ステージ設定は、政府自身による合理的自己拘束(プリコミットメント)であり、自身の裁量を自発的に羈束する重要な事実である。また、特措法第1条及び第5条に規定されている感染症拡大及びまん延防止と国民生活及び国民経済への配慮、そして権利制約の「必要最小限」の要求からしても、緊急事態宣言それ自体及びそれを根拠にした命令の前提を欠いているため、「必要最小限」とはいえないことから、過度に原告の営業の自由を制約するものとして、違憲であり、重複するが同趣旨において違法である。

#### **イ 「正当な理由」(特措法第45条第3項)の判断過程において表現の自由及び営業の自由を侵害していること**

上記のとおり、本件命令の根拠として「正当な理由」にあたらなかった判断においては、上記のとおり①本件対象施設において午後8時以降も営業を継続していることは、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及び②原告は、緊急事態措置に応じない旨を強く発信しており、他の飲食店の午後8時以降の営業継続を誘発するおそれがあることの2点であると考えられる。

しかし、法令違憲の項で検討したとおり、そもそも営業態様等を問わずに一律に「時短命令」を課すことは、営業の自由に対する過剰な規制であり、原告の感染症対策を検討することなく、また代替手段としての立入検査等を行うことなく本件命令

を発出したことは、特措法の適用において違憲といえる。

さらに、命令の根拠（正当な理由に該当しない根拠）として原告が「原告は、緊急事態措置に応じない旨を強く発信しており、他の飲食店の午後8時以降の営業継続を誘発するおそれがあること」した点が上げられているが、これも、本件とは全く無関係な原告個人の表現の自由の行使を不利益処分の根拠としており、表現の自由への過剰な規制として、本件命令に至る特措法の適用において違憲であると言わざるを得ない。また、その限りで、繰り返しになるが、既述の違法の主張においても、本項における憲法上の権利行使への過剰規制の観点から、被告の裁量等は羈束され、ここで取り上げた憲法上の権利への過剰規制として、違法である。

#### **ウ 「特に必要があると認められるときに限り」（特措法第45条第3項）の判断過程において、営業の自由、表現の自由及び法の下での平等を侵害していること**

特措法は、第24条第9項において強制力を伴わない要請を求める際の要件として、「必要があると認めるとき」とする一方、強制力を伴う命令を発出する場合の要件は「特に必要があると認められるときに限り」と定め、強制力を行使するか否かによって規定の仕方を形式的に書き分けており、特措法自体が、強制力を行使する場合には「特に」必要と認められる場合に限らなければならないとして単に必要性を要求するのではなく、より高度の必要性を要求している。

また、前述の特措法第5条は、新型インフルエンザ等対策を実施する場合には国民の自由及び権利への制限は「必要最小限」であることを求めている。

これらのことからすれば、新型インフルエンザ等対策を実施する際の権利自由への制約は必要最小限であることが強く求められており、具体的には、代替手段の有無、過剰規制に亘っていないか及び当該制約の目的と手段に密接な関連性があるのか又はより制限的でない手段が存在するか等、厳格な審査が求められるというべきである。

本件につきみれば、午後8時以降の飲食と7時45分の飲食で感染の可能性が飛躍的に上がる等感染リスクが異なることはなく、また、そもそも行政が真に特措法

第1条及び第5条の規定にいう国民の生命・健康と国民生活及び経済運営の調和を考えるのであれば、いわゆる「三密」を回避する営業形態を行政から指導する等して、同指導が励行されているかどうかを立ち入り検査等で確認することも可能である。このことは、東京都が約9万に及ぶ都内店舗の営業実態を「目視」により調査できたのであれば、上記立入検査が可能であることは客観的に明らかである。

いやしくも特措法施行令第12条に規定しているとおり、マスク着用の指導や手指消毒、アクリル板等遮蔽の設置等及び座席の間引き等を指導しながら、可能な限りの店舗の営業の継続を事実上促すことで、利用者も分散しむしろ安全性は高まる可能性すらあるのである。

これら代替手段等が存在するにもかかわらず、漫然とそのような手段を実施することもなく、一律の時短要請及び命令を発出した処分はその適用(処分)において営業の自由を侵害し違憲である。もちろん、上記のとおり、重複するが、本項主張の憲法上の権利自由の行使の観点を加味すれば、行政の裁量は羈束され、少なくとも違法の論点とも併せて本件命令は違法であることは明らかである。

また、本件においては、既述の通り、本件命令の発出の理由として東京都知事が「原告は、緊急事態措置に応じない旨を強く発信しており、他の飲食店の午後8時以降の営業継続を誘発するおそれがあること」と指摘している。これは、原告がそのサイトにおいて弁明書を掲載したことを指していると思料される。

いうまでもなく、表現の自由は個人の自律(憲法第13条)という憲法の根源的価値からして、「一人では生きていけない」この社会において、コミュニケーションを媒介に自己と他者の人格の相互作用を通じて、自己反省も含めた自身にしかない「善き生」の構想を企てるための核心的人権である。表現の自由を保障する意義は、個人の自律にとどまらず、ひいては多様な見解や価値観が流通することで自己とはまったく別の他者と触れ合いその別個独立の人格を尊重することによって、民主主義社会の多様性及び逞しさが醸成されるという社会全体の利益にも資するという意義がある。

核心的人権であることとともに、表現の自由特有の脆弱性としては、記号や数字で外延を隠される経済的自由と比して、規制の外延が不明確であればあるほど「自己検閲」を招くという機能的脆弱性を有する人権が表現の自由である。だからこそ、表現の自由への制約に対しては、より制限的でない手段が存在するか等、厳格な審査が求められる。このことは、特措法が権利制約に「必要最小限」と規定していることと軌を一にしている。

これを本件につきみるに、すでに指摘したが、憲法上の表現の自由が保障されている原告が「発信」した内容は、特措法第45条第2項に基づく「要請」には応じないが、同条第3項に基づく「命令」には応じるとの内容である。特措法第45条第2項に基づく「要請」は、政府の整理によっても行政指導と位置付けられており、要請を受けた者においてこれに応じる義務があるものではない。また、原告は、同条第3項に基づく「命令」が発出された場合には、これに応じる旨を留保なく提示しているのであって、原告が「発信」した内容は、いふならば法律を遵守するとの内容であり、法的には被告も当然理解しているとおりに何ら非難されるものではない。東京都知事が、原告の「発信」を本件命令の理由としたことは、令和3年3月18日に第二回緊急事態宣言が令和3年3月21日をもって終了する旨が公示された後に、あえて本件命令が発出されていることからしても、表現内容に着目して命令を発出したことは明らかであり、代替可能な表現「手段」への制約ではなく表現の自由への侵害の程度は極めて強い。付言すれば、特措法第45条第2項による要請は法的に従う義務があるものではないが、被告は同要請に従わないとの発信内容につき原告が被告に敵対的であるという趣旨を汲んで本件命令の発出に及んでいると考えることができる。そうだとすれば、行政に批判的であるとの内容をもって本件命令が発出されたと評価でき、表現の内容規制においても行政権力に対する批判的（反対的）な内容を含む特定の言論を特に狙い撃ちしており、最も厳格な審査が求められる事実である。このことからしても、上記営業の自由の論述において主張したとおりに、より制限的でない他の選べる手段を採用すべきであった。しかし、被告は代替手段を講じる

ことなく、本件命令を発出しており、当該命令の発出は特措法の適用において違憲・違法である。

さらにいえば、本件命令の発出に際しての要請に従わないことに「正当な理由」があるか否か及び「特に必要がある」か否かを被告が判断するにあたって、上記原告による「発信」の内容の吟味・審査及び否定的評価は全く不必要であって、被告の同処分は本来考慮に容れるべきではない事項を考慮に容れもしくは本来過大に評価すべきでない事項を過重に評価したものであり、「発信」が行政庁の判断を左右したものであるから、裁量判断の方法ないしその過程に誤りがあるものとして、表現の自由を制限する限りで違憲である。さらに、法律の解釈としても、上記のとおり特定の表現内容であり、加えて行政権への批判的言説と言う特定の言説への狙い撃ちを理由とすることからして、特に法律の適用による処分として裁量の幅は極めて狭いといえる。具体的には、より制限的でない選ぶる他の手段を模索せねばならないのであって、被告は他の手段を検討した形跡がない。したがって、法律適用に基づく処分としては前記主張と重複するものの違法である。

加えて、本件においては、約2000店舗存在した被告からの時短要請に従わなかった113店舗に対して個別の時短要請が発出され、そのうち、32事業所に時短「命令」が発出された。時短命令が発出された32の事業所のうち、26が原告であったことは既述のとおりであり、なぜそこまで原告が「狙い撃ち」にされたのかははかり知るものではない。

しかし、憲法第14条が「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。」と規定し「経済的又は社会的関係において、差別されない」としていることからしても、そのような区別的取り扱いに実質的関連性が求められる。あえて原告を命令対象にしたことの理由が形式的には不明であることに照らせば、そのような漠然とした理由で2000程度ある事業者からあえて原告のみに本件命令を発出したことは、命令発出の目的である感染症拡大及びまん延防止と国民生活及び国民

経済の営みの尊重の達成との観点からして、本件命令という手段は、法的義務のない要請に従わない事業者に事実上の強制を強いるものである。また、前項でも検討したとおり、本件命令の前提となる事実として感染経路に関する東京都の調査においても会食は5%前後を推移しており、なぜ特定飲食店のみに命令がなされるか不明であり、同命令に応ずることに伴う権利制約の大きさからしても、同命令は本特措法の目的達成の手段として実質的関連性がなく、明らかにその適用が違憲・違法である。

以上のとおりであるから、本件命令におけるいわゆる「時短要請」は、より権利制限的でない手段が存在するといえ、当該要件解釈においても表現の自由、営業の自由、法の下での平等に対する配慮を前提とすれば、本件適用において違憲であり、同趣旨によって少なくとも違法であることは明らかである。

なお、一律6万円の協力金を交付した事実が法の下での平等の観点から不合理である点等の憲法上の主張も追って補充する。

## 8 小括

以上のとおりであるから、本件命令は違憲・違法である。

### 第6 東京都知事には本件命令を発出したことについて職務上の注意義務違反が認められること

#### 1 東京都知事には本件命令を発出したことについて職務上の注意義務違反が認められること

東京都知事は、「新型インフルエンザ等緊急事態」にあるとはいえないことを知りながら、あるいは、そのことを容易に把握することができたにもかかわらず、東京都による協力要請ないし東京都知事による本件要請に従わずに反論をしたことに対する“見せしめ”を意図として、本件命令を発出したものであるといわざるを得ない。また、その他の要件を充足しないことなどについても知っていた、あるいは、容易に把握する

ことができたといえる。

東京都知事には、本件命令を発出したことについて職務上の注意義務違反が認められる。

## 2 学識経験者の意見の聴取手続き（特措法第45条第4項）に関して

東京都知事が本件命令を発出するに先立ち、特措法第45条第4項の定める「感染症に関する専門的な知識を有する者その他の学識経験者の意見」の聴取の手続が正しく行われたといえるのかについて疑問もあるところである。この問題については、内容如何にはよるが、東京都知事の職務上の注意義務違反の問題とも整理できると考えている。

いずれにせよ、ここにいう学識経験者の意見聴取手続きの詳細については公表されていないようであるので、この手続きが、いつ、誰に対して、いかなる内容としてなされ、いかなる意見が出てきたのかについて、まずは被告からの説明を待つこととする。

## 第7 原告が被った損害額

原告は、本件命令によって本件対象店舗すべてについて、令和3年3月18日から同月21日までの4日間、午後8時以降の営業を停止するなどの対応を取らざるを得なかった。具体的な金額については必要に応じて追って主張立証をするが、これにより原告に多大な損害が発生したこと自体は明らかであるといえる。

原告は、上記損害のうち、1店舗あたり1日あたり1円の損害を、一部請求の趣旨にて、争いの対象として設定するものである（店舗ごと1円×4日間×26店舗＝104円。）。

## 第8 結論

よって、原告は、被告に対し、不法行為に基づく損害賠償請求権（国家賠償請求権）に基づき、本件命令によって本件対象店舗すべてについて令和3年3月18日から同

月 21 日までの間、営業時間の短縮を余儀なくされたことの損害のうち一部の損害賠償金として、金 104 円の支払を求める。

以 上

### 証拠方法

証拠説明書記載のとおり

### 添付書類

1	訴訟委任状	1 通
2	資格証明書	1 通
3	訴状副本	1 通
4	証拠の写し	各 2 通

別紙：対象施設一覧（本件対象施設）

	施設名	施設所在地
1	カフェ ラ・ボエム銀座店	中央区銀座6丁目4番1号 東海道銀座ビル地下1階
2	カフェ ラ・ボエム麻布十番	港区麻布十番二丁目3番7号 グリーンコート麻布十番1、2階
3	カフェ ラ・ボエム北青山店	港区北青山三丁目6番25号 AOYAMA 3. 6. 25 1, 2階
4	モンスーン カフェ表参道	港区北青山三丁目6番26号 佐藤ビル1階
5	ラ・ボエム 白金台	港区白金台四丁目19番17号 1階2階
6	ステラート	港区白金台四丁目19番17号 3階
7	権八西麻布店	港区西麻布一丁目13番11号 地下1階、1階、2階、3階
8	カフェラ・ボエム 浜松町	港区浜松町二丁目5番3号 リブポート浜松町1F、B1F
9	カフェラ・ボエム新宿御苑	新宿区新宿一丁目1番7号 コスモ新宿御苑ビル1階、2階
10	権八 浅草	台東区雷門二丁目1番15号 中川ビル1、2階
11	TACO FANATICO	目黒区上目黒一丁目5番10号

		中目黒マンション101
12	自由が丘 LA BOHEME	目黒区自由が丘一丁目4番8号
13	モンスーンカフェ 自由が丘	目黒区自由が丘一丁目26番4号 ステラ自由が丘 B1F
14	カフェ ラ・ボエム 桜新町	世田谷区桜新町二丁目9番2号 TNKビル1階
15	権八 桜新町	世田谷区桜新町二丁目9番2号 TNKビル2階
16	モンスーンカフェ恵比寿店	渋谷区恵比寿四丁目4番6号 MARIX 恵比寿ビル1, 2階
17	LIGNIS	渋谷区恵比寿四丁目27番1号 パゴダ SKビル 1階
18	タブローズ ラウンジ	渋谷区猿楽町11番6号 サンローゼ代官山 地下1階
19	レストラン タブローズ	渋谷区猿楽町11番6号 サンローゼ代官山 地下1階
20	表参道ラ・ボエム	渋谷区神宮前五丁目8番5号 ジュビリープラザビル 地下1階
21	権八 NORI-TEMAKI 原宿	渋谷区神宮前六丁目35番3号 コープオリンピア 1階
22	LB8 (エルビーエイト)	渋谷区代官山町16番2号 八幡ビル1階・B1階
23	モンスーンカフェ代官山	渋谷区鉢山町15番4号
24	Legato (レガート)	渋谷区円山町3番6号 E・スペースタワー 15階

25	権八渋谷	渋谷区円山町3番6号 E・スペースタワー 14階
26	世田谷ラ・ボエム	世田谷区池尻一丁目9番11号

(施設名・施設住所については、甲23の措置命令書の記載による)