

副本

令和3年(ワ)第7039号 国家賠償請求事件

原告 株式会社グローバルダイニング

被告 東京都

5

答 弁 書

令和3年5月21日

10 東京地方裁判所民事第42部A合ろ係 御中


〒163-8001 東京都新宿区西新宿二丁目8番1号


東京都総務局総務部法務課 (送達場所)

15

電話 (03) 5388-2519 (直通)


FAX (03) 5388-1262

被告指定代理人 松下 博 

同 加登屋 

20

同 石澤 泰彦 

同 井上 安 

第1 請求の趣旨に対する答弁

- 1 原告の請求を棄却する
 - 2 訴訟費用は原告の負担とする
- との判決を求める。

5

第2 請求の原因に対する認否

1 「第1 事案の概要」(訴状7頁)

認否の限りでない。

2 「第2 当事者について」(訴状7及び8頁)

10 原告が飲食事業を営む株式会社であり、東京証券取引所第二部に上場していること、及び原告が日本国内において複数の店舗の飲食店を経営していることは認める。その余は不知であるが、争う趣旨ではない。

被告等については認める。

3 「第3 大まかな事実経緯(東京都の対応以外)」(訴状9ないし14頁)

15 (1) 同「1 特措法の成立」(9頁)

記載中「交付」(訴状9頁17及び20行目)とあるのを「公布」に訂正するほか、原告の主張に係る事実経緯については争わない。

(2) 同「2 新型コロナウイルス感染症の発生」(10及び11頁)

原告の主張に係る事実経緯については争わない。

20 (3) 同「3 緊急事態宣言(第一回)の発出」(11及び12頁)

原告の主張に係る事実経緯については争わない。

(4) 同「4 特措法施行令及び厚生労働省告示の改正」(12頁)

原告の主張に係る政令の改正及び厚生労働省告示がされたことは認める。

(5) 同「5 緊急事態宣言の発出(第二回)及び特措法改正」(13及び14頁)

25 記載中「交付」(訴状13頁18行目)とあるのを「公布」に訂正するほか、原告の主張に係る事実経緯については特に争わない。

4 「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）」（訴状14頁）

- (1) 同「1 特措法第45条第1項及び同法24条9項に基づく協力要請」（14及び15頁）

5 被告が原告の主張に係る協力要請を行ったこと、及び被告が行った20時以降の目視での外観調査（確認日：令和3年1月18日～3月18日）において、都内の飲食店等9万4773件のうち9万2522件（98%）が営業時間の短縮に協力しているとの結果（甲16）であったことは認める。

10 同外観調査（甲16）の結果から、令和3年3月18日時点で、少なくとも2000件を超える飲食店等が協力要請に応じていないことが分かる旨の主張は否認する。同調査は、令和3年1月18日から同3月18日の間に実施した目視による確認の結果を集計したものであり、令和3年3月18日時点での営業状態を示しているものではない。被告は、外観調査を実施した翌日以降、順次、20時以降の営業が確認された飲食店等について、個別訪問等による営業
15 時間の短縮についての協力要請を行っており、その後に要請に応じた店舗も少なくない。

- (2) 同「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」（16頁）

認める。

- 20 (3) 同「3 原告に対する特措法第45条第2項に基づく要請」（16及び17頁）

認める。

- (4) 同「4 原告に対する弁明の機会の付与と原告の弁明」（17頁）

同(1)及び(2)の事実関係は認める。

- (5) 同「5 原告に対する特措法第45条第2項に基づく命令」（18及び19頁）

25 原告の主張に係る事実関係は認める（なお、表題の第45条第2項との記載は同条第3項の誤りと思われる。）。

(6) 同「6 本件対象施設における営業時間の短縮」(19頁)

原告の主張に係る事実は争わない。

5 「第5 本件命令は違憲・違法であること」(訴状19頁)

(1) 同「1 原告の主張の骨子」(19及び20頁)

5 認否の限りではない。

(2) 同「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」(20ないし23頁)

ア 同「(1) 法令の定め」(20ないし22頁)

10 原告の指摘に係る法令の定めについては認否の限りでないが、「緊急事態宣言」が発出されていることから、新型インフルエンザ特別措置法(以下「特措法」という。)45条2項の「新型インフルエンザ等緊急事態において」の要件を満たすものとはいえない旨の主張は争う。

15 政府対策本部長は、新型インフルエンザ等緊急事態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並びに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及び新型インフルエンザ等緊急事態の概要の公示(新型インフルエンザ等緊急事態宣言)をするものとされており(特措法32条1項)、政府対策本部長が、新型インフルエンザ等緊急事態宣言において、同緊急事態措置を実施すべき期間として公示している期間は、同公示が外見上明白に無効といった容易に想定し難い場合でない限り、特措法45条2項の「新型インフルエンザ等緊急事態において」の要件を満たすことは明らかである。

20 なお、「新型インフルエンザ等緊急事態措置」とは、新型インフルエンザ等緊急事態宣言がされた時から同宣言が解除されるまでの間において、特措法の規定により実施する措置をいうとされている(特措法2条4号)。

25 イ 同「(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及び23頁)

主張は争う。

被告（東京都知事）が、令和3年3月18日、原告に対してした特措法4
5条3項に基づく命令（以下「本件命令」という。甲23）は、新型インフ
ルエンザ等緊急事態宣言において、新型インフルエンザ等緊急事態措置を実
5 施すべき期間として公示されている期間における措置を命じるものであるか
ら、何ら違法なものではない。

(3) 同「3 本件命令は違法な目的をもって発出されたこと」(23ないし25頁)

ア 同「(1) 東京都知事が本件命令を発出した理由」(23及び24頁)

被告が本件命令の発出に当たり、原告を恣意的に“狙い打ち”にした旨の
10 主張、及び被告が本件命令を発出した主たる理由が原告の「発信」にあると
の主張は否認する。

なお、原告は、「東京都知事は、特措法45条3項に基づく命令を東京都内
のうちごく一部についてのみ発出しており…」(訴状23頁23行目)などと
述べて、あたかも原告が都内の飲食店の中で不当な差別的扱いをされたかの
15 ような主張をするが、都内の飲食店のほとんどは当初から営業時間の短縮要
請に応じている。

イ 同「(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及び25頁)

本件命令が“見せしめ”などの違法な目的をもって発出されたとの主張は
20 否認する。

本件命令に係る措置命令書（甲23）には、「…これらのことは、更なる新
型コロナウイルス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
25 設の使用制限を命じるものである。」と記載されているとおり、本件命令は特
措法の目的（1条）に照らし正当な目的で発出したものである。

5 なお、措置命令書（甲23）の「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。」との記載について敷衍すると、原告はホームページにおいて、「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）」（乙26）として、緊急事態宣言に応じず営業を継続する旨を外部に発信して（甲23の「別紙」の各施設の「45条命令に係る事実」欄参照）、20時以降の営業を継続しているところ、被告が、緊急事態宣言において、都民や事業者に様々な協力を要請し、個人経営の飲食店や中小規模の事業者を含めた都内の大多数の飲食店が営業時間短縮の要請に応じている
10 中で、日本を代表する企業といえる上場企業である原告が時短要請に応じない旨を積極的に発信して公然と営業を継続し売上を伸ばしていること（乙27ないし30）は、その社会的影響力の強さから、大きな不公平感を生じさせることとなり、他の飲食店の20時以降の営業継続を誘発することに繋がり、これまでの都民及び事業者の努力が水泡に帰するおそれがあるということである。
15

本件命令は行政手続法の理由付記の点で瑕疵があるとの主張、及び本件命令の発令は表現の自由を制約し平等原則にも違反するとの主張はいずれも争う。

20 (4) 同「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ないし30頁）

ア 同「(1) 法令の定め」（25及び26頁）

原告の主張に係る法令の定めについては認否の限りでない。

イ 同「(2) 『正当な理由』①：本件要請は行政指導である」（26及び27頁）

25 被告（東京都知事）が、令和3年2月26日、原告に対してした特措法45条2項に基づく要請（以下「本件要請」という。甲19）が行政指導であり、本来的に被要請者においてこれに応じる義務がないとの主張は、同項の

要請の段階では被要請者の任意の協力によってのみ実現されるものであるとの趣旨において認める。

ただし、事業者及び国民は新型インフルエンザ等対策に協力するよう努めなければならないとされていること（特措法4条）、特措法45条2項という個別の根拠規定に基づく要請（行政指導）であること、及び要請に対し任意の協力が得られない場合には、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に及ぼす影響が最小となるようにすることという特措法の目的（1条）の達成に支障が生じることから、特措法には正式な権限発動として措置命令の規定（45条3項）が置かれていること等からすれば、事業者が要請に応じることは当然に法によって期待されている行動というべきである。

本件要請が行政指導であり、これに応じる義務がないことから直ちに特措法45条3項の「正当な理由」があることが基礎づけられるとの主張は、争う。

特措法45条3項の命令は、同法45条2項の要請に従わないときの措置について定める規定であって、原告の上記主張は独自の見解であり失当であることは明らかである。

ウ 同「(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及び28頁）

会社の経営の状況が、特措法45条3項の「正当な理由」となる旨の主張は争う。

新型インフルエンザ等緊急事態措置は国家の危機管理として対応する必要から実施される措置というべきものであることからすれば、上記「正当な理由」は限定的に解釈されるべきものであって、国（内閣官房新型コロナウイルス感染症対策推進室長）の事務連絡（乙4）においても、経営状況等を理由に要請に応じないことは「正当な理由がある場合」に当たらないとの解釈

が示されているところである（8、9、11頁）。また、被告（東京都知事）が特措法45条3項に基づき要請に係る措置を講ずべきことを命じる判断をするに当たって、被要請者の個別事情が「正当な理由」に該当するか問題となるのは、弁明の機会の付与（行政手続法13条1項2号）において、被要請者から個別事情についての弁明がされた等の場合である。しかしながら、原告は弁明書（甲21）において、営業時間の短縮に係る協力金等の経済対策（一律1日6万円）が不合理であるとの政策批判はしているものの、原告の経営状況への影響等に関する弁明がされているものではないから、被告が本件命令を発出するに当たって、もとより原告の経営状況を考慮する職務上の注意義務がなかったことは明らかである。

エ 同「(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及び29頁）

争う。

そもそも原告の主張は特措法45条3項の「正当な理由」の要件に関するものとは解されないものである。

オ 同「(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及び30頁）

被告（東京都知事）が、令和3年2月19日付け及び同月22日付けで原告に対してした特措法24条9項の個別の協力要請が違法である旨の主張は、争う。

この点、国の事務連絡（乙4）においても、新型インフルエンザ等特別措置法施行令（以下「施行令」という。）11条1項各号に掲げる施設を対象として、特措法24条9項に基づき、営業時間の変更を含む施設の使用制限等の要請を行うことは可能であることが示されており（3頁）、飲食店（14号又は15号）に対し、同24条9項に基づく協力要請を行うことに何ら問題はないから、原告の主張は独自の解釈といわざるを得ないものである。また、

原告の上記主張は、特措法45条3項の「正当な理由」の要件に関するものとは解されないところである。

カ 同「(6) 小括」(30頁)

争う。

5 なお、原告は、被告が弁明の機会の付与における原告の弁明書(甲21)に対する回答すら行っていないなどと主張するが、行政手続法の定める意見聴取の手続である弁明の機会の付与において、もとより処分庁が弁明書に対する回答を行わなければならないものとはされていない。

10 (5) 同「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ないし32頁)

ア 同「(1) 法令の定め」(30及び31頁)

15 原告の指摘に係る法令の定めについては認否の限りではないが、主張は争う。また、原告は、特措法45条3項に基づく命令の発出には「高度の必要性」が要求されていると主張するが、原告のいう「高度の必要性」の意味するところも不明であって、争う。

イ 同「(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及び32頁)

 本件命令を発出することについて「特に必要がある」とはいえないとの原告の主張は争う。

20 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ときは、基本的対処方針(特措法18条)を変更し、同宣言後に必要とされる新型インフルエンザ等緊急事態措置の実施に関する重要な事項を定めなければならないとされているところ(特措法32条6項)、本件における緊急事態宣言において、今後講じるべき対策を現時点で整理し、対策を実施するに当たって準
25 拠となるべき統一的指針として策定された基本的対処方針(乙1。令和3年1月7日、3月5日、3月18日の各変更時点のものをそれぞれ乙1の1、

乙1の2、乙1の3として提出する。)においては、「新型コロナウイルス感染症対策の実施に関する重要事項」として、「特定都道府県は、法第45条第2項等に基づき、感染リスクが高いと指摘されている飲食の場を避ける観点から、飲食店に対して営業時間の短縮(20時までとする。)の要請を行う」(乙1の1・14及び15頁、乙1の2・18頁、乙1の3・18及び19頁)こととされているから、20時以降の営業を継続する原告に対し、特措法45条2項に基づく本件要請を行う必要性は高かったものである。そして、特措法45条3項の命令は、同法45条2項の要請に従わないときの措置について定める規定であるところ、原告は本件要請に従わないことを表明しており翻意を促すことは不可能であったのであるから、本件命令を発出する必要が高かったことは明らかである。

(6) 同「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ないし35頁)

ア 同「(1) 法令の定め」(32ないし34頁)

原告の指摘に係る法令の定めについては認否の限りでない。

イ 同「(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及び35頁)

原告の主張は争う。

なお、本件訴訟は、国家賠償法(以下「国賠法」という。)1条1項に基づく損害賠償請求訴訟と解されるところ、国賠法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責めに任ずることを規定するものである(最高裁昭和60年11月21日小法廷判決)。被告の公務員は法令を誠実に執行する立場にあり(憲法73条1号、地方公務員法32条参照)、特措法の適用に当たり、委任命令の法

律適合性について審査すべき職務上の注意義務があるとは到底解されないから、原告のこの点に関する主張は、原告の主張に係る損害賠償請求権（訴訟物）の審理に必要な事項であるというべきである。

(7) 同「7 特措法及びこれに基づく命令は違憲であること」(35 ないし 49 頁)

5 ア 同「(1) 特措法が法令違憲であること（営業の自由の侵害）」(35 ないし 42 頁)

(ア) 同「ア 営業の自由を保障することの現代的意義について」(35 ないし 37 頁)

原告の見解であり認否の限りではない。

10 なお、特措法は、国や地方公共団体等の責務、新型インフルエンザ等の発生時における措置等を定め、国全体として万全の態勢を整備し、対策の強化を図ることで、国民の生命及び健康を保護し、国民生活及び経済の影響を最小となるようにすることを目的とするものである。新型インフルエンザ等の特性である極めて強い感染力により、国民の生命及び健康に重大な影響を及ぼし、その結果、国民の生活及び国民経済の安定を著しく阻害する可能性が高いことから、国民生活及び国民経済の安定確保等を図るために特措法が制定されたものであって、実効的な措置の実施によりその被害等の低減を図ることは実質的な意味で営業の自由の保障にも繋がるものである。

20 (イ) 同「イ 特措法の目的について」(37 及び 38 頁)

認否の限りではないが、特措法の目的は同法 1 条が規定するとおりである。

(ウ) 同「ウ 特措法の目的達成のための手段について」(38 ないし 40 頁)

原告の指摘に係る法令の定めについては認否の限りではない。

25 令和 3 年 2 月 1 2 日付けの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」(乙 4)において、原告の主張に係る「正当な理由」に該当する場合の例示がされていること及び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は「正当な理由」から除外されていることは認める。

特措法45条2項及び同3項が営業の自由の侵害として違憲である旨の主張は争う。

5 (エ) 同「エ 立法事実が存在しないことについて」(41頁)

特措法の規制措置に係る立法事実が存在しないとの主張は争う。

10 なお、原告は、東京都のモニタリング会議によれば、感染経路は同居に比して会食は低いなどと主張するが、家庭での感染は外部からウイルスが持ち込まれたことによる感染であって(乙14、乙21等)、同居と比べることにより飲食店の感染リスクは低いなどとは到底いえない。

(オ) 同「オ 小括」(41及び42頁)

争う。

15 なお、被告の公務員が特措法を適用するに当たり、同法の憲法適合性を審査すべき職務上の注意義務があるとは到底解されないから、原告のこの点に関する主張は、原告の主張に係る損害賠償請求権(訴訟物)の審理に必要な事項であるというべきである。

イ 同「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ないし49頁)

20 (ア) 同「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」(42ないし44頁)

政策対策本部長がした令和3年3月8日のインフルエンザ等緊急事態宣言の再延長が違法であり、それを前提とする本件命令は違法である旨の主張は争う。

25 また、政策対策本部長が緊急事態宣言の延長をしているにもかかわらず、被告の公務員において、本件命令を発出するに当たり、その延長の適法性を審査すべき職務上の注意義務が存するとは到底解されないところである。

(イ) 同「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」(44及び45頁)

主張は争う。

また、原告の指摘に係る本件命令の理由として記載された事項は、特措法
5 45条2項の「正当な理由」の判断過程に関わるものではない。

(ウ) 同「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」(45ないし49頁)

a 原告は、特措法45条3項は「特に必要があると認めるときに限り」と
10 定めていることから高度の必要性を要求している旨主張しているが、原告のいう「高度の必要性」の意味するところが不明であり争う。

b 原告は、特措法45条3項の「特に必要があると認めるときに限り」の要件を満たすには、より制限的でない他の手段が存在するか等の厳格な審査が求められるなどとした上で、被告はいわゆる「三密」を回避する営業
15 形態を指導する等して、同指導が励行されているかどうかを立入検査等で確認することが可能であったから、これら代替手段が存在するにもかかわらず、一律の時短要請をして本件命令をしたのは違憲ないし違法である旨主張するが争う。

政府及び被告は、昨年国内で新型コロナウイルスの感染が発生して以降、
20 いわゆる「三つの密」を避ける、「人と人との距離の確保」、「マスクの着用」、「手洗いなどの手指衛生」等の基本的な感染対策を行うことを国民及び事業者に対し呼びかけてきたものであり、また、事業者に対して業種別ガイドラインを遵守するように働きかけてきたが、このような取組みによっても東京都などの大都市部では感染の拡大を抑えることができない状況があり、令和3年1月7日の緊急事態宣言(2回目)の発令に至ったものである。新型コロナウイルスは主に飛沫感染や接触感染によって感染するもの
25

とされているところ、飲食店では、飲食の際にはマスクを外さざるを得ず、特に大人数、例えば5人以上の飲食では大声になり飛沫が飛びやすくなり、また長時間での飲食になりやすいこと、飲酒の影響で気分が高揚すると同時に注意力が低下し、マスクをするなどの感染防止策がおろそかになったり、聴覚が鈍磨して大きな声になりやすいこと、回し飲みや箸などの共用が行われることなどのために感染リスクが高まることが避けられない面があり、緊急事態宣言（2回目）の発令の時の基本的対処方針（乙1の1）においては、新型コロナウイルス感染症対策の実施に関する重要事項として、「特定都道府県は、特措法45条2項等に基づき、感染リスクが高いと指摘されている飲食の場を避ける観点から、飲食店に対して営業時間の短縮（20時までとする。ただし、酒類の提供は11時から19時までとする。）の要請を行う」とされているのであるから、営業時間の短縮が過剰規制である旨の主張に理由がないことは明らかである。

また、原告の上記主張は、令和3年3月21日に緊急事態宣言（2回目）を終了することができた主な理由が、原告が訴状（22頁）で引用する「新型コロナウイルス感染症対策本部（第58回）」での内閣総理大臣の説明である「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。」にあるように、一部の飲食店を除く、大多数の飲食店が営業時間短縮の要請に協力したことによるものであることを看過した主張というべきである。

なお、原告は、被告が約9万に及ぶ都内の店舗の営業の有無を目視により調査できたのであれば、被告はいわゆる「三密」を回避する営業形態を指導する等して、同指導が励行されているかどうかを立入検査等で確認することが可能であった旨主張するが、少なくとも大都市においてはかかる指導だけでは限界があることは前記のとおりである上、約9万に及ぶ店舗

の目視による外観調査（見回り）ができたからといって、それだけの数の立入検査の実施が物理的に可能ということには全くなならないし、原告の上記主張からは、立入検査において「三密」の指導が店舗又は顧客によって励行されていないことが確認された場合の対処方法に関する主張内容が不明であるほか、ここでいう立入検査の法的根拠（特措法72条2項によるものか任意のものか）も不明であって、失当であることは明らかである。

さらにいえば、特措法45条2項は、施設管理者等に対し、当該施設の使用の制限若しくは停止の措置を講ずることを要請することができることとしており、飲食店に対して休業を要請することも可能な規定となっているところ、20時までの営業時間の短縮の要請をしていることは経済活動（営業の自由）との均衡のとれた調整を図ったものである。

- c 原告は、被告が本件命令に係る措置命令書（甲23）において、「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。」との記載をしたことに関して、「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。」（訴状46頁17行目）と主張するが、「弁明書」の掲載を指して記載したものではないから否認する。ここでの「発信」は、原告がホームページにおいて、「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）」（乙26）を掲載していたことを指すものである（甲23の「別紙」の各施設の「45条命令に係る事実」欄）。

上記措置命令書の記載は、原告の表現の自由（憲法21条）の侵害である旨の主張は争う。被告は、本件命令等において、原告の表現活動を禁止ないし規制するなどの措置をしたことは一切ない。

被告が上記記載をしたのは、原告が主張するように、「原告が被告に敵対的である」とか「行政に批判的」であるとの理由で「特定の言論を特に狙

い撃ち」にしたというものでは全くなく、被告が、緊急事態宣言において、特措法に基づき営業時間の短縮の要請を行い、これに対し、個人経営の飲食店や中小規模の事業者を含めた都内の大多数の飲食店が要請に応じている中で、上場企業である原告が時短要請に応じず営業を継続する旨を発信して公然と営業を継続し売上を伸ばしていることは、その社会的影響力の強さから、大きな不公平感を生じさせることとなり、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と、すなわち、時短要請という緊急事態措置の実効性が低下する懸念があることから、本件命令を発出せざるを得ないことを指摘したものであり、何ら原告の表現の自由を侵害するものではない。

d 原告は、「本件においては、約2000店舗が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」（訴状48頁15行目以下）などとして、本件命令は原告に対する狙い撃ちであり、法の下での平等（憲法14条）に違反する旨主張するが争う。

なお、特措法45条2項に基づく要請を行ったのは113店舗でなく129店舗である。また、被告が目視により実施した外観調査（令和3年1月18日～3月18日）で調査日に20時以降の営業継続が確認できた店舗数を集計すると2000店舗を超えるものであったが、引き続き協力要請（特措法24条9項）を行うことで要請に応じてもらえる余地があり、また、被告は営業継続を正確に把握できた店舗に対し特措法45条2項の要請を行うこととしたことから、被告は、外観調査を実施した日の翌日以降、順次、20時以降の営業の継続が確認できた店舗等に対し、戸別訪問又は電話等による事実確認及び協力要請（特措法24条9項）を行った。その結果、協力要請に応じた店舗も少なくなく、また、協力を検討すると

の回答であったり不在等で連絡が取れずに事実確認が困難であった店舗も少なくなかったが、施設管理者の特定を含め、特措法45条2項の要請を行える程度に事実確認ができたものが129店舗であったものである。

5 そして、被告（東京都知事）が特措法45条3項の命令の対象とした施設について主張すれば、時間的及び人力的制約等から、上場企業など比較的規模が大きく世間一般の知名度の高い事業者などで、20時以降の客の来店を促すことにより飲食につながる人の流れを増大させており感染のリスクが相対的に高いと考えられる施設や緊急事態宣言に応じることなく公然と営業し、他の飲食店等の営業継続を誘発するおそれが高いと考えられる施設を対象としたものである。

10 そうであるところ、本件要請及び本件命令で原告の26施設が対象となったのは、これらの施設は上場企業である原告が経営する店舗であり、世間一般の知名度の高さから、営業継続による人流増大への影響が高いと考えられ、感染リスクが決して低いとはいえないこと、及び上場企業の原告が緊急事態に応じない旨をホームページで積極的に発信して公然と20時以降の営業を継続することは、その社会的影響力の強さから、他の飲食店等の営業継続を誘発し市中の感染リスクを増大させるおそれがあると判断されたことによるものであって、特措法の目的に照らし合理的なものである。

20 以上のことに加え、都内の飲食店の大多数は当初より特措法24条9項に基づく営業時間短縮の協力要請に応じていることからすれば、原告に対する本件命令が法の下での平等（憲法14条）に違反する余地がないことは明らかである。

6 「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」（訴状49及び50頁）

25 (1) 同「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及び50頁)

主張は争う。

(2) 同「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頁)

5 特措法45条4項の学識経験者の意見聴取の結果は、乙23及び24のとおりである。

7 「第7 原告が被った被害額」(訴状50頁)について
知らないし争う。

10 第3 事実経緯1：国(政府対策本部、基本的対処方針等諮問委員会、分科会等)
における新型コロナウイルス感染症対策の動き等
【令和2年】

1 3月26日 政府対策本部の設置

15 政府は、新型コロナウイルス感染症への対策は危機管理上重大な課題であるとの認識の下、国民の生命を守るため、水際での対策、まん延防止、医療の提供等について総力を挙げて講じてきたが、国内において、感染経路の不明な患者の増加している地域が散発的に発生し、一部の地域で感染拡大がみられたことから、
20 新型インフルエンザ等対策特別措置法(特措法)附則1条の2第1項及び第2項の規定により読み替えて適用する特措法14条に基づき、新型コロナウイルス感染症のまん延のおそれが高いことが、厚生労働大臣から内閣総理大臣に報告され、同日に、特措法15条1項に基づく政府対策本部が設置された(乙1の1・1頁、乙1の2・1頁、乙1の3・1頁)。

2 3月27日 基本的対処方針等諮問委員会(第1回)

25 (1) 第1回の基本的対処方針等諮問委員会(以下「基本的対処方針諮問委員会」と記載する。)が開催され、「新型コロナウイルス感染症対策の基本的対処方針(案)」(以下、単に「基本的対処方針」と記載する。)が同委員会に諮問され

た。

(2) 基本的対処方針は、特措法18条1項の規定により、政府対策本部が政府行動計画に基づき定めるものとされており、同条4項の規定により、政府対策本部長は、基本的対処方針を定めようとするときは、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聞かなければならないとされている（基本的対処方針の変更についても準用される（同条5項参照））。

新型インフルエンザ等対策は、多数の関係機関により広範かつ大規模に行われることが想定されるが、これらが相互に連携して的確かつ迅速に行われるようにするためには、専門的知見と国内外の情報の集約が可能な国において、新型インフルエンザ等対策を実施するに当たっての準拠となるべき統一的指針を状況の変遷に応じて機動的に定め、これに基づき各主体が主体的に実施し、必要に応じ総合調整ないし指示により、その総合的かつ強力な推進を図る必要があることから、政府対策本部を設置したときは、政府行動計画に基づき、基本的対処方針を定め、関係機関はもとより国民にも周知するべく公示することとされている（特措法18条3項）。

政府対策本部は、発生した新型インフルエンザ等の病原性・感染力等のウイルスの特徴、流行の状況、地域の特性、その他の状況を踏まえ、患者等の人権への配慮や、対策の有効性、実行可能性及び対策そのものが社会経済活動に与える影響を総合的に勘案し、政府行動計画等で記載するものの中から、具体的に実施すべき対策を選択・決定し、都道府県並びに市町村は、政府対策本部長が定める基本的対処方針及びその政府行動計画に基づき、対策を実施することとなる。

なお、特措法の規定により地方公共団体が処理することとされている事務は、地方自治法2条9項1号に規定する第1号法定受託事務とされている（特措法74条）。すなわち、国は特措法3条1項において「新型インフルエンザ

等が発生したときは、自ら新型インフルエンザ等対策を的確かつ迅速に実施し、並びに地方公共団体及び指定公共機関が実施する新型インフルエンザ等対策を的確かつ迅速に支援することにより、国全体として万全の態勢を整備する責務を有する」こととされ、他方、同条4項において地方公共団体は「新型インフルエンザ等が発生したときは、18条1項に規定する基本的対処方針に基づき、自らそ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」することとされている。このことを踏まえて、法の規定に基づいて地方公共団体が処理することとされている事務は、新型インフルエンザ等への対処は基本的に国の責任において行うべきものであり、地方公共団体は新型インフルエンザ等への対処に関する基本的な方針に基づいて、国が本来果たすべき役割に係る事務を国に代わって行うものと整理され、第1号法定受託事務と位置付けられている。

3 4月7日 緊急事態宣言（第1回）

(1) 基本的対処方針等諮問委員会（第2回）

政府対策本部長（内閣総理大臣）は、専門家の意見、感染者数の増加、地域の医療提供体制の逼迫状況等を踏まえて、新型コロナウイルス感染症が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ものと判断し、特措法の32条1項の規定に基づいて、同日にも緊急事態宣言を行う意向となり、緊急事態宣言の公示案が基本的対処方針等諮問委員会に諮問された。

特措法32条6項は、緊急事態が宣言された旨が公示されたときは、基本的対処方針を変更することとしていることから、同変更に当たり、専門家、関係者から幅広い意見を求めるために基本的対処方針諮問委員会が開催されたものであり、同条3項に基づき緊急事態宣言に係る区域・期間の変更等を行った場合は、当該区域・期間、あわせてその区域・期間に講ずべき新型インフルエンザ等緊急事態措置を基本的対処方針に定めることとなる。

新型インフルエンザ等緊急事態宣言の対象となる区域を管轄する都道府県知

事及び市町村長は、具体的な状況に応じ、どのような措置を講じるかについては、政府対策本部において基本的対処方針の変更を通じて定められることとなる。

(2) 緊急事態宣言（第1回）

5 同日、対象区域を東京都、神奈川県、埼玉県、千葉県、大阪府、兵庫県及び福岡県、対象の期間を5月6日までを予定する緊急事態宣言が発出された。

4 7月6日 新型コロナウイルス感染症対策分科会の設置

10 新型インフルエンザ等対策閣僚会議の下に置かれていた新型インフルエンザ等対策有識者会議の分科会として、新型コロナウイルス感染症対策分科会（以下「分科会」と記載する。）が設置、開催された（設置根拠等につき乙5）。

分科会は、これまで政府は新型コロナウイルス感染症対策本部の下で開催されてきた専門家会議から主として医学的、公衆衛生学的見地からの助言を受けてきたが、緊急事態宣言を含めた一連の対策を経て、感染拡大防止策と社会経済活動の両立を持続させることが重要な課題となっている中で、特措法との関係をより
15 明確にした形での専門家の助言体制として、専門家会議が発展的に移行する形で開催するものであり、専門家会議から引き続き感染症、疫学の専門家が参画するとともに、経済学者、知事、病院経営者、企業経営者、マスコミなど幅広い分野の有識者から構成された。

5 7月16日 分科会 最近の感染状況と当面の対応

20 第2回の分科会において、直近の感染状況等の分析と評価が行われ、東京都を中心に接待を伴う飲食店や会食を介した感染拡大が続いていること、世界保健機関（WHO）が同月9日に新型コロナウイルス感染について新たなガイドラインを示し、混雑した換気の悪い環境下における、空気中を漂う微粒子「エアロゾル」を介した感染を認めていることから、我が国がこれまで取り組んできた3密
25 の回避、大声を上げる環境の回避、換気の徹底などの必要性が改めて強く示唆されるなどの認識が示された（乙6・資料1-3「直近の感染状況等の分析と評価

7月14日(火)参照)。また、同月30日の新型コロナウイルス感染症対策アドバイザリーボードでも、エアロゾル感染(マイクロ飛沫感染)の可能性のあるクラスターについて分析がなされている(乙7)。

6 8月7日 分科会提言「今後想定される感染状況と対策について」

5 第5回の分科会において、「今後想定される感染状況と対策について」(乙8)が提言され、今後想定される感染状況に応じたステージの分類を行うとともに、ステージを判断するための6つの指標及び各ステージにおいて講じるべき施策が示された。

10 同提言を踏まえ、基本的対処方針(乙1の1・5頁参照)では、今後、緊急事態宣言(緊急事態措置を実施すべき区域を含む)の発出及び解除の判断に当たっては、以下を基本として判断することとし、その際、「ステージ判断の指標」は、提言において、あくまで目安であり、これらの指標をもって機械的に判断するのではなく、政府や都道府県はこれらの指標を総合的に判断すべきとされていることに留意するものとされている。

15 (緊急事態宣言発出の考え方)

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(特に、分科会提言におけるステージIV相当の対策が必要な地域の状況等)を踏まえて、全国かつ急速なまん延により国民生活および国民経済に甚大な影響を及ぼすおそれがあるか否かについて、政府対策本部長が基本的対処方針等諮問委員会の意見を十分踏まえた上で総合的に判断する。

20 (緊急事態宣言解除の考え方)

国内での感染及び医療提供体制・公衆衛生体制のひっ迫の状況(特に、緊急事態措置を実施すべき区域が、分科会提言におけるステージIII相当の対策が必要な地域になっているか等)を踏まえて、政府対策本部長が基本的対処方針等諮問委員会の意見を十分踏まえた上で総合的に判断する。

7 10月23日 分科会提言「感染リスクが高まる『5つの場面』と『感染リス

クを下げながら会食を楽しむ工夫』

(1) 第12回の分科会で提出された「クラスターの分析に関するヒアリング調査等の結果と今後に向けた検討」(乙9)では、9月25日に開催された分科会(第10回)で示された日常生活において感染リスクを高めると考えられる場面を具体化した「7つの場面」(①飲酒を伴う懇親会、②大人数や深夜におよぶ飲食、③大人数やマスクなしでの会話…等)について、各地域におけるクラスターの分析に基づき、自治体に対するヒアリング調査を実施し、これらのクラスターの事例について検討を行ったところ、「7つの場面」は概ね妥当であり、このような具体化した場面を国民に分かりやすく提示していくことが、対策を進めていく上で有用であることなどが示されたとする検証結果が報告された(16頁)。

(2) 同分科会において、上記(1)の7つの場面を整理した形で「感染リスクが高まる『5つの場面』と『感染リスクを下げながら会食を楽しむ工夫』(乙10)が提言された。

同提言では、感染リスクが高まる「5つの場面」として、「飲酒を伴う懇親会等」(場面1)、「大人数や長時間におよぶ飲食」(場面2)、「マスクなしでの会話」(場面3)などが整理、提示されるとともに、飲酒を伴う会食においてクラスターの発生が多く見られていることから、「感染リスクを下げながら会食を楽しむ工夫」として、「飲酒をするのであれば、①少人数・短時間で、②なるべく普段一緒にいる人と、③深酒・はしご酒などはひかえ、適度な酒量で。」「会食するときはなるべくマスク着用。」「お店はガイドラインの遵守を。」などが取りまとめられた。

8 11月20日 分科会提言「私たちの考え—分科会から政府への提言—」

第16回の分科会において、現下の状況について、都道府県内の一部の地域では、既にステージⅢ相当の強い対策が必要な状況に達したと考えられる地域も存在し、今まで通りの対応では、早晚、公衆衛生体制及び医療提供体制が逼迫する

可能性が高く、このままの状況が続くと、結果的には経済・雇用への影響が甚大になってしまうと考えられるとする判断のもと、これまでの知見に基づき、感染リスクが高い状況に焦点を絞ることが重要であり、これまでより強い6点の対策が特に重要であるとして、「(1) 営業時間の短縮」が提言され、「これまで、感染

5 感染リスクが高まる『5つの場面』でも示してきたとおり、飲み会の場での感染が多く見られている。」「感染が拡大している自治体では、できる限り迅速に、3週間程度の期間限定で、酒類の提供を行う飲食店に対し、夜間の営業時間の短縮要請又は休業要請を行って頂きたい。」などの見解が分科会から示された(乙11)。

10 9 11月25日 分科会提言「現在の感染拡大を沈静化させるための分科会から政府への提言」

第17回の分科会において、春の段階よりも医療提供体制は着実に向上しているものの、いくつかの都道府県の地域では、医療提供体制及び保健所への負担が更に深刻化しており、既にステージⅢ相当の対策が必要になっており、このまま

15 の状態が続けば、早晚、通常の医療で助けられる命を助けられなくなる事態に陥りかねないとする現状分析のもとで、現在の状況を早期に打開するために感染が急速に拡大している地域では営業時間の短縮等が最も重要であるとして、「①酒類を提供する飲食店における営業時間の短縮要請を早急に検討すること。」などが提言された(乙12)。

20 10 12月11日 分科会提言「今後の感染の状況を踏まえた対応についての分科会から政府への提言」

第18回の分科会において、今後の感染の状況を踏まえた対応についての分科会から政府への提言」が示された(乙13)。

同提言は、これまでの分科会からの提言を踏まえ、特にステージⅢ相当の対策

25 が必要となる地域においては、短期間に現在の感染拡大を沈静化するために、強い対策が行われており、そうした対策によって感染拡大が沈静化するか否か等、

対策の効果の見通しは、各都道府県におけるこの強い対策の期日である12月中旬をめぐりに分析・判断する必要があるとした上で、今後の対策を検討する参考として、「想定されるシナリオ（状況）」を示した上で、「各状況において行うべき取組」が示された。

- 5 ステージⅢ相当の対策が必要とされていた地域で、なおかつ、「報告数が高止まりしている地域」は「シナリオ2 感染高止まり地域」と位置付けられ、当該地域で、感染高止まり状況がさらに継続すると、医療提供体制や大きな公衆衛生体制に大きな支障が発生するとして、現行の対策の延長だけでなく、対策の更なる強化を図ることが必要と考えられるとの見解が示され、「(1) 延長・強化すべき対策」として、「営業時間等短縮要請を引き続き推進（必要に応じエリアの拡大や時間短縮の20時への前倒し等を検討。）」などの対策が提言された。

10 また、ステージⅢ相当の対策が必要とされていた地域で、なおかつ、「報告数が継続して拡大している地域」は「シナリオ3 感染拡大継続地域」と位置付けられ、当該地域では、深刻な医療提供体制の機能不全等を避けるため、人の動きや接触機会の更なる低減策を講じることが必要であるとの見解が示され、「(1) 強化すべき対策」として、「エリア拡大・時間短縮の前倒し等、営業時間短縮要請の強化」などの対策が提言された。

11 12月23日 分科会提言「現在直面する3つの課題」

20 第19回の分科会において、「現在直面する3つの課題」（乙14）が示された。

分科会から具体的なデータとともに示された課題は、

「歓楽街や飲食を介しての感染が感染拡大の原因 家庭内感染や院内感染は感染拡大の結果である」（課題②：感染者の多くは20-50歳代 二次感染者の多くも20-50歳代）、

25 「見えているクラスターだけを見ても飲食店でのクラスターが多い」、

「クラスターの発生は飲食店で先行した後に医療・福祉施設で発生する」、

「レストランの再開が感染を最も増加させる」、

「“見えない”感染を“見る”と・・・ 感染経路が分からない感染の多く

は、飲食店における感染によるものと考えられる。その理由は、a. これまでのクラスター分析の結果、日常生活の中では、飲酒を伴う会食による感染
5 リスクが極めて高く、クラスター発生の主要な原因の一つであることが分か
っている。b. 感染経路が判明している割合の高い地方でも、飲酒を伴うク
ラスター感染が最近になっても多く報告されている。」（課題③：感染拡大の
重要な要素の1つ：飲食を介しての感染）

などであった。

10 分科会では、冬を迎えての対策は初めての経験であるが、この半年以上の経験
を通じて多くのことを学び、いわゆる“急所”を押えることができれば感染を収
束させることが可能であることが分かってきたとして、全国の国民に対して、

「1. 忘年会・新年会」、「2. 年末の買い出しや初売り」、「3. 帰省」に際して
の注意を呼び掛けるとともに、国とシナリオ3の自治体に対しては、「飲食を中
15 心として感染拡大している考えられるため、飲食店などの営業時間のさらなる短
縮の要請を含め会食・飲食による感染拡大リスクを徹底的に抑えることが必
要」、「このまま感染拡大が続くと、更に医療が逼迫することは明らか」、「関係す
る都道府県知事の更なるリーダーシップを早急に発揮し、対策をさらに強化して
頂くようお願いします。」などの見解を示し、協力を求めた。

20 **【令和3年】**

12 1月5日 分科会提言「緊急事態宣言についての提言」

第20回の分科会において、「分科会としては、これまでの対策で学んだこと
を基に、可及的速やかに、新型インフルエンザ等対策特別措置法（特措法）に基
づく緊急事態宣言を発出すべきと考える。」とする「緊急事態宣言についての提
25 言」（乙15）が出された。

同提言では、「VI 緊急事態宣言下を実施すべき具体的な対策」として、これ

までの対策により蓄積された知見を基に、感染リスクの高い「三つの密」や大声、「感染リスクが高まる『5つの場面』」を中心に、集中的に感染の機会を可及的速やかに低減することが重要であるとした上で、東京都を中心とした首都圏では、「(1) 飲食の場を中心に上述の感染リスクが高い場면을回避する対策※

5 1」、「※1：営業時間短縮の時間の前倒しや要請の徹底など」を行うことが提言された。

13 1月7日 緊急事態宣言（第2回）

(1) 基本的対処方針の変更（乙1の1）

第9回の基本的対処方針等諮問委員会で、第2回の緊急事態宣言の発出とともに、「施設の使用制限等」として、飲食店に対する営業時間の短縮（20時までとする。ただし、酒類の提供は11時から19時までとする。）の要請や、地方創生臨時交付金に設けた「協力要請推進枠」による、飲食店に対して営業時間短縮要請等と協力金の支払いを行う都道府県等に対する支援を盛り込む変更が諮問された。

15 具体的には、同日変更の基本的対処方針において、特定都道府県は、特措法24条9項及び特措法45条2項等に基づき、感染リスクが高いと指摘されている飲食の場を避ける観点から、飲食店に対する営業時間の短縮の要請を行うものとし、要請にあたっては、関係機関とも連携し、営業時間短縮を徹底するための対策強化を行い、これらの要請に対し、正当な理由がないにもかかわらず、応じない場合には、特措法45条3項に基づく指示（令和3年2月3日の特措法改正・施行前の規定）を行い、要請及び公表を行うものとするとして、併せて、20時以降の不要不急の外出自粛を徹底することや、施設に人が集まり、飲食につながることを防止する必要があること等を踏まえ、飲食店以外の他の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）11条に規定する施設（学校、保育所をはじめ別途通知する施設を除く。）についても、同様の働きかけをおこなうものとする定められた（乙1

の1・14及び15頁)。

(2) 緊急事態宣言 (第2回)

緊急事態措置を実施すべき区域を東京、神奈川、千葉、埼玉、期間を1月8日から2月7日までとする緊急事態宣言が発出された。

5 14 1月8日 分科会

第21回の分科会において、直近の感染状況等についての報告、評価が行われるとともに、特措法の改正についての報告がなされ、分科会構成員の見解が示された。

また、同分科会では、全国の飲食関係業界等16業種により構成される一般社
10 団法人全国生活衛生同業組合中央会から「一生活衛生関係営業に関する意見・要望」がなされた(乙16)。同要望の中では、特措法の改正についての意見として、罰則制度が新設されることについて、「知事の権限、機動性を強化した上で、さらに罰則を制定することは不本意ですが、業界の中には強制力のある知事の要請にも従わない事業者が存在することも推測され、真面目に要請に従う者と
15 従わない者の間に不公平感が生じないためには営業の自由度を一定程度認めつつ、罰則を制定することは止むを得ないものと考えます。」「この場合、違反者を特定する体制の確保も課題と思われまじ、刑事罰か行政罰によっても所管、体制が異なると思われまじ、実施に際しては公平性を担保することにご留意願います。」との意見が示された。

20 15 1月13日 基本的対処方針の変更・緊急事態措置区域の変更

第10回の基本的対処方針等諮問委員会で、緊急事態措置を実施すべき区域に栃木県、岐阜県、愛知県、京都府、大阪府、兵庫県及び福岡県を追加し、期間を1月14日から2月7日までとする基本的対処方針の変更が諮問された。

16 2月2日 緊急事態宣言の期間延長及び区域変更

25 (1) 基本的対処方針の変更

第11回の基本的対処方針等諮問委員会で、2月8日以降、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、兵庫県及び福岡県に緊急事態措置の区域を変更し、期間は3月7日まで延長することとする基本的対処方針の変更が諮問された。

また、変更された基本的対処方針では、新たに、「日中も含めた」不要不急の外出・移動の自粛が盛り込まれるとともに、営業時間の短縮等の徹底を要請するに当たっては、関係機関とも連携し、営業時間の短縮等を徹底するための対策・体制の強化を行い、できる限り個別に施設に対して働きかけを行い、その際、併せて、事業者に対して、業種別ガイドラインの遵守を働きかけることが盛り込まれた。外出・移動の自粛要請に当たって「日中も含めた」との文言が明記されたのは、20時以降という点を強調しすぎてしまったということによって、かえって20時以前についてはいいのではないかという誤解が生じ十分な協力が得られなかった面があったのではないかとの意見が委員から出されたことや、同日の分科会提言（緊急事態宣言下での対策の徹底・強化についての提言）においても、昼間や平日・休日を問わずの外出や移動の自粛の要請を継続・徹底することが求められていたことを踏まえたものである。

(2) 緊急事態宣言の期間延長及び区域変更

前記(1)のとおり、緊急事態宣言の期間の延長及び区域の変更がなされ、告示された。

(3) 分科会提言「緊急事態宣言下での対策の徹底・強化についての提言」

第23回の分科会では、「緊急事態宣言下での対策の徹底・強化についての提言」がなされた(乙17)。

同提言では、1月7日に発出された緊急事態宣言において、今までの知見を基に飲食店における営業時間の短縮要請等が進められ、「急所」を押えた対策に多くの国民に協力して頂いたおかげで、短期間に効果が上がり、新規報告数が減少傾向を示してきている一方で、感染の水準が未だ高く、医療への過剰な負荷が継続しているため、解除が難しい地域もあるとする現状の評価が示され

た上で、解除が難しいと考えられる地域では、「飲食店における営業時間の短縮は、一部には協力が得られない店もあったものの、多くの店には協力して頂いた。今後も営業時間の短縮の要請を継続していく必要がある。」として、「都道府県は、国と連携し、飲食店に対して、引き続き、営業時間の短縮要請に応じて頂けるよう、個別に店舗を回るなど、きめの細かい働きかけを行って頂きたい。」など対策の徹底が求められている。

17 2月12日 基本的対処方針の変更

第12回の基本的対処方針等諮問委員会において、同年2月3日の特措法の一部改正を反映する基本的対処方針の変更が諮問された。

変更された基本的対処方針では、改正特措法で新たに設けられたまん延防止等重点措置について、感染リスクが高いと指摘されている飲食の場を避ける観点から、都道府県知事が定める期間及び区域において、特措法31条の6第1項等に基づき、飲食店（新規陽性者の数等、地域の感染状況を踏まえて、酒類の提供を行う飲食店や接待を伴う飲食店等とすることもあり得るが、その場合、感染防止効果について、政府と連携しながら、十分検討を行うものとする。）に対する営業時間の短縮を行うことなどが盛り込まれた。

併せて、基本的対処方針において、まん延防止等重点措置の実施及び終了の判断についての考え方が示されたが、分科会提言における「ステージ判断の指標」は、提言において、あくまで目安であり、これらの指標をもって機械的に判断するのではなく、政府や都道府県はこれらの指標を総合的に判断すべきとされていることに留意するものとされた。

18 2月25日 分科会提言「緊急事態宣言解除後の地域におけるリバウンド防止策についての提言」

第25回の分科会において、「・緊急事態宣言解除後地域における当面の間の会食の在り方」、「・緊急事態宣言解除後地域における当面の間の飲食業の在り方」などが示された（乙18）。

19 2月26日 緊急事態措置区域の変更

(1) 基本的対処方針の変更

第13回の基本的対処方針等諮問委員会で、3月1日以降は、緊急事態措置区域を埼玉県、千葉県、東京都及び神奈川県5の4都県とする基本的対処方針の変更が諮問された。

上記4都県以外10の大阪府等が緊急事態措置期間から1週間の前倒しでの解除となることに関して、同日付けの基本的対処方針等諮問委員会会長による「今回、緊急事態措置が解除された府県の知事の皆様へのお願い」(乙19号証)では、変異株の出現、医療提供体制・公衆衛生体制の負荷の継続、及び前倒し解除が人々の意識に与える影響などから、感染再拡大(リバウンド)の可能性について強い懸念が示されたことを踏まえて、各種の対策が着実に打たれることを前提として、今回、当該府県の解除に合意したものであることが留保された。

また、同日に変更された基本的対処方針では、世界各地で確認されている変異株については、従来株よりも感染性が増していることが懸念されており、我が国において確認されているE484Kの変異がある変異株については、従来株より免疫やワクチンの効果を低下させる可能性が指摘されているとした上で、国立感染研究所によると、変異株であっても、個人の基本的な感染予防策としては、従来と同様に、特に「感染リスクが高まる『5つの場面』など『3つの密』の回避、マスクの着用、手洗い等が有効であり、推奨されている旨が記載された。15

(2) 緊急事態措置区域の変更

前記(1)のとおり、緊急事態措置区域が変更され、告示された。

20 3月5日 緊急事態宣言の期間延長

(1) 基本的対処方針の変更

第14回の基本的対処方針等諮問委員会で、引き続き、4都県を緊急事態措25

置区域とし、3月21日まで延長することとする基本的対処方針の変更が諮問された(乙1の2)。

併せて、同日付けの基本的対処方針等諮問委員会会長による「緊急事態宣言の延長及び首都圏における感染再拡大防止策についての見解」(乙20)により、東京都を中心とした首都圏において、リバウンド防止のための体制を強化しないままに緊急事態宣言を解除すれば、リバウンドが生じてしまう可能性が高いとの見解が示された。

(2) 緊急事態宣言の期間延長

前記(1)のとおり、緊急事態宣言の期間が3月21日まで延長され、告示された。

21 3月18日 基本的対処方針の変更

(1) 政府対策本部「緊急事態宣言解除後の新型コロナウイルス感染症への対応」

第58回の政府対策本部において、「緊急事態宣言解除後の新型コロナウイルス感染症への対応」が取りまとめられ、社会経済活動を継続しつつ、再度の感染拡大を防止し、重症者・死亡者の発生を可能な限り抑制するため、これまで取り組んできた成果や知見、経験を踏まえ、国及び自治体において進める取組として、「1 急所となる飲食に着目した感染対策」、「2 変異株の感染を早期に探知し、封じ込めるための対策の強化」などが示された。

(2) 基本的対処方針の変更

第15回の基本的対処方針等諮問委員会で、3月21日をもって緊急事態措置を終了することとする基本的対処方針の変更が諮問された(乙1の3)。

変更された基本的対処方針では、今後は、政府対策本部が同日に取りまとめた緊急事態宣言解除後の対応を踏まえ、社会経済活動を継続しつつ、再度の感染拡大を防止し、重症者・死亡者の発生を可能な限り抑制するための取り組みを進めていくこととするものとし、具体的には、飲食の感染対策、モニタリング検査の拡大や高齢者施設の検査、保健所の体制強化など感染拡大防止策の強

化、変異株対策の強化、ワクチン接種の着実な推進、医療提供体制の充実等の取組を進めていくことが盛り込まれた。

22 3月21日 第2回の緊急事態宣言の終了

同日をもって、第2回の緊急事態が終了した。

5 23 4月8日 分科会「今冬の感染対策の効果の分析について～人出と感染者数を中心に～」(乙21)

令和3年度の第1回の分科会では、飲食店に対する20時までの営業時間短縮要請等の感染対策の効果について、具体的なデータと合わせて以下のような分析が示された。

10 <東京都における人出、新規陽性者数>

- ・営業時間短縮要請(22時まで)のあとも、夜の人出は減らず、新規陽性者数は増加(スライド3)。
- ・緊急事態宣言後、21時の人出は減少し、12月の約半分の水準に。新規陽性者数も減少(スライド3)。

15 <来店時間帯別の飲食店来店者数と新規陽性者数(東京都)>

- ・年始から緊急事態宣言発出にかけてディナーの時間帯の飲食店来店者が減少するのに伴い、新規陽性者数も減少した(スライド5)。

<新規陽性者数の増加局面における寄与率>

- ・新規陽性者数の増加局面においては、忘年会の寄与率が大きかったと考えられる。このことはツイッター分析と一致(スライド7)。
- ・また、人出の中でも、特に21時の人出の寄与率が大きかったと考えられる(スライド7)。

<新規陽性者数の減少局面における寄与率>

- ・新規陽性者数の減少局面においては、飲み会の抑制、21時の人出の減少の寄与率が大きかったと考えられる(スライド12)。

<クラスター発生件数の推移>

- ・ 飲食関係のクラスターの発生ピークの後に、医療機関や高齢者福祉施設でのクラスター発生ピークが見られた（スライド14）。

<緊急事態宣言と主要繁華街の夜の人出>

- ・ 20時以降の繁華街滞留人口は、東京都、大阪府ともに緊急事態宣言解除後に急激に増加しており、緊急事態宣言解除後の21時までの営業時間短縮要請では抑制が難しい状況（スライド15）。
- ・ 大阪府では、2月28日の宣言解除以降、主要繁華街の夜間滞留人口の顕著な増加が続いており、感染者数も増加が続いている（スライド15）。

<これまで得られた知見>

- ・ 感染者の増加局面・減少局面のいずれにおいても、飲食につながると考えられる夜（21時）の人出が特に影響したと考えられ、宣言解除後に急増させないことが重要である（スライド17）。

24 4月15日 分科会提言「感染再拡大（リバウンド）防止に向けた指標と考え方に関する提言」（乙22）

- 第2回の分科会では、「感染再拡大（リバウンド）防止に向けた指標と考え方に関する提言」により感染再拡大（リバウンド）防止に向けた指標と考え方が示された。

- 同提言では、感染の拡大局面では、「感染の状況」に関する指標、「医療提供体制」に関する指標を全て満たさない場合であっても、必要な対策を迅速に講じる必要がある一方、感染の下降局面では、医療提供体制に支障を来さないよう、より慎重に指標を見極める必要があるとされている（スライド1）。

- また、同提言では、国民に対して「三密」、「感染リスクが高まる「5つの場面」（特に飲食の場面等）」の徹底回避の周知を行うとともに、ステージⅢで講ずべき施策の提案として「・24条9項に基づく飲食店等への営業時間短縮要請。（必要に応じ適用区域の拡大や時間帯の強化等）」（スライド7）、ステージⅣで講ずべき施策の提案として「・45条2項等に基づく飲食店への営業時間短縮要

請。(適用区域の拡大・時間帯の強化等)」(スライド8)が示されている。

25 4月25日 第3回緊急事態宣言

令和3年3月上旬以降、大阪府等の大都市を中心に新規感染者の報告数は増加が続き、重症者数も増加が見られ、また影響が懸念される変異株の感染者数の増加がみられ、急速に従来株からの置き換わりが進みつつある状況を踏まえ、4月23日、政府対策本部長は第3回の緊急事態宣言を発出した。緊急事態措置を実施すべき期間は4月25日から5月11日まで、緊急事態措置区域は東京都、京都府、大阪府及び兵庫県とされた。

10 第4 事実経緯2：都における新型コロナウイルス感染症対策等(第2回緊急事態宣言以降)

1 緊急事態宣言

15 都は、令和2年3月28日(同年5月25日変更)付け基本的対処方針を踏まえ、第1回の緊急事態宣言(令和2年4月7日から同年5月25日まで)において、感染の拡大につながるおそれのある飲食店、遊興施設等の施設の使用制限の要請等を実施してきた。

その後、感染者の新規報告数は10月末以降増加傾向となり、11月以降その傾向が強まっていき、12月には首都圏を中心に新規報告数は過去最多の状況が継続し、医療提供体制がひっ迫している地域が見受けられた。こうした感染状況や医療提供体制・公衆衛生体制に対する負荷の状況に鑑み、令和3年1月7日、政府対策本部長は、特措法32条1項に基づき緊急事態宣言を行い、公示された。

2 特措法24条9項の要請

25 (1) 都では、年末年始を経て令和3年1月中にかけての感染者の増加及びこれに伴う医療提供体制の逼迫状況、並びに同年1月7日変更の基本的対処方針において特措法24条9項及び特措法45条2項等に基づく飲食店に対する営業時

間短縮の徹底（20時以降までとする。ただし、酒類の提供は11時から19時までとする。）の要請の対策強化を行うことが盛り込まれたことなどを踏まえ、第2回の緊急事態宣言が発出された1月7日に、都における緊急事態措置として、飲食店に対する営業時間短縮（営業時間は5時から20時まで。ただし、酒類の提供は11時から19時まで）の要請を行い（特措法24条9項）、同月18日から、都内の対象施設となる店舗について、同要請の実施状況についての外観調査を順次行っていった。

(2) 外観調査の翌日以降、順次、都職員が個別の店舗を訪問して現地確認を行うとともに、20時での閉店について協力を要請していった。

10 3 特措法45条2項に基づく個別要請

(1) 改正特措法の施行及び基本的対処方針の変更

ア 令和3年2月13日に改正特措法が施行され、また、同月2日に変更された基本的対処方針において、営業時間短縮の徹底を要請するに当たっては、関係機関とも連携し、営業時間の短縮等を徹底するための対策・体制の強化を行い、できる限り個別に施設に対して働きかけを行うことが盛り込まれた。基本的対処方針は、国民の生命を守るため、新型コロナウイルス感染症をめぐる状況を的確に把握し、政府や地方公共団体、医療関係者、専門家、事業者を含む国民が一丸となって、新型コロナウイルス感染症対策をさらに進めていくため、今後講じるべき対策を現時点で整理し、対策を実施するに
20 当たって準拠となるべき統一的指針を示すものである。

これらのことも踏まえて、都では、特措法45条2項に基づく要請、同条3項に基づく施設の使用制限に係る命令等による対応について、個別の対象施設の状況を踏まえて行っていくこととした。

イ 都では、特措法24条9項に基づく要請後も営業の継続が確認された店舗の施設管理者に対して、順次、特措法45条2項に基づく個別要請を行って
25 いくこととした。

(2) 特措法45条2項に規定する要請を行うにあたっての専門家からの意見聴取(乙23)

ア 令和3年2月19日、都は、特措法45条2項に規定する要請を行うにあたり、同条第4項の規定による専門家からの意見聴取を行うため、有識者による「東京都新型コロナウイルス感染症対策審議会」(以下「審議会」とい
5 う。)を開催の上、特措法24条9項の規定により営業時間の短縮を要請した施設のうち、当該要請に応じない各施設に対して、同法45条2項の要請を行うことについて諮問した。

イ 同日、都は、審議会から、営業時間短縮に応じない各施設に対して特措法
10 45条2項の要請を行うことについては適当であるとする意見を受けた。

その際、審議会を構成する専門家からは、以下のような意見が付された。

(猪口会長)

○感染力の強い変異株が流行すれば、第3波よりも急激な増加が考えられる。一方でワクチン接種が開始され、医療に対する負荷が半年は増大した
15 ままとなる。このような状況を考えれば、今回の緊急事態措置が実施されている期間中に新規陽性者を下げられるだけ下げて、再上昇までの時間を長くすることはもちろん、積極的疫学調査による感染拡大の制御が有効に行える水準まで感染者の発生を抑えることが望まれる。

(大曲委員)

○特措法24条9項による営業時間短縮の要請で大多数の飲食店はそれに対応している。一方で営業を続けている飲食店があり、この状況は不公平を生じる。よって、特措法45条2項による営業時間短縮の要請は妥当と判断する。ただし、店名の公表は逆に当該店舗に人が集まるなどの好ましくない影響が出る可能性があることから、この段階では店舗名は非公表が
25 よいと考える。

(紙子委員)

○東京都では、緊急事態措置等実施以来、個別の開店状況の見回りを続けており、およそ95%の施設が要請に従っていたという。残る5%の施設に対しては、都は可能な限り個別訪問等を繰り返し行っており、施設管理者には熟慮の機会も与えられてきた。そういった回数・期間を取って指導（要請）を行ってきた上で、要請に応じていただけないという段階に至れば、新型インフルエンザ等特措法に定められた次の段階へ進むことが公平であり適切である。

（太田委員）

○こうした状況下、時短要請に応じない施設が相当数存在することは、感染抑制ペースを鈍らせるどころか、「変異株」等による感染再拡大を招くリスクすらあると認識している。また、経営への影響があるにもかかわらず時短要請に応じている施設との間での不公平感から、時短要請に応じることへの不満が高まり、時短要請の実効性が低下する懸念もある。

○これまでの都民・事業者の努力が一部事業者の事情によって水泡に帰すことがないように、あらためて時短要請を通じた感染防止措置の徹底を図ることが極めて重要であり、時短要請に応じない事業者に対し改正特措法45条2項に基づく時短要請を行うことは是認されると判断している。

○また現下の感染状況を踏まえた評価に加え、現時点で特措法改正によって付与された権限を実施しないことによる問題点もあると考える。具体的には、今後の実施に際してのハードルを上げる（少なくとも現状程度ではやらないとのメッセージを送る）ことになり、さらには改正によって強化された権限が使われることはない（少なくとも実行に際しては相当慎重に判断するはずだ）との誤解を生じさせかねないと懸念している。

(3) 特措法45条2項に基づく個別要請の実施

都は、審議会の意見を受け、順次、特措法45条2項に基づく個別要請及び同措置に先立つ事前通知を行った。具体的には、都では、24条9項の要請後

も営業の継続が確認された店舗について、まず、上場企業が経営するなど社会的影響力が強く優先性が高いと考えられた65店舗（10者）に対して令和3年2月22日に事前通知を送付した上で、事前通知の送付後も営業の継続が確認された34店舗（9者）に対して同月26日に個別の要請を行った。続いて、同年2月26日に47店舗（46者）に対して事前通知を送付した上で、同年3月3日に営業の継続が確認された40店舗（34者）に対して個別の要請を行った。その後、同年3月2日に38店舗（36者）に対して事前通知を送付した上で、同月5日に営業の継続が確認された39店舗（37者）に対して個別の要請を行い（ただし、2月26日に事前通知を送付した1店舗（1者）を含む。）、同月15日に20店舗（20者）に対して事前通知を送付した上で、同月18日に営業の継続が確認された16店舗（16者）に対してそれぞれ個別の要請を行った。

第2回の緊急事態宣言の期間が終了するまでの間に、都が、特措法24条9項による要請後も20時以降の営業が継続されている事実を確認し、上記個別要請（特措法45条2項）を行った店舗の合計は129店舗（96者）であった。なお、特措法24条9項による要請後も20時以降の営業の継続が確認された店舗のうち、その営業主体が上場企業であったのは原告を含む2社のみであり、原告以外の上場企業1社は特措法45条2項に基づく個別要請の実施前には時短要請に応じることとなったため、以降の手続は実施していない。

4 特措法45条3項に基づく命令を行うにあたっての専門家の意見聴取(乙24)

- (1) 都は、個別要請の到達後に行った現地確認においても営業の継続が確認された店舗については、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こと等から、特措法45条3項に基づく命令を行う必要があると判断し、令和3年3月5日、審議会を開催の上、特措法45条2項の規定により営業時間の短縮を要請した施設のう

ち、当該要請に応じない各施設に対して、同法45条3項の規定により、命令を行うことについて諮問した。

(2) 同日、都は、審議会から、特措法45条3項の命令を行うことについては、適当であるとする意見を受けた。

5 その際、審議会を構成する専門家からは、以下のような意見が付された。

(猪口会長)

○緊急事態宣言及び緊急事態措置の延長を考慮しなければならないほど、感染症流行が再拡大する可能性があり、人流の抑制を継続する以外に有効な対処方法が見いだせない瀬戸際の現状にある。他の施設は努力をしているところ、特措法45条2項に基づく要請に応じることのない施設に対して、
10 特措法45条3項の命令を行うことは致し方ないと考える。

(太田委員)

○そうした状況下、多くの事業者が時短要請を順守する一方で、一部とはいえ、要請に従わず、今もなお夜間の営業を継続している事業者が存在することは、来客誘因を通じて感染リスクを拡大させるだけでなく、時短要請
15 に応じている事業者との不公平を生じさせ、緊急事態措置自体の実効性を低下させかねないリスクをはらんでいる。そうしたリスクを軽減する観点から、改正特措法45条3項による命令の実施は適当であると考えます。

(大曲委員)

○特措法24条9項、および特措法45条2項に対応していただけない場合、対応して頂いている事業者にとって不公平を生じる。また、対応して
20 いただけていないことによって結果として人流の増加をきたし感染を助長すれば、感染対策に対する事業者・都民の協力自体を無力化する可能性がある。今回特措法45条3項による営業時間短縮の命令につき、弁明の期
25 間中に速やかに当該事業者にご対応頂けることを願う。

5 弁明の機会の付与

5 都は、審議会の意見を受け、特措法45条3項に基づく措置命令を行うに当たり、行政手続法13条1項2号及び29条に基づき、弁明の機会を付与することとし、2月26日に個別要請を行った34店舗（9者）のうちその後も営業の継続が確認された33店舗（8者）に対して、3月5日及び同月8日に弁明の機会の付与に係る通知を行った。

10 併せて、3月3日に個別要請を行った40店舗（34者）のうちその後も営業の継続が確認された店舗に対しては、3月10日頃を目途に弁明の機会の付与に係る通知を行うこととした（ただし、同月5日に緊急事態宣言の期間が同月21日までとされ、緊急事態宣言の期間が終了するまでには、弁明の機会の付与、事前通知の送付等の手続に相応の日数を設けた上で、現地確認を経て措置命令を行うに足りる期間を確保できなかったため、同月3日以降の個別要請の対象となった店舗については、措置命令を行う段階までには至らなかった。）。

6 措置命令の事前通知

15 都は、弁明付与通知を行った33店舗（8者）について、通知から相当の期間内における要請への協力状況を確認し、うち1者（1店舗）は要請への協力が確認されたものの、残りの7者（32店舗）は引き続き営業の継続が確認されたことから、当該7者（32店舗）について、45条3項に基づく措置命令を行うこととし、3月15日に原告を含む2者（27店舗）に対して、同月16日に5者（5店舗）に対して、それぞれ書面により事前通知を行った。

7 45条3項に基づく措置命令

25 都は、事前通知の到達後に現地確認を行ったところ、上記7者（32店舗）いずれの店舗も20時以降の営業が確認されたことから、3月18日に原告を含む2者（27店舗）に対して、翌19日に5者（5店舗）に対して、それぞれ措置命令書を発出した。

8 緊急事態宣言の終了

3月21日をもって、第2回の緊急事態宣言は終了した。

第5 被告の主張

5 1 本件命令が特措法45条3項の要件を具備すること

(1) 原告が正当な理由がないのに、特措法45条2項の規定による要請（営業時間の短縮）に応じなかったこと（特措法45条3項前段）

ア 原告に対しなされた特措法45条2項に基づく要請が適法であること

原告は、令和3年2月26日に都知事のなした特措法45条2項に基づく
20時以降の営業時間の短縮要請（本件要請 甲19）に応じなかった。

特措法45条2項は、特定都道府県知事は、①新型インフルエンザ等緊急事態において、②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生活の混乱を回避するため必要があるときは、③新型インフルエンザ等の潜伏期間及び治癒までの期間を考慮して当該都道府県知事が定める期間において、④政令で定める多数の者が利用する施設（飲食店等）を管理する者に対して、当該施設の使用の制限も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」と規定するところ、都知事の行った本件要請は、適法になされたものである。

(ア) 本件要請が、「緊急事態において」なされたこと

20 a 「緊急事態」の認定とその効果

特措法32条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の公示（・・において「新型インフルエンザ

等緊急事態宣言」という。)・・・」と規定する。

「緊急事態」であるか否か、すなわち施行令6条2項の要件該当性については、政府対策本部長（内閣総理大臣。特措法16条1項）が認定し、公示（緊急事態宣言）するものであって、さらに特措法は、「新型インフルエンザ等緊急事態において」、特定都道府県知事を含む行政諸機関等が国民等に対し様々な対応・措置ができることとしていること（特措法第3章第2節ないし第4節）からして、緊急事態の公示、すなわち緊急事態宣言は、国が都道府県知事を含む行政機関に対して緊急事態措置を行う権限を付与する行為であると解される。

また、公示の内容として、緊急事態措置（特措法2条3号（改正後の4号。以下同じ。）、第3章第2節ないし第4節に規定する各措置）を実施すべき期間及び区域が示されるが（特措法32条1項1号、2号。乙31の1）、これは宣言の法効果、すなわち宣言がなされることによって、当該実施区域とされた特定都道府県の知事等に、当該実施期間において当該緊急事態措置を行うことの権限が付与されるものである（特措法45条1項ないし3項等）。

本件において、緊急事態措置の実施区域である被告（都知事）の行った本件要請（令和3年2月26日）は、緊急事態宣言の期間延長（令和3年2月2日付。乙31の2）で示された期間内（同年3月7日まで）になされているのであるから、「緊急事態において」（特措法2条3号、45条2項）なされたものであることは明らかである。

また、同様に、本件命令（令和3年3月18日）は、緊急事態宣言の期間延長（令和3年3月5日付。乙31の3）で示された期間内（同年3月21日まで）になされているのであるから、「緊急事態において」（特措法2条3号）なされたものであることは明らかである。

b さらに、原告は、令和3年3月17日に政府対策本部長（内閣総理大臣）が同月21日をもって緊急事態を終了させる旨明らかにしたことをもって、同時点（3月17日）において緊急事態の要件が具備されなくなったことを示すものとも主張するが（訴状22～23頁）、同年3月21日まで期間延長された緊急事態宣言の再度の延長をしない旨確認したものにすぎず、原告の主張は失当である。

(i) 本件要請が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必要であること

本件要請（20時以降の営業自粛要請）は、以下の通り、本件感染症の拡大、まん延を防止するために必要であり、かつ相当であったというべきである。

a 本件感染症の特性（伝播様式）

本件感染症の感染経路としては、飛沫感染（感染者の咳やくしゃみ、大声を発した場合に口から飛散する飛沫（粒径が5マイクロメートル（ミクロン）以上の粒子）での感染）及び接触感染（飛沫が付着した個所を触れたことによる感染）が主体と考えられる一方で、多くの感染事例から、いわゆる「3密」、すなわち換気の悪い密閉された空間で、多人数が密集した状況の下、他者と近距離で会話する等密接な状況において集団感染が発生していること（エアロゾル（粒径が5マイクロメートル未満の微粒子・マイクロ飛沫）感染の可能性のあるクラスター）が経験上結論付けられた（乙7（令和2年7月30日新型コロナウイルス感染症対策アドバイザリーボード）、乙6）。

b 調査により判明した本件感染症の感染形態とその防止方法

(a) クラスター調査とその結論

具体的に、クラスターがどのようなケースで生じているかについて、関係機関が調査を行った結果、以下のような場面において感染リスクが高いこと

が明らかとなった（感染リスクが高まる「5つの場面」と「感染リスクを下げながら会食を楽しむ工夫」乙10（令和2年10月23日分科会提言））。

場面①「飲酒を伴う懇親会等」

場面②「大人数や長時間に及ぶ飲食」

5 場面③「マスクなしでの会話」

場面④「狭い空間での共同生活」

場面⑤「居場所の切り替わり」

(b) 政府専門家会議・対策分科会の提言

10 上記の結果を受けて、分科会は、令和2年10月23日、感染リスクが高まる上記「5つの場面」を回避するよう提言し、さらに感染状況が悪化する兆候が認められたことから、同年11月20日、感染が拡大している自治体では、できる限り迅速に、酒類の提供を行う飲食店に対して、夜間の営業時間の短縮又は休業要請を行うよう提言をした（乙11）。

15 夜間（20時又は21時以降）に「酒類の提供を行う飲食店」については、上記の場面①ないし場面③の要素をすべて満たすものである（さらに閉鎖空間であれば場面④を、緊張が緩むことを考慮すれば場面⑤の要素を含む。）。

c 令和2年12月末から1月にかけての感染急拡大と分科会提言

20 しかしながら、令和2年11月以降、感染拡大が明らかとなり、令和2年12月29日の被告モニタリング会議において、医療逼迫がさらに深刻化してきたと評価され、12月31日には、東京都を中心とした首都圏では、新規報告者数がこれまでの最高値を示した。

25 令和3年1月5日には、東京都を中心とした首都圏でステージIV相当の対策が必要な段階（感染拡大の持続、重傷者・死亡者の増加、通常の医療、保健、高齢者福祉の深刻な支障）に達したとして、分科会は、可及的速やかに緊急事態宣言を発出して、感染症対策の強化を優先事項として実施すべきとする提言が出された（乙15）。

緊急事態宣言下を実施すべき具体的な対策として、感染リスクの高い「三つの密」や大声、「感染リスクが高まる『5つの場面』」を中心に、集中的に感染の機会を低減するため、飲食の場を中心に営業時間短縮の時間前倒し（21時を20時にする）や要請を徹底をすることが挙げられた。

5 d 緊急事態宣言の発出と飲食店の営業制限

令和3年1月7日、緊急事態宣言が発せられ、同日改正された施行令11条に「飲食店等」が加えられ、また、同日改正された「基本的対処方針」において、飲食店に対して営業を20時までとする営業時間の短縮要請をするものと記載された。

10 同日、被告は、都内全域について、本件感染症の拡大防止のため、都民に対しては、特措法45条1項に基づき、不要不急の外出自粛（特に20時以降の徹底した外出自粛）を、事業者に対しては、特措法24条9項に基づき、営業時間の短縮、催物（イベント等）の開催制限の要請を行った（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（令和3年1月7日）」）。

15

飲食店、遊興施設等については、営業時間を5時から20時まで、ただし酒類の提供は11時から19時までとする営業時間の短縮を要請するものである（この時点での事業者に対する要請を、以下、「特措法24条9項要請」という。）。

20 e 本件要請の必要性、相当性

(a) 飲食店等になされた特措法24条9項要請は、前年令和2年12月末以来の感染の急拡大を極力抑止し、医療のひっ迫を回避するため必要であり、また20時までの営業を可能とするものであって相当なものというべきである。

25

特措法24条9項要請において、令和3年1月18日以降（以下、「令和3年」を略する。）、都内の新宿、渋谷、池袋、新橋、吉祥寺、立川等の約16

0 地区、約10万5千店の飲食店店舗についてその実施状況の外観による調査を実施し、3月21日までに約2400店舗について20時以降の営業継続が認められた(乙25)。

20時以降営業を継続する店舗には、外観調査日以降、順次、個別に立ち入り又は電話をかける等して、協力要請に係る対応の事実確認及び要請に応じるよう説得を行った。その結果、協力要請に応じた店舗も少なくなかった。

5 (b) 上記の事実確認により個別の要請には応じないことが確認された129店舗については、特措法45条3項による時短命令を視野に、2月19日、同条4項に基づき専門家の意見を聴取した上で、2月26日以降、数次にわたって特措法45条2項に基づく時短要請を実施した。

10 具体的には、2月26日に、原告の経営する店舗を含む34店舗、3月3日には40店舗、3月5日には39店舗、3月18日には16店舗について、それぞれ要請を行った。

原告は、特措法24条9項要請に応じず、20時以降の営業を継続した。したがって、特措法45条2項に基づき、同年2月26日に行われた本件要請は必要性があり、かつ相当なものである。

15 (c) ちなみに、同年2月2日に、同年1月7日に発出された緊急事態宣言が同年3月7日まで期間延長されており、本件要請は特措法45条2項に規定する「緊急事態において」なされたものである。

20 イ 原告は正当な理由がないのに本件要請に応じなかったこと

原告は、本件要請に対して応ぜずに、その経営する飲食店において20時以降の営業を継続したが、本件要請に応じなかったことについて正当な理由はなかった。

25 (ア) 原告が正当な理由として述べるものは「正当な理由」①(訴状25頁)ないし同④(訴状30頁)のとおりであるが、「正当な理由」②以外はすべて被告(都知事)のなした本件要請が行政指導にすぎないとか違法であるである

というものであって、特措法45条3項の「正当な理由」の要件に係るものとは解されない。

よって、これらの主張は失当である。

5 (1) 「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）について

・ 特措法は、特措法45条2項の施設使用の制限等の要請が施設設置者や利用者の利益（施設設置者として、例えば営業上の収益を上げる事）とは相反するものであることを当然の前提としているところであって、特措法の求める「正当な理由」とはそれ以外のものであり、国（内閣官房新型コロナウイルス感染症対策推進室長）の事務連絡（乙4）には以下の例が挙げられているところである。

・ 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

15 ・ 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

20 一方、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、とされている（乙4）。

原告の掲げる「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」ことは、特措法45条2項にいう正当な理由がある場合には該当しないというべきである（甲23）。

25 (2) 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であると認められる

こと（特措法45条3項後段）

原告は、本件命令を発出することについて「特に必要がある」とはいえないと主張するが（訴状30～32頁）、感染防止措置として営業時間の短縮を行う必要性は十分にあったのである。

5 すなわち、本件命令（甲23）の理由中に「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」と記載しているように、原告が経営する店舗（26店舗）の営業を継続すること自体によって感染
10 リスク増大へ直接的に影響を及ぼすのみならず、「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」と記載しているように、上場企業であり社会的な知名度もある原告が積極的に要請不協力を公表することにより、他の事業者も同様に不協力の対応をとることを助長することになることは想像に難しくなく、こうした他の事業者に対する影響（不協力事業者の増加）により感染リスク増大に間接的に影
15 響を及ぼす（誘発する）ものであることから、「本件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、命令を発したものである。

2 法律上の委任の範囲を超えていること、法令違憲、適用違憲の主張について

(1) 原告は、①特措法施行令11条1項14号、及び同15条の規定を受けた厚生労働大臣告示の規定は、法律の委任の範囲を超えていること（訴状32～3
20 5頁）又は立法事実を欠くこと（同41、42頁）、②特措法45条2項及び3項の規定は、営業の自由に対する過剰な規制であって違憲であること（法令違憲 訴状35～42頁）及び③本件命令には（i）緊急事態宣言発出の基準（ステージIV）を下回った状況で発出されており「緊急事態において」の要件を欠
25 くこと、（ii）原告の感染症対策を検討することなく発出されており、特措法の適用において営業の自由を侵害し違憲であること、（iii）原告の発信について理

由として挙げる事柄は表現の自由を侵害すること、(iv) 時短要請に従わなかった店舗中、原告店舗を狙い撃ちしたものであり公平ではないこと（以上、適用違憲 訴状42～49頁）を主張する。

しかしながら、①及び②の主張は、本件処分の前提である法令が違憲又は無効というものであるところ、法令を誠実に執行すべき被告の立場からすると、
5 特措法の適用に当たり、委任命令の法律適合性について審査すべき職務上の注意義務や、特措法そのものの憲法適合性を審査すべき職務上の注意義務があるとは到底解されないから（本書面第2・5(6)イ(10頁)及び(7)ア(12頁))、これらの主張は主張自体失当というべきである。

10 したがって、③の(i)ないし(iv)について、以下、反論するものである。

(2) 適用違憲との主張について

ア 原告の主張（訴状42～49頁）

(7) 本件命令が前提とする緊急事態宣言の発出及び再延長自体に瑕疵があり、
本件命令が営業の自由を侵害している。

15 本件命令が発出された3月18日には、本件感染症の状況は政府が設定した基準においてステージⅡとなっていて、緊急事態宣言を継続する状態ではなく、本件命令を発出する前提を満たしていない（42頁）。このような状況であえて出された本件命令は、政府自ら設定した緊急事態宣言解除の基準（ステージⅢ）を下回ることから、命令の前提を欠いており、「必要最小限」とは
20 言えないことから、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る（44頁）。

(i) 営業態様等を問わずに一律に、また原告の感染症対策を検討することなく、
又その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である（営業の自由 44～46頁）。

25 (v) 「特に必要があると認められるときに限り」（特措法45条3項）の判断過程において、表現の自由を侵害している。

本件命令の理由として「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恐れがあること」を挙げているが、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(45頁)、さらに、行政権力に対する批判的な内容を含む特定の言論を特に狙い撃ちにしており、表現の自由への侵害の度合いは極めて強く(47頁)、特措法の適用において違憲である(表現の自由 45～47頁)。

(E) 「特に必要があると認められるときに限り」(特措法45条3項)の判断過程において、法の下での平等を侵害している。

本件命令の前提となる事実として、感染経路について「会食」は5%前後を推移しており、なぜ飲食店のみが特措法45条3項の命令の対象となるのか不明である(49頁)。また、時短要請に従わなかった113店舗中、時短命令が出されたのは32事業所の26か所までが原告店舗であったが、なぜそこまで狙い撃ちされたのか不明である(48頁)。

イ ア(7)についての反論

緊急事態宣言は政府対策本部長の権限であるところ(特措法32条1項)、被告(都知事)は宣言に示された緊急事態措置を実施すべき期間において本件命令を発出したのであるから、「緊急事態において」(特措法2条3号(改正後の4号)、45条2項)なしたものであり、何ら違法ではない。

政府対策本部長が緊急事態宣言の延長をしているにもかかわらず、被告の公務員が本件命令を発出するに当たり、その延長の適法性を審査すべき職務上の注意義務が存するとは到底解されない(本書面第2・5(7)イ(7)・12頁)。

ウ ア(イ)についての反論

本件命令は本件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行ったもので、その目的は公共の福祉に適合している。

新型コロナウイルスは主に飛沫感染や接触感染によって感染するものと考えられ、また、エアロゾル感染の可能性についても強く示唆されているところ（本書面第5・1(1)ア(イ) a・45頁（乙6、7））、飲食店では飲食の際にマスクを外さざるを得ないこと、飲酒の影響で注意力が低下したり、大声となりやすいことなどから感染リスクが高まることなど、本件命令には高度の必要性があることは既に述べたとおりである（本書面第2・5(7)イ(ウ) b・13ないし15頁）。

また、いわゆる「3密」を回避するための業種別ガイドラインに沿った営業形態を徹底していることを立入検査によって確認すること（原告のいう代替手段）については、都内全ての飲食店等に対する立入検査は実現性がないこと、仮に行ったとしても営業時間の短縮と同等の結果を得られることの保障はないことについても、既に述べたとおりである（本書面第2・5(7)イ(ウ)・13ないし15頁）。

また命令の内容としても営業を完全に停止させるのではなく、20時までの営業時間の短縮（時短）を命ずるものであって、営業の自由に対する制約は必要最小限に止まるから合理性がある（本書面第2・5(7)イ(ウ)・15頁）。

本件命令の内容である20時までの営業時間の短縮は、緊急事態宣言（2回目）の発令時の基本対処方針によっても示されている制限方法であって、過剰規制である旨の原告の主張には理由がないというべきである。

20 エ ア(ウ)についての反論

i 「(原告は)、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」ことに加え、「(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」ことを挙げたのは、被告の要請に応じて多くの事業者が営業時間の短縮を行っている最中に、社会的影響力も大きい上場企業である原告

が時短要請に応じないことを発信して公然と営業を継続して売上を伸ばしており（乙26ないし30）、不公平感から他の事業者も時短要請に応じない者も出てきかねないこと、時短要請という緊急事態措置の実効性が低下する懸念があることを指摘したものであって、何ら原告の表現の自由を侵害するものではない。

ii なお、原告は、原告が発信したことに関し、特措法45条2項の「要請」は、行政指導であって「法的に従う義務はない」と主張するが（訴状47頁）、「法的に強制できない」が正しい理解である。

感染防止措置は、行政指導である要請ではなく、行政処分としての命令で発するべきであるという考えもあろうが、不利益処分である命令を発出するには、その前段として弁明機会の付与の手続きが必要であり、極めて多数の対象にこうした手続きを取ることは迅速な対応が求められる感染症対応としては現実的ではない。従って、命令発出に先立って「要請」を行い、任意の協力を求めることは理にかなったことであり、要請に応じない者に対して、弁明機会を付与の上、命令を発するという特措法45条2項、3項の規定には合理性がある。

オ ア (i) についての反論

(7) 「会食」すなわち飲食店における本件感染症の感染は、関係する人的範囲が非限定的（見えにくいクラスター（乙11・2丁）又は感染経路が分からない感染（乙14・12丁））であって、関係する人的範囲が限定的な「同居」すなわち家庭内感染とは感染リスクを異にする。飲食を介しての感染が感染拡大の原因であり、家庭内感染や院内感染は感染拡大の結果である（乙14・7丁）。従って、飲食店について特措法45条2項の要請、同3項の命令を行うことには合理性がある。

(i) 本件要請から本件命令に至る事実経過は以下のとおりである。被告において、令和3年1月7日の緊急事態宣言を受けて、飲食店等及び娯楽施設に対

して特措法24条9項に基づく20時までの営業時間短縮の要請を行い、これに関して1月18日以降、外観による調査を行った(3月21日までに外観調査を行った店舗数は約10万5千にのぼる。乙25)。外観調査で20時以降の営業継続が確認された店舗(3月21日までに約2400店舗)に対して、まず2月4日以降、段階的(全店舗一斉ではなく)に、特措法24条9項に基づく要請を行い、次に事前通知を挟んで2月26日から3月18日まで段階的に特措法45条2項に基づく個別の要請を行った結果、依然として96事業者、129店舗が営業を継続していることが認められ、最終的に特措法45条2項要請に正当な理由なく応じない店舗について、弁解の機会を付与した上で(甲20)、特措法45条3項に基づく時短命令を発したが(甲23)、時短命令も事業者の規模(経営する店舗数)等を考慮して段階的に行われ、最終的に緊急事態宣言期間中に時短命令が発出できたのはそのうちの7事業者、32店舗にとどまった。そのうちの26店舗が原告の経営するものであった(本書面第2・5(7)イ(ウ)d・16及び17頁)。

したがって、原告店舗を初めから「狙い撃ち」して本件命令を発出した事実はなく、法の下での平等に反する旨の主張は失当である。

3 訴状第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)について

前記1に述べたように、被告(都知事)が発出した本件命令は、特措法45条3項の要件を具備するものであるから、適法なものである。

原告に本件命令に関して国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求権が成立するには、職務上の注意義務違反以前の前提として、本件命令が客観的に違法であることを要するところ、上記のように本件処分には客観的に違法な点はないから、その前提を欠くものである。

よって、原告の被告に対する本訴請求には理由がない。

第6 結語

以上のとおり、原告の請求には理由がないから、速やかに棄却されるべきである。