

①遅くとも命令発出時点で「緊急事態」になかったのではないか？

【第一回期日の弁護団による求釈明】

都がその根拠とする「基本的対処方針」が同時点(2021年3月18日)で「全ての都道府県が緊急事態措置区域に該当しないこととなった」としていることの整合性は？

【第二回期日の都による反論】

- ① 緊急事態宣言期間でありさえすればよい！
(=都独自の分析・判断は必要ない)
 - 緊急事態宣言期間で授權されていることとその権限行使が適切かは別問題/客観的に緊急事態かどうかも別に問題になりうる
- ② 感染拡大防止に向けた継続した取り組みの必要があった
 - 一般的必要性と、緊急事態措置としての個別の店舗への命令の必要性とは別に問題になりうる
- ③ まん延防止等重点措置がステージ3で命令出せるのだからステージ3だからといって必要性ないとはいえない
 - ステージ要件は事実上無視/まん延防止と緊急事態は法的にも異なる判断を要する

②違法な目的（“狙い撃ち”）で命令が出されたのでは？

【第一回期日の弁護団による求釈明】

いかなる判断基準で要請対象を2000店舗→129店舗→原告を含む32店舗に絞ったのか？

【第二回期日の都による反論】

- ① 2000店舗→32店舗に絞り込んだ基準
上場企業等（大手）は規模大きく人流を増大させており、社会的影響力が強く他店舗の不協力を誘発するおそれが高い
 - ファクトベースの具体的危険なくとも「おそれ」で権利制限可能
- ② 業者同士の「不公平感」の解消のために人権制限が可能
 - 他者の権利侵害をしていなくても「空気感」で人権制約を容認:不公平感を生じさせたのは営業継続ではなく、特措法及びそれに基づく政策決定によるもの!

★裁判所：原告を含む32店舗を選定したプロセスを開示せよ。原告以外の6店舗の命令理由も「避けて通れない事情」

③要請に従わないことに「**正当な理由**」があるのではないかと？

【第一回期日の弁護団による求釈明】

政府の答弁及び事務連絡のみを理由にしているが、都独自の判断はしていないのか？

★「正当な理由」にあたる場合 by 政府の事務連絡

- 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

【第二回期日の都による反論】

- ① 経営状況等は要請に応じない「正当な理由」に当たらない
- ② 特措法による事務は「第1号法定受託事務」（本来「国」で処理されるべきものを例外的に自治体が行っている事務＝自治体の裁量狭い）である（⇔自治事務）

④命令を発出する「**特に必要がある**」との要件を満たさないのではないかと？

（コロナ特措法45条3項）

3 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。

【第一回期日の弁護団による求釈明】

直接的影響、間接的影響の客観的データを提出せよ。

【第二回期日の都による反論】

- ① ことさら店舗数に着目したわけではなが、社会的影響力に着目した
- ② 原告店舗で現実にクラスター発生したことや原告の情報発信後に不協力事業者が具体的に何店舗増加したという結果に着目して命令したものではない

≫ では一体何に着目したのか？

⑤特措法や命令は憲法上の権利を侵害するのではないか？

(法令自体の違憲について)

【第一回期日の弁護団による求釈明】

飲食店の一律規制を可能とする特措法45条2項3項は営業の自由への過剰規制であり、感染経路として飲食店の占める割合は平均5%を超えておらず、立法事実は薄弱

- ① 違憲性を争うとする主張の根拠となる違憲審査基準を明らかにされたい
- ② 措置命令等による営業の自由への制約が「営業の自由に資する」とはどのような趣旨か

【第二回期日の都による反論】

- ① 特措法の憲法適合性に関する法的主張について釈明の要は認めない

(憲法99条「公務員の憲法尊重擁護義務」→「公権力の発動に責任を有する者の憲法違反回避義務は憲法99条…の最も直截的な内容である。公権力の発動に責任を有する者がこの義務を履行するとき、その者は憲法解釈を行っているはずである。そうでなければ、当該公権力の発動に責任を有する者は憲法違反回避義務を履行することはできないはずだからである」)

蟻川恒正『憲法解釈権力』)

- ② 実効的な措置により、新型コロナウイルス感染症のまん延を防止し、国民生活及び国民経済の混乱を回避することが、国民の経済活動の安定確保につながることを主張したもの

-
- ①そもそも法律の範囲内でしか営業の自由は認められない?
 - ②直接の制約の正当性についての問いに対して副次的効果について回答し、論理をすり替えている。「実効的な措置」が目的手段において実質的関連性あるのか、LRAあるのか、ということを問うてる。副次的効果によって直接的制約は正当化されない

(適用・処分の違憲について)

【第一回期日の弁護団による求釈明】

- ① 再延長時点および命令発出時点でステージ3を下回っていたから「必要最小限」(特措法5条)ではなく、過度の営業の自由の制約であり違憲では?
- ② 感染防止の代替手段が存在するのに、一律の時短要請・命令を出すのは営業の自由の侵害。より制限的でない選ぼうる他の手段を検討した形跡がない

【第二回期日の都による反論】

- ① 会食/飲酒の例は、被告が要請を実施したことについての積極的根拠づけとして主張したものではなく、原告の主張に対する認否を行うに際して関連して主張したものである。

➤ 根拠じゃないの??じゃあ飲食を一律規制の対象にした根拠何だったの?

- ② 立入検査の根拠や具体的方法が不明のため特に付け加えることない
- ③ 命令発出にあたって、「要請に応じないこと自体が違法か否かは判断していない」から釈明しない

➤ 正当な理由の判断は何のためにしてるの?

本訴訟弁護団長・倉持麟太郎弁護士の番組
『このクソ素晴らしき世界』 #14で詳しい解説がご覧いただけます

