

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

原告第一準備書面

令和3年（2021年）9月6日

東京地方裁判所 民事第42部A合議口係 御中

原告訴訟代理人弁護士 倉持 麟太郎



同 水野 泰孝



同 金塚 彩乃



頭書事件について、原告は、被告作成の令和3年5月21日付け答弁書（以下「答弁書」という）及び同年7月9日付け準備書面(1)（以下「被告準備書面(1)」という）に対し、以下のとおり、反論を行う。

目次

第1 「新型インフルエンザ等緊急事態」にあったとはいえないこと . 6

1 「新型インフルエンザ等緊急事態」の意義と該当性判断の枠組み 6

(1) 原告の主張 6

(2) 被告の主張 6

(3) 被告の主張に対する原告の反論	7
2 東京都（及び1都3県）における客観的指標	9
(1) 新規陽性者数：東京都における新規陽性者数は遅くとも令和3年1月中旬以降減少に転じ、その状況が継続していた	9
(2) 実効再生産数：首都圏における実効再生産数は令和3年1月中旬から同年2月末まで1を下回る水準が続いていた	13
(3) 病床使用率：東京都における病床使用率は令和3年2月中旬から50%未満になり、同年2月下旬以降は30%台に低下していた	15
(4) 東京都は重症用病床使用率の分母となる病床数について不正報告を行っていたこと	17
(5) まとめ	19
3 大阪府（及び関西圏）における客観的指標との比較：東京都（及び1都3県）における客観的指標は先行解除された時期の大阪府とほぼ同じ水準であったこと	19
(1) 大阪府を含む関西圏に対する緊急事態宣言の発出及び解除に至る経緯 ..	20
(2) 大阪府（及び関西圏）における新規陽性者数	20
(3) 大阪府における病床使用率	21
(4) まとめ	23
4 東京都における重症用病床使用率に関する不正報告及び東京都知事の要請が、緊急事態宣言の延長／解除の判断に影響を与えたこと	23
(1) 序論	23
(2) 東京都の重症用病床使用率に関する不正報告が与えた影響	24
(3) 知事による緊急事態宣言の解除／延長要請が与えた影響	27
(4) 東京都は第一回緊急事態宣言の延長判断の直前でも、病床使用率について著しく不正確な情報を発表し、国に報告していたこと	28
5 令和3年3月18日朝に開催された基本的対処方針等諮問委員会の判断 ..	33

6 小括:少なくとも本件要請がなされた令和3年2月26日以降,「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	34
7 被告の主張に対する原告の反論	34
第2 原告はその経営状況から本件要請に応じることができなかつたものであり, このことは本件要請に応じない「正当な理由」になること	38
1 序論	38
2 経営状況は, 特措法第45条第2項の要請に応じない「正当な理由」になり得ること	38
(1) 原告の主張	38
(2) 被告の主張	39
(3) 被告の主張に対する原告の反論	39
3 原告は, その経営状況から本件要請に応じることができなかつたことものであり, 「正当な理由」が認められること	42
(1) 原告の経営状況	42
(2) 東京都知事は, 本件命令を発出するにあたり, 原告の経営状況を考慮の対象にする必要があつたこと	43
(3) 原告は, その経営状況から本件要請に応じることができなかつたことものであり, 「正当な理由」が認められること	44
第3 本件命令が違法な目的をもって発出されたこと	46
1 答弁書における被告の主張について	46
2 求釈明に対する被告の回答等について	48
(1) 本件選定基準について	48
(2) 他事考慮について	50
(3) 考慮不尽について	54
(4) まとめ	57
第4 本件命令が「特に必要がある」(特措法第45条第3項)とは認め	

られないこと	58
1 特措法第45条第3項の「仕組み」	58
2 本件命令が制裁目的での発出であること	62
(1) 本件命令の特措法上の位置づけ	62
(2) 本件命令の判断過程で制裁的運用を行っていること	62
3 被告の基準をしても、「特に必要があると認められるとき」には該当しないこと	65
4 命令の必要性和時間的要素について	71
5 比例原則違反について	75
6 立証責任が被告に存すること	75
第5 特措法及び本件命令が憲法違反であることについて	77
1 法令違憲について	77
(1) 憲法適合性及び法律適合性の判断の要否について	77
(2) 営業の自由の侵害について	78
2 処分違憲について	78
(1) 表現の自由の侵害について	79
(2) 法の下での平等（憲法第14条）の侵害について	81
(3) 営業の自由（憲法第22条第1項）の侵害について	82
第6 東京都知事には職務上の注意義務違反が認められること	83
1 法律適合性及び憲法適合性の検討の欠如	83
2 違法な目的をもった本件命令の発出	83
3 「新型インフルエンザ等緊急事態」とはいえない中で行われた本件命令の発出	84
4 本件命令は「正当な理由」の存在及び必要性の検討なく発出されたものであること	86
(1) 本件命令を発出するにあたって、東京都知事は「正当な理由」の有無を検	

(1) 論議の趣旨	87
(2) 東京都知事は本件命令が「特に必要がある」と認められるか否かも検討していないこと	88
(3) 判断資料の不存在あるいは提出拒絶	89
(4) 本件選定基準に関する問題	90
5 専門家の意見聴取が注意義務を果たしたことになること	92
(1) 専門家の意見聴取の趣旨	92
(2) 時期を逸したものであること	93
(3) 令和3年3月18日時点の専門家の意見聴取では本件命令について触れていないこと	95
(4) 意見聴取の内容が一般論に過ぎず法の要求する専門家の意見とは言えないこと	95
6 小括	99
第7 本件命令により原告には2100万円を超える損害が発生していること	102
1 原告が被った損害の算定方法	102
2 本件命令により原告には2100万円を超える損害が発生していること	103

第1 「新型インフルエンザ等緊急事態」にあったとはいえないこと

1 「新型インフルエンザ等緊急事態」の意義と該当性判断の枠組み

(1) 原告の主張

訴状・第5・2・(1)（20頁以下）において述べたとおり、原告は、「新型インフルエンザ等緊急事態」とは、法令の定めるとおり、「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」（特措法第32条第1項）という状態のことを指しており、この状態の有無は、「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」（特措法施行令第6条）か否かによって判断されると主張するものである。

特措法施行令第6条は、条文の定めを分析的にみれば、①一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り、かつ、②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ことを要求する。

(2) 被告の主張

上記(1)の原告の主張に対し、被告は、「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（新型インフルエンザ等緊急事態措置）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。」（答弁書4頁17行目から同頁21行目）などとして、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、これ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ければ、「新型インフルエンザ等緊急事態」にあたる旨を主張する。

(3) 被告の主張に対する原告の反論

ア 上記(2)の被告の主張は、特措法の定める「新型インフルエンザ等緊急事態」の解釈ないし判断枠組みとして、正しいものではない。

イ まず、被告の主張は、特措法の条文構造に反する。

特措法は、第45条第2項の定める要請の発出にあたり「新型インフルエンザ等緊急事態」にあることを要求しているところ、法令上、「新型インフルエンザ等緊急事態」の意義は上記(1)のとおり定められているものであり、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、新型インフルエンザ等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にあることをもって「新型インフルエンザ等緊急事態」にあたることはされていない。

被告は、特措法第2条第4号において、「新型インフルエンザ等緊急事態措置」が「第32条第1項の規定により同項に規定する新型インフルエンザ等緊急事態宣言がされた時から同条第5項の規定により同項に規定する新型インフルエンザ等緊急事態解除宣言がされるまでの間において、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ため、国、地方公共団体並びに指定公共機関及び指定地方公共機関がこの法律の規定により実施する措置をいう」と定義されていることをもって、その主張の根拠にするようであるが（被告準備書面(1)・2頁）、この定義規定から、被告の主張がどのように論理的に導かれるのか自体不明であるといわざるを得ない。

ウ また、被告は、「国（政府対策本部長）の緊急事態宣言は特措法第4章

の各緊急事態措置の前提であり，特に特措法45条1項ないし3項の関係では，特定都道府県知事（特措法38条1項）に，住民や施設管理者等に対し感染防止のための協力要請，命令を発出することの権限を付与するものである」（被告準備書面(1)・3頁8行目から同頁11行目）として，緊急事態宣言が特措法第45条第1項ないし第3項の定める協力要請及び命令を発出することの権限を付与するものである旨を主張する。

確かに，特措法は，当該都道府県を緊急事態措置を実施すべき区域に含む緊急事態宣言が発令されていることにより，特定都道府県知事が特措法第45条第1項ないし第3項の定める協力要請や命令を行うことができるようになるとの仕組みとしており，この意味において，緊急事態宣言の発令により都道府県知事に対し緊急事態措置を行う権限が付与されるといえる。しかしながら，緊急事態宣言のもつ意味はこの文脈での授権であり，特定の緊急事態措置の実施指令ではなく，特定都道府県知事が緊急事態措置を実施するにあたっては具体的な状況を踏まえて事案ごとに要件該当性を判断する必要があるのであって，緊急事態宣言が発令されていることから「新型インフルエンザ等緊急事態」にあるといえるものでもない。

被告は，その主張を根拠付けるものとして，第180回国会・衆議院内閣委員会議録（乙34）を証拠として引用するが，被告が指摘する後藤副大臣及び中川国務大臣の各発言は，特措法が都道府県知事に対して権限を付与した旨を指摘している（つまり，法令の定めを説明している）だけであり，上記(2)の被告の主張を述べているものではない。

エ 被告が主張するように，緊急事態宣言が発令されていることそれ自体から「新型インフルエンザ等緊急事態」にあることが基礎付けられるとすれば，事実上，「新型インフルエンザ等緊急事態」にあるといえるか否かという，緊急事態措置を実施するにあたっての大前提となる要件の充

足性について司法審査が及ばないことになる。

特措法は、政府対策本部長が緊急事態宣言を発令するにあたり、国会の事前ないし事後の「承認」を要する制度としておらず、国会に「報告」すれば良いとするのみであって（特措法第32条第1項参照）、「新型インフルエンザ等緊急事態」該当性について事実上司法審査が及ばないこととなれば、行政に判断に対するコントロールが及ばないことになる。

緊急事態措置が国民の権利を強く制約するものであることもあわせて鑑みれば、「新型インフルエンザ等緊急事態」にあるといえるか否かということについて事実上司法審査が及ばないこととなる解釈が、特措法の正しい解釈であるとは到底考えられない。

オ 以上のとおり、上記(2)の被告の主張は正しくなく、「新型インフルエンザ等緊急事態」にあるといえるか否かについては、特定の時点における客観的指標等に基づいて、判断する必要がある。

2 東京都（及び1都3県）における客観的指標

(1) 新規陽性者数¹：東京都における新規陽性者数は遅くとも令和3年1月中旬以降減少に転じ、その状況が継続していた

ア 第二回緊急事態宣言発出前から同宣言が終了するまでの間、東京都における1週間あたりの新規陽性者数の推移は下記のとおりである（新規陽性者数の数値は、本件命令発出直前の令和3年3月17日開催の厚生労働省が設置する新型コロナウイルス感染症対策アドバイザリーボード会議（以下「アドバイザリーボード会議」という）に提出された、同省作成資料（甲28・「資料2-1-1①」）から引用した）。

¹ 新型コロナウイルス感染症の検査の結果陽性反応があった者について、政府の資料では「感染者」「陽性者」いずれの用語も用いられており統一なされていない。厚生労働省は新型コロナウイルス感染症に関するデータを公表する際に「陽性者」と表記している。ここでは「陽性者」と表記することとする。

記

(東京都における新規陽性者数の推移)

期間	新規陽性者数 ²	ステージの区分 ³
令和2年12月19日～25日	4,802人(34.49人)	ステージⅣ
12月26日～令和3年1月1日	6,129人(44.03人)	ステージⅣ
1月2日～8日	10,494人(75.38人)	ステージⅣ
1月9日～15日	11,195人(80.42人)	ステージⅣ
1月16日～22日	9,859人(70.82人)	ステージⅣ
1月23日～29日	6,622人(47.57人)	ステージⅣ
1月30日～2月5日	4,340人(31.76人)	ステージⅣ
2月6日～12日	2,988人(21.46人)	ステージⅢ
2月13日～19日	2,532人(18.19人)	ステージⅢ
2月20日～26日	1,875人(13.47人)	ステージⅡ
2月27日～3月5日	1,915人(13.75人)	ステージⅡ
3月6日～12日	1,915人(13.75人)	ステージⅡ

イ 新規陽性者数は報告日ベースで集計されたものである。新型コロナウイルス感染症の感染から陽性者として報告されるまで、通常は、「感染→発症→検査→診断→報告」との経過をたどるものであり、感染日から報告日までのタイムラグが不可避免的に生じる。

そのため、新型コロナウイルス感染症の感染動向をみる指標としては、発症日ないし診断日ベースで作成されたエピカーブ（流行曲線）も有用である。下記エピカーブは、令和3年3月18日に開催された第37回

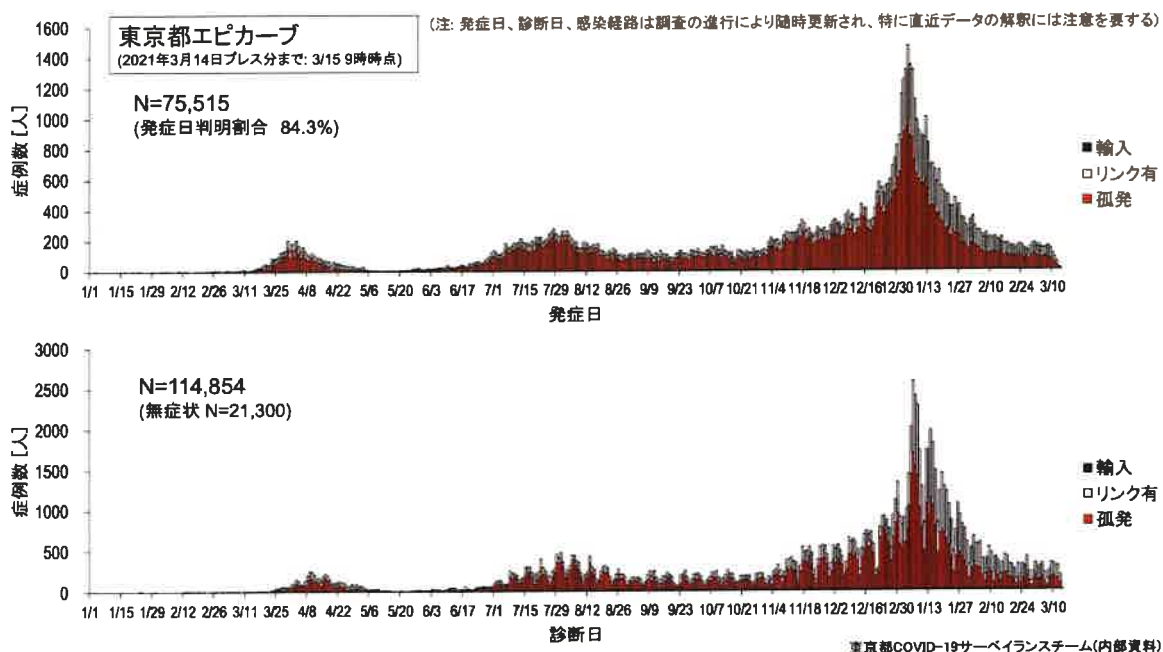
² カッコ内の数字は、対人口10万人あたりの人数。アドバイザリーボード会議の資料に記載されている東京都の人口1392万1000人をもとに算出した。

³ ステージ表記は国の指標（新規陽性者数が10万人あたり週25人以上の場合はステージⅣ、10万人あたり週15人以上の場合はステージⅢ）に基づく。

東京都新型コロナウイルス感染症モニタリング会議（以下「東京都モニタリング会議」という）において配布された資料（甲29）から引用した。

記

（東京都におけるエピカーブ（流行曲線））



上記エピカーブから、令和2年終わりから令和3年初めにかけてのいわゆる「第3波」において、東京都におけるピークアウトは令和3年1月上旬であったことがわかる。

政府の新型コロナウイルス感染症対策分科会（以下「政府分科会」という）の尾身茂会長も、令和3年3月17日時点において、いわゆる「第3波」について東京都では同年1月4日にピークを迎えていたとの認識を示している（甲30⁴）。

⁴ 尾身茂会長は、令和3年3月17日の記事において、「感染対策上、重要なのは発症日ベースの陽性者数の推移だが、実際東京都では、1月4日にピークを迎えている。」「解除時は、1回目の緊急事態宣言の解除時もそうだったように、感染状況よりもむしろ医療供給体制により重きを置くことになる。」「現在東京の医療提供体制はステージ3からステージ2に向かっており、その方が重要だ。」などとインタビューに答えて説明している。

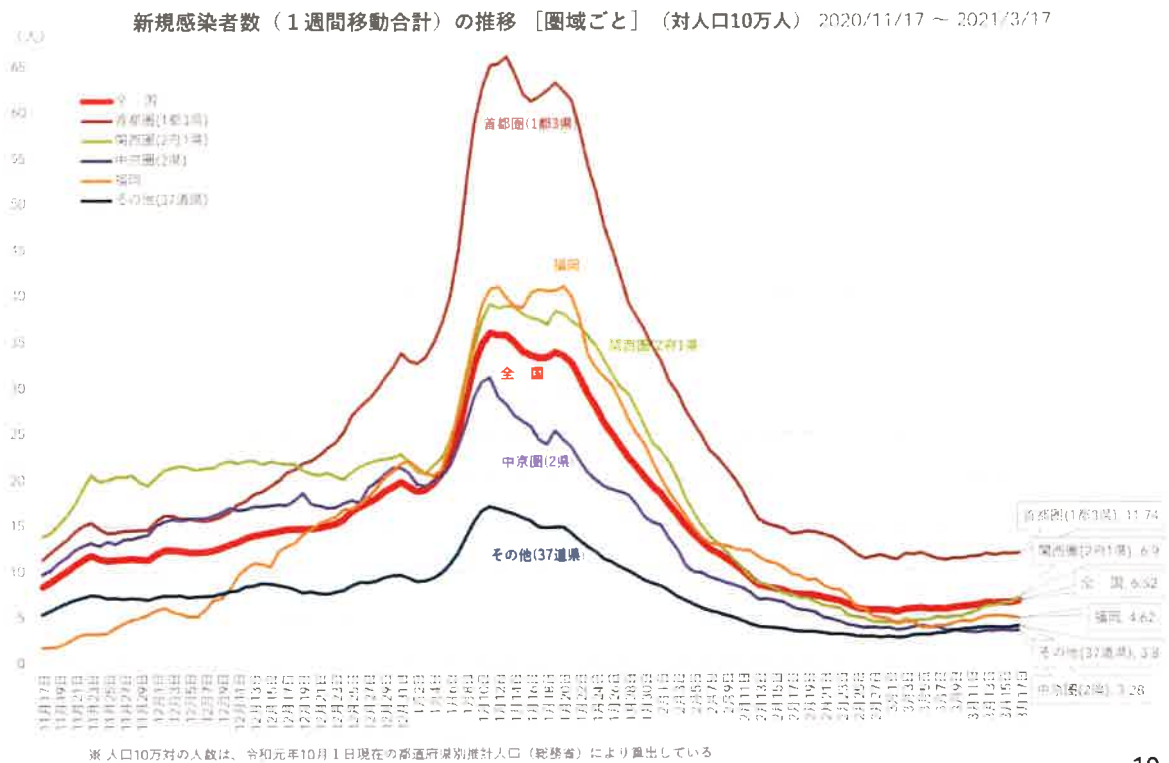
ウ このように、東京都の新規陽性者数は、遅くとも令和3年1月中旬以降減少に転じ、本件要請及び本件命令がそれぞれ発出され、第二回緊急事態宣言が終了するまで、その状況が継続していた。

エ なお、特措法施行令第6条は、「新型インフルエンザ等緊急事態」の意義について「一の都道府県の区域を越えて感染拡大またはまん延が認められる場合」とされていることから、あわせて首都圏（1都3県）の新規陽性者数の推移もみておくこととする。

下記のグラフは、令和3年3月18日に開催された第58回新型コロナウイルス感染症対策本部（以下「政府対策本部」という）において配布された資料からの抜粋である（甲31。「資料1」の10頁目）。首都圏における新規陽性者数についても、令和3年1月中旬以降減少局面に転じ、同年2月末までその状況が続いていることが分かる。

令和3年3月に入ってからには下げ止まったものの、第二回緊急事態宣言を発出した令和3年1月上旬時点の約3分の1、同月中旬のピーク時の約5分の1まで減少し、第二回緊急事態宣言発出前の令和2年11月～同年12月よりも低い水準になっていた。

記



10

(2) 実効再生産数：首都圏における実効再生産数は令和3年1月中旬から同年2月末まで1を下回る水準が続いていた

ア ある時点において感染が拡大しているか減少しているかを判断する重要な疫学上の指標として、実効再生産数（ある時点において1人の感染者が何人に感染させているかを表す指標であり、1を上回れば感染拡大を意味し、1を下回れば感染収束を意味する）がある。

イ 首都圏（1都3県）における実効再生産数等は厚生労働省のアドバイザリーボード会議において報告され、政府対策本部においても共有されていた。第二回緊急事態宣言発出前の令和2年12月中旬から令和3年2月末までの実効再生産数に係る報告内容を引用する（傍線は引用者）。

①「全国的には1を上回る水準が続いている（12月19日時点）。

東京等首都圏，愛知などで1週間平均で1を超える水準となっている（12月21日時点）」（第二回緊急事態宣言の発出を決定した

- 第51回政府対策本部（令和3年1月7日開催）の資料より。甲32の1）
- ②「全国的には、1月中旬以降1を下回っており、直近で0.80となっている（1月15日時点）。1都3県、大阪・兵庫・京都、愛知・岐阜、福岡、栃木では、概ね1を下回る水準が続いている。（1月16日時点）」（令和3年3月7日までの宣言延長を決定した第51回政府対策本部（同年2月2日開催）の資料より。甲32の2）
- ③「全国的には、1月上旬以降1を下回っており、直近で0.78となっている（2月8日時点）。緊急事態措置区域の1都3県、大阪・兵庫・京都、愛知・岐阜、福岡では、1を下回る水準が継続。（2月7日時点）」（首都圏以外の地域（大阪府等）における緊急事態宣言の解除を決定した第54回政府対策本部（令和3年2月26日開催）の資料より。甲32の3）
- ④「全国的には、1月上旬以降1を下回っており、直近で0.84となっている（2月14日時点）。1都3県、大阪・兵庫・京都、愛知・岐阜、福岡では、1を下回る水準が継続。（2月15日時点）」（1都3県を対象に令和3年3月21日までの宣言延長を決定した第57回政府対策本部（同月5日開催）の資料より。甲32の4）
- ⑤「全国的には、1月上旬以降1を下回っていたが、直近では、1.04となっている（2月28日時点）。1都3県、愛知・岐阜では1を下回っているが、大阪・兵庫・京都、福岡では1を上回る水準となっている。（2月28日時点）」（1都3県の宣言解除を決定した第58回政府対策本部（令和3年3月18日開催）の資料より。甲31）

ウ 上記イのとおり，首都圏（１都３県）の実効再生産数は，令和３年１月１６日から同年２月２８日までの，１を下回る水準が継続していた。このことは，令和３年１月１６日以降，首都圏において感染収束に向かっていたことを示している。

(3) 病床使用率：東京都における病床使用率は令和３年２月中旬から５０％未満になり，同年２月下旬以降は３０％台に低下していた

ア 医療提供体制の負荷は，主に病床のひっ迫具合を表す病床使用率により判断される。第二回緊急事態宣言発出前から同宣言が終了するまでの間の東京都における入院患者数及び病床使用率の推移は，下記のとおりである（甲２８・「資料２－１－１②（１）」）。

記

（東京都における入院患者数及び病床使用率の推移）

時点	入院患者数	病床数	病床使用率	ステージの区分 ⁵
令和２年１２月１６日	1,987人	4,000床	50%	ステージⅣ
１２月２３日	2,148人	4,000床	54%	ステージⅣ
１２月３０日	2,457人	4,000床	61%	ステージⅣ
令和３年１月６日	3,134人	4,000床	78%	ステージⅣ
１月１３日	3,345人	4,000床	83%	ステージⅣ
１月２０日	2,957人	4,000床	74%	ステージⅣ
１月２７日	2,933人	4,000床	73%	ステージⅣ
２月３日	2,924人	4,900床	60%	ステージⅣ
２月１０日	2,595人	4,900床	53%	ステージⅣ

⁵ 国の指標では，使用率が２分の１以上の場合はステージⅣ，４分の１以上の場合はステージⅢとされている。

2月17日	2,244人	5,000床	45%	ステージⅢ
2月24日	1,894人	5,000床	38%	ステージⅢ
3月3日	1,566人	5,000床	31%	ステージⅢ
3月10日	1,353人	5,000床	27%	ステージⅢ

イ また、第二回緊急事態宣言発出前から同宣言終了までの間、東京都における重症の入院者数及び重症用病床使用率の推移は、下記のとおりである（甲28・「資料2-1-1②（2）」）。なお、後述するとおり、東京都は令和3年2月下旬まで厚生労働省に重症用病床数について不正確な報告を行っていたため、それまで算出されていた重症用病床使用率は不正確なものであったことが判明している。ここでは、厚生労働省の公表資料の記載のまま引用し、不正確と判明しているデータに下線を引いた）。

記

（東京都における重症の入院者数及び重症用病床使用率の推移）

時点	重症者数	病床数	重症用病床 使用率	ステージの 区分 ⁶
令和2年12月16日	332人	<u>500床</u>	<u>66%</u>	<u>ステージⅣ</u>
12月23日	343人	<u>500床</u>	<u>69%</u>	<u>ステージⅣ</u>
12月30日	379人	<u>500床</u>	<u>76%</u>	<u>ステージⅣ</u>
令和3年1月6日	437人	<u>500床</u>	<u>87%</u>	<u>ステージⅣ</u>
1月13日	523人	<u>500床</u>	<u>105%</u>	<u>ステージⅣ</u>
1月20日	535人	<u>500床</u>	<u>107%</u>	<u>ステージⅣ</u>
1月27日	567人	<u>500床</u>	<u>113%</u>	<u>ステージⅣ</u>

⁶ 国の指標では、使用率が2分の1以上の場合はステージⅣ、4分の1以上の場合はステージⅢとされている。

2月3日	537人	<u>500床</u>	<u>107%</u>	<u>ステージⅣ</u>
2月10日	498人	<u>500床</u>	<u>100%</u>	<u>ステージⅣ</u>
2月17日	431人	<u>500床</u>	<u>86%</u>	<u>ステージⅣ</u>
2月24日	327人	1,000床	33%	ステージⅢ
3月3日	303人	1,000床	30%	ステージⅢ
3月10日	267人	1,000床	26%	ステージⅢ

ウ 以上のとおり、東京都の病床全体の病床使用率は令和3年1月20日時点以降減少に転じ、同年2月17日時点以降は50%未満（国の指標のステージⅢ相当）に低下し、同年2月24日時点以降は30%台にまで低下していた。

(4) 東京都は重症用病床使用率の分母となる病床数について不正報告を行っていたこと

ア 上記(3)・イにおける数値をみると、東京都の重症用病床使用率は、令和3年2月17日時点の86%から同月24日時点の33%に急減したかのようにみえる。

しかしながら、この間に実際の重症用病床使用率が急減したわけではない。

これは、東京都が、令和3年2月17日時点まで厚生労働省に対して重症用病床数を「500床」と報告していたが、それが正確な数値ではなかったことが判明し、同月24日時点から「1000床」と大幅に増やして報告したことによるものである（さらにその後、東京都は「1000床」が概数であることを認め、「1027床」に修正報告して現在に至っている。甲28・「資料2-1-1②(2)」参照）。

イ 国基準の重症患者の定義は「集中治療室（ICU）、ハイケアユニット（HCU）等での管理、人工呼吸器又は体外式心配補助（ECMO）による管理が必要な患者」であるが、東京都は重症患者を「人工呼吸器又はECMOによる管理が必要な患者」としてこれより狭く定義している。

東京都の説明によれば、令和3年2月17日時点まで厚生労働省に報告していた「500床」との重症用病床数の数は、国基準の重症用病床数ではなく、東京都基準の重症用病床数（最大確保病床計画数）とのことであった（甲33）。

東京都は、厚生労働省に対し、重症患者数については国基準で集計した数を報告する一方で、確保病床数については国基準により算定される重症用病床数を報告せず、都基準の重症用病床数（それも確保病床数ではなく計画病床数）を報告していたということである。東京都は、令和2年9月2日分から継続して、重症用病床数を「500床」と報告し続けていた（甲28・「資料2-1-1②（2）」）。

ウ 東京都は、「500床」が国基準の重症用病床数ではないことを認識しながら（このことは東京都が作成した国の指標に関する資料において、令和3年2月17日時点まで重症用病床数及び重症用病床使用率を空欄にしていたことから裏付けられる。甲34の1ないし同5）、漫然と不正確な報告を行っていたのであり、その結果として、国及び専門家は約半年間もの間、東京都の重症用病床使用率について正確なデータを得られず、不正確な情報に基づいて種々の判断をしていたことになる。

そして今なお、令和3年2月17日時点以前の正確な重症用病床数について東京都は明らかにしておらず、不正報告を行っていた約半年間の重症用病床使用率は不明のままである（甲28・「資料2-1-1②（2）」）には、令和3年2月17日時点以前の重症用病床使用率も一応記載され

ているが、不正確な報告に基づく病床数500床を前提に算出したものであることに留意する必要がある）。

ただし、東京都では令和3年1月27日時点の567人をピークに国基準の重症患者数が減少に転じていたことから（甲28・「資料2-1-1②（2）」）、それ以降に新たに重症用の確保病床を拡大していたとは考えにくく、重症用病床数は遅くとも同月末までに1000床確保されていたと推認される。

エ 以上述べてきたところを踏まえて重症用病床使用率を算定（推定）すると、東京都における重症患者数（国基準）が431人となった令和3年2月17日時点で43.1%となり、50%未満（国の指標でステージⅢ相当）になっていたことになる。

(5) まとめ

東京都及び首都圏（1都3県）の新規陽性者数は遅くとも令和3年1月中旬までにピークアウトし、これ以降減少局面が継続し、遅くとも同年2月中旬にはステージⅣ（10万人あたり週25人以上）を下回ってステージⅢ相当（10万人あたり週15人以上）となり、病床全体及び重症用病床いずれの病床使用率についても同月17日以降50%未満に低下してステージⅢ相当となっていた。

東京都においても、国の指標に基づくステージ判定資料を毎週モニタリング会議に提出していたが、個別要請が出される直前の令和3年2月25日時点以降、本件命令が出される直前の同年3月17日時点まで、すべての指標についてステージⅢないしステージⅡ相当と判定していた（甲34の1ないし同5）。

3 大阪府（及び関西圏）における客観的指標との比較：東京都（及び1

都 3 県) における客観的指標は先行解除された時期の大阪府とほぼ同じ水準であったこと

ここで、令和 3 年 2 月末で先行解除された大阪府を含む関西圏における客観的指標も概観し、解除が見送られた東京都と比較する（正確には、緊急事態措置実施区域からの除外であるが、ここでは「先行解除」または「(宣言) 解除」と表記する）。

(1) 大阪府を含む関西圏に対する緊急事態宣言の発出及び解除に至る経緯

大阪府は、令和 3 年 1 月 7 日の第二回緊急事態宣言の発出当初は、緊急事態措置区域に入っていなかったが、新規陽性者数の増加により、同月 13 日、隣接する京都府、兵庫県などともに同措置区域に加えられた。同年 2 月 2 日、東京都などとともに同年 3 月 7 日までの宣言延長の対象となった。

令和 3 年 2 月 23 日には、新規陽性者数が減少し、病床使用率も改善したとして、大阪府、京都府及び兵庫県の各知事が揃って政府に対し緊急事態宣言の解除を要請した。これを受け、政府は同月 26 日、関西圏の 1 府 2 県、岐阜県及び愛知県について同月 28 日をもって宣言解除とすることを決定した。

これにより、令和 3 年 3 月 1 日から同月 7 日までは首都圏 1 都 3 県のみ宣言の適用区域となった。

(2) 大阪府（及び関西圏）における新規陽性者数

ア 大阪府における第二回緊急事態宣言の適用前から解除までの間の新規陽性者数の推移は下記のとおりである(甲 28・「資料 2-1-1 ①」)。

記

(大阪府における新規陽性者数の推移)

期間	人数 ⁷	ステージの区分
1月2日～8日	3,012人(34.19人)	ステージⅣ
1月9日～15日	3,729人(42.33人)	ステージⅣ
1月16日～22日	3,506人(39.80人)	ステージⅣ
1月23日～29日	2,622人(29.77人)	ステージⅣ
1月30日～2月5日	1,600人(18.16人)	ステージⅢ
2月6日～12日	936人(10.63人)	ステージⅡ
2月13日～19日	720人(8.17人)	ステージⅡ
2月20日～26日	537人(6.10人)	ステージⅡ
2月27日～3月5日	513人(5.82人)	ステージⅡ

イ 上記アのとおり、大阪府における新規陽性者数は、令和3年1月中旬以降、減少に転じていた。

また、関西圏全体（2府1県）における新規陽性者数についても、前掲グラフのとおり（甲31）、令和3年1月中旬以降減少に転じ、その状況は同年2月末ごろまで継続していた。

(3) 大阪府における病床使用率

ア 大阪府における確保病床全体としてみた病床使用率の推移は下記のとおりである（甲28・「資料2-1-1②(1)」）。

記

(大阪府における入院患者数及び病床使用率の推移)

時点	入院患者数	病床数	病床使用率	ステージの区分
----	-------	-----	-------	---------

⁷ カッコ内は、対人口10万人あたりの人数。アドバイザリーボードの資料に記載された東京都の人口880万9000人をもとに算出した。

令和3年1月6日	1,040人	1,572床	66%	ステージⅣ
1月13日	1,149人	1,602床	72%	ステージⅣ
1月20日	1,198人	1,602床	75%	ステージⅣ
1月27日	1,211人	1,776床	68%	ステージⅣ
2月3日	1,172人	1,926床	61%	ステージⅣ
2月10日	997人	1,948床	51%	ステージⅣ
2月17日	809人	1,949床	42%	ステージⅢ
2月24日	685人	1,975床	35%	ステージⅢ
3月3日	541人	1,989床	27%	ステージⅢ

イ 大阪府における重症の入院患者数及び重症用病床使用率の推移は下記のとおりである（甲28・「資料2-1-1②（2）」）。

記

（大阪府における重症の入院患者数及び重症用病床使用率の推移）

時点	重症患者数	病床数	重症用病床 使用率	ステージの 区分
令和3年1月6日	257人	397床	65%	ステージⅣ
1月13日	261人	397床	66%	ステージⅣ
1月20日	256人	397床	65%	ステージⅣ
1月27日	270人	422床	64%	ステージⅣ
2月3日	258人	422床	61%	ステージⅣ
2月10日	216人	421床	51%	ステージⅣ
2月17日	190人	408床	47%	ステージⅢ
2月24日	156人	408床	38%	ステージⅢ
3月3日	135人	419床	32%	ステージⅢ

ウ 以上のとおり、大阪府は令和3年2月10日時点で病床使用率が50%をわずかに超えていたが、同月17日以降50%未満（国の指標のステージⅢ相当）となり、同月24日時点で重症用病床使用率を含め30%台に低下していた。

(4) まとめ

前述したとおり、東京都における新規陽性者数は遅くとも令和3年1月中旬から継続的に減少し、同年2月にはステージⅣの水準を下回っていたが、この点は大阪府も同様である。

また、東京都における病床使用率は令和3年2月17日以降50%未満となり、同月24日時点で重症用病床使用率を含め30%台にまで低下していたが、この点も大阪府も同様である。

つまり、令和3年2月下旬において、感染拡大要件及び医療提供体制ひっ迫要件に関する客観的指標の傾向は、東京都も大阪府もほとんど違いはなかったのである。

4 東京都における重症用病床使用率に関する不正報告及び東京都知事の要請が、緊急事態宣言の延長／解除の判断に影響を与えたこと

(1) 序論

これまでみてきた通り、令和3年2月下旬の時点で、東京都も大阪府も、新規陽性者数及び入院患者数の減少傾向並びに病床使用率の低下傾向はほぼ同じであり、感染が拡大している状況や医療提供体制がひっ迫している状況が存在しなかった点は共通していた。

にもかかわらず、政府は、大阪府を含む関西圏について宣言の前倒し解除を行う一方で、東京都を含む首都圏については宣言解除を見送る判断を行った（その後、2週間の再延長まで行われることになる）。

このような対応の違いが生じた要因として、先に述べた東京都の重症用病床使用率に関する不正報告の問題と、関西圏と首都圏の各知事がそれぞれ緊急事態宣言の解除／延長についてとった態度表明が大きく影響したことを見逃すことはできない。

以下、それぞれの問題について詳述する。

(2) 東京都の重症用病床使用率に関する不正報告が与えた影響

ア 重症用病床使用率は、国及び専門家がステージ判断を行う際の重要な指標の一つである。

東京都が国（厚生労働省）に対して、国基準の重症用病床数の報告を怠っていた（不正に報告していた）ことは、先に述べた通りであるが、下記イ及び同ウで述べるとおり、この事実が判明したのは、政府が首都圏（1都3県）に先行して大阪府などを緊急事態措置区域から除外する方針を決定した後のことであった。

イ 東京都における入院患者数は、令和3年2月17日時点でピーク時より約1000人減少し、病床全体の使用率も44.9%にまで低下していたが（ステージIVは50%以上）、重症用病床使用率は同日時点で「86.2%」と報告されていた。一方、同じ時点における大阪府の病床全体の使用率は41.5%、重症用病床使用率は46.6%と報告されていた。

令和3年2月23日に大阪府知事等から緊急事態宣言の解除要請がなされたことを受け、同月25日、菅義偉内閣総理大臣（政府対策本部長）が西村康稔経済再生担当大臣（新型コロナウイルス感染症対策担当

を兼務)らと官邸で緊急事態宣言の取り扱いなどの最終協議を行った(甲35)。

この時点で、厚生労働省がとりまとめた各都道府県の国の指標に関する最新の報告値は令和3年2月17日時点のものであり、官邸の協議もこれを前提に行われた。すなわち、菅総理は、東京都の最新の重症用病床使用率について「86%」(431人/500床)と説明を受けたうえで、病床使用率がすでに40%台となっていた大阪府など首都圏以外の地域については緊急事態宣言を解除する一方、東京都など首都圏1都3県の解除は見送る方針を決めたのである。

令和3年2月26日午後0時30分から開かれた基本的対処方針等諮問委員会では、前日決まった政府方針について諮問が行われ、了承された。この会議で配布された同月24日の厚生労働省アドバイザリーボードの資料には、東京都の重症用病床使用率として同月17日時点で「86.2%」と記されており、これを前提に首都圏に関して「いずれも新規感染者数、療養者数の減少に伴い負荷の軽減が見られるが、病床使用率が依然として高く、医療提供体制に厳しさが見られる」との評価が記載されていた。一方、関西圏に関しては「いずれも医療提供体制に厳しさは見られるが、新規感染者数、療養者数の減少に伴い負荷の軽減が見られる」との評価が記載され、首都圏に関して入っていた「病床使用率が依然として高い」という評価は記載されていなかった(甲36)。

ところが、基本的対処方針等諮問委員会において政府の方針が承認された後、同日午後6時15分から開かれた新型コロナウイルス感染症対策本部会議では、最新の令和3年2月24日時点の病床使用率として、東京都の病床全体の使用率は37.9%、重症用病床使用率は32.7%と記された資料に差し替えられた(甲32の3)。

つまり、重症用病床使用率の大幅な下方修正が判明したのは、政府の方針が事実上固まった後、正式な決定を行う会議の直前だったのである。

ウ 東京都による病床数の不正報告問題は、令和3年3月2日メディアにおいて報道され（甲37）、国会でも取り上げられたほか、菅総理記者会見でも記者の質問があり、菅総理は次のように述べた。

「まず本来、各都道府県の病床の状況というのは、全国統一の基準で見るとべきものだというふうに思います。かねてから、東京都に対しては厚労省から、東京は都独自の基準でしたから、病床の占有率ですか、報告されたものですから、国の基準に基づいて報告するように東京都にお願いをしてきました。これを受けて、2月中旬に都が国の基準に基づき調査をし、2月下旬にその報告を頂き、今般、その基準に基づいて行っている、そういうことであります。ですから、全国の都道府県というのはほぼ国の基準で行っていますけれども、そうでないところについては国の基準に合わせてほしい、そうした指導をしております。」（令和3年3月5日記者会見。下線部引用者。甲38）

東京都は令和3年2月に厚生労働省から国基準の重症者数を報告するよう求められ、調査して修正したと説明している（甲33）。重症者数が病床数を上回った令和3年1月中旬には、東京都の報告が不正確であることは判明したにもかかわらず、同年2月中旬に改めて厚生労働省から促されるまでの約1ヶ月間、国基準の重症者病床数を正確に調査、報告することを怠っていたということになる。

その結果、重症者病床使用率の大幅な訂正は、菅総理が首都圏（1都3県）に先行して大阪府などを緊急事態措置区域から除外する方針を固めた後の令和3年2月26日にずれ込んだのである。

エ 仮に、東京都の重症用病床数についてもっと早く正確な情報が報告され、ステージⅣ相当の80%超ではなく、ステージⅢ相当の水準に改善していたことが判明していたならば、政府が緊急事態宣言の取り扱いについての方針を決定するにあたり、関西圏の緊急事態宣言を解除する一方で、病床使用率がほぼ同じ水準にある東京都など首都圏については解除しないというのは整合性がつかないため、首都圏も含めて一律に解除するという選択肢が取られていた可能性が高いものである。

(3) 知事による緊急事態宣言の解除／延長要請が与えた影響

ア すでに述べたように、大阪府、京都府及び兵庫県の各知事は令和3年2月23日、国に対し緊急事態宣言の解除を要請し、同月26日、同月末をもって2府1県は解除された。一方、東京都を含む首都圏1都3県の各知事は、緊急事態宣言の解除を要請することはなかった。

知事による宣言解除の要請は、特措法上、解除の要件ではないものの、菅総理が「地元の知事の意向も大事」と強調していることなどからも分かるとおり（甲39）、知事による宣言解除の要請がなかったことも、首都圏の解除見送りの方針決定に影響したとみられる。

イ 当初、菅総理は1都3県についても令和3年3月7日の期限をもって緊急事態宣言を解除する意向を強調していた。たとえば、同年2月26日に首都圏以外の地域の宣言解除を決めた後の会見で、次のように述べていた。

「今後改めて、今申し上げました1都3県については、解除の判断を行います。3月7日に全てが解除できるように、正に、感染拡大防止の、飲食の時短を始めとして、やるべきことを徹底して行っていきたい、このように思います。政府としてはあらゆることを考

えておりますが、今大事なのは、やはり、感染拡大防止を徹底して行って、3月7日、全国で解除することが大事だと思います。」（令和3年2月26日会見，甲39）

ところが、毎日新聞が令和3年3月2日に「新型コロナ 緊急事態宣言 首都圏知事、2週間延長要請へ」（甲40の1）と大きく報道したことで、状況は一変し、緊急事態宣言延長へ舵をきることになった。

上記報道を受けて、神奈川県黒岩祐治知事は、1都3県の知事間で延長要請についての合意に至っていないと指摘し、令和3年3月3日に行われた4都県知事のオンライン会議で小池都知事に対する抗議もなされた。結局、1都3県が協調して延長要請を行うに至らなかった。小池都知事は延長要請の「たたき台」文書案を準備していたことを否定せず、報道されたように延長要請が小池知事の主導で行われようとしていた事実も明るみとなった（甲40の2）。

ウ 上記報道が出た後、菅総理は令和3年3月7日の期限通りに解除する従来の考えを翻し、同月5日の対策本部において2週間の再延長を決定した（甲38）。

政府側が小池都知事の動きを察知し、延長要請が行われるのを待たずに、機先を制する形で延長方針に舵を切ったとみられているが、いずれにせよ、小池都知事の延長要請に向けた動きが契機となり、令和3年3月21日までの宣言延長が決定されたのである。

(4) 東京都は第一回緊急事態宣言の延長判断の直前でも、病床使用率について著しく不正確な情報を発表し、国に報告していたこと

ア 過去の不正報告

遡るに、実は、東京都が病床使用率の前提となる情報について国に対して不正報告を行っていたのは、これが初めてではない。

東京都は、第一回緊急事態宣言においても、病床使用率の前提となる入院患者数及び確保病床数について著しく不正確な報告を行っていたのである。このことは、本件命令と直接関係はないものの、類似の不正報告が一度ばかりではなく二度繰り返されていたという点において本件命令における東京都知事の職務上の注意義務違反の有無に影響を与える重大な事実であることから、ここで事実経緯について主張することとする。

イ 第一回緊急事態宣言中の東京都による入院患者数及び確保病床数の不正報告の経緯

(ア) 第一回緊急事態宣言（令和2年4月7日～）は、当初、令和2年5月6日を期限としていたが、同月4日、緊急事態宣言を同月31日まで延長することが決定された。

東京都は、令和2年4月下旬から同年5月上旬にかけて、緊急事態宣言の期限が近づき、延長すべきかどうかの判断が迫られる中で、下記のとおり、入院患者数及び病床数を発表していた。これらはいずれも東京都が制作、配信した動画において、小池都知事が自ら出演した発表していたものである（甲41の1ないし同13）。

記

（東京都における入院患者数及び病床使用率の推移⁸⁾）

時点	入院患者数	病床数	病床使用率
----	-------	-----	-------

⁸⁾ いずれも、入院患者数の中に宿泊療養者数、自宅療養者数が含まれていることを明示したものについては、それを差し引いた人数とした。病床使用率は東京都が自ら発表したものではないが、発表された病床数をもとに算出したものである。その後の訂正により不正確な情報であることが判明したものについて下線を引いた。令和2年5月2日分、同月5日分、同月9日分の動画及び資料は確認できなかった。当時発表されていた入院患者数のデータは東京都の特設サイトに公表され、今も確認できるが、東京都知事が自ら発表したものではないため、割愛した。

令和2年4月27日	<u>2,470人</u>	<u>2,000床</u>	<u>123%</u>
4月28日	<u>2,486人</u>	<u>2,000床</u>	<u>124%</u>
4月29日	<u>2,502人</u>	<u>2,000床</u>	<u>125%</u>
4月30日	<u>2,417人</u>	<u>2,000床</u>	<u>121%</u>
5月1日	<u>2,489人</u>	<u>2,000床</u>	<u>124%</u>
5月3日	<u>2,677人</u>	<u>2,000床</u>	<u>134%</u>
5月4日	<u>2,785人</u>	<u>2,000床</u>	<u>139%</u>
5月6日	<u>2,810人</u>	<u>2,000床</u>	<u>141%</u>
5月7日	<u>2,679人</u>	<u>2,000床</u>	<u>134%</u>
5月8日	<u>2,042人</u>	<u>2,000床</u>	<u>102%</u>
5月10日	<u>2,389人</u>	<u>2,000床</u>	<u>119%</u>
5月11日	<u>2,392人</u>	<u>2,000床</u>	<u>120%</u>
5月12日	1,413人	<u>2,000床</u>	<u>71%</u>

上記表わかるように、令和2年5月12日を境に、入院患者数が大きく修正されている。これについて東京都は、それまで発表していた入院患者数は「宿泊療養」「自宅療養」を含んだ人数であったと弁解し、同日以後は新システム導入により正確な情報を発表できるようになったと説明している。そのため、同月11日以前の入院患者数を「参考値」として公表するにとどめ（甲42）、現在に至るまで、東京都は同期間中の正確な入院患者数を発表していない。

（イ）ところが、実は、東京都は、国（厚生労働省）に対して、緊急事態宣言の延長が正式に決定した令和2年5月4日ごろ、同年4月27日時点の入院患者数について、下記のとおり、2,688人から1,832人に下方修正して報告していた（甲43の1）。

記

時点	入院患者数	病床数	病床使用率
令和 2 年 4 月 27 日	1,832 人	2,000 床	92%

(ウ) その後も、東京都は、国（厚生労働省）に対して、（緊急事態宣言の当初の期限である）令和 2 年 5 月 6 日時点の入院患者数について、下記のとおり、2,974 人から 1,511 人に下方修正して報告していた（甲 43 の 2）。

記

時点	入院患者数	病床数	病床使用率
令和 2 年 5 月 6 日	1,511 人	2,000 床	76%

(エ) さらにその後、東京都は、厚生労働省に対して、「4 月中に 3,300 床を確保していた」と報告し、従前の 2,000 床との報告を事実上訂正した（甲 43 の 3）。

以上の一連の報告の結果、令和 2 年 4 月 27 日及び同年 5 月 6 日時点の病床使用率は下記のように訂正されたことになる（甲 28・「資料 2-1-1②（1）」）。

記

時点	入院患者数 (訂正前)	病床数 (訂正前)	病床使用率
令和 2 年 4 月 27 日	1,832 人 (2,470 人)	3,300 床 (2,000 床)	56%
令和 2 年 5 月 6 日	1,511 人 (2,810 人)	3,300 床 (2,000 床)	46%

令和 2 年 5 月 12 日	1,413 人	3,300 床 (2,000 床)	43%
-----------------	---------	----------------------	-----

(オ) 東京都は、令和 2 年 4 月 28 日～同年 5 月 5 日及び同月 7 日～同月 11 日の入院患者数を訂正発表していないため、正確な数値は定かでないが、第一回緊急事態宣言の延長決定がなされる同月 4 日より前には、病床使用率が 50%未満に低下していたとみられる。

ウ 東京都が漫然と著しく不正確な情報提供を続けていたこと

(ア) 上記イで述べた訂正後の情報は、第一回緊急事態宣言の延長後に、東京都の報告を受けた厚生労働省によって公表されたものであり、アドバイザリーボード会議の資料に反映されているものである(甲 28・「資料 2-1-1 ②(1)」)。

(イ) そもそも東京都の新規陽性者数は、令和 2 年 4 月中旬より減少局面に転じていたから(甲 44)、それに伴って入院患者数も減少局面に入っていたとみられる。東京都は、同月 27 日時点で、当時の発表情報が正確なものではなく、実際は入院患者数をもっと少なく、減少傾向にあり、かつ、病床数をもっと多く確保されていたことを認識していたはずである。そして、遅くとも同月末までには、厚生労働省の依頼を受けて入院患者数及び確保病床数について調査を行い、同月 27 日時点の正確な情報を把握していたとみられる。

にもかかわらず、東京都はその後も令和 2 年 5 月 11 日まで、漫然と過大な入院患者数及び過少な病床数を発表し続けた。その結果、新規陽性者数が大幅に減少しつつあった同年 4 月下旬から同年 5 月上旬においてもなお、東京都においては医療崩壊状態であるかのごとく病床が逼迫している情報が報道されていた。この誤った情報が、政府関係者及び

政府に助言していた専門家に伝わり、その判断に影響を与えた可能性は高い。

(ウ) 結局、東京都は、いまだに令和2年5月11日以前の緊急事態宣言中に、都民及び国民に対し、著しく不正確な情報を発表し続けてきたことについて、正式な訂正発表や都民・国民への謝罪を行わず、ひそかに厚生労働省に報告しただけで今日に至っている。

このような第一回緊急事態宣言の延長直前期においてなされた医療提供体制状況に関する不正報告と同様のこと（重症用病床の虚偽報告）が、本件命令にかかる第二回緊急事態宣言の延長直前期においても再び繰り返され、国の政策の判断に多大な影響を与えているのである。

5 令和3年3月18日朝に開催された基本的対処方針等諮問委員会の判断

令和3年3月18日（木曜日）午前7時30分～午前9時00分に開催された第15回基本的対処方針等諮問委員会においては、「令和3年3月18日に、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ついて分析・評価を行い、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ため、緊急事態措置を実施すべき期間とされている3月21日をもって緊急事態措置を終了した。」との判断がなされている（乙1の3）。

このことは、いかに遅くとも令和3年3月18日午前9時00分の時点で、基本的対処方針等諮問委員会が全ての都道府県が緊急事態措置区域に該当しないと判断したこと、すなわち東京都についてもこの時点において「新型インフルエンザ等緊急事態」にあるとはいえないと判断したと、を意味するものである。

6 小括：少なくとも本件要請がなされた令和3年2月26日以降、「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

以上のおりであるから、東京都知事が原告に対して特措法第45条第2項に基づく個別要請を行った令和3年2月26日時点で、すでに、首都圏で感染が拡大している状況も、東京都内で医療提供体制がひっ迫している状況も存在しなかったといわざるを得ず、ひいては特措法がいうところの「新型インフルエンザ等緊急事態」になかったものである。

また、令和3年3月以降は新規陽性者数が横ばいで推移していたものの、東京都における全入院患者数及び重症患者数は、本件命令が発出される同月中旬にかけて減少が続くとともに病床使用率も低下し続けており、いずれもステージⅢ相当に変わりはない。原告に対して特措法第45条第3項に基づく措置命令にかかる弁明の機会の付与手続きがなされた同月5日時点、命令の事前通知がなされた同月15日時点、命令が発出された同月18日時点のいずれをとっても、首都圏で感染が拡大している状況も、東京都内で医療提供体制がひっ迫している状況も存在しなかったといわざるを得ず、ひいては特措法がいうところの「新型インフルエンザ等緊急事態」にはなかった。

前記5で述べたとおり、令和3年3月18日に開催された第15回基本的対処方針等諮問委員会において、遅くともこの時点において「新型インフルエンザ等緊急事態」にあるとはいえないことは確認されているところですからあって、本件命令発出時点において「新型インフルエンザ等緊急事態」になかったことは明らかというほかない。

7 被告の主張に対する原告の反論

(1) 被告は、宣言解除を3日後に控えた令和3年3月18日に本件命令を発出した理由について、裁判長の求釈明に回答する形で、被告準備書

面(1)・第1において、同月17日時点の感染状況及び医療提供体制の負荷の状況から営業時間短縮命令を出す必要性があったと主張している。

被告の主張に理由がないことは前述したところから明らかであるといえるが、念のため、被告の主張に対して反論しておく。

(2) 第一に、被告は、被告準備書面(1)・11頁において、「同措置（営業時間の短縮）は、令和3年2月法改正により緊急事態に至る前から実効的な感染症対策を講ずることができるものとして創設された「まん延防止等重点措置」においても取り得る措置であり（特措法31条の6第1項、3項）」、「本件命令発出時においてステージⅢであったことは、何ら本件命令の必要性を否定することとはならない。」などと述べる。

被告の主張の趣旨が判然としないところではあるが、「まん延防止等重点措置」との関係において特に重要なことは、政府は、第二回緊急事態宣言を終了するにあたり、「まん延防止等重点措置」に移行する必要はないと判断し、実際に「まん延防止等重点措置」に移行することはしなかったという事実である。仮に、令和3年3月18日時点において、同月21日をもって第二回緊急事態宣言を終了するにあたり、「新型インフルエンザ等（略）」が国内で発生し、特定の区域において、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当該区域における新型インフルエンザ等のまん延を防止するため、新型インフルエンザ等まん延防止等重点措置を集中的に実施する必要があるものとして政令で定める要件に該当する事態が発生したと認めるとき」（特措法第31条の4第1項柱書）と判断されていれば、第二回緊急事態宣言が終了すると同時に「まん延防止等重点措置」に移行したといえようが、政府はそのような判断すらしていないものである。

(3) 第二に、繰り返し確認しておくべきは、遅くとも令和3年2月25日以降、感染状況及び医療提供体制の負荷の状況は、国の指標でみると全て

ステージⅢ以下の状況が続いており、それは同年3月17日時点でも変わっていなかったという客観的指標である（甲34の1ないし同5）。被告は同年3月中旬から新規陽性者の増加傾向が現れていたと指摘するが、そうであるとしても、同月17日時点での新規陽性者数は10万人あたり週15.0人で、ステージⅢ（10万にあたり週15人以上）の最低値にとどまっていたのであって（甲34の5）、被告の指摘は何らの的を得たものではない。

(4) 第三に、国は、令和2年2月12日に改正特措法を施行した際、「6指標を総合的に評価し、ステージⅣ相当」となった場合に緊急事態措置を実施し、「6指標を総合的に評価し、ステージⅢ相当」となった場合に措置を解除するとの指針を公表していたところである（甲45）。

令和3年3月17日時点の東京都の6指標は全てステージⅢに該当していた以上（甲34の5）、この時点において特措法第32条第5項にいう「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」ともいえる状況にあった。

(5) 第四に、被告は、医療提供体制に関し、令和3年3月17日のモニタリング会議の総括コメントで4段階のうち最高の「通常の医療が大きく制限されていると思われる」と記されていたと指摘するが、そもそもそのような評価を裏付ける具体的根拠は示されていないし、何をどのように評価して「通常の医療が大きく制限されていると思われる」としているのかも不明である。

実は、東京都モニタリング会議の専門家は、令和3年4月に「都におけるこれまでの感染状況から、医療提供体制が逼迫する分岐点は、入院調整が難航し、救急搬送時間が延伸し始めた時であり、新型コロナウイルス感染症の入院患者数が約2,600人に達した時であった」と明らかにしている（甲46）。この基準を上回るのは、同年2月上旬までの間だけであり、

同月10日以降は2600人未満となり、その後減少し続けた(甲28)。同年3月17日時点で入院患者数は1270人(確保病床に対する使用率は25.2%、重症用病床に対する使用率は24.8%)となり(甲34の5)、東京都における医療提供体制が逼迫する分岐点とされる2600人の半分以下にまで減っていた。

また、令和3年3月18日書面開催された東京都新型コロナウイルス感染症対策審議会においても、専門家委員は「新規感染数は大幅に減少し、医療体制のひっ迫状況は大きく改善した。公衆衛生の最前線である保健所機能もほぼ正常化しつつある状況」と指摘していた。同月5日の審議会とは異なり、誰一人、このタイミングで要請に応じていない飲食店に対し営業時間短縮命令をする必要性には言及していなかった(甲47)。

令和3年3月17日時点で通常医療が大きく制限されるほどひっ迫していたとは到底いえず、特措法施行令が定める「緊急事態」の要件である「医療の提供に支障が生じている」状況ではなかったのである。

第2 原告はその経営状況から本件要請に応じることができなかつたものであり、このことは本件要請に応じない「正当な理由」になること

1 序論

(1) 訴状・第5・4（25頁以下）において述べたとおり、原告は、下記の4点から、原告が本件要請に応じなかつたことについて「正当な理由」がある旨を主張するものである。

記

①本件要請は行政指導であり、かつ、本件要請の前提として原告に法令の違反行為があるものではないこと

②本件要請に応じれば原告はその経営を維持することが困難になつたこと

③本件要請はそれ自体違法であること

ア 令和3年2月26日時点において、「新型インフルエンザ等緊急事態」にはないこと

イ 本件要請には合理性・相当性がないこと

④本件要請は行政指導の範囲を超えていること

(2) 上記(1)の4点のうち、①④は訴状において具体的に主張したとおりであり、③アは前記第1において主張したところであり、同イは後記第4において述べるところと共通する。

下記2以下では、②についての主張を行う。

2 経営状況は、特措法第45条第2項の要請に応じない「正当な理由」になり得ること

(1) 原告の主張

原告は、その主張の前提として、特措法第45条第3項にいう「正当な理由」には経営状況も含まれると主張するものである。

(2) 被告の主張

上記(1)の原告の主張に対し、被告は、答弁書において、「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」（7頁24行目から8頁1行目）として、乙4の事務連絡において経営状況は要請に応じない「正当な理由」にならないと記載されている旨を指摘する。

(3) 被告の主張に対する原告の反論

ア 乙4の事務連絡においては、特措法第31条の6第3項にいう「正当な理由」の解釈について、下記のとおり記載されており、同法第45条第3項にいう「正当な理由」についてもこれと「同様である」と記載とされている（8頁ないし9頁，11頁）。

記

要請に応じない「正当な理由」については、

ア) 今回の改正において、国及び地方公共団体が新型インフルエンザ等の影響を受けた事業者等を支援するために必要な措置を講ずる義務を明記しており、事業者への影響が緩和されると考えられること

イ) 単に要請に応じないことのみならず、専門家の意見を聴き、感染拡大防止のために特に必要があるか否かを精査した上で命令が行われる仕組みを明記していること

ウ) 措置が実施される期間は一時的であること

も踏まえ、限定的に解釈されるべきものである。

営業時間変更等の要請に応じない「正当な理由がある場合」とは、具体

的な状況における諸般の事情を考慮して客観的に判断されるものであるが、例えば、

- ・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応じて実施する場合
- ・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

等が該当すると考えられる。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。

イ 乙4の事務連絡は、特措法第31条の6第3項及び同法第45条第3項にいう「正当な理由」の意義について、特措法の担当部局の内閣官房新型コロナウイルス感染症対策推進室の室長名義で出されているものであるが、これ自体は一つの解釈を示すものに過ぎず、当然のことながら司法はこれに縛られるものではなく、その解釈の正しさについて正面から検討する必要がある。

ウ 乙4の事務連絡は、「正当な理由」について「限定的に解釈されるべきものである」と解釈する理由について、上記アで指摘したとおり、事業者への影響が緩和されると考えられること(①)、専門家の意見を聴き、感染拡大防止のために特に必要があるか否かを精査した上で命令が行われる仕組みを明記していること(②)、措置が実施される期間は一時的であること(③)の3点を挙げる。

しかしながら、いずれの理由も、社会的実体から乖離しており、乙4

の事務連絡における「正当な理由」の解釈は前提を欠く（つまり、「限定的に解釈されるべきものである」との解釈それ自体が誤りである）。

①についていえば、飲食店を支援するために講じる措置としていわゆる「協力金」の制度が用意されることになり、東京都も令和3年1月8日以降「営業時間短縮に係る感染拡大防止協力金」を設けているが、この「協力金」は東京都が要求する感染拡大に協力することを条件にして1店舗・1日あたり6万円を支給するものであるところ、原告のように賃料の高いエリアにおいて大規模な飲食店を経営する者からすれば、事業者への影響が緩和されるといえるような手当とは到底いえない。

②についていえば、後記第6・5において詳細に説明するとおり、現実の専門家の意見聴取の手続きは、特措法が想定していたものとは全く異なる運用となっており、この手続きをもって「正当な理由」を「限定的に解釈」することは導き得ない。

③についていえば、令和3年1月8日以降、現在に至るまで、飲食店に対する営業時間短縮の要請は継続してなされており、措置が実施される期間は一時的とは全くいえない。

エ 乙4の事務連絡は、「一方で、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」に該当しない。」と記載するが、考え方の結論が述べられているのみであって、なぜ経営状況が「正当な理由」にあたらぬといえるのかについて、何ら具体的な説明すらなされていない。

仮に乙4の事務連絡がいうように「正当な理由」について「限定的に解釈されるべきものである」ことを前提にしたとしても、なぜそこから「経営状況」が「正当な理由」にあたらぬことが導かれるのか、不明である（仮に「限定的に解釈される」ことを前提にしたとしても、経営状況は「正当な理由」の一事情になるものである）。

オ 翻って、改めて特措法をみるに、第1条はその目的として「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」と定め、第5条は特措法の解釈・運用指針として「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最小限のものでなければならぬ」と定めるとともに、一定の場合に損失補償等ないし損害賠償をしなければならない旨を規定し（同法第62条、第63条）、さらには、国及び地方公共団体は事業者の経営に及ぼす影響の緩和のための措置を効果的に講じるものとしている（同法第63条の2第1項）。

特措法は、法律全体として、特措法に基づく各種措置を行うにあたっては、これによって影響を受ける事業者の経済的な事情を考慮することを当然の前提としているのであって、特措法第31条の6第3項及び同法第45条第3項にいう「正当な理由」の意義の解釈にあたっては、このことは当然にあてはまる。いかなる場合であっても、経営上の理由が「正当な理由」にあたらないとの解釈は、特措法の趣旨・目的及び同法の仕組みに照らして採り得ない。

3 原告は、その経営状況から本件要請に応じることはできなかったこと ものであり、「正当な理由」が認められること

(1) 原告の経営状況

ア 原告は、2020年12月期の決算期において、その損益は、営業損失11億7500万円（前連結会計年度は営業利益40百万円）、経常損失11億0200万円（前連結会計年度は経常利益96百万円）であり、親会社株主に帰属する当期純損失は15億0900万円（前連結会計年度は親会社株主に帰属する当期純損失3億3100万円）であった（甲48）。

イ 原告は、第二回緊急事態宣言発出以降、被告による営業時間短縮等の協力要請に応じていなかったが（一連の経緯について訴状第4（14頁以下）参照）、これは営業時間短縮等に応じればその経営を維持することが困難となったからにはほからならない。このことは、令和3年1月7日、原告がそのサイト上に表明した原告代表取締役としての考え方において、「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、このような維持は無理です。」と切実に訴えているとおりである（甲27。つまり、原告の言い分は後付けというわけではない）。

原告が行ったシミュレーションによれば、仮に令和3年1月8日以降、原告において営業時間短縮の要請に応じていた場合、同年3月21日までに原告に生じた営業上の損失は、東京都が用意する「協力金」の支給を受けてこれを営業上の損失から差し引いて計算をしたとしても2億円を超える（300万円（東京都内で原告が経営する店舗における1日あたりの損失。店舗数を踏まえた協力金相当額を差し引いた金額）×73日間＝2億1900万円）。

(2) 東京都知事は、本件命令を発出するにあたり、原告の経営状況を考慮の対象にする必要があったこと

ア 被告は、答弁書において、「原告は、弁明書において、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」（8頁5行目ないし同頁8行目）などとして、原告が甲21の弁明書においてその経営状況を本件要請に応じない理由にはしていないとした上で、東京都知事が本件命令を発出するにあたり、原告の経営状況を考慮する必要はなかった旨を主張する。

イ しかしながら、原告は、甲 2 1 の弁明書において、協力金等の経済対策の不合理性を指摘した上で、原告には要請に応じない「正当な理由」がある旨を明示的に述べているものであって、これは原告の経営状況を理由に「正当な理由」がある旨を主張していることは文脈から明らかである。

また、東京都知事が本件命令を発出した理由としている甲 2 7 の「発信」においても前述のとおり「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 1 9 時までの飲食の提供、2 0 時までの営業では事業の維持、このような維持は無理です。」と記載しているのであって、やはり原告が経営状況を理由にして本件要請に応じられないとしていること、及び、東京都もこのことを認識していたことは明らかである。

ウ 東京都知事は、本件命令を発出するにあたり、原告の経営状況を考慮する必要があったものである。

(3) 原告は、その経営状況から本件要請に応じることはできなかつたこと ものであり、「正当な理由」が認められること

以上のとおり、令和 3 年 1 月 8 日以降、原告は営業時間の短縮をすればその経営を維持することが困難な状況にあったため、営業時間の短縮に応じることができなかつたものであり、その財政状況や同日になされた原告代表者の意見表明の内容等に照らせば、その判断は真摯なものであるといえる。原告は、日本国内において 4 1 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・責任があった。令和 3 年 2 月 2 6 日になされた本件要請に応じることができなかつた理由も、同じである。

原告は、その経営状況に照らして、本件要請に応じることはできなかつ

たものであり、原告が本件要請に応じなかったことについて「正当な理由」がある。

第3 本件命令が違法な目的をもって発出されたこと

1 答弁書における被告の主張について

被告は、答弁書において、原告の主張に反論しているが、原告の主張はおろか特措法等の趣旨を理解していないと考えられる主張が散見されるため、必要な限りで再反論及び主張の補足を行う。

被告は、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ことについて、甲23の措置命令書の「…これらのことは、さら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、対象施設の使用制限を命じるものである」との記載をもって「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」などと主張する（答弁書5頁）。しかし、当該主張は特措法の条文文言を繰り返して記載しているのみのトートロジーであり、反論として成立していない。原告に対する本件命令発出の個別具体的な目的が、特措法の目的に合致しているか否かを主張立証しなければ、反論とはならない。その意味では、後述するが、被告自身が主張するとおり、本件命令の目的は「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」ることにあるといえよう（答弁書6頁）。被告が指摘する特に原告に対して命令を発出した目的・理由は、そのまま「原告以外の6店舗を含んだ32店舗」の一般的選定基準として主張されており、それ自体、被告が原告を狙い撃ちにした証左であることは後述のとおりである。

なお、被告は原告の不協力が「大きな不公平感を生じさせる」などと主張するが、そもそも不公平感を生じさせたのは、特措法自体の構造並びに政府及び被告が行った特措法の解釈・運用によるものであり、被告の主張はまるで市民や事業者にすべての責任を押し付けるかのような無責任極まりない言説で、我々から権利のより善き保全を付託された権力主体として到底許されるべきものではない。

原告主張のとおり、要請自体はどこまでいっても義務や強制を観念できず、不協力は違法にならない。それにもかかわらず、他の多くの事業者が要請に協力しているという同調圧力を公権力が援用することによって要請を「強制」するようなことがあれば、それは行政手続法第32条第1項及び第2項の趣旨にも悖るものである。現在、現実にも多数生じてしまっているが、要請に従ったことによって廃業を余儀なくされる事業者等が存在したとしても、被告等公権力担当者からすれば、「それはあくまで従うか従わないかは任意の要請にあなたが従った結果であり自己責任である」ということ以上でも以下でもない。被告においては、責任主体という場面では要請自体が強制ではないことを理由に責任を負わず、一方で、要請協力を事実上調達する場面では市民社会の同調圧力を援用することによってなかば「強制的に」要請を実現しようとしており、このようなダブルスタンダードが許されてよいはずがない。被告による協力金の支給の遅延（申請から数か月不支給という事例が存在することも広く報道等で伝えられているところである）やそもそも事業規模からして協力金があまりに微少である事業者としては、「従うも地獄、従わざるも地獄」という状況を作出しおきながら、政府及び被告自身によって生じさせた「不公平感」を利用して本件命令を発出すること自体、いわば自作自演的な理由付けであり、被告の違法な目的を補強するものである。

この点、令和3年2月特措法改正の際の国会審議において、担当大臣である西村大臣は、財政的協力又は支援について「大きな企業までするかどうかは、これは売上げが数千万あるような企業も国民の皆さんの税金を使って本当に支援をしていくのかという、この辺り、公平性の観点も入れてしっかりと考えていきたいというふうに思っております」と答弁しており（同月3日参議院内閣委員会）、原告のような大規模事業者はそもそも財政的支援の対象として予定されていないという立法者意思が推認される。原告としては、大規模であるがゆえに営業継続せねば雇用の維持等が不可能であるが、この点については「正当な理由」にも該当しないと強弁されるばかりか民間同士の「不公平感」を醸成すると論難され、一方で要請等に従ったとしても、そもそも特措法で予定されている運用自体が大企業の救済に否定的であるということだとすれば、立法者意思及び特措法の運用を形式的にあてはめれば、原告のような企業は当該制度のエアポケットないしは八方ふさがり状態に陥ってしまう。すなわち、このことは、立法者意思及びその後の被告における特措法の運用等が特措法の目的等からしても統一的視点を全く欠いており、不合理であることを意味する。

なお、上記西村大臣の発言においても「公平性」という言葉がご都合主義的に使用されていたが、後の論点でも触れるとおり、「不公平感」という実際の他者加害の存在や社会的公益とすら言えない漠然とした抽象的概念によって具体的な人権制約を行うことは決して認められるものではない。

2 求釈明に対する被告の回答等について

(1) 本件選定基準について

被告によれば、原告を含む32店舗に対する命令を行うにあたって、想定される対象施設として「上場企業など大手と呼ばれる企業の経営する店

舗は、比較的規模が大きく20時以降の飲食につながる人の流れを増大させていると考えられ、また、その社会的影響力の強さから他の飲食店等の20時以降の営業継続を誘発するおそれがある」という点を基準にしたと主張する（被告準備書面(1)14頁、以下「本件選定基準」という）。

以上の被告自身が定立した規範（基準）によると、当時命令対象となった32店舗において原告を除いては上場企業が存在しないことや抽象的とはいえ「社会的影響力」の有無といった事情を鑑みても、被告が本件命令の対象にした32店舗のうち、原告を除いた6店舗が対象とされたことをこの基準では説明できない。

「上場企業などの大手の企業ではないが、繁華街において公然と営業を継続している店舗など」（被告準備書面(1)14頁）について措置命令の対象としたことについては、「感染拡大への影響を無視できない」と述べるにとどまり、選定の具体的基準及び根拠が示されていない。

この点については、奇しくも令和3年7月9日の本訴訟第2回期日において被告指定代理人が法廷において「まずは原告に命令を出すことを決めてから」本件命令を発出したことを言明（以下「被告第2回期日発言」という）しており（原告訴訟代理人弁護士の期日メモにつき、甲49）、「まずは原告に命令を出すことを決めてから」命令発出をしたとすれば、まさに本項で問題としている違法な目的＝狙い撃ちによって原告に命令を発出したことの自白であり、端的に違法である。

また、本件選定基準は、本件命令の実態であった被告第2回期日発言のプロセスを糊塗すべく、原告による訴訟提起及び裁判所から釈明を求められて、原告に対する命令発出という結論を正当化するために同結論から逆算して事後的に定立したものであり、そもそも原告以外を想定していない基準である。

すなわち、本件選定基準は「原告を含めた32店舗に命令を発出した基準」ではなく、「原告に対して命令を発出した基準」であり、仮に東京都知事が原告を狙い撃ちにしておらず、一般的基準を定立していたと主張するのであれば、本件選定基準をもってしてもなお原告及び裁判所からの求釈明への回答としては不十分である。一方で、被告は裁判所からの釈明に対して、原告以外の命令対象となった6店舗に対する命令発出理由の開示につき、「他の事業者に対する措置命令書を提出する必要性は認めない」として拒絶しており（被告準備書面(1)18頁）、原告以外の店舗に対する命令の理由は明らかではなかった。その後、被告は、前回期日における裁判所からの「避けて通れない事情」との指摘に促され、令和3年9月6日付準備書面(2)において、原告以外の対象店舗6店舗についての命令の理由を開示した。しかし、結局のところなぜこの理由書をもってしても、原告26店舗を選定した基準との異同が明らかではない。原告とは別に6店舗を選定した基準を示されたい。また、準備書面(2)からは具体的内容がわからないが、6店舗のうち1店舗についてはソーシャル・ネットワーキング・サービスによる「発信」を理由に命令を発出しており、この点は原告の後述の主張のとおり、違法の疑いを生じるであろう。いずれにしろ、選定基準はいまだ不合理かつ恣意的ではあるが、被告が要請不協力の「発信」に基づいて命令を行うという運用をしているということは他店舗への命令理由によっても明らかになったといえる。

(2) 他事考慮について

上記(1)にて指摘したとおり、被告がいうところの本件選定基準が原告のみを想定しているものであり、一般的基準として無意味かつ無内容なものだとすると、翻って、東京都知事には別の理由による命令発出の動機及び理由が存在したことが推認される。

この点、ある行政処分に際して、行政側に一定程度の裁量が存することは当然のこととしても、かかる裁量判断に際し当該法令の目的を参照しつつ、本来最も重視すべき諸要素、諸価値を不当、安易に軽視し、その結果当然尽くすべき考慮を尽さず、または本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れもしくは過大に評価すべきでない事項を加重に評価したことによってこの点に関する行政の判断が左右され、考慮した事項に対する評価が不合理であると認められた場合には、当該裁量判断の方法ないしその過程に過誤があり違法と解するのが相当である（東京高判昭和48年7月13日行裁例集24巻6・7号533頁「日光太郎杉判決」、最判平成18年2月7日民集60巻2号401頁「目的外使用判決」、最判平成18年3月23日判例時報1929号37頁「信書発信判決」等参照）。

ところで、特措法は、第1条の目的規定で「この法律は、…（中略）…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」を目的とし、第2条4号における「新型インフルエンザ等緊急事態措置」の定義として「第三十二条第一項の規定により同項に規定する新型インフルエンザ等緊急事態宣言がされた時から同条第五項の規定により同項に規定する新型インフルエンザ等緊急事態解除宣言がされるまでの間において、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ため、国、地方公共団体並びに指定公共機関及び指定地方公共機関がこの法律の規定により実施する措置」と規定し、また、第5条の解釈規定で「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。」と規定している。ここでは、行政の判断の際に考慮すべき要素ないし重視すべき

要素が明示されているものと解される（環境評価法33条，東京都情報公開条例3条参照）。

加えて，内閣官房新型コロナウイルス感染症対策室長発出の令和3年4月9日付け事務連絡「要請・命令に際しての適切な判断の在り方について」（甲50）において，命令発出にあたって「①まん延を防止するため「特に必要があると認められる」との評価について合理的説明が可能であるか②個別施設に対して要請や命令を行う判断の考え方や基準について合理的説明が可能であり，公正性の観点からも説明できるものになっているか」を検討すべきことが要求されており，この点も，特措法の適用上重視すべき要素といえる。

これら，重視すべき要素を慎重かつ調和的に解釈するに，特措法は，感染防止対策をとるにあたっても，「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の最小」という主に経済的自由をバランスングすることは当然の前提として，「国民の自由と権利への制限が必要最小限になること」を規定することからすれば，いわんや生活上の権利利益及び経済的自由を超えた他の権利侵害にわたるような事態は厳に回避すべきであり，感染防止対策と生活上の経済的権利利益の調整とは無関係又はそれを超えた事情を取り込んだ行政判断はいわゆる他事考慮にあたり，その裁量権の逸脱・濫用として違法であると解することができる。

これを本件についてみるに，被告は，他の不協力店舗を誘発することを間接的影響と指摘する「発信」とは，令和3年1月7日の原告代表者のHP上での投稿であると特定している（甲27。以下「本件発信」という）。

そして，甲23の措置命令書に「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」との理由をあげ，加えて，被告が2000以上の要請不協力店舗から原告を含む32店舗を本件命令の対象施設として絞り込むにあたって「（特に

原告の場合は…(中略)…要請に応じず営業を継続する旨を発信しており)」と殊更に指摘していることから、東京都知事が、多数存在した不協力店舗の中からあえて原告を命令発出対象に選定した際に他の店舗等とは異なって特に重視した点が、令和3年1月7日付の原告によるHP上での本件発信であるということになる。

上記のとおり、特措法自身が、感染防止対策にあたって少なくとも国民生活上の権利利益及び経済活動への配慮(1条)及び基本的人権への制約の必要最小限を要求し(5条)、行政の裁量の限界を枠づけていることからすれば、本件においては、被告が重視すべき諸要素、諸価値である原告の表現の自由等の憲法上の価値を不当、安易に軽視し、その結果当然尽くすべき考慮を尽さず、または本来考慮に容れるべきでない事項である原告による「発信」を考慮に容れたことが直接的に本件命令発出の理由とされていることから、被告による本件命令発出における裁量判断の方法ないし過程に過誤が存在し、違法と解するべきである。

なお、被告が他の不協力店舗の誘発を招く「発信」として指摘する令和3年1月7日の原告代表者のHP上での投稿内容は

- (1)現在「緊急事態」であるのか？
- (2)ロックダウンを徹底している国々でも感染が下火にならず、「時短」や「休業」が感染をコントロールするのに効果ないのは世界規模で証明されていると思っているからです。
- (3)医療崩壊、本当なのか疑問に思っています。
- (4)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。

等の見出しが記載され、一般的な雇用の維持が不可能である等の経済的理由を記載しているのみで、他の事業者に対して要請への不協力を呼びかけ、

煽動するような記述は皆無である。これのどの点をもって誘発のおそれが生じるというのであろうか。すなわち、本件発信自体の性質として、誘発のおそれが存在しない。この点についても、被告は、東京都知事の本件発信内容をあえて曲解し、生じようもないリスクや危険を読み込むことによって、なかばこじつけ的に本件発信に内在する危険をねつ造している。この点についても、特措法上の感染症対策措置の履行において東京都知事が考慮した原告の発信内容という事項に対する評価が明らかに合理性を欠いており、東京都知事の有する裁量を逸脱し、本件命令発出は違法である。

(3) 考慮不尽について

ア 被告は、要請及び命令対象施設に対して個別訪問等を行っているとは主張するが、専らそこで調査を行っているのは「店舗が20時以降も営業しているか否か」や、「対象者の特定」であって、換気・空調、天井の高さ等の店舗の構造から判断される感染リスク、また、接客時の店員の感染症対策や利用者らの飲食態様等といった本来要請及び本件命令発出を判断するために必要不可欠な事項について何らの調査を行っていない（少なくとも裁判所には顕出されていないため、そのような調査結果等が存在するのであれば、速やかに提出されたい）。原告に対する甲19の要請通知等を見ても、「事業の性質」や「業務の性質」上「3密の環境になりうる」という一般的な知見を理由にするのみで、原告の各該当店舗のどの点をとらえ、事実としてあてはめた結果「業務の性質上」「3密の環境になりうる」となるかについての言及はないのであって、東京都知事はこのような検討を一切行わずに、本件命令を発出したものと考えられる。東京都知事は、この点において、原告に対する本件命令の発出につき、考慮すべき事項を考慮していない。

イ また、特措法第45条第4項は、「特定都道府県知事は、第一項若しくは第二項の規定による要請又は前項の規定による命令を行う必要があるか否かを判断するに当たっては、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。」と規定する。特措法第45条第3項の命令を発出する際に、「命令を行う必要があるか否かを判断するにあたって」、行政関連法規及び本特措法全体の構造からして、命令対象者への権利制約を「必要最小限」にするために、法は専門家の知見を介在させることによって、命令発出の適法性の担保を発出主体に課しているものといえる。

この点、後記第6において詳述するが、本件命令発出においてなされたとされる専門家への意見聴取は全くもって不十分なものであり、東京都知事による本件命令発出の適法性は担保されておらず、この違法性は何ら正当化されない。

まず、被告が本件命令発出の根拠とする令和3年3月5日付け審議会（乙24号証）は極めて簡素な書面開催で行われている。そもそも、当時の社会通念からしても、すでに新型コロナウイルスによる社会的行動変容の筆頭に「リモート」によるオンライン会議等が社会一般の就業形態として流布しており、また、政府及び被告こそが7割をオンラインにするべきなどと国民及び都民に呼び掛けていたものである。専門家の知見を法がわざわざ明文で介在させた趣旨からしても、被告においては、命令対象の権利制限を必要最小限にするためにより緻密かつ充実した専門知の援用を確保する体制を構築する義務が課されているというべきである。オンライン開催も可能であるにもかかわらず、書面開催などという形式で審議会を開催している時点で、命令対象者の権利制限の必要最小限性の確保のための手続きとして不適切・不十分であるというほかない。

また、乙24号の審議会等、被告が参照した専門家等の議論結果をみても、個別の要請及び命令対象施設についての上記構造や感染症対策について諮問し、これにつき検討及び回答等した形跡が一切ない。さらにいえば、後記第6でも述べるとおり、東京都知事が本件命令発出にあたり特措法第45条第4項の根拠とした令和3年3月5日付け専門家の判断なるものは、本件命令を発出した同月18日時点とは大きく状況が異なる時点（しかも被告による病床数の虚偽報告に基づいた専門家の判断）での専門家の意見であり、東京都も緊急事態措置区域に該当しないと政府により判断された段階ではもはや同月5日時点の意見聴取は検討の前提を欠き、同月18日時点の都知事の判断の材料とすることはできないものであるし、東京都知事も当然このことを十分認識していた。したがって、同月5日の専門家の意見聴取は、同月18日時点の本件命令発出の必要性について判断根拠とはなり得ないのである。

翻って、被告がなぜか提出していない本件命令発出日である令和3月18日付け東京都新型コロナウイルス感染症対策審議会議事録によれば（甲47）、もはや緊急事態宣言の解除を前提とした一般的な議論しかされておらず、本件命令発出について言及しない。

ウ 以上を総合的に考慮すれば、特措法及びその関連法規が要求する、命令発出にあたって命令対象者への権利制限の必要最小限性を担保するために考慮すべき事項が考慮されておらず、これに基づいて発出された本件命令措置は、東京都知事の裁量権の範囲を逸脱するものとして、違法である。

(4) まとめ

以上のとおりであるから、被告が原告の発信を本件命令発出の根拠としていることはいかなる点においても、東京都知事の有する裁量を逸脱するものとして違法というべきである。

第4 本件命令が「特に必要がある」（特措法第45条第3項）とは認められないこと

1 特措法第45条第3項の「仕組み」

内閣官房新型コロナウイルス感染症対策推進室長による令和2年4月23日付け事務連絡「第45条の規定に基づく要請，指示及び公表について」（甲51）は，「特措法第45条第2項の規定に基づく要請は，行政手続法（平成5年法律第88号。以下「行手法」という。）第2条第1項第6号の行政指導」であり，「行手法の規定に従う」と明言しており，現在まで維持されている。特措法第45条第2項の要請が行手法にいう行政指導であれば，当然に行手法第32条第2項の「行政指導に携わる者は，その相手方が行政指導に従わなかったことを理由として，不利益な取扱いをしてはならない。」との規定の規律を受ける。特措法の仕組みや上記規律を踏まえれば，特措法第45条第3項の法的な構造として，事業者が要請に従わないこと自体で自動的に不利益処分たる命令が発出されるという関係にないことは当然である。特措法第45条第3項にいう「特に必要があると認められるときに限り」という要件は，要請に従わなかった事業者に対して命令を下すことに強い限定を加えた趣旨であると解するのが相当である。

では，いかなる限定を付しているかと解釈することが相当であろうか。

これまで再三言及したところではあるが，特措法は，第1条で「この法律は，…（中略）…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」を目的とし，第2条4号における「新型インフルエンザ等緊急事態措置」の定義として「第三十二条第一項の規定により同項に規定する新型インフルエンザ等緊急事態宣言がされた時から同条第五項の規定により同項に規定する新型インフルエンザ等緊急事態解除宣言がさ

れるまでの間において、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ため、国、地方公共団体並びに指定公共機関及び指定地方公共機関がこの法律の規定により実施する措置」と規定し、また、第5条で「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。」と規定している。

この点、監獄法第46条第2項の「特に必要があると認められる場合」との規定につき、憲法第21条の趣旨・目的を踏まえて「具体的事情の下で、これを許すことにより、監獄内の規律及び秩序の維持、受刑者の身柄の確保、受刑者の改善、更生の点において放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性があると認められる場合」に限定されるとした最高裁判例は、上記解釈と軌を一にする（前掲最判平成18年3月23日判例時報1929号37頁）。すなわち、当該法の目的及び趣旨において、行政が取りうる判断の対立利益に憲法上の権利等が存在する場合は、当該憲法上の権利の尊重によって、行政による裁量は認めつつ、その裁量権を限定する。そしてこのことは、特措法においても、第1条、第2条第4号及び第5条によって言明されていることは既に指摘したとおりである。

特措法は、感染防止対策をとるにあたって、「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の最小」という主に生活上の権利利益及び経済的自由を適切にバランスングすることは当然の前提に、「国民の自由と権利への制限が必要最小限になること」をあえて規定した趣旨からすれば、「特に必要があると認められるとき」とは、当該命令措置によって得られる感染防止及びまん延防止への寄与度と、それによって被る国民生活への支障及び主に経済的損失に加えて、感染防止対策が制限し

得るあらゆる憲法上・法律上の利益にいかなる制限を加えるかという点とを比較考量し，とりわけ“個別の要請の対象になっている施設に対して”当該命令を遵守させることの感染防止及びまん延防止上の必要性が上記利益考量を踏まえたとしても格別に大きいと認められる場合に限り命令の発出が認められる趣旨であり，適用にあたっては，他にとりうる手段の存在など権利制限の必要最小限性についての疑義が生じた場合には違法となりうるという意味で，高度の必要性が求められるものと解することができる。

これらの解釈は，緊急事態における人権制約の国際指針である「シラクサ原理 (Siracusa Principles)」によっても，「公衆衛生を守るために人権制約が合法とされる条件として，より制限的でない他の手段が存在しないことを要求する LRA の原則，制限の程度は目的に比例したものでなければならないとする比例原則を採用し，さらに人権制限の必要性の評価は客観的な考慮に基づくことを求めており，十分な根拠なく人権制約することを厳しく戒めている」と理解されており（江藤祥平『匿名の権力—感染症と憲法』法律時報 92 巻 9 号（2020 年 9 月号）。甲 52），特措法の趣旨・目的と同原理との調和的な解釈をすべきとの見地からすれば，上記解釈が導出される。

以上の国際指針，行政関連法規及び特措法の全条文の調和的・統一的解釈という文脈からすれば，ここまでの原告論旨のコロラリーとして，本来特措法第 45 条第 3 項の命令措置については，およそ不協力が行政上の違法行為を構成しない要請への不協力について専ら制裁的な趣旨・目的での命令発出は当然に認められていないと解すべきである。このことは，令和 3 年 2 月 12 日付「事務連絡」（乙 4）において，特措法第 45 条第 5 項の「命令の公表」は，「利用者等に対して事前に広く周知することが重要であ

ることから規定されたものであり、制裁でなく」とされている点からも（12頁）、命令の制裁的運用の否定が裏付けられる。

乙4の事務連絡においても、特措法第45条第3項にいう「特に必要があると認められるとき」について、「必ずしも現に対象となる個別の施設においてクラスターが発生している必要はないが、例えば、専門家の意見として、対象となる施設やその類似の環境（業種）が、クラスターが発生するリスクが高いものとして認識されている上に、当該施設において、いわゆる「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ことが実際に確認できる場合などが考えられる」と説明されている（乙4号証11頁）ことからすれば、ここに制裁的運用の趣旨は全く読み込めず、また、人権制約を必要最小限にするためのより精緻な検討を要求するという趣旨であると理解すれば、その限りにおいて、当該事務連絡も合理性を有するものといえる。

このように考えれば、被告が特措法第45条第3項にいう「特に必要があると認められるとき」に関して、「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性が高かったことは明らかである」として、まるで要請に従わないこと自体が「特に必要があると認められる」との要件を満たすかのような主張をしている点については、法令の解釈を誤るものであることは明らかである。

なお、横大道聡慶應義塾大学教授の意見書（甲57。以下「横大道意見書」という）の論旨（11頁ないし17頁）も、基本的に上記法解釈と軌を一にするものである。

2 本件命令が制裁目的での発出であること

(1) 本件命令の特措法上の位置づけ

令和3年2月12日付け乙4の事務連絡によれば、特措法第45条第5項の公表につき、「緊急事態における施設の使用制限等の要請又は命令の公表は、利用者等に対して、事前に広く周知することが重要であることから規定されたものであり、制裁ではなく、利用者の合理的な行動を確保することを目的としている」として、同条の公表は制裁目的ではない旨明言している。このことは、特措法改正によって制裁規定である過料が定められたこととの相関関係からも基礎付けられる。

また、本件命令発出後の令和3年4月9日付け事務連絡（甲50）において、「法第45条3項の命令については…「特に必要があると認められるとき」に行うこと…等を示したところであるが、①まん延を防止するため「特に必要があると認められる」との評価について合理的説明が可能であるか②個別施設に対して要請や命令を行う判断の考え方や基準について合理的説明が可能であり、公正性の観点からも説明ができるものになっているか」を検討すべきとする。

既述のとおり、これらの点と特措法の構造を併せ考えれば、特措法第45条第3項の命令を制裁的に運用してはならない。

(2) 本件命令の判断過程で制裁的運用を行っていること

本件命令が違法な目的で発出されているとの原告主張で論じたとおり、東京都知事は、どこまでいっても法的には協力するか否かは対象者の任意に委ねられているはずの要請に対して、原告が不協力の姿勢を「発信」したことをもって、数多ある不協力店舗の中から“あえて”“優先的に”原告を命令対象として設定した。

原告主張のとおり、本件命令発出時点において客観的に緊急事態ではなかったこと及びそのことを被告が認識していたことからすれば、原告が行政上の違法行為や義務違反をしたわけではないにもかかわらず、その時期にあえて原告に対して命令を発出したのは、被告に服従しない姿勢を鮮明にした原告に対する命令の制裁的運用である。

その証左として、令和3年3月5日に書面開催された審議会（乙第24号証）において、各委員は次のとおり意見を述べているとされる。

「(猪口会長)

…(中略)…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、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)

…(中略)…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、来客誘引を通じて感染リスクを拡大させるだけでなく、時短要請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ある。」

「(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」

「(紙子委員)

…（中略）…これまで要請を受けている施設には、飛沫感染リスクは低いが人の接触や人流の増大防止のために時短要請を継続している事業者・施設も多数ある。平等原則からも、上記のような施設に対しては、次の段階の命令を発することが必要であると考える。」

このように、審議会の委員は一様に「不公平」「平等原則」などを理由とした本件命令発出を妥当と判断しているのである。

法曹資格者である委員が、このような制裁的運用を「平等原則」に照らして妥当などと意見している点はその専門職能としての発言の適格性の観点から驚きを禁じ得ないことはさておき、本件命令発出の理由として「不公平感」を理由とすること自体が違法な「狙い撃ち」と評価できる。

既述のとおり、令和3年3月18日（遅くとも同月17日時点）時点では、政府及び東京都及び上記対策審議会メンバー（乙24）は、感染状況が改善されていることを認識しており、原告に対して命令を発出することによって感染状況の改善に有意な効果が見込まれないことはもちろん、全国的に緊急事態にはないことを認識していた。そのような中で、行政法上の義務違反も違法行為も侵していない原告に対して「不公平」や「平等原則」を理由に、令和3年7月9日の期日で被告指定代理人が自白したとおり「まずは原告に命令を出すことを決めてから」本件命令を発出したこと、原告だけを予定した対象施設の選定基準によって命令対象施設を選別したこと等によって発出された本件命令は、制裁的運用にほかならず、このような運用は特措法上の解釈として認められないものであり違法である（なお、横大道意見書26頁も、「「発信」を理由に、その「制裁」「見せしめ」を目的に本件命令が発出されたということが強く推認される」とする。）。

3 被告の基準をしても、「特に必要があると認められるとき」には該当しないこと

被告は、今回、原告に対して命令を発出する必要性につき、①「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リスク増大へ直接的に影響を及ぼす」こと（直接的理由）、及び②「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響を及ぼす（誘発する）」こと（間接的理由）との理由をあげる（答弁書49頁）。

また、被告は、「原告の店舗で現実にはクラスターが発生したこと、又は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などの結果に着目して本件命令を発したものではない」とし、「20時以降の営業を継続している店舗の事業主に対して、営業継続の理由が原告の情報発信に基づくものか等の確認は行っていない」し「そのことを逐一記録にしているものでもない」と述べる（被告準備書面(1)19頁）。

被告は、答弁書及び準備書面(1)のいずれにおいても、上記①②の命令発出の理由にいかなる事実をあてはめたのかの主張をしない。原告は従来から主張のとおり、特措法及び関連行政法規の規律からすれば、原告の店舗営業が感染リスクを増大させていることを「実際に確認」した上で、命令の発出を求めている。権利制約とのバランスを求め、加えて「必要最小限」であることを課す特措法の構造からして、直接的な影響という場合の影響は「可能性」や「おそれ」では到底権利制約を正当化できないことは明らかである。しかし、被告からは、「実際に確認」した客観的証拠は提出されていない。

また、間接的な他店舗不協力の「誘発のおそれ」についても、誘発について具体的な事実を把握・記録していないことを悪びれずに吐露しており、特措法上の要求をおよそ満たしているとはいえない（横大道意見書20頁ないし24頁も、「実際に確認」した点を重視し、違法と結論付ける）。

この点はすでに指摘したが、被告は、他の不協力店舗を誘発することを間接的影響と指摘する「発信」として令和3年1月7日の原告代表者のHP上での投稿であると特定している。しかし、そもそも本件発信の内容は第3・2で挙げた4項目のとおりであり、雇用の維持が不可能である等の経済的理由を記載しているのみで、他の事業者に対して要請への不協力を呼びかけ、東京都からの要請への不協力を煽動するような記述は皆無である。これのどの点をもって誘発のおそれが生じるというのであろうか。本件発信自体の内実として、「誘発のおそれ」なるものは全く存在しない。

また、被告の主張が、原告の「発信」によって不協力が周知され、他店舗の不協力を誘発するおそれがあるため命令を発出しているというロジックであれば、東京都知事が本件命令を発出したことも「発信」し、誘発を防止しうるだけ事業者に周知されなければ、誘発を阻止することにはならない。しかし、被告は現在まで命令発出対象施設を公表するという取り扱いをしてはおらず、この点も感染拡大の間接的な影響を主張しつつ、その具体的防止のための命令の運用を行っておらず、矛盾している。その理由は、感染拡大よりも、制裁的な運用が真の目的であるからにほかならないことは既に論じたところである。

また、特措法第45条第3項は、ここまで再三主張しているとおおり、感染防止のみを考慮して経済的損失等を度外視した命令の発出を許容するものではない。本件命令発出によって得られる感染防止効果に比して、原告の経済的損失が著しく大きく、この点においても、「特に必要があると認められる」とはいえない。

その証左として、令和3年3月18日ないし同月21日の営業時間短縮によって原告が経営する26店舗への来客数が抑制されたことによって得られる実効再生産数の変化を参照しておく（甲53の1）。

甲53の1の分析内容は、「グローバルダイニング社の都内26店舗が東京都の「時短命令」に従って営業時間を短縮した2021年3月18日～21日の来客数を、その前週同曜日（11日～14日）の来客数と比較し、この客数減少がどれだけの新規感染防止につながったと考えられるかを試算する」ものである。

当該統計データの「分析結果」によれば、原告が経営する26店舗について令和3年3月18日ないし同月21日の4日間の営業時間短縮で来客数が抑制されたことによって抑止できた新規感染は、「4日間で約0.082人」であり、「時短命令がなかった場合、この4日間に同数だけ感染者数が増加したと考えられる」「なお、この結果は、グローバルダイニング店舗を訪れることを諦めた「感染源」の人々が、他人に感染する可能性が全くない環境で自粛することになったと前提」している。すなわち、時短命令によって20時以降に原告店舗に訪れなかった「感染源」といえる人々が、いわば“一步も外に出ない”という最も抑制的な数値が出うる前提をとった上での数字である。

さて、上記「4日間で約0.082人」との数字はいかなることを意味するかであるが、これは、PCR検査による感染源の捕捉という感染抑止効果と比較すれば大変わかりやすい。すなわち、「PCR検査を1件増やすことで平均約0.037人の二次感染を防ぐことができたと考えられるので、先ほど試算した「時短命令の効果」である0.082人と同程度の二次感染抑止を実現するには、4日間で2.204件（=0.082/0.037）、1日あたり0.551件、つまり1.81日に1件程度PCR検査を増やせばよい」こととなる。

以上の統計データからわかるとおり、今回「特に必要があると認められる」か否かを判断するにあたって、特措法の構造上求められる感染抑止と国民生活及び経済的影響の最小というバランスング、そして解釈指針として「権利制約が必要最小限となること」が求められていることを踏まえて比較すべきは、「1. 8 1日に1件程度 PCR 検査を増やす」という感染抑止効果と、結果的にそれと同値の感染抑止効果を狙って発出された本件命令によって原告に生じた約2100万円の損失である。

主張するまでもなく明らかなほどに、得られる利益と失われる損失の均衡を極めて著しく失っていることが一目瞭然である。このことは、横大道意見書にも感染症対策における過剰規制の危険との指摘があるとおり、“公衆衛生ができれば権利自由が引込む”といった乱暴な権利制約がまかり通ることを決して看過してはならない。

被告は、答弁書において、原告の営業継続によって「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」などと主張する（答弁書6頁）

しかし、被告による協力金は1日6万円であり、これらをすべて経済的損失に充てたととしても、624万円（6万円×26店舗×4日間）万円であり、原告に生じた損害の約2100万円の3割にも満たない。協力金によってはおよそ補填できないことからしても、協力金自体の被告の事務処理の懈怠等の不手際も含めた不合理性とともに、得られた感染上の効果に比して原告に生じた経済的損失の甚大さは明らかである。被告が一体何をもって「水泡に帰する」などと主張しているのか不明であり、必要最小限を担保するための科学的知見等を考慮することのない被告の横暴的権力行使によって、むしろ水泡に帰するのは原告を含めた飲食店が日々の営業努力で得、築いてきた有形無形の店舗運営の総体すべてである。

さらに、被告によれば、緊急事態宣言が発出された令和3年1月8日時点では、約90%を超える事業者が要請に従ったとされる。そうだとすれば、この前後の実効再生産数の変化（営業時間短縮の感染拡大に対する効果）を参照すれば、営業時間短縮に大規模に従った際の効果が判明する。

これを含めた緊急事態宣言の感染抑止効果について顕出したのが甲53の2の統計データであるが、同データの「検証結果」によれば、「分析の結果、いずれの説明変数についても p 値が 0.05 を超えており、統計的に有意な効果は見られなかった(*)。つまり、時短、休業、種類提供制限、まん延防止等重点措置、緊急事態宣言のいずれも、実効再生産数を有意に変化させていないと考えられる。また、回帰係数 0.2 ないし 0.1（規制の開始により実効再生産数の前日差を 0.2 ないし 0.1 上昇させる）という効果の検出力を計算したところ、概ね高い検出力が見られたため、サンプルサイズの不足等で効果を見落とした可能性は低いと考えられる。

(*) 「非標準化係数」が各規制の効果の大きさを表すが、p 値は、「効果はゼロ」が真実であるときに、偶然にこうした効果がデータ上観察されてしまう確率を表す。例えば、緊急事態宣言の真の効果がゼロであっても、何度も実施すれば、たまたま効果があるかのようなデータが観察される場合がある。実証科学においては通常、この確率が 0.05 未満である場合に、「この効果は偶然的なものではない」と判断し、統計的に有意であると見なす。今回は p 値が 0.05 を上回っているため、「真の効果がゼロであったとしても、偶然観察されることがあり得る程度の効果」しか見られなかったという理解になる。」

とのことである。およそ 100%に近い飲食店が被告による要請に従ったとしても、客観的データとしては有意な差が現れないのである。

これらのデータの検討もせず漫然と緊急事態宣言等の発出を繰り返すことは、東京都知事の注意義務との関係でも問題になりうることも付言しつつ、特措法が要求する、当該命令措置によって得られる感染防止及びまん延防止への寄与度と、それによって被る国民生活への支障及び主に経済的損失に加えて、感染防止対策が制限し得るあらゆる憲法上・法律上の利益にいかなる制限を加えるかという点とを比較考量し、とりわけ“個別の要請の対象になっている施設”である原告店舗に対して当該命令を遵守させることの感染防止及びまん延防止上の必要性が上記利益考量を踏まえたとしても格別に大きいかどうかといった点の判断をほぼしていないといっても過言ではない、判断過程における瑕疵が存する。

以上からすれば、東京都知事は、特措法第45条第3項を適用するにあたって、他にとりうる手段の存在など権利制限の必要最小限性についての検討を仔細にするどころか、むしろ「おそれ」等の抽象的危険及び感染防止とは因果関係の薄弱な事実に基づいて本件命令を発出したものである。

したがって、「特に必要があると認められるとき」として要求される、当該命令措置によって得られる感染防止及びまん延防止への寄与度と、それによって被る国民生活への支障及び主に経済的損失に加えて、感染防止対策が制限し得るあらゆる憲法上・法律上の利益にいかなる制限を加えるかという点とを比較考量し、とりわけ“個別の要請の対象になっている施設”である原告店舗に対して当該命令を遵守させることの感染防止及びまん延防止上の必要性が上記利益考量を踏まえたとしても格別に大きいとは認められず、特措法第45条第3項の要件を欠くため、違法である（横大道意見書18頁ないし27頁も、原告の主張の論証を補強するものであり、本件命令が当該要件を欠くことから違法と結論付ける。）。

なお、原告は、訴状において、権利制限を検討する上で、より制限的でない選りうる手段を検討すべきとの文脈で立入検査等によって感染対策

を徹底するという選択肢がありうると主張した(訴状40頁, 44頁等)。これに対して, 被告は, 立入検査の根拠等が不明であり「主張する必要を認めない」とする(被告準備書面(1)20頁, 21頁)。

しかし, 特措法72条2項は, 「都道府県知事は, 第45条第3項の規定の施行に必要な限度において, 同条第二項の規定による要請を受けた施設管理者等に対し, 必要な報告を求め, 又はその職員に, 当該要請に係る施設若しくは当該施設管理者等の営業所, 事務所その他の事業場に立ち入り, 業務の状況若しくは帳簿, 書類その他の物件を検査させ, 若しくは関係者に質問させることができる。」として, あえて45条の要請及び命令の発出に「必要な限度において」立入検査等ができることを定めている。特措法自体が, 45条3項と72条の立入検査をこのような連関関係で規定している点からも, 命令発出にあたって権利制約が「必要最小限」(同法5条)となるために, 立入検査を予定しているというのは, 素直な条文解釈である。この点につき, むしろ積極的に根拠や方法を明示して権利制約の必要最小限を担保しなければならないのは被告であり, 当該論点につき, 「主張内容が不明」などと故意に立証回避をするのではなく, 誠実に主張立証されたい。

4 命令の必要性と時間的要素について

ここまでも論じてきたとおり, 感染症等の公衆衛生が問題になった場合には, 第一次的には立法・行政といった機動的対応が可能な政治部門に一定の裁量が存することは否定できない。しかし, 一方で, 感染症対策についてみれば, 「時の経過とともに, 感染症予防策の効果について予測可能性が高まれば, 当初は正当と判断されていた内容の規制が過剰であったと判断され, 規制を解除する義務が肯定されること」が, コロナ禍におけるドイツの裁判所において判決で複数頭出されている(大西・楠・テア『コロ

ナ禍と移動の自由—ドイツ法からの考察』、ドイツ連邦裁判所によるコロナ禍での判断として、BayVGH, NJW 2020, 1236, Rn. 63)。

これらを参考にするに、感染症対策をめぐっては、当初は未知のウイルスであったとしても、時間が経過すれば、ウイルスに対してのある程度の知見が蓄積されているはずである。一方で、知見が蓄積されていないことによって漫然と効果のない人権制約的な政策判断をし続けるのであれば、それは事後検証を含めた政治部門、とりわけ被告における不作為として看過できない著しい怠慢であり、個人の権利自由の観点から到底認められるものではない。

本件命令の発出が「特に必要があると認められる」かどうかの判断においても、当該「時間的要素」を考慮にいれるべきである。すなわち、東京都知事には、特措法及び関連行政法規等の構造上、本来、より制限的でない手段を選択すべき義務が課されているところ、より制限的でない手段を漫然と選択せずに命令を発出したのかどうかを判断するにおいて、令和2年の緊急事態宣言から約1年経過したことによる知見の蓄積が考慮されることは当然だからである。

この点、藤井聡ほか「2度目の緊急事態宣言が COVID-19 感染拡大速度に与えた影響に関する研究」(甲54)によれば、緊急事態宣言発出域内と域外において、感染者数の抑止に有意な差は見いだせない。この研究報告は、「宣言対象地域の新規感染者数が非対象宣言地域外のそれに比べてより早く収束していくのか否かという視点での検証を行い、我が国の緊急事態宣言の感染抑止効果について、既往研究にない新たな観点から実証的知見を得ることを目的と」している(3頁)。この点、図-1(4頁左上図)を参照すれば明らかなおおり、「(a)1月8日の宣言対象地域1都3県と非対象地域、(b)1月14日の宣言追加地域7府県と非対象地域について」、

感染抑止にとって「いずれも統計的に有意ではなかった。」とされる（6頁）。

上記結果は、「感染者数の増加速度は、緊急事態宣言の対象地域内外で差がないこと、緊急事態宣言発出前後で差がないこと、として対象地域内外の差が宣言発出の前後で異なる（もしくは宣言発出の前後の差が対象地域の内外で異なる）わけでもないことを意味している。つまり、緊急事態宣言は、COVID-19の感染拡大速度に有意な影響を与えていなかったという可能性が示唆されて」いる（6ないし7頁）。

そして、同研究の結論として、同研究が「感染者数の増加速度及び実効再生産数に着目した分散分析を行い、緊急事態宣言対象地域の内外でも、宣言発出の前後でも、そして両者の交互作用を考慮しても、緊急事態宣言の有意な影響が検出されないことを示した。これはすなわち、緊急事態宣言を発出したことによって全国の感染抑止速度が速まったとは言えることができないばかりか、緊急事態宣言を出した地域においてその宣言後に特に感染減少速度が速まったということもまた言えないことを示唆している。つまり、今回の分析結果では、先に設定した効果量基準を「社会的に意味のある効果」であるとする限り、我が国第二回目の緊急事態宣言がCOVID-19の感染拡大防止に役立ったことは統計学的には示せなかった。」と結論付ける（8頁）。また、反証への再反論として、仮に「一部地域の緊急事態宣言の発出が、全国にマスメディア等を通して報道され、対象地域のみならず対象地域外の人々の行動を変容させ、それを通して全国の感染収束に貢献した」との仮説をたてる。しかし、当該仮説についても、「第一に、もしそうであるならば、緊急事態宣言の「前後」の主効果が存在するはずであるはずであるが、有意な主効果は見られなかった。故に、少なくとも本研究の分析の枠内では、上述の加瀬は統計学的に棄却される。第二に、緊急事態宣言対象エリア内においては飲食店の営業時間短縮が一定の

強制力を伴って要請されており，これが現時点における緊急事態宣言とそれに関連する（まん延防止等重点措置法も含めた）行政性悪を構成する最重要施策の一つであるわけだが，仮に上記仮説が正しいとすれば，その時短措置に効果が無いことが示唆されることになる。そして，実際に，緊急事態宣言内外で感染速度に有意差が見られなかったということは，この大きな経済的社会的被害を必然的に伴う時短要請に，統計的に有意なものとして確認できるほどの感染抑止効果は無いということを強力に示唆する実証知見が得られたと解釈することができ」として，「仮に緊急事態宣言に効果がないか，もしくはあるとしても非常に小さいのだとした場合，それがもたらす経済活動の縮小などのデメリットを考えれば，緊急時多宣言の発出は必ずしも合理的な政策ではないという疑義が，今回の分析結果には含意されている」と結論付ける（9頁）。

上記研究からすれば，まずそもそも特措法45条3項の命令発出が「特に必要があると認められるとき」の要件を充足するのか否かの判断において求められる，感染抑止と国民生活及び経済のバランスング，また，権利制約の「必要最小限」性からすれば，およそ，第二回緊急事態宣言の発出はその効果に比して経済的損害が大きいことが明らかである。緊急事態宣言の発出がどこまで感染防止対策に影響を与えたかの仔細な検証は特措法が要求する権利制約の「必要最小限性」を担保するためには必須である。にもかかわらず，遅くとも令和3年2月時点で，上記研究でも調査可能であったデータすら独自に参照せずに漫然と緊急事態宣言及び命令措置を発出していることは看過し難い事実である。

また，翻って，緊急事態宣言及びこれに基づいた命令措置の有意な効果の検証なく漫然と命令を発出していること自体，命令発出による感染防止対策にとって有意な効果があるかという点を真摯に吟味していないことを意味し，東京都知事による違法な目的が推認され，ひいては，本件命令

発出が「特に必要があると認められる」とはいえないということを補強する。

これらの「時間的要素」を加味したとしても、本件命令は違法である。この点につき、後述のとおり、立証責任を負う被告からの主張立証が待たれる。

5 比例原則違反について

仮に特措法第45条第2項及び第3項が定める各要件が充足するとしても、本件命令発出時点で客観的に判断される状況において、被告の命令によって得られるまん延リスク防止上の利益と原告が被る損失を考えれば、本件命令は著しく過剰かつ「やりすぎ」な規制であることは明らかであり、比例原則に反し違法である。

6 立証責任が被告に存すること

上記に縷々論じてきたとおり、特措法及び関係行政法令の構造からすれば、要請が行政指導であり、不利益取扱いを禁じていることから、本件要請に従わないことで本件命令の要件が満たされるという関係にはない。

したがって、極めて基本的なことであるが、行政指導に任意に協力しなかった対象事業者に対して命令の発出が「特に必要があると認められるときに限り」認められるという必要性の主張立証責任は被告に存する。

原告としては、「第1」で主張のとおり、緊急事態宣言期間であっても、緊急事態であったかどうかは独立に判断しうるし、あくまで緊急事態宣言の発出とその期間内は、特定都道府県知事に緊急事態措置をとるための授權をするものであって別途授權された権限行使の適法性は審査されねばならない。その意味で、緊急事態になかったことは本要件である「特に必要があると認められる」か否かにも直結する問題である。そうであるとす

れば、「緊急事態宣言期間であったから緊急事態であった」との被告の主張は立証責任を果たしておらず，授権された権限の行使の適法性を本要件との関係においても積極的に主張立証しなければならない（横大道意見書 13 頁， 14 頁， 18 頁， 19 頁）。

その他の点も踏まえて，これまでの被告による主張立証は，およそ被告に課された主張立証責任を果たすものとはいえず，立証責任を放棄するものでないのであれば，誠実な主張立証を求める。

第5 特措法及び本件命令が憲法違反であることについて

1 法令違憲について

(1) 憲法適合性及び法律適合性の判断の要否について

被告は、本件命令の発出にあたって、(東京都知事ないし)発出主体たる被告職員が特措法及び本件命令の憲法適合性ないし法律適合性を論ずる必要がない旨主張する。

しかし、憲法第98条第1項は、「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。」と述べ、いかなる公権力の発動も憲法に違反することができない旨定め」ており、これを受けて、憲法第99条は「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ。」と規定し、公権力を行使する主体にあまねく憲法尊重擁護義務を課している。

この点、「当該公権力の発動に責任を有する者が当該公権力の発動が憲法違反となることを回避する義務を負うべきことは、憲法99条による公務員の憲法尊重擁護義務から導出される」とする。そして、「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」との指摘がある(蟻川恒正『憲法解釈権力』8頁ないし11頁)。

このことからすれば、被告の主張は失当であり、主張立証責任の前提を果たしておらず、依然として被告は憲法上の主張立証責任を負うものである。

(2) 営業の自由の侵害について

被告は、特措法及びこれに基づく措置は、「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」であり、最終的には「営業の自由に資する」と主張する。しかし、この憲法理解は現代的立憲主義及び法の支配を採用する日本国憲法の理解として端的に誤りである。

すなわち、そもそも被告の主張は、法律適合的な憲法上の人権しか認めないことをいうものであり、法律の範囲内でしか営業の自由は認められないとの「法律の留保」と大差ない。

また、原告からの制約を直接正当化する根拠についての問いに対して、被告は、制約から生じる副次的効果について回答をしており、論理をすり替えている。副次的効果によって直接的制約は正当化されない。被告においては、「実効的な措置」が目的及び手段において実質的関連性があるのか、また、より制限的でない選びうる手段が存在するのか、ということ論ずるべきであり、引き続きの主張立証を求める。

2 処分違憲について

本書面では、被告による本件命令が処分違憲である旨論じるが、基本的には上記までの被告による命令発出における違法な目的及び特措法の要件解釈において認定した事実と重複する。違法な目的による本件命令発出の過程で、憲法上の権利を侵害することや、特措法第45条第3項の「正当な理由」、「特に必要があると認められるときに限り」等の要件該当性及び適用において憲法上の権利を害することが考えられるし、仮に要件設定自体は妥当であったとしても、特に憲法上の権利を侵害する場合は、処分違憲になりうる。

以下、憲法判断にとって必要な事実等につき、端的に論じる。

(1) 表現の自由の侵害について

本件命令の理由として、被告は、前述のとおり、①「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リスク増大へ直接的に影響を及ぼす」こと（直接的理由）、及び②「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響を及ぼす（誘発する）」こと（間接的理由）を挙げる（答弁書49頁）。また、被告が2000以上の要請不協力店舗から原告を含む32店舗を本件命令の対象施設として絞り込むにあたって「（特に原告の場合は…（中略）…要請に応じず営業を継続する旨を発信しており）」と殊更に指摘していることから、東京都知事が、多数存在した不協力店舗の中からあえて原告を命令発出対象に選定した際に他の店舗等とは異なって特に重視した点が、令和3年1月7日付の原告によるHP上での本件発信であった。

この点、訴状で主張したとおり、原告による本件発信に着目して、不利益処分（行手法2条）たる命令を発出したということは、東京都知事は原告の表現内容に着目した制限を行っている。

一般的に、ある者の表現の発信の結果、他者のいかなる行動を惹起するかという間接的な影響及びその「おそれ」という抽象的危険に基づいて当該表現行為を制限することは、表現の自由への萎縮的効果からみても、その制約が無制限に広範になる可能性があり、許されるものではない。

また、被告は、他の不協力店舗を誘発することを間接的影響と指摘する「発信」として令和3年1月7日の原告代表者のHP上での投稿であると

特定している（以下「本件発信」という）。しかし、そもそも本件発信の内容は第3・2・(2)で指摘した(1)～(4)であり、雇用の維持が不可能である等の経済的理由を記載しているのみで、他の事業者に対して要請への不協力を呼びかけ、他の事業者の不協力を煽動するような記述、明らかに虚偽であると認められる有害な事実、あるいは感染拡大を是認し感染防止策を無力化するような表現は皆無である。これのどの点をもって誘発のおそれが生じるというのであろうか。すなわち、本件発信自体の性質として誘発のおそれが存在せず、不協力の誘発という観点からの表現の害悪性も極めて低い。

この点、営利的表現に対する規制について判断した最大判昭和36年2月15日刑集15巻2号347頁、裁判官奥野健一少数意見において、「一般大衆を惑わす虞がある」として制限を正当化した多数意見に対して、「単に広告が虚偽誇大に流れる虞があるからといって、真実、正当な広告までも一切禁止するのは行き過ぎである。成程、取締当局としては予め一切の広告を禁止しておけば、虚偽、誇大にわたる広告も自然防止することができるであろうが、かくては正当な広告の自由を奪うものであつて、取締当局の安易な措置によつて、正当な表現の自由を不当に制限するものである。これは恰も集団示威行進が時として公安を害する危険性を包蔵するからといって、公安を害する直接、明白な危険もないのに、予め一切の集団行進を禁止するのと同様であつて、到底是認することができない。」とする。この少数意見をもって、「ある表現が弊害を生じさせるという単なる虞を理由として規制されてはならないと」し、「単なる抽象的危険性から表現規制を正当化することはできないとの接辞もまた刮目に値しよう」との評価が存する（橋本基弘『営利的な広告の自由の制限』判例百選第6版59（126頁）有斐閣）。さらに続けて、今日においては、「その合憲性審査はかなり厳しいものになることが予想される。なぜなら、現在の最高裁の判例

理論によると、「国民の保健衛生上の見地から行われる、いわゆる消極的規制については、「より制限的でない他に選ぶ手段」の存在が問われるから」である（同、また、長谷部恭男『憲法[第5版]』[2011]230頁参照）。さらにいえば、営業的表現の自由は、憲法の基本書及び判例においても、「表現の自由」論のカテゴリー内では、劣位するとの記述が散見される。そうだとすれば、本件の原告による発信は、純粋な表現行為であり、前掲判例等の合憲性審査よりも、本件処分の目的手段審査においてより厳格な審査が求められることとなろう（横大道意見書24頁、25頁も、本件命令の理由②について、表現の内容規制として、厳格な審査をすべきとする）。

これを本件についてみるに、まずそもそも本件命令における発出理由が自体が、違法な「狙い撃ち」であることは上述のとおりで、本件処分は目的において正当性を有さないため、処分違憲である。仮に目的は正当としても、その手段としての被告による命令は、公表を伴っていない点や、原告が令和3年3月12日時点で被告からの命令には従う旨発信していたことからすれば、実効性に乏しい。したがって、LRAが存在するとともに、目的と手段にも実質的関連性は有しないから、いずれにしろ処分違憲と判断できる。

(2) 法の下での平等（憲法第14条）の侵害について

ここでも、上記①及び②の目的と、本件命令という処分との実質的関連性を審査する必要がある。ここでも、上記「狙い撃ち」という不当な目的が存することから、そもそも目的自体が正当性を有さない。

本条における差別とは、合理的理由のない区別であって、本件にあっては、最終的に令和3年2月16日時点で時短要請に応じずに営業を継続することが認められた原告の26店舗を含む128店舗のうち、本件命令措

置を受けた原告とそれ以外の命令措置を受けなかった事業者の間で合理的理由のない区別が生じている（以下「本件差別」という。）。本件差別についても，上記事実関係からすれば，被告は他の事業者ではなく特に原告に命令処分を下す実態の把握もしていないし，本件差別を生じさせても原告にとりわけ命令処分を下すことによって，上記本件命令処分の理由①及び②を達成する上で本件命令処分は，実質的関連性を有しない。

したがって，本件命令は，憲法14条1項に反し，処分違憲である。

(3) 営業の自由（憲法第22条第1項）の侵害について

営業の自由に対する本件命令による制約についても，上記①及び②の目的と本件命令処分の関係性を審査することとなる。

この点も，目的が不当であることから，合理性を有さないことは前述と同じである。

また，上記①及び②の達成にあたって，被告には感染拡大防止に具体的にどの程度寄与するのかといった点や，それぞれの店舗の構造や感染対策等の「実態」につき調査した形跡はなく，目的達成のために他にとりうるより制限的でない手段の検討を怠っている。さらに，一律の時短命令を発出することによる経済的損失が莫大であり，1日6万円の協力金を授受してもその損失は全く補填されないことは，すでに検討したとおりである。

以上のとおりであるから，被告による本件命令は営業の自由を侵害し，処分違憲である。

第6 東京都知事には職務上の注意義務違反が認められること

1 法律適合性及び憲法適合性の検討の欠如

本件命令が法律に適合せず、また憲法に適合していないことについて、被告は「法令を誠実に執行すべき被告の立場からすると、特措法の適用にあたり、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」（答弁書10頁，50頁，51頁）と主張し、検討の義務すら放棄している。

しかし、自らが発令する命令が法律に適合し、また憲法に適合しているかということは、前記第5・1(1)において述べたとおり、憲法尊重擁護義務を負う公務員である東京都知事として当然の義務である。これを行わないのは端的に言って東京都知事としての職責の放棄である。公権力を預かるものとして最も重要かつ基本的な義務を履行していない東京都知事には違法かつ違憲の本件命令を発令するに関する重大な過失があり、職務上の注意義務違反が認められる。

2 違法な目的をもった本件命令の発出

すでに原告が主張してきたとおり、本件命令は原告代表者の発信に対する「見せしめ」を意図して、原告を狙い撃ちして発信されたものである。かかる本件命令は、表現の自由を侵害し、また平等原則に反するものとして違法であり、公権力の行使権限を有する東京都知事として行ってはならない基本的人権を侵害する権限の発動であることはいうまでもない。東京都知事の職務上の注意義務違反は明白である。

また、本件命令は、東京都知事の要請にしたがわない原告に対する制裁目的で発出されたものである。しかし、特措法第45条第3項の命令は制裁を目的とするものではなく、制裁目的で命令を発出することは予定され

ていない。本来の制度趣旨と異なった方法で、法の適正な執行という義務に背いて本件命令の発出を行った東京都知事にはこの観点からも職務上の注意義務違反がある。

3 「新型インフルエンザ等緊急事態」とはいえない中で行われた本件命令の発出

前記第1において述べたとおり、東京都知事は特措法の独自の解釈に基づき緊急事態宣言が解除されていないことから「新型インフルエンザ等緊急事態」にあるとして本件命令を発出した。さらに、本件命令は客観的にも緊急事態にあるとはいえない中で発出されたものであり、さらには被告自身が根拠とする政府による緊急事態宣言も被告の不正な報告に基づいていたものであるという点において、本件命令は三重に瑕疵を帯びる。

被告は、「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」と主張している。しかしながら、このような特措法の解釈が正しくなく、被告自身が認めるとおり、「法令を誠実に執行する」義務を負う東京都知事には法解釈上の著しい過失がある。

被告はそのような間違った解釈を前提に、本件命令を発出した令和3年3月18日の時点において東京都が緊急事態にないことを一切検討していない。しかし、東京都における新規陽性者数は遅くとも令和3年1月中旬以降減少に転じ、その状況が継続していたこと、同年2月以降は重症用病床使用率も30%台になっていたこと、同年2月25日から同年3月17日までの間は常にすべての指標についてステージⅢないしステージⅡであること、つまり東京都知事が原告に個別要請を行った同年2月26日

時点ですでに首都圏で感染が拡大している状況も存在せず、本件命令発出時においてもその状況に変更はなかったことは東京都知事にとっては周知の事実であった。しかるに東京都知事は自らが収集し、政府に報告をした数字すら顧みていない。

その上、この点における一番の問題は、被告が本件命令発出の根拠だとしている緊急事態宣言が被告の不正な数字の報告に基づくということにある。詳述したとおり、東京都は政府に対し、確保された重症用病床数に関し、国の基準に基づかない数字（500床）を報告し続けていた。しかも、重症者数が病床数を上回った令和3年1月中旬には、東京都の報告が不正確であることを認識していたはずであるにもかかわらず、同年2月中旬に改めて厚生労働省から促されるまでの約1ヶ月間、国基準の重症用病床数を正確に調査、報告することを怠っていた。その後被告は同年2月24日以降国基準で重症用病床数を計算し、「1000床」と報告を修正した（ただし、これも概算であった）。これにより、同日以降重症用病床使用率は33%に急落し、同年3月10日には26%にまで低下した。しかしながら、東京都知事はこのような現実に向き合えずに一向に配慮することなく、執拗に緊急事態宣言の延長を求め、他の3県の知事から抗議を受ける事態にまで発展したのである。このような実体の把握と報告における被告の責任が重いのは、前述のとおり令和2年においても入院患者数を過大に発表する一方で、病床数を過少に報告するなどしており、病床使用率に関する極めて不誠実な対応がすでに問題化していたにもかかわらず、その後も同様の対応を繰り返したことにある。東京都は、第一回緊急事態宣言の時と同様の過ちを繰り返している。その結果として継続された緊急事態宣言により、多くの人々や事業者の自由が奪われ、経済的困窮状態に陥った。被告の責任は重大であり、令和3年の時点においては、前年と同じ過ちを犯し、実態に合わない緊急事態宣言を維持し、都民をさらに困窮させないように、東京

都はさらに慎重に数字を確認するべきであった。しかし、東京都は漫然と不正な数字を国に報告し続け、その結果として本件命令が発出された。都民の権利・自由そして生活を守る義務のある都知事の下、どうしてここまでずさんな業務を行うことができたのか理解に苦しむ。

このような状況においてなぜ手段を選ばず他の県知事からの輦轡を買いつけながらも、緊急事態宣言の延長に固執しようとしたのかという東京都知事の真意を知ることはできない。しかし、事実関係としては、緊急事態宣言の一部解除が東京都に対し見送られたのは被告の不正な数字の報告に基づくだけでなく、東京都知事が正確な数字を把握したにもかかわらず政府に対し宣言解除の要請を行わず、それどころか積極的に宣言延長を求めたために緊急事態宣言が延長された結果、本件命令発出時の令和3年3月18日に実態のない緊急事態宣言が解除されずに残存していた。この延長された緊急事態宣言は、このような繰り返される被告のずさんな報告と、それを分かりつつも、あるいは知っていなければならないはずの東京都知事の現実を無視した対応に基づく、いわば東京都知事のマッチポンプともいべきパフォーマンスによるものと言わざるを得ない。そのような事実の裏付けのない緊急事態宣言の存在は東京都知事に対し本件命令を発出する根拠とはならないことは言うまでもない。被告の主張を前提としたとしても、本件命令が発令された状況は、被告がいうところの「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たった容易に想定し難い場合」に該当するのである。東京都知事には本件命令が法的根拠を欠くことについて故意すらもあったというべきである。

4 本件命令は「正当な理由」の存在及び必要性の検討なく発出されたも

のであること

(1) 本件命令を発出するにあたって、東京都知事は「正当な理由」の有無を検討していないこと

経済的理由が正当な理由になり得ることは前記第2で述べたとおりであり、東京都知事は要請に従わないことに正当な理由があるか否かについて経済的理由の観点から検討する必要があった。事業者にとって時間短縮要請を行うか否かは死活問題であり、この点を看過して（あるいは敢えて無視して）本件命令を発出した東京都知事には重大な過失がある。

なお、被告は「正当な理由」に関し、「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（一律一日6万円）が不合理であるとの政策批判はしているものの、原告の経済状況等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令するに当たって、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」（答弁書8頁）と主張する。

しかし、前述のとおり、原告がいうところの協力金等の経済対策に対する不服は、原告が経営を維持することができないことは文脈から明らかであるし、被告はこのことを明示している原告の「発信」を理由に本件命令を発出しているのであって、このことを知らなかったものでもない。また、被告は原告の規模を知った上で本件命令を発出しているところ、常識的にも（被告の用いる言葉で言えば「経験則上」（被告準備書面(1)17頁)), 大型の店舗を運営する上場企業である原告にとって一律一日6万円が不合理であるということは容易に想定できることである。実際、被告自身このような一律の協力金の支給が実際の店舗の売上の減少額に見合っているものではないとの批判を受けて令和3年4月12日以降、売上や店舗の規模に応じた協力金を支給するよう方針を変更している。

つまり、原告の弁明書に具体的な原告の経済状況が記述されていないと

いう指摘自体的を得たものではないし、東京都知事は営業時間短縮要請に従うと会社の経営を維持することが困難な状況となることをわかっていたのであって、原告が要請に応じない「正当な理由」を有することを知っていたし、そのように判断する必要があった。

(2) 東京都知事は本件命令が「特に必要がある」と認められるか否かも検討していないこと

被告の主張によると、①原告が経営する店舗の営業を継続すること自体によって感染リスク増大へ直接的に影響を及ぼすこと、②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響を及ぼすと判断されたことが、本件命令が「特に必要」と判断された根拠であるとする（答弁書49頁）。

しかし、「特に必要」か否かはこのような表面的な判断によることはできないし、②については本件発信は他の事業者の要請不協力を呼びかけるものですらく、これを本件命令の発信の理由にできないことは前述のとおりである。

また、仮に被告の主張を前提とするにしても、この点に関しさらに説明を求めた原告の求釈明に対し、被告は、①原告の店舗で現実にクラスターが発生したことは確認していないし、②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などの結果に着目していない、また、20時以降の営業を継続している店舗の事業主に対し、営業継続の理由が原告の情報発信に基づくものか等の確認は行っていないし、たとえ事業者から営業継続の理由として原告の時短要請拒否のことが話題として出されても、被告はそのことを逐一記録しているものでもないと回答し（被告準備書面(1)19頁）、被告は自らの解釈としてあげた「特に必要」の要件を満たしたか

否かの確認もしていないことを自ら認めた。

「特に必要」といえるか否かという要件は、特措法第45条第3項の命令発出にあたり、守られる利益と侵害される利益・権利との比較考量を厳密に行った上で、不必要で権利侵害の程度の大きい命令の発出を阻止することに目的があることからすれば、命令発出が「特に必要」か否かについては慎重かつエビデンスに基づいた検討が必要である。しかし、被告はそのような観点からの法解釈を行わないばかりか、自ら打ち立てた解釈に基づいて現実の把握を行うことすら放棄している。つまり、必要性に関する被告の主張は訴訟における後付けの解釈か、都知事のエビデンスに基づかない印象論あるいは決めつけに過ぎない。そのような単なる感覚や印象で基本的権利を制約することはおよそ認められない。

東京都知事は、本件命令の発出にあたり、過度の権利制約の歯止めとなるはずの、特措法45条3項における要の要件ともいふべき必要性という要件についても最低限の検討すらしていないという重大な過失がある。

(3) 判断資料の不存在あるいは提出拒絶

このような要件該当性に関する真摯な検討の欠如は、原告の求釈明に対する被告の対応からも明らかである

被告は原告からの「3月18日の命令発出に至るまでの間、命令の対象の選定、要件該当性、発出のタイミングの決定などについて」関係資料の提出を求める求釈明に対し、「本件命令（甲23）の決定権者（決裁権者）は知事ではなく、本件命令は知事の補助職員による専決で行われているから、原告の求釈明はその前提に誤りがあり、釈明の要を認めない」（被告準備書面(1)20頁）と回答し、判断過程を明らかにすることを明らかに拒絶している。

仮に、補助職員による専決であるとしても、責任を負うのは東京都知事

であるし、本件命令という都民の権利を制約する決定に関し、補助職員が行う判断だからといってその注意義務の程度が低下するものでもないし、検討内容が軽減されるわけではない。そうであるとすれば、その補助職員による決定過程を被告は明らかにするべきであるところ、これが「補助職員」による専決であるからと理由にならない理由で資料の提出を拒絶している。

つまり、東京都知事は本件命令を出すにあたり何ら具体的な検討も行っていないことは、本訴の被告主張においても明らかである。

(4) 本件選定基準に関する問題

このような東京都知事の姿勢は、本件命令が違法な目的あるいは原告に対する制裁として発出されたことからすれば当然である。東京都知事にとっては、本件命令を原告に出し、原告を従わせることが目的であり、重要な事実、特措法第45条第2項の要請に従わなかったという事実のみである。その他の要件については、検討されたこともなく、ただ本訴訟において後付け的に本件命令を正当化するために主張されているに過ぎない。

このことは本件命令を発令する前提の店舗数確認に関する被告の姿勢からも明らかである。前述のとおり、本件選定基準についての被告の主張は不明瞭であり、選定の具体的な基準及び根拠は示されていない。本件においてはどの程度の数の店舗が要請にしたがっていなかったのかということは、命令を発出する事業者を公平に選定するにあたり極めて重要な事実の確認である。この点に関しては、被告は、本件命令を発令するにあたり、店舗数についてどのように対象施設を絞り込んだかということをも答弁書17頁及び準備書面(1)13ないし15頁において主張している。しかし、その主張に対応する証拠を被告は提出していない。

そのため、原告から被告に対し求釈明を行い、裁判官からも回答を求め

られた被告指定代理人の第二回口頭弁論期日での回答は以下のようなものであった。

「(証拠は)これといったものはない。A4のメモ書きがあった程度、証拠の寄せ集め」

つまり、実際にどれくらいの店舗が要請に従わなかったのかという数字を確認するための根拠すら存在しないという状況である。その上で、被告指定代理人はさらに、まず原告に命令を出すこととし、時系列で他の店舗を付け加えた、という趣旨の発言も行った。

被告にとっては、原告に対し違法な目的あるいは制裁目的をもって本件命令を出すという結論がまずあったのであり、本来であれば丁寧な事実確認を行い、エビデンスを積み上げたうえで命令発出の検討を行うという手続きとは全く逆のやり方で本件命令を発出したことが明らかである。

(5) 命令発出に関する注意喚起

なお、本訴訟の提起後の令和3年4月9日付で、改めて内閣官房新型コロナウイルス感染症対策推進室長名義で都知事を名宛人として(その他は京都府知事及び沖縄県知事)、特措法上の命令を発出するにあたっての以下の特別な注意喚起がなされていることは注目に値する(甲50)。

「法第31条の6第3項命令及び法第45条第3項の命令については、令和3年2月12日付け事務連絡において『正当な理由がないのに要請に応じない個別の者に対して行うこと』、『特に必要があると認めるとき』に行うこと、『学識経験者への意見の聴取』を経て行うこと、指導・助言や文書による事前通知を経

た上で行うこと等を示したところであるが、

- ① まん延を防止するため「特に必要があると認められる」との評価について合理的説明が可能であるか
- ② 個別施設に対して要請や命令を行う判断の考え方や基準について合理的説明が可能であり、公正性の観点からも説明ができるものになっているか

本件命令においては、発出にあたって「特に必要があると認められる」との評価につき合理的な説明は不可能であり、個別施設（原告）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説明も不可能であり、公正性の観点からも説明できるものとなっていない。本件命令は、この事務連絡における基準に照らし合わせても十分な注意義務を尽くして発出されたものでないことは明らかである。

5 専門家の意見聴取が注意義務を果たしたことになること

被告は、本件命令の発出にあたり、令和3年3月5日の専門家の意見聴取をしたことを主張しているが（答弁書第4,・4（, 39頁））、この意見聴取は全く不十分なものであり、本件命令の適法性を何ら担保するものではない。

(1) 専門家の意見聴取の趣旨

特措法第45条第4項は、同条第2項の要請及び同条第3項の命令を行うにあたっては、あらかじめ専門家の意見聴取を行うことを求めている。要請、とりわけ命令においては、国家の強制力をもって事業者を命令に従わせるというものであり、権利制限は極めて大きい。そのため、同条項は、行政の判断だけでなく、専門家の意見を聴取することにより、その命令発

出が真に必要なものか否かを改めて検討し、国民（都民）の権利侵害を必要最小限度に抑えることを目的としている。

この観点からは、乙24号証として提出されている令和3年3月5日に開催された東京都専門家会議（書面会議。以下「本件会議」という。）において出された「特措法45条3項の命令を行うことは適当である」旨の結論は本件命令を発出するにあたりおよそ十分なものではない。

(2) 時期を逸したものであること

本件会議は、緊急事態宣言の延長が決定された令和3年3月5日に行われたものである。この時点においては、（上述のとおり原告は争うものであるが）政府の基本的対処方針等諮問委員会においても、「令和3年3月5日に、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ついて分析・評価を行い、法第32条3項に基づき、引き続き埼玉県，千葉県，東京都及び神奈川県を緊急事態措置区域とし、これらの区域において緊急事態措置を実施すべき期間を令和3年3月21日まで延長することとした」とされており（乙1の2，3頁），同年3月5日の最新の情報に基づいて、緊急事態宣言の延長が判断され、かかる延長が必要と判断される状況において、本件会議も開催された。その上で、（後述するとおり内容は極めて不十分であるが）同月5日時点の状況をもとに専門家は意見を述べた。

しかるに、本件命令が発令された令和3年3月18日の時点では状況は大きく変わっていた。

すでに、遅くともこの前日の令和3年3月17日の段階で、緊急事態宣言の延長は必要ないものとされ、首相も以下のとおり記者会見で回答し、同日時点では、従前政府が公表していたステージに鑑みても、感染者数や病床の使用率が緊急事態宣言解除をするに足りる状況であること、とりわ

け延長を決定した「2週間前」(すなわち被告が専門家の意見聴取をした3月5日の時点)と比べて状況が大きく変わっていることを示していた(甲55)。

(なぜここで解除の方針を決めたのか)

なぜというよりも、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。

(…)

(この2週間の評価について)

今、私申し上げましたように、病床は当時は使用率が50パーセント前後で極めて厳しい状況でありましたけれども、そうしたものはしっかりとクリアできていると思っています。

こうした政府の方針を受けて、同日東京都知事も緊急事態宣言が解除されることを認識した上で、取材に回答していた(甲56)。その上で、翌3月18日の「基本的対処方針」(乙1の3)において、「令和3年3月18日に、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ついて分析・評価を行い、すべ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」ことが明確にされた。

つまり、専門家の意見聴取がなされた時点である、緊急事態宣言の延長を必要とした令和3年3月5日の状況から事態は大きく変わっていたことは政府だけでなく東京都知事の認識でもあった。東京都も緊急事態措置区域に該当しないと政府により判断された段階ではもはや同月5日時点の意見聴取は検討の前提を欠き、同月18日時点の都知事の判断の材料とすることはできないものを十分認識していた。

したがって、令和3年3月5日の専門家の意見聴取は、同月18日時点の本件命令発出の必要性について何ら判断根拠とはなり得ない。

(3) 令和3年3月18日時点の専門家の意見聴取では本件命令について触れられていないこと

他方、被告は政府が緊急事態宣言を延長しないことを明確にした日であり、本件命令発出の日である令和3年3月18日に、専門家の意見を再度仰いでいる（甲42）。ここで審議されたのは、同月22日以降の「段階的緩和期間」における対応についてであるが、本件命令を含め、特措法第45条第3項の命令については一切触れられていない。被告としては、同月5日以降初めて行われた専門家の意見聴取においては、同日の時点と状況が変わったことを前提として専門家に意見聴取を求めている以上、東京都が緊急事態措置区域でなくなり、宣言自体も解除がなされることが確実となったこの日の会議において、特措法第45条第3項に基づく命令を解除されることが明らかな緊急事態宣言に基づいて発出することが必要であるか否かを専門家意見聴取するべきであったし、専門家会議を開催している以上、容易にその意見を聴取することが可能であった。しかるに、東京都知事はそのような意見聴取を行っていない。本件命令の必要性に関する有効な専門家の意見は存在していないといわざるを得ない。

(4) 意見聴取の内容が一般論に過ぎず法の要求する専門家の意見とは言えないこと

特措法が同法第45条第3項の命令の必要性を判断するにあたって「予め」専門家の意見聴取を求めているのは、具体的な命令を念頭に、その必要性の慎重な判断を要求しているからである。したがって、具体的な命令を念頭に置かない「一般論」としての意見聴取は法が認めるところのもの

ではない。

しかるに、本件会議で検討されたのは、一般論として特措法第45条第2項の要請の後に命令を出すことの妥当性であり、専門家からの回答も命令を出すことを是としながらその理由付けは、①協力要請に従っている他の事業者との間で不公平がある（猪口会長，太田委員，大曲委員，紙子委員）ということ，②疫学的観点からの必要性（紙子委員。），③感染者数減少の鈍化である。このような回答は、本件命令という具体的な命令を発令する必要の有無に関する専門的観点からの検討ではおよそない。

この点、専門家会議の審議内容については、乙4の事務連絡において、専門家からの「包括的な意見聴取」も可能だとし、「対象となる業態に属する事業者全体に対する要請に応じない個別の施設に対する要請又は命令を行う際に、毎回個別に学識経験者の意見を聴取することは常に必要ということではない。」としている。

しかし、乙4の事務連絡は正しい法解釈を意味するものではないし、これととも、一回の意見聴取により、その後の命令発出すべての条件とすることを認めるものではないし、専門家の一般論を確認して、命令発出の判断材料とすることを容認する趣旨でもない。

すなわち、この事務連絡においても、「当該学識経験者への意見の聴取については、あらかじめ、何時までの時短営業とすべきかといった要請・命令の内容や対象となる業態，措置を講ずべき期間・区域について意見を聴くこととする。」としているとおり、実際に具体的な命令を念頭に、専門家の意見聴取を行うことが要請されている。「包括的意見聴取」が可能だとされるのは、例えば令和3年3月18日に複数の事業者に対して一斉に命令を出す際に、対象事業者一社一社について個別の意見聴取ではなく、その時点で複数の事業者に対して出される命令が必要かどうかの判断をまとめて行うことを認める趣旨である。もちろん、命令発出という行政権限の

発動に際して最大限の慎重さを求める法の趣旨からは、対象事業者名を特定した意見聴取を行うことも法が要請することこそあれ、これを禁じる趣旨はないし、事務連絡がそのような手続きを禁じる内容ではないと解される。

しかるに、本件においては、上述のとおり、一般論として、特措法第45条第2項の要請に従わない事業者に対して特措法第45条第3項の命令を出すことが適当だという結論が出されたのみである。事務連絡においても要請される「何時までの時短営業とすべきか」「措置を講ずべき期間」「区域」についての意見聴取すらなされていない。つまり、専門家への意見聴取は、何ら具体的な命令を対象としておらず、専門家への意見聴取の在り方及びその内容において著しい不備がある。専門家は特措法第45条第4項の法の趣旨からは何も回答していないに等しい。

さらに、本件会議においては、専門家の意見もおよそ専門知識を元にしたものではなく、専門家の意見聴取と言える内容になっていない。乙24号証を読んでも、具体的な数字や資料を基に専門的見地からの状況の分析は一切なされていない。少なくとも専門家の人選が、医療関係者、弁護士、エコノミストとなっている以上は、彼らに求められる役割は法律上の文言をなぞって単に都知事の意向を追認するのではなく、都知事が命令を出すことを検討している際に、その具体的な命令が医学的見地から必要と言えるのか、法的に問題は生じないのか、経済的理由から検討すべき事項の有無について、具体的なエビデンスに基づき意見を述べることである。本来は東京都知事はそのような専門的見解に基づいて特措法第45条第3項の命令を出すというのが、特措法の定める意見聴取の趣旨である。

しかしながら、本件会議において判断材料となる具体的な事実や資料が提供された痕跡すらない。少なくとも、専門家の判断が具体的な資料を基に出されていると読むことのできる箇所はない。

例えば大曲委員は国立医療研究センターの国際感染症センター長であり、感染症に関する専門的な知見を期待され、専門家として本件会議に参加しているはずであるが、同委員の回答は、「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、対応していただいている事業者にとって不公平を感じる。」と医学的・漢学的見地とまったく関係のない指摘をするに留まる。また、「対応していただけないことによって、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」という指摘も、何ら具体的な感染症対策やそのために必要な措置に関するものではないし、「人流の増加」に関する具体的な事実の裏付けもなく、一般論として意見を言っているに過ぎない。弁護士である紙子委員は、自分の専門外である疫学的見地からの意見を述べる一方で、特措法第45条第2項及び第3項の解釈やどのような場合に要請や命令が適法になるのかという法的分析は行っていない。また、紙子委員が言っているのは、「対象施設に対しては、法の趣旨説明、現地確認、指導助言を実施しており、命令の前に弁明の機会も付与され、『正当な理由』の検討の上、命令が出されるのであって、適正手続きの保障にも配慮されている」ということであるが、これは単に法律に書いてあることを繰り返しているにすぎず、「正当な理由」の意味の検討や、具体的に命令が出される施設に「正当な理由」がある否かという本来法律家の判断が重要になる点において具申するものではなく、いわば弁護士でなくても誰でもいえることである。エコノミストである太田委員も、経済学的見地から一切意見を述べていない。専門家自身、自らの専門知を提供する意識すらなく、東京都知事の意向を表面的に追認しているに過ぎない。

しかも被告においては、上述のとおり、重症用病床使用率に関する不正確な数字を国に提供しており、そのため、被告としては、専門家の意見を図るにあたり、最新かつ国の指標に基づいた適切な情報を専門家に提供し、

新たに国の指標に基づいて東京都の状況を検討する必要があったが、本件会議においてはそのような数字が提供された痕跡もない。専門家とされる人々もそうした最新の情報に関心を払った様子さえない。ただ漫然と今後感染が増えるかも知れないという一般論あるいは印象論の上で「もう一段の感染抑制に向けた協力をお願いしなければならない」(太田委員)と言っているだけである。専門家の意見は、令和3年3月5日時点の実際の東京の状況を考慮にすら入れていない。つまり、本件会議は何ら具体的な事実を踏まえずに出された専門家の状況に関する専門知と全く関係のないところで発せられた「感想」「印象」に過ぎない。専門家の意見は実質的に存在しない。

そもそも、甲52の論文において江藤祥平准教授も指摘するように、行政の権限行使は、信頼のできる専門家の専門知に基づく判断に従っていれば免責されるというものではない。しかも、本件においては、専門家は専門知すら提供していない。このような専門家の会議としての実態を何ら伴わない本件会議の存在は東京都知事の注意義務違反の存在を否定するものではない。むしろ、このような形骸化した専門家の会議をもって本件命令の発出を基礎付けた都知事の過失は大きいと結論づけざるを得ない。

6 小括

以上より、本件命令を発出するにあたり、東京都知事が誠実に本件命令の違法性・違憲性の確認を行っていないことは明らかであり、東京都知事には職務上の注意義務の懈怠がある。専門家会議の意見聴取も極めて不十分な方法及び内容となっており、本件会議の存在をもって、東京都知事の職務上の注意義務違反の存在が否定されるものではない。そうであるにもかかわらず本件命令が発出されたのは、すでに述べてきたように、東京都知事が原告に対し、違法な目的あるいは制裁目的をもって結論ありきの本

件命令を発令することを意図し、命令の要件該当性や適法性・合憲性に一切の注意を払わないでさんな対応に終始したからである。

このような東京都知事の対応の根本的問題は、新型コロナウイルス感染拡大阻止という目的がすべての手段を正当化すると考えたところにある。その中に、国民や都民の生活果ては基本的人権の擁護という観点は完全に欠落し、目的のための手段が必要最低限度でなければならないという意識は皆無であった。そうであればこそ、東京都知事は本件命令がどれだけの経済的打撃を原告に与えるのかに意識を向けることもなく、本件命令を出すことが特に必要だと言えるのか、また過度な規制になるのかということを検討の俎上に載せることすらしなかったし、本来の制度趣旨を超えて特措法第45条第3項の命令を制裁目的に転用するとともに、表現の自由等の基本的人権を制約する違法な目的を持った本件命令を発出するのにためらいはなかった。専門家の意見聴取も形骸化し、その本来の機能を果たさないまま東京都知事の判断にお墨付きを与えるだけのお飾りとしての存在となっており、東京都知事は本件命令の発出にあたりそれで事足りると考えた。その上で、本訴においても繰り返し「要請にしたがっている他の事業者との不公平」という同調圧力の調達を理由に本件命令を正当化する被告の姿勢には、国民（都民）の基本的人権など眼中にない。東京都知事による本件命令の発出は、違法性・違憲性に気付くべきであったのに気が付かなかった、という通常の注意義務違反の程度を超え、違法性・違憲性の問題には関心もなく検討すらしなかったという点においてその悪質性は高い。これは国民の基本的人権の保障を柱とする憲法擁護義務を負う公務員たる都知事の判断として論外であるだけでなく、国民の自由と権利を必要最小限度ものに留めようとする特措法それ自体にも悖るものである。

本件における東京都知事及び被告の姿勢に一貫して見られるのはこの

基本的権利の軽視あるいは無視であり，特措法の基本的理念すら無視をして違憲・違法な本件命令を出した都知事の過失は明らかである。

第7 本件命令により原告には2100万円を超える損害が発生していること

1 原告が被った損害の算定方法

原告は、本件命令によって本件対象施設のすべてについて、令和3年3月18日から同月21日までの4日間（以下「本件営業停止期間」という）、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。本件命令により原告に生じた損害の算定方法については、得べかりし売上高における限界利益をもって、損害とすることが合理的である（同様に限界利益を損害と判断した事例として、東京地判平成25年11月20日〔平成23年（ワ）第37931号〕、大阪高判平成26年10月31日〔平成26年（ネ）第471号〕等）。

具体的な算定方法としては、下記のとおり、本件対象施設ごとに本件営業停止期間の売上げの減少額を算出した上で①、これに本件対象施設ごとの限界利益率を乗じて本件対象施設ごとの限界利益を算出し②、これらを合計することにより③、本件命令により原告が被った損害額を算定することが相当である。

記

①（本件対象施設ごとの本件営業停止期間の売上げの減少額）

本件営業停止期間の前週の同じ曜日（木曜日～日曜日）の売上高
－本件営業停止期間の売上高
＝本件対象施設ごとの本件営業停止期間の売上高の減少額

②（本件対象施設ごとの限界利益率（令和3年3月度）から、本件対象施設ごとの本件営業停止期間の限界利益を算出）

本件対象施設ごとの本件営業停止期間における売上高の減少額
×本件対象施設ごとの限界利益率（令和3年3月度）
＝本件対象施設ごとの本件営業停止期間における限界利益（損害額）

③（原告の損害額を算定）

本件対象施設ごとの本件営業停止期間における限界利益を合計

2 本件命令により原告には2100万円を超える損害が発生していること

前記1の計算式にしたがって本件命令により原告に発生した損害額を算定すると、原告が被った限界利益（損害額）は2159万8150円となる（原告において本件対象施設ごとに詳細な計算を行った資料があるが、これを提出するか否か、及び、提出方法については検討中である）。

なお、本件対象施設について本件営業停止期間中における売上げの減少額の合計は4509万1743円であった。わずか4日間とはいえ、ディナーにおけるピークタイムである午後8時以降の営業を停止したことにより、原告が被った損害は大きい。

他方、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しているが、本件対象施設における4日分の時短営業協力金は合計624万円（6万円×4日間×26店舗）となる。東京都の時短営業協力金は、原告に生じた損害の3分の1にも満たないものである。

以 上