

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

準 備 書 面 (3)

令和3年11月15日

10

東京地方裁判所民事第42部A合戻 御中

15

| | | |
|---------|---------|---|
| 被告指定代理人 | 松 下 博 |  |
| 同 | 加登屋 |  |
| 同 | 石 澤 泰 彦 |  |
| 同 | 井 上 安 勝 |  |

20

被告は、本準備書面において、原告の令和3年9月6日付け原告第一準備書面に
対し、認否及び反論を行う。

第1 原告第一準備書面「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」に対する認否

1 同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ないし9頁)に対する認否

5 争う。

特措法45条2項の要件である「新型インフルエンザ等緊急事態において」に関する被告の主張は、既に被告準備書面(1)第1・1(2ないし4頁)で述べたとおりである。

10 なお、原告は、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と主張する。

15 しかし、被告は国（政府対策本部長）の新型インフルエンザ等緊急事態宣言の有効性につき司法審査が及ばないと主張しているものではなく、同宣言の発令は政府対策本部長の専門技術的判断を基礎とする広範な裁量に委ねられているものであるから、同発令が無効となるのは要件充足に瑕疵があることが外見上一見して明白といった容易に想定し難い場合に限られると主張しているものである（答弁書第2・5・(2)ア(4頁)）。

20 2 同2 「東京都（及び1都3県）における客観的指標」(9ないし19頁)に対する認否

(1) 同(1)のア及びイ記載部分(9ないし11頁)について、引用されている新規陽性者数の推移、エピカーブについては、客観的数値であるから争わない。

25 なお、引用されている尾身茂会長の発言（甲30）の趣旨を全体として見れば、緊急事態宣言を解除するかどうかの判断は、新規陽性者数の推移等の感染状況のみに着目するものではないというものであり、事後的に見て新規

5

陽性者数が令和3年1月4日にピークを迎えていたとの発言部分は、同日以降に感染防止措置の必要性が低くなったという意味ではない。むしろ、尾身茂会長の同インタビューでは、様々な理由から、COVID-19のために病床数を増やすのは、構造的に難しく、努力はしているが、平時から COVID-19 のために病床の20%を空け、確保しておくのは大変である、それでは病院も潰れてしまうなどと述べられており、新規陽性者数が令和3年1月4日にピークを迎えた2か月後の3月に入ってようやく、医療提供体制の負荷の軽減によって宣言の解除を検討することが可能になったという点が強調されている。

10

また、同(1)のウ及びエ記載部分（12頁）について、令和3年3月18日開催の政府対策本部会議の配布資料（甲31）記載の新規陽性者数の推移については、客観的数値であるから争わない。

15

ただし、原告は、新規陽性者数が同年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たことが分かると指摘するが、実際には、原告も指摘するとおり、新規陽性者数は令和3年3月に入ってからは下げ止まっており、同年2月末を底として、その後は5月上旬まで右肩上がりで増加している（乙41・令和3年6月16日厚生労働省アドバイザリーボード資料抜粋）。

20

(2) 同(2)の記載部分（13ないし15頁）について、政府対策本部の資料（甲31、甲32の1ないし4、）記載の実効再生産数については、特に争わない。

ただし、都モニタリング会議の「感染状況・医療提供体制の分析」における専門家の分析は「感染が拡大していると思われる」が続いている（乙36の1、乙42ないし44）、3月17日時点では「感染の再拡大の危険性が高いと思われる」となっている（乙36の2）。

25

(3) 同(3)のア及びイ記載部分（15ないし17頁）について、厚生労働省作成の「感染状況等に関するデータ」（甲28）に基づく東京都における入院患者

数及び病床使用率の推移は、客観的数値であるから争わないが、令和3年2月下旬までの東京都の厚生労働省に対する報告が不正確であったとする同イの主張は争う。

なお、同アで引用されている厚生労働省の公表数字には一部誤りがある。

5 1月13日の病床使用率83%は正しくは84%であり、3月10日の病床数5000床は正しくは5048床である。

10 同(3)のウ記載部分（17頁）について、令和3年2月17日時点以降の東京都の病床全体の病床使用率が国の指標でいうステージⅢ相当であったことは認める。

15 ただし、ステージ判断の指標に関する考え方については、令和2年8月7日の政府分科会及び令和3年2月12日に変更された基本的対処方針においても、「『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べきである」とされているところ、東京都モニタリング会議における都の医療提供体制についての専門家の評価は、2月17日（乙42）、2月24日（乙43）、3月3日（乙43）、3月10日（乙36の1）のいずれの時点でも、4段階で最も厳しい状況を意味する「体制が逼迫していると思われる」であり（3月17日時点（乙36の2）では「通常の医療が大きく制限されていると思われる」）、医療提供体制の逼迫が続いていた。

20 また、令和3年3月5日に開催された基本的対処方針等諮問委員会の冒頭では、西村国務大臣から、東京都を含む1都3県の緊急事態宣言の延長に決定にあたり、全体としては、ステージでいえばⅢ以下になってきているが、病床について、安定的に指標、数字が下がっていくことを見極めていく、ステージⅢ相当であることを確実にする必要があることから、緊急事態宣言の

期間を3月21日まで延長することとしたとして、ステージⅢを確実なものとするための措置を行う必要があるとの考え方が示されており（乙45・3月5日の基本的対処方針等諮問委員会の議事録・3頁）、病床使用率の指標がステージⅢ相当となったことをもって直ちにインフルエンザ等緊急事態に該当しないとの判断はなされていない。

5 (4) 同(4)の記載部分（17ないし19頁）について、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とする主張は争う。

都が国に対して不正報告を行った事実はないし、もとより国や基本的対処方針等諮問委員会の判断に影響は与えていない。

10 ア この点につき原告は、要旨、被告は国に対して重症用病床使用率に関する不正報告を行っており、令和3年2月26日に大阪府を含む関西圏で第2回の緊急事態宣言の前倒し解除が決定される一方で東京都を含む1都3県では宣言解除を見送る判断が行われたことは、被告の不正報告の影響によるものである旨を主張している（原告第一準備書面第1・2ないし5）。

15 イ しかし、都における重症者数及び重症用病床数の報告は国（厚生労働省）との相互理解の下で従前から行われてきたものであり、令和3年2月26日時点での国の緊急事態宣言前倒し解除の判断にも影響を与えていない。

20 以下、①重症者数及び重症用病床数に関する都の基準は、専門家の意見を踏まえ、現場の実態により即した基準であること、②都と国（厚生労働省）の相互理解の下で同基準による報告が従前からなされており、国は、公表数値と合わせて、分母・分子ともに都基準の数値で算定した病床使用率の実態も把握した上で、医療提供体制等の判断を行っていたこと、③これらのこととは、大阪府等を含む関西圏での第2回の緊急事態宣言の前倒し解除が決定された令和3年2月26日の基本的対処方針等諮問委員会に先立ち、同月2日には委員に対して既に説明されていたことについて詳述する。

ウ 都基準は、専門家の意見を踏まえた、より現場の実態に即した基準であること

(ア) 都基準と国基準について

a 都では、令和2年4月27日以降、「重症患者」の定義について、専門家の意見を踏まえ、現場の実態を反映して、「人工呼吸管理又はECMOを使用している患者」とし（以下「都基準」という。）、重症病床数については、都基準の重症患者用に確保している病床数とした上で、都における医療提供体制を継続的にモニタリングするための指標の一つとしている（甲33）。

例えれば、令和3年2月17日時点では、都基準での重症病床数は330床とされており（乙42・都モニタリング会議の都の指標）、これは、実際に入院重点医療機関で確保できている病床（確保病床、即応病床）数である。なお、これに対して、令和3年2月24日以前における国（厚生労働省）の公表資料（甲28）では、都基準による重症用の病床数は500床と記載されているが、これは、「最終フェースでの確保計画数」（甲33参照）である。国からは、最大確保病床を報告するよう指示があったため、都が入院重点医療機関等に要請をしており、現時点では確保出来ていないが、必要に応じて確保できる病床（最大確保病床）として上記の病床数が報告されていた。

b 都基準に対して、国基準では、重症者の定義について、「集中治療室（ICU）等での管理又は人工呼吸器管理が必要な患者」とし、都の定義に加えて診療報酬上のICUやハイケアユニットなどの特定入院料を算定する患者も重症患者としており、重症病床数については、特定集中治療室管理料、救命救急入院料、ハイケアユニット入院管理料が適用できる病床数と定義されている（甲33）。

(イ) 都基準はより現場の実態に即した指標であること（乙46、乙47、乙

48)

a 都では、令和2年4月26日までは、保健所を通じてICU、人工呼吸管理、ECMOの患者を聞き取り、その数を集計していたが、専門家からICUをカウントすることは実態に即していない部分がある等の意見があったことを踏まえ、同月27日からは、都基準による重症者数の把握を開始することとした。以降、都では、東京都における医療提供体制のモニタリング指標の一つとして都基準を戦略的に活用するとともに、国（厚生労働省）からの依頼を受け、ICU等での管理が必要な患者についても含めた患者数を参考値として提出している（乙48、甲33）。

b 令和2年8月20日に開催された東京都モニタリング会議（第7回）において、都基準を採用することとした理由について、専門家から、以下のとおり説明がなされている（乙46）。

すなわち、

○ICU（集中治療室）にいつ入って、いつ出るのか、その基準は、病院の状況により様々である。

○流行拡大によって、ICUやHCUをコロナ患者の専用とする病院もあり、必ずしもICUに入院した患者が重症患者とは限らないという事例がある。

○ICUに入っているが人工呼吸はしていない、ECMOは使っていないという患者も現実におり、人工呼吸器の管理を必要としないICU入室患者を含めないことで何をモニタリングしているかが明確になる。など、国基準のようにICUをカウントすることは実態に即していない部分がある。

他方で、

○現実の医療の場では、必ずしもICUには入っていないが、人工呼吸

を受けている患者は現実にいる。

○人工呼吸管理をするということは、人工呼吸器などの資器材、あるいは診療ケアに当たる医師や看護師だけでなく、人工呼吸の呼吸器の管理に当たる臨床工学技士などの人員も必要とし、様々にリソースが必要となり、医療提供体制の明らかな負担となることから、人工呼吸器管理開始ということは、医療提供体制への負担の大きさの目安として分かりやすい。

○患者が回復すれば人工呼吸器管理はしなくなるため、人工呼吸器管理の数を数えていけば、患者の回復に伴って、資機材や人員等のリソースの再利用についても、把握がしやすい。

など、都基準は、より現場の実態に即した基準となっている。

c 令和3年2月2日に開催された基本的対処方針等諮問委員会において、厚生労働省の迫井医政局長から、都基準と国基準に関する詳細な説明がなされており、その際の説明によれば、都基準をモニタリング指標の一つとしている都の運用は、臨床的な視点に基づくものであることを国も認めていることが読み取れる（乙49・令和3年2月2日の基本的対処方針等諮問委員会の議事録・13及び14頁）。

すなわち、厚生労働省の迫井医政局長の委員に対する説明では、重症者の定義については、臨床的には実際にはドクターが判断すべきものであり、臨床的には都基準の方がより実態を把握したものであるが、全国で施策を行っていることから、各都道府県で判断の基準が異ならないよう、国が一定の基準を示している旨が述べられている。

工 重症用病床数の都基準による報告は、従前からの都と国の間での相互理解の下での運用であったこと

同じく令和3年2月2日の基本的対処方針等諮問委員会において、厚生労働省の迫井医政局長の委員に対する説明では、「従来はそこの点について、

相互理解した上で数字を機械的に出しておりました。」と述べられている。

その上で、「それを機械的に算出すると100を超えててしまうので」、「やはりこれは分かりにくいので、きちんと解説をさせていただいた上で、ちなみに東京都の御評価ですと、例えば113%の場合について言いますと、東京都の定義では250の病床に対して重症者は159と運用されているので、現実的には東京都の理解では64%の運用をされているということなのです」との説明がなされており、東京都における重症者の病床使用率について、分母、分子のいずれも都基準で算定した場合の実情も合わせて報告されている。

更に、「できれば東京都と調整をして、分母と分子を合わせたいのですが、今、こういう運用をしている中で、病院現場に全部の病床がどっちなのだとという照会がなかなかできないので、申し訳ないのですが、これをいずれ解決するとして、現時点ではそういう数字の違いがありますということを調査の注釈で解説させていただいた」旨が述べられ、同時点で国基準による報告とはなっていなかった事情も説明されている（乙49・令和3年2月2日の基本的対処方針等諮問委員会の議事録・14頁）。

そして、国が公表している「新型コロナウイルス感染症患者の療養状況、病床数等に関する調査結果」においても、重症用病床使用率が100%を超えている令和3年1月13日以降、「重症者数は本調査のために国基準で集計されたものであり、確保病床数と単純に比較できない」との注意書きが明記されており、令和2年2月2日の基本的諮問方針等諮問委員会で配布された同資料（乙50）でも、「『新型コロナウイルス感染症患者の療養状況等及び入院患者受入病床数等に関する調査』（令和3年1月29日公表）では、東京都の使用率について、『重症者数567は本調査のために国基準で集計されたものであり、確保病床数500と単純に比較できない。』とされている」との注意書きが明記され、都の国に対する報告が都基準に基づくも

のことについては、基本的対処方針等諮問委員会の委員の間でも認識が共有されている。

3 同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坂府とほぼ同じ水準であったこと」（19ないし23頁）に対する認否

大阪府における新規陽性者数、病床使用率の推移について、客観的な数値であるから特に争わない。

ただし、令和3年2月26日の大阪府及び関西圏の1週間の前倒しでの先行解除については、大阪府知事等からの強い要請に応じて決定されたものの、同日に基本的対処方針等諮問委員会からは、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）の可能性についての強い懸念を示す文書が発出されている（乙19）。実際に、先行解除された大阪府では、3月中には早くも新規陽性者数が爆発的に増加するなど感染が再拡大し、医療提供体制が危機的な状況に陥り、4月には緊急事態宣言が発出されるに至っているから、大阪府（及び関西圏）と同様に東京都（及び1都3県）も前倒しで解除されるべきであったとの主張はその前提を欠く。

また、同日の基本的対処方針等諮問委員会では、前倒しでの解除が決定された関西圏と首都圏3県との違いについて、埼玉県、千葉県での50%の病床の占有率が問題となること、首都圏3県では京都、大阪と比較して療養者数が多く、PCRの陽性率も高いことから、感染源が東京、首都圏はより広がっており、そのような状態で緩和した場合、リバウンドのおそれはかなりあることなどが指摘されており（乙51・令和3年2月26日の基本的対処方針等諮問委員会の議事録・7及び8頁）、先行解除された時期の大坂府とほぼ同じ水準であったとはいえない。

なお、上記のことと加えて、1都3県の緊急事態宣言期間が延長された同年3月5日に、基本的対処方針等諮問委員会の会長名で発出された「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)では、首都圏、特に東京都の特殊性から、感染対策が極めて困難な地域であり、医療提供体制については解除の基準を満たしたもの、医療提供体制の負荷の減少について、未だ十分であることが確認されていないとして、対策の確実な準備・実施及び体制強化が求められており、同日開催された委員会でも、同様の意見が各委員から述べられている(乙45)。

10 4 同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ないし3
3頁)に対する認否

(1) 同(1)「序論」(23及び24頁)について
争う。

15 (2) 同(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」について

ア 同ア記載部分(24頁)について、争う。

大阪府などの先行解除が決定された令和3年2月26日に先立ち、同月2日の基本的対処方針等諮問委員会において都基準と国基準に関する説明等が既になされていたことは前記第1・2・(4)ウ及びエのとおりであり、政府の方針決定の後ではない。

20 イ 同イ記載部分(24ないし26頁)について、令和3年2月26日に開催された基本的対処方針等諮問委員会の配布資料の記載内容、政府対策本部の配布資料の記載内容は特に争わない。菅総理大臣に対する説明内容については不知。

25 都の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

事実上固まつた後、正式な決定を行う会議の直前だったとする点は、否認し争う。

令和3年2月2日に開催された基本的対処方針等諮問委員会において、国(厚生労働省)からは、都の重症用病床使用率の公表数値である113%が現実には64%の運用である旨の説明がなされているように(乙49・
5
令和3年2月2日の基本的対処方針等諮問委員会の議事録・13及び14頁)、政府は従前から把握していたことであるし、下方修正がなされたという訳ではない。

ウ 同ウ記載部分(26頁)について、東京都では約1か月間、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の主張は争う。
10
菅総理大臣の発言の意図については不知。

前記第1・2・(4)ウ及びエで述べたとおり、令和3年2月2日に開催された基本的対処方針等諮問委員会において、厚生労働省の迫井医政局長から、使用率の分母となる病床数が同時点では国基準による報告とはなっていない事情が説明されている。
15

また、都と国との間では、従前から、重症者数及び重症者病床数の基準が異なることを相互理解し、機械的に数字を出していたのであり、もとより不正確な情報ではないし、令和3年1月中旬に初めて判明したというものでもない。また、国基準の重症病床数は、都では、国からの確認依頼を受け、2月に病床数の調査を実施しており、怠っていたものではない。
20

エ 同エ記載部分(27頁)について、争う。

令和3年2月26日に開催された基本的対処方針等諮問委員会では、関西圏で先行解除することに対する感染再拡大(リバウンド)の強い懸念が示されていたことに加えて、感染源が東京、首都圏ではより広がっており、
25
そのような状態で緩和した場合、リバウンドのおそれはかなりあることなどが指摘されていた(乙51・令和3年2月26日の基本的対処方針等諮

問委員会の議事録・7及び8頁)。東京都の重症用病床使用率が国のステージⅢ相当の水準であったことのみをもって、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とする原告の主張には根拠がない。

(3) 同(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」について

5 ア 同ア記載部分(27頁)について、令和3年2月26日に関西圏の先行解除が決定された際、東京都を含む首都圏1都3県の各知事からの緊急事態宣言の解除の要請はなかったことは認める。

10 令和3年2月24日時点の東京都モニタリング会議における「感染状況・医療提供体制の分析」では、感染状況は「感染が拡大していると思われる」、医療提供体制は「体制が逼迫していると思われる」であり、いずれも4段階で最も厳しい評価となっており、専門家のモニタリングコメント・意見も、「新規陽性者数の増加を抑制するため、実効性のある感染防止対策を緩めることなく徹底し、重症患者数の増加を防ぐことが最も重要である」、「重症患者のための診療体制の確保には、通常の医療を行っている病床と医師、看護師等を転用する必要がある。重症用病床の確保を進めるため、医療機関は救急の受け入れや予定手術の制限を余儀なくされているだけでなく、救命救急医療を通常通り提供できない状況が続いている」(乙43・11頁)等であった。このような状況で、緊急事態宣言の解除の要請をするべきであったということはできない。

15 イ 同イ及びウ記載部分(27及び28頁)について、令和3年3月5日の政府対策本部において2週間の再延長が決定されたことは認めるが、その際の菅総理大臣の内心や動機は不知。

20 同年3月3日時点の東京都モニタリング会議における「感染状況・医療提供体制の分析」では、感染状況は「感染が拡大していると思われる」、医療提供体制は「体制が逼迫していると思われる」であり、いずれも4段階で最も厳しい評価となっており、専門家のモニタリングコメント・意見も

5

「今後、感染力が強い変異株による感染が急速に拡大するリスクがある。」
(乙44・2頁)、「重症患者のための医療提供体制は、長期間に渡り厳しい状況が続いている。医療提供体制を正常化するためには、実効性のある感染防止対策を緩めることなく徹底し、感染の再拡大を抑制するとともに、重症化リスクの高い高齢者層の新規陽性者数を減らすことが重要である。」

10

(乙44・11頁)等であった。このような状況で、緊急事態宣言の解除の要請をするべきであったということはできない。

(4) 同(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ないし3
3頁)に対する認否

同主張部分について、第2回の緊急事態宣言中に行われた本件処分との関連性が認められないため個別の認否は行わないが、第1回の緊急事態宣言時に都が報告していた入院患者数、病床数に不正があった旨の主張は、全体として争う。

15

20

第1回の緊急事態宣言の当時、患者情報に関する国のデータベースのシステムであるN E S I Dでは、入院先や転院・退院等の情報項目がない、退院等の情報を病院から保健所に連絡する仕組みがないなどの課題があり、自宅療養者数や退院者数が明確になっていなかった。そのため、都では、「入院中」の中には「宿泊療養」や「入院調整中」の患者も含めて計上しているとの注記を明示した上で、患者数を発表していた。都では、こうした状況を解消するため、都と保健所で情報を共有し、患者情報を発症から療養終了まで一元管理する「患者情報管理センター」を立ち上げ、入院患者数をはじめとする患者情報の精査を開始し、これにより入院患者数、宿泊療養者数、自宅療養者数、退院者数等の把握が可能となった。

25

その後の国（厚生労働省）からの調査に対する回答では、当初に把握していた数字から上記の宿泊療養及び自宅療養の人数を差し引いて回答している

が、以上に述べた経緯のとおり、都が従前に発表していた人数を下方修正したというものではない。

5 同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頁)について

5 争う。

10 基本的対処方針等諮問委員会は、東京都について、令和3年3月18日午前9時00分の時点で、「新型インフルエンザ等緊急事態」にあるとはいえないとの判断はしていない。同日決定され、公示されたのは緊急事態宣言の期限である21日をもって緊急事態が終了することであり、特措法32条5項に基づく期限前の宣言の解除ではない(被告準備書面第1・1(5)(4頁))。

6 同6「小括:少なくとも本件要請がなされた令和2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頁)について
争う。

15 7 同7「被告の主張に対する原告の反論」(34ないし37頁)について
争う。

なお、令和3年3月18日書面開催の都の新型コロナウイルス感染症対策審議会(甲47)について、原告は、「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」ことを主張するが、同日の審議会に対する諮問は、令和3年3月21日をもって宣言期間が終了した場合の段階的緩和措置についての意見聴取を行ったものであるから、法45条3項の規定に基づく措置命令について言及されていないのは当然のことであり、3月18日時点での本件命令の必要性を否定する根拠とは全くならない。

25 むしろ、同日の審議会において専門家からは、以下のとおり、緊急事態宣言が終了し、特措法45条に基づく措置を行うことができなくなるが、新規感染者数が増加に転じていることや、感染力が強いとされる変異型ウイルスが広が

りを見せていていることから、引き続き外出自粛や営業時間短縮要請等を行う必要があるとの意見が述べられており、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従前の審議会の意見（乙24）から何ら変わるものではない。

5

○猪口会長

10

「3月11日からは、（新規陽性者数の）増加比は100%を超え現段階では拡大傾向にある。……今後、感染力の高い変異株の流行拡大が懸念される状況において、緊急事態宣言が解除されれば、ほぼ確実に流行は拡大し、医療提供体制もすぐに逼迫すると推測できる。何らかの行政的施策がなされないことには、また大きな感染拡大状況になる危険性が高く、特措法に基づいて3月31日まで要請がなされることは適だと考える。」

15

○太田委員

「新規陽性者数は足元で増加傾向に転じているほか、感染力が強いとされる変異型ウイルスが広がりをみせており、予断は許さない。その点において、緊急事態宣言が解除された後も、人流を抑制する措置は不可欠と考える。」

20

○濱田委員

「都内の新規の感染者数は3月中旬より増加傾向にあるとともに、今後は感染力の強い変異株の流行も懸念されている。このため、緊急事態宣言解除後も引き続き都内の飲食店などへの時短営業要請や、都民への外出要請などを呼び掛けていく必要がある。」

第2 「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頁以下)に対する反論

1 (1) 原告は、特措法45条2項にいう「正当な理由」には経営状況も含まれる
5 と主張する(38頁以下)。

しかし、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、経営状況を理由に要請に応じないことは「正当な理由」に当たらないとの解釈が示されていること、及び特措法45条2項の要請が施設管理者の利益(例えば営業上の収益を上げること)と相反するものであることは同法が当然の前提とするところであって、同法の求める「正当な理由」とはそれ以外のものを指すと解されることは、被告が従前主張したとおりである。

10 (2) これに対し、原告は、国の事務連絡(乙4)においても、なぜ経営状況が「正当な理由」に当たらない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と主張する(41頁)。

しかしながら、専門家から、飲食店が「急所」であり、会食・飲食による感染拡大リスクを徹底的に抑える必要があると指摘されていることを踏まえ、国民の生命・健康を守るため等の対策を実施するに当たって準拠となるべき統一的指針を示した「基本的対処方針」(乙1の2)において、「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。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」、「要請に当たっては、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。」との方針が示されているのである。それにもかかわらず、「正当な理由」には施設の経営状況が含まれ、個々の飲食店がそれを理由に緊急事態措置で

ある要請に応じないことが正当化されることとなれば、国民の生命及び健康を保護する等の特措法の目的（1条）が達成できなくなることは明らかであって、かかる解釈を特措法が前提としているとは到底解されないとところである（すなわち、特措法に基づく制限は営業の自由の内在的制約であり、経営状況は「正当な理由」に当たらないと解される。）。

2(1) 原告は、2020（令和2）年12月期（通期）の決算において、営業損失が11億7500万円（前連結会計年度は営業利益40百万円）、経常損失が11億0200円（前連結会計年度は経常利益96百万円）であったなどとした上で、緊急事態宣言（2回目）以降、被告の時短要請（特措法24条9項、同45条2項）に応じれば経営を維持することは困難であったから、原告は要請に応じなかつたものであり、仮に令和3年1月8日以降、同要請に応じていた場合、同年3月21日までに生じた損失を試算すると2億円を超える旨主張する（42頁以下）。

この点、被告は原告の主張する損失の試算額については不知である。

また、経営状況を理由に要請に応じないことは「正当な理由」（特措法45条3項）がある場合に当たらないことは既に主張したとおりであるが、このことをしばらく措くとしても、原告は令和2年12月期（通期）における営業損失等の決算額や要請に応じた場合の損失の試算額について主張するのみであり、原告の上記主張からでは、原告が本件要請（特措法45条2項）に応じることにより、具体的にいかなる理由で経営維持が困難となるのか、経営維持が困難とは具体的にどのような状態に陥ることを指しているのか等、原告のいう「正当な理由」を基礎付ける具体的な内容が判然としないというべきである。

(2) 却って、原告は、緊急事態宣言（2回目）の期間において、被告の要請に応じず、通常営業を続けたことにより、2021（令和3）年1～3月の決算では、売上高は前年同月比20.6%増の約20億円、営業損益は約1億

円の黒字（前年同期は約3億円の赤字）、純損益は約1億円の黒字（前年同期は約4億円の赤字）であったのであり（乙30）、本件命令の発出時点までに、原告が本件要請に応じられない経営状況にあったとはいえないものである。

3 原告は、本件命令の弁明の機会の付与手続における弁明書（甲21）において、原告が経営状況を理由に「正当な理由」がある旨主張していることは文脈から明らかであるなどと主張する（43頁以下）。

しかし、弁明書（甲21）には、原告の経営状況に係る記載は一切なく、原告の経営状況に係る何らの資料も添付されていないのであるから、もとより同弁明書の記載をもって、被告に原告の経営状況を考慮して本件命令を発出してはならないという職務上の注意義務があったなどといえないことは明らかである。

4 原告は、日本国内において41店舗の飲食店を経営する上場企業であり、多くの従業員を抱え、仕入先その他の取引先も多く、これらの者との関係でもその経営を維持する必要や責任があったことから、本件要請に応じない「正当な理由」があった旨主張する（44頁以下）。

しかし、かかる事情は原告以外の企業においても同様であり、多くの企業が、緊急事態宣言下において、時短要請に対しては宅配（デリバリー）やテイクアウトサービスの強化、従業員の雇用維持には雇用調整助成金や官民の金融機関による実質無利子・無担保融資等の活用で対応するなどの努力をしているのであるから、上記の事情が「正当な理由」に当たらないことは明らかである。

第3 「第3 本件命令が違法な目的をもって発出されたこと」（46頁以下）に対する反論

1 原告は、本件命令に関し、「「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。」（48頁17行目以下）と主張する。

しかしながら、被告は、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、それにより、他の飲食店の20時以降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旨の主張をしたのであって（答弁書6頁、同17頁、同49頁）、不公平感それ自体を営業の自由の制約根拠としているものではない。

5

被告が本件命令を発出したのは飽くまで「新型コロナウイルスのまん延を防止し、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」（甲23）であって、原告の営業の自由が一定程度制約される根拠となる反対利益は国民の生命及び健康等であるから、原告の上記主張は理由がない。

10

2(1) 原告は、被告が措置命令を発出した原告の経営する店舗を含む32店舗を選定した一般的基準が不明である旨主張する（48頁24行目以下）。

15

20

25

しかし、被告が令和3年3月に32店舗に命令を発出することとした理由は、被告準備書面(1)第2・4（13～14頁）及び同準備書面(2)で述べたとおりである。そもそも、特措法45条3項の措置命令は、令和2年1月に我が国で最初の新型コロナウイルスの感染者が確認されて以来、国内において感染拡大が起り国家の危機管理として対応する必要があることから、新型コロナウイルス感染症に係る対策を強化するため、令和3年2月3日に成立（同2月13日施行）した特措法の改正法により新しく規定されたばかりの措置である上、措置命令のような不利益処分については個別の判断が必要で画一的な基準を定めることが必ずしも合理的でないことから、被告が措置命令を発出するに当たり、原告が主張するような一般的基準をあらかじめ策定していたものではない。

25

また、原告は、被告があたかも原告及びそれ以外の6店舗を特別に選定したかのような主張をするが、答弁書（41頁）で、上記の店舗以外について、

「… 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ためには、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つた。）」と主張していることからも明らかなどおり、被告は措置命令を行うことを想定する対象店舗を原告及びそれ以外の6店舗に特別に絞っていたものではない。

(2) なお、原告は、被告の指定代理人の第2回口頭弁論での発言をもって、原告を狙い撃ちしたことを自白したものであるなどと主張するが（49頁）、同代理人は被告準備書面(1)で既に主張している内容、すなわち、被告は先ず「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ことから、最も優先度が高いものと判断し」とのこと、そして、優先度が高いと判断した上場企業など大手と呼ばれる企業の中で、特措法45条2項の要請をする時点で20時以降の営業継続をしていた事業者は原告だけであったことから、原告に対して措置命令を発出することとなったとの趣旨のことを述べたものにすぎない。

そもそも、飲食店は、上場企業など大手の経営するレストランや居酒屋等のチェーン店、一部の老舗店や有名店を除いて、その大多数は小さな会社（同族会社）や個人が経営者となっている1店舗又は2店舗展開の中小・零細事業者ばかりである。そのほとんどの中小規模の事業者が営業時間短縮の協力要請に応じている中で、国内41店舗を有する上場企業であり知名度もある

原告が積極的に要請不協力を公表して営業を継続することは、他の事業者も同様の不協力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により市中の感染リスクを増加させるおそれがあるものであるから、原告に対して措置命令を発出する優先度が高いと判断したことは何ら不合理なものではなく、狙い撃ちなどと評されるものではない。原告は、令和3年3月に被告が発出した措置命令の対象となった32店舗のうち26店舗が原告の経営する店舗であることも狙い撃ちの理由とするようであるが、これも原告が中小の事業者と異なり多数の店舗を展開する大手の事業者であることによるものにすぎない。

10 3(1) 原告は、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当たり、裁量権の逸脱・濫用として違法であるとした上で、被告が原告を措置命令の対象として敢えて選択する際に、特に重視した点が原告のホームページによる発信であり、このことは他事考慮に当たるから違法であるなどと主張する（52頁以下）。

この点、措置命令書（甲23）に、「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。」との記載があるとおり、被告は本件命令を発出するに当たり、原告が時短要請に応じない旨をホームページで発信していた点を重要な要素の一つとして考慮したことについては争うものではない。しかし、これは前述のとおり、上場企業である原告が積極的に要請不協力をホームページで発信して公然と20時以降の営業を継続することは、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ことを考慮したものであって、特措法の目的（1条）に照らし何ら他事考慮に当たるものでないことは明らかである。

なお付言するに、被告は、上場企業など大手と呼ばれる企業の経営する店

5

10

15

20

25

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ことと、社会的影響力が強く公然と営業することで他の飲食店等の20時以降の営業継続を誘発するおそれがあることから措置命令を発出する必要性が高いものと判断したのであり、ただ原告の場合は公然と20時以降の営業を継続するにとどまらず、要請不協力を積極的に発信しており他の店舗の営業継続を誘発するおそれが特に高いと認められたことから、その旨を措置命令書（甲23）に指摘したのであって、仮に原告がホームページで要請不協力を発信せずに営業を継続していれば措置命令の対象とならなかつたといふものではない。このことは、上場企業ではないが、被告が令和3年3月に発出した原告以外の事業者（6者のうちの5者）に対する措置命令書（乙40の1～5）の当該部分の記載は、「これらの事業者が特に要請不協力を発信していなかつたことから、「加えて、緊急事態措置に応じることなく公然と営業するなど、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。」との記載になっていることからも明らかである。

(2) なお、原告の主張の中に、「…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…」（52頁25行目以下）との記載があるが、被告は2000店舗以上の要請不協力店から原告を含む32店舗を絞り込んだものではないので、以下主張しておく。

すなわち、被告は、令和3年1月18日以降、飲食店等の目視による外観調査（見回り）等を実施していたところ、同年2月2日、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期間が同年3月7日まで延長されることとされ、また、同年2月13日に改正特措法が施行されたことを踏まえ、各外観調査日以降に実施した個別の協力要請（特措法24条9項）に応じず20時以降の営業継続が確認された店舗の施設管理者に対して、同年2月下旬以降の開始を目途に、順次、特措法45条2項に基づく要請を行うこ

ととした（なお、その時点では緊急事態措置を実施すべき期間は3月7日までであったこともあり、措置命令を発出するか否か等は未定であった。）。そして、例えば同年2月16日の時点では、被告による個別の協力要請（特措法24条9項）に応じず営業を継続していることが確認された店舗は原告の
5 26店舗を含む128店舗（乙39の2）であったものであり、実際にはこれら
の2月中旬までに協力要請に応じず営業継続が確認された店舗の施設管
理者に対し、順次、特措法45条2項の要請を行ったものである。そうした
ところ、令和3年3月5日に、基本的対処方針等諮問委員会で、緊急事態措
置を実施すべき期間が同年3月21日まで延長されることとされたことから、
10 被告は、措置命令を発出するための手続を進めることとし、同年3月5日及
び同8日に、同年2月26日に同法45条2項の要請（順次実施した要請の
うち最初に行った要請）を行った店舗（34店舗）のうちその後も営業の継
続が確認された33店舗（原告の26店舗等、措置命令の対象となった32
店舗を含む。）に対し弁明の機会の付与に係る通知（甲20）を行ったもの
15 である。

以上の経緯のとおりであり、被告が2000店舗以上の要請不協力店のうちから原告の店舗を含む32店舗を措置命令の対象として絞り込んだというものではない。

4(1) 原告は、被告が本件要請及び本件命令を行うに当たり、換気・空調・天井
20 の高さ等の店舗の構造から判断される感染リスク、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事項について何ら調査を行っていないことは考慮不尽であるから、本件命令は違法である旨主張する（54頁以下）。

この点、被告は、本件要請及び本件命令を行うに当たって、原告の店舗の構造や店員らの感染症対策等についての調査を行っていないことは認めるが、
25 そのことが考慮不尽であり違法である旨の主張は争う。

そもそも業種別ガイドラインの遵守など感染防止対策の徹底が呼びかけら

5 れてきたにもかかわらず、このような取組によても感染の拡大を抑えることができない状況があつて緊急事態宣言(2回目)の発令に至つたのである。そして、基本的対処方針(乙1の2)に、「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。ただし、酒類の提供は11時から19時までとする。)の要請を行うとともに、法第24条第9項に基づき、業種別ガイドラインを遵守するよう要請を行うものとする。要請に当たっては、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、できる限り個別の施設に対して働きかけを行う。10 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。」

15 (18頁)とあるように、業種別ガイドラインを遵守するなど飲食店が感染防止対策をして営業することはもとより前提とされた上で、それに加えて営業時間の20時までの短縮の徹底を図ることが緊急事態宣言下において求められているのである。このように、基本的対処方針は、感染防止対策を講じていることは時短要請に応じなくてよい正当な理由としていないから(乙4(9頁))、本件要請及び本件命令を行うに当たり、原告の店舗の構造や店員らの感染防止対策等を調査していないことが考慮不盡となる理由はない。

20 また、本件要請に係る通知(甲19)にあるように、一般に飲食店には業務の性質上多くの人が集まり、いわゆる3密の環境になり得ることは否めない(その環境でマスクを外す状況になることが避けられない)ところであるし、緊急事態宣言において多くの飲食店が営業時間短縮の要請に応じている中で、原告の店舗のように繁華街で20時以降の営業を継続する店舗には多くの客が流れ込んでいることは報道等で公知の事実であったものである(乙27~30参照)。さらに、被告が本件命令を発出したのは、既述のとおり、原告の店舗での感染リスクのみならず、上場企業が公然と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したことも重要な理由であるから、原告の上記主張は理由がない。

(2) 原告は、本件命令を発出する際に必要となる専門家への意見聴取手続（特措法第45条4項）は令和3年3月5日に書面開催という形式で開催されており不適切・不十分であること、及び上記書面開催日と本件命令を発出した同年3月18日では大きく状況が異なることから、本件命令には考慮不尽の違法がある旨主張する（55頁以下）。

しかしながら、特措法は「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ぬ」と規定するのみで、そもそも学識経験者への意見の聴取方法は会議体によるものである必要はないと解されている上（乙4（10頁））、被告が各学識経験者の委員から議事に関する意見を適切に聴取していることは乙24から明らかであること、及び被告の令和3年3月4日開催のモニタリング会議の配布資料（甲34の3）と同年3月18日開催の同資料（甲34の5）を比較しても、新規陽性者数はむしろ増加傾向にあるなど上記書面開催の時点と本件命令発出の時点で状況が大きく好転したなどといえないことは明らかであり、原告の上記主張は理由がない。

第4 「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頁以下）に対する反論

1 原告は、被告が、特措法第45条3項にいう「特に必要があると認められるとき」に関して、「（同項は）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と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」（答弁書10頁）として、まるで要請に従わないとこと自体が「特に必要があると認められる」との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旨主張する（61頁）。

しかし、特措法45条3項の命令は、同法45条2項の要請に応じないときの正式な権限発動の措置について定める規定であるから、被告の上記主張が不合理なものとは解されない。

5 また、繰り返し述べるように、専門家から飲食店が「急所」であるとの指摘がなされ、これまでの知見を踏まえた実効的対策として、「基本的対処方針」（乙1の2）において、「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。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」、「要請に当たっては、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。」との方針が示されているのである。このように、緊急事態宣言（2回目）において、緊急事態措置である特措法45条2項の要請又は同3項の措置命令の対象となる各種の施設及び各種の措置の中で、飲食店に対する営業時間の短縮（20時までとする。）の措置の徹底を図ることの必要性が特に高いものとされていたのである。加えて、上場企業である原告の場合、営業継続による他店舗への営業誘発の懸念も大きかったものである。

10

15 そこで、被告は、営業時間短縮の協力要請（特措法24条9項）に応じなかった原告に対し、特に「必要がある」（同法45条2項）ものと認めたことから、本件要請を行ったものであり（本件要請の通知書（甲19）の「要請を行う理由」には「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るため」と記載されている。）、それにもかかわらず、原告が本件要請に応じず、同要請に従わないことを表明して翻意を促すことは不可能であったのであるから、正式な権限発動として、「特に必要がある」（同法45条3項）と認めて本件命令を発出したものであり、被告は何ら特措法の解釈を誤って本件

20

25

措置命令を発出したものでないことは明らかである。

2 原告は、本件命令は、原告が不協力の姿勢を「発信」するなど、被告に服従しない姿勢を鮮明にした原告に対する制裁的運用であり、このことは被告の審議会の委員が一様に「不公平」「平等原則」を理由に措置命令の発出を妥当と判断していることからも認められるものであり、「制裁」「見せしめ」を目的にしたものであることが強く推認されるなどと主張する（63頁以下）。

しかしながら、本件命令を発出した理由は措置命令書（甲23）のとおりであり、原告への制裁目的などで発出したものでは全くない。

そもそも、本件命令は、時短要請に応じない場合に同要請と同じ内容を義務付けるというものであるが、上場企業などの大手企業はもとより都内の大多数の飲食店が時短要請に応じている中で、実質的にみて原告に対してだけ特別な不利益を課すものではなく、同命令をもって原告に対する制裁となるとの主張の理由付けは必ずしも判然としないものである。また、被告の審議会には要請に応じない店舗の措置命令の必要性について包括的に意見を聴取したものであり、原告に対する措置命令を出すことについての意見を求めたものではないし、原告は「見せしめ」ともいうが、被告は原告に対して措置命令を発出したことの公表もしていないのであって、原告の主張に理由がないことは明らかである。

3(1) 原告は、被告は本件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）を挙げるが（答弁書49頁）、上記①に関して、被告は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」しているわけではなく、同②に関して、原

告の発信の内容は「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扇動するような記述は皆無である。」から「誘発のおそれ」は全く存在しないなどとして、本件命令は違法である旨主張する（65頁以下）。

- 5 (2)ア しかしながら、被告が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」していないとの主張については、飲食店という業態で既にクラスターが多数発生していることなどから、基本的対処方針において、個々の飲食店に対し業界ガイドラインの感染防止対策を遵守した上で営業することを要請することはもとより、それに加えて20時以降の営業時間短縮の要請をすることの徹底が求められているのであり、そのことから時短要請に応じない店舗に対しては措置命令を発出する必要性が特に高かつたものであって、感染防止対策を行えば時短要請に応じなくてもよい正当な理由になるものではないから、被告が原告の店舗の感染リスクを「実際に確認」していないことが何ら違法な理由となるものではない（なお、国の事務連絡（乙4）に「感染防止対策を講じていることについては、要請に応じない「正当な理由がある場合」には該当しないが、例えば命令の際に、「特に必要があると認めるとき」に該当するかどうかを判断する際の考慮要素とすることが考えられる。」（9頁）との記述があるが、これは特措法45条3項の一般的解釈として当該対策を講じていることを考慮要素とすることができます場合がある旨を述べたものと解されるのであって、今回の基本的対処方針では飲食店に対しては感染防止対策の徹底に加えて営業時間短縮が求められているのであるから、この点を考慮要素としないことは違法なものではない。）。また、被告は、上場企業である原告が時短要請に応じずに営業を継続することによる他事業者の営業誘発のおそれがあることも重要な理由として本件命令を発出したものであって、この場合は原告の店舗の中の状況を「実際に確認」することについては意味をなさない

ものである。

イ なお、特措法45条3項は施設管理者に対して休業を命じることも可能な規定になっているところ、本件命令は休業まで至らない営業時間の短縮等の措置を図るものであり、まん延防止等重点措置としての命令（特措法31条の6第3項）においても「特に必要があると認めるとき」に取り得る措置であるから、本件命令の発出する必要性の有無については同規定の解釈が参考となると解されるが、国の事務連絡（乙4（9頁以下）において、同規定の「特に必要があると認めるとき」に該当する状況としては、必ずしも現に対象とす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とした上で、例示として「すでに同種の業態においてクラスターが多数発生していること」や「対象となる区域において、引き続き感染が継続しており、当該都道府県において感染が拡大するおそれが高まっていること」が挙げられており、同命令の発出に当たり、個別の店舗の感染リスクの実際の確認が必要であるとはされていないどころである。

ウ さらに加えれば、本件は国家賠償請求訴訟であるから、原告の上記主張は、原告の店舗が基本的対処方針で感染防止対策効果が不十分であるとされた業界ガイドラインを超える効果を有する感染防止対策を徹底しているなど感染リスクがないことがその前提となるものと解されるが、原告からそのような主張がされているものではない。原告の弁明書（甲21）にも感染防止対策を徹底しているとの記載は一切なく、却って、「C O V I D-19のような弱毒性のウイルスは完全に封じ込めるのは不可能であると考えております。」「そのため、この感染を克服するには「感染して免疫を得る」…（中略）…により、人口約6割が免疫を持ち、集団免疫を確立するしかないという事は自明の理だと考えております。」「コロナで亡くなられた方々の「約81.5%」が70歳以上の高齢者の方々と言われており…（中略）…ハイリスクの方々を守ることができれば、リスクの低い若い

世代の家庭での感染についてはそれほど恐れることはありません。(同様に当社の顧客もローリスクの年代が大半です)」などの記載がみられるところである。

(3)ア 次に、原告の発信の内容は他の事業者に対し要請への不協力を呼びかけたり扇動するものではなく「誘発のおそれ」はないなどの主張については、上場企業であり社会的知名度も高い原告が積極的に要請不協力をホームページで発信して20時以降の営業を継続すること自体がその社会的影響力の強さから営業誘発のおそれがあることは明らかであり、原告の主張は理由がない。

イ なお、原告は、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たとのロジックであれば、東京都知事が原告に対し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ならないが、被告は本件命令をしたことを公表しておらず、矛盾しているなどと主張する(66頁)。

この点、被告は、国の事務連絡(乙4)に「当該公表は、感染拡大防止の観点から逆効果になったり、誹謗中傷行為等が起きたりしないよう、その影響に配慮することが必要である。また、公表によりかえって多くの利用者が集まるなど、利用者の合理的な行動を確保することにつながらないことが想定される場合には、公表しないことができる点にも留意されたい。」

(10頁)とあるように、本件命令の公表による感染リスク増大への悪影響等を懸念して公表しなかったものであるが、被告が特措法45条3項の措置命令を複数の事業者に発出したという事実については報道発表している上(甲24及び25)、上場企業である原告が20時以降の営業を継続していること自体が他の事業者に対する影響(要請不協力の誘発)をもたらすのであって、本件命令により原告の店舗が営業時間の短縮を行うことに

なればそれにより誘発防止の効果は望めるのであるから、原告の主張は当たらない。

4(1) 原告は、本件命令による原告の店舗の客数減少がどれだけの新規感染防止につながったかを試算したところ、その分析結果(甲53の1)によれば「4日間で約0.082人」であったなどとして、本件命令の必要性は認められない旨主張する(67頁以下)。

しかし、同分析のやり方で試算を行えば、原告の店舗に限らず、どの飲食店の店舗であっても時短要請等に応じない場合に新たに発生する感染者数はその店舗単位では全て計算上小さな数値となってしまうと考えられるが、
10 基本的対処方針(乙1)は、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、緊急事態措置区域の飲食店全般に20時以降の営業時間短縮等の要請(特措法45条2項等)を徹底し、飲食につながる人の流れを制限することが効果的な感染防止対策として必要としているのであるから、仮に上記試算を前提としても、要請に応じない場合に措置命令を発出しなくて
15 よい理由とはならない。

また、新型コロナウイルス感染症では無症状・軽症の感染者が全体の大きな割合を占めているとされ、こうした感染者からも感染するとされていることからすれば、上記試算に用いた「都内の二次感染源数」は実際の感染源をすべて補足した数値であるとはおよそいえない上、「東京の実効再生産数」についてもそれは平均値としてのそれであり、実際には実効再生産数を大きく超えた感染爆発を引き起こすいわゆるスーパースプレッダーが存在し、飲食店で3密の条件を満たす状況があるとこの現象を起こす可能性が高まる(3密空間ではエアロゾルでのスプレッド効果が高まる可能性がある)と考えられるのであって、上記試算にかかわらず、実際には飲食店で多くのクラスター(見えているクラスター)が発生していることは周知の事実である(乙14(7頁))。さらに、都市部では感染経路不明(見えない感染)の割合が

多いとされている（東京都では6割）が、この感染経路が分からぬ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ているところであり、飲食店を起点として感染が拡大している状況があるのである（乙14（11頁））。

以上からすれば、原告提出の証拠の分析結果（甲53の1）をもって、本件命令を発出する必要性がないなどといえないと明瞭である。

5 (2) さらに、原告は、原告提出の証拠（甲53の2及び甲54）をもって、緊急事態宣言等の対策は統計的に有意な効果は認められなかつたなどとした上で、このようなデータの検討をせずに漫然と本件命令を発出することは違法である旨主張する（69頁以下及び73頁以下）。

10 しかし、帰無仮説検定で棄却できずに統計的に有意といえなかつたとの原告提出の証拠の分析を仮に前提としたとしても、これらは緊急事態宣言等の対策の効果が統計学的には明確にならなかつたというにすぎず、緊急事態宣言等の対策に効果がないことを積極的に実証したものではない上、新型コロナウイルス感染症対策分科会の分析（乙21）では、20時以降の営業短縮要請が夜（21時以降）の人出の減少にもつながり新規陽性者数の減少に効果があったとの評価がされているものである。また、原告提出の証拠のような分析が仮に当時一部にあったとしても、特別な事情がない限り、被告が基本的対処方針に基づき対策を実施することは当然のことであり、原告の主張は理由がない。

15 20 5(1) 原告は、被告が権利制限を検討する上で、より制限的でない他に選びうる手段を検討すべきことから、特措法73条2項に基づき飲食店に対して立入検査等を実施して感染対策を徹底する指導を行うという選択肢があった旨主張する（70頁以下）。

25 しかしながら、特措法73条2項（立入検査等）は、都道府県知事に措置命令（同法45条3項）の行政決定を行うのに必要な調査権限を付与した規定であり（なお罰則（77条）による担保があるから一種の強制調査である。）、

同調査権限は当該調査を必要とする行政決定のためにのみ発動しなければならないものであるから、飲食店に対する感染防止対策の指導をするために同規定に基づく立入りを行うことはできないのであって、原告の主張は失当である。

5 (2) なお付言するに、国の事務連絡（乙4）は、感染防止対策を講じていることは、要請に応じない「正当な理由がある場合」には該当しないとしており（9頁、21頁）、感染防止対策を講じていないことを立入検査等で確認しなければ措置命令を発出できないものでないことは明らかである

10 同事務連絡（乙4）においても、立入検査に係る記述としては、「外観等から営業していること等が一見して明らかであれば、写真機等で当該状況を撮影・記録等すれば十分であり、敢えて報告徴収・立入検査を行う必要はないと考えられることに留意すること。」（21頁）、「相手方が任意に協力を拒み、外観等からでは営業等の状況が明らかでない場合に限り、事前連絡を経た報告徴収・立入検査により現地確認を行うこと。」（22頁）等があるにとどまり、立入検査においては、特措法45条3項に基づく措置命令を発出するに当たり、同法45条2項の休業や営業時間短縮等の要請に応じていないかどうかを確認することを主に想定していることが認められる。

15 6 原告は、本件命令が仮に法令の要件を充足するとしても、過剰規制であつて比例原則に違反し違法である旨主張する（75頁）。

20 しかし、特措法45条3項は施設管理者に対し休業（施設の使用停止）を命じることも可能な規定となっているところ、本件命令は、基本的対処方針に則り、まん延防止等重点措置（ステージⅢ相当その他感染拡大の状況を勘案して適用される。）においても取り得る内容の措置（特措法31条の6第1項、3項）である営業時間短縮等の措置（20時から翌日5時まで（酒類の提供を伴う場合は19時から翌日11時まで）の間において、対象施設を営業のために使用することの停止（宅配及びテークアウトを除く。））を講ずべ

きものとしたのであるから、過剰規制といえないことは明らかである。

7 原告は、「特に必要があると認められるときに限り」という必要性の主張立証責任は被告に存すると主張する（75頁以下）。

しかし、被告が特に必要があると認めて本件命令を発出したことは既述したとおりであるが、本件は国賠法1条1項に基づく損害賠償請求訴訟であるから、実務上の通説である法律要件分類説に基づき、原告の損害賠償請求権の発生を根拠付ける要件事実の主張立証責任は原告に存するものである（東京高裁平成11年4月26日判決）。

10 第5 「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頁以下）に対する反論

1 原告は、憲法が国の最高法規（98条）であり、公務員には憲法尊重義務（99条）があるから、被告は特措法の規定の憲法適合性につき主張立証責任を負う旨主張するが（77頁）、本件は国賠訴訟であるところ、被告の公務員が本件命令を発出するに当たり、国権の最高機関である国会（41条）の定立した法律の規定の憲法適合性を審査しこれを違憲と判断した上で、その適用を回避するという職務上の注意義務があるとはいえないから（なお当然のことながら、被告は違憲立法審査権（81条）を有しない。）、原告の主張は失当である。

2 原告は、本件命令は、憲法の表現の自由（21条）、法の下の平等（14条）、営業の自由（22条）を侵害するから処分違憲である旨主張する（78頁以下）が争う。

そもそも特措法45条3項の措置命令は表現の自由に制限を課す内容の処分ではないし、原告及びその他の6事業者と異なり、時短要請に応じなかつたのに措置命令の対象とならなかった事業者がいるからといって、そのことをもって直ちに不合理な差別になるものではないから、原告の主張は理由がな

い。

なお、被告は、緊急事態宣言（2回目）の32件以降、令和3年4月25日から同年6月20日までの緊急事態宣言（3回目）では63件、同年7月12日から同年9月30日までの同宣言（4回目）では91件、同年6月21日から同年7月11日までのまん延防止等重点措置では6件、合計192件の措置命令（特措法45条3項及び同31条の6第3項）を発出しているものである（乙52・新型コロナウイルス感染症対策に係る東京都の取組 令和3年10月21日改訂版 61頁）。

10 第6 「第6 東京都知事に職務上の注意義務違反が認められること」(83頁以下)
に対する反論

この項目における原告の主張は、本件命令が憲法又は特措法45条3項の規定に違反して違法であることを前提にした上で、かかる違法な措置命令を発出したことについて被告の公務員に職務上の注意義務違反が認められるというものであるが、原告の主張には従前の主張の繰り返しが多く、また、本件命令が違法でないことは被告が既に主張したとおりであるから、特に改めて反論をする必要性を認めない。

20 第7 「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頁以下)に対する反論

原告の主張する損害額については知らないし争う。
なお付言するに、国賠請求訴訟における違法性は、損害填補の責任を誰に負わせるのが公平かという見地に立って行政処分の法的要件以外の諸種の要素も対象として総合判断すべきものであり、「…違法性の有無は、行政処分の法的要件充足の有無(取消訴訟における違法性)のみならず、被侵害利益の種類、性質、侵害行為の態様及びその原因、行政処分の発動に対する被害者側の関与

の有無、程度並びに損害の程度等の諸般の事情を総合的に判断して決すべきものであろう。」(最高裁判所判例解説民事編平成5年度377頁)とされている。そうすれば、原告は、本件命令の前週の同じ曜日の売上高から同命令による営業停止期間の売上高を差引き売上高の減少額を求めるなどして損害額を算出しているところ、原告がこれほどの売上を上げていたのは、原告が緊急事態に当たらないと主張する緊急事態宣言下において、多くの飲食店が被告の協力要請に応じて営業時間の短縮等をしたことにより原告に顧客が流れたことによる要因が大きいものであるから(乙27~30、乙53、及び乙54)、上記国賠法の違法性の法意からも、原告がかかる利益状態が侵害されたことを理由に被告に損害賠償請求を行うことは許されないものというべきである。

第8 被告の主張（本件命令に係る主張の補充）

緊急事態宣言によって都道府県知事に付与された緊急事態措置の権限（特措法45条2項、3項）には裁量（要件裁量、効果（措置内容）裁量）があり、新型コロナウィルス感染症の状況に応じ、どのように迅速かつ的確に対策、措置等を講ずるかは知事の合理的な裁量に委ねられていること

1 効果（措置内容）の合理性－本件要請、本件命令の措置内容（午後8時までの営業短縮、午後7時以降の酒類提供の停止）は合理性があること

(1) 緊急事態措置の目的は、新型コロナウィルス感染症の感染急拡大を防止し、医療に対する負荷を減少させることにあること

都道府県知事にその権限が付与された緊急事態措置（特措法45条2項、3項による施設の使用制限・停止等の要請・命令）の目的は、特措法が対象とする新型インフルエンザ等の感染症（今般の新型コロナウィルス感染症も含む。）の感染急拡大を防止し、医療体制の逼迫・崩壊を回避することがその目的であって、当該措置により直接的には国民の生命・健康を保護するとともに、感染を鎮静化させることにより間接的に国民生活・国民経済への影響

を小さくすることにつながるものもある（特措法1条、2条3号）。

すなわち、従来人類が遭遇したことのない未知の病原体による感染症は、原因体が判明してもその治療法・対処法が確立されない状態で全国的かつ急速なまん延を生じるおそれがあり、こうした感染急拡大及びそれによる医療体制の逼迫・崩壊を回避するためには、「平時から緊急事態時への移行時間を確保するために患者発生のピークを遅らせること、そしてそのピークを医療提供のキャパシティの限界内に押し止めることが重要」（乙32・7頁、図表2。以下「公衆衛生的観点」という。）とされる。

(2) 新型コロナウィルス感染症の感染形態の特徴

平成24年に特措法が制定される直前の平成21年（2009年）4月にメキシコで確認された新型インフルエンザ（A/H1N1（H1N1亜型）。いわゆる「豚インフルエンザ」）は、世界的に大流行となり（いわゆる「パンデミック」）、わが国でも発生後1年間余で約2000万人がり患したと推計されたが、わが国では入院患者数、死亡者数とも諸外国と比較して非常に低い水準に留まった（これは、新型インフルエンザ（A/H1N1）の病原性が比較的弱いものであったこと、インフルエンザ対処薬（タミフル、リレンザ）が奏功したこと等によるとされる）ものの、一時的・地域的に医療資源・物質のひっ迫などがみられた（乙32・5～6頁）

また、平成14年（2002年）に国外で流行をみたSARS（重症急性呼吸器症候群。致死率9.6%）、平成24年（2012年）に同じく国外で流行をみたMARS（中東呼吸器症候群。致死率34.4%）等は未知のコロナウィルス感染症の一種であり、治療法がなく特に高齢者、基礎疾患保有者において高い致死率であったものの、感染者を早期に発見、隔離して感染拡大を防ぐことに成功して世界的な感染拡大を回避することに成功した。

ところが、今回の新型コロナウィルス感染症は、感染後発症までの期間（潜伏期間）が1日～14日（平均5.6日）と、インフルエンザの潜伏期間（1

～2日）に比べて長く、しかも、その潜伏期間（発症前）に他人に感染させること（ウィルス排出のピークは発症日とされる。一方、インフルエンザでは発症後2～3日とされている。乙55・29頁。以下「臨床的知見」という。）から、無症状者が感染源となって感染が拡大し（不顕性感染）、その抑制が困難であることの結果として爆発的に拡大するものと考えられており、既に、世界的な感染拡大状況（パンデミック）となっている。

このため、不顕性感染者が発症前に感染させる可能性を考慮し、従前行われてきた感染者（発症者）の早期発見、早期隔離という方策とは異なり、感染者が特定されていないことを前提とした予防的な感染防止の方策が必要となるため、その対応にはこれまでの感染症には見られない多くの困難が伴っている。

特措法について「立法者意思（意図）」を言う場合には、平成24年当時の新型インフルエンザやSARS、MARSの感染状況と今日の新型コロナウイルス感染症とのこうした違い（無症状感染者（無症状病原体保有者）からの感染拡大。乙55・7頁）を考慮することが必要である。

（3）「酒類提供飲食店」は、いわゆる「3密」「5つの場面」が生じる蓋然性が高いこと

また、新型コロナウイルス感染症は、感染者の口から出る飛沫（粒径5マイクロメートル以上のものは、通常の会話では口からの水平距離が2mの範囲内に大半が落下するとする実験結果（コンピューターシミュレーション）がある。）を体内に取り込むことによる「飛沫感染」、飛散した飛沫に触れた手指を介して体内に入ることによる「接触感染」のほか、口から出る微細粒子（エアロゾル。粒径が5マイクロメートル未満の粒子はすぐには落下せずに長時間空中に漂うとする実験結果（同）がある。）が空気中に漂い、これを吸引することによる「エアロゾル感染（マイクロ飛沫感染）」の形態をとると考えられている（乙7）。

こうした感染は、感染者の口から出た飛沫の飛散、付着、エアロゾルの浮遊が生じるいわゆる「3密」（密閉、密集、密接）環境で生じることから、飛沫感染を防ぐためのマスク着用、人ととの間隔の確保（ソーシャルディスタンス）、パーテーション設置、接触感染を防ぐための手指、ドアノブ、テーブル等の消毒、エアロゾル感染を防ぐための換気の徹底等（以下「感染防止措置」という。）が感染防止に有効とされている。

以上の知見により、感染防止措置及び従業員や来客・利用者らに対する意識・注意喚起の徹底（以下「感染防止措置等」という。）の重要性が業種別のガイドライン等で公表され、その自主的遵守が呼びかけられた（乙10・3頁）。

他方、分科会は感染防止措置が徹底せず感染リスクが高まる状況も類型化して公表し（いわゆる「5つの場面」、乙10・4頁）、注意喚起を図った。

酒類を提供する飲食店では、不特定の人同士が長時間接近して飲食すること、飲食時にマスクを外すこと、酔いが回ると注意が散漫となり会話が大声となる等といった危険因子が重なることから、最も感染リスクが高い根源的な（第1次）感染源と考えられている（乙7、乙9～乙11、乙14・6頁・9頁・11頁）。

(4) 感染防止措置の呼びかけの限界と午後8時以降の飲食店の営業の停止

上記の業種別ガイドラインの遵守、3密、5つの場面の回避の呼びかけにもかかわらず、令和2年11月以降、感染拡大の傾向に歯止めがかからず、同年末には感染が爆発的に拡大した（乙11～乙13）。

このため、分科会は、令和2年12月、年末年始の飲食を伴う会合を極力自粛することを呼びかけるとともに（乙14・23頁、24頁）、午後8時以降の飲食店の営業は、酒類の提供を伴い、感染リスクが高まる蓋然性が高いことから、令和3年1月5日、国及び東京都を中心とした首都圏（東京都、神奈川県、埼玉県及び千葉県）に対して、緊急事態宣言の発出と午後8時へ

の飲食店の営業短縮の前倒しを求める極めて強い提言を発した（乙15・5頁）。

すなわち、感染が急拡大したこの時点で、飲食店における自主的な感染防止措置等の徹底に止まらず、さらに緊急事態宣言発出を前提とした、特措法に基づく「午後8時までの営業短縮（午後7時以降の酒類提供の停止）」の措置（以下「時短措置」という。）が必要とされることとなったものである。

(5) 基本的対処方針の改正と第2回目緊急事態宣言の発出

上記提言を受け、令和3年1月7日、政府は、特措法施行令11条を改正して「飲食店等」を対象施設に加えるとともに、基本的対処方針に、飲食店に対し営業を20時までとする営業時間の短縮要請をすることを記載した上で（乙1の1・15頁）、同日、第2回目の緊急事態宣言を発出した（乙31の1）。

さらに、被告都知事は、特措法24条9項に基づき、飲食店等に対して、営業時間の短縮の要請（特措法24条9項要請）を行った（甲13。答弁書46頁）。

(6) 緊急事態宣言を受けた時短要請の効果

都知事による特措法24条9項要請は個々の飲食店等に対し個別に発せられたものではないが、都内飲食店約10万5千店舗の98%が要請に応じて午後8時までの営業短縮を行った結果、令和3年1月中旬には1日当たりの新規陽性者数が減少傾向となった。これは、午後9時以降の人出の減少がその要因と分析されている（乙21・3頁（青実線））。

その後も、東京都において緊急事態宣言が2度にわたり期間延長されて、時短措置が継続された結果、3月上旬にかけて、新規陽性者数が減少した（乙21・3頁）。

(7) 午後8時までの営業、午後7時までの酒類提供を認めたことは、飲食店の営業について可能な限り配慮したものであること（時短措置が過大な規制で

ないこと)

なお、特措法45条2項、3項の措置として、施設利用の停止（閉店）も挙げられているところ、「午後8時までの営業短縮（午後7時以降の酒類提供の停止）」の措置（時短措置）はこれに比して施設事業者にとって可能な限りの営業を認めるものであって、施設利用の停止よりも制限的でないものといいうるものである。

(8) 以上のとおり、本件要請、本件命令での時短措置の選択には合理性がある。

2 要件の裁量の合理性—本件命令の要件（特に必要であること）について都知事が考慮した要素（甲57の理由①、理由②）は合理性があること

10 (1) 時短措置継続の必要性（本件命令の前提事実）

ア 令和3年3月時点での感染状況、医療提供（逼迫）状況（ステージⅢ）

本件命令が発せられた令和3年3月17日時点での新型コロナウィルス感染症の感染の状況及び医療提供体制の負荷状況については、被告準備書面(1)・第1・2ウ(ア)及び(イ)（6頁～8頁）に述べたとおりであり、この状況において時短措置継続の必要性があったことは同(ウ)（8頁～11頁）に述べたとおりである。

この時期に感染状況に落ち着きが見られたのは、（特措法28条9項に基づく包括的な）時短措置要請の結果、都内飲食店の98%（乙25）が要請に応じたことの結果として夜9時以降の人出が抑制されたことの効果と分析されているが（乙21・3頁）、長引く時短要請の下で、1都3県では新規陽性者数が他地域と比べて高い水準で横ばいから微増傾向にあり、これを裏付けるように、令和3年3月17日時点での人出の状況は上昇の気配が見られた（乙21・3頁）。

これらのこと踏まえ、同日開催された厚生労働省のアドバイザリー会議の構成員からは、宣言解除後のリバウンドを警戒して、感染拡大防止に向けた継続的な取組の必要性は依然として無くなっていないとの注意喚

起がなされている(同書面10頁)。したがって、本件命令発出時において、依然として時短措置の必要性はあったものである。

イ 感染防止措置の効果

なお、感染防止措置については、前記1(3)の通り、原理的に感染防止の効果はあると考えられるものの、飲食時にはマスクを外さざるを得ないことなどから、飲食店において同措置のみにより十分な効果が表れていたということは困難である。実際にも、感染防止措置のガイドライン遵守が呼びかけられた令和2年10月以降も、飲食店で多くのクラスターが発生している状況であった(乙14・7頁)。

その一方、時短措置の効果(その結果としての午後9時以降の人出の減少の効果)は、令和3年1月以降の新規感染者数の減少に見られるように十分評価できるものである(乙21)。

したがって、本件命令発出時において、感染防止措置のみでは時短措置の代替策としては必ずしも十分なものとはいえたものである(乙1の2・18頁)。

(2) 理由① 当該施設(飲食店)の営業継続自体により感染リスクを高めていること(直接的影響)

ア 本件命令発出の必要性

令和3年2月及び3月当時、午後8時以降の飲食店の営業は、酒類の提供を伴い、感染リスクが高まる蓋然性が依然として高かったものである(前記1(3)、(4))。したがって、午後8時以降営業を継続する飲食店に対して、営業を取止めるよう要請すること、要請に応じない場合に命令をする必要性があった。

原告店舗では、本件要請時及び本件命令発出前において、午後8時以降営業を継続していたことから、そのこと自体により飲食につながる人の流れを増大させ感染拡大リスクを高めた(甲23)。

したがって、原告に対して本件命令を発する必要性があったものであり、かつ合理性がある。

イ 原告店舗における感染防止措置等

本件命令発出に先立ち、原告店舗での感染防止措置等の実施状況についての確認は行われていない。しかしながら感染防止措置については、前記(2)(1)イ)のように、本件命令発出時において、感染防止措置のみでは時短措置の代替策としては十分なものとはいえないかったものである。

その一方、時短措置の効果（その結果としての午後9時以降の人出の減少の効果）は、令和3年1月以降の新規感染者数の減少に見られるように十分評価できるものである（乙21・3頁）から、本件命令の必要性がなかつたことにはならない。

ウ 本件命令発出の直接的効果

本件命令発出以降の4日間で、原告店舗（26店舗）で約1万人（45.5%）の来店者数の減少があった（甲53の1・5頁）。これらの来店者数が午後8時以降にあったとすれば、人出の増加につながり感染リスクの増大があったことは明白である。したがって、午後9時以降の人出が微増傾向にあった（乙21・3頁（青線））令和3年3月18日ないし同月21日において、本件命令には感染拡大防止の効果があったことは自明なことである。

なお、原告は、本件命令によって新規陽性者数の増加抑制効果は、4日間で約0.081人と極めて小さいと主張する（甲53の1）。しかしながら、当該分析は、少なくとも都内の10万を超える飲食店等（そのほとんどが休業又は時短要請に応じている）の総体を母数とするものである上、当該分析が採用する「飲食店の感染割合」の数値（5.1%）（甲53の1・3頁、乙36の3・20頁）には、「見えない感染」（乙14・11頁）の中に飲食店における感染が含まれるとされることを除外して考察したもの

であって、こうした考察により原告店舗による影響割合が極めて小さくなることは至極当然であり、この分析をもって本件命令の直接的効果が小さいものとはいえない。

5 (3) 理由② 他の飲食店の営業継続の誘発による感染拡大のおそれ（間接的影響、他店舗に及ぼす誘発効果）

ア 「特に必要があると認めるとき」について国の事務連絡で示された解釈特措法45条3項の要件である「特に必要があると認めるとき」について、政府（国）の事務連絡に示された考慮事項（乙4-12頁（「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」））は記載の仕方（「例えば・・などが考えられる」）から明らかなように例示であって、他の考慮事項を排除していない。

10 後述するように。対象店舗（飲食店）の営業継続により他の店舗（飲食店）の営業継続を誘発させる蓋然性（他店舗に及ぼす誘発効果）があることは、要請非協力店舗を増加させて都道府県における緊急事態措置、さらには政府の緊急事態宣言を無意味・無力化ならしめ、ひいては感染急拡大、医療体制の逼迫・崩壊の状況へと追いやることにつながるから、対象店舗に対する措置実施を義務付けること（命令発出）を必要とすべき重要な考慮事項となるものであり、「特に必要があると認めるとき」に該当するものである（この点について、国の事務連絡で示された解釈（乙4・12頁）を考慮事項を限定するものと捉える考え方（甲57・20頁下から4行目（「当該施設において、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」又はそれに類する場合に限り、「特に必要があると認めるとき」に該当する）、同24頁17行（したがって、「感染リスク増大に間接的に影響を及ぼす場合」は、そもそも「特に必要があると認めるとき」には該当しない））は、当該記載の趣旨とは明らかに異なるものであ

る。)。

なお、国の事務連絡では、都道府県が新型コロナウィルス感染症の状況に応じ、効果的な措置を迅速かつ的確に講じるよう、運用に遺漏なきこととされており(乙4-1頁・上記欄外赤字記載部分)、前記した「公衆衛生的観点」及び「臨床的知見」を踏まえ、都道府県が後手に回ることなく、積極的に感染防止のための措置を探ることが求められているものである。
したがって、「他店舗に及ぼす誘発効果」については、必ずしも事実の確認(対象店舗の営業継続により他の店舗の営業継続を誘発した事実の確認)が必要となるものではなく、むしろ、他の店舗の営業継続を誘発した事實を確認してからでは遅いのである。

イ 公然となされる営業継続による誘発効果

午後8時以降の営業継続の形態として、非公然でなされる場合と公然となされる場合(ホームページ、SNS等(以下「ホームページ等」という。)に発信する場合を含む)がある。後者の場合、公然となされる営業継続に對しては、営業短縮した店舗から客が流れる等当然集客効果が生じて利益が上がることで、営業短縮を行っている店舗が不公平感を抱き、その後時短要請への非協力に態度を変容する可能性は否定できない(乙23、乙24)。

第2回緊急事態宣言下で、都内10万5千店舗の98%が時短要請に協力した(乙25)令和3年1月下旬以降、新規陽性者数が減少することとなった原因是、当該要請の結果午後9時以降の人出が減少したことと分析されている(乙21・3頁)。仮に、営業継続店舗に抱く不公平感から行動を変容させて時短要請への非協力店舗が増加した場合、午後9時以降の人出が増加することで再び新規陽性者数の増加が懸念される(乙21・3頁、乙24)。

したがって、特措法24条9項の包括的時短要請の段階からさらに進ん

5

で、特措法45条2項に基づく個別的時短要請がなされたにもかかわらず、敢えて公然と午後8時以降営業を継続していることは、他店舗の行動変容（20時以降の営業継続）を誘発する効果を有し、ホームページ等での発信如何にかかわらず、特措法45条3項の「特に必要な場合」に該当するものであって、当該店舗の施設管理者に対して時短命令を発すること（乙40の1ないし5）には合理性がある。

10

ウ ホームページ等での営業継続の発信の誘発効果

ホームページ等で午後8時以降の営業継続を表明した場合、極めて速やかに、かつ広範囲にその情報は拡散し、当該店舗が実際に売り上げを伸ばした場合多数の者が不公平感を抱くこと、その結果、多数の店舗が行動変容（20時以降の営業継続）を選択する可能性が高くなること等、その誘発効果は単なる公然の営業継続（上記イ）との比ではなく絶大である。

15

したがって、特措法45条2項に基づく個別的時短要請にもかかわらず公然と午後8時以降営業を継続していることをホームページ等での発信した原告に対し、特措法45条3項の「特に必要な場合」に該当するものとして時短命令を発したこと（甲23）には合理性がある。

エ 本件命令は表現の内容規制そのものであって、適用違憲となるとの主張（78頁以下）について

20

本件命令は表現の内容規制に当たるものではないが、仮に、本件命令が原告のホームページ上の「発信」を理由として挙げること（理由②）から、表現の内容規制に当たると解されるとの主張を前提としたとしても（甲57・25頁）、先行して感染が拡大した欧米（イタリア、英国、アメリカ合衆国等）、南米（ブラジル等）で数百万人規模での感染が起き（感染爆発）、医療体制が追い付かず数十万人規模での死者が出る（医療崩壊）といった状況が生じたことにみられるように、令和3年3月の時点で、わが国ではワクチン接種が未実施の無防備な状況にあり、感染爆発、医療崩壊の結

25

果を来すことは極めて現実性をもつ切迫したものであって、緊急事態宣言下において「現在かつ明白な危険」というべき状況であったことは公知の事実というべきである。