

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

原告第二準備書面

令和3年（2021年）11月15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11月15日付け準備書面(2)（以下「被告準備書面(2)」という）に対し、以下のとおり、反論を行う。

第1 被告準備書面(3)「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」に対する反論

1 反論の骨子

□ 被告は「重症病床数」の不正報告についてほとんど触れていない

被告は、都基準の重症者数を独自に定めて把握を開始した経緯や国が

そのことを把握していたことなどを縷々説明しているが、原告は、都が独自の基準で重症者数を把握していたことについては何ら問題視していない。原告が問題にしたのは、「重症者数」ではなく、「重症用病床数」の不正報告である。

ところが、被告は準備書面(3)で「重症用病床数」についてほとんど触れず、「重症者数」を中心とした無関係な主張を展開している。

また、被告は、第1回緊急事態宣言における病床使用率に関する不正報告についても、国のシステムのせいにして、事実上認否を行わず、明白な虚偽答弁も行っている。

(2) 被告は不正報告にかかる基本的な事実経過について積極的に争っていない

被告は、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行われてきたもので、より実態に即した都基準の重症者数及び重症用病床数は知られていたから、重症病床使用率の大幅な下方修正には当たらず、国の緊急事態宣言の延長／解除の判断に影響に影響を与えていない旨主張する。

しかし、国が都に対して報告を求め、政府内で共有されていたのは、あくまで「国基準の重症者数及び重症用病床数」であり、「都基準の重症者数及び重症用病床数」ではない。

そもそも、都基準の重症病床使用率は、ICU/HCU病床の使用状況を反映したものではなく、国が指標として重視していた国基準の重症病床使用率とは異なる。

現に、政府首脳が令和3年2月下旬に緊急事態宣言の延長／解除の判断を行うに際して参照したのは、国基準の重症病床使用率であり、「令和3年2月17日時点で86%」という情報であった。その後の調査で「令和3年2月24日時点で33%」と判明したのは、関西圏の前倒し

解除と関東圏の宣言延長の方針が決まった後であった。

こうした不正報告にかかる基本的な事実及び経過について、被告は積極的に争っておらず、不正報告が政府の判断に影響を与えなかったとの反証もなされていない。

(3) 3月18日時点の東京都審議会の専門家の意見は3月5日時点と何ら変わらないという主張には無理がある

被告は、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における専門家の意見は、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の従前の意見と何ら変わるものではない、と主張する。

しかし、被告は、都が3月5日以降、本件命令が出される18日までに命令を出すべきかについて専門家に意見聴取をしていなかったことを認めており、そのこと自体に重大な過失がある。

3月18日書面開催の審議会では「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」との意見が出たほどであるから、実際に意見聴取をしていたならば、命令に否定的な見解が出ていた可能性は高い。

2 原告が主張している事実及び被告の認否

(1) 原告が主張している事実

改めて原告の主張のうち、「東京都の不正報告」に関する事実を整理すると、次の5点にまとめられる。

ア 各都道府県は国（厚生労働省）から、国の重要な指標であった「重症病床使用率」の分子にあたる「国基準の重症者数」と、その分母にあたる「国基準の重症用病床数」を報告するように求められていたのにもかかわらず、都は、国に対して、「国基準の重症者数」については

都基準の重症者数ではなく、国基準の重症者数を正しく調査・集計して報告する一方で、「国基準の重症用病床数」については正しく調査・集計せずに、「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、漫然と国基準の重症用病床数として報告し続けていた。

(原告第一準備書面18頁)

イ 国(厚生労働省)において都から令和2年9月2日分から報告を受けていた「国基準の重症用病床数 500床」との情報が令和3年1月中旬ごろ、不正確であることが発覚した以後も、都はただちに調査を行わず、約1か月間、正確な調査・集計を怠っていた。(原告第一準備書面18頁、26頁)

ウ 都が国基準の重症用病床数を正しく調査・集計した結果が報告されたのは、政府が緊急事態宣言の延長／解除についての方針(関西圏は前倒し解除、関東圏は延長)を固め、令和3年2月26日に同方針を基本的対処方針等諮問委員会に諮った後のことである。その際に初めて、東京都における重症用病床使用率が86%(2月17日時点)から33%(2月24日時点)に下方修正されたことが判明した。(原告第一準備書面25～26頁)

エ 令和3年2月下旬の時点で、東京都と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った。ところが、政府が緊急事態宣言の解除／延長の方針を決定する際に報告されていた同年2月17日時点の最新情報は、東京都の重症病床使用率だけステージⅣに相当する高い水準にあるとされていたため、関西圏と関東圏の医療提供体制に対する評価が異なり、大阪府を含む関西圏は前倒し解除する一方で東京都など関東圏は解除しないという政策判断につながった。実際の東京都の重症病床使用率が2月17日時点で大阪府とほぼ同様の水準にまで改善していたことが事

前に判明していれば、首都圏を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。(原告第一準備書面20～27頁)

オ 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。東京都は令和2年4月下旬までに、当時発表していた入院患者数をもっと少なく、減少傾向にあり、病床数もより多く確保されていたことを認識していたのに、同月下旬から5月上旬にかけてなお入院患者数が増加し、病床不足の医療崩壊状態であるかのような情報を発信し続け、緊急事態宣言の延長決定後にひそかに厚生労働省に大幅な訂正報告を行っていた。このような不正報告が繰り返されていたことは、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する重大な事実である。(原告第一準備書面28～33頁)

(2) 被告の認否

以上の原告の主張に対し、被告が準備書面(3)において行った認否は非常に雑駁で分かりにくいですが、被告が認めている事実と認否をせず積極的に争わなかった事実などを分析整理すると、次のようになる。

ア 前記(1)アについて

(ア) 被告は、「重症患者」の定義が国基準と都基準で異なることを認め、たうえで(準備書面(3)第1、2(4)ウ(ア)、6頁)、都が、令和2年8月20日ごろ以降、国に対して、都基準で集計した重症患者数ではなく、国が報告を求めている「国基準の重症患者数」を報告していたことを認めている(同第1、第1、2(4)ウ(イ)a、7頁)。

(イ) 一方、「重症患者」と同様に国基準での報告が求められていた「重症病床数」について、被告は、都が令和3年2月17日分まで「500床」と報告していたことは認めつつ、「最終フェーズでの確保計画数」(ママ)であったとし、「国からは、最大確保病床数を報告

するように指示があったため・・・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」と、あたかも国の指示にしたがって適正な報告をしていたかのように弁明している（同第1、2(4)ウ(ア)a、6頁）。

これはトリッキーな記述であり、要注意である。

国が報告を指示していたのは「国基準」の数値であるが、都が報告していたのは「国基準」の数値ではない。

被告は「都基準での最終確保計画数500床」と明記された書面（甲33）を参照・引用しつつ、別の箇所で「都の国に対する報告が都基準に基づくものであることについては、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」などと記述している（同第1、2(4)エ、9～10頁）。

このことから、被告は、都が令和3年2月17日分まで国に報告していた「500床」が、本来報告すべきであった「国基準の重症病床数」ではなかったことは認めているといえる。

(ウ) 都が令和2年9月2日分から国基準の重症病床数を「500床」と報告し続けていたこと（甲28・「資料2-1-12(2)」）について、被告は明確に認めていないが、否認もしていない。

(エ) 都が「500床」が国基準の重症病床数でないと認識しながら、これを「国基準の重症病床数」として不正確な報告を行っていたとの原告の主張についても、被告は明確に認めていないが、否認もしていない。

被告は、当初から国に対して「500床」（令和2年8月以前は「400床」）が「国基準の重症病床数」ではなく「都基準での重症病床数（最終確保計画数）」であると断って報告していたとは明言していないし、そうであったことを裏付ける証拠も提出されていな

い。

イ 前記(1)イについて

(ア) 被告は、「東京都では(引用注:令和3年1月中旬以降)約1か間、国基準の重症病床数を正確に、調査、報告することを怠っていた」との原告の主張を争うとしている(同第1、4(2)ウ、12頁)。

被告は、「国からの確認依頼を受け(引用注:令和3年)2月に病床数の調査を実施」したと答弁していることから、その調査を行うまでは国基準の重症病床数を正確に報告していなかったことまでを争う趣旨でなく、「約1か間も調査を怠った」ことを争う趣旨と考えられるが、被告は、調査の実施時期を曖昧にしている。

(イ) 菅義偉内閣総理大臣は、東京都の不正報告問題が発覚した直後の記者会見で「かねてから、東京都に対しては、厚労省から(…)国基準に基づいて報告するようお願いしてきました。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(…)」と発言している(甲38)。これについて、被告は、「菅総理大臣の発言の意図については不知」と答弁するにとどまり(同第1、4(2)ウ、12頁)、厚労省が以前から国基準に基づく報告を都に依頼していたことや、2月中旬になって都が調査を行ったとの内容も含め、菅総理の発言内容を否認してはいない。

(ウ) 一方で、被告は「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」と答弁している(同第1、4(2)ウ、12頁)。その趣旨も判然としないが、東京都が報告していた国基準の重症病床数が正確でないことを国(厚生労働省)は1月中旬より前から把握していたとの趣旨と推測される。そうだとすると、被告は都が具体的にいつそのことを国に伝えたのか明らかにしていないし、その裏付け資料も提出されていない。

なお、菅総理が表明しているように、国は、都に対して国基準の重症病床数の報告を求めていたのであるから、たとえ国が1月中旬より前から都の不正報告を把握していたとしても、都が本来報告すべき国基準の重症病床数の調査報告を怠っていた事実には変わりはないし、国が是正を求めていなかったはずがなく、都が調査報告を怠っていた期間がより長いという事実が明るみになるだけである。

ウ 前記(1)ウについて

(ア) 都が国基準の重症用病床数を正しく調査・集計した結果が報告されたのは令和3年2月26日の基本的対処方針等諮問委員会の後であったとの原告の主張について、被告は「否認し争う」としている（同第1、4(2)イ、12頁）。

(イ) これについて、被告は、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都基準の重症病床使用率について説明がなされていることを理由として挙げているが、原告が問題にしているのは実際の国基準の重症病床数が判明した時期であるから、全般的な外れである。原告の再反論の詳細は、後述する。

エ 前記(1)エについて

(ア) 令和3年2月下旬の時点で東京都と大阪府における感染拡大状況及び医療提供体制状況にかかる客観的指標がほぼ同じ水準であったとの原告の主張について、被告は、客観的な数値は争わないが、ほぼ同じ水準であったとの主張については反論している（同第1、3、10～11頁）。

これについての原告の再反論は、後述する。

オ 前記(1)オについて

(ア) 東京都が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

ていたとの原告の主張については、被告は個別の認否を行わないとしつつ、都が従前に発表していた人数（引用注：入院患者数）を下方修正したというものではない、などと反論している（同第1、4(4)、14～15頁）。

これについての原告の再反論は、後述する。

カ 以上をまとめると、被告は、都が令和2年8月20日ごろ以降、国に対して、国の求めに応じて「国基準の重症患者数」「国基準の重症病床」を報告していたが、そのうち「国基準の重症病床」として令和3年2月17日分まで報告されていたものは正確でなく、同年2月中旬に国基準の重症病床を調査して国に報告するに至ったという基本的な事実経過については、認めているか、積極的に否認していない。

ただ、被告は、都の報告については国との相互理解があったとし、それが政府の緊急事態宣言に関する政策判断に影響を与えたことを争っている。

第一回緊急事態宣言における不正報告については明確な認否を行っていない。

3 原告の再反論

(1) 都が国基準の重症用病床数を正確に報告していなかったことについて、国との相互理解があり、不正報告はなかったと被告が主張している点について

ア 被告は、都が国基準の重症病床数について令和3年2月17日分まで正確に調査、報告していなかったことについては積極的に争っていないが、同月2日の基本的対処方針等諮問委員会で厚生労働省局長が同時点での重症病床使用率が国基準の報告となっておらず、これとは異なる都基準の重症病床使用率について説明を行なってい

たことから、国との相互理解があった旨主張している。また都基準の重症者定義の方がより実態に即しているとも主張している。

要するに、国側は、都から国基準に基づく報告がなされていないことを了解しており、これとは別に都基準の重症者数及び重症者病床を把握していたのであるから、何ら不正の問題はなく、政府の政策判断にも影響を与えていないと言いたいのだと思われる。

これはとんでもない詭弁である。

イ まず確認しておくべきことは、国が都（を含む各都道府県）に対して報告を求めていたのは、あくまで「国基準の重症者数及び重症病床数」であり、「都基準の重症者数及び重症病床数」ではなかった、ということである。

菅総理が記者会見で「かねてから・・・東京都に対しては、厚労省から（・・・）国基準に基づいて報告するようにお願いしてきました」と表明していること（甲38）や、令和3年2月2日の基本的対処方針等諮問委員会で厚生労働省局長が「できれば東京都と調整をして、分母と分子を合わせたい」と述べていること（乙49）からもわかるように、国が都に対してだけ「国基準の重症者数及び重症病床数」での報告をしなくてよいと特別扱いした事実はない。

なお、大阪府も、東京都とは異なる独自の重症者定義をもっているが、これとは別に、国基準の重症者数及び重症病床数を調査、報告している。各自治体によって独自の重症者定義を作ることは何の問題もないが、国基準の重症者数及び重症病床数を国に報告しなくてよかったという言い訳にはならない。

ウ そもそも都は、国に対して「都基準の重症者数及び重症病床数」を報告していたのではない。都は、国に対しては「国基準の重症者数及び重症病床数」を報告していたのである（被告準備書面(3)7頁

において、都が「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」と記しているのは、そのことを指す）。

現に、都が発表していた「都基準の重症者数」と都が国に報告していた「国基準の重症者数」は大きく異なっていたし、都が発表していた「都基準の重症病床数」と都が国に報告していた「国基準の重症者数」も異なっていた。定義が異なる以上、当然のことである。

例えば、東京都は、令和3年1月27日時点での都基準の重症者数／重症病床数を159人／265床と発表する一方で、同月26日時点での国基準の重症者数／重症病床数を567人／500床と国に報告していた（なお、同年2月2日の基本的対処方針等諮問委員会の議事録（乙49）によれば、厚生労働省局長が「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」と説明しているが、同年1月28日開催の都のモニタリング会議では「265床」と発表されている）。

令和2年までは都が報告していた国基準の重症者数が重症病床数（500床）を超えることがなかったため、報告されていた重症病床数が国基準のものでないという問題が顕在化しなかったとみられるが、令和3年1月中旬から、都が報告する国基準の重症者数が重症病床数を超えて報告されるようになったため、国が公表している資料にも注記が入るようになり、報告されていた重症病床数が国基準のものでないことが問題になったのである。

エ 被告は、都基準の重症者の定義の方が臨床的に実態に即していた旨主張するが、都基準では「人工呼吸管理又はECMOを使用している患者」に限られ、ICU／HCU病床を使用している患者はカウントされない。これは、患者の症状に着目した定義であり、実質

的な重症者数の動向を把握するには適した指標であろうが、これではICU/HCU病床の使用状況はわからない。

これに対して国基準の重症者定義は、実質的な重症者であるか否かにかかわらず、ICU/HCU病床の使用状況を把握するためには適した指標である。都が説明したように(乙46)、ICU/HCU病床を使用している患者は必ずしも臨床的な意味での重症患者とは限らないのであるから、国が医療提供体制の状況・実態を把握するために国基準を採用したのは十分に合理的であると言える。

オ 前述のとおり、都が報告していた都基準の重症者数と国基準の重症者数には大きな乖離があり、都基準の重症病床使用率は必ずしも重症者病床の実態を反映したものでないことは明らかになっていたのであるから、国としては、都内のICU/HCU病床の使用状況を把握するため、国基準の重症者数とともに、国基準の重症病床数を都に報告させる必要があった。

問題が発覚した1月ごろに、国が都の報告を全く問題視せずに放置したとは考えにくく、都に国基準の重症病床に報告するよう求めたと考えるのが自然であり、実際に求めていたとの報道もなされている。しかし、都は国の依頼にすぐに応じなかった。

都が国基準の重症病床数の調査を行ったのはそれから約1か月後、国が改めて要請をした2月中旬ごろとみられるが(菅総理の発言、甲38)、このことは、国が都内の重症病床使用率を正確に把握するためには、都基準に基づくデータではなく、国基準に基づくデータが必要と認識していたからにはほかならない(国・厚生労働省が1月中旬に都に対して調査を強く要請せず、不正確なデータを公表していた過失も重大であるが、ここではこれ以上深入りしない)。

カ まとめると、政府及び分科会の専門家が令和3年2月当時、政策

判断の指標としていたのは、都基準の重症者数・重症病床数ではなく、ICU/HCU病床の使用状況の実態を反映した国基準の重症者数・重症病床数であった。

このことは、菅総理が同年2月25日に官邸で最終協議を行った際に報告された東京都の重症病床使用率が国基準の「86%」であったこと（原告第一準備書面25頁、甲58）、同月26日の基本的対処方針等諮問委員会において提出された資料にもこのデータが採用されていたことから、明らかである。

以上のとおり、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都基準の重症病床使用率について説明がなされていることを挙げて、国との相互理解があり、不正報告はなかったとの被告の主張は、全くの詭弁である。

(2) 令和3年2月下旬の時点で東京都と大阪府における感染拡大状況及び医療提供体制にかかる客観的指標がほぼ同じ水準であったとの原告の主張に対して被告が反論している点について

ア 令和3年2月下旬の時点で東京都と大阪府における感染拡大状況及び医療提供体制状況にかかる客観的指標がほぼ同じ水準であったとの原告の主張について、被告は、客観的な数値は争わないが、ほぼ同じ水準であったとの主張については、4月に関西圏で感染が拡大し、大阪府で緊急事態宣言が発出されるに至ったことや、埼玉、千葉県の病床使用率が50%以上であったことなどから、ほぼ同じ水準ではなかった旨反論している。

イ しかし、緊急事態宣言を解除して人々の活動が活発になれば再拡大（リバウンド）の恐れがあるため早々に解除すべきでないという議論は、よく聞かれるところであるが、感染状況が収束に向かい医療提供体制のひっ迫状況が解消されても、再拡大の恐れが無くなら

ない限り、できるだけ長く緊急事態宣言により諸々の行動制限を継続するという施策と結びつき、「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」という特措法第5条の趣旨に反する。

結果的に令和3年4月ごろに再び感染拡大が起こり再度の緊急事態宣言が必要な状況になったとはいえ、同年2月下旬の時点で必ずそういう事態になると予見されていたわけではない。現に、令和3年8月ごろもお盆明けに人々の活動が活発になれば感染拡大は必至であるとの感染症専門家らが意見を述べていたところ、周知のとおり、その見通しは大きく外れ、急減少した。感染拡大が起きる要因やその時期、規模等は科学的にも十分解明されておらず、確度をもって予見できるものでもない。

しかも、緊急事態宣言を延長すれば状況が必ず改善するかという点、そうでないことは、この第二回緊急事態宣言が東京都を含め関東圏で3月21日まで延長されたにもかかわらず、感染状況は2月下旬とさほど状況は変化せず、4月以降、再拡大したことから自明である。

したがって、将来的に感染拡大が起きる潜在的可能性が残っていたとしても、現下の感染状況及び医療提供体制状況にかかる客観的指標が「ステージⅢ」もしくはそれ以下の水準に改善してその状況が継続し、医療提供体制のひっ迫を回避するためにやむを得ず緊急事態措置を実施しなければならない必要性がなくなった時点でいったん緊急事態宣言を解除することは、政府の基本的対処方針の基本的考え方と合致し、人々の行動制限を最小限にする観点から政策的に合理的であるのみならず、憲法及び特措法の要請でもある。

ウ また、被告は、埼玉、千葉県病床使用率が50%以上であったことなどから、関西圏とほぼ同じ水準であったとはいえないと指摘しているが、東京都と神奈川県は30%であったのだから、関東圏全体で見れば50%を大きく下回っていた。

埼玉、千葉県の重症病床使用率(国基準)は20%台になっており、兵庫県の重症病床使用率(40%台)を大きく下回っていた。

埼玉、千葉県の病床全体の使用率がやや高めの水準だったのは、本来もっと充実させるべき病床確保が遅れていたことや軽症者を少なからず受け入れていたこと、病床に比較的余裕のある自治体が他自治体の患者を柔軟に受け入れる制度を国や自治体が整備してこなかったことなど、政策的要因が大きい。

(3) 第一回緊急事態宣言下の東京都の病床使用率に関する指標の不正報告について被告が明確に認否を行わなかった点について

ア 第一回緊急事態宣言においても東京都は、遅くとも令和2年4月下旬までに、当時発表していた入院患者数がもっと少なく、減少傾向にあり、病床数もより多く確保されていたことを認識していたのに、同月下旬から5月上旬にかけてなお入院患者数が増加し、病床不足の医療崩壊状態であるかのような情報を発信し続けた。

これについて、被告は明確に認否を行っていないが、客観的証拠に照らせば、東京都が故意または重大な過失により不正確な情報を発信し、国に報告をしていたことは十分に証明されている。

イ 被告は、都が当時、入院患者数に「宿泊療養」等も含めて発表していたものであり、下方修正したというものではないと主張しているが、これは明白な虚偽である。

例えば、東京都が令和2年5月6日時点で「入院患者 2,974人」で、うち「宿泊療養 164人」と当初発表していた(甲41の

8)。

しかし、その後、都が国に報告した同日時点のデータは、「入院患者 1,511人」「宿泊療養 149人」「自宅療養312人」などとなっており、「入院患者」と「宿泊療養」等を全部合計しても2,196人にしかならないのである(甲43の2)。

当初発表していた入院患者数から宿泊療養等を差し引いても、訂正後の入院患者数と合わないのだから、大幅な入院患者数の下方修正にほかならない。

しかも、東京都は令和2年4月27日時点で「入院患者 1,832人」と国に報告しており(甲43の1)、当時すでに新規陽性者数が減少し、入院患者も減少局面であったことを都が把握していなかったとは考えられないことからすれば、同年4月下旬から5月11日にかけて発表された入院患者数及び病床数は、実態と大きくかけ離れ、事実と異なることを、都は認識していながら、その発表を行っていたのである(原告第一準備書面29～32頁)。

ウ 東京都が第一回緊急事態宣言の延長前に入院患者数及び確保病床数について著しく不正確な発表を続けて行い、さらに第二回緊急事態宣言でも国基準の重症病床数の調査・報告を怠って病床使用率の大幅な下方修正を余儀なくされたことは、都が緊急事態宣言に基づく行動制限の重要な根拠となる医療提供体制状況に関する把握を軽視し、社会経済活動への影響を考慮して緊急事態宣言の期間をできるだけ最小限度にとどめなければならないという憲法及び特措法上の要請を無視していたことの表れである。

このような都の姿勢が令和3年3月7日以降の緊急事態宣言の再延長、解除間際での本件命令の発出につながったのであるから、本件訴訟において被告・都が不正報告の事実に向き合わず説明責任を果た

そうとしないことも含め、都の一連の不正報告の実態は、本件命令における東京都知事の職務上の注意義務違反にかかる重要な事実として認定されるべきである。

(4) 3月18日時点の東京都審議会の専門家の意見は3月5日時点と何ら変わらないとの主張について

ア 被告は、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における専門家の意見は、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の従前の意見と何ら変わるものではない、と主張しているので（被告準備書面(3)第1、7、15～16頁）、この点についても再反論しておく。

イ まず、被告は、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では、宣言解除後の措置について意見聴取を行っていたとし、都が3月5日以降、本件命令が出される18日までに命令を出すべきかについて専門家に意見聴取をしていなかったことを事実上認めている。

書面開催のための意見聴取の手続きは、3月18日よりも前に行われたとみられる（この点に関する原告の求釈明（令和3年5月18日付け求釈明申立書の第6③など）に被告は応じていない）。このことは、3月18日以前から、すでに感染状況及び医療提供体制からみて宣言が解除される状況にあり、宣言の延長を要請しない方針が、都知事及び都庁幹部で共有されていたことを裏付けるものである。

ウ 3月18日書面開催の審議会において、3月21日の宣言終了以後も段階的緩和を行う必要性が委員の間で共有されていたからといって、医療提供体制のひっ迫状況が解消され、宣言終了間際になってもなお、要請に応じていない原告を含む飲食店に対して命令を出す必要性があるとの認識も委員の間で共有されていたとは、必ずしも言え

ない。

そもそも、緊急事態宣言終了後は要請ベースで行われる対策であり（緊急事態宣言終了後に、営業時間短縮の要請を行うことにも法的な問題点があるが、ここでは深入りしない）、特措法に基づく命令とは質が異なる。

3月5日以降、感染状況はほぼ横ばいで推移していたものの、医療提供体制は改善傾向が続いていたところ、3月18日書面開催の審議会では「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」との意見が出たほどであるから（太田智之委員、甲47）、実際に意見聴取をしていたならば、3月18日以後の命令発出に否定的な見解が出ていた可能性は高い。

エ いずれにせよ3月5日以降も、医療提供体制の状況は更に改善が進んでいたにもかかわらず、専門家に特措法45条3項に基づく命令の可否について意見聴取を行わなかったのは、緊急事態措置の必要性及び要件充足性（許容性）について都が慎重かつ十分に検討を行っていなかったことの証左であり、重大な過失がある。

第2 その他

被告準備書面(3)17頁以下の主張に対する反論は、必要に応じて追って行う。

以上