

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

原告第三準備書面

令和3年（2021年）12月13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



代

同

金塚 彩乃



代

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(3)（以下「被告準備書面(3)」という）に対し、原告作成の同日付け原告第二準備書面において反論したことに加えて反論を行うとともに（第1及び第2）、原告が提出した3通の意見書（甲59の曾我部真裕意見書、甲60の阿部泰隆意見書及び甲61のエマニュエル・オーバン意見書）に関して主張を行う（第3ないし第5）。

## 目次

### 第1 被告準備書面(3)・「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、新型コロナウイ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裁量にゆだねられていること」に対する反論	3
1 緊急事態措置の目的について	3
2 本件命令と感染拡大防止の関係が自明ではないこと	7
<b>第2 被告準備書面(3)における被告の事実認定及び法解釈・適用の問題について</b>	<b>9</b>
1 被告の特措法の解釈について	9
2 内在的制約について	10
3 不公平感による権利制限等について	11
4 原告を命令対象に選定した基準について	12
5 考慮不尽等について	12
6 学識経験者からの意見聴取について	14
7 原告の発信をとらえて命令措置をしたことが違憲であること	15
<b>第3 曾我部真裕（京都大学大学院法学研究科教授）作成の意見書について</b>	<b>16</b>
1 意見書の骨子	16
2 本件対象施設の床面積に関連して	17
3 原告の主張の整理	17
4 本件命令発出に至る記録に関連して	18
<b>第4 阿部泰隆（神戸大学名誉教授）作成の意見書について</b>	<b>18</b>
1 意見書の骨子	18
2 「正当な理由」に関して	19
<b>第5 エマニュエル・オーバン（フランス・トゥール大学公法学教授）作</b>	

成の意見書について .....	20
1 意見書の骨子 .....	20

**第1 被告準備書面(3)・「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、新型コロナウイ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裁量にゆだねられていること」に対する反論**

#### **1 緊急事態措置の目的について**

(1) 被告は、緊急事態措置の目的について、「新型コロナウイルス感染症の感染拡大を防止し、医療に対する負荷を減少させること」にあり、本件命令発出についても、被告が主張する目的に照らして合理的裁量の範囲内にあった旨、主張している(被告準備書面(3)37頁以下)。

しかしながら、緊急事態措置の目的は単に「新型コロナウイルス感染症の感染拡大の防止・医療負荷の減少」させることだけではない。

その真の目的は、「新型コロナウイルス感染症の感染拡大を防止することで、医療提供体制の整備やワクチン製造のための時間を確保する」点にある。

そのため、単に感染拡大防止だけを目的として本件命令を発したとする被告の主張は失当であって、本件命令発出に当たっての合理的裁量を逸脱したものであることは明白である。

以下では、この点について詳述する。

(2)ア 被告は、これまで、政府対策本部が作成する基本的対処方針(乙1)に従って緊急事態措置等の対応を行ってきたことを繰り返し主張し

ている。

基本的対処方針は、政府が新型インフルエンザ等の発生に備えて予め定める政府行動計画に基づいて作成されるものであり（特措法第6条、第18条）、都道府県も政府行動計画に基づいて都道府県行動計画を策定しなければならない（特措法第7条）。

これら新型インフルエンザ等特別措置法の構造から、基本的対処方針については緊急事態措置は、少なくとも政府行動計画の趣旨に則って運用されなければならないといえる。

イ 政府が作成した新型インフルエンザ等対策政府行動計画（甲62）において、「新型インフルエンザ等対策の目的及び基本的な戦略」は下記のように記載されている（甲62、3頁。なお、同様の説明は、東京都が定める東京都新型インフルエンザ等対策行動計画〔甲63、4頁〕にも存在している。）

#### 記

新型インフルエンザ等については、長期的には、国民の多くが患するものであるが、患者が一定の期間に偏ってしまった場合、医療提供のキャパシティを超えてしまうことを念頭におきつつ、新型インフルエンザ等対策を国家の危機管理にかかる重要な課題と位置付け、次の2点を主たる目的として対策を講じていく必要がある。

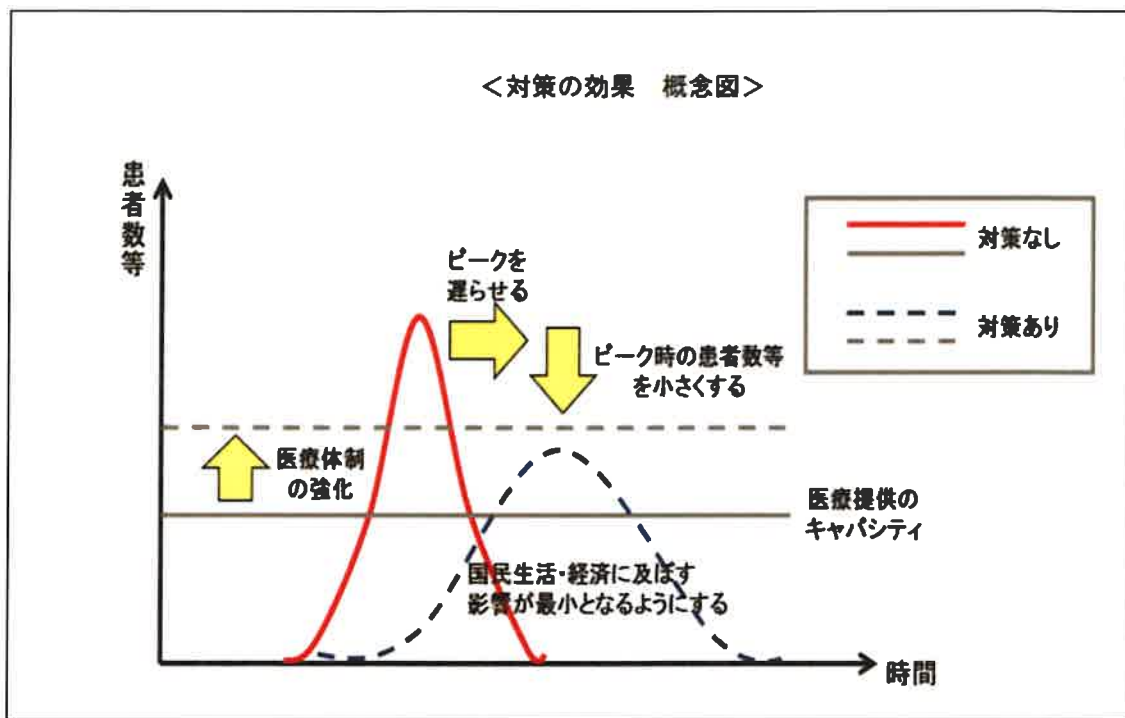
- 1) 感染拡大を可能な限り抑制し、国民の生命及び健康を保護する。
  - 感染拡大を抑えて、流行のピークを遅らせ、医療体制の整備やワクチン製造のための時間を確保する。
  - 流行のピーク時の患者数等をなるべく少なくして医療体制への負荷を軽減するとともに、医療体制の強化を図ることで、患者数等が医療提供体制のキャパシティを超えないようにする

ことにより、必要な患者が適切な医療を受けられるようにする。

- 適切な医療の提供により、重症者数や死亡者数を減らす。

2) 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。

- 地域での感染対策等により、欠勤者の数を減らす。
- 事業継続計画の作成・実施等により、医療の提供の業務又は国民生活及び国民経済の安定に寄与する業務の維持に努める。



ウ すなわち、政府行動計画が定める新型インフルエンザ等対策の究極的な目的は、最終的には多くの人々がこれに罹患することを前提とし、①対策によって流行のピークを遅らせ、かつ、②ピーク時の患者数などを小さくすることで医療崩壊を防ぎつつ、その上で、③医療提供体制の強化やワクチン製造のための時間を確保する点にある。

このことは、被告が引用する特措法の制度の解説（乙32）にも掲載されている、上記「対策の効果 概念図」からも明らかである。

概念図は横軸に「時間」を置き、特措法に基づく対策は「時間確保

のため」であることを明確にしている。さらに、「対策あり」の場合でも、流行ピーク時の患者数を抑えることはできるものの、その分、流行期間が長くなり、「対策なし」の場合も「対策あり」の場合も、最終的な患者数等に変化はないことも明らかにしている。

以上のことから、緊急事態措置を含む特措法に基づく感染対策の目的は、流行ピーク時の患者数を抑え、医療崩壊を防止することだけではなく、それによって医療体制等強化の時間を確保する点にあることは明らかである。

- (3) それにもかかわらず、被告は、本件命令が東京都知事の合理的裁量の範囲内にあることの理由として、単に、本件命令発出が感染拡大防止に効果があった旨を繰り返すのみである（被告準備書面(3) 43頁から48頁）。

仮に、本件命令発出による感染拡大防止効果があったとしても、上述のとおり、その最終的な目的は、医療提供体制を強化するといった、重症者や死亡者数を減少させる施策を実施する時間確保に向けられていなければならない。

しかしながら、被告においては、本件命令発出にあたり、わずか4日間の本件命令によって、どの程度流行のピークを遅らせることができるのか、その間にどのような医療体制強化策をとるのかといった、政府行動計画や自身が定める東京都行動計画で規定する基本的戦略に合致する考慮を行った様子は一切ない。

医療提供体制強化等の時間確保のために感染防止対策を行うという基本的な目的を忘れ、ただただ、感染防止という抽象的な題目を繰り返すことで本件命令を正当化しようとする被告の姿は、本質的な部分において欠落があり、考慮すべき事項を考慮しておらず、本件命令が合理的な裁量を逸脱していることは明白である。

## 2 本件命令と感染拡大防止の関係が自明ではないこと

- (1) 被告は、時短要請や本件命令によって人流が抑制された結果、感染拡大が防止された旨を繰り返し主張している（被告準備書面(3)41頁以下）。

しかしながら、「人流抑制」は感染拡大防止の一つの要素ではあったとしても、唯一絶対の要因ではない。

新規陽性者数減少の原因を単に「人流抑制」のみに求め、実際に新規陽性者数減少の効果を導くものであるかを具体的に検討することもなく本件命令を発出したことは、特措法が都知事に認めた裁量を逸脱するものである。

- (2) すなわち、人流抑制の結果として新規陽性者数が減少した根拠として被告が挙げる乙21・3頁の図を確認しても、緊急事態宣言発出直後は人流が減少するものの、宣言発出から約1週間を経過すると、人流は一貫して増え続けている（乙21、3頁〔黄線〕）。

また、21時以降の人流についても、宣言発出から約1週間を経過すると、一貫して増加している（乙21、3頁〔青線〕）。

一方で、緊急事態宣言中、人流は徐々に増加しているにも関わらず、10日後の東京の新規陽性者数は減少し続けている（乙21、3頁〔赤線〕）。反対に、緊急事態宣言発令前の、令和2年12月31日前後を見ると、都内主要地点の人流（黄線）や21時以降の人流（青線）は緊急事態宣言発令直後よりも大きく減少しているものの、10日後の東京都の新規陽性者数は急増している（赤線）。

したがって、「人流」と「新規陽性者数」は完全に相関関係にあるものではなく、「人流抑制」は新規陽性者数を減少させる一つの要素ではあっても、自明のものとして絶対視すべきものではない。

実際に、現在の知見では人流抑制がなくとも感染が急減することが明らかになっており、人流抑制を重視した感染症対策の見直しも主張されている（甲64）。

- (3) 以上のとおり、緊急事態宣言下において、人流が増加しても新規陽性者数は減少していたのであり、本件命令発出時点においても、新規陽性者数の減少と人流抑制との間には強い相関関係が明確に存在するとの知見はなかった。

そのため、緊急事態宣言終了までわずか4日を残した令和3年3月18日時点で、敢えて命令を発出するほどの意味があったとは到底言えない。

そもそも、本件命令発出に関わらず、令和3年3月18日から同月21日時点においても主要駅の夜22時の改札通過人数は増加し続けている。そのため、人流抑制と感染拡大防止に関連があるとしても、本件命令によって人流が抑制された事実は存在せず、感染拡大防止に役立つことは一切なかった（甲65、8頁）。

それにも関わらず、被告は、本件命令に人流抑制の効果がないことが明らかになり、さらには人流抑制と新規陽性者数減少の因果関係について疑問が呈されるようになった現時点においても、「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」（被告準備書面(3)、44頁）などと、特に根拠を示すことなく強弁している。

このような被告の態度こそが、人流抑制と新規陽性者数減少との間に強い相関関係があるとの先入観だけを基にして本件命令を発出し、本件命令の効果を真摯に検討することもなかった被告の不真面目さを如実に表している。

以上のことから、本件命令発出に際して、本件命令によって人流抑制の効果はどの程度あるのか、そもそも人流抑制に感染拡大防止の効果はど



の程度あるのか等の重要な事項を考慮することなく、漫然と被告が本件命令を発出したことは明らかであり、これは特措法が都知事に付与した合理的裁量を踰越濫用したものと云わざるを得ない。

## 第2 被告準備書面(3)における被告の事実認定及び法解釈・適用の問題について

### 1 被告の特措法の解釈について

被告は、被告準備書面(3)において、「特措法の目的」に再三言及するが、被告が言及するのは目的のうち「国民の生命及び健康を保護」のみである。特措法の目的は、生命及び健康の保護だけでなく、「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」も等価で並列しているのであって、生命及び健康の保護の結果、国民生活及び国民経済に及ぼす影響が「最小」といえない状況が生じた場合には、当該特措法に基づく措置は特措法の目的に適っていないこととなるのである。これも繰り返しになるが、「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」と規定する特措法第5条の解釈指針からしても、国民生活や経済への影響の「最小」は、権利制約の「必要最小限」と呼応・共鳴するものである。その意味で、被告の特措法1条の解釈及び援用方法には明確な誤りがある。

被告準備書面(3)18頁においても「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(第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」などとしているが、被告の当該解釈こそ、特措法の目的を読み違えたものと云わざるを得ない。

## 2 内在的制約について

また、被告は続けて「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」とする。当該解釈もまた、明確な誤りが存する。

そもそも内在的制約に該当するから「正当な理由」にあたらないとの論理関係にあるともいえないが、それ以前に、仮に被告の主張するように、特措法に基づく権利制限は内在的制約であり特措法に根拠があれば合憲合法ということであれば、営業の自由と特措法の外延は一致してしまい、営業の自由は法律（特措法）の範囲内でしか保障されていないこととなる。このような権利制限についての解釈は、「法律の留保」を認めていた明治憲法下であればまだしも、日本国憲法下における権利制限の立論としては採用しえない。特措法は、緊急事態との認定を前提に、各都道府県知事に緊急事態措置を行う権限を授権するという建付けをとっている（特措法第32条、甲57号証）。すなわち、授権された権限を都道府県知事がどのように行使するかの段階でさらなる憲法適合性及び合法性の吟味が必要なものであり、「正当な理由」「特に必要があると認められるとき」等の要件判断においても都道府県知事が「いつ、いかなる客体に、いかなる措置を行うか」について別途法的判断がなされなければならない。したがって、内在的制約の解釈及び内在的制約と「正当な理由」との関係に関する被告の主張は失当である。

以上の理解を前提とすると、被告は、被告準備書面(3)20頁において「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」などと主張するが、特措法の目的が「国民生活及び国民経済に及ぼす影響が最小となるようにすること」として営業の自由をも取り込んだ形で規定されていることからすれば、営業の自由は国民の生命及び健

康の「反対利益」ではなく、balancingにおいて等価の考慮要素である。

上記指摘箇所以外でも、被告は本件命令発出の目的は特措法の目的（の一部）に合致しているため合憲・合法という結論のみを繰り返すのみであって、特措法及びこれに基づいた命令の目的と手段の関連性及び妥当性の詳細な論証過程が皆無であり、反証として成立していない。

### 3 不公平感による権利制限等について

被告は、原告からの営業の自由や表現の自由等への制約根拠についての反論に対して、「それ自体」を制約根拠としたものではないと制約根拠として自身が挙げた事情を相対化しはぐらかしている。しかし、当該論法によると、被告の主張における原告の権利に対する制約根拠はおよそすべて「それ自体」制約根拠ではないことになってしまう。それは同時に、翻ってすべてが制約根拠を構成していることを認めているのと同義である。

たとえば、被告は、原告による不公平感によって権利制限することはできないとの主張自体は否認することなく、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、という。しかし、被告が「それ自体」を制約根拠としていると想定される他店舗の営業継続誘発による感染リスク増大の主たる原因として不公平感を根拠としているのであって（被告自身が本件命令の有力な根拠として挙げる審議会の各委員の発言を見ても明らかである（乙24号証）、制約根拠の主たる要素を構成するものと言わざるを得ない。

したがって、従前の原告の主張のとおりではあるが、他者加害ですらなく、また、客観的な証拠等に基かない極めて主観的かつ曖昧な「不公平感」によっては憲法上の権利は制限できず、また、原告に対する“狙い撃ち”の払拭や「特に必要がある」との要件も満たさないことから、被告の本件命令は違憲違法である。

#### 4 原告を命令対象に選定した基準について

被告は、被告準備書面(3)20頁で、原告からの本件命令の対象として原告を選定した基準が不明であるとの主張に対して、「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「一般的基準をあらかじめ策定していたものではない」などと反論する。

しかし、原告が被告に問いただしたのは、数ある不協力店舗から優先的に命令措置を発する店舗を選定するにあたってどのような基準を定立したのかであり、何も選定前に漠然と定立していた画一的基準をもって「一般的基準」などと主張したのではない。

この観点から被告の主張をみると、おそらく「優先度」の判断基準は「上場企業など大手と呼ばれる企業」であるとの事情であると推測される。結局これが優先基準であるとする、あてはまる企業は原告しかおらず、原告に対して令和3年1月7日の発信をきっかけに「目を付けた」ところから逆算した恣意的な基準だと推認されるのである。原告は、このような文脈で、被告の第2回口頭弁論での自白を問題視したのであり、実地で目視しているにもかかわらず、対象店舗の感染症対策や客の入り方及び店舗の構造等ではなく「大手」などといった漠然不明確な基準を持ち出すこと自体について基準の不当性を論じたものである。したがって、被告の反論はここでも結論を繰り返すものであり、基準の妥当性の論証がなされておらず、反論として成立していない。

#### 5 考慮不尽等について

原告は、本件要請及び命令を行うにあたって、「実際に確認」していないことが考慮不尽にあたりと主張してきた。これに対して、被告は「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」は認めたとうえで、基本的対処方針が「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」としてそれに加えて時短営業の徹底を求めていることを根拠に、原告店舗等の調査をしていないことは考慮不尽にあたらな

いとする。

しかし、原告が問題にしたのは、一般的に基本的対処方針において何が前提とされているかと、実際に個別の店舗に要請及び命令を行うにあたって現実にはいかなる事情を考慮するかはまったく別個の論点であり、被告の上記主張は論点のすり替えである。被告の論法によるとすると、基本的対処方針が存在すれば常に「実際に確認」しなくても適法ということになってしまい、特措法とこれに関連するガイドラインや基本的対処方針がそのような判断体系を想定しているとはおよそ考えられない。また、原告は、基本的対処方針が「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」としているか否かなどは争点にすらしておらず、この点も反論になっていない。この論点について最も重要な点は、被告自ら認めた「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」である。

このことは、特措法第45条第3項における「特に必要があると認められる」かどうかの判断にあたっては極めて重要な事務連絡（乙4）へのあてはめにおいても大きな影響を与える事情である。被告は同事務連絡を恣意的に拡大解釈するが、そもそも、この事務連絡は、特措法第1条、第5条の下で第45条を解釈する際に導出されるものであり、権利制限の「最小」「必要最小限」という文脈で位置づけられているものである。それにもかかわらず、被告は当該事務連絡を「例示であって、他の考慮事項を排除していない」などとして制限場面を拡大する（被告準備書面(3)45頁）。ここで、原告及び横大道教授意見書（甲57）の立場を「考慮事項を限定す

るものと捉える立場」と呼称していることから明らかなとおり、被告は同事務連絡に基づいた解釈を「限定しない」立場であることを自白しており、少なくとも「最小」「必要最小限」ではない解釈及び判断をしていることを無意識で自白しているのである。繰り返しになるが、特措法の解釈上、この点について「限定しない」解釈は採り得ない。

以上のとおりであり、いやしくも被告の主張にもとづいたとしても、考慮不十分なし要件不充足があり、違法である。

## 6 学識経験者からの意見聴取について

原告は、令和3年3月5日に開催された特措法において命令の発出に際して必要であると規定される専門家への意見聴取手続が書面開催の形式であり不十分かつ不適切であると指摘した。これに対して、被告は「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ない」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」などと反論する。

しかし、被告の方法が限定されていないという趣旨の主張は開催の方法に「裁量がある」と答えているのみで、反論になっていない。

そもそも、本条における専門家への意見聴取は第45条の命令という重大な権利制約にあたって必要とされていること及び先述のとおり特措法第1条と第5条の権利制限の「必要最小限性」という拘束を受けた解釈がなされるべき条文である。そのように考えれば、被告には裁量権限の行使にあたって、権利制限を必要最小限にするために、より詳細かつ正確な適時ないし即時の聴取方法を採用すべき義務があるといえる。したがって、書面ではなくオンライン等より充実した意見聴取をする義務があったにもかかわらず、被告にはそれを怠った違法が存在する。

加えて、原告第2準備書面でも述べた通り（17及び18頁）、被告は令和3年3月5日以降本件命令が出される同月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いことを認めており、内容及び手続の両面で違法があると言わざるを得ない。

このことは、後出の曾我部真裕京都大学教授が、「特定飲食店に時短命令を発したことの判断過程が綿密に審査される必要があり、そうした中で専門家の判断の根拠及びその記録のあり様が問われるべきであろう」と指摘していることから（甲67）、被告による専門家への意見聴取の内容及び方法における杜撰さは違法性を補強するものであるといえよう。

## **7 原告の発信をとらえて命令措置をしたことが違憲であること**

被告は、本件命令が「表現内容規制ではない」としつつも、「感染爆発、医療崩壊の結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」などと主張する。

おそらく被告がここで採用した違憲審査基準は「明白かつ現在の基準」の誤植だと思われるが、自由権規制において最高度に厳格な基準を設定している。当該基準においては、抽象的危険ではならず、具体的危険までが要求されるが、被告自身が引用する令和3年3月18日付基本的対処方針によっても、対象全地域において緊急事態には該当しないと判断されており、被告が主張するような「感染爆発、医療崩壊」の現実的・具体的危険があったなどとは到底いえない状況だったのである。

したがって、仮に憲法判断がなされるとすれば、奇しくも被告が定立した「明白かつ現在の危険」の基準に従って判断されるべきであり、それによれば、適用においても違憲と言わざるを得ない。

### 第3 曾我部真裕（京都大学大学院法学研究科教授）作成の意見書について

#### 1 意見書の骨子

- (1) 曾我部真裕（京都大学大学院法学研究科教授。以下「曾我部教授」という。）は、その意見書（甲59）において、特措法施行令第11条第1項第15号に基づき定められた本件告示（令和3年厚生労働省告示第35号。甲10）は、コロナ特措法45条2項の委任の範囲を超え違法である旨を指摘する（1頁）。
- (2) より具体的には、受任命令が法の委任の範囲内にあるといえるかどうかの判断においては、第一次医薬品インターネット販売禁止事件最高裁判決（最二小判平成25年1月11日民集67巻1号1頁）等を踏まえると、①授權規定の文理、②授權規定が下位法令に委任した趣旨、③授權法の趣旨、④受任命令によって制限される権利ないし利益の性質等という4点が考慮要素として一応挙げられるとした上で（4頁）、特措法の仕組みを詳細に分析し、結論として、合計床面積千平方メートルを超える飲食店については、特措法施行令第11条第1項第14号により「多数の者が利用する施設」にあたることについて特措法第45条第2項の範囲内にあるといえるが（15頁）、本件告示は合計床面積千平方メートル以下の飲食店についても「多数の者が利用する施設」にあたる点において特措法第45条第2項の委任の範囲を超えているとする（17頁）。また、本件告示が制定された経緯にも着目し、特措法施行令第11条第2項が要求する意見聴取の手続きが正しく行われていない可能性を指摘し、これが正しく行われていないのであれば手続面からも本件告示は違法になるとする（18頁）。



## 2 本件対象施設の床面積に関連して

- (1) 本件対象施設（合計26施設。訴状別紙「対象施設一覧（本件対象施設）」のうち、施設の床面積が1000㎡を超えるのは「権八西麻布店」（「対象施設一覧」にいうところの施設番号「7」）の1施設のみであり、残り25施設については床面積は1000㎡を超えない（甲66）。
- (2) 曾我部教授の前記1の意見を踏まえれば、本件命令のうち、25施設を対象にしたものについては、法令上の根拠を欠くものとして違法となる。

## 3 原告の主張の整理

- (1) 原告は、従前、特措法施行令及び本件告示が「飲食店」についてその規模を問わずに特措法第45条第2項に基づく要請の対象としていることは法の委任の範囲を超えて無効であり、少なくとも法改正を経ない限りは「飲食店」を要請（ひいては命令）の対象にすることはできない旨を主張していたところである（訴状35頁等）。

つまり、原告は本件告示全体が特措法第45条第2項の委任の範囲を超えるものとして違法・無効であり、本件命令はすべての対象施設との関係で違法であるとの主張である。

原告は、この主張を、主位的主張と位置付ける。

- (2) 前述のとおり、曾我部教授は、本件告示は合計床面積千平方メートル以下の飲食店についても「多数の者が利用する施設」にあたる点において特措法第45条第2項の委任の範囲を超えているとする。

つまり、本件命令のうち、25施設を対象にしたものについては、法令上の根拠を欠くものとして違法となる。

原告は、この主張を、予備的主張と位置付ける。

#### 4 本件命令発出に至る記録に関連して

被告は、本件命令に至る経緯、具体的には、当時被告による要請に従っていなかった約2000の施設の中から本件対象施設をどのように絞って本件命令を発出したかについて、詳細な記録が残っていない旨を、期日におけるやり取りなどで述べている。

記録の作成・管理のありかたに関し、曾我部教授は、『特集 統治と専門家 新型コロナ対策から見る日本の憲政』（法律時報令和3年11月号。甲67）において、本件事件について言及した上で、「他方で、対象となった特定の飲食店にとって、命令は営業の存続に関わる重大な措置である。そうした中で、特定飲食店に時短命令を発したことの判断過程が綿密に審査される必要があり、そうした中で専門家の判断の根拠及びその記録のあり様が問われるべきであろう。」などとして、専門家の判断の根拠が正しく記録として残っていることの重要性を説く。正しく記録を作成して管理することは、行政の行為の適法性を担保する大前提である。

原告としては俄かには信じがたい状況であるが、上記記録が残っていないことは、被告（東京都知事）がいかにか“杜撰”あるいは“恣意的”に命令を発出していたかのあらわれであるといわざるを得ない。このことは本件命令を発出したことについて東京都知事に職務上の注意義務違反があることを基礎付ける一つの事情である。

#### 第4 阿部泰隆（神戸大学名誉教授）作成の意見書について

##### 1 意見書の骨子

阿部泰隆（神戸大学名誉教授、弁護士。以下「阿部教授」という。）は、その意見書（甲60の1）において、本件命令の違憲性・違法性について網羅的・多角的に分析した上で、「本件では、都知事は、原告が協力金では経営が困難になること、原告の営業から感染拡大の可能性がいくらあるの

か、他に感染防止の方法はないのかなどを検討することなく、単に事務連絡に従って、一律に自粛を求めて、それに応じない原告を一方的に「正当な理由」がないと断定して、命令を発したのであるから、必要最小限の規制にとどめられるべき特措法上の規制を過度に拡大したもので、法律の適用に当たる公務員の注意義務に違反して、過失があるか、「職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然」と処分したもので国家賠償法上の違法性があることは明らかである。」と結論付ける（26頁）。

## 2 「正当な理由」に関して

- (1) 原告は、経営状況は特措法第45条第3項にいう「正当な理由」になり得る事情であると主張し、被告は、乙4の事務連絡を根拠にして、経営状況は要請に応じない「正当な理由」にはならない旨を主張する。被告の主張が法解釈として正しくないことについては、原告第一準備書面第2・2（38頁以下）において詳しく述べたところである。
- (2) 「正当な理由」の解釈論について、阿部教授は、その意見書（甲60の1）・「三」・「8」（17頁以下）において、「これ（被告の解釈）は、飲食店経営が当然に感染症を拡大して、社会公共への重大な障害を生ずるので、営業してはならないという財産権内在的制約があるという前提に立たなければ成り立たないが、そもそも感染防止対策をとったかどうかを論ずることなく、経営がいかに苦境に陥っても、営業する「正当な理由」がない（つまりは違法である）というのでは、どうすればよいのか。これは害悪を発生させることがない事業経営を破綻させても構わないというもので、営業の自由に対する過大な規制であって、「正当な理由」のない違憲の解釈である。あるいは、本件命令を発するに際し原告の経営への打撃を考慮しないことは考慮すべきことを考慮しない違法であるから、裁量濫用である。」（18頁中段）などとして、被告の解釈

は違憲の解釈であり、また、このような解釈によって命令を発出すれば考慮すべきことを考慮しないものとして裁量逸脱濫用となる旨を指摘する。

阿部教授の見解は、原告が主張する法解釈と同様であり、原告の主張を強く補強するものである。

## 第5 エマニュエル・オーバン（フランス・トゥール大学公法学教授）作成の意見書について

### 1 意見書の骨子

- (1) エマニュエル・オーバン（フランス・トゥール大学公法学教授。以下「オーバン教授」という。）は、その意見書（甲61）において、フランスの行政訴訟の特徴や制度について説明するとともに、コロナ禍における行政訴訟を担当する裁判官の判断の変化について論じている。
- (2) 周知のとおり、フランスをはじめとした欧米における新型コロナウイルスの猛威は我が国のそれとの比較にならないほどひどく、ウイルスの感染拡大をできる限り食い止め、国民の命と健康を守るために罰則付きの外出禁止を課すなどのいわゆるロックダウンが敷かれた。したがって、人の行動制限や自由を制約する必要性は日本より高い状況にあった。しかしながら、フランスにおいては、日本よりも緊急度が高く、危険が高い中であっても、行政裁判を行うことを通じて、行政が侵害してはならない国民の権利と自由を確立するための努力が続けられた。人の「自由」が何よりも尊重されなければならず、「国家があるリスクの影響の抑え込みを目的とする場合であっても、国が取る措置は、そのリスクに照らして正確で、正当化されるものであり、そして比例的なものでなければならないという法的義務を国に課す根拠となる」とオーバン教授は指摘する。そのためには、裁判所が行政に対して暫定的命令を出すことので

きる「自由権緊急審理手続き」と本訴である「取消訴訟」の二つが使われ、2020年3月17日から同年12月31日までの間に、行政最高裁であるコンセイユデタは実に864件の事件を審理したとのことである。

- (3) とはいえ、新型コロナウイルスの脅威は当初は未知のものであり、国民の自由を守るためには行政がどこまでの措置を取ることができるのかの線引きも定かではなかった。そのため、2020年3月の時点においては、行政裁判官もどちらかというところ、行政の取る措置に対し寛容な態度を示していたとのことである。しかしながら、新型コロナウイルスの科学的知見が深まるとともに、行政裁判官は、コロナ禍においても比例原則の厳格な適用を強めていき、多くの事案において、行政の措置の執行を停止し、あるいは取り消した。表現の自由や宗教的行為の自由、行動の自由など、様々な自由に対する制約が違法なものであると行政裁判官により判断された。なお、フランスにおいては、いわゆる処分性のある行政による命令だけではなく、要請であっても、行政が発出するものである以上は名宛人に対して事実上の影響力を持つものとして、行政裁判官の検討の対象となるとのことであり、この判断の中には要請を違法と判断したものも存在する。なお、このような行政訴訟を行うことは、申立人や広く国民の知る権利に資するだけではなく、行政がその権限を適切に行使したのであれば、行政にとっても非難される措置の内容が正当であったことを国民に対し具体的な根拠に基づき説明することのできる「知らせる権利」を行使できる場であるとも指摘される。
- (4) こうした審理を行うにあたりフランスの裁判所で重視されたのは、行政による緻密な科学的な検討の有無とその正当性であり、行政がある判断をしたまさにその時点における、新規感染者数、重症病床数、重症病床利用率などの客観的データに基づいてその判断が正当化されるかど

うかがい吟味される。ここにおいては、感染症に対する漠然とした恐怖や印象に基づく自由の制約は排除されることとなる。加えて、行政の示す判断が名宛人にとって分かりやすいものであるかどうかということも行政の判断の正当化要素となる。オーバン教授は、数百という裁判例の積み重ねにより構築されてきたコロナ禍における行政の措置に対するフランスの判断基準に仮に本件における東京都の命令を当てはめれば、同命令は違法との評価を免れないと指摘している。

- (5) フランスの具体的な例に基づくオーバン教授はその論証の結論として、リスクを抱える現代社会においては、平時においても私たちの民主主義社会の中での自由の侵害が現実化していく危険性があるが、その歯止めをかけられるのは裁判官のみであり、裁判官の重要性がこの後ますます増大していくことを指摘し、論証を締めくくる。

フランスと日本と様々な法制度が異なり簡単な比較は困難であるとしても、同じウイルスの感染症という同じリスクに直面した法治国家がどのような対応を取るべきかということについては、両国にとっても共通した課題である。行政が国民の自由をどこまでどのように制限できるのかについて判断を示すことができるのはひとり裁判官のみであり、コロナ禍においても、とりわけ新型コロナウイルスに対する一定の知見が共有されるようになった今日、国民の権利と自由を制約するという重大な結果を伴う行政の行為についての厳しい検討は、国の違いを超えて裁判官に強く期待されるものである。

以 上