

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

原告第四準備書面

令和4年（2022年）3月7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、第二回緊急事態宣言が終了した後の事実経緯及び証人尋問によって明らかになった事実等について、その主張の補充を行う。

第1 第二回緊急事態宣言の後の東京都の原告への対応

1 第三回緊急事態宣言（令和3年4月25日から同年9月30日に掛けるの東京都との関係）

- (1) 令和3年4月23日、緊急事態措置を実施すべき期間を令和3年4月25日から同年5月11日までとし、緊急事態措置を実施すべき区域を東京都、京都府、大阪府及び兵庫県の4都府県として、第三回緊急事態

宣言が発出された（第三回緊急事態宣言に係る一連の事実経緯について、甲 7 3 参照）。

- (2) 東京都知事は、令和 3 年 4 月 2 8 日付けにて、原告に対し、原告が東京都内において経営する 2 3 店舗に関して、特措法第 4 5 条第 2 項に基づき、営業時間短縮等の個別の要請を行った（甲 7 4）。なお、同日になされた個別の要請が、第三回緊急事態宣言下において東京都知事が行った個別の要請の最初である。
- (3) 東京都知事は、令和 3 年 5 月 1 2 日付けにて、原告に対し、原告が東京都内において経営する 3 店舗に関して、特措法第 4 5 条第 2 項に基づき、営業時間短縮等の個別の要請を行った（甲 7 5）。
- (4) 東京都知事は、（弁明の機会の付与及び原告による弁明を経て、）令和 3 年 5 月 1 7 日付けにて、原告に対し、上記(2)の個別の要請に係る 2 3 店舗に関して、特措法第 4 5 条第 3 項に基づき、営業時間短縮等の命令を発出した（甲 7 6。なお、同日になされた命令が、第三回緊急事態宣言下において東京都知事が発出した命令の最初である。東京都知事は、同日付けにて 3 3 店舗に関して命令を発出していることについて、甲 7 7）。
- (5) 東京都知事は、（弁明の機会の付与及び原告による弁明を経て、）令和 3 年 5 月 2 6 日付けにて、原告に対し、上記(3)の個別の要請に係る 3 店舗に関して、特措法第 4 5 条第 3 項に基づき、営業時間短縮等の命令を発出した（甲 7 8）。
- (6) 原告は、上記(2)及び(3)の各要請、及び、上記(4)及び(5)の各命令について、これらはいずれも違憲・違法であるとして従わなかった。
- (7) 令和 3 年 9 月 2 8 日、緊急事態を実施すべき期間の終期とされていた同月 3 0 日をもって、緊急事態宣言が終了した（なお、東京都についていえば、同年 6 月 2 1 日から同年 7 月 1 1 日までの期間、緊急事態措置

を実施すべき区域から外れているが、政府は同年4月25日から同年9月30日までの期間をもって第三回緊急事態宣言と整理していることから（甲73参照）、それによっている。）。

ちなみに、同年7月12日から同年9月30日までの期間について、東京都知事は原告に対し特措法第45条第2項に基づく個別の要請や同条第3項に基づく命令は行っていない。

2 過料決定に関して

(1) 令和3年10月初め、東京都は東京地方裁判所に対し、前記1・(4)及び同(5)の各命令に原告が従わなかったことについて、原告に過料を科すよう通知した。

(2) 令和3年10月12日、原告は東京地方裁判所より、過料に関する「求意見」を求められた。

原告は、令和3年10月25日付けにて、東京地方裁判所からの「求意見」に対する回答を行った（事実経緯は認めた上で、①命令は違法である、②命令は重大な違法ゆえに無効である、③命令は違憲ゆえに無効であるとの3点の主張を行った。）。

(3) 東京地方裁判所は、令和3年12月16日付けにて、原告に対し、過料780万円を処する旨の過料決定をなした（甲79。なお、この過料決定において、原告がなした命令が違法である旨の主張（上記(2)にいう①の主張）について、東京地方裁判所は直接には判断を示さなかった。）。

(4) 原告は、令和4年1月4日付けにて、上記(3)の過料決定に対して即時抗告をなした。

(5) 現時点（令和4年3月7日時点）において、上記(4)の即時抗告に対する判断は示されていない。

3 まん延防止等重点措置に関連して

東京都についていえば、第三回緊急事態宣言の前（令和3年4月12日から同月24日までの間）、その期間中（同年6月21日から同年7月11日までの間）、及び、令和4年1月21日から現時点（同年3月7日時点）に至るまでの間、まん延防止等重点措置の対象区域とされているが、少なくとも東京都知事から原告に対して、特措法第31条の6第2項に基づく要請又は同条第3項に基づく命令はなされてはいない。

第2 被告の依拠する統計データ及び被告の主張に合理性がないことについて

1 被告の統計学的能力の欠如と被告の注意義務違反について

原告提出資料（甲69号証及び甲72号証）及び証人藤井聡氏（以下、証人調書に言及する場合は「証人藤井」として頁番号を付する。）に対する証人尋問によって、被告主張及びその主張の依拠するデータに統計学的な合理性が存在しないことが明らかとなった。

特に、被告の注意義務違反との関係についていえば、被告が、原告店舗への命令のみを対象に感染抑止効果についての検証を行えば効果が小さくなるのは当たり前であるとの趣旨の主張に対する藤井証言を指摘したい。

たとえば、以下の指摘において、被告が本件命令の根拠となりうるデータ等について検証を行うことができたにもかかわらず行わなかったことが理解できる。

「東京都には、非常に大きな行政組織であって、私が学部生に教えるような統計学の基本的な知識を持った学生も、私の卒業生を含めて多数入っているにもかかわらず、私が提出した資料を読み解く能力が欠如しているのではないかという点が大変驚きました。」（証人藤井2頁）

「もう一点、驚いたのがですね、効果が小さいということを東京都さん側はわかって命令を出さなかったんやな。そしたら何で出さなかったと、それはちょっと、何をおっしゃってるのかなと、僕は、小さな、効果が小さいということが分かりながら数千万円の被害が出ると報告されているという時短命令を出すということは、これは、不誠実という以前に、非常に悪質だなと僕は思いました。」(証人藤井 4 頁)

そもそも被告代理人ですら証人藤井に尋問をすることが可能であるということ自体が証明しているとおりに、被告において統計学の基礎的な理解は可能なのであるから、そのような統計学的に基礎的なデータを検証しないこと自体注意義務違反の一部を構成すると考える。

2 乙第 2 1 号証について

被告が本件命令に感染抑止効果があるとする上で強く依拠する乙 2 1 号証についても、証人藤井の指摘によれば、統計学的に根拠が薄弱であることが明らかになった。一例としては以下の指摘である。

「この資料にはですね、寄与率だとか有益だとか、訳の分からん素人言葉が書かれてるんですけど、一番大事なところの有意という概念が書かれていないんですよ。にもかかわらず「有益」と書いている」(証人藤井 1 1 頁)

「要するに政府はですね、この資料を書いたときに、p 値が 0. 1 3 であることを分かりながら、有意かどうかということを書かずに、有益を書いたんですよ。これはどういうことを意味しているかということ、これ、統計学的に言ってね、p 値が 0. 1 3 ということは有意がない、すなわち無罪と判断しないといけないということが統計学的に確定していることを政府は知っていたんですよ。それにもかかわらず、その 0. 1 3 という数字を隠蔽してですね、有益とちっちゃい脚注で書いてですね、有意でないという事実を隠蔽してですね、それで、2 1 時の人出が感染

を拡大してるという結論を文章で書いてるんですよ。」(証人藤井 21 頁)

(今回証人藤井による再分析に用いた手法での分析が被告において可能かという点について)「もちろん可能です。このデータは、確か2月か何かまでのデータを使ってるデータですから、これ、3月の時点の判断をするときでも、これやろうと思ったら、すぐできます。」(証人藤井 17 頁)

「(中略)明らかに時短なりまん防を出したり自粛をさせることで経済が極めて大きな被害を受けるということが明確であるにもかかわらず、漫然と分析をせずに都民の自由を奪ったというの、これは、もう言語道断です。しかも、これは不誠実、やろうと思ったらできることを、チェックしよう、簡単に学部生程度の知識でチェックしようと思えばできることをやらずに都民の自由を奪うなんてこと、こんなことは近代国家として許されるはずがない。しかもですね、今回有益というのを書いてあってですね、こんなもの、別に怪しいな、うさんくいなと思ってですね、もうすぐに問い合わせても分かるし、自分で分析したら分かるにもかかわらず、それが万一それを知って東京都が知ってですよ、にもかかわらず都民の自由を奪ったとしたらですよ、これは、もう犯罪に等しい、こんなこと、絶対に許されてはならないと思います。悪意がある。」

(証人藤井 18 頁)

などとし、遅くとも2020年4～6月の時点では上記分析が可能であったとしている(証人藤井 19 頁)。

3 小括

以上のとおり、証人藤井による甲53号証、甲54号証及び甲69号証、そしてこれに関する証人尋問を通じて、本件命令が感染抑止効果として極少であったことに比して経済的損失が莫大であったこと、緊急事

態宣言自体の感染抑止効果が存在しないこと及び被告の依拠する21時以降の人出と感染抑止効果のデータについては信用性が乏しいことが明らかになった。

一方で、被告からは上記甲69号証に対する反論もなく、証人尋問における反対尋問においても、反論はできなかった。

したがって、証人尋問を経て、原告主張の本件命令の違憲・違法性は一層明らかになったと考えられる。

第3 結語

1 緊急事態宣言自体の眼目と被告の感染症対策の矛盾について

本訴訟は、2021年1月のいわゆる第2回緊急事態宣言期間における原告に対する命令措置の違憲・違法を争うものである。被告は本訴訟提起から約1年経った2022年3月においてもなお、本訴訟提起当時と全く同様の政策、すなわち緊急事態宣言及びまん延防止等重点措置に基づいた飲食店への時短要請・命令を軸とする「人流抑制」を感染症対策のほぼ唯一の生命線としている。しかし、そもそも緊急事態宣言等の終局的な目的は人流抑制ではなく、「医療崩壊を防ぐこと」にあるはずである。どこまでいってもウイルス自体を100%コントロールすることも、感染者をゼロにすることも現時点でほぼ不可能なわけであるから、原告としても緊急事態措置等の趣旨は、医療体制等（対処薬の開発等も含む）を充実させること及びそのための「時間稼ぎ」の手段としての人流抑制であることは以前も主張した。この点で、第1回緊急事態宣言から、現時点の第6波と言われる感染状況に至ってもなお人流抑制（飲食店への時短要請・命令）“一辺倒”という手段が目的化した国及び被告の政策判断には強い疑問を持たざるを得ない。

というのも、いわゆる感染の「波」がくるたびに、医療崩壊が叫ばれ、一方でその手段として人流抑制のみが掲げられるという関係にあった

が、これは不可解である。すなわち、「波」を経験するたびに医療体制及びウイルス自体についての知見及び問題点は明らかになっていったのであるから、本来医療体制自体の拡充ないし改善が行われるべきであって、毎回毎回「波」のたびに医療崩壊の危険が叫ばれること自体、被告において何らかの政策的判断が誤っているとしか思われえないからである。

なぜそのように考えるかと言えば、日本医師会が「世界に冠たる日本の医療」と喧伝し、実際、2019年時点で日本の人口1000人当たり病床数は12.8であり、OECD加盟国平均の4.4を大幅に上回り、新型コロナ入院患者に直接関係する急性期病床についても、我が国は人口1000人当たりで7.7であり、OECD加盟国平均の3.5を遥に上回っている。加えて、ここで比較されているOECD諸国と比べても、日本の感染者数、重症者数及び死者数はけた違いに少なかったとって間違いない。それにもかかわらず、第1回緊急事態宣言以降、各「波」を経験する度に、「医療崩壊」の危機が叫ばれるのは、客観的な病床数等の問題ではなく、(作為又は不作為による)政治判断が誤っている人災の類であることを強く推認させる。

この点、我が国の法体系は、感染症等に対応して病床確保等医療体制の構築についての規定を当然ながら複数有している。いくつか本件に係る範囲で基本的な規定又は新型コロナウイルス感染拡大にあわせた法改正等を以下に確認していきたい。

まず、基本的な規定として、医師法は第19条で「診療に従事する医師は、診察治療の求があつた場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならない。」として医師の応召義務を定める。

本訴訟でも問題となっている特措法においても、31条で「都道府県知事は、新型インフルエンザ等の患者又は新型インフルエンザ等にかか

っていると疑うに足りる正当な理由のある者（以下「患者等」という。）に対する医療の提供を行うため必要があると認めるときは、医師、看護師その他の政令で定める医療関係者（以下「医療関係者」という。）に対し、その場所及び期間その他の必要な事項を示して、当該患者等に対する医療を行うよう要請することができる。

2 厚生労働大臣及び都道府県知事は、特定接種を行うため必要があると認めるときは、医療関係者に対し、その場所及び期間その他の必要な事項を示して、当該特定接種の実施に関し必要な協力の要請をすることができる。

3 医療関係者が正当な理由がないのに前二項の規定による要請に応じないときは、厚生労働大臣及び都道府県知事は、患者等に対する医療又は特定接種（以下この条及び第六十二条第二項において「患者等に対する医療等」という。）を行うため特に必要があると認めるときに限り、当該医療関係者に対し、患者等に対する医療等を行うべきことを指示することができる。この場合においては、前二項の事項を書面で示さなければならない。」と規定し、都道府県知事による医療関係者に対して医療提供の要請を定めている。

また、2020年年末からのいわゆる第3波においては、2021年1月の緊急事態宣言を発出した際、被告を含む全国知事会の緊急提言（甲第80号証）を受けて、国は特措法及び感染症法等の改正を行った。

感染症法改正では、第16条の2で「厚生労働大臣及び都道府県知事は、感染症の発生を予防し、又はそのまん延を防止するため緊急の必要があると認めるときは、感染症の患者の病状、数その他感染症の発生及びまん延の状況並びに病原体等の検査の状況を勘案して、当該感染症の発生を予防し、又はそのまん延を防止するために必要な措置を定め、医師、医療機関その他の医療関係者又は病原体等の検査その他の感染症に

関する検査を行う民間事業者その他の感染症試験研究等機関に対し、当該措置の実施に対する必要な協力を求めることができる。

- 2 厚生労働大臣及び都道府県知事は、前項の規定による協力の求めを行った場合において、当該協力を求められた者が、正当な理由がなく当該協力の求めに応じなかったときは、同項に定める措置の実施に協力するよう勧告することができる。
- 3 厚生労働大臣及び都道府県知事は、前項の規定による勧告をした場合において、当該勧告を受けた者が、正当な理由がなくその勧告に従わなかったときは、その旨を公表することができる。」と規定し、協力勧告に従わなかった病院名の公表を含む強い権限を都道府県知事に付与した。医師は基本的な応召義務を負い、それでも診療拒否や適切な病床確保体制に必要な場合は、都道府県知事は医療提供体制の確保のために行使し得る権限を複数有していることが理解できる。

これら法体制・法整備にもかかわらず、第1波から現在まで「病床ひっ迫」ないし「医療崩壊」を理由とした原告のような事業者への権利制限は何ら変化がない。

この点については、現在ではいくつか報道や調査も行われつつあるが、一例を挙げれば、多くの病床数を有する国立大の病床が有効活用されていないとする記事（甲第81号証：2021年2月9日付日経新聞）によれば、国立大の病床確保が適切に行われていないことが指摘されている。たとえば1226の病床数を有する（2021年2月当時）東京大学医学部附属病院においても、わずか8床のコロナ重症者病床しか確保されていないことが明らかになった。

これに対しては、一般社団法人国立大学病院長会議が即座に緊急の反論声明を出している（甲第82号証）。これによれば、「国や都道府県の要請に従い、所在する地域の保健所と密接に連携して、（中略）COVI

D-19患者の受入れに取り組んできました。」「COVID-19に係る重点医療機関の指定などの体制構築は、都道府県の判断で行われ」などとされており、上記甲第81号証で日経新聞が指摘した国立大の病床確保が少ないという事実に対して、なかば「都道府県の要請や判断に従っただけ」との反論をしているのである。この記事及び反論からすれば、国立大の病床活用がなされていないのは都道府県に原因があることを暗に示している。

また、本件命令が発出された付近のデータとしても、令和3年2月24時点で400床以上を有する大病院においても「コロナ患者入院病院数」は443（大病院672という母数に対して約65%）、国立・公立・公的病院の「コロナ患者入院病院数」は643（合計1400という母数に対して約45.9%）であり、大病院で約35%、と国立・公立・公的病院で約55%の病院がそもそもコロナ患者を受け入れていない（甲第83号証：「新型コロナウイルス感染症患者の受入状況」厚生労働省（月報））。加えて、甲83によれば、それら大病院や国立・公立・公的病院にあっても受け入れ患者数は1～4人がコロナ患者の中でもほとんどであり、コロナ患者が入院していたとしても数が少ないのである。このようにほんの一例を見ただけでも、一概に本訴訟における被告の政策的判断のみによって左右できる事情でないことは当然留保しつつ、被告は病床確保や医療提供についての権限を有しながら、漫然と当該権限を行使することなく、上記の医療体制についての状況を招いていたのである。

一方で、上記権限を有していた被告東京都の認識について言及すれば、例えば、第一回緊急事態宣言の直後に開か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、専門家委員（東京医科大学病院濱田篤郎氏）から「大きな総合病院で患者さんを受けているところもありますが、

お断りしているところもあるのも確かです。特措法の31条には、知事が医療機関に患者の受け入れを要請できるという項目がございます。そうした法律を使って、知事の方からも受けてもらえるように、動いていただくことがよろしいかなと思っております。そうすることで、ひいては重症者の医療も充実して医療崩壊を防ぐということになると思います。」との意見が出され（甲第84号証6頁）、遅くとも2020年4月の第一回緊急事態宣言時において、医療機関に対する施策をすべきであるということを確認している。また、上記のとおり、全国知事会から2021年1月に医療提供についての権限行使に関する法改正まで緊急提言をしているのであるから、被告において医療体制についての権限行使の認識は明確に有していた。それにもかかわらず、被告はその後少なくとも本件命令までは各種の医療提供に関して被告が有する上記各種権限を一切行使してこなかった。これをもって「医療ひっ迫」の主張を繰り返すのは被告の無為無策による不作為が生んだ事態なのだから、自作自演とすら評価できる。

加えて、本書面でも言及したとおり、緊急事態宣言等に基づく21時以降の人流抑制に感染拡大抑止効果が認められるかどうかは極めて疑わしい。被告は、本来緊急事態宣言においてとるべき施策の本丸かつ急務である医療体制の拡充等医療崩壊を回避する施策を漫然と放置する一方、感染抑止効果が疑わしい人流抑制＝飲食店への時短要請・命令という施策をとり続けていたことになる。そればかりか、被告は原告が第1準備書面以降で主張してきたとおり、病床数を不正報告しており、まるで病床数がひっ迫しているかのような報告をしてきていたのである。このことは、本来被告が行うべき施策につき認識をしながらあえて行わず、むしろ不正報告によって病床ひっ迫であるかのような外観まで作出せしめ、その上で医療体制について被告自身が有するオプションを行使

する政治決定は一切行うことなく、感染抑止にとって科学的根拠が疑わしい飲食店等に対する過剰な権利制限と言いうる施策を行っていたことを意味する。上記に挙げた医療体制に関する各種法規においては「正当な事由」（医師法）及び「正当な理由」（特措法、感染症法等）なく医療提供への協力に応じない場合には公表等が定められるなどの規定になっているものの、ここまで主張してきたとおり、医療提供側が協力に応じなくとも、ひいては診療自体を拒否しても、何らの対応がなされていない。一方で、原告が雇用の維持等を被告からのに応じない「正当な理由」と主張する点に対しては、「不公平感」等まるで原告が身勝手かのような理由で論難する。医師や医療提供者がさして明らかでない理由で患者の診療を受ける権利という生命・健康という最重要価値に帰属する権利を反故にしてまで医療提供しないことが「正当な理由」とみなされ、従業員の生活を背負った原告の雇用維持が「正当な理由」に該当しないとされるロジックは、一体どのように正当化されるのであろうか。これを不合理と呼ばずして何を不合理と呼ぶのだろうか。これらの点は、大きな意味での被告の裁量権限の行使過程の適法性判断においても加味されるべき重要な事項であることを指摘したい。

2 自由で民主的な社会において譲れない一線

いわゆるコロナ禍において、我々は未知のウイルスと遭遇し、我が国においてもあらゆる未知の判断をすることに迫られた。そのような未知であり不確定な事態においても立ち戻るべき一線こそが、我々主権者の共通了解によって制定した法であり、その背後に厳然と存在する普遍的な法の支配、自由、そして人権の概念である。コロナ禍においては、ウイルスとそれに対する不安が通れば道理が引っ込み、科学的根拠の検証もなく「空気の支配」が横行して上記の普遍的概念も後塵を拝した。現在でもなお、科学や法を無視した「空気の支配」は日本社会で大手を振

って歩いており、我々主権者が日本国憲法下において自分たちで引いたはずの一線も、もはや消えかかっている。我々が自分自身で引いたからこそ、この一線が「もともとどこに引いてあるべき」というベースラインは存在せず、後退したそこが現代を生きる我々の一線となってしまう。

本訴訟で守られるべき一線は、我々が近代立憲民主主義社会として踏みとどまる一線であり、また、「空気の支配」を纏った抗いがたい多数派らしきものに抗うことを現実のものとする場所こそ、法原理機関としての裁判所であるはずである。この消えかかった一線とともに消されるのは、原告という事業者に限らない、声を上げられない無数の「声なき声」である。

裁判所におかれては、適切な判決によって、滲んで消えかかるこの国の守るべき一線について、確かな自由の一線をこの社会に引き直していただくことをここに強く求める。

以 上