

令和4年（ネ）第2771号 国家賠償請求控訴事件

控訴人 株式会社グローバルダイニング

被控訴人 東京都

控訴理由書

令和4年（2022年）7月7日

東京高等裁判所 第4民事部 御中

控訴人訴訟代理人弁護士（主任） 倉持 麟太郎



同 水野 泰孝



同 金塚 彩乃



頭書事件につき、控訴人の控訴の理由は、以下のとおりである。

なお、略記方法については、特に断りのない限り、原判決が用いるものか、原審において控訴人が用いたものを用いる。

目次

第1 原判決の判断及び控訴人の控訴の理由の骨子	3
1 原判決における3つの争点	3
2 争点1（本件命令の違法性）に係る原判決の判断及びこれに対する控訴の理由の骨子	3

3	争点2（特措法及び本件命令の違憲性）について	7
4	争点3（原告（控訴人）の損害）について	8
第2	本件命令発出日において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	8
1	原判決の判断	8
2	原判決の法解釈は特措法の解釈を誤るものであること	9
3	本件命令発出日において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	10
第3	控訴人には本件要請に応じないことについて「正当な理由」があったといえること	11
1	原判決の判断	11
2	原判決の法解釈は特措法の解釈を誤るものであること	12
3	控訴人には本件要請に従わないことについて「正当な理由」があるといえること	13
第4	都知事には過失ないし注意義務違反が認められること	14
1	「特に必要であったか」の判断にあたっての裁量と裁量権の逸脱	15
2	「先例がなかったこと」について	23
3	学識経験者の意見聴取を行っていたことについて	24
4	小括	29
第5	特措法及び本件命令の違憲性に関して	30
1	法令違憲について	30
(1)	営業の自由の違憲審査について	30
(2)	立法事実について	30
2	処分違憲について	31
(1)	特措法の要件解釈において憲法的価値の編入が予定されていること	31
(2)	特措法45条3項の命令発出の要件適合性解釈において憲法判断（違憲審	

査権の行使) を行っていること	32
(3) 原審における違法判断はそのまま違憲判断を基礎づけること	33
(4) 表現の自由及び法の下での平等について	34
3 司法権の行使及び裁判所の在り方について	35
第6 結論.....	37

第1 原判決の判断及び控訴人の控訴の理由の骨子

1 原判決における3つの争点

原判決は、本件事件の争点を、下記の3点として整理した（7頁）。

記

- ①本件命令の違法性（争点1）
- ②特措法及び本件命令の違憲性（争点2）
- ③原告（控訴人）の損害（争点3）

2 争点1（本件命令の違法性）に係る原判決の判断及びこれに対する控訴の理由の骨子

(1) 原判決は、争点1（本件命令の違法性）について、さらに下記の7点の問題として整理した。

記

- ①本件命令発出日に新型インフルエンザ等緊急事態であったかどうか
- ②本件命令に違法な目的があったかどうか
- ③原告において本件要請に応じない正当な理由があったかどうか
- ④本件命令の発出は特に必要があったと認められるかどうか
- ⑤本件命令が比例原則に違反するかどうか
- ⑥特措法施行令等の定めは特措法の委任の範囲を超えているかどうか

⑦都知事が職務上の注意義務に違反したかどうか

- (2) 原判決は「①本件命令発出日に新型インフルエンザ等緊急事態であったかどうか」について、「この解除宣言（緊急事態宣言の解除宣言）は新型インフルエンザ等緊急事態が終了した旨の公示をいうのであるから（同条5項（特措法32条5項））、同公示がされるまでの間は新型インフルエンザ等緊急事態である」（35頁11行目から同頁13行目。イタリック体部分は控訴人訴訟代理人弁護士らによる挿入である、以下同様。）などと述べて、本件命令が発出された令和3年3月18日において新型インフルエンザ等緊急事態にあったと判断した。

しかしながら、緊急事態制限の解除宣言の公示がなされるまでの間は当然に新型インフルエンザ等緊急事態であるとの考え方は特措法の解釈それ自体として正しくなく、かつ、令和3年3月18日時点における様々な客観的な数値及び関連事情を踏まえれば、東京都が同日時点において新型インフルエンザ等緊急事態にあったとは到底いえないのであって、原判決の判断は誤りである。詳しくは、後記第2にて述べる。

- (3) 原判決は「②本件命令に違法な目的があったかどうか」について、「本件緊急事態宣言期間中に45条3項命令を受けたのは原告だけではないし、同命令は緊急事態措置に対し明示的に反対意見を表明していない飲食店にも発出され、又は発出される蓋然性が高かった。」（37頁5行目から同頁7行目）などと述べて、本件命令が控訴人を狙い撃ちした、報復ないし見せしめであったとまでは認めがたいと判断した。

しかしながら、控訴人が原審において主張しているとおおり、都知事は本件命令を発出した理由として控訴人が緊急事態措置に応じない旨を強く発信していることにもあることを明示的に掲げるとともに、本件緊急事態宣言中において夜間の営業を継続していた2000余りの店舗中45条3項命令が発出されたのは32施設のみでありうち26施設は控訴人が経営する施設であること、令和3年3月18日に控訴人以外に発出された45条3項命令の対象は1施設であるところこ

の命令についても緊急事態措置に応じない旨を発信していることも理由に掲げられていることなどに照らせば、本件命令は控訴人を狙い撃ちした、報復ないし見せしめの目的であったと認定することが評価として合理的であり正しい。この点については、本件命令の違憲性にも関連するため、詳しくは、後記第5にてまとめて述べる。

- (4) 原判決は「③原告において本件要請に応じない正当な理由があったかどうか」について、「45条2項要請に応じない正当な理由は限定的に解釈されるべきであるし、経営状況等を理由に要請に応じないことなどは、正当な理由がある場合に該当しないという内閣官房の見解は（括弧内、略）、相当なものといえる。」（40頁24行目から同頁26行目）などと述べた上で、本件要請は営業時間短縮の要請であり営業全部の停止（休業）を求めるものではないこと及び東京都においては感染拡大防止協力金が用意されていることを理由として、控訴人において本件要請に応じない正当な理由があったとは認められないと判断した。

しかしながら、特措法45条3項の「正当な理由」の判断において事業者の経営状況等の経済的事情が考慮要素には一切ならないとするのは特措法の解釈それ自体として正しくなく（経済的事情も考慮要素になることと、個別の事案において45条2項要請に従わない「正当な理由」があると認めることは、異なる次元の問題である）、かつ、控訴人が本件要請当時に置かれていた状況等を踏まえれば控訴人には本件要請に従わないことについて「正当な理由」があったといえるのであって、原判決の判断は誤りである。詳しくは、後記第3にて述べる。

- (5) 原判決は「④本件命令の発出は特に必要があったと認められるかどうか」について、「施設管理者が45条2項要請に応じないことに加え、当該施設管理者に不利益処分を課してもやむを得ないといえる程度の個別の事情がある」（41頁25行目ないし42頁1行目）、「本件命令発出の必要の有無の判断が都知事の裁量にゆだねられるとしても、（略）、その裁量の幅が被告の主張のように広範なものとはいえない。」（43頁9行目ないし同頁13行目）などとした上で、

「本件命令につき、原告が本件要請に応じないことに加え、本件対象施設につき、原告に不利益処分を課してもやむを得ないといえる程度の個別の事情があったと認めることはできない。したがって、本件命令の発出は特に必要であったとは認められず、違法というべきである。」（４６頁３行目ないし同頁７行目）と結論付けた。

控訴人としても、原判決が、４５条３項命令の発出につき特に必要があったと認められるといえるかどうかについて施設ごとの個別の事情を踏まえて判断する必要があると判断したこと、及び、控訴人が経営する施設について４５条３項命令を課してもやむを得ないといえる程度の個別の事情はないと判断したことは、いずれも適切であり正しいと考えるところである。ただし、詳しくは後記第５で述べるが、そうであればこそ、原審において、控訴人が主張するように、本件命令は違憲であるとも判断していただきたかったところではある。

- (6) 原判決は「⑤本件命令が比例原則に違反するかどうか」については、本件命令は違法であると判断したことを前提にして、判断を示さなかった（４６頁）。

この点については、本件命令の違憲性とも関連して、後記第５において、控訴人としての考えをまとめて述べる。

- (7) 原判決は「⑥特措法施行令等の定めは特措法の委任の範囲を超えているかどうか」については、本件命令は違法であると判断したことを前提にして、判断を示さなかった（４６頁）。

この点については純然たる法律論であるところ、控訴人の主張は、原審にて曾我部真裕教授の意見書（甲５９）を提出した上で詳細に述べたとおりである（特に訴状・第２（３２頁以下）、原告第三準備書面・第３（１６頁以下））。

- (8) 原判決は「⑦都知事が職務上の注意義務に違反したかどうか」について、東京都は本件対象施設における感染防止対策の実情等を調査した様子はみられないことをもって「都知事の職務上の注意義務違反を基礎付ける事情として看過し得ない」（４６頁２２行目ないし同頁２３行目）とする一方で、「同命令の発出にあ

たり、都知事が裁量の範囲を著しく逸脱したとまではいい難い」（４７頁８行目ないし同頁９行目）、「本件命令は、（略）、令和３年２月の特措法の一部改正による４５条３項命令の法定後、最初の発出事例であり、その発出までの間、都知事において、要件該当性判断の当否等の検討のために参照すべき先例がなかった。このような状況の下、都知事が本件命令発出日の頃、同条項の要件該当性を適切に判断するのは容易ではなかったといえる」（同頁１０行目ないし同頁１４行目）、「都知事が上記意見聴取（学識経験者の意見聴取）の結果よりも本件弁明書の考え方を優先し、本件命令の発出を差し控える旨判断することは、期待し得なかったといえるべきである」（４８頁１行目ないし同頁３行目）とし、「都知事が本件命令を発出するに当たり過失があるとまではいえず、職務上の注意義務に違反したとは認められないといえるべきである。」（同頁８行目ないし１０行目）と結論付けた。

しかしながら、原判決は、上記(5)にて述べたとおり、本件命令を発出するに当たっての必要性は個別の事情を踏まえて判断する必要があると正しく判断しているのであるから、都知事の過失については、個別の事情を踏まえずに本件命令を発出したという一事をもって優に基礎付けられるものである。原判決が語る述べるところは、いずれも都知事の過失ないし職務上の注意義務違反を否定するものではないし、むしろこれら事情から都知事の過失ないし職務上の注意義務違反が基礎付けられるものでもある。詳しくは、後記第４にて述べる。

3 争点２（特措法及び本件命令の違憲性）について

- (1) 原判決は、争点２（特措法及び本件命令の違憲性）について、さらに下記の３点の問題として整理した。

記

①法令違憲

②適用違憲ないし処分違憲（営業の自由、表現の自由、法の下での平等）

③憲法適合性審査の欠如

(2) 原判決は、上記(1)の各論点について、その28頁ないし30頁に掛けて“軽く”言及をして結論として憲法違反を認めなかったが、第一審であることを考慮したとしても、もう少し丁寧に論じていただきたかったところではある。

控訴人としての主張については、他の論点とあわせて、詳しくは後記第5にて述べる。

4 争点3（原告（控訴人）の損害）について

原判決は、前述のとおり、争点1のうち「⑦都知事が職務上の注意義務に違反したかどうか」において都知事の過失ないし職務上の注意義務違反を否定し、また、本件命令に係る憲法違反の主張をすべて排斥したことを前提にして、損害論については判断を示さなかった（50頁）。

本件命令により控訴人に損害が発生していることは一連の事実経緯及び提出証拠から明らかであるし、控訴人は1日・1施設あたり1円の損害賠償を求めるものであることから、控訴人においては、この点についてはこれ以上の主張は必要ないものと判断する。

第2 本件命令発出日において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 原判決の判断

原判決は、争点1・「①本件命令発出日に新型インフルエンザ等緊急事態であったかどうか」について、「新型インフルエンザ等緊急事態とは、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をいう（特措法32条1項）。政府対策本部長は、これが発生したと認めるときは、新型インフルエンザ等緊急事態が発生した旨等を公示し（緊急事態宣言）、

緊急事態措置を実施する必要がなくなったと認めるときは、緊急事態解除宣言をす
るところ、この解除宣言は新型インフルエンザ等緊急事態が終了した旨の公示をい
うのであるから（同条5項）、同公示がされるまでの間は新型インフルエンザ等緊
急事態である。そして、特措法45条2項、3項所定の新型インフルエンザ等緊急
事態を、同法32条所定のそれと異なるものと解すべき合理的根拠は見当たらない。
したがって、本件命令発出日に新型インフルエンザ等緊急事態であったと認められ
る。」（35頁5行目ないし同頁17行目）と判示する。

2 原判決の法解釈は特措法の解釈を誤るものであること

前記1の原判決の判断は、つまるところ、緊急事態宣言期間中（「新型インフル
エンザ等緊急事態措置を実施すべき期間」（特措法32条1項1号）として公示さ
れている期間中）は、そのことのみをもってして、「新型インフルエンザ等緊急事
態」にあるということである。

しかしながら、原審より控訴人が繰返し説明しているとおおり、「新型インフル
エンザ等緊急事態」とは、「都道府県における感染症患者等の発生の状況、感染症患
者等のうち新型インフルエンザ等に感染し、又は感染したおそれがある経路が特定
できない者の発生の状況その他の新型インフルエンザ等の発生の状況を踏まえ、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とき」（特措法施行令6条）という状
態をいうのであって、法令の仕組みそれ自体として、緊急事態宣言期間中にあれば
新型インフルエンザ等緊急事態にあるとされているものではない。原判決の判断は、
特措法の条文構造に反するものである。

特措法は、政府対策本部長（内閣総理大臣。特措法16条1項）が緊急事態宣言
を公示することにより、都道府県知事に45条2項要請及び45条3項命令といっ
た強力な権限を付与する仕組みが取られている。仮に、原判決の解釈を許すとする

と、都道府県知事に権限が付与された前提問題たる「新型インフルエンザ等緊急事態」該当性について、司法審査が及ばないことになる。特措法は、「新型インフルエンザ等緊急事態」該当性について、国会の事前ないし事後の「承認」を要する制度ともしていない（国会に「報告」をすればよいとするのみであることについて、特措法32条1項参照）。このような帰結となる解釈が、特措法の解釈として正しいものとは到底いえない。

控訴人は、上述の点について原審においても詳細に主張しているところであるが（原告第一準備書面・第1・1（6頁以下））、原判決はこの法律解釈に係る主張に対する回答すら全くしていない。

「新型インフルエンザ等緊急事態」該当性については、原判決がというような「緊急事態宣言期間中にあるから」といった理由にならない理由によってではなく、新規感染者数の推移や医療提供体制の状況に基づき、特措法施行令6条の定める要件該当性について正面から判断する必要がある。

3 本件命令発出日において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

原審においても控訴人が指摘しているとおおり、新型コロナウイルス感染症対策本部は、令和3年3月18日時点において、新規感染者数の推移や医療提供体制の状況に基づき、すべての都道府県が緊急事態措置区域に該当しなくなったと判断している（乙1の3の基本的対処方針においても、「その後、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することとした。」と明記されている。）。より正確には、令和3年3月18日（木曜日）午前7時30分から午前9時00分に掛けて開催された第15回基本的対処方針等諮問委員会において上記判断がなされているものである。この一事をもってし

ても、本件命令発出日において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は明らかである。

また、基本的対処方針等諮問委員会の判断は別にしても、原審において詳細に述べたとおり、東京都（及び1都3県）における客観的指標（新規陽性者数、実効再生産数、病床使用率）や大阪府（及び関西圏）における客観的指標との比較等からも、本件命令発出日において新型インフルエンザ等緊急事態にあったといえるものではない。さらに遡れば、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」にあったとも到底いえるものではない。以上、詳しくは原審における原告第一準備書面・第1・2以下にて述べたとおりである。

以上のとおりであるから、本件命令発出日において「新型インフルエンザ等緊急事態」にあったとは到底いえないことは明らかである。

第3 控訴人には本件要請に応じないことについて「正当な理由」があったといえること

1 原判決の判断

原判決は、争点1・「③原告において本件要請に応じない正当な理由があったかどうか」について、「45条2項要請に応じた場合には、店舗の営業時間の短縮により、必然的に売上が減少するから、同要請は事業者の経済的利益と相反する。それにもかかわらず、被告が45条2項要請を行うに際し、飲食店ごとの経営状況を考慮しなければならないとすると、同要請の影響を受けて経営状況が悪化し、又は悪化する可能性のある事業者に対しては営業時間短縮の要請を行うことができなくなって、新型コロナウイルス感染症に対する対策の強化を図り、現に発生して感染防止対策が喫緊の課題となっていた同感染症から国民の生命及び健康を保護するという目的の達成に支障を来す。そうすると、特措法が緊急事態措置の影響を受けた事業者を支援するために必要な財政上の措置等を効果的に講ずる義務（63条の2

第1項)等を定め、これにより事業者に対する影響が緩和されると考えられること、措置が実施される期間は一時的であることなどを踏まえ、45条2項要請に応じない正当な理由は限定的に解釈されるべきであるし、経営状況等を理由に要請に応じないことなどは、正当な理由がある場合に該当しないという内閣官房の見解は(同(4)ウ)、相当なものといえる。」と判示する(40頁11行目ないし26行目)。

2 原判決の法解釈は特措法の解釈を誤るものであること

前記1の原判決の判断は、つまるところ、事業者の経済的事実等は「正当な理由」を判断する際の考慮要素にすら全くなならないということである。

しかしながら、原審においても詳細に主張したとおり、特措法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、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ない」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(62条、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(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事実等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ものである。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、正しいものとは到底いえない。

原判決は、「正当な理由」を限定的に解する根拠として、飲食店ごとの経営状況を考慮しなければならないとすると、45条2項要請の影響を受けて経営状況が悪化し、又は悪化する可能性のある事業者に対しては営業時間短縮の要請を行うこと

ができなくなって、新型コロナウイルス感染症に対する対策の強化を図り、現に発生して感染防止対策が喫緊の課題となっていた同感染症から国民の生命及び健康を保護するという目的の達成に支障を来すと述べる。しかしながら、原判決は、「正当な理由」を検討するにあたり経済的事情を考慮することと、個別の事案において45条2項要請に応じないことについて「正当な理由」があると認めることは異なる次元の問題であることを（意図的に）看過しており、著しい論理の飛躍がある。

「正当な理由」を検討するにあたり経済的事情を考慮したとしても、当該施設ないし事業者の置かれている経済的事情やその他の事情を加味し、「正当な理由」があるといえる場合もあれば、「正当な理由」がないとされる場合もある。経済的な悪影響があるから、あるいは、悪影響のおそれがあるから、直ちに「正当な理由」があるとされるものではないし、控訴人としてもそのような主張をしているものではない。「正当な理由」該当性について、事後的に司法において争われることになったとしても、そのことから感染症対策の目的に支障を来すということもない。

また、原判決は、「正当な理由」を限定的に解する理由として、事業者に対する必要な財政上の措置等を効果的に講じる義務等があり事業者に対する影響が緩和されると考えられる、措置が実施される期間は一時的であるとも述べるが、前者についていえば東京都も「営業時間短縮に係る感染拡大防止協力金」を用意するが控訴人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るものではないし、後者についていえば令和3年1月8日以降、飲食店に対する営業時間短縮要請は緊急事態宣言が終了した後も長期間にわたって継続してなされているのであって措置が実施される期間は一時的と評価することも正しくないのであって、原判決が「正当な理由」を限定的に解する理由として挙げる事情は理由になっていない。

3 控訴人には本件要請に従わないことについて「正当な理由」があるといえるこ

と

原審においても述べたとおり、控訴人は、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43）。

控訴人は、第二回緊急事態宣言発出以降、東京都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、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、控訴人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、雇用の維持は無理です。」と切実に訴えているとおりである（甲27）。控訴人が行ったシュミレーションによれば、仮に令和3年1月7日以降、原告において営業時間短縮をしていた場合、同年3月21日までに原告に生じる営業上の損失は、東京都が用意する協力金の支給を受けたとしても2億円を超える（300万円（東京都内で控訴人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）。

また、控訴人は、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・責任もあった。

控訴人は、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ったものであり、控訴人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4 都知事には過失ないし注意義務違反が認められること

原判決は、都知事に注意義務違反はなかったと判断した。

しかし、原判決が都知事に注意義務違反がないと判断した根拠は、つぶさにみれば、いずれも都知事の注意義務違反を否定するものとはならない。むしろ、原判決の認定の根拠自体から、都知事の注意義務違反の存在は肯定される。

1 「特に必要であったか」の判断にあたっての裁量と裁量権の逸脱

(1) 原判決は、「本件命令の発出は特に必要であったとは認められない」と認定しつつ、同命令の発出に当たり、都知事が裁量の範囲を著しく逸脱したとは言い難い、と認定している。

その根拠として、本件命令の違法性判断の根拠が、本件命令が4日間しか効力を生じないことが確定していたにもかかわらず、都知事が同命令をあえて発出したなどの事情の下、控訴人が本件要請に応じないことに加え、控訴人に不利益処分を課してもやむを得ないと言える程度の個別の事情があったとは認められない旨の違法性判断であったからであるとし、その判示の趣旨はあまり明確でないものの、行政裁量を広く認める趣旨のようである。

(2) しかしながら、そもそも原判決は、本件命令が違法であると判断しているのであり、違法な命令を出しながら、裁量権の逸脱があったとは言えないとするのは論理矛盾である。もとより、違法性の判断と注意義務違反をどのように位置づけるかにおいて、違法性一元説・違法性二元説の議論があるところではあるが、本来裁量権の逸脱があれば、その命令は違法なものとされるはずである。つまり、原判決は、本件命令が違法であると判断する中において、すでに暗黙の裡に、都知事には本件命令を発出するにあたって、裁量権の著しい逸脱があったと判断しているというべきである。

とりわけ、原判決は、本件命令が「特に必要であるとき」の要件に該当せず違法であると判断するにあたり、「被告が同命令を発出したことの必要性について、上記アの内閣官房の見解等において求められる合理的な説明はされておらず、また、同命令を行う判断の考え方や基準についても説明がない」としている（第3

当裁判所の判断 2・争点 1（違法性について）（4）エ、原判決 45 頁）。この原判決の判示はまさに本件命令発出の過程において適切な考慮、判断価値を経ておらず、都知事に裁量権の逸脱があったことを認定するものにほかならない。

したがって、原判決それ自体が本件命令発出にあたり都知事の裁量権の逸脱を認めているものであり、論理的必然性という観点からも、原判決によって都知事の裁量権の逸脱は否定され得ない。

- (3) 仮に違法性と裁量権の逸脱の論理関係を一旦措いて、都知事の判断に裁量権の逸脱があったか否かを検討するに、原判決には都知事の裁量権を著しく広く認めているという点において誤りである。

すなわち、本件命令の目的は、国民の健康の保護という消極目的であり、その場合においては、裁量の幅は狭く解されなければならない。しかも、本件命令の発出の根拠法となる特措法はその 1 条において、新型インフルエンザ等に対する対策の強化を図り、もっ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する場合であっても、「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」を明確にしており、さらに 5 条においてはより明確に、「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。」としている。

さらに、特措法 45 条 3 項は、施設管理者が正当な理由がないのに要請に応じない場合に直ちに命令を発出できるとしているのではなく、重ねて、「特定都道府県知事は、新型インフルエンザ等のまん延を防止し、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ときに限り、当該施設管理者等に対し、当該要請に係る措置を講ずべきことを命ずることができる。」としている。

ここに、特措法は、新型コロナウイルスの感染拡大を防止するという目的があ

ったとしても、そのための制限は必要最小限度でなければならず、またその際に国民の自由と権利を尊重しなければならないとするのが法の趣旨である。

してみれば、本件においても、被控訴人は、本件命令を発出する際の、特措法45条3項の要件充足性の判断において、①控訴人が要請に応じなかったことに正当な理由があったのか否か、②命令の発出が、「新型インフルエンザ等のまん延を防止し、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」であったのか否かの判断については、厳格な審査がなされるべきであった。

したがって、本件命令発出において被控訴人に対して広範な裁量を認めている時点において原判決には誤りがある。

- (4) 以上を踏まえて検討するに、本件命令発出については、以下のとおりの裁量権の逸脱が認められる。

まず、本件においては、上述のとおり、施設管理者が要請に応じない「正当な理由」があるか否かについては、当該施設管理者の経済的状況が検討されるべきである。その際には、単に漫然と政府の事務連絡に従うのでは不十分である。「正当な理由」の判断においては、上記「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」及び「国民の自由と権利が尊重されるべきこと」という観点から、要請に応じない正当な理由があるか否かを判断しなければならない。

そうであるとするならば、本件においては、要請にしたがうことは、施設の経営を維持できなくなるという著しい影響を控訴人に及ぼすこととなることは明らかであった。「正当な理由」の趣旨を法の目的に沿って解釈をするのであれば、控訴人には本件要請に応じない「正当な理由」があったことは明らかであり、したがって、この時点において被控訴人による本件命令の発出は特措法45条3項の要件を満たさず違法であり、「正当な理由」の存在を否定した都知事には裁量権の逸脱がある。

この点に関し被控訴人は、「正当な理由」に関し、「原告は弁明書（甲21）に

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、控訴人がいうところの協力金等の経済対策に対する不服は、控訴人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、被控訴人はこのことを明示している控訴人の「発信」を理由に本件命令を発出しているのものであって、このことを知らなかったものでもない。また、被控訴人は控訴人が経営する各施設の規模を知った上で本件命令を発出しているところ、常識的にも大型の店舗を運営する上場企業である控訴人にとって一律一日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、被控訴人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。

したがって、本件命令発出にあたって、都知事は、正当な理由の判断において経済的事情を考慮に入れず、不十分な額の協力金等のみをもって十分であると判断しているのは社会通念に照らしても著しく不相当である。

本件において「正当な理由」の存在を否定した都知事の判断に裁量権の著しい逸脱があったことは明らかである。

- (5) さらに、仮に控訴人が本件要請に応じない「正当な理由」が否定されたとしても、「新型インフルエンザ等のまん延を防止し、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」という要件の充足性判断についても、都知事には裁量権の逸脱がある。

すなわち、本件命令発出においては、原判決の認定からも判断過程に過誤があったことが明らかである。

つまり、原判決は、本件命令が違法であったこと自体について以下のように判断していた。

- ・内閣官房の見解が個別の事情の有無の判断に当たり参考となる。
- ・本件対象施設においては、内閣官房の見解等にいう3つの密に当たる環境のうち少なくとも密閉空間（換気の悪い密閉空間）が派生していたとはいえず、他方で相当の感染防止対策が実施されていたため、クラスターが発生するリスクが高いものとして実際に確認できる場合にはない
- ・上場企業であるとはいえ、2000余りの店舗の1%強を占めるに過ぎない本件対象施設において、原告が実施していた感染防止対策の実情や、クラスター発生の危険の程度等の個別の事情の有無を確認することなく、同施設での夜間の営業継続が、ただちに飲食につながる人の流れを増大させ、市中の感染リスクを高めていたとはいえない。

さらに、原判決は、被控訴人は「本件命令の発出に先立ち、本件対象施設を現地確認し、原告が本件要請に応じず夜間の営業を継続していることを確かめたものの（認定事実（3）カ）、本件対象施設における上記対策の実情等を調査した様子は見られなかった。」とし、この事実について「都知事の職務上の注意義務違反を基礎づける事情として看過し得ない」と指摘していた（第3 当裁判所の判断 2・争点1（違法性について）（6）ア、原判決46頁）。

以上より、都知事は本件命令発出をするにあたっては、内閣官房の見解を考慮の対象にすべきであったのにその考慮を行わず、現地の調査すら行わず、本件対象施設においては3つの密に当たる環境のうち少なくとも密閉空間（換気の悪い密閉空間）が発生していたとはいえなかった事実、他方で相当の感染防止対策が実施されていたため、クラスターが発生するリスクが高いものとして実際に確認できる場合にはなかった事実を考慮にいれていなかった。他方では、上場企業であるとはいえ、2000余りの店舗の1%強を占めるに過ぎない本件対象施設において、控訴人が実施していた感染防止対策の実情や、クラスター発生の危険の

程度等の個別の事情の有無を確認することなく、同施設での夜間の営業継続が、ただちに飲食につながる人の流れを増大させ、市中の感染リスクを高めていたとはいえないにもかかわらず、本件命令が「新型インフルエンザ等のまん延を防止し、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」であると過大に評価すべきでない事情を過重に評価している。しかも、上述のとおり、本件命令発出にあたっては、本件発信（甲27）を理由にするなど、本来考慮すべきでない事項を考慮していたのである。

そうであるとすれば、本件命令の発出の要件充足性の判断にあたっては、都知事の著しい裁量権の逸脱があったものと言わなければならない。

- (6) 以上に加え、仮に本件命令の発出の要件充足性が何らかの理由で認められるとしても、令和3年3月18日というタイミングで命令を発出するその判断自体にも著しい裁量の逸脱がある。

ア この点、原判決は、「本件命令が効力が生じる期間は、発出日当日を4日間しかないことが確定しており、被告はこのことを当然認識していた。その当時、新規感染者数は大幅に減少し、医療提供体制のひっ迫の状況も緩和されていた。」と認定している。こうした状況下の令和3年3月18日に本件命令を発出することは到底認められない。

イ もとより、控訴人としては、上述のとおり、首相により緊急事態宣言が解除されていなかったとしても、東京都が緊急事態の状態になかったものである以上、そもそも都知事には本件命令を発出する権限がなかったと主張するものである。

しかし、仮に原判決判示のとおり、緊急事態宣言が形式上存在している間は都知事は45条3項命令を発出できるとするのであれば、形式的に存在している緊急事態宣言下において同命令を発出するか否かについての裁量の幅が問題となる。

とりわけ、緊急事態宣言の発令の目的は、医療ひっ迫状況を改善させるため

にあるのであれば、感染状況や医療ひっ迫状態は、45条3項命令を発出するにあたり考慮されなければならない重要な事実である。

ウ 本件においては、都知事はすでにその必要がないとして緊急事態宣言を解除する首相の決定を知っていた。すなわち、発出のタイミングについては、本件命令発出の前日である令和3年3月17日には、首相が緊急事態宣言の解除を決めていた。

こうした政府の方針を受けて、同日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」ことが明確にされていた。都知事はそうであるにもかかわらず敢えてこの時点において本件命令を発出した。

その上、本件命令発出時において、東京都における新規感染者数の減少や医療ひっ迫状況の緩和は、被控訴人こそ熟知している内容であった。

すなわち、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都知事にとっては周知の事実であった。

その上、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。上述のとおり、緊急事態宣言が被控訴人の虚偽の報告により維持されてきたことに鑑みれば、都知事こそ東京都においては医療提供状況に現実には問題がなかったことを知っていた。

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控訴人の不正な数字の報告に基づくだけでなく、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。

つまり、都知事は、本件命令発出時において、緊急事態宣言発令が目的とする医療ひっ迫状況が存在しないことを知っていた。

エ そのような状況であれば、仮に形式的に緊急事態宣言が令和3年3月18日の時点で継続していたとしても、都知事としては、本件命令を発出することを厳に控えるべきであった。そうであるにもかかわらず、原判決の認定によっても、「本件命令は4日間しか効力を生じないことが確定していたにもかかわらず、被告が同命令をあえて発出」したものである。かような本件命令は、発令の基礎となるべき事実（医療ひっぱく状況）を客観的に欠き、またその状況に関する評価に著しい不合理性があり、本来であれば発令にあたり考慮されるべきであった医療ひっ迫状況が解消しているという事実を考慮せず、しかも誤った医療ひっぱく状況は被控訴人の国に対する虚偽の報告に基づくという社会通念上に照らし著しく妥当性を欠いているものであった。したがって、本件命令はこの観点からも裁量権の範囲を逸脱又は濫用したものである。

2 「先例がなかったこと」について

- (1) 次に原判決は、都知事において、特措法45条3項の「要件該当性判断の当否等の検討のために参照すべき先例がなかった。このような状況の下、都知事が本件命令発出日の頃、同条項の要件該当性を適切に判断するのは容易ではなかったといえることができる。」と認定している。
- (2) しかしながら、本件命令が違法であったことを知るためには、何ら先例の判断は必要ない。

つまり、上述のとおり、本件命令を発出するにあたっての特措法45条3項の要件該当性の判断にあたっては、特措法自体の法の趣旨を尊重し、内閣府の見解も参照しつつ、適切な確認をすればよかつたのであり、それは何らの先例を必要とするものではない。もとより、本件命令が本件発信を行った控訴人を狙い撃ちしたものである以上、狙い撃ちの方法による命令の発出が違法なものとなることは敢えて先例を待つまでもない。この点について原判決自体、「上記2000余りの店舗中、被告が（ママ）本件対象施設のほかには、わずか6施設（6店舗）に対してしか、45条3項命令を発出しなかったことは（同（3）ケ、コ）、制裁規定の前提となる不利益処分を課された原告にとって不公平なものであり、内閣官房の指摘する公正性の観点からの説明は困難と言わざるを得ない」と指摘している（（第3 当裁判所の判断2・争点1（違法性について）（4）エ、原判決45－46頁）。不公平な命令発出であることを理解するためには、当然先例は必要ない。

また、上述のとおり、本件においては、特措法の趣旨、内閣官房の見解等、行政機関としてよって立つべき規範や指針を踏まえていれば生じなかつた裁量権の逸脱・濫用である。それは行政機関としての最低限の義務であり、特措法の趣旨を勘案し、内閣官房の見解を検討することは先例がないとできないものではない。

結局のところ、本件において、「先例がないから分からなかつた」と都知事を救

済する原判決の理屈を煎じ詰めれば、違法で裁量権を逸脱した、不公平な命令であっても、都知事はまさか命令の発出先から訴えられるとは思っていなかっただろう、裁判を起こされること自体が予想外のことであっただろうから一件目である本件命令に関する都知事の責任には目を瞑るが、以降は目を瞑らないので気を付けるようにという行政が市民から今後訴えられることへのリスクの警鐘に過ぎない。このような法的に考慮すべきでない考慮に基づき、都知事の責任を免除することは到底許されることではない。

本件命令の違法性を判断するための先例がないことを理由として都知事の注意義務違反を否定する原判決は極めて不合理である。先例の不存在は何ら都知事の注意義務の違反を否定しない。

3 学識経験者の意見聴取を行っていたことについて

- (1) 原判決は、本件命令発出にあたり、学識経験者からの意見聴取を行い、その意見聴取の結果はこぞって本件命令の発出の必要性を認めるものであったと認定する。他方で、本件弁明書は東京都の立場と相容れず、要件該当性の判断のための先例がなかった当時において、都知事が意見聴取の結果よりも本件弁明書の考え方を優先し、本件命令の発出を差し控える旨判断することは、期待し得なかったと判断している。
- (2) しかしながら、学識経験者からの意見聴取は何ら特措法45条3項の要件該当性に関し専門的な知識を提供するものではなかった。

ア まず、原判決が判断の根拠としているこの学識経験者の意見聴取は、令和3年3月5日に行われたものである。本件命令発出の日である同月18日あるいはそれに近接した時期に行われたものではない。新型コロナウイルスの感染状況は刻々と変わりゆくのであって、2週間近くも前に行われた会議の内容を本件命令の発出の際の参考とすることはできない。この点については、控訴人の第3準備書面で詳述したとおりであるが、同月5日は、緊急事態宣言の延長が

判断された時点である。これに対して、本件命令発出の前日である同月 17 日には、首相が緊急事態宣言の解除を決めていた。

こうした政府の方針を受けて、令和 3 年 3 月 17 日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 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。

イ 特措法が 45 条 3 項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 45 条 2 項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、これとでも、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、45条2項要請に従わない事業者に対して45条3項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

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。本来は都知事はそのような専門的見解に基づいて45条3項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・科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、都知事の意向を表面的に追認しているに過ぎない。

しかも被控訴人においては、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、被控訴人としては、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っていない。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。

ウ さらに、原判決は、45条3項命令の発出の要件について、「施設管理者が4

5条2項要請に応じないことに加え、当該施設管理者に不利益処分を課してもやむを得ないといえる程度の個別の事情があることを要するという限度で首肯し得る」としている（第3 当裁判所の判断2・争点1（違法性について）（4）ア、原判決41－42頁）。そうであるとすれば、上記の事務連絡の内容を超えて、個別の施設に対する本件命令の発出の要件該当性の判断にあたっての意見聴取がなされるべきことこそ法の趣旨に叶ったものというべきである。

しかるに上述のとおり、専門家の意見聴取は何ら具体的な専門知を提供するものではありません。

しかも、行政側の学識経験者の意見と命令の対象者の弁明書の立場が食い違った場合においては、本来であれば弁明書の内容を精査し、その当否をより慎重に判断すべきである。そうではなく、単に弁明書の内容が学識経験者の意見と異なるというだけで排斥することが正当化されるのであれば、行政手続きにおける聴聞手続きは単に主張の機会を与えただけの形骸化した手続きに過ぎなくなってしまう。

したがって、命令発出にあたっての考慮すべき意見が専門家委員会から提供されたとは言えない。こうした専門家委員会の意見聴取は都知事の注意義務違反を何ら否定するものではない。

4 小括

以上の次第であり、本件命令の違法性、裁量の逸脱があることは明らかであるとともに、本件命令の違法性及び裁量の逸脱を都知事は当然知っていたし、知り得べきであった。本件命令の違法性や裁量の逸脱を知るためには、違法性の内容自体から、先例があることを要しないし、完全に形骸化していた専門家の意見は都知事の判断を何ら正当化するものではない。原判決が正当に認定するように、本件命令発出にあたって都知事は、「上記アの内閣官房の見解等において求められる合理的な説明はされておらず、また、同命令を行う判断の考え方や基準についても説明がな

い」(第3 当裁判所の判断2・争点1(違法性について)(4)エ、原判決45頁)。
この一文に見事に要約される都知事のあまりにずさんの行政運営において、都知事が職務所の注意義務を尽くしていないことは明らかである。

本件において、都知事には違法な本件命令を発出するにあたり過失があり、被控訴人はその責を免れない。

第5 特措法及び本件命令の違憲性に関して

1 法令違憲について

(1) 営業の自由の違憲審査について

原審は、営業の自由の性質に触れることなく、営業時間短縮の協力要請について「令和2年から翌3年にかけての頃には、クラスターの起点とみられた飲食を中心として人の流れを抑制する対策として必要かつ有用」などとして合憲としている。

しかし、営業の自由の前提となる職業には、自己の生計を維持するためにする継続的活動という経済合理性を満たすという側面だけでなく、「分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有する」という側面がある(最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁「薬事法事件」)。この点、そもそも営業の自由に対する法令による制約を判断する前提として、営業の自由の憲法上の権利としての性質を考慮することなくその先の違憲審査の枠組みに進めないはずが、原審は営業の自由について憲法上の権利の性質についての判断を怠っている。

(2) 立法事実について

また、法令違憲の判断の際には、当該法律による一般的な権利制約正当化の根拠たる「必要性」を基礎づける事実、すなわち「立法事実」の吟味がなされなければならない(後述のとおり、具体的処分等の正当化を基礎づける必要性たる事案に個

別に存在する「司法事実」とは異なるものである)。

しかし、原審は、「新型コロナウイルス感染症の感染拡大が深刻な社会問題になり、不特定多数人の前でマスクを外す場面が不可避免的に生じる飲食店において、クラスター発生の危険性に対する警戒心が解かれることはなく、上記協力要請は一貫して最も重要な感染防止対策の1つであり、このことは都民にも浸透し、都内の飲食店のうち大多数の店舗が同協力要請に応じていたなどの事情においては、通常は上記協力要請の後に行われる45条2項要請及び45条3項命令が、飲食店に対する過剰な規制として許されないものと認めることはできない。」として、当時の大多数の人々の行動等を追認的に記述しているにすぎない。特措法制定ないし改定時の立法事実の有無の判断、すなわち感染拡大防止目的の手段として一律の時短要請及び命令という措置を規定する必要性がどの程度あったかどうかにとって、大多数の飲食店が応じていたなどという特措法施行後の事後的事情は、結論を理由にするがごときロジックであり、まさに我田引水的論証として適切ではないと言わざるを得ない。

このような立法事実の存否についての判断が肯定されるのであれば、事後的に当時の多数の一般人が感じていたであろう空気をもとに立法事実の有無を創作することも可能となってしまうのであり、到底認めることはできない。

以上の点から、原審の法令違憲についての判断には不備がある。

2 処分違憲について

(1) 特措法の要件解釈において憲法的価値の編入が予定されていること

上記法令違憲において考慮されるべきは法律制定の必要性を支える「立法事実」であるのに対し、処分違憲の判断において考慮されるべきは、当該処分（本件においては被控訴人による令和3年3月18日に発出された命令）をすることの必要性を支える「司法事実」である。

この点、本件命令の根拠となる特措法においては、第1条「目的」規定で「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」に掲げ、法の究極目的として考慮すべき価値として経済的自由への配慮を規定し、第5条では「基本的人権の尊重」との標題のもと「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。すなわち、特措法の要件解釈においては、憲法上の権利ないし価値を取り込んで要件解釈を行うことが特措法の構造上要求・予定されているのである。

解釈の前提となるいわば特措法の入り口的規定で憲法的価値の編入を予定しているとすると、特措法上最も権利制約性の強い強制的な不利益処分であり、過料という制裁の前段階である特措法45条3項の命令措置発出の要件適合性は、上記のような憲法上の価値を取り込んだ上位規範によって羈束された解釈を行わなければならない。そして、特措法自体が憲法上の権利を斟酌することを求めているとすれば、当然、特措法に基づく命令措置が憲法上の権利への侵害を伴っているか否かについても直接的に考慮されることが予定されていると考えるべきである。なぜなら、特措法の目的及び解釈指針において憲法上の価値への配慮を規定していながら、当該総論的規定に規律される個別具体的な不利益処分の発出の段階では憲法的価値の侵害を論じる必要がないとは到底解されないのである。

(2) 特措法45条3項の命令発出の要件適合性解釈において憲法判断（違憲審査権の行使）を行っていること

上記のとおり、特措法は解釈指針として憲法上の価値の編入を要求しているとの前提のもと、同憲法上の価値とこれを侵害する処分との利益考量、すなわち実質的な違憲審査はどのように行われるかといえ、特措法に基づいた個別具体的な命令措置等の要件適合性審査において行われることとなる。

本件についてみれば、被控訴人が特措法45条3項に基づいて控訴人に対して発

出した令和3年3月18日付の命令措置が正当化されうるかにつき特措法45条3項の「特に必要があると認められるときに限り」という要件適合性判断を行う際に、実質的な違憲審査を行うこととなる。このことは、先に言及した処分違憲の判断において問われる具体的な不利益処分についての「司法事実」としての“必要性”の考慮そのものであり、まさに、特措法45条3項の「特に必要があると認められるとき」との要件判断において当該司法事実の存否＝必要性が判断されるという構造になっているのである。

また、原審が法令違憲を退けつつ、特措法の「特に必要がある」か否かという要件解釈において営業の自由の侵害について実質的に判断しているというその判断枠組みこそ一種の合憲限定解釈、ないしは憲法上の価値を法律の要件解釈に反映させた憲法適合解釈を行っている証左とみるべきであろう。

(3) 原審における違法判断はそのまま違憲判断を基礎づけること

原審は、「特に必要があると認められる」か否かの基準として、都知事には広範な裁量は認められないことを前提に、「施設管理者が45条2項要請に応じないことに加え、当該施設管理者に不利益処分を課してもやむを得ないといえる程度の個別の事情があること」との基準を定立している。また、同基準の判断にあたって、①個別施設でのクラスター発生リスクの存在を「実際に確認できる場合」、②「個別施設が独自の感染防止対策を講じていること」及び③「要件該当性の評価について合理的説明が可能であるか、個別施設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な説明が可能であり、公正性の観点からも説明ができるものになっているか」という内閣官房の事務連絡を基礎とした判断要素を挙げている。

これは、違法性の判断基準であると同時に、「制裁規定の前提となる不利益処分」たる45条3項命令の発出が営業の自由を侵害することを前提に、原審の立てた基準をクリアすることで初めて同侵害が正当化されうるという違憲審査基準を立てたものと理解すべきである。したがって、原審が、原審のたてた処分違憲に関する判

断基準に基づいて判断した結果、「命令をあえて発出したことの必要性について、合理的な説明はされておらず、また、同命令を行う判断の考え方や基準についても説明がない」と繰り返し述べ、控訴人に対して「不利益処分を課してもやむを得ないといえる程度の個別の事情があったと認めることはできない」として、「本件命令の発出は特に必要であったと認められ」ないとしたのは、憲法上は、被控訴人の命令発出による控訴人の営業の自由に対する侵害は正当化されなかったとの判断であると解するべきである。

(4) 表現の自由及び法の下での平等について

このことは、ここまで論じてきた営業の自由のほかに、控訴人が原審において主張したその他の憲法上の権利についてもあてはまるものである。

控訴人は、原審において、控訴人代表者の SNS 及び HP 上での「発信」を理由に本件命令発出した点において表現の自由（憲法 21 条 1 項）の侵害を、2000 店舗あまり要請に従っていない店舗が存在したにもかかわらず本件命令の対象となったのは 6 施設を除いてほぼすべて控訴人店舗であったことを捉えて法の下での平等（憲法 14 条）に違反しているとの主張をおこなった。

これに対して、原審では処分違憲についての上記憲法上の権利に関する判断において、控訴人の主張を実質的な判断をほぼせずに退けるものの、表現の自由につき「本件記事に示された原告代表者の意見に触発されるなどして実際に夜間の営業を継続した飲食店の存在を認めるに足りる証拠がないこと、本件命令発出日以降の 4 日間のうちに、他の飲食店の夜間の営業継続を誘発する具体的なおそれがあったともいえないことは、前記 2(4)エのとおりであり、本件命令を行う理由のうち上記部分は、前提を誤るものであったといわざるを得ない」と判断し、また、法の下での平等につき「夜間の営業を継続していた 2000 余りの店舗中、本件対象施設のほかには数店舗に対してしか、45 条 3 項命令を発出しなかったことは、不利益処分の対象になった原告にとって不公平なものであった」と、「不公平」である点までも認

めながら「この点は、争点1（本件命令の違法性）の判断において事情として考慮したとおりであり、さらに平等原則違反の有無を判断する必要性を認めない」などと判示している。

上記引用箇所によって明らかなおとおり、表現の自由及び法の下での平等について原審が言及した箇所は、すべて「特に必要があると認められる」か否かの判断において判示した箇所なのである。

さらに敷衍すれば、要は、原審は「特に必要があると認められる」かどうかという要件判断の中で、表現の自由の侵害については本件命令を行う理由として控訴人の発信を挙げたことは前提を誤るとし、法の下での平等については2000店舗の不協力店舗が存在した中で控訴人への命令を行ったことは「不公平である」との実質判断をしており、法律の要件解釈の中で、被控訴人による控訴人の両自由への侵害を認める判断をしているということである。

そうだとすれば、原審は違法判断とともに、そのまま処分違憲との判断をすべきであったのであり、その点において、原審の判断には不備がある。

3 司法権の行使及び裁判所の在り方について

ここまで論じたように、原審は実質的に憲法判断をおこなっているにもかかわらず、処分違憲との結論を下さなかった。このことは、上記平等原則違反の点で言及した部分に顕著なおとおり、「本件命令の違法性の判断において事情として考慮したとおりであり、さらに平等原則違反の有無を判断する必要性を認めない」とするその姿勢である。

実質的に憲法上の権利侵害があることは、事案を解決するプロセスにおける単なる「一事情」なのだろうか。人権が違法との判断にいたるための「事情」でしかないのであれば、それはもはや究極目的であったはずの人権が違法性判断のための手段と化しているという倒錯状態にはなっていないか。

上記のとおり、違法な命令によって、同時に当事者の憲法上の権利が明らかに侵

害されているにもかかわらず、裁判所が憲法判断を控え、違法性の認定のみによって「事案解決」に終始するのであれば、あえて憲法が人権を規定し、その最高法規性の核心として「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であつて、これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである。」（憲法97条）と規定した趣旨が画餅と化すこととなり、裁判所自らの手で憲法の最高法規性を毀損しているといっても過言ではない。

憲法上の権利についての終局的判断権限を独占しているのが裁判所であることからしても、本件のように明らかに違法性判断と違憲性判断がオーバーラップしている事件こそあえて踏み込んで憲法判断をすることが裁判所に期待された職責であり、また、客観的な憲法秩序の守護者という意味での「法原理機関」としての矜持ではないだろうか。

この裁判所及び司法権の本質と違憲審査との関係についての控訴人の主張は、

「日本国憲法の違憲審査制は、…非政治的な司法というイメージを前提にしてきたために、…非常に消極主義的なものとして運用されてきた。

（中略）違憲審査制が現代立憲主義の下で期待される統制機能を果たさせるためには、「付随的違憲審査制かそれとも抽象的意見審査制か」という対立図式から離れて、違憲審査制が日本国憲法の本質的な統合的部分であることを正面から認めるべきである。そのことは、司法権の理解や実定訴訟制度の方が違憲審査制に合わせるべき場合があることを意味する。」（穴戸常寿「違憲審査制と統治行為論」山本龍彦・横大道聡編編著『憲法学の現在地』弘文堂、2020年）との憲法学者からの指摘や、

「裁判所は、違憲審査権を行使することにより、民主政のシステムを正常に保ち、憲法で保障された個人の権利自由を救済するという役割を担っております。したがって、裁判所が違憲審査権行使の場面で、議会の立法裁量や政府の行政裁量の陰に隠れては、憲法秩序は保たれません。裁判所は、憲法を盾に一步前

に出で、国家行為が憲法に照らし正当なものかどうかを厳格に審査しなければなりません。...（中略）...裁判所は、個人の人権の救済の場面においても、憲法自体から国民の権利自由を直接導くことに極めて消極的です。...しかし、憲法は、厳然とした成文の最高法規であり、裁判所は、法律の解釈に入る前に、国民の訴える権利自由が憲法で保障されたものであるかどうかを真剣に検討しなければなりません。」（泉徳治『一步前へ出る司法』日本評論社、2017年）

との最高裁判所裁判官経験者からの指摘と軌を一にするものである。

以上のとおりであるから、控訴審におかれては、裁判所の存在意義をかけて「一步前へ」出た憲法判断が行なわれることを強く求める。

第6 結論

以上述べてきたように、原判決が都知事について過失ないし職務上の注意義務違反を認めなかったことは誤りであって是正されなければならず、また、本件命令の違法性及び違憲性、並びに、特措法の違憲性についても正しく判断をしているものではないから、原判決を破棄した上で、貴庁において控訴人の各主張に対して正面から正しい判断をなすことを求める。

以 上