

副本

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

## 控訴答弁書

令和4年8月9日

(期日：8月16日)

東京高等裁判所第4民事部 御中

〒100-0014 東京都千代田区永田町一丁目11番30号

サウスヒル永田町9階 東京平河法律事務所

電話 (03)3595-4160 (代表)

FAX (03)3595-4170

被控訴人訴訟代理人弁護士 橋本 勇

同 小倉 秀夫

(送達場所)

〒163-8001 東京都新宿区西新宿二丁目8番1号

東京都総務局総務部法務課

電話 (03)5388-2519 (直通)

FAX (03)5388-1262

被控訴人指定代理人

松下博之



同

加登屋毅



同

長尾若菜



同

石澤泰彦



## 第1 控訴の趣旨に対する答弁

- 1 本件控訴を棄却する
  - 2 控訴費用は控訴人の負担とする
- との判決を求める。

## 第2 原判決の結論は正当であるが、本件命令の発出が違法であったとの判断は誤りであること

控訴人の控訴理由に対する反論については、別途準備書面を提出することとし、以下、本書においては、原判決の本件命令の発出が違法であったとの判断が誤りであることについて述べる（略称は、特に断らない限り、原判決のそれによる。）。

### 1 本件命令発出の背景（新型コロナウイルス感染症の特徴とその感染拡大防止策等）

#### (1) 新型コロナウイルス感染症（以下「新型コロナ」という。）

は、令和2年1月中旬頃、国内において発生が確認され、翌2月以降、感染が拡大したが、本件命令が発出された当時（令和3年3月18日）においても、その原因ウイルスの出現経緯は不明であり、的確な治療薬はなく、治療方法も確立していなかった。また、感染を予防し、重症化を防ぐとされるワクチンについては、

医療従事者等（接種後の健康状況調査を行う対象となっている国立病院機構等の病院）への先行接種が令和3年2月17日から開始され、その他の一般の医療従事者等の接種についても同年3月1日の週から開始されたところであり、重症化リスクが高いとされる高齢者向けについては同年4月以降となる見込みであった（乙37号証・40及び41枚目）。

そのため、新型コロナへの対策としては、密閉、密集、密接（いわゆる3密）の回避<sup>1</sup>、マスクの着用、大声を上げる環境の回避、人と人との距離をとることの徹底、室内の換気の徹底等によって感染を防ぐこと以外にないとされ、専門家をはじめ、国や各地方公共団体等からそのような措置をとることが呼びかけられ、多くの人たちがその呼びかけに応え、大きな成果を上げていた。

- (2) 国内における新型コロナ感染が確認された後、令和2年3月13日に特措法が一部改正され、新型コロナに同法が適用されることになり、同年4月7日には、期間を同日から5月6日までとする緊急事態宣言がなされ、東京都については、その期間が5月25日まで延長された。その後、しばらくの間は、新規感染者の増加はみられなかったものの、令和2年の年末には拡大傾向が顕著となり、同3年1月7日には、期間を同月8日から2月7日まで

---

<sup>1</sup> 「基本的対処方針」の令和2年4月7日改正により、「集団感染が生じた場の共通点を踏まえると、特に①密閉空間（換気の悪い密閉空間である）、②密集場所（多くの人々が密集している）、③密接場面（互いに手を伸ばしたら届く距離での会話や発声が行われる）という3つの条件（以下「三つの密」という。）のある場では、感染を拡大させるリスクが高いと考えられる。また、これ以外の場であっても、人混みや近距離での会話、特に大きな声を出すことや歌うことにはリスクが存在すると考えられる。激しい呼気や大きな声を伴う運動についても感染リスクがある可能性が指摘されている。」とされ、1つの「密」でも回避すべきものとされるようになった（乙57号証・令和2年4月7日改正基本的対処方針）

とする2回目の緊急事態宣言（本件緊急事態宣言）がなされ、東京都については、その期間が3月21日まで延長された。東京都について、このような期間の延長がなされたのは、新規陽性者の減少のスピードが鈍化していたこと、日によっては増加したり横ばいといったことも見られていたことによるものであり、その期間が終了した3月21日以降も緩やかに上昇していた（乙36号証の4）。3月上旬以降、大都市部を中心に新規報告数の増加が続き、重症者数も増加が見られ、また、影響が懸念される変異株の感染者がみられ、急速に従来株からの置き換わりが進みつつある状況を踏まえ、翌4月9日には、東京都におけるまん延防止等重点措置の公示がなされ、同月25日には、期間を同日から5月11日まで（その後6月20日まで延長）とする3回目の緊急事態宣言がなされている（乙58号証の1・令和3年4月23日新型コロナウイルス感染症対策本部（第62回）議事次第、乙58号証の2・基本的対処方針分科会（第4回）議事録）。

- (3) このような状況の中で発出された本件命令について、原判決は、その対象施設の個別の事情のみを考慮し、本件命令の対象期間である4日間において、本件施設の営業時間の短縮によって来客数が減少したことにより抑止し得た新規感染はわずかであったこと（この評価が正しいかどうかは疑問であるが、そのことはここでは取り上げない。）等から、控訴人に不利益処分を課してもやむを得ないといえる個別の事情があったと認めることができないとして、本件命令が違法であったとする。

しかし、本件命令は、社会全体として、密閉、密集、密接（いわゆる3密）の回避、マスクの着用、大声を上げる環境の回避、人と人との距離をとることの徹底、室内の換気の徹底等の努力がなされているなかで、これらの取組を徹底することなく、特措法に基づく営業時間短縮の要請に従わないことを公言し、同法

45条2項に基づく要請に応じない旨弁明書（甲21号証）にて言明している控訴人に対して発出されたものであり、特措法45条3項の「特に必要があると認める場合」に当たらないとする判断は誤りである。

## 2 原判決は特措法45条3項の「特に必要があると認めるとき」の要件解釈を誤っていること

- (1) 原判決は、特措法45条2項に基づく本件要請について、「飲食店に対する営業時間短縮の協力要請は、少なくとも令和2年から翌3年にかけての頃には、クラスター発生の起点とみられた飲食を中心とした人の流れを抑制する対策として必要かつ有用なものであったと認められ、この認定を覆すに足りる証拠はない。そうすると、上記協力要請に応じなかった原告に対して引き続き行われた、本件対象施設での営業時間短縮の要請を内容とする本件要請も、新型コロナウイルス感染症に対する対策の強化を図り、また、国民の生命及び健康を保護するためには必要かつ有用であったといえることができる。」（39頁下から5行目以降）と判示し、本件要請が同法45条2項の「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必要があると認めるとき」の要件を充たす適法な要請であった旨の正当な認定をしている。

そして、その上で、原判決は、控訴人が本件要請に応じない「正当な理由」（特措法45条3項）があったとは認められないと適切に判示した（37頁下から5行目以下）。

- (2) ところが、原判決は、本件命令については、知事が45条3項命令を発出し得る場合を、「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」（傍点

は被控訴人代理人による。)に限定していること、及び45条3項命令に違反した場合は過料に処せられる規定(79条)があることからすれば、その運用は慎重なものでなければならないとし、したがって、「特に必要があると認めるとき」の要件の下、知事が45条3項命令を発出するに当たっては、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を要すると解するのが相当であるとした上で、本件対象施設につき、かかる個別の事情があったとはいえないから、本件命令は「特に必要があると認めるとき」の要件に該当せず違法であると判示した。

そして、原判決は、本件対象施設に上記の「個別の事情」があったといえない理由として、「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あったと認めることはできない。」(40頁下から1行目以降)などと述べる。

- (3) この点、被控訴人においても、45条2項要請に正当な理由なく応じないとの一事をもって、同要請に応じない全ての施設に対し直ちに45条3項命令を発出してよいことにはならないということ自体を争うものではない。

しかしながら、原判決がいうように、45条3項命令の要件には、45条2項要請の「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必要があると認めるとき」との「必要がある」との要件に「特に」の文言が付け加えられていること、及び同命令に違反した場合には秩序罰としての過料が課せられることがあることを理由に、45条2項要請と45条3項命令の上記必要性の要件の内容に格段の違いを認める解釈、すなわち、本件要請については「飲食店に対する営業時間短縮の協力要請は、少な

くとも令和2年から翌3年にかけての頃には、クラスター発生の起点とみられた飲食を中心とした人の流れを抑制する対策として必要かつ有用なものであったと認められ(る)」(39頁下から5行目以降)として必要性の要件を肯定しながら、かかる適法な本件要請に正当な理由なく応じないことから発出された本件命令の必要性の要件については、本件対象施設が「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」(42頁下から1行目以降)でなければならないとの限定する解釈をすることは、特定都道府県知事の「特に必要と認めるとき」との判断に係る専門的技術的知見に基づく裁量の範囲を不当に狭めるものであり、また、令和3年の特措法の改正の趣旨や特措法45条2項と同3項の規定の関係性を無視するものであって、誤った判示であるといわざるを得ないものである。以下詳述する。

### 3 原判決は令和3年改正による改正特措法45条3項の趣旨に反する解釈であること

- (1) 令和3年2月3日公布、同月13日施行の改正特措法の制定経緯や改正の趣旨を概説した文献(厚生労働省大臣官房総務課/内閣官房新型コロナウイルス感染症対策推進室の榎孝謙)によれば、改正特措法45条3項の趣旨は以下のとおりである(乙59号証・時の法令(令和3年6月30日・2124号))。

現行の令和3年改正前の新型インフルエンザ等対策特別措置法45条3項においては、特定都道府県知事の施設管理者等への施設の使用制限又は停止等の要請に対して施設管理者等が正当な理由がないのに応じないときに当該特定都道府県知事が行い得ることを「要請に係る措置を講ずべきことを指示すること」に留めていたが、それは、「基本的人権の尊重の観点から、緊急事態宣言の発出中においても、権利制限を伴う特定都道府県知事の権限の

行使については、必要最小限のものとするべきとの考えに基づくものであった」。

しかし、「今般の新型コロナウイルス感染症への対応においては、特定都道府県知事が特措法第四五条第二項又は第三項に基づく要請又は指示を行ったにもかかわらず、一部の店舗において引き続き営業がされているという事例があった。結果的にこれらの店舗においてクラスターは発生しなかったが、感染リスクの高い業態の施設が使用制限等の指示に従わない場合、そこでクラスターが発生し、全国的かつ急速なまん延につながり、ひいては国民生活及び国民経済に甚大な影響を及ぼすおそれがある。このことから、緊急事態における特定都道府県知事による施設の使用制限等の指示について、実効性を確保することが必要であると考えられた。」

これを踏まえて、令和3年に特措法45条3項を改正し、「施設管理者等が正当な理由がないのに特定都道府県知事の要請に応じないときは、特定都道府県知事は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、さらに、当該命令に違反した場合には三〇万円以下の過料に処することとした。」

その一方で、「要請又は命令を行うに当たっては、感染症に関する専門家等の学識経験者の意見を聴かなければならないこととし、措置が科学的根拠に基づいて行われることを担保することとした。」

さらに、「命令を行うに当たっては、実地調査等を行い、要請に従っていないことが認められる場合に、その旨を対象施設に知らせ、一定期間の経過後も要請に応じない場合に命令の手続を開始するという運用をするよう特定都道府県知事に求めることにより、施設側が要請対象であるという認識を持たないまま不利益処分がなされないよう担保することとした。」



(2) このように、特措法の令和3年改正により、特定都道府県知事がなし得ることが「指示」から「命令」へと強化された趣旨が、一部の施設管理者が抜け駆けをして特定都道府県知事が講じたまん延防止措置を無効化することを防ぐことにある以上、特定の施設管理者等が45条2項要請に応じなかったこと自体による新型コロナウイルス感染の拡大の危険性の大小を論ずる意味がない。

まして、原判決が、45条3項命令に違反した場合に過料の制裁があることを理由に、「特に必要があると認めるとき」の要件の内容を狭く限定する解釈をすることは、令和3年の改正で過料の規定を新設し、従前よりも施設の使用制限等について実効性を確保することが必要とした改正法の趣旨と相反するものであり、特措法が全く予定しない解釈であるといわざるを得ないものである。

(3) また、立法技術論としても、特措法45条3項は、令和3年改正前の「指示」も現行法の「命令」も同じ「特に必要があると認めるとき」という文言をもって要件を定めているところ、仮に、令和3年改正で特措法45条3項が「指示」から「命令」に改められ、過料の規定が設けられたことを理由に要件が厳格になったというのであれば、これに伴い条文の文言も改められたはずであるが、令和3年改正の前後を通じて「特に必要があると認めるとき」との同一の文言で定められた法律要件の解釈に大きな差異が生じるものとは考え難い。

#### 4 他の「特に必要があると認めるとき」との文言が用いられている立法例に個別の事情を要求しているものは見当たらないこと

(1) まん延を防止するため「特に必要があると認めるとき」という文言は、新型インフルエンザ等対策特別措置法31条の6第3項でも使用されている他、感染症の予防及び感染症の患者に対す

る医療に関する法律 51 条の 2 第 1 項、植物防疫法 32 条 6 項、家畜保健衛生所法 5 条 2 項、森林病虫害等防除法 5 条 2 項でも用いられている。

また、「～を防止するため特に必要があると認めるとき」という文言は、道路交通法 61 条、食品衛生法 9 条、医師法 24 条の 2、毒物及び劇物取締法 16 条、電気通信事業法 55 条等々で広く用いられている。

ただし、「～を防止するため必要があると認めるとき」と「～を防止するため特に必要があると認めるとき」とにどのような差があるのかは明らかではない。

- (2) 原判決は、「特に必要があると認めるとき」といえるためには、「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に個別の事情があることを要する」とする（41 及び 42 頁）が、「特に必要があると認めるとき」との文言が用いられている上記立法例においてそのような個別の事情を要求していると解されるものは見当たらず、原判決の判示は独自の解釈であるといわざるを得ない。

## 5 原判決の解釈は特措法 45 条 2 項と同 3 項の関係性を無視するものであること

- (1) 政府対策本部長である内閣総理大臣は、新型インフルエンザ等緊急事態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宣言を行い、これにより特定都道府県知事には、同宣言期間中、新型インフルエンザ緊急事態措置（以下「緊急事態措置」という。2 条 4 項）を講じることができる権限が付与されるが、緊急事態措置は国家の危機管理として万全の対応が必要となることから実施される措置というべきものであり、感染症のまん延から、

国民の生命及び健康を保護し、国民生活及び経済の混乱を最小とするため、その実効性が十分に確保されなければならないものである。

新型コロナウイルス感染症のまん延を防止するため、特定都道府県知事が飲食店に対する営業時間短縮の要請を行うに当たっても、緊急事態宣言中は、特措法24条9項に基づく要請とは別途、所定の要件が充たされる場合に、緊急事態措置としての45条2項要請を行うのは、同要請に対し正当な理由がなく応じない施設に対しては特措法45条3項に基づき当該要請に係る措置を命令する権限を適切に行使できるようにすることにより、その実効性を確保しなければならないからである（なお、45条2項要請に対し多くの飲食店が任意に応じるのは、要請に応じない場合には命令が発出されるという法制度となっているという面が大きいことは容易に想定できるところである。）。

- (2) このように、特措法は、はじめは45条2項要請を行い、その要請に対し正当な理由なく応じない場合は、その実効性を確保するため、正式な権限発動として45条3項命令を行えることができるという2段階構造をとっているのであり、かかる特措法45条2項と同3項の関係性からすれば、同3項の必要性の要件に「特に」の文言が付加されているとはいえ、そのことをもって、要請に正当な理由がなく応じない事態が発生しているにもかかわらず、当該要請に係る措置を講ずべき命令を出せる場合を原判決のように格段に限定する解釈を特措法が予定しているとは到底解されないものである。

このことは、前掲の改正特措法45条3項の趣旨（乙59号証・19頁）において、命令を行うに当たって実地調査等を行う趣旨は、要請に従っていない事実の確認と施設側が要請対象であるという認識を持たないまま不利益処分がなされることのないよ

う担保することにあるとされていることから裏付けられるものである。すなわち、上記の趣旨で求められているのは、対象店舗においてクラスターが発生するリスクが高いことが実際に確認できるといった事情の存否ではなく、命令に至るまでの慎重な手続の確保である。そして、要請及び命令のそれぞれの段階で専門家の意見聴取を行い、命令に前置して弁明の機会を付与することに加えて、要請及び命令の対象となる施設に対しては事前通知を行うこととし（乙4号証の27頁、31頁）、要請についての理解と協力を重ねて求める運用とすることによって手続の慎重さも確保されていることからすれば、45条2項と3項の間で要件に厳格な差異を設けなければ不利益処分を行う必要性が充足されないということには必ずしもならない。

- (3) かかる特措法45条2項と同3項の関係性からすれば、45条2項要請が適法にされたにもかかわらず、正当な理由なく応じない施設管理者に対しては、命令発出の時点で、あえて命令を発出する必要がないことが積極的に肯定される特段の事情がある場合（例えば、業種別ガイドラインをはるかに超える徹底した感染防止対策が講じられている店舗等）であれば格別、いかなる場合に、「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、並びに国民の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」（45条3項）との要件を充たすかは基本的に特定都道府県知事の広範な裁量の範囲内の事項であって、同要件を「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」だけに限定して狭く解釈した原判決の判断には誤りがあるといわざるを得ない。

- (4) なお、本件の45条2項要請と45条3項命令のように、不利益処分に前置される行政指導（他の例として、騒音規制法15条の改善勧告と改善命令、ストーカー規制法4条・5条の警告と禁

止命令など。)は、行政指導により目的が達成されれば不利益処分に移行する必要がなくなり、不利益処分にかかる時間及び労力・手間を省略できるという効率性と、対象者側としても不利益処分を回避できるという双方の利点を考慮して制度設計されるものであり、このような立法例においては、前置される行政指導の要件に対して不利益処分の要件が殊更に加重されるものではない(すなわち要請等の行政指導に応じないことをもって命令等の行政処分の要件が充足される)から(乙60号証。「行政指導の概念と法的統制」(ジュリスト増刊 行政法の争点))、このことから、特措法45条2項の「必要と認めるとき」の要件に対して同条3項の「特に必要と認めるとき」の要件に個別の事情の存在を殊更に加重する原判決の法解釈には誤りがあるといわざるを得ない。

6 本件緊急事態宣言に係る基本的対処方針は飲食店の営業時間の短縮を図ることが「特に必要があると認める」ものとしていること

- (1) 政府対策本部長が緊急事態宣言をしたときは、特定都道府県知事には、緊急事態措置を講じる権限が付与されるが、具体的な状況に応じ、どのような措置を講じるかについては、政府対策本部において基本的対処方針の変更を通じて定められることとなる。

そして、本件緊急事態宣言では、「基本的対処方針」(乙1号証の2)において、「都道府県は、法第45条第2項等の規定に基づき、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」と定められたのである。

このように、本件緊急事態宣言では、今後講じるべき対策を整理し、対策を実施するに当たって準拠となるべき統一的指針として策定された「基本的対処方針」において、緊急事態措置である45条2項要請の対象となり得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対策を講じるべき方針が示されたのであるから、飲食に係る業態に該当する者全体に対して営業時間の短縮を図ることが新型コロナウイルス感染症のまん延防止を図る上で「特に必要がある」と認められるということである。

そうである以上、特定都道府県知事が飲食店に対して営業時間短縮に係る45条2項要請を行い、同要請に正当な理由なく応じない施設に対しては、当該施設にあえて命令を発出する必要がないことが積極的に肯定される特段の事情があるような場合を除き、同知事が命令を発出する「特に必要がある」（45条3項）と認められるものとして命令を発出することは当然に裁量の範囲内の権限発動の措置というべきである。

- (2) 本件対象施設は本件要請に正当な理由なく応じなかったところ、本件対象施設は住宅街で近所の住民が1人ないし家族で静かに夕食をとる（いわゆる黙食）というような小規模の店舗ではなく、繁華街にあり、緊急事態宣言下で他の飲食店が営業時間短縮を行っている中で、多くのグループ客を集め、アルコールが提供され連日賑わっている状況であり、業種別ガイドラインの感染対策でさえ遵守していなかったというのであるから、平均的な飲食店の感染リスクと比較しても、あえて命令を発出する必要がないことが積極的に認められるといった特段の事情はなく、本件命令を発出することにつき知事の裁量の範囲を逸脱濫用した違法な点は認められないことは明らかである。

## 7 原判決は内閣官房の事務連絡の趣旨を誤って解釈していること

(1) 原判決は、内閣官房の事務連絡（乙4号証）に、45条3項命令を発出するに当たっての「特に必要があると認めるとき」の要件に該当する状況につき、「必ずしも現に対象とな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が、例えば、専門家の意見として、対象となる施設等が、クラスターが発生するリスクが高いものとして認識されている上に、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などが考えられ、また、感染防止対策を講じていることは、上記要件の考慮要素になり得る旨の見解を示し（ている）」（原判決42頁）ことが参考になるとした上で、本件対象施設の個別的事情として、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あっては認めるとはできない旨判示する（原判決42～43頁）。

(2) しかしながら、上記事務連絡はその記載の仕方から単なる例示であることは明らかであり、この例示の状況があれば45条3項命令を当然に発出すべきということにはなっても、この例示の状況に当たらなければ、正当な理由なく45条2項要請に応じない場合にあっては、45条3項命令の発出が違法となると結論付けているものでは決してない。

却って、同事務連絡が各都道府県知事等に示した45条3項命令書の記載例（乙4号証（33頁）の別紙7）は、「新型インフルエンザ等対策特別措置法に基づく施設使用停止（休業）について（命令）」との表題で施設の休業を命じる場合のものであるが、その理由付記としては、「…新型インフルエンザ等対策特別措置法第45条2項に基づき、○月○日から○月○日までの間、県内

の飲食店等に対して施設の使用停止（休業）を要請しておりますが、○月○日○時の時点において、「○○○○○」施設の使用を継続されていることを確認しております。つきましては、新型コロナウイルス感染症緊急事態において、当該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、同法第45条第3項に基づき、○月○日から○月○日までの間、「○○○○○」施設の使用停止（休業）を命令します。」というものであり、当該施設の個別的事情を考慮することを前提としたものとは全くなっていない。

また、原判決は、同事務連絡が、感染防止対策を講じていることを「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なる旨の見解を示していることを理由に挙げる。しかし、この見解は対象施設を飲食店とする場合を特に想定して述べた記述ではない。これは、令和2年4月23日付け事務連絡「第45条の規定に基づく要請、指示及び公表について」

（甲51号証）の記載を投入したものであるが、そのころは未だ飲食店等は、「法第四十五条第二項の政令で定める多数の者が利用する施設」（特措法施行令11条項各号）に含まれていなかった（「飲食店、喫茶店その他設備を設けて客に飲食をさせる営業が行われる施設（第十一号に該当するものを除く。）」が「法第四十五条第二項の政令で定める多数の者が利用する施設」に含まれるようになったのは、令和3年1月7日付けの新型インフルエンザ等対策特別措置法施行令改正からである。）。したがって、この見解は、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る場合があることを述べたにすぎないものであって、後記8(3)のとおり、飲食店の場合は当該施設の感染防止対策の有無又は程度という店側の事情にかかわらず、マスクを外し会食するという施設の利用者（客）側の事情



で感染が拡大することが避けられないという状況があるのであるから、飲食店の場合に施設の感染防止対策等の個別の事情を重視することができないことは明らかである。

(3) また、次のことから、上記内閣官房の事務連絡（乙4号証）は、施設の個別の事情として、クラスターが発生するリスクが高いことを確認できる場合でなければ45条3項命令を発出できないとしているものでないことは明らかである。

① 内閣官房の事務連絡（乙4号証）によれば、45条2項の要請を行う際に行うべき「現地確認」において確認すべき事項は、「当該施設の業態や施設類型、施設管理者等」の確認と「違反の有無」、「正当な理由」の有無に限定されており（20頁）、要請を行う必要の有無・高低に関する確認が含まれていない。

② 内閣官房の事務連絡（乙4号証）によれば、45条2項の要請を行う際に行うべき「立入検査」における「実施事項」は「4. ①と同様」すなわち「当該施設の業態や施設類型、施設管理者等」の確認と「違反の有無」、「正当な理由」の有無に限定されている（22頁）。このため、内閣官房の事務連絡には、施設の立入検査について、「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）と記載されている。

③ 内閣官房の事務連絡（乙4号証）によれば、45条3項の命令を行う際に行うべき「現地確認」において確認すべき事項は、当該施設等が要請に従っていないことの確認と、「正当な理由」が引き続かないことの確認に限定されており（22頁）、命令

を行う必要性の高低に関する事情の確認は含まれていない。

- ④ 内閣官房の事務連絡（乙4号証）によれば、「当該施設について、命令の必要性があるか」の意見聴取は学識経験者に対して行うこととなっており（22頁）、「要請・命令の必要性について、包括的意見を聴取することも可能とし、要請に応じない個別の事業者や施設管理者等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言うことではない」（22頁）とされている。
- ⑤ このように、45条3項命令を発出するに当たっての現地確認や立入検査については、45条2項要請に係る休業や営業時間短縮等に応じているかどうかの確認をすることを主に想定しているのであり、当該施設の個別の事情としてクラスター発生のリスクが高いことを確認することは想定していない。
- ⑥ 営業時間の短縮要請や休業要請に応じているかを現地確認や立入検査により確認するのと比べて、当該施設の個別の事情としてクラスター発生のリスクが高いかどうかを現地確認や立入検査により確認するのは高度の専門性と時間を要する。令和3年1月7日の特別措置法施行令の改正により飲食店等を「法第四十五条第二項の政令で定める多数の者が利用する施設」に含めるにあたって、「新型コロナウイルス感染症のまん延を防止するための新型インフルエンザ等対策特別措置法第四十五条第二項に規定による要請を行うことが特に必要な施設」（令和2年厚生労働省告示第175号）も改正され、飲食店等もまた、「その建築物の床面積の合計が1000平方メートルを超えないもの」が「特措法四十五条二項の規定による要請を行うことが特に必要な施設」に含まれることとなった（令和3年厚生労働省告示第4号）。したがって、飲食店等に関しては、中小規模の事業施設が都市部に多数集積していることは公知の事実で

あることからすれば、令和3年1月7日の特別措置法施行令の改正の時点で、多数の中小規模施設に対して法45条2項の要請を行うことが予定されていたことは明らかである。そのような多数の中小規模施設について逐一、クラスター発生のリスクの高低を検証するような現地確認や立入検査を行うことは事実上不可能である。

- ⑦ 45条3項命令を発するに当たり、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されているが（特措法45条4項）、同事務連絡（乙4号証）は、かかる意見聴取につき、「要請・命令の措置の必要性について、包括的に意見を聴取することも可能とし、対象となる業態に属する事業所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することではない。」（12頁、10頁）としている。

この記載からも、同事務連絡（乙4号証）は、感染症等の学識経験者から対象となる業態（飲食業等）に属する施設に対し要請・命令を講じる必要性が包括的に肯定される意見を聴取できる状況においては、基本的に、当該業態に属する個々の施設に対する命令の必要性があることが根拠付けられるとするものと解されるのであり、当該施設の個別の事情としてクラスター発生のリスクが高いことが特に確認できなければ命令を発出できないという解釈がとられているとは解されない。

- (4) さらに、特措法45条3項は施設管理者に対し施設の使用停止として休業を命じることも可能な規定となっているが、本件命令は休業ではなく営業時間の短縮（20時から翌日5時までの営業のための施設の使用停止）等を命じたにすぎないものであるところ、営業時間短縮の命令を行うことは、緊急事態に至らない段階

における「まん延防止重点措置」としての命令においても「特に必要があると認めるとき」（特措法31条の6第3項）には「営業時間の変更」（休業まで至らない営業時間の制約）として取り得る措置となっている。

そして、内閣官房の事務連絡（乙4号証（9頁））における「まん延防止重点措置」の当該命令規定の「特に必要があると認めるとき」（特措法31条の6第3項）の要件に該当する状況についての記述を見ると、「必ずしも現に対象とな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とはされていない。

- そうであれば、営業時間の短縮を命じたにとどまる本件命令の「特に必要があると認めるとき」の状況としては、上記例示が参考にされるべきものであり、施設の個別の事情とし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でなくてはならないなどと解されるものでないことは明らかである。
- (5) 原判決は、命令を発出するに際しての「公平性」の観点も誤って理解している。

原判決は、本件命令発出後に出された令和3年4月7日付け内閣官房事務連絡（甲50号証）の記載に依拠して、当該対象施設に対する命令を行う判断の考え方や基準が説明されなければ、命令を発出することの必要性を認めることはできない旨の解釈を示すようである。

しかし、特措法の規定に基づき特定都道府県の知事が実施する緊急事態措置は第一号法定受託事務であるところ（特措法74

条)、その後引き続き出された内閣官房の通知によれば、45条3項命令を発出する際の公平性の考え方として、「休業等の要請に応じている施設と応じていない施設との公平性を保つことができるよう、命令等の適切な運用を図ること」(令和3年5月28日付け「基本的対処方針に基づく催物の開催制限、施設の使用制限等に係る留意事項等について」(乙61号証))や「休業等の要請に応じている施設と応じていない施設との公平性を保つため、要請に応じない場合には、速やかに、命令等の手続きを開始し、命令を行った店舗名については公表を積極的に行うこと」が示されている(令和3年11月19日付け「基本的対処方針に基づく催物の開催制限、施設の使用制限等に係る留意事項等について」(乙62号証))。

これらの通知が意味するところは、原判決の述べるような、命令の対象となった店舗を選別した理由を説明できなければ公平性が担保されなくなるということではなく、休業等の要請に応じることなく営業を続けている施設があることが確認されているにもかかわらず当該施設に対する命令を行わなければ、要請に応じている施設との関係で公平性が損なわれるというものである。

原判決が述べる命令発出の際の公平性の観点は、上記解釈とはむしろ真逆の解釈となっており、少なくとも、特措法を所管する内閣官房の事務連絡を正しく理解すれば、原判決の述べるように、命令の対象とする個々の施設に関する個別の事情が説明できなければ、特措法45条3項の定める「特に必要があると認めるとき」の要件を充足しないと解することなどできない。

- 8 原判決は感染防止対策として「飲食につながる人の流れ」を制限することが重要であることの意義を正しく理解していないこと

- (1) 令和3年3月5日、1都3県については、本件緊急事態宣言の期間が3月21日まで延長されることが決定された。

そして、同3月5日の基本的対処方針諮問委員会において、新型コロナウイルス感染症の対処に関する全般的方針を、感染リスクが高く感染拡大の主な起点となっている場面に効果的な対策を実施すること、すなわち、飲食を伴うものを中心として対策を講じ、その実効性を上げるために、飲食につながる人の流れを制限すること、具体的には、飲食店に対する営業時間短縮の要請、外出の自粛要請、テレワークの推進等の取組を強力に推進することとされ、新型コロナウイルス感染症対策の実施に関する重要事項のうち、施設の使用制限として、感染リスクが高いと指定されている飲食の場を避ける観点から、飲食店に対し営業時間の短縮を求めて特措法45条2項の要請を行うとともに、同法24条9項に基づき、業界ガイドラインの遵守への協力を行うとされたものである（原判決24頁。乙1号証の2、乙45号証）。

- (2) このような方針がとられたのは、個々の飲食店が営業時間の短縮等の措置を講じなければ、当該個々の飲食店のいずれにおいても必ず高確率でクラスターが発生するという理由によるものではなく、飲食店という業態においてクラスターが多数発生している（なお、感染経路が分からない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（乙14号証（11頁））ことなど、飲食の場は感染リスクが高く、飲食店が感染拡大の起点となっているという現状にかんがみ、外出の自粛要請、テレワークの推進等の取組と相まって、飲食店全般に営業時間の短縮を要請し、飲食につながる人の流れを制限する対策が必要とされたからである。

そして、新型コロナウイルスのまん延を防止することを目的に、そのための手段として飲食につながる人流の抑制を図ることに重

きをおいたものである以上、本件緊急事態宣言がなされた地域全体で同じ対策が講じられることを前提としており、地域全体が一斉にこれに応じることによって、地域全体の新型コロナウイルス感染拡大の危険を有意に抑制することが予定されているのである。

- (3) そもそも、飲食店の感染リスクが高いのは、必ずしも飲食店が他の業種に比べ換気や消毒、検温等の感染防止対策を不十分にしかしていないという店側の事情によるものではなく、飲食店の利用者側の事情、すなわち、不特定又は多数の客がマスクを外して飲食や会話をし、特に飲酒すると注意力が低下し、大声になりやすい状況で一定期間を過ごすという事情によるものであり、飲食を伴う業態である以上、店側が感染防止対策を行うだけではもとより限界があるのである（この点、飲食店業界も、飲食店がガイドラインを真摯に遵守しようとしても、お客様のご理解・ご協力がなければ感染防止はできないと述べている（乙16号証））。

このようなことから、基本的対処方針（乙1号証の2）は、個々の飲食店における感染防止対策の程度等の個別の事情に着目した制限というよりも、感染拡大のおそれがある行為（利用者側の行為）自体を制限することが重要として、飲食店に対する営業時間の短縮要請、外出の自粛要請、テレワークの推進等により、飲食につながる人の流れを制限することが新型コロナウイルス感染症のまん延防止に必要な対策としているのである（このように、感染症対策の場合における飲食店の規制は、専ら店側に問題がある食中毒などの場合とは全く性質が異なるのである。）。

- (4) 基本的対処方針において以上のような感染防止対策を講じることとされたにもかかわらず、原判決が、本件要請については、「クラスター発生の起点とみられた飲食を中心とした人の流れを抑制する対策として必要かつ有用なものと認められ（る）」（39頁下から5行目以降）として適法である旨の適切な判示をしなが

ら、本件要請に正当な理由なく応じないことから行った本件命令に関しては、本件対象施設に感染対策が不十分などの「個別の事情」があることを要するとしている点は、飲食店における感染は必ずしも店側の感染対策等の個別の事情に起因して起こるものではないこと、そのため、基本的対処方針は、地域全体において飲食のつながる人の流れそのものを制限することが重要であるとして営業時間短縮等の対策を講じることとしていることに対する理解を欠いた誤った判断であるといわざるを得ないものである。

9 本件命令は緊急事態宣言期間内に発出しており、その必要性もあつたもので適法であること

(1) 原判決は、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、被控訴人が同命令をあえて発出したことの必要性が明らかでないなどとして、本件命令の効力期間が短期間であることを問題とする旨判示をする(45頁)。

しかしながら、令和3年3月5日、1都3県については、緊急事態宣言が3月21日まで延長することが決定されたが、このことは、政府対策本部長において、当該区域は緊急事態宣言を終了できる状況にはないと判断され、同21日まで緊急事態措置を実施すべき期間として公示されたということである(措置法32条1項、同5項)。

また、「政府対策本部長は、新型インフルエンザ等緊急事態宣言をした後、新型インフルエンザ等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、速やかに、新型インフルエンザ等緊急事態解除宣言(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。)をし、及び国会に報告するものとする。」とあるところ(措置法32条5項)、政府対策本部は、令和3年3月21日までの緊急事態措置について、ついに緊急事態解除宣言を発



しなかった。これは、令和3年3月21日までの間、政府対策本部として、新型インフルエンザ等緊急事態措置を実施する必要があるとの認識を継続して有していたことを示している。

そして、緊急事態が継続しているかどうかを判断する権限は、専ら政府対策本部長にあるのであって、特定都道府県知事にはない。

したがって、当該区域を管轄する特定都道府県知事は、同21日までの間、基本的対処方針を踏まえ、緊急事態措置を適切に講ずべき責務があるのである。

(2) そうであるところ、被控訴人は、令和3年2月26日、本件要請を行ったが、その時点では緊急事態措置を実施すべき期間は3月7日までとされていたことから、発出するまでに所要の手続を要する45条3項命令を行えるか未定であったところ、3月5日、本件緊急事態宣言が3月21日まで延長されることとされたことから、被控訴人は直ぐに同命令を発出するための手続を進めることとし、延長が決まった同月5日当日に、45条3項命令を行うに当たり必要となる専門家の意見聴取（乙24号証）を行うとともに、控訴人に対し弁明の機会の付与の通知（甲20号証）を行い、同月12日、これに対する控訴人からの弁明書（甲21号証）の送付を受けて検討した上で、同月18日、本件命令（甲23号証）を発出しているのであるから、本件命令は法律上必要とされる所要の手続を経て速やかに発出されたものである。

(3) 原判決は、政府対策本部長が3月21日までを緊急事態措置を実施すべき期間として定め、同日をもって、緊急事態が終了する旨を公示したのであるから、同期間内において特定都道府県知事が緊急事態措置を講じることはむしろ当然の責務であることや、本件命令は緊急事態宣言が延長されたことを受けて速やかに所定の手続を進めた結果、同宣言終了の4日前に発出されたもので

あって、徒に発出時期が遅延したものでないことを看過しているものである。また、要請に正当な理由なく応じない施設に対して数日間しか効力がない命令は発し得ないということとなれば、緊急事態宣言の終了時期に近い時期には施設管理者において要請に応じる必要がないとの判断に繋がることにもなりかねず、緊急事態宣言の効果を事実上失わせるものであって、原判決は、政府対策本部長である内閣総理大臣において緊急事態宣言が発令されている意義を軽視した不当な判断であるというべきである。

- (4) また、本件緊急事態宣言は3月21日の経過をもって終了するとしても、これで新型コロナウイルス感染症が収束に向かう状況では全くなかった。緊急事態宣言の期間の終了前から新規感染者数は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（アルファ株）が広がりを見せていることなどの状況があり、政府対策本部長は、宣言解除に当たり、感染再拡大を防ぐため、引き続き対策の中心となる飲食を通じた感染防止対策等の総合的な対策を決定したことを公表した。その際の資料では、人々の協力なくしては感染再拡大を防止できず、これまで以上に人々の理解と共感を得るためには、まず国や自治体が必要な対策を確実に実行することが重要であるなどとされていたのである（原判決26頁）。そして、被控訴人においても、本件緊急事態宣言が同月21日をもって終了するに当たり、翌22日以降は感染拡大防止（リバウンド防止）期間として、飲食店等に対する21時以降の営業時間の短縮要請（特措法24条9項）を引き続き講じることとしたものである。

そのような対策が緊急事態宣言期間満了後も必要であったにもかかわらず、本件緊急事態宣言期間において多くの飲食店が要請（特措法45条2項）に応じている中で、上場企業である控訴人の本件対象施設が公然と営業を継続し多くの客を集めているのに

45条3項命令が発出されないことは、特措法が改正されても被控訴人が45条3項命令を発することはないと誤ったメッセージを送ることとなり、他の飲食店に不公平感を醸成することは必定であった。感染防止には人々の協力がなければならないというのに、このようなことでは、人々の理解と共感を得られないこととなり、これから引き続き必要となる営業時間短縮の協力要請の実効性を低下させる事実上の効果を有することは否定できないところである。

(5) 特措法45条2項の要請も、3項の命令も、その期間の終期を緊急事態宣言の終期（同要請期間中緊急事態宣言期間が延長された場合には延長された期間の終期）を上限とするものであるから、緊急事態宣言期間終了日の直前に上記要請ないし命令を発出する可能性があることは、立法府においても十分予見できたことである。しかし、特措法にも同施行令にも、45条2項要請の期間の下限に関する規定はなく、また、45条3項に関する内閣官房の事務連絡等においても、緊急事態宣言の終期直前の要請または命令の発出に関する特段の記載もない（「特に必要があると認められるとき」との文言で、短期間の45条命令を排除する趣旨で立法がなされていたのであれば、内閣官房の事務連絡等にその旨の記載がなされていたはずである。）。したがって、たとえ緊急事態宣言期間の満了日の直前に45条3項命令を下すこととなり、数日間しか当該命令が効力を持たないことが予見できる場合であっても、それは法制度上予定されていたものというべきであって、何ら違法性を有しないものである。

(6) 本件命令が発出された当時、未だ高齢者や基礎疾患をもっている人々に対するワクチン接種すら開始していなかったのは既に述べたとおりである。控訴人代表者はこの点を問題視するが、新型コロナウイルス使用のワクチンは専ら外国の製薬会社の製造にか

かるものに頼らざるを得ず、世界中でその調達合戦がなされていたのであるから、被控訴人として、東京都民の高齢者等に速やかにワクチン接種が行き渡るように本件命令までの期間にワクチンを調達することは不可能であった。また、この当時の新型コロナウイルスに罹患して重症化しまたは死亡するのが高齢者及び基礎疾患のある方々にほぼ限定されていたとしても、控訴人店舗等が夜間営業を続けることにより引き起こされる人流によって若者たちが新型コロナウイルスに感染した場合には、家庭などを介して高齢者等に感染するリスクが高かった。したがって、高齢者や基礎疾患保有者の命の価値を特に軽視する見解に立たない限り、少なくとも緊急事態宣言期間中は、飲食店等の営業時間制限を行うなどして人流を抑え、新型コロナウイルスの蔓延を防止する必要性が特に高かった。この当時、業種別ガイドラインすら遵守せず、酒類の提供を含む夜間営業を続けて利益を得ていた大企業運営の飲食店について45条3項命令を発する必要性が特に高かったことを否定する要素は何一つなかった。

- (7) したがって、被控訴人が実施する感染防止対策の実効性を確保し感染拡大防止を図るためにも本件命令を発出することが必要であったことは明らかである。

## 10 原判決の解釈を前提としても、原判決の判断は誤りであること

- (1) 原判決は、「特に必要があるとき」との文言を「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言える程度に個別の事情があることを要する」と解釈した上で、下記の事情があるので、「特に必要がある」と認められないとした。

- ① 控訴人は、業種別ガイドラインの項目を逐一遵守していたわけではなかったものの、本件対象施設内の座席同士の間隔を従

来よりも空けており、飛沫感染や接触感染の危険性が高いという新型コロナウイルス感染症の特徴を踏まえ、強力吸排気により店舗内の換気を図り、また、店舗内の客や従業員の手の触れる場所の消毒や拭き取りを行い、消毒液や検温器を設置するなどの感染防止対策を実施しており、いわゆる「三密」のうち「密閉空間（換気の悪い密閉空間）」が発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のであるから、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があったと認めることができない。

② 本件命令発出日の時点で、本件命令の効力が生ずる期間は発出当日を含めて4日間しかないことが確定しており、統計学に基づく分析によれば、この4日間で本件対象施設の営業時間の短縮によって来客数が減少したことにより抑止し得た新規感染はわずかであり、これと同程度の二次感染の抑止は、少数のPCR検査を増やすだけで実現し得るものであった。

③ 営業時間短縮の協力要請に応じず夜間営業を継続していた上記2000余りの店舗中、被控訴人は、本件対象施設の他には、わずか6施設（6業者）に対してしか、45条3項命令を発出しなかった。これは、制裁規定の前提となる不利益処分を課された控訴人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である。

(2) しかし、上記の判断が誤りであることは、次に指摘するとおりである。

① まず、原判決によれば、対象店舗において一定の感染防止対策が講じられていれば営業時間短縮の必要性が否定される（あるいは営業時間短縮の必要性が相対的に低くなる）こととなるが、このような帰結は、本件命令発出当時の感染拡大防止対策の根拠となっていた科学的知見に明らかに反するものである。

すなわち、令和3年1月8日以降の緊急事態宣言期間において、基本的対処方針の定める緊急事態措置として飲食店に対する夜間の営業時間短縮を求めることとされた経緯及び趣旨は、飲食店における最低限の感染防止対策である業種別ガイドラインが遵守されたとしても、感染拡大の局面では感染の拡大を抑えることができず、医療逼迫につながることから、マスクを外し、近距離で、大声による長時間の会話がなされることから特に感染リスクの高いことが指摘されていた会食の場の対策を重点的に行うこととし（乙6号証ないし乙15号証）、飲食店を介した人の流れを抑えることにより、市中の夜間滞留人口を減少させ、感染の機会が生じ得る人と人との接触を可能な限り減らすということにあった。本件命令発出後に国立感染症研究所が行った調査でも、まん延防止等重点措置および緊急事態宣言下において、従来からリスク因子とされてきた会食は感染のオッズが高かったことが確認されている（乙63号証・新型コロナウイルス感染症の社会行動リスク解析：パイロット調査の暫定報告）。

原判決は、本件要請及び本件命令に係る飲食店における夜間の営業時間短縮は、3密回避などの感染防止対策が講じられることに加えて実施することが求められる措置であったという最も基本的かつ重要な前提を看過しており、しかも、最低限の感染防止対策である業種別ガイドライン（乙56号証）すら遵守されていなかった本件対象施設において相当の感染防止対策が講じられていたとの理由で45条3項命令の必要性を欠くとの判断をしたものであるから、本件命令発出時の科学的知見に明白に反するものであり、結論としても著しく不当であるといわざるを得ない。

令和3年9月9日の基本的対処方針分科会（乙64号証・新

型インフルエンザ等対策推進会議 基本的対処方針分科会（第16回）議事録・5頁）においても、要請に応じている飲食店との不公平感を解消するために、都道府県においては丁寧に要請をしながら、それでも応じてもらえない場合には、命令、さらには過料の対応を取るという国の方針が明確に示されており、既に命令については全国で943の施設・事業者に対して、過料通知も全国で381の店舗に発出済みとなっているが、原判決のこのような判断は、我が国において、多くの国民の協力に基づき行われてきた種々の感染防止対策の成果により、諸外国と比較して感染症による死者を相当程度抑えることが可能となってきたことを根底から覆すものであり、被控訴人における取り組みのみならず、全国の自治体で行われてきた感染症対策を真っ向から否定するものであるから、到底容認することはできない。

- ② また、原判決は、本件対象施設について、強力吸排気により店舗内の換気を図っており、いわゆる「三密」のうち「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いことを理由に、本件対象施設では相当の感染防止対策が取られていたと評価するものであるが、このような評価も本件命令発出時の科学的知見に明らかに反するものである。

この点、3密を避けようとすることは、1密であれば大丈夫であるということの意味するものではなく、マスクを着用せず近距離での会話が行われるような場面では、1密でも十分に気をつける必要があることは、政府分科会の専門家等からも繰り返し注意喚起がなされている（乙65号証・令和3年6月16日新型コロナウイルス感染症対策分科会（第4回）議事録・13頁）ところであるし、業種別ガイドライン（乙56号証・9頁）の中で参考にとされている厚生労働省の推奨する

換気方法においても、あくまで「換気の悪い密閉空間」はリスク要因の一つに過ぎず、換気を行うだけでは感染を確実に予防できるわけではなく、密集した環境や近距離（手を伸ばしたら届く距離）での会話等を避ける、という感染リスク低減対策が併せて実施されることを前提として、必要換気量が定められていることに留意する必要があるとされており（乙66号証の1・「冬場における『換気の悪い密閉空間』を改善するための換気について」の7及び9頁、乙66号証の2・「同リーフレット（商業施設等の管理者の皆さまへ）」）、3密の一つである換気の対策を行うだけでは十分ではないから、本件対象施設が機械換気であったことを理由に相当の感染防止対策を取っていたと評価することはできない。

そもそも、本件対象施設における換気設備の性能等を裏付けるような客観的な証拠は何ら提出されていないにもかかわらず、原判決は、換気には気を付けていた旨の控訴人代表者の供述のみをもって、最低限の感染防止対策である業種別ガイドラインさえ遵守されていなかった本件対象施設で相当の感染防止対策が講じられていたと評価するものであるから、科学的根拠を欠くものであり不当である。

- ③ 本件対象施設は、いずれも接待を伴う飲食店ではないが、複数人が一つのテーブルを囲んで語りながら飲食を楽しむことを前提とした利用がなされており、テーブルの大きさはそれほど大きくはなく、座席同士の間隔はそれほど離れていない（本件対象施設内の座席同士の間隔は1メートルには達していない（原判決30頁）。）。したがって、本件対象施設内では、同じテーブルに同席している顧客同士が、1メートルに満たない距離において、他人と向かい合いながらマスクをせずに1～2時間程度語り合うということが普通に行われ得る。



厚生労働省は、「新型コロナウイルスに感染していることが確認された方と近距離で接触、或いは長時間接触し、感染の可能性が相対的に高くなっている方」を濃厚接触者として位置づけているが、濃厚接触者に当たるかどうかの基準は、「対面で互いに手を伸ばしたら届く距離（1メートル程度以内）で15分以上接触があった」かどうかである（乙67号証・新型コロナウイルスに関するQ&A（一般の方向け）厚生労働省）。

マスクをしていた場合または声を発しない場合には濃厚接触者としにくい運用がなされているが、本件対象施設においては、客の多くはマスクを取って食事をしつつ会話を楽しむことになる。また、屋内の換気機能を強化することは、ウイルスを含むマイクロ飛沫が店内を循環することにより当該屋内にいる多数の人に広範囲に感染を生じさせることを防止することには役立つが、ウイルス発出者と近接した距離にいて対面でマスクをせずに会話をしている人が当該ウイルス発出者が発したウイルスを含む飛沫を吸引することを防止するほどの機能は期待できない。

- ④ また、控訴人は、店のコンセプトに合わないとして、本件対象施設においては敢えてパーティションやアクリル板を設置しないこととしていた。さらに、控訴人は、BGMもサービス提供の一環と考えていたため、本件対象施設においてその音量を落とすなどの対応はしておらず、その結果、本件対象施設内で会話を楽しもうという顧客の声量は大きくならざるを得ない状況を作り出していた（乙68号証・面談メモ）。したがって、原判決が認定するとおり、本件対象施設においては、強力吸排気により店舗内の換気を図っていたとしても（原判決30頁）、同じテーブルを取り囲み、近接した距離で長時間対面で語りながら飲食を楽しんでいた顧客間でのウイルス感染を防ぐこと

は困難である。

- ⑤ 原判決が認定する本件対象施設でなされていたその他の対策（トイレ便座、シンク、水道ハンドル、メニュー、テーブル、椅子等、客や従業員の手に触れる場所の消毒や拭き取り、消毒液の設置）は接触感染を防ぐための方策であり、飛沫の吸引による感染を防ぐ効果はない。また、発症するより先にウイルスを発出する新型コロナウイルスの特性上、検温器の設置は、ウイルス感染を防ぐ決定策とはなり得ない。

- ⑥ このように、本件対象施設は、当該施設内での食事会等の参加者の中に感染者が1人いれば他の参加者が濃厚接触者になるような態様で営業がなされていたのであるから、「クラスターが発生するリスクが高いもの」であったと認めることができる。

さらに、本件対象施設は、その顧客に酒類等の提供もしていた。東京都内の飲食店の大半が夜間営業を自粛する中対象施設が深夜まで酒類を含む飲食の提供を行い、かつ、そのことを広く発信することによって、他店で深夜に飲酒を伴う飲食ができなくなった人たちも含め、本件対象施設が集客の受け皿となった。飲酒により酩酊すると人は大きな声を出して騒ぎ出しがちであるが、それが新型コロナウイルスの感染可能性を高めることは、周知の事実である。

この点からも、本件対象施設は、「クラスターが発生するリスクが高いもの」であったと認めることができる。

- ⑦ 政府は、令和3年3月18日に、埼玉県、千葉県、東京都、神奈川県について、延長後の期限である3月21日をもって緊急事態宣言を終了することを決定し、その旨を公表している。

しかし、同時点では、既にリバウンドが始まっており、変異株の出現による感染拡大を懸念する専門家の見解も示されており、感染拡大防止措置の手を緩めるような状況ではなかったし、

今後、再び感染が拡大傾向となったときに人々が要請に従わなくなれば、実効的な感染防止措置を講ずることができなくなるのではないかということも懸念されていた（乙38号証。4頁の西村国务大臣、5頁の田村厚生労働大臣、9頁の小林構成員、12頁の谷口構成員の各発言等）。宣言期間を延長しない旨の決定がなされる前日の厚生労働省アドバイザリーボード（第27回）（乙69号証）でも、感染状況の評価（乙37号証の資料）について、どう見てもリバウンドは始まっていると思う（9及び10頁の前田参考人）、ここからリバウンドすると一気に増えるというベースラインにあるのだという認識はちゃんと持つ必要がある（9頁の押谷構成員）、気づいたときには遅いということがある感染症だと思っている（9頁の館田構成員）等の見解が各専門家から示されていた。

そして、宣言不延長決定時における専門家の上記各見解の合理性は、その後の感染症拡大の結果からも裏付けられている。すなわち、政府は、令和3年2月26日付けで、緊急事態宣言の対象区域を埼玉県、千葉県、東京都及び神奈川県のみを減縮し、京都府、大阪府、兵庫県について緊急事態宣言の対象区域から除外することとした（実際の適用は、3月1日から）。すると、大阪府等では、3月中には早くもリバウンドが始まり、4月5日には大阪府、兵庫県でまん延防止等重点措置の実施が公示され、医療崩壊の危機が報じられるような事態となり、4月23日には東京都等の首都圏でも3回目の緊急事態宣言の発出を余儀なくされた（乙58号証の1・新型コロナウイルス感染症対策本部（第62回）議事次第）。

このような経緯からしても、2回目の緊急事態宣言の不延長が決定された3月18日の時点で、2週間後の感染状況を見据えて、同宣言期間中における緊急事態措置の手を緩めることな

く実施することとしたことには十分な理由があったものといえるから、原判決のように命令の期間が4日間であることを殊更に重視した上で、命令の効果がない、あるいは命令自体に意味がないとすることは明らかに不当である。

また、4日間であるとは言え、それによって、原告の経営する店舗における営業時間短縮中の新型コロナウイルスの感染リンクを途切れさせることができることは確かであり（なお、控訴人は4日間で約1万人の来店者の減少となつたとしている（甲53号証の1・5頁））、これによってその先の感染拡大が防止されて人命が失われずに済むことは当然に想定されるのであって、それはおよそ無駄とは言い難い。

- ⑧ 本件命令発出当時、東京都内には約10万5500店舗の飲食店があり、被控訴人らによる時短要請に従わなかった店舗が約2000店舗あり、24条9項に基づく要請はもちろん、45条2項の要請がなされてもなおこれに応じなかった店舗のうち26店舗が本件対象施設である。

上記のとおり、本件対象施設においては飲食店等における新型コロナウイルス感染防止のためのガイドラインを遵守しておらず、近接した座席にいる顧客間では濃厚接触が生ずることを防ぐ措置を何ら講じていなかった控訴人に対してさえも45条3条の命令を発することができないということになれば、24条9項の要請に応じなかった他の約2000店舗はもちろん、24条9項の要請に応じた約10万3500店舗の飲食店であっても、今後は、要請に応じるべきであるとする動機を著しく減殺する結果となる。これは、24条9項の要請や45条2項の要請に従う店舗と従わない店舗とが併存した場合、従わない店舗の方が競争上有利である以上当然のことである。

また、本件45条2項要請に応じなかった店舗に対しても4

5条3項の命令を発することができなくなれば、その後再び感染者が急増して緊急事態宣言がなされ、飲食店舗の夜間営業の休止を求める45条2項要請を行っても、東京都内にある約10万5500店舗の飲食店の大部分がこれに応じなくなる危険が十分にあり、そのような事態が生じれば、それは、まさに、特別措置法の令和3年改正の目的を無にすることになる。

したがって、ガイドラインさえも守らない本件対象施設に対してすら45条3項の命令を発することができないとすることによるリスクというのは、本件対象施設（26店舗）において夜間営業を継続することにより令和3年3月17日から21日までの間に新型コロナウイルス感染者が新たに発生すると統計学的に算出される人数ではなく、都内にある約10万5500店舗の飲食店の多くが爾後夜間営業の休止を求める45条2項の要請に従わなくなることにより新型コロナウイルス感染者が新たに発生すると統計学的に算出される人数をもって評価されるべきものである。単純計算をしても、1日あたりの新規感染者数は、 $10万5500 \div 26 \approx 4058$ 倍となるし、それが4日分では留まらなくなるのである。

そして、45条2項の要請をしてもこれに応じないということが東京都内の飲食店の一般的な対応となった場合には、PCR検査の数を増やしたとしても、45条2項の要請が広く遵守された場合と同様の二次感染の抑制は期待できない。

11 被控訴人が45条3項の命令を発した施設が本件対象施設の他には6施設であることは不公平なものではないこと

- (1) 被控訴人は、令和3年1月7日、緊急事態宣言の発出を受けて、「新型コロナウイルス感染拡大防止のための東京都における緊急事態措置等」（甲13号証）を公表し、都内全域において、令和

3年1月8日（金曜日）0時から2月7日（日曜日）24時までの間、新型コロナウイルス感染症の拡大防止のため、人流の抑制を最優先に、都民向けには、「医療機関への通院、食料・医薬品・生活必需品の買い出し、必要な職場への出勤、屋外での運動や散歩など、生活や健康の維持のために必要な場合を除き、原則として外出しないこと等を要請」し、事業者向けには、特措法24条9項に基づき、施設管理者に対して「営業時間の短縮を要請」し、イベント主催者等に対して「イベント主催者等に対して規模要件等（人数上限・収容率、飲食を伴わないこと等）に沿ったイベントの開催等を要請」した。

被控訴人は、緊急事態宣言の期間の延長を受けて、令和3年2月2日、「新型コロナウイルス感染拡大防止のための東京都における緊急事態措置等」（甲14号証）を公表して上記要請（施設管理者に対しては営業時間の短縮を要請するとともに、業種別ガイドラインの遵守を要請）を令和3年2月8日（月曜日）0時から3月7日（日曜日）24時まで行うこととし、さらに令和3年3月5日、「新型コロナウイルス感染拡大防止のための東京都における緊急事態措置等」（甲15号証）を公表して上記要請を令和3年3月8日（月曜日）0時から3月21日（日曜日）24時まで行うこととした。

この間、被控訴人は、都内各地の飲食店を夜間（20時以降）に見回って、その外観から上記時短要請に応じているか否かを調査した。この際、職員2名（又は3人）1組で、1日当たり10班程度で調査を行った（途中からは、業務委託を活用した。）が、人力に頼った調査だったので、1日当たりに調査できる範囲が限られ、カバー率を上げるには一定の時間が必要であった。この調査により、令和3年3月21日までに約10万5000店の飲食店店舗について外観による調査を実施し、約2400店舗につい

て20時以降の営業継続が認められた(乙25号証。ただし、この数は各外観調査の日に要請に応じていないことを確認した店舗数の累計値であり、令和3年3月21日時点での営業継続に応じていない店舗数を示すものではない。)

この期間の途中である令和3年2月15日の時点では、外観調査を行い得たのが累計2万3368件であり、そのうち20時以降の営業継続が確認できた店舗数は同日までの累計で904店舗であった(乙39号証の1)。

被控訴人は、各外観調査日に20時以降の営業継続が確認された店舗に対し、その日以降、個別訪問又は電話等による事実確認及び協力依頼(特措法24条9項)を行ったところ、その多くは、時短要請に応ずる旨を通知したり、時短要請に応ずることを検討する旨の回答をしてきたりしてきたが、令和3年2月16日の時点で、なお128店舗は、時短要請に応ずるそぶりを見せなかった(乙39号証の2)。

被控訴人は、そのような店舗について、順次施設管理者を特定し、令和3年2月26日以降、個別に45条2項に基づく要請を行っていった。被控訴人は、本件対象施設での営業時間の短縮に関して、令和3年2月26日に45条2項に基づく要請を行った(このときは、本件対象施設を含む合計34施設について、45条2項に基づく要請を行った。)。被控訴人は、令和3年3月3日に40施設、3月5日に39施設、18日に16施設について同様の要請を行った。被控訴人は、上記要請を行った施設の管理者に対し、なおも任意に上記要請に応ずるように説得しようとした。しかし、一部の施設管理者等はなおも、上記要請に任意に応ずることを拒んだため、被控訴人は、令和3年3月18日付けで27施設について45条3項に基づく施設の使用制限命令を行った。さらに被控訴人は、令和3年3月19日付けで、5施設について

45条3項に基づく施設の使用制限命令を行った。令和3年2月26日付けで45条2項に基づく要請を行った施設管理者に対し45条3項に基づく施設の使用制限命令を行ったのが令和3年3月18日又は同月19日であったが、このような間隔が空いたのは、特措法45条2項に基づく営業時間短縮の要請を行った後、要請に応じていないことを確認した上で、行政手続法13条1項2号及び同法29条に基づく弁明の機会の付与を行い、その後、再度、要請に応じていないことを確認した上で特措法45条3項に基づく施設の使用制限に係る命令を行ったからであり、要請から命令に至るまでに所定の手続を行うために一定の期間を要することによるものである。

令和3年3月3日以降に45条2項に基づく要請を行った施設管理者に対して同様の機会を与えたとすると、当該施設管理者に対し45条3項に基づく施設の使用制限命令を行い得るのは、上記と同じ程度の日程で計算すると令和3年3月23日又は同月24日以降になってしまう。しかし、東京都における緊急事態措置等は令和3年3月21日をもって一旦終了したので、被控訴人としては、令和3年3月3日以降に45条2項に基づく要請を行った施設管理者に対して45条3項に基づく施設の使用制限命令を行うことはできなかった（以上につき、被控訴人の原審準備書面(1)・第2(12ないし15頁))。

- (2) 被控訴人は、現に、その後のいわゆる第4波における対応は以下のとおりであり、法令上要求される手続を終えた施設に対して、順次命令を発出している。令和3年4月23日、「新型コロナウイルス感染拡大防止のための東京都における緊急事態措置等」を発表し、令和3年4月25日(日曜日)0時から5月11日(火曜日)24時まで飲食店の全施設において業種別ガイドラインの遵守等感染防止対策の徹底を24条9号に基づいて要請するととも



に、酒類またはカラオケ設備を提供する飲食店については休業を、酒類を提供せず、かつカラオケ設備を使用しない飲食店については営業時間の短縮及び特措法施行令12条に規定される各措置を、45条2項に基づき行った。被控訴人は、令和3年5月7日に、「新型コロナウイルス感染拡大防止のための東京都における緊急事態措置等」を公表し、上記要請の期間を5月31日24時まで延長し、令和3年5月28日に「新型コロナウイルス感染拡大防止のための東京都における緊急事態措置等」を公表し、上記要請の期間を6月20日24時まで延長した。

被控訴人は、このような要請に任意に応じない施設について、令和3年4月28日付けで94施設について、5月12日付けで37施設について、5月17日付けで27施設について、5月21日付けで26施設について、5月26日付けで14施設について、6月9日付けで38施設について、6月16日付けで91施設について、45条2項に基づく施設の使用停止・使用制限等の要請を行った。そして、なお要請に応じない施設について、令和3年5月17日付けで33施設、5月26日付けで9施設、6月2日付けで3施設、6月10日付けで8施設、6月17日付けで10施設について、45条3項に基づく施設の使用停止等の命令を行った（乙52号証・61頁。被控訴人の原審準備書面(3)・第5・2（36頁））。

このように、被控訴人は、飲食店等の施設が任意に酒類の提供の中止や営業時間の短縮に任意に応ずるよう粘り強く説得する一方で、任意に要請に応じない施設に関しては、順次45条2項に基づく要請をし、それでも応じない場合には45条3項に基づく命令を発する等の措置を講じてきた。

被控訴人がこれらの措置を、時短要請に応じない全飲食店に対し一斉に行うことができなかつたのは、これらの措置の前提とな

る調査・説得活動を一度に行うだけの人的なリソースがなかったことに専ら起因するものであった。

- (3) 令和3年1月から3月にかけての新型コロナウイルス感染拡大防止のための東京都における緊急事態措置等においては、最初に45条2項の要請を35施設に対し行った令和3年2月26日、最初に45条3項の命令を27施設に対して行った令和3年3月18日から、東京都における緊急事態措置等自体が終了した令和3年3月21日まで期間が短かったため、一部の施設のみ狙い撃ちにしたものとの誤解が生じたかもしれない。しかし、そのような意図が被控訴人になくことは、令和3年4月25日から同年6月20日までの東京都における緊急事態措置等においては、数次に分けて個別に45条2項の要請を行い、これに任意に応じない施設に対して、数次に分けて45条3項の命令を行っている点からも明らかである。

24条9項に基づく要請ないし45条2項の要請に応じない飲食店が多数ある場合に、その全てに対して一斉に45条3項命令を行わなければ「不当な狙い撃ち」であり、「特に必要があるとき」にあたらぬとして45条3項命令を発出すること自体を違法なものとするのは、特定都道府県が新型コロナウイルス対策に充てることのできる人的リソースで可能な範囲を遙かに超える手間暇を特定都道府県に課すものであって、事実上、45条3項に基づく命令を行い得ないものとするものであり、45条3項の立法趣旨に反するし、「特に必要と認めるとき」という文言から、そのような命令措置の一斉行使原則を読み込むのは文言解釈としても無理である。

被控訴人がどの飲食店舗から調査を行い、45条2項に基づく要請を個別に行い、さらに任意の要請に応じない店舗のうちどの店舗に45条3項に基づく命令を行うのかを決定する過程におい

て、控訴人が上場企業であることの社会的影響力、並びに、控訴人が任意に時短要請に応じないことをホームページ等で明言していることによる他の飲食店への営業継続の誘発効果という点が考慮されているとしても、被控訴人の人的リソースの関係上どこかの店舗について先行して上記措置を講じざるを得ないこと、その場合に上場企業により運営されている店舗よりも零細事業者が運営している店舗に対し先行的に措置を講ずることが妥当とはいいがたいこと、任意に時短に応じないことをホームページ等で公言している控訴人の店舗については任意の時短要請に応じる可能性は乏しく、調査を実施した場合に営業継続の事実が確認される可能性が高いこと、任意に時短に応じないことを公言している上場企業が運営している店舗について上記措置を講じない場合には、任意に時短要請に応じている中小零細企業側の不公平感が強くなり、任意に時短要請に従わない店舗が増えるおそれがあることなどを考慮すれば、「不当な狙い撃ち」にあたるとはいえず、本件45条3項の命令を行う必要性が特にあったことを否定するものとはなり得ない。

## 12 乙第4号証の例示との関係

- (1) 前記7(4)(19及び20頁)で述べたとおり、本件命令は「まん延防止重点措置」としても可能な営業時間の短縮の命令にとどまるところ、乙4号証によれば、特措法31条の6第3項の「新型インフルエンザ等のまん延を防止するため特に必要があると認めるとき」とは、「必ずしも命令の対象となる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、例えば、「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」等

とされている。ここで例示されているケースのうちこれらのものについては、個別の事情を斟酌せずに、「特に必要がある」と認めている。

(2) これを本件45条3項の命令について見ると、以下のとおりである。

ア これまでの各自治体から収集されたクラスター発生事例の分析により、飲酒に伴う懇親会、大人数や深夜におよぶ飲食、大人数やマスクなしでの会話等により多数のクラスターが発生しており（乙9号証、乙10号証）、見えているクラスターだけを見ても飲食店でのクラスターが多く、飲食を介しての感染が感染拡大の原因であり、家庭内感染や院内感染は感染拡大の結果であることから、会食・飲食による感染拡大リスクを徹底的に抑えることが感染防止対策の急所とされていた（乙14号証）。したがって、本件対象施設においては未だクラスターが発生していなかったとしても、同種の業態においてクラスターが多数発生していたと言える。

そして、本件命令発出当時、東京都内における新型コロナウイルスの新規感染者数は令和3年3月上旬から横ばい状態から増加に転じ、酒類を提供する飲食店舗の夜間営業を放置した場合にはなおクラスター発生の危険が高い状況下にあって、東京都において感染が拡大するおそれが高まっていたといえる。

イ また、本件対象施設は、前掲のとおり、新型コロナウイルスの感染拡大を防止するために飲食店が遵守すべきガイドラインを遵守しておらず、客の1人に感染者がいた場合には他の感染者が濃厚接触者となるような営業を継続していたのであるから、「強力吸排気により店舗内の換気を図り、また、店舗内の客や従業員の手の触れる場所の消毒や拭き取りを行い、消毒液や検

温器を設置するなどの感染防止対策を実施」していたとしても、なおクラスターが発生するリスクは高かった。

厚生労働省アドバイザーボードが行った調査結果（乙70号証・飲食店における感染対策チェックリストの遵守状況とクラスター発生との関連についての調査）によれば、クラスターが発生した施設では、国の推奨しているチェックリスト（乙56号証の業種別ガイドラインと同程度の対策）による感染対策の遵守率が低かったことが分かっており、とりわけ、他のグループとの距離を1メートル以上とること、他のグループとの間にアクリル板を設置すること、食事以外はマスクを着用するよう客に促すことがクラスターとの関連性が高いとされている。本件対象施設では、クラスターとの関連性が高いとされる上記の対策のいずれも講じられていなかったのであるから、本件対象施設には乙4号証の例示する個別の事情があったというべきである。

そして、被控訴人では、控訴人がいわゆる大企業であり、運営する店舗数も大きく影響力が大きいことから、本件命令の前には控訴人の本社を訪問し、要請への協力を重ねて求めるなどの丁寧な対応を行い、その際にも、本件対象施設ではアクリル板の設置など業種別ガイドラインで定められた対策が遵守されていないことが既に把握されていたから（乙68号証・面談メモ）、本件対象施設に立入検査をするなどしてこれを実際に確認したかどうかによって、上記の個別の事情の存否は左右されるものではない。

ウ したがって、乙4号証の例示との関係でいっても、本件対象施設に関しては、新型コロナウイルスのまん延を防止するため45条3項の命令を発することにつき、「特に必要がある」と認められるのである。

### 13 まとめ

上記に縷々述べたように、原判決は、本件命令が発出された当時の新型コロナ対策の全体状況を理解しないで、対象施設の状況について個別的、形式的な考察をすることによって、本件命令を違法とするものであり、木を見て森を見ない誤りを犯すものである。

以上