

訴 状

令和3年9月1日

那覇地方裁判所民事部 御中

原告訴訟代理人弁護士	森	田	雅	也
(担当) 原告訴訟復代理人弁護士	川	口	真	輝
(担当) 原告訴訟復代理人弁護士	川	村	洋	平
(担当) 原告訴訟復代理人弁護士	松	尾	洋	志
(担当) 原告訴訟復代理人弁護士	小	林		翼
(担当) 原告訴訟復代理人弁護士	野	上	侑	馬
(担当) 原告訴訟復代理人弁護士	堅	田	勇	気
(担当) 原告訴訟復代理人弁護士	高	畑	侑	紀
(担当) 原告訴訟復代理人弁護士	佐	藤	駿	介
(担当) 原告訴訟復代理人弁護士	浦	崎		捷
(担当) 原告訴訟復代理人弁護士	平	田	貴	文



当事者の表示 別紙当事者目録に記載のとおり

国家賠償請求事件

訴訟物の価格	金12万2355円
貼用印紙額	金2000円

目 次

請求の趣旨	4
請求の原因	4
第1 事案の概要	4
第2 当事者	5
1 原告	5
2 被告	5
第3 これまでの経緯	5
1 特措法の成立	5
2 新型コロナウイルスの発生	6
3 令和3年4月以前の特措法施行令及び厚生労働省告示の改正	7
4 沖縄県に対する令和3年4月以降のまん延防止等重点措置、緊急事態宣言措置の流れ	8
5 沖縄県による原告に対する要請、弁明の機会付与、命令、過料、事実経緯、原告の対応	9
第4 本件命令が違法であること（特措法第45条第3項が定める各要件を満たしていないこと）	12
1 本件命令が出された令和3年6月11日時点において、本件店舗の所在地が、「新型インフルエンザ等緊急事態」であったとはいえないこと	12
2 「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」とはいえないこと	18
3 特措法第45条第2項に基づく要請に応じない「正当な理由」があること	23
第5 本件命令が違憲であること	26
1 はじめに	26
2 営業の自由が憲法上極めて重要な権利であること	26
3 本件命令の根拠規定である特措法施行令や厚生労働大臣告示が、特措法の委任の範囲を明らかに超えて定められており、違憲・無効であること	34
4 本件規定等が違憲であること（法令違憲）	42
5 本件命令を原告に適用することの違憲性	47
第6 沖縄県知事に職務上の注意義務違反があること	50
第7 損害	50
第8 結語	51

本訴訟を提起する理由

令和2年初頭以降、我が国においても、新型コロナウイルス感染症の影響により、多くの人々が、マスクの着用、外出自粛、飲み会自粛及び在宅勤務等の非日常を余儀なくされ、我々の生活は令和元年のそれまでと比べて大きな変容を余儀なくされた。

人々は、外出時には常にマスクを着用するようになり、通勤電車に乗れば、乗客の全員がマスクを着けているような異様な光景が広がり、飲み会をしようと思えば、少人数で短時間に限って行わなければならないとの暗黙のルールが課せられるようになった。

殊に、飲食店においては、令和2年中は、新型インフルエンザ等対策特別措置法第45条第2項ないし第3項により、「要請」ないし「指示」(当時)を出すことのできる対象施設として政令に列挙されていなかったにもかかわらず、明瞭な法的根拠もなく、過剰な自粛要請が繰り返された結果として、多くの飲食店が、一定時刻までの時短営業を余儀なくされた。また、令和3年には、緊急事態宣言下及びまん延防止等重点措置事態下における要請内容として、「酒類の提供停止」、「カラオケ停止」が追加されたことにより、明確な科学的根拠もなく、令和3年4月以降、あらゆる飲食店に対し、酒類提供停止及びカラオケ停止が要請され、酒類やカラオケサービスを提供する飲食店にとっては、不当に長期間、事実上の休業要請に等しい要請が継続されることとなった。

これらの影響により、数多くの飲食店が倒産し、多くの人々の雇用が失われ、企業の倒産件数、失業率及び自殺者数は、いずれもコロナ禍前と比べて大きく増加し、多くの国民が、莫大な経済的及び精神的な損害を被ることとなった。

そして、令和3年の特措法改正により、都道府県知事による行政指導たる「要請」に応じない事業者に対し、何らの補償も要することなく、「命令」を出すことができるようになり、さらには、「命令」に従わない場合には、行政罰である過料を科すことができるようになったことにより、飲食店の営業の自由という憲法上の人権が、ますます不当に侵害されることになった。

原告は、飲食店に対する事実上の休業要請ともいえる、酒類提供停止命令、カラオケ停止命令及び時短命令といった強固な手段が、真に必要不可欠であったのかどうか、なぜ、飲食店に対してのみ過剰ともいえる要請及び命令が継続されなければならなかったのか、飲食店に対する規制の他に、新型コロナウイルスのまん延を防ぐための適切な手段があったのではないかといった点について、司法の場を通して問題提起をするとともに、本訴訟を契機として、将来的には、国民の人権に最大限に配慮した感染症対策が行われることを心から期待し、本訴訟を提起するものである。

請求の趣旨

- 1 被告は、原告に対し、金12万2355円及び本訴状送達の日翌日から支払い済みまで、年3分の割合による金員を支払え
 - 2 訴訟費用は、被告の負担とする。
- との判決並びに仮執行の宣言を求める。

請求の原因

第1 事案の概要

本件は、沖縄県知事が、原告に対し、新型インフルエンザ等対策特別措置法（平成24年法律第31号。以下「特措法」という。）第45条第3項に基づき、原告が経営する飲食店に対し、酒類及びカラオケ設備の提供の停止及び午後8時以降の使用停止を命じたことにより、原告が飲食店において酒類の提供及びカラオケ設備の提供ができなくなったこと並びに飲食店を午後8時から午前5時までの間使用することができなくなったことについて、①当該命令は特措法第45条第3項が定める各要件を満たしておらず違法であること、②当該命令の根拠法令である特措法第45条2項、同条3項を受けて制定されている特措法施行令第11条第1項第15号及び同号を受けた令和二年四月七日厚生労働省告示第百七十五号及び令和三年二月三日厚生労働省告示第三五号（以下併せて「本件告示」といい、これらの規定を全て併せて「本件規定等」という。）が、特措法の委任の範囲を明らかに超えて定められていることから、本件規定等に基づき行われた当該命令が違憲であること、③原告の上記自由を侵害する本件規定等が違憲であることから、本件規定等に基づきなされた当該命令も違憲であること（法令違憲）並びに④当該命令そのものが本件事案限りにおいて違憲であること（適用違憲）から、これを発出した沖縄県知事には職務上の注意義務違反が認められるとして、原告が被った損害の賠償を求める事案である。

第2 当事者

1 原告

原告は、平成31年4月22日に設立された、イベント開催業務等、商業、飲食店業等を目的とする株式会社である（甲1）。原告は、現在、全国3店舗の飲食店を経営している。

2 被告

被告は、沖縄県知事であり、特定都道府県知事（特措法第38条第1項）として、新型インフルエンザ等緊急事態（特措法第32条第1項）において、特措法第45条第3項に基づく命令を発出する権限を有する処分行政庁である。

第3 これまでの経緯

1 特措法の成立

- (1) 平成15年以降、東南アジアを中心に、家畜類の間でH5N1亜型などの高病原性鳥インフルエンザが発生し、かかるウイルスが家畜類から人に感染し、死亡する例が報告された。かかる報告を受け、内閣官房に設置された「鳥インフルエンザ等に関する関係省庁対策会議」は、平成17年11月14日に「新型インフルエンザ行動計画」を策定し、同年12月6日、「新型インフルエンザ対策行動計画に基づく対策の推進について」を公表するなど、新型インフルエンザの発生に備えた対策を進めていた。
- (2) その後、平成21年に発生した新型インフルエンザ（A/H1N1）の経験を踏まえ、平成23年9月20日に、「新型インフルエンザ対策連絡会議」において、政府の「新型インフルエンザ対策行動計画」が改訂された。かかる改訂によって、新型インフルエンザ対策の実効性を確保するため、各種対策の法的根拠の明確化を行う等、法的整備のための検討に入った。
- (3) 平成24年3月9日に特措法が国会に提出され、同年4月27日に同法が成立した（同年5月11日公布、平成25年4月13日施行。）。また、特措法の規定に基づく新型インフルエンザ等対策特別措置法施行令（平成25年

政令第122号。以下「特措法施行令」という。)は、平成25年4月12日に公布、同年13日に施行された。平成25年6月には、特措法第6条に基づき、「新型インフルエンザ等対策政府行動計画」が策定されるとともに、「新型インフルエンザ等対策ガイドライン」等も用意された。

2 新型コロナウイルスの発生

- (1) 令和元年12月、中華人民共和国湖北省武漢市において、新型コロナウイルスの発生が確認され、同国は、令和2年1月に新型コロナウイルスの発生を公式に認めた。その感染は世界的に広がり、令和2年1月初めには、日本国内においても新型コロナウイルスの感染者が確認された。
- (2) 令和2年1月30日、特措法第15条第1項に基づき、閣議決定により、内閣総理大臣を本部長とし、全国務大臣から構成される「新型コロナウイルス感染症対策本部」(以下「対策本部」という。)が内閣官房に設置された。対策本部は、新型コロナウイルスに関する緊急対応策を取りまとめるなどの対策を講じた。新型コロナウイルスは、当初、ウイルスが特定されているため特措法の対象である「新感染症」にはあたらない、特措法が定めるその他の「新感染症」の要件にもあたらないとして、「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」(平成10年法律第114号。以下「感染症法」という。)第6条第8項の定める「指定感染症」に位置付けられ、かかる前提で対策が講じられていた。
- (3) 令和2年2月3日、横浜港に到着したクルーズ船「ダイヤモンド・プリンセス号」に乗船していた多数の乗客について新型コロナウイルスの感染が判明した。その際には、検疫法(昭和26年法律第201号)第5条第3項の規定に基づく検疫所長の許可を受けての下船、感染症法第19条及び第20条の規定に基づく入院の対応等が取られた。
- (4) 令和2年3月13日、「新型インフルエンザ等対策特別措置法の一部を改正する法律」(令和2年法律第4号)が成立した(施行日は翌14日。)。この

改正（附則第1条の2の追加）により、暫定的に新型コロナウイルスは新型インフルエンザ等とみなされることになり、新型コロナウイルスに特措法が適用されることになった。

3 令和3年4月以前の特措法施行令及び厚生労働省告示の改正

- (1) 令和3年1月7日、「新型インフルエンザ等対策特別措置法施行令の一部を改正する政令」（令和3年政令第3号）が公布及び施行され、特措法第45条第2項の委任を受けて定められた特措法施行令第11条第1項において、特措法第45条第2項に基づく要請及び同条第3項に基づく命令の対象として、新たに、「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」を追加する旨の改正がなされた（特措法施行令第11条第1項第14号の追加。）。
- (2) 厚生労働大臣は、令和3年厚生労働省告示第4号により、同日、特措法施行令第11条第1項第15号の規定に基づく新型コロナウイルスのまん延を防止するため特措法第45条第2項の規定による要請を行うことが特に必要な施設について、「同項第4号から第6号まで、第9号、第11号及び第14号に掲げる施設であって、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とする。」と定めて公示した。
- (3) 上記(1)(2)の改正により、条文上は、特措法施行令第45条第2項に基づく要請の対象に「飲食店」も含まれることになり、「建築物の床面積の合計」の要件も課されないことになった（「建築物の床面積の合計」が1000㎡を超えるときには特措法施行令第11条第1項第14号により、これが1000㎡を超えないときには同項第15号により、上記要請の対象とされることになった。）。
- (4) 令和3年2月3日、「新型インフルエンザ等対策特別措置法等の一部を改正する法律」（令和3年法律第5号）が成立し、同日に公布された（施行日は同月13日。このときの特措法改正をもって、以下「令和3年2月特措法改

正」という。)。この改正により、感染症法第6条第7項に規定する「新型インフルエンザ感染症」の定義に新型コロナウイルスが含まれることになり、前述した暫定的なみなし規定である特措法附則第1条の2は削除された。また、この改正により、特定都道府県知事は、特措法第45条第2項に基づく要請に正当な理由なく応じない者に対し、当該要請に係る措置を講ずるよう命令を発出することが可能となった（同条第3項。罰則規定につき第79条。）。これらの他にも、上記要請及び命令に係る公表規定の見直し（義務的規定から裁量的規定に）、「新型インフルエンザ等まん延防止等重点措置」の創設など、多くの重要な改正がなされた。

4 沖縄県に対する令和3年4月以降のまん延防止等重点措置、緊急事態宣言措置の流れ

(1) 令和3年4月以降のまん延防止等重点措置

- ① 内閣総理大臣は、令和3年4月1日、国民の生命及び健康に著しく重大な被害を与えるおそれがあり、かつ、特定の区域において、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当該区域におけるまん延を防止するためとして、まん延防止等重点措置を実施すべき期間を同月5日から同年5月5日まで、同措置を実施すべき区域を宮城県、大阪府及び兵庫県と定めて、特措法第31条の4第1項の規定に基づきまん延防止等重点措置の実施を決定した（甲2）。
- ② 令和3年4月9日、新型コロナウイルスの新規陽性者数が増加し、病院提供体制のひっ迫が懸念されるとして、東京都、京都府及び沖縄県へのまん延防止等重点措置の実施を決定した。なお、実施期間は、東京都については同月12日から同年5月11日まで、京都府及び沖縄県については同年4月12日から同年5月5日までと定められた（甲3）。
- ③ 令和3年4月23日、宮城県及び沖縄県について、まん延防止等重点措置を実施すべき期間を同月12日から同年5月11日までと変更すること

が決定された（甲４）。

- ④ 令和３年５月７日、沖縄県について、まん延防止等重点措置を実施すべき期間を同月３１日までと変更することが決定された（甲５）。

(2) 第３回緊急事態宣言の発出

- ① 内閣総理大臣は、令和３年４月２３日に開催された第６２回対策本部において、新型コロナウイルスの全国的かつ急速なまん延による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事態にあるとして、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、同措置を実施すべき区域を東京都、大阪府、京都府及び兵庫県と定めて、特措法第３２条第１項の規定に基づく緊急事態宣言を発出した（このとき発出された緊急事態宣言をもって、以下「第三回緊急事態宣言」という。）（甲６）。

- ② その後、令和３年５月７日に、緊急事態宣言を実施すべき区域として愛知県、福岡県が（甲７）、同月１４日に広島県、岡山県、北海道が追加され、実施すべき期間が同月３１日まで延長された（甲８）。

- ③ 内閣総理大臣は、令和３年５月２１日に開催された第６６回対策本部において、沖縄県の新型コロナウイルス陽性者数が増加していることを受け、緊急事態措置を実施すべき区域に沖縄県を追加することを決定し、同措置を実施すべき期間を、同月２３日から同年６月２０日までと定めた（甲９）。

- ④ 令和３年６月１７日、沖縄県に対する緊急事態宣言を実施すべき期間が、同年７月１１日までに延長された（甲１０）。

５ 沖縄県による原告に対する要請、弁明の機会付与、命令、過料、事実経緯、原告の対応

(1) 被告による要請内容

- ① 被告は、令和３年５月２１日、県内全域について、同月２３日から同年６月２０日までを対象期間として、特措法第４５条第１項に基づき、県民

に対し、「不要不急の外出自粛、特に20時以降の徹底した不要不急の外出自粛」等を、特措法第24条第9項または措法第45条第2項に基づき、事業者に対し、「営業時間の短縮、催物（イベント等）の開催制限」を求め、る旨の協力要請を行った。特に、飲食店（「飲食店（居酒屋を含む。）、喫茶店等（宅配・テークアウトサービスは除く。）」と定義）及び遊興施設等（「バー、カラオケボックス等で、食品衛生法の飲食店営業許可を受けている店舗」と定義）に対しては、特措法第45条第2項に基づき、酒類又はカラオケ設備を提供している場合には休業要請を、酒類又はカラオケ設備を提供しない場合にも営業時間を午前5時から午後8時までとするよう要請がなされた（甲11）。

② 被告は、令和3年6月17日、県内全域について、同年5月23日から同年7月11日までを対象期間として、特措法第24条第9項又は特措法第45条第1項及び同条第2項に基づき、(1)記載の同様の内容の要請を行った。

(2) 被告による要請に対する原告の対応

① 原告は、前記(1)の被告の要請（被告が求めるところの営業時間の短縮及び酒類・カラオケ提供の自粛）には応じてはいなかった。

② 沖縄県知事は、令和3年6月2日付けにて、原告に対し、原告経営店舗が、酒類及びカラオケ設備を提供していること、午後8時以降も営業を続けていること、原告経営店舗において多くの人が集まりいわゆる「3密」の環境となりうるものであり、原告経営店舗の使用を継続した場合には、新型コロナウイルス感染症のまん延につながる可能性が高いと指摘した上で、同日以降も業務の継続が認められる場合には、同法第45条第3項に基づき、施設の利用停止等を命令することになる旨の事前の通知を行った（甲12）。

① 原告に対する弁明の機会の付与と原告の弁明

- ① 沖縄県知事は、令和3年6月4日付けにて、原告に対し、「原告に対して特措法第45条第3項に基づく命令を発出する予定であり、これに対して弁明がある場合には、同月10日までに弁明書を提出することを求める」旨の通知を行った（甲13）。
 - ② 原告は、令和3年6月8日付けにて、沖縄県知事に対し、弁明書を提出した（甲14）。かかる弁明書において、原告は、「スタッフの生活のため、要請に応じることはできないこと、新型コロナウイルス対策を徹底したうえで営業を継続する。」旨記載をしている。
- (4) 原告に対する特措法第45条第3項に基づく命令
- ① 沖縄県知事は、令和3年6月11日付けにて、原告に対し、原告経営店舗（以下「本件店舗」という。）について、令和3年6月11日から沖縄県における緊急事態措置が終了するまでの間、本件店舗の休業（酒類・カラオケ設備の利用停止）又は営業時間（5時から20時以内）の変更（酒類・カラオケ設備の提供停止）を内容とする命令を出した（以下「本件命令」という。）（甲15）。
 - ② 沖縄県知事は、令和3年6月11日付けにて、本件店舗のほか、沖縄県内の合計61施設について、特措法第45条第3項に基づき同内容の命令を発出した（甲16の1）。なお、沖縄県知事は、同月18日には、合計41施設について、特措法第45条第3項に基づく命令を発出し（甲16の2）、同年7月6日にも、さらに合計25施設について、特措法第45条第3項に基づく命令を発出したとのことである（甲16の3）。いずれも、本件命令と同内容の命令である。
- (5) 本件店舗における営業時間の短縮及び酒類・カラオケ提供の停止
- 原告は、本件命令が発出されたことを受け、令和3年6月12日から同月21日までの10日間、本件店舗について、本件命令に従って、酒類及びカラオケ設備の提供を停止し、かつ、営業時間を短縮し、午後8時から午前5

時までの営業等はしなかった。

第4 本件命令が違法であること（特措法第45条第3項が定める各要件を満たしていないこと）

- 1 本件命令が出された令和3年6月11日時点において、本件店舗の所在地が、「新型インフルエンザ等緊急事態」であったとはいえないこと

(1) はじめに

特措法第45条第2項は、事業者に対して要請を出すことができる場面を、「新型インフルエンザ等緊急事態」に限定していることから、特措法第45条第3項において事業者に対する「命令」を発出することができるのも、当然、「新型インフルエンザ等緊急事態」の場合に限られる。

なお、特措法第45条第2項は、「新型インフルエンザ等緊急事態において」と定めているのであり、「新型インフルエンザ等緊急事態宣言が発出されている場合において」とは定めていないから、「新型インフルエンザ等緊急事態宣言」が発出されていることと、ある時期に、ある地域が、「新型インフルエンザ等緊急事態」にあたるかどうかということは、全く別の問題である。すなわち、「新型インフルエンザ等緊急事態」とはいえなくなっても、政府対策本部長が「新型インフルエンザ等緊急事態宣言」を解除していないという状態がありえるのであり、「新型インフルエンザ等緊急事態宣言」が発出されているからといって、直ちに、「新型インフルエンザ等緊急事態」であるとはならないのである。

したがって、各都道府県知事が、特措法第45条各項に基づく要請や命令を出すときには、当該時期において、当該命令を出す対象の地域が、「新型インフルエンザ等緊急事態」に該当していることが必要であるし、さらに、当該時期において、当該命令を出す対象の地域が、「新型インフルエンザ等緊急事態」に該当しているか否かについて、都道府県知事は、客観的な指標をもとに精査する職務上の義務を負っており、政府対策本部長（内閣総理大臣）

が「新型インフルエンザ等緊急事態宣言」を発出している時期ないし地域にあたるからといって、都道府県知事が、「新型インフルエンザ等緊急事態」に当たるか否かについての検討を怠り、漫然と、特措法第45条に基づく要請や命令を出すことは許されない。

(2) 「新型インフルエンザ等緊急事態」の定義

「新型インフルエンザ等緊急事態」とは、特措法第32条第1項において、
「新型インフルエンザ等が国内で発生し、その①全国かつ急速なまん延により②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」と定められており、このうち「政令で定める要件」については、特措法施行令第6条において、「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、③一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、④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に該当すること」と定められている。

したがって、「新型インフルエンザ等緊急事態」と言えるためには、上記①～④の要件が全て認められなければならない、このうち1つでも欠けることは許されない。

(3)ア ①全国かつ急速なまん延が認められないこと

特措法第32条は、「新型インフルエンザ等緊急事態」といえる要件として、「全国的」かつ「急速」な「まん延」を要求しているのであるから、日本国内の一部の圏域でのみ新型コロナウイルスが流行しているにすぎない場合（すなわち「全国的」でない場合）や、感染がまん延しているとはいえない場合（すなわち、陽性者数が減少しており、感染が広がっていない

場合)、感染が広がっていても、その広がり方が緩やかである場合(すなわち「急速」に広がっていない場合)には、「新型インフルエンザ等緊急事態」と評価することは許されない。

本件命令が発令された令和3年6月11日時点において、全国の感染状況は以下のとおりであった。

(7) 沖縄県以外の全国の都道府県は、東京都や大阪府などの大都市圏も含めていわゆるステージ3の段階にまで感染状況が改善し、令和3年6月20日をもって、緊急事態宣言が解除される見込みとなっていた(甲17, 甲18)。

実際にも、同月21日以降、沖縄県を除く全国の都道府県において緊急事態宣言は解除され、一部の地域のみ、まん延防止等重点措置事態に移行することとなった(甲19・資料4, 7頁)。

(8) 全国の新規陽性者数は、令和3年6月9日時点において、直近1週間の移動合計が、対人口10万人比で12.25人となっており、同年5月中旬をピークに、全国的に大幅な減少傾向にあった(甲20・資料1, 3頁, 6頁, 11頁)なお、この傾向は、翌週はさらに顕著であった(甲19・資料1, 3頁, 6頁, 11頁)。

圏域ごとの新規陽性者数も、沖縄県が所在する九州圏を含む全国の全ての圏域において、同年4月下旬ないし同年5月中旬頃をピークに大幅な減少傾向であり、各都道府県の新規陽性者数も、沖縄県を含むほぼ全国の都道府県において大幅な減少傾向であった(甲20・資料1, 11頁~17頁)。なお、この傾向は、翌週はさらに顕著であった(甲19・資料1, 11頁~17頁)。

(9) 全国の重傷者数、入院治療等を要する者の数は、令和3年5月中下旬をピークに大幅な減少傾向にあった(甲20・資料1, 3頁, 4頁)。なお、この傾向は、翌週はさらに顕著であった(甲19・資料1, 3頁,

4頁)。また、沖縄県においても、同時期に、重傷者数は減少傾向であった(甲19・資料1, 10頁)。

ロ 全国の死亡者数は、令和3年5月下旬をピークに減少傾向であった(甲20・資料1, 5頁)。なお、この傾向は、翌週はさらに顕著であった(甲19・資料1, 5頁)。沖縄県においても、死亡者数の変動はなく、大きく増加していなかった(甲21)。

ハ 東京都においては、東京オリンピックが予定どおり開催される見込みであったのであり、とても、新型コロナウイルスが蔓延しているとはいえない状況であった。

このように、本件命令が発出された令和3年6月11日時点において、全国の陽性者数、重傷者数、療養者数、死亡者数のいずれにおいても軽快傾向にあり、新型コロナウイルスは、全国的にみて収束方向に向かっている「まん延」はしていなかった。また、同月20日には、沖縄県以外の全ての都道府県において、いわゆるステージ3の状態まで状況が改善し緊急事態宣言が解除されるほど、新型コロナウイルスの感染状況が改善していたのであり、とても、「全国的」なまん延とも評価できなかった。

したがって、同月11日頃の状況を示す客観的なデータからは、新型コロナウイルスが、この時点において、「全国的」かつ「急速」に「まん延」していたとは、到底評価することはできない。

イ ②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は認められないこと

特措法は、当初、新型インフルエンザ等の発生を想定していた法律であることを考えると、「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場合」とは、新型コロナウイルスが、季節性のインフルエンザと比較して国民生活及び国民経済に甚大な影響を及ぼすといえる場合

に限られると解釈すべきである（特措法第21条・政府対策本部の廃止要件参照）。我が国では毎年季節性インフルエンザが流行しているのであるから、季節性インフルエンザと同等の影響力しかないような感染症でその都度緊急事態宣言を出しては、毎年のように緊急事態宣言を発出せざるを得ないこととなるが、これが奇妙であることは言うまでもないことである。

新型コロナウイルスの発生当初ならまだしも、新型コロナウイルスが発生してから1年以上が経過した令和3年においては、客観的なデータから毎年の季節性インフルエンザの流行状況との比較が容易に可能だったのであるから、「新規の感染症であり今後流行状況がどのように変化するかが想定できない」などといった理由から、季節性インフルエンザの流行状況と比較することもしないで、安易に、「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場合」であると評価することは許されない。

我が国における新型コロナウイルスによる（関連死も含む。）令和2年1月1日から同年12月31日までの累積の陽性者数は23万0304件、累積の死亡者数は3414人である一方で、季節性インフルエンザの年間陽性者数は毎年約1000万件、年間死亡者数は約1万人である（関連死も含む。）。したがって、新型コロナウイルスは、季節性インフルエンザと比較して、国民生活及び国民経済に甚大な影響を及ぼすものとは言えなかったし、このことは、令和2年末の段階において明白であった。

このような状況下で、かつ、上記①のとおり、全国的な感染状況も軽快傾向にあったのであるから、遅くとも本件命令が発出された令和3年6月11日時点においては、「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」状態とは到底認められなかった。

ウ ③一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とはいえないこと

上記①のとおり、全国の陽性者数、重傷者数、療養者数、死亡者数のいずれにおいても軽快傾向で、新型コロナウイルスは、同時点において、全国的にみて収束方向に向かっていた。また、沖縄県を除く全ての都道府県において、いわゆるステージ3の状況まで感染状況が改善し緊急事態宣言が解除される見込みとなっている状態であった。

したがって、当時の状況が、「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」していたとは到底認められない。「拡大」も「まん延」も、何らかの指標や数値が増えたり、広がったりしている状況を指す用語である。

エ ④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には該当しないこと

上記①及び③のとおり、そもそも、新型コロナウイルスが「拡大又はまん延」していた状況とは言えないから、この状況下で「医療の提供に支障が生じている」事態が本来起こりえるはずがないが（この状況下で医療提供体制がひっ迫していたというのであれば、都道府県知事や医師会が適切な病床数を用意できなかったということであり、単なる都道府県や医師会側の失策である。）、実際の全国の医療提供体制をみても、令和3年6月11日時点において、一般の確保病床使用率、重傷者用の確保病床使用率のいずれにおいても30パーセント前後であり、かつ、いずれの指標も改善傾向にあった（甲18）。

たしかに、沖縄県においては、同時点において、一般の確保病床使用率が約89パーセント、重傷者用の確保病床の使用率が約82パーセントといずれも高水準にあったが、いずれも改善傾向にあったし、鹿児島県をはじめとする九州各県等の近隣都道府県の医療提供体制は比較的余裕があった（甲17）のであるから、例えば、緊急事態宣言が発出されていなかった令和2年後半等の時期に、都道府県間の陽性患者の相互受入れ等の体制

を整備してさえいれば、沖縄県ですら、同時点において、「医療の提供に支障が生じている都道府県」であったとは到底認めることができなかった。

以上のとおりであるから、遅くとも令和3年6月11日時点においては、「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」には該当しなかった。

(4) 小括

以上のとおり、遅くとも本件命令が発出された令和3年6月11日以降、特措法第32条第1項が定める①ないし④の要件のいずれにも該当せず、「新型インフルエンザ等緊急事態」であったとは評価できないから、本件命令を発令できる前提要件が充足していない。

被告は、本件命令発令時に、「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慎重な検討をしているはずである（していないとすれば、命令を発令する際の要件該当性を吟味していないことになり、それだけで違法である。）から、被告においては、どのような客観的データ及び資料等をもとに「新型インフルエンザ等緊急事態」に該当すると判断したのか、その資料とともに明らかにされたい。

なお、当然であるが、上述のとおり、特措法第45条第2項が、「新型インフルエンザ等緊急事態において」としており、「新型インフルエンザ等緊急事態宣言が発出されている場合において」とはしていないことから、仮に被告が「政府対策本部長が、当時、沖縄県に緊急事態宣言を発出していたから、沖縄県は緊急事態だった。」と説明しても、それでは全く説明になっていないことを付言しておく。

2 「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」とはいえないこと

(1) はじめに

特措法第45条第3項は、事業者に対する命令を発令するための要件の1つとして、「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」場合と定めている。

①特措法第45条第3項が、「特に必要がある」場合と定めていて、単純に「必要がある場合」とは定めていないこと、②特措法第45条第2項に基づく要請が、法的には「行政指導」であって相手方の任意の協力のみによって実現されるもので（行政手続法第32条第1項）、行政指導に応じないことによる不利益取扱いが禁止されていること（行政手続法第32条第2項）、③特措法第45条第3項による命令が、事業者の営業の自由（憲法第22条第1項）を侵害するものであること等に鑑みると、特措法第45条第3項に基づく命令を発出することができる「特に必要がある」場合とは、単に当該事業者が第45条第2項に基づく要請に応じていない場合を指すのではなく、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の「高度の必要性」がある場合でなければならない。

すなわち、「高度の必要性」が認められるためには、命令を発出しなければ、多くの陽性者や重傷者又は死亡者の発生を招き、そこから更なる感染拡大につながるおそれがある場合でなければならず、さらには、そのようなおそれが認められる場合であっても、より制限的でない他の選ぶうる手段により、感染拡大の防止という目的を達成できるのであれば、「高度の必要性」は認められないと解すべきである。

この点について、被告は、本件命令の発出に際し、命令を発出する理由について、単に、「午後8時以降の営業が確認されたため」、「県民の生命を守るため」などとしており、上記のような「高度の必要性」があるかどうかについて精査した形跡がなく、少なくとも、原告に対し、何をもって「高度の必

要性」があると判断したのかについて全く説明しておらず、大いに問題である。

(2) 本件命令を発令する高度の必要性がなかったこと

ア ①当時の感染状況が減少・縮小傾向であったこと

上述のとおり、本件命令が発令された令和3年6月11日時点において、我が国における新型コロナウイルスの新規陽性者数、重傷者数、死亡者数及び医療提供体制の状況のいずれについても改善傾向であった（甲19、甲20）。また、沖縄県においても、新型コロナウイルスの新規陽性者数及び重傷者数のいずれについても改善傾向であったのであり（甲19・資料1・10頁、甲22）、死亡者数についても大きく増減していなかった（甲21）。また、令和3年6月20日時点において、沖縄県を除く全国の都道府県で、いわゆるステージ3相当であり、緊急事態宣言が解除されることが決定していた（甲17ないし甲20）。

仮に、本件命令の発令時点において、感染状況が増加又は拡大傾向であり、それまでに行った対策では効果が見られないという状況であったのであれば、本件命令を発令する必要性があったとも言い得るものの、少なくとも、感染状況が改善に転じており、その後もその傾向が継続されることが見込まれていた。このような状況下では、本件命令を発出しなければ、多くの陽性者や重傷者又は死亡者の発生を招き、そこから更なる感染拡大につながるおそれがあったとはいえないし、本件命令を出さなくても、「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」ことは十分に可能であったのであり、本件命令を出す高度の必要性があったということはありません。

イ ②飲食店に対する命令を出す高度の必要性がないこと

本件命令の内容は、酒類及びカラオケ提供店に対する休業命令、その他の店に対する午後8時までの時短命令であるところ、このような命令を出

す高度の必要性があると言えるためには、酒類やカラオケを提供する飲食店において新型コロナウイルスの感染が広がっていることや、20時以降に営業している飲食店において、新型コロナウイルスの感染が広がっていることが、客観的なデータ及び資料等をもとに示されなければならない。

ところが、そもそも、飲食店において新型コロナウイルスに感染している例は、データ上明らかに少ない。例えば、東京都では、感染経路判明者のうち半数以上（66.3パーセント）が家庭内であり、次に、職場（12.2パーセント）が続き、飲食店はわずか2.7パーセントに過ぎない（甲23）。また、東京都における、同一感染源からの複数発生事例をみても、職場（企業及び官公庁）、福祉施設、学校教育施設が主であり、飲食店はごくわずか（数パーセント程度）である（甲23）。これらのデータは、都道府県によって大きな差異はないと考えられるから、沖縄県においても、同様であると考えられる。これらのデータからは、新型コロナウイルスに罹患しないよう対策すべきは、むしろ、職場内や施設内であると考えられ、飲食店の営業時間や酒類及びカラオケの提供を制限する合理的根拠が全くない。

飲食店にとって、酒類の提供やカラオケの提供ができるか否かは経営上の生命線であり、これらの提供停止は事実上の休業に等しいものであるから、単に「専門家が推奨しているだけ。政府の方針だから。」などといった理由で、飲食店に対し、酒類及びカラオケの提供停止、時短営業を命令することは許されず、真に、飲食店において酒類やカラオケを提供することにより、また、午後8時以降も飲食店が営業することにより、陽性者数（殊に重傷者数や死亡者数）が現に増えたことがある（増える可能性があるという推論では不十分である。）という合理的なデータがなければならない。

被告は、当然、本件命令の発令時に、単なる専門家の意見や政府の方針のみではなく、客観的なデータ及び資料等を基にして、上記の点を判断し

ているはずである。被告においては、飲食店に対し酒類やカラオケの提供停止、時短営業を命令するに際して、飲食店において新型コロナウイルスが蔓延しているという根拠について、どのような客観的なデータ及び資料等を基に判断したのか明らかにされたい。

飲食店に対し、酒類及びカラオケの提供停止、午後8時以降の営業停止を要請する合理的な根拠が説明されない以上、本件命令を発出しなければ、多くの陽性者や重傷者又は死亡者の発生を招き、そこから更なる感染拡大につながるおそれがあったとは言えない。

ウ ③本件店舗内の感染状況、本件店舗の特有の事情等

特措法第45条第3項に基づく命令を発令する際には、その命令が、店舗ごとに発令することができるという性質のものであることに鑑み、当該店舗に命令を出す高度の必要性があるか否かについて、当該店舗の規模や感染対策の実施状況等の個別事情も当然考慮しなければならない。

本件店舗においては、令和2年初頭の新型コロナウイルスの発生以降、クラスターは発生していないし、客来店時の検温の実施、アルコール消毒の実施、各席への消毒スプレーの設置、窓を開けての常時換気、カラオケ時のマイク用消毒シートの設置等、基本的な感染対策を行っていた。また、席数は、写真（甲24）のとおり、カウンター9席、テーブル23席であるが、実際には、間隔を開けて座ってもらうようにしていた。

このように、もともと、時短営業や事実上の休業要請ともいうべき酒類停止及びカラオケ停止という対策をとらなくても、それよりもレベルの低い上記の基本的な感染対策を実施して、本件店舗におけるクラスターを生じさせていないのであるから、本件命令を発出しなければ、多くの陽性者や重傷者・死亡者の発生を招き、そこから更なる感染拡大につながるおそれがあったとはいえない。

また、そもそも、本件店舗の収容定員は、上記のとおり満席でも32人

であり、決して大規模な店舗とはいえないのであるから、本件店舗を通常どおり営業したとしても、それにより、「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」ことができなくなる等といったことは、「国民」と定めているところを「県民」と読み替えたとしても、大袈裟であり、あり得ないことである。原告としては、なぜ、本件店舗で通常営業を続けることが、国民（ないし県民、以下同じ。）の生命及び健康を侵害し、国民生活及び国民経済を混乱させることになるのか理解に苦しむ。

被告は、当然、本件命令の発令に際し、本件店舗の個別の事情も斟酌した上で、本件店舗に命令を出さなければ、本件店舗内において新型コロナウイルスの感染が広まり、その影響によって、「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の混乱を回避する」ことができなくなるということについて、合理的なデータ及び資料等に基づいて検証しているものと考えられるから、被告においては、その客観的な資料やデータを基に、合理的理由を説明されたい。

(3) 小括

以上のとおり、本件命令の発令時の全国ないし沖縄県内における感染状況が減少又は縮小傾向にあったこと、一般的な感染経路が飲食店ではないこと及び本件店舗における個別事情等から、遅くとも本件命令の発令時点においては、本件店舗に本件命令を発令する高度の必要性があったとは到底言えない。

3 特措法第45条第2項に基づく要請に応じない「正当な理由」があること

(1) はじめに

特措法第45条第3項によれば、事業者が特措法第45条第2項に基づく要請に応じないことについて「正当な理由」がない場合でなければ、都道府県知事は、当該事業者に対し、特措法第45条第3項に基づく命令を発令す

ることができないとされている。

(2) 要請に応じれば、経営が維持できず、従業員の雇用が守れないこと

特措法第45条第2項に基づく要請に応じた場合、当該事業者の営業の自由が侵害されることとなり、当該店舗で働く多くの従業員の雇用が失われ、収入が得られなくなった結果生活が脅かされるという危機に直面することとなる。また、事業者は、当該事業者が単体で事業を営んでいるわけではなく、例えば飲食店であれば、仕入れ元等多くの企業又は事業主と密接な関係を持っているものであるから、当該事業者の営業が停止すれば、当該事業者のみならず、関係するあらゆる事業者にも多大な影響が出ることになる。ひいては、事業者が一定期間営業を停止することにより、当該事業者が倒産し、失業者を生み出し、生活保護費や失業保険給付等の社会保険給付を圧迫し、最悪の場合には自殺者数が大きく増加するなど、我が国の社会経済ないし国民生活にとって、新型コロナウイルスのまん延よりも、さらに最悪の事態が発生することが容易に想定できる。

したがって、各事業者の売上高等に応じた完全な補償がされることが確約されていない中で、当該事業者の経営が破綻する恐れがあり、従業員の雇用が守れない恐れがあるという理由も、当然、「正当な理由」の1つと考えなければならない。

本件店舗においては、本件店舗で勤務することによって得られる給与が唯一の収入源であるという従業員も多数在籍しており、時短要請や酒類又はカラオケ停止要請に応じれば、売上高が減り、従業員の雇用を守ることができない。また、新型コロナウイルスの発生以降、本件店舗の売上高は毎月約■■■■万円、経費もほぼ同額程度（毎月、人件費■■■■万円、原価■■■■万円、家賃水道光熱費■■■■万円、そのほか（消費税、事務所代、税理士代等の諸経費）■■■■万円）掛かっており、売上高が少しでも減れば、赤字となってしまう。また、本件店舗の通常の営業時間は、夜7時から朝6時までであり、午

後8時以降の時短要請に応じるということは、ほとんど休業に応じることを意味し、営業時間を早めるなどして変更しても、飲食店の命綱である酒類及びカラオケ提供ができなければ、ほとんど売上が上がらないことが目に見える。

よって、本件店舗が酒類及びカラオケ停止要請や時短要請に応じないことには「正当な理由」があるというべきである。

(3) 感染対策を講じていること

酒類及びカラオケ提供の停止や、時短営業の各要請に応じていなくても、当該店舗において感染対策がしっかりととられており、当該店舗において新型コロナウイルスが蔓延する可能性が低い場合には、当該店舗から新型コロナウイルスが蔓延し、国民の生命及び健康を侵害し、国民生活及び国民経済を混乱させることになるはずがない。

したがって、当該店舗において、感染対策が講じられていることは、特措法第45条第2項に基づく要請に応じない「正当な理由」にあたるというべきである。

上記のとおり、本件店舗においても、感染対策が講じられていたのであり、クラスターを生じさせたこともないのであるから、これをもって、特措法第45条第2項に基づく要請に応じない「正当な理由」が備わっていたというべきである。

(4) 小括

以上のとおり、本件店舗においては、特措法第45条第2項に基づく要請に応じない「正当な理由」があったというべきであるから、この点からも、特措法第45条第3項に基づく命令を出す要件が整っておらず、違法な命令である。

なお、本件命令を発出するにあたって、本件命令を発出できる要件が満たされていたこと及び被告がそのような判断に至った過程については、被告が、

それらに関する客観的なデータや資料等を持ち合わせているはずであるから、被告において主張立証する責任がある。上記各項で述べたとおり、被告において、客観的な資料及びデータ等とともに説明されたい。

第5 本件命令が違憲であること

1 はじめに

以下のとおり、原告には、酒類・カラオケ設備の提供や、午後8時以降も営業を行う自由が憲法上保障されている。

しかしながら、被告が、原告に対して、原告が特措法第45条第2項の要請に応じないことを理由として、同条第3項の規定に基づき、原告が経営する本件店舗につき、酒類・カラオケ設備の提供の停止及び午後8時以降の営業を停止するよう命令したことにより、原告の上記憲法上の権利が侵害されている。

以下では、原告に認められる上記憲法上の権利が極めて重要であることを論じたうえで、①本件規定等が、特措法の委任の範囲を明らかに超えて定められていることから、本件規定等に基づきなされた本件命令が違憲であること、②原告の上記自由を侵害する本件規定等が違憲であることから、本件規定等に基づきなされた本件命令も違憲であること（法令違憲）、③本件命令そのものが本件事案限りにおいて違憲であること（適用違憲）、の主張を行う。以下、詳述する。

2 営業の自由が憲法上極めて重要な権利であること

(1) 営業の自由が保障されていること

憲法第22条第1項が、職業選択の自由の実質化の観点から、自己の選択した職業を遂行する自由、すなわち「営業の自由」を保障していることは、過去の判例も認めるところである（「小売市場事件」最大判昭和47年11月22日刑集26巻586頁、「薬事法違憲判決事件」最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁参照）。

そして、職業が、「人が自己の生計を維持するためにする継続的活動である

とともに、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、各人が自己の有する個性を全うすべき場として、個人の人格的価値と不可分の関連を有する。」とされていることからすれば(薬事法違憲判決事件)、自己の選択した職業を形式的に遂行する自由のみならず、自己の個性をいかんなく発揮できる営業形態を選択し遂行する自由を含むものといえる。

- (2) 飲食店経営者には、単なる営業の自由のみならず、酒やカラオケ設備を提供しながら営業をする自由や、午後8時から朝5時までの夜間帯に営業をする自由が、憲法上保障されているといえること

飲食店は、その営業時間帯により客層や営業目的が大きく異なる。例えば、昼間の12時前後や一般的な夕食の時間である午後6時から午後8時頃までを営業時間とする飲食店の利用者は、昼食や夕食をとること自体を目的とする客が多く、この時間帯を営業時間とする飲食店は、飲食店利用者に対し主に昼食や夕食を提供することに重きを置いている店舗といえる。他方、午後8時以降の夜間から翌朝にかけて営業するような飲食店は、食事自体は済ませている利用者(例えば2次会、3次会での利用者)を主に顧客層として想定しており、食事の提供よりも、むしろ、カラオケや酒類の提供により、人々の交流の場を提供することをメインに想定している。いわば、酒類やカラオケ設備を提供する飲食店や、深夜帯に営業している飲食店は、例えばラーメン屋や牛丼チェーン店のよう、単純に食事を提供することだけを目的としているのではなく、多くの利用者の相互の交流の場の提供をも目的としているのである。

このような目的で営業をしている飲食店にとっては、単に飲食の提供のための営業ができたとしても、酒類やカラオケ設備の提供ができず、また、深夜帯に営業ができなければ、その目的である人々の交流の場を十分に提供することができないのであるから、単に飲食の提供ができたとしてもその飲食

店が目的とする本来の営業を遂行できているということとはできない。

また、このように、飲食店が、一定の時間帯に、ある一定の顧客層を対象にして、ある一定のサービスを提供することを想定している以上、それを突然変更することは、ある意味、業態を変更することと同義で、容易なことではない。例えば、深夜帯に、1人または少人数のグループを対象にして、主に、酒類やカラオケ設備の提供を目的に営業している「バー」が、いきなり日中に昼食や夕食を提供するようサービス内容を変更することは、単なるサービスの変更にとどまらず、「バー」から「飲食店」への業態の変更に等しいものであるが、こうした業態の変更が容易でないことは当然のことである。他方、昼食や夕食を提供することを想定している飲食店が、突然、深夜帯に主に酒類やカラオケの提供を目的とする営業形態に変更することも、同様に困難であることは目に見えている。

以上のとおりであるから、深夜帯に営業している飲食店や、時間にかかわらず酒類やカラオケ設備を提供している飲食店は、その営業活動を通して、単に飲食の提供という目的のみならず、人々に交流の場を提供するという営業目的の実現のために日々の業務を遂行しているということが出来る。これは、例えばラーメン屋や牛丼チェーン店のような単純な飲食店のみでは達成することができない目的であるから、これらの飲食店が通常通りに営業していることは、我が国の社会の存続と発展に寄与し、社会的機能を分担しているといえるし、各飲食店経営者が、自己の選択した営業時間に、自己の選択したサービスを提供することによって、自己の有する個性を全うし、個人の人格的価値を実現しているということが出来るのである。

そのため、憲法22条の「営業の自由」には、単に、「飲食店を営業し、人々に食事を提供する自由」のみならず、「酒類やカラオケ設備を提供したり、午後8時から午前5時まで営業を行ったりすることで、人々に飲食を通じた交流の機会を与えるために、飲食店の営業を遂行する自由」も含まれていると

いうべきである。

(3) 営業の自由が極めて重要な権利であること

営業の自由には、①飲食店側の経済的な側面のみならず、②飲食店利用者の自己実現及び自己統治に資する側面、③飲食店経営者の自己実現・自己統治に資する側面が認められ、非常に重要な権利であるといえることができる。

ア ①飲食店側の経済的な側面について

①について、飲食店経営者及び飲食店従業員が客に飲食等を提供し、それによる対価を得ているのみならず、飲食店に商品を卸すことにより卸売業者が利益を得る等、飲食店を中心に大きな経済圏が形成されており、飲食店の営業の自由が不当に侵害されると、飲食店のみならず飲食店を中心に形成されている経済圏も大打撃を受けることになる。

また、飲食店が選択した営業時間に営業することも飲食店の経済的側面を考えるうえで極めて重要である。上記のとおり、飲食店は、選択した営業時間により提供するサービスの内容も対象とする客層も全く異なる。飲食店は、選択した営業時間に店舗利用者に利用してもらえるように内装工事を行い、各種備品を揃え、その営業時間に働ける従業員を雇い、選択した営業時間に合わせて従業員を教育し、選択した営業時間に合わせて食品や酒類を仕入れているのである。そのため、仮に飲食店が予定している営業時間に営業できない場合、その飲食店が営業時間を変更しても変更後の営業時間に適したサービスを提供することは困難である。営業時間に適したサービスを提供できなければ、当然、もともと変更後の営業時間で営業してその時間帯に適したサービスを提供し続けてきた飲食店に客を持っていかれてしまう。

さらに、営業時間と同様に、酒類やカラオケ設備の提供ができるかどうかについても、酒類やカラオケ設備の提供を行っている飲食店は、これらのサービスを提供できることを前提として食事のメニューを組んでいたりと、

あるいは価格設定をしていたり、仕入れを行っていたりしている(例えば、お酒を提供することがメインの飲食店は、食事のメニュー自体は「つまみ」程度のものに抑えていたり、お酒とセットで食事を注文してもらうための価格設定をしていたりする。)。また、このような飲食店の利用者は、酒やカラオケを楽しめることを前提に利用していた者が多く、酒やカラオケが楽しめないのであれば、利用しないといった利用者も多数いることは容易に想定できる(例えば、居酒屋は、お酒を飲むことができるから人々が利用するのであり、お酒が飲めず食事だけとなれば、食事の提供をメインとしている定食屋や牛丼チェーン店、ラーメン屋などに顧客が流れてしまう。)。このように、酒類やカラオケ設備の提供を主たるサービス内容としてきた飲食店にとっては、酒類やカラオケ設備を提供できなければ、利用者が離れ、その結果、売上が上がらなくなるなど経営に直結する重大な問題を抱えることになる。

そうであるとすれば、飲食店が自ら選択した営業時間に店舗を営業することや、酒類やカラオケ設備を提供することは極めて重要であり、選択した営業時間での営業ができなくなった場合や酒類やカラオケ設備の提供ができなくなった場合の経済的損失は極めて大きい。

そのため、①の経済的側面の観点からも、原告が午後8時から朝5時まで、食事や酒やカラオケといったサービスを提供して営業を行う自由は、極めて重要な権利であるといえる。

イ ②飲食店利用者の自己実現及び自己統治に資する側面

②について、酒類やカラオケ設備を伴う飲食店が果たしてきた歴史的な役割を無視するわけにはいかない。

人々は、酒を飲む。成人となった祝いの席で親族や友人と酌み交わす酒、新しく組織や集団に加入してきた者の歓迎会での酒、組織から離脱する者の送別会での酒、友人や同僚を祝ったり、慰めたりする席での酒、友人や

同僚と仕事や上司についての愚痴を言いあうだけの酒，上司が部下と無礼講で飲む酒，政治・経済・学問・芸術・宗教等について語り合う席での酒，接待の場での酒，普段できないバカ話を楽しむための酒，意中の人をデートに誘っての酒など，人々は，ありとあらゆる場面で酒を飲んでいるのである。

上記各シチュエーションでのコミュニケーションは，本来酒がなくても何ら問題なく行えるはずである。それにもかかわらず，何故，人々は酒を飲むのか。それは，酒を飲むことにより程よく緊張感が解け，会話が弾み相互の距離感を縮め，自分の本音を伝え，互いが互いを深く理解することにつながるのである。そのため，酒は，対人関係を築くうえで極めて大きな役割を果たしてきたといえる。「飲みニケーション」という言葉が生まれるほど，酒は，人々のコミュニケーションに重要な役割を果たしているのである。

それでは，酒を提供する飲食店は，どのような役割を果たしているのだろうか。

現代社会において，酒やつまみは，飲食店に行かなくては入手できないというものではない。コンビニやスーパーにおいて，安価でいくらでも購入することができる。それにもかかわらず，上記のとおり，わが国には酒を提供する飲食店が無数に存在する。そのため，酒を提供する飲食店は，それだけニーズがあるということになる。

人々は，酒の味や酒が人体に直接もたらす効能のみを目当てに酒を飲んでいるわけではない。酒の場がもたらす和気あいあいとした雰囲気を楽しむために酒を飲んでいるのである。この和気あいあいとした雰囲気は，そのときの気分やメンバーなどにより，どのような店を選ぶかというところからも感じられるもので，自宅やオフィス内において飲むだけの会とは，雰囲気が大きく異なるものである。また，自分たちのグループだけではな

く、周りにお客さんがいるという相乗効果により、酒が苦手な者や酒が飲めない者も場の雰囲気感化され、酒を飲むものと同様に緊張感から解放されて、他者とより円滑かつ緊密なコミュニケーションが取れるのである。

円滑かつ緊密なコミュニケーションは、活発な議論や意見交換を生む。そうであるとすれば、飲食店での酒の提供は、人々が様々な意見や情報に接する場所を提供しているものといえ、自己の思想や人格を形成、発展させ、また、相互に意見や情報等を伝達、交流する場を提供しているといえることから、民主主義社会における重要な役割をも担っているといえる。

コロナ禍において、国会議員が会食を開いたことがニュースになったことがあった。国民の代表たる国会議員がコロナ禍で様々な制約を課せられている国民を尻目にただ食事を楽しむために会食を開いたわけではあるまい。当然、国の重要な政策判断に必要な情報収集や意見交換のために会食を開いていたとみるべきであるが、情報収集に食事や酒は一切必要ないにもかかわらず、わざわざ会食という形式をとっているのは、まさしく会食が参加者間のコミュニケーションを円滑にし、議論を活発化させより充実した情報収集及び意見交換になるからであり、飲食店が民主主義社会において重要な役割を果たしている証左であるといえる。

また、酒は、人々を孤独から救っている。酒は、一人で飲みに行っても、飲食店の店員やその店で知り合った者と話すことができる。

カラオケについても、自分の好きな歌を歌うことによりストレス発散になるし、カラオケ参加者が共通の歌を歌うことにより連帯感を高めるのに一役買っているのである。連帯感を高めることは、活発な議論につながり活発な議論が民主主義社会において重要なことは、上記の通りである。

カラオケ設備がある飲食店が果たす役割は、酒の提供と同じくらい大きい。すなわち、カラオケを歌うには、自分の歌いたい歌を再生する機器、大声を出しても周囲に迷惑をかけない環境が最低限必要となるが、これら

を自宅で取りそろえるのは経済的負担が大きいし、路上等で歌うわけにも
いかない。そうすると、必然的にカラオケを利用したい者は、カラオケ設
備がある店に行かなければならないこととなる。

以上より、酒やカラオケ設備を提供する飲食店は、飲食店利用者の自己
実現及び自己統治の場を提供するという極めて重要な役割をも果たしてい
るということができる。したがって、飲食店が、何らの場所的・時間的制
限も受けることなく、酒類やカラオケ設備を提供しながら、営業を行うこ
とは、飲食店利用者の自己実現及び自己統治に資する、非常に重要な権利
である。

ウ ③飲食店経営者の自己実現・自己統治に資する側面

上記のとおり、飲食店経営者は、ただ人々に食事を提供することだけが
営業の目的ではない。特に、深夜帯に営業している店や、酒類やカラオケ
設備を提供している飲食店は、食事を提供することがメインではなく、む
しろ酒やカラオケ設備を提供しながら、人々の交流の場を提供することに
主眼を置いているということができる。

このような飲食店の経営者は、何らの時間制限もなく酒類やカラオケを
提供することで人々に交流の場を提供することができるし、ときには、飲
食店経営者自らも、たとえば、利用客との会話から良い刺激を受けたり、
利用客との議論をとおして情報や意見の交換をしたりすることができる。
このように、飲食店経営者は、何らの制限なく、自らの飲食店を経営する
ことにより、自らの仕事をとおして社会に貢献し、あるいは、社会からの
刺激を受け、ひいては、飲食店経営者の人格形成・自己実現につながって
いくのである。

このように、飲食店経営者にとっては、単に飲食店を営業することだけ
ではなく、時間に縛られないで、酒類やカラオケ設備を提供しながら飲食
店を経営することは、飲食店経営者の人格形成・自己実現にもつながるも

ので、非常に重要な権利であるということが出来る。

以上のとおり、営業の自由には、①飲食店側の経済的な側面のみならず、②飲食店利用者の自己実現及び自己統治に資する側面、③飲食店経営者の自己実現・自己統治に資する側面が認められ、極めて重要な憲法上の権利である。

3 本件命令の根拠規定である特措法施行令や厚生労働大臣告示が、特措法の委任の範囲を明らかに超えて定められており、違憲・無効であること

(1) 特措法等の法令の定めについて

本件命令の根拠法令である特措法第45条第3項は、同条2項による要請に正当な理由なく応じない施設管理者等に対して、「特に必要があると認めるときに限り」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規定している（下線部は原告代理人が付記）。

(感染を防止するための協力要請等)

第四十五条

… (略) …

2 特定都道府県知事は、新型インフルエンザ等緊急事態において、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は、新型インフルエンザ等の潜伏期間及び治癒までの期間並びに発生の状況を考慮して当該特定都道府県知事が定める期間において、学校、社会福祉施設（通所又は短期間の入所により利用されるものに限る。）、興行場（興行場法（昭和二十三年法律第百三十七号）第一条第一項に規定する興行場をいう。）その他の政令で定める多数の者が利用する施設を管理する者又は当該施設を使用して催

物を開催する者(次項及び第七十二条第二項において「施設管理者等」という。)に対し、当該施設の使用の制限若しくは停止又は催物の開催の制限若しくは停止その他政令で定める措置を講ずるよう要請することができる。

3 施設管理者等が正当な理由がないのに前項の規定による要請に応じないときは、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。

… (略) …

また、特措法第45条第2項は、「新型インフルエンザ等緊急事態において、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は」、「学校、社会福祉施設（通所又は短期間の入所により利用されるものに限る。）、興行場（興行場法（昭和二十三年法律第百三十七号）第一条第一項に規定する興行場をいう。） その他の政令で定める多数の者が利用する施設」の施設管理者等に対して、当該施設の使用の制限を含む措置を要請することができるとして、同条項に基づく「要請」の対象を政令に委任している。

そして、特措法第45条第2項を受けた特措法施行令第11条第1項及び同施行令第1項第15号を受けた本件告示は、以下のとおり定められている（下線は原告代理人が付記）。

(使用の制限等の要請の対象となる施設)

第十一条 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は、次のとおりとする。ただし、第三号から第十四号までに掲げる施設にあっては、その建築物の床面積の合計が千平方メートルを超えるものに限る。

一 学校（第三号に掲げるものを除く。）

二 保育所、介護老人保健施設その他これらに類する通所又は短期間の入所により利用される福祉サービス又は保健医療サービスを提供する施設（通所又は短期間の入所の用に供する部分に限る。）

三 学校教育法（昭和二十二年法律第二十六号）第一条に規定する大学、同法第二百二十四条に規定する専修学校（同法第二百五条第一項に規定する高等課程を除く。）、同法第三百三十四条第一項に規定する各種学校その他これらに類する教育施設

四 劇場、観覧場、映画館又は演芸場

五 集会場又は公会堂

六 展示場

七 百貨店、マーケットその他の物品販売業を営む店舗（食品、医薬品、医療機器その他衛生用品、再生医療等製品又は燃料その他生活に欠くことができない物品として厚生労働大臣が定めるものの売場を除く。）

八 ホテル又は旅館（集会の用に供する部分に限る。）

九 体育館、水泳場、ボーリング場その他これらに類する運動施設又は遊技場

十 博物館、美術館又は図書館

十一 キャバレー、ナイトクラブ、ダンスホールその他これらに類する遊興施設

十二 理髪店，質屋，貸衣装屋その他これらに類するサービス業を営む店舗

十三 自動車教習所，学習塾その他これらに類する学習支援業を営む施設

十四 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。）

十五 第三号から前号までに掲げる施設であって，その建築物の床面積の合計が千平方メートルを超えないもののうち，新型インフルエンザ等緊急事態において，新型インフルエンザ等の発生の状況，動向若しくは原因又は社会状況を踏まえ，新型インフルエンザ等のまん延を防止するため法第四十五条第二項の規定による要請を行うことが特に必要なものとして厚生労働大臣が定めて公示するもの

○新型コロナウイルス感染症のまん延を防止するため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の規定による要請を行うことが特に必要な施設(令和二年四月七日)(厚生労働省告示第百七十五号)

新型インフルエンザ等対策特別措置法施行令(平成二十五年政令第百二十二号)第十一条第一項第十四号の規定に基づき，新型コロナウイルス感染症のまん延を防止するため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の規定による要請を行うことが特に必要な施設を次のように定める。

新型コロナウイルス感染症のまん延を防止するため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の規定による要請を行うことが特に必要な施設

新型コロナウイルス感染症(病原体がベータコロナウイルス属のコロナウイルス(令和二年一月に、中華人民共和国から世界保健機関に対して、人に伝染する能力を有することが新たに報告されたものに限る。)である感染症をいう。)について、新型インフルエンザ等対策特別措置法施行令(平成二十五年政令第百二十二号)第十一条第一項第十五号の規定を適用する場合においては、同号に掲げる施設は、同項第四号から第六号まで、第九号、第十一号及び第十四号に掲げる施設であって、その建築物の床面積の合計が千平方メートルを超えないものとする。

改正文 (令和三年二月三日厚生労働省告示第三五号) 抄
令和三年二月十三日から適用する。

上記の法令をみる限り、「飲食店」は、「建築物の床面積の合計」値にかかわらず、特措法第45条第2項に基づく要請の対象に含まれている。

しかしながら、「飲食店」は、特措法制定当時には要請の対象に含まれてはおらず、令和3年1月7日に公布・施行された「新型インフルエンザ等対策特別措置法施行令の一部を改正する政令」(政令第三号)に、「都道府県知事による使用の制限等の要請の対象となる施設として飲食店等を追加することとした。」(甲25)と記載があるとおりに、同日以降に対象に含まれることとなったにすぎない。

さらに、特措法第45条3項に基づき命令をするにあたり、特措法72条2項では、都道府県知事が、同項の規定の施行に必要な限度において、施設管理者に対して必要な報告を求めることや、県の職員に対して、営業所等へ立入り、業務状況等の検査や関係者に質問させるなど、私人に対する強制力の行使ができる旨規定し、それだけではなく、それら強制力の行使に従わない者に対して、20万円以下の過料の制裁規定を設けている(特措法80条

2号)。

また、特措法45条2項による要請及び同条3項に基づく命令をした場合には、その旨を公表することができ(同条5項)、さらには、同条3項の命令に応じない場合には、30万円以下の過料に処するとの制裁規定も設けている(特措法79条)。

(感染を防止するための協力要請等)

第四十五条

5 特定都道府県知事は、第二項の規定による要請又は第三項の規定による命令をしたときは、その旨を公表することができる。

第七十九条 第四十五条第三項の規定による命令に違反した場合には、当該違反行為をした者は、三十万円以下の過料に処する。

第八十条 次の各号のいずれかに該当する場合には、当該違反行為をした者は、二十万円以下の過料に処する。

一 第三十一条の六第三項の規定による命令に違反したとき。

二 第七十二条第一項若しくは第二項の規定による報告をせず、若しくは虚偽の報告をし、又はこれらの規定による立入検査を拒み、妨げ、若しくは忌避し、若しくはこれらの規定による質問に対して答弁をせず、若しくは虚偽の答弁をしたとき。

このように、特措法等の法令の定めによれば、国民に対する「要請」という規定にしておきながら、その実質は、後に控える命令や立入検査等の公権力の行使に関する規定を設け、さらには、それら命令や立入検査等の実効性

を担保するために国民に対する過料の制裁規定を設けるという仕組みとなっているのである。

- (2) 本件命令の根拠規定である特措法施行令や厚生労働大臣告示が、特措法の委任の範囲を明らかに超えていること

特措法は、「新型インフルエンザ等が全国的かつ急速にまん延し、かつ、これにかかった場合の病状の程度が重篤となるおそれがあり、また、国民生活及び国民経済に重大な影響を及ぼすおそれがあることに鑑み」、新型インフルエンザ等の感染対策に関する措置を定めることにより、「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」として掲げ（特措法1条）、感染対策の強化を図るとともに、国民生活及び国民経済への影響を考慮し、国家が感染対策の名のもとに国民の権利を恣意的に制限することに歯止めをかけている。

このことは、特措法5条において、「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。」として基本的人権を尊重するという至極当然の規定を設けていることから明らかである。

上記特措法の趣旨・目的に照らし、特措法第45条第2項は、同項に基づく要請の対象として、「学校、社会福祉施設（通所又は短期間の入所により利用されるものに限る。）、興行場（興行場法（昭和二十三年法律第百三十七号）第一条第一項に規定する興行場をいう。）その他の政令で定める多数の者が利用する施設」を掲げており、学校や社会福祉施設、興行場など、同時に多数の人々が集まる規模の大きい施設を具体的に列挙したうえで、その他具体的な施設を政令に委任している。

すなわち、特措法45条2項は、同時に多数の人々が集まることが想定さ

れる規模の大きい施設においては、不特定多数の者が同時に集まることにより、入場者同士の会話等により飛散する飛沫を十分に遮ることができず、また適切な距離の確保がなされない可能性があること等から、同施設内における感染を防止し国民の生命及び健康を保護することを目的として、かかる目的を実現するために、同時に多数の者が利用する施設を対象に必要な要請を発出することができることとし、一方で、国民生活及び国民経済への影響を踏まえ、同項に定める要請を不必要にすべての施設に一律に発出するなど、国家による公権力の恣意的な運用を阻止するために、同項に基づく要請の対象につきその施設の規模を考慮して「多数の者が利用する施設」と制限を設けているのである。

そして、旧特措法施行令第1条1項は、上記特措法の趣旨・目的を踏まえて、「第3号から第13号までに掲げる施設にあっては、その建築物の床面積の合計が1000平方メートルを超えるものに限る。」と、建築物の規模、すなわち同時に多数の人が集まる施設という点を特に考慮して、床面積の合計を「1000平方メートルを超えるもの」（第1号及び第2号を除く。）と限定を付していた。

しかしながら、上記のとおり、何らの法改正を経ることなく、令和3年1月7日に、「新型インフルエンザ等対策特別措置法施行令の一部を改正する政令」（令和3年政令第3号）が公布・施行され、特措法45条第2項に基づく要請及び同条3項に基づく命令の対象に、「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」が追加された。（特措法施行令第11条第1項第14号の追加。甲25）。

また、同日、厚生労働大臣は、令和3年厚生労働省告示第4号により、特措法施行令第11条第1項第15号の規定に基づく新型コロナウイルスの蔓延を防止するため特措法第45条第2項の規定による要請を行うことが特に必要な施設について、「同項第4号から第6号まで、第9号、第11号及び第

14号に掲げる施設であって、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とする。」と定めて公示している（甲25）。

上記特措法施行令の改正及び本件告示によって、特措法第45条第2項に基づく要請及び同条3項に基づく命令の対象に、全ての飲食店が含まれることになった。すなわち、「建築物の床面積の合計」が1000平方メートルを超える飲食店が特措法施行令第11条第1項第14号により、「建築物の床面積の合計」が1000平方メートルを超えない飲食店が同項第15号により、特措法第45条第2項に基づく要請及び同条第3項に基づく命令の対象にすべての「飲食店」が含まれることになったのである。

そもそも、「飲食店」は、規模の大きな店舗から小さな店舗までその営業形態は千差万別であり、典型的に、同時に多数の人が集まる場所ではないため「多数の者が利用する施設」とは到底いえない。

それにもかかわらず、上記特措法が想定している範囲を超えて、特措法施行令及び本件告示によって、その規模を問わずに「飲食店」を要請又は命令の対象にしているのである。そのため、特措法施行令及び本件告示が、「飲食店」を狙い撃ちにして法改正を経ずに1000平方メートル以下の店舗まで含めて一律に特措法第45条第2項に基づく要請及び同条3項に基づく命令の対象としていることは、明らかに特措法の委任の範囲を超えているのである。

したがって、特措法施行令及び本件告示は、特措法の委任の範囲を明らかに超えて定められていることから、これら本件規定等を根拠として本件命令をすることは違法であり、かかる違法な命令に基づき原告の憲法上の権利を制限している以上、違憲である。

4 本件規定等が違憲であること（法令違憲）

(1) 本件規定等が原告に保障される営業の自由を制約するものであること

上記のとおり、原告には、営業の自由という現代において極めて重要な憲

法上の権利が保障されている。

また、飲食店を自己の職業として選択し、これを開業して職業を継続的に遂行するにあたっては、飲食店を経営するための場所の賃貸、原材料の取得、営業を行うために必要となる労働力の確保など一定の売上の確保が必要となるところ、本件規定等では、飲食店に対して十分な補償を行う規定を設けずに、施設の使用や停止の要請・命令を発出することができるという規定ぶりとなっており、実際に、本件規定等に基づきなされた本件命令は、酒類・カラオケ設備の提供や午後8時以降の営業を一律に禁止し飲食店が営業を行うことそれ自体を制限している。

特に、通常であれば午後8時以降も営業をしている飲食店や、酒類・カラオケ設備の提供を営業の基盤としている飲食店では、単なる飲食の提供のみならず、人々に交流の場を提供することそれ自体を営業の主目的としている店舗も多く、営業時間を日中の時間帯に変更したり、酒類・カラオケ設備の提供をやめ、食事の提供をメインに変更したりすることは、単なる営業時間やサービス内容の変更にとどまるものではなく、まさに、業態の変更ともいっていいものであり、当該飲食店の営業の自由を大きく制約するものである。その結果、経営が成り立たずに営業そのものを断念せざるをえないことにもつながりうるものであるから、本件規定等は、営業の自由に対する大きな制約的効果を有するものである。

さらに、本件規定等は、飲食店による新型コロナウイルスの蔓延防止対策の有無・その対策の程度などを一切考慮せず、極めて抽象的な要件に基づき、施設の制限又は停止を要請・命令することができるというものである。飲食店としては、本件規定等の背後に控える過料等の制裁規定により、事実上、国家による十分な補償がなされない状況下で本件規定等による命令に従わざるを得ず、一方で、上記のとおり営業を制限されたとしても負担しなければならない固定費等の支払いを行わなければならないのであり、それができな

い場合には最終的には経営を断念するという選択を迫られることになるのである。

そして、特措法第45条第3項に基づく命令は、社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、新型コロナウイルス感染症対策という自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である。

したがって、上記営業の自由の重要性や本件規定等の規制態様の強さに鑑み、本件命令の根拠法令である本件規定等の定めが正当化されるためには、よりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によって特措法の目的を達成することができないと認められることが必要である（「薬事法違憲判決」参照）。

(2) 特措法による規制の目的

上記のとおり、特措法は、「新型インフルエンザ等が全国的かつ急速にまん延し、かつ、これにかかった場合の病状の程度が重篤となるおそれがあり、また、国民生活及び国民経済に重大な影響を及ぼすおそれがあることに鑑み」、新型インフルエンザ等の感染対策に関する措置を定めることにより、「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」として掲げ（特措法1条）、感染対策の強化を図るとともに、国民生活及び国民経済への影響を考慮し、国家が感染対策の名のもとに国民の権利を恣意的に制限することに歯止めをかけている。

このことは、特措法5条において、「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」として基本的人権を尊重するという至極当然の規定を設けていることから明らかである。

また、特措法第45条第2項では、「新型インフルエンザ等緊急事態」という特別の場面において、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の混乱を回避するために「必要があると認めるとき」に、施設管理者に対して施設の使用の制限等の要請をすることができる」と規定し、さらに、同条3項では、当該要請に「正当な理由」なく応じない場合に、「特に必要があると認めるときに限り」、当該要請にかかる措置を講ずべきことを命ずることができる」と規定している。

すなわち、特措法の第1条の目的に照らし、特措法45条2項及び同条3項は、施設管理者に対して必要な措置を要請ないし命令することにより感染対策の強化を図る一方で、国民生活及び国民経済への影響を考慮し、国家が感染対策の名のもとに国民の権利を恣意的に制限することに歯止めをかけるため、「緊急事態」において「特に必要があると認めるときに限り」、命令をすることができる」として、当該要請ないし命令の発動要件に制限を設け、国民に対する権利利益に対する制限を最小限度にすることを目的として、国民生活及び国民経済の維持をも保護の対象にしているものである。

(3) 本件規制等の必要性・合理性

ア まず、飲食店における酒類・カラオケ設備の提供や午後8時以降の営業がコロナウイルスの感染拡大にどの程度の影響があるのか、また、その制限が感染拡大防止の観点からどの程度効果があるのかについて、十分な科学的根拠が全く示されていない。むしろ、東京都では、感染経路判明者のうち約半数が家庭内感染であり、次いで職場内の感染が多く、飲食店での感染はわずかにすぎないのである（甲23）。そのため、本件規定等が上記目的との関係で効果的な手段であるとは到底いえない。

イ 次に、感染対策という目的を達成するためには、酒類やカラオケ設備の提供それ自体、あるいは、飲食店という場所における午後8時以降の営業それ自体によって、新型コロナウイルスが広まっているわけではない（当

然、お酒やカラオケ設備にコロナウイルスが溶け込んでいるわけでもなければ、午後8時以降に感染が広まりやすくなるわけでもない。)ことを考えると、施設管理者において、当該施設の利用方法について、以下のような基本的な感染対策を講じるなどの方法で必要十分である。例えば、以下の注意ポイントについて感染対策認証制度のようなものを導入し、その制度で定められた感染予防対策に必要な対策を講じている店舗は通常通り営業を続けるといった方法であれば、酒類やカラオケ設備の提供停止、時短営業の策を講じなくても、感染者の数を減らして国民の生命及び健康を保護しつつ、経済への影響も最小限に抑えることができるはずである。

- 飲食店内における定期的な換気
- 顧客間で適切な距離を確保することができるような座席の配置
- 顧客の入場制限（利用人数や利用時間の制限）などの措置
- 従業員に対するマスクの着用の指導や検温等の実施、定期的な手指の消毒
- 顧客に対する入店時の検温・消毒等の実施
- 顧客の入れ替えごとに座席の清掃・消毒の実施

ウ そして、本件規定等は、飲食店を要請・命令の対象にし、さらには事業所への立ち入り等の措置を講じることができるものとし、それらに従わない場合には過料の制裁規定を設けるなど、強制力をもって飲食店事業者に対して公権力を行使することができることになるのであり、十分な補償がなされない状況下で当該命令等に従う結果、経営の破綻を余儀なくされ当該事業者を含む働く者の暮らしや命さえ奪いかねない深刻な結果に直結するものである。

そもそも、飲食店は、単に飲食や酒類・カラオケ設備の提供を行っているだけであり、それ自体として、新型コロナウイルスに罹患する危険性の高い事業を営んでいるわけでは全くない。当然ながら、酒やカラオケ設備

自体にコロナウイルスが溶け込んでいるわけでもなければ、午後8時以降に感染が広まりやすくなるわけでもない。

したがって、午後8時以降の時短営業や、酒類・カラオケの提供等を一切禁止するのではなく、利用者の人数制限や、利用時間の制限、利用者の検温、大きな声を出して騒いでいる利用者に対する個別注意等を行うことで必要十分であり、飲食店に対して一律にその使用の制限・停止をすることができるような規定は明らかに過度の制約である。

エ 小括

以上のとおり、本件規定等は、上記目的を達成するための手段として、よりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によって特措法の目的を達成することができないとは認められず、原告の営業の自由に対する過剰な規制であることから、本件規定等は違憲である。

5 本件命令を原告に適用することの違憲性

(1) 本件命令を原告に適用することが憲法22条第1項に違反していること

ア 仮に、本件規定等が合憲であると判断されるところでも、前記のとおり、営業の自由が重要な権利であることに鑑み、本件規定等を原告に適用する場面においても、本件店舗の個別の事情に応じた検討が求められるところ、特措法の目的を達成するために本件命令を出す相当な理由があったか、より制限的でない他の選びうる手段がなかったかについて検討し、これらを満たす場合にのみ、本件命令の適用が認められると考えるべきである。

イ 営業の自由が重要な権利であることに鑑みれば、沖縄県知事の「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特に必要があると認める」との判断は、要請に係る措置の内容及びその制限の程度に応じた限定的な解釈がされるべきである。午後7時から午前6時までが通常の営業時間であり、カラオケ設備等の使用及び酒類の提供を営業の主とする本件店舗にお

いては、本件命令は極めて強力な制限となることから、本件店舗に対し、本件命令のような、本件店舗の休業（酒類・カラオケ設備の利用停止）又は営業時間（午前5時から午後8時まで）の変更（酒類・カラオケ設備の提供停止）を内容とする措置をするに当たっては、前述（第4、2(1)）のとおり、高度の必要性が認められなければならない。

そして、「高度の必要性」が認められるためには、命令を発出しなければ、多くの陽性者や重傷者又は死亡者の発生を招き、そこから更なる感染拡大につながるおそれがある場合でなければならず、さらには、そのようなおそれが認められる場合であっても、より制限的でない他の選ぶ手段により、感染拡大の防止という目的を達成できるのであれば、「高度の必要性」は認められないと解すべきである。

ウ 本件命令に「高度の必要性」が認められないことは前記のとおりである。

すなわち、①本件命令の発令当時、本件店舗の所在する沖縄県の感染状況は、陽性者、重症者及び医療提供体制いずれも改善傾向にあったものであり、本件命令を出さなくても、引き続き、自然に感染状況は軽快したと考えられ、国民の生命及び健康を保護することは十分に可能であった。また、一定の制限が必要であったとしても、本件命令のように、一律に、カラオケ設備等の使用及び酒類の提供を停止させるのではなく、いずれか一方を停止させることも可能であるし、それで制限が足りないということであれば、カラオケ設備等の使用及び酒類の提供を停止させ、営業時間及び入場者や席数を制限し、他の感染対策も引き続き徹底させることで、リスクのある人の接触を減少させることができ、十分に実効性がある対策を講じることが可能である。②そもそも、飲食店において、カラオケ設備等の使用や酒類の提供をしていることや、飲食店が午後8時以降も営業していること自体によって、現に感染が広まっているという客観的なデータ及び本件店舗のような飲食店において感染が広まっているという客観的な根拠

はない。本件命令には、制限を課す合理的な根拠に基づく相当な理由が全くないのである。また、午後7時から午前6時までが通常の営業時間である本件店舗と、例えば、午前5時から午後4時までが通常の営業時間である飲食店において、制限される営業時間に差が出る（本件店舗は11時間のうち1時間しか営業できないのに対し、例の店舗は11時間営業が可能である。）ことも合理的な根拠がないまま不平等な状況を作出している。③本件店舗においては、基本的な感染対策を徹底してきており、これまでにクラスターを発生させたことはなく、本件店舗から感染が広まる恐れがある合理的な根拠もなかった。④本件店舗の定員は約35人と小規模であり、同時に多数の者が利用する施設とは言えず、そもそも、本件店舗内で感染が広まる可能性はなく、仮に、本件店舗でクラスターが発生したとしても、全国的にはもちろんのこと、沖縄県内に対しても大きな影響が出ることもない。仮に、本件店舗の規模でも大きいということであれば、上記①に記載のとおり、入場者や席数を制限し、他の感染対策も引き続き徹底させることで、実効的な対策を講じることが可能である。

以上のことなどから、特措法の目的である「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になるようにする」という目的を達成するためといえども、本件店舗に対して本件命令を出す合理的な根拠がない以上、原告の営業の自由を制限する相当な理由はなく、より制限的でない他の選びうる手段（例えば、基本的な感染対策を実施することを前提として、カラオケの使用及び酒類の提供を停止させ、利用時間を午後7時から午後11時までとして、席数を減少させ、入場制限を講じる。）を講じることができたのであるから、「高度の必要性」は認められない。

エ 小括

よって、たとえ本件規定等が合憲であったとしても、特措法の目的を実

現するために、本件店舗において本件命令を出す高度の必要性があったとは言えず、むしろ、より制限的でない他の選ぶる手段で、特措法の目的を実現することができたのであるから、本件命令を本件店舗に適用したことは違憲違法である。

(2) 本件命令を原告に適用することが、憲法14条1項に違反すること

原告は、午後8時以降の営業を禁止されることにより、実質的に営業活動ができなくなるという極めて大きな不利益を被っている。また、前記のとおり、原告が午後7時より早く営業を開始してもほとんど意味がない。一方、そもそも酒類を提供していない店舗や午後8時以降営業していないか、営業しているとしても早い時間で営業終了する店舗（以下「他店舗」という。）にとっては、本件命令はほとんど影響がない。そのため、本件命令は、原告と他店舗の間で、不合理な経済格差をうみだしているといえる。

他店舗であっても原告が実施しているほどの感染予防対策を講じていなかったり、原告店舗以上の人が利用したりすることも想定されるのに、そのような差異を一切無視して専ら酒の提供と営業時間を禁止する本件命令が合理的な区別とは言えない。

よって、本件命令を本件店舗に適用することは許されない。

第6 沖縄県知事に職務上の注意義務違反があること

沖縄県知事は、本件命令が違憲又は違法であることを知りながら、あるいは、そのことを容易に把握することができたにもかかわらず、本件命令を発出した。よって、沖縄県知事には、本件命令を発出したことについて職務上の注意義務違反が認められる。

第7 損害

原告は、本件命令により、本件店舗について、令和3年6月17日から同月21日までの5日間、酒類及びカラオケ設備の提供を停止し、かつ、午後8時から午前5時までの営業を停止する対応をとらざるを得なかった。なお、同年6月2

2日以降については、従業員の生活を守るため、やむを得ず、通常営業している。

原告が被った損害は、同年4月1日から同年6月16日までの1日あたりの平均売上高（XXXXXXXXXX）と、本件命令に応じた期間中の1日あたりの平均売上高（XXXXXXXXXX）との比較から、総額にして、金12万2355円となる（XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX）（甲26）。

第8 結語

よって、原告は、被告に対し、国家賠償請求権に基づき、本件命令によって本件店舗について令和3年6月17日から同月21日までの5日間、酒類及びカラオケ設備の提供停止、営業時間の短縮を余儀なくされたことの損害賠償金として、金12万2355円及び本訴状送達の日翌日から支払い済みまで年3分の割合による遅延損害金の支払を求める。

証 拠 方 法

甲号証 証拠説明書(1)のとおり

附 属 書 類

- | | | |
|---|----------|-----|
| 1 | 訴状副本 | 1通 |
| 2 | 甲号証写し | 各2通 |
| 3 | 証拠説明書(1) | 2通 |
| 4 | 資格証明書 | 1通 |
| 5 | 訴訟委任状 | 1通 |
| 6 | 復代理委任状 | 5通 |

(別紙)

当 事 者 目 録

- 〒980-0803 宮城県仙台市青葉区国分町二丁目1番11号
原 告 株式会社MTコーポレーション
代表者代表取締役 山 田 誠
- 〒107-6222 東京都港区赤坂九丁目7番1号
ミッドタウン・タワー22階
弁護士法人 Authense 法律事務所
TEL 03-4590-9000
FAX 03-6804-3820
(法人受任) 原告訴訟代理人弁護士 森 田 雅 也
(担当) 原告訴訟復代理人弁護士 川 村 洋 平
(担当) 原告訴訟復代理人弁護士 小 林 翼
(担当) 原告訴訟復代理人弁護士 平 田 貴 文
- 〒103-0027 東京都中央区日本橋二丁目2番2号
マルヒロ日本橋ビル10階
弁護士法人 Authense 法律事務所
Authense 法律事務所 東京オフィス (送達場所)
TEL 03-6706-4099
FAX 03-6262-1445
(担当) 原告訴訟復代理人弁護士 川 口 真 輝
(担当) 原告訴訟復代理人弁護士 松 尾 洋 志

(担当) 原告訴訟復代理人弁護士 野 上 侑 馬
(担当) 原告訴訟復代理人弁護士 高 畑 侑 紀

〒220-0004 神奈川県横浜市西区北幸一丁目11番20号
相鉄KSビル6階
弁護士法人 Authense 法律事務所
Authense 法律事務所 横浜オフィス
TEL 050-2018-2021
FAX 045-326-4467

(担当) 原告訴訟復代理人弁護士 堅 田 勇 気

〒160-0023 東京都新宿区西新宿一丁目3番17号
新宿第1アオイビル8階
弁護士法人 Authense 法律事務所
Authense 法律事務所 新宿オフィス
TEL 03-6706-4077
FAX 03-6258-0576

(担当) 原告訴訟復代理人弁護士 佐 藤 駿 介

〒260-0028 千葉県千葉市中央区新町1番17
JPR千葉ビル11階
弁護士法人 Authense 法律事務所
Authense 法律事務所 千葉オフィス
TEL 050-2018-2803
FAX 043-204-5727

(担当) 原告訴訟復代理人弁護士 浦 崎 捷

〒900-8570 沖縄県那覇市泉崎1丁目2番2号

被 告 沖 縄 県
同 代 表 者 知 事 玉 城 康 裕

以 上