

売場面積規制の憲法適合性

—— コロナ危機下におけるドイツの判例の展開 ——

岡田 俊 幸

- I はじめに
- II 判例の展開
- III 結びにかえて

I はじめに

2021年4月23日、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）32条1項に基づき、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5月11日まで」とし、緊急事態措置を実施すべき区域を「東京都、京都府、大阪府及び兵庫県の区域」として、新型コロナウイルス感染症に関する緊急事態が発生した旨の宣言を行うことが決定された¹。これを受けて、例えば、東京都においては、「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ついて（令和3年4月23日発表）」²によると、「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」の期間、「都内全域」において、商業施設（大規模小売店、ショッピングセンター、百貨店、スーパー、コンビニ、ドラッグストア、ホームセンター、家電量販店、自転車屋、本屋、衣料品店等）につい

1 https://corona.go.jp/news/pdf/kinkyujitaisengen_20210423.pdf.

2 <https://www.bousai.metro.tokyo.lg.jp/1007617/1013654.html>.

て、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）24条9項に基づき、「1000平方メートル超の施設」に休業が要請された³。緊急事態宣言の発令を受け、例えば、三越伊勢丹ホールディングスは、4月24日、4月25日から当面の間、伊勢丹新宿本店（東京・新宿）、三越日本橋本店（同・中央）など都内4店で食品・化粧品など一部エリアを除き休業すると発表した。その他の百貨店も休業要請を受けて当面休業の対応をとった。百貨店以外でも、例えば、三菱地所は、丸ビルなど東京駅周辺に持つ自社ビルのうち7施設で、1000平方メートル以上の商業エリアなどを5月11日まで臨時休業することとした。かき入れ時である大型連休中の休業は、生活必需品の売り場を除いて1000平方メートル超の大型商業施設を運営している企業の収益に打撃となると指摘された⁴。

ところで、ドイツにおいては、一すでに1年半以上前のことであるが一2020年4月15日、連邦首相と各州首相は、小売店について、衛生管理、入場規制及び待機列の回避を条件として、①800平方メートル以下のすべての店舗、及び、②売場面積にかかわらず自動車販売店、自転車販売店、書店の営業再開を認めることに合意し⁵、2020年3月に講じた小売店の原則的営業禁止措置を緩和する方向に舵を切った。そして、各州政府は、上記の合意を具体化するために命令を制定した。各州の命令は、細部において違いがあるが、800平方メートル以下の売場面積を有する小売店の営業再開を認め、800平方メートルを超える

-
- 3 さらに、「1000平方メートル以下の施設」には「休業の協力依頼」がなされた。「休業の協力依頼」の法的根拠について、「東京都緊急事態措置等に関する質問と回答」（<https://www.bousai.metro.tokyo.lg.jp/1007617/1013657.html>）は、「今回の『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』には、事業者に対する『要請』や『協力依頼』とあるが、その違いは何か。」との質問を自ら設定し、「今回の『要請』は、新型インフルエンザ等対策特別措置法に基づくものです。一方、『協力依頼』は、特措法によらない、いわゆる協力のお願いです。」と答えて、「協力依頼」が法的根拠に基づくものでないことを臆することなく堂々と述べている。
- 4 本文の記述は日本経済新聞2021年4月24日夕刊1面に基づく。朝日新聞2021年4月25日朝刊1面には各業界の対応が掲載されている。
- 5 Telefonschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 15. April 2020 (<https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/bund-laender-beschluss-1744224>).

売場面積を有する小売店の営業を禁止する点では共通している。ただし、多くの州命令は、800平方メートルを超える売場面積を有する小売店が、売場を区切ることによって800平方メートル以下の売場において営業することを認めている。こうしてドイツにおいては、2020年4月後半において、800平方メートル以下の売場面積を有する小売店は営業を再開することができるようになった。これに対して、800平方メートルを超える売場面積を有する小売店は、800平方メートルを超える売場のうち800平方メートル以下の部分を使って営業することができるが、これを超える部分において営業することはできない（一部の州の命令においては全面的営業禁止が定められていた）。日本においては、1000平方メートル超の施設と1000平方メートル以下の施設を区別して1000平方メートル超の施設に限り休業を要請することそれ自体が憲法違反であるという主張は一管見の限りでは一されていまいやうであるが、ドイツでは、各州の命令が定める売場面積規制が憲法及び法律に反するとして各地の行政裁判所に訴訟が提起され、行政裁判所によっていくつかの決定が下されている。その多くは、売場面積規制は合憲・合法であると判断するものであったが、ハンブルク行政裁判所は二度にわたり違憲判断を行っており、極めて注目に値する。本稿は、日本における1000平方メートル超の施設に対する休業要請の憲法適合性を考察するための準備作業として、ドイツの裁判所（行政裁判所）の判例を紹介することを目的とする。以下、まず、ドイツの裁判所（行政裁判所）の判例を詳しく紹介する作業を行う（Ⅱ）。この作業の後、結びにかえて、判例に含まれる若干の問題点を指摘する（Ⅲ）。

Ⅱ 判例の展開

1 2020年4月21日ハンブルク行政裁判所決定

(1) ハンブルク行政裁判所第3部は、2020年4月21日の決定⁶（判例①）にお

6 VG Hamburg, Beschluss vom 21. April 2020 – 3 E 1675/20 –, juris. 判例の引用は、本文中に欄外番号を示すことによって行う。

いて、ハンブルク州の売場面積規制が違憲であると判断した。2020年4月20日に発効したハンブルク州 SARS-CoV-2蔓延阻止命令（2020年4月17日の第2次命令）8条1項は、売場面積が800平方メートルに限定されない小売業の販売店の営業を禁止した。なお、本件命令は、800平方メートルを上回る売場面積を800平方メートルに縮小することは許されると定めていた（8条1項2文）。申立人は、ハンブルク市中心部においてスポーツ用品店を経営する者である⁷が、仮命令の方法により、本件命令8条に含まれる休業命令に従う義務がないことの確認を求めた（Rn. 1）。

（2）ハンブルク行政裁判所は、800m²を超える売場面積を有する店舗に対する休業命令は、「職業遂行の自由に対する正当化されない制約」とであると判断した（Rn. 12）。行政裁判所は、相手方（ハンブルク州）は、800平方メートル以下の売場面積を有し開店できる小売店と800平方メートルまでの部分の開店が許される大規模小売店との区別という観点において裁量の限界を逸脱しており、相手方（州）が行った上記の区別は、相手方（州）が追求している目的を達成するために適合的でも、必要でもないもので、比例原則に反する職業の自由の制限であると判断した（Rn. 17）。その判断の内容は、次のとおりである。

（i）いわゆる「段階理論」によると、本件のような「純粋な職業遂行制限」については、原則として、公共の福祉のあらゆる合理的な考慮によって正当化することができるが（Rn. 13）、本件で問題となっている大規模小売店の営業禁止の場合、「感染症予防法28条1項の要件上の基準に基づいて」措置は伝染病蔓延阻止のために必要な範囲においてのみ正当化されるのであり、これを前提とすると、「厳格な比例性審査」を行わなければならない（Rn. 18）。

（ii）命令制定者は、まず、包括的な感染予防を理由として、住民に対する直接的な基本供給を目的としないすべての店舗の休業を（一般処分より、その後、命令の制定により）命じたが、その後、感染状況の新たな展開を考慮しつつ、自ら講じた規制を修正し、段階的に「通常状態」に戻すために小売店の営業を再

7 Pressemitteilung des OVG Hamburg v. 22. 04. 2020.

開させることが適切であると判断した。その際、命令制定者は、営業再開後の感染予防を保障するために、本件命令8条6項から8項までにおいて広範な措置を命じた（Rn. 20）。命令制定者は、これに加えて、800平方メートルを超える売場面積を有する販売所から開店の可能性を奪ったのであるが、この措置は、感染予防の目的を達成するために適格的ではない。相手方（州）も、本件命令8条6項から8項において定められている感染予防基準が大規模小売店において実施することができないという前提から出発していないし、このことは明らかではない。公衆の往来に開かれたすべての販売所に適用される基準を大規模小売店においても実施できることは明らかである。大規模小売店において、フィジカル・ディスタンスの可能性を小規模小売店と比べて少なくとも同等に保持することができるし、さらには小規模小売店よりも確実に保持することができる（Rn. 21）。

相手方（州）の説明によると、相手方（州）は、小売店の売場面積を最大800平方メートルまでに制限することによって間接的な感染予防法上の目的を追求している。その際、相手方（州）は、大規模小売店から高度の集客力が発せられ、その結果、道路や公共近距離旅客輸送の交通機関が非常に混雑し、これにより SARS-CoV-2ウイルス感染を拡大させる危険性が高まる、という前提から出発している（Rn. 22）。

相手方（州）は、SARS-CoV-2ウイルスによって発生している危険に対処するための法規範を制定する際に裁量の余地を有しており、裁判所はこれを限定的にしか審査できないとしても、相手方がした評価には判断の瑕疵がある。判断余地が認められる場合でも、官庁が行った事実の判断と評価を、官庁が、法律によって官庁に委ねられた判断に対する法的基準、とくに授權の趣旨と目的、または、本件においては感染症予防法28条1項1文のみから導き出されなければならない法律上の枠組みを適切に読み取ったかどうかという観点から審査することは妨げられない。本件においては、授權の趣旨と目的を適切に読み取っていない。売場面積のみを基準とする区別は、相手方（州）が追求する目的を達成するために適格的ではない（Rn. 23）。

売場面積のみを基準とする区別は、感染症予防法に直接の根拠があるわけではない。相手方（州）は、800平方メートルの限界値を、小売店が800平方メートルの売場面積を超えたときは、その小売店は大規模であるとする連邦行政裁判所の判例（Urt. v. 24. 11. 2005, 4 C 8/05, juris）から導き出しているが、800平方メートルの基準は秩序ある都市計画を目的とするものであって、直接的にはこの区別基準に、感染症予防法上の観点は認められない（Rn. 24）。

広大な床面積を有する小売店から潜在的顧客に対する高い集客力が発せられ、それだけで数多くの人々が市中心部の道路及び公共近距離旅客輸送の交通機関を利用することになるという相手方（州）の想定については、確実な事実根拠が存しない（Rn. 25）。相手方（州）が述べる集客力が、もっぱら広大な床面積を有する小売店のみから発せられることも、また、少なくとも特別の程度において広大な床面積を有する小売店から発せられることも明らかではない。集客力は、むしろ売場の大きさとは無関係に存在する。相手方（州）が、800平方メートル以下のすべての小売店について8条6項から8項までの規制以外の制限（例えば、時短営業、商品の限定）をすることなく営業再開を認める決定をしたことによって、感染リスクはすでに現在でも存在している。公共空間を移動し、滞留する人に由来する感染の危険は、魅力的な小規模小売店が立ち並んでいること—これもハンブルク市中心部の特徴である—からも、同じ程度において生じる。これに加えて大規模小売店の営業を認めることによってこの危険が測定できる程度において上昇することは認識できない。さらに、当部の見解によれば、大規模小売店が有する人を引き寄せる力は、売場面積からではなく、商品の魅力から生じる（Rn. 26）。

加えて、広い売場面積の必要性は提供する商品によっても規定されるという理由からしても、小売店の売場面積は、それだけでは魅力の基準とはならない。例えば、自動車販売店及び家具店においても、また、その他の大型商品の場合にも広大な床面積の売場が必要であるが、広大な床面積の売場から多数の潜在的顧客に対する特別の魅力が生じるわけではない（Rn. 27）。

(iii) 売場面積による区別は、相手方（州）が追求している目的— SARS-

CoV-2ウイルスに感染する危険を減少させるために市中心部における歩行者の密度を制御すること—を達成するために必要ではない（Rn. 28）。公共空間を移動する多数の人を通して発生する感染の危険を減少させる目的を達成するためにより緩やかな手段が存在する。本件命令1条1項に基づいて一般的に遵守されなければならない1.5メートルの最小離隔距離の保持の実施は、歩行者の往来を規制する措置によって達成することができる。その遵守を監視し、違反に対して過料を科すことができる。のみならず、個別の事案において感染症予防法28条1項に基づいて更なる保護命令を制定すること、例えば、公共空間におけるマスク着用義務を導入することも相手方（州）の自由裁量に任されている（Rn. 29）。

(3) さらに、ハンブルク行政裁判所は、本件命令8条1項1文及び2文は基本法3条1項の平等原則に反すると判断した。行政裁判所によると、小規模小売店と大規模小売店の不平等取扱いが正当化されるかどうかは厳格な比例原則審査によって判断されなければならないのか、それとも恣意の統制による審査を受けるにすぎないのかについては、未解決のままにすることができる。上述したところからすると、売場面積の大きさは、不平等取扱いを正当化するために適合的な区別基準ではない（Rn. 30）。

(4) ハンブルク州（市）は、この決定に対してハンブルク州上級行政裁判所に異議を申し立てた。ハンブルク上級行政裁判所は、2020年4月22日、申立人はその店舗を800平方メートルまでの売場を使って営業することが義務付けられるとの中間処分を出した⁸。ハンブルク上級行政裁判所は、2020年4月30日の決定⁹において、ハンブルク州の売場面積規制が適法であると判断した。この決定については、後に紹介する。

8 Hamburgisches OVG, Beschluss vom 22. 04. 2020 – 5 Bs 64/20 (<https://openjur.de/u/2199115.html>).

9 Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 30. April 2020 – 5 Bs 64/20 –, juris.

2 2020年4月23日自由ハンザ都市ブレーメン上級行政裁判所決定

ブレーメン州コロナ命令9条1項2文及び2項は、小売店舗において800平方メートルを超える売場を公衆の往来に開放することを禁止しており、大規模小売店は、その売場のうちの800平方メートルを超える部分において営業できない。カールシュタット・スポーツ (Karstadt Sports GmbH) は、本件命令が定める上記営業禁止の執行停止を求める申立てをした¹⁰。自由ハンザ都市ブレーメン上級行政裁判所第一法廷は、2020年4月23日の決定¹¹ (判例②)において、仮命令発布の申立てを斥けた (主文)。上級行政裁判所は、本件命令9条1項2文、2項において定められている禁止は比例原則の要請に合致すると判断した (Rn. 24)。その内容は、次のとおりである。

(i) 売場面積制限を含めて本件命令は、高度の感染力のあるコロナウイルス SARS-CoV-2感染拡大を阻止し、これにより、身体的無瑕性の保護と重篤な罹患者を治療するための医療体制の機能遂行能力の維持を目的としている (Rn. 25)。

(ii) 売場面積制限はこのために適合的な措置である。まず、小規模な売場の監視は容易であるため、感染症法上の基準、とくに本件命令5条2項に基づく離隔距離保持命令及び本件命令11条に基づく配慮義務 (最小離隔距離の確保、レジ担当者のための防護装置の整備、待機列の回避等のための措置を講じること) の遵守を、大規模な売場よりも確実に保障することができる。また、売場面積制限によって大規模な売場面積を有する小売店舗の魅力が考慮され、これにより、人の集まりの形成と買い物のための公共近距離旅客輸送の利用が阻止される。このことは、コロナウイルス感染拡大の危険を減少させる (Rn. 26)。

感染症法上の制限のみならず、建築法上の制限も、売場面積の大きさから店舗の魅力と顧客を引き寄せる力を帰結することができるという想定に基づく。建築法上、小売店は、800平方メートルの売場面積を有している場合に大規模であると解釈されているが、大規模小売店の事業が建築法上地域的に限定され

10 Pressemitteilung des OVG Bremen v. 23. 04. 2020.

11 Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Beschluss vom 23. April 2020 – OVG 1 B 107/20 –, juris.

ている根拠は、大規模小売店は、幅広い商品を提供し、人々の心に訴えるように陳列することが可能で、そのため多くの顧客にとって魅力的であるという点にある。それ故、大規模小売店は、住宅地に近い小規模小売店に対して著しいマイナス効果を有する可能性がある。売場面積は、建築法上、事業者の魅力を類型的に把握するための一つの尺度として認められている。それ故、命令制定者が、コロナ命令を制定するに際して、売場面積制限によって間接的に顧客の流れを制御するために、上記の想定を受け入れたことに異議を唱えることはできない。たしかに、小売店の魅力は、売場面積から直接生じるわけではなく、むしろ、提供される商品とその陳列から生じる。それ故、広い売場を有するあらゆる店舗が特別の魅力を持っているわけではない。しかし、広い売場を有する店舗は、様々な種類の商品を揃えているか（例えば、百貨店）、又は、特定の種類の商品を幅広く取り揃えている（例えば、家電量販店、服装専門店）のが典型的であって、ここから、とくに多くの顧客にとっての魅力が生じる（Rn. 27）。

(iii) 売場面積制限は必要である。相手方（州）の評価特権を考慮すると、申立人の職業行使の自由をより制限しない措置によってコロナウイルス感染拡大を同じように抑えることが期待できると想定することはできない。衛生基準の遵守等の売場内で可能な予防措置は、コロナ命令が追求する原則的な社会的接触禁止の必要な例外から生じる影響を抑える側面的措置にすぎない（Rn. 28）。さらに、命令制定者は、概括的に売場面積を基準とすることも許される。売場面積の大きさが具体的ケースにおいて顧客に対する特別の魅力をもたらしている小売店に限定して売場面積を制限することは、たしかに職業の自由に対する制約の程度は低いですが、同等に実効的ではない。売場面積を唯一の基準とする類型化は、本件命令9条1項2文、2項に基づく制限の実効性にとって本質的である。売場面積の基準は、関係する事業主にとっても、また、官庁にとっても、分かりやすく、かつ運用可能である。魅力又は集客力の個別的判断の基準とは異なり、本件命令9条1項2文、2項に基づく制限が適用される店舗を大きな負担なく確認することが可能であり、これによって制限を実効的に実施することができる。このことは、特定の場所に顧客が集中することを阻止するという

本件命令9条1項2文，2項の目的を実際に達成できることを保障する（Rn. 29）。

(iv) さらに本件規制は相当である。当法廷は，売場面積制限が顧客に対する大規模店舗の魅力を著しく減少させることを認める。また，申立人がその全商品を固定店舗販売のために提供することは事実上不可能である。これにより，この制限は，基本法12条1項に基づく職業遂行の自由の重大な制限を惹起し，大規模小売店に甚大な減収をもたらす。しかし，健康の保護，とくに，現在の深刻な状況において，重篤な罹患者を治療するための医療体制の十分なキャパシティの保障を目的として高度の感染力のあるウイルスの感染拡大の速度を遅らせることは，徹底的な措置を正当化する。たしかに，直近の1週間において新規感染者数は著しく減少しており，命令制定者は，これを根拠として，小売店の原則的営業禁止を継続せず，売場面積制限を定めた。しかし，不相当な健康上のリスクを回避するために，コロナウイルス抑制のための国の措置は引き続き必要である。それ故，その展開を著しく不確実にしか予測できない現在の危険状況においては，現在行われている制限の段階的緩和は，対立する基本権上の自由の調整に役立つ。したがって，住民の健康及び身体的無瑕性という公益は，基本法12条1項によって保護された小売店の無制限の開店という利益を上回る（Rn. 30）。

3 2020年4月24日ザールラント上級行政裁判所決定

(1) ザールラント上級行政裁判所は，2020年4月24日の決定¹²（判例③）において，2020年4月17日の文言における2020年3月30日のコロナ・パンデミック対策命令5条4項及び5項の執行停止を求める申立てを棄却した。本件命令5条4項は，800平方メートルを超える売場面積を有するあらゆる種類の小売店の営業を原則として禁止するとともに，本件命令5条5項は，営業禁止規定の適用を受けない店舗（食料品店等）を列挙していた（Rn. 49）。申立人は，ガレリア・カールシュタット・カウフホーフ（Galeria Karstadt Kaufhof GmbH）であ

¹² Oberverwaltungsgericht des Saarlandes, Beschluss vom 24. April 2020 – 2 B 122/20 –, juris.

り¹³、当時、連邦全域において170以上の店舗を経営し、ザールラントにおいても2店舗を有していた（Rn. 2）。申立人は、上級行政裁判所に規範統制の申立てをするとともに、仮命令の発布によって本件命令5条4項及び5項の規定の執行を本案判決まで暫定的に停止することを求めた（Rn. 9）。

(2) ザールラント上級行政裁判所は、簡易審査においては、本件命令5条4項及び5項が上位法に違反することは実体法上の視点からも確認されないと判断した（Rn. 18）が、その中で、次のように説示した。

(i) 本件命令5条4項の規定は、小売店の営業を一般的に禁止するのではなく、800平方メートルを超える売場面積を有するあらゆる種類の小売店の開店を禁止するものである。したがって、申立人は、売場を区切ることによって、800平方メートルの限定された範囲において、離隔距離規定及び衛生規定を遵守しつつ店舗の営業を行うことができる（Rn. 19）。

(ii) 売場面積800平方メートルの限定は、SARS-CoV-2感染拡大の危険に対処するために、合理的な類型化区別基準である。売場面積の制限を含めて本件命令において講じられた規制は、コロナウイルス感染拡大を阻止し、医療制度の機能遂行能力を維持することを目的とするものがあるが、これらは優越的な共同体利益である。適合的な手段によって医療体制の機能遂行効力を保障し、これによって、医療体制の過重負担によって直接危険にさらされる人の生命及び健康を保護することは、国の主要な任務である。基本法2条2項2文は、生命及び身体的無瑕性を保護し、促進することを国に義務付けている。国がこの任務をどのように果たすのかは、国の広範囲な形成余地に委ねられる。憲法は、この保護をもっぱら目的として設定しているのであって、その詳細的な内容形成を行っていない（Rn. 20）。

(iii) 命令制定者の意思によると、最大限800平方メートルへの売場面積の限定は、まずは小規模小売店が衛生規定を遵守しつつ経済活動を再開できるようにするためのものである。他方において、大きな訪問者の流れが予測される大規

13 Pressemitteilung des OVG Saarlouis Nr. 4/2020 v. 27. 04. 2020.

模な事業体及び施設は、衛生法上の理由から引き続き閉鎖されるものとした。同じことはショッピングセンターにも当てはまるものとした。ショッピングセンター内にある小売店が全体として閉鎖的建物の中で大きな訪問者の流れを引き起こし、この流れが感染の危険を著しく高める。これを阻止しなければならない (Rn. 21)。

相手方(州)が、買物客の流れの判断基準として売場面積の大きさを基礎に置き、許される売場面積を800平方メートルに限定したことに異議を唱えることはできない。800平方メートルは、一定の類型の小売事業体を定義するために、連邦行政裁判所の判例において認められた基準である。大規模小売事業体は、その広大さの故に、幅広い商品をしばしば安価で提供し、これに対応して陳列することができるのが通常であり、多くの顧客にとって、買い物をする場所として特に魅力的である。建築法上の評価をも基礎とするこの視点は、本件において基準となる感染症法上の視点においても重要である。何故なら、比較的明らかに増加する訪問者の流れは、同時に、人から人へと容易に感染するコロナウイルスに感染する高度の危険を含んでいるからである。それ故、800平方メートルへの売場面積の制限は、少なくとも、はじめから恣意的なもの又は役に立たないものではない (Rn. 22)。

さらに、迅速的手続きの枠内においては、コロナウイルス感染の菌止めのない拡大を阻止するという伝染病対策上の目的を達成するために同等に適合的である可能性のある他の手段が、その効果の点において、規範制定者として一定の評価余地を有する相手方(州)が命じた売場面積制限と同等であり、それ故、より緩やかな手段として考慮の対象とされなければならないものであることを確認できない。一連の不確実性と継続的に変化する認識状況を特徴としている状況において、展開の現時点では、命令制定者に対して、選択した手段の観点からも評価余地を認めなければならない。衛生基準及び離隔距離基準は、大規模店舗においても、小規模販売所と同じ程度に、さらには小規模販売所よりも確実に保障することができるという申立人の論証には説得力がない。大規模販売所は、健康保護に必要な基準を遵守するために、小規模店舗よりも、空間及

びロジスティックスの点からより重大な課題の前に立たされる。とくに、百貨店においては、エスカレーター及びトイレが設置されており、追加的な感染リスクを内包している。訪問者の流れが集中する市中心部において、1キロメートルも離れていない申立人の二つの店舗が開店することによって、訪問者にとって特別の魅力が作り出されることも重要である。各店の売場全体において多種多様な商品が提供されるため、市中心部に来て、買い物を済ますという多数の人にとっての高度の魅力がある。一つの店舗で豊富な商品が提供されていることは、複数の小規模の専門店における商品提供と比較して、多くの客を引き付け、このことは、「ショッピング散策」をするために市中心部を訪れ、そこに滞留するというより大きな魅力を提供し、これにより人の出会いを増加させる。それ故、売場の縮小による商品提供の縮減は、感染の危険を減少させる適合的かつ必要な手段である。申立人は、感染の速度を遅らせるという観点からは、800平方メートルを超える店舗に、その売場全体を使用して営業するための衛生計画の提出を義務付けることが有意義であると指摘するが、これに対しては、衛生基準及び離隔距離基準はそうでなくても義務付けられるものであり、さらに、売場が大きければ大きいほど、申立人が言及している建築上・機能上及び事業上・組織上の規制は空間及びロジスティックスの点からのより重大な要求を受けると反論しなければならない。さらに、命令制定者が目的をどのように達成するのかについては、その形成余地の枠内において命令制定者に委ねられている（Rn. 25）。

相手方（州）が、命令の適用期間を現在の状況に基づいて2020年5月3日までに限定していることも、攻撃されている規定の比例原則適合性の根拠となる（Rn. 26）。

4 2020年4月27日ニーダーザクセン州上級行政裁判所決定

(1) ニーダーザクセン州上級行政裁判所は、2020年4月27日の決定¹⁴（判例④）

14 OVG Lüneburg, Beschluss vom 27. April 2020 – 13 MN 98/20 –, juris.

において、2020年4月17日のコロナウイルス新規感染予防のためのニーダーザクセン州命令における売場面積制限規定の暫定的執行停止を求める申立てを斥けた（主文）。申立人らは、ハノーファー都市圏の商業地域において、25000平方メートルから60000平方メートルまでの売場面積を有する家具店を各々経営する中堅企業である（Rn. 2）。本件命令は、小売業のすべての販売所は、公衆の往来及び訪問のために開けることはできないと規定する（1条3項）とともに、実際に利用されている売場面積が800平方メートル以下の販売所及び店舗においては、8条の要求（離隔距離等）を遵守しつつ商品を供給することが許されると定めた（3条7号）。さらに、本件命令は、売場面積にかかわらず商品の供給が許される事業及び施設（食料品店等）を定めている（3条7号）。上級行政裁判所は、感染症予防法上の保護措置の範囲は、同法28条1項1文によって、具体的な個別事案において必要でなければならないという限定を受けるところ（Rn. 52）、相手方（州）が命じた売場面積制限が本件命令の追求する目的を達成するために必要ではないことを示す強固な手がかりは、当法廷には明らかではないとの判断を示した（Rn. 53）。上級行政裁判所は、次のように説示した。

(i) 家具店に対して売場のうち800平方メートルを超える部分を人の往来及び訪問のために開放することを禁止することは、感染症予防法上の正当な目的を達成するために、二つの観点において適合的である（Rn. 56）。

第一に、売場面積規制は、販売所それ自体における人の集まりを減少させる。何故なら、本件命令8条1項2文に基づいて、売場面積10平方メートル当たり1人の顧客のみが売場に滞在できるからである。売場面積の縮小と売場に滞在できる顧客数の限定によって、販売所の保有者及び同人が使用する人員が顧客による離隔距離保持命令の遵守を監視し、衛生規則を遵守できることをより確実に保障することができる（Rn. 57）。

第二に、売場面積の制限は提供する商品を減少させる。このことは、当法廷の見解によると、ほぼ必然的に、商品提供の魅力の低下と大規模小売店の特別の集客力の低下をもたらし、販売所それ自体とその周辺における人の集まりを

減少させる（Rn. 58）。

(ii) 家具店に対して売場のうち800平方メートルを超える部分を人の往来及び訪問のために開放することを禁止することは必要でもある。当法廷は、25000平方メートルから60000平方メートルまでの売場面積を有する申立人らの家具店において、顧客が離隔距離保持命令を遵守することができることを認める。しかし、これは売場面積規制の唯一の目的ではない。大規模小売店の魅力を減少させ、人の集まりを販売所の周辺においても減少させること、及び、販売所の所有者及び同人が使用する人員が顧客による離隔距離保持命令の遵守を監視し、衛生規則を遵守できることをより確実に保障することを達成するためには、売場面積規制は必要である。売場に同時にいる顧客数の単なる制限も同等に適合的な手段であるとは考えられない。何故なら、これは、売場の周辺に人が集まることを抑止する効果を有するものではなく、むしろ、感染症予防法上の視点からはマイナスの影響を与えると言ってよいからである（Rn. 59）。

(iii) 家具店に対して売場のうち800平方メートルを超える部分を人の往来及び訪問のために開放することを禁止する規定は、申立人らの不相当な負担をもたらすものではない（Rn. 60）。この制約は、基本法12条1項及び19条3項に基づく基本権の制約と明らかに結び付いている。この制約は、命令の適用期間中の減収及びこれと結び付いた金銭的不利益に現れることが見込まれる。しかし、この制約は、優越的な公益と対立している。何故なら、この制約を生じさせた措置は、新型コロナウイルス SARS-CoV-2感染拡大と COVID-19罹患の危険がなお高度であることにかがみると、住民の健康という、基本法2条2項1文の観点からも極めて重要な共同体利益を保障するために、現在においても引き続き必要だからである（Rn. 61）。

5 2020年4月27日ザクセン・アンハルト州上級行政裁判所決定

(1) ザクセン・アンハルト州上級行政裁判所は、2020年4月27日の決定¹⁵（判

15 Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 27. April 2020 – 3 R 52/20 –, juris.

例⑤)において、新型コロナウイルス SARS-CoV-2感染拡大阻止のための措置に関する第4次命令7条1項及び2項において定められた売場面積制限が比例原則に合致すると判断した。本件命令7条1項は、売場面積800平方メートルを超えるあらゆる種類の店舗の開店を禁止した(1文)上で、売場面積800平方メートル以下のあらゆる種類の店舗について、5項に基づく衛生基準及び入場制限を遵守する場合は公衆の往来に開放することができると規定していた(2文)。また、本件命令7条2項は、食料品店等を1項が定める売場面積制限の適用から除外していた(Rn. 39)。上級行政裁判所は、本件命令7条1項及び2項は感染症予防法28条1項1文の規定に適合していると判断した(Rn. 36)。判断の内容は、次のとおりである。

(2) ザクセン・アンハルト州上級行政裁判所は、必要な予防措置は、感染症の蔓延を阻止するのに必要な範囲において(soweit und solange)講じられなければならないので、感染症予防法28条1項1文に基づく権限は、内容上も(soweit)、また時間的にも(solange)、厳格な比例原則の留保の下にあり、命令制定者はこれに拘束される、と指摘しつつも(Rn. 37)、命令制定者は、店舗の休業に関する規制によって、法効果の面においても、命令制定者に認められる命令裁量を適切に行使しているとの判断を示した(Rn. 38)。上級行政裁判所は、次のように説示した。

(i) 本件措置は、感染症予防法28条1項1文の意味において、伝染病の蔓延を阻止するのに適合的である(Rn. 40)。

本件規制—800平方メートル以下のあらゆる種類の店舗の営業再開と一定の場合における売場面積規定の適用免除—は、何よりもまず、コロナウイルス感染拡大を継続的に抑制し、医療制度、とくに重病者を治療する病院の遂行能力を維持し、これにより生命及び健康を保護することを目的とする。感染拡大の速度を遅らせているにもかかわらずエピデミックは克服されておらず、引き続き継続しており、したがって現在及び将来においても保護措置によってこれに対処しなければならないことは確かであり、申立人もこのことを疑問視していない。それ故、とくに人から人に容易に感染するコロナウイルスの感染拡大の

速度を遅らせるために、感染回避を目的として、私的領域、職業領域及び公的領域において社会的接触を制限することは、今後も重要である（Rn. 41）。

命令制定者が複雑な危険状況を判断しなければならない場合において、規制目的を確定するとき、及び、目的達成のために何が適合的で、必要で、かつ相当であるかを判断するときは、命令制定者には評価・予測の余地が認められる。裁判所の審査は、この判断及び評価の余地の故に明白な違反の有無に限定される。使用する手段に対して、それが客観的に役立たないか、又は全く不適合である場合に限り、憲法上異議を唱えることができる。関係する事物領域の事物法則性を尊重しながら、公共の福祉のためにいかなる措置を講じるかを決定することは、主として、規範制定者に委ねられた事項である（Rn. 42）。

命令の理由によると、大規模店舗の閉店は、都市部における訪問者の流れを制御し減少させ、これによって人々が在宅する時間を増やし、買い物を広い範囲で後回しにするよう仕向けることを目的とする。このような考慮によって命令制定者は、その裁量の範囲内で行動している。命令制定者の評価には説得力がある。何故なら、大規模店舗が潜在的顧客にとってとくに魅力的であり、その開店が公共空間における訪問者の動きを加速させるのに寄与することは明らかだからである（Rn. 43）。

当法廷は、ハンブルク行政裁判所の見解に説得力があるとは考えない。当法廷も、大規模小売店舗においても、命令に定められている感染症予防基準を小規模小売店舗におけるのと同じように実施することができることを議論の前提としている。店舗において感染症予防のための基準が遵守されない危険性は、命令の規制にとって決定的ではない。たとえ大規模な売場が大きな訪問者の流れを引き起こす可能性を判断する唯一の基準ではないとしても、通常の場合—概括的には—大規模な売場が顧客を引き寄せることは、明らかである（それ故、「確実な事実根拠」を要しない）。ハンブルク行政裁判所は、集客力は売場面積からではなく、商品の魅力から生じると指摘するが、大規模な売場においては、通常の場合、幅広い商品の提供が保障されており、かつ、—これとは別に—大規模な売場の魅力が顧客志向の商品陳列にもあることが考慮されていない

(Rn. 44)。

ザクセン・アンハルト州政府は、命令の理由において、区切り等による売場面積の縮小は各店舗の開店を可能にする適法な措置でないと述べている。店舗の集客力がなお存在していることに加えて、開かれた売場の部分において多くの人が殺到したり、提供する商品を集中させることによって売場を縮小するおそれがあることが、その理由である。この評価に異議を唱えることはできない (Rn. 45)。

(ii) 本件措置は必要でもある (Rn. 46)。医薬品とワクチンが依然として存在していないので、大規模な制限緩和は感染者数の増加をもたらし、医療制度及び公的医療サービスに過重負担を課す危険がある。申立人もこれを否定していない。命令制定者が従前の制限を段階的に緩和する場合、又はこれを徐々に解除する場合、命令制定者は自己に認められた余地の範囲内で行動している。達成した成果を無にしないために制限緩和に際して命令制定者が慎重な行動と態度をとることには説得力がある (Rn. 47)。

申立人は、厳格な衛生基準を遵守した上で開店できることを求めているが、その際、命令制定者には、エピソードの状況において一少なくとも現時点においては一他の手段が同等に適合的かつより負担の少ないものであることが明らかではない限りにおいて、選択した手段の観点からも評価特権が認められなければならないことを無視している (Rn. 48)。本件においては、このような明らかな確認をすることはできない (Rn. 49)。とくに、申立人が提案している、厳格な衛生措置を講じた上での開店は、より緩やかで同等に効果的な手段ではない。たしかに、顧客間の管理されない相互交流は阻止され、店員と顧客との間の最小離隔距離は維持され、これにより、店舗内における感染リスクは最小化される。しかし、この考察は、これによって住民に、広範囲に及ぶ衛生規定にもかかわらず、その消費需要をパンデミックの前と同じ方法と範囲において満たす可能性が認められ、このことは、必然的に、命令制定者の判断によるなお阻止するのが妥当である大きな訪問者の流れを引き起こすものであることを考慮していない。命令制定者が、あらゆる種類及び規模の店舗について衛生

基準を遵守した上で開店することを認めるやり方は感染者数の増大という生命及び健康の保護に対するリスクを伴うものであると認識し、それ故、このやり方が適切であるとはなお判断していないことに対して異議を唱えることはできない。命令制定者に認められた評価の余地の逸脱を示す事情は何ひとつ明らかではないから、なおさらそうである。必要なリスク評価は、適切な調整を要する様々な基本権地位の多層的な緊張関係を基礎としている。このことは、職業行使の自由及び所有権に制限緩和措置に際しての優位をあらゆる場合において認めなければならないことを意味するものではない（Rn. 50）。

(iii) 申立人によって攻撃されている本件命令の規定は、狭義の比例原則にも合致する（Rn. 65）。たしかに、申立人は、職業遂行の自由に対する深刻な侵害と、存立に関係する効果を有する莫大な減収を受忍しなければならない。しかし、一連の国の支援措置によって、この侵害と効果を緩和し、可能な場合には回避し、又は埋め合わせることが試みられている。申立人を含む関係者のこのような私的な一主として経済的な一利益は、住民の生命及び身体的無瑕性の保護という公的利益に劣後する。何故なら、健康の保護、とくに重症者の治療のために医療体制の十分なキャパシティを確保する目的で高度の感染力のあるウイルス罹患の拡大の速度を遅らせることは、現在のパンデミックの状況においては、徹底的な処置を正当化するからである。命令制定者の少なくとも明らかに誤りとは言えない評価によると、国の徹底的な措置がなければコロナウイルス感染拡大を止めることはできず、この場合、数箇月以内に国の医療体制の崩壊をもたらす可能性がある。これに対して、休業は、見通すことのできる期間—2020年5月3日まで—に限定された規制にすぎない（Rn. 66）。

(3) なお、ザクセン・アンハルト州上級行政裁判所は、措置の必要性を論証した後に（相当性の要件を検討する前に）、基本法3条1項違反を検討し、これを否定している（Rn. 46）。上級行政裁判所は、①800平方メートル以下の売場面積を有する小売店との関係における不平等取扱い及び②売場面積制限の適用を受けない小売店との関係における不平等取扱いが正当化されるかどうかを検討しているが、以下、800平方メートル以下の売場面積を有する小売店と800平方

メートルを超える売場面積を有する小売店との不平等取扱いに関する判断を紹介する。上級行政裁判所は、次のように説示した。

建築利用令が異なる取扱いの結合点とされている (Rn. 53)。たしかに、選択した建築利用令に基づく基準は、直接の感染症予防法上の意義を有するものではない。しかし、このことは必要ではない。むしろ、感染症予防法上の観点からは、大規模小売店は、その他の小売店と比較して、潜在的顧客に対する高度の魅力の有しており、大きな訪問者の流れをもたらすという命令制定者の想定が少なくとも明らかに瑕疵があるものではないことで十分である。申立人によって異議が唱えられている不平等取扱いは、社会的接触を避けるという目的が、小売業においては、現在のところ、厳格な衛生措置によって完全に遂行することはできないという必要性によって生じている。命令制定者は、エピソードの状況を恒常的に観察して、一定の限界内において店舗の休業命令の緩和は正当化され、段階的に実施することができると評価したが、この評価が引き続き支持できることは明らかである。命令制定者が、店舗の休業について規制緩和を許容する決定をした際に、店舗面積の大きさという類型的・概括的なメルクマールを受け継いだ点に、不平等取扱いが存する。しかし、小規模の店舗の集客力・魅力は、通常の場合、大規模小売店のそれよりも劣っていると言うことができるので、この不平等取扱いは正当化される (Rn. 54)。

売場面積という選択した基準は、事業者の魅力及び競争能力を類型的に把握するための一つの尺度である。何故なら、利用できるフロアにおいて商品を提供し、陳列できるのであり、その際、通常の場合、フロアの増大によって提供される商品は増加し、店舗の集客力は上昇するからである。とくに、住居に近い店舗はこの点で劣っており、大規模な小売販売によって、住居に近い店舗を利用している顧客が引き寄せられる。その結果、追加的で測定できる程の訪問者の流れが中核地区及び特別地区において発生する。さらに、800平方メートル以下の小売店は、中核地区の外に位置しており、規制緩和は住居に近い場所の商品供給を改善する。これによって、ザクセン・アンハルト州において小売店の穏健な再生が達成される。大規模小売店が引き寄せる郊外からの訪問者の

流れは、これによって大部分において限定され得る。大規模小売店においても衛生上の措置を、800平方メートル以下の売場面積を有する小売店と少なくとも同じ水準で実施できるかどうか、どのような範囲で実施できるかという問題は重要ではない（Rn. 55）。

申立人は、大型店舗の来訪者数に関する研究（Frequenzstudie Warenhäuser）を引き合いに出すが、この研究は、顧客の来店と売場面積との間に関連性は存在しないことを確実に裏付けるものではない。2020年4月20日に小規模小売店の営業が再開された後、ドイツの市中心部において全面的休業の直前と同じような人出があった、という状況は、大規模小売店が営業を再開したと仮定した場合の訪問者の流れについて情報を提供するものではない。それ故、命令制定者が想定した大規模小売店の集客力は、明らかに誤った評価であると判断することはできない（Rn. 56）。

ハンブルク行政裁判所は、特別の魅力は、魅力的な小規模小売店が立ち並んでいることから生じ、大規模小売店の営業を認めることによって危険性が測定できる程度に上昇することは認識できないと指摘するが、これは、詳細に根拠づけられた主張ではなく、また、少なくともこれをザクセン・アンハルト州の状況に転用することはできない（Rn. 58）。選択した規制の構造は、小売店に関して、もっぱら大規模店舗に不利な影響を及ぼすが、小売店の分野においてすでに現時点で制限緩和を達成するためには、このことは不可避である（Rn. 59）。

6 2020年4月28日ヘッセン州上級行政裁判所決定

(1) ヘッセン州上級行政裁判所は、2020年4月28日の決定¹⁶（判例⑥）において、ヘッセン州の売場面積規制を簡易審査によると明らかに違法であるとは言えないと判断した。本件の事実の概要は、次のとおりである。2020年4月16日の新型コロナウイルス対策第六次命令の文言におけるヘッセン州政府新型コロナウイルス対策第四次命令は、小売店に休業を命じた（1条1項9号）上で、この制限

¹⁶ Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 28. April 2020 – 8 B 1039/20.N –, juris.

は、800平方メートル以下の売場を有する小売店には適用されないと定めた（1条7項2文1号）。なお、本件命令は2020年4月20日から2020年5月3日まで適用される（Rn. 2-22）。申立人は、ガレリア・カールシュタット・カウフホーフで¹⁷、ヘッセン州内において、ダルムシュタット、フランクフルトアムメイン、カッセル、ヴィースバーデンなどに25店舗を有していた。提供している商品には、一般的な消費財のほか、日常の需要を満たす食料品、衛生用品・医薬品が含まれていた。すべての店舗は、800平方メートルをはるかに超える売場面積を有していた（Rn. 23）。申立人は、800平方メートルを超える売場面積を有する小売店舗の休業を命じる本件命令の規定の執行を暫定的に停止する仮処分¹⁸の発布を求めた（Rn. 1）。申立人が追求する目的は、自己の店舗を売場面積の制限なしに開店することが許されることであった。申立人によると、休業を余儀なくされた4週間において、150000000ユーロ（187億5千万円）¹⁸の金銭的損失が発生している（Rn. 24）。上級行政裁判所は、仮命令の申立ては適法であるが、理由がないと判断し（Rn. 31）、執行停止の申立てを斥けた（主文）が、決定の理由において、申立人によって攻撃されている本件命令の諸規定は、基本法12条1項にも反しないし、基本法3条1項にも反しないとの判断を示した。

（2）ヘッセン州上級行政裁判所は、本件命令によって行われる、最大限800平方メートルへの小売店の売場面積の限定は、すべての大規模小売店舗にとって、基本法12条1項によって保障されている職業遂行の自由に対する「軽微ではない」制約を含むものであるが、その制約は、公共の福祉の合理的考慮によって正当化され、比例原則にも合致していると判断した（Rn. 50）。その判断の内容は、次のとおりである。

（i）本件制約は、正当な目的、すなわち、住民の健康の保護及び医療体制の過重負担の阻止のために行われている（Rn. 51）。

17 Presseinformation vom 29.04.2020 VGH - Ladenöffnung, https://verwaltungsgerechtigbarkeit.hessen.de/sites/verwaltungsgerechtigbarkeit.hessen.de/files/20-4-29%20Corona_Laden%C3%B6ffnung_0.pdf.

18 1ユーロ = 125円で換算。

(ii) 本件措置は、この目的を達成するために適合的であり、必要であると言ってよい。何故なら、各種の商品を豊富に取り揃えている大規模百貨店は、市中心部を魅力的なものにし、多数の人にとって魅力のポイントだからである。大規模百貨店は、人を吸引する効果を一大都市においてはまさに公共近距離旅客輸送においても一発揮し、原則的に、ロベルト・コッホ研究所（RKI）の報告によると依然として回避しなければならない相対的に狭い空間における多数の人の集まりを招来させるのに適合的である。このことは、禁止を緩和した場合であっても RKI の報告によると絶対に遵守されなければならない離隔距離ルールへの遵守をもはや保障することができないという結果を招来させる。この点において、命令制定者が、2020年4月16日の第六次命令によって従前の保護措置について憲法上必要な評価した際に、「もはや主張できない事実又は想定」を出発点とし、命令制定者に認められた評価特権の限界を逸脱したことは明らかではない。少なくとも、当法廷は、とくに現在再上昇している再生産数にかんがみると、コロナ命令の恣意的な改正又は遂行能力の高い医療体制の維持という目的と両立しない改正が行われたことを示す手がかりを見出してはいない（Rn. 52）。

(iii) 本件規制は、簡易審査をした場合、相当である、つまり、狭義の比例原則に合致すると思われる。たしかに、申立人及び多くの大規模百貨店は、2020年5月3日まで、その店舗を完全に開くことができず、その職業活動を従来の範囲において行うことができない。他方において、健康保護、とくに感染力のあるウイルス罹患の拡大の速度を遅くするという目的は相手方（州）が行ったような断固たる措置を正当化する。この措置は、現在、命令制定者によって徐々に緩和されている。しかし、専門家の見解によると、2020年4月19日まで実施した店舗、学校及びその他の公共施設の閉鎖によって得た成果を無にしないように、この緩和を慎重に実施することが重要である。加えて、攻撃されている規制は、現時点において極めて動的であるプロセスの一部であって、講じられた危険防御措置はほぼ毎日検討され、修正されている。緩和の結果を評価し、新たな段階を検討し、実施できるように、改正された2020年3月17日の

命令も、2020年5月3日までの期限が付されている。命令の適用期間が短いこと、及び、申立人は売場の一部を使用して営業できることにかんがみると、申立人の利益は、現在においてもなお優越する公益に対して劣後させられなければならない。大規模百貨店は、少なくとも、売場面積のうち800平方メートル以下の部分を使用することが許され、注文に応じて、商品を倉庫や他の売場から取り寄せ、顧客の出入りが許される800平方メートルの部分で販売することを妨げられていないので、全商品を販売のために提供することも百貨店の裁量に委ねられているから、このことはなおさら当てはまる。現在命じられている措置は、住民の健康という基本法2条2項1文の観点から極めて重要な公共の利益を保障するために必要である (Rn. 53)。

(3) さらに、ヘッセン州上級行政裁判所は、本件規制は基本法3条1項にも適合していると判断した (Rn. 54)。上級行政裁判所は、次のように説示した。大規模百貨店に—他の小売店と同じように—800平方メートルまでの売場の使用のみを認めることは、伝染病法上必要であり、これによって実質的に正当化されるように思われる。たしかに、大規模百貨店は—小規模店舗と異なって—その店舗の一部のみを使用することが許される。しかし、使用が許される売場面積は、百貨店とその他の小売店舗において800平方メートルであるという点において同一である。百貨店の床面積の大きさから生じる区別は正当化できるように思われる。何故なら、市中心部における大規模百貨店からは著しく大きな魅力が発せられると言うことができ、これにより、多くの人を市中心部に呼び寄せる可能性があり、このことは、依然として是非とも必要である離隔距離保持命令の遵守を著しく困難にするからである。加えて、その全商品を販売のために提供することも、申立人の自由裁量に委ねられている。何故なら、本件命令1条1項9号における規制は、申立人に対して、800平方メートルを超える売場を使用してはならないことを求めているだけであって、売場面積制限のために顧客に出入りが許されていない売場又は倉庫から商品を顧客のために取り寄せることは禁止されていないからである (Rn. 55)。

なお、ヘッセン州上級行政裁判所は、この後、ホームセンター、自動車販売

店・自転車販売店、書店を売場面積規制の適用から除外することは不合理ではないと判断している（Rn. 57-59）。

7 2020年4月30日ハンブルク上級行政裁判所決定

ハンブルク上級行政裁判所は、2020年4月30日の決定¹⁹（判例⑦）において、売場面積規制を違憲と判断した2020年4月21日ハンブルク行政裁判所決定（判例①）を変更した（主文）。申立人は、自己の小売店を800平方メートルの売場に限定することなく営業することを許容する仮命令の発布を求めた（Rn. 1）が、上級行政裁判所は、この申立てを斥けた（主文）。上級行政裁判所は、ハンブルク州 SARS-CoV-2蔓延阻止命令8条1項が規定している小売店を800平方メートルの売場を超えて開店し、営業することの禁止は、感染症予防法28条1項の意味における「必要な措置」であり、さらに、この規定は、適合的で、必要で、かつ相当であって、基本法3条1項、12条1項及び14条1項に基づく申立人の権利の侵害は存しないと判断した（Rn. 19）。上級行政裁判所は、現在のコロナ・パンデミックにおいて存在しているような複雑な危険状況を評価するに当たっては、命令制定者には、措置の適合性、必要性等の評価の点において広い決定の余地が認められ、このことは、ほとんどすべての小売店の完全な休業を定めた従前の極めて厳格な規制から「通常」に、つまり、コロナ・パンデミックが始まる前にすべての小売店が制約なく開店している状況に戻そうとする現在の試みにいっそう当てはまると指摘した（Rn. 21）後、次のように説示した。

(i) 小売店における800平方メートルへの売場面積の限定は、相手方（州）が追求する目的を達成又は促進するのに適合的である（Rn. 22）。800平方メートルの売場面積に限定することによって、コロナウイルス感染に対する住民の保護及びハンブルクの医療体制の機能遂行能力を（引き続き）確保することができる。また、この規定は、小売店の復活も可能にする（Rn. 23）。

¹⁹ Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 30. April 2020 – 5 Bs 64/20 –, juris.

800平方メートルの限界値は、小売店が800平方メートルの売場面積を超えるときは、当該小売店は建築法の意味において大規模であるとする連邦行政裁判所の判例に依拠したものであり、感染症予防にとって有意義な効果を直接的に有するものではないが、概括的に限界を定めることは、命令制定者の決定余地の範囲内にある。この関連において、相手方（州）が、すでに他の法分野において（本件では建築法上）限界値として定められ、簡易で信頼性のある区別を可能にする数値を選択したことは、理解できる。800平方メートルの限界値は、とくに、大規模小売店については依然として全面休業が妥当している州において、簡易な運用と監査を確保している。何故なら、800平方メートルを超える売場面積を有する店舗は、建築法上別のカテゴリーに分類され、特定の建築地区に限り許されるからである。したがって、小売店舗が800平方メートルを超える大規模売場であるかどうかは、容易に認識できる（Rn. 24）。

800平方メートルの売場に限定して開店を認めることは、住民の健康の保護及びハンブルクの医療体制の確保に著しく貢献する（Rn. 25）。

相手方（州）は、大規模小売店の売場全体の監査を実施することは、800平方メートル以下の売場の監査よりも非常に困難であると主張した。また、相手方（州）によると、大規模小売店は、その規模と豊富な商品の提供によって、大きな顧客の流れを引き寄せ、このことは、800平方メートル以下の売場に限定して開店した場合に比して、店舗においても、また、公共の近距離交通機関においても、著しい混雑を招来させる。多くの訪問者の出現が発生した場合、高度の感染リスクが差し迫ったものになり、感染経路を追跡することもできない（Rn. 26）。

当法廷は、この説明を理解できるものであり、かつ確固たるものであると判断する（Rn. 27）。

営業している売場の監督に関する相手方（州）の説明は、措置の適合性を裏付けている（Rn. 28）。本件命令8条6項に基づいて、小売店においては、最小離隔距離の保持と衛生規定の遵守が求められており、命令制定者は、さらにマスク着用義務を導入した（2020年4月27日発効）。これらの規定の遵守を確保す

るために、相手方（州）は、小売店において、少なくとも無作為抽出検査を実施しなければならない。大規模小売店の売場全体を利用した営業を認めた場合、監督に伴う負担は著しく上昇する。大規模小売店の非常に広い売場全体の監督の実施は、相手方（州）の監視員にとって、小規模小売店全体の監督よりも著しく困難である。小規模小売店の売場は、何の問題もなく見渡せる場合も頻繁にあり、さらに、場合によっては、外から見渡すこともできる。大規模小売店は、エスカレーター及びエレベーターで接続して複数の階に及んでおり、売場部門、トイレ、試着室など目視の困難な場所を有しているのが典型的である。小規模小売店の監督は、大規模小売店の監督よりも、一般的に容易である（Rn. 29）。

相手方（州）は、この制限が、小売店及び公共近距離交通機関における人の激しい往来の阻止に貢献するという前提から出発することが許される（Rn. 30）。本件において許される概括的・類型的考察をした場合、大規模小売店から、住民に対する集客力が生じている。典型的な「百貨店」は、数千平方メートルの売場を有し、幅広い商品を提供している。靴、衣服、下着、食器、（寝具用）シーツ、スーツケース、化粧品、文具、遊具といった商品の買い物をすべて一つの店舗において済ませることができることは、顧客にとって実用的であり、かつ快適である。それ故、たとえこのことが当てはまらないいくつかの大規模小売店があるとしても、大規模小売店の完全な開店が全体として多数の訪問者の出現をもたらすという相手方（州）の想定に異議を唱えることはできない（Rn. 31）。

加えて、大規模小売店は、その規模、幅広い品揃え及び人気の故に、ハンブルクからのみならず、隣接する州からも多数の訪問者を呼び寄せる（シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州の市民は、特別の理由がなくてもハンブルクに入ることができるが、ハンブルク市民は、シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州に入ることが禁止されている。）が、ハンブルクにおいて、従来休業していたこのような大規模小売店も開店することになってしまうだろう（Rn. 32）。

多数の訪問者の出現は、小売店においても、また、公共近距離交通機関においても、感染リスクを上昇させ、感染経路を事後的に追跡できない危険性を増

大きせる。多くの人が小売店に滞留すればするほど、より多くの潜在的コロナウイルス感染者が、他の人と一緒に入口の前に立ち、店内で陳列されている商品に触れ、衣服や靴を試着し、レジの前で待ち、ドア、エレベーターのボタン、エスカレーターの手すりに触れることになる。同じようなことは、公共近距離交通機関にも当てはまる。店舗に来るために公共近距離交通機関がより多く利用され、それ故、明らかに混雑することになる (Rn. 33)。

加えて、小売店の完全な開店は、部分的な開店よりも、コロナ危機が克服され、「通常の」状況に戻ることができるという印象を住民に与える。このことは、厳しい規制の場合には用心し買物を控える人々が買い物に出かけることを招来させる可能性がある (Rn. 34)。

ところで本件命令8条1項の新規定発効後の初日の経験は、相手方(州)が望む効果が生じたことを示しているが、このことは、講じられた措置の適合性の論拠となる。再び多くの人が市街において出歩き、また、公共近距離交通機関を利用し、小売店は活気を取り戻したが、ハンブルク市民は、慎重かつ抑制的な態度をとり、小売店及び公共近距離交通機関における人出は、見通せる範囲にとどまった (Rn. 35)。

(ii) より緩やかな手段は明らかではない (Rn. 38)。申立人は、申立人が提出した専門医の鑑定意見書に基づいて、大規模小売店舗においても、小規模小売店と同じように感染症予防を実現することができるので、売場面積の縮小は必要ではないと主張した (Rn. 39)。当法廷は、大規模小売店においても、小規模小売店と同じような方法と質において感染症予防を実現することができることを否定しない。さらに、適切な予防措置を講じることによってコロナウイルス感染を予防することができる様々な経済分野及び生活分野が存在すると考えられる。しかし、このことは、命令制定者がこのような分野及び施設のすべてについて事業の再開を可能にすることを義務付けられることを意味しない。命令制定者には広い決定余地が与えられる。厳格な予防措置の後に最初の緩和を認めるという現在のプロセスにおいては、命令制定者が小刻みに前進しようとする事、とくに小売店について、達成した成果を無にしないように部分的開店

のみを定めることは理解できる（Rn. 40）。

加えて、大規模小売店は強大な集客力を発揮すること、及び、類型的考察をした場合、相手方（州）は、大規模小売店も完全に開店すると、多くの人がとくに市中心部と公共近距離交通機関に滞留し、そこにおいて感染者数の急激な、場合によってはコントロールできないほどの上昇の危険もあるという前提から出発してもよいことに変更はない。その点において、感染症予防を大規模小売店の建物内において実現できる可能性及びその程度のみが問題ではない（Rn. 41）。

最後に、相手方（州）は、800平方メートルの売場面積制限の必要性を、感染症予防法上の保全規定の遵守を複数の階を有する大規模小売店の売場よりも容易に監視できることによっても根拠付けている。コロナウイルス感染に対する住民の保護とハンブルクの医療体制の機能遂行能力を確保するためには、感染症予防法上の保全規定の遵守が保障されることが必要であるが、相手方（州）の監視員は、公共空間、週の市、食料品店、スポーツ施設、遊園地等の施設を少なくとも無作為抽出検査の方法によって監視しなければならず、相手方（州）が、このような事情の下で、これに加えて更に数万平方メートルの売場を開けることは可能であると判断しなかったことも理解できる（Rn. 42）。

魅力的ではない商品提供をしている小売店に限定して開店を許すという手段は適合的ではない。魅力的な商品提供と魅力的ではない商品提供の区別が主観的であり、間違いが生じやすいことは問わないこととすると、たしかに、制限緩和をとくに魅力的ではない商品提供をする小売店に限定した場合、極めて少数の人だけが開店した（魅力的ではない）小売店を利用することになり、感染予防の目的は達成できるかもしれない。しかし、小売店について慎重に制限緩和を行い、経済生活の再活性化を達成するという相手方（州）の別の目的を完全に外している（Rn. 43）。

公共空間における一般的なマスク着用義務も同等に適合的な手段ではない。一般的なマスク着用義務は、ハンブルク市民及びハンブルクに訪問する人全員の一般人格権に対する重大な制約であるが、小売店内の感染予防にとって得るところはない。大規模小売店の営業範囲を拡大するために、このような広範囲な

制約を行うことは疑問であると思われる (Rn. 44)

(iii) 800平方メートルへの売場面積制限は狭義の比例原則にも合致する (Rn. 45)。本件命令8条1項の現在の規定は申立人にとって企業の自由の著しい制限を意味し、企業の存立にとって重大な影響を及ぼす可能性がある。この点において、本件規制は、少なくとも基本法12条1項に基づく基本権に対する重大な制約であり、基本法14条に基づく基本権に対する重大な制約である可能性もある (Rn. 46)。しかしながら、申立人は、この制約を必要な保護措置として受忍しなければならない。何故なら、この制約は、現在のところ、コロナ・パンデミック拡大阻止のためになお必要だからである (Rn. 47)。

この関連において、ハンブルクの命令制定者が、大規模小売店についても、800平方メートル以下の売場に限定して開店することにより経済生活に関与することを可能する規制を講じていることも考慮しなければならない (Rn. 48)。

最後に、相手方(州)は、小売店のみならず、他の経済分野及び生活分野も考慮に入れたコロナ危機を克服するための全体的構想を展開している。コロナ・パンデミックのような危険状況においては、命令制定者は、制限緩和の可能性とその範囲を決定するために、状況を継続的に観察し、評価しなければならない。その際に、命令制定者は、どのような範囲において感染予防を保障することができるかという点に照準を合わせるとともに、関係する法益のランクと発生し得る財政的、経済的及び社会的影響を視野に収めることになる。基本権によって保護された他の領域(例えば、信教の自由・世界観の自由、子ども及び青少年の身体的・精神的発達の保障、文化の領域、通学、集会の自由)についても依然として重大な制限が存在するのであるから、相手方(州)が小売店を完全に開店させなかったことは、基本権横断的考察という意味において理解可能であるように思われる。と同時に、相手方(州)は、小売店の過度に広範囲な開店が、感染リスクと感染事例の明らかな増加を再び招来させる可能性があり、この増加が、場合によってはより長期的な制限又は更なる制限を行う結果を生じさせることを考慮することも許される。この点においては、現在の規制は、ハンブルクにおける社会的平和を維持し、市民が自己に課せられる制限を(引

き続き)受け入れることを保障することにも貢献している (Rn. 49)

(iv) 平等原則違反も存在しない (Rn. 50)。大規模小売店とその他の小売店の不平等取扱いについては、本件規制はすべての小売業を平等に扱っていることを指摘しなければならない。あらゆる小売店は、本件命令8条1項に基づいて、大規模かどうかにかかわらず、800平方メートルまでの売場を訪問者の往来に開放することが許される。もっとも、この平等取扱いは、「通常の」小売店はその売場を完全に開けることができるのに対して、大規模小売店はその一部のみを開くことが許されるという点において、異なる結果をもたらす。しかし、本件規制の異なる効果は受忍されなければならない。何故なら、感染予防のために、現時点においては、小売店の完全な開店を行うことはできないからである。すでに確認したように、800平方メートルまでの売場面積の制限は、一方において、コロナウイルス感染に対して住民を引き続き保護し、他方において、小売店を慎重に再開するという相手方(州)の目的を達成するために適合的であり、必要であり、かつ相当であると思われる (Rn. 51)。

8 2020年5月5日ハンブルク行政裁判所決定

売場面積規制を合憲・合法と判断する決定が続く中で、ハンブルク行政裁判所第7部が、2020年5月5日の決定²⁰(判例⑧)において、800平方メートルを超える売場における小売店の営業禁止は職業の自由の侵害であると判断したことは、極めて注目される。申立人は、ハンブルク市中心部とハルブルク地区において、800平方メートルを超える売場面積を有する主にスポーツ用品及び衣料品を販売する小売店を経営している。2020年4月17日の文言におけるハンブルク州 SARS-CoV-2蔓延阻止命令(2020年4月20日発効)は、売場面積が800平方メートルに限定されない小売業の販売店の営業を禁止した(なお、本件命令8条2文は、800平方メートルを上回る売場面積を800平方メートルに縮小することは許されると定めていた)。申立人は、仮命令の方法により、申立人は、本件命令8条

²⁰ VG Hamburg, Beschluss vom 05. Mai 2020 – 7 E 1804/20 –, juris.

1項2文に基づいて売場を縮小することなく自己の店舗の営業をする権利を有することの確認を求める申立てをした (Rn. 5-6)。行政裁判所は、この訴えを認容した。行政裁判所は、現在の認識状況、とくに本件訴訟における相手方(州)の説明によると、本件命令8条1項の規定が比例原則に合致することは確認できないと説示した (Rn. 93)。行政裁判所の決定の特徴は、相手方(州)がこの規定をどのような正当な目的のために役立てようとしているのかが必要な程度において示されておらず、それ故に、このことを認識することができないとの判断を示した点にある (Rn. 95)。そして、この点を踏まえて、行政裁判所は、本件措置の適合性及び必要性について判断を示すことなく、本件措置は狭義の比例原則に反すると判断した (Rn. 108)。その判断の内容は、次のとおりである。

(i) 当部は、命令制定者には、裁量の行使に際して、流動的な事実状況の観点から、限定的な裁判的統制にしか服さない広範な余地が認められることを議論の前提とする。しかし、基本法19条4項に基づく実効的な権利保護の確保の要請を考慮すると、この余地は、裁判所の審査の広範囲な欠如を招来させるものではない。むしろ、これを埋め合わせるために、決定の基礎を形成し、講じられた措置に対する裁判所の審査を可能にする手がかりとなる考慮及び目的を説明するという意味において規制を包括的に根拠付けることが必要である。本件においては、相手方(州)によるこのような説明が欠けている (Rn. 97)。規制の成立史の資料及び本件訴訟における相手方(州)の主張を考慮に入れても、相手方(州)が全体コンセプトという意味においてその行動全体の基礎とし、本件規制の基礎ともなっている正当な目的を同定することは、現在のところ、当部には不可能である (Rn. 99)。

本件命令の制定及び改正に関する資料からも、また、本件訴訟における相手方(州)の主張からも、相手方(州)がどのような全体的コンセプトを追求しようとしているのかを読み取ることはできない。相手方(州)は、裁判所の質問に対して、RKIの2020年3月19日付け戦略文書がその上位の目的の基礎と成していると述べた。相手方(州)によると、RKI文書は、あらゆる措置は、

ドイツ及び全世界における罹患の拡大の速度を出来る限り遅らせることを基準としなければならないことを確認しているところ、相手方（州）は、ハンブルクの地域的条件を考慮しつつ RKI が展開した戦略に最も適合した個別要素の組み合わせを追求している（Rn. 100）。しかし、RKI 文書の引用は、追求している戦略に関して明確性を与えるものではない。何故なら、どのような全体目標又は全体的コンセプトが RKI が言うところの「速度を遅らせること」（Verlangsamung）と結び付けられているのかを認識できないからである。とくに、結果として住民の多数が感染することを受忍しつつ、同時期に治療を要する罹患者の増加速度・増加数のみを減少させようとしているのか、それとも、できる限り、あらゆる新規感染を阻止しようとしているのかは、未決定のままである（Rn. 101）。

全体的コンセプトは、負担配分に関する理解可能な説明を必要とする（Rn. 103）。妨害者の利用と非妨害者の利用との関係を考慮すると、相手方（州）が、現在、妨害者を同定し、包括的な危険調査を可能にする利用可能な手段を尽くしていないことは極めて疑問である。利用できる検査能力の利用が低い水準にあることからすると、危険調査が実際に相手方（州）の戦略の（重要な）一部であるかどうかも疑問である。事実の不確実性にかんがみて評価の余地は認められるが、このことは、この不確実性を少なくとも部分的に解消する可能性があるにもかかわらず残したままにする権利を含むものではない（Rn. 104）。

相手方（州）は、感染症予防法上の意味における妨害者、公権力、妨害者ではないその他の私人の間の負担配分をその全体的コンセプトの基礎に置いているが、この負担配分は検討を要するものである。相手方（州）が、大規模小売店に対する特別の負担を正当化するために、大規模小売店の負担が自ら負担しなければならない監督経費の削減に役立つことを指摘していることは、その重要な状況証拠である（Rn. 105）。

加えて、相手方（州）の全体的コンセプトの理解にとって、相手方（州）は最近の命令改正によって「規制緩和」を目指しているとの相手方（州）の主張が重要である。相手方（州）が「規制緩和」を目標としているとすると、相手

方（州）は、マスク着用義務の導入によって得られた余地を大規模小売店に対する負担の廃止のために使わない理由を説明する必要がある（Rn. 106）。

(ii) 相手方（州）の全体的コンセプトに関連して不明確な点があるために、つまり、適合性及び必要性を審査するのに必要な基準がないために、当部は、現在のところ、結果として、大規模小売店に対して講じられた売場面積制限措置が適格的であり、かつ必要であるかどうかについては未解決のままにせざるを得ない（Rn. 109）。

ただし、必要性に関して、相手方（州）が、ショッピングの場所の魅力に寄与するという意味において大規模小売店の外部的効果に照準を合わせる限りにおいて、相手方（州）の評価に従うことができる。たしかに、数年前から申立人の大型店舗の魅力は失われているとの申立人の主張は、その困難な経済状況にかんがみると、これを否定することはできない。しかし、全面的な営業は、隣接する公共地区においても、また、公共交通機関においても、訪問者の流れの一定の増加を引き起こすと言ってよい（Rn. 110）。なお、大規模小売店は、必要な程度の見通しを欠いているので、特別の感染症予防法上の危険を伴うという相手方（州）の評価に従うことはできないことが見込まれる（Rn. 111）。

(iii) 本件措置は、狭義の比例原則に反する。申立人の存在し、予測される損失は、存在する危険状況を考慮に入れても、受忍できるものではない。何故なら、十分に認識可能で筋の通った全体的保護コンセプトが欠如しているために、制定した命令を実施する相手方（州）の利益は、現在のところ、かつ本件においては、せいぜいのところ取るに足らない意義を有するにすぎないからである（Rn. 112）。

申立人は、人件費及び固定費に加えて、数週間に及ぶ営業禁止又は営業制限によって生じた減収によって経済的破滅の危機に瀕している。期待可能性の評価に際しては、さらに、申立人が経営する施設の都市計画上の効果は、市中心部及び小売店街を活性化するために望ましいもので、維持するに値するものであることも考慮しなければならない。申立人及び類似の事業者が行っている商品提供は、訪問者数の上昇に貢献するものであって、この貢献は原則的に保護

に値するものである。しかし、この種の大規模小売店はすでに市場価値の一部を失っている状況にあり、減収にもかかわらず、売場面積に伴う固定費の負担は変わらない。相手方（州）は、申立人が、小規模事業者に対して与えられるのと同じような支援給付を受けることができるとは主張していない。加えて、現在のところ、申立人には、通常営業を再開できる展望が開けているわけではない（Rn. 113）。

さらに、この関連において、相手方（州）は、この間に存在するようになった妨害者に関する情報取得の手段を網羅的に利用していないことが極めて重要である。これによって、相手方（州）は、時の経過とともに、感染症予防法のコンセプトが想定している妨害者の利用と非妨害者の利用との関係に対応できなくなっている（Rn. 114）。

加えて、全面的な営業を再開した場合に人出の増加により公共空間に関連して高まる危険に対処するために相手方（州）は自ら行為手段を利用することができるのであり、その利用は、国の保護義務の領域に含まれる可能性もあること（とくに、マスク着用義務の適用範囲をショッピング通りにも拡大すること、公道を一方通行にすること）を考慮しなければならない（Rn. 115）。

最後に、国の監督費用の削減という目的を指摘することも適切ではない。何故なら、このために必要なキャパシティの創出を含む必要な監督の実施は、国の本来的任務領域に含まれるものであり、かつ、一とくに克服しなければならない任務の発生後数週間経過している場合は一非妨害者の行為を予防的に禁止するための根拠付けとして使い続けることはできないからである（Rn. 116）。

9 2020年5月7日自由ハンザ都市ブレーメン上級行政裁判所決定

自由ハンザ都市ブレーメン上級行政裁判所第一法廷は、2020年5月7日の決定²¹（判例⑨）において、2020年4月23日の決定（判例②）で示した判断を拡充・補強しつつ、売場面積制限は比例原則に合致するとの判断を改めて示した。申

21 Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Beschluss vom 07. Mai 2020 – 1 B 129/20 –, juris.

立人は、ガレリア・カールシュタット・カウフホーフであり²²、ブレーメン州において、800平方メートルを超える売場面積を有する3店舗（最大の売場面積は30000平方メートルを超える。）を経営していた（Rn. 2）。申立人は、800平方メートルを超える売場における営業を禁止するブレーメン州コロナ命令の規定の執行停止を求める申立てをした（Rn. 1）が、上級行政裁判所は、これを斥けた（主文）。上級行政裁判所は、小売店において800平方メートルを超える売場を公衆の往来に開放することを禁止する規定による申立人の権利の制約は比例原則に反しないと判断した（Rn. 21）。その判断の内容は、次のとおりである。

(i) この禁止は正当な目的を追求している。売場面積制限は、第二次コロナ命令が定める複数の基準の一つであり、これらの基準はすべて、高度の感染力のあるコロナウイルス SARS-CoV-2感染拡大を阻止し、これにより身体の無瑕性と重篤な罹患者の治療のための医療体制の維持を保障するという共通の目的を追求している。第二次コロナ命令が、感染拡大阻止の点について、感染者数を零まで減少させることを目的とするものではないことは明らかである。むしろ、第二次コロナ命令は、—2020年4月15日の連邦首相及び州首相との間の合意と一致して—感染の動態を中庸の速さに抑え、コントロール可能なものにとどめることを保障しようとするものである（Rn. 22）。その際、コロナウイルスの実効再生産数が比較的長期にわたって1を超えないことが重要である。実効再生産数は、現時点においては、命令制定者が追求している目的にとって第一的な指標であると評価される（Rn. 23）。

(ii) 売場面積制限は、コロナウイルス感染拡大を抑えるために適合的な措置である（Rn. 24）。たしかに、コロナウイルス感染拡大の抑制は、売場面積制限だけで達成できるものではない（Rn. 25）。しかし、このことは、措置の適合性を否定するものではない。決定的なことは、売場面積制限がこれに貢献していることである（Rn. 26）。

第一に、売場面積制限によって、離隔距離保持命令及び配慮義務（本件命令

22 Pressemitteilung des OVG Bremen v. 08. 05. 2020.

11条)の遵守の監視が容易になる。申立人は、自ら提出した専門家(専門医)の鑑定意見書に依拠して、感染予防は、大規模小売店においても、小規模店舗と同じ仕方を実施することができることを主張する。この鑑定意見書によると、高度の安全性を面積の広さと関係なく提供する建築上・機能上及び事業上・組織上の規制で十分であるが、当法廷は、この鑑定意見書の評価に同意する。以前の決定においても、大規模小売店においても、小規模店舗と同じようなやり方と質において感染予防を実施することができることを否定していない。それにもかかわらず、売場面積制限は積極的効果を有する。何故なら、小規模の見通しのきく売場において第二次コロナ命令の定める基準(とくに離隔距離の保持とマスク着用義務)の遵守を監視することは、申立人の店舗の売場—30000平方メートルを超えるものもある—におけるよりも容易だからである(Rn. 27)。

第二に、売場面積制限によって大規模売場面積を有する小売店舗の魅力が考慮され、これにより、人の集まりの形成と買い物のための公共近距離旅客輸送の利用が阻止される。申立人が提出した大型店舗の来店者数に関する研究は、大型店舗が完全に営業を再開した場合であっても人出は前年度比で半分に減少するという前提から出発している。かりにこの想定が正しいとしても、30000平方メートルを超えるブレーメン市中心部の突出して最大の小売店である申立人の店舗は、引き続き著しい集客力を有している。それ故、売場面積制限が、住居に近い場所で買い物をするというコロナウイルス感染拡大阻止にとって積極的な制御効果を有することを引き続き議論の前提とすることができる(Rn. 28)。

(iii) 売場面積制限は必要である(Rn. 29)。命令制定者が、目的達成に同等に効果的であるが、保護法益を制約しない他の手段、又は制約がより少ない他の手段を選択することができなかつた場合、基本権保護法益に対する制約は必要である。基本権主体に対して目的達成のために行われる制約を他の基本権主体に対する制約に置き換えることは、原則として、より緩やかな手段ではない(Rn. 30)。目的を達成するために質的に異なる多数の制約を要する場合、すべての制約の共同作用から生じる全体効果も必要でなければならない。追求する

目的をより低い程度の全体効果によっても達成できる場合、必要性を欠くことになる。この場合、すべての制約が目的達成に不必要となるわけではなく、特定の手段のみが不必要になる。命令制定者は、維持する制限と廃止する制限を決定しなければならない (Rn. 31)。

この基準によって判断すると本件の制約は引き続き必要である (Rn. 32)。たしかに、申立人が経営している大規模店舗においても、顧客が離隔距離を保つことを可能にする条件が存在していると言ってよい。しかし、これは売場面積制限の唯一の目的ではない。大規模小売店の魅力を減少させ、人の集まりを販売所の周辺においても減少させること、並びに、販売所の保有者及び同人が使用する人員が顧客による離隔距離保持命令の遵守を監視できることをより確実に保障することを達成するためには、売場面積制限はなお必要である (Rn. 33)。

第2次コロナ命令に定められたすべての制限及び基準の全体的効果も必要である。たしかに、4月中旬から連邦全体における新規感染者数は減少している。コロナウイルス再生産数も0.7に減少した。連邦全体ではかなりの数の集中治療用病床も埋まっていない。平均して1000人を下回っている新規感染者数は、接触者の実効的追跡を可能にしている (Rn. 34)。それにもかかわらず、コロナウイルス感染拡大を阻止するための制限及び措置の全体が必要である。必要性の判断にとって基準となるのは、連邦規模の事実関係ではなく、第2次コロナ命令の適用範囲の地域における特殊な事実関係である。ブレーメン州においては、連邦の傾向とは異なり、4月28日から5月5日までの間、新規感染者数は353人から371人に上昇している (Rn. 35)。

命令制定者が追求している措置の段階的緩和の枠内における個別の制限及び基準が不必要であることは、先行する制限緩和が更なる制限緩和を排除するような感染者数の上昇をもたらさないことが十分に確保されている場合に初めてこれを肯定することができる。コロナウイルスの展開の予測は引き続き著しい不確実性を伴っている。同じようにコロナウイルス感染拡大阻止に対する貢献の大きさを確実に評価することはできない。それ故、現時点においては、ある制限の廃止が新規感染者数の増加をもたらすかどうかについて確実に答えるこ

とができるためには一定の時間を必要とする。コロナウイルスに感染して兆候が現れるのに平均で5日を要する。これに加えて新規感染者数を統計的に把握する前に検査を実施しなければならず、これに数日を要する可能性があり、新規感染者数の再上昇は、著しく時間的に遅れて認識することができる。それ故、効果についてある程度確実な評価ができるのは、早くても14日後であると言ってよい。そうすると、制限及び措置の段階的緩和は、比例原則に合致する。その結果、今週に効力が生じた緩和の効果、とくに学校、遊び場及び理髪店・美容院の（部分的）再開の効果並びに礼拝の挙行が可能になったことの効果についてはなお判断することはできない（Rn. 36）。

(iv) さらに売場面積制限は引き続き相当である。たしかに売場面積制限は、基本法12条1項に基づく職業行使の自由の著しい制限をもたらす。売場面積制限は、顧客に対する大規模店舗の魅力を著しく減少させるのみならず、申立人がその全商品を固定店舗販売のために提供することを事実上不可能にする。このことは甚大な減収と結びつく。しかし、この制限は、コロナウイルス再生産数の抑制に現在においてもなお必要な貢献をしており、この制限がなければ、ウイルスの制御できない感染拡大の危険が差し迫ったものになる。このような場合においては、重症者の治療に十分な医療体制のキャパシティを使用できることが保障されないだろう。それ故、この制約は、感染症予防及び健康保護の理由から正当化される（Rn. 38）。

Ⅲ 結びにかえて

(1) 以上において時系列に即して多少とも詳しく紹介してきた、売場面積規制の憲法適合性に関するドイツの判例については、その論理的脈絡に即して論点整理を行い²³、論点毎に立ち入った考察を行う必要があるが、それは別稿に

23 *Cornelia Manger-Nestler/Markus Gentzsch*, ÖR-Fortgeschrittenenklausur zum Verwaltungsrecht »Pandemiebedingte Betriebsschließung«, JURA 2020, S. 1116 ff. がすでに論点整理を行っている。

委ねることとし、ここでは、結びにかえて、今後さらに検討を要すると考えられる若干の問題点を指摘する²⁴。

第一の問題点は、売場面積規制という手段の適合性及び必要性を支える「事実根拠」の妥当性である²⁵。売場面積規制の適合性及び必要性を支える事実根拠として、判例においては、①小規模店舗においては、衛生基準及び離隔距離基準の遵守を大規模店舗よりも確実に保障することができる、という想定、②小規模小売店の監督は、大規模小売店の監督よりも一般的に容易であるという想定、さらに、③大規模小売店は、小規模小売店よりも集客力があり、そのため数多くの人々が市中心部の道路及び公共近距離交通機関を利用することにな

24 本稿の大部分は、行政裁判所が下した諸決定を時系列に沿って客観的・内在的に紹介する作業に充てられている。また、以下において、諸決定について若干の検討を行うものであるが、問題点の抽出にとどまっており、立ち入った理論的考察を行うものではない。この意味において、本稿は、「論説」の水準にまったく到達しておらず、「研究ノート」の性格を有するにとどまるものである。しかし、岡田俊幸「コロナ危機下の連邦憲法裁判所」日本法学86巻2・3号（2020年）153頁で述べたことを繰り返して述べると、コロナ危機の時期におけるドイツの裁判所の活動を客観的に記録しておくことにも少なくない意味があると考えられるし、また、ドイツの裁判所の判例を紹介することは、日本においてなお継続しているコロナ・パンデミックに関わる憲法上の問題を考察する上でも一つの参考資料となるとも考えられる。以上の理由から「研究ノート」の性格を有するにとどまる本稿をあえて公表することにした次第である。

25 日本においても、そもそも1,000平方メートル超の施設に限り休業を要請する目的は何か、この目的の合理性を裏付ける立法事実は存在するのか、1,000平方メートル超の施設に限り休業を要請することは目的達成の手段として合理性を有するのか、手段としての合理性を支える立法事実が存在するのか、といった諸点について検討する必要がある。上記の諸点について、新型インフルエンザ等対策特別措置法施行令（平成25年政令第122号）の制定に際して一とくに、使用の制限等の要請の対象となる施設を定めた11条（11条柱書は、「法第45条第2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3号から第14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。」と定めている。）に関連して一政府内においてそれなりの検討と議論がなされたのではないかと推測されるが、筆者は十分な調査能力を有しておらず、現時点においては、上記の諸点についての政府内での検討や議論を把握できていない。以下の論述は、ドイツの裁判所の考え方を整理するにとどまるものである。

り、これにより SARS-CoV-2ウイルス感染を拡大させる危険性が高まるという想定が指摘されている。

最大の問題は、上記①から③の想定が売場面積規制の適合性及び必要性を支える「事実根拠」として妥当かどうかである。まず、想定①について見ると、2020年4月21日ハンブルク行政裁判所決定（判例①）は、小売店に対して感染予防のために適用される基準を大規模小売店においても実施できることは明らかであると指摘し、想定①の妥当性を疑問視した²⁶。この指摘に対して、まず、2020年4月23日自由ハンザ都市ブレーメン上級行政裁判所決定（判例②）は、小規模小売店の監視は容易であるため、小規模小売店においては、感染症法上の基準の遵守を、大規模小売店よりも確実に保障することができると述べた²⁷。つぎに、2020年4月24日ザールラント上級行政裁判所決定（判例③）は、大規模店舗においては、衛生基準及び離隔距離基準を遵守するために、小規模店舗よりも、空間及びロジスティックスの点からより重大な課題の前に立たされており、とくに百貨店においては、エスカレーター及びトイレが設置されているため更なる感染リスクを内包していると明確に反論した²⁸。さらに、2020年5月7日自由ハンザ都市ブレーメン上級行政裁判所決定（判例④）も、小規模の見通しのきく売場においては、命令が定める基準（とくに離隔距離の保持とマスク着用義務）の遵守を監視することは大規模店舗の売場におけるよりも容易であると指摘した²⁹。

26 VG Hamburg, Beschluss vom 21. April 2020 – 3 E 1675/20 –, juris, Rn. 21.

27 Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Beschluss vom 23. April 2020 – OVG 1 B 107/20 –, juris, Rn. 26. 2020年4月27日ニーダーザクセン州上級行政裁判所決定（判例④）も同じ趣旨の指摘をしている（OVG Lüneburg, Beschluss vom 27. April 2020 – 13 MN 98/20 –, juris, Rn. 57）。また、2020年5月7日自由ハンザ都市ブレーメン上級行政裁判所決定（判例⑤）も同様である（Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Beschluss vom 07. Mai 2020 – 1 B 129/20 –, juris, Rn. 33）。

28 Oberverwaltungsgericht des Saarlandes, Beschluss vom 24. April 2020 – 2 B 122/20 –, juris, Rn. 25.

29 Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Beschluss vom 07. Mai

他方、2020年4月30日ハンブルク上級行政裁判所決定（判例⑦）は想定②を打ち出した。同決定は、小規模小売店の売場は何の問題もなく見渡せる場合も頻繁にあり、さらに、場合によっては、外から見渡すこともできるのに対して、大規模小売店は、エスカレーター及びエレベーターで接続して複数の階に及んでおり、売場部門、トイレ、試着室など目視の困難な場所を有しているのが典型的であるので、大規模小売店の広い売場全体の監督の実施は、州の監視員にとって、小規模小売店全体の監督よりも著しく困難であると指摘している³⁰。しかし、官庁による離隔距離規則及び衛生規則の遵守の監督の実施が、小規模小売店においては、大規模小売店よりも容易であるという想定が妥当なものかどうかは疑問の余地がある。学説では、生活経験によると、ばらばらに小規模小売店が存在している市中心部やショッピング通りにおける監督は、大規模小売店の場合よりも費用を要するのではないかと指摘されている。大規模小売店においても、各階のフロア全体を一つの場所から見渡すことができる場合もあるし、多くの小売店は、大規模な売場を一望しただけでコントロールできるように監視カメラを設置しているというのである³¹。また、2020年5月5日ハンブルク行政裁判所決定（判例⑧）が、必要なキャパシティの創出を含む必要な監督の実施は国の本来的任務領域に含まれるものであることを指摘し、国の監督費用の削減を根拠付けとして使うことそれ自体に疑問を呈していることも注目されよう³²。

2020年4月21日ハンブルク行政裁判所決定（判例①）は、想定③についても確実な事実根拠が存しないと指摘している。同決定は次のように指摘した。集客力は売場面積と無関係に存在する。公共空間を移動し、滞留する人に由来する感染の危険は、魅力的な小規模小売店が立ち並んでいる状況からも、同じ程

2020 - 1 B 129/20 -, juris, Rn. 27.

30 Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 30. April 2020 - 5 Bs 64/20 -, juris, Rn. 29.

31 *Christian Kahle/Henrike Martin*, Verkaufsflächenbeschränkungen im Einzelhandel zur Eindämmung der Corona-Pandemie, NVwZ 2020, 1333 (1336).

32 VG Hamburg, Beschluss vom 05. Mai 2020 - 7 E 1804/20 -, juris, Rn. 116.

度において生じる。大規模小売店の営業を認めたことによって危険性が測定できる程度に上昇することは認識できない。さらに、大規模小売店が有する人を引き寄せる力は、売場面積からではなく、商品の魅力から生じる³³。広い売場面積の必要性は提供する商品によっても規定されるのであり、小売店の売場面積は、それだけでは魅力の基準とはならない。例えば、自動車販売店及び家具店等においては広大な床面積の売場が必要であるが、広大な床面積の売場から多数の潜在的顧客に対する特別の魅力が生じるわけではない³⁴。これに対して、2020年4月23日自由ハンザ都市ブレーメン上級行政裁判所決定（判例②）は、小売店の魅力は、売場面積から直接生じるわけではなく、むしろ、提供される商品とその陳列から生じるもので、それ故、広い売場を有するあらゆる店舗が特別の魅力を有しているわけではないが、広い売場を有する店舗は、様々な種類の商品を揃えている（百貨店）か、又は、特定の種類の商品を幅広く取り揃えている（家電量販店、服装専門店）のが典型的であって、ここから、とくに多くの顧客にとっての魅力が生じると反論した³⁵。また、2020年4月24日ザールラント上級行政裁判所決定（判例③）は、百貨店は、売場全体において多種多様な商品を提供するため、市中心部に来て、買い物を済ますという多数の人にとっての高度の魅力を作り出すと指摘した。一つの店舗で豊富な商品が提供されていることは、複数の小規模の専門店における商品提供と比較して、多くの客を引き付け、このことは、「ショッピング散策」をするために市中心部を訪れ、そこに滞留するというより大きな魅力を提供し、これにより人の出会いを増加させるというのである³⁶。さらに、2020年4月27日ザクセン・アンハルト州上級行政裁判所決定（判例⑤）は、通常の場合—概括的には—大規模な売場が顧客を引き寄せることは、明らかであり、それ故、「確実な事実根拠」を要

33 VG Hamburg, Beschluss vom 21. April 2020 – 3 E 1675/20 –, juris, Rn. 26.

34 VG Hamburg, Beschluss vom 21. April 2020 – 3 E 1675/20 –, juris, Rn. 27.

35 Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Beschluss vom 23. April 2020 – OVG 1 B 107/20 –, juris, Rn. 27.

36 Oberverwaltungsgericht des Saarlandes, Beschluss vom 24. April 2020 – 2 B 122/20 –, juris, Rn. 25.

しないと指摘した³⁷。加えて、2020年4月30日ハンブルク上級行政裁判所決定(判例⑦)は、「概括的・類型的考察」をすると大規模小売店から集客力が生じていると指摘した。典型的な百貨店は、数千平方メートルの売場を有し、幅広い商品を提供しており、商品の買い物をすべて同じ店舗において済ませることができることは、顧客にとって実用的であり、かつ快適である。かりにこのことが当てはまらないいくつかの大規模小売店があるとしても、大規模小売店の完全な開店が全体として多数の訪問者の出現をもたらすという想定に異議を唱えることはできない³⁸。このように想定③は、2020年4月21日ハンブルク行政裁判所決定(判例①)の指摘にもかかわらず、その後の判例においても維持されている。ただし、その後の判例では、2020年4月21日ハンブルク行政裁判所決定(判例①)の批判を踏まえて、集客力は、売場面積それ自体からではなく、広い売場によって可能となる幅広い品揃えから生じると捉えている点が注目される。それはともかく、想定③の妥当性についてはなお検討を要すると考えられる³⁹。

第二の問題点は必要性の要件に関する判断方法である。2020年4月21日ハンブルク行政裁判所決定(判例①)は、公共空間を移動する多数の人を通して発生する感染の危険を減少させるという目的は、公共空間において1.5メートルの離隔距離の遵守を徹底することによって達成できるし、場合によっては公共空間におけるマスク着用義務の導入も可能であると指摘していた⁴⁰。これに対

37 Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 27. April 2020 – 3 R 52/20 –, juris, Rn. 44.

38 Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 30. April 2020 – 5 Bs 64/20 –, juris, Rn. 31.

39 *Kahle/Martin* (Rn. 31), S. 1336は、入場制限(売場に同時に滞在できる人数の制限)によって顧客は長時間にわたり店の前で待たされることになり、これによって大規模小売店の集客力はすでに低下していると指摘している。また、市中心部の魅力は幅広い商品の提供によって生じるが、このことは、商品が一店舗によって提供されるのか、それとも複数の店舗によって提供されるのかに左右されるものではないとも指摘している。

40 VG Hamburg, Beschluss vom 21. April 2020 – 3 E 1675/20 –, juris, Rn. 29.

して、2020年4月30日ハンブルク上級行政裁判所決定（判例⑦）は、一般的マスク着用義務は、ハンブルク市民及びハンブルクに訪問する人全員の一般人格権に対する深刻な制約であり、大規模小売店の営業範囲を拡大するために、このような広範囲な制約を行うことは疑問であると反論している⁴¹。また、2020年5月7日自由ハンザ都市ブレーメン上級行政裁判所決定（判例⑨）も、基本権主体に対して目的達成のために行われる制約を他の基本権主体に対する制約に置き換えることは、より緩やかな手段ではないと指摘している⁴²。しかし、マスク着用義務は新型コロナウイルス感染症対策として広く受け入れられている手段であり、かつ、小売業者が売場面積制限によって被る甚大な減収と比較するとマスク着用義務はそれほど重大な制約とは言えないことを考慮すると、2020年5月7日自由ハンザ都市ブレーメン上級行政裁判所決定（判例⑨）が示した一般論で割り切ってよいものかどうかはなお検討が必要だろう。

(2) ところで、すでに述べたように、ドイツにおいては、2020年4月15日、連邦首相と各州首相は、小売店について、①800平方メートル以下のすべての店舗、及び、②売場面積にかかわらず自動車販売店、自転車販売店、書店の営業再開を認めることに合意し、各州政府は、上記の合意を具体化するために命令を制定したが、その中には、800平方メートル以下のすべての店舗の営業再開を認める規定に加えて、書店、自動車販売店及び自転車販売店について売場面積規定の適用対象から除外する規定も含まれていた。本稿は、上記①に関する州命令の規定の憲法適合性についての判例を紹介したにすぎず、上記②に関する判例は取り上げていない。上記②に関する判例についてもすでに豊富な蓄積がある。その中には命令の関連規定を平等原則違反と判断したものもあり、注目に値する。例えば、バイエルン州上級行政裁判所は、2021年4月27日の決

41 Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 30. April 2020 – 5 Bs 64/20 –, juris, Rn. 44.

42 Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Beschluss vom 07. Mai 2020 – 1 B 129/20 –, juris, Rn. 30.

定⁴³において、大規模書店、大規模自動車販売店・自転車販売店とその他の大規模小売店との不平等取扱いは正当化されないと判断し、書店、自動車販売店及び自転車販売店について売場面積規定の適用対象から除外する規定を基本法3条1項に違反するとの結論に達した。上記②に関する判例については、別稿で紹介する予定である。

(3) すでに述べたように、2021年4月23日の緊急事態宣言発出を受けて、例えば、東京都においては、「1000平方メートル超の施設」に休業が要請されたが、「1000平方メートル超の施設」は、売場を区切り、1000平方メートル以下の売場を使って営業できる（すでに述べたように、ドイツの多くの州は、これを認めている。）というわけではなく、施設全体について全面的に休業することが要請されているようである⁴⁴。ドイツの判例を見ると、2020年4月28日ヘッセン州上級行政裁判所決定（判例⑥）は、800平方メートルへの売場面積制限が狭義

43 Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 27. April 2020 – 20 NE 20.793 –, juris.

44 このことは、「東京都緊急事態措置等に関する質問と回答」の「Q5：たとえば、大規模小売店などの『商業施設』は、1,000平方メートル超の施設と1,000平方メートル以下の施設で要請の内容が異なるが、施設の面積については、どのように考えればいいか」に対する回答において、「全売場で1,200平方メートル、食料品売場（＝生活必需品売場）が300平方メートルの場合、食料品売場を除いた床面積は900平方メートルとなり、基準の1,000平方メートル以下となるが、全フロアの床面積が対象となるため、この施設自体は休業要請等の対象となる。」と述べられていること（<https://www.bousai.metro.tokyo.lg.jp/1007617/1013657.html>）から推測される。なお、内閣官房新型コロナウイルス感染症対策推進室長が各都道府県知事に対して発出した令和2年4月13日付け事務連絡「使用の制限等の要請の対象となる施設に係る留意事項等について」（https://corona.go.jp/news/pdf/ikoukikan_taiou_20200413.pdf）の「2 床面積の判断となる建築物の範囲についての留意事項」において、「床面積（事務スペース等の売場面積以外も含む。）が全フロアで1200㎡、食料品フロアが300㎡の場合、食料品フロアを除いた床面積は900㎡となり、基準の1000㎡以下となるが、全フロアの床面積が対象となるため、この施設自体は施設使用制限の対象となる。ただし、この施設の食料品売場のみは施設使用制限の対象ではないため、食料品売場のみ開くことができる。」と述べられており、「東京都緊急事態措置等に関する質問と回答」が、この事務連絡を踏まえたものであることは明らかである。

の比例原則に合致する理由の一つとして、大規模百貨店は、少なくとも、売場面積のうち800平方メートルまでのフロアを使用することが許され、注文に応じて、商品を倉庫や他の売場から取り寄せ、顧客の出入りが許される800平方メートルの部分で販売することを妨げられていないので、全商品を販売することも可能であることを指摘している⁴⁵。また、2020年4月30日ハンブルク上級行政裁判所決定（判例⑦）も、売場面積制限が狭義の比例原則に合致する理由の一つとして、命令制定者が、大規模小売店についても、800平方メートル以下の売場に限定して开店することにより経済生活に關与することを可能する規制を行っていることを挙げている⁴⁶。筆者は、ドイツの關連する法制度及び判例を踏まえると、「1000平方メートル超の施設」が売場を区切り、1000平方メートル以下の売場を使って營業することを認めない（2021年4月25日から5月11日までの緊急事態措置の実施に際してこれを認めなかった）のは（狭義の）比例原則に反し違憲の疑いが強いと考えているが、ここでは問題の指摘にとどめておきたい⁴⁷。

45 Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 28. April 2020 – 8 B 1039/20.N –, juris, Rn. 53.

46 Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 30. April 2020 – 5 Bs 64/20 –, juris, Rn. 48.

47 他方において、2020年4月29日ザクセン・アンハルト州上級行政裁判所決定（判例⑤）は、区切り等による売場面積の縮小を認めない規定を適法であると判断している（Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 27. April 2020 – 3 R 52/20 –, juris, Rn. 45）。なお、2020年4月24日ザールラント上級行政裁判所決定（判例③）は、命令の關連規定について、申立人は、売場を区切ることによって、800平方メートルの限定された範囲において、離隔距離規定及び衛生規定を遵守しつつ店舗の營業を行うことができるとの解釈を示した（Rn. 19）ことも注目される。本稿では紹介しなかったが、2020年4月27日バイエルン州上級行政裁判所決定は、800平方メートルへ売場面積を縮小する可能性を認めないとする州の解釈を否定して、小売業者は売場面積を800平方メートルに縮小して營業することが許されるとの解釈を示しており（Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 27. April 2020 – 20 NE 20.793 –, juris, Rn. 40）、注目に値する。さらに、ジクマリンゲン行政裁判所は、2020年4月21日の決定において、2020年4月17日の文言におけるバーデン・ヴュルテンベルク州コロナ命令4条は、もともと800平方メートルを超える売

場面積を有する小売業者が800平方メートルを超える売場をこれ以外の売場から分離することによって公衆の往来に供して営業することを妨げるものではないとの解釈を示している（VG Sigmaringen, Beschluss vom 21. April 2020 - 14 K 1360/20 -, juris, Rn. 16）。上記の二つの判例及びこれに関連する他の判例の紹介も別の機会に行いたいと考えている。