

休業と補償

——コロナ危機下におけるドイツの判例の展開——

岡田 俊 幸

目次

- I はじめに
- II 判例の展開
- III 結びにかえて

I はじめに

コロナ・パンデミックは、世界中の国々において、経済活動に従事する企業や個人に甚大なる被害をもたらした。

しているが、ドイツもその例外ではない。新型コロナウイルス感染拡大を抑えるための対策として、小売店、飲食店、ホテル、劇場等に対して休業が命じられ、コンサートやスポーツ・イベント等の行事の開催が禁止され、事業者は多大なる経済的損失を被った。このような状況において、事業者に対して休業を命じる法規命令又は一般処分によって事業者が被った損失について事業者は国（州）に対する補償請求権を有するかどうかをめぐって学説において活発な議論が展開されており、また、すで

にいくつかの判決が下されている。日本においても、事業者に対する休業命令（要請・働きかけ）をするためには憲法上補償が必要かどうかをめぐって種々の議論がなされており、ドイツの学説・判例は日本における議論にとつて一つの有益な参考資料を提供するものであると考えられる。そこで、筆者は、ドイツの学説における議論状況を紹介・検討する作業は別の論文で行うことにして、まずは上記論点に関して判断を示したドイツの判例を紹介する論文を作成することにした^②。以下、ドイツの判例を時系列に沿って客観的・内在的に紹介する作業を行う^③（Ⅱ）。

Ⅱ 判例の展開

一 二〇二〇年四月二九日ハイルブロン地方裁判所判決
 (一) 二〇二〇年四月二九日ハイルブロン地方裁判所判決^④(判例①)は、補償請求権についてドイツで初めて判断を示した判例として極めて注目に値する。申立人は、フリーズア・サロン（理髪店・美容院。以下、「サロン」という。）の自営業者であり (Rn. 2)、いわゆるコロ

ナ・パンデミックの中で自己のサロンを休業したことによる損失の補償を求める仮処分を申立てをした (Rn. 1)。バーデン・ヴュルテンベルク州（相手方）が、SARS-CoV-2 ウイルス感染拡大を阻止するための感染防護措置に関する州政府命令（二〇二〇年三月二三日発効）において休業の基準を定め、これにより本件サロンは休業をしなければならなくなった。これ以降、申立人が経営するサロンは休業している (Rn. 3)。申立人は、二〇二〇年四月三日、ハイルブロン郡保健所に対して、二〇二〇年三月二三日以降における減収、社会保険料の支出、賃料に対する補償の支払いを求めた (Rn. 4)。保健所は、今日（二〇二〇年四月二九日）に至るまで、この要求に対して実質的に対応していない (Rn. 5)。申立人は、次のように主張した。申立人は、コロナ命令によってその営業活動を妨げられ、自己の店舗においてもはや営業することができず、これにより、生活の基盤を全体として奪われている。従つて、申立人は、金銭による補償を請求する権利を有する。仮処分の枠内において申立人には休業及び減収について一〇〇〇ユーロ（約一二五〇〇〇円）の支払いをあらかじめ請求することが認められる。

このことは、感染症予防法五六条四項の直接適用又は類推適用から生じる。同じ内容の補償請求権がバーデン・ヴュルテンベルク州警察法五条からも、また、収用類似の侵害又は収用的侵害の諸原則からも導出される。この要求についての緊急の必要性は、立法者が感染症予防法五六条一二項を「前払金」として構想していることから導出されるもので、必要性の具体的立証を要しない。状況は全体として存立を脅かすものである (Rn. 7)。

(二) ハイルブロン地方裁判所は、仮処分申立てを棄却した(主文)。同裁判所は、仮処分の申立ては適法であるが、理由がないと判断した (Rn. 17)。同裁判所は、感染症予防法五六条一二項は、たしかに前払請求権として構想されているが、個別の事情を考慮しない緊急性を含意するものではないこと (Rn. 23) を指摘した (同裁判所は、民事訴訟法九三五条の解釈等について説示しているが、この部分は紹介しない。) 上で、補償請求権について、次のように説示した。

(a) 感染症予防法五六条四項は、同法五六条「第一項に基づく措置の継続中に」休業している場合に限って適用される。同法五六条一項は、無症状病原体保有者、感

染の疑いのある者、罹患の疑いのある者その他病原体保有者を補償の対象者として挙げているが、原告は健康であつて、これらに含まれない。同法五六条の類推適用についても、法の継続形成による欠缺補充にとって不可欠の必要性を欠いている。何故なら、連邦及び州のレベルにおける自営業者に対する即時支援措置によって、企業及び事業者の経済的負担を緩和する大規模な「救済パッケージ」が実施されているからである (Rn. 25)。

(b) バーデン・ヴュルテンベルク州警察法五条も適用されない。何故なら、パンデミックに起因する侵害の事案については感染症予防法が完結的なものとして構想されており、感染症予防法は、特別法として、警察法上の一般的な補償規定を使うことを妨げるからである。加えて、同州警察法五条は、請求権の発生要件として(個別的)「措置」を求めているが、コロナ命令に基づく一般的な休業をこれに含めることは容易ではない (Rn. 26)。

(c) 収用的侵害、収用類似の侵害及び犠牲補償思想の諸原則を援用することも失敗に終わる。何故なら、これらの法形象の保護法益は基本法一四条の所有権保障であ

るが、本件においては、所有権侵害は存在しないからである。原告は、その中核において、自己の職業における逸失利益を主張しているが、これは確固たる所有権地位ではない。とくに、この法制度は、事業体が活動する一般的事実関係が不利益に変化しないことに対する保護を与えるものではない（Rn. 27）。

二 二〇二〇年七月九日ハノーファー地方裁判所判決

(一) 二〇二〇年四月二十九日ハイルブロン地方裁判所判決は極めて簡潔なものであり、理由付けも不十分なものであったが、二〇二〇年七月九日ハノーファー地方裁判所判決⁵⁾(判例②)は、補償請求権の解釈上の諸問題について立ち入った検討を加えており、非常に参考になる。事実の概要は、次のとおりである。ニーダーザクセン州(被告)は、二〇二〇年三月二十七日に、感染症予防法二八条一項一文及び二文と結び付いた同法三二条一文を根拠として、コロナ・パンデミックに際して社会的接触を制限する命令(以下、「社会的接触制限令」という)を制定した。同命令には期限が付されていた(一三条)。同命令五条は、レストラン、飲食店、軽食店等の事業者

に対して、テイクアウトを除いて営業を禁止した(Rn. 5)。被告は、二〇二〇年四月二日に、新たに社会的接触制限令を制定した。同命令は、第一次命令を二〇二〇年四月四日に廃止した(二三条)。第二次命令にも期限が付されていた(一三条)。同命令六条は、飲食業の事業者に対して、テイクアウトを除いて営業を禁止した(Rn. 3)。被告は、二〇二〇年四月七日に、第一次命令及び第二次命令と同じ内容の新たな社会的接触制限令を制定した(Rn. 4)。被告は、二〇二〇年四月一七日に、感染症予防法二八条一項一文及び二文と結び付いた同法三二条一文を根拠として、コロナウイルス新規感染を予防するための命令を制定した。同命令六条は、飲食業の事業者に対して、デリバリー及びテイクアウトを除いて営業を禁止した(Rn. 5)。被告は、二〇二〇年五月八日に、感染症予防法二八条一項一文及び二文と結び付いた同法三二条一文を根拠として、コロナ・パンデミック対策命令を制定した。同命令六条は、飲食業は、一定の感染予防及び衛生措置を遵守する場合に営業することが許されると定めた(Rn. 6)。原告は、上記の命令に基づいて、二〇二〇年三月二十八日から五月一〇日までの期間に

において完全に休業した。原告の従業員は短時間労働制に移行し、原告は、連邦及び州から合計二〇〇〇〇〇ユーロ（約二五〇〇〇〇〇円）のつなぎ支援金を受けた（Rn. 8）。原告の飲食業に関連する Covid-19 罹患事例も、また罹患又は感染の疑いの事例も発生していない（Rn. 9）。原告は、被告が講じた感染防護措置は住民の大規模感染を阻止するために必要であるから適法であると考えている。しかし、原告は、休業による売上及び利益の減少に対する補償請求権を有するとの見解を有している。原告によると、補償請求権は感染症予防法から（少なくともその準用により）導出される。さらに、原告は、少なくとも犠牲補償の見地から補償が必要であると述べた。原告は、行楽地のレストランを経営しており、その事業とこれと結び付いた顧客の特殊性のためにテイクアウトにしてもデリバリーにしても不可能であり、それ故、命じられた休業によって二〇二〇年五月一〇日までに五一八五九ユーロ七三セント（約六四八二四六六円）の損失が発生したと主張した（Rn. 10）。原告は、主位的に、被告は感染症予防法六五条一項一文により原告に補償する義務があることの確認を求め（Rn. 12）、予備的に、被告は、犠

牲補償の見地から原告に補償することが義務付けられることこの確認を求める訴えを提起し（Rn. 14）、さらに、一部請求の方法により、被告は原告に対して訴訟係属以降一〇〇〇〇ユーロ（約一二五〇〇〇〇円）を支払うよう命じる判決を求めた（Rn. 16）。
(ii) ハノーファー地方裁判所は、訴えを棄却した（主文）。同裁判所は、訴えは適法であるが、理由がないと判断した（Rn. 21）。その判断の内容は、次のとおりである。

(a) ハノーファー地方裁判所は、まず、原告は感染症予防法五六条一項に基づく支払請求権も、また同条一項に基づく支払請求権も有していないと説示する（Rn. 24）。
(i) 感染症予防法五六条一項に基づく補償請求権の要件は、請求者が、無症状病原体保有者、感染の疑いの者、罹患の疑いのある者、又はその他病原体保有者として従来の就労活動をすることを感染症予防法上禁止されたために減収を被ったことであるが、原告がこの人的範囲に含まれないことに争いはなく、感染症予防法五六条一項は適用されない（Rn. 25）。

(ii) 感染症予防法五六条一a項は、感染予防を理由として学校及び保育施設が閉鎖されたため、保育を必要とする子どもの親権者が就労することができないことにより発生する減収に対する補償請求権を付与しているが、本件においてこの要件が充足されていないことは明らかである (Rn. 26)。

(b) つぎに、ハノーファー地方裁判所は、感染症予防法六五条一項に基づいて補償を求める原告の請求権も存在しないと説示する (Rn. 27)。同裁判所は、この請求権の要件は、感染症予防法一六条及び一七条に基づく措置によって物件を滅失し、損傷し、若しくはその他の方法によりその価値を下落させ、又は取るに足らないものとは言えないその他の財産的不利益を発生させたことであると指摘した (Rn. 28) 上で、次のように説示した。

(i) 本件においてこの要件は充足されていない。請求権を根拠付ける措置は、感染症予防法一六条及び一七条に基づく措置に限られるが、被告の命令は感染症予防法二八条一項を根拠とするものであり、感染症予防法六五条一項は、この点では一義的な文言によって判断すると本件の事案には適用されな (Rn. 29)。Covid-19 感染

症は本件命令が発布された時点でドイツでもすでに蔓延しており、法的根拠として感染症予防法二八条一項が援用されたのは実際上の状況に対応している (Rn. 30)。

(ii) 感染症予防法一六条に基づく予防措置と感染症予防法二八条一項に基づく鎮圧措置は医学的には精密に分離することができず、防疫措置は同時にウイルス感染拡大の鎮圧に役立つ場合も多いのであるから感染症予防法六五条は拡大解釈されなければならないという反論は、文言、体系及び立法者意思にかんがみると通用しない (Rn. 32)。感染症予防法は、以前の連邦伝染病法と同じように、感染症予防措置と感染症鎮圧措置を区別している。この区別は、体系的には、感染症予防法第四章は感染症予防を対象としており、同法第五章は感染症鎮圧を規律している点に示されている。感染症予防法一六条は感染症予防措置についての一般条項であり、感染症予防法二八条一項は感染症鎮圧措置についての一般条項である (Rn. 33)。たしかに、感染症鎮圧措置が感染拡大も阻止することは確かである。しかし、立法者の考えによると、このことは、二つの概念の基本的区別に変更を加えるものではない。これによると、鎮圧措置には、感染

症、罹患の疑い、感染の疑い、無症状病原体保有者である疑いの発生したと結び付いた措置が含まれる。これらの事例については、もっぱら第五章が適用される。これに対して、予防措置は、感染症が発生することに関する措置であり、既に発生した疾病の蔓延阻止に関するものではない (Rn. 34)。このことから、感染症予防法一六条一項の法的根拠と感染症予防法二八条一項の法的根拠は排他的関係にあることが導かれる (Rn. 35)。

(c) さらに、ハノーファー地方裁判所は、感染症予防法五六条一項又は六五条一項の類推適用からも原告の支払請求権を導出することはできないと説示する (Rn. 37)。同裁判所は、まず、類推適用の要件について次のように説く。連邦通常裁判所の判決によると、類推適用は、「意図に反する欠缺」が法律において存在することを必要とする。この欠缺は、立法者が具体的な立法手続きにおいて基礎とした自己の規制意図から意識せずに逸脱したことから発生する。また、判断しなければならぬ事実関係が、法的観点から見ても、立法者が、援用されている規定を制定した際に依拠した原則と同じ原則に依拠して利益衡量をした場合に、同じ利益衡量結果に到達していた

と考えられる程度まで立法者が規制している事実と比較可能なものでなければならぬ (Rn. 38)。

そして、同裁判所は、一部の学説は、連邦伝染病法の立法者も、また感染症予防法の立法者も、法律上の請求権を設けるに際して、エピソードという枠組みにおける感染症予防法二八条に基づく集団的営業禁止に目を向けていなかったとの論拠によって意図に反する欠缺を肯定し、それ故、鎮圧措置に関係する非妨害者は感染防護措置の原因を作っておらず、必然的に被害者になっているのであるから、勿論解釈の方法により、鎮圧措置に関係する非妨害者に対しても、その財産的不利益の調整的補償を与えなければならぬと主張していると指摘した (Rn. 39) 上で、①立法者意思の歴史的考察も、また②最近の立法活動も意図に反する規制の欠缺を肯定することを妨げると説いている (Rn. 40)。その内容は次のとおりである。

(i) すでに一九六一年の連邦伝染病法は、第四章において規定されている感染病予防措置 (一〇条以下) と第五章において規定されている伝染病鎮圧措置 (三〇条以下) とを明確に区別していたが、今日、感染症予防法も

同じ区別をしている。加えて、一九六一年の連邦伝染病法は、伝染病鎮圧措置をさらに細分化しており、一定の関係者に対する防護措置（三四条から四二条まで）と公共（一般の人々）に対する措置（四三条）を区別していた（Rn. 41）。一九六一年の連邦伝染病法四三条によると、管轄官庁は、エピソードの形態において伝染病が発生したときは、伝染病の蔓延拡大を阻止するために必要な範囲において、比較的多くの人々の集まり、とくに劇場、映画館、集会所、遊園地、飲食店及びその他これに類する施設における行事、並びに市場、見本市、会議、祭り及びスポーツ行事の開催を制限又は禁止し、浴場を閉鎖することができた。立法者は、この種の措置が著しく制限的効果を有することを意識していた。しかし、立法者は、このような措置はエピソードの時期における緊急的事案について必要であると判断した。主催者又は施設保有者に加えて何人も規範の名宛人になる可能性がある。この規定は、義務を課せられる者をとくに挙げていない（Rn. 42）。一九六一年の連邦伝染病法は、二つのケースについて補償請求権を定めていた。一つは、官庁により就労活動が制限された無症状病原体保有者、

無症状病原体保有者である疑いのある者又は感染の疑いのある者に対するもの（四九条）であり、もう一つは、消毒により滅失又は損傷された物件の所有者に対するもの（五七条）である。立法者の考えによると、この補償規定は、排他的規定ではないが、法律上考慮される補償事例の最も重要なものを定めている（Rn. 43）。このことから、立法者の考えによると、連邦伝染病法四三条に基づいて公共（一般の人々）に対して講じられるエピソード鎮圧措置は補償義務を発生させないことが導き出される（Rn. 44）。何故なら、立法者は、連邦伝染病法四三条に基づく措置が著しく制限的効果を有することを認識し、さらに、この種の措置の射程範囲が無限に広がる可能性があり、関係人の数も非常に多数になることが予測されることから、算定できないほど多数の補償要求とこれに対応する見当のつかない国の財政的負担が考えられたであろうにもかかわらず、疑いもなく「最も重要な補償事例」に含まれる事案類型について補償請求権を定めなかったからである。明文の補償規定の欠如から、反対解釈により、立法者はこのような措置については補償を与えるつもりはなかったとの結論が導き出される

(Rn. 45)。

立法者は、一九七九年に連邦伝染病法四三条の規定を廃止した。何故なら、立法者は、連邦伝染病法三四条を改正して鎮圧措置に対する一般的授權規範を創設し、これまで連邦伝染病法四三条において列挙されていた公共（一般の人々）に対する防護措置はこの一般的規範を根拠とすることができるようになったからである (Rn. 46)。この規定によって補償請求権をそれまで連邦伝染病法四三条が定めていた事案類型にまで拡張しようとしたことを示す手掛かりは明らかではない。むしろ立法史は反対の論拠を提供している。何故なら、立法者は、一九七一年に、もともとの補償規定が州の著しい財政的負担をもたらしているほど極めて寛大であると考えたために、もともとの補償規定に制限を加えたからである。このような事情からすると、連邦立法者が、明示的に言及することなくもともとの規制意図から方向転換を行い、州財政に負担を課して補償規定を広範囲に拡張しようとした可能性は排除されなければならない (Rn. 47)。

(ii) 立法者が感染症予防法の導入によって補償規定を変更しようとしたことを示す手掛かりは明らかではない。

何故なら、感染症予防法五六条及び六五条は、大部分において伝染病法四九条及び五七条と一致しているからである。変更、とくに補償規定の拡大は行われておらず、立法者は、判例が発展させてきた一般的犠牲補償請求権を第一二章の補償規定に包括的に取り換え、一般的犠牲補償請求権に欠缺を補充する機能をもはや与えないことを出発点としている (Rn. 48)。

(iii) 感染症予防法に関する最近の立法者の活動も、意図に反する規制の欠缺を肯定することに反対の論拠となる。立法者は、コロナ・パンデミックがすでに進行している期間において、二〇二〇年三月二七日の法律によって感染症予防法五六条に、学校又は保育施設の閉鎖により被った減収を補填する新たな補償規定である a 項を補充した (Rn. 49)。この法律改正に先立って、二〇二〇年三月一六日に、感染症予防法に基づく命令による不利益の補償について検討した連邦議会調査局の調査報告書が提出されたが、調査局も、コロナウイルス対策命令に基づく居酒屋の休業について感染症予防法において補償請求権は定められていないとの結論に達した (Rn. 50)。従って、立法者は、感染症予防法五六条 a

項に基づく新たな補償請求権を創設するに際して、飲食業者の休業については伝染病法上の補償請求権は存在しないことを知っていた。加えて、この時点において、多くの経済部門における比較的長期で広範囲に及ぶ休業も予見できた。何故なら、例えば、バイエルン州において、二〇二〇年三月一八日から、行事の開催、飲食店の営業、さらに、多くの小売店の営業が広範囲に禁止されていたからである (Rn. 51)。立法者は、このような状況において、そして、このことを認識していたにもかかわらず、補償をしない事例を限定的な範囲に限って排除することと、疫病対策措置による休業について補償請求権を創設しなかったのであるから、意図に反する規制の欠缺が存すると解する手掛かりは存在しない (Rn. 52)。立法者は、一九六一年の伝染病法によって、問題になる補償事案の中の重要なものを定めようとした。公共（一般の人々）に対する極めて厳しい措置は、疫病の時期における緊急事例に限定されるものであるが、立法者は、このような措置には補償は必要ないと考えた。このような立法者の評価は、その後、感染症予防法が発効してからも変更されておらず、その結果、意図に反する規制の欠缺

がないため、感染症予防法五六条の類推適用も六五条の類推適用も考えられない (Rn. 53)。

(d) さらに、ハノーファー地方裁判所は、原告は、ニードーザクセン州警察法（以下、「州警察法」という。）八条と結び付いた八〇条による一般警察法に基づく支払請求権も有しないと説いている (Rn. 54)。同裁判所は、原告自身を発生源とするコロナ感染の疑いのある事例も、また原告のレストランを発生源とするコロナ感染の疑いのある事例も明らかにになっていないことと争いはないのであるから、原告が命じられた休業が、州警察法八条一項の意味における非妨害者として原告に向けられた「利用」であり、州警察法八〇条一項の要件に文言上は該当することは確かである (Rn. 55) が、しかし、危険防御法の特別法である感染症予防法が、州警察法の適用を阻止する規定を含んでいない場合に限り、州警察法八〇条に基づく請求権は検討の対象となること (Rn. 56) を指摘する。そして、同裁判所は、一九六一年の連邦伝染病法の立法者が同法の補償規定を全面的に完結的なものであると明記していないという伝染病法の立法者の意思を指摘しつつ、感染防護法の補償規定が一般警察

法に対する阻止効果を有する完結的なものであることを部分的に否定する学説もある (Rn. 57) が、しかし、州警察法八〇条の適用可能性に対する感染症予防法の阻止効果を肯定するためには、同法が考えられるあらゆる補償規定を含む完全に包括的な規定を含んでいる必要はなく、感染症予防法の諸規定が非妨害者の利用という関連する事案類型について完結的な規律を行っているということと十分である (Rn. 58) との解釈を示し、本件はこの場合に当たると判断した。判断の内容は次のとおりである。

感染症予防法は、六五条によって、感染症予防法一六条、一七条に基づく予防措置によって物件の価値低下又はその他の少なくとも財産的損失を被った非妨害者の補償についての特別の法律上の規定を設けた。立法者が、一定の事案類型について補償規定を設けた場合、立法者は、完全で欠缺のない規定、つまり、完結的規定を設けたと推定される。感染症予防法に基づく補償規定に異なる解釈を施すためには、すなわち、適法な利用についての非妨害者の補償について完結的に定めるのではなく、非妨害者のための一般警察法の補償規定によって補充し

ようとしているという趣旨に解釈するためには、これに相当する立法者の意思又は補償規定の限定的目的についての明白な手掛かりが存在しなければならぬ (Rn. 60)。しかし、こうした手掛かりは明らかではない。立法者は、感染症予防法において伝染病予防措置と伝染病鎮圧措置について内容的に分離独立した補償システムを定めた。感染症予防法は予防措置における非妨害者に対する補償を定めているが、かりに、この補償に加えて、一般警察法を根拠として鎮圧措置に対する補償請求権が付与されるとすると、このシステムにおける区別が失われることになる。立法者は、特別の規定によって、最も重要な補償請求権を定め、一般的犠牲補償請求権に欠缺を補充する機能を与えないことにしたのである。非妨害者の一般警察法上の補償請求権は、判例法上発展してきた一般的犠牲補償請求権の実定法上の具体化であると解することができるので、立法者の意思が明確に述べられていないことにかんがみると、感染症予防法の立法者が、自ら定めた伝染病予防措置の關係人に対する非妨害者補償に加えて、一般警察法を根拠とする伝染病鎮圧措置の關係人に対する非妨害者補償を許容しようとしていたと

考える手掛かりは存在しない (Rn. 61)。そうすると、感染症予防法の特別の規定の阻止効果の故に、州警察法八〇条一項に基づく原告の請求権は問題にならない (Rn. 62)。

(e) また、ハノーファー地方裁判所は、原告は収用的侵害に基づく支払請求権も有しないと判断する (Rn. 63)。連邦通常裁判所の確立した判例によると、それ自体として適法な高権的措置がほぼ非典型的で予見できない所有権侵害を関係人に直接的に発生させた場合において、関係人が法的又は実際上の理由からこの侵害を受忍しなければならぬが、この侵害が収用法上期待できる限界値を超えているときには、収用的侵害に基づく請求権は検討の対象となる (Rn. 64)。

(i) 被告による原告のレストランに対する休業命令は、基本法一四条の所有権保障の保護範囲の制約であると解する理由がある。本件のように開設され経営されている事業体に関係する措置においては、基本権の保護範囲は、獲得したもの（活動の成果）が影響を受けているのか、それとも、獲得すること（活動それ自体）が影響を受けているかによって決せられる。公権力の行為が個人の収

益及び業務遂行活動を制約している場合は、基本法一二条一項の保護範囲が影響を受ける。公権力の行為が既存の財産の保有及び利用を制約する場合は、基本法一四条の保護が問題になる。何故なら、すでに講じられた営業上の措置に基づいて従来の範囲において事業を継続する権利は、所有権によって保護されているからである。本件命令は、原告の既存の飲食店施設を利用することを禁止しているので、本件においては、基本法一四条の保護範囲が影響を受けている (Rn. 65)。しかし、原告に特別犠牲を課していることという他の要件が充足されていないので、この問題を最終的に解決する必要はない (Rn. 66)。

(ii) 調整義務のある特別犠牲が存するのは、所有権によって保護された法的地位に対する制約が存在し、これにより、関係人が所有者として過度に又は他人との関係において不平等に影響を受け、かつ、関係人が公共のため他の人には期待できない特別の犠牲を課せられた場合である (Rn. 67)。

まず、原告は個別の特別犠牲を課せられておらず、非常に広範な範囲の人々が休業措置によって影響を受けて

いたということを確認しなければならぬ。第一に、本件措置はすべての飲食業者に等しく影響を与えている。第二に、禁止は飲食業者のみならず、他の多くの職業部門にも適用される。従って、原告又はその職業集団のみが一面的に負担を課されているわけではない。この見方からしてすでに特別犠牲であると解することが否定される (Rn. 68)。これに対して、学説では、少なくとも、休業命令が関係人に対して具体的に存立を危険にさらす効果又は存立を否定する効果を有している場合については特別犠牲を肯定しなければならぬと主張されている。かりにこの見解に従ったとしても、本件では、特別犠牲は肯定されない。何故なら、原告は、自らが一時的な営業禁止によりその経済的存立において危険にさらされていることを立証していないからである。さらに、本件においては、原告が休業命令と内容的及び時間的に関連して休業の経済的影響を緩和するための国の支援を受けていることも考慮しなければならぬ。侵害の強度を評価する際にこのことも考慮に入れなければならない (Rn. 69)。

また、本件命令の適法性及び本件命令によって生じた

原告の法的地位に対する制約が比例原則に適合していることについて深刻な疑問はない (Rn. 70)。二〇二〇年四月七日の社会的接触制限令の形式的及び実質的適法性について判断したニーダーザクセン州上級行政裁判所判決 (OVG Lüneburg, Beschluss vom 16. April 2020 - 13 MN 67/20 -, Rn. 26 - 50, juris) に賛成する (ハノーファー地方裁判所は上記の判決を引用する (Rn. 71-95) が、同判決の引用部分については紹介しない)。連邦通常裁判所は、特別犠牲を審査する際に「公共の福祉と個人の利益の衝突の評価的考察」を求めている (vgl. BGH, Urteil vom 05. März 1981 - III ZR 9/80 -, BGHZ 80, 111-118, Rn. 22) が、この考察に際して、住民の生命及び身体的無瑕性を保護するための危険防衛という公共の福祉を指向する視点は、所有者としての原告の利益に優越する。このような事情の下では、攻撃されている一時的な営業禁止は、原告の所有権に対する比例原則に合致しない侵害又は期待できない侵害によって調整義務のある特別犠牲を原告に課すものであるとは言えない (Rn. 97)。

(iii) さらに、収用的侵害に基づく原告の請求権は、こ

の請求権は本件のような事案状況には適用されないという事情によっても認められない。この点について連邦通常裁判所は、収用的侵害は個別事案に関連する所有権侵害の事案に限り適用することができるものであり、大量に発生している損失を調整するのに適した制度ではないと説示した。連邦通常裁判所 (BGH, Urteil vom 10.12.1987 - III ZR 220/86 -, BGHZ 102, 350-368, Rn. 31-33 m.w.N.; BGH, Urteil vom 10. Februar 2005 - III ZR 330/04 -, Rn. 12, juris) によると、大量に発生している所有権制限について国に対する補償請求権又は調整的補償請求権を認めることは国家財政に対して広範な影響を与える可能性があり、これについては権力分立の原則及び民主制原理によると議会立法者の決定に留保されなければならないというのが、その理由である (Rn. 98)。学説においては、この論証は、法規命令や条例等の法律よりも下位の法設定行為には当てはまらないと主張されているが、当部はこの見解に従わない (Rn. 99)。公金の使用に関する基本的決定は議会の権限の核心であり、立法者の決定余地に与える影響にとつて、補償義務があるとされる国の行為の法形式は重要ではない。判例

法上展開されてきた収用的侵害の法制度は、形式的法律に含まれる又は形式的法律に基づく内容規定又は制限規定の一般的及び典型的効果を金銭的に埋め合わせるのに適合的な根拠を提供しない。何故なら、民事裁判所が調整的補償請求権を付与することは、結果として、高権的制約に係る法律に判例法によつて調整給付金に関する条項を補充することになるからである (Rn. 100)。

(f) 最後に、ハノーファー地方裁判所は、一般的犠牲補償請求権は、公権力による所有権の制約に対してではなく、非財産的法益に対する制約に対してのみ適用されること、本件命令は適法であるので、原告は、基本法三四条と結び付いた民法八三九条に基づく国家賠償請求も、また収用類似の侵害に基づく請求権も主張することはできないことを指摘した (Rn. 101)。

三 二〇二〇年一〇月一三日ベルリン地方裁判所判決 (一) ベルリン地方裁判所は、二〇二〇年一〇月一三日の判決⁷⁾において、ベルリンで飲食店を経営する者 (原告) がコロナ・パンデミックの中で命じられた自己の飲食店の休業によつて生じた損失についての金銭的補償を

ベルリン州（被告）に対して求めて提起した訴えを棄却した（主文）。被告は、二〇二〇年三月一日四日に、ベルリンにおける新型コロナウイルス感染拡大を阻止する措置に関する命令（以下、「本件命令」という。）を制定した。被告は、本件法規命令を發布する権限を感染症予防法三二条一項に求めている。被告は、本件命令二条において、映画館、劇場、コンサートホール、博物館その他これに類する施設、ダンス（Tanzlokalitäten）、見本市、展示会、特殊市場、ゲーム・センター、馬券売場その他これに類する事業、及び売春所は顧客の利用に供してはならないことを命じた。本件命令四条において、すべての公的及び民間スポーツ施設、プール、フィットネスマジジオにおけるスポーツ事業も禁止された。本件命令三条一項は、喫煙者飲食店の要件を充足する飲食店は顧客の利用に供してはならないと定めた。本件命令三条二項及び三項は、その他の飲食店及び路上飲食店について、一定の最小離隔距離を遵守する場合に限り、顧客の利用に供することが許されると定めた。当初は営業時間の短縮（六時から一八時まで）に限定されていたが、二〇二〇年三月二三日以降はすべての種類の飲食店の営

業が禁止された。営業禁止命令と同時に、料理と飲物をテイクアウトとデリバリーによって提供することが飲食店に許された。また、接触制限が命じられ、この制限により、何人も常に自己の住居に留まらなければならないとされた。二〇二〇年五月九日からは飲食店の営業再開が許可され、一定の離隔距離及び衛生規則の遵守が命じられた。原告は、二〇二〇年五月一日の書面において、被告に対して、二〇二〇年五月二二日までに補償金を支払うよう求めたが、被告はこれに応じなかった（Rn. 4）。原告は、飲食店営業の禁止は違法であると考え、収用類似の侵害として補償を受けると解した。原告は、妨害者ではなく、危険防御措置を原告に向けて講じることが許されなかったと主張した。原告は、まず、二〇二〇年三月だけで原告に概算で五三八二ユーロ（約六七二七七五〇円）の損失が発生したと主張し、さらに、現時点において、原告は、二〇二〇年二月の収入は二〇一九年三月の収入よりも三〇〇一五ユーロ四セント（約三七五一一八八〇円）減少し、二〇二〇年三月一日四日から三十一日までの期間に同程度の逸失利益が生じたと主張し、五〇〇一ユーロ（約六二五一二五円）の額の逸失

利益の補償を一部請求訴訟の方法で求めた。なお、原告は、即時支援金として一二五〇〇ユーロ（約一五六二五〇〇円）を受け取ったが、原告は、これは四月、五月及び六月について付与されたものであると考えている (Rn. 5)。

(ii) ベルリン地方裁判所は、原告は被告に対する補償請求権を有しないとして訴えを棄却した (Rn. 18)。

(a) ベルリン地方裁判所は、まず、原告は、職務義務違反による民法八三九条に基づく請求権を有しないと説いている。原告は、公共（一般の人々）の一部として、公共（一般の人々）に向けられた規制に関係しているのであって、被告との関係において、法的意味において具体的な第三者関係性を有しないのであるから、本件命令は、民法八三九条及びそれに関する賠償義務の適用範囲に含まれない (Rn. 19)。

(b) つぎに、ベルリン地方裁判所は、原告が受けた営業制限は適法であるから、原告はいわゆる収用類似の侵害に基づく請求権を有しないと説示した (Rn. 20)。原告は、飲食店営業の禁止は違法であると主張しており、同裁判所は、休業命令の適法性について詳しく検討して

いる (Rn. 21-29) が、本稿においては、この部分の紹介はしない。

(c) さらに、ベルリン地方裁判所は、原告は感染症予防法五六条の直接適用又は準用による請求権を有しないと説いている。原告は、罹患者又は罹患の疑いがある者として扱われているわけではないので、感染症予防法五六条の直接適用及び準用は問題とならない。休業の根拠は、原告が他人を感染させる可能性のあるという危険が、原告から、とくにその健康状態それ自体から発生しているという意味の危険ではない (Rn. 30)。

(d) 加えて、ベルリン地方裁判所は、原告は感染症予防法六五条の直接適用又は準用による請求権を有しないと判断を示した (Rn. 31)。判断の内容は、次のとおりである。

(i) 原告が、非妨害者として、もっぱら予防的な措置の対象とされていること、及び、感染症予防法は特定の予防措置について補償を規定していることは認められる (Rn. 33)。しかし、これに関連する類推は個別的措施に限定される。例えば、現在のパンデミックの継続中に、原告の飲食店に感染源が存在することを疑うに足る根拠

があるという理由で個別的措置によって原告の飲食店の営業が禁止された場合、原告が、感染症予防法六五条に基づき補償を請求できることに疑問の余地はない。さらに、これは、原告の飲食店において原告の責めに帰すべき事由なく感染源が存在しており、休業によってその根絶の成果を上げることができるとも当てはまる(Rn. 34)。しかし、原告の飲食店の閉鎖は、原告の飲食店の個別的外形事象に起因する個別的措置ではなく、むしろ、すべての飲食店に対して講じられた全国的規模の措置であるから、感染症予防法六五条の適用又は準用に基づく原告の請求権は認められない。当部は、立法者は、多かれ少なかれ一般的に適用されるものとして全国的規模で講じられた防疫措置から発生した不利益についての補償請求権は存在しないものとする意図を有していたことを前提としている。ハノーファー地方裁判所が二〇二〇年七月九日の判決において行ったこれに関する認定に付け加えるものはない(Rn. 35)。

当部は、開設され経営されている事業体に対する権利は所有権及び基本法一四条の所有権保障に匹敵するものであるから、このことは基本法一四条の規定によって判断されなければならないとする原告の見解に賛成する。争いの対象となっていない営業禁止が争いの対象となっている飲食店の継続的禁止に向けられている場合又はこれに帰着する場合、開店禁止を補償が義務付けられる収用的侵害と解さなければならぬことに疑問の余地はない。もつとも、このような観点から義務を負う補償は、逸失利益の調整的補償ではなく、むしろ、事業体の剥奪による事実上の収用に対する補償に向けられており、争いの対象となっていない事業体の価値を基準としなければならぬと言つてよい。何故なら、基本法一四条によって、事業体それ自体がその存立の点において保護されているにすぎず、具体的な売上及び利益の見込みが保護されているわけではないからである(Rn. 36)。しかし、原告が原告の事業体の経営の可能性をたんに一時的である以上に剥奪されたことを示す手がかりは存在しないので、この点をさらに深く検討する必要はない(Rn. 36)。

(iii) 原告は、営業制限によって、期待できない特別様

性を課されているわけではない。この範囲においてはとくに次の観点が重要であるように思われる。それは、ある措置について、非妨害者が、かりに自らが妨害者であつたときは有することになる補償請求権を有しない場合に限っては、このことが基本法によって保護された地位と両立することは困難であろうという観点である（Rn. 38）。

そうすると、原告が、その人に原因のある事情の故にその就労活動を行うことを禁止された就労者であつた場合と基本的に同じように実際的にその事業活動を妨げられたことに注目すべきであると言ってよい。それ故、当該裁判所は、企業も、①住民に向けられた禁止の効果が当該企業にとつて、その事業活動の遂行を妨げられるように実際的に作用し、かつ、②このことが、当該企業にとつて、もはや期待できない特別犠牲と評価される場合には、感染症予防法五六条に基づいて妨害者として補償を受ける就労者と同じように補償を受けるとの見解を有する。当該裁判所は、企業が、もともと第三者に向けられた措置により、その事業活動の遂行が完全に妨げられた場合、当該企業に対して、感染症予防法五六条二項三文

が規定する範囲において保障しなければならないとすることは、公庫に過度の負担を課すものではないとの見解に達した（Rn. 39）。

ある企業についてもはや受忍できない特別犠牲がある」と認められるための要件は、個別事案の個別的な事情に左右されるものであり、本判決の枠内において、すべての個別事案についてこれを具体化する必要はない。当該裁判所は、本件の事情によると、期待できない特別犠牲が原告に課されているわけではないという見解を有しているが、このことのみが重要である。原告は、経営者として、外的状況によつて一時的にその営業活動を完全に妨げられることに対応しなければならぬのであり、このことを受忍しなければならない。このことは、原則として、一般的な生活リスク及び企業リスクの現れである。この点に関しては、本件の事情においては、客観的に合理的に思考するあらゆる人は本年（二〇二〇年）三月後半期において自発的に飲食店に行くことはないのであり、原告はそもそも売上を得ることはできなかったはずであるとの被告の反論は重要である（Rn. 40）。少なくとも、二〇二〇年三月一四日又は二三日に飲食店の営業が完全

に禁止されてから、二〇二〇年五月九日以降に限定的な営業が可能になるまでの期間が、もはや受忍でない特別犠牲と評価することができるとは長きにわたるものであると評価することはできない。すべての企業に一律に与えられる補償であることにかんがみると、このことはなおさら当てはまる。少なくとも原告の具体的状況との関係においては当該損害を期待できない特別犠牲として現れさせる特別の事情が原告に存在することを示す手がかりは主張されていないし、明らかでもない。念のためには、当裁判所は、二〇二〇年五月九日から命じられている飲食業者に対する営業制限は、これが二〇二一年まで続いたとしても、通常の場合、期待できない特別犠牲を根拠付けるものではなく、また、このことは、現在の営業制限と一時的な全面的営業停止の組み合わせについても当てはまるとの見解を有している (Rn. 41)。

(e) 最後に、ベルリン地方裁判所は、ベルリンにおける公共の安全及び秩序を保護するための一般的法律五九条の直接適用又は準用に基づく請求権も有しないと判断した (Rn. 42)。

四 二〇二〇年十一月五日シュトゥットガルト地方裁判所判決

(一) シュトゥットガルト地方裁判所は、二〇二〇年十一月五日の判決^⑧において、休業によって被った減収、休業中の社会保障費及び家賃についての補償を求める訴えを棄却した (主文)。本件の事実の概要は、次のとおりである。原告は、ヨガスタジオを経営する自営業者であり (Rn. 2)、一部請求訴訟の方法によりコロナ・パンデミックに関連してバーデン・ヴュルテンベルク州 (被告) が命じた休業を理由とする補償を求めた (Rn. 1)。被告は、二〇二〇年二月十六日に、SARS-CoV-2 ウイルス感染拡大を阻止するための感染防護措置に関する州政府命令 (以下、「コロナ命令」という。) を制定した。このコロナ命令は何度も改正され、二〇二〇年五月一日に失効し、新しいコロナ命令が発効している。(Rn. 3)。改正前コロナ命令四条一二号に基づいて、公的及び民間のスポーツ施設及び競技場、とくにフィットネスタジオ、並びにダンス教室その他類似の施設の休業が命じられた。さらに、レストラン、カフェ、小売店なども閉鎖された (Rn. 4-6)。原告は、二〇二〇年二月一八日から

自己のスタジオの営業を完全に中止しなければならなかった。原告は、二〇二〇年三月三十一日からは通信コースを提供している（Rn. 7）。原告は、二〇二〇年四月に九〇〇〇ユーロ（約一二五〇〇〇円）の即時支援金の支払いを受けた（Rn. 9）。原告は、二〇二〇年三月一日から二〇二〇年六月一日までの自己のスタジオの休業に対する補償を求めた（Rn. 10）。原告の主張によると、原告の事業活動からの収入は、二〇二〇年三月は二五三六ユーロ七五セント（約三二七〇九四円）、四月は一九四九ユーロ四セント（約二四三六三〇円）、五月は二二二二ユーロ九三セント（約二七八六六三円）である。二〇二〇年三月の収入の大部分は三月一七日までの期間における収入（二四四四ユーロ三一セント（約三〇五五三九円））であり、二〇二〇年三月の残りの期間の収入は、オンライン・コースの予約について収入である九二・四四ユーロ（約一一五五五円）にすぎない。二〇二〇年三月より前の六月間において、原告のスタジオは、事業活動から合計三四三六ユーロ二九セント（約四二九五七八六円）、月平均五七二七ユーロ七二セント（約七一五九六五円）の収入を得ていた。二〇二〇年

三月より前の三月間において、原告のスタジオは、事業活動から合計一七五六ユーロ三四セント（約二一九五五四三円）、月平均五八五四ユーロ七三セント（約七三二八四一円）の収入を得ていた（Rn. 11）。原告は、社会保障費（健康保険、介護保険、年金保険）として、二〇二〇年三月から五月までの期間に月額七五〇ユーロ五二セント（約九三八一五円）を支出した。スタジオ用の部屋の家賃及び諸経費（管理費・共益費）は税抜き一五七五ユーロ八二セント（約一九六九七八円）であった（Rn. 12）。それ故、本件訴えにより、休業期間について、一月当たりの減収一二七ユーロ四五セント（約一七二八一円）、社会保障費月額七五〇ユーロ五二セント（約九三八一五円）、家賃月額税抜き一五七五ユーロ八二セント（約一九六九七八円）の額を主張した（Rn. 13 f.）。原告は、本件においては、差し当たり、三〇〇〇ユーロ（約三七五〇〇〇円）の額を主張した（Rn. 15）。

(二) シュトゥットガルト地方裁判所は、本件訴えは理由がないと判断した（Rn. 23）。同裁判所は、原告は被告に対する補償請求権を有しないと判断した（Rn. 24）

が、その理由は、次のとおりである。

(a) まず、シウトウツトガルト地方裁判所は、原告は、本件において、ヨガスタジオの保有者として、コロナ命令に基づき出された休業命令に關係しており、感染症予防法五六条一項の意味における請求権者に含まれないので、感染症予防法五六条一項を援用できないと説示した (Rn. 25)。原告は、コロナ命令に關係するヨガスタジオ経営者として、「一律に」感染症予防法二条七号の意味における「感染の疑いがある者」に当たると見なければならず、その限りにおいて請求権を有すると主張するが、この見解に従うことはできない (Rn. 29)。原告は、原告が二〇二〇年三月以降に感染者と接触した十分な蓋然性があることを示す根拠を述べておらず、このことは明らかではない。また、原告は、感染症予防法二条七号の意味における「感染の疑いがある者」として、改正前のコロナ命令に基づく休業命令に關係しているわけではない。また、スポーツ・スタジオ、飲食店、小売店の販売所等が活発な人の往来の可能性を開き、活発な人の往来を維持し、それ故、コロナウイルス感染拡大に寄与してしまうことになるという理由で關係している (Rn. 30)。

(b) つぎに、シウトウツトガルト地方裁判所は、感染症予防法五六条一項の類推適用によっても原告に請求権は与えられないと説示した (Rn. 34)。

(i) 類推適用は「意図に反する規制の欠缺」を必要とするところ、一般警察法の規定、例えば、バーデン・ヴュルテンベルク州警察法五五条に目を向けると、本件においては、規制の欠缺を前提とすることはできない。感染症予防法は、特別警察法として、一般警察法との關係において特別法である (Rn. 35)。

(ii) かりに感染症予防法が、一般警察法との關係において完結的であり、特別法であるとは考えないとしても、「意図に反する」規制の欠缺を議論の出発点とすることはできない。立法者は、むしろ、感染症予防法六五条及び五六条一a項の規定が示しているように、感染症予防法五六条一項において非妨害者に対する規制が存在しないことを認識しつつも、それにもかかわらず、パンデミックにかんがみて、局所的な補償の付与を維持し、請求権の範囲をまさに拡大しないとの決定を下したのである (Rn. 36)。

(c) また、シウトウツトガルト地方裁判所は、本件に

において休業は感染症予防法二八条一項一文及び二文、三一条を根拠とする改正前コロナ命令によって命じられたものであり、感染症予防法一六条、一七条に基づいて命じられたものではないから、本件においては感染症予防法六五条の要件を充たしていないこと、同条の類推適用についても意図に反する規制の欠缺が欠けていることを指摘し (Rn. 38)、原告は感染症予防法六五条一項 (類推適用) に基づく請求権も有しないと判断した (Rn. 31)。

(d) さらに、シュトゥットガルト地方裁判所は、バーデン・ヴュルテンベルク州警察法五五条に基づく請求権も有しないと判断した (Rn. 39)。

(i) たしかに、州警察法は、いわゆる非妨害者に対する措置を定め (九条)、五五条において補償規定を含んでいる。しかし、一般警察法の適用は、感染症予防法におけるより特殊な規定に基づいて阻止される。特別法の優位は、特別法である感染症予防法の規定が一般警察法の規定 (州警察法五五条) よりも不利であるという理由で免れることはできない。何故なら、すでに述べたところであるが、感染症予防法六五条及び五六条一 a 項の規定が示しているように、立法者は、感染症予防法五六

条一項において非妨害者に対する規定が欠けていることを認識しつつも、それにもかかわらず、局所的な補償の付与のコンセプトを維持し、請求権の範囲を拡大しないとの決定を下したからである (Rn. 40)。

(ii) かりに、感染症予防法を一般警察法に対する特別法であると解さないとしても、州警察法五五条に基づく請求権は発生しない。本件で争いの対象となっているコロナ命令に基づく休業は、いわゆる「何人にも向けられた措置 (Jedermann-Maßnahme)」であって、この措置においては、州警察法九条、五五条の意味における「非妨害者の利用」は存在しない (Rn. 41)。何人とは、警察法学説においては、妨害者としても、また非妨害者若しくは非関与の第三者としても用いられなかった人、又は、警察的措置によって負担を課せられた人であると解されている。「何人にも向けられた措置」が存在するのは、多数の非関与者が警察的措置に意図的に又は意図せずに関係しており、たしかにこの関係人は警察的措置によって負担を課せられているが、関係する人的範囲が、個々の関係人が当該措置により一般の人々とはほとんど異なる影響を受けているほど広い場合である (Rn.

42)。本件は、このような場合である。コロナ命令に基づき休業には、飲食店経営者、商店主、スポーツ施設の経営者など全国の多数の事業者が関係しており、この結果、関係する人の範囲は広く、原告も、また他の関係人も、一般の人々とほとんど異ならない影響を受けている。原告は、他の事業者には期待されない負担を受忍する必要はなく、不平等処遇は存在しない。一般の人々と比べて特別の利害関係性は存在しないので、原告に課された特別犠牲は存在しない。特別犠牲が存在していないので、いわゆる「何人にも向けられた措置」においては、州警察法五五条の類推適用に基づく補償請求権は検討の対象とならない。何故なら、州警察法五五条は、非妨害者に対して公共のために課せられた特別犠牲を調整しようとするものだからである (Rn. 43)。

のように説く。いわゆる「何人にも向けられた措置」に關係する人に対して補償請求権が与えられるのは、せいぜいのところ、關係人が、自己の責任に帰せられない特別の事情に基づいて、当該措置の關係人の通常かつ典型的な侵害の程度を明らかに上回り、これによって犠牲限度を超え、一般の人と比べて特別犠牲を課せられた場合であるが、本件はこのような場合ではない。休業は、多数の人又は事業者に關係している。原告の状況は、他の事業主における類似の状況と異なるものではなく、事業主は、休業命令によって同じように影響を受けている。關係する企業はすべてその営業を停止しなければならぬ。加えて、原告は月額一三七ユーロ四五セント（約一七一一円）の減収を主張しているにすぎないことにかんがみると、具体的事案において存立を脅かす効果が生じていることを議論の出発点とすることはできない。この点においても特別犠牲は存在しない (Rn. 46)。

(e) 加えて、シュトゥットガルト地方裁判所は、原告は、収用的侵害及び収用類似の侵害を理由とする請求権も、一般的補償請求権を根拠とする請求権も有しないと説示した (Rn. 44)。同裁判所は、感染症予防法の「阻止効果」が妨げになるのに加えて、「特別犠牲」が存在しないことを指摘している (Rn. 45)。同裁判所は、次

(f) 最後に、シュトゥットガルト地方裁判所は、基本法三四条と結び付いた民法八三九条に基づく職務責任請求権も検討の対象にならないと説示した (Rn. 50)。公権力は、原告との関係において職務義務に反しておらず、

立法者又は命令制定者の瑕疵ある行為を理由とする職務責任請求権は考えられない。法律及び命令は一般的及び抽象的ルールを含むものであつて、立法者又は命令制定者は、作為又は不作為において、通常の場合は、もっぱら一般の人々との関係における任務を有するのであつて、民法八三九条一項一文の意味における「第三者」としての特定の人又は集団との関係において任務を有するのではない。例外的に、例えば、いわゆる措置法又は個別法の場合は別の事情が問題になり、特定の人への利害が直接に影響を受ける可能性があり、特定の人を第三者と解することができる場合もあるが、本件はこのような場合ではない（Rn. 51）。

五 二〇二〇年一月二〇日ハノーファー地方裁判所

判決

(一) ハノーファー地方裁判所（民事第八部）は、二〇二〇年七月九日の判決（判例②）において、補償請求権に関連する解釈上の諸問題についての立ち入った検討を含む極めて興味深い判断を示したが、二〇二〇年一月二〇日の判決（判例⑤）において、二〇二〇年七

月九日の判決（判例②）が扱わなかった解釈上の諸問題を詳しく検討しており、注目に値する。本件の事実の概要は、次のとおりである。ニーダーザクセン州（被告）は、二〇二〇年三月二七日に、コロナウイルス新規感染を予防するための（期限付きの）命令を制定した。同命令は、すべての人を対象とする接触禁止（二条、三条）及び飲食業の営業禁止（五条）を定めていた。同命令は、ホテル、映画館、歯科医院及びエスケープ・ルームについては類似の規定を含んでいなかった（Rn. 6）。その後、被告は、二〇二〇年四月一七日に、コロナウイルス新規感染を予防するための命令を制定した。同命令によって、すべての人は、同じ世帯に所属する人ではない他人との身体的接触を絶対に必要な最小限に縮減しなければならないとされた（一条一項）。また、映画館を顧客に利用させることが禁止され、また、顧客に対する余暇活動の提供も禁止された（一条三項三号）。ホテル事業者は、観光目的の人を宿泊させることを禁止された（一条四項）。緊急に必要な歯の治療は許される（三条三項）。飲食業者は、料理及び飲料水のデリバリーとテイクアウトのみが許された（六条一項）。上記の諸規定は、同命令

一三条一文により、二〇二〇年四月二〇日に発効し、二〇二〇年六月五日の経過をもって失効するとされた (Rn. 3)。原告らは、いわゆる第一次ロックダウンの間に、一部請求訴訟の方法により主張している一〇〇〇〇ユーロ (約一二五〇〇〇〇円) の数倍に達する損失を被つたと主張した (Rn. 5)。原告1)は、複数のホールを有するマルチプレックスの映画館 (二二三席) をハノーファーにおいて経営している。原告2)は、複数のホールを有するマルチプレックスの映画館 (一七八九席) をブラウンシュヴァイクにおいて経営している。両者は、賃料だけで各自月額一〇〇〇〇〇ユーロ (約一二五〇〇〇〇円) 以上を支出しなければならないと主張した。両者は、二〇二〇年四月一七日以降、映画館を営業することができない (Rn. 6)。原告3)ないし8)は、ニーダーザクセン州においてホテルを経営している者であるが、本件命令によって許されたビジネス客のみを対象としてホテルを開けることは休業よりも経済的不利益をもたらすものであるため、本件命令によって自己のホテルを完全に休業することを余儀なくさせられたと主張した。これにより、利用しないのに支出された事業経費

(月額)は、一〇〇〇〇ユーロ (約一二五〇〇〇円) の数倍に達するもので、四〇〇〇〇ユーロ (約五〇〇〇〇〇円)。二〇二〇年四月における原告7)の金額)から一六〇〇〇ユーロ (約二〇〇〇〇円)。二〇二〇年四月における原告5)の金額)までの間の金額である (Rn. 7)。原告9)は、ハノーファーにおいて歯科医院を経営している者であるが、本件命令により一〇〇〇〇ユーロ (約一二五〇〇〇円) の減収があつたと主張した (Rn. 8)。原告9)は、テイクアウトもできる軽食堂をハノーファー市中心部において経営する者であるが、本件命令により、一〇〇〇〇ユーロ (約一二五〇〇〇円) の数倍にも及ぶ利用しないのに支出する事業経費を負担することになり、テイクアウトだけではこれを回収することはほとんどできないと主張した (Rn. 9)。原告11)ないし13)は、いわゆるエスケープ・ルームの経営者であるが、本件命令によりエスケープ・ルームを完全に休業させられ、毎月一〇〇〇〇ユーロ (約一二五〇〇〇円) を大幅に上回る減収を被つたと主張した (Rn. 10)。原告3)、原告4)、原告6)、原告7)、原告11)及び原告13)は、休業の経済的影響を緩和するため

の国の支援を受けている (Rn. 11)。原告9)の一部請求訴訟は、被告の感染症防護措置によって発生したすべての減収の調整を目的とするものであり (Rn. 12)、残余の原告らの一部請求訴訟は、被告の感染症防護措置によって発生した無駄な事業経費の支出の補填を目的とするものである (Rn. 13)。原告らは、感染症防護のため に講じられた被告の措置は合法であるが、この制約について憲法上の理由から金銭的調整がされなければならぬと主張した。原告らは、コロナ・パンデミックに起因する休業又は営業制限の経済的影響は、多くの事業者に対する国に助成措置にもかかわらず、「存立にかかわる緊急事態」を意味すると指摘した (Rn. 14)。原告らは、次のように主張した。必要な憲法適合的解釈によっても、感染症予防法は、現時点において、感染防護措置によって被った金銭的不利益に対する調整的補償請求権を妨げていることが明らかになったのであるから、その範囲において同法は違憲である。基本法一二条及び基本法一四 条は、重大な制約に対する代償として適切な金銭的補償を求めている。何故なら、たとえ短期間であっても休業を補償なしに受忍することは、利益衡量をした場合、原

告らにとって期待可能なものではないからである。所有権の私的利用の全部又は一部が、たとえ一時的であったとしても剥奪される場合には、憲法上の調整的補償請求権が発生する (Rn. 15)。このような補償が立法者によって規律されなければならない。その際に、完全な損害賠償を定めなければならないわけではないが、倒産を回避するために、事業費の補填と事業主の相当な補償 (Vergütung) を定めなければならない。このことは、公財政にとつての著しい負担をもたらすが、基本権が無料のものはない以上、選択したパンデミック鎮圧戦略の対価である、と (Rn. 16)。原告らは、一部請求訴訟の方法により (Rn. 17)、被告に対し、各自に利息を含めて一〇〇〇〇ユーロ (約一二五〇〇〇〇円) を支払うことを求め (Rn. 18)、予備的に (Rn. 19)、手続きを中止し、感染症予防法が、同法三一条、五六条、六五条の適用を受けない人及び事業者に対する休業及び活動禁止の命令について相当の補償を定めていない範囲において、基本法一二条及び一四条に合致するかどうかの問題についての判断を求めるために連邦憲法裁判所に移送することを求めた (Rn. 20)。

(二) ハノーファー地方裁判所は訴えを棄却した(主文)。同裁判所は、原告10の訴えは、十分に根拠のある主張を欠くために棄却されなければならないと指摘した(Rn. 32) 後、残余の原告らの訴えについては、各請求権の要件が充足されていないために棄却すると判断した(Rn. 33)。同裁判所は、①原告らは、感染症予防法五六条一項に基づく支払請求権もまた同条一a項に基づく支払請求権も有しないこと(Rn. 35-37)、②原告らは、感染症予防法六五条一項に基づく補償請求権を有しないこと(Rn. 38-48)、③原告らは、感染症予防法五六条及び六五条において定められた補償規定の類推適用に基づく支払請求権を有しないこと(Rn. 49-66)、④原告らは、一般警察法に基づく支払請求権を有しないこと(Rn. 67-75)、⑤原告らは、「収用的侵害」の法制度に基づく支払請求権を有しないこと(Rn. 76-111)、並びに、⑥一般的特別犠牲請求権も、また基本法三四条と結び付いた民法八三九条に基づく職務責任請求権も、さらには収用類似の侵害に基づく請求権も検討の対象にはならないこと(Rn. 112)を論じている。この部分は二〇二〇年七月九日判決(判例②)とほとんど同じ内容であるので、

この部分の紹介はしない。

ハノーファー地方裁判所は予備的申立ても理由がないと判断した(Rn. 113)。同裁判所は、基本法一〇〇条一項に基づいて連邦憲法裁判所の判断を求めるために手続きを中止することは適切ではないと考えた。何故なら、同裁判所は、感染症予防法を解釈する際に、同法から帰結される訴えの棄却が違憲の結果であるとの評価に至らなかったからである。感染症予防法上の活動制限による金銭的不利益の金銭的調整を命じる憲法規範は存在しない(Rn. 114)。同裁判所は、原告の見解によっても、職務義務違反を定める基本法三四条及び補償を定める基本法一四三条三項は本件に適用されないことを指摘した(Rn. 115) 後、「調整義務のある内容・制限規定」(a)と平等原則違反(b)について詳しく論じている。

(a) まず、ハノーファー地方裁判所は、原告に課せられた感染症予防法上の行動制限を金銭的に調整しなければならぬとする憲法要請は、適法な基本権制約であっても、それが補償なしに受忍しなければならない社会的拘束を超えるものであり、憲法によって根拠付けられる調整請求権を定立するほど強度である場合もあり得ると

いう「調整義務のある社会的拘束という考え」からも導出されないと説いている (Rn. 117)。同裁判所は、「調整義務のある内容・制限規定」の内容を説明した (i) 上で、「調整義務のある内容・制限規定」の制度・道具は本件に適用されないことを詳しく論じている (ii)。さらに、同裁判所は、かりに「調整義務のある内容・制限規定」が本件に適用されると仮定しても、本件においては調整義務のある内容・制限規定の該当性を肯定できないと論じている (iii)。その内容は、次のとおりである。

(i) 「調整義務のある社会的拘束という考え」は、特別犠牲請求権の憲法上の発現形態であると理解することができるが、この考えは、傍論としてではあるが、連邦伝染病法の補償規定に関する連邦憲法裁判所の判例において見出される。連邦憲法裁判所は、一九八一年四月二九日の決定 (BVerfGE 57, 107 (117)) において、感染の疑いのある者に対する活動禁止は、基本法一二条一項の基本権に―存立を危険にさらす長期的な措置の場合には、基本法一四条一項にも―抵触する可能性があることと、さらに、場合によっては、関係人に補償を与える場合に限り比例原則に反しないのであり、補償は立法者の

自由な判断に委ねられるものではないことを述べている (Rn. 118)。基本法一四条の領域における調整義務のある内容・制限規定の法制度は憲法上認められている。これにより連邦憲法裁判所は、同裁判所が採用している狭い収用概念から帰結される保障の欠損を取り除くために、憲法の文言を超えて、基本法一四条一項二文の枠内において調整的補償請求権を肯定した (Rn. 119)。このような調整義務のある内容・制限規定が存在するのは、所有権規制によって追求されている公共の福祉の目的が当該規制を原理的に正当化するが、当該規制が例外的に、つまり個別事案において期待できない所有者の負担を発生させる場合である。このような過酷事例を考慮しようとする、立法者は、制約を埋め合わせるために、経過規定、例外規定及び免除規定によって関係人の過度の負担を阻止することができない限りにおいて、金銭的調整規定を規定しなければならない (Rn. 120)。立法者は、基本法一四条一項二文の意味における所有権の内容及び制限を規定する際に、所有者の保護に対する利益と公共の福祉の利益を適正に調整し、均衡のとれた関係になるようにしなければならない。その際に、立法者は、他の憲

法規範にも適合させなければならず、とくに比例原則と基本法三条一項の平等条項に拘束される (Rn. 121)。その際、立法者の規制権限の範囲は、所有権の客体がどのような程度において社会的関連性と社会的機能を有しているのか、所有権がどのような範囲において財産法上の領域において各人の個人的自由を確保するものであるのか、及び、どのような範囲において所有者が所有権の剥奪を正当化する原因に責任を負っているか、又は少なくとも所有者にその原因を帰責させることができるかによって左右される (Rn. 122)。その際に、所有権保障の核心領域を空洞化させてはならない。この核心領域には私的利用と所有物に対する原則的処分権限が含まれる (Rn. 123)。ただし、所有権保障によって保護される法的地位を経過規定も補償もなく完全に排除することも適法であり得る。何故なら、制約が許される程度は対抗する公益の重要性に左右されるからである。最後に、立法者の形成の余地は、経済的及び社会的関係によっても決定される (Rn. 124)。

(ii) 以上のような「調整義務のある内容・制限規定」の道具は、本件には適用されない (Rn. 125)。国家責任

法は、判例法によって形成された請求権によって構成されるもので、体系的な秩序に支配されておらず、むしろ補償を必要とする限定された状況に対する限定的必要性から局所的に成立したものである。このような判例法の展開の契機と対象は、「局所的な」被害状況を補填するという目的にある。このことは、一般的に国家責任法を、そしてとくに「調整義務のある社会的拘束」の制度を制限的に解釈する根拠となる (Rn. 126)。コロナ・パンデミックは、連邦共和国の全住民に深刻な影響を与え、社会全体の例外状況を招来させた。コロナ・パンデミック対策のために講じられた措置は様々な仕方です。住民に制限を課している。原告らが攻撃している活動制限は、個別事案ではなく、連邦規模において様々な業界の多数の事業者に影響を与えている。従って、原告らは、個人として特別犠牲を課されているわけではなく、その限りにおいて、その被害状況は、局所的に発生したものではなく、むしろ、全連邦領域において各事業者及び各業界を横断して発生している。連邦憲法裁判所が発展させてきた「例外的に調整義務のある内容・制限規定」という制度は、このような社会全体の経済的危機を克服するために

創設されたものではなく、このために適合的なものではない (Rn. 127)。

この制度の適用を肯定するために、基本権保護は、多数の基本権主体が影響を受けていること、及び基本権保障が公権力の一般的財政留保の下に置かれていることによつて排除されることはないとの論証がなされている (Rn. 128)。この論証が基本的に適切であることに疑いの余地はないが、この論証は一般論のレヴェルにとどまっている。何故なら、関係する事業者には当該措置に対する第一次的基本権保護の途が開かれており、最近の数か月において、事業者に関係する活動制限が行政裁判所によつて破棄されていることからして、関係する事業者の基本権保護は排除されていないからである。加えて、このことは、基本法一四条一項二文に基づく内容・制限規定における立法者の形成の余地は、経済的及び社会的関係によつても決定されるという連邦憲法裁判所の判例にも合致する (Rn. 129)。

調整義務のある内容規定の解釈論上の根拠が比例原則、平等原則及び信頼保護原則にあるという事情も、本件のような状況にこの法制度を適用する論拠にならない。過

剰規制の禁止も、また平等原則も、内容及び制限を規定する立法者を拘束するが、それを援用したからといって制限規定が一般的に調整義務のあるものになるということはない。何故なら、基本法一四条一項二文は、立法者に対して、補償を明文で命じることなく、所有権の内容及び制限を規定し、既存の所有権に対しても形成的に影響を及ぼす権限を与えているからである。この授權は、基本法一四条二項の意味における所有権行使の憲法上の社会的義務付けを実現するためにも用いられるものであり、補償規定を明文で定めている基本法一四条三項の収用権限との明らかな違いを示している。この体系的関連性から、基本法一四条一項は一般的な財産保障を含んでおらず、社会的拘束は所有権利用の制限のみならず、これに伴う所有権価値の制限にも及ぶことは明らかである。より緩やかな手段の原則及び平等原則を使つて基本法一四条一項二文の枠内において一般的に補償義務を肯定することによつて憲法制定者の基本決断の裏をかいてその効果を失わせてはならない。そうでなければ基本法一四条一項二文の適用領域における社会形成的立法に対して、憲法において規定されおらず、収用に限定して

使われている拘束を課すことになってしまふ (Rn. 130)。
コロナ・パンデミックの間に講じられた感染症予防法上の措置が、特定の業界に対して、他の業界よりも著しく深刻な影響を与えていることに疑いの余地はなく、上記の措置が、この業界の多くの事業者に対して、存立を脅かす影響を与えていることも確かである (Rn. 131)。こうした状況において、立法者が正当な負担配分に配慮することを求められることに疑いの余地はない。しかし、この負担配分は、国家に対する個人的請求権を認めることによつて遂行することはできない (Rn. 132)。連邦憲法裁判所は、占領による被害の負担調整に関する判例において、全体が背負わなければならない運命から、とくに外部からの侵害によつて発生し、多かれ少なかれ偶然に少数の市民又は特定の集団に関係する負担は、通常の場合、国家共同体が引き受けるという義務が社会国家原理から導出されるが、国家に対する関係人の個別的請求権は導出されず、負担配分を行う国の義務が導出されるにすぎないのであり、負担配分の後に、被害者個人の具体的請求権が根拠付けられることがあり得るにすぎないと述べた (Rn. 133)。戦争の結果は、コロナ・パンデ

ミックの結果とは、その性質及び規模の点において異なるが、本件においても、極めて重大な社会的及び経済的影響を伴った外部からの運命的出来事が問題となっているのであるから、この判例は、本件に転用することができる (Rn. 134)。連邦は、例えば、最近、いわゆる一ヶ月支援の枠内において、一時的休業によつて影響を受けている企業に約一五〇億ユーロ (一兆八七五〇億円) の金銭的支援を予定し、二〇二一年には企業支援に三七五億ユーロ (約四兆六七五〇億円) を充てることにしているが、国は、これによつて上記の義務を果たしている (Rn. 135)。

これに対して、調整義務のある内容・制限規定の制度に基づく主観的請求権の付与は、危険防御措置の負担を正当に配分するのに適していない。何故なら、潜在的請求権の範囲を説得力を持って画定し、請求権の範囲を説得力を持って示すことができないからである (Rn. 136)。連邦憲法裁判所の判例は、これまで、基本法一四条一項二文に基づく内容・制限規定に限って特別犠牲を認めてきたが、コロナに起因する一時的活動禁止及び休業の効果は、基本法一四条の範囲と基本法一二条の範囲で異なる

るところはないので、基本法一二条(のみ)を根拠とする請求権を否定する説得力のある理由はない。このことは、請求権者の範囲を著しく拡大することになり、補填を求める請求権が例外というよりも原則となり、市民の生活リスクに対する一種の保険会社という基本法によって配分されていない任務を国家に課すことに帰着するであらう (Rn. 137)。

さらに、どのような国の措置が補填義務を発生させるのかも不確かである。事業者を名宛人とする活動制限は調整的補償が可能なものであるが、事業活動の一般的条件を悪化させるパンデミック対策措置は調整的補償が可能なものではないと解することは、一見すると、もつともなように思われる (Rn. 138)。しかし、全住民を対象とした外出禁止又は余暇活動の禁止といった一般的なパンデミック対策措置は、事実上休業命令と同じ効果を有する。二〇二〇年三月二七日の命令は、例えば、映画館、ホテル、エスケープ・ルームを名宛人とする措置ではないが、原告1)ないし8)と原告11)ないし13)の主張によると、これにより休業が経済的に必要となったことが、このことを具体的に示している (Rn. 139)。制約の強度が等し

いことにかんがみると、補填義務の成立は、純粹に形式的な問題に従って、パンデミック対策措置の名宛人を誰にするのかに関する命令制定者の自由な判断によって左右され得るものではなく、かつ左右されるものであってはならないと主張することも可能である。この場合、請求権者の範囲を合理的に画定することは、もはや不可能である。何故なら、例えば、観光旅行者、鉄道会社・バス会社、航空会社及び空港事業者、さらにはスポーツ団体も、部分的に存立が脅かされる仕方では一般的なパンデミック対策措置の影響を受けているからである (Rn. 140)。

加えて、休業と結び付いた感染リスクの最小化は、すべての人に役立つものであり、それ故、事業者及び事業者の従業員にも役立つものであるから、関係する事業者は、感染防護措置によって負担を課されているだけではないことも、考慮されなければならない (Rn. 141)。

最後に、どのような実質的基準に基づいて訴えを提起できる補填請求権の範囲を決定することができるのかについて明らかではない。連邦憲法裁判所は、減収は、休業命令のみに起因するものではなく、パンデミックそ

れ自体及び住民の外出行動の変化にも起因するものであるという問題を指摘している (BVerfG, Beschluss vom 11. November 2020 - 1 BvR 2530/20 -, Rn. 14, juris)。パンデミックそれ自体が住民を自制させたことは、例えば、商業団体の調査において示されている。この調査によると、歩行者専用地区において通行人数の平均の減少率は四三%であり、ハノーファー市中心部の商店は最大で五〇%の減収を被っており、全体として、五〇〇〇〇店の廃業を予測しなければならない。このことは、活動制限の名宛人ではなかった業界、又は極めて限られた程度においてのみ名宛人であった業界も、パンデミックによって制限を受けていたことをはっきりと示している。当部には、受忍されなければならないパンデミックに起因する一般的な減収と、この範囲を越えた調整的補償を必要とする特別犠牲との境界線をどのような基準に基づいて引くことができるかが明らかではない (Rn. 142)。

を議論の前提とする (Rn. 143)。

(iii) かりに本件において「調整義務のある内容・制限規定」が適用されると解したとしても、移送義務は肯定されない。何故なら、憲法裁判所が展開してきた基準を適用して、原告の保護に値する利益と公共の福祉の利益との比較衡量をすると、判例の意味における「調整義務のある内容・制限規定」を肯定する結果にならないからである (Rn. 144)。比較衡量に当たって、休業及び営業禁止が重大な基本権制約であることは原告に有利な事情である。この制約は、基本法一四条が適用されると解される範囲において、所有権は財産法の領域における原告の個人的自由を確保するので、とくに重大である。加えて、原告は、自己の行為によって感染症予防法上の措置を講じる原因に責任を負っているというわけではない (Rn. 145)。他方において、対抗する公共の利益が重大であればあるほど、そして、所有権の客体の社会的関連性の程度が大きければ大きいほど立法者の裁量の余地は広くなることを考慮しなければならない。本件においては、極めて広い国の介入の余地が認められる。何故なら、本件措置の目的である住民の健康や人の生命の保護は、

極めて重要な公共の利益だからである。感染症を抑制しないことは、人の生命及び医療体制の機能遂行能力に対する危険をもたらすものであり、立法者及び命令制定者は、健康及び生命の保護のために介入する権限を有するのみならず、基本法二条二項に基づいて、憲法上介入を義務付けられる。さらに、原告らの事業体は、命令制定者によって展開されている感染症鎮圧の全体的コンセプトの一部である範囲において、強い社会的関連性を有していた (Rn. 146)。本件においては、措置が時間的限定されていることが決定的に重要である。原告らの法的地位は、長期的に制限されるのではなく、一時的な期間に限り制限されるにすぎず、その結果、私的利用及び原則的処分権限の形式における所有権保障の核心領域は侵害されていない。基本権制約の強度は、その有効期間に本質的に左右される。何故なら、休業が長期に及べば及ぶほど、休業の影響はより重大になる。例えば、調整義務のある内容・制限規定は、道路工事が長期に及び、その経済的存立が危険にさらされた場合には、沿道隣地者は金銭的補填を求めることができるのと定める連邦長距離道路法八 a 条五項において具体化されているが、上記のこ

とはこの法律上の具体化に合致している。この点を考慮して、調整義務のある内容・制限規定の制度がコロナに起因する活動制限の事例にも適用されると考える学説も、この制度は措置が長期に及ぶ場合に適用されることを前提としている (Rn. 147)。どの時点から国による休業命令が関係人に対する調整義務のある侵害となるのかという問題については、連邦通常裁判所が、包括的所有権概念が通用していたときに、補償なしの社会的拘束と侵害的效果を有する補償義務のある特別犠牲とを区別するために展開してきた基準を使うことができる (Rn. 148)。連邦通常裁判所は、道路建設工事に基づく営業侵害に関する判例において、この事案においてすべての関係人に等しく通用する硬直的な限界は存在しないが、道路工事による売上減少は、少なくとも数週間については、さらには数か月であっても、通常の場合は補償なしに受忍しなければならぬことを明確にした (Rn. 149)。本件において原告が攻撃している法規命令の適用期間は一日であり、この期間は、道路建設法に関する判例が通常の場合には補償なしに受忍しなければならぬと考えている範囲内にある。この基準を本件の状況に適用するこ

とができない根拠は明らかではなく、原告らのいずれも、攻撃している活動制限が原告にとって具体的に存立を脅かす効果を有していることを実質的に示していない (Rn. 150)。

(b) つぎに、ハノーファー地方裁判所は、基本法三条一項の平等原則からも、原告の補償請求権が付与されていないことが違憲であることを導き出すことはできないと説示した。ある規範名宛人集団が、他の規範名宛人と比較して不平等に扱われているが、一つの集団の間に、別異処遇を正当化できる種類と重要性を有する区別が存在しない場合に、平等原則に違反している。どのような事実要素が、その違いが別異処遇を正当化するほど重要であるかについては、通常の場合、立法者が判断しなければならぬのであり、立法者の裁量は、別異処遇が正義の思想を基準とする考察方法にもはや合致しないとここで終わる (Rn. 151)。同裁判所は、感染症予防法に基づいて請求権を有する集団と原告との間には、別異処遇を正当化するほどの重要な違いがあると判断した (Rn. 152)。その内容は、次のとおりである。

(i) 感染症予防法五六条一項によって、無症状病原体

保有者、感染の疑いのある者、罹患の疑いのある者、又はその他病原体保有者は、感染症予防法上の理由から就労行為の禁止又は隔離処分の適用を受けた場合に、減収の補償を受けることができる。これらの人は、感染症予防法上の意味において「妨害者」であり、妨害者として、一般危険防御法によると、就労禁止又は隔離の結果被った減収を原則として補償なしに受忍しなければならない。何故なら、この種の危険防御措置は、妨害者に対して、もつぱら、たとえ財産的損失を被ったとしても遵守しなければならない権利行使の一般的限界を示しているにすぎないからである。関係人は「妨害しないこと」を義務付けられているのであって、感染症予防法上の危険防御措置は、関係人の法領域を縮減していない。それ故、同法五六条一項に基づく減収補償は「犠牲補償の思想」の発展形態ではなく、社会保障措置の意味における衡平条項である (Rn. 153)。また、コロナ・パンデミックの枠内において期限付きで新たに導入された感染症予防法五六条一a項は、学校及び保育施設が感染症予防法に基づいて閉鎖されたため子どもを自ら世話しなければならなくなった親権者に対して、これにより被った減収につ

いての補償を与えるものである。これは、衡平条項であつて、金銭的な家庭援助措置であると解される (Rn. 154)。そうすると、感染症予防法五六条において定められている調整的補償請求権は、立法者が給付行政の分野において社会政策上の目的を追求するために使われる衡平条項であり、この分野において立法者はとくに広い形成の自由を有する (Rn. 155)。立法者は、同法五六条一項及び同条一 a 項によつて、立法者が社会政策上の考慮に基づいてとくに保護の必要があると評価した自然人を特定した (Rn. 156)。まず、同法五六条一項は、就労者の二つの集団の平等取扱いを目的としている。雇用のケースにおいて雇患者は雇用者又は健康保険を通して社会保険の対象となる。このことは、自らは雇患していないが、感染させる又は感染させる可能性があるという理由により就労を禁止され、又は隔離された人には当てはまらない。立法者は、同法五六条において、疾病の場合における賃金継続支払いの規則及び法定健康保険の給付をモデルとした補償を付与することにより、この欠缺を埋め合わせたのである。この立法目的は正当であり、この立法目的からは、感染症防護措置によつて影響を受け

る他の集団も調整的補償を受けなければならないという結論は導き出せない (Rn. 157)。同法五六条一 a 項の規定は、家庭援助措置であり、保育施設及び学校の閉鎖の間接的影響と結び付いている。この正当な家族政策上の目的から、感染症防護措置によつて影響を受ける他の集団を金銭的に支援する法的必要性は導き出せない (Rn. 158)。休業命令の適用対象者は自然人のみならず、法人をも含むものであり、それ故、感染症予防法五六条に基づく請求権者の人的範囲と比較することができるとはならないという理由からだけでも、上記の人的集団についてのみ減収を補償するとの立法者の評価は、休業命令によつて影響を受ける者である原告を恣意的に不利に扱うものではない (Rn. 159)。

(ii) 感染症予防法六五条は、同法一六条及び一七条に基づく予防措置によつて物件が損傷され、又はその他の著しい財産的不利益を被った場合、「非妨害者」に補償請求権を認めている (Rn. 160)。感染症予防法二八条に基づく鎮圧措置に関係している原告は、運命的にかつ原告の関与もないのに、感染症防護措置の被害者になつているので、二つの集団における利害状況はたしかに比較

可能である。しかし、鎮圧措置について「非妨害者」の補償を定めていないことは、平等原則違反ではない。何故なら、疾病の爆発的発生によって、実効的な鎮圧措置を講じる国の保護義務と急を要する公共の利益のための保護的介入を受忍しなければならぬ関係者の義務が発生するからである (Rn. 161)。

六 二〇二一年一月一二日ケルン地方裁判所判決

(一) 最後に二〇二一年一月一二日ケルン地方裁判所判決¹⁰を紹介する。事実の概要は、次のとおりである。原告は画廊及びアートハウスの経営者であり (Rn. 1)、二〇二〇年三月一八日から二〇二〇年四月一六日までの間ノルトライン・ヴェストファーレン州における新型コロナウイルス SARS-CoV-2 感染拡大に対処するための措置に関する州命令に基づいて、ケルン支店とデュッセルドルフ支店の休業が命じられた (Rn. 2)。原告は、二〇二〇年六月一六日の書面において、感染症予防法の規定に基づいて、賃料 (家賃) として支出した事業経費を支払えと主張したが、二〇二〇年六月二〇日の書面で拒けられた (Rn. 3)。原告は、ケルン支店に関しては、

月額二八七三ユーロ五二セント (約三五九一九〇円) の管理費前払いに加えて、月額二〇一四ユーロ四九セント (約二五一四三一一円) の賃料を支払うという賃貸借契約があり、デュッセルドルフ支店に関しては、月額三五九〇ユーロ八五セント (約四四八八五六円) の管理費前払いに加えて、月額八三六九ユーロ六二セント (約一〇四六二〇三元) の賃料を支払うという賃貸借契約があると主張した (Rn. 4)。そして、原告は、まず、感染症予防法五六条に基づく請求権を有すると主張した。原告によると、感染症予防法五六条は、感染症予防法二条の意味における「感染の疑いのある者」についても適用されるので、この規定は本件でも適用される。感染症予防法二条の意味における「感染の疑いのある者」については、感染の具体的疑いを問題とするのではなく、パンデミックによって全国的規模の危険が差し迫ったものになっただけに、この規定は、潜在的に感染の疑いがあり、これによりパンデミックの拡大に寄与する可能性のある者にも適用される。SARS-CoV-2 罹患の特殊性は、症状が現れない人においても感染の危険が存在する点にある。二〇二〇年三月

二二日の州コロナ防護命令は、一般の人々に向けられているのみならず、感染の疑いのある者の属性を有する原告にも向けられている。被告が、命令により、基本供給を担う施設を除いて、すべての事業者に対してその営業を禁止したという事実は、命令制定者自らが、何人についても感染の疑いが存在しているという前提から出発していることを示している（Rn. 5）。つぎに、原告は、感染症予防法は、その文言からして「妨害者」の支払請求権を定めているところ、妨害者に補償請求権を認めているのに妨害者ではない人に補償請求権を認めていないことは、法治国家の一般原則に反するとともに、基本法三条に反するものであり、感染症予防法五六条は、少なくとも类推適用されなければならずと主張した。原告によると、立法者は、立法手続きの基礎にある規制意図から意識せずに離れたので、「意図に反する規制の欠缺」が存在する。立法者は、感染症予防法二八条を根拠とする集団的休業を視野に入れていなかったのである（Rn. 6）。また、原告は、少なくとも感染症予防法六五条から原告の請求権が導出されると主張した（Rn. 7）。さらに、原告は、本件命令が適法であるとすると、収用的侵害と

して補償が検討の対象となると主張した（Rn. 8）。加えて、原告は、被告は民法八三九条と結び付いた基本法三四条に基づいて賠償責任を負うと主張した（Rn. 9）。

(二) ケルン地方裁判所は訴えを棄却した（主文）。同裁判所は、原告は、いかなる観点からも、店舗の賃料の支出の弁償（Ersatz）を求める請求権を有しないので、訴えには理由がないと判断した（Rn. 19）。

(a) まず、ケルン地方裁判所は、原告は、感染症予防法二条と結び付いた五六条一項の名宛人の人的範囲に含まれず、また、感染症予防法三一条二文の意味において「従来の就労活動を行うことの禁止」の対象とされているわけでもないので、原告は感染症予防法五六条に基づく請求権を有しないと判示した（Rn. 22）。

同裁判所は、「感染の疑いがある者」に関する原告の主張に対して、次のように述べた。原告は「罹患の疑いのある者」ではない。「罹患の疑いのある者」とは、感染症予防法二条五号によると、特定の感染症の存在を推測し得る症状がある人である。現れた症状が特定の感染症の存在を推測し得るものでなければならぬ。この概念は、危険を疑う状況を定義しているのであり、現れた

症状に基づいて本人が感染症に罹患しているとの十分な蓋然性が存在しなければならず、蓋然性が僅かにあるというだけでは十分ではない。原告は、原告においてこのような要件が充足されていることを述べていない。(Rn. 26)。一〇一〇年三月以降における感染者数の増加にもかかわらず、原告は「感染の疑いのある者」ではない。感染症予防法二条七号の定義によると、感染の疑いのある者とは、病原体を保有していると推測される者であるが、罹患した者でも罹患の疑いのある者でも無症状病原体保有者でもないものである。本人が感染した人又は汚染された物と接触した十分な蓋然性があるときには、感染症予防法二条七号の意味において病原体の保有があったと推測される (Rn. 27)。一般的な感染事例に基づくと、感染した蓋然性は、感染しなかった蓋然性よりも低い。原告に有利に、統計に表れていない数値を付け加えたとしても、争いの対象となつている期間において、原告又は事業に従事している人が病原体を保有し、又は感染者と接触した蓋然性は極めて低い (Rn. 28)。

(b) つぎに、ケルン地方裁判所は、感染症予防法五六条一項の類推適用の可能性もないとの判断を示した。同

裁判所によると、一般的に類推適用をするためには、法律によって規律されている事案の利害状況が判断の対象となつている事案と比較可能であること、及び、判断の対象とすべき事案についての相応しい法規範の欠如が「意図に反する規制の欠缺」に基づくことが必要である。さらに、判断されなければならない事実は、法的観点から、立法者によって規律された事実と、立法者が、援用しようとしている規範を制定する際に基準とした法原則と同じ法原則を基準として利益衡量をした場合に、同じ衡量結果に達すると考えられるほど比較可能なものでなければならぬ (Rn. 32)。これらの要求に照らして判断すると「意図に反する規制の欠缺」は存在しない。立法者は、意識的に補償請求権を局所的に規律した。感染症予防法三〇条、三一条に基づく具体的措置の対象である個人に限って公正の観点から補償するものとされ、法律は、立法者の意思に基づいて、感染症予防法二八条以下に基づくすべての措置についての一般的補償請求権を含んでいない (Rn. 33)。パンデミックが始まってから展開された最近の立法者の活動は、「意図に反する規制の欠缺」の存在を否定する根拠となる。例えば、立法者

は、パンデミックへの対応として、二〇二〇年三月二七日の法律によって五六条一a項に新たな補償請求権を定めたが、これ以外の補償規定は定めなかった。この法改正の前に、感染症予防法に基づく命令によって受ける不利益に関する補償請求権の問題を分析した連邦議会調査局の報告書（二〇二〇年三月六日付け）が出されており、連邦議会調査局は、例えば、Covid-19の蔓延阻止のための命令に基づく居酒屋の休業について、感染症予防法において補償請求権は定められていないとの結論に達していた（Rn. 34）。かりに二〇二〇年三月における立法者の行動に相応の意義を与えないとしても、とくに飲食業者を対象とするいわゆる「一二月支援」は、立法者が法律上の規定に基づく完全な補償を採用しなかったことを裏付けている。何故なら、前年度の売上の七五%までという補償は、通常の場合、百パーセントの補填を出発点とする法律上の補償を下回るからである。少なくともこのような立法者の決定について、立法者は迅速に行動しなければならなかった（二〇二〇年春とは異なる。）ということによって説明することはできない（Rn. 35）。この欠缺を埋めることは立法者の仕事であって、類推は、

不適法な法の継続形成である。妨害者と非妨害者との別異処遇は、立法者が意図しているものである（Rn. 36）。
 (c) また、ケルン地方裁判所は、感染症予防法六五条一項一文の要件も充足されていないと説示している。感染症予防法六五条一項一文によると、感染症予防法一六条及び一七条に基づく措置によって物件が滅失され、損傷され、若しくはその他の方法によりその価値が下落させられ、又は取るに足らないものとは言えないその他の財産的不利益が発生した範囲において、金銭による補償がされるが、本件においては、この要件は充たされていない（Rn. 39）。また、感染症予防法六五条一項一文を適用するためには、感染症予防法一六条又は一七条に基づく措置であることを必要とするが、本件命令は感染症予防法二八条一項に基づくものである（Rn. 40）。
 (d) さらに、ケルン地方裁判所は、感染症予防法の諸規定は、同法の措置に起因する損失についての補償請求権に関する完結的な規律を含んでおり、一般警察法又は一般秩序法の補償規定は適用されないと説示した（Rn. 42）。
 (e) 加えて、ケルン地方裁判所は、収用的侵害の法制

度に基づく請求権は存在しないと判示した。その理由は、次のとおりである。

- (i) 連邦通常裁判所の確立した判例によると、収用的侵害を理由とする請求権が検討されるのは、それ自体としては適法な高権的措置がほぼ非典型的で予見できない所有権侵害を関係人に直接的に発生させた場合において、関係人が法的又は実際上の理由からこの侵害を受忍しなければならぬが、しかし、この侵害が収用法上期待できる限界を超えているときである。休業命令は、基本法一四条の保護範囲に対する制約ではあるが、収用法上期待できる限界を超える特別犠牲は存在しない。極めて広い範囲の人々が休業命令によって影響を受けている。禁止は多くの業界に対して適用される。一面的負担は存在しない (Rn. 43)。命じられた休業が関係人に対して具体的に存立を脅かす効果又は存立を否定するような効果を有している場合に特別犠牲の存在を例外的に肯定することができるかどうかは、未解決にしておくことができる。何故なら、本件はこのような場合ではないからである (Rn. 44)。
- (ii) また、判例法上発展してきた収用的侵害の法制度

は、個別的事案に関連する所有権侵害に対してのみ適用されるのであり、大量に発生する損害を調整するのに適的な法的な根拠ではない。このことは、命令のような法律よりも下位の法設定行為にも当てはまる。たびたび発生する所有権制限について国に対する補償請求権又は調整的補償請求権を認めると、このことが国家財政に対して広範囲に及ぶ影響を与える可能性があり、これによって、財政立法者は、国家の危機的状況において限られた国家資金をどのように、何のために、そしてどのような範囲で投入するのかについて自由に決定する権限を奪われることになる。これに加えて、民事裁判所が調整的補償請求権を付与することは、結果として、高権的制約にかかわる法律に判例法によって調整給付金に関する条項を補充することになる (Rn. 45)。

- (f) のみならず、ケルン地方裁判所は、本件措置は違法な命令に基づくものではないから、職務責任 (基本法三四条と結び付いた民法八三九条) に基づく請求権も、また、収用類似の侵害という法的形象に基づく請求権もあり得ないと説示した (Rn. 46)。
- (g) 最後に、ケルン地方裁判所は、一般的特別犠牲請

求権は、非財産的法益に対する侵害について適用されるものであり、所有権侵害について適用されるものではないから、本件においては適用されないと説示した (Rt. 59)。

III 結びにかえて

以上の叙述により、事業者に対して休業を命じる法規命令又は一般処分によって事業者が被った損失について事業者は国家(州)に対する補償請求権を有するかどうかに関して判断を示したドイツの判例の展開はほぼ明らかにされたのではないかと考える¹¹⁾。この論点について初めて判断を示した二〇二〇年四月二十九日ハイルブルン地方裁判所判決(判例①)は極めて簡潔なものであったが、ハノーファー地方裁判所第八部の下した二つの判決(判例②と判例⑤)によって補償請求権に関する解釈上の問題はほぼ明らかにされたと言えよう。判例を紹介する作業を終えた後は、当然のことながら、上記の諸判決を含むドイツの判例について分析・検討を加える作業を行わなければならない(とくにハノーファー地方裁判所第八部の下した二つの判決は読みごたえのあるもので

あり、立ち入った考察をしなければならない)のであるが、この作業は別稿において行うことを予定しており、以下においては、本稿で紹介した判例において注目すべき点を簡単に指摘するにとどめる。

何よりもまず指摘しなければならないのは、筆者が知り得た限りにおいては、ドイツの裁判所は、事業者に対して休業を命じる法規命令又は一般処分によって事業者が被った損失について事業者は国(州)に対する補償請求権を有しないとの判断を示していることである。ドイツの裁判所は、「休業命令と補償はセットである」と考えていないと言えよう¹²⁾。もちろん、当然のことながら、政府が、休業を命じられた事業者に対して支援策を講じることが可能であり、実際、ドイツ政府は事業者に対して様々な支援策を実施しているところであるが、それは「支援」であって、(憲法上及び法律上必要とされる)「補償」ではないのである。もともと、「休業命令と補償はセットである」又は「休業と補償はセットで」ということを政策的指針又は政策の指導原理とすることを憲法は排除するものではなく、(日本の)政党の主張もこのようなものとして(憲法上補償が必要だという主張では

なく、補償をすることが政策的に好ましいという主張として）受け止めるべきであろう。ドイツの裁判所も、コロナ・パンデミック対策措置によって影響を受ける人々の負担の公正な配分に配慮することは立法者の任務であり、休業命令によって事業者が被った損失の負担配分は、国家に対する事業者の（主観的）補償請求権という枠組みにおいて裁判所によって解決を与えるべき問題ではないと言っているにすぎないのである。

また、ドイツの判例においてとくに注目すべきであり、かつ今後さらに検討を加えなければならない問題点として、事業者は国（州）に対する補償請求権を有しないとする解釈の根拠を指摘することができる。この点については、別稿において詳しく検討することとして、ここでは、次の三点を指摘するにとどめる。

第一に、判例（判例①～④、判例⑥）が、感染症予防法の諸規定を綿密かつ丁寧に解釈していることは、注目に値する。まず、判例は、感染症予防法において明文で定められた補償規定（五六条一項、六五条一項）が本件に適用されるかどうかについて検討し、結論としてこれを否定している。つぎに、判例は、感染症予防法上の補

償規定の類推適用の可能性を検討している。とくに感染症予防法上の補償規定の類推適用は学説上議論のあるところであり、この点はさらに詳しく検討しなければならない。

第二に、判例は、いわゆる収用的侵害に基づく補償請求権について検討し、これを否定しているが、注目しなければならないのは、その理由付けが判決によって異なっていることである。二〇二〇年四月二十九日ハイブルン地方裁判所判決（判例①）は、そもそも所有権侵害が存在しないことを理由としているのに対して、二〇二〇年七月九日ハノーファー地方裁判所判決（判例②）は、すでに講じられた営業上の措置に基づいて従来の範囲において事業を継続する権利が所有権によって保護されており、本件命令は、原告の既存の飲食店施設を利用することを禁止しているので、本件においては、基本法一四条の保護範囲が影響を受けていることを肯定しつつも、特別犠牲の存在という他の要件が充足されていないことを理由として補償請求権の主張を斥けている。二〇二一年一月一二日ケルン地方裁判所判決（判例⑥）も、基本法一四条の保護範囲の制約を認めつつも、特別

犠牲の存在の否定している（なお、二〇二〇年一月五日シウトウトガルト地方裁判所判決（判例④）は、所有権侵害の要件に触れずに特別犠牲の存在を否定している）。このような対立は、休業命令は基本法一四条の保障する所有権をそもそも制約しているのか制約しているとして休業命令はどのような意味で財産権の問題になるのかということが重要な論点であることを示している。この論点は、基本法一四条はそもそも何を保障しているのかという根本問題と密接に関連する難問であり、今後さらに立ち入った検討を加えなければならない。

第三に、休業命令によって被った損失についての補償請求権が法律上定められていないことが憲法に反するかどうかについて今後さらに立ち入った考察を加えなければならない。この問題については、二〇二〇年一月二〇日ハノーファー地方裁判所判決（判例⑤）が詳しく検討している。最大の論点は、「調整義務のある内容・制限規定」という法形象を、コロナ・パンデミック対策措置として事業者に対して休業を命じる法規命令又は一般処分によって事業者が損失を被ったという事案に適用できるかどうかであり、この点についても、二〇二〇年

一月二〇日ハノーファー地方裁判所判決（判例⑤）は立ち入った検討を加えた上で、これを否定している。この論点についても、今後詳しく検討しなければならない。以上に指摘した各問題点については、学説において活発な議論が展開されているところであり、学説上の議論については別の論文で紹介・検討する予定である。すでに述べたように、本稿の目的は、コロナ・パンデミックの中で休業命令を受けた事業者の補償請求権に関するドイツの判例を時系列に沿って客観的・内在的に紹介する作業を行うことであり、この目的はほぼ達成されたのではないかと考えている¹³。

① 阿部泰隆「コロナ対策の法的工夫」自治実務セミナー六九七号（二〇二〇年）三四頁以下、同「コロナ禍対策としての休業要請と国家賠償」判例地方自治四六四号（二〇二〇年）一〇四頁以下、大橋洋一「感染予防のための行動制限と補償」論究ジュリスト三五号（二〇二〇年）四七頁以下、小山剛「自粛・補償・公表—インフォーマルな規制手法」判例時報二四六〇号（二〇二〇年）一四五頁以下、平裕介「法的に『自粛と補償はセット』といえるのか？」美術手帖 MAGAZINE・

INSIGHT・2020.4.5 (<https://bijutsutecho.com/magazine/insight/21630>)・同・改訂版・美術手帖 MAGAZINE・INSIGHT・2021.1.10 (<https://bijutsutecho.com/magazine/insight/23401>)

南亮一「新型インフル特措法における休業要請等による財産権の制約と憲法との関係」レファレンス八三八号(二〇二〇年)三二頁以下の論文がすでに公表されている。なお、長谷部恭男・杉田敦「考論 長谷部×杉田」コロナ対策、『罰則』と『自由』と』朝日新聞二〇二〇年七月二六日東京朝刊二頁、稲葉一将「コロナ危機と公法学の行方」法学セミナー七九四号(二〇二一年)五六頁以下(五八頁)もこの論点に触れている。

(2) 本稿は、ドイツの判例を時系列に沿って客観的・内的に紹介する作業を行うことを目的とするものであり、判例に含まれる問題点について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、「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」日本法学八六巻二・三号(二〇二〇年)一五三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

料となることも考えられる。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。

なお、アメリカの判例については、石村耕治「アメリカのパンデミック対策と損失補償訴訟」国民税制研究六号(国民税制研究所、二〇二〇年)三頁以下、樋口範雄「新型コロナウイルスとアメリカ法」法学協会雑誌一三七巻一二号(二〇二〇年)二一九五頁以下によってすでに紹介・検討がなされている。

(3) 本稿は、二〇二一年一月末日までに下された判決を研究の対象とする。研究の対象の限定は、もっぱら時間的制約(締切日)によるものである(本稿は二〇二〇年二月一日に提出された)。

(4) LG Heilbronn, Urteil vom 29. April 2020 - I-4 O 82/20 -, 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。なお、金額については、参考までにユーロ＝一二五円で換算して日本円でも示した。

(5) LG Hannover, Urteil vom 09. Juli 2020 - 8 O 2/20 -, juris.

(6) 警察法の意味におけるStörerとは、公共の安全及び秩序の侵害に責任を負う者であるが、筆者の調査した限りでは、Störerに「妨害者」、Nichtstörerに「非妨害者」という訳語を当てている文献が多いように思われる。本稿においてもこの訳語を当てることにした。

- (7) LG Berlin, Urteil vom 13.10.2020 - 2 O 247/20 (<https://openjur.de/u/2303332.html>).
- (8) LG Stuttgart, Urteil vom 05. November 2020 - 7 O 109/20 -, juris.
- (9) LG Hannover, Urteil vom 20. November 2020 - 8 O 4/20 -, juris.
- (10) LG Köln, Urteil vom 12. Januar 2021 - 5 O 215/20 -, juris.
- (11) 関連する判例として、Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 07. Mai 2020 - 1 S 1244/20 -, juris もあるが、本稿では紹介しない。なお、ドイツの判例を時系列に即して客観的・内在的に紹介し、ドイツの判例の展開を明らかにするという見地からは各判決をできる限り詳しく紹介する必要がある、本稿は各判決を詳しく紹介する作業を行ったため、本稿の記述がやや冗長になってしまったことは、否定できない。この点は、本稿の目的からしてやむを得ないものであるからお許しいただきたいと思う。
- (12) 樋口注(2)二一九七頁以下は、「アメリカでは、休業命令と公的な補償義務は必ずしもセットだとは考えられていない。政治的な判断として、休業した事業への救済：はありうるが、法律上、あるいは憲法上、これらの事業に補償しなければならないと考える法律家はむしろ少数である。」と指摘しているが、同じことはドイツの法律家にも当てはまると言えよう。もともと、本稿で紹介した諸判決を検討すると、休業命令により事業者が被った損失について事業者が国(州)に対する補償請求権を有する可能性が完全に否定されたわけではない。この点についても、学説における議論状況と併せて別の論文で検討する予定である。
- (13) 樋口・前掲注(2)は、第二章を「休業命令と公的補償の要否」の検討に、第三章を「コロナ危機による休業と保険による損害分散」の検討に当て、最後に、「若干のコメント」として、「大きくみると、未曾有の事態に対し、損害分散を公的な仕組みで行うか、私的な仕組みで行うかという問題でもある」と指摘している(二二二四頁)。コロナ・パンデミックの法的问题点を考察するに際しては、このような科目横断的・分野横断的の視点が極めて重要であることは、筆者も、補償請求権に関するドイツの判例を読んでいるときに感じたことである。しかし、筆者は、「一旦憲法学者：になったが最後、終生、憲法だけをやり、それ以外はやらない」典型的な憲法学者(安念潤司「憲法訴訟論とは何だったか、これから何であり得るか」論究ジュリスト一号(二〇二二年)一三七頁を参照。)であって、民間の保険に関するドイツの判例・学説を紹介・検討する能力はない。従って、民間の保険に関するドイツの判例・学説の詳しい紹介・検討は、この分野に詳しい研究者にお願いするほかない。