

# コロナ・パンデミックにおける平等原則

——ドイツの判例の展開——

岡 田 俊 幸

- I はじめに
- II 自動車販売店、自転車販売店及び書店
- III 家具店
- IV アウトレット・センター、ショッピングセンター及び大規模小売店
- V 結びにかえて

## I はじめに

本稿は、コロナ危機に対処するために制定された州命

コロナ・パンデミックにおける平等原則（岡田）

令の規定が平等原則（基本法三条一項）に反するかどうかについて判断したドイツの行政裁判所の判例を紹介しようとするものである。<sup>①</sup>ただし、コロナ対策関係の命令の規定が平等原則に反するかどうかについて判断した判例はかなりの数に達しているため、紹介する判例の範囲に限定を加え、研究の対象を下記の分野について二〇二〇年四月後半及び五月前半の時期に（二〇二〇年四月二三日から二〇二〇年五月六日までの間に）下された判例に絞り、これ以外の判例の紹介は別の機会に譲り

たい。<sup>②</sup>判例を詳しく紹介する作業に入る前に本稿が研究の対象とする判例が扱った分野を説明しておく。

二〇二〇年三月中旬以降コロナウイルス感染拡大を阻止するために制定された各州の命令（当初は一般処分）によって、小売店は、食料品等の生活必需品を扱う店舗を除いて休業を命じられたが、その後、コロナウイルス感染拡大が（現時点から見ると一時的に）やや沈静化し、二〇二〇年四月一五日、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、①売場面積八〇〇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、二〇二〇年三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。

この合意を受けて、各州はこの内容を実現するための命令を制定した。各州の命令は、①八〇〇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、八〇〇平方メートルを超える売場面積を有する小売店の営業を禁止する点、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、書店の営業を認める点では

共通している。まず、①の点について説明すると、ドイツにおいては、各州の命令の関連規定によって、二〇二〇年四月後半において、八〇〇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、八〇〇平方メートルを超える売場面積を有する小売店は、八〇〇平方メートルを超える売場のうち八〇〇平方メートル以下の部分を使って営業することができ（多くの州命令は、八〇〇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八〇〇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。）が、これを超える部分において営業することはできない。ドイツでは、各州の命令が定める八〇〇平方メートルへの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た。この論点に関する判例については、別稿<sup>③</sup>において紹介したところである。本稿が紹介しようとする判例は②の点に関するものである。各州の命令の関連規定によって、自動車販売店、自転車販売店、書店は、八〇〇平方メートル売場面積規制を受けることなく営業できる

ようになった。しかし、これ以外の小売店は売場面積制限規定の適用を受け、八〇〇平方メートル以下の売場を使用して営業することができない。そのため、行政裁判所は、自動車販売店、自転車販売店、書店とこれ以外の小売店との不平等取扱いは平等原則（基本法三条一項）に反しないかどうかについての判断を迫られることになり、二〇二〇年四月後半及び五月前半においてこの論点についての判断を含むいくつかの決定が下されることになった。本稿は、まず、上記の諸決定について紹介する（Ⅱ）。

各州の命令が、自動車販売店、自転車販売店、書店については、八〇〇平方メートル売場面積規制を受けることなく営業を認める点において共通していたことは、すでに述べたとおりである（上記②）が、この他に、どのような商品を扱う小売店に八〇〇平方メートル売場面積規制の適用を受けることなく営業することを認めるのかについては、州によってその範囲が異なっていた。家具店を売場面積制限規定の適用除外の対象に含めるかどうかについて、州によって対応が分かれた。家具店は大型商品を扱うため、大規模な売場を必要とするが、家具店

が売場面積制限規定の適用除外の対象にならなかった場合、自動車販売店、自転車販売店、書店は売場面積規制を受けることなく営業することができるのに、家具店は八〇〇平方メートル以下の売場に限って営業できない。また、家具店と扱う商品が大幅に重なるホームセンターを売場面積制限規定の適用除外の対象とした州においては、ホームセンターは売場面積規制を受けることなく営業することができると、家具店は八〇〇平方メートルの売場に限って営業できない。行政裁判所は、いくつかの決定において、家具店の不平等取扱いの憲法適合性についても判断を示した。本稿は、この論点に関する諸決定についても紹介する（Ⅲ）。さらに、ショッピングセンターの扱いも各州の命令によって対応が異なった。一方において、ショッピングセンターは、ショッピングセンター内の個々の小売店が八〇〇平方メートルの売場面積を超えていない限り、ショッピングセンター全体を公衆の往来に開放することができるという州があった。この場合、ショッピングセンターは、売場面積規制を受けることなくフロア全体又はその大部分（八〇〇平方メートルの数倍にも及ぶ可能性もある。）

を使って營業することができのに対して、大規模小売店（百貨店、大規模専門店）は八〇〇平方メートル以下の売場に限って營業できるにすぎない。そこで、ショッピングセンターと大規模小売店との不平等取扱いが平等原則（基本法三条一項）に反しないのかが問題となる。他方において、ショッピングセンターを売場面積規制の対象とする州があり、この場合、八〇〇平方メートル以下の売場面積を有する小売店は營業することができににもかかわらず、ショッピングセンター内の個々の小売店は事実上營業できない。そこで、ショッピングセンター内の小売店とその他の（市中心部にある）小売店との不平等取扱いが平等原則（基本法三条一項）に反しないかが問題となる。本稿は、これらの論点を扱った判例も紹介する（Ⅲ）。

以下、二〇二〇年四月後半及び五月前半の時期に（二〇二〇年四月二三日から二〇二〇年五月六日までの間に）下された判例を、①自動車販売店、自転車販売店及び書店に関する判例（Ⅱ）、②家具店に関する判例（Ⅲ）、及び③アウトレット・センター、ショッピングセンター及び大規模小売店に関する判例（Ⅳ）に分け、類

型ごとに時系列に即して判例を出来る限り客観的・内在的に紹介する作業を行うことにしたい。

## Ⅱ 自動車販売店、自転車販売店及び書店

### 一 二〇二〇年四月二三日自由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九条二文及び二項は、小売店舗において八〇〇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いたが、上級行政裁判所は、二〇二〇年四月二三日の決定（判例①<sup>④</sup>）において、九条一項二文及び二項において定められている小売店の原則的營業禁止は比例原則の要請に合致すると判断した（Rn. 24-30<sup>⑤</sup>）。本件命令九条三項は、売場面積の大きさにかかわらずなく公衆の往来に開放される店舗（食料品等）を列挙していたが、その中には自動車販売店・自転車販売店（一二号）及び書店（一三号）も含まれていた。上級行政裁判所は、大規模小売店とコロナ命令九条三項において列挙されている小売店との不平等取扱いに

についても、例外とされた小売店は、命令制定者の評価によると、住民の基本供給又は手工業者及び事業者の需要充足に役立つものであるから、その営業継続を売場面積制限によつて損なうべきではないことによつて、上記の不等取扱いが正当化されると極めて簡潔に説示した(Rn. 34)。

## 二 二〇二〇年四月二四日ザールラント上級行政裁判所決定

ザールラント上級行政裁判所は、二〇二〇年四月二四日の決定(判例<sup>(6)</sup>②)において、二〇二〇年四月一七日の文言における二〇二〇年三月三〇日のコロナ・パンデミック対策命令五条四項及び五項の執行停止を求める申立てを棄却した。本件命令五条四項は、八〇〇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したが、本件命令五条五項は、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。その中には、自動車販売店(一二三号)、自転車販売店(一四号)及び書店(一五号)も含まれていた(Rn. 4-9)。上級行政裁判所は、八〇〇平方メートルを

超える売場面積を有する小売店の原則的営業禁止は上位法に反しないと判断した(Rn. 18-22, 24-26)<sup>(7)</sup>が、本件命令五条五項一号から一七号までの例外規定に列挙されている売場制限規定の適用を受けずに営業が許される専門小売店と分野横断的に商品を提供する百貨店との不等取扱いについて、申立人は、売場面積制限を受けずに開店が許される専門小売店(コロナ・パンデミック対策命令五条五項一号から一七号までにおいて売場面積制限規定の適用を受けない業種が列挙されている。)と百貨店のようなフルレンジサプライヤー(Vollsortimenter)との不等取扱いは正当化されないと批判するが、本件命令五条五項の例外規定において営業禁止規定の適用を除外された分野は、住民の基本供給及び手工業者によるサービスに対する需要充足のためのインフラストラクチャーの維持に役立つものであるので、この区別は正当化されると簡潔に判示した(Rn. 24)。

## 三 二〇二〇年四月二七日バイエルン州上級行政裁判所決定

(一) バイエレン州上級行政裁判所は、二〇二〇年四月

二七日の決定<sup>⑧</sup>（判例③）において、バイエルン州第二次感染症予防措置命令二条四項及び五項は基本法三条一項に合致しない（主文）と判断した。本件命令二条四項は、あらゆる種類の小売店の営業を禁止した（二文）上で、営業禁止の例外を定めた（二文）。そこには、食料品店等が列挙されていたが、ホームセンター、園芸店及び種苗園も挙げられていた。さらに、本件命令二条四項は、書店、自動車販売店及び自転車販売店についても営業禁止規定の適用対象から除外した（四文）。適用除外の適用を受ける小売店は、売場面積にかかわらずなく営業することが許される。本件命令二条五項は、その他の小売店、ショッピングセンター及び大型専門店は、売場面積が八〇〇平方メートルを超えず、かつ、事業者が、適切な措置により、店舗内に同時に滞在する顧客が二〇平方メートル当たり一人を超えないことを確保する場合にも営業が許されると定めた（Rn. 2-5）。申立人は、二〇一一年以降、バイエルン、ベルリン及びハンブルクの各州のプレミアムセグメントにおいて百貨店を経営している事業者であり（Rn. 7）、命令二条四項及び五項の執行停止を求める申立てをした（Rn. 9-10）。

（二）すでに述べたように、バイエルン州上級行政裁判所は、本件命令二条四項及び五項は平等原則に反すると判断したのであるが、その理由は、書店及び自転車販売店を営業禁止の適用除外としている本件命令二条が本質的に等しくない事実関係を等しく扱っているが、それにもかかわらず、この扱いを正当化する合理的根拠は存在しないという点にある（Rn. 35）。上級行政裁判所は、二〇一九年七月一八日連邦憲法裁判所決定<sup>⑨</sup>を引用しつつ判断枠組みを示した（Rn. 35）後、次のように説示している。

（i）ホームセンター、園芸店及び種苗園の適用除外は、少なくとも簡易審査においては、適用除外の対象ではないその他の事業者との関係において正当化される。命令制定者は、コロナ・パンデミックのために休業していた事業体について、（限定的な）人の往来に徐々に再び開放できるものかどうかを評価するに際して、裁判所によつて完全には審査できない形成余地を有しているが、この形成余地は合理的基準に基づいて充填されなければならない。その際に重要なのは各種の事業体が有する集客力及び事業体が所在する場所の周辺環境である。これ

に応じて、感染症予防法上の要求、例えば、離隔距離保持要請（本件命令二条六項二文）を遵守できるかどうか、どのような範囲において遵守することができるかについて予測することができる（Rn. 36）。

この基準によると、ホームセンター、園芸店及び種苗園の適用除外は不合理ではない。例えば、種苗園は、通常の場合、中心部から離れた場所にあり、顧客は自家用自動車を使って来店するのが少なくとも典型的である。このような事業体の事業主は、通常の場合、本件命令により必要とされる衛生計画を実施することができる状況にある。個別の事業体がこの要件を充足することができない場合があれば、個別の命令により、営業を制限し、最終的には営業を禁止しなければならない。これに対して、大規模百貨店は、通常の場合、大都市の中心部にあり、顧客の大部分は、地下鉄、都市鉄道、路面電車、バスといった公共交通機関を利用して市中心部まで行く。歩行者専用地区に小売事業者及びサービス業者が集中し、これにより訪問者の流れが発生することによって、見通すことができない統制不能の感染事例を発生させる可能性がある（Rn. 37）。

(ii) しかし、書店の適用除外は、感染症予防法上の視点から正当化されない。大都市において、歩行者専用地区及びショッピングセンターにある大規模書店は過小評価できない集客力を有する。当法廷も、書店の顧客は他の小売店舗と比較して相対的に長く滞在し、顧客が絶え間なく書籍を手に取り、元に戻すことにより、過小評価できない感染リスクが発生するという前提から出発する。とくにプレスの自由及び学問の自由並びに学校に必要なものの充足という観点から書店が担う供給任務は、異なる評価を正当化するものではない。この供給任務は、オンライン販売業者及び小規模の固定店舗型書店によっても遂行することができる。八〇〇平方メートルを超える大規模書店を適用除外にする必要性は、この論拠から導き出されない。大規模自転車販売店も同じ状況であり、住民に対する供給は、小規模販売店舗によっても可能である（Rn. 38）。

大規模書店及び大規模自転車販売店とその他の大規模小売店との不合理な不平等取扱い、大規模小売店の営業禁止を維持した上で不合理な適用除外の無効を招来させるものではなく、むしろ、本件命令二条四項及び五

項に基づく販売業の営業禁止の違憲性を招来させる (Rn. 39)。

(三) これに加えて、バイエルン州上級行政裁判所は、以下の二点を指摘した。

(i) 大都市の中心部並びにアウトレット・センター及びショッピングセンターのような集中地区における大規模小売事業は、都市の郊外及び地方の地域における大規模小売事業と異なる評価をしなければならない、という状況にとくに留意する必要がある。店舗との往復は、感染症学上、地下鉄及び都市鉄道が整備されている大都市中心部においては、個人交通が行われることが通常である都市郊外及び地方の地域におけるよりも、危険性が高いと評価されなければならない。相手方 (州) も、ホームセンター、園芸店及び種苗園は、通常の場合、中心部から離れた場所にあり、顧客は、公共交通機関ではなく、家用自動車を使って来店すると述べている。命令制定者は、この区別基準を認識していたが、ホームセンター等の分野においてこの区別基準を実行に移したにすぎない (Rn. 41)。

(ii) 平等原則の観点からは、その他の小売店、つまり、

本件命令二条四項二文から四文までの例外要件に該当しない小売店が、適切な措置によって、同時に店舗にいる顧客の人数を売場面積二〇平方メートル当たり一人を超えないことを確保する義務を負うことに対しても異議を唱えなければならない。当法廷は、本件命令二条四項二文から四文までの例外要件に該当する小売店の全部がこの要求を簡単に充たすと認めることはできないし、合理的な理由又は感染症学上の理由によって免除できるとも認めることはできない (Rn. 42)。

(四) バイエルン州上級行政裁判所は、行政事件訴訟法四七条六項に基づく仮命令発布の要件は存在していることに加えて、本件命令二条四項及び五項は平等取扱原則に反し、基本法三条一項に合致しないことを指摘しつつも、上記の規定は二〇二〇年五月三日に失効すること、及び、平等違反が重大ではないことにかんがみて、執行停止を差し控え、基本法違反の確認にとどめた (Rn. 26)。

#### 四 二〇二〇年四月二十七日ザクセン・アンハルト州上級行政裁判所決定

(一) ザクセン・アンハルト州上級行政裁判所は、

二〇二〇年四月二七日の決定<sup>(10)</sup>(判例④)において、書店、自転車販売店及び自動車販売店に売場面積規制を適用しないことは一般平等原則違反ではないと判断した。新型コロナウイルスSARS-CoV-2感染拡大阻止措置に関する第四次命令七条七条一項は、八〇〇平方メートルを超える売場を有する小売店舗の営業を禁止した上で、八〇〇平方メートル以下のあらゆる種類の小売店舗は、五項に基づく衛生規制及び入場制限を遵守する場合に限り、人の往来に開放することができると定めていた(Rn. 4)。また、本件命令七条二項は、食料品店等を一項に基づく売場面積規制の適用対象から除外したが、自転車販売店、自動車販売店及び書店も適用除外の対象に含まれていた(Rn. 5)。

(二) ザクセン・アンハルト州上級行政裁判所は、二〇二一年四月二七日バイエルン州上級行政裁判所決定(判例③)を踏まえて、休業命令の適用除外(本件命令七条二項)は正当化されない不平等取扱いではないことを論証している(Rn. 60)。上級行政裁判所は、次のように判示した。

(i) 平等原則違反は、攻撃されている規定及びこの規

定によって生じる不平等取扱いに何の合理的根拠も見出せないことが明らかである場合にはじめて肯定される(Rn. 61)。

(ii) 本件命令七条二項において列挙されている例外は、命令制定者の評価によると、住民の基本供給のインフラストラクチャーの一部であるか、又は、手工業者及び事業者の需要の充足に役立つものであって、そのため、その営業を厳格な要件を遵守するという条件の下で可能にするものである。住民の日常的供給のためにその購入可能性が絶対に必要であると考えられる商品を提供する販売所と、感染の危険を出来る限り広範囲に減少させるために入手の困難を受忍することが出来る商品を提供する販売所とを区別する高権担当者に対して平等原則から生じる限界については、感染症予防法において、さらに決定状況に特徴的な諸条件の下では、その厳密度が低くなってもよい(Rn. 62)。

(iii) このような前提の下では、当法廷には、命令制定者が、書店並びに自転車販売店及び自動車販売店を広い意味における基本供給に分類したことが恣意的であるとは思われない。書店が担う供給任務の重要性は、とくに

プレス（一）の自由及び学問の自由並びに学校に必要なものの充足という観点から明らかになる。書店で提供される商品がオンライン販売業者及び小規模の固定店舗型書店においても購入できる可能性は、この評価を変更するものではない（Rn. 63）。

当法廷は、自動車販売店及び自転車販売店を住民の移動可能性を確保するために基本供給に分類するという命令制定者の評価が恣意的であると評価しない。自動車販売については、対面式以外の営業形態、とくにオンライン・プラットフォームを通じた販売形態が困難であるという事情も加わる。商品フォーマットと商品の価格にかんがみると、通常の場合、通信販売は考えられない（Rn. 64）。

## 五 二〇二〇年四月二八日ベルリン・ブランデンブルク州上級行政裁判所決定

ベルリン・ブランデンブルク州上級行政裁判所は、二〇二〇年四月二八日の決定（判例⑤）<sup>（二）</sup>において、SARS-CoV-2感染拡大阻止命令二条一項が定める八〇〇平方メートルを超える売場面積を有する小売店に

対する営業禁止命令は、現在のところ、比例原則に反する営業の自由・職業行使の自由に対する制約ではないと判断した（Rn. 16）が、その中で自動車販売業者、自転車販売業者及び書店に対する営業禁止規定の適用除外について、次のように述べている。

(i) 命令制定者が、制限緩和の第一ステップにおいて開店できる小売店を限定するために売場の規模に照準を合わせたことは、簡易審査をすると、不合理であると考えられない（Rn. 24）。

(ii) 簡易審査をすると、命令制定者による売場面積基準の置換が首尾一貫していないとは認識できない。命令制定者は、売場面積制限を受けない小売業について適用除外を定めているが、それは、これらの事業が、生活必需品、すなわち必要な基本供給の商品を提供するか、又はそうでなくても不可欠なものであるという理由によるものである。命令の理由によると、このことは、例えば、自動車販売業者及び自転車販売業者に当てはまる。何故なら、これらの店舗は、まさにブランデンブルク州のような都市州ではない州における移動性のために一つの不可欠な商品を提供しているからである。書店は、住民の

情報取得及び教養に著しく貢献するので、同じようなことが書店にも当てはまる (Rn. 27)。

簡易審査においては、この考察方法に対して異論を唱えることはできない。自動車及び自転車は、まさに、これによって公共交通機関の利用を回避できるという事情の下では、短期的にも住民の移動性にとって特別の重要性を有する商品である。加えて、ブランドンブルク州の命令制定者は、大規模な書店に関して、住民の情報取得及び教養にとつての重要性に照準を合わせることも許される。その際に、学校及び大学といった教育施設が広範囲に閉鎖されており、これらの施設は極めて限定された仕方（例えば、オンラインによる提供によつて）その教育任務を果たすことができるにすぎないことを考慮しなければならない。大規模な書店において、ウィルス感染の危険性は、家具店よりも高いという申立人の異議は、書店の特別の重要性にかんがみると、—スーパーマーケットの場合と同じように—問題にならない (Rn. 28)。

## 六 二〇二〇年四月二十九日ニーダーザクセン州上級行政裁判所決定

ニーダーザクセン州上級行政裁判所は、二〇二〇年四月二十九日の決定<sup>12</sup>(判例⑥)において、申立人が主張する一般平等原則違反について、二〇二〇年四月二十七日ニーダーザクセン州上級行政裁判所決定(判例⑧)<sup>13</sup>の説示を引用した (Rn. 43-46) 後、命令の例外規定に基づいて売場面積制限なしに開店することが許される小売店と例外規定の適用を受けない小売店との不平等取扱いが現時点においては未だ一般平等原則違反であると判断できないことについて、次のような説示をした。

命令制定者は、この区別を、どのような商品を住民の日常生活にとつて必要であると考えるかという事柄に即した基準によつて行つた。この基準は、ホームセンター、自動車販売店及び自転車販売店、並びに書店に適用された。命令制定者は、必要な修理及びその他の作業のための資材を住民及び事業者に供給することを確保するためにホームセンターの無制限の開店を実施した。また、自動車及び自転車が住民の移動性を確保するための個人交通の手段として現時点において有する重要性にかんがみ

て、売場面積制限なしに自動車販売店及び自動車販売店を開店することが許された。公衆の往来をより確実に規制することができるという理由により書店の無制限の開店も可能であると判断された。情報の自由、プレス（14）の自由及び学問の自由並びに就学上の需要の充足にとつての書店の重要性を強調すること（15）も外的外れではない（Rn. 48）。

## 七 二〇二〇年四月三〇日バーデン・ヴュルテンベルク州上級行政裁判所決定

（一）バーデン・ヴュルテンベルク州上級行政裁判所は、二〇二〇年四月三〇日の決定（判例⑦）<sup>14</sup>において、二〇二〇年四月二三日のコロナ命令を改正する州政府第六次命令によって改正された二〇二〇年三月一七日のコロナ命令四条三項に基づいて、自動車販売業及び自転車販売（七a号）並びに書籍販売（一〇号）について、二〇二〇年四月二〇日以降、八〇〇平方メートルへの売場面積制限をすることなく本件命令四条一項に基づく営業の禁止から除外することは、基本法三条一項の一般平等原則と合致しないことが見込まれると判断し（Rn.

35）、売場面積八〇〇平方メートル以下の小売店を四条一項の禁止から除外する本件命令四条三項一一a号は、二〇二〇年五月三日経過後に、その他の小売店が八〇〇平方メートル以上の売場において営業することをこの時点を超えて禁止する限りにおいて、暫定的に無効とされる（主文）と判示した。上級行政裁判所は、まず、本件命令による数多くの小売店に対する休業命令は適合的であり、必要であり、かつ狭義の比例原則に合致すると判断した（Rn. 41-45）。しかし、上級行政裁判所は、本件命令四条三項一二a号は、本件命令四条一項において定められている小売店に対する休業命令の適用除外の対象を売場面積八〇〇平方メートル以下の小売店に限定しているが、この限定は基本法三条一項の一般平等原則に反すると見込まれるとの判断を示した。その理由は、二〇二〇年四月二〇日以降、自動車販売・自転車販売及び書籍販売の事業者も営業禁止の対象から除外されているが、八〇〇平方メートルへの売場面積の制限が、十分な合理的根拠もなく、自動車販売・自転車販売及び書籍販売の事業者にも及んでいないという点にある（Rn. 46）。上級行政裁判所の判断の内容は、次のとおりであ

る。

(i) 命令制定者が、小売業の分野において、本件命令四条一項に基づく営業禁止を部分的に維持するという決定をする場合、命令制定者は、そのための規制の内容を定めるに際して、基本法三条一項の一般平等原則に拘束される (Rn. 48)。あらゆる区別は、基本法三条一項の基準を充たすために、少なくとも合理的理由に基づくものでなければならぬところ、本件においては、これが欠けている (Rn. 55)。

(ii) 本件命令四条三項一二a号が営業禁止の例外を売場面積八〇〇平方メートル以下の小売店に制限していることについては、原則として異議を唱えることはできない見込みである。何故なら、このような制限は、極めて多数の潜在的顧客がとくに市中心部に流入し、これによって、著しい感染リスクを伴う極めて多くの人の集まりを阻止するのに適格的であると言ってよいからである。たしかに、市中心部の店舗を訪れようという人の決定は、店舗の売場面積の大きさだけに左右されるものではない。しかし、命令制定者は、説得力のある基準によって概括的な解決策を実施することも、この基準が感染症予防法

上の根拠に沿うものであり、平等に適用される場合には妨げられない。それ故、州政府が、八〇〇平方メートルの限界値の設定によって、都市建築法に由来する基準に意識的に準拠したことに對しても異議を唱えることは許されない。大規模な小売店は特別の魅力を有し、その無制限の開店は市中心部及び公共近距離旅客輸送の交通機関において強力な顧客の流れを生じさせ、これにより、著しい感染の危険を生じさせる可能性があるという考慮は、説得力があり、合理的であると考えられる (Rn. 56)。

(iii) しかし、自動車販売店、自転車販売店及び書店(売場面積制限を受けないで営業することができる。)と本件命令四条三項一二a号が適用されるその他の小売店との不平等取扱いが正当化されず、基本法三条一項に反する (Rn. 57)。自動車販売及び自転車販売を適用除外にする合理的理由は、①自動車販売及び自転車販売は、類型的に、市中心部にある店舗において行われるものではないこと、②これらの店舗においては来客数が比較的小さいこと、及び、③これらの店舗は広大な売場を有しており、顧客及び販売員が互いに出会う範囲が少なく、

そのためコロナウイルス感染のリスクも極めて低いことから導出されない。何故なら、上記の局面（立地、来客数、売場の広さ）は、家具店等の他の多くの店舗にも当てはまるからである。さらに、上記の局面は書店の場合に明らかに存在しない。それにもかかわらず、書店は、二〇二〇年四月二〇日から八〇〇平方メートルの売場に限定することなく営業することが可能である。また、自動車販売及び自転車販売の優遇は、住民の移動性の確保に役立つというという考慮も、不平等取扱いを正当化しない。住民の移動性が危険にさらされているという兆候も認識できないし、住民の移動性が危険にさらされていると仮定しても、どのような理由によって住民の移動性が八〇〇平方メートル以下の売場面積において確保されないのかも理解できない（Ru. 58）。書店の優遇は、住民に対する文献の文化的基本供給に加えて、住民が新聞及び雑誌にアクセスすることに役立ち、これにより住民の意見形成に役立つものであるとの相手方（州）の主張、及び、書店は情報の自由、プレスとの自由及び学問の自由を維持し、就学上の需要を充たすために特別の供給任務を有しているという考慮（二〇二〇年四月二七日ザクセ

ン・アンハルト州上級行政裁判所の見解（判例④）はこの不平等取扱いを正当化するものではない。第一に、主張されている機能が八〇〇平方メートルに限定された売場面積においては遂行できないことは認識できない。第二に、無制限に情報を得る自由は、民主的法治国家において疑いなく基本的自由であり、基本法五条一項一文において保護されている自由であるが、この自由は、三月中旬以降、雑誌・新聞販売がコロナ命令四条三項に基づいて例外とされていることによって、非常に広い範囲で保障されている（Ru. 59）。それ故、全体として、小売店の営業を八〇〇平方メートルの売場に限定すると同時に、自動車販売、自転車販売及び書籍販売に売場面積を限定しないで営業を許すことは、「感染症予防の観点に基づいて整合性のある規制コンセプト」に従っていると認めることはできないし、その他の理由から基本法三条一項の要請を充たしていると認めることもできない。自動車販売、自転車販売及び書籍販売に関する適用除外は、むしろ、合理的ではない考慮に基づいている（Ru. 60）。

(iv) 本件命令四条三項一二a号の規定は、例外規定の

適用を受けない小売店が八〇〇平方メートルを超える売場において営業することを禁止する範囲において、暫定的に無効とされなければならない。しかし、この暫定的無効は、(申立人が求めるように) 即時に生じるものではなく、本件命令四条一項の制限も終了する二〇二〇年五月三日経過後に生じる(Rn. 63)。何故なら、相手方(州)は、見込まれる基本法三条一項違反を排除する様々な手段を有しているからである。一般平等原則は、原則として、関係者が、他人に認められているが、自分には該当しない優遇に戦いを挑み、その合憲性を審査させることを可能にする手段ではない。したがって、州政府は、八〇〇平方メートルへの売場面積制限を書籍販売並びに自動車販売及び自転車販売にも規定することもできるし、また、その他の小売業について本件命令四条三項一二a号における限定を廃止することもできる。州政府がコロナ命令の改正を行わない場合、本件命令四条三項一二a号において定められた八〇〇平方メートルへの売場面積制限は、二〇二〇年五月四日経過後に暫定的に無効になる(Rn. 64)。

(二) バーデン・ヴュルテンベルク州上級行政裁判所

コロナ・パンデミックにおける平等原則(岡田)

(第一法廷) は、二〇二〇年五月四日の決定において、本件決定で示した見解を繰り返した。<sup>15)</sup>

### III 家具店

一 二〇二〇年四月二七日ニーダーザクセン州上級行政裁判所決定

ニーダーザクセン州上級行政裁判所は、二〇二〇年四月二七日の決定<sup>16)</sup>(判例⑧)において、①二〇二〇年四月一七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が定める八〇〇平方メートルへの売場面積制限を必要な感染症予防法上の措置であると判断する(Rn. 5261)とともに、②売場面積制限を受ける小売店と本件命令三条七号において列挙されている売場面積制限なしに開店することが許される小売店との不平等取扱いに合理的根拠があると判断した。以下、②の部分に限定して本件決定を紹介する。<sup>17)</sup> 本件命令一条三項は、小売業のすべての販売所について、公衆の往来及び訪問のために開けることを禁止する一方、本件命令三条七号は、本件命令八条の要求(離隔距離等)を遵守した場合には

実際に利用されている売場面積が八〇〇平方メートル以下の販売所及び店舗における供給は許されると定めるともに、実際に利用されている売場面積の大小にかかわらずなく、商品の供給が許される事業体及び施設を列挙していた（Rn. 5-7）。申立人らは、家具店を経営する中堅企業である（Rn. 2）が、二〇二〇年四月二〇日、州上級行政裁判所に規範統制の申立てを行い、本件命令の規定が申立人の店舗の完全な開店を妨げている範囲において、本件命令の執行の暫定的停止を求めた（Rn. 11）。

申立人は、その主張の一つとして、本件命令が首尾一貫性要請に反すると述べた。申立人は、次のように主張した。本件命令には「首尾一貫した規制コンセプト」が欠けている。感染の危険を阻止するために決定的なことは、フロアで出会う顧客の人数、離隔距離命令を遵守できる可能性、及び、企業が各自の責任で行う統制を確立しているかどうかであり得ない。規範制定者は、このことを一定の範囲の販売所について認識したが、その他の販売所の平等取扱いを拒否した。例えばホームセンターは、販売コンセプト、規模及び立地の点で家具店と構造的同一性を有し、類似の商品や同一の商品を提供し

ているが、ホームセンターに対して家具店を不平等に取扱う理解可能な理由を認識できないし、自転車販売店、自動車販売店及び書店との関係において家具店を不平等に取扱う理解可能な理由も認識できない。少なくともこの理由を予測される来店者数に求めることはできない。顧客の密集は、典型的に見て市中心部において発生するのであって、特別商業地域においてではない。また、供給の制限によって需要の変動が生じ、家具店の来店の場合に危惧される「体験の性格」がホームセンター、自転車販売店又は書店において出現する可能性がある。売場面積の広さによって、むしろ分散効果が生じる（Rn. 12）。売場面積制限は首尾一貫性要請に反する。自動車販売店、自転車販売店及び書店の無制限の開店は、感染症予防法の安全の考え方から説明できない。このような開店によって経済政策上の目的が追求されているとすると、これは介入権限の目的に合致しない、と。

これに対して、相手方（州）は、本件命令が定める売場面積制限とその例外規定は「首尾一貫した原則—例外体系」であり、不平等取扱いは正当化されると反論した。売場面積制限を受けずに開店が許される販売所は、食料

品又は住民にとってなくてはならない日常品の供給に役立つ。ホームセンターはこの点において家具店と比較可能ではない。提供される商品の重なりは一部にすぎず、ホームセンターの商売の中核は、必要な修理作業のための資材の提供にある。自動車販売店及び自転車販売店の開店は、自動車及び自転車が現時点において個人的交通手段として有する重要性にかんがみると必要である。書店においては、公衆の往来を家具店よりも確実に規制することができると (Rn. 19)。

ニーダーザクセン州上級行政裁判所は、一般平等原則違反の主張について、判断枠組みを示した (Rn. 63-64) 上で、原則禁止・制限と例外許容によって構成される体系は、相手方 (州) が規範統制手続きにおいて述べた理由により、現在のところ一般平等原則違反であると解することはできないと簡単に述べるにとどまった (Rn. 65)。

## 二 二〇二〇年四月二七日ザールラント上級行政裁判所決定

(一) ザールラント上級行政裁判所は、二〇二〇年四月

コロナ・パンデミックにおける平等原則 (岡田)

二七日の決定<sup>18)</sup> (判例⑨) において、ザールラントにあるマルティン家具 (Möbel Martin GmbH) の家具店を、平等の観点から、コロナ命令に基づいて、八〇〇平方メートルの売場面積に限定される小売店として扱うことはできず、上記の家具店は暫定的に売場面積の限定なしに開店することが許されると判断した<sup>19)</sup>。二〇二〇年三月三〇日のコロナ・パンデミック対策命令 (二〇二〇年四月一六日改正) 一条は、自己の世帯の構成員以外の人と物理的及び社会的接触を「絶対に必要な最小限度」に縮減するという原則を定め、本件命令二条は、公共空間における滞在の制限を規定し (二項)、集会及び集まりを禁止し (二項)、「十分に説得力のある理由」がある場合に限って自己の住所を離れることを許容した (三項)。さらに、五条四項一文は、同条五項に別段の定めがある場合を除いて、八〇〇平方メートルを超えるあらゆる種類の小売店の開店を禁止した (Rn. 4)。そして、本件命令五条五項一文は、一号から一七号までにおいて、食料品店 (一号)、ホームセンター (三号)、自動車販売店 (二三号)、卸売業 (一七号) 等の個別の小売業を列挙していたが、家具店はこの列挙の中に含まれていなかった。

申立人ら（家具店・三店舗）は、上級行政裁判所に規範統制手続きを提起し、仮命令の発布によって本件命令五条四項一文が定める開店禁止命令の執行を規範統制に関する本案判決まで暫定的に停止することを求めた（Rn. 1-5）。上級行政裁判所は、相手方（州）に対して、申立人を暫定的に本件命令五条四項一文における制限規定にかかわらず本件命令五条五項一文の意味における適用除外を受ける小売店として扱うことを義務付けた（主文）。

(二) ザールラント上級行政裁判所は、本件命令五条四項一文の適用は、申立人らの事案においては、基本法三条一項に基づく一般平等原則の不遵守という観点からの疑問を生じさせると述べた（Rn. 16）。上級行政裁判所は、攻撃されている規制及びこの規制によって生じる比較可能な状況にある他の人との不平等取扱いについて何の合理的根拠も存在しないことが明らかである場合に一般平等原則違反を認めることができるとする判断枠組みを示した上で、本件はこのような場合に当たることが見込まれると判断した（Rn. 17）。判断の内容は、次のとおりである。

(i) 本件命令五条四項一文の改正の基礎となっている

閣僚会議への提案案は、大規模小売店舗であることを示す八〇〇平方メートルの限界値を採用する理由として、これにより、大きな顧客の流れが予測される事業体を衛生法上の理由から引き続き休業させようとするものであることを挙げていた（Rn. 18）。

(ii) 申立人らの具体的事案において、このことから、本件命令五条五項一文によって一般的に本件命令五条三項及び四項の適用を受けない店舗と比較して本件命令五条四項一文に基づいて申立人に休業を命じることについて十分に説得的な根拠を導くことはできない。例えば、このことは、ホームセンター（本件命令五条五項一文三号）に当てはまる。ホームセンターは、申立人の家具店とは異なつて、潜在的顧客を引き寄せる効果を有する「フルレンジサプライヤー」（Vollsortimenter）と比較可能であるから、なおさらである。自動車販売店は、少なくとも大規模自動車販売店においては、同じように大規模展示場、つまり大規模な売場を必要とするが、自動車販売は、二〇二〇年四月一七日以降、本件命令五条四項一文の売場面積規制に拘束されずに行うことができる。本件命令五条五項一文において例外が詳細にかつ数多く

規定されていることにかんがみると、規範制定者は、関係する商品の個別的考察を超えた概括化を行わなければならなかったという指摘にも、また、規範制定者は、住民の「基本供給構造」を維持するためにコロナ危機の時でも必要な商品に限定したという指摘にも、説得力はない。このことは、食料品店等には当てはまるが、すべてに当てはまるわけではない。例えば、家具の調達や取替えが、本件命令一条及び二条に基づいて中心的滞在場所となった市民の住居にとって、ホームセンターよりも、又はリサイクルセンターや自動車販売店の開店よりも、インフラストラクチャーとして重要でないと言われる理由は明らかではない (Ru. 19)。

(iii) 命令が追求する伝染病予防の目的の観点からも、具体的事案において、有用な合理的区別基準を確認することはできない。命令制定者は、ショッピング行動と店舗の魅力の故に、市中心部において人が集まり、その結果、衛生基準及び離隔距離基準の遵守をコントロールすることが困難になることが予測されるため、禁止の継続によって、人から人への感染の抑えるという伝染病法上の観点から、人が集まることを出来る限り抑えようとし

た。このような命令制定者の関心事にかんがみると、「フルレンジの商品」を提供する大規模小売店舗については、八〇〇平方メートル以下の売場面積は有用な区別基準であると評価される。しかし、この関心事は、申立人の家具店には当てはまらないと考えられる。申立人の家具店が大規模であるのは、展示する商品が空間を必要とするという理由からである。このような施設は、通常の場合、「ショッピング散策」(Bummeln) 又は「買い物」(Shoppern) をする気を起させない。はじめから家具店が提供する商品を購入するか、又は商品の情報を得るという関心を有している顧客が訪れるのが通常である。さらに、商品の形状の故に、多くの顧客は申立人の店舗に自家用自動車で行くことも議論の前提にしなければならぬ。申立人らの三店舗は、百貨店とは異なっており、市中心部ではなく、郊外にあり、人出を心配しなくてもよい。まさに申立人の場合、このような枠組みにおいて、売場及び展示場の大きさは、衛生基準及び最小離隔距離基準の遵守の観点から、開店している他の小規模の店舗と比較して長所を有しており、混雑の程度からして、市中心部の供給施設と比較してコントロールを著し

く容易なものにすることを議論の前提とすることができ  
る。命令制定者は、とくに影響を受けている経済の分野  
において広範囲に及ぶ基本権制限の緩和を始めることを  
決断した。将来において感染者数が再び爆発的に増加し  
た場合には徹底的な制限が必要になるとしても、少なく  
とも、申立人の家具店の営業再開との特別の構造的関連  
性を見出せないことは明らかである。それ故、本件命令  
五条五項一文によって適用除外とされている店舗及び同  
条同項二文において定められている「混合形態」の店舗  
と比較して、本件命令五条四項一文の禁止が申立人に一  
般的に適用されることは、基本法三条一項の基準に照ら  
して正当化されないことが見込まれる（Rn. 20）。

（三）さらに、ザールラント上級行政裁判所は、大規模  
家具店について、顧客間及び従業員と顧客との間の必要  
な離隔距離の維持及びその他の衛生予防措置によって感  
染拡大の危険性を最小化できるという前提から出発しな  
ければならない場合、八〇〇平方メートルへの売場面積  
制限が比例原則に合致しているかどうかについても疑問  
であると思われると述べた（Rn. 23）。

### 三 二〇二〇年四月二八日ベルリン・ブランデンブル ク州上級行政裁判所決定

ベルリン・ブランデンブルク州上級行政裁判所は、  
二〇二〇年四月二八日の決定<sup>(20)</sup>（判例⑤）において、少な  
くとも現在の状況においては、段階的な規制緩和に努め  
ていることにもかんがみると、書店、自動車販売店及び  
自転車販売店との関係における家具店の異なる扱いを正  
当化する合理的根拠は存在すると判断した。上級行政裁  
判所は、次のように説示した。申立人は、書店との関係  
における不平等取扱いは市中心部及び公共近距離旅客輸  
送における利用者数を減少させるという目的によっては  
正当化されないと指摘するが、書店は、命令制定者が住  
民（とくに生徒及び学生）に教材を供給するという見地  
から基本供給の施設と同等に扱うことが許される施設で  
あることを申立人は無視している。書店については、市  
中心部に所在するのが典型的であることも、また、衛生  
上の予防措置の実施可能性も、もともと問題とならない  
（Rn. 32）。

#### 四 二〇二〇年四月二十九日マインツ行政裁判所決定

マインツ行政裁判所は、二〇二〇年四月二十九日の決定<sup>21</sup>（判例⑩）において、家具店に対する八〇〇平方メートルへの売場面積制限は、とくにショッピングセンターと自転車販売店・自動車販売店との比較において正当化されない不平等取扱いであると判断した。

マインツ行政裁判所は、まず、八〇〇平方メートルへの売場面積制限は、申立人の職業遂行の自由に対する「たんに取るに足らないものではない」制約であることを理由として、本件においては単なる恣意の禁止を超えた厳格な審査基準が適用されなければならないと説示する。行政裁判所は、次のように述べる。たしかに申立人は、売場面積の縮小によって店舗を開店できる。しかし、家具店においては、提供する商品の大きさの故に、商品の陳列フロアの広さがその魅力にとって大きな役割を果たすので、措置の適用期間が二〇二〇年五月六日までに限定されているとしても、申立人は重大な影響を受ける。申立人の経営する家具店における八〇〇平方メートルへの売場面積の縮小は著しい費用を要するから、なおさらである、と（Rn. 38）。

コロナ・パンデミックにおける平等原則（岡田）

そして、マインツ行政裁判所は、上記の「厳格な基準」を適用して、本件措置は不平等取扱いによって追求する正当な目的を達成するために適格的であるが、少なくとも相当ではないと判断した（Rn. 38）。その内容は、次のとおりである。

(i) 本件措置は、とりわけ、できる限り新規感染を回避することによって医療制度の過重負担を阻止するという正当な目的を追求している。これにより、相手方（州）は、基本法二条二項一文から導出される市民のための保護義務を果たしている（Rn. 39）。

(ii) 売場面積の基準は、疫学的視点からは、はじめから適格的でないことが明らかであるとは言えない。八〇〇平方メートルへの売場面積制限は、建築法上の規制に、とくに、小売店が八〇〇平方メートルの売場面積を超えるときは、当該小売店は建築利用令一条三項一文二号の意味における「大規模」に分類されるとする連邦行政裁判所の判例に依拠するものである。建築法上の考慮を感染症予防法上の目的に転用することは、少なくともはじめから不合理であるとは言えない。何故なら、売場面積の制限によって、大規模な売場を有する小売店

舗の魅力を考慮に入れ、これにより人の集まりの形成を、例えば、買物に行くための公共近距離旅客輸送の利用を防ぐことができるからである。このことは、コロナウィルス感染拡大の危険を減少させ、追求している目的を促進する（Rn. 40）。

(iii) しかし、不平等取扱いは、少なくとも、必要でもなく、相当でもない。命令制定者は、その形成余地を明らかに逸脱している。たしかに、命令制定者は、危険状況の評価に関する評価特権に加えて、類型化・一括化の余地を有しており、これと結び付いた過酷状況だけを理由として一般平等原則に違反するということはない。それ故、大量事象に関連する法律は、実用的なものにするために、類型化し、広い範囲において、個別事案の特殊性を無視することができる。ただし、不平等な効果は、一定の程度を超えてはならない。むしろ、類型化の利点（が、類型化と不可避的に結び付いた不平等とつり合いが取れていなければならない。加えて、類型化は、非典型的な事例を嚮導像（Leitbild）として選択することは許されず、むしろ、現実に即して典型的な事例を基準としなければならない。本件では、簡易審査の枠内において

もこれを肯定できない（Rn. 41）。

その際に、何よりもまず、家具店においては、提供される製品が大きいことからしてすでにかなり広い売場を必要とし、これが商品提供の魅力の主要な構成部分であることを考慮しなければならない。何故なら、他の小売店とは異なつて、家具販売は、大部分において固定店舗において行われ、オンラインでは行われれないと言つてよいからである。申立人が危惧する（著しい）減収も比較衡量の中を含めなければならない。申立人は、適切な措置によつて売場を縮小することを許されているが、提供される製品を考慮すると、現実的な選択肢ではない（Rn. 42）。

命令制定者は、区別基準として売場面積のみに照準を合わせるによつて、その類型化及び評価の余地を逸脱している。たしかに、実施する官庁のために、できる限り分かりやすく運用可能な規定を制定しなければならない。しかし、相手方（州）は、規制を適切な仕方（で）運用可能なものにするために、本件で行つた一括化が必要であることを、理解できるように説明していない。むしろ、過酷条項を導入することや事業体の立地を考慮する

ことが容易に考えられる。売場面積のみを区別基準とすることは、減収という一括化によって発生する不正義の程度も考慮すると、もはや受け入れられない (Rn. 43)。

「フルレンジサプライ」を行う大規模な百貨店とは異なつて、店舗の高度の魅力の故に予測される多くの人の集まりを阻止するという命令制定者の関心事が、売場面積の区別基準によつては適切に考慮されていないことは明らかである。一般的生活経験によると、人が集まった際の離隔距離及び衛生規則の遵守のコントロールは、市中心部においては、その空間的な状況からして、例えば商業地区よりも困難であると言つてよいことが決定的である。申立人の家具店にこのような事情は当てはまらない。また、顧客が通常の場合自家用自動車で来店することも期待されるのであり、公共近距離旅客輸送の交通機関の利用が増えることを危惧する必要もない。たしかに、具体的状況次第では、衛生基準の遵守に関して小規模小売店の監視は容易であるが、大規模な売場においても離隔距離規則の遵守はしばしばより簡単であると言つてよい。顧客が家具の陳列場を移動する通路は、申立人の家具店がそうであるように、通常は著しく広いから、なお

さらである。加えて、小規模の売場の監視が原則的に確実である (ように思われること) だけでは、不平等取扱いは正当化されない。何故なら、申立人が売場の監視のための人員を確保するつもりもないことも、また、確保できないことも明らかではないからである。このことは、申立人が提出した「衛生計画」から明らかである。最後に、市中心部や商業地区にあるショッピングセンターやアウトレット・センターの営業は、現在ライオン・プファルツ州においても認められており、まさにショッピングセンターにおいては、申立人の家具店よりも多くの人の往来が予測されるが、小売店の売場面積のみを基準とする規制はこのことを完全に無視している (Rn. 44)。

相手方 (州) が、売場面積制限の適用を受けない事業体によつて「住民の日常的供給」を確保することに照準を合わせる範囲において、相手方 (州) は、少なくとも本件命令一条二項一文五号に関しては「理解可能なコンセプト」を追求していない。相手方 (州) は、家具店とは異なり自動車販売店には売場面積制限を適用しない理由について説得力のある説明をしていない。何故なら、

自動車販売店も、市中心部の外にあるのが通常であり、提供される商品を適切に陳列するためには広いフロアを必要とするからである。自転車販売店に認められる適用除外を家具店には適用しない理由も確認できない。まさに「ホーム・オフィス」の利用が増大する時代において家具は自動車及び自転車の購入と少なくとも類似の価値を有し、このような事情の下では家具店の適用除外の欠如は本件命令の全体構造において正当化されないと考えよう（Rn. 45）。

## 五 二〇二〇年四月三〇日シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州上級行政裁判所決定

シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州上級行政裁判所は、二〇二〇年四月三〇日の決定<sup>(22)</sup>（判例⑪）において、家具店に対して八〇〇平方メートルを超える売場での営業を禁止することは比例原則になお適合していると判断した（Rn. 24-34）<sup>(23)</sup>。SARS-CoV-2対策命令六条一項三文は基本法三条一項に反しないとの判断を示した（Rn. 35）。

上級行政裁判所は、まず、判断枠組みを示すが、その

際に、以下のように説示した。

(i) 命令制定者は、公的生活の段階的スタートアップをするという決断をした。その際に命令制定者が、スタートアップに際して、あらゆる関係する生活領域を平等に取り扱うという考えに厳格に基づく規制を行うことはできないと考えたことは適切である。公的生活のどのような具体的領域を再開させるのかを決定するに際して、命令制定者は、制定時の視点において、基本権保護及び国民経済的視点を含むその他の視点の様々な利害を比較衡量しつつ決定しなければならない。その際に、命令制定者には広い評価余地が認められる。措置は、その必要性及び適用期間並びにその適切性を審査するために、継続的に評価される（Rn. 38）。

そして、上級行政裁判所は、家具店と自動車販売店、自動車販売店及び書店との不平等取扱いは正当化されると判断した。

(ii) 家具店は、危機の時代に発生する需要状況の点において、開店が許されている大規模小売店とは異なっており、両者の不平等取扱いは正当化される。家具の購入については、家具の買い替えの場合は投資を時間的に延

期できるし、初めて購入する場合も過渡的に少ない家具で済ますこともできる。これに対して、移動手段がもはや運転可能な状態ではなく、修理もできないという理由で新しい自動車又は自転車を購入しなければならない者は、公共交通機関の利用がコロナウイルスに感染する高度の危険を伴う時期において、購入を時間的に延期することはできない。相手方（州）は、大規模書店について、大規模な売場においては、小規模な売場よりも顧客はより確実に互いに避けることが可能であるという論拠を主張できると述べたが、これは適切である。加えて、書店は、文化財にアクセスするという需要を充たすが、このことは不平等取扱いを正当化できる。何故なら、これまでに劇場、歌劇場、コンサートホール及び博物館（美術）館への入場が禁止されており、家で読書することが感染予防に役立つので、この需要は特別の重要性を有するからである（Rn. 41）。

## 六 二〇二〇年五月四日ギーセン行政裁判所決定

(一) ギーセン行政裁判所は、二〇二〇年五月四日の決定<sup>(23)</sup>（判例<sup>(12)</sup>）において、二〇二〇年五月一日の第九次命

コロナ・パンデミックにおける平等原則（岡田）

令の文言における二〇二〇年三月七日のコロナウイルス対策第四次命令一条七項の規制（売場面積を八〇〇平方メートルに限定）は事実状況及び法状況の簡易審査によっても上位法に反するものであり、申立人（家具店を経営する会社）の事案において申立人は本件命令一条七項一文によつて八〇〇平方メートルの売場面積規制の適用を受けないその他の小売店に比して十分な根拠なく不平等に扱われ、それによつて基本法三条一項に基づく申立人の基本権が侵害されていると判断し（Rn. 12）、仮命令の方法により、申立人が暫定的に本案判決まで、本件命令の関連規定に従つて売場面積を縮小することをしないで自己の小売店（Möbelstadt Sommerlad）を営業する権利を有することを確認した（主文<sup>(24)</sup>）。以下、行政裁判所の判断の内容を紹介する。

(二) 行政裁判所は、家具店と比較する対象として、「比較可能な事実」に関わるという理由によりホームセンターと自動車販売店・自転車販売店を選択し（本件命令一条七項一文により、ホームセンター（二一号）と自動車販売店・自転車販売店（二二号）は売場面積規制の適用を受けない）、次のように説示した。

- (i) ホームセンター及び自動車販売店・自転車販売店の適用除外を原則的に不合理なものであると考えなくてよい論拠は、申立人の家具店にも当てはまる。申立人の家具店は、市中心部から離れた場所にあり、市中心部にある大規模小売店舗とは異なり、申立人の家具店から「人を引き寄せる効果」は発生せず、完全な開店は限定された空間において人が集まることを招来させない。また、市中心部から離れた立地と提供される商品の故に自家用自動車で来店することが典型的であり、そのため、完全な開店は、公共近距離旅客輸送の混雑を招来させない。加えて、顧客は、もともと家具店が提供する範囲の限定された商品の購入又は情報取得に関心を有しているであり、それ故、ホームセンターや自動車販売・自転車販売店と同じように、「ショッピング散策」をしたいという気持ちを起こさせない。飲食店もないので、申立人の家具店に長く滞留する魅力はほとんどないから、なおさらである。申立人の家具店は、本件命令に基づく制御・統制・衛生措置によって「体験の性格」も現在のところ有していない（Ru. 13）。
- (ii) 申立人の家具店の不平等取扱いについて、規範制

定者は関係する商品の個別的考察を超えた概括化を行わなければならないと反論することはできない。たしかに、規範制定者が関係する商品の個別的考察を超えた概括化を行わなければならないことは原則として適切であるが、その場合でも有効かつ合理的な区別基準が求められる。しかし、このような基準は、少なくとも、売場面積八〇〇平方メートルの制限を免除される事業体の選択という観点からは明らかではない。区別のメルクマールを、売場面積制限を免除される商品が基本供給構造の維持を目的としている点に見出す限りにおいても、本件においては、説得力がない。この想定は、食料品店及びその他の列挙された商品に当てはまるかもしれないが、しかし、すべての商品に当てはまるわけではない。少なくとも、中心的滞在地区となった市民の住居のための家具の調達又は取替えが、住民の基本供給という観点から、例えば園芸用品店よりも重要でない理由は明らかではない。自動車販売店・自転車販売店に関しても、どうして住民の基本供給の観点から自動車販売店・自転車販売店が家具店よりも重要であるのか、その理由は明らかではない。たしかに、公共近距離旅客輸送の利用を避けるという観

点から、自動車販売店・自転車販売店の重要性を前提とすることができる。しかし、「ホーム・オフィス」の利用の増加に比べると、家具店も住民において類似の価値がある (Rn. 14)。

(iii) 申立人の家具店は、ショッピング・マーケット及びいくつかの大規模なホームセンターがすぐ近くにある非常に人出の多い地区に所在しており、まさに市中心部から離れた立地とほとんど無限の台数を収容できる無料の駐車場の故に魅力を持っている、という相手方の反論も、当裁判所の評価を揺るがすものではない。少なくとも、この状況が、申立人の事業体の売場面積制限を正当化し、類似の状況にある——売場面積制限の適用を受けていない——小売業の売場面積制限を正当化しない理由は明らかではない。さらに、申立人の家具店のフロアの大きさは、離隔距離及び衛生基準の遵守という観点からは長所を意味する。何故なら、顧客を分散させることが可能であり、限定された空間における人の集まりを減小させるからである。加えて、ヘッセン州においては、ショッピングセンターも開店することが許されており、もっぱら個々の小売店が八〇〇平方メートルの売場面積を超え

ることが許されないだけである。ショッピングセンターにおける商品の幅広い品揃えと空間的条件に比べると、限定された商品を提供し、大型商品を扱うために売場が大規模である申立人と比較してショッピングセンターにおいては他人とより密接して遭遇することを議論の出発点としなければならない。最後に、申立人が提出した保全計画によると、駐車場の駐車可能台数を半分にしており、その結果、人が集まる高度の危険があることを議論の前提とすることはできない (Rn. 15)。

#### IV アウトレット・センター、ショッピングセンター及び大規模小売店

##### 一 二〇二〇年四月二三日自由都市ブレーメン上級行政裁判所決定

ブレーメン上級行政裁判所は、二〇二〇年四月二三日の決定(判例<sup>25</sup>①)において、大規模小売店とショッピングセンターとの不平等取扱いは正当化されると判断した (Rn. 35)。ブレーメン州コロナ命令九条は、小売店を公衆の往来の開放することを原則として禁止した(二項)

上で、実際に利用する売場が八〇〇平方メートルを超えない小売店は公衆の往来のために閉鎖されないと定めていた（二項）。そして、本件命令九条は、ショッピングセンターの経営者が、共通の通行用地において五条二項及び一条に基づく要求が遵守され、ショッピングセンター内で消費用の飲料水及び料理が提供されないように配慮している場合、ショッピングセンター内の販売所も上記の「小売店」に含まれると定めていた（二項）。なお、ショッピングセンターの開店には、法律上の要求をどのように遵守するのかについての計画を作成する必要があるとされていた（本件命令九条二項二文）。上記の規定によると、ショッピングセンターの経営者が、五条二項及び一条に基づく要求を実現するための計画を作成している場合には、ショッピングセンター内にある売場面積八〇〇平方メートル以下のすべての小売店は開店が許されることになる。ショッピングセンターにおいて開店している店舗の売場全体は八〇〇平方メートルの数倍にも及ぶことになる。大規模小売店とは異なって、ショッピングセンターの営業は八〇〇平方メートルの売場に限って許されるわけではない（Rn. 36）。上級行政

裁判所は、上記のような不平等取扱いが正当化される理由として、以下の二点を指摘した。

(i) 第一に、この正当化は、ショッピングセンターにおいては、その建築構造に基づいて、コロナ命令五条二項及び一条に基づく要求をより確実に保障することができることから導かれる。ショッピングセンター内の各店舗は壁によつて仕切られているのに対して、大規模小売店において商品はより開放的なフロアで提供されることが多い。それ故、ショッピングセンターにおいては、顧客が一定の場所に集中することについてより確実に対処することができる。また、ショッピングセンター内の通路は、大規模小売店内の通路よりもたいていの場合広いので、ショッピングセンターにおいては、コロナ命令五条二項及び一条に基づく要求に対応した誘導をより確実に実現することができる（Rn. 38）。

(ii) 第二に、ショッピングセンターにおいて大規模小売店の場合と同じよう到来店者数を売場面積制限によつて減少させることは、来店者数の流れを制御するという間接的に追求されている感染症予防法上の目的にとって必要ではない。命令制定者は、大規模な売場を有する店

舗及び施設から大きな魅力が生じるのが典型的であり、これらが開店した場合、多くの顧客がこのような店舗及び施設を訪問することになるという前提から出発している。このことは、店舗の所在地において人が集中する危険を招来させるのみならず、店舗の所在地との往来を増加させる。往来の増加は、とりわけ、社会的接触が必然的に生じる公共近距離旅客輸送の交通機関を利用する場合において感染予防を阻害する。この消極的效果を減少させる必要性は、とくにブレーメン市中心部について存在する。ブレーメン市中心部においては官庁の施設やオフィスがあり、多くの人が職業上の理由から市中心部に出向く。ブレーメン市中心部は、自動車よりも、公共近距離旅客輸送の交通機関によつてはるかに確実に到達することができる。それ故、買物だけの目的で市中心部に行く人の――通常は存在する――往来の流れを減少させることは、感染症予防にとつて有意義である。ショッピングセンターにおける売場面積制限によつて、これを達成することはできない。ブレーメン市中心部に多数の大規模小売店（売場面積三万平方メートルの店舗もある。）はあるが、大規模なショッピングセンターはない。ショッピング

コロナ・パンデミックにおける平等原則（岡田）

ピングセンターの所在地において往来の流れの歪みを補正する必要があるという理由によつてもショッピングセンターにおける強力な売場面積制限が必要であるということにはならない。ショッピングセンターは、たいていの場合、都市の周辺地域にあり、収容能力の高い駐車場を備え、車で来店することが想定されていることが多い（Ru. 39）。

## 二 二〇二〇年四月二四日シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州上級行政裁判所決定

(一) シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州上級行政裁判所は、二〇二〇年四月二四日の決定（判例<sup>⑬②⑥</sup>）において、アウトレット・センターの営業を禁止する二〇二〇年四月一八日のシュレースヴィヒ・ホルシュタイン州SARS-CoV-2対策命令六条三項一文九号は基本法三条一項に反すると判断し、この規定の執行を規範統制の申立てに関する本案判決まで停止した（主文）。本件命令六条一項は、まず、基本供給に役立つ小売店を除いて、すべての小売店（販売所及び商品引渡所）の休業を命じた（一文）。ただし、八〇〇平方メートル以下の売場面

積を有する小売店の固定店舗は、①命令二条二項の要件（一・五メートルの最小離隔距離等）の遵守、②命令九条に基づく衛生基準の遵守、③売場面積一〇平方メートルに一人までの顧客数の限定及び入口前における入場待ちの顧客の分散という条件の下で営業が許される（三文）。なお、④二〇〇平方メートルを超える売場面積を有する店舗においては、上記の三条件に加えて、一人以上の管理員による監視を必要とし、六〇〇平方メートルを超える売場面積を有する店舗においては、さらに一人の管理員を必要とする（三文）。また、本件命令六条二a項により、一〇を超える店舗を有するショッピングセンターは、事前に衛生・収容計画を所轄の保健所に提出し、許可を受け、これを実施する場合に営業することが許される。市及び地方自治体は、店舗が密集している地区にある歩行者専用地区及びショッピング通りにおいて人の集まりが生じないこと、及び、最小離隔距離が遵守されることを確保するものとされている（Rn. 26-31）。これに對して、アウトレット・センターは、本件命令六条三項一文九号によって休業しなくてはならない（Rn. 21）。本件訴訟の申立人は、ノイミンスターに所在するアウ

トレット・センターの事業者である。<sup>(27)</sup>

(二) シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州上級行政裁判所は、本件命令六条三項一文の規定は、基本法三条一項に基づく申立人の平等取扱いを求める権利を侵害しており、事実状況及び法状況の簡易審査をした場合でも明らかに違法であると判断した（Rn. 15）。上級行政裁判所によると、アウトレット・センターの営業を禁止する本件命令六条三項一文には、その他のすべての小売店舗に対する開店規制の緩和を同時に行っている場合においては、憲法上正当化することができない不平等取扱いが存在している（Rn. 22）。上級行政裁判所は、二〇一七年三月七日連邦憲法裁判所決定<sup>(28)</sup>を引用して基本法三条一項違反を判断する枠組みを示した（Rn. 23）後、アウトレット・センターと本件命令六条一項及び二a項において挙げられている一定の条件の下で営業の再開が許される小売店舗とを比較し、両者の不平等取扱いは正当化されない<sup>(29)</sup>と判断した（Rn. 24）。  
上級行政裁判所は、まず、申立人が経営するアウトレット・センターは、ショッピングセンター又はアウトレット・センターの外にある小売業の販売店及び一〇を

超える店舗を有するショッピングセンター内の販売所と本質的に等しい (Rn. 25) ことを示す。州上級行政裁判所は、次のように説示する。

(i) 本件命令六条の規範構造は以下の個別規制を基礎としている。小売業の販売所が基本供給を目的とする場合、その開店は許される (二項一文)。八〇〇平方メートル以下の売場面積を有する小売店の固定店舗は、一定の条件の下で営業が許される (二項三文)。一〇を超える店舗を有するショッピングセンターは、事前に衛生・収容計画を所轄の保健所に提出し、許可を受け、これを実施する場合に営業することが許される (二a項)。市及び地方自治体は、店舗が密集している地区にある歩行者専用地区及びショッピング通りにおいて人の集まりが生じないこと、及び、最小離隔距離が遵守されることを確保する (Rn. 32)。上記の規制によつて、ショッピングセンター又はアウトレット・センターの外にある八〇〇平方メートル以下の売場面積を有するすべての販売所は、上記の条件の下で開店することが許されることになる。また、一〇を超える店舗を有するショッピングセンター内の販売所も、ショッピングセンターの事業者

コロナ・パンデミックにおける平等原則 (岡田)

が一定の要件 (衛生・収容計画の提出) を充たし、かつショッピングセンター内の各小売店が一定の要件を充たす場合に営業が許される。これに対して、「本質的に同じ性質の事実関係」であるにもかかわらず、申立人が営業するアウトレット・センターには「絶対的開店禁止」が適用される。申立人の営業区域には一二二の店舗があるが、そのうち一二一の店舗が八〇〇平方メートル以下の売場面積を有するものであり、また、申立人は、本件命令六条一項三文の定める衛生基準の遵守を保障することができ (Rn. 33)。

つぎに、上級行政裁判所は、基本法三条一項は、立法者及び命令制定者に対してあらゆる区別を禁止するものではないが、区別は不平等取扱いの目的及び程度に相応する合理的根拠による正当化をつねに必要とするところ、本件においては、申立人と本件命令六条一項及び二a項において列举された小売業の販売所との不平等取扱いを正当化する根拠は存在しないとの判断を示した (Rn. 33)。その内容は、次のとおりである。

(ii) 本件命令は、コロナ・パンデミックの拡大を抑え、過重負担から医療体制を防護すること、それ故、住民の

生命及び健康を保護することを目的とするものである。これまで適用されてきた二〇一〇年四月八日のSARS-CoV-2対策命令と比べると、現在、公的領域における制限緩和が行われているが、これは、二〇二〇年四月中旬以降、新規感染者数のカーブが緩やかになったことを踏まえたものである。売場面積八〇〇平方メートル以下の小売店舗の営業再開はこの制限緩和の一部である。段階的スタートアップのため、すべての関係する生活領域を平等に取り扱うという考え方に厳格に準拠した規制は遂行できず、さらに、公的生活の具体的領域の開放は感染症予防法上の適切性を基準としなければならないとしても、命令制定者は、法及び法律に拘束される（基本法二〇条三項）。命令制定者が、現時点の感染症予防法上の状況を、制限緩和が一定の範囲において適切なものであると評価した場合、関係する企業の基本権地位に不適法に影響を与えないようにしてこれを実施することが義務付けられる。命令制定者が経済活動の動き出しを適切と判断した場合、同じ事実関係には同じ規制を行うという仕方では経済活動を可能にしなければならない。命令六条三項一文九号の規定によって、これは行われなかった

(Rn. 36)。

(iii) コロナウイルス感染拡大阻止のための特別の衛生・入場規制措置の実施が、アウトレット・センターにおいて、歩行者専用地区及びショッピング通りにある店舗やショッピングセンター内の店舗におけるのと少なくとも同等に保障されないとする理由は明らかではない。申立人は、顧客の入場を制限するために、駐車場案内システム及び駐車場管理体制を開発しているほか、開店時間の短縮、八五平方メートル当たり一人の入場者という入場者数制限、入場者に対する合計五万枚のマスクの配布及び包括的な清掃・衛生・消毒計画を含む包括的なノイミュンスター市保健当局と調整した「衛生計画を提出している。当法廷は、申立人は、自ら運営しているアウトレット・センターの単独責任者として入場制限及び予防措置の実施を言わば一手に引き受けて保障することができる」と確信している。すでに訪問者の流れによって密になっている市中心部において地方公共団体が実施するコントロールとは異なり、申立人は、駐車場管理体制によって初期段階から自己の敷地への流れを制御し、営業用フロアの過度の使用を効果的に防ぐことができる。

また、ショッピングセンター内にある店舗と比較しても、申立人が講じた措置によって少なくとも同等の感染予防が保障されており、将来も保障されるであろう。さらに、申立人の敷地にある飲食店及びゲームセンターが休業していることも考慮されなければならない。申立人が行っている一人当たり八五平方メートルという算定は平均値であるが、申立人は、入場者数を限定し、さらにコントロールすることによって、一・五メートルの最小離隔距離の遵守を保障することができる。このことは、訪問者が現地で購入した商品を販売所の近くで消費する範囲においても、当てはまる (Rn. 37)。

申立人のアウトレット・センターがシュレースヴィヒ・ホルシュタイン州においてユニーク・セリング・プロポジション<sup>(29)</sup>を有しており、そこから州を超えた集客力が生じ、その結果、感染リスクが著しく上昇するという見方にも当法廷は従わない。何故なら、申立人のアウトレット・センターがデンマークから、さらにはハンブルク、ニーダーザクセンといった隣接する州から顧客を呼び込む地点であるという事情も、州命令により観光目的又はそれに類する目的によるシュレースヴィヒ・ホル

シュタイン州への旅行が禁止されていることにかんがみると、説得力を有するものではない。申立人のアウトレット・センター内の企業地区において飲食店やゲームセンターが閉まっているため、アウトレット・センターにおいては、例えば屋内のショッピングセンターよりも顧客が長時間滞留するとは認められない。相手方(州)は「イベントの性格」を指摘しているが、申立人は広範囲の制御・統制・衛生措置を講じているので、現時点において申立人が経営するアウトレット・センターはこのような性格を有していない。また、アウトレット・センターの営業再開についての住民の利益は、大規模ではない小売店舗の営業再開に対する住民の利益よりも強くないとする相手方(州)の評価にも従うことはできない。小売店舗が数週間にわたって閉店したため、アウトレット・センターで提供されている商品に対する一定の需要は否定できない。一部の商品は、ショッピングセンター又は歩行者専用地区・ショッピング地区において提供されている商品とまったく同じである (Rn. 38)。

アウトレット・センターの営業再開によって地域を超えた人の往来が発生し、これにより感染リスクが地域を

超えて上昇する可能性があることは否定できないが、しかし、周辺地域の住民がショッピングセンターに頻繁に往来することも感染率の上昇をもたらす可能性がある。州の命令制定者は評価特権を有しているが、命令制定者が、一定の条件の下で小売店舗の営業を再開するという形態の規制緩和を行うという決断を下したときは、命令制定者は平等原則を遵守しなければならない（Rn. 39）。

このような不平等取扱いに合理的根拠が存在しない以上、本件命令六条三項一文九号は明らかに違法である。本件命令六条一項三文、二a条に基づく販売所の不平等取扱いは、正当化されないものであり、基本法一四条一項に基づく申立人の事業体の設立及び経営に対する権利の制約に加えて、基本法一二条一項に基づく職業遂行の基本権の制約も生じさせる（Rn. 40）。

(iv) これまで行ってきた検討から、同時に、アウトレット・センターに対する絶対的閉鎖命令は比例原則に適合するものではないことも導かれる。命令制定者が、コロナ・パンデミックの現在の状況においては慎重な規制緩和が許されるという前提から出発した場合でも、本件命令六条一項三文、二a項に列挙された小売業の販売

所の開店を認める際にアウトレット・センターは閉鎖したままにしなければならないという結論は導き出されない。アウトレット・センターの閉鎖は首相会議の諸決議を置換したものであるという理由付けにも、すでに示した基本権との関連性にかんがみると、説得力はない。より緩やかな手段が存在し、それ故、絶対的開店禁止は必要ではないことも、統制及び衛生措置を手がかりとしてすでに示したところである。最後に、閉鎖命令が相当性を欠く（狭義の比例原則に反する）ことも、すでに行った検討から帰結される（Rn. 41）。

### 三 二〇二〇年四月二七日レーゲンスブルク行政裁判所決定

(一) レーゲンスブルク行政裁判所（第一四部）は、二〇二〇年四月二七日の決定（判例<sup>30</sup>⑭）において、二〇二〇年四月一六日のバイエルン州第二次感染症予防措置命令（二〇二〇年四月二〇日改正）二条五項は平等取扱原則（基本法三条）に反し、それ故、本件において適用されないと判断した（Rn. 59）。本件命令は、小売店の開店を原則的に禁止する（二条四項一文）が、小売

店舗、ショッピングセンター及び百貨店の開店も、①その売場面積が八〇〇平方メートルを超えず、②事業者が適切な措置によって、店舗内に同時にいる顧客の数が二〇平方メートル当たり一人を超えないことを確保する場合に許されると定めた（二条五項）。申立人は、レーゲンスブルクのドナウ・ショッピングセンター（Donau-Einkaufszentrum）において売場面積五六六平方メートルの紳士服店を経営している<sup>31</sup>。申立人は、二〇二〇年四月二二日付け書面によって、申立人は自己の店舗を、月曜日（二〇二〇年四月二七日）から通常の開店時間において公衆の往来に開放することを通知した。申立人は、その理由として、申立人の店舗の売場面積は八〇〇平方メートル以下であること、申立人は、適切な措置によって、店舗内に同時にいる顧客の数が二〇平方メートル当たり一人を確保する予定であること、及び、本件命令二条六項に列挙された措置が遵守されることを挙げた（Rn. 6-9）。相手方（州）は、二〇二〇年四月二三日付けEメールによって、本件命令二条四項の例外に該当しないすべての店舗の開店は二〇二〇年四月二七日以降許されないと通知した（Rn. 23）。申立人は、裁判所に仮

の権利保護を求めた（Rn. 7）。行政裁判所は、申立人は、売場面積五六六平方メートルの申立人の店舗を二〇二〇年四月二七日以降レーゲンスブルクにおいて開店することが許されることを、本案判決まで暫定的に確認した（主文）。行政裁判所は、規範名宛人又は規範該当者のある集団が、他の集団と比較して、二つの集団の間に、異なる取扱いを正当化することができるような性質と重要性を有する相違が存在しないにもかかわらず、異なっており扱われているときは、平等原則に反する、という判断枠組みを示した（Rn. 62）後、次のように説示した。

(i) この基準を適用すると、市中心部にある小売店の所有者との関係においてショッピングセンター内の八〇〇平方メートル以下の小売店の所有者である申立人を不平等に扱うことは正当化されない（Rn. 63）。

本件命令が、売場面積八〇〇平方メートル以下の小売店が開店する可能性を、それがショッピングセンター内に所在しているというだけの理由で奪う範囲において、この措置は、感染予防の目的に役立つ適合性を有していない。公衆の往来に開放するすべての販売所に適用される特別の基準がショッピングセンター内の小売店におい

でも実施可能であることは明らかである。当部は、ショッピングセンターにおいて、特別の衛生措置及び入場規制措置の実施を、歩行者専用地区及びショッピングストリートにおけるのと少なくとも同じ程度に保障することができない理由を認識できない。申立人は、これに関連して、広範囲にわたる制御・統制・衛生計画を提出している（Rn. 64）。

(ii) 命令制定者が経済活動の「動き出し」を適切であると判断した場合、命令制定者は、比較可能な事実を比較可能な仕方でも規制し、潜在的な関係者の基本権地位を認識し、絶対的な開店禁止と比較してより緩やかなで、同等に効果的な手段が存在するかどうかについて慎重に審査しなければならない。本件においては、このことに成功していない（Rn. 65）。

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性を減少させるという目的を達成する、より緩やかな手段が存在する。開店するあらゆる店舗の経営者は、すでに本件命令二条六項に基づいて、原則として顧客の間で一・五メートルの最小離隔距離を保持することができること、店員はマスクを着用しなければならないこと、

及び、顧客及び七歳以上の同伴者もマスクを着用しなければならないことを適切な措置によつて確保するよう義務付けられている（Rn. 67）。加えて、各事業者は、予防・衛生計画及び駐車場計画を作成しなければならない（Rn. 68）。この基準を考慮すると、ショッピングセンター内の小売店の経営者が開店できず、市中心部にある小売店の経営者が開店できるとされている理由を認識することはできない。感染予防の観点からは、この区別は正当化されない（Rn. 69）。

(ii) レーゲンスブルク行政裁判所（第一四部）は、二〇二〇年五月五日の決定<sup>32</sup>及び二〇二〇年五月六日の決定<sup>33</sup>においても本件決定で示した見解を維持している。

#### 四 二〇二〇年四月二九日ザクセン州上級行政裁判所

##### 決定

ザクセン州上級行政裁判所は、二〇二〇年四月二九日の決定（判例<sup>34</sup>）において、ショッピングセンター及び大規模小売店に対する休業命令は、職業遂行の自由の基本権にも、また、基本法三条一項の一般平等原則にも反しないとの判断を示した（Rn. 46）。上級行政裁判所は、

①ショッピングセンターにある諸店舗は、通常の場合、幅広く取り揃えた商品を提供し、それ故、多くの顧客を引き付けること、及び、②各店舗間の連絡通路は、たいいていの場合、屋外ではなく、建物群内部にあり、そこにおいてには必要な最小離隔距離の遵守が顧客には困難であることを理由として、ザクセン州コロナ防護命令七条一項で定められたショッピングセンターの休業と同条二項で定められた例外は合理的であると判断した (Rn. 54)。

## 五 二〇二〇年四月三〇日ベルリン行政裁判所決定

(一) ベルリン行政裁判所は、二〇二〇年四月三〇日の決定(判例<sup>(35)</sup>16)において、ショッピングセンター(ショッピングモール)と百貨店を含むその他の小売店を比較し、ベルリン州 SARS-CoV-2感染拡大阻止命令六a条が規定している両者の不平等取扱いを正当化する十分に合理的な根拠を認識できない点において、本件命令六a条は一般平等原則に反すると判断した (Rn. 31)。本件は、申立人が、仮命令の方法により、本件命令六a条に基づく売場面積制限を申立人がベルリン州で経営している百貨店に適用しないことの確認を求める申立てに

関する事案であるが、行政裁判所は、申立人は、本案判決まで暫定的に、申立人がベルリン州で経営している百貨店について、本件命令六a条四項の基準及び本件命令に基づく衛生基準の遵守を保障する範囲において、売場全体を人々の往来に開放することができると権利を有することを確認した(主文)。

(二) ベルリン行政裁判所が本件命令六a条を一般平等原則に反すると判断した理由は、次のとおりである。

(i) 本件命令六a条によると、小売店は、売場のうち八〇〇平方メートルを超える部分を人の往来に開放することが例外なく許されないのに対して、ショッピングセンターは、八〇〇平方メートルの数倍にも及ぶ売場面積を有することもある売場全体について、ショッピングセンターにある個々の店舗が各々八〇〇平方メートルの限界値を超えていない限り、人々の往来に開放することを禁止されていない。八〇〇平方メートルに売場面積を限定する伝染病法上の根拠は、百貨店について言えば、百貨店は、幅広く取り揃えた様々な種類の商品を広い売場に人々の心に訴えるように展示できるため、とくに多数の顧客を潜在的に引き寄せるといふ想定にあるが、当部

は、百貨店と比較して、ショッピングセンターの魅力が人々にとつて少ないものであつて、引き寄せられる人の数も少ないと認めることはできない。ショッピングセンターにある店舗も、全体として非常に多様な商品を顧客の心に訴えるような展示をして提供し、百貨店と同じように、同一の建物内で様々な需要を充たすことができるようにするのが典型的なやり方である。したがつて、当部は、ショッピングセンターと百貨店は少なくとも同じ程度の魅力を有すると想定する。建築利用令一一條三項一文一号においても、ショッピングセンターと大規模小売店は等しく扱われ、それ故、類型的考察をした場合に同じ程度の大きな魅力を有していると評価されており、当部の想定は、建築利用法一一條三項一文一号によつても裏付けられる（Ru. 32）。

(ii) 百貨店とショッピングセンターとの不平等取扱いを正当化するその他の根拠も認められない。とくに、百貨店は市中心部に、ショッピングセンターは郊外にあるため、人の流入及びこれによる公共交通機関の利用について程度の違いが推測されるという事情は、ベルリン州には存在しない。本件命令六a條四項の基準（人数制限

等）及び本件命令に基づく衛生基準の遵守について、ショッピングセンターの事業者は、百貨店の事業者と比較して、類型的により確実に保障することができると想定する根拠も認識できない（Ru. 33）。

## 六 二〇二〇年五月四日ベルリン行政裁判所決定

(一) ベルリン行政裁判所は、二〇二〇年五月四日の決定（判例<sup>36</sup><sub>17</sub>）において、八〇〇平方メートルへの売場面積制限は、申立人の職業遂行の自由に対する「平等に反し、したがつて正当化されない制約」であると判断した（Ru. 14）。SARS-CoV-2感染拡大阻止命令六a條一項は、二〇〇六年十一月一四日のベルリン開店法の意味における販売所は、二條一項に基づく衛生基準を遵守しつつ八〇〇平方メートル以下の売場を公衆の往来に開放することが許されると定めていた（Ru. 5）。申立人ら（家具店の経営者）は、仮命令の方法により、本件命令六a條一項は申立人らがベルリン州において経営する家具店の販売店に本案判決まで暫定的に適用されないことの確認を求めた（Ru. 1-2）。行政裁判所は、申立人らは、本案判決まで暫定的に、申立人らがベルリン州において経営

する家具店について、本件命令六a条四項のすべての基準及び本件命令二条一項、三項一文に基づく衛生基準の遵守を保障する限り、その売場面積全体を公衆の往来に開放する権利を有することを確認した（主文）。

(二) 行政裁判所は、まず、六a条一項を含む本件命令は正当な目的を追求していること（Rn. 17-18）、八〇〇平方メートルへの売場面積制限は目的達成のために適合理的であること（Rn. 19-27）、及び、売場面積制限は必要であること（Rn. 28）を指摘した。しかし、本件命令六a条一項は、ショッピングセンター（ショッピングモール）をその他の大規模店舗（本件においては家具店）との関係において平等違反の仕方では優遇している範囲において、申立人の基本法一二条一項に基づく職業遂行の自由を過度に（狭義の比例原則に反して）制約している高度の蓋然性があると判断した（Rn. 29）。行政裁判所は、本件命令六a条は、（家具店を含む）大規模小売店とショッピングセンター（ショッピングモール）との不平等取扱いを正当化する十分な合理的理由を認識できない範囲において、一般平等原則に反すると判断した（Rn. 32）。その理由は、次のとおりである。

(i) 大規模小売店は、八〇〇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が許されないのに対して、ショッピングセンターは、ショッピングセンター内の個々の小売店が八〇〇平方メートルの限界値を超えていない限り、八〇〇平方メートルの数倍にも及ぶ可能性のある売場全体を公衆に開放することを妨げられない（本件命令六a条四項）。一つのテーマに合わせて商品を提供する大規模小売店は、提供する少数の商品グループの中において幅広い商品を扱うものであるが、このような大規模小売店についても八〇〇平方メートルへの売場面積制限が伝染病法上正当化されることから出発すると、当部は、上記の大規模小売店と比較して、ショッピングセンターが公衆に対する魅力が少なく、より少ない人しか引き寄せないとは認められないし、また、その理由も認識できない。ショッピングセンター内の店舗は、全体として、極めて多種多様な商品を潜在的な顧客に訴えかけるように陳列して提供するのが典型的である。ショッピングセンター内の店舗は、同一の建物の中で幅広い様々な需要を充たすことを可能にする。当部の見解によると、ショッピングセンターの魅力と大規模小売店の魅

力は少なくとも同じ程度であると想定されなければならないが、このことは建築利用令一一條三項一文一号及び二号によつて裏付けられる。この規定において両者は等しく扱われ、それ故、類型的考察をした場合に同じ程度の魅力を有する事業体と評価されているのである。さらに、申立人は、大規模家具店は、類型的に見ると、ショッピングセンターと比較して、より少ない顧客を引き寄せるにすぎず、しかも、この顧客は公共近距離旅客輸送ではなく、個人交通によつて来店し、帰宅すると主張するが、この一疎明はないが、はじめから否定することとはできない——申立人の主張が適切であるとする、ショッピングセンターとの関係において大規模家具店を不利に扱う理由はますます理解できないことになる。命令制定者は、「ショッピングセンター」と「大規模小売店」の範疇を公衆に対する魅力の点から比較可能なものと考え、これを可能にしている建築計画法上の基準を選択しているのであるから、なおさらである（Rn. 33）。

(ii) 当部は、家具店とショッピングセンターとの不平等取扱いを支えるその他の根拠も認識できない。相手方（州）は、ショッピングセンターにおいては店舗間の通

路の天井が高いのが典型的であるので、ショッピングセンターにおける空気循環は良好であると述べるが、このようなまさに一括的で全く裏付けのない主張は大雑把なものであるため、当部はこれに従うことはできない。むしろ、ショッピングセンター及び大規模小売店における空気循環は、個別事案における建築上の状況と利用されている換気装置に左右される。少なくとも、ショッピングセンター内の個々の店舗が、類型的に見て、大規模店舗における例えば開放的に造られた区域よりも良好な空気循環の能力を有しているとされる理由も、また、建物内のより良好な全体的空気循環に貢献するとされる理由も明らかではない。また、ショッピングセンターの事業者が、類型的に見て、本件命令六a条四項のすべての基準及び本件命令二条一項、三項一文に基づく衛生基準の遵守の保障により確実に成功すると想定できる理由も認識できない。相手方（州）は、ショッピングセンターにおける二重のコントロール、すなわち、ショッピングセンターそれ自体と各店舗への入場コントロールに言及するが、この状況は責任の分散を伴う。何故なら、これによつて、建物内で移動する顧客の流れに対する全体責任

が、ショッピングセンターの事業者と個別店の多数の事業者に分割されるからである。そうすると、感染の危険を、中央集中的に指揮され組織化された小売事業体よりも制御できるとは、容易には考えられない。少なくとも相手方（州）の論証は、相手方（州）が自ら命令制定者として建築計画法上の基準を選択したことを避けて通ることはできない。さらに、家具店が典型的に見て市中心部に、ショッピングセンターが郊外にあり、それ故、後者に関しては、人出の規模は小さく、公共近距離旅客輸送の利用の程度も多くないと予測されるという事情も、ベルリン州においては存在しない（Rn. 34）。

## V 結びにかえて

以上の叙述において、二〇二〇年四月後半及び五月前半（二〇二〇年四月二三日から二〇二〇年五月六日まで）の間に）下されたドイツの行政裁判所の判例はほぼ明らかにされたと思われる。その中には命令の関連規定を違憲と判断した決定が九件もあること（判例③、判例⑦、判例⑨、判例⑩、判例⑫、判例⑬、判例⑭、判例⑯、判

例⑰）は注目に値するが、本稿で紹介した判例に含まれる問題点（とくに判断枠組み・審査密度、事実評価の適切性）についての立ち入った考察は、今後の課題とさせていただき、<sup>37</sup>ここでは、ドイツの行政裁判所が首尾一貫性要請を<sup>38</sup>活用している点のみを簡単に指摘しておきたい。

二〇二〇年四月二七日バイエルン州上級行政裁判所決定（判例③）は、学説において、「平等権上の首尾一貫性要請のまさに模範的な適用」であると評価されている。<sup>39</sup>上級行政裁判所は、書店を売場面積規制の適用除外とすることについて、規制のテーマにとって決定的な感染症予防の考え方に基づく合理的根拠はないと判断した。固定店舗型の書店は、他のところでは提供することができない生活必需品の需要を充足するものでもないし、書店における感染リスクは他の大型小売店よりも低いわけでもない（典型的に見ると滞在時間は比較的長く、感染リスクはむしろより高いと推定される。）からである。さらに、上級行政裁判所は、市中心部にある大型小売店と周辺部にある大型小売店との区別をしていない点に首尾一貫性の欠如を見出した。命令制定者は、周辺部にあ

る大型小売店への行き来には個人交通が使用されることをホームセンターの分野に限り考慮したにすぎない。上級行政裁判所はこの点にも首尾一貫性要請の違反を見出した。<sup>40</sup>二〇二〇年四月三〇日バーデン・ヴュルテンベルク州上級行政裁判所決定（判例⑦）も、小売店の営業を八〇〇平方メートルの売場に限定すると同時に、自動車販売、自転車販売及び書籍販売について売場面積を限定しないで営業を許すことは、「感染症予防の観点に基づいて整合性がある規制コンセプト」に従っていると認めることはできず、自動車販売、自転車販売及び書籍販売に関する適用除外は、むしろ、合理的ではない考慮に基づいていると指摘している。<sup>41</sup>本稿が研究の対象とした事案における平等原則違反の裁判的統制は、一般論としては厳格に行うべきものとは言えないが、<sup>42</sup>首尾一貫性の要請は審査密度の向上に貢献するものと言えよう。

（１）筆者は、コロナ危機下におけるドイツの判例の展開を客観的かつ内在的に紹介し記録する作業が続けている（岡田俊幸「コロナ危機下のドイツ連邦憲法裁判所」日本法学八六卷二・三号（二〇二〇年）一一七頁以下、同「コ

ロナ危機下の信教の自由—ドイツの判例の展開—」日本法学八六卷四号（二〇二一年）一頁以下、同「休業と補償—コロナ危機下におけるドイツの判例の展開—」日本法学八七卷一号（二〇二一年）六九頁以下）。本稿もこの作業の一環である。

（２）小山剛「コロナ禍の自由と安全」法律時報九三卷一三号（二〇二一年）一頁以下（二頁以下）は、平等原則違反と判断した二つの判例を紹介している。

（３）岡田俊幸「売場面積規制の憲法適合性—コロナ危機下のドイツの判例の展開」法学紀要六三卷（日本大学法学部法学研究所・日本大学法学部政経研究所、二〇二一年）五九頁以下。

（４）Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Beschluss vom 23. April 2020 – OVG 1 B 107/20 –, 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。

（５）この論点に関する行政裁判所の判断の内容は、岡田・前掲注（３）六六頁以下において紹介しておいた。

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

（７）この論点に関する上級行政裁判所の判断の内容は、岡田・前掲注（３）六八頁以下において紹介しておいた。

（８）Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 27. April 2020 – 20 NE 20.793 –, juris.

- (9) BVerfG, B.v. 18.7.2019- 1 BvL 1/18, 1 BvL 4/18, 1 BvR 1595/18- NJW 2019, 3054.
- (10) Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 27. April 2020 – 3 R 52/20 –, juris.
- (11) Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28. April 2020 – OVG 11 S 28/20 –, juris.
- (12) OVG Lüneburg, Beschluss vom 29. April 2020 – 13 MN 120/20 –, juris.
- (13) OVG Lüneburg, Beschluss vom 27. April 2020 – 13 MN 98/20 –, juris, Rn. 62-65. この決定について後述の通りである。
- (14) Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 30. April 2020 – 1 S 1101/20 –, juris.
- (15) VG Mannheim Beschl. v. 4.5.2020 – 1 S 1101/20(2), BeckRS 2020, 8478, Rn. 39-56.
- (16) OVG Lüneburg, Beschluss vom 27. April 2020 – 13 MN 98/20 –, juris.
- (17) ①の部分に関する上級行政裁判所の判断の内容は、岡田・前掲注(9)七一頁以下において紹介している。
- (18) Oberverwaltungsgericht des Saarlandes, Beschluss vom 27. April 2020 – 2 B 143/20 –, juris.
- (19) Pressemitteilung des OVG Saarlouis v. 27.04.2020.
- (20) Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28. April 2020 – OVG 11 S 28/20 –, juris.

コロナ・パンデミックにおける平等原則 (岡田)

- (21) VG Mainz, Beschluss vom 29. April 2020 – 1 L 273/20.MZ –, juris.
- (22) Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Beschluss vom 30. April 2020 – 3 MR 15/20 –, juris.
- (23) VG Gießen, Beschluss vom 04. Mai 2020 – 4 L 1608/20.GI –, juris.
- (24) Presseinformation vom 04.05.2020 VG Gießen – Sommerlad ([https://verwaltungsgerichtsbarkeit.hessen.de/sites/verwaltungsgerichtsbarkeit.hessen.de/files/pm\\_Sommerlad\\_0.pdf](https://verwaltungsgerichtsbarkeit.hessen.de/sites/verwaltungsgerichtsbarkeit.hessen.de/files/pm_Sommerlad_0.pdf)) を参照。
- (25) Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Beschluss vom 23. April 2020 – OVG 1 B 107/20 –, juris.
- (26) Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Beschluss vom 24. April 2020 – 3 MR 9/20 –, juris.
- (27) Pressemitteilung des OVG Schleswig v. 24.04.2020.
- (28) BVerfGE 145, 20, Rn. 171.
- (29) 憲法上 Alleinstellungsmerkmal である「ハナダトーマチ・ヘム」の名称 unique selling proposition の登録の可否である。
- (30) VG Regensburg, Beschluss vom 27. April 2020 – RO 14 E 20.687 –, juris.

九七 (九七)

- (31) Pressemitteilung vom 29. April 2020, Verwaltungsgericht Regensburg: Öffnung eines Ladengeschäfts in Einkaufszentrum zulässig ([https://www.vgh.bayern.de/internet/media/vgregensburg/presse/pm\\_2020-04-28\\_ladengeschaeftsoffnung\\_in\\_einkaufszentrum\\_.pdf](https://www.vgh.bayern.de/internet/media/vgregensburg/presse/pm_2020-04-28_ladengeschaeftsoffnung_in_einkaufszentrum_.pdf)).
- (32) VG Regensburg, Beschluss vom 05. Mai 2020 – RO 14 E 20.783 –, juris, Rn. 33-42.
- (33) VG Regensburg, Beschluss vom 06. Mai 2020 – RO 14 E 20.710 –, juris, Rn. 35-46.
- (34) Sächsisches Obergerverwaltungsgericht, Beschluss vom 29. April 2020 – 3 B 144/20 –, juris.
- (35) VG Berlin, Beschluss vom 30. April 2020 – 14 L 55/20 –, juris.
- (36) VG Berlin, Beschluss vom 04. Mai 2020 – 14 L 74/20 –, juris.
- (37) 本稿は、行政裁判所が下した諸決定を客観的・内在的に紹介する作業に終始するものであり、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」ではなく、まさに「研究ノート」とどまるものである。しかし、岡田「コロナ危機下のドイツ連邦憲法裁判所」前掲注(1)一五三頁で述べたことを繰り返し返して述べると、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一つの参考資料となると考えられる。以上の理由から「研究ノート」とどまる本稿をあえて公表することにした次第である。
- (38) 渡辺康行・穴戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法Ⅰ基本権』（日本評論社、二〇一六年）八六頁「松本和彦」によると、「立法者の首尾一貫性という要請」とは、「立法者は、どのような基本原則に従って法制度を形成するかについて、広汎な自由の下で決定することができる」が、「一旦ある法制度の基本原則を選択した場合、そうである以上、その制度の基本原則を首尾一貫させなければならぬ」という要請であり、その憲法上の根拠は法の下での平等、あるいは法治国家原理である。この要請は、①「立法者による基本決定に適合するように、制度の各部分も構築されるべきだという、体系的な首尾一貫性の論理」と、②「立法者の基本決定に（それ自体を変更するの でなければ）後の立法者も従うべきだという、立法者の自己拘束の論理」の二つの側面を有する。

松本は、「立法者の自己拘束の論理が伏在する」判決として、「中選挙区制の時代の衆議院議員の議員定数不均衡を初めて違憲と判断した昭和五一年判決」（最大判昭和五一年四月一四日民集三〇巻三三三頁）と『一人別

「判方式」と区割りを違憲状態と判断した平成二三年判決」(最大判平成二三年三月二三日民集六五卷二号七五五頁)を挙げている(八六頁以下)が、「体系的な首尾一貫性の論理」を用いた判決を挙げていない(渡辺ほか・前掲注(38)八七頁「松本和彦」は、判例を示さず、「二〇一三年公選法改正でインターネットによる選挙運動が部分的に認められたが、ファクシミリによる選挙運動は禁止されたままである。新たな通信手段による選挙運動の解禁を立法者の基本決定とみた上で、ここに整合性を指摘するのは(曾我部真裕)、体系的な首尾一貫性の要請を用いた例である。」と指摘している)。本稿で紹介した命令の関連規定を違憲と判断したドイツの行政裁判所の決定は、松本が言うところの「体系的な首尾一貫性の論理」を用いた判決(決定)に位置付けることができる。日本の判例を素材として首尾一貫性要請に基づく裁量統制の手法を開拓する作業が必要であることは言うまでもない(渡辺康行「立法者による制度形成とその限界―選挙制度、国家賠償・刑事補償制度、裁判制度を例として」法政研究七六卷二号(二〇〇九年)二四九頁以下はその先駆的な業績である。)が、ドイツの判例は、将来において日本の裁判所が上記の「体系的な首尾一貫性の論理」を用いた判決を下すべき事案において違憲判決を下す際に一つの拠りどころとなり得る参考資料を提供していると考えられる。本稿が行ったドイツの行政裁判所の判例の紹介

コロナ・パンデミックにおける平等原則(岡田)

は、日本国憲法の解釈論として首尾一貫性要請に基づく裁量統制の手法を開拓する作業を行う際に参考となる資料を提供するという意味において、若干の存在価値を主張することができると思われる(首尾一貫性要請に関する研究として、棟居快行『憲法の原理と解釈』(信山社、二〇二〇年)一九六頁以下(初出、「統治権としての司法権―最高裁は『越境』しうるか?」専修大学法学研究所紀要四二卷(公法の諸問題)(二〇一七年)一〇一頁以下)、松本和彦「憲法における立法合理性の要請」松井茂記・長谷部恭男・渡辺康行編『自由の法理―阪本昌成先生古稀記念論文集』(成文堂、二〇一五年)四三七頁以下がある)。

なお、ドイツの判例理論における首尾一貫性要請に関する研究として、井上典之「喫煙規制をめぐる憲法問題―ドイツ連邦憲法裁判所の禁煙法違憲判決を素材に」法律時報八一巻五号(二〇〇九年)一〇四頁以下、同「競争制限・国家独占と規制の首尾一貫性―経済活動に対する規制と比例原則―」企業と法創造(早稲田大学二世紀COE《企業法制と法創造》総合研究所)七巻五号(二〇一二年)三七頁以下、高橋和也「ドイツ連邦憲法裁判所が活用する首尾一貫性の要請の機能について―司法審査の民主主義的正当性という問題を中心に―」一橋法学一三三巻三号(二〇一四年)一〇六五頁以下、西村枝美「老齡加算訴訟―憲法の観点から―」関西大学法学論集

九九(九九)

六六巻二号（二〇一六年）六八頁以下、松本和彦「首尾一貫性の要請と平等原則―通勤費税額概算控除判決―」ドイツ憲法判例研究会編（鈴木秀美・畑尻剛・宮地基編集代表）『ドイツの憲法判例Ⅳ』（信山社、二〇一八年）一〇七頁以下がある。

また、ドイツの平等原則違反の枠組みについては、井上典之「平等保障の裁判的実現（一）」（四・完）―平等審査の方法とその権利保護―」神戸法学雑誌四五巻三号（一九九五年）五三三頁以下、四六巻一号（一九九六年）一二七頁以下、四六巻四号（一九九七年）六九三頁以下、四八巻二号（一九九七年）三〇一頁以下を参照。最近の研究として、玉蟲由樹「平等取扱原則と比例性」日本法学八五巻二号（二〇一九年）四八二頁以下、辛嶋了憲「連邦憲法裁判所における一般的平等原則審査の変遷」一橋法学一八巻三号（二〇一九年）三九五頁以下、同「ドイツ一般的平等原則における審査モデルの一検討―フスター・モデルを中心に―」一橋法学一九巻二号（二〇二〇年）二七一頁以下、同「ドイツ平等原則審査手法の歴史的展開―恣意禁止原則前史―」一橋法学二〇巻二号（二〇二一年）三八一頁以下がある。

(39) Max Erdmann, Kohärenz in der Krise?, NVwZ 2020, S. 1798 (1799).

(40) Erdmann, a.a.O. (Rn. 39), S. 1799における分析。

(41) Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg,

Beschluss vom 30. April 2020 - 1 S 1101/20 -, juris, Rn. 60.

(42) Michael Goldhammer / Stefan Neuhofer, Grundrechte in der Pandemie - Freiheit und Gleichheit JuS 2021, S. 641 (645) は、売場面積や店舗類型による区別は重大性の低い区別であると指摘する。