

日独交流 160 周年記念オンライン国際シンポジウム 「コロナ・パンデミックと憲法問題」

出口 雅久

立命館大学法学部教授

1. はじめに

日独交流 160 周年を記念したオンライン国際シンポジウム「コロナ・パンデミックと憲法問題」にご参加いただき誠に有難うございます。1861 年 1 月 24 日に江戸において日本と当時のプロイセンとの間に友好通商条約が締結され、日本とドイツの交流が始まりました。日独関係の歴史を振り返りますと、19 世紀に近代国家として発展し始めた日本は、法律、医学、科学、そして音楽の分野でドイツから多くのことを学びました。両国国民の相互理解と友情により、ドイツと日本の関係は、科学、芸術、文化だけでなく、政治、経済など様々な分野で非常に緊密になっています。

2021 年は、この条約の締結から 160 周年を迎える日独関係の記念すべき年です。そこで、日独交流 160 周年を記念して「コロナ・パンデミックと憲法問題」をテーマに日独の著名な法学者や法曹関係者を招いてオンライン国際シンポジウムを開催することになりました。本シンポジウムのテーマである「コロナ・パンデミックと憲法問題」は、現在、基本的人権が極度に制限されている世界各国において、極めて重要なテーマであります。実際、日本の政府は国家が個人の権利を制限することに非常に消極的であり、メディアは医療崩壊について政府を非難しています。他方で、私的権利の制限については、「経済の死活問題だ」とも批判しています。残念ながら、戦後の日本では、緊急事態規制を憲法問題と

して国民が議論することはタブーとされ、またドイツでも医療の緊急事態は基本法の緊急ルールには該当しないとされています。しかし、日本とは異なり、ドイツでは、連邦憲法裁判所への憲法訴願を含め、国民の間で定期的に活発な憲法論議が行われています。

コロナ対策に関する具体的な憲法問題については、マスクの義務化、PCR 検査の義務化、外出禁止令と移動の自由、営業停止措置と営業の自由、職業選択の自由、失業、倒産、個人的なコミュニケーションの制限、教育を受ける権利、学術研究の自由、ワクチン証明書と平等原則など、さまざまなコロナ対策と憲法問題を議論することで、その必要性に対する国民の受容性を高めることが極めて重要だと思えます。

そこで、健康上の緊急事態を含む緊急事態の新たな拡大規制をドイツ憲法で提唱している憲法学者の Prof. Dr. Rupert Scholz をお招きして、基調講演をしていただくことにしました。コーディネーター役には日独の比較法学研究に多大の貢献をされて来られた同志社大学法科大学院 Prof. Dr. Hans-Peter Marutschke にお引き受けいただき、日独の法学者や裁判官・弁護士による様々な観点からのコメントが行われます。私は、本シンポジウムの全体的な運営を統括させていただきます。日独交流 160 周年という節目の年に、両国の英知を結集してこの難局を乗り切るための有益な議論が、短い時間ではありますができることを願っています。今回の学術シンポジ

ウムが、今後、ドイツと日本の法学者のより緊密な交流に貢献することを願っています。最後になりましたが、Konrad Adenauer Foundation、DAAD 友の会ならびに本学国際平和ミュージアム平和教育研究センターからの寛大な財政的支援に心から感謝いたします。

2. 来賓ご挨拶

Ina Lepel 大使（ドイツ連邦共和国）：

出口雅久教授、基調講演者の皆様、参加者の皆様、今回、オンラインにおいて、「コロナ・パンデミックと憲法問題」のシンポジウムにおいて皆様にご挨拶する機会をいただき誠にありがとうございます。私はいつも独日法律家会議に参加することを楽しみにしています。私自身は法律家ではありませんが、このような機会において参加者の皆様方の相互理解の深さと密接な人的交流にいつも感心させられます。ドイツと日本の法律家の交流は長い伝統があり、同時に極めて活発であります。この日独の法律家の長く、活発な交流は当たり前のことではなく、今回もオンラインという形式で実現できたことを嬉しく思います。今回のテーマは、ドイツと日本の憲法学者が集中的に専門的な交流を行うのに特に適しています。日独両国は、パンデミックにおきまして繰り返し難しい熟慮を迫られてきました。特に弱い立場にある人の生命と健康の権利を守るために、多くの人の基本権をどこまで制限しても良いのか。情報が不完全で変化しやすく、危険が差し迫っている状況下において、基本権の侵害に対する科学的根拠が十分に得られるのはいつなのか。これらの問題は、日独両国で集中的に議論されてきましたし、現在も続いています。ドイツでは、裁判所は多くのコロナ対策を支持していますが、比例性原則に反するという理由からいくつかの対策については無効である、と判示しています。日本ではこのような訴訟はほとんどありませんでした。私たちの国には共通点もある中で、これは興味深い相違点です。しかし、日独両国

において憲法そのものが問われています。憲法は、不測の健康上の緊急事態に対処するためにうまく機能したのか、あるいは将来の危機に備えるために適応が必要なのでしょうか。このように、本シンポジウムでは、話題性が高く、活発で有益な議論が展開されそうなテーマを選んだわけです。親愛なる参加者の皆様、日本とドイツの法律家の交流は、様々な分野における両国の協力関係の重要な基盤となっています。そして、私たちが直面している課題を考えると、活発な両国の緊密な協力関係は不可欠です。これも、本日のイベントを非常に嬉しく思う理由のひとつです。また、日独交流 160 周年を迎える 2021 年に向けて、大きな充実感を得ることができました。パンデミックという困難な状況にもかかわらず、本日のオンライン国際シンポジウムを実現するために尽力された方々、そして現在も尽力されている方々に、心から感謝の意を表したいと思います。それでは、エキサイティングなシンポジウムになりますことを祈念しております。[出口雅久訳]

樋口隆一

（明治学院大学名誉教授・前 DAAD 友の会会長）：

皆さん、私は 1946 年に生まれました。だから、私は日本国憲法と同年です。日本国憲法については、私の家族の歴史の中でいくつかのつながりがあります。私の母方の祖父である乾政彦(1876-1951)は、当時、最後の貴族院勅選議員であり、幣原首相(当時)から新憲法案の作成を依頼された友人の松本丞治大臣(1877-1954)を助けました。乾は東京弁護士会の永年の会員として専門家だったのです。ちなみに、1901 年から 1904 年にかけてボンに留学し、松本氏とともに Georg Meyer の『ドイツ国法学』を日本語に翻訳しています。日本の法律家の計画は、ダグラス・マッカーサー率いる大本営(GHQ)によって却下され、その結果、現在の日本国憲法が制定されたことが知られています。不思議なことに、アメリカで作られたこの憲法は、様々な議論を経てもなお、変わることはありません。今日、日本とドイツの 150 人の専門家がオンラインで集

まり、コロナ・パンデミックと憲法問題について議論します。私は音楽学者であり、指揮者でもありますが、皆さんのような専門家ではありません。しかし、一人の人間として、同じ地球上の住人として、私たちに共通しているもの、そして共通していないものにとっても興味があります。このシンポジウムは、私たちの視野を広げ、刺激を与えてくれることでしょう。活発な議論が行われることを祈っています。

3. 基調講演「コロナ・パンデミックと憲法問題」

Prof. Dr. Rupert Scholz

(ミュンヘン大学法学部名誉教授・元ドイツ連邦共和国国防大臣):

現在、約1億3千万人がコロナ・パンデミックの犠牲になっています。コロナ・パンデミックは、まさに第一級のグローバルな問題となっていますが、この病気の起源についてはまだほとんど分かっていないのが現状です。そのため、このパンデミックに対抗するための医学的な問題も顕著になっています。死者の数も全世界で数百万人を超えて久しく、世界中のどの国も、あらゆる手段を使って自国民を守り、少なくとも感染者数を抑え、病気になった人を可能な限り治そうとしています。

しかし、この目的のために使用する手段の選択では、科学的・医学的な問題だけでなく、法律的・経済的・財政的な問題も数多く生じています。法律上の問題は、主に、ある国のそれぞれの憲法上の秩序が、対応する措置のための十分な可能性を開いているかどうか、あるいは、憲法が、政治家によって選択された特定の措置や手段に制限を設けているかどうかという問題に関係しています。しかし、全体主義や権威主義のシステムでは、通常、この点に関する問題はほとんどありません。というのも、それぞれの管轄している行政府が、自国民を保護するためにどのような手段を用い、どのような制約を設けるかを、多かれ少なかれ自由に決定できるからです。これに対して、とりわけ、まさに西欧諸国の民主的な法治国家においては状況が大きく異なります。こ

こでは、行政府は必要な授権を探し求めるだけでなく、実施されようとしている、あるいは計画されている個々の措置が自国の憲法に適合しているかどうか、またどの程度適合しているかを常に自分自身に問わなければなりません。

ヨーロッパにおける民主的な法治国家に対しては、すべての国家が多かれ少なかれ同一または類似の憲法秩序を有しているために、一般的に同じような憲法上の問題が生じます。

しかし、その憲法制度が、コロナ・パンデミックで明らかに存在するような健康上の緊急事態に対して、憲法に適切な緊急事態条項を設けている場合には比較的簡単です。しかし、これはドイツには当てはまらず、ドイツの法的状況はさらに複雑になっています。ドイツの緊急事態規制は、外部からの暴力ならびに脅威による緊急事態あるいは重大な自然災害による緊急事態に限定されています。コロナ・パンデミックのような健康上の緊急事態は、このような要件には該当しません。したがって、私は、ドイツ基本法に、現在、存在するような健康上の緊急事態が発生した場合に対応すべく、新しい拡張された緊急事態条項を追加することを、すでに何度も公の場で求めてきました。

コロナ・パンデミックに対抗する手段として、世界各国で最も広く頻繁に用いられているのは、いわゆるロックダウンやシャットダウンですが、実際にはワクチン接種のみが感染に対する効果的な防御を約束しています。しかし、ここでもワクチンの不足や医療資源の不足などの問題が明らかになっています。これは、病気の感染や新たな感染の主な原因となるため、対人接触を制限または禁止し、実際の身体的接触ができるだけ少なくなるように調整することを意味します。そのため、防護マスクの着用が規定されているだけでなく、例えば、人と人が顔を合わせることは比較的少なく、顔を合わせる場合にはマスクを着用して1.5m以上離れて行うことが命じられています（詳細は感染保護法〔以下 InfSchG という〕の2021.04.22/23版を参照）。少なくとも、これはドイツの規制であり、関連するすべての西欧諸国でも似たようなものです。大勢の人が集まるこ

とは、多かれ少なかれ完全に禁止されているか、あるいはまた極端に制限されています。たとえば家族であっても、制限なしに集まることは認められていません (InfSchG 28b 条 1 項 1 号以下参照)。InfSchG の最新版によれば、夜間 10 時から早朝 5 時まで外出禁止令を発令することも許されるはずですが (InfSchG 28b 条 1 項 2 号)。勿論、その他の多くの国でも同じことが妥当します。屋外での新規感染は 1% にも満たないことが長年にわたって証明されているにもかかわらずです。私たちは、このような十把一絡げの方法での外出禁止令は明らかに不均衡であり、したがって違憲であると考えます。因みに、ドイツでは夜間外出禁止期間中に自動車の運転も禁止されるのに、自転車の運転は禁止されないというのは奇妙な話です。さらに悪いことに、この禁止令は、プライベートや仕事上の理由を問わず、あらゆる形態の旅行を事実上禁止しています。これは確信をもって再度申し上げますが、不均衡です。

経済においては、多くの企業が実質的に休業しています。文化面では、劇場、博物館、コンサートホールなどが閉鎖され、対応するイベントも禁止されています。それぞれの影響を受ける社会にとって実際の結果は大変深刻です。企業や事業が一部閉鎖され、破綻し、その結果、倒産申立てを余儀なくされています。その結果、何十万人もの雇用が失われています。文化施設は、誰も訪れなくなり、コストをかけて維持する手段を持たなくなったため、実際面だけでなく、経済的・財政的な面でも衰退して行きます。保育園や学校が一部閉鎖され、子供達や若者のそれぞれの教育に壊滅的な影響を与えています。必要な憲法上の正当性の根拠を問うならば、ドイツでは原則として、あるいは多かれ少なかれ、基本法 2 条 2 項の基本権、すなわち生命と健康を保護する権利だけが言及されるにすぎません。国家は、かかる基本権に基づいて、当然のことながら、個々の市民の生命と健康を保護する義務を負うだけでなく、それを越えて客観的な保護義務の意味においても、さらなる包括的な保護措置を行う権限があり、かつ、結果として義務も負っているという限りでは、これは正しいです。このような義務は、今日の状況、す

なわちコロナ・パンデミックとの闘いにも確かに当てはまります。ドイツ国家、すなわち連邦政府、連邦議会、ドイツ国内のすべての州政府および州議会がこのように進めているのは、まさにこの意味であります。すなわち、それぞれのケースで取られた保護措置に対して、基本法 2 条 2 項の基本権を行使しているのです。これは主に行政を通じて行われます。通常、緊急事態や緊急事態に類似した状況では、民主的な法治国家においては、行政が現実的な政治的責任と行為的権限を主に付与されています。これはドイツにおいても同じ状況です。ドイツ連邦議会は、確かに、コロナ・パンデミックに対抗するために行われている、あるいは行われるべき措置のほとんどを法律上詳細に規定し、定義し、したがって当然ながら制限する、いわゆる InfSchG を制定しました。しかし、この法律の構成要件は極めて広範に定義されており、さらに、この法律は政府、すなわち行政機関に命令を発令する権限を広範に与えているため、結果として、真に民主的な議会の責任と正統性を語ることはできません。これは、前述の措置が基本権を大きく侵害しないまでも、以下に詳述するように、一般的にならびに結果的にもその他の基本権を制限しているという事実にもかかわらず行われています。連邦憲法裁判所は、確定判例において一貫して「本質的な」性質を有する基本権の制限は、議会の立法府によって制定され、規制されなければならないのであり、つまり、多かれ少なかれ行政の裁量に委ねられてはならない、と判示しています (いわゆる本質性理論 [Wesentlichkeitstheorie])。しかし、ドイツではこのような要求はほとんど斟酌されず、むしろ行政の現実的な優位性が実践されており、憲法の議論に関わる限り、基本法 2 条 2 項の基本権がステレオタイプ的に言及されています。しかし、前述の措置を基本権ならびに自由を制限する性質のものとして考えた場合には、次のような明白な憲法上の規定の欠陥がすぐに明らかになります。つまり、個人のプライベートな生活にまで踏み込んだ個人的なコミュニケーションの制限は、基本法 2 条 1 項の基本権である人格の自由な発展に明らかに影響を与えます。同じことは基本法 6 条 1 項の

家族についても妥当します。経済的事実関係、すなわち企業やビジネスが影響を受ける場合には、基本法12条1項の基本権が影響を受けます。例えば、飲食業者やホテル業界など、経済の全部門が完全に閉鎖されてしまうケースもあります（それでは観光業は成り立ちません）。原則として、スーパーマーケット、薬局、ドラッグストアのみが除外されます（InfSchG 28b 条7号以下参照）。このような事実上の閉鎖は、職業や営業の自由な選択を制限するため、基本法12条1項の基本権を制限するものであり、職業や営業の単なる禁止としか言いようがありません。しかし、このような禁止令は、原則としてもはや合憲ではありません。連邦憲法裁判所は、基本法12条に関する判例において、職業の自由な選択は、客観的に優先される共通の利益に対する避けられない危険を回避するために必要な場合にのみ、客観的な許可要件が充足した形式で制限することができるとしています。このような観点から、例えばホテルおよび飲食業界の状況を見てみますと、憲法裁判所の判例のこれらの要件がほとんど充足されていないことがすぐにわかります。関連するコロナ・パンデミックに関する研究においては、ホテル・飲食業界は、人が集まる場所として感染が非常に少ないことが証明されています。ドイツ政府は、ワクチンを接種した健康な客であっても、発症率が100を超える地域の出身者はホテルに宿泊できなくなるという考えを持っており、まさに冒険的です。この人物は、自分自身には何らの責任もなく、あるいは、影響を与えることもできない、その発症率に対して責任を負うことになるのでしょうか？また、それぞれのホテルも同様です。法的に要求することができるのであれば、チェックインの際に宿泊客が提示する直近のコロナ検査証明書ぐらいです。

文化施設（劇場、美術館、コンサートなど）に関しても同様です。基本法5条3項（芸術の自由）が不釣り合いに制限されています。また、研究や科学の自由についても、例えば大学が事実上閉鎖され、学校に関しては基本法6条1項や7条に基づく基本権がまずもって明らかに不均衡な形で制限されています。その他の基本権としては、基本法8条の

集会の自由、9条1項の結社の自由、11条の移動の自由、2条1項の出国の自由が影響を受けています。教会・宗教の分野では、基本法4条項および140条に基づく権利が影響を受けます。結局のところ、基本権によって守られている自由秩序のほとんどすべてが、今日では大幅に制限されています。この制限は、基本法2条2項を援用すること、すなわち生命と健康に対する権利を援用することだけでは正当化することはできません。再び、連邦憲法裁判所の判例によれば、連邦憲法裁判所は、これまでの確定判例において、すべての基本権は平等に並立しており、基本権の衝突または競合が発生した場合には、相応の解決策を見出さなければならないことを常に強調してきました（実際の調和の原則 [Grundsatz der praktischen Konkordanz]）。その結果、コロナ・パンデミックとの闘いで採られるすべての措置は、基本法2条2項による比例性審査だけでなく、すべての相反する、あるいは競合する市民的自由との比例性審査にも合格しなければならないこととなります。しかし、憲法上の現実では、この要件が遵守されることはまだ比較的少ないです。連邦憲法裁判所は、ここでの原則的な問題状況についてはまだ基本的な判断を下していません。特定の個別事例において訂正したり、特定の行政措置の撤回を命じたり、要求したりした一連の行政裁判所の事例があるだけです。これらの裁判はすべて、連邦政府や州政府にはほとんど考慮されていません。

いつ、どのようなロックダウン措置を取るべきか、逆に、いつ、どのようにその措置を解除することもできるかという問題は、いわゆる発症率によって決定されることとなります。これらの発症率は、人口10万人あたりの計算で、7日以内に何人の新規感染者が予想されるかを問うことで、さらなる感染の可能性に関する特定の予想を根拠付けています。この検査や質問は、現在、ドイツや海外でほぼ一般的に行われていますが、この手順には最初から多くの疑問点があります。これは、見かけ上の拘束力があるとされる予測から始まります。実際には、これは法律で定められたフィクション以外の何物でもありません。疑問点は、想定され、主張されている基準

の質においても続きます。いつ相応する感染症のリスクが存在するのか。35人に1人か、50人に1人か、100人に1人か、それ以上なのか。これらのことは、コロナ・パンデミックとの闘いをめぐる政治的な議論にも影響を与えています。結局、すべてが恣意的なものになってしまい、良い結果にはなっていません。なぜならば、真に効果的なパンデミック対策とは、国民の間で国の公衆衛生政策に対する必要な信頼度を維持・促進することでもあるからです。私たちの意見では、領域的にあまりにも広すぎるので、発症率の手続はほとんど意味をなさないと思います。例えば、同じ連邦州内で、ある自治体の発症率が35であるのに対し、別の自治体の発生率が100を超える場合には、それに応じて差別化を図らなければなりません。このような差別化とは、発生率が35の自治体については、ロックダウンの緩和が可能であるだけでなく、法的にも示されていることを意味し、一方、発生率が100を超える自治体については、その逆となります。このようにして初めて、提起された憲法上の問題を解決することができ、一方では健康の保護、他方では自由の保護の間で、真に釣り合いのとれた利益衡量を導き出すことができます。また、それぞれの発症率は、コロナ・パンデミックに対する対策の実施についても、連邦政府と州政府とのどちらが管轄すべきかを様々な役割分野において決定しなければなりません。連邦は100人以上、各州はそれ以下などです。この手続は、憲法上の観点からも非常に問題があります。なぜならば、真に法治国家的に要請された法的安定性が問題とされていないからです。また、それぞれの発症率は、自治体ごと、州ごと、文字通り日ごとに変動し、変化する可能性があるからです。しかし、連邦国家として機能している権限配分には、永続性、透明性、信頼を守るための信頼性が求められます。しかも、それだけではありません。また、基本法に定められた法治国家原則は効果的な権利保護をも要求します。しかし、まさにそれこそが欠落しているのです。なぜならば、法律によって定められた発症率 x と基本権 y の制限の自動化は、実際には行政裁判所によるいかなる権利保護をも排除するからで

す。影響を受けた市民に残された唯一の救済策は、基本的にはBVerfGへの憲法訴願だけです。しかし、個々のケースにおいて、事実上および法的に根拠付けられた評価を下すことは、BVerfGにとっても不可能であり、また合理的でもありません。

いずれにしても、発症率の代わりに、実際の感染リスクを評価するための——少なくとも補充的な——他のパラメータを利用または開発しなければならない、と私たちは考えています。これは、とりわけ、病院の実際の使用状況（実際の重篤な感染症の調査）や、地域や地方の差別化といった基準に当てはまります。現在の手続では、実際に感染の危険性がある者かどうかに関係なく、基本権が全面的に制限され、ならびに、過度に制限を受けています。しかし、このような手続は基本法上の法治国家原則に合致しません。実際には、基本法に何の根拠もない、事実上導入された緊急措置ならびに事実上の緊急事態が問題となっているのです。

これらの中で、以下のことも考慮する必要があります。コロナ・パンデミックに対する対策のほとんどは、連邦首相と16州の州首相による非公式なラウンドで議論され、決定されたものです。この点にも、繰り返しになりますが、憲法上の大問題があります。この種の組織は基本法には規定されていないので、それに合わせて非公式に設置することはできません。これまでと同様、一般的には、連邦議会、連邦政府、連邦参議院、そして各州議会と各州政府のみが決定権を有しています。

このような基準に基づいた差別化があつてこそ、根本的な憲法上の問題の比例原則に則した解決にもつながるのです。感染者が少ない場合は、それに応じてロックダウンの必要性も低くなり、市民の自由の保護が優先されます。逆に、感染者が多い場合は、健康保護が市民の自由の保護に対してより規制的小よび形式的に要請されるのです。

コロナ・パンデミックやそのさらなる拡大に対して、それなりに効果的な防御というのは、幸いにもこれまでに開発されたワクチンの接種によってのみ保証されます。しかし、ここでも法的な問題が生じます。すでに、十分な量のワクチンの発注が間に合

わず、その結果、特定のグループの市民に有利で他のグループに不利な優先順位が決定されなければならない状況が始まっています。とりわけ憲法上の平等原則（基本法3条1項）の観点からは、その真の正当性を保証することは困難です。また、例えば、既にワクチンを接種した人が、再びより自由権を求めてくるような場合にも問題が生じます。例えば、なぜそのような人が自由な判断でレストランに行っていないのでしょうか？法的にはこれに反対する理由はないのですが、勿論、政府の方針はその反対を主張しています。たいていは、ワクチンを接種した人とまだ接種していない人との「連帯」が必要だという脆弱な理由です。このような「連帯感」から、ワクチンを接種した人は、接種前と同様にマスクを着用するなどの防護措置を取らなければならないとされています。このようなことは、個人の基本権上の自由の保護とは相容れないと私たちは考えます。

さらに、管轄権上の問題も生じています。連邦政府は基本法74条1項19号に基づき、InfSchGのような競合する法律の立法権限を有していますが、これも学校閉鎖の例に見られるように限定的です（InfSchG 28b条3項参照）。学校法は明らかに各州の専権事項であり（基本法70条）、健康保護を理由として連邦政府が管轄権を横取りしたり、またはこれを変更したりすることはできません。連邦政府は、学校や保育園などに対してもマスクの着用義務や検査を規定することができますが、それ以上のこと、つまり閉鎖はできないのです。

しかし、コロナ・パンデミック対策の憲法上の問題は、まだ他にもあります。その問題は、特に経済・金融分野において顕著に現れています。企業や事業が実質的に破壊された場合、通常は基本法14条の財産保障に違反することになり、生産的財産、すなわち企業や事業に対する権利も構成要件的に保護されることになり、その結果、収用または収用に類似した措置には基本法14条3項に基づく補償が必要となります。しかし、このような補償義務や補償を求める権利は、通常の法律にはまだ規定されていません。一定の補償措置や支援金が国から約束さ

れています。しかし、これらはすべて純粋に行政の裁量による給付であり、収用法による補償の対象となる請求権ではありません。ここでも立法による修正が必要だと考えています。

その間、ドイツ国家は、コロナ・パンデミック対策のために数十億ドルを費やし、憲法上の債務ブレーキがほとんど無効になったことも事実です（基本法109条3項参照）。大規模な信用貸付が行われており、原則として、憲法で定められているような返済のための規定もありません（基本法115条参照）。加えて、EU法に起因する問題もさらに大きなものがあります。2021年3月25日にドイツ連邦議会は、いわゆるEU自己資金決定に関する批准法を可決しました。このEU規則は、EU加盟国におけるコロナ・パンデミックによる損害と財政負担のための、いわゆる復興基金に関するものです。この復興基金は総額7,500億ユーロで、そのうち3,900億ユーロは—その他の信用貸付に基づく資金のように—返済義務がない、いわゆるEU予算からの「補助金」として交付されます。関連する基金を通じて、EUはその予算のために借入れを行い、融資に関しては、その資金もこの基金を通じて返済されることになっています。しかし、このような返済を行うためには、EU予算を大幅に増額する必要があります。その予算は加盟国の拠出金によって賄われています。ドイツはEUへの最大の純拠出国であり、約24%を占めているため、これは特にドイツにとって極めて深刻な結果をもたらします。復興基金からの資金の分配は、EUが被災した加盟国や資格のある加盟国に数十億ユーロ規模で対応する金額を割り当てることで行われます。しかし、ここでも重大な問題が発生します。なぜならば、現行のEU法によれば、受益国である加盟国は、実際にはこれらの資金をEU一般予算に返済する義務があるからです。現在のEU法である欧州連合条約〔以下EUVという〕と欧州連合機能条約〔以下AEUVという〕は、債務同盟、責任同盟、そして財政同盟をまだ認めていません。しかし、現在、構成されている復興基金は、この法的拘束力のある構造や伝統を破っています。その結果、EUが予算として調達した資金（信

用貸付)は、実際にはそれほど明確に認められていなくても、すべての加盟国が共同で負担しなければならなくなります。実際、私たちはまったく新しい法的状況に直面しています。つまり、加盟国が借り入れた信用貸付に対して多かれ少なかれ連帯責任を負うことになります。ここでの主な原因は、やはりドイツが主な純支払者であることです。ドイツの財務大臣も、この復興基金が「欧州財政同盟への参加」を意味する、あるいは開始するものであることを正直に語っています。この言葉が正しいとしても、それを正当化するための必要な前提条件が欠落しています。そのためにはまず、EUVとAEUVに対応する改正が必要であり、加盟国における国内法化することが必要であったはずですが、ドイツの場合は、基本法23条の規定を遵守しなければならず、それによって、国家主権のEUへの委譲を規定している基本法23条が、このような金融政策規制をどの程度正当化するかという問題がすぐに生じたであろうし、今後も生じるでしょう。というのも、基本法23条によれば、EUに対して主権を委譲するには、基本法に拘束されるからです。すなわち、いざれにしても基本法は、国内の憲法に影響を与えるようなEU法における変更には、いかなる場合でも基本法79条1項に基づく対応する承認(連邦議会と連邦参議院の2/3の賛成)が必要であることを定めているからです。しかし、ここでも限界があります。基本法79条3項によれば、統合手続や主権のEUへの委譲は、国内領域における自由民主的な基本秩序の基本的な実体を無効にするので、一定の領域では許されておりません(基本法79条3項による制限)。これらの不可侵の憲法規則には、連邦憲法裁判所が繰り返し明確に述べているように、ドイツ連邦議会の予算主権も含まれています。しかし、EU復興基金のような規制は、その責任の帰結や債務の返済に関する規制など、明らかにドイツ連邦議会の予算主権に影響を与えます。この規制は、克服することが困難である欧州全体でのコロナ・パンデミックとの闘いに必要なことは事実であったとしても、結果的に、EU法に基づくこれらの新しい規制については、憲法裁判所による審査が行われる(必

要がある)こととなります。確かに、BVerfGは、2021年4月21日の決定において、上記法律の批准に対する緊急申請を認めませんでした。本案での判断が注目されます。なぜならば、パンデミックの問題だけでなく、欧州連合(EU)全体のさらなる発展に関わる基本的な問題についても一般的に判断されるからです。

全体的に纏めると、今日、コロナ・パンデミックとの闘いは、世界中のすべての国家と社会にとって最大の問題です。主に国家によって保証されるべき健康保護は、可能な限り効果的かつ効率的に設計され、実施されなければなりません。必要であれば、任意のワクチン接種だけでなく、強制的なワクチン接種も含まれます。しかし、このような場合でも、欧米の憲法制度で定められた民主主義・自由主義の法治国家の基本原則は遵守されなければなりません。そのためには、多様で慎重な法的・事実的な利益衡量が不可欠です。健康を守るために一方の政治サイドまたは他方の政治サイドが好んで使うものが、すべて自動的に法的に正当化されるわけではありません。どのような場合でも、どのような状況でも、比例原則に従って、憲法上の基準となる利益衡量を図ることが必要です。これを明らかにするのが本報告の目的です。[出口雅久訳]

4. コメント

Prof. Dr. Dres. h. c. Angelika Nußberger
(前欧州人権裁判所副所長・ケルン大学法学部)
憲法問題 コロナ・パンデミックに関するコメント:

確かに、コロナ・パンデミックは21世紀最初の大きなエポックの境界線であります。「パンデミック前」と「パンデミック後」の時代が存在します。Covid-19の拡散ほどグローバルな出来事は歴史上ほとんどありません。なぜならば具体的な影響は異なるにしても、世界のどの地域も完全に無傷ではいられないからです。この真の「グローバル性」は、これまでこのような形で観察されたことのない、世

界の国家システム間の競争状況にもつながります。すなわち、誰がどのように危機に対処するかは、数字で測定し、比較することができます。たとえば、米国では感染者数や死亡者数が多いのに対し、中国では感染者数や死亡者数が非常に少ないことから、このような課題に対応するにはどのような形態の政府が最も適しているかという問題を科学的に分析する必要があります一方で、虚偽の報告や相互非難によるイデオロギー的な競争も行われています。

パンデミックにおいては民主主義のシステムがその真価を發揮したかどうかの評価については、意見が分かれています。Prof. Scholzをはじめとする一部の論者は、ドイツのようなシステムにおける反応を非常に批判的にとらえ、政府の対策の大半が憲法違反であると判断し、従って危機への対処は法的観点から見て全体的に妥当ではないとしています。また、立憲国家は適切であることが実証され、「試行錯誤」の手續の中で民主主義のプロセスに見られる対応が状況に応じた差別化された対応を可能にしていると主張する論者もいます。

このような論争の中心となるのは、垂直方向と水平方向の三権分立の問題であり、行政府と立法府、連邦政府と州政府のどちらが行動すべきかという問題です。Prof. Scholzは、一方では健康上の緊急事態を導入し、危機現象に対応する権限を少数の人に集中させると推定される憲法改正を提案していますが、他方では、行政権の肥大化を批判すると同時に、立法府が定めた転轍点も批判しています。フランスは健康上の緊急事態を導入しましたが、それだけで根本的に異なる、より良い解決策が得られたかどうかは、意見が分かれるところでしょう。たとえば、Prof. Scholzが特に厳しく批判した夜間外出禁止令は、ここではより厳しい形で、より長い期間にわたって適用されていました。

基本的には、健康上の緊急事態「イエス」か「ノー」か、行政の絶対的な優位性「イエス」か「ノー」か、発症率の考慮「イエス」か「ノー」か、いかなる転轍点がより良いかを一律に判断することは難しいことです。基本権への侵害に対する比例原則の問題は常に生じます。しかしながら、ここでも

憲法上の手段がどのように適用されるのかは定かではありません。というのは、短期的な影響だけを考えるのか、それとも長期的な影響を考えるのかで、結論は大きく変わってくるからです。危機においては、「最悪の事態を防ぐ」ことが重要であり、これが達成された場合には、原則として憲法上の措置が成功したものとみなすべきです。また、将来的には、補償の要求よりも、公正な社会的調整や連帯感を重視すべきです。[出口雅久訳]

山本敬三

(京都大学大学院法学研究科教授・附属法政実務教育研究センター長)
日本における新型コロナウイルスワクチンの接種に関する憲法問題：

1. はじめに

京都大学の民法の教授で、京都大学大学院法学研究科附属法政策共同研究センター長を務めている山本敬三と申します。本日は、この日独交流160周年記念シンポジウムでProf. Scholzのご講演についてコメントをする機会を与えていただき、ありがとうございます。Prof. Scholzは、大変興味深く、また示唆に富んだご講演の最後で、次のような総括をされていました。それによると、国が保障する健康の保護は、できるかぎり有効で効果的な形をとり、実施されなければならない。それは、必要な場合には、予防接種を任意にとどめるのではなく、強制するところまで及ぶ。ただし、自由で民主的な法治国家の基本原則を維持するためには、憲法上基準となる比例原則にしたがった衡量が必要となる、ということでした。このような観点からは、予防接種についてどのような法規制であれば比例原則によると憲法上許されるかという問題について検討してみることが考えられます。

2. 日本における新型コロナウイルスワクチンの接種に関する法規制

日本では、予防接種についての法規制は、1948年から存在しています。これは、予防接種法という法律によります。新型コロナウイルスワクチンにつ

いては、この法律が2020年12月2日に改正されることで対応されています。

(1) 予防接種法の適用

予防接種法では、定期の予防接種（同法5条）と臨時の予防接種（同法6条）が定められています。昨年12月の改正法は、新型コロナウイルスワクチンの接種を臨時の予防接種とみなすこととされました。これにより、臨時の予防接種についての規定が、原則として新型コロナウイルスワクチンにも適用されることとなります。

(2) 強制接種と接種勧奨

(a) 法改正の方向

予防接種法が成立した当時は、予防接種は所定の疾病について強制的に行われ、違反した場合について罰則が定められていました。

その後、1960年代から特に1970年代に、予防接種による深刻な健康被害がいくつか発生し、被害者が勝訴するという事態が生じました。そこで、1994年に、予防接種法が改正され、予防接種は強制ではなく、国が勧奨するにとどめられ（同法8条）、国民は、予防接種を受けるよう努めなければならないこととされました（同法9条）。つまり、国民にはいわゆる努力義務を定めるにとどめられたわけです。

(b) 合憲性

(ア) 強制接種

憲法の観点からみると、かつての接種強制は、比例原則によると、現在の目からみれば、おそらく違憲だったと考えられます。国民を感染、したがってまた健康被害から保護するという目的は、多くの場合、例えば接種勧奨のようなより穏やかな手段によって実現することができます。さらに、予防接種によって、ごく稀にしか生じないとしても、重大な副反応が生じる場合や、安全性がまだ科学的に証明されていない、つまり不確かでしかない場合には、接種強制は原則として正当化することができません。

接種強制を正当化することができるとすれば、それはおそらく原則として、国民の健康被害の危険—それを生じないようにすることが法律の目的ですが、予防接種でなければ感染の拡大を防ぐことがで

きないほど重大であり、かつ、予防接種の副反応の危険が実際上無視することができるほどわずかである場合だけでしょう。

(イ) 接種勧奨

これに対して、接種勧奨と努力義務の賦課、つまり日本の現行法は、比例原則によると少なくとも合憲だと考えられます。というのは、同じ結果、つまり感染の拡大防止を達成するためのより穏やかな措置は存在せず、しかも、同意した者だけが予防接種を受けるわけですので、個人の基本権に対する侵害がない—少なくともごくわずかでしかない—と考えられるからです。もちろん、そのようなソフトな方法によって感染拡大の危険をどこまで防止することができるかは、別問題です。

(3) 予防接種による健康被害の救済

予防接種が必然的に被接種者の健康に副反応を生じさせるときには、この健康被害について補償を認める必要があります。そのような補償がなければ、接種勧奨であっても違憲になる可能性があるでしょう。

(a) 予防接種法による救済

日本の予防接種法は、1976年の改正から、特別な救済制度を定めています。それによると、市町村長は、臨時の予防接種を受けたことによる疾病、障害又は死亡について、その予防接種等を受けたことによるものであると厚生労働大臣が認定したときは、給付を行うこととされています（同法15条以下）。新型コロナウイルスワクチンの接種については、国がこの給付の費用を負担するとされています。給付額は、費目ごとに政令で定額が定められています。例えば、死亡一時金は、4420万円（約33万10ユーロ）です。この額は、自動車損害賠償責任保険の額よりも高くなっています。しかし、もちろん、実際の損害はそれより大きくなる可能性があります。

(b) 国家賠償法による損害賠償

さらに、被害者は、国家賠償法によって、国に損害賠償を請求することができます。この法律によると、違法性と故意又は過失が要件とされます（国家賠償法1条1項）。被害者にとってのハードルは非常に高いといえます。

そのため、日本の学説では、以前から、憲法上の補償請求権がどのような理由から認められるかということが議論されています。

3. 終わりに

以上で、日本における新型コロナウイルスワクチンの接種に関する私のコメントを終えたいと思います。ご清聴ありがとうございました。

Dr. Michael Pils

(日独労働法学会理事、TaylorWessing 法律事務所弁護士)

コロナ・パンデミック 労働法の機会と課題：

2020年2月末の最終便で東京からデュッセルドルフに戻ったとき、ドイツでは無数の労働法上の問題を抱えたロックダウンがすぐそこまで来ていることを我々のネットワークからすでに知っていました。飛行機に乗っている間にも、たとえば、看護・医療分野の緊急時の計画にも目を通さなければなりません。このアドバイスを簡単だと思った労働法弁護士はいなかったでしょう。その中には、感染症対策や従業員保護の観点から、亡くなられた方に親族がお別れをすることは許されないというような様々な厳しい判断もあり、今でも私の同僚を悩ませています。Prof. Scholz が提起した法的問題は、特にビジネスにおける憲法上の問題を鮮明に示しています。しかし、ほとんどの企業は、災い転じて福となす創造的かつ実用的なアプローチをとっています。残念ながら、仮の権利保護のための裁判手続でさえも、関係する企業にとっては、多くは時間がかかります。損害賠償請求権や収用請求権を求めることは、時間的な観点からみてもしばしば実用的ではないことが明らかになっています。とりわけ、私の見解では、経営者の責任を引き出すためには労働法のアドバイスが特に役立ちました。残念ながら、日独労働法学会としては2020年は対面式のイベントを開催することができませんでした。とはいえ、メンバーは日本とドイツの視点からコロナの労働法についてオンラインで多数のセミナーを開催すること

ができました。また、日独労働法学会はProf. Düwellを中心に政治的にも連邦労働裁判所の観点からも専門知識を有しています。私の認識では3つの要素が中心となっています。

第一に、企業における労働保護と健康保護の重要性は今後も増していくでしょう。労働法上の配慮義務はより包括的に考えなければなりません。ホームオフィスで働く権利を法律で認めるかどうか、労働時間をどう見直すか、といったことだけが問題なのではありません。むしろ、柔軟性の必要さをより個別に考慮しなければなりません。人口動態の変化に伴い、労働や企業の環境はより複雑化しています。コロナの危機は、労働環境がどのように変化するか、また変化しなければならぬかを示すモデルと見ることができます。

第二に、コロナの危機はデジタル化の傾向を強めました。デジタル化は、従業員のデータ保護、デジタル化による労働者の心理的ストレスへの影響、秘密保護または企業の解散など、多くの境界領域の諸問題を引き起こします。これは、たとえば、労働者グループが排除されたり、失業するなど、社会的緊張を惹起することがあります。企業は、デジタル化戦略を策定していなければなりません。日本側とのやりとりを見ていると、双方の課題がいかに似ているかがわかります(日独労働学会30周年記念シンポジウム論文集を参照)。

第三に、法的に要求されていることにもかかわらず、社会的結束が最終的には重要であることを述べておきます。コロナをきっかけに、ドイツでの規制の密度が日本とは比較にならないほど高かったことは争いの余地はありません。しかし、労働弁護士であれば、規制がなくても、企業はコロナ危機の難しい業務上および法律上の問題に対処しなければならず、それは従業員や従業員代表と一緒に進めなければならないことを確認するでしょう。また、この危機をきっかけに、私たちは未来に目を向けることができます。人工知能、多様性、インクルージョン、社会的責任(CSR)、持続可能性などの新しいトピックスや、2021年6月18日に予定されている「#MeToo」に関する日独の視点からの会議は、す

でにアジェンダになっています。労働法は、常に憲法や社会の基本的な問題に関係しています。これらを日本とドイツの視点で議論し、友好的な交流を深めることができるのは、贈り物であると同時に責任でもあります。また、労働法における日独の豊かな交流の歴史をさらに推し進めることもできます。今後も労働法における日独の友好関係を維持していくために、皆さんに「イッシュケンメイガンバリマス」と声をかけたいと思います。ありがとうございました。[出口雅久訳]

毛利 透（京都大学法学研究科教授）

例外がすべてを証明する——日本の場合——：

ドイツ同様、日本でも法治国家は現在危機的状況にあります。しかし、具体的な症状は同じではありません。次のように言うこともできましょう。「すべての幸福な法治国は似通っている。不幸な国家は、皆それぞれに不幸なものである」。私はここで、現在日本がどのように不幸な状態なのかについて少々語ろうと思います。そのための導入として、もう一つの引用を示したいと思います。「正常なものは何も証明しない。例外がすべてを証明する。„Das Normale beweist nichts, die Ausnahme beweist alles.“」このカール・シュミットによる一文は、公法学ではよく知られたものです。では、ここでの「すべて」とは何でしょうか。例外は何を証明するのでしょうか？ 私の考えでは、例外状態において、その社会の本質が顕わになるということでしょう。たしかに、コロナ危機において、普段は見えきれないほどの法律の背景に隠れている、日本の法秩序の本質が露見したように思われます。

とはいえ、すでに1990年代に、アメリカの法学者 John Owen Haley が『Authority without Power』という書物の中で、日本の法秩序の特徴を見事に叙述していました。同書は次のように言っています。日本は官庁の力の強い官憲国家のように見えるかもしれない。しかし、公式の実定法を見る限り、日本の官庁は決して強くなく、多くの場合他の国々よりも弱い規制権限しかもっていない。「した

がって法秩序は、共同体のコンセンサスと、共同体がすでに有している制裁手段の実効性に大幅に依存しようとする」。同書は、このような「社会的コントロールのダークサイド」を指摘しています。日本法は、その根幹において、社会に内在する暴力的な、多くの場合違法な圧力に依存しており、だから国家は、半ば自覚的に、そのような圧力を防止しようとしません。

今回の例外状態においても、日本法のこのような特徴を見出すことは容易でしょう。2020年春から、日本では「新型インフルエンザ等対策特別措置法」（以下「特措法」という。）に基づき、緊急事態が繰り返し宣言されています。この「緊急事態」は、しかし、国民の自由を広くあるいは強く制約するものではありません。法律により具体的な措置を授權される知事は、「緊急事態」においても、外出禁止も旅行禁止も集会禁止も命じることはできません。緊急事態宣言の主な意味は、人々に自粛を呼びかけることにあります。コロナ危機において、日本人は長期間持続的に自粛を要請されています。事態の倒錯性は、この政策の実効性が実際には、理性的な人々の自発的判断というよりも、強い社会的圧力によって担保されていることによって強まっています。2020年の日本で誕生した Unwort（不快な言葉）として、「自粛警察」が挙げられるでしょう。これは、政府や知事の自粛要請が守られているかを勝手に監視する私人たちのことであり、この要請に従っていない施設などを夜間に匿名で攻撃したりします。もちろん犯罪にあたる場合が多いのですが、実際に処罰されることは少ないです。

では、緊急事態において知事は法的に何を命令できるのでしょうか？ 特定の大規模施設（百貨店、遊技場、スポーツ施設、劇場、映画館など）に対し、営業時間の制限や営業停止を求めることができます。さらに、飲食店に対しても同様の命令ができます（特措法45条2-5項）。現在（シンポジウム当日）、東京都、大阪府、京都府などのレストランは、酒類を提供しないよう要請されています。

しかし、このような抑制された義務付けであっても、行政機関は、それを実現するために十分な権限

を有してはいません。日本には、一般的な行政執行法は存在しません。「日本の行政機関は、特措法に基づく命令を自ら執行できないのです。」命令を拒否した者には、最終的には過料が科されることになっていますが（特措法79条）、その実効性は低いです。特措法が主に依拠している執行確保手段は、要請に応じない者の名称などの公表です（同法45条5項）。この公表という、ドイツの行政法教科書ではお目にかからない制裁手法は、日本の行政法ではしばしば採用されており、いかなる場合にいかなる要件で、行政行為に従わない者の名前を公表してよいのかは、日本の行政法学における大きなテーマの一つであります。と同時に、日本の行政の特徴を如実に示しています。

今回のパンデミックにおいても、名称などの公表がたびたびなされました。しかし、そもそもどうして公表が制裁手段として機能するのかと考えれば、国家が自分の命令を守らせるために社会的圧力を利用しているのだと言わざるを得ません。本当は命令に従いたくない事業者も、行政の言うことに従わない者として自分の名が公表されれば、匿名の人々による激しい、多くの場合暴力的な反応が向けられるだろうと危惧するのです。国家は、まさにこのような心理的反応を期待していると言わざるを得ません。

こうして、今回の危機においては、日本の法秩序の本質が顕わになりました。これは、日本の法治国家の危機でもあります。だが、社会の雰囲気は変化してきました。今回（シンポジウム時）の第3回の緊急事態は、前2回よりも効果が薄いと言われています。その一因は、端的に日本人が自粛に疲れたということにあるのでしょうか。「自粛警察」も聞かなくなりました。多くの事業者は、名称の公表による損害をもちや恐れていません。日本法が機能するための前提条件であったといえる国家と社会の協働が、崩れ始めています。日本は現在、法的にも大きな挑戦を受けているといえるでしょう。

Prof. Dr. Philipp Osten（慶應義塾大学）

コロナ・パンデミック対策と刑事法——日独コメント——：

以下の刑事法の観点からの簡単なコメント¹⁾は、コロナ・パンデミックの結果として生じた、刑事法に関連する数多くの問題のうち、若干の観点についてのみ素描するものです。今般の基調講演では、基本的人権に基づく国民の生命と健康を保護するという国家の義務が繰り返して取り上げられました。それによれば、保障されなければならない国家の健康保護は、効率的な（同時に比例原則に則した）措置によって整備されるだけでなく、効果的に実施・貫徹されなければならないとされています²⁾。本稿では、かかる——通常は法律や政令、条例等に基づいている——コロナ・パンデミック対策を「実施」する上での問題に焦点を当てます。ここでは、特に、制裁によって補強された行動義務ないしは（それに鏡像のように対応する）禁止規範の役割、つまりパンデミック対策における刑法の役割が問題となります。この点、日独の比較では、法的な対応の仕方には明確な相違が看取できます。

まず、ドイツでは、2020年3月以降は、公衆の健康保護のために、それまで当たり前だった市民の行動の一部は、いわば一夜にして「犯罪化」されました。感染症保護法（Infektionsschutzgesetz, IfSG）や、特に各州の感染症保護条例等では、過料や時には刑罰の対象となる数多くの行動義務（ないし禁止規範）が定められるようになりました（たとえば、「ソーシャルディスタンス要請」、「門限」などがそれらにあたります）。したがって、このような感染症保護法上の制裁は、秩序違反に対する制裁（過料）にとどまるものではなく、刑法上の制裁も——特定の、非常に狭い範囲で規定された、感染症保護に特化した犯罪構成要件³⁾という形でのみではあるが——国家の感染対策の一部をなしています⁴⁾。

一方、現在の日本の感染保護法上の対策の実施に関する議論においては、——国家の「最強の剣」として急遽召集されることが多い——刑法は、これまではその役割があまり重要視されてこなかったのが特徴です。現在、日本ではこのような感染保護法上の措置に特化したような刑罰規定はほぼ存在しません。これは、刑法による法益保護を超え、感染症医

学の観点からリスクを伴う行動や健康に危害を及ぼす可能性のある行動を新たに犯罪化し処罰することに対する根本的な疑問（刑法の「最後の手段性」の考え方）によるものだけではありません。

日本の同僚の皆様のコメントにもあるように、いわゆる「要請」、すなわち、法的に分類することが困難な国家から国民や企業への協力要請が⁵⁾、日本におけるパンデミック対策の中心となっています。ここでは、これらの要請、とりわけ「自粛要請」という要請が、本当の意味での自主的なものを意味するのかどうかについては、立ち入って論じないこととします。日本の対策の根底にある「新型インフルエンザ対策特別措置法」⁶⁾では、このような要請だけでなく、より踏み込んだ措置として、「指示」および「命令」も規定されています。しかし、それらに直接対応した（すなわち、それらの措置の実効性を担保するための）処罰規定がないため、このような指示等に明らかに違反した場合でも、罰せられることはありません。例えば、営業時間の短縮を守らない飲食店の経営者に対しては、せいぜい行政法上の過料が科せられる程度ですが、実際にはこれまでのところほとんどありませんでした。

では、なぜ日本では、パンデミックが起きても、ロックダウンなどの厳しい措置をとらず、そして、何よりも刑事罰の仕組みがほとんどないまま、これまでのところ比較的無傷で済んだのでしょうか。

これは、今日においてもなお日本社会を特徴づける、いわゆる「非公式の（インフォーマルな）社会統制が有効に機能して」いること、すなわち社会的圧力の効果（時には非協力的な企業名の公表など、制裁に類似した行政の事実行為と絡み合った形で）によるものであり、法的形式を整えた国家による制裁の投入（刑罰による担保）をほとんど必要としないものであるとする見解もあります⁷⁾。

また、刑事制裁を投入（ないし発動）しないことと、日本の立法者が、国民や、とりわけ国からの事業停止などの「要請」に応じた企業に対する法的な賠償請求権を認めず、支援金またはその他の裁量的な給付のみを定めているということ⁸⁾との間に関係があるとみる論者もいます⁹⁾。つまり、これは、

「自発的」な協力の問題であるため、国家による補償義務がありません、というのです。このような措置の実効性を補強するために強制的な介入として刑罰を仮に投入したとしたら、この論理はもはや維持しえなくなります¹⁰⁾。上記の2つの見解には、それぞれ検討に値する論点が含まれていると思われま。最後に、ここでは、コロナ・パンデミックに関連して発生した刑法解釈論的には非常に「魅力的」な問題については、幸いなことに今のところ日独両国の刑事訴追実務においてそれらの問題はほとんど顕在化していないため、これ以上立ち入って論じないこととします。たとえば、感染者が故意に唾を吐いたり、咳をしたりした場合に、傷害罪や殺人罪などの刑事責任（またはその未遂）がどの程度成立するのかという問題などがあります¹¹⁾。あるいは、医療資源が限られている中での生命保護のジレンマについては、何よりも刑法の問題として、いわゆるトリアージにおける義務の衝突の問題などがあります¹²⁾。しかし、結局のところ、これは本来の意味での「パンデミック刑法」（すなわち、感染症対策に特化した刑法上の問題という、真の意味での Pandemiestrafrecht）ではなく、新たなパンデミックの文脈において、古典的な刑法問題が提起されているに過ぎないというべきでしょう。[出口雅久訳]

Prof. Dr. Markus Gehrlein

（マンハイム大学法学部・元ドイツ連邦最高裁判所判事）

コロナ・パンデミックによる会社法および倒産法規制：

ドイツでは、コロナ・パンデミックに経済的に対処するために、広範囲に及ぶ法規が制定されました。これらは会社法や倒産法にも関係するものです。この規定の目的は、パンデミックの経済的影響だけで困難に陥っている企業に対して将来的な展望を確保することにあります。ここでは大まかな概要のみをご紹介します。

1. 倒産申立義務の停止

倒産理由である支払不能（倒産法 [以下は InsO という] 17 条）と債務超過（InsO 19 条）の両方

について、COVID-19 パンデミックに起因する倒産に基づく倒産申立義務の一時停止および公的団体責任の制限に関する法律〔以下 COVInsAG¹³⁾ という〕1条1文に基づき、InsO 15a 条に基づく倒産申立義務が2021年4月30日まで停止されました。これは、第一に、倒産原因がコロナ・パンデミックの拡大の結果に基づいており、第二に、発生した支払不能を解消できる見込みがある場合にのみ適用されます。逆に言えば、支払不能がコロナ・パンデミックに基づかない場合には、倒産申立をしなければなりません。同様に、支払不能がコロナ・パンデミックによって引き起こされたが、支払不能を克服する見込みがない場合にも、倒産申立を行わなければなりません。立法者は、COVInsAG 1条3文で推定を行っており、これによりどの企業が救済を得ることができるかを容易に判断することができます。2019年12月31日に会社が支払能力を有していた場合、その後に発生した倒産状態はコロナ・パンデミックによるものであり、発生した支払不能を克服できる見込みがあると推定することができます。

2. 倒産状態発生後の支払い

取締役は、有限会社法 (GmbHG) 64 条に基づき、原則として倒産開始後には会社資産を損なう支払いを行ってはならないとされています。倒産申立の義務が停止された場合、企業は通常の枠組みの中で事業を継続することができるはずですが、したがって、COVInsAG 2条1項1号によれば、通常の業務の過程で行われた支払い、すなわち事業の維持または再開あるいは再建計画の実施に資する支払いは、堅実かつ良心的な経営者の慎重さに合致するものとみなされます。

3. 倒産否認

倒産否認 (InsO 129 条以下) は、申立義務の停止の恩恵を受けている企業が商取引から切り離されないように厳格になっています。

(1) 消費貸借の弁済と担保

信用経済による消費貸借の付与は、COVInsAG

2条1項2号前段により特に促進されるべきとされています。2021年4月30日までの停止期間中に行われた新規融資、およびそれまでに行われた新規融資に対する担保提供には特別な特典があります。2021年4月30日までの融資を受けていた場合、2023年9月30日までに行われる返還義務は、債権者の不利益にはなりません。2021年4月30日までのこのような新規融資に付与された担保は、長期的には、すなわち2023年9月30日を越えても、債権者の不利益にはなりません。債権者に不利益を与えないという法律上の擬制 (InsO 129 条) により、新規融資の弁済または担保に対する倒産否認は、あらゆる要件の下で除外されます。

(2) 他の債権の弁済と担保

例えば、売買などに基づく消費貸借以外の債権の弁済または担保は、COVInsAG 2条1項4号により、2021年4月30日までの停止期間中までに否認が免除されます。契約上の債権の弁済や担保は、その後の倒産手続において否認することはできません。COVInsAG 1条に参照していることからわかるように、この規定は2021年4月30日までの停止期間にのみ適用されます。否認権上の特権は、COVInsAG 2条1項4号2文によって、特定の適合しない、すなわち非契約的な弁済や担保にまで拡大されます。

債務者の再建や資金調達の努力が、発生した支払不能を解消するのに適していないことを相手方が認識していた場合には、COVInsAG 2条4号1文後段に基づき、否認可能性の意味における例外が認められます。この場合には、他の要件が満たされていれば、すべての否認要件を適用することができます。〔出口雅久訳〕

高田倫子准教授 (大阪市立大学)

行政による情報提供行為の基本権関連性

—COVID-19 パンデミックとの闘いの連関において— :

本シンポジウムにコメンテーターとして参加させていただき、たいへん嬉しく思います。主催者、とりわけ本シンポジウムを企画し、準備して下さった

出口教授には、心より御礼申し上げます。

Prof. Scholz が講演において正当にも述べられたように、COVID-19 パンデミックを阻止するための国家の諸措置は、たとえそれらが生命及び健康の保護といった正当な目的を追求するものであっても、憲法上正当化されねばなりません。このことは、措置それ自体にも、違反事例において行政が科すことのできる制裁にも当てはまります。ドイツにおいて、パンデミックとの闘いのための現行の諸ルールに違反すると、通常は過料が科されます。これに対して、日本においては、行政はさらに別の、ドイツから見ればおそらく異例とも言える手段をとることができます。すなわち、パンデミックとの闘いのための現行の諸ルールに違反した者の、氏名を公表することができるのです。例えば、レストランの経営者が夜8時に閉店するという要請を守らなかった場合、権限を有する都道府県の知事は、レストランの名前と住所、及び違反の内容を、当該都道府県のウェブサイト上に公表することができます¹⁴⁾。

その際、かかるデータの公表は、国家による情報提供活動の一部であり、したがって事実上の間接的な規律の効力しか持たない事実行為である、ということになります。このような理由から、この手段は、日本の行政実務において数十年の間、非常に好んで用いられてきました。というのも、それは、まさに事実上の間接的な規律の効力しか持たないことから、過料といった他のフォーマルな制裁手段よりも、相手方への負担が少ないと考えられてきたからです¹⁵⁾。しかしながら、氏名等の公表が、過料と同じように当事者の基本権を制約するということを、否定することはできません。なぜなら、かかる公表は、当事者の社会的名声を著しく傷つけるものだからです。それは、事業者の場合には、結果として相応の収益減少をもたらす可能性もあります。

かくして、日本の学説においては、この間に、行政庁による公表をより強力に法的にコントロールすることが求められています¹⁶⁾。その際、憲法的観点から見て特に重要であるのは、この情報提供活動が基本権への介入として認められるべきである、ということなのです。確かに、この行為には、それが事実

上の間接的な効力しか持たないことから、古典的な介入概念のメルクマールが欠けています。加えて、日本政府は、情報提供活動の目的を、現に存在する感染の危険について市民に注意喚起することとあり、ルール違反に対する制裁ではない、と述べています¹⁷⁾。この点に関して、ドイツ連邦憲法裁判所は、異なる見解をとっています。それによれば、国家による情報提供行為もまた、それが古典的介入と「機能的に等価」である限りにおいて、基本権への介入に当たるとされています¹⁸⁾。このことは、私見によれば、パンデミックに対する措置に違反した者の氏名公表にも当てはまるでしょう。この場合にも、基本権により保護された自由が、重大な損害を被るおそれがあるからです¹⁹⁾。

ここにおいて、ドイツと日本の法学の間の交流がどれほど有意義であるかが、またしても明らかになりました。本日のシンポジウムは、その重要な一部であるといえるでしょう²⁰⁾。

Thomas Sasse

(CORPLEGAL 法律事務所弁護士)

基本的な権利と市民の義務：

Prof. Scholz は、ワクチンを接種して回復した人が、再び自由に基本的権利を行使できるのか、それともワクチンを接種していない人との連帯を理由に制限を受け続けなければならないのかという問題に関連して、連帯について語りました。ここで問題となるのは、平等原則という基本的な権利と、自由という個人の権利のバランスです。

たとえば、シンガポールでは、この問題については平等原則を優先し、個人の自由を犠牲にして決定しています。一方、ドイツとEUは、個人の自由を支持する判断をしています。ドイツでは、予防接種を受けた人は、再び国内で基本権を支障なく行使できるようになりました。

この決定は、すべての国民が同時にワクチンを接種できるわけではなく、また、アレルギーなどの理由でまったく接種できない人もいるため、議論の余地がないわけではありません。また、予防接種義務

もありません。そのため、少なくとも一時的には国民の一部が不利益を被ることになります。このような不平等な扱いの客観的な理由は、予防接種を受けた人の感染リスクの低減と、経済と文化の急速な開放による圧倒的な利益にあります。ドイツでは、5月末時点で人口の17%にあたる1,400万人強が完全に予防接種を受けていました。日本では、統計データ（Statista）によると、2021年5月25日時点で300万人強、人口の2.4%がワクチンを接種しています。

私の意見では、基本権の侵害が合憲であるかどうかという法的問題に対して、「連帯」という概念は、同時に市民の義務であることを考慮する必要があると思います。権利と義務は両者一致しているものです。John・F・Kennedyは、1961年1月20日の大統領就任演説の中で、このことを的確に表現しています。すなわち、「国が自分のために何をしてくれるかを問うのではなく、国のために自分が何ができるかを問いなさい！」と。共通の利益のための行動へのグローバルな呼びかけです。

パンデミックあるいは環境保護などのような人類が直面する大きな課題においては、「国民一人ひとりが原因に寄与したかもしれないのだから、全員が解決にも寄与しなければならない」が妥当します。このようにしてこそ、問題が迅速に解決され、基本権の行使が一日も早くすべての人に再び保証されるのです。税金を払うだけでは、市民の義務は果たせたとはいえません。

ドイツとは対照的に、日本では公共の場でフェイスマスクを着用することは珍しいことではありません。1988年に来日した当初は、マスクは車の排気ガスなどから身を守るために着用するものだと思っていました。かかる推測は、Prof. Deguchiが当時の私に説明してくれたように、間違いでした。むしろ、個人が同胞に対して行う連帯感のある行動です。例えば、風邪をひいた日本人の多くは、他の人に感染しないようにマスクをして保護します。ドイツ人の私には全く理解できませんでした。なぜなら、私たちの権利や価値観のシステムは、当時の日本よりも個人の権利を重視していたからです。最後に、東

京オリンピックの中止を求める新たな要求に基づいて、公益のための権利と義務の利益衡量に関する議論の実例について簡単に見ておきたいと思います。

大規模イベントの主催者は、自分の個人的な利益が一般的な利益を上回るか否かという問題に直面しなければなりません。民法的には、オリンピックの主催者は、キャンセルすると損害賠償を請求されるという窮地に立たされています。もし、コロナ・パンデミックが再び加速し、国民の貧富の差を助長するようなことがあれば、大会開催はさらに大きなリスクを抱えることになるでしょう。

私の意見では、国民の健康を考慮して判断すべきだと思います。これは、日本の文化的に内在する「連帯」という考え方に通じるものです。例えばすべての参加者の予防接種またはすべての参加者の健康と自由を守るその他の適切な手段を講じることができる場合にのみ、大会を以前のように安心して楽しむ、そして連帯して共通の利益を図ることができるのです。[出口雅久訳]

Tim Eicke（欧州人権裁判所判事）

憲法問題 コロナ・パンデミック

——欧州人権裁判所の視点からのコメント：

コロナ・パンデミックは、欧州の人権制度、特に欧州人権裁判所〔以下EGMRという〕にとっても、その運用効果という点でも、主たる任務である保護すべき権利に対して深刻な損害を与える可能性という点でも、前例のない課題となっています。EGMR長官が繰り返し述べているように、Covid-19は単なる健康上の危機ではありません。これは、欧州の民主主義、法治国家、人権の保護にとっても危機的なこともあります²¹⁾。Prof. Scholzが示した憲法上の問題のいくつかは、必ずしも彼が示した形でEGMRに提出されるとは限りませんが、それでも、これまでEGMRにおいて、コロナに関して「ヨーロッパの公の秩序の憲法上の手段」²²⁾としての欧州人権条約（以下EMRKという）がいかなる範囲においてEGMRにおいて主張され、いかなる効果をもたらしたかを簡単に概説することで、皆様方に

興味を持ってもらえることを期待します。事実、EGMRは、Prof. Scholzが指摘している、コロナ対策に基づいて制限された権利の多くを明確に保護し、EGMRはこれらの（ほとんどは）「特別の権利」への侵害について、その合法性、必要性、比例性に関して審査しています。しかしその一方で、国家が正当化の理由としてしばしば提示する、人々の生命と健康に対する権利を保護するために積極的な措置を講じるといふ国家の義務は、EGMRの判例法にもしっかりと定着しています。また、コロナ対策では、欧州評議会事務総長に対し、非常に多くの加盟国（10カ国）が、緊急時に条約に定められた義務を免除するEMRK 15条に基づく権利を時限的に行使したことを報告していることも注目に値します。しかし、これらの措置は司法審査の対象でもあり、EGMRに不服申立てが提起されると、EMRK 15条の要件が満たされ、措置の適用が危機の時期に限定されることを保障しています。

判例に目を向ける前に、法的救済措置を尽くすことが要求されていることもあって、EGMRはこれまで問題の本質を扱う機会が限られていたことに触れておきます。条約の守護神であるEGMRにとっては、このパンデミックは、これまでのところ、まずはじめに手続規則39条に基づく仮処分の申請約350件を通じて了知されています。これらの申請の大部分は、刑務所に収容されている人や、亡命希望者や移民のための受け入れセンターや拘置所に収容されている人によって行われました。申請者は、主として、生命に対する権利（EMRK 2条）と拷問の禁止（EMRK 3条）を主張し、裁判所に対し、拘束場所からの解放、またはコロナ感染の危険から健康を守るための措置を命じる仮命令を命ずるよう求めています²³⁾。これらの申請は、申請者の特別な繊細さや一般的な生活環境（過密状態、インフラの欠如など）が仮処分を正当化するようなごく稀なケースを除き、ほとんどが却下されました。最初の申請の1つは、2020年4月にイタリアの企業が、イタリアの公立病院で配布するための医療用フェイスマスクの出荷代金を支払った後、被申請国の当局が税関で出荷を停止したことについて提訴したもの

でした。しかし、この申請は裁判所によって却下されました。しかし、同様に2020年4月には、EGMRは問題の正反対を強調した申請書も受理しています。今回の申請では、EGMRは関係政府に対し、感染症の蔓延により首都を完全に封鎖するために必要なあらゆる措置を講じるよう要請しました。しかし、この申請も却下されてしまいました。

これまでEGMRは、その判例において、主にコロナ・パンデミックにおける不適法な判決について扱ってきました。例えば、Le Mailloux v France（2020年11月5日）では、EGMRは、不服申立人が、その管轄下にある者の生命と身体の完全性を保護する積極的な義務を国が怠っていると訴えた不服申立てを民衆訴訟（*actio popularis*）として却下しました。EGMRは、不服申立人が個人的にどのような影響を受けたのかを説明するができなかったとし、この不服申立ては、全フランス国民に対するCovid-19の蔓延を抑制するためにフランス政府が講じた措置のみに向けられていた、と判示しています。Terhes v. Rumänienにおける不服申立ても、本年5月20日に却下されましたが、今回は純粋に形式的な理由ではなく、事項的管轄（*ratione materiae*）としてEMRKの関連規定に該当しないという理由で却下されました。この事件では、不服申立人は、EMRK 5条の自由と安全に対する権利を主張して、2020年3月24日から5月14日にかけてルーマニアで実施された外出禁止令が違法な自由の剥奪であると不服申立てを行いました。しかし、EGMRは、確立された判例法を適用して、外出禁止令はEMRK 5条の自由の剥奪ではなく、不服申立人はEMRK 第4追加議定書2条の移動の自由の権利を明示的に主張していない、と判示しました。さらに、EGMRは、不服申立人が、不服の対象となった措置が彼の個人的な状況にどのような具体的な影響を与えたかを説明していないという事実を重視しました。不服申立人は、緊急事態の間ずっと監禁されていたとは主張しておらず、また、実際の監禁体験を説明する具体的な情報も提供していませんでした。

これまでに実体的に判決が下されたのは、

Feilazoo v Malta (2021年5月11日)のみです。このケースでは、EGMRは、Covid 19の検疫で新規到着者とともに一時的に収容されたナイジェリア国籍者の強制送還のための拘束条件に基づいてEMRK 3条の違反を認めました。他にも多くの不服申立てが現在係争中で、関係政府に送付されています。その大半は、加盟国または不服申立人が引き渡される予定の第三国におけるコロナの影響を受けた拘留条件に関するものであります。しかし、コロナ関連のフィットネスジムの閉鎖については、EMRK 11条(集会およびデモの自由の権利)²⁴⁾および第1追加議定書1条(財産保護の権利)²⁵⁾に基づく苦情が1件係属しています。

このように、少なくともProf. Scholzが提起した一般的な疑問は、ゆっくりと、しかし確実に私の法廷においても対応していることがお分かりいただけると思います。最後になりましたが、私の知る限り、ドイツとの関係でコロナ関連の事件は現在係争中の事件はありません。[出口雅久訳]

Prof. Dr. Rupert Scholz

コメントならびに意見表明：

コメンテーターの方々の様々なご意見に大変感謝しています。皆さんは、私たちの問題全体の幅を非常に明確にし、可能な限り最善の方法でその理解に貢献して頂きました。

Prof. Nußbergerは、コロナ・パンデミック対策の可能性を議論する際に、それぞれの政府形態に言及し、例えば、フランスはドイツよりも適切な緊急時の規制を持っている点に言及されました。にもかかわらず、Prof. Nußbergerが正当に指摘するように、フランスはドイツよりも感染率が高かったと思います。しかし、私の考えでは、例えばフランスは常に学校を開放しており、学校や保育園があまりにも早く、あまりにも多く閉鎖されているドイツの教育政策よりも、はるかに公平で正しい教育政策を追求していたことも指摘すべきだと思います。

Prof. Yamamotoには、日本の予防接種法に言及し、それを詳細に紹介して頂きました。この法案は

非常に成功しており、ドイツの私たちはそこから多くを学ぶことができていると感じています。ここではまさに規制による模範が問題とされています。

Dr. Pilsは、私たちに労働法の問題を明らかにして頂きました。コロナ・パンデミックに立ち向かうために、特に企業は自社の従業員を守るために多くの重要な任務を担っており、これは多くの規制上の問題を提起するものであり、Dr. Pilsはそれを明確に説明しました。

Prof. Moriは、日本の問題意識と、ドイツの状況との比較を非常に的確に表現してくれました。確かに、高度に比較可能な問題と同一の規制アプローチが存在しています。

Prof. Ostenは、有難いことに、コロナ・パンデミックとの闘いにおける制裁措置の可能性を取り上げ、刑法の規制メカニズムで運用するアプローチが必ずしも必要ではなく、有望でもないことを明らかにして頂きました。ドイツでは、このようなアプローチが好まれています。日本では、国が要請し、市民の常識や協力の意思に訴えかけるという方法が採られています。いずれにしても、どちらも重要な規制アプローチであり、その比較可能性は実際にさらに追求されるべきでしょう。

Prof. Gehrleinは、倒産法について正しく指摘されました。私の基調講演において詳細に説明しましたが、コロナ・パンデミックへの対策は多くの企業の存続を脅かし、その結果、多くの倒産が発生しています。また、ここで効果的な政策が必要になりますが、よく知られているように、ドイツは主に資金援助で対処されてきました。

Prof. Takataには、コロナの感染症対策やデータ保護、個人のプライバシーの問題を指摘して頂きまして、有難うございました。私の意見では、真に効果的なコロナ対策は、データ保護に劣後するものではありません。効果的な感染症対策をするためには、十分な解明の可能性を個人的にも(ad personam)有しておく必要があります。有難いことに、Prof. Takataは、このデータ保護と健康保護の対立に、私にとっても魅力的な方法で答えて頂きました。

Sasse弁護士は、ワクチンを接種した人や治癒し

た人と、まだワクチンを接種していない人や病気の人との間の連帯感について、よく引用され、一部では使い古された問題を適切に論じて頂きました。これも、はっきりとした方法で、広範囲に渡って行われています。ただ最後に Sasse 弁護士は、東京で予定されているオリンピックの問題を提起し、オリンピックを開催しない方がよいという意見でした。しかし、私はこれには反対です。サッカーなどでは、誰もいないスタジアムでもパフォーマンスを競うことが可能であることは、国際的にも国内的にも以前から知られていますし、オリンピックに出場するために何年も、時には人生をかけてトレーニングを積んできた多くのアスリートたちのことを考えてみても良いのではないのでしょうか。

最後に、Eicke 判事は、欧州人権条約の問題について議論されました。それは当然のことだと思います。実際、国内の憲法秩序だけではなく、EMRK の広範囲にわたる超国家的文脈も尊重され、遵守されなければなりません。Eicke 判事が報告したように、現在、EGMR に係属しているケースは非常に少ないという事実にもかかわらずです。

最後に、この極めて有意義で、さらに議論を前進させて頂いた皆様方に感謝申し上げます。[出口雅久訳]

**コーディネーター: Prof. Dr. Hans-Peter Marutschke
(同志社大学法科大学院名誉教授)**

比較法における記念日:

記念日とは、一般的には喜ばしい出来事があった時に、それを振り返って記念するものと理解されています。日独交流 160 周年が、今年特別なイベントにより強調したいほど喜ばしいことであることは、特に説明する必要はないと思います。しかし、この長い期間には両国の関係に緊張もありましたし、現在は終わりのないパンデミックの真っ只中にあり、知的交流や個人的な交流に重要な直接の出会いが長い間できなくなっています。しかし、福島における三重苦の災害のために 150 周年記念行事が 1 年延期された 10 年前の時とは異なり—ソーシャルディス

タンスをとって一個人的な接触を可能にするために、今回は、選択肢は限られています。しかしながら、今回のシンポジウムの内容と進行は、このようなバーチャルな会議においても最高レベルの水準を満たすことができることを示しています。

また、各種の記念日には、参加者に記念品を配布することもよくあることですが、これは、その特別なイベントを思い出せるようにするためです。比喩的に言えば、今回のイベントでもこの習慣の恩恵を受けることができます。Prof. Deguchi は、「コロナ・パンデミックと憲法問題」というテーマでシンポジウムを開催することで、多くの参加者の記憶に残る特別な贈り物をしてくださりました。このテーマに関する優れたアイデアや分析が花火のように打ち上げられただけでなく、継続的な比較法の研究によって特徴づけられている法分野における日独関係の歴史的発展に、新たな土台を加えることができたのです。これは、法制度、法的思考、法文化についてより良く理解を深めることに貢献するという永遠の課題のための礎であります。

また、このシンポジウムは、その構成によって、特別な方法でこの課題に相応しいものとなっています。Prof. Scholz の啓発的な記念講演は、パンデミックと政治・社会・企業の反応に関連した憲法上の問題の全体像を鮮やかに、かつ焦点を絞って提示するという、ほとんど不可能に近いことをやり遂げ、それに対して学術的にも実務的にも非常に異なった立場からのコメントがなされ、その結果、この文脈において今後も長い間、私たちが取り組むべき未解決の問題の全体像が示されました。

例として、比較法に関するコメントの中で私にとって重要または興味深いと思われるいくつかのポイントを挙げてみたいと思います。Prof. Nußberger はコメントの中で、パンデミックに対処するにはどのような政府形態が最も適しているかという問題を取り上げ、正当にも民主主義システムの中での議論に限定しています。このようにして取り上げられた「政治システムの競争」は、全く異なる文脈で行われた、通常は会社法が焦点となる「法システムの競争」の議論を彷彿とさせます。しかし、私見によれ

ば、この文脈で用いられた解決策のアプローチは、パンデミックに関する憲法上の議論にも転用することができます。つまり、この点に関して様々な法制度に存在する考え方は、比較法を通じて自国の法制度における解決策のアプローチに実を結ばせることができるのです。確かに、憲法学は、たとえば会社法のように、準拠法の選択が可能であることにより、法主体が原則として自分に有利なルールを選択できるような柔軟な法分野ではありません。しかし、憲法学においては、とりわけ、憲法規定の解釈によって比較法が「利用」されており、コロナ規制を背景に提起された、あるいは提起されるであろう多数の訴訟に対して、ドイツ連邦憲法裁判所 (BverfG) がどのように対処するのかが注目されます。

Prof. Yamamoto のコメントでは、特に今回のテーマに関して他の法制度と研究するには、必ずしもそれだけではないが、しかし、法文化的な理由もあることを示しています。日本では、法律の多くの分野で努力義務が特に重要な役割を果たしています。ワクチン接種を求める単なる要請と並んで、パンデミックを抑止するための他のすべての対策は、Prof. Mori がコメントの中で言及しているように、日常生活の形成において自己規制ならびに「自己規律」を要請する以上のものではありません。もちろん、これがモデルである必要はありませんが、「ソフトロー」を利用する可能性や、日本で「柔軟な」規制方法がどのように利用されているかについて示唆を与えてくれます。このような洞察は、場合によっては、他の日本関連の措置にも役立つでしょう。これは特に労働法分野で顕著であり、Dr. Pils は、とりわけ、労働法上の注意義務をより包括的に考えなければならないと正当にも指摘しています。ドイツ法ならびにヨーロッパ法において行われている議論が、日本でも比較法の方法で反映されているのか、あるいは、どのように反映されているのかについて考察することは、極めて困難な作業ではありますが、大変興味深いところであります。

Prof. Osten がコメントで明らかにしているように、日本でこれまでに選択されたパンデミック対策は、法的に分類することが難しく、基本的には罰せ

られないため、強制的な手段で実施することはできません。しかし、日本の基準では憂慮すべきコロナ事件数の推移に鑑み、首相は先日、コロナに関連する命令に違反行為が犯罪とされるドイツなどの諸外国との比較を行っています。これはちょっとした脅し文句のように聞こえましたが、むしろ、この文脈における刑事制裁の有効性を比較法的に検討するよう、法学者に呼びかけていると理解すべきでしょう。

また、日本とドイツをはじめとするヨーロッパ諸国とでは、パンデミック対策の対応が異なるため、裁判所の負担も異なります。具体的な統計を示すことはできませんが、ドイツでは至るところで、国内法廷での訴訟がまさに波のように押し寄せていることが報告されており、それが国境を越えて欧州人権裁判所 (EGMR) にも向かっていることから、Eicke 判事はコメントの中で「前例のない挑戦」と表現しています。この人権問題が、欧州人権条約の関連規定のさらなる解釈や新たな規制を必要とする新たな現象なのか、それとも単に新たな衣装をまとった既知の現象なのかは、今後の EGMR の判決で明らかにされなければならないでしょう。比較法の役割は、かかる文脈においてで、たとえば日本と比較して、異なる人権の概念を解明することにあるかもしれません。[出口雅久訳]

5. 閉会の辞

DJJV 会長 金子浩永

(HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK 法律事務所弁護士)

皆さん、大変ご苦勞様でした。独日法律家協会の会長として、このシンポジウムの機会に皆様にご挨拶できることを大変光榮に思うと同時に、嬉しく思います。Prof. Scholz の素晴らしい講演の後、ドイツと日本の9人の高名な専門家がコメントを発表しました。これは、ドイツと日本の科学的交流を促進するという私たちの協会 DJJV の目的に完全に合致しています。本シンポジウムの成功に貢献して

くださった講演者の皆様、参加された紳士淑女の皆様に感謝いたします。前世紀の1970年代、1980年代に比べて、日本からドイツへの一方的な研究志向ではなく、ドイツの研究者が日本の状況について日本でも研究するようになったのは喜ばしいことです。このようにしてこそ、真の交流ができるのです。幸いなことに、法律の多くの分野で、異なる大学や組織間でそのような交流が行われています。ご参加いただきありがとうございます。

吾郷眞一教授(立命館大学国際平和ミュージアム館長)

本日のオンライン国際シンポジウムの共同主催者の一人として、また、私自身も国際法学者として、閉会の挨拶をさせていただくことを光栄に思います。Prof. Scholzをはじめ、本日のシンポジウムに参加された方々に心から感謝いたします。このような内容の濃いシンポジウムを2時間という短い時間で行うことができたのは、基調講演者とコメントターの質の高さと連携の良さの賜物です。私の同僚である出口教授が素晴らしい才能を発揮して、今日のイベントを見事に運営してくれたことも忘れてはなりません。私が館長を務める平和ミュージアムの基本理念や基本的な考え方のひとつに、「平和とは単に暴力がないことではなく、人権の尊重や経済・社会・文化面での国際協力を通じて構築される能動的なプロセスである」というものがあります。今日の議論は、パンデミックとの戦いにおける人権侵害の問題は、法的に対処することが可能であり、またそうすべきであるという具合に理解しました。それは平和創造にも貢献します。今日は多くの意見が交わされ、私自身も多くのことを学ぶことができました。最後になりましたが、非常に興味深い講演とコメントをくださった参加者の皆様に改めてお礼を申し上げるとともに、日独交流160周年という記念すべき年に、両国の法律家が良好な協力関係を築いていることを大いに称えたいと思います。そして、私が皆さんに願っていることはただ一つ。ご健康をお祈りします。

【注】

- 1) 本稿は、2021年6月11日に立命館大学が日独交流160周年を記念して開催したオンライン国際シンポジウム「コロナ・パンデミックと憲法問題」で行った刑事法の観点からのコメントに基づくものであり、本文にはいくつかの脚注が補足している。
- 2) Scholz, Verfassungsproblem und Corona-Pandemie (Vortragsmanuskript), S. 2, 7.
- 3) たとえば感染症を意図的に蔓延させる行為に対する刑事罰など (§ 74 IfSG)。
- 4) 詳細については Tsambikakis/Kessler, in: Esser/Tsambikakis, Pandemiestrafrecht, 2020, S. 1-36を参照。
- 5) このような「要請」は、主に行政機関が行う「事実行為」とみなされている。
- 6) 新型インフルエンザ等対策特別措置法(2020年法律第31号)は、2020年3月(Covid19感染症への適用)および2021年2月(「命令」等の導入)にそれぞれ改正された。
- 7) 井田良「感染症対策と刑事法(総論)」、『刑事法ジャーナル』66巻(2020年、4頁以下、8頁参照)。なお、この「感染症対策と刑事法」特集号に掲載されている小西暁和、天田悠、岡上雅美および李定玟の各論稿における比較法的検討も参照されたい。
- 8) これはドイツでも批判されている。Scholz, 前注(2), S. 6.
- 9) かかる論点については、Kurishima, Reaktionen auf Corona aus öffentlich-rechtlicher Perspektive, Max Planck Private Law Research Paper No. 20/2020, S. 10 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3745631)を参照(なお、同論文はZeitschrift für Japanisches Recht, Bd. 26 Nr. 51(2021)にも掲載予定)。
- 10) この点、井田・前掲注(7)9頁も参照。
- 11) これに関して Zitzelsberger, in: Esser/Tsambikakis, a.a.O.(Fn. 4), S. 37 ff. が詳しい。
- 12) これに関しては、Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie, 2021および天田悠の論稿(前掲注7)を参照。
- 13) Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz.
- 14) 根拠とされているのは、新型インフルエンザ等対策特別措置法31条6第5項及び45条5項である。もっとも、これらの規定は、制裁的公表を明文で許容しているわけではない。
- 15) 日本の状況の概観として、天本哲史『行政による制裁的公表の法理論』(日本評論社、2019年、18頁以下)を参照。
- 16) 例えば、阿部泰隆『行政の法システム(下)〔新版〕』(有斐閣、1997年、442頁以下)、北村喜宣『行政法の実効性確保』(有斐閣、2008年、73頁以下)、林晃大「制裁的公表に関する一考察——行政過程における位置づけに基づく分析」、曾和俊文ほか編『芝池義一先生古稀記念 行政法理論の探究』(有斐閣、2016年、259頁以下)、天本・前掲注(2)、仲野武志「行政上の公表論」、大橋洋一・仲野武志編『高木光先生退職記念 法執行システムと行政訴訟』(弘文堂、2020年、89頁

- 以下)、同「続・行政上の公表論」、『法学論叢』186巻5・6号(2020年、27頁以下)、土井翼「行政機関による公表に関する法的規律の批判的再検討」、『一橋法学』19巻2号(2020年、575頁以下)。
- 17) 令和2年4月23日付内閣官房新型コロナウイルス感染症対策推進室事務連絡「第45条の規定に基づく要請、指示、及び公表について」。
 - 18) BVerfGE 105, 252 (273) ; 105, 279 (303) . 前者のグリコール決定については、丸山敦裕「情報提供活動の合憲性判断とその論証構造——グリコール決定を手がかりに」、『阪大法学』55巻5号(2006年、121頁以下)、後者のオショール決定については、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社、2008年、117頁以下〔西原博史〕)に詳しい。連邦憲法裁判所のその後の決定も取り上げつつ、ドイツの間接的ないし事実上の基本権制約の議論を紹介するものとして、小山剛「間接的ないし事実上の基本権制約」、『法学新報』120巻1・2号(2013年、155頁以下)。
 - 19) 行政による情報提供活動が基本権への介入に当たるとして、続く介入の正当化の段階においては、それが法律の根拠を要するかも問題となる。この点に関する連邦憲法裁判所の決定要旨については、鈴木秀美「行政の公表による信用毀損——大阪O-157食中毒損害賠償訴訟控訴審判決」、『法律時報』75巻12号(2003年、118頁以下)を参照。連邦行政裁判所の判例の紹介を中心とした、松戸浩「行政指導の法的根拠(2)」、『広島法学』30巻2号(2006年、27頁以下)も参考になる。
 - 20) 行政による情報提供活動の問題を包括的に扱った最近のドイツの文献としては、Anne-Sophie Landwers, Behördliche Öffentlichkeitsarbeit im Recht, 2019がある(本コメントとの関係では、特に116頁以下を参照)。
 - 21) 最近の文献としては、„Der Notstand darf nicht zur Norm werden”, SCHWEIZER MONAT 1087 JUNI 2021, S. 75.
 - 22) N.D. and N.T. v. Spain [GC] , nos. 8675/15 and 8697/15, § 172, 13 February 2020, Loizidou v. Turkey (preliminary objections) , 23 March 1995, § 75, Series A no. 310, and Al Skeini and Others v. the United Kingdom [GC] , no. 55721/07, § 141, ECHR 2011.
 - 23) 主に、ギリシャ、イタリア、トルコ、フランス、ベルギー、ブルガリア、キプロス、マルタ、ルーマニア、ロシア、そしてドイツに対する申請である。
 - 24) Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) / Schweiz (no. 21881/20) .
 - 25) Toromag, s.r.o./Slovakei et al (nos. 41217/20, 41253/20, 41263/20, 41271/20 and 49716/20) .