

タイトル	COVID-19の危機管理に対する国の財産的責任
著者	ガブリエル，ドメネク・パスクアル； Gabriel， Doménech Pascual； 鈴木，光（訳）； SUZUKI， Hikaru（ translator ）
引用	北海学園大学法学研究， 57(1)： 83-103
発行日	2021-06-30

COVID-19 の危機管理に対する国の財産的責任

— Gabriel Doménech Pascual, “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19” —

バレンシア大学法学部・正教授

ガブリエル・ドメネク・パスカル(著)

鈴木 光(訳)

二 一 目

補 序 次

補填義務の類型

- 三 緊急事態および医療緊急状況のための特定規範
 - 四 財産的責任と強制収用に関する一般規範…予備意見
 - 五 不可抗力
 - 六 個別損害
 - 七 過失
 - 八 収用措置の採用に対する補填
- 参考文献
- 訳者あとがき

一 序

本稿の執筆時において、さまざまな行政機関によるCOVID-19（「コロナウイルス」）の危機管理に由来する最終的な（政治、民事、行政、刑事上などの）責任を強く求めるのは、時期尚早である。しかし、それがどのような責任であるかを分析することは時宜に適しているといえよう。第一に、これは、おそらく、公衆衛生上、正常な状況に戻れば直ちに確実に裁判沙汰になる、重要な実際上の問題だからである。第二に、とりわけ、これら将来の責任に関する法制度は、所管の官公庁および現在または将来に影響を受ける私人——たとえば、医療物資を供給する企業——が、危機に対処するため現時点で採用し得る行動方針に影響を及ぼす可能性があるからである。これらのすべての主体は、何らかの形で行動する時、現在の決定から導き出される可能性のある費用と利益に依存する限り、少なくともあ

る程度、前述の責任が何であるかを予測し考慮すると考えられる。

二 補填義務の類型

この危機管理に関する行政機関の行為または不作為は、私たちの法秩序の規定にしたがい、損害賠償義務を伴う損害を引き起こす可能性がある。それには三つの類型があり得る。

第一に、これは厳密な意味において、財産的責任の問題であり得る。ここで提起される大問題は、ある損害が意図せず偶然引き起こされた場合、それは問題となっている行政機関により賠償されるべきか否かを明確にすることである。

第二に、補填義務は、公共の利益を理由に特定の人々に故意に損害を与える、実質的な収用措置の採用につながる可能性がある。補償義務は、社会福祉の低下をもたらす事故に由来する厳密な意味での財産的責任とは異なり、たとえば特定の人々に対する犠牲を伴うものであっても、その福祉を増加させる、——または、少なくとも増加させるべき——活動から生じる。それにもかかわらず、これらの場合、私たちは収用介入に直面しているのではなく、法律に適合した行動に対する財産的責任に直面していると考えられる著者や判決がある（たとえば、最高裁判所一九九七年二月十三日判決（La STC 28/1997, de 13 de febrero, FJ 7）を参照）。いずれにせよ、ここで発生する大きな実際問題は、補償を伴うべき措置（私たちの見解では、それらは実質的には収用であるから、その結果として、スペイン憲法第三十三条三項^①に基づき、その義務が課せられると考える）を、補償すべきではない権利の制限、または境界の画定から、区別することである。

第三に、国は、犠牲者に対する扶助または助成的な援助の交付を考慮する規範に基づき、何らかの損害を補填する

義務を負う可能性がある。

本稿は、三番目の類型についてもある程度綿密に考慮するが、おそらく実際には、最初の二つの類型がもつとも解以上の問題を引き起こすと考えられるので、その二類型の分析に焦点を当てたい。

三 緊急事態および医療緊急状況のための特定規範

いくつかの法的条項は、私たちが現在経験しているような医療危機状況下での措置採用により発生する損害に対する行政機関の賠償義務を明確に規定する。ここではつぎの二つが際立っている。

一九八一年六月一日の緊急事態、非常事態、および戒厳状態に関する組織法 (la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio) (以下、LOEAES) 第三条二項は、「これらの事態の有効期間中に採用された行為または処分、適用の結果、責に帰すべき理由によらずして、直接的または個人的に、権利または利益が制限され、損害または被害を被る者は、法律の規定にしたがい、補償を受ける権利を有する」と規定する。

他方、二〇一一年十月四日の公衆衛生一般法 (la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública) (以下、LGSP) 第五四条二項は、公衆衛生当局は、とくに深刻かつ緊急の状況下では、予防的に、製品および物質の固定と没収、物的資産または個人的資産への介入、設備・施設・公共機関および工場の予防的閉鎖、仕事上の業務の停止、設備・施設・公共機関および工場の作業に加え、製品・物質の製造または商品化に関する条件の決定、そして一般に、健康上危険をもたらす合理的な兆候がある場合には、現行法に適合するあらゆるその他の措置を課す可能性がある、と定める(第二項)。また、「前述の予防的措置の」採用に起因する費用は、責を負うべき個人または企業が負担する」と規定する(第三項)。

これら二つの規定は、（問題を）解決するよりも（むしろ）多くの問題を引き起こしている。両規定から導き出される唯一の明らかな点は、前述の措置の結果として損害を被る人々は、その（措置）採用の理由たる状況に責任を負うべき場合、換言すると、その措置の責任が彼らにある場合、補償を受ける権利がないということである。この事実の仮定は、有害な行政介入を引き起こした公衆衛生上の危機が、必ずしも過失によるものではなく、前述の人々により発生させられた場合に寄与すると解釈できる。これらの効果にとり、その危険が、ある法秩序の違反——たとえば、法律上規定された安全措置の省略——の結果であるか、または、ただ単に、今までのところ法律にしたがって実施されてきた活動の好ましくない偶発的な結果であるかは、重要ではない。国は、公衆衛生保護のための警察措置による偶発的損害について、それが前述の法的利益を精神的に動揺させたり、損害を与えたり、危険に陥れたりした人々が被ったものであれば、責任を負わない。治安を乱す人々は、妨害から彼らを保護するための警察措置の結果として彼らが被る損害の賠償を受ける権利を有しない。

そこから問題が生じる。第一に、二つの規定のいずれも、行政が、彼らの介入につながる状況を引き起こした人以外の人に損害を与える場合について、何も述べていないことに注意すべきである。公衆衛生上の保護措置が、それらが戦おうとする危険について責任を負うべき立場にない人々に被害を及ぼすことを予測しているものが一つもないのである。この点について、LOEAES 第二条二項は、被害者は「法律の規定にしたがい、補償を受ける権利を有する」と指摘するにとどまる。換言すると、この問題に適用可能な一般規定（の適用）を免除することになるが、これについてはのちほど言及する。

第二に、損害の原因となる措置が法的法令に違反する場合、たとえば、問題となっている公衆衛生上の危険を軽減するための措置として異常なものは、とくに想定されていない。考えられる違法行為が、健康や治安を混乱させる人々

に対して向けられる場合でも、これらの違反が行政にとり完全に無料でないかは、まったく不明である。

第三に、この二つの規定はいずれも、特定の保護措置をとらないことにより引き起こされる被害に対する行政の財産的責任を定めていない。

これらの問題やその他の問題に答えるには、強制収用と公権力の財産的責任に関する国の法律で確立された一般的な規定と原則に頼るほかない。

四 財産的責任と強制収用に関する一般規範…予備意見

二〇一五年十月一日の公共部門の法制度に関する法律 (la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) (以下、LRJSP) 第三十二条以下、および一九五四年十二月十六日の強制収用法 (la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954) (以下、LEF) に基本的に含まれるこれらの一般規範を、考えられる事例に適用する場合、二つの重要な要素を考慮に入れると良い。

第一に、そのような一般規範は非常に柔軟で、曖昧で、不正確であり、現在の問題（に適用する）には短所と長所があることである。短所は、私たちが経験しているような極めて並外れた危機が引き起こした問題に対し、（そのような一般規範はそもそも）類似の状況を考慮し（て作られ）たものではないため、具体的な答えも明確な答えも提供しないことである。この危機とそれに立ち向かうべく採用された措置があまりにも異常であるため、私たちが確実に依頼できる確固たる基礎を提供する類似の事例において宣言される私たちの裁判所の判決が示す法解釈を見つけることは極めて困難であり、それこそまさしく際立った問題である。長所は、その開放的構造が並外れた柔軟性を許し、例外的な集中状況に適応可能なことである。

第二は、これらの規範の立法構成と、裁判所によるそれらの学術的解釈と適用が、いずれも著しく混乱し、一貫性を欠くことである。これはおそらく、多くの変則 (anomalías)、伝説 (mitos)、および不一致 (discordancias) を見つけることのできるスペイン行政法の一分野であり、それらは、スペインの法律と近隣諸国の法律との間、私たちの法律が述べているように見える事柄と裁判所による実際の適用方法との間、彼らが決定に用いる論拠と彼らの実際の決定内容との間などに見出すことができる。

五 不可抗力

これは、COVID-19危機による被害者が、裁判所に、その被った損害は国が賠償せよと宣言させようとする場合、乗り越えなければならぬ多くの巨大な障害物のうち筆頭のものである。LRSP第三十二条一項は、不可抗力の場合、公務執行が引き起こす被害に対する行政機関の財産的責任を除外している。

この条項の効果により、不可抗力とは、ある合併した判例にしたがうと、問題となっている行為者の行動範囲を超えた原因により引き起こされる、ある予見され得ない、または抑えがたい出来事と理解することができ (SÁNCHEZ SÁEZ (2009) および CONDE ANTEQUERA (2015) の豊富な引用を参照)。一九九五年七月十一日の最高裁判所判決 (rec. 303.1993) は、この概念は、「損害対象およびその固有の危険性の外部に予期せぬ原因があること、およびその発生が予測不能であり、仮に予測できたとしても完全に抑えることのできない、または不可避のものであること、との基本的な二点により定義される」と述べる。同様の意味で、つまり LRSP 第三十四条一項は、「その発生時に現存する科学または技術の知識の状態によれば予測または回避することが不能であった出来事または状況に由来する損害は補償すべきではない。ただし、こうした事例に対し、法律により扶助的または経済的な給付を確立することは妨げな

い」と規定する。

この免責は、そのような状況では、その損害は実際には公務執行により引き起こされたのではなく、不可抗力を構成する出来事により引き起こされたとみなすことで正当化される。行政機関に、相当な注意をしても回避できない損害の責任を問うことは、無意味である。

私たちの意見では、COVID-19の出現は、この疾病がスペインの公務執行とは無縁に発生し、そのうえ、必要な予防措置を講じてでも回避できない損害を発生せしめた限りにおいて、この不可抗力の定義に当てはまる。これはまた、航空管制官のストライキと、その後の二〇一〇年十二月に緊急事態令を発して領空を閉鎖した政府の反応により引き起こされた損害に関し、最高裁判所が基礎を固めた先例にも示されている（二〇一三年四月十五日判決（rec. 108/2012）、二〇一三年七月十日判決（rec. 35/2013）、二〇一三年九月十八日判決（rec. 55/2013）、および二〇一四年三月七日判決（rec. 17/2013）参照）。（最高）裁判所は、これらの事実は不可抗力の推測を構成するから、その損害は行政の責に帰すべきものではない、と判断した。

しかし、不可抗力の同時発生により、この危機の情勢下で国民が被った損害に対し行政機関が財産的責任を負う可能性が完全に排除されるとは思わない。この汎流行病が誘発した被害は、確かにある程度までは避けられないものであったが、スペインの行政機関は、彼らの行為と不作為により、それを悪化させることも軽減させることも可能であった。それは、（類似の国々の）各当局が採用した予防的職務が一樣ではなく、この汎流行病が類似の国々に及ぼした影響に違いがあることに示されている。不可抗力が意味する免責は、必要な予防措置を講じていれば回避できた、または軽減できた損害には及ばない。理由は簡単である。行政が必要な手続きを採用していれば追加的被害の発生を回避することができた範囲内で、——公務執行とそれとの間には——、補償義務の発生に必要な因果関係が存在すると判断

できるからである。

実際に提起され得る問題は、ある特定の損害——たとえばある人の死亡——が、「回避可能」であつたか、または「不可避」であつたかを明確にし、証明することである。換言すると、関係する行政が勤勉に職務を果たせば予防することのできた具体的被害と、たとえ彼らの行動が非難に値しないものであつてもとにかく発生した具体的被害とを識別することである。これらの「原因の不特定」の推測のいくつかは、機会喪失の理論 (La doctrina de la pérdida de oportunidad) にしたがって解決される可能性がある。これは、(行政の) 任務懈怠が、犠牲者が最終的に具体化する損害を被る可能性を大幅に高めたものの、行政が必要な注意を払って職務を果たしてもなお同様の結果が生じたかどうかは定かではない場合に適用し得る。その結果、比例責任となる。すなわち、補償をしなければならないが、その補償は、懈怠由来と推定される損害を引き起こす確率の増加により慎重に判断する必要がある(全体について、MEDINA ALCOZ, 2007 および 2019 を参照)。

六 個別損害

LRJSP 第三十二条二項は、補償の原因となる損害を申し立てるには、「個人または個人の集団に関して、個別化される必要がある」と規定する。この要件の正当性は明らかである。国民の大多数が被った被害を公的機関に賠償させるのは不条理である。なぜなら、同じ国民が、租税制度を通じて、対応する補償金のみならず、行政の財産的責任を取り除くために処理されるべき手続きの費用までも支払わなければならないからである。犠牲者に「補填」することは、逆説的に彼らの状況を悪化させるであらう。片方のポケットに入るお金は、もう片方から出るお金より少なくなるであらう。

この危機管理の枠組みにおける行政機関に責を帰すべき行為と不作為の結果として、多かれ少なかれ、ほぼすべてのスペイン国民が並外れて巨大な損害を被った、あるいは被りつつあり、誰もそれから逃れられない。少なくとも、これらの行動が近い将来スペイン社会全体に引き起こす負の経済的影響は、極めて深刻であると予測される。したがって、前述の理由により、これらの一般的被害を補償することにはあまり意味がない。公的機関が、自国の経済的な豊かさを保護するため、とりわけもつとも貧窮している人々の経済的な豊かさを保護するため、全体的または部分的に補償する可能性は非常に高い。しかし、この場合、この目的を達成するためのもつとも効果的かつ公正な道具は、財産的責任ではなく、極めて多様な目的と原理に依拠して構成された、助成または扶助的な援助を与えることである。これらの援助は、より費用のかからない手続きを通じて与えられ、もつともそれを必要とする人々、またはそれからより大きな社会的有用性を引き出すことのできる人々に資力を割り当てることができる。

それにもかかわらず、危機の際、行政機関が特定の個人または個人の集団に、LRSJ 第三十二条二項が意味する範囲内の個別損害を引き起こした可能性を自明の理として排除できるとは考えられない。そのため、私たちは、この汎流行病の管理の結果として、一般的に国民が耐え忍んだ被害、そして今後も耐えなければならないであろう被害を超えるような、特別の、極めて甚大な被害を理解しなければならない。たとえば近親者の死亡など、特定の個人的損害、または財産上の損害が、前述の個別損害の法的概念に適合すると考えることは、何ら不合理ではない。

七 過失

スペインにおける行政機関の財産的責任を規制する規定の支配的解釈は、おもに二つの軸を中心に行われてきた。第一はその責任の客観的性質である。第二は「侵害」または「違法な損害」の概念である。ある損害について国が責

任を負うか否かを決定する鍵は、損害を引き起こした行動が正しかったか誤っていたかではなく、有害な結果それ自体の違法性にある。国は、犠牲者が負担すべき法的義務のない違法な損害を引き起こした場合は常に、——そして、そのような場合にのみ——責任を負う。

これは、半世紀以上にわたり、圧倒的多数の著者と事実上すべての司法機関により一斉に繰り返されてきた。この解釈の終わりから二番目の里程碑は、二〇一八年十月十七日(112/2018)および二〇一九年六月五日(79/2019)の憲法裁判所判決に示されている。すなわち、それらの判決において、その客観的性質はスペイン憲法第一〇六条二項によりすでに課されていること、したがって、それは立法者と法律適用担当機関の両方を拘束することが確言されている(RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2018)の評釈を参照)。

それにもかかわらず、私たちの裁判所が行うと述べていることと実際に行っていることとの間には、そして判決を動機づける論拠とその中身との間には、体系的で難解かつ明白な齟齬が存在する。そこに示された解釈が何度も繰り返されているにもかかわらず、多くの場合、行政機関には、事実上、公務が必要な配慮をせず、何らかの欠陥のある、または異常な対応といえる執行をしたために損害を引き起こされた場合にのみ責任を問われるという、過失責任制度が適用される(MIR PUIGPELAT, 2008)。著者の大半とはぼすべての裁判所が、行政機関の財産的責任は客観的なものである、と、どれほど断言しても、実のところ、実際には、現実に応用される一般規則は反対のものである。すなわち、ごくまれな例外を除き、無過失責任がないのである。

この結論に到達するため、スペイン法学は、大量の怪しげな、ごまかしの、婉曲的論拠を用いている[LEFELIER WARTENBERG (2001); MEDINA ALCÓZ (2012)]。ひとつの非常に便利ならくりは、因果関係を求めると見せかけて、過失責任の法則を取り入れることである。すなわち、正常な公務執行が行われ、行政が必要な予防措置を講じて

いれば、犠牲者が被った損害は前述の執行に起因するものではないと宣言される。また、予審に付された場合には、なぜ例外を設けるのかについて納得行くまで正当化される理由がひとつも示されぬまま、単に、客観性の判断基準を変えなければならないと言われる。それにもかかわらず、もつとも頻繁に利用される戦略は、「損害の違法性」に訴えて、ひそかに過失責任を忍び込ませる方法である。すなわち、正常な公務執行が行われ、必要な配慮措置が講じられていれば、犠牲者はその被る損害を忍びなければならず、したがって、重大な違法はない、と評価される。

この最後の論争上の操作は、「法律にしたがって受忍する法的義務を伴わない損害」(LRJSP第三十二条一項)の概念の循環により支持される。犠牲者が法律上の受忍義務を負わない損害を賠償しなければならないということは、同語反復(tautologia)である(GARCÍA AMADO, 2012)。そのような言明をはらむ循環論法を避けるには、この義務がいつ存在するか、あるいは存在しないかを明確化する別の判断基準が必要である。しかし、学説も判例も、申し分のない一般的な判断基準の案出には成功していない。GARCÍA DE ENTERÍA と FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ は、「問題の被害を合法化する正当な理由がない限り」、その損害は違法と判断されなければならない、と指摘する。また彼らは、当初、「これらの正当化の理由は、評価され得るものとして表現されなければならない、かつ、常に、法律上望ましいと意図される被害を「決定する、または強いる」資格によって構成されなければならない」とも指摘していた(1993, cap. XXI, IV, 2)。それにもかかわらず、判例は、これらの理由は法律により明らかに確立されているという想定された要求を繰り返し否定している。したがって、たとえば、必要な配慮措置が講じられた場合、医療扶助の給付により引き起こされた損害の違法性は否定された。この場合、および他の同様の場合、被った損害を受忍する義務を犠牲者に明示的に課す法律上または正規の規定はひとつもない。実際、前述の著者らはすでに(見解を)訂正し終えており、今度は、「完全に不可避であり、実際には望ましく、または少なくとも最終的には受忍すると考えられる被害であると

決定する、または強いる法的資格がない限り常に「責任があると述べる。これははるかに広範囲の方式を構成する。さらに著者らは、これらの理由を示すいくつかの例を記してはいるが（たとえば、税金の支払い、または「個人や集団生活における一般的な（租税）負担」、その妥当性を正当化または説明することのできる理論的判断基準の表明は断念している（2017, cap. XXI, IV, 3）。

実際、違法性の概念は、完全に空虚な一種の「仕立て屋の引き出し（cajón de sastre）」（がらくた入れ、包括的なもの）（GARCÍA AMADO, 2012）として機能しており、裁判官はその規準や直観をよく知らぬまま（それを）記載している。

さて、私たちが検討する事例において、私たちの法律で現実適用される一般法則——すなわち過失責任——が除外される、または適用されなければならないと考える理由は何もない。

行政が一定の予防措置を講じていれば防ぐことが可能であった、COVID-19 危機の際に国民が被った損害は、その（予防措置の）不作為が、必要な保護を行う義務に対する違反を推定できる過失とみなせる場合に限り補償すべきものとなる（この義務の範囲の決定については、DOMÉNECH PASCUAL, 2019）。

同様に、被害の原因となった、現在の危機と戦うために採られた措置——たとえば、ある施設の閉鎖——のいくつか、ただ単に違法と宣言されたという事実だけでは、対応する行政の財産的責任を発生させるには不十分である。その違法性はさらに、——困難な——同時発生状況の考慮に入れつつ、ある過失、すなわち必要な保護を行う義務に対する違反の副産物でなければならぬ [DOMÉNECH PASCUAL (2010) を参照。反対のものとして、MEDINA ALCOZ (2005) および FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2018)]。

行政が、偶然に、または、そのうえ違法な方法で、しかし過失ではなく、危機に直面する公衆衛生を保護する権限

の行使において損害を引き起こした場合、被害者は「その苦痛を耐え忍ぶ義務がある」と理解するに十分な理由がある。

客観責任（無過失責任）制度において、行政は、——たとえば疑わしい施設の閉鎖など——、必要な保護をしながら行動したとしても、損害発生の際にさらされる。その結果、この制度は、行政介入をより高額なものにし、したがってその量を減少させる傾向がある。それは所管官庁に、ある種の抑止的な、麻酔作用のある効果をもたらす。反対に、有責（過失責任）制度にしたがえば、（今度は）犠牲者が前述の危険にさらされ、それは彼らが実行する活動——たとえば問題の施設の営業など——をより高額なものにし、行政介入を呼び起こす可能性があり、これによりその活動の実行は確実に縮小されるであろう。

客観責任（無過失責任）の規範のもとでは、公衆衛生保護に関する行政権限の適用は、行政の権限行使が過度に抑制される危険性と、それに関連して、個人が危険な活動を実行する水準を、社会的に最適な水準を大きく超える程度にまで高めてしまう危険性を内包する。反対の法則を適用すると、確かに、これらの活動の自由な進展に対し行政が過度に干渉し、それが望ましい量に到達するのを妨げる可能性を引き起こすが、これらの最終的な悪影響は、代案がもたらす結果ほど重大ではないと考えられる。この状況においては、過失責任の法則が望ましいと思われる（より詳しくは、DOMENECH PASCUAL, 2010を参照）。

八 収用措置の採用に対する補填

COVID-19による医療の危機的状況を管理するための緊急事態を宣言する二〇二〇年三月十四日の政令463/2020は、各種の権利切除措置の採用を容認している。

たとえば、その第八条一項は、つぎのように定める。「（権限を）委任された所轄官庁は、職権で、または自治州や、地方公共団体の要請に応じて、とりわけ、安全性サービスまたは重大かつ不可欠な操作者を提供するため、この政令が予定する目的を達成するのに必要な、あらゆる種類の財産の、一時的徴用の実施に同意することができる。その徴用が職権で決定された場合、対応する自治州または地方公共団体の行政機関に事前通知される。」（第一項）また同条は、「それらの行政区域では、この政令の目的達成に必要な不可欠な、強制的な個人援助の実施が課されることがある」と定める（第二項）。

その第十三条は、つぎのように規定する。保健大臣は、「民間の医療センター、サービス、施設、および製薬部門で活動を展開するものも含め、あらゆる性質の産業、工場、作業場、開発場、または施設に介入し、一時的に（それらを）占有することができる。」（第b項）また（同条は、保健大臣は、「この医療危機の文脈において、公衆衛生の適切な保護のために必要な場合は、あらゆる種類の財産の一時的徴用を実行し、強制的な個人援助を課すことができる」と規定する「第c項」）。

政令43/2020は、ある例外を除き、たとえば旅館や飲食店のような特定の企業活動の実施も一時的に禁じている（第十条）。

この政令はとくに言及していないが、これらの措置のいくつかは収用の性質を有するから対応する補償を伴うべきこと、一方それ以外の措置は同様の補填義務を発生させないことは明らかだと考えられる。問題は、どのような前提の下で何らかの結果が発生するのか、言い換えると、私たちが収用に直面した時、そして補償すべきではない権利の範囲の限定に直面した時、それをどのように決定するかである（両方の種類の措置を如何に区別するかに関し、一般的に、DOMÉNECH PASCUAL, 2012a および 2012b）。

「[四] 第一条は、強制収用を、「それが売却、交換、地代、賃貸、一時的占有、または単なる（権利）行使の中断を意味するか否かにかかわらず、またそれが個人に属するか団体に属するかを問わず、強制的に決定された私有財産または正当な財産上の権利または利益のあらゆる形態の単一の剥奪」と定義する。

「[五] 第二二〇条は、つぎのように規定する。「公の秩序と公安、伝染病、洪水、またはその他の災害の深刻な理由により、法定当局が、法律で義務付けられているさまざまな種類の収用のための手続きを経ることなく、破壊、現実の損害、または個人的財産や権利の徴用を含む措置を採用する場合、損害を被る個人は、不動産の一時的占有に伴う損害および動産の適正価格に関する規定が示す規範にしたがい、補償を受ける権利を有する。被害者の要請があれば、その規範に基づき、審理が開始されなければならない。」

これらの規定、とりわけ最後の規定の文字通りの文言は、政令463/2020の第八条と第十三条に定められている一時的徴用が収用を構成すること、したがって、補償義務を発生させることを示している。それに引き替え、企業への介入や、前述の政令に規定されている、「業務活動」の禁止、停止、および「中断」もまた収用の性質を備えた措置を構成するののか、反対に、それらは補償すべきではない権利の範囲の限界にあるののかは、明らかではない。

私たちの意見では、ここで二つの概念を区別する鍵は、行政の犠牲となった権利行使が、社会にとり耐え難いほど危険または有害なものであるか、または反対に、奨励するにふさわしい、望ましい社会活動として取り扱われるかにある（より詳しくは、DOMÉNECH PASCUAL, 2005 および 2012a）。

第一の場合、行政措置は、公衆衛生上、容認できない危険を意味する活動に対して向けられる。換言すると、法律上保護された利益を侵害する活動を行う人物に対し損害を引き起こす。そのような状況下で補償をすることは、ふさわしくない。なぜなら、（それは）過度に危険な活動を実行させる経済的刺激になると推測されるうえ、それに伴う危

危険性のひとつ——すなわち、公共の利益を理由に犠牲を払う危険性——は、それを実行する人物ではなく、納税者が負担することになるからである。この観点にしたがうと、現在の状況ではあまりにも危険であると考えられる活動の停止を課すところの、前述の政令463(2020)第十条が規定する禁止は、補償すべきではない権利の範囲の限界にあると見なされるべきである。

第二の場合、(行政)措置は、公衆衛生に対する耐え難い危険を意味しない活動の進展を制限する。これらの(行政)措置は、前述の法律上の利益を損ないもせず、侵害もしない活動を行う人々に、故意に犠牲を引き起こす。むしろ、反対に、公共の利益のために犠牲にされる権利行使は、利害関係者のみならず、社会全体にとっても正当かつ有益である。したがって、このような場合、補償は社会にとり有益な活動を実行する経済的刺激を意味するから、これらの特別な犠牲を強いられる人々に補償するのが適切である。それゆえ、医療物資の徴用や民間医療施設への介入のような措置は、収用とみなされ、補償を伴うべきである。さもなくば、おそらく深刻な逆効果の結果をもたらすであろう。なぜなら、(補填が伴わなければ)このような状況や他の類似の状況下で社会にとり並外れた価値を有する行動——たとえば、この材料の製造や輸入——をする気を失わせてしまうからである。それはそれとして、この有害な落胆効果は、影響を受ける可能性のある人々が、利益または権利の犠牲に対して与えられるであろう補填が、市場で得られる価格より低いと予想した場合にも発生し得ることに注意すべきである。行政は、公衆衛生の保護に必要な資源を購入するか、または収用するかを決定する際、このことを考慮に入れるべきである。

これこそ、要するに、さまざまな法律上の規定(たとえば、前述の LOEARES 第三条二項と LGSP 第五四条二項、および一九五五年の地方公共団体の機関の公務に関する旧規則第三条は、「秩序、防衛的介入は、それ(秩序)を混乱させる者に対して行われるが、秩序を維持または回復する他の手段がない場合は、例外的に、合法的に権利を行使する

者に対する介入を指示しなければならず、それには正当な補償が伴う」と読むことが出来る。およびそれらの規定について言い渡した判例やそれに類似する事例の下に隠れている基準（criterio）なのである。

参考文献

- Jesús CONDE ANTEQUERA (2015), «La responsabilidad de la Administración por daños derivados de fenómenos naturales: especial referencia al riesgo de inundación», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 45-46, pp. 67-100.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2005), «La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 125, pp. 65-99.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2010), «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, núm. 183, pp. 179-231.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2012a), «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», *Indret*, 1/2012.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2012b), «Prohibido regar. ¿Expropiación o delimitación de la propiedad no indemnizable?», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 39-40, pp. 269-291.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2019), «Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho. En especial, del Derecho de daños», *Indret*, 2/2019.
- Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2018), «Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por

- un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme», *Revista de Administración Pública*, 205, pp. 221-237.
- Juan Antonio GARCÍA AMADO (2013), «Sobre algunos mitos del Derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas», en Mariano José HERRADOR GUARDIA (ed.), *Derecho de daños* 2013, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 65-142.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2017), *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, t. II.
- Raúl LETELLIER (2001), «La Falta de Servicio en España», *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado*, núm. 23, pp. 63-79.
- Luis MEDINA ALCOZ (2005), *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Madrid.
- Luis MEDINA ALCOZ (2007), *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Civitas, Madrid.
- Luis MEDINA ALCOZ (2012), «Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 153, pp. 153-181.
- Luis MEDINA ALCOZ (2019), *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Civitas, Cizur Menor.
- Oriol MIR PUIGPELAT (2008), «Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 140, pp. 629-652.
- Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2018), «La responsabilidad objetiva de la Administración pública y la

equidistribución del coste del bien común», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 195, pp. 155-192.

Antonio José SÁNCHEZ SÁEZ (2009), «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por incendios forestales», *Revista de Administración Pública*, 179, pp. 87-141.

訳注

(1) スペイン憲法第三十三条三項は、「何人も、公共の利益または社会的利益のため正当な理由があり、かつ法律の定めるところにより正当な補償がなされる場合を除いて、その財産および権利を奪われない。(Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes)」と定める。百地章訳「スペイン憲法」畑博行・小森田秋夫編『世界の憲法集【第五版】』二四四頁(有信堂高文社、二〇一八年)。

(2) スペイン憲法第一〇六条二項は、「私人は、法律の定める条件に従い、財産または権利の侵害に対して、不可抗力による場合を除き、損害賠償を求める権利を有する。ただし、侵害が、公務執行の結果によるものである場合に限る(Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos)」と定める。百地章訳「スペイン憲法」畑・小森田編・前掲書(訳注一)二五二頁。

訳者あとがき

本稿は、スペイン王国バレンシア大学法学部ガブリエル・ドメネク・パスカル(Gabriel Doménech Pascual)教授の「承諾を得て、その論文『Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19』, *El*

Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, 86-87, 2020, pp. 102-109 を試訳したものである。邦訳の間違いや表現不足に関する一切の責任は鈴木光にある。

邦訳の過程では、ドメネク教授より度重なるご指導をいただいた。ドメネク教授のご厚意に心より感謝申し上げます。また本稿の公表を快くお認めくださった、*El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 編集部にも御礼申し上げます。

