

ドイツにおける学校教育への権利

棟 久 敬

Das Recht auf schulische Bildung

MUNEHISA, Takashi

Abstract

Dieser Beitrag behandelt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Bundesnotbremse II – -Schulschließungen (BVerfG, Beschluss vom 19.11.2021 –1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21). Nach diesem Beschluss folge aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 GG folge ein Recht der Kinder und Jugendlichen gegenüber dem Staat, ihre Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit auch in der Gemeinschaft durch schulische Bildung zu unterstützen und zu fördern (Recht auf schulische Bildung). Das Recht auf schulische Bildung wurde zwar durch die Schulschließungen eingeschränkt. Diese Einschränkung sei aber dem Schutz von Leib und Leben zugute gekommen. Der Eingriff in das Rechts auf schulische Bildung wurde daher gerechtfertigt. Die Entscheidung des BVerfG, dass sich das Recht auf schulische Bildung sich unmittelbar aus dem Grundgesetz ergibt, kann das Verhältnis zwischen Staat und Eltern in der Schule verändern.

キーワード: ドイツ基本法, 連邦緊急ブレーキ, 学校教育への権利, 学校閉鎖, 比例原則

Key words: Grundgesetz, Bundesnotbremse, Recht auf schulische Bildung, Schulschließungen, Verhältnismäßigkeitsprinzip

1. はじめに

2020年初頭に地球規模で拡大した COVID-19 パンデミックの影響は、ドイツにも及んだ。いわゆる「硬質な立憲主義」国家¹として、ドイツでは COVID-19 パンデミックに対処するための規制²が憲法に違反しないかがたびたび憲法裁判において争われてきたことは周知のとおりである。

COVID-19 パンデミックに対処する必要があることは、子どもや教師が集まる学校も例外ではなかった。通

常、感染拡大を防止することで、生命や身体という重要な権利・利益を確保するために、人々が集うことを国家が規制する場合、人々が集う性質ごとに、集会の自由や信教の自由などの基本権制約が正当なものであるかが争点となる³。しかしドイツ基本法（以下、基本法）は、6条2項で親の教育権を、7条1項で国家の学校監督⁴を規定するにとどまり、子どもの学校教育についての権利を明文では保障していない⁵。それでは、上記のような例とは異なり、パンデミックにおいて感染拡大を防止する

1 硬質な立憲主義と「ゆるふわ立憲主義」については、曾我部真裕「立憲主義のあり方から見る『自粛か強制か』問題」判例時報 2458 号 144 頁, 同『『ゆるふわ立憲主義』再論』自治実務セミナー 709 号 (2021 年) 54 頁以下を参照。

2 本稿では、COVID-19 感染拡大防止の規制そのものに関する検討を行うことはできない。この問題に関しては、すでに膨大な先行研究がある。そのなかでも、ドイツにおける規制については、横田明美『コロナ危機と立法・行政』(2022 年, 弘文堂) 及び松原光弘「感染症パンデミックにおける公法上の重要問題 (1)～(3)」自治研究 99 巻 3 号 (2023 年) 79 頁以下, 同 4 号 104 頁以下, 同 5 号 77 頁以下を参照。

3 例えば、岡田俊幸「コロナ危機下の信教の自由」日本法学 86 巻 4 号 (2021 年) 455 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 87 巻 1 号 (2022 年) 69 頁以下, 同『『コロナ散歩』と集会の自由』日本法学 88 巻 4 号 (2023 年) 135 頁以下, 山本和弘『『デジタル化』は宗教集会の代替となるか?—感染症対策における信教の自由』法学館憲法研究所 (https://www.jicl.jp/articles/topics_digital_20230124.html) (2024 年 1 月 20 日最終閲覧)) を参照。

4 学校監督の概念について、詳細は、松村好恵「学校監督及び学校概念の歴史的変遷」法学新報 129 巻 1・2 号 (2022 年) 283 頁以下を参照。

5 一方、各ラントの憲法は、バーデン・ヴュルテンベルク憲法 11 条, バイエレン憲法 128 条, ベルリン憲法 20 条 1 項, ブランデンブルグ憲法 29 条, プレーメン憲法 27 条, ヘッセン憲法 59 条, メクレンブルク・フォアポンメルン憲法 8 条及び 15 条, ニーダーザクセン憲法 4 条 1 項, ノルトライン・ヴェストファーレン憲法 8 条, ザールラント憲法 24a 条 1 項, ザクセン憲法 102 条 1 項, ザクセン・アンハルト憲法 25 条 1 項, テューリングェン憲法 20 条 1 項などが教育に関する権利を保障している。

ための措置として、学校を閉鎖したとしても、ドイツでは子ども自身の基本権侵害の問題として争うことはできないのだろうか。

本稿は、この問題についての判断を示した、連邦緊急ブレーキ (Bundesnotbremse) 決定 II (連邦憲法裁判所 2021 年 11 月 19 日第一法廷決定 (以下、本件決定))⁶を詳細に紹介・検討することで、上記の問いに答えることを目的とするものである⁷。本件決定は、基本法 7 条 1 項と結びついた 2 条 1 項を根拠として「学校教育への権利 (Recht auf schulische Bildung)」⁸が保障されることを初めて承認し、COVID-19 パンデミックにおける学校閉鎖はこの権利の制約を正当化しうることを詳細に示したものである。

とはいえ、学校教育への権利そのものについては詳細な先行研究⁹があるため、本稿では、まず、事実の概要を示し (2)、決定の詳細を紹介したうえで (3)、最後に若干の検討を加える (4) にとどめることとしたい。

2. 事実の概要

連邦制を採用するドイツでは、学校教育は各ラントの所管となっている。そのため、COVID-19 パンデミックが世界中に広がりつつあった 2020 年初頭の段階では、感染状況に応じてラントごとに感染拡大を防止するための学校閉鎖の措置がとられていた。この間、オンライン授業はほとんど実施不可能で、大半の教師は子どもや保護者とメールや電話、SNS などで連絡をとるにとどまり、子どもたちは学校で受け取った資料を自宅で学ぶにとどまっていた。その後、2020 年 5 月ごろには、各ラントで順次学校が再開された。この間も頻繁に換気しながら、多くのラントで分散登校や交代授業、短縮授業

の形態で対面授業が行われた。しかし、同年秋から冬にかけて、感染の第二波が到来したことにより、再び学校が閉鎖される事態となった。二度目の学校閉鎖に際しては、一度目とは異なり、遠隔授業が実施された。自宅に遠隔授業に参加するための機器がない子どもには機器の貸し出しも行われ、また、学校からオンライン授業に参加する形態もとられた。2021 年 2 月ごろからは、各ラントで段階的に学校が再開されることとなった。ここでも、前年と同様に分散登校や人数を減らしての授業が行われた¹⁰。

ここまでで明らかのように、COVID-19 パンデミック初期から 2021 年初頭にかけては、学校教育における感染対策は各ラントに委ねられていた。しかし、各ラントの判断に委ねては十分な感染対策をとることができないことから、「連邦緊急ブレーキ」と称される 2021 年 4 月 22 日の全国規模のエピデミー状況における住民保護のための第 4 次法律により導入された感染症予防法 (以下、IfSG) 28b 条 3 項 2 文及び 3 文は、郡または群に属しない市における 10 万人あたりの 7 日間指数が、① 3 日連続で 165 人の限界値を超える場合には対面授業を禁止し、② 3 日連続で 100 人の限界値を超える場合には期間を限定した交代授業の実施を命じた。なお、連邦緊急ブレーキの効力は 2021 年 6 月 31 日までとされた。

連邦緊急ブレーキによる学校閉鎖に対しては、2 組の異議申立人が連邦憲法裁判所に憲法異議を申立てた。異議申立人① (1 BvR 971/21 の異議申立人) は、ミュンヘン在住のフルタイムの職業に従事する親と国立のギムナジウムと基礎学校、保育園に通学する子どもたちであ

6 BVerfGE 159, 355. この決定に関する先行研究として、岡田俊幸「コロナ・パンデミックにおける学校教育を受ける権利」日本法学 88 巻 2 号 (2022 年) 1 頁以下を参照。連邦緊急ブレーキ決定 I (BVerfGE 159, 233) については、松原光弘「連邦非常ブレーキ決定 I」自治研究 99 巻 7 号 (2023 年) 136 頁以下、山田哲史「パンデミック下における統治構造」行政法研究 46 号 (2022 年) 113 頁以下を参照。

7 なお、本稿筆者はこの決定についてすでに簡潔な解説を公表している。拙稿「連邦緊急ブレーキ決定 II—学校閉鎖」自治研究 100 巻 2 号 (2024 年) 149 頁以下。本稿は、紙幅の関係上、この解説では詳細に紹介することのできなかつた決定の内容を紹介することをも目的とするものである。

8 先行研究は、Recht auf Bildung を「教育を受ける権利」と訳すものが多い。例えば、兼子仁『教育法 [新版]』(1978 年、有斐閣) 188 頁、内野正幸『『教育を受ける権利』論を振り返る—ドイツの場合—』同『表現・教育・宗教と人権』(2010 年、弘文堂) 165 頁以下を参照。しかし、本稿では、Recht auf schulische Bildung の訳語として、「学校教育への権利」という訳語を用いる。その理由としては、①本件決定が保障する権利の保障内容に「受ける」という性質のものが含まれているとは評し難いこと、②本件決定が引用する国際人権条約や EU 法、ヨーロッパ人権条約も Right to education を保障するものであり、この権利は一般に「教育への権利」「教育に対する権利」と訳されており、そのドイツ語訳が Recht auf Bildung であること、③日本国憲法 26 条 1 項が保障する教育を受ける権利の英訳は right to [...] receive education であり、receive という動詞が含まれている一方、Recht auf Bildung には動詞が含まれておらず、そこに動詞を読み込むのは無理があること、④「受ける」という文言は、本件決定も強調する子どもの人格の自由な発展を支援・促進する権利の保障内容にそぐわないこと、にある。

9 松村好恵『『学校教育を求める権利』と教育について』法学新報 130 巻 7・8 号 (2024 年) 475 頁以下。

10 クラウディア・レネート、ジルケ・バル、ザビーネ・マイゼ、辻野けんま「ドイツ—ベルリンの 2 人の小学校教師が見たコロナ禍の学校」園山大祐・辻野けんま (編著)『コロナ禍に世界の学校はどう向き合ったのか』(2022 年、東洋館出版社) 153 頁以下、辻野けんま・布川あゆみ「ドイツ—コロナ禍においても当事者の参加が重視される学校教育」同書 172 頁以下は、当時のベルリンの状況について詳細な解説を加えている。

る。異議申立人②(1 BvR 1069/21 の異議申立人)は、シュベービッシュ郡在住のシングルマザーと私立の基礎学校に通う子どもである。彼らは、対面授業を禁止する IfSG28b 条 3 項 1 文後段及び 28b 条 3 項 2 文及び 3 文により、基本法 2 条 1 項に基づく人格の自由な発展の権利から導き出されるとともに、国際法上も承認されている生徒の教育への権利が制限されており、適切な予防・衛生措置が講じられていれば感染症は対面授業においても克服しうるため、その侵害は比例的ではないことに加え、基本法 3 条 1 項、基本法 2 条 2 項 1 文、基本法 6 条 1 項(家族生活を自由に形成する権利)、基本法 6 条 2 項 1 文(子どもの教育課程を自由に決定する権利)の侵害も訴えている¹¹。また、異議申立人①のうち、保育園に通っていた子どもは、保育園に関する規定である IfSG28b 条 3 項 10 号、33 条 1 号に対する憲法異議も申し立てている。一方、異議申立人②は、IfSG28b 条 3 項 3 文に対してのみ憲法異議を申し立てている。

なお、本件手続には、未知の感染症対策という特性上、連邦憲法裁判所法 27a 条により、医療、感染症研究、生徒全体、教育学及び学校研究といった多くの専門的知識のある第三者が多く、意見を表明し、本件決定の理由づけにおいても参照されている。意見表明を行ったのは、社団法人子ども・青少年精神医学、心身医学及び精神療法連邦連盟(以下、BKJPP)、連邦医師会、連邦父母代表、公衆衛生局医師連邦連盟(BVÖGD)、ルートヴィヒ・マクシミリアン大学ミュンヘン統計研究所 COVID-19 データ分析グループ(CODAG)、社団法人ドイツ子ども・青少年医科学会(DAKJ)、社団法人ドイツ疫学協会(協力：ドイツ医療情報科学、生体測定学及び疫学協会)(DGEpi/GMDS)、社団法人ドイツ教育学協会(DGfE)、社団法人ドイツ病院衛生協会(DGKH)、社団法人ドイツ小児感染学会(DGPI)、社団法人ドイツ児童保護連邦連盟(KSB)、社団法人エアロゾル研究協会(GAeF)、エバーハルト・カール大学テュービンゲン経験教育研究ヘクター研究所(HIB)、有限会社感染研究ヘルムホルツセンター(HZI)、ifo 研究所—社団法人ミュンヘン大学経済学研究所—教育経済学センター(ifo Institut)、シャリテ・ベルリン(フンボルト大学附属病院)ウイルス学研究所(Charité)、マックス・プランク動力学・自己組織化研究所(MPIDS)及びロベルト・コッホ研究所(RKI)であった¹²。

11 後者は、1 BvR 971/21 の異議申立人のみが訴えている。

12 以下、決定理由においてこれらの機関による意見表明を紹介する際には、原文カッコ内の略称を用いる。

13 BVerfGE 159,355, 380 (Rn.43).

14 BVerfGE 159,355, 380-382(Rn.44-46).

15 BVerfGE 159,355, 382-383 (Rn.47-48).

16 可能性の留保に関する最近の研究として、Lino Munaretto, Der Vorbehalt des Möglichen, 2022. を参照。また、学校教育への権利を可能性の留保の観点から検討したものとして、ders., Das Mögliche und das Mindeste, Der Staat, 2023, S.419ff. がある。

3. 決定理由の要旨

(1) 学校教育への権利の保護範囲

(ア) 学校教育への権利の法的根拠と内容

異議申立人の生徒らは、IfSG28b 条 3 項 2 文及び 3 文に基づく感染症予防法上の対面授業の禁止に、彼らに基本権上保護されている学校教育への権利に依拠して対抗しうる¹³。

子どもは基本法 2 条 1 項により、社会的な共同体において自らの責任を自覚した人格へと発展するための支援や促進を求める権利を有する。国家は、子どもの健康な成長のために必要な生活条件を確保する義務を、人格の発展にとって本質的なすべての生活条件において負う¹⁴。

基本法 2 条 1 項による子どもや青少年の自由な人格の発展への権利は、基本法 7 条 1 項による教育委託にしたがった学校教育を通して共同体においても自らの責任を自覚した人格への発展を学校教育により支援及び促進する国家に対する権利(学校教育への権利)をも含む。基本法は、親による養育・教育に加えて、子どもが自らの責任を自覚した人格へと等しい機会の下で発展させるためのさらなる基本的な条件としての国家による学校教育をも保障している。基本法 7 条 1 項により、社会的な共同体において子どもや青少年の自らの責任を自覚した人格への発展を包括的に促進及び支援するために、すべての子どもや青少年にその能力に応じて今日の社会生活に適した教育の可能性を開くような学校制度を創出する任務が国家にはある。したがって、基本法 2 条 1 項により保護される子どもや青少年の権利は、その人格発展に奉仕する学校教育の可能性を開く基本法 7 条 1 項に基づく国家の客観法上の義務に対する主観法上の「対をなすもの」である¹⁵。

(イ) 学校教育への権利の保障内容

① 最低限度の教育を提供する請求権

学校教育への権利は、個々の生徒に本来的な給付請求権を保障するものではない。よって、生徒は新たな学校形態の創出や現存の学校形態を維持することを求めることはできない。国家は基本法 7 条 1 項により学校を編成する任務を維持するうえで広範な形成の余地と可能性の留保¹⁶に依拠しうる。学校はすべての子どもや青少年の人格の発展を基礎づけるものであるため、さまざまな教育の要素を学校の構造を確定する際に、相互に「個人の

利益を比例的に考慮すること」によって調和させるのも国家の任務である。さらに、国家は、可能性の留保に依拠し、望ましい教育が人的、物的、組織的な圧迫により提供されないこと及び利用可能な公的な資金について決定しうる。もっとも、この決定において、学校教育への権利は特に重視されなければならない¹⁷。

以上のように、原則として特定の学校の形態を要求することはできない。しかし、学校教育への権利から、自らの責任を自覚した人格への機会均等な発展のために不可欠の学校での最低限度の教育を提供する請求権が生じる。この請求権は、教育委託の自由な形成とも、乏しい資金を用いる国家の決定の自由とも対立しない¹⁸。

② 派生的配分参加請求権

学校教育への権利には、配分参加請求権としての次元もある。学校教育は、子どもや青少年が社会的な共同体において自らの責任を自覚した人格へと発展しうるための基本的な条件である。そのためには、子どもや青少年が国家の学校で提供される様々な教育課程にアクセスすることが必要となる。そこで、基本法3条1項の一般平等原則と結びついた学校教育への権利からは、国家による教育の提供に等しく関与する権利が生じる。この権利は、派生的な性質のものである。というのも、この権利は、国家による形成の自由の枠内で提供される教育に関して国家が確定した基準によってのみ存在するからである。この権利は、学校教育へのアクセスの条件が恣意的あるいは差別的に形成または適用されるときに侵害される¹⁹。

③ 防御権

学校教育への権利に基づいて生徒が自らの責任を自覚した人格へと発展することを可能とするために、国家は学校において教育を提供する。よって、生徒は授業に参加しているとき、就学義務に従っているのと同時に、基本法7条1項と結びついた2条1項により保護される自らの人格を学校教育により自由に発展させる権利を行使している。国家の措置により、発展の可能性が制約される場合には、生徒はこれに対抗しうる。学校教育への権利にはこうした防御権的な次元もある。この防御権は、国家によって形成された学校制度の下で、個別の学校がその性質、内容及び範囲に応じて特定の学校教育を提供する限りにおいてのみ及ぶ。よって、生徒は、学校制度

とは無関係の、例えば学校の平和の妨害を理由とした負担となるような秩序措置や学校の閉鎖の場合などの措置に対してのみ対抗しうる。この場合、生徒が通っている学校で実際に提供・利用されている学校教育がある程度「外部から」制限されるような事態が生じていれば、学校教育への制限となりうる。一方、基本法7条1項に基づく国家の学校を形成する権限及び公的資金の使用について決定する権限に基づく学校の形態を変更する措置は、学校教育への権利の防御権的な側面の制約とはならない²⁰。

④ 私立学校の生徒の学校教育への権利

私立学校の生徒も、学校教育への権利に依拠しうる。私立学校による学校教育も、国家の学校での生徒の場合と同様にその人格の発展にとっての基本的な条件である。ここで特に重要なのは防御権的な機能である。私立学校の生徒は、この機能により、私立学校の主体によって自らの責任のもとに形成され契約により取り決められた学校教育の可能性を制限する国家の措置に対抗しうる²¹。

⑤ 国際法及びEU法上の保障

上記のように様々な側面を有する学校教育への権利は、「教育への権利」を保障する国際法及びヨーロッパ連合法と一致する。国際法上は、教育への権利は、世界人権宣言26条、国際人権A規約13条、子どもの権利条約28条により承認されている。ヨーロッパの機構においては、ヨーロッパ人権条約（以下、EMRK）第一議定書2条1文により、教育への権利が保障されている。もっとも、EMRK第一議定書2条1文は、本来的な給付請求権を保障していない。国際法上も、給付請求権は国家によって提供された教育施設が明らかに不十分であるという例外的な場合にのみ肯定される。教育への権利の制限は、国際法上は、特別な正当化要求に服する。EU基本権憲章14条1項も、教育への権利を承認している。しかし、学校の形成については、加盟国の法律に委ねられている。その他、ヨーロッパ各国の憲法も教育への権利を明示的に定めている²²。

(2) 学校教育への権利の制約

IfSG28b条3項2文及び3文による対面授業の禁止は、異議申立人の生徒らが通っている学校やクラスにおいて

¹⁷ BVerfGE 159,355, 384-386(Rn.52-56).

¹⁸ BVerfGE 159,355, 386-387(Rn.57).

¹⁹ BVerfGE 159,355, 387-388(Rn.58-60).

²⁰ BVerfGE 159,355, 388-390(Rn.61-64).

²¹ BVerfGE 159,355, 390(Rn.65).

²² BVerfGE 159,355, 390-393(Rn.66-71).

対面授業が感染症予防を理由に行われたいという点で、学校教育への権利の防御権的な側面を制限している。対面授業の禁止は、学校での人と人との接触を阻止することでパンデミックを克服するという危険を防御する目標にのみ貢献するものであって、対面授業を通常の授業形態とする、学校教育の権利を実現するために作り出された学校制度そのものの変更は加えられていない。こうした現存の教育を提供することが、学校外の目的のために制限され、そのため異議申立人の生徒らの、特に学校での発達の可能性が制約される事態が生じていた²³。

(3) 制約の形式的正当化

(ア) 連邦の立法権限

連邦には、対面授業の禁止について、基本法 74 条 1 項 19 号「伝染病に対する措置」により競合的立法権が付与されている²⁴。対面授業を禁止する IfSG28b 条 3 項 2 文及び 3 文は、基本法 74 条 1 項 19 号の権限事項に分類される人間の感染症を克服する措置が問題となっているため、連邦は立法権限を有していた。IfSG28b 条 3 項 2 文及び 3 文は、ラントの管轄に属する学校法の規律には分類されない。COVID-19 のように、人から人への感染症を克服するための措置は、人々が接する状況に関わるものである。したがって、学校のようなラントの立法権限に属するような接触場所に関する規律も、感染の危険性を阻止することに限定されていれば、基本法 74 条 1 項 19 号の権限事項に分類されうる²⁵。

(イ) 同意権

① 基本法 104a 条 4 項

基本法 104a 条 4 項により、第三者に対して金銭給付、金銭価値のある現物給付またはそれに匹敵する役務給付をなすべきラントの義務を根拠づけ、かつラントによって固有の事務としてまたは本条 3 項 2 文により連邦の委任によって執行される連邦法律は、そこから生じる支出がラントによってなされる場合には、連邦参議院の同意を必要とする²⁶。

IfSG56 条 1a 項 1 号の補償規定(2020 年 3 月 27 日版, BGBI I S. 590) は、IfSG28b 条 3 項 2 文及び 3 文による対面授業の禁止を含むものではない²⁷。

IfSG28b 条 3 項 1 文後段の検査は、基本法 104a 条 4 項の意味における第三者に対してなされるべき金銭価値

のある現物給付またはそれに匹敵する役務給付ではない。よって、IfSG28b 条 3 項 1 文後段は、基本法 104a 条 4 項の意味における第三者に対して金銭価値のある現物給付をなすことをラントに義務づけていない。この検査は対面授業に参加するための条件であり、それによって引き起こされる感染症の危険性を減少させることのみが問題となっていた。ラントの検査に必要な支出は、危険防御上の規定の付随的な帰結にすぎず、対面授業を実施するために必要な支出とは異なる。対面授業が中止された場合の臨時学童(Notbetreuung)も、基本法 104a 条 4 項による同意の必要はない。IfSG28b 条 3 項 6 文により、ラントは臨時学童を設置するよう連邦法上義務づけられるのではなく、対面授業の例外として臨時学童を整備しうるにとどまり、追加の負担も生じていない²⁸。

② 基本法 80 条 2 項

同意の必要性は、基本法 80 条 2 項からも生じない。この規定は、IfSG28b 条 6 項や 28c 条において想定されているような特定の性質の法規命令には同意が必要であることを定めている。この規定により、法律そのものが基本法 80 条 1 項の意味における「連邦法律の特別の定め」として同意を義務づけられるのは、その法律が発出される法規命令の同意の必要性を解消する場合のみである。これは、「連邦緊急ブレーキ」には必ずしも妥当しない。IfSG28b 条 6 項や 28c 条は、これらの規定を根拠として発出される法規命令の同意の必要性をむしろ明らかに定めている²⁹。

(4) 制約の実質的正当化

(ア) 目的の正当性

全国規模のエピデミー状況における住民保護のための第 4 次法律によって、立法者は、特に生命や健康を保護すること及び極めて重要な共有財産としての健康保険制度が機能することと同時に最善の医療を確保することを目的としていた。最も重要な目標は、健康保険制度の過剰負担を全体として回避し医療上の配慮を連邦全体で確保するために、ウイルスのさらなる拡散を減速するとともにその指数関数的な増大を止めることであつた。対面授業の禁止も、感染を回避することに貢献するものであつた。立法者は、学校で多くの人々が接触することや教育活動における空間的な条件等により、生徒集団や間

²³ BVerfGE 159,355, 393-394(Rn.72-76).

²⁴ BVerfGE 159,355, 393-396(Rn.74-82).

²⁵ BVerfGE 159,355, 396-397(Rn.83-87).

²⁶ BVerfGE 159,355, 397-399(Rn.88-93).

²⁷ BVerfGE 159,355, 399-400(Rn.94-96).

²⁸ BVerfGE 159,355, 400-404(Rn.97-105).

²⁹ BVerfGE 159,355, 404(Rn.106).

接的には生徒の家族に高い感染リスクがあったことを想定していた。このように、対面授業の禁止は、基本法2条2項1文に基づく基本権保護義務を立法者が達成しようとする憲法上正当な目的に貢献するものであった³⁰。

(イ) 適合性

措置によって望ましい結果が促進されるのであれば、当該措置は憲法上適合的であるといえる。立法者は規制の適合性の判断において、評価特権を有する。ある規制が適合的でないのは、法律の目的の達成がいかなる方法においても促進されえないかまたはそれに加えて逆効果となる場合である。本件においてもそうであるように、基本権に対する深刻な制限が生じている場合には、事実の不確実さは原則として基本権主体に不利に作用してはならない。とはいえ、重要な憲法上の利益が問題となっている場合や、学問上の認識状況が計量不可能であるために、立法者のイメージが不十分でしかない場合には、憲法上の審査は立法者の適合性の予測が主張可能であるかに限られる。

専門的知識のある第三者は、子どもや青少年はコロナウイルスに感染しうることが、年齢が若いほどウイルスの影響を受けることはない³¹と述べている。しかし、対面授業などによって、子ども同士または子どもと教員とが接触することにより、住民の身体及び生命の感染を起因とした危険にさらす可能性があるということは、主張可能なものである。よって、指数の数値が高い場合に対面授業を制限することは、感染症や健康保険制度の過剰負担による身体及び生命の危険に対する住民の保護を促進しようと立法者が評価したことに、憲法上の疑念はない。7日間指数の限界値に達したときに対面授業が禁止されることは、規制の適合性の問題とはならない³²。

(ウ) 必要性

基本権の制限は、公共の福祉の保護に必要な限度を超えてはならない。基本権主体の負担がより小さく、第三者や一般の人々の過度の負担とはならない、公共の福祉を達成するために同様の効果をもつ手段を利用する場合には、必要性はないということになる。立法者には、原則として必要性を判断するための評価特権が与えられる。ここでは、立法者によって選択された措置の効果が、

他のより負担とならない措置と比較して予測される。この余地は、関連する基本権の制限の強度を理由として狭められる。他方、規制の対象となっているテーマが複雑であればあるほど、その分この余地は広がる。しかし、ここでも、基本権に対する深刻な制限がある場合には、事実の不確実さは原則として基本権に対して不利となつてはならない。基本権の制限が重要な憲法上の利益の保護に貢献するものであり、事実が不確実であるために、立法者が限られた範囲内でしか予測できない場合には、憲法上の審査は立法者の適合性予測の主張可能性に限られる³³。

学校で、生徒と教員に週2回の検査を義務づけたうえで対面授業を実施することは、対面授業の中止よりも生徒にとっては負担が小さい。対面授業の中止による生徒の人格発展に対する不利な結果は、検査義務を課す何らかの負担よりも明らかに重い。確かに、学校で対面授業を実施する際に、検査や衛生措置を実施することは、パンデミックを克服しようという研究結果がある。対面授業を実施する場合には、少なくともPCR検査が行われなければならない³⁴が、これは生産能力の点で不可能であり、むしろ、感染は学校閉鎖によってより確実に防止しうる³⁵。よって、感染は通常の検査と衛生措置による学校運営を維持することよりもむしろ、対面授業を制約することによって効果的に防止しうるという立法者の予測は主張可能ではないという十分確実な認識はない。労働の領域において利用されてきた、より負担とならない措置によって、対面授業の禁止と同等の効果をもって感染が防止されるということに、専門的知識に裏付けられた根拠はない。専門的知識のある第三者の現時点での一致した見解によれば、さまざまな予防措置の効果についての明確な供述は不可能である^{36 37}。

(エ) 相当性

① 審査の基準

相当性と狭義の比例性は、措置によって追求される目的と期待される目的の達成が基本権の制限の重大さと比例することを要求する。基本権の制限の範囲・重大さと正当な目的を達成するための規制の意義との衡量は、立法者の任務である。個人の自由への侵害の度合いが高ければ高いほど、公共の福祉の利益はより重いものでなけ

³⁰ BVerfGE 159,355, 405f.(Rn.110-112).

³¹ 連邦医師会, Charité, DGEpi/GMDS, DGPI, HZI 及び RKI による意見表明。

³² BVerfGE 159,355, 405-408.(Rn.113-120).

³³ BVerfGE 159,355, 408f.(Rn.121-123).

³⁴ DGPI, 連邦医師会及び HZI による意見表明。

³⁵ シャリテによる意見表明。

³⁶ DGEpi/GMDS, DGPI, HZI 及び RKI による意見表明。

³⁷ BVerfGE 159,355, 409-412.(Rn.124-132).

ればならない。相当性審査においても、原則として立法者に評価の余地がある。ここでは、憲法上の審査は、立法者がその評価の余地を主張可能な方法で取り扱っているかに関連する³⁸。

② 基本権の制限の強度

対面授業の中止とそれに引き続く学校閉鎖によって、生徒の人格の発達・発展の可能性が低下しているだけでなく、生徒が社会的な能力を獲得する機会も失われている。これはデジタル空間では代用できない。これにより、学校教育への権利の侵害の強度は増大している。ラントごとに違いはあるが、学校閉鎖は2021年6月初めまでに長期間にわたって行われていた。ドイツ教師協会の代表は、2020年3月以来、350～800時間にわたって各生徒のための対面授業が中止されたことを述べた。個別に大きな違いはあるものの、これは平均して1学年の半分である。専門的知識のある第三者の意見表明によると、対面授業はデジタル授業に置き換えられるのではなく、ワークシートの提供に置き換えられていた³⁹。この間、デジタル授業の受講率や教員との対話の時間もそれほど増加することはなかった。対面授業の取りやめは、特に低学年の生徒において顕著に学習時間の短縮をもたらした。2021年の初めの時点でも、生徒の学習時間は通常の授業日より3時間少なくなっている⁴⁰。専門的知識のある第三者によれば、対面授業が行われないことは、学習の遅れや専門に特化した能力に対する不利な影響、人格の発展における不足をもたらしている⁴¹。遠隔授業における学習成果は、生徒にも教員にも対面授業より高くはないと評価されている⁴²。子どもや青少年は、他者との交流のなかで社会的な能力を発展させる⁴³ので、そのために社会的な接触を必要とする。対面授業の中止は、集団行動能力に不利に影響し⁴⁴、接触制限は孤立や孤独の感情を特に子どもや青少年にもたらした⁴⁵。また、専門的知識のある第三者は、全員一致で、対面授業の中止により生じる学習の遅れは、社会的に不利な状況にある家

庭出身の子どもと基礎学校の生徒において特に大きいことを指摘している。また、専門家の意見によれば、対面授業の中止によって生じる人格発展や教育にとっての不足は、カリキュラムや支援措置、特に動揺が生じている生徒の心理的及び特別教育上の世話の調整によって調停されうる⁴⁶。最後に、パンデミックに起因する接触制限や対面授業の中止の結果として、教育の習得は、健康や生徒の家庭環境の悪化によって間接的に損なわれる。以上のことから、対面授業の禁止は、学校教育への権利を深刻に侵害している⁴⁷。

③ 対面授業の禁止の公共の福祉としての意義

学校閉鎖等の個別の措置は、身体及び生命の危険から住民を保護するという全体の構想の一部にすぎず、相互に補われるものであるため、個別の措置に公共の福祉としての意義があるか否かは、「連邦緊急ブレーキ」によってとられたその他の措置との複合的な作用においてのみ評価されうる。2021年4月の法律の議決の時点で、感染は指数的に広がっており、そのため、患者数は増大し、病院も緊急運営に切り替えていた。また、感染力の強い致死効果のある変異種も急速に広まっていた。それに加えて、間近に迫っていた予防接種キャンペーンを成功させるために、ワクチンの効果がわずかでしかない変異種が発生する危険性があったことから、感染者数は可能な限り少なく抑えられなければならなかった。そこで、人と人との接触を効果的に取り除くことを措置の束は初めから目指していた。以上のことから、基本法2条2項1文により保護される人間の健康や生命の保護に対する重大な侵害という差し迫った危険が存在していた。ここで何も対策を講じなければ、感染による症状の重篤化や死亡、多くの病院での集中治療病床の過剰負担により身体及び生命に対するさらなる危険が切迫することとなる。よって、IfSG28b条3項2文及び3文に基づく対面授業の禁止により、立法者は重要な意義を有する公共の福祉を追求していた⁴⁸。

38 BVerfGE 159,355, 412-414(Rn.133-135).

39 DAKJ及び連邦人口研究所, Leopoldinaによるもの。

40 DgE及びifo Institut, Leopoldinaによるもの。

41 連邦父母代表, BVÖGD, DAKJ, DGfE, ifo Institut及びKSBによる意見表明。

42 BKJPP, DAKJ, DGfE及びKSBによる意見表明。ただし、生徒の4分の1は、学習成果を損なっておらず、36%から52%の生徒は、遠隔授業という形式においても教科の授業(Fachunterricht)においては多くのことを学んでいるという報告もあった。

43 連邦父母代表, BKJPP, BVÖGD, DAKJ, DGfE及びifo Institutによる意見表明。

44 BVÖGDによる意見表明。

45 BKJPP及びLeopoldinaによるもの。

46 BKJPP, DGfE及びHIBによる意見表明。

47 BVerfGE 159,355, 414-421(Rn.136-152).

48 BVerfGE 159,355, 421-423(Rn.153-158).

④ 利益衡量

立法者は、生徒の人格発展のための対面授業の意義を重視しており、さらなる接触制限が必要であると思われる状況が生じている場合に初めて、学校は閉鎖される。また、IfSG28b 条3項6文によりラントは臨時学童を設立しようとされていることで、対立する利益を適切に調整しており、立法者は学校教育の利益に対して感染症を克服することの重要性を後退させている。臨時学童は、ラントの判断により設立することができ、親が住宅で職業活動を行うことができない場合に、生徒への世話という家族の負担を軽減するためだけでなく、住宅では技術的な条件がない、適切な学習環境ではない、支援がないといった理由で困難な状況の下でしか遠隔授業を受けることができない生徒に遠隔授業への参加を開放するためにも利用されていた。これに加えて、IfSG28b 条3項5文は、最終学年と特別支援学校を例外とすることについては、ラントの自由裁量に任されており、ここでも対面授業の禁止に伴う基本権への制限の強度は減じられている⁴⁹。

感染症を克服するために対面授業が中止され、それに伴い学校教育への権利が制限されているとき、遠隔授業は権利の制限を和らげる手段となり得る。専門的知識のある第三者も、基礎学校の生徒については、基本的な能力は教師との直接の相互作用においてのみうまく伝えられるため、対面授業が必要であるものの、一般的には遠隔授業は学校閉鎖に伴う教育の不足や学習の損失をかなりの程度補うことを指摘していた⁵⁰。ラントは、基本法7条1項により、子どもの人格発展を可能とする学校制度を保障する任務（憲法上の教育委託）を負う。ここで、ラントは学校制度を形成する広範な形成の余地がある。とはいえ、生徒の人格の発展に不可欠な最低限度の教育を下回る場合には、基本法7条1項の客観法上の義務である憲法上の教育委託は達成されていない。そうした状況が、本件では長期間にわたるパンデミックに起因する対面授業の中止により生じていた。生徒と教師が交流しながら対面で授業を行うという生徒の人格発展のために不可欠な国家による教育の提供の最低限度は、長期間にわたって授業が行われない場合には、明らかに下回ることになる。この場合、ラントは、学校教育の最低限度の水準を維持するために、遠隔授業を行うことを義務づけられる。遠隔授業は、基礎学校の生徒にとってはその効果は限定的ではあるが、専門家の評価によれば、中等段階以降の生徒には重要な手段である⁵¹。教育への権利を承認する国際法上の規範の解釈においても、多くの

人権委員会が、対面授業が実施できない限りにおいて、遠隔授業の意義を強調している。さらに、学校が遠隔授業を予定していない場合には、対面授業の中止を補うものとして、遠隔授業を保障する基本法7条1項に基づくラントの客観法上の義務に伴い、生徒は学校教育への権利により遠隔授業を求める権利を有する。ここでは、上述（Rn.57）のラントの教育委託を形成する余地や可能性の留保を引き合いに出すことはできない⁵²。

パンデミックは長期間継続し、動的に発展し、さらに多くの不確実さを伴って身体及び生命に対する危険を生じさせる。そこで、感染を抑え込むためには、持続し反復した措置が必要である。こうした危険を防御する措置により生じる基本権への負担の期待可能性は、その期間内に負担が国家の行為によって避けられたか否かによって判断される。ここでは、国家の行為によって基本権に対する負担が避けられうる可能性が大きければ大きいほど、衡量においてはよりいっそう当事者の利益は重みをもつことになる。このことは、データがないために、パンデミックを克服するより制限的でない措置の効果が不確実である場合にあってはまる。基本権に対して負担となっている規制の効力が長期間にわたって持続していればいるほど、その措置を維持する基礎となっている認識はより確実なものでなければならない。よって、立法者は法律の議決の時点を超えて、因果関係を注視し続け、その究明に努力しなければならない。学問上、認識している状況を改善することができず、そのために不確実な状況が存続しているのであれば、このことはさらなる行為の憲法上の審査には影響しない。しかし、国家が責任を有する領域で、危険を克服するためのより制限的でない選択肢の効果をよりよく評価しうる新たな学問的な認識が得られない場合には、事情は異なる。それでもなお、生命及び身体に対する重大な危険を防止する方法として、より自由を認めるやり方を探究することに国家が参与してこなかったからといって、そうした危険を受け入れることは許されない。対面授業の禁止の期待可能性を判断するに際して、認識を得る際の国家の決定的な懈怠は、本件においては確認されえない。いずれにせよ、攻撃されている規定の効力ははじめからほぼ2か月というごく短期間に限定されていた。それゆえに、因果関係のさらなる究明は対面授業の制約の命令についてのみ意義を有するものの、そうした命令は発出されておらず、また、本件の手続の対象となってもいない。しかし、法律の議決の時点で、危険な状況はすでに1年を超えて継続

49 BVerfGE 159,355, 424-426(Rn.160-163).

50 DAKJ 及び DGfE による意見表明。

51 BKJPP, DAKJ 及び Leopoldina によるもの。

52 BVerfGE 159,355, 426-431(Rn.164-174).

しており、対面授業のラント法に基づく制限はさらに数か月先行していた。そのため、感染事象にとっての対面授業の意義をより詳細に根拠づける最初の可能性があった。しかし、専門的知識のある第三者によれば、学校で基本権にもっと寛大な方法で感染を克服することに関するデータはなかった⁵³。それは、さまざまな予防措置の効果が特に学校では体系的かつ継続的に把握・分析されてこなかったからである。これは、他の専門的知識のある第三者によっても共有されていた⁵⁴。

より正確な分析の可能性は、国家による協力にも左右される。IfSG5条9項1文により、連邦保健省は、全国規模のエピデミー状況が確認されている間になされたIfSG28b条によるものも含む予防措置の有効性の究明を委託している。このように、立法者は、国家によっても責任のある認識状況の改善に配慮してきた。他方、不確実性を打破する何らかの可能性について明らかにするとともに、それに対応する措置をとりうるためには、動的な感染事象に鑑み、国家には適切な期間が容認されなければならない。そのため、法律の議決の時点ですでに国家によって、より迅速な措置がとられていれば、高い限界値の場合でも検査をすれば対面授業を維持しうるのか、あるいは学校閉鎖はパンデミックを克服するために重要な貢献を果たして・どの程度なしうるのかについて、専門的な知識に基づいた判断がなされたとはいえ容易には想定されない。最後に、連邦は何もしていなかったわけではない⁵⁵。

コロナ・パンデミックのように、危機的な状況が長期間持続するなかで繰り返される基本権を制約する措置が期待可能であるか否かを判断するには、危機の初期の段階よりも漸次基本権に寛大で、国家が自らの責任を有する領域において適時に受け入れられるような、事態を開閉する措置がとられていたか否かが考慮されなければならない。パンデミックがさらに経過するなかで、学校で基本権により寛大なやり方で感染を克服するものとして容易に想定される措置には、教室の換気状況の改善、距離を維持しうる広い空間の利用、改善された遠隔授業、学校運営の一層のデジタル化などである。しかし、法律の議決の時点で、こうした措置を広範囲にわたって学校がとることができたわけではない。これらの措置はいずれも、費用を要する調整、計画及び転換を必要とする。一方、連邦緊急ブレーキ可決までの時点で、デジタルでの遠隔授業を行うために、連邦はラントに「学校デジタ

ル協定」の枠内での財政援助を2020年7月から2021年1月にかけて三度にわたって行っていた。また、連邦は校舎の空気浄化設備の補充についても、財政上の支援を行っていた。パンデミックがさらに経過するなかで、学校運営の新たな制限の期待可能性は、とりわけデジタル化のような容易に想定される措置がとられるか否かによって判定されなければならない。以上のことから、学校において国家はもっと基本権を尊重したやり方で感染症対策を作り上げることができたはずだという反論は、成り立たない⁵⁶。

最後に、感染事象は動的に変化しているため、立法者は、法律の議決の時点では、感染事象の動力学や危険なウイルス変異種の蔓延及び健康保険制度の直接差し迫った過剰負担を理由に、対面授業の禁止のような人と人との接触を制限する措置の特別な緊急性や意義をその根拠とすることができた。しかし、公共の福祉のこのような重みづけは、初めからさらなる発展という条件の下にあった。また、予防接種キャンペーンにより、身体及び生命を保護するための措置の意義は、住民の多くが免疫を獲得することで減少する。対面授業の禁止も、ワクチンを接種しうるすべての人にワクチンが提供される場合には、特に基礎学校においては、次第に正当化されなくなる。学校教育への権利の制限の強度についての立法者の評価も、一時的なものでしかない。制限の強度は、対面授業がさらに中止されることによって、特に基礎学校にとっては増大する。もっとも本件のように、今後の展開が流動的であるために、負担を課す措置の将来の合憲性に特別な留保が付される場合には、あとから違憲となった場合にその措置がなくなることがしっかり確保されていなければならない。それだけいっそうその措置は受け入れられうる。本件では、連邦緊急ブレーキに短い期間を付すことで、措置のさらなる憲法適合性を維持するために有効な手続法上の保障が想定されていた。法律に期限が付された場合、その措置は、その時の事情の包括的な評価と、関連するあらゆる観点を変えて衡量することに基づいて行われる、公共性と透明性に基づく立法手続においてのみ、続行され、立法者の不作為があった場合には、その措置は効力を失う。以上により、措置に短期間の期限を付すことは、学校教育への権利への深刻な制限をなお受け入れられうるものとしていた。対面授業の禁止は、おそらくはワクチンを接種しうるすべての人にワクチンが提供されうる時点を超えては妥当しないこと

53 連邦医師会、シャリテ、CODAG、DGKH、DGPI及びRKIによるもの。

54 DGEpi/GDMS及びHZIによるもの。

55 BVerfGE 159,355, 431-434(Rn.175-182).

56 BVerfGE 159,355, 434-437(Rn.183-191).

が想定されていた⁵⁷。

(5) その他の権利とその制約に関する審査

(ア) 親の教育権

1 BvR 1069/21 の手続の異議申立人（異議申立人②）1 は、生徒と教師との間の直接の対話及び生徒相互の作用に特別な価値を置く教育構想を有する私立学校を息子のために選択した。対面授業の禁止によって、異議申立人1 は、基本法6条2項1文により保護される自らの息子の教育課程を自由に決定する親の権利に対する比例原則に反する侵害を受けたと主張している。確かに、基本法6条2項1文により、自らの子どもが受ける教育課程を選択する親の権利が生じる。そしてこの権利も、対面授業の禁止によって制限されている。しかし、この制限の正当化要求は、学校教育の権利の制限の場合ほど厳格ではない。よって、対面授業を禁止する措置と基本法6条2項1文は両立しうる⁵⁸。

(イ) 家族の権利

基本法6条1項は、子どもの発達段階に応じた世話を、自らの考えによりその家族生活を計画し、実現し及び自らの教育の責任において決定する親の権利を保障している。この権利により、国家は、家族という共同体をその自主的かつ自らの責任において形成することを尊重するよう義務づけられる。さらに、国家には適切な経済的措置により親の養育・教育活動を支援し促進する任務や、家族の活動と就業活動が相互に調和されうることと、家庭の教育任務の維持が職業上の不利とならない基礎を作り出す義務もある。また、国家は労働生活における女性の同一取り扱いを支援する命令（基本法3条2項2文）を果たす。立法者には、家族支援についての形成の自由がある。しかし、その内容が明らかに適切でない場合には、基本法6条1項の支援・保護命令に違反していることになる⁵⁹。

困窮している生徒の世話の給付は基本法6条1項の保護範囲に含まれず、また、対面授業の中止により生じる親の負担は基本法6条1項に基づく防御権にかかわって

はいるが、子どもの親の家族生活や職業活動の可能性を変えらるということには向けられていないため間接的・事実上の制限という結果には至っていない。よって、基本法6条1項の保護範囲への制限は生じていない⁶⁰。

対面授業の禁止により、親は子どもの学習支援に費やす時間・家事に費やす時間が増加した。これは職業としての労働と家庭での共同生活との間での相当な紛争をも内包していた⁶¹。特に、世話の必要な生徒の親、単独で教育を行っている者⁶²、ドイツ語の限られた知識しかないかあるいは親自身がわずかな教育水準しかないために自らの子どもに家庭での授業を支援することに困難を抱えていた親の負担は大きなものであった⁶³。その要因は、住居の狭さにあり、家事、自宅での教育、自由時間の形成といったそれぞれの家族構成員の要求がほとんど満たされなかったことにある⁶⁴。ここで、国家は基本法6条1項及び3条2項2文に基づき、パンデミックに起因する家族及び親の労働生活への参加に関する学校閉鎖の不利な効果を、家族を援助する措置により調整する義務を負う。これらの規定は、個々の親に給付請求権を保障するものではないが、いかなる援助措置もとられないのは適切ではない。対面授業の禁止に起因する就学義務のある子どもの親の家族生活や職業生活に対する制限は、しかし、ラントによる臨時学童の設立（IfSG28b条3項6文）、補償請求権（IfSG56条1a項1文1号）、病気休業補償金（SGBV45条2a項3）によって相当程度緩和されていた⁶⁵。

(6) 結論

憲法異議は成果を収めていない。確かに、学校教育への権利は基本権として保護される。しかし、IfSG28b条3項2文及び3文による対面授業の禁止は、異議を申立てている生徒の学校教育への権利を侵害していない。対面授業の禁止は、1 BvR 971/21 の手続における異議申立人1（異議申立人①）の自らの息子の教育課程の自由な決定への権利または就学義務のある親として1 BvR 971/21 の手続において主張していた異議申立人2 の基本法6条1項の家族の基本権も侵害していない⁶⁶。この

⁵⁷ BVerfGE 159,355, 437-440(Rn.192-199).

⁵⁸ BVerfGE 159,355, 440(Rn.200-202).

⁵⁹ BVerfGE 159,355, 440f.(Rn.203-205).

⁶⁰ BVerfGE 159,355, 441-443(Rn.206-210).

⁶¹ DGE, ifo Institut, KSB, 連邦医師会, 連邦父母代表及び DAJK による意見表明。

⁶² DAKJ 及び連邦人口研究所による意見表明。

⁶³ DGE 及び KSB による意見表明。

⁶⁴ KSB, RKI, KSB, RKI, Epidemiologisches Bulletin 33/2021, S. 25; Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung, Belastungen von Kindern, Jugendlichen und Eltern in der Corona-Pandemie, 2021, S. 68 f. による意見表明。

⁶⁵ BVerfGE 159,355, 443-448(Rn.211-221).

⁶⁶ BVerfGE 159,355, 380(Rn.41).

決定は、全員一致で下される^{67 68}。

4. 若干の検討

(1) 従来の判例・学説と本件決定の位置づけ

連邦行政裁判所の判例が、1960年代にはすでに教育への権利が基本法2条1項から導き出されるという判断を示していた⁶⁹のに対し、従来の連邦憲法裁判所の判例は、教育への権利が基本法2条1項から導き出されるかについては、未決定のままとしていた。例えば、本件決定でも引用されている判例は、「個々の子どもは、基本法2条1項に基づいて自らの人格とともに素質や能力を可能な限り妨げられることなく発展させることへの権利を有する。しかし、この権利はこの憲法規定に挙げられた限界の留保のもとにある。子どもの発達権が個々にどのような内容を有するものであるか、この権利がどの程度において『教育への権利』の要素を含むものであるかは、本件ではより詳細に検討する必要はない。」⁷⁰として、基本法2条1項が子どもの人格の自由な発展に関する権利を保障していることは確認しつつも、それが教育への権利をも保障するものであるかについては検討していない。また、近年の判例においても、「子どもは自らの人格の自由な発展への固有の権利を与えられ、国家の特別な保護の下にある。社会的な共同体のなかで自らの責任を自覚した人格へと発展しうするために、子どもは保護や援助を必要とする。人格の自由な発展への権利は、健康に成長するために必要な子どもの生活条件を確保することを立法者に義務づけている。」⁷¹と述べており、その傾向に大きな変化はなかった。

一方、学説は、1960年代後半から1970年代にかけては、基本法2条1項から教育への権利が導き出されるとの立場が有力だった⁷²。しかし、こうした見解がその後支持を広げることはなく、本件決定に至るまでの学説

は、基本法から直接教育への権利が保障されることについて消極的な立場が通説となっていた⁷³。そのため、本件決定までの段階においては、教育への権利の保障は国際法やEU法、ラントの諸憲法によるものにとどまっていた。

これに対し、本件決定は上述のとおり、基本法から直接、自らの責任を自覚した人格への機会均等な発展のために不可欠な学校での教育において最低限度の教育を提供する請求権、国家による教育の提供に等しく関与する派生的な配分参加請求権、国家の措置によって人格の自由な発展の可能性が制約される場合、これに対抗しうる防御権といった多様な保障内容を有する学校教育への権利が保障されることを初めて確認したという点で、画期的な意義を有する。

(2) 本件決定後の解釈論上の展開と可能性

本件決定に対する学説の評価については、すでに詳細な先行研究⁷⁴があるため、本稿ではそのなかでも代表的な見解を紹介し、検討するにとどめる。まず、本件決定に対してきわめて批判的な立場をとるのは、ネットスハイムである。彼は、学校教育への権利は民主的な政治過程において確立されるべきものであり、判例や国際法による保障は適切ではないこと、学校教育への権利についてもそれに対応する国家の憲法上の義務についても、詳細な理由づけがなされていないこと、生徒の人格発展のために学校教育への権利が保障されることで、生徒は消費者として自らの好む教育内容のみを「人格の発展のために不可欠」なものとして要求することになってしまう（教育のYouTube化）ことなどの点から、本件決定を批判する⁷⁵。ネットスハイムが、本件決定に対してこのように批判的な立場をとる背景には、彼の独自の立憲国家理解がある。ネットスハイムによれば、リベラルな立憲

67 BVerfGE 159,355, 448(Rn.222).

68 なお、本件の担当はChrist裁判官であった。裁判官自身による本件決定の解説として、Josef Christ, *Schulschießungen in der Pandemie und das Recht auf schulische Bildung*, NVwZ 2023, S.1ff. がある。

69 BVerwGE 47, 201, 204; 56, 155, 158.

70 BVerfGE 45,400,417; 53,185,203.

71 BVerfGE 133,59,73f.(Rn.42); 135,48,85ff.(Rn.105ff.). 後者の判例については、吉岡万季「官庁による父子関係の否認と子の国籍」自治研究95巻6号(2019年)146頁以下も参照。

72 内野, 前掲註8, 169-177頁及び、結城忠『ドイツの学校法制と学校法学』(2019年, 信山社)245頁以下を参照。

73 Johannes Rux, *Schulrecht*, 6.Aufl., Rn.185ff.; Sigrid Boysen, in: Münch/Kunig, *Grundgesetz*, 7.Aufl., 2021., Art.7, Rn.30.; Peter Badura, in: Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz-Kommentar*, 102. EL August 2023, Art.7, Rn.24.; Udo di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz-Kommentar*, 102. EL August 2023, Art.2, Rn.211. また、本件決定以前のCOVID-19と教育への権利に関する概説として、Eva Julia Lohse, in: Birnbaum(Hrsg), *Bildungsrecht in der Corona-Krise*, 2021, § 2 *Schulische Bildung*, Rn.5ff. を参照。同書も、基本法から教育への権利が導き出されることについては、消極的な立場をとる。

74 松村, 前掲註9, 480頁以下。

75 Martin Nettesheim, *Das Grundrecht auf Unterstützung und Förderung der jugendlichen Persönlichkeitsentwicklung*, JZ 2022, S.525ff.; ders., *Schule als Markt staatlicher Bildungsangebote : Anmerkungen zum Beschluss des BVerfG vom 19. November 2021 („Bundesnotbremse II – Schulschließungen“)*, VerfBlog, 2021/11/30, <https://verfassungsblog.de/schule-als-markt-staatlicher-bildungsangebote/>, DOI: 10.17176/20211130-211227-0.

国家において、立法者は、多様な生活形態のうち特定のものを、伝統に根ざしているから、圧倒的多数の人々によって維持されているから、機能的に特に価値が高いとみなされているからといった理由で高く評価し、逆に特定の生活形態を制限することができ、高く評価された生活形態に与しない者も、そうした生活形態に参加させられないことは請求しうるものの、公的な空間において自らの見解を押し通すことまではできない⁷⁶。以上のような理解に基づき、教育の場面でも、例えば、イスラーム教徒の女子生徒のスカーフ着用を「自由のための教育」や男女平等という教育目標に反するからという理由で制限することをも彼は容認する⁷⁷。このように、特定の生活形態を高く評価する権限が立法者にあるということを前提とするならば、教育においても広範な形成の自由が帰結されることとなる。そのため、子どもが自らの人格を発展させるために学校教育への権利が基本法により保障されるという本件決定は、ネットスハイムには到底受け入れられないものであったのだと推察される。

その他、対面授業が禁止された場合であっても、学校教育への権利は遠隔授業を要求しうるにとどまるため、異議を申立てていた生徒らの救済にはなっていないという見解⁷⁸や、安全保障法の分野とは異なり、教育法や学校法は憲法裁判所による統制にはなじまないため、憲法裁判所による細部にわたるドグマーティッシュな統制を受けないままにしておくことが望ましいという見解⁷⁹などもある⁸⁰。

一方、ライマーは、本件決定は、一貫して子どもの人格発展という個人の視点に焦点を当てており、このように子ども個人の視点から学校を一貫して再構成することは、本件決定の過大評価ではない功績であるだけでなく、さらに、最低限度の教育をいかに確定するかといった困難な点はあるが、学校教育への権利は対面授業が行えないときに補助的に遠隔授業を保障する以上の射程を有しているとして、本件決定を評価している^{81 82}。

このように、本件決定には批判的な評価も少なくないものの、学校教育への権利が基本法により保障されるこ

ととなったことにより、その保障内容や射程に関する解釈論も展開されつつある。

例えば、COVID-19のもたらす憲法問題について、2020年初頭から研究を発表し続けてきたケルステンとリクセンは、本件決定により、ウクライナ戦争などによりエネルギー不足の事態が発生している場合であっても、学校に優先的にエネルギー供給が行われることで、病気を防止し学習を可能にする温度の暖房を求めることも、不可欠な最低限度の教育の提供の一部として学校教育への権利により保障され、また、この権利により、裁判所は学校に適用される規範や措置を審査するにあたっては、子どもや青少年の利益を優先して考慮しなければならないこととなると指摘している⁸³。

また、ブロシウス・ガーズドルフは、子どもが要求しうる最低限度の学校教育には、基本法7条1項に基づく教育委託を実現するために必要であることから、原則として対面授業が含まれ、これを補うデジタル授業などの可否と程度は、原則として国家の形成の自由の範囲内にあること、デジタルに関する能力の伝達が職業上の参加等において必要不可欠である場合や教育に困難を抱えている生徒や長期間病欠している生徒に学校への機会均等な参加を可能にするために必要であれば、デジタル授業等を請求しうること、COVID-19パンデミックのような危機的な状況においてはデジタルの遠隔授業を不可欠の必要最低限度の教育として請求することができ、これを補助する手段として交代授業や授業の録音・録画も基本権により請求しうるなど、学校教育への権利の給付請求権としての側面について詳細な解釈論を展開している⁸⁴。

一方、ウーレは、本件において学校教育への権利の制約が正当化された理由の一つは、遠隔授業が導入されたことにあるとするならば、対面授業の中止の代替措置として遠隔授業を保障する義務が基本法7条1項によりラントに課せられていたのだとすると、それと表裏一体をなすものとして、学校教育への権利が個々の生徒に保障するのは遠隔授業にとどまると解釈している⁸⁵。また、バルザックは、基本法7条1項に基づく憲法委託と結び

⁷⁶ Nettesheim, *Liberaler Verfassungsstaat und gutes Leben*, 2017, S.84f.

⁷⁷ Nettesheim, „Erziehung zur Freiheit“ –Kopftuchverbote für Schülerinnen unter dem Grundgesetz, RdJB 2020, S.31ff.

⁷⁸ Christoph Degenhart, *Entscheidung unter Unsicherheit – die Pandemiebeschlüsse des BVerfG*, NJW 2022, S.123ff.(S.126-128.)

⁷⁹ Josef Franz Lindner, *Verfassungsgerichtskonstitutionalisierung (auch) im Schulrecht?*, DÖV 2022, S.737.

⁸⁰ その他、批判的な見解としては、Michael Sachs, *Grundrechte: Schulschließungen in der Pandemie*, JuS 2022, S.186ff.(S.187) などがある。また、決定直後の学説状況については、岡田、前掲註6, 31頁以下を参照。

⁸¹ Franz Reimer, *Das Recht auf Bildung in Zeiten der Pandemie(Teil2)*, RdJB 2022, S.228(S.235ff.).

⁸² その他、Stefan Muckel, *Schulschließungen zur Pandemiebekämpfung verfassungsgemäß („Bundesnotbremse II“)*, JA 2022, S.174ff.(S.176) は、本件は比例原則による正確な検証を行ったこと、学校教育への権利が生命や身体の保護と並ぶ重要な権利と位置付けられたことを指摘している。

⁸³ Jens Kersten/Stephan Rixen, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 3.Aufl., 2022, S.258f.

⁸⁴ Brosius-Gersdorf, in: dies. (Hrsg.), *Dreier-Grundgesetz*, Bd.1, 4.Aufl., 2023, Art.7, Rn.163f.

⁸⁵ Arnd Uhle, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), *BeckOK Grundgesetz*, 56. Ed. 15. 8. 2023, Art.7, Rn.6a-6c.2.

つけて新たな権利を導き出しても、基本権ドグマ—ティッシュな付加価値はなく、簡素な憲法上の色彩主義 (Verfassungskolorismus) を超えるものではないため、学校教育への権利はむしろ基本法 1 条 1 項と結びついた 2 条 1 項に基づく一般的人格権に位置づけるべきであると指摘し、本件決定による学校教育への権利の導出のあり方について消極的な立場をとっている⁸⁶。

また、本件決定が、子どもの学校教育への権利が基本法から直接導出されると判断したことは、従来の判例における教育の権限分配のあり方にも影響をもたらす可能性がある。従来の判例は、子どもの教育に関わる国家と親の権限について、次のように述べていた。

「親と学校の全体の教育任務は、子どもの一つの人格を形成することを目標としており、個々の構成要素に分解されない。この教育任務は相互に関連した協働のもとで果たされなければならない。そのため、国家は学校において子どもの教育の全体的な計画についての親の責任を尊重しなければならず、また組織された国家の学校制度と調和する限りにおいて、教育の問題における見解の多様性を受け入れなければならない⁸⁷。」

協働モデルとも称される、教育に関わる権限配分に関する上記のような判例及び通説⁸⁸によれば、子どもは国家によって設立された学校と親の協働によって人格を形成させられる客体としての性格が前面に出ている。一方、本件決定は、まだその内容に解釈論上不確定な点は多々あるものの、学校教育への権利に基づいて子どもが従来の国家と親との協働に加えて主体的に教育に関与しうる余地を容認している。その点で、従来の教育に関わる国家と親の権限が子どもの学校教育への権利によりある程度の制限を受けるなどの影響を受ける可能性がある。これは、マイノリティの社会統合などを理由に国家の教育委託の範囲を拡大し、それに応じて従来よりも親の権利

が学校教育に及ぼす影響を抑制しようとする、近年の協働モデルに対する批判とも異なった視点である⁸⁹。

また、本件決定は、学校教育への権利には、「生徒は、……学校の平和の妨害を理由とした負担となるような秩序措置……に対してのみ対抗しうる」という防御権的な次元もあるとしている。従来、学校の平和 (Schulfrieden) は、信教の自由に基づく教師のスカーフ着用や生徒による学校での礼拝などに対抗する、基本法 7 条 1 項を根拠とする憲法上の利益と理解されてきた⁹⁰。本件決定は、この憲法上の利益を生徒の主観的権利へと転換させたものと理解するならば、今後は、学校における信教の自由の行使が、学校教育への権利の防御権的な次元と対立する可能性もある。

5. むすびに代えて

本稿は、COVID-19 パンデミックにおいて感染拡大を防止するために、人々が集う場である学校での対面授業を制限することは、子どもの学校教育への権利を制約するものであるとの判断を示した「連邦緊急ブレーキ II 決定」を詳細に紹介し、若干の検討を行なった。この決定は学校閉鎖が子ども自身の基本権を制約する問題であるとはじめて認めたため、基本法の解釈論において多方面において大きな影響をもたらすことが明らかとなった。もっとも、上述のとおり、学校教育への権利の保障内容はまだ未確定な部分が多く⁹¹、それに伴い教育における国家や親の権限にいかなる影響をもたらすのかについても、いまだ検討の余地がある。

また、現在、ドイツでは「第二の PISA ショック」が大々的に報道されている⁹²。この事態は、COVID-19 パンデミックにおける遠隔授業の効果や、学校教育への権利に基づく「不可欠な必要最低限度の教育」に遠隔授業が含まれるのか、それとも原則として対面授業が求められる

⁸⁶ Tristan Barczak, in: Frauke Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Dreier-Grundgesetz, Bd.1, 4.Aufl., 2023, Art.2, Rn.89.

⁸⁷ BVerfGE 34, 165,182, 188 f. (飯田稔「国家の学校監督権と親の教育権」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第2版〕』(2003年, 信山社) 236頁以下); 47, 46,72. (西原博史「学校における性教育の許容性と親・子どもの基本権」同書 242頁以下)

⁸⁸ Mattias Jestaedt, § 22 Ehe, Familie und Erziehung, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärdiz(Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, Rn.94ff. 邦語文献として、結城、前掲註 72, 758頁以下を参照。

⁸⁹ 協働モデルに対する近年の批判とその検討については、松村好恵「教育委託及び親の教育権の相互調整—多文化社会・社会統合の一断面—」法学新報 127 卷 9・10 号 (2021 年) 253 頁以下及び拙稿「信教の自由と国家の教育委託」秋田大学教育文化学部研究紀要 75 集 (2020 年) 83 頁以下を参照。

⁹⁰ 教師のスカーフについては、BVerfGE 138, 296; BAGE 172,99 を、学校での礼拝については、BVerfGE 141, 223 を参照。

⁹¹ Felix Hanschmann, Das neue Recht auf schulische Bildung, DDS-Die Deutsche Schule 2024, S31ff.(S.46f.) は、教育の不可欠の最低限度の水準は、特定の学校による教育水準が憲法に適合するか否かについて裁判上の救済を可能とし、ドイツ社会において構造的に不利な立場にある人への不利益を阻止し、教育における公正さにより配慮するためにも、学校の実践を参照しつつ、学校・学校監督官庁・文化大臣の参加によって具体化されなければならないことを指摘する。本件決定を引用し、学校教育への権利に基づいて判断した最新の事例として、BVerfG Urt. v. 22.11.2023 – 1 BvR 2577/15, BeckRS 2023, 32683 を参照。

⁹² <https://www.tagesschau.de/inland/gesellschaft/pisa-studie-128.html> (2024 年 1 月 20 日最終閲覧)

のかといった議論にも大きな影響をもたらすものとなる ことが見込まれている。

※本研究は、JSPS 科研費 23K01093 の助成を受けたものである。