

コロナ・パンデミックにおける学校教育を受ける権利

——二〇二一年一月一九日ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷決定（連邦緊急ブレキ第二決定）をめぐって——

岡田 俊 幸

- I はじめに
- II 決定の内容
- III 検討
- IV 結びにかえて

I はじめに

二〇二二年一月一九日、連邦憲法裁判所第一法廷は、いわゆる「連邦緊急ブレーキ (Bundesnotbremse)」に関する二つの決定を下した。一つは、接触制限及び外出制限の憲法適合性に関する決定⁽¹⁾(連邦緊急ブレーキ第一決定)であり、もう一つは、対面式授業の禁止に関する決定⁽²⁾(連邦緊急ブレーキ第二決定)である。本稿は、後者の決定を紹介し、この決定に含まれる問題点について若干の検討を行うことを目的とする⁽³⁾。後者の決定は、日本国憲法二六条が保障する「教育を受ける権利」の解釈論をコロナ危機の状況を踏まえて再考し、再構築する作業に際して極めて有益な示唆を与えると考えられるからである。

二〇二一年四月二二日の「全国規模の流行状況において住民を保護するための第四次法律」(以下「第四次住民保護法」という。)によって、コロナウイルス感染拡大を連邦全域で阻止するための包括的な感染防護措置(連邦緊急ブレーキ)を定める二八b条が感染症予防法に導入された⁽⁴⁾。対面式授業の禁止は同法二八b条三項(当時)において定められたが、この規定によると、SARS-CoV-2コロナウイルス新規感染者七日間指数が、郡(Landkreis)または郡に属しない市において三日連続で住民一〇万人あたり一六五人の限界値を超える場合、普通学校および職業学校での対面式授業は完全に禁止され、一〇〇人の限界値を超える場合、対面式授業は期間を限定して交代制形式において行われる(二文及び三文)。州は、最終学年と特別学校を対面式授業の禁止から除外し(五文)、州が設定した基準に従って救急保育を整備することができる(六文)。対面式授業の実施は、適切な予防・衛生計画が遵守されている場合にのみ許される。生徒及び教員は、週一回SARS-CoV-2コロナウイルス感染の有無に関する検査を受ける場合に限り、対面

式授業に参加することが許される（一文）。上記の限界値を下回った場合、七文から九文までの基準によって制限の効力は失われる。同法二八b条の適用期間は、連邦議会による国家規模の流行状況の認定が継続している期間に限定される。同法二八b条の適用期間は、遅くとも二〇二一年六月三〇日の経過までとされていた（二八b条一〇項）。

感染症予防法二八b条の定める対面式授業の禁止が基本権を侵害すると主張する複数の憲法異議の訴えが提起されたが、連邦憲法裁判所は、憲法異議の訴えをすべて斥けた。しかし、連邦憲法裁判所はこの決定において理論的に極めて注目すべき判断を示した。第一に、連邦憲法裁判所は、基本法七条一項と結び付いた基本法二条一項から「学校教育を受ける権利」を導き出し、対面式授業の禁止が学校教育を受ける権利に対する「制約」に当たると判断した。第二に、連邦憲法裁判所は、感染症予防法二八b条の定める対面式授業の禁止による学校教育を受ける権利の制約は二〇二一年四月における事実状況及び知見状況の下においては比例原則に合致し、対面式授業の禁止による学校教育を受ける権利の制約は憲法上正当化されると判断したが、相当性の要件を判断する中で、対面式授業を行わないことが生徒に対して与えるマイナスの影響を詳細に論述した上で、対面式授業の禁止による学校教育を受ける権利の制約は「重大である」と評価し、将来における対面式授業の禁止措置に対して一定の歯止めをかけるものと理解できる説示をした。以下、本決定の内容を紹介した（Ⅱ）上で、本決定に含まれる問題点について若干の検討を行う（Ⅲ）。最後に、結びにかえて、本決定の検討を踏まえて日本国憲法二六条の解釈論についてまさに文字通りの試論を示す（Ⅳ）。

II 決定の内容

一 学校教育を受ける権利の制約

(一) 連邦憲法裁判所は、まず、基本法七条一項と結び付いた基本法二条一項から学校教育を受ける生徒の権利を導出した。その論証のプロセスは、次のとおりである。

(i) 子ども及び青少年は、その人格を自由に発展させる権利を有する。しかし、子ども及び青少年は、社会的共同体において自立した人間に自己を発展させることができるためには、保護と援助を必要とする。基本法によると、この任務は何よりもまず親に与えられる。基本法六条二項に基づいて、親は、国との関係において、その子どもを育成及び教育をする権利を有し、義務を負い、その実行について、国家共同体がこれを監督する (Rn. 45)。しかし、子ども自身も、基本法二条一項から導出される権利として、国に対して、社会共同体において自立した人間に自らを発展させる際に支援と助成を求める権利を有する。国は、子どもの健全な成長のために必要な生活条件を確保しなければならぬ。この国の特別な保護責任は、基本権によって保護された子どもの発達権に根拠を有するものであり、人格の発展にとって本質的なすべての生活条件に及んでいる。それ故、育成及び教育の義務が親の手にある範囲においても、国は、基本法六条二項一文と結び付いた二条一項に基づいて、子どもに対して、子どもが親の監護の下で自立した人間に自らを實際に発展させることができるように配慮する義務を負う (Rn. 46)。

(ii) 基本法二条一項に基づく子ども及び青少年の自己の人格を自由に発展させる権利は、共同体においても自立した人間に自己を発展させることについて、基本法七条一項に基づく教育任務に適合した学校教育を通して支援し助成

することを国に求める権利（学校教育を受ける権利）も含んでいる（Rn. 47）。

基本法は、基本法六条二項に基づき親による子どもの育成及び教育を確保するだけでなく、子どもが自己を自立した人間に発展させる機会を公平に与えられるためのさらなる基本条件として、国による学校教育を保障している。基本法七条一項に基づいて、国は、子ども及び青少年が社会共同体の内部において自立した人間に自己を発展させることを包括的に助成し支援するために、すべての子ども及び青少年に対して、その能力に応じて、現代の社会生活に対応した教育機会を与える学校制度を創設する任務を有する。国に与えられたこの任務は、基本法二条一項で保障されている、その人格発展の支援を国に対して求める子ども及び青少年の権利と同じ目的に向けられている。国が基本法七条一項に基づく任務に従って学校教育を保障するときは、基本法二条一項に基づいて子ども及び青少年に対する負うところの、その人格を発展させる際に子ども及び青少年を支援し助成する義務をも果たしていることになる。したがって、基本法二条一項によって保護される子ども及び青少年の権利は、子ども及び青少年の人格発展に役立つような学校教育の機会を提供するという基本法七条一項に基づく国の客観法上の義務と主観法上において「対をなすもの（Gegenstück）」である（Rn. 48）。

(二) つぎに、連邦憲法裁判所は、「学校教育を受ける権利」の内容を明らかにする。連邦憲法裁判所は、この権利の保護範囲は、基本法一二条一項によって保護される職業関連教育に関するものではない範囲において、学校教育全体に及ぶと指摘した（Rn. 49）後、学校教育を受ける権利に含まれる「様々な保障次元」（Rn. 51）を明らかにしている。

(i) 特定の形態の学校の提供を求める請求権は検討に値しない。何故なら、国は、基本法七条一項に基づいて学校を編成する任務を遂行する際に広い裁量の余地と可能性の留保を援用することができるからである（Rn. 53）。しかし、学校教育を受ける権利から、一般的見解によって生徒が自立した人間に自己を発展させる機会を平等に与えられるた

めに必要不可欠であるとされる公立学校における最低水準の教育サービスの維持を求める生徒の請求権が導かれる。たしかに、例外的に、憲法的法益の保護という優越的根拠がこの請求権を妨げることもあり得る。しかし、学校を自由に編成する基本法七条一項に基づく任務も、乏しい公的資金の用途を決定する際の国の決定の自由も、この請求権を否定することはできない (Rn. 57)。

(ii) 教育を受ける権利は配分権上の保障次元を有する (Rn. 58)。学校教育は、親による育成及び保護と並んで、子ども及び青少年が社会的共同体において自立した人間に自己を發展させることができるための基本的条件である。また、国は、学校教育の実施について中心的な地位を占めており、その大部分は公立学校で行われる。それ故、子ども及び青少年が公立学校で提供されるさまざまな教育課程にアクセスすることは、子ども及び青少年が自己の人格發展のために自己の考えに従って学校で学習するための前提条件である。したがって、基本法三条一項の一般平等原則と結び付いた学校教育を受ける権利から、国の教育サービスの平等に関与する権利が導かれる (Rn. 59)。

(iii) さらに、生徒は、各自の学校において各自に与えられた学校教育を受ける権利を行使する機会を制限するが、基本法七条一項を具体化するために創設された学校制度それ自体に影響を与えるものではない国の措置に対して異議を申し立てることができる (Rn. 61)。

生徒は、私立学校以外において教育を受ける権利を自己の力によって行使することはできず、むしろ、国が教育サービスを提供する範囲に限り行使することができるが、この事情は、この権利が防衛的保障内容を有することを妨げるものではない。学校教育を受ける権利は、国が、子ども及び青少年が共同体において自立した人間に發展できることを、基本法七条一項に基づく国の教育任務に應じる学校教育を通じて支援し助成することに向けられている。国

が提供する教育サービスは、生徒がまさに学校教育を受ける権利を行使することによって自立した人間に自己を発展させることができるようにするという目的のために行われる。したがって、生徒が授業に出席する場合、生徒は、就学義務を履行するとともに、基本法七条一項と結び付いた基本法二条一項によって保護されている、その人格を学校教育の助けを借りて自由に発展させる権利を行使していることになる。この学校に固有の発達機会が国の措置によって制限された場合、これは「制約」に当たる (Rr. 62)。

この防御権は、国家が全体として編制した学校制度が、個々の学校において、その種類、内容及び範囲に応じて定められた学校教育を提供する範囲に限り及ぶものである。したがって、生徒は、学校教育を受ける権利の行使を制限する措置で、この権利の行使のために国が用意した学校制度それ自体には影響を与えないようなものに対してのみ異議を申し立てることができる。この場合、学校教育を受ける権利に対する制約と言えるためには、通学している学校において現時点で提供され、利用もされている学校教育が国の措置によって言わば「外から」損なわれていれば十分である (Rr. 63)。

これに対して、基本法七条一項に基づく国の学校組織編制権又は乏しい公的資金の使途の決定権を根拠として学校構造を変更する措置は、たとえこれによって従来提供されていた教育機会が失われるとしても、学校教育を受ける権利の制約に当たらない。生徒は、一般的見解によってその人格形成にとって不可欠であるとされている学校教育の最低水準が維持されることしか要求できない (Rr. 64)。

(三) そして、連邦憲法裁判所は、感染症予防法二八b条三項二文及び三文に基づく対面式授業の禁止は、基本法七条一項と結び付いた基本法二条一項に基づく学校教育を受ける生徒の権利を制約していたとの判断を示した (Rr. 72)。

憲法異議の訴えを提起した生徒らは、自らが通う学校やクラスにおいて対面式授業が感染症予防を理由として維持

されていないことに異議を唱えているが、これは、学校教育を受ける権利の配分権的内容及び給付権的内容に関するものではなく、防御権的内容に関するものである (Rn. 75)。本件措置は、例えば、学校へのアクセスや特定の教育課程及び学年へのアクセスそれ自体に影響を与えるものではない。また、この措置は、国による授業内容の変更を目的とするものではない。何故なら、対面式授業の禁止は、例えば、教育学上又は教授法上の理由によつて遠隔授業を拡大するといった学校編制上の検討に基づくものではなく、また、公的資金の不足に対応するものでもなかったからである。むしろ、この措置は、もつぱら、学校において人と人の接触を阻止することによつてパンデミックに対処するという危険防御法上の目的に役立つものであった。学校教育を受ける権利を実現するために創設された学校制度は通常の授業形態として対面式授業を規定しているが、この措置によつてこのような学校制度そのものに変更は加えられていない。この既存の教育サービスが学校外の目的のために制約されており、そのため、憲法異議の訴えを提起している生徒が有している学校に固有の発展可能性が制限されていた (Rn. 76)。

二 権利制約の正当化

このように連邦憲法裁判所は、感染症予防法二八b条三項二文及び三文に基づく対面式授業の禁止は生徒の学校教育を受ける権利の制約に当たるとの判断を示した。しかし、連邦憲法裁判所は、感染症予防法二八b条三項二文及び三文に基づく対面式授業の禁止による生徒の学校教育を受ける権利の制約は憲法上正当化されると判断した。連邦憲法裁判所は、形式的合憲性について判断した (Rn. 77-106)。後、実質的合憲性の審査に入り、感染症予防法二八b条三項二文及び三文に基づく対面式授業の禁止が比例原則に合致すると判断を示した (Rn. 109)。以下、目的の正当性、適合性、必要性及び相当性に関する連邦憲法裁判所の判断の内容を紹介する。

(一) 目的の正当性

連邦憲法裁判所は、まず、対面式授業の禁止は正当な目的に役立つと判断した。連邦憲法裁判所は、次のように説示した。

対面式授業の禁止は、憲法上正当な目的に役立つものである。立法者は、基本法二条二項一文に基づく基本権保護義務を履行する中でこの正当な目的を達成しようとした (Rn. 110)。第四次住民保護法によって、立法者は、とくに生命と健康を保護し、極めて重要な共通財産である医療体制の機能遂行能力及び最善の医療を確保するという目的を追求した。人と人との接触を減少させる効果的措置によってこれらの目的を達成しようとした。最上位の目的は、医療体制全体の過重負担を回避し、医療を連邦全域において確保するために、ウイルスの感染拡大の速度を遅らせ、ウイルスの指数関数的増加を止めることであった (Rn. 111)。対面式授業の禁止も感染症予防のために使われた。立法者は、教育活動における人の接触の多さ並びに空間的及びその他の条件にかんがみると、学校においては、生徒という大きな集団に対する比較的高度のリスクが、また、間接的にはその家族に対しても比較的高度の感染リスクがあった、という前提から出発していた。立法者は、とくに低年齢の生徒の場合、衛生措置の徹底の実施は限られた範囲でのみ可能であることを踏まえて、このことを想定した (Rn. 112)。

(二) 適合性

つぎに、連邦憲法裁判所は、対面式授業の禁止は、感染症に起因する生命及び身体に対する危険から住民を保護し、機能遂行能力のある医療体制を維持するという立法者が追求する目的を促進するのに適合的であったと判断した (Rn. 116)。連邦憲法裁判所は、次のように説示した。

専門家は、これまで発生したウイルス変異株の場合、子ども及び青少年もコロナウイルスに感染し、このウイルスを感染させる人にもなり得ることを議論の前提としている (Rn. 117)。そうすると、学校を開けることは子ども同士及び教員との接触の故に感染症に起因する生命及び身体に対する危険の発生に寄与する、と想定することは適切である。専門家の評価によると、学校を開けた場合、生徒は、教室、校舎、敷地においてだけでなく通学路においても他の生徒や教師と様々に接触することになり、その中で感染し、家庭内の人や教員にウイルスを感染させる可能性があることが決定的である (Rn. 118)。このことを踏まえると、感染者指数が高い場合の対面式授業の制限は、人と人との接触を制限するための「連邦緊急ブレーキ」の他の措置と併せて感染と医療体制の過重負担による生命及び身体の危険から住民を保護することを少なくとも促進することができる、という立法者の評価に憲法上の疑問は生じない (Rn. 119)。

(三) 必要性

さらに、連邦憲法裁判所は、対面式授業の禁止は、感染症に起因する生命及び身体の危険から住民を保護し、機能遂行能力のある医療体制を維持するために必要でもあったと判断した (Rn. 121)。連邦憲法裁判所は、週二回の定期検査を実施し、かつ適切な予防・衛生措置を講じることによって対面式授業を完全に維持するという代替措置と対比しつつ、対面式授業の禁止の必要性は否定できないと判断した (Rn. 124)。その内容は、次のとおりである。

(i) たしかに週二回感染の有無に関する検査を受ける義務が課されることによる生徒の負担は、基準となる限界値を超えた場合に対面式授業の中止を命じられることよりも少ない。通常の場合、対面式授業の中止が生徒の人格発展に及ぼす悪影響は、検査に伴う負担よりも明らかに深刻である (Rn. 125)。

(ii) しかし、これが少なくとも同等に効果的な代替措置であることを必要な明確性をもって確認できない (Rn. 126)。たしかにミュンヘン大学 COVID-19 データ解析グループは、定期検査を実施し、衛生措置を講じた上で学校を開けることは休校よりも感染拡大を抑制するより効果的な手段であることを議論の前提としている (Rn. 127)。しかし、他の専門家はこの評価に与しなかった。複数の専門家は、この措置の体系的・継続的観察が行われていないと指摘した。これに対応して代替措置の実効性に関する言明は漠然としている (Rn. 128)。さらに、学校の周辺地域における感染拡大は学校閉鎖によってのみ確実に阻止できるのであり、それ故、対面式授業を維持する場合には、少なくとも PCR 検査を実施しなければならぬと指摘されているが、シャリテー (Charité)⁽⁵⁾ の評価によると、学校における PCR 検査の全国的実施はキャパシティーの理由により不可能である (Rn. 129)。そうすると、感染者指数が高く、感染経路の追跡手段が限定的であるか又は存在しない場合において、新たなウイルス変異株が高度の感染力を有することを考慮して、感染症は、定期検査を実施し衛生措置を講じた上で学校活動を維持するよりも、対面式授業の制限によって効果的に抑制することができる、という立法者の評価がもはや適切でないと考えることを可能にする十分に確実な知見は存在しない (Rn. 130)。

(四) 相当性

最後に、連邦憲法裁判所は、対面式授業の禁止は、基準となる法律制定時に利用可能であった知見に照らすと狭義の比例原則に合致していたと判断した (Rn. 133)。

(a) 連邦憲法裁判所は、一方において、対面式授業の禁止は生徒の学校教育を受ける権利を「重大に」損なうものであると評価した (Rn. 138)。連邦憲法裁判所は、学校教育を受ける権利の侵害の重大性の根拠として、次の六点を

指摘した。

(i) 連邦人口研究所によると、学校の完全閉鎖及び部分閉鎖は二〇二〇年三月から二〇二一年六月初旬までの期間において全体で一七三日に達した。ドイツ教員協会会長によると、二〇二〇年三月以降、生徒一人あたり三五〇時間から八〇〇時間の対面式授業が中止されたが、これは平均して半学年分である (Rn. 140)。

(ii) 専門家の意見表明は、対面式授業は主としてデジタル式授業に置き換わったわけではなく、課題の提供に置き換わっていることを示している (Rn. 141)。

(iii) パンデミックに起因する授業の中止は、学習時間の大幅な減少を招来させた (Rn. 142)。専門家の評価によれば、対面式授業の中止は、学習の遅れ、各科目の能力の発展に対する悪影響及び人格発展の不足をもたらしたことを前提としなければならない (Rn. 143)。

(iv) 専門家は、対面式授業の中止によって子ども及び青少年にとって重要な社会化空間が失われたことを一致して指摘した。子ども及び青少年は、とくにその心理社会的発達のために社会的接触を必要とする。子ども及び青少年は、他者との対話の中で社会的能力を発展させる。対面式授業の中止が集団能力に悪影響を及ぼしている (Rn. 144)。

(v) 専門家は、対面式授業の中止に起因する学習の遅れは、社会的に不利な立場にある家庭の子どもと小学生においてとくに大きいことを一致して指摘した (Rn. 145)。まさに小学生はとくに強く対面式授業を必要としている。小学生の場合には自習能力を前提とすることができず、読み書きなどの基本的能力を習得させることに成功するかどうかは、教師との直接的な対話の機会に大きく左右される。それ故、小学生の場合、遠隔授業やワークシートによる学習が有する代償効果も極めて低い (Rn. 147)。専門家の評価によると、学習意欲を継続させる基礎はまさに初期の教

育段階において築かれるという理由によっても、小学生は学校閉鎖から特別の不利益を受けている。小学校で習得した能力を土台としてそれ以降の学校における能力の習得が行われる。低学年において教えられるべき基礎に関する学習の遅れは、学校教育全体の成功を阻害する可能性がある。さらに、小学生は、その初期の発達段階において、対面式授業によって提供される、同級生との対話の中で社会学習をすることを可能にする生活・体験空間も必要としている。この空間によって、同じ年齢の子どもと対面する中での社会的学習が可能になる (Rn. 148)。

(vi) 専門家の意見表明から、対面式授業の中止といったパンデミックに起因する接触制限のために生徒の健康や家庭関係が悪化し、これにより教育機会の取得が間接的に損なわれた事例が多数存在することが読み取れる。専門家の意見表明によると、パンデミックに起因する一般的制限も子ども及び青少年の生活のクオリティと心理的幸福度を悪化させる。と同時に、精神障害と心身の苦痛のリスクも高まる。この期間において子ども及び青少年の顕著な運動不足が見られ、肥満や栄養過多のリスクが高まったことも一致して指摘されている (Rn. 151)。子どもの福祉が危険にさらされていることは、とくに、国の監督を受ける空間である学校において認知できるので、対面式授業の中止によって、早期に手がかりを認知する機会が著しく減少したと考えられる (Rn. 152)。

(b) 他方において、連邦憲法裁判所は、学校教育を受ける権利の重大な制約は、法律制定時において、感染症に起因する生命及び身体に対する危険から住民を保護するという極めて重要な公共の利益と対立関係にあったと指摘した (Rn. 153)。

(i) 二〇二二年四月の法律制定時において、高度の動態性を特徴とする感染事象が存在していた。感染症は指数関数的に拡大していた。COVID-19に感染し集中治療を必要とする患者の数が大幅に増加したため、多くの病院が緊急

運営に切り替え、予定できる手術の回数をさらに減少させなければならなくなることが直ちに危惧された。同時に、より感染力が強く、致死率の高い新種ウイルス株が急速に蔓延していた。これらの変異株はより感染しやすいため、集中治療を必要とする患者の増加が加速すること、及び感染者指数が一〇〇を超えると同接触者追跡調査がしばしば不可能になることを考慮に入れなければならなかった。さらに、これから始まるワクチン接種キャンペーンの成功を妨げることがないように感染者数をできるだけ少なく抑えることが求められた (Rn. 155)。このような状況において、制御不能に陥った感染事象とこれによって引き起こされる医療体制の機能不全によって生命及び身体が危険にさらされることから住民を守るために、感染事象の動態性をできるだけ包括的かつ迅速に断ち切ることは重要であった (Rn. 156)。

(ii) このことを前提とすると、立法者は、感染症予防法二八b条二文及び三文に基づく対面式授業の禁止によって極めて重要な公共の福祉の目的を追求している (Rn. 157)。基本法二条二項一文に基づいて保護される人の健康及び生命は、極めて重要な法益である。また、法律制定時における事実状況にかんがみると、これらの法益が重大に損なわれる緊急の危険性も存在していた。二〇二一年四月の状況の特徴は、感染症の指数関数的拡大、感染力が強く致死率が高い新たなウイルス変異株の拡大、それに伴って感染経路追跡が不可能になる危険、そして、感染して集中治療を必要とする患者の数の急増であった。このような状況においては、何の措置を講じない場合には多くの人が感染症に起因して重篤な病気になり、死亡すること、及び、多くの病院において集中治療室の過重負担が発生し、生命及び身体に対する危険が高まることを前提としなければならなかった。それ故、感染事象の動態性と制御不能の危険性からして指数関数的拡大を断ち切るための行動が緊急に必要であると思われる。とくに、いわゆるエスケープウイルス変異株の出現によって、始まったばかりのワクチン接種キャンペーンの成功を危うくしないためにも、そうである (Rn. 158)。

(c) そして、連邦憲法裁判所は、コロナウイルス・パンデミックの潜在的脅威に関する不確実性が、法律制定時においても、また、その適用期間中においても継続していること、及び、その対策のために適切な措置が講じられていくことにかんがみると、対面式授業の禁止は相当性を欠くものではなかったと評価する。連邦憲法裁判所は、学校教育を受ける権利に対する重大な制約と、生命及び身体に対するパンデミックに起因する危険から住民を保護し、医療体制を過重負担から保護するという制約を正当化する重要な公共の利益は対立関係にあるが、立法者は、結果として、当時において、憲法適合的な仕方でも両者の均衡を創出するという任務を遂行したと論じている (Rn. 159)。連邦憲法裁判所は、以下の五点を指摘した。

(i) 立法者は、個人の利益と公共の利益の調整に向けた規制を規範化した (Rn. 160)。①対面式授業は七日間指数の限界値を超えた郡又は郡に属しない市に限定して禁止されるのであり、措置の範囲は初めから限定的である。また、学校は、他の接触地点とは異なり、感染者指数一〇〇を超えた場合でも完全に閉鎖する必要はなく、感染者指数一六五を超えた場合に限り閉鎖される。これによって、立法者は、生徒が自立した人間に発展するための基本条件である学校教育の実施にとつての対面式授業の格別の重要性を考慮した。生徒と教師とが直接に交流する学校における授業は、感染事象を抑制するためにさらなる接触制限が不可欠と思われる状況に達した場合にはじめて完全に中止される (Rn. 161)。②さらに、州は、州が定めた基準に従つて緊急保育を整備することができるが、このことも対立する利益の調整が相当であることに寄与している。この点においても、連邦議会は、学校教育の利益に対して感染症対策の利益を後退させた。たしかに、緊急保育は、とりわけ、家庭の負担を軽減するために、親が自宅において職業活動に行うことができない場合において保育の必要がある生徒を引き受けるために行われた。しかし、州は、独自の基

準で緊急保育を整備することができるので、これに限定されない。技術的諸条件の欠如、不適當な学習環境又はサポートの欠如のために、自宅で遠隔授業に参加することが困難な状況にある生徒が遠隔授業に参加できるようにするために利用された (Rn. 162)。③加えて、州は最終学年と特別学校を対面式授業の禁止の適用除外にすることができるが、このことは、制約の強度を低下させる (Rn. 163)。

(ii) 遠隔授業の実施が可能な範囲において保障されていたことは対面式授業の禁止の期待可能性にとって決定的役割を果たす (Rn. 164)。

遠隔授業は、対面式授業の中止による学校教育を受ける権利の制約の強度を大きく低下させるために、感染症対策の観点から問題のない手段である。たしかに遠隔授業が対面式授業の代わりになり得るのは限定的な範囲にとどまる。専門家は、対面式授業は、生徒と教師が直接対話する機会があるので、成功裡にかつ機会の公平を確保しつつ教育を実施し社会的技能を習得させるのに適していると一致して指摘している。読み書きのような基本的技能は教師との直接の対話の中でしか成功裡に習得させることはできないことから、とくに小学生は対面式授業を必要としている。しかし、専門家の意見表明からは、遠隔教育が実施された場合、学校閉鎖による教育不足や学習損失は大幅に減少することも読み取れる。専門家の評価によれば、生徒及び教師において優れたデジタル機器が整備され、これに適合した教育的コンセプトが存在する場合、少なくとも技能と知識については遠隔授業の枠内においても成功裡に伝達することができる (Rn. 165)。

たしかに、連邦の立法者は、学校法上の権限を有していないために、連邦の立法者によって講じられた措置に基づいて対面式授業が中止された場合にできる限り遠隔授業が実施されることを自ら保障することはできない (Rn. 166)。

しかし、州は、基本法七条一項に基づいて、対面式授業が禁止された場合にできる限り遠隔授業を実施するように配慮することを義務付けられる。それ故、連邦法上の措置についても、比較的長期間続く学校閉鎖に起因する教育を受ける権利の重大な侵害が遠隔授業によって緩和されることが十分に保障されていた (Rn. 167)。

国は、基本法七条一項に基づき、すべての子ども及び青少年に対して、その能力に応じて、今日の社会生活に対応する教育の機会を与え、その人格を、それとともにその素質と能力を出来る限り妨げられず発展させることを可能にする学校制度を保障する任務を有する (Rn. 168)。州は、学校制度について単独で権限を有するが、通常は、このよ
うな国の任務から学校制度を特定の形態において編制する州の義務を導出することはできない。国は、学校制度の編
制に際して広い形成の余地を有する。しかし、少なくとも、学校教育が生徒の人格発展にとって不可欠な最低水準を
下回っている場合には、憲法上の教育任務は果たされていない。この場合、州は、基本法七条一項に基づいて、最低
水準を維持するための予防措置を講じる客観法上の義務を負う (Rn. 169)。

本件においては、パンデミックに起因して対面式授業が長期間にわたって中止されたため、このような状況が存在
していた。州は、感染症予防法二八b条三項二文及び三文が適用されている期間においても、中止した対面式授業を
出来る限り遠隔授業によって埋め合わせることを義務付けられていた (Rn. 170)。教員と生徒が交流しつつ授業を行
うことは、学校教育を保障するという基本法第七条第一項に基づく国の任務の中核的構成要素である。比較的長期に
わたって全く授業が実施されない場合、生徒の人格形成にとって不可欠な国の教育サービスの最低水準を明らかに下
回っている。このことは、住民の生命及び身体の保護を根拠として、感染拡大を抑えるために対面式授業を禁止する
ことを排除するものではない。しかし、その場合、州は、基本法第七条第一項に基づき、学校教育の最低水準を維持

するために残された可能性を利用することを義務付けられる。これには、とくに遠隔授業が含まれる。遠隔授業は、人と人との接触を増やすものではないから、感染症対策の観点から問題のないものである。たしかに、遠隔授業の代償効果は小学生については限定的であるかもしれない。何故なら、小学生の場合、読み書きのような基本的技能を習得させることに成功するかどうかは、教師との直接的かつ個人的な対話の機会に左右されるからである。しかし、遠隔授業は、専門家の評価によれば、少なくとも中等教育課程以上の生徒にとっては、学校閉鎖の結果生じる教育不足や学習損失を少なくとも部分的に回避できるようにするための主要な手段である。それ故、基本法七条一項に基づく教育任務を遂行するに際して州に与えられる形成の自由は、中止された対面式授業を遠隔授業によって埋め合わせるかどうかを決定する権限を州に与えるものではなかった。何故なら、ここでは、学校教育の最低条件として、感染症予防の観点から可能な限り授業を実施することそれ自体を確保するということが問題となっていたからである (Rn. 171)。

加えて、各生徒の就学場所において遠隔授業が実施されていない場合、又はその名に値する範囲において実施されていない場合、基本法七条一項に基づく対面式授業の中止の代償として遠隔授業を保障する州の客観法上の義務とともに、基本権によって保護された学校教育を受ける権利から導出される遠隔授業の実施を求める個々の生徒の請求権も発生していたが、このことは、攻撃されている措置の期待可能性に寄与した (Rn. 173)。基本法七条一項と結び付いた二条一項に基づく学校教育を受ける権利は、生徒に対して、公立学校においてその人格の発展に不可欠な最低水準の教育サービスを維持することを求める権利を与える。その範囲において、州は、基本法七条一項に基づく教育任務を具体化するに際しての裁量の余地も、また、乏しい公的資金を国の他の任務に使用することも援用できない。パデミックという特別の状況における最低水準には、遠隔授業の実施も含まれる。何故なら、そうでないと、比較的

長期間にわたり、まったく授業が行われないことになってしまうからである。それ故、公立学校の個別の就学場所において、対面式授業の代わりに遠隔授業がその名に値する範囲において実施できるように配慮されていなかった範囲において、人的、物的及び組織的種類の深刻な障害によって妨げられない限り、対応する措置を講じることを求める関係する生徒の請求権が存在していたことになる (Rn. 174)。

(iii) 一般的には、負担を課す規制が効力を生じている期間が長ければ長いほど、立法者がより根拠のある判断をすることができる範囲において、作用連関について根拠が不十分な想定に基づくことはできなくなる。負担を課す規制が効力を生じている期間が長ければ長いほど、措置を維持するためには、基礎となる認識はより支持できるものでなければならぬ (Rn. 177)。対立する利益の重要性も考慮しなければならない。国は、生命及び身体に対する重大な危険について、国が、危険防御のための自由をより制限しない代替措置を究明することに十分に寄与しなかったという理由によって受忍することは許されない。これに対して、自由をより制限しない手段が人々により大きな財政的負担を課すという反論は、国がその効果についてのより根拠のある判断をする機会を逃す期間が長ければ長いほど、比較衡量の中で重みを失う (Rn. 178)。

本件では、対面式授業の禁止の期待可能性を判断する際に影響を与えるような認識獲得に際しての国の懈怠は確認できない (Rn. 179)。たしかに、危険状況は法律制定時においてすでに一年以上継続し、数箇月にわたる州法に基づく対面式授業の制限が先行しており、感染事象にとつての対面式授業の意味について詳しく究明するための最初の機会があった (Rn. 180)。しかしながら、二〇二一年四月二三日から六月三〇日まで適用された規制を判断する場合、対面式授業の禁止の期待可能性に影響を与えるような国の懈怠を前提とすることはできない。第一に、立法者は、国も責任

を負うべき認識状況の改善に配慮している。感染症予防法五条九項一文に基づいて、連邦保健省は、国家的規模の流行状況の認定の期間中に講じられた予防措置の効果について外部評価を委託する。これには、感染症予防法二八b条に基づく措置も含まれる。連邦政府は、この訴訟において、二〇二〇年に講じられたパンデミック対策の措置について、学校関連の措置の実効性を含む保護措置の実効性に関する調査研究 („StopptCOVID-Studie“) をロベルト・コッホ研究所に委託したと述べた (Rn. 181)。第二に、国に対しては、感染事象の動態性にかんがみて、不確実性を排除する可能性を明らかにし、適切な措置を講じることができるようにするために合理的な期間を認めなければならない (Rn. 182)。

(iv) コロナ・パンデミックのような長期にわたって継続している危険状況の進行中に繰り返される基本権を制限する危険防御措置の期待可能性を評価する際には、国が、危険防御のための制約を時間の経過とともに危険の初期段階よりも基本権をより害さないような形態にすることができるようにするために、国が責任を負う領域において、当然に考え付く期待可能な事前措置を適時に講じたかどうかについて考慮しなければならない。こうした事前措置が講じられなかった場合、このことは、その後の進行の中で、危険をより緩やかな手段によって対処する可能性が実際上ないことに変更を加えるものではない。しかし、負担を課す措置を免れるという関係者の利益は、認識状況の改善への関与が不十分である事例と同じように、対立する公共の利益との比較較量の中でさらなる重みを獲得することができぬ (Rn. 184)。

しかし、対面式授業の禁止の期待可能性に関連する国の懈怠を確認することはできない (Rn. 185)。パンデミック継続中に学校において講じられる感染症対策措置で、基本権をより制約しないものとして容易に思いつく予防措置として、教室の換気条件の改善や、離隔距離要求を遵守するためのより広い部屋を利用するという選択肢の提供が考え

られる。こうした措置は、感染状況によっては学校閉鎖を防いだり、その閾値を高くしたりすることができる。さらなる予防措置として学校活動のデジタル化の推進とこれに関連する教育的コンセプトの展開が考えられる。これは、遠隔授業の範囲とクオリティを改善することによって、将来の学校閉鎖の場合に教育の遅れを可能な限り防ぎ、措置の制約の強度を低下させるためのものである (Rn. 186)。しかし、すでに法律制定時に、すなわち二〇二一年四月において、例示した予防措置を全国的に学校で講じることが可能であったことは明らかではない。これらの予防措置は、多かれ少なかれ手間のかかる調整、計画及び実施を必要とする。換気装置及び移動式空気清浄機については、専門家の評価によると学校活動における予防効果についてなお説明を必要とするという事情も付け加えられる (Rn. 187)。「連邦緊急ブレーキ」が制定されるまでの期間において、基本法一〇四c条一文に基づく授權根拠に基づいて、予防措置の計画及び実施のために必要な公的資金を使うことができるように配慮することが可能であった。その範囲において連邦も活動しなかったわけではない (Rn. 188)。連邦は、デジタル遠隔授業を実施するための情報技術上の諸条件を改善するために総額一五億ユーロの財政援助を州に与えた (Rn. 189)。連邦は、校舎に換気装置を設備することについても財政的に援助した。連邦は、二〇二〇年一〇月以降、公共の建物及び集会所における換気装置の改善のために総額五億ユーロの資金を使用できるようにした (Rn. 190)。

(v) 感染事象の動態性とワクチン接種キャンペーンの開始にかんがみると、立法者による衡量の基礎にある公共の福祉の重要性及び対面式授業禁止の制約の強度の評価も、また、それに伴ってその憲法適合性も、憲法上必然的に暫定的性格を持たざるを得ないが、立法者は、「連邦緊急ブレーキ」に短い期限を付すことによって、このことに十分に対応した (Rn. 192)。たしかに、規制の憲法適合性は、何よりもまず、利用可能な情報及び認識手段を考慮して

ex ante の視点からのみ判断されなければならない。それ故、立法者は、法律の制定に際して、感染事象の動態性、より危険なウイルス変異株の拡大及び医療体制の過重負担に対する差し迫ったおそれを理由として、対面式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の緊急性及び重要性を前提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付けは、当初からさらなる展開の留保の下に置かれていた (Rn. 193)。第一に、このことは、「連邦緊急ブレーキ」の包括的措置によって感染事象の動態性を断ち切ることができるのか、何時それができるのかという問題、さらに、その際に新たなウイルス変異株の拡大がどのような役割を演じるのかという問題に当てはまる (Rn. 194)。第二に、攻撃されている措置の憲法上の評価の暫定性は、当時始まったばかりのワクチン接種キャンペーンからも生じる。生命及び身体保護のための措置の重要性は、住民が免疫を獲得するにつれて減少し、ワクチン接種が可能なすべての人にワクチン接種の機会が提供された場合には法律制定時と比較して著しく低くなることから、立法者は、パンデミックがさらに続く中で対立する利益の衡量を改めて行わなければならないことを前提としなければならない。このことは、とくに対面式授業の禁止に当てはまる。就学義務のあるワクチン未接種の子どもは、専門家の従来の評価によると、感染症に罹患することはまれであり、通常の場合、基礎疾患がある場合に限って重症化する。それ故、立法者は、ワクチン接種が可能なすべての人にワクチン接種の機会が提供された場合には対面式授業の禁止は徐々に正当化されなくなる可能性があることを考慮に入れなければならない。小学校の対面式授業については、このことはさらに強い程度において当てはまる。何故なら、小学生の場合、教育の成功は教員との直接的対話の可能性に左右され、学習の遅れは、その後の教育の成功に持続的に悪影響を与える可能性があることから、小学生は、とくに大きな影響を受けるからである (Rn. 195)。第二に、学校教育を受ける権利に対する制約の強度についての立法

者の評価も暫定的な性質のものでしかあり得なかった。対面式授業の中止が続けば続くほど、制約の強度も増加する。それ故、学校閉鎖が継続する場合、制約の強度は、立法者による対立する利益の当初の衡量が根拠のないものになってしまう程度に達する可能性があることを考慮に入れなければならなかった (Rn. 196)。

三 小括

以上要するに、連邦憲法裁判所は、基本法七条一項と結び付いた基本法二条一項から「学校教育を受ける権利」を導出した上で、感染症予防法二八b条三項二文及び三文に基づく対面式授業の禁止は学校教育を受ける権利の制約に当たると、この制約は憲法上正当化され (法律制定時の事実状況及び知見状況に基づく) と感染症予防法二八b条三項二文及び三文は比例原則に合致している。)、結論として、感染症予防法二八b条三項二文及び三文に基づく対面式授業の禁止は、学校教育を受ける権利を侵害するものではないと判断した。⁶⁾

III 検討

一 学校教育を受ける権利

(一) 連邦憲法裁判所は、一九七七年六月二二日の決定において、個々の子どもは、基本法二条一項に基づいて、その人格を出来る限り妨げられることなく発展させ、それによってその資質や能力を出来る限り妨げられることなく発展させる権利を有するが、本件においては、子どもの発達権の内容、とくに子どもの発達権が「教育を受ける権利」の要素をどの範囲まで含んでいるかについて詳しく究明する必要はないと説示し、⁷⁾ 基本法が「教育を受ける権利」を

保障しているかどうかという問題を未解決のままにした。学説においては、「教育を受ける権利」が基本権によって保障されているかどうかについて活発な議論が展開されてきたが、⁽⁸⁾ 主要なコンメンタールに限ると、これを否定する学説が支配的であるようにも見える。⁽⁹⁾ このような状況において、連邦憲法裁判所は、本決定において、「学校教育を受ける権利」を明確に承認した。本決定の意義はまさにこの点にあると言えよう。

(二) ドイツにおいては、二〇二〇年春に、コロナウイルス感染拡大を抑えるために学校等の教育施設の一時的閉鎖措置が講じられた。ペルニチェーヴァルンケ／ヴァルンケ (Silvia Pernice-Warnke/Clemens Warnke) は、二〇二〇年一二月に公表された論文⁽¹⁰⁾において、教育施設の一時的閉鎖の法的問題点を検討している。ペルニチェーヴァルンケ／ヴァルンケは、教育施設の閉鎖による子どもの基本権の制約の有無について、次のように論じている。

(i) 基本法一二条一項を通して保障される自由な職業アクセス権は、そのために必要な諸条件を修得する可能性も含むので、教育を受ける「ミニマム基本権」は基本法一二条一項において保障されていると解される。しかし、教育を受ける権利の制約は、個別事案において授業が全く実施されない場合に限って、これを肯定することができるのであり、対面式授業の代わりに遠隔授業を実施するというだけでは、この場合に当たらない。少なくとも短期間の場合にはそうである。対面式授業の中断がハイブリット・モデルの場合において限られた期間又は個別の日に限定されているときは、発生する不利益は事後的に埋め合わせることができる (S. 1095 f.)。

また、特定の時点において一部の学年に限定して対面式授業が再開された場合、基本法三条一項と結び付いた基本法一二条一項の侵害の可能性がある。しかし、対面式授業と遠隔授業の原理的同等性にかんがみると、少なくとも限定された期間の場合、授業のクオリティーの観点から基本法二条一項の侵害を肯定することはできない (S. 1096)。

(ii) 教育施設の閉鎖は、基本法二条二項一文に基づき精神的健康に対する子どもの権利を制約している可能性がある。何故なら、子どもは、普段の構造及びよく知っている社会環境から何の準備もなく「放り出され」、孤立させられるからである。ただし、教育施設の閉鎖のみならず、他の措置との共同作用も考慮に入れなければならないし、また、現時点において、精神的影響について最終的判断を下すことはできない (S. 1096 f.)。

(iii) 人のあらゆる行為が基本法二条一項によって保護されると解釈した場合、教育施設の建物への立入及び建物内における対面式行事への参加の禁止は、子どもの一般的行為自由の制約である (S. 1097)。

このように、ペルニチェルヴァルンケ／ヴァルンケは、教育施設の一時的閉鎖は子どもの一般的行為自由の制約に当たるとの見解を示しつつも、教育を受ける権利については、あらゆる形態の授業が完全に中止されない限り、教育を受ける権利の制約にも当たらないし、基本法三条一項と結び付いた基本法二条一項を通して保障されている教育の機会均等の侵害にも当たらないと主張していた。

これに対して、ヒルデスハイム教授ヴラーゼ (Michael Wrase) は、二〇二〇年一二月に公表された論文において、教育を受ける権利は学校閉鎖によって制約されているし、また、「通信教育」又は「自宅学習」の形式による授業に限定することによっても制約されていると明確に指摘している¹¹⁾。もっとも、ヴラーゼは、少なくとも上記の論文においては、「教育を受ける権利」の憲法上の根拠について必ずしも十分な論証をしているわけではないように思われる¹²⁾。こうした状況において、連邦憲法裁判所が基本法七条一項と結び付いた基本法二条一項から「学校教育を受ける権利」を導出し、対面式授業の禁止及び制限が（たとえ遠隔授業が実施された場合であっても）この権利の制約に当たるとを明確にしたことは極めて注目に値すると言えよう。

(三) 連邦憲法裁判所は、本決定において、基本法七条一項と結び付いた基本法二条一項から導出される「学校教育を受ける権利」が様々な保障次元を有すると述べて、給付請求権としての学校教育を受ける権利、配分権としての学校教育を受ける権利及び防衛権としての学校教育を受ける権利の保障内容を明らかにしている。以下において、学校教育を受ける権利の三つの保障次元について簡単に検討しておきたい。

第一に、給付請求権としての学校教育を受ける権利の内容であるが、何よりもまず注目しなければならないのは、連邦憲法裁判所が学校教育を受ける権利に含まれないものを明確にしていることである。連邦憲法裁判所は、国が基本法七条一項に基づいて学校を編成する任務を遂行する際に有する①広い裁量の余地と②可能性の留保を根拠として、「特定の形態の学校の提供を求める請求権」は学校教育を受ける権利に含まれないと説示した (Rt. 53)。連邦憲法裁判所によると、学校教育を受ける権利に含まれるのは、自立した人間に自己を発展させる機会を平等に与えられるために必要不可欠な最低水準の教育サービスの維持を求める生徒の請求権に限られる。この請求権は、学校を自由に編成する基本法七条一項に基づく任務によっても、また、乏しい公的資金の用途を決定する際の国の決定の自由によっても否定されない (Rt. 57)。このように限定された範囲ではあるが、連邦憲法裁判所が学校教育を受ける権利に給付請求権としての保障内容が含まれるとする解釈を示したことは画期的であると言わなければならない。

給付請求権としての学校教育を受ける権利における最大の解釈論上の問題点は、「最低水準の教育サービス」とは何かである。連邦憲法裁判所は、本決定において、「パンデミックという特別の状況」における「最低水準の教育サービス」の内容について検討を加え、これに「遠隔授業の実施」も含まれるとする解釈を示した。連邦憲法裁判所は、教員と生徒が交流しつつ授業を行うことは、学校教育を保障するという基本法第七条第一項に基づく国の任務の

中核的構成要素であり、比較的長期にわたって全く授業が実施されない場合、生徒の人格形成にとって必要不可欠な国の教育サービスの最低水準を明らかに下回っていると指摘し、対面式授業を禁止する場合、州は、基本法第七条第一項に基づき、学校教育の最低水準を維持するために残された可能性、とくに遠隔授業を利用することが義務付けられると説示した (Rn. 171)。さらに連邦憲法裁判所は、各生徒の就学場所において遠隔授業が実施されていない場合、又はその名に値する範囲において実施されていない場合、対面式授業の中止の代償として遠隔授業を保障する基本法七条一項に基づく州の客観法上の義務とともに、基本権によつて保護された学校教育を受ける権利から導かれる遠隔授業の実施を求める個々の生徒の請求権も発生すると説示した。連邦憲法裁判所は、その理由として、そうでないと比較的長期間にわたり、まったく授業が行われないことになってしまうことを挙げている (Rn. 173)。こうして連邦憲法裁判所は、「パンデミックという特別の状況」において、遠隔授業の実施を求める個々の生徒の請求権が発生することを認めた。今後、連邦憲法裁判所が、「パンデミックという特別の状況」以外の場面において、「最低水準の教育サービス」の内容についてどのような解釈論を展開していくのかが注目されるところである。

第二に、連邦憲法裁判所は、基本法三条一項の一般平等原則と結び付いた学校教育を受ける権利から国の教育サービスに平等に関与する権利を導出した。もつとも、国が創出した学校制度の範囲内において教育サービスに平等にアクセスする権利は基本法三条一項から導出することが可能であり、¹³⁾ 学校教育を受ける権利の配分権上の保障次元の解釈論上の意義は大きくないと考えられる。

最後に、学校教育を受ける権利の防御的保障内容について検討する。連邦憲法裁判所によると、この防御権は、国が全体として編制した学校制度が、個々の学校において、その種類、内容及び範囲に依じて定められた学校教育を提

供する範囲にのみ及ぶものであり、生徒は、学校教育を受ける権利の行使を制限する措置で、この権利の行使のために国が用意した学校制度それ自体には影響を与えないようなものに対してのみ異議を申し立てることができる (Rn. 63)。そして、連邦憲法裁判所は、感染症予防法二八b条三項二文及び三文に基づく対面式授業の禁止は、学校において人と人との接触を阻止することによってパンデミックに対処するという危険防御法上の目的にのみ役立つものであり、通常の授業形態として対面式授業を採用している教育サービスが学校外の目的のために制約され、それ故に生徒の学校教育を受ける権利も制限されていたと判断した (Rn. 76)。連邦憲法裁判所は、上記の解釈論によって、コロナウイルス感染拡大を抑えるための講じられた学校閉鎖・対面式授業の禁止は学校教育を受ける権利の制約に当たると位置付けたのである。

他方において、連邦憲法裁判所は、学校教育を受ける権利の防衛的保障内容についても保障の対象とならないものを明確にしている。連邦憲法裁判所によると、基本法七条一項に基づく国の学校組織編制権又は乏しい公的資金の使途の決定権を根拠として学校構造を変更する措置は、たとえこれによって従来与えられていた教育機会が失われるとしても、学校教育を受ける権利を制約するものではない (Rn. 64)。連邦憲法裁判所は、この解釈によって、将来において、学校制度の変更等の教育政策それ自体が学校教育を受ける権利の侵害であるとして裁判の場で争われることになる可能性をあらかじめ封じていると考えられるのであり、防御権としての教育を受ける権利の保護範囲は限定されたものであると言わなければならない。連邦憲法裁判所が、対面式授業の禁止が防御権としての学校教育を受ける権利を制約するものと判断したことは画期的であると言つてよいが、「パンデミックという特別な状況」以外の場面において、防御権としての学校教育を受ける権利の制約が認められる可能性は限定的であるようにも思われる。

判例の展開が注目されるところである。

(四) 連邦憲法裁判所が示した「学校教育を受ける権利」の解釈論が教育に関する他の憲法上の論点にどのような影響を与えるかも重要である。ランデンベルク・ローベルク (Michael von Landenberg-Roberg) は、連邦憲法裁判所が示した三つの保障次元のみならず、学校教育を受ける権利の「保護義務次元」も、国の学校制度の憲法上の再構成にとつて今後劣らず重要となると指摘する。¹⁴ ランデンベルク・ローベルクは、基本法七条一項と結び付いた基本法二条一項は、子どもの人格発展に対する国の保護・保障任務の特別の具体化として保護義務の次元を有しているところ、この保護義務次元は、親と国家との関係において間接的な効力を生じ、親が家庭外における学校教育への参加を拒否した場合、国は、基本法七条一項の教育委託に基づいて、親の意思に反して子どもの就学を実現する権限を有するのみならず、基本法七条一項と結び付いた基本法二条一項の保護義務次元に基づいて、基本権の主体である子どもとの関係において、親の意思と対立する場合であっても学校教育を受ける機会を保障することを義務付けられる、と主張している。¹⁵

(五) 連邦憲法裁判所が「学校教育を受ける権利」の解釈論を示したことによつて教科書やコンメンタールにおける解説は書き直しが必要となり、¹⁶ さらに、今後、この解釈論がドイツの学説において立ち入った考察の対象とされることに疑いの余地はない。連邦憲法裁判所が示した「学校教育を受ける権利」の解釈論に対しては、肯定的な見解も、¹⁷ また、批判的な見解も示されているところである。¹⁸ 連邦憲法裁判所が示した「学校教育を受ける権利」の解釈論に対してドイツの学説がどのような対応を示すのか、学説の今後の展開が注目されるところである。¹⁹ ²⁰

二 教育を受ける権利の制約の正当化

(一) 連邦憲法裁判所は、本決定において、感染症予防法二八b条三項二文及び三文に基づく対面式授業の禁止措置

が比例原則に合致しているかどうかを検討し、対面式授業の禁止措置は学校教育を受ける権利を侵害するものではないかと判断した。もつとも、対面式授業の禁止措置が比例原則に適合しなければならぬことは、従来の学説において当然の前提とされていたところである。例えば、ペルニチュェルヴァルンケ／ヴァルンケは、二〇二〇年一月二日に発表された前記論文において、二〇二〇年春に講じられた休校措置が比例原則に適合していたかどうかを検討し、二〇二〇年春に講じられた休校措置はなお比例原則に適合していたとの結論に達している⁽²¹⁾。さらに、ペルニチュェルヴァルンケ／ヴァルンケは、科学的知見が存在するようになると、それに適合させる必要性も高まり、将来において二〇二〇年春に講じられた休校措置と同じような休校措置が講じられた場合、この休校措置は比例原則に反する場合もあり得ると指摘している⁽²²⁾。そうすると、連邦憲法裁判所が感染症予防法二八b条三項二文及び三文に基づく対面式授業の禁止措置について比例原則に適合しているかどうかの審査を行ったことそれ自体は、当時のドイツの学説状況を踏まえると画期的なことであるとは言えない。本決定が有する独自の価値は、むしろ、対面式授業の禁止が学校教育を受ける権利の「重大な」制約であると評価した点にあると考えられる。連邦憲法裁判所は、連邦憲法裁判所法二七a条⁽²³⁾に基づいて意見表明をした専門家―ドイツ児童青年精神医学・精神身体医学・精神療法学同業者組合、連邦医師会、連邦親評議会、公衆衛生公勤務医師組合、ミュンヘン大学統計学研究所 COVID-19 データ分析グループ、ドイツ小児青少年医療アカデミー、ドイツ疫学会(ドイツ医学情報学・生物測定学・疫学会と協力)、ドイツ教育学会、ドイツ病院衛生学会、ドイツ小児感染症学会、ドイツ子ども保護連盟連邦連合、エアロゾル学会、テュービンゲン大学経験的教育研究ヘクトア研究所、EiO 研究所(ミュンヘン大学ライプニッツ経済研究所) 教育経済研究センター、シャリター・ウィルス学研究所、マックス・プランク動力学・自己組織化研究所及びロベルト・コッホ研究所―の意

見を踏まえ、さらに、連邦人口学研究所の研究等の他の文献も引用しつつ、対面式授業の禁止が生徒の学校教育を受ける権利を「重大に」損なうものであることを極めて詳細に論述している（Ⅱ二四(a)を参照）。その後、連邦憲法裁判所は、相当性要件の審査において、将来における対面式授業の禁止措置に対して一定の歯止めをかけるものと理解できるとして、対面式授業の禁止が生徒の学校教育を受ける権利を「重大に」損なうものであるという評価が前提となつていふと考へられる。権利制約の重大性を前提としてはじめて、感染症予防法上の対面式授業の禁止が相当性の要件を充たすためには、国は、権利制約の強度を低下させるための措置を講じることが求められることになるからである。

(二) すでに指摘したように、連邦憲法裁判所は、相当性要件の審査において、将来における対面式授業の禁止措置に対して一定の歯止めをかけるものと理解できる説示をしている。本決定の説示から将来における学校閉鎖・対面式授業の禁止に対する憲法上のハードルを読み取る学説も少なくない。

例えば、オスナブリュック大学教授ヴォルフ (Johanna Wolff) は、連邦憲法裁判所は、その時々々の事実状況及び知見状況が基準となると繰り返して述べていることから、本決定の説示を将来の状況に単純に当てはめることはできないこと、及び、連邦憲法裁判所は、対面式授業の禁止が生徒の学校教育を受ける権利の重大な制約であるという言明によつて、学校を閉鎖しないための論拠を強化していることを指摘し、連邦憲法裁判所は、本決定において、これまでの学校閉鎖に異議を唱えなかったが、将来の学校閉鎖に対して「無料乗車券」を発行したわけではないと分析している。ヴォルフは、本決定の説示から、感染症予防を理由とする対面式授業の中止は、緊急保育が保障され、かつ、遠隔授業が実施される場合に限って可能であることを読み取る。そして、ヴォルフは、責任者は、今後、拙速に学校閉

鎖をする前に、学校閉鎖は高いコストと多くの労力を伴うこと、場合によっては、利用できる資源が限定されているために学校閉鎖を実施できない場合があることを考慮しなければならないと説いている。⁽²⁴⁾

また、ボン大学教授ザウアー (Helko Sauer) は、連邦憲法裁判所は、対面式授業の中止によって子ども及び青少年に生じる特別の困難を強調する (小学生の特別の負担を繰り返し指摘する) とともに、学校閉鎖は、子ども及び青少年における感染拡大抑制のためではなく、住民全体における感染拡大抑制のために行われることから、ワクチン接種が進むにつれて学校閉鎖を正当化することが困難になり、また、すでに行われた授業中止の総数にかんがみても学校閉鎖の正当化は困難であることを確認している、と指摘し、学齢期の子どもは重症化し難いという知見が維持される限り、全国的規模の学校閉鎖はもはや正当化できないと説いている。さらに、ザウアーは、学校閉鎖はその名に値する遠隔授業を提供しない場合には、そもそも正当化されないと説いている。本決定が下された時期にノルトライン・ヴェストファーレン州において学校のクリスマス休暇の延長が提案されていたが、ザウアーは、この提案について、連邦憲法裁判所が、今後実施される学校閉鎖の相当性 (期待可能性) は、学校活動のデジタル化の推進など容易に考えられる措置を講じているかどうかによって判断されると指摘していることからすると、パンデミックに起因して今後行われる対面式授業の中止は、遠隔授業による代償を伴わないときは違憲であり、関係する生徒は、自己の教育基本権を根拠としてこれに対して防御することができると言わなければならないと説いている。⁽²⁵⁾

さらに、ヴラーゼも、本決定は、将来の学校閉鎖に対する「無料乗車券」を発行したわけではなく、むしろ、将来の学校閉鎖に関して高い要求を課したものであり、学校閉鎖は、将来において、感染者指数が地域的に非常に高い場合に、学年に分けて (低学年の生徒には特に優先して対面式授業を実施し)、明確に期限を区切り、かつ、実効的な (デジ

タルの) 遠隔授業が保障されるときに限って、パンデミック対策の最終手段の一つとして検討の対象となるにすぎないと指摘している。⁽²⁶⁾

(三) 連邦憲法裁判所は、本決定において、感染症予防法上の対面式授業の禁止は二〇二一年四月時点の事実状況及び知見状況に基づく限りにおいて比例原則に合致し、学校教育を受ける権利の制約は憲法上正当化されると判断した。しかし、連邦憲法裁判所は、危険状況によっては将来において対面式授業を禁止する可能性それ自体は認めつつも、対面式授業の禁止は学校教育を受ける権利の「重大な」制約であるとの評価を梃子として、相当性要件の審査において、将来における対面式授業の禁止に対して憲法上のハードルを築いたと見ることができ⁽²⁷⁾。

IV 結びにかえて

(一) 「学校教育を受ける権利」に関する連邦憲法裁判所の解釈論は、次のように要約することができる。

(i) 基本法七条一項と結び付いた基本法二条一項から「学校教育を受ける権利」が導出される。学校教育を受ける権利とは、共同体においても自立した人間に自己を発展させることについて学校教育を通じて支援し助成することを国に求める権利である(判決要旨一)。学校教育を受ける権利は様々な保障次元を有する。第一に、学校教育を受ける権利は、特定の形態の公立学校を求める始源的給付請求権を含むものではないが、子ども及び青少年に対して、自立した人間に自己を発展させる機会が平等に与えられるために必要不可欠な最低水準の教育サービスの維持を求める請求権(給付請求権)を与える。第二に、学校教育を受ける権利から、既存の学校制度の枠内における国の教育サービス

スに平等にアクセスする権利（派生的配分権）が導出される。第三に、学校教育を受ける権利は、現時点において提供され、利用もされている学校の教育サービスを制限する措置で、基本法七条一項の具体化として創設された学校制度それ自体に変更を加えるものではないものに対する防御権も含む（判決要旨二）。

(ii) 防御権としての教育を受ける権利の制約は、憲法上正当化されなければならない。とりわけ比例原則に合致しなければならぬ。

(二) 筆者は、今後、連邦憲法裁判所が示した「学校教育を受ける権利」の解釈論を必要な修正を加えつつ日本国憲法二六条の解釈論にも活用することが可能かどうかについて検討を加える予定であるが、最後に、結びにかえて、日本国憲法二六条の解釈論についてのまさに文字通りの試論を簡単に示しておきたい。筆者は、少なくとも、学校教育を受ける権利の防御権的側面については、日本国憲法二六条の「教育を受ける権利」もその保障内容として含んでいると解釈することもできるのではないかと考えている。従来の日本の学説を見ると、例えば、工藤達朗は、教育を受ける権利には「自由権（防御権）としての側面」があり、「国民は、既存の教育制度・教育施設等を利用して教育を受けることを不当に妨げられない権利を有する」と説いている²⁸。この学説を前提とすると、二六条の「教育を受ける権利」は、現行制度の下ですでに提供されている学校教育の享受を制限する措置で、二六条の「教育を受ける権利」の具体化として創設された学校制度それ自体に変更を加えるものではないものに対する防御権も含むと解することも不可能ではないと思われる。今後さらに細部まで詰めた解釈論を構築しなければならないが、かりにこのような解釈が可能であるとする、コロナウイルス感染拡大を阻止するための対面式授業の中止は（オンライン授業が実施されない場合はもちろんのこと、オンライン授業が実施された場合であったとしても）日本国憲法二六条が保障する「教育を受ける

権利」の制約に当たり、この制約は憲法上正当化されなければならない（比例原則を遵守しなければならない）と解されることになる。⁽²⁹⁾

- (1) BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 -, http://www.bverfg.de/e/rs20211119_1bvr078121.html.
- (2) BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 971/21 -, http://www.bverfg.de/e/rs20211119_1bvr097121.html. 以下、この決定の引用は、本文中に欄外番号を示すことにより行う。
- (3) 本稿は後者の決定を紹介・検討しようとするものであるが、前者の決定も極めて重要であることも指摘しておかなければならない。前者の決定は、本稿が紹介しようとしている後者の決定よりも、ドイツの学説において活発な議論を誘発していると言つてよい。法律雑誌に限定しても、前者の決定を扱った論文として、*Oliver Lepsius*, *Einstweiliger Grundrechtsschutz nach Maßgabe des Gesetzes, Der Staat* 2021, S. 4; *Kyrill-A. Schwarz*, *In dubio pro imperio?*, *NVwZ-Beilage* 2022, S. 36; 判例評釈 *Walter Frenz*, *Beschlussesanmerkung, DVBl* 2022, S. 43; *Volker Boehme-Negler*, *Beschlussesanmerkung, NVwZ-Beilage* 2022, S. 7(34 f.); *Stefan Muckel*, *Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen zur Pandemiebekämpfung verfassungsgemäß („Bundesnotbremse I“)*, *JA* 2022, S. 171; *Michael Sachs*, *Grundrechte: Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen in der Pandemie, Jus* 2022, S. 182がすでに公表されている。また、二つの決定を併せて検討する論文として、*Christoph Degenhart*, *Entscheidung unter Unsicherheit – die Pandemiebeschlüsse des BVerfG, NJW* 2022, S. 123; *Martin H. W. Möllers/Robert Chr. van Ooyen*, *Bundesnotbremse – das Bundesverfassungsgericht bleibt „etatistisch“: Neue Grundrechte, weniger Freiheit und eine „Kontrollinszenierung“?*, *RuP* 2022, S. 58; *Lamia Amhaouch*, *Doch keine Richtungsweisung für künftige Corona-Maßnahmen, RuP* 2022, S. 74がすでに公表されている。前者の決定も極めて重要な論点を扱っているため、筆者としては、近い将来において、前者の決定についても紹介し、検討する機会を持ちたいと考えている。

- (4) 「連邦緊急ブレーキ」条項については、横田明美『コロナ危機と立法・行政―ドイツ感染症予防法の多段改正から』（弘文堂、二〇二二年）九二頁以下（補章一）による解説を参照。さらに、泉眞樹子「【ドイツ】第四次住民保護法（「緊急ブレーキ」等）、ワクチン接種者・回復者等への規制免除、入国規則、教育への免除等、季節労働者特例」外国の立法二八八・一号（二〇二二年）二頁以下も参照。
- (5) シャリテ（Charité）とは、さしあたり、ベルリン自由大学とフンボルト大学の共同施設である大学病院と理解しておけば足りる。シャリテについては、高野光司（ゲッティンゲン大学医学部教授）のエッセイ「シャリテ大学医学部病院連合ベルリン」千葉医学九四巻一号（二〇一八年）一三三頁以下において詳しく解説されているので、このエッセイを参照されたい。ここでは、シャリテの訳語として、「シャリテ大学医学部病院連合ベルリン」又は「シャリテ大学病院連合ベルリン」が提案されている。
- (6) さらに、連邦憲法裁判所は、対面式授業の禁止は基本法六条一項に基づく家族基本権に反するものではないとの判断を示している（Rn. 203-221）が、この部分についての紹介はしない。
- (7) BVerfGE 45, 400 (417).
- (8) ドイツにおける教育を受ける権利に関する判例及び学説の展開については、千葉卓「西ドイツにおける教育法の諸問題」日本教育法学会年報三号（一九七四年）二〇三頁以下（二二一頁以下）、内野正幸「表現・教育・宗教と人権」（弘文堂、二〇一〇年）一六五頁以下（初出、「西ドイツ教育法理論の一断面」現代憲法学研究会編『小林直樹先生還暦記念／現代国家と憲法の原理』（有斐閣、一九八三年）三三二頁以下）、ペーター・M・フォーバー（甲斐素直翻訳監修・粟島智明訳）「ドイツにおける教育を受ける権利」日本法学八一巻二号（二〇一五年）五三頁以下を参照。
- (9) *Dietrich Murswiek*, in: *Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art 2 Rn. 111*は、教育を受ける権利は基本法二条一項を根拠とすることはできないし、また、既存の教育施設に対する派生的配分権も、基本法二条から導出することができるのであって、基本法二条一項からは（基本法七条と結び付いたとしても）導出することはできないと説いている。*Udo Di Fabio*, *Durig/Herzog/Scholz*, 95. EL Juni 2021, GG, Art 2, Rn. 211を否定的な立場をとる。基本法七条一項についても

- Frauke Brosius-Gersdorf*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 20⁴⁵。基本法七条一項は基本権ではない。組織規範・任務規範であると説明している。また *Markus Thiel*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art 7 Rn. 16⁴⁶。基本法七条一項は、組織法上の規範であって、基本権ではないと説明している。
- (10) *Silvia Pernice-Warneke / Clemens Warnke*, Bildungseinrichtungen in der SARS-CoV-2-Pandemie, DÖV 2020, S. 1089。以下、この論文の引用は、本文中に頁数を示すことにより行う。
- (11) *Michael Wrase*, Vorrang für Bildung: Warum die Entscheidung der Länder gegen (generelle) Schulschließungen richtig ist, VerfBlog, 2020/12/04, <https://verfassungsblog.de/vorrang-fur-bildung/>, DOI: 10.17176/20201204-175837-0.
- (12) ヴラーゼは、前掲注(11)において、次のように説いている。基本法においては、教育を受ける権利も、学校及びその他の教育施設に対してアクセスする権利も明文で保障されていないが、国際法においては、社会権規約一三条、子どもの権利条約障害者の権利に関する条約二四条において教育を受ける権利が法的拘束力をもって保障されているところ、若者の教育を受ける権利は、その客観法上の対応物を基本法七条一項に基づく国の学校監督に見出す、と。
- (13) *Murswiek* (Fn. 9), Art 2 Rn. 111.
- (14) *Michael von Landenberg-Roberg*, Das Grundrecht auf schulische Bildung im Kontext, DVBl 2022, S. 389 (394 f.).
- (15) *Landenburg-Roberg* (Fn. 14), S. 394 f. 以下に、ランデンブルク・ローブルクは、就学義務の正当化はこれまで共同体に関連する「統合利益」によって基礎付けられてきたが、将来は、自立した自己発展の可能性の諸条件に対する子ども自身の利益も同じ重要性を有するようになるを指摘する (S. 395)。
- (16) すでにインターネット上のコンメンタールにおいては、すでに本決定の説明が付け加えられている (*Arndt Uhle*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), 50. Ed. 15. 2. 2022, Art. 7 Rn. 6a-6c.1)。
- (17) ヴラーゼは、学校教育を受ける権利の導出は「教育憲法によつての里程碑」(einen Meilenstein für das Bildungsverfassungsrecht) であるを評価する (*Michael Wrase*, Ein Beschluss mit weitreichenden Folgen: Das Recht auf schulische Bildung nach der Schulschließungs-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, VerfBlog, 2021/12/05, <https://>

verfassungsblog.de/ein-beschluss-mit-weitreichenden-folgen/, DOI: 10.17176/20211206-021910-0)。

- (18) テュービンゲン大学教授ネッテスハイム (Martin Nettesheim) は、連邦憲法裁判所は、学校及び学校教育の制度を、教育学的にも憲法上も疑わしい仕方で構成しているというテーゼを根底に据えて、本決定を根源的に批判している。ネッテスハイムは、次のように論じている。連邦憲法裁判所は、学校を「市場」として設計している。学校は、サービスを提供する国と、権利に基づいて供給を消費する生徒という両サイドが対立する空間として設計される。この理解によると、学校教育を受ける権利は、ある種の特殊な消費者保護であるということになる。このような見方が本決定全体を貫いている。たしかに連邦憲法裁判所は、生徒を消費者としてのみならず、学校において発展の機会を提供された主体としても設計している。しかし、ここにも、教育を提供する国家と、この教育を利用する生徒という「市場モデル」が重層的に入り込んでいる。連邦憲法裁判所は、教育を、二つの側が不可分の相互作用・コミュニケーション空間において結び付けられている間主観的プロセスと見ていない。連邦憲法裁判所は、教育を相互的受容のプロセスであることを認識していない。このような教育事象の分裂は、教育学的も、また文化科学的にも誤りで、と (Martin Nettesheim, 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)。
- (19) 本稿は、二〇二二年五月三〇日に提出された。本稿は、この時点までに蒐集できた文献に基づいて作成されている。
- (20) *Isabel Lischevski*, Ein Recht nur für Kinder?: Das Recht auf Bildung im Schulschließungsbeschluss des BVerfG im Lichte der Kinderrechtsdebatte, VerFBlog, 2021/11/30, <https://verfassungsblog.de/ein-recht-nur-fur-kinder/>, DOI:10.17176/20211130-190640-0は、子どもの権利を基本法に導入すべきかどうかに関する議論に対して、連邦憲法裁判所が示した「教育を受ける権利」の解釈論がどのような影響を与えるかについて検討しているが、本稿においては、この論文を紹介しない。

(21) *Pernice-Warnke/Warnke* (Fn. 10), S. 1089 ff.

(22) *Pernice-Warnke/Warnke* (Fn. 10), S. 1100.

- (23) 連邦憲法裁判所法二七 a 条に基づく専門知識を有する第三者の意見表明については、笹田栄司「ドイツ連邦憲法裁判所における第三者の参加（連邦憲法裁判所法二七 a 条）」北大法学論集七〇巻五号（二〇二〇年）八四頁以下を参照。
- (24) *Johanna Wolff*, *Schulschließung als Grundrechtseingriff: Zum Bundesnotbremse-Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts*, *VerfBlog*, 2021/11/30, <https://verfassungsblog.de/schulschließung-als-grundrechtseingriff/>, DOI:10.17176/20211130-190914-0.
- (25) *Heiko Sauer*, *Gediegene Gegenerzahlung*, *VerfBlog*, 2021/12/01, <https://verfassungsblog.de/gediegene-gegenezahlung/>, DOI: 10.17176/20211201-212027-0.
- (26) *Michael Wrase*, *Recht auf schulische Bildung: Die Schulschließungs-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist wegweisend*, <https://www.fes.de/themenportal-bildung-arbeit-digitalisierung/bildung/artikelseite-bildungsblog/recht-auf-schulische-bildung-die-schulschließungs-entscheidung-des-bundesverfassungsgerichts-ist-wegweisend>.
- (27) ザックス (*Michael Sachs*) は「パンデミックにおける実務」にわたる本決定の意義について、本決定は、相応の危険状況において対面式授業を禁止する可能性を残しつつ、要件の極めて綿密な審査と、その効果に対する限り広範囲な代償及び緩和の措置を求めた点にあると指摘している (*Michael Sachs*, *Grundrechte: Schulschließungen in der Pandemie* *JuS* 2022, 186 (187))。また、ムッケル (*Stefan Muckel*) は、本決定において、具体的事例において生徒の学校教育を受ける権利を制約することも許されると判断されたが、これによって「疑わしきは学校閉鎖に」という基本ラインを打ち出されて、追求されているわけではなく、連邦憲法裁判所は、学校の授業に際立った地位を認めていると指摘している (*Stefan Muckel*, *Schulschließungen zur Pandemiebekämpfung verfassungsgemäß („Bundesnotbremse II“)*, *JA* 2022, 174)。
- (28) 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法Ⅰ 基本権』（日本評論社、二〇一六年）二八七頁「工藤達朗」。長尾一紘『日本国憲法〔第三版〕』（世界思想社、一九九七年）三二〇頁も、「教育を受ける権利の自由権的側面」は「教育施設なし教育上の諸制度の利便の享受を妨げられない権利を保障する」と説いている。
- (29) 斎藤一久「一斉休校措置から教育を受ける権利の保障を考える」法学館憲法研究所報二三号（二〇二一年）三九頁以下

(四八頁)は、二〇二〇年二月二七日の安倍首相(当時)の要請に基づく一斉休校措置に関連して、「もちろん憲法二六条は対面で学習する権利を直接的に保障しているわけではないが、一斉休校措置により、学校という場で学べなくなったことは、教育を受ける権利が大幅に制限される事態を招来している。たとえ新型コロナウイルス感染症のまん延予防、そして医療資源の確保(とりわけ重症患者の生命の保護)が基底的な考慮要素であったとしても、教育を受ける権利が重要な考慮要素であることは言うまでもない。」と指摘している。本文で述べたような解釈論が可能であるとすると、現行の教育法制が対面式授業の実施を原則的授業形態と定めている範囲において、「憲法二六条は対面で学習する権利を直接的に保障している」と解釈することも可能であり、斎藤の指摘とは異なり、教育を受ける権利は一つの重要な考慮要素にとどまるものではない(むしろ、憲法上の権利の制約↓制約の正当化という図式を使うことができる)と考えることもできる。また、堀口吾郎「⑤学校教育を受ける権利への影響―憲法は『学校に通う権利』と『学校に通わずに教育を受ける権利』を保障しているか」大林啓吾編『コロナの憲法学』(弘文堂、二〇二二年)一八九頁以下(二九五頁以下)は、「子どもたちが学校に通えなくなることは、学校空間以外での教育機会(オンライン授業等)が確保されている場合であっても、教育を受ける権利に対する制限にあたるのだろうか」と問題を提起し、「日本では、日本国憲法が成立するずっと前から一貫して、『学校が学習指導のみならず、生徒指導等の面でも主要な役割を担い、様々な場面を通じて、児童生徒の状況を総合的に把握して教師が指導を行うことで、子どもたちの知・徳・体を一体で育む』という、いわゆる『日本型学校教育』が制度化されてきた」が、「仮に憲法がこうした日本型学校教育を前提にしているならば、教育を受ける権利は『学校に通う権利』をも保護するものと解すべきだろう」と論じている。日本国憲法がいわゆる「日本型学校教育」を前提としているとは容易には考えられないので、堀口の見解は、実質的には、教育を受ける権利は『学校に通う権利』を保障していないという見解に帰着せざるを得ないと思われるが、それはともかくとして、本文で述べたような解釈論が可能であるとすると、憲法が「日本型学校教育」を前提としているかどうかとは関係なく、「仮に憲法がこうした日本型学校教育を前提にしているならば」という留保を付すことなく、現在の教育法制が学校空間で教育を行うことを原則的形態として定めている範囲において、「子どもたちが学校に通えなくなることは、学校空間以外での教育機会(オンライン授業等)が確保されている場合であっても、教育を受ける権利に対する制限にあたる」と解することも可能であろう。