



Title	西ドイツにおける親の教育の自由 - バーデン・ヴェルテンベルク州を中心に -
Author(s)	千葉, 卓
Citation	北大法学論集, 40(5-6上), 585-606
Issue Date	1990-08-31
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/16718">http://hdl.handle.net/2115/16718</a>
Type	bulletin (article)
File Information	40(5-6)1_p585-606.pdf



[Instructions for use](#)

# 西ドイツにおける親の教育の自由

——バーデン・ヴェルテンベルク州を中心に——

千葉 卓

## 目次

- 一 はじめに
- 二 親の教育の自由の歴史
- 三 ボン基本法における親の教育の自由の保障
- 四 バーデン・ヴェルテンベルク州における親の教育の自由の保障の範囲
- 五 むすびにかえて

## 一 はじめに

日本国憲法二六条が子どもに保障する教育をうける権利を充足する責務は、その子どもに対する自然的関係により、親に属し、この責務に基づいて親は教育の内容および方法について一定の支配権、すなわち教育の自由を有するとの解釈は全国一斉学力テスト事件に関する最高裁昭和五年五月二一日大法廷判決も肯定するところであり、また、学説の通説ともなっている。<sup>(1)</sup>

しかし、親の教育の自由がいかなる範囲にまで行使されるかについて、右最高裁判決は、「主として家庭教育等学校外における教育や学校選択の自由」をあげるにとどまり、消極的であるのに対して、学説は、それに加えて発言権、教育内容決定権をあげるなど積極的であるという違いがみられる。<sup>(2)</sup>

この違いは、教育をうける権利がどのような性格と内容を有する権利であるかについての解釈の違いから生じている。すなわち、それを積極的に解すれば解するほど親の教育の自由の範囲を積極的に解することになるといえるのである。とすれば、今日では、教育をうける権利は豊富な内容を有し、権利としての性格が強いと解する傾向が強いことから、最高裁判決のように、親の教育の自由の範囲を限定的に解することには問題があ

るといえるであろう。

それでは、親の教育の自由の範囲の問題について、外国においては、どのように解されているのであろうか。本稿では、西ドイツを取り上げ、そのうち特に、バーデン・ヴェルテンベルク州を中心に、検討を試みてみよう。この検討によつて明らかにされることは、我が国の親の教育の自由に関する議論の参考となると考えられるからである。

(1) 刑集三〇巻五号六一五頁。

(2) 兼子仁『教育法(新版)』(法律学全集一六一―I)有斐閣、一九七八年、二〇四―五頁。

(3) 兼子・前掲書、三〇〇―一六頁。

## 二 親の教育の自由の歴史

親の教育の自由に関する現行法の検討に入る前に、簡単に、その歴史を概観しておこう。

親権に関する詳細な規定を初めて持った法律は一七九四年に制定された一般ラント法(Allgemeines Landrecht)<sup>(1)</sup>である。しかし、同法の保障する親権は家族法上の意味の権利にすぎず、

まだ憲法レベルのものとして扱われる段階にはなかつた。<sup>(2)</sup> その結果、当時は、教育の義務性の原理が支配していたことも重なつて、親は、学校教育について、何ら、法的地位を有していなかったといえるのである。

その後、外的学校事務を処理する任務を家父長(Familien-väter)が与えられるという時期を経て、プロイセンにおいては、一九一八年から一九一九年にかけて、審議機関の性格を有する父母評議会(Elternbeiräte)が設置されることとなつて<sup>(3)</sup>いる。右機関は、その後まもなく、多くのラントでも採用されており、この機関の設置の承認は、学校教育において、親が公法的な役割りを担うとともに、自治を認められたことを意味している<sup>(4)</sup>のである。

ワイマール憲法はその一二〇条により親権を保障するほか、親の教育の自由に関する定めを有しているが、それらの規定は、右のような歴史的経緯の中で生れたものであり、その一部は法律によつても具体化されている<sup>(5)</sup>。しかし、ワイマール憲法の親の教育の自由の保障の精神も長続きはせず、ヒットラーによるナチ国家の誕生によつて、親の教育の自由は二重の制限を受けることになつた。すなわち、一方で親の教育の自由の保障は根本的に否定され、また他方で学校における父母団体の協働

(Mitwirkung)の制度が廃止されることとなつたのである。<sup>(6)</sup>

第二次大戦後の西ドイツの憲法であるボン基本法はその六条二項において親の教育権を保障しているが、同規定は、右のようなナチ国家時代を反省して制定されたのであり、同規定は親の教育の自由の保障の根本となる規定とされている。このほか、ボン基本法の親の教育の自由に関する規定として、宗教教育の参加決定権を定めた七条二項および私立学校設置権を定めた七条四項がある。

- (1) 同法の教育条項に関する邦訳として、梅根悟『近代国家と民衆教育』民衆社、一九六八年、一五五―一八頁がある。
- (2) Knut Nevermann, *Der Schulleiter*, in, *Juristisch-historische Aspekte zum Verhältnis Bürokratie und Pädagogik*, 1982, S. 36.
- (3) Erwin Stein, *Elterliche Mitbeteiligung im deutschen Schulwesen*, *Juristen Zeitung* (N<sup>o</sup> 12 S. 56), 1957, S. 12.
- (4) Stein, *a. a. O.*, S. 12.
- (5) Ingo Richter, *Bildungsverfassungsrecht*, Ernst Klett, Stuttgart, 1973, S. 52.
- (6) Manfred Maurer, *Das Elternrecht und die Schule*,

- Dissertation, München, 1962, S. 24 ; Ulrich Wille, Die Demokratisierung der Schule, Dissertation, 1975, S. 89.  
 (7) Jahrbuch des öffentlichen Rechts, 1951, S. 100.

### 三 ボン基本法における

#### 親の教育の自由の保障

(一) 親の教育の自由の法的性格および享受者

ボン基本法六条二項を根拠規定とする親の教育の自由は主観的公権、すなわち、憲法上直接効力を有する基本権である。<sup>(1)</sup> また、それは国家によって与えられた権利ではなく、いわゆる前国家的権利たる自然権であると解されている。<sup>(2)</sup>

右のように解されている親の教育の自由はボン基本法のカタログにおいて自由権的基本権の一つに数えられており、また、それ故にこの自由は、早くから、積極的には、親に対して学校以外のその子どもの教育を自由かつ自らの責任において行うことを保障し、消極的には、国家による親の教育の自由の侵害に対する防禦権を意味するものと解されてきた。<sup>(3)</sup>

この自由の享受者は法律上の親、すなわち、血族関係の親、

養父母および未婚の母である。<sup>(4)</sup> 連邦憲法裁判所は、享受者がその自由を行使するに際して、従来は、親の資格で共同で行うとしてきたが、<sup>(5)</sup> 一九七七年十二月二日の決定により、その解釈を変更し、個々の親が自由を保障されてゐると解してゐる。<sup>(6)</sup>

- (1) Theodor Maunz = Günter Dürig = Roman Herzog, Grundgesetz (Art 6), C. H. Beck, 1984, Rd. 22.  
 (2) Axel v. Campenhausen, Erziehungsauftrag und staatliche Schulträgerschaft, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, S. 31 ; Norbert Niehues, Schul- und Prüfungsrecht, C. H. Beck, 1983, Rd. 38.  
 (3) Hans Peters, *Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule*, in, Die Grundrechte, IV/1, Duncker & Humblot, 1960, S. 373 ; BVerfGE 4, 57 ; BVerfGE 47, 70.  
 (4) Maunz = Dürig = Herzog, a. a. O. (Art. 6), Rd. 24.  
 (5) BVerfGE 10, 67 ; BVerfGE 31, 205.  
 (6) BVerfGE 47, 76.

(二) 親の教育の自由の二重性

親の教育の自由は、その行使者である基本権享受者の親が基本権享受者であるその子どものために行使する、という特色を有している<sup>(1)</sup>。このような特色を有することから、親の教育の自由については、親が一方的に自己決定を行うという自由を意味するのではなく、子どもの利益および保護のために決定を行うという自由を意味する、と解されている<sup>(2)</sup>。右の解釈は、また、親がその子どもを教育することは権利であると同時に義務でもあると定めるボン基本法六条二項の趣旨を統一する解釈となる、とされている<sup>(3)</sup>。

親の教育の自由についての右のような解釈により、親が教育の自由を行使する場合、二つの側面があらわれることが指摘されている。すなわち、一方では、親はそれを本来的な親の教育権として行使する側面があり、他方では、親はそれを子どもの固有の権利に配慮して行使する側面がある、とされている<sup>(4)</sup>。

(1) Fritz Ossenbühl, *Elternrecht in Familie und Schule*, 1978, S. 17.

(2) Ossenbühl, *Schule im Rechtsstaat*, Die Öffentliche Verwaltung (ZfV DÖV 256), 1977, S. 805.

(3) BVerfGE 47, 69-70.

(4) Thomas Oppermann, *Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen?*, in, Gutachten C zum 51. Deutschen Juristentag, C 100.

(三) 親の教育の自由に対する制限

親の教育の自由の行使も無制限なものではあり得ず、他の権利との関係で制限を受けると解されている。とりわけ、親の教育の自由は子どもの基本権との関係、および国の学校監督権との関係で制限を受けると解されていることから、この二点についてみることにしよう。

(1) 子どもの基本権による制限

教育の目的が、子どもを民主主義社会の一員とすること、および子どもに対して社会における自主的かつ自己責任的な生活態度を得させることにあることは、すでに広く認識されることとなっている<sup>(1)</sup>。このような教育目的は、また、ボン基本法二条一項の「人格の自由な発展の権利」(Das Recht auf freie und menschenwürdige Entfaltung seiner Persönlichkeit) に基

料  
いて導かれるのであり、さらにはそのもとに民法上の「子ども  
の福祉」(Das Kindeswohl)<sup>(2)</sup>という概念に結びつく<sup>(3)</sup>と解されて  
いるのである。

これらのことから、「子どもの福祉」が親の教育の自由を限界  
づける基準となると解されている。また、そのもとになってい  
る人格の自由な発展の権利は子どもにも保障されているのであ  
り、子どもは、この権利との関係で、親による教育を通じて基  
本権の行使に必要な能力を發展させることができるのであるか  
ら、親の教育の自由はその子どもの基本権の侵害に向つてでは  
なく、彼の基本権の実現に向つて行使さるべきということにな  
る、と解されている。<sup>(4)</sup>これらの親の教育の自由の制限につい  
ての解釈によれば、教育の自由は、子どもに対して自己責任のと  
れる人格を形成せしめようという目的のために、行使さるべき  
ものである以上、未成年者は、その成長に応じて、親権から次  
第に離脱していくことになり、したがって、親は、その子ども  
に對して、多くの行為の余地および固有の決定の自由を容認す  
るの<sup>(5)</sup>でなければならぬ、ということになる。

ところで、すでに、法令の中に、成年となる以前に、子ども  
に對して基本権上の成年(Grundrechtsmündigkeit)を承認して  
いるものがあり、これも親の教育の自由を制限しているといえ

る。この基本権上の成年に関する規定について、連邦憲法裁判  
所一九八二年二月九日判決は、子どもの成長にしたがって、親  
のその子どもに對する教育の役割りは減少し、反対に子どもの  
自己決定の能力は増すものである以上、右規定は親の教育の自  
由に對する抑制としては合理的であつて憲法に反しない、と判  
示している。<sup>(7)</sup>

さらに、これらの親の教育の自由に對する制限のほか、子  
どもの基本権を保護するための国家の干渉権の行使が制限として  
認められると解されている。ただし、国家の干渉権の行使は親  
が子どもに對して刑法上の構成要件に該当する行為をしている  
か、ボン基本法六条二項二段に定める濫用の制限を越える行為  
をしている場合に限られている。<sup>(8)</sup>

(1) Lutz Dietze, *Elternrecht als Bestimmungsrecht und  
Anspruchsgrundlage der schulischen "umfassenden  
Allgemeinbildung" ihrer Kinder?* Neue Juristische  
Wochenschrift (NJW 256), 1982, S. 1356 ;  
BVerfGE 24, 144 ; BGH 266, 337.

(2) Ossenbühl, *Schule im Rechtsstaat*, S. 807 ; ders., *Das  
Elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grund-*

- gesetzes, Duncker & Humblot, 1981, S. 56.
- (c) Oppermann, *a. a. O.*, C 100 ; Joachim Gerhuber, *Kindeswohl und Elternwille*, Zeitschrift für das Gesamte Familienrecht (ZfFamR 256), 1973, S. 229.
- (4) Maunz = Dürig = Herzog, *a. a. O.* (Art. 19 III), Rd. 18 ; Ernst W. Böckenförde, *Elternrecht-Recht des Kindes-Recht des Staates*, in, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 14, 1980, S. 63.
- (5) Ossenbühl, Das Elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, S. 56 ; Maunz = Dürig = Herzog, *a. a. O.*, Rd. 22.
- (6) 代表的な法令として、一九二一年の「子どもの宗教教育に関する法律」があり、同法は宗教教育の参加に関して、未成年者に決定権を認めている。
- (7) BVerfGE 59, 382.
- (8) Peters, *a. a. O.*, S. 397-9 ; Arnulf Schmitt-Kammler, Elternrecht und schulisches Erziehungsrecht nach dem Grundgesetz, Duncker & Humblot, 1983, S. 22.
- (2) 国の学校監督権による制限
- ボン基本法七条一項は国の学校監督権について定めている。
- 同規定が国の教育権の根拠規定とされることにより、<sup>(1)</sup> 国は、教育者として、独立して教育権限を与えられている、と解されるところとなっている。<sup>(2)</sup> また、このような解釈から、さらに、国は、権限の行使に対して原理的な憲法律 (Verfassunggebote) とりわけ寛容律 (Toleranzgebot) による拘束はあるものの、<sup>(3)</sup> 学校教育を通じて、固有の教育目的および教育方法を追究する権限を有することとなる。
- ところで、このように、国が教育権限を有することが憲法上肯定されることになれば、学校教育をめぐる、親の教育の自由が国の教育権限と衝突するという可能性が生じてくる。そこで、この両者はいかなる関係にあるか、すなわち、親の教育の自由は国の教育権限との関係でどの程度まで認められ、どのような制限を受けるのか、が問題となる。
- 右の問題について、従来は二分論 (Separationsthese) もみられたが、<sup>(4)</sup> 今日ではそれは少数説であり、<sup>(5)</sup> 通説は三領域論 (Drei-Bereich-Lehre) をとっている。<sup>(6)</sup> 三領域論は教育の領域を家庭教育、学校教育および両者の交差領域の三領域に分け、このうち家庭教育に対しては親の教育の自由、学校教育に対しては国の教育権限、両者の交差領域に対しては親の教育の自由および国の教育権限が行使されるという説である。<sup>(6)</sup> また、この説によれ



ば、両者の交差領域に対しては、親の教育の自由、国の教育権限のうち、いずれか一方が優位性を有するというとはなく、親と国は同等である、としている<sup>(7)</sup>。その理由は、親と国は、いずれも、同じ子どもに対して、同じ教育目的を実現すべく、教育の自由または教育権限を行使するのだからならぬ、ことにあるからである。三領域論は、このように、両者の交差領域について、親と国は同等であると解することから、両者が衝突することになる場合には、一般法律ないし優先権による解決を行うのではなく、子どもの人格権を核とした個別的なケース毎の解決を行うことになる<sup>(8)</sup>。その解決のために、三領域論は次のような基準を示している。すなわち、当該ケースにおいて普遍的な教育目的の実現および国家社会の実現のための措置が重要であると判断される場合には、親の教育の自由は国の教育権限の下位に位置し、反対に、子どもの人格の発展の権利が問題になっている場合には、国の教育権限が親の教育の自由によって制限されるという基準である<sup>(9)</sup>。右基準による判断につき、連邦憲法裁判所は、親の教育の自由が学校制度上の措置によってすべてにわたり拘束されている状態になることは許されず、無理な要求とはいえないという方法で制限されることが許されているのであり、制限が許されるか否かは、国の干渉の大きさに

関する全体的な考察、干渉における正当な理由のもつ重要性と緊急性の考察によって決定されるべきである、と判示している<sup>(10)</sup>。

(1) BVerfGE 34, 183.

(2) Ursula Fehrmann, *Bemerkungen zum Elternrecht in der Schule*, DÖV, 1978, S. 494. 国の学校監督の問題については、竹内俊子『教育の自由』と学校に対する国家の『監督』、名古屋大学法政論集六六号、一頁以下、伊藤公一「ボン基本法における『国の学校監督権』阪大法學八一号、一頁以下、拙稿」西ドイツにおける『国の学校監督』に対する制約」(北海学園大学法学部編『法学・政治学の動向』北大図書刊行会、一九八六年)二六〇頁以下が詳し<sup>(1)</sup>。

(3) Ossenbühl, *Das Elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes*, S. 105.

(4) 二分論は、教育の領域を家庭教育と学校教育に分類し、親の教育権は学校領域に及ばないとする理論である。この理論を主張するものとして、例えば、Wilhelm Grawe, *Die Rechtsstellung der Privatschulen nach dem Grundgesetz*, DÖV, 1950, S. 23 なども<sup>(2)</sup>。

(5) Ossenbühl, *Schule im Rechtsstaat*, S. 807.

(6) Hans Heckel = Hermann Avenarius, *Schulrechts-*

Kunde, 6. Aufl., Luchterhand, 1986, S. 302-5.

- (7) BVerfGE 34, 182 ; BVerfGE 47, 46 ; Ossenbühl, a. a. O., S. 808.
- (8) BVerfGE 34, 165.
- (9) Oppermann, a. a. O., C 99.
- (10) Niehus, a. a. O., Rd. 145.
- (11) BVerfGE 34, 185.

#### 四 学校教育における親の教育の自由の範囲

以上のような法的性格を有し、制限を受けるとされる親の教育の自由は学校教育に対してどの範囲にまで及びうると解されているであろうか。この点について、個人の権利、集团的権利および宗教的な権利に分類して、みていこう。

##### (1) 個人の権利としての親の教育の自由

親の教育の自由について、通説は、その基本権の性格からして、彼の子どもの入学によって生ずる個々人の固有の権利であると解している。また、通説は、彼の子どもも個々人が学校教育に関係する範囲内で、親は、学校教育の領域において、参加権および防禦権を行使することができる<sup>1)</sup>としている。さらに、

学校教育によって個々の子どもの基本的人權の侵害が生じた場合、親は、子どもの受託者 (Trenhänder) として、教育の自由を行使しうる余地がある<sup>2)</sup>と解されている。

- (1) Ossenbühl, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, S. 97.
- (2) Oppermann, a. a. O., C 84.

##### (2) 集团的権利としての親の教育の自由

親の教育の自由は、子どもが入学することによる一つの社会への入会というものを通じて、一定の集团的なモメントを有することになる。その社会において、親は、彼の子どもの所属するクラスないし学校の生徒すべてのために、共同して、決定しなければならぬ問題およびすべての親の協力を必要とする問題に出会うということがあるからである。そして、親がこの場合において行う協働に関する権能の行使が親の教育上の集团的権利の行使を示すことになる<sup>1)</sup>と理解されている。そこで、問題は、このような親の教育上の集团的な権利、すなわち協働決定権 (Mitwirkungsrecht) の憲法上の根拠規定をボン基本法六条二項一段に求めることができるか否か、ということになる。

資料 この問題に対して、協働決定権が右規定を根拠にしていると解する説は少数説であり、通説および判例は、右規定が親に対して認める権利は影響を与える権利までであつて、参加権(Teilhaberecht)までも認めるものでない以上、協働決定権の根拠規定とはならない、と解している<sup>(3)</sup>。否定説がボン基本法六条二項一段は参加権を認めないと解する理由は次の通りである。

個々の親が彼の教育の自由を共同で行使することはボン基本法六条二項一段の下でも禁止されるものではない。しかし、個々の親のその教育の自由が、独立したものとして、集団的な親の権利の行使という形で集約されることは許されない。集団の中において多数を形成するに至つた親が少数の親の教育の自由を制限することになつてしまふからである。それ故に、<sup>(4)</sup> 個々の親の自由を保障しているボン基本法六条二項一段は個々人の自由を制限することになるような集団的権利、すなわち参加権の行使を認めることではないのである。

右のような解釈により、通説は、親の団体に對して、教育行政に關する一定の権限を賦与することを国は義務づけられるものではないとする。しかし、そのことは、親が協働決定を行う機關および制度がすでに存在していることに對して、国が根拠なしにそれを廃止することおよび代償なしにその権限を剝奪す

ることを許しているものではないとされている。集団的権利を保障するか否かはラント憲法に委ねられていると解されている<sup>(5)</sup>からである。

(1) Ossenbühl, a. a. O., S. 97.

(2) Rainund Wimmer, *Das pädagogische Elternrecht*, DÖV, 1967, S. 810-2.

(3) Dietze, a. a. O., S. 1358 ; Oppermann, *Kulturverwaltungsgesetz*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1969, S. 264 ; BVerfGE 34, 165.

(4) Fehrmann, *Die Bedeutung des grundgesetzlichen Elternrechts für die elterliche Mitwirkung in der Schule*, Archiv des öffentlichen Rechts (以下 AÖR) 23, 6°, 1980, S. 556 ; Niehues, a. a. O., Rd. 58.

(5) Wille, a. a. O., S. 118-20.

### (3) 宗教的な権利としての親の教育の自由

ボン基本法七条三項一段が宗教教育を正課として、親の教育の自由は、学校教育の中で行われている宗教教育に關係することになる。宗教教育は信教の自由の問題となるからである。宗教教育に關する親の教育の自由の行使は宗教教育

についての決定権（子どもを宗教教育に参加させるか否か、参加させるとすればどの宗派の宗教教育に参加させるかの決定）として行使されると解されており、この決定権はボン基本法四条一項および二項の信教の自由の保障とも結びつく権利であるとされている<sup>①</sup>。もつとも、この権利は、親が、国に対して、一定の宗派的ないし世界観的な特色を有する学校の設置を要求するが如く積極的な権利を意味するものではなく、宗教的な少数者の保護を国家が義務づけられているという如く消極的な権利を意味するものであるとされている<sup>②</sup>。なお、この決定権については、ボン基本法七条二項が具体的に定めているところでもある<sup>③</sup>。

(1) BVerfGE 41, 44 ; BVerfGE 52, 235.

(2) BVerfGE 41, 48.

(3) 各ラントの法律は、この権利の保障のために、権利行使のための手続き、権利行使に対する不利益取扱いの禁止等について具体的に定めている (Reinhard Schmoeckel, Der Religionsunterricht, Luchterhand, 1965, S. 73-80, 104.)。

#### 四 バーデン・ヴェルテンベルク州における親の教育の自由の保障の範囲

(一) ラント憲法による親の教育の自由の保障

バーデン・ヴェルテンベルク憲法は、他の多くのラント憲法と同様、親の教育の自由について、多くの条項を有しているということが出来る。

二条一項は直接親の教育の自由を定めたものではないが、この自由についての規定と解されている。それは、同条項が、ラント憲法は、特別の定めがない限り、ボン基本法の保障する基本的人権をすべて受け入れると定めており、それによればボン基本法六条二項の親の教育の自由も含まれることになる<sup>①</sup>と解されるからである。

他の教育代表者と並べて親を責任ある教育代表者として位置づける一二条二項も親の教育の自由に関する規定であるとされている。もつとも、同条項は親の教育については義務的性格を強調しており、どの程度権利的性格を有するかは明らかにしていない、と解せられるから、同条項から親の教育の自由が主観的権利であるということ導き出しえないとされている<sup>②</sup>。

私立学校制度に関して定めている一五条三項も親の教育の自

由を保障する規定であるとされている。それは、特に、同条項が、子どもの学校の種類の選択権（公立学校か私立学校かの決定権）を親に対して保障しているからであり、同条項はボン基本法六条二項一段に内在している権利内容の一つを特に具体的に示した規定であると解されている。<sup>(3)</sup> また、同条項は、公立学校にはない宗教上・世界観上の特色を持つ私立学校というものを念頭においていることから、宗教的な権利としての親の教育の自由の一部を保障しているとみることができるのであり、同条項に対しては、親の宗教上および世界観上の法的地位の考慮を促進する規範としての性格を有するものである、との評価もみられるのである。<sup>(4)</sup> この宗教的な権利としての親の教育の自由について広く保障しているのが、宗教教育に関する親の決定権について定めた一八条三段であり、同条項はボン基本法七条二項が保障している基本権をラント憲法も唱った規定ということになる。<sup>(5)</sup>

一七条四項は学校教育における親の共同社会的・代表制的な性格を有する協働決定権を保障した規定である。この協働決定権は、既述の如く、ボン基本法に根拠を有する権利ではないと解されており、ラント憲法上の権利ということになる。したがって、この権利についての立法権限はラントの立法者が有するこ

ととなるが、この権利は具体的権利とされていることから、立法者は、親の代表者による協働決定についての立法を行うことを法的に義務づけられている、と解されている。他方、この権利により、選挙された代表者によって構成される親の団体が保障される、とされている。<sup>(6)</sup>

協働決定権の保障により、選挙によって選任された親の代表は、協働決定機関において、聴聞権（Anhörungsrecht）、異議申立権（Beanstandungsrecht）および情報を得る権利（Informationsrecht）を行使することになる。<sup>(7)</sup> しかし、これらの協働決定権の行使も、無制約ではなく、次のような制限を受けるとされている。すなわち、第一には、この権利の行使が個々の親の持つ教育の自由を侵害することは許されず、第二には、それはボン基本法七条一項に根拠を有する国の学校監督権との間で調整が図られるのでなければならず、第三には、協働決定したことが他の教育関係者の基本的人権を制限ないし侵害するものであつてはならず、第四には、協働決定が生徒の自己発展の権利および教育をうける権利を侵害するものであつてはならない、という制限である。<sup>(8)</sup>

なお、一六条三項は学校の宗派的性格について親を含めた協議を行うことを定めており、<sup>(9)</sup> 同条項も親の協働決定権について

定めていると解されている。

- (1) Paul Seipp = Herbert Hochstetter = Hermann Franz, *Schulrecht* (Baden-Württemberg), Luchterhand, 1981, I. 1. 21. 以下、バーデン・ヴェルテンベルク州の教育法令については同書による。
- (2) Klaus Braun, *Kommentar zur Verfassung des Landes Baden-Württemberg* (Art. 12), Boorberg, 1984, Rd. 26.
- (3) Ulrich A. Wille, *Die Demokratisierung der Schule*, Dissertation, 1975, S. 131.
- (4) Braun, a. a. O., Rd. 14.
- (5) 一八条三段は次のように定める。「宗教教育および宗派的行事の参加は教育権者の意思表示によるものとし、宗教教育を行うか否かは教師の意思表示によるものとする。」
- (6) Braun, a. a. O., (Art. 17), Rd. 23.4.
- (7) Wille, a. a. O., S. 131.
- (8) Braun, a. a. O., (Art. 16), Rd. 27.9.
- (9) 同条項によれば、国民学校の宗派的性格に疑問の余地が生じた場合、親、教師、国および宗教団体の間で審議を行うとしている。

(二) ラント法による親の教育の自由の行使の保障

ボン基本法およびラント憲法の親の教育の自由の保障を具体化したのがラント法である。特に学校法 (*Schulgesetz für Baden-Württemberg*) が親の教育の自由について詳細に定めているということができるので、<sup>(1)</sup> 同法を中心に、親の教育の自由の保障がどのように具体化されているのかを明らかにしていく。

(一) 以下、同法については、Seipp = Hochstetter = Franz, a. a. O., 2. 1. 1249°。

(1) 教育課程決定権

連邦憲法裁判所判決によれば、親の教育の自由の核となるのは、子どもの学歴を決定づけていくことになる、教育課程を決定する権利 (*Das Recht auf Bestimmung des Bildungsweges*) である。<sup>(2)</sup> この教育課程決定権は、ボン基本法二条一項、三条一項 (法の下の平等)、二〇条一項 (社会国家)、ラント憲法一条 (能力に応じた教育をうける権利) および学校法七二条 (就学義務) を法的根拠とする、若者個々人の能力を発達させる権利および個々人の教育関心を発達させる権利を含むところの教

料 育の機会均等と一致する権利であると解されており、親によるこの権利の行使は、子どもの教育の機会均等の実現のために、親が代理して行うという性格を持つていとされている。

このように、子どもの教育の機会均等と結びつけられている親の教育課程決定権について、一般論としては、それが親の求める教育制度の創設を要請する権利までも含むものではなく、現存する公教育制度の枠内での参加権を保障する権利であると解されている<sup>(3)</sup>。以下、具体的には、どのような内容が含まれているかを明らかにしよう。

(1) BVerfGE 18, 42 ; BVerfGE 34, 182. 同旨 Hans Heckert = Hermann Avenarius, *Schulrechtskunde*, 6. Aufl., Luchterhand, 1986, S. 304-5.

(2) Ingo Richter, Referat zum 51. Deutschen Juristentag, C. H. Beck, 1976, M 27 ; Thomas Oppermann, Gutachten C zum 51. Deutschen Juristentag, C. H. Beck, 1976, C 86-91.  
(3) BVerfGE 33, 303.

(a) 基礎学校における親の教育課程決定権

学校法五条は、四年間の基礎学校の就学期間をすべての子ど

もに共通する教育期間としている。基礎学校の就学期間をすべての子どもに共通する期間とする理由は、基礎学校が社会生活に参加していくための基本的な精神を形成するものであり、また国民像といえるものを印すことになるからである<sup>(4)</sup>。

基礎学校段階での親の教育課程決定権に関しては、通学区域が設定されている中で、通学区域外の学校を選択することができるか否か、という問題が生ずる余地がある。この問題については、学校法七六条二項が、親の申立てに基づいて、通学区域外の学校の就学が認められることがあると定めていることから、親は、通学区域外の学校の選択についての裁量権を法的に有していると解されている。この解釈によれば、また、就学については、当該通学区域の生徒が優先権を有している以上、通学区域外の子の親が希望する学校の収容能力が限界に達している場合、親の裁量権の行使は制限され、当局が申立てを拒否することは適法と見なされる<sup>(5)</sup>。

(1) Oppermann, *Bildung*, in, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 8 Aufl., Walter de Gruyter 1988, S. 795-6.

(2) OVG Münster, NJW, 1979, S. 942.

(b) 上級学校選択権

子どもの学歴を決定づける教育課程決定のうちでもっとも重要となるものが上級学校の選択であるとされている。親の上級学校選択権については、ボン基本法六条二項一段の親の教育の自由に含まれると解されており、ラント学校法八八条がこの権利をさらに具体化しているといえる。すなわち、同条一項は、親は教師との協議に基づいて上級学校の選択をする自由を有すると定めている。同条項の親の学校選択権は積極的な自由 (positive Freiheit) を意味する。他方、同条二項は、国は上級学校の進学について許可条件を設定する権限を有すると定めている。同条項は国に選択権限があることを示す規定であるが、この選択権限は消極的な権限を意味すると解されている。また、同条項により、親の上級学校選択権は国の選択権限との関係でのみ制限されることが許される、と解されるところとなっている。親の上級学校選択権が国の選択権限によって制限されることが許されるのは、国の定める許可条件が、一方では、進学後にその生徒に対して行われる授業において、当該生徒の能力に要求されることになる一定の最低基準を示しているといえるからであり、また、他方では、許可条件を設定することが、子どもの教育を代理するという意味で、生徒をして、その素質およ

び能力にふさわしい教育を得させることができるからである。<sup>(5)</sup> 消極的な選択権限を越えて、国が積極的な選抜を行うことは、親の教育の自由を侵害するものであって、許されないと解されている。<sup>(6)</sup> その意味で、親の上級学校選択権は必要以上に制限されてはならないと解されていることになり、たとえ、親が誤った選択権の行使をするとしても、それは甘受されなければならない、ということになる。

(1) Heckel = Avenarius, a. a. O., S. 305 ; Theodor Mannz = Günter Dürig = Roman Herzog, Grundgesetz (Art. 6), C. H. Beck, 1984, Rd. 27.

(2) Urt. des BVerfG vom 6. 12. 1972, NJW, 1973, S. 134.

(3) Christian Starck, *Staatliche Schulhoheit, pädagogische Freiheit und Elternrecht*, DÖV, 1979, S. 275 ; Klaus Schwitzke, *Verfassungsrechtliche Probleme des Elternrechts im Schulwesen, Recht der Jugend und des Bildungswesens*, (ZfLR DJB 25 (1974), 1974, S. 99.

(4) Urt. des BVerfG vom 6. 12. 1972, NJW, 1973, S. 134. この判決については、市川須美子「西ドイツにおける教育憲法裁判の展開」(法律時報一九八二年一〇月号)



## (c) 特殊学校についての決定権

学校法一五条は精神のおよび肉体的な障害を有する子どものための特殊学校の設置について定め、これに基づいて特殊学校制度が形成されている。この制度の中で、学校監督庁は障害を有する子どもに対して、その障害に応じた特殊学校を指定するが、その指定が親の意に反した場合、親の決定権の侵害になるか否かという問題が生ずる。この問題について、連邦行政裁判所は、子どもの成長を促し、彼を援助するという国の任務は子どもの人格権 (Persönlichkeitsrecht) を保障するものであるということができる<sup>(1)</sup>、子どもに対する特殊学校の指定はこの範囲内の行為であるから、それは親の決定権を侵害するものとはいえない<sup>(2)</sup>、と判示している。

(1) Beschluß des BVerwG vom 29. 12. 1958, DÖV, 1959, S. 230.

## (d) 私立学校の選択権

ボン基本法が公立学校制度と並んで私立学校制度の存在を認

めていることは七条四項により明らかであることから、親には私立学校の選択権が保障されている<sup>(1)</sup>。しかし、この権利も絶対的なものではなく、特に基礎学校の段階においては、すべての国民にとって共通な教育という意味を持つことから明らかとなる制限に服さなければならず<sup>(2)</sup>、この制限の趣旨はボン基本法七条五項の私立国民学校の設置に関する加重要件 (特別の教育的利益が認められること、教育権者の申立てにより、共同学校、単一宗派学校、もしくは、世界観の学校として設立されること、市町村内に同種の公立国民学校が存在しないこと) および七条六項の予備学校の禁止の中にみい出される<sup>(3)</sup>、と解されている。

(1) Heckel = Avenarius, a. a. O., S. 304.

(2) Oppermann, a. a. O., S. 796.

(3) Friz Ossenhühl, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, Duncker & Humblot, 1981, S. 128.

## (2) 学校に対する親の権利の行使

子どもの教育について共通の目的を実現すべく学校と家庭と

が意義ある協働を行うということが両者の間の相互理解を促進させるのであり、この相互理解の実現が、一方では、学校固有の任務である教育を鼓舞しうる可能性を持たせ、他方では、学校教育上生ずる出来事について組織的に提案していく可能性を得るために包括的に情報を入手する可能性に道を開くことになると考えられている<sup>(1)</sup>。そして、このような考え方が、ボン基本法六条二項一段に由来するラント憲法二条一項および学校法五五条一項(親の教育の自由)に基づいて、親の教育任務の遂行に重要となるすべてを含むところの親の通知の権利(Das Recht auf Unterrichtung)を導き出すところとなっている<sup>(2)</sup>。

通知の権利の内容として、学校の任務にかかわる限りで、内容上、方法上および教育上の見解についての情報を得たり、外部組織についての情報を得る権利が認められ、また、それらとの関連において、生徒に関する記録、試験の記録およびその他の基本的資料について閲覧する権利が認められる、と解されている<sup>(3)</sup>。

学校教育をすすめていく上において重要と考えられている、生徒の家庭状況を照会する学校の任務および各家庭自身の教育に関する調査回答を受けとる学校の任務もまた学校と家庭との間の一致の考え方に基づいて行われているものであり、それら

は対話を基礎としているものであることから、親の聴聞および対話(Mitsprache)の権利も前述した条項から導かれることになる、と解されている<sup>(4)</sup>。この権利の保障により、すべての親は、学校に対して、彼自身で、抗議、願望、提案、期待および配慮という点で、意見を申し述べることができることになる。しかし、それらを個々の親が、その時々に行うことになれば、学校の任務が妨げられる場合が生ずることから、学校が、それらを学校のスケジュールにおいて統一すべく、面会時間および面会日を設定することは親の権利の侵害とはならない、と解されている<sup>(5)</sup>。

こうして、ラント憲法二条一項および学校法五五条一項により、親には通知の権利、聴聞および対話の権利が認められると解されているが、同条項において親の聴講権(Hospitationsrecht)についての定めがないことから、右権利はボン基本法六条二項一段により保障されるか否かが問題とされていた。この問題については、ブレーメン州において争われており、同州の学校法が学校における親の聴講を一定の条件の下で認めると定めていたことに対して、子どもの親が聴講権を制限する学校法はボン基本法六条二項一段違反になると訴えているのである。これに対して、連邦憲法裁判所は、親の情報を得る権利

料

資

(Informationsrecht) は、単に、親と教師との間において個々にコンタクトをとるという範囲で情報の交換を行うという意味の権利にすぎないのであり、また学校により継続的に与えられる情報が子どもにとつては不利に作用する場合、親の情報を得る権利は制限されなければならないという理由から、ボン基本法六条二項一段を聴講権の根拠とすることを否定している。<sup>(5)</sup>

(1) BVerfGE 34, 183.

(2) OVG Koblenz, DÖV, 1963, S. 553.

(3) Ursula Fehrmann, *Die Bedeutung des grundgesetzlichen Elternrechts für die elterliche Mitwirkung in der Schule*, AÖR, 1980, S. 543.

(4) Fehrmann, *a. a. O.*, S. 543.

(5) Fehrmann, *a. a. O.*, S. 545.

(6) BVerfGE 59, 360.

(3) 親の協働決定権

既述のごとく、親の協働決定権はボン基本法六条二項一段からは導かれず、ラント憲法に定められている場合に、それを根拠とする権利である、と解する説が通説となっている。したがって、この決定権についてどうするかは各ラント毎に異なること

となる。

バーデン・ヴェルテンベルク州においては、ラント憲法一七一条一項が親の協働決定権について定めており、同条項がこの権利の保障の根拠規定となる。また、同条項を受けて、学校法四七条、四九条、五五条ないし六〇条がこの権利について具体的に定めている。これらの条項によれば、選挙によって選ばれた親の代表者がこの権利を行使することができ、この権利の行使はあらゆる学校の出来事にわたることを予定しているとされている。また、代表者がこの権利を行使するための機関として、父母評議会 (Elternbeiräte) または学校構成者団体 (Schulpflege-schaft) の二つがある。<sup>(7)</sup>

(1) Wille, *a. a. O.*, S. 91.

(a) 各機関の概要

父母評議会は次のようになっていいる。父母評議会の最小の単位は学校の父母評議会であり、この評議会は各クラスにおいて選挙された代表者によって構成される(学校法五七条)。学校の父母評議会の上に全体父母評議会があり、これは学校父母評議会の代表者によって構成される(同法五八条一項)。さらに、全

体父母評議会の上にラント父母評議会があり、これは全体父母評議会の代表者によつて構成される(同法六〇条)。これらのことから明らかになるように、各段階の父母評議会の構成員の資格要件となるのは、各クラスにおいて選挙によつて選ばれた代表者であること、である(同法五五条二項二号)。

各段階の父母評議会のうちラント父母評議会においては、その構成員たる全体父母評議会の代表者は聴聞権および議案提出権を有している。またラント父母評議会は文部省の審議機関として位置づけられている(同法六〇条)。

次に学校構成者団体についてみよう。この機関は、親、生徒および教師というそれぞれの集団が相互に協力する団体として位置づけられている。この機関の最小の単位はクラスの仕事に携わるクラス構成者団体であり(学校法五六条)、この団体の権限は審議および経験交流に限定されている。この団体の上に、学校全体の機関として学校会議(Schulkonferenz)があり(同法四七条)、学校会議は学校を構成するすべての集団を結びつける機関となっている。この機関の法的性格は調停機関(Schlichtungsorgan)とされており、この機関は学校において生ずるすべての重要問題について、投票権(Vorschlagsrecht)および情報を得る権利を有している。なお、この構成員が投票権を行使

する任務の範囲内(校則の制定、クラスの課題や宿題の問題についての決定等)で協働決定機関としての機能も持っている(同法四七条三項)<sup>2)</sup>。この機関の上には、さらに、学校評議会(同法四九条)およびラント学校評議会(同法七一一条)があり、これらは審議機関としての機能を有している。

(1) Wilhelm Holdfelder = Wolfgang Bosse, Schulgesetz für Baden Württemberg, 7. Aufl., Boorberg, 1984, § 47 Amn. 1.

(2) Holdfelder = Bosse, a. a. O., Amn. 2-4.

(b) 協働決定権の範囲

学校法は、右の各機関に対して、内的学校事務の領域について、情報を得る権利、聴聞権および助言権を保障している。しかし、原則として、純粹の協働決定権といえる、発言権、決定権および投票権を認めているとはいえない。このように、純粹の協働決定権を認めなかった理由は、親の代表といえども、集団の中の限られた一部を代表しているにすぎず、しかも彼らにより議会の権限すら制限されてしまうこと、および宣伝力を持つとともに実行力を持つ親が集団において実権を握るとい

料  
う過去の経験があること、にある<sup>1)</sup>。

資

(1) Lutz Dietze, *Elternrecht als Bestimmungsrecht und Anspruchsgrundlage der schulischen "umfassenden Allgemeinbildung" ihrer Kinder?* NJW, 1982, S. 1353 ff.; Heckel = Avenarius, a. a. O., S. 309.

(c) 協働決定権と子どもとの関係

学校法五五条三項は、生徒が成年に達した後も、親に対して、その所属する学校の集団の中で、彼の子の権利に配慮する権利を与えている。その意味で、生徒は、学校において、親の集団と強く結びつけられている、ということができ、このことは、同法五六条二項のクラス構成者団体、四七条の学校会議の規定に示されるところとなっている。

もっとも、クラス構成者団体の会議についていえば、親は、生徒が参加することなしには、決定したことを学校監督庁に対して実施させる権利を持たず、この会議において、個々のケース毎に秘密の取扱いを行う権利を持つにすぎないと解されている。その理由は、生徒を親の集団から完全に排除することは、親の教育の自由の行使は子どものも固有の権利を配慮するもので

なければならぬ、ということに反し、憲法上許されない、というところにある<sup>1)</sup>。

なお、これらの会議については、生徒が成長し、成年に近づいていくにつれて、生徒の参加権および権利性が強化されていくべきか否かを検討することが、今後の課題として残されている。

(1) OLG Lüneburg, RdJB, 1984, S. 62.

## 五 むすびにかえて

親の教育の自由についての以上の検討から明らかにされたことをまとめよう。西ドイツ全体におよぶボン基本法の保障する親の教育の自由は個人的な基本権であり、この自由は本来的な基本権の側面と子どもの権利保障のために行使されなければならない側面とを有している、と解されている。そして、このように、両側面を有するということから、親の教育の自由と国の学校監督権の調整の時に、子どもの人格の自由な発展の権利の問題であることが認められる場合には、前者が優位におかれることになるのである。また、個人的基本権としての親の教育の

自由は、子どもの基本権の侵害に対する防禦権、教育課程選択権および宗教教育参加の決定権を内容としていと解されるところとなつてゐる。

ところで、ボン基本法の親の教育の自由からは集団的な親の権利を意味する協働決定権は導かれなないと解されており、この権利についてはラント憲法の事項とされている。バーデン・ヴェルテンベルク憲法はこの協働決定権に関する定めを有しており、したがつて、同ラントでは、ラント憲法に協働決定権の根拠が求められることになる。同ラントの協働決定権は、選挙された親の代表によつて行使されるものであり、この権利の行使は、原則として、情報を得る権利、聴聞権および助言権についてまで認められると解されている。この解釈によれば、発言権、決定権、投票権は認められていないことになり、それは本来の意味の協働決定権を保障しているとはいえないことになる。しかし、この点について、同ラントでは、代表者のこの権利の行使はすべての親の意見を反映するものではなく、また議会の権限の制限をもたらずという理由から、妥当と解されている。かくして、バーデン・ヴェルテンベルク州では、親の教育の自由について、ボン基本法により個人的基本権が保障され、ラント憲法により集団的権利が保障されると解され、この解釈に

基づいて親の教育の自由についての立法および教育実務が展開されているということが明らかとなる。また、それにより、我が国における親の教育の自由よりも広い範囲において、自由権の行使が認められていることも明らかになつたといえよう。しかし、同ラントにおいて（場合によっては西ドイツ全体において）、親の教育の自由の保障について問題が残されていないわけではない。その問題について、重要な点を幾つか指摘することによつて結びに代えよう。

親の個人的基本権の行使に関して、親は子どもの基本権の侵害に対する防禦権を有することが解釈上認められているが、親はどの程度教育内容について要求権を持つかは明らかにされない。この問題は、学校教育に対しては寛容の原則が適用されると解されることから問題となり得るものであり、国の定めた教育目標および教育内容が価値観に触れる場合に、その差止めが可能か否かという問題として現れる可能性があるのである。

また、親の個人的基本権の行使は、子どもの基本権の行使との関係で、なお問題になる可能性を有している。例えばバーデン・ヴェルテンベルク州の学校法一〇〇条b二項は、学校で実施する性教育の参加について親の同意を要件としており、特に

一五歳以上の子どもについてはこの要件が子どもの決定権の侵害にならないか否か問題になりうると思われるのである。

親の集団的権利については、バーデン・ヴェルテンベルク州の場合、親の個人的基本権の侵害にならない範囲での行使が認められるとされ、それによって、投票権、議決権が否定されているが、必ずしも、その制限原理は明確とはいえないという問題がある。実際に、ヘッセンなどでは本来的な協働決定権が認められていることから、この問題に対する検討の余地があるといえるであろう。