

## 論文

# ドイツにおける親の教育権の法的構造

結 城 忠

Die rechtliche Struktur des elterlichen Erziehungsrechts in der  
Bundesrepublik Deutschland

YUKI Makoto

〈目 次〉

### 第1節 親権の変遷史

- 1 ローマ法における親権
- 2 中世ドイツ法における親権
- 3 ドイツ普通法における親権
- 4 プロイセン一般ラント法における親権
- 5 ドイツ民法典における親権
- 6 男女同権法制定以前の法状況と親権
- 7 男女同権法の制定と親権
- 8 親の配慮権に関する新規制法における親権

### 第2節 親の教育権の法的特質と属性

- 1 自然権としての親の教育権

- 2 憲法上の基本権としての親の教育権
- 3 特殊な包括的基本権としての親の教育権
- 第3節 親の教育権と国家の学校教育権
  - 1 親の教育権と学校教育権の等位テーゼ
  - 2 親の教育権と学校教育権の一般的関係に関する理論
- 第4節 性教育をめぐる親の教育権と国家の学校教育権の関係に関する連邦憲法裁判所決定
  - 1 事件の概要
  - 2 下級審の判断
  - 3 決定要旨
  - 4 学説の評価
  - 5 学校における性教育と法律の留保
- 第5節 親の教育権と子どもの人格的自律権
  - 1 子どもと基本的人権
  - 2 憲法の人権保障規定と親子関係
  - 3 「縮減・弱化する親の権利—伸張・強化する子どもの権利」の原則

## 第1節 親権の変遷史

ヨーロッパにおける家族法制史を紐解けばクリアーに知られるように、親権は歴史的にその性格を大きく変貌させてきた。それは、一言でいえば、「子に対する権力的な人的支配権としての親権（家父長権）」から「子のための後見ないし監護・配慮権としての親権・親義務」への発展史だと言える。「親権の歴史は子の地位の上進史だと云ってよい」<sup>(1)</sup>、と言い換えてもよい。

親権の変遷史をドイツ法に引きつけて端的に例証しておく、以下のようである<sup>(2)</sup>。

## 1 ローマ法における親権

古代ローマ法においては、家を統率する家父（*paterfamilias*）は家子に対して絶大な「家父権」（*patria potestas*）を有していた。それは、権利という概念をはるかに超えて、いわば家子に対する無制限かつ絶対的な支配権力ないしは処分権とでもいうべきものであった<sup>(3)</sup>。

具体的には、家父は家子を第三者に譲渡したり、売買することができた。また遺棄することも、奴隷にすることもできた。それどころか、懲戒権の一環として、家父は家子の「生殺与奪の権利」（*ius vitae necisque*）を把持していたのであった。そしてこの場合、家子には異議申立て権は認められていなかった。

しかも家父権は終身にわたる権力で、家子の年齢にかかわらず、家父が死亡するまで存続した。くわえて母もまた家父権に準じた権力—この支配権は「*manus*」と称された—に服し、母にはその子についての固有の権利はいっさい認められていなかった<sup>(4)</sup>。

## 2 中世ドイツ法における親権

中世ドイツにおいてはラント法、都市法、封建法、さらには各種団体の自治法規などが重畳的に併存し、法制状況はきわめて複雑であったが、13世紀に私人が法書（*Rechtsbücher*）を編纂するに至った。そのうち最も有名な法書は、ザクセンのラント法と封建法を集成した「ザクセン・シュピーゲル」（*Sachsenspiegel*）—1220～1235年の間にレプガウが編纂—であるが、そこにおける親権は端的には次のようなものであった。

家父は家子の身上監護・教育および財産管理などについて包括的な権力を有するとされた。そしてこの権力には、食糧不足や困窮という条件つきではあるが、ローマ法におけると同じく、子どもを殺す権利や子どもを売買する権利が含まれていた。ただ家子には一定範囲ではあるが、自己の財産を取得する権利が認められ、また家父の家子に対する権力は家子の経済的な独立をもって消滅した。

またローマ法とは異なり、家父だけではなく、一定範囲・程度において、「母の権力」(materna potestas)も容認され、そして家父の死後は母が単独で子に対する支配権を行使することができた。

### 3 ドイツ普通法における親権

ドイツは919年以来神聖ローマ帝国と称され、ローマ帝国の継続と考えられていたこともあって、ローマ法を本格的に継受した。それは16世紀末頃までに完了した。継受されたローマ法はドイツ普通法(Das gemeine deutsche Recht)として、ドイツ全域に適用されたのであるが、そこにおける親権の基本的な特質は以下のものであった。

ローマ法における家父権を直接的には継受しなかったが、父による後見制を採用し、子どもの身上監護・教育および財産管理上の包括的な支配権力を父に認めた。ただ父の権力は終身にわたるものではなく、息子についてはその経済的な独立によって、娘の場合は結婚によってそれぞれ消滅した。

また多くの地方特別法(Die Partikularrechte)が母に対しても父権とほぼ同等の権力を認め、父の死後は母が単独で子どもに対する権力を行使できた。

### 4 プロイセン一般ラント法における親権

1794年に制定公布されたプロイセン一般ラント法(Das Preußische Allgemeine Landrecht)は各種の法域を包摂する大法典で、規定内容も、たとえば、「信教の自由」や「拷問の禁止」などの基本的人権の保障規定や近代的な契約条項を擁するなど、ドイツ法制史上に一大エポックを画した法律であるが、その第2部第2章で親権に関して規定した。

それによると、子の財産管理に関しては父が包括的な権力を有するが、身上監護・教育については夫婦が協力してこれに当たらなければならないとしており、「親権の共同行使」を原則とした。ただ子の身上監護・教育

に係る費用は父が負担しなければならないとしており、こうして身上監護・教育権は第1次的には父に属した。

しかし一方で、父は4歳未満の子は母の意思に反して母から引き離してはならないと規定しており、この年齢段階の子については母に固有の監護・教育権を認めている。また子どもに対する懲戒権・体罰権も父の単独権ではなく、両親の共同の権利だとされた。父が子どもを虐待するなど親権を濫用した場合は、後見裁判所が規制的に介入することができるとし、また子が職業や配偶者を選択する場合は、父は子の意思を考慮しなければならないとするなど、「父の権力」(Väterlicher Gewalt)は「子の権利」との関係で、一定範囲・程度において制約を受けるところとなっている。子どもに対する「父の権力」は、ドイツ普通法におけると同様、子の経済的独立ないしは婚姻でもって消滅した。

なおプロイセン一般ラント法は学校法域において次のように規定して、「親の家庭教育の自由」を法認し、義務教育の類型として「教育義務制」(家庭義務教育)を採用している<sup>(5)</sup>。

「自宅においてその子のために必要な教育をすることができない者、またはそれを望まない者は、その子が満5歳に達したる以後就学させる義務を負う」。

## 5 ドイツ民法典における親権

1873年にいわゆるビスマルク憲法(1871年制定)が改正されて、従来の刑法や裁判手続法などに加えて、民法の立法権がライヒ(帝国)に与えられたのを受けて、民法典の編纂作業が開始され、1886年8月に民法典(Das bürgerliche Gesetzbuch)が公布を見るに至った(1900年1月施行)。

同法は従前の「父の権力」という概念を放棄し、「両親の権力」(Elterliche Gewalt)と題して、こう書いた。「子は未成年の間は両親の権力に服する」(1627条)。この条文はその後、「父および母は・・・両親の権力により、その子の人物および財産に対して配慮する(sorgen)権利を有し義務を負

う」と改正された。

ただ「両親の権力」とはいつでも、この権力は第1次的には父に属した。母は子の身上監護および教育についてだけ、この権力を父権と併存してだけ享有し（母の権力は副次的権力〈Nebengewalt〉）、両者の意見が一致しない場合は父のそれが優位した<sup>(6)</sup>。父の権力が停止ないし事実上支障をきたした場合、および父が死亡した場合にだけ、母は単独でこの権力を行使することができた。子どもの法定代理権は父だけに帰属した。

子の人物に対する配慮（Personensorge）には子どもの養育、教育、監督、居所の指定などが含まれるとされた。そして関連して、「父はその有する教育権にもとづいて、子に対して適当な懲戒手段（angemessene Zuchtmittel）を行使することができる」（1631条2項）と規定し、子に対する父の体罰権をなお容認していた。

ただ上述のように、ドイツ民法は子の身上監護・教育および財産に対する「両親の権力」は権利であるとともに義務でもあると規定し、また「配慮」（Sorge）というタームを使用していることから窺えるように、ここにおいては「親の権力」の子に対する支配権性は相対的には一定程度弱められるに至っている。

## 6 男女同権法制定以前の法状況と親権

1949年5月に制定されたドイツ基本法は「男性と女性は同権である」（3条2項）と規定し、くわえて、この趣旨に反する法令は所要の改正がなされない場合、1953年3月31日をもって失効すると定めた（117条1項）。

家族法の領域においては、①子どもの身上監護・教育面における父権の優位性＝母の権利の副次性を定めた条項、および、②子どもの法定代理権を父の専権としている条項が、上記基本法違反条項に該当した。

基本法の立憲者は上記の期限までには男女同権法が制定されると考えていたのであるが、しかし同法の制定が遅れ、上記の民法条項は1953年3月31日をもって失効した。そこでこの法的空白を補うために、この時期の判

例は下記の原則を確認したのであった。①親権の行使は父と母の共同行使によること、②子の身上監護・教育と財産管理を問わず、両親は同等の権利を有すること、③子の法定代理権は父と同様、母にも帰属する、がそれである<sup>(7)</sup>。

## 7 男女同権法の制定と親権

1957年6月、上記基本法3条2項の趣旨をうけて、「男女同権法」(Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts v. 18. Juni 1957) が制定され、この法律により、家族法域においても、母の法的地位は原則として父のそれと同等とされることになる。具体的には、民法の親権条項が「子は未成年の間は父母の親権に服する」と改正され、母の親権・親権の共同行使の原則が明記された。これを受けて、判例によってすでに確認されていた、子に対する身上監護・教育と財産管理における父と母の同権も民法上規定された。

しかし民法はなおも、親権の共同行使に際して両親の意見が一致しない場合は、父のそれが優先する(1628条)との規定をもっていた。この条項は基本法3条2項と相容れる筈はなく、そこで1959年、連邦憲法裁判所の判決によって違憲・無効とされたのであった<sup>(8)</sup>。

## 8 親の配慮権に関する新規制法における親権

1979年、「親の配慮権に関する新規制法」(Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge v. 18. Juli 1979) が制定され、ドイツ家族法における親権は画期的な展開を見せることになる。同法により、民法1626条(旧1627条)は下記のように改正されたのである。

1項 = 「親は未成年の子に対して配慮する権利を有し義務を負う。親の配慮には子の身上に関する配慮と子の財産に関する配慮が含まれる」。

2項 = 「親は、子を育成し教育するにあたって、子の自律的で責任ある

行為への伸張する能力と増大する欲求（die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem, verantwortungsbewußtem Handeln）を考慮するものとする。親は子の成長の程度に応じて、親による配慮の問題を子と話し合い、子と合意するよう努めるものとする。

新規制法は親の子に対する支配権を含意する「親の権力」という用語を廃棄し、それに代えて新たに「親の配慮権」（Das elterliche Sorgerecht）という概念を創出した。この権利にはその内容として子の法定代理権、子の身上に対する配慮、子の財産に対する配慮が含まれることは従前と同様であるが、しかし子に対する権利の強度の面においては従前の親権とは決定的な違いを見せるに至っている。

上記のように、親は配慮権の行使に際して、子の成熟度に応じてその人格的自律権を尊重し、子との合意のうえでこの権利を行使することが義務づけられているのである。ここにおいては親権の子に対する義務性と社会的な権利性＝子を自律的で責任ある市民に育成する責任が強調されており、子に対する支配権性は本質的に払拭されるに至っている。

なお新規制法により、子に対する「屈辱的教育措置（entwürdigende Erziehungsmaßnahmen）は許されない」との条項が民法に追加され（1631条2項）、その後、これをうけて2000年に「教育における暴力追放に関する法律」が制定されて、親の体罰権は全面的に否定されることとなっている<sup>(9)</sup>。

## 第2節 親の教育権の法的特質と属性

### 1 自然権としての親の教育権

#### 1-1 親の教育権の自然権性

基本法6条2項は、ワイマール憲法120条を継受して、親の教育権について下記のように規定している。「子どもの育成および教育は、親の自然的



権利（das natürliche Recht der Eltern）であり、かつ何よりもまず親に課せられている義務である。その実行に対しては、国家共同社会がこれを監視する」。

ドイツの学説・判例が説くところによれば、この親の教育権はその起源を家族という生物的・道徳的・宗教的秩序（自然的な生活共同体）に発し、親子という自然的血縁関係に基づくオリジナルなもので、いわば「親族上の原権」（familiäres Urrecht）<sup>(10)</sup> ないしは「人間の根元的権利」（menschliches Elementarrecht）に属する<sup>(11)</sup>。そしてこの場合、「教育における第一義的かつ不可欠な力としての親の子に対する自然の愛情が、道徳上および自然法上、親の教育権を根拠づける」と説明される<sup>(12)</sup>。

ちなみに、この点について、連邦憲法裁判所も次のように判じている<sup>(13)</sup>。

「基本法6条2項にいう親の教育権は自然に基礎をおく生物的な親子関係に基づく。立憲者は、子どもに生命を与えたものが、条理上（von Natur aus）、その監護および教育の責任を引きうける資格があり、またそれに最もふさわしいということから出発している」。

そして家族は人類の発生と同時に存在し、それは国家に先行する社会の基礎単位であるところから、一般に、この権利は「始源的・前国家的・不可譲かつ放棄することのできない人間の権利」（Das ursprüngliche, vorstaatliche, unveräußerliche und unverzichtbare Menschenrecht）、すなわち「自然権」（natürliches Recht）だと解されている<sup>(14)(15)</sup>。

この親の教育権の自然権性は、ドイツにおいては<sup>(16)</sup>、ワイマール憲法120条によって憲法上明文をもって確認された。こう規定されたのであった。「子を教育して、肉体的、精神的および社会的に有能にすることは、親の至高の義務かつ自然的権利（oberste Pflicht und natürliches Recht der Eltern）である」。

また現行法制においても、先に引いた基本法6条2項のほかに、たとえば、バイエルン州憲法126条やノルトライン・ウエストファーレン州憲法8条などの州憲法によっても明記されているところである。

## 1-2 親の自然権的教育権の法的性質

ところで、上記にいわゆる「親の自然権的教育権」とは果たしていかなる法的性質のものであるか。

これについては歴史的に深刻な争いがあるが、カトリック自然法の立場（形式的自然法の思想）からは、大要、つぎのように説かれる<sup>(17)</sup>。

教育の目的は人々を人倫と社会共同生活の基礎にある神の秩序に導くことにある。創造主の至近者としての「親」<sup>(18)</sup>こそがこのような教育を進めていくための最上の教育者である。「自然の条理により、親は子どもを教育する権利を有するが、同時に親はその教育を、子どもは神の賜物であるという目的に一致させる義務を負う」〈ローマ教皇回勅・1890年1月10日〉。

この場合、親は神の委託によって子どもの教育に当たる。つまり、親の教育権は「神から賦与された自然権」(gottgegebenes Naturrecht) ないし「神から欲せられた自然権」(gottgewolltes Naturrecht) にほかならない。「教育はなかんずく、何にもましてかつ第一義的に教会と家庭に帰属する。それは自然法および神法 (göttliches Recht) によってであり、しかも取消しえない不代替的な形態においてである」〈ローマ教皇回勅「青少年のキリスト教教育について」〈1929年12月31日〉。

神法に由来する親の教育権は「始源的・超実体法的自然権」(primäres, überpositives Naturrecht) として、いかなる人間社会の法・国家法にも優先する。世俗のどのような権力によっても侵害されえない。ただ教育には宗教教育・道徳教育だけでなく、市民教育 (bürgerliche Erziehung) も含まれるから、この教育領域においては、国家も一定範囲の権能をもつ。しかしこの場合でも、国家は親の代理人として、親の名において機能し、親の教育権に拘束される。教育上の優位権 (Erziehungsprimat) は親の側にあり、国家は親が行う教育に対してはただ支援的・促進的にかかわることができるだけである〈いわゆる学校制度における国家的機能の副次性原則・Subsidiaritätsprinzip〉。

要するに、「親権は国法を破棄する (Elternrecht bricht Staatsrecht)」<sup>(19)</sup>。

ところで、親が子どもを教育するのは、親の権利であるとともに、創造主に対する無条件の良心上の義務である。「あらゆる力を尽くして子どもの宗教的・道徳的・肉体的・市民的教育を行うのは、親に課せられた厳格な義務である」(カノン法1113条)。

ただ「最高位の教育権」(Das oberste Erziehungsrecht)は教会に属しており、そこで親の教育権は教会の命令と決定に従って行使されなくてはならない。つまり、「子どもや信者の教育を監督することは、それが公私立いずれの施設で行われるかを問わず、教会の不可譲の権利であり、かつ同時に回避できない義務である」(前出・ローマ教皇回勅・1929年12月31日)。

こうして、親の教育権は内容的にも教会の教育権によって規定され、「すべての信者は幼児から真の宗教とキリスト教道徳において教育されなくてはならない。それ故、無宗教教育 (religionslose Erziehung) は全面的に拒否されなくてはならない」(カノン法1372条)。「カトリックの子弟はカトリックの学校に就学しなければならない」(カノン法1374条)<sup>(20)(21)</sup>。

以上が「親の自然権的教育権」に関するカトリック自然法的見解の概要であるが、しかし現代の立憲制法治国家においては、このような親の教育権の排他的絶対性=学校制度における国家機能の副次性原則はとうてい肯認されえない、とするのが、ワイマール憲法下から今日に至るまでのドイツにおける国法学・憲法学の通説および判例の立場である。

すなわち、通説・判例によれば、親の教育権の「自然権」たるゆえんは、それが国家によって賦与されたものではなく、自然的共同体たる家族・親子関係の本質に由来する権利だということにある。「自然権」というタームは、第一義的には、この親の教育権のオリジナリティーないし始源性を表徴したものに他ならない。連邦憲法裁判所も判じているように、「この自然権は国家によって親に賦与されたものではなく、所与の権利 (vorgegebenes Recht) として、国家によって承認されたものなのである」<sup>(22)</sup>。

なるほど親の教育権は国家に先行する自然的所与の権利ではあるが、そ

れはあくまで法的概念なのであり、カトリック自然法論が説くような形式的自然法＝「自然法は実定法を破る」の意味での超実定法的自然権とは解されえない。したがって、当然のことながら、この権利は国法的規律の範囲内にあり、「私教育・家庭教育の自由」を留保して、公教育運営の領域においては「国家の学校教育権」(Das staatliche Schulerziehungsrecht) ないし「教育主権」(Schulhoheit) と緊張関係に立つ。一言でいえば、「親の教育権は法治国家的な全体秩序に編入され、・・・社会的拘束性(Gemeinschaftsgebundenheit) によって拘束される」<sup>(23)</sup>。

この問題は、ドイツにおいてはワイマール憲法120条およびこれを継受したドイツ基本法6条2項の解釈をめぐって活発に論議されたところであるが、国法学・憲法学の支配的見解および判例の立場は、大要、上述のようであった。

ちなみに、この点、たとえば、ワイマール憲法の名高い註釈家・G.アンシュッツは、同憲法120条にいう「自然権」についてこうコメントしている。

「自然権としての親権という表現を誤解してはならない。この文言は親権を超国家的な領域に高めること、つまり、国の立法権が侵すことのできない自然権の承認を意味しない。いわんや、それは決してカトリック教義の意味における自然権ではない。自然権という表示は、立憲者意思によれば、親権は国家によって賦与されたものではないということを言わんとするところにあり、それを国家の立法権から免れさせようとするものではない」<sup>(24)</sup>。

またドイツ基本法下における学説をE.シュタインに代表させると、以下のようなものである<sup>(25)</sup>。

「憲法上保障されている親の自然権は、その成立史が示しているように、カトリック教義の意味における自然権ではない。自然的教育権という表現は、それが家族という生物的・道徳的・宗教的秩序に基づくということだけを意味する。・・・それ故、親権は国家の教育権に絶対的に優位するも

のではない」。

### 1-3 親の自然権的教育権の法的効果

さて、それでは親の教育権が「自然権」であるということは、具体的には何を意味し、またそこからどのような法的効果もたらされることになるのか。指導的な憲法学者・F.オッセンビュールも指摘しているところであるが<sup>(26)</sup>、「自然権」である以上、通常の権利と異なり、「特別な重みと強固さ」が予定されていると解するのが、通説および判例の立場である。以下の点において、そうだと解されている。

第1に、子どもの教育に対する第1次的な権利と責任は親にあるということである。ちなみに、この点を確認して、世界人権宣言が「親は、子どもに与えられる教育の種類を選択する優先的権利 (prior right) を有する」(26条3項)と謳い、また子どもの権利条約も「親は・・・子どもの養育および発達に対する第1次的な責任を有する」(18条1項)と書いていることは、既によく知られている。

F.オッセンビュールの親の教育権解釈によれば、親は子どもの教育に際して何が子どもの福祉や最善の利益にもっともよく叶うかの「解釈優先権」(Interpretationsprimat)をもっている、ということに他ならない<sup>(27)</sup>。その根拠について、W.ガイガーは次のように述べている。「子どもは血統により、親と始源的かつもっとも親密な関係にある。それ故、そこから生じる親の子どもに対する責任は、子どもと社会総体との間接的な関係から生じる国家の権利・義務よりも強くなくてはならない」からである<sup>(28)</sup>。

この点、連邦憲法裁判所の判旨にも、「この親の第1次的な決定権は、子どもの利益は親によってこそ最もよく担われるとの考慮に基づいている」とある<sup>(29)</sup>。

こうして、国・地方自治体・学校は親の教育権を尊重する義務を負い、学校教育は可能な限りの程度において、できるだけ多数の親意思を反映して運営されなければならない、さらにすぐれて価値的・高度に人格的・個人

的な教育事項については、その決定権は親（成熟度により子ども）に留保されている、ということが帰結されることになるが、現行法制上も、つぎのような州憲法の条項が見えている。

- ・ラインラント・プファルツ州憲法27条＝「その子の教育について決定する親の自然権は学校制度形成の基盤（Grundlage für die Gestaltung des Schulwesens）をなす。国および地方自治体は、親意思を尊重して、秩序ある子どもの教育を保障する公の諸条件および諸制度を整備する権利を有し、義務を負う」。
- ・バイエルン州憲法126条1項＝「個人的な教育問題（persönliche Erziehungsfragen）においては親意思こそが決定的である」。

第2に、親の教育権は始源的な国家に先行する権利であるから、実定法上、明文の根拠規定がない場合でも、「親としての自明の権利」（selbstverständliches Recht）として<sup>(30)</sup>、すでに条理法上保障されている、ということが導かれることになる。基本法6条2項の親の教育権条項はいわばその実定法的反映にほかならない、と捉えられることになる。

第3に、親の教育権は実質的意味における「自然権」として、「実定法に対する規制原理としての法の価値理念」を包蔵していると解されることになる。F.オッセンビュールの定式化によれば、「価値決定的根本規範（wertentscheidende Grundsatznorm）としての親の教育権」という位相である<sup>(31)</sup>。

つまり、親の教育権は基本的人権としての防御的機能にくわえて、そのもつ法価値から、実定法の実質的な内容規定＝法の実質的実定性を導き出すと把握されることになる。

第4に、親の教育権には通常の権利よりも憲法上優先的な保障が与えられているということである。基本法は各種の基本的人権を保障しているが、「自然権」として位置づけているのは、この親の教育権だけである。このことは、P.フライクによれば、立憲者がすべての基本権のなかでもとりわけ親の教育権には「もっとも鋭い基本権としての性格づけ」（die

schärfste grundrechtliche Charakterisierung) を与えたことを意味するといふ<sup>(32)</sup>。

第5に、「自然法」上の存在としての家族制度と係わって、国・地方自治体は、濫用や懈怠がない限り、親から教育権を剥奪したり、その本質的な内容に破壊的な介入をしてはならない義務を負っている、ということが帰結される。

ちなみに、この点を確認して、基本法も「婚姻および家族は、国家秩序の特別な保護をうける」(6条1項)と書き、これをうけて「子どもは、教育権者(Erziehungsberechtigte・親を指す・筆者)に故障がある場合、または子どもがその他の理由で放置されるおそれのある場合に、法律の根拠に基づいてのみ、教育権者の意思に反して家族から引き離すことが許される」(同条3項)と明記しているところである。

## 2 憲法上の基本権としての親の教育権

先に引いたように、基本法6条2項は親の自然的教育権を明文でもって保障している。憲法上の基本権としての親の教育権という位置づけである。

憲法学の支配的な見解や判例が説くところによれば、基本法6条2項の親の教育権条項は単なる客観法上のプログラム規定(Programmsatz)や原則規範さらには制度的保障ないしは解釈基準ではない。それは、主観的公権(subjektives öffentliches Recht)の意味における基本権を根拠づける<sup>(33)</sup>。この点は、ワイマール憲法120条が、当時の通説によれば<sup>(34)</sup>、もっぱら制度的保障(Institutionelle Garantie)だと解されていたのとは決定的に異なる。

こうして基本法6条2項にいう親の教育権は、「国家にむけられた真正基本権」(echtes, staatsgerichtetes Grundrecht)ないしは「直接に妥当する客観的権利」(unmittelbar geltendes objektives Recht)として、具体的内容をもった法的権利であると解されている<sup>(35)</sup>。

言葉を換えると、親の教育権は具体的権利として基本法みずからが確定

しており、こうしてこの権利は、R.トーマのいわゆる「憲法の力をもつ基本権」として、立法・司法・行政を拘束するとともに、裁判所に対してその保護・救済を求め、法的強制措置の発動を請求しうる権利だということである。既述したように、親の教育権は自然法的な人間の根元的権利・憲法上の根元的基本権として、憲法秩序の基底に位置しており、そこで、この権利には憲法上優先的な保障が与えられていると解されているからである。

くわえて、親の教育権は前国家的な憲法以前の権利であるから、立法・司法・行政権を拘束するだけでなく、憲法制定権をも拘束する、と把握されていることも重要である。こうして、憲法上、親の教育権について一定の制限を定めることはもちろん可能であるが、親の教育権それ自体を基本的に否定するような憲法改正は許されない、ということが帰結されることになる。

ちなみに、連邦憲法裁判所も裸体主義文化運動事件で、親の教育権と立法権との関係について、つぎのように判じている。

「立法者は親の自然的教育権の内容を恣意的に制限してはならない。……教育に関する正当な公の利益 (legitimes öffentliches Interesse an der Erziehung) が存する場合に限り、……それに介入できるだけである。立法者は、個々の措置では不十分であり、一般的措置が危険防止のための必要かつ正当な手段である場合にのみ、親の教育権に一般的禁止をもって干渉することが許される」<sup>(36)</sup>。

以上からも知られるように、基本法6条2項は「私学の自由」条項（基本法7条4項）や「(教育における) 地方自治」条項（基本法28条2項）などと共に、国家の教育独占に対する保護条項としての機能を担っている。また基本法の価値秩序や基本権の保障体系はワイマール憲法とは大きく異なっており、こうして同条はワイマール憲法120条と法条はほとんど同じではあるが、そのもつ意義には決定的な差異があるということが重要である<sup>(37)</sup>。



ところで、上述のように、いうところの親の教育権は現行法制上、基本法6条2項によって憲法上の基本権として明示的に保障されているのであるが、それはより根元的には、私的領域としての家庭＝人間的自然としての家族制度、教育の私事性、教育における価値多元主義＝寛容の原則の尊重、市民の思想・信条の多元性などの保障要請とかかわって、自由・社会国家的民主主義体制自体（基本法の価値秩序）によって根拠づけられている、ということが重要である。

これについては、ナチス政権下における「親の教育権」の位相を想起すれば十分であろう。

すなわち、そこにおいては、唯一かつ全的な「新たな教育権」（Das neue Erziehungsrecht）が統一的な民族秩序から導出され、親の教育権の始源性や固有性は根底から否定された。それどころか、親権は民族共同体に対する無制限な公法上の義務に転化せしめられ、国家の厳格なコントロールに服した<sup>(38)</sup>。ライヒ青少年法は端的にこう言いきっている。

「国家はすべての青少年を、国家社会主義（Nationalsozialismus）の意味におけるドイツ人に教育する責任を担う」。

また「すべてのドイツの青少年は、家庭や学校の他に、ヒトラー・ユーゲント（Hitlerjugend）において、・・・国家社会主義の精神によって教育されるものとする」（ヒトラー・ユーゲントに関するライヒ法2条・1936年）とされ、学校はその目的においてヒトラー・ユーゲント<sup>(39)</sup>と同列に位置づけられた。私学制度は解体され、宗教教育は禁止された。一言でいえば、子どもは「公法上の教育権力」（öffentlich-rechtliche Erziehungsgewalt）の絶対的支配下におかれ、親の教育権は学校教育領域で全面的に剥奪されただけでなく—たとえば、ワイマール革命以来の親の学校教育への参加制度は、1934年10月24日の文部省令によって潰滅せしめられた<sup>(40)</sup>—家庭教育の領域においても極端に制限されたのであった。ナチス親族法学のイデオログは、直截に以下のように書いて、国家社会主義的な親の「教育権」の特質を浮き彫りにさせている<sup>(41)</sup>。既述したところと多少重複するが、

訳出しておきたいと思う。

「国家社会主義の法政策は、明白かつ意図的な目的設定に基づき、新たな教育権を唯一かつ全的に民族の関心事から導出する。・・・子ども、親、国家は権利主体として個々に対峙するものではない。すべての権利がそこから流出する、統一的な民族秩序が存在するだけである。諸権利の整合や限界づけから秩序がもたらされるのではない。それは、全体に対するすべての成員の犠牲に満ちた献身によってである。子どもの養育に関する親の権利（Das Recht der Eltern an der Aufzucht der Kinder）は、民族の委託に基づいている。つまり、それは無制限な責任を伴う義務なのであり、国家の監督下におかれる。固有の、始源的でかつ原則として不可侵の親の権利を、・・・民族国家は認めるわけにはいかない。民族共同体のもっとも本質的な基礎組織としての、血縁による家族共同体の遂行能力に鑑みて、国家は家族に民族の子を委ねているだけなのである」。

### 3 特殊な包括的基本権としての親の教育権

現在ドイツの指導的な教育法学者・I.リヒターが指摘するところによれば<sup>(42)</sup>、親の教育権は基本的人権のカタログのなかできわめてユニークな地位を占めている。自由権、社会権、受益権、参政権といった基本的人権の伝統的なカテゴリーによっては把握できない、複合的な性格を併せもつ特殊な基本権であり、またその対象法益も各個別基本権のそれをはるかに超えて、実に広範かつ多岐にわたっている。ドイツの憲法学・学校法学の通説および判例が述べるところによって、その基本的な属性ないし特徴的メルクマールを摘出すると、以下のようである。

#### 3-1 親の個人的な教育の自由権

有力な学校法学説が、いうところの「親の教育権」を「国家による影響から自由に、その子の教育を自己の固有の観念に従って（nach ihren eigenen Vorstellungen）形成する権利」と観念し<sup>(43)</sup>、この権利には「他

者による規制的な影響を排して、自己の固有責任において、子どもの福祉を個人的かつ具体的に決定する権利が含まれる」<sup>(44)</sup> としていることから知られるように、親の教育権は、基本権の類型としては、第一次的には、教育主体としての親個人の、しかも自分の子についてだけ働く自由権的基本権に属する。自由権的基本権として、それは、消極的には、国家・公権力や第三者による親の教育権領域への不当な介入に対する防禦権として、また積極的には防害排除請求権として機能する<sup>(45)</sup>。この点、連邦憲法裁判所の判決にも「親は自分の考えに基づいて、その子の監護と教育を自由に、・・・他の教育主体に優先して行う権利を有し、義務を負う。これに関する親の自由な決定は、国家的な介入に対する基本権によって保護される」とある<sup>(46)</sup>。

別言すると、国家の介入権は、基本法7条1項〈国家の学校監督権〉を留保して、親権行使の監視当局としての権限に限定されるということである。

なお通説・判例によれば、基本法6条2項にいう親の教育権は同条1項が保障する「生活共同体としての家族の保護」の保障内容の一つをなしている。つまり、6条1項は国家を名宛人とする一般規範で、つぎのような憲法上の意味をもつとされている。①憲法上の制度としての家族制度の保障、②国家の権力的介入に対して保護をもとめる基本権の保障、③婚姻・家族関係法に対する価値決定的基本規範。こうして、これら三つのメルクマールは同時に6条1項の親権条項にも妥当することになる<sup>(47)</sup>。

以上のような親の教育権の法的属性からは、具体的には、たとえば、「家庭教育の自由」などの各種の教育上の自由、親や子どもの私的領域（プライバシー権）への介入禁止、学校・教員の親による教育上の決定の尊重義務、子どもに対するインドクトリネーションの禁止・イデオロギー的に寛容な学校を求める権利（Grundrecht auf eine ideologisch tolerante Schule）<sup>(48)</sup>などが導かれるとされている。

### 3-2 子どもの利益に向けられた承役的基本権

このように親の教育権は、第1次的には、自由権的基本権に属しているのであるが、他の自由権とは法構造的にその性格を大きく異にしていると解されている。というのは、一般に自由権は対国家・公権力との関係において、権利主体の自己決定権（人格的自律権）の保障を確保することを本旨とするが、親の「教育の自由権」にあっては、その自由は親の自己実現の自由＝親の自己決定権ではなく、「子どもの利益や福祉の実現に向けられた自由」に他ならないからである<sup>(49)</sup>。

言い換えると、親の教育権は、その本質において、親自身の利益のために保障された「自利をはかる基本権」(eigennütziges Grundrecht)ではなく、子どもの利益・福祉に向けられた「他者の利益をはかる基本権」(fremdnütziges Grundrecht)ないしは「承役的基本権」(dienendes Grundrecht)だという特質を有している<sup>(50)</sup>。

より具体的には、「子どもの発達を援助するための基本権」(Grundrecht zur Entfaltungshilfe der Kinder)<sup>(51)</sup>ないし「子どもの利益をはかつての保護権としての親権」(Elternrecht als Schutzrecht zugunsten des Kindes)<sup>(52)</sup>たることを、親の教育権はその本質的な属性としているのである。

この点について、現在ドイツにおける親の教育権研究の権威・F.オッセンビュールも的確に次のように概括している<sup>(53)</sup>。

「その子の教育に際して親に保障されている自由は、他の基本権の場合がそうであるような、自己決定という意味での自由ではない。ましてや恣意への自由ではない。それは『子どもへの奉仕における、子どもの利益をはかつての、そしてまた子どもを保護するための自由』(Freiheit im Dienste, zum Nutzen und zum Schutze des Kindes)、つまり、真の意味においては、『委託され、信託された自由』(anvertraute, treuhänderische Freiheit)なのである。自由という表徴はただ国家に向けられたもので、国家に対してだけ効力をもつ。子どもとの内部関係においては、子どもの福祉こそが親による教育や行為の支配的な主体原理をなしている」。

こうして、今日における通説的親権解釈によれば、親の教育権は基本的権利（Grundrecht）であると同時に子どもに対する「基本的義務」（Grundpflicht）<sup>(54)</sup>である、という特質をもつ。そこにあつては権利と義務が不可分に結合しており〈権利と義務の複合体〉<sup>(55)</sup>、しかも重要なことは、「この義務は権利を制限する限界ではなく、・・・親権の本質を規定する構成要素（wesensbestimmender Bestandteil）をなしている」ということである<sup>(56)</sup>。

くわえて、親はこの権利を行使するか否かの自由を有していない。権利の内容においても、行使形態においても、親の教育権はまさに「義務に拘束された権利」（pflichtgebundenes Recht）なのである<sup>(57)</sup>。前掲のように、基本法6条2項がその子の教育を親の自然的権利としながらも、「何よりもまず両親に課せられた義務」（die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht）と明記しているのも、こうした親権認識に基づいているとあってよい。このような権利は基本的人権のカタログにおいて他にまったく類例をみず<sup>(58)</sup>、そこでドイツにおいて、今日、親の教育権がしばしば「委託された権利」（fiduziarisches Recht）と本質規定され、また「親の教育責任」と呼称した方が適切である、と唱導されている所以である<sup>(59)</sup>。

なお、この親権の義務性は「子どもの教育される権利」に対応しており、したがって、ここからは親の教育権に対する国家のコントロール権は帰結されえない、とするのが通説・判例である。

### 3-3 子どもの教育についての包括的な教育基本権

通説・判例によれば、親の教育権は、本質上、子の教育についての「包括的・全体的教育権」（allumfassendes-und Gesamterziehungsrecht）だという本質的属性をもつ<sup>(60)</sup>。その対象や内容は、子どもの成長・発達にかかわるすべての事項ないし子どもの福祉の実現に資するあらゆる事柄に及ぶのであり、「信教の自由」、「思想・良心の自由」、「表現の自由」といった在来の特定の市民的自由ないし個別的基本権によってだけではカバーし

きれない。この権利は各種の消極的権利、積極的権利および能動的権利を包摂すると同時に、それ独自の存在理由と内実をもつ包括的教育基本権たる性質を有している、との認識である。

この親の教育権の包括的保障としての機能は、憲法上、個別的保障をうけていない法益にも及ぶことにあるとされる。したがって、事柄の性質によっては、各個の場合に、親が憲法上列举されている個別的権利を選択的に動員することは、もちろん可能である。

なお、U.フェーネマンも指摘しているように<sup>(61)</sup>、親の教育権の包括性は親子関係の包括性に対応しており、この点、教員の「教育権」が「部分的・技術的教育権」にすぎないと決定的に異なる。この点、権威ある学校法ハンドブックもこう書いている<sup>(62)</sup>。「親権から子どもの教育の全体計画(Gesamtplan)に対する親の単独的権利が導かれる。この全体計画にあっては、学校はただ部分領域を占めるにすぎない」。

したがって、親の教育権の内容や法的効果は各個の場合に個別・具体的に見定めていく以外にない。歴史的には、たとえば、家庭教育の自由、宗教教育の自由、私立学校の設置・経営の自由、さらには私学選択の自由などが親の教育権の主要な内容をなしてきたことはよく知られている。

### 3-4 社会国家的および社会的な基本権

上述の3-2とも関連するが、支配的な学説が説くところによれば、親の教育権は第1次的には親の個人的自由権であるが、しかしこの権利は通常的自由権とは異なり、社会権的基本権たる性格を併有しているという特質をもつ。既述したように、親の教育権は子どもの利益の実現を旨とする承役的基本権なのであり、そこでこの権利の主たる実質は、第1次的には社会権的基本権である子どもの「人格の自由な発達権」・「教育をうける権利」によって強く規定されているからである<sup>(63)</sup>。

この「社会権的基本権としての親の教育権」は、子どもの「人格の自由な発達権」・「教育をうける権利」を有意なものとするための手段的権利と

して、具体的には、たとえば、教育の機会均等の請求権や教育の条件整備請求権といった、教育における一連の積極的権利を根拠づけると解されている。

つぎに、法的な視点はやや異なるが、教育という営為の本質と係わって、親の教育権は「社会的な権利」だというアスペクトをより強く帯有している、ということが指摘されている。教育はほんらい市民個人の私事であることを基本としながらも、同時にそれは「社会的な営為」なのであり、したがって、子どもの教育についての親の権利も「社会的」に捉えられなくてはならないからだとされる。この点、M.マウレルが親の教育権を端的に「社会的な関連をもつ基本権」(ein gemeinschaftsbezogenes Grundrecht)として措定しているのが象徴的である<sup>(64)</sup>。

### 3-5 親集団としての集団的基本権

ドイツにおいては、親は前述した個人的自由としての教育権にくわえて、親集団としても教育上の権利を有しているとされている。それは、「共同的権利としての親権」(Elternrecht als gemeinschaftliches Recht)<sup>(65)</sup>ないし「集団的親権」(Das kollektive Elternrecht)<sup>(66)</sup>と称されている。教育行政機関や学校・教員に対する教育要求権や公教育運営への参加権などがこれに当たる。

もちろん、これらの積極的な権利や能動的権利は、たとえば、教育個人情報の開示請求権のように、その法益が自分の子だけにかかわる場合は、個々の親の個人的権利としても存しているが、集団性をもつ学校教育事項については、これに関する要求権や参加権の実質的主体は親集団とされる。個々の親の個人的教育権は集団化されることによって補強され、より強固・実効的になると考えられているのである。L.ディエツエによれば、「親の集団的教育権の保障なしには個人的な親の教育権は実効的たりえない。前者は後者にもとづくものであるとともに、それを効果的に保障するものもある」<sup>(67)</sup>。

そしてこの場合、重要なことは、親の集団的教育権もまた、個人的教育権と同じく、憲法上の保障を得ているということである。「集団的基本権 (Gruppengrundrecht) としての親的教育権」の憲法上の保障である。親集団的教育権は個々の親的教育基本権によって根拠づけられ、そこから導出される集合的権利だからである。

実際、ドイツにおいては、ヘッセン州憲法56条6項 = 「教育権者は教育制度の形成に参加する権利を有する」など6州の憲法が親の学校教育への参加権を憲法上明示的に保障しているが、有力な教育法学説によれば、「それは、集団的親権の表出 (Ausdruck des kollektiven Elternrechts) であり、その意味で集団的基本権と解釈される」<sup>(68)</sup> とされている。

なお親の個人的教育権と集団的教育権との関係であるが、これについては学説上、さしあたり、以下の2点が留意を要するとされている。

一つは、親的教育権の対象法益には、その本質上、集団化にはなじまない事柄や領域が少なくない、ということである。思想・良心・信教など、すぐれて価値的・高度に人格的な領域における親的教育権について、とくにこのことが妥当する。C.シュタルクの指摘するところによれば、「基本的人権保障のケルン(核)は個人の自己決定 (individuelle Eigenbestimmung) を確保することにあるが、集団化ないし代表制はこの属性を他者による決定 (Fremdbestimmung) に転化させてしまう」からである<sup>(69)</sup>。ドイツにおいて、親の個人的教育権と集団的教育権の区別は、「宗教上の親権」(Das konfessionelle Elternrecht) と教育要求権や教育参加権を内実とする「教育上の親権」(Das pädagogische Elternrecht) との区別に対応しているとされているのが<sup>(70)</sup>、このことを端的に示している。

二つは、親の集団的教育権は、原則として、親の個人的教育権を強制的に廃棄したり、これに代替したり、さらにはその内容を変更したりすることはできない、とされていることである<sup>(71)</sup>。親的教育権の本質はあくまでその個人権性にあるからである。こうして、たとえ民主的な手続にもとづいて親集団的教育意思が形成され、それが親の集団的教育権として行使



される場合でも、これを拒否する自由（消極的自由）が個々の親に留保されていなくてはならない、とされている<sup>(72)</sup>。

### 3-6 公教育運営への参加基本権

ドイツにおいては、後に章を改めて詳しく論及するように、現行法制上、親は公教育運営に参加したり、学校教育を共同で形成していく権利を有しているのであるが、この権利は、親の教育権に内包される権利として、憲法上保障されているものであって、公教育運営への「参加基本権」(Das Grundrecht auf Mitbestimmung) という実質を有している<sup>(73)</sup>。

事実、すでに触れたように、ドイツにおいては、親の公教育運営への参加権は6州で憲法上の基本権として明示的な保障をうけている状況にある。ただこの「基本権としての親の公教育運営参加権」が基本法6条2項（親の教育権条項）から直接導かれるかどうかに関しては、学説上、争いがある<sup>(74)</sup>。

## 第3節 親の教育権と国家の学校教育権

### 1 親の教育権と学校教育権の等位テーゼ

さてそれでは、以上みてきた「親の教育権」というところの「国家の学校教育権」(staatliches Schulerziehungsrecht) は、子どもの教育をめぐるどのような関係に立つことになるのか。

これについて、たとえば、先に触れた連邦裁判所の促進段階判決(1972年)に「学校における国家の教育責務 (Bildungsauftrag) は・・・親の教育権に劣位するのではなく、等位する」とあるように<sup>(75)</sup>、通説・判例は「等位テーゼ」(Gleichordnungsthese)を採用する。

すなわち、上述したように、親の教育権は第1次的には国家に向けられた憲法上の基本権であり、したがって、両者は教育権としては等位し、同権的な緊張関係ないしは相互規制関係に立つ。

こうして両者の関係は「位階問題」ではなく、「制約問題」として措定される。その場合、相互規制の度合いは教育事項の種類や性質によって一様ではない。これについては一般妥当的な基準を定立することは不可能で、ケース・バイ・ケースの利益衡量によって個別に確定していく以外にない。ただその際に「子どもの福祉」(Wohl des Kindes)に叶うかどうかというメルクマールが、価値衡量のケルンに位置するとされる<sup>(76)</sup>。

しかし、同じように学校教育権独立説に立ちながらも、このような支配的見解に対しては有力な異説がある。F.オッセンビュールに代表されるそれである。それは、ひとこと言えば、「国権は親権に奉仕する」(Staatsrecht dient Elternrecht)という定式に集約されよう。大要、以下のように述べる<sup>(77)</sup>。

親の教育権は学校教育権に対して憲法上より重い比重とより高い意義をもつ。それは二重の意味においてそうである。

第1に親の教育権の質的優越性。基本法自身も書いているように、親の教育権は「自然的権利」であって、「何よりもまず」親に属している。それは自然法ではないが、自然的所与と強く結合しており、人間的自然に対応した超国家的な核をもつ。これに対して公立学校教育は「法令に基づく強制教育」であり、その法的性質において両者は決定的に異なる。この差異に起因して、親の子に対する責任は子どもと社会総体との間接的な関係から生じる国家の権利・義務より強くなくてはならない。子どもの福祉に関する「解釈優先権」(Interpretationsprimat)は親にある。

こうして国家は学校教育において親の全体教育計画を尊重する義務を負い、学校教育は可能な限りの程度において、できるだけ多数の親意思に即して運営されなければならない。ここにおいては、教育主権上の民主制多数決原理は個人法上の教育法原理・親の教育基本権によって凌駕される。ちなみに、ラインラント・プファルツ州憲法もこう書いている。

「その子の教育について決定する親の自然的権利は学校制度形成の基盤をなす。国および地方自治体は親意思を尊重して秩序ある子どもの教育を

保障する公の諸条件および諸制度を整備する権能を有し義務を負う」(27条)。

第2に親の教育権の量的優勢。上述のように、親の教育権は包括的教育権であるが、学校教育権はその範囲および内容においてかなりの限界を伴う(部分的教育権)。国家は親の全体教育計画を尊重すべき憲法上の義務を負っており、また教育問題における価値の多様性に対してはオープンでなければならず、さらに公立学校教育は強制教育だからである。

つまり、公立学校教育の範囲および内容は、価値多元社会においても国民国家として放棄できない基本的な共有価値および原則に限られなくてはならない。換言すれば、学校の任務は第1次的には知識と技能の伝達にあり、それに一般的コンセンサスが存在する価値原則、行動公準などに限局される。

以上と関連して、連邦憲法裁判所の促進段階判決は「協同モデル」(Kooperationsmodell)を採用して、こう判示する

「子どもの人格の陶冶を目的とする親と学校の共通の教育課題は個々の権限には分けられない。それは相互の意義ある協同においてだけ達成される」(BVerfGE,34,165(183))。

そして判旨によれば、この「相互の意義ある協同」への義務づけから、一連の手続法上の権利・義務が導かれる。学校の親に対する情報提供義務や助言義務、親の側の聴聞権などがその例である。

しかし、法的には、両者が対立・競合する場合こそが問題であろう。そこで、オッセンビュールによれば、相対する法益の実質的な限界基準の定立が不可欠であり、したがって、相互調整の成立を前提とする「手続法上の協同」は教育責任に関する「実体法上の整合」(materiellrechtliche Konkordanz)によって代置されなければならない。そして、この整合原則は憲法解釈や憲法適用に際して解釈学上すでに定着しているとされる<sup>(78)</sup>。

## 2 親の教育権と学校教育権の一般的関係に関する理論

さて以上を踏まえたうえで、親の教育権と学校教育権はより具体的にはどのような関係に立つのか。これに関しては次のような学説や判例が見られている。

### ①「分離原則」(Separationsprinzip)

親の教育権と学校教育権は相互に独立しており、「内的事項の主人としての国家」はそこにおける形成の自由を親権によっては制限されえないとする論である。1950年代から60年代にかけての判例および支配的憲法学説の立場であり<sup>(79)</sup>、今日でも有力な学説の支持がある。その代表者 I.リヒターによれば、学校の教育領域において親の影響力を容認することは、親の教育上のエゴを助長し、教育上の諸改革を妨げ、子ども自身および社会的利益に即した子どもの発達を阻害することになるからだという<sup>(80)</sup>。

だがH.U.エファースも指摘するように、こうした所説はワイマール憲法下の親権解釈を踏襲しており、基本法が親の教育責任を基本権として承認したことによって、憲法状況が根本的に変化したことを看過しているとの批判をうけている<sup>(81)</sup>。

### ②「3区分論」(Dreiteilungstheorie)

T.マウンツによって唱導され、今日、学説・判例上ひろく承認されている見解で、その骨子はつぎのようである<sup>(82)</sup>。

基本法6条2項は7条1項に対して「憲法上の留保」(Verfassungsvorbehalt)をなしており、そこで両者の法関係においては以下のような3領域が存する。〈a〉親が介入できない純然たる学校の教育領域、〈b〉学校の影響から自由な純然たる親の教育権領域、〈c〉親の教育権と学校教育権が重畳し競合する領域。こうして、〈c〉の領域では両者の法益衡量的問題が生じるが、その際に連邦憲法裁判所のいう「段階論」(Stufentheorie)が妥当し、〈a〉に接近するにつれて学校教育権が増幅し、逆に、〈b〉に近づくほど親の教育権が強化する<sup>(83)</sup>。

具体的には、たとえば、教育制度の構造、学校の組織編成、教育目的お

よび学習過程上の内容的・方法的プログラム、入学要件、進級、教育評価などに関することが〈a〉に属し、〈b〉に属するものとしては、子どもの教育についての全体計画、宗教教育、政治的生活への準備、基礎学校以降の進路、学校・コース・教科の選択等があげられる。

以上のような3区分論は、ワイマール時代に支配的であった「国権は親権を破棄する」というテーゼと前述の「分離原則」を否定するという積極的な効果をもっているが、それ自体としては実質的な基準をなしてはいない。

### ③教育領域区分論

教育の領域ないしはその重点を理念的に区分し、それぞれの性質に応じて、親と学校の教育権関係を見定めようとする手法である。

たとえば、E.W.バッケンフェールデによれば、教育領域は大きく、〈a〉形成教育（Bildungserziehung）、〈b〉人生教育（Lebenswegerziehung）、〈c〉人格・世界観教育（persönlich-weltanschauliche Erziehung）に区分される。〈a〉は市民としての一般的な生活・職業上の能力の育成を旨とするもので、これは主要には学校の課題に属する。〈b〉は人生や職業生活の目的とかわり、ここでは親と国家はその果たす機能を異にする。教育主権の主体としての国家は教育政策上の観点から一般的な教育目的や内容、学校形態などを決定できる。だが生徒の人間形成や職業選択とストレートにかかわる領域では、親の自由な決定が可能ないように、学校制度は組織的にも内容的にも十分に多様でなくてはならない。〈c〉については高度に人格的な基本権である「信教の自由」保障があり、これはまさしく親の専権事項である<sup>(84)</sup>。

またエファースもほぼ同じような視角から大要こう述べる。

「国家による組織上の措置や教育目的・内容の確定が子どもの人格の発展や親子関係の核領域に触れる度合いが強くなるにつれて、国家は親の教育責任をより尊重することが要求される。他方、それらが知識や技能の伝達、一般的な社会化機能の度を強めるに従って、これに対する親の影響力

はより減退せざるをえない」<sup>(85)</sup>。

以上、親の教育権と国家の学校教育権の一般的関係に関するドイツの学説・判例状況を見たのであるが、それでは具体的に、たとえば、公立学校における性教育の実施をめぐることは、両者はどのような関係に立つことになるのか。これについては次節で取りあげるような連邦憲法裁判所の判例が見られている。

## 第4節 性教育をめぐる親の教育権と国家の学校教育権の 関係に関する連邦憲法裁判所決定<sup>(86)</sup>

### 1 事件の概要

1968年10月、常設文部大臣会議は「学校における性教育に関する勧告」を決議した。その主たる内容は凡そつぎのようであった。

「人間の性について、生徒は学校において専門的に根拠づけられた知識を得るべきである。6学年までは生殖の生物的基本事実、青年期における肉体的・精神的变化などについて教えられるべきである。また9学年の終りまでには、授業でつぎのことが取り扱われるべきである。出産、妊娠、誕生、成人の性的諸問題、性生活および家族生活の社会的・法的基盤、人間の性に関する社会的・倫理的問題」。

この勧告をうけて各州で教育課程改革が行なわれ、性教育が正規の学校教育内容として導入されることになる。すなわち、1968年11月のシュレスビヒ・ホルシュタイン州を皮切りに、1969年9月までには旧西ドイツのすべての州が性教育の実施に踏みきったのである。

本件はハンブルク州における性教育の実施をめぐる発生した。すなわち、同州で3人の子どもを公立学校に就学させている親が、文部省に対して、学校での性教育は生殖の性的事実について適切な情報を与えることだけに限定するよう要求した。しかし文部省はこれを拒否した。そこで原告は、同州の性教育規程は親の教育権と子どもの人格権を侵害し違憲である

こと、性教育の導入に関する決定を文部省に包括的に委任している同州学校行政法は法治国家原則に違背し同じく違憲であること、等を主張してハンブルク行政裁判所に提訴した。

## 2 下級審の判断

第1審のハンブルク行政裁判所は「法律の留保」の問題についてだけ言及し、こう判示して原告の訴えを肯認した（1972年4月25日判決）。「公立学校に性教育を導入する場合、形式的法律の留保はそれに対応した議会の決定を要請する」。

第2審のハンブルク高等行政裁判所は被告の措置を適法とした。その要旨を摘記すると、以下のようになる（1973年1月3日判決）。

(1) 基本法7条は国家の学校監督権を規定することによって、学校制度に関する国家の包括的規定権を確立すると共に、この領域において、国家に親の教育権と併存する固有の教育権能を留保している。

(2) 文部省令によって性教育を導入する場合、現行規定以外の法律上の根拠は必要ではない。

(3) 上記文部省令が定める性教育は各種の基本権に抵触しない。ただ国家は基本法7条の憲法上の留保の行使にあたって、親権には考慮を払わなければならない、教育が世界観ないしは個人の生活信条にふれる場合には、とりわけそうである。

第3審の連邦行政裁判所は主要には下記のように判示して、ハンブルクの公立学校における性教育は違憲であるとの見解を示した（1974年1月15日決定）。

「基本法にいう法治国家原理・民主制原理は、立法者に、学校制度における本質的な決定は立法者自らがなし教育行政に委ねてはならないことを義務づける。学校制度の運用を教育行政庁に一般的に委任しているハンブルク州法は、性教育を導入するための法的根拠としては不十分である」。

なお本件憲法訴訟は、原告が連邦憲法裁判所に憲法異議の申立て

(Verfassungsbeschwerde) を行なったことと、3審の連邦行政裁判所がハンプルク学校行政法の適憲性について、連邦憲法裁判所の判断を求めたことによる。

### 3 決定要旨

(1) 個々人の性教育は、第1次的には、基本法6条2項の意味における親の自然的教育権 (Das natürliche Erziehungsrecht der Eltern) に属する。しかしながら、国家はその教育責務 (Erziehungs- und Bildungsauftrag・基本法7条1項) に基づいて、学校において性教育を実施する権能を有する。

(2) 学校での性教育は、この領域における種々の価値観に対して中立でなければならず、また親の自然的教育権や宗教的ないしは世界観的信念が性の領域において意義をもつ場合には、これらに一般的な配慮をして行なわれなければならない。とりわけ学校は青少年の教化 (Indoktrinierung) に当るいかなる試みもなしてはならない。

(3) これらの原則の確保にあたって、複数教科にまたがる授業としての性教育は、その実施を親の同意に係らしめる必要はない。

(4) しかし親は学校における性教育の内容や方法について、適時の情報請求権 (Anspruch auf rechtzeitige Information) をもつ。

(5) 法律の留保の原則は、立法者に、性教育の学校への導入に関する決定は立法者自身が行なうことを義務づける。ただしこのことは、生物学上ないしその他の事実についての知識が伝達される場合には妥当しない。

### 4 学説の評価

判旨も言うように、性教育が第1次的には親の自然的教育権に属しているということについては、学説・判例上ほとんど異論はない。それは、より直接的には親の監護・教育権の1内容として、また私的・家族生活の尊重を求める権利にも支援されて、原則的には、国家の直接介入から保護される。性教育は家族という憲法上保護された親密な私的領域で行われるの



が最も自然だからだとされる。

問題は、これとの関連で公立学校もまた性教育を実施できるか、可とした場合はその範囲や態様はどうかであり、本件はまさにこの点を問うているわけである。

判旨は通説・判例をうけて、学校における性教育を肯定する。しかしこれに対しては親の側から根強い反対があり、またそれを支持する学説も見られ<sup>(87)</sup>、その根拠が問題になる。

ところで、先に触れた文部大臣会議の勧告にもあるように、性教育の目的は、一般に、〈a〉性に関する知識を与えること、〈b〉性に付随する危険から青少年を保護すること、〈c〉性について助言したり責任ある性行動がとれるように導くことにある、とされている。そして、通説によれば、とりわけ〈b〉の要請から学校もまた性教育にタッチすることができ、それどころか、そうすることが憲法上義務づけられているという。社会国家原理、青少年に対する国家の公的配慮義務、青少年は道徳的・精神的・肉体的危険から保護されなければならないとの原則などによってである。

この点、たとえば、前記勧告は端的にいう。「学校は・・・性教育に参加する義務を負う」。

こうして、子どもの福祉・道徳犯防止という公の利益の確保要請から、性教育は親の独占的事項というわけにはいかず、親の教育権と学校教育権との緊張領域に位置することになる<sup>(88)</sup>。判旨が「性教育の実施を親の同意に係らしめる必要はない」と述べているのは、こうした通説の線上にある。

なお以上の文脈において、性教育は今日では基本的には親よりもむしろ学校の課題だとする見解がある<sup>(89)</sup>。性科学の発達は著しく、親は科学的な性教育ができないという理由に基づく。「専門家は素人に優る」との思想による親の教育権の学校教育権への従属化である。しかし、通説によれば、このような所説は基本法6条2項の趣旨に反する。

それでは学校における性教育はどのようであるべきか。通説・判例によ

れば、この場合、二つの基本的な前提がある。性教育に関しては親の方が原則的に優位すること、学校での性教育は親によるそれとは異質でなければならないこと、である。だがこうした前提に立っても、親の教育権の評価いかんによってなおも見解が割れてくる。

すなわち、一般に性教育は性の領域における生物学的な事実の伝達と固有の性教育とに区別されるが<sup>(90)</sup>、親の教育権をより尊重する立場は、学校での性教育は前者だけに限定されるべきだと説く。性についての基本的な価値や態度の決定は、親に留保されなければならないからである。このような立場においては性情報の過大な提供も親の教育権侵害として違憲であり、親は基本法6条2項によりこれに対して防御権をもつ<sup>(91)</sup>。

しかし通説はこの種の見解を採らない。通説においても性教育の広狭2分論は有用であり、まず価値から自由な事実の伝達については学校教育権が全的に優位し、親の影響力は原則として排除される。ここにおいて法益衡量の問題が生じ、親の教育権と学校教育権との法的性質の違いから、より個人的より直接的な事項は前者に接近し、学校での性教育は親によるそれを補充するものとして、「専門的な、学問的に根拠づけられたインフォメーション」であることが求められる、というのである<sup>(92)</sup>。

判旨も基本的にはこのような立場に与している。判旨はさらに学校での性教育についてなおも現実に親の影響力を担保するために、国家に対しては親の全体教育計画の尊重義務を課し、親には性教育の内容や方法に関する情報請求権を容認しているが、これまで見てきた法制・判例状況からすれば当然の帰結であろう。

なお親は学校における性教育を拒否できるか否かについては（性教育への出席義務の存否）、判旨は言及していない。

これに関して、親の教育権の優位性から性教育への参加拒否権をストレートに導く所説があり、また宗教と性とのアナロジーから、基本法7条2項「教育権者は、その子の宗教教育への参加について決定する権利を有する」は性教育にも適用があるとの学説も見られる<sup>(93)</sup>。

しかし連邦憲法裁判所と連邦行政裁判所の判例および支配的な学校法学説のいずれも、性教育のもつ意義と重要性に照らし、国家は「国家の教育責務」（基本法7条1項）にもとづいて、学校において性教育を実施する権利を有すると解している。ただこの場合、学校における性教育の有りようについては、基本法にもとづいて一定の制約が生じることになるが、しかし親および生徒はそのもつ基本権に依拠して、学校における性教育を拒否することはできない、との立場にたつ。それどころか、性教育への出席義務はドイツ人に限らず、外国人の生徒にも及ぶとするのが判例・学説の立場である<sup>(94)</sup>。

なお付言すれば、学校における性教育をめぐるのはアメリカやデンマークでも裁判が起きているが、デンマークでの事件について、ヨーロッパ人權裁判所はつぎのように判示して親の訴えを斥けている<sup>(95)</sup>。

「性についての情報や知識が・・・客観的、批判的かつ多元的に伝達される限り、親はこれに対して異議を申し立てる権利をもたない」。

## 5 学校における性教育と法律の留保

公教育内容をめぐる親の教育権と学校教育権との関係において、「法律の留保」（Gesetzesvorbehalt）の問題もまた重要である。本件第1審と第3審の判断がもつばらこの点に集中していることから、それが知られよう。

この問題は、学校法の領域においては、いわゆる「公法上の学校特別権力関係論」を克服するための理論的努力の一環として、1960年代半ばから本格的に論じられてきた。そして今日、学説・判例上、以下の点についてはほぼ合意が成立している状況にある。

すなわち、教育主権上の決定は「本質的決定」（wesentliche Entscheidung）とこれを具体化するための「副次的決定」（Sekundärentscheidung）とからなるが、このうち前者は法治国家・民主制原理にもとづき議会在法律上確定することを要し、行政権への委任は許されない。このことはとりわけ基本権行使の領域における国家形成の自由な法域について妥当する。

副次的決定は行政庁の権限とされるが、かかる決定も当然に法治主義的・民主主義的統制に服せしめられなければならない。つまり、従前のような伝統的學校監督概念および特別權力關係論に依拠した教育行政庁の包括的規律権はもはや容認されうる余地はない。教育行政庁の法定立的命令権は法律による明示的授權に基づいてのみ許容される。しかもこの場合、包括的授權は禁止され議会は法律によって授權の目的・内容・程度をできるだけ精確に規定しなければならない<sup>(96)</sup>。

こうして問題は學校教育の領域においてはどのような決定が「本質的」であり、したがって「法律の留保の原則」の適用をうけるかということに移るが、連邦憲法裁判所によれば<sup>(97)</sup>、それは親や生徒などの「基本権の実現にとって本質的（wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte）な決定」という意味に解されている（本質性論・Wesentlichkeitstheorie）。いわゆる内的事項・外的事項の如何に關係はない。

性教育に引きつけて言えば、H.アベナリウスが述べているように、「學校における性教育は親の教育権（基本法6条2項）と生徒の人格権（基本法2条1項）に格別な程度に触れるものであるから、法律の留保の原則の要請するところにより、これに関する本質的な決定は立法者自らがこれを行う義務を負う」ということになる<sup>(98)</sup>。

そして実際、今日においては、すべての州で學校における性教育に関する基本的な事項は「學校法律」（Schulgesetz）で規定されるところとなっている。規定例を引けば、たとえば、ブランデンブルク州學校法（2002年）はこれについて下記のように書いている（12条3項）。

「學校における性教育は親による性教育を補充する（ergänzt）ものである。その目的は、生徒に対しその年齢に応じて、生物学的、倫理的、宗教的、文化的、社会的な事實關係と人間の性に関すること（Bezüge der Geschlechtlichkeit des Menschen）を教えることにある。それは生徒を責任意識と道徳的に根拠づけられた決定と行動および人間のかつ社会的な

パートナーに向けて育成すべきものである。性教育に際しては、生徒の私的領域に対する感性と抑制ならびにこの領域における様々な価値観と生活様式に対する開放性と寛容が考慮されなくてはならない。親は性教育の目的、内容および形態について適時、報告を受けるものとする」。

## 第5節 親の教育権と子どもの人格的自律権

### 1 子どもと基本的人権

#### 1-1 子どもの人権主体性

基本的人権とは「人間がただ人間であるということにのみもとづいて、当然に、もっていると考えられる権利」をいう<sup>(99)</sup>。とすれば、子どももまた法的人格を有し、憲法の保障する人権享有主体であり、決して大人の掌中にある「無権利客体」(rechtlose Objekt)ではないということが論理必然的に導かれる筈である。しかし、ドイツにおいても長い間、子どもは一律に憲法の人権保障から遮断され、「憲法から自由な、法治主義原則の及びえない空間」に追いやられてきた。

ドイツにおいて、子どもの人権主体性がそれ自体として正面から取り上げられ、学説・判例上確認されたのは、1960年代の終わり頃になってからのことである。ちなみに、ドイツにおいて子どもの人権主体性を初めてフォーマルに確認し、この法域でエポックをなした1968年の連邦憲法裁判所の決定は、この点について、以下のように宣明している<sup>(100)(101)</sup>。

「子どもは基本的人権の主体(Grundrechtsträger)として自ら国家の保護を求める権利を有する。子どもは基本法1条1項と2項1項の意味における、固有の人間としての尊厳ならびに固有の人格の発達権(eigenes Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit)をもつ存在なのである」。

またこの時期の学説を、1950年代初頭から70年代の後半にかけてドイツにおける学校法学研究をリードしたH.ヘッケルに代表させよう。ヘッケルは1967年の著作「学校法と学校政策」(Schulrecht und Schulpolitik)に

において、親権との関係で次のように述べている<sup>(102)</sup>。

「子どもは決して親の掌中にある無権利客体ではない。全的な法的人格（volle Rechtspersönlichkeit）を享有しており、固有の権利および義務の主体である。わけても彼らは既に憲法上の基本権を原則として享有している」。

## 1-2 子どもの人権へのアプローチ

子どもは人格的にも身体的にも発達段階にある存在である。したがって、その権利の有りようが、人格的に独立し身体的にも成熟をみた成人と異なる面があるのは当然である。

くわえて、ひとくちに子どもと言っても様々な発達段階があり、また人権保障の受益者および有りようは、すべての基本的人権について一様ではなく、人権の種類や性質によって異なるべきもの、と解される。この点、ドイツの権威ある憲法コンメンタールも書いているように<sup>(103)</sup>、「基本権の主体が誰であるかは、基本権一般についてではなく、具体的なケースにおいて、ただ個々の基本権についてだけ確定されうる」ということである。

それでは具体的に子どもの人権はどのようなディメンションに位置し、いかなる法的構造をもつことになるのか。この課題に接近するために、ドイツにおいては、近年、以下のような多面的かつ多角的なアプローチが採られてきている。

### 1-2-1 基本的人権の享有能力と行使能力

ドイツにおいて今日、学説上有力な支持をえているアプローチである<sup>(104)</sup>。子どもの人権を語る場合、「基本的人権の主体たりうる能力」〈基本権享有能力（Grundrechtsfähigkeit）〉にくわえて、「基本的人権を自ら行使しうる（してもよい）能力」〈基本権行使能力（Grundrechtsmündigkrit）〉という概念を措定し—この概念はさらに原則として自己決定と自己責任においてその基本権の行使を可能ならしめる「全的な基本権行使能力（volle Grundrechtsmündigkeit）」と、基本権の行使に際してなお親の教育

権などによる一定の制約を伴う「限定的な基本権行使能力」(beschränkte Grundrechtsmündigkeit)に区分される—この能力の存否と強度を、後述するような様々な角度から、個別かつ具体的に見定めていくという手法である。

この基本権行使能力という概念はH.クリューガーが1956年の論文で初めて用いたものであるが、「親の権力」と「学校における特別権力関係(論)」によって子どもの法的地位が強く規定されていた当時のドイツにおいて、クリューガーはこの概念に依拠して、子どもの自己決定権(Selbstbestimmungsrecht)を導出し定礎しようとしたのであった。こう書いている<sup>(105)</sup>。

「基本的人権のうちのあるものは、明らかに、民法上の成人とは無関係に子ども自身によって行使されうる。場合によっては、教育権者の意思に反してもである」

### 1-2-2 基本的人権の種類・性質の如何

M.フランケやE.シュタインも指摘しているように<sup>(106)</sup>、ほんらい人権保障の受益者および有りようは基本的人権の種類や性質によって異なるべきものと解される。そうだとすれば、子どもについて、いうところの基本権行使能力の存否および強度を、それぞれの基本的人権について個別に検討するという作業が求められる筈である。その際、この脈略においては、当該人権が、①人間としての存在それ自体にかかわる人権か、②選択の自由を内実とする人権か、③それ自体として法律効果の発生を目的とする権利か、などが重要な指標ないし基準となるとされている<sup>(107)</sup>。

### 1-2-3 子ども年齢・成熟度の如何

H.ヘッケルも書いているところであるが<sup>(108)</sup>、「人格がより成熟しより発展するにつれて、・・・基本権行使能力も発達する。未成年者がより年長になり、より成熟すればするほど、彼らは自己の基本権を自ら行使する自由領域をより広範に要求することができる」との一般原則が存していると解されている。

それでは具体的に子どもは何歳くらいから基本権行使能力を取得するかであるが、ドイツにおいては一般的に14歳前後の年齢段階がその目安とされている。

ちなみに、ドイツにおいては、公立学校での宗教教育への参加やその宗派の決定に関し、「子どもの宗教教育に関する法律」(Gesetz über die religiöse Kindererziehung v. 15. 7. 1921.) が次のような定めを置いている(2条・5条)。

すなわち、子どもが、①10歳未満の場合は、これに関する決定権は親にある。②10歳以上12歳未満の間で、宗派を変更する場合には、親は子どもの意見を聴かなければならない。③12歳以上14歳未満にあつては、親は子どもの意思に反して従前とは異なる宗教教育を指定してはならない。④14歳以降は、親の意思に反してでも、子ども自身が単独で決定できる—これを「宗教上の成熟」(Religionsmündigkeit) と称する<sup>(109)</sup>。

#### 1-2-4 対象となる事柄や権益の如何

上述した宗教教育への参加決定をめぐる仕組みがこの範例に属するが、たとえば、「思想・良心・信教の自由」といった、いわゆる「高度に人格的な事柄」(sog. höchstpersönliche Angelegenheiten) を保護法益とする基本的人権については、事の本質上、そうではない人権の場合よりも、子ども自身の意思や要望ないし自律的な決定がより尊重されなくてはならない、とするのが、ドイツの通説・判例および現行法制の立場である<sup>(110)</sup>。

また子どもの家族法上の身分・地位に触れ、もしくはこれらに重大な影響を及ぼす事柄についても原則として同じことが妥当するとされている。

#### 1-2-5 生活領域・法域の如何

そもそも基本的人権のもつ意味や重要度は、当該生活領域・社会関係ないし団体の目的や性格、さらには機能などの如何によって違いがあると解される。

この点、ドイツにおいては、学校教育関係は基本的人権が格別に重要な意味をもつ生活領域・法域だと目されている<sup>(111)</sup>、ということが重要であ



る。教育は高度に人格的な、またすぐれて価値にかかわる営為であること、学校教育の目的は、直截に言えば、子どもを「自律的で成熟した責任ある市民」へと育成することにあること〈自律への教育（Erziehung zur Selbständigkeit）〉、学校教育関係においては、子どもは児童・生徒としてより強化された義務関係に立つこと<sup>(112)</sup>、などがその理由とされる。

### 1-2-6 家族の連帯と自律性・親の教育権との関係

すでに言及したように、自然的な生活共同体である家族は国家に先行する社会の基礎単位であり、そこにあつて親は、親子という自然的血縁関係にもとづく「親族上の原権」ないし「親としての自明の権利」として、その子に対して始源的な教育権を有している。この自然の所与と親の教育権の自然法的な権利性から、子どもの教育に対する第1次的な権利と責任は親にあり、国、地方自治体、学校（教員）などは親のこの権利および「家族の連帯と自律性」を尊重しなくてはならない、ということが帰結される。

ちなみに、この点、ドイツ民法も「親と子どもは相互に協力して尊重する義務を負う」（1618a条）と書いて、「家族における連帯」（Solidarität in der Familie）の法理を明記しているところである。

こうして子どもの人権は公権力など第三者との関係（対外部関係）と、親との関係（家族内部関係）においては、その強度が異なることになる。具体的には、子どもがすでに基本権行使能力を有している場合、当該人権の行使に際して、公権力など第三者による規制的介绍は原則として認められないが、「子どもの利益」（Interesse des Kindes）を旨として、同時にまた親の教育責任の重さと親の教育権の発現要請に根拠づけられて、親によるそれはなお許されることもありうると解されている。

## 2 憲法の人権保障規定と親子関係

そもそも憲法の人権保障規定は親と子どもの関係（家族内部関係）、つまりは私人相互間にも適用があるのか。換言すると、憲法が保障する基本的人権の効力は、国家との間の「高権的關係」（Hoheitlichesverhältnis）

だけに限定されるのか、それとも私人相互の関係を規律する効力—いわゆる「第三者効力」(Drittwirkung)—をも有するのか。

この問題は、ドイツにおいてはワイマール時代以来、基本的人権の第三者効力の問題として、学説・判例上に活発な論議を呼んできていることは、既によく知られている。

これについて、ドイツにおいては、基本権の間接効力説の立場を採る通説・判例、とりわけこの領域で画期をなした連邦憲法裁判所の「リュート判決」(Lüth-Urteil・1958年1月15日)に依拠して<sup>(113)</sup>、親子関係についても基本権の間接的効力—ただしこの場合は親子相互間ではなく、子どもの基本的人権の親に対する効力—を認める有力な学説が見られている。こう述べている<sup>(114)</sup>。

「親—子関係は公法上組織化されたものではなく、私法に属するものではあるが、ここにおいてもまた基本権はともかく間接的には(mittelbar)妥当する。かくして一方における親の教育権と、他方における子どもの権利との緊張関係が存在している。個々の場合において、両者の権利領域を比較衡量しなければならぬ。いずれにしても子どもが18歳(成人・筆者注)に至るまで、子どものあらゆる権利に優位する、絶対的な親権が認められることはありえない」。

さらに、それに止まらず、基本権の直接的第三者効力説に立脚している所説も見受けられる。先に触れたように、子どもについて、基本権享有能力(Grundrechtsfähigkeit)とは区別された、「基本権行使能力(基本権上の成熟)」(Grundrechtsmündigkeit)という概念を創出し、これに依拠して子どもの自己決定権を定礎しようとしたH.クリューガーは、そのコンテキストにおいて、当然のことながら、「親に対して直接的な効力をもつ子どもの権利」を措定しており、かくして、「子どもの権利と親の権利との衝突は法益・利益衡量の原則に従って解決されるべきものである」という<sup>(115)</sup>。

すでに垣間見たように、基本的人権の私人間における効力の存否に関し

ては、ドイツにおいては、学説・判例上、①無効力説—〈憲法の人権保障規定はもっぱら国家と国民との間の関係のみに関するものであって、私人相互間には適用されない〉、②直接効力説—〈憲法の人権規定は国家権力に対する公権のみならず私人間における私権をも成立せしめ、したがって、それは私人相互間においても直接効力をもつ〉、③間接効力説—〈基本的人権はほんらい国家権力に対する国民の防禦権であり、その保障は私人間には直接には妥当しない。しかし私法の一般条項を基本的人権の価値内容で「意味充填」(Sinnerfüllung)することによって、私人間の行為に間接的に憲法の適用を認める〉、の3説が存している。そして判例・通説は間接効力説の立場に立っているのであるが、しかし、ドイツにおいては、いわゆる基本権の第三者効力に関する論議は親子関係について具体的な法的実益をもたらすまでには至っていない、と評されている状況にある<sup>(116)</sup>。

### 3 「縮減・弱化する親の権利—伸張・強化する子どもの権利」の原則

#### 3-1 親の教育権の権原と子どもの自律権

世界人権宣言(26条3項)や子どもの権利条約(18条1項)も確認的に書いているように、親は子どもの教育について第1次的な権利を有し責任を負っているが〈親の始源的教育権・Das primäre Erziehungsrecht〉、その根拠ないし権原は、子どもは肉体的・精神的未熟さのゆえに、親による保護と援助がなければ生命を維持することも、人間として成長・発達することもできない、という自然的所与にある。

ちなみに、連邦憲法裁判所の判旨にもこうある<sup>(117)</sup>。「親の教育責任ならびにそれと一体をなす権利が認められる権原は、子どもが社会共同体において自己責任的な人格へと発達するためには、・・・親による保護と援助を必要とするということにある」

親の教育権(教育責任)は子どもの生存権と人間としての成長・発達権を確保し、それを有意なものとするための自然法的な与件をなしているということであり、この点、E.W.ベッケンフェルデも、以下のように書い

ているところである<sup>(118)</sup>。

「親の権利の根拠と権原は、子どもの権利および必要性に基づく。子どもは自分自身を自由と自己責任に導くものとして、教育およびそれに随伴する規制力を必要とする。その限りにおいて、子どものためのこうした教育上の支配権能は、将来における子どもの自己決定のための不可欠な前提条件なのである。そしてこれには子どもの教育をうける権利が対応している」。

つまり、先に触れたように、親の教育権は本質上、親自身の利益のために保障された権利ではなく、「子どもの利益における権利」(Recht im Interesse des Kindes)なのであり、だとすれば、子どもが成長し保護・援助・教導する必要性が減少するにつれて、また子ども自身の自律的な判断力が増すにつれて、親のこの権利はそれに反比例するかたちで縮減し、そして子どもの成人とともに消滅するという筋道を辿ることになる。

ドイツの学説に沿って、敷衍して言えば、「子どもがより年長になり、より成熟すればするほど、彼らの個人的な自由に対する要求権も拡大する」ということ<sup>(119)</sup>、あるいは「子どもの判断力と成熟度が増すにつれて、親の教育権は子どもの人格の自由な発達権によって制約を受け、親による他者教育は子ども自身による自己教育と自己統制によって次第に取って代わられる」<sup>(120)</sup>ということであり、かくして、親の教育権と子どもの人格的自律権の関係について、W.ベッカーによれば、「縮減・弱化する親の権利—伸張・強化する子どもの権利」(weichendes Elternrecht —wachsendes Kindesrecht)という一般的な法的テーゼが導出されることになるとされる<sup>(121)</sup>。

ちなみに、親による子どもの教育の第一義的な目的ないし課題は、一言でいえば、子どもを「自律的で責任ある市民」に育成することにあるから、上記の命題はこうした教育の目的に適い、同時にそれが要請するところでもあると言える。

以上、要するに、連邦憲法裁判所の判決を借用すれば、「子どもが生活

関係について自律的に判断し、また法的関係において自己責任で行動するのに熟した年齢に至るにつれて、親の権利はその本質および目的に鑑み、後退しなければならない」ということである<sup>(122)</sup>。

### 3-2 親の「子どもの自律性の尊重義務」と子どもの意見表明権

さて上記の命題は、これを親の義務という観点から捉えると、いみじくも現行のドイツ民法1626条2項が明記しているところであるが、親は子どもの監護・教育に際して、①子どもの自律・自己責任的な行動への伸張し増大しつつある能力と欲求を考慮しなければならず、また、②子どもに直接かかわる事柄に関しては、できるだけ子どもと話し合い、合意を得るよう努めなければならない、ということの意味する。

そこで、ドイツ民法の権威ある註釈書も「親による配慮・子どもの成長しつつある自律性の考慮」と銘打った同条は、子どもに一般的な共同決定権を保障した一般条項ではないが、親に対してパートナーシップによる教育 (partnerschaftliche Erziehung) を課したものであると述べているところである<sup>(123)</sup>。

そしてこの場合、重要なことは、上記にいう親の「伸張しつつある子どもの自律性の尊重義務」および「子どもとの相談・合意義務」には、子どもの権利条約上の象徴的な権利である子どもの「意見表明権」(12条1項)が実体法上も、手続法的にもこれに対応しているということである。「自己の意見を形成する能力のある子ども」は、「その子どもに影響を及ぼすすべての事項について自由に自己の意見を表明する権利」を有し、その意見は「子どもの年齢および成熟度にしたがって相応に考慮される」との規定がそれである。

### 4 いわゆる「意思能力のある未成年者の法理」と子どもの自己決定権

今日、ドイツの学説・判例によれば、親の教育権と子どもの人格的自律権との間には、一般的には上述したような法原則が妥当していると解され

ているが、基本的人権の種類や性質ないし対象となる事柄や権益の如何によつては、さらに「いわゆる意思能力のある未成年者の法理」(Rechtsfigur des sog. einsichtsfähigen Minderjährigen)の適用を視野に入れてアプローチすることが、入用かつ有益であるとされている。

この法理は近年、ドイツにおいて学説・判例上に有力な支持を獲得しつつあるようであるが、それは、端的に言えば、いわゆる「高度に人格的な事柄」(sog. höchstpersönliche Angelegenheiten)ないしは自己の人格権に深く触れ、強くかかわる事柄については、当該事項に関し子どもが相応な判断力・弁識力を具えていると見られる場合には、他者による規制を排して、子ども自らが自律的にこれを決定することができ、したがって、ここにおいては子どもの自己決定権が親の教育権を原則的に凌駕する<sup>(124)</sup>、というものである。

こうして、この理論によれば、対象となる事柄が子どもの人格権に触れ、その核に近いものであればあるほど〈いわゆる人格に近い権利〉、これに関する決定に際して子ども自身の意思や「意見表明権」は法的重みを加え〈親の単独決定権の制限・親による決定に際しての子どもの参加権の保障〉、そしてまさしく子どもの「人格権の核」(Kern des Persönlichkeitsrechts)に触れる事柄については、子どもがそれに要する判断力を有していれば、これに関しては子どもの意思こそが決定的である、ということが帰結されることになる<sup>(125)</sup>。

それでは具体的に、どのような事柄について上記法理の原則的適用が考えられるかであるが、通説・判例によれば、①自己の生命・身体処分に係る事柄、②家族の形成・維持に係る事柄、③リプロダクションに係る事柄がこれに含まれることは疑いを容れないとされている。

またこれらと比較すると子どもの自律的決定権＝親による子どもの意見の尊重義務の強度はやや弱まるとしても、④精神的自由権、とくに「思想・良心・信教の自由」に係る事柄、⑤教育・職業の選択に係る事柄、なども概ね同列に位置すると見られている。

ちなみに、上記①の例を引くと、ドイツにおいては、学説・判例上、手術などの治療行為をうけるか否かに関し、判断力のある子どもは親の同意なしに単独で決定することができ、親の指示による子どもの意思に反した治療行為は、生命に対する危険や健康への害が明白であるなど、特段の事情が存する場合にだけ許される、とされている<sup>(126)</sup>。

## 注

- (1) 穂積重遠「親族法」岩波書店、1934年、550頁。
- (2) 参照：F.Hill, Das Elternrecht aus geschichtlich-vergleichender Sicht, In: RdJB (1971), S.60～64. M.Maurer, Das Elternrecht und die Schule, 1962, S.6～13. M.Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte, 1992, S.19ff. 山田 晟「ドイツ法概論Ⅱ」有斐閣、1987年、3頁以下。
- (3) 今日のファミリーの起源である、ラテン語の「ファミリア」(familia) という用語は、もともと「従属者」を意味し、家を統率する家父の権力に服していた人や財産(奴隷は物)の全体を指していた(参照：加藤一郎「子どもの権利」東大出版会、1981年、10頁)。
- (4) K.Kaser, Römisches Privatrecht, 12Auf. 1981, S.244～251.  
ただ共和制時代以降、家父権の絶対的支配権性は相対的に弱まり、たとえば、子どもを殺す権利は原則として否認され、また子どもを遺棄したり、譲渡する権利も大幅に制限されるに至った。そしてアウグスティン大帝の時代にはごく限られた範囲ではあるが、「家子の権利」が認容され、たとえば、家子は自己の財産を所有することができるようになったとされる(F.Hill, a.a.O., S.61.)。
- (5) W.Landè, Preußisches Schulrecht, 1933, S.78.
- (6) W.Kühn, Schulrecht in Preußen, 1926, S.30.
- (7) F.Hill, a.a.O., S.64.
- (8) BVerfG, Urt. v. 29. 7. 1959, In: NJW (1959), S.1483.
- (9) G.Beitzke, Familienrecht, 25Auf. 1988, S.258ff. J.Bauer/H.J.Schimke/W.Dohmel, Recht und Familie-Rechtliche Grundlagen der Sozialisation, 2001, S.188ff.  
参照：荒川麻里「ドイツ民法典における子どもの自立性への親の配慮の明文化過程」、『ドイツ研究』47号(2013年)、152頁以下。
- (10) Erwin Stein, Die rechtsphilosophischen und positive-rechtlichen Grundlagen des Elternrechts, In: E.Stein/W.Joest/H.Dombois, Elternrecht, 1958, S.10.
- (11) M.Maurer, Das Elternrecht und die Schule, 1962, S.43.
- (12) I.Messner, Das Naturrecht, 1950, S.297.  
なおフィヒテによれば、「親と子どもとの間の始源的な関係は、単なる法概

念によってではなく、自然（Natur）と道義（Sittlichkeit）によって規定されている」という（Fichte, *Angewandtes Naturrecht*, 1797, Abs.39, zit. aus E.Stein, aa.O., S.10）。また H.ヘッケルは、親の教育権は自然と道徳と血統に基づくとする（H.Heckel, *Schulrechtskunde*, 4Aufl, 1969, S.345.）。

- (13) BverfGE 24,119 (150), zit. aus, H.U.Erichsen, *Elternrecht – Kindeswohl – Staatsgewalt*, 1985, S.27.
- (14) さしあたり、T.Maunz/G.Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, 2011, Art.6, S.62. I.v.Münch/P.Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd.1, 2000, S.507. H.v.Mangoldt/F.Klein/C.Starck (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 2005, S.710. M.Abelein, *Historische Überlegungen zum Elternrecht*, In:RdJ (1967), S.36.
- ちなみに、たとえば、親の教育権の不可侵性について、プレーメン州憲法は端的にこう書いている。「法律の基準に基づく判決によってだけ、親から教育権を剥奪することができる」（23条）。
- (15) 以上と係わって、F.ヒルは親の教育権は「始源的教育権」（Das primäre Erziehungsrecht）であるのに対し、国家・教会・学校のそれは「副次的教育権」（Das subsidiäre Erziehungsrecht）だと捉えている（F.Hill, *Das natürliche Elternrecht aus verfassungs-und zivilrechtlicher Sicht*, In:RdJ (1972), S.137.）。
- (16) 参考までに、親の教育権の自然権性を確認しているヨーロッパ諸国の憲法規定例をみると、たとえば、スペイン憲法は親の教育権は「すべての実定法以前の、かつそれに優位する権利」（22条1項）だと規定しており、またアイルランド憲法も「あらゆる実定法に先行し、譲渡不可能かつ消滅せざる権利」（41条）と書いている。
- また英米においても、親はコモン・ローに基づく ‘natural right’ として「子どもの知的および道徳的な育成を指導する始源のかつ不可譲の権利」（primary and inalienable right）を有するとされ（J.S.Moskowitz, *Parental Rights and State Education*, In: 50 *Washington Law Review* (1975), p.623）、そしてこの権利は、学説・判例上、通常の憲法上の権利ではなく、「基礎的な憲法上の権利（fundamental constitutional right）」だとみなされている（J.W.Whitehead/W.R.Bird, *Home Education and constitutional Liberties*, 1987, p.31）。
- (17) F.Hill, *Das Elternrecht aus geschichtlich-vergleichender und konfessioneller Sicht*, In: RdJb (1978), S.65. E.Stein, aa.O.S.28. M.Maurer, aa.O., S.59～S.61. I.Röbbeln, *Zum Problem des Elternrechts*, 1966, S.211～S.213.
- (18) カトリック自然法（思想）によれば、親とはいっても、父親が子どもの出生・教育・懲治の根原（Ursprung）である。ローマ教皇回勅（1891年5月15日）にも、「子どもは父親の人格の拡大である」とある（F.Hill, aa.O.S.65）。
- (19) この法諺は、1919年1月29日付けのFaulhaber司教の教書に由来するという（I.Richter, *Elternrecht-Wandlung eines Verfassungsbegriff*, In: *Neue Sammlung* (1972), S.338～S.339）。



- なお1919年9月のバイエルン司教会議の教書にも、「親権は学校法を破棄する」(Elternrecht bricht Schulrecht)、「良心の権利は国法を破棄する」(Gewissensrecht bricht Staatsrecht)などの法諺が見えている(G.Holstein, Elternrecht, Reichsverfassung und Schulverwaltungssystem, In: AöR (1927), S.191)。
- (20) ちなみに、J.マウスバッハは、ワイマール憲法120条にいう親の自然権の教育権は「親権は国権を破棄する」との自然法原則の実定法的承認だと見て、以下のように述べている。  
 「ここにおいて、自然法の真理がわが憲法によって法規範として明文上承認された。・・・それはまず家族という道徳的・法的秩序にとって重要な意味をもつ。・・・またそれは、学校制度の領域において、親が自然的な権利・義務の主体たる明白かつ取り消しえない基盤をなす。・・・こうして国家は親権に対するすべての権力的な介入を回避する義務を負う」(J.Mausbach, Kulturfragen in der Deutschen Verfassung, 1920, S.44)。
- (21) なおドイツにおいては、プロテスタント教会はいわゆる「公の委託」(sog. Öffentlichkeitsauftrag)に依拠し、カトリック教会のような教育特権を求めている。また「宗派上の親権」(Das konfessionelle Elternrecht)よりも「教育上の親権」(Das pädagogische Elternrecht)、つまり公教育運営における親の参加権や決定権をより重視しているとされる(K.Schwitzke, Verfassungsrechtliche Probleme des Elternrechts im Schulwesen, In: RdJB (1974), S.98.)。
- (22) BVerfGE 59, 360 (376), zit. aus H.U.Erichsen, a.a.O., S.27.
- (23) OVG Münster, Urt v17. 1. 166, In: DÖV (1967), S.312.
- (24) G.Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14Aufl. 1933, S.562.  
 なお同じ趣旨から、G.ホルシュタインはワイマール憲法下における親権と国法の間を「国法は親権に優位する」(Staatsrecht überhöht Elternrecht)と定式化している(G.Holstein, a.a.O., S.215)。  
 またPoetsch=Heffter, Handkommentar der Reichsverfassung, 1928,によっても「(親の教育権は)自然法に由来する権利ではあるが、固有の意味での権利に対立する自然的権能(natürliche Befugnis)は考えられてはいない」とされている(S.422)。
- (25) E.Stein, a.a.O., S.37.
- (26) F.Ossenbühl, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, 1981, S.47.
- (27) F. Ossenbühl, Elternrecht in Familie und Schule, 1978, S.27. 同旨: C.Starck, Staatliche Schulhoheit, Pädagogische Freiheit und Elternrecht, In: DÖV (1979), S.274.
- (28) W.Geiger, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Verhältnisses von Schule und Staat, In: W.Geiger/A.Arndt/F.Pöggeler, Schule und Staat, 1959, S.40.

- (29) BVerfG, Urt. v. 6. 12. 1972 In: SRE (Dritte Folge), 2000, S.260-1.
- (30) H.Heckel, Schulrechtskunde, 4 Aufl, 1969, S.263.
- (31) F.Ossenbühl, a.a.O., S.44.
- (32) P.Fleig, Das Elternrecht im Bonner Grundgesetz, 1953, S.12~S.13
- (33) さしあたり、K.Stern/F.Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2010, S.695.  
H.v.Mangoldt/F.Klein/C.Starck (Hrsg.), a.a.O., S.703.  
これに対してM.Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2007, S.368は、基本法6条2項の親の教育権条項は制度的保障であり、原則規範 (Grundsatznorm) だと解している。
- (34) 憲法史上、世界で最初に親の自然権的教育権を明記したワイマール憲法120条は、当時の通説・判例によれば、単に制度的保障にすぎないと見られていた (G.Anschütz, a.a.O., S.563. P.Westhoff, Verfassungsrecht der deutschen Schule, 1932, S.65)。
- (35) さしあたり、E.W.Böckenförde, Elternrecht-Recht des Kindes-Recht des Staates (Essener Gespräche 14), 1980, S.59. H.Peters, Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule, In: K.A.Bettermann/H.C.Nipperdey/U.Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte-Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrecht, Bd.4, 1972, S.374~375.
- (36) BVerfG, Beschl. v.10, 3. 1958, zit. aus, H.J.Becker, Das Elternrecht im Spiegel der verfassungs-und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, 1961, S.105.  
なお本件の評釈として、山田晟「親の教育権に対する国家の干渉の限度」、『ドイツ判例百選』(別冊ジュリスト23号、80頁以下)がある。
- (37) Erwin Stein, Elterliche Mitbeteiligung im deutschen Schulwesen, In: JZ (1957), S.12.
- (38) 若き日のH.ヘッケルは民法上の親の監護・教育権 (民法1627条以下) を一応認めながらも、親権の濫用条項を極度に拡大解釈することによって、親の教育権の個人権性を否定し、それを「共同の利益」(Gemeininteresse) に全的に従属させている (H.Heckel, Elternrecht, Schulrecht, Recht der Hitlerjugend, In: Reichsverwaltungsblatt (1935), S.313.)。
- (39) ナチスの設けた学校外の青少年組織で、ドイツ少年団 (10~14歳の男子)、ヒトラー・ユーゲント (14~18歳の男子)、少女団 (10~14歳の女子)、ドイツ女子青年団 (14~21歳の女子) の四つの組織から成っていた。法的にはヒトラー・ユーゲントへの参加強制は存しなかったが、強大な権力組織であったため、事実上、子どもや親はそれへの加入を余儀なくされた。H.ヘッケルも威嚇的に書いている。  
「ヒトラー・ユーゲントに参加するかどうかは、親が決定できる。しかしかかる権力的組織の道徳上の圧力 (moralische Druck) を過小評価してはならない。親は、その子がヒトラー・ユーゲントに所属した場合とそうでない場合の、その子の将来に及ぼす効果を明確に認識すべきである」(H.Heckel, a.a.O., S.314)。

- (40) Erwin Stein, Elterliche Mitbeteiligung im deutschen Schulwesen, In: JZ (1957), S.12.  
なおナチス独裁政権下の学校政策については下記に詳しい。M.Kloecker, Die Schule im NS-Staat: Ihre Rechtsgrundlagen am Beispiel der Volksschule, In: RdJB (2013), S.376ff.
- (41) H.Weblar, Nationalsozialistisches Familienrecht, In: Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt (1935), S.17.
- (42) I.Richter, Bildungsverfassungsrecht, 1973, S.47.
- (43) H.Avenarius/H.P.Füsse, Schulrecht, 2010, S.33.
- (44) F.Ossenbühl, Das elterliche Erziehungsrecht, S.50.  
この点と関連して、エーリッヒゼンは親の教育権は「全体システムとしての家族」および「サブシステムとしての親子関係」の両面において多角的に機能しており、したがって、一面的に利他的 (fremdnützig) でもなければ、また利己的 (eigennützig) でもないという (H.U.Erichsen, Elternrecht-Kindeswohl-Staatsgewalt, 1985, S.33.)。
- (45) さしあたり、B.Pieroth/B.Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 2012, S.159.  
M.Sachs, Verfassungsrecht II Grundrechte, 2003, S.332.
- (46) BVerfGE, 47, 46 (70), zit. aus, F.Ossenbühl, Das elterliche Erziehungsrecht, S.43.
- (47) F.Ossenbühl, a.a.O. S.42~S.43.  
ちなみに、連邦憲法裁判所の判決もいう。「憲法は国家に対して家族という単位とその自己責任を尊重し、かつ促進することを義務づけている」 (BVerfGE, 24, 119 (135))。
- (48) たとえば、G.Eiselt, Sicherung des Rechts auf eine ideologisch tolerante Schule, In: DÖV (1978), S.866.
- (49) F.Ossenbühl, Schule im Rechtsstaat, In: DÖV (1977), S.806.
- (50) U.Fehrmann, Die Bedeutung des grundgesetzlichen Elternrechts für die elterliche Mitwirkung in der Schule, In: AöR (1980), S.534. F.Ossenbühl, Das elterliche Erziehungsrecht, S.50~S.51.
- (51) F.Ossenbühl, Das elterliche Erziehungsrecht, S.51.
- (52) L.Dietze, Zur Mitbestimmung in der Schule, 1970, S.36.  
なおE.シュタインも親の教育権のこの属性を「子どもの人格の発達のための成人の援助としての親権」と捉えている (Eckehart Stein, Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule, 1967, S.37ff.)。
- (53) F. Ossenbühl, a.a.O., S.51.
- (54) H.v.Mangoldt/F.Klein/C.Starck (Hrsg), a.a.O., S.714.  
なお、ここでいう「基本的な義務」とは、基本的人権と対をなす概念で、憲法レベルでの義務のことをいう。ドイツにおいては、通説によれば、「基本的な義務とは国家に対する個々人の憲法上の義務をいう。かかる基本的な義務は、憲法自らが特定の義務を確定した場合、あるいは価値決定を認識させる場合に限り、存在する」と説かれている (S.F. Bischoff, Probleme

- ausländischer Schüler im deutschen Bildungssystem, In: RdJB (1986), S.303.  
なおこの問題について詳しくは参照：A.Randelzhofer, Grundrechte und Grundpflichten, In: D.Merten/H.J.Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, 2006, S.595ff.)
- (55) E.シュタインも書いている。「親の教育権は、他の基本権とは異なり、権利と義務がその内部において不可分に結合している (unlöslich verknüpft) ことによって特徴づけられる (Erwin Stein, Elterliches Erziehungsrecht und Religionsfreiheit, In: D.Merten/H.J.Papier (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts, 2004, S.459)。
- (56) E.Stein/W.Joest/H.Dombois, Elternrecht, 1958, S.10.  
C.シュタークも、こう指摘する。「親の教育権は、親の自己発展のための自利をはかる基本権ではなく、子どもの利益のための、高度な義務を伴う、他者の利益をはかる基本権 (ein in hohem Maße verpflichtendes fremdnütziges Grundrecht) である」(C.Starck, Staatliche Schulhoheit, Pädagogische Freiheit und Elternrecht, In: DÖV (1979), S.274)。
- (57) U.Fehnmann, Bemerkungen zum Elternrecht in der Schule, In: DÖV (1978), S.489.  
この点、J.ミュンダーが親の教育権の本質的属性を「義務権」(Pflichtrecht) と把握しているのが、特徴的である (J.Münder, Familien-und Jugendrecht, 1980, S.89)。  
なお「親の教育権の権利性」について、F.オッセンビュールは「他者に対する規制権として、親の教育権は憲法上特別なディメンションをもつ」としている (F.Ossenbühl, aa.O., S.50~51.)。また J.ミュンダーによれば、親の教育権は「人間の人間に対する規制権の最後の残余」であり、「親子関係は、法学的な基本構造においては、子どもの依存性と他者による規律 (Fremdbestimmung) によって特徴づけられる」とされる (J.Münder, aa.O., S.89)。
- (58) H.アベナリウスも「親権は義務に拘束されている (pflichtgebunden) という点で、他のすべての基本権と区別される」と指摘する (H.Heckel/H.Avenarius, Schulrechtskunde, 6 Aufl. 1986, S.302.)。
- (59) I.v.MüncH/P.Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd.1, 2000, S.510.
- (60) さしあたり、H.Heckel, Schulrecht und Schulpolitik, 1967, S.176.
- (61) U.Fehnmann, Bemerkungen zum Elternrecht in der Schule, In: DÖV (1978), S.490.  
なお連邦憲法裁判所は、親の教育権のこのアスペクトを「あらゆる点における、子どもの教育に関する権利」(Recht zur Erziehung ihrer Kinder in jeder Hinsicht) と表現している (BVerfGE 44 (44))。
- (62) E.Stein/M.Roell, Handbuch des Schulrechts, 1988, S.44.
- (63) L.R.Reuter, Das Recht auf chancengleiche Bildung, 1975, S.27ff.
- (64) M.Maurer, Das Elternrecht und Schule, 1962, S.64.

- (65) U.Fehnmann, Die Bedeutung des grundgesetzlichen Elternrecht, In: AöR (1980), S.545.
- (66) L.Dietze, Pädagogisches Elternrecht oder staatliches Erziehungsrecht?, In: K.Nevermann/I.Richter (Hrsg.), Rechte der Lehrer, Rechte der Schüler, Rechte der Eltern, 1977, S.147.
- (67) L.Dietze, ditto.
- (68) F.Ossenbühl, a.a.O., S.97.
- (69) C.Starck, Organisation des öffentlichen Schulwesens, In: NJW (1976), S.1379.
- (70) Erwin Stein, Elterliche Erziehungsrecht und Religionsfreiheit, In: Handbuch des Staatskirchenrechts, 1975, S.461ff. R.Wimmer, Das pädagogische Elternrecht, In: DVBl (1967), S.809ff.
- (71) J.A.Frowein, Zur verfassungsrechtlichen Lage der Privatschulen unter besonderer Berücksichtigung der kirchlichen Schulen, 1979, S.29. しかし一方でF.ヘネッケは「親の個人的教育権は、集団的行使に際して集団的・身分的なグループ代表制に転化し、その防衛権を失う」との見解を採っている (F.Hennecke, Grundriß des Schulrechts in Rheinland-Pfalz, 1979, S.64～S.65)。
- (72) F.Ossenbühl, Schule im Rechtsstaat, In: DÖV (1977), S.806～807. T.Oppermann, Elterliches Erziehungsrecht und staatliche Schulerziehung, In: K.Aurin u.a. (Hrsg.), Die Schule und ihr Auftrag, 1979, S.71～S.72.
- (73) 「参加基本権」というタームは、たとえば、W.Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten, 1976、との書名にも見えている。ただこの書物は労働者の経営参加権に関するものである。
- (74) 肯定説としては、さしあたり、T.Maunz, Die Schule aus der Sicht der Rechtsprechung, In: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes, 1979, S.243. I.v.Münch/P.Kunig (Hrsg.), a.a.O. S.517.  
否定説としては、さしあたり、H.Avenarius/H.P.Füssel, aa.O. S.344. J.Rux/N.Niehues, Schulrecht, 2013, S.272.  
この問題について、詳しくは参照：B.Meier, Elternrecht und Elternmitwirkung in der Schule, 2005, S.122ff.
- (75) BVerfG. Urt. v. 6. 12. 1972, In: NJW (1973), S.134.
- (76) M.Mauer, a.a.O.S.72. H.Heckel, Schulrechtskunde, 4 Aufl. 1969, S.346.
- (77) F.Ossenbühl, a.a.O. In: DÖV (1977), S.808. ders, Das elterliche Erziehungsrecht, S.111～112. ders, Elternrecht in Familie und Schule, 1978, S.27.  
なお連邦憲法裁判所の判決 (BVerfGE34,199) もいう。「争いのある学校改革は、自由国家においては国家的な強制手段によって貫徹するのではなく、当事者の自由意思を可能な限り尊重して行われなければならない」。
- (78) F.Ossenbühl, Das elterliche Erziehungsrecht, S.118. K.Hesse, Grundzüge des

- Verfassungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 1998, S.28.
- (79) たとえば, Hess.Staatsgerichtshof Urt. v. 19. 12. 1957, In: DÖV (1958), S.464.
- (80) I.Richter, Bildungsverfassungsrecht, 1973, S.62~64.
- (81) H.U.Evers, aa.O.S.68~69. またMauerによれば、親の教育権を家庭領域に限局し、学校から排除するのは基本法の立法者意思にそぐわないという。憲法制定議会は基本法6条と7条を分離することによって、ただ「学校の自律性」を強調しようとしただけだとされる (ders, aa.O.S.64)。
- (82) T.Maunz/G.Dürig, aa.O.Art7, S.34ff.
- (83) H.Petersもほぼ同じ立場からいう。「特定の領域において親の教育権がより自然的より根元的(natürlicher und elementarer)になればなるほど国家の規定権は弱化する」(ders,aa.O.S.378)
- (84) E.W.Böckenförde, aa.O.S.86~87.
- (85) H.U.Evers, aa.O.S.72. これと関連して、連邦憲法裁判所の次のような判例がある。「義務教育学校の宗教的・世界観の形成に関する決定は、原則として、民主制多数決によってなされてはならない。少数派の信教の自由が多数派による侵害から保護されなければならないからである」(BVerGE41,48)
- (86) BVerfG, Beschluß v. 21. 12. 1977, In: DÖV (1978), S.244.  
ドイツにおいては、この連邦憲法裁判所の判決以降も学校における性教育をめぐる多くの争訟事件が発生している。それらに関する判決例はSPE (Dritte Folge, 2006年), S.709-1に収載されている。  
なお連邦憲法裁判所は2009年にも学校における性教育に関して判決を下しているが (BVerfG. Urt. v.21. 7. 2009)、判旨は本文にある1977年のそれと基本的には同様である (H.Avenarius/H.P.Füssel, Schulrecht, 2010, S.399.)。
- (87) たとえば, Mauerは「国家には学校に性教育を導入する権能はない。このような本質的な教育問題は親と子の人格関係においてなされるべきものである」(ders,aa.O.S.127) という。
- (88) R.Stober, Sexualkunde in den Schulen-Über die Grenzen des staatlichen Erziehungsauftrag, In: DÖV (1973), S.559.
- (89) たとえば, J.Wolff, Der strafrechtliche Rahmen des Sexualkundeunterricht, In: RdJB (1970), S.163.
- (90) H.Kentler, Bedingungen der Sexualaufklärung in der Schule, In: RdJB (1975), S.301など。
- (91) R.Stober, aa.O.,S. 558~560.
- (92) さしあたり, H.Scholzen, Staatliche Sexualerziehungsrecht, In: RdJB (1974), S.217.
- (93) R.Stober, aa.O.,S.558. M.Mauer, aa.O.S.127.
- (94) 判例としては, BVerfG. Urt. v. 21. 7. 2009, zit aus, H.Avenarius/H.P.Füssel, aa.O.,S.399. St. GH Hessen,Beschl. v. 28. 2. 1985, In: DVBl (1985), S.682など。学説としては, J.Rux/N.Niehues, aa.O.,S.96. H.U.Evers, aa.O.,S.115など。
- (95) デンマークのケース・Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urt.

- v.7. 12.1976. In: RdJB (1977), S.144ff. アメリカのケース・Schimmel/L.Fischer, The Rights of Parents in the Education of their Children, 1977, S.87.
- (96) T.Maunz/G.Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2010, Art.20, S.66. H.v.Mangoldt/F.Klein/C.Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd.2, 2010, S.118. M.Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2007, S.803. J.Rux/N.Niehues, a.a.O.S.13.
- (97) たとえば, BVerfG, Beschluß v. 22. 7. 1977, In: RdJB (1978), S.76.
- (98) H.Avenarius/H.P.Füssel, a.a.O.,S.400.
- (99) 宮沢俊義「憲法Ⅱ」有斐閣、1976年、77頁。
- (100) Bundesverfassungsgericht, Entscheidung v. 29. 6. 1968, BVerfGE24, 119 (144), In: RdJB (1994),S.491.
- (101) 参考までに、アメリカにおいて子ども（生徒）の人権主体性を初めて確認したのは、1969年のティンカー事件に関する連邦最高裁判所の判決である。こう判じている。  
 「合衆国憲法第1修正上の権利は・・・教員および生徒にも妥当する。生徒もしくは教員は言論ないしは表現の自由という彼らの憲法上の権利を校門の所で放棄するとの論は、ほとんど説得力をもちえない。・・・生徒は学校においても、学校外におけると同様、わが憲法の保障下におかれている人間（persons under our constitution）なのである。彼らは州が尊重しなければならない、基本的人権を享有している」（Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 1969, In: S.M.Davis/M.D.Schwarz, Childrens Rights and the Law, 1987, p.57.）。
- (102) H.Heckel, Schulrecht und Schulpolitik, 1967, S.177.
- (103) I.v.Münch/P.Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 5Auf.Bd.1, 2000, S.26.
- (104) さしあたり、E.Stein, Staatsrecht, 14Auf., 1993, S.217. I.v.Münch/P.Kunig (Hrsg.) a.a.O.,S.22. S.25. M.Roell, Die Geltung der Grundrechte für Minderjährige, 1984, S.23ff. H.Avenarius, Kleines Rechtswörterbuch, 1992, S.216.など。  
 ちなみに、I.v.Münch/P.Kunig (Hrsg.), a.a.O.によれば、「Grundrechtsfähigkeit」とは、「基本権の主体たりうる自然人ないしは法人の能力」、「Grundrechtsmündigkeit」とは「基本権を自律的に行使してもよい自然人の能力」とそれぞれ定義され、両者の区別は民法上の権利能力と法律行為能力の区別にパラレルではあるが、同一ではないとされる。  
 しかし一方でこうした区分に批判的な見解も見られる。たとえば、K.ヘッセは「未成年者は基本権の享有と行使において一般的に制約されるのであり、基本権享有能力と基本権行使能力能力の区別は憲法上根拠づけられない」と述べる（K.Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1995, S.130.）。
- (105) H.Krüger, Rechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt, In: FamRZ (1956), S.331.  
 なお参考：U.Fehnmann, Über die Ausübung von Grundrechten durch

- Minderjährige, In: RdJ (1967), S.281ff. M.Roell, Grundrechtsmündigkeit-eine überflüssige Konstruktion, In: RdJB (1988), S.381ff.
- (106) M.Franke, Grundrechte des Schülers und Schulverhältnis, 1974, S.16. Ekkehart Stein, Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule, 1967, S.28.
- (107) U.Fehnmann, Die Innehabung und Wahrnehmung von Grundrechten im Kindesalter, 1983, S.35. I.v.Münch/P.Kunig (Hrsg.), a.a.O.,S.27.
- (108) H.Heckel, Schulrechtskunde, 5Aufl. 1976, S.259.
- (109) 詳しくは参照 : T.Kipp, Die religiöse Kindererziehung nach Reichsrecht, In: Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl, 1923, S.3ff. W.Raack/R.Dotting/M.Raack, Recht der religiösen Kindererziehung, 2003, S.165. 法令原文は、S.220以下に所収。  
なおドイツにおいては14歳未満を「Kind」と称し、満14歳から満18歳の成年に至るまでを「Jugendlicher」と呼称して、用語上も14歳が区切りをなしている。
- (110) なおE.シュタインによれば、本文で言及した子どもの宗教教育に関する法律5条から、宗教に関してだけではなく、「これと類似した、あらゆる個人的な性質 (persönliche Charakter) の事柄については、満12歳以降は子どもの意思に反して現存の関係が変更されてはならない、との一般原則が導かれる」という (E.Stein, a.a.O.,S.32)。
- (111) H.Heckel/H.Avenarius, Schulrechtskunde, 6Aufl. 1986, S.21. T.Ramm, Bildung, Erziehung und Ausbildung als Gegenstand von Grundrechten, In: Festschrift für Erwin Stein, 1983, S.239.
- (112) たとえば、クリューガーは「未成年者が特別な義務領域に位置しているかぎり、そこにおいては基本権行使能力をもつ」と述べ、その例として、学校関係と労働関係を挙げている (H.Krüger, a.a.O.,S.18)。また同じ趣旨から فرانケも、学校領域における子どもの基本権行使能力を肯定する (M.Franke, a.a.O.,S.18)。
- (113) 連邦憲法裁判所のいわゆる「リユート判決」は言論の自由が問題となった事案で、以下のように判示している (J.Schwabe (Hrsg.), Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 1994, S.130)。
- ①基本権は、第一次的には、国家に対する市民の防禦権である。しかし憲法上の根本的決定としてあらゆる法の領域に妥当している客観的価値秩序が、基本法の基本権条項に具体化される。
- ②基本権の権利内容は、私法規定によって民法において間接的に発展させられる。それはとりわけ強行規定のなかに侵入し、そして裁判官はとくに一般条項によって基本権の内容を具体化することになる。  
なお、この判決の評釈として、ドイツ憲法判例研究会編「ドイツの憲法判例」信山社、1996年、がある。
- (114) I.v. Münch/P.Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd.1,4Aufl., 1992,



- S.470～471.
- (115) H.Krüger, Rechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt, In: FamRZ (1956), S.331. 同 旨 : E.Stein, Das Recht des Kindes auf selbstentfaltung in der Schule, 1967, S.29.  
しかし一方で、こうした見解に対しては厳しい批判がある。たとえば、T.Maunz/G.Dürig (Hrsg.), a.a.O., Art.19, Rdnr.20など。
- (116) J.Münder, Familien-und Jugendrecht, 1993, S.100. なおドイツにおいては、親子間における基本権の第三者効力の問題は、今日においてもなお争論的なテーマとなっているという (J.Bauer/H.J.Schimke/W.Dohmel, Recht und Familie-Rechtliche Grundlagen der Sozialisation, 1995, S.222.)。
- (117) BVerfGE 24, S.144, zit aus, L.M.P.Gutzeit, Die Aufnahme von Kinderrechten in das Grundgesetz, In: RdJB (1994), S.492.
- (118) E.W.Böckenförde, a.a.O., S.63.
- (119) I.v.Münch/P.Kunig, a.a.O., S.471.
- (120) OLG Karlsruhe, In: Der Amtsvormund (1989), S.700, zit, aus J.Münder, a.a.O., S.100.
- (121) W.Becker, Weichendes Elternrecht-wachsendes Kindesrecht, In: RdJ(1970), S.364. ベッカーによれば、この命題は「子どもが成人に向けて成長するにつれて、親の権利は後退する」ことを意味している (S.367.)。
- (122) BVerfGE 59, S.387, zit aus, Ekkehart Stein, Staatsrecht, 14 Aufl. 1993, S.294.
- (123) O.Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 55Aufl. 1996, S.1650.
- (124) J.Münder, a.a.O., S.104～105. ders., Beratung, Erziehung und Recht, 1991, 34～S.35.  
なおドイツにおいてこの法理を採用した判例としては、さしあたり、OLG Hamburg, In: FamRZ (1983), S.310. またこの法理に関する本格的な研究としては、S.Jäger, Mitspracherechte Jugendlicher bei persönlichkeitsrechtlichen Entscheidungen, 1988. がある。
- (125) スイスにおいても同様のアプローチが通説化しているようである。たとえば、エックシュタインは子どもの自己決定権を論ずるに当たり、「人格に近い権利」という概念を措定し、「基本権行使能力にとって一定の年齢に達するという事は重要ではない。決定的なのは当該基本権の人格近接性 (Persönlichkeitsnahe) にある」と論断している (K.Eckstein, Schulrecht, Elternrecht, Schülerrecht, 1982, S.64～65.)。
- (126) J.Bauer/H.J.Schimke/W.Dohmel, a.a.O., S.219.  
なお1980年の親の配慮権法案においては、満14歳に達した子どもは治療行為に関し自己決定権をもつ、と明記されていた (ditto)。この問題について詳しくは参照 : D.W.Belling u.a., Das Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger bei medizinischen Eingriffen, 1994.

(本学教育学部教授)