

学校監督及び学校概念の歴史的意味とその変遷

——全日制学校の合憲性をめぐって——

松村 好恵

はじめに

1 全日制学校

1.1 全日制学校の概要

1.2 全日制学校の基本法上の議論

2 基本法7条1項の歴史と解釈

2.1 教育制度の歴史

2.2 歴史的経緯を重視した伝統的解釈の限界

2.3 全日制学校の合憲性についての検討

おわりに

はじめに

本稿では、ドイツにおける全日制学校の合憲性という問題を手がかりに、学校監督および学校概念について考える。ドイツでは、従来では、午前中のみの半日制学校が主流であった。近年、終日型の全日制学校の導入が教育政策上の議論の対象となっている。全日制学校は、3つの類型に大別することができる。①拘束型であり、全日制学校に通学することを義務づけるものである。②開放型であり、午後の教育に参加するかどうかは、親が決定することができる。③併用型であり、一部拘束型でもある。そのため、親の権利との対立がより先鋭化するの、拘束型全日制学校の場合である。全日制学校の導入は、古くて新しい政治課題である。伝統的にも親

の権利を重視するキリスト教民主・社会同盟 (CDU/CSU) と、全日制学校の積極的導入を進める社会民主党 (SPD) という政治的対立が知られる。A・メルクル (CDU) を首班とする大連立政権の終盤、2026年から小学校にて全日制学校の導入を目指す議論がまとまり、2021年9月には、連邦政府と各連邦州政府の間に正式な合意が図られた¹⁾。

もっとも、政治的に全日制学校の導入への同意がなされても、権利の問題としては課題が残る。従来の基本法7条の解釈²⁾は、ワイマール憲法の解釈を基にして行われてきた。このような歴史的視座を底礎に置く**伝統的な歴史的解釈**³⁾からでは、**親の権利**をより制限する可能性のある全日制学校の導入に対応できるか問題になる。そこで、基本法7条の学校を再検討する必要性が唱えられる⁴⁾。基本法7条の**学校**とは何か、憲法上の自律的な概念として明らかにされなければならない⁵⁾。後述するが、その背景には、学校に求められる役割の変化があり、それは社会の変化に由来する。その変化とは、①家族構造の変化、②PISAショック、③移民社会の進展である。

以下では、これまでの基本法7条の解釈から全日制学校の導入は正当化できるのかという問題を検討する。そこで第1章において、全日制学校の

1) 連邦家庭・高齢者・女性・青少年省 2021年9月10日 (<https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/alle-meldungen/rechtsanspruch-auf-ganztagsbetreuung-fuer-ab-2026-beschlossen-178826>, 2022年2月21日最終閲覧), 連邦議会 (<https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/ganztagsausbau-grundschulen-1766962>, 2022年2月21日最終閲覧)。

2) 従来の歴史的解釈を重視する立場として、Vgl. *Matthias Jestaedt*, »Gedöns« im Grundgesetz, in: H. M. Heinig/ F. Schorkopf (Hrg.), 70 Jahre Grundgesetz, 2019, S. 83 (83f.).

3) 本稿では、伝統的なワイマール憲法の解釈からの学校監督に基づく基本法7条1項の解釈を歴史的解釈とする。

4) *Franz Reimer*, Der verfassungsrechtliche Schulbegriff: neuer Wein in neue Schläuche!, 2021, RdJB, S. 58 (58).

5) *Ebd.*, S. 62.

制度・導入の背景を概観し、合憲説・違憲説を整理する。拘束型全日制学校の違憲性を主張する論拠の中心は、全日制学校の教育プログラムおよび基本法7条1項の国家の教育権限の範囲に関するものであり、その前提には広範な**学校監督概念**がある。この広い学校監督概念は歴史的解釈から導かれるものである。全日制学校導入の正当化にあたっては、基本法7条1項の射程が問題になり、基本法7条1項の学校監督概念の解釈の問題へとつながる。第2章では、歴史的解釈の限界を指摘したい。第1節において、教育制度の歴史に遡り、基本法7条1項が学校監督概念に基づき解釈されていることを確認する。次に、第2節において、伝統的な歴史的解釈に基づく学校監督概念及び**学校概念**には限界があるとして、従来の歴史的解釈に対する批判する見解を挙げる。とりわけ、監督概念に関しては、F・ハンシュマン、E・ブレメイヤー、J・ルクスの議論を、学校概念に関しては、H・ヴィスマン、F・プロジウス・ガースドルフ、F・ライマーの議論を中心に検討する。第3節において、近年の見解から、全日制学校を類型化し、伝統的な見解を離れた場合に考えられる帰結を提示する。最後にまとめとして、残された課題を提示する。

1 全日制学校

憲法学の立場から全日制学校における基本法上の問題を紹介したもの⁶⁾は管見の限りでは、数多くはない。全日制学校は、ドイツにおいて、ワイマール共和国時代の教育改革モデル校や、第二次世界大戦後の教育制度再構築の取組みに遡り、一定の伝統があるが、20世紀後半までは特定の学校形態に限られ、数が少ないものであった⁷⁾。その後、社会的背景を受け、

6) 横田守弘「ドイツにおける終日制学校の拡充と法」西南学院大学法学論集 45巻2号（2014年）71頁以下参照。

7) *Eckhard Klieme, Heinz Günter Holtappeis, Thomas Rauschenbach, Ludwig Stecher (Hrsg.), Ganztagsschule in Deutschland: Ergebnisse der*

拡大していく。この全日制学校には、どのような基本法上の問題があるのか、またどのように正当化されていくのかを検討する。ここでは全日制学校の制度、導入の経緯を概観し、基本法7条1項に関する問題を中心に検討する。

1.1 全日制学校の概要

1.1.1 定義

ドイツの学校では、学校給食はなく、伝統的に午後1時前には終わる半日制学校が主流であった。半日制学校の前提には、家庭と学校が同等に子どもの教育を担うべきという観念がある⁸⁾。しかし、近年では、共働き世帯や学校が受け入れられない見解を持つ家庭もあり、伝統的な家族像を前提とすることが困難になってきている。

教育文化大臣会議 (Kultusministerkonferenz) の定義によると、**(1) 午前中の授業に加えて、週に3日以上、1日7時間以上の終日授業が生徒に提供され、(2) 終日授業に参加した生徒に昼食が提供され、(3) 午後の授業は学校経営者の監督と責任のもとで組織され、学校経営者との密接な協力のもとに行われ、午前中の授業と概念的な関連性を持つ学校が全日制学校である⁹⁾。全日制学校と一言で言っても、多様な形式があり、拘束型・開放型・併用型と大別することができる¹⁰⁾。併用型の場合は、クラス別によ**

Ausgangserhebung der "Studie zur Entwicklung von Ganztagssschulen" (StEG) (Studien zur ganztägigen Bildung), 2007, S. 3, S. 354.

8) 親と学校は対立関係ではなく、協働関係にあるとした連邦憲法裁判所の判例として、BVerfGE 34, 165 (183); 47, 46 (74)。飯田稔「国家の学校監督と親の教育権—進路指導学年制判決—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』(信山社, 2003年) 236頁。

9) *KMK (Hrsg.), Allgemein bildende Schulen in Ganztagsform in den Ländern in der Bundesrepublik Deutschland*, 2018, S. 4. この定義は2015年に確認され、2016/2017年度から適用された。S. 6. もっとも一般に全日制学校といわれる場合、この定義より広く捉えられている。

る拘束がある。拘束型と開放型は分けて考える必要性がある¹¹⁾。開放型の場合、午前と午後は異なるプログラムを提供されていることが多い。午後には追加の放課後のサービスと捉え、親の自発的な決定に基づく。そのため、親の権利を侵害（Eingriff）することはないとし、法的規制の必要性は問題にならないともいえる。もっとも、午後のプログラムに参加を義務づける場合は、開放型でも問題となるが、とりわけ、出席を義務づける拘束型が問題となる。州によって全日制学校の種類の異なりがあるものの、そのことによって拘束型の問題が相対化されることはない。開放型や併用型の場合であっても、それらは中間ステップに過ぎず、最終的には拘束型への移行を目標としている場合もあり、拘束型は今後も拡大していくといえる¹²⁾。その理由は、全日制学校の導入の経緯にある。

1.1.2 背景

全日制学校の導入には、主に3つの社会的背景がある。①**家族構造の変化**、②**PISAショック**、③**移民社会の進展**である。①全日制学校の場合、片親家庭の増加や両親の就労などに対応し、仕事と家庭の両立が可能になるため、たとえ親の権利に対する侵害（Eingriff）があったとしても、正当化の一因になる。②PISAショックとは、2000年のPISAによって、ドイツの子どもたちの学力が他のOECD諸国に比べ低いことが明らかになったことである。全日制学校によって、学習リズムを作ることができ、学力の向上に対する期待があると分析することができる¹³⁾。保護者の中には全日制

10) *Stefanie Schmahl*, Die Ganztagschule im Spannungsfeld von elterlichem Erziehungsrecht, staatlichem Bildungsauftrag und Kindeswohl, DÖV 2006, S. 885 (885f.).

11) *Felix Hanschmann*, Staatliche Bildung und Erziehung, 2017, S. 67f.

12) Vgl. Ebd., S. 70.

13) Vgl. Ebd., S. 70ff. 全日制学校に対する期待は、学力の面だけではない。半日制学校よりも時間的余裕があり、その時間に文化的な活動をすることが可能である。これは各学校における文化形成の可能性へつながる。このことは、個人的・社会的・政治的能力を促進するという学校の役割に加え、文化的・共同体

学校を希望する者も多い。さらに、全日制学校による学力の担保に関して、数多くの研究が教育学の立場からなされ、その効果が期待されている¹⁴⁾。「授業学校」としての全日制学校は、現代の生活環境の複雑化により、子どもたちがその後の職業生活の良いスタートラインに立つために、より多くのことを学ぶ必要があるためでもあり、加えて、ギムナジウムの就学年数が8年間と短縮された（アビトゥアまで12年間）ことによって¹⁵⁾、従来の半日スタイルの学校では、学習内容が増加し、オーバーワーク状態にあることも、保護者が全日制学校を望む背景にある¹⁶⁾。③移民社会の進展により、文化的および宗教的同質性を基調とする学校を対象とした従来の状況とは前提が異なる。近年では、社会的な開放の中で、教育制度の中での国家の役割がますます拡大している¹⁷⁾。連邦憲法裁判所も判例において、「並行社会」の出現に対抗する、学校機能の拡大・拡張を強調している¹⁸⁾。

以上の社会的変化という背景に対応しようとする連邦政府による全日制学校への政策も、大きな役割を果たした。1970年代に全日制のモデルを組織的に実験する段階を経て、主にヘッセン、ノルトライン=ヴェストファー

的・政治的生活から距離のある現在の学校にはほとんど欠けている、文化的機能も与えられるだろう。Vgl. *Wolfgang Edelstein*, Förderung der individuellen und sozialen Entwicklung in Ganztagschulen, RdJB 2006, 3 (S. 9f.).

14) Vgl. *Markus Sauerwein*, Partizipation in der Ganztagschule - vertiefende Analysen, Zeitschrift für Erziehungswissenschaft 22, 2019, 2, S. 435ff.

15) アビトゥアまでの就学年限が短縮された背景には、ドイツの若者が国際労働市場において不利にならないようにするためでもある。*Michael Bothe*, Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, VVDStRL 54 (1995), S. 20.

16) F. Hanschmann, (Fn. 11), S. 72.

17) Vgl. NJW 2014 S. 804 (806).; BVerwGE 147, 362 (366). この点につき、邦語文献として、棟久敬「信教の自由と国家の教育委託—宗教的な理由に基づく授業の免除に関するドイツの判例の検討を中心として」秋田大学教育文化学部研究紀要75集 (2020年) 83頁以下参照。

18) BVerfG, NVwZ 2003, S. 1113.

レン、ラインラント＝プファルツ州に集中し、前世紀末までは全日制学校の数は少ないままであった¹⁹⁾。連邦投資プログラム「Zukunft Bildung und Betreuung²⁰⁾」の支援を受けて、2003年以降、全日制の学校がハイペースで拡大していった²¹⁾。その拡大の理由として、学校法上の規律である。各州の学校法上、全日制学校を設置することを目標とする法律を制定したことが挙げられる²²⁾。

1.1.3 法律の留保

全日制学校の導入は、最終的には州の学校法によってすべての学校形態を全日制学校へ転換することができる²³⁾。全日制学校の導入にあたり、実際に週当たりの授業回数を延長する条件を満たしているかどうかは、学校監督 (Schulaufsicht) を担当する機関が判断する。その結果、州議会が、すべての子どもの毎日の登校を午後まで延長することを決定した場合、そ

19) この頃の主な全日制学校は、特別支援学校 (Förderschule) や統合学校 (Gesamtschule) であった。E. Klieme, H. G. Holtappeis, T. Rauschenbach, L. Stecher (Hrsg.), (Fn. 7), S. 354f.

20) BMBF (Hrsg.): Bildungsforschung 2003. 支援の具体的内容に関しては、Petra Maria Jung, Die aktuelle Entwicklung der Ganztagschule in Deutschland, RdJB 2006, S. 29 (30ff.).

21) BMBF (Hrsg.): Bildungsforschung 2020. Zwischen wissenschaftlicher Exzellenz und gesellschaftlicher Verantwortung, Berlin, S. 2f.; P. Maria Jung, (Fn. 20), S. 29ff. 全学校 (行政単位) に占める全日制の学校の割合は、2002年の16.3%から2006年には33.6%と2倍以上になった (KMK (Hrsg.), Allgemein bildende Schulen in Ganztagsform in den Ländern in der Bundesrepublik Deutschland, 2008.)。2018年には、全日制学校に参加する生徒の割合としては45%程度にまでに上る (S. 12)。さらに、2014年から2018年の間で、拘束型への参加者が微増 (約30万人) している。

22) 例えば、ノルトライン＝ヴェストファーレン州の教育法では9条1項。

23) § 9 Abs. 1 Satz 1 SchulG NW, Art. 6 Abs. 5 Satz 1 BayEUG, § 19 Abs. 1 Satz 2 SchulG Berlin, § 18 Abs. 2 Satz 1 BbgSchulG, § 23 Abs. 1 BremSchulG, § 15 Abs. 5 HSchG, § 14 Abs. 3 SchulG RP, § 16a Abs. 1 Satz 1 SchulG SN.

の根拠は、国家の教育委託にある。拘束型全日制学校の導入は、学校行政 (Schulverwaltung) だけでは命ずることはできず、特別な法的根拠を必要とする²⁴⁾。全日制学校にはさまざまな設計が考えられ、国家の教育委託や親の教育権の線引きに異なる結果をもたらすため、立法者自身が、設置すべき全日制学校の形態を十分に明確に示さなければならない²⁵⁾。この点は、基本法において定められている就学義務がいかなるものであるのかということと密接に関連する。就学義務とは何かという輪郭ははっきりしない²⁶⁾。その一方、実際のカリキュラムの構築に関しては、専門性を重視し、学校の管理者によって決定することができる。全日制学校を導入する条件として、教育カリキュラム上、午前・午後の教育内容が密接に関連し、よく考えられたものである必要があり、開放型よりも拘束型がこれをより満たす。また、開放型の場合、学校への参加が任意であるため、特定の層の子どもしか通学しない可能性がある²⁷⁾。結果として、今後は、拘束型が重

24) *Thomas Clemens*, Grenzen staatlicher Maßnahmen im Schulbereich, NVwZ 1984, 65 (S. 66).

25) Vgl. *Jürgen Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 349.

26) ドイツの就学義務について検討したものとして、廣澤明「ドイツ基本法7条1項と就学義務」法律論叢 89巻6号 (2017年) 365頁以下。とりわけ375頁以下参照。

27) 全日制学校は移民を背景にする子どもを対象にしている場合が多い。E. Klieme, H. G. Holtappeis, T. Rauschenbach, L. Stecher (Hrsg.), (Fn. 19), S. 355. ドイツでは40%の子どもが移民的背景のある家庭に生まれている。PISAの結果によると、学校の成績が最も低い5分の1の層には、移民の背景を持つ子どもたちが、非常に多くいる。そのような子どもたちの多くは異文化の中で発達やキャッチアップの必要性を感じ、時間や交流する機会が多い全日制の方が、これまでの半日制より順応しやすい場合もある。言語の獲得という一面だけではなく、職業教育、レクリエーション教育が混在したグループで行われ、人格の安定、統合のためのサービスを等しく提供することが全日制学校の目標でもある。Vgl. *W. Edelstein*, (Fn. 13), S. 6f.

要視されていくという結論が予測できる²⁸⁾。そこで、以下では拘束型を想定し、基本法上の議論を検討していきたい。

1.2 全日制学校の基本法上の議論

全日制学校の導入に関しては、親の権利への侵害（Eingriff）であるため、どのように正当化することができるのかという問題がある²⁹⁾。これは、親の権利、すなわち基本法6条2項の保護領域の画定とも関連する。しかし、それだけでは不十分である³⁰⁾。親の権利と学校の関係は、歴史的にみて、密接であり、どちらを把握する場合も、相互に考慮しなければならない。その上で、学校の機能は、州憲法および州学校法において標準化されている教育目標との関係においても検討される必要がある。半日制学校は、単に学校政策の偶然の結果ということではなく、「教育は学校と親の共同責任である³¹⁾」という、学校と親の責任に関する伝統的で社会的に受け入れられている考え方に基づいている。そのため、この秩序が崩壊または変化させる可能性のある全日制学校の場合、親の権利に対する変化であるとも捉えられ、正当化の必要性がある³²⁾。半日制から全日制への拡大は、親元を離れて子どもが学校にいる時間が長くなるということになり、親の権利に大きな影響を与えることになる。かつては、全日制学校は親の権利を侵害するものであるという見解が優勢であった³³⁾。今日では、親が教育の役

28) F. Hanschmann, (Fn. 11), S. 71.

29) 親の権利と国家教育委託の衝突に関するモデル論（等置・利益衡量モデルと階層モデル）の対立については、拙稿「教育委託及び親の教育権の相互調整—多文化社会・社会統合の一断面—」法学新報127巻9・10号（2021年）、253頁以下。

30) F. Hanschmann, (Fn. 11), S. 80f.

31) BVerfGE 34, 165 (183). 飯田前掲注8) 236頁。

32) Christian Bumke, Die Ganztagschule, NVwZ 2005, S. 519 (522f.). この点、 Bumkeは、このような根本的な変化は、財産権に対する立法者による新たな内容形成に類似すると指摘する。

割を果たすことができる限り、全日制学校に対する懸念も少なくなってきた³⁴⁾。以下では、全日制学校をめぐる**違憲説**および**合憲説**を概観する。

1.2.1 違憲説

伝統的な見解では、全日制学校は違憲である。その理由づけは、①**教育目標**の観点に基づくもの、②**学校への平等なアクセス**という観点のもの、③**学校監督との対立**を指摘する見解がある。

①**J・イーゼンゼー**によると「国家が生徒を終日家族から切り離せば、ほとんど空疎になる³⁵⁾」とし、終日子どもを拘束することは、比例原則に照らせば、親の権利を侵害 (Eingriff) する結論になる。この点は、ザクセン＝アンハルト州での連邦憲法裁判所の判例においても、原告側の親が主張した点である³⁶⁾。また、自律的な思考や自由な人格の育成、自由で民主的な考え方への教育などを州憲法上規定した教育目標の視点からも、これまでの半日制学校でも、教育目標を達成することができるため、わざわざ全日制にする必要性がない³⁷⁾。そのため、終日子どもを学校に拘束することは、親の教育権を侵害する。同時に、教育目標を達成するために、子ど

33) *Fritz Ossenbühl*, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, 1981, S. 138f.; Christian Starck, Staatliche Schulhoheit, pädagogische Freiheit und Elternrecht, DÖV 1979, S. 269 (275).

34) *C. Bumke*, (Fn. 32), S. 523; *Bode Pieroth*, Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, DVBl. 1994, S. 949 (956);

35) *Josef Isensee*, Elternrecht, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Bd. II, 7. Aufl., 1986, S. 222 (231).

36) BVerfG, DVBl. 2002, S. 971ff. ザクセン＝アンハルト州における全日制学校 (5時間半の拘束がある) の導入についての異議申立てが行われた。小学校3年生の子を持つ親が、全日制学校は親の権利を侵害するものであると主張したが、憲法上の意義がないとして、裁判 (Entscheidung) として受理されなかった (連邦憲法裁判所法93a条2項)。

37) *T. Clemens*, (Fn. 24), S. 70., *F. Ossenbühl*, (Fn. 33), S. 138f.

もをどの程度学校に拘束するのかという問題もある。教育目標を達成するために、十分な時間を学校に拘束することも子どもに対する過度な時間の要請といえる。

②平等なアクセスという視点からは、半日制学校を閉鎖し、その地域では全日制学校にしかアクセスできないという状況で、全日制学校を設置することは違憲であるとする。その理由は、親に選択肢がないことを挙げる。親に選択肢がないことは、基本法7条1項の社会国家の基盤から求められる、社会的に不利な立場にある者や成績の低い者だけでなく、すべての人に最良の学校環境を提供することとは、正反対である³⁸⁾。また、フルタイムで働く親のライフスタイルを皆に押し付け、学校の種類を決める際に働く親だけを対象にするようなことはあってはならない³⁹⁾。

③学校監督概念に基づく場合、学校が提供する午後のプログラムの実施者が、誰であるのかという問題である⁴⁰⁾。ここでの学校監督概念は、広い学校監督概念であり、学校制度を組織し、管理し、計画する任務を含む。未成年者が学校で十分な資格、割当て、社会性を受けられるようにすることである。宗教教育の文脈ではあるが、基本法7条3項3文は、教師と宗教教育の関係についても規律し、国家は、宗教教育のための教師の訓練とその雇用のための費用を提供する義務を負うことになる。従って、学校監督概念は、教師の立場についてもその射程内にあるといえ、教師ではないものが教育する場合、学校監督との対立が生まれる。全日制学校への登校の義務が知識の付与に重点を置かず、主として、子どもの世話や余暇の活動に重点を置くものであれば、憲法上、親の教育を受ける権利を侵害する

38) S. Schmahl, (Fn. 10), S. 892. ここでは、全日制の原則は基本法7条4項に基づき、私立学校制度の強化によって、教育の多元化を図ることを提案している。
Fritz Ossenbühl, Schule im Rechtsstaat, DÖV 1977, S. 801 (809).

39) Annette Guckelberger, Ganztagschule und elterliches Erziehungsrecht, RdJB 2006, S. 11 (19).

40) Ebd., S. 22f.

ものとして正当化されないとされる。

もっとも、いずれの理由づけであっても、親の権利との対立が問題となり、学校が親の教育を補完するとされていても、学校は子どもの利益のためにサービスを提供し、その正当化の際には、親の教育権の場合と同様に、子どもの利益にあることに留意する必要があるだろう。たとえ、学校教育とその後の職業上の必要性との間に関連性があり、将来の労働者の資質向上による経済的發展や、全日制学校での教育を義務化することによって、親が仕事と家庭の両立を可能にするという点を考慮しても、すべての子どもに対して全日制学校での教育を正当化できない⁴¹⁾。

1.2.2 合憲説

一方、全日制学校が合憲であるとする見解がある。この見解は、①親の権利に対する侵害 (Eingriff) はそもそも存在しないと考えるものと、②侵害 (Eingriff) が存在していたとしても、正当化の問題であるとするものに、大きく分類できる。①立法府が全日制学校へ義務づけたとしても、基本法上許容される時間内⁴²⁾であり、7条1項に基づく国家の教育的義務との関連がある限り、言い換えれば、毎日のプログラムが教育および養育の間に概念的な関連を有する限り、6条2項の親の権利の侵害ではない (F・ハンシュマン)⁴³⁾。すなわち、全日制学校は7条1項の問題であり、親の権利を侵害しない基本法上許容される時間というのがあるとする。この結論は、教育 (Bildung) と養育 (Erziehung) を切り離すことは不可能であることおよび、教育的コミュニケーションや「施設・生活空間としての学校」といった要素を重視する学校の機能および州の教育目標に着目したことから導かれる⁴⁴⁾。

②侵害 (Eingriff) は存在していたとしても、正当化の問題であるとする

41) Ebd., S. 19f.

42) BVerfG, DVBl. 2002, S. 971f.

43) F. Hanschmann, (Fn. 11), S. 163.

44) Ebd., S. 157ff.

見解では、全日制学校の設立はそれ自体否定されるものではないが、保護者が権利を有する課外教育（および就学前教育）の実施を困難にし、実質的に保護者がその役割から離れてしまうようなものであってはならないとする⁴⁵⁾。C・ブムケによると、全日制学校の導入は、国の学校教育と親の教育権という従来の責任分担を完全に断ち切ることになり、親の権利への侵害（Eingriff）があるとはしつつも、全日制学校は基本法上正当化される学校形態であると理解を示す⁴⁶⁾。ブムケは、この教育制度（Bildungswesen）における変化を、憲法変遷（Verfassungswandel）の根拠として捉える⁴⁷⁾。家族形態の変化およびヨーロッパにおける教育分野の競争⁴⁸⁾、すなわちPISAテストの結果を変化の根拠とし、伝統的な見解は、根拠がないとする⁴⁹⁾。そこで、親の権利について言及し、それと対比して学校に対する州の権利に注目する。学校高権は、教育に対する権力の基礎を形成している。それは、国家が、未成年である市民を国家の考えに沿って育成するために、子どもと青年を何年にもわたって高権的な機関の規律や社会に従わせることを可能にするものである⁵⁰⁾。その際、このような法的権力（Rechtsmacht）は、憲法への実定的な参照を超えて正当化されうるのだろうか、と問を立てる⁵¹⁾。その際に、ブムケは5つの論拠を挙げる。①平等主義的な大衆デ

45) S. Schmahl, (Fn. 10), S. 885f.

46) C. Bumke, (Fn. 32), S. 519.

47) Ebd., S. 519f.

48) F. Ossenbühl, (Fn. 33), S. 139. ここでは、他国の状況を比較することで、全日制学校を正当化しようとするには何の法的根拠もないとする。そして、憲法規定の規範的性格は、地域社会の進化した社会構造・伝統・歴史を背景としてのみ理解することができるとし、私立学校制度の強化を主張する。

49) C. Bumke, (Fn. 32), S. 520f.

50) B. Pieroth, (Fn. 34), S. 950f.

51) 同様の問題意識に基づくものとして、Erich Bärmeier, Über die Legitimität staatlichen Handelns unter dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, 1992, S. 215ff.

モクラシーの理想から国民に対する基礎的教育の必要性。②下層階級であっても社会的進展を可能にするための小学校の要請。③カント言説に根ざす国家の憲法に定められた人間像。④高度に産業化された知識社会における人材の確保。⑤義務教育は、民主的な憲法国家が自らの理想的な基盤を作るための重大な道具であり、国家の教育権 (Erziehungsrecht) を形成するのは、基本的なコンセンサスではなく、社会のコンセンサスの上に成り立つのが、国家の教育権である。結論として、たとえ全日制学校が親の権利を侵害するとしても、他の国が全日制学校を導入していること、週末に親との時間がとれるのであれば拘束型全日制学校も比例性に対して十分な理由があるとする。その際に、子どもの権利が、国家によって構成された余暇だけで成立されるべきではないことをも要請している⁵²⁾。

全日制学校の導入を正当化する論拠では、基本法6条2項1文と7条の領域をより明確に分け、国の学校委託の境界を示す立場から、7条1項に基づく国家の教育的義務との関連がある限り、6条2項の親の権利の侵害ではないとする。その際に、これまで前提としてきた広い学校監督概念に対して疑問を呈する。国家の教育委託は、客観的な国家の義務を表している。これが親や子どもの主観的権利にどの程度まで対応するかは、議論の余地がある⁵³⁾。国家の正当な教育委託として、生徒の人格形成、価値観の教育などが含まれることが認められても、学校における教育的な指向に対する機能は、時として狭く描かれ、例えば、宿題の監督、スポーツや演劇などは国家の教育委託には含まれない。このような考え方は、国家の学校への義務付け範囲を狭く設定しているとする一方で、全日制学校概念が持つ教育的要請とその複雑性は網羅していないともいえ、基本法7条1項

52) C. Bumke, (Fn. 32), S. 523.

53) M. Bothe, (Fn. 15), S. 20. ここでM・ボーテは、教育目標から国家の教育委託の射程を確定しようと試みる。これについて詳細は、赤川理「自由な立憲国における学校の教育委託と教育尺度 (一)」法学会雑誌46巻2号 (2006年) 365頁以下参照。

によって限定された国家の権限が、生徒の教育および養育も含んでいるのかという基本法7条1項の学校監督概念の解釈の問題へとつながる。

2 基本法7条1項の歴史と解釈

全日制学校の問題を考えるに際し、基本法7条1項の歴史的経緯をここで簡単に振り返る。なぜなら、基本法7条1項は、学校制度全体を国の監督下に置く組織的な性格を持つが、通常、学校の内容を決定する国家の包括的な権利として解釈し直すために、通常、歴史的な議論が行われるからである。そこで、以下では、ドイツの学校制度を規定している基本法7条1項の歴史および学校監督概念について整理し、広い学校監督概念を導き出す伝統的な歴史的解釈に対する批判的な近年の見解を検討する。

2.1 教育制度の歴史

①学校制度の確立

国家の教育委託 (Erziehungsauftrag) の根源は、18世紀にまで遡る⁵⁴⁾。プロイセン一般ラント法は、これまで宗派ごとに異なっていた教育行政を統一し、整理した。それに加え、学校法制を体系的に規定し、学校を国家の施設であるとした。当該法の背景には、啓蒙主義の影響および教会との関係がある⁵⁵⁾。公立学校制度は、就学義務と結びつき、その底礎には、学校の「監督 (Schulaufsicht)」という特殊な概念がある。教育が変化した現代でも、その概念は捨てられてはいない。焦点は、ワイマール憲法 (WRV) の規定である⁵⁶⁾。WRVは、教育に関する規定に関して、それまでの憲法

54) Peter Huber, Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, BayVBl, 1994, S. 545 (546).

55) 竹内俊子『『教育の自由』と学校に対する国家の『監督』』名大法政論集66号 (1976年) 13頁以下。

56) Hinnerk Wißmann/Christine-Sophie Reichert, 100 Jahre Weimarer Schul-

とは異なっていた。これまでの、連邦制のもとでの教育とは異なり、一般的で共通の就学義務によって、統一することを図った⁵⁷⁾。WRV下では、ライヒが立法権を行使しない限りにおいてのみ、WRV12条1に基づき、各州は原則として独自の法律を制定する権利を有することになっていた。ワイマル期に、学校法制が徐々に整備されていく中で、学校監督の概念が固まってくる。この学校監督概念を提唱した代表的論者は、G・アンシュッツである。アンシュッツは、プロイセン一般ラント法などのこれまでの法の中にあつた、プロイセンの行政実務に対応させ「学校監督」を考える。アンシュッツの学校監督の対象は、私教授制度に関する監督および、公立学校の外部事項⁵⁸⁾管理をゲマインデに委託されている場合、その監督、そして公立学校の内部事項であるとする。学校監督とは国家に独占的に帰属する学校に対する行政上の規定権を意味する用語としては、適切でなく、この規定権は単一・同質的な権力ではなく、一部では狭義の監督的、また一部では統轄的、直接的な管理権能などの、各種の権能の総体であるとする⁵⁹⁾。

②基本法における議論

戦後は、自由主義的学校制度の構築が喫緊の課題となった。1946年以降の各州の憲法において、内容的に新しい方向性を持った学校制度の萌芽が見られた。その特徴は、共和国と共同体のための市民育成に主眼を置いて

Verfassungsrecht, RdJB, 2019, S. 114 (114ff).

57) *Hinnerk Wißmann*, Schulwesen als Programm des modernen Staates, RdJB 2013, S. 364 (370). 学校法を統一しようとする努力は、統一された教員養成に関する条文および共同体学校と宗派学校の関係に関する条文において、立法府を拘束する具体的な立法上の命令によって確認できる。

58) 外部事項とは、学校の設備・財産などを指し、内部事項とは、教育目標・教育方法・教育の内容などを指す。*Frauke Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage 2013, Art. 7, Rn. 2, 51.

59) *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl., 1933, S. 672.

いたWRVと比較し、個人の自由と基本的自由が強調されていることである。1948年において設立された教育文化大臣会議（KMK）においては、学校制度と親の権利との関係に関して、議論がなされた。6条2項の親の権利を基本法に挿入することに賛成したCDUは、親の権利の基本権導入は非常に根本的問題であると重要視したが、SPDとFDPは明確に反対した。その理由には、学校制度が細分化されてしまう危機感もあった⁶⁰⁾。WRVの教育に関する条文と同様に、基本法においても、結果的には、基本法7条1項は妥協の産物となった⁶¹⁾。そのため、必ずしも立法者意思は明らかではなかったといえる。

③ワイマール憲法と基本法7条1項の比較

WRVと基本法7条1項を比較すると、WRVでは①国家監督②宗教教育③親の権利④私立学校⑤教育目標⑥学校制度の構造⑦義務教育の出席が規定されていたが、基本法では①②③のみであり、その他は、州の憲法に委ね、宗教教育と私立学校の問題のみが連邦法のもとで規制されることになった。義務教育に関する明確な規定を基本法は含んでいないが、基本法

60) Vgl. *Michael Landenberg-Roberg*, Elternverantwortung im Verfassungsstaat. Rekonstruktion der Grundrechtsdogmatik des Art. 6 Ab. 2 GG, 2021, S. 54ff.

61) FDPのホイスは、学校制度の国家の独占に反対し、私立学校の導入を求めた。ホイスはワイマール憲法の妥協を継続することに対して警告をしていた。一方で、CDU/CSUは宗派学校の導入ではなく、親が自由に決定するために憲法的な前提をつくることを求めた。*Matthias Jestaedt*, Schule und außerschulische Erziehung, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR VII* Auf. 2009, § 156, Rn. 8 ff. 親の権利を強化することが重要であった。これは、国家が教育することを教会が批判したことの間接的な結果であり、基本法6条2項に現れる。最終的な、今日の条文の形は、SPDとCDUから各2名、FDPから1名を含む、1949年2月5日の5人委員会（Fünferausschusse）の提案にさかのぼる。しかし、5人委員会が審議の最終段階で、なぜWRV144条から学校に対する国家監督の原則を取り入れることにしたのか、基本法の起草史の資料には正当な理由が見当たらない。*Johannes Rux*, Die Schulpflicht und der Bildungs- und Erziehungsanspruch des Staates, *RdJB* 2002, S. 423 (428).

7条1項における学校の監督と結びつけられているとされる⁶²⁾。基本法制定過程の経過と結果を見ると、基本法の学校に関する規定は、WRVとそれに関連して行われた議論の伝統に沿っているという結論になった。この結果は、WRVにおける妥協と類似性があると指摘できる⁶³⁾。しかし、1918年や1945年以前の学校は、基本法に基づく公立学校制度へとつながる統一的なライン上にはない。義務教育の実施は、より一般的な近代化の歴史の一部であり、そこでは個人的な側面としての教育へのアクセスが、社会への参加という民主的な考えと結びついている。

2.2 歴史的経緯を重視した伝統的解釈の限界

基本法7条は、WRVからの連続性を重視する**歴史的視座**を尊重して解釈されてきた⁶⁴⁾。ここでは、監督概念および学校概念に関する歴史的解釈に対して批判的な見解を整理しておきたい。

まずは、ドイツにおける歴史的な伝統的解釈とは何か、簡単に確認する。「歴史的」解釈は、文脈を重視し、立法者の確認可能な立法上の意図を志向するものであり、言葉遣いや体系と結びつく。広義では伝統的には2つの立場に分かれていると理解されている。ひとつは、導入されうる規範が制定される以前の法的状況 (status quo ante) を問う狭義の解釈であり、いまひとつは、関連する規範制定者の規制意図を特定することを目的として、狭義の成立史、場合によっては発展の歴史も問う解釈としての「遺伝的 (genetisch)」解釈である。どちらも、立法者の意思に対応する解釈である。狭義では、以前の規範を再構築および判断するものである⁶⁵⁾。このような伝統的な歴史的解釈は、連邦憲法裁判所にとっては、二次的な意味を持つ⁶⁶⁾。歴史的解釈の意義は議論の余地もあり、また歴史的解釈それ自体が

62) *Johannes Rux*, *Schulrecht*, 6. Aufl., 2018, S. 39, Rn. 137.

63) *M. Jestaedt*, (Fn. 61), § 156, Rn. 13 ff.

64) *J. Rux*, (Fn. 62), S. 240, Rn. 872ff.

65) *Franz Reimer*, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl., 2020, S. 171f.

時代を超越するものではないからである⁶⁷⁾。もっとも、ドイツの法学において具体的な方法論はないと評される⁶⁸⁾。

基本法7条1項においては、前述した通り、歴史的経緯を基調とする歴史的解釈を重要視してきた。しかし、歴史的解釈、すなわちWRVの解釈に依拠する解釈では、就学義務を正当化することができないという見解も存在する⁶⁹⁾。それによると、問題は国家監督概念に遡る。

2.2.1 監督概念をめぐる近年の見解

監督概念に関する**歴史的解釈に対する批判的な見解**を参照することにした。もっとも、基本法7条には監督概念について定義規定はなく、基本法のその他の条文(84条3項1文、85条4項1文)との体系的な関連性からも、基本法7条の監督が何を示すのか推測できない。

監督概念は、近世の領土国家における主権者の総監督権(jus supremae Inspectionis)にそのルーツを持つ⁷⁰⁾。監督概念の中でも、基本法7条1項の学校監督は、当初は、専門や公務および法的監督による国家の学校の監督として狭く解されていた。しかし、それよりも広く理解されるようになり、「学校高権(Schulhoheit)」と呼ばれるようになる⁷¹⁾。国家による学校監督とは、自治組織(学校)に対する国家の監督という意味ではなく、国立の学校では、学校の運営とその内容の両方を形成する直接的な国家権力を意味し、学校制度を組織、計画、管理、監督する国家の権利の縮図と理解されている⁷²⁾。基本法7条1項は、WRV141条を引き継いだものである。

66) Vgl. BVerfGE 1, S. 299ff. 312

67) *Stephan Kirste*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 2020, S. 69.

68) *Mattias Herdegen*, in: *Herdegen/Masing/Poscher/Gärdtitz (Hrsg.)*, Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, S. 48f., Rn. 82ff. ここでは、アメリカ憲法における原意主義と生ける憲法の方法論上の論争を中心的な問題であると見、基本法の下ではいくつかの方法論が競合するとする。

69) *J. Rux*, (Fn. 61), S. 423ff.

70) *Tobias Handschell*, Die Schulpflicht vor dem Grundgesetz, 2012, S. 155.

71) *Peter Badura*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, 2015, Art. 7 Rn. 105.

しかし、WRVでの国家監督は、決して狭義の監督だけを意味するのではなく、学校高権、つまり国が独占的に権利を有する学校に対する包括的な行政決定権を意味していたといえる⁷³⁾。WRV144条に基づく国家の監督は、「公の機関において⁷⁴⁾」青少年の教育を提供するという国家の任務と密接に関連していたため、プロイセン憲法やWRVに照らした、その歴史的解釈は成り立たないという見解がある⁷⁵⁾。

かかる見解は、大きく分けて、①**歴史的解釈によって導かれる広い監督概念を対象とするもの**と、②**方法としての歴史的解釈の適合性を批判するもの**に分けることができる。①の場合、(A) 歴史的解釈に対して批判するものの広い監督概念、それ自体は結論として肯定する議論、(B) 広い監督概念—それ自体を否定する議論に分類できる。

① (A) の場合、基本法下に国家の監督下にある、学校制度の国有化ということ以上のことを意味するのではないため、学校制度における国家の

72) *Christian Starck*, Freiheit und Institutionen, 2002, S. 377.; BVerfGE 47, 46 (80), 西原博史「学校における性教育の許容性と親・子どもの基本権」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 (第2版)』(信山社, 2003年), 242頁以下。; *Gerhard Robbers*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Auf. 2018, Art. 7, Rn. 70.; *Hans Dieter Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 7 Rn. 3; *Michael Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/2, 1994, S. 594.

73) *J. Rux*, (Fn. 61), S. 423. *Matthias Jestaedt*, Der schulische Bildungs- und Erziehungsauftrag des Staates angesichts von religiösem Pluralismus und säkularer Gesellschaft, in: Gerhard Mertens (Hrsg.), Fragmentierte Gesellschaft – Einheit der Bildung, Münstersche Gespräche zur Pädagogik Bd. 23, 2007, S. 121 (122). 基本法7条の不完全な性格を、学校分野における国家権力の決定をラント憲法に委ねているとする。*Hinmerk Wißmann*, in: *Wolfgang Kahl, Christian Waldhoff, Christian Walter* (Hrsg.), Bonner Kommentar, Art. 7-III, 2019, Rn. 2, 26, 36. この点から、ラント法を重要視する見解に同調するものとして、*F. Reimer*, (Fn. 4), S. 62.

74) WRV143条1項

75) *F. Brosius-Gersdorf*, (Fn. 58), Rn. 45.

権限範囲に関して画定しているわけではない（F・ハンシュマン）。加えて、基本法7条1項の前身である、WRV144条1項1文の目的は、教会と国家の関係性から学校制度を世俗化させ、教会の影響力を抑制する必要性があったことも看過できない。そして、憲法秩序が変化した現在においても、旧規定の解釈を基に200年以上前の用語の理解に基づき解釈される理由を直ちに理解することはできないとしつつも、結論として、監督概念の広い解釈については正当化できるとする⁷⁶⁾。その理由は、2つに大別できる。

ひとつは、教育目標との関係である。確かに、宗教教育以外の監督概念に関して、基本法制定時には議論されなかった。しかし、憲法制定者が伝統的な意味での監督の概念を採用する意図を示しているというよりも、むしろ、教育と養育⁷⁷⁾を含む国家の教育委託を直接的に指し示す状況であるとし、教育目標は、歴史的な状況に鑑み、自由で民主的な国家における学校制度のための重大な規範的プログラムとみなし、単なるスローガンとは見なしていないとする⁷⁸⁾。いまひとつは、教育（Bildung）と養育（Erziehung）を分離することが不可能であることを挙げる。それは、用語上の複雑さだけでなく、制度的および実務的な困難もあることを指摘する⁷⁹⁾。

①（B）の場合は、アンシュッツおよびランゲによるワイマール憲法学説が学校監督の概念を広範に解釈していることに対し、疑問を投げかけるものである。ワイマール共和国の学校監督に関する理解は進化したものではなく、プロイセン一般ラント法のもとでの概念を採用しただけだとし⁸⁰⁾、ワイマール憲法学説における議論の出発点に対する誤想を指摘し⁸¹⁾、当時の学説は広い学校監督概念を採用していなかったとする。一方、

76) *F. Hanschmann*, (Fn. 11), S. 131.

77) Bildungは相互互換的にErziehungと共に教育の意味で用いられるが、本稿では一般的な意味では教育と分けず、教育目標の文脈では分けて訳す。

78) *Ebd.*, S. 135ff.

79) *Ebd.*, S. 137ff.

80) *Klaus Becker*, Aufsicht über Privatschulen, 1969, S. 98.

広い学校監督概念を採用していたとしても、その解釈が基本法でも妥当するかについては、なお議論の必要があり、広い監督概念に関して、社会的な影響力を持つ「文化警察 (Kultur Polizei)」として学校制度に影響を与えることへの恐れと、市民とその行動に対するコントロールを失うことへの想定される危険性に基づいているとし⁸²⁾、監督概念を、憲法適合解釈するために、WRVから接続した解釈によって、基本法上特別に必要な、客観的に体系化された考察を正当化するものではないと、批判するものもある⁸³⁾(F・ヤッヘ)。

このような、広い概念を結論として批判する説に対し、もっとも、用語上の理由だけでは、歴史的に発展してきた用語を再解釈することはできないと再批判することも可能であろう。広い監督概念は、基本法が起草されたときには明白であったにもかかわらず、基本法に伝統的な文言を意図的に再導入したことは、学校制度における国家の包括的な権限に大きな変更を加えないという基本法制定者の意図を示しているとも捉えることもできる。そのため、監督の概念は、必ずしも技術的・法的な監督として狭義に解釈する必要はないと考えることもできるだろう。「監督」は、管理の概念とは対照的に、他人の問題を監視することに限定され、それゆえ、監督の範囲のみが議論の対象となり、それ自体の独立性の可能性は争われない。この点に関しては、そもそも、この基本法制定者の意図がどこにあるかについては、明白でないことも留意する必要がある⁸⁴⁾。

81) Ebd., S. 92ff.

82) *Frank-Rüdiger Jach*, Schulvielfalt als Verfassungsgebot, 1991, S. 12f.

83) Ebd., S. 19. 根拠として、①基本法の制定史から、基本法7条1項に関して独立の議論が存在するわけではないが、だからといって、1949年基本法の学校監督がワイマール憲法141条と同様に解釈されなければならないことではないとする。②伝統的な学校監督の概念が、「監督」という概念の通常の法的理解および使用に対応していないということを挙げる。

84) 基本法は過渡期的なものであり、完璧なものには、意図的に作成しなかった。基本法制定時の陣営は、総選挙の後に明確な多数派を獲得すれば、論争の的と

②方法として歴史的解釈の適合性を問題視する場合、歴史的解釈が適切でないことをWRVから基本法への変化に求める。基本法は、ドイツの「生活環境と法的見解」が深く変化したことを目に見える形で表現したものと理解し、それゆえ、法的枠組みも変わったとし、だからこそ、ドイツの学校制度の法的制度および実際の枠組みは「根本的かつ前例のない」変化をしたため、学校監督の概念の歴史的解釈は、不可能かつ実現不可能であるともいえるとする（E・ベルマイヤー⁸⁵⁾。判例上も、1957年の連邦行政裁判所第7部の決定である「国家の学校監督の概念は歴史的に解釈されるべきである⁸⁶⁾」から、基本法7条1項が歴史的に解釈されているとするが、歴史的解釈の憲法上の拘束力は、連邦憲法裁判所がこの解釈を判決⁸⁷⁾の基礎としているという事実だけで成り立っているともいえ、基本法7条1項を歴史的解釈は、方法論的にも疑問がある⁸⁸⁾。歴史的解釈が唯一可能なものであることを示すものはなく、また、意味論的・体系的・目的論的解釈の適用が法的に不可能であること、あるいは「歴史的」方法と同じ結果になることを示す証拠でもないだろう⁸⁹⁾。

そのほか、むしろ歴史的な経緯に基づいているがゆえに、これまでの歴史的解釈に基づく監督概念からは、教育・養育に関する国家の独立した権利を引き出すことができないとする見解もある（J・ルクス⁹⁰⁾。親の権利と国家監督との対立はワイマール期から自覚されていたことであり、主に、憲法制定者が、親が自分の考えに従って子どもを教育する「自然な」、神から与えられた絶対的な権利を認めたかどうかという観点から問題となっ

なる経済的・社会的・文化的な秩序に関するアイデアを立法手段によって実現することができると考えていた。E. Bärmeier, (Fn. 51), S. 270f.

85) Ebd., S. 267ff.

86) BVerwGE 6, 101, Leitsatz 2.

87) BVerfGE 34, 165. 飯田前掲注8), 236頁。

88) E. Bärmeier, (Fn. 51), S. 267ff.

89) Vgl. BVerfGE 11, 126.

90) J. Rux, (Fn. 61), S. 425f.

ていた⁹¹⁾。これらのことから、WRV144条1文は、国家が教育内容や教育目標を決定する権利を確立したのではなく、むしろ、憲法および関連する法律・法律外の規定に定められた学校関係の基準が実際に遵守する義務を確立したとする⁹²⁾。また、かつては、青少年を公立学校への通学義務の対象とするかどうか、そこで何を教えられるかを国家だけが決定することは自明のことであったかもしれないが、遅くとも基本法の採択によって状況は根本的に変化したことを根拠とし、今日、国家が教育と育成の目的を決定する権利を主張するならば、基本権を保護する義務を果たすために、それがどの程度必要であることを示さなければならないとする⁹³⁾。

以上、監督概念に対して従来の歴史的解釈に批判的な学説を整理してきた。7条1項の広い解釈を歴史的に正当化しようとする場合、WRVと基本法の教育に関する内容の違いに考慮する必要がある。確かに、WRVにおいても国家の教育への委任 (Erziehungsmandat) が含まれているという点で、類似する点もあるが、その規定の中には、公立学校の制度に関するものおよび特定の授業内容を保障することを明記するなど、基本法とは異なる。もっとも、これは監督概念についてだけの解釈問題であり、学校教育全般に関する規定に関しては、歴史的解釈が前提となると考えることも可能であるが、基本法7条の解釈は、学校「監督」の解釈が主であり、監督概念だけの問題ではなく条文そのものの解釈にもつながる。次では、監督概念同様、従来の概念では不十分とされる議論として、「学校」概念を検討する。

2.2.2 学校概念の再検討

日常生活の中で「学校」は多様な意味で使われる。基本法の中にも異なる「学校」が存在する⁹⁴⁾。そこで、「学校」の解釈からも基本法7条1項

91) G. Anschütz, (Fn. 59), S. 562. アンシュッツの監督概念に対する理解に関する邦語文献として、竹内前掲注 55) 23頁以下。

92) J. Rux, (Fn. 61), S. 427.

93) J. Rux, (Fn. 61), S. 429f.

の保護領域を検討する⁹⁵⁾。

「学校」の概念は、**ハンス・ヘッケルの概念**が今でも有力である⁹⁶⁾。ヘッケルは、学校とは一定期間続くように計算された教育と指導の機関であり、教師と生徒の交代には依拠せず、伝統的な形式で一定の場所に組織されているものであるとする⁹⁷⁾。この定義は、若干の修正を加えられながらも、州憲法でも採用されている⁹⁸⁾。F・ライマーは、このヘッケルの概念は、「……この定義には多くの流動的で不確定な要素が含まれており、すでに繰り返し変化しているように、学校という概念の内容も時とともに変化する可能性があることを認識しておかなければならない」と様々な学校の定義を統合したものだとしていることを、考慮に入れなければならないとする⁹⁹⁾。すなわち、この定義は、基本法7条を遺伝的に解釈した結果ではなく、むしろ、ヘッケルは学校の動的（ダイナミック）な性質を見抜き、彼の定義が将来に開かれた適用を意図していたとライマーは分析する¹⁰⁰⁾。もっとも、ライマーの結論としては、ヘッケルの定義では、現在の学校概念に対応しているのか疑問があるとし、方法論上も実質的にも説得力のないものであるとしつつも、それでもなお、歴史的経路依存性という意味でヘッケルの学校概念を基礎とするならば、そのダイナミックな内容と、学校と他の教育機関との間の流動的な移行を認識した上で、ヘッケルの意図に基づき適用することになるとする¹⁰¹⁾。

94) 基本法7条での学校と基本法23条6項1文の「学校教育（der schulischen Bildung）」の内容の違いを示す。F. Reimer, (Fn. 4), S. 62.

95) F. Reimer, (Fn. 4), S. 58.

96) J. Rux, (Fn. 62), S. 2, Rn. 6.

97) Hans Heckel, Deutsches Privatschulrecht, 1955, S. 218.

98) この意味で就学義務を定めている例として Art. 14 Abs. 1 LV BW.

99) H. Heckel, (Fn. 97), S. 218.

100) ライマーの問題意識としては、改革的な学習・教育理念を持つ教育機関が学校として認められない等、法実務における学校概念を問題とする。F. Reimer, (Fn. 4), S. 63.

ヘッケルの定義から離れて、何が学校であるかを検討する際、基本法7条における学校は、規範的なものであるとし、規範として、州に与えられた権限の枠内で、学校概念を定義する必要性を説くもの¹⁰²⁾と、学校をモデルで分類するものがある。そのようなアプローチで捉える場合、①**従来**の場・空間を前提とする制度をベースに捉えるアプローチと、②**学校**の場などより、**教育の目標など機能を重視するアプローチ**に大きく分類することができる。

①の場合、憲法上の意味での学校とは、ワイマールの伝統を引き継いで、複数の一般科目または職業科目で青少年を計画的、方法的、集团的に指導することにその特徴を見出す教育機関である¹⁰³⁾。H・ヴィスマンは、同様に伝統的な学校概念から出発し、制度的側面を重視している。学校概念は固定的ではなく、追加の要素として、資格取得を目的として指向するという点を加え、学校を生きた多元主義の現場として発展させることを試みる¹⁰⁴⁾。判例も学校の制度的側面を重要視する。学校概念に関し、教育的な放送番組は学校監督の対象であるといえるかという問題で提起された¹⁰⁵⁾。連邦憲法裁判所は、「教育プログラムの場合、伝統的に学校概念に属する同じ場 (räumlicher Hinsicht) での授業 (gemeinschaftlichen Unterweisung) がないことは事実である。しかし、教育プログラムとそれに伴う成績・成

101) F. Reimer, (Fn. 4), S. 68f.

102) J.G.Bader, in: Umbach, D./Clemens, T. (Hrsg.), GG-Mitarbeiterkommentar, Bd. 1, 2002, Rn. 20.

103) M. Jestaedt, (Fn. 61), § 156, Rn. 36.

104) Vgl. H. Wißmann, (Fn. 73), Rn. 16ff.

105) BVerfGE 83, 238. WDR学校放送委員会に関する規定は、憲法適合的解釈によって、基本法に一致する。WDR-G 3・4条の意味において学校の性格を持つ教育番組は、放送番組である。その限りにおいて、基本法5条1・2文に基づく放送の自由に与する。そのため、原則として、国家の管理下にはない。その一方で、教育番組は、基本法7条1項によって国家の監督下に置かれている学校と本質的な特徴を共有している。

果管理に基づいて、学校卒業資格や国家認定の証明書を取得することは可能である。国家は、プログラムの教育的質や試験要件の同等性を管理することに正当な利益を持つ¹⁰⁶⁾とする。これは、学校という制度的概念を出発点としているが、開放またはさらなる発展を示唆したと評価し、連邦憲法裁判所は、少なくとも基本法7条1項の特定の文脈において、「学校」を一般的な抽象的用語としてではなく、類型用語として考えることもできるとする¹⁰⁷⁾。このほかにライマーは、バーデン=ヴュルテンベルク州行政裁判所の判例¹⁰⁸⁾において、家族と学校を対となるものと捉え、より学校の制度的側面を強調したとする。

その一方②は、学校の機能に着目し、目標および課題の観点から定義する¹⁰⁹⁾。G・ロバースは、憲法に基づく学校概念は、憲法上の課題(Aufgaben)によって決定され、憲法上における学校には教育を提供しない機関は含まないとする概念を唱える。そして、「教育の技術的性質」は重要ではないとし、ラジオやテレビのイベント、郵便やインターネットによる遠隔教育も、機能的にみて学校と同様の性格を持つなら、学校となりうるとする¹¹⁰⁾。これは、従来の学校は指導をすることには変わりなく、学校という「場」が変化する可能性を含めたモデルであるだろう。これをライマーは「仲介アプローチ」とし、「指導」との関連から、「学校」の保護領域に、より強い輪郭を持つように見えるとする一方、「指導」の厳格な要件が、例えば、古典的な教えという意味での指導ではなく、基本法7条から離れた構造化された自由な学習を優先する別の教育的アプローチを正当化するかどうかは、残された課題であるとする¹¹¹⁾。

106) BVerfGE 83, 238 (340).

107) F. Reimer, (Fn. 4), S. 64f.

108) VGH BW, Urt. v. 18.6.2002, 9 S 2441/01.; DVBl 2003, S. 347.

109) F. Reimer, (Fn. 4), S. 66f.

110) G. Robbers, (Fn. 72), Rn. 56.

111) F. Reimer, (Fn. 4), S. 71.

これに対して、F・ブロジウス・ガースドルフによると、従来の組織的・形式的な学校概念は「基本法7条1項の目的を正当化するものではなく、学校制度の社会的変化に対処するには不適当である」¹¹²⁾。基本法7条1項は教育の提供であり、「児童及び青少年を教育するという任務」に結びつく学校の機能的概念になる。学校とは、児童を社会的共同体に組み込まれた自己決定権のある責任ある市民に育成し、訓練、学習および雇用への参加を確保するために適当かつ必要な教育および教育に関連する養育を行うあらゆる形態のものである¹¹³⁾。かかる見解に対しては、学校の機能に対する理解が狭く、制度的側面を含めないことによって、学校概念を曖昧にしているとして、批判がある。基本権ドグマティク上、各々の学校関係者の保護領域を画定しないことは、機能的概念の利点でもあるが、保護領域の輪郭が曖昧であり、弱すぎることは欠点でもあると説かれる¹¹⁴⁾。学校概念に、放課後施設まで含むことになり、すべてが国家の監督の対象となる。

以上の議論から、ライマーは、学校は、制度的概念および機能的概念を組み合わせ、特定の人に依拠しない施設を持つ時間的・制度的要素、構造化された一貫性のある教育プログラムの要素、学校卒業資格や証明書を取得する可能性を指向する、または本質的なことに集中する機能的な要素の3つの概念を考慮することによって解釈できるとする¹¹⁵⁾。例えば、ホームスクーリングおよびオルタナティブな教育についても、これらの点を踏まえ再考できるだろう¹¹⁶⁾。学校概念は、学校には多様性および変容性

112) F. Brosius-Gersdorf, (Fn. 58), Rn. 34 ff.

113) Ebd., Rn. 23.

114) F. Reimer, (Fn. 4), S. 71f.

115) Ebd., S. 66, 71.

116) Vgl. Hermann Avenarius, Schulpflicht vs. Homeschooling Die neuere Rechtsprechung des BVerfG zur Integrationsaufgabe der öffentlichen Schule, NZFam 2015, S. 342 (344f.).

があるがゆえ、モデルに依拠するしかなく、決定的かつ詳細に規定することは困難であると考えられる¹¹⁷⁾。そのため、学校概念の定義およびその適用は、保護領域の事前形成に直接資することは言い難いだろう。

2.3 全日制学校の合憲性についての検討

最後に、上記で整理した学校監督概念および学校概念と全日制学校の関係を考えいきたい。例えば、F・オッセンビュールは、全日制学校の義務教育としての憲法上の許容性の問題は、基本的に全日制学校がどのようなものか、特に学校教育の時間がどの程度であるかを前提としてのみ、正確に答えられる旨、強調している¹¹⁸⁾。そこでまず、全日制学校の形態を類型化したい。第1章で述べた通り、全日制学校も多様であるが、検討のためには、①拘束型、②開放型、③併用型とすることが可能であろう。

①拘束型で、(i)週5日、午後に授業がある場合、(ii)週3日、午後に授業がある場合、(iii)週3日、午後は授業ではなく課外活動がある場合を仮定する。①拘束型全日制学校の場合、基本法7条2項の就学義務の合憲性が前提にあるが、あらゆる形態の義務教育への出席それ自体が合憲であることを意味するものではない¹¹⁹⁾。(i)の場合、長い授業時間を設定すると、子どもたちに過度の負担をかけることになる。同時に、親が子どもに教育できる十分な時間をとることが難しくなるため、親の権利を侵害しているといえる。(ii)の場合、全日制学校の定義には当てはまるが、十分に親と子の時間もとれるため、親の権利を侵害しているとはいえないだろう。もっとも、全日制学校の合憲性が、親との時間と学校での時間の比較だけで判断されるような印象を与えてはならない¹²⁰⁾。(iii)学校にお

117) Wolfgang Loschelder, Schulische Grundrechte und Privatschulfreiheit, in: Merten, D./Papier, H. (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 110 Rn. 27.

118) F. Ossenbühl, (Fn. 37), S. 137.

119) A. Guckelberger, (Fn. 39), S. 19.

ける午後の時間が、授業ではなく、働く親のために子どもを預かることを目的に設計されている場合は、学校概念から逸脱し、午前と午後の教育内容上の関連の要件を満たすことができない。もっとも、午後のプログラムが学校という「場」で行われることに鑑みると、学校概念は固定的ではなく、学校を生きた多元主義の現場として捉える見解（H・ヴィスマン）に基づき、学校概念に含み、正当化することもできるだろう。

②**開放型**の場合、通常の授業に加え、午後のプログラムを追加する形態になる。基本的には親の選択に任されるが、参加を義務づける場合は、拘束型と同様に親の権利に対する侵害（Eingriff）が問題になる。午後のプログラムを検討する際、誰が行うのか、何を行うのかという2つの観点から分析する。まずは、教師ではない、例えばスポーツのコーチが午後のプログラムを行った場合を仮定する。この場合、広い学校監督概念に基づけば、教師でない者が午後の教育内容に携わることは国家の監督外であると考えることができ、全日制学校を正当化することはできない。監督概念からは、教育・養育に関する国家の独立した権利を引き出すことができない見解（J・ルクス）に基づけば、多様な教育関係者を認めることができるだろう。この点に関して、連邦憲法裁判所の判決は、教師の資格を持たない者が参加する場合、教育を補完・支援する目的であり、そのことが一般的に法規によって定められていれば十分であると判断した¹²¹⁾。

次に、行われる教育内容について検討する。(i) 映画鑑賞など文化的な課外活動 (ii) 宿題の指導等の午前の学習内容を補完させるための学習活動という2つの例から考える。(i) の場合、確かに、子どもの社会的能力を向上し、午前の学習内容にも良い影響をもたらすことができるともいえる。しかし、これらの活動は学校でなくても行うことができ、従来の指導を前提にする学校概念に基づけば、学校での活動とはいえず、監督概念からも外れるため、参加を義務づけることはできない。この点、学校と

120) Ebd., S. 17f.

121) BVerfG, DVBl 2002, S. 971f.

いう「場」を前提としない機能的学校概念（F・プロジウス・ガースドルフ）に基づけば、課外活動も学校監督に含まれることになる。（ii）宿題の指導は、当然午前の授業と密接な関連があるため、7条1項の学校監督概念の範囲に含まれる。家庭でも学校以上に子どもの宿題を指導できることを証明できる場合は、宿題指導への参加を免除される可能性もあるだろう。そのため、親の権利の侵害と見なすこともできるだろう。

最後に③併用型について検討する。併用型は、課外活動と学習活動を午前午後のプログラムの中に統一して組み込まれ、午前と午後の授業がすべての生徒に義務づけられているのに加え、課外活動が交互に行われ、生徒は与えられた選択肢の中から好きなものを選ぶことができ、これもまた義務づけられている¹²²⁾。この場合は、子どもを一部拘束することになり、②開放型よりも、学校監督概念との関連が明白である。そのため、午前と午後の教育内容がどの程度関連しているのかが、正当化の際の指標になる。その際、課外活動がどれだけの教育効果をもたらすのかについても検証する必要がある。学校監督概念に含まれるためには、プログラムが、働く親のニーズに基づく子どものケアに相当するものではなく、指導に基礎づけられたものでなければならないだろう。ただし、教育（Bildung）と養育（Erziehung）を分けることは困難であるという指摘（F・ハンシュマン）も留意しておきたい。また、拘束時間についても、配慮が必要である。授業連邦憲法裁判所の部会決定によれば、小学生であっても1日5時間半の授業（1日当たりの延長時間は75分）では、親の権利を侵害することはないとした¹²³⁾。

以上から、全日制学校の合憲性を検討する際、従来の学校監督概念を批判的に分析した上で、新たな学校概念に鑑みると、課外活動も学校監督概念の範囲に含めることができる可能性もあり、従来の学校における活動の幅を広げることも可能ではないだろうか。このことは、いずれのモデルで

122) S. Schmahl, (Fn. 10), S. 885f.

123) BVerfG, DVBl. 2002, S. 971ff.

あっても全日制学校を正当化する理由に結びつけることができるだろう。もっとも、学校監督概念および学校概念が、実際の教育内容の決定に影響があるものであるのか、および、全日制学校への出席を義務づける就学義務に関しては、さらなる考察が必要だろう。

おわりに

本稿では、全日制学校の合憲性をめぐる論争を手がかりに、基本法7条1項における**学校監督概念**および**学校概念**の変遷についての検討を行った。全日制学校を違憲とする見解は、教育目標、学校への平等なアクセス、学校監督との対立を論拠にした。いずれの根拠も、基本法7条1項の国家の教育委託と6条2項の親の権利との線引きの問題へとつながる¹²⁴⁾。そこで、基本法7条1項の国家の教育委託の範囲を確定するべく、ここでは、違憲の論拠の前提にある広い学校監督概念に着目し、これまで主流であったワイマール憲法からの連続性を重視する基本法7条1項の歴史的解釈を整理した。

結論として、全日制学校の導入は学校の統合機能を、より強化する可能性を持つものであり、従来の学校監督概念を批判的に分析した上で、新たな学校概念に鑑みると、基本法の枠内で正当化され、受容される理由に結びつけることができるだろう。違憲説か合憲説かという選択の際には、基本法7条1項の範囲について検討する必要があるが、違憲説の論拠の前提には広い**学校監督概念**があり、これは**歴史的解釈**に依拠している。近年、この歴史的解釈に対しては、重要な疑義が出されている。もっとも、たとえば広い監督概念を妥当する結論を導く場合であっても、方法論上、説得力のある解釈方法を選択することが必要であろう。加えて、**学校概念**について

124) もっとも、これまでの学説の多くは、全日制学校の導入は親の権利の侵害である議論を進めるため、親の権利について検討する必要があるが、この点は、他日に期したい。

も、従来の概念の再考が求められ、学校の**制度**や**機能**から分析する見解を整理した。最後に全日制学校の合憲性という問題については、その類型化を手がかりとして考察を行った。

監督概念および学校概念には、立法当初とは異なる社会の動態性及び開放性に取り組む解釈の必要性があったことは明らかである。ドイツでは2020年以來のCOVID-19パンデミックにあって、学校における教育に関心が高まっている。2021年11月、連邦憲法裁判所は、連邦非常ブレーキ条項（感染症予防法28b条）に基づく学校閉鎖に対する決定（Bundesnotbremse II）¹²⁵⁾において、「学校教育を受ける権利（Recht auf schulische Bildung）」について、初めて言及を行った。この問題も、本稿で検討してきた学校監督概念・学校概念の変遷に結びつく問題であり、別の機会に検討したい。

全日制学校の問題は、一見すると、単なる子どもの下校時刻の問題に過ぎない。わが国では、憲法上、親の権利に関する明文規定がなく、政府の学校権限についての定めも存しない¹²⁶⁾。しかしながら、学校制度が社会で担う役割の重大な変化には、同様のものがある。従って、全日制学校をめぐる憲法論議は、わが国にあってても共有される問題が投影され、有用な洞察を与えてくれるテーマともいえる。もっとも、この問題について、今後とも法律問題としてのみ解決すべきか、又は、ドイツの議論を手がかりに、憲法の次元に引きあげて検討すべきか、かような問題が浮上することにもなる。筆者に課された次の課題である。

（本学法学部助教）

125) BVerfG Beschl. v. 19.11.2021, Az. 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21, NJW 2022, S. 167, 評釈として, JuS 2022, S. 186, JA 2022, S. 174.

126) 準憲法的性質を持つ教育基本法6条1項によって学校の設置者について規定されている。また、学校種に関しては、学校教育法によって幼稚園から大学までを規定されている。2015年の改正によって、小中一貫校が義務教育学校として制度化された。