

论作为基本权利的家庭教育权

On Right to Family Education as Basic Right

叶 强

YE Qiang

【摘要】 家庭教育权是父母权利的重要组成部分，它经历了一个从无权利状态到私法权利再到基本权利的过程。在德国法上，基于《基本法》第6条第2款之规定和联邦宪法法院之判例，家庭教育权作为基本权利的认识已然深入人心，但是在中国，受制于传统观念和宪法的模糊规定，这一结论还有待论证。借助于《宪法》第33条第3款之规定，从第49条第3款中大体上可以得出父母权利具有基本权利的观点，间接佐证了家庭教育权的基本权属性。在内容上，家庭教育权包括教育内容自主权、在家教育权、学校选择权和参与学校事务权。随着中国社会经济的发展，确立家庭教育权的基本权观念有着重要现实性，同时也为今后的家庭教育立法提供观念和理论指引。

【关键词】 家庭教育 家庭教育权 父母权利 国家义务

【中图分类号】 DF2 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2018)02-0075-20

Abstract: Right to family education is an important part of parental rights, and it undergoes a process from a non-right to a private right to a fundamental right. In German law, based on the provision of Article 6 (2) of the Basic Law and the jurisprudence of the Federal Constitutional Court, recognition of the right to family education as a fundamental right is already popular, but in China this conclusion remains to be demonstrated due to the vagueness of traditional ideas and constitutions. With the provisions of article 33 (3) of the Constitution, the view that parental right is a basic right can be drawn from article 49 (3), which indirectly supports the basic tenure of the right to family education. In terms of content, the right to family education includes autonomy of educational content, right to education at home, school choice and participation in school affairs. With the development of China's reality, the idea of establishing the basic right of family education has an important practicality, and provides a concept and theoretical guidance for future family education legislation.

Key words: Family education Right to family education Parental rights State obligation

[收稿日期] 2017-12-25

[作者简介] 叶强，男，1987年4月生，中南财经政法大学法学博士后，法治发展与司法改革研究所研究人员，研究方向为宪法学。

家庭教育成为权利，这是家庭教育法律化的重要事件。在理论上，家庭教育何以成为权利，是谁的权利，是什么性质的权利，都需要充分论证。过去学术界在分析家庭教育权时，通常是将其作为教育权的下位概念，与国家教育权和社会教育权并列进行，然而这一叙述方式有重新检讨的必要，因为教育未成年子女是父母的主体责任，那么从父母权利的角度审视家庭教育权，可能具有新的意义。为了便利讨论，本文将“家庭教育权”定义为父母对未成年子女的教育和影响，以实现未成年子女成为合格的人；在概念上将“家庭教育权”和“父母教育权”等同。

一、家庭教育权的历史确立

（一）家庭教育是父母权利的重要组成部分

家庭教育是从原始社会开始就伴随着人类生存和繁衍而存在的自然现象。不过在当时的背景下，家庭教育虽也具有某种程度上的社会职能的性质，但却是自发地产生于父母和未成年子女之间。他们之间尚没有明确的权利意识，更不存在法律意义上的权利义务关系。^{〔1〕}随着公共学校的出现，特别是国家介入教育活动之后，围绕着儿童教育问题，国家开始和父母争夺教育儿童的权力。例如古代斯巴达的法律规定，没有受过法定教育的人都不能成为公民集团的成员，也不能获得国家分配的份地。^{〔2〕}从西方的发展史来看，近代西方社会经历了一个教育的国家化趋势。

这一开端与16世纪中期马丁·路德（1483—1546）推动的宗教改革有关。当时德国境内教育相当落后，学校大多掌握在教会手里。马丁·路德将改变教会与改变教育联系在一起。他认为，假如政府有权强迫人民服兵役，那么政府更应有权强迫父母送其子女入学；他在《论送子女入学的责任》中提出国家应该实行强制的义务教育，并认为义务教育“不是夺走父母的孩子，而是为了他们自己的公共的利益必须受教育”。1559年，他的助手梅兰西顿（1497—1560）起草了一份符登堡的学校法规，要求每个学校建立一所本族语学校，并强迫儿童入校学习。就这样，国家强制推行的义务教育开始在德国的一些小邦进行，如1619年的《魏玛学校章程》明确规定将6~12岁的义务教育儿童列入名册以便监督，对不愿送孩子接受义务教育的家长进行劝告。^{〔3〕}

在国家推行义务教育的过程中，人们的儿童观也在发生改变。欧洲文艺复兴前，在西方，儿童一直被“忽视”，其存在的价值和权利未被承认，儿童没有独立的人格，是成人的附属品。在16、17世纪后，童年的概念普遍被承认是“存在的”，只是事物自然法则的一个特点而已。到16世纪中期，天主教在第一本长老会信纲中呼吁建立全国性的教育体系，并为实现此目的制定了《1646年法案》。^{〔4〕}与此同时，近代的人权思想也深刻影响着儿童观。虽然在西方早期传统的自由主义哲学中，儿童仍然未受重视^{〔5〕}，

〔1〕 参见秦惠民：“国家教育权探析”，《法学家》1997年第5期，第3页。

〔2〕 参见曾天山主编：《外国教育管理发展史略》，教育科学出版社1995年版，第8~12页。

〔3〕 参见李楠：“德国义务教育法制变迁历程探究”，《安康学院学报》2012年第4期，第119页。

〔4〕 参见〔美〕尼尔·波兹曼：《童年的消逝》，章艳等译，广西师范大学出版社2009年版，第200页。

〔5〕 See Mhairi Cowden, *Children's Rights: From Philosophy to Public Policy*, New York: Palgrave Macmillan, p. 5.

但是经过洛克、卢梭、康德等思想家的努力，儿童享有权利的观点开始得到认可。^{〔6〕}作为人权思想的产物，法国1791年《宪法》第4条规定“应行设立和组织为全体公民所共有的公共教育，一切人所必需的那部分教育应当是免费的，此类教育机构应按王国区划的配合渐次分布之”^{〔7〕}，第一次在宪法上将国家的教育责任明确下来。如果这既表明了“国家教育权”的存在，同时又意味着它是一个宪法概念的话，^{〔8〕}那么后来的法国1848年《宪法》规定的“公民有免费受初等教育和职业教育的权利以及享受社会救济的权利”，则意味着“受教育权”得到了宪法承认。^{〔9〕}

传统上，教育未成年子女属于父母亲权的范围。“亲权”最早起源于古罗马法上的家父权，而家父权属于支配意义上的权力，而不是权利。后来罗马帝国著名法学家盖尤斯架构出了人法和物法的民法体系，在“家父”之下又分别论述了收养、夫权、他权人、解放、监护、保佐、人格减等内容，由此奠定了后来大陆法系中亲权的理论基础。^{〔10〕}然而不论是家父权还是亲权，它主要表现在私法领域，国家和父母之间的紧张关系还不明显。随着儿童受教育权的出现，国家和父母之间的关系出现了新的变化。在19世纪后期美国推行公共学校的运动中^{〔11〕}，父母和国家之间围绕儿童教育问题展开了针锋相对的斗争，最终在1923年的迈雅诉内布拉斯加州案（*Meyer v. Nebraska*）^{〔12〕}和1925年的皮尔斯诉修女协会案（*Pierce v. Society of Sisters*）^{〔13〕}中，联邦最高法院认可了教育子女是父母的权利；并指出未经正当法律程序不得剥夺这项权利，由此将父母权利作为一项宪法权利看待，父母享有的家庭教育权受到宪法保护。

和美国通过司法审查确立家庭教育权的机制不同，德国是以成文宪法的形式明确规定的。一战后成立的魏玛共和国在反思普鲁士教育体制的基础上，于1919年8月11通过的《魏玛宪法》第120条中规定了“教育子女使其身心健康并具有社会能力，属于父母的最高义务及自然权利，教育行为受国家监督”，这就在宪法上明确了父母权利作为基本权利的性质。由于父母权利区分为父母抚养权和父母教育权，这样家庭教育权也获得了基本权利的地位，至此家庭教育经历了一个从无权利状态到私法权利再到基本权利的过程。

（二）父母权利的性质：基本权利

父母权利何以是基本权利？这里主要依据德国法上的理论展开。依据德国基本法第6

〔6〕 See John Wall, Human Rights in Light of Childhood, *International Journal of Children's Rights*, Vol. 16 (2008), p. 528.

〔7〕 有学者依据本条认为这就是世界上最早规定受教育权的出处，参见龚向和著：《受教育权论》，中国人民公安大学出版社2004年版，第70~71页；不过也有学者认为应该是法国1848年《宪法》，参见温辉：《受教育权入宪研究》，北京大学出版社2003年版，第78页。

〔8〕 参见温辉：《宪法与教育：国家教育权研究纲要》，中国方正出版社2008年版，第20页。

〔9〕 有学者不同意这种观点，认为儿童受教育权迟至1919年《魏玛宪法》才出现，参见莫纪宏：《受教育权宪法保护的内涵》，载郑贤君主编：《公民受教育权的法律保护》，人民法院出版社2004年版，第84页。

〔10〕 参见海静：“亲权流变：从权力到权利与义务的集合”，载《人民法院报》2016年9月23日第5版。

〔11〕 See Charles A. Israel, Who Owns the Child? Parents' Children and the State in the United States South, in Dirk Schumann (ed.), *Raising Citizens in the "Century of the Child": The United States and German Central Europe in Comparative Perspective*, New York: Berghahn Books, 2010, pp. 168~173.

〔12〕 262 U. S. 390 (1923).

〔13〕 268 U. S. 510 (1925).

条第2款第1句之规定：抚养和教育未成年子女是父母的天然权利（das natürliche Recht），也是其首先需要承担的义务。该句承袭《魏玛宪法》第120条，主要涉及三个问题：第一，如何理解“天然权利”：“天然权利”是否就是“自然权利”（Naturrecht）？第二，父母权利的对象是谁：是国家还是未成年子女？第三，父母权利是个人权利还是共同权利？

德国联邦宪法法院的两个重要判例对这三个问题做了明确回答。第一个判例是在1982年2月9日，德国联邦宪法法院第一庭就不莱梅州学校法中规定的学生咨询师的沉默义务是否侵犯了父母受基本法保障的知情权作出了裁定，认为虽然父母确实享有知情权，但是学生咨询师的沉默义务更有利于保障未成年人的权利时，这就构成了对父母知情权的限制，因而学校法的规定是合宪的。^[14]第二个判例是在1989年4月18日，联邦宪法法院第二庭作出裁定，认为诉愿人将一个成年的外国人作为未成年人来抚养的收养行为，不能得到基本法第6条的保护，并认为该地的外国人管理局不对这名外国人签发居留许可的行为是合宪的，因而驳回了该诉愿人的请求。^[15]

在第一个裁定书中，联邦宪法法院首先分析了“父母权利”的问题，它认为基本法上的“天然权利”意味着这一权利是先于国家存在的，不是国家赋予的，相反是作为预先规定的权利得到国家承认的。父母享有这一权利原则上是为了防御国家的干预，从而可以自行决定抚养和教育事项。对于“天然权利”的这种叙述很容易让人联想到“自然权利”，不过结合联邦宪法法院此前的判例，则不应该如此理解。因为联邦宪法法院认为，将“天然权利”放在自然法的框架下理解，很容易在自然法和历史性、自然法和实证法之间发生纠葛，即便承认“天然权利”带有自然权利的性质^[16]，而一旦它成为基本法的字句，也应该融入国家法秩序中。^[17]也就是说，仍然应该从实证法的框架秩序中来理解“天然权利”。

在第二个裁定书中，联邦宪法法院认为《基本法》第6条第1款规定的家庭保护主要是将家庭作为“生活和教育共同体”来保护的。儿童的身心发展在家庭和父母教育中具有重大意义。一个由有责任的父母组成的家庭，其首要职责就是保护儿童的成长，然而儿童一旦长大成人，父母的责任和职权就不存在了，所以基本法也就不再保护这样意义上的家庭了。关于这一点，联邦宪法法院在其他判例中也提到，父母一旦侵犯儿童利益，其基本权利是得不到保护的^[18]，这样就意味着父母权利作为基本权利的意义就在于保护儿童福利。^[19]

回到第一个裁定书中，联邦宪法法院还特别论证了父母权利是个人权利，不是共同权利（kollektives Elternrecht）的观点。结合该案案情，这主要涉及父母是否有参与学校事务的权利。因为如果承认父母有权参与学校事务，那就意味着这是父母的“共同”权利了。在该裁定书中，联邦宪法法院引用了当时法学界的很多学术观点。主流学术意见似乎倾向于认可父母有参与学校事务的权利，但是联邦宪法法院不这样认为。在其看来，诚然教育未成年人是家庭和国家的共同职责，但《基本法》第7条第1款明确规定

[14] BVerfGE 59, 360-Schülerberater.

[15] BVerfGE 80, 81-Volljährigenadoption I.

[16] BVerfGE 10, 59-Elterliche Gewalt.

[17] BVerfGE 2, 1-SRP-Verbot.

[18] BVerfGE 24, 119-Adoption I.

[19] BVerfGE 99, 145-Gegenläufige Kindesrückführungsanträge.

了“全部学校事务受国家监督”，这就意味着学校的组织划分，教育体系的结构确定、学习过程中内容和教学上的规划、教学目的的设置，甚至学生是否能以及在多大程度上达到这一目的，都属于国家教育权的形成范围。联邦宪法法院还再次强调，父母在抚养和教育未成年子女上具有优先权利，但是在学校事务上，父母的教育权和国家的教育权（Erziehungsauftrag）是平行的（gleichgestellt）。“平行”有两层含义，第一，二者不存在孰高孰低的问题；第二，二者在各自的权限范围内各司其职，原则上互不侵犯。不过联邦宪法法院也认为，父母对于学校事务具有知情权，这是从儿童利益的角度出发的。

不过根据基本法的权限划分，由于学校事务属于各州的主权范围，据此各州有权规定父母参与学校事务的内容，这并不违反基本法的规定。尽管如此，联邦宪法法院的判例仍然为理解父母权利提供了指引，结合德国学者的叙述，以下进一步细化对以上三个问题的认识。

首先，针对“天然权利”，既然排除了从“自然法”的角度进行解释的可能，那么“天然权利”可能包含有这些方面：第一，“天然权利”意味着这是一种父母和子女之间的生物联系。父母受孕怀胎产下子女，也就有意愿去抚养和教育他们。换句话说，这是一种自然现象。第二，“天然权利”意味着这也是一个自然生长过程，随着儿童的逐渐长大，儿童的心智渐渐成熟。那么他们的个性发展权也在膨胀，与此相反，父母权利则是一个逐渐消失的过程。因而父母在行使权利的过程中，应该充分留意子女的成熟情况和认知能力，随时对自己的教育方法做出调整。^[20] 第三，在基本法上，基本权保障都和第1条规定的人性尊严保障相关，而父母的人性尊严又保障了父母的个性发展的权利，抚养和教育子女是父母个性发展的内容之一。正是在第三个意义上，父母的“天然权利”也就有了基本权利的性质。有的学者甚至明确指出，父母天然的权利就是来自于父母的人权。^[21]

其次，针对父母权利。在中文的表述上，“父母权利”是一个容易引起争议的词汇。与父母权利有关的词汇有“亲权”“监护权”和“父母责任”等。“亲权”（elterliche Gewalt）是大陆法系国家中的一个典型概念。在德国民法改革的过程中，民法典中的“亲权”被“父母照顾”（elterliche Sorge）所取代。“监护权”是英美法上的概念，在范围上比“亲权”广泛，也被我国采用。而“父母责任”（parental responsibility）是一个发轫于1989年《儿童权利公约》，最早被英国1989年《儿童法》（Children Act 1989）采用，再经过欧洲家庭法协会（Commission on European Family Law）广泛推介而很有可能未来被各国广泛采用的概念。^[22] 之所以“父母权利”在民法上产生许多争议，主要焦点在于父母对未成年子女是否享有权利？德国学者卡姆勒（Kammler）的观点可以回答这一争论。他认为，父母权利作为基本权利不是指向未成年子女的，而是指向国家的，这是其作为防御权来抵抗国家干涉父母行使抚养和教育未成年子女的行为。基本法当然也赋予了父母针对子女的权利，但这不是基本权，只不过原则上它也排除国家的干涉。^[23]

[20] Christian Starck, Hermann Mangoldt und Friedrich Klein (hrsg.), A Kommentar Zum Grundgesetz. 6., vollst. neubearb. Aufl. München: Vahlen, 2010, s. 725.

[21] Josef Isensee und Paul Kirchhof (hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Der Bundesrepublik Deutschland; Band VI: Freiheitsrechte. Heidelberg: C. F. Müller, 2001, s. 288.

[22] 参见夏吟兰：“比较法视野下的‘父母责任’”，《北方法学》2016年第1期，第31页。

[23] Arnulf Schmitt-Kammler, Elternrecht und Schulisches Erziehungsrecht nach dem Grundgesetz. Berlin: Duncker & Humblot, 1983, s. 18.

最后，父母权利是否就是个人权利呢？前面所引联邦宪法法院的判例持这种见解。德国学者的意见也倾向于从个人权利来看，不过又认为父母在行使权利时，也会受到共同的约束。^[24]这是因为基本法上在表述“父母权利”的时候，是将“父母”（Eltern）作为一个整体来表述的，没有使用“父”（Vater）或“母”（Mutter）或者“父母一方”（Elternteil）的概念。基本法的用意在于强调父母共同承担起抚养和教育未成年子女这一职责，这就表明父母团结，以及保持婚姻的稳定和家庭的和睦也是国家在制定未成年人政策时需要一并考虑的要素。^[25]这种在根本上将父母权利视为个人权利同时在行使上又带有共同性的观点，首先反映在德国《民法典》第1629条“未成年子女的代理”中，其第1款规定：父母照顾包括未成年子女的代理。父母共同代理未成年子女。当意思表示是对未成年子女作出时，其到达父母一方即可。当父母一方单独行使或者依据第1628条家事法院的决定受委托行使父母照顾时，该方即可单独代理未成年子女。在有迟延危险之虞时，父母任何一方都有权采取在儿童利益必要的范围内一切的法律行为。在此行为做出后，该父母一方应该立即通知另一方。

将父母权利理解为个人权利，同时还会反映到父母承担的侵权责任中，即对未成年子女侵犯他人的行为，父母是承担个人责任还是连带责任的问题。德国《民法典》第1664条“父母的有限责任”规定，父母在进行父母照顾时，只需对他们在各自的事务中应尽的注意对未成年子女承担责任。父母双方对损害负有责任的，则他们承担连带责任。德国实务界的观点是，只有当未成年子女的侵权行为可归咎于父母双方时才产生连带责任。如果父母一方能反驳对其违反照顾义务的指控时，则可以免除责任。^[26]这也就进一步强化了父母承担个人责任是原则、承担连带责任是例外的法观念。

二、中国宪法上家庭教育权作为基本权利的规范论证

回到中国宪法的语境中，需要借助于《宪法》第49条，即回答家庭教育权作为基本权利的规范性。在结构上，《宪法》第49条被置于第二章“公民的基本权利和义务”之中，与其他条文相比略显突兀。这是因为：第一，本条出现了较多的主体概念，例如婚姻、家庭、母亲、儿童、夫妻、未成年子女、成年子女、老人和妇女等；第二，《宪法》第二章在第51条之前，规定的条款应该属于公民基本权利的规定，但是第49条并没有出现与“权利”有关的任何字样，这是为何？特别是该条第3款“父母有抚养教育未成年子女的义务，成年子女有赡养扶助父母的义务”更值得研究。通常观念认为，没有无权利的义务，也没有无义务的权利。一种极其自然的联想是：从义务中是否可以反向推导出权利呢？对此有学者认为，宪法上没有明文规定的权利，并不代表宪法不保护它；父母权利作为自然权利，宪法不对其进行明确列举，反而更能体现它的尊崇性。^[27]

[24] Michael Sachs (hrsg.), Grundgesetz: Kommentar. 7. Aufl. München: Beck, 2014, s. 382.

[25] Horst Dreier und Hartmut Bauer (hrsg.), Grundgesetz: Kommentar. 3. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, s. 864.

[26] 参见欧阳恩钱：“父母责任重述”，《新疆大学学报（哲学·人文社会科学版）》2005年第1期，第42页。

[27] 参见王锴：“婚姻、家庭的宪法保障——以我国宪法第49条为中心”，《法学评论》2013年第2期，第11页。

这种叙述固然有理，但是却陷入了从自然权利的角度来论证基本权利的困局，而这正是被德国联邦宪法法院和德国学者所明确批判过的。与中国宪法不同，德国基本法第6条第2款在文本上明确规定了“父母权利”，在解读中国宪法时，不能不顾及这一差异。

在理论上，如何论证父母权利在中国宪法上也具有基本权利的性质，可以有三种路径。第一种，就是从父母履行义务的角度，反向推导出父母权利。康德在《法的形而上学原理》中对这种论证方式做了推演。他说，从一个人对它自己的义务中产生了一种对人权。父母因为婚姻生育的行为产生了一个自然人，那么他们就有责任去照顾他；由于这种责任，父母必须有权去管教与训练他们的子女，因为未成年子女本人无法恰当地运用他的肌体和心智上的能力；但是子女不是父母的财产，父母仅仅只是在占有的意义上享有对子女的对人权，并且这不是物权，而是一种具有“物权性质的对人权”。〔28〕我们认为，这种义务到权利的转化，只是发生于父母和未成年子女之间。即便承认这种转化的合理性，它也仅仅只是产生了民法上的权利，而不是基本权利，因为基本权利是个人或者法人针对国家的权利。

那么是否可以将“父母有抚养教育未成年子女的义务”理解为一项基本义务呢？即父母事实上履行了抚养教育未成年子女的义务，而这一义务在本质上是国家所应当承担的义务。由于父母帮助国家履行了这一基本义务，于是反过来，国家是否也应该承认父母享有针对自身的基本权利呢？现在的问题就转化为：父母抚养和教育自己的未成年子女，怎么是在向国家履行义务呢？难道说儿童是国家的，或者说儿童既是父母的，也是国家的？有中国台湾地区学者对此进行了深入研究。他们认为，从经济学的角度看，儿童属于公共财产或者公共物品的范畴。因为儿童长大以后，不仅会赡养自己的父母，还会向国家缴纳各种赋税，这也就意味着成年子女承担了保障父母和保障国家的双重任务。那么在他们成年之前，对他们的抚养和教育就不单单是父母“独自”的义务，国家也应该分担这一义务。同时，如果生养子女的外部经济效果愈为明显，就表示国家应该分担愈加重大的养育责任，即虽然“生育子女”是个别父母根据其个人或家庭效用函数的自由选择，但不必然因此推论“养育责任”必须由个别家庭“独自”负责。〔29〕由此可见，父母承担抚养和教育未成年子女的义务，确实也是在为国家分担义务，而且父母履行义务的范围越深，相应地国家需要履行的义务也就越少。既然父母帮助国家减轻了负担，那么国家也必须承认父母权利的基本权性质了。从德国《基本法》第6条第2条“抚养和教育未成年子女是父母的天然权利，也是其首先需要承担的义务”这一表述来看，其在叙述“父母权利”的时候没有加上限定语，而在叙述“父母义务”时却加上了限定语——“首先”（zuvörderst）。这也就暗示了抚养和教育未成年子女不单单是父母的义务，它只是强调了父母和国家在履行这一义务时的顺序差异。正如德国学者总结的，基本法保障婚姻的原因在于，婚姻为私人之间的支持和经济支出减轻了国家负担；保障家庭的原因在于，家庭为未成年人的抚养和照顾承担了主要责任，也相应地减轻了

〔28〕 参见〔德〕康德：《法的形而上学原理：权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆1991年版，第99~102页。

〔29〕 参见郑清霞、洪惠芬：“养育责任的集体分担——公共财与外部性的分析”，《台大社工学刊》第10期，2005年1月，第60~65页。

国家负担。^[30] 所以依据父母和国家在抚养教育未成年子女上的义务关系，在一定程度上为父母权利提供了正当性证明。

第二种论证是依据父母对未成年子女享有的利益的层面。这种论证主要是由美国两位学者发展出来的。他们首先认为，父母权利是基本的、有条件的和有限制的（fundamental, conditional and limited）。通常说一项权利是基本权利，这和它是否有条件，是否受到限制没有直接联系。例如被称作基本权利的选举权也是有条件的，它以不得犯罪为前提，但这并不妨碍选举权成为基本权利。然而声称某些权利是基本权利，某些权利不是基本权利，这样做的理由在于那些不是基本权利的权利具有工具性，例如获得陪审团审判的权利，其是为了保护正当法律程序的权利（right to due process）而存在的，故而工具性的权利不能称作基本权利。正是在这个意义上，如果说教育未成年人是为了服务于社会，即达成公共的善（public goods）或者从儿童利益的角度来论证父母权利，这就很难说父母权利具有基本权利的性质，因为这就将父母权利看作工具性了；并且以儿童利益为目的或者以公共的善来论证父母权利，这容易导致国家过度侵害家庭，以至于侵害到父母权利。

这就需要转换思路，从父母利益，即父母在抚养和教育未成年子女的过程中包含有特殊的利益来审视。那么这种父母利益是什么呢？两位作者随后分析到，父母利益即个人希望与另一个人结合组建家庭，并抱着成为好父母的动机。虽然现实中不排除一些父母不关心子女，和子女联系很少，但是这并不意味着父母和子女没有联系，就会生活如意。在亲子关系中，父母居于中心位置。父母在扮演自身角色的时候，把自己的利益也融入其中，这是因为他们在建造亲密的亲子关系时也在实践着自己的能力，并从中学习，让自己成为一个人。一旦这种角色成功实践，他们自己的人生也就和这个角色成为一个整体，也享受到了成功的意义。

针对此种观点可能的反驳意见，即一个人对某物享有利益，并不意味着他对此就享有权利，两位作者进一步分析，一旦这种利益不仅是出于渴望或者热情，而是相当重大（weighty），大到有助于实现他的幸福（well-being）或者兴旺（flourishing）时，那么就应该承认从这里产生了一项权利。不过作者也承认这种主张有漏洞，例如智障父母不是将自己的利益放在儿童身上，反而是从儿童那里获得需求；再比如这一论点建立在核心家庭之上，而没有考虑到其他多种形式的家庭类型。^[31]

从父母利益的角度论证父母权利容易遭致批评，而且在亲子关系中将父母放置于主要位置，也与现今通行的儿童最大利益原则发生抵牾，但是这一思路，即认为父母在抚养和教育未成年子女直至成年的这段时间内，有意识地塑造子女和自己之间共有的价值观念，并形成一种亲密联系，这对于父母权利作为基本权利的证立无疑具有重要启示。正是在这个意义上，有论者批判性地吸收了这一洞见，约纳丹·雷谢夫教授认为，抚养和教育未成年子女主要不是表现父母利益，而是在父母和子女之间建立一种有价值的紧密联系。这是因为父母从怀孕时起就和未来的子女建立了初期的关系。此后在逐渐抚养的过程中，父母向子女不断传递自己的若干特质，与子女建立认同，保持着内在联系和

[30] Horst Dreier und Hartmut Bauer (hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, 3. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, s. 861.

[31] See Harry Brighouse & Adam Swift, Parents' Rights and the Value of the Family, Ethics, Vol. 117, No. 1, 2006, pp. 81~104.

持续性。父母在传递这种认同的要素时，同时也间接影响了自己，因为他们与子女感同身受。父母子女之间的认同，不同于国家认同、文化认同或者宗教认同，原因在于父母将自己的个人特质融入到了子女抚育中，这和某一个共同体或群体所共有的特征不同^[32]，基于此赋予父母权利作为基本权利的意义也就体现出来，即为了强化父母和子女之间的这种特殊的认同关系。

这一论证从法理层面解读父母权利和父母利益之间的关系，颇有意义，但毕竟没有彰显出宪法文义解释的意味。基于此，还可以有第三种论证方式，也是笔者最为认可的论证思路。这主要是以中国宪法第33条第3款“国家尊重和保障人权”（人权条款）为基础，并将第一种和第二种论证中的文本解释和法理思考结合起来，由此得出的一种论证思路。

第三种论证认为，如何解读宪法第49条，与如何解读宪法的人权条款有莫大的关联。这里首先有必要提及宪法上的未列举权利。未列举权利是从美国1791年12月批准的宪法第九修正案“本宪法对某些权利的列举，不得被解释为否定或轻视由人民保留的其他权利”中引申出来的宪法概念。在美国的理论和实践中，关于宪法第九修正案是作为限制联邦的权力还是作为伸张个人权利的保护规范，经过了长久的争论。不过随着美国联邦最高法院的司法运用，以隐私权保护为代表，未列举权利确实对人权发展产生了有益的影响。^[33]

这一美国宪法理论的舶来品也在中国宪法学术界产生了一定的争论，主要围绕着未列举权利的认定上。有学者认为，认定未列举权利的方法有三种：第一种是求诸历史的认定方法；第二种是“人的尊严”概念指引下的认定方法；第三种是以捍卫民主为取向的认定方法。^[34]有学者争辩到，认定未列举权利的方法应该是：（1）原旨主义方法；（2）文本主义方法；（3）建构性的方法；（3）推定的方法。^[35]还有学者认为，中国宪法上的“人权条款”应该作为新兴宪法权利或者说未列举权利的总的规范依据。^[36]应该说将未列举权利引入到中国宪法的讨论非常有意义，因为面对各种新兴权利，诸如环境权、健康权、隐私权、数据权，以及父母权利等。如果仅仅因为宪法条文上的模糊就将其放逐在外，就失去了宪法保护普遍的人权的应有品格，然而如果认定未列举权利不能建立在有效的方法和严密的论证的基础上，则宪法列举权利与未列举权利之间界限就变得模糊。据此认定宪法未列举权利，一个必要的前提是应该建立在宪法文本上。

虽然将中国宪法上的人权条款置于未列举权利的总的规范依据的地位上，容易带来人权条款的泛化和庸俗化，但这仍然应该是讨论未列举权利的前提。问题是，如何将人权条款与未列举权利之间建立紧密的逻辑联系，这里张龔老师的观点深具启发。他认为，人权和基本权利的含义不同，人权通过国家的建构，成为一项基本权利。在内容

[32] See Yonathan Reshef, Rethinking the Value of Families, Critical Review of International Social and Political Philosophy, Vol. 16, No. 1, 2013, pp. 132~145.

[33] 参见郭春镇：“从‘限制权力’到‘未列举权利’——时代变迁中的《美国联邦宪法第九修正案》”，《环球法律评论》2010年第2期，第87~98页。

[34] 参见屠振宇：“未列举基本权利的认定方法”，《法学》2007年第9期，第79~84页。

[35] 参见夏泽祥：“未列举权利的认定方法与判断标准”，《山东社会科学》2010年第7期，第113~115页。

[36] 参见张薇薇：“‘人权条款’：宪法未列举权利的‘安身之所’”，《法学评论》2011年第1期，第10页。

上,它包括形式的、实质的和动机等三个要素。而人权条款的宪法意涵在于,它为基本权利提供了动机。基本权利总是提出和主张人权,将人权作为自身的标准,而且这一标准不是一般的动机,而是具有宪法规范效力的动机。^[37]如果说父母权利在中国宪法的语境下,被作为未列举权利来看待,那么结合前面的第二种论证,可以认为父母意图和自己的未成年子女之间建立亲密联系,为父母权利成为基本权利提供了一种动机,同时父母权利一旦成为基本权利,则又最有利于满足这一人权动机;再结合第一种论证,父母权利作为基本权利至少有宪法第49条这一形式上的佐证。据此,大体上满足了基本权利成立的三个要件。

既然通过论证表明,在中国宪法上父母权利作为基本权利也有相当的规范基础,那么家庭教育权作为父母权利的重要组成部分,也应该获得基本权利的地位,由此可以继续探讨家庭教育权的具体内容。

三、父母享有家庭教育权的具体内容

(一) 教育内容自主权

教育内容自主权涉及父母培养未成年子女的自由。在国家与父母的关系上,这体现了国家对父母的家庭教育权的尊重。我们以宗教信仰自由为例加以分析,中国《宪法》第36条规定了公民的这一自由,它包括信仰宗教的自由和不信仰宗教的自由。通常宪法教科书都会分析这一条款,但是一个细微问题则可能被忽视了:即公民有能力行使宗教信仰自由,是以他对宗教的认识为基础的。对于未成年人而言,特别是刚出生的婴儿,如果他的父母是某一宗教教派的信徒,他们就会在日常生活中潜移默化地影响他的宗教观念,以至于决定他今后的宗教信仰。对于少数民族家庭而言,可能还包含着父母强制的成分,迫使子女和自己的宗教信仰一致。如果说父母有意识地在宗教观上影响自己的子女,那么这是否意味着侵犯儿童的宗教信仰自由呢?由于宗教问题在我国属于比较敏感的民族问题,即使父母强迫子女信仰自己认同的宗教,当真侵犯了未成年人的宗教信仰自由,国家也不可能动用强制手段要求未成年人放弃或者改变宗教信仰,因为未成年人有宗教信仰的选择权。

然而换一个角度看,父母影响未成年子女的宗教观念应该归属于父母的教育内容自主权。依据《消除基于宗教或信仰原因的一切形式的不容忍和歧视宣言》第5条第1款^[38]和《儿童权利公约》第30条^[39]之规定,父母有权影响未成年子女的宗教观念。在德国法上,《基本法》第7条第2款规定,教育权利人有权决定其子女是否参加宗教课程。这也进一步明确了父母在子女宗教教育上的决定权。回到中国宪法第36条,虽然在形式上,该条款和德国《基本法》第4条规定的宗教自由一样,属于无保留的基本

[37] 参见张龔:“论人权与基本权利的关系——以德国法和一般法学理论为背景”,《法学家》2010年第6期,第24~26页。

[38] 父母或法定监护人有权根据他们的宗教或信仰,并考虑到他们认为子女所应接受的道德教育来安排家庭生活。

[39] 在那些存在有族裔、宗教或语言方面属于少数人或原为土著居民的人的国家,不得剥夺属于这种少数人或原为土著居民的儿童与其群体的其他成员共同享有自己的文化、信奉自己的宗教并举行宗教仪式,或使用自己的语言的权利。

权,但是它仍然受到宪法内在的限制^[40],即它首先受到父母教育内容自主权的限制,国家并不能因为儿童宗教信仰自由的这种限制,而去声讨父母宗教教育的不是。相反,国家应该容忍这种限制,因为这样可以保证父母和子女之间和谐的家庭关系,而这也正是“家庭受国家的保护”(中国《宪法》第49条第1款)的意图所在。

不过父母的教育内容自主权因为涉及一个生命的成长,涉及一个公民的诞生过程,并不是说一对夫妇具有“父母身份”,就当然知晓培养孩子的道理。事实上,历史上很多先贤都指出了,教育子女是一项复杂的艺术。苏联伟大的教育学家苏霍姆林斯基用苦口婆心、明白晓畅的语言写了一系列的文章,如《睿智的父母之爱》、《给教师的建议》、《帕夫雷什中学》、《怎样培养真正的人》,来教诲人们育儿的道理。在《睿智的父母之爱》中,他一开始就讲了育儿首要的任务就是从小培养他们的责任感,那么父母也应该具有强烈的道德责任^[41],指出了父母接受育儿教育的必要性。

在西方,通常学术界用财产法上的信托关系(fiduciary relationship)来比拟亲子关系,当然他们也认为信托关系不足以说明亲子关系的复杂性。有学者认为,在儿童成长的过程中,父母给子女提供了一种权威。父母权威(parental authority)的产生不仅因为他们是子女的代理人(agent),更重要的是他们也是亲子关系道德共同体(moral community)的代理人。通过这种机制,父母为一个道德共同体中的成员确立了准入条件。在儿童成长的过程中,儿童不断满足这些条件,由此从家庭道德共同体走向社会道德共同体。于是乎就对父母提出了道德上的要求,要求他们平衡两种角色:第一,作为社会道德共同体的代理人,父母必须执行他们的命令以保障自己满足道德代理的条件;第二,作为家庭道德共同体的代理人,也就是作为儿童的保护人,父母尽可能地让儿童满足这些条件。^[42]在这个意义上,虽然教育内容自主权赋予了父母充分的自由,但是并不表明父母有行使这种自由的能力。

关于权利、自由和能力的关系,在“权利”概念形成的历史上,产生过各种观点,主要有:资格说、主张说、自由说、利益说、法力说、可能说、规范说和选择说。^[43]在理解父母的教育内容自主权时,如果只是拘泥于父母的这种资格或者自由,而不注重父母的能力(法力说的观点)和可能,那么这种权利观将可能会贻害不浅,因为教育内容自主权不仅涉及父母,而且还涉及未成年人,涉及未成年人的一生。这就要求父母应该主动学习育儿知识,采取正确的育儿方法,比如不能采用暴力教育^[44];在教育内容上,注重对儿童进行生命和尊严教育、道德与情感教育、责任教育和社会能力教育,以适应儿童社会化的需要。为了提高父母的教育能力,国家应该就育儿的各个时间段,向父母提供有针对性的家庭指导服务。

[40] 关于德国基本法上对基本权限制的各种情况,参见赵宏:“从基本权限制条款看宪法规范的形式理性及其价值”,《中研院法学期刊》第12期,2013年3月,第233~226页。

[41] 参见[苏联]B. A. 苏霍姆林斯基:《睿智的父母之爱》,罗亦超译,长江文艺出版社2014年版,第6~15页。

[42] See Colin M. MacLeod & David Archard (eds.), *The Moral and Political Status of Children*, New York: Oxford University Press, 2002, pp. 115~116.

[43] 参见张文显:《法哲学范畴研究(修订版)》,中国政法大学出版社2001年版,第300~309页。

[44] 德国《民法典》第1631条第2款规定,子女有得到非暴力教育的权利。禁止对子女采用体罚、心灵伤害或者其他侮辱性措施。

（二）在家教育权

在家教育（Homeschool, Heimunterricht）是一个在世界范围内具有争议的问题。对于父母是否享有在家教育权，目前世界上表现为两种态度：以美国为代表的认可态度和以德国为代表的否定态度。在中国北京、上海、广东、云南、浙江等地，出于各种原因，在家教育也逐渐流行起来。^[45] 据 21 世纪教育研究院的统计，截至 2012 年年底，大陆共有实体书院 591 家、网络虚拟书院 100 多所、华德福学校 119 家、教会学校近 200 所，非学校化教育形态（含幼儿教育）的总人数约在 10 万人以内。^[46] 由此可见，在家教育在中国的发展不容小觑。至于我国的宪法法律是否明确禁止在家教育，很多学者从宪法^[47]、法律^[48]或者儿童受教育权^[49]的层面进行了论证，认为中国不排除在家教育的可能性。鉴于国内对美国在家教育的情况译介较多，而对德国的研究则略显不足，以下专门从德国法的角度加以观察。

隶属于德国联邦议院的科学服务处在 2009 年 6 月发表过一个《西方工业国家的在家教育》的研究报告。在报告中，开篇介绍了德国义务教育的情况。依据基本法立法分权的原则，学校立法（不包括高等教育）属于各州的立法范围。16 个州在各州的学校法中通常都规定了义务教育（Schulpflicht），除非是在例外并在有关教育主管部门批准的情况下，父母才可以进行教育。这就意味着在家教育在德国不是完全不可能，但是属于非常有限的例外。紧接着，这份报告比较了美国和欧洲的在家教育情况，指出德国不允许在家教育的主要原因在于德国有长达 250 年以上的义务教育传统。大概从 18 世纪中期开始，推行普遍的学校教育就在当时德国境内的很多小邦流行。当时的观念认为，为了国民自身的利益，就必须让他们有素质；而只有受到教育的人，才可以在被接受的水平上保障各个邦在行政、照顾和文化上得以维系。这种传统观念后来也反应在《魏玛宪法》中，其第 145 条第 1 句规定，实行普遍的义务教育。

和美国高达 150 万的在家教育学生不同，德国的数量估计只有约 1 000 人，它们分布在 300~500 个家庭中。这些孩子的情况可以分为四类：第一类，孩子在外国长大，而他们生活的地方又没有德语学校。这类小孩属于父母在外国的大使馆或领事馆工作的家庭。第二类，小孩有身体或精神上的残疾，在父母再三请求下获得许可。第三类，由于小孩有较高的流行知名度，如果他上学可能会对正常的教学秩序产生不利影响，例如非常有名的小歌星，或者是因为生活在流浪家庭或者生长在船上，在固定的地方上学不方便。第四类，父母不认可义务教育体制或者出于其他世界观上的原因，在和教育主管

[45] 参见张永广、张湛：“青少年‘在家教育’现状与宗教因素分析”，《当代青年研究》2016 年第 2 期，第 45 页。

[46] 参见任杰慧：“体制外守望：中国式‘在家上学’的教育困境——基于北京 R 学堂的个案研究”，《民族教育研究》2015 年第 5 期，第 110 页。

[47] 参见秦强：“‘孟母堂事件’与宪法文本中‘受教育条款’”，《山东社会科学》2007 年第 2 期，第 28 页。

[48] 参见何颖：“当前我国义务教育阶段‘在家上学’的法学分析”，《教育学报》2012 年第 4 期，第 15~17 页。

[49] 参见胡劲松、段斌斌：“论‘在家上学’的权利主体及其权利性质——保障适龄儿童受教育权的视角”，《教育研究与实践》2014 年第 4 期，第 50~53 页。

当局对抗下，或是在教育主管当局的容忍下不送子女入学。^[50]

面对在家教育在德国有可能蔓延的趋势，联邦宪法法院第一庭在2003年4月29日作出了一个重要裁定^[51]，驳回诉愿人的请求，裁定义务教育合宪。该裁定的主要理由是：第一，基本法第6条第2款规定的父母权利和第7条第1款规定的国家教育权，在儿童受教育权问题上相遇时，二者是平行的关系，依据“实践调和原则”（Grundsatz der praktischen Konkordanz），不意味着国家教育权必然退让于父母权利。第二，义务教育符合设置国家教育权的目的。为了实现这一目的，义务教育也是合适的和必要的。这是因为国家教育权不仅仅面向知识的传授，它还在于培养有责任的市民，从而使得每个人都可以在一个多元的社会中平等地、带着责任心地参与到民主过程中。第三，对于那些因为宗教原因而要求在家教育的，限制父母权利也是符合比例原则的。因为普通大众有一个正当的利益，那就是抵制一个基于宗教或者世界观而产生的“平行社会”。这就意味着社会少数也应该融入一个多元的社会中。“融入”既指一个社会不应该排斥这些社会少数，也指这些社会少数不应该自我排斥，从而放弃与其他不同观点进行对话的机会。一个多元的社会就在于通过与社会少数展开对话而获得发展。对于学校而言，践行宗教宽容，也是它们的任务。在一个由不同信仰组成的阶层社会中，所有的学生如果都具备宽容和对话的能力，这是一个让民主的意志形成得以持续发展的基本条件，因此义务教育对于这些以宗教自由为诉愿理由的人而言，也是应该容忍的。

就联邦宪法法院的这一判例，德国学者博奥坎普发表了不同意见。他首先分析了基本法第7条第1款的含义。他认为，基本法第7条第1款（“所有学校事务都受国家监督”）的规定有许多模糊之处，可以有和联邦宪法法院不同的理解。从文义解释来看，如儿童不接受学校教育，也可以受到国家的监督，而且这一款也并没有提到义务教育，不然各个州就不会在州宪法或者州学校法中明确义务教育了。从体系解释来看，第7条第4款和第5款允许设置私人学校。如果家长设置一个私人学校，或者儿童去私人学校上学，这实际上削弱了义务教育的效力。从历史解释来看，支持的观点认为，义务教育在德国历史上“一向如此”，《魏玛宪法》第145条第1句也予以确认，但是作者认为，义务教育在魏玛宪法的文本上存在例外规定，但是魏玛宪法的宗教条款却没有例外规定。通过对基本法第7条的制宪史进行考察后还发现，当初争议的焦点是宗教课程的设置，对于义务教育则没有讨论。这就意味着义务教育不包含在基本法第7条第1款中。

接着，他就联邦宪法法院的观点提出了三个针锋相对的问题：第一，没有义务教育的教育会破坏国家的学校体制吗？第二，民主需要义务教育吗？第三，基本权的保护义务就意味着义务教育具有正当性吗？就第一个问题，他说美国、加拿大、英国、澳大利亚、西班牙、法国、比利时、丹麦和爱尔兰都允许在家教育，即使是在美国，在家教育数量最大，最多也只是占学生就读人数的2%，仍然有98%的儿童去学校就读了。就第二个问题，他提出了五点反驳理由，主要理由在于一个“平行社会”的产生，需要一个“中心社会”的存在，而在一个多元的社会中，没有一个“平行社会”产生的基础。就第三个问题，他说，支持论的观点认为，义务教育保障了儿童长大以后获得一个良好的工作机会，这实际上也是为了保障基本法规定的职业自由（第12条第1款）。他认为这

[50] Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Homeschooling in westlichen Industrienationen, 25.06.2009, s. 4~13.

[51] BVerfGK 1, 141.

种推理有问题，这实际上是以基本权保护（保护职业自由）的名义为国家侵犯其他基本权（父母权利）提供借口。事实上这种推理也是多余的，因为当父母没有履行义务，基本法第6第2款规定的父母权利当然会受到国家的限制，但是这种限制与义务教育没有直接关系。^[52]

笔者以为博奥坎普教授的观点颇有说服力，这种细致讨论也可以给中国带来较多启示：第一，学校教育有自己的优势，也有培养公民的责任，这需要得到父母的理解。为了完成公民培养这一使命，学校教育需要和家庭教育有效配合。第二，承认在家教育，并不意味着必然带来学校教育的毁灭性打击。我们有理由相信，父母都是理性人，会在学校教育和在家教育之间进行选择，从而最大程度地保障儿童的受教育权。第三，在家教育面临的重大责难就是儿童的社会化或者融入社会的问题。实践表明，这其中虽然有失败的例子，但也有成功的例子，关键在于如何引导。^[53]

从美国的实践来看，承认父母的在家教育权，其实给国家提出了更高的要求。在家教育不是说任父母恣意教育，父母也要受到法律的规制，只是这套规制手段与学校教育存在若干差别而已。目前美国50个州都通过了与家庭教育有关的法律，虽然州法规定的内容不一，但即便是在那些最宽松的州，也仍然对在家教育的课时、执教人员的资格、学生的考勤和评定作出了规定。^[54]由此联系到中国，笔者以为，中国的主要问题不在于是否承认在家教育权，而在于国家对在家教育的立法是否跟得上、是否可以允许先行先试，不然错过了一次立法试验的机会，从而不能在在家教育的立法上积累经验。

（三）学校选择权

由于学校教育与家庭教育之间具有的紧密联系，不能狭义地以为家庭教育权就只是局限于家庭（空间意义上的房子）之内。从儿童的受教育权出发，学校教育应该处在家庭教育权的延长线上。可以说保障了父母的学校选择权，也是为了更好地服务于父母的家庭教育权。

学校选择权，顾名思义就是父母享有选择让自己的未成年子女就读公立学校还是私立学校，就读好学校还是差学校的权利。在中国，这可以转换为“择校”问题。关于择校是否具有合法性，有学者认为，2006年的《义务教育法》第12条只是规定了“就近入学”，并不排除择校的可能。^[55]关于择校的效果，即是否能提高学生的成绩，有实证研究表明，择校对于优质学生没有不利影响，但是对于低分学生却有积极影响。^[56]这说明了择校还是有正当性基础的。这也解释了为什么择校在中国非常流行，很多家长为了让子女上好学校，不惜巨资买“学区房”。

在就读公立学校还是私立学校的问题上，这关系到经济学上对“教育”是否属于公共物品的理解。通常认为教育属于公共物品，应该由国家来提供。不过实践表明，教育带有非公共性色彩。一种极端的观点认为，“教育主要是一种私人物品”。因为教育的公

[52] Guy Beaucamp, Dürfte ein Bundesland die Schulpflicht abschaffen? 4 DVBl 124 (2009), s. 220~224.

[53] 参见齐学红、陆文静：“在家教育对儿童社会化影响的个案研究”，《教育科学》2013年第7期，第51~55页。

[54] 参见徐冬鸣：“美国‘在家教育’立法述评”，《现代教育管理》2013年第12期，第111~112页。

[55] 参见李斐：“择校的合法性辨”，《现代交际月刊》2012年第2期，第181~182页。

[56] 参见张羽、陈东生：“高中择校真的有用吗？”，载《中国教育报》2016年2月4日第4版。

共性与纳税的水平高低有关，它对富人的影响更大，而且对于是否保留较高的公共教育水平，又和富人的投票权有关。一旦富人不能从公共教育中获得较高的收益，他们就会选择私人教育。这样做的结果导致了平均纳税水平下降，反而更加刺激了私人教育的发展。^[57] 不过温和的观点则认为，在教育中引入竞争机制，比单纯由政府分配教育的做法更有效率。^[58] 这说明了在中国发展民办教育是替代公共教育的一种合理选择。2016年11月7日，《民办教育促进法》得到了较大的修改。修改后的法律明确规定，对于新建、扩建非营利性民办学校，人民政府应按照与公办学校同等原则，以划拨等方式给予用地优惠。这既保证了民办教育的发展，也让父母有了更多的选择权。

在世界范围内，如何看待父母的学校选择权，主要有四种做法：严格的学校分区、例外的学校分区、完全的自由择校和限定的自由选择^[59]，并没有一个统一的标准。依据教育部办公厅2016年1月26日发布的《关于做好2016年城市义务教育招生入学工作的通知》（教基一厅〔2016〕1号）之规定，在教育资源配置不均衡、择校冲动强烈的地方，根据实际情况积极稳妥采取多校划片。这种做法是否妥当，也不是没有争议。^[60] 中国的教育资源被行政部门高度垄断，它没有充分考虑父母的学校选择权的正当诉求，这可能是造成择校在中国高烧不退的一个重要原因。

我们从德国法的角度来分析这个问题。依据基本法立法的分权原则，中小学教育属于各个州的立法权限。由于各个州的学校法会略有差异，此处以汉堡州为例加以分析。汉堡州是一个城市州，在州的范围内一共有203所小学。孩子通常满6岁入学。在孩子入学前，父母有充分的选择权，他们可以向教育局提交三个入学意愿，然后教育局把这些意愿转达给各个招生小学。各小学按照自己的招生计划，合理考虑每个学生的情况，并尽量满足父母的第一意愿，不过学校在录取学生时有充分的裁量自由；如果父母的第一意愿没有实现，再考虑第二或者第三意愿。这一双向选择过程具体规定在2016年9月15日最新修订的《汉堡学校法》（Hamburgisches Schulgesetz）第42条第7款中，其内容为：小学生在向某个学校报到时，该学校应尽可能地将其录取。在这所学校录取名额用尽的情况下，父母的第二、第三意愿开始被考虑，即一所学校的报到人数超过了这所学校的录取人数，那么不被这所学校录取的学生可以被其他学校录取。学校在录取学生时，应该考虑以下重要因素：父母的意愿；和学校的距离；学校中是否有学生的兄弟姐妹。教育局可以基于学校组织的原因，在考虑上学距离的情形下，将一个学生转学到其他相同类型学校的相同班级。

就《汉堡学校法》第42条第7款，汉堡州高等行政法院于2013年7月17日作出了一个饶有意思的裁定。^[61] 该案的案由是，申请人认为某小学在录取学生的过程中，存在裁量错误，请求高等行政法院作出一个临时处分决定，以实现他们的孩子可以在本年度入学的请求。他们认为该小学裁量错误的理由在于：他们的孩子在该小学上过学前班，基于学前班和小学之间的紧密联系，该小学应该录取他们的孩子，可是该小学却没

[57] 参见郑秉文：“经济理论中的福利国家”，《中国社会科学》2003年第1期，第51~54页。

[58] 参见宋光辉、彭伟辉：“义务教育阶段择校制度优化：基于教育需求视角的分析”，《经济体制改革》2016年第1期，第184页。

[59] 参见王晓辉：“择校，教育公平的世界性难题”，载《中国教育报》2009年6月2日第3版。

[60] 参见陈鹏：“多校划片不可‘一刀切’”，载《光明日报》2016年2月29日第6版。

[61] Beschluss des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts vom 17. Juli 2013 Az 1 BS 213/13.

有考虑这一因素，因而不予录取的裁量是有瑕疵的。该小学辩称称，本年度小学一年级设置3个班，按照每个班不大于23人的法律规定，总共只有69个招生名额，可是却有90名报到的学生。为此，学校首先将21个名额分配给了在本校中有兄弟姐妹的学生，然后将剩下的48个名额按照入学距离的远近加以分配，其中第69位的家距离学校559米，而申请人的家距离学校833米，排在第85位，所以不被录取。

在一审中，汉堡行政法院认为该学校的裁量严格依据法律，并没有错误，所以驳回了申请人的诉讼请求。在二审中，高等行政法院认为，汉堡学校法第42条第7款在解释上有一个难题，就是法律规定的三个考虑因素在文字上没有先后顺序，而且“是否上过学前班”没有写在法律条款上，这确实表明了学校有较大的裁量自由，但是从这一款的立法史来看，当时讨论中确实考虑了学前班和小学之间的紧密关系，而且这一紧密因素在现今日渐重要，不排除以后入法的可能性，此外在那22名因为有兄弟姐妹而被录取的学生中，其中有20名也是曾经在该小学上过学前班的。虽然将“是否上过学前班”作为裁量标准之一来考虑，可能会刺激以后的父母选择这种方式来挑选小学，但是这一点可以由学校在招收学前班的学生时加以把握，所以“是否上过学前班”这一因素也是非常重要的。该小学没有考虑这一因素，是有瑕疵的。考虑到小学开学不久，在一个班级中增加一名学生，也不对学校造成过度负担，也不违反班级最大名额例外的规定，因此准许签发临时处分命令，要求该小学接收申请人的孩子。

从汉堡州学校法以及汉堡州高等行政法院的判例来看，赋予父母的学校选择权，可能会加大择校的概率，但是这种行为是可以控制的，除了国家持续改善教育环境，强化教育均衡以外^[62]，还需要借助学校和法院的作用，赋予学校充分的裁量自主权和法院的行政审判权，从而激活父母、学校和司法之间的互动关系。

（四）参与学校事务权

在学校教育上，一开始并不认可父母有参与学校事务的权利。以美国为例，传统上公共教育被认为是公共机构的事务，父母参与（parental involvement）也只是最近30年才发展起来的。最开始与儿童健康有关，后来扩大到儿童教育。父母要参与学校教育的理由在于：家校合作更有助于儿童的教育产出。学校通过了解家庭的文化背景和价值观从而可以较好地满足儿童的需求；同时，父母通过参与学校事务，也学到了更多的育儿知识，这样也有助于他们更好地行使家庭教育权。^[63]父母参与学校事务，会让儿童学得更好，这方面有很多实证研究，代表性的成果是美国教育学家赫德森（Henderson）为全民教育委员会所做的30份调查研究的证明。^[64]

自1968年颁布《教育总则》规定家长的参与权利开始，父母的参与学校事务权在美国日益扩展。1986年至1989年，基础教育改革的重心转移到对教育权力的重新配置，以实现学校管理权的进一步下移，这样就赋予了教师、学校、社区、家长和其他一

[62] 参见魏海政：“从‘强制’到‘理智’，济南实现‘零择校’”，载《中国教育报》2015年11月9日第3版。

[63] See Gwendolyn L. Watson, Renée Sanders-Lawson and Larry McNeal, Understanding Parental Involvement in American Public Education, International Journal of Humanities & Social Science, Vol. 2, No. 19, 2012, p. 41.

[64] 参见[美]唐·培根、唐纳德·R·格莱叶：《学校与社区的关系》，周海涛等译，重庆大学出版社2003年版，第137页。

些利益集团一定的教育决策权,以改变教育决策权过度集中在州和学区的状况。^[65] 根据最新的《美国法典》第20卷第6318条(20 USC 6318)“父母参与”之规定,州教育机关和学校应该通过教育投入和相当的教育活动保障父母的参与,例如组织家长会议、家长教师联合会议,还应该保障父母的教育知情权等。

在中国,父母参与学校教育受到诸多因素的不利制约:第一,文化认知上的因素。有教师认为学校教育专业性强,父母不合适参与;有父母认为学校教育与己无关,不愿意参与学校教育。第二,对学校参与深度的认识没有达成共识。调查发现多数父母只是对自家孩子在学校的表现感兴趣,对学校的管理不太有兴趣。第三,制度上的制约。现行的教育法律法规对于父母参与没有具体的规定,这造就了父母参与的制度环境缺失。^[66] 可见改变这一局面的首要措施就是补齐制度短板,这方面可以借鉴台湾地区的经验。

台湾地区在《教育基本法》《教师法》等法律法规中规定了父母广泛的教育参与权:《教育基本法》第10条赋予了家长参与地方教育事务的权利;《教师法》第11条赋予了家长参与学校教师评会决定的权利。从中可以看到父母参与学校的深度,从一般参与到校务决策,这些虽然不是都能被大陆采纳,但是一些起码的权利,比如父母的教育知情权,教育监督权以及涉及自家孩子的教育异议权应该得到保障。

从德国的情况来看,联邦宪法法院认为,依据基本法第7条第1款,学校的组织划分,教育体系的结构确定、学习过程中内容和教学上的规划、教学目的的设定,以及如何判断学生能否达到这一目的,都属于国家教育权的形成范围。由于基本法第6条第2款规定的父母权利是个人权利,如果承认父母有参与学校教育的权利,那么父母权利带有共同权利的性质,因此基本法并没有赋予父母在学校事务上的参与权。不过基本法仍然保障了父母在学校事务上的知情权,这是一种个人权利,这样做的目的是为了父母能更好地行使教育未成年子女的职责。^[67] 由于教育(不包括高等教育)属于州的立法权限,所以这并不妨碍各州自行规定,以《汉堡学校法》为例,其第6章(第69至第75条)即是“父母的参与”,内容非常详细。

则其要者,翻译如下:第67条“父母权利的主体、选举权和被选举权”规定,所有的父母都有权选举或者被选举为父母委员会(Elternrat)、学区父母委员会(Kreis-Elternrat)和父母协会(Elternkammer)的成员;教师会议(Lehrerkonferenz)中有投票权的教师,如果也是父母的,不能被选为班级父母代表(Klassenelternvertretung)或者父母委员会中的成员;一旦学生升级、升学或者转学,他们的父母就失去了原来相应的资格。第68条“班级父母代表的选举”规定,在最迟于开学后四周之内召开的家长会(Elternabend)中举行班级(包括学前班)父母代表的选举。每个班选举2名班级父母代表。在第二次选举时必须更换父母。就一个入学的子女而言,一对父母有2票。如果只有一方父母参加投票,也同样享有2票。父母可以单独投票。得票最多的父母当选。第70条“父母代表的任务”规定,这些任务包括加强同一个班级父母之间的联系;传

[65] 参见杨天平、孙孝花:“美国家长参与学校教育管理角色的嬗变”,《教育研究》2007年第6期,第80页。

[66] 参见梁红梅、李刚:“当前家长参与学校管理的困境、归因与路径选择”,《当代教育科学》2010年第22期,第11~12页。

[67] BVerfGE 59, 360-Schülerberater.

递父母和教师之间的不同意见；向其他父母告知学校的最新消息；选举父母委员会；辅助学校和教师完成教学任务。第71条“家长会”规定，当父母代表提议或者1/4的父母同意，每学年应该至少召开2次家长会。家长会召开的目的是向任课老师咨询与课程和教学有关的重要问题。家长会也可以在没有任课教师的参与下召开。第72条“父母委员会的任务”规定，在没有例外情况下，每个学校都要组织一个父母委员会。父母委员会的任务有：向父母或者班级父母代表告知最新的学校问题，或者告知学校会议（Schulkonferenz）或者学校董事会（Schulvorstand）的重要决定；协助学校领导（Schulleitung）、教师和学生委员会（Schülerrat）完成教学任务；依据学校会议或者学校董事会规定的基本原则，在地区的公共事务中为学校的利益服务。第73条“父母委员会的组成和选举”规定，父母委员会由各个班级的父母代表组成。学校如果只有不到26个班级的，由9名代表组成；超过26个班级的，由12名代表组成；超过35个班级的，每多出9个班级，就增加3名代表。第74条“程序原则”规定，父母委员会选举一名主席、一名副主席和一名秘书，由这三人组成身份平等的理事会（Vorstand）。父母委员会由它的理事会召集。如果理事会不召集的，由校长召集。父母委员会的决定依据多数决原则作出。为了完成父母委员会的任务，学校领导和教师应该向父母委员会告知必要的信息。第75条“学区父母委员会”规定，学区父母委员会是一个学区（Schulkreis）内各个父母委员会的结合，它服务于父母协会，协商本学区内的一般事务。它由每个学校的一名父母委员会的代表组成；如果一个学校的学生人数超过800名，则选派2名父母代表。学区委员会有权向教育局陈述以下事项：关于学区的组成、划分和撤销的；关于学区的重新划界的；在学区内设置或者修改某种学校形式的。

《汉堡学校法》第6章按照班级—学校—学区—行政区的结构，主要是在组织和程序上保障了父母参与学校的权利。至于参与事项，则不涉及教学内容、教学人员和学校组织的决定权。这也给中国很大的启发，在立法上可以先从程序的角度，架构起父母参与学校事务的组织形态，然后再在实践中不断丰富父母参与的实质内容。

四、在中国确立家庭教育权作为基本权的现实性

将家庭教育权确定为基本权利，在中国具有三个方面的现实性：第一，父母作为家庭教育权的权利主体，首先意在排除国家的恣意干涉。这样父母在教育的内容上，是偏重于理科教育还是文科教育，在教育方式上，是选择在学校接受教育还是在家接受教育，在学校上，是选择公立学校还是私人学校，都有较大的自由。第二，既然父母是家庭教育权的权利主体，那么他们同时也享有针对国家的给付请求权。当父母不存在或者父母没有能力时，国家应该提供物质帮助，或者寻找合适的监护人来弥补这一不足。第三，父母享有的家庭教育权是针对国家而言的。对于未成年子女来说，它不是基本权利。如果也承认父母权利的私法性质，那么它是一项首先应该履行义务或者责任、然后才能享有的民事权利，即是一项负有条件的权利，因此父母作为第一责任人应该切实履行教育未成年子女的义务。如果父母不履行这一义务，放任自己的未成年子女不管不问，或者认为学校教育可以替代父母教育，对教育未成年子女的事务无所用心，这首先在私法上导致了民事义务的不履行；其次在宪法上，它也违反了父母对于国家的义务。

这种义务和纳税义务相似。公民消极不纳税,可能会受到行政处罚或者刑法制裁,而父母消极不履行家庭教育的义务,也应该接受公法上不利的后果。

传统上由于受到“法不入家门”观念的影响,国家对这种行为的介入不足,导致了一系列社会问题。最近民政部就农村留守儿童摸底排查情况召开了新闻发布会,依据“父母双方外出务工或一方外出务工另一方无监护能力、不满十六周岁”的定义标准,民政部调查发现农村留守儿童有902万,主要分布在中西部地区,其中江西、四川、贵州、安徽、河南、湖南和湖北等省的农村留守儿童数量都在70万以上。这次排查还发现“家庭监护缺失这个问题比较突出,个别外出务工父母缺乏监护责任意识,任由年幼的未成年子女独自生活,较少回家看望或保持亲情沟通,甚至常年不与留守子女联系,严重影响了农村留守儿童的身心健康发展,很难兜住留守儿童安全底线”〔68〕。

农村留守儿童问题是中国城镇化进程中的一个顽疾,它的出现一方面与父母缺乏教育未成年子女的责任意识有关,另一方面也与国家对教育的投入不足,对社会经济发展的统筹不够,对家庭的保障水平较低有关。以国家投入为例,外国有学者研究发现,国家资助公共教育,相对于富裕家庭而言可能意义微小,但是对于贫穷家庭而言实际上提高了贫穷家庭儿童的上学率,这也在整体上减轻了家庭的教育负担。同时,运用若干相互连贯的规制手段,例如国家补贴教育,提供社会安全和养老保障,提供生育补贴,限制离婚,打击儿童买卖等等,更有助于提高家庭安排的效率。〔69〕

除了农村留守儿童问题,农村的家庭教育也是一块灰色地带,由于父母文化水平低,一方面放任子女教育事务,形成了对学校教育的严重依赖,另一方面在社会的压力下,又普遍对子女期望过高。不仅是农村家庭,通过比较城乡家庭,特别是将家庭经济收入和父母文化程度等作为量化指标后发现,这些因子对未成年人的成长会带来差异化的影响〔70〕,这就让人反思教育起点公平的问题。

而在整体上,家庭教育的危机已经显现,全国青少年犯罪率高居不下即是例证。改革开放前,全国青少年犯罪人数在青少年总人数中为0.3‰,而90年代以来,已上升至3‰,提高了10倍。〔71〕种种事实表明,任由家庭教育的这种危机继续发展,而国家仍然袖手旁观,将会固化现有的阶层差距,加大社会的不平等。因而改善家庭教育环境,保障每个儿童都有平等的教育环境和教育资源,也是实现未成年人向成熟的公民转换的重要条件。从基本权利的角度来理解家庭教育权可能是一条解决现实症结的有效途径,为此就需要合理划分父母和国家在家庭教育上的权利义务,即夯实父母享有的家庭教育权的内容。

〔68〕 民政部有关负责人就农村留守儿童摸底排查情况答记者问,2016年11月9日。资料来源于民政部官方网站,最近访问日期:2017年3月13日。

〔69〕 See Gary S. Becker and Kevin M. Murphy, *The Family and the State*, *Journal of Law and Economics*, Vol. 31, No. 1, 1988, pp. 6~18.

〔70〕 参见杨习超等:“家庭社会地位对青少年教育期望影响研究——基于CEPS2014调查数据的实证分析”,《中国青年研究》2016年第7期,第72页。

〔71〕 参见教育部关心下一代工作委员会课题组:“我国家庭教育的现状、问题和政策建议”,《人民教育》2012年第1期,第8页。

五、结论

家庭教育权作为父母权利的重要内容,理应赋予基本权利的地位。然而在现实中,国家对父母权利的重视不够,过度侵害父母权利或者对父母权利保护和给付不足的现象时有发生,这就更加需要从宪法高度审视父母教育权的特质,从而为国家完善立法提供理论依据。2010年7月29日,中共中央、国务院下发的《国家中长期教育改革和发展规划纲要(2010—2020年)》(中发[2010]12号)中明确提出了制定家庭教育法律的任务。然而时至今日,除了重庆市于2016年5月27日制定的《重庆市家庭教育促进条例》之外,家庭教育的地方立法和国家立法还处在探索之中。研究家庭教育权和基本权利的关系,既是意在推动家庭教育立法的完成,也是为建立良好的国家、父母和未成年人关系提供观念导引。

参考文献

- [1] 秦惠民. 国家教育权探析 [J]. 法学家, 1997 (5).
- [2] 曾天山. 外国教育管理发展史略 [M]. 教育科学出版社, 1995.
- [3] 莫纪宏. 受教育权宪法保护的内涵 [M] // 郑贤君. 公民受教育权的法律保护. 北京: 人民法院出版社, 2004.
- [4] 王锴. 婚姻、家庭的宪法保障——以我国宪法第49条为中心 [J]. 法学评论, 2013 (2).
- [5] [德] 康德. 法的形而上学原理: 权利的科学 [M]. 沈叔平译, 商务印书馆, 1991.
- [6] 屠振宇. 未列举基本权利的认定方法 [J]. 法学, 2007.
- [7] 张薇薇. “人权条款”: 宪法未列举权利的“安身之所” [J]. 法学评论, 2011 (1).
- [8] 张奠. 论人权与基本权利的关系——以德国法和一般法学理论为背景 [J]. 法学家, 2010 (6).
- [9] 张文显. 法哲学范畴研究(修订版) [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- [10] 任杰慧. 体制外守望: 中国式“在家上学”的教育困境——基于北京R学堂的个案研究 [J]. 民族教育研究, 2015 (5).
- [11] 秦强. “孟母堂事件”与宪法文本中“受教育条款” [J]. 山东社会科学, 2007 (2).
- [12] 何颖. 当前我国义务教育阶段“在家上学”的法学分析 [J]. 教育学报, 2012 (4).
- [13] 胡劲松, 段斌斌. 论“在家上学”的权利主体及其权利性质——保障适龄儿童受教育权的视角 [J]. 教育研究与实践, 2014 (4).
- [14] 齐学红, 陆文静. 在家教育对儿童社会化影响的个案研究 [J]. 教育科学, 2013 (7).
- [15] 郑秉文. 经济理论中的福利国家 [J]. 中国社会科学, 2003 (1).
- [16] 宋光辉, 彭伟辉. 义务教育阶段择校制度优化: 基于教育需求视角的分析 [J]. 经济体制改革, 2016 (1).
- [17] 陈鹏. 多校划片不可“一刀切” [N]. 光明日报, 2016-02-29.
- [18] 魏海政. 从“强制”到“理智”, 济南实现“零择校” [N]. 中国教育报, 2015-11-09.
- [19] [美] 唐·培根, 唐纳德·R·格莱叶. 学校与社区的关系 [M]. 周海涛, 等译, 重庆: 重庆大学出版社, 2003.
- [20] 杨天平, 孙孝花. 美国家长参与学校教育管理角色的嬗变 [J]. 教育研究, 2007 (6).
- [21] 梁红梅, 李刚. 当前家长参与学校管理的困境、归因与路径选择 [J]. 当代教育科学, 2010 (22).
- [22] 杨习超等. 家庭社会地位对青少年教育期望影响研究——基于CEPS2014调查数据的实证分析 [J]. 中国青年研究, 2016 (7).

(责任编辑: 赵真 张安平)