

桃山法学

第 44 号

論 文

ヨルダンの法解釈論と裁判慣例論 (1)

..... 鈴木 康 文 (1)

日本国章損壊等罪の立法に関する基礎的考察

..... 江 藤 隆 之 (23)

フランスにおける移民の教育政策と平等原則

——1989 年教育基本法の理念についての考察——

..... 橋 本 一 雄 (51)

2026年2月



桃山学院大学総合研究所

ヨルダンの法解釈論と裁判慣例論 (1)

鈴木 康 文

はじめに

第1章 先行研究と本稿の見方

第1節 矢崎光圀

第2節 ハーファーカンブ

第3節 本稿の見方

第2章 判決理由の付記と先例拘束性

第1節 判決理由の付記の義務づけ

第2節 サヴィニーの見解

第3節 クールヘッセンの場合 (以上、本号)

第3章 裁判官の法解釈

第1節 裁判官の役割

第2節 裁判官の権限

第3節 論理解釈

第4節 類推

第5節 基本原理による解釈

第4章 裁判慣例の拘束力

第1節 裁判官の活動の産物としての裁判慣例

第2節 裁判慣例の拘束力

第3節 裁判所組織における裁判慣例

おわりに

はじめに

これまでに筆者は、19世紀前半のドイツにおける、いくつかのラントの法制度や裁判例、また実務家の見解を対象として、裁判所の判決が法源と

キーワード：シルヴェスター・ヨルダン、裁判官の法解釈、裁判慣例、学問、理論

してどのように機能しているのかを明らかにする研究を進めてきた。そこでわかったことは、当時の法実務で判決の先例拘束性が強められたということである。

そこで今度は学説に目を転じ判決の拘束力がどのように論じられていたかを検討したい。本稿で取り上げるのはマールブルク大学教授シルヴェスター・ヨルダン (Sylvester Jordan, 1792-1861) の見解である。法制史や法思想史でヨルダンの名はそれほど有名ではないかもしれない。⁽¹⁾そこで彼のプロフィールを少し見ておこう。ヨルダンは、ランツフト大学 (1815年哲学と自由学芸の博士号、その2年後に法学の博士号を取得) で学び、その後ハイデルベルク大学で私講師、そしてマールブルク大学で1822年に正教授となった。大学で主に担当した講義は一般およびドイツ国法であった。⁽³⁾立憲君主制の国法についての主要著作として『一般国法試論』(1828年)や未完の『一般およびドイツ国法教科書』(1830年)がある。学者としての活動だけでなく、現実の政治においても、クールヘッセンの憲法委員会委員長として草案作成に参加し、憲法成立に携わった。そのため「1831年1月5日クールヘッセン憲法の父」と呼ばれる。同憲法は、1848年以前のドイツ立憲主義憲法の中でもっともリベラルな憲法と見られている。1832年以降、政府の圧政のために、警察に監視され、ついにはマールブルク城で逮捕・拘留された。反逆罪のため5年間の城塞禁固が1843年に言い渡されたが、判決は1845年の第二審で取り消された。1848年の三月革

(1) 矢崎光圀『法思想史』(日本評論社、1982年)261頁注29。ヨルダンはドイツ憲法史では1831年のクールヘッセン憲法とともに言及される人物である。参照、山田晟『近代ドイツ憲法史』(東京大学出版会、1963年)24-25頁;ハルトウング(成瀬治・坂井栄八郎訳)『ドイツ国制史』(岩波書店、1980年)294-295頁。

(2) Werner Frotscher, Jordan, Sylvester (1792-1861), in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2., völlig überarbeitete und erw. Aufl., Berlin 2012, Lieferung 14, Spalte 1392.

(3) Johannes Gottlieb Klingelhöfer, Die Marburger Juristenfakultät im 19. Jahrhundert, 1972, S. 78 und S. 80. 国法と並んで、レーン法、刑事訴訟法、民事訴訟、法実践も担当した(いずれも1839年まで)。この他、国際法(1823-27年、1837-39年)、刑法(1823-34年)、ドイツ私法(1822-24年)を担当したこともあった。Vgl., Klingelhöfer, a. a. O., S. 80.

命の後、ヨルダンはまずいわゆる 17 人委員会にクールヘッセン代表として参加し、7 月には国民代表としてドイツ国民議会に選出された。革命が失敗した後はカッセルに戻り、そこで亡くなるまで過ごした。

上記の経歴に見られるとおり、国法論や政治史の文脈で彼の法思想や政治活動が研究の対象となることは理解しやすい。例えば、当時の国法論について論じる文献⁽⁴⁾を見れば、特筆するべきヨルダンの法思想として、国家契約、国家目的、法の支配、君主主権、三権分立、代表制的世襲君主制（君主制、貴族政、民主政の混合政体）、理性と歴史の調和、貴族の尊重、改革などの諸点が取り上げられている。

しかし、本稿では裁判官の法解釈や判決の拘束力に関する彼の論考を取り上げる。先のプロフィールにはないが、ヨルダンは、当時、判決の質・裁判官の質の低下に関する問題を受け、裁判実務の学問化について注目すべき見解を論じていたからである。

本稿の叙述は以下のとおりである。第 1 章では先行研究を分析した上で本稿の見方を示す。本稿ではサヴィニーの実務の学問化の要請をヨルダンが引き受けているという見方を採用する。これがヨルダンの論文や著作を見る際の着眼点となる。第 2 章ではヨルダンの所論の前提となる、19 世紀のクールヘッセンにおける実務の状況を確認する。当地の実務では判決の拘束性が認められており、ヨルダンの見解とは異なる状況であった。そして、そのような状況を前提として、第 3 章では裁判官の法解釈、第 4 章ではその成果である判決の拘束力についてヨルダンが述べるところを見ていく。その際、特に彼が、裁判官の活動が恣意に流れないようにするために、裁判官は法を解釈し、また過去の判決を取り扱うにあたって理論・学説を重視すべきとしている点に着目したい。

(4) Vgl. Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2, *Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*, München 1992, S. 168 f.; Werner Frotzcher, Sylvester Jordan und Vorrang der Verfassung, in: Stephan Buchholz/Heiner Lück (Hrsg.), *Wort des Rechts-Wörter zur Rechtsgeschichte*, Berlin 2007, S. 130-144.; 栗城壽夫『一九世紀ドイツ憲法理論の研究』（信山社、1997 年）14-15 頁。

※ヨルダンの以下の著作・論文については略称を用いることとする。

- Strafgesetz——Über die Auslegung der Strafgesetze mit besonderer Rücksicht auf das Gemeine Recht, Landshut 1818.
- Gerichtsgebrauch——Bemerkung Über den Gerichtsgebrauch, dabey auch über den Gang der Rechtsbildung und die Befugnisse der Gerichte, in: C. von Löhr/C. J. A. Mittermaier/A. Thibaut (Herg.), Archiv für die civilistische Praxis, Bd.8, Heiderberg 1825.
- Staatsrecht——Versuche über allgemeines Staatsrecht: in systematischer Ordnung und mit ezugnahme auf Politik, Marburg 1828.

第1章 先行研究と本稿の見方

本章では、ヨルダンの法解釈論や裁判慣例論に関する先行研究として、まず矢崎光圀の著書（第1節）、次にハーファーカンプの著書（第2節）の内容を確認する。それらの見解を踏まえ、最後に本稿の見方を述べる（第3節）。

第1節 矢崎光圀

矢崎は著書『法思想史』（1982年）で、西洋法における英米法系と大陸法系、判例法主義と法典主義、不文法主義と成文法主義という2つの法伝統に関して、それぞれの形成・展開と法思想のかかわり、両者の距離の分析を行う⁽⁵⁾。こうした分析の中でヨルダンは、大陸法系に属し法典主義国の典型であるドイツの法学者でありながら、裁判所が法をつくること、それが先例として機能することを述べたユニークな人物として扱われていように思われる。

さて、矢崎はヨルダンの Gerichtsgebrauch 論文の要点を次のようにまとめている。ヨルダンは、裁判所が法実務において持っている権能として、

(5) 矢崎・前掲注(1) 16頁、20頁。

第1に事実を探り出す権能、第2に事実を法規範に包摂して判決を下す権能、第3に下された判決を執行する権能、第4に適用されうる法規範を求め探り出す権能を挙げる。最後の第4の権能を認めているのは、将来起こりうるあらゆるケースを予測して立法することは不可能であり、どうしても法規の不備が生じてしまうが、そうであっても裁判官は判断を下さなければならぬからである。⁽⁶⁾

第4の権能にもとづいて法律を修正し、補充することを、矢崎は、「消極的立法」といい、ヨルダンは論文のいくつかの箇所ですべて「『裁判所の消極的立法権』を含みをもって述べている」と言う。⁽⁷⁾この見方を補強するために、矢崎はヨルダンと、カントロヴィッツの自由法論を結びつけて論じるランズベルグ『ドイツ法学史』Ⅲ/2(1910年)の記述を引用する。⁽⁸⁾

次に矢崎は第4の権能の範囲や手法について確認する。まず範囲に関しては法律の憲法適合性の審査および法律の適用可能性の審査があり、また手法に関しては、文理解釈と論理解釈(拡張解釈と縮小解釈)、類推(もともと、類推は、解釈を狭く解すれば解釈には含まれないが、解釈を広く解して創造的活動ということも含めれば解釈に含まれる)があり、類推によっても欠缺を補充できない場合には手続法の基本公理や実体法の一般原則を参照して補充をする必要がある。⁽⁹⁾

こうした第4の権能にもとづく裁判官の活動の成果が裁判慣例である。裁判慣例が成立するには、慣習法のように反復される必要はなく、(同じ事例は同じように扱うべきだという正義の原則から)一度で十分とされる。また、裁判慣例の拘束力について、ヨルダンが、それを認める立場と認めない立場の双方がローマ法文を持ち出して対立している状況に触れた後で「結論風に述べている」のは、裁判慣例は、形式的には法律や慣習法のよ

(6) 矢崎・前掲注(1) 252頁。

(7) 矢崎・前掲注(1) 252頁。

(8) 矢崎・前掲注(1) 252-253頁。

(9) 矢崎・前掲注(1) 253頁。

(10) 矢崎・前掲注(1) 253-254頁。

うな効力はないが、実質的な価値は持っている、ということである。⁽¹¹⁾

矢崎は、Gerichtsgebrauch 論文 209 頁の次の一節、「立法が現行法律の欠陥を承知しながら時宜に適った改革をもしようとしない場合、裁判所には暗黙のうちに次の権能、すなわち裁判所が法律の基本諸原則や法的根拠や目的を考慮しながら、法律をできるだけ民族の支配的諸見解、諸関係に適合させ、独自の法学〔Jurisprudenz〕によって法律を補完する権能が認められる」を引く。さらに 1872 年にアディケス (Adickes) がこの部分を参照しながら「前代の理論家たち〔ヨルダン〕は——用意周到に選ばれたわけではないような表現を使って——立法者の権能をある範囲で裁判官に認めた……⁽¹²⁾」と述べているところを引いて、矢崎は「このように思わせる箇所がヨルダンには少なくない」とし、「彼〔ヨルダン〕が『含みをもって』消極的立法権に触れていると書いたのは、このためである」という。⁽¹³⁾

最後に矢崎は、ヨルダンは、裁判慣例を論じる際に、単に技術的観点からだけでなく、立法などとの関係も視野に入れていることにも触れる。ヨルダンは、国民の代表が立法に参加する国は、そうでない国に比べ、法律は国民の意見を十分にくみ取って制定されていると思われるので、法実務に制限を課すことが可能であるという。⁽¹⁴⁾

第2節 ハーフアーカンブ

(1) 『ゲオルグ・フリードリヒ・プフタと「概念法学」』(2004 年)⁽¹⁵⁾

同書でハーフアーカンブは、サヴィニーが法実務の学問化を提唱し、ヨルダンがその目標を継承していると述べている。

サヴィニーの『立法と法学における現代の使命について』(1814 年)は、

(11) 矢崎・前掲注(1) 254-255 頁。

(12) Klingelhöfer(Anm. 3)S. 80 は、同じ Gerichtsgebrauch 論文の 209 頁を引いて、裁判官の裁量を拡大したヨルダンを 20 世紀初頭の自由法運動と結びつける。

(13) 矢崎・前掲注(1) 256 頁。

(14) 矢崎・前掲注(1) 256-257 頁。

(15) Hans-Peter Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die "Begriffsjurisprudenz", Frankfurt am Main 2004, S. 154-159. また、海老原明夫による書評『国家学界雑誌』120 巻 11・12 号 976-980 頁、特に 977 頁も参照。

ティボーとの法典論争で公表されたものであり、当時の3つの法典を批判的に評し、また独自の法成立論を展開した書物として有名である。だが、サヴィニーはすでに1802年に法実務への批判を表わしており、『使命』の中でも当時の裁判実務をも取り上げ、「裁判所のまったく盲目的な恣意」、裁判官の権威崇拜や非学問的な裁判慣例を批判していた。裁判慣例を扱うといっても、サヴィニーの主題は、規範定立をめぐる裁判官と君主の権限対立⁽¹⁶⁾にではなく、裁判官の判断内容の質を問うこと⁽¹⁷⁾にあった。サヴィニーにとって大事であったのは法実務の学問化であった。

ヨルダンは、このようなサヴィニーの考えを継承し、裁判慣例について初めてより詳しく論じた人物である。ヨルダンは、裁判慣例に法源としての拘束力を与えるという当時の通説に疑義を呈し、特に裁判所に立法権を認めようとするゲルシュテッカー (Gerstäcker) を批判し、裁判官の活動は〔法を適用するという〕裁判所の職務と矛盾する立法ではけっしてないという (Gerichtsgebrauch 論文 230 頁以下)。また、ヨルダンは裁判慣例を慣習法とする見方も拒否した。裁判慣例を慣習法と同視すると、裁判慣例が成立するためにも慣習法と同じように複数回繰り返される必要があるが、必要な繰り返しの回数に関する議論を解決するのは容易ではない。ヨルダンは、裁判所の恣意と怠惰を警告し、慣習法と同じような拘束力を裁判慣例が持つと推定することに対して、「裁判官は自分の意見を立法者のように判決規範にまで高めてはいけない⁽¹⁸⁾」という。

ヨルダンは、裁判官は立法者の意思の範囲内で法学のルールに従って活動するべきである、という。ただし、裁判官に与えられた自由は大きい。法律（死んだもの）と生活の関係の調整をする必要があり、それは国民、法学者、そして裁判所によって行われるが、特に裁判所には次の権限が認められる。すなわち、立法者は裁判所に「明示していなくても、基本原理、法の根拠、法の目的を考慮して、法律を国民の多数意見と諸関係にできる

(16) Haferkamp (Anm. 15) S. 151.

(17) Haferkamp (Anm. 15) S. 154.

(18) Haferkamp (Anm. 15) S. 154-156.

だけ合わせ、自身の法学 (Jurisprudenz) によって補充する権限を認めている。」(Gerichtsgebrauch 論文 209 頁)。文字が不十分で必要を満たさないところでは、裁判官は文字ではなく、法律の精神を事例に適用するのであるが、これは裁判官の仕事と矛盾する立法ではない。こういった活動をする際にヨルダンが裁判所に求めるのが法律の学問的取り扱いであり、これはサヴィニーを手本にしている (Gerichtsgebrauch 論文 217 頁)⁽¹⁹⁾。

このようにサヴィニーとヨルダンはともに法実務の恣意的な法設定を学問化によって正すことを目指した。これにより裁判慣例は慣習法から切り離され、判決は (慣習法のように繰り返される数の問題ではなく) 内的な正しさのみに基づくものとなった。判決が繰り返されることは、法的に耐えられることを確認する材料として権威はあっても、裁判慣例の効力の法的根拠ではなくなった。効力の点ではじめの判決は、後の判決となら変わることはない。それゆえ上級裁判所あるいは最上級裁判所の裁判慣例は下位の裁判所を拘束しない。判決は、後の裁判所にとっては、内的性質によってのみ拘束力があり、判決が有効であるのは、それがもっとも善いもので、もっとも正しいものだからである。このように裁判慣例に学問による正しさの保証を求めるヨルダンの考えは、同時期にプフタが『インスティテューティオネン講義の導入としてのエンティクロペディー』(1825年)で初めて示していた法曹法 (Juristenrecht)⁽²⁰⁾の考え方に近い。それゆえヨルダンは、マウレンブレッヒャーやヴェヒターなどの同時代人⁽²¹⁾によって、裁判実務を評価する際に「理論 (Theorie)」に信頼を置いた人物とみられていた。⁽²²⁾

(19) Haferkamp (Anm. 15) S. 156.

(20) プフタは、サヴィニーが1814年の『使命』で裁判実務も学問の支配に服すと説いたことに賛同したが、法曹がつくる法をも慣習法と呼んだことには不満であった。プフタは法曹法を慣習法から除外し、独自の理論の下に置くことを企てる。法曹の活動は学問的な活動である。Vgl., Haferkamp (Anm. 15) S. 168-172. こうした考えが表明される『エンティクロペディー』(1825年)や『慣習法論第1巻』(1828年)など、プフタの1820年代の著作については別稿で取り上げたい。

(21) Haferkamp (Anm. 15) S. 158 n. 121.

(22) Haferkamp (Anm. 15) S. 157 f.

最後にハーファーキャンプはヨルダンの裁判慣例論と政治思想の関係を指摘する。ヨルダンの裁判慣例論は政治的コンセプトと並行している。ヨルダンは法を立法者から定義づけ、裁判官の価値を国民と結びつけている。こうすることで、立法者と国民の支配の下に法曹を置いた。⁽²³⁾

(2) 『歴史法学派』 (2018年)⁽²⁴⁾

続いてプフタに関する単著からおよそ15年後に刊行された『歴史法学派』の中から関連する箇所を確認する。

1800年頃、法曹の質の低下を嘆く声が聞かれた。⁽²⁵⁾ 下級裁判所ではなおも裁判官職の売買や貸与が行われ、上級裁判所でさえも裁判官職が相続される傾向にあり、例えばバイエルンでは1799年と1803年の間に実施された専門試験で、その時まで現職であった裁判官の3分の2が落第してしまった。⁽²⁶⁾

このような背景のもと「学識があり、学問的に活動できる新しい裁判官」をめぐる議論が行われた。これについて歴史法学派は、人文主義的教育理念をもとに司法改革プログラムを打ち出していく。サヴィニーは、これが成功するか否かは、機械のようなやり方ではなく、生き生きした思考で裁判官が活動できるかどうか、に懸かっていると考⁽²⁷⁾えていた。

サヴィニーは、早くも1802年に裁判実務を批判していたが、1814年の『使命』で「裁判所の盲目的恣意」、裁判官の權威の援用を批判した。批判は、先例拘束性（実務家の見解、ティボーの見解、領邦国家の法制度）に及んだ。形式的な權威への拘束は、サヴィニーが考える学問的に活動する実務家像⁽²⁸⁾とは一致しなかったのである。

(23) Haferkamp (Anm. 15) S. 158 f.

(24) Hans-Peter Haferkamp, Die historische Rechtsschule, Frankfurt am Main 2018, S. 284 f. 海老原明夫による書評『国家学界雑誌』132巻9・10号(2020年)934-941頁、特に938-940頁も参照。

(25) Haferkamp (Anm. 24) S. 270.

(26) Haferkamp (Anm. 24) S. 270.

(27) Haferkamp (Anm. 24) S. 271 f.

(28) Haferkamp (Anm. 24) S. 289.

さて、ヨルダンが裁判官の活動について次のように考えていた。当時の初期立憲主義の時代において、裁判官を制定法に拘束し、判決は制定法から派生したものであると考えることは当然であった。1825年の論文でヨルダンだけが、裁判慣例に法源の効力を与えるという当時多くの学者が肯定していた意見に疑問を呈した。ヨルダンによれば、裁判官は立法者のように自分の意見と意思を裁判規範にまで高めてはならず、裁判官の活動は他の法源（特に制定法）から導かれるものであり、裁判官は立法者の意思の枠内で活動するだけである。ただし、ヨルダンは、裁判官を徹底的に法律に拘束するのではなく、裁判官に裁量の余地を残している。なぜなら、立法者は裁判官にどのような場合でも判決を下すことを義務づけようとし、そのため裁判官には、明示されていなくても、法の原理や目的を考慮して、国民の意見や関係にできるだけ法を合わせ、法学（Jurisprudenz）で補充する権限が与えられていると推定されるからである（Gerichtsgebrauch 論文 209 頁）。加えて、裁判官の活動は、法律の文字でなく、法律の精神を事例に適用することであり、また、法律の文字が必要を十分に満たさないときに法律の精神へと作用し続けることであるが、これは裁判官の職務と抵触する立法行為ではけっしてない、という。このようにヨルダンにとって裁判官の活動や判決の問題は憲法体制と関係するものであった。⁽²⁹⁾

第3節 本稿の見方

矢崎とハーファーキャンプのそれぞれのヨルダン像を見比べてみて気がつく点をいくつか挙げれば、(1) ヨルダンのゲルシュテッカー批判に言及しているか、(2) ヨルダンは裁判官の立法を認めているとみるか、(3) ヨルダンを評価する際に誰を引用しているか、(4) ヨルダンが裁判官の活動に関して法学を強調していることに着目しているか、である。以下この4点について考えてみたい。

(29) Haferkamp (Anm. 24) S. 284 f.

(1) ヨルダンのゲルシュテッカー批判に言及しているか

ハーファーカンプは、ヨルダンが、裁判官の立法を肯定するゲルシュテッカーを批判し、裁判官に立法は許されていないことを強調したことに注目していた。それに対して、矢崎はこの点に触れていなかった。しかし、ここはヨルダンが裁判官の立法を認めていたか否かを判断するために重要な箇所である。

Gerichtsgebrauch 論文 230 頁以下の該当箇所を今一度見てみよう。そこでは、「裁判所に法を解釈する権限を与えることは、裁判所を立法官庁にするのではないか、あるいは所与の法を適用するという規定と折り合わないのではないか」という疑義から始まる。ゲルシュテッカーは、裁判所に下位の（消極的）立法を認めるが、ヨルダンはこの考え方に賛同しない。裁判所の活動は、それが法律を時代に合わせて修正した場合でさえ、立法の効果とは違うし、立法の一種でもない、という。その理由は、立法と司法の性格の違いに求められる。つまり、立法は、個別ではなく全体を見るものであり、（立法者以外の）他者の意思とは独立して活動する。例外なくすべての者を拘束し、またあらゆる異議申し立てから免れている。それに対して、裁判所は、法を述べる官庁にすぎず、全体ではなく個別（事件の当事者）に向けられる。裁判所の活動は、立法の精神に従って、その枠内で行われるにすぎず、独立しているのではない。裁判所は、当該事件の当事者にとって拘束力ある規範を設定するのであり、また異議申し立てを免れてはいない。裁判官は、明示的な立法者の意思や、法学の規則によって推定される立法者の意思の枠内で活動する。裁判官は、法律の文字が多様な外的生活と矛盾したり、生活にとって不十分と思われたりするときに、法律の文字と生活を媒介する作用を果たすのみである。立法者なら自身ですらであろうように、また一貫してしなければならないように、法律の文字の中に精神を見出し、示し、実現する。しかし、一度たりとも立法者であったことはない。⁽³⁰⁾

こうした裁判所の活動は、法律に従ってすべての事件を判断しなければ

(30) Jordan, Gerichtsgebrauch, S. 230 f.

ならないという裁判所の義務の範囲に完全に収まる。立法者の意思を伝えることのみが裁判所の仕事であって、下位の立法などではない。⁽³¹⁾

以上、ヨルダンがゲルシュテッカー批判に際して述べていることである。ヨルダンが裁判官の立法を否定していたことを知る上で重要な箇所である。

(2) ヨルダンは裁判官の立法を認めているとみるか

上記(1)で見たように、ヨルダンのゲルシュテッカー批判に触れるか否かは、ヨルダンは裁判官の立法を認めていたか否かという問題の判断にも大きな影響を与える。ゲルシュテッカー批判を取り上げるハーファーキャンプは、ヨルダンは裁判官の立法を否定したと見る。それに対して、この批判を取り上げていない矢崎は、ヨルダンが裁判官の立法を認めていた可能性を否定しない。

上記(1)の Gerichtsgebrauch 論文のほか、別の著書 Strafgesetz の記述も見ると、ハーファーキャンプの見方が妥当であると思われる。なぜなら、そこでも裁判官は立法者ではないことが強調されているからである。以下で著書 Strafgesetz の記述を確認しよう。

まず同書の序盤において、裁判官の法解釈について述べた箇所では次のようにいう。裁判官は立法権を不当にも行使してはならず、裁判官の意見、裁判官の意思を法律に高めてはいけ⁽³²⁾ない。法律とは裁判官にとってたんなる示唆に留まるものではなく、裁判官は立法者の明確な意思から何の理由もなく離れることは許され⁽³³⁾ない。また、同書の末尾、刑事裁判官の自由・裁量 (Willkür) とその限界について述べた箇所でも次のようにいう。裁判官に刑法を解釈する権限が与えられたからといって、裁判官が法律を好きに離れ、自身の意思を法律にまで高めることが許されたわけ⁽³⁴⁾ではない。法律は決して変更できない規定であり、法律が示す範囲でのみ、裁判官は

(31) Jordan, Gerichtsgebrauch, S. 232.

(32) Jordan, Strafgesetz, S. 27 f.

(33) Jordan, Strafgesetz, S. 28 f.

(34) Jordan, Strafgesetz, S. 122 f.

その最良の確信に従って自由に活動することができる。いわゆる裁判官の自由とは、法律が裁判官に許した範囲内で、個々の刑法や体系全体の精神についての自身の洞察にしたがって行う自由な判断に他ならない。裁判官の自由はとくに比較的あいまいな刑法の事例で現われる。この自由は、法律から解放された無規則なものではなく、法律との関係の中での自由な判断、特に法律の精神に従って立法者によってあいまいにされたままのことを自由に判断することである。つまり、どのようにして、あいまいにされたことを立法者の意思にもっとも合致するようにするか、ということである⁽³⁵⁾。したがって、裁判官の自由に関しては次の原理が重要である。すなわち、裁判官は臣下であり、それを越えるものではなく、法律に服しており、その最良の知識と良心に従って、立法者の明示あるいは黙示の意思を実行することが求められる⁽³⁶⁾。これによっていわゆる裁判官の裁量 (arbitrium iudicis) の本質と範囲は完全に明らかである。あらゆる面から立法者の意思を履行し補充することは、そこから好きに離れることの許されない裁判官の義務である⁽³⁷⁾。

以上が著書 Strafgesetz の記述である。Gerichtsgebrauch 論文とあわせて見たとき、ヨルダンの考えとしては、裁判官の立法を否定しているというハーファーカーンプの考えの方が正しいのではないかと思う。

もっとも、矢崎も、ヨルダンは裁判官の立法をはっきりと認めているとは言わず、慎重な書き方をしている。例えば、矢崎は、ヨルダンは「『裁

(35) Jordan, Strafgesetz, S. 123.

(36) Jordan, Strafgesetz, S. 123 f.

(37) Jordan, Strafgesetz, S. 124. なお、ここから導かれる原則として、1) 裁判官は刑を免除することができない。2) 裁判官は、法律が威嚇していない刑を与えることができない。3) 裁判官は独断である刑を、別の、しかし法律に根拠のある刑に変更してはならない (ただし、別の刑が十分で、政治的にもより目的に合っている場合や、法律が変更を明示的に許している場合は別である)。4) 裁判官は、法律の語や精神に、つまり刑の体系にあるのとは異なった、減刑や厳罰の根拠、刑を引き上げたり下げたりする根拠を考慮してはいけぬ。5) 裁判官は、法律の語にも精神にも犯罪とされていない行為を犯罪として刑を課す権限はない。6) それと同じように、裁判官は、法律が犯罪とする行為を犯罪でないとするはできない。Vgl., Jordan, Strafgesetz, S. 124-128.

判所の消極的立法権』を含みをもって述べている」、「このように〔=立法者の権能をある範囲で裁判官に認めた〕思わせる箇所がヨルダンには少なくない」といい、ヨルダンの言葉そのものよりも、その言外に裁判官の立法を認める姿勢が感じ取れるということを強調している。しかし、ヨルダンは裁判官の立法を肯定的に捉えていると考えるのは、やはりヨルダンのテキストに即した理解からやや外れるのではないかと思われる。

(3) ヨルダンを評価する際に誰を引用しているか

ヨルダンを評価する際、矢崎はランズベルグやアディケスというヨルダンの後の時代の学者の評価に依拠している⁽³⁸⁾。それに対して、ハーファークampは、ヨルダンが *Gerichtsgebrauch* 論文を発表した当時のコンテクストとして、法実務での質の低下（先例拘束、権威崇拜）への批判と法実務の学問化を図るサヴィニーの提案があったこと、そして、マウレンプレッヒャーやヴェヒターという同時代人からヨルダンが法実務において「理論 (Theorie)」を重視する人物と見られていたことに触れる。ヨルダンの見解がもつ当時のインパクトを正確に知る上ではこのように論文発表当時の評価にもとづく方が妥当であろう。それは次の (4) にも影響する。

(4) ヨルダンが裁判官の活動に関して法学を強調していることに着目しているか

矢崎が目するヨルダンのテキストのひとつに *Gerichtsgebrauch* 論文 209 頁の記述がある。再び矢崎の訳によって記すと以下の通りである。

「立法が現行法律の欠陥を承知しながら時宜に適った改革をしよう

(38) 本稿ではテキストを当時の文脈に置き入れて、そのテキストがどのような意味をもったのかを考察する。しかし、ある時代のある人物が、その人物よりも前のある思想を受容し、それをどう解釈し、さらに自分の思想形成にどう生かしたか、という思想史研究からは、ヨルダンの見解と後代の学者の見解を関連づけて論じることにも意味がある。参照、矢崎・前掲注 (1) 5-11 頁および拙稿「法思想史研究の方法について——法哲学と法制史」『法哲学年報 2023』(有斐閣、2024 年) 271-283 頁。

としない場合、裁判所には暗黙のうちに次の権能、すなわち裁判所が法律の基本諸原則や法的根拠や目的を考慮しながら、法律をできるだけ民族の支配的諸見解、諸関係に適合させ、独自の法学によって法律を補完する権能が認められる」

矢崎はこの箇所の意味を理解するのにヨルダンよりも後の時代のアディケスに依拠して、ヨルダンが裁判官の立法を認めているものと読む。しかし、ハーファーキャンプのように、ヨルダンは理論を重視しているという同時代人の評価にもとづくならば、上記の文章の中の「独自の法学によって法律を補完する権能が認められる」という記述に関しても、「法律を補完する権能が認められる」に示される裁判官の立法の可能性よりも、「独自の法学によって」という裁判官が活動の際に参照する指針に力点を置いて理解するべきではないかと思う。

また、先に (1) で見たゲルシュテッカー批判の箇所でも、国家が、法律の精神を適用することを裁判官に求め、また裁判官を信頼しているのは、裁判官は、単なる法知識だけでなく、法学を身につけていなければならないからである、とも言われていた⁽³⁹⁾。ヨルダンの核心は、裁判官の学問的素養、法の学問的な取り扱いであろう。

なお、ヨルダンがいう「法学」はどのようなものだろうか。ハーファーキャンプはここでヨルダンがサヴィニーを手本にしていると指摘する。ヨルダンは *Gerichtsgebrauch* 論文 217 頁でおおむね次のように述べる。建築家にとって建築学に相当するのが、法学者にとって法学であり、法学者は法学によって「よく秩序だった法体系とは何か」を理解するだけでなく、現実の法体系を正しく理解し、文字に隠れた法体系の精神まで見極め、原理と目的、構成と型、本質と形式に従って、法を個々の要素にまで分解し、再び構成し、絶対的価値と相対的目的を正しく評価する。支柱に基礎を置くように、法の構築物全体が、支配的な法学説と国民の関係に合致した、一貫して完結した一つの全体へと作り上げられるところの基本原理が見つ

(39) Jordan, *Gerichtsgebrauch*, S. 231.

け出されなければならない。

さて、以上のように2つの先行研究を比較するとハーファーキャンプの見方が妥当であるように思われる。そこで本稿はこれに依拠しながら、2つの先行研究が対象としていた Gerichtsgebrauch 論文だけでなく、先にも触れた刑法解釈に関する著書 Strafgesetz⁽⁴⁰⁾ や国法に関する著書 Staatsrecht をも参照し、裁判官の法解釈のあり方や裁判慣例の扱い方、また上級裁判所と下級裁判所の裁判所組織における裁判慣例の位置づけについてヨルダンが述べるところを取り上げ、その核心に理論・学問があることを明らかにしよう。その前に次章ではヨルダンの見解の背景となるクールヘッセンの司法の状況を見てみよう。

第2章 判決理由の付記と先例拘束性

第1節 判決理由の付記の義務づけ

ヨルダンは裁判官の法解釈と裁判慣例の拘束力を論じる際、学問的な取り扱いがなされるか否かを重視した。そのため裁判慣例が当然に拘束力を持つものだと考えなかった。しかし、彼が活動したクールヘッセンの状況は異なっていた。そこでは、法典はなく、裁判所が法を形成し、特に上級裁判所の判決は拘束力をもっていた。このようなクールヘッセンの裁判所の状況については拙稿⁽⁴¹⁾ですでに明らかにした。ただ、その際、判決理由の付記が義務づけられたことが先例拘束性の強化を促したことには触れて

(40) 1825年の Gerichtsgebrauch 論文以前の1818年の著書 Strafgesetz にも理論や学問の重視が見られることを考えると、ハーファーキャンプは、サヴィニーの1814年の『使命』に触発された作品として、ヨルダンの Gerichtsgebrauch 論文、またプフタの『エンティクロペディー』(1825年)や『慣習法論』第1巻(1828年)を取り上げているが、ヨルダンの著書 Strafgesetz はそれらよりも早い時期に刊行されており、ヨルダンはサヴィニーの提案に早い時期に反応したのではないかとと思われる。

(41) 拙稿「ドイツの裁判所法における判例の地位(1)(2・完)——19世紀前半のヘッセン＝カッセルを中心に——」『法研論集』137号101-122頁、138号103-124頁(2011年)。

いなかった。そこで、本章ではその点を補足しながらクールヘッセンの先例拘束性について確認しておこう。

判決理由の付記については近世以来の長い歴史があるが、ここでは1800年前後の状況のみ確認する。19世紀以前、例えば、1795年のプロイセン一般裁判所法では判決理由の付記を義務づけていなかった(同法I, 15§22「上告判決では判決理由の付記は必要でない」)。しかし、19世紀に入るといくつかの領邦で判決理由の付記が命じられるようになった。例えば、バイエルンでは1808年5月1日憲法5章2条と1818年5月26日憲法Ⅷ2条、ザクセンでは1831年憲法5部46条である。また、ハノーファーでは1838年9月7日法律2条により、上級上訴裁判所のすべての判決を法令集に掲載して一般に知らしめ、これに法律と類似した性格を与えとした。そして、クールヘッセンはといえば、1816年11月19日の命令で民事事件におけるすべての判決に理由を付すことが義務づけられ、また1831年憲法116条後段には「政治および出版に関する犯罪にかかわる全ての判決は判決理由とともに公開される」と規定された⁽⁴²⁾。

このようにいくつかの領邦で判決理由の付記の制度が作られたが、そ

(42) 中世の参事人裁判所では原則理由は付されなかった。近世の学識法の継受によって判決の論理的明確さと合理的検証可能性が求められ、裁判所組織内部でのみ理由付けがされるようになった。そして、各領邦で啓蒙主義とフランス革命をきっかけに市民が判決の検証の権利を要求し、当事者に向けた理由づけがなされるようになった。参照、ヴォルフガング・ゼラート(和田卓朗訳)「特にライヒスホフラート〔帝国宮廷法院、帝国宮廷顧問会〕とライヒスカンマーゲリヒト〔帝室裁判所〕の例に見る当事者に対する判決の合理的理由付けの歴史について——講演翻訳と解題ならびに討論要旨報告——」『法学雑誌』45巻3・4号(1999年)。

(43) Haferkamp (Anm. 24) S. 301; Heinz Mohnhaupt, Rechtseinheit durch Rechtssprechung? Zu Theorie und Praxis gerichtlicher Regelbildung im 19. Jahrhundert in Deutschland, in: C. Peterson (Hg.), Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit, Stockholm 1993, S. 134.; ders., Sammlung und Veröffentlichung von Rechtsprechung im späten 18. und 19. Jahrhundert in Deutschland. Zu Funktion und Zweck ihrer Publizität, in: Friedrich Battenberg/Filippo Ranieri (Hrsg.), Geschichte der Zentraljustiz in Mitteleuropa, Festschrift für Bernhard Diestelkamp zum 65. Geburtstag, Weimar 1994, S. 411 n. 52. クールヘッセン憲法116条は、Vgl., Ernst Huber, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, E. R. Huber (Hrsg.), Bd. 1, Stuttgart 1961, S. 218.

の中でも比較的早くクルルヘッセンでは判決理由の付記が義務化された。クルルヘッセンにおいてそれがもたらした影響は、上級裁判所の判決が同裁判所だけでなく下級裁判所においても法源として機能していくようになったということである。それについては第3節で改めて確認するとして、次節では判決理由の付記による学問的討議を期待したサヴィニーの所論を見ておこう。

第2節 サヴィニーの見解

裁判官の判決の質を問題にしていたサヴィニーは裁判所に関して2つの方向からのコントロール——ひとつは公開の専門的な討議による裁判所の外側からのコントロール、もうひとつは下級裁判所に対する最上級裁判所(Höchstegericht)による裁判所の内部でのコントロール——を提案した⁽⁴⁴⁾。つまり、サヴィニーが考える裁判所組織のあり方は、一方で最上級裁判所の判決について学問的な議論を尽くし、他方で下級裁判所がその学問的な審査を経た上級裁判所の見解に従うことで法統一を実現しようとするものであった。

この点について注目されるのはサヴィニーの1823年3月7日の鑑定⁽⁴⁵⁾である。いかにして上級裁判所(Obertribunal)の過剰な負担を軽減しうるか、という問題をめぐる議論の中でサヴィニーは上告数の増加に反対するが、この鑑定で述べられるのは次のようなことである。まず、第三審の法はすべての法的安定性の基礎、つまり一種の法学の信仰箇条と見られるべきであり、司法を安定させるためにとても重要なことは、ひとつの裁判所がすべての裁判所組織の頂点になくなくてはならない、ということである。こう述べ、上級裁判所に法統一の中心点たる地位を与える。上級裁判所がその地位にふさわしいのは、下級裁判所ではたいてい判決は一人によって書かれるが、上級裁判所では司法官試補(Referendar)たちによって書かれるか

(44) Haferkamp (Anm. 24) S. 300.

(45) Haferkamp (Anm. 24) S. 300 f. この鑑定について、ハーファーカンプは、主に Wolfgang van Hall, Savigny als Praktiker——Die Staatsratsgutachten (1817-1842), Kiel, 1981を参照しながら、そこで言及されていない箇所も取り上げている。

らである。こうした任務を負う最高裁判所の仕事を削減するために、⁽⁴⁶⁾ 上級裁判所を事実認定の仕事から解放し、純粋な法律審とすることを提案する。こうして学問的な教育を受けた上級裁判所の裁判官が、法の統一を保障し、法の質を上げる。その際、フランスの破棄裁判所⁽⁴⁷⁾が裁判官による法統一の模範として示された。

さて、この上級裁判所 (Tribunal) はすべての事件で理由を推敲し、当事者だけでなく、学ある公衆にも伝えなければならない。こうして上級裁判所は学問的な議論の中に引き入れられることになる。これはまた、サヴィニーが重視する裁判官の教育、特に下級裁判所の学問的教育にとっても有益である。上級裁判所のよりよい洞察が残りの多くの法曹に大きな影響を与えうるからである。サヴィニーは、理由を付した判決を印刷して公開することに賛成し、⁽⁴⁸⁾ 理論と実務を一面性から守るところの理論と実務の有益な結合を期待する。

そのためには判決文が容易に入手できなくてはならない。サヴィニーは、1814年にはまだ法事例の収集を計画するというメーカーの提案には懐疑的であったが、1823年の鑑定では理由を付した判決を印刷し公にすること、上級裁判所のすべての判決を取録した完全な判例集⁽⁴⁹⁾を刊行することに賛成であった。

第3節 クールヘッセンの場合

しかし、判決理由の付記は、サヴィニーが期待する活発な学問的議論を必ずしも呼び起こすものではなかった。クールヘッセンでは先例の拘束力を強化し、かえって硬直した裁判実務を引き起こした。その状況をフランク・タイゼンの研究から見ておこう。

(46) 1840年代の改革でも時代遅れの仕事(手数料や印紙に関する事件など)から裁判所を解放することに賛成した。Vgl., Haferkamp (Anm. 24) S. 300.

(47) 1840年の『現代ローマ法体系』第1巻330頁でもサヴィニーは同裁判所に言及している。Vgk., Haferkamp (Anm. 24) S. 300 f.

(48) Haferkamp (Anm. 24) S. 301.

(49) Haferkamp (Anm. 24) S. 302.

19世紀前半のクールヘッセンの法源は多元的であった。統一的な法典は存在せず、多数の法律や命令は個別分野に関わる限定的なものであった。⁽⁵⁰⁾ また、普通法 (Jus Commune) とともに、様々な地方法 (古ヘッセン法、グラーフシャフト・シャウムブルク法、ゾルムス・ラント法、マインツ・ラント法、フルダ司教区法) もあった。さらに、法源を複雑にしたのは当時の政治状況である。クールヘッセンは1806年に神聖ローマ帝国が崩壊する少し前の1803年に成立するが、ヨーロッパにおけるナポレオン支配により1807年以降はナポレオンの弟ジェロームを王とするウェストファーレン王国へ編入された。同国の支配から解放され独立を取り戻したのは1814年である。ウェストファーレン王国時代の法関係は普通法にしたがって判断することとなったが、同じ場所で違う時期に妥当していた法がある場合、⁽⁵¹⁾ 裁判所がウェストファーレン法にもとづくか、ヘッセン法にもとづくかを確定する任務を負った。以上のようにクールヘッセンでは確定したひとつの法があるわけではなく、そのため裁判官は様々な法を考慮しなければならなかった。法の発展は裁判官に任せられたため、クールヘッセンの法の状況は「一種のケース・ロー」であった。⁽⁵²⁾

さて、こうした法源の状況の中で、先にも触れた1816年11月19日の命令により判決への理由付記が義務づけられると上級上訴裁判所の判決は大きな意義を持つようになった。つまり、同裁判所の判決は、下級裁判所が指針とするところの解釈の補助となった。⁽⁵³⁾

上級上訴裁判所の判決の効果については、1746年の上級上訴裁判所法⁽⁵⁴⁾ 5章13条に規定がある。それによれば、最高裁判所は自身の判決に拘束されると規定されており、過去の判決から離れることができたのはラントヘルの命令がある場合だけであった。タイゼンは、B. W. プファイファー

(50) ヘッセンの立法史については拙稿「ヘッセンにおける立法史」『桃山法学』40号(2024年)181-196頁。

(51) 拙稿・前掲注(50)191-192頁。

(52) Frank Theisen, *Zwischen Machtspruch und Unabhängigkeit. Kurhessische Rechtsprechung von 1821-1848*, Köln/Weimar/Wien 1997, S. 49 f. und S. 57 f.

(53) Theisen (Anm. 52) S. 119 f.

(54) 同法については拙稿・前掲注(41)「ヘッセン=カッセル(1)」108-110頁を参照。

『法学全分野の実務的註解』⁽⁵⁵⁾ 第1巻 (1825年) から、1822年6月29日上級上訴裁判所の決定 (裁判慣例と完全に一致しているとする事例)、1824年3月24日上級上訴裁判所の決定 (帝室裁判所と上級上訴裁判所の裁判慣例が適用した原理と一致しているとする事例) をその例として挙げており、拙稿でもプファイファー『法学全分野の実務的註解』からいくつかの事例を挙げクルヘッセンの先例拘束性について確認した⁽⁵⁶⁾。このように上級裁判所が先例を踏襲する傾向にあったが、特に注目されるのは、判決理由が当時の研究によって誤りであるとされた場合でさえなお過去に確定した裁判慣例が適用されたことである⁽⁵⁷⁾。以上のような上級裁判所の実務とは異なって、下級裁判所は他の審級の決定を拘束力のないものと見ていたが、先に見た通り、1816年以降は判決理由を付すことが必要となったため、下級裁判所も自身の判決の中で上級裁判所の判決理由を論拠として利用するようになった⁽⁵⁸⁾。

本章では、19世紀前半の諸領邦において判決理由付記の制度が成立したこと、サヴィニーはそれに基づく学問的討議と裁判所の学問化の可能性を期待したこと、しかし、クルヘッセンでは同制度によりかえって非学問的な見解も裁判所の採用するところとなり、硬直した法実務を引き起こしたことを確認した。このようなクルヘッセンの状況を前提に、次章からヨルダンの見解を詳しく見ていく。まずは第3章で裁判官の法解釈に関するヨルダンの研究を取り上げる。すでにみたようにヨルダンは裁判官に、立法者の意思の範囲内で、法律の精神を適用することを認めた。しかし、これは裁判官にフリーハンドを与えたものではない。裁判官は法解釈に際して理論、学問の参照を求められ、その解釈が学問的に許容されるかを判

(55) 同書については拙稿・前掲注 (41) 「ヘッセン＝カッセル (1)」107頁および121頁・注77を参照。

(56) 事例については拙稿・前掲注 (41) 「ヘッセン＝カッセル (2・完)」108-117頁を参照。

(57) ロート／マイボム『ケールヘッセン私法』第1巻 (1858年) にもとづくこの記述は、拙稿・前掲注 (41) 「ヘッセン＝カッセル (1)」110頁も参照。

(58) Theisen (Anm. 52) S. 119-121.

定される。ここで理論、学説は、裁判官が恣意に流れないためのいわばブレーキ役として機能することになる。(未完)

日本国章損壞等罪の立法に関する 基礎的考察

江 藤 隆 之

- I 本稿の目的
- II 考察すべき論点の確定
 - i) 確定の基本方針
 - ii) 立法提案理由の確認
- III 歴史的沿革
- IV 保護法益をめぐる議論
 - i) 外国国章損壞等罪
 - ii) 提案されている日本国章損壞等罪
- V 外国法の概観
 - i) 比較対象
 - ii) アメリカ
 - iii) ドイツ
 - iv) スペイン
 - v) 小括
- VI 適用範囲の問題
 - i) 理論的に意味のある適用範囲
 - ii) 現実的に可能な適用範囲
 - a) 立法者意図との関係
 - b) 処罰範囲と罪数の問題
 - c) 表現の自由との抵触
 - d) その他の国章？
- VII 得られた示唆と課題
 - i) 示唆のまとめ
 - ii) 結語

I 本稿の目的

2025年10月、高市早苗内閣総理大臣（以下、論文の一般的な作法に従って敬称を略して呼ぶ。）が誕生した。高市は、かねてより日本国旗の損壊等を処罰する刑法改正を主張しており、高市が所属している自由民主党の議員でつくる「保守団結の会」は、かつて日本国旗損壊等罪を新設する法案を国会に提出したことがある。また、2025年10月27日には参政党が日本国章損壊等罪の法案を国会に提出し、その賛否で世論が分かれている。

本稿は、特定の法案の内容を詳細に検討したり、賛否を論じたりすることを目的とするものではない。むしろ、日本国章損壊等罪に関して適切な立法論を構築するために必要となる論点を整理し、それぞれについて関連する事実関係や課題を検討・提示することを目的とする。

なお、本稿は2025年10月から11月上旬にかけて執筆した。そのため、それ以降の議論やニュースを追えていない。また、本稿公表時点ですでに法案成立または不成立の決着がついている可能性がある。それでも、論点を示して分析を加えておくことには、今後の改正や適用範囲の議論に貢献するものとして、十分な意義が認められるだろう。

II 考察すべき論点の確定

i) 確定の基本方針

日本国章損壊等罪の立法論において、何を考察すべきかについては様々な考え方がありうる。抽象的に広く考えれば、国家とは何か、国家にとって国章とは何かなど決着のつかない議論に引き込まれかねない。そこで本稿では、まず、立法提案者がどのような理由で同罪を提案しているのかを確認し、そこで争点化されているものを考察すべき範囲に取り込む方法を採用する。加えて、刑法学の観点から、「その規定が制定された場合に、現実的にはどのような適用範囲となるのか」という論点についても検討する必要があるため、それも対象にする。

ii) 立法提案理由の確認

平成 24 (2012) 年の第 180 回国会において衆議院に第 14 号として「刑法の一部を改正する法律案」が提出された⁽¹⁾。その内容は、章立てに「第 4 章の 2 国旗損壊の罪」を付け加え、同章内に以下の条文を置くというものである。

国旗損壊の罪 第 94 条の 2

日本国に対して侮辱を加える目的で、国旗を損壊し、除去し、又は汚損した者は、2 年以下の懲役又は 20 万円以下の罰金に処する。

(漢数字は算用数字に直した)

また、参政党が令和 7 (2025) 年に第 219 回国会において参議院に提出した法案は、「第 4 章の 2 国章損壊の罪」の章立ての下、次の条文を置くというものである⁽²⁾。

第 94 条の 2

日本国に対して侮辱を加える目的で、日本国の国旗その他の国章を損壊し、除去し、又は汚損した者は、2 年以下の拘禁刑又は 20 万円以下の罰金に処する。

(漢数字は算用数字に直した)

これら両法案は、現行の外国国章損壊等罪を下敷きにしており、全体として類似している。具体的には、懲役と拘禁刑の相違を除けば、規制対象が「国旗」のみに限定されるか、それとも「日本国の国旗その他の国章」

(1) 衆議院ウェブサイト第 180 回衆議院刑法の一部を改正する法律案 https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_gian.nsf/html/gian/honbun/houan/g18005014.htm (2025 年 10 月 14 日閲覧)

本稿では施行期日に関する附則は論旨に関係ないため引用を省略した。

(2) 参議院法制局ウェブサイトで確認可能 <https://houseikyoku.sangiin.go.jp/sanhouchiran/kaijibetu/r-219.htm> (2025 年 11 月 11 日閲覧)

を含むかという点が唯一の違いである。したがって、両案について、「国旗」か「その他の国章」も含むかという範囲の問題を除き、立法提案の理由、保護法益の捉え方、外国国章損壊等罪との関係理解などは原則として一括して検討する。

自民党旧案には理由が付されている。その理由は以下のとおりである。

理由 日本国に対して侮辱を加える目的で、国旗を損壊し、除去し、又は汚損する行為についての処罰規定を整備する必要がある。これが、この法律案を提出する理由である。

この理由だけでは、なぜ「処罰規定を整備する必要がある」のか明確ではない。そこで、旧案の提案者であり、今回の改正においても間違いなく重要な役割を果たすであろう高市のブログから具体的な理由を確認する。

2011年3月8日付ブログ記事⁽³⁾には以下の記述がある。少し長くなるが、必要な部分を引用する。

「現行の「刑法」では、第92条に、「外国国章損壊罪」の規定があります。

〈略〉

一方で、日本国旗の損壊等については、刑法には規定がありません。

私は、日本国の国旗を損壊する行為によって侵害されるもの、つまり、国旗が象徴する国家（あるいは歴史的・文化的な共同体としての我が国）の存立基盤・国家作用という「国家法益」や、国旗（ないし国旗が象徴する国家）に対して多くの国民が抱く尊重の念や、国民の自国についての帰属意識・一体感という「社会法益」を守ることが必要だと考えています。

そこで、少なくとも刑法に於けるアンバランスを是正する意味で、日本国国旗を損壊する行為についても、外国国旗損壊と同様に処罰の対象

(3) 高市早苗コラム「「刑法改正案（日本国旗損壊罪の新設）」について」
https://www.sanae.gr.jp/column_detail504.html（2025年10月14日閲覧）

とする「刑法改正案」を書いてみました。

私の意図は、この法改正によって、「日本国国旗を破いたり燃やしたりした日本人や在日外国人をどんどん逮捕する」などというものではありません。

あくまでも日本人として、「日本の威信・尊厳を象徴する国旗」に対する愛情や誇りを、せめて外国国旗が刑法で保護されているのと同程度には、守りたい……という思いです。

〈略〉

諸外国の例を調べてみても、「自国の国旗を保護する法律」を整えている国は多く、それほど批判される法改正を提案しているつもりはないのですが、人によって多様な考え方がありますから、粘り強く理解を求めしかありません。」

この説明から、主として3つの提案理由を読み取ることができる。第1に、外国国章損壊等罪は規定されているにもかかわらず、日本国旗を対象とする損壊罪が存在しないというアンバランスを是正する必要があること。第2に、国旗が象徴する国家の存立や国家の作用といった「国家法益」、さらには国旗および国家に対する尊重の念、自国への帰属意識・一体感といった「社会法益」など、保護すべき法益が存在すること。第3に、諸外国でも自国の国旗を保護する規定が設けられている以上、日本が同様の規定を持つことは不自然ではないという点である。このうち、第1と第2は、国旗保護規定を制定すべきであるという積極的理由、第3は国旗保護規定を制定しても不自然ではないという消極的理由として整理できる。

消極的理由に加えて注目しておくべき点として、高市がこの規定をもって多数の人を摘発する意図はないと明言していることがある。この言及は、第3の消極的理由と同様に、反対論に対する牽制の意味を有すると考えられるため、議論の際に念頭に置いておく必要がある。

以上のことから、本稿は、①なぜ外国国章損壊等罪が存在し、日本の国章については同様の規定がないのかについての歴史的沿革、②保護法益に

関する論点、③外国法の状況、④仮に法案が成立したとしたときの適用範囲の問題を考察対象とする。

Ⅲ 歴史的沿革

外国国章損壊等罪が存在するにもかかわらず、日本国章等保護規定が現行刑法に存在しない理由を提案者たちがどのように考えているのかについて、現在の高市ブログに明確な記述はない。ところが、これに関して産経新聞に大阪正論室次長白岩賢太の署名入りで以下のような興味深い記事が掲載されたことがある。

「むしろ、わが国がこれまで外国旗の毀損（きそん）にのみ罰則を規定し、日章旗に対する罰則を設けていなかったことの方が不思議である。では、なぜ同等に扱われなかったのか。その理由について、議員立法を主導する高市早苗前総務相のブログに少し気になる記述があった。

《日本が、諸外国の法制度と正反対に、「自国の国旗損壊等」については刑罰規定が無く、「外国の国旗損壊等」については刑罰を設けている理由ですが、奥野信亮法務部会長が法務省刑事局に確認して下さったところ、「敗戦国なので、このような形になり、そのままになっている」ということだったそうです⁽⁴⁾》

この記事によれば、かつての高市ブログには、日本が敗戦国だから自国旗保護規定がないのだという説が書かれていたことになる。現在、同記述は高市のブログに見当たらないが、おそらく後に削除されたものと推察される。

このいわゆる「敗戦国説」については、毎日新聞がファクトチェックの

(4) 産経新聞 web 記事「『日章旗』損壊罪はなぜない」2021/2/25 <https://www.sankei.com/article/20210225-PVDTC4WH7RJZPEAVGTLFPEP4AY/> (2025年10月15日閲覧)

記事を掲載し、「誤り」であると断じているように、根拠のないものである。というのも、現行刑法は明治40（1907）年の制定時から外国国章損壊等罪を規定していた一方で、日本国旗損壊罪は設けていなかったからである。したがって、明治40（1907）年刑法にそのような規定上の差異が生じた理由を「敗戦」に求めることは論理的にありえない。

では、なぜ現行刑法には自国国旗保護の規定が存在せず、外国国章損壊等の規定のみがあるのだろうか。それは、一言でいえば歴史のなりゆきである。

明治13（1880）年の旧刑法には、国交に関する条文が存在せず、外国の君主や使節等への特別な規定がなかった。その状態は、明治32（1899）年刑法改正案に関する貴族院特別委員会での政府委員倉富勇三郎の言葉を借りれば「著しい不備⁽⁶⁾」であり、明治40（1907）年政府提案刑法改正理由書によれば「往々不備を感じたる⁽⁷⁾」状況であった。この「不備」は相当早い段階から明治政府に認識されていた。すでに明治23（1890）年に提案された改正刑法草案には「第4章 国際に関する罪」として日本国の賓客に対する侮辱を処罰する規定が提案されていた。当時の日本は、明治維新から数十年経ち、外交による不平等条約改正を目指し、西洋列強中心の国際社会の中に入ろうとしていたのだから、国交関係の罪を整備しようと政府が考えるのは無理もないことであった。ただし、この明治23（1890）年案にはまだ外国の国章損壊等についての処罰規定はなかった。

外交関係の罪を整備する必要性を明治政府に強く意識させた契機が、先述の刑法改正草案の翌年の明治24（1891）年に起きた天津事件である。ロシア帝国皇太子を日本の警察官が斬りつけた事件の衝撃は大きかった。現に、その後の国交に関する罪の議論を行った第23回貴族院特別委員会で

(5) 2021年04月15日付「毎日新聞」東京朝刊22頁（総合面）

(6) 倉富勇三郎＝平沼駿一郎＝花井卓蔵監修、高橋治俊＝小谷次郎共編〔松尾浩也増補解題〕『増補刑法沿革綜覧日本立法資料全集別巻2』（信山社、1990年）229頁。

(7) 刑法沿革綜覧・前掲注（6）2165頁。

(8) 刑法沿革綜覧・前掲注（6）94頁以下。

は兒玉淳一郎が「悪い例を引くようではありますが、昔の天津事件のような⁽⁹⁾」と述べ、天津事件を念頭においた議論をしている。また、未遂犯処罰に関する議論の際にも富井政章が天津事件に触れるなど、帝国議会の刑法改正の議論には天津事件の影響が小さくない⁽¹⁰⁾。

明治 23 (1890) 年の改正刑法草案および天津事件の後、明治 34 (1901) 年の改正案に「国交に関する罪」の章が置かれ、外国の君主等に対する侮辱と並んで、外国に対し侮辱を加える目的の国章損壊等罪が提案されるに至った。これが明治 40 (1907) 年に成立する改正案に引き継がれ、現行刑法の規定となる。なお、昭和 22 (1947) 年の改正で日本に滞在する外国の君主等や使節等に対する暴行、脅迫、侮辱等の規定が削除された⁽¹¹⁾。そのため、現行刑法では外国国章損壊等がいささか「浮いて」見えるが、もともとは外国を象徴する人に対する侮辱処罰と並んで外国を象徴する国章に対する侮辱処罰が規定されていたものである⁽¹²⁾。

すなわち、現行刑法が外国国章損壊等を処罰する理由は、旧刑法に国交関係に対する罪が存在しなかったことを明治政府が不備と認識していた点にある。そこに天津事件が起こり、日本の外交政策を危うくするような外国君主等や使節等に対する侮辱を犯罪化し、それとあわせて外国国章損壊等も処罰する規定を置くに至った。明治政府が同時に自国国旗を保護する規定を制定しようとするれば問題なくできたと思われる。ただ、当時の政府は外交関係の整備に特に力を入れていたという歴史的事情により、現行刑法の規定状況になったといえる⁽¹³⁾。

つまり、外国国章損壊等罪があり日本国章損壊等罪が存在していない歴

(9) 刑法沿革総覧・前掲注(6) 1670 頁。

(10) 刑法沿革総覧・前掲注(6) 1709 頁。

(11) 刑法沿革総覧・前掲注(6) 177 頁。

(12) 同規定の削除を批判するものとして、団藤重光『刑法綱要各論』(創文社、1964) 145 頁。なお、外国元首等に対する罪の規定が削除されたとはいえ、これらの者への暴行、脅迫、侮辱が許されるようになったわけではなく、これらの者へのそれらの行為は暴行罪、脅迫罪、侮辱罪または名誉毀損罪での対処に引き継がれたものである。

(13) もしそうするのであれば、法典における位置は、現在の外国国章損壊等罪に並べる提案とは異なり、不敬罪の近くに置かれることになっただろう。

史的理由は、いわゆる「敗戦国説」の論者が考えるような日本を低く見る屈辱的な理由でもなければ、日本国章損壞等罪を規定することが不可能だったからでもなく、明治日本の歩みが西洋列強との外交に特に重きを置くものだったからという点に尽きるのである。

なお、歴史的事実を考察するにあたり、以上の検討では割愛したが、補足しておくべき事情を2点ほど追記しておく。第1に、日章旗が制定法上正式に日本の国旗となったのは、平成11(1999)年のことである。そのためにそれ以前の刑法に日本国章等の損壞処罰規定が置かれなかったのだと考える向きもあるかもしれない。しかし、日章旗は明治期より事実上かつ慣習法上の国旗であり、必要であれば明治期に国旗法を定めても良かったのであるから、日章旗の制定法上の地位確定が比較的最近になってからであるという事実は決定的なものではない。第2に、国章ではなく、適用例も見つからなかったが、かつては理論的には菊花紋を侮辱目的で損壞すれば不敬罪の適用がありえたと思われる⁽¹⁴⁾。

Ⅳ 保護法益をめぐる議論

i) 外国国章損壞等罪

外国国章損壞等罪の具体的な保護法益については、国際法の義務に基づく外国の法益であるという見解と日本の外交上の利益であるという見解とがあり、近年は後者が通説である⁽¹⁵⁾。いずれの見解によっても、国際関係、外交関係に関する罪である。このような法益理解からすれば、外国国章損壞等のみが処罰対象となっており、日本国章損壞等が処罰対象となっていないことは不自然でもアンバランスでもない⁽¹⁶⁾。

(14) 泉二新熊『刑法大要全 第二巻 刑法各論』(東京出版社、1911) 268頁は、「不敬行為とは、皇室の尊厳を冒瀆する一切の行為にして、誹毀、侮辱、罵詈、讒謗その他輕蔑の意味を有する言語、形容、書画等をことごとく包含するもの」と述べている(ひらがなに開き、読点を打った)。

(15) 山口厚『刑法各論』第3版(有斐閣、2024) 551頁。

(16) 弁護士たちでつくる「刑事司法について考える法律家の会」のブログ記事でも、「保護法益の点からして、外国国章損壞等罪があることから国旗損壞罪も平等に

日本国章損壊等罪を制定するのであれば、外国国章損壊等罪の保護法益論と平行に考えることができないので、独自の保護法益を考える必要がある。

ii) 提案されている日本国章損壊等罪

日本国章損壊等罪を制定するとしたら、その保護法益は何になるのか。高市ブログでは「『日本の威信・尊厳を象徴する国旗』に対する愛情や誇りを、せめて外国国旗が刑法で保護されているのと同程度には、守りたい」と述べられていた。この考え方を刑法の保護法益論にするなら、第1に国家の威信、第2に国旗やそれが象徴するところの国家に対する敬愛感情ということになる。前者は国家的法益、後者は社会的法益に位置づけられる。

第1に、「国家の威信」を保護法益とすることには反対論⁽¹⁷⁾もあるが、絶対には不可能とはいえない。現行の職権濫用罪の保護法益について、大谷實は、「公務の公正あるいは国家の威信にあるとする説」を紹介しており⁽¹⁸⁾、川端博も同旨の説を通説として扱っている⁽¹⁹⁾。このように、「国家の威信」を保護法益であるとする見解が一般的な刑法の教科書に掲載され、通説であると記述される程度には、「国家の威信」を保護法益とすることはありえなくはないものと思われる。ただし、絶対には不可能ではないだけで、新

処罰すべきということには直ちにならない。」と述べられている。この指摘は正しい。2021/2/24「いわゆる国旗損壊罪の創設について—外国国章損壊等罪との比較」<http://lgcj.tokyo/> (2025年10月22日閲覧)。同会のブログ記事を直接リンクするとURLが長くなりすぎるので、トップページへのリンクを掲げる。トップページから「刑事司法を考える」のタブで記事一覧に行き、そこから「いわゆる国旗損壊罪の創設について—外国国章損壊等罪との比較」を選ぶと同記事を閲覧することができる。記事一覧によれば、同記事は弁護士の神谷竜光が執筆したようである。

(17) 2012年日本弁護士連合会「刑法の一部を改正する法律案（国旗損壊罪新設法案）に関する会長声明」https://www.nichibenren.or.jp/document/statement/year/2012/120601_2.html (2025年10月14日閲覧)

(18) 大谷實『刑法講義各論』新版第4版補訂版（成文堂、2015）624頁。もっとも、大谷は同説をとっていない。

(19) 川端博『刑法各論講義』第2版（成文堂、2010）623頁。もっとも、川端は同説をとっていない。

たに「国家の威信」を保護法益とする規定を制定することは現実的には相当困難である。というのも、大谷や川端の記述にもかかわらず、現在、職権濫用罪の保護法益を国家の威信であるとする説は見当たらない。国家の威信説を紹介している大谷も川端も別の見解をとっており、実際にどの論者がこの見解を採用しているのかは不明である。かつてこの罪を「国家の品位を害する罪」として「国家の品位」に結び付けて理解する見解があったことはあるが、それは旧憲法下の学説あるいはその名残りであると考えられる。⁽²⁰⁾したがって、「国家の威信」を保護法益にする見解は過去のものであり、現在ではそのような理解はとられなくなっていると見るべきだろう。⁽²¹⁾そうならば、「国家の威信」を保護法益にするというのは、絶対に不可能ではないが、現在において広く賛同を得られるものではないということになる。

第2の「国旗やそれが象徴するところの国家に対する敬愛感情」を保護法益にする立場は、十分にありうる。現行刑法における保護法益には礼拝所及び墳墓に関する罪の「国民の宗教的感情」⁽²²⁾や賭博罪の「勤労の美風」⁽²³⁾、性的風俗に対する罪の「健全な性的風俗」⁽²⁴⁾や「精神的社會環境」⁽²⁵⁾など、曖昧で感情的なものを多分に含んでいる。さらに、動物愛護法や軽犯罪法やいわゆる迷惑防止条例も視野に入れると、刑法が「国旗・国家に対する敬愛感情」を保護法益にすることはありうると認めざるをえない。たしかに、これら現行法における諸規定の保護法益が曖昧すぎて好ましくないものであり、それぞれに法益を読み替えたり限定したり厳密化する試みが行われてはいるのだが、現に存在し、事案に適用され、支持者もいる規定の

(20) 宮本英脩『刑法大綱』(弘文堂、1930、〔復刻版〕成文堂、1984) 516頁以下。
 (21) ドイツにおいても憲法(現行のドイツ連邦共和国基本法)に適合した規定解釈をするのであれば、保護法益は“Staatsehre”(国家の名誉)ではないとされている。Vgl. BVerfGE 47 232f., 92 12, NJW 99, 205.
 (22) 山口・前掲注(15) 536頁。
 (23) 最大判昭和25・11・22刑集4巻11号2380頁。
 (24) 最大判昭和32・3・13刑集11巻3号997頁。
 (25) 高橋則夫『刑法各論』第5版(成文堂、2025) 611頁。
 (26) 広くは原田保『刑法における超個人的法益の保護』(成文堂、1991)を、わいせつについては平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会、1977) 271頁を、動物

保護法益と同程度の曖昧さを持つ保護法益の導入を「できない」というのはフェアではないだろう。

本稿は、保護法益について、「国家の威信」とするのは不可能ではないが現在では支持を得られない考え方、「国旗やそれが象徴するところの国家に対する敬愛感情」とするのは風俗犯の拡大になるため好ましくないけれども、現行諸規定が有効であり支持者がいることとの関係においてはありうるものであると結論づける⁽²⁷⁾。

なお、次項において、外国法からの示唆として「憲法秩序」という保護法益がありうるのではないかという示唆を得るが、本項では日本で議論されている法益についてのみ考察した。

関連については三上正隆の一連の研究（たとえば、同「刑法における超個人的法益の保護愛護動物遺棄罪（動物愛護管理法 44 条 3 項）の保護法益」『野村稔先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2015）587 頁以下や同「動物虐待関連犯罪の保護法益に関する一考察——「動物の権利」に関する議論を参照して」刑法雑誌 59 巻 2 号（2020）276 頁以下など）を、感情法益については亀田悠斗の研究（同「感情侵害行為の処罰に対する制約の探求（1）（2・完）：感情侵害原理を巡る議論を中心として」阪大法学 71 巻 6 号（2022）、72 巻 1 号（2022））を参照のこと。

(27) 結局のところ、法益論は、解釈論において目的論的解釈の指針にはなるものの、立法制限機能をほとんど営まないとされる（ただし、立法者が立法説明する際に目的として保護法益を設定してそれを説明することは立法府における効果的な議論のために重要である。）。現に、どのような規定であっても国会議員の過半数の賛成があれば成立し、そこに現行刑法や特別法で認められている程度の法益を見出してみせることはいくらかでも可能なのである。さらには、実際に具体的法的争訟になったとしても、相当な事情がないかぎり裁判所がなかなか違憲判決を下さないことも知られている。私見は、立法論において賛否を決定づけるのは法益論といった概念論争ではなく、その規定が制定されることのメリットと制定コストや運用コストを含むデメリットとの比較衡量であると考える。立法論における法益論批判として、上田正基『その行為、本当に処罰しますか 憲法的揭示立法論序説』（弘文堂、2016）44 頁以下参照。刑事立法における独自の正当化基準として法益論がなお重要であるとするものとして、嘉門優『法益論——刑法における意義と役割——』増補版（成文堂、2025）105 頁以下。

V 外国法の概観

i) 比較対象

高市の主張には、諸外国にも自国国旗保護規定が存在することが挙げられていた。さらに、別の日のブログでは、外国の自国国旗保護の条文を紹介している⁽²⁸⁾。そこで、外国法の状況からいかなる示唆を得られるかについて検討する。本稿では、高市が名前をあげているが反対論にもよく用いられるアメリカ、日本と同じ大陸法に属し日本刑法がしばしば参照するドイツ、同じく大陸法で最近において議論があるスペインの3国を取り上げる。

なお、大陸法系国家には、自国国旗保護のための処罰規定を持っている国が多数存在する。たとえば、本稿で取り上げるドイツ、スペインの他、フランス⁽³⁰⁾、イタリア⁽³¹⁾、ポルトガル⁽³²⁾、オーストリア⁽³³⁾、韓国⁽³⁴⁾など、枚挙にいとまがない。この事実は、自由で民主的な国家でも自国国旗損壊罪を持つことができることを示しており、この点では高市の主張に一定の理があるということになる。

ii) アメリカ

まず、アメリカの状況を概観する。アメリカは、高市が自国国旗保護規定のある国として挙げているが、実は自国国旗損壊が処罰されないことが判例上確立している⁽³⁵⁾。そのきっかけとなったのはテキサス対ジョンソン事

(28) 高市早苗コラム「自国の国旗を保護する為の諸外国の法制度」 https://www.sanae.gr.jp/column_detail505.html (2025年10月14日閲覧)

(29) アメリカの状況を例に挙げる反対論として、志田陽子「国旗損壊罪が不要で有害である理由」週刊金曜日1321号(2021)28頁以下。

(30) フランス刑法433-5-1条。

(31) イタリア刑法292条。

(32) ポルトガル刑法332条。

(33) オーストリア刑法248条。

(34) 韓国刑法105条。

(35) この流れについては松井茂記『アメリカ憲法入門』第8版(有斐閣、2018)295頁以下参照。

⁽³⁶⁾
件である。⁽³⁷⁾

1984年、アメリカ・テキサス州ダラスで開催された共和党全国大会において、グレゴリー・リー・ジョンソンは、レーガン政権の政策に抗議するデモの一環としてアメリカ国旗を焼却した。この行為により、ジョンソンはテキサス州法（州旗侮辱罪）に基づいて起訴され、懲役1年と2000ドルの罰金を科された。彼は、「自分の行為は政治的表現であり、憲法修正第1条（言論の自由）によって保護される」と主張して上訴した。

アメリカ連邦最高裁判所は、次のように判示した。すなわち、ジョンソンの旗焼却は象徴的表現 (symbolic speech) であり、憲法修正第1条によって保護される。政府は「国旗への敬意を強制する」目的で表現を禁止することはできない。国旗の焼却が不快である、あるいは侮辱的であると感じる者が多いとしても、それは政府による表現の規制を正当化する理由にはならない。

この判決は大きな政治的・社会的議論を呼び、憲法を改正して連邦議会に国旗保護を認めようとする動きも生じた。しかし、その後の連邦最高裁判所においても、テキサス対ジョンソン事件の違憲判断は維持された。⁽³⁸⁾したがって、現在のアメリカでは、自国の国旗を毀損する行為は表現の自由の一形態として司法的に保護されているといえる。

もっとも、トランプ政権下において国旗侮辱の処罰を復活させる動きも見られることには注意が必要である。⁽³⁹⁾ルイジアナ州立大学のケン・レヴィは、トランプ大統領の方向性がテキサス対ジョンソン事件に反すること、最高裁は通常表現の自由を支持する立場であること、ただし裁判官構成によっては判断が変わりうることを指摘している。⁽⁴⁰⁾

(36) Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989)

(37) 志田・前掲注(29) 28頁以下も参照。

(38) United States v. Eichman, 496 U.S. 310 (1990)

(39) Chris Williams, "Trump Steps On Texas v. Johnson, Tries To Make Flag Burning A Criminal Offense," Above the Law, August 26, 2025.

(40) Ian Robinson, "Law Professor Analyzes Trump's Flag Burning Ban," Shreveport Times, August 27, 2025におけるレヴィのコメント。

iii) ドイツ

ドイツ刑法 90a 条 2 項は、連邦国旗の他、州旗や官公庁が掲げる公的標章の除去、毀損、汚損、侮辱等を処罰する規定を置いている。

90a 条 国家およびその象徴の誹謗

- 1 公然とまたは集会においてもしくは内容物を頒布することによって、
 - ①ドイツ連邦共和国もしくはいずれかの州またはその憲法秩序を侮辱し、または悪意をもって貶めた者、または
 - ②ドイツ連邦共和国もしくはいずれかの州の色、旗、紋章または国歌を誹謗した者は、3年以下の自由刑または罰金刑に処する。
- 2 公然と掲示されたドイツ連邦共和国もしくはいずれかの州の旗、または当局によって公然と掲げられたドイツ連邦共和国もしくはいずれかの州の公的標章を取り外し、破壊し、損傷し、使用不能にしもしくは判別不能にしましたはこれに対して侮辱的ないたずらを加えた者も同様とする。未遂も処罰される。
- 3 行為者がその行為によって連邦共和国の存立または憲法上の基本原則に反する企図を意図的に推進する場合には、5年以下の自由刑または罰金刑に処する。

日本の議論にとって示唆的なのは、本罪の保護法益である。本罪の保護法益は、日本における議論で候補に挙げられている「国家の威信」や「国旗に対する敬愛感情」ではなく、ドイツ連邦共和国および各州の存立と憲法秩序と解されている⁽⁴¹⁾。すなわち、ナチス時代を経験したドイツが憲法（基本法）の定める民主主義を象徴的に守ろうとするための規定である⁽⁴²⁾。その

(41) Georg-Friedrich Guntge, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StGB Kommentar, 4. Aufl., Köln, 2019, S.860.

(42) Vgl. Hans-Ullrich Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB Kommentar, 6. Aufl., Baden-Baden 2023, § 90a Rn. 2f.

ため、この国旗保護規定は単独で存在しているのではない。同規定の前後の規定である 90 条および 90b 条は次のように定めている。

90 条 連邦大統領の誹謗

- 1 公然とまたは集会においてもしくは内容物を頒布することによって連邦大統領を誹謗した者は、3 月以上 5 年以下の自由刑に処する。
- 2 軽微な場合には、49 条 2 項により、裁判所は刑を軽減することができる。ただし、188 条の要件が満たされる場合は、この限りでない。
- 3 行為が虚偽告訴に該当する場合または行為者がその行為によって連邦共和国の存立または憲法上の基本原則に反する企図を意図的に推進する場合には、6 月以上 5 年以下の自由刑に処する。
- 4 この罪は、連邦大統領の授権によってのみ訴追される。

90b 条 憲法機関に対する反憲法的誹謗

- 1 公然とまたは集会においてもしくは内容物を頒布することによって、連邦もしくは州の立法機関、政府または憲法裁判所もしくはその構成員を、国家の威信を危険にさらす態様で誹謗し、それにより意図的にドイツ連邦共和国の存立または憲法上の基本原則に反する企図を推進した者は、3 月以上 5 年以下の自由刑に処する。
- 2 この罪は、当該憲法機関またはその構成員の授権によってのみ訴追される。

このように、国旗毀損の罪は、全体として国家の存立および憲法秩序に対する罪の中に位置づけられている。90b 条には「国家の威信」(Ansehen des Staates) という語が見られるが、それは行為態様にかかるものであって、守られているのはあくまでも国家の存立または憲法上の基本原則である。このようなドイツの規定ぶりに鑑みれば、本来的に議論の焦点にすべきなのは、自国国章損壊の処罰規定を置くか否かという小さな問題ではなく、憲法秩序に対する様々な罪を制定するか否かというもっと大きな問題

であるようにも思われる。

ただし、これらの規定は、適用において問題がないわけではない。それは、表現の自由、芸術の自由、学問の自由との関係である。憲法秩序を守るための規定が、憲法が保障する自由を侵害するのでは意味がない。そこで、現実の適用においては合憲限定解釈（Verfassungskonforme Tatbestandsreduktion）が求められている⁽⁴³⁾。連邦憲法裁判所でもその適用がたびたび問題となっており、存在はするものの気軽に使える規定というわけではない⁽⁴⁴⁾。

iv) スペイン

スペイン刑法は「スペインに対する冒瀆罪」（ultrajes a España）として543条に以下の規定を持つ。

543条

スペイン、その自治州、またはそれらの象徴もしくは標章に対して、発言、文書、行為により公然と侮辱または軽蔑を行った者は、7月以上12月以下の罰金刑に処する。

スペイン憲法56条1項は国王を「国家元首であり、国家の統一と永続の象徴である⁽⁴⁵⁾。」と定めているため、ここでは侮辱の客体として国旗の他に国王も含まれている。すなわち、同条は国旗侮辱罪の他、不敬罪も含んだ規定となっている。本罪の保護法益は、ドイツと同様に憲法秩序の保護

(43) Güntge, fn. 41, S. 861.

(44) BVerfGE 81, 278 usw. 同判決については、西原博史「芸術の自由の行使と国旗の冒瀆——連邦国旗侮辱事件——」『ドイツの憲法判例』第2版（信山社、2003）198頁以下の解説も参照。

(45) CE56.1, “El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes.”

⁽⁴⁶⁾
である。

かつてフランコ独裁時代には、裁判所は国旗を燃やすことや「スペイン人はくそつたれだ」と叫ぶことをスペインへの冒瀆として処罰していた。⁽⁴⁷⁾しかし、民主化以降、表現の自由を無視することはできなくなった。したがって、同罪の成立は厳格に解釈されなければならない。また、ドイツの例でも見たように、憲法秩序を守る目的で定められた規定が憲法が保障する自由を侵害しては本末転倒である。そのため、適用においては慎重な判断が求められている。⁽⁴⁸⁾たとえば、2016年の最高裁判決は、カタルーニヤの日に祝賀行事を妨げる目的で、手でカタルーニヤ旗（サニエーラ）を叩き落とした事案について、処罰の対象とはならないとした。それは、政治的な意見の表出の一種であり保護されるべきだからである。ムニョス・コンデは国旗への侮辱は「特定の政治的文脈においては、自治権要求や、さらには分離独立の主張を支持する表現として行われたものである可能性もある。そのような場合には、それらの行為は通常のもの、あるいは少なくとも表現の自由または意見表明の正当な行使として認められることが多い」という。⁽⁴⁹⁾また、スガルディア・エスピナルは、「名誉権と表現の自由の権利との現代的論争は、違法性阻却事由の一般規則を適用することによって解決される」として、表現の自由の観点から違法性阻却がありうることを指摘している。⁽⁵⁰⁾

(46) Carmen Lamarca Pérez, en Carmen Lamarca Pérez y otros (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, 6.ed., Madrid, 2021, p. 1022.

(47) STS de 11 de diciembre de 1973

(48) STS 983/2016

(49) カタルーニヤの日 (Diada Nacional de Catalunya) は、1714年9月11日のスペインによるバルセロナ陥落を由来とするカタルーニヤの祝日である。一般的な国や自治体の祝日の多くが戦勝や独立などを記念するのに対し、カタルーニヤの日はスペインに敗れて独立を失った屈辱の日を由来として制定されている。そのため、毎年9月11日のカタルーニヤの日にはカタルーニヤ独立を志向する人々による大規模デモが行われている。

(50) Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal Parte Especial*, 25.ed., Valencia, 2023, p. 860.

(51) José Miguel Zugaldia Espinar, en Elena Marín de Espinosa Ceballos (Dir.), *Lecciones de derecho Penal Parte Especial*, Valencia, 2018, p. 177.

ただし、民主化後に処罰がなくなったわけではない。たとえば、中央刑事裁判所は、被告人が、サッカー国王杯の試合において現地観覧するカタルーニャ人やバスク人に対し、国王がスタジアムの貴賓席に姿を現しスペイン国歌が演奏される際に、ブーイングによって独立の意思を示すよう Facebook で呼びかけ、現にそれが実行されたという事案において、国王およびスペインへの冒瀆を認め有罪として⁽⁵²⁾いる。

このような状況の中、欧州人権裁判所の判断まで行った特筆すべき事案としてア・コルーニャ国旗侮辱事件がある。事実の概要は次のとおりである。

国防省の管轄下にあるフェロル軍港では、清掃業務を請け負う会社の従業員らとの間で未払い賃金をめぐる紛争が生じていた。未払いへの抗議として、清掃会社の従業員は2014年10月から2015年3月までストライキを実施し、その期間中、従業員と一部の労働組合代表者は毎日軍港前で集会を開き、「国旗は給料を払ってくれない」などのスローガンを叫び、笛を吹き、騒音を立てて抗議していた。これらの抗議活動は、軍による国旗掲揚の厳粛な儀式と同時刻に行われていた。2014年10月28日、軍港の司令官である提督は、ガリシア地方の労働組合の書記に対し、ストライキ参加者たちが国旗に対して敬意を欠いているとする抗議書簡を送付した。翌29日、同労組の代表であった被告人は提督との会合に参加し、提督から国旗掲揚の際には抗議を控えめにするよう要請を受けた。2014年10月30日、被告人は約30名の抗議者とともに国旗掲揚の瞬間に軍港前にいた。被告人はメガホンを通して「クソつたれな旗だ」、「火をつけて燃やすべきだ」と叫んだ。その他の事件や混乱は発生しなかった。

裁判所は、被告人の発言は公然と軍人の前で侮蔑・侮辱の意図をもってなされたこと、数日前に軍当局が正式に抗議を控えるよう要請していたことを指摘し、学説上では当該犯罪の非犯罪化を支持する意見が多いことに触れつつも、裁判官は犯罪構成要件が充足されれば刑法を適用せざるを得ないと述べて罰金刑に処した。被告人は、裁判において憲法上の権利を主

(52) Sentencia del Juzgado Central de lo Penal nº 1 35/2017

張したが、判決は、この事件においては国家の象徴を守るという公共の利益の保護が優先されると判断したものである。被告人はア・コルーニャ県⁽⁵³⁾裁判所に上訴したが棄却された。

被告人は、憲法裁判所に対して憲法救済訴訟であるアンパロ訴訟(recurso de amparo)を提起した。憲法裁判所はこれを6対5の僅差で棄却した。

憲法裁は理由において次の点を強調した。すなわち、第1に、行為時は国歌が演奏され、軍の儀仗隊が敬礼する最も厳粛な軍儀の最中であったこと、第2に、「クソつたれな旗」という表現を用い、「火をつけて燃やすべきだ」という、これまで抗議で使われたことのない過激な発言をしたこと、第3に、そのような発言は、労働要求(未払い賃金問題)を支持するうえで不要であったこと、第4に、発言と労働要求の間には何の関連性もなかったこと、第5に、軍人たちは「強い屈辱感」を覚え、抗議者の一部も「それは違う」と反応したこと、である。

その後、この事件は被告人から欧州人権条約第10条(表現の自由)に違反するとして欧州人権裁判所に申し立てがなされた。欧州人権裁判所は次のように述べて同有罪判決は人権条約に反すると結論づけた。⁽⁵⁴⁾

まず、条文自体が人権条約に反しているというわけではない。条文は規定目的としては正当であるといえる。この点について欧州人権裁判所は「批判と侮辱とは区別されるべきであり、もしある表現が専ら制度や個人を侮辱することだけを目的としている場合には、そのような表現に対して科される相応の処罰は、原則として条約第10条第2項に反するものとはならない」と明確に述べている。また、申立人(被告人)が侮辱行為を行ったことも間違いはない。ここで問題となるのは、そのような行為に対して刑罰を科して良いのかという比例性である。本件は、組合代表である申立人がストライキの最中にした発言であり、暴力、混乱、公共の秩序の乱れを

(53) SAP de A Coruña 77/2018; 事実の概要については後掲の欧州人権裁判所の事実認定も参考にした。

(54) CASE OF FRAGOSO DACOSTA v. SPAIN (Application no. 27926/21)

惹起することはなかった。すなわち、実害がなかった点が注目された。その結果、欧州人権裁判所は、「国家や国民の一部を『不快にさせ、衝撃を与え、あるいは動揺させる』ような思想であっても、第10条（引用者注：表現の自由）による保護を受ける」と明言して、申立人を有罪としたスペインの裁判は比例性を欠くとした。

このような流れの中、スペイン国内では同罪を廃止しようとする強い動きがある。2020年にはカタルーニャ共和主義左翼（ERC）が単独で下院にスペイン冒瀆罪の廃止法案を提出した。また、2021年には社会労働党（PSOE）とともに連立を組んで当時の政権の一角を担っていたポデモス（Podemos）が下院に同様の法案を提出した。この法案は2023年7月の総選挙により失効した。その間の2022年には、上院に対してカタルーニャ共和主義左翼（ERC）とエウスカル・エリア・ビルドゥ（EH Bildu）が同様の法案を提出していた。さらに、2023年12月に、現在の政権の一角を担っているスマール（Sumar）が、スペインに対する冒瀆罪の非犯罪化を含む法案を作成した。

このように、スペインには国旗等への侮辱の罪が存在し、用いられることがあるものの、その適用については問題含みであるとともに、廃止の強い動きがあるといえることができる。

v) 小括

以上の、アメリカ、ドイツ、スペインの概観からいくつかの示唆を導き出す。

第1に、侮辱的な国旗損壊の処罰規定を置くことは不可能ではない。欧州人権裁判所の判断に鑑みても、このような規定が直ちに表現の自由を害するものであるとはいえない。

第2に、ただし、保護法益を日本で議論しているような「国家の威信」や「国旗への敬愛感情」とすることは行われていない。保護法益を「憲法秩序」として考える選択肢もありうる。

第3に、仮に保護法益を「憲法秩序」とするのであれば、単に自国国章

損壊等罪1条の可否ではなく、より体系的な罪の一群として制定することが考えられる。国旗への侮辱行為の処罰は、ドイツでは連邦大統領に対する侮辱罪、スペインでは国王に対する不敬罪などとセットになっている。⁽⁵⁵⁾日本では、立法提案が日本国章の損壊等にとどまっているが、もし大陸法系の立法を考えるのであれば、日本国が守るべき憲法秩序の実体から議論を始めるべきことになる。それは、皇室に対する罪の復活も視野に入りうる議論となるだろう。それが歴史的・政治的に適切か否かについては本稿の検討対象としない。諸外国の立法形式からの示唆にとどめておく。

第4に、とはいえ、自国国旗損壊の不処罰が判例法上確立しているアメリカであろうと、処罰規定を現に有効に置いている大陸ヨーロッパであろうと、処罰規定の適用においては表現の自由との緊張関係が存在する。細かい争いを避けるためには、法はあっても表現の自由との関係で処罰しないという道を選んだアメリカ、法を運用するが時に問題となり争いとなるヨーロッパ、そのどちらの道を選ぶにせよ、日本において処罰目的と表現の自由の保護とを天秤に乗せて、そのバランスをとることが課題となる。もしこのバランスを少しでも誤れば、最も重要な権利のうちのひとつである表現の自由を害するものとして違憲となってしまうだろう。政治的な対立や適用上の様々なコスト、表現に与える萎縮効果等を考えると、処罰規定を制定しないのも十分に合理的な選択肢である。

第5に、ドイツでは法定刑の上限が重い、スペインでは刑は軽いが成立範囲が広いという点も重要である。次項で検討するが、適用範囲を器物損壊と同じにして、法定刑を器物損壊や業務妨害より低くするならば、実際には意味のない規定となる。それを避けるのであれば、上限を重くするか適用範囲を広げるかということになる。しかし、そのようにすれば、表現の自由との緊張関係はより高まることとなって問題含みであるし、そもそも高市ブログにあった多数の人を摘発する意図はないという説明と矛盾す

(55) 不敬罪については、v. Irene Rufo Rubio, REY, CALUMNIAS E INJURIAS —La libertad de expresión y la protección del símbolo constitucional, Madrid, 2025.

ることになるであろう。

VI 適用範囲の問題

i) 理論的に意味のある適用範囲

国章等を損壊したときに成立しうる現行法上の罪としては、以下のものが考えられる。

第1に、他人の所有物である国章の損壊の場合には器物損壊等罪(261条)が成立する。たとえば、隣家や公共施設に掲げてある日章旗を汚損したときは、器物損壊が認められる。

第2に、国章の損壊により他人が執り行っている業務の妨害がされる場合、たとえば式典の壇上に掲げてある日章旗を引きずり下ろして破いたときは、先述の器物損壊の他に、威力業務妨害(234条)の成立も観念できる。

第3に、その現場が他人の看守する建物内である場合には、建造物等侵入罪(130条)も成立しうる。

法定刑は、器物損壊罪が「3年以下の拘禁刑又は30万円以下の罰金」、業務妨害が「3年以下の拘禁刑又は50万円以下の罰金」、建造物侵入罪が「3年以下の拘禁刑又は10万円以下の罰金」である。すなわち、いずれも提案されている日本国章損壊等罪よりも上限が重い。

そのため、日本国章損壊等罪を制定したとしても、他人の日本国旗を損壊したときは、科刑上一罪である観念的競合として器物損壊罪の法定刑が用いられることになり、日本国章損壊等罪を制定する意味はない。また、日本国章損壊等罪により他人の業務を妨害したときには牽連犯として科刑上一罪となるか、あるいは日本国章損壊等と観念的競合関係に立つ器物損壊罪の法定刑を用いて併合罪となるかであり、やはり日本国章損壊等罪の意味はない。建造物侵入がある場合も同様である。⁽⁵⁶⁾

(56) 同時に成立する罪が軽犯罪法1条各号(特に5号、13号、14号、24号)に当たるものである場合には、これらの刑を重くする作用を持つが、軽犯罪法に当たる行為を重く処罰する趣旨であれば、多くの人を摘発する意図ではないという主張と矛盾することになる。

現に、かつて外国国章損壞等で有罪確定した事案は、第1審は外国国章損壞等については無罪とし、建造物損壞で2名の被告人にそれぞれ懲役8月および4月を言い渡したが、第2審は外国国章損壞等についても有罪としつつ、刑期は第1審と同じく懲役8月および4月としたものである。すなわち、外国国章損壞等罪の成否は有罪判決の量刑になんらの影響も与えていない。本事案は、見つけられるかぎりでの唯一の外国国章損壞等罪適用事案だが、その唯一の適用事案ですら、外国国章損壞等罪が存在しなくても、まったく同じ刑に処せられるものだったのである。

結局、提案されている日本国章損壞等罪が独自の意味を持つ場面は限定的である。具体的には、①自己所有の国旗を、②他者の管理する場所に侵入せず、③業務を妨害しない形で損壞した場合に限られることになる。もちろん、法定刑を長期3年より重く設定すれば処罰範囲の点では意味を持ちうるが、そのような重い法定刑の罪は、適用の際に一層違憲の疑いを強めることになるだろう。

ii) 現実的に可能な適用範囲

a) 立法者意図との関係

そこで、自己所有の日本国旗を、他者の管理する建造物等に侵入することも他人の業務を妨害することもなく損壞した場合を処罰範囲に含めるこ

(57) 大阪地判昭37年6月23日高刑集16巻8号708頁。

(58) 大阪高判昭38年11月27日高刑集16巻8号708頁。

(59) 刑事司法について考える法律家の会・前掲注(16)も、「外国国章損壞等罪についても、判例としては調べられる限り1件しかなく」と述べている。

(60) つまり、外国国章損壞罪自体が現実的に意味のない罪となっている。この判例以降、外国国章損壞等に該当しうるような疑わしい事案であっても、外国国章損壞等罪での起訴をしていない。たとえば、2011年2月8日、日本の右翼活動家がロシア大使館前でロシア国旗への侮辱行為をした問題で、ロシアは日本政府に対して処罰を請求したが、日本政府はこれに応じなかった(朝日新聞〔東京本社版〕2011年2月9日夕刊10頁、朝日新聞〔東京本社版〕2011年3月3日夕刊10頁)。

(61) ただし、適用範囲に気を遣えば不可能ではない。たとえば、ドイツでは国旗損壞が最大3年の自由刑であり器物損壞(303条)は最大2年である。韓国では、大韓民国侮辱目的国旗損壞が最大5年、財物損壞(366条)が最大3年である。

とが現実的に可能であるかを検討すると、ただちにいくつかの困難に直面する。

第1に、立法提案者の意図との関係である。高市はこの規定をもって多数の人を摘発する意図はない旨を明確に表明している。大幅に摘発する意図がない立法によって、他者の法益を侵害しないタイプの行為を処罰することの妥当性には疑問が残る。

b) 処罰範囲と罪数の問題

第2に、処罰範囲と罪数の問題である。現行の外国国章損壊等罪について、「私人が私的に掲揚した国旗を損壊することも、国際関係上好ましいことではないが、処罰には値しないと解すべき⁽⁶²⁾」という見解が通説である。このような見方は戦前から一貫している。たとえば、大場茂馬は「国章が本罪の客体たるにはその所属の国家によりその国を表彰するため現に使用せられたる場合に限る⁽⁶³⁾」と限定的な見解を示していた⁽⁶⁴⁾。同罪とのバランスを意図して制定されるという日本国章損壊等罪もまた、私的に掲揚されている国旗には適用しないという解釈が通説となるだろう。そうすると結局、日本国章損壊等罪が適用されるのは、たとえば政府が政府機関や式典などで掲揚している国旗に限定され、自己所有の日本国旗を損壊した場合が処罰範囲から外れることになる。となれば、やはり本罪の規定は器物損壊や業務妨害などに飲み込まれ、意味のないものとなる。

(62) 前田雅英『刑法各論講義』第8版（東京大学出版会、2025）517頁。

(63) 大場茂馬『刑法各論（下）』改訂7版（中央大学、1918）662頁。

(64) 藤木英雄『刑法各論』（有斐閣、1972）71頁は、「その国の権威を表示するために公然と用いられているかぎり——たとえば、国際競技の外国選手団その他私的な使節団の掲揚する国旗——本条に含めるべきである」とやや広めの解釈をするが、それでも「単なる装飾用の万国旗のごときは、本条の客体から除外すべきである」としている。この広い解釈からでも、個人の自己所有の国旗を客体に含めることにはならないだろう。

(65) 反対論の中には、「日の丸弁当を食べられなくなる」、「お子様ランチの旗を捨てられなくなる」などの主張があるが、さすがにそれは荒唐無稽である。

c) 表現の自由との抵触

第3に、諸外国でも問題となっている表現の自由との抵触問題である。⁽⁶⁶⁾ 政府の行為に対して抗議の意を公に示すことは自由主義からも民主制国家のあるべき姿からしても尊重されなくてはならない。⁽⁶⁷⁾ その中には、政府を象徴するものを否定するパフォーマンスを行うことも含まれる。とりわけ、自己所有の物を他者の業務を妨害することなく行うパフォーマンスを刑事罰の対象にすることは、表現の自由の観点から正当化することは困難である。⁽⁶⁸⁾ 国旗を損壊する行為は、政治的表現である場合が多いから、他の物を損壊する場合よりもより一層保護の程度も高まる。したがって、仮に日本国章損壊等罪を制定したとしても、現に適用して処罰することはほとんどできないと考えられる。⁽⁶⁹⁾

d) その他の国章？

自民党旧案では客体が「国旗」となっていたが、参政党案では国旗の他に「その他の国章」が含まれている。そこで、「その他の国章」が何を意味するのか問題となる。

その候補として考えられるのは、自衛隊法施行令1条の2およびその別表1に定める自衛隊旗、旅券の表紙に使われている菊花紋であろう。しかし、自衛隊旗は自衛隊の象徴ではあっても国全体の象徴ではないため、国章であるとは考えづらい。また、菊花紋は日本国を象徴する皇室を象徴するものであり、旅券に使用されているものであるが、外務省は「パスポートの表紙には、その国の紋章を入れることが国際慣行となっていますが、我が国の場合、法制上、正式に決められた国章はありません」、「世界には、

(66) ここでの「政府」は行政府に限らず広く権力機構を意味する。

(67) 一定の状況の下で意見表明のために行われる行為を「象徴的言論」と呼び、表現の自由の範囲に取り込まれている（高橋和之『立憲主義と日本国憲法』第2版（有斐閣、2011）193頁。

(68) 志田・前掲注（29）28頁以下参照。

(69) 反対に、これを適用して処罰するのならば、立法提案者の説明と矛盾を来とし、外国国章損壊等罪の解釈とバランスを失し、表現の自由の問題が生じるということになる。

我が国のように国章をもたない国が若干あります（英、米、仏、トルコ、エチオピア等⁽⁷⁰⁾）」と説明しており、菊花紋を国章であると解するのも無理がありそうである。

このようにして、参政党案の「その他の国章」の部分は指示しているものが存在せず、死文となると考えられる。

Ⅶ 得られた示唆と課題

i) 示唆のまとめ

ここまでの検討の結果として得られた示唆は以下のとおりである。

- ①日本国章損壊等罪の制定は不可能ではない。
- ②保護法益については、「国家の威信」とすることは絶対に不可能ではないが賛同は得られない。「国家およびそれを象徴する国旗に対する敬愛感情」とすることは現行刑法の他の法益と比較すれば不可能ではない。ただし、ヨーロッパでは「憲法秩序」を保護法益とするものがあるので、それを参考にすることも可能である。
- ③制定したとしても、現在の提案どおりでは器物損壊や業務妨害などに飲み込まれてしまうので現実的な意味がない。実際に、現行の外国国章損壊等罪も意味のある形で適用されていない。
- ④適用上の意味ができるように法定刑を重くしたり適用範囲を広くしたりすると、表現の自由との関係で問題が生じうる。

なお、提案者が言うところの外国国章損壊等罪はあるのに日本国章損壊等罪はない「アンバランス」を解消するという手段として、外国国章損壊等罪を削除するという選択肢もありうる。私見は、それは悪くない選択であると考えるが、現にそのような削除を行ったときに「外国国章を損壊す

(70) 外務省「こんな時、パスポート Q&A」 https://www.mofa.go.jp/mofaj/toko/passport/pass_4.html (2025年11月10日閲覧)

ることが自由化された」という誤ったメッセージが広がることで実際の混乱が起きることが若干懸念される。

ii) 結語

外国国章損壊等が処罰され、日本国旗損壊が処罰されないのは歴史のなりゆきにすぎないものであった。もし仮に明治時代に日本国章損壊等罪が制定され、それが現代まで続いていけば、おそらく違憲ではないだろうが、少なくとも現行憲法体制になってからはほとんど適用のないままだ存在しているだけの規定となっていたであろう。⁽⁷¹⁾ 日本国章損壊等罪は、制定可能である。しかし、現在提出されている法案のとおり制定しても、十分な処罰範囲を確保できない。その結果、適用不能か観念的競合の中の軽い罪として位置づけられるにとどまる可能性が高い。さらに、自民党旧案について提案者自身が「多くの人を処罰する意図はない」と説明していることや、表現の自由とのバランスを考慮すると、この罪を制定することは、実質的には適用不可能な死文化した条文を新たに設けることに等しい。

つまり、真の課題は、実質的に死文化が予想される条文制定にあえて政治的経済的コストをかけることが国家にとって真に有益であるか否かの検討にある。⁽⁷²⁾

(丁)

(71) 戦後の一時期に公安事件に利用されていた可能性はあるが、それでも外国国章損壊等罪のように、実際の刑罰には大した影響を与えなかったと思われる。

(72) 起訴や有罪判決を得ることができないのに、本罪制定後に通報が相次ぐようなことになれば、警察業務を妨げるコストにもなるだろう。

フランスにおける移民の 教育政策と平等原則

—1989年教育基本法の理念についての考察—

橋 本 一 雄

— 目 次 —

- 1-はじめに
 - 1.1-公教育におけるイスラームとの共生問題の現在
 - 1.2-フランスにおける2000年代の教育改革の起点
 - 1.3-本稿の構成
- 2-フランスにおける「移民」
 - 2.1-国籍の付与と取得の要件
 - 2.2-「移民」の定義と平等原則
- 3-フランスにおける移民の教育政策
 - 3.1-「移民」概念の黎明
 - 3.2-戦後の経済成長と移民政策
 - 3.3-1970年代以降の移民の教育に関する推移
 - 3.3.1-補習学級
 - 3.3.2-出身言語・文化教育の推進
 - 3.3.3-1980年代における変容
 - 3.4-1980年代のZEP政策
- 4-1989年教育基本法と平等原則
 - 4.1-フランスの公教育における平等原則
 - 4.2-1989年教育基本法の理念
 - 4.3-小括
- 5-むすびにかえて

キーワード：社会統合、移民、公民教育、ライシテ、共和国の価値

1ーはじめに

1.1ー公教育におけるイスラームとの共生問題の現在

フランスにおいて公立学校における生徒の宗教的標章の着用をめぐる論争（以下、イスラーム・スカーフ問題という）は、公教育のライシテ（laïcité）の原則を厳格に解釈する法理によって導かれた2004年宗教的標章着用禁止法⁽¹⁾（以下、2004年法という）の施行により、立法的には一応の決着が図られることとなった。その結果、公立学校ではムスリムの女子生徒のスカーフの着用等を始めとする宗教的標章の着用が禁止されることになった一方、イスラーム団体は生徒等が宗教的標章の1つであるスカーフ等を着用することが可能な独自の私立学校を設立し、その大多数は、当該私立学校に対する政府からの助成金の交付を受けることのできる私学助成契約の締結を目指してきた⁽⁴⁾。

しかしながら、近年、フランスにおけるこれらイスラーム系私立学校に対する助成金停止措置が相次ぎ、その適法性を争う訴訟が立て続けに提起されている。その端緒となったのは2019年にフランス北部のリール市に所在するリセ・アヴェロス（Lycée Averroès）⁽⁵⁾に対してそれまで措置さ

(1) Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, *Journal officiel* 17 mars 2004, p.5190.

(2) この点については、橋本一雄「フランス公教育における『共和国の価値』概念の変容—公教育のライシテと『教育の自由』—」『上田女子短期大学児童文化研究所 所報』第34号（2012年）15-44頁参照。

(3) 橋本一雄「フランスにおける移民政策と子ども育成支援」伊藤良高=牧田満知子=立花直樹 編著『子どもの豊かな育ちを支えるソーシャル・キャピタル：新時代の関係構築に向けた展望』（ミネルヴァ書房、2018年）277-293頁を併せて参照されたい。

(4) フランスにおける私立学校と私学助成契約の経緯及び内容等については、大津尚志「フランスの私立学校に関する資料と研究動向」武庫川女子大学『教育学研究論集』第17号（2022年）75-82頁、松井真之介「フランスにおけるムスリム学校建設の取り組みとその拡大」『フランス教育学会紀要』第29号（2017年）52頁、橋本一雄「フランス公教育における「共和国の価値」共有化の原則と制導導入論」『桃山法学』第42号（2025年）133-135頁等参照。

(5) リセ・アヴェロスの前身となる組織は1994年に組織され、その契機もまた、



(写真1：補助金停止に抗議するリセ・アヴェロス校正門前の横断幕（2025年2月）筆者撮影）

れていた政府からの私立学校に対する助成金が停止された事件（以下、助成金停止事件という）である。この事件において助成金停止措置の理由とされたのは、①当該私立学校が外国のイスラーム団体から多額の寄付金を受けていること、②当該私立学校には、特定のイスラーム教の教義にもとづく書籍が所蔵されており、その教義にもとづいて宗教教育等の教育が行われていること、及び、③それらの事実が教育法典（Code de l'Éducation）に明記された「共和国の価値」の共有化の原則に反していること等であり、2004年法施行以降のイスラーム・スカーフ問題が、本質的には、フランスの公教育におけるイスラームとの共生をめぐる未解決の問題として、形を変え存在していることを象徴的に物語っている。

公立学校でスカーフの着用を拒否された女子生徒を受け入れたことにある（2025年2月27日にリセ・アヴェロス校内において筆者が学校長のマクルフ・マメシュ（Makhlouf MAMECHE）氏に対して行ったインタビュー調査等による）。同校は当時のニコラ・サルコジ（Nicolas Sarkozy）内務大臣（後の第23代大統領）が同校を来訪した折、「学校で生徒がスカーフを着用したいのであれば独自の私立学校を設置すればよい」という主旨の発言をしたことが設立の経緯の1つとなり、その後、正式に2003年に私立学校として設立された。リセ・アヴェロスは2008年以降、政府との私学助成契約を締結した私立学校となっている。

1.2- フランスにおける 2000 年代の教育改革の起点

こうしたフランスの公教育におけるイスラームとの共生をめぐる課題を考察するにあたって、その中心的な転換点と見立てることができるのは、前述した 2004 年法と 2000 年代に新教育基本法として施行された 2005 年学校基本計画法⁽⁶⁾を柱とする一連の教育改革である。

1980 年代に移民との多文化共生の問題として顕在化したイスラーム・スカーフ問題に立法的解決を与えた 2004 年法が成立した背景には、2002 年 4 月から 5 月にかけて行われたフランスの大統領選挙における極右政党国民戦線 (FN: Front National) の候補であったジャン＝マリー・ルペン (Jean-Marie Le Pen) の躍進があった。ルペンは当時の与党 (RPR: Rassemblement Pour la République (共和国連合)) の候補者であったジャック・ルネ・シラク (Jacques René Chirac) に次ぐ得票を得て決選投票に進出し、有力候補であった社会党 (PS: Parti Socialiste) のリオネル・ジョスパン (Lionel Jospin) が第 1 次投票において落選するという波乱があった。この結果、決選投票においては社会党が与党の政策に与するようになったという政策の転換⁽⁷⁾が 2004 年法の成立に与えた影響も指摘されている。

大統領選挙の翌月 (2002 年 6 月) に実施された国民議会 (下院) 選挙においても与党は過半数の議席を獲得し、1997 年 6 月から続いていた第 3 次コアビタシオン (Cohabitation) が解消したことによって、第 2 次シラク政権 (2002 年 5 月 - 2007 年 5 月) では、多文化主義への対応をめぐり、次第に与野党の枠を超えた立法政策の合意が形成されて行くこととな⁽⁸⁾った。

(6) Loi n° 2005-380 du 23 avril 2005 d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, *Journal officiel* n° 96 du 24 avril 2005, p.7166. 文部科学省『フランスの教育基本法—「2005 年学校基本計画法」と「教育法典」』(国立印刷局、2007 年) 3 頁参照。

(7) 憲法学者の山元一は、この大統領選挙の決選投票を契機として社会党が「共和主義へのコミットメントを旗印として掲げざるを得なくなった」と指摘し、以降の政策の転換点になったとの見方を示している (山元一「フランス共和主義」内藤正典=阪口正二郎編著『神の法 vs. 人の法 スカーフ論争からみる西欧とイスラームの断層』(日本評論社、2007 年) 115 頁)。

(8) こうした背景には移民排除等の政策を掲げ 2002 年の大統領選で躍進した国民

もつとも、第2次シラク政権において成立した両法の本質的な意義を捉えるためには、戦後のフランスにおける移民の教育政策の歴史を辿ることが必要不可欠である。というのも、両法の審議・施行と同時期にあたる2005年2月には「フランス人引揚者に対する国民の感謝及び国民の負担に関する法律」⁽⁹⁾が公布され、フランス共和国が掲げる価値の共有が促される一方、同年10月にはパリ郊外で移民の若者が警察に追われ逃げ込んだ変電所で感電死する事件を発端としてフランス全土にわたって暴動が起こるなど、2004年法施行以降には顕著にフランスにおける移民政策をめぐる対立構造が先鋭化するようになったためである⁽¹¹⁾。

その最たる例として、前述した「フランス人引揚者に対する国民の感謝及び国民の負担に関する法律」の条文をめぐる論争を挙げることができる。この法律の当初の条文には、フランスのかつての植民地支配の肯定的側面

戦線に対しての共同戦線としての側面もあった。もつとも、イスラームフォビー（Islamphobie）が強まる中で2002年の大統領選における国民戦線の躍進を受け、与野党ともに移民政策に対する態度を明確にする必要に迫られたものと見ることもできる。

- (9) Loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, *Journal officiel* n° 46 du 24 février 2005, p.3128.
- (10) 後述するZEP政策以降、フランスでは社会的・経済的な困難を抱える地区（zone）に対して手厚い予算措置を講じる政策が採用されることとなった。その結果として、ZUS（Zones Urbaines Sensibles：社会的・経済的困難を抱える地区）と呼ばれる優先地区に居住している住民に対しての社会生活上の差別や偏見が暗黙裡に存在するようになったとも指摘されている（E. g. Patrick Weil, *La politique française d'immigration. Pouvoirs*, n° 47, 1988, p.52.）。
- (11) この暴動を受け、政府は2005年11月8日付の政令によって非常事態法を適用するとともに（Décret n° 2005-1386 du 8 novembre 2005 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, *Journal officiel* n° 261 du 9 novembre 2005, p.17593.）、①（従来の16歳以上の要件を）14歳から職業訓練の開始を可能とし、学業不適應の生徒に職業訓練の機会を与えること、②移民の家族の呼び寄せやフランス国籍保有者との結婚による国籍取得及び留学生の受け入れなどの審査を厳格化すること、③移民の若者を雇用上差別した企業に罰金を科すこととし、差別対策・平等促進高等機関（HALDE: Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité）にその権限を与えること、並びに、⑤ZUS地区に居住する生徒のグランゼコールへの入学優遇措置等を発表した（See *Le Monde* du 19 Décembre 2005）。

を学校教育において教えること等が盛り込まれていた(第4条第2項)⁽¹²⁾。しかし、2005年2月の法律公布直後から当該条文をめぐる社会党等からの強い批判により、翌年、シラク大統領は憲法院(Conseil Constitutionnel)に同法の合憲性を諮問した結果を踏まえ、当該条項は削除されることになった。

この点について、歴史学者のジャン＝ピエール・クレティアン(Jean-Pierre Chrétien)は「旧植民地出身の移民たちには(法案において)強調されている統合(intégration)が植民地時代の同化(assimilation)と同種のものともみなされた」ことにより、旧植民地出身の移民の強い反発を招いたことによる影響を指摘している⁽¹³⁾。

さらに、2005年1月には旧植民地出身の移民によって「共和国の原住民(Indigènes de la République)」運動が巻き起こるなど⁽¹⁴⁾、2000年代の教育改革で顕在化するようになったフランスにおけるイスラームとの共生をめぐる課題の構造を分析するに際しては、2000年代の教育改革の原点として

(12) 当初、この法律の第4条第2項には、教育課程で「フランスの海外進出が果たした積極的役割(le rôle positif de la présence française outre-mer)」を生徒に認識させることを規定した条文が存在していた(*Journal officiel*・前掲注9, p.3128)。しかし、法案の審議過程で野党からこの点を厳しく批判されていたことに加え、法律の公布後も当該条文に対しての批判が鳴りやまず、シラク大統領は、憲法院の判断を経て、2006年2月15日の政令(Décret n° 2006-160 du 15 février 2006 portant abrogation du deuxième alinéa de l'article 4 de la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, *Journal officiel* n° 40 du 16 février 2006, p.2369.)によって同条項を廃止した。この経緯については、高山直也「フランスの植民地支配を肯定する法律とその第4条第2項の廃止について」『外国の立法』No.229(国立国会図書館、2006年)104-105頁に詳しい。なお、同論文ではConseil Constitutionnelを「憲法評議会」と訳しているが、本稿ではこれを「憲法院」と訳出する。

(13) Jean-Pierre Chrétien, *Le passé colonial: le devoir d'histoire*, *Politique africaine*, n° 98, 2005, pp.141-148. なお、フランスにおける「同化」と「統合」概念の異同についてはJoppke Christian et Beyond, *National Models: Civic Integration Policies for Immigrants in Western Europe*, *West European Politics*, vol.30, No.1, pp.1-22. 参照。

(14) 「共和国の原住民」運動の概要は以下のサイトを参照(最終閲覧日:2025年11月7日)(<http://indigenes-republique.fr/nous-sommes-les-indigenes-de-la-republique-le-livre/>)。

の戦後の移民教育の展開を振り返ることが必要不可欠であるものと思われる。

そこで、本稿では、こうした問題意識を念頭に、1989年教育基本法成立までのフランスにおける移民の教育政策の展開について考察する。1989年教育基本法を1つの分水嶺と見立てるのは、2000年代の教育改革の中心となる法律の1つである2005年学校基本計画法の制定過程において、現状認識として示された生徒の学力低下や学校荒廃等の一因として、1989年教育基本法の理念が挙げられているためであり、本稿では、1989年教育基本法における「平等」の概念を考察し、同法の理念として示された移民等の「学校への統合」の概念が、2005年学校基本計画法で示された「フランス共和国への統合」の理念とは異なる性質の概念であることを指摘する。

1.3- 本稿の構成

本稿の構成は以下のとおりである。

次章である2では、「移民」の定義をフランスの国立経済統計研究所(Insee: L'Institut national de la statistique et des études économiques)の定義にもとづいて確認した後、3では戦後フランスの移民政策と移民の教育のルーツを辿り、それらが植民地政策と関わりにおいて展開してきた背景を明らかにする。また、4では1980年代から導入された社会的・経済的に恵まれない地区(zone)に対して優先的に予算等を配分するZEP(教育優先地区: zone d'éducation prioritaires)政策導入の背景につき、1980年代の教育政策の背景にある「平等」の意義について考察する。ZEP政策は、移民の増加に伴う多文化共生という課題を抱えるフランスにおいて、フランス革命以来の平等原則との調和を図る政策として導入された教育政策の1つであり、これがその後制定されることとなる1989年教育基本法の理念にいかに関結しているのかを検討する。

また、戦後のフランスにおいて移民に対してフランス語の補習授業とい

(15) この点については、橋本一雄「フランスの公民教育における憲法的価値の変容」『公民教育研究』第17号(2009年)33-47頁参照。

う形で行われてきた移民教育が、移民の定住化に伴い ZEP 政策へと変容して行く経緯を辿り、フランスの公教育において「移民と非移民」という区分を取り払おうとする理念が形成されて行く歴史的経緯について考察する。言い換えれば、それは、フランスにおける 1970 年代から 1980 年代にかけての移民の教育方針の転換が今日の移民との社会統合問題にいかにつなげられているのかを考察することであり、2004 年法の前史として位置づけられる歴史的経緯ともいえる。

本稿では、2004 年法以降、児童生徒に「共和国の価値」の共有を求めるフランスの教育政策の（逆説的な意味での）素地となったと考えられる 1989 年教育基本法までのフランスの移民政策を辿り、2000 年代の教育改革の前提について検討する。

2 フランスにおける「移民」

2.1 国籍の付与と取得の要件

フランスにおいて出生に際してフランス人として国籍を得る方法は大まかに次の 2 つに区分することができる。

1 つは、父母のいずれかがフランス人である場合であり、これは日本同様に血統主義 (jus sanguinis) を採用していることを意味する。この血統主義の理念はフランスにおける国籍法にそのルーツが求められ、⁽¹⁶⁾ 第一帝制期である 1804 年のナポレオン民法典 (フランス人の民法典: Code Civil des Français) 第 10 条において「外国においてフランス人から生まれた子

(16) フランスにおける国籍付与の区分については、第 3 次コアビタシオン下の 1997 年に当時の首相であったリオネル・ジョスパンの下でまとめられた『国籍法及び移民法研究会報告書』(Mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration) (1997 年) に依拠している。この報告書では、1804 年のナポレオン民法典から 1889 年の国籍法制定までを概ね血統主義が確立された時期として位置づけ、1889 年の国籍法制定以降に出生地主義が併用されるようになった背景が説明されている(同報告書については以下のサイトを参照)(最終閲覧日: 2025 年 11 月 7 日) (<https://www.vie-publique.fr/rapport/25205-mission-detude-des-legislations-de-la-nationalite-et-de-limmigration>)。

はすべて、フランス人である」と規定されたことに遡る。⁽¹⁷⁾

2つには、フランスで出生した場合である。この点、現行のフランス民法典（Code Civil）は国籍の付与に関して以下のように規定している。⁽¹⁸⁾

----- (抄訳) -----

第1章 フランス国籍の由来 (De la nationalité française d'origine)

第1節 親子関係によるフランス国籍 (Des Français par filiation)

第18条 いずれか一方がフランス人である父母から生まれた子はフランス人となる。

第2節 出生によるフランス国籍 (Des Français par la naissance en France)

第19条 父母が誰であれ、フランスで生まれた子はフランス人となる。

しかし、子が成人するまでの間に血統にもとづいて外国籍を取得する場合、その子はフランス人ではなかったものとみなされる。

上記のとおり、フランス民法典の第18条等では血統主義を、また第19条等においては出生地主義を採用していることがわかる。前述のとおり、血統主義の原則は1804年のナポレオン民法典に遡る一方、出生地主義との併用は、第三共和制初期の1889年に制定された国籍法⁽¹⁹⁾以降の原則である。

この点、社会学者のロジャース・ブルーベイカー（Rogers Brubaker）は、1889年国籍法で出生地主義が併用されることとなった背景として、軍事力の増強という人口的、軍事的な必要性があり、外国人には免除されていた

(17) 中村義孝訳「『1804年ナポレオン民法典』(1)」『立命館法学』第372号（2017年）331頁参照。

(18) フランス民法典については、以下のレジフランスのサイトを参照（最終閲覧日：2025年11月7日）（<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>）。

(19) Loi du 26 juin 1889 sur la nationalité, *Journal officiel de la République française* n° 0172 du 28 juin 1889, p.2977.

兵役義務の対象者を拡大する目的があったと分析を示し、同時期、フランスにおける近代公教育法制の整備を推進した共和派によって出生地主義の採用が推し進められた事実を指摘する。すなわち、1889年国籍法によって出生地主義が取り入れられた背景には、普仏戦争の敗北以降、国民国家形成のための軍事力を確保するという側面があり、兵役が免除される外国人との兵役負担の格差を是正する観点から、出生地主義の要件による国籍の付与・取得の道を広げたとの意図を読み取ることができる。

この結果、1889年の施行以降、フランスの国籍法は血統主義と出生地主義を併用することとなるものの、その運用は、国内の経済情勢や労働力確保の要請と関係し、後述する移民政策とも密接に相関するものであった。⁽²¹⁾

2.2-「移民」の定義と平等原則

フランス第五共和制憲法第1条は「フランスは、不可分の、非宗教的、民主的かつ社会的な共和国」であり、「出生、人種または宗教による差別なしに、すべての市民に対して法律の前の平等を保障する」原則を掲げて⁽²²⁾いる。このため、前述のとおり血統主義とともに出生地主義を採用してい

(20) ロジャース・ブルーベイカー著、佐藤成基＝佐々木てる監訳『フランスとドイツの国籍とネーションー国籍形成の比較歴史社会学』（明石書店、2005年）141-142頁

(21) See Patrick Weil, *Des conditions d'application du principe du droit du sol pour l'attribution de la nationalité française; Pour une politique de l'immigration juste et efficace: rapports au premier ministre*, La Documentation française, 1997, p.13. ヴェイユは、国籍の付与が外国人を選別するフランスの国家政策として推移してきたと指摘する。この点、第1次世界大戦後から第2次世界大戦までの間の戦間期の動向につき、渡辺千尋「両大戦間期フランスにおける国民の概念とその変容—1927年国籍法の改正を中心に—」東京大学大学院総合文化研究科・教養学部ドイツ・ヨーロッパ研究センター『ヨーロッパ研究』第6号（2007年）153-171頁参照。

(22) 初宿正典＝辻村みよ子編『新解説世界憲法集(第6版)』（三省堂、2025年）234頁。なお、本稿においては、当該引用部分を除き、ライシテ (laïcité) を「非宗教性」ではなく「脱宗教性」と訳出する。フランスにおいて公教育のライシテが確立する第三共和制期以降、公教育のライシテは、常に国家と教会との政争の主要なテーマとされてきたが、それは（1894年のドレフュス事件以降、第四共和制に至るまでの一時期を除いて）必ずしも宗教と敵対する概念としてではなく、むしろ国家と宗教との共生を図る概念として捉えられてきたものと考えられる。また、教

るフランスでは、一度国籍を取得した国民に対し、その出自を問うこと自体がこの原則に反するものとみなされてきた。

そのことを明示した典型的な法律は、1978年の情報処理等に関する法律⁽²³⁾であり、同法第31条では、本人の同意がある場合を除き、個人の人種的出自、政治的・哲学的・宗教的意見等を把握することのできる情報をデータ上に記載したり保存することを禁止している。さらに2004年の改正によって「個人の人種的又はエスニックな出自、政治的・哲学的宗教的意見等（略）又は個人の健康あるいは性生活に関する個人情報の収集等を行うことを禁ずる」旨が規定され、より厳格に出自等に関する情報収集が禁止されることとなった（なお、本人の明示的同意があり、CNIL（Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés）が許可した情報収集については、例外として調査が可能とされている）。

こうした法律の下で調査が可能とされてきたのは、国籍、出身国籍、両親の国籍であり、1992年に人口学研究所が初めて移民及び移民二世代の出身国が指標として用いられて以降⁽²⁴⁾、国立経済統計研究所（Insee: L'Institut national de la statistique et des études économiques）が上記項目に関する調査を実施し、その結果の公表を行っている。

Inseeによれば、移民（immigrés）とは「フランス以外で生まれたフランスの在住者（フランス国籍の有無とは関係しない）」⁽²⁵⁾とされている。こ

会が運営する私立学校への国庫補助がライシテの原則に反するものではないと判断した1977年11月23日の憲法院判決（Décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, *Journal officiel* du 25 novembre 1977, p.5530.）によって、公教育をめぐる国家と教会との関係について、法的には、一応の決着をみている。すなわち、ライシテは、宗教系私立学校の「教育の自由」を排除する原則ではなく、それを助成することさえ容認する原則であると理解されている以上、国家と宗教との関係の断絶を意味する色彩の強い「非宗教性」という訳語は不十分であり、むしろ宗教からの「離脱」としての側面を捉える訳語が適切であるものと考えられるためである。

(23) Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *Journal officiel de la République française* du 7 janvier 1978, p.227.

(24) See Michèle Tribala, *Faire France: Une grande enquête sur les immigrés et leurs enfants*, La Découverte, 1995, pp.8-17.

(25) Insee, *Immigrés et descendants d'immigrés en France, édition 2012*, p.97.

の定義にもとづくフランスの移民の推移状況によれば、2008年の統計においては人口のおよそ8.4%を移民が占めていた。⁽²⁶⁾ また、当該「移民」の国籍別の推移としては、1970年代以降、とりわけヨーロッパ系移民が漸減傾向にあるのに対し、アルジェリア、モロッコ、チュニジアといったマグレブ諸国を中心とするアフリカ系の移民の総数が漸増傾向にあるなどの特徴を有している。⁽²⁷⁾

なお、このような移民のルーツとなる国別の統計を必要とする社会的なニーズの高まりから、2007年にオルトフー法と呼ばれる移民関連法が提出され、その制定過程において、⁽²⁸⁾ 移民及び移民二世代の社会統合の程度や差別的待遇等の状況についての情報を収集し、当該データを利用して研究を行うことを容認する法改正(第63条の追加)が成立した。しかしその後、同条項の追加に反対する立場から憲法院への違憲提訴がなされた結果、この追加条項は憲法違反と判断され、⁽²⁹⁾ 法律から削除されるに至っている。

こうした、いわゆる「エスニック統計」⁽³⁰⁾の是非については、Inseeの区分によれば、フランスで生まれた移民二世代以降は「国民」とカウントされることになり、現状の統計をもって実態を把握することが困難だという問題がある。もっとも、移民に出自のルーツを持つかどうかを明らかにする統計を認めれば、国民の中に複数のエスニック・カテゴリーが存在することを承認することになり、憲法との整合性が問題となるわけであり、統計をめぐるフランスの「平等」概念の葛藤をここに見て取ることができる。⁽³¹⁾

(26) *Ibid.*, p.99.

(27) *Ibid.*, p.13.

(28) この経緯については、鈴木尊紘「フランスにおける2007年移民法—フランス語習得義務からDNA鑑定まで—」『外国の立法』No.237(2008年)14-29頁参照。

(29) Conseil Constitutionnel, Decision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Journal officiel* du 21 novembre 2007, p.19001.

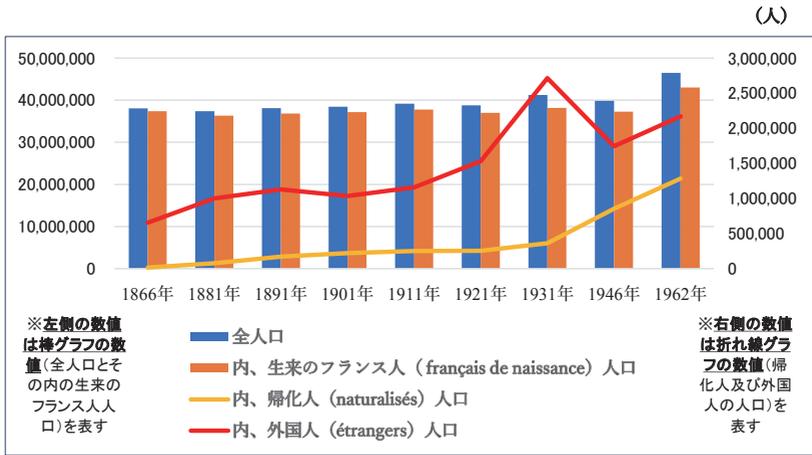
(30) フランスにおける「エスニック統計」をめぐる論議については、中野裕二「移民の統合の『共和国モデル』とその変容」宮島喬編著『移民の社会的統合と排除問われるフランス的平等』(東京大学出版会、2009年)22-26頁参照。

(31) なお、フランスは日本と比べ帰化の手続きが比較的容易であることも「移民と非移民」の統計を実態と乖離したものとしている要因の1つであるとの指摘もある。もっとも、フランス革命の理念が「その出自を問わず、共和国の市民たり得たところに平等と解放の原理があったのであり、したがって、出身国等の出

3 フランスにおける移民の教育政策

3.1 「移民」概念の黎明

そもそも、フランス史における移民政策の起点をどこに求めるべきかが問題となりうるが、フランス革命以降、フランスは外国人を継続的に受け入れてきた国の1つであり、統計上も、それは第三共和制成立以前からの傾向として読み取ることができる（図1参照⁽³²⁾）。



(出典：Insee, *Annuaire statistique de la France*, 1966, pp.61-62. のデータを元に筆者が作成)

図1 1866年～1962年までのフランスの人口とその構成比

自を明らかにすることは、フランス共和国の成り立ちと矛盾する」ことになる点
 がフランス共和主義における「平等」概念を捉えるうえで極めて重要であろう(池
 田賢市『フランスの移民と学校教育』(明石書店、2006年)31頁)。

(32) なお、人数の詳細は以下のとおりであり、外国人 (étrangers) 人口は1866
 年から1931年の間において漸増している。

(人)

	1866年	1881年	1891年	1901年	1911年	1921年	1931年	1946年	1962年
全人口	38,067,064	37,405,290	38,133,385	38,450,788	39,192,133	38,797,540	41,228,466	39,848,182	46,458,956
内、生来のフランス人 (français de naissance) 人口	37,395,742	36,327,154	36,832,470	37,195,133	37,779,508	37,011,173	38,152,538	37,251,419	43,005,601
内、帰化人 (naturalisés) 人口	16,286	77,046	170,704	221,784	252,790	254,343	361,231	853,144	1,283,690
内、外国人 (étrangers) 人口	655,036	1,001,090	1,130,211	1,033,871	1,159,835	1,532,024	2,714,697	1,743,619	2,169,663

この点、社会学者のジェラルール・ノワリエル (Gérard Noiriel) は、第二次世界大戦後のフランスの移民政策を分析する際には、第一次世界大戦と第二次世界大戦の間に制定された複数の法令との関係性について分析することの意義を指摘する。⁽³³⁾

すなわち、普仏戦争に敗北した 1870 年代以降、フランスでは外国人の処遇に関する各種の制度が試行されてきたものの、とりわけ、第一次世界大戦を契機に「あらゆる種類の非フランス人に対する警戒の念はさらに激しさを増した」ことにより、1915 年にフランスに滞在するすべての外国人に身分証カードの所持を義務づける法律 (以下、1915 年法という) が成立した。また、1915 年法の元となる法律は、フランス人労働者の雇用機会を確保するために所定の身分登録証を持っている外国人に限り就業を認めることとした 1893 年 8 月 8 日の法律⁽³⁴⁾ (以下、1893 年法という) である。

1915 年法は、1893 年法の所定の要件に加え、15 歳以上のすべての外国人に対して身分証 (国籍や身分登録の内容、写真、職業、本人の署名に加え、所持者の住所を記載する) の所持を義務づけ、さらに毎年更新が必要なビザの取得を要件に加えることを定めた (正式には 1917 年 4 月の 2 つの政令によってそれらを制度化した)⁽³⁵⁾。

それゆえ、外国人登録制度の黎明期であるこの時期をフランスの移民政策の起点と捉えることが可能であり、「移民 (Immigration)」という概念についても、戦間期にあたる 1919 年から 1927 年までの間に一般に使われ定着するようになったと分析されている。⁽³⁶⁾

加えて、1915 年法の施行以降において、労働力需要と外国人労働者の受

(33) ジェラルール・ノワリエル著、大中一彌＝川崎亜紀子＝太田悠介訳『フランスという坩堝 一九世紀から二〇世紀の移民史』(法政大学出版局、2015 年) 130-145 頁参照。

(34) Loi du 8 août 1893 relative au séjour des étrangers en France et à la protection du travail national, *Journal officiel* du 3 août 1893, p.371.

(35) ノワリエル・前掲注 33『フランスという坩堝 一九世紀から二〇世紀の移民史』98-100 頁

(36) See Jean Pluyette, *La doctrine des races et la sélection de l'immigration en France*, Bossuet, 1930, pp.4, 11-12.

け入れ政策が密接に関わるものであったことは他の統計からも推測することができる。すなわち、1915年法施行以降の外国人登録者数は、戦間期の好景気によって労働力不足となった1920年代には増加し、逆に、第二次世界大戦中には外国人排斥運動が強まり、戦中期の景気後退に伴う労働力需要の減少も相まって外国人登録者数は次第に減少へと転じる。⁽³⁷⁾第二次世界大戦以降も当面この傾向は同様であり、これは、フランスにおける1960年代の移民の受入拡大政策の前史として捉えられるべき事実であろう。

3.2- 戦後の経済成長と移民政策

戦後のフランスでは第二次世界大戦による人的及び物的な損失を補うため、安価で大量の労働力としての移民の確保が政策的な課題として位置づけられた。1945年には全国移民局（ONI: L'Office National d'Immigration）⁽³⁸⁾が設置され、移民計画の策定、移民募集事業等を担うこととなった。また、独立した旧植民地国は経済的な困窮と人口増加への対処といった点で復興の途上にあつた事情からフランスとの移民送出協定を積極的に締結した⁽³⁹⁾こともあり、大量の移民がフランスに流入した。⁽⁴⁰⁾

当該移民はアルジェリアをはじめとするフランスのかつての植民地であったマグレブ系（北アフリカ）の出身者が多数を占めたものの、学歴や資格が重視されるフランスにおいて、それらを持たない移民出身者の職業は⁽⁴¹⁾自ずと不安定かつ低賃金とならざるを得なかった。また、移民のための

(37) Insee, *Annuaire statistique de la France*, 1966, pp.61-62.

(38) この機関は、後のANASEM (Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrants) である。制度の変遷については、独立行政法人労働政策研究・研修機構『労働政策研究報告書』No.59 (2006年) 74頁を併せて参照。

(39) 宮島喬＝梶田孝道＝伊藤るり著『先進社会のジレンマ』（有斐閣、1985年）145頁（宮島執筆）。宮島はこの点につき、経済情勢から移民送出国が積極的にフランスに移民を送り出していたとの見方を示している。

(40) See Janine Ponty, *L'immigration dans les textes: France, 1789-2002*, Belin, 2004, pp.291-293.

(41) Inseeの統計によれば、1999年段階の移民の職業別の就業人口比について、移民は直接対人サービス業（11.8%）、不熟練労働者（17.1%）の分野でフランス全体の当該就業人口比率より顕著に高い（Insee, *Population immigrée et population étrangère*, 2001, p.66-69.）。

住居も郊外 (Banlieu) に建設された仮住まいとしての団地が大多数であり、生活環境も劣悪で、当時の移民労働者はフランス社会の最下層に位置づけられていたと指摘されている。他方で、一時的な労働者として与えられた環境を受け入れ、安価で大量に供給することのできた移民の労働力こそ当時のフランス政府が求めていたものであり、移民の労働力は1960年代のフランスの経済成長を支える大きな原動力となった。

移民政策をめぐる転機となったのは石油危機による失業率が増加した1974年である。当時の大統領ジスカール・デスタン (Giscard d'Estaing) が国内のフランス人の労働需要を確保するために移民の新規の受入れを停止した一方、移民の家族の合流は認められたため、移民の家族の呼び寄せが始まった。⁽⁴²⁾ この背景には、当時、移民の労働者がすでにフランスに生活基盤を築いており、祖国へ帰国しても今以上に安定した生活を営める保障がなかったこと等の事情があり、家族の呼び寄せによって移民の定住傾向は一層顕著なものとなった。⁽⁴³⁾

それまで単身であった移民が相次いで家族を呼び寄せたことによって移民の総数はなお増加し続け、当初は男性・単身者中心であった人口構成も男女比の均等化と婚姻者数及び出生数の増加によって、次第に非移民の構成比と同等となる。この結果、移民からも次第に一国民としての諸権利の保障を求める要求がなされるようになり、移民に対する政策もそれに呼応して変化して行くこととなった。

この点について教育学者の池田賢市は、戦後のフランスにおける移民の居住傾向の転換により「フランスにおける既存の価値体系や階層構造への

(42) Stephen Castles and Godula Kosack, *Immigrant workers and class structure in Western Europe*, 2nd Revised edition, Oxford University Press, 1985, p.485.

(43) Circulaire n° 9-74 du 5 juillet 1974 relative à l'arrêt provisoire de l'introduction de travailleurs étrangers.

(44) 1960年代から1970年代にかけてのアルジェリア移民の動向に関する分析を行ったサヤドは、当初は一時的な労働者として渡航したアルジェリア移民がフランスに定住化した背景として、フランスの移民手続き制度が定住化を促進した側面があったことを指摘する (See Abdelmalek Sayad, *Les trois "âges" de l'émigration algérienne en France, Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 15, Broché, 1977, pp.59-79.)。

同化や組み込みの問題がクローズアップされるようになった」と指摘する⁽⁴⁵⁾。すなわち、中短期の一時的な出稼ぎ労働者としてではなく、むしろ共和国の一員として移民を組み入れる制度の構築が必要となり、これに付随して移民に対する教育がフランスの政策課題として位置づけられるようになった。

3.3-1970年代以降の移民の教育に関する推移

戦後フランスの移民教育に関する先行研究としては、1970年代のフランスの移民に対する教育の推移を分析した初期の研究として前平泰志の研究がある。前平は、1970年代に展開するフランス語の一連の補習学級をフランス社会への統合を強調するものと位置づけたうえで、1970年代後半には移民の出身国の言語・文化の教育が導入されたことについて「異文化間教育の概念が、フランス公教育政策史上初めて登場する」ものと評している⁽⁴⁶⁾。ここではその推移について確認しておこう。

3.3.1- 補習学級

移民に配慮した教育として、戦後のフランスでは1970年代にまずは補習学級が設置された⁽⁴⁷⁾。その口火を切ったのは1970年1月13日の通達にもとづいて各小学校に設置された「入門学級 (Classe d'initiation)」である⁽⁴⁸⁾。この通達では、移民の児童生徒の学校への不適応の主要因をフランス語能力の不足にあるものと見立て、より年少段階にある小学校においてフランス語の授業の補習を行い、普通学級へと統合することが目指された。

この1970年の通達では、「入門学級」における3つの受入れ方針が示さ

(45) 池田・前掲注31『フランスの移民と学校教育』18-19頁

(46) 前平泰志「フランスにおける移民労働者の子どもの学校教育」小林哲也編著『多文化教育の比較研究』(九州大学出版会、1985年)68頁

(47) 1970年代の移民の子どもに対しては、以下で記述する「入門学級」、「適応学級」、等があり、その名称等も変遷して行く。本稿では、便宜上、これらを総称して「補習学級」と呼ぶ。

(48) Circulaire n° IX 70-37 du 13 janvier 1970, *Bulletin Officiel* n° 5 du 29-01-1970; classes expérimentales pour enfants étrangers.

れている。1つはフランス語能力以外に関しては当該児童生徒が平均的な学習能力を有していること、2つには外国人であること、3つには年齢が7歳から13歳までの児童生徒を対象とすることである。また、「入門学級」の実施形態として複数の開講パターンが示されているなど、当該通達はフランス政府が初めて移民に対する教育に関する方針を示したものと評されている⁽⁴⁹⁾。

加えて、1973年9月25日にはコレージュ (Collège: 日本の小学校6年生から中学校3年生に相当する児童生徒が在籍する4年制の前期中等教育機関) を対象に「適応学級 (Classes d'adaptation)」(後に「受け入れ学級 (Classes d'accueil) と改称) と呼ばれる補習授業の措置に関する通達が発出された。この「適応学級」ではフランス人の児童生徒との接触が保障されるべきことが規定され、移民の子どもの学習の習熟度別に2つのクラスに分けて運営がなされるべきことが示されている。

なお、先に述べた入門学級とともに、適応学級も2012年まで継続して設置され、これらの2つの補習学級は、2012年10月2日の国民教育大臣通達⁽⁵⁰⁾によって外国につながる児童生徒のための教育単位 (UPE 2A) (unité pédagogique pour élèves allophones arrivants) へと改組された。

3.3.2- 出身言語・文化教育の推進

これとは別に、フランスの移民に対する出身言語の教育に関しては、1925年の通達⁽⁵¹⁾を皮切りに1939年の通達に至るまでの戦間期には保障されていたものの、その後⁽⁵²⁾に再び出身言語に配慮した教育の通達は発出される

(49) 池田・前掲注31『フランスの移民と学校教育』58頁

(50) Circulaire n° 73-383 du 25 septembre 1973, *Bulletin Officiel* n° 36 du 4-10-1973; scolarisation des enfants étrangers non francophones, arrivant entre 12 et 16 ans.

(51) Circulaire n° 2012-141 du 2 octobre 2012 relative à l'organisation de la scolarité des élèves allophones nouvellement arrivés. 原文は以下の国民教育省のサイト参照 (最終閲覧日: 2025年11月7日) (https://www.education.gouv.fr/pid285/bulletin_officiel.html?cid_bo=61536)

(52) See Jean David et Bruno Levallois, *L'enseignement de la langue et de la culture d'origine, Rapport à monsieur le ministre de l'Éducation nationale, de*

のは1970年代後半に至ってのことである。

すなわち、1975年4月9日の通達⁽⁵³⁾（以下、1975年通達という）で再び移民の出身言語に関する教育の方針が打ち出されることとなるが、これは、1973年のポルトガルとの協定を始めとして、移民の主たる出身国のうち8か国との間に異文化教育協定が結ばれ、その結果、相手国政府から派遣された教師により外国語教育や文化を取り扱う出身言語・文化教育（ELCO: Enseignement des langues et cultures d'origine）が行われるようになったといった事情によるものである。

こうした他国との関係を踏まえ、1975年通達によって小学校における移民の児童のための母国語教育が謳われ、フランス語の補習授業とは異なる分類の教育が準備されることになった。同通達では、移民の子どもが母国の言語や文化を理解することは、結果としてフランスの学校への適応を促すことになるとの見解も提示されており、週3時間の範囲内で同じ言語を母国語とするグループによって出身言語・文化の教育が行われることとなった。

さらに、これに続く形で、1977年9月28日にはコレージュでも出身言語・文化の教育の保障を行う旨の通達が発出され、母国語を第1言語として学習させるとともに、学校図書館においても外国の文化を取り扱う書籍を提供することが謳われ、フランス人の児童生徒に対しても外国の文化を理解する機会を提供しようとする相互理解教育の促進が目指されることとなった。⁽⁵⁶⁾

l'Enseignement supérieur et de la Recherche n° 2005-090, 2006, p.3.

(53) Circulaire n° 75-148 du 9 avril 1975, *Bulletin officiel* n° 15 du 17-04-1975; Enseignements de langues nationales à l'intention d'élèves immigrés, dans le cadre du tiers temps des écoles élémentaires.

(54) David et Levallois, *supra note 52*, pp.3-7.

(55) Circulaire n° 77-345 du 28 septembre 1977, *Bulletin officiel* n° 36 du 03-10-1977; Mise en place de cours de langues et de civilisations nationales en dehors des temps scolaires dans les collèges à l'intention des élèves étrangers.

(56) この際、移民の子どもの出身言語・文化に関する教育を保障した1970年代のフランスの教育政策が必ずしも多文化主義を前提としたものではなかったとの指摘があることには留意が必要である。1975年通達においては「外国人の子ども

3.3.3- 1980年代における変容

戦後のフランスにおいては、移民の新規受け入れの停止と既存移民の家族の呼び寄せによって定住化が顕著となり、移民の児童生徒に対する教育として、1970年代に補習学級が小学校及びコレージュに段階的に措置されることとなった。補習学級設置の目的は、移民の児童生徒の学校への不適応の要因がフランス語能力の未習得に起因するものであり、その向上を目指したものである。

しかし、移民の児童生徒を対象とした補習授業に対しては、フランス革命以来の「出自を問わず共和国の一員とみなす」というフランス共和主義の平等原則との兼ね合いからの根強い批判が寄せられた。⁽⁵⁷⁾ その結果として、次節で述べるように1980年代になると移民か否かのルーツに着目するのではなく、社会的・経済的に恵まれていない者が住む「地区 (zone)」により手厚く予算等を措置する ZEP 政策が展開することとなる。

他方、1980年代以降のフランス移民の教育に関しては、次の点についてもその変化を指摘することができる。第1に、1981年12月に旧植民地であったアルジェリアとの間でフランスの小学校に在学するアルジェリア人の児童のための教育協力協定が締結されたことにより、翌1982年4月にはア

が母国の言語・文化を維持していることは、彼らがフランスの学校に適応していく際の積極的な要素を構成しうる」と明示されている一方、出身言語・文化の保障は帰国奨励策の一環であり、それらを通じて「フランス社会への適応に活用しようとの意図がうかがえる」との指摘である（鳥羽美鈴「学校教育による平等・統合とその挫折 移民の子どもの教育の現在」宮島・前掲注30『移民の社会的統合と排除 問われるフランス的平等』91頁）。もっとも、1970年代後半のフランスにおける出身言語・文化の教育は1980年代以降の移民に関する教育政策とは明らかに異なる性格を有しており、相対的に見れば、少なくとも1970年代のそれには多文化主義の方向性が示されていたことがここでは重要な視点であろう。

(57) E. g. Louis Porcher, Bernard Blot, Jean Clevy, Daniel Coste et Michèle Garabédian, *La scolarisation des enfants étrangers en France*, CREDIF, 1978, p.122.

(58) この点は1960年代のアルジェリア移民に対する政策とは趣を異にするものである。1968年のアルジェリアとの協定においてはアルジェリア人移民に居住証明書の所持を義務づけ、他国からの移民との差別化を図っていた（See Ralph Schor, *Histoire de l'immigration en France: de la fin du XIXe siècle à nos jours*, Armand Colin, 1996, pp.201-202.）。というのも、1947年9月20日の法律によつ

ルジェリア人の子どもへのアラブ語・アラブ文化教育に関する通達が発出されたことである。⁽⁵⁹⁾これは、フランスにおけるアルジェリア人の子どもが出身国の言語や文化について学習することが二国間の協力関係の構築に資するものであり、相互理解を深めるために必要なものと認識されたこととみなすことのできる変化である。

また、1975年通達に続き、1983年1月18日にはコレージュとりセ (lycée: 日本の高等学校に相当) におけるアラブ語・アラブ文化に関する教育の保障に関する通達が発出された。⁽⁶⁰⁾当該両通達はアルジェリアを対象を絞ったものではあったものの、移民の子どもの出身国の言語や文化を保障するものであり、さらに同年5月26日にはその内容を拡充する通達⁽⁶¹⁾(以下、1983年5月通達という)が発出されている。1983年5月通達では、第三世界や異文化交流に子どもが関心を持つことが市民性を形成するうえで重要な要素であり、「第三世界への関心は、それらの国々の概念を明らかにすることにとどまるものではなく、異文化間の対話や人間の発達及び権利についての教育を促進するものではないなければならない」として学習指導の方法についても言及されている。

こうした1980年代前半のフランスの移民に配慮した教育政策について、前出の前平は「移民労働者の子どもの学校教育の問題に関する最も積極的

で当初は旧植民地であったアルジェリア人移民はフランスとの往來の自由が保障され、いち早く定住傾向が顕在化していたため社会保障等でコストのかかるアルジェリア人の雇用を忌避する傾向があったためである (Patrick Weil, *La France et ses étrangers: L'aventure d'une politique de l'immigration, 1938-1991*, Gallimard, 1992, pp.93-94.)。一方、1981年5月に社会党のミッテランが大統領に就任すると、移民の入国については厳格な方針を堅持したものの、既存移民の権利の保障には前向きな姿勢が示された。1981年12月以降のアルジェリア移民への言語・文化教育もこうした文脈に位置づけられる事柄である。

(59) Note de service n° 82-164 du 8 avril 1982, *Bulletin officiel* n° 16 du 22-04-1982; Enseignement de la langue et de la civilisation arabes aux enfants algériens fréquentant les écoles élémentaires françaises.

(60) Note de service n° 83-026 du 18 janvier 1983; relative à l'enseignement de la langue et de la civilisation arabes aux enfants algériens.

(61) Note de service n° 83-220 du 26 mai 1983; relative à la sensibilisation des élèves aux problèmes du Tiers Monde.

な宣言を表明」したものであり、「同化や統合が問題なのではなく、子どもも学校も、ともに変わるという視点が導入されている」と評している。⁽⁶²⁾

もっとも、1980年代中盤以降に至るとこうした教育政策にも変化が見られるようになる。すなわち、移民に対する教育に関して発出された1986年3月13日の通達では、移民の子どもの補習学級への受入方針が改訂され、その対象として、入国後1年以内を意味する「フランスに來たばかりの者 (nouvellement arrivés en France)」という要件が追加されることとなった。⁽⁶³⁾ 当該要件が追加されたことで、フランスで生まれた移民第二世代はこの補習学級の対象外となり、当時9歳未満の子どもの8割を占めていたフランス生まれの移民第二世代はこの補習学級の対象外となったと報告されている。⁽⁶⁴⁾

1974年には新たな移民の受け入れが停止されていたことから、当該要件を追加することは制度縮小の方向性を示すものであり、将来的な通常学級への統合を見越した「制度の解消にむけての条件整備という意味をもって」⁽⁶⁵⁾とも評される。

このような1980年代中盤のフランスの移民教育の転換はどのような政策理念にもとづくものであろうか。

1つは、1970年代のアファーマティブ・アクションとして措置されてきた移民の児童生徒に対する補習学級が、学校の中で彼ら彼女らをむしろ孤立化させ、「異質な存在であることを強制することになるといった制度的差別への『反省』」⁽⁶⁶⁾としての側面が挙げられる。この点は、フランス革命の理念である平等の概念及び「普遍化された学校」の理念と関係するものであり、すでに移民第一世代よりもフランスで生まれた移民第二世代の割

(62) 前平・前掲注46「フランスにおける移民労働者の子どもの学校教育」71-72頁

(63) Circulaire n° 86-119 et 86-120 du 13 mars 1986, *Bulletin Officiel* n° 13 du 03-04-1986; Apprentissage du français pour les enfants étrangers nouvellement arrivés en France.

(64) *Actualités sociales hebdomadaires*, n°1884, 1994, p.23.

(65) 池田・前掲注31『フランスの移民と学校教育』102頁

(66) 同上書101頁

合が高くなっていた当時の状況において特別な配慮をなすことがフランス革命以来の理念である平等概念に反するとの批判への対応でもあった。

加えて、2つには、より本質的な問題として、1970年代以降に社会学者のピエール・ブルデュー（Pierre Bourdieu）の研究が示唆したように、学校への適応や学力格差の要因はフランス語能力の底上げのみによって解消されるものではなく、むしろ子どもが属する文化的・経済的な社会階層が影響を与えているとの認識が共有されるようになったという側面である。この点に関して、前出の池田は、それまでの通達では「移民の子ども（enfants d'immigrants）」とされていた記述が1980年9月22日以降の通達では「社会的・経済的に恵まれない子ども（enfants socialement et économiquement défavorisés）」といった表現が併記されるようになったことを指摘し、移民政策の転換点と見立てている⁽⁶⁷⁾。

こうした学校への不適応や学業成功に至らない要因に関する分析の変化は、1981年に導入されたZEP政策の理念として端的に示されることとなった。

3.4-1980年代のZEP政策

ZEP政策とは、児童生徒の学力が低く、落第等に至る者の割合が高く、あるいは失業率や生活保護受給率が高いといった社会的・経済的に恵まれない「地区」を指定し、当該の地域に所在する学校に対して教員を手厚く配置すること等を含めた財政上の特別措置を行う政策である⁽⁶⁸⁾。

戦後のフランスにおいて移民を対象とした補習授業が1970年代に導入

(67) 同上書 123-124 頁

(68) ZEP政策の概要に関しては、Bénédicte Robert, *Les politiques d'éducation prioritaire: Les défis de la réforme*, Presses Universitaires de France, 2009, pp.59-97, Aziz Jellab, *L'éducation prioritaire en France: Bilan et devenir d'une politique emblématique*, Editions L'Harmattan, 2020, pp.1-144, 岩橋恵子「教育優先地域（ZEP）政策の展開とその意義」小林順子編『21世紀を展望するフランス教育改革』（東信堂、1997年）257-277頁、園山大祐「ZEP政策の展開と教育の民主化—教育不平等論に対する教育学的アプローチ」『フランス教育学会紀要』第17号（2005年）59-86頁等を参照。

された当初の目的は、学業の成否を決めるフランス語能力の向上にあり、移民の児童生徒を普通学級の授業に適応させることであった。そこでは、移民とフランス人の子どもとが接触しながら学習を進めるように配慮されるなど、相互理解と文化の尊重を図る側面を有していた等の特徴を見取ることができる。

他方、1980年代に入ると移民教育は移民か否かという区分が原則として取り払われ、社会的・経済的に恵まれない「地区」に手厚く予算措置を講じる等の教育政策へと転換することとなった。

ZEP政策は、1981年にリヨン郊外で失業問題を抱えた移民の若者が起こした暴動を契機として、当時のミッテラン政権の下で導入された教育政策の1つである。1981年7月1日の通達では「学業上の失敗の割合が高い地域において、教育活動を強化することにより社会的不平等の是正に寄与する」ことが政策の目的として掲げられており、ZEPは社会的・経済的に恵まれない「地区」の教員手当や備品購入等の予算を追加する政策であった。⁽⁶⁹⁾

ZEP対象の選定にあたっては、「地区」ごとに「地の利、家族の社会的・経済的構成、外国人や非フランス語圏の子どもの存在、留年の状況や中退率」などを考慮して選定がなされるべきことが通達において示されている。⁽⁷⁰⁾

こうした移民に対する1980年代の教育政策の転換が今日のフランスの社会に与えた影響をどのように評価することができるであろうか。

(69) Circulaire n° 81-238 du 1er juillet 1981, *Bulletin Officiel* n° 27 du 09-07-1981; relative à la création des zones d'éducation prioritaire.

(70) しかしながら2016年9月27日付の教育制度評価全国評議会 (CNESCO: Conseil national d'évaluation du système scolaire) 報告書のように、フランスの学力格差の是正状況を他国と比較した結果からみても、今日では、ZEP政策が、結果として不平等を助長した教育制度であったとの指摘もある (Manon Garroust et Corinne Prost, Comment L'école amplifie les inégalités sociales et migratoires?, *La politique française d'éducation prioritaire (1981-2015): les ambivalences d'un consensus*, CNESCO, 2016, pp.8-17.) (<http://www.cnesco.fr/wp-content/uploads/2016/09/bongrand1.pdf>) (最終閲覧日: 2025年11月7日)。

(71) Circulaire n° 81-238 du 1er juillet 1981, *supra note* 69.

前述のとおり、フランスでは1974年以降に移民の新規受け入れが停止された一方で、唯一認められた現住民の家族の呼び寄せによって移民の定住化が進み、移民人口は結果的として増加した。移民の家族構成も変化したために大量の住宅需要が生じ、1970年代には低所得者が優先的に入居できる適正家賃住宅（HLM：Habitation à loyer Modéré）⁽⁷²⁾の建設が進められた。

低所得者を対象とした住宅の建設が都市郊外で進んだ結果として、移民の郊外への集住はより一層顕著なものとなる。移民が集住した都市郊外の住宅環境は総じて劣悪であり、都市政策の遅れから、次第にスラム化（bidonville）が進む地域が顕在化するようになった。

ZEPはそうした「地区」を対象として指定することにより、平等原則との兼ね合いから批判されてきた「移民か否か」というルーツに着目した補習授業という措置から、社会的・経済的に恵まれない「地区」に対する支援への転換を図る政策であった。

(72) フランスにおける低所得者への住宅支援の起源もまた第三共和制期に求められる。1894年11月に低利融資を利用できる「低家賃住宅」(HBM: Habitations à bon marché) 制度が民間の制度として設けられ、1912年12月には「低家賃住宅公社」(OPHBM: Offices publics d'HBM) 法が公布された。また、パリでは1914年に当該住宅公社が設立された。第2次世界大戦以降、1949年には「低家賃住宅」(HBM: Habitations à bon marché) はHLM (適正家賃住宅: Habitations à loyer modéré) へと名称変更され、これに伴い「低家賃住宅公社」(OPHBM) も「適正家賃公社」(OPHLM: Offices publics d'habitations à loyer modéré) に名称が変更されることとなった（この点につき、広岡裕児「フランスにおける公営住宅とコンセッション方式の適用」『季刊 都市化』vol.3 (2015年) 2-3頁参照）。フランス革命以来の「平等」概念の下で、こうした住宅の支援の形態もまたフランスの「平等」概念を読み解くうえで見過ごすことはできない。

(73) 1960年代以降の移民政策により移民の住居が郊外に偏在し、居住環境の改善政策が遅れたことから、次第に都市郊外のスラム化が進み、劣悪な居住環境の改善が政策課題として位置づけられるようになった（See Bernard Granotier, *Les travailleurs immigrés en France*, 5 éd., Francois Maspero, 1979, pp.71-72, 114-116.）。

4 - 1989 年教育基本法と平等原則

4.1 - フランスの公教育における平等原則

戦後のフランスで施行された移民政策は、1970年代の移民の家族呼び寄せによって定住化が進んでことで1974年の移民の受け入れを停止した後も移民人口は増加し続けたことは前述したとおりである。移民の定住化が進んだことによって、フランスで出生し、戸籍上はフランス人である移民第二世代が増え、1980年代後半の社会党政権では自ずと社会統合政策が中心的な政策課題として位置づけられるようになった。

この点について、社会学者の宮島喬は「フランス的平等」との兼ね合いの観点から次のように分析する。すなわち、戦後の経済成長期の移民受け入れに際しても「フランス人と競合しない低熟練者」の受入が優先され、旧植民地出身者への差別意識もはたらいっていたフランスにおいて、フランス革命以来の「平等」概念との緊張関係（「平等」を前提としつつも、差別意識がはたらく「二重構造」）があったとし、1980年代の社会党政権下においてその是正が意識され、実施された政策の1つがZEP政策であったとの指摘である。⁽⁷⁴⁾

そして「属性を捨象した『孤立した、普遍的な、他者と類似した個人』」が「フランス的平等」の根底にあり、社会政策を実施するうえで対象の特定化や重点化の制約となったと分析する。なお、ここでいうフランス共和主義の平等概念は、2004年法によって確認された公立学校におけるイスラムの女子生徒のスカーフ着用をめぐる公教育のライシテの原則の解釈にも通底するものである。

その一方、1980年代に誕生した社会党のミッテラン政権では、選抜による後期中等教育への進学というそれまでの要件を大幅に緩和しその大衆化が図られた。⁽⁷⁵⁾ すなわち、コレージュにおける生徒の進路指導において親の

(74) 宮島喬「移民の社会的統合をめぐる問題・課題の現在」宮島・前掲注30『移民の社会的統合と排除 問われるフランス的平等』8-9頁

(75) この点は、園山大祐編著『岐路に立つ移民教育 社会的包摂への挑戦』（ナカニシヤ出版、2016年）145頁等を参照。

意向を尊重するとともに、校長の権限を拡大することで、それまで一般的であった現場の教員が生徒の学習到達度にもとづいて厳格に生徒を選抜する従来の選抜型の後期中等教育への進学要件が緩和され、1980年代中盤にはリセへの進学者が増加し、広く門戸が開放されることとなった。このことは同時に、社会的・経済的に恵まれない移民の生徒のリセへの受け入れの拡大にもつながることとなった⁽⁷⁶⁾。

移民人口の増加による社会統合の要請と「フランス的平等」の実現のために試行されてきた1980年代のフランスの教育政策は、移民か否かの出自への着目を取り払うZEP政策を導入する一方、後期中等教育における教育を受ける機会の拡充が図られ、ミッテラン政権における教育政策の集大成として1989年教育基本法が制定されることとなる。

4.2-1989年教育基本法の理念

第1次ミッテラン政権下で実施された政策の是非が問われることとなった1988年のフランス大統領選挙において、再選を目指したフランソワ・ミッテラン (François Mitterrand) は教育政策を最も優先すべき政策とし

(76) 教育学者の荒井文雄によれば、1980年代初頭、コレッジ入学者のうち非熟練就業者及び農業従事者の家庭の生徒の約40%が最終学年に進学できなかったのに対し、社会的・経済的上位の家庭の生徒は3%であり、こうした生徒の家庭が属する社会階層によって子どもの学力格差が顕著に認められることは統計結果からも明らかであった。また、1984年からは学区制が緩和され、進学する学校の選択肢が増えたこともあって、次第に学校間格差の拡大が問題となる。つまり、リセへの入学要件は緩和されたものの、リセ入学後は進級要件につまづく生徒が出始め、それは学力、ひいては家庭が属する社会階層によって引き続き大きな格差が顕在化した。ゆえに「ことさらに目につく格差を回避するために、人々はより『安心できる』学校へ子どもを通わせたいと願う学校選択をするようになった」(荒井文雄『京都産業大学論集』第26号(2009年)211頁)。また、教育社会学者のフランク・プポー (Franc Poupeau) は、後期中等教育の大衆化について、公立学校が社会的・経済的に恵まれない者の管理の場となり、それまでの社会的上位層は選抜された私立学校へと移り、庶民層が公立学校において管理されるという二元化を指摘している(フランク・プポー＝サンドリンヌ・ガルシア著(櫻本陽一訳)『教師とは誰か 教育改革の限界、教育改革の幻想』『現代思想』第32巻第4号(2004年)198-205頁)。こうした状況は、後述する1989年教育基本法においてバカロレア取得率の目標数値を示し、高等教育の大衆化を目指す背景として位置づけることができる。

て掲げて再選された。⁽⁷⁷⁾ ミッテランは同大統領選挙において1期目の第1回投票と比べても大幅に得票率を増やし、1989年教育基本法（この法律の制定当時の国民教育大臣リオネル・ジョスパンの名を冠してジョスパン法と呼ばれる）⁽⁷⁸⁾⁽⁷⁹⁾ が成立した。この法律は初等教育から高等教育に至るまでの教育に関わる法律を集成した基本法であり、1981年から続いたミッテラン政権の2期目の政権公約として掲げられ、成立した法律である。

1989年教育基本法の法案は第2次ミッテラン政権において国民教育大臣であったジョスパンによって閣議に提出され、1989年1月から3月にかけて教職員団体や父母団体、学生団体、労働組合及び経営者団体等から意見を聴取した後、さらに国民教育高等審議会等の審議会を経てコンセイユ・⁽⁸⁰⁾ デタに諮問され、6月に法案が提出された。その後、国民議会と元老院における修正審議がなされた後、同年7月4日に国民議会において可決・成立している。

審議の過程で当初の法案から条文が追加され計36条によって構成されることとなり、併せて、年次ごとの報告書の提出を義務づける付属報告書

(77) 第五共和制下での当時のフランスの大統領の任期は7年であり、再選回数にも制限はなかった。しかし、1995年に保守中道派の共和国連合（Rassemblement pour la République）の候補であったジャック・シラクが大統領に就任した後、1997年の国民議会総選挙において中道左派の社会党のリオネル・ジョスパンが首相に選出されて第3次コアビタシオンの状況が生じた。その後、2000年には大統領の任期を5年に短縮することの是非を問う国民投票が実施・可決され、大統領の任期は5年へと改められた。さらに統治機構改革を大統領選の公約に掲げ当選したニコラ・サルコジ（Nicolas Sarkozy: 国民運動連合（Union pour un Mouvement Populaire）〔共和国連合の後継政党〕所属）政権下では、大統領の任期を2期までとする憲法改正（第6条第2項）が行われた。

(78) もっとも、法案の最終的な議決を行った国民議会での採決結果は賛成280票、反対266票（共和国連合及び民主連合）、棄権30票（共産党）と僅差での可決であった。

(79) 1989年教育基本法の条文の訳出は、小野田正利「フランスの1989年教育基本法（ジョスパン法）研究（1）—解説と資料—」『長崎大学教育学部教育科学研究報告』第40号（1991年）29-46頁参照。

(80) 1989年教育基本法の審議過程については、以下の元老院のサイトを参照（最終閲覧日：2025年11月7日）（<http://www.senat.fr/dossier-legislatif/a88890686.html#block-timeline>）。

が付されることとなった。⁽⁸¹⁾

1989年教育基本法は、こうした法形式に特徴を有するだけでなく、教育を最優先事項に掲げたミッテラン政権が1980年代に取り組んできた教育政策の方針を改めて示す性格も帯びており、全36条の条文のうち、同法の理念をより端的に読み取ることができるのは総則規定である「第1章教育への権利 (le droit à l'éducation)」に置かれた条文である。

本稿の冒頭に述べた2005年学校基本計画法が批判の対象としたのもこの1989年教育基本法の理念に対してであり、以下、一部を抜粋して訳出する。⁽⁸²⁾ なお、下線と()内の原語併記は筆者による。

----- 1989年教育基本法 (抄訳) -----

- 第1条 教育は国民の第1の優先事項である。教育の公役務 (le service public de l'éducation) は児童生徒学生に応じてとらえられ組織される。教育の公役務は機会の平等に貢献するものである。
- 2 教育への権利 (le droit à l'éducation) はその人格を發展させ、初期教育及び継続教育 (formation initiale et continue) の水準を高め、社会生活及び職業生活に参加し、市民としての権利を行使することを可能にするために一人ひとりに保障される。
 - 3 社会的、文化的又は地理的出身にかかわらず、一般教養と公的資格 (qualification reconnue) を身につけることはすべての青年に保障される。障がいを持つ青年の学校教育の統合 (l'intégration scolaire) が促進されるものとする。看護及び保健機関とその役務がこの統合のために寄与する。

(81) 1989年教育基本法の以前には初等中等教育に関する1975年に教育基本法が制定されているが、前述の通り、1989年教育基本法は改正教育基本法としての性格を有しているものと見ることができる。教育学者の小野田正利によれば、ミッテラン政権においては、それまで散在していた教育法規の個別修正で対応する方法も提案されていたものの、ジョスパンの強い意向によってそれらを集成した法形式を採用することとなった (小野田・前掲注79「フランスの1989年教育基本法 (ジョスパン法) 研究 (1) —解説と資料—」29-30頁)。

(82) Loi d'orientation sur l'éducation n° 89-486 du 10 juillet 1989), *Journal officiel* du 14 juillet 1989, pp.8860-8869.

- 4 保育学校、小学校、コレージュ、リセ及び高等教育機関では、知識と学習の方法を伝達し修得させる責任を負う。これら教育機関は男女の平等を促進することに貢献する。これら教育機関はわが国及びヨーロッパそして国際的情勢における経済的、技術的、社会的並びに文化的な進展に適応した内容と方法で教育(formation)を行うものとする。この教育はあらゆる教育段階で地方の言語と文化の教育を含むことができる。芸術教育及び体育・スポーツ教育はすべての生徒の教育に直接に寄与する。高等教育においては、身体・スポーツ活動が学生に提供される。
- 5 各保育学校、小学校、コレージュあるいはリセにおいて教育共同体として児童生徒及び当該学校教育機関において、またはそれと関係をもって生徒たちの教育に寄与しているすべての人々が結集する。

第 2 条 すべての子どもはその家庭が望むならば3歳からその住居に最も近い保育学校又は幼児学級 (école maternelle, classe enfantine) に受け入れられなければならない。

- 2 2歳児の受け入れは都市部、農村部あるいは山間部のいずれの地域であれ、社会的に不利な環境に置かれている学校において、優先的に広げられるものとする。

第 3 条 国民は今後 10 年間に於いて同一年齢層のすべての者が、少なくとも職業適格証 (certificat d'aptitude professionnelle: CAP) 又は職業教育免状 (brevet d'études professionnelles: BEP) の水準に、かつ同一年齢層の 80%の者がバカロレアの水準に到達することを自らの目標として定める。

- 2 義務教育期間修了時において公認された教育水準 (niveau de formation reconnu) に達しなかったすべての児童生徒は、その水準に到達するために学習を続けることができなければならない。国はその権限の行使としてそれによって生じる就学期間の延長に必要な措置を整えるものとする。

第 4 条 就学期間は、課程ごとに組織される。これらの課程は年間ごとの進歩と評価基準を含めたその教育目標と全国的教育カリキュラム (objectifs et des programmes nationaux de formation) で定められる。

- 2 保育学校から小学校の修了までの就学期間は3つの課程からなる。
- 3 コレージュは2つの課程に分けられた教育を行う。
- 5 これらの課程の期間は政令により定める。
- 6 児童生徒の平等と学業成就を保障するために、教育は各課程の期間中および就学期間を通じた教育の継続性によって、児童生徒の多様性に適合する (adapté à leur diversité) もとする。

第 5 条 教育課程 (les programmes) は各課程ごとにその課程において修得されるべき基本的知識 (les connaissances essentielles) 及び理解されるべき教育方法を定める。この教育課程は全国的大綱であり、その枠内で教員が個々の児童生徒の学習のリズム (les rythmes d'apprentissage) を考慮して編成する。

第 14 条 教員は児童生徒の学校教育活動全体について責任を有する。教員は教育チーム (équipes pédagogiques) をもって活動する。この教育チームは同一クラスもしくは児童生徒の集団を担当する教員、又は同一の教科分野を担当する教員及び特に学校における学校心理カウンセラー (psychologues scolaires) などの専門職員によって構成される。教育関係職員 (personnels d'éducation) は教育チームに関与する。

- 2 教員は生徒個人の学習活動を援助しそれを遂行することを保障する。教員は児童生徒の評価を行う。教員は教育関係および進路指導関係職員との協力の下に児童生徒の進路計画の選択について、生徒に対して助言を行う。教員は、成人の継続教育活動に参加する。
- 3 教員養成は、前項の教員の任務全体についてこれを行うものと

する。

第 35 条 1989 年から 1994 年までの間の教育のための国の政策目標は本法の付属報告書 (repport annexé) に示される。

第 36 条 本法の実施についての最初の総括は 1992 年に国会に提出されるものとする。

1989 年教育基本法に関する論点は多岐にわたるが、本稿における考察の対象としては、とりわけ、以下の 3 点が重要である。

1 つは、先に述べた 1980 年代の後期中等教育の拡大化の方針として、保育学校 (第 2 条第 1 項において希望する 3 歳の幼児全員が保育学校に就学できると規定されていること。また、定員に空きがあればといった条件付で 2 歳児から就学することも可能) から小学校終了までの 9 年間で 3 つの課程に区分し (第 4 条第 2 項)、各々の教育目標を定めることで子どもの能力の発達を促す姿勢が示された点である。段階的な目標を定めることで子どもの発達段階に応じた能力の育成がきめ細かに規定され、小学校卒業までの間の落第を極力防ごうとする姿勢が示されている。また、小学校卒業までの落第を減少させることで中等教育へのアクセスとそこでの学力格差の是正が⁽⁸³⁾目指されている。

2 つには、リセ修了資格 (大学の入学資格) としてのバカロレア取得の数値目標が 80% と定められ (第 3 条第 1 項)、後期中等教育の次の段階として高等教育の拡大が⁽⁸⁴⁾目指された点である。当時のフランスのバカロレア取得率は 50% 程であり、付属報告書では法律公布後の 5 年間で 65% を目指すことが明記された。

3 つには、児童生徒の多様性を保障し (第 4 条第 6 項)、かつそれぞれの発達段階に応じた教育が継続して保障されるべきことを明示している点が

(83) 小野田・前掲注 79 「フランスの 1989 年教育基本法 (ジョスパン法) 研究 (1) 一解説と資料」 31-32 頁

(84) BSNP (Bibliothèque numérique de la statistique publique) の以下のサイト等参照 (<https://www.bnsp.insee.fr/ark:/12148/bc6p06zq3g1/f1.pdf>)。(最終閲覧日: 2025 年 11 月 7 日)

挙げられる。先の2つの方針にもとづく教育を受ける機会を拡大することにより、教育の平等を保障しようとする方針が示されている。

言い換えれば、中等教育以降の教育の機会を広げつつ、児童生徒の多様性を承認して受け入れ、学業成功を果たせない児童生徒に対し、継続して教育を受ける機会を保障しようとする点に1989年教育基本法の理念は集約されているものと見ることができる。

4.3-小括

ZEP政策導入以降の1980年代のフランスの教育政策には次の2つの側面を指摘することができる。1つは、1981年から始動したZEP政策と1989年教育基本法の理念との関係である。両者はいずれも社会党のミッテラン政権で進められた教育施策であり、上記のようにフランス共和主義の理念の下での教育の「平等」の観点から子どもの教育を受ける機会の保障を図ろうとする点でも共通する認識を有している。

2つには、学校教育における社会統合と多様性の承認との関係についてである。移民の定住化傾向が顕著となる以前の1970年代には移民の出身言語・文化に関する教育が始まるが、これは帰国奨励策とともに一定の多文化主義を志向するものであったと見ることができる。つまり、1970年代後半までのフランスの移民教育は、移民の子どもが母国の言語・文化を維持していることがフランスの学校に適応していく際に必要な要素として位置づけられていた。しかしながら、1970年代に入って移民の定住化が進むにつれ、1980年代以降は出身国の言語・文化教育を行うことへの批判と反省から人的・財政的措置としてのZEP政策へと転換が図られた。この点では、1980年代のフランスにおける移民に対する教育が、それまでの補習授業としての役割から学校教育への「統合」を求める側面を強めたものと見立てることができる。

もっとも、1980年代に目指された学校教育への「統合」は、2000年代の教育改革で掲げられたフランス共和国の「価値」の共有化原則に象徴される「普遍化された学校」の理念の共有を求めるものではなかった点にも

留意が必要である。すなわち、1989年教育基本法第4条第6項に明記されているとおり、同法は多様性の尊重を掲げ、児童生徒の発達段階に応じた学業の成功を規定しているものの、同法に内包された「統合」とは、いわば「学校教育への統合」の理念であり、2000年代の教育改革で掲げられた「共和国の価値」の共有化にといった、いわば「共和国への統合」の概念とは次元を異にするものといえる。

同様に、戦後のフランスで1970年代から実施されてきた移民に対する補習授業の目的は、移民の子どもを普通学級の授業に適應できるようにすることであったものの、そこには、少なからず、フランスの学校への移民の適應を図る同化主義的側面があった。しかし、当該補習授業は、移民とフランス人の子どもとが接触しながら学習を進めるようにも配慮されて実施されるなど、相互理解と文化の尊重を図る側面も有していたと見ることができる。

他方、1970年代の補習学級に始まるフランスの移民の教育も、その後の方針の転換を図る1980年代のZEP政策においても、普通学級への統合、ひいては「学校への統合」を目指すという点において、共通する目的を内包していたものと評することができる。しかし、その「学校教育への統合」が、2000年代の教育改革で掲げられた「共和国」への統合の概念といかなる点で性質の異なるものであるのかは別立てて検討を要する論点であろう。

5-むすびにかえて

1970年代の移民教育は、共和国の一員としての出自は問わないという、フランスの平等原則からの批判によって、1980年代にはZEP政策が推進されるとともに移民の出身国の言語・文化に配慮した教育は縮小され、そうした意味において、1970年代に始まる移民の教育政策と1980年代以降のそれとの間には大きな隔絶がある。⁽⁸⁵⁾

(85) 小山晶子「フランスにおける移民教育政策—第二世代に対する教育政策の不

また、1981年に始まったZEP政策は、社会的・経済的に恵まれない「地区」に居住する子どもを対象とした教育優先地域政策であり、それまでの移民教育がフランス人と移民及び移民第二世代という区分にもとづいた教育政策であったのに比べ、失業率、職業階層（所得）、落第率等にもとづき、社会的・経済的な困難を克服するために居住する地域に着目して支援する優先政策だった点にもフランスの移民教育の変容を見て取ることができる。

1981年にミッテランが大統領に就任して以降、第1次コアビタシオンを挟みながらも1995年まで社会党政権が続いたフランスでは、1980年代の教育政策の集大成として1989年教育基本法が成立し、同法では、保育学校への就学機会の保障や高等教育へのアクセスとしてのバカロレア取得率80%という数値目標が掲げられ、そこには確かに1つの教育の平等の理念を読み取ることができる。

他方、子どもの多様性への配慮が条文に明記され、子ども発達段階に応じた教育の保障が掲げられたことで、同法の重要な理念であった発達や文化的多様性への配慮の側面は、2000年代に入ると、次第に子どもの学力低下や学校荒廃の要因として批判されるようになる。その結果、2000年代の教育改革の柱として、新教育基本法としての2005年学校基本計画法の成立が目指されることとなったのである。

本稿で取り上げた先行研究等においても、1970年代後半に出身国に言語・文化教育を保障することで一定の多様性を承認していたフランスの移民教育が、1980年代に至って「統合」の側面が強調されるようになったと捉えている点では概ねの一致を見る。しかし、前述のとおり、1980年代までの教育政策に込められた「学校教育への統合」の理念は、2000年代の教育改革で掲げられることとなるフランス共和国への統合の理念とは必ずしも同質のものではない。この差異こそが「共和国の価値」の共有化を図る2000年代の教育改革の特質を浮かび上がらせる重要な問題を提起しているよう

在一」山本須美子編著『ヨーロッパにおける移民第二世代の学校適応 スーパー・ダイバーシティへの教育人類学的アプローチ』（明石書店、2017年）117頁

に思われる。

引き続きこの差異の分析を今後の研究課題と位置づけ、稿を改めて考察することとしたい。

※本稿は JSPS 科研費 JP25K04766 による研究成果の一部である。

桃山学院大学法学会会則

(名 称)

第1条 本学会は、桃山学院大学法学会 (St. Andrew's University Law Studies Association) と称する。

(目 的)

第2条 本学会は、桃山学院大学における法学およびその関連領域の研究を行うとともに、国内外の学術交流を図ることを目的とする。

(事務所)

第3条 本学会の事務所は、桃山学院大学内に置く。

(事 業)

第4条 本学会は第2条に定める目的を達成するため、次の事業を行う。

1. 機関誌の編集
2. 研究会の開催
3. 講演会の開催
4. その他、本学会の目的達成に必要な事業

(会 員)

第5条 本学会は、桃山学院大学の専任教員または名誉教授で、本学会の目的に賛同する者をもって会員とする。

- 2 会員は年額 3,000 円を会費として納入する。
- 3 会員は機関誌並びに法学会の出版物の配布を受けることができる。

(機関誌)

第6条 本学会の機関誌の名称は、『桃山法学』(St. Andrew's University Law Review) とする。

- 2 機関誌の編集は、本学会の責任において行い、桃山学院大学総合研究所がこれを発行する。
- 3 機関誌への投稿規程は別に定める。

(役 員)

第7条 本学会に次の役員を置く。

1. 会長 1名
2. 理事 若干名
3. 監事 1名
- 2 役員は会員の互選により総会において選出する。
- 3 役員の任期は1年とする。ただし、再任を妨げない。
- 4 会長は本学会を代表し、会務を統括する。
- 5 理事は会長を補佐し、会務を運営する。
- 6 監事は本学会の会計を監査する。
- 7 会長に事故あるときは、会長の委任を受けた理事が職務を代行する。

(総 会)

第8条 本学会は毎年度1回、定期総会を開催する。ただし、会長は、必要があると認められるときに、臨時に総会を招集することができる。

- 2 総会の定足数は、会員の2分の1とする。
- 3 総会の議長は、会長がこれを務める。
- 4 総会は役員を選出、新会員の入会承認、予算案の承認、会計監査の承認、本会

則の改正, 投稿規程の改訂, その他本学会の運営に必要な事項を審議・決定する。

- 5 総会の決定は, 会則の改正を除き, 出席しかつ投票する会員の2分の1によって行われる。ただし, 可否同数の場合は, 議長がこれを決する。

(監査)

第9条 本学会の会計年度は, 4月1日に始まり翌年の3月31日に終了する。

(会則の改正)

第10条 本会則の改正は, 総会の出席会員の3分の2の同意を要する。

付則 この会則は, 2002年6月19日より施行する。

この会則は, 2011年9月20日より一部改訂施行する。

この会則は, 2011年10月17日より一部改訂施行する。

『桃山法学』投稿規程

1. 『桃山法学』(以下「機関誌」と略す。)は, 定期刊行物であり, 年2回発行する。
2. 編集委員会は, 桃山学院大学法学会(以下「本学会」と略す。)会長および編集担当理事2名によって構成する。編集委員長は会長とする。
3. 編集委員会は, 投稿された原稿を審査するため, 本学会の会員からレフリーを若干名指名することができる。
4. 本誌に投稿できる者は, 本学会の会員とする。ただし, 編集委員会は, 非会員の投稿を認めることができる。
5. 投稿は, 「論文」, 「判例研究」, 「研究ノート」, 「資料」, 「翻訳」, 「書評」, 「その他」に類別する。ただし, 編集委員会は類別を変更することができる。
6. 投稿の分量は, 原則として「論文」が28,000字(欧文の場合は14,000語), それ以外の分類は14,000字(欧文の場合は7,000語)を基準とする。
7. 機関誌への投稿は, 法学およびその関連領域に関するもので, 未発表の原稿とする。
8. 投稿の掲載の可否は, 編集委員会およびレフリーの合議で決定する。
9. 投稿は原則として横書きとし, 完成原稿を提出しなければならない。
10. 英語その他の外国語による原稿は, タイプ打ちまたは活字体で提出しなければならない。
11. 投稿原稿には欧文タイトルを別記する。「論文」には400語以内の欧文抄録を添付することができる。
12. 「論文」, 「判例研究」, 「研究ノート」には, 和文または欧文によるキーワードを5語以内で記す。
13. 投稿者による校正は三校までとし, 定められた期日までに校正原稿を編集責任者へ返却しなければならない。
14. 本誌に掲載された論文等の著作権のうち「複製権」と「公衆送信権」の行使は, 桃山学院大学総合研究所に委託する。
15. 本誌に掲載された論文等については, 桃山学院大学学術機関リポジトリに公開することを原則とする。

付則 この規程は, 2002年6月19日より施行する。

この規程は, 2003年10月22日より一部改訂施行する。

この規程は, 2011年10月1日より一部改訂施行する。

執筆者紹介(掲載順)

鈴木康文	法学部講師
江藤隆之	法学部教授
橋本一雄	法学部准教授

桃山学院大学法学会会員（所属・50音順）

法 学 部 会 長

理事（編集）

理事（編集）

監事

理事（庶務）

理事（研究）

理事（研究）

経済学部

経営学部

本学名誉教授

本学名誉教授

本学名誉教授

本学名誉教授

本学名誉教授

本学名誉教授

本学名誉教授

本学名誉教授

本学名誉教授

江井大	藤口川	隆祐	之貴
河楠小	野本島	济恵敏	植子也
杉鈴田	西井木	敏敏和	也之貴
田田趙	中中	みも	恵介文
塚永橋	田水本	俊康志	子貴秀
早本松	川間村	康志祥	也子雄
矢井瀬	根上谷	民鉄裕	み学廣
瀧瀧寺	澤田	一のぞ	二敏子
朴本前	大 間田	昌眞	唱子榮
松村山	田山川	ゆり	之生子
		仁友	康也
		法徹	
		聰高	
		偉	

2026年2月27日 発行

桃山法学 第44号

編集 桃山学院大学法学会

発行 桃山学院大学総合研究所

〒594-1198 和泉市まなび野1-1

TEL. 0725-92-7129

印刷所 友野印刷株式会社

〒700-0035 岡山市北区高柳西町1-23

TEL. 086-255-1101(代)

St. Andrew's University Law Review

Issue No. 44

(February 2026)

Articles

Jordans Gedanke über die Gesetzesauslegung
und die Gerichtsgebrauch (1)SUZUKI Yasufumi (1)

De lege ferenda de delicto laesionis
vexilli nationalis IaponiaeETO Takahiro (23)

France's Educational Policies Towards Immigrants
and the Equality Principle:
A Consideration of the Legal Philosophy Within
the 1989 Fundamental Educational Law of France
.....HASHIMOTO Kazuo (51)

Edited by

St. Andrew's University Law Studies Association
St. Andrew's (Momoyama Gakuin) University
1-1 Manabino, Izumi, Osaka 594-1198, Japan