

## 意見書

2020 年 2 月 7 日

福岡高等裁判所第 1 民事部 御中

岡山大学大学院社会文化科学研究科・法学部准教授  
堀口 悟郎

### 1 はじめに

本意見書は、本件における係争処分（後掲「本件不指定処分」）が違法であり、原告らの請求が認容されるべき旨を述べるものである。

本論に入る前に、本件の事案と一審判決（福岡地小倉支判平成 31 年 3 月 14 日判例集未登載）の各概要、そして本意見書の要点を整理しておきたい。

#### (1) 事案の概要

事案の概要は、次のとおりである。

学校法人福岡朝鮮学園は、自ら設置・運営する九州朝鮮中高級学校の高級部（以下「九州朝鮮高校」という。）について、「公立高等学校に係る授業料の不徴収及び高等学校等就学支援金の支給に関する法律」（以下「支給法」という。）2 条 1 項 5 号および同法律施行規則（以下「本件省令」という。）1 条 1 項 2 号ハ（以下「ハ規定」という。）に基づく「高等学校の課程に類する課程を置くもの」と認められるとの指定を受けるため、平成 22 年 11 月 29 日付けで、当該指定に関する規程（以下「本件規程」という。）に基づいて指定の申請をした（以下「本件申請」という。）。

それに対し、文部科学大臣は、平成 25 年 2 月 20 日付けで不指定の処分を行った（以下「本件不指定処分」という。）。同処分の通知書には、処分の理由として、①ハ規定を削除したこと（以下「理由①」ということがある。）、②本件規程 13 条に適合すると認めるに至らなかったこと（以下「理由②」ということがある。）、と記載されていた。理由①にいうハ規定の削除とは、文部科学大臣が、平成 25 年 2 月 20 日付けで「公立高等学校に係る授業料の不徴収及び高等学校等就学支援金の支給に関する法律施行規則の一部を改正する省令」を制定し、本件申請の根拠規定であるハ規定を削除したこと（以下「本件省令改正」

という。)を指す。また、理由②で挙げられている本件規程 13 条とは、「指定教育施設は、高等学校等就学支援金の授業料に係る債権の弁済への確実な充当など法令に基づく学校の運営を適正に行わなければならない」と定める条文である。

これを受けて、当時九州朝鮮高校に在籍していた原告らは、本件不指定処分は違法であるなどと主張して、被告（国）に対し国家賠償法 1 条 1 項に基づく損害賠償等を請求する本件訴訟を提起した。

## **(2) 一審判決の概要**

一審判決は、大要、次のように判示して、原告らの請求を棄却した。

第一に、原告らは、本件不指定処分の理由は理由①であると主張するが、本件不指定処分に至る経緯等に鑑みれば、本件不指定処分は、理由①および理由②を理由とするものであると認められる。そして、本件規程 13 条に適合すると認めるに至らないという文部科学大臣の判断（理由②）に裁量権の逸脱・濫用が認められないのであれば、仮に本件省令改正が違法であったとしても、原告らに対して就学支援金は支給されないこととなるのであるから、本件不指定処分の違法性を検討するうえでは、理由②について裁量権の逸脱・濫用に当たるか否かを判断すれば足り、ハ規定削除（理由①）の違法性について判断する必要は認め難い。

第二に、本件規程 13 条は、ハ規定を根拠とする支給対象外国人学校としての指定を受けるための要件として、就学支援金の授業料に係る債権の弁済への確実な充当が行われることや、高等学校の教育課程の履修を含む学校運営が学校教育法、私立学校法等の法令に従った適正なものであると認められることを要するとしたものと解される。また、教育基本法が他のすべての教育関係法規の基本法たる性質を有し、すべての教育関係法規は教育基本法に定められた基本的理念を実施するための法律として解釈されるべきであるため、本件規程 13 条の「法令」から教育基本法を排除すべき理由はなく、本件規程 13 条の要件適合性の判断に当たっては、教育基本法 16 条 1 項の「不当な支配」に係る事情についても判断の要素として考慮すべきであると解される。そして、かかる本件規程 13 条は、支給法 2 条 1 項 5 号およびハ規定の委任の範囲内において定められており、適法である。

第三に、本件規程 13 条適合性の判断は、その性質および内容からして専門的・技術的検討を伴うものであるから、文部科学行政に通じる文部科学大臣の専門的・技術的判断に委ねられているものというべきである。また、教育基本法 16 条 1 項の「不当な支配」が存するかどうかやその程度といった事柄もまた、その性質および内容に照らせば、専門的・技術的検討が必要となるため、本件規程 13 条適合性の判断のなかで考慮される教育基本法 16 条 1 項の「不当な支配」に係る事情の判断についても、文部科学大臣の専門的・技術的判断に委ねられているものというべきである。

第四に、朝鮮総聯が朝鮮人学校の教育内容、人事、財政に影響を及ぼしているとする公安調査庁の資料・国会答弁などを考慮すると、九州朝鮮高校につき、就学支援金の授業料

に係る債権の弁済への確実な充当が行われることや、学校運営が法令に従った適正なものであることについて、十分な確証を得ることができず、本件規程 13 条に適合するものと認めるに至らないとした文部科学大臣の判断をもって、不合理なものということとはできず、その判断について、文部科学大臣に与えられた裁量権の範囲を逸脱し、またはこれを濫用した違法があるということとはできない。文部科学大臣が本件不指定処分をした背景には、朝鮮高校を支給対象校とすることが拉致問題との関係で相当でないという外交上の配慮もうかがわれるが、本件申請が本件規程 13 条に適合すると認めるに至らなかった以上、文部科学大臣としてはいずれにせよ不指定処分をせざるをえないのであるから、そうした背景（外交上の配慮）が存在するとしても、直ちに本件不指定処分が違法の評価を受けるものではない。

第五に、本件規程 15 条は、文部科学大臣が、教育制度に関する専門家その他の学識経験者で構成される第三者機関である「高等学校等就学支援金の支給に関する審査会」（以下「審査会」という。）の意見を聴取することを定めているところ、本件不指定処分は、審査会の最終的な審査結果が出ていない状況で行われた。しかし、本件規程 15 条は、審査会の意見が文部科学大臣の判断に資することから設けられたものであると考えられるのであり、その意見は、文部科学大臣が本件規程 13 条に定める要件を充足するか否かを判断する際の考慮要素の一つにとどまるものと解すべきである。また、審査会では、教育基本法 16 条 1 項の「不当な支配」がされていることや、適正な学校運営がされていないことが疑われる事情について議論がされたが、結論を出すには至らず、この審査会において指定の可否を議論し結論を出すのは限界があるのではないかという意見まで出されていた状況にあったことからすれば、審査会の審査を継続せず、それまでの審査会で出された委員の種々の意見を考慮したうえで本件不指定処分をした文部科学大臣の判断が不合理なものということとはできない。したがって、本件不指定処分は本件規程 15 条に違反しない。

以上のほか、本件不指定処分が憲法および条約等に違反しないことや、本件申請から本件不指定処分までに要した期間等が行政手続法 6 条・7 条に違反しないことなどについても判示されているが、それらは、本意見書の内容とは直接関係しないため、割愛する。

### **(3) 本意見書の要点**

本意見書は、一審判決の上記判示をほぼ全面的に否定するものである。その要点は、次のとおりである。

第一に、文部科学大臣は、朝鮮総聯による九州朝鮮高校への関与が教育基本法 16 条 1 項で禁じられた「不当な支配」に当たる疑いがあることを理由として、本件規程 13 条に適合すると認めるに至らないと判断し、本件不指定処分を下した。しかし、本件規程 13 条にいう「法令」には、教育基本法 16 条 1 項は含まれないと解すべきである。また、百歩譲って同条項が「法令」に含まれるとしても、「不当な支配」該当性の判断について行政裁量は認められない。そして、朝鮮総聯による九州朝鮮高校への関与は、「不当な支配」に当た

るものではない。したがって、本件不指定処分は、本件規程 13 条適合性の判断を誤っており、違法である。

第二に、本件規程 15 条は、文部科学大臣に対して、審査会の意見を聴くことを義務づけるものと解される。にもかかわらず、文部科学大臣は、本来考慮してはならない外交上の事情（拉致問題等）を重視した結果、審査会の審査結果が出るのを待たずに、本件不指定処分に及んだ。したがって、本件不指定処分は、本件規程 15 条に違反している。

第三に、本件不指定処分の通知書には、同処分の理由として、①ハ規定を削除したこと、②本件規程 13 条に適合すると認めるに至らなかったこと、としか記載されていなかった。この記載からは、いかなる事実関係に基づき、いかなる法令違反を認定して本件不指定処分がなされたのかを了知することができない。したがって、本件不指定処分は、理由提示に関する行政手続法 8 条 1 項本文に違反している。

以上のとおり、本意見書は、本件不指定処分が、①本件規程 13 条適合性の判断を誤っている点、②本件規程 15 条に違反している点、③行政手続法 8 条 1 項本文に違反している点において、違法であると述べるものである。これら 3 点のうち 1 点でも認められるならば、本件不指定処分は違法であり、原告らの請求は認容されなければならない。なお、本意見書は、いくつかの争点を検討の対象外としているが、それらの点についても一審判決の判示に賛同するものではないことを付言しておく。

## 2 本件規程 13 条適合性

### (1) 本件規程 13 条にいう「法令」に教育基本法 16 条 1 項は含まれない

一審判決は、本件規程 13 条にいう「法令」に教育基本法 16 条 1 項が含まれる理由について、次のように説いている。すなわち、教育基本法は、他のすべての教育関係法規の基本法たる性質を有している。それゆえ、本件規程 13 条にいう「法令」から教育基本法を排除すべき理由はない。よって、本件規程 13 条にいう「法令」には教育基本法 16 条 1 項が含まれる、と。

ここでは、教育基本法が本件規程 13 条にいう「法令」に含まれるということから、直ちに、教育基本法 16 条 1 項が当該「法令」に含まれるという結論が導かれている。あたかも、教育基本法が「法令」に含まれる以上、同法の条文はすべて「法令」に含まれる、と論ずるかのようである。しかし、この論証はあまりにも粗雑であるといわなければならない。というのも、教育基本法の条文は、その大半が、九州朝鮮高校のような後期中等教育の私立各種学校を名宛人とするものではないからである。

たとえば、義務教育に関する 5 条、大学に関する 7 条、家庭教育に関する 10 条、幼児期の教育に関する 11 条、社会教育に関する 12 条は、いうまでもなく、後期中等教育の学校を名宛人とするものではない。また、学校教育に関する 6 条、教員に関する 9 条、「特定の政党を支持し、又はこれに反対するための政治教育その他政治的活動」を禁ずる 14 条 2 項は、その冒頭に「法律に定める学校は」とあることから、学校教育法 1 条に定められた学

校（いわゆる「1 条校」）にしか適用されず、各種学校には適用されないものと解されている。さらに、「特定の宗教のための宗教教育その他宗教的活動」を禁ずる 15 条 2 項も、その冒頭に「国及び地方公共団体が設置する学校は」とあることから、私立学校には適用されない。加えて、教育の機会均等に関する 4 条 2 項・3 項や、教育振興基本計画に関する 17 条などは、国や地方公共団体の責務について定めたものであり、学校を名宛人とするものではない。

このように、教育基本法の条文は、その大半が、後期中等教育の私立各種学校を名宛人とするものではなく、それゆえ本件規程 13 条にいう「法令」に含まれないことが明らかである。そうである以上、教育基本法が教育関係法規の基本法たる性質を有するということは、同法の条文が本件規程 13 条にいう「法令」に含まれることの理由にはなりえても、同法 16 条 1 項が「法令」に含まれることの理由にはならない。「法令」に含まれるか否かは、教育基本法の個々の条文ごとに検討されなければならないのである。

では、教育基本法 16 条 1 項は、本件規程 13 条にいう「法令」に含まれるか。答えは「否」である。なぜならば、本件規程 13 条は、学校が支給対象校に指定されるうえで遵守すべき事項について定めたものである以上、そこにいう「法令」は、学校が遵守すべき事項を定めたものに限られると解さざるをえない。だが、教育基本法 16 条 1 項は、国家権力や社会的勢力等に対して「不当な支配」をすることを禁じたものであり、学校に対して「不当な支配」をされることを禁じたものではない。したがって、教育基本法 16 条 1 項は、本件規程 13 条にいう「法令」に含まれるはずがないのである。

具体例を挙げて説明しよう。「不当な支配」に関する近年の重要判例である、七生養護学校事件判決（東京高判平成 23 年 9 月 16 日判例集未掲載）は、都議会議員らが、都立七生養護学校で行われている性教育について、学習指導要領に違反し、児童生徒の発達段階を踏まえない不適切なものであると決めつけ、当該性教育を実践している養護教諭らを、高圧的な態度で一方的に批判・非難した行為について、旧教育基本法 10 条 1 項（現行法 16 条 1 項）が禁ずる「不当な支配」に該当すると判断した。ここにおいて、旧教育基本法 10 条 1 項に違反しているのは、「不当な支配」をした都議会議員らである。いうまでもなく、「不当な支配」をされた七生養護学校は、同条項に違反するものではない。教育基本法 16 条 1 項（旧法 10 条 1 項）が「不当な支配」をされることを禁ずるものではないという解釈は、このような当然の理を意味するものである。

別の角度から説明するならば、仮に、教育基本法 16 条 1 項は学校に対して「不当な支配」をされることを禁ずる条文であると解し、本件規程 13 条にいう「法令」に教育基本法 16 条 1 項が含まれるとした場合、「不当な支配」をされている学校は、それだけで無償化の対象外とされることになる。そうすると、ある学校を嫌悪し、無償化の対象外にしたいと考える者は、当該学校に対して「不当な支配」を行うことによって、その目的を達する

---

<sup>1</sup> 中川律「朝鮮高校と『不当な支配』の禁止——授業料無償化不指定裁判を考える」時の法令 206 号（2019 年）48-49 頁。

ことができってしまう。こうした事態が不合理であることは、いうまでもないだろう。この点からも、教育基本法 16 条 1 項が本件規程 13 条にいう「法令」に含まれるという解釈が妥当でないことは明白である。

以上のとおり、「不当な支配」を禁ずる教育基本法 16 条 1 項は、本件規程 13 条にいう「法令」に含まれない。それゆえ、九州朝鮮高校が朝鮮総聯等から「不当な支配」をされている疑いがあることを理由に、同校が本件規程 13 条に適合すると認めるに至らないとした文部科学大臣の判断は、法の解釈を誤ったものというほかない。したがって、当該判断に基づいてなされた本件不指定処分は違法である。

## (2) 「不当な支配」該当性の判断について行政裁量は認められない

また、百歩譲って、教育基本法 16 条 1 項が本件規程 13 条にいう「法令」に含まれるとしても、「不当な支配」該当性の判断について、文部科学大臣の行政裁量は認められないものと解すべきである。なぜならば、「不当な支配」該当性は、「教育権の所在」に関する憲法論や「不当な支配」に関する判例法理を正確に理解していなければ、適正な判断を到底期待しえない事柄である以上、法解釈の専門機関である裁判所が客観的に判断すべきものであり、文部科学大臣の判断を尊重する必要性が認められないからである。一審判決は、「不当な支配」に係る判断は、「専門的・技術的検討」が必要となるため、文部科学大臣の専門的・技術的判断に委ねられていると判示したが、「不当な支配」該当性の判断に必要な専門的知識は、何よりも法学のそれであるから、この判示には賛同しえない<sup>2</sup>。

付言すれば、本件規程 15 条は、文部科学大臣に審査会の意見を聴く義務を課しているが、同審査会は主に「教育制度」に関する専門家によって組織されたものであるため、必ずしも「不当な支配」に関する法解釈論について専門的知識を有しているとはいえない。え、そもそも文部科学大臣は審査会の最終的な審査結果が出るのを待たずに本件不指定処分に及んでいる。そのため、審査会への諮問手続が法定されている点を考慮に入れたとしても、「不当な支配」該当性の判断について行政裁量を認めるべきでないという上記結論は何ら左右されるものではない。

実際、「朝鮮高校無償化裁判」に係る裁判例を除いて、従来判例では、「不当な支配」該当性を裁判所が客観的に判断してきた。たとえば、旭川学力テスト事件判決（最大判昭和 51 年 5 月 21 日刑集 30 卷 5 号 615 頁）は、文部省が主導した学力調査の「不当な支配」該当性について、許容される目的のために必要かつ合理的と認められるか否かという基準を自ら定立し、その基準に基づいて客観的な審査を行っている。学力調査を主導した文部省は、それが「不当な支配」に当たらないという判断を前提にしていたはずであるが、そうした文部省の判断を尊重するという態度を同判決はとっていない。

<sup>2</sup> これに対して、本件規程 5 条にいう「高度な普通教育に類する教育を施すにふさわしい授業科目」が開設されているかの判断は、教育制度に関する専門的知識が求められるため、文部科学大臣に（教育制度の専門家によって構成される審査会の意見を聴くことを前提として）行政裁量を認める余地があると考えられる。もっとも、九州朝鮮高校が本件規程 5 条の要件を満たしていることには争いが無い。

さらにいえば、「不当な支配」該当性の判断について行政裁量を認めることは、教育基本法 16 条 1 項の立法趣旨にも反している。

旭川学力テスト事件判決が説いているように、教育基本法は、「戦前のわが国の教育が、国家による強い支配の下で形式的、画一的に流れ、時に軍国主義又は極端な国家主義的傾向を帯びる面があったことに対する反省」の下に制定された法律である。そして、こうした立法趣旨は、「同法の各規定を解釈するにあつても、強く念頭に置かれるべきものである」。実際、同判決において、「法制的根拠に基づく教育行政の教育支配は、不当な支配に当たらない」という検察側の解釈が排斥された理由の一つも、そうした解釈が「教基法が、戦前のわが国における教育への政治的、行政的に不当な干渉、官僚的支配に対する反省のうえに制定され、教育を不当な政治的、行政的干渉から独立させることを一つの目標としたものであることから……採用し難い」と考えられたことにある<sup>3</sup>。

こうした教育基本法 16 条 1 項の立法趣旨からすれば、ほかならぬ行政に対して「不当な支配」の判断を委ねるなどということは、決してあってはならないことである。朝鮮高校無償化裁判大阪地裁判決（大阪地判平成 29 年 7 月 28 日判例集未掲載）が指摘しているように、「『不当な支配』の判断が文部科学大臣の裁量に委ねられるべきものとする」とは、「裁量的判断を通じて教育に対する行政権力による過度の介入を容認することになりかねず、同項〔教育基本法 16 条 1 項〕の趣旨に反することになる」。換言すれば、司法が行政に対して「不当な支配」該当性の判断権を移譲することは、「不当な支配論による不当な支配」を招くおそれがあるのである<sup>4</sup>。

### **(3) 九州朝鮮学校に対する朝鮮総聯の関与は「不当な支配」に当たらない**

そして、客観的に判断すれば、朝鮮総聯による九州朝鮮高校への関与は、「不当な支配」に当たらないものといわざるをえない<sup>5</sup>。その理由は、下記のとおりである。

九州朝鮮高校のような民族学校と、朝鮮総聯のような民族団体との関係は、宗教系学校と宗教団体との関係に類似している。

一般に、宗教系学校は、宗教団体から経済的支援を受けている。また、宗教系学校の教職員は、当該宗教の信者であることを求められることが少なくない。さらに、宗教系学校には、当該宗教に関する授業科目が設置されていたり、宗教的儀式が学校行事として組み込まれていたりするのが通常である。このように、宗教系学校は、宗教団体と密接な関係にあり、宗教団体から財政、人事、教育内容等の面で大きな影響を受けている。

しかし、それにもかかわらず、このような宗教団体による宗教系学校への関与は、「不

<sup>3</sup> 今井功「判解」最判解刑事篇昭和 51 年度 220 頁。

<sup>4</sup> 成嶋隆『「不当な支配」論による〈不当な支配〉——朝鮮高校無償化訴訟における不条理』世界 2019 年 1 月号 229-232 頁。

<sup>5</sup> 以下の検討は、「不当な支配」該当性の判断について行政裁量は認められない、という解釈を前提にしているが、万が一行政裁量が認められるとしても、同様の理由から、本件不指定処分は裁量権の逸脱・濫用に当たり、違法であると考えられる。

当な支配」に当たるものではないと解されている。なぜかといえば、宗教団体による宗教系学校への関与は、宗教教育を行ううえで重要なものであり、宗教系学校も、宗教系学校に通う子どもや保護者も、宗教団体による関与を望んでいることが多いからである。そのような関与が、教師や親の教育の自由、そして子どもの学習権を守るために設けられた規定である、「不当な支配」禁止条項に違反するはずがない。

民族学校と民族団体との関係も、これと同様である。一般に、民族学校は、民族団体から経済的支援を受けている。また、民族学校の教職員は、民族団体のメンバーであることが少なくない。さらに、多くの民族学校では、民族教育の内容等について、民族団体の助言や指導を受けている。このように、民族学校は、民族団体と密接な関係にあり、民族団体から財政、人事、教育内容等の面で大きな影響を受けている。

そして、民族団体による民族学校への関与は、民族教育を行ううえで重要なものであり、民族学校も、民族学校に通う子どもや保護者も、そのような民族団体による関与を望んでいることが多い。さらにいえば、一般に宗教系学校は、当該宗教の信者でない子どもも数多く入学するが、民族学校は、当該民族と関係のない子どもはまず入学しない。特に、1条校ではなく各種学校として設置されている民族学校は、進学等の面で1条校に比して不利な扱いを受けるため、民族教育を強く望む子ども・保護者でなければ選択しないのが通常である。そのため、一般に、民族学校に通いながら、民族団体による関与を望んでいない子ども・保護者の数は、宗教系学校に通いながら、宗教団体による関与を望んでいない子ども・保護者の数よりも、相当少ないものと考えられる。そうである以上、民族団体による民族学校への関与は、宗教団体による宗教系学校への関与と同様、あるいはそれ以上に、「不当な支配」に当たらないと解すべきである。

もちろん、「不当な支配」に当たるか否かは、個別具体的な状況に照らして判断されるべき問題であるから、宗教団体による宗教系学校への関与や、民族団体による民族学校への関与も、例外的な状況下においては、「不当な支配」に当たる可能性がないではない。たとえば、学校、生徒、保護者が反対しているにもかかわらず、宗教団体や民族団体が学校の教育内容等に大きく介入している場合、その関与は「不当な支配」に当たる余地があるだろう。しかしながら、朝鮮総連による九州朝鮮高校への関与は、こうした例外的なケースに当たるものではない。それどころか、朝鮮総連は、九州朝鮮高校を含む朝鮮学校を長年にわたって支えてきた組織であり、九州朝鮮高校の教育活動にとって重要な存在であるといえる。以下、この点について論じよう<sup>6</sup>。

戦時中、日本政府は、植民地たる朝鮮から多数の朝鮮人を日本へ連行した。その結果、終戦を迎えた1945年8月時点において、日本に住む在日朝鮮人の数は約200万人に達していた。そして、終戦後も、彼らのなかの相当数（約60万人）は、祖国への帰国が難しく、日本にとどまらざるをえなくなった。帰国の障害となったのは、祖国での生活基盤が

---

<sup>6</sup> より詳しくは、朴三石『教育を受ける権利と朝鮮学校——高校無償化問題から見えてきたこと』（日本評論社、2011年）第4章参照。

破壊されていたこと、帰国する際に所持できる金銭や荷物が制限されたこと、そして子どもたちが朝鮮語を十分に理解できなかったことであるといわれている。日本政府は、戦時中、在日朝鮮人に対して「同化教育」を強制し、民族教育を禁じた。在日朝鮮人らは、子どもたちに祖国の歴史・文化・言語を教えようと、夜学や塾などで民族教育を試みたが、そうした動きは特別高等警察によって弾圧された。そのため、在日朝鮮人の子どもの多くは、終戦時において朝鮮語を話すことができなかつたのである。

終戦後、在日朝鮮人らは、子どもたちに朝鮮語を教えるため、全国各地に「国語講習所」をつくった。これが朝鮮学校の始まりである。国語講習所は、1946年4月に3年制の「初等学院」へと再編され、同年9月には初等学院が6年制となった。そして、同年10月には東京朝鮮中学校が設置され、1948年10月には同中学校に高等学校が併設された。この当時、朝鮮学校の経済的支援や、教員の確保、学校体系の整備、教科書の編纂・出版などを担ったのは、1945年10月に結成された在日朝鮮人団体である「在日本朝鮮人連盟」であった。すなわち、朝鮮学校は、その出発時から、財政、人事、教育内容等の面において、民族団体による支援を受けていた。この支援がなければ、終戦からわずか3年ほどで、朝鮮学校が初等教育から後期中等教育までをカバーすることは困難だったであろう。

他方、日本政府が朝鮮学校を支援することはなかつた。それどころか、GHQの意向もあり、日本政府は多くの朝鮮学校を閉鎖へと追い込んだ。すなわち、日本政府は、1948年1月に「朝鮮人設立学校の取扱いについて」と題する通達を発した。この通達は、①在日朝鮮人も日本の公・私立学校に就学させなければならない、②私立学校は学校教育法で定める認可を受けなければならない、③義務教育期間における各種学校は認めない、とするものである。これにより、在日朝鮮人の子どもは日本の学校に通うことを強制された。この通知に対しては、在日朝鮮人らによる大規模な抗議運動が巻き起こり、その結果、朝鮮学校はかろうじて存続することができた。ところが、その翌年である1949年9月、日本政府は、「団体等規制令」により、朝鮮学校を支えてきた在日本朝鮮人連盟を強制的に解散させた。また、同年10月には、①在日朝鮮人の義務教育は公立学校において行うことを原則とする、②義務教育以外の教育を行う朝鮮学校については、厳重に日本の法令に従わせ、無認可学校は認めない、③朝鮮学校の経営等は自らの負担によって行わせるべきであり、国または地方公共団体が援助する必要はない、という方針を閣議決定した。そして、文部省は、この方針に基づき、都道府県知事に対し、朝鮮学校を原則として閉鎖するよう指示した。このいわゆる「朝鮮学校閉鎖令」により、在日朝鮮人による民族教育は極めて深刻なダメージを受けることとなった。

こうして壊滅的な状態に陥った朝鮮学校が、再出発を成し遂げたのは、1955年のことである。同年5月、在日朝鮮人の権利擁護団体である朝鮮総聯（在日本朝鮮人総聯合会）が結成された。朝鮮総聯は、朝鮮学校について、「民族的主体性」を重視する教育へと舵を切り、在日朝鮮人の子どもたちに朝鮮語で民族教育を行うことを教育目的とし、その目的に基づいて教育内容を再編した。そして、1952年のサンフランシスコ平和条約締結に伴い、

在日朝鮮人が日本国民ではなくなり、在日朝鮮人を日本の学校に通わせる必要性が乏しくなったことを利用して、朝鮮学校の規模を拡大させていき、1956年4月には朝鮮大学の設立も実現した。また、朝鮮学校について各種学校の認可を得るという方針を打ち出し、1975年までにすべての朝鮮学校について認可を得た。このように、朝鮮総聯は、朝鮮学校の再出発において、決定的に重要な役割を担った。そして、その後も、朝鮮総聯は朝鮮学校における教育活動を一貫して支援し続けている。

以上の歴史的経緯に鑑みれば、朝鮮総聯が、九州朝鮮高校を含む朝鮮学校の教育活動にとって重要な存在であることは明らかである。それゆえ、朝鮮総聯による九州朝鮮高校への関与は、「不当な支配」に当たるものではない。一審判決は、公安調査庁の資料等を証拠として、朝鮮総聯が朝鮮高校と密接な関係にあり、朝鮮高校の教育内容、人事、財政に影響を及ぼしている可能性があるとしたうえ、そうした事情だけで「不当な支配」の合理的疑念を認めているようであるが、妥当でないといわざるをえない。

したがって、朝鮮総聯による九州朝鮮高校への関与が「不当な支配」に当たる疑いがあるとの判断に基づいてなされた本件不指定処分は、本件規程13条適合性に関する判断を誤っており、違法である。

### 3 本件規程 15 条違反

#### (1) 本件規程 15 条は審査会の意見を聴くことを文部科学大臣に義務づけている

本件規程 15 条は、「文部科学大臣は、規則第 1 条第 1 項第 2 号ハの規定による指定を行うおうとするときは、あらかじめ、教育制度に関する専門家その他の学識経験者で構成される会議で文部科学大臣が別に定めるものの意見を聴くものとする」と規定している。審査会は、この規定に基づいて設置されたものである。

当該規定の趣旨は、ハ規定に基づく申請の審査を教育上の観点から客観的に行うことを、制度的に担保することにある。すなわち、当時の政府は、ハ規定に基づく申請の審査は、外交上の配慮によることなく、教育上の観点から客観的に行うべきである、という統一見解を示していた。これを受けて、文部科学大臣の諮問機関である「高等学校等就学支援金の支給に関する検討会議」（以下「検討会議」という。）は、「高等学校の課程に類する課程を置く外国人学校の指定に関する基準について（報告）」において、「外国人学校の指定については、外交上の配慮などにより判断すべきものではなく、教育上の観点から客観的に判断すべきものであるということが法案審議の過程で明らかにされた政府の統一見解である。このため、審査は、教育制度の専門家をはじめとする第三者が、専門的な見地から客観的に行い、対象とするかどうかについて意見を取りまとめ、最終的には、文部科学大臣の権限と責任において、外国人学校の指定がなされることが適当である」とした。つまり、外交上の配慮を排し、教育上の観点から客観的な審査を行うためには、教育制度の専門家をはじめとする有識者によって組織された第三者機関に審査を委ねることが必要だと報告した。この報告に基づいて設けられたのが、本件規程 15 条なのである。

検討会議の上記報告書には、「最終的には、文部科学大臣の権限と責任において、外国人学校の指定がなされることが適当である」と記されており、また本件規程 15 条も、「意見を聴くものとする」という文言になっており、「議決に基づき」といった文言にはなっていない。そのため、本件規程 15 条は、文部科学大臣が審査会の審査結果に法的に拘束されることまでを意味するものとは考えられない<sup>7</sup>。しかしながら、本件規程 15 条に「意見を聴くものとする」と明記されていることや、文部科学大臣が審査会の意見を聴くことが、外交上の配慮を排した、教育上の観点からの客観的な審査を担保するために必要不可欠な手続であることに鑑みれば、文部科学大臣が申請に対する処分を下す前に、審査会の最終的な審査結果を聴くことは、法的義務であると解さざるをえない。そして、文部科学大臣がこの義務を履行せずに処分を下した場合、その処分は違法であるというほかない。

こうした解釈は、最高裁判例においても示されてきたものである。たとえば、群馬中央バス事件判決（最判昭和 50 年 5 月 29 日民集 29 卷 5 号 662 頁）は、運輸大臣が自動車運送事業免許の許否を決する際に「運輸審議会にはかり、その決定を尊重して、これをしなければならぬ」と定める運輸省設置法 6 条 1 項 7 号に関して、次のように判示している。

法は、運輸大臣が運輸審議会の決定を尊重すべきことを要求するにとどまり、その決定が運輸大臣を拘束するものとはしていないから、運輸審議会は、ひつきよう、運輸大臣の諮問機関としての地位と権限を有するにすぎないものというべきであるが、しかしこのことは、運輸審議会の決定が全体として免許の許否の決定過程において有する意義と重要性、したがってまた、運輸審議会の審理手続のもつ意義と重要性を軽視すべき理由となるものではない。一般に、行政庁が行政処分をするにあたって、諮問機関に諮問し、その決定を尊重して処分をしなければならない旨を法が定めているのは、処分行政庁が、諮問機関の決定（答申）を慎重に検討し、これに十分な考慮を払い、特段の合理的な理由のないかぎりこれに反する処分をしないように要求することにより、当該行政処分の客観的な適正妥当と公正を担保することを法が所期しているためであると考えられるから、かかる場合における諮問機関に対する諮問の経由は、極めて重大な意義を有するものというべく、したがって、行政処分が諮問を経ないでなされた場合はもちろん、これを経た場合においても、当該諮問機関の審理、決定（答申）の過程に重大な法規違反があることなどにより、その決定（答申）自体に法が右諮問機関に対する諮問を経ることを要求した趣旨に反すると認められるような瑕疵があるときは、これを経てなされ

---

<sup>7</sup> 伊方原発訴訟判決（最判平成 4 年 10 月 29 日民集 46 卷 7 号 1174 頁）の調査官解説である高橋利文「判解」最判解民事篇平成 4 年度 430 頁によれば、「一般に、行政庁が行政処分をするに当たり、他の行政機関の意見を求めなければならないこととされている場合、法文の形式上、『……の議決に基づき』あるいは『……の同意（承認）を得て』等と規定されているときには、処分庁はその内容に拘束され、右行政機関は参与機関であるが、『……の意見を聞いて』あるいは『……にはかり』等と規定されているときには、処分庁はその意見に拘束されるものではなく、その行政機関は諮問機関であると解されている」。この見解を前提にした場合、本件規程 15 条は「意見を聴くものとする」と定めているため、審査会は文部科学大臣の諮問機関であるということになる。

た処分も違法として取り消しを免れないこととなるものと解するのが相当である。

同判決の調査官解説は、当該判示の意義について、次のように説いている<sup>8</sup>。

行政庁が行政処分をするにあたり諮問機関の答申に拘束されないという意味は、処分庁が答申と異なる処分をしたからといってそれだけで処分が違法にはならないということにすぎないものであって、答申を全く考慮しないで処分をしてもよいということではなく、まして、諮問を経ること自体を訓示的なものにするということではない。答申が処分行政庁を拘束しないとしても、答申を慎重に検討、考慮して処分をすることは、処分を適正、妥当ならしめるとともにその公正をも担保する作用を営み、利害関係人の保護にも資するものであって、この故に、諮問を経ることは、単に訓示的な意味にとどまらず、処分の適法要件をなすものと考えられるのである（このことは、法が答申を尊重して処分をすべきことを定めている場合には、より一層妥当する<sup>9</sup>。）ちなみに、通説によれば、……諮問を経ない瑕疵は、それが無効原因になるかどうかは別として、少くとも取消原因にはなると解されているのである。ところで、行政処分の適法要件である諮問を経ていないものとして処分が違法とされる場合として、一般に、(1) 全く諮問を欠いた場合、(2) 諮問はしたが、正当な事由がないのに答申をまたないで行政処分をした場合、(3) 答申が無効な場合、等があげられている。右(1)の場合は処分の適法要件である諮問を全く欠く場合であり、(2)、(3)もこれと実質を同じくするものであって、これらの場合に、行政処分が違法とされることについては問題はないであろう。

このように、法が諮問手続を定めている場合、その趣旨は「行政処分の客観的な適正妥当と公正を担保すること」にあると考えられるため、「諮問機関に対する諮問の経由は、極めて重大な意義を有するもの」ものであり、「行政処分が諮問を経ないでなされた場合はもちろん」違法である。そして、全く諮問を欠いた場合だけでなく、諮問はしたが正当な事由なく答申をまたずに行政処分をした場合にも、諮問を経ていないものとみなされ、処分は違法となる。これが最高裁判例において確立された法解釈である。

## **(2) 本件不指定処分は本件規程 15 条に違反している**

本件において、最後の審査会（第 7 回会議）が開催されたのは、平成 24 年 9 月 10 日のことである。それから、本件不指定処分がなされた平成 25 年 2 月 20 日まで、一度も審査会は開催されていない。にもかかわらず、下村文部科学大臣は、平成 24 年 12 月 26 日の政権交代に伴い文部科学大臣に着任してからわずか 2 日後の同月 28 日、記者会見におい

<sup>8</sup> 越山安久「判解」最判解民事篇昭和 50 年度 251-252 頁。

<sup>9</sup> 答申を「尊重」すべき旨の文言がある場合に「より一層」妥当するということは、そのような文言がない場合にも妥当する、ということを含意する。本件規程 15 条には、審査会の意見を「尊重」すべき旨が明記されていないが、だからといって審査会の意見を聴かなくてよいことになるわけではない。

て、朝鮮学校について不指定の方向で進める旨を発表した。そして、平成 25 年 2 月 20 日には、ハ規定を削除する本件省令改正と同時に、本件不指定処分を行った。このように、下村文部科学大臣は、審査会の最終的な審査結果を待たず、それどころか大臣着任時点から一度も審査会が開催されていない状況の下で、本件不指定処分に及んだ。これは、諮問はしたが正当な事由なく答申を待たずに行政処分をした場合に当たり、諮問手続を経ていないものとみるほかなく、本件規程 15 条に違反するものであるといわざるをえない。

これに対し、一審判決は、「本件規程 15 条には『意見を聴くものとする』と規定されているに止まる」ことや、「検討会議の報告において『……最終的には、文部科学大臣の権限と責任において、外国人学校の指定がなされることが適当である』とされている」ことなどから、「本件規程 15 条は、審査会の意見が文部科学大臣の判断に資することから設けられたものと考えられるのであり、その意見は、文部科学大臣が本件規程 13 条に定める要件を充足するか否かを判断する際の考慮要素の一つに止まるものと理解するのが相当である」と解した。そして、「審査会の第 7 回までの会議において、教育基本法 16 条 1 項の『不当な支配』がされていることや、適正な学校運営がされていないことが疑われる事情について議論がされたが、結論を出すには至らず、この審査会において指定の可否を議論し結論を出すのは限界があるのではないかという意見まで出されていた状況にあったこと……からすれば、審査会の審査を継続せず、それまでの審査会で出された委員の種々の意見を考慮した上で本件不指定処分をした下村大臣の判断が不合理なものということはできない」と判示した。

しかしながら、この判示には全く賛同しえない。第一に、この判示においては、審査会への諮問手続が不当に軽視されている。このような解釈は、群馬中央バス事件判決をはじめとする最高裁判例の見解と矛盾するものである。第二に、この判示においては、審査会の最終的な審査結果が出るのを待たずとも、審査の途中で出された意見を考慮しさえすれば、「意見を聴くものとする」という義務を果たしたものといえる、と解されているようである。しかし、そうした解釈は、諮問手続に関する解釈として不合理であるばかりか、文部科学省自身の見解とも矛盾するものでもある。すなわち、審査会の第 7 回会議において、文部科学省は、「本審査会として、結論として 1 つの方向性を示すことが求められているのか。場合によっては、委員の間にいろいろな意見があってもまとまらない、ということもありうるのか」という質問に対し、「最終的に、どちらかの方向性は示していただくことになるが、その際に、少数意見を併記することも考えられる」と回答している。このように、文部科学省自身も、審査会が最終的な審査結果を出さないということを認めておらず、意見がまとまらない場合でも、少数意見を併記したうえで「どちらかの方向性」、すなわち指定か不指定かの方向性を示すことを求めているのである。

以上のとおり、本件不指定処分は、明らかに本件規程 15 条に違反するものである。

### (3) 本件不指定処分は外交上の配慮に基づいて下されている

そして、本件不指定処分は、外交上の配慮を排し、教育上の観点から客観的な審査を行うために設けられた審査会の意見を聴かずになされたがために、法の趣旨に反し、外交上の配慮に基づくものとなってしまった。すなわち、下村文部科学大臣は、上記記者会見において、「本日の閣僚懇談会で、私から、朝鮮学校については拉致問題の進展がないこと、朝鮮総聯と密接な関係にあり、教育内容、人事、財政にその影響が及んでいること等から、現時点での指定には国民の理解が得られず、不指定の方向で手続を進めたい旨を提案したところ、総理からもその方向でしっかり進めさせていただきたい旨の御教示がございました」と述べ、「拉致問題の進展がない」という外交上の配慮をしたことを認めたのである。

さらに、下村文部科学大臣は、この記者会見の際、「外交上の配慮などにより判断しないと、民主党政権時の政府統一見解として述べていたことについては、当然廃止をいたします」とも述べている。この発言は、不指定の主な理由が「外交上の配慮」であり、「朝鮮総聯と密接な関係にあり、教育内容、人事、財政にその影響が及んでいること」という理由は副次的なものでしかなかったことを認めるものといえる。

この外交上の配慮から朝鮮高校を不指定にすべきだという見解は、自民党が野党であった時期から、下村氏が強く主張していたものであった。たとえば、第 175 回国会・衆議院・文部科学委員会（平成 22 年 9 月 8 日）において、下村氏は次のように述べている。

そもそも外国人学校の指定については、外交上の配慮などにより判断すべきものではなく、教育上の観点から客観的に判断すべきものであるということが法案審議の過程で明らかにされた政府の統一見解だというふうにされております。一般的、抽象的な外国人学校を想定すれば、それはそのとおりだというふうに思います。ただ、朝鮮学校においては、外交上の配慮などにより判断すべきものではないとか、あるいは教育上の観点から客観的に判断すべきというような単一的な視点ではなくて、あるいは形式的に判断基準を満たしていればいいということではなくて、これはまさに行政、役人的な発想ではなくて、朝鮮高校を取り巻く状況を総合的に検討して政治判断をするということも私は問われていくんだと思うんですね。我が国の立場から見て。そういう視点から、これを政治的に判断する必要がある。

こうした下村氏の態度は、1968 年に朝鮮大学校を各種学校として認可した際の美濃部亮吉・東京都知事（当時）の態度とは、全く対照的である。美濃部知事は、当該認可の際、次のような談話を発表している<sup>10</sup>。

この問題に関連してさまざまな政治的見解があることは知らないわけではありません。だが私は、政治的な見解に従って判断することは絶対にすべきではないと考えて、当初

---

<sup>10</sup> 朴・前掲注 6) 180-181 頁。

からいつているように、あくまで行政ベースで判断いたしました。

行政ベースということは、憲法と法令と慣行に従って、知事の責任において決定するというものであり、その際、憲法を第一のはかりとすることはいうまでもありません。

また、この問題において行政ベースで処理するということは在日朝鮮人の教育全般を検討することではなく『朝鮮大学校』が私立各種学校としての資格をもっているかどうかを、その設置基準に照らして判断することにとどまることです。

本件規程も、「政治的な見解に従って判断することは絶対にすべきではない」という方針に基づき、「憲法と法令と慣行に従っ」た、客観的な「基準」に照らした判断を求めているはずである。ところが、下村文部科学大臣は、「形式的に判断基準を満たしていればいいということではなくて、これはまさに行政、役人的な発想ではなくて、朝鮮高校を取り巻く状況を総合的に検討して政治判断をする」必要があると考えた。だからこそ、下村文部科学大臣は、外交上の配慮に基づいた判断はしないという政府統一見解を変更し、審査会の最終的な審査結果を待たず、まさに「政治判断」として、外交上の配慮に基づいて本件不指定処分を下したのである。

以上のとおり、下村文部科学大臣は、本件規程 15 条に違反しており、その結果として、外交上の配慮に基づく不指定処分という、同条の趣旨に真っ向から反する処分を下している。このような重大な瑕疵のある本件不指定処分は、国家賠償法上違法であるといわざるをえない。

#### **4 行政手続法 8 条 1 項本文違反**

##### **(1) 本件不指定処分は行政手続法 8 条 1 項本文に違反する**

行政手続法 8 条 1 項本文は、「行政庁は、申請により求められた許認可等を拒否する処分をする場合は、申請者に対し、同時に、当該処分の理由を示さなければならない」と定めている。当該規定の趣旨は、行政庁の判断の慎重と合理性を担保してその恣意を抑制するとともに、処分の理由を名宛人に知らせて不服申立てに便宜を与えることにありと解される。したがって、これらの趣旨に照らして十分な理由が提示されていなければ、当該処分は違法となる。

たとえば、行政手続法制定前の判例であるが、旅券発給拒否処分事件判決（最判昭和 60 年 1 月 22 日民集 39 卷 1 号 1 頁）は、「外務大臣において旅券法 13 条 1 項 5 号の規定を根拠に一般旅券の発給を拒否する場合には、申請者に対する通知書に同号に該当すると付記するのみでは足りず、いかなる事実関係を認定して申請者が同号に該当すると判断したかを具体的に記載することを要する」と解し、「単に『旅券法 13 条 1 項 5 号に該当する』と付記されているにすぎない本件一般旅券発給拒否処分の通知書は、同法 14 条の定める理由付記の要件を欠く」として、当該処分を取り消した。また、行政手続法 14 条 1 項本文に関する判例であるが、一級建築士免許取消処分事件判決（最判平成 23 年 6 月 7 日民集 65 卷

4号2081頁)は、一級建築士免許取消処分の理由として、処分の原因となる事実および処分の根拠法条だけが提示されていたことについて、「いかなる理由に基づいてどのような処分基準の適用によって免許取り消し処分が選択されたのかを知ることはできない」ため、「理由提示としては十分でない」とし、当該処分を取り消した。

本件不指定処分の通知書には、処分の理由として、①ハ規定を削除したこと、②本件規程13条に適合すると認めるに至らなかったこと、と記載されていた。理由①はともかく、理由②は、理由提示として著しく不十分であるといわざるをえない。というのも、朝鮮高校無償化裁判名古屋地裁判決(名古屋地判平成30年4月27日判時2400号20頁)が説示しているように、「本件規程13条適合性に当たって問題となる『法令』には複数の教育関連法が含まれる上、法令違反の具体的内容もさまざまであるから、単に要件適合性が認められない条項が本件規程13条であることを指摘するのみでは、いかなる事実関係に基づき、いかなる法令違反の疑いを認定して本件不指定処分がされたのかを了知することは困難」だからである<sup>11</sup>。したがって、本件不指定処分は、行政手続法8条1項本文に違反するものといわざるをえない。

## (2) 理由提示の瑕疵により国家賠償請求が認容されるべきである

なお、上記名古屋地裁判決は、不指定処分が行政手続法8条1項本文に違反することを認めつつも、次のように説いて、国家賠償請求を棄却している。

行政手続法8条1項本文違反は行政処分の違法性を基礎付けるものの、本件不指定処分が実体的に適法であることは前記……のとおりであるから、……理由提示が不十分であることによる瑕疵は手続的瑕疵にとどまる。そして、手続的瑕疵は、処分の取消理由にはなるものの、当該行政処分が取り消され、適法な手続で行政処分が再度なされることによって、手続瑕疵によって侵害された申請者の手続的利益は回復するのが通常である。しかも、本件における理由提示の瑕疵は、本件申請の申請者である愛知朝鮮学園との関係における手続上の瑕疵であり、原告ら〔愛知朝鮮高校の元生徒ら〕は本件申請の申請者ではない。さらに、本件不指定処分の理由は通知書自体から明らかでないことから、行政手続法8条1項本文の要請を満たさないが、愛知朝鮮学園(及び原告ら)が、本件不指定処分の理由となる事実及び根拠法令(朝鮮高校が朝鮮総聯と密接な関係にあ

---

<sup>11</sup> さらに、同判決は、「愛知朝鮮学園は、審査会の審査経過や支援室からの確認内容を通じ、朝鮮高校と朝鮮総聯の関係が教育基本法16条1項の『不当な支配』に当たる可能性があるとの疑念を抱かれていることを認識し得たと認められるが、理由提示の趣旨が、処分の相手方の不服申立てに便宜を与えることだけでなく、処分の慎重と公正妥当を担保することにもあることからすれば、不指定処分の理由は通知書の記載自体において明らかにされていることを要し、相手方の知、不知にはかかわりがないというべきである(最高裁昭和45年(行ツ)第36号同49年4月25日第一小法廷判決・民集28巻3号405頁参照)」と判示している。朝鮮高校側が、審査会の審査経過等から、不指定処分の理由が専ら「不当な支配」の疑いであることを了知しえたとは考え難いが、「不指定処分の理由は通知書の記載自体において明らかにされていることを要し、相手方の知、不知にはかかわりがない」という点は、妥当な解釈である。

り、教育内容、人事、財政にその影響が及んでいることから、教育基本法 16 条 1 項の『不当な支配』が疑われるものとして、本件規程 13 条に適合すると認めるに至らなかったこと)を認識しえたことは前記……のとおりであり、訴訟提起に当たって、原告らに特別な支障があったとも認められない。

以上によれば、本件不指定処分の理由提示が不十分であったことにより、原告らの法的保護に値する権利利益が侵害されたとまでは認められず、国家賠償請求は認められない。

ここでは、不指定処分が行政手続法 8 条 1 項本文に違反しているにもかかわらず、国家賠償請求が認められない理由として、①当該行政処分が取り消され、適法な手続で行政処分が再度なされることによって、手続的瑕疵によって侵害された申請者の手続的利益は回復するのが通常であること、②本件における理由提示の瑕疵は、本件申請の申請者である愛知朝鮮学園との関係における手続上の瑕疵であり、原告ら（愛知朝鮮高校の元生徒ら）は本件申請の申請者ではないこと、③朝鮮高校側は、審査会の審査経過等から、不指定処分の理由となる事実及び根拠法令を認識しえたため、訴訟提起に当たって特別な支障があったとは認められないこと、が挙げられている。

しかしながら、これらの理由はいずれも不合理である。まず、①本件訴訟は本件不指定処分の取消しを請求するものではないし、そもそも本件不指定処分が取り消されたところで、申請の根拠となるハ規定は削除されているため、適法な手続で行政処分が再度なされることによって手続的利益が回復することはありえない。また、②理由提示の瑕疵は、形式的には福岡朝鮮学園との関係における瑕疵であるが、本件不指定処分によって最も不利益を被るのは就学支援金を受給できなくなる生徒らであり、だからこそ本件訴訟においても元生徒らが原告となっているのであるから、当該瑕疵は実質的には原告らとの関係における瑕疵でもあるといわなければならない。さらに、③審査会は、本件規程 13 条適合性に関して、教育基本法 16 条 1 項のほかにも様々な点を検討していたため、朝鮮高校側が、審査会の審査経過等から、「朝鮮高校が朝鮮総聯と密接な関係にあり、教育内容、人事、財政にその影響が及んでいることから、教育基本法 16 条 1 項の『不当な支配』が疑われるものとして、本件規程 13 条に適合すると認めるに至らなかったこと」が本件不指定処分の理由であると了知できたとは考えられない。それゆえ、理由提示の瑕疵は、訴訟提起に当たって重大な支障になったものといわざるをえない。

さらにいえば、行政手続法 8 条 1 項本文違反（および本件規程 15 条違反）のような手続的瑕疵こそが、九州朝鮮高校に通っていた原告らに対して、多大な精神的ショックを与えるものであった。原告らが、青春時代の貴重な時間を犠牲にしてまで本件訴訟を提起したのは、単に就学支援金を受給できなかったからではないだろう。また、おそらくは、朝鮮高校が朝鮮総聯から「不当な支配」を受けていると疑われたことも、その最大の理由ではない。最大の理由は、朝鮮高校が、1 条校はもちろん他の外国人学校よりも劣った存在と

して扱われ、外国人学校のなかで唯一、法令に基づく適正な手続による審査すら受けられなかったためであると考えられる。大学進学等の面で不利な扱いを受けうることを覚悟のうちで、祖国の言語や文化等を学ぶために朝鮮高校へ進学した原告らは、自らの人格形成の場となった朝鮮高校が、理由提示等の基本的な手続すら履践されず、そうした手続を踏む価値すらないかのように扱われたとき、自分自身が「二級市民」の烙印を押されたかのように感じ、深く傷ついたに違いない。そうだとすれば、こうした手続的瑕疵を認めながら、国家賠償請求を棄却するという判断は、本件訴訟の本質を全く理解していないものといわざるをえない。

## 5 おわりに

これまで述べてきたとおり、本件不指定処分は、①本件規程 13 条適合性の判断を誤っている点、②本件規程 15 条に違反している点、③行政手続法 8 条 1 項本文に違反している点において、違法である。したがって、原告らの請求は認容されるべきである。

一連の朝鮮高校無償化裁判においては、ごく一部の例外を除いて、不合理な法解釈によって原告らを敗訴させる判決が下されてきた。憲法および教育法を研究する者として、本件訴訟の控訴審において、福岡高等裁判所第 1 民事部により、正しい判断が示されることを、強く願う次第である。

以 上

## 経歴・研究業績等

岡山大学大学院社会文化科学研究科・法学部准教授

堀口 悟郎

### 1 経歴

- 1987年5月 出生
- 2009年3月 早稲田大学法学部卒業（早期卒業）
- 2011年3月 慶應義塾大学大学院法務研究科修了
- 2011年11月 最高裁判所司法研修所司法修習生（新第65期）
- 2013年4月 慶應義塾大学大学院法務研究科助教
- 2015年4月 九州産業大学経済学部講師
- 2018年4月 九州産業大学地域共創学部准教授
- 2019年10月 岡山大学大学院社会文化科学研究科・法学部准教授（現在に至る）

### 2 研究領域

- ・専攻：憲法・教育法
- ・研究テーマ：教育権の所在、大学の自治、君が代訴訟

### 3 主要研究業績

#### (1) 著書

- ・堀口悟郎「教育を受ける権利」「刑事手続上の権利」斎藤一久＝堀口悟郎編『図録 日本国憲法』（弘文堂、2018年）56-59、68-71頁
- ・堀口悟郎「AIと教育制度」山本龍彦編『AIと憲法』（日本経済新聞出版社、2018年）253-283頁
- ・堀口悟郎「地方自治」「刑事手続上の権利」「社会権」曾我部真裕＝横山真紀編『スタディ憲法』（法律文化社、2018年）83-94、175-188、189-202頁
- ・堀口悟郎「学問の自由・教育の自由」「東大ポポロ事件」「旭川学力テスト事件」「岐阜県青少年保護育成条例事件」木下昌彦編集代表『精読憲法判例〔人権編〕』（弘文堂、2018年）
- ・堀口悟郎「テロ行為を理由とする国籍剥奪」大沢秀介＝新井誠＝横大道聡編『変容するテロリズムと法』（弘文堂、2017年）111-126頁
- ・堀口悟郎「学問と統治」片桐直人＝岡田順太＝松尾陽編『憲法のこれから』（日本評論社、2017年）126-133頁
- ・堀口悟郎「教育権の所在」横大道聡編『憲法判例の射程』（弘文堂、2017年）186-196頁

- ・堀口悟郎＝奥中康人「思想・良心に反する行為を拒めるか？」山本龍彦＝清水唯一朗＝出口雄一編『憲法判例からみる日本』（日本評論社、2016年）92-113頁
- ・堀口悟郎「学問の自由と『中央集権』」憲法理論研究会編『対話と憲法理論』（敬文堂、2015年）61-74頁
- ・堀口悟郎「教育権の所在」辻村みよ子＝山元一＝佐々木弘通編『憲法基本判例』（尚学社、2015年）290-302頁

## (2) 論文

- ・堀口悟郎『君が代判例』が継承した憲法理論」法律時報 91 卷 5 号（2019 年）70-75 頁
- ・堀口悟郎「高等教育の無償化と大学の自治——フランスとの比較から」日本教育法学会年報 48 号（2019 年）72-81 頁
- ・堀口悟郎「教育における AI の活用と憲法」NEC-AI と法研究会編『Human Rights by Design の社会実装に関するチェックポイントリストの検討 最終報告書』（2019 年）41-48 頁
- ・堀口悟郎「思想による差別——君が代再雇用拒否訴訟における未解決の論点」地域共創学会誌創刊号（2018 年）77-99 頁
- ・堀口悟郎「学生の参加と教授の独立」比較憲法学研究 30 号（2018 年）111-137 頁
- ・堀口悟郎「行政裁量と人権——君が代懲戒処分事件判決における人権論の領分」法学研究 91 卷 1 号（2018 年）479-506 頁
- ・堀口悟郎「教育の政治的中立性と政治教育の自由」日本教育法学会年報 46 号（2017 年）117-125 頁
- ・堀口悟郎「義務としての政治教育の自由」法学セミナー744号（2017年）37-41頁
- ・堀口悟郎『教授会自治』と『教授の独立』」法学政治学論究 103 号（2014 年）35-67 頁
- ・堀口悟郎「人格と虚像——君が代起立斉唱事件判決を読み直す」慶應法学 30 号（2014 年）37-69 頁
- ・堀口悟郎「教育権論再考——『公共性』論から『秩序』論へ」慶應法学 21 号（2011 年）157-224 頁

## (3) 学会報告・研究会報告

- ・堀口悟郎『中央集権国家』の地方自治——フランスにおける地方自治体の将来像」（比較憲法学会、2019年10月26日）
- ・堀口悟郎「フランスにおける大学の自由」（九州公法判例研究会、2019年7月13日）
- ・堀口悟郎「教育における公共性・再訪」（教育法研究会、2019年3月25日）
- ・堀口悟郎「フランスの大学における専門職自治とその揺らぎ」（慶應義塾大学フランス公法研究会、2019年3月2日）
- ・堀口悟郎「教育基本法 7 条 2 項」（新教育基本法法制研究特別委員会、2019 年 1 月 12 日）

日)

- ・堀口悟郎「プロファイリングと憲法——教育に関するケースを中心に」(NEC-AI と法研究会、2018年7月20日)
- ・堀口悟郎「高等教育の無償化と大学の自治——フランスとの比較から」(日本教育法学会、2018年6月3日)
- ・堀口悟郎「テロリズムと国籍剥奪」(慶應義塾大学フランス公法研究会、2018年2月18日)
- ・堀口悟郎「学生の参加と教授の独立」(比較憲法学会、2017年10月28日)
- ・堀口悟郎「懲戒処分と思想・良心の自由——君が代懲戒処分事件判決における裁量論と人権論」(九州公法判例研究会、2015年7月4日)
- ・堀口悟郎「教育の政治的中立性と政治教育の自由」(日本教育法学会、2016年5月29日)
- ・堀口悟郎「フランスにおける『大学の自治』」(憲法理論研究会、2015年3月28日)
- ・堀口悟郎「フランスにおける『教授の独立』原則」(慶應義塾大学フランス公法研究会、2014年11月16日)

#### (4) 判例評釈・立法紹介・座談会

- ・堀口悟郎「(判例評釈) 大学教員の雇用契約上の権利」法学セミナー780号(2020年)110頁
- ・堀口悟郎「(立法紹介) 高等教育進学制度改革——学生の進路指導及び成功に関する2018年3月8日の法律第2018-166号」日仏法学30号(2019年)103-107頁
- ・千葉勝美＝上田健介＝片桐直人＝木下昌彦＝堀口悟郎「(座談会) 千葉勝美・元最高裁判事との対話」法律時報91巻9号(2019年)96-115頁
- ・石井拓児＝内田良＝高橋哲＝堀口悟郎「(座談会) 教職員の多忙化問題——法学と教育学から考える」法学セミナー773号(2019年)25-52頁
- ・堀口悟郎「(判例評釈) 君が代再雇用等不合格事件上告審判決」法学セミナー765号(2018年)120頁
- ・堀口悟郎「(判例評釈) 大阪君が代減給処分事件」法学セミナー744号(2017年)108頁
- ・堀口悟郎「(判例評釈) 君が代再雇用等不合格事件」法学セミナー730号(2015年)124頁
- ・堀口悟郎「(立法紹介) 大学制度改革——高等教育及び研究に関する2013年7月22日の法律第660号」日仏法学28号(2015年)141-144頁
- ・泉徳治＝山元一＝堀口悟郎ほか「(座談会) 泉徳治・元最高裁判所判事に聞く」法学セミナー714号(2014年)42-55頁

以上