

平成31年（ネ）第307号 九州朝高生就学支援金差別国家賠償請求控訴事件

控訴人 甲ほか67名

被控訴人 国

控訴審第1準備書面

2019年12月13日

福岡高等裁判所第1民事部 御中

控訴人ら訴訟代理人弁護士	李	博	盛
同 弁護士	後	藤	富
同 弁護士	中	原	昌
同 弁護士	安	元	隆
同 弁護士	川	上	武
同 弁護士	祖	父	江
同 弁護士	金		敏
同 弁護士	池		上
同 弁護士	服	部	貴
同 弁護士	柴	田	裕
同 弁護士	白		
同 弁護士	石	井	衆
同 弁護士	清	田	美
同 弁護士	松	本	知
同 弁護士	朴		憲
同 弁護士	鄭		文
同 弁護士	阪	本	志
同 弁護士	白		石

第1 はじめに

- 1 控訴人らは、本準備書面において控訴答弁書に対して反論するものである。
- 2 まず、原審が結審される直前に争点となった規則ハ号削除（理由①）及び本件規程13条適合性（理由②）の論理的関係について、本件不指定処分の効力発生時期は2013年2月20日以降であり、効力発生時点で規則ハ号が存在しない以上、規則ハ号の存在を前提とする本件規程13条適合性（理由②）は本件不指定処分の理由とはなり得ないことを指摘する。

また、規則ハ号削除（理由①）を理由とする不指定処分により、本件規程13条適合性（理由②）を理由とする不指定処分とは別に、独自の権利または法的利益が侵害されるため、控訴審においては、規則ハ号削除（理由①）を理由とする不指定処分の適法性について司法判断を回避することは許されないことを指摘する（第2）。

- 3 また、本件規程13条適合性について、同適合性審査にかかる文部科学大臣の裁量は存在しないか、仮に裁量が存在するとしても、特に「不当な支配」との関係において、極めて政治的観点から作成された資料を基礎として、文部科学大臣の裁量に逸脱濫用はないとして司法統制を及ぼさなかった原判決が誤っていることを指摘する（第3）。
- 4 さらに、被控訴人が本件訴訟提起後において主張を始めた、いわゆる4要件について、当該要件が立法過程のみならず、検討会議や審査会において全く言及されていなかったものであるから、およそ本件規程13条適合性の判断における要件とはなり得ないことを指摘するとともに、九州朝鮮高校においては、教育基本法の理念に沿った教育が行われており、就学支援金が授業料以外の用途に流用されるおそれがないこと、不当な人的・物的支配を受けていないこと、反社会的な活動を行う組織と密接に関連していないことを積極的に指摘する（第4）。
- 5 加えて、被控訴人による本件不指定処分が、政治的目的から朝鮮高校だけを狙い

撃ちにしたものであるところ、アメリカの憲法理論および憲法判例に照らせば、本件不指定処分は差別的意図によるものであることを指摘する（第5）。

以下、詳述する。

第2 理由①（規則ハ号削除）を根拠とする不指定処分には、独自の権利又は法的利益の侵害があり、規則ハ号削除に関する司法判断を回避することは許されないこと

1 理由①と理由②との論理的関係等について

(1) 理由①と理由②の論理関係を判断する必要があること

ア 被控訴人は答弁書-14頁において、「本件省令改正と本件不指定処分との時間的先後関係等にかかわらず、理由②が是認されるのであれば、控訴人らの請求に理由がない」、「理由②が是認されるのであれば、結局のところ、控訴人らの請求には理由がないことに帰することは明らかである。」と主張する。

イ しかし、この論点整理は間違っている。

被控訴人は、仮に理由①が不指定の理由であり不指定処分が違法であったとしても、理由②が是認されるのであれば、控訴人らは就学支援金を受給できなかったのであり、国賠法上の「権利又は法的利益の侵害」を観念できない（だから請求に理由がない）という理解に立ち、論点整理を行っている。

しかし、控訴人らが主張する「権利又は法的利益の侵害」は後述（第2の2）するように就学支援金の受給権だけではない。控訴人らには就学支援金の受給権だけでなく、在日朝鮮人として的人格権、民族の尊厳、民族教育を受ける権利、適正な手続きを受ける権利等という「権利又は法的利益の侵害」が発生している。

本件はまさに九州朝鮮高校に所属する生徒たちが、朝鮮学校の生徒であ

るという理由で「差別」を受けた事案である。「差別」により就学支援金の受給の有無だけではない、朝鮮人としての人格権、民族の尊厳、民族教育を受ける権利、適正な手続きを受ける権利等という、朝鮮人としての民族的アイデンティティーを侵害された事案である。「差別」を受けた被害者である控訴人らをどう救済できるかが本訴訟の焦点であり、控訴人らは就学支援金の支給の有無だけではなく、「差別」による被害を訴えているのである。被控訴人のような論点整理は、本件事案の本質から目を背けるものに他ならない。

ウ 本章で述べるように、本件不指定処分の理由は、理由①しかあり得ない。そして、理由①による本件不指定処分は違法であり、それにより就学支援金の支給の有無に限らない損害が控訴人らに生じている。

(2) 本件不指定処分の理由は理由①であること

ア 前提の誤り

被控訴人は、議論の前提として、「理由①と理由②は、いずれも、それぞれ単独で本件不指定処分を理由あらしめるものであることは明らかである」（答弁書-10頁）と主張する。

しかし、被控訴人の主張は、この前提から誤っている。本件不指定処分時において、規則ハ号は存在しない。存在しない規則ハ号を根拠にした理由②により不指定処分を行うことはできない。そのため、理由②は本件不指定処分の理由たり得ない。そのため、「いずれも・・・理由あらしめる」とする点は明らかに誤っている。

イ 理由の論理関係に関する被控訴人と控訴人の主張

(ア) 一致点

被控訴人は「理由①と理由②とは、本件不指定処分の理由としては、論理的に両立しない」（答弁書-10頁）とし、「理由①と理由②のいずれ

れが本件不指定処分の理由として成り立ち得るかは、規則ハ号の削除の効力発生時期と本件不指定処分の効力発生時期との時間的先後関係により決まるものである」（答弁書-10頁）とする。この点は、控訴人も同じ理解であり、被控訴人の主張は正当である。

また、被控訴人が「本件省令改正の効力発生時期は、平成25年2月20日である」（答弁書-11頁）とする点も正当である。

さらに、本件不指定処分の効力発生時期について「本件不指定処分の効力は、本件不指定処分に関する意思決定が何らかの形式で外部に表示され、相手方である本件法人に告知され又は到達すること、すなわち相手方である本件法人が本件不指定処分を現実に了知又は了知し得べき状態におかれたときに発生する」（答弁書-11頁）という点、「本件不指定処分に係る通知文書は平成25年2月20日付けのものであり、同日に発出されてそれ以降に到達した」（答弁書-12頁）という点は正当である。

（イ）相違点

しかし、被控訴人が「同月19日のうちには、本件法人において、本件不指定処分の内容を現実に了知し、又は了知し得る状態に至った可能性がある」とする点、「本件不指定処分の通知状況等を全体として通覧した場合には、同月19日に本件不指定処分が効力を生じていたとみる余地もある」とする点は不当である。被控訴人の主張は間違っている。

そもそも、2013年2月20日付の本件不指定処分の意思表示が2月20日以前に対外的に表明されることは論理的にあり得ない。

被控訴人は、同年2月19日時点での文科大臣の記者会見や、各朝鮮高校に対するFAX送信を理由に2月20日以前に行政処分の意思表示が表面されたと主張しよへうとするが、記者会見やFAX送信はいずれ

も行政処分の「予定」の告知に過ぎない。行政処分の意思表示そのものではない。例えば、記者会見やFAX送信の後、その社会的影響を踏まえて、政治的判断により不指定処分をその段階では出さない（又は延期する）という対応もあり得る。記者会見やFAX送信は、あくまで不指定処分の予定の告知に過ぎない。

なお、この点は、名古屋高裁判決も「2月19日の文部科学大臣の行為は、本件不指定処分の予告であり、本件不指定処分の効力発生は2月21日以降である」と判示している。

ウ 小括

以上のとおり、被控訴人が行った本件不指定処分は、2013年2月20日以降に到達し効力を発生している。本件不指定処分の効力発生時点で規則ハ号は存在しない以上、規則ハ号の存在を前提とする理由②は本件不指定処分の理由となり得ない。

よって、本件不指定処分の理由は、理由①である。

2 理由①（規則ハ号削除）を根拠とする不指定処分には、独自の権利又は法的利益の侵害があること

(1) 被控訴人の主張

被控訴人は、「本件省令改正は、各朝鮮高校において従来と同様の体制の下で従来どおりの教育活動を行うことを妨げるものではないから、これによって控訴人らが主張する何らかの権利等を侵害するものではない」、「理由②を理由とする本件不指定処分は是認され適法と評価されるもので、いずれにせよ控訴人らは支給法に基づく就学支援金の受給を受けることができなかったのであるから、本件省令改正によって、控訴人らは主張する何らかの権利等が侵害されたということとはできない」などの理由を挙げて、理由①（規則ハ号削除）を根拠とする不指定処分を違法であるとする控訴人らの主張が誤り

であると述べている（答弁書18頁第2項以下）。

しかしながら、被控訴人の主張は、以下のとおり控訴人らの主張を曲解しているものであり、失当である。

- (2) 従来どおりの教育活動を行うことができることは無関係な事情であること
被控訴人の主張の前半部分を要約するに、「控訴人らは今までと同様の環境で教育を受けられるのであるから、控訴人らの権利又は法的利益を侵害していない」というものである。

しかしながら、控訴人らが、規則ハ号削除を理由とする不指定処分によって侵害されたと主張している権利又は法的利益は、控訴理由書19頁で詳述したとおり、無償化制度から悪意をもって排除されたことによって傷つけられた控訴人らの朝鮮人としての人格権、民族の尊厳、民族教育を受ける権利、適正な手続きを受ける権利等である。

この点からも明らかなおり、控訴人らは、従前に受けていた民族教育を受けられなくなったと主張しているわけではなく、政治・外交目的による人種や民族を理由とした差別的取扱いを受けた旨を主張しているのである。

被控訴人が行った規則ハ号削除及び本件不指定処分は、日本国と朝鮮共和国の間の政治・外交問題を個人の人権問題に持ち込み、いわば「見せしめ」とも評すべき違法行為である。

このような状況に追い込まれた控訴人らが上記の権利又は法的利益を侵害され、精神的苦痛を感じるのは当然のことである。従来どおりの教育活動を行うことができることは当然であって、それによって上記精神的苦痛が慰藉されるものではない。

以上のとおり、従来どおりの教育活動を行うことができるという被控訴人の主張は、規則ハ号削除及び不指定処分によって、権利又は法的利益が侵害されたことを否定する根拠にはならない、無関係な事情である。

(3) 理由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）を根拠に規則ハ号削除の違法性の判断を回避することは許されないこと

ア 被控訴人の反論は、「(理由①による不指定処分が違法であるとしても)理由②によって不指定処分が下されることが見込まれ、就学支援金を受けることができなかつたのであるから、規則ハ号削除に基づく不指定処分によって控訴人らの権利又は法的利益を侵害していない」というものである。

イ しかしながら、第1に、上述したように本件不指定処分の根拠は理由①のみであり、理由②と解する余地はない。理由①と理由②は併存し得ない以上、①で違法と判断された行政処分を存在しない理由②で改めて適法化することは許されない。

より根本的なところを指摘すれば、規則ハ号削除に基づく不指定処分が違法であると判断される場合であっても、既に一度行政によって削除された法規範（規則ハ号）が法律上当然に復活するわけではない。復活するには改めて規則ハ号の制定行為が必要である。

それにもかかわらず、規則ハ号の復活（ないし存在）を当然の前提として、理由の差し換えを認めていること自体、原判決及びこれを踏襲した被控訴人の主張には、看過しがたい論理の飛躍があるというべきである。

ウ また第2に、さらに重要な点であるが、理由①に基づく不指定処分と理由②に基づく不指定処分は、同じ行政処分であっても質的に全く異なるという点である。

すなわち、後者が要件該当性に関する法解釈の問題であるのに対し、前者は明らかな差別行為、被控訴人に与えられた権限を濫用・逸脱した違法性が著しい行為であり、不指定処分の持つ意義や処分によって受ける被害の範囲も自ずから拡大するという点である。

たとえば、市民が行政窓口で申請手続きをする事例において、窓口の担

当事者が、必要書類の不足を理由として受理を拒否した場合と、当該市民に対し侮辱的・差別的な理由を明示して受理を拒否した場合とを比較すると顕著である。後者の場合には申請によって得られたはずの利益とは別に、侮辱的・差別的理由を示されたことによる申請者に対する人格権侵害が問題となることは明らかである。仮に、処分前の段階で必要書類の不足を理由として受理を拒否することも選択し得たとしても、実行されたのが侮辱的・差別的理由を明示するという手続きであり、それによって現に人格権侵害が発生した以上、その侵害を無視することはできないはずである。

本件も正に上記事例と同様である。理由①に基づく不指定処分を受けた控訴人らは、単に経済的不利益を受けたに留まらず、政治外交目的による不指定処分が下されたことによって人格権や民族の尊厳等の侵害を受けた。そうであれば、理由②に基づく不指定処分の違法性判断にかかわらず、理由①に基づく不指定処分の違法性及びそれによって控訴人らが受けた権利侵害についても判断が下されなければならない。

以上のとおり、理由①に基づく不指定処分と理由②に基づく不指定処分は、不指定処分という法的性質は同一であるとしても、その目的や背景、処分が有する意義等によって、与える影響や被害の対象が異なり、処分の違法性も別途検討されなければならない。「どちらにせよ、就学支援金を支給するという処分にならなかった」として、理由①に基づく不指定処分と理由②に基づく不指定処分を同列に論じる原判決及び被控訴人の主張は、控訴人らの主張を曲解するものであるとともに、議論を無用に混乱させるものであり失当である。

(4) 小括

以上のとおり、規則ハ号削除を根拠とする不指定処分には、独自の権利又は法的利益の侵害があり、規則ハ号削除に関する司法判断を回避することは

許されない。

3 本件不指定処分に至るまでの下村文科大臣の言動は、本件不指定処分の違法性、特に規則ハ号削除の違法性を論じるうえで欠かせない事実であること

(1) 被控訴人の主張

被控訴人は、「所管大臣の主観的判断を殊更に採り上げることは、考慮要素として通常想定されていない」（答弁書-20頁）と主張するが、これは控訴人の主張を正解しないものであり、失当である。

(2) 控訴人らの主張

ア 控訴人らは、民主党政権時代の下村議員の発言や、安倍政権発足2日後の下村文科大臣の記者会見での発言からして、政治的外交的理由という不当な目的若しくは動機に基づいてハ号規定が削除されたことが明らかであると主張しているのであって、理由なく所管大臣の主観的事情を殊更にとり上げているわけではない。

イ また、以下の判例の判断枠組みからして、所管大臣の主観的事情を考慮しない理由はない。

最判平成24年2月28日・民集66巻3号1240頁、老齢加算訴訟判決は、生活保護は厚生労働大臣の定める保護基準によって行なわれるとする生活保護法8条1項を改定し、「老齢加算」を廃止したことの適法性が争われた事案である。

当該判決において最高裁は、老齢加算の廃止を内容とする保護基準の改定は、①当該改定の時点において70歳以上の高齢者には老齢加算に見合う特別な需要が認められず、高齢者に係る当該改定後の生活扶助基準の内容が高齢者の健康で文化的な生活水準を維持するに足りるものであるとした厚生労働大臣の判断に、最低限度の生活の具体化に係る判断の過程及び手続きにおける過誤、欠落の有無等の観点からみて裁量権の範囲の逸脱又

はその濫用があると認められる場合、あるいは、②老齡加算の廃止に際し激変緩和等の措置を採るか否かについての方針及びこれを採る場合において現に選択した措置が相当であるとした同大臣の判断に、被保護者の期待的利益や生活への影響等の観点からみて裁量権の範囲の逸脱又はその濫用があると認められる場合に、生活保護法3条、8条2項の規定に違反し、違法となるものというべきであるとし、老齡加算を廃止する保護基準の改定を適法とした。

このように、過去の最高裁判例も、所管大臣の判断過程及び手続きにおける過誤、欠落の有無の観点からみて、裁量権の逸脱濫用の有無を判断しており、そのためには、所管大臣の主観的事情も当然考慮されてしかるべきである。

ウ そもそも、被控訴人が指摘する判例の事案においては、所管大臣が政治的・外交的理由によって、法令の趣旨に反する発言を繰り返すこともなかったし、省令を削除するような事態は存在しなかった。

そのような事案においては、被控訴人が指摘する考慮要素を検討すれば足りるのであろうが、本件は、所管大臣が政治的・外交的理由から朝鮮学校を無償化適用から除外すると公言し憚らなかつた事案であり、ただ不指定処分にするだけでなく、受給規定となるハ規定を削除した異常な事案であり、それらが所管大臣及び政府の立場として表明されてきたのであるから、所管大臣の主観的判断は、ハ規定削除の違法性を論じるうえで欠かせない重要な事実である。控訴人らは、所管大臣及び政府のかような行為によって大きな精神的苦痛を被っているのであり、本件において、所管大臣の主観的事情又は政府の立場に対する判断を避けることはできない。

それにも関わらず、当該改定が法の委任の趣旨を逸脱するか否かの判断において、所管大臣の主観的意図を考慮しないということは、このように

あからさまな不正な動機・目的をもってなされた行政立法の手法を司法が追認することになり許されない（仙台高裁昭和49年7月8日判決・民集32巻3号713頁，最高裁第2小法廷昭和53年5月26日判決・民集32巻3号689頁は，客観的な根拠規定に適合する公権力の行使であっても，違法ないし不当な動機，目的をもってなされたのであれば，行政権の著しい濫用となると評価しており，ハ規定削除の違法性についての検討にあたり，動機ないし目的についての考慮がなされなければならないことは明らかである。）。

(3) 小括

以上のとおり、本件不指定処分においては、所管大臣の判断過程及び手続きにおける過誤，欠落の有無の観点から，裁量権の逸脱濫用の有無を判断するために，所管大臣の主観的事実も当然考慮する必要がある。したがって、本件不指定処分に至るまでの下村文部科学大臣の言動に関する判断は、本件不指定処分の違法性を論ずるうえで欠かせない。

この点は、第5において改めて述べる。

4 規則ハ号削除は、外交的・政治的理由によりなされたものであり、無償化法の目的及び委任の趣旨に反し違法であること

(1) 被控訴人の主張

被控訴人は、審査に限界があり問題性が明らかとなった規定についてこれを放置せずに削除することは、支給法の適切な運用を担う文部科学大臣に課された責務であって、その専門技術的な裁量の範囲内であることは当然であるとし、規則ハ号削除は委任の趣旨を踏まえてなされたものであり、無償化法の委任の趣旨を逸脱しておらず、適法・有効であると主張する（答弁書-24頁）。

(2) 控訴人らの主張

ア 被控訴人の主張を前提にすれば、規則ハ号の「問題性が明らかとなった」その根拠は、「各朝鮮高級学校について、これ以上審査を継続したところで本件規程13条の適合性を判断できるとは考えられない上、規則ハ号は、適合性判断に疑念が生じる事情があっても、その事実関係の真偽を判断するための調査権限もなく、その存在自体に問題がある」と判断した、望月主任視学官らの個人的な意見に基づくものである。

被控訴人の当該主張は訴訟段階になって初めて主張されたものであり、規則ハ号削除を正当化するための後付の言い訳にすぎないが、その点を置くとしても、審査会では、本件規程13条の適合性について判断できないという結論は出ておらず、適合性判断に疑念が生じる事情があるとはされていない。

ましてや、規則ハ号を削除する必要性など一切論じられていない（乙77号証18頁）。

審査会において適合性審査に限界がある旨の指摘がなされたのは、第6回目の審査会であり、その中で出された2つの意見に過ぎない（乙6号証の3）。また、第7回審査会においては、「限界がある側面もあるが、審査基準に関わることについては、引き続きしっかり確認してほしい」という指摘で締めくくられており（乙6号証の4）、審査会としても継続審議を前提にしていたことが伺われる。それにも関わらず、審査会における継続審議はなされず、審査会の結論を聞くことすらしないままに規則ハ号が削除されたのは、法の本来の目的と異なる不当な動機・目的があったからに他ならない。

被控訴人は、本件規程13条の適合性審査に限界があったなどと主張するが、強制的な調査権限を伴わない審査の方法は法律が元々予定していたものであり、限界などと言って自身の判断を行わないという被控訴人の主

張は本来文科大臣が果たすべき役割・責任を放棄した言い訳を述べているに過ぎない。

規則ハ号は、後期中等教育段階における教育にかかる経済的負担の軽減を図りもって教育の機会均等に寄与とするという無償化法の目的の実現を広く可能にする規定である。すなわち、規則イ号、ハ号に適合しない外国人各種学校が無償化法の適用を受けうる唯一の根拠規定である。

このような重要な規定を十分な審査を尽くさないまま削除したのであるから、仮に文部科学大臣に裁量が認められるとしても、その判断の過程又は根拠となる事実には誤りがあるといわざるを得ない。

そもそも、被控訴人は、「各朝鮮高級学校のほかに規則ハ号に基づく申請をする学校がないと判断し得たことから、本件省令改正を行った」と主張するが、如何なる事実に基づいてそのように判断し得たのか、何ら具体的事実の主張立証がなされていない。

かえって、第3回検討会議において配布された甲A172の3の2（「(主な論点(たたき台)の項目ごとの関係規定、基準のイメージ、考え方について」 10頁)において、「省令(ハ)に関する審査対象校について、対象校や関係都道府県に任意の資料提供を依頼し、その資料を基に、教育に関し専門的知見を有する第三者によって構成された会議において審査を行い、対象とするかどうかについて意見を取りまとめてはどうか。」とされたほか、「今後、各種学校の認可を受けた外国人学校が新たに設置された場合にも、上記と同様にしてはどうか。」とされており、この議論を前提に本件規程が制定されたこと、この議論に沿って本件規程が運用されるべきであったことは、控訴人らが第一審から繰り返し主張してきたところである。

規則ハ号が削除されれば、同イ号、ロ号に該当しない外国人学校につい

ては、未来永劫、無償化制度の枠内に入れなかったことになるし、今後新たに設立された外国人学校が、制度の適用を受けるべく申請することも不可能となるのである。そのような重要な規定を、何の根拠もなく「判断し得たと」として削除したのであるから、規則ハ号削除の過程及び手続に明らかな過誤がある。

したがって、規則ハ号削除はその裁量を前提にしても明らかに違法である。なお、仮に審査に限界があったとしても、まずは審査手法を検討すべきであり、規則ハ号そのものを削除する理由にはなり得ない。適合性審査に限界があるのであれば審査を充実させる方向で本件規程を改定すれば足り、規則ハ号を削除する理由にはならない。

この点に関する、被控訴人の主張には著しい論理的飛躍がある。正に、被控訴人が規則ハ号削除を正当化するために後付けの理由であることを物語っている。

イ 規則ハ号を削除したことにより、各種学校制度のもと運営されている外国人学校のなかでも、イ、ロによって申請できる外国人学校と、そうでない外国人学校との間に、あまりに不合理な差を生じさせただけでなく、既に規則ハ号によって支給対象となったコリア国際学園やホライゾンジャパンインターナショナルスクールとの間においても不合理な差を生む結果となった。

これは、後期中等教育段階における教育にかかる経済的負担の軽減を図りもって教育の機会均等に寄与するという無償化法の目的や、教育の機会均等の確保の見地から、適用対象となる外国人学校の範囲を定めるという無償化法2条5号の委任の趣旨に大きく反する事態である。

そもそも、無償化法2条5号は、多種多様な教育を含む各種学校のうち、教育の機会均等の確保の見地から、「高等学校の課程に類する課程を有す

る」外国人学校を適用対象とするため、適切な範囲を定めることを委任しているものであり、文部科学大臣に裁量があるとする被控訴人の主張を前提にしたとしても、法の趣旨に沿って定められた規定を削除し、それによって著しい不合理が生じることまでを委任しているわけではない。

したがって、ハ規定削除は無償化法2条5号の委任の趣旨に反し違法である。

(3) 小括

以上のとおり、規則ハ号は政治的外交的理由によって、朝鮮学校を無償化法の適用から除外するために、言わば狙い撃ちするために削除された。控訴理由書第2、3で述べたとおり、規則ハ号が削除されるまで経緯からして明らかである。

したがって、規則ハ号削除は無償化法の目的及び同法の委任の趣旨に反し違法である。

第3 規程13条に関する地裁判決及び被控訴人の主張の誤りについて

1 はじめに

本件不指定処分の理由が①にほかならないことは、第2で述べたとおりであるが、本章では、理由②が独自の不指定理由になりうるとしても、「本件規程13条に適合すると認めるに至らない」という理由で九州朝鮮高校に就学支援金を支給しなかった文部科学大臣の判断が、無償化法に反し違法である、もしくは文部科学大臣に与えられた裁量権の範囲を逸脱濫用し違法であることについて述べる。

なお、控訴人らは、本件規程13条の「法令」の解釈及び裁量違反の問題について、憲法上の教育権の所在に関する研究を専門とする憲法学者の意見書を提出することを予定しており、完成した意見書を踏まえた準備書面を別途提出する予定である。

2 被控訴人の主張は理由がないこと

(1) 被控訴人の主張は要するに、i 無償化法は教育関係法令であるから、無償化法並びにその下位規範である本件省令及び本件規程を解釈するに当たり、教育基本法の理念及び基本原則に沿わなければならない、ii それゆえ、「…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」と規定する本件規程13条の基準に適合するには、教育基本法、学校教育基本法及び無償化法等の定めを前提としなければならない、iii そして、本件規程13条の基準に適合するには、「①教育内容が教育基本法の理念に沿ったものであること、②支給した就学支援金が授業料以外の用途に流用されるおそれがないこと、③外部団体・機関から不当な人的、物的な支配を受けていないこと、④反社会的な活動を行う組織と密接に関連していないことの4つの要件（以下、「4要件」という。）が必要であるというものである。

(2) しかし、上記の論理には、ii からiiiにおいて明らかに飛躍がある。

教育基本法は教育の目的を「人格の完成…」とし、その目標を第2条5号において「五 伝統と文化を尊重し、それらをはぐくんできた我が国と郷土を愛するとともに、他国を尊重し、国際社会の平和と発展に寄与する態度を養うこと。」とし、第4条は「すべて国民は、ひとしく、その能力に応じた教育を受ける機会を与えられなければならない、人種、信条、性別、社会的身分、経済的地位又は門地によって、教育上差別されない。」と規定する。

そして、「全ての意志ある」「生徒の学びを保障」し、「教育の機会均等に寄与する」という無償化法の目的・趣旨からは、被控訴人のいう4要件を読み取ることは明らかに困難という他ないし、論理的必然性も皆無である。また、かかる4要件の立証責任を申請者において負うことなど、どの教育関係法令に照らしても読み取る根拠など一切ない。

そもそも、立法過程においても、国会答弁においても、就学支援金の支給判断に際して、教育内容には踏み込まないことが幾度となく確認されてきたこと、教育基本法及び無償化法が他国を尊重することをその目標とし、教育上差別されないことを明確に規定していることを踏まえれば、特定の民族教育を行う高等学校に対する不支給は極めて慎重を期してなされるべきであるから、被控訴人のいう4要件などおよそ採り得ない基準である。

(3) また、被控訴人のいう4要件は、その内容からしても不合理という他ない。

②支給した就学支援金が授業料以外の用途に流用されるおそれがないことという要件を申請者において立証することは、流用されることが客観的にないことを立証することよりも更に厳格な要件であることは言うまでもない。申請者が、このような抽象的な可能性を全て「ない」と証明することは事実上不可能という他ないからである。これは、九州朝鮮高校に限らず、その他の日本の中高等学校や外国人学校においても同様である。その他の日本の中高等学校等は、このような抽象的な可能性を全て「ない」とどのように立証したというのか。

また、③外部団体・機関から不当な人的、物的な支配を受けていないこと、④反社会的な活動を行う組織と密接に関連していないことも、「不当」な支配や「密接」という抽象的かつ相対的な概念であり、これらの抽象的な可能性を全て「ない」と立証することは②同様、事実上不可能である。

(4) 被控訴人は、上記4要件については、教育的観点からの一定の専門的・技術的判断を要するものであり、当該判断は文部科学教育の通暁する文部科学大臣の専門的・技術的判断に委ねられているという。

しかし、4要件の①は格別、②ないし④の要件を判断するにおいては、何ら教育的観点からの一定の専門的・技術的判断を要するものではないというべきである。すなわち、②の要件は、結局のところ③及び④の要件の評価で

その結論を左右するものであるが、③外部団体・機関から不当な人的、物的な支配を受けていないこと、④反社会的な活動を行う組織と密接に関連していないという要件の評価には、教育的観点ないしその専門的・技術的判断を要するものとは到底いえない。これらは、教育的観点からの専門的・技術的判断を要求するものでは、むしろ行政警察活動の専門的・技術的判断を要する事項という他ない。

- (5) なお、原審においても原告が繰り返し主張しているところではあるが、被控訴人は、原審の終盤になって、唐突に上記4要件について、原告が主張立証しなければならないと主張するようになった（被控訴人第11準備書面18頁など）。立法過程だけでなく、検討会議や審査会においても、4要件に対する言及は皆無である。そうすると、被控訴人が前提とする4要件は、独自の見解に基づいてなされた後付けの主張でしかなく、およそ採用の余地が無い。

3 文部科学大臣の裁量に関するあるべき解釈

(1) はじめに

ここでは、規則ハ号に基づく指定に関して文部科学大臣が裁量を有するか否か、裁量を有するとしてその範囲をどのように考えるべきかにつき、あるべき解釈をより詳細に主張する。

(2) 文部科学大臣の裁量はないこと

ア 原判決、被控訴人の主張の不当性

ある処分を行うにあたり行政庁に裁量があるか否かについては、個別法の仕組み、趣旨、文言、処分の性質等から行政庁の判断構造を詳細に検討したうえ、結論付けられなければならない。そうしなければ、むやみに裁量による行政作用の範囲が広まり、司法による統制、法の支配が及びにくくなるからである。

このような裁判所の姿勢は、古くの判例においてすら認めることができる（最判昭和52年12月20日、最判平成4年10月29日等）。

原判決や被控訴人の主張は、本件規程13条適合性判断が行政裁量を伴うことについて、「その性質及び内容からして」としか理由付けできておらず、具体的な理由を何ら述べない。規則ハ号に基づく指定に当たって、文部科学大臣がどの要素を、どのような観点から考慮すべきかといった判断構造について何ら言及しない。安易に文部科学大臣の広範な裁量権を認める原判決及び被控訴人の主張は無内容で不当である。

イ 文部科学大臣の裁量はないこと

(ア) 「債権の弁済への確実な充当」について

これが独立の要件にならないことは、控訴理由書においても主張したとおりである。仮に独立の要件と解釈できたとしても、その適合性に関する具体的判断構造において、文部科学大臣の専門的技術的裁量はどう考えても必要ではない。

すなわち、まず「高等学校等就学支援金の授業料にかかる債権の弁済への確実な充当」という文言自体、概括的抽象的なものではなく、行政裁量を認めることが相当であると直ちにいえるものではない。

また、学校が就学支援金を代理受領したとして、「それを授業料に係る債権に充当しないおそれ」の有無は、当該金員を別の用途に回せるか、授業料を据え置きまたは値上げしうるかどうか、帳簿上どう操作しうるかというように、専ら財務、会計的事項から判断するほかない。それは教育行政上の判断というよりも、監査、検査的な作業であり、しかも、就学支援金を支給した後の事情であるから仮定的、将来的事項の判断である。そうすると、この要件判断において、教育行政に通暁した文部科学大臣の専門的、技術的裁量などというものを生かせる場面が見当たらない。

さらに、無償化法は、教育の機会均等を実現するという目的を持ち(法1条)、世界人権A規約13条(b)の留保撤回に向け、あるいはそれを受けて、日本学校、外国人学校を問わず「すべてのもの」について、後期中等教育の漸進的無償化の機会を与えることをベースラインにおいていること等からすると、同法に基づいて生徒が実現できる就学支援金の受給権は、行政の自由な判断によって与奪を決することができる恩恵ではなく、司法的な救済の要請が高いことをも考えると、就学支援金が授業料にかかる債権の弁済に確実に充当されるか否かの判断について、文部科学大臣の裁量が認められるものと解することはできない。

以上の点は、大阪地裁判決85頁以下においても、「本件規程13条の規定内容のうち、当該各種学校において就学支援金が授業料にかかる債権の弁済に確実に充当されるか否かの判断について文部科学大臣の裁量が認められるかについて検討するに、①「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」という同条の文言が概括的抽象的でないこと②当該各種学校において就学支援金が生徒等の授業料に係る債権の弁済に確実に充当されるか否かは、当該各種学校の財務状態、財政管理状況等に照らして客観的に認定され得るものであり、教育上の観点からの専門的、技術的判断を要するものでないこと、③支給法は、高等学校等における教育に係る経済的負担の軽減を図り教育の機会均等を実現するという観点から、就学支援金の支給を単なる恩恵ではなく、私立学校等の生徒等の受給権として規定しており(12条参照)、その司法的救済の要請は高いというべきであることなどに照らせば、当該各種学校において就学支援金が授業料に係る債権の弁済に確実に充当されるか否かの判断につき文部科学大臣の裁量が認められると解することはできない。」とされていることと同じ趣旨をいうものである。

したがって「債権の弁済への確実な充当」の要件の解釈及び認定について、文部科学大臣の裁量がないことは明らかである。

(イ) 「法令に基づく適正な運営」について

原判決や被控訴人は、この要件にいう「法令」として、教育基本法16条1項の「不当な支配」を問題とする。

「不当な支配」を読み込んで解釈することの不当性は、控訴理由書にて主張したとおりである。仮にこれを読み込むことができるとしても、「不当な支配」の定義をまず明らかにして、文部科学大臣の裁量について検討されなければならない。

いわゆる旭川学テ事件（最大判昭和51年5月21日）は、旧教育基本法10条1項の「不当な支配」について、教育が国民の信託にこたえて自主的に行われることをゆがめるような支配であると解しており、ここでもその解釈を変える必要はない（なお、同判例では信託の主体は「国民」となっているが、これは旭川学テ事件における主題が、教育権の所在が国家にあるのか国民にあるのかという点にあったことからくる用語法であった。本件においては、信託の主体は一般的な「国民」＝「日本国籍者」ではなく、朝鮮学校に子どもを通わせる親、あるいは通う子どもである。本訴訟で「不当な支配」を検討する必要があるとすれば、それは朝鮮学校に子どもを通わせる親、あるいは通う子どもらの信託に応えるための自主性がゆがめられているかという観点からなされなければならないことに注意を要する。すなわち、九州朝鮮高校での教育や運営等が、一般的な「国民」、「日本国籍者」の目から見て「異様」であるとか、「独特」であるとかといった事情は、「不当な支配」の有無、要件適合性に関係してこない。）。

上記の解釈からすると、「不当な支配」の該当性やその程度に関する判断は、教育の自主性を侵害するものか否かによって客観的に判断され得るものであり、必ずしも教育上の観点からの専門的、技術的判断を要するも

のではない。また、実際問題として、「不当な支配」の有無やその程度は、各学校ごとの地域的、人的、財政的事情、極めてローカルで個別的な事項をもとに判断せざるをえない。そしてその判断は、（各種）学校の設置認可を行う所轄庁、すなわち地方自治体において行うことができるし、それが適切な性質のものである。国家的な教育行政を担う文部科学大臣が独自に専門的、技術的判断を必要とする場面は全くない。むしろ文部科学大臣は各地方自治体の判断を尊重する必要があるとすらいいうる。

さらに、旧教育基本法及び教育基本法は、戦前の日本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、時に軍国主義的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により制定されたものであり、旧教育基本法10条1項及び教育基本法16条1項は、教育に対する権力的介入、特に行政権力による介入を警戒し、これに対して抑制的態度を表明したものと解されるどころ（前記昭和51年大法廷判決参照）、同項の「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、上記の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、同項の趣旨に反することになる。

むしろ、この判断に行政権力の裁量を認めることは、就学支援金の支給の可否をもって、控訴人らや控訴人らが学ぶ九州朝鮮高校の社会的、人的関係性を問題とすることを可能にし、かえって文部科学大臣による教育への介入、「不当な支配」につながるものである。

この点、原判決は「不当な支配」の定義、解釈について触れる点が全くなく、したがって文部科学大臣が「不当な支配」に関する裁量による審査、判断を通じて、教育のあらゆる点について無制限に介入、審査することを許す解釈となっている。教育の自由、教育を受ける権利の重要性、行政による介入の危険性といったものに鈍感、無頓着としか言いようがなく、取り消しを免れない。

同種訴訟の大阪地方裁判所平成25年(行ウ)第14号判決においては、規程13条の内容のうち、教育基本法16条1項の「不当な支配」の有無の判断に文部科学大臣の裁量が認められないという理由として、教育基本法16条1項の前身である旧教育基本法10条1項の規定及びその趣旨を引き、教育基本法16条1項にいう「不当な支配」を「教育が国民の信託に応じて自主的に行われることをゆがめるような支配」(上記旭川学テ判決を参照判例として引用)と定義する。そして、教育への関与等の行為が教育基本法16条1項の「不当な支配」に該当するか否かは、教育の自主性を侵害するものか否かによって客観的に判断可能で、必ずしも教育上の観点からの専門的、技術的判断を要するものではないこと、旧教育基本法及び教育基本法が戦前の日本における教育が国家による強い支配の下で形式的、画一的に流れ、時に軍国主義的又は極端な国家主義的傾向を帯びる面があったことによる反省から制定されたという経緯、とりわけ旧教育基本法10条1項及び現行教育基本法16条1項は、教育に対する権力的介入、特に行政権力による介入を警戒し、これに対して抑制的態度を表明したものであるという趣旨を踏まえれば、これらに規定された「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ことは、その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、同項の趣旨に反することを理由として、「不当な支配」の有無に文部科学大臣の裁量は認められないと判断しており(同大阪地裁判決83頁、84頁)、控訴人が先に述べたことと同趣旨をいうものである。

被控訴人は、旭川学テ事件は行政権力による「不当な支配」の有無に関する事案であるから本件には妥当しないと主張する。しかし、上述のとおり、行政権力による教育への介入を戒める趣旨で制定された規定を、私人による教育、とりわけ学校教育法1条に規定された学校ではなく、多種多様な教育を行う各種学校で行われている教育に就学支援金を支出しないと

いう理由に持ち出すことは、教育基本法16条1項の趣旨に反するものである。趣旨に立ち返るならばむしろ、教育基本法16条1項は、本件において文部科学大臣に「不当な支配」の有無を判断する裁量がないことを根拠づけるものであり、旭川学テ訴訟における判示は、その趣旨を解釈する上で参照することが不可欠であるから、被控訴人の主張は的外れである。

「不当な支配」のあるべき解釈については、

(ウ) 小括

以上のとおり、本件規程13条の判断構造や、指定に係る判断の性質上、文部科学大臣に裁量を許すことの弊害に照らして考えれば、むしろ文部科学大臣の裁量はないと解釈すべきことは明らかである。

(3) 仮に文部科学大臣による判断に裁量があったとしても、司法統制を及ぼさない原判決は誤りであること

ア 行政裁量と司法審査の関係

原判決の不当な点は、本件不指定処分にかかる文部科学大臣の判断について、何らの司法的統制をかける枠組みもなく、種々の証拠を挙げたうえ、「無理からぬもの」とだけ評価し、その判断に極めて緩やかな合理性さえあれば、適法と判断していることにある。

処分を行うにあたって行政裁量が認められていたとしても、それが無制限な自由裁量ではなく、司法審査が及ぶことは、行政事件訴訟法30条に「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる。」と定められたことからしても明らかである。

そして、行政裁量にかかる最高裁判例、裁判例は、個別法の趣旨等から、様々な観点をもって、判断過程に踏み込んだ審査を行うのが通常である。

例えばそれは、行政裁量の発動にあたって問題となる権利の性質（最判平成18年3月23日等）、目的・動機違反（最判昭和42年5月24日、最

判昭和48年9月14日、最判昭和53年5月26日等)、考慮要素の不当な軽視、重視(東京高判昭和48年7月13日、最判平成18年2月7日等)などである。

本件については、下記の通り、控訴人らの権利、人権が大きくかかわるものであることからすれば、実質的な司法審査による統制がなされなければならない。

被控訴人の主張も、原判決の判断も、行政裁量には実質的な司法統制が及ばないという内容に等しく、不当かつ不十分な内容というほかない。

イ 原判決の行政裁量統制の問題点

(ア) 無償化法2条1項5号及びそれを受けた規則ハ号の性質を軽視していること

控訴人らが繰り返し主張している通り、原判決は極めて不当であるが、無償化法2条1項5号の趣旨について、「学校教育法1条の規定する学校及び専修学校(同法124条)として認可を受けることができないものの(同法1条、124条、134条参照)、後期中等教育を行っている外国人学校が存在し、無償化法の目的からすると、そのような外国人学校についても就学支援金の支給対象とし、もって教育の機会均等を図ることが望ましいと考えられる」という解釈をした部分のみは正しい。

そして、このような趣旨を受けて定められた規則ハ号は、いわゆる「受け皿規定」として、イロに当てはまらない外国人学校でも、指定の申請をすることができる余地を残すことにより、後期中等教育段階における教育にかかる経済的負担の軽減を図りもって教育の機会均等に寄与するという無償化法の目的の実現を、外国人学校にも可及的に可能にすることに存在意義があると解釈するべきである。

そうすると、規則ハ号に基づく指定を行うにあたって、文部科学大臣に裁量があったとしても、教育の機会均等という平等の要請が重視されなけ

ればならず、仮に不指定にするにしても、その判断過程に緩やかな合理性があるなどという程度では、裁量の逸脱・濫用との評価を免れない。

にもかかわらず、原判決は自らが解釈した無償化法2条1項5号の趣旨や、それを受けて制定された規則ハ号の存在意義を顧みず、規程13条適合性を認めるに至らないとした文部科学大臣の判断につき、「無理からぬものではない」程度の合理性でもって、本件不指定処分を適法と評価しており、矛盾したものと言わざるを得ず、取り消しを免れない。

(イ) 政府統一見解を重要な解釈の指針とすべきこと

無償化法の国会審議では、極めて政治・外交的な観点から、朝鮮学校を無償化制度から除外すべきであるとの意見が出され(この急先鋒が下村元文部科学大臣であった。)、相当な紛糾を呼んだ。それに対して検討会議が、「政治外交上の配慮ではなく、教育上の観点から客観的に判断する」との政府統一見解を出したのであった(無償化法の制定、施行の経緯は原告ら準備書面(10)で詳細に主張している)。

この経緯から考えれば、政府統一見解は無償化法の解釈・適用における重要な指針となるべきであり、文部科学大臣による指定不指定に係る判断においては、政治外交上の配慮は排除されなければならない。そうでなければ、教育行政に通暁した文部科学大臣の専門的技術的判断を期待して裁量を与えられた意味がない。

政治外交上の考慮は、本件においては典型的な多事考慮、目的違反であり、それだけで裁量権の逸脱濫用を基礎づけるというべきである。

しかし、原判決は「下村大臣が本件不指定処分をした背景には、本件理由①、本件理由②だけでなく、朝鮮高級学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考慮もうかがわれるところである。」(同判決81頁)としながら、それを問題とせず、本件不指定処分を適法と評価した。

原判決は文部科学大臣の裁量の範囲を極めて曖昧、広汎に解釈し、判断過程審査を怠ったものであり、許されない。

(ウ) 審査会の意見自体が誤っていること

原判決は、審査会において、「本件規13条適合性が認められるとの積極的意見が述べられたことはなく、むしろ、本件規程13条適合性についていくら確認をしてもすっきり指定をすることができるようにはならない旨の意見や、審査会における審査の限界を指摘する意見等が述べられており、文部科学省内においても朝鮮高級高校について本件規程13条適合性を認めることが困難であるとの認識があつて、その旨を下村大臣に対しても説明しているのである」（同判決80頁）として、裁量の逸脱・濫用を否定する。

しかし、もとより審査会は本件規程の適合性に無関係と思われる事項（肖像画の有無など）を繰り返し学校に照会するなど、無償化法の趣旨に即した審査をする機能を果たせていなかった。

法の趣旨から外れた審査をすれば、「すっきり指定をすることが」できないのは当然であるし、強制的な権限がないことをもって、「審査の限界」とあげつらい、法が予定していない権限を欲するような委員の意見など、そもそも考慮すべき代物ではなく、解釈適用の重要な指針となるべき政府統一見解から遠く離れた審査であった。

このような誤った審査会の議論を都合よく考慮することこそ、まさに無償化法が禁じた他事考慮であり、誤った判断過程であり許されない。

第三者機関が置かれたとしても、同機関において合理的な基準を離れた審査がなされた場合、それを参考にしてなされた行政庁の処分も違法になることは言うまでもない。最判平成4年10月29日は、原子炉施設の安全性に関する行政庁の判断の適否が争われる原子炉設置許可処分の取消訴訟において、原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会という第三者機

関が用いた具体的審査基準に不合理な点があり、あるいは当該機関の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落があり、行政庁の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には、同行政庁の右判断に不合理な点があるものとして、同判断に基づく処分は違法と解すべきである旨判示しており、控訴人の主張と同じ内容を含むものである。

(エ) 原判決は極めて抽象的な金銭の流用のおそれを過度に重視していること

仮に、「授業料にかかる債権の弁済への確実な充当」という要件の適合性判断において、税金を支給するのだから流用されてはならないという観点から、文部科学大臣の裁量が許されるとしても、それは、当該学校に、就学支援金の具体的な流用のおそれがあるときに限り、適合性を否定できるという範囲にとどまる。

というのも、本書面第3の3(2)イ(ア)において主張した通り、この要件は仮定的、将来的事項にわたるものである。この適合性判断に抽象的なレベルの「流用のおそれ」までを考慮できる行政裁量を認めると、指定を求める外国人学校側としては、ありとあらゆる流用の可能性について排除することを求められる。文部科学大臣から流用の疑いの目を向けられる限り、指定を受けることができず、実質的な自由裁量を認める解釈となる。

無償化法は、教育の機会均等を目的としており(同法1条)、同法2条1項5号の趣旨及びそれを受けたハ号の存在意義は、本書面第3の3(3)イ(ア)に述べたとおりである。この要件判断に関する文部科学大臣の裁量は、就学支援金の具体的な流用のおそれの有無に限り考慮できるという範囲まで、限定して解釈されなければならない

しかし原判決はこの点について、福岡挑戦学園とは別法人が運営する広島朝鮮高校に関する、本件不指定処分から10年以上も前の事情を適示したうえ、それを文部科学大臣が考慮することを許容し、本件不指定処分を適法としている。文部科学大臣は九州朝鮮高校に関する具体的な流用のお

それすら判断の基礎にしていなくてもかかわらず、本件不指定処分適法と評価しており、原判決は破棄を免れない。

(オ)「不当な支配」の判断に政治的な事項を大量に含めていること

原判決は公安調査庁の資料や、朝鮮高校の指定に反対する意見の新聞報道、意見書等を判断の参考にすることについて、何の留保もすることなく、「不当な支配」の有無やその程度に関して、規程13条適合性を認めるに至らないとした文部科学省の判断を適法と評価した（同判決79頁、80頁）。

しかし、それらの資料自体の性質として、どれも極めて政治的観点から作成されていることは明らかである。これらの資料をその政治的な性質から離れて、文部科学大臣がその専門的技術的裁量を生かして、教育上の観点から本件不指定処分の判断の基礎にすることは、通常の行政裁量の判断過程とはかなり異質なことと言わざるを得ない。

前記のように、「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」とした政府統一見解の存在をも考えれば、本件不指定処分に関する司法審査では、このような独特な判断過程について、それ相応の綿密な検討、合理性を持った説明がなされなければならない。

しかし原判決は、その判断過程の検討、説明を完全に飛ばしてしまっている。

本件不指定処分は、公安調査庁の見解や、朝鮮高校の指定に反対する報道機関の記事や団体等の意見書という政治的な事情を過度に重視したものであり、教育行政にかかわる文部科学大臣の専門的技術的裁量を与えた無償化法の趣旨に反し、裁量を逸脱濫用していると言わざるを得ず、この点を見逃した原判決は取り消されるべきである。

ウ まとめ

以上のとおり、原判決は本件不指定処分の裁量審査について、行うべき司法統制をことごとく欠落したものであり、取り消されるべきである。

第4 被控訴人が規程13条への適合性を疑わせると主張する各事情のあるべき評価方法（控訴答弁書第5の4に対する反論）

1 控訴答弁書同項(1)柱書の記載内容について

(1) 朝鮮総聯が反社会的組織ではないこと

被控訴人は、朝鮮総聯が反社会的組織であることを前提とした主張を行っている。朝鮮総聯が破壊活動防止法に基づく調査対象団体とされていることは事実であるが、そもそも破壊活動防止法自体が、1952年の制定当時から、憲法が保障する思想・信条の自由、集会・結社の自由及び言論の自由等の基本的人権を侵害するものとして、国民的規模で、広範な反対運動が行われた法律であり、日本弁護士連合会等から度々違憲性を指摘されている法律である。その調査対象とされたことをもって「反社会的組織」とすることは、論理の飛躍も甚だしい。

むしろ、近時、被控訴人の行政機関である官房長官において「反社会的組織の定義は定まっていない」との発言をしていることから、被控訴人自身「反社会的組織」の何たるかを明らかにすることなく、本訴訟において当該用語を用いているにすぎず、何ら法律論をいうものでないことは明白である。

(2) 朝鮮総聯が反社会的組織であるか否かは、朝鮮高校の指定と関係ないこと

仮に、朝鮮総聯が破壊活動防止法に基づく調査対象団体とされていることを前提としても、そのことは「高等学校の課程に類する過程」を置くかとは何の関係もない。

そもそも、破壊活動防止法自体が、その3条において、「この法律による規制及び規制のための調査は、第一条に規定する目的を達成するために必要な最小限度においてのみ行うべきであつて、いやしくも権限を逸脱して、思想、

信教、集会、結社、表現及び学問の自由並びに勤労者の団結し、及び団体行動をする権利その他日本国憲法の保障する国民の自由と権利を、不当に制限するようなことがあつてはならない。」と規定している。

同法第1条の目的とは、「この法律は、団体の活動として暴力主義的破壊活動を行つた団体に対する必要な規制措置を定めるとともに、暴力主義的破壊活動に関する刑罰規定を補整し、もつて、公共の安全の確保に寄与することを目的とする。」というものである。

朝鮮総聯が朝鮮高校と関係があることを、朝鮮高校への就学支援金支給の場面で検討するとしても、その支給が朝鮮総聯への団体規制や、公共の安全確保と何の関係もないことは明らかである。一審判決は、公安調査庁の調査結果に一定の信をおくことを正当化したが、そもそも就学支援金の支給に際して公安調査庁の調査結果を考慮し、それを不支給の理由とすることは、破壊活動防止法の目的にすら反する不当なものである。

被控訴人がこうした反論を持ち出してくること自体が、被控訴人が不指定処分において朝鮮高校を差別しており、今もその差別を正当化していることの表れである。

2 控訴答弁書同項(1)ア冒頭の記載について

第1段落に記載されているのは、愛知朝鮮学園にかかる事情である。本件の控訴人らが通っていたのは福岡朝鮮学園が設置した九州朝鮮高校である。

仮に、福岡朝鮮学園においても同様の状況があつたとしても、何ら不当な支配を基礎づけるものではない。そもそも、朝鮮総聯自体が、民族教育の推進を設立目的の1つとして設立されたことは、控訴人らが繰り返し主張してきたところである。また、在日朝鮮人社会において、教育に関して習熟している人員に限られるため、教員が朝鮮総聯内の役職を兼務ないし歴任することはある。それが不当な支配を根拠づけるものではない。

第2段落記載の内容のうち、教科書に関するものについては、たしかに教科書が学友書房から出版されており、学友書房は朝鮮総聯の事業体として朝鮮総聯のホームページに記載されているが、そもそも、朝鮮総聯が民族教育推進を目的の一つとして設立された団体であることは上述のとおりであり、民族教育の一環として教科書編纂を行ってきた歴史がある。したがって、朝鮮総聯の事業体から教科書が発行されていることは歴史的経緯にかんがみて当然であり、何ら不当な支配を根拠づけるものではない。

また、第2段落においては、朝鮮総聯の議長の講演内容等を問題視する記載もある。しかし、朝鮮総聯と朝鮮高校の間に密接な関連があるのは、その設立経緯にかんがみ当然である。被控訴人は乙140号証の1及び2並びに乙142号証の及び2を引用して、朝鮮総聯の議長が繰り返し「指導者の遺訓を忠実に実行」あるいは「朝鮮大学校への進学指導活動に朝鮮学校が一丸となって取り組むこと」を宣言したと述べている。しかし、乙140の1及び2においては、朝鮮共和国が「163回の教育援助費（合計480億円）」を送ったことが記載されていることからすれば、むしろ、朝鮮高校は経済的支援を受ける側であり、金銭を朝鮮共和国や朝鮮総聯に横流しすることの方が考えにくいのだから、被控訴人が繰り返し主張する「債権の確実な充当」を充足することを基礎づける証拠でもある。それにもかかわらず被控訴人が、乙140号証の1のうち、自己に有利な部分のみを引用しているのであって、なんら不当な支配を根拠づける証拠ではない。

また、朝鮮大学校への進学指導活動に関する引用部分は、「前年と同水準の入学者を維持するため、一丸となって…」と続くのであって、被控訴人の引用部分は一部を切り取ったものでしかない。

被控訴人は、朝鮮高校で使用している教科書に、朝鮮共和国の体制や指導者を「絶対的な価値として崇める記載」があるとか、朝鮮高校の教育内容が、朝

鮮共和国の「指導者やその国家体制を唯一絶対の価値として賛美、礼賛するものであることが明らか」などと主張しているが、いずれも被控訴人の評価にすぎない。

教科書を「賛美、礼賛、絶対的価値」などと評価するものについては、朝鮮共和国の政治体制の説明をするに際し、主体思想の内容を説明することが不可欠であるなど、民族教育を行うという朝鮮学校の性質を意図的に無視したものであるうえ、そもそも被控訴人の主観的な評価にすぎない。

3 控訴答弁書同項(1)イの記載について

たしかに任意団体である朝青に加盟している教職員、生徒はいるが、あくまで個々人の意思と判断に基づいて加盟しているものであって、学校として加盟を強制しているものではない。

朝青の活動として、朝鮮共和国を訪問し、指導者を礼賛しているあるいは指導者の偉大さを喧伝しているとしても、あくまで任意の団体としてこれを行っている。

教職同への加入についても、同様に任意団体である。

そもそも、そうした任意団体に加盟している教職員、生徒がいることや、朝鮮総聯と朝鮮学校の間人事等で密接な関連があることが、なぜ「法令に基づく適正な学校運営」を行っていないという結論につながるのか、被控訴人は第一審から控訴審を通じて、一度も明快に説明していない。被控訴人は、不当な物的人的支配を受けていないことが就学支援金支給の要件の1つであると主張しているが、そもそもなぜそのような要件が必要であるのかが全く明確でない。被控訴人は、結論ありきで4要件を導いているにすぎないのである。

当該主張は原判決においても採用されておらず、被控訴人の独自の主張に過ぎない。

また、その内容も、教育内容に踏み込むなど、検討会議・審査会における議

論を全く無視しており、控訴審においても採用されるべきでない。

したがって、被告の主張する、九州朝鮮高校が4要件を充足するかについて強い疑念を生じさせる事実があったとの主張は、そもそも前提となる規範が独自のものであり、また、当てはめられている事実やその評価も上記立法段階や審査過程での議論を全く無視したものにすぎない。

朝鮮総聯のホームページにあった、被控訴人が指摘する記載は、朝鮮高校からの抗議で現在は削除されている。被告が主張するように朝鮮高校が朝鮮総聯の支配下にあるのであれば、記載が不適切であるとして抗議することも、その抗議に応じて朝鮮総聯がこれを削除することも考えがたく、被告の主張するような支配関係がないことのあらわれである。

4 控訴答弁書同項(1)エ記載の内容について

被控訴人自身が公安調査庁の設置目的及び調査内容を述べているが、それが教育とおよそ関係のないものであることは明らかである。九州朝鮮高校が「高等学校の課程に類する課程」を置くものであるか否かの検討において、「破壊活動防止法に基づく調査を行って公共の安全を確保することを任務とする国家機関が収集した情報」（控訴答弁書42頁）が何の関連性もないことは、文言上明らかである。また、破壊活動防止法の規定にも明らかに反していることは、上述したとおりである。それにもかかわらず、これに一定の信を置くこととした原判決の判断は明確に誤っている。

5 控訴答弁書同項(1)オ記載の内容について

仮に新聞報道によって朝鮮総聯と朝鮮学校との関係に疑念が生じたとしても、それを理由に就学支援金を支給しないことが正当化される理由は、全く明確になっていない。また、仮に朝鮮学校が朝鮮共和国の完全なコントロール下にあったとして、それを理由に就学支援金を支給しないことが正当化される理由は、全く明確になっていない。

6 控訴答弁書同項(1)カ記載の内容について

被控訴人は、検討会議において「各教科等における個々の具体的な教育内容」を「高等学校の課程に類する課程であるかどうかの判断の基準とするものではないと考える」とされた趣旨について、教育基本法の理念に適合しない教育内容を実施する外国人学校を就学支援金の支給対象校とすることを是認するものではないと主張する。

しかし、当該主張は、学校関係法令の仕組みを全く踏まえないものにすぎず、およそ法律論とは言えない。

すなわち、外国人学校は、学校教育法124条柱書括弧書き、同法134条1項により各種学校に分類され、その必要な事項は文部科学大臣がこれを定めるとされている（同法134条3項）。

各種学校規程（昭和31年文部省令第31号）では、第1条において「各種学校に関し必要な事項は、学校教育法（昭和22年法律第26号）その他の法令に規定するもののほか、この省令の定めるところによる。」とされており、各種学校が他の法令を順守して設立・運営されている学校であることが明らかである。

また、各種学校の設置認可は都道府県が行っていることから、その都道府県の審査基準に基づいて設置認可が行われている。九州朝鮮高校を運営する学校法人福岡朝鮮学園は、福岡県から設置認可を受けているところ、福岡県の私立各種学校設置認可基準（甲A188号証）においても、その第1条において「私立各種学校（以下「各種学校」という。）の設置認可については、学校教育法（昭和22年法律第26号。以下「法」という。）その他の関係法令によるほか、この審査基準の定めるところによる。」とされている。九州朝鮮高校が福岡県からの設置認可に基づき、現在も運営されているのは、この設置認可基準および他の法令を順守しているからこそである。

したがって、九州朝鮮高校が、教育基本法を含む学校関係法令およびその理念に適合しない学校であるとの主張は荒唐無稽なものに過ぎない。

なお、被控訴人は、各種学校の認可基準を緩和するよう促しており、実際に基準を弾力化した都道府県からの聴き取り結果、「基準の弾力化を図った県において、外国人の子どもの教育環境等の改善がなされる等の利点があった一方、外国人学校の教育や経営への問題が生じたという状況は確認されていないことが分かった。」とされている（甲A189号証）。現状の各種学校の設置認可に関し、被控訴人が何ら問題意識を持っていないにもかかわらず、こと就学支援金の問題に関して、朝鮮高校を教育基本法の理念に適合しないとしきりに主張するのは、朝鮮高校に対する差別の表れに他ならない。

また、被控訴人は検討会議の議事録を引用し、「わが国の法令を遵守することはもちろんのこと、学校運営の体制がきちんとしているかどうか重要」との記載を指摘する。しかしながら、上述のとおり、学校教育法の規定によっても、福岡県の私立各種学校設置認可基準によっても、関係法令を順守しているからこそ各種学校の認可を受けているのであるから、九州朝鮮高校が法令を順守していることには何らの疑いもない。

また、九州朝鮮高校の学校運営の体制についても、審査会においてコリア国際学園及びホライゾンジャパンインターナショナルスクールの審査で検討された理事会の開催や直近5年間都道府県から指導を受けていないことといった点をクリアしていることが確認されているのであるから、何の問題もない。

次に、被控訴人は第4回検討会議での議論として、「教育活動を見ないというわけではない。・・・どういふことを教育されているかという項目・主題は見るのだが、具体的な内容については各校に任されている。」との記載を指摘する。しかし、この記載からは、たとえば朝鮮地理、朝鮮歴史といった科目を教えていること自体は確認することが許容されるとしても、被告が指摘するような、

教科書の記載内容を逐一問題視することが、明らかに検討会議の議論内容と相反するものであることが読み取れるのみである。

7 控訴答弁書同項(2)について

被控訴人の主張する「不当な支配」が具体的に何を指すのかは、被控訴人の引用する大阪高裁判決からも明らかになっておらず、その論旨は不明確である。また、当該判決の引用部分中に①から⑤として記載されている部分から、「就学支援金の管理が適正に行われなことを疑わせる相当な根拠がある」と主張しているが、本書面で記述したとおり就学支援金は、代理受領と同時に授業料に充当されて相殺される。要は、被控訴人は、朝鮮高校が受領した授業料を、校外に横流ししているおそれがあるということが言いたいのであろうと推測するが、実際にそのようなことを行えば授業料債権への充当ができなくなり、授業料を据え置かなければならなくなるから、ただでさえ学校経営が成り立たなくなり、無償化法の仕組み解釈を誤った判断に他ならない。

したがって、大阪高裁判決の判断内容を正当化することはできない。

8 まとめ

以上を総じて評するに、被控訴人の控訴答弁書第5の4における各主張は、究極的には朝鮮高校は朝鮮総聯と関係があるから指定はできないという偏見に基づくものであり、何ら理由がない。

本書面第3の3(2)イ(イ)に述べた通り、「不当な支配」の有無やその程度を考慮するのであれば、それは朝鮮学校に子どもを通わせる親やそこに通う子どもらからの、学校で行われる教育に対する信託が裏切られ、自主性がゆがめられているのかという観点から事実を評価せねばならない。

この点、控訴人らが何度も繰り返すように、朝鮮高校と朝鮮総聯とは民族教育を推進するという目的において、歴史的に協力関係にあることからすれば、朝鮮高校と朝鮮総聯が関係を持っていることは、むしろ当然のことである。こ

これは朝鮮高校に子どもを通わせる親や通う子どもにとってもそうである。両者の関係に「不当な支配」が存在することはありえない。

被控訴人の主張は、朝鮮高校に朝鮮総聯が関係していることそれ自体をもって指定できない理由とするものであり、決して許されるものではない。

第5 憲法14条違反について

1 はじめに

朝鮮高校に対する就学支援金不支給の根拠とされた、規程13条に適合するとは認められないという理由は、一見中立的な理由ではあるが、適用の結果明らかに在日朝鮮人である控訴人らの上に不利益を生ぜしめており、憲法14条に違反する処分である。

以下では、この点について、アメリカ法の議論も参照しながら詳論する。なお、本項の作成にあたっては、福岡大学法学部 桧垣伸次准教授の意見を参照した。

2 間接差別について

(1) はじめに

差別という概念は、直接差別と間接差別に分けられる。直接差別とは、「人種・性別などの差異を基準として取扱の違を生じさせる」ものである。他方、間接差別とは、「区別の基準は一見中立的だが、結果として一定の属性を共有する人々に偏って不利を生じさせるような取扱」である。後者をも含めて差別と考えるべきである（甲A190号証）。

日本の最高裁においても、夫婦別姓訴訟において、夫婦がそのいずれかの姓を名乗ることとする民法の規定自体は憲法14条1項に反しないとしたうえで、「もっとも、氏の選択に関し、これまでは夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている状況にあることに鑑みると、……仮に、社会に存する差別的な意識や慣習による影響があるのであれば、その影態を排除して夫婦間

に実質的な平等が保たれるように図ることは、憲法 14条 1項の趣旨に沿うものである」。としており、間接差別が憲法 14条 1項の問題であると理解されていることが読み取れる（最大判平成 27年 12月 16日民集 69巻 8号 2586頁）。

他方、アメリカの連邦最高裁判所では、人種中立的な基準が差別的効果を伴う場合に憲法上どう扱うかについて、①人種という区別事由を明示した差別、②そうした区別事由を明示していないが人種差別的効果を生ずるもののうち差別的意図をもって当該措置がとられた場合、が憲法上の人種差別であるとされている。リーディングケースとされているのはワシントンv. デービスという事件で、ワシントン州の消防士の不合格率が、黒人受験者は白人受験者の 4倍で、その原因が試験において課される言語能力テストにあり、これが差別的意図によるものであると争われた（結論は否定）。

(2) 差別的意図について

一見中立的な制度が、特定のグループにのみ不利な効果を及ぼすという「異なる効果型差別 (disparate impact discrimination)」については、原告が行政の差別的意図を立証する必要があるとされている（甲 A 191号証）。その際の判断要素は、①公権力の行為が人種的に不均衡な効果を及ぼすか否か、②当該行為の歴史的背景、③当該行為に至る一連の出来事（急な方針変更があったことなどの事情が、判断者の目的を明らかにする場合がある）、④通常の手続きからの逸脱があるかどうか（逸脱は、不当な目的が存在していたことを示す証拠となる）、⑤判断結果に異常が認められるか（重要な考慮要素から推測される実質的な結論との乖離があるか）、⑥立法過程、行政課程における経緯（判断者が発した声明や報告書の存在及び内容が重視される）である（Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.）

(3) 敵意の法理について

アメリカでは、連邦最高裁判所において、「敵意の法理」と呼ばれる規範が形成されつつある（甲A192号証）。

敵意の法理とは、敵意に基づいて制定された立法は憲法上許容されない、という内容であり、「敵意に基づいて制定された立法」とは、政治的多数派が特定の集団を気に入らないという理由で規制することである。

敵意の法理の論拠は、憲法が立脚する公共善、司法は人権保障の担い手として特定の集団に対する不当な負担から尊厳や個別の権利を守らなければならないという責務を負うという司法の役割論、政治的少数者を不利益に扱ってはならないという民主過程論などに求められる。

敵意の法理においては、2段階の審査が行われるとされている。すなわち、①行政が特定の集団を害しようとする願望があるか否か（敵意の存在）、②行政の追求する利益が正当であるか、また行政の行為がその目的を達成するために合理的に関連したものであるか（合理的関連性の基準）を検討する。

3 違憲判決

本訴訟と類似した民族教育に対する立法・行政行為が問題となったアリゾナ州の連邦控訴裁判所判決（Arce v. Douglas）及び同州の連邦地方裁判所判決（Gonzalez v. Douglas）においては、アリゾナ州がマイノリティであるヒスパニック系（スペイン語系）住民に対して公立学校で提供されていた言語教育プログラムを削除したことが、アメリカ合衆国憲法修正第14条等に違反するとされたものである。

これらの2つの事件に共通する背景は次のとおりである。アリゾナ州は、もともとスペイン領であったことから、スペイン語系の住民が多く住み、メキシコ（スペイン語圏）からの移民も多い。そして、これらのヒスパニック系住民が長い間差別の対象となってきた。

特にヒスパニック系住民の多いツーソンという地区において、教育委員会が、ヒスパニック系の子どもたちのために、1998年から公立学校において、メキシコ系アメリカ人研究プログラムという民族教育プログラムを提供し、美術、政治、歴史、文学などの学習を通じて、文化やコミュニティについて学ぶことができるようにしていた。それによって生徒の成績が向上するという面もあり、好評であった。

しかし、同州が2010年に、「①米国政府の転覆を推進するもの、②特定の人種や階級の人々に対する憤りを推進するもの、③主に特定の民族の生徒のために作られているもの、④生徒たちを個人として扱うのではなく、民族の結束を推奨するもの」に該当する課程やクラスを禁止する、A. R. S. § 15-112(A)を制定した。同州では、他のマイノリティに対する教育プログラムも実施されていたが、A. R. S. § 15-112(A)に基づいて実施が禁止されたのはメキシコ系アメリカ人研究プログラムのみであった。そこで、ツーソンの公立学校で同プログラムを受講できなくなったことが合衆国憲法に反するとして、生徒らが訴訟を提起したものである。

Arceが原告となった訴訟において連邦控訴裁判所は、2で上げた各要素を考慮し、A. R. S. § 15-112(A)及びメキシコ系アメリカ人研究プログラムに対するその執行の両方が、差別的な意図に基づくものであり違憲と判断した。また、Gonzalezが原告となった訴訟においても連邦地方裁判所は、上記Arce判決と同様の判断要素（2（2）の①から⑥のうち、④と⑤が合わさった要素になっているため、規範としては5つになっている）に基づき、同様の判断を行った。

とりわけ後者の判決においては、法案の提出者が、アリゾナ州の上院議員時代に、ブログで「No Spanish radio stations, no Spanish billboards, no Spanish TV stations, no Spanish newspapers. This is America, speak English.」（スペイン語のラジオ局、スペイン語の看板、スペイン語のテレビ、

スペイン語の新聞、みんなだめだ。ここはアメリカだ。英語を話せ)などと投稿していたことを、「憎悪を抱いていたことを明白に示す最も重要な証拠である」とし、A. R. S. § 15-112(A)を制定したことで、これを同プログラムに適用したことのいずれも、反ヒスパニックの姿勢に動機づけられたものであって違憲とされた。

4 本訴訟においても3の裁判例と同様の状況が明らかになっていること

本件では、1条校及び朝鮮高校以外の他の外国人学校に通う生徒は就学支援金の支給を受けているのに対し、朝鮮高校に通う生徒は、本件不指定処分によって支給を受けることができなかった。さらに、本件規程の削除により、将来にわたっても支給を受けることができなくなった。したがって、被控訴人の行為により、人種間の不均衡が生じていることは明らかである(2(2)①)。

次に、被控訴人から在日朝鮮人社会への差別と弾圧が繰り返されてきたことおよび朝鮮総聯が民族教育の推進を設立目的の一つとする民族団体であって、朝鮮総聯と朝鮮学校、朝鮮共和国と朝鮮学校の間を考察するとき、歴史的背景を踏まえることが不可欠であることは、控訴人らが第一審段階から一貫して主張してきたとおりである(2(2)②)。

また、無償化法の制定段階では、予算に朝鮮高校の学生数も加えた人数を積算していたにもかかわらず、2010年の延坪島砲撃事件を理由に「超法規的」に審査を停止し、再開に長期間を要した。また、同じ本件規程に基づいて申請していたコリア国際学院及びホライゾンジャパンインターナショナルスクールが1、2回程度の審査で指定処分を受けた後も、大量の質問と複数回の審査を重ねた。最終的に、自民党への政権交代の直後、下村博文文部科学大臣(当時)が「拉致問題に進展が見られず(中略)国民の理解が得られない」などと発言したうえ、審査会が結論を答申していないにもかかわらず、指定を申請していた全国の朝鮮高校に対し、不指定の処分を下した。このように、度重なる方針

の急な変更と手続の違法という処分までの経過、ならびに他の学校の申請に対する手続きとあまりにかけ離れていることは、在日朝鮮人および朝鮮学校に対する差別的意図を強く推認させる（２（２）③、④）。

そして、朝鮮高校の学生に支給する就学支援金分が予算に計上されていたこと、朝鮮高校も、理事会の開催、会計書類の作成、直近５年間に自治体から処分を受けていないという、コリア国際学院及びホライゾンジャパンインターナショナルスクールの審査で求められた要件をすべて充足しており、これら２校が要改善点を指摘されても留意事項という形にとどまり、指定自体は受けられたこと、朝鮮高校についても留意事項の検討が行われていたことという各事情からすれば、朝鮮高校に対する処分として予測されるのは指定処分であったといえる。また、本件規程の制定にあたっては、将来的に申請した学校も当該規程に基づいて申請することが予定されており（甲A172号証の3の2）、削除は予定されていなかった。このように、本件事件の経緯にかかわる重要な要素から推測される結論（朝鮮高校を指定する）が、実際の結論（全国の朝鮮高校の不指定処分）とは真逆である（２（２）⑤）。

最後に、下村氏が、野党時代から繰り返し朝鮮学校への無償化の適用に反対する発言を国会で行ったり、自民党議員が提出した、法律レベルで朝鮮学校を排除する法案の提案者に名を連ねていたりしたことをはじめとする経緯は、差別的意図のもっとも重要な証拠として評価されるべきである（２⑥）。同様の意図は、3.29補助金通知（発出者は馳浩文部科学大臣（当時）、下村氏と同様に、国会質問において朝鮮学校への無償化適用を問題視する発言を行っていた）、これを受けて増加した各地の自治体による朝鮮学校への補助金の停止についても伺える。

したがって、規程13条に適合しないとして不指定処分としたこと及び本件規程そのものを削除したことは、明らかに文部科学大臣の差別的意図に基づく

ものであって、憲法14条に反し無効である。

また、上述の諸要素に照らせば、敵意が存在することは明らかであり、かつ、拉致問題等の明らかな政治外交目的によるものであることが明らかであるから、無償化法の立法目的との合理的関連性が存するとも言えない。したがって、敵意の理論によっても、不指定処分及び削除行為を正当化することはできない。

5 小括

以上のとおり、アメリカの憲法理論および憲法判例に照らして考えれば、本件不指定処分が差別的意図によるものであって、違憲無効であることは明白である。

第6 おわりに

- 1 無償化法の目的は、「…公立高等学校以外の高等学校等の生徒等がその授業料に充てるために高等学校等就学支援金の支給を受けることができることとすることにより、高等学校等における教育に係る経済的負担の軽減を図り、もって教育の機会均等に寄与すること」である。

しかしながら、無償化法制定後から、学校法人福岡朝鮮学園（九州朝鮮高校）に対する不指定処分がなされた2013年2月20日までの客観的事実からすれば、被控訴人による本件不指定処分が、無償化法が定める目的に沿ってなされたものではなく、朝鮮総聯や朝鮮共和国に関する政治的目的によってなされたことは明らかである。

本件不指定処分が政治的目的でなされたことは、控訴人らが原審段階から一貫して主張しているところであり、被控訴人は、本件不指定処分が政治的目的でなされたことについて積極的に否定しないが、少なくとも無償化法の目的に反した処分であったか否かは、本件訴訟において明らかにされなければならない。

- 2 無償化法の目的に沿った処分であったか否かを明らかにするためにも、控訴

人が申し出ている証人尋問は実施されなければならない。

本件不指定処分をした下村博文文部科学大臣の目的や動機が何であったのかを明らかにする必要があることは控訴人らの意見書のとおりである。

前川喜平証人についても、原審の事実認定の基礎となった証拠が、当時高校教育改革プロジェクトチームに所属していた望月禎証人の尋問調書であるところ、前川喜平氏の陳述はこれに相反するものであるから、事実認定を行うにあたっては、原審の事実認定の基礎となった証拠に相反する前川喜平氏の尋問を経なければならない。

また、原審が、本件規程13条適合性の判断において、朝鮮総聯と朝鮮学校がつながっていることをして、適正な学校運営がなされていないと判示しているところ、当該認定自体も乱暴であると言わざるを得ない。適正な学校運営がなされているか否かについては、当事者である学校法人関係者の尋問を経なければ、明らかになるものではない。

控訴審においては、上記3名の証人尋問が必ずや実施されなければならない。

- 3 本件不指定処分が政治的目的でなされたことは疑う余地がないが、控訴審においては、なぜ、政治的目的から朝鮮学校だけが無償化制度から排除されたのかを知る必要がある。そうでなければ、本件不指定処分が無償化法の目的に沿ったものであったか否かを判断することはできない。

そのためにも、朝鮮学校がどのような学校なのかを知る必要があるが、提出されている書証だけでは朝鮮学校について知ることができる範囲には限界がある。実際に朝鮮学校を訪れ、朝鮮学校の存在やそこで学ぶ生徒らを見なければ、朝鮮学校について知ることができない。

その意味で、控訴人らが原審段階から申し出ている検証を実施する必要性は極めて高い。検証が実施され、裁判官が朝鮮学校を知ることこそ、本件不指定処分が無償化法の目的に沿った処分であったか否かを判断することができる。

4 本件で一つの大きな争点となっている「不当な支配」について定める教育基本法16条1項は、「不当な支配」の主体を名宛人としている。にもかかわらず本件では、「不当な支配」から守られなければならない学校や生徒が、不指定処分という不利益を被っている。これは教育基本法16条1項の解釈や、ひいては日本の教育行政にかかわる重大な問題をも含む。

控訴人らは、本件における「不当な支配」の解釈、適用の異常性、あるべき解釈論について、専門家である学者に意見書を依頼している。

当該意見書は、2020年1月末までに完成予定であり、控訴人らは、同意見書に基づき、本件における「不当な支配」の解釈、適用が誤りであることを主張する予定である。

控訴人らには、当該意見書に基づく主張立証の機会が必要不可欠である。

以上