

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2準備書面

2020年2月 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

本準備書面は、岡山大学の堀口悟郎准教授の意見書（甲A195号証）に基づき、控訴人らのこれまでの主張をより詳細に述べるものである。

## 第1 本件規程13条適合性について

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

(1) 控訴人らは本件規程13条の「法令」には、教育基本法16条1項の「不当な支配」は含まれないということを主張してきた（控訴理由書第3の2(3)イ（ア）、等）。

(2) 教育基本法の条文を本件規程13条に読み込んで解釈していかどうかは、同法の個々の条文ごとに検討されなければならないこと

この点、本意見書は以下の通り指摘し、原判決を批判している。

「（引用者注：原判決は）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。」（意見書4頁）。

「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。」（意見書5頁）

教育基本法が本件規程13条の「法令」に含まれるとしても、同法の各

条項は様々な内容を含み、特にその大半が、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。したがって、教育基本法に含まれる条文であれば当然に、規程13条の「法令」に読み込むことができる、というわけではない。

教育基本法の各条文の名宛人やその内容、性質は当然にそれぞれ異なる以上、本件規程13条の「法令」に読み込んで解釈してよいかどうかは、それが適切なものであるのか、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。

- (3) 教育基本法16条1項は、性質上、本件規程13条の「法令」に読み込むことはできないこと

ア 教育基本法16条1項の性質

教育基本法16条1項に関する本意見書の指摘は以下の通り。

「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」(意見書5頁)

本件規程13条が、規則ハ号に基づく指定を申請した学校の満たすべき要件であったとすれば、それは同学校を名宛人とする規範である。しかし、教育基本法16条1項は、学校を名宛人として、「不当な支配」をされることを禁じたものではない。同条項は、国家権力や社会的勢力等を名宛人

として、「不当な支配」をすることを禁じたものである。

教育基本法 16 条 1 項の性質上、本件規程 13 条の「法令」に読み込むこと自体が背理となるのである。

イ 教育基本法 16 条 1 項（旧教育基本法 10 条 1 項）適用の具体例

さらに、本意見書は以下の通り具体例を挙げて説明する。

「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 日判例集未登載）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向的に批判・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」（意見書 5 頁）

教育基本法 16 条 1 項（旧教育基本法 10 条 1 項）に関する具体的な事例（七生養護学校事件判決（東京高判平成 23 年 9 月 16 日判例集未登載））を見ても、同条項が適用されたのは、同校での性教育を批判非難した都議会議員らであって、「不当な支配」を被った七生養護学校ではない。

教育基本法 16 条 1 項を、本件規程 13 条の「法令」に読み込んで、九州朝鮮学校に適用することは不可能である。

ウ 教育基本法 16 条 1 項を読み込んだ場合の弊害

本意見書は、仮に教育基本法 16 条 1 項を本件規程 13 条の「法令」に

読み込んだ場合には、以下のような弊害があると指摘する。

「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、その目的を達することができてしまう。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」（意見書5～6頁）

教育基本法16条1項を本件規程13条の「法令」に読み込んだ場合、「不当な支配」を特定の学校に及ぼすことで無償化制度から除外するという不利益を与えることを可能としてしまう。

特に、その「不当な支配」の主体が国家権力であった場合には、「不当な支配」を及ぼした挙句、さらに無償化制度から除外することを適法に行う余地を生むこととなり、不合理極まりない解釈である。

#### (4) まとめ

以上の通り、教育基本法の条文を本件規程13条の「法令」に読み込んでよいかどうかは、個々の条文ごとに検討されるべきという観点から、教育基本法16条1項の性質、および本件規程13条に読み込んだ場合の弊害について考えれば、教育基本法16条1項を本件規程13条「法令」に読み込めないことは明らかである。

## 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こと

- (1) 被控訴人らは、仮に本件規程13条の「法令」に、教育基本法16条1項を読み込んだとしても、「不当な支配」の該当性判断について、文部科学大臣

の裁量はないことを主張してきた(控訴人ら第1準備書面第3(2)イ(イ)等)。

(2) 「不当な支配」該当性の判断には、文部科学大臣の専門的技術的判断は必要ではないこと

本意見書も、次の通り指摘する。

「「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」(意見書6頁)

「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。」(意見書6頁)

「不当な支配」該当性に関する判断は、教育権の所在や、憲法論にかかわる、法学的な検討・技術を要する場面である。教育行政に通暁した文部科学大臣の専門的技術的検討が必要となることはない。ましてや法解釈・適用の専門機関である裁判所が、この点の文部科学大臣の裁量判断を尊重し、司法統制を緩めるべきとの考え方はありえない。

本意見書は、従前の「不当な支配」に関する司法の判断手法についても、以下の通り指摘する。

「実際、「朝鮮高校無償化裁判」に係る裁判例を除いて、従来の判例では、「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巻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」（意見書6頁）

これまでにあった「不当な支配」に関する司法判断の手法を見ても、裁判所は行政庁から独立して客観的に判断を施している。

教育基本法の解釈適用にかかわる事柄であるからと言って、安易に文部科学大臣の裁量に基づく判断を必要とすると解した原判決の誤りを、本意見書は端的に指摘するものである。

(3) 「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の「不当な支配」性

本意見書は、不当な支配該当性について、行政裁量を認めることの問題性について、以下の通り指摘する。

「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たって、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。

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」（意見書7頁）

「不当な支配」に関する旭川学テ事件の解釈をもとに、同種訴訟である大阪地判平成29年7月28日の裁判例も踏まえながら、「不当な支配」の判断に行政解釈を認めることの問題性について指摘するものである。

すなわち、「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」にもかかわらず、「不当な支配」の判断権をほかならぬ行政に与えることは、教育基本法16条1項の趣旨からまったく逸脱したこととなる。そして、その裁量判断を通ずることで、行政が教育の様々な点について介入すること、すなわち「不当な支配」を及ぼすことが可能となる。このような解釈が許されないのは当然である。

本意見書のこの指摘は、控訴人ら第1準備書面第3(2)イ（イ）等とも合致するものである。

### 3 九州朝鮮学校に対する朝鮮総連の関与は「不当な支配」に当たらないこと

#### (1) 宗教系学校と宗教団体との関係との比較においても、朝鮮総連による「不当な支配」は存在しないこと

宗教系学校と宗教団体との関係について、本意見書は以下の通り述べる。

「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」（意見書7～8頁）

宗教系学校が宗教団体と密接なかかわりを持つ点について、そこに通う子どもや保護者の観点からすれば、むしろ宗教団体との関与こそが宗教教育において重要であり、「不当な支配」に該当するはずがないということである。

特に、「不当な支配」該当性の判断にあたって、学校に通う子どもや保護者の観点から検討している点は、控訴人らの主張（控訴人ら第1準備書面22頁）とも合致する。

そして、民族学校と民族団体との関係について、以下の通り分析する。

「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」（意見書8頁）

民族学校と民族団体との関係についてみても、宗教学校と宗教団体との関係と同じく、その関わりが「不当な支配」にあたるということはないのである。

さらに、本意見書は宗教学校の民族学校と違いについて、指摘する。

「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供はまず入学しない。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」(意見書8頁)

宗教系学校でも、信者ではない生徒や保護者が、宗教教育以外の教育に着目して入学し、教育を受ける例は多数存在する。

一方、民族学校、特に各種学校に属する九州朝鮮高校を含む朝鮮学校では、法的、制度的に不利な面を措いても、民族性を重視して入学し、教育を受ける子どもや親が大半である。そんな子どもや親にとって、朝鮮総連という民族団体が朝鮮学校に関与していることは、むしろ当然のものとして受け入れられている。この点で、朝鮮学校は宗教学校以上に、「不当な支配」該当性を認める余地はないのである。

## (2) 朝鮮学校と朝鮮総連の歴史的経緯に照らせば、例外的事情も存在しないこと

本意見書は、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」に当たる可能性を否定するものではない。

しかし、九州朝鮮高校と朝鮮総連との関与がそのような例外的なケースにあたるものではない。本意見書はその理由を、以下の通り歴史的経緯から述べている。

「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。・・・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だろう。

他方、日本政府が朝鮮学校を支援することはなかった。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。・・・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。・・・文部省は、・・・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月には朝鮮大学校の設立も実現した。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」（意見書8～10頁）

戦前の植民地支配によって、国家、言葉、文化を奪われた在日朝鮮人が重要視した民族教育は、国語講習所、あるいはその後の朝鮮学校において営まれてきた。

そして、在日朝鮮人の民族教育は、戦後一貫した日本政府による弾圧政策に見舞われながら、在日本朝鮮人連盟（朝連）、在日本朝鮮人総聯合会（総聯）の支援、協力のもと、現在にまで継続して営むことができたのである。

「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」（意見書10頁）

このような歴史的経緯に照らせば、九州朝鮮高校と朝鮮総聯との関与が、「不当な支配」に該当することはありえないのである。このことは、控訴人から第1準備書面第4に述べた事実の評価方法に関する主張とも合致する。

公安調査庁の資料という権力の視点や、偏った報道、意見書などの「一般社会」、「日本国民」の視点から、朝鮮学校に対する「不当な支配」の有無を見るのではなく、朝鮮学校に通う子どもらや保護者らの視点から検討すれば、このことは明らかなのである。そしてそれこそが、教育基本法16条1項の趣旨にもかなう、無償化法の解釈適用である。

第2 本件不指定処分が本件規定15条に違反していること

1 本件不指定処分をするにあたって文部科学大臣は審査会の意見を聴く義務が

あること

- (1) 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」と規定する。本件規程 15 条の趣旨は、規則ハ号に基づく申請にかかる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。

本件規程 15 条の文言から、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いえないが、文部科学大臣が規則ハ号に基づく申請に対する処分をするにあたって、審査会の最終的な審査結果を聴くことは、最高裁判例に照らせば、法的義務であると解されなければならない。

- (2) 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ない」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が・・・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」

- (3) また、同判決の調査官解説は、「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。）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、少な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」

- (4) 意見書は、上記最高裁判例及び同判例解説を引用しながら、法が諮問手続を定めている場合について、次のように指摘する。

「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」（意見書 12 頁）

本件規程 15 条によって、文部科学大臣が処分をするにあたって審査会の意見を聴くものとするとして諮問を定めている以上、文部科学大臣は、規則ハ号に基づく申請に対して処分するにあたっては、審査会に対して諮問を経なければならず、また、諮問はしたが正当な事由なく答申をまたずに処分することは許されない。

よって、文部科学大臣が規則ハ号に基づく申請に対する処分をするにあたり、審査会の最終的な審査結果を聴くことは、文部科学大臣に課された法的義務である。

## 2 本件不指定処分は本件規程 15 条に違反している

- (1) 原審は本件規程 15 条について、「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」と判示し、また、「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とはできない」と判示した。

原審の上記判断に対して、意見書は次のように批判している。

「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」（意見書13頁）

このように、文部科学省自身が、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。

- (2) 2012年12月26日に文部科学大臣に就任した下村氏は、わずか2日後の同月28日、記者会見において、朝鮮学校について不指定の方向で進めると発表した。そして、2013年2月20日、規則ハ号を削除するとともに、本件不指定処分を行った。

2012年9月10日に審査会の第7回会議が開催されたが、同会議が最後の審査会である。本件不指定処分は2013年2月20日になされたが、その間に審査会は開催されていない。客観的事実から明らかなように、下村文科大臣は、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から一度も審査会が開催されていない状況下で本件不指定処分に及んでいる。

審査会の結論を待たずしてなされた本件不指定処分について、意見書は次のように指摘する。

「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」(意見書13頁)

よって、審査会の諮問手続を経ていないとみなされる本件不指定処分は、本件規程15条に違反する。

### 3 本件不指定処分は外交上の配慮に基づくものである

- (1) 控訴人らは、本件不指定処分は政治外交目的を理由として行われたと繰り返し主張してきたが、この点についても意見書は同様の理解を示している。

「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」（意見書14頁）

また意見書においては、下村氏が、自民党が野党時代であった頃から、外交上の配慮を理由として、無償化法に基づく朝鮮高校への指定を反対していた次の発言を引用している。

「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」（意見書14頁）

(2) 本件不指定処分は、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いたうえでされなければならなかった。しかしながら、上記のとおり、下村文科大臣は外交上の配慮により本件不指定処分を行った。この点について、意見書は次のように指摘する。

「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つた、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」（意見書15頁）

#### 4 小括

以上のとおり、本件不指定処分は、文部科学大臣が規則ハ号に基づく申請に対する処分をするにあたり、審査会の最終的な審査結果を聴かなければならない義務があるにもかかわらず、これに反して、審査会の諮問手続を経ていないとみなされるばかりか、教育上の観点から客観的に行うことなく外交上の配慮に基づきなされたものであることから、本件規程15条に違反する。

### 第3 本件不指定処分は行政手続法8条1項に違反していること

#### 1 本件不指定処分の理由提示が著しく不十分であること

(1) 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ると解される。

- (2) 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巻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巻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。
- (3) 上記最高裁判例を引用しながら、意見書は本件不指定処分の理由について、次のように指摘する。

「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。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」（意見書16頁）  
よって、本件不指定処分の理由提示は著しく不十分である。

- 2 理由提示が著しく不十分であることにより国家賠償請求が認容されること
  - (1) 上記名古屋地裁判決は、不指定処分が行政手続法8条1項本文に違反しているにもかかわらず、国家賠償請求が認められた。その理由は、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、名古屋地裁の上記判断が誤っていることについて、意見書は次のように指摘する。

「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、「朝鮮高校が朝鮮総連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」（意見書17頁）

- (2) また、意見書は、行政手続法8条1項本文違反や本件規程15条違反のような手続的瑕疵こそが、控訴人らの精神的苦痛を与えたものとして国家賠償請求を認めなければならない理由を次のように指摘する。

「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、朝鮮高校が朝鮮総連から「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えで、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」(意見書17～18頁)

### 3 小括

以上のとおり、本件規程13条に適合すると認めるに至らなかったことは、本件不指定処分の理由として著しく不十分であるから行政手続法8条1項本文に反していることは明らかであり、適法な手続で行政処分が再度なされず、理由提示の瑕疵は実質的には控訴人らに対するものであり、控訴人らが本件不指定処分の理由を了知できたとはいえないことから、行政手続法8条1項本文に反する本件不指定処分に対する控訴人らの国家賠償請求は認容されなければならない。

### 第4 さいごに

これまで述べてきたように、堀口悟郎准教授の意見書の内容は、これまでに控訴人らが主張してきた事実を裏付けるものであり、本件同種の訴訟で唯一朝鮮高校の主張を認めた大阪地裁判決と同様である。

つまり、大阪地裁判決だけが本件の本質を理解しており、それ以外の裁判所が下した判決は本質を理解していないため、誤った判断を示している。

堀口意見書は、次のように締めくくっている。

「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」(意見書18頁)

以上