

平成25年(ワ)第1356号、平成26年(ワ)第145号

九州朝高生就学支援金差別国家賠償請求事件

原告 甲ほか67名

被告 国

## 準備書面(17)

2016年12月7日

福岡地方裁判所小倉支部第3民事部合議係 御中

原告ら訴訟代理人弁護士	服	部	弘	昭
同 弁護士	李		博	盛
同 弁護士	後	藤	富	和
同 弁護士	中	原	昌	孝
同 弁護士	安	元	隆	治
同 弁護士	江	上	裕	之
同 弁護士	川	上	武	志
同 弁護士	祖	父	江	弘
同 弁護士	金		敏	寛
同 弁護士	池		上	遊
同 弁護士	服	部	貴	明
同 弁護士	柴	田	裕	之
同 弁護士	石	井	衆	介
同 弁護士	清	田	美	喜
同 弁護士	尾	崎	英	司
同 弁護士	朴		憲	浩

他49名

## 目 次

- 第1章 在日朝鮮人の民族教育の権利（6頁）
  - 第1 在日朝鮮人の人権享有主体性について（6頁）
  - 第2 人権享有主体性という点からみた在日朝鮮人の属性について（6頁）
    - 1 歴史的経緯・存在形態に照らし、在日朝鮮人には日本国民と同等の人権享有主体性が認められること（6頁）
    - 2 学説上も在日朝鮮人の人権保障については日本国民と同等の扱いが求められていること（7頁）
  - 第3 教育を受ける権利の性格（8頁）
    - 1 社会権保障についての「所属国」責任の法理や立法裁量論については、2点の留保事項があること（8頁）
      - (1) はじめに（8頁）
      - (2) 社会権保障における内外人平等原則——国際人権法規範（8頁）
      - (3) 人間生存の基盤にかかわる権利について（10頁）
    - 2 教育を受ける権利の性格とその外国人への保障（11頁）
      - (1) 学説上、憲法26条の教育を受ける権利の享有主体には外国人も含まれると考えられていること（11頁）
      - (2) 国際人権法上は、教育を受ける権利の共有主体に外国人も含まれることは自明のことであること（13頁）
    - 3 教育を受ける権利の複合的性格（15頁）
      - (1) 教育の果たす2つの機能（15頁）
      - (2) 教育を受ける権利の社会権的側面と自由権的側面（17頁）
      - (3) 小括（18頁）
  - 第4 在日朝鮮人の民族教育の権利について（18頁）
    - 1 憲法26条・13条と民族教育の権利（18頁）

- (1) 憲法 26 条は民族教育の権利を保障していること (18 頁)
  - (2) 憲法 13 条と民族教育の権利 (19 頁)
  - 2 国際人権諸条約と民族教育の権利 (19 頁)
    - (1) 国際人権諸条約において承認されている民族教育を受ける権利の規範性 (19 頁)
    - (2) 民族教育を受ける権利を実質的に保障する民族教育実施権 (21 頁)
  - 3 在日朝鮮人の民族教育にはより高度の権利性が認められねばならないこと (23 頁)
    - (1) 在日朝鮮人の民族教育にはより高度の権利性が認められねばならないこと (23 頁)
    - (2) 在日朝鮮人の子どものアイデンティティ保全にとっての民族教育保障の不可欠性 (23 頁)
    - (3) 在日朝鮮人の民族教育の歴史的意義 (25 頁)
- 第 2 章 本件規程 13 条を理由とした本件不指定処分の違法性 (26 頁)
- 第 1 被告の主張 (26 頁)
  - 第 2 規程 13 条のあるべき解釈 (27 頁)
    - 1 規程 13 条は就学支援金支給対象校を指定する際の実質的要件を定めた規定ではないこと (27 頁)
      - (1) 高校無償化法、同法施行規則から導かれる制度趣旨 (27 頁)
      - (2) 規程 13 条の文言 (29 頁)
      - (3) 他の外国人学校と比べ不合理に要件を加重するものとなること (29 頁)
      - (4) 大阪桐蔭高等学校の裏金事件が示すもの (30 頁)
      - (5) 規定 13 条は訓示規定であること (31 頁)

- 2 規程 13 条の「法令」には教育基本法 16 条は含まれないこと  
(31 頁)
  - (1) 規程 13 条の「法令」とは会計事務に関する法令であること (31 頁)
  - (2) 就学支援金流用の具体的可能性まで必要であること (32 頁)
- 3 「法令」に教育基本法を含める被告の解釈の誤り (32 頁)
- 第 3 被告の「不当な支配」論の問題性 (33 頁)
  - 1 はじめに (33 頁)
  - 2 「不当な支配」の禁止法理とは何か (33 頁)
    - (1) 条文構造 (33 頁)
    - (2) 立法者意思 (35 頁)
    - (3) 行政解釈 (39 頁)
    - (4) 学説 (39 頁)
    - (5) 裁判例 (41 頁)
  - 3 被告の「不当な支配」に関する適示事実の問題性 (52 頁)
    - (1) 被告が「不当な支配」に当たる可能性があるとして摘示する「事実」 (52 頁)
    - (2) 被告が摘示する事実には本件不指定処分の根拠とすることが明らかに不適切なものが多数あること (55 頁)
  - 4 被告の「不当な支配」論の問題性 (61 頁)
    - (1) 被告は、朝鮮学校と朝鮮共和国及び朝鮮総聯との関係性のみで「不当な支配」の根拠としていること (61 頁)
    - (2) 被告の「不当な支配」論の異質性 (62 頁)
    - (3) 外国人学校の特性と「不当な支配」論 (63 頁)
    - (4) 被告の立論の誤り (65 頁)

(5) 外国人学校に対しても規制や監督が存在することを考慮すべきこと（66頁）

5 「不当な支配」論の本訴訟における位置づけ（68頁）

第3章 本件省令1条1項2号ハ削除改正の問題点（68頁）

第1 本件省令1条1項2号ハの削除措置がはらむ憲法上の問題点（68頁）

1 本件省令1条1項2号ハの削除措置（68頁）

2 成嶋隆教授の「制度後退禁止原則」論と本件省令1条1項2号ハの削除措置（69頁）

本書面は、成嶋隆教授の「朝鮮高校生就学支援金不支給違憲損害賠償請求事件に関する意見書」（甲142。以下「成嶋意見書」という）に基づき、あらためて在日朝鮮人の民族教育の権利及び本件不指定処分の違法性について、憲法、教育法および国際人権法の見地から原告らの主張を整理して述べるものである。

## 第1章 在日朝鮮人の民族教育の権利

### 第1 在日朝鮮人の人権享有主体性について

憲法第3章に規定される基本的人権の保障は、外国人に対しても、権利の性質上適用可能な限りすべて及ぶ。そして、憲法上の権利の適用を考えるにあたっては、当該外国人の属性（定住外国人、難民および一般外国人など）も考慮する必要がある（いわゆる権利性質説。芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第6版〕』岩波書店、2015年、92頁。権利性質説に立つ判例として、最大判昭53・10・4民集32巻7号1223頁）。

したがって、在日朝鮮人の民族教育の権利の問題を考察するには、民族教育の権利を含む教育を受ける権利（教育への権利）の性格と、人権享有主体性という点からみた在日朝鮮人の属性について予備的な考察を行うことが必要となる。

### 第2 人権享有主体性という点からみた在日朝鮮人の属性について

#### 1 歴史的経緯・存在形態に照らし、在日朝鮮人には日本国民と同等の人権享有主体性が認められること

外国人の属性に着目した時、在日朝鮮人がなぜ日本に存在することになったかという点がきちんと理解される必要がある。

すなわち、既に訴状以来原告らがその歴史的経緯や存在形態について主張してきたとおり、在日朝鮮人は、日本政府が、帝国主義政策の下、

朝鮮半島を植民地支配し、朝鮮半島からあらゆる人的、物的資源を収奪した結果として、日本への移住を余儀なくされたものである。

また、韓国併合後には日本国籍を有する者として扱われ、文化的な同化政策も含め「日本国民」として利用されてきたところ、1952年4月19日、サンフランシスコ講和条約の発効に伴う措置として、一律かつ一方的に日本国籍を奪われたことにより「外国人」となったのであり、在日朝鮮人は日本国民と同等の人権享有主体性が認められてしかるべき存在である。

## 2 学説上も在日朝鮮人の人権保障については日本国民と同等の扱いが求められていること

学説を通覧しても、例えば芦部信喜・高橋和之補訂『憲法』の最新版は、「わが国に定住する在日韓国・朝鮮人および中国人については、その歴史的経緯およびわが国での生活の実態等を考慮すれば、むしろ、できるかぎり、日本国民と同じ扱いをすることが憲法の趣旨に合致する」（芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第6版〕』岩波書店、2015年、94頁）としている。

また、松井茂記『日本国憲法』は、「そもそもまず、日本での最大の問題点は、在日韓国・朝鮮人等の旧日本国民の日本国籍が剥奪され、国籍法上『外国人』として扱われてきたことにある」と指摘したうえで、「在日韓国・朝鮮人等については、その歴史的な事情ゆえに日本国民と同等に扱われることの選択を保障したものと解すべきである。従って、在日韓国・朝鮮人等は、望むなら『国民』もしくは国民と同等に扱われなければならない」（松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』有斐閣、2007年、320頁）と論じている。

すなわち、在日韓国・朝鮮人の人権保障につき、他の外国人とは異なる

る考慮がなされるべきこと、より端的には日本国民と同等の扱いが求められるべきことは、学説上通説というべきものなのであって、成嶋意見書もかかる見地に立っている。

### 第3 教育を受ける権利の性格

次に、在日朝鮮人の民族教育を受ける権利を包含するところの、教育を受ける権利（憲法26条）の性格について述べる。

#### 1 社会権保障についての「所属国」責任の法理や立法裁量論については、2点の留保事項があること

##### (1) はじめに

憲法の定める基本的人権のうち、教育を受ける権利は、生存権（25条）や勤労権（27条）などとともに、講学上、社会権ないし生存権的基本権に分類される。そして、一般に外国人に対する社会権保障は、原則として「所属国」の責任に帰するものとされ、外国（居住国）によって保障されるべきものではないと解されてきた（宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』有斐閣、1974年、242頁）。そのうえで、立法政策上できる限り外国人にも社会権の保障をおよぼすのが望ましいとされてきた（小林直樹『〔新版〕憲法講義（上）』東京大学出版会、1980年、286頁）。

このような一般的理解は、社会権の保障が一定の財政措置を必要とすることから当然のこととされてきた。しかし、社会権保障についての「所属国」責任の法理や立法裁量論については、さしあたり次の2点の留保が必要である。

##### (2) 社会権保障における内外人平等原則——国際人権法規範

ア 第1は、上記のような理解が国際人権法の領域ではそれほど自明のことではないという点である。たとえば、日本が1979年に批准

した経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（以下、「社会権規約」という。）は、9条で「この規約の締約国は、社会保険その他の社会保障についてのすべての者の権利を認める」と明記している。さらに、締約国の実施義務について定める同規約2条は、1項で「立法措置その他のすべての適当な方法によりこの規約において認められる権利の完全な実施を漸進的に達成する」義務を締約国に課す一方、2項では、規約上の権利が「人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生又は他の地位によるいかなる差別もなしに」行使されるべきことを保障する責務を締約国に課している。

イ これらの条項の解釈が争点の一つとなった塩見訴訟の上告審判決は、「〔社会権規約9条の規定は〕締約国において、……右権利の実現に向けて積極的に社会保障政策を推進すべき政治的責任を負うことを宣明したものであって、個人に対し即時に具体的権利を付与すべきことを定めたものではない。このことは、同規約2条1項が締約国において『立法措置……漸進的に達成する』ことを求めていることから明らかである」と判示している（最一小判平成元・3・2判時1363号68頁）。これは、社会権規約2条1項の「漸進的達成義務」規定を根拠の一つとして同規約9条の裁判規範性を否認し、ひいてはこの事案で問題とされた国民年金法（1981年改正前）の国籍条項の規約違反の主張を退けるものであるが、次のような問題点がある。

ウ たしかに2条1項は「権利の完全な実施」については漸進的達成を認めるが、同条2項が、漸進的達成の過程ないしその結果において差別があってはならないことを独自の規範として要請しているこ

とが看過されてはならない。つまり「同規約2条2項に規定された差別禁止条項は、2条1項をうけて差別解消を漸進的に達成すればよいという趣旨ではなく、1項とは独立して『締約国に課された直接の義務』である」（大藤紀子「外国人の社会保障—塩見訴訟」高橋和之・長谷部恭男・石川健治編『憲法判例百選I〔第5版〕』有斐閣、2007年、17頁）と解すべきなのである。社会権規約2条2項は、社会権保障における内外人平等原則という重要な規範を定める、それ自体即効性を有する条項だということである。

エ この点、塩見訴訟と同じく国民年金法の国籍要件等の社会権規約違反が争われた「在日コリアン高齢者無年金訴訟」の一審・大阪地裁判決が次のように判示しているのが注目される。—「……A規約〔社会権規約〕2条、9条についても、社会保障を受ける権利自体は直ちに具体的な権利として認めることはできないが、すでに立法された場合には、社会保障を受ける権利において差別を禁止する同規約2条2項は、自由権規約26条〔法の前の平等・無差別〕と同趣旨にあるものとして、裁判規範性を認めることができる。」「本件は、原告らが、A規約9条の規定を具体的に立法化したものである旧法〔1981年改正前国民年金法〕において定められた国籍条項が、内外人平等原則に違反して違法である旨主張して国家賠償を求める事案であり、いわば、国家から差別的待遇を受けないことを求める、A規約の自由権的側面に関する問題であって、その性質上、自動執行力ないし裁判規範性を有するものと解すべきである。」（大阪地判平成7・5・25判時1898号75頁。なお、同判決はいわゆる「合理的期間」論等を援用し、結論的には規約違反の主張を退けている。）

(3) 人間生存の基盤にかかわる権利について

ア 留保の第2点は、社会権のうちには人間生存の根幹にかかわり、したがって、その保障が国籍により左右されるべきでないものもある、という点である。それらの権利の保障を単なる立法政策に委ねるのは妥当ではない。たとえば、社会権のうちでも生命を維持するための最低限の保障としての生存権は、外国人という理由のみによって否定されるべきものではない（芦部信喜編『憲法Ⅱ人権（1）』有斐閣、1978年、12頁〔執筆・芦部〕）。

イ この点は、たとえば宋訴訟で問題となった生活保護法の（緊急）医療扶助などについては、とくに強調されねばならない。実際、同訴訟の控訴審判決は次のようにいう。——「……人の生存は人権享有の前提となるものであり、また、その性質上日本国民のみを対象としているものを除く、人であることによって認められる基本的人権は、国籍又は在留資格の有無を問わず尊重されるべきであるから、生存そのものの危機に瀕している者の救護は、わが国に在留する資格の有無にかかわらず、法律上の配慮をうけるべきものというべきである。」（東京高判平成9・4・24判時1611号56頁。）

## 2 教育を受ける権利の性格とその外国人への保障

(1) 学説上、憲法26条の教育を受ける権利の享有主体には外国人も含まれると考えられていること

ア 今野健一は、教育・学習の根源的な権利性について「学習は人間の成長・発達の過程に不可欠なものであり、学習の要求を充足するための優れた教育が存在してこそ、独立した人格、尊厳ある存在へと人間が十分に成長・発達することが可能となる。生を受けて後、常にあらゆる場面で必要とされる教育と学習は、生命や健康と並び、人間存在にとって本源的な構成要素であるといえる。生命や健康が人

権の最たるものに数えられるのと同様に、教育と学習もまた普遍的な基本的権利として保障されるべきものと考えられる。」（今野健一「教育を受ける権利」杉原泰雄編『新版体系憲法事典』青林書院、2008年、630頁）と論じる。

イ また、同じく教育を生存の基盤として位置づけ、国籍による教育差別を否認する見解として渋谷秀樹の所説がある。すなわち、渋谷は、憲法26条2項が子女に対して普通教育を受けさせる義務を、文言上「国民」にのみ課していることを問題とし「これは翻って外国人の子女が教育を受ける権利を有するかの問題である。しかし、ここでは子どもがその国籍を問わず自ら経済的に自立する術を教える義務が保護者にあるか、さらには政府にあるかの問題である。教育が経済生活の基盤をなす権利でありかつ精神生活形成の重要な機能を果たすという観点からすると、国籍によってこの権利を否定する根拠を見出すことはできない。」（渋谷秀樹『憲法』有斐閣、2007年、112～113頁）としている。

ウ さらに、憲法の人権規定の逐条解説書において「教育を受ける権利」を担当した奥平康弘は、「そもそも教育ということがらが、国籍といった人為的・制度的な属性と本来的に馴染むものなのかどうか」という問いを發し、「〔教育は〕むしろ、国籍を問わない人間的なものなのではなかろうか」としている（奥平康弘「教育を受ける権利」芦部信喜編『憲法Ⅲ人権（2）』有斐閣、1981年、380頁）。

エ 同様の論旨は、青柳幸一の所説にもみられる。青柳は、まず生存権につき「『人間の尊厳』と結びついた権利であり、社会連帯性の精神に基づいた権利である」、「生存権の権利自体としての性質は、国家帰属性ではなく、人間性・社会連帯性である」と述べ、次いで教育を

受ける権利については、旭川学力テスト事件最高裁判決〔後掲〕を引きつつ「教育を受ける権利自体の性質は、人格性・生活性である。したがって、日本社会で生活する外国人の子どもにも、教育を受ける権利が保障される」としている（青柳幸一「外国人の社会権」岩間昭道・戸波江二編『司法試験シリーズ憲法Ⅱ』日本評論社、1994年、17頁）。

オ 以上の所説に共通してみられるのは、教育・学習が人間存在の基盤にかかわる重要性をもち、そのことは国籍（特定国家への帰属）のいかんを問わないとの論旨である。

すなわち、憲法解釈論としては、26条の教育を受ける権利の享有主体には（「すべて国民は」との文言にもかかわらず）外国人も含まれるのである。

(2) 国際人権法上は、教育を受ける権利の共有主体に外国人も含まれることは自明のことであること

ア 国際人権法の領域では上記の点はほぼ自明のこととされている。前出の社会権規約は、13条1項で締約国に「教育についてのすべての者の権利」を認めることを義務づけており、日本が1994年に批准した児童の権利に関する条約（以下、「子どもの権利条約」という。）も、28条1項で「教育についての児童の権利」を規定する。社会権規約の定める諸権利について同規約2条2項の内外人平等保障の原則がおよぶことは前述したとおりだが、それと同様に、子どもの権利条約の定める諸権利も、「……国民的、種族的若しくは社会的出身……にかかわらず、いかなる差別もなしに」（2条1項）保障されるべきものとされている。「教育についての権利」もその例外ではない。

イ なお、本件訴訟とのかかわりで、社会権規約および子どもの権利条約が、それぞれ教育についての権利の「完全な実現を達成する」（社会権規約13条2項）ため、あるいは同権利を「漸進的にかつ機会の平等を基礎として達成する」（子どもの権利条約28条1項）ため、次のような措置をとることを締約国に義務づけていることが注目される。

たとえば社会権規約13条2項は、締約国がとるべき措置として「（a）初等教育は、義務的なものとし、すべての者に対して無償のものとする事」、「（b）種々の形態の中等教育（……）は、すべての適当な方法により、特に、無償教育の漸進的な導入により、一般的に利用可能であり、かつ、すべての者に対して機会が与えられるものとする事」、「（c）高等教育は、すべての適当な方法により、特に、無償教育の漸進的な導入により、能力に応じ、すべての者に対して均等に機会が与えられるものとする事」などを定めている（同項（d）および（e）は略）。

上記（b）の中等教育関連の措置については、子どもの権利条約28条1項（b）でも、「種々の形態の中等教育（……）の発展を奨励し、すべての児童に対し、これらの中等教育が利用可能であり、かつ、これらを利用する機会が与えられるものとし、例えば、無償教育の導入、必要な場合における財政的援助の提供のような適当な措置をとる」と規定されている。

ウ 周知のように、1979年に社会権規約を批准した際に、日本政府は同規約13条2項（b）および（c）の適用にあたり、「これらの規定にいう『特に、無償教育の漸進的な導入により』に拘束されない権利」を留保した（昭和54年8月4日外務省告示第187号）。

この留保は、中等・高等教育を受ける権利の実効的な保障に対する日本政府の消極的な姿勢を反映するものであり、長きにわたって日本の中等・高等教育政策の貧困をもたらす一要因となってきた。

しかしこの留保は、規約批准から33年後の2012年に、時の民主党政権のもとで撤回された。したがって、留保撤回後の現在、中等教育についての「無償教育の漸進的な導入」という規約上の要請は、日本政府を拘束する規範として妥当している。

なお、批准時に留保も解釈宣言もなされなかった上記の子どもの権利条約28条1項(b)が規範的妥当性を有していることはいうまでもない。

### 3 教育を受ける権利の複合的性格

#### (1) 教育の果たす2つの機能

ア 先に引いた今野・渋谷説は、いずれも教育・学習が諸個人の人格や精神生活形成にとって重要な機能をはたす点に着目している。とくに渋谷説は、教育の機能を「〔経済生活に直結する〕生きる術を教える部分」と「精神生活に関わる部分」とに区別し、後者について「教育は人間の精神・能力など人格を形成する機能」を有し、「人間の内心形成に絶大な影響力をもつ」と指摘する（渋谷・前掲313頁）。

そして、最高裁は、旭川学力テスト事件判決（最大判昭51・5・21判時814号33頁、以下「学テ判決」という。）で、このような教育・学習の機能に着目し、憲法26条の解釈に、いわゆる「学習権」の視点を導入し、「〔憲法26条の〕規定の背後には、国民各自が、一個の人間として、また、一市民として、成長、発達し、自己の人格を完成、実現するために必要な学習をする固有の権利を有すること、特に……子どもは、その学習要求を充足するための教育を自己

に施すことを大人一般に対して要求する権利を有するとの観念が存在している。」と判示している。

イ これらの指摘が示唆するのは、教育を受ける権利が、「生存——あえて物質的・経済的な意味に局限してもよろしい——にとって糧であるという側面」（奥平・前掲383頁）と、人間的な成長・発達や人格の完成・実現に資するという側面を併せもつということである。

そうであるとすれば、教育を受ける権利の保障もこれら二つの側面の双方についてなされねばならないことになる。そして、後者の人格形成の側面については、事柄の性質上、諸個人が教育・学習を通じて自主的・自律的に自己の人格を形成しうることが保障されねばならない。

ウ この点、先の学テ判決が、公教育における教育内容の決定につき「必要かつ相当と認められる範囲」における国の決定権能を認めつつも、その国家的介入のありかたについて「もとより、政党政治の下で多数決原理によってされる国政上の意思決定は、さまざまな政治的要因によって左右されるものであるから、本来人間の内面的価値に関する文化的な営みとして、党派的な政治的観念や利害によって支配されるべきでない教育にそのような政治的影響が深く入り込む危険があることを考えるときは、教育内容に対する右のごとき国家的介入についてはできるだけ抑制的であることが要請されるし、殊に個人の基本的自由を認め、その人格の独立を国政上尊重すべきものとしている憲法の下においては、子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入、例えば、誤った知識や一方的な観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強制するようなことは、憲法26条、13条の規定上からも許さ

れないと解することができる……。」と判示しているのが注目される。

(2) 教育を受ける権利の社会権的側面と自由権的側面

ア 以上の考察をもとに成嶋意見書でも整理されているとおり、教育を受ける権利は、社会権（請求権）的側面と自由権的側面とを併せもつ複合的な権利である。

イ 前者の社会権（請求権）的側面とは、人間生存にとって不可欠な教育・学習の営みにつき、国家による積極的な配慮、具体的には教育諸条件の整備を求めることができるという権利の側面である。ここには、社会権としての教育を受ける権利の平等な保障、すなわち教育の機会均等の要請も含まれていると解され、その点については、憲法14条（法の下での平等）によっても補強されているとみることができる。

ウ 一方、後者の自由権的側面とは、教育・学習をとおした人格形成が自主的・自律的に行われるべきであり、国家（政府）はこの自律的な人格形成を阻害するような介入・干渉を行ってはならないという規範の側面である。この規範は憲法26条自体に内在しているのみならず、学テ判決が挙示する憲法13条（個人の尊重・幸福追求権）や、諸個人の内心形成における自由を保障する憲法19条（思想および良心の自由）などによっても補強されているものと解される。

なお、社会権的側面とは異なり、この自由権的側面については平等ないし機会均等の法理は原則として妥当しない。むしろ、教育・学習の自主性・自律性の要請は、その内容における多様性・多元性を指向するものであり、内容上の画一化の要請を排除するものと解されるからである。

### (3) 小括

以上要するに、教育を受ける権利とは、内容的には多様でありうる諸個人の自主的・自律的な教育・学習の営みにつき、国家（政府）が、教育・学習主体の属性（たとえば国籍）の違いにかかわらず、平等な条件整備を行うことを請求しうる権利なのであり、同権利のこのような性格規定は、後述の民族教育の権利についても妥当する。

## 第4 在日朝鮮人の民族教育の権利について

以上の予備的考察をふまえ、在日朝鮮人の民族教育の権利について述べる。

### 1 憲法26条・13条と民族教育の権利

#### (1) 憲法26条は民族教育の権利を保障していること

外国人にも平等に保障されると解される憲法26条の教育を受ける権利は、それ自体として、一定の外国人に対してその民族教育の権利、すなわち、「自らの属する民族の言葉によってその文化、歴史を学ぶことにより一個の人間として成長発達し、自己の人格を完成・実現する教育を受ける権利」（上瀧浩子「認められた民族教育——京都朝鮮学校襲撃事件大阪高裁控訴審判決から」人権と生活39号〔2014年12月号〕48頁）を保障しているといえる。

その理由は次のとおりである。

前述のとおり、教育を受ける権利は社会権（請求権）的側面と自由権的側面とを併有するが、後者の規範的意味の一つは、自らが受ける教育の内容について自主的・自律的な選択が保障されるということである。したがって、自己の属する民族の言語による、民族的アイデンティティを保全するための教育を選択する自由も保障されていると解される。そして、そのような内容の教育を受けることにつき国家（政府）に

よる条件整備を求めることが、同権利の社会権的側面として保障されると解されるのである。

## (2) 憲法 13 条と民族教育の権利

このような見解は、決して成嶋意見書、あるいは原告らの独自の理論ではない。成嶋意見書が引用するとおり、近藤敦もまた憲法 13 条を援用して民族教育の権利性を論じており、「今日の問題としては、第 1 に、外国人の子どもの民族教育を受ける権利を保障するために、公立学校での母語教育の設置、私立の外国人学校への公費助成を請求することができるかどうかである。民族教育を受ける権利は、民族的少数者の集団が民族学校を設置・維持することを国家（地方政府を含む）から妨害されないという自由権的側面と、民族学校の設置・維持のため、公費助成を受けることができるという社会権的側面をもつ。憲法 13 条は、民族的少数者が自己の文化を享有する権利を含み（二風谷事件判決）、憲法 26 条は、教育を受ける権利が自由権又は社会権として保障される〔原文のママ〕。したがって、13 条と結びついた 26 条においては、民族教育を受ける権利が、国家によって妨害されない権利、および公費助成を受ける権利として保障されるべきであろう。」

（近藤敦「外国人の『人権』保障」自由人権協会編『憲法の現在』信山社、2005年、349－350頁）と指摘しているのである。

## 2 国際人権諸条約と民族教育の権利

### (1) 国際人権諸条約において承認されている民族教育を受ける権利の規範性

ア 上記のように、日本国憲法 26 条・13 条等の解釈から民族教育の権利が導かれうるが、日本が批准した国際人権諸条約においては、以下のように、民族教育の権利性はより確固たる規範として承認さ

れている。

イ まず、前出の社会権規約13条1項は、「教育についてのすべての者の権利」を認めただけで、その教育の内容につき、「すべての者に対し、……諸国民の間及び人種的、種族的又は宗教的集団の間の理解、寛容及び友好を促進すること……を可能にすべきこと」を要請している。この規定は、民族教育の権利保障のいわば前提となる多文化共生という教育のありかたを提示するものといえる。

ウ これと趣旨を同じくしつつ、民族教育の意義をより鮮明に表明したのが、「教育の目的」について規定する子どもの権利条約29条である。同条1項は「締約国は、児童の教育が次のことを指向すべきことに同意する」として、(a)～(e)の教育目的を掲げるが、その(d)は「すべての人民の間、種族的、国民的及び宗教的集団の間の並びに原住民である者との間の理解、平和、寛容、両性の平等及び友好の精神に従い、自由な社会における責任ある生活のために児童に準備させること」と、民族集団間の相互理解を進める教育を定める。そして、その前の(c)は、「児童の父母、児童の文化的同一性、言語及び価値観、児童の居住国及び出身国の国民的価値観並びに自己の文明と異なる文明に対する尊重を育成すること」と定めている(本規定前段の原文はhis or her own cultural identityであるところ、成嶋意見書でも中川明の指摘(中川明「4 国籍をめぐる子どもの権利と外国籍・無国籍の子どもの教育を受ける権利」中川明『寛容と人権』岩波書店、2013年、104頁)に言及しているとおり、「子どもの父母、子ども自身の文化的アイデンティティ」と訳すべきである。)。この29条1項(c)の規定は、ある国家における特定の民族の教育が、当該民族の居住国および出身国双方の価値観の尊重を育成すべ

きことを要請している。

エ さらに、国際人権文書における民族教育の権利への言及という点では、なによりも、市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下、「自由権規約」という。）27条および子どもの権利条約30条の規定を挙げねばならない。両者はほぼ同一の文言により民族教育の権利を定めているところ、子どもの権利条約30条は、「少数者及び原住民の児童の権利」と題し、「種族的、宗教的若しくは言語的少数民族又は原住民である者が存在する国において、当該少数民族に属し又は原住民である児童は、その集団の他の構成員とともに自己の文化を享有し、自己の宗教を信仰しかつ実践し又は自己の言語を使用する権利を否定されない」と定める。同条は、ある国において少数民族に属する子どもがその民族的アイデンティティを保全するために自己の文化・宗教・言語を享有する権利を保障するものであるが、その権利のうち民族教育を受ける権利が含まれることは条理上当然のことと解される。

## (2) 民族教育を受ける権利を実質的に保障する民族教育実施権

ア ところで、少数民族に属する子どもの民族教育を受ける権利は、当然のこととして「それを実質的に保障するために、教育機関(……)が民族教育を実施する権利」である「民族教育実施権」（上瀧・前掲48頁）の存在を予定する。そして、この点についても国際人権諸条約は周到な規定を置いている。それが、社会権規約13条4項およびこれとほぼ同一の文言で規定された子どもの権利条約29条2項である。後者は、「この条又は前条のいかなる規定も、個人及び団体が教育機関を設置し及び管理する自由を妨げるものと解してはならない。ただし、常に、1に定める原則が遵守されること及び当該教育

機関において行われる教育が国によって定められる最低限度の基準に適合することを条件とする」との規定であるが、民族教育に即していえば、同項は民族教育機関（民族学校）設立の自由、すなわち上瀧のいう「民族教育実施権」を保障したものと解することができる。

イ なお、同項後段の但書きは、民族学校を含む私的教育機関を設立する際に、29条1項に定める原則が遵守されること、および国の定める最低限度の基準に適合することという要件を付しているが、これをどう解するかが問題となる。本件訴訟においてもみられたように、朝鮮学校に対する財政的援助等を否定する理由の一つとして、そこで実施されている民族教育が日本の公教育になじまず「国民の理解が得られない」とか、「高等学校の課程に類する課程」を有すると認定するための基準にも適合していないという点が挙げられているからである。

ウ この問題については、成嶋意見書が明らかにするとおり、次の2点に留意しなければならない。

第1に、但書きにいう「最低限度の基準」については、これを教育課程（カリキュラム）の大綱的基準、より正確には、教育法学の第一人者である兼子仁が提唱した「学校制度的基準」を意味すると解すべきである。「学校制度的基準」とは、「施設設備」・「学校組織規模（学校・学級規模、教職員数）」・「学校教育組織編制（入学・卒業資格、教育編制単位）」・「教科目等」に関する基準であり、これらについては「学校制度法定主義」の一環として基準立法の制定が許容される（兼子仁『教育法〔新版〕』有斐閣、1978年、383頁）。このように、上記子どもの権利条約29条2項但書きにいう「最低限度の基準に適合する」という要件については、当該教育機関の教育課

程が法定された「学校制度的基準」に適合するという意味に解すべきである。

第2に、私的教育機関の設置要件の一つである「第1項の定める原則の遵守」については、その第1項自体が、先にみたように「児童の……出身国の国民的価値観……を育成すること」(29条1項(c))、すなわち民族性を保持する教育を保障していることを看過してはならない。朝鮮学校の教育を、その民族性を理由として日本の公教育になじまないとか「日本国民の理解が得られない」とするのは、条約解釈として背理である。「民族教育が民族教育たるゆえんは、居住国(日本)の一般的なカリキュラムとは異なる民族的特性を有しているからなのである。」(成嶋隆「公教育の無償性原則の射程」日本教育法学会年報41号〔2012年〕129頁)

### 3 在日朝鮮人の民族教育にはより高度の権利性が認められねばならないこと

#### (1) 在日朝鮮人の民族教育にはより高度の権利性が認められねばならないこと

以上明らかにしたとおり、一般にある国における民族的少数者に属する子どもに対する民族教育については、憲法および国際人権法のいずれにおいてもその権利性が確認されている。本件で問題となっている在日朝鮮人子弟に対する民族教育の権利性も当然に認められる。

その上で、成嶋意見書も指摘するとおり、在日朝鮮人の民族教育には、次の二つの理由から、より高度の権利性が認められねばならない。

#### (2) 在日朝鮮人の子どものアイデンティティ保全にとっての民族教育保障の不可欠性

ア 第1の理由は、在日朝鮮人の子どもにとって自己のアイデンティ

ティを保全すること、すなわち自己が何者であるかを確認し自己肯定感を保持することには特別な意義が認められるが、そのアイデンティティの保全にとって民族教育の保障が不可欠だということである。

イ 成嶋意見書も引用するとおり、「……日本人学校における教育は、そのカリキュラム上も内容においても、日本国民を育てることを前提としているのであって、学校の中では、在日朝鮮人の子どもたちが存在することについてなんらの配慮がなされないのが通常である。従って、日本の学校で学ぶ在日朝鮮人の多くは自己の民族的出自について正しい知識を得る機会もなく、自己の民族について肯定的なイメージで捉えきれない状況がある。とりわけ、現実に差別が残存している社会のなかでは、肯定的な民族的アイデンティティを形成するのは困難である。そのような状況のなかで、朝鮮学校が学校を『民族の環境にする』ことによって、肯定的な民族的アイデンティティを形成する重要な場、重要な選択肢の一つとなっていることは明らかである。」（上瀧・前掲48～49頁）。

ウ 朝鮮学校が、普通教育を受けられる場であるだけでなく、原告ら 在日朝鮮人の子どもたちが、祖国や歴史など、自己の民族的出自について正しい知識を得、自己の民族の言葉である朝鮮語を話したり、本名を使ったりすることに何の躊躇もなく、同じ民族的出自をもつ生徒同士や教師らがいる環境の中で、のびのびと民族性を表出しながら成長できる場であることは、一連の原告らの陳述書からも十分にうかがえるところである。また、被告は、外国人学校が学校教育法1条の高等学校の認可を取得したうえで民族教育を実施することは可能であるとして、要するに無償化法の適用を受けたければ1条校

としての認可を取得すればよいとの主張を繰り返しているが、このような主張が誤りであることは、成嶋意見書や上瀧論文の趣旨からも明らかである。

(3) 在日朝鮮人の民族教育の歴史的意義

ア 第2の理由は、在日朝鮮人にとって民族教育のもつ歴史的な意味にかかわる。原告らが主に原告準備書面(4)等で詳細に明らかにしてきたように、在日朝鮮人の民族教育は、1910年の日韓併合に始まる日本の植民地支配の過程で実施された「朝鮮民族抹殺教育」により民族の存在自体を否定された朝鮮民族が、民族としての存続をかけて実施せざるをえなかった歴史的な事業である。

イ 成嶋意見書は、田中宏の見解も引用しつつ「在日朝鮮人の民族教育は、まさに、“日韓併合なかりせば、有したであろう民族の言葉や文化を回復する営為”」（田中宏「在日外国人の民族教育権に関する一考察」龍谷大学経済学論集45巻5号6頁）であることを明らかにする。そして、だからこそ、在日朝鮮人には民族教育の権利について格段の保障が認められねばならないことを指摘する。

ウ そして、このような見解も、やはり、成嶋意見書あるいは原告らの独自の理論ではない。すなわち、成嶋意見書にも引用されているとおり、内野正幸もまた、「思うに、『〔小中学校に相当する〕段階における教育は、……在日朝鮮人の子どもたちが、朝鮮人としての誇りとアイデンティティを育てる上で最も重要な教育段階である』（朴2011：94）という命題（いわばアイデンティティ命題）が妥当しよう。なお、子どもの権利条約29条1項（c）によると、教育は子どものアイデンティティの尊重を育成することを指向すべきである、とされる。それでは、このアイデンティティ命題は、前述の民族

教育の法的な（すなわち憲法上・国際人権法上の）保障を解釈論的に導かせるにふさわしいほどに強いものであろうか。それを在日外国人一般について否定するにしても、旧日本帝国主義の植民地支配という歴史的事情をかかえた在日朝鮮人の場合は、それ以外の在日外国人と同列に扱えないであろう。」（内野正幸「在日外国人の学習権保障」日本教育法学会編『教育法の現代的争点』法律文化社、2014年、123頁。引用文中の「朴2011：94」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、94頁を指す）との見解を示しているのであって、在日朝鮮人の民族教育が歴史的に重要な意義を有することは、ごく当然の議論なのである。

## 第2章 本件規程13条を理由とした本件不指定処分の違法性

### 第1 被告の主張

被告は、本件不指定処分の通知に、九州朝鮮高校は「同規定第13条に適合すると認めるに至らなかった」との理由を記載し、本訴においては、より詳細に、朝鮮高校については、朝鮮共和国や朝鮮総聯の影響力が否定できず、就学支援金を支給した場合に、支援金が授業料に係る債権の弁済に確実に充当されることや、両者の関係性が、教育基本法16条1項が禁止している「不当な支配」に当たらないことなど、適正な学校運営がされてい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条に適合するとの判断に至らなかったものであると主張している。

しかし、被告の上記の理由による不指定処分は、本件規程13条、教育基本法16条1項の解釈を誤り、高校無償化法に違反するものであるので、成嶋意見書を踏まえて、以下、その理由を述べる。

## 第2 規程13条のあるべき解釈

### 1 規程13条は就学支援金支給対象校を指定する際の実質的要件を定めた規定ではないこと

以下に述べるとおり、規程13条は規程ハ号に基づく指定に際しての、客観的な基準としての機能を果たせるものではなく、基準や要件としての効力を有さないと解するべきである（原告準備書面16も参照）。

#### (1) 高校無償化法、同法施行規則から導かれる制度趣旨

ア 高校無償化法は、就学支援金の支給の対象となる「高等学校等」の定義規程を同法2条に置き、同条1項5号で「各種学校（これらのうち高等学校の課程に類する課程を置くものとして文部科学省令で定めるもの……を含む）」として一定の各種学校を含めている。

これを受けた文部科学省令である高校無償化法施行規則は、その1条1項2号で「各種学校であって、我が国に居住する外国人を専ら対象とするものうち、次に掲げるもの」として、「イ 高等学校に対応する外国の学校の課程と同等の課程を有するものとして当該外国の学校教育制度において位置付けられたものであって、文部科学大臣が指定したもの」、「ロ イに掲げるもののほか、その教育活動等について、文部科学大臣が指定する団体の認定を受けたものであって、文部科学大臣が指定したもの」、「ハ イ及びロに掲げるもののほか、文部科学大臣が定めるところにより、高等学校の課程に類する課程を置くものと認められるものとして、文部科学大臣が指定したもの」を支給対象校と定めている。

そして、上記イの場合は「当該外国の学校教育制度に位置付けられたもの」、上記ロの場合は「（学校評価機関など）団体の認定を受けたもの」が文科大臣による指定の対象とされているように、就学支援

金の支給は、客観的に認定しうる当該外国人学校の教育課程や教育水準が日本の高等学校のそれに大筋において匹敵することを要件としている。

このように、就学支援金支給対象校たる外国人学校の大多数が該当するイ又はロの規定においては、教育課程のいわば大綱的部分（施設設備・学校組織規模（学校・学級規模、教職員数）・学校教育組織編制（入学・卒業資格、教育編制単位）・教科目等に関する「学校制度的基準」に当たる部分）が問われるのみであり、その細目的な部分や具体的な教育活動は問題とされていないのである。

イ したがって、上記ハに該当するものとして文科大臣の指定を受けるかどうかを判定する細目的な基準として「文部科学大臣が定める」規程も、他の外国人学校の基準（イロ規定）と同様に教育課程の大綱的部分を問うものでなければならぬし、実際に規定された本件規程の解釈もその趣旨に従って行わなければならない。

ウ こうした観点から、「適正な学校運営」と題する本件規程13条を見ると、同条は、「（「情報の提供等」と題する）前条に規定するもののほか、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」としており、学校の運営体制にまで言及している。こうした規定のあり方は、規則イないしハによる外国人学校の指定の判断要素は、教育課程の大綱的部分についてのものにとどめるべきであるという原則的な観点をふまえておらず、問題がある。したがって、規程13条はハ号に基づく指定に係る要件や基準としての効力は有さないと解すべきである。

(2) 規程 13 条の文言

また、規程 13 条の文言を見ても、「確実な」、「適正に」などの不確定概念が用いられており、末尾の文言も指定時における客観的状況を問うものではない。このような規定ぶり自体、規程 13 条が、就学支援支給対象校を指定するに当たっての客観的な基準として定められたものではないことを示している。

(3) 他の外国人学校と比べ不合理に要件を加重するものとなること

さらに、規程 13 条が実質的な指定要件としての基準性を有するとすると、就学支援金支給対象校の指定については、教育課程の大綱的部分についての判断にとどめるべきであるという趣旨に反して、学校運営の適正性という新たな要件を加重することとなり、その点でも妥当でない。

被告はこの点、本件省令 1 条 1 項 2 号イ、ロの学校では、学校運営の適正性という要件は求められていないことを認めたとえ、それらの学校については「高等学校の課程に相当する課程であることを制度的・客観的に確認できる」とだけ主張する(被告第 2 準備書面第 10 の 1)。

しかし、学校制度的基準の下で、高等学校に匹敵する教育課程を有すると認められる外国人学校のうち、なぜイ・ロ号にもとづく学校であれば、ハ号に基づく学校とは違って、一挙に学校運営の適正性が担保されるといえるのか、合理的な説明は全く無い。

結局イないしハ号に基づく申請をする外国人学校のうち、ハ号に基づくものについてのみ、学校運営の適正性という要件が加重されるのは何故なのか、またそれは無償化法のどのような委任の趣旨に基づくものなのか、被告からの合理的な説明は一切ない。別規定を設けさえすれば要件における学校差別も可能であるとの主張であれば、全く不

合理であり、失当である。

(4) 大阪桐蔭高等学校の裏金事件が示すもの

高校無償化法には、学校運営の適正性に問題があることをもって当該高等学校の生徒に対する就学支援金を不支給とする仕組みは存在しない（甲 1。なお、就学支援金の不正利得による徴収については同法 11 条に定めがある。）。そのため、実際に学校運営が不適正であることが確認された後も、生徒に就学支援金が引き続き支給されている高等学校の例も存在する。

たとえば、2015年3月には、学校法人大阪産業大学が運営する大阪桐蔭高等学校の前校長等が、生徒の保護者から徴集した模擬試験の事務手数料等を原資とする5億円超の余剰金を、学校法人の口座とは別の個人口座などに隠匿し、飲食費、接待費、高級品の購入費等に不正に流用していた問題が発覚した。しかし、2016年度以降も大阪桐蔭高等学校の生徒には、就学支援金が引き続き支給されている（甲 1 4 3）。この点、本件で被告が九州朝鮮高校について指摘する「疑惑」というレベルとは異なり、大阪桐蔭高等学校の事件では、大阪府が、2015年3月26日に、私学補助金減額処分の要件である「管理運営が著しく適正を欠いている場合」に該当するとして2015年度に学校法人大阪産業大学へ支給予定だった6億6000万円の補助金を、過去最大の20%減額する処分を定めており（甲 1 4 4）、明確に学校運営の不適正が認められた例であった。このような高校無償化制度の仕組み、運用をみれば明らかとおり、高校無償化法は、たとえ学校運営の不適正性が明らかとなった場合でも、生徒が受給権者である以上は、生徒に対し就学支援金の支給を継続することとしているのである。同じ高校無償化制度のもとで、本件省令1条1項2号ハの対象

となりうる学校のみが異なる扱いを受ける理由は全くない。

(5) 規定 13 条は訓示規定であること

以上のように、学校の運営体制にまで踏み込み、客観的な基準としても解釈することはできない規程 13 条は、せいぜい就学支援金支給対象校として指定された「指定教育施設」に対する一種の訓示規定と解するほかはない。

2 規程 13 条の「法令」には教育基本法 16 条は含まれないこと

(1) 規程 13 条の「法令」とは会計事務に関する法令であること

かりに、規程 13 条の「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」との定めを、就学支援金支給対象校の指定の実質的指定要件と解するとしても、その「法令」の範囲はおのずと限定される。

すなわち、同条冒頭の「前条に規定するもののほか」との文言や、その後の「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」といった規定からは、ここで想定されている「法令」は、規程 12 条で言及されているような、学校の一般的な財務会計、とくに就学支援金の代理受領とそれによる授業料の一部との相殺という学校の会計事務に係る法令と解するのが妥当である。

被告が主張するように、本件規程 13 条の「法令」にあらゆる教育関係法令が含まれると解すると、就学支援金支給対象校の指定の手続において、申請者は、あらゆる教育関係法令への適合性を明らかにすべきということになって、要件として広汎に過ぎるうえ、およそ実現可能性がないし、また、実際の他の省令ハ対象校の審査においてもそのような審査はなされていない（甲 145、146）。したがって、学校の財務会計事項について直接的な定めを行っているとはいえない教育基本法 16 条 1 項を持ちだすことには、なんら合理的な根拠は認めら

れず、極めて恣意的な解釈である。

(2) 就学支援金流用の具体的可能性まで必要であること

そして、規程 13 条の「法令」に会計事務に関する法令が含まれるとしても、当該「法令」に基づく適正な学校運営をしているとの要件該当性が否定されるのは、当該学校に学校の財務会計に関する法令違反が認められ、かつ、そのことにより就学支援金が授業料に係る債権の弁済に充当されない具体的可能性が現に生じている場合に限定されると解すべきである。

なぜなら、そのような場合にのみ、就学支援金の受給権者である生徒らのために就学支援金を利用されない結果となり、すべての意志ある生徒の学びを支援し、教育の機会均等を図るという高校無償化法の目的が実現できなくなる具体的危険が生じていると評価できるからである。

3 「法令」に教育基本法を含める被告の解釈の誤り

以上のとおり、規程 13 条は就学支援金支給対象校への訓示規定と解すべきであり、かりに、同条を指定の実質的要件と解するとしても、その「法令」とは、就学支援金の代理受領とそれによる授業料の一部との相殺という学校の会計事務に係る法令と限定的に解すべきである。

したがって、ここに教育基本法 16 条 1 項を含め、本件不指定処分の理由とする被告の解釈は、高校無償化法の趣旨に反して著しく恣意的であって誤っており、本件規程 13 条に基づく不指定処分は、高校無償化法による文部科学大臣への委任の範囲を超える裁量の逸脱があり、違法である。

### 第3 被告の「不当な支配」論の問題性

#### 1 はじめに

被告が、教育基本法16条1項への適合性を問題として本件規程13条に基づく不指定処分をしたことが、それ自体誤りであることは上述したとおりである。しかし、被告は本訴において教育基本法16条1項の「不当な支配」禁止法理に関する主張を中心的な争点として提示しており、その「不当な支配」の理解には問題点が多いので、本項では、成嶋意見書による不当な支配禁止法理に関するまとめを参照しつつ、被告の主張の問題点を指摘したい。

#### 2 「不当な支配」の禁止法理とは何か（甲142）

##### (1) 条文構造

ア 本件で問題とされている2006年制定の新教育基本法（以下、「新教基法」という）は、1947年に制定された同名の法律（昭和22年3月31日法律第25号。以下、「旧教基法」という。）を全面的に改正したものである。この改正において、「不当な支配」禁止規定を置いていた旧教基法10条（教育行政）も改正されたが、「不当な支配」禁止規定自体は新教基法16条（教育行政）に引き継がれた。このことを条文のうえで確認すると以下のようなになる。

旧教基法10条1項「教育は、不当な支配に服することなく、国民全体に対し直接に責任を負って行われるべきものである。」

同10条2項「教育行政は、この自覚のもとに、教育の目的を遂行するに必要な諸条件の整備確立を目標として行われなければならない。」

新教基法16条1項「教育は、不当な支配に服することなく、この

法律及び他の法律の定めるところにより行われるべきものであり、教育行政は、国と地方公共団体との適切な役割分担及び相互の協力の下、公正かつ適正に行われなければならない。」（2項以下、略）

イ これら新旧の教育行政条項について問題となるのは、旧教基法から新教基法に受け継がれた「教育は、不当な支配に服することなく」との規定がその規範的意味を変化させたか否かという点である。この点を検討するため、まず旧教基法10条がいかなる規範を定めていたのかを確認する必要がある。

ウ 同条についてまず気づくのは、1項が「教育」を、2項が「教育行政」を主語としているということである。つまり同条は、1項で教育のありかたについて定め、2項で教育行政が「この自覚のもとに」（＝1項の趣旨をふまえて）行われるべきことを定めるという条文構造となっているのである。このことから、同条1項の定めは、2項の教育行政のありかたを嚮導する規範であるということが確認できる。

そして、教育のありようについて定める同条1項には、二つの原理が提示されていた。一つは、同項後段の「国民全体に対し直接に責任を負って」との文言に示された「直接責任」原理、もう一つは、前段の「不当な支配に服することなく」との文言による「自主性」原理である。この二つの原理の関係につき、成嶋隆教授は、次のように論じている。——「『直接責任』規定は、子どもの教育について親からの信託を受けた教師（集団）が、その専門的職能を発揮することにより直接的に教育責任を果たすという教育のありかたを示していた。国家はこのような自主的・自律的な教育空間に権力的に介入してはな

らないというのが前段の『不当な支配』の禁止の趣旨であった。」(成嶋隆「新教基法の憲法学的検討」日本教育法学会年報37号〔2008年〕33頁)

つまり、「直接責任」原理が「自主性」原理(「不当な支配」の禁止)を内容的に支えるという関係である。そして前述したように、教育行政はこれら「直接責任」原理および「自主性」原理をふまえて行われるべきであるとするのが旧教基法10条の趣旨だったのである。

エ このように解することにより、同条2項が教育行政の基本任務を「〔教育〕諸条件の整備確立」に置いたことの意味が正しく理解されることになる。教育行政は、教育現場での専門職による教育責任の履行が自主的・自律的になされることを確保するために、その条件整備の責務を担うという規範が同条には示されていたのである。そしてこの文脈では、同条1項の「不当な支配」禁止規範は、なによりもまず教育行政当局に向けられたものであるという解釈がごく自然に導かれることになる。

## (2) 立法者意思

ア 以上のような規範構造の把握は、旧教基法の立法事務に携わった当時の文部当局者によっても、おおむね共有されていた。このことを示すのが、立法当時の文部当局者の執筆になる『教育基本法の解説』(以下、『解説』という。)である。

『解説』における「教育行政」条項(旧教基法10条1項)の説明は、戦前教育行政への批判的回顧に始まる。——「わが国では、明治5年に学制をしき、全国の教育制度を統一するとともに、教育行政上の権能を中央政府に統括するの主義を確立した。これは教育の普及を国民の自発的努力にまつ余裕がなく、国家的保護によって、いわば

上からの力によって実現しなければならなかった事情に基くものというべく、事実又、この制度は、教育の普及と振興とに貢献するところが多大であった。しかしながらこの制度は、地方の実情に即する教育の発達を困難ならしめるとともに、教育者の創意とくふうとを阻害し、ために教育は画一的形式的に流れざるをえなかった。又この制度の精神及びこの制度は、教育行政が教育内容の面にまで立ち入った干渉をなすことを可能にし、遂には時代の政治力に屈して、極端な国家主義的又は軍国主義的イデオロギーによる教育・思想・学問の統制さえ容易に行われるに至らしめた制度であった。更に、地方教育行政は、一般内務行政の一部として、教育に関して十分な経験と、理解のない内務系統の官吏によって指導せられてきたのである。このような教育行政が行われるところに、はつらつたる生命をもつ、自由自主的な教育が生れることは極めて困難であった。」（126頁）

イ 次に『解説』は、教育と政治との関係に触れたのち、「不当な支配」禁止規定の意味を次のように説く。——「『教育は、不当な支配に服することなく、国民全体に対し直接に責任を負って行われるべきものである。』上に述べたように、教育と政治は、ともに国民のものであり、国民の代表者がこれを行い、国民がその福利をうけるのであり、この点において教育と政治とは同じ立場に立つものである。それは、教育と政治とが同一の世界観の上に立ち、同一の目標をめざすものであるからである。即ち、民主主義の政治も民主主義の教育も、個人の尊厳を重んじ、国家及び社会の維持発展は、かかる個人の自発的協力と責任によって可能であるという世界観の上に立ち、政治はそれをいわば外形的現実的に、教育はそれをいわば内面的理想的に可能にするものである。しかし、政治と教育との間には一つの

重大な相異点が認められなければならない。即ち政治は現実生活ことに経済生活をいかにするかを問題とするのであるが、教育は現在より一步先の未来に関係する。教育はあくまで未来を準備するのである。社会の未来に備えることが教育の現在なのである。この政治と教育との本質的な相異からして、政治が現実的な力と大なる程度において妥協しなければならないのに対して、教育は政治よりも一層理想主義的であり、現実との妥協を排斥するという結果が生ずるのである。民主主義に則る政治は、政党の発生を必然的に伴い、政党間の競争と妥協によって運営されるのであるが、教育はたとえ民主主義下においても、そのような現実的な力によって左右されないことが必要なのである。そこで政治と教育とが同じく国民全体に対して責任を負う関係にありながら、その関係に両者差異が認められなければならないのである。この趣旨を表すために『不当な支配に服することなく……直接に……』といったのである。教育に侵入してはならない現実的な力として、政党のほか、官僚、財閥、組合等の、国民全体ではない、一部の勢力が考えられる。教育はこれらの現実的な勢力の侵入に対してしっかりした態度をとり自主的に行われなければならないのである。もちろんここでは現実的党派的な力としてそれらの勢力が教育に介入してくるのを排斥するのであって、—その限りにおいて不当である。—それら勢力のもつ理想なり政策なりが法制上認められた以上は、実際においてそれらの理想なり政策なりが教育に反映することがあってもさしつかえないのである。—その限りにおいて正当となる。」（128～129頁）

ウ 10条1項に関する上記の説明をふまえ、『解説』は同条2項について次のようにいう。—「本条第2項は、第1項の国民と教育との

関係を基礎にして、教育行政の任務とその限界を定めたものである。従来教育行政官は、中央集権的な教育行政制度の運営者として、教育が国民全体に対し責任を負うという自覚に欠け、独断的傾向が強かったのである。将来においては、国民の名をかりて不当な影響が教育に介入するおそれがある。教育行政官吏は、かかる不当な支配が教育にはいらないよう、教育を守らなければならないのである。

『教育の目的を遂行するに必要な諸条件の整備確立』というのは、先に述べた教育行政の特殊性からして、それは教育内容に介入すべきものではなく、教育の外にあって、教育を守り育てるための諸条件を整えることにその目標を置くべきだというのである。『教師の最善の能力は、自由の空気の中においてのみ十分に現わされる。この空気をつくり出すことが行政官の仕事なのであって、その反対の空気をつくり出すことではない。』（米国教育使節団報告書）このような趣旨からして、視学の任務も従来のような監督指導ということから脱して、『統制的または行政的権力をもたぬ、感激と指導を供与する、相談役と有能なる専門的助言者』というごときものにならないといけないと思う。」（130頁）（以上、辻田力・田中二郎監修／教育法令研究会著『教育基本法の解説』国立書院、1947年より）

エ 以上が、『解説』に示された旧教基法10条の立法者意思である。

「不当な支配」の主体について、同書は「政党・官僚・財閥・組合等」を挙げているが、戦前教育行政に対する批判的評価、2項解説における教育行政の任務の限定などの論旨からすれば、「不当な支配」の主体として同書が念頭に置いていたのは、なによりも教育行政機関であるとみるべきである。

### (3) 行政解釈

「不当な支配」禁止法理について考察する場合、文部当局による行政解釈を確認しておく必要がある。

この点、文部省地方課法令研究会による新学校管理読本には、「国民に主権を与え、国民全体に責任を負う民主主義の政治体制をとる限り、国会において立法上認められた範囲内における行政上の支配は第10条が不当な支配であると否定しているものではないであろう。むしろ、教育基本法が否定しようとする不当な支配とは、国民全体に対し責任を負えないような、政党・組合などによる独善的な支配であると考えられる。」（文部省地方課法令研究会編著『新学校管理読本〔改訂版〕』第一法規、1975年、49頁）との解釈が示されている。

この解釈の特徴は、法律にもとづく「行政上の支配」は「不当な支配」に当たらないとする一方、「政党・組合等による独善的な支配」が「不当な支配」であるとする点にある。「独善的」の文言の意味については、何ら説明がない。

### (4) 学説

ア 旧教基法10条1項の「不当な支配」禁止規定については、多くの学説がその規範的意味につき解釈を行っている。

まず、兼子仁は、「教育について法禁される『不当な支配』の意味」と題する一節で、次のような理解を示している。——「本条〔旧教基法10条〕1項の根本趣旨を『教育の政治的中立性』の確保に見て、禁ぜられる『不当な支配』の主体はひろく政治的・社会的勢力一般であって、政党・労働組合・財界・宗派・マスコミ・一部父母などのほか教育行政・学校管理者がふくまれる、という理解がなされている。それじたいは正当であるが、各主体による教育関与は多種にわたる

ので、教育関与のしかたを押えないで、『不当な支配』の主体論だけを切りはなして行なうことは、法的にあまり意味がないと思われる。そして教育行政による教育関与は、制度的・恒常的なものとなるその性質からして、他の主体による教育関与とは別個に、法論理的にも本条の解釈適用上とくに重視して論ずるに値いするのである。《中略》  
こんにちの教育法学界の通説によれば、本条による『教育の自主性』の法的保障は全うするためには（それは『学問の自由』と『教育を受ける権利』の憲法的保障に連なっている）、教育行政による法的拘束力をもつ教育支配は、その制度的強さからして、定型的に『不当な支配』に当たると解さなければならない。他の政治的・社会的勢力による教育支配ももとよりよろしくないが事実上の支配で制度的・恒常的ではない以上、各個別に教育の自主性を侵す『不当な支配』に当たるか否かを判定すればたりる（法的拘束力のない指導助言行政については、これと同様に考えてよい）。」（兼子・前掲293～294頁。  
下線部は、原文では傍点）

このように兼子説は、「不当な支配」の主体論よりも実態論を重視し、その観点から教育行政による支配を「定型的」な「不当な支配」と捉えるものである。

イ 次に、堀尾輝久は、前出の『解説』にも言及しつつ、「この条文〔旧教基法10条〕の精神を、立法者意思に即していえば、戦前の日本の教育の権力的支配への批判として、とりわけ権力による教育の『不当な支配』を否定し、『教育行政の任務と限界』を明らかにし、教育の自律性を主張したものであったことは、すでに多くの研究が指摘している」とし、旧教基法10条は「教育の内的事項・外的事項ないし教育と教育行政を範疇的に区別し、教育の条件整備（外的事項）を

教育行政の任務と定め、教育の自律性、とりわけ行政権力による不当な支配からの独立を示した」規定であると述べている（堀尾輝久『現代教育の思想と構造』岩波書店、1971年、335頁）。

ウ 教育学者であり、かつ教育法についても造詣の深い牧証名は、旧教基法の示す「教育行政の原則」として「教育と教育行政を相対的に区別していること」を挙げたうえで、「不当な支配」禁止法理について次のように説く。——「教育にたいする不当な支配とは何か。戦前の教育の国家統制についてのきびしい反省のうえにこの条項はつくられているのであるから、必ずしも合法的支配（法律の制定とそれにもとづく行政権による統制）であれば、不当性はまったく問題とならないというのではなく、官僚的権力的支配も教育条理から判断して、不当である場合があると理解し、むしろ行政権による教育関与の限界についてきびしくとらえることが、本条項の趣旨にそうものである（……）。」（牧証名・平原春好編著『教育法入門』学陽書房、1975年、28～29頁）

## (5) 裁判例

### ア 裁判例

次に、「不当な支配」の解釈が争点となった主な裁判例を挙げ、それらにおいて裁判所がいかなる判断を示してきたか、また、「不当な支配」禁止法理が、いかなる係争において問題とされてきたかを概観する。

#### ① 勤務評定と「不当な支配」——伊藤校長免職処分事件

この事案は、1958年に東京都教委が実施した勤務評定に際して、勤務評定書を提出しなかった公立小学校の校長に対してなされた懲戒免職処分の取消しが求められたものである。一審・東京地裁は、

最終的には原告の請求を棄却したが、法律にもとづく教育行政機関の行為も「不当な支配」となりうるとした（東京地判昭47・3・24判時661号8頁）。二審・東京高裁も、校長への勤務評定実施命令を有効としたが、「教職員の勤務成績の評定の内容、方法如何によっては、行政権の限界を超え、教育基本法10条の精神に反することもありうるものといわなければならない」（東京高判昭49・5・8行裁例集25巻5号373頁）との留保を付している。

## ② 授業内容を理由とする教員解雇と「不当な支配」——目黒高校事件

次に、私立高校の校長によって録音された一教員の授業内容を理由として当該教員が解雇された事案で、東京地裁は、「校長が教師の同意なくしてその授業内容を録音することの可否」について、次のように判示している。——「かかる行為は教員たるXに対し、その授業内容について、有益な援助ないし助成をなすその前提としての授業内容の確知方法において適正な手段とはいえない。もちろん公の性質をもつ学校教育の授業についてはその秘密性を保持する法益は存しないけれども、右のような確知方法を教育の場面において直ちに容認するときは、教育の自由の空気は失われ、教員の授業における自由および自主性が損なわれることは否定できない。してみれば、……右の如き手段によって収集したXの授業内容を根拠としてXを解雇した本件はすでにこの点において前記教育基本法第10条第1項の『不当な支配』に該当し、右は公秩序に反し、このようなYの解雇の意思表示は権利の濫用として許されないものといわねばならぬ。」

（東京地判昭47・3・31判時664号23頁）

## ③ 政党による教育介入と「不当な支配」——鷺見講師事件

この事案は、都立高校講師の「倫理」授業中における宗教団体批判を問題視した関係政党議員が同講師に対して非難・叱責を行ったこと、そして、都教育庁が同講師に出頭を命じて非難・叱責の機会を提供し、さらに同講師に対し授業停止命令や他校への転勤命令を発したことなどを理由として、同講師が都に損害賠償を請求したという事案である。一審・東京地裁、二審・東京高裁ともに、授業停止命令および転勤命令の違法性を否認し、上告審もこれを支持したが、非難・叱責に関しては、次のように判示して同講師の部分的勝訴を認めた。——「某政党議員らが都教育庁総務部長室において同庁幹部らの列席のもとに控訴人のした授業内容について直接控訴人を非難、叱責した行為」は、「教育の中立性、自主性を阻害する一党一派に偏した教育への干渉として、教育に対する『不当な支配』にあたるもの」であり、都教育庁職員がそのような機会を提供したことは、「教育にたずさわる教員を『不当な支配』から保護するよう配慮すべき義務」に違反する（鷲見講師事件二審判決・東京高判昭50・12・23判例集未搭載、同旨・東京地判昭49・7・26判時754号64頁）。

#### ④ 教科書検定と「不当な支配」——家永教科書訴訟

「不当な支配」の有無が重要な争点となった裁判例として、教科書検定の違憲・違法が争われた家永教科書訴訟（一次～三次）がある。

その一次訴訟一審判決は、「教育は……教師の主体的活動がなければ十分な教育効果をあげることはできないが、国の教育内容行政が全国的な大綱的基準の設定や指導助言……にとどまるほど……、教育の自由ないし独立が絶対的でありうるはずはない。法令による行政権の行使は教育内容にわたることがあっても教育の本質を侵害するものでないかぎり不当な支配に該当しない。」（東京地判昭49・7・

16判時751号47頁)として、法令にもとづく教育行政機関の行為は「不当な支配」に該当しないとしたが、二次訴訟一審判決は対照的に次のように判示した。——「教科書検定の審査は、教科書の誤記、誤植その他の客観的な誤り、教科書についての技術的事項および教科書内容が教育課程の大綱的基準内にあるかの諸点にとどめるべきであって、その限度を超えて、教科書の記述内容の当否にまで及ぶときは、検定は(旧)教基法10条に違反する。」(東京地判昭45・7・17行集21巻7号別冊1頁)

⑤ 教科書使用義務と「不当な支配」——伝習館高校事件

教科書検定と同じく教科書制度のありかたと「不当な支配」が問題となった事案として、学校教育法の定める教科書使用義務をめぐる伝習館高校事件がある。その二審判決は「教科書使用義務〔は〕……教師の教育活動における創意、工夫、自主性の要請を阻害する虞れはなく、〔旧〕教基法10条1項の教育に対する不当な支配とはなり得ない。」(福岡高判昭58・12・24判時1101号3頁、同旨・最判平成2・1・18判時1337号4頁)と判示して、教科書使用義務の「不当な支配」該当性を否認した。

⑥ 学力テスト政策と「不当な支配」——旭川学力テスト事件最高裁判決

旭川学力テスト事件判決も、学力テスト政策の「不当な支配」該当性につき詳細な判断を示している。

旭川学力テスト事件判決はまず、旧教基法10条の「不当な支配」禁止規定をめぐる二つの論点を析出する。——「本件で問題とされている教基法10条は、教育と教育行政との関係についての基本原理を明らかにした重要な規定であり、……と定めている。この規定の解

釈については、検察官の主張と原判決が大筋において採用したと考えられる弁護人の主張との間に顕著な対立があるが、その要点は、

(1) 第1に、教育行政機関が法令に基づいて行政を行う場合は右教基法10条1項にいう『不当な支配』に含まれないと解すべきかどうかであり、(2) 第2に、同条2項にいう教育の目的を遂行するために必要な諸条件の整備確立とは、主として教育施設の設置管理、教員配置等のいわゆる教育の外的事項に関するものを指し、教育課程、教育方法等のいわゆる内的事項については、教育行政機関の権限は原則としてごく大綱的な基準の設定に限られ、その余は指導、助言的作用にとどめられるべきものかどうかである、と考えられる。」

次いで旭川学力テスト事件判決は、上記(1)の論点、つまり法令にもとづく教育行政機関の行為が「不当な支配」に含まれるかについて以下のように説く。——「前記教基法10条1項は、その文言からも明らかなように、教育が国民から信託されたものであり、したがって教育は、右の信託にこたえて国民全体に対して直接責任を負うように行われるべく、その間において不当な支配によってゆがめられることがあってはならないとして、教育が専ら教育本来の目的に従って行われるべきことを示したものと考えられる。これによってみれば、同条項が排斥しているのは、教育が国民の信託にこたえて右の意味において自主的に行われることをゆがめるような『不当な支配』であって、そのような支配と認められる限り、その主体のいかんは問うところでないと解しなければならない。それ故、論理的には、教育行政機関が行う行政でも、右にいう『不当な支配』にあたる場合がありうることを否定できず、問題は、教育行政機関が法令に基づいてする行為が『不当な支配』にあたる場合がありうるかということに

帰着する。思うに、憲法に適合する有効な他の法律の命ずるところをそのまま執行する教育行政機関の行為がここにいう『不当な支配』となりえないことは明らかであるが、上に述べたように、他の教育関係法律は教基法の規定及び同法の趣旨、目的に反しないように解釈されなければならないのであるから、教育行政機関がこれらの法律を運用する場合においても、当該法律規定が特定の命じていることを執行する場合を除き、教基法10条1項にいう『不当な支配』とならないように配慮しなければならない拘束を受けているものと解されるのであり、その意味において、教基法10条1項は、いわゆる法令に基づく教育行政機関の行為にも適用があるものといわなければならない。」

旭川学力テスト事件判決はさらに、上記(2)の問題について検討を加えている。その核心部分は次のような判示である。——「思うに、子どもの教育が、教師と子どもとの間の直接の人格的接触を通じ、子どもの個性に応じて弾力的に行われなければならない、そこに教師の自由な創意と工夫の余地が要請されることは原判決の説くとおりであるし、また、教基法が前述のように戦前における教育に対する過度の国家的介入、統制に対する反省から生まれたものであることに照らせば、同法10条が教育に対する権力的介入、特に行政権力によるそれを警戒し、これに対して抑制的態度を表明したものと解することは、それなりの合理性を有するけれども、このことから、教育内容に対する行政の権力的介入が一切排除されているものであるとの結論を導き出すことは、早計である。さきにも述べたように、憲法上、国は、適切な教育政策を樹立、実施する権能を有し、国会は、国の立法機関として、教育の内容及び方法についても、法律により、直接に

又は行政機関に授権して必要かつ合理的な規制を施す権限を有するのみならず、子どもの利益のため又は子どもの成長に対する社会公共の利益のためにそのような規制を施すことが要請される場合もありうるものであり、国会が教基法においてこのような権限の行使を自己限定したものと解すべき根拠はない。むしろ教基法10条は、国の教育統制権能を前提としつつ、教育行政の目的を教育の目的の遂行に必要な諸条件の整備確立に置き、その整備確立のための措置を講ずるにあたっては、教育の自主性尊重の見地から、これに対する『不当な支配』となることのないようにすべき旨の限定を付したところにその意味があり、したがって、教育に対する行政権力の不当、不要の介入は排除されるべきであるとしても、許容される目的のために必要かつ合理的と認められるそれは、たとえ教育の内容及び方法に関するものであっても、必ずしも同条の禁止するところではないと解するのが、相当である。」

#### ⑦ 国旗・国歌と「不当な支配」——「日の丸・君が代」訴訟

「不当な支配」禁止法理がその重要な争点の一つとなっているものに、国旗・国歌（「日の丸・君が代」）をめぐる一連の裁判例がある。それらのうち主なものをみていきたい。

まず、いわゆる「予防訴訟」（国歌斉唱義務不存在確認等請求事件）一審判決の次のような判示がある。ここでは、学校の入学式・卒業式等における国旗掲揚・国歌斉唱を義務づける学習指導要領の「国旗・国歌条項」にもとづく東京都教委の通達や職務命令が「不当な支配」に該当するかが争われている。——「……学習指導要領の国旗・国歌条項は、法的効力を有しているが、同条項から、……国歌斉唱の際に国旗に向かって起立し、国歌を斉唱する義務、ピアノ伴奏をする義務

までを導き出すことは困難である。……本件通達及び……被告都教委の一連の指導等は、……都立学校の各校長の裁量を許さず、これを強制するものと評価することができるうえ、原告ら教職員に対しても、……各校長の職務命令を介して、……国歌斉唱の際に起立して国歌を斉唱すること、ピアノ伴奏をすることを強制していたものと評価できる。そうだとすると、本件通達及び……被告都教委の……指導等は、教育の自主性を侵害するうえ、教職員に対し一方的な一定の理論や観念を生徒に教え込むことを強制することに等しく、教育における機会均等の確保と一定の水準の維持という目的のために必要かつ合理的と認められる大綱的な基準を逸脱している……。したがって、本件通達及び……被告都教委……の指導等は、〔旧〕教基法10条1項所定の不当な支配に該当するものとして違法……であり、ひいては、原告ら都立学校の教職員の……国旗に向かって起立しない自由、国歌を斉唱しない自由、国歌をピアノ伴奏しない自由に対する公共の福祉の観点から許容されている制約とは言い難い。」（東京地判平成18・9・21判時1952号44頁）

上記判旨にみるごとく、一審判決は都教委の通達や職務命令の「不当な支配」該当性を認定した。前述したように同判決後の2006（平成18）年12月に新教基法が成立したが、その後に出された同事件の二審判決は、一審とは異なる判断を示した。——「現行学習指導要領に基づく入学式、卒業式等を実施するよう改善、充実を図るという目的で、これを実現するため、入学式、卒業式等における国旗掲揚、国歌斉唱の本件実施方針を定めて本件通達を発出すべき必要性和合理性が認められる……。〔したがって〕本件通達は、〔旧〕教基法10条1項にいう『不当な支配』に該当するとは認められない。ま

た、以上の理は、〔新〕教基法16条1項においても変わりがない。」

(東京高判平成23・1・28判時2113号30頁)

上記の都教委通達については、「日の丸・君が代」をめぐる別の事案である嘱託採用拒否処分取消請求事件においても争点となった。同事件の各判決は、いずれも通達の「不当な支配」該当性を否認した。——「本件通達は、卒業式等における国歌斉唱及び国歌斉唱に関する実施指針を定めるものであって、教職員が生徒に対して『日の丸』、『君が代』に関する歴史的な事実等を教えることを禁止するものではないし、教職員に対し、国旗、国歌について、一方的に一定の理論を生徒に教え込むことを強制するものとはいえない。……以上によれば、本件通達は、〔旧〕教基法10条1項にいう『不当な支配』に該当するとは認められない。」(東京地判平成20・2・7判時2007号141頁、同旨・東京高判平成22・1・28判時2086号148頁、同旨・最判平成23・6・6判時2123号18頁)

#### ⑧ 政治家による教育介入と「不当な支配」——七生養護学校事件

「不当な支配」禁止法理をめぐる裁判例として、次に、都立の養護学校(現特別支援学校)における教育実践に対する都議会議員による非難等が「不当な支配」として問題とされた「七生養護学校事件」をとりあげる。一審・二審とも都議の行為を「不当な支配」にあたるとしたうえで、都教委の責任についても以下のように言及している。——「被告都議らが本件視察の際に……原告らを批判し、非難した行為は、……政治家である被告都議らが……本件養護学校における性教育に介入・干渉するものであり、……教育の自主性を阻害しこれを歪める危険のある行為として、『不当な支配』にも当たる……。したがって、……本件視察に同行した被告都教委の職員らには、このような

.....『不当な支配』から.....教員を保護する義務があったというべきである。ところが、.....被告都教委の職員.....は、.....被告都議らが原告らに対してその授業内容を批判したり、非難したりするのに任せられたものであるから、被告都教委の職員は、教育に対する『不当な支配』から教員を保護するよう配慮すべき職務上の義務に違反したものであるというべきであり、このような被告都教委の職員の不作為は、国家賠償法上、違法というべきである。」（東京地判平成21・3・12判例集未搭載、同旨・東京高判平成23・9・16判例集未搭載）

#### ⑨ 校長の校務運営等と「不当な支配」——土肥校長事件

この事案は、東京都教委が元都立高校長(原告＝控訴人)に対して「生徒の表現行為に対する検閲の強要、職員会議における職員の意向を確認する挙手・採決の禁止、控訴人の言論の弾圧、教職員の業績評価に対する干渉、職務命令の強要等を行ったこと」が人格権侵害、名誉毀損とともに「不当な支配」に該当し、また原告＝控訴人による非常勤教員採用申込みに対して不合格としたことが裁量権の逸脱・濫用にあたるとして、都に対して損害賠償を請求したというものである。原告の損害賠償請求を棄却した一審判決が二審でも維持されたが、その二審判決において、東京高裁が「不当な支配」禁止法理の意義について次のように判示しているのが注目される。——「教育基本法16条1項は、教育が国民全体に対して直接責任を負うように行われるべく、その教育の中立性、不偏不党性の原則を定めたものであって、同項の『不当な支配』とは、旧教育基本法10条1項の『不当な支配』と同様、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を指すものであり、教育行政機関が教育関係法令の解釈及び運用をする場合においても、これらの法令は、教育

基本法の規定及び同法の趣旨、目的に反しないように解釈されなければならないから、教育行政機関は、法律の規定が特定の命じていることを執行する場合を除き、『不当な支配』とならないよう配慮しなければならないものと解される。しかし、教育の自主性尊重の見地から教育に対する行政権力の不当、不要の介入は排除されるべきであるとしても、行政機関が許容される目的のために必要かつ合理的と認められる規制をすることは、たとえ教育の内容及び方法に関するものであっても、教育基本法16条1項の禁止するところではないと解するのが相当である（旭川学テ最高裁判決参照）。」（東京高判平成25・2・7判例自治373号42頁）

上記判旨で注目されるのは、東京高裁が、新旧教基法の「不当な支配」禁止規定を同旨のものとして解し、その意義を説くなかで、新教基法16条には文言として受け継がれなかった旧教基法10条1項の「直接責任」原理（前述）に言及している点である。このことは、新旧教基法の教育行政条項における文言上の変化にもかかわらず、裁判所は、旧教基法10条の規範精神が新教基法16条にいわば継受されているとみていることを示すものといえる。

#### イ 小括：裁判例にみる「不当な支配」の諸類型

以上の裁判例における「不当な支配」論の展開を踏まえて、「不当な支配」該当性がいかなる係争・事案において問題とされてきたかをまとめると以下の5類型にまとめられる。

〔Ⅰ〕教科書検定・教科書使用義務規定・学習指導要領（とくにその国旗・国歌条項）など、教育内容にかかわる法令や法制度自体が問題とされた事案（上記④⑤⑦の裁判例）、〔Ⅱ〕勤務評定・学力テストなど、中央教育行政機関（文部〔科学〕省）が主導した、教育活動

や教育内容にかかわる個別的政策が問題とされた事案（上記①⑥の裁判例）、〔Ⅲ〕「日の丸・君が代」訴訟にみられるような、地方教育行政機関（教委）による通達・職務命令の発出およびそれらに対する不服従を理由とする教職員への懲戒処分などが問題とされた事案（上記⑦の裁判例）、〔Ⅳ〕個別の教員・校長の授業内容・校務運営を理由として当該教員・校長に対してなされた解雇などの不利益処分が問題とされた事案（私立学校につき上記②、公立学校につき上記⑨の裁判例）、〔Ⅴ〕個別教員の授業内容や特定の学校の教育実践に対する政党や政治家による非難・干渉が問題とされた事案（上記③⑧の裁判例）の5類型である。

裁判において「不当な支配」該当性が問題とされてきた事案を上記のように整理したうえで、次に、被告の「不当な支配」に関する主張が、これまで裁判で争われてきたような「不当な支配」に相当しないことを述べる。

### 3 被告の「不当な支配」に関する適示事実の問題性

#### (1) 被告が「不当な支配」に当たる可能性があるとして摘示する「事実」

被告が、九州朝鮮高校については「不当な支配」がないことに確証が持てないとした文部科学大臣の判断は合理的であったとして、摘示する「事実」は以下のとおりである。この中には、明らかに「不当な支配」該当性を審理する必要性自体認められないものが混在しているが、まずは被告の主張の全容を明らかにするため、記載することにする。

#### ① 産経新聞等の報道

- ・「北朝鮮」が朝鮮学校に資金提供している（乙24の1）
- ・朝鮮学校の教科書には金正日総書記の決済が必要である（乙24の2）

- ・朝鮮総聯の幹部子弟には、総聯による教育手当があり実質的に学費が免除されている（乙24の3）
  - ・破綻した朝銀信用組合に対する債務によって朝鮮学校の資産が整理回収機構から仮差押えされている（乙24の4、乙51）
  - ・朝鮮学園の理事ではない朝鮮総聯関係者が学園議事録を偽造した（乙24の5）
  - ・朝鮮総聯が朝鮮学校に対し、朝鮮共和国の指導者の肖像画を交換するよう指示した（乙24の6）
  - ・朝鮮学校への補助金が朝鮮総聯に流用されている疑いがある（乙33の1）
  - ・朝鮮学校の学費納入時に総聯の傘下団体の活動費を同時に徴集している、保護者から多額の寄付を募っている（乙33の2）
- ② 広島地方裁判所平成19年4月27日判決および学校法人東京朝鮮学園に対する東京都の調査報告書に係る事実
- ・平成10年までに広島朝鮮学園が朝鮮総聯のために朝銀信用組合から2000万の融資を受けて融通し、当時理事会の開催や議事録の作成が行われていなかった（乙40）
  - ・東京朝鮮学園が資産の一部を朝鮮総聯に供与している（乙41）
- ③ 公安調査庁の報告書（乙28ないし32）及び公安調査庁長官の国会答弁（乙34）
- ・朝鮮総聯が朝鮮高校生の就学支援金受給実現のために活動している（乙28、30等）
  - ・朝鮮総聯の大会で朝鮮学校の生徒勧誘活動が取り上げられ、朝鮮学校を拠点に同胞再発掘運動が進められている（乙29）
  - ・朝鮮総聯の朝鮮学校に対する影響力はその教育内容、人事、財政に

及んでいる。朝鮮学校では総聯傘下企業の教科書を使用している、金正日総書記に関する思想教育が行われている（乙34）

- ④ 民団新聞（乙25の1、2）及び民団の要請文（乙27の1、2）、  
「救う会」の要請文（乙26）
- ・朝鮮学校が金日成正日に忠誠の電文を送る思想政治運動を展開している（乙25の1）
  - ・朝鮮総聯は朝鮮学校の上部団体であり、人事に指示を受ける垂直支配がある（乙25の2）
  - ・運営面も教科内容も朝鮮総聯の指導を通じ、「北朝鮮」政府の完全なコントロール下にある（乙27の1、2）
  - ・朝鮮学校は純粋な教育機関ではなく朝鮮労働党の工作活動拠点である（乙26）
- ⑤ 朝鮮総聯のホームページの記載（乙23）、朝鮮総聯中央常任委員会の発行する「朝鮮総聯」の報道（乙25の4）、労働新聞の記事（乙25の3）など朝鮮共和国ないし朝鮮総聯が作成した媒体に係る事実
- ・「総聯の地方本部は…学校を指導する。」「総聯は…民族教育事業を繰り広げている」「支部常任委員会は…学校長によって構成される」（乙23）
  - ・「朝鮮学校は、総聯組織が運営する合法的な民族教育機関である」（乙25の3）
  - ・「朝鮮学校の管理運営は、朝鮮総聯の指導のもとに教育会が責任を持って進めている。」（乙25の4）
- ⑥ 審査会における審査にて収集された事実（乙8等）
- 審査会は、審査基準のうち裁量の余地のない外形的な基準について

ては全校が基準を満たしており、「審査基準（法令に基づく学校の運営）に抵触しうる事項」及び「申請内容の重大な虚偽となり得る事項」については、重大な法令違反に該当する事実は確認できていないとし、かつ九州朝鮮高校において、過去には「個別の学校の問題点」として指摘されているような事例があったが、現時点では同様の問題は確認されていないとしている（甲20の6の2、甲20の6の4）。

一方、被告は、支援室からの照会に対する九州朝鮮高校の回答に、客観的には朝鮮総聯やその傘下団体に加入していることをうかがわせる内容があることを、「不当な支配」を疑わせる事実として摘示している（乙8）。

(2) 被告が摘示する事実には本件不指定処分の根拠とすることが明らかに不適切なものが多数あること

ア 被告の不当な支配論の検討に先立ち、被告が摘示する事実及びその根拠となる書証について、その中には真実性に疑問があることなどから、本件不指定処分の根拠とはなしえないものが多数あることを指摘しておく必要がある。なお、下記①～⑥の番号は、前項の①～⑥に対応するものである。

① 産経新聞等の報道について

被告は、こうした報道内容について、証拠に照らしてその真実性を検証することなく「疑惑が報道されていること」を不利益に考慮して本件不指定処分を行ったというのである。このような、単なる伝聞というべき証拠に証拠価値がないことは明らかであるから、その報道内容については「不当な支配」該当性を論ずるまでもなく、本件不指定処分の根拠事実にしえないことは当然である。

補助金の流用という重大な疑惑が本当に提起されていたならば、

ひとり産経新聞のみならず、他の多くのメディアもこれを大きく取り上げたであろうし、場合によっては捜査機関による捜査も開始されたはずであるが、そうした事態は起きなかった。審査会においても「過去5年間の高級学校に関する収支を確認した結果、学校から朝鮮総連に対して寄付等を行っている事実は確認できなかった」とされている（甲20の6の2）。

実際に、2015年12月に発覚した株式会社による設立の広域通信制高校ウィッツ青山学園高校（三重県伊賀市）の就学支援金不正受給問題では、東京地検が詐欺容疑で捜査に乗り出し（甲147）、文科省も2016年3月、都道府県教育委員会に対し、広域通信制高校に関し、就学支援金の支給対象校へのチェック強化を求める通知を発出している（甲148）。すべての全国版の新聞及びテレビ局がこの問題を報道したことはいうまでもない。

さらに、被告の主張は、朝鮮学校に対しては都道府県による監督権限が及んでいる点を見逃しており、失当である。九州朝鮮高校に補助金を交付している自治体である福岡県および北九州は、審査会の審査に対し、九州朝鮮学園には、不正受給等悪質な問題事案はないとの認識を表明している（甲20の6の2-2頁から3頁）。被告が引用する一連の報道は、九州朝鮮高校に対する監督権限を有する福岡県や北九州市の認識を覆すようなものであるとは到底言えない。

また、朝鮮共和国からの送金（乙24の1）は、それが事実としても、本国からの民族学校に対する一般的支援の方法であって、「不当な支配」に当たらないことはいうまでもない。

② 広島地方裁判所平成19年4月27日判決（乙40）および東京

都の調査報告書（乙４１）に係る事実について

これらはいずれも九州朝鮮高校とは別の学校法人に係る事実であり、九州朝鮮高校の運営に対する評価資料にはならないものである。この点、被告は、全国の朝鮮高校は、極めて類似する性質を有するから、他の学校法人に係る事実であっても、九州朝鮮高校に関する審査で考慮できると主張する（被告第４準備書面第３の３（２））。

しかし、朝鮮高校については、その入学資格、開設科目、教科書、教員の資格等について共通するとしても、学校法人毎に、有する資産や、補助金収入、寄附収入を含む収支の状況など財政面ではそれぞれ事情が異なる。それゆえ、資産の利用方法に関して、他の学校法人に係る事実を考慮要素とすることは妥当でない。

さらに、広島朝鮮学園に関しては、問題となったのは、既に破綻した朝銀信用組合との１９９８年以前の融資の問題であり、審査会でも指摘（甲２０の６の２-３頁）されているとおり、本件審査当時に同様の問題が確認されていた事情ではないので、２０１３年２月の本件不指定処分の根拠とすることは、その点でも妥当でない。

本件訴訟において被告が、それぞれ別法人によって運営されている全国の朝鮮高校に関する事情について、その時期も問わず渾然一体として主張している（せざるを得ない）ことこそが、被告が全国の朝鮮高校を無償化制度から排除するべく、個別の朝鮮高校についての事情を具体的に認定、評価などせず、政治・外交的配慮、差別的意図に基づき、本件不指定処分を行ったことをうかがわせるのである。

③ 公安調査庁の報告書（乙２８ないし３２）、公安調査庁長官（乙

### 34) の国会答弁について

これらの内容はすべて、朝鮮学校が教育基本法、学校教育法及び私立学校法などの学校運営上守るべき規定に抵触しているか否かについて、教育行政上の専門機関としての見地から述べられたものではない。

また、公安調査庁長官の「総聯の朝鮮学校に対する影響力はその教育内容、人事、財政に及んでいる」という答弁に至っては、民族教育を行う外国人学校と在日外国人団体が関わりをもつこと自体は、外国人学校の特性から当然に許容されるものである以上、「不当な支配」性を導く指摘にすらなっていない。

答弁の内容は、具体的な事実を何ら伴わない「意見」に過ぎず、教育行政の専門家たる文部科学大臣が、学校運営の適正性を審査するに当たって取り上げるべきものではないことは明白である。

#### ④ 民団新聞(乙25の1、2)及び民団の要請文(乙27の1、2)、「救う会」の要請文(乙26)について

原告準備書面(5)等で述べたとおり、民団及び「救う会」は、特定の政治的傾向を有する政治団体の側面があること、「要請文」であるこれらの資料はその団体の単なる主観ないし意見を表明するものに過ぎないことから、他の客観的証拠によってその内容の真実性を確認できる場合でもない限り、学校運営の適正性の審査に用いることができないのは当然である。

#### ⑤ 朝鮮総聯のホームページの記載(乙23)、朝鮮総聯中央常任委員会の発行する「朝鮮総聯」の報道(乙25の4)、労働新聞の記事(乙25の3)など朝鮮共和国ないし朝鮮総聯が作成した媒体に係る事実について

被告は、朝鮮総聯自身が表明している事実については、「不当な支配」の根拠事実としうると主張している。被告が「不当な支配」の主体とする当事者の認識であるからということであろう。

しかし、前記③同様、これらの記載は、教育関連法令の遵守状況について教育行政上の見地から書かれたものではないことに留意して見る必要がある。たとえば、「朝鮮学校は、総聯組織が運営する合法的な民族教育機関である」（乙25の3）という労働新聞の記事や「総聯は・・・民族教育事業を繰り広げている」「総聯の地方本部は・・・学校を指導する。」という総聯HPの記載（乙23）は、宗教系私立学校によく見られるような、学校教育法、私立学校法などの規定を遵守しつつ、外部の宗教団体が運営の母体となっていることを宣伝する文句と何ら変わりがない。東京韓国学校等日本の他の外国人学校において民族団体が運営の母体となっている例もある（甲149ないし153。なお原告準備書面(5)第3の2(2)等も参照）。

むしろ、これらの記載から、朝鮮総聯が朝鮮学校を設置する学校法人の理事会や教職員を、その自主的な教育事業の運営が不可能になるような形で支配しているという意味に受け取るのは曲解であると言わざるを得ない。このような、明らかに「不当な支配」とは関係がない事実を指摘していること自体、文科大臣が「朝鮮共和国との関わり」それ自体を理由に本件不指定処分を行ったことを裏付けている。

さらに、学校長が総聯の支部常任委員会に参加することについても（乙23）、任意になされる限り何の問題もない。被告は、参加の任意性を問うこともせず単に「学校長が総聯の会議に参加してい

ること」だけを問題視しているが、「不当な支配」の理解を完全に誤っており、偏見に満ちている。やはり同じ朝鮮人の民族学校である東京韓国学校も、民団によって設置され、民団の理事長が学園の理事長に就任することとされ、民団に関する授業を実施するなど、人事、財政、教育内容の面で民団の強い影響力の下にあるが（甲149ないし153）、それが学校側の自主的な選択である以上、「不当な支配」に当たらないことはいうまでもない。

なお、「朝鮮学校の管理運営は、朝鮮総連の指導のもとに教育会が責任を持って進めている。」（乙23）というホームページの記述については、審査会において審査が行われたうえで、「教育会とは、（朝鮮学校の）保護者、学校卒業生、その他各地域の学校支援者の代表等からなり、学校への寄附金の募集等の支援を行う組織であり、教育会が学校運営を支配している事実は確認されなかった」とされている（甲20の6の2）。

⑥ 審査会における審査にて収集された事実（乙8等）

これらについては、審査会自体が「法令に基づく学校の運営」に抵触しうる事実は確認できていないとしていること、福岡県も補助金に関する問題事案はないとしている（甲20の6の2）ことから、「不当な支配」への抵触の疑いにかかる事実として取り上げること自体がおかしい。

そもそも被告はこの点に関して、「客観的には朝鮮総連の協力を得たり、朝鮮総連傘下の団体に加入、活動などしていることがうかがわれるような内容がある」（被告第1準備書面第5の3(3)）と主張するのみで、朝鮮総連との関係が存在する（と疑われる）こと 自体 を問題視しているものであり、本準備書面第3の4にて後述すると

おり、「不当な支配」論として明らかに不合理な主張である。

イ 以上①～⑥について検討したとおり、九州朝鮮高校に対する不当な支配が疑われる根拠として被告が主張する事実は、いずれも、客観的な状況からは真実と認定できない単なる疑惑であるか、教育行政の専門機関でない者や特定の私的な政治団体による「意見」表明に過ぎないか、「不当な支配」とは全く関係のない事実であって、いずれも、教育の専門官である文部科学大臣が、教育関係法令の遵守という見地からの処分の根拠とするには明らかに不適切であった。被告は、これらの「事実」から、適正な学校運営が行われていないと疑われる事情等が認められたことから、規程13条の適合性を認めるに至らないとの判断に至ったことは不合理では無い」などと強弁するが、結局は、朝鮮高校生の民族教育を受ける権利を支える就学支援金の支給にかかる重要な判断に際して、真実性の疑わしい報道等をいわば鵜呑みにしたことを暗に認めているといつてよい。

#### 4 被告の「不当な支配」論の問題性

- (1) 被告は、朝鮮学校と朝鮮共和国及び朝鮮総聯との関係性のみで「不当な支配」の根拠としていること

さて、被告の摘示する「事実」が、不指定処分の根拠とするには明らかに不適切であったことは上述のとおりであるが、摘示「事実」の中には、朝鮮共和国及び朝鮮総聯が朝鮮学校の運営に関して財政支援を行っていること、教職員等が朝鮮総聯の参加団体に加入している状況があるなどの朝鮮総聯との人的なつながりがあること、朝鮮共和国の指導者の肖像画の設置や、教科書作成への関与などの教育内容への関与があること、朝鮮総聯の朝鮮学校に対する影響力がその教育内容、人事、財政に及んでいるといった、たんに朝鮮共和国と朝鮮総聯の間に

は何らかの関係があることを指摘するだけのものが多数存在する。

被告は、朝鮮共和国及び朝鮮総聯が、九州朝鮮高校に対していかなる点で教育の自主性を侵しているのか、個別具体的な関与を特定することなく、朝鮮共和国や朝鮮総聯が教育、人事、財政上の関わりを有するというだけで朝鮮学校が恒常的に「不当な支配」の状態にあると認定し、本件不指定処分を行っているのである。

以下では、このような、被告の想定する「不当な支配」というものが、上記2（5）の裁判例で問題とされた「不当な支配」の諸類型のいずれにもあてはまらないことを確認しておく。

## (2) 被告の「不当な支配」論の異質性

ア 新旧教基法に置かれた「不当な支配」禁止規定については、①主体（教育行政当局か、政党等の社会勢力か）と②関与の態様（制度的・恒常的な支配か、事実上・個別的な支配か）の観点から議論されてきたといえるが、その条文構造、立法者意思、学説に表れているように、主として日本の公教育における教育現場と教育行政当局との関係のありかた、すなわち「教育行政当局による制度的・恒常的な支配」の禁止が念頭に置かれてきた。上記2（5）イで整理した裁判例の5つの類型をみても、〔Ⅰ〕〔Ⅱ〕〔Ⅲ〕は教育行政当局による教育内容や人事に対する制度的・恒常的な支配の正当性が問われた事案である。他方、政党等の社会勢力による支配が問われた事例もあるが、法的権限のない主体であるという性質上、事実上・個別的な支配が問われたものばかりである（分類〔Ⅴ〕）。

兼子仁が述べるように（本準備書面第3の2(4)ア35, 36頁）、教育行政当局による教育関与は、それ自体法的拘束力を有し、制度的・恒常的なものになるという特色があり、それゆえ他の政治的・社

会的勢力による教育関与とは異なり、定型的に「不当な支配」に該当し、教育の自主性を損なう度合いも強い。また教育行政当局による制度的・恒常的な不当な支配を覆すには、基本的に司法に訴えるより手段がないという問題もある。それゆえ、教育行政当局による教育現場への介入は、禁止の要請が定型的に高い類型であるといえる。

イ このように、従来 of 支配的な「不当な支配」論は、主として「教育行政当局による制度的・恒常的な支配」を念頭に置き、個別的に生じる「政党等の社会勢力による事実上・個別的な支配」をもその対象に加えることで、教育実践における「直接責任」原理と「自主性」原理とを確保するものとして理解されてきた。

ウ ところが、本件で被告は、外国人学校の教育現場との関係で、これに「不当な支配」を加える主体として、日本の教育行政当局ではなく当該外国人学校を財政的・組織的に支える外国や在日外国人団体を想定し、かつ、教育行政当局以外を「不当な支配」の主体としながら「恒常的な支配」を問題としている。その意味で、本件で被告の想定する「不当な支配」の観念は、「不当な支配」禁止規定をめぐる解釈論争が念頭に置いてきた「不当な支配」の観念とはかなり異質なものである。この異質性は、以下詳述するとおり、被告の「不当な支配」の立論の目的と解釈の誤りに起因するものであり、重要である。

### (3) 外国人学校の特性と「不当な支配」論

ア 日本の教育行政当局と学校現場との関係とは異なり、外国人学校には、以下の特性が認められる。

イ 第一に、外国人学校と協力関係にある外国や在日外国人団体は、日本国内における法的拘束力という強制力を行使して当該外国人学校に教育関与を行う関係ではない。したがって、朝鮮共和国及び朝

鮮総聯の朝鮮学校に対する関与を、日本の教育行政と公教育の現場との関係とパラレルに見ることはできない。外国人学校と本国の関係にもいろいろな形態があろうが、少なくとも朝鮮学校の場合、朝鮮学校の側が、朝鮮共和国ないし朝鮮総聯との関係を断ち切ろうとした場合、学校側は何らの法的な拘束なくそれをなしうるのである。

ウ 第二に、外国人学校については、教育関係法令上、私人の寄附財産等によって設立される私立学校として教育内容に高度の自主性が認められている（私立学校法第1条、第8条、第31条、第60条、第61条、第62条）。さらに、各種学校である外国人学校には、私立高等学校とは異なり、特定の政党を支持あるいは反対するための政治教育を含む政治的活動を禁じた教育基本法14条2項も適用されない。

外国人学校が、外国ないし在日外国人団体を運営の母体として設立されることも私学の自由の範疇である。これは、宗教系の私立学校の多くが宗教団体を母体として設立され、当該宗教団体の教組の教えを理念とする教育を施し、それが許容されていることから明らかである（たとえば、ICU高校にはキリスト教の科目が、創価高校には創立者の思想を学ぶ科目が、授業のカリキュラムにも組み込まれている）。また、在日韓国人団体である民団を母体とし、韓国から教員派遣などを受ける韓国学校や、現地日本人会と一体となって運営され、文部科学省による巡回指導を受けている海外の日本人学校についても同様である（甲149ないし159）。

外国人学校は、むしろ本国や民族団体との関係性を有することこそが重要であることはすでに主張したとおりであるし（原告準備書面(5)第3の2(1)、(2)）、外国人学校の生徒は、学校外部の支援団体と

の関係も含めて、当該学校が提供する独自の教育を求めて、自由な選択の下、当該学校に入学するものであることにも留意する必要がある。

エ このような私学の自主性に鑑み、外国人学校とそれを支援する外国ないし在日外国人団体の関係については、その影響が財政、人事、教育内容に及ぶとしても、むしろ「不当な支配」には当たらず許容されるべきなのである。

#### (4) 被告の立論の誤り

ア しかるに被告は、このような日本の公教育現場とは異なる外国人学校の特性を鑑みることなく、支援者である外国ないし在日外国人団体の外国人学校に及ぼす影響力を恒常的な支配と観念しており、従来の「不当な支配」論とは一線を画す異質な主張をしている。

このような被告の「不当な支配」論の異質性は、端的に言って、その立論の目的の違いから来るものと思われる。

従来の「不当な支配」論は、教育現場の自主性をいかに保護するかという見地から語られてきたのであり、裁判では、教育の自由を侵害された側が権利回復を求めて争っていた。これに対し、被告は、九州朝鮮高校の教育の自主性を保護する見地からではなく、今まで原告らが繰り返し主張してきたように、朝鮮高校の生徒を就学支援金の受給から排除する政治的意図を持って、朝鮮高校の自主的な教育や学校運営を否定する見地から「不当な支配」論を展開している。その意味で、教師や保護者の教育の自主性を通じて、子どもの教育を受ける権利を守らんとする教育基本法16条1項の趣旨とはかけはなれたところでその該当性を主張しているのである。

イ このような被告の主張は、「不当な支配」論の解釈を誤っているば

かりか、権力的行政主体が、政治外交上の思惑を持って「不当な支配」を根拠に学校教育に介入していくことを肯定するものであり、かえって「不当な支配」禁止法理の趣旨を損なう危険な立論である。実際に、被告は、本件で、「不当な支配」の状態に置かれていることが疑われるとする朝鮮学校の生徒らに対して、そのことを理由に不利益な処分を行って、生徒らを学習権の保障から遠ざける結果を招来している。

ウ 以上のとおり、被告が本訴訟で主張する「不当な支配」論は、従来の「不当な支配」論とは全く異質な独自の立論であり、教育基本法16条1項の解釈を誤っている。

(5) 外国人学校に対しても規制や監督が存在することを考慮すべきこと

ア なお、たしかに、新教基法16条1項は、「不当な支配」の主体として政治的・社会的勢力を除外するものではなく、支援関係にある外国ないし在日外国人団体が外国人学校に対して、自主性を奪うような態様で「不当な支配」をすることもありえないとはいえないだろう。

イ しかし、朝鮮学校の運営主体は、私立学校法64条4項に基づく準学校法人であり、当該法人が運営する朝鮮学校は学校教育法134条に基づく各種学校であり、教育行政による各種の規制が適用されている学校である。たとえば、私立学校法は、法令違反があった場合に法人の解散を命じることができる旨を（同法62条、64条5項）、学校教育法は法令の規定に違反し、または法令の規定に基づく所轄庁の処分に違反した場合には、学校の閉鎖を命令することができる旨を定めており（同法13条1項、134条2項）、学校法人朝鮮学園及び朝鮮学校もその適用を受けることとされている。さらに、

私学助成法は、助成を受ける準学校法人について、所轄庁は、業務・会計の状況に関する報告の徴求、帳簿、書類その他の物件の検査、役員等の法令違反等の場合の解職勧告等の権限を有することを定められており（同法12条、16条）、公金の適正な管理使用がなされるよう監督の仕組みが確保されている。

これらの規制や監督は、各種学校における教育が恒常的な「不当な支配」に服しない教育として公認するに足りる程度の運営の適正性を有することを確保する趣旨を含むといえる。

ウ したがって、外国人学校に対しては、これらの規制や監督自体が適正に行われていないというような事情がある場合や、外国ないし在日外国人団体と外国人学校の間通常存在するような関係を越えて外国人学校側の教育の自主性が著しく侵害されているような場合でない限り、容易に「不当な支配」が及んでいると認めることはできないと考えるべきである（「救う会」に所属する市民らが「朝鮮学校は、北朝鮮と一体化した朝鮮総聯から誤った知識や一方的な観念を植え付けるような内容の教育を強制されており、新教基法16条1項の「不当な支配」を受けているので、朝鮮学校への助成には公益性がなく違法である」と主張して、神戸市がした学校法人兵庫朝鮮学園に対する外国人学校助成金交付決定の取消を求めた事案である神戸地裁平成26年4月22日判決（甲66）にも同様の趣旨の部分がある）。

エ この点、被告は、九州朝鮮高校に対する福岡県の監督が適正に行われていないことについては何らの主張立証もなく、九州朝鮮高校の教育の自主性が侵害されていることについても、具体的に主張立証していない。被告が本件で摘示する事実は、「不当な支配」該当性

あるいはその疑いの根拠として用いることはできない。

#### 5 「不当な支配」論の本訴訟における位置づけ

- (1) ここまで、教育基本法16条1項の「不当な支配」の解釈と適用につき論じてきたが、本訴訟では九州朝鮮高校と朝鮮共和国や朝鮮総連との関係性が「不当な支配」に該当するか否かが問われているわけではないことを、改めて付言する。
- (2) 被告は、「不当な支配」がないとの「確証が得られなかった」ことを、審査遅延や本件不指定処分の根拠としている。本件不指定処分の本当の理由は原告準備書面(10)第2において主張したとおりであるが、仮に被告の主張に沿って考えたとしても、上述のとおり、被告が考慮した「事実」自体が真実性の根拠に乏しいものや「意見」に過ぎないものであったうえ、そもそも被告は、「不当な支配」論について、外国人学校の特性や、外国人学校を支援する外国や在日外国人団体と日本の教育行政当局との性質上の違いを鑑みず、外国人学校に対する規制や監督を考慮に入れない誤った立論に基づいて審査を行っていた。そして、そのために「不当な支配」論とは関係のない「事実」を不当に考慮して審査を遅延させ、本件不指定処分を行ったのである。このような誤った「不当な支配」論に基づく審査遅延及び本件不指定処分が違法であることは、全く自明である。

### 第3章 本件省令1条1項2号ハ削除改正の問題点

#### 第1 本件省令1条1項2号ハの削除措置がはらむ憲法上の問題点

##### 1 本件省令1条1項2号ハの削除措置

2013年2月20日、高校無償化法施行規則の一部を改正する省令(平成25年2月20日文科科学省令第3号。以下、「改正施行規則」という。)が制定された。これにより本件省令1条1項2号ハの規定が削

除された。この改正が意味するのは、九州朝鮮高校を含む朝鮮高校を就学支援金支給対象校として指定する根拠規定が失われたということである。そして、省令改正と同じ2013年2月20日付で、下村文部科学大臣より学校法人九州朝鮮学園宛に発せられた「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第1条第1項第2号ハに基づく文部科学大臣による指定について(通知)」は、九州朝鮮高校を就学支援金支給対象校として指定しないとする理由の筆頭に、改正施行規則により「同号ハの規定を削除したこと」を挙げた。

成嶋隆教授は、改正施行規則による指定根拠規定の削除は、上述の経緯からして明らかに九州朝鮮高校を就学支援金支給措置から制度的に排除するという意図のもとになされたとみて間違いないと指摘しつつこの削除措置のはらむ憲法上の問題点について以下のとおり論じている。

## 2 成嶋隆教授の「制度後退禁止原則」論と本件省令1条1項2号ハの削除措置

近年の憲法学界において活発に論じられているテーマの一つに、(教育を受ける権利を含む)社会権の保障における「制度後退禁止原則」論がある。「制度後退禁止原則」とは、「〈ある制度の設立(ないしその制度の下での一定の利益供与……)は、憲法上の要請ではないが、それらがひとたびなされた以上は、当該制度を廃止する(もしくは制度の内容を後退させる……)ことは、憲法上許されなくなる〉との命題」(内野正幸『憲法解釈の論理と体系』日本評論社、1991年、154～155頁)である。主として、憲法25条の生存権規定の法的性格をめぐる議論のなかで、「抽象的権利説からの派生命題」(棟居快行「社会保障法学と憲法学」社会保障法22号154頁)として唱えられたもので

ある。

同原則について、「一般論としては肯定しがたい」とする内野正幸は、その難点を次のように指摘する。——「下位規範に先行して確定しているはずの憲法上の法規範の内容が、下位の制度の有無（ないし内容）によって逆に規定されてしまう（換言すれば、制度設立の前か後かでそれにかかる憲法的規範の法的拘束力が無から有に変わってしまい、また、制度を設立すればするほど憲法上の法規範となる領域が広がる）。」（内野・前掲155頁）内野自身は、このような難点を指摘しつつも、憲法25条2項に関する限りでは、その「向上及び増進に努める」との文言を根拠に「制度後退禁止原則」を認めている（同上377頁）。

これらの論考を踏まえて成嶋隆教授は、ある権利を具体化するための制度を新規に創設する場合と既存の制度を改廃する場合とでは、立法裁量の広狭が異なることは「法の一般原則」（葛西まゆ子「生存権と制度後退禁止原則」季刊企業と法創造7巻5号32頁）としても肯認されようし、「一旦具体化した水準を低下・後退させる場合には、裁量の幅は狭まると解され、相応の正当化が要求される」（高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第2版〕』有斐閣、2010年、289頁）という意味での「制度後退禁止原則」を社会権保障にかかる憲法原則の一つとして位置づけることも許されると指摘する。

また、成嶋隆教授は、社会権規約13条2項や子どもの権利条約28条1項の「無償教育の漸進的導入」・「漸進的達成」規定にも、上述の「制度後退禁止」の趣旨が含意されているとの解釈を示す。内野正幸が日本国憲法25条2項の「向上及び増進に努める」という文言を根拠に同項につき「制度後退禁止原則」を肯定したことは先にみたとおりだが、この論法にならうならば、まさしく「漸進的導入」・「漸進的達成」の

文言は、導入・達成したレベル、つまり「制度」化したレベルからの「後退」を「禁止」という規範を内在させていると解されるから、とするのである。

そして、この「制度後退禁止原則」という観点からみた場合、改正施行規則による就学支援金給付対象校指定の根拠規定の削除は、明らか同原則に違背すると結論づけている。この削除措置は、給付水準（たとえば就学支援金の額）についての一定の量的削減のような、一概に「制度後退」とは評価しがたい類の改変ではなく、給付の可能性それ自体を剥奪するものであり、明白な制度的後退だからである。

このように、成嶋隆教授が、「制度後退禁止原則」を憲法規範および社会権規約・子どもの権利条約上の規範であるとして、今回の削除措置は憲法および条約違反の所為であると指摘していることは、本件の審理において斟酌されるべきである。

以上