

論説

教科書検定手続と行政手続法

小 山 正 善

はじめに

本稿は、行政手続法および行政手続法の基本的な考え方から見た場合の教科書検定手続の問題性を明らかにし、もって教科書検定制度の領域においても行政手続法、ひいては法治主義原則を有効あらしめようとするものである。周知のように、教科書検定に関しては、実体および手続の両面から議論されてきた。すなわち、実体的側面からいえば、国民の教育を受ける権利および親・教師の教育の自由が国の教育内容決定権か、表現の自由（検閲の禁止）と学問の自由に対する関係のほか、とりわけ法治主義原則との関係、なかでも法律の根拠（委任）の問題が争われてきた。一方、手続的側面においては、教科書検定手続と憲法上の適正手続との関係いかに取りあげられてきた¹⁾。とはいえ、これら一連の問題については、第一次家永教科書検定訴訟の上告審判決（最高裁判所平成五年三月一六日判決民集四七巻五号三四八三頁）により、一応の決着が図られることとなった。とくに法治主義原則違反の疑

義に関しては、高等学校に準用される学校教育法二二条一項（現在の三四条一項）が、「文部大臣が検定権限を有すること、学校においては検定を経た教科書を使用する義務があることを定めたものであり、検定の主体、効果を規定したものとして、本件検定の根拠規定とみることができる」し、検定の審査内容及基準ならびに検定手続を定める検定規則（文部省令）と検定基準（同省告示）は、教育基本法と学校教育法という「関係法律から明らかな教科書の要件を審査の内容及基準として具体化したもの」で、「そうだとすると、文部大臣が、学校教育法八八条「現在の二四二条と同旨」の規定（……）に基づいて、右審査の内容及基準並びに検定の施行細則である検定の手続を定めたことが、法律の委任を欠くとまではいえない」とされた。他方で、適正手続との関係に関しては、「本件検定による制約は、思想の自由市場への登場という表現の自由の本質的な部分に及ぶものではなく、また、教育の中立・公正、一定水準の確保等の高度の公益目的のために行われるものである」こと、「教育的、学術的な専門家を委員とする教科用図書検定調査審議会の答申に基づいて合否の決定が行われること、不合格決定通知書には不合格理由が記載されていることなどを総合勘案すると、審議手続が非公開であり、不合格決定に先だつ告知・弁解・防御の機会が与えられず、理由の提示も一部にとどまったとしても、「そのことの故をもって直ちに、本件検定が憲法三一条の法意に反するということはできない」、と判示されたのである。

教科書検定の法律上の根拠（委任）とともに、検定手続の憲法三一条との適合性を首肯する見解がその後の教科書検定訴訟判決²²でもくり返されているように、教科書検定の法的問題は判例のうえでは決着したかに見える。それにもかかわらず、行政規制改革の推進という政治政策的要請のもとで改めて取りあげられ、「一層の透明化」を求められることとなった（二(1)参照）。

以下、教科書検定と法治主義原則、なかでも法律の根拠（委任）の問題に焦点を当てながら、一連の教科書検定訴訟判決を振り返ることからはじめたい。

一 教科書検定と法律の根拠（委任）

最初に、教科書検定の審査の内容または権限、審査の基準および検定の手続が法律で定められなければならないとする主張が、教科書検定訴訟判決においてどのように判断されたかを見ておくこととしたい。有り体にいえば、検定手続が法律で定められなければならないか否かは、本稿の主題に直接関わる問題だといえるからである。

(1) 家永教科書検定訴訟判決の先駆けをなした東京地方裁判所昭和四五年七月一七日判決（行裁例集二一巻七号別冊一頁。第二次訴訟第一審判決）は、原告の主張する教科書検定制度の憲法三一条違反、法治主義原則違反について、告知・聴聞等の手続が憲法三一条からというよりも法治主義（法律に基づく行政）原則から要請されるとしつつ、つぎのように説いた。

法治主義（法律に基づく行政）の原則においては、「およそ公権力の行使たる行政は、国会において制定された法律に基づいて行なわれなければならない、ことに国民の権利義務に関する重要な事項については法律においてこれを明確にすべきことは、憲法四一条、一三条の趣旨に照らしても当然のこと」というべきところ、現行の教科書検定制度は、「教科書検定の手続および検定基準についてはすべて文部省令たる教科用図書検定規則と文部省告示たる教科用図書検定基準に委ねている。すなわち、法律は教科書検定とは何か、いかなる基準、手続でなさるべきかなど国民の権利、自由にかかわる教育上の重要事項についてはなんら定めるところなく、これについては直接国会の議を経ない下位法たる省令または告示などでそれを充足しているにすぎない。」

原告は、このような「教科書検定制度は憲法上の法治主義（法律に基づく行政）の原則に違背すると主張するので、案ずるに、現行の教科書検定制度は、右に述べたように、教育に関する国民の権利、自由を国政上十分に

尊重するゆえんのものではなく、これにより教育の理念に沿った適正かつ公正な検定が行なわれない恐れなしとしないというべきであろうが、検定の権限、基準、手続などのうちの範囲で、どのように法律で定め、どの範囲を命令等の下位法に委ねるかは、結局は立法の裁量に属するべきであるから、現行の教科書検定制度が前記のごとくであるとしても、なおこのことをもって直ちに法治主義（法律に基づく行政）の原則に違背し、違憲であるとは断定できないといわざるを得ない。」

本判決によれば、教科書検定制度には、検定の権限、基準、手続など国民の権利・自由に関わる事項を法律によって定めず、省令、告示などで定めているという問題点が存在し、適正かつ公正な検定が行われないおそれがあるとしても、検定の権限、基準、手続などのうち、どれを、どのように法律で定め、どれを省令等に委ねるかは立法裁量に属するというべきであるから、これをもって直ちに法治主義原則違反、憲法違反とまではいえないとされる。

つぎに、東京地方裁判所昭和四九年七月一六日判決（判例時報七五一号四七頁。第一次訴訟第一審判決）は、教科書検定手続への憲法三一条の適用を否定しつつも、教科書検定が表現の自由に重大に関わることから、その権限行使は実体的にも手続的にも正当および公正でなければならぬというのが法治主義の要請と解されるが、「現行教科書検定制度は、その当事者に対する告知、聴聞など手続的保障の面で欠けるところはない」とする一方で、教科書検定の内容、基準、手続等に関する法律規定の欠如による法治主義違反の主張については、教科書検定の法的根拠とされる法令を列挙したあと、つぎのように述べる。

「ところで、法律による行政を標榜する法治主義といえども絶対的なものではなく、本来国民の権利や自由を保障するための近代的統治原理の一つであるから、国民の権利や自由を侵すおそれがなく、かつ、国民福祉行政上の合理的必要があるような場合には、一定限度でこれが緩和されることまで禁ずるほど固定的なものではないと解される。したがって、今日のごとく社会機構の変化に伴い急速に複雑、膨大化した行政組織のもとでは、行

政の合目的ないしは能率的運営の要請から一定の範囲で緩和されるものであり、その限度は一般的には法律に委任の明文がある場合のほか法律に相当の根拠規定を有する場合にかぎり認められるものと解すべきである。

果してそうであるならば、現行教科書検定制度においても、文部省設置法のような行政庁の組織に関する法律または『教科書の発行に関する臨時措置法』のようにたんに教科書の定義を明らかにしたものは別としても、学校教育法第二十一条第一項、第四〇条、第五一条および第七六条は、文部大臣に同法所定の教科書検定に関する実施権限を与えたものと解するのが相当であるから、前記のごとく、現行法上教科書検定とは何か、その基準、手続等について正面からこれを規定した明文の法律は存しなくても、少なくとも学校教育法の右諸規定が前示の意味における根拠規定たりうるといふべきである。」

本判決は、前記の東京地判昭和四五年七月一七日が立法裁量のもとで許容した省令等による検定の内容（権限）と基準、検定手続の定めを法治主義（法律による行政）原則の相対化、つまり「法律に委任の明文がある場合のほか法律に相当の根拠規定を有する場合」にも原則を緩和することにより、許容しようとしたものである。また、本件の控訴審判決である東京高等裁判所昭和六一年三月一九日判決（判例時報一一八一号一頁。第一次訴訟控訴審判決）は、法治主義原則の相対化に加えて、「わが国における検定制度自体の長年にわたる沿革、実績からして、教科書検定制度の目的、趣旨については、これを形式的に法律に規定することがなくても、執筆者、発行者を含む検定関係者はもとより国民にとっても自明なものとして理解が可能な事柄であったといふべきであるから、検定の内容、基準、手続等について明文の法律規定が存在しなくても、学校教育法の関係規定が根拠たりうると同時に、検定の各事項を法律で定めずに学校教育法八八条を根拠として省令以下の定めるところに委ねたとしても、憲法四一条、同七三条六号に違反するものでもない、と判断した。」

さらに、前出の最判平成五年三月一六日は、冒頭で見たように、学校教育法二二条一項は「検定の主体、効果を

規定したものととして、本件検定の根拠規定とみることができるとしながら、「本件検定の審査の内容及び基準並びに検定の手続は、文部省令、文部省告示である旧検定規則、旧検定基準に規定されている」として、以下のような理解を示した。

教科書は、小・中・高等学校等において「教科の主たる教材として、授業の用に供せられる児童又は生徒用図書」であり、「これらの学校における教育が正確かつ中立・公正でなければならず、心身の発達段階に応じて定められた当該学校の目的、教育の目標、教科の内容（具体的には、法律の委任を受けて定められた学習指導要領）等によって行われるべきことは、教育基本法、学校教育法の関係条文から明らかであり、これらによれば、教科書は、内容が正確かつ中立・公正であり、当該学校の目的、教育目標、教科内容に適合し、内容の程度が児童、生徒の心身の発達段階に応じたもので、児童、生徒の使用の便宜に適合するものでなければならぬことはおのずと明らかである。そして、右旧検定規則、旧検定基準は、前記のとおり、右の関係法律から明らかで教科書の要件を審査の内容及び基準として具体化したものにすぎない。そうだとすると、文部大臣が、学校教育法八八条の規定（「この法律に規定するもののほか、この法律施行のため必要な事項で、地方公共団体の機関が処理しなければならぬものについては政令で、その他のものについては監督庁が、これを定める」）に基づいて、右審査の内容及び基準並びに検定の施行細則である検定の手続を定めたことが、法律の委任を欠くとはいえない。」⁵）本判決によれば、内容的に正確かつ中立・公正であり、学校の目的、教育目標、教科内容に適合し、児童・生徒の心身の発達段階に応じたものであることなど教科書に必要な要件は、教育基本法や学校教育法の関係規定からおのずと明らかとなるところ、これを検定審査の内容及び基準ならびに検定手続として省令や告示で具体化したとしても、法律の委任を欠くとはいえない、というのである。

(2) 上述のように、教科書検定の審査の内容及び基準および検定手続が法律の明示の委任を欠いたまま省令・告示

等で定められているとの意味において、これを法治主義原則への違背だとする主張については、いずれの裁判例も排斥してきている。ただし、その際にも、①法治主義原則との緊張関係を指摘しつつも、結局立法裁量を援用して排斥した東京地判昭和四五年七月一七日、②法治主義の要請を相対化せしめて排斥しようとした同昭和四九年七月一六日、ならびに検定制度の沿革と実績をも引き合いに出した東京高判昭和六一年三月一九日、③検定審査の内容と基準、検定手続を定める省令・告示等は関係法律から自明なところを具体化したにすぎず、法律の委任があつたというべきであるから、法治主義原則とのいかなる緊張も生じないとした最判平成五年三月一六日の間には、無視できない差異も存在しているのである。

二 教科書検定制度の改定

教科書検定訴訟に関する裁判例においては、検定手続の憲法適合性も承認されることとなった。もつとも、下級審判決においては、検定手続の適正化の根拠を法治主義原則に求める見解が有力であつたが、前出の最判平成五年三月一六日は、同平成四年七月一日（民集四六卷五号四三七頁。成田新法事件上告審判決）を受けて、「行政処分については、憲法三一条による法定手続の保障が及ぶと解すべき場合があるにしても、それぞれの行政目的に応じて多種多様であるから、常に必ず行政処分の相手方に告知、弁解、防御の機会を与えるなど一定の手続を必要とするものではない」との立場から、検定手続の憲法適合性を導いた。ところがこのあと、教科書検定制度については、「一層の透明化」のための改定が施されることとなった。

ここでは、行政規制改革の一環として推進された教科書検定制度の改定を、とくに検定手続に焦点を合わせて見ていくこととしたい。

(1) 三次にわたる行政改革推進審議会後に発足した行政改革委員会は、「規制緩和の推進に関する意見(第二次)」(一九九六年二月二六日)⁷⁾のなかで、「教育」分野における四項目の一つである「教育内容の多様化」の一環として、教科書検定に対する国民の関心に応え、教科書への国民の信頼を高めるために、検定意見の公開、検定不合格理由の公開など検定の「透明化」の必要性を指摘することとなった。また、「最終意見」(一九九七年二月二二日)⁸⁾においても、検定意見の文書化、検定情報の公開などの「教科書検定の透明化」を強調したのであった。

そこで、これらの指摘を踏まえながら、教科用図書検定調査審議会は、「新しい教育課程の実施に対応した教科書の改善について(建議)」(一九九八年一月一三日)⁹⁾を取りまとめ、手続の簡素化の観点から誤記・誤植・脱字に関する審査の廃止、透明性の観点から検定意見の文書化など「検定手続等の改善」を提示することとなった。つづいて、「教科書制度の改善について」(二〇〇二年七月三十一日)¹⁰⁾において、手続の一層の簡素化・透明化を図るとともに、申請図書の完成度の一層の向上、静ひつな審査環境の確保等を図る観点から、改善のための具体的な措置を提言した。さらに、「教科書の改善について——教科書の質・量両面での充実と教科書検定手続きの透明化——(報告)」(二〇〇八年二月二五日)¹¹⁾では、改善の基本的な方向性として、①「教育基本法で示す目標等を踏まえた教科書改善」、②「知識・技能の習得、活用、探求に対応するための教科書の質・量両面での格段の充実」などならんで、⑥「教科書検定の信頼性を一層高めるための検定手続きの改善」を掲げ、この⑥の具体的な方策、すなわち「教科書検定手続き改善の具体的方策」のもと、透明性の一層の向上と静ひつな環境の確保のための各措置からなる教科書検定手続きの一層の向上のほか、専門的見地からのきめ細やかな審議の確保、文部科学大臣と審議会関係および審議会委員や教科書調査官の役割・選任の改善等が図られることとなった。

(2) 上記のような経緯をたどり、所要の改定がなされた結果、現行の教科書検定手続とその運用は大略以下のようになっている。

(i) 検定の申請　　具体の検定申請に先だつて、文部科学大臣（以下「大臣」という）は、教科用図書（以下「図書」という）の検定の基準である教科用図書検定基準（文科省告示。以下「検定基準」という）を定め、公示しておかなければならない（教科用図書検定規則三条。以下「規則」という）。同様に、検定の申請を行うことができる図書の種目、各年度において申請を行うことができる図書の種目と期間を官報で告示することになっている（規則四条二項）。

検定の申請は、図書の著作者または発行者が検定審査申請書に申請図書と検定審査料を添えて大臣に提出することによって行われる（規則四条一項、五条一項）。

(ii) 検定審議会の審査　　検定の申請がなされると、大臣は、教科用図書検定調査審議会（以下「検定審議会」という）に申請図書が教科書として適切かどうかを諮問するとともに、省内の教科書調査官による調査に付する。検定審議会においては、学習指導要領と検定基準に基づいて審査し、教科書として適切か否かを判定し、大臣に答申する。また、教科書調査官は、申請図書について必要な調査を行い、調査意見（検定意見の原案）を記載した資料等を検定審議会に提出する（規則一一条）。

(iii) 大臣の合否決定　　大臣は、検定審議会の答申に基づいて合否の決定を行い、その旨を申請者に通知する（規則七条本文）。このうち、不合格の決定を行うときは、不合格となるべき理由を申請者に対し事前に通知することとなる（規則八条一項）。そこで、この通知を受けた者は、通知のあつた日の翌日から起算して二〇日以内に反論書を提出することができ（同二項）、反論書が提出されたときは、大臣は、反論書を踏まえて合否の決定を行う（同四項）。一方、提出がないときは、不合格決定を行う（同三項。なお、三、四項による不合格決定の場合、不合格決定の理由の通知はなされない。同一項かつこ書）。

(iv) 検定意見の通知等　　合否の決定の場合と異なり、検定審議会において、合否の決定を留保したうえで必要な

修正を行ったのちに再度審査を行うことが適当である場合には、その旨の答申を受けた大臣は、可否の決定を留保して検定意見を申請者に通知し(規則七条ただし書)、申請者の希望に応じて口頭による補足説明を行う。検定意見の通知を受けた者は、通知のあった日の翌日から起算して二〇日以内に意見申立書を大臣に提出することができ(規則九条一項)、大臣は、申し立てられた意見を相当と認めるときは、検定意見を取り消すものとする(同二項)。

(v) 修正表の提出等 検定意見の通知を受けた者が、大臣の指示する期間内に、申請図書について検定意見に従って修正した内容を、修正表提出届により大臣に提出する(規則一〇条一項)と、再び検定審議会の審査に付され、可否に関する答申が行われることとなる。大臣は、修正が行われた申請図書について可否の決定を行い、これを申請者に通知する(同二項)。他方で、修正表提出届の提出がないときは、不合格決定がなされ、その旨が申請者に通知されることとなる(同三項)。

(vi) 不合格図書の再申請 申請図書または修正された申請図書について、不合格決定の通知を受けた者は、その図書に必要な修正を加えたうえ、所定の期間内に再申請することができる(規則一二条)。

三 教科書検定と行政手続法

上記一では、立法裁量の援用によるのか、法治主義原則の相対化(および検定制度の沿革と実績)を指摘してか、それとも法律の根拠(委任)を容認してかはともかく、教科書検定の審査の内容(権限)と基準、検定手続を法律の明文規定によらず省令・告示等で定めていることが、判例によっては是認されてきたことを見てきた。また、二においては、行政規制改革の一環として教科書検定制度の改定が行われ、なかでも検定手続の「透明化」のための改定の経緯とその帰結といえる現行の検定手続について、簡単に見てみた。

そこで三では、判例の見地からは疑義がないどころか、改定を通していつそう改善されたかに見える検定手続に関して、実際にそのようなことがいえるのか、行政手続法の視点のもとで考えてみることにしたい。その際、教科書検定が法的にはどのような性格の行為であるかを確認することからはじめたい。いうまでもなく、行政手続法は処分、行政指導、届出に関する手続と命令等を定める手続に關し共通事項を定める法律であるから、教科書検定がこれらの行為のいずれにも該当しないのであれば、憲法上の適正手続との関係はともかく、行政手続法との関係は論ずる意味がないからである。

(1) 教科書検定とは、法的にどのような行為として理解できるのであろうか。かつて試みられた整理¹²⁾によれば、教科書検定の法的性格に關しては、確認行為説、特別法律關係説、特許行為説、検閲概念再構成説および許可行為説の諸説があるとされていた。しかし今日、判例上で説かれる説は、許可行為説と特許行為説であり、学説にあっては行政指導説とも称すべき説も唱えられている。このうち、許可行為説を採用した裁判例として、前出の東京地判昭和四五年七月一七日と同昭和四九年七月一六日がある。

教科書検定の法的性質に關する学説は、確認行為説、特許行為説、許可行為説の三説に大別できるが、「特許行為説は検定権者がその固有の権利として教科書の出版・發行に關する絶対的権限を有し、これを検定申請者に対し分与するものであるように解されるので妥当ではなく、他方で、「教科書検定自体を確認行為とみるのは、検定当局が客観的な検定基準に照らして一義的にその適否を確認判断するにとどまりまつたく裁量の余地を残さないものなら格別、現行教科書検定基準たる前記絶対条件ならびに必要条件の各項目にみられるごとくそれ自体検定権者による教育専門的配慮による裁量権が予定されているものと解される(……)ことと矛盾する結果となるので、……確認行為説も妥当ではなく、結局、教科書検定は申請図書につき教科書としての發行・採択を許可する制度であると解する(……)のが相当である。」(東京地判昭和四九年七月一六日)

これに対して、特許行為説を採用するのは、東京高等裁判所昭和五〇年一月二〇日判決（行裁例集二六卷一二号一四四六頁。第二次訴訟控訴審判決）と前出の東京高判昭和六一年三月一九日である。

教科書は、「学校教育に用いられる特殊な図書であつて心身ともに未発達の子童ないし生徒が使用するもので、その使用が強制されていること、それゆえに児童、生徒の心身の発達段階に相応した理解能力に合わせて、教科の系統的、組織的な学習に適するように各教科課程の構成に応じた組織配列が求められるものであること」など、「一般の図書とは性質を異にするのであつて、国民が憲法上出版の自由を有することから直ちにその著作にかかるとして教科書として出版することを文部大臣に要求する権利までが与えられているというのではできないから、許可行為説には賛同できず、また、「行政機関が客観的基準に照らして一義的に判断し、裁量の余地がないという確認行為」と検定とは性質上相容れず、結局、「教科書検定は、文部大臣が新規に著作された図書又はすでに発行済みの特定の図書に対し、その著作者又は発行者の申請に基づき、小学校、中学校、高等学校及びこれに準ずる学校において、教科書として使用しうる法律上の資格を付与、設定するか否かを審査決定する行政処分であり、検定合格処分により、当該図書の著作者又は発行者に対し、右の法律上の資格が付与、設定されるものであつて、その法的性格は特許行為に属すると解するのを相当とすべきである。」（東京高判昭和六一年三月一九日）

一方、きわめて特色ある学説として、行政指導説を挙げることができる。例えば、兼子仁教授の説かれる「届出制的・指導助言的検定制」がこれであり、わが国の教育法制は、戦後の教育改革立法以来、教育内容行政として「指導助言権」、すなわち「法的拘束力を伴わないが、内容の教育専門的水準のゆえに教師等にたいしおのずから指導性を有するという形の文化的な実効性を予定されている、教育法独特な権限・作用」であることを予定しているとき、かかる立場からつぎのように述べられる。¹⁴⁾

教科書作成についても「原理的に国民の教育の自由が存するかぎり、『検定』による権力的規制は必要最小限度を越えてはなら」ず、「その場合に、教科書内容の当否を権力的に決定する検定制度（権力的検定制）は、……、国民の教科書作成の自由にとって本質的に問題をはらんでいる」。そこで、教科書検定についても、「原稿の事前届出と指導助言的調査のしくみが考えられる（届出制的・助言指導的検定制）。学校教育法所定の『検定』も、このような届出制的・指導助言的検定制としてのみ是認するのが、国民と教師の教育の自由や教育基本法一〇条の『教育の自主性』原理に叶う限定的条理解釈と言え」るのであり、「教科書内容の中立性その他の教育的当否をも論ずる指導助言的検定制は、……、あくまで教科書内容の権力的決定にいたらず採否を著作者にゆだねた指導助言制であるかぎり、国民の教育の自由を本質的には侵害しない『検定』制であると解する余地が有るのである」（指導助言的検定には不合格処分はありえない）。

以上のような諸説のうち、最後に挙げた行政指導説は、自ら説かれるように、国民と教師の教育の自由ならびに「教育の自主性」を最大限尊重しようとする見地から立論されたものであり、傾聴に値するすぐれた内容を有するものといえるが、学説や裁判例への浸透は十分であるとはいえない。これに対して、裁判例でも採用される許可行為説と特許行為説との対立の根底には、教科書検定と表現の自由、とりわけ検閲禁止（憲法二二条）との関係をどのように解するかという問題があった。しかしながら、その限りにおいては、教科書検定の法的性格から接近するのではなく、表現の自由の捉え方と検閲概念に手がかりを求める裁判例が顕著になってきている。

とはいえ、ここで重要なことは、許可と特許のいずれであるのか、あるいはいはずれとも異なる性格の行為であるかどうかを措けば、表現の自由および検閲概念からする裁判例においても教科書検定が（行政）処分であることまでは否定されていない¹⁶、ということである。

(2) 厳密な性格決定はともかく、教科書検定の（行政）処分性が承認されるなら、それは行政手続法にいう申請

に対する処分該当する。実際、そうであればこそ、検定の手続は限りなく行政手続法における申請に対する処分に関する手続に近似したものとなっている。あるいは、検定不合格決定に先だつ不合格理由の通知、この通知を受けた者による反論書の提出、可否の決定を留保しての検定意見の文書による通知、この通知を受けた者による意見申立書の提出など(二(2)参照)手続の水準という点でいえば、むしろ申請に対する処分に関する手続よりも権利保護に厚いものとなっている。それにもかかわらず、かかる検定手続については、行政手続法の視点からの根本的な疑念を払拭することができない。

前述のように、検定不合格決定は取消訴訟の対象となる処分該当し、行政手続法上の処分にも当たると考えられる。したがって、教科書検定が厳密にいかなる行為として理解されるべきであろうとも、検定の申請は行政手続法という申請、すなわち「法令に基づき、行政庁の許可、認可、免許その他の自己に対し何らかの利益を付与する処分(……)を求める行為であつて、当該行為に対して行政庁が諾否の応答をすべきこととされているもの」(行政手続法第二条三号)にはかならない。とすれば、これには当然に行政手続法第二章の適用があり得、第六章の適用も考えられる。とはいえ、行政手続法は一般法であり、それが規定する事項について「他の法律に特別の定めがある場合は、その定めるところによる」(同一条二項)ことになる。この点、法律の関係規定からおのずと明らかになるところを、審査の内容と基準ならびに検定手続として具体化するのであれば、法律の明示の委任がなくとも、省令等で定めることができる」と説いた前出の最判平成五年三月一六日の論理に従えば、どのようなのであるか。

一般法としての行政手続法に特別法が優先するという場合、当然のことながら、特別法は行政手続法と同位の法、すなわち「法律」(形式的法律)でなければならず、だからこそ行政手続法も「他の法律」と明記している。しかし、「法律」が手続についてなら明文をもって定めることがなく、また明示の委任規定を有することもないときに、政・省令等の段階ではじめて手続が定められるとしたら、この場合にも行政手続法の適用が除外され、手続を

定める政・省令等が優先的に適用されると考えるべきであろうか。

このような理解の不合理さは、行政手続法の適用除外の場合を考えるだけでも明らかになると思われる。例えば、行政手続法第二章の適用を除外するために、その旨の明文規定を「法律」に置かず、政・省令に置いた場合、これにより行政手続法第二章の適用が除外され、手続について定める政・省令が適用されることになるのだろうか。あるいは、そのように解するのが行政手続法の考え方に合致する解釈といえるであろうか。

行政手続法の施行前ならいざ知らず、それが施行されたのちにあっても前出の最判平成五年三月一六日の論理を維持することは、うえて述べたような意味において、少なくとも行政手続法およびその基本的な考え方とは合致しないといわざるを得ないのである。

むすびにかえて

行政手続法の意味における申請に対する処分であるにもかかわらず、同法第二章（および第六章）が適用されることなく、他方で、他の「法律」に特別の定めが置かれず、省令（教科書検定規則）でその手続が定められる教科書検定は、同法一条二項ないし同法の基本的な考え方からすれば、理解しがたいものであること、および、このような不合理を前出の最判平成五年三月一六日の論理でもって回避しようとすることは、もはや可能でないということを示し得たであろう。

反面、問題解決はさきわめて容易であるように思われる。すなわち、省令の定める検定の手続を「法律」化するだけで十分であるからである。あるいはそこまで至らなくとも、「法律」で行政手続法の適用除外を定めるか——この当否は問わない——、骨格部分を「法律」で定め残りを省令に委ねるか、のいずれかでも足りるであろうから

である。

しかしながら現状では、これらの解決法も、決して受け入れられることのないものにちがいない。なぜならば、検定審査の内容(権限)や基準をまったく定めないうままに、検定手続だけを「法律」で規定したり、検定申請に対する処分については行政手続法第二章(および第六章)の適用を除外する旨の定めだけを「法律」に設けるのは、いかにも奇怪な法律規定として日に映るであろうからである。

このように考えるなら、問題の根本原因は、検定に関する実体規定(審査の内容(権限)と基準)が「法律」で明示に定められていないことにあるといわなければならない。いいかえれば、教科書検定における法治主義原則の歪みが検定手続のうえにも暗い影を落としているのである。

脚注

- (1) 以上のような議論については、さしあたり、『教科書裁判』法律時報四・卷一〇号四五頁以下、同四二卷一一号二二頁以下、判例時報六〇四号六頁以下、判例時報七五二号二頁以下に収録された諸論文および芦部信喜編『教科書裁判と憲法学』(学陽書房、一九九〇年)に収められた諸論文を参照。
- (2) 参照、東京高判平成五年一〇月二〇日判例時報一四七三三頁(第三次家永教科書検定訴訟控訴審判決)、最判平成九年八月二九日民集五一巻七号二九二頁(同上告審判決)、横浜地判平成一〇年四月二二日判例時報一六四〇号三頁(高嶋教科書訴訟第一審判決)、東京高判平成一四年五月二九日判例時報一七九六号二八頁(同控訴審判決)、最判平成一七年一月二一日判例時報一九二二号七二頁(同上告審判決)。
- (3) この問題は、通常、教科書検定制度における法治主義(法律による行政)の問題として論じられるが、ケースによっては、行政処分の手続が適正であるというためには、当該手続の実体、手続を構成する規定が法律または法律の委任に基づく省令等で定められなければならないという、適正手続の前提問題として提起されることもある。参照、前注(2)の横浜地判平成一〇年四月二二日、東京高判平成一四年五月二九日における原告側主張。
- (4) 同様に、東京地方裁判所平成元年一〇月三日判決(判例時報臨時増刊平成二年二月一五号三頁。第三次訴訟第一審判決)も、法治主義原則の相対化を指摘するとともに、「我が国における教科書検定制度の長年にわたる沿革、実績」からする論拠

- づけを行っている。
- (5) ちなみに、本判決以降の前注(2)の東京高判平成五年一〇月二〇日と最判平成九年八月二九日は、いずれも本判決を簡潔に
なぞる内容のものとなっている。
- (6) 本文掲出の東京地判昭和四五年七月一七日と東京地判昭和四九年七月一六日ならびに東京高判昭和六一年三月一九日を参
照。
- (7) 行政改革委員会OB会監修「行政改革委員会 総理への全提言——規制緩和、情報公開、官民の役割分担の見直し——」
(行政管理研究センター、一九九八年)一八一頁以下。
- (8) 前注(7)四一七頁以下。
- (9) http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/rosho/roushin/981101.htm
- (10) http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/rosho/roushin/020801.htm
- (11) http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/rosho/roushin/1251854.htm
- (12) 有倉遼吉「教科書検定の法的性格」法律時報四一巻一〇号七〇頁以下。
- (13) 兼子仁「教育法(新版)」(有斐閣、一九七八年)三五五～三五六頁。
- (14) 前注(13)三九四～三九五頁。浪本勝年・大概健・永井憲一「教科書制度改革への提言」(あずみの書房、一九八九年)五六
頁以下(「検定制から『届出制』へ」)も基本的に同旨である。
- (15) 参照、前注(4)の東京地判平成元年一〇月三日、本文掲出の最判平成五年三月一六日、前注(2)の最判平成九年八月二九日、
横浜地判平成一〇年四月二二日、東京高判平成一四年五月二九日、最判平成一七年二月一日。
- (16) 例えば、検定不合格処分の取消しを求められた最高裁判所昭和五七年四月八日判決(民集三六卷四号五九四頁。第一次訴訟
上告審判決)は、検定(不合格処分)の処分性を前提としながら、狭義の訴えの利益の喪失から訴えを不適法としたのである。
- (17) 参考までに掲げると、学校教育法二三八条は、同条の委任する同法施行令二二条の二の定める処分、すなわち市町村教育委
員会が保護者に対して行う小・中学校と特別支援学校の入学期日の通知、就学予定者の就学すべき小・中学校と特別支援学校
の指定については、行政手続法第三章を適用しない旨を定めている。

〔付記〕

本稿は、もともと故・室井力先生の追悼論集を予定して執筆したものであるが、事情によりこの場を借りて発表し、改めて先生

のご霊前に捧げさせていただくこととした。

先生は、教科書検定問題にも多大の関心を寄せられ、本稿とほぼ同一のテーマの論文二編を遺されている（それらは、室井力『現代行政法の原理』（勁草書房、一九七三年）一二一頁以下、同『現代行政法の展開』（有斐閣、一九七八年）二八八頁以下に収められている）。いうまでもないが、本稿を作成するに当たり再三参照させていただいた。