

日本障害法学会編 障 害 法

第3号 (2019年11月)

特集1 教育権と障害法

障がいのある生徒たちの「教育を受ける権利」について（報告要旨）	内野 正幸	3
アメリカにおける障害のある子どもの教育—障害者教育法と無償かつ適切な公教育 (Free Appropriate Public Education)	織原 保尚	5
シンポジウム要録	長瀬 修	19

特集2 生存権と障害法

権利としての生存権再考		
—生存権 ver2=合理的配慮請求権を生存権に逆輸入する試み	棟居 快行	25
障害法（学）における生存権の意義と機能	新田 秀樹	31
コメント	良永 彌太郎	51
シンポジウム要録	竹下 義樹	57

判例研究① 佐賀安永訴訟

【判例報告】「安永健太さん死亡事件」を振り返る	星野 圭	61
【判例研究】佐賀安永訴訟	矢田 陽一	71

判例研究② JR 東海事件

【判例研究】JR 東海事件	小西 知世	87
---------------	-------	----

公募論文

旅行業における「同伴者の同行」という条件付与の不当性 — 障害者差別解消法の課題	西田玲子・星加良司・飯野由里子	97
--	-----------------	----

学会記事

特集 1
教育権と障害法

障がいのある生徒たちの「教育を受ける権利」について (報告要旨)

内野 正幸 (中央大学)

1. 障がい児・者とは

便宜上「がい」を平仮名にしたが、報告者は「害」の漢字表記を避けるかどうかにつき、とくに気にしているわけでない。なお、「障」という漢字も、さしさわりというマイナス・イメージをもっているであろう。

障害者(障害児)の定義は、障害者総合支援法4条や障害者雇用促進法2条1号などにあるが、ここでは、後者の抜粋を引用するにとどめよう。障害者雇用促進法2条1号は、「障害者」を「身体障害、知的障害、精神障害(発達障害を含む…)その他の心身の機能の障害(…)があるため、長期にわたり……者をいう」、と定義している。なお、障害者権利条約24条や学校教育法施行規則140条などについては、省略したい。

とりあえず念頭におくのは、字を書くのが困難な人や、車いすの人であり、さらには知的障害の人である。

2. 「能力に応じて、ひとしく」と“いっしょに”

話題になるのは、特別支援学級や特別支援学校に対する消極論ないし(部分的)廃止論である。関連して、最近、「交流及び共同学習」や通級指導が強調される傾向にある。

この場で言及すべきは、知的障害児が普通学校の普通学級で健常児といっしょに学校生活を営む、ということである。この場合、ときに担任補助の教師も必要になる。いずれにせよ、就学につき学習場所を選ぶ権利というものがどの程度まで認められるか、が問題になる。なお、職と生活につき選択する機会については障害者総合支援法1条の2がある。就学との関係で注目されているのは、就学のあり方に関する文科省文書(平24)であるが、そこでは、就学の在り方は本人・保護者の意見を最大限尊重しつつ最終的には市町村教育委員会が決定する、ということになっているようである。

3. 形式的平等（一律に扱う）と実質的平等（不利な人を有利に扱う）

具体的な話はわきにおいて、とりあえず一般論を述べておこう。原則論をいえば、憲法14条1項に反するのは、実質的平等ではなく形式的平等の要請（＝命令）をみたさなかった場合である（たとえば、学校などの場所ですべて段差なしで移動できるようにする、という実質的平等促進措置をとらなくても、違憲にはならない）。

ただ、どのような事柄についての形式的平等・実質的平等なのか、という点が問われる（たとえば学校の教室に入ることについてか、試験を受けることについてか）。

4. 大学などの卒業の認定、ある職業の資格の取得

詳論する余裕はないが、とくに大学などの卒業の認定やある職業の資格の取得については、憲法14条の平等の要請が特別に具体的な形で作用する、とみる余地が多かろう。

なお、関連拙稿としては、「差別・貧困と障害者の権利」後藤玲子編著『正義』（2016年、ミネルヴァ書房）がある。

アメリカにおける障害のある子どもの教育

—障害者教育法と無償かつ適切な公教育 (Free Appropriate Public Education)

織原保尚（別府大学）

はじめに

I 障害者教育法の概要

II 障害者教育法下で「無償かつ適切な公教育」について争われた事例について

おわりに・日本への示唆

はじめに

アメリカにおいて、障害のある子どもを対象とした教育について定めている法が、1975年障害者教育法¹である。成立当初は「Education for All Handicapped Children's Act(EAHCA)」という名称であったが、1990年に改称され、現在は「Individuals with Disabilities Education Act(IDEA)」という名称になっている²。この法は、障害のある子どもに対する、3歳から21歳までの時期における初等中等教育について定めた法であり、教育に関するサービス提供について充実した内容をもつことで知られている³。提供される教育については、「無償かつ適切な公教育(FAPE:Free Appropriate Public Education)」と説明されるが、その具体的な内容については長年議論が続いている部分であり、1982年に連邦最高裁が扱って以来、その文言の定義について連邦最高裁が直接判断した例が存在せず、下級審における判例もその扱いについて巡回区によって異なるものがあるといった状態であった。しかし、2017年にはその「無償かつ適切な公教育」の文言の定義について踏み込む連邦最高裁判決が35年ぶりに下され、注目を集めている。

本稿は、アメリカ障害者教育法に規定される、障害のある子どもに対して提供される「無償かつ適切な公教育」について、近年の判例、議論の動向をもとに論ずるものである。本稿では、まずI章において障害者教育法(IDEA)の規定を概観し、「無償かつ適切な公教育」についての法の文言を確認したのちに、II章で、アメリカの判例、議論の動向などを紹介する。その上で同様の問題について日本における現在の問題点について指摘することをもって論を結びたい。

I 障害者教育法の概要

1 障害者教育法の目的・定義

制定当時の障害者教育法の目的は、①障害のある子どもが、その特有のニーズを満たすために構想された特別な教育及び関連サービスを強調した無償で適切な公教育を受けることができるような状態にしておくことを保障すること、②障害のある子ども及びその親又は後見人の権利が守られることを保障すること、③州及び地方がすべての障害のある子どもの教育のために備える援助をすること、④障害のある子どもを教育する努力の効果を評価し保障すること、であるとされた⁴。

障害者教育法は、3歳から21歳までの、初等中等教育について定めた法である。現在、障害者の定義については、身体障害や知的障害、そして自閉症や学習障害なども含むものとされている⁵。また、障害者教育法は合衆国憲法1条8節に示される支出権限条項に基づくものとされている⁶。

障害者教育法によって、特に初等中等教育においては、充実したサービスが提供されていると評価されている。2017—2018年度現在公立学校に通う子どもの13パーセント、約670万人が特別教育の対象になっている。ちなみにそのうち学習障害が34パーセントである⁷。現在、障害者教育法に関連して使われる連邦予算は、年間110億ドル程度である。しかし、障害者教育に多額の費用がかかることに関しては批判もあり、2009年最高裁判決の反対意見の中で、公教育予算の20パーセントも占めることに批判がなされていたこともある⁸。

2 障害者教育法が求める教育

アメリカでは、教育一般が州の管轄であり、州の予算によってなされている⁹。障害者教育法は、州が行う障害者の教育に関して、そのための費用を連邦が州に対して援助するという法律である。ただし、この連邦による州に対する財政援助には条件があり、法の定める条件を州の教育の内容が満たしていなければ、援助を受けることはできないとされている¹⁰。州としては、連邦から受け取る予算は、教育のためには必須のものであるため、法の定める条件を守らなければならないことになる。

その条件としては、(1)IEP(個別教育プログラム)の作成、(2)最も制約の少ない環境での教育、(3)適正手続の保障、(4)無償かつ適切な公教育の提供、などが設けられている。

(1) IEP(個別教育プログラム)の作成

第1の条件は、IEP(個別教育プログラム: Individualized Education Program)と呼ばれる、その子ども一人一人のための個別の教育プログラムを作成することである¹¹。詳細な規定を親と教師などが共同して作ることが定められている¹²。IEPには、子どもの成績を踏まえた達成目標、教育サービスの内容や、評価の基準、日程などが含まれていなければならない。提案された教育が適切な公教育かどうかは、IEPの内容によって判断される。障害者教育法の下における訴訟では、このIEPの内容が適切であるかどうかをめぐる争われることになる¹³。

(2) 最も制約の少ない環境での教育 (LRE: Least Restrictive Environment)

第2の条件は、子どもにとって、最も制約の少ない環境で障害のある子どもの教育が行われねばならないということである¹⁴。すなわち普通学級で行われている教育に最も近い環境で、また、障害のない子どもと一緒に教育を受けられるような環境で、障害のある子どもの教育が行われるということである。しかし、この条件に対しては、障害者教育法初期の段階から、普通学級へ安易に統合することは、子どもの放置にもつながるという批判もあった¹⁵。どのような場合に普通学級に入学させるのか、また普通学級と分離された環境の教育を提供するのか、といった問題は、現在でも多くの裁判で争われており、また学説上においても多くの論争がある部分である¹⁶。

(3) 適正手続の保障

第3の条件は、不服申立に関連して適正手続が保障されていることである¹⁷。①子どもの教育を提供される場所を変更することに関しての、親や後見人への告知¹⁸、②「公正な適正手続による聴聞」の権利¹⁹、③学校におけるすべての関連記録を閲覧する権利、④独立の評価に対する権利²⁰、⑤最初の適正手続による聴聞が地方教育委員会によってなされ、それに不服があった場合に、州教育委員会に対して不服請求をする権利、そして、州教育委員会の判断に不服があった場合に、州や連邦裁判所に提訴をする権利²¹、などが保障される。

(4) 無償かつ適切な公教育 (FAPE: Free Appropriate Public Education) の提供

第4の条件は提供される教育は無償かつ適切なものでなくてはならないということである²²。後述する。

3 法改正

障害者教育法は制定以来何度か改正が行われ、なかでも1997年改正は大きなものであったとされる²³。これらの法改正の中で、法の目的についての文言の追加がなされている。「障害のある子どもが、その特有なニーズを満たし、更なる教育や、雇用、独立した生活に備えるために構想された特別な教育及び関連サービスを強調した無償かつ適切な公教育を受けることができるような状態にしておくことを保障すること(傍線・斜体などは筆者による)」とした。このうち、「雇用、独立した生活に備えるために」の部分が1997年改正で追加された。さらに2004年改正において「更なる教育」の文言が追加されている²⁴。

4 「無償かつ適切な公教育 (FAPE)」とは

先述のように、子どもに提供される教育は、無償かつ適切なものでなくてはならない。そして「無償かつ適切な公教育」という文言の定義として、

「無償かつ適切な公教育」とは、「特別な教育」および「関連サービス」であって、
(A) 公費により、公の監督・指導の下で、かつ無料で提供されてきており、
(B) 州の教育機関の基準に合致し、
(C) 関連の州における適切な就学前、初等または中等の学校教育を含み、かつ、
(D) 法に基づき要求される個別教育プログラムに従って提供されるものをいう。

無償かつ適切な公教育を構成する「関連サービス」については、以下のように定義がなされている²⁵。

「関連サービス」とは、輸送並びに障害のある子どもが特別な教育から利益を受けることを援助するために必要とされうる発達、矯正その他の面の支援サービス(言語病理学、聴覚サービス、通訳サービス、心理学サービス、物理療法、作業療法、治療的レクリエーションを含むレクリエーション、ソーシャルワークサービス、障害のある子どもがその個別教育プログラムにあるような無償かつ適切な公教育を受けられるようにするための学校看護師サービス、リハビリテーションカウンセリングを含むカウンセリングサービス、オリエンテーション、移動サービス、医療サービスを含む。ただし、医療サービスは診断及び評価のみを目的とするものでなければならない)をいい、子どもの障害の状態の早期発見・評価を含む。

一方で、「無償かつ適切な公教育」という文言は、解釈できる範囲が広いため、障害のある子どもがどのようなサービスを受けることができるのかを議論するに際し、常に議論の対象となってきた部分でもある。

II 障害者教育法下で「無償かつ適切な公教育」について争われた事例について

障害者教育法に定められる「無償かつ適切な公教育(FAPE)」の定義について、連邦最高裁が直接判断した例は少ない。聴覚障害のある子どもの教育について争われた1982年の判例と、自閉症のある子どもの教育について争われた2017年の判例が存在する。

1 Rowley判決 (1982)²⁶

聴覚障害があるが、平均以上の成績を修めていた当時小学2年生の子ども Amy Rowley は、それまでワイヤレス式補聴器の提供などのサービスの提供を受けていたが、その上でさらに、手話通訳者を公費で提供することを求めて争った。連邦最高裁は、手話通訳者提供がなくても「無償かつ適切な公教育」(以下FAPE)の条件に反しないとした。判決は、①州が、障害者教育法の要求する手続に従っていたかどうか、そして②そのような手続を経て作られた IEP が、障害のある子どもが教育的利益を得ることができるように、合理的に作成されているかどうか、の2点が判断の要素であるとされた。教育的利益を得ているかどうかの判断において、「基礎的な機会 (basic floor of opportunity)」を提供することが求められるとし、本件では、子どもが手話通訳者なしでも、進級をしていることなども判断の要素としている。そして、障害のある子どもが、ある程度の教育的利益(some educational benefit)を提供する教育に、アクセスできるようにすることが立法意図であることを強調した。

障害者教育法下における教育を受ける権利は、Rowley 判決以前には比較的広範に認められてきたが、本判決によって一定の枠がはめられることとなった。それゆえ本判決に対しては、判決が下された当時から批判も多く、保守的であるとか、障害者の教育に関してこれまでの進歩の速度を低下させたという評価がある²⁷。さらには本判決によって、合衆国最高裁は障害者教育法を無効にした、と厳しく評するものさえある²⁸。

この後現在に至るまで数多くの同種の訴訟が提起されているものの、障害者教育法における、提供すべき教育、FAPEの文言の定義そのものについて、連邦最高裁が判断した例は次に紹介する2017年 Andrew.F 判決まで現れなかったため、大きな影響を及ぼしていた²⁹。

一方で連邦最高裁は、直接FAPEの文言の定義について判断された例ではないが、呼吸器等に障害のある少年に対して、継続的な1対1の看護サービスを提供することを求めた事例³⁰において、議会の意図は、全ての資格ある子どもに対して

「公教育への扉を開けること」であり、また、「州に対しては、障害のある子どもを、障害のない子どもと可能な限り一緒に教育することが求められる」として、サービスの提供を認めている。その中では、教育を提供する際にかかる費用の問題は、判断する際の絶対的な理由としては用いないとの説明がなされている。

2 ENDREW F. 判決(2017) ³¹

(1) 事実と下級審判決

Andrew は、コロラド州にある小学校4年生で自閉症のある男の子であった。コロラド州は、IEDA による予算を連邦から受けていたため、彼には「無償かつ適切な公教育」(以下 FAPE) を含む IDEA によるサービスを受ける資格があった。彼の担任いわく、彼はユーモラスで、愛すべき気質を持っており、友人たちの関心を引くような子であった。一方で、問題行動もあり、Andrew は授業中大声を出したり、棚の上や他の子どもの上に登ったり、時には学校から逃げ出したりもした。彼は、ハエや、液体をこぼすことや公衆トイレのような、細やかな事を非常に苦手としていた。

両親は、毎年提案される IEP が同じような内容で、彼の進歩が、アカデミックな面でも機能的な面でも停滞していると感じていたが、学校側は5年生時の IEP としても、到達目標なども前年度と似たような、これまでと代わり映えのしない IEP を提案した。一方で、両親は彼に公立学校をやめさせて、自閉症のある子ども専門の私立の学校「Firefly Autism House」に入学させた。私立学校は彼の最も問題のある部分に働きかける「behavioral intervention plan」を作成し、彼のための戦略を立てた。数ヶ月のうちに彼の行動は改善し、これまで公立学校で達成することができなかったアカデミックな進歩を遂げた ³²。

彼が私立学校に入って2010年の11月に両親は学校区とミーティングをし、学校区は新しい IEP を提出したが、両親はそれをもはや現状に合わないとして断った。

両親はコロラド州教育省に対して、Andrew に対して私立学校に入学させるまで、時機にかなった形で FAPE を提供していなかったとして、私立学校の費用を提供するように不服を申し立てた。両親は、Andrew に対して「教育的利益が受けられるように、合理的にカリキュラムが作られた」IEP を提供されていなかったため、Andrew には FAPE を提供されていないと主張したが、行政法審判官(ALJ)はその主張を認めなかった。

両親は連邦地裁に提訴したが、連邦地裁はALJの判断に「due weight」を置きALJと同様の判決を下した³³。

第10巡回区控訴裁判所は、公立学校が提供するプログラムについて、Rowley判決に示される、障害のある子どもに対して教育やサービスが「ある程度の教育的利益 (some educational benefit)」を提供するためにカリキュラムが作られていなければならないという基準を適用した。控訴裁は「最低限の以上の教育的利益」があれば、IEPは適切であると解釈されてきたことを述べ、学校区によるIEPは彼に対して「ある程度の教育的利益を提供している」と結論付けた³⁴。

(2) 連邦最高裁判決

連邦最高裁判所は certiorari を認めた。Roberts 首席裁判官による8人全員一致の意見では、以下のように示された。

Rowley 判決は「(障害者教育)法の対象となるすべての子どもに対して提供される、教育的利益についての適切性を判断するようなテストを確立すること」はしていなかった³⁵。そして学校区は、Rowley 判決に基づき、「IEPは合理的にカリキュラムが作られている限りにおいて、特定のレベルの利益を約束する必要はない」と主張している。また、障害のある子どもに提供される「教育の水準について規定する実質的な基準」は、「法の文言にはまったく欠けている」というRowley判決の言葉を指摘している。学校区はまた、法が州に対し、「ある程度の教育的利益を与えるのに十分な」教育へのアクセスを提供することを要求するRowley判決の言葉を強調している。

しかし一方で、Rowley 判決と IDEA の文言は、一般的なアプローチを示している。すなわち、IDEA に基づく実質的な義務を満たすためには、子どもがその状況に照らして適切な進歩ができるようにするというものである³⁶。「合理的に作成される」という点については、立法府は、学校側の専門性を求めているが、親や、保護者からの情報も必要としている。裁判所が審査することは、IEP が合理的であるかどうかである。

IEP は、子どもが進歩することを目指さなければならない。IEP の本質的な機能は、アカデミックな進歩や機能的な進歩を求める計画を立てることである。これは IDEA の広範な目的を反映しており、IDEA は「アメリカの大部分の障害のある子どもは学校から完全に排除されているか、普通学級で黙って座っているだけだった」という「意欲的な (ambitious)」議会の認識に応じて制定された。立法府が意識していたアカデミックな面での停滞は、生徒の進歩に焦点をあてる実質的

な基準によって、解消される。

IEPが計画する進歩は子どもの状況に照らして適切でなければならない。それぞれの子どもに焦点を当てるのが、IDEAの核心である。その子どもの「ユニークなニーズ」に合うように「特別にデザインされた」教育が提供されなければならない。IEPは、子どもの現在の達成度、障害、成長の可能性を慎重に考慮した上で作成される。IDEAは「州に対しさまざまな障害のある子どもを教育することを求めており」また「ある障害のある子どもが得ることができる利益は、別の障害のある子どもが得ることができる利益とは劇的に異なる」。

Rowley判決は、多くの場合において、適切な進歩がどのようなものか、ということについての判断材料となる。障害のある子どもができるだけ普通学級で学ぶことなどをIDEAは求めている。Rowley判決のように完全に普通学級で学ぶ子どもの場合、IEPは「合格点を取り、進級することができるように合理的にカリキュラムが作られた」ものである必要がある³⁷。

IDEAはIEPを通じて、「無償かつ適切な公教育 (FAPE)」について、「特定の子ども」の特別なニーズに合わせて調整されるものであることを求めている。

学校区は、IEDAの規定が「IEPが扱わなければならない項目のチェックリスト」として手続要件のみを課しているとし、実体的な基準ではないことを主張する。しかし、手続には理由があり、FAPEの定義として、障害のある子どもの「特別なニーズを満たす」ことを意味することに焦点はあてられている。

Rowley判決は、普通学級のみに通っているのではなく、その学年の基準を達成できない子どもについては、具体的な指標となるものではない。Rowley判決のように進級が合理的な見通しとならない場合、彼のIEPは進級を目指すものである必要はない。しかし、進級していくことが、普通学級の多くの子どもにとって適切に挑戦的 (appropriately ambitious) なものであるように、彼の教育プログラムも、彼の状況に照らして適切に挑戦的でなければならない。目標は異なるかもしれないが、すべての子どもたちは挑戦的な目標(challenging objectives)を達成する機会をもつべきである。

もちろんこれは一般論であって、定義づけるものではないが、第10巡回区控訴裁判所が適用した「単に最低限以上のもの (merely more than de minimis)」の基準以上のものを求めていることは明らかである³⁸。IDEAは、子どもがその状況に照らして適切な進歩をすることができるように、合理的にカリキュラムが作られた教育プログラムを求めている。

Andrewの両親は、FAPEについて「障害のある子どもに対して、障害のない

子どもに与えられる機会と実質的に等しい、学業を達成し、自立を達成し、社会に貢献することができる機会提供することを目的とする教育」であると主張する。しかし、Rowley 判決以来、議会が（IDEA の数度の法改正にもかかわらず）FAPE の定義について実質的に変更していないことを考慮して、FAPE の規定については、裁判所は単純に解釈することはしない。我々は、「適切な」進歩について、どのような場合にどのようなものになるかということの詳細することはしない。IEP が適切かどうかは、それぞれの子どもの状況次第であるということが、法律の規定や基準の性質である。明確な基準は用いない。学校当局の専門性、判断を尊重する。裁判所は、子どもが適切に進歩をすることができるように、IEP が合理的に作成されたことについて、学校当局が説得力のある説明をすることを期待することになる。

以上から連邦最高裁は控訴裁判所判決を破棄し、差し戻した。

3 Andrew F. 判決の評価

判決が出された直後から、特に障害のある子どもの教育についての支援者などは、障害のある子どもの教育の基準を高めるものだとして、Rowley 判決以来 35 年ぶりに示されたこの判決について、非常に好意的に評価しており、何百万人もの子どもに影響があるだろうとの指摘がなされている³⁹。Andrew F. 判決では、Andrew の親側が主張していたような障害のない子と「実質的に等しい」教育内容といった基準は否定されているが、「進級していくことが、普通学級の多くの子どもにとって適切に挑戦的なものであるように、彼（Andrew）の教育プログラムも、彼の状況に照らして適切に挑戦的でなければならない」と示していることから、実質的には、Andrew F. 判決における親側の主張や、Rowley 判決における下級審や連邦最高裁の反対意見でも議論された、「障害のない子どもとの比較」に近い内容も含んでいるとの指摘もある⁴⁰。しかし、学校現場においては、Andrew F. 判決をあまり大きな変化としてとらえられておらず、判決後も多くの学校区において、判決以前のわずかな進歩以上のものであればよいとする基準を用いることを続けており、特別教育を受ける生徒を成長させる義務があるとは考えていないという指摘もある⁴¹。訴訟の場面においては、Andrew F. 判決が示されるまで各控訴裁判所間での FAPE の扱われ方が異なるものであったため、本判決によって一つの方向性が示されたとみることができ、実際下級審においても Andrew F. 判決を引用するものが出はじめているが、最高裁は判決の中で意図的にせよ FAPE について明確な一義的な基準を示さなかったこともあって、学校区の動向も含め

て今後どのようなになるかを見極めるためにはまだ時間が必要であろう⁴²。

また、判決の中で、IEPの作成の場面における親の役割の重要性が指摘されていることに注目がされており、Endrew F. 判決の結果として、いままであまり影響力があると親自身も感じられていなかった状況が、学区側の説明責任との関係も含めて、これから変化があるのではないかという指摘もある⁴³。

一方で、転校に際して訴訟に勝った場合でも、訴訟にかかる専門家報酬の負担は親の側になるという最高裁判決⁴⁴や、IEPについての裁判においては、立証責任は親の側になるとする最高裁判決⁴⁵などがこれまで出されている状況下で、Endrewの場合は自費で私立学校に通わせるなどの余裕があったりしたためにうまくいったのであって、このままでは、低所得者にとっては教育に対する格差が広がることになるのではないかと、この懸念も指摘されている⁴⁶。

おわりに・日本への示唆

日本においては2014年障害者権利条約の批准とともに、注目を集めている概念として「インクルーシブ」というものがある。障害者権利条約では、障害に対する「合理的配慮」を怠った場合は差別とされるという点が注目されるが⁴⁷、教育の場面においては、合理的配慮が求められる他、教育に関する権利として「機会の均等を基礎として実現するため、障害者を包容する (inclusive) あらゆる段階の教育制度及び生涯学習を確保する」としている⁴⁸。その上で、「障害者が、その人格、才能及び創造力並びに精神的及び身体的な能力をその可能な最大限度まで発達させること」⁴⁹などを教育制度、生涯学習の目的とし、それを実現するために「障害者が、他の者との平等を基礎として、自己の生活する地域社会において、障害者を包容し、質が高く、かつ、無償の初等教育を享受することができること及び中等教育を享受することができること」や、「その効果的な教育を容易にするために必要な支援を一般的な教育制度の下で受けること」、また「学問的及び社会的な発達を最大にする環境において、完全な包容という目標に合致する効果的で個別化された支援措置がとられること」などが確保されることとされている⁵⁰。そして、2013年には学校教育法施行令が改正され、障害のある子どもは原則特別支援学校や特別支援学級に入学するとされていたこれまでとは異なり、障害のある子どもも原則通常の小中学校に就学すること⁵¹とされるなど、法制度においては変化が起こっている。

しかし実態はどうなっているであろうか。2007年度と2017年度で比較した場合、2007年度の特別支援学校在籍者が小学部33,411人、中学部24,874人⁵²、

特別支援学級在籍者が小学校 78,856 人、中学校 34,521 人⁵³、2017 年度の特別支援学校在籍者が小学部 41,107 人、中学部 30,695 人、特別支援学級在籍者が小学校 167,269 人、中学校 68,218 人⁵⁴と、それぞれ大幅に在籍者が増えている。少子化が進む中、そして法令改正がなされる中、逆行するように特別支援学校・学級在籍者が増加している状況を表して、「より早期からの多様な分離が進む」という表現もなされている⁵⁵。アメリカの場合、Endrew の場合もそうだが、普通学級に在籍するのがあくまで原則であり、そこからより個別のプログラム、サービスを充実させるというプロセスになっている。日本のように、そもそも分離された状態であり、インクルーシブという前提がないという状況とは、議論がひとまわり違っている。この点は注意が必要であろう。

そして日本における特別支援教育関係予算であるが、2018 年度で約 1330 億円である⁵⁶。前述のようにアメリカでは年間約 110 億ドルであり、かなりの開きがあると言わざるを得ない。さらに子どもに障害がある場合、親の負担も大きいものとなる。現在の日本においては、金銭的な負担、様々なことで時間がとられるという負担は、どうしても大きくなるという現状がある。

日本では、憲法 26 条で「すべて国民は、法律の定めるところにより、その能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利を有する」と定められている。さらに同 2 項には「義務教育は、これを無償とする」ともある。障害のある子どもに対しても「能力に応じて等しい」教育が、「無償」で提供されているかどうか、問い直される必要があるだろう。

現在の北海道大学、当時札幌農学校の教頭であったクラーク博士は、学生たちに向かって「Boys be ambitious!」と言葉を残したと伝えられる。「少年よ大志を抱け」である。アメリカ障害者教育法の解釈として、連邦最高裁は障害のある子どもに「appropriately ambitious」な教育を提供することを求めた。現在、日本の障害のある少年・少女が大志を抱くことができるような教育、環境が、はたして提供されているだろうか。課せられている課題は大きい。

本論文は、科学研究費助成金（平成 30 年度～平成 32 年度基盤研究 (C)(一般)「アメリカ障害者教育法における発達障害のある子どもの教育を受ける権利について」(18K01271) に基づく研究成果の一部をなすものである。

¹ Pub. L. No.94-142, 20 U.S.C. §§1400-1482.

² See, Kathryn Dobel, *Representing Rachel*, 5 UC Davis J. Juv. L. & Pol'y 219(2001). 1990 年に制定さ

れた ADA の用語法と合致させるなどの改正がなされた。

³ 高等教育については拙稿「アメリカにおける発達障害と高等教育における配慮の合理性に関する法的基準」別府大学紀要 57 号 29 頁 (2016) 参照。

⁴ 20 U.S.C. §1401 (c)(EAHCA 1975). 条文の日本語訳は、土屋恵司「障害者教育法 (1, 2 完)」(立法紹介 / アメリカ) 外法 4 号, 5 号 (1984) 参照。なお、筆者により条文の表記の方法を適宜変更してある。

⁵ 20 U.S.C. §1401 (3)(A).

⁶ *Schaffer v. Weast*, 546 U. S. 49,51 (2005).

⁷ 連邦教育統計局のサイトより。

https://nces.ed.gov/programs/coe/indicator_cgg.asp(2019年8月31日閲覧)。

⁸ *Forest Grove School District v. T. A.* (2009)1557 U.S. 230, at 258.

⁹ *See, Note, Enforcing the Right to an “Appropriate” Education: The Education for All Handicapped Children Act of 1975*, 92 HARV. L. REV 1103, 1109(1979), e.g., *Epperson v. Arkansas*, 393 U.S. 97,104 (1968).

¹⁰ 20 U.S.C. §1412.

¹¹ 20 U.S.C. §1412(a)(4).

20 U.S.C. §1414 (d)(1)(A).

¹² 20 U.S.C. §1414 (d)(1)(B).

¹³ *See, Terry Jean Seligmann, A Diller, a Doller: Section 1983 Damage Claim in Special Education Lawsuit*,36 GA. L. REV. 465,526 (2002).

¹⁴ 20 U.S.C. §1412 (a)(5).

¹⁵ *See, Note, Supra note 9 at 1121.*

¹⁶ LRE の議論について、今川奈緒「インクルージョンと分離をめぐる一考察——障害者教育法における LRE (より制限のない環境) の原則について」大原社会問題研究所雑誌 640 号 18 頁 (2012)。

¹⁷ 20 U.S.C. §1412(a)(6)(A).

¹⁸ 20 U.S.C. §1415 (b)(3).

¹⁹ 20 U.S.C. §1415 (f)(1)(A).

²⁰ 20 U.S.C. §1415 (b)(1).

²¹ 20 U.S.C. §1415 (g)-(j).

²² 20 U.S.C. §1401(9).

²³ *See, Melisa C. George, A New IDEA: The Individuals with Disabilities Education Act after the 1997 Amendments*, 23 LAW & PSYCHOL. REV. 91,102(1999).

²⁴ 20 U.S.C. 1414(d)(1)(B).

²⁵ 20 U.S.C. §1401(26)(A).

²⁶ *Board of Education v. Rowley*, 458 U.S. 176 (1982). Rowley 判決に関して、拙稿「アメリカ障害者教育法における『無償かつ適切な公教育』に関する一考察—Board of Education v. Rowley 判決を手がかりに—」同志社法学 318 号 97 頁 (2007) 参照。

- ²⁷ See, Philip William Clements, *Education – Board of Education v. Rowley: The Supreme Court Takes a Conservative Approach to The Education of Handicapped Children*. 61 N.C.L. REV. 881 (1983), Laura Gangemi, *After Rowley: The Handicapped Child's Right to an Appropriate Education*, 38 U. MIAMI L. REV. 321, 356(1984), John E.B. Myers and William R. Jenson, *The Meaning of "Appropriate" Educational Programming Under the Education for All Handicapped Children Act*, 1984 S. ILL. U.L.J. 401,440(1984).
- ²⁸ See, Bonnie Poitras Tucker, *Board of Education of Hendrick Hudson Central School District v. Rowley :Utter Choas*, 12 J.L. & EDU. 235,241 (1983).
- ²⁹ Rowley 判決から Endrew.F 判決までの間の議論については拙稿「障害のある子どもの教育を受ける権利：アメリカ障害者教育法における「無償かつ適切な公教育」について現在の解釈に関する一考察」同志社アメリカ研究 47 号 51 頁 (2011) 参照。
- ³⁰ Cedar Rapids Community School District v. Garret F., 526 U.S. 66 (1999).
- ³¹ Endrew F. v. Douglas Cnty. Sch. Dist. RE-1, 137 S. Ct. 988 (2017). 日本語文献として今村奈緒「インクルージョンと適切な教育－児童・生徒の状況に応じた適切な教育の保障」障害法 2 号 33 頁 (2018) 参照。
- ³² 137 S.Ct.988, 996.
- ³³ No. 12-cv-2620-LTB, 2014 WL 4548439 (D. Colo. Sept. 15, 2014).
- ³⁴ 798 F.3d 1329 (10th Cir. 2015). この時期、FAPE の内容についての判断は、各控訴裁判所間で異なるものであった。第 10 巡回区控訴裁判所はサービス提供のレベルが低い内容でも問題ないとする傾向にあったといわれる。他には第 1、第 4、第 8、第 11 巡回控訴裁判所、およびコロンビア特別区控訴裁判所がこの傾向にあるといわれ、一方で、第 2、第 3、第 4、第 5、第 6、第 9 巡回区は、教育内容についてより高められた基準を採用していたとされる。より高められた基準を用いる控訴裁判所は少数派であったとされる。See, Holly T. Howel, *Endrew F. v. Douglas County School District: How Much Benefit Is Enough When Evaluating the Educational Needs of Disabled Students in Federally-Funded Public Schools?*, 40 AM. J. TRIAL ADVOC. 347 at 379,385(2016).
- ³⁵ 137 S.Ct.988, 997.
- ³⁶ Id. at 998.
- ³⁷ Id. at 999.
- ³⁸ Id. at 1000.
- ³⁹ See, Laura McKenna, *How a New Supreme Court Ruling Could Affect Special Education*, Atlantic(2017).
<https://www.theatlantic.com/education/archive/2017/03/how-a-new-supreme-court-ruling-could-affect-special-education/520662/>(2019 年 8 月 31 日閲覧)。
- ⁴⁰ See, Allison Zimmer, *Solving the IDEA Puzzle: Building a Better Special Education Development Process Through Endrew F.*, 93 N.Y.U.L. REV. 1015 at 1044-1045 (2018).
- ⁴¹ See, Alyssa Iuliano, *Endrew F. v. Douglas County School District: The Supreme Court's Elusive Attempt to Close the Gap Between Some Educational Benefit and Meaningful Educational Benefit*, 35

TOURO L. REV. 261 at 289(2019), 同様の指摘として、*See, Julie Waterstone, ENDREW F. AND FRY SYMPOSIUM: Andrew F.: Symbolism v. Reality*, 46 J.L. & EDUC. 527 at 528 (2017). これまで第10巡回区控訴裁判所が適用したような「単に最低限以上のもの」といった基準を否定した判決の結果、障害のある子どもの教育についての調停や、訴訟の数が増加するのではないかといった指摘もある。*See, Grant Simon, "Hardly Be Said to Offer An Education at All": Andrew and its Impact on Special Education Mediation*, 2018 J. DISP. RESOL. 133 at 143 (2018).

Endrew 判決以降の各巡回区ごとの FAPE に関する裁判の展開について分析したものとして、Terrye Conroy & Mitchell L. Yell, *Free Appropriate Public Education after Endrew F. v. Douglas County School District (2017)*, 35 TOURO L. REV. 101(2019), Maureen A. Macfarlane, *ENDREW F. AND FRY SYMPOSIUM: In Search of the Meaning of an "Appropriate Education": Ponderings on the Fry and Endrew decisions*, 46 J.L. & EDUC. 539 at 553 (2017).

⁴³ *See, Waterstone, supra* note 41 at 533. この論文の筆者は、Endrew 判決の予期せぬ結果として、むしろ親の立場がより弱くなることも懸念している。

⁴⁴ *Arlington Cent. Sch. Dist. Bd. of Educ. v. Murphy*, 548 U.S. 291(2006).

⁴⁵ *Schaffer v. Weast*, 546 U.S. 49 (2005).

⁴⁶ *See, Claire Raj and Emily Suski, ENDREW F. AND FRY SYMPOSIUM: Andrew F.'s Unintended Consequences*, 46 J.L. & EDUC. 499(2017).

⁴⁷ 障害者権利条約 2 条。

⁴⁸ 同 24 条 1 項。

⁴⁹ 同 24 条 1 項 (a)-(c)。

⁵⁰ 同 24 条 2 項 (a)-(e)。

⁵¹ 学校教育法施行令 5 条。

⁵² 文部科学省：特別支援教育資料（平成 19 年度）第 2 部 3 設置者別特別支援学校数、幼稚部・高等部設置学校数、学級数、幼児児童生徒数及び教員数－障害種別－
http://www.mext.go.jp/a_menu/shotou/tokubetu/material/020/011.htm(2019 年 8 月 31 日閲覧)。

⁵³ 文部科学省：特別支援教育資料（平成 19 年度）第 2 部 5 特別支援学級数及び特別支援学級在籍児童生徒数－障害種別、都道府県別－
http://www.mext.go.jp/a_menu/shotou/tokubetu/material/020/013.htm(2019 年 8 月 31 日閲覧)。

⁵⁴ 文部科学省：特別支援教育資料（平成 29 年度）第 2 部 データ編
http://www.mext.go.jp/component/a_menu/education/micro_detail/_icsFiles/afldfile/2018/06/27/1406445_002.pdf(2019 年 8 月 31 日閲覧)。

⁵⁵ 季刊福祉労働 150 号 (2016 年) 特集など。

⁵⁶ 文部科学省：特別支援教育資料（平成 29 年度）第 3 部その 2 資料編 5 平成 30 年度特別支援教育関係予算の概要 http://www.mext.go.jp/component/a_menu/education/micro_detail/_icsFiles/afldfile/2018/06/27/1406445_004.pdf(2019 年 8 月 31 日閲覧)。

シンポジウム要録

教育権と障害法 長瀬 修 (立命館大学)

1. 内野報告

「障がいのある生徒たちの『教育を受ける権利』と題する内野報告は、①「障がい児・者とは」でまず定義を取り上げ、関連して、「学習権」や「発達」、「発達障害」にも触れた。②「『能力に応じて、ひとしく』と“いっしょに”」では、就学につき選ぶ権利について述べた。質疑応答で関心を呼んだ③「形式的平等と実質的平等」について、憲法第14条1項「すべて国民は、法の下に平等であって、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的または社会的関係において、差別されない」に反するのは、実質的平等ではなく、形式的平等の要請を満たさなかった場合であるとした一方で、④「大学などの卒業の認定、ある職業の資格の取得」に関しては、実質的平等の要請は憲法に基づくとした。

2. 織原報告

「アメリカにおける障害のある子どもの教育—障害者教育法と無償かつ適切な公教育 (Free Appropriate Public Education) と題する織原報告は米国における障害児教育を以下の4つの柱で論じた。

- ①アメリカ障害者教育法 (Individuals with Disabilities Education Act) という法的枠組み
- ②アメリカ障害者教育法の概要 (同法の目的・定義、個別教育プログラムや、最も制約の少ない環境での教育をはじめとする同法が求める教育、1997年と2004年の改正)
- ③無償かつ適切な教育とは (公立学校に通う生徒のうち13パーセント、670万人『うち34パーセントは学習障害』ほどが特別教育の対象となっており、障害者教育法関連予算は110億ドル程度)
- ④障害者教育法下で「無償かつ適切な公教育」について争われた事例について
 - (1) Board of Education v. Rowleys, 458 U.S. 176(1982) では、補聴器を使用し、平均以上の成績を挙げている聴覚障害児への手話通訳の提供が争われた。最高裁は、手話通訳者の提供の欠如は「無償かつ適切な教育」に反しないとした。その理由は、州政府が障害者教育法が求める手続きに従っていて、その手続きに基づく個別教育プログラムが合理的に作成されていると最高裁が判断したためだった。手話通訳者なしで進級している点がこの判断の要素とされた。この判決によって、障害児の教育を受ける権利は制約されるようになった。
 - (2) Endrew F. v. Douglas County School District RE-1, 137 S. Ct. 988. 8 (2017) では、自閉症専門の私立学校に転校することで教育的効果を得た自閉症児について、公教育の下では「無償かつ適切な教育」が得られていなかった

たと親が州政府を訴えた事例であり、最高裁は、同児の教育は「適切に挑戦的」なものである必要があると述べて、親側が敗訴した控訴裁判決を破棄した。そのため、同判決は前述の Rowley 判決とは異なり、障害児の教育の水準を高めるものだと評価されている。

- ⑤日本への示唆として、分離された環境下の子どもの数の増大という課題、金銭面を含めた親の負担の大きさへの対応の必要性、「適切に挑戦的」な教育を障害児に提供する必要性それぞれの指摘があった。

3. 大谷コメント

特別支援と合理的配慮の混同によって、合理的配慮を要求することによって特別支援学級・学校に行かされてしまうという状況をもたらしているのは、2013年の学校教育法の改正施行令によって規定された、就学先決定の仕組みに関する「総合的判断」だと指摘した。そうした分離の強制に対抗する手段としては、障害者差別解消法を挙げ、合理的配慮を規定している同法の「不当な差別」、「正当な理由」のない差別かどうかの判断基準として、文部科学省による対応指針（文部科学省所管事業分野における障害を理由とする差別の解消の推進に関する対応指針）が「正当な理由に相当するか否かについて、個別の事案ごとに、障害者、関係事業者、第三者の権利利益の観点から、具体的場面や状況に応じて総合的・客観的に判断することが必要であること」として、第三者の権利利益を含めている点が問題だとした。そして、具体例な総合的判断による分離として、川崎市の小学校において医療的ケア（呼吸器の装着）が必要な子どもの就学先として特別支援学校が指定されたことに関する訴訟の事例が紹介され、総合的判断が教育委員会から示される時、子どものインクルーシブ教育に対する利益、権利が保障されたかどうかの問題になるとした。

4. 質疑応答

特別支援と合理的配慮の関係が問われ、共に普通学級と特別支援学級・学校両方で提供される必要があるという回答が織原報告者からあった。大谷コメンテーターは、教育現場において特別支援と合理的配慮の必要性は共に変わらないとし、障害者権利条約に基づいて、インクルージョンの環境において、特別支援と合理的配慮両方が提供されることが必要だとした。

合理的配慮と形式的平等・実質的平等の関係についての問いに対して、内野報告者は、合理的配慮は形式的平等であると回答した。なお、当日資料で関連資料としてあげられた、内野正幸(2016)「差別・貧困と障害者の権利」後藤玲子編著『正義』ミネルヴァ書房で、実質的平等推進策として、積極的格差是正措置（アフーマティブ・アクション）が記述されている。

特別支援学級の位置づけが中途半端になっているのではないかという質問について、大谷コメンテーターは、分離教育が固定化されている現状を打破するためには、2000年当時に構想された「支援教室」（普通学級に全員が籍を持ち、必要

に応じて学校内の支援教室に行く)構想の復活が必要だとした。

一緒に学習する権利の憲法的根拠に関する問いについて内野報告者は14条と26条を挙げ、関連して長崎訴訟に言及した。同訴訟の原告代理人を務めた大谷コメンテーターからは全国初めての分離別学反対の同訴訟の経緯の説明と、憲法上の規定としては13条が根拠だとしたほか、障害者権利条約第24条、特にその一般的意見第4号(インクルーシブ教育を受ける権利)がインクルーシブ教育を受ける権利を明確にしているとした。

障害児の通学保障に関する質問に対して、内野報告者は、これは教育を受ける権利の中身の問題であり、憲法上の要請であり、形式的平等に含まれるとした。

特別支援教室に関する再度の質問に対して、大谷コメンテーターは教員や裁判官のインクルーシブ教育に関する理解不足を指摘した他、差別に関する救済機関の必要性を述べた。織原報告者からは、自分の子どもを来年から特別支援学級に通わせる予定だという発言があった。

合理的配慮とは形式的平等の一部であり、その欠如は憲法14条1項違反ではないかという質問に対して、大谷コメンテーターは、女性差別撤廃条約、人種差別撤廃条約、障害者権利条約を比較して、合理的配慮の不提供が差別だと定義されたのが障害者権利条約の到達点であり、それを活かしたいとした。内野報告者は、受験の際の時間延長は、形式的平等では処理しにくくなるとして、形式的平等は必ずしも使いやすい概念ではないとした。織原報告者は、アメリカの例では合理的配慮は形式的平等の位置づけに近いとした。

最後に公教育、すなわち公共性を大切にするという観点からは分離教育はあり得ないし、インクルーシブ教育は健常児を含め、教育全体が向上するという感想がフロアから示された。

特集 2

生存権と障害法

権利としての生存権再考

－生存権 ver2 = 合理的配慮請求権を生存権に逆輸入する試み

棟居 快行（専修大学）

- I 客観的生活保護水準としての生存権（結果に重点を置く権利）
- II 各人の生活実績への参加の期待可能性としての生存権（過程に重点を置く権利）
- III 13条「個人の尊重」を「個人の尊厳」でなく「人間の尊厳」と見る試み
- IV 「過程に重点を置く権利」としての生存権は、合理的配慮請求権としての障害者差別禁止（の権利）と合一する
- V 生存権 ver2 = 「人間の尊厳」が各人各様の機会へのニーズの保障（「合理的配慮請求権」の一般化）を含むこと
- VI 「人間の尊厳」と「個人の尊厳」の逆説的な相違
- VII 「合理的配慮請求権」の一般的把握、すなわち障害者の合理的配慮請求権を一般的な合理的配慮請求権からの派生命題として捉える
- VIII まとめに代えて

I 客観的生活保護水準としての生存権（結果に重点を置く権利）

生存権の法的権利性という基本的な論点について、憲法上の生存権の権利性に熱心な憲法学としては従来、憲法 25 条 1 項の「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」を具体的権利として捉えることが可能かを論じてきた。

また、仮に当該権利自体は抽象的権利どまりであるとしても、抽象的権利を立法・行政レベルで具体化したところの立法裁量・行政裁量は、そのときどきに文字通り自由に定められる自由裁量などではなく、羈束裁量的な厳格な統制と捉えるべきである、といった観点から、議論がなされてきた。

しかし、生活保護法を含む国民への積極的権利救済の分野において、遺憾ながら右肩下がりの状況に陥った今日においては、生活保護基準も当然のようにマイナスに改定されることになる。その場合に、憲法 25 条の 1 項ないし 2 項につき「制度後退禁止原則」などを主張しても、本体の生存権の権利性の脆弱さのゆえに、おのずと限界がある。

そこで、生活保護の現実の理解および承認のために、学問も多くはより積極的に最低限度の生活保護の水準の客観的数字を目指すこととなる。もとより本稿も、こうした生活保護の水準としての生存権の憲法上の重要さに、基本的に惹かれるものである。生活保護法の客観的現実的レベルでの「右肩下がり」自体は、事実

としては否定のしようもない。そこで、そのような経済全体のマイナス方向に逆らって、生活保護水準をどうやって維持するか、学説の多くは精力をそそがざるを得なくなるわけである。

II 各人の生活実績への参加の期待可能性としての生存権（過程に重点を置く権利）

しかしながら他方で、本稿のいま一つの方向性として、いわば昨今の客観的な生活保護基準のマイナス方向はそれ自体が目的ではないと考える。各人各様に対して、いかに・どのような生活実績への参加が求められるべきかこそが、生活保護基準の有り様であるという発想の転換がまずあって、しかるのちにはじめて客観的にはマイナスもありうると見做すことにも、生存権ないし生活保護法の目線を置きたいのである。

もちろん生活保護のマイナス方向は、政治や行政にとっては日本の右肩下がりの失政を示し、それを叩く対象となるか、あるいはそれを誤魔化するために別の国民目線を跳ね上げようとするか、いずれにしても対象療法を生み出すものでしかない。そのままでは、生活保護の水準がヨリ悪化され、苦しむだけの貧困層が増えるばかりとなる。

しかし、理論的にはここでまず、憲法上の生存権の保障が、結果や万人向けの絶対的数字としての生活保護に（のみ）関心を示すのではなく、むしろ過程や各人向けの方法論としての生活保護に（も）関心を示すことが求められる。

結果的な数値療法に拘るかぎりでは、もう減額は収まりようがない。これに対して、各人各様の具体的なあるべき姿に発想を転換することで、結果価値のレベルにも十把一絡げの要請を回避することが可能となる。

結果的な数値療法の「ムダ」を防ぎ、各人各様に個別に必要な「数値」は何なのか。単なる生活保護の「数値」以外の、真に本人が望む期待可能性は何であるのか。このような一人一人の「生活保護」の必要性を詳細に割り出す（これは行政による国民各層の生存そのものの詳細な個別的分析を必要とする）ことによって、トータルの数値にとっては減額することさえも可能となるのである。

このように、生活保護の一律の結果ではなく、各人各様がなにを目指したいのかという過程に着目することが、憲法25条1項の生存権、すなわち「健康で文化的な最低限度の生活」に対する権利であると考えてみることにしよう。

III 13条「個人の尊重」を「個人の尊厳」でなく「人間の尊厳」と見る試み

以上と同じ事であるが、13条も25条と同様に、これまで特定の目線でのみ観

察されてきた。すなわち、同条の文言はあくまで「個人の尊重」と明言しているのであって、個人の尊厳そのものを明示はしていない。にもかかわらず、13条がらみの人権論は「個人の尊厳」と称され、しかもその際に13条の解釈は既存の「25条生存権」と結びつけられ、生活保護の結果価値の要請に直結するかのように位置づけられてきた。

その結果、すでに25条1項の生存権を個人の尊厳の生活バージョンとして位置づけることにより、生存権についてのこれまでの結果価値の権利性の理解が、そのまま個人の尊厳それ自体にも説明されることになってきた。

すなわち、生存権のみならず個人の尊厳までもが、生活価値をその過程でなく結果としてのみ把握してきた。そこで、一度は「個人の尊厳」による生存権ではなく、「人間の尊厳」という今一つの原点に戻ることが、新たな思考の可能性を許すことになるであろう。

繰り返せば、「個人の尊厳」という表現は、その言葉どおりの意味を素直に受け止めるとすれば、いかにも個人単位でその生活価値の「過程」を意識するかのようである。しかしながら、実際にはわが国の高度成長以降とくに、「個人」ごとの生活実現に向けた過程の保護としてではなく、単純に年齢や所得のみで規定された「国民」一般の数値目標が、「個人の尊厳」の生存権や生活保護のレベルでの理解とされてきたのである。

こうした事情に鑑みれば、個人の尊厳でなく、むしろ人間の尊厳の用語によってこそ、各人各様の過程をめぐる要請が求められるように思われるのである。

IV 「過程に重点を置く権利」としての生存権は、合理的配慮請求権としての障害者差別禁止（の権利）と合一する

以上の生存権についての「結果」よりも「過程」に着目する視点は、生存権としては目新しく奇妙にさえ映るであろう。しかしながら、生存権を具体的に肯定する方法として、現状のように生活水準の客観的な低さという結果のみを判断するのではなく、障害者差別禁止のようにその結果につながった過程にも着目するとすればどうかであろうか。

仮に生活保護を結果のみに着目する視点でなく、障害者差別禁止と同様に、結果に至った過程にも着目するものとすれば、生活保護と障害者差別禁止とは、別次元どころか大きく共通することとなる。すなわち、障害者差別禁止についての合理的配慮請求権を、一般的に生活困窮者についても（あるいはそもそも何人との関係においても）成立する権利として、すなわち各人各様の「自己実現権」として、演繹することが求められるのである。

V 生存権ver2＝「人間の尊厳」が各人各様の機会へのニーズの保障 （「合理的配慮請求権」の一般化）を含むこと

いま述べたように、「合理的配慮請求権」を「自己実現権」として捉える場合には、福祉受給権としての生存権ではなく、人間の尊厳を維持する社会的インフラ（法制度を含む）へのアクセス権として、生存権 ver2 を再定義することが可能になる。

ここで仮に生存権 ver1 と読んでおくところの生存権の通常理解であれば、生存権にとっては国民各自の個性は、ある意味でどうでもよい（患者の個性が医師にとって最終的には問題外となるように）。

すなわち、生存権が国民各自の「健康で文化的な最低限度の生活」の成否を論じる場合、「健康で文化的な最低限度」なるものは、国民各自が人格の独自性や、生活上の不便さに至った過去の経緯、家族との結びつきなどがどうであれ、現状の生活者・生存者としてのギリギリの基準を判定するものである。

これに対して、生存権 ver2 では、各人各様に「健康で文化的な最低限度の生活」があるとする。それは一律に金額で表せるものではなく、むしろ多様なベーシックなニーズに対応した多種多様な生活条件に対する給付請求権であり、金銭のみならず教育機会や労働機会、各種制度やサービスへの給付請求権ないしアクセス権を含む。

同じことを国の側から見立てるならば、各人各様の「健康で文化的な最低限度の生活」を確保すべく、国は個人が必要な社会的インフラにアクセスしうる状態を、立法を通じて実現する法的義務を負うことになる。

VI 「人間の尊厳」と「個人の尊厳」の逆説的な相違

個人の尊厳と生存権とを結びつけるこれまでの考え方（生存権 Ver1）は、個人の尊厳を「個人」と称しつつ、実際には定型的に生存が脅かされる客観的価値のことを「個人の尊厳（に対する侵害）」と論じてきていた。これは「個人」の思考自体を、人一般（もちろん日本国民であるが）の物理的生物的生き様で把握していたからである。

これに対して「個人の尊厳」と区別されるべき「人間の尊厳」こそが、逆説に他ならないが、まさに現実具体的な「個人」を指して「人間」と呼ぶのである。人間の尊厳こそは、あるべき人間の理想像を基準とするが、理想像は各人各様にさまざまであるから、それに向かう各人の努力が軽蔑されないこと、封印されないことが、すなわち人間の尊厳の保障である。

人間の尊厳は、よりよい個人へと各人が努力する「成長発達権」、さらには各人なりの可能な理想像であるよりよい個人になる「自己実現権」を保障することとなる。すなわち、各人はその理想像に近づく努力を生かす機会が社会的インフラの不足により損なわれている場合には、国家の不作为により「成長発達権」さらには「自己実現権」が制約されていると見做しうることになる。

Ⅶ 「合理的配慮請求権」の一般的把握、すなわち障害者の合理的配慮請求権を一般的な合理的配慮請求権からの派生命題として捉える

以上のように、生存権の保障それ自体を「人間の尊厳」の一環ととらえ、しかもその際の意味としては、個人個人の生き様の「過程」に対する権利の保障とすべきだと大胆に論じることとしよう。

その場合、生存権は障害者に対する差別禁止権と別論ではもとよりなく、そればかりか生存権が一般論、障害者差別禁止権がそこになんとか含まれようとする個別論という大小の関係でさえない。

むしろ、障害者の差別禁止権とは、人一般に対する各人各様の過程の権利（生存権はまさにこれだと解する）の保障一般を指して広く「人間の差別禁止権」がまず有り、その保障を特に障害者について述べることで「障害者の差別禁止権」と言うに過ぎない。障害者の権利が特殊なのではなく、人一般に対する「人間の尊厳」が障害者との関係でことさらに強調されるだけのことである。

個人が各人各様に不完全である（成りたい自分と現実の自分との間にギャップがあることを指す）ことから、各自の能力を自由に展開する機会の平等が各人に保障されるべきである。「合理的配慮請求権」は障害者に特有の現象などではなく、一般的に何人との関係においても、この機会の平等の実質的保障と理解しうる。

「成長発達権」や「自己実現権」の制約が、国家の不作为によって発生していると考えられる場合には、その原状回復として「合理的配慮請求権」が発生する。

Ⅷ まとめを代えて

本稿の大きさと独自の目線は、要するに以下のとおりである。人間一般が有するこの「合理的配慮請求権」の障害者への当てはめとして、障害者差別解消法の「合理的配慮請求権」も捉えることができるのではないか。障害者の権利は障害者にもみ特有の、一般的な生存権などとは無関係の異質な論法と思われてきた。

しかし、それは生存権＝生活保護受給権＝定型的物理的な結果価値の保障＝金銭給付請求権という、（おそらく高度成長期には当然視されてきた）定型的な「個

人の尊厳」ゆえの悪弊であった。

もちろん、金銭給付がうまく保護されれば、そこで見られる「個人の尊厳」というカネの心配は、ただちに「人間の尊厳」という人それぞれの生き様を実現しえたであろう。しかしながら、生存権を金銭給付としての生活保護受給権と同一視してきたからこそ、国の財政悪化を背景とする減額措置もまた、政治行政に対してか弱い福祉受給権の現代のマイナス方向として、違憲論がなかなか構成できないでいる。

「制度後退禁止原則」という立論によって、こうした減額措置に真っ向から抵抗することを筆者はかねて行ってきた。しかし、どうにもならず政治行政さらには判例レベル、そればかりか生存権の抽象的権利性という憲法論それ自体の消極性を直視する場合に、むしろこの生活保護受給権の一般的な弱さを転じて個人レベルでの過程論レベルの強さとして生存権を見做し得ないか。

そうすることで、従来特殊扱いされてきた障害者差別禁止に対する権利こそが、人間の尊厳として誰にとっても（いわゆる健常者にとっても）第一次的に肯定されることになる。結果価値としての金銭給付のみとして把握されてきた生活保護受給権（これまでの「生存権」）が主役であるべきではない。障害者差別禁止権の一般人への普遍化によって、生存権もまた再生しうるのであろう。

なお、こうした結果から過程への逆転の発想は、決して生存権を弱めるものではない。むしろ個人のさまざまな生き様を否定し、その代わりに生活の困窮という結果のみを国が金銭的に支えてきたこれまでの「生存権」こそが、個人らしい「人間の尊厳」を歪めてきたのである。

貧しくなる生存レベルの今日であるが、われわれは国の困窮さと国民に対する貧困扱いに、ただ苦しむばかりではない。むしろ、こうした減額化を逆手にとって、個人の生活実践の過程における各人各様の自由の拡大こそを、生存権の名の下に取得すべきであろう。

障害者差別禁止権という一見異質で小規模の事態や、人間の尊厳という大きな事態はいずれも、生存権のあるべき姿を両翼から連動する発想と思われる。本稿が、障害者法という設定と生活保護法や生存権という具体名とを連動させたのは、本来の姿へと生活保護法や生存権そのものを回復してゆくためのものであった。

こうした議論がただちに大方の理解を得ることは難しい。しかし、障害者法が特殊な一部の権利利益のみを対象とする各論などではない、ということだけは、伝わるものとする。

障害法（学）における生存権の意義と機能

新田 秀樹（中央大学）

- I はじめに
- II 障害法（学）における生存権の意義と課題
- III 障害法（学）における法的人間像が生存権（の理解）に及ぼす影響
- IV 障害法（学）における基本原理が生存権（の理解）に及ぼす影響
- V おわりに

I はじめに

本稿では、障害法乃至障害法学（以下「障害法（学）」と略することがある。）における生存権の意義と機能について若干の検討を行うこととしたい。具体的には、憲法学や社会保障法学といった従来の法学¹が検討対象として取り上げてきた憲法25条1項に規定する「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」²（いわゆる「生存権」）について、それが障害法においてどのような意義を持ち得るかを確認した上で、生存権を障害法学（主として河野正輝の見解を念頭に置く³。）の観点から見たときには、その主体や規範的効果（についての理解の仕方）がどのように変わり得るか、或いは、変えなければならないかについての検討を試みる⁴。

II 障害法（学）における生存権の意義と課題

河野によれば、障害法の法体系には少なくとも差別禁止法部門と総合的な地域生活支援法部門という2大部門⁵が含まれ、後者の対象には（これまでの）社会保障法の分野の法も含まれることから⁶、（第1項で生存権を規定する）憲法25条は、少なくとも、当該分野の法の制定根拠となり、また当該分野の法の規定及び処分が効力を有するか否かについての裁判規範になると考えられる。

また、2011年8月30日の障がい者制度改革推進会議総合福祉部会の提言（障害者総合福祉法の骨格に関する総合福祉部会の提言⁷、以下「骨格提言」という。）は、「障害者の権利に関する条約」（以下「権利条約」という。）19条(b)の「地域社会における生活及び地域社会への受入れを支援し、並びに地域社会からの孤立及び隔離を防止するために必要な在宅サービス、居住サービスその他の地域社会支援サービス（人的支援〔personal assistance〕を含む。）」⁸を請求する権利を「支

援請求権」と表現した上で、憲法25条の生存権は、地域間格差を是正するナショナルミニマムとしての支援請求権を保障するものであると、その意義を評価している。現在、憲法25条1項にいう「健康で文化的な最低限度の生活」の保障の内容には、金銭給付による所得保障だけでなく、医療・介護を始めとするサービス・現物の保障も含まれるとする考え方が次第に有力になりつつあるが⁹、骨格提言もそうした考え方を踏まえたものと言えよう。

憲法25条1項が、所得や富といった物質的な社会的基本財の(平等な)保障にとどまらず、各人の主体的な生き方(人生における目標追求)の可能性の幅(=自由)乃至それを可能とするために各人が選択することのできる様々な機能の組合せ(=潜在能力)の平等な保障¹⁰をその(究極の)目的としているのであるとすれば¹¹、「健康で文化的な最低限度の生活」の保障の内容にサービス・現物の保障も含まれるとの考え方に立って憲法25条1項を解釈することが妥当ではないかと考える。障害者の場合、所得や富といった基本財を平等に保障するだけでは、それを潜在能力に変換する場面で損失を生じることから、これを実質的に補完する医療・介護等のサービス保障がなされる必要が特に強い¹²ことに鑑みれば、障害法学としても憲法25条についてのこうした解釈をより説得的なものとするための論理の構築が求められよう¹³。

もっとも、憲法25条は、権利条約19条(自立した生活及び地域社会への包容)の国内的实施だけでなく、25条(健康)、26条(ハビリテーション及びリハビリテーション)、28条(相当な生活水準及び社会的な保障)等の国内的实施のために行われる立法の多くについての制定根拠となり、また、裁判規範となることに留意する必要はあろう。

また、憲法25条1項の生存権は、骨格提言もいうように、最低限度の生活というミニマムを保障するものであり¹⁴、しかも、裁判規範としての規範性の強さは、1項2項一体論¹⁵を採るにせよ、1項2項分離論¹⁶を採るにせよ、かなり弱いと解されてきたことにも留意する必要がある。

すなわち、25条(特に1項)の裁判規範性につき、学説は、これまで、大きくプログラム規定説¹⁷、抽象的権利説¹⁸、具体的権利説¹⁹の3説が唱えられ、さらに、近年は、例えば、「健康で文化的な最低限度の生活」を下回る特定の水準については金銭給付を裁判上求めることができるといったように²⁰、従来の具体的権利説より踏み込んでより積極的に解釈する具体的請求権説ともいべき説も提唱されているものの、判例(朝日訴訟最高裁判決(最大判昭42・5・24民集21巻5号1043頁)・堀木訴訟最高裁判決(最大判昭57・7・7民集36巻7号1235頁)等)

は何らかの裁判規範性を承認しつつも、極めて広範な行政裁量・立法裁量を認めている²¹ことから、これらの裁量を統制していく規範をどのように構築していくかが憲法学を始めとする各法学の課題となっている²²。

そうであるのならば、障害法固有の特徴や障害法学固有の論理が25条1項の裁判規範性その他の規範的効果に何らかの影響を及ぼし得るかどうかの考究も、今後の障害法学の課題の一つと考えられるので、以下の本稿ではその検討を可能な範囲で試みたい。

III 障害法（学）における法的人間像が生存権（の理解）に及ぼす影響

1 障害法（学）における法的人間像

権利条約は、障害者を治療や保護の「客体」としてではなく、人権の「主体」として捉える障害者観に立脚しており²³、これを踏まえ骨格提言も保護の客体から権利の主体への障害者観の転換を確認することを求めている。

こうしたことを念頭に、河野は、「障害法における法的人間像は、身体的、精神的、知的または感覚的な機能障害のある人であって、機能障害と社会的障壁との相互作用により、社会に完全かつ効果的に参加することを妨げられている人を含むものとして捉えられる（障害基2条1号、障害者権利条約1条参照）。ここには、保護の客体としての『要援護者』像や消費者保護の対象としての『福祉サービス利用者』像に代わって、機能障害と社会的障壁との相互作用により社会参加を妨げられており人権の完全かつ平等な保障を必要とする人間像への転換がある。」²⁴との整理を行っている。

2 「保護の客体」から「権利の主体」への転換と生存権

人権が人間である以上当然に享有できる普遍的な権利である²⁵以上、個々の人間（乃至国民）が「権利（人権）の主体」であることは「理論的には」当たり前のことである。しかし、歴史の現実を見れば、近代人権宣言は、身分制支配から解放された個人を主体とする「人一般の権利」の「生来性・不可譲性・不可侵性」を主張したにもかかわらず、実際には、「有産者（ブルジョアジー）・男性・白人」に固有の自由・権利を「人権」と称することで、「労働者（プロレタリアート）・女性・先住民族」を人権の主体から排除したと指摘されている²⁶。そして、障害者も、また後者のグループに長らく含まれてきた²⁷。

こうした現実を鑑み、また、特に社会保障法学においては「従来の議論は公的扶助（生活保護）を念頭においた生存権論として展開され、社会保障は国から国民に対する一方的（国民の側からみれば受動的）な給付関係として捉えられがち

であつて「社会保障関係における個人像は、主体的能動的な権利義務主体というよりも、『保護されるべき客体』としての性格を帯びていた」とされること²⁸からすれば、障害法学において、障害者が保護の客体ではなく権利の主体であることを確認・強調し続けることは（社会保障法の研究者を始めとする）人々の「もの見方」の意識的な矯正を促す上で有意義と考える。

その上で、障害者が生存権を始めとする諸権利の行使において権利の主体であることを実効的に担保する方策を考えていくことが重要であろう。その主要な柱の一つが、障害者が自身に関わる決定に参加・参画する権利の保障であり²⁹、具体的には、障害者自身が支援を受けつつ、自身に関わる決定（例えば介護サービス（費）の支給決定）において自らの権利を主張し決定に反映させる場なり手段なりを決定プロセスの中に制度的に組み込むことなどが考えられる。骨格提言が提示した障害者本人と市町村との協議調整を核としたサービス（費）支給決定の仕組みや、河野が提唱するパーソナルアシスタンスを含む自己管理型支援の体系の構築³⁰は、その一例と言えるのではないか。その意味で、障害者の生存権は、広い意味での社会参加の権利と同時並列的に保障され、作動させる必要性が相対的に高いことが、その特徴の一つと言えるかもしれない。

しかし、他方で、様々な支援を受けたとしても自身では権利の主張を殆ど或いは全くと言っていいほど行うことができない障害者がなお存在することも事実であろう。そうした主張されない乃至したくてもできない権利にどのように応答していくべきか。応答の根拠³¹、障害者の主張を把握した上で応答する手法、適切な応答内容を担保する方策など、いずれも難しい問題であり、また、必ずしも障害法学の範疇のみで解決できる問題とも思えないが、これらも障害法学が取り組まなければならない課題として指摘だけはしておきたい。

3 障害の多様性と生存権

河野は、前記1に掲げた障害法における法的人間像について、アマルティア・センの潜在能力アプローチによって解き明かされた「人間の多様性」（権利条約3条(d)も参照）を具有する人間像として捉えられる旨も述べている³²。

これは、従来「障害の多様性」と言われていたことにも関連すると思われるが、人は個人的・社会的特性が大きく異なっていることから、各人の自由乃至潜在能力を平等に保障するためには、所得や富といった物質的な社会的基本財の（形式的に平等な）保障にとどまらず、各人の特性に応じた多様かつ適切な保障（実質的平等の保障）が必要であるとの主張も含意することになる。そして、障害者は、権利条約3条(d)にあるとおり、そうした人間の多様性とその受容を改めて確認さ

せる代表的存在としても位置付けられることになる。

そのことと憲法 25 条 1 項の生存権との関係では、障害者に関しては、その者の生活が「健康で文化的な最低限度の生活」の水準を満たしているかの判断はより個別具体的に行われるべきであるとの要請を強めることになろう³³。さしあたりは、生活保護法 9 条の必要即応の原則を如何に活用するかということが問題になると思われる。また、憲法 25 条に関する裁量（の統制）に関しては、「制度による個々人の個別具体的な需要の充足については制度のあり方そのものとは別に評価しうるのであり、法令違憲のみならず適用違憲の判断を下す余地がないか司法は真剣に検討すべき」旨の指摘³⁴や「社会政策にかかる立法裁量に関しては、障害者のおかれた具体的状況により配慮した憲法判断が不可能であるとまではいえない」旨の見解³⁵が参考になるのではないか。

4 障害が社会的障壁を主因として生じることと生存権

障害の個人（医学）モデルから障害の社会モデルへの障害（者）観の転換は、生存権の理解の仕方にもどのような影響を及ぼすのであろうか。一般論としては、障害者の生活上の困難・不利益が社会的障壁を一つの、というより主たる原因として生じ、その社会的障壁に「事物、制度、慣行、観念その他一切のもの」が含まれる（障害基 2 条 2 号）ことからすれば、生存権を実現するための立法がその規整の対象として射程に入れる範囲が、障害者個人の医療や福祉や年金といった従来社会保障法が守備範囲としてきたものより広がるであろうということは、少なくとも言えそうである。その意味では、障害（者）観の転換は、法の制定根拠或いは新たな権利の導出の根拠としての生存権（憲法 25 条 1 項）の役割乃至射程に変化をもたらす可能性があるということと言えるのではないか。

しかし、具体的にどのような変化をもたらさうかについての解答を、筆者は現在のところ持ち合わせていない。これまでも、憲法 25 条 1 項は環境法³⁶や労働法³⁷の制定根拠の一つとなり、また、環境権や健康権といった新しい権利の根拠ともなってきたが³⁸、これに何を付け加えられるかについては、今後の課題としたい。

IV 障害法（学）における基本原理が生存権（の理解）に及ぼす影響

1 障害法（学）における基本原理

河野は、障害法の基本原理とは、障害に関して人権の自由権的側面と社会権的側面を分離せず、総合的に保障することであり、この点で伝統的に生存権を基本原理とすると考えられた社会法理論（伝統的な戦後労働法・社会保障法の理論）

とは異なる³⁹とした上で、このような基本原理から演繹される諸権利の骨格は、骨格提言における各権利規定においても、例えば、

- ①障害ゆえに命の危険にさらされない権利を有し、そのための支援を受ける権利が保障される、
- ②自らの意思に基づきどこで誰と住むかを定める権利、どのように暮らしていくかを定める権利、特定の様式での生活を強制されない権利を有し、そのための支援を受ける権利が保障される、

というように、概ね前段に自由権的側面を記述し、後段にそのための支援という社会権的側面を併記するというように定式化された旨を述べる⁴⁰。

また、河野は、別途、権利条約は、①自由権的側面(消極的義務)と社会権的側面(積極的義務)の不可分性、②社会権における漸進的達成義務(権利条約4条2項本文にいう「権利の完全な実現を漸進的に達成するため、措置をとる」旨の規定)と即時実施義務(権利条約4条2項ただし書にいう「この条約に定める義務であつて、国際法に従って直ちに適用されるもの」との規定)の二面性を確認しており、それらに基づけば、権利条約19条にいう「地域社会で自立して生活し、受け入れられる権利」の規範的性格は、単に漸進的達成義務に係る権利にとどまり、即時実施義務を伴わず、したがって自動執行性の無いものとは必ずしも言えない旨の指摘も行っている⁴¹。

国家に対する不作為請求権(国家にとっては消極的義務の賦課)である自由権と国家に対する作為請求権(国家にとっては積極的義務の賦課)である社会権の二分性に疑問を呈し、これを克服する理論的営みは主として国際人権法学において行われてきたわけであるが⁴²、それによれば、「人権の不可分性」という言葉には、大別して

- ①人権体系を大きく自由権と社会権に分けた場合に、両カテゴリーの諸権利は社会の中で相互依存的に相まって実現されていくものであり、両者は不可分のものとして尊重されなければならない、
 - ②1つの人権に対応する義務が消極的義務となるか積極的義務となるかはアプリアオリ(先験的)には決定できず、具体的状況によっていずれも生じうる、すなわち消極的義務と積極的義務とは不可分である、
- という2つの意味があるとされる⁴³。

河野のいう障害法の基本原理である「障害に関して人権の自由権的側面と社会権的側面を分離せず、総合的に保障すること」が、このような、①のいわば「複数の権利(自由権と社会権)の不可分性」と②のいわば「1つの人権における自由

権（不作為請求権）的効果と社会権（作為請求権）的効果の不可分性」という、2つの意味を前提としているとすると、そのような意味での基本原理が、これまでの生存権の規範的効果についての理解の仕方に影響を与えるのか否か、与えるとしてそれがどのようなものなのかということが問題となろう。

2 複数の権利（自由権と社会権）の不可分性と生存権

複数の権利（自由権と社会権）の不可分性の例としては、例えば、先に挙げた骨格提言における権利条約 19 条（自立した生活及び地域社会への包容）の国内の実施を意図した「自らの意思に基づきどこで誰と住むかを定める権利、どのように暮らしていくかを定める権利、特定の様式での生活を強制されない権利を有し、そのための支援を受ける権利が保障される」という提言を挙げることができる。

前段の「自らの意思に基づきどこで誰と住むかを定める権利」等の憲法上の根拠は通常自由権に区分される憲法 22 条（居住・移転の自由）であり、後段の「そのための支援を受ける権利」の憲法上の根拠は憲法 25 条（生存権）であることからすると、権利条約 19 条（及びその国内の実施のための立法）が実現を目指す「地域社会で自立して生活する権利」は、憲法上の権利としては居住・移転の自由（権）と生存権とを分離せず総合的に保障することではじめて可能となるものであり、その意味で、「地域社会で自立して生活する権利」は、河野の言うように「論理的に本来、自由権と社会権を不可分に内包する権利」⁴⁴ と言うこともできよう。

もともと、権利条約は、障害者のために何か新しい権利を創設するものではない⁴⁵ 以上、「地域社会で自立して生活する権利」が移転・居住の自由と生存権が完全に融合した新しい独自・固有の権利であるとまで言うことはできないであろう⁴⁶。少し大きな視点で見れば、障害者についても、各人の主体的な生き方（人生における目標追求）の可能性の幅を障害の無い者と平等に保障するという観点から、自由権であれ社会権であれ、その保障に資する権利を複合的に組み合わせ（あたかも両者が融合した新しい権利であるかのように）同時並行的に作動させていくための「新しい工夫」が求められているのであって、権利条約 19 条はその要請を象徴的に表した条文ということではないか。そうだとすると、そうした新しい工夫の仕組みを具体的にどのように構築していくかが障害法学の課題の一つとなろう。例えば、先に触れた河野が提唱するパーソナルアシスタンスを含む自己管理型支援の体系の構築⁴⁷ は、課題への回答の有力な方向性を示すものということができる。

こうした新しい工夫が、生存権のより効果的な活用策として高い実践的な意義を有することは疑いない。しかし、そのことが、生存権自体の規範的効果に何か

新しいものをもたらすかどうかについては、以下のような点に関しさらなる検討が必要であろう。

(1) 生存権の即時実施義務の強化の可能性

一つには、居住の自由を確保するために生存権に基づく福祉サービスその他支援（を可能にするための立法）は不可欠であるから当該支援は漸進的ではなく即時的に実施されなければならないと言い得るかどうかということがある。

社会権規約（経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約）2条1項は「この規約の各締約国は、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現を漸進的に達成するため、自国における利用可能な手段を最大限に用いることにより、個々に又は国際的な援助及び協力、特に、経済上及び技術上の援助及び協力を通じて、行動をとることを約束する。」と定め、権利条約4条2項は「各締約国は、経済的、社会的及び文化的権利に関しては、これらの権利の完全な実現を漸進的に達成するため、自国における利用可能な手段を最大限に用いることにより、また、必要な場合には国際協力の枠内で、措置をとることを約束する。ただし、この条約に定める義務であって、国際法に従って直ちに適用されるものに影響を及ぼすものではない。」と規定する。

これらの条約が「締約国は[中略]権利の完全な実現を漸進的に達成するため[中略]行動（或いは措置）をとる」との文言で示す漸進的達成義務は、国際人権法学においては「国家は、様々な積極的措置を継続的にかつ、権利の実効的实现に向けて漸次改善する方向で取り続けなければなら」ず、措置を全くとらないことはこうした条項に違反すると解されているとのことである⁴⁸。また、どの人権についても自由権（不作為請求権）的効果と社会権（作為請求権）的効果が認められるとすると、自由権（不作為請求権）的効果に対して国家が負う消極的義務の絶対性・一義性に比べれば、社会権（作為請求権）的効果に対して国家が負う積極的義務の具体的内容や時間的幅には相対性・漸進性があるとも解されている⁴⁹。一方で、権利条約4条2項ただし書にいう「国際法に従って直ちに適用される」「この条約に定める義務」が何を意味するかは解釈の余地があるものの、従来即時実施義務があるものとして挙げられてきたのは（生存権に対応した国の作為義務ではなく）差別の禁止であった⁵⁰。

そうであるとする、「地域社会で自立して生活する権利」が居住・移転の自由（権）と生存権とを分離せず同時並列的に作動させる権利であったとしても、福祉サービスその他の支援（及びそれを可能にするための立法）をする部分は生存権の社会権（作為請求権）的効果の作動による国家に対する積極的義務づけである

以上、（国家が支援のために必要な立法その他の措置を全くとらない場合等は別として⁵¹）自由権と社会権が同時並列的に作動すべきことのみを理由として当該義務が従来の漸進的達成義務から即時実施義務に切り替わったと説明することは難しいように思われる⁵²。

もちろん、国家による福祉サービスその他の支援の内容・水準が障害者が地域において健康で文化的な最低限度の生活をする上で必要なレベルを（大幅に）下回っている場合には、これを直ちに最低限度のレベルまで引き上げることに ついて国家に課せられる義務は絶対的・即時的義務に近づくと考えられるが⁵³、最低限度の生活レベルを下回っているかどうかの判断は、結局のところ、立法裁量・行政裁量における違憲性・違法性の問題として、個別の司法判断に委ねられることになる⁵⁴。

ただ、漸進的達成義務から即時実施義務への切り替えが難しいにしても、居住の自由を確保するために生存権に基づく福祉サービスその他支援は不可欠であることを理由として、国家に対して当該支援実施義務の達成をより早めることを何らかの意味で⁵⁵ 規範的により強く義務づけるような工夫ができないかどうかは検討する価値があるのではないか。そうした観点から、前述した「立法措置その他のすべての適当な方法により」、「自国における利用可能な手段を最大限に用いることにより」などといった文言を規定の実効性を強める方向で吟味し直すことも障害法学の課題の一つと言えるかもしれない。

(2) 生存権の違憲審査基準の厳格化の可能性

もう一つには、憲法 25 条について認められる広範な立法裁量・行政裁量が、自由権と社会権（生存権）の不可分性が認められる限りにおいて、自由権に係る裁量と同程度まで縮減する（すなわち、自由権に対する制約に適用される違憲審査基準と同程度に厳格な審査基準が適用される）と言い得るかどうかということがある。例えば、「社会権であっても、障害者が他の者（障害のない者）と平等に自由（権）を享有・行使する上で（いわば前提として）必要である場合は、当該社会権はその必要の範囲内で自由権と同様に保護されなければ（自由（権）の享有・行使という）目的が達成されなくなるので、当該社会権の制約に適用される違憲審査基準は自由権の制約に適用される違憲審査基準と同様の（厳格な）判断枠組みが用いられるべきである」といった主張⁵⁶ は成り立ち得るであろうか。

率直なところ、筆者は現段階で確定的な解答を持ち合わせていないが、そのような主張を成立させるためには、少なくとも、以下のような指摘に対して説得的な反論を展開する必要があると思われる。今後の課題としたい。

- ①自由権・社会権と呼称するか否かは別として、人権の作為請求権的側面は、財源や資源の制約を現実には受けざるを得ないという点で、人権の不作为請求権的側面とは、権利の内容や規範的效果に相違が生じ⁵⁷、したがって、その裁量統制の在り方にも差が生じ得る。
- ②社会権は自由（権）の享受・行使のための前提となっているとはいえ、前述のとおり、自由権と社会権（生存権）が完全に融合した新しい独自・固有の人権が創設されたわけではない以上、自由権と社会権（生存権）のそれぞれの内容や規範的效果が当然に変わるわけではない（乃至変わる理由が存在しない）。
- ③仮に自由権と社会権が融合した新しい独自・固有の人権が創設されたという説明をしたとしても、そのことは、当該人権の自由権（不作为請求権）的側面と社会権（作為請求権）的側面とに同じ違憲審査基準が適用される理由には、当然にはならない。両者の権利の性質・特徴に応じた違憲審査基準が適用されるべきとの説明も同様に成り立ち得る。
- ④「権利主体としての障害のある人の特殊性」が自由権と社会権の不可分性をより強く要請するとしても、それは障害のない者との質的相違（質的問題）ではなく程度の相違（量的問題）であって、そのことが、障害のある者となない者との権利の持つ規範的效果に直ちに（質的な）差異をもたらすことにはならない。

3 1つの人権における自由権（不作为請求権）的效果と社会権（作為請求権）的效果の不可分性と生存権

1つの人権における自由権（不作为請求権）的效果と社会権（作為請求権）的效果の不可分性という考え方が生存権の理解の仕方に及ぼす影響としては、例えば、生存権の自由権（不作为請求権）的效果の意味・機能に改めて光を当てるといったことが挙げられるのではないか。

国家は国民が健康で文化的な最低限度の生活を営むことを妨げてはならず、国家がそのような内容の立法又は処分を行えば、憲法25条1項に違反し無効であるとする生存権の自由権的效果⁵⁸は、憲法学や社会保障法学の多数説や判例の認めるところであるが⁵⁹、この自由権的效果に着目した裁量統制の手法として近年注目を浴びているのが制度後退禁止原則ではないかと考えるので、簡単に触れておきたい。

制度後退禁止原則の内容は論者により幅があるが、(筆者の理解するところでは)同原則は、いったん法律により内容形成が行われると、それが憲法25条と一体化

して憲法上の内容を確定すると解されるので、その後の法律改正による権利内容の縮減（後退）は、憲法上の権利の制限と構成することができることから、そのような縮減は憲法に反する措置として無効となるという考え方である⁶⁰。これは、（縮減しないという不作為を求めるという点では）生存権の自由権的効果の現れとも解し得る⁶¹。この制度後退禁止原則は、生活困窮者に対し法律によって通常の国民よりも高額の税を課すといった新たな措置を加重するケース⁶²と既存の社会保障給付水準の引下げや給付対象者の絞込みといった既存の措置を縮減するケース⁶³という二つの局面で問題となり得るが、周知のとおり、近年は生活保護制度における老齢加算や母子加算の廃止措置といった後者のケースを巡ってその適否が盛んに論じられるようになってきている⁶⁴。

これまでの社会保障法学においては、制度後退禁止原則は、主として制度後退が憲法 25 条 2 項違反になるか否かという観点から論じられ、基本的に同項違反にはならない、或いは、合理的な理由に基づいて既得権や期待権をできる限り尊重しつつ必要最小限度の縮減に止めるなどの一定の配慮をすれば同項違反の問題を生じないとする見解が近年は有力であるが⁶⁵、棟居快行は、制度後退禁止原則を 25 条 1 項の生存権保障の問題として捉え⁶⁶、立法・行政の現行の生活保護の基準は同項の「健康で文化的な最低限度の生活」の内容を現時点で特定するものであるので、基準を正当な理由なく切り下げる措置は生存権の侵害として違憲・違法となり得るから、基準改定による「切り下げ」の裁量は厳格な司法審査を受けて然るべきと主張する点に特徴がある⁶⁷。

この制度後退禁止原則に対しては、①「健康で文化的な最低限度の生活」を満たしているか否かの審査基準は制度の形成か後退かで変わるものではない⁶⁸、②生存権保障は既得権保障ではあり得ない⁶⁹、③生活保護は理論上はあくまでも非継続的な給付であるから、従来 of 制度の存続への信頼を被保護者に対し既得のものとして基礎づけることはない⁷⁰、といった批判はあるものの、障害者を始めとする人々の最低生活を保障するために生存権の自由権的効果を活用する理論的営為として、例えば、㊦障害者総合支援法に基づく介護サービス（費）等についても制度後退禁止原則を論ずることができるのか、また、④その場合前記③を始めとする生活保護制度を念頭になされてきた諸批判は同様に妥当するのかといったことを、障害法学として検討してみる余地はあるのではないか。

このうち、㊦については、既に述べたとおりサービス給付についても健康で文化的な最低限度の生活を保障する水準が観念できるとすると制度後退禁止原則を適用することは可能であろう。しかし、④に関しては、少なくとも現行の障害者

総合支援法の介護サービス（費）については、その支給決定が（決定の都度給付に係る権利義務関係を創設・消滅させる行政法学上の）形成的行為であるとする、生活保護と同様、従来からの制度（とそれに基づく給付）の存続への信頼乃至期待を受給者に対して既得のものとして基礎づけることはできないのではないかとと思われるが、（筆者の能力と紙幅の問題もあり）これらの点についての詳細な検討は後日を期することとしたい。

V おわりに

本稿では、障害法（学）における生存権の意義と機能のささやかな検討に取り組んでみたが、筆者の能力不足で、生存権に関し障害法の各法分野を横断的に見て網羅的な分析を行うことは殆どできず、幾つかの論点を（つまみ食いの）取り上げるに止まった。率直に言えば、障害法の基本原理とされる自由権（的効果）と社会権（的効果）の不可分性が生存権に与える影響を具体的に論ずるのは、筆者にとっては、譬えてみれば「丸い三角形」を実際に紙に描くことを求められるような困難を伴った。そのため、本稿で挙げた論点の多くが論点の存在の可能性の指摘に止まっているが、その検討・考察は今後の課題としたい。

最後に、憲法 25 条 1 項により保障される「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」（生存権）には、その前提乃至基盤として、生物として生存できることの保障といういわば物理的生存権ともいうべき権利も含まれていることに、改めて留意しておきたいと思う⁷¹。他者により恣意的にその生命を奪われない各人の固有の権利は、いわゆる生命権として、権利条約では 10 条（生命に対する権利）に規定され⁷²、憲法上は 13 条（生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利）により根拠づけられていて、理論的にはこの権利を保障するための作為又は不作為を（少なくとも）国家に対し求めることができるとしても、実際には、国際人権法上の生命権がどちらかと言えばその自由権的側面に重点が置かれ⁷³、また憲法 13 条の権利が一括されて幸福追求権として論じられることが多いことからすれば⁷⁴、障害故に不利な生活状況に陥る可能性が相対的に高い障害者について、基本的には社会権（作為請求権）として位置づけられる憲法 25 条に基づく物理的生存権がその効果を積極的に発揮できる独自の場面⁷⁵がないかどうかを改めて検討することも無駄ではないように思われる。これも障害法学の課題の一つといえるのではないか。

- ¹ 従来の法学として主として憲法学と社会保障法学を取り上げるのは、憲法 25 条の生存権についてこれまで研究の蓄積があるのは言うまでもなく憲法学、それに社会保障法学であるからであり、その両者を合わせて取り上げるのは、社会保障法学における憲法 25 条の理解が（その是非は別として）憲法学におけるそれを前提としたものが多く、両者を明確に区別することができないためである。
- ² 検討対象を日本国憲法に規定する生存権に限定するのは、長い歴史と様々な意味を持つ生存権全般についての検討を行う能力が筆者にないためと、議論の拡散を防ぐためである。
- ³ 河野正輝『『新たな社会法』としての障害法—その法的構造と障害者総合支援法の課題—』障害法 1 号（2017 年）を参照。河野の見解を念頭に置くのは、法（学）領域としての障害法（学）の独自性・固有性が未だ形成途上にある中で、河野の見解が現段階では「障害法とは何か」ということについての最も総括的な見解であろうと考えたからである。
- ⁴ なお、生存権の（理想的乃至哲学的）根拠が何かということも重要な論点ではあるが、本稿では、検討範囲を実定法である憲法規範以下のレベルに止め、生存権の根拠については「人間の尊厳乃至個人の尊重（憲法 13 条参照）」という以上には、基本的に立ち入らないこととしたい〔宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣、1971 年）78 頁、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第六版』（岩波書店、2015 年）82 頁等を参照）。その理由としては、①人間の尊厳のさらなる根拠を問うとなると議論が生存権のみならず人権全体の問題に拡大して本稿の射程を超えてしまうことと、②人間の尊厳のさらなる根拠を何に求めるかということについては、周知のとおり、「人間の（人格的）自律能力（自己決定能力）」に求める見解とそれに対する様々な批判の存在からも明らかなように〔例えば、尾形健『福祉国家と憲法構造』（有斐閣、2011 年）107-114 頁、棟居徳子「社会保障法における『人間像』と『人権観』—国際人権基準からの一考察』法学セミナー 748 号（2017 年）42-43 頁等を参照）、多くの考え方が存在するため、議論が一朝一夕には集約しない可能性が高いことが挙げられる〔なお、人間の尊厳に係る私見については、新田秀樹『社会保障改革の視座』（信山社、2000 年）24 頁以下を参照）。本稿では、アリストテレスの「おおよそのことがらを、おおよその出発点から論じて、同じくおおよその帰結に到達しうるならば、それをもって満足しなければならない」〔アリストテレス／高田三郎訳『ニコマコス倫理学（上）』（岩波文庫、1971 年）18 頁（1094b）〕との言に従い、また、世界人権宣言や国際人権規約の起草者達の「人権の合理的基礎づけの問題と、いかなる人権が保障されるかという実際的な問題を区別して考え、〔中略〕後者についての合意達成に集中」する〔小坂田裕子「国際人権法における人間の尊厳の位相—国際人権章典に焦点をあてて」法学セミナー 748 号（2017 年）48 頁〕という実践的な智慧に倣って、「すべての人は（人権の根拠としての）尊厳を持っており、その点で平等である」ということを、証明すべき定理としてではなく所与の公理として受け入れて、検討を進めることとしたい。
- ⁵ 実定法の分類区分か理念的な法モデルの分類区分かという違いはあるものの、差別禁止法部門が川島聡のいう障害法の差別禁止モデル〔川島聡「転換期の障害法」障害法 1 号（2017 年）78-82 頁〕に、総合的な地域生活支援法部門が障害法の社会福祉モデル〔同 82-86 頁〕に、それぞれ大まかに対応するものと思われる。川島によれば、社会福祉モデル（に属する障害法）

は差別が存在しない場合に障害者の不利を改善する機能を果たす点で、差別が存在する場合に障害者の不利を改善する機能を果たす差別禁止モデル（に属する障害法）とは異なる独自の意義・機能を持つとされる。

⁶ 河野・前掲注(3)17-18頁。

⁷ 厚生労働省 HP の該当部分 < <https://www.mhlw.go.jp/bunya/shougaihoken/sougoufukusi/dl/110905.pdf> > (2019年6月24日確認) を参照。

⁸ 権利条約の公定訳と一部異なるが、骨格提言の文言をそのまま引用した。

⁹ 菊池馨実『社会保障法〔第2版〕』（有斐閣、2018年）65-67頁、川島聡・菊池馨実「障害法の基本概念」菊池馨実他編著『障害法』（成文堂、2015年）25頁、菊池馨実「新しい生存権論」法学教室250号（2001年）67-68頁等。

¹⁰ 菊池・前掲注(9)「新しい生存権論」69頁を参照。また、「潜在能力」については、アマルティア・セン／大庭健＝川本隆史訳『合理的な愚か者 経済学＝倫理的探究』（勁草書房、1989年）251-256頁、アマルティア・セン／池本幸生他訳『不平等の再検討』（岩波書店、1999年）59-84頁等を参照。

¹¹ 尾形健は、憲法25条の生存権を「①国家が、個人の自律的・主体的生を尊重し、かつこれを支援するよう求める個人の利益を保障し、一方で、②その趣旨を具体化・充足すべく適正な国権発動を求め、あるいはその趣旨に反する違法な権限行使を排除することを求める権利」と捉える〔尾形・前掲注(4)147頁〕。

¹² 菊池馨実「社会保障の法理念」法学教室253号（2001年）90頁。

¹³ これに関しては、尾形健が、介護サービスの支給量が争われたいわゆる石田訴訟（大阪高判平23・12・14判例地方自治366号31頁）につき「本件は、直接には障害者自立支援法上の問題であるが、憲法25条が障害者への介護サービスをもカバーするものであるとすると、それを具体化する立法（障害者自立支援法）に依拠し、かつ、行政事件訴訟法上の義務付け訴訟というツールを用いることで、憲法25条の権利をより具体的に実現する途を開くもの、ということが出来る」〔尾形健「障害と憲法」菊池馨実他編著『障害法』（成文堂、2015年）86頁〕と述べていることが参考になるかもしれない。

¹⁴ 中川純は、「最低限度の生活」と障害者の主体的生活ニーズが満たされた生活が一致することがないとすれば、憲法25条は、主体的生活ニーズの完全な充足を国家が提供することを求めているわけではないことになる、と指摘する〔中川純「障害者の主体的生活ニーズと適正サービスの保障」日本社会保障法学会編『新・講座 社会保障法 第2巻 地域生活を支える社会福祉』（法律文化社、2012年）233頁〕。

¹⁵ 1項と2項を一体的に捉え、1項は生存権保障の目的乃至理念を、2項はその達成のための国の責務を定めたものと解する説〔野中俊彦他『憲法I（第5版）』（有斐閣、2012年）507頁（野中俊彦稿）、西村健一郎『社会保障法』（有斐閣、2003年）37頁等〕。

¹⁶ 1項と2項の裁判規範性の内容や強さについて、何らかの形で区別して差異を認める（基本的に1項の裁判規範性を2項よりも強く認める）説〔堀勝洋『社会保障法総論 第2版』（東京大学出版会、2004年）139-142頁、西村・前掲注(15)37-40頁〕。

¹⁷ 25条の規定は、国民に社会保障に関する具体的な請求権を与えたものではなく、国に（そ

の権利を完全に享受し、並びに地域社会に完全に包容され、及び参加することを容易にするための効果的かつ適当な措置をとる」と規定していることを改めて確認しておきたい。橋本宏子は、比較的早い時期に「福祉サービスの実現過程における手続過程の重視、そこへの市民参加が、『生存権』に内在する権利として要求されてくる」との指摘を行っている〔橋本宏子「福祉サービスにおける市民参加と『人権』保障—アメリカ経済機会法第二章“Community Action Program”を素材として—」石本忠義他編『佐藤進先生還暦記念 社会保障の変容と展望』（勁草書房、1985年）318頁〕。また、本稿とは全く文脈が異なるが、杉野昭博も『『生存権』は原理的には『参加権』よりもさらに基本的な権利であると考えられるが、社会参画こそが障害者の『生存権』の侵害を防ぐための前提条件となっている』旨を述べる〔杉野昭博「障害者福祉改革と権利保障」社会福祉学 39巻2号（1999年）9-10頁〕。

³⁰ 河野・前掲注(3)24-28頁、河野正輝「地域社会における生活の支援」日本社会保障法学会編『新・講座 社会保障法 第2巻 地域生活を支える社会福祉』（法律文化社、2012年）20-24頁。

³¹ 現実には権利を主張できない障害者が主張する（であろう）権利に応答しなければならない根拠については、本稿では前掲注(4)で述べたように、一義的には当該障害者の尊厳の（他者による）承認・尊重に求めることとしたい〔これに関し、遠藤美奈「憲法25条がおかれたことの意味—生存権に関する今日的考察—」季刊社会保障研究 41巻4号（2006年）341-342頁を参照〕。しかし、そのさらなる根拠については議論があろう。筆者としては、「ケアなしでは生きていけないが確かにそこにいる存在の脆さに応答することから導かれる文脈依存的倫理・価値」〔南野佳代「女性の人権」愛敬浩二編『講座 人権論の再定位 2 人権の主体』（法律文化社、2010年）129頁、土佐弘之「“主体の暴力”を超克するケアの倫理—脆い生への対応をめぐる—」思想 993号（2007年）73-77頁〕といったことなどが手掛かりになるのではないかと、現在のところは考えている。

³² 河野・前掲注(3)16頁及び29頁。

³³ もともと憲法25条に関しては、同条が目指す「[各人の] 自律的・主体的生のための生活保障のありようとは、人間存在の生の過程・側面における必要に応じて多様に検討すべき」であるとの指摘がなされていた〔尾形・前掲注(4)127頁〕。

³⁴ 遠藤・前掲注(22)18頁。葛西まゆこ『生存権の規範的意義』（成文堂、2011年）221-222頁、宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開 第2版』（日本評論社、2014年）174頁も参照。

³⁵ 尾形・前掲注(13)85頁。

³⁶ 例えば、環境基本法1条は「現在及び将来の国民の健康で文化的な生活の確保に寄与する」ことを目的に掲げる。

³⁷ 例えば、労働基準法は「労働者が人たるに値する生活を営むための必要を充たすべき」（同法1条1項）労働条件を定めている。

³⁸ 堀・前掲注(16)124頁、芦部・前掲注(4)271-273頁等。もっとも、最高裁判所は、環境権や健康権を正面から認めたことはないと言われる〔芦部・前掲注(4)121頁及び272頁〕。

³⁹ このことから、IIの冒頭で述べたとおり、障害法については憲法上の主要な制定根拠及び裁判規範が憲法25条の生存権のみに止まらないことが窺えよう。

⁴⁰ 河野・前掲注(3)16-17頁。もっとも、自由（権）を実現するために社会権が作動するという

表現をすると、社会権が自由（権）実現のための二次的・手段的権利であるという印象を与える恐れも感じないではないが、本稿ではその点には立ち入らない。

⁴¹ 河野・前掲注(30)17頁。

⁴² もっとも、自由権と社会権の区分が相対的であることや、社会権（生存権）にも自由権的效果が認められることは、憲法学や社会保障法学においても早くから指摘はされてきている〔佐藤功『憲法〈全訂新版〉』（学陽書房、1979年）90頁、中村睦男「生存権」中村睦男・永井憲一『現代憲法大系⑦ 生存権・教育権』（法律文化社、1989年）119-124頁、芦部・前掲注(4)85頁、野中他・前掲注(15)216-217頁（中村睦男稿）、堀・前掲注(16)137-139頁等〕。

⁴³ 申恵丰『国際人権法—国際基準のダイナミズムと国内法との協調—【第2版】』（信山社、2016年）175頁。川島聡「人権条約における国家の義務論—障害者の権利条約を手がかりに一」社会保障法25号（2010年）89-90頁及び93-94頁も同様の指摘をする。

⁴⁴ 河野・前掲注(30)10頁。

⁴⁵ 川島・東・前掲注(23)17頁。

⁴⁶ ただし、「自立生活」の意味が、単なる自助努力ではなく、障害者が自律（自己決定）に必要な支援を受けて地域社会で自由に生活することを意味する「新しい概念」であることは言うまでもない〔川島・東・前掲注(23)18頁、崔榮繁「自立生活」長瀬修他編著『増補改訂障害者の権利条約と日本—概要と展望』（生活書院、2012年）203-206頁及び211-215頁等を参照〕。

⁴⁷ 前掲注(30)を参照。

⁴⁸ 申・前掲注(43)168頁。

⁴⁹ 申・前掲注(43)168頁。

⁵⁰ 川島・前掲注(43)92頁。差別が存在しない場合に障害者の不利を改善する機能を果たす社会福祉モデル（に属する障害法）の領域において、この指摘が妥当する場面（即時実施義務である差別の禁止が作動する場面）として具体的にどのようなものがあり得るのかについては、今後の検討課題としたい。

⁵¹ 現在の日本では、殆どすべての生活困難に対して社会保障法が制定されているので、措置が全く取られていないというレベルでの国の義務違反が現実に問題になることは少ないと思われる。

⁵² 福祉国家的施策の現実の展開が、憲法構造を前提としつつ、その時々のための社会的需要や経済状況等の変転、司法的実践の蓄積等に応じて不断に形成・展開し、かつ漸進的に変容する過程である以上、生存権の内実も、これらの展開に応答しつつ、漸進的に実現される側面を有すること〔尾形・前掲注(4)147頁を参照〕は、事実として受け入れなければならないであろう。ただし、「権利として認知することの意味は、権利の実現に向けて制度的なあるいはその他の変化を強く促すことにある」〔秋元・前掲注(28)150頁〕とすると、たとえ社会権的権利であったとしても、「権利」として位置づけられることには一定の意義があることは認められなければならない。

⁵³ 国連の社会権規約委員会も、社会権規約に係る国家の義務に関し「最小限の核心的義務」を措定している〔芹田健太郎『国際人権法』（信山社、2018年）207頁〕。なお、川島は、積極

的義務が即時実施性を持ち得る旨を指摘するが〔川島・前掲注(43)89-90頁〕、本文で述べたとおり、公的扶助法その他の社会保障法が極めて不備であって生物としての物理的生存が脅かされるような場合はいざ知らず、現在の日本において、生存権の作為請求権の側面（国家の積極的義務）の即時的実施が求められる局面を直ちに思い浮かべることは難しい。そうした局面の探究も障害法学の課題かもしれない。

- ⁵⁴ これに関し、尾形健は、「生活保障にかかる必要・需要が存在することが明白であるにもかかわらず一切措置を講じない場合や、保障水準が極めて低度の場合など、およそ人が自律的・主体的生を営むことが著しく困難か又は不能とするような事態は、憲法上厳しい非難に値するのであって、裁判所は、それが立法又は行政活動のいずれであっても、こうした場合には毅然とした態度で審査に臨まなければならない。」と述べる〔尾形・前掲注(4)155頁〕。
- ⁵⁵ 例えば、裁判規範となる法的レベルでの義務付けは難しいまでも、立法策定指針乃至政策策定指針といった政治的責務のレベルでの義務付けの強化が考えられないかは、検討の余地があろう。この点に関しては、権利の「緩やかな制度化」の意義を論じる秋元・前掲注(28)150-159頁及び199-207頁も参照されたい。
- ⁵⁶ 2008年に提起された障害者自立支援法違憲訴訟において埼玉訴訟の弁護団が行った自由権と社会権の不可分性の主張も参照〔障害者自立支援法違憲訴訟弁護団編『障害者自立支援法違憲訴訟—立ち上がった当事者たち』(生活書院、2011年)226-227頁〕。
- ⁵⁷ 自由国家の思想を基礎とする国家に対する不作為請求権である自由権と、社会国家の思想を前提とする国家への作為請求権である社会権とは、その前提とする国家観及び法的性質を異にするという考え方〔芦部・前掲注(4)85頁〕は、日本の法学界全体としてはなお強固と思われる。
- ⁵⁸ 堀・前掲注(16)137頁。
- ⁵⁹ 前掲注(42)を参照。
- ⁶⁰ 加藤・前掲注(22)167頁、棟居快行「社会保障法学と憲法学—具体と抽象の間で—」社会保障法22号(2007年)151-160頁、棟居快行「生存権と『制度後退禁止原則』をめぐる」初宿正典他編『国民主権と法の支配 佐藤幸治先生古稀記念論文集〔下巻〕』(成文堂、2008年)372頁及び376-378頁、内野正幸『憲法解釈の論理と体系』(日本評論社、1991年)377頁等。
- ⁶¹ 加藤・前掲注(22)167頁を参照。もっとも、この点に関しては、「自由権的効果」というフレーズは論者により力点の置き方が異なるので、憲法25条よりの意識の場合には制度後退禁止原則の問題として論じ、憲法13条よりの意識の場合に限って自由権の問題として論ずべきとする意見〔葛西まゆこ「生存権と制度後退禁止原則—生存権の『自由権的効果』再考—」季刊企業と法創造7巻5号(2011年)26頁及び30頁〕もある。
- ⁶² 佐藤功『日本国憲法概説〈全訂新版〉』(学陽書房、1974年)220頁、中村・前掲注(42)「生存権」120-124頁、堀・前掲注(16)137-138頁。
- ⁶³ 堀・前掲注(16)146-147頁、菊池馨実『社会保障法制の将来構想』(有斐閣、2010年)85-101頁。
- ⁶⁴ 加藤・前掲注(22)165頁。
- ⁶⁵ 岩村正彦『社会保障法I』(弘文堂、2001年)36頁、西村・前掲注(15)40頁、堀・前掲注(16)147頁、菊池・前掲注(9)『社会保障法』65頁。

- ⁶⁶ 社会保障法学においては、制度後退禁止原則が25条1項違反の問題を生じるか否かということについては、現在のところ生活保護法56条（保護の正当な理由のない不利益変更の禁止）の適用の可否の問題として議論されている。積極に解する（適用すべし）ものとして菊池馨実「判評」判時2111号（2011年）148頁（判評629号2頁）以下、消極に解する（適用すべきでない）ものとして片桐由喜「判評」判時2163号（2012年）148頁（判評646号2頁）以下。
- ⁶⁷ 棟居・前掲注(60)「生存権と『制度後退禁止原則』をめぐって」372頁及び376-378頁等。
- ⁶⁸ 小山剛『「憲法上の権利」の作法 第3版』（尚学社、2016年）125-127頁、LS憲法研究会『プロセス演習憲法〔第4版〕』（信山社、2011年）383頁（小山剛稿）。
- ⁶⁹ 小山剛・駒村圭吾編『論点探究 憲法』（弘文堂、2005年）236頁（松本和彦稿）。
- ⁷⁰ 太田匡彦「生活保護基準改定（老齢加算の廃止）の裁量性と不利益変更の可否」ジュリスト1420号（2011年）54-55頁。
- ⁷¹ 葛西まゆこは「少なくとも『生存』は生存権によって確保されなければならないという共通理解は憲法学説においてある」とする〔葛西まゆこ「生存・『避難』・憲法」奥平康弘・樋口陽一編『危機の憲法学』（弘文堂、2013年）364頁〕。
- ⁷² 権利条約10条の成立経緯に関しては、長瀬修「生命」松井亮輔・川島聡編『概説 障害者権利条約』（法律文化社、2010年）78-88頁を参照。
- ⁷³ 国際人権法における生命権の理解の仕方について芹田・前掲注(53)247-257頁及び433-435頁等を参照。
- ⁷⁴ 憲法13条の幸福追求権についての教科書的な理解として芦部・前掲注(4)119-127頁、野中他・前掲注(15)269-278頁（野中稿）等を参照。もともと、近年は、生命権を独自の権利として捉える考え方も有力になっている〔辻村みよ子『憲法〔第6版〕』（日本評論社、2018年）140頁〕。例えば、山内敏弘は、憲法13条の「生命に対する権利」（生命権）を自由権や幸福追求権とは相対的に区別された人権として捉え、これを生命についての侵害排除権と保護請求権の二つに分けた上で、後者の中に最低限度の生存を国家に請求する権利（狭義の生存権）が含まれ、これが憲法25条が保障する生存権の中核部分を構成すると述べる〔山内敏弘『人権・主権・平和—生命権からの憲法的省察』（日本評論社、2003年）2-3頁、7-8頁及び79頁〕。
- ⁷⁵ 例えば、飢餓により生命の危機に瀕した生活困窮者に対し、生活保護法7条但し書による急迫保護を行うことは、生活保護法の規定を通じての物理的生存権の作動とも解せる。社会権規約11条2項が「飢餓から免れる基本的な権利」を規定していることも参照。なお、物理的生存権保障のための立法は即時的実施の要請が強いということは言えるであろう〔山内・前掲注(74)79-80頁も参照〕。

コメント

生存権と障害法 良永彌太郎（熊本県社会福祉協議会）

はじめに

まず、シンポジウム②で取り上げられた「生存権と障害法」というテーマのことです。現在、障害法という新しい法学領域が形成されつつありますが、このテーマは障害法という新しい領域において生存権はどのような意義をもつのか、障害法はこれまでの生存権論にどのような影響を及ぼすのかといった問題について、憲法学と社会保障法学の両面から検討を加える、というものだと思います。

私は憲法学者ではありませんので憲法学の先生の報告にコメントを加えるというのはおこがましいわけであり、また社会保障法学は私の専門領域であり、障害法にも関心をもっていますが、障害法と生存権の関連を自覚的に考察してきたわけではないのです。そもそも社会保障法と障害法の関係自体、いまだに突き詰めて考えたわけではなく、まして生存権と障害法の関係を社会保障法学の観点から考察することは、興味をそそる問題ではありますが、これがすこぶる難題であることが分かる程度なのです。ですから、今度の本学会でこのテーマについてコメントする資格はないのですが、コメントの依頼を受けてこれを気安く引き受けてしまったことを今更後悔しても始まらないのです。そういうことで、棟居会員と新田会員のご報告について、的外れになることを覚悟のうえで、あえてコメントする次第です。

I 棟居会員報告「権利としての生存権再考—生存権 ver2 =合理的配慮請求権を生存権に逆輸入する試み」について

I 報告レジュメに目を通したとき、この報告では一体何が論ぜられるのであるのか、というのが率直な感じでした。本日、報告を直接にお聞きして、少し解ったような気もしますが、やはり難解でした。この報告の内容は、極めて大胆な試論の提示であったと受け止めていますし、おそらく本邦初公開であったのではないかと推測しています。

この報告には、憲法 25 条を援用しての裁判における違憲審査において、広範な行政裁量論や立法裁量論で司法審査が極端に狭く限定されてしまい、裁判所（特に、最高裁）に憲法 25 条に関する違憲審査の役割・機能をほとんど期待できないという状況があり、またそのような閉塞的状況下では近年の制度後退禁止論という新たな審査基準論にも限界があるという認識があります。そこで本報告の特色・意義は、そのような状況であるからこそ、裁判規範としてはこれまでのいわば「弱い生存権論」から「強い生存権論」への転換を試みることで、つまり近年の動向である生存権の実現を裁判にはあまり期待しないで立法や行政との共同作業で行う

ということではなく、むしろ生存権が人権・権利の問題であるからにはやはり裁判の場面でこれを実現できなければならないという強い問題意識から発せられた点にあると思います。

2 そこで報告は、これまでの生存権論から一度離れて、生存権とはそもそも何であるかという根底的な問いに立ち返り、生存権の再定義（第2バージョン）を試みたものです。報告は、その問いの立ち返り基を国際人権法上の「人間の尊厳」の理念に求め、その理念から、報告者独自の新たな権利概念として、各人各様の諸個人がより良い個人になろうと努力する「成長発達権」とより良き個人になる「自己実現権」という新たな権利の演繹的な導出を試みています。

ここで重要なことは、報告者が生存権の再定義を行うに際して着目したのが、障害者の権利条約に規定され、またわが国の障害者制度改革で初めて制定法上の概念として現れた「合理的配慮」であったことです。報告者は、障害のある人々に固有の概念として現れた「合理的配慮」を、障害のある人々をも含みつつ、さらに何人にも保障されるべき「請求権」と構成しようとしており、「人間の尊厳」に由来する各人の「成長発達権」と「自己実現権」という二つの権利が、何人にも保障される「合理的配慮請求権」の内容とされ、憲法25条の生存権はこの「合理的配慮請求権」である、と再定義しているわけです。

報告では、これまでの生存権論が手垢のついた理論であるとの認識が率直に示されています。それはたんに違憲審査基準とその適用の狭隘さだけでなく、いわゆる福祉権が金銭給付の面に限定されがちで、そもそも「人間の尊厳」の理念から演繹される「成長発達権」と「自己実現権」からすれば人間的生存に必要な様々な社会的インフラの問題に目が届いていないとの鋭くかつ的確な指摘が行われています。

3 以上のように、この報告は、これまでの生存権論に大きな転換を促そうとする思い切った試論の提示でしたが、ここでは、いくつか、なお伺っておきたい点を掲げておきます。一つは、ここで提示された「合理的配慮請求権」は、すべての国民の国に対する請求権ということになりますが、その請求権は生存権の内容をなす「発達成長権」と「自己実現権」の保障を行うための社会的インフラが未整備状態である場合、これを違憲状態として是正措置を求める立法請求権であるのかどうか、もしそうだとすると、そのような請求権が果たして成立するのかどうかということです。また、障害者の権利条約での「合理的配慮」は「特定の場合に必要とされるもの」とされているので、その請求権は個別具体的なものであり、憲法と国際条約の関係も問題になりそうです。

二つは、障害者の権利条約における「合理的配慮 (reasonable accommodation)」には、「均衡を失した又は過度の負担を課さないもの (not imposing a disproportionate or undue burden)」との限度が規定されていますが(条約2条)、報告者の提唱する生存権としての国に対する合理的配慮請求権にも同様の限度が付されているのかどうかということです。このことにつき、新しい生存権としての合理的配慮請求権にも何らかの制約が伴うと思われそうですが、具体的な社会的イ

インフラの整備状況に関する「合理的配慮」の最終的な判断の場となる裁判では、やはり行政や立法の裁量を認めることになりはしないか、さらには、憲法 25 条に関するこれまでの違憲審査基準とその適用にどのような変化を求めるものであろうか、という点です。

三つ目です。新たに提唱された「合理的配慮請求権」が生存権の内容となるとされるので、そこでの権利主体は国民ということになります。ただ生存権の主体として具体的に現れるのは障害者を含む多様な社会的実在者（生活困窮者・困難者、傷病者、失業者、子ども、女性、単身家庭の親、高齢者など）ですから、各人ごとの「合理的配慮請求権」があることになると考えられます。そこでまず、障害者の権利条約で明文化されている障害者の諸権利と生存権としての「合理的配慮請求権」との関係はどうなるのか、という点。さらに、生存権としての「合理的配慮請求権」は国に対する権利ということになりますが、障害のある労働者の事業主（使用者）に対する権利は重要です。それは国に対する生存権（合理的配慮請求権）から導出できるのか。憲法 27 条の労働権との関連はどうであろうか。もっと一般化すれば、私人間における「合理的配慮請求権」は、新しい生存権論でどのように構成されるのであろうか。そこではやはり立法化が必要で、立法請求権なるものを認めることになるのか、または立法がない状態を違憲状態とすることになるのかどうか、といった点です。

四つ目は、障害者の権利条約は第 2 条で、「合理的配慮の否定 (denial of reasonable accommodation)」も「障害に基づく差別 (discrimination on the basis of disability)」に含まれると規定していることとの関係です。こように、条約では「合理的配慮の否定」は差別の一形態と規定されています。報告者は、こんなことは百も承知で、新たな生存権論としての「合理的配慮請求権」を提唱されているわけですが、生存権としてのこの新たな権利と平等権との関連も問題になると思います。障害の社会モデルから導かれた障害者に対する「合理的配慮」は、これまでの差別と平等の考え方の転換を求めている、と考えられるのですから。

II 新田会員報告「障害法（学）における生存権の意義と機能」について

I この報告は、タイトルのとおり、障害法（学）における生存権の意義と機能を、社会保障法学の見地から、考察したものです。なお、この報告において念頭におかれた障害法学とは、報告者が、「現段階では障害法学に関する最も総括的な見解であろう」と評価した、本学会誌「障害法」の創刊号（2017 年 11 月）に掲載された河野会員の「『新たな社会法』としての障害法」である、とされていることに留意しておく必要があります。

報告は、まず、憲法 25 条 1 項の生存権が社会保障法の面では所得保障だけでなくサービスや現物給付をも含むと解釈されているとし、障害法学においてもこうした生存権の解釈をより説得的なものにするための論理構築が求められていると述べ、その上で、障害法に固有の特徴や障害法学に固有の論理が、憲法 25 条 1 項の裁判規範性などに何らかの影響を及ぼしうるか、という検討課題を設定してい

ます。この課題への具体的なアクセスの第一は、障害法(学)における法的人間像が、「保護の客体」から「権利の主体」へと転換されるとき、それは生存権にどのような影響を及ぼすかという問題として、その第二は、障害法(学)の基本原則とされる自由権と社会権の一体不可分性における社会権(生存権)についての改めての考察であり、次の二点が検討されます。それはまず、自由権と一体化した社会権に自由権と同様の即時効を認めることができるかという点、次に、自由権と社会権の一体化というとき、それは生存権(憲法25条1項)に関するこれまでの違憲審査基準やその適用にどのような影響を及ぼすか、という点です。これらのはいずれも障害法(学)における生存権の意義と機能というテーマで避けることができない的確な課題設定だと言えます。以下、これらの点についての報告について、コメントを行うことにします。

2 第一に、障害法における人間像の転換が及ぼす生存権への影響についてです。報告では、障害者が権利主体となることによって、その権利の実効性担保の見地から、障害者が自身に関わる決定に参加する権利の保障が導かれ、そのうえで、障害者の生存権を広い意味での社会参加の権利と同時並列的に保障されるもの、とされています。このように、障害者の決定参加権や広い意味での社会参加権は生存権と同時並列的に保障されるべきものとされているので、障害者の社会参加権は生存権の内容とならず、社会参加権と生存権は機能的相互連携の関係にあるということのようです。そうだとすれば、ここでの広い意味での社会参加権の憲法上の根拠は生存権(憲法25条1項)ではなく、13条や14条との関連においてなお課題として残されている、ということになりそうです。

第二に、障害法の基本原則とされる自由権と社会権との一体不可分性が生存権に及ぼす影響が検討されました。この点につき、まず、自由権と一体化した社会権(生存権)に自由権と同様の即時効を認めることができるかどうか、逆に言えば国の即時実施義務の可能性が検討されています。その検討を行うに当たっては、障害者の権利条約の国内法実施を目指したいいわゆる「骨格提言」で示された自由権と社会権の一体不可分性とその総合的保障、とりわけ条約19条が規定する自由権(自らの意思で、どこで誰と住むかを定める権利など)と社会権(そのための支援を受ける権利)を手掛かりに、そこにおける社会権(支援を受ける権利)に自由権と同様の即時効の可能性の有無が国際人権条約や国際人権法学を援用しつつ考察されました。この課題について報告での結論は、自由権と社会権の一体不可分性があるといっても、そこにおける社会権が国の積極的な作為(立法措置など)を要するものである以上、これに漸進的達成義務から即時実施義務への切り替えることは困難、ということでした。私には、報告の筋道は説得的で結論は妥当であると考えられましたが、一方では、自由権と一体化した社会権につき、「即時効」はなくとも「漸進性」には緩急があり得るので、この点に変化を認める余地があるかどうか、これはなお考えるべき点だと思われます。

次に、自由権と社会権の一体不可分性とその総合的保障における社会権は、自由権侵害に対するのと同程度の厳格な違憲審査基準とその適用が可能か、より一

一般的に言えば、障害法（学）により憲法 25 条 1 項の裁判規範性がより厳格なものになるのかどうか、という問題です。この点について報告者は確定的な結論は留保して、自由権侵害に対するのと同程度の厳格な審査基準が成り立つとするならば、その場合にクリアすべき論点が 4 つに整理・提示されました。その各論点は、本号掲載の新田会員論文で示されているでしょうが、これをクリアするのはなかなか難問であるようです。しかしながら、社会権の即時効の問題と同様に、社会権が自由権と一体化した場合の違憲審査基準の問題はまだ問題として残されており、審査基準厳格化の可能性を具体的な問題に即して考える必要があります。

3 新田会員の報告は、障害法（学）と生存権の意義と機能というテーマで論ずる場合に必要な重要論点を整理・提示しつつ、これについての報告者の見解を、一部留保しつつも、示したものでした。その論理的プロセスは明快・堅実であり、結論も私には妥当であると思われのですが、欲を言えば、障害者の権利条約における「合理的配慮」は、「均衡を失した過度の負担」でない限り、これを否定することは「差別」にあたる、とされていることについて、国の積極的作為義務を要すること（社会権に類似している）との「合理的配慮」を含む新しい平等権と生存権との関連についての検討も伺いたかったのです。

むすびにかえて

1 本シンポジウムのテーマは、障害法（学）が生存権に与える影響を考察することでした。憲法学サイドからの棟居会員報告ではすこぶる大胆な新しい試論の提示がありました。私は、報告の内容の理解に難儀しつつも、これが生存権の根底に立ち返りつつ、障害者の権利条約の「合理的配慮」の一般化・普遍化という着想から導かれた新しい構想として、「目からうろこ」とまで言うことはできないのですが、閉塞状況にある生存権論に一石を投じたことは間違いなく、今後の更なる具体的展開に注目したいと思います。

社会保障法学サイドからの新田会員報告はこれまでの生存権論と裁判実務の状況を踏まえた手堅い問題の整理と理論的検証であったと思います。私は、この報告は頭に入り易かったのですが、なお考えてみるべき論点も残されたと考えています。

2 最後に、所定時間内での二つの貴重な報告に対する私のコメントは全く不十分で、その点、報告者と参加された会員の皆様に申し訳ないことでした。特に、新田会員の報告に対するコメントを、私の時間配分の拙さからほとんど行うことができず、ただ報告の最後に言われた「丸い三角形を描くのははなはだ困難」ということについてのみ質問しましたが、これについては質疑で応答して頂きました。

ここで述べたコメントは、学会当日のコメントのために準備していた発言メモやその後事務局から送って頂いた当日の発言記録を基に、改めてコメントとして記述したもので、当日、触れていなかったコメントが含まれています。このことはご容赦頂きたいと思えます。

シンポジウム要録

生存権と障害法 竹下 義樹 (弁護士)

1 (はじめに) わが国の憲法学においては、基本的人権に関する規定を社会権と自由権に大別し、その性質を論ずるのが一般的である。そして、自由権に属する人権規定については、国とりわけ行政による侵害性を直ちに認める場合が多いのに対し、社会権に属する人権規定は、それが国(内閣または国会)の政策目標として示されたものであるとして、立法または行政の広い裁量権が認められるとするのである。近年は、こうした体系的な位置付けを打破し見直そうとする動きも出てきたが、ともあれ憲法25条が国民に保障する生存権はその社会権に属するとするのが通説である。その生存権保障についても、抽象的権利説と具体的権利説という2大学説が唱えられ、抽象的権利説が通説となっている。

そうした背景の下で、障害者の生存権保障として合理的配慮請求権を位置付けようとしたのが、このシンポジウムの狙いである。

2 (棟居報告について) 棟居報告は、憲法25条1項に基づく生存権保障がたとえ抽象的権利説によって束縛されているとしても、障害者の合理的配慮請求権を憲法25条1項に基づく具体的請求権に近い権利として位置付けようとするものである。そして、「人間の尊厳を維持する社会的インフラ(法制度を含む)へのアクセス権」として、合理的配慮請求権を生存権の1内容とするのである。

質疑応答の中では、合理的配慮請求権と「社会的障壁の除去」の関係を問われたのに対し、合理的配慮の不提供が憲法14条に基づく平等論としてだけ論ずるのではなく、憲法25条1項にも位置付けたうえで、憲法の私人間効力によって民間事業者にも及ぼすことができるとする。また、生存権保障としての自己実現の権利が国の不作為によって制約されている場合にどのような訴訟を提起するかについても論議された。

3 (新田報告について) 新田報告は、憲法25条1項に基づく生存権保障を、従来の社会保障法としての位置付けとは区別された障害法の見地から位置付けることを試みた。そして、金銭給付型の生存権保障だけでなく、障害者権利条約の19条(自立した生活および地域社会への包容)をはじめとする各規定から導かれるサービスや現物の保障も、憲法25条1項に基づく生存権の1内容として位置付けようとするものである。新田報告は、河野正輝会員の見解や内閣の障がい者制度改革推進会議総合福祉部会のまとめたいわゆる「骨格提言」を引用しながら、障害法における基本原理から導かれる障害者の基本的人権保障が自由権的側面と社会権的側面の包括ないし重なり合いによって特徴づけられるとして、憲法25条に基づく生存権においても合理的配慮請求権を含めた障害者の健康で文化的な

最低限の生活の保障においても同様の考察を試みている。そして、生存権保障における漸進的達成義務から即時実施義務への切替ができないかを論じ、違憲審査権の厳格な基準に近づけることを試みている。

4 (まとめに代えて) このシンポジウムにおけるテーマは、一面においては憲法25条1項に基づく生存権保障の裁判規範性を高めようとするものであり、他方では障害者の基本的人権の保障、あるいは合理的配慮請求権を憲法25条1項で論ずることによって新たな生存権論を試みようとする意欲的なものであった。最高裁は、未だ昭和42年5月24日付朝日訴訟判決における判断基準を踏襲し、それを超えていないと言っても過言ではない。近年の裁量統制論や制度後退禁止論、あるいは生存権保障における自由権的側面といった議論を踏まえつつも、合理的配慮請求権を新たに憲法25条による生存権保障として論ずることによって、憲法25条の裁判規範性を確立する大きな流れを作ることが始まったように思う。

判例研究①
佐賀安永訴訟

【判例報告】「安永健太さん死亡事件」を振り返る

星野 圭（弁護士・福岡第一法律事務所・安永訴訟弁護団）

- I 安永健太さん死亡事件とは
- II 裁判の到達点と残された課題
- III 誰もが暮らしやすい社会に向けて

I 安永健太さん死亡事件とは

I はじめに

安永健太さん。享年 25 歳。2007 年 9 月 25 日、佐賀市内の歩道上で 5 名の警察官に取り押さえられている最中、心臓停止により亡くなった。健太さんがなぜ命を落とす事態に巻き込まれたのか。健太さん死亡事件の真相を知るために家族が立ち上がったのがこの事件のはじまりである。

結論から言えば、健太さんの家族の主張は、裁判所において退けられた。しかし、家族の決意を込めた行動は、裁判所の姿勢に変化をもたらしただけでなく、警察官職務執行法（以下、「警職法」という。）の改正問題を提起するという社会的な運動につながった。その経過を報告する。

2 健太さん死亡事件発生までの経過

健太さんは、1981 年 10 月 9 日、約 3000 グラムの体重で生まれた。成長する中で、軽い聴力障害や中度知的障害が判明し、自閉症傾向も見られた。状況把握能力や情報処理能力は高くなく、見通しを立てることが苦手だったり、突発的出来事への対応が苦手であった。他者とのコミュニケーションも難しい状態であった。一方で、弟思いの優しい兄であり、弟が幼稚園児の頃には弟をたたいてきた子どもから弟を守り、弟にとって健太さんは「ヒーロー」だった。

健太さんは、小さい頃から警察官が好きで、警察のイベントで白バイに乗って喜ぶ姿も見せていた。責任感も強く、養護学校高等部では生徒会長を務めた。高等部在学中には、アメリカで開催されたスペシャルオリンピックにも出場（陸上競技）し、ひとりで、20 日間のアメリカホームステイも経験した。

健太さん死亡事件が起きた 2007 年当時、25 歳の健太さんは、身長 168cm、体重 88.5kg、社会福祉法人が運営する「どんぐり村」という牧場で働いていた。

2007 年 9 月 25 日、健太さんは、どんぐり村での勤務を終え、自転車で実家に

向けて帰宅をはじめた。自転車の前かごには、養護学校在籍当時の身分証明書や知的障害者施設受給者証などが入ったリュックサックが入っていた。

車道を自転車で走行していたところ、パトカーがその後ろを走る状態になり、パトカーの警察官は車載マイクで歩道に上るよう指示した。健太さんは、車載マイクの指示を無視し、車道を走行し続けた（健太さんの認識は不明）。パトカーは、サイレンを鳴らして、再度車載マイクで健太さんに停止を求めたが、健太さんは止まらなかった。健太さんの前方の交差点の信号が赤になり、健太さんは、信号停車中の原付オートバイに追突して投げ出されることになった。

その後、パトカーを降りた警察官2名が「なんぼしょっとか」と健太さんにつかみかかり、健太さんは「ウー、アー」と叫びながら抵抗したものの、体をつかまれ歩道に移動させられ、「静かにせんか」と言われながら、歩道上にうつ伏せに倒れた状態で押さえつけられた。健太さんはこの間も「ウー」「アー」と言うだけであり、意味のある言葉は出てこなかった。

2名の警察官は、健太さんに手錠をかけようとしたものの健太さんが抵抗することから、警察無線で「ロクマルが暴れている」（この意味は裁判でも明らかにされなかった。）と応援要請し、駆けつけた4名の警察官の加勢を得て、健太さんを後ろ手にして両手に手錠をかけた。健太さんは、起き上がろうとして足をばたつかせたが、5名の警察官が強い力で押さえ続けた。この間、警察官は、誰一人として健太さんの障害を知ろうとすることもなく、身元確認をしようとしなかった。

健太さんが原付に追突してから約10分間が経った頃、健太さんは、押さえつけられた状態のまま心肺停止状態になり、その後、救急搬送された病院で死亡が確認された。健太さんの全身には多数の打撲傷があったが、死因は心臓突然死という診断であった。

なお、以上の事実は争いがないものを紹介している。実際には、事件当日の経過について、家族側と警察側とで主張が大きく異なる点が多数あったが紙数の都合上本稿では触れない。

3 裁判の経過

健太さんの裁判は、まず刑事事件としてはじまった。

2008年3月28日、健太さんの取り押さえに関わった警察官が不起訴処分となった。同年4月3日、健太さんの家族は、5名の警察官について特別公務員暴行陵虐致死罪での起訴を求める不審判請求を申し立て、翌2009年3月2日、1名の警察官について起訴すべきという決定（致傷罪での起訴決定）が出た。しかし、

佐賀地裁で開始された刑事裁判については、2011年3月29日に無罪判決が出され、2012年1月10日、福岡高裁でも無罪判決維持、同年9月18日、最高裁でも無罪判決が維持され確定した。刑事裁判においては、事実経過を知りたいという家族の思いを離れて、警察官による暴行等があったか否かに審理が集中してしまい、家族が知りたい事実は明らかにならなかった。

そこで、健太さんの父と弟が原告となり、刑事裁判と並行する形で、2009年2月26日、事実関係の解明を求めて、佐賀県警を被告として国家賠償を求める裁判が提起された。裁判での最大の争点は、警察官の行為が警職法3条1項に基づく「保護」として適法だったのかという点であった（本稿では割愛するが、事実認定との関係で、本件は「保護」ではなく「逮捕」だったのではないかという争点もあった。）。判決の内容は後述するが、2014年2月28日、佐賀地裁は原告の請求を棄却、その後、2015年12月21日、福岡高裁は控訴棄却により原判決を維持、2016年7月1日、最高裁も上告却下決定を出した。

4 家族、支援者、弁護士が裁判で求めたこと

家族側がこの裁判で求めたことはシンプルである。警察官はなぜ健太さんを追いかけて、押さえつけ、死に至らしめたのか、その事実経過をきちんと説明してほしいというものだった。その説明を求めるときでクローズアップされることになった問いが、警察官は、社会生活をしている障害者の存在を正しく認識しているのか、障害者に対する合理的配慮をしっかりと意識しているのか、という大きな社会的問題であった。同時に、裁判所に対しても、同じ問いかけがなされることになった。

もし、健太さんと警察官が最初に接触したときに、警察官のうちの一人でも、健太さんが「知的障害や自閉症といったコミュニケーションに困難ないし障害を抱えた市民であること」の可能性に思い至り、「ゆっくり、丁寧かつ穏やかに話しかけ、近くで見守る」などといった適切な対応をとっていれば、本件事件は起きなかった。だからこそ、なぜ健太さん死亡事件が起きてしまったのかが問われたのである。

II 裁判の到達点と残された課題

1 裁判の到達点（裁判所の限界）

健太さん事件の裁判の中では、警察官及び裁判所の知的障害に対する無理解が明らかになった。この点に関連して、裁判所の判断内容を若干詳しく紹介する。

(1) 第1審（佐賀地裁）の判断

- a 佐賀地裁の判断は、健太さんの障害について一切顧慮しないものであった。
- b 佐賀地裁は、事実認定においても佐賀県警側の主張に沿った認定を行った。パトカーに乗っていた2名の警察官は、「健太が精神錯乱の状態にあり、健太をこのままの状態にしておくと、健太が、車道において交通事故を引き起こしたり、Aに対して危害を加えたりするおそれがあると判断して、健太の体をつかんで歩道の上まで移動させようとした」ものであるという前提のもとで、健太が「ウー」「アー」などと言うだけで、警察官に対し腕を振り回したりして転倒したところを押さえつけ、その後も抵抗が激しかったので押さえつけたものとした。佐賀地裁の事実認定の基本的な姿勢は、端的に言うと、警察官に対して意味不明な言動を続け、抵抗を続ける以上は、押さえつけてもやむを得ないというものであった。
- c この事実認定をもとに、佐賀地裁は、警職法3条1項1号「精神錯乱のため、自己又は他人の生命、身体又は財産に危害を及ぼすおそれのある者」に当たるかどうかを判断する。
- 佐賀地裁は、「精神錯乱」とは、「正常な意思能力や判断能力を欠いた状態にあることを意味する」と定義づけ、健太さんが、「ウー」「アー」と「意味不明の声を発しながら」、警察官に抵抗したこと等を理由に、「健太の異常な挙動等から合理的に判断すると、当時の健太が正常な意思能力や判断能力を欠いた状態にあったことは明らかである」とした。すなわち、佐賀地裁は、健太さんの障害特性ゆえの行動や、事態を理解できないからこそ行っていた抵抗行為をもって簡単に「精神錯乱」にあたることを認めたのである。
- d また、警職法3条1項柱書の「応急の救護を要すると信ずるに足りる相当な理由」についても、容易にこれを認め、知的障害者に対して落ち着きを取り戻すよう話しかければ「応急の救護を要する」状況はなかったはずだという原告側の主張に対しては、警察官らは健太さんの知的障害を知らなかったもので、警察官が健太さんに知的障害のあることを前提とした行動を取らずに「応急の救護を要する」状況があると判断してもよいとした。
- e さらに、健太さんをうつ伏せにして後ろ手で両手錠をかけ、10分間押さえつけた行為が保護行為としての相当性を欠くのではないかという点について、佐賀地裁は、抵抗がある中で短時間しか押さええておらず、「必要最小限度の範囲内のものであったといえる」と言い切った。
- f 以上を踏まえて、佐賀地裁は、警察官の行為は、警職法3条1項1号の要件を充足する適法な保護行為であったとして、国賠法1条1項の違法性はな

いと結論づけた。

佐賀地裁の判断内容は、警察官に知的障害に関する理解がないことをまったく問題とすることなく、障害特性ゆえの言動をもって「異常な挙動」をする「精神錯乱」状態ととらえた。また、佐賀地裁の判断は、警察官において目の前にいる人に障害のあることが客観的に明らかでない限りは、障害の可能性を考慮しなくても問題はないとするものであり、裁判所の驚くべき時代遅れの障害者観を示すものであった。

(2) 控訴審（福岡高裁）の判断

a 原告（控訴人）側は警察官の姿勢とともに、裁判所の姿勢をも問い質すため控訴した。

原告側は、社会にはコミュニケーションに障害や困難を抱えた者が多数生活していることは厳然たる事実であり、警察官がそれを無視してよいはずがないこと、そのために、警察官には知的障害者等への対応に関する研修、指導がなされているという事実を前提に、本件において警察官が健太さんに知的障害がある可能性を念頭において接遇すべき注意義務を果たしていないことを主張した。

警職法3条1項との関係では、主として、①同条の「精神錯乱」の意味内容、②知的障害者が相手であるときの「応急の救護を要すると信ずるに足りる相当な理由」の意味内容、③保護行為としての相当性の意味内容が、控訴審においても改めて問題となった。

b 福岡高裁は、事実認定に関して、基本的には佐賀地裁の事実認定をそのまま採用するものの、本件事件当時の警察官側の知見として、2001年11月には知的障害者の特性を理解してもらうための警察官向け「育成会ハンドブック」（通称）が作成、配布されていたこと、2004年2月には警察庁も「障害をもつ方への接遇要領」を作成していたことを追加で認定した。これらの資料は、現場警察官の障害者に対する接遇に関する注意義務の根拠となり得るものであった。

c その上で、福岡高裁は、まず、①「精神錯乱」について、佐賀地裁の判断内容とその結論も理由も変わらないとした。

d 次に、②知的障害者が相手であるときの「応急の救護を要すると信ずるに足りる相当な理由」の有無について、福岡高裁はこの点でも佐賀地裁の判断内容を是認した。

e 続いて、③保護行為としての相当性について、うつ伏せ後にも取押え行為

を継続した点、後ろ手に両手錠をかけた点などが問題となった。しかし、福岡高裁は、これらの点についても、健太さんが必死でもがいていたこと、後両手錠もその後の取押えも行為も健太さんの抵抗状況に不相応に強度なものではなかったこと等を理由として保護行為としての相当性を認めた。

f ただし、福岡高裁は、以上3点のみで結論を出すのではなく、控訴審において原告側が追加した主張について検討する。原告側は、警察官には知的障害者に対しその特性を踏まえた適切な対応をすべき一般的注意義務があるにもかかわらず、本件警察官は、健太さんが知的障害者である可能性を前提として職務を執行すべきであったのにそれを怠った旨主張した。

福岡高裁は、「本件取押えがなされた平成19年9月当時、その職務の相手方が知的障害者であることを認識している場合において、警察職員に、当該職務の相手方たる知的障害者に対し、ゆっくりと穏やかに話しかけて近くで見守るなど、その特性を踏まえた適切な対応をすべき注意義務があることは明らかである」と指摘するとともに、「その職務の相手方が知的障害者であることを認識していない場合においても、相手方の言動等から知的障害等の存在が推認される場合においては、上記注意義務を負う場合があるというべきである」と明言し、警察官に障害特性を踏まえた適切な対応をすべき一般的注意義務があることを肯定した。

もつとも、本件のように「警察官らが、健太が知的障害者であることを知らなかったにもかかわらず、本件取押えに際して知的障害者であることを踏まえた適切な対応をしなかったことに国賠法1条1項の違法性があるというためには、本件取押えの際の健太の言動が知的障害等の存在と矛盾しないというだけでは足りない」とし、さらに、「本件取押えの際の健太の言動が知的障害等に起因することを具体的に示す事情が存在する場合であっても」「当該言動が薬物等の他原因に起因しないことがある程度の確実性をもって推認される場合でない限り、健太に対して知的障害者の特性を踏まえた適切な対応をしなかったことについて国賠法1条1項の違法性があると評価することはできない」とした。

この規範をもとに福岡高裁は、健太さんに対する取押え着手前後それぞれの時点における国賠法上の違法性を判断するが、いずれも違法性があるとはいえないとした。

g 2016年7月1日、最高裁は、上告却下決定を出し、福岡高裁の判断を維持した。

2 積み残された課題

(1) 警察官の障害に対する認識を前提とすることの問題

佐賀地裁は、健太さんの障害の有無については、警察官がそれを認識していなかった以上本件事案の判断に影響がないものとみたようであり、事実認定においてもほとんど触れられていない。警職法の判断においてはほとんど無視されていた。

一方で、福岡高裁は、健太さんの障害についても着目する姿勢は示した。警察官が健太さんの障害を知りえたのであれば適切に対応すべきことまでは認めたものであり、一定の前進は見られた。もっとも、あくまでも警察官の障害に対する認識を前提とする点では小さな一步に過ぎず、結論に影響を及ぼすものではなかった。福岡高裁の判断内容は、知的障害等に起因する言動と薬物等に起因する言動を精神錯乱の評価においては事実上同一に扱うことを是認するものであり、障害者観の点でも、障害者の社会参加の観点からも大きな問題がある。

(2) 「精神錯乱」と障害

裁判所は、警職法3条1項1号の「精神錯乱」という評価概念について、極めて広い概念とした。佐賀地裁は、精神錯乱とは正常な意思能力や判断能力を欠いた状態にあることと広くとらえた。この定義では障害特性が一切考慮されないために、障害特性ゆえに一見すると「正常な意思能力や判断能力を欠いた状態」に見えることもある障害者がすべて「精神錯乱」に当たり得ることとされたのである。

裁判所の見解を前提に「精神錯乱」を根拠とする保護を認めた場合、警察官から見て、知的障害や精神障害等があり、障害についての知識がなければ意味不明としか思えない言動に及んでいる者は、すべてが「保護」の対象となりうることになる。そして、保護行為の最中には有形力の行使さえ認められるのである。障害がある者は、いつ警察官から保護を名目にして取押えられるか分からないということを、裁判所が認めてしまったことになる。さらに、この見解は、現場の警察官に障害や障害者に対する理解がない場合には、障害特性ゆえの言動をもって単に「異常な挙動」とだけしか捉えられかねないことについて、何ら対処しないものであった。

健太さんは、まさに障害特性ゆえの言動をもって、警察官はおろか裁判所にさえ「異常な挙動」＝「精神錯乱」と捉えられ、死に至る取押え行為をされたのである。障害特性を極端な形で無視する警職法3条3項1号の危険性が最悪の形で露見したのが健太さん死亡事件であった。

(3) 保護行為の相当性の問題

裁判所は、保護行為の相当性を判断するに際して、健太さんが警察官による取押え行為に対し抵抗を続けていたことを重視して相当性があったとした。この点は非常に疑問である。健太さんは、突発的な事象への対応が苦手であるにもかかわらず、本件では、理由も分からないままにパトカーに追いかけられ、警察官ともみあいになり、複数の警察官から力づくで押さえつけられたのである。このような状態では障害がなくとも抵抗するのが当然の状況であり、ましてや健太さんの知的障害や自閉症傾向を考慮すれば、強く抵抗したとしても当然である。しかも、健太さんが抵抗するしかない状態は警察官によって作り出されたものであった。ところが、本件警察官は、健太さんがなぜ抵抗を続けるのか、そこに障害が影響していないかという点について思い至ることもなく、健太さんの状況を確認して対処しようという姿勢さえもまったく欠如していたのである。

裁判所においても、保護行為の相当性の判断について、健太さんの障害はまったく考慮されることがなく、単に事実認定の問題とされた。この点は、地裁、高裁ともに変わらなかった。警察官及び裁判所の障害に対する無理解ないし無関心がここでも露見された。

(4) 障害ないし障害者に対する理解の欠如

以上の点からも明らかなように、警察官や裁判所に足りないものは、障害ないし障害者に対する理解である。これは古くて新しい問題であり、昔からずっと課題となっている点でもある。警察官に理解があればそもそも健太さん死亡事件は起こらなかったであろうし、裁判所に理解があれば障害特性を無視した不当な判決は生まれなかったであろう。

3 裁判をした意味はあったのか

健太さんの家族が立ち上がったこの裁判は、多くの効果をもたらした。

家族が求めた事案の解明も十分ではないが一定程度は進んだといえる。事案の解明が進む中で、国賠法上の「違法」は認められなかったとしても、警察官らの言動が問題のあるものであり、健太さんがやはり被害者であったことが明らかとなった。

現場の警察官に障害ないし障害者に対する理解を進めてもらう必要があるという課題が明確に示された意味もあった。警察庁は、全国の警察官を対象に、健太さん死亡事件より前の2001年にハンドブック「知的障害のある人を理解するために」という冊子を配布し、かつ、2004年には「障害をもつ方への接遇要領」を

作成配布していたが、この裁判の中で、現場の警察官はこれらの存在さえ知らないことが明らかになった。警察署においても、不断の啓発が肝要であることが明らかにされたのである。

健太さん死亡事件の後には、障害者権利条約の批准や障害者差別解消法の制定など社会的に大きな動きがあっただけでなく、現場レベルにおいても、警察庁が2008年に「コミュニケーション支援ボード」を作成し、現場の警察官が障害のある人とボードを使って容易にコミュニケーションができるよう実践する取り組みも開始された。今後は、警察官の無知、無理解が免罪符にならない社会がつけられていくはずである。

健太さん死亡事件の教訓も活かしながら、障害を生み出す社会的障壁を除去するための取り組みが始まっているのである。

Ⅲ 誰もが暮らしやすい社会に向けて

健太さん死亡事件は、障害に対する無知、無理解がもたらした事件と言っても過言ではない。家族をはじめとした訴訟団は、障害に対する無理解の犠牲になる人を二度と出してはならないという決意のもと、裁判闘争をつづけていた。しかし、障害に対する無理解とのたたかいは、裁判の中にだけあるのではない。むしろ裁判の外である日常生活の中にこそあるのである。

健太さん死亡事件は、日本の人権水準が問われる事件でもあった。障害者の人権の確立が一朝一夕に進まないのは非常に残念な現実である。だが、私たちは負けない。社会に打ち克つまでたたかい続けるからだ。

健太さん死亡事件の裁判終結後、訴訟関係者を中心に「安永健太さん事件に学び共生社会を実現する会」が結成され、現在も活動を続けている。その活動の柱は、①知的障害・発達障害に対する理解促進活動、②同様の事件が起きたときのための体制づくり、そして、③すべての市民のための警職法改正運動である。

健太さんの父はこう宣言した。「たとえ最高裁で敗訴するとしても、この闘いは終わらない」。二度と健太さんのような犠牲者を出すことのない社会の構築のために、ともにたたかいたい。

以上

【判例研究】 佐賀安永訴訟（福岡高判平 27・12・21）¹ — 警職法 3 条 1 項 1 号の「保護」を中心として² —

矢田 陽一（国士舘大学）

- I 警職法 3 条 1 項の要件
- II 本条の意義、趣旨および沿革
- III 「精神錯乱」
- IV 「自己又は他人の生命、身体又は財産に危害を及ぼすおそれのある者」
- V 「応急の救護を要すると信ずるに足りる相当な理由のある者」
- VI 「その特性を踏まえた適切な対応をすべき」一般的注意義務の存否
- VII 後ろ両手錠の相当性
- VIII 本判決に対する総評と今後の課題

I 警職法 3 条 1 項の要件

警察官職務執行法（以下、『警職法』と略称）3 条 1 項は、「警察官は、異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して次の各号のいずれかに該当することが明らかであり、かつ、応急の救護を要すると信ずるに足りる相当な理由のある者を発見したときは、取りあえず警察署、病院、救護施設等の適当な場所において、これを保護しなければならない」と規定し、保護対象者として、「1. 精神錯乱又は泥酔のため、自己又は他人の生命、身体又は財産に危害を及ぼすおそれのある者」および「2. 迷い子、病人、負傷者等で適切な保護者を伴わず、応急の救護を要すると認められる者（本人がこれを拒んだ場合を除く。）」を列挙している。

本判決では、警職法 3 条 1 項 1 号の適否が問題となったが、ここでは、①（被保護者）が精神錯乱、泥酔の状態にあること、②精神錯乱、泥酔の結果、自己又は他人の生命、身体又は財産に危害を及ぼすおそれのあること、③応急の救護を要すること、の 3 要件を充足することが必要であり、また、これらの要件に該当することが「明らか」でなければならない。この点、本条 1 項の要件の有無は、「警察官の主観的又は恣意的な判断によるのではなく、『異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断』しなければなら」³ず、例えば、「その者の動作、言語、服装、所持品等およびその周囲の状況といった客観的な事情から判断す」⁴べきと解されている。

さらに本判決では、保護の方法として、当該保護行為が相当性を有していたか否か、および警察官が知的障害者を保護する場合、書かれざる要件として、一定

の注意義務を負うか否かが問題となったため、これらの点についても考察を行う。

II 本条の意義、趣旨および沿革

本条は、「警察法2条に定める個人の生命、身体の保護の責務を遂行するための具体的な一方法として、精神錯乱者、迷子等が応急の救護を要する状態にある場合に、警察官が取りあえずこれを保護すべきことを定めたもの」⁵とされる。この点、警察法2条は、「警察は、個人の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当たることをもつてその責務とする。」と規定し、それを受けた警職法2条は1項で「この法律は、警察官が警察法（昭和29年法律第162号）に規定する個人の生命、身体及び財産の保護、犯罪の予防、公安の維持並びに他の法令の執行等の職権職務を忠実に遂行するために、必要な手段を定めることを目的とする。」と規定する。すなわち、警職法3条は、司法警察活動としての犯罪捜査ではなく、あくまで行政警察活動としての被保護者の「一時的かつ応急的な」安全確保を目的としたものであり、「継続的な医療、救護、生活保護等の措置は責任ある家族等又はそれを担当する他の機関の任務」⁶であると解されている。

本条は、警職法の前身ともいえる、戦前の行政執行法1条1項⁷による「保護検束」が「自殺を企てる者その他救護を要すると認める者」という文言を拡大解釈することによって治安維持のために濫用されたことの反省から、人身の自由を確保するため、濫用の防止に特に意を用いた詳細な要件と手続きとが定められた、という沿革がある⁸。したがって、警職法3条1項自体が人権保障を強く意識して創設されたものであり、各要件の文言は厳格に解釈されなければならない。

III 「精神錯乱」

「精神錯乱」とは、一般的に、「精神が社会通念上明らかに正常でない状態（正常な判断能力や意思能力を欠いた状態）にあることをいい、具体的には、精神疾患によるもののほか、薬物の使用、強度のヒステリー、極度の興奮等の一時的原因によるものが含まれる」が、「単に精神的に不安定であるというだけでは、精神錯乱に当たらない」⁹と解されている¹⁰。

従来「精神錯乱」をめぐる争われた事例として、以下のものがある。

「精神錯乱」に当たると判断されたものとして、①「酒酔いや警察官に制止されたことによる異常な興奮」（高知地判昭48・11・14）、②「覚せい剤の使用に起因する幻聴、被害妄想、感情鈍麻および異常行動」（岡山地判昭54・9・

28)、③「統合失調症を理由とする異常な精神運動性興奮」（福岡地判昭55・11・25）、4「覚せい剤の影響による異常な精神状態」（札幌高判平4・7・21）等がある。他方、「精神錯乱」に当たらないと判断されたものとして、⑤「精神の不安定」（大阪地判昭61・5・8）、⑥「精神のやや変調」（浦和地判平3・9・26）、⑦「覚せい剤を使用していたが、行動が合理的、合目的であった場合」（千葉地松戸支判平5・2・8）、⑧「一時的に大声を出す等の行為をしていたが、その後落ち着いたを取り戻した場合」（福岡高那覇支判平15・3・25）等がある。

これらの判断を踏まえると、従前の事例では、たんなる精神の変調をこえて相当高度な精神異常状態にまで達していなければ「精神錯乱」と認定されておらず、かなり慎重な解釈適用が行われていると評価することができる。

ところで、他の法領域において「精神錯乱（者）」と類似する概念がいくつか存在するため、それらとの異同も問題となりうる。

まず、「精神保健及び精神障害者福祉に関する法律」（以下、「精神保健福祉法」と略称）における「精神障害者」との関係について、同法5条は、「この法律で『精神障害者』とは、統合失調症、精神作用物質による急性中毒又はその依存症、知的障害、精神病質その他の精神疾患を有する者をいう」¹¹として、「精神障害者」の定義を示しているが、ここでいう「精神障害者」と「精神錯乱者」とは必ずしも一致しない。なぜならば、同法は「精神障害者」の「福祉の増進及び国民の精神保健の向上を図ることを目的としたもの」（同法1条）であって、上述した、被保護者の「一時的かつ応急的な」安全確保を目的とする警職法とはその性格を異にするからである。すなわち、例えば、統合失調症に罹患する者は「精神障害者」に当たりうるが、薬物の投与等で症状が寛解している場合には「精神錯乱者」に当たらないことになろう¹²。

次に、刑法上の「心神喪失者」（責任無能力者）ないし「心神耗弱者」（限定責任能力者）とも必ずしも一致しない。というのも、「心神喪失者」・「心神耗弱者」とは、「行為の是非を弁別し、かつその弁別に従って行動を制御する能力を欠く者、あるいはその能力が著しく減弱している者」¹³をいうとされるが、認知症者・てんかん者など、「心神喪失者」・「心神耗弱者」に当たりえても、極度の興奮状態等には「精神錯乱者」といえないからである。元来、刑法における非難可能性の存否が問題となる「心神喪失者」・「心神耗弱者」と「応急的・一時的な安全確保」が問題となる「精神錯乱者」とでは、重なる部分はあるといえども、次元を異にする概念であるといえよう¹⁴。

さらに、「知的障害者」とも一致しない。なぜならば、「精神錯乱」はその場の

一時的な状態を意味するのに対して、「知的障害」は恒常的・継続的な状態を表すものだからである。

そもそも、「精神錯乱」の用語はきわめて不明確なものであるから、本条の意義、趣旨および沿革である「本人の一時的かつ応急的な安全確保」ないし「濫用の防止を目的とした人権保障」という観点からその内容を確定すべきである。すなわち、「精神錯乱」とは、その場で緊急に身柄拘束を行う必要性が高度に存在するような、「自傷他害の危険性を相当程度内包する、極度の興奮、混乱等による精神の異常」が認められる場合に限定されなければならない。

福岡高裁は、「精神錯乱」について「正常な意思能力や判断能力を欠いた状態にあること」と定義したうえで、その判断は、異常な挙動その他周囲の事情から社会通念上合理的に判断できれば足りるとし、安永氏が蛇行運転していたこと、呼びかけに応じなかったこと、停止中の車両を蹴ったこと、「ウー」「アー」などと意味不明な声を発していたこと、警察官に対して両手を振り回すなどして抵抗したこと、などから「精神錯乱」を認定した佐賀地裁の判決をそのまま引用している。しかしながら、このような事情のみで「精神錯乱」を認定することは妥当でないというべきである。すなわち、「精神錯乱」の状態にない者も、突然警察官に追跡され、取押さえられれば同様の行動に出ることは十分ありうるからである。また、本件では、「精神錯乱者を発見したので保護した」のではなく、むしろ「不意の追跡・取押さえを行ったが故に精神興奮状態¹⁵に陥った」ともいえ、順序がまるで逆転してしまっている。さらに、安永氏は意に反する追跡・取押さえがなければ逃走・抵抗することもなかったのであるから、上述した、その場で緊急に身柄拘束を行う必要性が高度に存在するような、「自傷他害の危険性を相当程度内包する、極度の興奮、混乱等による精神の異常」の状態にあったということもできない。したがって、「精神錯乱」を認定した福岡高裁の判断には重大な問題があったといわざるをえない。

IV 「自己又は他人の生命、身体又は財産に危害を及ぼすおそれのある者」

一般的に、警察官として保護措置をとる必要があるか否かについては、「精神錯乱」または「泥酔」の基準を厳格に捉えるよりも、むしろ、ここでいう危害が切迫していたかどうかを重要視すべきであると解されている¹⁶。

「自己又は他人の生命、身体又は財産に危害を及ぼすおそれ」（以下、「自傷他害のおそれ」と略称）とは、例えば、精神錯乱者や泥酔者をそのまま放置しておく、川にはまったり、車にひかれたりする心配があったり、他人に殴りかかったりす

るおそれがある場合などが想起される¹⁷。

「自傷他害のおそれ」をめぐって争われた事例として、以下のものがある。

①横浜地判昭49・6・19は、共同住宅の廊下で同宿者とけんかをしたが、ほどなくやめて自室で寝ていたX（原告）に対し、通報により臨場した警察官が居室前から声を掛けたところ、部屋から出てきたXが警察官の土足を見とがめて抗議する等したため、酒臭かったこともあり、泥酔していると判断して警察に連行したという事案において、警察官が到着した時には自室に戻って寝ていたのであるから「自傷他害のおそれ」はないと判示している。他方、②最判昭57・1・19は、酒に酔って飲食店でナイフを振るい客を脅したとして警察署に連れてこられた者の引渡を受けた警察官が、右の者の飲食店における行動などについて所用の調査をすれば容易に判明しえた事実から合理的に判断すると、その者に右ナイフを携帯させたまま帰宅することを許せば帰宅途中の他人の生命又は身体に危害を及ぼすおそれが著しい状況にあったことから、保護せずに帰したのは違法であるとして、「自傷他害のおそれ」を認定しうると判示している。

類似の概念を用いる精神保健福祉法23条は、「警察官は、職務を執行するに当たり、異常な挙動その他周囲の事情から判断して、精神障害のために自身を傷つけ又は他人に害を及ぼすおそれがあると認められる者を発見したときは、直ちに、その旨を、最寄りの保健所長を経て都道府県知事に通報しなければならない」として、「自傷他害のおそれ」のある者に対する警察官の通報義務を定めているが、その判断は、警職法と同様、「警察官の一方的、主観的な判断を排除し、社会通念による客観的判断による」¹⁸べきものとされている。また、同法29条は、「都道府県知事は、第27条の規定による診察の結果、その診察を受けた者が精神障害者であり、かつ、医療及び保護のために入院させなければその精神障害のために自身を傷つけ又は他人に害を及ぼすおそれがあると認めるときは、その者を国等の設置した精神科病院又は指定病院に入院させることができる」として、「自傷他害のおそれ」のある者に対する「措置入院」を規定している。この点、「自傷他害のおそれ」のある者か否かは、同法28条の2¹⁹を受けて明定された「精神保健及び精神障害者福祉に関する法律28条の2の規定に基づき厚生労働省の定める基準」（昭63年4月8日厚生省告示第125号）に従って判断されなければならないとされている。すなわち、個別具体的な病状または状態像により、「自殺企図等、自己の生命、身体を害する行為（以下『自傷行為』という。）又は殺人、傷害、暴行、性的問題行動、侮辱、器物破損、強盗、恐喝、窃盗、詐欺、放火、弄火等他の者の生命、身体、貞操、名誉、財産等又は社会的法益等に害を及ぼす行為（以下『他

害行為』といい、原則として刑罰法令に触れる程度の行為をいう。)を引き起こすおそれがある」と認められる場合のみをいうとされ、相当程度厳格な認定基準が設定されている。その理由は、「入院措置が人身の自由を制限するものであることにかんがみ、その認定に当たっては実質的な法益侵害の性質と程度…を慎重に配慮」²⁰しなければならないからである。

思うに、「自傷他害のおそれ」を認定するに当たっては、前述した、類似する精神保健福祉法上の抑制的な運用状況や、戦前に行政検束が濫用された経緯を顧慮することが不可欠である。すなわち、警職法3条1項の保護行為は、個人の自由とりわけ人身の自由を制限しうるものであることから、一般的・抽象的な危険性では足りず、相当程度の蓋然性を有する個別・具体的な危険性が存在していなければならないと解すべきである²¹。

福岡高裁は、「精神錯乱」で認定した事実に加えて、安永氏が現場にあった車両を蹴ったこと、警察官に両手を振り回して抵抗したこと、交通量の多い交差点に飛び出して交通事故を発生させる危険性があったこと、などを理由に本要件を充足するとした佐賀地裁の判断をそのまま採用している。本件では、たしかに取押さえ現場が交差点付近であり、安永氏が一時的に興奮していたという事実は認められるものの、交差点に飛び出したり、警察官に対して積極的に暴行を加えたりする可能性を示す具体的事実は存在しない。したがって、福岡高裁の認定は、あくまで一般的・抽象的な危険性から「自傷他害のおそれ」を認定するものであり、到底是認しえないというべきである。また、上述したように、本件で安永氏は当初から通行車両や警察官に暴行を振るおうとしていたのではなく、むしろ、警察官に突如追跡・取押さえを受けたことに対する抵抗から当該行為を行ったにすぎない。すなわち、「自傷他害のおそれ」があったから「保護」されたのではなく、取押さえ（保護）がなされたから「自傷他害のおそれ」が生じたのである。少なくとも、その場で説明もなく追跡・取押さえを行っていなければ警察官等に有形力を行使することもなかったといえる以上、このような場合にまで「自傷他害のおそれ」を認定することは妥当でないというべきである。

V 「応急の救護を要すると信ずるに足りる相当な理由のある者」

「応急の救護」の必要性に関して、通常、「『応急』とは、状況が差し迫っていることをいう。すなわち、今直ちに救護しなければ本人の身が危ないという状況にあることを必要とする意味である。『救護』とは、本人を救い、その者の生命、身体を保護することである。すなわち、本条の保護は主として本人のために行われ

るのであって、その結果、他人に対する危害や迷惑を防止することにもなるが、それは本人救護の結果であって、その主たる目的ではない²²と解されている。

「応急の救護」の必要性をめぐる争われた事例として、①福岡高判昭30・6・9は、被告人は通行人と喧嘩し、大声で怒鳴りつけたりしていたが、警察官が駆けつけた時には騒動はすでに収まっており、同所から立ち去ろうとした際に、泥酔者と即断し、同被告人の手を掴んだという事案において、「いささか飲酒酩酊していたにすぎず、何ら応急の救護を要するものではない」と判示している。また、②大阪地判昭61・5・8は、初対面のYの車に執拗に頼み込んで同乗して不可解な言動をしていたX（被告人）に対し、警察官が職務質問を行い、無線照会で覚せい剤取締法違反の前科が判明するとともに、Xの腕から注射痕が発見されたことから、更に所持品検査を求めたところ、Xが抵抗して大声を出し、パトカーに乗せようとするのにも抵抗してもみ合いとなったため、制圧して警察署に連行したという事案において、被告人がすぐ近くに自宅があると答えていたのに、被告人の自宅を捜すなどして、被告人の家族らと連絡をとろうとしなかったこと、保護の必要性があったのなら直ちに救護すべきであるのに所持品検査等をしてきたこと、警察署に到着後、直ちに保護を解除しており保護の時間はわずか10分前後であったこと、保護解除の前後に被告人の家族に連絡をとっていなかったこと、解除直後に脅迫等の容疑で事情聴取を行っていたこと、などから、「応急の救護」の要件を具備していたと理解するには「重大な疑問がある」と判示している。

前述の要件と同じく、警職法の意義、趣旨および沿革にかんがみ、人身の自由を最大限保障するため、「応急の救護」の必要性もまた、相当程度謙抑的に解釈されなければならない。すなわち、「今まさに救護しなければ被保護者の生命、身体にきわめて重大な不利益が生じうる」場合にのみ、本要件は充足されるといえよう。また、本条1項2号の「迷い子、病人、負傷者等」においては、1号の「精神錯乱者」や「泥酔者」のように合理的判断能力を欠く場合とは異なり、本人の拒絶がある場合には保護できないとされていることから²³、被保護者に「応急の救護」を拒否する合理的判断能力がある程度備わっている場合には、その意思に反して保護を行うことはできないと解すべきである²⁴。

福岡高裁は、「応急の救護」の必要性について、「本人の生命、身体又は財産を守るため、警察官においては直ちに救護することが必要な差し迫った状況」と定義したうえで、「精神錯乱」で認定した事実から直ちに本要件を充足するとした佐賀地裁の判断を一部採用しつつ、安永氏が興奮状態にあったこと、短時間のうちに意識を喪失したこと、などから、警察官の行動が「応急の救護を要すると信ず

るに足りる相当な理由」が「なかったことを意味するということはできない」と述べており、きわめてあいまいな表現で「応急の救護」の必要性を肯定している。この点に関して、安永氏は追跡時たんに自転車を運転していただけであるし、取押さえ時もこれに抵抗を示していただけで、(冬の寒い時期に路上で寝ている)泥酔者のような、「今まさに救護しなければ被保護者の生命、身体にきわめて重大な不利益が生じうる」者に該当する事実は全く存在しない。また、安永氏は当時「精神錯乱」の状態になく、冷静に話しかければ受け答えできる合理的判断能力を十分有しており、警察官による一方的な保護行為に対して抵抗することで拒絶の意思を示していたのであるから、被保護者の意思に反する不当な保護に当たると解すべきである。したがって、福岡高裁の本認定もまた、およそ不適切であるというほかない。

VI 「その特性を踏まえた適切な対応をすべき」一般的注意義務の存否

福岡高裁は、原告側の主張を一部受け入れ、警察官は警職法3条1項1号の「保護」を行うに当たり、知的障害者に対して、ゆっくりと穏やかに話しかけて近くで見守るなど、その特性を踏まえた適切な対応をすべき一般的注意義務(以下、「当該注意義務」と略称)があると判示した。この点、警察官が、①事前に知的障害者であることを認識していた場合には当然に当該注意義務が認められ、さらに、②事前に知的障害者であることを認識していなかった場合で、かつ相手方の言動等から知的障害等の存在が推認される場合にも、当該注意義務が認められる余地があるとする。もっとも、②の場合、当該言動等が薬物中毒等の他原因に起因しないことがある程度の確実性をもって推認される場合に限られるとして、当該注意義務が認められない例外的な場合があることも認めた。

本判決では、警察官は安永氏が死亡した後に知的障害等の存在を認識するに至った点で、①ではなく②に該当するとされた。そして、被保護者の言動等が知的障害等に起因することを具体的に示す事情が存在するとしても、薬物中毒等の他原因に起因しないことをある程度の確実性をもって推認することはできないとして、警察官が当該注意義務に違反する事実は認められないと判断したのである。すなわち、被保護者はたしかに「知的障害者」ではあったが、他原因に起因する「精神錯乱者」でもありえたとして、知的障害者に対してとるべき方法が適切でない例外的な場合に当たると結論づけたのであった。

思うに、②に該当する場合、本判決のように例外的な場合を広く解すれば本基準を容易に潜脱することが可能となり、当該注意義務は事実上有名無実化してし

まうおそれがある。障害者との共生が強く意識される現代社会において、とりわけ障害者を含めた多様な市民と接する機会が多い警察官は、そもそも被保護者が場合によっては障害者でありうることを常日頃から念頭に置いて対応すべきであろう。本判決が警察官に対しておよそ一般的に注意義務を認めた点では一応評価に値するものの、結局のところ例外的な場合を過度に拡張して当該注意義務を否定してしまった点で、本認定の有する価値は大幅に減少してしまったといわざるをえない。

VII 後ろ両手錠の相当性

保護が適法といえるためには、当該保護行為が相当性を有するものでなければならない。具体的には、「保護を行うべき場所に相手方を移動させ、及びその場所で保護を行うために必要かつ相当と認められる限度で、実力を行使することができる。特に、精神錯乱者及び泥酔者の保護は即時強制であるから、抵抗を実力で排除して、強制的に連行し、身体を拘束することができる。その際、必要があれば、手錠等の戒具を使用することもできるが、その使用は具体的な状況の下で真にやむを得ない限度でなければならない」²⁵と解されている。この点、保護行為の相当性は、警職法1条2項²⁶と警察法2条2項²⁷とを根拠とするものであり、両者はともにいわゆる「比例原則」を定めたものである。すなわち、「一般に、行政機関の活動については、法令で具体的に規定されていない場合であっても、その行政目的を達成するために必要な場合でなければ国民に不利益を与えてはならず（必要性の原則）、当該活動により害される個人の利益と保護されるべき公共の利益とが権衡を失してはならない（過剰規制の禁止）」²⁸とされる。このような理解によるならば、真にやむをえない場合には手錠の使用も認められるが、その使用方法は被保護者の人権に十分配慮し、きわめて厳格に制限されなければならないであろう²⁹。

保護行為の相当性をめぐって争われた事例として、以下のものがある。

①高知地判昭48・11・14は、「後ろ手錠の使用」に関して、「後ろ手錠は通常の使用 방법에比べて強力、苛酷であつて、その者の受ける右のような不利益の程度は一そう強いうえ、身体の自由は極度に制限され、場合によっては身体に危険を及ぼすこともあり得るから、通常の手錠使用ではどうしても対処し得ないような特別の事情のある場合の他、安易にこれを用いるべきでないというべきである」と述べたうえで、本件の場合、「被保護者はすでにおとなしく取り調べに応ずるようになっていたこと、興奮が一時的であつたこと、通常の手錠の使用方法

でも十分保護の目的を達し得たものと認められ、後ろ手錠でなければならないような特別の事情は認められない」として、過剰違法であると判示している。また、同じく「後ろ（両）手錠の使用」が問題となった②大阪地判昭和61・5・8は、「……後ろ両手錠は、通常の手錠の使用方法に比して強力苛酷であり、被施用者の身体に対する制限は大きく、場合によっては危険性を伴うものであって、特別の事情のない限り、用いることは避けるべきである」としつつ、「本件では、被保護者がある程度抵抗していたことは窺えるが、警察官が2名いたこと、被告人の抵抗も警察官に対して直接向けられたものではなく、任意同行等を困難にさせるような態様のものが中心であったことに照らすと、後ろ両手錠をした点も違法といわざるをえない」として、相当性を欠くと判示している。さらに、「後ろ手錠に加えて猿ぐつわの使用」が争われた③仙台高判平23・11・8は、「本件風呂敷で猿ぐつわをすることは、それ自体窒息を招く可能性の高い極めて危険な行為であり、しかも本件においては、亡X（被保護者：筆者注）に後ろ手錠がなされ、足もタオルで縛られて、身動きの取れない状態とされており……、亡Xが呼吸困難になったことなどを外部に知らせる手段も奪われていたのであるから、本件猿ぐつわは明らかに過剰で危険な措置であったというべきである」とし、「……警察官には亡Xの保護措置の方法につき必要な最小の限度を逸脱した過失（警職法3条1項、1条2項、宮城県警察の保護の取扱いに関する訓令3条、10条）がある」と判示し、相当性を否定している。

他方、「粘着テープによる両足固定、毛布とロープによる身体拘束」が問題となった④大分地判平15・10・16は、被告人が「警察官らをはね除けて起き上がろうとしたり、何度も警察官らの手を振りほどいたり、パトロールカーを繰り返し蹴るなどして激しく暴れたため、最大5名でXの頭部、両手、腰部及び両足を押しえつけ、同人の両足に粘着テープを巻いて制圧し、その後、同人を毛布でくるみ、その上を同人の身体を締め付けないような結び方を用いてロープで結んでから警察署に搬送したと認めることができ、これは同人を警察署に連行して保護する前提としてその動きを封じ、また、同人の身体を保護しつつ搬送するための行為であって、同人の抵抗の程度や体格などからすると、客観的には同法3条1項1号所定の保護の手段として是認しうる必要最小限度の有形力の行為ということができ、違法の有形力の行使と評価することはできない」と判示して、相当性を肯定している。また、「両手足の手錠、口元へのタオルの押し当て、身体の押しえつけ」の相当性が問われた⑤徳島地判平18・3・24は、身体を押しえつけた状態で搬送中、Xが意識不明となり、低酸素脳症により死亡したという事案に

において、「警職法3条1項に基づく保護において、被保護者の状態等に照らして必要である場合には、やむを得ず、手錠を用いる場合もあるというべきである」と述べたうえで、本件被保護者においては、「警察ワゴンの車内で、両手を振り回して暴れたり、両足で窓ガラスを割ったり、運行中に両足を車外に出そうとしたりするなど、激しく抵抗し、自己や同乗者の生命や身体に危険を生じさせるおそれがある状態であったということができるのであり、このような状態の被保護者に対処するために被保護者の両手足に手錠を掛けることは、保護の目的を達成するためにやむを得ないものというべきである。また、甲署警察官らは、X（原告：筆者注）が舌を噛み切って自殺しようとしていたことから、これを防止するため、Xの口元にタオルを押し当てたにとどまり、このような行為は、保護の目的を達成するに当たって必要かつ相当なものということができる」として、なお相当性認めうる旨判示している。

以上の判例を踏まえると、とりわけ後ろ（両）手錠の使用に関して、裁判所はきわめて慎重な態度を示しているといえよう。思うに、後ろ手錠が正当化されるのは、上述した比例原則に照らし、まさにその場で自傷他害の危険性が相当高度に認められるような、緊急性・必要性を具備する例外的な場合に限られるべきである。

福岡高裁は、安永氏に後ろ両手錠をかけたことについて、時間的に5分程度と短いこと、抵抗の度合いが強く、いったんは弱まったとしても再度抵抗する可能性があったこと、などを理由として、保護行為として必要最小限度であったと判示している。しかしながら、後ろ（両）手錠の相当性についてきわめて慎重な姿勢を維持している従来の諸判例と比べてみても、本件での態様はやはり相当性を逸脱していたというべきである³⁰。また、警察官が無理矢理取押さなければそもそも抵抗することはなかったといえること、後ろ両手錠を用いずとも多数の警察官が臨場していた状況から見て十分制圧可能であったこと、などから、まさにその場で自傷他害の危険性が相当高度に認められるような緊急性・必要性は存在していなかったといえる。さらに、全力での抵抗を考えると、5分という時間は決して短くないこと、客観的に見て安永氏はぐったりした様子であったことから再度の抵抗の可能性は高くなかったといえること、などからも、およそ保護行為の相当性を首肯することは困難であろう。

Ⅷ 本判決に対する総評と今後の課題

以上の考察から明らかなように、本事件に対する福岡高裁の判断は、警職法3

条1項1号における各要件および保護行為の相当性の解釈適用を悉く誤ったものと評価せざるをえない。警職法上の保護行為が正当化されるためには、本法の意義、趣旨および沿革を踏まえたうえで、被保護者の人権保障に十分意を払うことが必要不可欠であるが、本判決ではおよそこの視点が抜け落ちてしまっている。また、上述したように、本判決が、警察官が知的障害者を保護するに際して一定の注意義務を負うことをはじめ正面から認めた点では画期的と叫ぶが、これを否定する例外的な場合を広く認めたことで、その有する意義が半減してしまったことについては、残念というほかない。本事件では、たしかに知的障害者に対する配慮義務の存否が一争点となったが、本来誰も異なる個性を有している以上、警察官は常にその者に適した合理的な対応を行わなければならないことは、いわば当然であるともいえる。今後、同法が問題となった際には、対象が知的障害者であるかどうかにかかわらず、その者の人権に最大限配慮した解釈適用がなされることが強く望まれよう。

近時、わが国において障害者の権利保護を目的とした法整備が漸次進められている。すなわち、国連における障害者権利条約の採択（2006年）を発端として、わが国での批准（2014年）、障害者総合支援法（2013年）、障害者差別解消法（2016年）等の制定が立て続けになされ、他法領域との接合が求められている。当然、この流れは刑事法にも及ぶものである以上、この分野でも障害者を含めた多様な市民像を念頭においた運用がなされなければならない。したがって、今回問題となった保護以外にも、行政警察活動としての職務質問、所持品検査や任意同行にくわえ、さらには司法警察活動としての逮捕等の強制力の行使においても、捜査機関は対象が場合によっては障害者でありうることを前提として対応する必要があるように思われる。その意味で、今回の判決がその契機となることを切に願いたい。

¹ Westlaw.Japan【文献番号：2015WLJPCA12216004】。なお、佐賀地裁（平26・2・28）および当福岡高裁の判決については、賃金と社会保障1658号（2016年）に掲載されている。また、本事件および訴訟の経緯については、斎藤貴男『健太さんはなぜ死んだか』（山吹書店、2017年）参照。

² 本訴訟と警職法との関係については、「特集障害者『保護』と警職法」賃金と社会保障1714号（2018年）4頁以下に詳細な分析がある。

³ 古谷洋一編著『注釈警察官職務執行法』[4訂版]（立花書房、2014年）244頁。

⁴ 渡辺咲子「保護」田宮裕・河上和雄編『大コンメンタール警察官職務執行法』（青林書院、

- 1993年) 253頁。
- ⁵ 警察制度研究会編『注解警察官職務執行法』（立花書房、2005年）73頁。
- ⁶ 古谷・前掲注3、225頁。
- ⁷ 「当該行政官庁ハ泥酔者、瘋癲者、自殺ヲ企ツル者其ノ他救護ヲ要スルト認ムル者ニ対シ検束ヲ加工、兇器其ノ他危険ノ虞アル物件ノ仮領置ヲ為スコトヲ得 暴行、鬭争其ノ他公安ヲ害スルノ虞アル者ニ対シ之ヲ予防スル為ニ必要ナルトキ亦同シ」
- ⁸ 大戸基男『注解警察官職務執行法』[第8版]（立花書房、1965年）79頁。
- ⁹ 古谷・前掲注3、228頁。
- ¹⁰ 藤岡毅「I 安永事件の概要と座談会の趣旨」・前掲注2、9頁は、「精神錯乱」に意思能力の欠如を入れることについて、認知症のように意思能力はなくても極度の興奮状態等にはない場合には「精神錯乱」とはいえないため、妥当でないとする。
- ¹¹ なお、岡崎伸郎「精神保健福祉法の根本問題」岡崎伸郎編『精神保健・医療・福祉の根本問題』（批評社、2009年）は、ここでいう「知的障害」は明らかに疾患名ではなく障害名であり、これを精神疾患の例示として挙げるのは問題だとする。なお、大谷實『精神保健福祉法講義』[第3版]（成文堂、2017年）36頁参照。
- ¹² もっとも、渡辺・前掲注4、261頁は、本条にいう「精神錯乱」の状態にある者は「精神障害者」に当たる場合が少なくないとする。
- ¹³ 大判昭6・12・3。安田拓人『刑事責任能力の本質とその判断』（弘文堂、2006年）20頁は、このような理解は、学説上、細かい点を除けば、おおむね支持されているとする。団藤重光『刑法綱要総論』[第3版]（創文社、1990年）280頁、大塚仁『刑法概説（総論）』[第4版]（有斐閣、2008年）453頁。
- ¹⁴ 古谷・前掲注3、228頁は、精神錯乱者が心神喪失者に該当する場合もあるが、本条の保護の対象となるか否かは、刑法の心神喪失者に当たるか否かとは直接関係がないとする。
- ¹⁵ 本事例では、あくまでも精神の興奮にすぎないのであって、「精神錯乱」にまでは至っていないように思われる。
- ¹⁶ 出射義夫『警察権限詳論』（警察時報社、1958年）153頁、渡辺・前掲注4、250頁。
- ¹⁷ 警察制度研究会・前掲注5、79頁。
- ¹⁸ 精神保険福祉研究会監修『四訂精神保健福祉法詳解』（中央法規、2017年）245頁。
- ¹⁹ 「第27条第1項又は第二項の規定により診断をした指定医は、厚生労働大臣の定める基準に従い、当該診察をした者が精神障害者であり、かつ、医療及び保護のために入院させなければその精神障害のために自身を傷つけ又は他人に害を及ぼすおそれがあるかどうかの判定を行わなければならない」
- ²⁰ 精神保険福祉研究会・前掲注18、258頁。
- ²¹ 植木淳「憲法学からみた安永事件、警職法」・前掲注2、18頁。
- ²² 警察制度研究会・前掲注5、74頁。
- ²³ 渡辺・前掲注4、264頁参照。
- ²⁴ 金子仁洋『新版警察官の職務執行』（東京法令、2009年）229頁もまた、迷い子・病人・負傷者だけでなく、精神錯乱者・泥酔者であっても、それらの者に意思能力があればその意

思を尊重して保護するかどうかを決めなければならないとする。

²⁵ 古谷・前掲注3、249頁。

²⁶ 「この法律に規定する手段は、前項の目的のため必要な最小の限度において用いるべきものであつて、いやしくもその濫用にわたるようなことがあつてはならない」

²⁷ 「警察の活動は、厳格に前項の責務の範囲に限られるべきものであつて、その責務の遂行に当つては、不偏不党且つ公平中正を旨とし、いやしくも日本国憲法の保障する個人の権利及び自由の干渉にわたる等その権限を濫用することがあつてはならない」

²⁸ 古谷・前掲注3、28頁。

²⁹ 田村正博『現場警察官権限解説上巻』[第3版] (立花書房、2014年) 40頁、堀内尚『Q & A実例警察官の職務執行』[補訂] (立花書房、2008年) 49頁。

³⁰ 藤代浩則「警職法の保護行為の意義、判例等の考察」・前掲注2、17頁。

判例研究②
JR 東海事件

【判例研究】JR 東海事件（最三判平 28・3・1）

－医事法学の視点からの検討

小西 知世（明治大学）

- I 本判決を取り巻く状況とアプローチ視角
- II 認知症と医療と福祉
- III そこから見えてくる本質

I 本判決を取り巻く状況とアプローチ視角

平成という時代の終わりに姿を現し、令和の時代における社会的問題のひとつを予言した判決——最高裁平成 28 年 3 月 1 日判決は、のちにそのような判決として語られることになるのかもしれない。

認知症事故訴訟あるいは JR 徘徊事故として報道された本事件は、社会的に非常に大きな注目を集めた¹⁾。最高裁判決から数年を経た今でも、手記が出版されたり²⁾、本判決をひとつの素材として認知症と社会との関わりを検討する特集が組まれたりする³⁾など、様相は依然として変わらないと言ってよいだろう。

それは法学界においても例外ではない。本事件は判示事項の特徴から、地裁判決から最高裁判決にいたるまで、どの判決も常に注目の的であった。結果、判例研究を中心に、民法——とりわけ 714 条 1 項における法定監督義務者該当性および準監督義務者該当性を主な論点とする論考——⁴⁾はもとより、社会保障⁵⁾や保険⁶⁾などの観点から、非常に数多くの優れた論考が呈示される状況となっている。

かような現況下では、同様の視点からアプローチをしても、もはやさほどの価値もあるまい。本件担当弁護士である畑井弁護士の論考や数多ある先行研究で十分に事足りると思われる。ことここに至って、いま求められることは、これまでとはやや違った角度からこのケースにアプローチをして、これまでとは異なる姿を少しでも浮かび上がらせることのほうにあるだろう。そこで、ここでは医と法の視点から、しかも本判決で裁判所が示した論理ではなく事案そのものとそれを取り巻く法的な議論状況、そして制度的状況に軸足をおくスタンスで、このケースへのアプローチを試みてみようと思う。

なお、このような生産的思考に基づき議論を展開しようとする、事件当時と現在とでは関連する法制度や政策が、すでに異なる姿を見せているという状況⁷⁾——たとえば、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律（以下、「精神保健福祉

法」)は、2013年に大きく改正されている⁸⁾——や、2025年には認知症高齢者の数が約700万人(65歳以上の5人に1人)にもなる⁹⁾という社会状況などをも視野に収めて検討することが必要となることから、ここでは事件当時の状況に限定する形で議論をするのではなく、あえて現在にまで視野の裾野を広げ、その状況を踏まえた上での議論を展開するというスタイルを採ることとする¹⁰⁾。

II 認知症と医療と福祉

このケースでもっとも目立つ特徴のひとつが、「誰が加害者で誰が被害者なのか」¹¹⁾わからないという点であろう。この点については、「認知症高齢者は加害者になる可能性と同時に、被害者になる可能性を抱えている……これらが同時に生じる場合もあり、本件ではまさに徘徊に伴って、自らも命を落とし、あわせて鉄道会社にも損害を与えた事案であった」¹²⁾との指摘がなされている。換言するならば、この現象は“加害者である被害者”と“被害者である加害者”との間での訴訟であったがゆえに生じた現象だったのである。

このような、いわば加害者と被害者の立場が融解した現象が生じたのは、認知症高齢者の特質に原因があると言われることがある。そこで最初に認知症について簡単にみておくことにしよう。

I 認知症とは

認知症(器質性認知症)とは、医学的に「いったん正常に発達した認知機能や精神機能が後天的な脳の障害により低下し、日常生活・社会生活に支障をきたしている状態」¹³⁾と定義づけられている。もっとも認知症、とくにアルツハイマー型認知症¹⁴⁾に対しては「独立した脳の病気として考えるのではなく、通常の脳の老化現象が極端に強まっていることによって生じる現象と捉えた方がいい」¹⁵⁾との指摘もなされている。つまり、認知症は、疾病と障害との間に連続性が認められるものであり、疾病でもあり障害でもあると言えるものである、ということが出来る¹⁶⁾。それゆえに、本ケースについて考えるとき、疾病(医療)と障害(福祉あるいは介護・ケア)の両方の視点からアプローチすることが必要不可欠となる。

2 認知症と精神科医療

疾病の観点から認知症高齢者を見た場合、認知症高齢者は自分と他人との区別ないし境界が融解する傾向があるという指摘——「認知症高齢者は、脆い(フラジャイルな)存在であるが、その脆弱性(フラジャリティ)は、自分自身が傷つきや

すいという脆さであると同時に、他者を傷つけてしまう、加害者になってしまうという脆さでもある」¹⁷⁾——がなされていることに、まずは留意する必要があるだろう。この特質を起点として、認知症高齢者の議論が、自傷他害というファクターを媒介として「本人の自由の尊重 vs 本人、そして第三者の保護という、精神医療で繰り返し議論されている」¹⁸⁾ 論点と軌を一にすることになり、ややもすれば精神科医療や精神保健福祉法と安易に結びつけられ議論される現象が生じるからである。

確かに、このケースでは714条1項の法定監督義務者該当性が争点となっていたことから、精神保健福祉法が議論の俎上にあがらねばならない必然性があったといえよう。また、認知症患者の行動・心理症状（BPSD）に対し抗精神病薬も用いられること¹⁹⁾、暴力や身体合併症など激しいBPSDを示す認知症患者への対応は精神科病院の認知症治療病棟が妥当であるとされていること²⁰⁾などを惟みれば、今日においても認知症と精神科医療とを結びつけて検討しなければならない場面もあろう。

しかし、認知症に対する医療は、オレンジプラン以降、大きな変化を迎えている。そこでの精神科医療は、「最後の手段」あるいは「なるべく避けるべき手段」であり、しかも入院医療は「外来レベルの精神科医療で対応できないときに、はじめて精神科入院医療の適応になる」とされており²¹⁾、あくまでも急性期の一時的な対応に限局される方向にある。またBPSD治療の基本も非薬物療法にあり、薬物療法を実施する場合であっても抗認知症薬などを先行して用い、抗精神病薬は限定的に用いるとされている²²⁾。

このケースは民事訴訟であったため、その固有の性質から714条1項の議論がクローズアップされると同時に他の事象が捨象され、それにともない本件に関する各議論の射程範囲も限定的かつ合目的的にならざるをえないことは仕方のないことであろう。ただそれにしても、このケースに関し法的議論を展開するものの多くが、714条1項と関わりをもつ精神保健福祉法の一部だけを切り取る形で議論をまとめてしまい、その余の議論が途切れてしまう、あるいは非常に薄くなってしまうという傾向が少なからずあるように感じられる。

認知症高齢者をとりまくケアは、一般的に、高齢化にともなう障害として認知症が徐々に深刻化していくなかで、障害と疾病との間を、いつたりきたりしながら展開されるという実態がある。そこには、認知症に関するさまざまな法制度があり、他方、その枠組のなかで、メインキャストである高齢者、メインを取り巻く家族やケアスタッフなどの登場人物がそれぞれの立場に応じて各種法制度と関わり合いを持ち、各々の出番にしたがってそれぞれが舞台上上がり、舞台の流れ

の中でしばしば枠の不自由さを感じつつ、時には自分の責任で枠を越えたアドリブを交えさえしながら役を演じ、皆でひとつの物語を描いていくという現場の実態・法の枠組・法の運用実態がある。それらを重ね合わせ考えていくという視点から、714条1項や精神科医療の立ち位置を確認しつつ、このケースを振り返ってみる必要はないであろうか？²³⁾

そしてそのような視点から紐解いていくと、このケースでは、認知症と精神科医療との関係性以上に、その議論に辿り着く前にある法制度をみていくことのほうが重要であることに気づかされるだろう。そこで、ここからはこの領域に視点を移して俯瞰してみよう。

3 認知症とそのケアをめぐる政策

この視点から法制度を見た場合、介護保険法が基軸として関わってくることにつき、もはや多言を要しないだろう。しかしながら、介護保険法の中身を個別具体的に見て認知症と法制度との関わりにつき考えても得られるものが少ないように思われる。議論が各論的なものとなってしまう、この問題を考える際に必要となる大局的な視点が得られないからである。それゆえに、一步距離をおいた場所から全体を把握することができる議論、すなわち認知症高齢者に対する介護——より正確に言い換えるならば、介護だけではなく医療をも含めた包括的なケア——に関する政策に注目したほうが、得られるものが多いように感じられる。

この事件が発生してから約5年後、認知症に関する政策にパラダイムシフトを生じさせるひとつの報告書が公表された。厚労省認知症施策検討プロジェクトチーム報告書「今後の認知症施策の方向性について」²⁴⁾である。そこでは「『認知症の人は、精神科病院や施設を利用せざるを得ない』という考え方を改め、『認知症になっても本人の意思が尊重され、できる限り住み慣れた地域のよい環境で暮らし続けることができる社会』の実現」が目標として設定され、概して居宅から施設・病院へという流れにあったこれまでのケアの流れを逆転させるという方針が示されたのである。この方向性にしたがって、厚労省は「認知症施策推進5か年計画（オレンジプラン）」を策定し、同年9月、公表した²⁵⁾。もっとも、認知症対策は課題が多岐にわたることから、ひとり厚労省のみで推進・実現させることができないため、3年後には早くもオレンジプランを改め、新たに内閣官房・消費者庁・法務省など関係12省庁と共同し総合的に取り組んでいくこと示した「認知症施策推進総合戦略～認知症高齢者等にやさしい地域づくりに向けて～（新オレンジプラン）」が策定された²⁶⁾。なお、この新オレンジプランは、2017年度末が当面の目標設定

年度となっていたこともあり、2018年に内閣府は高齢社会対策大綱を閣議決定したうえで²⁷⁾ 内閣官房内に認知症施策推進関係閣僚会議を設置し²⁸⁾、2019年6月、当該会議は「共生」と「予防」を車の両輪として施策を推進していくことを基本的な考え方とする「認知症施策推進大綱」を公表した²⁹⁾。そして今、さらに認知症基本法案が国会に提出され審議入りしようとしている状況にある³⁰⁾。

このように事件以降、矢継ぎ早に政策が立案・推進されている状況や、基本法がこれから審議されようとしている状況は、まさにこの問題が令和の時代における喫緊の社会的問題であることを裏づけていよう。そしてまた、これらの政策や法案で常に問われ続け、検討され続けている課題こそ、まさに認知症高齢者をめぐる問題の中核であり、かくして、このケースにアプローチする際の重要な視点を与えるものとなるのである。さすれば、この課題は、いかなるものであろうか。実は、最高裁判決の補足意見において、そのひとつが示されているのである。

Ⅲ そこから見えてくる本質

最高裁判決の補足意見を見直してみよう。そこでは「介護は、介護労務という事実的行為と介護体制を構築する事務的行為とからなる」³¹⁾ こと、そして介護の環境形成・体制づくりにつき「認知症高齢者の在宅での介護は、身近にいる者だけでできるものではないが、身近にいる者抜きにできることでもない。行政的な支援の活用を含め、本人の親族等周辺の者が協力し合って行う必要があることであり、各人が合意して環境形成、体制作りを行い、それぞれの役割を引き受けている」³²⁾ との指摘がなされている。

この指摘と、ここまで示してきたいくつかのフォーカスポイントでそれぞれ結ばれるであろう像とを重ね合わせてみると、1つの像が立体的に浮かび上がってくる。それは、“認知症高齢者に対応するための体制をどのように構築し運用するのか？”という像であり、換言すれば、認知症高齢者に対するケアシステムとケアマネジメントのあり方についての問いかけである。

振り返ってみれば、本件は、確かに介護の内容そのものの問題ではなく、ケアシステムの構築とケアマネジメントのあり方に関する問題を社会に問うたケースであった。この視角から議論を矮小化したり限局化したりすることなく、本件をあらためて位置づけしなおすことによって、はじめてこのケースの実像に迫ることができるように思われる。

してみると、本ケースは非常に難しい事案であったことを看取することができるだろう。本ケースは、認知症高齢者の変化に対して家族の対応が円滑にできて

いたがゆえに、その裏側で気づかずに進行していたケア体制とケアマネジメントの綻び、認知症が新たなフェイズを迎えたことを契機とする家族介護の限界が露呈した事案とみることができるからである。その意味で、本判決は、この綻びや限界によって悲劇的な事故が発生する前に、第三者がどのようにしてその状況を拾い上げ、どのように対応していくのか、実効性ある体制をどのように構築し運用するのかといった課題を我々に突きつけたものであったというべきなのであろう。本事件のゴールは、まだ程遠いところにあると言わざるをえないだろう。

¹⁾ 例として、高裁判決につき2014年4月24日に共同通信、毎日新聞が同月25日、最高裁判決につき2016年3月1日に時事通信、NHK総合ニュースウオッチ9(21:01:51～21:08:38)、同月2日は産経・朝日・読売・東京新聞の各朝刊など、非常に多種多様なメディアが本事件に注目し報道が繰り返された。

²⁾ 高井隆一『認知症鉄道事故裁判——閉じ込めなければ、罪ですか?』(2018年、ブックマン社)

³⁾ 「特集認知症 社会は変わったか」医療と介護 Next4 巻5号(2018年)4頁以下など

⁴⁾ さしあたり、山地修「判例解説」法曹時報69巻6号(2017年)153頁以下、瀬川信久「判例批評」民商法雑誌153巻5号(2017年)698頁以下、米村滋人「〈判例クローズアップ〉責任能力のない精神障害者の事故に関する近親者等の損害賠償責任」法学教室429号(2017年)50頁以下など参照。

⁵⁾ 岩村正彦「判例研究」社会保障研究1巻1号(2016年)240頁以下、江口隆裕「時事評論 徘徊事故補償制度私案」週刊社会保障2873号(2016年)44-45頁、菊池馨実「認知症高齢者の他害リスクと法的対応」生活経済政策647号(2016年)15頁以下など参照。

⁶⁾ 天野泰隆「認知症高齢者の監督義務者と賠償責任保険——最判平成28年3月1日JR東海事件判決を受けて——」勝野義孝先生古稀記念論文集編集委員会(編)『共済と保険の現在と未来 勝野義孝先生古稀記念論文集』(文眞堂、2019年)16頁以下など参照。

⁷⁾ かかる現象は、昨年度の学会報告時と原稿執筆時との間においてですら生じている。それゆえに、本稿の内容が報告時の内容と若干の差異が生じていることを御了承賜りたい。

⁸⁾ 精神保健福祉法の改正については、精神保健福祉研究会(監)『4訂 精神保健福祉法詳解』(中央法規、2016年)49-54頁、新垣元「保護者制度の廃止とその問題点」公益社団法人日本精神科病院協会(監)高柳功ほか(編)『3訂 精神保健福祉法の最新知識——歴史と臨床実務』(中央法規、2015年)57頁以下などを参照されたい。

⁹⁾ この点について指摘する最近の資料として、内閣官房認知症施策推進のための有識者会議第2回資料1「認知症年齢別有病率の推移等について」がある。https://www.kantei.go.jp/jp/singi/ninchisho_kaigi/yusikisha_dai2/siryou1.pdf (2019年10月15日閲覧)

¹⁰⁾ その限りで、本稿は、通常の判例研究の方法論とはかなり異なったアプローチに基づくものであることをあらかじめ断っておきたい。なお、成年後見法の視角からの検討については、

紙幅の都合から対象外する。

- 11) 長沼健一郎「認知症高齢者への保険対応」保険学雑誌 630 号（2015 年）38 頁
- 12) 長沼健一郎「認知症高齢者列車事故への保険論的視角」週刊社会保障 70 巻 2876 号（2016 年）50 頁
- 13) 尾崎紀夫ほか（編）『標準精神医学』（医学書院、第 7 版、2018 年）406 頁。なお、WHO 国際疾病分類第 10 版（ICD-10）（1993 年）では「通常、慢性あるいは進行性の脳疾患によって生じ、記憶、思考、見当識、理解、計算、学習、言語、判断など多数の高次皮質機能障害からなる症候群」とされる。なお、WHO の定義は、日本神経学会（監）「認知症疾患診療ガイドライン」作成委員会（編）『認知症疾患診療ガイドライン 2017』（医学書院、2017 年）2 頁でも採用されている。
- 14) アルツハイマー型認知症は、65 歳以上の高齢者では 5 割以上、80 歳以上の超高齢者では、ほぼ 9 割を占めると言われている（松下正明「『認知症医療・介護と法』雑感」法と精神医療 33 号（2018 年）33 頁）
- 15) 松下・前掲注（14）35 頁。
- 16) 疾病と障害との関係については、砂原茂一『医者と患者と病院と』（岩波書店、1983 年）13 頁も参照されたい。
- 17) 長沼・前掲注（12）50 頁。
- 18) 村松太郎『認知症の医学と法学』（中外医学社、2018 年）146 頁
- 19) 厚東知成「精神科外来を受診するとき」平田厚ほか『介護・医療現場が知っておくべき認知症高齢者への対応と法律問題』（新日本法規、2019 年）53-58 頁。
- 20) 前田潔ほか「精神科病院における認知症医療——心理行動症状への対応——」精神雑誌 115 巻 1 号（2013 年）46 頁
- 21) 上野秀樹「認知症の人と精神保健福祉法」精神医療 71 号（2013 年）78 頁
- 22) 厚東・前掲注（19）56-57 頁。
- 23) この点、保険の視角からのアプローチは、確かにそれらとは議論の射程範囲が異なるだろう。しかしながら、その中心は事故発生後の事後的対応について検討するものであり、それだけではこの問題の核心部分を検討したことにはならないように思われる。
- 24) 2012 年 6 月 18 日公表。現在、厚労省第 91 回社会保障審議会介護給付費分科会資料 2-2 において内容を確認することができる。<https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000002fv2e-att/2r9852000002fv5j.pdf>（2019 年 10 月 15 日閲覧）
- 25) 2012 年 9 月 5 日公表。<https://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/2r9852000002j8dh.html>（2019 年 10 月 15 日閲覧）
- 26) 2015 年 1 月 27 日公表。なお、平成 29 年 7 月 5 日に改訂された。<https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12300000-Roukenkyoku/0000079009.pdf>（2019 年 10 月 15 日閲覧）。
- 27) 2018 年 2 月 16 日閣議決定。<https://www.8.cao.go.jp/kourei/measure/taikou/h29/hon-index.html>（2019 年 10 月 15 日閲覧）
- 28) 2013 年 9 月に発足していた「認知症高齢者等にやさしい地域づくりに係る関係省庁連絡会議」

を改組再編する形で立ち上げられた。

²⁹⁾ 2019年6月18日公表。 https://www.kantei.go.jp/jp/singi/ninchisho_kaigi/pdf/shisaku_taikou.pdf (2019年10月15日閲覧)

³⁰⁾ なお、本法案は議員立法である。認知症基本法案の詳細については、衆議院ホームページを参照されたい。 http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_gian.nsf/html/gian/honbun/houan/g19805030.htm (2019年10月15日閲覧)

³¹⁾ 大谷剛彦裁判官の補足意見。

³²⁾ 木内道祥裁判官の補足意見。

公募論文

旅行業における「同伴者の同行」という条件付与の不当性

－障害者差別解消法の課題

西田 玲子 (東京大学)

星加 良司 (東京大学)

飯野 由里子 (東京大学)

- I 問題の所在
- II 解消法の基本的な考え方
- III 「同伴者の同行」と合理的配慮
- IV 「同伴者の同行」と不当な差別的取扱い
- V 問題の考察

I 問題の所在

障害者が旅行を楽しむ機会は、いまだ十分に確保されているとはいえない。現在では「ユニバーサルツーリズム」等、障害者の参加を考慮した募集型企画旅行（以下、「ツアー」という。）が販売されるようになってきたとはいえ、その数は相対的に少なく、目的地や日程等も限定されている¹。そのため、一般のツアーにも障害者が参加できるようにすることが重要だが、その多くは、障害のない旅行者を想定して企画されているため、障害者が同等のサービスを楽しむことは難しい。

また、一般のツアーへの参加に当たって、旅行会社が障害のある参加者に対して「同伴者の同行」を求めることが慣習として行われているが、そのような特別な条件付与は、障害者の機会制約となり得る²。この問題の背景には、旅行業に特有な幾つかの性質があると考えられる³。たとえば、旅行中に顧客の幅広いニーズに直面する可能性があるだけでなく⁴、旅行サービスが複数の事業者の提供するサービスの組み合わせであるため、他の事業者の状況や事業者間の「隙間」によってサービス提供が不安定化するおそれがある⁵。これにより、旅行会社は事前に想定していない問題に直面するリスクを高く見積もりがちになる。一方で、事業全体の規模に比して個々のツアーで予定されている人的体制が脆弱であることに加え⁶、事業者と顧客との関係性が一回的であるため、他のツアー参加者がサポートの主体となることが難しく⁷、リスクへの対処の選択肢が制約されている。これら

の事情を踏まえると、「同伴者の同行」という条件付与は、このようリスクに対する対処策の希少さを埋め合わせる手段と解釈することもできる。しかし、たとえば障害者の旅行機会の確保を意図したものであったとしても、「同伴者の同行」が障害者に対してのみ付される特別な条件である以上、それは権利侵害となり得る。

2006年に国連で採択された障害者権利条約（以下、「権利条約」という。）では、30条5項において、締約国に対し「(c) 障害者がスポーツ、レクリエーション及び観光の場所へのアクセスを認められることを確保すること」と「(e) 障害者がレクリエーション、観光、余暇及びスポーツ活動の企画に関与する者によるサービスを利用することを確保すること」を求めており、旅行を含む余暇活動への参加の権利に言及している⁸。これを踏まえれば、障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律（以下、「解消法」という。）の解釈・運用においても、旅行に際して障害者に不利益をもたらす慣行を是正し、権利保障の機能を果たすことが期待される⁹。にもかかわらず、「国土交通省所管事業における障害を理由とする差別の解消の推進に関する対応指針¹⁰」（以下、「対応指針」という。）で示された事例は、「同伴者の同行」という従来の慣行が比較的容易に容認されるように誤読されるおそれがある¹¹。

そこで、本稿では、「同伴者の同行」という条件付与について、解消法の不当な差別的取扱いの禁止、及び、合理的配慮の提供の観点から検討を行うことで、問題の真相を明らかにすることを目的とする。解消法の問題を扱う先行研究の中でも旅行分野に関するものは極めて少ないことから¹²、本稿では、解消法の条文と法の趣旨に従いながら、対応指針に示された行政解釈の課題を明らかにする¹³。

II 解消法の基本的な考え方

解消法は2013年に成立し、2016年4月より施行された。解消法は、雇用分野以外のあらゆる分野を対象とする（13条）。事業者に対し、障害者への不当な差別的取扱いを禁止し（8条1項）、合理的配慮の提供を努力義務として課している（8条2項）。業種や規模を問わず、あらゆる事業者がその対象となる（2条7号）。法が対象とするのは2条1号の「障害者」に該当する者であり、いわゆる障害者手帳の所持者よりも広い。

本節では、解消法8条1項、2項について、「障害を理由とする差別の解消の推進に関する基本方針（平成27年2月24日閣議決定）」（以下、「基本方針」という。）を参照しながら確認する。

1 不当な差別的取扱いの禁止（法 8 条 1 項）

「事業者は、その事業を行うに当たり、障害を理由として障害者でない者と不当な差別的取扱いをすることにより、障害者の権利利益を侵害してはならない」（解消法 8 条 1 項）。当該規定について、基本方針は、「法は、障害者に対して、正当な理由なく、障害を理由として、財・サービスや各種機会の提供を拒否する又は提供に当たって場所・時間帯などを制限する、障害者でない者に対しては付さない条件を付けることなどにより、障害者の権利利益を侵害することを禁止している」（第 2 の 2 (1) ア）としている。なお、「不当な差別的取扱い」とは、「正当な理由なく、障害者を、問題となる事務・事業について本質的に関係する諸事情が同じ障害者でない者より不利に扱うこと」であり、たとえば障害者でない者よりも良い条件を付与することは含まれない（同第 2 の 2 (1) イ）。

「正当な理由」という要素は、基本方針で出現している。また、「財・サービスや各種機会の提供の拒否または場所・時間帯などの制限」、「障害者でない者に対しては付さない条件の付与」は、「不当な差別的取扱い」になり得る具体的な行為の例示と考えられる。

基本方針によると、「正当な理由」を構成するのは、「客観的に見て正当な目的の下に行われたもの」で、「その目的に照らしてやむを得ない」といえる場合に限られる（第 2 の 2 (2)）¹⁴。その判断に当たっては、事業者が「個別の事案ごとに、障害者、事業者、第三者の権利利益（例：安全の確保、財産の保全、事業の目的・内容・機能の維持、損害発生防止等）等の観点に鑑み、具体的場面や状況に応じて総合的・客観的に判断することが必要である」とされている（同上）。

2 合理的配慮の提供（法 8 条 2 項）

解消法では、行政機関等に対しては合理的配慮の提供を義務（7 条 2 項）とする一方、事業者に対しては努力義務（8 条 2 項）としている¹⁵。「事業者は、障害者から現に社会的障壁の除去を必要としている旨の意思の表明があった場合において、その実施に伴う負担が過重でないときは、障害者の権利利益を侵害することとならないよう、当該障害者の性別、年齢及び障害の状態に応じて、社会的障壁の除去の実施について必要かつ合理的な配慮をするように努めなければならない」（同法 8 条 2 項）。基本方針によると、この「社会的障壁の除去のための手段及び方法」、すなわち、合理的配慮は、「障害の特性や社会的障壁の除去が求められる具体的場面や状況に応じて異なり、多様かつ個別性の高いもの」であり、さらに、「当該障害者が現に置かれている状況」を踏まえること、及び、「障害者の

性別、年齢、状態等に配慮する」ことが求められる(第2の3(1)イ)。また、合理的配慮とは、「『(2) 過重な負担の基本的な考え方』に掲げた要素を考慮し、代替措置の選択も含め、双方の建設的対話による相互理解を通じて、必要かつ合理的な範囲で、柔軟に対応がなされるもの」とされている(同上)。なお、基本方針では、「行政機関等及び事業者の事務・事業の目的・内容・機能に照らし、必要とされる範囲で本来の業務に付随するものに限られること、障害者でない者との比較において同等の機会の提供を受けるためのものであること、事務・事業の目的・内容・機能の本質的な変更には及ばないことに留意する必要がある。」(第2の3(1)ア)とその範囲についても言及されている。つまり、条文には明記されていない「本来業務付随」、「同等機会の提供」、「本質変更不可」という要素が基本方針において出現している。

また、法律上、明示的に差別の定義を設けていないが¹⁶、基本方針において、法は「合理的配慮の不提供」を「差別」と規定しているとする考え方が示されている(第1の2(1))¹⁷。

ちなみに、「過重な負担」にかかる考慮要素も、基本方針にて示されている。すなわち、個別の事案ごとに、事業への影響の程度(事業の目的・内容・機能を損なうか否か)、実現可能性の程度(物理的・技術的制約、人的・体制上の制約)、費用・負担の程度、事業規模、財務状況等を考慮し、具体的場面や状況に応じて総合的・客観的に判断するものとされている(基本方針第2の3(2))。

III 「同伴者の同行」と合理的配慮

障害者の参加を制限する「不当な差別的取扱い」を判断する際、事業者が提供する「合理的配慮」について考慮する必要があるため、本節ではまず「同伴者の同行」という条件付与と「合理的配慮」の関係を議論する。

1 対応指針の検討

合理的配慮とは、「障害の特性や社会的障壁の除去が求められる具体的場面や状況に応じて異なり、多様かつ個別性の高いもの」(対応指針第二の2(1)、4頁)とされる。また、「過重な負担」の基本的な考え方として、事業者は、「当該障害者等との話し合いなどにより、その意向を十分に把握・尊重しつつ、具体的にどのような措置を講じるか検討・調整を行うこと」、さらに、「事業者は、過重な負担に当たると判断した場合は、障害者にその理由を説明するものとし、理解を得るよう努めること」(同第二の2(3)、5頁)と示されている。つまり、合理的配

慮を特定するための話し合いに、「過重な負担」の判断プロセスも組み込まれている。

対応指針は、基本方針で示された考え方を踏まえた上で、「過重な負担」を「主観的な判断に委ねられるのではなく、その主張が客観的な事実によって裏付けられ、第三者の立場から見ても納得を得られるような『客観性』が必要とされるもの」としている(第二の2(3)、5頁)。これは、「過重な負担」を根拠に、「合理的配慮の提供を求める法の趣旨が形骸化されるべきではない」(同上)という考えに基づくものといえる。

ちなみに、対応指針は「過重な負担」の項目において、「複数の事業者が関係する場合には、それぞれの事業者の負担も十分考慮した上で、提供予定の合理的配慮について、事業者間での引き継ぎなど連携を円滑に行うこと」(第二の2(3)、4-5頁)と示している。また、旅行業関係の「多くの事業者にとって過重な負担とならず、積極的に提供を行うべきと考えられる事例」には、「旅行申込み時に申告された障害の状況や希望を踏まえ、利用する運送機関等に、障害者に対して合理的な配慮を提供するよう要請する」(旅行業関係第2(2)①、27頁)とある。

これらを踏まえると、添乗員等が行う措置だけでなく、運送機関等に対し、合理的配慮を要請することも、旅行会社が行うべき合理的配慮となる。仮に、一部の事業者が「過重な負担である」と判断したとしても、全旅程に同行する同伴者を求める前に、旅行会社と障害者との間で欠けている配慮の対処について話し合うことが望ましい。

なお、条文上は「過重な負担」のみが、合理的配慮義務の消極的要件として規定されているが、対応指針でも、「本来業務付随」に関する基本方針の解釈が流用され、「医療行為など実施にあたって高度な専門知識や法令上の資格が必要とされる行為や、食事・排泄等の介助行為などは、国土交通省所管事業の本来の業務に付随するものとはいえず、合理的配慮の対象外と考えられる」(第二の2(1)、3-4頁)とされている。

すなわち、解消法の下では、障害者が合理的配慮として求めている措置を事業者が提供しない場合、当該措置が「過重な負担」もしくは「合理的配慮の対象外」であることが示されなければならないことになる¹⁸。

事業者と旅行者の関係は、旅行契約に基づくもので、契約の範囲を超えた行為(給付)は求められない。「本来業務付随」も同様のことを意味すると考えられる。ただし、旅行契約に基づき、合理的配慮の範囲を本来業務に付随するか否かで線引きすることは妥当であっても、旅行という行為の性質上、「食事・排泄等の介助行為」

のすべてが「本来業務に付随しない」とは言えない¹⁹。事業者が提供すべき合理的配慮の範囲については、一律に判断するのではなく、個別具体的な状況に照らして検討されなければならない。

2 同伴者の役割と合理的配慮の関係

旅行会社が、障害者のツアー参加に当たって同伴者の同行を求めるのは、同伴者の存在によって、障害者が「旅行に耐えられる」ようになることを想定しているため²⁰、同伴者には、それを可能にするための何らかの役割が期待されていることになる²¹。

一方、旅行会社は、旅行者がサービスを受けられるようにする一定の責任を負っている²²。その意味で、ツアーに参加する障害者に対して、事業者側が行うべき対応も当然存在しており、対応指針も、添乗員等において対応可能な支援措置が存在することを前提としている（旅行業関係第2(1)①、26頁等）。

これを踏まえると、同伴者に介助等の役割を求める場合、少なくともそれが旅行会社として行うべき合理的配慮ではないことが確認されていなければならない。つまり、①合理的配慮の対象外で、②事業者にとって過重な負担となり、③同伴者が対応可能である、という3つの要件について、(①∨②)∧③という関係が成り立つことが、同伴者に介助等の役割を期待する際にクリアすべき必要条件となる²³。

第1に、要件①と②について確認すれば、基本方針では合理的配慮の対象範囲（要件①）に関して、本来の業務に付随しないものや、事業の本質的な変更を伴うものは対象外とされている。さらに、合理的配慮義務の消極的要件である「過重な負担」（要件②）に関しては、基本方針において、事業への影響の程度（事業の目的・内容・機能を損なうか否か）、実現可能性の程度（物理的・技術的制約、人的・体制上の制約）、費用・負担の程度、事業規模、財務状況等を考慮して判断すべきものとされている。つまり、介助等の役割が、これらの要素に抵触する場合に「①∨②」が成立するということになる。

第2に、要件③について確認すれば、身体介助の一部や医療的なケアのように、専門的な知識や資格を有していなければ行うことができない（または行うことが適当でない）措置については、事業者側での対応は困難かもしれない²⁴。また、意思疎通の支援や精神面のケアについても、普段からよく知っている人でなければ十分な対応ができないこともある。他方で、同伴者が、家族や友人であったとしてもすべての条件を満たしているとは限らない。本来ならば、必要とされる介

助等の役割を、同伴者が対応可能か（要件③）は個別に確認しなければならないはずであるが、実態としては、その確認が契約時に十分にされていない。

同伴者に介助等の役割を求める慣行について批判的に考察するならば、③が満たされていないにもかかわらず、①∨②の成立のみをもって同伴者に役割が期待されていないか、①∨②が満たされていないにもかかわらず、③の成立のみをもって同伴者に役割が期待されていないか、という双方の観点から検討を加える必要がある。その際、要件③が慎重に担保されていないにもかかわらず実際上の問題（旅行に耐えられない状態）がさほど生じていないのだとすれば、そもそも本当に①∨②が成立していたのか否かを再検討する必要が出てくる。この場合、旅行会社は、「同伴者の同行」という条件付与によって、事業者として行うべき合理的配慮の提供義務を実質的に免れている懸念がある。

これとは別に、(①∨②)∧③の関係が成立するとしても、同伴者が旅行者として享受できたはずのサービスの質が担保されないという問題がある。通常ツアーに同行する添乗員が1人で、ツアー参加者全員の安全、旅程の円滑な遂行に責任を負うとすれば、仮に必要な措置はさほど困難なものでもなくとも、対応できないことがあり得る。この場合、必要な措置自体は特別な専門性等を要しないため、同伴者がその役割を担うことは可能である。しかし、添乗員が行った場合に全体の業務に支障が生じる程、長時間にわたって介助等の役割が必要だとすれば、それを担う同伴者が旅行者としてツアーを楽しむことができるのかどうかは疑わしい。つまり、ツアー中、同伴者に相当な負荷をかけることを前提とすれば、介助等の役割を求めることは可能（要件③）でも、それは別の契約上の問題を惹起する²⁵。

IV 「同伴者の同行」と不当な差別的取扱い

本節では、解消法が禁止する「不当な差別的取扱い」と「同伴者の同行」との関係について、「正当な理由」があるか否かという観点から検討し、対応指針の解釈について本稿の見解を示す。

1 「正当な理由」が成立する条件

基本方針では、具体的場面や状況に応じて、障害者、事業者、第三者の権利利益等を総合的かつ客観的に勘案する観点として、「安全の確保」、「財産の保全」、「事業の目的・内容・機能の維持」、「損害発生の防止」が例示されている。以下で示すように、旅行業においても、これら4つの要素は、事業者が契約に基づく債務を履行する上で不可分なものと言える。

パキスタン旅行中に起きたバス事故について旅行会社側の過失が問われた裁判²⁶では、主催旅行²⁷ 契約上の付随義務として、旅行会社に対し、「契約内容の実施に関し、遭遇する危険を排除すべく合理的な措置をとるべき注意義務（安全確保義務）がある」と判示されている²⁸。また、運送サービス事業者にとって安全確保義務は、運送契約の中心をなすもので、給付義務に属するとされている²⁹。

なお、標準旅行業約款（募集型企画旅行契約の部）23条では、「募集型企画旅行契約に従った旅行サービスの提供を確実に受けられるために必要な措置を講じること」（1号）とされており、そのような措置を講じたにもかかわらず、契約内容を変更せざるを得ないときには、「契約内容の変更を最小限にとどめるよう努力」しなければならない（2号）。また、旅程保証として、契約内容の重要な変更が生じる場合には、変更補償金を支払う旨の規定（同29条）が設けられていること、さらに、旅行者に与えた損害に対する賠償責任の規定（同27条）や、ツアー参加中に、その生命、身体又は手荷物の上に被った一定の被害に対する補償金もしくは見舞金についての特別補償の規定（同28条）が設けられていることから、「財産の保全」、「事業の目的・内容・機能の維持」、「損害発生の防止」に関する責任を一定程度負う。ただし、その責任は、旅行会社の故意または過失によって損害を発生させた場合に限定され、旅行者の故意又は過失により旅行会社が損害を被ったときは、当該旅行者が損害賠償の責めを負う（同30条）。

また、旅行の実施内容が契約内容と大幅に異なることを理由に、債務不履行並びに不法行為に基づき、損害賠償を求めた裁判では、約款上の賠償責任に関する規定について、「旅行業者が主催旅行を企画し、立案し、実施するにあたっては、当該旅行の目的地、日程、移動手段等につき、旅行サービス提供機関等の選択を含めて、旅行についての専門業者として、予め十分な調査、検討を経た上で合理的な判断及び措置を採るべき注意義務」があることを示すものであると同時に、その範囲には自ずと制約があり、旅行会社の責任の範囲を限定した規定でもあると解すべきとされている³⁰。

以上のことを踏まえると、先に示した4要素のいずれかを理由として、障害者に「同伴者の同行」という条件を付与する場合でも、主観的もしくは抽象的なリスクに基づき、あたかも旅行会社が無限責任を負っているかのような判断をするのではなく、客観的で実証的な根拠に基づいた具体的なリスクが認められる必要があると言える³¹。

2 対応指針の検討

対応指針では、「対応指針に盛り込まれた不当な差別的取扱いや合理的配慮の具体例は、事業者に強制する性格のものではなく、また、あくまで例示であって記載された具体例に限定されるものでもない」（第一の3、2頁）とされている。基本的に「不当な差別的取扱い」に当たるか否かは、個別の状況に応じて判断される。

以下では、「付き添い」等を含め「同伴者」が関わる対応指針の事例を確認する。

- (1) 「正当な理由がなく、不当な差別的取扱いにあたりと想定される事例」
 - a. 「同伴者がいないことを理由に、軽度な歩行困難な利用者の搭乗を拒否する。」（航空運送業関係第2(1)①、21頁）
 - b. 「障害者について、ツアー中の介助、補助その他の支援措置が必要ない、又は、支援措置が必要であるとしても、添乗員等において対応可能な医学的、専門的知識を要しない軽微な措置で足りるにもかかわらず、一律に、ツアーへの参加を拒否したり、旅程の一部に制限を加える、又は、介助者の同行をツアー参加の条件とする。」（旅行業関係第2(1)①、26頁）

- (2) 「障害を理由としない、又は、正当な理由があるため、不当な差別的取扱いにあたらないと考えられる事例」
 - a. 「障害の程度から客観的に判断して、緊急時に、乗組員が他の乗客の安全の確保を図りつつ補助を行ったとしても、安全に避難することが困難と考えられる場合において、当該障害者に介助者の付き添いを求める。」（対外旅客定期航路事業関係第2(1)②、17頁、国内旅客船業関係第2(1)②、19頁）
 - b. 「コミュニケーションに係る合理的配慮の提供に十分に努めた上で、緊急時等の客室乗務員の安全に関する指示が理解できないおそれのある利用者に対して付き添いの方の同伴を求める。」（航空運送業関係第2(1)②、21頁）
 - c. 「客室乗務員等の本来の業務に付随するものでないため、食事・化粧室の利用などの介助が必要な利用者に対して、付き添いの方の同伴を求める。ただし、食事は不要である旨利用者より申し出があった場合は、食事の介助のための同伴は求めない。」（同上、21-22頁）。
 - d. 「障害者について、ツアー中に、添乗員等において対応可能な医学的、専門的知識を要しない軽微な措置を超える介助、補助その他の支援措置が必要となるにもかかわらず、障害者が、介助者の同伴を拒絶する場合に、ツアーへの参加を拒否する、又は、旅程の一部に制限を加える。」（旅行業関係第2(1)②、27頁）

これらの事例は、事業者が取組を行うにあたって、個別の場面での判断に資するよう示しているものであって、事業者の取組を定められた範囲に限定する性質のものではない³²。とはいえ、個別の場面での判断に資するような例示として捉える以上、ツアーで利用する事業者から、「付き添い」を求められることも想定し得る。

しかし、ここで留意しなければならないのは、上記(2)-a, b, cの事例で求められている「付き添い」と旅行会社のいう「同伴者」は同じではないという点である。すなわち、上記事例における「付き添い」とは、旅客船や航空機を利用する間だけ必要とされる者のことであって、ツアーの最初から最後まで同伴する者のことではない。したがって、ツアーの添乗員や他のツアー参加者でも、運送機関等にとっては「付き添い」になり得る。この点を踏まえると、ツアーで利用する事業者から「付き添い」を求められた場合、旅行会社は、まず、添乗員等や他のツアー参加者を含めた人的リソースで対応可能かを考えるべきであろう。最初から、障害者に対し「同伴者の同行」を求めることで、問題の解消をはかろうとしているのだとすれば、その対応は適切ではない。

また、(2)-a, bの、緊急時に障害者が安全に避難すること、緊急時の安全に関する指示を障害者に理解してもらうこと、という目的は客観的にみて正当なものであっても、同伴者を求めることが、その目的に照らして妥当な手段と言えるのかは疑問である。(2)-bでは、指示が理解できない「おそれ」が示されているが、同様の「おそれ」は、障害者だけでなく、日本語や英語を理解できない顧客にも起こり得る。また、指示は理解していても、顧客が従わない「おそれ」もあり得る。事業者としてこうした「おそれ」すべてに対処することまで求められているわけではないこと、また実際、対処できるものではないことは明らかであろう³³。

他方、「不当な差別的取扱い」に当たらない事例とされているものの、「食事・化粧室の利用などの介助」を「客室乗務員等の本来の業務に付随するものでない」とする(2)-cの事例は、合理的配慮は「本来の業務に付随するものに限られる」という基本方針の考え方を具体化したものである。このため、当該事例は合理的配慮の観点から検討すべき事例であろう。

最後の(2)-dは、旅行業関係の事例であり、これも、「添乗員等において対応可能な医学的、専門的知識を要しない軽微な措置」を超えるという事象が、条件付与の「正当な理由」のように記述されている。だがこれも合理的配慮にかかわる事例であり、個別に「過重性」の判断が行われるべきである³⁴。前節で述べた

ように、旅行会社が行うべき合理的配慮には、障害の状況や障害者の希望を踏まえ、利用する運送機関等に、合理的配慮を提供するよう要請することも含まれる。したがって、添乗員等における対応の可否だけをもって、合理的配慮の対象外かどうかを判断するのは適切ではない。

なお、「合理的配慮の対象外」もしくは「過重な負担」であれば、事業者は合理的配慮の提供を怠ったことにはならない³⁵。だが、それが、ただちに「同伴者の同行」という条件付与の「正当な理由」にあたるのかどうかは、検討の余地がある。対応指針は、「「正当な理由」を根拠に、不当な差別的取扱いを禁止する法の趣旨が形骸化されるべきではなく、拡大解釈や具体的な検討もなく単に安全の確保などという説明のみでサービスを提供しないとといったことは適切ではない」（対応指針第二の1（2）、3頁）としている。

これらを受けて、次項では、対応指針で言及されている身体介助（移動・トイレ・食事）に関して、事業者側の義務と負担を個別に評価している裁判例を取り上げ、妥当な判断枠組みについて考える。

3 判例（シンガポールエアライン事件）の検討

シンガポールエアライン事件³⁶は、日本で初めて、障害を理由とする単独搭乗の拒否が債務不履行ないし不法行為を構成するか否かという問題に対して、判断を下したケースである³⁷。解消法が成立する以前の裁判例だが、本件高裁の判断は、解消法に基づき、単独搭乗の拒否に「正当な理由」があるか否かを考える上でも有用である。

本件は、脳性まひにより言語障害と上下肢に障害のあるX（原告・控訴人）が、タイ王国（バンコク）への旅行を計画し、旅行会社を通じて往復のフライトを予約したものの、航空会社Y（被告・被控訴人）から単独での搭乗を拒否されたため、本件搭乗拒否は、旅客運送契約上の債務不履行であり、公序良俗に反する不法行為であるとして、Yに対して慰謝料等を請求した事案である³⁸。

Xは、午前10時に出発する国際便に搭乗するため、空港に到着し、搭乗手続きの際に、身体障害があること、出国ゲートから現地の到着ロビーまでは介助者が同行せず、単独で搭乗することを伝え、機内食及びトイレに関して介助を依頼した。これに対し、Yは、介助者の同行がなければ搭乗できない旨を伝え、その理由として、Xに言語障害があり、意思の疎通がスムーズにできないこと、上肢及び下肢に障害があることを挙げた。Xを見送りにきた友人らがXの状態を説明するなどしたが、Xの単独搭乗は拒否された。

第一審では、Xには、「身体を抱えて移動させるとともに、緊急脱出を円滑に行うという客室乗務員にとって対応困難な援助が必要である」から、「特別の援助」が必要であると判断され、「身体障害者の積極的な社会参加、そのための移動の自由の確保の必要性を考慮しても」、本件搭乗拒否は正当と判示された。

他方で、控訴審では、「安全上の理由」とは当該航空機の運航上の安全を指すから本件搭乗拒否とは無関係であるとした上で、航空運送契約第8条1項(b)(1)に基づき、Xの単独搭乗が、運送人に対して特別な援助を必要とする場合に該当するか否かについて、判断している。

第1に、「個人仕様の電動車椅子を使用している乗客に対し、手押式の機内用車椅子に乗り換えて搭乗することを要求しているのであるから、機内において当該乗客が上記の車椅子から座席に座り換える作業（逆方向の作業を含めて「本件離着席作業」という。）をする際に、客室乗務員が援助をすべきことは、上記の要求をする以上は当然のこと」である。そうであれば、「トイレを使用する際に、本件離着席作業について、客室乗務員が援助をすることは対応困難ないし対応できない援助というべきではない」としている。また、「食事の介助に関しても、Xは自分で食器をセットしたり開けにくい蓋を取ったりすることは困難であるが、食事そのものは自分で行うことが可能であるから（前記（イ）の各証拠）、この点もさほどな援助とまでは言い難く、食事の介助に関し特別な援助が必要とは到底考えられない」としている。

なお、航空機の飛行中、予見及び回避が不可能又は困難な乱気流等による機体の大きな揺れが発生し、Xのトイレ使用中に、そのような揺れが発生する可能性を全くは否定できないとしつつも、「介助者（同行者）がいるといないとでこれによる危険が異なるとも認めがたいし（介助者がXと共にトイレの内部まで付き添うものではないと考えられる。）、その危険度は、単独で飛行機に搭乗した高齢者や児童より大きいものとも考えがたい」と判示した。

第2に、Xには両上肢及び両下肢に障がいがあり、自力のみで行動することが困難であるため、「緊急脱出時に脱出等の行動をするには、誰かの援助を必要とする」ことは認めている。ただし、「例えば高齢者や児童あるいは下肢のみの障がいのある人とどれほどの差異があるのかは疑問であるし、また援助者は介助者に限られるわけではなく客室乗務員あるいは他の乗客であっても差し支えはない」とし、「介助者が同乗していなければ、Xについて緊急時に対応困難あるいは対応できない特別の援助の問題が発生するということにはならない」と判示した。

第3に、Xの言語障害を理由に介助者の同乗を必要としたYの主張に対

し、通常の飛行状態において、Xとの意思疎通は難しくないとした上で、非常事態で時間的余裕のない状況下における意思疎通について、「意思疎通上の支障になる事由のないことが望ましいのはいうまでもない」としても、「予め、客室乗務員が緊急時における援助について、Xの身体障がい状況を考慮して具体的な態勢を立てておけば、それで事は足りるはずである。」また、「予め介助者が同乗していることで上記安全の確保ができると考えられる事態が具体的に想定できるわけではない。そうであれば、抽象的には緊急事態に備えて、介助者の同乗が望ましいとしても、それだからといって一律に同乗者がなければ同乗者がいる時と比してXの単独搭乗を拒みうるまでの援助に差異が生ずるということもできないのであって、この面から考えても、Xに関し、緊急時において他の単独搭乗者と異なると特別の援助が必要となるとも考えられない。」と結論づけた。

これらを受けて、飛行中の安全上の問題と、特別の援助の必要性という問題があり、この二つの問題を解消するために介助者の同乗を要するので、単独搭乗は認められないとするYの主張は、現実的ではないとしている。

しかし、高裁は、実際Xには「特別の援助」は必要なく、同伴者がいないことを理由に搭乗拒否をしたことは誤りであるとしても、それはあくまで事後的な判断であり、Yは、出発の約2時間前に初めてXの単独搭乗の報告を受けたといった事情から、限られた情報と時間的余裕のない中で、Xに「特別の援助」が必要であると判断し、搭乗拒否に及んだYの慎重な判断は不合理とは言えないと結論づけている³⁹。結果的に、Xが適切な時点までにYに対して必要な情報提供をしていなかったことから、Xの請求は棄却された⁴⁰。

本判決は、解消法の下で「正当な理由」がどのような場合に成立するかを判断する上でも、一定の示唆を与える⁴¹。

前項で示した対応指針の事例では、「緊急時等の客室乗務員の安全に関する指示が理解できないおそれ」、「食事・化粧室の利用などの介助が必要な利用者」（航空運送業関係第2(1)②、21頁）が、同伴者を求める理由として例示されているものの、本件控訴審の判断の方が、解消法の趣旨に近く、「正当な理由」の考え方にも適用できると思われる。なお、旅行会社は、仮に、他の事業者に対して障害のある旅行者の情報を提供し、配慮を要請した時点で、当該事業者から「付き添い」を求められたとしても、本控訴審判決のように、個別の状況に基づき判断し、適切な配慮を提供するよう要請することが望ましい。たとえば、航空会社から「付き添い」を求められることを事前に予想した上で、旅行会社が、障害者に「同伴者の同行」を求めているのだとすれば、旅行会社は合理的配慮を提供していない

ことになる。

以上の議論から、対応指針の事例を狭く解釈してしまうと、①実は事業者で対応可能なものも同伴者に求める、②「抽象的なリスク」の範囲を高く見積もりすぎる、といった、本来解消法の成立により、解消されると期待された差別が残され、誤った判断を導く可能性があることがわかる。

V 問題の考察

本節では、本稿のまとめとして、「同伴者の同行」という条件付与に関する解消法の適切な解釈について整理し、今後検討を要する法的課題を示す。

本来の業務に付随しないものや、事業の本質的な変更を伴うものを合理的配慮の対象外とすること、事業への影響の程度、実現可能性の程度、費用・負担の程度等を考慮して過重と判断されるような配慮の提供を免除することは妥当だが、当然、同伴者の側で対応可能な措置がすべて一律に合理的配慮の対象から外れるわけではない。したがって、まず合理的配慮の範囲を個別的に精査した上で同伴者と事業者の役割の配分を検討することが求められる。

このように、「同伴者の同行」という条件を付与する際には、その必要性・妥当性について個別具体的な状況に照らして判断をすることが必要である。こうした考量を行う上で、人権保障のために機能する独立性の高い国内人権機関を設立することも一定の有効性を持つであろう⁴²。国内人権機関は、差別や人権侵害を受けた当事者からの苦情申立てを受けて調査・審議を行い、その結果を踏まえて当事者と相手方との調停を行ったり相手方に意見や勧告を提出したりするほか、必要に応じて司法機関等との協議を行うなど、迅速で柔軟な調停・仲裁機能を果たすことのできる機関である⁴³。こうした国内人権機関の設置により、障害者側の権利性と事業者側の免責事由との間の調停機能が確保されれば、解消法の趣旨に適った形で「同伴者の同行」という条件付与が運用される可能性は高まるであろう。

ただし、I節で指摘したように、旅行業に特有なサービス提供時のリスクの高さが「同伴者の同行」に依存する慣習を生み出しているのだとすれば、旅行会社のみならず上記のような適切な対応を求めるだけでは十分な効果は期待できない。いまだ旅行中に必要な情報にアクセスするために、聴覚障害者が介助者を自力で手配するなどしなければならない状況にあることも事実である⁴⁴。現在の日本社会のように、聴覚障害があってもアクセスできるコミュニケーション手段が十分に普及していない状況のまま、旅行会社に合理的配慮の提供を求めようとすれば、添乗員が常時筆談対応をすることや筆談対応専門のスタッフを1名追加すること

が必要となり、たとえ事業者と障害者との間で適切な話し合いがなされたとしても、過重負担として事業者の義務が免責される可能性が高い。だが、もし旅行に関係する各事業者が、さまざまな障害に対応したかたちで情報を提供していたらどうだろう。旅行会社が担う負担の量は相対的に軽減され、その結果、聴覚障害のあるツアー参加者への筆談対応が過重負担と判断されない可能性は高まることになる。

上記の例が示唆するように、他の事業者のサービスや社会的なインフラを利用することで成立している旅行サービスのような事業において、障害者の権利保障を十全に図っていくためには、環境自体をアクセシブルなものに転換していくことが不可欠である。そのために必要なのは、合理的配慮の提供と、アクセシビリティを確保する事前的改善措置が両輪として機能することである⁴⁵。

これを踏まえれば、旅行における障害者の権利を実効的に保障するための法的整備として、第1に、解消法の下で、あらゆる事業者に対して合理的配慮の提供を義務化することが望まれる⁴⁶。ここでのポイントは、合理的配慮の提供を旅行会社に対して義務付ける点にあるのではなく、旅行サービスに関連するあらゆるサービスの実施主体である事業者が合理的配慮を適切に提供する状況を確保するために、あらゆる事業者に対する合理的配慮の義務化を行う点にある。

第2に、「高齢者、障害者等の移動等の円滑化の促進に関する法律（以下、「バリアフリー法」という。）」を、平等と非差別の視点に照らして充実させていくことが望まれる⁴⁷。もちろん、バリアフリー法は、第一義的には不特定多数に対する利便性の向上を図るものであり、個別的な権利を直接的に保障するものではないが⁴⁸、以上の文脈を踏まえ、障害者の旅行に関する権利の実質化に資するよう、より積極的にアクセシビリティの確保を要請する内容とすべきであろう⁴⁹。

以上のような法的整備を進めることによって、旅行会社が「同伴者の同行」という条件を付与する必要性は低下し、障害者の旅行への参加の権利がより十全に保障される蓋然性も高まると考えられる。

¹ 田中穂積「シンポジウム①障害者差別解消法と旅行業界の対応」日本補助犬科学研究 10 巻 1 号 (2016) 16 頁。

² 日本の現状では、こうした同伴者の手配は専ら障害者の側の個人的努力に委ねられている。障害者は自らの家族や知人の中から探すか、そのような旅行同伴サービスを提供する業者に依頼することになる。あくまで障害者が自らの努力で同伴者を手配しなければならないの

は、以下の②に該当すると言える。

障害者の参加を困難にしている事象には、①最初から参加を拒絶されている状態、②本人の一般的でない努力によってしか参加できない状態、③場は共有しているが実質的な参加になっていない状態、④一過的な実質性があっても継続性がない状態、の4つがあると指摘されている(藤井勉「障害者の参加」松井亮輔＝川島聡編『概説障害者権利条約』(法律文化社、2010) 19頁)。

- ³ 筆者らは、旅行会社の従業員向けに、解消法に関する研修教材を開発してきた。その際、旅行申込から契約終了までの具体的な場面に即して、法についての適切な理解を促すべく教材の内容を検討した結果、本文で触れる旅行業特有の性質に由来した、いくつかの困難があることが明らかになった。
- ⁴ 旅行には生活行為(食事・睡眠・排泄等)が伴う一方、日常からの乖離、アクティビティの多様性等により、旅行者の多様なニーズが生じることが想定される。
- ⁵ 対応指針(後掲注10)における旅行業の定義(旅行業関係第1、26頁)及び過重な負担の考え方(第二の2(3)、4-5頁)を参照。
- ⁶ 旅行業は、他産業と比較して、生産性や収益率が低い業界と言われる。価格優先、効率重視で、添乗員等の人的サービスを制限した商品造成がされる傾向にある(丸山政行『ネット時代の旅行業』(清文社、2018) 13-14、43-44頁)。
- ⁷ 解消法が対象とする分野でも、教育分野は、学校と児童・生徒との関係性が継続的であるため、特別の事情がある場合を除き、生徒間のサポートを視野に入れることは否定されない。
- ⁸ 日本での先行研究では、権利条約に関して、6条(障害のある女性)、12条(自己決定)、13条(司法へのアクセス)、14条(身体的自由及び安全)、16条(暴力からの自由) 19条(自立生活)、21条(情報アクセス)、24条(教育)、27条(労働)、29条(政治)等が取り上げられることが多い(松井＝川島編・前掲注2、長瀬修＝川島聡編『障害者の権利条約と日本』(生活書院、2012)、浅倉むつ子責任編集『ジェンダー法研究第3号 複合差別とジェンダー』(信山社、2016)、田山輝明編著『成年後見人の医療代諾権と法定代理権』(三省堂、2015)、等)。その一方で、30条(余暇活動)に関する研究がほとんどなされていない。
- ⁹ たとえば、標準旅行業約款では、契約を拒否できる事由として、「旅行者が病気、必要な介助者の不在その他の事由により、当該旅行に耐えられないと認められるとき」(17条)が含まれている。また、航空会社が定める運送約款にも、旅客の精神的若しくは身体的状態が、会社の特別な取扱いを必要とする場合、他の旅客に不快感を与え又は迷惑を及ぼすおそれのある場合、当該旅客自身若しくは他の人又は航空機若しくは物品に危害を及ぼすおそれのある行為を行う場合には、運送を拒否できる旨の規定が設けられている。解消法の下では、このような約款上の規定自体を批判的に捉えることも可能なはずである。また、具体的で現実的な危害の生じる可能性が客観的根拠を欠く場合、もしくは、そのような規定が社会的障壁となる場合、合理的配慮として、その約款を適用しないという個別的な対応や約款の修正を行うことも求められ得る(野村茂樹＝池原毅和編『Q&A 障害者差別解消法』(生活書院、2016) 76-77頁〔黒崙隆〕)。
- ¹⁰ 国土交通省平成29年3月、<http://www.mlit.go.jp/common/001180785.pdf> (2019/05/31)

最終閲覧)。

- ¹¹ 野村＝池原編・前掲注9、37頁。対応指針の具体例はあくまで例示であり、これに限られるものではないとの注記があっても、「それは差別に当たらないとの誤解を生じさせる可能性を否定しきれない」ことが指摘されている。
- ¹² 移動や宿泊等の旅行に関連するサービス分野について、解消法の観点から問題を検討している先行研究は少ない。本稿注で引用したものの他、松波めぐみ「公正な社会を阻んでいるものは何か——障害者差別解消法と合理的配慮概念を手掛かりに」立命館生存学研究2号(2019)69-84頁、井上寛「東京オリンピック・パラリンピックに向けたユニバーサルツーリズムの実現」ノースアジア大学国際観光研究12号(2019)11-20頁、福島豪「障害者差別解消法の課題——大阪府の取組を参考に」週刊社会保障2998号(2018)44-49頁を参考にした。
- ¹³ 本稿は、解消法の「不当な差別的取扱い」を許容する「正当な理由」や、合理的配慮の消極的要件となる「過重な負担」といった不確定概念を条文解釈から明らかにする法解釈アプローチを中心に展開する。障害法研究のアプローチについては、菊池馨実＝川島聡「障害法の基本概念」菊池馨実ほか編著『障害法』(成文堂、2015)26-27頁参照。
- ¹⁴ 解消法で禁止しているのは、「不当な」差別的取扱いであり、これは、障害を理由とした機会提供の拒否、制限、条件付与も「正当な理由」があれば例外的に認められることを示したものであるとされる。ただし、「正当な理由」と言うには、目的の正当性と手段の必要不可欠性の2要件を満たす必要があり、厳格な判断基準が求められていると理解できる(野村＝池原編・前掲注9、20頁)。
- ¹⁵ 解消法は、教育、医療、公共交通、行政の活動など、幅広い分野を対象とする法律であること、さらに、障害者と行政機関や事業者などとの関わり方は具体的な場面によって異なることから、求められる配慮も多種多様であり、行政機関等は率先した取組を行うべき主体として義務とした一方で、事業者に対しては努力義務とした上で、対応指針によって自主的な取組を促すとされている(内閣府「障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律についてのよくあるご質問と回答<国民向け>」(Q.5))。
- ¹⁶ 解消法において何が差別に当たるかについての具体的事例は、対応指針等に委ねられた(障害者差別解消法解説編集委員会編『概説障害者差別解消法』(法律文化社、2014)81頁)。
- ¹⁷ 野村＝池原編・前掲注9、22-23頁。「合理的配慮の不提供」が「差別」に当たるという論理関係からすると、事業者が合理的配慮を怠ることは、不当な差別的取扱いの禁止に違反することになるので、事業者には努力義務とされていても、合理的配慮の不提供は法律違反に当たるのではないかという疑問が残されている。
- ¹⁸ 事業者が提供すべき合理的配慮の範囲を考える上で、「本来業務付随」や「本質変更不可」と、「非過重な負担の範囲」を同列の構成要素とする見解がある(川島聡「差別解消法と雇用促進法における合理的配慮」川島聡ほか『合理的配慮—対話を開く、対話が拓く』(有斐閣、2016)50-51頁)。なお、本稿では、「本来業務付随」や「本質変更不可」は「合理的配慮の対象外」という要素として「過重な負担」とは分けて扱うが、基本方針で示された要素が「過重な負担」とどのように関わるのかも論点となるところである。たとえば、客室乗務員が食事やトイレ等の全面的な介助を行うことを想定した場合、基本方針で示された「本来業務付随」

という要素が満たされないため「合理的配慮の対象外」と捉えることもできるが、そのような全面的な介助を「過重な負担」と考えることもでき、要素として重複し得る。

¹⁹ 食事やトイレ等の利用において「全面的」な介助を求めることは、「過重な負担」となり得るとしても（佐藤聡「アクセス分野における合理的配慮の実態」季刊福祉労働 157号（2017）30頁）、「障害のある利用者が化粧室に行く際に、移動を手伝う」（対応指針・航空運送業関係第2（2）①、22頁）ことが「合理的配慮」として紹介されていることから、ある程度の介助は本来業務に含まれ得る。その他、障害者の宿泊施設の利用に際し、あるホテルでは、食事やトイレの利用、入浴、身支度等が一人でできない場合に、「付き添い」を求められているものの、ベッドから車いすへの移乗の際に足を持つという程度の依頼は、ホテル側も「付き添い」が必要な範囲に該当しないと認識している（白井誠一郎「日常生活における差別と合理的配慮の実態」季刊福祉労働 157号（2017）35-36頁）。このような移乗サポートは、人的制約や実現可能性等を踏まえ、過重な負担でない場合には、合理的配慮として提供すべきものであり（同上、35-36頁）、これを踏まえると、一部の介助行為は、合理的配慮に含まれると言える。

²⁰ 「介助者の不在」は、標準旅行業約款 17条の旅行契約の拒否理由に該当し得る。

²¹ 具体的には、①身体介助、②意思疎通の支援、③精神面のケア、④医療的なケア等の役割を担うことが期待されている。

²² 対応指針でも示唆されているように、旅行サービスは、旅行会社が、他の事業者が提供するサービスを適切に調整することで成立するのであって、旅行会社自体が直接提供するサービスの範囲は限定的である。とはいえ、旅行サービスの提供主体として、障害のある旅行者に対して、他の旅行者と同様の価値を提供する責任を相応に負っていることは否定されまいだろう。

²³ ここで示しているのは必要条件であって十分条件ではない。というのも、旅行会社と同伴者との間の役割配分のみ言及しているが、実際のところ、合理的配慮の運用において、少なくとも他の事業者と他のツアー参加者が、何らかの役割を担う可能性も検討する必要がある。交通・宿泊・飲食等のサービスを提供する運送機関等に対して配慮提供を依頼することは旅行会社として第一義的に考えるべき対応である。また、ツアーでは、複数の人々が行動を共にするのが普通であり、他のツアー参加者に一定の役割を求めることも可能である。確かに旅行会社の側から顧客である他のツアー参加者に対して何らかの役割負担を求めることは例外的であるかもしれないが、同伴者もまたツアー参加者であることを踏まえれば、同伴者にのみ役割を求める一方で、他の参加者には一切役割を求めるべきではないとする合理的な理由は見当たらない。

²⁴ ただし、事業者側の実現可能性をただちに否定するものではない。専門的な知識を添乗員に身につけさせたり、資格を有する専門家を事業者側が手配したりする対応も、「過重な負担」となるか否かは別にして、技術的には不可能ではない。

²⁵ 他のツアー参加者には求められない介助等の役割を期待されることにより、同伴者は旅行サービスの価値を十全に享受できない可能性が高い。他方で、旅行業界の慣例として、同伴者には通常のツアー参加者と同額の旅行代金が請求されているという実情がある。つまり、

同伴者は、他のツアー参加者に比して不利な条件での旅行契約を余儀なくされており、こうした契約のあり方について検討が必要である。

²⁶ 東京地判昭和 63 年 12 月 27 日判例タイムズ 730 号 171 頁。

²⁷ 「主催旅行」とは、旧旅行業法（平成一六年改正前）にあった契約類型で、現在は、「募集型企画旅行」となっている（山田希「旅行中の事故と旅行者の安全確保義務—「危険責任」原理に基づく責任の正当化と運用上の諸問題」名古屋大学法政論集 254 号（2014）697 頁）。

²⁸ 山田・同上、700 頁。

²⁹ 田口文夫「判批」専修法学論集 110 号（2010）245-246 頁。

³⁰ トラベル世界株式会社事件・福岡高判平成 13 年 1 月 30 日 LEX/DB 28081951。本件では、サウジアラビアへの渡航は、サウジアラビア政府及び政府機関の一つであるサウジアラビア航空がすべてを管理することになっていたため、旅行会社の責任の及ぶ範囲はかなり制限されたものであったことが、考慮された。

³¹ 野村＝池原編・前掲注 9、20 頁。

³² 障害者差別解消法解説編集委員会編・前掲注 16、90 頁。

³³ IV 節 3 項参照。障害者への対応は、高齢者や児童への対応と比較して、どれほどの差があるのか、という視点からの検討がなされるように、障害者のみ、リスクを高く見積もるのは問題である。

³⁴ 旅行業界のガイドラインで示される「軽微なお手伝い」の例は、「車椅子で施設に入場しようとする際に、ドアを開けて押さえて差し上げる」にとどまっている（(一社)日本旅行業協会・(一社)全国旅行業協会「障がいのある方の旅行参加を推進するための手引き—障害者差別解消法への対応—」平成 29 年 6 月、13 頁）。

³⁵ III 節 1 項参照。

³⁶ 神戸地尼崎支判平成 19 年 8 月 9 日、大阪高判平成 20 年 5 月 29 日判例時報 2024 号 20 頁。

³⁷ 松井和彦「判批」判例時報 2039 号（2009）174 頁、浦川道太郎「判批」私法判例リマークス 40 号（2010）46 頁。

³⁸ 本事案の争点は、①航空運送約款第 8 条 1 項（運送拒否権）が無効か否か、② Y の債務不履行の有無、③ Y の不法行為責任の有無、④損害額の 4 つであるが、主には、②の本件搭乗拒否が旅客運送契約における解約権の行使として有効であるか否かが争点となった。

³⁹ 松井・前掲注 37、176 頁。

⁴⁰ ただし、障害者が事業者に対し、適切な時点までに援助に関して必要な情報を提供する義務を負うのか、また、この義務をどう位置づけるかは、別に検討しなければならない問題である（松井・同上、176-177 頁、田口・前掲注 29、250-251 頁）。

⁴¹ X の障害の程度、航空機を利用しての旅行経験、本件渡航に際しての事情からすれば、特別な援助を必要としないとする高裁の判断は、その限りで正当と評価できる（田口・同上、249-250 頁）。

⁴² 尾上浩二「障害者参加」長瀬修＝川島聡『障害者権利条約の実施——批准後の日本の課題』（信山社、2018）353 頁、山崎公士「障害者権利条約からみた障害者差別解消法の意義と課題」部落解放研究 201 号（2014）15-17 頁、同「差別撤廃における国内人権機関の役割」松本健

男ほか編『これからの人権保障』(有信堂、2007) 166頁。

⁴³ 金政玉「国内実施」松井＝川島編・前掲注2、320-321頁。1993年の国連総会で採択された「国家機関(国内人権機関)の地位に関する原則(パリ原則)」は、①権限と責任、②活動における独立性と構成の多元性・当事者性の保障、③活動方法、④準司法的権限の観点から、国内人権機関のあるべき姿を提示している。

⁴⁴ 実際に、2014年4月、聴覚障害のある夫妻が旅行会社のツアーへの参加を申し込み、代金を支払った後、ツアー出発日の9日前にウェブサイトを通じて筆談での対応を要望したのに対し、当該旅行会社は筆談によるツアー参加の可否について夫妻から事情を確認することなく、直ちに介助者の同行を求め、夫妻がそれを断ると当該ツアーへの参加を拒否した。本件に対し、日本弁護士連合会は、旅行会社は「筆談の方法を含め、ツアー参加の可能性やその方法等について申立人夫妻と十分に協議すべきであった」にもかかわらず、「そうした協議の機会を設けないまま、直ちに健常者の介助者の同行を要求し、それを申立人夫妻が断るとツアー参加を拒否したことは、障がいを理由とする不当な差別的取扱いであり、憲法14条の平等権の趣旨に反し、さらに憲法22条第1項の旅行の自由、憲法13条の幸福追求権の保障の趣旨に反するものであって人権侵害に該当する」と主張している。日弁連総第82号2019年3月28日、https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/hr_case/data/2019/complaint_190401.pdf (2019/05/26最終閲覧)。

⁴⁵ 大胡田誠「全盲弁護士、障害者差別解消法を語る」三田評論1228号(2018)37頁。心のバリアフリーの取組においても、同様に、バリアをなくし自立して移動できるように考えるのが第一で、人の介助だけで乗り切ろうとするのは間違いであると指摘される(秋山哲男「人生を変える、旅の機会を平等に」季刊観光とまちづくり530号(2018)18頁)。

⁴⁶ 権利条約に適合的な解釈をすると、解消法の下でも、障害者は事業者に対して合理的配慮を請求できる主観的権利を有すると認められる。しかし、事業者に対して合理的配慮を努力義務としていることと、行政機関と事業者による事前的改善措置を努力義務としていることをあわせると、「障害者が事業者に対して合理的配慮を請求できる主観的権利を認めない方向に作用しうる」ことも指摘されている(福島豪「障害者差別解消法における合理的配慮と環境の整備」週刊社会保障2943号(2017)48-49頁)。

⁴⁷ 権利条約9条は、締約国に対し「都市及び農村の双方において、物理的環境、輸送機関、情報通信(情報通信機器及び情報通信システムを含む。)並びに公衆に開放され、又は提供される他の施設及びサービスを利用する機会を有することを確保するための適当な措置をとる」(1項)ことを求めているが、この条文に対する障害者権利委員会の一般的意見2号では、「アクセスの確保という締約国の義務は、平等と非差別の視点から見べきである」とされている(Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Eleventh session, General comment No. 2, Article 9: Accessibility, April 11th, 2014, paras 2, 3 and 4)。

⁴⁸ 松原淳「法制面から見た身体障害者の移動手段」総合リハビリテーション46巻8号(2018)706頁。

⁴⁹ 2018年改正では、1条の2において「この法律に基づく措置は、高齢者、障害者等にとって日常生活又は社会生活を営む上で障壁となるような社会における事物、制度、慣行、観念そ

の他一切のものの除去に資すること（中略）を旨として、行われなければならない」という文言が盛り込まれた。ただし、上記改正によって、権利条約9条を実施するための適切かつ有効な法的枠組みになったかという点、必ずしもそうではない。こうしたバリアフリー法が有する課題は、解消法が有効に機能することによって一定程度軽減・解消されるとも考えられるが、同時に、バリアフリー法自体が利用者の権利性を重視する方向で見直される必要もあろう(川内美彦「交通バリアフリーと移動の権利」まちと暮らし研究 26号(2017)38-39頁)。

学会記事

1. 第3回研究大会が開催されました

2018年11月10日（土）、神奈川大学横浜キャンパス3号館305教室にて、第3回日本障害法学会研究大会が開催されました。多数のご来場を誠にありがとうございました。

判例研究では、中川純会員の司会で、佐賀安永訴訟（福岡高判平27・12・21）とJR東海事件（最三判平28・3・1）が取り上げられました。前者については、星野圭会員による報告の後に、矢田陽一が検討を行いました。後者については、畑井研吾弁護士による報告の後に、小西知世准教授が検討を行いました。フロアを交えた活発な質疑応答もありました。

総会と昼食を挟んで、午後から二つのシンポジウムが行われました。シンポジウム①（教育権と障害法）は、長瀬修会員の司会で、内野正幸教授と織原保尚会員がそれぞれ報告を行った後、大谷恭子会員がコメントを行い、続けてシンポジウム②（生存権と障害法）では、竹下義樹会員の司会の下で、棟居快行会員と新田秀樹会員が報告を行い、良永彌太郎会員がコメントを行いました。どちらのシンポジウムにおいても、フロアを交えた活発なディスカッションが行われました。

それぞれの報告やコメントなどの具体的内容は、本誌所収の各論稿をご覧ください。

第1回研究大会とこの第3回研究大会は神奈川大学で開催されました。開催校の山崎公士教授のご尽力にここに記して深く感謝を申し上げます。

2. 学会誌「障害法」

学会誌「障害法」創刊号は、学会ホームページ（<https://disability-law.jp/category/journal>）で公開されています。

第2号に続き第3号（本誌）も遅滞なく公刊することができました。ご協力くださいました執筆者の皆様にご心より御礼を申し上げます。

第4号への論文投稿をお待ちしています。新投稿要領は本誌に記載されていますので、ご確認ください。

第3回日本障害法学会研究大会プログラム

<開催日時>

【日時】 2018年11月10日(土) 9:50-17:40

【場所】 神奈川大学横浜キャンパス3号館305教室

【プログラム】

9:50-12:10 判例研究：法執行官の注意義務：本人・家族の法的責任

司会：中川 純 会員

判例研究1：佐賀安永訴訟（福岡高判平27・12・21）

報告：星野 圭 会員（9:50-10:10）

報告：矢田 陽一 会員（10:10-10:30）

質疑（フロアを交えて）（10:30-11:00）

判例研究2：JR 東海事件（最三判平28・3・1）

報告：畑井 研吾 弁護士（11:00-11:20）

報告：小西 知世 准教授（明治大学）（11:20-11:40）

質疑（フロアを交えて）（11:40-12:10）

12:20-12:50 総会

13:50-15:35 シンポジウム①：教育権と障害法

司会：長瀬 修 会員

報告1：内野 正幸 教授（中央大学）（13:50-14:15）

「障がいのある生徒たちの『教育を受ける権利』」

報告2：織原 保尚 会員（14:15-14:40）

「アメリカにおける障害のある子どもの教育」

コメント：大谷 恭子 会員（14:40-14:50）

質疑（フロアを交えて）（14:50-15:35）

15:50-17:35 シンポジウム②：生存権と障害法

司会：竹下 義樹 会員

報告1：棟居 快行 会員（15:50-16:15）

「権利としての生存権再考—生存権 ver2」

報告2：新田 秀樹 会員（16:15-16:40）

「障害法（学）における生存権の意義と機能」

コメント 良永 彌太郎 会員（16:40-16:50）

質疑（フロアを交えて）（16:50-17:35）

日本障害法学会編「障害法」第2号(2018年11月)

目次

特集1 障害差別禁止の法理

障害差別禁止の法理 一憲法学の側から	尾形 健	1
障害者雇用における差別禁止法理		
一ドイツ法を参考として	小西 啓文	15
適切な教育の個別化とインクルーシブ教育		
一子供の状況に応じた適切な教育の保障	今川 奈緒	33
シンポジウム要録		51

特集2 相模原障害者殺傷事件と障害法の課題

生命の刑法的保護と障害者		
一ドイツと日本における優生思想の展開に着目して	保条 成宏	55
責任能力概念の再構成	内田 博文	73
相模原障害者殺傷事件と社会福祉法制上の論点	大曾根 寛	91
精神障害者と憲法 一精神保健福祉法を中心に	石崎 学	107
シンポジウム要録		121

判例研究① 鈴木訴訟・石田訴訟

【判例報告】 鈴木訴訟	藤岡 毅	125
【判例報告】 和歌山石田訴訟・和歌山 ALS 訴訟	長岡 健太郎	137
【判例研究】 鈴木訴訟・石田訴訟	原田 啓一郎	147

判例研究② 学校法人原田学園事件

【判例報告】 学校法人原田学園事件	大胡田 誠	157
【判例研究】 学校法人原田学園事件	長谷川 珠子	165

学会記事

日本障害法学会規約

第1章 名称及び所在地

第1条 本会は、日本障害法学会（Japan Association for Disability Law）と称する。

第2条 本会の事務局は、理事会の定めるところに置く。

第2章 目的及び事業

第3条 本会は障害法の研究を目的とし、あわせて研究者・実務家相互の協力を促進し、内外の学会との連絡及び協力を図ることを目的とする。

第4条 本会は、前条の目的を達成するため、次の事業を行う。

- 一 研究会の開催
- 二 機関誌その他の刊行物の発行
- 三 内外の学会との連絡及び協力
- 四 公開講演会の開催、その他本会の目的を達成するために必要な事業

第3章 会 員

第5条 障害法を研究し本会の目的及び趣旨に賛同する者は、所定の様式に基づき入会を申し出た上で理事会の承諾を得ることにより、会員となることができる。

第6条 本会に名誉会員を置くことができる。名誉会員は、理事会の推薦に基づき、総会で決定する。

第7条 会員は、総会の定めるところにより、会費を納めなければならない。会費を滞納した者は、理事会において退会したものとみなすことができる。

第4章 機 関

第8条 本会に、次の役員を置く。

- 一 総会により選出された理事（選挙理事）8名及び理事会の推薦による理事（推薦理事）8名以内

- 二 監事 2名

選挙理事及び監事の選出については、別に定める。

推薦理事は、理事の居住する地域及び研究分野の均衡等を考慮して、理

事会が推薦し、総会の承認を受ける。

代表理事は、理事会において互選する。

第9条 理事及び監事の任期は、2年とする。但し、再任を妨げない。

理事又は監事が欠けた場合であって、理事会が必要と認めるときは、理事会がその補充を行うものとする。この場合において、補充された者の任期は、前任者の残任期間とする。

第10条 代表理事は、本会を代表する。代表理事に故障がある場合には、その指名した他の理事が職務を代行する。

第11条 理事は理事会を組織し、理事会が会務を執行する。

第12条 監事は、会計及び会計執行の状況を監査する。

第13条 理事会は、事務局員を委嘱し、会務の執行を補助させることができる。

第14条 理事会は、研究会の企画、機関誌の編集、その他必要があると認めるときは、委員を委嘱することができる。

第5章 総会

第15条 本会の運営に関する重要事項は総会が決する。

代表理事は、毎年1回通常総会を開催する。

代表理事は、必要があると認めるときは、臨時総会を開催することができる。総会員の5分の1以上の者が、会議の目的たる事項を示して請求したときは、代表理事は臨時総会を開催しなければならない。

第16条 総会に出席しない会員は、書面により、他の出席会員にその議決権を委任することができる。

総会の議事は、出席会員及び書面による委任を行った会員の過半数をもって決する。

第6章 会計

第17条 本会の経費は、会費及び寄付金その他の収入をもってあてる。

第18条 本会の会計年度は、毎年4月1日に始まり、翌年3月31日に終わるものとする。

第19条 代表理事は、毎会計年度終了後、決算報告書を作り、理事会の議決を経て総会に提出し、その承認を受けなければならない。

第7章 規約の変更

第20条 本規約の変更は、総会員の5分の1以上、又は理事の過半数の提案により、総会において出席会員の3分の2以上の賛成を得なければならない。

附則

- 1 この規約は、2016年12月10日から施行する。但、本規約施行以前に生じた本会設立に係る収支は、規約第18条の規定に関わらず、2016年度の会計に含めるものとする。
- 2 本会設立後の最初の理事及び監事は、規約第8条の規定に関わらず、設立準備委員会の提案に基づき総会の承認を受けた者とし、その任期は2年とする。

日本障害法学会学会誌「障害法」新投稿要領

(2019年7月21日、理事会承認)

- ・学会誌「障害法」第4号に論文の掲載を希望する会員は、2020年2月末までに学会事務局長に論文投稿の意向及びタイトル案を御連絡ください。その後、2020年3月末までに論文を学会事務局長宛に提出してください。なお、公正な査読を確保するため、編集委員長には送付しないようご注意ください。
- ・投稿論文は、未発表の学術論文であって、16,000字以内としてください。投稿にあたっては2,000字程度の要旨を付してください。
- ・投稿論文は、編集委員会の選任する者による査読に付し、6月末までに「採用」「補正の上採用」「不採用」の区分によって判定いたします。
- ・「採用」又は「補正の上採用」とされた論文に関しては、8月末日までに完成原稿を提出してください。

Disability Law

Vol.3 November 2019

Japan association for disability law

CONTENTS

Symposium 1 Right to Education and Disability Law

- Masayuki Uchino : Handicapped Children's Rights to Education
Yasuhisa Orihara : Education for Children with Disabilities in the United States: Free
Appropriate Public Education Under the Individuals with Disabilities
Education Act
Osamu Nagase : Symposium Summary

Symposium 2 Right to Live and Disability Law

- Toshiyuki Munesue : Sozialrecht als Rechte fuer die Behinderte
Hideki Nitta : Significance and Function of Right to Maintaining Decent Living for
Disability Law
Yataro Yoshinaga : Comment on the Oral Presentations
Yoshiki Takeshita : Symposium Summary

Case Studies 1 Saga Yasunaga Case

- Kei Hoshino : Saga Yasunaga Case
Yoichi Yata : Comment on the Saga Yasunaga Case

Case Studies 2 JR Tokai Case

- Tomoyo Konishi : Comment on the JR Tokai Case

Article

- Reiko Nishida, Ryoji Hoshika and Yuriko Iino: The Unfairness in the Travel Industry's
"Traveling with an Attendant" Requirement: The Issue of Disability
Discrimination Elimination Law