

日本障害法学会編 障 害 法

第4号 (2020年11月)

特集1 福祉・刑事司法と障害法の課題

触法障害者とダイバージョン

—地域福祉と触法障害者を支援する“2人目の弁護士”の必要性—	青木 志帆	3
発達障害を有する非行少年と「合理的配慮」		
—障害法と刑事政策論からの一考察—	宍倉 悠太	19
コメント1：刑事司法と福祉の連携の問題		
—特に検察庁による「入口支援」をめぐる—	内山 真由美	37
コメント2：司法（障害者）福祉に関する障害法の視点	池原 毅和	45
シンポジウム要録	植木 淳	53

特集2 優生思想と障害法の課題

熊本における優生保護法に対する国家賠償請求訴訟の概要	東 俊裕	59
優生思想と憲法	金子 匡良	77
シンポジウム要録	浅倉 むつ子	97

判例研究① 七生養護学校事件

七生養護学校事件訴訟

—知的障がいのある子に対する性教育の侵害—	伊藤 敬史	103
-----------------------	-------	-----

判例研究② 成年被後見人選挙権確認訴訟第一審判決

成年被後見人選挙権確認訴訟 第一審判決

—被後見人の選挙権を奪う公職選挙法第11条第1項第1号の違憲性を争う—	杉浦 ひとみ	115
成年被後見人選挙権確認訴訟と知的・精神障害者の選挙権	杉山 有沙	123
判例研究要録	織原 保尚	131

Disability Law

Vol.4 November 2020

Japan Association for Disability Law

CONTENTS

Symposium 1 Welfare, Criminal Justice and Disability Law

- Shiho Aoki : Criminal Disabilities and Diversion : The Necessity of “Second Lawyer” to Support Community Welfare and Criminal Disabilities
- Yuta Shishikura : Juvenile Delinquents with Developmental Disorder and Reasonable Accommodation to Them: From the Perspective of Disability Law and Criminal Policy
- Mayumi Uchiyama : Comment 1 on the Oral Presentation : Problems on the Cooperation between Criminal Justice and Social Welfare
- Yoshikazu Ikehara : Comment 2 on the Oral Presentation : A Point of View on Judicial Disability Welfare from Disability Law
- Jun Ueki : Symposium Summary

Symposium 2 Eugenics and Disability Law

- Toshihiro Higashi : Summary Report of Litigation for Damages under State Redress Act against the Eugenic Protection Law in Kumamoto
- Masayoshi Kaneko : Eugenics and Constitutional Law
- Mutsuko Asakura : Symposium Summary

Case Studies 1 Nanao School for Children with Disabilities Case

- Takashi Ito : Nanao School for Children with Disabilities Case: An Intervention to Sex Education for Children with Intellectual Disabilities

Case Studies 2 The Adult Wards Franchise Lawsuit

- Hitomi Sugiura : The First Trial Judgment of the Adult Wards Franchise Lawsuit: A Challenge to the Constitutionality of the Public Office Election Act Depriving Adult Wards of their Right to Vote
- Alisa Sugiyama : The Adult Wards Franchise Lawsuit and the Franchise of Person with Intellectual and Mental Disabilities
- Yasuhisa Orihara : Summary of Case Studies

特集 1

福祉・刑事司法と障害法の課題

触法障害者とダイバージョン

—地域福祉と触法障害者を支援する“2人目の弁護士”の必要性—

青木 志帆（弁護士／社会福祉士）

- I はじめに—本稿の問題意識—
- II 刑事政策的視点からのダイバージョン
- III 触法障害者とダイバージョンのこれから
- IV おわりに

I はじめに—本稿の問題意識—

2000年代初め、山本譲司氏の著書「獄窓記」（新潮社、2003）によって、刑務所受刑中の者の中に一定割合で福祉的支援を受けることなく再犯を繰り返さざるを得なかった障害者、高齢者が存在することが明らかとなった。同書が福祉の世界に与えた影響は大きく、その後、厚生労働省科学研究により2006年には刑務所出所者における福祉的支援の必要性が、2009年の研究では被疑者段階での同様の問題が指摘された。こうした問題提起を受け、弁護士や検察庁においても、被疑者・被告人段階で障害に気づいた場合、刑罰を与えるのではなく、福祉的支援へつなぐ取組み（以下、「入口支援」という。）が、近時急速に試行錯誤されている。今回、「触法障害者とダイバージョン」というテーマをいただいたところ、近時は「出所を待つことなく、被疑者被告人段階というより早期に福祉的支援につなげる」という方向性になってきていることにかんがみ、本稿におけるダイバージョンを、「被疑者に障害や認知症などの疾病が疑われる場合において、起訴されれば確実に刑事処分が見込まれるケースにつき、刑事処分によるのではなく、治療やケア、社会生活の支援を早期に構築し、地域での更生を支援すること。」と定義することとする。

筆者は、もともと在野で弁護士をしており、その中で刑事弁護も多数経験してきた。その後、2015年1月から基礎自治体の組織内弁護士となり、主に福祉・保健関連部署に配属され、一般的な地域福祉課題に関する法律相談に应运ってきた。中には住民が被疑者として逮捕されたり、不拘束で取り調べを受けたりして法律相談になったものも多い。そうするうちに警察署や検察庁から市や社会福祉協議会へ、被疑者の支援依頼が直接寄せられるようになり、ますます刑事司法と地域

福祉との接点に立ちつつ、地域福祉の側から触法障害者の支援を考える必要に迫られた。

弁護士としては珍しい立場から触法障害者の問題を見てきた中で、弁護人として、刑事司法手続関係者としてかかわっていたころには気づくことがなかった触法障害者支援の現状と限界を感じるようになった。触法障害者支援に関する文献、論文はここ10年で多数の蓄積がされてきているものの、いずれも刑事司法手続関係者（福祉専門職からの発信も、地域生活定着支援センターや保護観察所に任用された福祉職などの刑事施設と密接な関係にある立場からの発信が圧倒的多数である）によるものがほとんどである。

弁護人や福祉専門職はもとより、検察庁にまで急速に広まった入口支援、触法障害者支援の取組みを、持続可能なものとして今後も発展させるためには、筆者が感じた課題を言語化し、この点をいかに克服するか、さらなる試行錯誤が必要であると考え、今回の発表に至った。

なお、本稿でとりあげる事例は、筆者が経験した複数の事例から特徴的要素を取り出した架空事例であり、現在の所属とも一切無関係であることをお断りする。

II 刑事政策的視点からのダイバージョン

【設例1】

弁護士Xは、被疑者国選の待機日に、無銭飲食（詐欺罪）の被疑者Aについて出動要請を受けたので、警察署まで接見に行った。Aは43歳の無職の男性。「捕まったのは初めてですか。」と聞くと、Aは小さな声で「わからない」と答えた。その後も、何を聞いても多くは答えてくれず、たまに答える時も小さな声で「わからない」と言うばかりだった。

警察によると、Aはつい3か月前にも万引き（窃盗罪）で逮捕、起訴され、執行猶予付きの判決を受けたばかりとのことだった。それなのに、捕まったことがあるかどうかについてすら「わかりません」とはどういうことなのか。怪訝に思ったXは、家族に事情を聞いたところ、何度も警察のお世話になっているがどうすればいいかわからなかったという。このまま、通り一遍の弁護活動をしていただければ、おそらく実刑になってしまいそうである。なんらかの障害があるように思うが、地域での福祉的支援につなぐことで、実刑を回避することはできないだろうかと思い、近くの障害者相談支援センターに連絡を取ってみた。

Aはこれまで自分に障害があると思っただけでなく、なんの障害者手帳も発行されていなかったため、同センターとしても把握していない人とのことだった。Xは、なんとか触法障害者支援に協力してほしい、ここで支援が構築されないとAは刑務所に行くしかない、と切々と訴えた。はじめは難渋していたセンターも最後には折れ、ベテランの相談員Yと一緒にAと会ってくれることになった。

Aは、Yに対しても終始無言だったが、Yの熟練の技術でなんとか今後のAの生活について更生支援計画として形にすることができた。これまで福祉的支援を受けたことがなかったこともあり、「支援を受けた生活で万引きや無銭飲食なく生活が落ち着くか否か社会内で様子を見る必要がある」という主張が受け入れられ、再度の執行猶予判決となった。Xはほっと胸をなでおろし、Yに迎えられて拘置所を後にするAを見送った。

1 障害者とダイバージョンに向けた関係機関の取組み

(1) 弁護士（会）による入口支援

被疑者国選の出動要請を受け、初回接見に赴いた際、【設例1】のように、被疑者との受け答えがちぐはぐになり、なかなか弁護人の意図が被疑者に伝わっていないような感触を覚えることは少なくない。このように、「なんとなくおかしい」と気づくことはあっても、その違和感から支援の必要性を認識し、具体的につないでいくにはいくつもの壁がある。そこで、各地の弁護士会が、組織的に福祉専門職と連携することで、個々の弁護人の触法障害者支援を後押しする取組が広がっている。

- ① 弁護士会と福祉専門職との連携・協定：被疑者の福祉的支援については専門職に任せ、役割分担をするために、福祉専門職との連携協定を会として締結する場合がある（千葉、埼玉、東京三会、愛知、大阪、岡山など多数）。連携先としては、都道府県社会福祉士会や、都道府県地域生活定着支援センターがあげられる。
- ② 障害者刑事弁護名簿：一般的な国選弁護人名簿や当番弁護士名簿は、国選弁護活動を希望するすべての弁護士が登録している。このため、触法障害者支援に対する知識がない者も非常に多い。そこで、特定の研修を修了した弁護士による、触法障害者刑事弁護専用の名簿を作成し、裁判所から何らかの障害者手帳を所持している被疑者の被疑者国選の依頼を受けた際にはその名

簿から派遣する運用をしている弁護士会がある。

(2) 法務省（検察庁）による入口支援

検察庁における入口支援は、はじめは長崎地検や仙台地検といった中小規模の地検で地道に始まった。その後、2013年に東京地検に社会復帰支援室が立ち上げられ、最高検でも2016年に刑事政策推進室を設置し、再犯防止・社会復帰支援を含む刑事政策的課題について総合的に検討することとなった。2016年に再犯防止推進法が施行されたのを機にこの動きは加速し、各地方検察庁で社会福祉士が採用され、検察庁主導での更生支援計画が作成されるようになった。また、保護観察所や少年鑑別所と連携し、被疑者の障害に関する心理検査などを被疑者段階から行うことができるようになってきている。勾留事件はもちろんのこと、国選弁護士が選任されない在宅事件において、終局処分後の被疑者の生活の安定に成果を上げている。

2 課題¹

(1) 入口支援の一般的課題

こうした入口支援の取組みにつき、一般的には以下の4点の課題が指摘されている。

a 検察官の訴追裁量の拡大

被疑者段階の触法障害者支援の取組みが、第一に不起訴獲得に向けられることから、検察官の訴追裁量にかからしめることで、訴追裁量の幅と検察官の権限がさらに大きくなるかという点が危惧されている。

b 福祉の強制

被疑者が一定の医療・福祉的支援を受け入れることが、起訴回避の条件となることによって、受援に向けた意思決定に強制の要素が入りこむのではないか、それは福祉の本質と矛盾するのではないか、といったことが危惧されている。

c 「再犯防止」と福祉

再犯防止という刑事政策上の目標と、依頼者の利益の追求という弁護人の役割とが調和するのか、福祉を担う人々の役割と再犯防止という目標とが調和するのか、という問題がある。

d 司法福祉連携体制の確保

「医療・福祉の専門知識のない司法関係者」と、「司法の専門知識のない福祉関係者」との連携をどのように図るかという課題がある。

(2) 意思決定支援の観点から見る「福祉の強制」の懸念

上記の課題のうち、筆者が特に留意すべきと考えるのが「b福祉の強制」である。入口支援、すなわち刑事裁判手続きの流れの中で福祉的支援の調整を行う場合、その多くは勾留されている。そのような被疑者被告人本人に対し、弁護士と福祉職は留置施設に身体拘束されているきわめて非日常的状况の中でインタビュー面接を行い、ニーズ調査を行い、生活設計をすることになる。さらに、本人にとっては、「支援を受ければ量刑が減輕されるかもしれない」という強烈にイレギュラーな動機が喚起されている中での意思決定となる。

この点、刑事手続とは離れて一般的に障害のある人が障害福祉サービス等を利用する際には、「障害福祉サービスの利用等にあたっての意思決定支援ガイドライン」ⁱⁱ（以下、「GL」という。）を参照しながら、当事者の意思決定を支援する。意思決定支援とは、自ら意思を決定することに困難を抱える障害者が、日常生活や社会生活に関して自らの意思を反映された生活を送ることができるように、可能な限り本人が自ら意思決定できるよう支援し、本人の意思の確認や意思及び選好を推定し、支援を尽くしても本人の意思及び選好の推定が困難である場合には、最後の手段として本人の最善の利益を検討するために事業者の職員が行う支援の行為及び仕組みをいう（GL II -1 意思決定支援の定義）。障害のある人の判断能力によっては、日常生活における意思決定はできても、施設で暮らすのか、グループホームで暮らすのか、一人暮らしをするのかなど、住まいの選択のような大きな意思決定についてはとりわけ手厚い支援が必要であり、慎重なアセスメントが求められる。このプロセスだけで数ヶ月要することも珍しくない。言葉で説明してもイメージすることが難しい当事者がほとんどなので、サービス利用調整に先立ち、体験の機会を活用するのが一般的である。初めての慣れない場所で意思決定支援が行われた場合、本人が過度に緊張してしまい普段通りの意思表示ができないことも考えられる（GL II - 2 - (3) 人的・物理的環境による影響）。

福祉サービスの利用にあたっての、このような一般的意思決定支援のセオリーと比較すると、これまで福祉サービスを利用したことがない障害のある人が、留置施設に勾留された状況の中、短期間でその後の生活設計をする、という状況は、非常に悪条件での意思決定を迫られているとみるべきだろう。ともすれば、刑事手続に係属している期間中に示される当事者の意思は、原則として当事者本来の意思とはいいがたいものではないかとさえ思われる。このため、刑事手続終了後の本人への支援計画として更生支援計画を裁判所に示すときは、最低

限保釈の上、福祉サービスの体験利用を行える状況が必要ではないか。他方で、家族関係や経済状況的に簡単に保釈請求ができない被告人も典型的に多いだろう。このため、当事者の意思決定支援、権利擁護を十分に保障しながらの更生支援計画作成が可能な場面は、相当程度限定されるのではないかと考えられる。

3 弁護人の役割

(1) 弁護人の一般的な役割

弁護人は、身体拘束を受ける被疑者や、被告人の防御権を保障する者として憲法に定められている。弁護士職務基本規程上も、弁護士は、弁護人として、被疑者被告人に憲法上保障された黙秘権をはじめとした防御権を保障し、その権利及び利益を擁護するため、最善の弁護活動に努めなければならない（弁護士職務基本規程 46 条）。

この「権利及び利益を擁護する」ことの具体的中身は一義的に定まっているわけではなく、具体的場面においていかなる弁護活動を「最善」とするかは弁護人ごとに様々である。そうした状況を前提としつつも、一般的に弁護活動というとき、その内容は以下の2つに大別されると考えられる。

a 手続保障活動：手続的正義実現を目的とする弁護活動（憲法 31 条）

まずは、被疑者、被告人の黙秘権をはじめとする刑事手続に対する防御権を保障し、適正手続にそった刑事裁判を受ける権利の保障を目的とする弁護活動である。障害のない被疑者被告人であれば、黙秘権の告知であるとか、不当な取り調べに対する捜査機関への抗議活動であるとか、公判請求された証拠への証拠意見の検討などがこれに分類される。

特に障害のある被疑者・被告人の場合、それだけでは被疑者・被告人の権利及び利益を十分に保障できない場面が発生する。たとえば、黙秘権等の権利告知の際には、知的障害、精神障害のある被疑者に対する合理的配慮として、本人にわかりやすい言葉、表現で説明しなければ被疑者は理解ができない。通り一遍の説明をただで、被疑者がその内容を理解できていなければ、黙秘権等を本人が行使することなどおよそ期待できず、保障されているとは言えない。また、相手の言動に左右されやすい障害特性に十分留意し、最低限取調べの録音録画を請求し、起訴後は証拠開示請求をした上ですべての取調べ録画をチェックし、任意性が担保されているか確認しなければならないだろう。また、調書、特に被告人本人の調書はよく吟味する必要がある。弁護人が、コミュニケーションに違和感をおぼえるほどの被告人であれば、きれいな表現で記載された調書では不自然である。もしそのような調書になっていたのであれば、自白事件

であっても不同意とし、被告人質問で直接裁判官に向けて語るべきであろうⁱⁱⁱ。

b 支援調整活動：被疑者への福祉的支援を調整し、適切な量刑評価を目的とする弁護活動

弁護活動の2つめの役割は、不起訴、執行猶予等早期の身体解放と、公訴事実記載の行為に対する被告人の障害の影響の適切な量刑評価を目的とした生活環境調整を主とする弁護活動である。たとえば、近隣の住宅の門扉に何度も落書き（器物損壊）を繰り返すという犯行態様で、立件された被疑者がいたとする。その事実のみでは、個別には軽微な犯罪であっても反復継続することによって悪質ないたずらと評価され、仮に被害者と示談を結べたとしても、量刑判断は厳しいものとなるだろう。しかし、被疑者には軽度の知的障害と自閉傾向があり、幼少期にはそのことを理由に本件の被害者からいじめにあっていたという事情があれば、相当印象が変わるのではないだろうか。

このように、被疑者・被告人の障害が、犯行に対してなんらか影響しているのであれば、そしてこれまで福祉的支援を受けることなく生きづらさを放置した末の犯罪行為だったのであれば、終局処分の判断者（被疑者段階であれば検察官、被告人段階であれば裁判官）へ本人の障害を説明し、支援を調整することにより、本人の現状に即した結論を導く必要がある。その働きかけができるのは、刑事司法手続の中においては弁護人のみである。

(2) 弁護人と入口支援を考えるにあたっての課題

a 支援調整活動は誰がになうべきか

さて、刑事弁護における入口支援をテーマとする文献や議論では、上記の2つの役割のうち、支援調整活動にもとづく環境調整のあり方について取扱うものが多い。たとえば、日本弁護士連合会ウェブサイトに掲載されている「触法障がい者の刑事弁護に関するチラシ」^{iv}によると、「どんな弁護活動ができるのですか？」という問いに対し、「障がい関係のサポートを受けていなかった被疑者に福祉機関を関与させる」「社会復帰に向けて福祉機関のサポート体制を作り、関係者の証言などで立証する」という2点が紹介されている。これらはいずれも、前述の支援調整活動の側面を強く持つ刑事弁護活動といえる。

また、各地の都道府県弁護士会等で行われている触法障害者刑事弁護に関する研修も、いかにして福祉専門職と連携し、刑事手続期間中に支援の調整を行い、社会復帰につなげるかに主眼がおかれた内容が多い。これらのことから、刑事弁護の世界において入口支援といえ、基本的に支援調整活動を指しているといえよう。

しかし、この支援調整活動を弁護人が積極的に行うには、経済的、業務的負担が大きいことも指摘されている^v。福祉サービスには明るくない弁護士が大半であるところ、弁護人がいざ被疑者に何らかの障害があると気づいても、まずどこへ連絡し、どのような支援を受け、生活を安定させるには誰に相談すればいいのかわからない。また、福祉専門職の協力を得られたとしても、弁護人にはさらに負担がかかる。多数回の接見を重ねて被疑者と福祉専門職との信頼関係を醸成するための「つなぎ」の役割を求められたり、居住地の自治体の福祉関係部署と福祉サービス利用調整に向けた折衝するために、複数回役所に足を運ぶことを求められたりするからだ。障害がない被疑者における一般的な情状弁護（被害者と示談交渉をして、家族に情状に関する証言をお願いする）と比較すると、弁護人にとって相当な負担になってしまう。法科大学院や司法試験、司法修習という、法曹資格を得る過程でそのようなノウハウの教示や訓練を一切受けていないためやむを得ないところである。それゆえに、弁護士全体にとって、触法障害者刑事弁護は、誤解を恐れずに言えば敬遠されがちな傾向があるのも否定できない。このような活動を当然の弁護活動であると整理することには、なお議論の余地があろう。

b 手続保障活動における障害配慮の必要性

一方、刑事弁護の基本は手続保障活動である。知的障害などの障害のある被疑者、被告人の場合、支援調整活動などの情状弁護だけではなく、手続保障活動においても障害特性への理解は必須である。そして、入口支援において支援対象とすべき被疑者は、これまで障害に気づかれることなかった人である。このため、障害者手帳の発行を受けているような、客観的に明白な障害がある場合の方が少ないことにかんがみれば、すべての刑事事件において、弁護人が障害の存在に関心を持ち、気づいた際には手続保障活動において障害に対する一定の配慮をしなければならない。

この点が大きく論点となった事件として、湖東記念病院再審無罪事件（大津地判令和2年3月31日判時2445号3頁）がある。

滋賀県内の湖東記念病院において、平成15年5月22日未明、同病院入院中の人工呼吸器を装着していた患者が急変し、亡くなった。当夜の当直看護助手であった元被告人が、人工呼吸器を故意に抜去して殺害したとして殺人罪で逮捕起訴され、懲役12年の有罪判決が確定し、服役した。ところが、元被告人には軽度知的障害、発達障害（注意欠如多動症）及び気分循環性障害があり、その障害特性として権威者に依存する傾向と易誘導性が強かったことが指摘され

ている。さらに、元被告人が捜査員に強い好意を寄せていたことをも捜査員が認識し、利用し、変遷の著しい自白調書が作成された。最終的には、人工呼吸器の抜去自体に疑義が呈され、自然死の可能性も否定できないとして、元被告人に無罪が言い渡された。

本判決は、被告人の供述の任意性（刑訴法 319 条 1 項、322 条 1 項）の判断に関する一般的な規範を定立するとともに、その考慮要素に捜査機関側の事情のみならず「供述者側の事情」をあげ、その具体的内容として「年齢、精神障害等の有無・内容」を例示した。このことから、仮に弁護人が担当する被疑者・被告人に知的障害がある場合、そのことが被疑者・被告人の供述調書の任意性の判断に直接影響する場合があります。本判決を前提とすると、弁護人が被疑者に何らかの障害があることを疑いつつも、それを軽視して被疑者供述調書の任意性の検討を怠り、本人に不利な判決がなされた場合、弁護過誤となる可能性があるということだろう。本判決において裁判長が説論の中で「警察、検察、弁護士、裁判官すべての関係者が、今回の事件を人ごとに考えず、自分のこととして考え、改善に結び付けなければなりません。（判時 2445 号 34 頁）」と述べるように、刑事弁護活動一般において被疑者・被告人の知的障害の可能性を考える必要性については、弁護人を務めるすべての弁護士が、自分のこととして考えなければならない。

c 弁護人の役割—手続保障活動への専念

しかしながら、入口支援が支援調整活動とほぼ同義にとらえられているために弁護人から敬遠され、その必要な障害理解へのアクセスから遠のいているのだとしたら、これは大きな問題であるように思う。

そこで、筆者は、入口支援のうち「支援調整活動」は福祉専門職や地域の支援者の役割として任せることで、弁護人は「手続保障活動」に専念できるようにすべきではないかと考える。そもそも、福祉的ニーズのある人がいたとき、その人の支援を調整する役割、専門性は福祉専門職にある。たとえば、ある人に何らかの疾患が疑われるのであれば、その治療をするのは医師の役割であり、弁護士が代替することはありえない。それと同じように、福祉的ニーズのある被疑者・被告人の支援調整をする専門職は社会福祉士、精神保健福祉士、ケアマネージャーその他福祉専門職であり、弁護人がすべきことはこれらの専門職を探し、発見し、支援調整を依頼することに尽きると整理すべきである。

ただし、そのためには、障害のある人の日常の地域生活を支える一般的な地域の支援機関が、刑事手続そのもの知識や、前科がある障害のある人への支援

スキルを得て、安心して対応できる環境づくりが不可欠である。現状、刑事司法からの福祉的支援は、福祉専門職の中でもさらに専門性の高い機関である地域生活定着支援センターや、特別に司法福祉連携を手掛けてきたソーシャルワーカーなどによって提供されてきた。今後、入口支援をはじめとした触法障害者に対する更生支援を持続可能なものとし、上記のように弁護士と福祉専門職の役割分担を実現するには、地域福祉の視点からも触法障害者支援のテーマを議論する必要があるだろう。

そこで、そのために必要な要素についてさらに検討する。

Ⅲ 触法障害者とダイバージョンのこれから

【設例2】

障害者相談支援センターの相談員Yは、頭を抱えていた。

先日、弁護士Xから突然、無銭飲食で捕まっているAさんの支援をお願いされた。障害者手帳は何も持っていないとのことなので、センターとしては初めてかかわる人だ。聞けば、裁判まであとたったの2か月程度の間には支援の方針を立て、支援計画を作成する必要があるという。

仕方がないので弁護士Xと一緒に警察署に行ってみたが、Aさんはなかなか話してくれなかった。たしかに場面緘黙と、自閉傾向はあるように感じられたが、最終的には知能検査をしてみないことには何とも言えない。仮に釈放されてから通所の事業所を利用するにしても、今つかまっている場所からでは見学もできない。一応、Yは面会の時に事業所のパンフレットを見せながら説明したが、本当にこの事業所がAにあっているのか、Yには自信がない。そもそも、Aが無銭飲食で警察につかまっていることを事業所に伝えてもいいものか。伝えずにAを事業所に紹介するのも、普段からの信頼関係を考えると胸が痛む。しかし弁護士によると、「このまま何もしなければ、Aさんは確実に刑務所に入れられてしまう。」とのことだったので、わかる範囲で支援計画を作成した。

おかげでAは執行猶予付きの判決になり、ほどなく釈放された。その後、Yや通所の事業所は、しばらくは計画通りの支援を行った。Aも、釈放された当初は事業所に特に問題なく通所していた。ところが、Aは1か月もたたないうちに「障害者と一緒にいるのは嫌だ。自分は障害者じゃない。」と言うようになり、ついに事業所に来なくなってしまった。

1 一般的な障害福祉にとっての触法障害者支援

上記【設例2】は、【設例1】と同じ事例を相談員Yから見たものである。筆者が市職員として法律相談を受けていると、【設例2】のYのような状況の職員によく出会う。そして、刑事手続係属中に立てた支援計画は、釈放後数か月以内に見直しを迫られるのである。筆者が在野で弁護人をしていたころは、【設例1】のように釈放された時点で事件としては終了していたことから、その後どのような経過をたどったか知ることもなかった。

しかし、支援者側からの法律相談を受けるようになり、触法障害者を支援するということは、一般的な障害福祉の世界では決して当然のことではなく、そうした障壁を無視して強行しようとする、どこかで無理が生じるのではないかと考えるようになった。それは、被疑者本人のその後の生活にとってもよいことではない。

2 触法障害者支援の普遍化に向けた動き

(1) 触法障害者支援の位置づけ

これまで、触法障害者支援は、保護観察所や、地域生活定着支援センターなどの国の専門機関が、一部の服役中の者または出所者に対し、専門的にかかわるものととらえられてきた。地方自治体は、一般論としては福祉行政を担っているものの、一般的に触法障害者を正面から支援対象と考えるだけの法的根拠もなかった。このため、いざ触法障害者を支援するとなった場合に噴出する多くの課題についても正面から整理されることはなく、どうすればいいかわからないままになってきているように見える。

(2) 触法障害者支援の普遍化への法的根拠

しかし、2016年12月、再犯の防止の推進等に関する法律（以下、「再犯防止推進法」という。）が成立することで状況は大きく変わりつつある。同法は、「犯罪をした者」の円滑な社会復帰を促進することの再犯防止政策における重要性にかんがみ、再犯防止に向けた国と地方公共団体の責務を定めるなどの再犯防止施策の基本方針を示している。ここで触法障害者と関連する点についてあげると、犯罪をした者のうち高齢者、障害者については、必要に応じて適切な保健福祉サービスを提供するよう必要な施策を講ずるとされている（17条）。一次的には国の責務とされているものの、地域の状況に応じて地方公共団体も国の施策に協力するよう求められている（24条）。また、その他の施策に関する部分も含め、地方公共団体には地方再犯防止推進計画の策定が努力義務として求められている（8条）。このほかの条文も含め、犯罪をした者等への支援は、

自治体や民間事業者も含め、社会全体で支えるべきことがらになりつつある。

このように、特殊、専門的なテーマであった触法障害者支援は、今後地域福祉の普遍的テーマとなっていくであろうし、そうなる必要がある。現在はその過渡期であるが、刑事司法関係者（刑事司法の枠内でソーシャルワークに尽力された福祉専門職も含む）の中ではこのテーマでの議論が過熱する一方、地域福祉側からの議論はあまり聞かれない。その戸惑いが、【事例2】のような相談にあらわれている。触法障害者が最終的にかえっていく場所は地域であり、地域福祉の中でなんらかの無理が生じているのであれば、それは時間がかかっても解消していく必要がある。

3 普遍性・持続可能性ある触法障害者支援に必要な取組み～2人目の弁護士

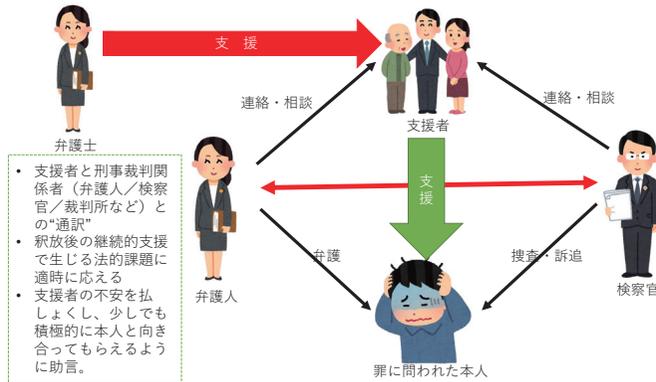
(1) 地域福祉のスキル底上げの必要性

支援調整活動のすべてを弁護士が担うことは、弁護士にとって負担が大きい。その上、障害の存在や支援の調整が量刑判断に直接影響しないような事件（執行猶予／実刑の判決が確定視される場合など）では、触法障害者支援は情状弁護に位置づけられるインセンティブが希薄になるおそれがある。とりわけ執行猶予が確定視される事件の場合、あえて労を費やして支援の調整を行う弁護人はそれほど多くないだろう。しかしながら触法障害者支援においては、犯罪傾向が深化する前に支援調整を行うことが大切である。このジレンマを克服するには、刑事弁護的視点とは独立して、本人の生活支援を考えられる支援者が必要となる。

さらに、刑事弁護活動との関係のほかにも、触法障害者・高齢者支援が普遍化していけば、警察官や検察官、あるいは刑務所などの刑事司法機関から、自治体や地域包括支援センターといった地域の相談支援機関に対し、直接支援依頼が来るような場面が増える可能性もある。刑事司法機関と地域の相談支援機関が直接接触することはこれまでほとんどなかったと思われる。とりわけ、入口支援段階においては刑事訴訟法の知識がベースになれば、支援機関が必要とする情報が得られない。最大の関心事の一つである釈放時期を誰に聞けば正確な情報が得られるのかもわからない。相談支援機関にとってはどうすればいいのかかわからず、相当程度困惑することになるのではないか。

こうした課題を解決するためには、弁護士や検察官の公判活動から独立して、障害のある人本人の日常生活を支援する支援者が、意思決定支援の理念を尊重しつつ、本人の更生と社会復帰に向けた支援ができるようスキルアップする必要がある。刑事手続中の制限された環境下では、本人の支援の前提となる適切

支援者を支える～“2人目の弁護士”論～



なアセスメントも支援計画も困難だ、と判断したら、刑事司法関係者に向けて「現時点での計画作成は無理である」と言える支援者であるべきだろう。こうした支援技法の点に加え、触法障害者支援は、どうしても刑法や刑事訴訟法等法律が強く影響し、また生活支援上も様々な関係機関に法的リスクが発生するテーマでもある。このため、支援者の法的リスクへの漠然とした不安を解消するため、法的バックアップが必要である。

ここで、障害のある人の権利擁護を目的としつつ、地域での支援者を支えるために法的助言を行う弁護士が求められる。この弁護士は、刑事弁護の価値・理念からあえて独立し、被疑者・被告人となった障害のある人のその後の生活支援のために助言を行うため、1人目の弁護士である弁護人とは別の者が担う必要があることから、この役割を担う弁護士を仮に「2人目の弁護士」と呼ぶ。

(2) 解消すべき法律的課題—2人目の弁護士がすべきこと—

筆者がこれまで聞いてきた触法障害者支援に関する相談や、支援の中で感じる課題は以下のとおりである。

a 支援者が抱く不安・倫理的葛藤の軽減

入口支援の結果、地域へ帰ってくる障害のある人は、構成要件に該当する違法で有責な行為を行っていないながら、不起訴又は執行猶予等により刑罰を受けていない場合がある。このような者を支援することで、支援者に不可避免的に生じる強い不安や倫理的葛藤を、適切にケアしなければならない。

「悪いことをした人なのに、なんで自分たちが支援したら罪が軽くなるんですか。」という支援者の素朴な問いに、丁寧に応える必要がある。支援の必要性の

大きさのみで簡単に納得できるものではない。ここで納得が得られなければ、本人への支援に必ず返ってしまい、本人の地域生活にとっても決してプラスにはならない。

また、純粋な法律事項として対応を求められるのが、被疑者を受け入れたことで、事業所の他の利用者には何らかの害(暴言、暴行、窃盗、性加害など)が及ぶおそれについてである。罪に問われた者の中には、どうしても加害行為を繰り返してしまう者もいるため、こうしたリスクは現実には発生することは否定できない。事業所の管理者は、本人の前科を知って受け入れた場合、管理責任を問われることはないだろうか、また、本人の前科を知った管理者は、どの範囲の職員にまでその情報を共有しておくべきであろうか。この点はケースバイケースである上に、本人の障害特性やアセスメントの結果、支援によってどこまで触法行為のリスクを下げられるかにもよるため、一律に回答することはできない。逆に言うと、ケースごとにリスクアセスメントを行う必要がある以上、支援チームの中に2人目の弁護士は必須である。

b 刑事司法手続に関する研修、助言

刑事司法手続に関する基本的な知識の研修や、具体的ケースで対応に苦慮した際に弁護士の助言を得られるような体制を整備しておく必要がある。地域福祉の関係者をはじめ、一般的には、被疑者を起訴する権限や勾留請求をする権限を持っているのは警察官だと思っている。また直接やり取りするのも警察官であることが大半なので、担当警察官が勾留の期間や釈放の見込みを伝えてきたときは、支援者はそれに依拠して動く。しかし、いずれも権限を持っているのは検察官であり、担当警察官と検察官とでまったく異なる判断をすることも珍しくないことから、そのたびに現場は振り回されてしまう。そんな時、「本当に必要な情報は検察官に確認するように」という知識があれば、少なくとも警察官の情報が絶対のものではないと用心するようになるだろう。

こうした基本的知識の研修にも、弁護士は役割を果たすことができる。

c 法律上の課題

弁護士が直接支援をすべき課題のほか、犯罪を禁忌とすることを前提とする法令により、支援が滞る場面もあることから、こうした法令を見直すことも必要である。^{vi}

たとえば、障害のある人の場合、自治体も支援に深くかかわっており、自治体が支援に前向きになるか否かは重要である。自治体は、それぞれ個人情報保護条例に基づき住民の個人情報を管理している。個人情報保護法や行政機関個

個人情報保護法の条文と類似した内容の条例である場合もあるが、法律の規定ぶりと大きくかけ離れた条文構成を取っている自治体も存在することに注意しなければならない。一部の自治体では当該個人の「犯罪に関する情報」については、たとえ本人同意があったとしても収集することすら禁止しているものがある。この条例のままだと自治体は本人の前科前歴情報に触れることも許されないため、支援において大きなハードルとなる。

また、地方公務員が支援をする場合には、公吏告発義務（刑事訴訟法 239 条 2 項）が障壁となることがある。触法障害者の支援をする中で、再度の犯罪を行ったことを認知した場合は、同条項に基づけば告発をしなければならないことになる。解釈上、同条項の趣旨は、行政機能と告発による刑事司法権の行使とを関連させることによって、刑事司法の適正な運営をはかるとともに、行政機能がより効果的に発揮されることをも目的としているため、その案件を告発することにより今後の行政運営に重大な支障を生ずるとみられる場合まで告発を励行するものではないとされている^{vii}。とはいえ、覚せい剤自己使用や、性暴力といった違法性の強い犯罪行為の場合にまで今後の行政運営に重大な支障を生じるので告発しない、という選択が許されるのか、その線引きは困難である。

IV おわりに

ここまで、筆者が基礎自治体の組織内弁護士として経験してきた法律相談に基づき、触法障害者とダイバージョン（入口支援）を地域福祉側から見た現状と課題、そして今後取り組むべきと思われる点について述べてきた。弁護士は、一般的に弁護人としてこの問題に取り組むため、筆者と同様の視点でこのテーマを論じる者は少ない^{viii}。しかし、地域福祉側から触法障害者とダイバージョンの問題を見たとき、それは特異なケースではなく、虐待やごみ屋敷、セルフネグレクトといった「生きづらさ」の発露のひとつの形ではないかと思えてならない。

日本の地域福祉が、「断らない相談支援」「地域共生社会に向けた包括支援」といったかけ声のもと、福祉サービスの提供に限らない多様な相談を受けつける方向へ走り始めている。本稿で取り上げた触法障害者とダイバージョンの問題も、こうした「多様な相談」の中に含まれるだろう。そのほかにも、離婚や多重債務、消費者被害といった法的課題も多数寄せられる素地はあることから、地域の顧問弁護士としての「2人目の弁護士」が、触法障害者支援のチームに加わることを期待する。

-
- ⁱ 後藤昭「刑事手続と結びついた更生支援の動向と課題」法律時報2017年89巻4号4頁
- ⁱⁱ 平成29年3月31日付障発0331第15号「障害福祉サービスの利用等に当たっての意思決定ガイドラインについて」
- ⁱⁱⁱ 筆者がかかわった触法障害者支援ケースは20件以上にのぼり、うち半数ほどが公判請求となった。しかし、公判において検察官から証拠として提出された被疑者・被告人の供述調書に対し、一部でも弁護士から不同意の意見が述べられたことはない。
- ^{iv} 日本弁護士連合会ウェブサイト「触法障害者の刑事弁護に関するチラシ」https://www.nichibenren.or.jp/library/pdf/activity/human/aged_shien/keijitetuduki_chirashi.pdf
- ^v たとえば、千葉県社会福祉士会・千葉県弁護士会「刑事司法ソーシャルワークの実務 本人の更生支援に向けた福祉と司法の協働」(日本加除出版株式会社、2018年)84頁以下で、更生支援計画作成等の触法障害者支援に関する取組が国選弁護報酬の算定根拠となっておらず、弁護士会が基金を設立して対応したり、個々の弁護人の自弁にゆだねられたりするなどの実態が課題として挙げられている。
- ^{vi} 再犯防止推進法9条(法制上の措置等)では、「政府は、この法律の目的を達成するため、必要な法制上、財政上又は税制上の措置その他の措置を講じなければならない。」とある。法制上、自治体や支援者が触法障害者支援に取組みやすい環境を作るため、国は必要な法制上の措置を検討すべきである。
- ^{vii} 新版注釈刑事訴訟法(第三卷)立花書房305頁、条解刑事訴訟法(第3班増補版)弘文堂422頁など
- ^{viii} 水藤昌彦「社会福祉士等による刑事司法への関わりー入口支援としての福祉的支援の現状と課題」法律時報2017年89巻4号47頁も、地域での支援者の困難に目を向けた課題に向き合うべきである、という、筆者とほぼ同じ趣旨の課題意識が挙げられている。しかし、そうした指摘はまだそれほど多くはないように思われる。

発達障害を有する非行少年と「合理的配慮」 —障害法と刑事政策論からの一考察—

宍倉 悠太 (国士舘大学)

- I. はじめに
- II. 発達障害を有する非行少年の現状
- III. 罪を犯した障害者に対する「合理的配慮」の刑事政策論的考察
- IV. 発達障害を有する非行少年への対応の展望—むすびにかえて

I はじめに

わが国の少年非行は近年減少傾向にある。『令和元年版犯罪白書』によれば、少年による刑法犯、危険運転致死傷及び過失運転致死傷等の検挙人員は、2012（平成24）年以降戦後最少を記録し続け、2018（平成30）年には戦後最少を更新した¹。この背景には、少子化等の事情も存在していると思われるが、他方で少年院などでは、知的障害・発達障害を有する少年が収容される割合が増加しており²、非行少年処遇の現場でもその対応が求められるようになってきている。

無論、発達障害そのものが犯罪や非行の直接の要因となるわけではない。むしろ、発達障害者の場合、その特性に対する早期の気づきと支援が無ければ、家庭での養育困難や学校での不適応に伴う虐待やいじめなどの「被害者化」のリスクを抱えてしまう可能性がある。さらに、これらのリスクが長じると、社会における「居場所」を無くすことで社会化のシステムから逸脱することになり、その結果として犯罪や非行に手を染めて「加害者化」という経過を辿る³。このように、発達障害を有する非行少年がいわゆる「二次障害」から加害者化に至っているような場合、その処遇においては、非行性の除去に加え、当該非行と関わる発達障害への療育も同時に行うことが必要となり⁴、相当な専門的知見と時間が要求される。ゆえに、少年保護司法システムの内外におけるそうしたノウハウや社会資源の存在およびそれらへのアクセスの機会が無ければ、社会復帰のうえで多くの困難を抱えることになる。

ところで、発達障害の社会的認知の向上に伴い、発達障害をめぐる関連法制もまた変化を遂げてきた。さらに、近年障害者法制自体も大きな変革を遂げつつあるが、中でも障害者権利条約の批准と障害者差別解消法などにおける「合理的配慮」の概念の導入は、障害の「医学モデル」から「社会モデル」への捉え直しを図り、

社会的障壁を除去するうえで非常に重要なものであろう。そのような中、果たしてこの「合理的配慮」は、「罪を犯した障害者」を扱う刑事司法や少年保護司法の領域に対しどのようなインパクトをもたらさしうるのであろうか。本稿ではこうした問題意識を元に、罪を犯した障害者に対する「合理的配慮」について刑事政策論的観点から検討してみたい。そのうえで、発達障害を有する非行少年の処遇の展望について考察を行うこととする。

なお、本稿で「発達障害」というときは、広義として、医学上・法令上の診断名双方が含まれる「自閉症」「アスペルガー症候群」「広汎性発達障害」、および前三者を総称した「自閉症スペクトラム障害」と、「注意欠陥多動性障害」「学習障害」を指すものとする。他方、「発達障害者」という場合は、発達障害者支援法2条2項にあるとおり、「発達障害及び社会的障壁により日常生活又は社会生活に制限を受けるもの」という、障害者権利条約全文(e) および1条の規定にある、いわゆる相互作用主因論⁵も踏まえた発達障害者を指すものとする。

II. 発達障害を有する非行少年の現状

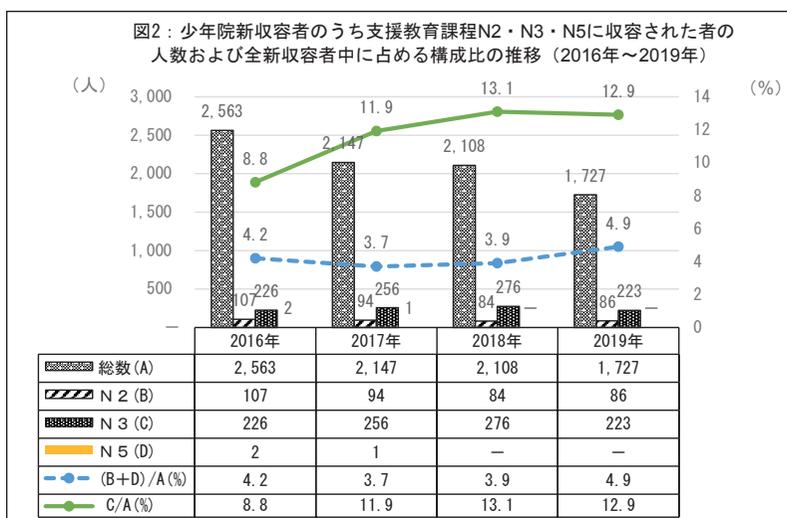
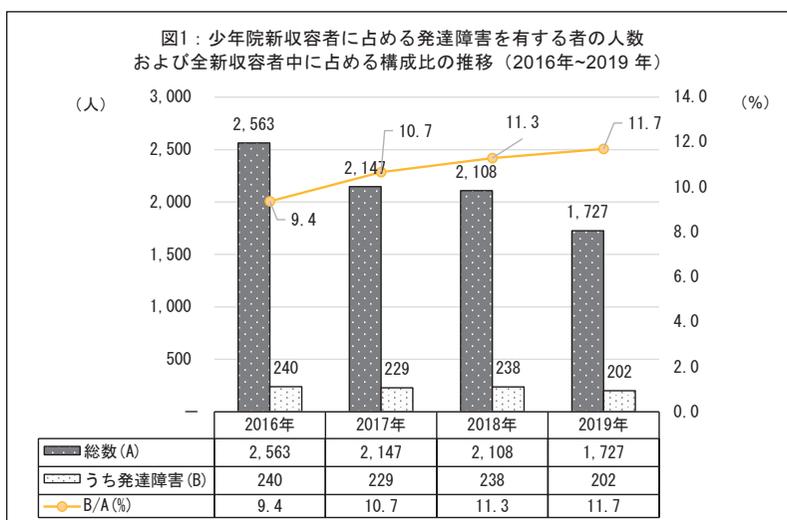
現在、少年保護司法に係属する少年の中に発達障害者がどの程度存在するかに関する明確な統計は存在しない。しかし、その状況を客観的に裏付けるものの一つとして、法務省の「少年矯正統計」が参考になる。

この点、2015（平成27）年の新少年院法施行前においては、少年院の教育課程の一つである「特殊教育課程」の「H2」に分類される者が発達障害の傾向を有する者とされていた⁶。詳細は従前の拙稿を参照いただきたいが、1989（平成元年）年から2014（平成26）年までのH2課程の新収容者数の推移をみると、少年院の全新収容者数の減少に比べてあまり減少しておらず、全新収容者数に占める割合では上昇していることが判明した⁷。また、少年院新収容者のうち、発達障害者が占める割合または人数が多い非行名を抽出すると、「窃盗や住居侵入、暴行などの比較的軽微な犯罪・非行」「殺人や強制わいせつなどの重大悪質な犯罪・非行」や「虞犯」などが挙げられることも判明した⁸。

さらに2015（平成27）年の新少年院法施行以後は、「特殊教育課程（H1・H2）」が「支援教育課程（N1-N5）」として再編され、特に「N2」「N5」の課程の対象者の説明において「発達障害」が法令上初めて明記されることになった。それと同時に、少年矯正統計における「新収容者の精神診断」に関連する項目にも、診断区分として「発達障害」が明記された。そこで、以下これらの統計を基

に2016(平成28)年以降の動向を確認したい⁹。

まず、図1を見ると、2016(平成28)年以降も、発達障害を有すると診断された者が少年院新収容者に約1割程度おり、その割合が漸増している様子が伺える。さらに、図2に関して、支援教育課程のうち、「情緒障害若しくは発達障害またはこれらの疑いのある者及びこれに準じた者で処遇上の配慮を要する者」を収容する課程である「N2」「N5」と、「義務教育を終了した者のうち、知的能力の制約、対人関係の持ち方の稚拙さ、非社会的行動傾向等に応じた配慮を要する者」を収容する課程である「N3」の収容者数の推移を見ると¹⁰、N2とN5の収容者が3%から5%、N3の収容者が8%から13%程度存在し、双方を合わせると年間最大で17%程度の者がこれらの課程に収容されており、その割合は2016(平成28)年以降も漸増していることが分かる。



無論、全ての非行少年が少年院に収容されるわけではないことから、これが一概に少年保護司法システムに係属する発達障害者の状況であるとは言い切れないが、非行少年の中に含まれる発達障害者の状況を客観的に示す証左の一つとはなりうる。そして、少年院新収容者が減少する中でその割合が増加しているという状況は、発達障害を有する少年に対して、一般社会での対応システムが必ずしも十分に機能していない状況を少なからず示しているともいえよう。

発達障害およびその二次障害の影響から非行を行った者が健全に社会へ復帰するためには、①発達障害の療育、②二次障害に伴う反社会的行動の矯正教育、③社会における「居場所」の提供、といった要素が重要になる。この点、2004（平成16）年に成立した発達障害者支援法が2016（平成28）年に改正された際、1条の目的規定の中に「切れ目なく発達障害者の支援を行うことが特に重要であること」という文言が追加されたように、発達障害者の支援はその成長発達段階に応じた支援をシームレスに行っていくことが求められる。非行少年の場合、保護処分の種類などによらず、少年保護司法システムにおける矯正教育および療育の成果についてもある程度切れ目のない支援として引き継いでいく必要があり、その双方のフォローアップを一定の期間社会の中で行う体制を整備したうえでソフトランディングを進めていかなければ、真の意味で社会における「居場所」を得たとはいえない。そのためには、少年保護司法システムと発達障害者の教育・医療・福祉・就労等のシステムとのより適正・有効な連結が求められることになる。

では、こうした状況に対し、障害の「社会モデル」の発想に基づく障害者関連法制は、どのように資することができるであろうか。そこではとりわけ、「罪を犯した者」に対応する「刑事政策」との関係で「合理的配慮」が検討される必要があらう。そこで以下、この点について検討したい。

Ⅲ. 罪を犯した障害者に対する「合理的配慮」の刑事政策論的考察

1. 「合理的配慮」の意義

はじめに、「合理的配慮」の意義について確認したい。

合理的配慮という文言は、障害者権利条約の2条に記載があるが、これは“rational accommodation”の訳語ではなく、障害者権利条約の公定訳文で採用された、“reasonable accommodation”の訳語であるとされる¹¹。すなわち、「“rational”という語が『自己の目的関数最大化のための最適手段選択に関わる意味』で用いられるのに対し、“reasonable”は『自己と目的を異にする他者から見

ても“理に適った“といえる仕方で他者を尊重する態度に関わる意味』で用いられる¹²」ものであり、合理的配慮の概念は「障害者と相手方の双方の事情を考慮に入れる」「相手方からみても『理に適った (reasonable)』もの」とされる¹³。まずはこの点に留意しておきたい。そのうえで、障害者権利条約2条を見ると、合理的配慮は「障害者が他の者との平等を基礎として全ての人權及び基本的自由を享有し、又は行使することを確保するための必要かつ適当な変更及び調整であって、特定の場合において必要とされるものであり、かつ、均衡を失した又は過度の負担を課さないものをいう」と定義されている。そして、合理的配慮の否定は差別となることが規定されている。

次に、「合理的配慮」を構成する要素について確認したい。この点について、「合理的配慮」の文言は障害者権利条約には記載があるものの、わが国では障害者差別解消法や障害者雇用促進法などに当該文言は存在せず、障害者差別解消法6条に基づき閣議決定された「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』と呼ぶ)」において登場し、説明されている¹⁴。この基本方針では、合理的配慮について以下の要素を挙げている。

第一に、「(障害者の) 個々のニーズ」という点である。これは、障害者一般のニーズではなく、個々の場合ごとに異なる各障害者の具体的なニーズを意味するとされている¹⁵。またこの点については、障害者差別解消法7条、8条に基づき、障害者からの「意思の表明」があった場合に提供するとされている¹⁶。

第二に、「社会的障壁の除去」という点である。この「社会的障壁」については、障害者差別解消法2条2項において「障害がある者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をいう」と定義されており、具体的には「物理的環境への配慮(段差のための携帯スロープ等)」「意思疎通の配慮(筆談、手話等)」「ルール・慣行の柔軟な変更(休憩時間の調整等)」という3形態をとるとされている¹⁷。

第三に、「非過重負担」という点である。これは、配慮を提供する相手方は過重負担があるときは社会的障壁を除去する必要はないことを意味する。そして、過重負担の有無は「具体的場面や状況に応じて総合的・客観的に判断」される必要がある¹⁸、「事業への影響の程度」「実現可能性」「費用・負担の程度」「事業規模」「財務状況」といった点を考慮に入れる必要があるとされている¹⁹。

以上が「合理的配慮」の3要素であるが、「合理的配慮」の上記3要素に附随するものとして、「(障害者の) 意向の尊重」「本来業務付随」「機会平等」「(配慮を実施する側の) 本質変更不可」という要素も挙げられるとされる²⁰。そしてこれ

らはいずれも基本方針3の(1)の中にある「建設的対話による相互理解」「合理的配慮は、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」という表現に基づき要求されているものであり、これらが合理的配慮の中核である「個々のニーズ」「社会的障壁の排除」「非過重負担」の要素の文脈にどう位置付けられるかは曖昧であるものの、合理的配慮の提供に際しては総合的・客観的に判断される必要がある要素であるとされている²¹。

以上より、改めて「合理的配慮」の要素を列挙すると、①個々のニーズ、②社会的障壁の除去、③非過重負担と、それらに伴う④意向の尊重、⑤本来業務付随、⑥機会平等、⑦（配慮を実施する側の）本質変更不可、ということになる。

2. 「司法手続きにおける配慮」の意義

次に、刑事政策に関連する内容として、障害者権利条約13条の規定する「司法手続きの利用の機会」の内容と、わが国における障害者基本法29条や発達障害者支援法12条の2にある「司法手続きにおける配慮」の内容について確認しておきたい。

障害者権利条約13条は、「障害者が、障害のない人と同じように司法手続を効果的に利用できるようにすることを求めている²²」ものとされる。さらに本条は「時系列として捜査段階その他の予備的な段階から、刑の処遇の段階まで、司法手続の全ての段階をカバーし、また、適用対象者として直接の当事者のみならず、証人等の間接の参加者までも含めて規定している²³」とされている。さらに、権利条約13条1項は、年齢に適した配慮を行うことも定めており、これは自由権規約14条4項や子どもの権利条約23条・40条などの規定も踏まえると、「障害の種類や程度に応じた配慮に加え、年齢を考慮した、適切な措置と配慮が求められる²⁴」ことになる。

他方、国連障害者権利委員会の平等及び無差別に関する一般的意見第6号をみると、「D. 合理的配慮に関する第5条3」の25(d)において、「司法手続の利用の機会という文脈における『手続上の配慮』は、合理的配慮と混同されるべきではない。後者は不均衡の概念によって制限されるが、手続上の配慮は制限されない²⁵」とされている。すなわち、障害者権利条約13条の手続上の配慮は、「合理的配慮が司法分野において特化されたもの²⁶」であり、「合理的配慮の際の『均衡を

失したまたは過度の負担』の問題は、適正手続を求められる司法分野においては、原則として考慮する必要はない²⁷⁾とされる。

こうした「司法手続きにおける配慮」の内容を、罪を犯した障害者との関係で検討すると、まず、罪を犯した障害者に対しては、意思の表明に基づき、その手続き及び処遇の全般において、その障害や年齢に配慮した対応が求められることになるかと解されよう。さらに、ここでいう「配慮」に関しては、1で確認した「合理的配慮」の内容とは異なり、特に「非加重負担」の要素が取り除かれることになる。そして、わが国の障害者基本法 29 条や発達障害者支援法 12 条の 2 における「司法手続きにおける配慮」についても、この内容を踏まえて理解されるということになろう。

無論、適正手続が障害の有無にかかわらず全ての者に保障されることはいうまでもない。また、「日本における司法手続は、障害のない人を想定してその仕組みが作られている²⁸⁾」というように、わが国の司法手続は未だ障害者に対して不十分な点が多く、その対応も近年少しずつではあるが始まったものの決して満足な定着を見ているわけではない²⁹⁾。さらに、上記の障害者基本法 29 条については、その基本法的性格から「本条をもって個々の障害者の具体的権利を基礎づけることは困難であると考えられている³⁰⁾」とされ、「対象として、権利条約のように司法手続の全ての段階をカバーしているのか必ずしも明確とはいえない。特に刑事施設等（刑事施設、少年院又は少年鑑別所）における処遇に関する手続について明文では規定されていない³¹⁾」というように、当該条文が障害者権利条約の内容を踏まえたものであるべき一方で、その内容の不十分さを指摘する声もある。こうしたわが国の現状を鑑みると、罪を犯した障害者に対する司法手続きにおいてその障害特性に応じた配慮を行うべきことは、いくら強調してもし過ぎることはないといえる。

しかし他方で、こうした司法手続きにおける配慮の提供を実際の刑事司法システムや少年保護司法システムの運用の中で堅実に定着させていくためには、その配慮を提供する主体に対して、実践的場面におけるその必要性・相当性などを説得的に示していくことが求められるであろう。また、司法手続きにおける配慮は、「非加重負担」の要素が排斥される点で「合理的配慮」と全く同じ要素ではないとはいえ、合理的配慮の本旨を完全に離れた内容のものであるとも言い切れないのではないだろうか。この点、国連障害者権利委員会の一般的意見第 6 号にある「D. 合理的配慮に関する第 5 条 3」の 25(a) では、合理的配慮について「…『合理性』という概念が、この義務を明確に限定し、又は修飾するものとして機能してはな

らない。この概念は、配慮にかかる費用や資源の利用可能性の評価手段ではない。このような評価は、後の段階、すなわち『均衡を失した又は過度の負担』についての評価がなされる際に行われる。むしろ、配慮の合理性は、障害のある人にとっての妥当性、適当性及び効果を指す。それゆえ、配慮が提供される目的が達成され、かつ、障害のある人のニーズに合わせて配慮がなされる場合、その配慮は合理的なのである³²と説明されている。ここからは、「均衡を失した又は過度の負担」という要素を除いても、司法手続きにおける配慮においては、なお「合理的 (reasonable)」であるかの本旨に沿った視点が要求されるといえる。そして、「均衡を失した又は過度の負担」の要素を検討する以前に、合理的配慮はそもそも「障害者にとっての妥当性、適当性、効果」という指標から検討されるものであるという理解になるが、ここでいう「妥当性 (relevance)、適当性 (appropriateness)、効果 (effectiveness)³³」を「罪を犯した障害者」において考えた時、それは必ずしも当該障害者だけが納得のいくような手続きや処分を目指して行われる配慮だけをもって「合理的」と評価されるわけではないであろう。とりわけその「合理的」であるかどうかの内容は、刑事政策論的観点も踏まえる必要があると考える。そこで以下、その内容について検討してみたい。

3. 罪を犯した障害者に対する「合理的配慮」の刑事政策論的考察

(1) 刑事政策の意義

はじめに、刑事政策論的考察の前提として、「刑事政策」の意義について確認したい。

第一に、刑事政策は「犯罪を防止することを目的として行われる国及び地方自治体の施策³⁴」などと定義される。「犯罪の防止」が目的とされる点で、社会政策のような他の施策とは区別されることになる。

第二に、刑事政策は「犯罪の防止」のみならず、「犯罪から生じた社会的葛藤の解決³⁵」をも目的とするものである。したがって、「罪を犯した者」だけを検討の対象とした方法では、問題の一面的な解決にしかならない。自ずと「被害者及びそれを含む社会全体にその活動がむけられざるをえない³⁶」という点にも注意する必要がある。したがって、犯罪の概念についても多面的な把握が可能になる視点を確保しておくべきであり、犯罪現象を「加害者の加害 (I - b)・被害者の被害 (V - d)・それに対する社会からの反動 (S - r)³⁷」の複合体として把握する「b・d・rのダイナミクス」の犯罪概念に基づく考察を行うことが重要になる。

(2) 罪を犯した者へ対応する原理

これら刑事政策の意義を確認したうえで、次に、罪を犯した者へ対応する原理としては、「価値的・規範学的方法」と「事実に・経験科学的方法」の二通りが想定される³⁸。刑事司法システムや少年保護司法システムは、これら二つの原理を調整する形で構成されているが、以下、上記二つの原理に基づく対応の概要を、手続および処遇の側面から整理してみたい。

はじめに「価値的・規範学的方法」による対応においては、犯罪に対する「行為一責任一応報」がその基本原理となる。したがって、手続面においては、規範的評価からの厳格な事実認定を重視し、行為に応じた責任の大小を刑事処分の主たる適用基準とすることになる。そして処遇レベルにおいては、刑罰は応報的な害悪性の付与が内容とされるが、裁判所によって宣告された刑罰を人権保障に留意しつつ厳格に科すという「刑の執行 (Strafvollstreckung)³⁹」の概念が強調される。したがってその処遇の内容も、平均的正義の観点から画一性や公平性を重視したものとなる。

これに対し「事実に・経験科学的方法」による対応では、犯罪に対する「行為者一危険性一予防」がその基本原理となる。この原理からすると、手続面においては行為者の素質や環境についてを医学・心理学・社会学・教育学等の経験科学的観点から分析して行為者の犯罪的危険性を認定する。そのうえで当該危険性の大小を、とりわけ改善・社会復帰を目的とした各種処分の適用基準とすることになる。そして処遇レベルにおいても、配分的正義の観点から当該犯罪者の個々の問題性に応じ、その除去のための働きかけを行う「行刑 (Strafvollzug)⁴⁰」の概念が強調されることになる。

以上が罪を犯した者へ対応する原理の概要であるが、この双方の要請は、現実の罪を犯した者への対応の場面で激しく矛盾対立することになる⁴¹。刑事政策論的には、最終的に国家がその責任においてこの矛盾対立する要請を「解決」すべく整理していかねばならないことになるが⁴²、以下、こうした内容を踏まえて、罪を犯した障害者に対する「合理的配慮」の内容を検討したい。

(3) 「罪を犯した障害者」に対する合理的配慮

はじめに、「罪を犯した障害者」に対する配慮を実施するうえでも、なお「合理的 (reasonable)」であるかという点に関して、その「相手方」の存在を踏まえなければならない。その相手方とは、直接的には、「刑事司法や少年保護司法等の関係機関」ということになるであろうが、刑事政策論的な犯罪概念に基づく、そ

うした関係機関のみならず、「被害者」や「社会の人びと」も配慮の相手方として想定されることになるであろう。「罪を犯した障害者」への配慮が提供されるべき一方で、なおも「犯罪から生じた社会的葛藤の解決」が刑事政策論的に要求されることに変わりはないからである。

次に、こうした刑事政策論との関係での制約を踏まえたうえで、刑事司法や少年保護司法の手続きおよび処遇について考えると、配慮が無いことで、当該障害者が司法手続きにおいて本来持っているはずの権利や利益を得られない、あるいは、配慮が無いことによって必要以上の不利益を被るようなことがあれば、意思の表明に基づく配慮が提供されることになる。特にこの点については、障害者権利条約13条の趣旨を踏まえ、提供する側の「均衡を失したまたは過度の負担」の問題は考慮せずに、提供が推進される必要がある。

他方、刑事司法や少年保護司法における量刑や保護処分決定のメルクマールとなる、行為責任や要保護性の判断といった本質的な評価基準との関係においてどこまで配慮の提供が可能となるかという点については、合理的配慮の一要素である「本質変更不可」との関係で考えると、即自的には困難ということになる。しかしながら、刑事政策論的観点からすれば、刑事政策の目的である「犯罪から生じた社会的葛藤の解決」を満たす範囲の中で、当該障害者に対する「妥当性、相当性、効果」が見込めるのであれば、こうした判断に関わる配慮が検討される余地もあろう。この点、近年の判例である最高裁判所第一小法廷平成26年7月24日、LEXDB文献番号25446523では、刑事裁判における量刑判断が変わるためには、「同種事案との相違」が説得的に示されることの必要性が判示された。したがって、当該障害者からの意思表示に基づき、障害に対する配慮を行うことにより、刑事政策論的に妥当な結論が導かれることが説得的に示されるのであれば、法律上の枠内において言渡される刑や処分そのものにも変更が行われる可能性もあろう。とりわけ、合理的配慮の手続きには「対話的性格」という側面が含まれており⁴³、まさに「両当事者の対話」を通じて配慮の提供プロセスが進むことを考えれば、こうした処分決定における本質的な評価基準との関係での配慮への道が開く余地もあると考えられる。

以上、刑事政策論的観点から、「罪を犯した障害者」に対する合理的配慮の内容を検討したが、こうした内容に基づき、具体的には以下のような事項が実際の司法手続きの場において求められることになる。

第一に、自明のことではあるが、手続き及び処遇の両面において、そもそも「障害を考慮する『機会』が設けられる」ことは必須になる。この点、障害者差別解

消法では、7条2項において「行政機関等」に合理的配慮の提供義務を課しており、8条2項において「事業者」に対して合理的配慮提供の努力義務を課していることから、警察機関、検察庁、拘留所、刑務所、少年刑務所、少年鑑別所、少年院、保護観察所等の行政機関のほか、弁護士などがその配慮を提供する主体として想定される⁴⁴。これらの関係者が障害を考慮する機会を積極的に見出していかなければ配慮の提供は十全な展開を見せない可能性があることから、障害者権利条約13条2項にある「司法に係る分野に携わる者に対する適当な研修」を促進することが重要になるであろう。

第二に、刑事政策論的観点からすると、配慮の具体的内容は犯罪に対応する二つの原理に応じ、人道主義的観点に基づきより適正な人権保障を追求するための、「手段としての相当性・補充性を意識した配慮」と、科学主義的観点に基づき改善・社会復帰目的をよりよく達成するための「手段としての合理性（有効性）・補充性を意識した配慮」の二つの側面から構成されることになる⁴⁵。前者の具体例としては、取調べの録音・録画や供述特性を理解した立会人の配置、通訳支援等の意思疎通上の配慮や、ソフト・ハード両面における環境上の配慮などが挙げられる。一方、後者の具体例としては、改善・社会復帰に有用な個別の障害特性に応じた矯正教育の実施や、処遇プログラム等の提供、福祉的支援等へのダイバージョンの促進といったことが挙げられるであろう。

これらの内容を踏まえ、最後に発達障害を有する非行少年への対応の展望について考察したい。

IV. 発達障害を有する非行少年への対応の展望—むすびにかえて

1. 発達障害を有する非行少年に対する処遇上の取り組み

障害者差別解消法および内閣府の基本方針においては、不当な差別的取扱いの禁止及び合理的配慮の提供に関連して、行政機関に対応要領を定めることを求めている。このうち、障害を有する非行少年の処遇に関連する行政機関としては現在、警察庁・検察庁・法務省が対応要領を作成している。この中で「罪を犯した障害者」に関する特段の言及はないが、これらの者も当然その配慮の客体として含まれる。

他方、非行少年の処遇においては、障害をもつ少年への配慮も含め、運用上において実施されているものも存在する。無論これらは、「罪を犯した障害者」の個別のニーズや申し出に応じるような任意性のある取り組みばかりではないが、そもそもこうした取り組みが無ければ合理的配慮を実施する環境そのものが不十分

になる可能性もあることから、基本方針の第5の1にある、「個別の場面において、個々の障害者に対して行われる合理的配慮を的確に行うための環境の整備」としての「事前的改善措置」の一種として位置づけられるであろう。以下ではその内容について、発達障害を有する非行少年の処遇として実施されているものを実施機関別に確認する。

第一に、少年鑑別所における取り組みとしては、2015（平成27）年に発達障害スクリーニングツール及び行動観察チェックリストが開発された。これは、ADHDと自閉症スペクトラム障害の特徴の把握を目的とするものであり、原則として収容鑑別の対象者全員に実施されている。

第二に、少年院における取り組みとしては、前述のとおり、新少年院法の施行に伴う教育課程の再編が挙げられる。従来発達障害を有する者に対応していた特殊教育課程は「支援教育課程」に変更され、現在では全国52所中の多くの少年院において同課程の対象となる少年を受け入れており、各課程において障害に配慮した矯正教育が行われている⁴⁶。

さらに少年院の現場では、2016（平成28）年に「発達上の課題を有する在院者に対する処遇プログラム実施ガイドライン」が完成し、現場で活用されている。本ガイドラインは、2008（平成20）年度に法務省矯正局が開始した「処遇プログラム等充実検討会」がその出発点であり、特に2014（平成26）年度から2015（平成27）年度の検討会の成果がこのガイドラインに結実したものである⁴⁷。その内容としては、非行や問題行動が起きるプロセスの理解、在院者処遇の基本姿勢⁴⁸、少年院における処遇の留意点⁴⁹などのほか、発達障害の特性についてのわかりやすい説明や注意点、効果的な処遇などが記載されている。また、本ガイドラインは改訂の過程において身体感覚に関するチェックリストを作成して在院者の「生きづらさ」の把握に努め、現在は150程度の項目に基づき測定し、きめ細かい対応方針を立てられるようになっている⁵⁰。

第三に、保護観察所における取り組みとしては、2014（平成26）年に『保護観察のための発達障害処遇ハンドブック』が作成され、2017（平成29）年には、『保護司のための発達障害Q&A』が作成された。とりわけハンドブックでは、発達障害児者を取りまく医療・教育・福祉・就労システムの紹介、刑事司法・少年保護司法における発達障害児者の処遇の現状、多機関連携による保護観察の実施例が掲載されており、特に、「多様な専門機関との連携による継続的な支援が不可欠」という点を踏まえ、「多機関連携」を一つのポイントとして扱っている。

さらに更生保護の領域では、矯正施設退所者の福祉システムへのダイバージョ

ンとして、特別調整対象者を適切な福祉サービスにつなげる地域生活定着促進事業が2009（平成21）年から開始されている⁵¹。

以上が発達障害を有する非行少年に対する処遇上の取り組みであるが、これらは障害者法制の影響というよりもむしろ、少年非行対策の領域における発達障害者の増加という現場における要請から生み出された側面も大きいことから、必ずしも障害の「社会モデル」に準拠していない面もあるであろう。そこで最後に、合理的配慮を中心とした障害者法制が今後、発達障害を有する非行少年の対応にどのように影響を与えていくべきか、若干の考察を行いたい。

2. 発達障害を有する非行少年の処遇の展望に関する若干の考察

第一に、司法システムにおける合理的配慮に関する個別事案の積み上げの重要性が挙げられる。

障害者基本法や発達障害者支援法において「司法手続きにおける配慮」の規定が導入されたことにより、刑事司法や少年保護司法の領域における発達障害者に対する合理的配慮の提供が義務化されることになった。これに伴い今後、罪を犯した発達障害者に対する配慮の必要性が、現場においてより一層考慮される機会が増すことになる。これは、上述のような取り組みを「社会モデル」を基軸とした内容から再検討する機会の提供へとつながりうるものだが、さらに、罪を犯した発達障害者に対する合理的配慮の提供事例の中から、同時にその刑事政策的な合理性・相当性・補充性が認識されるものは、いずれ制度化され、よりよい事前的改善措置としても漸次展開していく可能性があるだろう。そのためにも、当該障害者からの意思表示はもちろん、合理的配慮の提供に関する個別事案を集約していくことが重要になると考える。そして、そうした事案の集約の前提として、まずは障害に気付く、理解のある職員を増やしていくための研修を積極化していくことが重要になろう。

第二に、合理的配慮が、罪を犯した発達障害者への司法システムに係属する前段階での対応システムの整備と、社会における「居場所」の拡大へ資することの重要性が挙げられる。

罪を犯した発達障害者の場合、二次障害の結果としての犯罪や非行傾向が悪化するほど、より一層その社会復帰は困難を極めることになる。それを防止するためには、司法システムに係属するよりも前の段階、すなわち、家出や深夜徘徊といった不良行為、学校での問題行動、家庭での児童虐待等に対する初期対応の段階での少年警察行政や学校教育行政、児童福祉行政などの各システムにおける対応の

整備が求められる。さらに、これら二次障害の背景には、特別支援教育・障害者福祉や医療等の一般社会におけるシステムにおいて、障害者がそれらにアクセスできず、不適応を起こしてきた側面もある。今後合理的配慮がこうしたシステムにおいて適切に提供されるようになっていけば、二次障害に陥る発達障害者も減少していくであろう。

他方、なおも犯罪や非行に陥ってしまった発達障害者に対しては、適切な矯正教育などの処遇を実施することが重要である一方、IIでも指摘したとおり、社会における「居場所」が整備されていなければ、それらの目標を最終的に達成することは困難になる。この点、2016（平成28）年から施行された再犯防止推進法の4条2項および5条では、再犯防止の施策の実施とその活動を行う民間団体その他の関係者との緊密な連携協力の確保が地方公共団体に対して義務化されたが、これを障害者に対する合理的配慮の提供に関する規定とあわせ考えると、「罪を犯した障害者」の社会復帰に資するような仕組みを各地方公共団体が整備していかなければならないことになり、その一環として彼らの「居場所」を整備することも求められることになろう。無論、刑罰や保護処分が終わった障害者であれば、基本的には一般社会における支援システムの対象として扱われるべきであるが、一度司法システムに係属した者が抱える事実的な問題は、そうした支援の実施を非常に困難なものとしてきた⁵²。したがって、この領域においても専門的な対応のノウハウが無ければ十分な「居場所」の提供のみならず、そもそもの合理的配慮の提供実現も困難になる可能性がある。既に実施されている地域生活定着促進事業の成果や、各地で実施されている「入口」支援の成果などを集約し、各自治体ごとにベストプラクティスを検証していくことが重要となるであろう。

最後に、処遇に関して、刑事司法システムと少年保護司法システムとの「亀裂」を埋める必要性についても触れておきたい。

少年保護司法システムは、「少年の健全育成」を目的としていることから、そもそもの要保護性判断においても、事実に・経験科学的判断との関係で障害の程度や年齢といった要素が重視される。したがって合理的配慮に関しても、「手段としての合理性（有効性）・補充性を意識した配慮」の提供を行いやすい面がある。これに対し刑事司法システムは、価値的・規範学的な判断が主となることから、「手段としての相当性・補充性を意識した配慮」の提供はまだしも、「手段としての合理性（有効性）・補充性を意識した配慮」の提供には、行為責任を中心とする基本原理との関係において限界が伴う。実際に、刑事裁判において発達障害が責任能力判断に影響を与えることは非常に少なく、処遇においても発達障害者向けの積

極的な改善・社会復帰のための処遇は実施されていない⁵³。したがって、少年段階において二次障害が十分改善されないまま成人になった発達障害者が再び犯罪を行った場合、少年段階での処遇とはかなりかけ離れた内容になってしまうことになり、両者の間に「亀裂」が生じてしまう可能性がある。折しも、法制審議会で議論されている少年法適用年齢引き下げに関しては、検察官送致の対象事件は拡大されたものの年齢引き下げ自体は見送られることになり、上記の「亀裂」がさらに拡大する懸念は免れることとなったが⁵⁴、決して刑事司法システムにおける問題が霧消したわけではない。司法手続きにおける配慮が、刑事司法システムにおいて今後さらに積極化されることが望まれるであろう。

以上、罪を犯した障害者に対する「合理的配慮」の刑事政策論的観点からの検討を行うとともに、発達障害を有する非行少年の対応に関する今後の展望について若干の考察を行った。もとより、筆者が「障害法」という枠組みから問題の検討を行うのは初めてであり、本稿はあくまで一試論の域を出ない。また、本稿では理論的な考察の枠組みを抜けきれておらず、刑事政策論的に重要となる「実現可能性」の観点からの具体的検討にも不十分な面が残されている。これらの点を今後の自らの検討課題として、本稿を閉じることとする。

¹ 法務省法務総合研究所編『令和元年版犯罪白書』(2019年)、77頁。

² 拙稿「発達障害を有する非行少年、不良行為少年の再犯防止に関する考察：実態調査結果をもとに」国土館法学49号(2016年)、425-463頁。

³ こうしたプロセスを示すものとして、藤川洋子『非行と広汎性発達障害』(日本評論社・2010年)、55-56頁。小栗正幸『発達障害児の思春期と二次障害予防のシナリオ』(ぎょうせい・2010年)、40-41頁。井出草平『アスペルガー症候群の難題』(光文社新書、2014年)、206頁。宮口幸治『ケーキの切れない非行少年たち』(新潮新書・2019年)、25-26頁。また、発達障害と犯罪・非行との関係に関する研究として、白瀧貞昭「高機能広汎性発達障害にみられる反社会的行動の成因の解明と社会支援システムの構築に関する研究」(平成18年度厚生労働科学研究費補助金 疾病・障害対策研究分野(こころの健康科学研究) 分担研究報告書)、41頁。

⁴ 宮口、前掲注3)、56-57頁。

⁵ 相互作用主因論について、佐藤久夫「障害の概念」松井亮輔＝川島聡編『概説 障害者権利条約』(法律文化社・2010年)、42頁。

⁶ 教育課程H2は、「情緒的未成熟等により非社会的な形の社会的不適応が著しいため専門的な治療教育を必要とする者」と説明されていた。『平成26年版犯罪白書』参照。

⁷ 拙稿、前掲注2)、447頁参照。

⁸ 拙稿「発達障害を有する非行少年に対する法的対応策の一考察：犯罪少年の少年審判例の

分析を中心に」『刑事政策の新たな潮流 石川正興先生古希祝賀論文集』(成文堂・2019年)、399-427頁。

⁹ 図1・2とも法務省「少年矯正統計表」に基づき筆者作成。

¹⁰ N2・N5およびN3の課程の説明について、平成27年5月14日法務省矯少訓第2号「矯正教育課程に関する訓令」参照。なお、N3の課程については発達障害に関する言及はないが、2018年8月23日に筆者が同課程を設置する茨城農芸学院を訪問した際に、担当者より「いわゆる知的障害や発達障害のボーダーラインの少年で義務教育を終了した者を収容する課程」との説明があった。

¹¹ 川島聡＝星加良司「合理的配慮が開く問い」川島聡＝飯野由里子＝西倉実季＝星加良司編『合理的配慮』(有斐閣・2016年)、4頁

¹² 川島＝星加、前掲注11)、4頁。

¹³ 川島＝星加、前掲注11)、5頁。

¹⁴ 川島聡「差別解消法と雇用促進法における合理的配慮」川島他編、前掲注11)、40-41頁。

¹⁵ 川島、前掲注14)、44頁。

¹⁶ 川島、前掲注14)、45頁。

¹⁷ 川島、前掲注14)、50頁。

¹⁸ 川島、前掲注14)、50頁。

¹⁹ 川島、前掲注14)、50頁。

²⁰ 川島、前掲注14)、51頁。

²¹ 川島、前掲注14)、53頁。

²² 大胡田誠「司法手続の利用の機会」長瀬修＝川島聡編『障害者権利条約の実施一批准後の日本の課題』(信山社・2018年)、314頁。

²³ 大胡田、前掲注22)、314頁。

²⁴ 大谷美紀子「司法アクセス」松井＝川島編、前掲注5)、214頁。

²⁵ 障害保健福祉研究情報システムウェブサイト「障害者の権利に関する条約第5条：平等及び無差別に関する一般的意見第6号 仮訳」https://www.dinf.ne.jp/doc/japanese/rights/rightafter/crpd_gc6_2018_equality.html (2020年8月2日閲覧)

²⁶ 大胡田、前掲注22)、314頁。

²⁷ 大胡田、前掲注22)、314頁。

²⁸ 大胡田、前掲注22)、315頁。

²⁹ 罪を犯した障害者の矯正施設退所後の福祉へのダイバージョン(いわゆる「出口」支援)について、宍倉悠太＝岸恵子＝木内英雄＝岡部眞貴子＝酒寄学＝高村正彦＝益子千枝「司法福祉学会第16回大会分科会報告第2分科会 地域生活定着促進事業の現状と課題：事業開始からの6年を振り返って」司法福祉学研究17号(2013年)、118-123頁。さらに、罪を犯した障害者の矯正施設入所前の福祉へのダイバージョン(いわゆる「入口」支援)についても試行が開始されているが、整理すべき課題が山積している。

³⁰ 大胡田、前掲注22)、315頁。

³¹ 大胡田、前掲注22)、315頁。

- ³² 障害保健福祉研究情報システムウェブサイト「障害者の権利に関する条約第5条：平等及び無差別に関する一般的意見第6号 仮訳」前掲注25)参照。
- ³³ See United Nations, “Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Committee on the Rights of Persons with Disabilities General comment No. 6 (2018) on equality and nondiscrimination”, p7
- ³⁴ 川出敏裕＝金光旭『刑事政策 [第2版]』(成文堂・2018年)、1頁。
- ³⁵ 須々木主一「起訴猶予の目的と保護観察(一)」早稲田法学40巻2号(1965年)、188頁。他に、小川太郎『刑事政策論講義 第一分冊』(法政大学出版局・1967年)、12-13頁。
- ³⁶ 須々木、前掲注34)、188頁。
- ³⁷ 「b・d・rのダイナミクス」について、小川太郎『刑事政策論講義 第二分冊』(法政大学出版局・1968年)、14-15頁。須々木主一＝森下忠『刑事政策—重要問題と解説』(法学書院・1975年)、23頁。
- ³⁸ 拙稿「罪を犯した発達障害者に対する法的対応策の考察：刑事司法システムにおける対応を中心に」早稲田大学社会安全政策研究所紀要7号(2015年)、141-201頁。
- ³⁹ 石川正興「犯罪者対応策に関する法的規制の在り方」早稲田法学78巻3号(2003年)、11頁。
- ⁴⁰ 石川、前掲注39)、11-12頁。
- ⁴¹ 拙稿、前掲注38)参照。
- ⁴² 刑事政策における「矛盾の解決」について、須々木主一「刑事政策の方法に関する一考察」齊藤金作教授還暦祝賀論文集(成文堂・1963年)、250頁。「刑事政策の世界性について(一)：その限界に関する試論的素描」比較法学22巻2号(1989年)、1-41頁参照。
- ⁴³ 川島、前掲注14)、53-54頁。
- ⁴⁴ なお、障害者差別解消法の文言からすると、裁判所は司法機関であるため対象外ということになるが、「差別を解消する国の機関としての一般的な責任はあり、自ら必要な措置をとることが適当とされている」ほか、「障害者権利条約では司法や立法の領域における権利保障と差別の禁止、合理的配慮提供を求めて」いることから、独自に対応要領を作成するなど、差別解消法の趣旨を実現すべき義務を負うとされている。崔榮繁「分け隔てられない社会」DPI日本会議編『合理的配慮、差別的取扱とは何か』(解放出版社・2016年)、24頁。
- ⁴⁵ 刑事政策の指導理念としての人道主義、科学主義と、手段としての合理性・相当性・補充性について、須々木主一『刑事政策』(成文堂・1969年)、31-35頁。
- ⁴⁶ N2課程が14所、N5課程が12所、N3課程が19所に設置されている。前掲注10)、「矯正教育課程に関する訓令」参照。
- ⁴⁷ 藤原尚子「発達上の課題を有する在院者に対する処遇プログラム実施ガイドラインについて」刑政127巻6号(2016年)、54-65頁。
- ⁴⁸ ①本人の話を聞く、②安全安心な環境を作る、③職員が専門的な知識を身に着け連携する、④ストレングスモデルに基づく指導を行う、⑤移行支援を行う、の5点が挙げられている。藤原、前掲注47)、58-59頁。
- ⁴⁹ ①個人別矯正教育計画の策定、②少年院矯正教育課程の編成、③寮編成、④懲戒手続、⑤教育効果の検証のための処遇鑑別の5点が挙げられている。藤原、前掲注47)、61-63頁。

⁵⁰ 藤原、前掲注47)、64-65頁。

⁵¹ 発達障害を有する非行少年に対する初期の運用状況について、拙稿「特殊教育課程の少年院収容者に対する社会復帰支援の展望：少年保護司法の「入口」段階における支援の展開可能性に着目して」司法福祉学研究13号(2013年)、27-44頁。

⁵² 長崎新聞社累犯障害者問題取材版『居場所を探して—累犯障害者たち』(長崎新聞社・2012年)参照。

⁵³ 拙稿、前掲注2)および注38)参照。

⁵⁴ 日本経済新聞ウェブサイト「18・19歳は厳罰化へ 少年法、適用年齢の結論見送り」
<https://www.nikkei.com/article/DGXMZO62354370W0A800C2CR8000/> (2020年8月6日閲覧)

コメント 1

刑事司法と福祉の連携の問題

—特に検察庁による「入口支援」をめぐって—

内山 真由美 (佐賀大学)

- I. はじめに
- II. 出口支援
- III. 入口支援
- IV. おわりに

I. はじめに

元衆議院議員の山本譲司による『獄窓記』が発表されて以来、刑事司法において、知的障害のある人、発達障害のある人、判断能力が低下した高齢者などで犯罪を繰り返している人に対する福祉的支援が急速に進んだ。当初それは刑事施設を出入所する者について、矯正施設在所中から行われる矯正職員や社会福祉士等による就労支援や、住まいの確保に向けたものであった（いわゆる出口支援）。

出口支援がなされるにつれて次第に、刑務所に入所する以前の被疑者・被告人段階で支援を行い、早期に刑事司法から離脱させて累犯化を防ぐ必要がいわれるようになった。こうして、刑事司法の入口の段階である被疑者・被告人を対象とする支援が開始された（入口支援）。

従来からの入口支援に更生緊急保護がある（更生保護法 85 条）。これは、満期釈放者（同条 1 項 1 号）や起訴猶予者（同項 6 号）等で刑事手続から解放された後、親族からの援助を受けられず、住居や仕事がなく所持金も不十分なために、当面の生活が困難となる者を対象に、食事や衣料を貸し与えたり、更生保護施設等の宿泊場所を提供したりするものである。本人の申出に基づいて原則 6 か月間（同条 4 項）、特に必要があると認められるときはさらに 6 か月の延長が可能な制度である（同項但書）。

近年進む入口支援は、警察や検察による取り調べを含む起訴前の被疑者段階と、起訴後の被告人段階になされるものがある。なかでも「検察の理念」（2011 年）に、「警察その他の捜査機関のほか、矯正、保護その他の関係機関とも連携し、犯罪の防止や罪を犯した者の更生等の刑事政策の目的に寄与する」ことが盛り込まれた、

検察官による取り組みが活発である。

本稿は、起訴猶予の積極的活用による入口支援（起訴猶予に伴う再犯防止措置）を取り上げることにより、刑事司法と福祉の連携について、その現状と課題を提示する。

II. 出口支援

1 経緯

山本の『獄窓記』（2003年出版）、『累犯障害者 獄の中の不条理』（2006年出版）、高齢満期釈放者による JR 下関駅放火事件（2006年発生）などから、福祉による支援を必要とする高齢受刑者や障害のある累犯者の存在が可視化された。

山本の書籍を契機に、2005年に社会福祉法人南光愛隣会理事長・田島良昭によって「契約になじまない障害者等（触法・虞犯障害者等）の法的整備の在り方に関する勉強会」が立ち上げられ、2006～2008年度に厚生労働科学研究「罪を犯した障がい者の地域生活支援に関する研究」が行われた。

同研究の藤本班（藤本哲也・中央大学法学部教授）による2006年の調査において、全国15の矯正施設に入所している受刑者27,024人のうち410人（1.5%）が知的障害者（知的障害が疑われる者を含む）であること、うち療育手帳の所持者は26名と6%にとどまることがわかった。

同研究の提言の後、犯罪対策閣僚会議「犯罪に強い社会の実現のための行動計画2008」は「刑務所等の社会福祉士等を活用した相談支援体制を整備するとともに、『地域生活定着支援センター（仮称）』を都道府県の圏域ごとに1か所設置し、各都道府県の保護観察所と協働して、社会復帰を支援する」ことを盛り込んだ。2009年1月に開所した長崎県をはじめ、2009年度より「地域生活定着支援センター」が全国に展開されていく（全都道府県に設置が完了したのは2012年3月）。こうして「地域生活定着支援事業（現・地域生活定着促進事業）」が開始された。

2 出口支援の問題

出口支援をめぐるのは、受け入れ施設に偏りがあること、支援者が再犯防止を意識して監視に傾くおそれ、施設に実力差があることなどがいわれている。出口支援の課題を指摘する武内・本庄は、「それでも、出所者支援を提供することで、再犯に陥ることなく社会生活を営ませる取り組みが開始されたことの意義は大きい」¹とされる。しかし、刑事政策をめぐる近年の動向に出口支援を位置づけると、再犯防止と福祉が一体化し、福祉が変質するのではないか、危惧する。2003年以降、

犯罪対策閣僚会議が開催され、2012年に再犯防止は国の重要な政策課題として位置づけられるに至り（「再犯防止に向けた総合対策」）、2016年に「再犯の防止等の推進に関する法律」が制定された。福祉との連携は、再犯防止が強調されるなかで加速している。

支援者が再犯防止の責任を認識することによって、「長期にわたる継続的監視が支援という名の下に行われるおそれがあり、そうなれば本人にとってより幸せな状態を目指していくという、本来あるべき支援の性質が歪むことになる」²。

また、福祉的支援に対する当事者の評価は支援者と一致しておらず³、以前に福祉の支援を受けていた人ほど支援を拒否する傾向にある⁴。山本は、こちらが福祉的支援を必要としていた人に対して支援を進めたところ、「とんでもない。何でまた福祉なんかに行かなきゃならないんですか。福祉に行ったら無期懲役じゃないですか。」⁵と断られたという。

このことは福祉ないし支援の最大の課題であろう。いみじくも内田が指摘するように「人権侵害の危険性についての留意は『司法福祉』等という『福祉』概念についても欠かせない」⁶ためである。内田は、「この日本独特の『福祉』概念は『社会防衛』と密接不可分で、国によって『観察の強化』や『再犯防止の重視』等に利用されかねないからである」⁷と警鐘を鳴らす。

「本人を尊重して本人の立場であくまでも本人の意向に沿って活動するというのは、言うは易く行うは難し、である」⁸。福祉の専門家からの再犯防止や社会防衛に飲み込まれない、「福祉の刑事司法化」を許さない提言が待たれる。

III. 入口支援

1 経緯

先述の研究は、翌2009年度から2011年度にかけて厚生労働科学研究「触法・被疑者となった高齢・障害者への支援の研究」へと移った。研究代表者である田島は、「研究を進める過程で浮かび上がってきたのが、被疑者となって公判中であったり、犯罪事実が認められたが、不起訴処分や起訴猶予処分となった者及び執行猶予判決を受けたいわゆる、『触法・被疑者』の問題である」ことから、「矯正施設の前段階である『入口』の部分に焦点をあて、法務サイド（警察・検察・裁判所）と福祉サイドが連携しどのような支援の網（セーフティネット）を構築するかということをテーマに研究を実施することとなった」（平成21～23年度総括研究報告書A研究目的より引用）と述べる。

「地方裁判所で実刑となった知的・聴覚障害のある被告人を、保釈後、南高愛隣

会で受け入れ、4カ月間のプログラムによる変化の様子を納めた映像を、高等裁判所に提出し執行猶予となった事例がきっかけとなつて、2013年に「入口支援に関する新長崎モデル」が開始された⁹。

2 現状

検察庁による入口支援には、1つに「処分決定後措置モデル」¹⁰がある。「新長崎モデル」や「起訴猶予者に係る更生緊急保護の重点実施」がその例である。このモデルは、「保護観察所が検察庁と連携し、起訴猶予が見込まれる者のうち、特に支援の必要性が高い者に対し、勾留されている段階から釈放後の支援に向けた調査・調整を行い」、「釈放後に起訴猶予者から申出を受け、更生保護施設等での宿泊保護を行いつつ、事前の調査・調整の結果を踏まえ、就労支援、福祉サービスの調整や自立に向けた生活指導といった重点的かつ継続的な支援を実施していくという取組」（法制審議会少年法・刑事法（少年年齢・犯罪者処遇関係）部会（以下「部会」と表記する）第3分科会第1回会議）である。

もう1つは、「処分決定前措置モデル」¹¹である。このモデルは、「勾留中の被疑者を処分保留などで釈放して、一定期間、被疑者の生活状況等を観察するなどしまして、その結果等も踏まえて処分を決するといった取組」（部会第3分科会第1回会議）である。さいたま地検は、「在宅被疑者に対して、検察官の定期的な面談とともに、更生保護女性会への委託などの環境調整措置を講じている」¹²。こうした調整の後、起訴・不起訴を決定する。

「処分決定後措置モデル」は、福祉的支援を事実上の条件に検察官が起訴猶予とした場合で、その後起訴猶予者が心変わりして施設に入所しないという事態が起り得るため、それへの対応として「処分決定前措置モデル」が注目された。「若年者に対する刑事法制の在り方に関する勉強会」の取りまとめ報告書（2016年12月）では、「起訴猶予等に伴う再犯防止措置」が挙げられた。そこでは、入口支援や更生緊急保護の運用の充実、更生緊急保護の対象範囲の拡大（現行法では、更生緊急保護の対象は、起訴猶予者等で刑事手続から解放された者。それを前倒しして、起訴猶予の処分前にも実施することができるようにするというもの）、起訴猶予の際の訓戒・指導等の規定の明文化、検察官が終局処分前に保護観察所等に生活環境の調整を依頼する仕組みを導入して、被疑者の生活環境・生活態度の改善状況等により処分をなすことを可能にすることが考えられるとされた。

続く部会において、「起訴猶予等に伴う再犯防止措置の在り方」が議論された。そこでは、「検察官は、被疑者が罪を犯したと認める場合において、必要があると

認めるときは、被疑者が守るべき事項を設定し、所定の期間、被疑者を保護観察官による指導・監督に付する措置をとることができる制度の導入」の検討がなされた。なお、本稿でここまで見てきた検察庁主導の入口支援における対象者は、高齢者や障害があつて犯罪を繰り返す者であるが、部会第3分科会における議論では、入口支援を18歳・19歳の若年者特有の問題性にも対応できるように拡充させて、若年者以外の成人もそのルートに乗ることも考えられるとされ（第3回会議）、対象者は「再犯防止のために働きかけが必要な事案の被疑者」（第10回会議）に拡大された。

部会では、保護観察官による指導・監督は保護観察そのものではないか、そのような措置をとることを検察官の訴追裁量権で根拠づけることができるのかとの批判がなされ、今回の制度化は見送られた。

3 入口支援の問題

このように、入口支援として「処分決定前措置モデル」に注目が集まっており、起訴猶予に伴う再犯防止措置の在り方が「将来の検討課題」（井上部会長の発言）となっている。

しかし、起訴猶予に伴う再犯防止措置は、刑事訴訟法の基本原則に照らしてさまざまな問題がある。裁判による有罪認定なく被疑者に再犯防止のための措置をとることは、無罪推定原則に反するのではないか。同意しなければ起訴されるという心理的強制が働き、任意の同意とはいえないのではないか。勾留期間が調査や調整に利用されることは、勾留の目的外利用となるのではないか。法的根拠に欠けるなかで実施される入口支援は、適正手続に反するのではないかなどである。「被疑者段階で再犯防止のための弁護活動を実践している弁護人の立場から」¹³も、法制審議会が検討していた起訴猶予に伴う再犯防止措置について疑問が呈されている。

歴史的に、起訴猶予の積極的活用による入口支援は、1961年から起訴猶予に伴う積極的な処遇を実践した横浜地検の「更生保護措置付起訴猶予」と類似する。横浜地検の「更生保護措置付起訴猶予」とは、原則25歳未満、財産犯・粗暴犯で身体拘束中の被疑者で、従来の基準では起訴相当と思料される事案であるが、社会環境等を調整すれば更生と再犯防止が期待できる者について、被疑者がこの方式による更生保護を受けることを希望する場合に起訴を猶予して、原則6か月間、保護観察に準ずる更生補導を実施するものである。「当該事件については起訴猶予処分としておきますが、保護観察所から対象者の成績についての通知を受けて、

更生保護の効果がなく再犯のおそれがあると認められるときには、検察官は事件を再起して起訴することを考慮することとされてきました」(部会第3分科会第1回会議)。

当時、「更生保護措置付起訴猶予」に対して、「本制度の登場は検察官に更生保護の面における従来より一層十全な指導的地位を期待するものであって、検察官のあり方としてはいささか過ぎたことを要求することになりはしないであろうか」¹⁴と問題提起されている。「更生保護措置付起訴猶予」は、検察官が更生保護に積極的に関わることの法的根拠がないために予算の制約もあり、やがて運用されなくなった。

4 起訴猶予処分の問題

犯罪者を通常の刑事司法過程から外して処理すること(ダイバージョン)は、問題点が指摘されながらも、利点が多いため広く用いられてきた。現在の入口支援では、検察官の行う起訴猶予に期待が寄せられている。理由は、その他のダイバージョンよりも使い勝手が良いためである。警察段階での微罪処分は限定的であり(刑訴法246条本文、犯罪捜査規範198条)、執行猶予には刑法上の制限があり(刑法25条2項但書)、再犯加重の適用もあり得る(刑法56条～59条)。これに対して、検察官は広範な訴追裁量を持つ(起訴便宜主義、刑訴法248条)。

しかし、起訴便宜主義の特別予防的意義を強調し、起訴猶予の範囲を拡大することについては、従来から問題が指摘されてきた。情状調査の徹底は、捜査手続の糾問化・長期化を招き、現行法の精神に背く。綿密な捜査による起訴・不起訴処分は、公判中心主義と矛盾する。検察官の司法官的性格が強調されることによって、検察官を行政官と位置づける現在の刑事司法の当事者主義的構造との矛盾が生じるなどである¹⁵。

こうした起訴猶予処分が抱える刑事訴訟法上の問題を解決するために、「起訴猶予処分判断のライト化」¹⁶など抜本的な改善が求められる。

起訴猶予を入口支援として積極的に活用することは、以上のような起訴猶予自体が有する問題にさらなる問題が加わることを意味する。刑事訴訟法の基本原則に立ち返ると、起訴猶予の積極的活用による支援は、首肯しかねる。

5 課題～起訴後に司法機関が行う入口支援

行政機関が行う起訴猶予ではなく、起訴後に司法機関が行うものを入口支援として活用することもあり得る。現在も可能な保護観察付執行猶予の活用のほか、

宣告猶予制度の導入、少年について家庭裁判所調査官が行っている社会調査に似た制度、すなわち判決前調査制度を成人に導入することも考えられる。

いずれも法制審議会少年法・刑事法（少年年齢・犯罪者処遇関係）部会やその分科会において取り上げられたが、議論は打ち切られた。本稿で見たように起訴猶予に伴う再犯防止措置は刑事訴訟法上問題が多いことから、起訴後の司法機関による入口支援の活用は、検討に値すると考える。

IV. おわりに

刑事政策としては、ダイバージョンは、長期の身体拘束に伴う失職の回避、家族関係の維持、受刑者であったという事実に伴う不利益の回避など、要するに社会復帰の観点から歓迎され、積極的に活用すべきものといえる。

しかし、出口支援と比較して、とりわけ起訴猶予の積極的活用による入口支援は、刑事訴訟法の基本原則から問題がある。入口支援の在り方としては、ダイバージョンの刑事政策的機能を果たしつつ、刑事訴訟法の基本原則に合致するものが模索されることとなる。その場合、起訴後に行う入口支援が注目されるが、運用には限界があり今後の検討課題である。

一般の福祉が充実していれば、刑事司法機関はあっさりと犯罪者を解放できる。刑事司法と結びつくものに資源を投与するのではなく、社会での福祉の充実こそが必要である。このときに思い起こされるのは「心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律」（通称「医療観察法」）である。同法は一般の精神科医療を底上げするために導入されたともいわれるが、その後一般の精神科医療の質は向上したのだろうか¹⁷。刑事司法は福祉の邪魔をしてはならず、刑事処分と結びつかない純粋な福祉による支援がなされるべきである。

今後の課題は、刑事司法と福祉の連携について、障害者権利条約や障害者差別解消法にある「社会モデル」や「合理的配慮」等から検討することである。例えば、障害のある被疑者の防御権の実質的保障は、喫緊の課題である。現在進む入口支援は、「あくまでも、社会の側の善意、同情に基づく活動」、「医学モデル、個人モデルに近い考え方」¹⁸ではないだろうか。障害法学からの詳細な検討が求められる。

<謝辞>

本稿は、JSPS 科研費 18K12662 に基づく研究成果の一部である。

- ¹ 武内謙治・本庄武『刑事政策学』(日本評論社・2019年) 272頁。
- ² 水藤昌彦「社会福祉士等による刑事司法への関わり—入口支援としての福祉的支援の現状と課題」法律時報89巻4号(2017年) 52頁。
- ³ 木下大生他「更生支援を当事者はどう見ているか—支援を受けた本人の『語り』から、司法と福祉の連携を批判的に検証する」司法福祉学研究18号(2018年) 135頁。
- ⁴ 山本讓司「公開シンポジウム～刑事政策の新しい風～基調講演『刑事司法と福祉のインテグレーション』」罪と罰50巻3号(2013年) 30頁。
- ⁵ 山本・前掲(註4) 30～31頁。
- ⁶ 内田博文『更生保護の展開と課題』(法律文化社・2015年) 465頁。
- ⁷ 内田・前掲(註6) 465頁。
- ⁸ 大杉光子『「司法と福祉の連携」における弁護士の立ち位置：目的は、再犯防止ではなく、社会における生活再建である」季刊刑事弁護85号(2016年) 77頁。
- ⁹ 田島良昭「刑務所の中に福祉の対象者がいた」刑政130巻11号(2019年) 55頁。
- ¹⁰ 葛野尋之「検察官の訴追裁量権と再犯防止措置」法律時報89巻4号(2017年) 13頁。
- ¹¹ 葛野・前掲(註10) 13頁。
- ¹² 葛野・前掲(註10) 13頁。
- ¹³ 林大悟「入口支援の現状と検察主導の入口支援の是非——法制審の議論を踏まえて」季刊刑事弁護97号(2019年) 105頁。
- ¹⁴ 三井誠「検察官の起訴猶予裁量(五・完)—その歴史のおよび実証的研究」法学協会雑誌94巻6号(1977年) 140頁。
- ¹⁵ 例えば、福井厚『刑事訴訟法講義第3版』(法律文化社・2007年) 180頁。
- ¹⁶ 渕野貴生「ダイバージョンの刑事訴訟法上の問題点」刑事立法研究会編『「司法と福祉の連携」の展開と課題』(現代人文社・2018年) 204～208頁。
- ¹⁷ 内山真由美「刑事法学と精神保健医療福祉」法と民主主義453号(2010年) 61～62頁。
- ¹⁸ 内田博文『法に触れた少年の未来のために』(みすず書房・2018年) 29頁。

コメント2

司法(障害者)福祉に関する障害法の視点

池原 毅和(弁護士)

- I はじめに
- II マクロの視点
- III ミクロの視点

I はじめに

本論稿は第4回日本障害法学会研究大会における「福祉・刑事司法と障害法の課題」に関する二つの演題(「累犯障害者とダイバージョン」(以下「青木論文」)、「発達障害を有する非行少年の現状と課題」(以下「宍倉論文」))についてのコメントをまとめたものである。

障害法は障害という視点からさまざまな法分野に横断的な領域を形成する法分野であり、障害と刑事司法が交差する領域も障害法の一分野として重要な領域になる。しかし、現在までのところ障害法の視点から刑事司法に批判的な分析を加えた論稿は乏しく¹、むしろ、刑事司法や刑事政策の分野から犯罪行為を行った障害のある人に対する対策としての議論や実践が展開されてきている。犯罪の加害・被害という社会現象に対して刑事法は刑事責任と適正手続を基本原理として対応してきた。しかし、犯罪の加害・被害という現象の背後には社会的孤立がみられることが多く、社会的孤立は社会的排除によってもたらされる²。また、犯罪の加害・被害には、その要因においても修復の過程においても適切な社会的支援の欠乏がみられることが多い。刑事責任の追及と適正手続の保障は社会的孤立と社会的支援の欠乏を解消するために合目的的な法原理ではないため、既存の刑事司法では生じた事態の問題点は解決されず、刑事手続の逆機能であるラベリング作用を付加するだけに終わり、むしろ再犯化が促進されることになる。こうした事態を前にして主として刑事司法分野に福祉や医療を組み入れる実践が試みられている。こうした試みは犯罪に対して刑罰という古代以来の原始的な対応をするのではなく、合目的的で加害・被害に巻き込まれる人の福利を回復し増進させる法的実践として評価されるべき面があるが、半面で刑事司法と医療・福祉が守るべき基本的な価値や原理の融解を招く危険性もある。また、これらの実践が犯罪の加害・

被害の問題を当事者個人に帰属させてしまう個人モデルに陥ることも危惧される。

こうした問題意識から、以下では福祉・刑事司法と障害法の課題について、障害法と刑事司法のマクロなかかわりと、刑事司法における医療福祉技術の導入が対象になる個人に与えるミクロな影響の視点からコメントを提供したい。

II マクロの視点

1 障害法に隣接する「司法（障害者）福祉」と「治療的司法」

今回の二つの演題においては言及されてはいないが、二つの演題が関わる研究実践領域としては、司法福祉学と治療的司法が、近時、注目される研究実践領域になっている。司法福祉学会のホームページによれば³、同学会は「司法を通じて福祉課題の解決を探る学会」とされ、「『法と臨床』との豊かな協同によって問題解決を前進させる道の探求を着実に進めていこうとしています」とされている。

また、治療的司法は、Therapeutic Jurisprudence の訳語として治療的司法研究会が提唱し、同研究会は治療的司法を「司法手続きの中での単なる法的解決や紛争の解決に留まらずに、紛争や犯罪の原因となった問題の本質的な解決に向けて、必要とされる福祉的支援や医療・その他のサポートを提供する司法観（司法哲学）」と定義している⁴。Therapeutic Jurisprudence は、創始者および国際的な学会においては、司法に限定するものではなく、より広く法と公共政策およびそれに関与する者のあり方がもたらす治療的作用と反治療的作用を分析し、反治療的作用を極小化し治療的作用を極大化するための法と公共政策、その関与者の役割の改善を探求する法学分野である⁵。しかし、日本では刑事司法に関連して司法福祉と治療的司法に強い関心もたれており、上記の演題との関係では、さしあたり少年法を含む刑事司法との関係に限定して検討することにしたい⁶。

2 司法（障害者）福祉と治療的司法の隣接法分野に及ぼす影響

(1) 制度間浸潤 (Blurring)

制度間浸潤 (Blurring) とは、刑事法分野において刑事責任や適正手続などの基本的な原理が曖昧になり、刑事責任が問えなくても自由の剥奪や制限を認め、適正手続の厳格性が弛緩する一方、医療福祉分野において本人の健康と日常生活の維持回復を目的とする支援や介入に社会の安全を守る目的が混入し、医療福祉的な支援と介入を自由の剥奪と制限を伴う刑罰に代替するものとして活用するようになる現象をいう⁷。

こうした現象は欧米をはじめ日本の法制度においてもみられる。刑法では刑

事責任が認められなければ、自由の剥奪などの刑罰を科すことは許されないが(刑法 39 条)、そのために不起訴あるいは無罪となった場合に精神保健福祉法により措置入院になる余地がある(同法 24 条、29 条)。措置入院を認めるためには「自身を傷つけ又は他人に害を及ぼすおそれ」(自傷他害のおそれ)があると認められることが必要であり、その「おそれ」は、診断時点に存在する症状から起こりうる即時の差し迫った明らかな危険であることが必要であるが⁸、社会の安全への願望や刑罰を科しえないことによる応報感情のはげ口として、「おそれ」の認定は弛緩しやすい。さらに、心神喪失者等医療観察法は殺人や傷害などの重大な他害行為を行った者が心神喪失等のために刑事施設に収容されないことになった場合(執行猶予や未決勾留日数の算入などにより収容期間がなくなる場合を含む)に、自傷他害のおそれや治療同意能力の欠如などを要件とせずに、強制入院あるいは強制的な通院を命じることができるものとしている(同法 2 条 2 項、42 条)。措置入院では適正手続はまったく考慮されておらず、医療観察法においても適正手続は「処遇事件の性質に反しない限りにおいて」準用されるにすぎない(同法 24 条)。主として英語圏の諸国では名称はさまざまであるが、裁判所の命令による義務的な通院制度が犯罪行為を行った精神障害者等に創設されている⁹。心神喪失者等医療観察法における入院によらない医療(同法 42 条 2 項、いわゆる通院処遇)も対象者を精神保健観察(同法 106 条、107 条)に付して遵守事項違反の場合には再入院させる(同法 59 条 2 項)ことによって通院を強制している。津久井やまゆり園事件の犯人が措置入院歴のあった者であったことを契機に巻き起こった「措置入院終了後の支援」のための法改正の議論や「満期釈放者対策」、刑事手続の「出口支援」と「入口支援」などは、社会の「安全安心」に應えるために医療福祉技術を流用するとともに刑事責任を果たし終えた者あるいは刑事責任を問えない者に対して継続して行動の制約を加えるが、その制約は本人の利益であるので適正手続の埒外とされる。他方、そのことに従事する医療福祉関係者は刑事司法の執行者としての役割を担うことになり医療福祉に刑事的要素が浸潤していく。

(2) 捻転パターンリズム

日本における制度間浸潤の先駆けとなった心神喪失者等医療観察法(2003 年)が再犯防止のための法律であるのか、本人のための医療福祉の法律であるのかについて最高裁判所は「精神障害が改善されないまま再びそのために重大な他害行為が行われることになれば、そのような事実が本人の社会復帰の大きな障害となることは明らかであるので、そのような事態にならないよう、必要な

医療を確保することが本人の円滑な社会復帰のために極めて重要である」と説明している¹⁰。この説明によれば、同法に基づく強制的な措置は円滑な社会復帰という本人のための措置であり、再犯の原因になる精神障害を改善させることは本人が社会に受け容れられるための措置とされる。ここでは社会の安全のために本人の権利を制限するという社会防衛の論理 (Harm Principle) が、社会から排除されるような心身は自身にとって不利益であるから社会的排除を受けないように心身を改善することが本人のためであるというパターナリズム (Paternalism) の論理に捻転されている。

しかし、第一に、本人にとって利益であるかどうかは、本来、本人が判断すべきことであるから、社会の大多数の者からみてそれを受ける人に利益であると考えられる措置であっても、実際にその措置を受ける者がそれを利益と考えず受け容れないのであれば、その措置を強いることはできないはずである。しかし、捻転パターナリズムは社会の安全と対象者の人権を対立構図に置くことを避け、あえて対象者自身の利益のための措置と説明することによって、当該措置は他人の人権を守るための不利益処分ではなく自分自身のための利益処分であるとして、適正手続の保障と厳格な人権制約の基準を不要とさせる役割を果たすことになる。

第二に、パターナリズムは本人の私的な自律領域に介入することを正当化するための根拠であるから、捻転パターナリズムの役割は、社会の改変や他人の人権の制約を正当化することにあるのではなく、本人の人権の制約とその自律領域の改変を正当化することにある。したがって、捻転パターナリズムは個人モデル・医学モデルと親和的である。上記最高裁判所解説では、再犯を引き起こす精神障害を医療によって改善させることによって社会復帰の障害をなくしていくとされており、捻転パターナリズムと医学モデル・個人モデルが結合されている。再犯防止推進法は、「再犯の防止等に関する施策は、犯罪をした者等の多くが安定した職業に就くこと及び住居を確保することができないこと等のために円滑な社会復帰をすることが困難な状況にあることを踏まえ、犯罪をした者等が、社会において孤立することなく、国民の理解と協力を得て再び社会を構成する一員となることを支援することにより、犯罪をした者等が円滑に社会に復帰することができるようにすることを旨として、講ぜられるものとする」(同法3条1項)として、職業や住居の確保の困難性という社会的側面に配慮を示しているが、「再犯の防止等に関する施策は、犯罪をした者等が、犯罪の責任等を自覚すること及び被害者等の心情を理解すること並びに自ら社会復帰のた

めに努力することが、再犯の防止等に重要であるとの認識の下に、講ぜられるものとする」(同条3項)として、対象者個人の自覚と努力を基本とする個人モデルに帰着している。これに対して宍倉論文は、発達障害を有する非行少年は素質的要因と環境的要因の相互作用による二次障害として非行に至るという認識を前提にして、「二次障害としての非行が悪化する前のより早期の段階で、適正・有効な対策を講じていくことが最も重要」と指摘する。そして、図式的には非行化へのステップとして、第一段階には家庭内での虐待や学校でのいじめや無視(被害者化)があり、第二段階で、社会に居場所がなく、家出、深夜徘徊、不良交友など(被害者化⇒加害者化)を経て、第三段階で犯罪や触法行為に至ると説明している。したがって、非行化の解決のためには、家庭の保護機能の回復やよりインクルーシブな学校の教育環境の整備と社会の包容化が本質的に重要な方策になるはずである。しかし、個別の少年事件あるいは刑事事件に関わる範囲においては、こうした社会の側の問題を解決する方策は目の前の問題を解決するのには間に合わないため、結局、対象者本人をどう改善させるか、あるいはせいぜい、その周辺の関係者に理解と協力を求めるという個人モデルベースの解決に終わってしまうことが多い。

(3) 新夜警国家における医療福祉

しかし、問題の個人モデル化はさらに大きな問題を孕んでいる。前世紀の末葉から英米を中心に起こった新自由主義の潮流は、欧米諸国に福祉国家から刑罰国家への変容をもたらしているとの指摘がある¹¹。すなわち小さな政府を目指して国家の生存権保障の役割を縮小ないし後退させることにより生じる格差と貧困によって犯罪化してしまう市民に対して国は刑事施設への収用などの刑罰によって対応する政策を基本とし始めているとされている。宍倉論文が指摘する発達障害のある少年の非行化の図式は、家庭内での養育に対する一般的な福祉的支援や学校教育の包容化が不十分であることに根源的な問題があることを示唆している。こうした状況に対して問題を起こした個人に対して、刑罰ではないにしてもそれを補充しあるいは代替する医療福祉的介入をするという方策は、刑罰国家が一般的な福祉施策を後退させる一方で、犯罪化や再犯化のおそれのある者についてだけ刑罰を補充ないし代替する方法として医療福祉を特殊枠組みとして提供するといういわば新たな夜警国家に向かってしまうことに警戒する必要がある¹²。

(4) 医療福祉の特殊枠組とパラレル・トラック

さらに、こうした特殊な医療福祉的枠組みは、法政策による新たなパラレル・

トラック (the separate parallel tracks) を形成する危険性を生み出す¹³。パラレル・トラック論は¹⁴、従来の障害福祉法制は、教育や就労、所得補償などについて障害のある人に対して他の市民とは異なる特殊な法制度・政策を作ることによって、社会のメインストリームに障害のある人が参加することを制度的に阻害し、障害のある人の生活と人生は他の人の生活と人生とは法制度・政策によって分けられてしまっていたことを明らかにした。パラレル・トラックは法制度・政策自体が障害のある人を制度的にメインストリームから排除し分離してしまう。従来の社会福祉は障害のある人のニーズを満たすことはできても、その支援の提供の仕方が排除と分離、そして差別を生み出し、障害のある人の尊厳を損なうことになってしまった。こうした認識から、パラレル・トラックによらない包容化したユニバーサルなシステムに基づいて福祉的な支援をすることが求められている¹⁵。

宍倉論文から垣間見える本来的な解決の方向性は、ベースとなる一般の福祉的教育的支援の充実により「二次障害」を招かないようにすることであり、犯罪行為を行った障害のある人に対して、特殊な福祉的対策を立てることではない。今回の演題は、いずれも現場での実践的な試みの発表をを求めるものであったため個別の試みに焦点が当てられているが、青木論文が紹介する「更生支援ネットワーク会議」や「更生支援コーディネート事業」などが、福祉的支援の中に新たなパラレル・トラックを形成し、分離やスティグマを作り出すことにならないか見極めていくことが重要であろう。

III ミクロの視点

ミクロの視点において重要なのは、障害のある人の Integrity をどのようにするかという点である。「発達障害を有する非行少年」あるいは「累犯障害者」という問題のとらえ方は、障害が犯罪の原因を構成ししていることを前提としている。いずれの論者においても機能障害が単純に直接的に犯罪の原因になっていると主張しているものではなく、社会環境との関係が考えられている。しかし、仮に機能障害と社会環境の相互作用によって犯罪が生じると考えるとすれば、犯罪をなくしていくためには社会環境を改善することも一つの方策であるが、機能障害を軽減ないし解消していくことももう一つの方策になりえる。二つの方策を並べたとき、社会を変えるよりも個人を変える方が手間がかからないと考える者が多いであろうし、社会に迷惑をかけた者が社会に変われと訴えても、その声に社会が耳を傾けることは期待できそうもない。さらに、治療的司法の実践では、クレプ

トマニア(窃盗症)の事例にみられるように、むしろ機能障害と犯罪との強い関連性を前提にした医療的方法による解決が示されている¹⁶。したがって、刑事司法における逸脱の医療福祉化は障害のある人の Integrity を侵害する危険性を含んでいる。他人に負担や迷惑をかける心身は改善されるべきであるし、まして、他人に危害を与え、犯罪を引き起こす心身は改善されなければならないとされてしまう。これに対して Integrity の保障(障害者権利条約 17 条)は、国家や他者が人の心身のあり方を恣に改変することを禁止している。したがって、司法(障害者)福祉および治療的司法には、個人モデル、医学モデルに傾斜し、個人の心身のあり方を矯正する方向へと加わる制度的・政策的圧力に抗して、Integrity の保障と人権モデルに基づく制度・政策の方向性を明確に打ち出していくことが特に必要とされるのではないだろうか。

¹ 拙稿・菊池馨、中川純、川島聡編「障害法」(成文堂、2015 年) 207 頁以下

² 加藤博史、水藤昌彦編著「司法福祉を学ぶ」(ミネルヴァ書房、2013 年) 28 頁以下

³ <https://jslfss.org/> 最終閲覧 2020 年 8 月 30 日

⁴ 司法的治療研究会編著「治療的司法の実践」(第一法規、2018 年)、i 頁

⁵ 拙著「精神障害法」(三省堂、2011 年) 27 頁以下では、「治療的法学」と訳出し、精神障害のある人に対する既存の法制度の反治療的(anti-therapeutic)作用を批判的に分析する法理論として紹介した。Therapeutic Jurisprudence は司法に限定されず、実体法から手続法、民事法から医事法、社会法、行政法などあらゆる法制度と公共政策を対象とするので、「治療的司法」は治療的法学の一分野を示すものと理解すべきである。創始者は Bruce J. Winic と David Wexler であり、国際的な学会としては、International Society for Therapeutic Jurisprudence; <https://intljtj.com/> がある。

⁶ 司法福祉も必ずしも刑事法分野に限定されているものではないと考えられるが、「近年、『司法福祉論』がさまざまな形で提起されているが、その多くは、厚生労働省管轄の福祉領域と法務省管轄の司法領域の重なり合う部分を恣意的に結合させて展開しているものと言える。そして児童自立支援援助施設専門職員や家庭裁判所調査官が担ってきた『少年非行』へのかかわりを延長していく形で、成人の犯罪へと論を進めていく類書を多く目にする。本書においては、個人の尊厳と普遍的な共生を目指しつつ、あくまで、環境と社会関係の再構築を目指す“福祉”の視点に立脚し、『刑事施設、少年院を出入所(入退院)する人のウェルビーイング』領域に重点を置いた『司法福祉』を論述していきたい」(前掲注 2、「司法福祉を学ぶ」1 頁)とされるように、問題関心の重点はいずれにせよ刑事法分野に置かれている。

⁷ Michael L. Perlin, et al. “On desolation Row: The Blurring of the Borders Between Civil and Criminal Mental Disability Law, and What It Means to All of Us”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3110985 最終閲覧 2020 年 8 月 25

日

- ⁸ 精神障害者の保護及びメンタルヘルスケア改善のための国連原則 (1991年)、原則16は「その精神疾患のために、即時の又は切迫した自己若しくは他の人への危害が及ぶ可能性が大きいこと」を要件とすべきであるとしている。なお、現在症状による現在の危険性を意味するとする見解として、西山詮「精神保健法の鑑定と審査—指定医のための理論と実際」新興医学出版社、1984年、79頁以下
- ⁹ 拙著「精神障害法」131頁以下、上掲Perlin、米国における Assisted outpatient treatment law, Sexual violent predator law など
- ¹⁰ 最高裁判所事務総局『『心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律』及び『心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律による審判の手続等に関する規則』の解説』平成17年3月刑事裁判資料第284号16頁
- ¹¹ ロイック・ヴァカン著、森千香子、菊池啓介訳「貧困という監獄 グローバル化と刑罰国家の到来」新曜社、2008年、日本犯罪社会学会編「グローバル化する厳罰化とポピュリズム」現代人文社
- ¹² 刑罰国家が格差と貧困による犯罪に刑罰で対応するのに対して、医療福祉施策を刑罰を補充あるいは代替する対策として流用する国家は、国防と治安に加えて医療福祉を治安のために限定的に採用する点で新夜警国家と称することができるだろう。新夜警国家における生存権保障の疎略化を糊塗する理論と実践として司法福祉と治療的司法が使われないように注意してみてゆくことが重要であろう。
- ¹³ 拙著「精神障害法」262頁以下
- ¹⁴ Lisa Waddington and Matthew Diller, “Tensions and Coherence in Disability Policy: The Uneasy Relationship between Social Welfare and Civil Rights Models of Disability in American, European and International Employment Law”, “Disability Rights Law and Policy International and National Perspectives”, Transnational Publisher 2002年
- ¹⁵ 上記Waddingtonは、この問題について Model of Social Justice を提案していたが、障害者権利条約は社会モデルを発展させて、人権モデル (Human Rights Model) を提示し、社会権の実現も人間の尊厳を根本的な価値として保障し、差別や排除を伴わないように自由権と社会権が相互に関連して実現されることを求めているとされる (Theresia Degener, “Disability in a Human Rights Context”, MDPI, 2016年、Theresia Degener, “A New Human Rights Model of Disability”, Valentina Della Fina et al. ed. “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”2017 Springer, Michael Ashely Stein, “Disability Human Rights”, 2007 Cornell University ILR School)。
- ¹⁶ 上掲「治療的司法の実践」91頁以下。クレプトマニアはDSM-IIIから精神障害の中にも含められたが、米国でDSM-IIIが作成されたのは1980年代であり、スーパーマーケットなどがどの町村にも広まった時期でもあった。窃盗症などの精神科の診断名がつくと、あたかもそのような疾患が実在するかのように考えてしまうが、消費社会の到来と非対面式の小売り形式という社会的条件を問わずに疾病を概念化する診断方法の医学的正当性に疑問がないわけではない。

シンポジウム要録

福祉・刑事司法と障害法の課題 植木 淳 (名城大学)

1. 報告「発達障害を有する非行少年の現状と課題」(宍倉悠太会員)

宍倉悠太会員からは、第一に、「発達障害を有する非行少年の状況」として、発達障害のある年少者は素質的要因と環境的要因の相互作用として非行に至る場合が多いこと、社会復帰のためには、①発達障害による認知機能の障害の療育、②二次障害としての反社会的行動の矯正教育、③居場所づくり、が必要であることなどが指摘された。第二に、「罪を犯した(発達)障害者への『合理的配慮』」として、障害者権利条約13条、障害者基本法29条、障害者差別禁止法7条などから刑事政策全般において「合理的配慮」が求められるところ、障害に対する配慮がないことにより刑事司法手続で本来有するはずの権利・利益が得られない状況は是正されるべきことが指摘された。第三に、「発達障害を有する非行少年への対応の現状と課題」として、少年鑑別所・更生保護・少年院における取り組みが紹介された上で、刑事政策的効果の認められる合理的配慮の提供事例がシステム化され事前的改善措置に展開されていく必要があることなどが論じされた。

2. コメント「刑事司法と福祉の連続の問題」(内山真由美会員)

内野真由美会員によるコメントでは、障害のある累犯者に対する福祉的支援には、被疑者・被告人を対象とする「入口支援」と、刑事施設を出所する者を対象とする「出口支援」があると整理された上で、検察庁による入口支援に関する検討が行われた。第一に、刑事訴訟法の視点から、犯罪者を通常の刑事司法過程から除外して処遇する「ダイバージョン」として起訴猶予の範囲を拡大することは、公判中心主義及び当事者主義との緊張が生じるものであることが指摘された。第二に、福祉の視点から、再犯防止のために刑事司法と福祉が連携することは、支援の名の下での継続的監視が正当化されかねないことなど福祉の変質をもたらす危険性があると指摘された。その意味で、現在の「入口支援」が「医学モデル」「個人モデル」によるものではないかが問われる必要があり、刑事司法と福祉の連携は「社会モデル」の観点から再検討されなければならないと論じられた。

3. コメント「司法(障害者)福祉に関する障害法の視点」(池原毅和会員)

池原毅和会員によるコメントは、第一に、マクロの視点として、刑事法と医療・福祉の隣接化に関して、本来的に刑事司法は「手続的厳格性」「無罪推定」「社会的利益の追求」が原則であるのに対して、医療・福祉は「即応臨機応変性」「有病推定」「本人利益の追求(パターナリズム)」が原則であることからすれば、両者相互の「浸潤」が生じることは双方の基本原則を曖昧にさせる危険性があること、さらには、刑事司法内部で障害の有無による「Parallel Track化」(二元化)ある

いは「Segregation」(隔離)を招きかねないことが指摘された。第二に、ミクロの視点として、刑事司法と医療・福祉の隣接化は、対象者を「一般医療福祉の権力構造」と「刑事対象化による権力構造」の二重の統制の下に置くものであり、障害者権利条約17条の保障する「Integrityの尊重」(その人の心身の状態の尊重)を危殆化させる可能性があることが指摘された。第三に、ダイバージョンは、ラベリング回避のために必要とされるが、そこで行われる「入口支援」「出口支援」は刑事的マーキングを永続化させる危険性があることが指摘された。

4. 質疑応答

(1) 宍倉報告に対する質疑応答

子どもの権利条約における自己決定権と非行少年に対する合理的配慮の関係に関する質問があった。これに対して、宍倉会員からは、合理的配慮の提供における「対話」が重視されるべきこと、本人の自立支援を伴走的に進めるような支援体制の構築が必要であること、などの応答があった。

①障害者権利条約13条における司法手続上の「配慮」と一般的な「合理的配慮」との関係に関する質問、及び、②「合理的配慮」における「合理性」とは障害者に対する適切性及び有効性に限定して解すべきではないかとする質問があった。これに対して、宍倉会員からは、①日本の刑事法学では個人の特性・環境を重視する新派系の刑法学が有力ではなく議論の蓄積がないことが課題であること、②刑事政策は加害者だけではなく被害者や社会の理解が必要であること、などの応答があった。

障害者権利条約における「配慮」の意義に関連して、人権上の配慮の問題と教育上の配慮の問題は区別するべきではないかとする質問があった。これに対して、宍倉会員からは、処遇概念の中には健全育成に特化したものが含まれるが、指摘の通り少年司法が教育・療育の問題までを引き受けることは疑問であるとする応答があった。

(2) 各報告者・コメンテーターとの質疑応答

障害と犯罪の問題は幼少期からの教育的配慮の欠如が問題ではないかとする質問があった。これに対して、池原会員から、物理的なユニバーサル化だけではなく、教育や福祉におけるユニバーサル化(普遍化)が進むことが望ましいという応答があった。また、内山会員からは、一般的な教育や福祉が縮小化される中で再犯防止が強調されることが問題であるとの指摘がなされた。

刑事手続における障害者に対する差別禁止(合理的配慮)の問題と、障害のある累犯者に対する支援の問題を区分して検討すべきではないかという質問があった。これに対して、池原会員からは、障害者権利条約12条の要求する意思決定支援は個別的合理的配慮とは異なり社会構造的な問題として解決されるべきであり、同13条の要求する司法における配慮も司法手続における構造的差別を転換させるためのものと理解されるべきであるとする応答があった。

一定の合理的配慮を経ても犯罪を繰り返す人に対してどのような手立てを取

るべきかという質問があった。これに対して、内山会員からは、福祉と教育の充実に重点が置かれるべき問題であり、刑事司法の役割として捉えられるべきではないとの応答があった。宍倉会員からも、一般社会における福祉や教育に関する社会資源が不足していることが決定的な問題であるとの指摘がなされた。また、池原会員からは、累犯窃盗者がクレプトマニアとして精神科治療の対象とされている状況が紹介された上で、再犯者を福祉・医療の対象とする概念に疑問を持つことが障害法にとって重要である旨の指摘がなされた。

総括的にダイバージョンの評価に関する質問がなされた。内山会員からは、ダイバージョンには、犯罪者というラベリングを軽減するとともに刑事司法の負担を軽減するというメリットがある一方で、刑事司法機関（検察官）により恣意的に運用される危険があり適正手続が害される可能性があることから、否定的に評価されざるを得ないとの応答があった。池原会員からは、刑事弁護人には、通常であればラベリングを回避するために起訴を避けようとするが、医療観察法の対象になる人が起訴猶予され強制入院させられるとより強いラベリングの対象となるというジレンマがあることが報告された。さらに、ダイバージョンとして刑事司法的な福祉を進めることは、新自由主義による福祉の貧困化を「縫い合わせる」ことになるとの指摘がなされた。その一方で、宍倉会員からは、現時点では検察には福祉を受けることを条件とした運用をすることは考えておらず、福祉の側としてはニーズを発見できなかった人を支援するために連携を行っているに過ぎないのであり、現状では「刑事司法の福祉化」あるいは「福祉の司法化」という現象は生じていないとの認識が示された。しかし、今後の課題として刑事司法と福祉が対等な関係として独自の機能を果たしうるかが問題になると指摘された。

※当初の予定にあった「累犯障害者とダイバージョン」（青木志帆会員）に関しては、報告者の御事情により当日の報告が行われませんでした。なお、本号には青木志帆会員による「触法障害者とダイバージョン—地域福祉と触法障害者を支援する"2人目の弁護士"の必要性—」が掲載されておりますので、そちらを御参照ください。

特集 2

優生思想と障害法の課題

熊本における優生保護法に対する 国家賠償請求訴訟の概要

東 俊裕（弁護士）

はじめに

- I 訴訟の枠組み
- II 優生保護法の制定と実施
- III 優生保護法の違憲性
- IV 優生手術が「人道に対する犯罪」に該当するものであること
- V 優生手術の実施に基づく賠償請求
- VI 国会の被害回復立法の懈怠（立法不作為）に基づく請求
- VII 厚生労働大臣の被害回復に向けた政策遂行上の懈怠（行政不作為）に基づく請求

はじめに

2018年1月30日、旧優生保護法に基づく優生手術に対する日本で初めての国家賠償請求訴訟が仙台地裁に提訴された。この提訴が大きなインパクトとなって、全国に裁判が広がった。熊本でも一人目は2018年6月28日、二人目は2019年1月29日に国家賠償請求訴訟を提起することになった。

そうした広がりの中で、全国の原告や関係者から期待されていた仙台地裁の判決（2019年5月28日）では、除斥期間が適用され、原告敗訴であった。さらに、その後の東京地裁の判決（2020年6月30日）でも、やはり除斥期間が適用されて原告が敗訴している。

両地裁の判決とも、全国の原告や関係者からすると想定外の判決であり、ショックも大きく、他の裁判所での優生国賠訴訟の進行にも大きな影響を与えている。

本稿は、このような動きのある中、2019年11月16日日本障害法学会第4回研究大会で発表したものであり、その時点での経過報告であって、その後の主張関係は反映されていないことを断っておきたい。

I 訴訟の枠組み

1 原告らの訴え

熊本で最初に訴えを起こした渡邊數美氏は、小学校の頃去勢手術を受け、以後、人としての当たり前の人生を否定され続けてきた。そうした中で、仙台地裁での提訴を知り、自らも「死ぬ前の生きた証」として実名で戦うことを決意した。

彼は、この社会の中でいかに人としての価値を否定されつづけて大変な状況で生活をせざるを得なかったのかを認知させ、国に謝罪と賠償を求める戦いを起こすことで、人間として存在した自分の証を残したいと訴えている。

こうした原告らの訴えに応えるべく熊本での訴訟は、以下の請求の趣旨と請求原因で構成することになった。

2 請求の趣旨

(1) 被告は、原告に対し、金3300万円及びこれに対する訴状送達の日翌日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え

(2) 訴訟費用は被告の負担とする
との判決並びに仮執行宣言を求める。

3 請求の原因

(1) 請求原因1 (優生手術の実施に基づく請求)

国家賠償法上違法である優生手術の実施による被害の賠償請求

(2) 請求原因2 (立法と行政の不作為に基づく請求)

50年にも亘る障害者への人権侵害状態を回復するための立法を怠ったこと及び被害回復に必要な行政上の措置を怠ったことは、国家賠償法上違法であり、その違法な立法不作為若しくは行政不作為による被害の賠償請求

II 優生保護法の制定と実施

1 優生保護法 (法律第156号、昭23・7・13) の成立と目的

優生保護法は、国民を「優等な生」と「劣等な生」とに区別し、「劣等な生」が「優等な生」を「逆淘汰」しているとしてその淘汰を目論む「優生思想」を背景として一人の反対もなく成立した。その優生保護法は「優生上の見地から不良な子孫の出生を防止するとともに、母性の生命健康を保護することを」目的として、優生手術と人工妊娠中絶を許容している。

このうち優生思想に基づく「優生上の見地から不良な子孫の出生を防止する」という目的は、母体保護法に名称が変更された第12次改正によって削除されるまでの約半世紀にわたって存続しつづけた。

2 優生手術 (生殖腺を除去することなしに生殖を不能にする手術) の類型

優生保護法下における優生手術として、優生思想に基づく (1) 遺伝性疾患を有する者、ハンセン病に罹患している者への「同意による優生手術」、(2) 遺伝性疾患を有する者、遺伝性ではない知的障害者、精神障害者への「強制にわたる優生手術」に加え、(3) 母体保護に基づく優生手術の3類型の手術が容

認されていた。

3 人工妊娠中絶（人工的な手段を用いて意図的に妊娠を中絶させること）の類型

また、優生保護法下における人工妊娠中絶は、原則本人および配偶者の同意を要件として優生思想に基づく（１）「遺伝性疾患を理由とする中絶」、（２）「ハンセン病を理由とする中絶」、（３）母体保護に基づく「母体等の保護を理由とする中絶」の３類型が容認されていた。

4 手術件数（昭和24（1949）年から平成8（1996）年までの間）

このような優生保護法の下で、優生思想に基づいて実施された手術の件数は以下の通り、膨大な数にのぼる。

- （１）同意のある遺伝性疾患を理由とする優生手術 6965件
- （２）同意のあるハンセン病を理由とする優生手術 1551件
- （３）遺伝性疾患を理由とする強制優生手術 1万4609件
- （５）非遺伝性疾患を理由とする強制優生手術 1909件
- （５）遺伝性疾患を理由とする人工妊娠中絶 5万1276件
- （６）ハンセン病を理由とする人工妊娠中絶 7696件

III 優生保護法の違憲性

以上のような優生保護法に基づく優生手術や人工妊娠中絶は、以下に述べるよう極めて深刻な人権侵害を引き起こしている。

1 憲法13条（個人の尊厳・幸福追求権）に対する侵害

憲法13条は、すべての国民は、どのような個人であっても人間としての価値を認めなければならず、一定の属性や社会的地位にかかわらず、価値ある人間として無差別平等にこれを扱わなければならないことを意味している。

にもかかわらず、優生保護法は人間の価値を優生なるものと劣等なるものに別けて、劣等なるものをその人格的価値そのものにおいて否定しようとするものである。不良な子孫が優秀なる国民を「逆淘汰」するという優生思想は、原告らそのものを不良な存在と見なし、その人格的価値を否定するものであった。その結果として彼らは国家や一般社会から価値の劣る存在として扱われてきた。

これは、個人の尊厳を究極の価値とする憲法13条を根底から否定するものである。しかも、国家が組織をあげて、地方自治体、医療関係者、福祉関係者、家族を巻き込みながら半世紀にもわたって優生政策を継続したことにより、優生思想は日々維持強化されることとなり、そうした状況の中で不良な存在とい

う烙印は、単なる一過性の被害とではなく、彼らの人生を絶え間なく抑圧し続けたのである。

2 憲法13条（自己決定権、リプロダクティブ・ライツ）に対する侵害

カイロ行動計画（1995年）における定義によると、リプロダクティブ・ライツは、「国内法、人権に関する国際文書、ならびに国連で合意したその他関連文書で、すでに認められた人権の一部をなす」とされ、「これらの権利は、すべてのカップルと個人が自分達の子どもの数、出産間隔、ならびに出産する時を責任を持って自由に決定でき、そのための情報と手段を得ることができるという基本的権利、ならびに最高水準の性に関する健康およびリプロダクティブ・ヘルスを得る権利を認めることにより成立している。その権利には、人権に関する文書にうたわれているように、差別、強制、暴力を受けることなく、生殖に関する決定を行なえる権利も含まれている」とされている。このような内容を持つとされるリプロダクティブ・ライツは日本では一般的に「性と生殖に関する権利」と呼ばれている。

これらは、女性差別撤廃条約第16条1項（e）「子の数及び出産の間隔を自由にかつ責任をもって決定する同一の権利並びにこれらの権利の行使を可能にする情報、教育及び手段を享受する同一の権利」や障害者権利条約第23条1項（b）「障害者が子の数及び出産の間隔を自由にかつ責任をもって決定する権利を認められ、また、障害者が生殖及び家族計画について年齢に適した情報及び教育を享受する権利を認められること。さらに、障害者がこれらの権利を行使することを可能とするために必要な手段を提供されること。」及び（c）「障害者（児童を含む。）が、他の者との平等を基礎として生殖能力を保持すること。」という規定に実定化されている。

これらの性と生殖に関する権利の中で、少なくとも子どもを産むか産まないかは、人としての生き方の根幹に関わる決定であり、子どもを産み育てるかどうかは、最も私的な領域に属する決定であるから、第三者の干渉、特に国家による干渉を受けることなく、本人の完全なる自由な意思によって決定されるべき人格的自律権（自己決定権）として、憲法13条によって保障されている（佐藤幸治「憲法」現代法律講座5、青林書院新社、昭和57年7月30日、318頁）が、その保障のためには、障害者権利条約が明文で認めたように生殖能力を保持する権利がなければ、自己決定の前提を欠くことになるので、生殖能力を保持する権利も憲法13条に内包された権利と考えるべきである。

そうした意味で、優生手術は、原告らから生殖能力を奪い、人間であれば誰しも有する子孫を残す機会を奪った優生保護法に基づく優生手術の施行は、憲法13条が内包するところのリプロダクティブ・ライツに対する侵害である。

3 憲法24条（婚姻の自由と家族形成権）に対する侵害

また、上記に触れた生殖機能の剥奪は、同時に「婚姻」が「両性の合意のみに基づいて成立」するとする憲法24条に対する侵害でもある。憲法24条は、「両性の合意のみに基づいて成立」するとした意味は、婚姻の成立について、当事者以外からの関与、特に国家権力から関与があってはならないことを前提としている。当事者が婚姻を望んでも、生殖能力がない場合、それが婚姻を阻む極めて大きな障壁となる。そうした結果を国家が作出することは、まさに、婚姻の自由に対する侵害となる。

そして、婚姻の自由が害されるということは、必然的な結果として、障害者権利条約が示すように子どもを持つことも前提となっている家族形成権を侵害することになる。したがって、婚姻の自由を保障した憲法24条は、家族を形成する機会についても保障しているものと考えらるべきであるので、優生保護法とそれに基づく強制不妊手術は、憲法24条が保障する家族形成権の侵害でもある。

4 憲法36条（残虐な刑罰受けない権利）に対する侵害

そもそも、刑罰は、その剥奪する法益の種類によって、生命刑、身体刑、自由刑、名誉刑、財産刑などに分けられる。古くは生命刑、身体刑が中心であったが、文明の発達とともに次第に制限される傾向にあり、死刑廃止国が増加するとともに、身体刑は先進諸国家では廃止されるに至っている（大谷實「新版刑事政策講義」弘文堂、平成21年4月15日、112頁）。

そうした中であって、憲法36条は、公務員による拷問及び残虐な刑罰を絶対に禁止している。同様に、市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）第7条や障害者権利条約第15条も「拷問又は残虐な、非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは刑罰を受けない。」として「残虐な刑罰」を禁止している。

身体刑はこうした残虐な刑罰に当たるとされているが、その例として「手指の切断、去勢、不妊手術、目を見えなくすることなどの体罰は間違いなく残虐な、非人道的な刑罰である。」とされている（宮崎繁樹編著「解説国際人権規約」日

本評論社、1996年12月20日、140頁)。

このように、罪を犯したものに対する刑罰としても許されない行為について、優生保護法は、罪を犯しもせず、ただ遺伝性疾患、精神障害、知的障害、ハンセン病等の障害があることのみを理由に優生手術を断行してきたのである。

確かに、憲法36条は明文的には刑罰を対象としている。しかしながら、犯罪者に対する刑罰としても許容されないのであれば、なお一層強い理由で罪を犯してもいない者に対して残虐な刑罰に相当するような行為を国が行うことを禁止しているはずである。

従って、優生保護法及びその執行行為が憲法36条に抵触することも明白である。

5 憲法14条1項(差別を受けない権利)に対する侵害

人は全て法の下に平等に扱われるべきであり、合理的な理由なしに異なる扱いを行うことは、差別(憲法14条1項)にあたる。

優生保護法は、優生上の見地から不良な子孫の出生を防止するという目的のために、遺伝性疾患、精神障害、知的障害、ハンセン病等の障害のある人に対して、一定の要件の下で、優生手術及び人工妊娠中絶を実施することができるとしていた。

これは、母体の保護という観点から行われる場合を除き、遺伝性疾患、精神障害、知的障害、ハンセン病等の障害のない人には適用されないのであるから、遺伝性疾患、精神障害、知的障害、ハンセン病等の障害のある人に対する異なる取扱いであることは明白である。

また、先に述べたとおり、優生保護法の優生上の見地から不良な子孫の出生を防止するという目的自体が憲法13条に抵触することは明らかであり、その目的を達する手段においても憲法36条に抵触するものであるから、その目的及び手段の面から見て、優生保護法に、その異なる取扱いを正当化できる合理性を見いだすことは到底できない。

したがって、優生思想に基づく優生手術及び人工妊娠中絶は、いずれも遺伝性疾患、精神障害、知的障害、ハンセン病等の障害のある人を差別するものである。

だからこそ、優生保護法が、障害者の差別に当たるとして、後に、国会は母体保護法に改正せざるを得なかったのである。

IV 優生手術が「人道に対する犯罪」に該当するものであること

1 はじめに

いうまでもなく、不妊手術は身体に対する侵襲を伴うものであり、根拠となっている優生保護法自体が上記の通り違憲であることは明白である以上、違法性は阻却されず、傷害罪に該当する違法な犯罪行為であることに疑いはない。

しかし、優生保護法の施行として行われた行為は、同時に、国家による犯罪として断罪されるべき「人道に対する犯罪」（国際刑事裁判所（ICC）に関するローマ規程第7条）に該当する犯罪行為であると言わざるを得ない。

もっとも、ローマ規程により国際刑事裁判所が管轄するのは、ローマ規定の発効後の事件に限られる（第11条）ため、本件は対象外の事件であることは明らかであるが、客観的には、優生保護法に基づく優生手術が、ローマ規程に定める犯罪構成要件に該当することを明らかにすることで、本件の与えた被害の非人道的性格、迫害とも言える社会が与えた被害者全体に与える影響の大きさがなお一層明らかとなる。

2 人道に対する犯罪

人道に対する犯罪（同規定7条）とは、文民たる住民に対する攻撃であって広範又は組織的なものの一部として、そのような攻撃であると認識しつつ行う次を含むいずれかの行為であるとされる。

- (g) 強姦、性的な奴隷、強制売春、強いられた妊娠状態の継続、強制断種その他あらゆる形態の性的暴力であってこれらと同等の重大性を有するもの
- (h) 政治的、人種的、国民的、民族的、文化的又は宗教的な理由、3に定義する性に係る理由その他国際法の下で許容されないことが普遍的に認められている理由に基づく特定の集団又は共同体に対する迫害であって、この1に掲げる行為又は裁判所の管轄権の範囲内にある犯罪を伴うもの

3 本件の人道に対する犯罪該当性とそれにより明らかにすべき被害の本質

本件は、個々の行政執行過程において偶発的に起きた人権侵害事例ではなく、優生保護法の下で合法化され、国策として組織的に、しかも半世紀近くに亘って継続された優生政策の結果として引き起こされたものである。

かかる行為が人道に対する犯罪として認められる要件として、上記ローマ規程1項本文は、第7条は1項の（g）または（h）に該当する行為が「文民たる住民に対する攻撃である」ことを求めているが、その解釈を示す2項（a）

にあるように、本件はまさしく「国若しくは組織の政策に従い又は当該政策を推進するため」、長年に亘って継続された「一連の行為」であった。

そして、その侵害の態様としては、人道の罪として規定してある「強制断種 (g)」に本件が該当することは明らかである。

また、それに留まらず、優生手術の対象となった障害者への「迫害 (h)」でもある。迫害に関して、第7条1 (h) は、まず、「政治的、人種的、国民的、民族的、文化的又は宗教的な理由」などに基づくものであることを求めている。本件の優生政策は、国民を優れた者と劣ったものに区分けし、劣ったものが優れたものを逆淘汰する危険を防ぐといったことに根拠をおくが、これは、国民としての適格性を理由とした政策であるとともに、戦後直後の人口増、食糧難を背景とした、国民の人口政策に関する政治的決断である点で、優れて「国民的」理由に基づくものであったといえる。

次に、「迫害」(2項 (g))とは、集団又は共同体の同一性を理由として、国際法に違反して基本的な権利を意図的にかつ著しくはく奪することをいうとしている。本件は、優生保護の見地から一定の障害のあるものをターゲットにしている点で、集団の同一性がその理由となっていることも明らかである。さらに、本件がリプロダクティブライツなど、国際法のもとで基本的な人権であることが認められてきた人権を、優生保護の観点から逆淘汰を防止するという意図のもとに、優生手術という不可逆的な手段で剥奪してきたものであるから、2項 (g) が示す後段の要件も満たすものである。

このように、本件優生保護法の下で行われた国策としての優生手術は、個々の被害者が生来有すべきリプロダクティブライツなどの人権の剥奪に留まらず、「強制断種」もしくは「迫害」として規定される人道に対する犯罪行為であり、その被害者は、人道に対する国家犯罪による犠牲者であったといえることができる。

以上を通して明確にされるべきは、国が組織的に行った本件行為が人類史的に見ても、最も忌まわしい、人道に悖る行為であること、優生政策が国策として組織的、系統的、継続的に行われることにより、多くの被害者の人格と社会に生存することの価値を否定する優生思想が社会の中に深く浸透し、本来であるならば、平等な人格と価値のある人間の一人として安心して人生を送ることができる地域社会を彼らから奪い、彼らを一般より劣性の社会集団として迫害するといった社会状況を生み出したということである。

そして、その結果、優生思想が根深く残る地域社会の中で、本来誰しもが有

する個人の尊厳に基づく自尊感情やアイデンティティといったものさえ、歪められ、もしくは喪失させられてきたということである。

我々は、彼ら彼女らに対する人権侵害の態様がその人生にとって如何に残酷なものであったのか、如何に我々の社会が彼ら彼女らを社会的に迫害し、孤立させるものであったのかを自覚しなければならない。

V 優生手術の実施に基づく賠償請求

1 国家賠償法が求める一般的要件

国家賠償法第1条は、「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。」と規定する。

一般的にいつて、国家賠償請求が認められるためには、① 公権力の行使にあたる公務員の行為であること、② 職務を行うにつきなされたものであること、③ 加害行為に違法性があること、④ 公務員に故意・過失があること、⑤ 損害の発生といった要件の存在を立証する必要があるとされる。

これらの要件については、それほど争点とはならないと思われるので、これらについての説明は捨象することにし、大きな争点となる除斥期間の問題に言及することにする。

2 除斥期間（不法行為の時から20年を経過したとき）

熊本地裁での国賠訴訟では、損害賠償の根拠（請求原因）を大きく言えば二つに分けている。請求原因の一つ目は、被告が原告らに優生手術の実施したことによる損害の賠償請求である。この優生手術は、原告の一人は昭和30年頃、残りの一人は昭和46年頃に受けているので、優生手術から提訴まで前者については62年、後者については47年ほどが経過していることになる。

そこで被告国は、請求原因の一つ目である被告が原告らに優生手術の実施したことによる損害の賠償請求に対しては、除斥期間の適用によって請求権がすでに消滅しているといった反論を加えてきている。

もっとも、二つ目の請求である50年にも亘る障害者への人権侵害状態を回復するための立法やその他の措置を怠ったという立法と行政の不作为による賠償請求については、必要なことをしなかったという不作为自体が継続しているため、除斥期間の適用について問題にしていない。

3 除斥期間に関する最高裁の基本的な立場（最高裁平成元年12月21日）

国家賠償法は、同法4条により民法の規定を準用しているため、民法724条後段が適用されることになるが、この民法724条後段に関して、最高裁平成元年12月21日判決は、民法724条後段の規定は不法行為によって発生した損害賠償請求権の除斥期間を定めたものと解するのが相当であるから、請求権が除斥期間の経過により消滅した旨の主張がなくても、右期間の経過により本件請求権が消滅したものと判断すべきであり、信義則違反又は権利濫用の主張は、主張自体失当である旨を判示している。

被告国の除斥期間の主張はこうした最高裁の判示をもとになされたものである。

4 適用違憲論（民法724条の除斥期間の適用違憲）

以上の除斥期間の適用を主張する被告国に対して、原告らは、まず第1に本件に除斥期間を適用するのは、国家賠償請求権を認めた憲法17条に違反する旨の主張を行っている。

そもそも、国家賠償法は、憲法17条に基づいて制定された法律であるが、これに関する平成14年9月11日の最高裁大法廷判決は、憲法17条は、公務員のどのような行為によりいかなる要件で損害賠償責任を負うかを立法府の政治的判断に委ねたものであって、立法府に無制限の裁量権を付与するといった法律に対する白紙委任を認めたものではないとして、憲法17条に違反するかどうかは「当該行為の態様、これによって侵害される法的利益の種類及び侵害の程度、免責又は責任制限の範囲及び程度等に応じ、当該規定の目的の正当性ならびにその目的達成手段として免責又は責任制限を認めることの合理性及び必要性を総合的に判断すべきである」と判示している。

この判示を、優生保護法に基づく優生手術に当てはめると、次のことが言える。

(1) 当該行為の態様

優生目的による強制不妊手術は、優良な遺伝因子と不良な因子とを恣意的に区別することにより、さらには非遺伝性の疾患にまでその対象を広げることにより、生きることの許される「生」の選別を国家がはかったものである。しかも、同意なしにあるいは、自己の意思に反して子どもを作ることが出来ない身体とするものであり、それは、先の述べた種々の人権を奪うものであるだけでなく、人道に対する犯罪にも該当する行為であった。

（２）侵害される法的利益の種類及び侵害の程度

本件で法的保護を受けるべき利益は、前述の通り、人間としての根幹に関わる重要な人権であることは明白である。しかしながら、生殖機能を奪われることで、そうした人権は永久に剥奪されてしまったのである。

そうした被害を受けた人々の特性としては、障害者や特定の疾患を有する者であり、自身で声を上げることが難しい者が多数含まれている。また、個人の性に関わるものであるから、被害者や家族がその被害を公にすることはばかされるものであり、権利の侵害あるいは被害が世に認知されにくく、被害者は被害を耐え忍ぶほかに手段を持たないという侵害の状況が継続された。

また、これらの侵害は国家が組織的にしかも長年にわたって行ったため、被害は広範にわたり、旧優生保護法下における優生手術は2万5000件以上に及び、その被害者は全国各地に存在するに至っている。

（３）国家賠償に対して除斥期間20年という期間を定めることの立法目的及びその目的達成の手段として期間を設けることの合理性について

上記2万5000件のうち、旧優生保護法4条に基づく強制優生手術件数は1万4609件、同法12条での強制優生手術件数は1909件、合計1万6518件である。

旧優生保護法が母体保護法に改正された平成8年より20年前である昭和52年以前に同4条に基づく優生手術を受けた人は1万4388人、同12条に基づく優生手術を受けた人は1782人、合計1万6170人である。

20年の除斥期間の適用が認められるとなると、優生保護法を改正し、優生条項を削除した時点で、優生手術を実施された被害者の約98パーセントは被害回復がなされない結果となってしまう。

しかしながら、本件は、前述したように、長年に亘って国家が組織的に人権の中でも最も根本的な人権を侵害し続けてきた人道の罪に対する犯罪とも呼べる行為であり、このような重大な憲法違反の行為を時間の経過とともになかったことにすることの合理性は、どこにも見いだしがたい。

（４）適用違憲

従って、上記最高裁違憲審査基準に鑑みると、旧優生保護法による優生手術の実施について損害賠償請求をした場合に、国家賠償法4条の適用により除斥期間20年により損害賠償請求権が消滅することを認めるのは憲法17条の規定を違憲的に適用することになり、適用違憲であると解すべきである。

5 適用制限論

さらに、原告らは、一定の場合において、除斥期間の適用を制限する最高裁判所の判決を基づいて、本件もそうした場合に該当する旨の主張を展開している。

最高裁平成10年6月12日の判決及び同最高裁平成21年4月28日判決では、除斥期間内に権利を行使しなかったことを是認することが著しく正義・公平の理念に反する事情があること、時効の停止等その根拠となるものがあることの2つの要件があれば、除斥期間の適用を認めるべきではないとしている。

除斥期間内に権利を行使しなかったことを是認することが「著しく正義・公平の理念に反する」事情とされているのは、「被害者の権利行使が客観的に不可能な状況があり、かつ、それが加害者の行為に起因するという事情」であると解される。

これを本件に当てはめると、本件では原告が優生保護法に基づく優生手術を受けた以降、現在に至るまで優生保護法に基づく優生手術の憲法違反を主張して、国家賠償請求訴訟を提起することは、長年にわたって国家が組織的に展開した優生政策によって、社会全体がこうした優生政策を受け入れることで、迫害状態にあった原告らにとって極めて困難であった。優生手術自体は国の優生思想に基づく国の優生政策に基づいて行われたものであり、優生保護法が制定された昭和23年7月以降、平成8年6月まで長年にわたって実施されてきた手術であり、不同意による手術だけでも1万6000人以上にのぼっている。このような長期かつ広汎な人に対する優生手術はひとえに国の政策に基づいて、有無を言わず実行されたものといえる。優生保護法に基づく優生手術が加害者である国の政策に基づく行為であった。

これらの事情からすれば、除斥期間内に権利を行使しなかったことを是認することは、著しく正義・公平の理念に反するものである。

さらに、除斥期間と解釈されている民法724条後段が民法改正により消滅時効に変更されたこと自体が、除斥期間の規定を制限すべき法令等の根拠とも言える。

6 小括

以上の諸点に鑑みれば、優生手術の実施に基づく賠償請求権は除斥期間の適用を受けることなく、認められるべきである。

VI 国会の被害回復立法の懈怠（立法不作為）に基づく請求

1 国会の立法不作為の国家賠償法上の違法性

原告らは、先述した「V 優生手術の実施に基づく賠償請求」のほかに、国会が被害回復立法の制定を怠ったという立法の不作為を根拠に国家賠償を請求している。この請求が成り立つためには、この立法不作為が違法と言えなければならない。

この点に関し、在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件に関する最高裁判決（最（大）判、平成17年9月14日）は、国会議員の立法不作為も、一定の場合には、国家賠償法上違法となるとして、次のように述べている。

「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。」

この最高裁判決が求める要件を本件に当てはめると、以下の通りである。

(1) 要件事実1（憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白である事実）

この要件に関しては、すでに「Ⅲ、優生保護法の違憲性」で詳述したとおり、人間として当然に保障されるべき基本的人権を幾重にも奪うものであることは、明らかである。とくに、優生保護法が母体保護法に改正された原因は、それが障害者への差別に当たるとされ、これを審議した衆参両院の委員会及び本会議において、何ら異論なく改正が為されたのである。このことは、改正当時において、国会自体が優生保護法の優生思想に基づく規定が重大な人権侵害を引き起こす違憲の法令であるとの認識に立っていたことを意味する。

(2) 要件事実2（国民の権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠である事実）

本件被害の特質は、a 被害の広範性、b 個人被害の重大性と被害回復の必要性、c 自ら救済を求めることの困難性、d 長期間の放置と証拠の廃棄・散逸、e 長期にわたる被害を受けた者の高齢化と尊厳の早期回復の必要性、などの諸点にある。

a 被害の広範性

優生保護法のもとで、国家を挙げて組織的に優生手術を推進し、その被害

が強制にわたる優生手術だけでも約16、500名あまりで、被害が広範であることは明らかである。こうした広範な被害者の救済については、国家賠償法による個別の司法救済では決してなし得ないものであることは明らかである。

b 個人被害の重大性と被害回復の必要性

優生手術を受けた者は、国家から優生なる生を逆淘汰する劣等な生の烙印を押されて、その存在価値を否定されるに留まらず、強制的に卵管・精管等の臓器の持つ生殖機能を不可逆的に失い、対象者の生まれもった身体の完全性を後天的に損ない、その結果として、生殖機能をなくすか否かといった生殖に関する選択を検討する余地も与えられないまま、結婚や家族を形成する機会をも奪われ、人並みの人生の営みを奪われた。こうした人生のすべてにわたる、自らの意思では如何ともしがたい重大な被害であるからこそ、国家による被害の回復が必要不可欠である。

c 自ら救済を求めることの困難性

遺伝性疾患、精神障害、知的障害、ハンセン病等の障害のある人たちは、優生思想が世間を席卷した時代のみならず、今に至るも社会の底辺に置かれ、周辺化されている人たちである。そうした中であって、一体自分の体に何をされたのか、理解できないまま一生を過ごしてきた人を含め、自ら声を上げて救済を求める、被害を訴え出るといったことの困難さを抱えている。

しかも、被害を被ったのは、障害当事者のみではなく、やむなく同意せざるを得なかった親など、家族を含め、自責の念を抱え込まされる形で、一生忘れることの出来ない傷を心に残したまま、死ぬ直前になってはじめて子どもに真実を告白して謝罪し、亡くなっていく親も多い。親が存命であるならば、親を責めるような結果をもたらしかねないといった思いを抱く障害者も多いはずである。そうした多数の被害者を救済するには、国会の立法による救済以外に方法はない。

d 長期間の放置と証拠の廃棄・散逸

優生保護法によって優生手術が合法化されてきたこの約50年もの間、その人権侵害の記録が廃棄される一方で、耐えがたい被害だけは、時効にかかることもなく続いてきた。合法化されていた時代にあっては、その記録の一枚一枚の持つ意味が考慮されることもなく、ルーティンワークの如き作業で廃棄されたことは致し方のないことかもしれない。

しかしながら、障害者に対する差別であると国会全体が認識し、母体保護法に改正した以後、人権救済に必要な不可欠な公的書類、若しくは病院に残っ

ているカルテ等、これらの保全・収集は政府の義務であったはずである。

しかしながら、報道によれば約1万6500件に及ぶ不妊手術の記録はその大部分が既に廃棄され、記録が残されているのはわずか2割程度とされている。

個別救済、なかんずく証拠に基づく司法手続においてのみ救済されるとした場合、被害者の手の届きようのないところで行われる書類の廃棄の有無によって、救済の有無が決まるといった不合理な結果を生じかねないことは誰しも想定できるはずである。

優生保護法の場合は個別の病院での一過性の処置であるため、公的記録がなければ、そもそも法の適用として手術が行われたものか、その手術が優生手術であったのか、審議会でどういった理由で審査が為されたのか、同意が法律上の要件である場合でも、同意の取り方がどうであったのか、なども基本的な事実の立証が困難となる。

そういった立証上のリスクを、証拠の収集保全を長期間にわたって放置してきたことにより証拠の廃棄・散逸を時の経過によって作出してきた国の側にはではなく、被害者個人に負わせることは、あってはならないことである。

e 高齢化と尊厳の回復

本件原告も含め、優生手術による被害を受けてきた人々は、すでに高齢となり、死亡した人も多い。優生保護法が改正された時点においても、そうであった。先にも述べたように、繰り返しになるが、高齢となった被害者に、残った人生を人権侵害によって被った被害が回復されないまま、死期を迎えさせるわけにはいかない。

国が、国として、誤った行為を行い、人生を奪ってきたことを認め、これに対する国としての謝罪を前提にした救済立法の制定は、優生被害に遭った人々にとって、人間としての誇りと被害を受けながらも一生懸命に生きてきたことの証を確認し、自らのアイデンティティを回復する最後の機会となるのである。

以上の諸点からすると、厳格な司法手続きを前提とし、金銭賠償を原則とする国家賠償法による個別的な被害回復では、優生保護法による人権侵害を被害回復するには、限界があるといわざるを得ない。従って、優生保護法による被害者がその受けた人権侵害を回復するための権利を行使する機会を確保するためには、国家賠償法の外に、優生保護法によって引き起こされた人権侵害の特質に相応した被害回復立法の措置を執ることが必要不可欠であっ

た。

(3) 要件事実3 (要件事実2が明白である事実)

国会が被害回復立法を行うべき必要性を具体的に認識するに足りる以下のような複数の事実が存在していた。紙幅の関係上、これらの詳細は省くが、このような事情の基では、被害回復の立法措置を執ることの必要性は、国会にとって明白な事柄であったと言うべきである。

- a 平成8 (1996) 年優生保護法が差別に当たるとして母体保護法に改正
- b 平成10 (1998) 年国際人権規約委員会からの勧告
- c 平成11 (1999) 年スウェーデンにおける補償制度の運用開始
- d 平成13 (2001) 年らい予防法違憲国賠訴訟判決
- e 平成16 (2004) 年坂口厚労大臣による答弁

(4) 要件事実4 (国会が正当な理由なく長期にわたって立法措置を怠った事実)

国会が優生保護法による被害救済のための被害回復立法を制定しようと思えば出来たと思われる機会として、一回目は、平成8年に母体保護法に改正された時期である。二回目は、平成10年に、国際人権(自由権)規約委員会から勧告を受けた時期である。三回目は平成13年に「ハンセン病療養所入所者等に対する補償金の支給等に関する法律」を制定した時期である。そして、四回目の機会が訪れたのは、平成16年に行われた参議院厚生労働委員会における福島議員の質問とそれに対する坂口厚労大臣の答弁が為された時期であった。この一番遅い平成16年(2004)年3月を基準にし、被害回復立法を行うための審議討論に3年が必要と考えても、平成19年(2007)年3月には、被害回復措置を取るための相当な期間が経過したと判断すべきである。

以上に鑑みると、国会が優生保護法被害者への被害回復立法を怠ってきたことは国家賠償法上違法であることは明らかであり、立法不作為による責任は免れない。

VII 厚生労働大臣の被害回復に向けた政策遂行上の懈怠(行政不作為)に基づく請求

1 厚生労働大臣の行政不作為の国家賠償法上の違法性

原告らは、不作為に基づく国家賠償請求として、先述した「VI 国会の被害回復立法の懈怠(立法不作為)に基づく請求」のほかに、厚生労働大臣の被害回復に向けた政策の遂行を怠ったという不作為を根拠に国家賠償を請求してい

る。そこで、厚生労働大臣の行政不作為が国家賠償法上違法であるというためには、作為義務に違反していることの主張立証が必要となる。

2 国策としての優生政策

そもそも本件は、行政の執行過程において偶発的に起きた人権侵害事例でなく、優生保護法のもとで合法化され、国策として組織的に、半世紀にわたって継続された優生政策の結果として引き起こされたものである。長期間にわたる優生政策により、多くの障害者らの人格と社会に生存することの価値を否定する優生思想が社会の中に深く浸透していった。本来であれば平等な人格と価値のある人間の一員として安心して人生を送ることが出来る地域社会を彼らから奪い、彼らを一般の人よりも劣性の社会集団として迫害するといった社会状況を策出した。そして、その結果、優生思想が根深く残る地域社会の中で、本来誰しもが有する個人の尊厳に基づく自尊感情やアイデンティティといったものさえ、歪められ、もしくは喪失させられてきたものである。

そのような優生思想を押し付けられた障害者らやその家族は、障害のあることを恥と考え、社会の重荷として自らを否定せざるをえなかった。そのような社会風土の中、障害者らやその家族らが優生政策に異を唱えることは、事実上不可能であった。

さらに、本件優生政策は、客観的に見れば、人道に対する犯罪として、個人に対してだけでなく、障害者集団に対する迫害として捉えられている。そこから見える本質は、優生手術などの個々の行為によって個人に対して取り返しのつかない被害を与えただけでなく、優生政策自体が社会に優生思想を植え付け、障害集団を社会的に抑圧する社会構造として機能してきたという点にある。

3 厚生労働大臣の作為義務違反

厚生労働大臣は、優生保護法を所轄する厚生労働省の責任者として、以上のような人権侵害の実情を容易に知りえる立場にあった。

しかも、厚生労働大臣は、国家公務員として憲法尊重擁護義務（憲法99条）を負っている点からいっても、厚生労働省が国策として行った違憲・違法行為により生じた被害を回復するため下記の行政上の措置を執るべきであったことは言うまでもない。

にもかかわらず、これを怠ったことは、国家賠償法1条1項上の違法があるというべきである。

記

- (1) 被害回復立法に関する法案の準備ならびに閣議決定を得ること
 - (2) 統計資料を精査することにより被害者数、被害者構成の把握を行うこと。
 - (3) 被害の実態、被害が被害者の人生に与えた影響の重大性の把握を行うこと。
 - (4) 各都道府県に通知ないし事務連絡を発出することにより、可能な限り被害者に関する資料の保全を行うこと。
 - (5) 各都道府県に依頼することにより被害者の生存状況について調査を行うこと。
 - (6) 被害の実態調査を踏まえ、被害回復に向けて、医療、福祉、カウンセリング等の施策を講じること
 - (7) 優生保護法の下のなった優生思想の誤りを質すための啓発や地域社会で発生している差別の防止に向けた取り組みを行うこと
 - (8) 名誉回復の措置を講じること
- 4 以上に鑑みると、厚生労働大臣が被害回復に向けた行政上の措置を怠ってきたことは国家賠償法上違法であることは明らかであり、その不作為による責任は免れない。

VIII 紙幅の関係で、原告らの具体的な被害状況などについては触れることはできなかったが、以上が、2019年11月16日までの熊本における優生保護法に対する国家賠償請求訴訟における原告らの主な主張である。

優生思想と憲法

金子 匡良（法政大学）

- I はじめに
- II 優生思想の構成要素
- III 憲法の変化と優生思想
- IV 「自由の国」における優生思想 — バック事件
- V 優生思想が憲法(学)に受容されてきた要因
- VI 憲法(学)から優生思想を切り離す方策
- VII 新たな優生思想？— 出生前診断と選択的妊娠中絶の問題性
- VIII おわりに— 「障害者の『産む・産まない自由』」と「障害者を『産む・産まない自由』」の相克

I はじめに

ここ 20 年の間に、らい予防法に基づくハンセン病元患者の強制隔離や、患者家族に対する差別、あるいは旧優生保護法に基づいて行われたハンセン病元患者や障害者に対する強制的な不妊手術などの実態が次々と明らかにされ、裁判でもそれらの行為が違憲・違法であることが認められた。政府や国会も非を認め、謝罪や必要な立法措置を行ってきたが、一方、こうした一連の動向は、憲法学者にも深い悔恨と反省を迫ることとなった。例えば、棟居快行は、「憲法学者の大半は、…人権論にもっとも救済を必要とする人々への致命的な死角があることについて、ハンセン訴訟の新聞記事等に接するまで自覚していなかった。…旧優生保護法についても、憲法学が率先して問題提起をしたというわけではない。…このような大きな憲法問題が、もっぱら障害当事者の運動と政治によるその汲み上げによって実現され、憲法学の内的視点からの理論的援護射撃を伴わなかったのは残念というほかない」と自責の念を語っている⁽¹⁾。

本来、憲法は「自由の基礎法」として国家権力を統御し、立憲主義を実現することを目的とする法である。それがゆえに、憲法学(者)は、権力による自由の侵害に対して自覚的に注意深くあることを旨としてきた。にもかかわらず、らい予防法や優生保護法の問題性を指摘することなく、上記のような著しい人権侵害を結果的に黙認してきたのはなぜなのだろうか。その理由を憲法学の視点から探る

のが本稿の目的である。

II 優生思想の構成要素

結論を先取りすれば、憲法学がハンセン病元患者や障害者に対する人権侵害を等閑視してきた原因は、憲法学と優生思想の間をつなぐ意図せざる親和性にあったといえよう。

ここでいう「優生思想」とは、一般によく用いられる用語であり、直感的にその意味を理解することも可能であるが、辞書・事典の類いには「優生学」(Eugenics)は掲載されていても、「優生思想」(Eugenism)の語を見つけることはできない⁽²⁾。しかし、本稿では優生思想と憲法学ないし人権思想との親和性を論じる以上、その意義を明らかにしておく必要がある。そこで、優生思想の外延を「優生学的な考え・政策を是とする思想」と捉えれば、優生思想は次の5つの要素から構成されるといえるであろう。

- ①**人間の優劣二分化**：人間には「優れた人間」と「劣った人間」がいる。
- ②**優劣の識別可能性**：「優れた人間」と「劣った人間」は客観的に識別可能である。
- ③**識別基準としての遺伝形質**：両者の識別基準は、主として遺伝形質であるが、その他疾病、障害、犯罪傾向等も含む。
- ④**優生政策の必要性**：「劣った人間」および「劣った人間」が有する劣悪な遺伝形質は、不妊・中絶手術等の実施を内容とする優生政策によって、積極的に減少・消滅させなければならない。
- ⑤**目的としての社会ダーウィニズム＋社会防衛**：優生政策を実施する目的は、人類の進歩と社会の安全の確保である。

これらの要素のうち、①②は多くの差別思想に共通する思考様式であるが、優生思想は③の要素、すなわち「劣った人間」は遺伝的にその原因となる形質を有することをとりわけ強調し、公益確保の名目の下にその形質の減少を国家の政策として実施することを訴える(④⑤の要素)という特徴を有している。このような「科学性」と「政策的妥当性」の主張を身にまとっていることが、他の差別思想と比較した場合の優生思想の特質であり、それが優生思想を根づかせた要因といえよう。

III 憲法の変化と優生思想

では、このような優生思想はいかにして憲法と「共存」してきたのであろうか。この点、明治憲法下では、両者の共存は説明が付きやすい。

日本において優生思想が法制度化された最初の例は、刑法と同じ 1907 年に公布された「癩予防ニ関スル件」、および同法に基づいて 1931 年に制定された癩予防法であった⁽³⁾。そこではハンセン病患者の隔離収容が定められ、また同法に基づく隔離の中で、法的根拠のないままに優生手術（断種手術）が行われた⁽⁴⁾。ここに、断種によって特定の形質を有する人びとの根絶を図るという優生政策が開始されたのである。そして、遺伝性疾患の形質を有する者への優生手術を認めた国民優生法が 1940 年に制定されると、優生政策がより広範に実施されることとなった⁽⁵⁾。

日本におけるこうした優生思想と優生政策の広がりや、明治憲法体制と矛盾しないばかりか、むしろ両者の価値観は合致していた。そもそも、明治憲法が国民に保障した権利・自由は、天皇が恩恵として与えた「臣民」の権利に過ぎず、それが公共の安寧秩序と対立する場合には、法律によって容易に制約することが可能であった。また、明治憲法は、当時の憲法の歴史的制約もあり、社会権の保障を定めておらず、国民の健康や福祉は国家の政策対象にはなり得ても、それが国民の権利であるとは考えられていなかった。加えて、明治憲法体制を支えた身分制と、その背景にあったイエ制度は、必然的に家柄の尊卑や血筋へのこだわりを生み出し、「優れた血筋」「優れた家柄」と「劣った血筋」「劣った家柄」の存在を顕在化させた。さらに、徴兵制の存在や、昭和前期に次第に加速化した軍国主義、あるいは第一次産業や第二次産業を基幹産業とする当時の産業構造は、否応なく人の価値をその身体的能力によって測るという発想を生起させ、病者や障害者など身体的能力に制約を有する者を「劣った人間」とみなす風潮を生み出していった。このような明治憲法下の法制度や社会・経済体制の中においては、優生政策は憲法秩序と合致する合法性と合理性を有するものと捉えられたため、優生思想は称揚されることはあっても、それに懐疑を差し挟む契機は生じづらかったといえよう。

では、憲法体制が根本から変革された日本国憲法の制定後、事態は変化したのであろうか。日本国憲法の制定によって、「臣民」の権利としての国民の権利は、誰もが生来有する自然権としての基本的人権へと生まれ変わり、権利の内容も充実が図られ、生存権をはじめとする社会権が明文で保障されるに至った。また、明治憲法下には存在しなかった違憲審査制が導入されるとともに、人権を保障するための各種の行政救済制度も整備された⁽⁶⁾。憲法 14 条は、明確に身分制を否定し、民法等の改正によって、家父長制的なイエ制度も廃止された。そして、戦争の放棄と徴兵制の廃止によって、兵士としての身体的能力によって、人の価値の優劣が測られることもなくなった。

その一方、人権制限を正当化する原理として、明治憲法下の「安寧秩序」に代わって新たに盛り込まれた「公共の福祉」は、その漠然性ゆえに時として広範な人権制約を許すこととなり、社会権についてもそれを「プログラム規定」と解釈することによって、社会権保障を立法府や行政府の広範な裁量に委ね、結果として社会権保障を弱体化させるという事態が生じた。また、法制度としての身分制やイエ制度は除去されたものの、家柄や血筋に拘泥する意識がすぐさま解消されたわけではなく、国力を経済力で測る戦後社会においては、労働生産性の高低が人の価値を測る尺度として残存し、引き続き病者や障害者に「劣った人間」とのレッテルを貼り続けた。さらに特筆すべきは、日本国憲法が施行された翌年の1948年に制定された優生保護法である。同法では、優生手術の対象を戦前の国民優生法よりも拡大し、遺伝性疾患に加えて、ハンセン病患者や非遺伝性疾患をもその対象に含めた。つまり、憲法の変革を経て、優生政策の範囲は拡大され、より強化されたのである⁽⁷⁾。

憲法が改められ、戦前と戦後の憲法体制が形式的には断絶したにもかかわらず、なぜ優生思想は排斥されることなく、むしろ優生政策の強化を許すことになったのであろうか。ひとつの回答としては、憲法体制の変革が不十分であり、新たに憲法に組み込まれた人権思想が、優生思想を駆逐するだけの力を持ち得なかったからであるという仮説を提示できよう。そうであれば、公共の福祉に名を借りた不合理な人権制限をなくし、本来の自然権的な権利としての人権保障を確立する法制度を整備するとともに、社会に根を張る家柄や血筋への執着を緩和する教育・啓発を実施し、また人間の価値を労働生産性によって測るのではなく、個々人が有する人間の尊厳に価値の基礎を置くという思想を徹底していけば、優生思想を解消できることになるであろう。つまり、この仮説に従えば、求められるのは日本国憲法とその土台にある人権思想の貫徹にあるということになる。

IV 「自由の国」における優生思想 — バック事件

しかし、事はそれほど簡単ではない。自然権的な人権思想を建国の礎に据え、違憲審査制をいち早く確立した国家においても、優生思想はそれらと共存し、根を張っていたからである。そのひとつの表れとして、アメリカのバック事件を挙げるができるであろう。

同国における優生思想の根深さを示す代表的な事例として紹介されることの多いこの事件では、1924年にヴァージニア州で制定された優生手術法 (Virginia Sterilization Act of 1924) の合憲性が問われた⁽⁸⁾。事案の概要は以下のとおりで

ある。この州法が制定された直後、州立障害者収容施設に収容されていたキャリー・バック（Carrie Buck）に対し、同法に基づいて、「精神薄弱」(feeble-minded)⁽⁹⁾であることを理由とした不妊手術の実施が決定された。これに対して、バックの後見人が、同法は合衆国憲法修正 14 条の定める法の適正手続の保障や法の平等の保障に反するとして、決定の取消を求めて提訴したが、一審巡回裁判所、二審州控訴裁判所はともにバックの訴えを退けた。そこで、事件は連邦最高裁に上告され、州優生手術法に対する最高裁での違憲審査が行われることになったのである。

しかし、最高裁は、同法は合憲であると結論づけ、バックの訴えを棄却した⁽¹⁰⁾。法廷意見を著したのは、アメリカ憲法史にその名を残すホームズ判事であった。ホームズは、州優生手術法は憲法に反するものはないことを述べた上で、次のように優生手術は社会的に正当なものであると判示した。

「公共の福祉（public welfare）は、善良な市民にさえその生命を犠牲にすることを求める場合がある。にもかかわらず、我々の存在が無能力者によって淘汰されることを防ぐために、これまで国力を衰弱させてきた者たちに対して、優生手術というわずかな犠牲さえ求められないとしたら、それは奇妙なことであろう。しかも、そうした者たちは、それを犠牲だと感じることは少ない。能力の退化した子孫が罪を犯して処刑されるような事態が起こらないように、あるいは『知恵遅れ』（imbecility）のゆえに飢えることがないように、明らかな無能力者については、彼らの種を断つことができるのであり、それは全世界にとって望ましいことでもある。予防接種の強制でさえ許されているのであるから、同じ理屈で優生手術も許されるのである。」

ホームズは、経験によって裏付けられた判断と直観が法を形成すると考えるプラグマティックなリアリストであったと評される一方⁽¹¹⁾、思想の自由、表現の自由、労働者の権利の保護に敏感なリベラリストでもあった⁽¹²⁾。そのホームズをして、知的障害者は国力を衰弱させる存在であり、優生手術を施しても、それは本人と社会を守る「予防接種」に過ぎないと直観が、知的障害者の自由と平等を保障すべきとの判断に勝ったことは、人権思想は必ずしも優生思想と対立し、これを排除するものでなく、場合によっては自由と平等を基調とする憲法秩序に受容されうるものであることをいみじくも示しているといえよう⁽¹³⁾。

V 優生思想が憲法（学）に受容されてきた要因

先に挙げた優生思想の 5 つの要素（①人間の優劣二分化、②優劣の識別可能性、③識別基準としての遺伝形質、④優生政策の必要性、⑤目的としての社会ダーウィ

ニズム+社会防衛)のうち、①と②は憲法の土台を成す人権思想と根本的に矛盾する。にもかかわらず、なぜ人権思想を受け入れた戦後の日本国憲法下において、優生思想を強化する優生保護法が制定され、また「自由の国」アメリカにおいて、優生手術が是認されたのであろうか。その原因を考えると、憲法や憲法学、あるいはその中核を占める人権思想は、優生思想を受容する素地を有しているのではないかという疑念が生まれてくる。

1 優生思想の“文化性”

そのような素地のひとつとして、優生思想が醸し出す“文化性”が挙げられよう。優生思想以外の差別思想が、敵意や野蛮さを感じさせるのに対して、優生思想はそれが巧に隠蔽されており、むしろ発展・向上・進化・衛生・健康・慈愛といった“文化性”や“人間性”を身にまとってきた。そうした価値観は、「健康で文化的な最低限度の生活」(憲法 25 条)を追求する現代憲法とも通じるものがあるため、憲法(学)や人権思想に受容されてきたという見方もできよう⁽¹⁴⁾。

この点、産婦人科医の村松博雄は次のように述べ、発展や向上という優生思想の背景にある観念の通時的な通用力を指摘している⁽¹⁵⁾。「(戦前の)国民優生法は、“たてまえ”としては『国民素質の向上を期することを目的』としているのである。これは戦時下であろうと平和憲法下の戦後であろうと、なんびとも否定しえない錦の御旗である。“たてまえ”としては、時代を越え国境を越えてアピールするものであった。」

また、刑法学者の木村龜二は、旧優生保護法が定めていた優生手術について、それが「精神病者、精神薄弱者、精神病質者、遺伝的身体疾患患者、遺伝的奇型者、癩患者の増殖を防止して健康で明るい社会を維持し実現しようとするを目的とするものであり、「社会の一般的な評価においては、悪質者の増殖よりも、健康で明るい社会の維持・実現の方が一層価値が大であ…るから、…その一層大なる価値を保護するために小なる価値を犠牲にすることはやむをえないという理由で妊娠中絶の違法性が阻却せられ、適法なものと判断せられるというのが、…刑法的な考え方である」と述べ、優生手術の適法性を説明している⁽¹⁶⁾。優生思想の背景にある、こうした「国民の素質の向上」や「健康で明るい社会の維持・実現」という価値は、それ自体は憲法や人権思想と相容れないものではない。それがゆえに、こうした価値に媒介されて憲法や人権思想と優生思想が融合するとき、憲法は優生思想を抑止するものとしてではなく、むしろ優生思想に棹さすものとして機能してしまうのである。

2 人権思想の“排他性”・“抑圧性”

優生思想が憲法(学)に受容されてきた要因を優生思想の特質に求めるのではなく、逆に憲法(学)の中に、とりわけ人権思想の中にその原因を探る見解も主張されている。この見解によれば、優生思想が憲法(学)や人権思想の間隙について取り入れてきたのではなく、むしろ憲法や人権思想と優生思想は共鳴関係にあり、必然的に両者は符合することになる。そのような共鳴関係を暴いた代表的な論者が石埼学である⁽¹⁷⁾。

石埼は、人権概念が前提とする人間像・個人像の中に、それに合致しない人間を抑圧する契機が内在していると主張し、人権思想の有するこのような逆説的な論理を「人権の抑圧仮説」と名付けた。その理路は以下のようなものである。まず、人権の中核的機能は公権力に対峙し、人々の自由を保障することであるゆえに、人権思想では人権の主体を公権力と対峙しうる主体的・自立的・理性的・自律的人間(=「市民」)であると捉えることになる。その結果、人権思想は、「市民」とはなり得ない者を差別化し、市民社会を守るために彼(女)らを矯正・排除する契機を含むことになり、このことが近代になって人権思想が確立してもなお、女性、外国人、子ども、障害者等が排除され抑圧されてきた理由であるという。

市民社会を守るために「市民」たりえない者を人権の主体から排除し、差別の対象とするという「人権の抑圧仮説」は、人類の発展と社会防衛のために病者や障害者を排除するという優生思想と軌を一にするものであるといえる。石埼は「人権の抑圧仮説」が前提とする人権観・人間観は、有力な憲法学説に通底したものであり、また市民的公共圏論や熟議民主主義論などにも見られると指摘するが、そうであるならば、優生思想もまたこれらの有力な学説・見解と親和性を持つといえよう。

3 憲法(学)が前提とする人間観

石埼の「人権の抑圧仮説」で批判されているところの、主体的・自律的人間を人権の主体としての「市民」とみなすという人間観は、広く憲法(学)が前提としてきたところの人間観とも一致する。これまで憲法(学)が想定する人間像・個人像は、憲法13条の「個人」の解釈をめぐって論じられてきた。すなわち、憲法13条は「すべて国民は、個人として尊重される」と定め、いわゆる個人主義原理を宣言しているが、ここにいう尊重に値する「個人」とは、どのような人間なのかをめぐる議論である。

従来の憲法学説は、13条によって尊重される「個人」として、理性的・自律的な個人を想定してきた。その代表的な主張が、樋口陽一による「強い個人」論である。樋口は「人権の観念は、身分制共同体から解放された意思主体としての個人、自己決定をし、その結果に耐えることのできる自律的個人を想定していた、ということが重要なのである」と述べ、自律できる個人を人間の理念型として措定する⁽¹⁸⁾。

このような個人観・人間観は、日本国憲法の解釈にとどまるものではなく、国際人権法にも共通する。世界人権宣言1条が「すべての人間は、生れながらにして自由であり、かつ、尊厳と権利とについて平等である。人間は、理性と良心とを授けられており、互いに同胞の精神をもって行動しなければならない」と定めていることは、そのひとつの表れといえよう。

身分制秩序を打破し、対等な個人を社会の基礎的単位として位置づけることによって成立した近代法秩序は、その反面として、対国家においても、対私人においても、対等な意思決定主体となれる個人を暗黙の前提にして構築されてきた。それ自体は歴史的意義を持つことであるとしても、結果として、自律的能力や意思決定能力に劣る者を法秩序の外延に追いやり、法の保護の埒外に置いてきたことも事実であろう。そこに憲法(学)や人権思想の中に優生思想が立ち入る隙が生じ、「自律を称揚し、非自律を劣等視する」という共通の価値観の下に両者が共鳴し合うという関係が発生したといえる。

VI 憲法(学)から優生思想を切り離す方策

では、憲法(学)と優生思想の共鳴関係を断ち切り、他の差別思想と同様に、憲法(学)から優生思想的な要素を除去するには、どうしたらよいのであろうか。この問題を考える場合、上で述べた「人権主体＝理性的・自律的個人」という近代憲法が前提としてきた人間像・個人像の理念型の修正を図るのか、それともその理念型は維持したまま、優生思想的な要素のみを解消するのかという2つの選択肢があり得る。

この点、前者の選択肢をとり、近代憲法が前提とする人間像・個人像の抜本的修正を主張するのが、先述した「人権の抑圧仮説」を提唱する石埼学である。石埼は、従来の「理性的個人」という認識枠組みから排除されてきた無権利状態の「弱い個人」も人権主体＝「市民」に含め、あらゆる人は、ただ存在するという理由だけで「市民」として承認され、人権が保障されると捉えなければならないと主張する⁽¹⁹⁾。

これに対し、後者の選択肢をとる主張として、村山史世の優生政策差別論がある。

村山は、石埼が説くような近代人権論の解体は、理論的にも実践的にも困難であるとし、むしろ法と人権を使って優生思想に歯止めをかけるべきであると主張する⁽²⁰⁾。つまり、病者や障害者を忌避・隔離・減少しようとする優生政策的な国家行為は差別であり、非自律的な個人に対しては、自由・平等を実現するための「平等を志向した援助」を行うことが要請されるという人権観・差別観を打ち立てれば、自律的個人に基礎を置く近代的な人権論を維持したままでも、優生思想を解消することは可能であると説くのである。

同様の主張は、樋口陽一と並ぶ「強い個人」論の代表的論者である奥平康弘からもなされている。奥平は、最小限の程度において理性的な判断能力を備えている者を「一人前の人間」とし、この「一人前の人間」が人権の主体であるという認識枠組みを提示する。その上で、「一人前でない人びと」（e.g. 子ども、高齢者、障害者）に対しては、人権の配分が少なくなった分だけ、それぞれの特殊事情に適合的な特別な権利が保障されなければならないとする⁽²¹⁾。奥平のこの見解は、村山と同様に、人権主体としての理性的な個人という基本的な枠組みは残した上で、そこから外れてしまう人びとを排除したり抑圧したりするのではなく、むしろそれらの人びとを法や権利の下で援助し支援する機縁を憲法や人権の中に見出すことを企図するものといえる。

石埼が鋭く糾弾したように、人権概念は「弱い個人」を排除し、抑圧する方便となってきたことは否定できない。そこに優生思想が張り込む余地があったことは前述のとおりである。一方、伝統的な立憲主義における人権の意義や機能を考慮すれば、人権は国家権力というリヴァイアサンに対峙する「切り札」であり、その担い手たる者が憲法の想定する「個人」であるという擬制ないしフィクションの有用性は無視できない。そこで、優生思想なき人権思想の確立という問題を解くにあたっては、人権の主体＝「市民」になり得ない者を差別化し、排除するという行為を許さない制度論・政策論を打ち立てることによって、遑って憲法（学）や人権思想が有する排他性・抑圧性・差別性のコントロールを図るという村山や奥平の採る方策が、より合理的であると思われる。

この方策の中身を考えるにあたって、ひとつの拠り所となり得るのが、奥平康弘の「よき統治」論である。奥平は、人権保障のためには「よき統治」が必要であると説き、「よき統治」のためには、権力統御のための民主主義と権利保障のための「よき制度」が必要になるという⁽²²⁾。では、「よき制度」はどのようにつくられるのか。奥平によれば、既存の権利保障のための制度に対して、権利を侵害された者が異議申立てをすることによって、権利保障のための制度が補正され、「よ

き制度」になっていくという。「弱い個人」のための各種の法制度が、その不十分さを訴える当事者の訴訟をきっかけとして改善されてきたことは、「よき制度」の発展過程を示すひとつの例といえよう。しかし、優生政策の対象となってきた人びとは、少数の「弱い個人」であるだけでなく、異議申立てを行う上で、身体的・精神的に大きなハンデを背負っている場合が多い。それゆえに選挙を通じた民主主義的な権力統御に期待することができず、また訴訟や市民運動を通じた「よき制度」を求める異議申立てにも困難を伴う。その結果、「よき制度」から最も遠い存在となるがために、「よき統治」から排除され、陰に陽に差別や抑圧の対象となってきたといえる。

そこで、優生思想の介在を許さない人権思想を形成するためには、病者や障害者など優生政策の対象となり易い人びとを「よき統治」のサイクルに組み込むための制度論・政策論が必要になる。そのためにまず求められるのは、障害者の可視化であろう。市民社会において不可視化されてきた障害者を市民社会のメンバーとして可視化するような制度・政策を実施することによって、障害者の「市民」としての位置づけを確保するのである。インクルーシブ教育はその出発点になるであろうし、公職選挙における女性候補者のクオータ制（いわゆるパリテ法）と同様に、障害者パリテの実施もひとつの検討課題であろう。日本においても、2019年の参議院選挙で介助を必要とする難病患者と重度障害者が議席を得たが、これによって、「市民」としての障害者の可視化が図られ、国会の設備や議事手続に改革をもたらされたことは記憶に新しい。見えない課題に対する改革は難しいが、課題を見える化すれば改革が進むひとつの証左といえよう。

また、選挙権・被選挙権の行使の容易化を図ることも重要である。郵便投票制度の対象者の拡大、投票所までの移動や投票に関する介助制度の拡充、障害を有する候補者に対するサポートなど、病者や障害者の存在を前提とする選挙制度を確立しなければ、政治の中に優生思想が入り込むことを防止できないであろう⁽²³⁾。

加えて、障害者の異議申立てを容易化する制度改革も必要である。訴訟へのアクセスの容易化はもちろんであるが、当事者主義を原則とする訴訟においては、救済機関たる裁判所は中立的立場を保持しなければならない。また裁判官が必ずしも障害者問題の実状に明るいわけではない。そのため障害者の異議申立てを実効化するには、障害者問題に特化した専門の救済機関の設置が期待される。その典型例は、人権委員会に代表される国内人権機関であろう⁽²⁴⁾。例えば、カナダ人権委員会（Canadian Human Rights Commission）の組織と権限について定めるカナダ人権法（Canadian Human Rights Act）は、差別禁止事由として障害（こ

こにはアルコール依存・薬物依存が含まれる)を明記し、障害を理由とする差別行為に対して人権委員会があっせん・調停等の救済策をとれることを定めている。また、2019年に制定されたアクセシブル・カナダ法 (Accessible Canada Act) に基づいて、人権委員会の中にバリアフリー化と障害者の権利擁護を任務とするアクセシブル委員が任命されることとなり、障害者の人権救済における人権委員会の専門性がより向上した⁽²⁵⁾。

このような制度・政策を日本においても採り入れることができれば、「よき統治」のサイクルの中に、病者や障害者といった優生思想の影響を被りやすい人びとの意見や異議申立てを反映させることができるようになり、それによって人権思想に内在する優生思想的な「毒」を中和し解消していくことが可能になるであろう。こうした制度改革による優生思想の抑止こそが、最も有効な優生思想への対処策といえるのではないだろうか。

Ⅶ 新たな優生思想？－出生前診断と選択的妊娠中絶の問題性

制度改革による優生思想の抑止を上にも述べたが、実際に近年の法制度改革によって、旧来型の優生思想の緩和は進んだように思われる。成年被後見人の選挙権を否定していた公職選挙法に対する違憲判決とそれを受けた制度改正や⁽²⁶⁾、ハンセン病元患者家族訴訟の勝訴とそれに伴う家族補償制度の創設など、徐々にではあるが、旧来からの優生思想に基づいて「劣った人間」という烙印を強いられてきた人びとやその家族に対する権利保障が進展し、優生思想に対する反省と自戒が社会の中に広がりつつある。こうした流れが今後も着実に拡大していけば、制度改革によって優生思想の解消が実現できるとの期待を抱かせるが、その一方、科学の進展の中で「新たな優生思想」が頭をもたげ、憲法や人権思想との間に、これまでとは異なる軋轢を生み出している。それが、医療技術の発展によって可能となった出生前診断と、その診断結果に基づいて障害を持つ胎児に対して行われる選択的な妊娠中絶手術である⁽²⁷⁾。

出生前診断に基づく選択的妊娠中絶を是とする思考様式は、Ⅱに掲げた優生思想の構成要素と重複する部分が多い。優生思想の構成要素と対比させる形で選択的妊娠中絶を肯定する考え方を列記すれば以下ようになる。

[1] 人間の優劣二分化：人間には「優れた人間」＝健常者と「劣った人間」＝障害者がいる。

[2] 優劣の識別可能性：両者は客観的に識別可能である。

[3] 識別基準としての遺伝形質：両者の識別基準は、遺伝形質における「障害」の

有無である。

[4] 選択的妊娠中絶の実施：「障害者」の遺伝形質を有する胎児は、(母)親の意思で中絶することができる。

[5] 目的としての生殖の自由の保障：選択的妊娠中絶の目的は、(母)親のリプロダクティブ・ライツとしての「産まない自由」の保障、および(母)親が考えるところの「生まれくる子の福祉と幸福」の確保である。

この思考様式のうち、[1]～[3]は、優生思想の要素①～③(人間の優劣二分化、優劣の識別可能性、識別基準としての遺伝形質)に符合するが、[4][5]は、優生思想の要素④⑤(「公益」の実現を目的とした優生政策の実施)とは符合せず、選択的妊娠中絶では個人の産む自由・産まない自由や、子どもの福祉が強調される。旧来の優生思想が「公益」を名目とした障害者の排除だったのに対して、選択的妊娠中絶は個人の自由を名目とした排除であるという点に特徴があり、これが自由と平等の保障を基本原理とする憲法や人権思想との間でアンビバレントな問題を引き起こすのである。

この問題を考えるに当たっては、上に挙げた[4][5]、とりわけ産まない自由によって、優生思想の垂流ともいえる[1]～[3]の要素が正当化できるか否かが問われることになる。これについて肯定的な考え方を提示するのが、自由主義的優生論である。例えば、自由主義的優生論の代表的論者であるカプランは、集団に対する政策的な遺伝的改変と、個人が行う遺伝的改変は区別すべきであり、親が自分の子どものために自発的に行う優生的措置は、親が子どもに自由な教育を施せるのと同様に、親の自由として認められるべきことであって、何ら倫理的に非難されるものではないという⁽²⁸⁾。また、日本における自由主義優生論の主唱者である桜井徹もカプランと同様に親の自由を尊重し、優生的措置が非難に値するか否かは、それが特定の人種・民族への差別を意図しているかどうか、あるいは根拠のない「生殖の自由」の剥奪に当たるかどうかという正義の配慮にかかっており、親が子どもの福利のために行う優生的措置は、「生殖の自由」の一環として正当化できるとする⁽²⁹⁾。これに加えて桜井は、科学技術それ自体について善悪の区別をすることはできず、それが善用されるか、悪用されるかは、政治的決定に依存しており、バイオテクノロジーの活用は、それがもたらすメリットとデメリットに対する評価に基づいて、政治共同体が民主的に決定するほかはないという民主主義的決定論も重視する⁽³⁰⁾。

しかし、仮に自由主義的優生論が、「障害者は劣った人間であり、生まれて来ない方が良い」と考え、その意思を中絶手術という形で実現することさえも個人の

自由の一環として保護されるべきことを主張するのであれば、観念的には「差別意識に基づく排除」を肯定することとなり、人権思想や立憲主義思想と鋭く対立することとなろう。また、自由主義的優生論は、「生殖の自由」の許容範囲の画定に際して、民主主義的決定論と結びつく傾向が強いが、これを突き詰めれば、個人の自由の領域を離れて、政策的に障害者排除を許容することにつながり、旧来型の優生思想と優生政策を肯定するものとなるおそれがある。

このような自由主義的優生論に対して、出生前診断に基づく選択的中絶を非とする立場からは、そもそも上記の思考様式 [1] ～ [3] が認められないことが主張される。この立場には論拠をどこに求めるかによっていくつかのバリエーションがあるが、第一のものは胎児の生命権の尊重を唱える見解である。例えば中山茂樹は、個人の尊重は選別不可能な他者のいる世界を受容することを前提としており、他者が選別不可能である以上、個人の尊重とは、ただ単にその人が存在すること（＝生命を宿していること）を受け入れ、保障することを意味するとし、従って生命に対する権利は、自己決定能力に依存することではなく、自己決定能力に欠けることを理由として、生命に対する権利を制約することはできないと主張する⁽³¹⁾。

このような生命権論は、他者の選別不可能性を論拠として、胎児を含めたすべての生命に生命権を保障することを説くが、これは権利の始源をどこに求めるか、言い換えればV-3で論じた人権主体の要件をどのように設定するかに関わる問題である⁽³²⁾。先述のとおり、人権主体として旧来の「理性的個人」を措定するのであれば、胎児はそもそも人権の主体性を欠くことになるため、仮に他者の選別不可能性という考えに立ったとしても、そこから必然的に胎児の生命権が導き出せるわけではない。生命に不可侵の価値があるということと、その価値を権利として主張し得る主体性があるかどうかということは、別の問題として論じるべきであろう。

障害を理由とする選択的中絶を非とする第二の見解は、選択的中絶は個々の障害者、あるいは胎児の権利に対する侵害ではなく、「範疇としての障害者」の権利を侵害すると説く。例えば笹原八代美は、女兒であることを理由とする選択的中絶が、「範疇としての女性」の人権を侵害する行為として許されないのと同様に、障害を理由とする選択的中絶は、障害者を「健常者」よりも劣位に扱うことであり、「範疇としての障害者」の人権を侵害する行為であるとする⁽³³⁾。青柳幸一はこの考え方を憲法解釈に照射し、障害を理由とする選択的中絶を法律で禁止することも、憲法上許されると主張する⁽³⁴⁾。

「範疇としての障害者」論は、胎児の権利から選択的中絶を否定するのではなく、

選択的中絶が障害者一般に対して「劣った人間」であるとのレッテルを強制するという差別行為に当たることを論拠にそれを否定する。このような差別観は、差別とは特定の個人・集団に対する個別的な不利益取扱いを意味するという旧来の差別観ではなく、差別とは劣等であるとのレッテルを強制することを意味するという新たな差別観に基づく。このような差別観は反従属原理と呼ばれるが、これに従えば、一定のカテゴリーに属する人びとの社会における位置づけを格下げし、劣等であるとの烙印（スティグマ）を押しつけることも差別と捉えられることになり、これを解消するには、そのカテゴリーに属している個々人が被っている個別的な不利益を解消するだけでなく、スティグマを軽減・除去していかなければならないとされる⁽³⁵⁾。

スティグマの軽減・除去のためには、国家の積極的介入が必要であり、それを実現することも「よき制度」「よき統治」の一環といえるが、この介入の要請を憲法の平等条項の中に読み取ろうとするのが木村草太の差別抑制要請論である。木村は、憲法14条1項の「すべて国民は、…差別されない」との規定は、①国家機関は差別感情に基づいて行動してはならない、②国家機関は意図せざる差別的メッセージの発信について誠実に対応しなければならないとの要請を規定する条項であると捉える⁽³⁶⁾。この解釈に基づけば、「障害をもった者は生まれてこない方がよい」という差別的メッセージを発信することにつながる選択的中絶について、国家機関は(母)親の産む自由・産まない自由に配慮しつつも、慎重かつ誠実に対応すべきことが要請されることになる。

本稿が主張するところの制度改革による優生思想の抑止を実効ならしめるためには、個人の自由を尊重しつつも、その自由の中に優生思想が入り込む余地を最小限に抑えることが求められる。障害を理由とする選択的中絶の許容は、単なる自由の問題ではなく、優生思想にかかわる問題であるがゆえに、差別抑制としての制限に服すると考えるべきであろう。

VIII おわりに—「障害者の『産む・産まない自由』と「障害者を『産む・産まない自由』」の相克

国家による優生政策の実行を支えてきた旧来の優生思想と、産む自由の主張に附随する「新たな優生思想」は、「国家・社会の利益」のための優生的措置か、「個人の自由」を理由とする優生的措置かという差異はあるものの、IIで掲げた優生思想の要素①②③（＝遺伝形質による人間の優劣の選別可能性）は共通している。この要素が病者や障害者に対するスティグマの要因となることを考えるとき、た

とえ個人の自由の確保を目的とするものであったとしても、そこで認められる障害者排除が、社会的利益のための政策的排除に敷衍化され、拡大するおそれは常につきまとう。人権思想には、「人権の主体＝自律的な個人」という優生思想的な考えが入り込む隙があることを考慮すれば、この憂慮は決して杞憂とはいえないであろう。従って、人権思想は新旧の優生思想をいずれも峻拒しなければならない。

その一方、産む自由は個人の人生に関わる重要な権利であり、このことは、優生政策として実施された障害者等への強制不妊手術が違憲であると認めた旧優生保護法仙台地裁判決⁽³⁷⁾においても強調されている。いみじくも「産む自由」「産まない自由」の絶対性が、優生政策をめぐる訴訟で認められることになったのだが、ここに「障害者を産まない自由」が含まれるか否かについては別途検討が必要であろう。「障害者の産む・産まない自由」は障害者に対するスティグマを拡大するものではなく、むしろそれを軽減する効果を有するが、「障害者を産む・産まない自由」は障害者に対するスティグマを強化するおそれがあるためである。

両者の相克を調整するには、「産まない自由」を行使した際のスティグマ性がひとつの基準になろう。すなわち、経済的理由や母子の生命・健康の保護、あるいは多胎妊娠における減胎手術などをはじめとして、優生思想に関わらない場面では広く個人の「産む自由・産まない自由」を認めつつ、障害者を産むことを避けるための選択的中絶など優生思想的なメッセージを発信するおそれのある場面では、「産む自由・産まない自由」に一定の制約を課すことも許されるであろう。ただし、その場合でも、「障害者を産みたくない」という考え方自体は、究極的には個人の思想・良心の自由に委ねられるべき問題であり、それを誤った考えとして否定するような効果を有する制約や、出産を強制するようなことは憲法上認められるものではない。

この点、蔵田伸雄は、選択的中絶に課すべき許容要件として、(a) 可能な限りの治療を施しても、生まれてくる子どもに耐えがたい肉体的苦痛があることが予想される、(b) 生まれてくる子どもの疾患に対する治療法・予防法がない、(c) 可能な限りの治療を行っても、子どもが生後数年以内に死に至ることがほぼ確実である、(d) 両親が十分な説明を受けた上で中絶を強く望み、さらに担当の医師等もそれを了承している、という4条件をすべて充足することを挙げているが⁽³⁸⁾、ここまでの厳しい要件を選択的中絶一般に課すことは違憲の疑いがある。許容される制約は、例えば、医師や医療機関に(母)親への説明・説得義務を課すことや、そうした説明・説得を受けることを中絶実施の要件とすることまでであり、それでも上記(d)が満たされた場合は、(母)親の「産まない自由」および思想・良心の自

由が優先されるべきである。他方、医師らによる説明・説得を受けて、選択的中絶を思いとどまった者については、出産・育児に係る精神的・経済的負担に対する代償措置を設ける必要があり、そうした措置自体が、スティグマを軽減するための差別抑制策として機能することにならう。

生命学の提唱者である森岡正博は、優生思想との闘いにおいては、われわれが内なる優生思想に流されがちな存在であることを正面から認めた上で、しかし、そこで開き直すことなく、優生思想と対峙し続けることの重要性を説いている。そして、優生思想との闘いにおいては、①個人の生き方の次元、②言論の次元、③政治や立法の次元における闘いを同時に進めなければならないと主張する⁽³⁹⁾。障害法学には、このうち③における闘いをサポートする法理論や政策論の提供に寄与することが求められており、その積み重ねが、①と②の次元での変容につながっていくと期待される。

※本稿は、科研費研究「複層的行為主体による実効的人権救済制度の構築に関する研究」(課題番号 19K01287) の研究成果の一部である。

⁽¹⁾ 棟居快行「優生保護法と憲法学者の自問」法律時報 90 卷 9 号 (2018 年) 1 頁。

⁽²⁾ 数少ない例外のひとつは『日本歴史大事典 3』(小学館、2001 年) である。同書では、「優生思想」を「優生学から発生する人種改良思想」と説明している。

⁽³⁾ 癩子防二関スル件の制定経緯については、猪飼隆明『近代日本におけるハンセン病政策の成立と患者たち』(校倉書房、2016 年) 57 頁以下に詳しい。

⁽⁴⁾ 山下智子「ハンセン病をめぐる断種について」山崎喜代子(編)『生命の倫理 3 - 優生政策の系譜』(九州大学出版会、2013 年) 317 頁以下。

⁽⁵⁾ 国民優生法とそれに影響を与えたナチスの優生政策については、福島幸夫「ナチス優生政策と日本への影響 - 遺伝病子孫予防法から国民優生法へ」山崎喜代子(編)『生命の倫理 3 - 優生政策の系譜』(九州大学出版会、2013 年) 193 頁以下参照。

⁽⁶⁾ この時期の人権法制度の改革については、金子匡良「国の人権政策」江橋崇・山崎公士(編)『人権政策学のすすめ』(学陽書房、2003 年) 85 頁以下参照。

⁽⁷⁾ 戦前来の日本の優生法制の経緯については、松原洋子「日本 - 戦後の優生保護法という名の断手法」米本昌平・松原洋子・櫛島次郎・市野川容孝『優生学と人間社会』(講談社現代新書、2000 年) 169 頁以下参照。

⁽⁸⁾ 同事件の経緯や背景については、ダニエル・J・ケヴルズ / 西俣総平(訳)『優生学の名のもとに - 「人類改良」の悪夢の百年』(朝日新聞社、1993 年) 192 頁以下、秋葉聰・篠原睦治「『バツ

ク対ベル訴訟』とは何か—ケアリー・バックゆかりの地を訪ねて」日本社会臨床学会（編）『「新優生学」時代の生老病死』（シリーズ「社会臨床の視界」第3巻）（現代書館、2008年）218頁以下参照。

- ⁽⁹⁾ 原語の差別的なニュアンスを表現するために、あえて「精神薄弱」と訳出した。後述する法廷意見の中に出てくる「知恵遅れ」という訳語も同じ趣旨である。
- ⁽¹⁰⁾ *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927). なお、判決は8対1の多数決であり、保守派のバトラー判事が唯一反対したが、反対意見は付されなかったため、バトラー判事がどのような理由から反対したのかは不明である。
- ⁽¹¹⁾ 田中英夫『英米法総論 上』（東京大学出版会、1980年）314-315頁、伊藤正己・木下毅『アメリカ法入門〔第5版〕』（日本評論社、2012年）242-243頁。
- ⁽¹²⁾ シュヴィマー事件 (*United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929)) におけるホームズの反対意見「我々と同じ意見を持っている者のための思想の自由ではなく、我々の憎む思想のために自由を認めることが、最も重要な憲法原則である」は、ホームズのリベラリストとしての側面を示す言葉として有名である。
- ⁽¹³⁾ 同様のことは、アメリカに限らず、当時、最も民主的であるとされたワイマール憲法下のドイツにも見られた。この点につき、石埼学「精神障害者と憲法—精神保健福祉法を中心に」障害法2号（2018年）115頁以下、および保条成宏「生命の刑法的保護と障害者—ドイツと日本における優生思想の展開に着目して」障害法2号（2018年）55頁以下参照。
- ⁽¹⁴⁾ 同旨、石埼学『人権の変遷』（日本評論社、2007年）71頁以下。同様に市野川容孝は、近代社会が優生思想を受け入れてきた素地として、「自然の摂理」への憧憬、啓蒙による「理性的個人」としての自立の称揚、国家による福祉の対象となる者の増加を国家は阻止することができるという論理を内在する「福祉国家体制」の確立を挙げている。（市野川容孝「優生思想の系譜」石川准・長瀬修（編）『障害学への招待』（明石書店、1999年）127頁以下。
- ⁽¹⁵⁾ 村松博雄「優生保護法と人権」ジュリスト548号（1973年）48頁。
- ⁽¹⁶⁾ 木村龜二「胎児の生命権と優生保護法」法学セミナー140号（1967年）63-64頁。
- ⁽¹⁷⁾ 石埼・前掲注(14)3頁以下。
- ⁽¹⁸⁾ 樋口陽一「人権主体としての個人—“近代”のアポリア」憲法理論研究会（編）『人権理論の新展開』（敬文堂、1994年）23-24頁。なお、一方で樋口は、このような個人像は、権力を持たない弱者が、それでも権力に対して権利を主張できることを説明するための擬制＝フィクションに過ぎないと述べている。（樋口陽一『国家学—人権言論〔補訂〕』（有斐閣、2007年）66頁以下。）
- ⁽¹⁹⁾ 石埼・前掲注(14)58-65頁。同旨、笹沼弘志「権力と人権—人権批判または人権の普遍性の証明の試みについて」憲法理論研究会（編）『人権理論の新展開』（敬文堂、1994年）31頁以下、小畑清剛『「一人前」でない者の人権—日本国憲法とマイノリティの哲学』（法律文化社、2010年）183頁以下、棟居・前掲注(1)3頁。
- ⁽²⁰⁾ 村山史世「優生政策と憲法学—デモクラシーから排除された不可視の市民」憲法理論研究会（編）『立憲主義とデモクラシー』（敬文堂、2001年）87頁以下。
- ⁽²¹⁾ 奥平康弘「“ヒューマン・ライツ”考」和田英夫古稀記念『戦後憲法学の展開』（日本評論社、

1988年) 117頁以下。

(22) 奥平康弘『憲法Ⅲ－憲法が保障する権利』(有斐閣、1993年) 88頁以下。

(23) 障害者の参政権行使をめぐる課題や改善策については、井上英夫ほか(編)『障害をもつ人々の社会参加と参政権』(法律文化社、2011年) 所収の各論稿が参考になる。

(24) 国内人権機関の歴史やその機能および現状については、山崎公士『国内人権機関の意義と役割－人権をまもるシステム構築に向けて』(三省堂、2010年) 参照。

(25) その他、近年のカナダ人権法の改革については、金子匡良「カナダ人権法の改革－2000年以降の法改正を中心に」神奈川法学 51巻3号(2019年) 50頁以下参照。

(26) 同判決については、本号「判例研究②」に所収された論稿を参照されたい。

(27) 母体保護法には、胎児の障害・疾患を理由とする中絶を許容する条項(いわゆる胎児条項)は存在しないが、現実には同法14条1項1号が定める「妊娠の継続又は分娩が身体的又は経済的理由により母体の健康を著しく害するおそれのあるもの」という要件を緩やかに解して、選択的中絶が実施されている。なお、胎児条項を含む他国の出生前診断に関する法制度については、安井一徳「諸外国における出生前診断・着床前診断に対する法的規制について」調査と情報 779号(2013年) 1頁以下参照。

(28) Arthur L. Caplan et al., What is Immoral about Eugenics?, British Medical Journal, vol.319(7220) (1999), p.1282ff.

(29) 桜井徹『リベラル優生主義と正義』(ナカニシヤ出版、2007年) 3頁以下。

(30) 桜井・前掲注(29) 21頁以下。

(31) 中山茂樹「共に生きるということ－生命倫理政策と立憲主義」山崎喜代子(編)『生命の倫理－その規範を動かすもの』(九州大学出版会、2004年) 139頁以下。同様に、中山茂樹「憲法学と生命倫理」公法研究 73号(2011年) 717頁以下では、生命倫理の問題を自由主義や民主主義に委ねることに警鐘を鳴らしている。

(32) この問題に関して、いわゆるパーソン論と種の尊厳論の対立がある。パーソン論は保護される生命の要件として「機能する脳」を挙げ、ゆえに胎児の生命権を否定するが、種の尊厳論は、自己決定能力を問うことのできない出生前の生命も尊厳を有するものとして法的保護の対象になるとする。パーソン論については、長谷部恭男「憲法学から見た生命倫理」『憲法の理性』(東京大学出版会、2006年) 150頁以下、種の尊厳論については、青柳幸一『憲法における人間の尊厳』(向学社、2009年) 183頁以下、213頁以下、315頁以下参照。

(33) 笹原八代美「選択的人工妊娠中絶と障害者の権利－女性の人権の問題としての性選択との比較を通して」先端倫理研究 2号(2007年) 160頁以下。

(34) 青柳・前掲注(32) 164頁以下。

(35) 安西文雄「憲法14条1項後段の意義」論究ジュリスト 13号(2015年) 71頁以下、同「法の下での平等」矢戸常寿ほか(編)『憲法学読本〔第3版〕』(有斐閣、2018年) 102頁以下。

(36) 木村草太『平等なき平等条項論－equal protection 条項と憲法14条1項』(東京大学出版会、2008年) 177頁以下。

(37) 仙台地判令和1年5月25日・判時2413＝2414号3頁。同判決は、原告の国家賠償請求を退けつつも、「子どもを持つか持たないかを自ら決定する権利(リプロダクティブ権)は、

個人の人生における重要事項の一つであり、人格的生存に不可欠な事項であるから、憲法 13 条により、憲法上の基本的権利として保障されるものであ」って、これに干渉することは、「人間の存在そのものを否定することになるから、リプロダクティブ権は、その権利の性質上、国家による干渉を一切許さない絶対的なものであ」としている。

⁽³⁸⁾ 蔵田伸雄 「選択的人工妊娠中絶の倫理的許容条件」生命倫理 8 卷 1 号（1998 年）39 頁。

⁽³⁹⁾ 森岡正博 『生命学に何ができるかー脳死・フェミニズム・優生思想』（勁草書房、2001 年）354 頁以下。

シンポジウム要録

優生思想と障害法の課題 浅倉 むつ子（早稲田大学名誉教授）

1 東報告の概要

「優生保護法国家賠償請求事件・熊本訴訟の概要」と題する東報告の概要は、以下の通りである。

優生保護法に関しては、7つの地裁（札幌、仙台、東京、静岡、大阪、神戸、熊本）に訴訟が提起されたが、仙台地裁では令和元年5月28日に判決が出された。ここでは熊本訴訟の概要を報告する。請求原因の第一は「優生手術の実施に基づく被害」の賠償、第二は「被害回復立法等の不作為に基づく被害」の賠償である。

熊本訴訟は、優生保護法の違憲性を、憲法13条（リプロダクティブ・ライツ）、憲法24条（婚姻の自由と家族形成権）、憲法14条1項（差別を受けない権利）を根拠に主張している点では、他の訴訟と同様である。一方、憲法13条（個人の尊厳・幸福追求権）に対する侵害、および、憲法36条（残虐な刑罰を受けない権利）に対する侵害という2点を強調していること、優生手術の犯罪行為性を強調しているところに、特色がある。後者は、国際刑事裁判所に関するローマ規程7条の「人道に対する犯罪」で、障害者という特定の集団に対する迫害にあたる、という主張である。

優生手術の実施に関しては、国賠法上、過失ではなく、意図的、組織的に、長年にわたって行われたもので、「故意に基づく行為」であることを強調している。問題は、除斥期間である。ハンセン病家族訴訟判決（熊本地裁令和元年6月28日）は、被害の継続性に着目して除斥期間にふれていない。しかし、優生手術に関しても同じことが言えるのかは悩ましい。

立法不作為については、選挙権剥奪違法確認請求事件の平成17年最高裁判決に依拠して、理論を組み立てた。しかし仙台地裁判決は、被害回復の立法措置をとることが必要不可欠であることが、国会にとって明白であるという事実を否定した。リプロダクティブ・ライツについて、法的議論の蓄積が少なく、裁判の実績もなかったということが論拠になった。しかし、本件では、リプロダクティブ・ライツの侵害のみではなくほかにも論拠を示しており、少なくとも優生保護法を母体保護法に変えたときには、国会が差別性を認識していたはずだ、といえるだろうと考えている。

2 金子報告の概要

「優生思想と憲法」と題する金子報告の概要は、以下の通りである。

憲法学者は、ハンセン病元患者への人権侵害およびその背景にある優生思想を、等閑視してきたといえる。戦前と戦後では憲法は変わったとしても、戦前における法構造の残滓があり、戦後もなお、それが払しょくされていなかった、と考え

るべきだろうか。しかし、ことはそう簡単ではない。なぜなら、自由権、平等権が確立していたはずのアメリカにも、優生思想があったからである（例、1927年のBuck事件連邦最高裁判決）。ここでは、人権思想が必ずしも優生思想と対立しないことが示され、ワイマール憲法下のドイツでも同じことが起きた。

では、なぜ優生思想が憲法学に受容されたのか。それは、人権思想のなかにそもそも「人権思想と合致しない人間を抑圧する契機がある」からであろう。憲法13条が尊重する「個人」は、理性的・自律的な個人が想定されているため、「市民」となりえない者の抑圧は内包されていたのではないか。憲法学では、奥平の「よき統治論」が参考になる。すなわち、権利を侵害された者が権利を行使することを通じて、制度は軌道修正され「よき制度」になっていくと奥平は論じる。しかしそのためには、制度改革の必要性が強調されなければならないだろう。

近年の出生前診断をめぐる判決などにおいては、差別的メッセージを積極的に発するものではないとはいえ、障害者に対するスティグマへの認識が薄いのではないか。裁判所は、出生前診断が、障害者に対する意図せざる差別的メッセージを発信するおそれがあることに、注意を向けるべきである。優生思想に関わらない場面では個人の「産む自由・産まない自由」を優先しつつ、優生思想的メッセージを発信するおそれがある場合には、その自由に制約を課すことが必要なのではないか。

3 質疑応答

報告を受けて、「平成27年の女性の再婚禁止期間に関する最高裁判決は、中身の違憲性を判断しながら、立法不作為については、国会にとって明白であったとはいえないとして違法性を否定した。この両者の切り離しをしているのが現在の最高裁の到達点であろう。これについてどう評価すべきか。憲法学者も総論と各論の切り離しをしていないか」との質問が出された。東会員は、「そう考えると、仙台地裁判決は最高裁の流れにのっているということになるが、それはショックが大きい。ハンセン病家族訴訟は勝訴となったが、理論的により精査していきたい」と述べた。金子会員は、「憲法学は演繹的で、グランドセオリーを作る人が優れているとされる傾向だが、むしろ現場の問題を解決する政策を積み上げるなかでセオリーを作ることが重要だ」と回答した。

「国際人権条約との関連では、女性差別撤廃委員会は人工妊娠中絶の合法化を勧告し、一方、障害者権利委員会は、胎児の疾患に基づく選択的中絶の合法化に反対である。両者の意見の違いをどう評価すべきか」、「上記の二つの人権委員会は、すべての理由において中絶を非犯罪化すべきというコンセンサスに到達した。日本では胎児条項が否定されているが、障害者運動の成果なのか。出生前診断が普及していないことが背景にあるのか」との質問が出た。東会員は、「障害を理由とする墮胎の禁止は、女性団体から強い批判がある。障害者の権利と女性の権利の衝突は、ある意味、ありうるかもしれないが、今後とも出生前診断が少ないままとは限らないのではないか」と述べ、金子会員からは、「胎児条項を受け入れるこ

とは、日本ではできないのではないか」という意見があった。司会の浅倉からは、「日本には刑法に墮胎罪があることが問題であり、単純墮胎でも、母体保護法で違法性が阻却されなければ刑事罰が科される。女性差別撤廃委員会はその問題を問題としているのではないか。墮胎罪廃止後にも、障害のある子を妊娠した女性のケアについては独自の取り組みが必要」と指摘した。本来、シンポジウムでは、この問題を論じるコメンテーターを予定していたが、事情によりそれが実現しなかった経緯があった。

『良き統治』は、民主主義や権利保障という美名のもとに、個人を国家統治の手段とするものではないか」という質問に関して、金子会員からは、「よき統治論は、一人ひとりがその統治構造がどうあるべきか、意見を述べることができるので、個人を手段化しているとはいえない。ただ、運用の仕方によっては危険性があると思う」との回答があった。『社会的障壁』の観点は、健常者基準の社会において被る不利益を批判するものであり、優生思想はこの障壁にあたるのではないかとこの質問に対しては、東会員から、「社会的障壁には、意識上・心理上の障壁があり、優生思想はその一つであろう」という肯定的回答が述べられた一方、金子会員からは「この点については留保したい」との回答があった。

「外国人労働者に関する議論では、移民政策が個人の権利よりも優越し、社会維持を重視しているように見える。憲法学からみて、この問題は優生思想と共通する構造だと考えられるか」という質問が出され、金子会員から、「指摘はその通りだが、これは憲法学というよりは、政治や民主主義に関わる問題であろう。本来の立憲民主主義は、個人を尊重する意見が個人から国家の権力機構に注入されているはずだが、日本ではそのパイプが目詰まりしている」との回答がなされた。

「良き統治論は、一人前の人権から外れる人でも人権保障しなければならないという根拠をどこにおいているのか」という質問には、金子会員から、「弱い個人が排除されないシステムをどう作っていくかが問題である」と回答がなされた。「裁判で一番の問題は、救済法ができたことであり、これをどう克服すべきか」という質問には、東会員から、「救済法ができたことが逆の方向に働いた点は反省点である」、という回答があった。質疑応答では、上記のように、優生思想をめぐる、あらゆる角度から、あらゆる専門分野から、問題が提起され、きわめて有意義なやりとりがあった。

判例研究①

七生養護学校事件

七生養護学校事件訴訟

～知的障がいのある子に対する性教育の侵害

伊藤 敬史（弁護士）

- I はじめに
- II 事件の概要
- III 判決要旨
- IV 判決の意義と今後の課題

I はじめに

七生養護学校事件は、知的障害のある子どもたちの通う東京都立の養護学校において、子どもたちが抱える問題に対処するために性教育を含む教育（こころとからだの学習）がなされていたところ、都議らが視察と称して同校を訪れ、多くの教材を没収し、その教育をできなくするとともに、これを実践してきた教員19名を嚴重注意、その教育実践を容認してきた前校長を平教員に降格処分にするなどした事案である。

この事件における訴訟としては、①教員29名、保護者2名が原告となり、東京都、都議3名等を被告として、慰謝料、教材返還等を求めた訴訟（「こころとからだの学習」裁判）と、②前校長が原告となり、東京都に降格処分の取り消しを求めた訴訟の2つがある。

本稿は、筆者が上記①の訴訟において原告弁護団の一員であった立場から、上記①の訴訟につき報告するものである。

なお、上記②の裁判においても、東京地裁及び東京高裁において原告（前校長）が勝訴し、上告不受理で判決が確定している。

II 事件の概要

I 学校

東京都立七生養護学校（平成15年当時。以下「本件学校」）は、小学部・中学部・高等部からなる知的障害のある子を対象とした養護学校であった。知的障害者の支援施設である七生福祉園が隣接しており、本件学校の生徒の約5割は福祉園に入所していた。

2 「こころとからだの学習」の実践

平成9年、本件学校の校内で生徒同士が性交渉をしていたことが明らかになった。これを契機に、校内調査が始まり、他の生徒の間でも性的な問題行動のあることが次々と明らかになった。

例えば、障害のある子どもたちの中には、性被害に遭っても「優しくしてもらっている」としか認識せず、そのまま性被害に遭い続けてしまう例もあった。また、精通をするようになった男子生徒が事態に驚き、うまく受容できずに自身の性器を傷付けてしまうような例もあった。性的な問題行動のほかにも、自己肯定感の低さから自傷行為に及んでしまう例や、逆に他者への加害行為に及んでしまう例もあった。

これらの背景には、幼児期から施設に預けられるなどの厳しい成育歴を持つ子ども達が、「また捨てられるのではないか」という緊張感から周囲の関心を引くために問題行動を起こしたり、「生まれてこなければよかった」という悩みから自傷行為をしたりするという現実があった。

このような状況に対処するため、本件学校では、性の問題を含めた学習活動全体を全校的に見直し、子どもたちの自己肯定感を育てることに重点をおいた教育「こころとからだの学習」(保健等の授業)が行われるようになった。それは、教師が父母や福祉園の職員と丁寧に意見交換をし、個々の子どもたちの個性や成育環境に配慮しながら、1人1人に自己肯定観を育むための教育実践であった。

その実践にあたり、知的障害のある子にもイメージしやすいように、工夫を凝らした教材が使用された。

例えば、「子宮体験袋」は、縫い合わせたシーツの奥に湯たんぽを入れて心地よい胎内を表し、シーツの出口に至るまでの所々にゴムを入れて通りにくくして、中に入った子どもが外に出る時に、出産時の大変さを体験できる教材であった。この教材を使った授業では、シーツの中に入った子が外に出る時に、周囲の子も「がんばれ、がんばれ」と応援し、出てきたときにはみんな喜び合うという姿が見られた。このような体験を通じて、生徒に「あなたはみんなに祝福されて産まれてきた大切な存在なんだ」と伝えるのが目的であった。

「からだうた」は、頭から足までの体の各部位を自分で触れながら歌い、自傷行為をしたり、性器をおもちゃのようにする子どもたちに、「自分の体はすべて繋がっているんだ」、「どの部分も大切な体の一部なんだ」と自覚してもらうことを目的としていた。

こうした教育は、平成14年度までは都教委の「心身障害児理解推進研究事業」として東京都知的障害養護学校校長会や同教頭会が主催する専門研修において他校の校長を含む教員に紹介されるなど、各方面から高い評価を得ていた。

3 都議会での質疑

平成15年7月2日、都議会において、T都議が、「ある都立養護学校の教諭は、小学部の児童に『からだのうた』を歌わせている」として、本件学校の教育実践を非難し、都教委に対して、教師に対する直接の指導等の「毅然とした対処」をするように求めた。

これに対して、Y教育長は、「ご指摘の歌の内容は、とても人前で読むことがはばかれるもの」等と述べ、「今後このような教材が使われることのないよう…強く指導して」いく旨を答弁した。

さらに、I都知事も、「異常な信念を持った教諭」と非難し、「教育委員会が今以上にアクティブに活躍していくことを期待しております」等と答弁した。

4 都議らの視察・教材の持ち去り

同年7月4日、Tら都議3名及び都教育庁副参事らは、本件学校に赴き、視察と称して、保健室に立ち入り、教材類を戸棚から引っ張り出して写真を撮影するなどし、教材を持ち去った。

その際、都議らは、養護教諭らに対し、大声で、「あなた『からだうた』を宴会で歌えるんですか。感覚が麻痺しているよ」などと非難した。また、養護教諭がどの教材を持ち出すのかを教えて下さいと尋ねると、都議らは、「馬鹿なことをいうな。俺たちは、国税と同じだ」、「このわけのわからない2人（養護教諭）は出ていってもらってもいいんだ。」などと罵倒した。

このやりとりの最中に保健室に入室した本件学校の生徒らは、養護教諭らが都議らにいじめられていると感じて、著しくおびえてしまったほどであった。

5 その後の「こころとからだの学習」の破壊

同年7月9日、都教委は、約37名の指導主事を本件学校に派遣し、教師全員から性教育の実践について事情聴取し、調書を作成した。

同年7月23日、都議らは、本件学校から持ち去った教材を都議会談話室で「都立七生養護学校で使用されていた不適切教材」と題して公開する「展示会」を行った。人形は下半身を露出させた異常な姿で並べられ、本件学校のどのような授業において、どのような目的でどのように活用されていたのかの説明は一切ないまま展示をされた。

同年7月29日、K都議の働きかけにより、都教委教育長決裁として「学校

経営アドバイザー」要綱が策定され、8月1日より本件学校に1名の学校経営アドバイザーが配置され、本件学校における教師らの行動の監視が始まった。

同年9月1日、都教委は、本件学校に対し通知を交付し、1週間ごとの授業案(週案)を管理職に提出することとし、管理職が事前に授業内容につき指示を出すようになった。教師らが作成していた年間指導計画は、大幅に変更させられた。

同年9月11日、都教委は、こころとからだの学習を認めていた前校長(前年度まで本件学校に赴任)を平教員に降格処分とし、教員19名について口頭による嚴重注意を行った。後日、上記学校経営アドバイザーは、本件学校の職員会議において、「前校長に協力した教員は現校長と行動を共にできないはずである。自らの出処進退を考えるべきである。」などと発言した。

同年9月17日、都教委は「一部の都立養護学校が、不適切な性教育を実施していた」として、「都立盲・ろう・養護学校における適正な性教育の実施について(通達)」を都立盲・ろう・養護学校長に発した。

同年11月14日付で、本件学校内で「今後の性教育の指導について」と題する文書が作成された。これにより、従前の性教育と比べると、指導時間は大幅に短縮され、人形や模型等を用いた指導を行うことが禁止され、図等の平面教材についても使用が著しく制約されるようになった。

平成16年4月、本件学校の教職員の約3分の1が転勤させられた。

その結果、本件学校の教師、保護者、生徒と一体になって試行錯誤で作り上げてきた「こころとからだの学習」ができなくなった。

6 東京弁護士会の人権救済手続(警告)

平成17年1月24日、東京弁護士会は、人権救済手続において、都教委に対して、本件学校の教員に対する嚴重注意には子どもの学習権及び教師の教育の自由を侵害した重大な違法があること等を認定し、その撤回や教材の返還等を求める警告を出した。

7 訴訟

平成17年5月、本件学校の教員29名、保護者2名が原告となり、東京都、都議3名等を被告として、東京地方裁判所に、慰謝料、教材返還等を求める訴訟を提起した。

III 判決要旨

1 東京地裁平成21年3月12日判決

1 審の東京地裁は、以下のように判示し、都議3名及び東京都に対し、損害賠償を命ずる判決を下した。

(1) 都議らの視察における言動の違法性

「そして、被告都議らは、本件養護学校に通う児童生徒らの保護者とは異なり、本件養護学校の教育の内容や方針について個別的、具体的な利害関係を有するわけではないのであるから、保護者と同様の立場で本件養護学校の教育の内容や方針について要望を出したり、批判したり、注文を付けたりし得る立場にあるとはいえないのであり、本件養護学校の教員がその児童生徒らに対する教育の内容及び方針を検討する上で、被告都議らによる一方的な批判や非難を保護者らによるそれと同様に受忍しなければならない理由はないというべきである。

以上の点を考慮すると、本件教育が学習指導要領に違反する不適切なものと決めつけて一方的に批判、非難し、原告Uと原告Nの教員としての資質や人格を否定的に評価する言辞を申し向けた被告都議らの行為は、もはや単なる視察の場における対等な当事者間の意見交換であるということとはできず、本件性教育を実践している同原告らの名誉感情を違法に侵害するものであって、侮辱に当たるといふべきである。」

(2) 都教委の視察への対応の違法性

「ところで、教育に対する「不当な支配」とは、教育の自主性を阻害する危険のある党派的勢力、個人による教育への介入・干渉を指し、それが一時的であるか継続的であるかや主体のいかんは問わないものと解されるところ、被告都議らが本件視察の際に保健室において原告U及び原告Nを批判し、非難した行為は、前記説示のとおり、同原告らに対する侮辱に当たると同時に、政治家である被告都議らとその政治的な主義、信条に基づき、本件養護学校における性教育に介入・干渉するものであり、本件養護学校における教育の自主性を阻害しこれを歪める危険のある行為として、「不当な支配」にも当たるといふべきである。したがって、被告都議らによる本件視察に同行した被告都教委の職員らには、このような被告都議らによる「不当な支配」から本件養護学校の個々の教員を保護する義務があったといふべきである。(中略)

ところが、本件視察と同時に本件養護学校に赴いた被告都教委の職員及びM校長は、保健室に上記原告らがいるままの状態被告都議らによる保健室の視察を開始させ、途中、被告都議らが直接同原告らに対して本件性教育の内容を批判する立場から批判や非難を始めたのに、これを制止したり、同原

告らを保健室から退室させたりすることなく、被告都議らが同原告らに対してその授業内容を批判したり、非難するのに任せたものであるから、被告都教委の職員は、教育に対する「不当な支配」から教員を保護するよう配慮すべき職務上の義務に違反したものであるというべきであり、このような被告都教委の職員の不作為は、国家賠償法上、違法というべきである。」

(3) 都教委の「嚴重注意」の違法性

「本件嚴重注意は、人事上の処分ではなく、それ自体としては直接的な法律効果を生じさせるものではないが、職務の遂行過程における口頭での注意等とは異なり、實際上、懲戒処分や訓告に至らない軽易な措置として、将来の言動を戒めるために発令されているもので、一種の制裁的行為であって、これを受けた者の職場における信用評価を低下させ、名誉感情を害するものとして、その法的利益を侵害する性質の行為であると解される。」

「性教育は、教授法に関する研究の歴史も浅く、創意工夫を重ねながら、実践実例が蓄積されて教授法が発展していくという面があり、教育内容の適否を短期間のうちに判定するのは、容易なことではないと考えられる。

しかも、いったん、性教育の内容が不適切であるとして教員に対する制裁的取扱いがされれば、それらの教員を萎縮させ、創意工夫による教育実践の開発がされなくなり、性教育の発展が阻害されることにもなりかねない。性教育の内容の不適切を理由に教員に制裁的取扱いをする場合には、このような点についての配慮が求められるというべきである。(中略)

その内容そのものを否定的に評価して、嚴重注意という制裁的取扱いをするのであれば、あらかじめ「性教育の手引き」を改訂したり、教員らに対する集合研修や個別の助言、指導を行い、また、問題となっている教育実践が児童・生徒の発達段階を踏まえたものかどうかを十分調査した上で、教員らがこれを客観的に判断し得る基準を示すなどして、当該教員らにおいてその教育実践が学習指導要領に違反するものであることや発達段階を踏まえたものでないことを事前に認識し得る機会を与えた上で行うべきであったというべきである。(中略)

このような事情の下で行われた本件嚴重注意は、前記のような機会を与えず、本件性教育が学習指導要領に違反するか、児童・生徒の発達段階を踏まえたものかどうかを十分確認せずにされたものとして、社会通念上著しく妥当性を欠き、裁量権を濫用したものであるとして、違法というべきである。

したがって、本件嚴重注意は、被告都教委の職務として行われたものであ

るから、被告東京都は、国家賠償法1条1項に基づき、上記原告らがこのような違法な嚴重注意によって名誉感情を侵害されたことによる損害を賠償する責任があるというべきである。」

2 東京高裁平成23年9月16日判決

2審の東京高裁は、双方の控訴を棄却し、1審判決の認定した事実及び理由を引用して、1審の判断を維持した。高裁の追加的な判断の中では、本件学校における教育実践につき以下のように判断した点が注目される。

「本件性教育は、本件養護学校において、平成9年に起きた生徒同士の性的交渉を始めとする性に関する問題行動が多発したことから、知的障害を持つ児童・生徒にふさわしい性教育として、校内性教育連絡会（後に性教育検討委員会）を設けて、全校的な取り組みを行い、校長を含む教員全体で、七生福祉園や保護者とも意見交換しつつ、試行錯誤しながら創意工夫し実践されてきたものである。」

このように、個々の教員が個人の考えに基づいて独自に行うのではなく、学校全体として、校長を含む教員全員が共通の理解の下に、生徒の実情を踏まえて、保護者と連携しながら、指導内容を検討して、組織的、計画的に性教育に取り組むことは、「学校における性教育の考え方、進め方」、「性教育の手引」等が奨励するところであり、これに適合した望ましい取り組み方であったといえることができる。（中略）

知的障害を有する児童・生徒に対する性教育として、何が優れているのかは、教育に関する専門的知識経験を踏まえた議論によって決すべきであり、この裁判においては、学習指導要領に違反する違法なものであるかどうかという限度で判断すべきものであるが、以上によれば、本件性教育が本件学習指導要領に違反すると断ずることはできないものというほかない。」

3 最高裁平成25年11月28日決定

最高裁は、双方の上告を棄却して、1,2審の判断を維持した。

IV 本判決の意義と今後の課題

旧教育基本法10条（本件は改正前の事件）の定める教育に対する公権力の「不当な支配」の禁止は、“教育の現場性”（自主性）の尊重を趣旨としている。本件は、その趣旨に基づき、障害児教育において尊重されるべき“教育の現場性”が問わ

れた裁判であった。

障害児教育の現場が抱える問題は、子どもの成育歴、家庭環境、障害の程度等の様々な要因に根ざしているだけに根深く、切実である。そして、これに向き合う教師たちは、子どもたちとの直接の人格的接触を通じて、何をどう伝えるかを悩み、教育をしていた。それは、「性教育」という言葉では片付けられない、「生」のための教育であった。

本裁判では、1審及び2審を通じて、多数の当事者の尋問が行われただけでなく、口頭弁論期日では毎回数十分の時間をとって多数の原告（教員及び保護者）が次々と意見陳述を行い、“教育の現場性”を物語る具体的な事実を伝え続けた。いずれの原告の口からも、個々の障害児の過酷な成育歴と、それを踏まえて子どもたちと真摯に向き合って教育を実践していったエピソードが赤裸々に語られた。

その“教育の現場性”について、1審判決が「性教育は、教授法に関する研究の歴史も浅く、創意工夫を重ねながら、実践実例が蓄積されて教授法が発展していくという面があり、教育内容の適否を短期間のうちに判定するのは、容易ではない。しかも、いったん、性教育の内容が不適切であるとして教員に対する制裁的取扱いがされれば、それらの教員を萎縮させ、創意工夫による教育実践の開発がされなくなり、性教育の発展が阻害されることにもなりかねない。性教育の内容の不適切を理由に教員に制裁的取扱いをする場合には、このような点についての配慮が求められる。」と判示して、その判断が高裁、最高裁と維持されたことは、現場で教育を実践してきた教員らを勇気づけたところであり、極めて重要な意義を持つと考えられる。

他方で、教育の実践は、教師と児童・生徒とのデリケートなコミュニケーションの積み重ねで成り立っているため、一度、破壊されてしまえば、再生は困難である。平成15年の教育破壊から約6年経て1審判決、約8年経て2審判決、約10年経て最高裁決定が出たが、その間に本件学校における「こころとからだの学習」の実践は完全に失われてしまった。そして、そのような教育実践が失われている間にも、時間が経過し、障害を持った子どもたちは過酷な問題を抱えつつ成育していくこととなった。

その意味で、本判決には上述のような重要な意義を感じつつも、一度失われてしまった教育実践は二度と取り戻せないという点において司法上の救済の限界も感じざるを得ない。だからこそ、今後二度と教育への不当な介入が行われないように留意していくことが、本判決を踏まえて私たちに課された課題というべきであろう。

参考文献

- (1) 児玉勇二『性教育裁判—七生養護学校事件が残したもの』（岩波書店，2009年）
- (2) 編集委員会『知的障害児のための「こころとからだの学習」～七生養護学校性教育裁判で問われていること』（明石書店，2006年）
- (3) 金崎満『検証 七生養護学校事件～性教育攻撃と教員大量処分の真実』（群青社，2005年）
- (4) 刊行委員会『七生養護学校の教育を壊さないで・日野市民からのメッセージ』（つなん出版，2004年）
- (5) 中川重徳「都立七生養護学校「こころとからだの学習」裁判—東京地裁判決」季刊教育法 161号（2009年）48頁
- (6) 中川重徳「都立七生養護学校「こころとからだの学習」裁判—東京高裁判決」季刊教育法 178号（2013年）104頁
- (7) 伊藤敬史「七生養護学校事件」～障害と人権全国弁護士ネット編『ケーススタディ障がいと人権』（生活書院，2009年）86頁
- (8) 伊藤敬史「七生養護学校事件続報」～障害と人権全国弁護士ネット編『障がい者差別よ，さようなら！～ケーススタディ障がいと人権2』（生活書院，2014年）142頁

判例研究②

成年被後見人選挙権確認訴訟
第一審判決

成年被後見人選挙権確認訴訟 第一審判決

～被後見人の選挙権を奪う公職選挙法第11条第1項第1号の違憲性を争う～

杉浦 ひとみ（弁護士）

- I 本件訴訟の概要
- II 提訴のきっかけ
- III 「この裁判は勝てる」との確信
- IV 学者らの支援
- V 違憲判決 2013年3月14日
- VI 公職選挙法11条1項1号の削除の法改正へ

I 本件訴訟の概要

本件は、成年後見制度を利用して被後見人となったことにより選挙権を奪われることは憲法違反であるから、選挙権の存在を確認せよと、2011年2月1日、東京地方裁判所に裁判を起こしたものである。

原告となったのは、茨城県に住む1962年生まれ（当時48才）のダウン症の女性。女性の父親は、障がいを持つ人の人権問題に長らく真剣に取り組んできた方で、当事者の自立と尊重を図る制度として制定された成年後見制度の趣旨を信頼して、娘の成年後見を申し立てた。将来の財産の管理に不安があったからである。しかし平成19年2月17日に、家庭裁判所の審判で後見開始となったところ、その後、女性には選挙はがきが来なくなった。これまで成人以来27年、原告は欠かさず両親と共に選挙に行っていたのであり、選挙公報を見ながら投票を行っていた。原告の女性は、「選挙にいけなくなってつまらない。もう一度選挙に行きたい」と訴えている。

公職選挙法第11条第1項

次に掲げる者は、選挙権及び被選挙権を有しない。

第1号「成年被後見人」

II 提訴のきっかけ

被後見人の選挙権剥奪は、「憲法違反だ」という声は、成年後見制度が始まったところから、一部の専門家や障がい問題に取り組む市民の間では起こっていた。な

ぜ、ここまで放置されてきたのかが不思議なくらいであるが、それは、ひとつには、現行の裁判制度が、具体的紛争の存在を前提にしており、法律自体が憲法に違反していることを第三者が争うことはできないこと（付随的審査制）のために、現実に被害を受けている者が、その救済を求めるために訴えを起こさなければならないからである。ところが、当事者はもともと声をあげる力の弱い方たちである。加えて、マイノリティーであって社会的テーマになりにくい一方、能力の低さについて公表しながら訴訟を戦うことの負担（精神的、経済的）が大きいことから、諦めていたように思われた。他方では、選挙権がなくなるから後見申立を控えるという本末転倒な制度の運用さえ起きてきており、「こんなおかしい制度は、当然、改正されていくだろう」というさめた気持ちで放置していたという声も聞いた。しかしながら、制度が始まって10年経っても、この選挙権の剥奪状態は変わらなかった。原告の父親は、「これまでの人生で何度も障がいゆえの差別を受けさせてしまった娘に対して、自分が成年後見を申し立てたために娘の選挙権まで奪い、主権者でなくさせてしまった。このままでは死ぬに死にきれない」と慚愧の思いで相談に来られたのであった。

2011年2月の提訴より1年ほど前にこの相談を受けた頃には、被後見人の選挙権の問題は、憲法の本の中にも書かれておらず、ほとんど議論されていなかった。しかし、選挙権を回復させようとするれば、公職選挙法11条1項1号を無効にするしかない、つまり、同条項の憲法違反を訴えるしかない。「憲法訴訟」として争うことになるが、違憲判決が得られるだろうか……。これが第一印象だった。

Ⅲ 「この裁判は勝てる」との確信

Ⅰ 選挙権行使に能力は必要ない。

この問題について一から考えてみた。これまで、憲法の基本書に、「選挙は公務としての性質も持つので行使する者には能力が必要」と書かれており、何の問題提起もされてこなかった。しかし、よく考えてみれば、選挙に必要な能力、つまりこの候補者が代表者にふさわしいと判断する能力はどうやって判断するのか。IQで決めるのか？大学を出ている人たちでも、情報に流されたりする人もいる。むしろ社会の中で差別を受け、人の優しさ冷たさを知った障害のある人の方が「この人はいい人だ」と見る目はあるのかも知れない。そうになると、そもそも候補者を見極める選挙能力とはどんなものなのか。誰がそのあるなしを判断するのか。選挙で選ばれる側の国会議員がこの能力の有無を決めるはお

かしいだろう。選挙権に能力を要件とすべきではないという主張をすべきだということの方針が決まった。

ア 法は選挙権を能力で制限をしていない。

選挙権は、民主制の根幹に関わる主権者としての重要な権利である。憲法は「成年による選挙」という年齢での区別を設けているだけである（15条3項）。つまり、どこまでの能力が備わったら主権者としての具体的権利行使の主体として扱うか、ということについては明記せず「成年」という画一的な年齢をもって区分することにしたのである。ここには、個々の成年間における能力のばらつきも、加齢による能力の衰えも規定されてはいない。これは、憲法が、選挙権の行使主体を、能力で区別していないということであると解することができる。

国連の自由権規約（市民的及び政治的権利に関する国際規約）25条は、障がい者についても差別も不合理な制限もなく「普通かつ平等の選挙権に基づき」投票する権利を保障している。また、日本政府が批准はしていないが署名までしている障害者権利条約（2014年1月に日本も批准。）も障害のある人の選挙権の存在を前提としている。

イ 被後見人にこそ選挙権を認める意義がある。

① 被後見人となる者こそ、国などの施策を必要とする者であって、選挙によって国政に声を届ける必要があるのである。

② 主権ある存在であることを宣言することによる意義

被後見人に選挙権があること、選挙権を行使することの意義は、特別な価値がある。すなわち、現実の社会の中で偏見や差別があるも、同じ主権者であるという憲法的保障の意義は何より大きいのである。

2 成年後見制度の借用は合理性がない

また、仮に、百歩譲って選挙権を行使するのに能力が必要だとしても、その能力の判断に成年後見制度を借用することは許されないはずである。なぜなら

ア 成年後見制度は財産管理に主眼を置いた制度である。

現実の成年後見制度の審理においては、家庭裁判所はあくまで財産管理能力を審査しているのであって、選挙権を行使するために必要な判断能力の有無など全く審査していない。

イ 成年後見制度は、権利擁護のための制度であり、自己決定を尊重する制度である。にもかかわらず、権利を擁護しようとする選挙権を奪われるということは背理である。

ウ 成年後見の申立てをした者は、被後見となることで選挙権を失い、申立てしなかった者は同じ程度の能力の者は選挙権を行使しうるの有無により同じ能力の者が、選挙権に差を生じる不平等は深刻である。また、任意後見制度を利用した場合には、被後見人と同程度の能力になった場合でも、選挙権の制限はないという不平等もある。

オ 海外の法制度をみた時には、選挙権に能力制限を認める法制度が少なくなる傾向があるし、また、成年後見制度に選挙権制限を連動させる法制度を違憲とする判決が出ている国もある。

3 選挙権を回復することの意義

理屈の上では、この裁判は負けないという自信をもって法廷に臨むことができた。しかしながら、原告の父親が訴えた「死んでも死にきれない」ということが、ピンと来ていなかった。やがて、本件について集会を開くようになり、その中で障がいのある子どもを持ったお母さんからこんな話を聞いた。

「うちの子どもは重い障害を持っていて、知的な能力はとても低いです。でも20才になると投票のはがきが息子にも届きました。私は、「あなたも成人になったのだから選挙へ行きましょう」と話して投票に行くことに決めました。それは、地域の人たちに、こういう子もいるけど有権者なんですよ、と知ってもらいたかったし、成人になった国民としてちゃんとすべきことをしている、ということを示したかったのです。当日、息子をつれて、投票所である小学校へ行きました。会場に一步入ると、係の方たちが数人駆け寄ってきて、「何かお手伝いしましょうか？」と右往左往されました。私は「大丈夫です」と答えました。受付のところまで息子と一緒にいき、息子は投票のはがきを受付で出して投票用紙を受け取りました。ひとりで投票台のところに行き、そのあと半分に折った投票用紙を投票箱に入れました。彼が何を書いたのかは知りません。でも、私は、すこしだけ得意げな息子と一緒に投票所をあとにしました。その後、毎回投票に行く息子を、だれも奇異には扱わなくなっていきました。

このエピソードが示す選挙権の意義は、子に期待する親の幸福追求権的な意味合いもある。しかし、障がいを持つ個人が主権者として平等に尊厳ある存在であることを、(本人の意欲や自覚とは関係なく)まさに憲法が個人に保障しているということであって、これにより個人は平等な主権者として胸を張ることのできる象徴的権利としての意味を持つ。またその人が主権者であることを社会に対しても宣言しているのであり、これによって社会からの平等な尊重を実現することになるのである。いわば、心のバリアフリーを制度のバリアフリー

によって確立していくのと同じである。

やっと、「死んでも死にきれない」という後見人の訴えての意味がわかった気がした。

IV 学者らの支援

1 学者らの賛同

この訴訟を起こして、何人もの学者から賛同の声があげられている。提訴直前に（平成23年2月9日東京新聞朝刊）では「十分な意思形成ができない人を排除する方が、選挙の公正を歪めるのではないか」（戸波江二早稲田大学教授）また、自己決定の尊重という理念の下につくられた成年後見制度に、禁治産制度のころの選挙権剥奪規定が残ったことについて「立法上の明らかなミス」「高齢社会で制度活用が期待される今こそ、司法は違憲判断をし、政府も法改正に動くべきだ」（高見勝利上智大学教授）とコメントしている。

国側が能力による制限の正当性の根拠として提示してきていた文献（昭和62年出版「憲法演習教室」）を書かれた奥平康弘東大名誉教授が、「公職選挙法11条1項1号で成年被後見人の選挙権を制限することは人権侵害に当たること。行使するものが能力があるかないかで選挙権が制限されているというようなことは、選挙権の公務性からは導かれないこと。能力が低いとされる者は、事実上権利行使をしないことはあるとしても、政治的判断力の有無を国家が判断すべきではないこと。憲法44条は、選挙権を与えるかどうかについて立法裁量を認めたものではないこと。」などを含む意見書を書き下ろして下さり、その中には国が引用した自身の書物は「今から四半世紀も前に出版されたものであって、当時、今日のような後見制度ができることは、何人も予測していなかったはず。ことわりも留保もなくこの文書をもって現在引用されることは、私としては不本意なことです。」とまで書かれていたことから、憲法が社会の変化によって大きな影響を受ける要素を持った学問であることを知ると同時に、この裁判が予想もつかなかった大きな動きを巻き起こしていることに鳥肌の立つような思いだった。

また、在外日本人の選挙権制限について違憲判断をした最高裁大法廷判決（2005年）において、当時最高裁判所判事として関わった泉徳治弁護士は同新聞紙上で「選挙権は高い塀で守られなければならない基本的権利、人権と考えられる」と説明をした上で、この基準に照らせば、後見で一律に選挙権を奪うことは許されず、違憲の可能性が強い」と指摘している。

2 立法府・行政府の動向

ア この問題については、提訴からまもない2011年2月9日の第177国会衆議院予算委員会で、中根康浩議員（民主党、無所属クラブ）が、「成年後見制度は、権利擁護のための制度であるにもかかわらず、最大の権利である選挙権が被後見人になるとなることについて」質問したことに対して片山国務大臣が、下記のように答弁した。

http://www.shugiin.go.jp/itdb_kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/001817720110209009.htm

先般、訴訟が提起されたことは重く受けとめている。精神上的の障害により事理を弁別する能力を欠く常況、という要件のもとに被後見人になるわけで、事理を弁別する能力を欠く常の状況にあるということですから、通常は政治参画を期待できないということで、公職選挙法の規定も一定の合理性があると私は思います。ただ、同じような状況にある方で、片や成年被後見人を選んだ者とそうでない者がいて同じような状況にあったときに、一方は選挙権を失う、一方は選挙権を保有する、こういうことが憲法に規定する法のもとの平等に反するのではないか、こういう論点は恐らくあり得るんだろうと思います。

それからもう一つは、そもそも、この成年後見制度というのは、本人を保護する、特に、経済活動に一定の制約を加えることで本人の権利を保全するという意味があり、その本人を保護することの結果、本来であれば広く享有されなければいけない政治参画の機会を奪ってしまうということに結果としてなってしまうことに対する違和感というのは、やはりあるんだろうと思います。

いささか個人的な見解も含めて申し上げたが、制度には合理性はあると思うが、訴訟になったので、その成り行きをよく注視していきたい。

イ 同じく、井上哲士議員（共産党）、谷合正明議員（公明党）も、また、提訴の頃に、委員会での質問を行い、大臣からの有益な答弁を引き出した。

3 国外の趨勢

訴訟の中では、裁判所は外国の動向に大きな注目をしていた。

ア 先進諸国の状況

先進諸国において能力と選挙権の関係についてみると、概略を述べれば、

日本以外の主要国においては、成年後見制度の利用が、形式的自動的に選挙権の制約を伴うことになる国は少なくなっており、逆に知的障害や精神障害のある人でも、成年後見の利用の有無にかかわらず選挙権を完全に有しているとする国が増えている。たとえばEU加盟諸国の中では、オーストリア、フィンランド、オランダ、スペイン、スウェーデン、イタリア、イギリスの各国が障害のある人の選挙権に何の制限も加えていないと報告されている。

イ ヨーロッパ人権裁判所 2010年5月20日判決

また、成年後見利用により選挙権に制限を加えている国の中で、ハンガリーの制度が、ヨーロッパ人権条約に抵触することが、ヨーロッパ人権裁判所の2010年の判決で判断された。

EU加盟諸国の間では、前述のように障害のある人の選挙権制限を撤廃ないし緩和する動きが顕著であるが、なお後見利用が自動的に選挙権喪失に連動する法制度をもつハンガリーは、同国憲法には、後見に付されたものは選挙権を失う旨の規定が明記されているが、2010年5月20日にヨーロッパ人権裁判所は、同国のこの後見規定がヨーロッパ人権条約に抵触するとの判決を下した (ECtHR, *Alajos Kiss v. Hungary*, No38832/06, Judgment of 20 May 2010.)。

ウ オーストリアの違憲判決

オーストリアでは従前、成年被後見人（同国では「被代弁人」という名称である。）の選挙権は自動的に剥奪される旨法定されていたが、1987年、同国の憲法裁判所が同規定を違憲と判断し、当該規定は削除された。その後、能力による個別の剥奪を認める新たな立法がなされることなく既に25年が経過し、その結果、成年被後見人（被代弁人）は能力による制限を受けることなく選挙権を行使できるようになり、今日に至っている。

V 違憲判決 2013年3月14日

判決文 http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/641/083641_hanrei.pdf

東京地裁は、選挙に能力を必要とすることは認められるが、成年後見制度を借用して、一律に選挙権を制限することになる公職選挙法11条1項1号は違憲だと判断した。そして、原告に対して「どうぞ選挙権を行使して社会に参加して下さい。堂々と胸を張っていい人生を生きて下さい」と語りかけ、傍聴席から万雷の拍手をあげた。

VI 公職選挙法11条1項1号の削除の法改正へ

判決の結果は社会全体が、好意的に受け止めた。公明党が中心となり、自民党と一緒に法改正の検討のPTが作られた。そして、判決から74日の5月27日参議院本会議で満場一致で法律改正がなされた。5月31日公布。

この年7月に実施された参議院選挙では約13万6000人の方の選挙権が回復された。

以上

成年被後見人選挙権確認訴訟と知的・精神障害者の選挙権

杉山 有沙（帝京大学）

- I 問題の所在
- II 選挙権の享有主体としての知的・精神障害者
- III 選挙権行使と合理的配慮の要請
- IV 知的・精神障害者の選挙権保障の意義

I 問題の所在

2013年3月14日、東京地裁が、成年被後見人選挙権確認訴訟に対して判決を下したⁱ。本判決は、成年被後見人は選挙権を有しないと定めた公職選挙法（以下、公選法）11条1項1号が憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反すると判断した、初の判決であるⁱⁱ。このような本判決に対して、多くの論者が評価を示しているⁱⁱⁱ。例えば、戸波江二は、「現実の政治への影響力という点では、成年被後見人が13万6000人といわれる中で、国政に大きな影響をもたらすものとはいえない」としつつも、「人権論の観点からは、本判決は極めて重要な違憲判決」とであると評価する^{iv}。

このように成年被後見人選挙権確認訴訟は、選挙権という重要な憲法上の権利に対する制限を問題にした重要な判決である。そもそも、憲法学は、本判決以前において、公選法11条1項1号の憲法適合性について本格的な検討をしてこなかった^v。この理由について、成年被後見人の選挙能力に対して浅薄な偏見に基づく消極的評価があったとする意見や^{vi}、日本において私法上の権利は公法上の権利と比較して軽視され、その結果、成年被後見人といった社会的弱者に対する配慮が欠けてきたとする見解がある^{vii}。本判決を契機に、現在は成年被後見人の選挙権は回復されたが^{viii}、そもそも、成年被後見人の対象となるような知的・精神障害者の選挙権を、どのように理解すべきだろうか。本報告では、成年被後見人選挙権確認訴訟の判例評釈ではなく、この点について検討をする。

本判決の具体的な審査枠組みを簡単に確認していこう。本判決では、在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件最高裁判決（以下、平成17年判決）^{ix}が定立した法理にのっとり、厳格な司法審査基準を採用し、適用段階で、目的・手段審査の枠組みと結合された^x。これにより、選挙権という権利の重要性を踏まえて、そ

れを制限する立法の目的とその手段が過不足なく厳密に適合されることの要請が導き出された。そして、このことが、公選法11条1項1号の立法目的を達成するための合理的な手段として、成年後見制度を借用するという立法的选择に対して、厳しい評価を生むことにつながった^{xi}。しかし、一方で、立法目的に合理性があるとした点に対して、多くの論者から批判が寄せられた^{xii}。関連して、有田伸弘は、判決には2つの主張が混在していると指摘する。①選挙権は公務としての性格を併せもつから能力が必要であるとする主張と②選挙の公正を害するから能力を欠く者を排除するという主張である^{xiii}。特に後者について井上亜紀は、「本判決は、『選挙権を行使するに足る能力』が欠けていても後見が開始されなければ選挙権が付与されている現状から、成年被後見人に選挙権を付与することによって『選挙の公正が害されるおそれ』はないとして、成年被後見人から選挙権を剥奪することは許容できないと判断した」と整理し、この判断に対して井上は、一応妥当であると評価した。その上で、井上は、「選挙の公正の確保」をあげること自体、問い直す必要があるとし、能力に関わりなく不正は起きる現実を指摘する。そして、この理由自体に合理性はないとした^{xiv}。報告者も、この見解に同意する。その上で、本報告が取り上げたい問題は、前者の問題である。

II 選挙権の享有主体としての知的・精神障害者

そもそも、本判決で問題になっている「選挙権」とは、国民が、主権者として、直接または代表者を通じて、国の政治に参加する権利である参政権の一つである^{xv}。この選挙権について学説では、「国民の基本的権利ではあるが、しかし、公務員という国家機関を選定する権利であり、純粋な個人権とは異なった側面をもち、そこに公務としての性格が付与されている」という二元説を通説として捉えている^{xvi}。なお、本判決も、二元説の立場に立って判断された^{xvii}。これに対して、もつとも有力な批判を唱えるのは権利一元説である^{xviii}。権利一元説では、選挙権について、人民（プープル）の主権的権利と解すべきだとした上で、政治的意思決定能力をもつ人々が国家権力の行使に参加する当然の権利だとする。選挙権の制限に関して、二元説は、「公務としての特殊な性格に基づく最小限度の制限」とされるのに対して、権利一元説は、内在的制約のみに服するとし、選挙人資格は、「原則として主権行為に必要な意思決定能力のみが要件」とされる^{xix}。こうした選挙権理解において、成年被後見人（旧・禁治産者）は、本判決以前、選挙権が制限される代表的な者として、選挙犯罪者とともに長年列挙されてきた^{xx}。こうした事態に対して、小泉良幸は、憲法の教科書等において、近年まで成年被後見人の

選挙権剥奪を違憲と明言されてこなかっただけでなく、選挙人団から除外されるのは当然と評するものもあったという。このように、憲法学が成年被後見人の選挙権問題について鈍感だった理由として、小泉は、「成年者」による普通選挙の保障（憲法 15 条 3 項）を、「代表」（43 条 1 項）たる議員に相応しい者を適切に選択できる判断能力をもつとみなされる者によるものへと読み替え、「未成年」同様、かかる能力を欠く者を選挙人団から排除することは正当な立法目的である、と考えてきたからだとして分析した^{xxi}。この指摘は、妥当といえるだろう。「事理を弁識する能力を欠く常況」にある成年被後見人には「政治意思決定能力」も欠くに違いないという思い込みが存在し、これにより、成年被後見人の選挙権の議論が適切になされてこなかったといえるだろう。

こうした理論動向の中で下された本判決を受けて、森廣祐也は、個人の尊厳の観点から、成年被後見人をはじめとした知的・精神障害者の選挙権を制限する公選法の立法目的に対して、疑問を呈する。彼は、憲法において個人の尊厳が問題になりうる場面の一つに、公的義務の履行として公的な討議空間に参加すること、すなわち参政権の行使が挙げられるという。そして、成年被後見人選挙権訴訟における東京地裁がいう公選法 11 条 1 項 1 号の立法目的について、「選挙権を行使する者」には「選挙権を行使するに足る能力」が必要であり、「事理を弁識する能力に欠く者に選挙権を付与しない」ことは合理的であるとした点については、「個人の尊厳」概念から導かれる「自ら投票する意思を有する者に対しては、選挙権の行使を妨げてはならない」という公権力を拘束する客観法的原則に適合しているか否かが問題となると指摘する。その上で、立法目的を検討すると、選挙権の行使に「能力」を要求するという立法目的は、客観法としての「個人の尊厳」と「自ら投票する意思を有する者に対しては、選挙権の行使を妨げてはならない」という客観法的原則に抵触するとし、さらに、そもそも選挙権に必要な能力を定義することという点も考慮要素になるとする。これを踏まえると、公職選挙法 11 条 1 項 1 号は立法目的が合理的であるとはいえず、手段審査を行う以前の問題として、違憲という結論が導き出されるべきであったと結論づけた^{xxii}。

森廣の指摘は、興味深い。憲法には、「目的としての人権とその保障を達成すべき手段としての統治機構」という構造があることを意識すると^{xxiii}、公務としての特殊な性格に基づく最小限度の制限や内在的制約等の一定の限界が存在することも事実であるが、定義困難な能力を用いだして、本人の基本的な人権を制限することは不合理であるといえるだろう。

たしかに、実際の選挙制度においては選挙権に関する諸制限が設けられており、

選挙に関する諸事項は、国会が（その裁量の範囲内で）定める法律で定めることができ、一定の制限も行うことができるとされる憲法43条2項、44条、47条といった「選挙事項法定主義」に基づいて行われる^{xxiv}。しかし、選挙権は憲法上保障された重要な権利であり、二元説の立場に立ったとしても、公務性は付加的なものに過ぎないこと、選挙権は公選法により具体化された権利ではないことを踏まえると、その制限について立法裁量を広く認めるべきではないといえる^{xxv}。

さらに、選挙権の権利性の観点から、先の「意思決定能力」を「政治的意思決定能力」で解釈した場合、知的・精神障害の有無を問わず、対象者がかなり限定されると考えられるし^{xxvi}、前述の通り「選挙権に必要な能力」それ自体を定義することが困難である。また、現代の選挙原則には、普通・平等・自由・直接・秘密選挙の5原則があるが、特に、制限選挙に対立する概念で、かつ、現在では平等選挙と不可分とされる普通選挙の観点からいえば、本判決の判例法理の下では、立法目的が合憲であるので、制度さえ整えれば、「障害者」を明文で選挙権資格者から排除することも可能となるので、「障害者」の請求は、普通選挙原則の例外として、認められないことになる^{xxvii}。これは、障害差別といえるだろう。以上を踏まえると、障害の程度を問わず、知的・精神障害を理由に選挙権の享有を制限することは不合理であるといえる。

III 選挙権行使と合理的配慮の要請

前述したように、障害の程度を問わず、知的・精神障害を理由に、特に、「自ら投票をする意思を持つ者」に対して選挙権を制限することを正当化することは困難である。では、知的・精神障害者の選挙権の享有主体性を認めれば、彼らの権利は保障されたといえるのだろうか。知的・精神障害ゆえに、選挙権を行使する際に必要とされる情報の収集や理解、利用の機会が適切に保障されなければ、彼らの選挙権は有名無実なものに成り下がるといえるだろう。

例えば、立岡暁と橋本佳博は、知的障害者の選挙に関する課題として、①選挙公報などの行政の提供する情報、政見放送などの選挙に関する情報に関する課題と②投票所までのバリアや投票所内での課題等を取り上げた。まず、①についてだが、知的障害者は、平易な言葉に置き換えないと理解が困難となることが想定されるものの、選挙公報の発行回数の制限規定（公選法167条1・2項）により、知的障害者向けに選挙公報を発行できないという問題がある。また、②については、投票所まで移動する際に存在する障壁や投票所内の緊張した空気が知的障害者に抑圧として押し掛かるという問題や、投票に際して記号投票の不認可等という問

題が指摘された^{xxviii}。

選挙権を適切に行使するには、有権者が必要かつ十分な判断資料に接することが必要であり、言論・出版などを通じての選挙運動の自由が不可欠となる。しかし、障害者固有の問題ではなく一般論として、選挙運動が放任されると、買収などの腐敗が生じたり、財力によって不当に支配されたりするおそれがあり、一定の調整が必要といえる。こうした調整の一環として、例えば公選法は、文書図画の利用を広範に規制している（143条・143条の2）^{xxix}。一般論として、これらの制限は妥当である。ただし、①知的・精神障害者の選挙権の享有主体性が認められ、かつ②憲法14条が規定する差別禁止を具現化する障害者差別解消法が制定された現在において、少なくとも、知的・精神障害者の選挙権行使の際に直面する社会的障壁に対して、合理的配慮を講じないことは、憲法14条並びに障害者差別解消法7条2項に違反するといえる。

特に、憲法14条を意識したとき、合理的配慮法理とは、多数派基準の偏頗的な社会構造が原因で、少数派の個人が相当程度の不利益を被った際に（社会的障壁）、この社会的障壁を緩和・除去するために、合理的な範囲の積極的措置を要求することを義務づけ（合理的配慮義務）、この義務を履行しなかった場合に差別として認定することができる法理であり^{xxx}、憲法14条が保障する形式的平等の延長線上にある保障として要請されるものである^{xxxi}。ここで求められていることは、障害を理由に、本人の能力の発揮や権利利益を享有・行使が妨げられる事態において、正当な能力の発揮や権利利益の享有・行使がなされるように、合理的配慮を講じることである^{xxxii}。知的・精神障害者の選挙権の問題に即して言えば、立岡・橋本が提示した課題は、まさに社会的障壁の問題といえる。したがって、知的・精神障害者に選挙権が享有されている以上、この社会的障壁を緩和・除去するために、合理的配慮が憲法14条の保障として求められることになる。

IV 知的・精神障害者の選挙権保障の意義

最後に、そもそも知的・精神障害者の選挙権保障を強調する意義について検討していこう。たしかに、選挙権は基本的人権に数えられ、障害者であろうがあるまいが、保障されて当たり前であり、「知的・精神障害者」であることを強調すること自体が、問いとして成り立たない。しかし、それでも報告者がここで強調する理由は、①障害者権利条約の批准に向けた障害者法制度改革の最初期の段階で提出した資料の冒頭で「Nothing about us without us（私たち抜きに私たちのことを決めるな）」というスローガンを紹介しているが、障害者は一般社会から保護

される無力な存在とされ、自分の人生を自らが選択し、自らが決定することが許されなかった経験を踏まえ、「一般社会による保護的支配からの脱却と普通の市民としての権利を持つ人間であることを強く訴える」ためには^{xxxiii}、「政治」という場面においても、その主体性を強調することが不可欠であること、そして、②多数決原理を重視する民主制において、ただでさえ、知的・精神障害者は少数派に属することを踏まえると、彼らの選挙権を軽視することは到底許されることではないこと、が挙げられる^{xxxiv}。

杉浦ひとみが、「被後見人こそ選挙権を認める意義がある」とし、その理由について、「被後見人となる者こそ、社会権の受益だけでなく、自らの力で自由権の行使さえも十分できない場合もあり、国などの施策を必要とする者である」と位置づけ、「選挙によって国政にその需要を届ける必要は、極めて高いといわなければならない」と指摘するように^{xxxv}、成年被後見人をはじめとした知的・精神障害者の利害を国政に届けることは、彼らが保護的支配の客体として位置づけられやすい現実を踏まえると、強調することが求められる。こうしたことを踏まえると、本判決は、選挙権を単なるツールとしてとらえるのではなく、民主主義の根本理念である自己統治に遡って、選挙権の位置づけを論じたとして評価できる^{xxxvi}。

ⁱ 東京地裁判平成25年3月14日判時2178号3頁。

ⁱⁱ 榎透「成年被後見人は選挙権を有しないと定めた公職選挙法11条1項1号の規定は、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書きに違反し無効である」『判例時報』2202号(2014年)149頁。

ⁱⁱⁱ 今川奈緒「公職選挙法11条1項1号の違憲性と成年被後見人選挙権確認訴訟」『賃金と社会保障』1599号(2013年)54頁、小島慎司「成年被後見人は選挙権を有しないとする公選法11条1項1号の合憲性」『法学教室 判例セレクト2013 [I]』(2013年)11頁。

^{iv} 戸波江二「成年被後見人が選挙権をもたないと定める公職選挙法11条1項1号を違憲無効と判示した東京地裁判決」『実践 成年後見』46号(2013年)37-38頁。

^v 前掲注(2) 榎(2014)150頁。

^{vi} 戸波江二「成年被後見人の選挙権制限の違憲性」『早稲田法学』88巻4号(2013年)2頁。

^{vii} 富田哲「成年被後見人の選挙権」『行政社会論集』24巻1号(2011年)102頁。

^{viii} 岡田輝彦「成年被後見人の選挙権の回復等のための公職選挙法等の改正について」『選挙時報』62巻7号(2013年)、高森雅樹「成年被後見人の選挙権の回復」『時の法令』1933号(2013年)参照。

^{ix} 最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。

^x 糠塚康江「成年被後見人は選挙権を有しないとする公選法11条1項1号の合憲性」『国際人権』

- 25号（2014年）108頁。
- ^{xi} 小泉良幸「成年被後見人からの選挙権剥奪が違憲とされた事例」『新・判例解説 Watch：速報判例解説』14号（2013年）3頁。
- ^{xii} 例えば、前掲注（6）戸波（2013）3, 25頁、前掲注（3）今川（2013）54頁等。
- ^{xiii} 有田伸弘「『成年被後見人選挙権回復訴訟』についての若干の考察」『社会福祉学部研究紀要』17巻1号（2013年）5-6頁。
- ^{xiv} 井上亜紀「成年被後見人の選挙権確認訴訟第1審判決」『実践 成年後見』47号（2013年）106頁。同様の指摘として、長尾英彦は、不正投票に巻き込まれるのは、何も成年被後見人のみに限ったことではないし、選挙事務の管理監督や投票補助者の制度の強化などで対応可能と説明した（長尾英彦「選挙権の制限」『中京法学』49巻1・2号（2014年）79-80頁）。
- ^{xv} 渡辺康行「第18章 参政権」渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗著『憲法I 基本権』（日本評論社、2016年）415頁、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第7版』（岩波書店、2019年）270頁。
- ^{xvi} 高見勝利「第11章 参政権」野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利「憲法I 第5版」（有斐閣、2012年）536-537頁、辻村みよ子『憲法 第6版』（日本評論社、2018年）311-313頁。
- ^{xvii} 前掲注（14）井上（2013）104頁。
- ^{xviii} 倉田原志「第15条（公務員の選定罷免権、全体の奉仕者としての公務員、普通選挙・投票の秘密）」木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール 憲法』（日本評論社、2015年）171頁。
- ^{xix} 前掲注（16）高見（2012）537頁、辻村（2018）311-313頁。
- ^{xx} 古い憲法学の教科書でいえば、例えば、美濃部が、「ただし受刑者・禁治産者のごとき特別理由があるものがその資格を除かれるのは、もとより本条〔＝憲法44条。報告者注〕に抵触するものではない」と説明し（美濃部達吉（宮沢俊儀補訂）『新憲法逐条解説』（日本評論社、1956年）117頁）、本判決がくだされるまで、多くの教科書で、同様の姿勢をとってきたことは見逃すことはできない。
- ^{xxi} 前掲注（11）小泉（2013）3頁。
- ^{xxii} 森廣祐也「政治参加と『個人の尊厳』」『学生法政論集』11号（2017年）62-63頁。
- ^{xxiii} 高橋和之「序論」野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法II 第5版』（有斐閣、2012年）3頁。
- ^{xxiv} 新井誠「第15章 参政権」新井誠・曾我部真裕・佐々木くみ・横大道聡『憲法II 人権』（日本評論社、2016年）243-244頁。
- ^{xxv} 森永正之「成年被後見人に選挙権を！」『法学セミナー』701号（2013年）126頁。
- ^{xxvi} 前掲注（14）井上（2013）105頁。
- ^{xxvii} 葛西まゆこ「選挙権と能力」『大東法学』23巻1号（2013年）20頁。
- ^{xxviii} 立岡暁・橋本佳博「知的障害のある人と参政権」井上英夫・川崎和代・藤本文明・山本忠編著『障害をもつ人々の社会参加と参政権』（法律文化社、2011年）52-55頁。
- ^{xxix} 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）411-415頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第4版』（有斐閣、2017年）350-352頁等。
- ^{xxx} 杉山有沙『日本国憲法と合理的配慮法理』（成文堂、2020年）217頁。

- ^{xxx} 前掲注(30) 杉山(2020) 220頁、杉山有沙『障害差別禁止の法理』(成文堂、2016年) 139頁。
- ^{xxxii} 前掲注(30) 杉山(2020) 230-232頁。
- ^{xxxiii} 障がい者制度改革推進会議『障害者制度改革の推進のための基本的な方向(第一次意見)』(障がい者制度改革推進会議、2010年) 1頁。
- ^{xxxiv} 同様の指摘として、三宅裕一郎「成年被後見人に対する選挙権制限の合憲性」『法学セミナー』701号(2013年) 114頁。
- ^{xxxv} 杉浦ひとみ「成年後見と選挙権剥奪問題」『自由と正義』63巻12号(2012年) 40-41頁。
- ^{xxxvi} 村重慶一「成年被後見人は選挙権を有しないと定めた公職選挙法11条1項1号の規定は、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反し、無効である。」『戸籍時報』700号(2014年) 86頁。

判例研究要録

織原保尚（別府大学）

I 障害児教育の侵害：七生養護学校事件（東京高判平 23・9・16）

1 伊藤報告

七生養護学校は小学部、中学部、高等部なる知的障がいのある子どもを対象とした養護学校で、生徒の約半数が、隣接する福祉園に入所していることが特徴であった。自己肯定感を育めない子どもが多く、教員は悩んでいた。そんな中生徒同士で性行為をしていたことが判明し、他の生徒にも性的な問題行動が多いと分かった結果、その対応として性教育「こころとからだの学習」の実践がなされていた。知的障がいのある子どもイメージしやすいように、歌や模型、体験型の教材など工夫を凝らし、また教師が父母と丁寧意見交換をし、子どもたちの個性や育児環境に配慮しつつ、試行錯誤して教材が作られていた。実践は全国の教員の研修で取り上げられるなど、教育界でも評価をされていた。

しかし 2003 年 7 月、都議会で問題にされ、都議 3 名と東京都職員、産経新聞社員が視察と称して学校に乗り込み、教材を持ち去り、教員を罵倒した。同年 8 月には授業の監視として、学校経営アドバイザーが配置された。9 月には年間指導計画が変更させられ、「こころとからだの学習」が行えなくなり、また、校長が平職員に降格、教員 19 名には嚴重注意が行われた。さらに翌年 4 月には教員の 3 分の 1 が異動となり、「こころとからだの学習」は完全に破壊された。

2005 年 5 月東京地裁に訴訟が提起され、慰謝料請求、教材返還請求等がなされた。訴訟の結果としては 2009 年東京地裁判決にて一部認容判決が下されたのち、2011 年東京高裁判決、2013 年最高裁判決ともに、双方の控訴、上告が棄却されている。

訴訟における理論構成の核は、2006 年改正前の教育基本法 10 条、教育に対する公権力の「不当な支配」の禁止に違反し、違法であるというものだった。教育現場で試行錯誤しつつ、教員が子どもたちと向かい合い作り上げた現場の重みと、それを理解していない政治介入は不当、違法であると争った。

訴訟戦略の 1 つは、10 回開いた口頭弁論のたびに、毎回当事者 2～4 名が 1 人 10 分ずつほど意見陳述をすることだった。これは異例のことで、東京地裁の法廷の傍聴席が、毎回いっぱいになった。支援者も多く社会的な事件でもあり、裁判長も話をよく聞いていた。

東京地裁判決の要点としては 1 つ目が、都議らの視察時の言動につき、侮辱による不法行為を認め、都議らの行為を「不当な支配」に当たると認定したこと。2 つ目が、都議らの政治介入を放置したことに対し、東京都の保護義務違反を認めたこと。3 つ目が「嚴重注意」を制裁的行為と認定し、事前の研修や助言・指導を行うなどのプロセスを欠いた「嚴重注意」を裁量権濫用により違法と認定したこ

とであった。

そして東京地裁判決の理由中で「性教育は、教授法に関する研究の歴史も浅く、創意工夫を重ねながら、実践実例が蓄積されて教授法が発展していくという面があり、教育内容の適否を短期間のうちに判定するのは、容易ではない。しかも、いったん、性教育の内容が不適切であるとして教員に対する制裁的取扱いがされれば、それらの教員を萎縮させ、創意工夫による教育実践の開発がされなくなり、性教育の発展が阻害されることにもなりかねない。性教育の内容の不適切を理由に教員に制裁的取扱いをする場合には、このような点についての配慮が求められる」とした部分は、原告団が最も訴えたかった「教育の現場性」についてであり、試行錯誤しながら作り上げた教員たちの現場性を大事にするということだった。ここが評価されたのは、毎回当事者の原告の方々が意見陳述をして、膨大な話をしたのが反映されたと考えている。

2 名川報告

性教育は90年代からある程度進展を見せていたが、七生養護学校事件がその後の性教育バッシングの展開促進という意味で、非常に重要な意味を持った位置づけにある。

現在の動向としては、2009年にユネスコで国際セクシュアリティガイドランスというマニュアル的なものが報告され、2017年にはその日本語版も刊行されている。

そのような中で各現場では地道な努力が続けられている。特別支援教育の中でも学校ぐるみで性教育を行い、保護者からも肯定的に受け止められている取り組みがある。しかし現場では、学習指導要領などにより制限がかけられ、性教育がやりにくい状況にある。研究では、性教育を行うことで、子どもたちが性に関して慎重に関わるようになったという結果も出ている。インターネットを含めて非常に多くの性の情報が飛び交っている。その中で「寝た子を起こすな」というのは難しい。

事件の背景として、おそらく性と性教育に関する否定的な態度がある。否定的な態度、規範は道徳観や性教育への消極的役割論が共有されていて、その中で「らしからぬ行動」をしたときに、社会的なサンクションを受けることがある。支援の中でもそれが感じられる。風土などの議論も必要だと思うが、日本の中ではパターンリズムがベストであり、性と性教育についてはリスクと認識されている。

知的障害と性の研究対応は不十分であることが問題視されており、必要性の説明も不十分である。児童生徒や大人の性に関する前向きな認識や取り組みを正當に評価している。プログラムも十分ではない。日本は、LGBT等の研究、障害のある方の研究がまだ芽を出していないといわれている。

知的障害のある方の子育ての問題について、英国では70年代から研究、実践がされている。日本では、統計的な取組も十分ではない。現状では知的障害者が結婚した場合、子どもを産むかどうかでなく、産ませるか産ませないかの問題となる。「私が責任を持つ」というところからスタートする。社会の体制としてサポ

ートできていないため、より一層結婚、出産にネガティブな印象があると認識している。

大阪で知的障害のある母親が、子育てがうまくいかず、毎晩飲み歩いて泥酔し、夫に腹を蹴られて窒息死をした事例がある。英国では、チームとして取り組み、結婚をするかどうかの段階から、子どもが生まれ、育ち、思春期がきて、親を知的に超えるまで、継続的に支援する取組が行われている。この家族が英国にいれば、このようにならなかったのではないか。

意思決定支援の場面では本人と支援者、また、支援者同士でコンフリクトがあり、トラブルととらえられる。性的な関わりは、本人がわがまま、リスク、危険なことをするという領域になる。意思決定支援においては、〇〇さんと結婚したいなどは、頻繁に出てくる課題である。それに全て蓋をすることはできない。リスクについて積極的に真面目に、継続的に考える必要がある。2010年前後には英国のNHSで、公的にリスクを考える報告書が作成されている。日本ではリスクに対する考えは十分でない。

メルボルンの大学でもリスクについてポジティブに考えるプログラムが取り組まれている。リスクはあるが、生じるハームを軽減しつつ、その人がしたいことや本来望むことを、前向きに誠実に向き合うために、前向きに整理をし、捉え直しを行うことをしている。限界はあると思うが、リスクであることを、いたずらにダメという取り組みの方向性ではない。

3 質疑応答

伊藤報告者が意見陳述についての質問で、傍聴席や裁判官に原告の生の声を届けられたのが大きかったと回答した。裁判後の東京都の性教育の方針についての質問には、残念ながら大きな変更はなかった。2003年に事件があり指導要領が書き換えられ、2006年から裁判があり2013年に判決。その時には変わったというのが実際である。しかし、思いを持った先生が萎縮していたのを、少しでも勇気づけることができたという回答した。

性教育の必要性についての質問で、名川報告者が、性教育は「障害の有無にかかわらず」という点で必要だと思っており、人と人が関わる時、よりよい関係性を結べるようになることも含め、包括的に性教育の捉え直しが必要と回答した。また、伊藤報告者は、七生の先生が言うには、「あの子たちは寝てない」。だからこそ、その子たちに正しい知識を教えなければならないという思いでやっているという言葉が印象に残ったとコメントした。

棟居会員による障害者だからこそ豊かな世界を実現しようとする。そして障害者に補助的な手段を使いながら同じような豊かな自己実現をしていくというように、健常者と障害者を統一的に理解し、文字通りの「自己実現」が本当にできるようにしなければならない、というコメントを受けて、名川報告者が、本人がどういう風に自己実現するかを僕らが支援する立場にある。さらに、日本は性に関して慎ましやかだ、等もバックグラウンドとして整理し、ポジティブによいモデ

ルを提供できるように作り上げるべきである。宗教的な観点なども整理し、日本のメンタリティに合致するよう分析されると良いとコメントした。また、英国におけるチーム支援について問われ、英国では支援プロセスが一般的にあり、作業療法士や心理士などは外に出て、そこにいる人にずっと関わるスタイルであり、カリキュラムも多い。その仕組みの日本での具現化は難しいが、現状はある程度似た動きを行っていることもあると回答した。ポジティブリスクテイキングについて問われ、周りの人との関係性が重要。周到に段取りを作った上でやる必要があると回答した。

今後の性教育についての質問に対し、伊藤報告者は本来知るべきこと、伝えられるべきことは当然誰もが分かる話ではなく、教育の中でやることは必要と回答した。名川報告者は、現在は生産性が重視される日本中の流れの中で、誰もが結果をどう出すかを目標として持たざるを得ない。その中に個別的に性教育だけがどのように議論されるかを考えても、難しいと回答した。また、伊藤報告者と共に事件を担当した杉浦ひとみ弁護士が、知的障害者が自分の性のプライベートな部分をどれほど大事にするかを全く教えないまま、性被害におかれている。それを考えるときに、思想や道徳と同じように個々人で自由に考えていくという高いレベルにあるわけではない。一定の自由な選択ではなく、もっと低いレベルにある問題であるとコメントした。

II 成年被後見人選挙権確認訴訟第一審判決（東京地判平 25・3・14）

I 杉浦報告

成年後見制度を利用したことによって選挙権を奪われた当事者が、選挙権の存在を確認せよと、裁判を起こした。原告は、1962年生まれのダウン症の女性。女性の父親は、障がいを持つ人の人権問題に真剣に取り組んできた方で、当事者の自立と尊重を図る制度として成年後見制度を使うことにした。原告は成人以来27年間、父母と選挙に行っていた。原告は「選挙に行かれなくなって、つまらない」と言う。親御さんは、これまでも障害問題で苦勞させてきたのに、この子の主権を奪ってしまったと、慚愧の念で死んでも死にきれないとのことであった。

成年後見制度導入から10年以上経ち、当事者の中では選挙権回復をしたいという声があった。しかし、選挙権の回復を争うには憲法訴訟だが、憲法訴訟は難しく、負けることが多く、実現しなかった。人生の荒波を超えてきた障害者が、この人は自分のことを代表してくれる、という見る目があるかもしれない。選ばれる側の国会議員が、あなたには議員を見る目が無いと言えるか。そう思った時に、選挙に関する能力を国が決めるのはおかしいと考えた。

憲法も、自由権規約も、能力によって選挙権を積極的に制限していない。選挙によって国政に声を届ける必要がある、また主権ある存在であると宣言することも、意味があるのではないか。仮に選挙に能力が必要だとしても、成年後見人制度は財産管理に主眼を置いており権利擁護のためのもの。これを使って選挙権を奪うのは、むしろ背理となる。

この裁判を通じて、「おかしい」という市民の意識、それを喚起する、促す、理解する、障害者を理解することもしていかなければいけないと思った。報告集会や裁判の決起集会で当事者の話は多くの方の心を動かした。

裁判では裁判長は、非常に重要な問題だから迅速に解決する、また海外からの情報もたくさん欲しい、と言った。

学者もいろいろな意見を出した。国側が能力による制限の正当性の根拠として提示した文献を書いた奥平康弘名誉教授は、選挙制度も成年後見人制度も動いているので、四半世紀も前のものを勝手に出されては困ると、新たに意見書を書いた。

海外の例としては、オーストリアで同国の憲法裁判所が1987年に違憲として判断し、その後新たな立法がなされることなく既に25年が経過している例などがある。

東京地裁判決は能力について、「選挙権を行使するに足る能力があることが必要」とした。しかし成年被後見人の定義は、事理弁識能力を欠く常況から脱して能力を回復することがある者を含むので、そのような場合に選挙権の行使を認めないことは憲法の意図ではないとし、違憲と判断した。「能力があることが必要」とした判決の理由付けには、原告、弁護士も非常に不満を持っていた。しかし、最高裁はこれまで選挙権の能力について肯定しており、今回の判決でこの点に反して能力不要とした場合、上告審で覆される可能性が大きかったのではないかと。

この裁判では、立法化がすぐに促されたのが大きな成果だった。原告もしっかりした方で、この方の選挙権を奪ったのかと法廷も知った。裁判所は、「どうぞ選挙権を行使して社会に参加して下さい。堂々と胸を張っていい人生を生きて下さい」と語った。当時判決をうけて公明党と面談をしたとき、原告を見て、このような方から選挙権を奪っていたのは申し訳なかったと頭をさげた。現実には誰から選挙権を奪っていたか、行使しようとしていたか、その現実が裁判を動かした。法律は単に机上で動くわけではなく、事実が判例をうごかし、裁判所が議論を動かすことを感じた裁判だった。

2 杉山報告

成年被後見人選挙権確認訴訟は、人権論の観点からは極めて重要な違憲判決であると評価されている。憲法学は、本判決以前において、公選法11条1項1号の憲法適合性について本格的な検討をしてこなかった。成年被後見人の対象となるような知的・精神障害者の選挙権を、どのように理解すべきか。本報告ではこの点を検討する。

本判決では、立法目的に合理性があるとした点に対して、多くの論者から批判された。能力に関わりなく不正は起きる現実を指摘し、公選法11条1項1号の立法目的として「選挙の公正の確保」をあげること自体問い直す必要があるとする意見に同意し、選挙権は公務としての性格を併せもつから能力が必要であるとする主張について検討する。報告者は、成年後見制度を利用する知的・精神障害者だとしても、憲法学の権利享有主体として想定する個人が具体的な個人ではな

く抽象的な個人である以上、知的・精神障害を理由とした選挙権の享有の制限は不合理だという立場である。

選挙権についての学説として、通説の二元説、それに対する有力な批判として権利一元説がある。近年まで「事理を弁識する能力を欠く常況」にある成年被後見人には「政治意思決定能力」も欠くという思い込みが存在し、これにより、成年被後見人の選挙権の議論が適切になされてこなかった。公選法の規定は選挙権の行使に「能力」を要求する点で、立法目的が合理的ではなく、手段審査以前の問題として、違憲とするべきだったとする説がある。選挙権は憲法上保障された重要な権利であり、二元説の立場に立ったとしても、公務性は付加的なものに過ぎず、選挙権は公選法により具体化された権利ではないことを踏まえると、制限について立法裁量を広く認めるべきではない。普通選挙の観点からは、本判決の判例法理では立法目的が合憲であるので、制度さえ整えれば「障害者」を明文で選挙権資格者から排除することも可能となる。これは障害差別といえる。障害の程度を問わず、知的・精神障害を理由とした選挙権の享有の制限は不合理である。

知的・精神障害ゆえに、選挙権を行使する際に必要とされる情報の収集や理解、利用の機会が適切に保障されなければ、選挙権は有名無実なものになる。公選法が改正された現在において、この点が重大な問題である。選挙公報などを知的障害者が理解困難であることや、投票所まで移動する際の障壁などがあるが、障害を理由に、本人の能力の発揮や権利利益を享有・行使が妨げられる事態において、正当な能力の発揮や権利利益の享有・行使がなされるように、合理的配慮を講じることが求められる。知的・精神障害者に選挙権が享有されている以上、この社会的障壁を緩和・除去するために、合理的配慮が憲法14条の保障として求められる。

知的・精神障害者の選挙権保障を強調する意義について。本判決は、選挙権を単なるツールとしてとらえるのではなく、民主主義の根本理念である自己統治に遡って、選挙権の位置づけを論じたとして評価できる。しかし、知的・精神障害者が選挙に参加できること自体に満足するのではなく、選挙権を通じて主権者として国政に参加し、利害関係の少数派である事実を意識し、より実効的に自らの利害を国政に届けることができるよう、その法枠組みを注視していくことが必要だ。

3 質疑応答

杉浦報告者は報告の追加として判決文中の「我が国の国民には、様々なハンディキャップを負う者が多数存在するが、そのような国民も本来、我が国の主権者として自己統治を行う主体であることはいうまでもないことであって、そのような国民から選挙権を奪うのは、まさに自己統治を行うべき民主主義国家におけるプレイヤーとして不適格であるとして主権者たる地位を事実上剥奪することにはほかならない」とした部分を、裁判官たちの本意ではないかとして紹介した。

経済的、精神的に制限をうける者、投票所まで行けない者などの選挙権を保障

するには、法改正を待つしかないかとの質問に対し、杉浦報告者は、選挙権を行使するためにアクセスする制度の整備も大事である。法による作成や、地域の選挙管理委員会が工夫することも必要で、当事者の要求を取り入れる必要があると回答した。ちなみにコスタリカでは非常に選挙権を重く考えおり、障害がある方のために折れないクレヨンを設置していて感動したとコメントした。杉山報告者は、合理的配慮してとらえることができ、憲法14条で保障され、その要請で主張できる。法律の制定を待たずとも十分可能と回答した。さらに、身体障害のため投票に行くことが難しい例が会場から出た後に、杉浦報告者は、選挙制度が不十分なのは現実だが根拠としては合理的配慮でできる。学者、支援者が立法化に向けて動くのが一番よいと回答した。杉山報告者は英国の例を挙げ、金銭的な保障も合理的配慮の問題とされ、サービス提供にあたり本人の主張前に配慮をし、一度認識したら再び起きないよう対策する予想型合理的配慮があると紹介した。

知的・精神障害を一括して検討したことと、合理的配慮の関係についての質問に対し、杉浦報告者は合理的配慮についてカテゴリで考えているのではない。何らかの障害をもったときに、個別具体的にその人が権利を行使する際、個別具体的に提案の形式で進めるのが合理的配慮であると回答した。

ドイツでは日本での公職選挙法改正の動きが影響を与えたというコメントから、障害者権利条約の29条は政治参加に関するものだが、12条全般が本来法的能力をカバーするものである。29条で認められたのが、12条全般の法的能力をすべての人に認めていくという道筋や実践例があるかという質問に対し、杉山報告者は現在の障害者権利条約は成年後見制度自体に否定的であることを指摘し、選挙権の例が他の部分に影響を与えないことを条約は意図していないとコメントした。

選挙権行使の前提として知的障害の主権者としての教育についての質問に対し、杉浦報告者は、徹底して選挙がどのようなものか、分かりやすく伝えないと、選挙権を保障したことにならない。障害者にかかわらず主権者として投票権を持つ人への教育は必要とコメントした。杉山報告者は同様の意見としつつ、英国ではメンタルキャパシティアクトによって、意思決定能力について法律で定められる。性教育も含め、ものごとの判断など、教育の達成度の1つのメルクマールとして法があり、取り組みが参考になるとコメントした。

学会記事

1. 第4回研究大会

2019年11月16日(土)、田園調布学園大学2号館221教室にて、第4回日本障害法学会研究大会が開催されました。多数の御来場を頂きまして誠にありがとうございました。

判例研究の部では、織原保尚会員の司会で、「七生養護学校事件(東京高判平23・9・16)」と「成年被後見人選挙権確認訴訟第一審判決(東京地判平25・3・14)」が取り上げられました。前者は伊藤敬史弁護士及び名川勝会員による報告、後者は杉浦ひとみ弁護士及び杉山有沙会員による報告がありました。どちらも、フロアを交えた活発な質疑応答がなされました。

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(福祉・刑事司法と障害法の課題)は、植木淳会員の司会で、宍倉悠太会員が報告を行った後、内山真由美会員及び池原毅和会員がコメントを行いました。続けて、シンポジウム②(優生思想と障害法の課題)は、東俊裕会員及び金子匡良会員が報告を行いました。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、本誌所収の各論考をご覧ください。

第4回研究大会の開催校である田園調布学園大学の引馬知子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」

第1号～第4号の全文は、日本障害法学会のホームページ(<https://disability-law.jp/category/journal>)でも公開します。執筆者の方々に心から御礼を申し上げます。

第5号への論文投稿をお待ちしています。投稿要領は本誌に掲載されていますので、ご確認ください。

第4回日本障害法学会研究大会プログラム

<開催日時>

【日時】2019年11月16日(土) 9:50-17:40

【場所】田園調布学園大学 2号館 221教室

【プログラム】

9:50-12:10 判例研究：障害児教育と選挙権

司会：織原保尚 会員

判例研究1：七生養護学校事件（東京高判平23・9・16）

報告：伊藤敬史 弁護士（9:50-10:10）

報告：名川勝 会員（10:10-10:30）

質疑（フロアを交えて）（10:30-11:00）

判例研究2：成年被後見人選挙権確認訴訟第一審判決（東京地判平25・3・14）

報告：杉浦ひとみ 弁護士（11:00-11:20）

報告：杉山有沙 会員（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：福祉・刑事司法と障害法の課題

司会：植木淳 会員

報告1：青木志帆 会員（13:50-14:15）

「累犯障害者とダイバージョン」（仮題）

報告2：宍倉悠太 会員（14:15-14:40）

「発達障害を有する非行少年」（仮題）

コメント1：内山真由美 会員（14:40-14:50）

コメント2：池原毅和 会員（14:50-15:00）

質疑（フロアを交えて）（15:00-15:35）

15:50-17:35 シンポジウム②：優生思想と障害法の課題

司会：浅倉むつ子 会員

報告1：東俊裕 会員（15:50-16:15）

「旧優生保護法訴訟」（仮題）

報告2：金子匡良 会員（16:15-16:40）

「旧優生保護法と憲法」（仮題）

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3号 (2019年11月)

目次

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
---	-----------------	----

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」執筆要領

(2020年7月13日理事会承認)

- ・原稿締切(最終締切)は当該号刊行年の8月末日です(厳守)。原稿提出に際しては、著者名及び題名に欧文を付してください。原稿は、横書きとし、学会事務局長にデータで提出してください。
- ・シンポジウム報告は16,000字以内、シンポジウムコメントは8,000字以内、シンポジウム要録は2,000字～3,400字、判例研究は8,000字以内、公募論文は16,000字以内をお願いします。
- ・原稿冒頭に題名・著者名・目次を付してください。図表は制限枚数内に収め最小限にしてください。数字は原則としてアラビア数字を使用してください。
- ・論文中の見出し番号は、下記の通りとしてください。

第1段階	I	II	III	第4段階	a	b	c
第2段階	1	2	3	第5段階	(a)	(b)	(c)
第3段階	(1)	(2)	(3)				
- ・脚注は本文末尾に一括して掲げてください。
- ・日本語の引用文献に関して、①書籍の場合は【著者・編者名『書名』(出版社名、発行年)該当頁】、②雑誌掲載論文の場合は【著者名「論文名」雑誌名巻号数(発行年)該当頁】を記載してください。外国語の引用文献に関しては、各法領域の代表的な記載方法によってください。
- ・校正における修正は最小限とするように御配慮下さい。
- ・『障害法』に論稿を掲載する者は、電子ジャーナルへの掲載にも同意したものとして取り扱います。

日本障害法学会学会誌「障害法」投稿要領

(2020年7月13日理事会承認)

- ・学会誌「障害法」に論文の掲載を希望する会員は、当該号刊行年の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、同年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1,000字程度の要旨を付してください。
- ・「採用」された論文は当該号刊行年の8月末までに、また「補正の上採用」とされた論文に関しては、同年7月末までに完成原稿を提出してください。
- ・掲載が決定した投稿者は、電子ジャーナルへの掲載にも同意したものとして取り扱います。