

日本障害法学会編 障 害 法

第6号 (2022年11月)

特集 1 障害年金制度の課題

企画趣旨	福田 素生	3
障害年金における障害認定の現状	安部 敬太	7
コメント	藤岡 毅	21
目的から考える障害年金の要保障事由	永野 仁美	29
コメント	関哉 直人	41
コメント	橋本 宏子	45
シンポジウム要録	福田 素生	55

特集 2 障害者の政治参加

企画趣旨	金子 匡良	61
障害をもつ人の社会参加と参政権の発展	井上 英夫	63
コメント	杉山 有沙	81
障害者の政治参加—国際比較の視点から	小林 昌之	89
コメント	浅野 宜之	97
シンポジウム要録	金子 匡良	103

判例研究① 川崎就学訴訟（横浜地判令 2・3・18）

川崎医療的ケア児就学裁判横浜地裁判決について —総合的判断における人権としてのインクルーシブ教育と 保護者の意見と専門家の意見の位置づけについて—	大谷 恭子	109
川崎就学訴訟横浜地裁判決（令和 2 年 3 月 18 日）の問題点	廣澤 明	117
判例研究要録	平田 厚	125

判例研究② ハンセン病家族訴訟（熊本地判令 1・6・28）

ハンセン病家族訴訟判決の意義 —違憲法制度による国の偏見差別作出責任及び同除去義務—	八尋 光秀	131
ハンセン病家族訴訟熊本地裁判決	角松 生史	141
判例研究要録	平田 厚	149

公募論文

コロナ禍におけるトリアージと障害者の保護	矢田 陽一	155
----------------------------	-------	-----

学会記事

特集 1

障害年金制度の課題

企画趣旨

福田 素生（埼玉県立大学）

- I はじめに
- II 本シンポジウムで議論すること
- III 本シンポの進め方

I はじめに

障害年金は、稼得が不十分な障害者にとって重要な所得保障制度であり、特に、（施設を出て）地域で自立を目指す障害者にとっては命綱といっても過言ではない。ところが近年、制度への信頼を揺るがす深刻な出来事が相次いでいる。ここでは、代表的な事例などを二つご紹介したい。一つは、就労している知的障害者に関する滋賀県の事例で、一たん不支給と裁定されたケースについて、訴訟と並行して再度の裁定請求を行い、支給裁定を得たものである¹。もう一つは、不支給割合が都道県間で最大で約6倍の差があるという地域差の問題で、厚労省もその存在を認めている²。すなわち、同等の障害の状態にあっても、認定を受けた時期、場所、担当の認定医などにより支給の可否が異なる看過できない不公平があることを疑わざるを得ない状況である。

これらの障害認定に関する問題については、障害認定基準の改正、「精神の障害に係る等級判定ガイドライン」の作成や障害年金センターでの一元的な認定などにより、部分的な改善が図られているが、逆に多数の年金受給者の支給停止の可能性を生じさせてもいる。そして、障害の認定を、（稼得能力の喪失、低下ではなく）日常生活能力に基づき、内部の規則により、保険者に属する認定医が書面審査で、ほとんどの場合単独判断により行う点は変わっておらず、障害認定の基準と方法³の両面で、年金を支給されるべき障害者が過不足なく、公平に障害年金を受ける仕組みになっているのか、検討する必要がある。

II 本シンポジウムで議論すること

障害年金をめぐる論点は、ミクロからマクロまで極めて多岐に渡る。例えば、初診日、認定日などの支給要件や、障害認定の基準や方法、年金額の水準などを挙げるができる。また、障害年金を含めた障害児・者に対する所得保障制度の全体像について、障害者雇用、介護や訓練等給付など隣接の諸制度との関係を

含め、社会保障制度全体を視野に入れて総合的に議論しなければならない。特に、今後マクロ経済スライドの適用が本格化すれば、相当の減額が予想される障害基礎年金を含めた障害児・者の所得保障制度の全体像は重要なテーマになろう⁴。

しかし、報告者が2人という小規模なシンポであり、議論の拡散を防ぐため、本シンポのテーマは、公平な障害年金の支給と密接に関わる障害認定の基準と方法の問題、および障害認定の基準が整合的なものとしてそこから導かれるはずの障害年金の目的ないし要保障事由の問題に絞らざるをえない。障害認定の基準は、そもそも障害年金の制度目的に沿ったものになっているだろうか。そして、障害認定の基準をテーマとするに当たっては、障害者雇用促進法に基づく障害者雇用率制度や障害者総合支援法の訓練等給付による福祉的就労などにより、障害者の就労が少なくとも表面的には一定程度改善されている中で、稼得活動の中心となる就労と障害認定の基準の関係について、焦点を当てて議論したいと考えている。なお、前述の多岐にわたる論点は、相互に関連することも多く、障害認定の基準に絞って議論するといっても他の論点に触れざるを得ない場合もあるが、本シンポでは、障害認定の基準に関連する論点に限って言及することをあらかじめお断りしておきたい。

III 本シンポの進め方

本シンポは、2つの報告とそれぞれに対するコメント及び全体の議論を踏まえた総括的なコメントから構成され、その大まかな流れは以下の通りである。

最初の安部報告「障害年金における障害認定の現状」では、豊富な実務経験を踏まえ、現行の障害認定の基準の法的枠組み、実際の認定の状況とその問題点を、2級の障害年金を中心に論ずる。特に、膨大で複雑な障害認定基準を類型化し、障害の種別によって、就労し所得を得ながら年金を受給できる場合がある一方、就労できず所得がないにもかかわらず、年金を受給できない場合が少なくないなど具体例にも触れながら、各障害種別に共通する障害認定の基準の考え方がないことを問題点として指摘する。また、ほとんどの場合、単独の認定医の判断に依存している障害認定の方法についても課題が指摘される。

それを受け、藤岡弁護士から、安部報告を丁寧に整理した貴重な指摘と評価した上で、私見と断って障害年金制度全般に関する提言（そもそも障害基礎年金と障害厚生年金は全く別の理念から構築・考察すべき別物など）が行われる。

次の永野報告「目的から考える障害年金の要保障事由」では、安部報告を踏まえ、障害認定の問題点を確認した上、障害認定が障害年金の目的や要保障事由に沿っ

たものになっておらず、齟齬があることを指摘する。障害年金の目的、要保障事由について法理論面からの検討を行い、(労働による)稼得能力が喪失、低下した場合に所得保障を行うこととする障害年金制度の目的に関する政府の説明なども踏まえ、障害年金の目的⁵、要保障事由、制度目的に沿った障害認定の基準、年金額(通減制)や認定の方法などについて提言を行う。

それを受け、関谷弁護士から社会モデルを踏まえた要保障事由や目的の捉え直し、認定基準や方法の見直しを提言する永野報告に賛意が示され、私見として、その場合、社会的障壁の除去により障害年金は不要との結論になりかねず、注意が必要なことが指摘される。

最後に橋本名誉教授から、シンポジウムの趣旨や両報告に一定の理解、評価を示した上、「障害年金を人権論として根拠づけることの重要性」について、私見としてコメントされる。人権論から(拋出制の)障害年金制度の具体的な在り方を導出することの難しさを認めつつ、憲法13条や障害者権利条約を手がかりに、障害者が尊厳を持った人間として生きられよう人権論の精緻化や深化に努力したいと述べる。

本シンポジウムを通じて、障害認定の基準や方法などに関する骨太な議論の土台となるものが多少なりとも提供できれば幸いである。

¹ 詳細は、土井裕明「障害年金不支給裁定取消請求訴訟を振り返る」『賃金と社会保障』1515号(2010)4-11頁参照

² 精神・知的障害に係る障害年金の認定の地域差に関する専門家検討会資料(厚生労働省ホームページ)参照

³ 社会保険の保険者による保険事故の確認行為という共通の性質を有する介護保険の要介護認定の場合、施設入所高齢者のタイムスタディに基づく膨大な実証データを踏まえて基準が作成され、被保険者の面接調査の結果について、保健、医療、福祉の専門家からなる介護認定審査会の合議による判定を踏まえて、保険者が認定することを法定している。それでも要介護認定の地域差を指摘する声があることは周知のとおりである。

⁴ 詳細は、河野正輝『障害法の基礎理論』(2020年、法律文化社)216-249頁、福田素生「障害年金をめぐる政策課題」『社会保障研究』4巻1号(2019年)92-96頁を参照。

⁵ 障害を「社会モデル」で捉える潮流を踏まえ、「障害者が社会の中で被る不利益も勘案した上での「稼得活動の制限」に対し、所得保障給付を行うこと」を制度目的とする。

障害年金における障害認定の現状

安部 敬太（社会保険労務士）

はじめに

I 法令上の障害認定の基準および国の解釈

II 認定基準による認定

III 認定方法

まとめ～認定の問題点

はじめに

国民年金法（以下「国年法」）および厚生年金保険法（以下「厚年法」）による障害年金は、日本においては、国による社会保険として、障害者に対して給付される現金給付の中核をなす。障害年金は、これらの法に基づき裁定され、支給されるものの、どういう場合に障害年金の支給対象となるかは、老齢年金や遺族年金に比して、法令上あいまいである。

本稿は障害年金における障害認定がどのように行われているのか¹、その際に主に社会的参加制約、とりわけそのなかでも稼得活動の制限の程度はどのように扱われているのかについての現状把握をめざしたものである。障害者権利条約とその批准に向けた国内法の整備として改正された障害者基本法は、障害は社会が作り出すものであるという社会モデルとして障害を捉えることを重視している。障害年金においては、それと対置される医学モデルに基づいて障害を捉えて、障害の程度（等級）の認定が行われ、それにより障害年金の支給対象とするか否かを画しているのではないかと²という視座から検討を加えてみたい³。

本稿では等級については、3級についても若干言及するものの、主に2級について検討する。2級までしか支給対象とされない障害基礎年金単独の受給者は障害年金受給者全体の8割を占め、障害年金全受給者のうち2級は6割で、1級と合わせると94%に達し⁴、多くの場合に障害の程度が2级以上と認定されるかどうか、障害年金が支給されるか否かを画するからである。

I 法令上の障害認定の基準および国の解釈

1級および2級の障害事項は、厚年法に基づく給付も含め⁵、国年法施行令（以下「国年令」）別表に掲げられ、3級および障害手当金のそれは厚年法施行令（以下「厚

年令)」別表1および2に掲げられている⁶。

国年令2級①(1号を指す。以下同じ)から⑭では外部障害に関する機能障害が列記されている。これらは2つに分けられる。一つはその規定だけで客観的に等級認定できる、①両眼の視力がそれぞれ0.07以下等、②両耳聴力レベルが90デシベル以上、⑥両上肢のおや指及びひとさし指又は中指を欠く、ほかに⑨、⑪および⑬である。もう一つは、抽象的内容を含み等級認定にはさらなる基準が必要なもので、③平衡機能に著しい障害を有するもの、④そしゃくの機能を欠く、⑧一上肢の機能に著しい障害、⑫一下肢の機能に著しい障害、ほかに⑤、⑦、⑩および⑭である。後者にある「著しい障害」などの抽象的な規定については、国はその内容を通知「国民年金・厚生年金保険 障害認定基準」⁷(以下「認定基準」)において具体的に記載している。認定基準には、平衡機能、そしゃく、言語、体幹の各障害に関してはその部位や器官の機能障害に直接起因する生活動作等についての活動制限の程度を、肢体障害に関しては関節可動域等により機能障害の程度を記載している。

一方、2級⑮は「前各号に掲げるもののほか、身体の機能の障害又は長期にわたる安静を必要とする病状が前各号と同程度以上と認められる状態であつて、日常生活が著しい制限を受けるか、又は日常生活に著しい制限を加えることを必要とする程度のもの」とされ、同①から⑭までを除く障害の場合で2級に該当する程度が規定されている。これは「包括条項」といわれている。同⑯は「精神の障害であつて、前各号と同程度以上と認められる程度のもの」、同⑰は「身体の機能の障害若しくは病状又は精神の障害が重複する場合であつて、その状態が前各号と同程度以上と認められる程度のもの」であり、この⑯と⑰の「前各号と同程度以上と認められる程度のもの」とは主には⑮の内容を指すものと解される。

認定基準の一般的障害の程度(障害の状態の基本)⁸において、国年令2級⁹とは「日常生活が著しい制限を受けるか又は日常生活に著しい制限を加えることを必要とする程度」であり、これは「必ずしも他人の助けを借りる必要はないが、日常生活は極めて困難で、労働により収入を得ることができない程度のものである。例えば、家庭内の極めて温和な活動(軽食作り、下着程度の洗濯等)はできるが、それ以上の活動はできないもの…活動の範囲がおおむね家屋内に限られるものである」とされている。ここで、国は、個人の個々の動作(個々の身体部位の連関は必要であっても、それぞれは独立した動作である、食べる、つかむ、歩く、持ち運ぶ、立ち上がる、座る等)レベルの活動制限ではなく、それらの総体としての稼得活動制限の程度および可能な活動の軽重の程度ならびに活動可能範囲等(以

下「全般的活動制限・参加制約」により等級を画し、2級は稼得活動や家庭内の極めて温和な活動を超える活動ができず、活動範囲がおおむね家屋内である程度であると説明しているのである。

一方、3級と障害手当金（3級の2年分を基本とする一時金）の包括条項では日常生活に代わって労働制限の程度が規定されている。3級は厚年令別表1⑫「前各号に掲げるもののほか、身体の機能に、労働が著しい制限を受けるか、又は労働に著しい制限を加えることを必要とする程度の障害を残すもの」等¹⁰および⑭「傷病が治らない¹¹で、身体の機能又は精神若しくは神経系統に、労働が制限を受けるか、又は労働に制限を加えることを必要とする程度の障害を有するものであつて、厚生労働大臣が定めるもの¹²」であり、障害手当金は厚年令別表2⑮「…身体の機能に、労働が制限を受ける…もの」等¹³である。認定基準の一般的障害の程度の記載においては、3級と障害手当金については厚年令別表にある「労働に著しい制限」や「労働に制限」という上記とまったく同一の記載があるだけで、具体的な記載はなされていない¹⁴。

II 認定基準による認定

通知である認定基準による認定は、以下のとおり行われている。

1 客観的機能障害による等級認定

認定基準の個別基準（部位別または傷病別の等級認定基準をいう。以下同じ）において、欠損部位、検査数値または医学所見等の客観的に確認可能な機能障害（特別な治療や人工物装着を含む）によって等級を画することが明示されている場合については、等級と「全般的活動制限・参加制約」とを関連づける記載はないため、稼得活動の制限とは無関係に、客観的機能障害の該当性のみで等級が認定される。この場合は、上記1の一般的な障害程度の説明に反して、下記2(2)と(3)で問われる、稼得活動が可能か否か、家庭内の極めて温和な活動以上の活動が可能か否か、活動範囲が家屋を超えるか否か等の全般的活動制限・参加制約は問われることはない。つまり、稼得活動が制限を受けず、稼得所得が平均的なレベルを大幅に超えていようと、活動範囲がどれだけ広範囲に及んでいても、客観的機能障害が2級に該当してさえいれば、それだけで2級と認定される。年収2000万円のデスクワークで働く人が交通事故による脊髄損傷で両下肢完全麻痺となり、車椅子生活となった場合には、年収が従前と同じであっても障害年金が支給される。

政令に規定された障害事項（2級では①～⑭）のほか、個別基準には包括条項が適用される障害¹⁵についても、部位や障害によっては客観的機能障害により等

級を画するとの記載のあるものがあり、ほとんどの外部障害についてはこの認定方法により等級が画される¹⁶。

2 上記1を除く障害の等級認定

この場合は、稼得活動ができないなど全般的活動制限・参加制約が極めて大きくても、2級と認定されないことがある。

(1) 客観的に機能障害の程度が示せない障害

認定基準の個別基準に記載がないか、記載があっても、客観的機能障害と等級との関係が記載されていない障害が多数ある。この場合には、その機能障害の重さを検査数値または医学所見等で客観的に示せない、または、一定客観的に示しても2級以上については個別基準に記載がないために、稼得活動ができなくても、2級と認定されない。

a 難病やがん等

客観的な機能障害の重症度が示せない難病（強皮症等）やがん（治療中の副作用、術後後遺症を含む）等の内部障害（精神障害を除く）については、下記(2)で問われる、家庭内の極めて温和な活動以上の活動が可能か否か、活動範囲が家屋を超えるか否か、少しは介助が必要か否か、稼得活動が可能かどうか等の全般的活動制限・参加制約の程度が審査対象とされる前に、客観的な機能障害が示せないという、ただその点だけで、等級該当性の検討自体から除外されることが多い。結果、働けなくても、家庭内の極めて温和な活動以上の活動ができなくても、活動範囲がおおむね家屋にとどまっていたとしても、2級と認定されない。専門医であっても客観的に重症度を示せない強皮症により、症状を悪化させると生命維持の危険があるため、毎年何ヶ月も入院し、それ以外も週3日の点滴受診を余儀なくされる場合であっても2級非該当される¹⁷。この場合が、稼得活動制限との関係では最も不利益を受けることとなる。

3級についても、個別基準において、機能障害が客観的に3級程度と確認できることを要件としているため、この場合は稼得活動が大きく制限されていても、非該当となりうる。前立腺癌の術後後遺症の排尿障害とホルモン療法による倦怠感により就労ができない事案で、3級すら非該当とされ、裁判所もそれを追認している¹⁸。

b 複数の障害

複数の障害については、一つ一つの障害が客観的機能障害と等級との相関関係が明示されている場合であっても、併合認定基準によって、複数の障害による総

体としての全般的活動制限・参加制約を判断することにはなっておらず、根拠が示されない機械的な併合（加重）認定により等級が決定されるか、総合認定というまったく基準がない認定が行われる。結果、その人総体としての全般的活動制限・参加制約と認定された等級に大きな齟齬が生じることが多くなる¹⁹。

また、複数の障害があり、たとえばともに精神障害である場合に、認定対象でない傷病（下記(4)）による活動制限を差し引いて認定する²⁰。さらに、複数の傷病による障害が同一部位に混在していて、かつ、前発障害の程度が不明である場合については、複数の傷病による障害を併せて初めて1級または2級に該当しているとき（国年法30条の3、厚年法47条の3）を除いて²¹、認定不能とされ、現状の障害の程度から前発障害の程度を差し引いて後発障害の程度を認定（差引認定²²）することもなく、請求傷病に関する障害の程度の認定を行わず却下する²³。これも、傷病ごとの障害について、それぞれ客観的機能障害を示すことを障害程度認定の要件としている帰結である。

c 機能障害による2等級認定が明示されていない障害

客観的機能障害により重症度を示すことが困難で、認定基準に2級以上に該当する場合があるとの記載がないか、2級以上の場合があるという記載があってもその基準が明示されていないため、稼得活動ができない場合でも2級に認定されることがほぼない障害がある。

眼が自らの意志とは関係なく、強い力で閉じてしまう眼瞼けいれんによる障害の程度は、眼の障害の認定基準に障害手当金の程度とのみ記載され、上位等級認定の可能性についての記載もないため、厚年令3級14号（傷病か治っておらず労働に制限）との認定が限度で、外出には付き添いが必須で、自宅でも手探りの生活を強いられ稼得活動がまったくできないという全般的活動制限・参加制約が極めて大きい場合でも、2級以上と認定されることはない。神経疾患による障害のうち疼痛による障害についても、例外疼痛について3級とするとの記載（下記(4)）があるだけで、2級以上に該当する場合があるとの記載すらない²⁴。

内部障害のうち、代謝疾患の障害である糖尿病については、3級に該当する機能障害は列挙されているものの、2級以上については「なお、症状、検査成績及び具体的な日常生活状況等によっては、さらに上位等級に認定する」と記載するのみで客観的基準の記載がないため²⁵、2級以上の認定が通常なされない²⁶。

(2) 多くの内部障害

(1)aを除く、ほとんどの内部障害の個別基準には、等級と、客観的機能障害および全般的活動制限・参加制約との対応関係が記載され、2級は検査数値等の客観

的な重症度が中等度であり、かつ、「軽労働（軽い家事等）ができず、時に介助が必要な状態」（一般状態区分²⁷のウ）以上であることが認定の要件であるという例示が掲げられている²⁸。このことにより、全般的活動制限・参加制約の内容は上記Ⅰでみた「障害の状態の基本」にくわえて、介護の必要度、活動の身体的負荷の程度（軽い家事や座業ができるか否か）等により、2級か否かを画することになり、肝疾患、心臓疾患、腎疾患、呼吸器疾患、血液疾患等で検査数値は2級に該当していても、軽い家事ができたり介助が不要な場合は稼得活動ができなくても2級にならない場合がある。

さらに、2級の一般状態は「軽労働（軽い家事等）ができず、時に介助が必要な状態」（一般状態区分のウ）または、「しばしば介助が必要で、日中の50%以上は就床し、自力では屋外への外出等がほぼ不可能」（同エ）な状態であり、3級の一般状態はイ（座業や軽い家事は可能）またはウであるとされていることから、「ウ 軽労働（軽い家事等）ができず、時に介助が必要な状態」の場合には3級と認定しても、認定基準に則ったものとなる。そのため、認定実務においては、「しばしば介助が必要で…自力では屋外への外出等がほぼ不可能」（同エ）と評価されないと2級と認定しない場合がある²⁹。

(3) 精神障害

精神障害の場合には、客観的重症度は示せない点では上記(Ⅰ)aと同様であるものの、精神障害等級判定ガイドライン³⁰（以下「ガイドライン」）において、診断書³¹における「日常生活能力の判定」（7項目4段階）評価と「日常生活能力の程度」（5段階）評価の組み合わせによる「等級の目安」が示されていて、これを基本に等級認定がなされる。ただし、ガイドラインよりも上位に位置付けられる認定基準において、各疾患や障害の個別基準で、その特異的症状や障害特性により、日常生活が著しい制限を受ける状態や日常生活（または、日常生活への適応）に援助が必要な状態を2級とし³²、この日常生活が著しい制限を受ける状態や日常生活についての具体的説明は、認定基準で一般的程度を示した「障害の状態の基本」においてのみなされていて、ここには上記Ⅰのとおり稼得活動ができないこと³³にくわえ、活動範囲がおおむね家屋内に限られる等との記載があるため、統合失調症で週に1～2日訓練センターに通所していたり、B型作業所に週4日通所しているというだけで、活動範囲が家屋を超えていると判断され、2級非該当となる場合がある³⁴。

(4) 対象外とされる障害

認定基準により、障害年金の対象外とされている傷病および障害がある。

精神障害のうち神経症³⁵および人格障害は原則として対象外とされる³⁶。身体依存³⁷状態には至らず精神依存にとどまるアルコール依存症についても対象外とされている。

神経疾患による障害のうち、疼痛による障害は、認定基準において、原則として対象外とされ、列挙されている例外的疼痛だけが認定対象とされている³⁸。

また、臭覚障害、顔面の醜状³⁹については、そもそも認定基準に記載がまったくなく、障害年金の対象となることはない。認定基準には明示されていないものの、加齢や時間的経過により障害状態が悪化する廃用症候群⁴⁰についても、認定の対象とはされない。

さらに、診断名が確定していない場合も障害年金の対象外とされる。視力障害、末梢神経障害などで認定事例がまったくないわけではないものの、その障害の状態について診断名が確定しておらず、医学的に説明できない場合は、状態がいくら重度であっても、ほとんどのケースで障害年金の対象とされることはない。

3 小括

多くの外部障害については、認定基準に客観的機能障害と等級との対応関係が明示されていることにより、稼得活動を含む全般的活動制限・参加制約は軽度であっても、それとは無関係に等級が認定される一方で、がん、難病、複数の障害等により、障害状態の重さを客観的機能障害で示せなかったり、診断名が付いていなかったり、複数の障害の混在により請求障害についての程度が医学的に区別できなかったりする場合には、稼得活動ができないなど全般的活動制限・参加制約が非常に大きくても、障害年金の支給対象とはされない。この中間的な認定方法といえる多くの内部障害と精神障害の場合も、稼得活動ができなくても、軽い家事ができたり、介助が不要であったり、福祉施設への通所や近辺への買い物をしているなど活動範囲が家屋を越えたりする場合には2級とならないことがある。

これが、障害年金を支給するか否かを画する障害の程度認定の現状である。

III 認定方法

ここで認定手続き⁴¹における問題点についても言及しておきたい。

認定には、医師のみが関わり、他の職種等が認定に関わることはない。主治医が診断書を作成し、その診断書について、ほとんどのケースで一人の認定医が等級を認定する⁴²。認定医は専門性や経験年数は問われず、専門分野ごとの確保もされていない。各認定医の担当は、内部疾患、外部疾患、精神疾患、眼疾患とい

う非常に大まかなものであり⁴³、請求傷病に関する専門性が不十分であるため認定が公正なものとなっていないケースが多々ある⁴⁴。

また、書類による審査のみで、生活の場や就労の現場の実地調査はなされず⁴⁵、審査する側が全般的活動制限・参加制約の程度を直接見ることはない。本人や支援者等がそれを訴える機会もない。これらは、本人の生活の場に出向き、本人や支援者等からヒアリングした内容が審査において重視される、介護保険法の介護度や障害総合支援法の支援区分についての認定との決定的な相違点である。

このような審査により、認定の不公平、すなわち同じ診断書、同じ状態でも支給される人と支給されない人が生じている。2014年に判明した障害基礎年金に関する精神・知的障害認定の地域間格差⁴⁶も、2017年の中央一括裁定に伴う精神障害を除く内部障害や外部障害の障害基礎年金の大量支給停止予告⁴⁷も、この結果であったといえる。

まとめ～認定の問題点

1 障害種別に共通するモノサシがないこと

障害年金の認定は、上記Ⅱのとおり、外部障害等については稼得活動制限の程度とは無関係に客観的機能障害により障害年金が支給される一方で（Ⅱの1）、それ以外の障害については稼得活動ができなくても支給対象から外される（Ⅱの2）という相反する結果を生じさせている。

このような認定はどのような障害の状態が2級に該当するのかという障害種別に共通するモノサシが、法令にも、認定基準にもないことの帰結ともいえる。機能障害レベルであっても、各障害種別の2級の機能障害がどうして同じ2級となるのか、という説明はない⁴⁸。両眼の視力がそれぞれ0.07以下、両耳の聴力が90デシベル以上、一上肢の全ての手指切断、一下肢の足関節から切断、補助具が常時必要な歩行障害、内科的疾患で2級の検査数値に該当するケースや精神障害2級が、どうして同じ2級なのか、ということを国は何ら説明していないし、説明しえないというほかない。

機能障害よりも共通性のある全般的活動制限・参加制約の程度によって等級は画されるほかないと考えられるものの、これについても説得力ある合理的記載はどこにもない。法令上は「日常生活の著しい制限」という規定があるものの、この規定は極めてあいまいで、「日常生活」は身辺処理から稼得活動を含む社会参加までのレベルまでその解釈に大きな幅があるし⁴⁹、「著しい」という表現が抽象的すぎていかようにも解釈が可能であることはいうまでもない⁵⁰。わずかに、Ⅰで

ふれた認定基準の一般的障害の程度に、稼得活動不能、家庭内での極めて温和な活動以上不能、活動範囲はおおむね家屋内に限定等の記載があるものの、この一般的程度の説明は、ほとんどの外部障害で活動範囲が家屋内に限定されることはないため、上記Ⅱの1認定の実体からすれば、すべての障害種別に共通する程度記載と解することはできない。

このように障害種別の共通するモノサシが明示されず、その説明もなしえないことが、認定の不公正や不支給処分理由付記において処分の理由を合理的に説明しえないことをもたらしている⁵¹。

2 医学モデルによる認定

上記1の外部障害等とそれ以外の障害という障害類型の相違による認定のダブルスタンダードは、障害共通の「障害の程度」についてのモノサシの不存在によるといえるものの、より本質的には日本の障害年金の障害認定が医学モデルに貫かれている結果と断言していいであろう⁵²。

複数の傷病による複数の障害による障害者が認定不能として障害年金から排除されてしまう事態（Ⅱの2(1)b）は外部障害、内部障害、精神障害のいずれであっても生じている。これは、上記の共通のモノサシの不存在やダブルスタンダードでは説明できない。障害の状態を医学的に切り分け、医学的な説明が可能でなければ障害の程度を審査しないという認定を徹底した結果といえる。同様の理由で客観的機能障害により医学的に障害の軽重が示せない場合には、障害年金の対象外とされてしまう（Ⅱの2(1)a・c）。

外部障害を中心に客観的機能障害により障害の軽重が明確な障害は、全般的活動制限・参加制約とは無関係に障害年金の支給対象か否かを画す（Ⅱの1）。内部障害は検査数値等の客観的機能障害だけでは医学的に人体の細部にわたる物質の生産や循環を含めた機能障害の軽重を示すことができないために、全身症状を示す全般的活動制限・参加制約の程度をもう一つの要件として等級認定を行うものの、その全般的活動制限・参加制約は医師による判断が可能とされる⁵³ 身辺処理を中心とした日常生活能力⁵⁴ の程度によって支給対象か否かを画する（Ⅱの2(2)）⁵⁵。精神障害は客観的機能障害を示せないので、医師が判断可能な身辺処理を中心とした日常生活能力のみで等級を画する（Ⅱの2(3)）。

これらはいずれも、厳格に医学的に等級を認定するという点で共通している⁵⁶。このように医学モデルによって支給対象か否かを画するという障害認定であるからこそ、医師だけが等級認定を行うという認定方法（Ⅲの2）は必然なのである。

以上の検討により、日本の障害年金における障害認定が、医学モデルに基づい

て行われていることが明らかになったであろう。障害者権利条約を批准している現在、障害者が「生き生きとした自らの生」を実現するために欠かすことができない所得保障である障害年金の支給対象となるか否かが、徹頭徹尾、医学モデルにより画されているという状況をどう考えるのかが問われている。

-
- ¹ 加入要件と納付要件に関わる初診日認定等、その他の障害年金認定の現状については安部敬太「障害年金認定の現状」障害年金法ジャーナル1号(2020)185頁～。
- ² 歴史的な等級認定の経過については、安部敬太「障害年金における等級認定—その歴史的変遷—」(1)～(3)早稲田大学大学院法研論集176-178号(2020-2021)。本稿ⅠおよびⅡは同(1)2-5頁。
- ³ 先行研究は、たとえば、百瀬優『障害年金の制度設計』(光生館、2010)170-177頁、永野仁美「障害年金の意義と課題」日本社会保障法学会『新・講座社会保障法第1巻これからの医療と年金』(法律文化社、2012年)260-262頁および同『障害者の雇用と所得保障—フランス法を手がかりとした基礎的考察』(信山社、2013年)260-261頁、福島豪「障害年金の権利保障と障害認定」社会保障法33号(2018)123頁、河野正輝『障害法の基礎理論』(法律文化社、2020年)220-230頁。
- ⁴ 厚労省「年金制度基礎調査(障害年金受給者実態調査)」2019,表4「制度別・障害等級別・傷病名別 受給者数/受給者割合」により算出。
- ⁵ 厚年法施行令3条の8。
- ⁶ 等級表は基礎年金を導入した1985年改正で2級までを1985年改正前(以下「旧」)国年法から、3級と障害手当金を旧厚年法から取り込んだ。
- ⁷ 「国民年金・厚生年金保険 障害認定基準の改正について」(2002・3・15庁保発12号)別添。直近は2022年1月改正。
- ⁸ 認定基準第2の1。この記載は国民年金の認定基準「国民年金 障害等級認定基準について」(1966・10・22庁保発22号)から内容的に同一。注2(2)14頁。
- ⁹ 包括条項である2級⑮のみにについての説明ではない。注2(3)10頁。
- ¹⁰ 厚年令別表1⑬は「精神又は神経系統」に関して同様に「労働が著しい制限を受けるもの」程度とする。
- ¹¹ 障害年金の場合には、「治った」状態とは、障害のなくなった状態ではなく、「症状が固定し治療の効果が期待できない」状態のことである(国年法30条1項・厚年法47条1項)。
- ¹² 1954・8・14厚生省告示241号。最終項に「結核性疾患及びけい肺以外の傷病」とあり、「傷病が治っていない」(症状未固定)すべての傷病を対象としている。
- ¹³ 厚年令別表2⑭は「精神又は神経系統」に関して同様に「労働が制限を受ける」程度とする。
- ¹⁴ 一般的障害の程度記載も、1985年改正法の施行日(1986年4月1日)の認定基準において、2級までを旧国年法から、3級と障害手当金を旧厚年法からスライドさせて結合させた。
- ¹⁵ この認定により包括条項2級が適用される障害は、外部障害では「求心性視野狭窄又は輪状暗点があるものについて、1/2の視標で両眼の視野がそれぞれ5度以内」、「両下肢の各1

関節が可動域半減かつ筋力半減」等、内部障害では、人工透析、「人工肛門かつ新膀胱造設」等である。

- ¹⁶ 認定基準第3第1章第7節第4「肢体の機能の障害」は脳血管障害等の肢体の障害が広範囲に渡る場合の四肢障害ならびに「一上肢および一下肢」に関しては、握る、絞る、立つ、歩く等の動作レベルの活動制限の程度により等級を認定するものの、全般的活動制限・参加制約は問われることはない。
- ¹⁷ 社会保険審査会平27(国)60号裁決、安部敬太ほか『新訂2版 詳解障害年金相談ハンドブック』（日本法令、2022年）500頁。
- ¹⁸ 一審（東京地判2017・10・20判例集未登載 LEX/DB 文献番号25539631）、二審（東京高判2018・5・21判例集未登載 LEX/DB 文献番号25560921）。
- ¹⁹ 複数の障害については、2級17号の該当性ではなく、併合認定基準（認定基準第3の第2章）に基づき、2つ以上の障害を併合（加重）認定表に機械的に入れ込む併合（加重）認定により、または内科的疾患どうしか精神障害どうしの場合には総合認定により等級が決定される。前者の方法で、どうして包括条項の「日常生活に著しい制限」に該当するの否かを画することができるのかという説明はない。後者の場合も、3級が2つや3つある場合でほとんどのケースで2級に繰り上がることはない。安部敬太「障害年金における複数障害の併合認定手法」障害年金法ジャーナル2号（2022）249頁～。
- ²⁰ 安部敬太ほか『障害年金 審査請求・再審査請求事例集』（日本法令、2016）521-536頁。
- ²¹ このように制度から排除される事案は、複数の障害によっても3級以下にとどまる場合、ならびに「初めて1級・2級」が適用されない、請求者が既に障害年金2級以上の受給権者である場合および最後の傷病の初診日において納付要件または加入要件を満たさない場合に生じる。
- ²² 認定基準第3第2章4節。
- ²³ たとえば、平成26年厚370号裁決『社会保険審査会裁決集2014年版』314頁は脳梗塞の障害の程度について第2腰椎圧迫骨折による障害の混在を、平成25年国765号裁決同577頁は解離性障害の程度についてうつ病による障害の混在を、平成26年（厚）300号裁決『社会保険審査会裁決集2015年版』90頁は頭部外傷後遺症（高次脳機能障害）による障害の程度について統合失調症による障害の混在を、それぞれ理由として請求傷病についての障害の程度を判断できないと却下した処分を承認している。
- ²⁴ ただし、CRPS等の例外疼痛により麻痺を伴い筋力が低下している場合には肢体の認定基準により2級以上と認定される。
- ²⁵ ほかに上位等級に認定する場合の基準が具体的に明示されていない3級障害は、在宅酸素療法、慢性肺疾患による非代償性の肺性心、大動脈疾患、「大動脈解離や大動脈瘤を合併した高血圧」。
- ²⁶ ただし、1型糖尿病による障害状態について、大阪地判2021・5・17裁判所ウェブサイトは9人の原告のうち1人に関して意識障害により自己回復ができない重症低血糖の頻度が年20回あり、高卒後ほとんど就労できなかったことがない等により、東京地判2022・7・26判例集未登載 LEX/DB 文献番号25593167は、週2日就労しているものの3級に該当する状態が2つあり、血糖コントロールが不良である日数も多いこと等により、ともに障害基礎年金2級を認容した。
- ²⁷ 認定基準の内部障害のほとんどの個別障害に記載されている一般状態区分は以下のとおり

(要約)。「ア 無症状で社会活動ができ、制限を受けない」「イ 軽度の症状があり、肉体労働は制限を受けるが、歩行、軽労働や座業(軽い家事、事務など)はできる」「ウ 歩行や身のまわりのことはできるが、時に少し介助が必要なこともあり、軽労働はできないが、日中の50%以上は起居」「エ 身のまわりのある程度のことはできるが、しばしば介助が必要で、日中の50%以上は就床し、自力での外出等がほぼ不可能」「オ 身のまわりのこともできず、常に介助を必要とし、終日就床し、活動の範囲がおおむねベッド周辺」。

²⁸ 個別基準の「例示」において、1級はオ、2級はエまたはウ、3級はウまたはイに該当することを要件とする。たとえば、肝疾患の個別基準の一部例示は2級を「検査成績及び臨床所見のうち中等度又は高度の異常を3つ以上示すもので、かつ、一般状態区分表のエ又はウに該当するもの」とする。

²⁹ 客観的に機能障害が示せない場合((1)a)に特に多い。注17の事案も2級非該当の理由として一般状態ウが挙げられた。ただし(1)aの場合はエと評価されても2級非該当にすることも多々ある。

³⁰ 厚労省年管管発0715第1号別添1, 2016.7.15。

³¹ 年金機構ウェブサイト「精神の障害用の診断書を提出するとき」。

³² 2級の例示は、「統合失調症によるものにあつては…妄想・幻覚等の異常体験があるため、日常生活が著しい制限を受けるもの。」「発達障害があり、社会性やコミュニケーション能力が乏しく、かつ、不適応な行動がみられるため、日常生活への適応にあたって援助が必要なもの」等。

³³ ただし、精神障害の各個別基準には労働に従事していることをもって、直ちに日常生活能力が向上したものとは捉えない、ガイドラインには障害者雇用等による就労であれば2级以上となりうる、ともあり、就労と等級との関係に関するどちらの記載に照らすかで就労中の2級該当性に関する裁判所の判断は分かれる。注2(3)16頁。

³⁴ 注17,425-426頁。

³⁵ 世界保健機関「疾病及び関連保健問題の国際統計分類第10版」(ICD-10)において、F4から始まるコードの疾患で、解離性(転換性)障害、多重人格障害、強迫性障害、パニック障害、適応障害、不安障害等。神経症についての認定は注17,359-377頁。

³⁶ 神経症については、精神病の病態を示している場合には対象とされる。

³⁷ 『医学大辞典第20版』(南山堂、2015)ダウンロード版、「アルコール依存症」、「アルコール離脱症候群」。身体依存とは、飲酒していない時に現れるアルコール離脱症候群であり、不安、動悸、振戦、幻覚、見当識障害等。

³⁸ 認定基準は「疼痛は、原則として認定の対象とならないが、四肢その他の神経の損傷によって生じる灼熱痛、脳神経及び脊髄神経の外傷その他の原因による神経痛、根性疼痛、悪性新生物に随伴する疼痛、糖尿病性神経障害による激痛等の場合」に3級とする(第3第9節)。国はこの5つ以外の疼痛は医学的根拠が示せる場合であっても支給対象としていない。しかし、この末尾は「等」であるから例示列举にすぎず、国の限定列举とする扱いは認定基準の運用の問題ともいいうる。

³⁹ 労災では対象とされ、最上級は7級「外貌に著しい醜状を残すもの」。

⁴⁰ 注37「廃用症候群」。身体活動の低下状態により生じるさまざまな症状群で、筋力低下などがある。

⁴¹ 障害年金の手続き面におけるその他の論点については、藤原精吾「総論 障害年金における手

続的権利」, 障害年金法ジャーナル 2 号 (2022) ,10 頁～、嘉藤亮「障害年金法における情報提供義務」同 24 頁～、安部敬太「障害年金に関する広報周知と相談対応の現在地」同 45 頁～。

⁴² 厚労省通知（年管管発 0709 第 5 号 2018.7.9「日本年金機構における障害年金センターへの集約後の障害年金の審査事務の取扱いについて」）による複数の医師による認定割合は 0.4% にすぎない。1 か月の新規裁定は約 10,000 件、再認定は約 23,000 件で（2020.3.26 年金機構「令和元年度障害認定医会議」資料 3）計 1 か月 33,000 件に対して、複数の認定医による認定は 2020 年上半期の 1 か月に 143 件（2020.12.4 社会保障審議会年金事業管理部会、資料 1「日本年金機構の令和 2 年度の取組状況について」）。

⁴³ 筆者が開示請求をした結果開示された「北関東・信越ブロックの障害認定審査医員の名簿」法人文書開示決定通知書、年機構発第 4 号 2017.3.3（氏名、所属等の他の情報は非開示）による。

⁴⁴ 注 1,228-230 頁。

⁴⁵ 1950 年代には、旧厚年法の障害年金については、全件数の約 5～6 割に対して、再診断または実地調査が行われていた（注 2(1)12 頁）。旧国年法の認定基準にも実地調査を行う旨の記載があった（注 2(3)11 頁）。

⁴⁶ 2015.2.19 精神・知的障害に係る障害年金の認定の地域差に関する専門家検討会（第 1 回）資料 5「障害基礎年金の障害認定の地域差に関する調査」3—5 頁。都道府県における精神障害に関する認定医は 1 人または少数であり、都道府県の認定格差は認定医格差といえる。その是正のためにガイドラインが策定され、2017 年から中央 1 か所での裁定に変更となったものの、認定医の誰に当たるかという格差はいまだ存在し続けているものと考えられる。

⁴⁷ 日年金機構「平成 29 年度において 1 年後再審査とした 20 歳前障害基礎年金受給者の審査結果等について」2018.10.17 年金機構ウェブサイトには、支給停止予告された 20 歳前障害基礎年金受給権者 1,010 人中の循環器疾患患者 433 人の県別数を、8 県で 0 人、北海道 110 人とある。注 2(3)29 頁。

⁴⁸ 国年令（1985 年改正前は法）別表である障害等級表は国年法の創設時に旧厚年法の障害年金等級表と身体障害者福祉法の等級表を参考にして作成されたことは確認できるものの、異なる種別の機能障害が同一の 2 級とされる根拠はどこにあるのかは説明されていない。旧厚年法の等級表は労災の等級表をスライドさせて策定されたことが窺えるものの、労災の等級表の策定根拠は不明である。注 2(1)8 頁。

⁴⁹ 食事、着替え、排泄、入浴などの身辺処理、家庭内の清掃、炊事等の家事、近くでの買い物、地域活動、旅行、賃貸契約、通勤を伴う就労、社会活動等。

⁵⁰ 旧厚年法 2 級は「高度の労働制限」であった。これなら、少なくとも稼得活動ができなければ 2 級であると判断されうる。注 2(1)15 頁。

⁵¹ 処分理由の記載は請求者が不服申立てを行いやすくし、認定の公正化にも資する。障害基礎年金の支給停止に対する理由付記の違法性により処分を取り消した大阪地判 2019・4・11 裁判所ウェブサイトを受けて障害の程度要件に関する理由記載の充実が実施（厚労省通知「障害年金の不利益処分等に係る理由記載の充実について」年管管発 0926, 2019.9.26）されたものの、認定基準の該当箇所、診断書にある事実関係および 2 級「著しい日常生活の制限」とは認められないという結論を記載するだけで、それらの事実が法令や認定基準に照らして、どうして 2 級とは認められないのかという適用関係についての説明はない。注 1,232 頁。また、モノサシがない結果、周知・広報も不十分になり、国のパンフレットには政令別表や一般的

障害の程度の記載があるだけで、障害者自らが認定可能性に気づけず、行政窓口にとどり着かない。注41 安部論文参照。

⁵² 外部障害のなかの部位別の2級の障害事項がどうして同じ2級なのか説明できない点については、モノサシの不存在の結果といえよう。

⁵³ 1966年8月の障害等級調整問題研究会報告は、「障害評価のあるべき姿は、生理・解剖学的能力欠損（一次能力障害）と、稼得能力欠損（二次能力障害）とを総合して評価すべきである」として、一次能力（稼得に関係のない日常生活活動能力）は「純粹に医学的に評価される身体状態であり…一次能力の評価にあたって、その任務は医学に重点が存する」とする。注2(2)13頁。

⁵⁴ 日常生活能力尺度は、国年法の創設時に唐突に導入され、1985年改正により厚年法も含めて2級か否かを画する。日常生活能力認定は機能障害認定と親和性が高く、機能障害認定とともに医学モデル認定の両輪となった。注2。

⁵⁵ 東京高判2017・4・12判例集未登載 LEX/DB 文献番号 25561139 は、外部障害に比して内部障害（精神障害を含む）の場合にだけ、労働不能を含む日常生活能力が2級認定の要件とされる点について、「国民年金の障害給付は、被保険者が障害により日常生活に支障を来したり、日常生活に著しい制限が加えられたりして所得が減少した場合に、その生活の安定が損なわれるのを防止することを目的として支給される…外部障害であれば、旧国年法別表の各号に規定された障害の内容から、障害の程度を推測することが可能である一方で、内部障害については、多種多様な傷病により生じる身体への障害を『前各号と同程度以上と認められる状態』の文言のみで判断することは極めて困難であり、検査成績が異常であっても日常生活に支障を来さない場合もあれば、検査成績に異常がなくても日常生活に相当の制限が生じている場合もあるから、旧国年法別表2級15号に関し策定された認定基準において、検査成績だけではなく、一般状態も考慮して・・・『労働により収入を得ることができない程度』との要件を付加する点は…前記の障害基礎年金等の趣旨に照らしても合理性があるといえ、憲法14条に反しない。」とした。しかし、外部障害であっても、その軽重と、日常生活制限やそれによる所得減少の程度は必ずしも対応関係にない。

⁵⁶ 他国と比して日本の認定は特異である。注3に挙げた先行研究のほか日本障害者リハビリテーション協会「9カ国の一時的・部分的障害プログラム [他国から学ぶ] 最終報告書」同協会ウェブサイト2004は「日本では、障害年金は機能障害のみで認定されるため、障害基礎年金を受給している人が通常の職場で働いているが、西洋諸国の人々は、公的な障害年金は、所得の補助が目的であり、年金を全額受給している者が常勤で働くことは想像もつかない」とする。

安部報告へのコメント

藤岡 毅（弁護士）

- I 安部報告の概要
- II 安部報告へのコメント
- III 解決の方向性の検討
- IV 私見

I 安部報告の概要

1 安部報告の意義

安部敬太会員は、障害年金案件を 1000 件以上手掛ける社会保険労務士としての豊富な実務経験から¹、障害年金認定の不合理な実態を報告している。

2 報告の要旨

(1) 【不合理な認定の現状】

現在の認定方法における不合理な典型として次の点が指摘されている。

A 機能障害「のみ」で障害年金が支給される

- ・身体部位欠損等の機能障害だけで（稼得能力と関係なく）障害年金等級が認定される（国年令別表 1 級 2 級①号～⑭号）。

B 稼得能力が喪失しても障害年金が支給されない

上記 A が「稼いでいても年金が支給される不合理」に対して、次の B は、「稼げないのに年金がもらえない不合理」の指摘である。

- ・包括条項（国年令別表⑮～⑰号等）適用事案での不合理

① 検査数値が示せない障害の場合は障害年金が支給されない

強皮症等客観的重症度が示しにくい難病やがんで就労不能の場合。

② 内部障害・精神障害で、軽い家事が出来ると障害年金が支給されないことが多い

◇血液疾患で検査数値が 2 級該当で就労不能でも軽い家事が出来る。

◇統合失調症で週 1 回 B 型通所していることで障害年金不支給の場合がある

(2) 【認定方法】

障害認定の方法の特徴として、次が挙げられる。

①医師のみによる認定である。

②実地調査がなく書面審査のみである。

ここも障害年金の給付資格の判定方法として特殊である。

①の「医師のみ」と言っても、年金請求の際に提出する診断書を作成する医師のことではなく、どこの誰だか氏名さえ不明、内科専門なのか、例えば難病者の請求の場合に当該難病の専門医であるのか不明のブラックボックス審査の現状になっている。

そして、それは、医師が請求者本人を診察するわけでもなく、提出された診断書等の書面を見るだけでの判断である。

これでは、年金を請求する本人がなぜどのような点に困難を抱えているかの実情を認定者が知ることは難しい。

(3) 論点提示

【安部報告の示す上記の問題点の指摘】

「物差しの不存在」能力障害とは何かを示す共通の指標が存在していない。

II 安部報告へのコメント

1 報告の意義について

障害年金認定実務の最前線での事実に基づく報告は貴重である。日本の障害年金の運用を変革すべき立法事実が示されていると言える。

不合理な事例の整理も思考の整理として有益である。

2 報告の要旨について

A 機能障害「のみ」で障害年金が支給される

これは例えば、国年令別表1級1号で

- ◇ 1号 「イ 両眼の視力がそれぞれ〇・〇三以下のもの」
- ◇ 2号 「両耳の聴力レベルが一〇〇デシベル以上のもの」
- ◇ 3号 「両上肢の機能に著しい障害を有するもの」
- ◇ 7号 「両下肢を足関節以上で欠くもの」

などと規定されているからである。

「身体の一部が欠損している」「視力が低い」「耳が聴こえない」等、典型的な

医学モデル「だけ」による判定基準である。

もちろん、障害者の要件には機能障害が前提とされており、医学判定と無縁での認定は出来ない。

しかし、以上の医学的要件さえ満たしていれば、社会参加への制約、生活への支障、稼得能力への影響等は一切考慮することなく年金給付が認められていることに問題がないのか。つまり、バリバリ働いて稼いでいても（基礎年金における所得制限による支給停止の点を除き）年金給付対象としていいのかという指摘である。

B 稼得能力が喪失しても障害年金が支給されない

上記 A が「稼いでいても年金が支給される不合理」に対して、次の B は、「稼げないのに年金がもらえない不合理」の指摘である。

これは、国が障害年金の判定基準としている「国民年金・厚生年金保険障害認定基準」（「障害認定基準」）の書きぶりが原因である。

障害認定基準の「第2 障害認定に当たっての基本的事項」の「1 障害の程度」の「(2) 2級」には2級に該当するための「日常生活が著しい制限を受ける」の解説として、「例えば、家庭内の極めて温和な活動（軽食作り、下着程度の洗濯等）はできるが、それ以上の活動はできないもの又は行ってはいけないもの、すなわち、病院内の生活でいえば、活動の範囲がおおむね病棟内に限られるものであり、家庭内の生活でいえば、活動の範囲がおおむね家屋内に限られるものである。」とされている。

これでは、家から出ることも出来ずに息をひそめて療養生活を送っているような者しか2級対象にはならず、障害福祉制度としての就労継続支援事業所、作業所等を利用して社会参加に少しでも意欲があるような障害者は年金受給対象外とされかねない記載である。

まとめると、

AとB①は、現状の障害認定が「医学モデル偏重」であることを端的に示している。

B②は、医学モデル偏重＋現行指標の不合理を示している。

審査方法も「①医師のみ、②書類のみ審査」という点が指摘されている。

→これらの指摘に対するコメントとしては、

「当事者からの事情聴取・意見陳述の機会を与え、ソーシャルワーカー等を含

めて社会モデル的視点による審査」等が思いつく。

例えば、障害者総合支援法の運用にも課題は大きいが、在宅生活を支える介護給付の支給要否判定、支給時間の判定において、担当のケースワーカーが年1回は本人と自宅等で直接面談して事情聴取をする運用とされている。

そこでは、筆者のような代理人弁護士が本人の代弁者として意見を補充陳述したり、日々支援にあたっているヘルパーや相談支援員等の専門職が意見を述べることもある。

障害者総合支援法でもできるのだから、障害年金の認定でもできるはずであろう（障害年金は国が統一的に管理しているので無理だというならば、生活保護のように自治体に事務を法定委託すればよい）。

ただ、制度ごとにやたらと障害認定の調査に多数対応しなければならないのでは、当事者の負担が甚だしい。

当面の改善策としては、例えば、本人の同意を得た上で、障害者総合支援法での調査記録を障害年金の認定にも活用できるようにするなどの工夫は運用次第で可能であろう。

3 論点提示について

「この国の（特に2級の）障害年金認定の共通の物指しが不存在」という問題提起は、本報告の要点であり、会員が障害年金問題を理解するために大いなる示唆を与えるものと評価できる。現行障害年金に根本的課題があることを共有できた。

III 解決の方向性の検討

現状の障害認定について医学モデル偏重の現状から、社会モデルを採用する方向が考えられる。その中で、モデル概念として次のどのような方向性をめざすべきかが問われる。

ア 稼働能力制限に純化する方向

イ 日常生活・社会生活への制限を指標とする方向

ウ 「アとイのバランスを図る」方向。

ここは論者により意見はそれぞれであり、意見は統一出来ていない現状にある。

この点、安部敬太氏は、基本的にはアの立場に立ちながら、具体的な障害認定の基準、指標の中に、労働能力の点と日常生活・社会生活の支障の点を併せて認定する方法により両者の止揚を目指す考えと思われる。

また、安部報告は、シンポジウムの永野仁美会員報告「障害年金制度の課題－障害要件の見直しの観点から－」での、障害年金の認定方法の改革提案を支える基礎報告の位置付けである。

永野報告へのコメントは関哉直人会員に譲るが、永野報告の提案は、障害年金の要保障事由を「稼働能力又はそれを活用する機会（環境要因）が喪失又は減退していること」と位置付けた上で、具体的な障害認定の方法論の中で、機能障害や環境要素が就労へ与える影響を考慮するアプローチを提唱している。

IV 私見

1 障害者を支える給付を認定する基準に「労働能力の喪失」という物差しを使うことに問題がないかが問われる。

「喪失」は、「労働能力が完全である人間像」を指定し、それとの落差を補填する考えだが、権利条約第 17 条「全ての障害者は、…その心身がそのまゝの状態と尊重される権利を有する。」のすべての人が「そのままで構わない」という条約の精神に反しないのかという疑問がある。

例えば、四肢麻痺・全盲等で現行制度上、医学機能的には労働能力完全喪失と評価されるが所得が十分ある人はいる。心身の医学的機能障害と労働能力喪失は必ずしも連動しない。

また、そもそも障害基礎年金と障害厚生年金は全く別の理念から構築・考察すべき別物と考える。

後者の障害厚生年金は、本人が実際に労働者として働いて厚生年金を納付し、後日の保険給付事由発生に備えた保険である。その納付金額と連動した保険金を受領することは被保険者本人の権利であり、仮に保険金給付事由発生後に稼働所得を得たとしても、その受給金額は左右されるべきでない。

その意味で、安部報告のいう「A 稼いでいても年金が支給される」は厚生年金に関しては特段不合理ではない。

他方、障害基礎年金（特に 20 歳前の無拠出性基礎年金）は、障害のある人の多くが社会による障壁により社会参加、就労を制限されている社会的事実を基に、障害のある人の人間としての尊厳を守るために生活に必要な最低金額をあまねく保障するという生存権理念に直結する権利である。

実際、障害基礎年金の支給停止事由として国民年金法第 36 条の 3 は、同法第 30 条の 4（無拠出の 20 歳前障害基礎年金）は、前年の所得により、政令に定めるところにより、給付額を半額カットまたは全額カットとしている。

これは障害基礎年金、中でも無拋出制年金が社会保障原理・生存権保障原理に基づく制度であることの帰結である。

つまり現行法上も「A 稼いでいても年金が支給される」弊害は、この支給停止制度により、一定の範囲（20 歳前基礎年金）で一定の程度は防止されている。

但し、現行制度のありかたで十分であるかは吟味が必要であろう。

以上の考察を前提として、私見では、障害基礎年金は、障害者の生存権最低保障金として位置付けるべきと考える。

方向性としては、厚生年金保険に必要な「初診日」概念から障害基礎年金を解放し（20 歳前の初診日か否かの議論からも解放し）、障害ゆえに稼働所得に制約があり、社会的障壁により日常生活・社会参加が制限されている障害者にあまねく行き渡る制度設計が求められる。

2 障害年金の制度設計には次の視点が不可欠と考える。

(1) 分かり易い制度に

制度利用者にわかりやすい制度にすることが不可欠である。：現状の障害認定の仕組みはあまりに複雑専門的であり、利用者が理解できる制度になっていない。

(2) 障害認定の統一化を出来るだけはかるべきと考える。

障害認定が、障害者手帳（身体障害者福祉法・精神保健福祉法・療育手帳に至っては法的根拠もない）・障害年金（国民年金法・厚生年金保険法）・障害福祉（障害者総合支援法）等、多くの制度で利用者が何度も認定手続きを強いられる負担は看過できない。

制度の趣旨ごとに、ある程度分岐するのはやむを得ないとしても、共通化できる部分は統合して、当事者の負担を軽減するべきと考える²。

この点、藤原精吾弁護士が担当した 2021 年 9 月 15 日名古屋高裁金沢支部判決³は示唆に富む。

診断書を持参しない障害基礎年金請求人に請求用紙を渡さずに断念させた窓口対応を巡る国賠訴訟であるが、20 歳前傷病の初診日証明の手段として、「身体障害者手帳で足りる」旨判断している。

障害者手帳での認定をあらゆる障害関連給付の共通基礎認定として位置付けるのは一案として検討すべきと考える。

「手帳と年金は関係ない！」（年金実務界での常識）で障害者を追い返した過ちを、高裁が厳しく批判した判例は参考になる。

但し誤解なきよう補足すれば、これは、現行の手帳制度を所与の前提とする意見ではなく、障害年金だけを見て改革は不可能で、障害者支援制度全体を根本的・総合的に改革しないといけないという意見である。

以上

¹ 安部敬太「障害年金認定の現状」障害年金法ジャーナル創刊号（2020年）185頁

² 現状でも精神障害の年金受給認定を精神保健福祉手帳の認定に流用する仕組みはある。

³ 賃金と社会保障 2022年3月下旬号（No.1798）30頁

目的から考える障害年金の要保障事由

永野 仁美（上智大学）

- I はじめに
- II 障害年金制度の特徴－扶助原理の混在－
- III 障害基礎年金の目的は何か
- IV 障害基礎年金の目的及び要保障事由の再考
- V 終わりに－労働と社会保障の関係

I はじめに

障害法は、「障害のある人の置かれた現実の問題状況を起点に据え、『障害』を通じて『法』を再検討する新しい学問領域」であると位置づけられている¹。そこで、障害年金制度が抱える課題についても、障害のある人の置かれた現実の問題状況を起点に検討することとしたい。

本稿に先行する安部論文（「障害年金における障害認定の現状」）で指摘された障害年金制度が抱える問題は、①稼得活動への制限とは無関係になされる障害認定の在り方、及び、②障害年金に関する共通の判断枠組みの不在の2つに整理することが出来よう。まず、①の結果として、稼得活動ができていないにも関わらず、障害等級2級に認定されず、障害年金を受け取れない障害者が生じる結果となっている。この状況は、生きていくために切実に必要とする所得を保障されない障害者を生み出しており、問題といえる。また、②の結果として、障害種別により障害認定に関し合理的に説明できない相違が生じていることも、公平性の観点からみて問題である。有している障害が何であれ、等しく所得保障の必要に応じて給付を受けられることが重要だからである。

こうした障害年金制度が抱える問題を出発点としつつ、本稿では、障害年金は障害者の中でもどのような状況におかれた者に対して支給されるべきか（すなわち、障害年金の要保障事由）について、障害年金の目的を考察しつつ検討することとしたい。検討にあたっては、まず、障害年金の目的に関する議論を複雑かつ困難なものとしている日本の障害年金制度の特徴を示すこととする（II）。そのうえで、障害年金の目的について、条文及びこれまでの政府の説明等を踏まえつつ検討し（III）、これからの障害年金の在り方について考察することとしたい（IV）。

なお、本稿は、紙幅の関係上、検討の対象を障害基礎年金に限定している。また、

障害の境界が曖昧となる中で議論として生じうる「すべての者を対象とする普遍的給付」(例えば、ベーシック・インカム)の可能性についても検討の対象外としている。すなわち、公的年金制度における「障害」をどのようなものとして捉えるのかについて検討を行うものの、要保障事由としての「障害」は所与のものとし、その妥当性そのものは検討の対象としない。

II 障害年金制度の特徴－扶助原理の混在－

日本の障害年金制度は、その歴史的な経緯から複雑な構造を持つに至っている。

1958年の国民年金法は、それまで公的年金制度の対象外であった自営業者等について国民年金の仕組みを創設し、「国民皆保険」を実現すると同時に、保険料納付要件を満たさない者を対象に「福祉年金」の仕組みを創設し、「社会保険」の仕組みをとる公的年金制度の中に、扶助原理を導入した。障害年金についても、①20歳未満で障害の状態(1級)となった者や、②制度発足時に20歳以上で既に障害の状態(1級)にある者、③拠出制年金に加入し、障害の状態(1級)になるに至ったが、保険料を納付することが困難であったために拠出制年金を受けることができない者(例えば、事故発生前の引き続く3年間が保険料納付期間又は保険料免除期間で満たされていない者等)を対象として、障害福祉年金が支給されることとなった²。そして、その後、1985年の年金法改正で「基礎年金」の仕組みが設けられたことで、障害者に対する所得保障の仕組みは、大きく改善されることとなる³。すなわち、従来、障害福祉年金の対象となっていた者について、扶養義務者の所得による支給制限が撤廃され、障害福祉年金の2倍に近い水準の障害基礎年金(無拠出制だが、拠出制年金と同水準)を受給することが可能となった。これらの点は、障害者の所得保障を改善するものとして高く評価されてもいる⁴。こうして、1985年の改正を経て、(実際には20歳以上に初診日がある者について無年金の問題が残るのであるが)原則として、すべての20歳以上の障害者に対して障害基礎年金の支給が保障されることとなった。

ただ、以上のような経緯で「社会保険」の仕組みをとる公的年金制度の中に「扶助原理」が混在したことにより、日本の障害基礎年金制度の性格付けはより難しいものとなったと言える。一方に、保険料の支払いに基づく保険給付としての「障害基礎年金(拠出制)」があり、もう一方に、所得保障の必要性に基づき支給される「障害基礎年金(無拠出制)」がある。ただ、後者はすべての所得保障を必要とする障害者に支給されるのかといえ、そうはなっておらず、20歳未満に初診日を有する者のみが支給対象であり、20歳以降に初診日がある者については、保険

料の未納等を理由として無年金となる可能性が残されている。そして、そうした障害者に対する最終的な生活保障の役割は、憲法 25 条に基づき設けられている「生活保護制度」に委ねられることとなっている⁵。また、障害基礎年金の支給水準は、「生活に関わる基礎的費用を保障する」ものと位置付けられている老齢基礎年金の支給額（満額）と連動しており⁶、生活保護の支給水準には達しない。そのため、障害者に対する最低所得保障ないし最低生活保障の役割を障害基礎年金は負いきれおらず、その役割も生活保護制度に委ねる結果となっている⁷。

扶助原理を持ち込むことにより、所得保障の必要性に基づき事前の拋出を前提としない給付が用意される一方で（保険原理の修正）、その徹底はなされておらず、最低所得保障ないし最低生活保障の役割は他の制度（生活保護制度）に委ねているといった障害基礎年金の現在の位置づけが、その目的等に関する議論の難しさの要因の 1 つになっているように思われる⁸。

Ⅲ 障害基礎年金の目的は何か

障害基礎年金をめぐる議論の難しさは、上記のような現行の障害基礎年金制度の特徴によるところが大きい。とはいえ、障害（基礎）年金の目的は、これまで、どのように捉えられてきたのだろうか。続いて、この点を確認したうえで、説明されてきた目的と現在の障害認定で「要保障事由」とされていることの間に存する齟齬を指摘したい。

Ⅰ 障害基礎年金の目的についての説明

障害基礎年金の仕組みを定める国民年金法は、年金給付を行う目的について、「国民生活の安定がそこなわれることの防止」や「健全な国民生活の維持・向上への寄与」（国年法 1 条）という抽象度の高いものしか定めていない⁹。したがって、ここから障害基礎年金の具体的な目的を読み取ることは困難である。

そこで、政府がどのように障害（基礎）年金の目的について説明してきたのかを見てみると、次のように説明してきたことが確認される。まず、国民年金法の制定時には、「障害年金は、国民が廃疾となって日常生活の用を弁ずることができなくなったり、あるいは日常生活に著しい制限が加えられたりした場合、すなわち、所得活動が制限された場合に、その生活の安定がそこなわれることのないよう防止することを目的とする給付」であるとの説明がなされている¹⁰。そして、その後の国会答弁においても、1985 年の法改正の前後を問わず、繰り返し、障害年金は「稼得能力の喪失又は減少」に対し所得保障給付を行うことで障害者の生活の

安定・向上を図るものであるとの説明がなされている¹¹。

2 障害年金の目的と実際の認定基準の間の齟齬

以上から、障害基礎年金の目的は、稼得能力の喪失・減退や所得活動に制限がみられる場合に、就労所得に代わる所得を保障することにあると考えられてきたことが伺える。

ところが、障害基礎年金の支給範囲を画する障害要件は、稼得能力の喪失・減退や所得活動への制限を保障する観点から定められていない。1級又は2級に該当する程度の障害の状態にあるかどうかを判定するための障害認定は、「日常生活に対する制限」の観点からなされることとなっており、しかも、実際には、安部論文が指摘するように「医学モデル」に立脚する機能障害をベースとした障害認定が大半を占めている（国民年金法施行令別表、及び、国民年金・厚生年金障害認定基準（令和4年4月1日版）¹²）。これでは、稼得活動ができていないにも関わらず、障害年金を受け取ることでできない障害者が生じるのは当然であろう。

現在の「機能障害」に偏重した障害認定のあり方は、国民年金法制定時の説明から読み取れる「機能障害が重いこと＝日常生活への制限＝稼得活動への制限」という推定を前提としているいえる。確かに、こうした推定は、かつては有効であったかもしれない。そして、障害を「機能障害」で捉えることについて、障害年金の目的との関係でそれなりの合理性もあったということができよう¹³。しかし、これよって、現在、所得を必要とする障害者に障害基礎年金が支給されない状況が生み出されているとしたら、それは解決すべき課題である。

IV 障害基礎年金の目的及び要保障事由の再考

以上の問題状況を踏まえた上で、以下で、障害基礎年金の目的と要保障事由を再考し、今後の障害基礎年金の在り方について試案を提示することとしたい。検討にあたり、まず障害を取り巻く社会的・法的環境の変化にも言及しておくこととする。社会状況の変化にあわせ、障害基礎年金の仕組みも変わっていく必要があるからである。

1 障害を取り巻く社会的・法的環境の変化

上記で、現在の障害基礎年金制度が前提とする「機能障害が重いこと＝日常生活への制限＝稼得活動への制限」という推定が崩れてきていることを指摘したが、実際のところ、障害者の社会への参加や就労は、近年、より容易になってきている。

依然として課題は残るものの、障害者差別解消法による取組みやバリアフリー法によるアクセシビリティの改善により障害者を取り巻く生活環境は改善されつつあり、障害者の社会参加は進展している。また、障害者雇用促進法による施策（雇用義務制度や合理的配慮提供義務を含む差別禁止原則）によって障害者の就労可能性も増大してきている。そして、障害を補う様々な技術の進歩によって、かつては機能障害ゆえに困難であったことを行うことが容易ないし可能となってきたおり、それが、障害者の社会生活や就労生活を支えてもいる¹⁴。こうした状況の中で、障害等級1級・2級に該当する機能障害を有する者の中には、労働市場において十分な所得を得ることが可能となっている者もいる。

さらに、障害の捉え方は、機能障害を中心とする「医学モデル」に立脚するものから「社会モデル」へと変化している。実際、障害者権利条約の批准に向けた国内法の整備に際して、日本においても、障害者基本法の中に「社会モデル」に立脚した障害者の定義が導入されるに至っている（基本法2条）。「社会モデル」において、障害は、機能障害を有する個人の問題としてではなく、社会の問題として存在する。そして、障害者の社会への参加を阻む「社会的障壁」をいかに除去していくかが課題とされる。

障害基礎年金制度の目的を再考するに当たっては、こうした障害を取り巻く社会的・法的環境の変化も踏まえる必要があるだろう。

2 障害基礎年金の目的

こうしたことを前提に、障害基礎年金の目的を再考したい。その際には、障害基礎年金は、障害者が主体的に生きていくことを支えるための数ある仕組みのうちの1つであること、及び、数ある仕組みの中でも特に障害者に対して所得保障のための金銭給付を行うものであることを踏まえる必要があるだろう。すなわち、障害者に関わる仕組みの1つとして当然に備えるべき目的（広義の目的）と、障害基礎年金制度に特に求められる固有の目的（狭義の目的）とを検討する必要がある。

（1）広義の目的－障害者権利条約や障害者基本法から見えてくる目的

障害基礎年金の広義の目的を検討するに当たっては、障害者権利条約や障害者基本法が示す理念や基本原則を確認することが有用であろう。障害基礎年金の仕組みも、障害者に関する仕組みの1つである以上、これらが示す理念や基本原則を踏まえたものになっていなければならないからである。

2006年に採択された障害者権利条約は、障害者に関する施策に対しこれまでに

ない大きなインパクトを持ったが、その目的として、障害者によるあらゆる人権及び基本的自由の完全かつ平等な享有や、障害者の固有の尊厳の尊重の促進等（1条）を規定し、一般原則として、個人の自律・自立の尊重や社会への完全かつ効果的な参加・包容、無差別等（3条）を定めている。また、障害者の自立生活・地域社会への包容（19条）や、障害者への相当な生活水準の保障（28条）も求めている。同様のことは、日本の障害者施策の基本的な方針を示す障害者基本法でも確認されている。

これらを踏まえると、障害基礎年金の仕組みも、障害者とその尊厳にふさわしい相当な生活を保障される権利を等しく有することを前提として、障害者の自律・自立や社会参加を支え、その生活の安定に寄与することを目的とすることが求められる。

（2）障害基礎年金に固有の目的

もっとも、このような目的は、前述のように、障害者施策全体が総体として有すべきものであり、その重要性を認識しつつ、他の様々な障害者施策との相補的な関係の中で障害基礎年金制度が達成すべき目的と言えよう。

それでは、障害基礎年金に「特に」求められる目的は何であろうか。障害基礎年金は、障害者に対し年金という形で「金銭給付」を行うことで障害者が生きていくうえで必要となる所得を保障するものである。このような障害基礎年金が示す性格に着目すると、その目的は、障害者の中でも特に、障害ゆえに「所得を得ることが困難な状態に置かれている者」、すなわち「就労等の稼得活動が制限される者」に対し一定の所得保障の給付を行うことにあると言えるのではないだろうか。日常生活に制限がなくとも稼得活動に制限がある者は存在しており、まさにこうした状況にある障害者に対し、障害基礎年金は支給される必要があるだろう。そして、このように考えることで、安部論文で指摘された、「①稼得活動ができていないにも関わらず、障害等級2級に認定されず、障害年金を受け取れない障害者が生じる」という切実な問題への対応が可能になると思われる。

なお、「稼得活動の制限」という表現は、政府が国民年金法の制定時から繰り返し言及してきたことと同じことのように思われるかもしれない。しかし、国民年金法制定時には「所得活動が制限」という言葉が使用されているものの、政府は、主として「稼得能力の喪失または減少」という文言を使用してきた¹⁵。この文言は、必ずしも障害の社会モデルを踏まえたものとはいえず、稼得活動が制限される原因を障害者本人の能力に帰すものと言えよう。そこで、それとは異なるものとして、

「社会モデル」を踏まえ、「障害者が社会の中で被る不利益も勘案した上での『稼得活動への制限』に対し所得保障給付を行うこと」を障害基礎年金の目的としたい。

（３）他の施策との役割分担

ところで、現在の障害基礎年金には、その創設から時間を経るなかで事実上与えられるに至っている役割もある。障害により要する特別な費用の保障である。１級の場合の０.２５倍の加算にはこの意味合いが含まれている¹⁶。また、就労所得は十分にあるが、障害に起因して生じる費用のために障害基礎年金が必要だという者も存在する。ただ、この点に関しては、特別障害者手当の仕組みが存在しており、「稼得能力の喪失に対するものが基礎年金であり、介護ニーズ（や）特別の費用（の）負担…を補てんするのが特別障害者手当」であるとの整理がなされてきた（第１６２回国会衆議院厚生労働委員会第２３号平成１７年５月１８日）。しかし、同手当は、精神又は身体に重度の障害を有し、日常生活において常時特別の介護を必要とする在宅の２０歳以上の者に支給が限られており、本人又は扶養義務者の所得による所得制限もある。そのため、「障害により要する特別な費用の保障」の仕組みとしては十分に機能しきれていない。それが、障害基礎年金に障害に起因する費用の補てんを求める要因の１つにもなっている。

障害により要する特別な費用の保障は、障害者への所得保障を考える上で無視できないものである¹⁷。ただ、この点については、それぞれの制度の役割分担を明確にしつつ、社会手当や福祉サービスの利用者負担を軽減する仕組み等を改善していくことで対応すべきではないかと考える¹⁸。すなわち、障害基礎年金を稼得活動の制限に対する所得保障の仕組みとして、社会手当等を障害により生じる特別な費用の保障のための仕組みとして明確に位置づけ、制度目的に即した支給対象を設定するで、それぞれの必要に応じて給付がなされるようにすることが求められると考える¹⁹。

３ 障害基礎年金の要保障事由

（１）要保障事由

さて、障害ゆえに「稼得活動への制限」が生じている者に対し所得保障給付を行うことを障害基礎年金の目的とした場合、障害基礎年金の要保障事由は「障害ゆえの稼得活動への制限」ということになろう。まず、これを法令上も明確にする必要がある。そして、この観点から障害基礎年金の支給対象者を画する障害認定がなされることが求められる。

(2) 障害認定の在り方

障害認定の在り方としては、安部論文で提示された2つめの課題である「②障害種別による合理的に説明できない相違」を解消することも重要であることから、これを勘案して、すべての障害に共通する次のような方法を提案したい。

まず、第1のステップとして、機能障害が存することの確認を行う。この確認は緩やかになされるもので、現在の障害認定基準で見られるような細かな医学的認定を求めるものではない。続く第2のステップで、「稼得活動への制限」の有無を確認する。ここでは、社会モデルの考え方に立ち、障害の状態は可変的であることや支援の有無にも留意しつつ、障害ゆえに就労の機会が喪失・減退しているか否か、障害者の置かれた状況が就労にどのような影響を与えているかについて個別・具体的に判断することとなる。そして、結果として「稼得活動への制限」がみられない場合（すなわち、十分な就労所得があるような場合）には、障害基礎年金は支給されないこととなる²⁰。他方、「稼得活動への制限」がみられる場合には、障害基礎年金の支給がなされることとなるが、「稼得活動への制限」には段階があることから、その支給額については、抛制か無抛制かに関わらず、就労インセンティブに配慮しつつ所得²¹に応じて逡減させることを想定している²²。

(3) 合議体による認定

以上の認定については、医師と障害分野の専門家等で構成される合議体で行うことが妥当であると考え²³。現在、多くのケースが認定医一人の判断で処理されていることには批判も存在している。医学的観点にとどまらない複数の観点から判断を行うためにも、合議体での認定が望ましかろう。

(4) 懸念点

もっとも、上記のような障害認定の在り方に対しては、懸念点もある。①「定型性」を重視する社会保険の仕組みの中に「個別性」を導入することにならないか、②機械的判断ではない判断を要請する結果、認定者の裁量が大きく広がることにならないか、③生活保護における「稼働能力の活用」に際するのと同様の問題（就労への過度の圧力等）が生じないか、と言った懸念である。

①については、上記の認定方法は、障害（「社会モデル」を踏まえた障害）により働くことができず、結果的に十分な所得を得られない場合に障害基礎年金を支給しようとするもので、個別の状況を重視するため、扶助原理と親和性が高い面

は否定できない。したがって、この点をどのように考えるのか、すなわち、「社会保険」としての側面を重視するのか、それともそこから離れるのか等について、検討する必要がある²⁴。他方、②については、確かに認定者の裁量が大きくなるが、合議体での認定により裁量へのコントロールを及ぼすことが可能になると考える。また、③については、まさに「社会モデル」の立場にたって、障害者のおかれた社会的状況を考慮することで、この問題を避けることが可能になるのではないかと考えている。

V 終わりに—労働と社会保障の関係

本稿では、障害基礎年金制度が抱える課題について、障害のある人の置かれた現実の問題状況を起点に検討を行い、障害基礎年金の目的はどこにあるのかを改めて再考し、その目的に即した障害認定の在り方、そして、所得に応じて逡減する給付の在り方について試案を提示した。

これまでの社会保障の仕組みにおいては、「労働か、さもなければ社会保障か²⁵」という発想が多分に見られた。障害者に対する所得保障の仕組みも、障害者は労働により収入を得ることが困難であることを理由に整えられてきたと言える。そして、障害年金給付は、基本的には²⁶、「受給できるか、受給できないか」の二択である。しかし、上記でも確認したように、現在では、機能障害があることが、すなわち労働により収入を得ることが困難であることを意味しない。また、働き方も多様化している。正規雇用で働く障害者もいれば、障害との兼ね合いでパートタイム就労をする障害者、福祉的就労の場で働く障害者もいる。「労働か、さもなければ社会保障か」という二者択一ではなく、「障害ゆえに働くことに制限はあるものの収入も得ている。ただ、生活をしていくには不十分であるので社会保障による給付も必要とする」という「労働と社会保障の組合せ」を必要とする者も多いのではないだろうか。障害の状態は、多様でグラデーションである。ある線を挟んで、「制限を受けることなく働ける者」と「全く働けない者」とに分かれるわけではない。本稿での検討は、この「労働と社会保障の組合せ」による障害者への所得保障ないし生活保障を提案するものでもある。

¹ 日本障害法学会 HP (<https://disability-law.jp/>)。

² 小山進次郎『国民年金法の解説』時事通信社（1959年）65-66頁。

³ 背景には、「障害者の権利宣言（1975年）」や「国際障害者年（1981年）」をはじめとする国

際的な障害者問題に対する取組みの進展がある。

⁴ 百瀬優「障害者に対する所得保障制度－障害年金を中心に」季刊社会保障研究 44 巻 2 号 (2008 年) 181 頁。

⁵ 国民年金制度は、「憲法 25 条 2 項に規定する理念に基づく制度」と位置付けられている (国民年金法 1 条)。

⁶ 鈴木静「障害基礎年金の現状と課題－障害のある人の権利条約を踏まえた見直しをめざして」障害者問題研究 48 巻 3 号 (2020 年) 163 頁。吉原健二・畑満『日本公的年金制度史－戦後七〇年・皆年金半世紀』中央法規 (2016 年) 103 頁。なお、マクロ経済スライドにより、老齢基礎年金の支給額は抑制されていくことが予定されていることから、将来に備えて貯蓄を行うこと等が困難であることが多い障害者を支給対象とする障害基礎年金の支給額を老齢基礎年金の満額と連動させることについては、これまで以上に、その是非が問われている。百瀬優「障害年金の給付水準」社会保障法 33 号 (2018 年) 112-113 頁。

⁷ もっとも、生活保護は、補足性の原理 (生活保護法 4 条) に基づき実施されることから、中には障害年金も生活保護も受給できない者も存在する。

⁸ 加えて、厚生年金の被保険者 (国民年金の第 2 号被保険者) の場合には、1 級・2 級の障害については障害基礎年金と同じ認定基準に基づき、これに上乘せする形で「障害厚生年金」の支給がなされる点も、障害年金制度の目的に関する議論の複雑さ、難しさに拍車をかけているといえよう。障害厚生年金の目的や支給要件については、本稿では扱っていないが、これについても障害基礎年金との相違に留意しつつ別途検討する必要がある。

⁹ 障害厚生年金について定める厚生年金保険法についても、労働者とその遺族の「生活の安定と福祉の向上」 (厚年法 1 条) と定めるのみで、同様の状況である。また、障害者基本法も、「国及び地方公共団体は、障害者の自立及び生活の安定に資するため、年金、手当等の制度に関し必要な施策を講じなければならない」 (障害者基本法 15 条) と定めるにとどまり、国民年金法には言及のない「障害者の自立」という要素が加わるものの、抽象的な規定となっている。

¹⁰ 小山進次郎『国民年金法の解説』時事通信社 (1959 年) 172 頁。

¹¹ 安部敬太「障害年金における等級認定 (1) －その歴史的変遷」早稲田大学大学院法研論集 176 号 (年) 2 頁、19-20 頁。国会会議録の中には、例えば、次のような政府委員ないし政府参考人による発言が残っている。「障害を持つことによって、本来な (ら) ば勤めてあるいは仕事をして得られるであろう所得の稼働能力が喪失いたしますので、それに対する補てんという意味で考えられておるわけでございます」 (福祉手当等との比較で障害福祉年金の性格について述べる部分。第 75 回国会衆議院社会労働委員会第 9 号昭和 50 年 3 月 20 日)。「年金制度は…所得保障という形で組み立てられてお (り)、…障害になりました場合の稼働能力の喪失ないし減少 (に対する) 所得保障という観点から…組み立てられておるわけでございます」 (他の手当等との比較で、年金制度一般 (1985 年改正前) の性格について述べる部分。第 87 回国会衆議院社会労働委員会第 9 号昭和 54 年 3 月 22 日)。「年金制度は、高齢や障害により所得が喪失したり減少したりする、…これを補てんするということで典型的な所得保障を行うものでございます」 (障害基礎年金の支給水準に関連して年金制度一般 (1985 年改正後) の性格について述べる部分。第 131 回国会参議院厚生委員会第 5 号平成 6 年 10 月 31 日)。「稼働能力の喪失に対するものが基礎年金であり、介護ニーズとか特別の費用 (の) 負担がかかる、それを補てんするのが特別障害者手当ということで当時 (注：障害基礎年金創設当時) 整理されたものであります」 (障害者の所得保障に関する過去の経緯について説明す

る部分。第 162 回国会衆議院厚生労働委員会第 23 号平成 17 年 5 月 18 日)。「障害基礎年金…は、昭和 60 年に（創設された）制度でございますが、そもそも障害年金…は、…障害による稼得能力の喪失に着目いたしまして、所得保障を行うということが目的でございます。通常、一般的に生じるであろう所得の稼得能力の喪失を伴う老齢という保険事故が…早期に到来したという位置づけで…障害年金制度というもの（は）スタートしてございます」（障害基礎年金の創設目的について述べる部分。第 171 回国会参議院厚生労働委員会第 15 号平成 21 年 6 月 11 日）等。

¹² <https://www.nenkin.go.jp/service/jukyu/shougainenkin/ninteikijun/20140604.files/01.pdf> なお、障害認定の仕組みを医学モデルから脱却させることは、障害者権利委員会からの日本政府への勧告（総括所見、2002 年 9 月 9 日及び 2002 年 10 月 7 日）においても強く求められている（パラグラフ 7(b)、8(b)）。

¹³ 障害を補う技術が発達しておらず、また、労働市場で求められる労働も機能障害を有する者に不利であるもの（例えば、工場での労働）が多かった時代、さらには、社会への参加や働くことに関して障害者への差別や偏見による障壁が大きかった時代には、支給対象となる機能障害の範囲に関する問題は存するものの、機能障害を有する者を障害年金による所得保障を必要とする者とするに、大きな齟齬はなかったといえよう。

¹⁴ それにも関わらず、障害等級 1 級の該当性判断に当たり「家庭内の生活でいえば、活動の範囲がおおむね就床室内に限られる」か否かの検討を求めたり、2 級の該当性判断にあたり「活動の範囲がおおむね家屋内に限られる」か否かの検討を求めたりしている『障害認定基準（令和 4 年 4 月 1 日改正）』は、障害者の社会や就労への参加を支えるという障害年金が持つべき役割(IV 2(1)を参照)を見損ねていると言わざるを得ない。この点については、『障害認定基準』における障害の状態像は、国民年金法制定当初(1950 年代)の障害者を反映したものであって、障害者基本法の障害者像に比して著しく狭く、障害年金受給者の範囲を狭めることに寄与している恐れがある」との批判がなされてもいる。河野正輝『障害法の基礎理論－新たな法理念への転換と構想』法律文化社（2020 年）226 頁。

¹⁵ 注 11。

¹⁶ ただ、現行制度は、障害等級 2 級の者の中にも、介護等の障害により生じる費用を必要とする者が存在しうることを見逃している。

¹⁷ 1983 年 7 月 28 日に提出された「障害者生活保障問題専門家会議報告書」でも、「障害者の所得保障は、障害により失われた稼得能力の補てんと、重度の障害により特に要する費用の補てんの双方の観点で踏まえて行われる必要がある」旨の指摘がなされている。「ニュース資料 障害者生活保障問題専門家会議報告書」年金実務 516 号（1983 年）793 頁。

¹⁸ 障害に伴う特別な出費について、1 級の加算の目的や金額の根拠が不明確になっていることや 2 級の障害年金受給者の特別な出費をカバーする仕組みがないこと等を理由として、公的にこれをカバーするのであれば、年金制度外の仕組みで対応することが望ましいとする見解として、百瀬優「障害年金の給付水準」社会保障法研究 33 号（2018 年）109 頁。

¹⁹ もちろん、実際の生活の中では、前者により賄われる「生活に関わる基礎的費用」と障害により要する費用は重なり合い、明確に分けることは困難である。それでも、両者を分けて考えることは、所得保障あるいは障害により要する費用の保障が必要な者に給付が届かなくなるリスクの回避につながると考える。なお、前述の障害者権利委員会からの勧告（総括所見）では、障害に関連する費用をカバーする社会保障制度が日本において不十分であることが

指摘されており、その仕組みの強化が求められている（パラグラフ 59(a)、60(a)）。

²⁰ 「社会モデル」は、障害の範囲を広めることもあれば、狭めることもある。このような認定方法を採用すると、現在、障害基礎年金受給している者の中に、受給資格を失う者が多数出てくることが予想される（例えば、機能障害の程度は重いが、その就労への影響は小さい身体障害のある者）。したがって、制度の見直しを行う場合には、十分な移行期間を設けることが必要である。

²¹ 就労所得以外の手段により収入を得る者もいることから、就労以外による収入をどう扱うかについて、別途検討する必要がある。

²² 稼働能力に対する制限の度合いについて、①就労所得の水準や労働時間の数などの具体的な基準で決めるのか、それとも、②就労に相当な程度の支障があるといった抽象的な基準で決めて様々な事情を総合評価するののかという2つの選択肢を提示するものとして、福島豪「障害年金の権利保障と障害認定」社会保障法 33号（2018年）129・130頁。本試案は、②抽象的な基準をベースとしつつ、最終的な支給額については、①具体的な所得状況によるものである。なお、細かな言葉の使い方等に相違があるとしても、本稿におけるここまでの検討は、同論文で述べられている「政策論としては、障害によって所得を稼ぐことができない場合に所得を保障するという障害年金の目的に即して、障害等級を就労によって所得を稼ぐ能力、つまり稼働能力の制限という観点から見直すとともに、障害年金と就労所得の合計額が高額になる場合には、就労インセンティブに配慮しながら、所得に応じて障害年金を調整することが望ましい」とする見解（同 129頁）と、大筋で同じ方向を向いていると考える。

²³ 障害者総合支援法の市町村審査会等の構成を踏まえつつ、就労支援の専門家や障害当事者の代表等の参加などについても積極的に検討すべきであると考え。前掲・河野書 234頁も、医師のみに依存しない、社会的因子の影響を判断する専門職を含む複数審査体制の整備を課題として挙げている。

²⁴ この点、前掲・河野書 234頁は、「機能障害のみならず『機能障害を有する者が他との平等を基礎として社会に完全かつ効果的に参加することを妨げる』社会的因子を審査の対象とすること、かつ定型化されたリストへの当てはめのみならず定型化されない個別の事情を審査判定する方法へ、いかにシフトするかが課題とな」として、医学モデルに依拠して「定型化された機能障害リスト」に当てはめて判定する現行方式の根本的再検討を求めており、「定型性」に拘らない立場をとる。

²⁵ このフレーズは、林健太郎『所得保障法制成立史論—イギリスにおける「生活保障システム」の形成と法の役割』信山社（2022年）において、印象的に使用されている。

²⁶ 20歳未満に初診日のある障害者については、所得が一定額を超えると、障害基礎年金の全部又は2分の1が支給停止となる（国民年金法 36条の3）。

永野報告へのコメント

関哉 直人（弁護士）

- I 永野報告の概要
- II 社会モデルと障害年金

I 永野報告の概要

永野報告は、現在の障害認定基準は医学モデルに立脚しているため、稼得活動ができていないにもかかわらず障害年金を受け取れない場合があることを指摘した上で、社会モデルを踏まえ、障害年金の目的を「障害者が社会の中で被る不利益も勘案した上での『稼得活動への制限』に対し所得保障給付を行うこと」とする。

そして、当該目的の下での障害年金の「要保障事由」を「障害ゆえの稼得活動への制限」とした上で、認定のあり方について①機能障害については緩やかに認定し、②社会モデルの考え方に立ち、障害ゆえに就労の機会が喪失・減退しているか否か、すなわち、障害者の置かれた状況が就労に与える影響について判断するという方法を提案する。

II 社会モデルと障害年金

- (1) 現在の障害認定基準が医学モデルに立脚していることは疑いがない。機能障害の程度のみで障害等級を認定する障害類型も多く、一般状態区分表についても「常に介助を必要とし、終日就床を強いられ」等、機能障害に拠るところが大きい。また、精神の障害用の診断書では、日常生活能力の判定において「(判断にあたっては、単身で生活するとしたら可能かどうかで判断してください。)」と注意書きがなされ、精神の障害に係る等級判定ガイドラインでは、独居や一般就労をしても相当の援助を受けている場合は1級または2級の可能性を検討する¹とあるとおり、現に存在する支援・援助を割り引いて認定するとされており、社会的障壁の有無を考慮して障害を捉える社会モデルの考え方とは整合しないようにも思える。すなわち、相当の支援等を受ける中で社会的障壁が除去又は減退している場合、社会モデルの考え方によれば障害認定がなされにくくなるようにも思えるが、現在のガイドライン

等では、相当の支援等を受けている場合、これによって社会的障壁が除去又は減退しているかを考慮せず、当該支援等を障害認定において積極的に考慮すべきとしており、社会モデルの考え方とは相容れないようにもみえる。

障害の概念について医学モデルから社会モデルへの転換が図られ、これが国内法制度として定着した今、障害年金にも社会モデルの考え方が取り入れられるべきことは当然であり、目的・要保障事由の捉え直しから、認定基準及び認定方法の見直しにアプローチする永野報告に大いに共感し、賛同する。

(2) ここからは私見を述べる。

社会モデルに関しては、例えば障害者基本法2条1号において「障害者身体障害、知的障害、精神障害（発達障害を含む。）その他の心身の機能の障害（以下『障害』と総称する。）がある者であつて、障害及び社会的障壁により継続的に日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける状態にあるものをいう。」とされているとおり、社会的障壁により日常生活等に制限を受けているかどうかが要素として加わる。

この点、例えば、本人の発達障害に起因する課題は多いものの、就労先の手厚い合理的配慮又は環境の整備により長年勤務ができ、一定の給与が得られている場合を想定する。（現状、このようなケースでは、前記の等級判定ガイドラインにおいて受けている支援の内容を割り引いて考えるとされながら、就労が安定しているという理由で障害年金が支給されない場合があるが、それはともかくとして）社会モデルの考え方を取り入れた場合、合理的配慮又は環境の整備により社会的障壁が除去され、就労の機会が喪失・減退しているとはいえないので障害年金は支給しなくてよいという結論になりかねない。

しかし、支援というものは不安定である。あるとき、いきなり支援が断たれることもある。所属長や担当者が変わることだけで支援は大きく変化する。また、一見手厚い支援が行われているように見えても実は本人とはミスマッチな支援であり、就労定着は本人の不断努力によるもの、ということもある。そして、就労が定着しているといっても、障害者雇用の名の下で所得が低いまま昇給もないという事態を見逃してはならない。

そこで、このようなケースにおいて社会モデルの考え方を取り入れる場合、その社会的障壁²は、支援が安定しない職場環境（の中で本人が不安を抱えながら働いていること）や、成果や円滑な意思疎通・人間関係が求められる（中で本人が適応しようと努力している）ことなどの「慣行」や、本当の意味で本人の障害を理解していない「観念（無理解）」、同一労働同一賃金が保障さ

れない「制度」等に目が向けられるべきであり、これらの社会的障壁が本人の能力の発揮を制限している場合、障害等級の認定が積極的になされるべきと考える。

以上

¹ 等級判定ガイドラインにおいて、総合評価の際に考慮すべき要素として「家族等の日常生活上の援助や福祉サービスの有無を考慮する。」「相当程度の援助を受けて就労している場合は、それを考慮する。」等が挙げられている。

² 障害者基本法 2 条 2 号において、社会的障壁は「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。」と定義されている。

総括的なコメント

障害年金を人権論として把握する一生存権の再考

橋本 宏子（神奈川大学）

- I 報告の位置と本稿の位置
- II 「生存権」に関連して
- III 「自由権」を中心とする特殊近代西欧の人権概念と「生存権」
- IV 特殊近代西欧的な「人権」概念からは度外視される「人間として生きる」ことの要求
- V 障害年金を再考する―「人間として生きる」の視点から
- VI むすび 生存権への架橋を求めて

I 報告の位置と本稿の位置

障害年金を「稼得能力の喪失または減退」に対する所得保障給付の視点から捉えることへの関心は、趣旨説明を踏まえた二報告に共通しているように窺える。障害者雇用政策における法と実務を繋ぐ「自身の地道な研究」とも整合性をもつ永野報告をはじめ、豊富な実務経験をもつ安部や福田の発言には傾聴に値するものがあるが、以下では視点を換え、「**生存権**」を起点としたところで人権についての若干の考察をすすめるなかで、障害年金の法的性格について考えを及ぼしてみたい（人名については敬称略とさせて頂いた。また紙幅の関係から、引用並びに参考文献についてはまとめた形でしかも極めて略儀に掲載せざるを得なかった。お赦し頂きたい）。

II 「生存権」に関連して

（１）現状での「生存権」の理解は、「経済基本権」にウエイトが置かれているため、「人間として生きる」こととの間にはかなり乖離がある、ようにみえる。

（２）本稿では、「生存権」という言葉を、命・身体あるいは他者と深い関わりをもちながら「人間として生きる」という意味あいを籠めたところで使用したい。

（３）国富の拡大が容易でないとすれば、「最適者生存」に通じる社会ダーウィニズムの思想を、私たちはほんとうに否定できるのだろうか。障害年金を人権論の視点から考えようとする本稿が、上で述べた意味での「生存権」（人間は他者との関りを通じて初めて人間として生きることができる）に関心を抱く理由は、遡ればこのことに関係している。

（４）「人間」が人間として生きるために自然発生的に生ずる要求は、「人間」と

いう主体的概念と「生きる」という人間の最低必要条件を示す概念を内包している限りにおいては、「人間」の本源的・自然的な要求にかかわるものであり、超時間性・超空間性を示す概念である。日本国憲法11条の「永久の権利」という概念が発生してくる基盤には、かかる観念が大前提として含まれている、と考えられている①。

(5)「人権」という言葉は、上にいう「自然発生的に生ずる要求」そのものを念頭において使用される場合と、国家の実定法制度として規定された「人権」を念頭において使用される場合がある(日本国憲法でいえば11条～40条が「基本的人権」の規定であり、同法9条は人権に密接不可分に関係している)。

III 「自由権」を中心とする特殊近代西欧の人権概念と「生存権」

特殊近代西欧の人権概念については、概略以下のような指摘がなされている②。

(1) 封建社会の構造的危機にさいして、人間の自覚的・主体的立場をもとにして、自己の束縛を解放しようとする過程で生まれたものが自由・平等の思想であり、それは人間の生存のためのものであった。

(2) しかし産業資本の支配が確立する過程で、基盤となった「人権」概念の「正当性」の社会的論拠は無視され、その形式的表現のみが絶対化される傾向をもってくる。生存権の論拠は見失われ、自由権は「自由権一般」として信奉されてくる。

(3) 上の結果として近代西欧の人権概念は、「自由権」を中心とする概念でありそれに若干の「生存権」的要求を充たすための「社会権」を加味したものとなってくる。19世紀末から、近代西欧の人権概念において、生存権が上のような形で人権体系の中に包摂されたとしても、資本制生産関係、すなわち、労働者の資本に従属する関係を保障する人権体系というものを考えることは概念矛盾となり、「人権擁護」として、人権「一般」を擁護する意義はそこでは生じないのではないか等の疑問が生じる。

IV 特殊近代西欧的な「人権」概念からは度外視される「人間として生きる」ことの要求

近代西欧社会においては産業資本主義段階以降、近代西欧的な人権概念には入らない、人間としての本源的・自然的な欲求から発生する「人間として生きる」ことの要求は視野外におかれてしまうことになった、と指摘されている③。具体的にはこれまで、公害問題・医療問題等、直截「人間」の生命そのものに関連する事項、住宅問題・交通難問題等間接的に生命を摩滅させるような事項がその例として挙げられてきた。重要なことは、これらの事例はいずれも「経済基本権」にウ

エイトをおいたところで「生存権」を捉えるのではなく、「人間存在の極限的事態」とのかかわりにおいて「生存権」を捉えることによって初めて、問題の所在を明確にできる問題だということである。現状に目を移せば、「人間として生きる」ことに明確に視点を据えて「生存権」を捉えることの重要性は増してきている。「障害年金」に係る問題も、稼得能力の喪失に対する所得保障（金銭給付）の次元を超えて、直截「人間」の生命そのものと関連させたところで、いいかえれば「障害とともに生きる」という視点から、所得保障（金銭給付）としての「障害年金」の内実を考える必要がでてきているように窺える。障害の対象が「内部疾患」や「精神障害」へと拡大する中で、「保険原理」のもつ「画一性」を超えて、あるいは障害を「事故」や「リスク」と捉えることを超えて（包摂したところで）、「個々人の個別の状況」に着目せざるを得なくなってきたのではないだろうか。しかしこのことについて記述を進めるためには、もう少し段階を踏んでおく必要がある。段階を踏むという意味では、ジョン・ロールズやアマルティア・セン、マーサ・ヌスバウム等の「福祉の規範理論」にも言及しておく必要があるがここではその余裕はない。彼らの規範理論は、平等・自由・自律を中心に構築されており、その理論は西欧近代の人権構造と関連しているように窺えるが、そこからなお学ぶべきことも少なくないことは、後述するセンの指摘が示唆するとおりである。

V 障害年金を再考する―「人間として生きる」の視点から

(1) デゲナーの指摘（共著 Human Rights and Disability 2002 年による）から考えること

① テレジア・デゲナー（国連障害者権利委員会前委員長）は、人権モデルにおいては第一に、「人権がある一定の健康あるいは身体的状態を要件とするものでないこと」は確かである。これに対し社会モデルは、障害が社会的に構築されたものであることを説明するだけにとどまっている。人権モデルは第三に、障害を「生活の質を下げるかもしれない状態ではあるけれども、人間のひとつの姿であり、それゆえに人間の多様性のひとつとして尊重されなければならない」ものとして理解する、と述べている（第二の指摘は略）。

② 上の指摘が注目されるのは、障害のある人個々人が、各々の健康状態や身体的特徴をあわせもったそのままの姿で「人間として生きること」を捉えていることにある。そこには、これまで述べてきた本源的・自然発生的欲求から発生する「人間として生きる」という視点と重なるものがあるように思われる④。

(2) 「稼得能力の喪失・減退」という発想への懸念

以上のことを前提としたところで、「稼得能力の喪失・減退」に話を移したい。

障害のある人の「稼得能力の喪失・減退」を問題とすることは、突き詰めていえば稼得能力を喪失・減退する前の状態と（端的に言えば健常者と）障害者を比較することになるのではないだろうか。もっといえば、それは「人権がある一定の健康あるいは身体的状態だけを要件とする」ことにつながるのではないだろうか。さらに問題なのは「障害年金の要保障事由」を「稼得能力の喪失・減退」と結びつけて捉えてしまうと、そこからは当該障害者が、現状の健康状態や身体的特徴を包含したところで「人間として生きようとする事」を、「障害年金の要保障事由」と積極的に結びつけてとらえることができなくなってしまうのではないかということである。「障害年金の要保障事由」と「稼得能力の喪失・減退」とを結びつけて捉えることは、「個々人のそれぞれに則した権利保障」という昨今の国際人権規範の発展とも逆行することのように思われる⑤。

障害者権利条約にいう Inclusion in society (3条(e) 参照) は、単に「障害者の(雇用を含む) 社会参加」の意味に留まらず、人々がそれぞれの差異を生かした相互依存的な人間関係(多様性をもつ人間関係)を構築していくことの重要性をこそ示唆しているのではないだろうか。そのように把握することが社会の充実に繋がり、また社会ダーウィニズムへの具体的批判にも通じるのではなかろうか。「日本の初回報告に関する所見のまとめ」を受けてその思いを強くしている。

(3) 「障害年金」と「人間として生きる」という視点

① 生存権保障と社会保障

このようにみえてくると、「障害年金」にかかる本稿の課題を検討するためには、「生存権の再考」(Ⅱの(1)(2)参照)を土台として、そこに障害のある人個々人が「人間として生きる」という視点を具体的に重ねあわせて考えていくことが重要であり、必要なことのように思えてくる。そのためにはまず、生存権保障と社会保障の関係を整理しておく必要があるが、ここでは「社会保障は生存権保障の一領域」であること、社会保障の制度体系は通常、公的扶助、社会保険(障害年金を含む)、社会手当、人的・物的サービスの領域から構成されるという大まかな指摘に留めざるをえない(正確を期すためには、補足説明が必要だがとりあえずこのように整理する。)

② 本稿の問題提起と想定される「懸念」(反論)

本稿は、「障害とともに生きる」という視点から、所得保障(金銭給付)としての「障害年金」の内実を考える必要性がでてきている、と考えている。この考え方に対する「懸念」(反論)は、「(本稿が言及したような)デゲナーの指摘に共感はあるが、それを(金銭給付である)障害年金にどのようにあてはめることができるのか、あるいはその必要性があるのか。実務的な視点からは、『障害による稼得能力

の喪失を補填する』ことの有用性が指摘されているではないか」といったことに要約できよう。確かに、障害年金の目的と関連させながら障害年金の要保障事由を考える中で、「人間として生きる」という視点をそこに落とし込んでいくことは容易なことではない。しかし本稿がこれまで述べてきた意味での「生存権」を重視するなら、「人間として生きる」という視点は、社会保障法の「細部」にまで浸透していなければならないはず、ではなかろうか。以下ではこの困難な課題を検討するまずは「切り口」（と思えること）を、紙幅の許す範囲で提示することによって、今後の方向性を少しでも明確なものにしていきたい。

（４）現行制度批判

① 国年法施行令別表（以下、「施行令」という）は障害等級１級について「日常生活の用を弁ずることを不能ならしめる程度」とし、２級については「日常生活が著しい制限を受けるか、又は日常生活に著しい制限を加えることを必要とする程度のもの」とし、障害認定基準（以下、「認定基準」ともいう）はその内容をさらに具体化している。

② しかしデゲナーの上の指摘に依拠するなら、施行令に言う「日常生活の要を弁ずることを不能ならしめる程度」あるいは「日常生活が著しい制限を受けるか、又は日常生活に著しい制限を加えることを必要とする程度の者」という指摘（特に「下線」部分）は、障害のある人個々人が「各々の健康状態や身体的特徴をあわせもったそのままの姿で生きる」、いいかえれば「障害とともに」人間として生きようとする姿勢に逆行するもの（あるいはその姿勢を否定するもの）ではないのだろうか。デゲナーの指摘は、例えば「日常生活の用を弁ずることを不能にしている」と判断されるような「健康状態や身体的特徴」に対しても、本人の意向に沿ったところで、考えられる「方策」を講じることにより、現状をより充実した形に整えながら、日々を生きることを主張しているように思われるからである。センが、「ニーズを goods（商品 財産 物）への必要としてではなく、doings and beings（何をしたいか、どうありたいか）への必要として再定義すべき」

⑥と述べていることは、上の考えを理解する一助となろう。センの指摘は、障害をもつ個々人に、「どのような能力障害や参加障害が生じているのか」を明らかにするだけでなく（現状はここに留まっているのではないだろうか）、それをどう補填して当該個々人の「何をしたいか、どうありたいか」という思いに繋げていくという視点を（障害年金の法理を考える際にも）重視していく上で、示唆的である。本稿の問題関心からすると、センの指摘には、現行の法令や障害認定基準への批判に留まらず、本稿でいう「（生存権思想に係る）視点の転換」を促すものもまた含意されているよう

に思われる。上のような視点を、可能な限り現行法令等に重ねあわせてみるなら、障害認定の評価基準とされている「日常生活能力」についての考察を、行政解釈の理解を超えて深め、それを基軸に発展的に理論を展開していくことにつながるのではないかと考える。そしてそのことが、解釈論を考える上でも、立法政策を論じる上でも重要ではないかと思うものである。

(5) 日常生活（社会生活）の保障を考える

① 生存のための労働

自然法思想家の一人であるロックは、狭義の財産の保持は、「労働」によりその生命・身体を維持するために必要な限度で認められるとし、財産保持の限界を示している。このことから、「ロックにおいては、『所有』を『人間の原点』とし、『人権』の中核的概念とする考え方に対して、『人間の社会生活の基点に労働を置く』考え方が取られており、ロックの『人権』論を理論的に考察する鍵となっている」という指摘がなされている⑦。本稿では、日常生活（社会生活）の基点に、(ロックの労働を発展的に理解したところでの)「労働」を据えて考えを展開していきたい。

② 本稿における「日常生活」（生存のための労働）の理解

本稿では、施行令における「日常生活」（生存のための労働）を、「広義の労働」（「自己」の実現の場としての日常生活＜社会生活＞の維持。「狭義の労働」である一般就労や就労支援施設や小規模作業所での労働も含む）の視点から解釈していきたい。「日常生活」の中には、「社会生活」ないし「社会的活動」が包摂されていると考え⑧、以下では「日常生活」をその意味で使用する。

(6) 日常生活費の保障としての障害年金の内訳

本稿では障害年金の目的は、「障害をもって生きる人の日常生活の保障を（金銭給付を通じて）補填することにある」ととりあえず整理したい。このことを前提に考えると、障害年金の中には、明確に区分できるわけではないが、生活費の保障（喪失したり減少した所得を補填する部分）と当該受給権者に「どのような能力障害や参加障害が生じているのか」を明らかにしつつ、それを補填して当該受給権者の「何をしたいか、どうありたいか」という思いに繋げていく「具体的な方策」にかかる費用部分が含まれていることになる。

(7) 今後のために

① 課題

上のように考えると、(傾向性として)機能不全の程度が軽い人ほど、あるいは日常生活を充実させることへの要求（インセンティブ）が高い人ほど、障害年金の受給に結びつきやすくなるのではないかと、という問題が浮上してくる。そのための

手立てとして本稿はとりあえず以下のようなことを考えているがなお検討したい。

- i (客観的にみて当該本人の) 日常生活を充実させるために必要と考えられる(日常生活費の) 基礎的補償額を念頭において、まずは「障害年金支給」の可否を考える
- ii その上で(本人の意向も考慮し) 実際の決定を行う
- iii 「具体的な方策」には(他法他施策を考慮の上)「必要な援助者への費用」等も含める。

② 障害認定基準の法的性格を考える

イギリスの補足給付 (Supplementary Benefit) においては、「準則集」(行政の裁量行使の「基準」) が法規性をもって国民を拘束することになっていない、「準則」はその個別事案処理の一応の内部基準にすぎないことが指摘されている (⑨ 現状については不知)。この指摘は、上で述べたような「本稿の考え方」からすると興味深い。しかし同時に(日常生活費の)「基礎的補償額」を確定しておくことの必要性を思えば(上記① i 参照)、我が国においてはまずは「障害認定基準」の相応の整備が必要ということになるだろう。

③ 障害年金の権利と決定

現在の法的状況のもとでは、障害年金を受給する「権利」は多分に、「裁定」という行政の決定に依存し、その決定の枠内での権利性でしかない、といっても過言ではない⑩。しかし国民年金法等年金各法は、「生存権」(憲法 25 条 2 項) の具体化として、障害年金の「権利」性を認めていることからすれば、障害年金は、受給資格者の請求の上に立って、個々の必要即応の原則により処理するのが理念でなければならないはずである。

④ 障害年金の請求手続自体が「権利を実質化していく」重要な構成要素である

i 「社会保障(障害年金)の権利」の保障を考える場合難しいことは、障害をもつ個々人の需要(ニーズ)の「対極」に(財源という)「有限性」を想定しなければならないことである。このことから障害年金の請求手続過程(以下「手続」という)は、行政主体の判定基礎資料と当事者の権利(主張)を突き合わせ、(可能であるなら)「合意点」を見出していく「ニーズの一種の確認手続(国民の生存の権利の具体化の過程)」の意味をもたざるをえない⑪。だからこそ手続は、当該請求者の生存の「権利」を具体的に形成(constructive)していく過程であり、「権利を実質化していく」重要な構成要素であるという視点を明確にしていくことが重要となる。

なお、障害者権利条約でも明らかにように、合理的配慮は、生存権に基づく給付義務とか給付請求ではなくて、平等実現のための請求権である。「障害年金にかかる権利」を考える上で、両者(生存権に基づく給付義務とか給付請求と平等実現のための請求権)の差異と関連をより明確なものにしておくことが重要と考える。

ii 「苦痛や健康や死への不安、性別や年齢、貧困など障害をもつ人々の固有の経験」の中には、制度の適用を通じて緩和・除去されるべきものもあるが、「人間として生きる」ことに付随しつづける問題も少なくない。だからこそ手続においては、本人の主張（ニーズ）が出発点であり、中心でなければならない。

iii 手続過程においては、「近代」において軽視されてきた『健康でない生命』の立ち位置、「(精神障害等の)『新しい病』と客観的観察・自然科学的手法の再考」「境界（間）への挑戦」等をも視野にいたしたところで「障害」を捉えていくことが求められる⑫。

iv 現行憲法ひいては近代立憲主義の価値体系は、「個人の自律性を所与の価値」としており、それはゆるぎないようにみえる。しかしながら「個々人と他者」の切り離せない関係性に学問的関心が向けられてきているのも事実である。本人を手続の出発点におくことや「人間」という主体的概念（Ⅱ（４）参照）を考える際にも、「関係性」は考慮すべき重要な視点である⑬。

VI むすび 生存権への架橋を求めて

（１）本稿の捉える「生存権」を確認する

① 反ファシズム戦争を経て到達した「現代の人間の尊厳の思想」は、近代自然法思想の単なる再確認に留まるものではなく、生存権を基盤とすることなくして、＜人間として生きる＞ことの保障はありえないことの実感と反省の上に成り立つものであった⑭。

② 国連憲章・世界人権宣言等々には、特殊近代西欧社会の所産である「人権」概念と「現代の人間の尊厳の思想」がふたつながら存在する。

③ 「現代の人間の尊厳の思想」は日本国憲法にも反映されている。本稿は、憲法１３条の規定のされ方の中に、「自由権的基本権」の意味だけでなく、積極的に生存配慮する「生存権的基本権」が含意されていると理解し、憲法１３条を日本国憲法の基本的人権体系の核規定としての「生存権的基本権」規定と位置付ける立場に依拠している⑮。本稿の立場からは、憲法１３条に体现される核規定としての「生存権的基本権」と各種「自由権」規定の関係、「生存権的基本権」と各種「生存権」規定との関係（狭義の「生存権」を「生存権的基本権」との関係でどのように捉えるかの問題もここに含まれる）が重要となってくる。このことは「財産権」中心に法体系が構築されてきた従来の法律学を、生存権中心の法体系の構築へと方向転換させることへの問題関心と表裏一体をなす⑯。

④ 本稿は「生存権」の憲法的基礎をただちに２５条にもとめるのではなく、

憲法13条を核規定とし、「人間存在の極限的事態」に対峙する「人間性回復」への志向のなかに「生存権」の意義を見出す視点⑰を根底においたところで25条の意義を捉え、「生存権」を本来の人権概念に還元していくこと⑱を考えようとするものである（なお、Ⅱ(1)(2)参照）。

(2) 自由と平等 生存権に関連して

19世紀末から世界恐慌を経て第二次大戦後に至る資本主義国家においては、「形式的平等から（「生存権」の確保を目的とする社会・経済施策を伴う、いいかえれば自由の縮減を伴う）実質的平等への転換」が国家の課題となった、という視点からの指摘も少なくない。この指摘は、経済の領域における「実質的平等」（生存権の確保）を念頭においているように窺えるが、表題（2）のことは、重要でありなお検討していきたい⑲。

(3) 障害者権利条約と「生存権」

① 障害者権利条約においては、「障害者と他の者との平等を基礎とすること」に力点がおかれ、「社会権」についての記述を除けば「生存権」についての論究はない。障害者権利条約は自由権と社会権の両方を含んだ「混成条約」とも解されているが、「両方を含む」ということと「基本的人権体系の中核に『生存権の基本権』を据える」ことの間には、大きな違いがあるように筆者には思われる。のみならず「混成条約」と表現されるとき「社会権」は、1860年代以降具体化されてくる「社会権」を念頭に置いているように思われるが、その限界については既述のとおりである。また障害者権利条約には、「自覚的主体的」な人間が他者から侵害されないことが、人間として生きる条件であるという特殊近代西欧社会の「自由権」を中心に構成される人権概念が反映されているように窺える。

② しかし他面、障害者権利条約には、国連憲章・世界人権宣言等々を通じて「現代の人間の尊厳の思想」も継受されているはずである。障害者権利条約が、人間の尊厳を最上位規範（同3条a）として、「障害者の固有の尊厳の尊重」を、現代の「人間の尊厳」の思想としてどう具体化していくかは残された重要な課題と考える。具体化の例をあげれば、integrity（障害者権利条約17条参照）を、「その心身がそのままの状態で」尊重されることを意味するものとして解釈するなら、それは「人間として生きる」という点にアクセントを置いているという意味で、本稿の言う意味での「生存権」をあらゆる「人権」の根本基準とすることに通じてくるのではなかろうか（あわせて障害者権利条約10条 Right to life にも注目したい）。

国際人権規範それを受けた国内法の検討を通じ、何が本稿の言う意味での生存権を規定とする人権を保障し、実質的自由・平等（人間の生存のための自由・平等）を確

保するプロセスになるのか、その糸口を探り、できることならそれを「障害年金法」のさらなる検討にもつなげていきたい。

-
- ¹ 下山瑛二「人権の歴史と展望」法律文化社 1974年(第二版) 法律文化社 ①②③⑦⑧
- ² 橋本宏子「補論 河野論文を受けて 浮かび上がる〈近代〉への関心—2つの視点を通して『生存権』を考える」『障害年金法ジャーナル』創刊号 2020年<<https://www.nenkin-law.com>> ④⑤⑫⑬
- ³ 齋藤純一「公共性」2010年(第17刷) 岩波書店 ⑥
- ⁴ 日弁連高齢者・障害者権利支援センター編「法律家のための障害年金実務ハンドブック」平成30年 民事法研究会 ⑧
- ⁵ 下山瑛二「サービス行政における権利と決定」『人権と行政救済法』1979年 三省堂 ⑨⑩⑪
- ⁶ 「関係性の観点から捉え直す『権利擁護』研究—成年後見制度を超えて—報告書」(2019～2021年度JSPS 科学研究費助成事業 基盤研究(c) 課題番号19K02251)<第二部>(執筆 橋本宏子) ⑬
- ⁷ 下山瑛二「沼田理論と『基本的人権』論」『沼田稲次郎先生還暦記念論文集 現代法と労働法学の課題』1991年 総合労働研究所 ⑭⑮⑯⑰

シンポジウム要録

障害年金制度の課題 福田 素生（埼玉県立大学）

I シンポジウムの趣旨

障害年金制度については、認定日に一定の障害の状態にあるという障害要件に関し、公平な認定を疑わせる深刻な事例などが相次いでいる。障害年金をめぐる論点は、個々の支給要件から障害児・者の所得保障の全体像¹まで多岐に渡るが、本シンポでは、主として障害年金の公平な支給に関わる障害認定の基準と方法²、および基準と整合的であるべき障害年金の目的、要保障事由に焦点を絞り、特に就労との関係を中心に議論したい。

II 報告の概要

1 安部報告「障害年金における障害認定の現状」の概要

実務経験を踏まえ、障害認定の基準の法的枠組み、実際の認定状況とその問題点を、2級の障害年金を中心に論ずる。行政規則で定められ、膨大で、複雑な障害認定基準を類型化し、障害の種別により、検査などで客観的に確認可能な機能障害の場合、就労し所得を得つつ年金も受給できる一方、客観的に機能障害の程度が示せない場合や精神障害などの場合、全般的な（日常）活動制限が認定の要素となり、就労できず所得がなくても年金を受けられないことが少なくないことが、具体例もあげて説明される。各障害種別に共通する障害認定の基準の考え方の不在が問題点としてまとめられる。また、ほとんどの場合、単独の認定医の判断による障害認定の方法についても課題が指摘される。

2 永野報告「目的から考える障害年金の要保障事由」の概要

安部報告を踏まえ障害認定の問題点を確認した上、障害認定が機能障害に偏重し、障害年金の目的や要保障事由に沿っていないため、稼得活動ができず、所得保障を要する障害者が年金を受給できない齟齬が指摘される。障害基礎年金の目的、要保障事由について法理論面の検討を行い、政府の説明³や障害者の権利条約なども踏まえ、目的について再考する。「社会モデル」を踏まえ、「障害者が社会の中で被る不利益も勘案した上での「稼得活動の制限」に対し、所得保障給付を行うこと」が、他の障害者施策との相補的關係の中で、障害年金の固有の目的との試案を提示する。関連制度との関係も念頭に、制度目的に沿った障害認定の

基準（機能障害の幅広の確認と稼得活動の制限の2段階で認定）、年金額（逓減制）や認定の方法などについて、想定される懸念への対応も含め、具体的に提言する。

Ⅲ 指定コメントと報告者の応答

1 藤岡毅会員

安部報告について、障害認定の基準を整理して医学モデル偏重であることを示し、各障害に共通する考え方が不在とまとめたことを評価する。障害認定の方法について、当事者の参加など社会モデル的視点の導入の必要性が指摘される。私見として、制度全般に関し提言（障害基礎年金と障害厚生年金は全くの別物で、前者は障害者の生存権保障金として位置づけるべき。利用者にわかりやすい制度とし、障害認定手続きの共通化を図るなど）される。

安部会員から、障害等級などの認定は、個々の制度目的に沿って行われるべきで、稼得活動の制限により失われた所得の補てんが目的ならば、家庭内の活動よりも社会参加の制約を重視して認定を行い、稼得所得との調整により支給額が決まる方法などが考えられる、認定のわかりやすさは必要等の応答があった。

2 関戡直人会員

社会モデルを踏まえた要保障事由や目的の捉え直し、認定基準の見直しを提言する永野報告に賛意が示される。私見として、社会モデルを踏まえる場合、合理的配慮などで社会的障壁が除去され、就労機会の喪失、減退はないのだから年金は不要との結論になりかねないことが指摘される。

永野会員から、社会モデルを踏まえる場合、稼得活動の制限がなく所得保障の必要性がないならば不支給とせざるを得ないが、コメントの通り障害者の状況は可変的で、支援も不安定なことなども考慮し、所得保障ニーズを判定する必要があるとの応答がされた。

3 橋本宏子神奈川大学名誉教授

シンポジウムの趣旨や報告に一定の評価を示した上で、障害年金の要保障事由を稼得活動の制限とすると、資本制生産関係が前提となり、「生存権」を基本的人権の中核に位置付ける人権論の到達点から離れることにならないかと「障害年金を人権論として根拠づけることの重要性」が私見として述べられる。人権論から（拠出制の）障害年金制度の具体的な在り方を導出することの難しさを認めつつ、生存権的基本権としての憲法13条や障害者権利条約を手がかりに、人権論の精緻化や深化に努力したいとする。

安部会員から、障害者の生存権は障害年金だけでなく、福祉サービス等の関連

制度とあいまって実現されるべきで、障害年金は、稼得活動の制限の程度により認定されるべきだが、社会参加制約なども加味し、「人間として生きる」ことに向けた一翼を担えないかなどの応答があった。

永野会員から、「障害年金制度を人権論として根拠づけることの重要性」は大切な視点であり、大局を見失わないという警告として受止め、障害者政策の全体像などを考える際に、留意したいとの応答があった。

IV 質疑応答

1 安部報告に対する質疑応答

労災の障害（等級）認定との関係について質問（植木淳会員）があり、歴史的経緯を振り返り、日常生活能力が基準となり、稼得活動制限との関係が絶たれた1985年の改正以前は、厚生年金と労災の障害等級の関係はある程度明確だったが、労災の等級表も稼得活動の制限について、独自に科学的な分析をした結果とは思われないなどと応答された。

障害は稼得能力のみから判断されるべきかとの質問（川島聡会員）があり、「稼得活動への制限」のみで認定すべきだが、その程度を認定する場合、結果としての稼得活動による所得や労働時間だけでなく、稼得活動以外の家庭内活動や地域活動などの制限についても、重要な判断要素と考えるなどの応答があった。

2 永野報告に対する質疑応答

『稼得活動への制限』の判定は、対象者の現実的な稼得能力の程度の判定なのか、対象者の機能障害が稼得能力を喪失・減少させる程度の類型的な判定なのか、前者ならば、報告の通り「定型性」を重視する社会保険に「個性性」を持ち込むことにならないかとの質問（植木淳会員）があり、機能障害（社会環境による場合を含む）により、働くことができず、結果的に十分な所得を得られない場合に年金を支給するもので、個別の状況によるので社会扶助に親和性が高いなどの応答があった。

障害認定の方法に関し、報告者が提案している認定を行う合議体のメンバー構成について、障害当事者などの参加まで考えるかとの質問（北川雄也会員）があり、総合支援法の市町村審査会等の構成を踏まえ、障害当事者や就労支援の専門家の参加などについても積極的に検討すべきなどの応答がなされた。

福祉的就労の低工賃などを年金で補足する趣旨か、フランスなどの公的な賃金補填制度と異なる理由、所得に応じ逓減する支給額は就労インセンティブを減退させないかなどの質問（浅倉むつ子会員）があり、御指摘の通り年金で補足する

趣旨であり、賃金補填の仕組みまでは検討していないが、そうした制度がある場合、雇用政策を優先した上、年金で補足することを想定、就労所得を一部控除する仕組みにより就労インセンティブに配慮などの応答があった。

障害年金と社会手当等との役割分担に関連し、「障害ゆえの稼得活動への制限」と「障害により生じる費用」の関係について質問（川島聡会員）があり、「障害ゆえの稼得活動への制限」の部分を「生活のために必要な費用」とした上で、両者は明確に分けられず、実際には重なりあうなどと応答された。

¹ 詳細は、河野正輝『障害法の基礎理論』（2020年、法律文化社）216-249頁、福田素生「障害年金をめぐる政策課題」『社会保障研究』4巻1号（2019年）92-96頁を参照。

² 例えば介護保険では、施設入所者の実証データを踏まえて基準が作成され、被保険者の面接調査の結果について、保健、医療、福祉の専門家からなる介護認定審査会の合議の判定を踏まえ、保険者が要介護認定すると法定されているのに対し、障害年金では、内部規則により、日本年金機構の認定医の書面に基づく単独判断によるのがほとんどである。

³ 「稼得能力の喪失、減退」に対し、所得保障給付を行うこと

特集 2

障害者の政治参加

企画趣旨

金子 匡良（法政大学）

- I 本シンポジウムの趣旨
- II 本シンポジウムの内容

I 本シンポジウムの趣旨

2021 年度研究大会のシンポジウム②では、障害者の政治参加を取り上げた。ここでいう「政治参加」は、狭義には公職選挙における投票や立候補、およびそれに付随する選挙運動を意味するが、広義には政治的意見の表明、政治に関わる情報の収集・発信、政治集会や集団行動への参加等、幅広い活動が含まれる。両者は明確に区別できるものではなく、重なり合う部分も多いが、本シンポジウムでは主に狭義の意味の政治参加を対象にし、障害者がそこに参加することに伴う障壁の問題性について論じる。その意味で、本シンポジウムのテーマは障害者の参政権ということもできる。

近代的な人権概念の黎明期には、参政権は特定の者に与えられたいわば「特権」であり、それゆえその享受における区別の存在は自明のことと考えられていた。しかし、財産、人種、性別等を理由として参政権に課されていた種々の制限は、時代とともに自明性を否定され、それらを理由とする参政権の制限は、不当な権利侵害であると認識されるようになっていった。そして現在では、参政権に制限を課することができる一般的な事由は、国籍や年齢などごく一部のものを残すのみとなった。しかし、明示的に問題性が語られることなく厳然と存在しているのが、障害を理由とする参政権制限なのである。

法の下の平等は、「選挙権に関しては、国民はすべての政治的価値において平等であるべきであるとする徹底した平等化を志向するもの」であり（衆議院議員定数違憲訴訟最高裁判決（最判 S51・4・14））、それゆえ選挙権を制限するためには、「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる」ような「やむをえない事由」が存在しなければならない（在外国民選挙権訴訟最高裁判決（最判 H17・9・14））とされているにもかかわらず、なぜ選挙権を含む障害者の参政権は、かくも長きにわたって、かくも広範な制限にさらされているのか。その根源を突き詰めるとともに、日本における障害者の参政権制限を国際的な比較も含めて検討する

というのが、本シンポジウムの趣旨である。

II 本シンポジウムの内容

第一報告の井上報告では、日本国憲法や障害者権利条約における参政権の位置づけを確認した上で、公職選挙法が障害者の参政権行使を阻んでいる要因について検討し、その根源が同法の内包する「愚民観」にあることを指摘する。その上で、障害者を自律した参政権の主体とするための選挙制度のあり方や主権者教育の強化の方途を探る。

第二報告の小林報告は、国際人権規約から障害者権利条約へと次第に障害者の参政権保障が拡大し実効化されていった足跡を辿り、欧州人権裁判所の判例でも同様の傾向が見られることを紹介しつつ、ヨーロッパ各国においてさえ障害者の参政権が広く制限されている現状を指摘する。また、アジアに目を向けると、韓国では障害者の政治参加を促進する制度的改革が模索される一方、中国やタイでは障害者の参政権に多くの障壁が残っていることが摘示される。

障害者の政治参加に伴う障壁、とりわけ参政権制限を考えるにあたっては、①近代民主主義が暗黙の前提としてきた「個人」像の問題性、②現行の選挙制度が障害者に課している権利制限の違法性・不当性、③障害者の参政権を実効的に保障するための合理的配慮や制度改革の必要性等の検討が不可欠である。本シンポジウムで提示された2つの報告は、これらを検討する基本的な視座を与えてくれるものであり、これらの報告がひとつのきっかけとなって、障害者の政治参加の拡大に向けた議論が進むことを期待する。

障害をもつ人の社会参加と参政権の発展

井上 英夫（金沢大学）

はじめに

- I 人間として、主権者として、たたかひの主体として
 - II 障害をもつ人の参政権の実態
 - III 障害をもつ人の参政権保障の発展－参政権は人権である
 - IV 参政権保障をめぐる国際的動向
 - V 人権保障と人間の尊厳の理念、自己決定の原理
 - VI 参政権保障・自己決定・選択の自由における司法の役割
 - VII 改善の方向－コロナ禍の中で
- おわりに－「したくない人」より「したい人」へ

はじめに

昨年 11 月の学会報告では、とくに以下の四点を強調し、論じた。

- 1 「投票したくない人」より「投票したい人へ」の保障を。
- 2 障害者と呼ばないで－被保護者から権利主体へ－基本的人権（以下人権）保障にふさわしい呼称を考える。

障害者（International Year of Disabled Persons－1981 年）から障害のある人、あるいは障害をもつ人（Convention on the Rights of Persons with Disabilities－2006 年）、さらに固有のニーズをもつ人（Persons with Specific Needs）へ。本稿では、人権そして人権のためのたたかひの主体者としての側面を意識し、障害をもつ人と表記する。

- 3 人権としての参加・参政権－人間の尊厳の理念、自己決定・選択の自由・平等の原理の貫徹を。

- 4 憲法と障害をもつ人の権利条約違反の人権侵害立法である公職選挙法の改正を。

本稿は、さらに、国際的な障害をもつ人の人権とりわけ参政権保障の発展を踏まえ、日本の公職選挙法改正ははじめ参政権保障制度の確立を訴えるものである¹。

なお、コロナ禍の今年、障害をもつ人の人権のためのたたかひを共にしてきた、茨城肢障協以来約半世紀の交流があり、東京で車いすでの地域生活を続けた鈴木敬子さん、石川県聴覚障害者協会の北野雅子元会長、ALS 在宅投票訴訟元原告で「重度障害者」の地域生活のための「事業所」を自ら立ち上げた橋本 操日本 ALS 協会元会長が亡くなられた。本稿をこれらの方たちのご霊前にささげ、ご冥福をお

折りしたい。

I 人間として、主権者として、たたかいの主体として

障害をもつ人は人間であって、主権者であり、人権のためのたたかいの主体である。すなわち、人間の尊厳の理念そして自己決定と選択の自由・平等の原理を内容とする人権が保障されなければならない。

1 人間として、自分のことはじぶんで決める

参政権問題を考える場合、知的障害者施設で、知的障害をもつ人19人が殺害され、職員を含む26人が重軽傷を負わされた津久井やまゆり園事件に触れないわけにはいかない。植松死刑囚の考えは、人権は知っている、しかし、知的障害をもつ人は、「心失者」であり人間ではない、だから人権は保障されなくてよい、税金を使い、汚い、うるさい厄介な「人間ではないもの」であるから命を奪っても良いというものであった。一度だけ面会したが、思いつきの「理屈」に過ぎないのだが、人間に価値の優劣をつけ、いのちすら選別する優生思想につながるものと言えよう²。

この事件に対する、知的障害をもつ人の意見を紹介しておきたい。
「わたしたちは『自分のことは自分で決める』という事を目標として地域で生活しています。わたしたちは障害者である前に、一人の人間です。自分の人生を他の人に決められたくありません。わたしたちには自分の人生を選ぶ権利があります。」³。

2 主権者として

日本国憲法前文は「ここに主権が国民に存することを宣言」と明言している。この「国民主権」が平和主義、基本的人権（以下人権）保障と並び三原則とされていることは周知のとおりである。

日本では、国民が政治の決定権を持っているのであり、国民主権を行使する方法の具体例は、①政治に興味関心を持ち行動する②選挙で国や自治体の代表者を選ぶ③最高裁判所裁判官の国民審査に参加する④憲法改正の国民投票に参加すること、である。障害をもつ人も「国民」の一人として参政権行使によって国を動かしていく権利が人権として保障されている。国民とは日本国籍を有する者であるが、現代では広く日本に居住する外国籍の人の参政権の議論も広がり、住民投票については認める自治体も拡大している。

3 人権のためのたたかいの主体として

憲法97条は、人権の本質として、「人類の多年にわたる自由獲得の努力（struggle たたかい）の成果」と明言している。さらに、憲法12条は、人権・憲法の

「保持」のため、国民に「不断の努力」義務を課している。

しかし、日本の投票率はあまりに低く人権としての自覚と不断の努力が足りない。障害をもつ人の参政権についても、感情論、同情論そして仕方ない、自分たちで何とかするしかないというレベルで論じられてしまう。

参政権は、天やおかみからお恵みとして与えられたものではなく、世界では革命、日本でも自由民権、普選運動、婦人参政権運動など、人々の権利のためのたたかいで勝ち取られたものである。憲法は、その侵害・剥奪に対しては、政治、労働、社会運動そして裁判などによってたたかいなさい、なにより参政権を行使して政府を変えてよろしいとお墨付きを与えているわけである。障害をもつ人も、当然に権利そしてたたかいの主体者である。

ちなみに、2012年の自民党の憲法改正草案では、97条は全文削除されている⁴。

II 障害をもつ人の参政権の実態

1 「障害をもつ人の参政権アンケート」調査より

2019年は4月の一斉地方選挙、7月の参議院選挙が行われた。障害をもつ人の参政権保障連絡会では、参政権保障の実態を明らかにし、その問題点と改善方向を明らかにするためアンケートを実施した⁵。アンケートには全国から合計262通の回答が寄せられた。障害別では、肢体障害をもつ人が65通、視覚障害をもつ人が43通、聴覚障害をもつ人が73通、精神障害をもつ人が81通だった。結果の要点は以下のとおりである。

第1に、多くの障害をもつ人が選挙に関心をもって投票に行っている。肢体障害の方では70%の方が、投票に「毎回行く」あるいは「ほぼ行く」、「たまに行く」と回答している。視覚障害の方では90%以上、聴覚障害では80%、精神障害でも60%の方が投票に行っている。回答者は、比較的意識が高く積極的に活動している人なので一概に比較できないが、2019年の参議院選挙の全体の投票率は48.8%だったことと比べても、はるかに高い投票率である。

第2に、投票している人の多くが、投票などに不自由や困難を感じている。肢体障害をもつ人では60%の人が投票所で不自由を感じており、視覚障害では70%、聴覚障害では50%、精神障害では10%だった。

第3に、投票等における不自由さや困難の内容は多岐にわたっている。

第4に、参政権について学んだことがない人が、肢体障害、聴覚障害は30%、視覚障害は20%、精神障害は40%もいて、多くの人が学ぶ必要があると答えている。

2019年7月の参議院選挙で、れいわ新選組の筋萎縮性側索硬化症（ALS）の船後靖彦、脊椎損傷による重度の肢体障害のある木村英子議員が誕生している。

こうしたいのちをかけて厚い壁に挑む人々の声に国、自治体は応えるべきである。

残念ながら、このアンケートに知的に障害をもつ人は参加できていない。先のように津久井やまゆり園事件では、知的に障害をもつ人は人間でない「心失者」とされ、19名のいのちが奪われた。特別養護老人ホーム、指定病院等では不在者投票ができるわけであるが、とくに認知症高齢者は意思決定できず、意思確認は不可能であるとして特別養護老人ホームで繰り返し施設の選挙違反として「摘発」され、裁判にもなっている。背景に、いまだに人間の価値を選別する優生的思想、劣等処遇観、とりわけ公職選挙法の愚民観が根強くこの国の政治家・官僚などはもちろん、多くの人々を支配していることがある。

この状況を変えるのに重要かつ有効な手段の一つが参政権行使である。

2 知的障害をもつ人の参政権行使の実態－新聞記事より

参政権保障について、2021年、熊本日新聞が詳しい特集「検証公選法」を組んでいる。戸別訪問禁止、供託金問題、そして投票所のバリアフリー化を取り上げているがいずれも障害をもつ人の権利行使への桎梏になっている。さらに、2021年12月26日付け記事では、『『自分の意思で投票』に壁』とし知的障害・発達障害をもつ人を取り上げている。家族・本人の声を取り上げ、公職選挙法が「壁」になっている実態が明らかにされている。

職員が「健常者」だけ対象に考え、「意思決定ができない。無理でしょう」という態度が見られ、「会場の雰囲気が暗い」、「投票記載台に候補者名と写真の両方を掲示した方がよい」、「スタンプ式投票を認めれば、可能性が広がる」、「普段から接している家族の付き添い、代理投票も認めて欲しい」、「投票は一人一人の叫び、自分の意思で投票したい」、「障害の特徴に応じた支援に重点を置くべき」等の声が紹介されている。

さらに、2020年11月の「大阪都構想」の住民投票で、自閉症の娘の代理投票を巡って職員とトラブルになり、娘の分も記入して投票した母親が公選法違反で在宅起訴されている例も取り上げている⁶。

3 『知的障害者・家族・支援者のための選挙のしおり』より

知的障害をもつ人の参政権保障は、全く不十分で、その権利行使には大きな障害があるが、少しでも可能性を広げる努力は続けられている。貴重な運動ではあるが、後に述べるような国、自治体に義務がある人権・参政権教育の一環として

保障されるべきである。

『しおり』は、先の参政権保障連絡会が刊行している⁷。利用できる制度の一つ代理投票制度を中心に上げている。その内容は、次のようなものである。

①自分で書いての投票と代理投票の2つの方法があること ②当日の投票と期日前投票があること③自分で書いて投票するときの留意点④代理投票をする際にできること・できないこと ⑤高等部での選挙学習⑥当事者・家族・支援者の声⑦最近の動向や参政権をめぐる裁判等。

そして、知的障害をもつ人の声として、①選挙のお知らせに何が書かれているか知りたい。②だれを選んでいいのかがいちばんむずかしい。その人がどんな人なのかみんなでべんきょうしたい。③投票所にいっしょに行ってほしい。できれば親ではなく（親はぼくより先に死んじゃうから）、ぼくを知っている職員さんなどがいい⁸。④ぼくより障害が重い人も、「この人！」と指さして1票いれました。次の選挙も行くと言っています。⑤大きな字が書ける投票用紙だということ。写真もあるといい。最後に、⑥みんなでべんきょうして選挙に行きましょう、と呼びかけている。グループホームの世話人、家族の声も切実である。

さらに、「投票権はすべての国民に平等に与えられている権利です」として、認知症の人、障害をもつ人への成年後見人制度導入による選挙権剥奪を憲法15条、14条違反とした2013年3月14日の東京地裁判決を紹介している。「財産の適切な処分等はできなくても、選挙権を行使できる人はいる」と認め、「国民が主権者として自分の意見を選挙で国政に届けることこそが議会制民主主義」であり、障害をもつ人も「わが国の主権者である」と明快に判決し、この結果、成年後見人制度で選挙権が剥奪された、約13万6000人の選挙権が回復したものである。

また、成年後見人裁判での投票権回復をうけて、障害をもつ人の投票をどう保障するのかと国会で議論され、「知的障害をもつ人の意思表示が的確に代理投票の補助者に伝えられるように、家族や友人に投票所まで付き添ってもらい、補助者と打ち合わせて、その意思が反映された投票ができるように柔軟なやりとりが必要」とされ、総務省も通達を出して徹底をはかるとしたことに言及している⁹。

最後に、「参政権は私たちの権利です。堂々と投票しましょう。」と結んでいる。

Ⅲ 障害をもつ人の参政権保障の発展－参政権は人権である

日本国憲法も人間の尊厳の尊重、基本的人権の保障という歴史的潮流を踏まえている。そのため、障害をもつ人々の人権保障も一定進んできた¹⁰。1970年制定の心身障害者対策基本法は、「すべて心身障害者は、個人の尊厳が重んじられ、そ

の尊厳にふさわしい処遇を保障される権利を有するものとする」と第3条に規定し、1979年には国際人権規約も批准している。さらに、1993年には、心身障害者対策基本法は障害者基本法と改正され、旧法3条の内容は引き続き基本理念とされ、さらに第4条1項で、「何人も、障害者に対して、障害を理由として、差別することその他の権利利益を侵害する行為をしてはならない。」と規定した。

そして、第3条2項は、「すべて障害者は、社会を構成する一員として社会、経済、文化その他あらゆる分野の活動に参加する機会が与えられる。」と規定している。ここでは、政治参加が明文をもってうたわれてはいないが、「社会、経済、文化その他あらゆる分野の活動に参加する機会」とは、当然に政治参加を含むものである。したがって、これを受け現在不十分とはいえ、後に述べるように参政権の制度的保障も見られるのである。

日本における障害をもつ人の参政権保障については国際的にみても遅れていて様々な問題があるが、それでも人権保障の発展につれて進歩している。以下、障害をもつ人にとっての参政権保障の意義とその発展の歩みを簡単にたどっておこう。

1 参政権保障の現代的意義

(1) 「完全参加と平等」と参政権保障

国連の人権保障活動の一つとして1981年、「国際障害者年」が開催された。

そのテーマは、「完全参加と平等 (full participation and equality)」であった。

①完全参加の意義

完全参加とは、障害をもつ人がそれぞれ住んでいる社会において、社会生活と社会の発展の全ての部面に参加することを意味する。第一に、あらゆるレベルに参加する。国際的に、そして国レベルでは地域、地方から国家レベルまで、政府、民間を問わず各種機関へ障害をもつ人々が参加する。第二に、あらゆる活動領域へ参加するということであり、社会的、経済的、文化的そして政治的領域の社会活動のすべての部分にわたって活動するというものである。第三に、あらゆる形態で参加するということである。直接参加、あるいは選挙のような間接参加、さらには個人として、組織として参加する。

完全参加というとき内容は非常に広範なのであるがとりわけ政治参加の重要性が強調され、なかでも政策決定過程への参加が重視されているのである。自らにかかわる政策についてはその策定段階から決定、実施に至るまで障害をもつ人々あるいはその代表が参加してこそ実質的かつ効果的な権利保障ができるとの自己決定・選択の自由の原則の具体化である。

②平等の意義

ここに平等とは、形式的あるいは機会の平等保障にとどまらず、障害をもつ人々のハンディキャップないし固有のニーズにたいする適切な保護や保障を求めるという実質的平等の実現まで含み、複合的な構造を取るものである。第一に、他の市民と同等の「市民的及び政治的権利」を有するということ。第二に、生活条件が他の市民と対等であり、可能な限り通常のかつ十分満たされた相当の生活を送ることができる権利が保障されること。第三に、平等は現状を固定化するものではなく、社会経済的発展の成果としての生活向上に等しくあずかる権利を有するという発展的な性格を持つ。こうして政治的、市民的権利の領域のみでなく、社会的・経済的・文化的権利の領域でも平等保障が貫かれ総合的に人権が保障されることによって、障害をもつ人々にたいして他の人々と同等の権利が保障された、すなわち完全参加が実現されたといえるのである。その意味で、平等は「完全参加」の実現度を計る一つの基準としての意味を持つのである。

以上のような、「国際障害者年」の基本理念が1983～92年の「国連障害者の10年」、さらに1993～2002年の「アジア太平洋の10年」等の活動、そして2006年の「障害をもつ人の権利条約」に引き継がれ具体化され、障害をもつ人の人権保障は、大きく進んだのであるが、そのなかで政治活動への参加がより一層強調されてきた。

まさに、障害をもつ人々の政治的意思決定過程への参加の程度は、その国の障害・ハンディキャップをもつ人々ひいては全国民への人権保障の試金石となっている。

2 日本国憲法と参政権保障

日本において、国民が政治に参加したのは1890（明治23）年、普通選挙により男子が選挙権を持ったのが1925（大正14）年、そして婦人の参政は第二次大戦後であり、1946（昭和21）年公布の新憲法は国民主権とともに参政権保障の規定をおいた。憲法は、選挙権（憲法15条等）と、憲法改正についての国民投票制度、最高裁判所裁判官の国民審査制度、住民投票制度、請願権等狭い意味の参政権と、これらの諸権利をより実質化するための思想及び良心の自由、表現の自由（19、21条等）等の広い意味の参政権を総合的に保障している。参政権は投票権・選挙権保障のレベルを越え、国民の主権を保障し、民主政治を成り立たせ、有効に機能させるための権利として、憲法の基本的人権として位置づけられているわけである。

選挙については、成年者による普通選挙が保障されている。問題がないわけではないが機会の平等を徹底しているわけである。ただ、被選挙権については、衆

議院議員について満25歳以上等の年齢制限があるのと選挙権、被選挙権について選挙犯罪者、受刑者等についての欠格条項がある（公選法第11条、第11条の2）。

原則として18歳以上の日本国民には選挙権が保障されているわけである¹¹。したがって、どんなに重い認知症、知的障害のある人であっても選挙権、被選挙権を有する。そして、参政権は、障害をもつ人にとって、障害をもたない人以上に重要で、切実な権利である。それは、障害をもつ人の人権保障を実効あるものとし、全ての人が人間の尊厳に値する生活を実現すること、すなわち「完全参加と平等」実現のためのもっとも核であり、基礎的な筋道であるからである。

3 障害をもつ人の参政権保障の現状

憲法の参政権保障、そして裁判などの人権のためのたたかいにより、公職選挙法などで不十分とはいえ、障害をもつ人々にたいしても一定の配慮がされ、選挙権特に投票権を中心に制度的保障がされてきている。しかし、さきにみたように、現状は障害をもつ人の権利行使は対象者、方法等が限定され、手続きは煩雑であり、厳しく制限されている。ここでは主なものを項目のみあげておこう。

(1) 投票に関する保障

①点字投票、代理投票

②不在者投票 ア、郵送による在宅投票 イ、施設における不在者投票

③投票所における便宜措置 ア、投票所の段差解消用スロープ、イ、身障者用投票記載台、ウ、特設照明、エ、点字器、オ、点字による候補者氏名等の掲示

(2) 選挙における情報保障

①点字選挙広報、同朗読テープの貸出

②手話通訳者の配置

③政見放送への手話通訳或は字幕テロップの導入

④情報の授受さらに選挙運動という観点からすれば、候補者のポスター作成、掲示板等も重要であるが、とくに障害をもつ人を配慮する施策はない。逆に、玉野事件で問題となったが、しゃべる代わりにビラを配ったことが法定外文書頒布で公職選挙法違反とされている。

(3) 被選挙権の行使と議員活動の保障

選挙に立候補して議員となり直接国政や自治体行政に参加すること（公務に服すること）も参政権の核の一つであるが、そのための諸活動に対する法的保障は政見放送についての録音物使用以外にない。選挙運動について基本的に障害をもたない候補者と全く同一の条件なので、その困難は非常に大きく、障害をもつ議員の数はごく少数に留まっている。

議員活動については、議場のバリアフリー化等移動の保障と文書の点訳、代読等情報の保障への一定の支援が一部地方議会で行われてきた。

先にも述べたように、2019年7月の参議院選挙で、れいわ新選組の船後靖彦・木村英子議員が誕生し国会でも対応が進んだ。参政権が保障されれば、どんなに重い障害があっても、投票はもちろん候補者、議員としても活躍できることが実証されている¹²。

4 裁判の動向

日本の公職選挙法の基本は、投票所投票主義であり、自署主義であるが、これが障害をもつ人の参政権行使に大きな桎梏となっている。これに対し、郵便投票制度を中心としていくつかの裁判で争われてきた¹³。札幌の在宅投票事件最高裁判決のように結果的には原告敗訴となっているが、1974年に在宅投票（郵便投票）は復活した。重度のALS患者が在宅郵便投票を求めた事件で、2002年11月28日東京地裁は諸外国の選挙制度の検討を踏まえ、「原告らが現行投票制度下で身体的条件によって選挙権行使の機会を奪われていることについて、投票行為の性質に伴う必然的な制約や、投票の秘密や選挙の公正の要請からやむを得ないものであると認めることはできない」とし、少なくとも選挙当時において、「公職選挙法に原告らが選挙権を行使できるような投票制度が設けられていなかったことについては、憲法15条1項、同条3項、14条1項及び44条ただし書に違反する状態であったといわざるを得ない。」と断定した。これを受けて、国会で、家族などの代筆を認める法改正をし、附帯決議では、「巡回投票」なども検討するとされた。

さらに、先のように、2013年3月14日の東京地裁判決により、成年後見人制度で選挙権が剥奪された約13万6000人の選挙権が回復し、国会でも「その意思が反映された投票ができるように柔軟なやりとりが必要」とされ、不十分であるが総務省も通達を出して徹底をはかるとされたのである。

IV 参政権保障をめぐる国際的動向

国際的に障害をもつ人の人権・参政権保障は大きく、豊かに発展している。その歴史をたどることは重要であるが、ここでは、「障害をもつ人の権利条約」¹⁴と欧米諸国の状況を見ておこう。

1 世界人権宣言・国際人権規約と参政権保障

「国際障害者年」および「障害者の10年」等は、国連の人権保障活動の一つであるが、その源流は1948（昭和23）年の世界人権宣言である。この宣言は、第二次世界大戦が、人類に非人間的で悲惨な結果をもたらしたことの反省にたって、

人類社会の全ての構成員の固有の尊厳と平等で譲ることの出来ない権利の保障を戦後国際社会そして国家の義務としたのである（同宣言前文）。

1966年、人権宣言に法的効果をもたせた国際人権規約が制定され、その「政治的市民的権利規約」（B規約）25条は、すべての人の人権（普遍的人権）としての参政権を保障した。日本も批准しているから、日本国憲法の内容になっている。しかし、障害をもつ人々の参政権については、明文で規定されていないし禁止される差別理由の中に「障害」と明記されているわけではない。

障害をもつ人々も人間としてその尊厳に値する生活を送る権利を有することは当然である。しかし、現実には長らく「人類社会の構成員」として認められない状態が続いたといつてよい。この状態を克服するために1971(昭和)46年「精神薄弱者権利宣言」、1975年には「障害者権利宣言」が発せられ、これら宣言を具体化するための活動として、先のように1981年には「国際障害者年」が決議され、以降国際的な活動が展開され、2006年に「障害をもつ人の権利条約」が制定された。

2 「障害をもつ人の権利条約」と参政権保障

「障害をもつ人の権利条約」は、障害をもつ人の「固有のニーズ」を満たす、「固有の人権」を保障したものであり、日本も2014年に批准している。

人間の尊厳の理念そして自己決定の保障が重視される現代の人権においては、保障内容とともにその実現の全過程への障害をもつ人本人の参加が保障されなければならない。29条が政治参加の権利を、30条が文化的な生活などへの参加を保障している。

29条は、障害をもつ人の政治的権利とこの権利を行使する他の人と平等の機会を保障し、具体的な措置を定めている。また、参政権保障の前提としてのコミュニケーションについて、21条では、障害をもつ人が、他の人と平等に手話、点字、補助代替コミュニケーションなどを自ら決定し、選択するコミュニケーションの手段、様式、形態により、表現し、意見を述べる権利を保障している。障害をもつ人の権利条約は、さらに参政権保障を発展させ、豊富化、具体化している。第29条は「政治的及び公的活動への参加」として以下のように規定する。

締約国は、障害をもつ人に対し、政治的権利の享有及びこの権利を他の者との平等を基礎として行使する機会を保障するものとし、次のことを約束する。

(a) 特に次のことにより、障害をもつ人が、直接に又は自由に選んだ代表を通じて、他の者との平等を基礎として、政治的及び公的活動に効果的かつ完全に参加することができること（障害をもつ人が投票し及び選挙される権利及び機会を含む。）

を確保すること。

(i) 投票の手続、施設〔設備〕及び資料が適切であること、アクセシブルであること並びに理解し及び利用しやすいことを確保すること。

(ii) 適切な場合には、支援技術〔支援機器〕及び新たな技術〔機器〕の使用を容易にすることにより、障害をもつ人が、選挙及び国民投票において脅迫を受けることなく秘密投票により投票する権利、選挙に立候補する権利、並びに政府のすべての段階において効果的に公職に就き及びすべての公務を遂行する権利を保護すること。

(iii) 選挙人としての障害をもつ人の意思の自由な表明を保障すること。このため、必要な場合には、障害をもつ人の要請に応じて、障害をもつ人自身により選ばれた者が投票の際に援助することを認めること。

(b) 障害をもつ人が、差別なしにかつ他の者との平等を基礎として、政治に効果的かつ完全に参加することのできる環境を積極的に促進すること。また、障害をもつ人が政治に参加することを奨励すること。政治への参加には、次のことを含む。

(i) 国の公的又は政治的活動に関係のある非政府機関及び非政府団体に参加すること、並びに政党の活動及び運営に参加すること。

(ii) 国際的、国内的、地域的及び地方的な段階において、障害をもつ人を代表するための障害をもつ人の団体を結成し、及びこれに加入すること。

とくに、ここでは、a 項の ii に、「選挙に立候補する権利、並びに政府のすべての段階において効果的に公職に就き及びすべての公務を遂行する権利を保護すること。」と規定してあるように、人権規約がより詳細に具体化されていることを指摘しておけば十分であろう。

今年 9 月 2 日、国連の障害をもつ人の権利委員会は、日本政府に対する総括所見を採択し、日本政府に勧告を行っている。

①障害をもつ人とくに知的障害・精神障害をもつ人の団体との緊密な協議を確保し、すべての障害をもつ人を他の者と同等に人権の主体と認める条約と障害に関する国内法および政策を調和させること。②すべての障害をもつ人が、社会における平等な機会および完全な社会参加に必要な支援を地域社会で受けられるように、障害に関する医学モデルの要素を排除するために、法律および規則を見直すこと。

そして、29 条については、①公職選挙法を改正し、選挙放送やキャンペーンなどの選挙関連情報の配慮とともに、投票手続き、施設、資料が、すべての障害をもつ人にとって適切でアクセスしやすく、理解しやすく使いやすいものにするこ

と、②障害をもつ人、とくに障害をもつ女性の政治生活および行政への参加が促進され、支援機器や新しい技術の使用を促進し、パーソナル・アシスタンス（個別の支援）を提供することによって、あらゆるレベルの政府で効果的に役職に就き、あらゆる公的機能を果たすことができるようにすることの二点である。

なお、津久井やまゆり園事件についても「優生思想や能力主義的な考え方と闘い、そのような考え方を社会に広めた法的責任の追及を目指して検討すること」と勧告していることを付け加えておきたい。

日本政府は、この勧告への真摯な対応を急ぐべきである¹⁵。

2 障害をもつ人々の参政権保障を巡る各国の動向

以上のような、参政権保障の発展と障害をもつ人々の人権保障＝「完全参加と平等」を実現するための活動の合流するなかで、欧米では、既に1980年代末には、参政権保障について次のような制度を確立してきている。筆者の行った調査等をもとにまとめれば、その特徴は以下のとおりである¹⁶。

(1) 選挙活動の自由の保障、(2) 福祉サービスによる選挙活動支援、(3) 投票権・選挙権保障の拡大、①投票箱が家庭に、施設に、車に、②代理投票の自由化ヘルパーが代理・代筆して投票している、③移動手段の保障、④署名式ではなく記号式、(4) 自己決定・主権者教育の徹底、(5) 選挙実施への住民参加の促進、最後に(6) 民主主義促進と法律の弾力的運用である。デンマークの場合であるが、弾力的な法の運用は、「すべての人の参加が、民主主義の基礎であるので、特定の人を排除すると基盤が崩れる」(全国「障害者」団体のメラー会長)、「法律を作ればよいのではなく、皆で話し合ってコンセンサスを得て解決を図る」(デンマークALS協会)という「デンマーク流民主主義」が根底にあるといえよう。

以上筆者が1988年に実施した国際調査及び、1999年9月に行ったスウェーデンとデンマーク調査が基本であるが、その後20数年基本的には変わらず、他方日本の歩みはまことに遅いと言わなければならない。

V 人権保障と人間の尊厳の理念、自己決定の原理

1 人権保障の意味

こうして人権保障は国際的には大きく、豊かに発展してきたが、日本政府の人権感覚の欠如は著しく人権保障政策の遅れは甚だしい。改めて人権保障の意義を項目のみ確認しておこう。法律家にとっては「常識」なのであるが、この常識をすべての人の認識にする必要があるというのが、人権を訴え続けてきた筆者の強

い思いである。

①人権の理念は、人間の尊厳であり自己決定・選択の自由、平等を原理とする。

②人権は、最高位の法律である憲法によって保障された最高位の権利である。

参政権は、恩恵から法律によって与えられる権利そし最高位の人権へと発展してきた。

③人権は国によって「保障」されなければならない。

「保障」とは、国民の権利であり、国には保障義務があり義務を果たさなければ責任を負わなければならないということを意味する。

④人権の制約は、合理的でかつ最小限でなくてはならない。

⑤違憲審査権が行使できる。

人権保障の最大の意義は、国、自治体等の人権侵害・剥奪に対し、裁判を受ける権利（憲法 32 条）、違憲審査権（憲法 98 条）を行使し立法、行政そして司法を裁き、違憲の法律や行政、判決を無効にし、人権回復・保障を可能にすることができるということである。

⑥財政は人権保障のために発動されなければならない。

⑦人権はたたかひの成果である。

2 人間の尊厳の理念、自己決定・選択の自由と平等の原理

現代の人権にとって、世界人権宣言、国際人権規約に明らかなように、その理念、根拠は第二次大戦の悲惨な経験への反省に立った人間の尊厳であることは否定できないであろう。

日本国憲法も、このことを、「すべて国民は、個人として尊重される」という原理によって宣明しているわけである¹⁷。

さらに人間の尊厳を具体化し、平等の原理と並んで人権保障に通底した原理として自己決定及び選択の自由があることも明らかである。芦部信喜は自己決定権を幸福追求権から導き出される人権として論じ、プライバシーの権利のほか「個人の人格的生存にかかわる重要な私的事項を公権力の介入・干渉なしに自律的に決定できる自由」¹⁸であるとし、限定的であった。しかし、現在、自己決定の原理ないし自己決定権は、公権力の介入・干渉からの自由だけではなく、政策決定への参加（参政権の領域）、さらには自ら受けるサービスの量・質（いわゆる社会権の領域）にたいしても意見を言い、決定できるものへと発展し、自己決定（権）はいまや国際的常識あるいは、国及び個人の守るべきグローバル・スタンダードとなっているのである。

女性、子ども、障害をもつ人の権利条約という固有の権利条約もすべて自己決定・選択の自由が基本原理とされ、さらに、国連では高齢者人権条約策定作業が進んでいる。日本でも日本高齢者人権宣言運動が進められているが、その内容は1991年に採択され、18の原則を掲げ、各国の行動計画に取り入れるよう各国政府に要請した「高齢者のための国連原則」を具体化したものである。これらの原則が、①独立 (Independence)、②参加 (Participation)、③ケア (Care)、④自己実現 (Self-fulfillment)、⑤尊厳 (Dignity) の5つの原理にまとめられているが、その根底は自己決定の保障である。

ここでは、省略するが、第二次大戦後の人権保障発展の歴史的成果を反映するものとして注目される¹⁹。

VI 参政権保障・自己決定・選択の自由における司法の役割

以上述べてきたように、参政権保障は、民主主義国家の基本である。

日本国憲法では第15条その他で保障されている。さらに国際人権規約は、その内容を豊富化し、包括的に規定している。そして、障害をもつ人の権利条約が一層発展させているのである。参政権保障の前提として表現の自由・コミュニケーション保障がとくに重要であり、ともに自己決定・選択の自由を原理とする。

国際人権そして各国の人権保障や日本の障害者基本法等も掲げる障害をもつ人の尊厳の尊重の理念すなわち自己決定・選択の自由の原理と社会参加の促進の原則に照らしても、意志・意見伝達、情報を得、発信するための、コミュニケーション手段として何を選ぶかは、障害をもつ人自身が選択、決定すべきであり、それを保障するのが立法、司法、行政すなわち三権の責務である。

参政権はもちろん障害をもつ人々の人権保障に司法の果たす役割は大きい事は、すでに裁判の動向で述べた。とりわけ、国際人権規約の国内法への適用に、大きな期待が寄せられている。すでに、1998年の規約人権委員会最終報告により、日本政府に対し「裁判官、検察官、及び行政官に対し、規約上の人権についての教育が何ら用意されていないことに懸念」が表明され、このような教育を得られるようにすることが強く勧告されているのである。さらに、「裁判官を規約の規定に習熟させるための司法上の研究会及びセミナーが開催されるべきである。委員会の一般的な性格を有する意見及び選択議定書に基づく通報に関する委員会の見解は、裁判官に提供されるべきである。」と述べている。わが国が選択議定書を批准しているかどうかに関わりなく、国際人権規約及び規約人権委員会の意見、見解、勧告等は、人権の解釈と運用についてのグローバル・スタンダードを形成してき

ている。最終見解は、「基準」形成のにない手としての裁判官に寄せられる期待の大きさを示している²⁰。

VII 改善の方向－コロナ禍の中で

世界で最も遅れた公選法により、参政権を侵害・剥奪している日本であるが、コロナ禍は、投票や選挙活動等参政権行使に困難をもたらしている。2020年4月26日、コロナ禍で最初に行われた静岡衆議院4区補欠選挙の投票率は過去最低の34.1%だった。6月7日、辺野古基地問題等重要な論点で争われた沖縄県議選でも、投票率は、46・96%と過去最低だった。障害をもつ人がさらに過酷な状態におかれていることは容易に想像できよう。

以下、外国の制度も参考にして改善点をあげておこう。

（1）戸別訪問解禁

多くの規制を取り払い、より自由な選挙を目指すべきであるが、なかでも戸別訪問は解禁すべきである。選挙民に直接政策を訴える候補者の力量が問われ、国民の側が人権意識を高め、候補者を真の政治家に鍛える。その機会を奪ってはならない。とりわけ、障害をもつ人にとっては、直接候補者の訴えを聞くということが、候補者選定にあたって大きな力になる。

（2）投票箱を家庭に、記号式投票で

郵便投票、投票所バリアフリー化もそれなりに進んでいる。しかし、より根本的に障害をもつ人にとくに障害となっている投票所中心主義・自署主義も緩和すべきである。投票箱が自宅に行く、また、代理投票を拡大することも必要であるが、何より、名前を書くより記号式投票を認めれば自分で記入できる人はさらに増える。

直接、候補者の訴えを聞くという点では、立会演説会の復活が求められる。また、それを補うため障害をもつ人の情報取得手段に配慮したネット、テレビなどの政見放送の拡大が必要である。

（3）ネット選挙の導入

アンケートの自由記述にもインターネットの活用があげられている。とくに、外出自粛が叫ばれているコロナ禍のような事態においては必要性が増している。ただし、社会への参加という視点からは投票所投票も意義があり、残すべきである。

（4）電子投票の導入

電子投票については、2002年、条例を定めた自治体で行われる地方選挙に限定して認められ一部で実施されたが、現在実施自治体はない。本人認証等不正防止

の技術的問題と費用が問題とされている。技術的進歩は目覚ましいので、やる気さえあれば可能である。費用も先のように民主主義社会の基本となる参政権保障にこそ財政、税金は使われるべきである。過疎地域への配慮などと並んで障害をもつ人への参政権保障の視点からも、積極的に進めるべきである。

(5) 情報の保障

先のアンケートでも政党、候補者などに関する情報の入手が困難とされている。インターネットなどを活用すべきなのであるが、障害をもつ人にとっての情報取得方法は様々である。ネットを使えない人がいるのはもちろんであるが、点字、指点字、手話通訳など、多様な手段を本人の選択と自己決定により保障すべきである。さらに選挙民、候補者、議員としての政治活動についての情報発信、授受手段の保障も重要である。

(6) 主権者教育

アンケートで、教育の必要性が指摘されている。選挙、投票の仕方のノウハウ教育にとどまらず、とくに学校教育、そして社会教育において主権者として勝ち取った参政権の歴史と意義、権利行使の重要性、不正防止などについて学ぶべきである。

障害をもつ人への偏見・差別を除去し、主権者として認め、その参政権保障を侵害・剥奪している公職選挙法を直ちに改正すべきである。

(7) 人権教育

選挙に関わる司法、立法、行政府の職員そして市民への参政権はじめ人権教育は、国の責任で行われなければならない。学校教育、社会教育等あらゆる場で。この点、ハンセン病家族訴訟熊本地裁判決が、法務大臣、文科大臣に人権教育による差別解消義務を課していることが参考にされるべきである²¹。

おわりに－「したくない人」より「したい人」へ

愚民から主権者へ、恩恵から人権保障へ、価値のない「障害者」として哀れみの対象から障害（固有のニーズ）があっても参政権行使の主体者へ。こうした発展をもたらしたのは、戦前の普選運動、婦人参政権運動、そしてALS患者をはじめ障害をもつ人のいのちをかけたたたかひの成果にほかならない。

投票率を上げることは重要であるが、勝ち取った選挙権を放棄するような「選挙したくない人」への呼びかけ以上に、障害のゆえに大きな困難を抱えても「投票したい、選挙したい」という人々が参政権を行使できるよう保障する。そのことがすべての人々の参政権行使を容易にすることになる。

-
- ¹ 以下、井上英夫編『障害をもつ人々と参政権』法律文化社、1993年、井上英夫他編『障害をもつ人々の社会参加と参政権』法律文化社、2011年、『代読裁判―声をなくした議員の闘い』法律文化社、2014年、とくに、井上英夫「参政権保障、表現の自由・コミュニケーション保障と自己決定・選択の自由」荒木誠之・桑原洋子編『社会保障法・福祉と労働法の新展開 - 佐藤進先生追悼』信山社、2010年、参照。
- ² 津久井やまゆり園事件については、井上英夫他編『生きたかった―相模原障害者殺傷事件が問いかけるもの』大月書店、2016年、『いのちを選ばないで―やまゆり園事件が問う優性思想と人権』大月書店、2019年、井上英夫「共生社会と人権としての社会保障―津久井やまゆり園殺傷事件が社会保障法学に問いかけるもの」社会保障法 34号、2018年、参照。
- ³ ピープルファースト横浜会長小西勉「自分のことは自分で決める」住民と自治、2021年12月号、なお住民と自治では、井上英夫「津久井やまゆり園事件と人権―連載にあたって」、2021年9月号を初回として「検証 津久井やまゆり園事件を人権の視点から考える」を連載中である。
- ⁴ 井上英夫「憲法改悪を阻止する―権利はたたかう者の手にある」中央社会保障推進協議会『社会保障』2022年初夏号参照。
- ⁵ 障害をもつ人の参政権保障連絡会『私たちの参政権―障害をもつ人の選挙アンケートから』、2020年。
- ⁶ 12月30日には、全体のまとめとして筆者のインタビュー記事が掲載されているので併せてご覧いただきたい。
- ⁷ 障害をもつ人の参政権保障連絡会『だれもが投票できるように 知的障害者・家族・支援者のための選挙のしおり』2022年。
- ⁸ 先の家族の声との違いに注意が必要である。代理投票を認めるとしてもあくまで本人の自己決定・選択に委ねるべきである。
- ⁹ 他方で、代理投票の補助者を投票事務に従事する者に限定し、指定病院等不在者投票においては市区町村の選挙管理委員会指定の立会人を配置するなど制約が厳しくなっていることも注意が必要である。総務省「成年被後見人の方々について」総務省ホームページ参照。
- ¹⁰ 裁判を含めて日本の状況については、2011年までであるが、矢嶋里絵「障害をもつ人の参政権保障にかかわる主なあゆみ」前掲『障害をもつ人々の社会参加と参政権』末尾年表参照。
- ¹¹ 公職選挙法改正により2016年から満18年以上のものが選挙権を有するとされた（9条）。
- ¹² 参議院では、議場のバリアフリー化、代読、介助者の同行等「合理的配慮」が進んだ。その現状と問題点については、東京新聞2022年1月11日Web版、参照。
- ¹³ 前掲『障害をもつ人々と参政権』133頁以下及び矢嶋里絵・鈴木静作成の「社会保障裁判年表」矢嶋里絵他編『社会保障裁判研究―現場主義と創造的法学による人権保障』ミネルヴァ書房、2021年、457頁以下、ALS裁判については、井上英夫「障害をもつ人々の参政権保障の国際的動向」法時2002年6月号、参照。
- ¹⁴ 政府公定訳では、「障害者権利条約」としているが、障害者から障害のある人・障害をもつ人そして「固有のニーズをもつ人」と人権保障にふさわしい呼称を探索してきた意義を没却、無視するものである。
- ¹⁵ この点、赤松英知「障害者権利条約日本審査の総括所見の意義―津久井やまゆり園事件にふれながら」住民と自治、2022年12月号、参照。

- ¹⁶ 前掲『障害をもつ人々と参政権』246頁以下、矢嶋里絵作成巻末資料、前掲「障害をもつ人々の参政権保障の国際的動向」、参照。
- ¹⁷ 芦部信喜著、高橋和之補訂『憲法 第三版』岩波書店、2002年、80頁。
- ¹⁸ 同上120頁。この点、国際人権の発展に比べ、日本の人権論の遅れは大きい。
- ¹⁹ 井上英夫『高齢化への人類の挑戦』萌文社、2003年、「21世紀における高齢者の人権」井上英夫他編『医療・福祉と人権—地域からの発信』旬報社、2018年、賃金と社会保障『特集 高齢者人権条約の実現を』第1弾2018年3月下旬号、第2弾2019年3月上旬号、第3弾2020年10月下旬号、参照。日本高齢者人権宣言は第三次草案が発表され、年内の採択に向けて全国各地で議論が進んでいる。井上英夫「日本高齢者人権宣言の意義と課題—日本高齢者人権宣言第2次草案議論のために」『高齢期運動ブックレット NO.6 日本高齢期運動連絡会・日本高齢期運動サポートセンター、2021年12月、参照。
- ²⁰ この点、裁判官、裁判所は、ハンセン病「特別法廷」問題で、最高裁が謝罪し、裁判官合同会議さらに長官が人権の砦としての使命を果たす決意を表明したことを想起すべきである。井上英夫「人権の砦、司法・裁判所の使命を問う—ハンセン病裁判との関連で」『特集 優生保護法・神戸地裁判決—国家による人権侵害と司法の役割』賃金と社会保障、2022年2月上旬号、参照。
- ²¹ 井上英夫「ハンセン病家族訴訟熊本地裁判決の意義 (1) (2) (3)」ゆたかなくらし、2019年12月号、2020年1月号、2月号、参照。

井上報告へのコメント

「障害をもつ人の社会参加と参政権の発展」の 学術意義と若干の疑問

杉山 有沙（帝京大学）

- I 井上報告の学術的な意義
- II 井上報告に対する若干の疑問
- III 後進の研究者として

I 井上報告の学術的な意義

井上報告は、参政権保障を享有段階と行使の段階で区別して捉えた場合、特に、障害者の参政権「行使」の実質的な保障について、現行の日本の不十分な事態に疑問を呈し、国際的・国内的な人権法理論に背景に、公職選挙法の改正を見据えて、具体的に障害者の参政権（特に、選挙権）の保障を実効的に行う方法を模索するものである。具体的には、はじめに、2019年に実施された障害者の選挙権行使の障壁を煇り出す歴史的に価値のあるアンケートに基づいて、「愚民観」を想定するからこそ生じる政治参加の意識が強い障害者に対する不当な障壁の存在を指摘する。その上で、日本国憲法15条や障害者権利条約に基礎づけられる障害者の恩恵ではない「人権」としての選挙権の存在を法的に論証し、現在の障壁の原因の一つとして「愚民観」の存在を提示する。そして、最後に、①個別訪問解禁、②投票箱を家庭に、記述式投票で、③ネット選挙の導入、④主権者教育を、障害者の参政権行使（特に、選挙権）の実効的な保障を提言している。なお、一連の指摘の背景には、障害者は、選挙に関心を持っているにもかかわらず、投票等に際しての困難さや参政権に関する不十分な学習機会に対する危機意識と、これを解決するための鍵としての「参政権」保障への期待がある。

このような井上報告は、国内外の法理論的動向、最新のアンケート調査研究といった実務研究、玉野訴訟をはじめとする多くの判例研究、公職選挙法のような具体的な法制度の研究などの多年に渡る井上教授の真摯な研究活動に裏付けられていることは言うまでもない¹。そうしたこの研究成果は、たとえば、一般的な憲法学の教科書では、十分に議論されていない障害者の参政権保障の文脈に「人権理論」としての論理構築の必要性を指摘し、インパクトを残すことに繋がった。

そもそも、本来、近代立憲主義に基礎付けられた憲法は、個人像として「抽象的な個人」を想定する。これは、憲法が、「国家という統治団体の存在を基礎づける基本法」であり、特に、日本国憲法は自由主義に基づいて定められた「立憲的意味の憲法」を採用していることに起因する²。そうした憲法論は、例えば、樋口陽一による反結社主義的な「強い個人」に代表されるような「強い個人」を想定することが多い³。このことは、いわゆる「現代憲法」以降の障害者や高齢者などの「具体的な個人」の存在を意識しながらも、あくまで憲法論が想定する対象の主軸は「抽象的な個人」にあることの表れであるといえよう。このような憲法論を単体として見たとき、障害者を始めとして具体的に存在する社会的弱者の人権問題を検討しようとしたところで、十分に議論することは難しい。当然、このことは、井上報告で議論された「障害者の参政権」保障の文脈でも当てはまる。そこで、井上報告は、憲法だけでなく、障害者権利条約をもあわせて取り上げることで、日本における障害者の参政権保障をめぐる問題の摘発を行うと同時に、その原因を解明するとともに、この問題に対する対処法をも提示した。こうした井上報告は、前述の通り、非常に学術的な価値があるものと言える。

II 井上報告に対する若干の疑問

1 「選挙権を行使する機会の保障」をめぐる審査基準に関する疑問

(1) 事前に提出した質問

このように井上報告の高い学術的な価値は疑いを持つ余地はない。そうした中で、あえて井上報告に疑問を呈するのであれば、「参政権」という人権それ自体の法的性格に、どの程度、意識を寄せているのか、という点である。日本国憲法の文脈にしる、障害者権利条約の文脈にしる、障害者のための「新しい人権」を保障するものではない、ということは、しばしば強調されることである。ここで、障害者に対する理不尽な参政権行使の制約を受け入れるべきであるということを言うつもりは毛頭ない。あくまで、主張の論理的妥当性を担保するために、「愚民観」という問題も十分に考慮すべきではあるものの、それ以上に、参政権の法的性格を踏まえた上で、「障害」を理由に不当に不利益を被っている場面を明示化する必要があるといえる。では、障害の有無の問題以前に、参政権が人権理論として重視すべき点とその性格は何であろうか。

参政権とは、国民が、主権者として、憲法が定める代表民主主義に基づいて、国の政治に参加する権利をいう⁴。こうした参政権の中で、選挙権は、「国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹を成す」

重要なものとして理解され、こうした選挙権が制限されるのは、「やむを得ない事由」の場合のみに限定されるが、その事由とは「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能にし著しく困難と認められる場合」である⁵。そして、こうした事由以外は、「国民の選挙権の行使を可能にするための所要の措置を執るべき責務がある」⁶。このように選挙権は、障害者であろうがなかろうが、「選挙の公正の確保」が選挙制度の形成の肝となり、同時に、憲法 44 条は、国会に具体的な法制度の設計を委ねている。

こうした「選挙の公正の確保」という視点は、例えば、「選挙運動」や「選挙権を行使する機会の保障」といった場面に応じて、その内容が異なる。例えば、政治運動については、「無制限な自由を認めると、ややもするとその選挙が財力、威力、権力等によってゆがめられるおそれが生じる」ので、選挙運動に一定のルールを設けられる⁷。では、「選挙権を行使する機会の保障」(すなわち、障害を理由に選挙権の行使が困難な状態にある者のために公権力が憲法上の要請として積極的な措置を講じること)については、どうだろうか。

すなわち、この「選挙の公正の確保」という問題をめぐって、2つの異なる要請が存在することに意識を向ける必要がある。第1に、障害者かどうかとは無関係な問題として、不正な選挙を防止するという要請であり、第2に、障害者の選挙権行使の機会を実質的に確保するという要請である。

井上報告は、障害者の参政権保障の機会の不当な制約が行われている理由の一つとして「愚民観」を提示している。その分析は、もつともであるが、「愚民観」に基づく選挙の制度設計と障害者の選挙権の機会に関する実質的な保障が、必ず、連関があるかという点には疑問が残る。つまり、「愚民観」の次元とは無関係に、非障害者を想定した選挙の制度設計それ自体が問題の障害者に対して排除的に機能し、その結果、障害者の選挙権行使を制限しているということも想定できる。そうであるならば、「愚民観」を不当だと指摘したところで、非障害者に対しても同様な観念を持ち、しかも、法律で具体的に制度設計できるので、障害者の選挙権を行使する機会の保障の要請に具体的に直結するとは言い難いといえるかもしれない。

ただ、裏を返せば、現行の選挙制度が一部の障害者に対して排除的に機能しているというのであれば、同制度の基礎づける観念とは別次元の問題として、「選挙の公正な確保」が維持できる範囲で、障害者に対する積極的措置は許されるといえるだろう。例えば、在宅投票制度訴訟上告審判決⁸や ALS 患者選挙権訴訟⁹、不安神経症患者による選挙権訴訟等で、この点を問題にしているが、井上教授が想

定する相応しい審査基準及び措置を具体的に要請するための論理的枠組みとはどのようなものなのだろうか。

(2) 質問に対する井上教授による回答と、それに対する応答

こうした指定コメント者の質問に対して、井上教授から下記のような回答をいただいた。

まず、井上教授は、「愚民観と「公正な選挙」ということは直結していると思う」とし、イデオロギー批判の重要性を強調した。そして、「障害のある人の参政権保障を通じて、とりわけ公選法の違憲性を主張しよう」とし、「人間の尊厳の理念、とくに自己決定・平等の原理という人権としての参政権の視点から」公職選挙法を裁くことの意義を強調した。そして『「公正な選挙」を理由に制約を課すとすれば、その合理性が問われる」とした。その上で、ここでの「公正な選挙」の内実が、「公共の福祉」論のように抽象的すぎることを強調し、その理論構築の重要性を強く訴えた。

この井上教授の回答は、多年に渡る膨大な研究成果に裏付けられるものであり、特に、障害者の参政権保障の実質的な保障に向けて、「公正な選挙」という基準が形骸化しないように、更なる発展的な理論構築の必要性の強い指摘は、非常に示唆深いものであるといえるだろう。井上教授は、キーワードとして、「自己決定」と「平等」を取り上げた。前者の「自己決定」については、憲法 13 条を意識したとき、その法的性格から井上教授が意図していることに繋がるかと言う点で疑問が残るものの、「平等」については同意する。指定コメント者は、これまで、合理的配慮を憲法 14 条から導出できるものと位置付けてきた¹⁰。その上で、機会保障の際に求められる積極的措置を「合理的配慮」として位置づけ、社会構造に起因した差別（社会的障壁）を明らかにした上で、平等権保障の観点を合わせて、選挙権行使の機会の保障のための積極的措置を理論化できると考える。その意味で、あくまで、障害者の「選挙権を行使する機会の保障」については、平等からアプローチする井上教授の見解に同意する。

しかし、一方で、「愚民観」の強調については、井上教授と袂を分かたず。「愚民観」というのは、障害の有無を問わず、全ての者に対して適用される。この観念が、障害者の選挙権行使の機会保障に関して、関連する可能性があることには同意するものの、特に、障害者の選挙権行使の機会保障を要求する際に、何らかの積極的措置を要求するのであれば、この観念の強調が果たす役割については疑問が残る。したがって、「合理的配慮」の理論的活用など、別の理論的な補強の方が適切

であるように思われる。

2 公職選挙法の改善方法をめぐる疑問

(1) 事前に提出した質問

井上教授は、障害者条約 29 条等にも言及して、人権としての障害者の参政権保障を主張されている。社会モデルを理論的支柱に据えた障害者権利条約は、29 条にて、「他者との平等を基礎として」政治的権利の保障と、これを実現するために、例えば、投票の際の各種措置の実施を加盟国に要請している。ここで注目したいのは、「他者との平等を基礎」としたいう文言である。すなわち、障害者のインペアメントに起因する特殊性による不利益を回避するために実施する措置は、障害者の個人的悲劇に対応するもので、医学モデルに基づいた措置と言え、これは、条約の趣旨に反するものとなろう。ここで要請されるべきは、非障害者を基準にした偏頗的な社会構造から生じる不利益（社会的障壁）によって生じた不利益を是正するために実施される措置である。

井上教授は、公職選挙法の改善方法として、複数の提案をなさっている。いずれも素晴らしい提案であることは言うまでもない。しかし、その内に、医学モデルにおける障害者の「特殊性」に依拠した提案のように誤解を与える可能性を否定できないものや、そもそも、障害者の参政権保障を越えて、全ての者のより実効的な参政権保障のためになされるべきものが混在しているように思われる。そこで、各提案の前提に存在するだろう障害者に対する社会的障壁の内容について、補足説明をお願いしたい。

(2) 質問に対する井上教授による回答と、それに対する応答

こうした指定コメント者の質問に対して、井上教授は、「公選法の具体的な改正の方向も、そして具体的な解釈も人権としての参政権保障の原理・原則に立ち返って行われるべき」であるという。そもそも、井上教授は「固有のニーズ論」に依拠しており、そうした観点から言えば、医学モデルや社会モデルといった「障害モデル」を超えた議論が求められるという。すなわち、『障害者』とひとまとめにせず、『他の人と対等な生活』を送るために一人ひとり固有（specific であり特殊・特別 special ではない）のニーズ（必要なもの、こと）」を保障すべきであると井上教授は主張する。そして、「障害のある人への参政権保障は、障害のない人への参政権保障につながる」とし、「電子投票や記号式投票などは、すべての人の投票をし易くし、参政権保障拡大につながる」と指摘する。

そもそも、井上教授が、この応答をしてくださる前に、指定コメント者に対して、「固有のニーズ論」をめぐる、以下のような質問をなされた。まず、井上教授は、「非障害者」または「健常者」という存在の不確かさを背景に、「障害者と呼ばないで」という意見に対する評価を指定コメント者に問うた。そして、「ほとんどの人が、尊厳ある生活を送るために必要な『固有のニーズ』をそれぞれもっている」とし、「それを満たすのが基本的人権の保障だ」という見解を井上教授は示した。こうした「固有のニーズ」論への姿勢を示した上で、井上教授は、前述の回答を行なった。

まず、「固有のニーズ」論に対して、井上教授の言わんとすることは十分に理解できるものの、少なくとも、冒頭で示した近代立憲主義に依拠し、「抽象的な個人」を個人像に据えることで、人権保障を主張する憲法学の観点から言えば、特に、井上教授による「固有のニーズを満たすことが基本的人権の保障」であるという主張を受け入れることは難しい¹¹。ただし、憲法論とは別次元の問題として井上教授の問題提起を受け止めれば、確かに、「障害者」という概念は相対的なものであり、全ての人が「固有のニーズ」を持ち、その意味においては、全ての人が障害者であり、また、そうではないと言えるであろう。ただ、そういった概念は、障害者の人権が十分に保障され、劣位な地位に置かれることが解消された社会においては有効だと思うものの、そうでない場合にこの概念を前面に出せば、「障害者」が抱える問題に焦点が当たらなくなるといえる。

そして、こうした「固有のニーズ論」をめぐる議論を踏まえ、前述の井上教授の「障害者」とひとまとめにせずに、「他の人と対等な生活」を送るために一人ひとり固有のニーズを保障できる参政権保障の再検討の意義に関する議論に話を戻そう。まず、井上教授の言わんとすることは理解できる。しかし、「障害者」といった特定の存在に焦点を当てない場合、いくら固有のニーズがあると言ったとしても、現行の憲法学による参政権保障（または、選挙法による議論）の議論とは異なる帰結を得ることができるのだろうか。すなわち、在外邦人選挙権制限違憲訴訟や受刑者の選挙権制限違憲訴訟¹²などの事件があり、こうした事件のそれぞれの原告には「固有ニーズ」があるのは言うまでもない。語弊を恐れずに言えば、「障害者」とひとまとめにせずに、「固有のニーズ」を問題視し、それに対応するべく重ねられた膨大な議論は、すでに存在する。そして、こうした議論に基づく参政権保障では、障害者の参政権が適切に保障されないと言うことが、井上教授の指摘だったのではないだろうか。前述の通り、井上報告は、「障害者」という存在に焦点を当て、彼らの実行的な参政権保障をするために、憲法のみならず、障害者人権条約、そして、アンケートに基づいて、問題提起をしたことに、非常に大き

な学術的な価値がある。そうであるからこそ、少なくとも、理論構築の文脈においては、「障害者」の参政権保障を強調することに意義があるといえるだろう。もちろん、井上教授が示す公職選挙法の改善方法は、障害者のみならず、非障害者の参政権を拡大することも想定できる。しかし、これは、「障害のある人への参政権保障は、障害のない人への参政権保障につながる」ことが必然的に生じるのではなく、結果として、そうなる場合もあると捉えるべきだろう。

III 後進の研究者として

以上が、学術的な観点から見た井上教授に対する質問と井上教授による回答、そして、その回答に対する指定コメント者による応答である。指定コメント者は、井上教授と同様に、憲法学、社会保障学の観点から、障害法を研究している未熟な研究者である。そのような指定コメント者にとって、長年に渡る先生の「障害者の参政権」問題の活動を支えてきた井上教授の報告にコメントをすることは緊張感があるものだった。同コメントは十分なものとは言えなかったかもしれない。しかし、コメントをするために、「井上英夫」教授と言う人物に着目して調べた数々の井上教授の研究は、指定コメント者の研究姿勢を再度見つめ直すことになった。前述の通り、理論的に受け入れられないこともあるが、それ以上に、研究者として「障害者の人権」と接し続けることの意味を素直に強く感じた。この点について、井上教授に対して研究者として尊敬の意を表するとともに、このような機会を与えてくれた日本障害法学会に感謝を申し上げる。

¹ 井上英夫編著『障害をもつ人々と参政権』（法律文化社、1993年）、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）、川崎和代・井上英夫編著『代読裁判』（法律文化社、2014年）等。

² 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第7版』（有斐閣、2020年）3頁、5頁。

³ 杉山有沙『日本国憲法と合理的配慮法理』（成文堂、2020年）17頁～23頁、渡辺康行「人権理論の変容」岩村正彦・碓井光明・江橋崇・落合誠一・鎌田薫・来生新・小早川光郎・菅野和夫・高橋和之・田中成明・中山信弘・西田典之・最上敏樹編集委員『現代国家と法』（岩波書店、1997年）66頁～85頁。

⁴ 工藤達朗『第18章 参政権』渡辺康行・穴戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法I基本権』（日本評論社、2016年）414～422頁。芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第7版』（岩波書店、2019年）

辻村みよ子『憲法 第6版』（日本評論社、2018年）310頁。

⁵ 在外邦人選挙権制限違憲訴訟（最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁）。

⁶ 不安神経症患者による選挙権訴訟（最1小判平成18年7月13日判時1946号41頁）。

⁷ 選挙制度研究会編『実務と研究のためのわかりやすい公職選挙法〔第16次改訂版〕』（ぎょうせい）186頁。

⁸ 最1小判昭60年11月21日民集39巻7号1512頁。

⁹ 東京地判平成14年11月28日。

¹⁰ 前掲注3・杉山文献10章・終章。

¹¹ 指定コメント者は、日本国憲法を基礎付ける近代立憲主義や人権体系の存在の観点から、憲法論としては「強い個人」を維持しつつも、現代憲法への移行と言う憲法構造の変遷の動きの中で、解釈段階で、社会的弱者に象徴されるような「弱い個人」に資するように解釈する憲法上の要請が存在すると主張している（杉山有沙「日本国憲法における社会的弱者の『自律』と『自己決定権』の意味」帝京法学36巻1号（印刷中））。指定コメント者の立ち位置が適切かはわからないが、井上教授が呈する人権の保障のためにそれぞれの個人が有する個別具体的な「固有のニーズ」を想定することで、人権の実質的な保障を強化するという主張を根拠づけるためには、憲法論として、何らかの前提理論が必要であると思われる。

¹² 大阪高裁判平成25年9月27日判時2234号29頁。

障害者の政治参加—国際比較の視点から

小林 昌之（アジア経済研究所）

- I はじめに
- II 国際人権条約における障害者の政治参加
- III ヨーロッパにおける障害者の政治参加
- IV アジアにおける障害者の政治参加の現状と課題
- V おわりに

I はじめに

日本における障害者の政治参加のマイルストーンの1つは、2013年3月の成年被後見人選挙権確認訴訟第一審判決¹であるといえる²。本判決は「選挙権を行使する者には、選挙権を行使するに足る能力を具備していることが必要であると考えることは不合理とはいえず³ないとしつつも、「国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることが『やむを得ない』と認められる事由がなければならない」⁴とし、「公職選挙法11条1項1号のうち、成年被後見人は選挙権を有しないとした部分は、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するものであり、無効であるといわざるを得ない」⁵と断じた。これを受けて、成年被後見人の選挙権を奪ってきた公職選挙法は改正され、成年被後見人の選挙権に関する制限は解消されることになった⁶。実は、杉浦（2020）も指摘しているように、本訴訟では海外での動向が注目され⁷、判決文「第3 当裁判所の判断」において、本報告の課題である国際比較の視点からの検討が丁寧に行われていることがわかる。そこで、本稿では、障害者の選挙権の制約に焦点を当て、国際人権条約における障害者の政治参加の要求および欧州での発展を確認したうえで、アジアにおける現状と課題を論じる。

II 国際人権条約における障害者の政治参加

1966年の「市民的及び政治的権利に関する国際規約」、いわゆる「自由権規約」第25条は「すべての市民は、第2条に規定するいかなる差別もなく、かつ、不合理な制限なしに、次のことを行う権利及び機会を有する」として⁸、(a) 直接に、又は自由に選んだ代表者を通じて、政治に参加すること；(b) 普通かつ平等の選挙権に基づき秘密投票により行われ、選挙人の意思の自由な表明を保障する真正な定期的選挙において、投票し及び選挙されること；(c) 一般的な平等条件の下

で自国の公務に携わること、を締約国に求めている。これらは、後述する「障害者権利条約」が、他の者との平等をもとに求める内容の基礎にあたるが、本規約を解釈する1996年の自由権規約委員会の「一般的意見25号」⁹は合理的な制限の判断につき、次のように述べている。

4 第25条により保障されている権利の行使に適用される条件は、客観的かつ合理的な基準に基づくべきである。(中略) 例えば、精神的無能力が確定されている場合、それは選挙権を行使し、又は公務に就任する権利を拒絶する根拠となりうる。

10 選挙及び直接投票において投票する権利は、法律により定められなければならない、投票権の最低年齢の規定等、合理的な制限にのみ服する。身体障害を理由として投票権を制限し、又は識字能力、教育もしくは財産を要件として課すことは合理的でない。(後略)

このように1996年の段階の国際的な認識では、身体障害を理由とする政治参加の制限は合理的ではないものの、精神的無能力が確定している場合は、政治参加を制限する合理的な理由となり得ると捉えられていたといえる。ここから大きくパラダイムシフトを求め、各国の転換の契機となっていたのが2006年の「障害者権利条約」といえよう。

障害者権利条約第29条「政治的及び公的活動への参加」では、障害者に対して政治的権利を保障し、他の者との平等を基礎としてこの権利を享受する機会を保障することを締約国に求めた。具体的には、①選挙権・被選挙権の享有、②投票活動のアクセシビリティの保障、③秘密投票の確保、④選挙人としての意見の自由な表明の保障、⑤障害者の要請に応じて選択される者による投票行動の援助の確保などである。これに加え、締約国の一般的義務として、障害者に対する差別となる既存の法律、規則、慣習および慣行を修正・廃止するためのすべての適当な措置をとることを含め、障害に基づくいかなる差別もなしに、すべての障害者のあらゆる人権および基本的自由を完全に実現することを確保・促進することを求めている(第4条)。また、締約国と障害者権利委員会(および障害者団体)との間に認識のギャップはいまだ存在するものの、一般的意見第1号(2014)において、すべての人がその障害や意思決定スキルにかかわらず生まれながらに持つ法的能力、すなわち「普遍的な法的能力」が全面的に認められるよう、障害に基

づく差別となる法的能力の否定を廃止し、障害者の法的能力の行使における広範な支援を確立することが求められている（para.24-29, 50）。障害者権利条約の下における障害者の選挙権の制限の立ち位置は、次に見るヨーロッパにおける争訟などをおして明らかになってきている。

III ヨーロッパにおける障害者の政治参加

ヨーロッパにおける障害者の政治参加について、象徴的なケースの1つが、2010年に欧州人権裁判所で出された *Kiss v. Hungary* の判決である¹⁰。1989年のハンガリー憲法第70条5項は「限定的、又は包括的後見に付された者は、選挙権を有さない」と定め、後見制度を利用することによって自動的に選挙権が剥奪されることになっていた。

原告は、それが「欧州人権条約第1議定書」第3条「自由選挙についての権利」に抵触するとして裁判所に訴えを提起した。ハンガリー政府は、①各国政府に当該制限について広汎な裁量の余地がある；②成年被後見人からの選挙権の剥奪は、意識的で思慮深い決定、自己決定の結果を理解しうる者だけが、選挙に参加することを保障する正当な目的による；③その目的のため、成年被後見人からの選挙権剥奪は、欧州評議会ヴェネチア委員会の意見と合致し、比例性の原則には反しないなどと反論した。

その結果、欧州人権裁判所は、当該制限が正当な目的であることは認定しつつ、当該制限は、限定的被後見人と包括的被後見人とを区別せず、選挙権を有する人口の0.75%の被後見人の選挙権を一律に剥奪し、当該制限と目的の比例性を議論した証拠は見当たらず、個別の司法判断を行わずに選挙権を一律に剥奪することは正当な事由となり得ないとの判決を下した。

欧州人権裁判所は、後見制度を利用する多くの人から一律に選挙権を剥奪することは条約に違反することを判示したものの、この時点では、個別の司法判断を行うのであれば選挙権の制限は正当であると認識していることに留意が必要である¹¹。

一方、この点に関しては、この後、同じくハンガリーの障害当事者から国連の障害者権利委員会に申し立てられた通報に対する見解は異なる。*Bujdosó v. Hungary* において¹²、ハンガリー政府は、欧州人権裁判所での判決を受け、成年後見制度を利用している人の選挙権を一律に制限するのではなく、投票する能力を個別に司法判断するよう既に法律を改正したと主張した。それにもかかわらず、障害者権利委員会は、障害者権利条約第29条は「いかなる障害者のグループに対

しても合理的な制限や例外を認めていない」と断じた。このように障害者権利委員会の解釈では、障害者権利条約は、障害に基づくいかなる選挙権の例外も認めないものとされている¹³。

欧州経済社会評議会が2019年に発行した調査報告書¹⁴によれば、ヨーロッパにおいて、成年後見制度の利用の有無にかかわらず選挙権を完全に有している国の数は、継続的に増加していることがうかがえる¹⁵。EU加盟国にイギリスを加えた28カ国中、12カ国はいかなる状況においても個人の選挙権は剥奪されないとされている（オーストラリア、クロアチア、デンマーク、フィンランド、アイルランド、イタリア、ラトビア、オランダ、スロバキア、スペイン、スウェーデン、イギリス）。一方、成年後見制度の利用による自動的な選挙権の剥奪は行われないものの、個別の司法判断などによって剥奪される可能性のある国内法を有している国は7カ国ある（ベルギー、チェコ、フランス、ハンガリー、マルタ、ポルトガル、スロベニア）。さらに、成年後見制度を含め、さまざまな保護措置の下に置かれた人が自動的に政治参加から排除され、選挙権を否定される法制度を有する国はなお9カ国存在していることが報告されている（ブルガリア、キプロス、エストニア、ドイツ、ギリシャ、リトアニア、ルクセンブルグ、ポーランド、ルーマニア）。

IV アジアにおける障害者の政治参加の現状と課題

アジアにおける障害者の政治参加、特に障害者の選挙権の制約については、不明瞭な部分が多いものの、日本と同じアジアにある国として、韓国、中国、タイの現状と課題について論じる。

1 韓国

2007年に制定された韓国の障害者差別禁止法は障害者に対する差別を禁止し、パリ原則に基づく国家人権委員会が救済機関として予定されている¹⁶。同法第27条は参政権について、以下のように定める¹⁷。

第27条（参政権）

- ①国家及び地方自治団体と公職選挙の候補者及び政党は、障害者が選挙権、被選挙権、請願権等を含む参政権の行使にあたり差別をしてならない。
- ②国家及び地方自治団体は、障害者の参政権を保障するために必要な施設及び設備、参政権の行使に関する広報及び情報伝達、障害の種別及び程度

に適合した記票方法等、選挙用補助器具の開発及び普及、補助員の配置等、正当な便宜を提供しなければならない。

③公職選挙の候補者及び政党は、障害者に候補者及び政党に関する情報を障害者ではない人と同等の程度の水準で伝達しなければならない。

日本法の影響を受ける韓国の民法は 2011 年に改正され、2013 年から成年後見制度が開始された¹⁸。しかし、障害者差別禁止法は障害者の参政権の行使の差別を明確に禁止し、さらにその権利の行使を容易にするため、合理的配慮の提供についても言及する。被選挙権の行使についても、2000 年の政党法改正で導入された女性に対するクォータ制度をサポートする公職候補者女性推薦補助金制度に類似するスキームとして、政党資金法第 26 条が「公職候補者障害者推薦助成金制度」を設け、障害者候補を立てるよう政党に金銭的なインセンティブを与えている¹⁹。その結果、女性の政治参加、障害者運動の動きと相まって、各政党の比例代表者名簿の上位に障害者の候補が置かれる慣習が始まったとされる²⁰。しかし、この制度は比例代表にのみに適用され、かつ、政党は女性や他のマイノリティー候補者との調整を余儀なくされることから、たとえ障害者が国政に進出することができても事実上 1 期 4 年の任期に限定されてしまうという課題を抱えている²¹。

2 中国

中国憲法は、法律によって選挙権・被選挙権を剥奪された者を除き、すべての公民は選挙権・被選挙権を有すると規定し、障害者の政治参加を排除する規定を置かない²²。しかし、その一方で、1979 年に公布された「全国人民代表大会及び地方各級人民代表大会選挙法」（選挙法）によって、選挙権を有しない者として憲法では言及されていなかった「精神疾患患者」が明記され、その者の選挙権を剥奪している。

それに加え、選挙法を実施するための地方の下位法令において、さらに除外対象が拡大されている。例えば、北京市では「選挙の権利を行使できない精神病患者およびその他行為能力がない者」、福建省では「選挙の権利を行使できない精神病患者、意思表示をすることができない認知症の者は、県レベル以上の医院の証明またはその後見人の同意を得て」、選挙委員会の確認の後、選挙人名簿に記載しないと定めている。対象者は、精神病患者、認知症の者にとどまらず、通常、精神障害者、知的障害者を含み、後見人とされる者の同意によって選挙権が剥奪されるおそれがある。このように中国における問題の 1 つは、中央の国家法ではなく、

地方の条例・規則で、本来憲法で認められているはずの選挙権の制限が可能となっていることである。さらに、法律上、成年後見人は裁判所が認定することとなっているものの、実務では、連絡先となっている家族などが後見人として代理する慣行もとられており、選挙人名簿からの排除が容易に行われる危惧が存在している。

3 タイ

タイでは禁治産制度を維持する民商法典の影響から、国政選挙、地方選挙において、精神上的の障害が欠格事由として存在する。2017年憲法に基づいて制定された現行の2018年下院議員選挙法では、選挙権・被選挙権の行使が禁止されている欠格事由の1つとして「心神喪失または心神耗弱にある者」が明記されている²³。また、地方における選挙について規定する1914年地方行政法、ならびに、2019年地方議会議員および地方自治体首長選挙法においても、やはり「心神喪失または心神耗弱にある者」が欠格事由として挙げられている。これに加え、地方行政法においては被選挙権の欠格事由として「職務を執行することができない程度の身体障害」という条件が加わっている²⁴。

禁治産命令については、裁判所が命じることが明確に定められているものの、「心神喪失または心神耗弱にある者」を判断する責任の所在は明確には定められておらず、タイの課題の1つとなっている²⁵。選挙の権利を剥奪する規定そのものに加え、現場での運用の在り方にも不安がもたれている。さらに、タイの場合、選挙権を有する障害者に対しては、特別な便宜の提供や投票支援が謳われているものの、下院議員選挙法第93条は、投票用紙を投票箱に投入する際、必ず最後に投票用紙を触る人は投票をする有権者本人でなければいけないことを定めており(The principle of final touch/contact)、最後の最後のアクセシビリティの問題が、意図せず選挙権行使の大きな障壁となっている²⁶。

V おわりに

障害者の政治参加についての国際的趨勢は、特に障害者権利条約発効後、選挙権を制限しないよう国内法を改正する方向にある。それでも国際人権をリードするEUでさえ、いかなる状況においても個人の選挙権は剥奪されないと規定する加盟国は半数に満たない。アジアにおいては、障害者の選挙権行使の制限解除の動きが遅いばかりか、一部の障害者には他の者との平等を基礎とした選挙権が認められていない。さらに、今回は検討することができなかったが、あらゆる段階

での多様なニーズに対応するアクセシビリティの整備や、障害者の尊厳を尊重し、実質的平等を阻害しない制度の構築など、多くの国で共通の課題を抱えているといえる。

¹ 平成 23（行ウ）63「選挙権確認請求事件」（平成 25 年 3 月 14 日）東京地方裁判所（https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/641/083641_hanrei.pdf；アクセス日 2021 年 10 月 14 日）。

² 日本障害法学会編『障害法』第 4 号（2020 年 11 月）、115-137 頁。

³ 前掲注 1、21 頁。

⁴ 同上、14-15 頁。

⁵ 同上、33 頁。

⁶ 「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一部を改正する法律」2013 年 6 月 30 日施行。

⁷ 杉浦ひとみ「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～」(日本障害法学会編『障害法』第 4 号、2020 年)、120 頁。

⁸ 第 2 条第 2 項は「この規約の締約国は、この規約に規定する権利が人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生又は他の地位によるいかなる差別もなしに行使されることを保障することを約束する」と定める。ただし、制定当時、障害者は意識されていなかったことが判明している（川島聡「障害者権利条約の概要——実体規定を中心に——」『法律時報』第 81 巻第 4 号、2009 年、4 頁）。

⁹ General Comment No. 25, The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service (Art. 25), CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, 12 July 1996（和訳は、日本弁護士連合会仮訳 https://www.nichibenren.or.jp/activity/international/library/human_rights/liberty_general-comment.html を参照し一部修正）。

¹⁰ European Court of Human Rights (Second Section), “Case of Alajos Kiss v. Hungary (Application no. 38832/06), Judgement, May 20, 2010 (Final: August 20, 2010), at <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-98800&filename=001-98800.pdf&TID=nlznbgtpxd> (accessed October 18, 2021).

¹¹ Heléne Combrinck, “Everybody Counts: The Right to Vote of Persons with Psychosocial Disabilities in South Africa”, *African Disability Rights Yearbook*, Vol.2, 2014, p. 92.

¹² CRPD Committee, Zsolt Bujdosó and five others v. Hungary, CRPD/C/10/D/4/2011, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/13/D/9/2012&Lang=en (accessed October 18, 2021).

¹³ Valentina Della Fina, Rachele Cera and Giuseppe Palmisano (eds.) (2017), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, Springer, p.533.

¹⁴ Krzysztop Pater (Rapporteur), *Real Rights of Persons with Disabilities to Vote in European Parliament Elections: Information Report* (SOC/554), European Economic and

Social Committee, 2019, p.12.

¹⁵ European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) *The Right to Political Participation of Persons with Disabilities: Human Rights Indicators*, 2014, pp.40-41 の刊行段階では、EU 加盟国 28 カ国中 7 カ国であった。

¹⁶ 障害者差別禁止法の詳細については、崔栄繁「韓国の障害者法制——障害者差別禁止法を中心に——」(小林昌之編『アジア諸国の障害者法——法的権利の確立と課題——』アジア経済研究所、2010年、29-63頁)参照。

¹⁷ 崔栄繁仮訳 (https://www.dinf.ne.jp/doc/japanese/law/anti/korea_law.html、アクセス日: 2021年10月19日)。

¹⁸ 崔栄繁「韓国の法的能力に関する法制度」(小林昌之編『アジアの障害者の法的能力と成年後見制度——障害者権利条約から問い直す——』生活書院、2021)、70-71頁。

¹⁹ 崔栄繁「韓国における障害者の政治的権利」(小林昌之編『アジア諸国における障害者の政治的権利』(研究会中間報告書)アジア経済研究所、2021年)、12-13頁。

²⁰ 同上、14頁。

²¹ 同上、15頁。

²² 憲法における選挙権・被選挙権の剥奪は、刑法の刑罰の一種と捉えられている(小林昌之「中国における障害者の政治的権利——法制度と現状——」小林昌之編『アジア諸国における障害者の政治的権利』(研究会中間報告書)アジア経済研究所、2021年、23頁)。

²³ 西澤希久男「タイにおける障害者の法的能力」(小林昌之編『アジア諸国における障害者の政治的権利』(研究会中間報告書)アジア経済研究所、2021年)41-42頁。

²⁴ ただし、西澤は、他の法律では改正されているものの、地方行政法の欠格事由として身体上の障害が残っているのは、改正が放置されているためであるとみている(同上、43-46頁)。

²⁵ 同上、45頁。

²⁶ Lalin Kovudhikulrungsri 氏のアジア経済研究所における 2021 年 9 月 15 日のレクチャーおよび同資料による。なお、EU 加盟国のうち 2 カ国もこれを実践しており、懸念が示されている (Pater, Krzysztop (Rapporteur), *Real Rights of Persons with Disabilities to Vote in European Parliament Elections: Information Report*, SOC/554, European Economic and Social Committee, 2019, p.22)。

小林報告へのコメント

浅野 宜之（関西大学）

- I はじめに
- II 小林昌之会員報告へのコメント
- III インドにおける障害者の政治参加
- IV 最後に

I はじめに

本稿は 2021 年度障害法学会における小林昌之報告（以下、小林報告と記す）に対してのコメントにもとづくものである。小林報告は、障害者の政治参加について、国際比較の観点からとくにアジア諸国の現状に焦点を当て検討をした重要なものであった。本稿では小林報告での内容において興味深い点を挙げた後、筆者の研究対象であるインドにおける参政権の問題にも概要にふれ、小林報告の内容と比較し付言したい。

「政治参加」について、蒲島・境家（2020）は、民主主義の下においてのそれは「政府の行動と市民の選好との矛盾を穏やかに正す働きをする」とともに「市民教育の場として重要」なものとし¹、これにより荒井（2014）は政治参加を民主主義の前提としている²。また、蒲島・境家（前掲）は「政府の政策決定に影響を与えるべく意図された一般市民の活動」と定義づけている³。そして、政治参加における具体的な活動のひとつが投票となる。政治参加論自体は政治学の分野のひとつに分類されるが、小林報告は上述の投票について法的権利の側面から検討したものである。選挙における投票は、「最も多くの市民が行う政治行動である」とともに、「政治家に対する圧力としては強力なもの」であり、また、「他の政治的活動に比べると、参加コストが小さい」ものと提示されている⁴。このように政治参加において重要かつ基礎的な手段ということのできる選挙に、行使することで参画しうる選挙権を持つことは、民主主義社会を構成するにおいて重要なものといえ、これに焦点を当てることの意義は大きいといえる。

II 小林昌之会員報告へのコメント

まず、小林報告では国際人権条約における障害者の政治参加について、いわゆる自由権規約およびその一般的意見 25 号、障害者の権利条約を取り上げ、1996

年の自由権規約に対する一般的意見の段階では精神的無能力の確定は政治参加の制限理由となりえたのが、2006年の障害者の権利条約および2014年の同条約一般的意見1号において障害者の政治参加機会の拡大を締約国に要請するようになっていることを示し、パラダイムシフトを求めたことを明らかにしている。この転換は小林報告の内容においてもっとも重要な論点ということができ、後に取り上げる各国も含め、国際的制度比較や各国内での制度の時系列的変容をみるにあたっても時期的な基準を示唆するものとなろう。

つづいて小林報告では2010年の欧州人権裁判所における Kiss v. Hungary ケースを取り上げ、成年被後見人からの選挙権剥奪について裁判所の判断およびこれに関連する議論を紹介している。ここで問題になるのは「政治参加の機会が制限される者」の範囲であろう。すなわち、当該判決において問題とされているのが成年被後見人の選挙権であり、これをどこまで「障害者」一般の問題として議論しうるかという点である。

そして、アジアにおける障害者の政治参加の現状について、小林報告では韓国、中国およびタイを取り上げて紹介している。これらの国々はそれぞれ異なったかたちで障害者法制度を発展させており、また、選挙制度についても同じとはいえない中ではあるが、比較検討は意義あるものと思われる。

韓国については2007年制定の障害者差別禁止法により障害者の参政権について明確な規定が設けられ、選挙権の行使にあたり合理的配慮が求められること、被選挙権についてもスキームが存在することが紹介され、また後者については課題もあることに触れられている。この課題については現行の選挙制度に内在する問題であるのか、あるいは運用上の問題であるのか、興味深い。

中国については地方の条例・規則により選挙権の制限が可能となっている点が問題のひとつとしている。中国における法令の体系について詳しく分からないのであるが、これが参政権に特有の状況であるのか、あるいは同様の構造が他の基本権に関しても存在するのか、知りたい点である。

タイについては、心神喪失または心神耗弱にある場合、選挙権および被選挙権の欠格事由に該当するとのことであるが、様々な国でも同様の規定があると記憶している。こうした規定が導入された背景など、比較法的検討の対象になると思われた。

次節ではこれらの国々についての検討をもとに、インドにおける障害者の政治参加について、概要を紹介したい。

Ⅲ インドにおける障害者の政治参加

インドにおける政治的権利保障にかんして、インド選挙委員会 (Election Commission of India) が策定した「戦略的計画 2016-2025」において掲げられた 15 の柱 (達成されるべき事項) のうち、選挙運営、有権者名簿、選挙教育の三点が障害者にかかわるものとして挙げられている。選挙運営にかんしては、「投票所における基本的かつ最低限の施設の強化」や「物理的および行政的障壁の低減」が障害者の権利保障にかかわるものとされ、有権者名簿については「有権者名簿にかんして障害者が登録における識別の段階でより対応しやすいものとする」と有権者登録のアクセス可能性向上が挙げられている。また、選挙教育にかんしては「障害者などに対して創造的な情報コンテンツをデザインし、革新的に発信することで選挙のプロセスについて市民に情報を提供すること」を挙げている。

上述のように投票権をより保障しようと方策を探っているなかにあつて、インドの法制度における政治的権利について、いかなる規定が設けられているかを概観する。

インド憲法前文における「民主的共和国である」との規定は同国において市民が選挙において投票し、また、立候補する権利を有するものと理解されており、同第 326 条において「連邦議会下院および州下院の選挙は成人による普通選挙とし、インド市民であつて当該議会の制定した法律によりまたはこれにもとづいて定められた日に 18 歳以上である者は、本憲法または当該議会の制定した法律にもとづいて無住居、心神喪失 (unsound mind)、犯罪もしくは破廉恥または違法行為の理由で欠格とされる者を除き、選挙人として登録される権利を有する」と定められている⁵。したがって、心神喪失者は住所不定の者や犯罪者と同等の扱いの中で選挙人として欠格とされていることが分かる。

なお、憲法第 102 条 1 項 b 号において「心神喪失者であつて権限ある裁判所でその旨を宣告された者」は連邦議会議員として、同第 191 条 1 項 b 号は同様の理由で州議会議員として欠格と定められている。上述により、憲法上は「障害」を選挙人としての欠格事由と明示しているわけではないが、「心神喪失」が立候補者および選挙人の両者において欠格事由に挙げられていることをみれば、「心神喪失」の捉え方次第では精神障害者の政治的権利が制限されることが明らかである⁶。なお、これらの内容は 1951 年選挙法でも規定されている⁷。

障害者の権利条約批准⁸を受けて制定された 2016 年障害者の権利法では、その第 11 条で「インド選挙委員会および州選挙委員会は、すべての投票所が障害者にとってアクセス可能であるように保障しなければならず、すべての選挙手続きに

関連するものは障害者が容易に理解でき、アクセス可能でなければならない」⁹と定めている。この条文からも、障害者の選挙へのアクセスが保障されなければならない旨法律では定めていることは明らかであり、また、小林報告で取り上げられた諸国での状況と重なるところが大きい。

言い換えれば、小林報告で提示された各国における障害者の参政権に係る課題を検討することは、アジア諸国での障害者の政治参加を考察するうえでの基礎となる視点を提供するものといえることができる。

IV 最後に

小林報告で取り上げられた課題は国民主権国家における、障害者の「国民」（あるいは市民社会を構成する「市民」）としての位置づけについて考察するために不可欠なものと思われる。こうした視点から、各国での法制度およびその運用についてさらなる比較検討を進めることの可能性は大きいものといえよう。とくに、選挙での投票におけるアクセシビリティの問題にのみまとめるのではなく、立候補における欠格などにも目を配ることで、障害者の「政治的能力」つまりは「国家の構成員としての権能」の問題の考察につなげやすくしている点は重要であると考えられる。

また、小林報告で取り上げられたのは主に投票の問題であるが、蒲島・境家（前掲）にあるように政治参加には選挙における投票以外に選挙活動（投票依頼や政党などへの支援）、地域活動（役職者への陳情、住民運動への参加など）、（本人や家族などのための）個別接触などの手段もあり、また、さまざまな抗議行動も含める考えもある¹⁰。これらについて障害者がどれだけアクセスできるようになっているのか、また、そのための法政策はいかなるかたちで進められるのかを比較検討することも重要な課題となろう。なお、さまざまな選挙活動などに障害者が参加するならば、情報面でのアクセシビリティを向上させることが求められる。インドでも、2015年から開始された「アクセシブル・インディア・キャンペーン」と称するアクセシビリティ向上政策において、「公共の印刷物やウェブサイトに係るアクセス可能性を高めること」や「手話通訳者の数を増加させること」、また、「公共のテレビニュース放送における字幕や手話通訳を日常的に置くこと」などが挙げられている¹¹。こうした施策が、ひいては障害者の政治参加につながるものとなると考えられる。

以上、小林報告をもとにアジア諸国における障害者の政治参加について興味深く思われた点などを記述した。今後アジアの広い国々における、障害者の政治参

加を保障する法制度のみならず様々な施策を比較検討することが求められると考えられるなか、小林報告はそのための視座を提供するものになり、意義のあるものと思われる。

¹ 蒲島郁夫、境家史郎『政治参加論』東京大学出版会 2020年 4頁

² 荒井紀一郎『参加のメカニズム：民主主義に適應する市民の動態』木鐸社 2014年 19頁

³ 蒲島郁夫、境家史郎（前掲）2頁

⁴ 同上 6-7頁

⁵ 憲法の条文については、孝忠延夫・浅野宜之『インドの憲法〔新版〕』関西大学出版部 2018年 を主に参照した。ただし、一部の文言については修正を加えている。

⁶ この点については、2019年に実施された国連障害者の権利委員会による審査で提出されたパラレルレポートや、総括所見においても触れられているものである。

⁷ THE REPRESENTATION OF THE PEOPLE ACT, 1951 (https://legislative.gov.in/sites/default/files/04_representation%20of%20the%20people%20act%2C%201951.pdf)

⁸ インドは2007年10月1日に同条約を批准している。

⁹ THE RIGHTS OF PERSONS OF DISABILITIES ACT, 2016 (https://legislative.gov.in/sites/default/files/A2016-49_1.pdf)

¹⁰ 蒲島・境家 前掲 6-10頁

¹¹ 浅野宜之「インドにおける障害者のアクセシビリティ問題と法」小林昌之編『アジアの障害者のアクセシビリティ法制—バリアフリー化の現状と課題—（アジ研選書51）』日本貿易振興機構アジア経済研究所 188-192頁

シンポジウム要録

障害者の政治参加 金子 匡良（法政大学）

I 報告の概要

1 井上報告「障害をもつ人の社会参加と参政権の発展」の概要

井上報告は、2006年に採択された障害者権利条約が政治参加の権利を保障している一方、日本においてこれが進んでいないのは、明治憲法時代以来、公職選挙法が立脚している「愚民観」、すなわち国民は愚かであるから、国が厳しい決まりをつくり、その範囲内でのみ行動して過ちを犯さないようにしてやるという見方に原因があり、その結果、障害のある人、特に認知症の人、知的障害のある人にとって、様々な選挙権行使の侵害・剥奪をもたらし、選挙参加の機会が奪われていると指摘した。その上で、こうした弊害を是正していくための方策として、戸別訪問の解禁、投票所中心主義・自署主義の緩和と記号式投票の導入、ネット選挙・電子投票の導入、情報の入手と発信の保障、参政権の歴史と意義を学ぶ主権者教育の実施などを提唱した。

2 小林報告「障害者の政治参加—国際比較の視点から」の概要

小林報告では、ヨーロッパでは障害者の参政権の拡大が進み、現在では、EU加盟国にイギリスを加えた28カ国中、12カ国はいかなる状況においても個人の選挙権は剥奪されないとされているとの現状が紹介された。その一方、個別の司法判断などによって選挙権が剥奪される可能性のある国内法を有する国や、成年後見制度等の適用を受けると、自動的に選挙権を否定される法制度を有する国なども少なからず存在することも指摘された。

また、アジア諸国の例として、韓国、中国、タイの現状が紹介され、このうち韓国では、障害者差別禁止法によって、障害者の参政権行使に関する差別が明確に禁止されていることが紹介された。被選挙権の行使についても、政党資金法によって、障害者候補を立てるよう政党に金銭的なインセンティブを与えている一方、政党は他のマイノリティー候補者との調整を余儀なくされることから、障害を有する議員の任期が限定されるという課題のあることが指摘された。

他方、中国では、憲法で認められている選挙権を地方の条例・規則で制限することが可能となっていることが紹介され、またタイでは、国政選挙と地方選挙において、精神上的障害が欠格事由として存在し、選挙制度の運用上も、障害者にとっての障壁が多いことが指摘された。

II 指定コメントと報告者の応答

1 井上報告に対するコメントと応答

井上報告に対しては、指定コメンテーターである杉山有沙会員から、障害を理

由に選挙権の行使が困難な状態にある者のために、公権力が憲法上の要請として積極的な措置を講じることについて、井上報告のいう「愚民観」の不当性を指摘するだけでは足りないのではないかと質問が出された。その上で、井上会員が想定する相応しい審査基準及び措置を具体的に要請するための論理的枠組みを示して欲しいとのコメントがあった。

また、井上報告が提案するところの自署主義の緩和や記号式投票の導入、あるいはネット選挙・電子投票の導入等の是正策について、それらの中には医学モデルにおける障害者の「特殊性」に依拠した提案のように誤解を与える可能性を否定できないものや、そもそも、障害者の参政権保障を越えて、全ての者のより実効的な参政権保障のためになされるべきものが混在しているように思われるため、各提案の前提に存在する障害者に対する社会的障壁の内容について補足説明をして欲しい旨のコメントが寄せられた。

これに対して井上会員からは、愚民観と「公正な選挙」は直結しており、人間の尊厳の理念、特に自己決定・平等の原理という人権としての参政権の視点から、公選法の違憲性を指摘できるとの趣旨の回答がなされた。補足説明の要望については、公選法の具体的な改正の方向も具体的な解釈も、人権としての参政権保障の原理・原則に立ち返って行われるべきであり、医学モデル・社会モデルを超え、「障害者」とひとまとめにせず、「他の人と対等な生活」を送るために一人ひとり固有のニーズを保障すればよいのであり、また障害のある人への参政権保障は、障害のない人への参政権保障にもつながるとの回答があった。

2 小林報告に対するコメントと応答

小林報告に対しては、指定コメンテーターである浅野宜之会員より、以下のようなコメントが寄せられた。

まず、小林報告が取り上げた欧州人権裁判所の Kiss v. Hungary 事件では、成年被後見人の選挙権が問題となっており、これをどこまで障害者一般の問題として議論しうるかとの問いかけがあった。

また、アジアにおける障害者の政治参加の現状に関しては、①韓国の障害者の被選挙権について、障害者議員の任期が事実上限定されてしまうという課題は、現行の選挙制度に内在する問題であるのか、あるいは運用上の問題であるのか、②中国において、地方の条例・規則により選挙権の制限が可能であるとの問題点は、参政権に特有のものなのか、あるいは同様の構造が他の基本権に関しても存在するのかとの質問が出され、また、③タイその他の国々において、心神喪失や心神耗弱が選挙権・被選挙権の欠格事由となった背景について、比較法的検討の必要性があるとの指摘がなされた。

これに対して小林会員からは、Kiss v. Hungary 事件判決では、各国の立法府がそれぞれの国に合わせて精神障害者の選挙権の適否を評価する手続を決定する権限があることに言及していること等から考えると、同事件は成年被後見人と障害者一般の双方を射程にしているといえるとの回答があった。

韓国の被選挙権については、現行制度では障害者を候補者に立てることについてインセンティブが少なく、かつ、政党は障害者以外のマイノリティーとの調整を余儀なくされることから、障害者議員が安定して当選する基盤を確立するのが難しくなっているとの説明があった。また、中国においては、国家法と矛盾するような地方性法規や法律の運用があることは珍しくないとの補足説明があり、タイの欠格事由に関しては、タイをはじめアジアの複数の国は、日本法を範に禁治産制度を採用し、やがて一部の国は国際的潮流に合わせ、それを成年後見制度に改め、障害者権利条約成立以降は、その適否が課題となっているとの状況が説明された。

Ⅲ 質疑応答

1 井上報告に対する質疑応答

井上報告に対しては、①性別や障害の有無などによる多様性を確保するための積極的な優先施策（例えばクォータ制など）に関してどのように考えるか（植木淳会員）、②障害のある人について、選挙期間を延長することは、人権として保障されるか、③選挙についても、障害のある人には合理的配慮が認められるべきではないか（以上、峯尾聡太会員）、④井上会員は「障害者」ではなく「固有のニーズをもつ人」という呼称を使うことを主張しているが、この呼称は当事者からどの程度の支持を集めているか、⑤成年被後見人は選挙権を有しないとする公職選挙法の規定を違憲としつつも、「選挙権を行使する能力を欠く者」を対象とする選挙権制限立法の可能性を認めた東京地裁判決、及びこれとは異なり、障害者権利条約の下で当事国が障害者の選挙権を制限することは一切認められないとしたブイドショーほか対ハンガリー事件判決をどのように評価するか、⑥障害者は自らの希望する者を代理投票の補助者として投票することができないとされた最近の大阪地裁判決における障害者権利条約の解釈をどのように評価するか（以上、川島聡会員）等の質問が寄せられた。

これに対して井上会員からは、まず①について、「障害者」とひとくくりにすることが問題であるので、クォータ制については検討していないとの回答があった。②については、公選法の定める選挙運動期間は短すぎるので、障害のある人に限定せず延長すべきである、③については、参政権行使についても合理的配慮がなされなければならないとの回答があった。

④については、「固有のニーズ」のある人という呼称は、スウェーデン等では使われているものの、日本では私一人ではないか、⑤については、東京地裁判決は肯定できず、障害のある人＝能力のない人という固定観念が、裁判所にも根強いことを示している、⑥については、今後検討するとの回答があった。

2 小林報告に対する質疑応答

小林報告に対しては、①日本における障害者の政治参加の課題として何が挙げられるか（植木淳会員）、②障害者権利条約の動きが、自由権規約委員会にどうい

った影響を与えてきたのか(長瀬修会員)、③障害者は自らの希望する者を代理投票の補助者として投票することができないとされた最近の大阪地裁判決における障害者権利条約の解釈をどのように評価するか(川島聡会員)等の質問が寄せられた。

これに対して小林会員からは、①について、地方自治法120条が定める各地方公共団体議会の会議規則およびその運用が、国際的動向の基礎にある障害者権利条約の要求や、国内法である障害者差別解消法を十分反映するものになっておらず、自治の名のもとに、有権者である障害者の参政権が制約されている点、および政見放送で「持ち込みビデオ方式」が導入され、それに伴い手話通訳を付することが“できる”ことになったものの、字幕を付すことは含まれていない点などが課題として挙げられた。

②については、同様の関心は持っているものの、残念ながら自由権規約委員会の動きを把握するまでには至っていないとの回答があった。

③については、大阪地裁が「障害者により選択される者による援助の具体的な方法までは明示されていない」ことを理由に、一定の裁量が認められるとしたのは失当であると考えたとの回答があった。

判例研究①

川崎就学訴訟
(横浜地判令 2・3・18)

川崎医療的ケア児就学裁判横浜地裁判決について

—総合的判断における人権としてのインクルーシブ教育と 保護者の意見と専門家の意見の位置づけについて—

大谷 恭子（弁護士）

- I 事件の概要
- II 横浜地裁判決の最大の過ち
- III 法改正の必要性

I 事件の概要

本件は、人工呼吸器ユーザーである川崎市内の6歳の男児が地域の学校で同世代の子どもたちと共に学ぶことを求めたにもかかわらず、特別支援学校に就学強制された事案である。保護者らは地域の学校への就学を求め就学相談や就学時健診でその旨を表明したが、2018年1月の川崎市就学支援会議は、男児の就学先を特別支援学校適と判断し、市教委はこれを受けて同旨と判断し、県教委に学齢簿を送付した。県教委は一度は市教委に対し、保護者から主治医の意見書を提出してもらうことを求める等4点を助言し、事実上差し戻したものの、市教委は改めて支援学校適とし、結局県教委は県立支援学校を就学指定した。

男児は、両親と地域で生活し、幼稚園にも通っていた。そして主治医も現在の健康状態から、地域の学校での就学を是としていた。両親は権利条約が批准され、保護者の意向が最大限に尊重されることとなったことから、必ず地域の小学校への就学が実現するはずだと信じていた。

本件は、権利条約批准後、就学決定をめぐる初めての訴訟となった。この間、原則分離別学から総合的判断への制度改革、保護者の意向の最大限尊重、差別解消法制定—合理的配慮の法的義務付けなど曲がりなりにも制度改革を実現してきた。分離別学強制は差別ではないのか、インクルーシブ教育を求める本人保護者にこれを拒否することに合理性があるのか、まさにこれが問われる裁判だった。

しかし、2020年3月、2年に及ぶ審理の結果の横浜地裁判決は、あまりにもお粗末な内容だった。本人保護者らの思い、弁護団の主張をことごとく排斥し、見るべきところは一つなかった。すでに男児は小学校3年生の春を迎えることになるはずだった。両親はもはや成長を待てない男児のために、隣接地である東京

都世田谷区に転居し、そして地域の小学校に転校した。世田谷区は、長く保護者らの運動によって、就学先については保護者の意向を尊重することが根付いていた。コロナ禍で休校が続く中での転校だったが、男児は小学校への就学を果たし、クラスの一員として迎えられた。

結果、裁判は就学裁判から、2年間同世代の子どもたちと共に学ぶ機会を逸したことに対する国賠訴訟として東京高裁に係属している。

II 横浜地裁判決の最大の過ち

和希君の横浜地裁判決は、そもそも保護者の意思表示、障害の状態等重要な事実についての事実認定を誤り、行政措置の違法性を判断するに、その措置によって奪われる権利の内容について何ら判断せず、その判断の枠組みについても重大な勘違いをし、学校教育法施行令の解釈については制度改革以前、否旧来でさえもうすこしましな解釈だったのではないかと思われるくらい、一から十まで誤認と勘違いと不勉強の塊である。これらを網羅的に指摘するには紙幅が足りないので、本項においては2点だけ紹介するにとどめる。

(1) インクルーシブ教育についての勘違い

判決は男児のインクルーシブ教育を受ける権利について、「インクルーシブ教育は特別支援学校での教育を排除するものではないから、特別支援学校での教育は、インクルーシブ教育の理念に反するものとはいえず、原告和希のインクルーシブ教育を受ける利益を侵害するものであるとも言えない」とだけ判示した。

しかもこの根拠として判決が引用しているものは、文科省の主張する「障害のある児童生徒等に対する一貫した支援について」（文科省通知）と教育支援資料から、共生社会の形成に向けたインクルーシブ教育システム構築のための特別支援教育の推進（報告）概要によれば、「障害者権利条約24条は障害者が障害に基づいて教育制度一般（general education system）から排除されないことを定めているところ、権利条約24条の「教育制度一般」には、特別支援学校が含まれるとし、その後この解釈が変更されたことを認めるに足る証拠はない」と言い切っている。

まず権利条約24条が規定する、general education system は、教育制度一般と訳されるべきではなく、一般的な教育制度と訳されるべきである。これは、障害者権利条約の仮訳段階で、文科省が意図的に誤訳したとして障害者団体から多くの非難を浴び、最終的に公定訳としては、「一般的教育制度」と変更されてい

る。判決はどこを見てその後変更されたことを認めるに足る証拠はないなどと言ったのか、原告提示の障害者権利条約においてはそのような訳は使っていない。教育制度一般とすると、確かに特別支援学校を含む制度との解釈となるが、一般的教育制度とは、通常教育制度、すなわち多くの子どもたちのための教育制度（メインストリーム）ということになり、特別支援学校は含まれない。よって「教育制度一般」か「一般的教育制度」かについては、インクルーシブ教育制度をどのように理解するかについては大きな違いが存することから、批准のための障害者制度改革の時点で仮訳は見直され、公定役となったのである。にもかかわらず、こんなところで否定された仮訳が生きているとは驚きを禁じ得ない。

判決は、特別支援学校はインクルーシブ教育の理念に反するものではないからインクルーシブ教育を受ける権利を侵害しているとは言えないなどと判示しながら、本人が、地域の小学校で同年齢の子どもたちとの教育を求めていることについては何ら触れていない。実は、特別支援学校がインクルーシブ教育の理念に反するか云々が問題なのではなく、本人保護者らが求めているのは、小学校で同年齢の子どもたちと学びたい、学ばせたいということである。この希望について、特別支援学校もインクルーシブ教育の理念に反していないなどということは何ら答えになっていない。そこには明らかに同世代の子どもたちはいないのであり、同世代の子どもたちと共に学ぶ機会を奪われることの不利益については全く考慮をしていないのである。

要は、判決は、障害のある子が障害のない子と共に学ぶことは人権として保障されなければならないということについては一顧だにしなかったのである。個々人の人権であることを認め、該人権を侵害する結果となる処分だからこそ、その裁量権の範囲が問題となるのであって、これを無視し、適法だから、かつ特別支援学校もインクルーシブの理念違反していないから、などということは全く答えになっていない。

因みに、権利条約 24 条については 2016 年国連から一般意見として解釈が明らかにされているが、インクルーシブ教育は個々人の基本的人権であることが明確にされている。とするならば、5 条判断においても、人権としてのインクルーシブ教育への権利があることを前提に判断されるべきであることを主張してきたにもかかわらず、判決は 5 条判断をするに際してこれを無視したのである。

本人保護者らが求めてきたのは、インクルーシブ教育システムではなく、地域の小学校で同世代の子と共に学ぶことである。特別支援学校をどう位置づけようと、そこには同世代の障害のない子がいないことは明らかである。なぜこのよう

な言いかえをしてまで同世代の子と共に学ぶ権利を否定しようとするのか、理解に苦しむと言わざるを得ない。

(2) 保護者の意向を無視し、専門家の意見を偏重したこと

判決は、「原告父母の意向を尊重して市教委、県教委の三者間で原告和希の教育ニーズと必要な支援についての合意形成を図るための協議がされていることが認められるから、市教委や県教委が原告父母の意向を無視したとはいえない」としている。

保護者の意向尊重は、まさに、就学先決定の判断に際し、最重要要素として考慮されなければならないものであり、合意形成のためだけにあるものではない。すなわち、5条判断に際し、5条が羅列する「障害の状態」や「必要とする支援」等の要素のうち、もっとも尊重されなければならないものということである。

判決は、5条判断においては、就学先決定における保護者の意向尊重について、「就学先の指定は何よりも障害の状態に応じた教育ニーズに合致したものでなければならない」として、その際には専門的知識を有する第三者的な客観性のある意見を聴くものとしているのであるから、「保護者の意見が不合理でない限り保護者の意見に添うべきである」との原告らの主張に対しては、そのような施行令解釈はできない、といとも簡単に排斥した。それでは、「可能な限り尊重する」ということを実態的手続きにおいてどのように反映させることができるのだろうか、これについては何ら答えていない。一方、専門家の意見については、「第三者性のある客観性のある意見」として偏重し、しかも本人をもっともよく知る専門家である主治医の意見は、公平でないとして取り上げなかった。実は、医師及び療育に係る福祉職らの「専門家」による就学指導委員会こそが、22条の3の表の判断者として長く障害児を健常児と振り分け、分離別学を推進して来た張本人たちではなかったのか。

以下、就学先決定において専門家の意見を、学校教育法施行令及び各通達がどのように位置付け、これがどのように変容して来たのか、通達等から確認したい。

ア 専門家の意見聴取の始まりー就学指導（判定）委員会の設置（昭和53年・文初特第309号）

1978年、養護学校が義務づけられる前年、障害のある子の就学先決定に際し専門家の意見を聴取すべきとの通達が発令された（昭和53年10月6日・文初特第309号）。22条の3に該当する児童は養護学校等への就学が義務付けられることを前提に、「心身の故障の判断に当たっては、医学的、心理学的、教育的な観点か

ら総合的かつ慎重に行い、その適正を期すること」とされ、同時に「医学的、心理学的、教育的」観点の専門家として教師や福祉職らが想定され、彼らで構成される「就学指導委員会」を各市町村、都道府県に設置し、ここで「心身の故障の程度」の調査と審議を行うこととするように通達された。以降、専門家の意見とは就学指導委員会の意見ということになった。「指導委員会」は通達上の名称であるが、しかし、ここで22条の表に該当するかどうか判断されることになったのであり、まさに障害「判定」委員会であり、実際も判定委員会と呼ばれていることもあった。

委員は教育委員会によって選任された教職員や福祉職であり、特別支援学校校長や教員及び療育に係る福祉職が多く、ここでは分離された場での特別支援が主流であり、また、おのずと選任者である教育委員会の意見と同旨のことが多い。結局は、教育委員会の見解を専門家とされた就学指導委員会がお墨付きを与えるに過ぎない運用だったと言っても過言ではない。

イ 専門家の意見聴取の義務化（学校教育法施行令18条の2）および保護者の意見表明の

機会付与（平成14年・14文科初第291号）

2002年、1978年以来の就学指導委員会による専門家の意見聴取は、学校教育法施行令に新規定を設けて義務化され、加えてこの年、昭和53年通達が見直され、専門家の意見聴取はほぼ同文のまま、加えて、はじめて保護者の意見聴取が言及され、「就学指導委員会において保護者の意見表明の機会を設ける等の方法が考えられる」とされた。この時はまだ施行令改正以前であり、「障害の種類による振り分け」がなされていたのであり、専門家の意見＝就学指導委員会は、22条の3の表に規定する障害の種類と程度に該当するかどうかについての意見であった。また、保護者の意見表明も、就学指導委員会で意見表明の機会が与えられるとされ、専門家＝就学指導委員会の意見に影響を与え得るものとし位置づけられていなかった。

ウ 「保護者の意見」と「専門家の意見」の位置づけの逆転（平成25年・25文科初第655号）

2013年、障害者権利条約を批准するにあたり、ようやく障害の種類と程度による原則分離別学制度が廃止され、学校教育法施行令5条に就学先決定に際する判断要素として、保護者の意見、専門家の意見、教育ニーズ、障害の状態、地域の就学環境があげられ、保護者の意見については、学校教育法施行令18条の2に聴取を義務付けたうえで、かつ「可能な限り尊重」すべきものとされた（25文科初

第655号)。本人保護者の意向を可能な限り尊重すべきとの規定は、この改正以前に2011年障害者基本法改正で法文に明記されていたのであるから、すでに法的義務として確定していたが、これを就学先決定の際にも適用されることを念のために確認周知したのである。

要するに、障害の種類と程度によって就学先が法定されていた時は、保護者の意見は、障害の種類と程度に対する専門家の意見に意見表明するしかなかったが、22条の3の表の拘束力がなくなり、独立した判断要素となり、かつこれを可能な限り（＝最大限）尊重されなければならなくなったのであるから、就学先決定の判断要素としてその軽重は逆転したのである。ようやく、専門家の意見に縛られなくなったともいえる。

ちなみに、1978年（昭和53年）以来、実は、就学先決定は「医学、心理学、教育（学）的観点で総合的に判断されるべきである」とされ、総合的判断は2013年制度改革においても引き継がれたのであり、この点は一貫している。制度改革で唯一従来と違ったのは、総合的判断において本人保護者の意向を可能な限り尊重する、というただ一点のみなのである。

以上の経緯に鑑みれば、保護者の意見が専門家の意見と同価値であるはずがない。いわんや専門家の意見を客観的、第三者的意见（決して第三者でもないが）として尊重されなければならないなどの法理はどこからも出て来ない。障害の状態や教育ニーズを、本人保護者の意向から離れて（反してでも）客観的、第三者的意见によって判断しようとするところこそ、障害を医学モデルとしてみていることの証左である。障害者権利条約は障害を社会モデルあるいは人権モデルとしてとらえるべきであるとしていることに対し真っ向から反しているのである。結果、障害者本人の自己決定権も保護者の教育選択権も侵害しているのである。この専門家神話をどうしたら打破できるだろうか、これが控訴審で問われている。

Ⅲ 法改正の必要性

障害者権利条約が批准されてから既に8年を経過し、本年2022年8月には、批准後初めての国連障害者権利委員会による日本審査が行われ、委員会からの勧告は秒読みの状態となった。ジュネーブの日本審査には、日本から多くの当事者団体、支援者団体が詰めかけ、総勢100名以上が障害者権利委員会と日本政府による建設的対話を見守った。私も、日弁連の委員の一員として現地に赴いたが、率直に言って、権利委員会からの質問に対する日本政府の答弁は不誠実で、権利条約を誠実に履行しようとする熱意は全く感じられなかった。インクルーシブ教

育の推進に対する文科省答弁も然り。権利条約批准後なぜ特別支援学校在籍者が増え続けているのか、の問いに対しては、初等教育は小学校進学者が増えている、中学高校で増えているがこれは授業についていけなくなるから、だと述べ、就学先決定は本人保護者の選択に寄っていると答弁した。小学校に障害児の就学が増えているのは、今まで障害者とカウントしなかった発達障害の子をカウントしていること、しかも通級指導対象者が増えていることには触れず、中高で特別支援学校を選択する子が増えているのは、授業は評価に合理的配慮をしないことなど全く触れず、さらに選択制だと言わんばかりの答弁だったが、和希君の件に明らかのように、決して最大限尊重されているという運用はない。もはや不誠実というより、国際社会に対する詭弁、二枚舌と言いたくなるような答弁だった。

なぜこのようなことになってしまったのか。結論から言うならば、国内法整備としての就学先決定の在り方が中途半端だったということを率直に認めざるを得ない。もとより制度改革においても、学籍一元化が強く求められ、まずは地域の学校に学籍を置き、そこから特別支援学校を選ぶも良し、との制度設計が提唱されたにもかかわらず、文科省の強い抵抗にあい、一律画一的な振り分けは権利条約に抵触するが個別に総合的判断にすればいいのだと押し切られた。しかも、判断権者は教育委員会のままで、その判断の基準になるべきものとして、障害の種類と程度を表す22条の3の表はそのまま生き残り、特別支援教育については、「障害による学習上または生活上の困難を克服」する教育、としたままである（学校教育法72条、81条）。まさに医学モデルによる障害の振り分けと医学モデルによる社会統合が法文として生きているのである。制度改革の際、本人保護者の意向が最大限尊重されるのであれば、義務教育が措置として提供される以上教育委員会の決定となることはやむなし、すなわち本人保護者の意向に沿った決定がなされるのだからと納得しようとしたが、これは絵空事だった。

きっちり学校教育法を改正するしかない。障害者権利条約に抵触しない、一人一人にとってのインクルーシブ教育が保障されるシステムこそが求められている。

近く発表される障害者権利委員会からの総括所見（勧告）―未だその内容は不明であるが、せめてこれの実施を求め続けていくことから、もう一度制度改革に取り組むしかないと思われる。

川崎就学訴訟横浜地裁判決(令和2年3月18日) の 問題点

廣澤 明（元明治大学）

- I 障害者権利条約適合的解釈の必要性
- II インクルーシブ教育の意義
- III 本人・保護者の意向の尊重
- IV 「社会モデル」に立脚した「合理的配慮」の必要性

I 障害者権利条約適合的解釈の必要性

川崎就学訴訟横浜地裁判決（令和2年3月18日）の最大の問題点は、障害者権利条約と障害者基本法の理念に則った審査をしていないことである。今日、障害児教育のあり方に関する規範的な基準としては、インクルーシブ教育を掲げる障害者権利条約（2006年国連制定、2014年日本批准）、及び、その批准のための国内法整備立法、とりわけ2011年改正障害者基本法が重要である。学説上一般に、条約は法律の上位法とされ、また、障害者基本法は、障害者法制の上位法に位置づけられる（同法1条）ことから、法体系の統一性の観点に照らし、障害児教育に関わる法令の解釈・運用に当たっては、障害者権利条約（以下「条約」という）、及び、障害者基本法（以下「基本法」という）の規定・趣旨に適合的な解釈を行わなければならない。

本件においては、原告は、就学校指定処分が条約と基本法に基づくインクルーシブ教育を受ける権利を侵害していると訴えており、学校教育法施行令5条1項の解釈・適用が争点となっている¹。本来、裁判所は、その解釈・適用に当たり、「条約適合的解釈」「基本法適合的解釈」を踏まえる必要があったといえる²。

II インクルーシブ教育の意義

原告は、インクルーシブ教育の意義につき、「同世代との友達との場所・時間の共有が原告…の成長発達にとって最も重要とされる教育である」と指摘し、障害児学校への就学強制により、「同学年の子ども同士の交流の機会が奪われ、成長・発達の機会が阻害されており、人権としてのインクルーシブ教育に反する」と主張している。これに対し、判決は、「インクルーシブ教育は、特別支援学校での教

育を排除するものではないから…特別支援学校での教育は、インクルーシブ教育の理念に反するものであるとはいえず、原告…のインクルーシブ教育を受ける利益を侵害するものであるともいえない」と判断している。このような判断、とくにインクルーシブ教育は特別支援学校を含むという解釈は不当である。

条約24条は、締約国にインクルーシブ教育システムの確保を義務づけ、具体的には、障害を理由に一般教育制度 (general education system) から排除されないこと (2項a)³、他の者と平等に、自己の生活する地域社会においてインクルーシブな教育機会にアクセスできること (2項b)⁴を定めている。この「インクルーシブ教育システム」とは、「障害のある者と障害のない者が共に学ぶ仕組み」と定義され (中教審初等中等教育分科会報告「共生社会の形成に向けたシステム構築のための特別支援教育の推進」(2012年7月23日))、基本法16条1項は、「可能な限り障害者である児童及び生徒が障害者でない児童及び生徒と共に教育を受けられるよう配慮」と規定している⁵。このような条約と基本法の規定からは、障害児は原則的に障害のない者と一緒に通常学校において教育されなければならないという帰結が導かれる^{6・7}。

他方、本判決は、「就学先の指定は、何よりも児童本人の障害の状態に応じた教育的ニーズ (…専門的観点を踏まえた児童に対する教育上の客観的ニーズ…) に合致したものでなければならない」とした上で、特別支援学校と小学校のどちらが原告の様々な教育的ニーズを満たすために適合的であるかを検討している (判断枠組みの《2》「その者の教育上必要な支援の内容」)。しかし、このような比較衡量的手法は適切ではない。なぜならば、条約は、様々な教育的ニーズのうち、インクルーシブ教育の確保を普遍的かつ最低限の客観的ニーズと認識したからこそ、その実施義務を規範化したのであり、就学先の指定に当たっては、インクルーシブ教育の実現の価値を他のニーズよりも優先的に考慮しなければならないからである。原告の「同世代との友達との場所・時間の共有が原告…の成長発達にとって最も重要とされる教育である」との主張は正当である。

通常学校への就学と特別支援学校への就学は原則と例外の関係であるから、行政側には、その上でなお例外的に特別支援学校に就学させる特別な正当化事由が存在するかを立証する責任がある。また、裁判所は、本判決が採用するような比較衡量的手法ではなく、通常学校への就学が原則形態であることを前提に、当該事案において行政側が立証責任を尽くしたか否かを厳格に審査する必要があるといえよう。

Ⅲ 本人・保護者の意向の尊重

条約7条3項は障害児の意見表明権を定め、基本法16条2項は、「可能な限りその（障害者である児童及び生徒並びに保護者の）意向を尊重しなければならない」と規定する。2013年改正前の学校教育法施行令旧5条1項に関する文科省通知（平14・5・27文科初291号初中局長）は、当時、障害児が例外的に通常学校に就学できる「認定就学者」の認定に当たり、「保護者の意見表明の機会を設ける」必要性には言及していたが、これはあくまでも機会を設けさえすればよいものであり、意見を尊重することまでは求めていなかった。また、認定就学者の認定基準であった「特別の事情」（学校教育法施行令旧5条）についても、小中学校が物的・人的に障害者向けに整備されている場合をいう（平14・5・27文科初291号初中局長）と解されていたので、本人・保護者からみれば、その意向とは無関係の、いわば偶然的事情によって入学の可否が決まることを意味していた。これに対し、通常学校への就学原則を定めた2013年学校教育法施行令改正に際して発せられた文科省通知（平25・9・1文科初655号事務次官通知）は、前記の中教審初等中等教育分科会報告が述べる「本人・保護者の意見を最大限尊重し…合意形成を行うことを原則とし」の部分を採用し、「この点は、改正令における基本的な前提として位置づけられるものである」と指摘している。これは、「本人・保護者の意向の尊重」という論点に関し、文科省が条約・基本法の趣旨・規定に則って大きく姿勢を転換させたものと評価してよいであろう。この行政解釈に従えば、本人・保護者の意向が実現しないのは極めて例外的な特殊事例に限定されることになるので、子どもや親の意向に反して就学校指定がなされた場合には、違法性の推定が働き、行政側にこれを正当化する強い立証責任が課されることになると解される。

しかし、本判決は、「保護者の意向」の検討を、判断枠組みの《4》「その他の事情」の一つとして斟酌しているにすぎず、「改正令における基本的な前提としての位置づけ」を求める行政解釈との乖離は甚だしい。また、具体的な検討においても、保護者の意向を「最大限」に尊重する原則には立っておらず、さらに、就学児童数が多いことから父母の意向が反映されなかったことも時期的にやむを得なかったと判示している点も、「認定特別支援就学者に当たるかどうかを判断する前に十分な時間的余裕をもって行う」よう要請している前記文科省通知の趣旨に反していると批判できる。

Ⅳ 「社会モデル」に立脚した「合理的配慮」の必要性

条約及び基本法の大きな特徴は、障害の原因として、「機能障害を有する者…に

対する態度及び環境による障壁」(条約前文(e))あるいは「社会的障壁」(法2条1項)を明示し、障害の「医学モデル」ではなく「社会モデル」を採用した点にある。「医学モデル」が、社会的不利は個人の機能障害に原因があると考えのに対し、「社会モデル」は、「障害が個人の機能障害と社会参加を妨げる社会的障壁との相互作用によって発生するものである」(障がい者制度改革推進会議「障害者制度改革のための第二次意見」(2010・12・17))と捉える。「社会的障壁」とは、「社会における事物、制度、慣行、観念その他一切のもの」(基本法2条2項)を指す。障害児教育に関しても、「社会モデル」の観点に立ち、社会の側も障害(社会的不利)を作り出していると認識するならば、障害の原因となっている社会的障壁(施設設備の不備、専門的教員の不足、社会的偏見等)を除去する責任は、行政・学校にあることが明かとなる。

本件原告は、「障害の状態」とは、「児童生徒の症状や疾患のみを指すのではなく、当該機能障害及び社会的障壁によって受ける制限のことをいう」のであるから、原告に「必要な支援の内容」や現在の小学校の教育体制及び「将来的な体制」に鑑みれば、小学校への就学には支障がなかったと主張したが、この主張の眼目は、障害の「社会モデル」に立つべきことを求めているものと理解される。

これに対し、本判決は、これまで川崎市は、「人工呼吸器を使用装着している児童を受け入れたことはなく、その受け入れの検討がされていなかった」から、地域における教育の体制が整備されている状況ではなかったとし(判断枠組みの《3》「地域における教育の体制の整備の状況」)、また、当該小学校の本件指定時・就学通知時の状況を前提とすれば、特別支援学校に比して、看護師が配置されていない小学校は原告の安全確保にとって相応しい場所とはいえないとし(判断枠組みの《4》「その他の事情」)、原告の状況や小学校の状況に関する認定事実を照らすと、小学校への就学について支障があったと判断している。

しかし、判決の依拠する認定事実は、いずれも原告の症状・疾患や小学校の「現状の」受け入れ体制、児童間の衝突事故件数、看護師の未配置状況についてであり、インクルーシブ教育を前提とした「将来的な体制」には全く言及するところはない。このような判断を肯定するならば、行政の怠慢により、通常学校における「現状」の人的・物的条件整備が遅れている場合には、インクルーシブ教育を実現しないことも、本人・保護者の意向を尊重しないことも正当化される恐れがあり妥当ではない。また、判決は、旧来の「医学モデル」に立脚しているとみられるのであり、条約の批准により「障害」観が大きく転換したことを看過するものとして批判されなければならない。

本判決との対比で注目されるべきものに、尼崎高校事件判決（神戸地判平4・3・13判時1414号27頁）がある。同事件は、障害を理由とする高校入試不合格処分の違法性を争った事例であるが、「養護学校の方が、障害者の介護、介助のための諸設備を備えている」という学校側の主張に対し、裁判所は、「障害者を受け入れたときには、その障害者の障害の程度、当該学校の実状にあわせて、介護、介助のための諸設備を整えていけばよいのであって、現在不十分であるならば、それを改善するためにはどのような諸方策が必要であるかを真剣に検討する姿勢に立つことが肝要であり、現在の施設、設備が不十分なことは、入学を拒否する理由とはならないことはいうまでもない」と判示した（同様の指摘をする判決として、徳島地決平17・6・7判自270号48頁、奈良地決平21・6・26判自328号21頁等がある）。

尼崎高校事件判決は、社会的障壁の除去のための「合理的配慮」（条約2条・基本法4条2項）の必要性を先駆的に示した判決として位置づけられる。条約24条2項は、一般的教育システムの内部で、効果的で個別化された支援措置をとるべきことを定めているが(d・e)、具体的には、通常学校において、施設・設備の変更、障害児教育の養成を受けた専門的教師の採用、介護・介助等を行う福祉・医療職員の配置、障害児一人ひとりの必要に応じた個別化された授業、などが必要となると解される。

したがって、本来は、地域における教育体制の整備の状況について、行政側は、通常学校における現状の受け入れ体制、職員未配置状況だけでなく、インクルーシブ教育の実現が義務づけられていることを前提に、「将来的な体制」も含めて勘案する必要があるというべきである⁸。裁判所としては、行政側が、「合理的配慮」として今後必要となる諸条件の人的・物的整備を真剣に検討したかを問い、かかる措置を講じてもおお通常学校への就学が不可能であったか否かを厳格に審査すべきであったといえよう⁹。

¹ 就学校の指定は「政令」（学校教育法施行令）で定められているが、これは法治主義（憲法41条）違反、教育法律主義（憲法26条）違反であり、本来は「法律」に規定する必要がある。国民の権利・義務に関する法規範は国会が「法律」の形式で定めなければならないとするのが憲法学の通説であり、就学校指定処分は、障害児本人・親にとって教育を受ける権利や就学義務に関わる重要事項とみられるので、「法律事項」に該当するというべきである。また、就学義務を定める学教法17条3項は、就学校指定手続を政令に委任しているが、委任の趣旨や委任の範囲についての定めを欠いていることから、個別具体的委任とはいえず、委任立法の限

界を超えており違憲の疑いがあると指摘できる(中川明「障害のある子どもの教育を受ける権利について」高見勝利ほか編『日本国憲法解釈の再検討』有斐閣、2004年、41頁)。

² 荒牧重人他編『新基本法コンメンタール教育関係法』日本評論社、2015年、19頁[廣澤明]。参照、今川奈緒「川崎就学訴訟(横浜地判令和2年3月18日)における認定特別支援学校就学者の指定の違法性」茨城大学人文社会科学論集1号(2022)96頁。

³ 学校教育法1条には9種類の学校が定められているが、このうち、発達段階(年齢)ごとにすべての者に入学資格が開かれている8種類の学校(幼稚園・小学校・中学校・高等学校・大学等)が条約24条2項aの定める「一般教育制度」に該当し、一方、入学対象を「障害者」のみに限定している「特別支援学校」は、それとは別体系の「特別教育制度」に位置づけられると解される。「特別」支援学校という名称自体、「一般教育制度」とは別の「特別な学校」を示していることは明かである。

また、義務教育段階については、学校教育法38条・49条は、市町村に小中学校設置義務を課しているが、これは「一般教育制度」における学校設置義務規定と捉えられる。一方、同法80条は、特別支援学校設置義務を都道府県に課しているが、これは、「一般教育制度」とは異なる「特別な設置義務規定」であるとみることができる。

⁴ 条約24条2項bの定める「自己の生活する地域社会」が最小単位の地方自治体を意味すると解した場合、都道府県立の特別支援学校への就学はこの条項にも違反する疑いがある。

⁵ この基本法の規定は、唯一の立法機関・国権の最高機関である国会が、インクルーシブ教育を「障害者が障害のない者と『共に』教育を受ける仕組み」と解釈したことを意味する。「法律に基づく行政の原則」に則り、教育委員会は、国会の判断に従い、原則的に通常学校に就学校を指定する義務を負うといわなければならない。学校教育法施行令5条1項の改正に係る文科省通知(平25・9・1)は、「平成23年7月に改正された障害者基本法第16条においては、障害者の教育に関する以下の規定が置かれているところであり、障害のある児童生徒等の就学に関する手続については、これらの規定を踏まえて対応する必要があること」と明示しているが、これは、基本法16条1項に則った就学校指定、すなわち、原則的に通常学校に就学指定することを教育委員会に要請した通知であると読むことができる。

⁶ 条約24条の解釈についての学説をみると、たとえば、「障害児は原則的に障害のない者と一緒に通常学校において教育されなければならないことを意味する」とする見解(荒牧重人他編・前掲書19頁[廣澤明])、「障害者権利条約や差別解消法が、障害のある子供を原則通常学級に在籍させることを前提とし、特別支援学校を例外的にものにしている」とする見解(菊池馨実他編著『障害法』成文堂、2015年、182-183頁[今川奈緒・織原保尚])、「障害のない子もある子も、同じクラスで共に学ぶことを前提とし、全ての子どもを対象とし、教育内容の変更と調整を伴うもの」とする見解(長瀬修・川島聡編『障害者権利条約の実施』信山社、2018年、166頁[大谷恭子])、「障害のある子どもの学校・学級選択については、学校教育法施行令により、原則として小中学校に入学するものとし、特別支援学校に入学することが適当と認められた子どもが例外的に特別支援学校に入学する」とする見解(憲法を楽しむ研究会編『憲法を楽しむ』法律文化社、2020年、137頁[織原保尚])、等が表明されている。

⁷ 国連の障害者権利委員会は、2016年に「インクルーシブ教育を受ける権利に関する一般的意見第4号」を示している(以下の訳は、石川ミカ・日本障害者リハビリテーション協会仮訳、長瀬修監訳による)。そこでは、①インクルーシブ教育は、「教育を受ける権利を妨げる障壁の撤廃に対する継続的かつ積極的なコミットメントのプロセスの結果で、…効果的にインク

ルージョンするために、通常学校の文化、方針及び実践を変革することを伴う」（パラグラフ 10(d)）、②分離は、障害のある生徒の教育が、特定の機能障害やさまざまな機能障害に対応するために設計され、あるいは使用される別の環境で、障害のない生徒から切り離されて行われるときに発生する」（パラグラフ 11）、③「障害のある人の一般的教育制度からの排除は、…機能障害またはその機能障害の程度に基づきインクルージョンを制限する何らかの法的または規制の条項による排除も含めて、禁止されるべきである。一般的な教育とは、すべての通常の学習環境と教育部門を意味する」（パラグラフ 18）、④「障害のある人は、自己の生活する地域社会において、初等及び中等学校に通学することができなければならない。生徒は自宅から離れた学校に行かされるべきではない」（パラグラフ 27）、⑤「提供されるいかなる支援措置も、…彼らが教室内及び学外での活動に同級生とともに参加する機会を強化することを目的としなければならない」（パラグラフ 34）、⑥漸進的な実現は、「主流の教育制度と特別支援／分離教育制度という2つの教育制度の持続とは相容れない」（パラグラフ 40）等が表明されている。ここからも、条約のいうインクルーシブ教育に特別支援学校が含まれないことは明かである。

⁸ 同旨、今川前掲論文 103 頁。

⁹ 本件における合理的配慮の実施については、裁判所が、「被告市が指定都市であり、小学校における看護師の配置が財政的には可能である」ことや、「全国における人工呼吸器使用児の小学校への入学の事例」がみられることを認定している点に鑑みると、本件原告を小学校に入学させた上で看護師の配置等を行うことは、「過度・過重な負担」（条約 2 条・基本法 4 条 2 項）を伴わない「合理的配慮」として、当然実現されるべきものであったと指摘できる。

[付記] 2022 年 9 月 9 日、国連の障害者権利委員会は、日本審査についての勧告を公表した。そこでは、分離された特別教育をやめるよう求められ、障害のある子とない子がともに学ぶ「インクルーシブ教育」の確立のためにすべての障害のある生徒が個別支援を受けられるよう計画を立てる対応の必要性が指摘された（朝日新聞 2022.9.14）。

判例研究①要録

平田 厚（明治大学）

I 報告の前提となる事実の概要

川崎就学訴訟とは、人工呼吸器ユーザーである6歳児の保護者が地域の学校で学ぶことを求めたにもかかわらず、川崎市就学支援会議と市教委は就学先を特別支援学校適と判断し、県教委も県立特別支援学校に就学指定したため、そのように特別支援学校に就学強制されたことに対し、保護者が分離別学強制は差別ではないのか、インクルーシブ教育を求める本人や保護者にそれを拒否する合理性があるのかが争われた事件である。

横浜地判令和2年3月18日（平成30年（行ウ）58号）は、「市町村の教育委員会は、その所管する教育行政に関して一定の裁量権を有しているものと認められるから、（中略）最終的には、児童の就学先の決定について権限と責任を有する市町村の教育委員会が、上記各事情の総合判断により、就学先を決定すべきことになるものと解される（そして、県の教育委員会も、市町村の教育委員会の上記判断に妥当性があるか否かを判断するのであるから、一定の裁量権を有するものと解される。）」とした。

そして、原告らの「本人・保護者の意向が最大限尊重されるべきであるから、その意見が不合理でない限り、原則として、市町村の教育委員会の判断は、本人・保護者の意向に拘束されるものであり、その裁量の幅は著しく狭いものである」との主張に対し、「就学先の指定は、何よりも児童本人の障害の状態に応じた教育的ニーズ（カッコ内省略）に合致したものでなければならないものと解され、そのために施行令18条の2は、保護者の意見（カッコ内省略）だけではなく、教育学、医学、心理学その他の障害のある児童生徒等の就学に関する専門的知識を有する専門家の第三者的な客観性のある意見を聴くものとしているのであるから、原告らの上記主張は、施行令の解釈として採用することができない。」と判断した。

したがって、「県教委がした本件就学通知は適法であり、また、市教委が小学校を就学すべき学校として指定すべきことが明らかであるとも、そのように指定しないことが裁量権の逸脱又は濫用に当たるともいえず、その不指定が違法であるとはいえないから、原告らの被告県に対する本件就学通知の取消請求及び被告市に対する小学校の指定の義務付け請求はいずれも理由がなくこれを棄却する」と判示したものである。なお、報告者のうち大谷恭子弁護士は、本件の原告代理人の1人である。

II 大谷報告

(1) 報告の要点

大谷恭子会員の報告は、2020年3月の横浜地裁判決を批判し、インクルーシ

ブ教育についての勘違いが問題であり、保護者が求めてきたのはインクルーシブ教育システムではなく、地域の小学校で同世代の子とともに学ぶ権利の保障であると論じている。そして、同判決が保護者の意向を無視し、専門家の意見を偏重したことの誤りを指摘している。

また、大谷報告は、保護者の意見が専門家の意見と同価値であるはずがなく、専門家の意見は客観的・第三者的意见として尊重されなければならないという法理はどこからも出てこないことを指摘し、そのような医学モデルが障害者の自己決定権を侵害していると指摘している。そのような専門家神話をどのようにしたら打破できるかが控訴審で問われていることとなると結論づけている。

Ⅲ 廣澤報告

(1) 報告の要点

廣澤明会員の報告は、横浜地裁判決の最大の問題点を、障害者権利条約と障害者基本法の理念に即した審理を行っていないことであると指摘している。裁判所は、学校教育法施行令5条1項の解釈・運用に当たり、「条約適合的解釈」「基本法適合的解釈」を踏まえる必要があったことが問題であるとされている。

そして、条約と基本法の規定からは、障害児は原則的に障害のない者と一緒に通常学校において教育されなければならないという帰結が導かれるのであって、本人・保護者の意向を尊重しなければならないにもかかわらず、地裁判決が保護者の意向をその他の事情の一つとして斟酌しているにすぎず、旧来の「医学モデル」に立脚している点を批判している。

廣澤報告は、本判決と対比すべき事例として、尼崎高校事件判決（神戸地判平4・3・13判時1414号27頁）を取り上げ、「現在の施設、設備が不十分なことは、入学を拒否する理由とはならない」としており、「過度・過重な負担」を伴わない「合理的配慮」の必要性を先駆的に示していることを紹介している。

(2) 質疑応答の要旨

[質問] 施行令5条が認定特別支援学校就学者の指定に際して掲げている

「(i) その者の障害の状態、(ii) その者の教育上必要な支援の内容、(iii) 地域における教育体制の整備の状況、(iv) その他の事情を勘案して、特別支援学校に就学させることが適当であると認める者」という各勘案事項につき、障害者基本法及び障害者差別解消法における差別禁止規範に適合する形で解釈するにはどのような整理をするべきか。

[回答]

「その者の障害の状況」については、条約の掲げる「社会モデル」に立ち、「児童生徒の症状や疾患のみを指すのではなく、当該機能障害及び社会的障壁によって受ける制限のことをいう」と捉える必要がある。実際には、「医学モデル」に立って「専門家を偏重する」（大谷報告）傾向が見られるので、この観点は重要である。

地域における教育体制の整備の状況については、行政側は、通常学校にお

ける現状の受け入れ体制、職員未配置状況だけでなく、インクルーシブ教育の実現が義務づけられていることを前提に、「将来的な体制」も含めて勘案する必要がある。裁判所としては、行政側が、「合理的配慮」として今後必要となる諸条件の人的・物的整備を真剣に検討したかを問い、かかる措置を講じてもお通常学校への就学が不可能であったか否かを厳格に審査すべきである。

[質問]

インクルーシブ教育は特別支援学校を含むのか。

[回答]

条約が定めるインクルーシブ教育には特別支援学校は含まれないと考える。

障害者権利条約 24 条 2 項 a は、「障害に基づいて一般的な教育制度 (general education system) から排除されないこと」を要請している。学校教育法 1 条には 9 種類の学校が定められているが、このうち、発達段階（年齢）ごとにすべての者に入学資格が開かれている 8 種類の学校（幼稚園・小学校・中学校・高等学校・大学等）が「一般教育制度」に該当し、一方、入学対象を「障害者」のみに限定している「特別支援学校」は、それとは別体系の「特別教育制度」に位置づけられると解されている。「特別」支援学校という名称自体、「一般教育制度」とは別の「特別な学校」を示していることは明かである。この点、大谷報告は、「一般教育制度とは、通常教育制度、すなわち多くの子どもたちのための教育制度（メインストリーム）ということになり、特別支援教育は含まれない」と解しているが妥当な見解といえる。

判例研究②

ハンセン病家族訴訟
(熊本地判令 1・6・28)

ハンセン病家族訴訟判決の意義

－違憲法制度による国の偏見差別作出責任及び同除去義務－

八尋 光秀（弁護士）

- I 事案の概要―経過と背景とともに
- II 本判決の意義、その射程
- III 旧優生保護法における強制法制度への司法判断、その波及
- IV 精神保健福祉、知的障害者福祉にかかる法制度の是正へ
- V これから

I 事案の概要―経過と背景とともに

家族による「らい予防法」違憲国家賠償訴訟（以下、「家族訴訟」という。）の確定した第1審判決（熊本地裁令和1年6月28日判決―以下、「家族訴訟熊本判決」という。）及び評釈は、判例時報2439号臨時増刊に収載される。

家族訴訟は、「らい予防法」違憲国家賠償訴訟の確定した第1審判決（熊本地裁平成13年5月11日判決―以下、「2001年判決」という。この判例及び評釈は判例時報1748号に収載）の原告家族を含むハンセン病々歴者の家族らが、国に対して、同判決に基づき、「ハンセン病問題」¹において解決すべき当事者に家族を加えるよう求め続けたにもかかわらず、国が頑なに拒否し続けたことから、やむなく同判決から15年後の2016年に提訴したものである（資料1）。

両訴訟の原告らは、「らい予防法」及びこれに基づく患者隔離政策によって、強制隔離の対象とされた「患者」²だけではなく、その家族もともに自らにふさわしい人生を送る権利及び地域において平穏に生活する権利を制限された。家族として偏見差別にさらされ、教育、結婚、就職等人生のあらゆる場面において、尊厳を侵され、人生のありとあらゆる発展可能性を制約される人生被害³をうけた。国は、これらの誤った患者隔離法制度及び同法制度によって作出助長したハンセン病に対する差別偏見を、さらに法廃止後においてもこれを除去しなかったことによって、加害したと主張した。

被告国は、原告らに対して、家族には法的な賠償に価する固有の被害はない、あるとしても、すでに時効及び除斥によって訴求できない等と答弁した。

判決は、「らい予防法」による隔離収容政策は、遅くとも1960年以降は憲法に違反していたこと、社会に新たな偏見差別を作出等し、標的とした病歴者だけ

ではなくその家族に対しても固有の「人生被害」を強いたこと⁴、国は法廃止するとともに同法制度によって作出等した偏見差別を除去すべき法的義務を負ったこと、1960年以降法廃止をしなかったとして国会議員及び厚生大臣・厚生労働大臣に、また、偏見差別を除去しなかったとして厚生大臣・厚生労働大臣、法務大臣、文部大臣・文部科学大臣に、いずれもそれらの不作為が家族に対して違法であったとして、国の責任を認めた。

II 本判決の意義、その射程

最も重要だと考えるのは、日本において公衆衛生施策上の必要性をかかげて展開してきた強制条項を持つ法政策群（資料2）へのインパクトである。

本判決は、2001年判決とともに、「らい」という疾患観及び障害を理由とした、人に対する隔離収容、優生手術、身体拘束、治療強制ないし治療不提供・拒否、代諾同意などを含む強制条項および施策によって形成した、社会構造としての偏見差別及びこれがもたらす人生被害を違法性、賠償額とともに社会に提示した。

「らい予防法」、同法制度は、全国の津々浦々の地域において、疾患及び障害に対する恐怖宣伝を行い、人々の社会不安を煽りながら容易に法制度を作り、予算措置を安直に獲得しながら政策を展開することによって、疾患及び障害の対象者及び家族を集団として、社会・地域から徹底排除する政策を実行させた。

このことによって、強制条項対象者及び家族の個人の尊厳と人生を丸ごと否定し奪いとり、長きにわたり憲法保障の埒外においてただけではなく、法による強制を背景に社会認識を歪曲させ、強固で例外を許さない徹底した偏見差別の社会構造を構築した。

加害したものは国や地方公共団体に限らなかった。教師であり、国鉄職員であり、事業主であり、法曹であり、聖職者であり、市民一人一人が、誤った良心、宗教心、専門職倫理、道徳心あるいは美意識に基づいて、国や地方公共団体の手足として加害集団に参加した。

国や地方公共団体は、あらゆる人に、法制度対象者を地域から完全排除することを美とし、徳とし、良きこととし、社会正義であるとして、市井の人々を競い合わせた。

判決は、法制度によるこのような加害と被害の実相を、原告らの証言、歴史的事実群を整理し、善良な専門職、市民を加害者へと転換させた社会的陥穽を判示した。

これらは、「らい予防法」に限るものではない。例えば、薬害HIV問題におけ

るエイズ感染症に対する偏見差別は、「エイズ予防法」制定と、法制度立ち上げに向けて国が行った恐怖宣伝、あるいはこれを回避ないし除去しなかった不作為によって作り上げた。

また、優生保護法（母性保護法）、精神衛生法（精神保健福祉法）、精神薄弱者福祉法（知的障害者福祉法）における、特別の隔離と優生政策・身体拘束を含む強制条項は、それぞれの疾患や障害に対する偏見差別を作出助長してきたことも同じであろう。

これらは、公衆衛生政策上の必要性をもって法的正当性・合理性を担保としてきた強制法制度群であるが、日本国憲法下において制定し、長きにわたり政策実行し、その一部は今もまだ生き続けている法政策である。

これらの法制度群は、公衆衛生政策上の必要性を欠くだけではない。いずれも疾患及び障害を理由として、患者・障害者に対する隔離、身体拘束、その他の強制措置を定める強制条項を有し、それが社会構造としての偏見差別を生み出し、ハンセン病問題における2001年判決及び家族訴訟判決が示したものと同質の加害と被害をもたらしている。

仮に公衆衛生上の必要性が一応肯定されうる法制度においても、恐怖宣伝を先行させた場合だけではなく、社会不安を煽らない実効的な法政策立案方法を準備し実践しない場合にも、本判決が指摘する偏見差別を作出し、加害と被害を生み出し続ける誤った社会システムを構築することになる。

このことは、私たちが現に、エイズ予防法、新型コロナウイルス感染症に対する法制定過程から法政策実践において経験しているところである。

Ⅲ 旧優生保護法における強制法制度への司法判断、その波及

本判決は、疾患・障害を理由とした患者・障害者に対する強制条項を定める法制度に対する憲法適合性判断、その手法において、参考とされるであろう。

本判決の判断手法の特徴は、法制度がもたらした被害の実態を社会構造的に把握し、これに見合う公衆衛生政策上の必要性の有無を評価して、法制度がその被害発生をさせ、あるいは具体的で効果的な回避ないし除去しうる措置を講じていないことを、憲法適合性判断の要素と位置付けたことである。

この手法は、旧優生保護法違憲訴訟の大阪・東京両高裁判決（2022年2月23日大阪高裁判決、同年3月11日東京高裁判決）において採用された。

その東京高裁での判旨は、①憲法は、個人の尊厳を基本理念として、特定の障害ないし疾患を有する者も平等に取り扱われることを明らかにしている、②優生

保護法は優生思想を正面から目的に掲げ、特定の障害ないし疾患を有する者を一方的に「不良」と扱った上、生殖機能を不可逆的に喪失させる優生手術につき、本人の同意なくとも法的に許容し、かつこれを推進しようという非人道的かつ差別的な内容の法律であり、その人権侵害の程度は強いと言わざるを得ない、③国家のこのような立法及びこれに基づく政策が、その規定の法的効果をも超えた社会的・心理的影響を与えたことは歴史的資料によって明らか、④このような国の施策が優生手術の対象となった障害ないし疾患につき、かねてからあった差別・偏見を正当化・固定化した上、これを相当に助長してきたことを否認できない、⑤被害者らにおいて、優生手術にかかる被害につき国賠訴訟提起の前提となる情報や相談機会へのアクセスが著しく困難な環境にあったのは、国の違法な立法行為とこれによる法の各規程及び施策と社会的な差別偏見が相まったことに起因し、除斥期間の適用をそのまま認めることは、著しく正義・公平の理念に反する、とした。

この司法判断の流れは、公衆衛生政策上の必要を掲げて強制条項を定めるすべての法制度にも及ぶであろう。

IV 精神保健福祉、知的障害者福祉にかかる法制度の是正へ

まずは、精神障害者対策と呼ばれる法的枠組である。精神衛生法から現精神保健福祉法まで、精神障害・精神疾患を理由として、法制度対象者に対する強制入所隔離、身体拘束、その他の強制措置等一貫して継続している。しかも、その強制隔離の人数、身体拘束の頻度、面会通信制限、任意性をはく奪した治療行為など、いずれも世界最大級のまま推移し、すでに国際的な批判を浴び続けている。また「らい予防法」法制度下と同様に、優生手術が違法に強制されてきた実態があるものの、その被害を含めた公的検証はなされていない。

知的障害者対策と呼ばれる法制度にあっても同様である。精神薄弱者福祉法から知的障害者福祉法に名称変更したものの、強制入所が当然のこととして行われ、身体拘束やその他の強制措置を含めて、実効性のある法的な監視規定を有しない。このように障害と疾患を理由とした強制隔離と優生手術を含む強制法制度については、憲法の人権保障の光はほんの一部にしか届いていない。

しかし、遅からず、これらの法制度によってつくられた社会構造としての偏見差別とこれがもたらした加害と被害の実相は歴史的に明らかにされるであろう。

V これから

私たちの社会は、これまで、障害と疾患による差別を当然のこととしてきた。一定の障害や疾患を持つものは社会から排除し、地域において平穏な生活を維持する権利を奪い、その自由な意思によって人生を生きることを制限し、これを法制度は長く積極的に推進してきた。

障害や疾患を持つ個人は、慈悲や施しの対象ではあっても、人としての尊厳も権利の主体としてかけがえのない社会的存在であることを認めない、そのような法制度を推進し、判決の表現を借りれば、社会構造としての偏見差別を作出、助長、維持してきた。

日本弁護士連合会は、2021年10月15日、第63回人権擁護大会において、精神病院への入院経験をもつ人へのアンケート及び聞き取り調査を行った。その一部を紹介する。

5400人に調査票を配布し、1105人から回答を得、そのうちの399人からは、直接のインタビューに応じてよいとの返事を得た。そこで語られた被害は、多種多様でありながら共通して、それぞれの尊厳と人生を踏みにじるものだった。

回答者の80%の人が入院中に、悲しい・つらい・悔しい体験をしたとし、最も悲しい・つらい・悔しい体験をした年齢は、20代前半がピークを形成した。それは、意に反して入院させられた。やむなく任意入院の同意書に署名させられた。いきなり保護室に入れられた。身体拘束を受けた。閉鎖病棟に入れられた。自由に外出できないし、面談や電話も制限された。いつ退院できるかわからず不安だった。薬で心身に障害を残した。暴言、暴力、性的虐待に怯えた。プライバシーがなかった。病気の説明も薬の説明もなかった。人間として扱われなかった。そう訴える。

典型的な現在被害を語る2人の訴えの要旨は次のとおりである。

「看護師はひな鳥にえさを与えるみたいに、無理やり薬を患者の口に入れる。地面に落とした薬をそのまま飲ませる。退院したいと言うと職員に取り囲まれ、体格のいい看護師に保護室に連行された。鎮静剤を打たれたくなかったら、おとなしくするように言われた。首が傾いて動かなくなるまで、医師も看護師も、薬の副作用に気づかなかった。両親との面会も電話も禁止された。両親にはお子さんは頭がおかしくなっているから、言うことを聞かないようにしてくださいと説明していた。退院請求をしたが、職員はこんなの通らないと言った。家族が強引に退院させて、やっと病院から逃れ出ることができた。退院のとき表情はなく、体が震えて、スプーンですくったゼリーすら飲み込めない状態だった。」（公立病院

に強制入院させられた26歳男性)

「入院後1週間身体拘束を受けた。寄添いを求めたのに拘束が与えられた。錯乱はあったと思うが、自殺しようとか自傷他害はなかった。胴体、手、足5点に拘束帯をつけられた。手を拘束したまま看護師が食事を食べさせる。歯磨きも排泄も。そしてオムツを常時つけられた。自分でできるのに尿道に尿管を入れられ痛かった。いたるところに監視カメラがあり、着替えるところもオムツ交換もカメラに撮られた。男性看護師二人に排泄やオムツ交換でトイレに連れていかれた。恥ずかしかった。大部屋では狭い部屋に6人から8人のベッド、天井に監視カメラがあり、カーテンも間仕切りもなくプライバシーはなかった。弁護士会の電話番号が書いてある公衆電話があったが、相手にしてもらえないと言われ一度も電話をしなかった。人としての尊厳が失われた。人間として扱ってほしかった。」(私立病院に強制入院させられた29歳女性)

これらは現行の精神保健福祉法制度がもたらしている人権侵害の一端に過ぎない。新憲法下での同法制度が積み重ねた社会的被害の大きさは計り知れない。

知的障害者福祉法制度においては、もっと非人道的な強制が実行されているものと推測できる。精神保健福祉法制度には不完全ながらも存在する人権擁護のための精神医療審査会に相当する人権擁護機関はなく、弁護士、弁護士会の人権擁護活動もないに等しいからだ。

日本国憲法が施行されて75年、世界人権宣言が採択されて74年が経過した。国は、「ハンセン病問題」に学び、「精神障害者問題」、「知的障害者問題」と位置付けて、強制条項を廃止するとともに、国の責任において、被害者への謝罪、名誉回復、被害回復を果たし、社会構造としての偏見差別をすみやかに解消しなければならない。

¹ 「ハンセン病問題」とは、国の誤った強制隔離法制度がもたらした未曾有の人生被害及び差別偏見の社会構造をいまだに回復し是正していないことを認め、国及び地方公共団体中心となって解決すべき公的義務を負う社会的課題をいう。国は「ハンセン病問題の解決の促進に関する法律」第1条において同旨の定義を行っている。

² 国は、らい菌に感染した状態によってではなく、主として後遺症の有無を隔離対象患者の判定要素とした。厳密に言えば、国が隔離したのは、現にハンセン病患者であるものではなく、患者であったものに過ぎなかった。したがって、隔離の対象とされたものの多くは後遺症をもったが、らい菌に感染した状態にはなかったので「患者」と表記する。

³ 「人生被害」は、「らい予防法」法制度という誤った強制隔離等強制条項を持つ法制度が「患者」及び家族に与えた共通被害を表現した言葉である。2001年判決においてはじめて使われ

た。「これによる被害は、療養所への隔離や、新法（「らい予防法」のこと）及びこれに依拠する隔離政策により作出・助長・維持されたハンセン病に対する社会の差別・偏見の存在によって、社会の中で平穩に生活する権利を侵害されたというものであり、新法廃止まで継続的・累積的に発生してきたものであって、違法行為終了時において、人生被害を全体として一体的に評価しなければ、損害額の適正な算定ができない。」（判時1748号p108）とする。この人生被害を要約した説明として「新法の隔離規定によってもたらされる人権の制限は、居住・移転の自由という枠内で的確に把握し得るものではない。ハンセン病患者の隔離は、通常極めて長期間にわたるが、たとえ数年程度に終わる場合であっても、当該患者の人生に決定的に重大な影響を与える。ある者は、学業の中断を余儀なくされ、ある者は、職を失い、あるいは思い描いていた職業に就く機会を奪われ、ある者は、結婚し、家庭を築き、子供を産み育てる機会を失い、あるいは家族との触れ合いの中で人生を送ることを著しく制限される。その影響の現れ方は、その患者ごとに様々であるが、いずれにしても、人として当然に持っているはずの人生のありとあらゆる発展可能性が大きく損なわれるのであり、その人権の制限は、人としての社会生活全般にわたるものである。」などの判示がある（同p99）。

- ⁴ 法による隔離収容対象者だけではなく、その家族への偏見差別もまた作出助長しこれを社会構造として構築したことを認め、さらに、家族が被った「人生被害」について次のように判示した。「そのいずれの差別も人生の選択肢を制限し、個人の人格形成にとって重大であって個人の尊厳にかかわる人生被害をうみ、人として当然に有するはずの人生のありとあらゆる発展可能性を大きく損ない、その影響は社会生活全般にわたりかねない。」（判時2439号p153）、「これらの差別被害は、個人の人格形成にとって重大であり、個人の尊厳にかかわる人生被害であり、また、かかる差別被害は生涯にわたって継続し得るものであり、その不利益は重大である。」（同p155）とする。

資料1

概要 「ハンセン病問題」解決への取組

- 1995年 6月 島比呂志氏九州弁護士会連合会へ手紙
9月 九州弁護士会連合会「らい予防法」問題調査を開始
九州5園在園者アンケート（全入所者2299名中1391通回答）
10月 国は「らい予防法」廃止方針を決定
- 1996年 3月 九州弁護士会連合会謝罪と勧告／国謝罪と法廃止
- 1998年 7月 在園回復者13人で熊本地裁に「らい予防法」違憲国家賠償訴訟提訴
全面解決要求「責任の明確化と謝罪」「被害者への名誉回復措置と賠償・補償」「原状回復のための恒久対策」「真相究明と再発防止」提示
- 2001年 5月 判決対象原告127名のすべてに勝訴判決（11日）
国は控訴断念（同25日）
6月 ハンセン病補償法を制定
国、ハンセン病患者・回復者への隔離政策の誤りを認め、法的責任に基づき、賠償／補償、謝罪と名誉回復、再発防止と恒久対策を誓約
- 2002年 新聞主要50紙に謝罪広告を掲載
ハンセン病隔離政策被害に関する検証事業(2005年最終報告書)
遺族・非入所の解決
- 2003年 韓国・台湾ハンセン病療養所入所者補償請求・棄却
- 2004年 韓国・台湾入所者提訴
- 2005年 韓国・台湾入所者訴訟判決—韓国敗訴／台湾勝訴
- 2006年 韓国・台湾を含む海外ハンセン病療養所入所者への補償開始
- 2008年 ハンセン病問題基本法を制定／厚生労働省の正門横に「らい予防法による被害者の名誉回復及び追悼の碑」を設置／毎年6月22日前後に「らい予防法による被害者の名誉回復及び追悼の日」の式典を実施／再発防止のためのロードマップ会議（検証会議を引き継いで患者の権利基本法の制定方針決定）
- 2015年 最高裁判所特別法廷設置の誤りを認め謝罪と再発防止を約束
最高検察庁も追随
- 2016年 家族による「らい予防法」違憲国家賠償訴訟提訴
- 2017年 菊池特別法廷死刑事件国賠訴訟提訴
- 2019年 6月 家族による「らい予防法」違憲国家賠償判決
7月 国は控訴断念、総理謝罪、補償法制定、ハンセン病問題基本法改正
- 2020年 3月 菊池特別法廷死刑事件国賠訴訟判決—菊池事件死刑裁判は憲法違反
偏見差別解消のための厚労・文科・法務三省協議開始
- 2020年11月 菊池事件国民的再審請求
- 2021年 3月 旧菊池医療刑務支所跡地の碑除幕
7月 国のハンセン病に係る偏見差別の解消のための施策検討会設置
- 2022年 7月 同施策検討会 施策検討調査中間報告書を提示

資料 2

年代	ハンセン病	障害者政策	障害者政策	優生政策	関連事象等
法及び政策/施設前史	外形醜貌/皮膚と神経が侵され外貌に著変/貧困とともに治す策なく見た目の悲劇さが続く。	病院収容/精神障害者、犯罪者、浮浪者の収容施設設置	障害全般について、遺伝的原理を装いながら、人間を排除する思想	胸片追加/生前葬	
1800年代	ノルウェーのアルマウェル・ハンセンが菌発見/日本における宣教師による私立病院開設	世界中で精神病院開設/日本で私立の精神科診療所設置/東京府麹町院・京都府療病院付属鑑別院/血友規則	人種改良論/コルトン優生学（社会進化論）	ダーウィン「種の起源」	
1900年代	隔離の開始一移民・浮浪者収容施設での回春病室開設「癩予防に関する件」法律第11号	精神障害者監護法/日本神経学会	優生政策に関する学術研究	米インディアナ州中絶・堕胎法	
1910年代	公立療養所設立運営/断種手術/懲戒検束/終生排除・隔離と命の絶滅政策へ	精神分裂病（プロイラー）/精神病院法/呂希二・櫻田五郎「精神障害者自宅監置/寛恕及其統計的観察	精神障害遺伝研究	日本では障害者を治安・取締りの対象とし「家族依存」を大前提とする政策が現在まで続く。	
1920年代	「癩予防二閣スル件」を改正して国立療養所設置を決定	救護法	精神障害者への断種要請	別府ヶ浜事件/世界恐慌	
1930年代	癩予防法/絶対隔離の徹底/無らい県運動	新滿大精神障害者に対するロゴミニー人体実験開始	日本民族衛生学会による逆淘汰・質劣劣化宣伝	庄和恐慌/満州事変/5・15事件/第2次世界大戦	
1940年代	国立療養所設立/治療プロミン/日本国憲法公布	生活保護法/児童福祉法/身体障害者法/学校教育法/障害児特殊教育/医学モデル障害等級/経済的自立像	国民優生法（但し、強制断種規定5条は除外し、障害者への優生手術例は538件/7年）から優生保護法へ	ナチス精神病患者をユダヤ人と同様に虐殺	
1950年代	全国ハンセン病患者協議会/らい予防法闘争/らい予防法/三國条約/WHO らい専門委員会/MTL 国際らい会議患者の保護及び社会復帰に関する国際会議決議（ローマ宣言）/国際らい学会	精神衛生法（精神病院法廃止）/治療薬クロロプロマジン/東大ロゴミニー人体実験/新潟大ツツガムシム人体実験/訓練主義/保護主義/愛される障害者像	優生保護法（遺伝性のない精神病や感染症としたハンセン病にも適用性を広げ、障害者への優生手術は8万4000件/48年以降） 強制断種対象疾患は、遺伝性精神病（新生失調症、そのうつ病、てんかん）、遺伝性精神薄弱、顕著な遺伝性精神質（顕著な性欲異常、顕著な犯罪傾向）、顕著な遺伝性身体疾患（ハンチントン氏舞蹈病、遺伝性脊髄性運動失調症、遺伝性小脳性運動失調症、神経性進行性筋萎縮症、進行性筋性筋炎黄斑障害、金緊張症、先天性筋緊張消失症、先天性軟骨発育障害、白児（先天性白皮症・アルビノ）、魚鱗病、多発性軟性神経線維腫、経節性硬化症、先天性袋状水泡症、先天性ホルフィリン尿症、先天性掌蹠角化症、遺伝性視神経萎縮、網膜色素変性、全色盲、先天性眼球震盪、青色油漏、遺伝性の関節・腎、血友病、強度な遺伝性奇型（握手、靱足、先天性骨欠損症）	厚生省薬務局特別病室患者施設事件/クロロプロマジンその他の薬物療法/DSM-1/イギリス自由意志入院/公衆衛生は地域医療へ/	
1960年代	断種数291人（男性29人、女性262人）、堕胎数1243人	障害者雇用促進法/精神薄弱者福祉法/終生保護政策/分別学/私立病院設立ラッシュ/ライシャワー事件/精神衛生法改正/全国精神障害者家族会連合会設立/世界保健機構クラーク勧告（閉鎖的収容主義批判）	母体保護法（優生保護法廃止）	精神病院からコミュニティケア/ケネディー教書による施設化	
1970年代	断種数（男性3人、女性21人）、堕胎数563人	心身障害者対策基本法/施設収容主義/日本精神神経学会ロゴミニー実験監査調査及び廃止宣言/障害児全員就学体制（分離教育形態・反統合教育を構造化）	国際障害者年（ノーマライゼーション）/宇都宮病院事件/国連人権委員会勧告/精神保健法/精神保健指定医/任意入院制度/障害者雇用促進法（含む知的障害者）	イタリアバザリアー法（精神病院廃絶法）/ギール街の入々	
1980年代	断種数（男性0人、女性2人）、堕胎数21人/恩久長島大橋完成	国際障害者年（ノーマライゼーション）/宇都宮病院事件/国連人権委員会勧告/精神保健法/精神保健指定医/任意入院制度/障害者雇用促進法（含む知的障害者）	福祉入法改正（在宅福祉サービス法定）/障害者基本法/こどもの権利条約批准/ハートビル法/精神保健福祉法/安田病院事件/分離教育制度への勧告	PTSD症候群/アスペルガー症候群/リスベリド/オーブンダイアローグ	
1990年代	ハンセン病資料館建設/「らい予防法」廃止/「らい予防法」遺棄国家賠償訴訟	福祉入法改正（在宅福祉サービス法定）/障害者基本法/こどもの権利条約批准/ハートビル法/精神保健福祉法/安田病院事件/分離教育制度への勧告	母体保護法（優生保護法廃止）	薬害HIV訴訟和解解決・エイズ予防法廃止/感染症予防法（社会防衛から患者の権利へ）	
2000年代	「らい予防法」遺棄国家賠償訴訟勝訴確定/国謝罪被害回復を約束/黒川温泉事件/ハンセン病問題基本法制定	バリアフリー法/池田付属小中学校事件/精神病院不祥多発（朝倉・真面目・丘・貝塚中央）/医療観察法		障害者権利条約（2014年日本批准承認）	
2010年代	家族による「らい予防法」遺棄国家賠償訴訟/最高裁裁判官会議特別法廷謝罪訴訟/最高検察庁特別法廷謝罪/家族訴訟勝訴確定	障害者虐待防止法/国連理事会報告/障害者の権利条約批准/「相模原事件」	法による強制不妊手術補償を国連勧告/日優生保護法による強制不妊手術国賠訴訟/日優生保護法犠牲者補償法	世界保健機構2020年までに人権に配慮したユニバーサルヘルスクエアの増立/相模原障害者施設殺傷事件/患者隔離拘束調査結果公表制限	
2020年代	相模原事件国賠訴訟において刑事特別法廷につき遺棄判決	日弁連人権大会 精神科医療における強制入院防止決議	東京・大阪両高裁による日優生保護法違憲判決	障害者権利条約日本初審査	

ハンセン病家族訴訟熊本地裁判決

角松生史（神戸大学）

- I 先行行為→社会構造→作為義務という論理構成
- II 「先行行為」
- III 「危険源」としての「社会構造」
- IV 「直接的危害」の対象としての家族
- V 残された論点

紙数の制約から、本判決¹の事案の概要・判旨の全体像は割愛し、いくつかの論点に絞って検討する²。

I 先行行為→社会構造→作為義務という論理構成

本判決は、ハンセン病患者家族の偏見差別による被害を救済すべき作為義務の根拠として、「癩予防ニ関スル件以来のハンセン病隔離政策等」の先行行為³によって、「周囲のほぼ全員によるハンセン病患者及びその家族に対する偏見差別が出現する一種の社会構造(社会システム)」(151頁)が築き上げられたことを認定する。

これら先行行為により、1943年頃には、「大多数の国民の間で、ハンセン病患者に対して隔離収容されて当然であり、忌避・排除されるべき存在であるとの共通認識を持ち（その意味において、原告らの主張する集合的意識としての偏見の形成・成立）、全国津々浦々、患者の発見や密告に協力する体制」ができあがった（107頁）。この社会構造に基づき、「大多数の国民らがハンセン病患者家族に対し、ハンセン病患者家族であるという理由で、忌避感や排除意識を有し、ハンセン病患者家族に対する差別を行い（このような意識に反する意識を持つことは困難な状況になった）」（152頁）。これによりハンセン病患者家族は、「色々な差別被害を受けるとともにハンセン病患者家族が家族であるハンセン病患者と同居することができないなどの、憲法13条が保障する、社会内において平穏に生活する権利や憲法24条1項の保障する夫婦婚姻生活の自由を侵害され」た（155頁）。そのためハンセン病隔離政策等を所管した厚生大臣をはじめとして所管の大臣は、条理上、ハンセン病隔離政策等の廃止義務を負っていた。またそれにより、厚生大臣・厚生労働大臣の偏見差別除去義務等の各大臣の行為義務が生じ、さらに国会議員には、違憲性が明白な新法の隔離規定を廃止すべき義務が生じることになる（166-

168頁)。

このように本判決においては、先行行為→社会構造→作為義務という論理構成が重要な役割を占めている。それはどのような意味を持つだろうか。

II 「先行行為」

一般に、「先行行為」を根拠として、「後の段階」における作為義務を導き出す構成は、「先行行為それ自体について作為不法行為責任を肯定することができない場合（行為義務違反または有責性を欠く場合）に、実際上の意味を持つ」とされる⁴。戦前以来のハンセン病隔離政策に基づく国の具体的加害行為（＝先行行為）と、原告である（元）患者家族の被害との関係が問題になる本件において、この構成は、(1) 違法評価の時点と、(2) 私人による被害を解消すべき作為義務の導出の2点において意義を有する。

(1) については、「先行行為」たる具体的加害行為の時点において当該行為を違法と評価することができないとしても、「後の段階」、具体的には、同政策等が違法でありそれにより権利侵害が発生していることを認識し得た時点から、先行行為者としての国に、当該権利侵害を除去すべき作為義務が生じることになる⁵。

(2) については、患者家族の受けた偏見差別被害の直接の加害者が、国家ではなく私人であることが問題になる⁶。まず、「先行行為」たる具体的加害が不法行為に当たるとしても、私人による上記被害までを先行行為における義務違反の射程ないし保護範囲に含めることができるかが問われる。ついで、「後の段階」のみに焦点を当てると、私人による偏見差別被害への対処を義務づける規定が個別法には存在しないことが問われる⁷。「先行行為を根拠とする条理による作為義務」を構成することにより、これらの難点の克服が志向されたと考えられる^{8,9}。

国家賠償法において、先行行為を根拠として義務が生じるこのような類型は、「作為起因型の不作為」型として従来から意識され¹⁰、戦後補償裁判等においてしばしば問題にされてきた。たとえば旧日本軍が遺棄した毒ガス兵器により中国人が戦後に人身被害を受けた事案について、東京地判 2003 年 9 月 29 日判時 1843 号 90 頁は、被害発生を防止するための国の作為義務を条理により認め、請求を一部認容した¹¹。作為起因型の不作為の場合、危険管理責任一般と比べて、作為義務の成立の要件がより容易になる可能性もあり得よう¹²。

他方、国会議員の立法不作為との関係では、本判決は「先行行為」を問題にせず、「結局、昭和 40 年¹³以降の国会議員の立法不作為が違法であるか否かを問題とすれば足り(る)」としている。法律が存続していること自体が加害行為にあたるため、

立法不作為が「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであること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その改廃等の立法措置を怠る場合など」（最大判 2015 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2427 頁）として国家賠償法 1 条 1 項の規定の適用上違法とされるかどうかを判断すれば足りるという理解であろう。

Ⅲ 「危険源」としての「社会構造」

上記のように本判決は、先行行為によって「偏見差別が出現する一種の社会構造（社会システム）」が築き上げられたことを認定した。これは、原告側提出の福岡安則意見書で述べられた、偏見を「個々人に外在する社会レベルの構築物である」とする捉え方の反映だとされるが¹⁴、法解釈論上は以下の意味があるのではないか。

第 1 に、「従来からの偏見差別、因習」と無関係ではないがそれとは区別される「ハンセン病隔離政策等が作り出した疾病観」に規定された「構造」を認識することで、その除去に向けた義務として、作為義務の内容をある程度特定できる。この点は、非入所者遺族が提起した鳥取訴訟に関する広島高裁松江支判 2018 年 7 月 24 日判時 2411 号 21 頁が「国が隔離政策を継続するはるか以前から、患者の家族に対する偏見も存在していたのであるから（中略）、国によって患者の家族に対する偏見又は差別が創出されたとはまではいえない」として、先行行為を理由とする作為義務を否定したのとは対照的な判断である。

第 2 に、このような「構築物」としての社会構造・社会システムは、それ自体を偏見・差別に係るいわば「危険源」¹⁵として捉えることができる。前記のように原告らの偏見差別被害の直接の加害者はほとんどが私人である。私人による個別の差別行為を加害行為として捉えた上で、国の危険防止義務違反を問題にするのであれば、個別加害行為に関する予見可能性及び結果回避可能性が問われる可能性があるが、社会構造自体を問題にすることで、それを問う必要はなくなると考えられる¹⁶。また、そのような社会構造が存続する限りそれを解消すべき義務の不作為が継続することになるから、義務の内容が高度化されるとともに¹⁷、不法行為の時点をいつとみるかの判断にも影響を与えることになるだろう。

Ⅳ 「直接的危害」の対象としての家族

被告国は、ハンセン病隔離政策等は、患者を対象とした政策であり家族を対象

としていないから、家族との関係で作為義務を発生させる先行行為にはならないと主張した。それに対して本判決は、上記先行行為によって形成された社会構造を除去すべき作為義務を、「条理上、ハンセン病患者家族に対する偏見差別を除去する義務をハンセン病患者家族との関係でも負わねばならない」(157頁)としている。

国家賠償法上の違法性に関するいわゆる職務行為基準説ないし職務義務違反説は、違法性を「個別の国民に対して負う職務上の法的義務」の違背として理解する¹⁸。行政処分の根拠法令の趣旨・目的の保護範囲ないし義務射程を問題にし、その射程に入る者との「関係において」のみ違法性を問題にする対人的相対性の枠組みがとられているのである¹⁹。

IIで既に見たように、本判決は、国の作為義務を、先行行為により構築された社会構造を解消すべき条理によって導いたが、原告家族の被害がこの義務の射程内に入るかどうかが問題になる²⁰。本判決は、「先行行為」としての様々な具体的措置—(i) 患者の居住していた家屋や同居の家族の衣類も含めた消毒 (ii) 家族を管理監視の対象として扱っていたこと (iii) 「未感染児童」という用語の使用と観察のための保育所の利用 (iv) 婚期を遅らせることの奨励 (v) 優生保護法のらい条項に基づく優生手術等—を認定し(122-125頁)、これら措置が「大多数の国民らに対し、ハンセン病患者家族を潜在的感染者などとの理由で危険な人物と認識させるなどして、ハンセン病患者家族をその患者と一体のものとして忌避・排除されることが当然の存在との認識を与えることに大きく関わって(いる)」(152頁)とする。これら先行行為は、仮に偏見・差別意識の形成を意欲したものではないとしても、それを当然予測すべきものである。本判決において、家族は、ハンセン病隔離政策の直接的危害の対象として位置づけられていると言える²¹。そうであれば、同政策により「社会構造」として形成された家族に対する偏見・差別意識の解消義務²²が素直に導かれるだろう²³。

V 残された論点

原告代理人小林洋二は、「政策によって偏見差別が生みだされる可能性は、ハンセン病の場合に限られず、さまざまな分野であり得る。偏見差別を社会構造と捉える本判決は、一つのリーディングケースとなり得る」²⁴とする。重要な問題提起であるが、本判決によって認定された「社会構造」や家族に対する直接的危害の指摘は、ハンセン病隔離政策等の歴史的な特殊性と問題の深刻性という事案固有の性質にかなりの程度まで依存しているようにも思われる。そのため、本判決

の判示をどの程度まで一般化できるかは微妙であるが、新たなトポスを生み出した意義は確実に認められる。そして、本判決が描き出した本件の歴史的特殊性と問題の深刻性は、我々の現在を見つめる上でいつも振り返らなければならない参照点となるだろう。

例えば COVID-19 対策として 2021 年 2 月に改正された感染症予防医療法が入院勧告の拒否に対して罰則を導入したことを、ハンセン病や AIDS 等の患者等に対する差別の歴史的教訓に立脚するはずの同法の理念との関係でどう位置づけるか²⁵。本学会との関係で言えば、障害者の施設収容中心主義からノーマライゼーションの理念への移行の歴史をどう捉えるか等についても、本判決の判示を真剣に受け止めることが課題になるだろう。

¹ 熊本地判 2019 年 6 月 28 日判時 2439 号 3 頁。以下、本判決の判旨については括弧で判例時報の頁数のみを示す。

² 特に本稿は、本判決の沖縄に関する判示については一切検討できていない。

³ これら先行行為としては、根本的癩予防策要項（1920 年）から、らい予防法（新法）の制定公布（1953 年）に至るまでの先行行為が挙げられ、また、癩予防ニ関スル件（1907 年）及び内務省訓第 45 号（1909 年）もこれら行為に繋がる先行の行為だとされる。偏見差別の要因としては、「戦時体制時の民族主義的国家主義的国家体制の下での無らい県運動」が特に重視されている。

⁴ 橋本佳幸『責任法の多元的構造』（有斐閣、2006 年）30 頁。リーディングケースとされる置石による電車脱線事故に関する最判 1987 年 1 月 22 日民集 41 巻 1 号 17 頁では、自らは置石の実行行為をしていないが、置石の動機となった話合いをし、事故発生について予見可能であった者に対して、事故の発生を未然に防止すべき義務があるとして損害賠償責任が認められた。

⁵ この義務自体は、先行行為を行った行政機関ではなく行政主体としての国に生じた上で、本判決が述べるように、「所管法及び関係法令を踏まえ、当該作為義務の内容に従って最もふさわしい行政機関」（162-163 頁）が分担すると考えられる（この観点から本判決は、「先行行為に関与していない法務大臣及び文部大臣・文部科学大臣は作為義務を負わない」という国の主張を退けている（162 頁、164 頁））。国又は公共団体は、当該団体の公務員による一連の職務上の行為のうちのいずれかにより被害が生じたのであれば、加害行為不特定の故をもつて損害賠償責任を免れることができないとした最判 1982 年 4 月 1 日民集 36 巻 4 号 519 頁の判旨に照らしても、上の考え方は適切と思われる。ただし本判決は、義務違反の時点は、各行政機関が権利侵害の違法性を認識し得た時点（例えば厚生大臣については 1960 年）としている。

⁶ これに対して家族関係形成阻害については、国による基本権の直接的侵害の解消義務を比較的容易に観念しうる。（山崎友也「本判決評釈」令和元年度重要判例解説（2020 年）14-15 頁（15

頁))。

- ⁷ 個別法がなくとも基本権保護義務を根拠として私人による偏見差別被害に対処する作為義務を導出する構成もあり得るが、それは、「個別法なしにヘイト・スピーチ被害等への対応が義務付けられるか」というさらに大きい問題を提起することになる。
- ⁸ 療養所に入所していた患者・元患者が原告となった熊本地判 2001 年 5 月 11 日判時 1748 号 30 頁でも、従前のハンセン病政策が「ハンセン病患者及び元患者に対する差別・偏見の作出・助長に大きな役割を果たした」という「先行的な事実関係」が、厚生省の作為義務を導く上で一定の役割を果たしていた。参照、小林洋二「本判決評釈」判時 2439 号 (2020 年)317-321 頁 (317 頁)。
- ⁹ 山崎・前掲注 (6) 15 頁は、「基本権 (法益) を直接的に侵害する、国と一般国民による共同不法行為を解消する義務」という構成を示唆する。
- ¹⁰ 遠藤博也『国家補償法上巻』(青林書院新社、1981 年) 427-428 頁 (「いわば自らの不始末の後始末をちゃんとつけていないことによる責任」)。参照、植木淳「本判決評釈」判時 2439 号 (2020 年)328-332 頁 (330 頁)。
- ¹¹ 同判決評釈として、西埜章・判評 547 号 (2004 年)23 頁。控訴審東京高判 2007 年 7 月 18 日判時 1994 号 36 頁は請求を棄却したが、「条理上」不作為が違法と評価される可能性を認めた (控訴審判決評釈として、北村和生・判評 596 号 (2008 年)14-18 頁、服部麻理子・自研 85 卷 10 号 (2009 年)135-149 頁)。
- ¹² 参照、人見剛「戦後補償裁判中の不作為国家賠償訴訟における作為義務 (結果回避義務) について」法律時報 76 卷 1 号 (2004 年)44-49 頁 (47 頁)。
- ¹³ らい予防法等が合理的根拠のない違憲の法律となった 1960 年に合理的検討期間としての 5 年を加えた時点である。
- ¹⁴ 小林・前掲注 (8) 318 頁。
- ¹⁵ 参照、橋本・前掲注 (4)、30 頁、60 頁 (「法益関係型」と「危険源関係型」)。
- ¹⁶ 同様に国の先行行為 (毒ガス兵器原料としての有機ヒ素化合物 (DPAA) の製造) による作為起因性不作為が問題となった神栖市ヒ素健康被害等責任裁定事件 (2012 年 5 月 11 日公害等調整委員会裁定) では、「第三者による故意の廃棄行為まで未然に防止し得る具体的な管理義務」の認定は困難であることを一つの理由として国の責任が否定されたが (参照、大橋真由美「同裁定評釈」自研 90 卷 2 号 (2014 年)111-125 頁 (120 頁))、「社会構造」の構築が問題となった本件は、問題の性質が異なると言えよう。
- ¹⁷ 義務の内容を、社会構造の除去にまで高度化することにより、国 (及び藤楓協会) が行った施策や啓発活動の努力によっても作為義務は果たされていないことになる。偏見差別との関係では、「減ぜられた社会的評価の回復」が必要である。他方で、仮にこの社会構造とそれによって「減ぜられた社会的評価」が国の行為によってもおよそ除去・回復不可能なほど強固なものだとすれば、結果回避可能性がないとされる可能性がある。本判決は、「平成 25 年に至っても、社会的に無視できない程度の数のハンセン病患者家族に対する差別被害が生じている」としつつ、2001 年の熊本判決、控訴断念等に関する一連の新聞等の報道があったことから、「平成 13 年末頃にはハンセン病隔離政策等の国民らに対する影響が一定程度遮断される状況があった」として、2002 年以降「ハンセン病隔離政策等を先行行為として同年以降の偏見差別除去義務をハンセン病患者家族との間で認めることはできない」とする (原告代理人による批判として、国宗直子「ハンセン病家族訴訟の勝訴とその意義」人権と部落問題 54 卷 4 号

(2020 年)6-12 頁 (10 頁))。「構造」を捉えたことで除去義務が高度化される一方で、結果回避可能性を認めるためには「構造」の解消を認定せざるを得ないという全無的な判断に繋がったと考えられないだろうか。

¹⁸ 最判 1985 年 11 月 21 日民集 39 巻 7 号 1512 頁 (在宅投票)。宅建業者の不正な行為により損害を被った取引業者からの国家賠償請求に関する最判 1989 年 11 月 24 日民集 43 巻 10 号 1169 頁は、「知事等による免許の付与ないし更新それ自体は、法所定の免許基準に適合しない場合であっても、当該業者との個々の取引関係者に対する関係において (下線は引用者) 直ちに国家賠償法 1 条 1 項にいう違法な行為に当たるものではない」とする。

¹⁹ 角松生史「犯罪捜査・公訴権の行使に関する国家賠償請求訴訟と『反射的利益』論」滝井繁男先生追悼論集『行政訴訟の活発化と国民の権利重視の行政へ』(2017 年、日本評論社) 175-199 頁 (181 頁)。

²⁰ 原告代理人徳田靖之は、原告らの主張を端的に「ハンセン病隔離政策……が、『患者』だけでなく、家族にまで被害を及ぼすことになったのは、国の隔離政策が、その当初から家族をも標的としていたからである」とまとめる (徳田「ハンセン病家族訴訟の意義と今後の課題」身同 38 号 (2019 年)17-28 頁 (17 頁))。

²¹ 杉山有沙「日本国憲法 14 条における『関係者差別』解釈の可能性」帝京 33 巻 2 号 (2020 年)239-277 頁は、本判決の分析から出発して、「本人と比較した場合、問題の関係者は、差別特徴を理由に、間接的または付随的に差別を被っている」(271-272 頁)とする。(i) 一般論として国家による差別行為が関係者に対してさまざまな不利益を及ぼしうることの認識及び (ii) 関係性が極めて親密かつセンシティブな場合、被害者本人による差別の認識・自覚が容易でなく、また救済を訴えることが難しい事があるという同論文の指摘 (274 頁) は極めて重要である。しかし、差別の存在の有無を争ったものではない (同論文 256 頁) 本判決に則してみる限り、そこではむしろ、ハンセン病隔離政策等が家族に対して及ぼしたところの「直接的」な「社会的排除」(同論文 263 頁) が問題にされているのではないか (なお、不法行為法における「間接被害者」概念の不明確性について参照、窪田充見『不法行為法 (第 2 版)』(有斐閣、2018 年)322 頁以下)。

²² 家族関係形成阻害との関係でも、(1) 政府の行為としての隔離によって引き離されることに直接的に由来する部分と (2) これら政策が引き起こした偏見・差別意識に由来する部分を区別できる。(1) については、例えば冤罪被害者の家族が国家賠償を求める事例とも比較できる。この点、青森地裁弘前地判 1981 年 4 月 27 日判時 1002 号 25 頁 (弘前大教授夫人殺し冤罪国家賠償第一審判決) は再審無罪が確定した元被告人の賠償請求を認容する一方で親族が受けた不利益に関する慰謝料請求を棄却した。他方、福岡高裁宮崎支判 1997 年 3 月 21 日判時 1610 号 45 頁 (鹿屋夫婦殺し無罪国賠訴訟控訴審判決) は、冤罪被害者の妻について、「夫…と長期間隔離されたのみならず、その無罪が確定するまでの間、殺人者の妻として世間から有形、無形の非難にさらされる中で、それに耐えながら 5 人の子どもを養育してきたもので、その精神的苦痛は (夫) が無罪が確定し、同人の精神的苦痛が慰謝されることにより当然慰謝されたものとはみられ (ない)」と述べ、固有の法益を侵害されたものとして独自の損害賠償請求権を認めている (原告代理人八尋光秀は、本訴訟の提起にあたり、自らが関わった後者の事件も参考にしたとのことである (学会報告に際して頂いた教示による))。

²³ なお最判 1989 年 11 月 24 日 (前掲注 (18)) は、監督処分権限の不行使について、いわゆる裁量権消極的濫用論の枠組みを前提として、免許の付与・更新におけるほど对人的相対性

を独立の問題として重視せず、総合判断に解消している。公権力(不)発動要件の定式化の度合いの弱さとも関係しているだろう(参照、角松・前掲注(19) 181-183頁)。「作為起因型」ではあるが、権限不行使が問題となる本件の場合も、義務の対人的相対性が問われる程度は弱くなると考える余地がある。その場合、ハンセン病隔離政策等により家族が受ける被害が憲法上の権利だと構成することで作為義務を導くこと(植木・前掲注(10) 330-331頁)がより容易になりうる。

²⁴ 小林・前掲注(8) 318頁。

²⁵ 磯部哲「『自粛』や『要請』の意味」法教486号(2021年)10-15頁(11頁)は、感染症予防医療法改正が「歴史的教訓を軽視していないかと危惧」する。なお、同法制定前のものであるが、参照、角松「『らい予防法』の教訓と『感染症予防・医療法』の課題」法セミ43巻8号(1998年)29-32頁。

判例研究②要録

平田 厚（明治大学）

I 報告の前提となる事実の概要

ハンセン病家族訴訟とは、ハンセン病患者家族である原告らが、被告国に対し、昭和 35 年には、ハンセン病政策には合理的根拠がなくハンセン病患者家族の人権を侵害し、ハンセン病患者家族に偏見差別等の被害を与え続けていることを少なくとも認識しえたにもかかわらず、平成 8 年の新法廃止までそのまま放置し、新法廃止後は、偏見差別の除去や家族関係回復等の義務を尽くさず、これら作為義務違反は国家賠償法上の違法行為であり、原告らは、憲法 13 条に基づく社会内において平穏に生活する権利を侵害され、社会内で偏見差別を受ける地位に立たされ家族関係の形成を阻害され被害を受け続けており、現在に至るまで継続的不法行為が成立するとして、国家賠償法 I 条 1 項に基づき、損害賠償として、原告らにそれぞれ金員の支払を求めるとともに、民法 723 条に基づき、謝罪広告の掲載を求めた事案である。

熊本地判令和元年 6 月 28 日判時 2439 号 7 頁は、原告らが主張する、ハンセン病患者家族の偏見差別による被害を救済する作為義務の発生根拠となる先行行為を構成する被告（内務省、厚生省）の沖縄を除く地域の各行為は、認めることができるとし、この先行行為によって、「ハンセン病患者家族が大多数の国民らによる偏見差別を受ける一種の社会構造を形成し、そのハンセン病患者家族に対する偏見差別は維持され、強固になり、ハンセン病患者家族に差別被害を発生させ、また、家族関係の形成阻害を生じさせた」と認定した。

そして、「ハンセン病患者家族は、ハンセン病隔離政策等によって、色々な差別被害を受けるとともにハンセン病患者家族が家族であるハンセン病患者と同居することができないなどの、憲法 13 条が保障する、社会内において平穏に生活する権利や憲法 24 条 1 項の保障する夫婦婚姻生活の自由を侵害されて」いるとし、ハンセン病隔離政策等を所管した厚生大臣をはじめとして所管の大臣は、条理上、ハンセン病患者家族に対し、癩予防ニ関スル件以来のハンセン病隔離政策等を先行行為として、相応の作為義務を負うものと判示した。

そして、「国会議員が平成 8 年まで新法の隔離規定を廃止しなかった立法不作為は、国賠法 1 条 1 項の規定の適用上違法の評価を受け、このような立法不作為には過失が認められる。」として、原告らの国家賠償請求を一部認容した。なお、報告者のうち八尋光秀弁護士は、本件原告代理人の 1 人である。

II 八尋報告

(1) 報告の要旨

八尋光秀会員の報告は、患者隔離収容の法制度が病歴者だけでなくその家

族にも固有の人生被害を強いたこと、国は患者隔離収容法制度によって社会に新たに作出助長した差別偏見を除去すべき作為義務を負うこと、厚生労働省だけでなく文武科学省・法務省にも差別偏見除去義務があることを認めて、国の法的賠償責任を肯定したと整理している。

八尋報告は、誤った法制度による広汎かつ深刻な社会的被害についての集団訴訟の法理を研究し、訴訟実務に反映させて、迅速かつ的確に国の法的責任を明確にし、被害回復などのための法制度への参加権を宣言するなど、被害者を救済の客体から回復の主体と位置づける司法へと転換させる必要があることを指摘している。

そして、謝罪・名誉・被害回復とともに、誤った法制度が作出した差別偏見の解消及び再発防止のための法制度を作りあげるまでの道筋を導き描出することが我々法律家と当学会の責務であると思うと結論づけている。

(2) 質疑応答の要旨

[質問]

国会との関係では平成8年のらい予防法廃止以降「新たな立法が必要不可欠であったとはいえ」ないとして不作为の違法性が否定されたことをどのように考えているか。

[回答]

判決は誤った法政策が作り上げた差別偏見の社会構造Aのとらえ方が、極端に表現すれば、社会に「落とし穴」を作ったのだけれどそのあたりに注意書きをすれば足りるというレベルの認識にとどまっている点で、不十分だと思う。

[質問]

角松報告にいう「危険源」としての社会構造が形成された、または、その制度こそが「危険源」であると理解したが、それが偏見・差別の「危険源」であるなら、構想されるべき「集団訴訟の法理」で、これをまずは憲法14条1項に違反すると構成すべきであると考えるのが難しいだろうか。

[回答]

誤った法律と政策によって構築された社会構造が14条1項違反するという構成そのもののとは少し違い、社会構造のうちの加害にかかわる作為不作为を判断対象としているのではあるものの、憲法14条1項違反が基本に据えられると考えていいのではないかと思う。

III 角松報告

(1) 報告の要旨

角松生史会員の報告は、本判決につき、「先行行為→社会構造→作為義務」という論理構成が重要な役割を占めていることを指摘している。ハンセン病隔離政策それ自体の患者等に対する人身の自由侵害に対しては、「先行行為」という構成は必須ではないものの、直接的な加害者が私人であり、また、個

別法には対処を義務づける規定が存在しない偏見差別被害については、先行行為を根拠として条理による作為義務を導出することが必要となったと指摘している。

そして、本判決は、先行行為による「偏見差別を受ける一種の社会構造」の形成を認定し、そのような社会構造を除去すべき作為義務を、家族との関係でも負うと判断していることを指摘している。角松報告では、そのような構築物としての社会構造は、それ自体を偏見・差別に係るいわば「危険源」として捉えることができ、「危険源」としての社会構造自体を問題にすることで、個別加害行為に関する予見可能性及び結果回避可能性を問う必要はなくなることが指摘されている。

そのうえでの残された問題として、本判決が描き出した歴史的特殊性と問題の深刻性は、我々がいつも振り返らなければならない参照点となることも指摘している。

(2) 質疑応答の要旨

[質問]

行政機関には「偏見差別除去義務」があるが、国会に関しては「立法府に広範な裁量」があり「特定の内容の立法措置をとるべきことが明白であったとはいえない」といわれると、何か居心地の悪さを感じてしまうがどうか。

[回答]

本判決は、先行行為から生じる義務自体は行為を行った行政機関ではなく行政主体としての国に生じ、本判決が言うように、「所管法及び関係法令を踏まえ、当該作為義務の内容に従って最もふさわしい行政機関」に振り分けられると考えている。この観点からは、行政機関の作為義務の有無について、当該行政機関（ないしその前身）が先行行為に関与したかどうかは必ずしも重要ではないことになり、「先行行為に関与していない法務大臣及び文部大臣・文部科学大臣は作為義務を負わない」という国の主張は退けられることになる。本判決は国会議員に対しても同様の発想をとっているのではないと思われる。

[質問]

本件の作為義務は、＜行政機関（の先行行為）が原因で発生した問題（偏見差別の社会構造）を、ある種の corrective justice の観点から、国自らが是正する義務＞として理解することもできるのではないか。その意味では、本判決のいう「条理」の内実、ある種の corrective justice（国による自身の不正の是正）であるように思われた。もしそうであれば、本判決からは基本権保護義務論が出てくる余地はないように思うがどうか。

[回答]

私も本判決は基本権保護義務論とは別の文脈で理解すべきだと考えている。(1) 先行行為が存在すること (2) 先行行為によって「危険源とし

ての社会構造」が形成され、長期間存続していたこと（3）先行行為者は、当該社会構造を（少なくともある程度）解消することが可能であること（結果回避可能性）が本判決の背後にある論理だと理解している。この論理自体は、先行行為者が国家でなくとも成立しうるものである。

公募論文

コロナ禍におけるトリアージと障害者の保護

ードイツ刑法の議論を手がかりとしてー

矢田 陽一（国士舘大学）

- I はじめに
- II トリアージの諸類型
- III 事前的トリアージと障害者
- IV 事後的トリアージと障害者
- V 私見
- VI おわりに

I はじめに¹

まさに今、世界中の人々がコロナ禍に苦しんでいる。障害者もまた、その例外ではない。コロナ禍がもたらした問題の1つに医療資源の分配問題がある。すなわち、SARS-CoV-2（以下、「コロナウイルス」と略）に感染すると、一定の確率で重度の肺炎を併発し、その治療に当たっては人工呼吸器や体外式膜型人工肺（ECMO）（以下、「人工呼吸器等」と略）による集中的な治療が必要となるが、コロナウイルスの強力な感染力によって患者が爆発的に増加し、一時的に人工呼吸器等の医療資源が不足するという事態が生じうる。その際、何らかの基準に従って医療資源の分配に優先順位を付すことを医学上「トリアージ」（Triage）²というが、このトリアージ決定によって治療が行われず、結果として死亡するに至った患者に対して医師は刑法上の責任を負うか、ということが問題となる。そしてこの問題は、患者のうちの1人が障害者であった場合にとりわけ先鋭化しうる³。例えば、コロナ禍でのトリアージにおいて、一方の患者が重度肺疾患を有する障害者であり、他方の患者がそのような疾患を有しない健常者であった場合、後者の治療を優先したことで前者の治療を怠り、もって死亡させるに至った医師を殺人罪で処罰しうるだろうか。この点、一般的に障害者⁴は平均余命や予後の見通しの悪さという点でトリアージ決定にさいして不利益な取扱いを受けるおそれがあるが、このことは場合によっては障害のみを理由とした不合理な差別⁵ともいえるため、トリアージの実施が現実的に危惧される今日の状況下であればなおさら、改めてその当否が厳しく吟味されなければならないであろう。

そこで本稿は、コロナ禍でのトリアージをめぐる障害者保護のあり方について、

本問題についてとりわけ意欲的に取り組んでいるドイツの議論を手がかりとして、刑法学の観点から考察を試みるものである⁶。具体的には、まずはじめにトリアージの諸類型を明らかにした上で、ついで各類型ごとの議論状況を概観し、さいごに国内法との関係で自身の考えを素描してみたいと思う。

II トリアージの諸類型

ドイツでは、トリアージの類型として、「事前的トリアージ」(ex ante-Triage)、「事後的トリアージ」(ex post-Triage) および「予防的トリアージ」(vorsorgenden Triage) の3種に区分するのが通例となっている⁷。

まず、「事前的トリアージ」とは、医療資源の不足下において、同時期に病院に搬送された患者Aと患者Bとの間で、一定の基準に従って治療の優先順位を決定することをいう。障害者との関係でいうと、例えば、医師Xが、重度肺疾患を有する障害者の患者Aとそのような疾患を有しない健常者の患者Bとの間で、Bの治療を優先した結果、Aを死亡させた場合、XはAに対して殺人罪の責任を問われるか、という形で問題となる。

つぎに、「事後的トリアージ」とは、医療資源の不足下において、医師が、一定の基準に基づき、すでに人工呼吸器等による集中的な治療を受けていた患者の治療を中断して、代わりに後から搬送されてきた患者にその人工呼吸器等を付け替えることをいう。例えば、医師Yが、すでに重度肺疾患から人工呼吸器等による治療を受けていた障害者の患者Cがいるにもかかわらず、後から搬送されてきた健常者の患者Dを治療するため、Cの人工呼吸器等による治療を中止し、代わりにそれをDに付け替えた結果、Cを死亡させた場合、YはCに対して殺人罪の責任を問われるか、という形で問題となる。

さいごに、「予防的トリアージ」とは、現段階で医療資源は不足していないが、将来的に不足することを見越して、現に存在する患者への治療を拒否することをいう。例えば、医師Zが、現に人工呼吸器等による治療を必要としている障害者の患者Eがいるにもかかわらず、将来的に病院に搬送されてくることが予想される健常者の患者Fに備えてEの治療を行わずに死亡させた場合、ZはEに対して殺人罪の責任を問われるか、という形で問題となる。

これらのうち、予防的トリアージについては、EとFとはいまだ実質的な競合関係にないとして、Eの治療を行わずに死亡させることは（不作為による）殺人罪を構成するという点で、見解の一致が存する⁸。そこで以下では、とりわけ刑法上の責任が問題となりうる事前的トリアージと事後的トリアージとを中心に考察

を行うこととしたい。

III 事前的特トリアージと障害者

事前的特トリアージの場合、一方の患者を救助することはすなわち他方の患者を救助しないことをも意味することとなるが、このように、互いに両立しえない複数の義務を履行するよう求められた者が、それらのうちどれか1つの義務を履行するために他の義務の履行を怠ることを刑法上「義務の衝突」(Pflichtenkollision)という⁹。この点、事前的特トリアージのように、「患者Aを救助しろ」という「作為義務」と「患者Bを救助しろ」という「作為義務」とが競合する場合を「狭義の義務の衝突」と呼び、この場合、当該作為義務を履行しなかった行為者の「不作為」について犯罪の成立を否定するというのが、通説的な理解である¹⁰。もっとも、なぜ犯罪の成立が否定されるのかという点については、学説上争いがある。この点、構成要件該当性が阻却されるとする見解¹¹、違法性が阻却されるとする見解¹²、有責性（責任）が阻却されるとする見解¹³、などがあるが¹⁴、目下のところ違法性阻却事由説が支配的地位を占めている。

通説である違法性阻却事由説を前提とするかぎり、同ランクの作為義務が競合する場合、法は不可能を強いないから、行為者はどちらの作為義務を履行したとしても、それにより選択しなかった作為義務の不履行すなわち不作為は正当化される。また、異なるランクの作為義務が競合する場合、行為者が優先する作為義務を履行した場合にかぎり正当化されることとなる¹⁵。この点に関して、ではいかなる基準に従って作為義務の優先順位を決定するかということが問題となる。

現状ドイツにおいて、トリアージ決定の優先順位に関して拘束的な作用を有する法規範というのは存在していない。この点、刑法学においては、何らかの「実質的な基準」による見解と「形式的な基準」による見解とが主張されている¹⁶。すなわち、前者としては、「治療の成功の見込み」の基準 (Erfolgsaussicht) による見解と「緊急性」 (Dringlichkeit) の基準による見解とがあり、後者としては、「偶然性」 (Zufall) に依拠した見解、すなわち、先着順の原則 (zeitliche Zufallprinzip) とくじ引き方式 (Los-Verfahren) とがある。

まず、実質的な基準のうち、治療の成功の見込みの基準による見解¹⁷は、患者間で救命可能性のより高い者ないし予後の見通しがよりよい者を優先的に救助すべきとする。この見解は、1人でも多くの患者を救助すること (save the most-Prinzip) に主眼を置くという意味で、「最大多数の最大幸福」を標榜する功利主義思想 (Utilitarismus) を背景とするものである¹⁸。しかしながら、ここでいう「治

療の成功の見込み」が何を意味するかについては各人各説の様相を呈している。そのなかでもっとも急進的な立場は、患者の年齢や余命を考慮することも許されるところ¹⁹。例えば、90歳の老人と5歳の子どもであれば、(疾病からの快復の可能性や予後の見通しのよさをも考慮した上で) 後者の治療を優先させなければならないとする²⁰。すなわち、5歳の子どもの生命は90歳の老人の生命に比して「より価値が高い」と評価するのである。このような理解を徹底するならば、一般的に余命が短いあるいは予後の見通しが悪いことが予想される障害者の生命は健常者の生命よりも価値が低く、したがってトリアージ決定にさいして障害者は不利益な取扱いを受けることを甘受しなければならない、という帰結へと至る。

つぎに、緊急性の基準による見解²¹は、患者間でより生命等に危機が押し迫っている者を優先的に救助すべきとする。この見解は、ドイツ憲法1条1項の「人間の尊厳」、2条2項の「生命権」、3条1項の「法律の前での平等」に基づき、生命間での価値の衡量を禁止する「生命無差別性の原則」(Prinzip der Lebenswertindifferenz) や「人間の本質的な価値平等性」(Basisgleichheit von Menschen) を重視する。すなわち、憲法上の平等主義思想(Egalitarismus)を背景として²²、人種、性別、言語、血統、宗教ないし政治的な信条や社会的地位などを理由とした生命間での価値の相違を一切認めない点に特徴がある。このような立場からは、トリアージ決定にさいして上述したような年齢や余命を考慮することは生命間における価値の衡量・序列づけにつながるおそれがあるとして、絶対的に禁止されることとなる。したがって、高齢者や障害者もまた、若年者や健常者とまったく等しい「生きる権利」が保障されるという帰結へと至る²³。

これに対して、形式的な基準による見解のうち、先着順の原則に基づく見解²⁴は、先に病院に搬送された者から順に治療を行うべき(First come, first served)とする。すなわち、時間的な偶然性を重視するのである。他方で、くじ引き方式に基づく見解²⁵は、医師の恣意的な選別を防止するために、何らかのランダムな手段によって決定すべきとする。これら形式的な基準すなわち偶然性を重視する見解は、生命間で価値に差異を設けないという点では、緊急性の基準による見解と軌を一にするものである。すなわち、障害者と健常者との間で生命価値に優劣を認めないという意味で、平等主義思想を土台とする立場といえよう。

以上のような諸基準に関して、現状ドイツにおいて、トリアージ決定にさいして年齢や余命までも考慮することは憲法の根本思想と相容れず許されないとする理解が一般的であるが、何らかの形で治療の成功の見込みを勘案する見解が多数を占めているとされる²⁶。もっとも、少なくとも結果主義的に救命可能性がより

高い者あるいは予後の見通しがよりよい者をつねに優先するということは、憲法における平等主義すなわち生命無差別性の原則に反し、総じて障害者に対する不利益な取扱いを暗々裏のうちに認めるものであるとの批判も存するところである²⁷。

ところで、上述したように、事前的特トリアージにおいて同ランクの作為義務が競合する場合、医師はどちらの患者を優先しても、それによって治療を受けず死亡するに至った患者に対して不作為による殺人罪で処罰されないとするのが一般的な理解であるが、では医師がもっぱら障害者の患者を積極的に差別する意図の下で健常者の患者を優先した場合でも刑法上の責任を問われないか、ということが問題となりうる²⁸。

この点、刑法はもっぱら悪しき意思を有することのみで処罰するという、いわゆる「心情刑法」を禁止しているので、たとえ医師が障害者を差別する意思を有していたとしても、それだけでは刑法上の責任を追求されないとするのがこれまでの通説的な理解である²⁹。この見解を前提とすると、医師は同ランクの患者のうち誰を救助するか、まったくの任意に選択できることとなる。すなわち、障害者差別の意図は倫理的な非難の対象とはなりえても、刑法上処罰の対象とはなりえないするのである。このような理解に対しては、刑法の上位規範であるドイツ憲法において、3条1項で法律の前での平等が、さらに3条3項2文で障害者に対する不利益取扱いの禁止がそれぞれ明記されており、これらの規定が医師・患者間へと私人間適用されることからして、差別的な意図に基づく障害者の不利益取扱いは許容されない、との主張が一部からなされている³⁰。このような理解によれば、たんに障害のみを理由として治療義務を履行しないことは不作為による殺人罪を構成しうることとなる。すなわち、本見解は障害者の保護という観点から刑法を憲法適合的に解釈しようとするものである点で、従来の通説的理解から一歩踏み出るものといえる。

IV 事後的トリアージと障害者

事後的トリアージにおいては、すでに重度肺疾患等から人工呼吸器等による集中治療を受けていた障害者の患者に対する治療を中断し、代わりに後から搬送されてきた別の健常者の患者にそれを付け替えることとなるが、そのような治療の中断によって先行する患者を死亡させることが殺人罪となりうるか問題となる。この点、従来の通説的な立場は、先行する患者に対して「治療を中断するな」という「不作為義務」と後から搬送されてきた別の患者を「治療せよ」という「作

為義務」とが競合する、という形で理解する。このように、「不作為義務」と「作為義務」とが競合する場合、(狭義の)義務の衝突が「治療せよ」という作為義務に反する「不作為」の犯罪阻却に関する問題であったのとは対照的に、「治療を中断するな」という不作為義務に反する「作為」の犯罪阻却に関する問題となる³¹。この点、ドイツ刑法学上、緊急状態における「作為」の犯罪阻却をめぐるのは、違法性が阻却されるとする正当化的緊急避難(34条)、有責性(責任)が阻却されるとする免責的緊急避難(35条)および例外的な緊急状況下で有責性(責任)が阻却されるとする超法規的な免責的緊急避難という3つの類型がありうるとされている。もっとも、正当化的緊急避難に関しては、保全法益が侵害法益を「著しく優越する」(wesentlich überwiegen)という要件を充足しなければならないが、トリアージにおいては保全法益・侵害法益ともに「生命」である点で「著しい優越」が認められないこと、免責的緊急避難に関しては、行為者と保全法益の担い手とが親族関係にあるなど人的適用範囲に厳しい制限があり、トリアージにおいて通常医師と患者間にそのような緊密な関係は存しないこと、超法規的な免責的緊急避難に関しては、一定の緊急状態下において「多数の生命を救うために少数の生命を犠牲にすることは許される」とする法原理から例外的に免責を認めるものである点で、トリアージにおいては個人間の生命が競合する場合であるためそのような法原理は妥当しないこと、などから、いずれの緊急避難によっても犯罪阻却は認められないとするのが通説的な理解である³²。したがって、これらを前提とするかぎり、先に人工呼吸器等による集中的な治療を受けていた障害者の患者に対する治療を中断することによって死亡させることは、作為による殺人罪を構成しうることとなる³³。

このような理解に対して、近時、事前的トリアージと事後的トリアージとは、先に人工呼吸器等による集中的な治療が開始されていたか否かという時間的な偶然性の差異にすぎず、両者を合理的に区別する理由はないとして、それらを一律に狭義の義務の衝突によって(通説である違法性阻却事由説によれば)正当化すべきとする立場が有力化している。例えば、作為と不作為との区別基準に関して「非難可能性の重点」(Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit)を基礎としつつ、治療の中断の場合、そもそも非難可能性の重点は「治療を行わない」という「不作為」にあるから、複数の患者に対してともに「治療せよ」という作為義務が競合するという見解³⁴、医療行為においては「作為」と「不作為」とを峻別することは不可能であるとして、第3の類型である「治療義務」(Behandlungspflichten)が競合するという見解³⁵、あるいは同様に「作為」と「不作為」ではなく第3の類型

として「治療の中断」(Behandlungsabbruch)が競合するという見解³⁶、一定の間隔でつねに再検査を実施し、治療の成功の見込みに変化があった場合、より救命可能性の高い患者に人工呼吸器等を付け替えることは許容されるという見解³⁷、などが主張されている。これらの見解は、後から搬送されてきた患者を優先することで先行する患者を死亡させた場合でも一定の範囲で正当化（ないし免責）を認めようとする点に特徴がある。

V 私見

以上のような議論状況を踏まえた上で、さいごにわずかばかり自身の考えを披瀝してみたいと思う。

まず前提として、今のところわが国でもコロナ禍でのトリアージに関して法的な拘束力を有する規範というのは存在しない。したがって、上述したドイツにおける議論が一定程度参考になろう。

事前的トリアージに関しては、ドイツと同様に、狭義の義務の衝突の問題として構成されよう。すなわち、互いに両立しえない作為義務が同ランクのものであれば、原則としてどちらの義務を履行しても、それによって選択されなかった作為義務の不履行、換言すれば、患者を救助しないという不作為は（通説である違法性阻却事由説によれば）正当化される。また、作為義務の順位に優劣がある場合、優越する義務を履行した場合にかぎり正当化が認められる。そして、優先順位をめぐる基準については、刑法上の原理・原則だけでなく、各種の障害立法、すなわち、その最上位規範であるところの憲法³⁸や、近時わが国でも批准がなされた「障害者の権利に関する条約」（以下、「障害者権利条約」と略）ならびにその具体化としての「障害を理由とする差別の解消の促進に関する法律」（以下、「障害者差別解消法」と略）の趣旨に合致するものでなければならない。この点、わが国の憲法には、ドイツ憲法とは異なり、障害（者）に対する不利益取扱いを禁止する直接の明文規定というのは存在しない³⁹。しかしながら、憲法13条の「個人の尊厳」、「幸福追求権」や憲法14条の「法の下での平等」・「不合理な理由に基づく差別の禁止」という基本理念はすべからず刑法に対しても妥当し、医師・患者間という私人間にもその効果が及ぼされるべきであるから⁴⁰、医師が少なくとも合理的な理由なく障害者の患者を不利益に取り扱うことは許されないといわなければならない。また、障害者権利条約は、一般原則としての「無差別」（3条）、障害者における「生命権」（10条）の保護や障害者を含めたすべての者が法律の前で平等であるとともに、あらゆる不合理な差別的取扱いを禁止しており（5条）、

刑法においても間接適用ないし国際法（条約）適合的な解釈が求められるから⁴¹、もっぱら障害のみを理由とした不利益な取扱いには承認されえない。さらに、その具体化としての障害者差別解消法においても、医師を含めた「事業者」における障害を理由とした差別的取扱いが禁止されている（8条）。このような理解を徹底するならば、一般的に救命可能性が低いあるいは予後の見通しが悪い障害者にとっておよそ不利にはたらく治療の成功の見込みの基準は、原則として用いるべきでないであろう。もっとも、「法は不可能を強いない」という法原則に従い、医師の診断において、患者にすでに死のプロセスが始まっている、あるいは治療による生存の見込みがほぼ認められないような場合、医師に治療義務を課することはできないから、本基準をそのような形で消極的に斟酌することは例外的に許容されよう⁴²。他方、先着順の原則やくじ引き方式のみによると、さしあたりまったく緊急性のない患者が優先されてしまうおそれもあり、合理的な医療資源の配分という社会政策上の要請ならびにそれを期待する国民感情という観点からみて問題がある。したがって、障害の有無にかかわらず、治療の成功の見込みがわずかにでもある患者を対象とし、基本的には緊急性の基準に従って選別決定を行いつつ、その度合いが等しいなど、これによって優先順位が確定しえない場合にかぎり、補充的に先着順の原則やくじ引き方式などランダムな手続が用いられるべきである。

また、ドイツの従来的な理解によると、同ランクの義務が衝突する場合、医師はまったくの任意に患者を選別することができるとされてきた。すなわち、仮に医師が何らかの差別的な意図に基づいて選別決定を行ったとしても、心情刑法の禁止という観点から、倫理的な非難の対象となることは別として、刑法上の責任は生じないとされる。このような理解からは、障害者の患者と健常者の患者の救助義務が同ランクであった場合、医師が障害者を積極的に差別する意図の下で健常者の患者を優先し、障害者の患者に治療を施さなかったとしても、医師を不作为による殺人罪で処罰することはできないこととなる。しかしながら、上述したように、法律である刑法は各種の障害立法の趣旨・目的に合致するよう解釈されなければならない。そこで、たしかに差別的な意図が内心に留まるかぎり処罰の対象とはならないが、それがもっぱら差別的な意図のみに起因する不利益取扱い、すなわち治療義務の不履行という形で現実的に客観化され、まさしく「行為」とみなされる場合には、もはや心情刑法は問題とならないので、刑事責任が生じうるといえるべきである。したがって、医師が障害者を積極的に差別する意図の下で何ら合理的な理由なく健常者の患者の治療を優先し、もって障害者の患者を死亡

させた場合、医師は不作為による殺人罪で処罰されうるといわなければならない⁴³。

これに対して、事後的トリアージについては、緊急避難の規定およびその解釈がわが国とドイツとで大きく異なっていることに加えて、わが国には正当（業務）行為の規定が存在することも考慮されなければならない。すなわち、ドイツ刑法34条においては、保全法益が侵害法益よりも「著しく優越している」場合にかぎり正当化的緊急避難が成立する旨明記されているが、わが国の緊急避難規定である37条1項にはそのような文言はなく、（通説的な理解によると）同一法益間においても緊急避難による正当化が認められている⁴⁴。したがって、ドイツのように、いずれの緊急避難にも該当せず、ゆえに狭義の義務の衝突の論理を用いて正当化を試みるという経路を迂回せずに、ダイレクトに緊急避難によって医師の人工呼吸器等の取り外し行為すなわち治療の中断を正当化することも理論上は可能であるようにみえる。また、一般的に医師が行う医療上の行為は刑法35条の正当業務行為に当たり、これを用いて正当化するという方法も考える。しかしながら、そうであるにもかかわらず、事後的トリアージにおける治療の中断を緊急避難や正当業務行為によって正当化しようとすることは妥当でないというべきである。なぜならば、このような場合にも正当化を認めると、先に治療を受けていた患者はいつ自身の治療が中断されるかわからないというきわめて不安定な立場に置かれることとなるが、このことは「治療を中断されない」という患者の医師に対する期待権ならびに信頼関係を害するおそれがあり、究極的には国家の医療制度それ自体への信頼をも根底から揺るがしかねないからである⁴⁵。また、障害者・健常者を問わず、そもそもいかなる者も他者を救助するために自己の生命を犠牲にすることを甘受するいわれはなく、よって自身がすでに装着していた人工呼吸器等を後から搬送されてきた患者に譲り渡すことを強制されない以上、「先の患者の治療を中断するな」という不作為義務は「後の患者に人工呼吸器等を譲り渡して救助せよ」という作為義務に対してつねに優先するとみるべきである⁴⁶。他方でさらに、事後的トリアージと事前的トリアージとをパラレルに捉え、狭義の義務の衝突によって解決を試みるのも妥当ではない。というのも、これらの見解は障害者の保護という見地から大きな問題を孕んでいるからである。すなわち、上述したように、これら見解の多くは治療の成功の見込みを選別基準とする点で共通しているが、基礎疾患などから先に人工呼吸器等による集中的な治療を受けていた障害者の患者と後からコロナウイルスによる肺疾患で搬送されてきた健常者の患者とを比較する場合、疾病からの快復可能性あるいは予後の見通しのよさという点では、たいてい後者の方が有利となろう。そうすると、事後的トリアージ

においても、障害者の患者はほとんどの場合すでに装着していた人工呼吸器等を健常者の患者に譲り渡さなければならないこととなる。しかしながら、上述したとおり、事後的トリアージの場合も、障害者の保護という観点から各種障害立法の趣旨・目的に適合する形で解決されなければならない。すなわち、障害者に対しておよそ不利にはたらく治療の成功の見込みの基準ではなく、まずもって緊急性の基準が用いられるべきである。そのような理解からは、人工呼吸器等によって治療を受けている障害者の患者にはすでに生命に対する緊急性が十分認められるので、それを別の患者に譲り渡す義務はないこととなる。したがって、そうであるにもかかわらず医師が治療を中断することで障害者の患者を死亡させた場合、作為による殺人罪が成立しうるといわなければならない。もっとも、一方の救助がすなわち他方の死をも同時に意味するような、極限的な状況下における医師の心情にかんがみ、期待可能性の欠落・減少を理由として刑の減免を認めることは許されよう。

いずれにせよ、ここで提案した解釈学的なアプローチはさることながら、コロナ禍のような緊急状態においては、医師の選別決定に対する心理的負担を可能なかぎり軽減するという意味でも、国家には一定の法的な指針すなわち法律を制定することが強く求められる。近時、ドイツ連邦憲法裁判所 (BverfG) がトリアージにさいして重度身体障害者の差別を防止するため新たな障害者差別禁止立法を策定するよう政府に命じる判決を下したことは、わが国での法制化に向けて追い風となるであろう⁴⁷。

VI おわりに

従来、刑法学における障害者の保護については責任能力論が中心を占め、それ以外の問題に関して立ち入った議論が展開されることはあまりなかったように思われる。しかしながら、わが国が障害者権利条約に批准して以降、障害者の権利や保護の問題は刑法学においてもますます重要性を帯びてきている。近ごろ世界中を覆ったコロナ禍でのトリアージは、奇しくもこの問題を顕在化させる契機となった⁴⁸。本問題をはじめとして、障害法という比較的新しい学問領域が刑法に及ぼす影響はいまだ未知数であるが、これからの刑法学では各種障害法制の趣旨・目的や内容と整合しないような解釈はもはや許されないであろう。その意味でも、障害法は刑法学に新たな視座をもたらすものといえる。本稿もまたそのような観点から著されたものであるが、奏功しているかどうか甚だ心許ない。今後さらに知見を深めるためにも、多方面からご意見・ご批判をいただければ幸いである。

- ¹ 本稿は、拙稿「トリアージと刑事責任」『国士舘大学』54号（2021）161頁以下での分析をベースとつつ、さらに障害者保護の問題へと応用したものである。したがって、トリアージに関する基礎的な議論についてはそちらもあわせて参照されたい。
- ² トリアージ概念の由来については、Brech, Triage und Recht, 2008, S. 48ff; Scholten, Triage - Zur Strafbarkeit ärztlicher Auswahlentscheidungen, 2011, S.18ff.
- ³ DPI 日本会議が本問題について意見表明を行っている。https://www.dpi-japan.org/blog/demand/corona_disability/。また、マスコミで本問題が取り上げられたこともある。<https://www.nhk.jp/p/baribara/ts/8Q416M6Q79/blog/bl/pLX3Q03nzZ/bp/ppj7PwEj1D/>。
- ⁴ 本稿で俎上に載せる「障害者」とは、人工呼吸器等によるコロナ治療にさいして、従前から有する重度肺疾患等により、健常者に比して治療の成功の見込みが低い者、すなわち、救命可能性が低いあるいは予後の経過が悪い者を指す。
- ⁵ ここでいう「差別」には、さしあたり、障害者であることを認識しつつその者を不利に取り扱う「直接差別」だけでなく、行政機関や事業者が障害者に対して不利に働く状況を除去するための合理的な措置を講じる義務があるのにこれを実施しない「合理的配慮の提供義務の不履行」や、さらには一見障害中立的な基準や取り決めの適用により障害者に対して非障害者と比較して正当な理由なく不均衡に差別的な効果を与える「間接差別」の意も広く含まれる。「差別」の概念については、菊池馨実＝中川純＝川島聡『障害法』[第2版]（2021）134頁以下参照。
- ⁶ 本稿を執筆するに当たり、先駆的な研究である Jörg Arnold の分析から大きな示唆をえた。Jörg Arnold, „Triage“ und Verbot der Benachteiligung von Menschen mit Behinderung, in: Hilgendorf/Hoven/Rostalski (Hrsg.), Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft, 2021, S. 33ff.
- ⁷ Rönnau/Wegner, Triage, JuS, 2020, S. 404; Gerson, §3 Pflichtenkollision beim Lebensschutz(Triage), in: Esser/Tsambikakis, Pandemiestrafrecht, 2020, S. 51ff; Merkel/Augsberg, Die Tragik der Triage, JZ, 2020, S. 706; Busch, ÄrztlicheTriage in Friedenzeiten, ZStW, 132(4), 2020, S. 742f.
- ⁸ Gerson, (o. Fn 7), S. 62; Rönnau/Wegner,(o. Fn 7), S. 407.
- ⁹ Küper, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979; Satzger, Die rechtfertigende Pflichtenkollision, JURA, 2010, S. 753ff.
- ¹⁰ したがって、(狭義の) 義務の衝突は不作為犯に固有の犯罪阻却事由と解されている。Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 51. Aufl. 2021, S. 455; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, S. 499.
- ¹¹ Freund/Rostalski, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, S. 254; Hoyer, in: SK-StGB, Bd1, 9. Aufl. 2017, S. 982.
- ¹² statt vieler Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl. 2019, S. 612.
- ¹³ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 368; Paeffgen/Zabel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, Bd 1, 5. Aufl. 2017, S. 1501f, 1503f; Fischer, Strafgesetzbuch, 66. Aufl. 2019, Vor§32 Rn 11a.
- ¹⁴ その他、「法的に自由（空虚）な領域」（Rechtsfreier Raum）を用いる学説もある。

Dingeldy, Pflichtenkollision und rechtsfreier Raum, JURA, 1979, S. 478ff.

¹⁵ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, S. 531; Murmann, Grundkurs Strafrecht, 6. Aufl. 2021, S. 280; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, S. 733.

¹⁶ Busch, (o. Fn 7), S. 757.

¹⁷ DIVI, Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie, Version 2, Klinisch-ethische Empfehlungen, 17. 04. 2020, S. 6ff, abrufbar unter: <https://www.divi.de/register/aktuelle-informationen> (Abruf am 16. 3. 2022); Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation, medstra, 2020, S. 132; Hörnle, Dilemmata bei der Zuteilung von Beatmungsgeräten, Verfassungsblog, 04. 04. 2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (Abruf am 16. 3. 2022).

¹⁸ Jörg Arnold, (o. Fn 6), S. 39.

¹⁹ Hoven, „Triage“-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft, JZ, 2020, 449ff.

²⁰ Hoven, (o. Fn 19), S. 451.

²¹ Moghadam/Gutmann, Gleichheit vor der Triage, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie, S. 303; Sternberg-Lieben, Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision, MedR 38, 2020, S. 630; Engländer, Die Pflichtenkollision bei der Ex-ante Triage, in: Hörnle/Huster/Poscher, Triage in der Pandemie, 2021, S. 123; Wessels/Beulke/Satzger, (o. Fn 10), S. 456.

²² Jörg Arnold, (o. Fn 6), S. 43ff.

²³ Moghadam/Gutmann, (o. Fn 21), S. 298.

²⁴ Lindner, Die „Triage“ im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte, MedR, 38, 2020, S. 727; Rönnau/Wegner, (o. Fn 7), S. 405; Sternberg-Lieben, (o. Fn 21), S. 634.

²⁵ Walter, Lasst das Los entscheiden!, Zeit:online, 04. 02. 2020, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung/komplettansicht> (Abruf am 16. 3. 2022); Engländer/Zimmermann, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise?, NJW, 2020, S. 1402.

²⁶ Lübke, Effizienter Ressourceneinsatz in einer Pandemie und das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht, in: Triage in der Pandemie, S. 257.

²⁷ Jörg Arnold, (o. Fn 6), S. 43.

²⁸ Busch, (o. Fn 7), S. 770.

²⁹ Rönnau/Wegner, (o. Fn 7), S. 118; Sternberg-Lieben, (o. Fn 21), S. 634.

³⁰ Lindner, (o. Fn 24), S. 726f.

³¹ Freund, in: Heintschel-Heinegg, MK-StGB, 3. Aufl. 2017, Bd 1, S. 578; Busch, (o. Fn 7), S. 774; Sternberg-Lieben, (o. Fn 21), S. 635; Rengier, (o. Fn 10), S. 502.

³² Gerson, (o. Fn 7), S. 61f.

³³ もっとも、極限的な状況下における医師の心情に配慮して、期待可能性の欠如に基づく超

法規的な免責を認めるべきとする見解もある。DIVI, Solidarität und Verantwortungen der Corona-Krise, 2020, S. 4; Lindner, (o. Fn 24), S. 728; Jörg Arnold, (o. Fn 6), S. 67.

³⁴ Ast, Quieta non movere? Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht, ZIS, 2020, S. 272.

³⁵ Jäger/Gründel, Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage, ZIS, 2020, S. 157.

³⁶ Hoven, (o. Fn 19), S. 454.

³⁷ Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, (o. Fn 17), 134ff.

³⁸ 池原毅和『日本の障害差別禁止法制』（2020）7 頁。

³⁹ 植木淳『障害のある人の権利と法』（2011）170 頁は、「社会的身分」に当たるとする。また、池原・前掲注 38、6 頁以下は、14 条の列举事由には当たらないが、それに準ずるとする。

⁴⁰ 芦部信喜＝高橋和之補訂『憲法』[第 7 版]（2019）112 頁以下。Lindner, (o. Fn 24), S. 726f.

⁴¹ 岩沢雄司『国際法』（2020）531 頁、菊池＝中川＝川島・前掲注 5、91 頁以下。

⁴² Lindner, (o. Fn 24), S. 727; Jörg Arnold, (o. Fn 6), S. 62.

⁴³ Lindner, (o. Fn 24), S. 726f; Jörg Arnold, (o. Fn 6), S. 75.

⁴⁴ 団藤重光『刑法綱要総論』[第 3 版]（1990）247 頁以下、大塚仁『刑法概説（総論）』[第 4 版]（2008）401 頁、平野龍一『刑法 総論Ⅱ』（1975）228 頁など。

⁴⁵ Busch, (o. Fn 7), S. 777; Sternberg-Lieben, (o. Fn 21), S. 636.

⁴⁶ Jörg Arnold, (o. Fn 6), S. 63f; Engländer/Zimmermann, (o. Fn 25), 1399; Wessels/Beulke/Satzger, (o. Fn 10), S. 157.

⁴⁷ https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/12/rs20211216_1bvr154120.html(Abruf am 16. 3. 2022).

⁴⁸ わが国の議論として、一家綱邦＝船橋亜希子「COVID-19 パンデミック下の人工呼吸器トリアージ問題にどう取り組むべきか」『病院』79 巻 8 号（2020）610（48）頁以下、川口浩一「新型コロナウイルスと刑法：コロナ・トリアージについて（上）（下）」『法律論叢』94 巻 1 号（2021）143 頁以下、『法律論叢』95 巻 1 号（2022）119 頁以下、勝亦藤彦「コロナ危機における事前的トリアージと『義務の衝突』」『高橋則夫先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（2022）479 頁以下など。

学会記事

1. 第6回研究大会

2021年度の第6回研究大会は、昨年度に引き続き、コロナ禍のためオンライン上での開催となりました。今回は2021年11月3日～同22日を開催期間とし、11月3日に各報告者の発表原稿と参考資料が大会用のウェブサイトに掲載された後、9日までを質問期間として、会員がウェブサイト上で各報告について質問又はコメントし、それに対して報告者が、11日～14日の応答期間に回答を寄せるという形で、オンライン上で討議を行いました。また、16日～18日を追加質問期間、20日～22日を追加応答期間として、更に議論を深めました。

判例研究の部では、「川崎就学訴訟」(横浜地判令2・3・18)と「ハンセン病家族訴訟」(熊本地判令1・6・28)が取り上げられ、前者では大谷恭子会員と廣澤明会員による報告、後者では八尋光秀会員と角松生史会員による報告を受け、活発な議論が交わされました。

また、シンポジウムの部では、「障害年金制度の課題」と「障害者の政治参加」という2つのテーマが設けられ、前者では安部敬太会員と永野仁美会員から、後者では井上英夫会員と小林昌之会員から報告を受けました。今回のシンポジウムでは各テーマについて指定コメント者を置き、安部報告に対しては、藤岡毅会員と橋本宏子神奈川大学名誉教授が、永野報告に対しては、関哉直人会員と橋本宏子名誉教授が指定コメント者となり、井上報告に対しては杉山有沙会員が、小林報告に対しては浅野宜之会員が指定コメント者となって、報告に対するコメントを行い、報告者との間で議論を行いました。それぞれの報告や質疑応答などの具体的内容は、本誌所収の各論考をご参照ください。

2. 学会誌「障害法」

第1号～第6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7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6回日本障害法学会研究大会プログラム

【日時】 2021年11月3日(水)～22日(月)

【場所】 オンライン開催

【プログラム】

判例研究1：川崎就学訴訟（横浜地判令2・3・18）

司会：平田 厚 会員

報告：大谷 恭子 会員

報告：廣澤 明 会員

判例研究2：ハンセン病家族訴訟（熊本地判令1・6・28）

司会：平田 厚 会員

報告：八尋 光秀 会員

報告：角松 生史 会員

シンポジウム①：障害年金制度の課題

司会：福田 素生 埼玉県立大学教授

報告1：安部 敬太 会員「障害年金における障害認定の現状」

指定コメント者：藤岡 毅 会員

指定コメント者：橋本 宏子 神奈川大学名誉教授

報告2：永野 仁美 会員「目的から考える障害年金の要保障事由」

指定コメント者：関哉 直人 会員

指定コメント者：橋本 宏子 神奈川大学名誉教授

シンポジウム②：障害者の政治参加

司会：金子 匡良 会員

報告1：井上 英夫 会員「障害をもつ人の社会参加と参政権の発展」

指定コメント者：杉山 有沙 会員

報告2：小林 昌之 会員「障害者の政治参加—国際比較の視点から」

指定コメント者：浅野 宜之 会員

日本障害法学会編「障害法」第5号(2021年11月)

目次

特集1 就労保障とサービス保障

日本の障害者雇用政策の特徴－諸外国との比較	中川 純	3
障害者の地域生活支援	平部 康子	19
シンポジウム要録	尾形 健	29

特集2 障害者政策の展開

ワーク・ライフ・バランス政策とインターセクショナリティ		
－障害からみた包摂にむけた提起	引馬 知子	35
日本における障害者政策の展開		
－公共政策学的観点をふまえた政治・行政の役割	北川 雄也	53
シンポジウム要録	小林 昌之	69

判例研究① 心神喪失者等医療観察法の合憲性(最判平29・12・18)

医療観察法という抑圧のエートス	佐々木 信夫	75
心神喪失者等医療観察法にかかる最高裁の合憲決定によって		
議論の決着は着いたのか?	岡田 行雄	85
判例研究要録	保条 成宏	93

判例研究② 障害のある生徒と学校保険(福岡高判令2・7・6)

「既存障害と学校保険の障害見舞金」に関する裁判例の紹介		
－福岡高等裁判所令和2年7月6日判決	松澤 麻美子	99
学校事故と損害保険	平田 厚	105
判例研究要録	保条 成宏	113

学会記事

「障害法」第5号の訂正について

日本障害法学会編集委員会

「障害法」第5号(2021年11月)に掲載された、平部康子「障害者の地域生活支援」について、以下のとおり訂正いたします。

訂正箇所	原 文	訂正後の文章
27 頁下部・注 iii	ⁱⁱⁱ 川村聡「国連と障害法」 …。	ⁱⁱⁱ 川島聡「国連と障害法」 …。

以上

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
- 2 選挙理事及び監事の選出については、別に定める。
- 3 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。

4 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。

2 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たときは、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。

2 代表理事は、毎年1回通常総会を開催する。

3 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。

2 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

(2022年7月18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）。
- ・原稿は、横書きとし、編集委員長にデータで提出してください。（事務局長に送付されないようご注意ください。）
- ・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。
- ・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字以内でお願いします。
- ・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。
- ・論文中的見出し番号は、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)				
- ・注は本文末尾に一括して掲げてください。注番号は半角の算用数字としてください。
- ・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取り扱います。

日本障害法学会学会誌「障害法」投稿要領

(2022 年 7 月 18 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。
- ・査読の結果「掲載可」とされた論文は当該号刊行年の 8 月末までに完成原稿を、また「修正の上で再査読」とされた論文に関しては、同年 7 月末までに修正原稿を提出してください。
- ・学会誌「障害法」（電子ジャーナルを含む）に掲載された論文等の著作権は、日本障害法学会に帰属します。

Disability Law

Vol.6 November 2022

Japan Association for Disability Law

CONTENTS

Symposium 1 Issues of Disability Pension System

- Motoo Fukuda : Purpose of the Symposium
 Keita Abe : Conditions of Assessment in the Disability Pension
 Tsuyoshi Fujioka : Comment
 Hitomi Nagano : Requirements for Payment of the Disability Pension in Terms of Purpose
 Naoto Sekiya : Comment
 Hiroko Hashimoto : Comment
 Motoo Fukuda : Symposium Summary

Symposium 2 Political Participation of Persons with Disabilities

- Masayoshi Kaneko : Purpose of the Symposium
 Hideo Inoue : Development of Social Participation and Suffrage for Persons with Disabilities
 Alisa Sugiyama : Comment
 Masayuki Kobayashi : Political Participation of Persons with Disabilities: An International Comparative View
 Noriyuki Asano : Comment
 Masayoshi Kaneko : Symposium Summary

Case Studies 1 Kawasaki School Attendance Case

- Kyoko Otani : Yokohama District Court Decision on Kawasaki School Attendance Case: Inclusive Education as a Human Right and the Position of Parents' and Experts' Opinions in Comprehensive Assessments
 Akira Hirosawa : Issues of the Yokohama District Court Decision in the Kawasaki School Attendance Case
 Atsushi Hirata : Summary of Case Studies

Case Studies 2 Families of Leprosy Patients Case

- Mitsuhide Yahiro : Significance of the Families of Leprosy Patients Case Decision: State's Responsibility to Create Discrimination by Unconstitutional Legal System and Duty to Remove the Discrimination
 Narufumi Kadomatsu : Kumamoto District Court Decision on Families of Leprosy Patients Case
 Atsushi Hirata : Summary of Case Studies

Article

- Yoichi Yada : Triage and Protection of Persons with Disabilities in the Covid-19 Disaster