

日本障害法学会編 障 害 法

第7号 (2023年11月)

特集1 障害者権利条約の実施

障害者権利条約の実施：初回日本審査と総括所見	長瀬 修	3
障害者権利委員会の条約解釈と新しい差別理論	川島 聡	21
コメント	崔 榮繁	41
シンポジウム要録	山崎 公士	47

特集2 障害者のアクセシビリティ

情報アクセシビリティと著作権制度	佐藤 豊	55
障がい者差別が裁判で争われた事例 ー「合理的配慮義務」規定と裁判規範性	池田 直樹	69
コメント	川内 美彦	79
シンポジウム要録	引馬 知子	87

判例研究① 大阪グループホーム訴訟（大阪地判令4・1・20）

グループホーム退去請求訴訟大阪地裁判決について	辻川 圭乃	95
マンションのグループホーム利用停止請求は障害者差別解消法に違反しないか 大阪地判 令和4年1月20日	勝山 教子	103
判例研究要録	藤岡 毅	113

判例研究② 医療器具整備要求訴訟（名古屋地判令2・8・19）

医療器具整備要求訴訟 ー医療的ケア児の教育保障をめぐる差別解消を目指す裁判ー	高森 裕司	121
判例研究要録	藤岡 毅	129

公募論文

アメリカの障害者教育法（IDEA）と差別禁止法 ー前尽性要件の射程と両者の実体的相違	尾下 悠希	137
条約体制間相互作用による国際人権基準の形成課題 ー精神科医療の強制入院と恣意的拘禁の禁止を素材としてー	藤田 大智	155
教育における合理的配慮の権利性と判断基準	村山 佳代	169

学会記事

特集 1

障害者権利条約の実施

障害者権利条約の実施：初回日本審査と総括所見

長瀬 修（立命館大学）

- I はじめに
- II 日本と障害者権利条約批准の経緯
- III 条約と審査（検討）の根拠
- IV 審査過程
- V 市民社会のプライベートブリーフィング
- VI 建設的対話
- VII 総括所見
- VIII おわりに

I はじめに

国連の障害者権利委員会は、その第 27 会期中の 2022 年 8 月 22 日と 23 日にスイスの国連ジュネーブ事務所にて日本との初めての建設的対話を実施した。その後、同会期最終日の 9 月 9 日に総括所見先行未編集版、そして 10 月 7 日付で同確定版が公表されている。この建設的対話と総括所見を受けて、非常に稀なことに日本の障害者政策に社会的な関心が高まり、メディアにより大きく報道されている。また、初めての建設的対話や総括所見に焦点を当てた集会やセミナー障害者分野で多く企画されている。本報告では、その障害者権利条約の日本の第 1 回審査と総括所見について報告する。

なお、私は日本障害フォーラム (JDF) の一員として、パラレルレポート作成とジュネーブでのブリーフィングやロビーイングに参加したことを最初にお断りする。

II 日本と障害者権利条約批准の経緯

以下、日本の障害者権利条約（以下、条約）批准の経緯を簡単に振り返る。

2006 年 12 月	条約採択
2007 年 9 月	条約署名
2009 年 9 月—2012 年 12 月	民主党政権下での障がい者制度改革推進会議による条約の国内措置推進、障害者基本法改正・障害者政策委員会設置
2013 年 6 月	障害者差別解消法成立
2014 年 1 月	条約批准

Ⅲ 条約と審査（検討）の根拠

「審査」と呼ばれているのは、条約において、締約国からの報告を「検討する」としている部分である。条約は「締約国による報告」に関する第 35 条で、まず「各締約国は、この条約に基づく義務を履行するためにとった措置及びこれらの措置によりもたらされた進歩に関する包括的な報告を、この条約が自国について効力を生じた後二年以内に国際連合事務総長を通じて委員会に提出する」と規定している。そして第 36 条で、「委員会は、各報告を検討する。委員会は、当該報告について、適当と認める提案及び一般的な性格を有する勧告を行うものとし、これらの提案及び一般的な性格を有する勧告を関係締約国に送付する。当該関係締約国は、委員会に対し、自国が選択する情報を提供することにより回答することができる。委員会は、この条約の実施に関連する追加の情報を当該関係締約国に要請することができる」としている。これらの規定に基づいて、障害者権利委員会は締約国が提出した報告の検討（審査）を行い、勧告である総括所見を作成、公表する。

Ⅳ 審査過程

総括所見においても示されているように、審査は狭い意味では、2022 年 8 月 22 日、23 日の建設的対話のみであるが、実際には、締約国による報告の提出時から開始されていると見ることができる。

以下、総括所見に至る過程を示す。なお、障害者権利委員会は委員会と略す。

2016年 6月30日	締約国	第 1 回締約国報告提出
	市民社会	事前質問事項に向けたパラレルレポート（JDF や日本弁護士連合会等 9 本）
2019年 9月23日	委員会・市民社会	障害者権利委員会事前作業部会第 12 会期：カントリーブリーフィング実施（ジュネーブ）
2019年10月29日	委員会	日本に対する事前質問事項確定版公表
	市民社会	総括所見に向けたパラレルレポート（JDF や日弁連等 9 本）提出
2021年 7月15日	締約国、JDF、日弁連	事前質問事項回答案に関する政府との意見交換
2022年 5月31日	締約国	事前質問事項への回答提出
2022年 8月22日・23日	委員会・締約国	建設的対話実施（ジュネーブ）
2022年 9月 2日	委員会	総括所見採択
2022年 9月 9日	委員会	総括所見（先行未編修版）公表、その後 10 月 7 日付で確定版公表
2023年 1月21日	締約国	総括所見仮訳公表

このように、締約国報告に始まり、事前質問事項と政府回答を含め、建設的対話と総括所見に至る長い過程がある。そこには、パラレルレポートやブリーフィングという形での障害者組織を含む市民社会からの非常に重要な情報の提供も含まれる。建設的対話は唯一、締約国と障害者権利委員会の公開の場での肉声のやり取りがある部分であり、注目を浴びる部分ではあるが、総括所見に至る過程では一部にしか過ぎないのも事実である。

V 市民社会のプライベートブリーフィング

日本の障害者組織をはじめとする市民社会の高い関心と、日本の自由と豊かさの象徴として 100 名を越す障害者権利条約史上最多の市民社会代表団がジュネーブで委員会への口頭説明を建設的対話直前の 2022 年 8 月 19 日と 22 日の 2 回、計 2 時間行った。この口頭説明をプライベートブリーフィングと呼ぶ。このブリーフィングは内密という意味のプライベートであり、審査対象の日本政府関係者は出席できない。

口頭でのブリーフィングの資格を持つのは、総括所見用のパラレルレポートを提出した市民社会組織である。ブリーフィングを行ったのは、① J D F、②日弁連、③自律生活さばーと、④女性・子ども・障害・貧困の資料室、⑤インクルーシブ教育情報室、⑥障害児を普通学校へ全国連絡会と公教育計画学会（両団体で合同）、⑦国連に障害児の権利を訴える会、⑧ TOYONAKAWAKATSUDO、⑨障害者政策委員会の 9 団体である。障害者政策委員会は独立した監視枠組みとして、ブリーフィングの機会を得た。

VI 建設的対話

18 名の障害者権利委員会委員と日本政府代表団との建設的対話が 8 月 22 日と 23 日に実施された。日本側は、34 名からなる代表団を構成し、外務省、内閣府、法務省、総務省、厚生労働省、文部科学省、国土交通省から 28 名が日本から派遣された。6 名はジュネーブ駐在の外務省職員である。団長は外務省総合外交政策局参事官である片平聡が務めた。

以下、建設的対話の経過を示す。

8 月 22 日 午後 3 時—6 時	締約国代表団冒頭発言：山崎和之（在ジュネーブ国際機関日本政府代表部特命全権大使・常駐代表）、片平聡（外務省総合外交政策局参事官）
	国別報告者（ヨナス・ラスカス障害者権利委員会副委員長）冒頭発言
	委員による第 1 クラスター（第 1 条—第 10 条）に関する質問

	休憩
	内閣府障害者政策委員会（石川准委員長）による発言
	締約国からの回答
	委員による第2クラスター（第11条―第20条）に関する質問
8月23日 午前10時― 午後1時	締約国からの回答
	委員による第3クラスター（第21条―第33条）に関する質問
	休憩
	締約国からの回答
	代表団締めくくり発言：本清耕在ジュネーブ国際機関日本政府代表部特命全権大使・次席常駐代表、片平聡
	国別報告者（キム・ミヨン）締めくくり発言

当該国の審査で中心的な役割を果たす委員を国別報告者と呼ぶ。日本の場合は、共に障害者権利委員会副委員長であるヨナス・ラスカス（リトアニア）とキム・ミヨン（韓国）が国別報告者を務めた。国別報告者をはじめとする委員からは建設的対話において、市民社会からの情報をもとに的確な質問が多数投げかけられた。政府からは現状の法律や施策に関して、ミスリーディングだったり、木で鼻をくくるような回答も一部あったものの、おおむね無難な回答が示された。

大きな課題だったのは、外務省を団長とする代表団の構成に象徴されるように、障害者基本法を所管する内閣府の存在が希薄であり、俯瞰的で総合的な障害者政策という視点が見られなかったことである。

例外的に建設的対話らしい部分だったのは、二日目23日の冒頭で団長が前日の質問とも関連して、津久井やまゆり園事件と優生思想について触れたほか、旧優生保護法について「政府として真摯に反省、心から深くお詫びする気持ちに変わりはない」という官房長官の発言を引用した部分だった。

そして、存在感を示したのは、条約の独立した監視枠組みとして日本政府によって指定されている障害者政策委員会だった。障害者権利委員会に提出した「障害者の権利に関する条約の実施状況に係る障害者政策委員会の見解」に基づいて、①法的能力の制限（第12条）、②精神医療（第14条）、③インクルーシブ教育（第24条）の3点に絞った鋭い発言を行った。

VII 総括所見

2016年6月の報告の提出によって発動した初回の日本審査は、2022年8月の二日間の建設的対話を経て、総括所見という勧告をもたらした。

総括所見の構成は、以下の通りである。

1. イントロダクション	審査の経緯
2. 肯定的側面	条約実施に関して肯定的に評価できる事項
3. 主要な懸念と勧告分野	条文毎の懸念事項と勧告
4. フォローアップ	重要事項と次回の報告

日本への総括所見（CRPD/C/JPN/CO/1、2022年10月7日）は分量も多く、詳細で充実した内容となった。起草を担当した2名の国別報告者が中心となって、締約国報告に加えて、豊富な市民社会からの情報を十分に吟味、反映した成果である。

異例なのは、肯定的側面で実に17項目が取り上げられていることである。これまでの障害者権利条約の総括所見で最多の肯定的側面の記述となった。具体的には、盲人、視覚障害者その他の印刷物の判読に障害のある者が発行された著作物を利用する機会を促進するためのマラケシュ条約という国際条約の批准が1項目、障害者差別解消法の成立（2013年）と改正（2021年）や、電話リレーサービスに関する聴覚障害者等による電話の利用の円滑化に関する法律の成立（2020年）など8項目の法的整備、障害者基本計画などの施策が8項目、それぞれ列挙されている。末尾に資料1として「障害者権利委員会による日本への総括所見概要」を添付したので、そちらも参照していただきたい。

主要な懸念事項と勧告は、懸念事項と勧告が基本的に対になっている。生命に対する権利である第10条を以下、例として取り上げる。

生命に対する権利（第10条）

23. 委員会は、以下に起因する障害者の死亡事例に関する報告について懸念する。

- (a) 緩和ケアを含む医療（治療）を開始しないこと又は継続することに関し、障害者の意思及び選好の考慮の欠如を含む、障害者の生命に対する権利の保障の欠如。
- (b) 機能障害に基づく非自発的入院事例における身体的拘束及び化学的拘束。
- (c) 委員会はまた、精神科病院における死亡に関し、統計の欠如及び独立した調査の欠如を懸念する。

24. 委員会は、障害者団体及び独立した監視の仕組みを持つ団体と協議の上、以下を締約国に勧告する。

- (a) 緩和ケアを含む治療に関し、障害者の生命に対する権利を明示的に認識し、障害者による意思及び選好の表明を含むそれぞれの保障及びそのために必要な支援を確保すること。

(b) 機能障害を理由とする障害者のいかなる形態の非自発的入院及び治療を防止し、地域社会に根ざしたサービスにおいて、障害者に対する必要な支援を確保すること。

(c) 精神科病院における死亡事例の原因及び経緯に関して徹底的かつ独立した調査を実施すること。

このように懸念事項の 23 (a) で委員会は、障害者の生きる権利の保護措置の欠如の結果として障害者が死亡した事例の報告を懸念している。そして対応する 24 (a) で、委員会は治療全般、とりわけ緩和ケアに関して障害者の生命に対する権利の明示的な認知と、そのセーフガードの確保を勧告している。

この 23(a) と 24(a) が取り上げている生きる権利の保護措置は、他の多くの勧告事項と同様に、市民社会からのパラレルレポートに起源を持つ勧告内容である。具体的には、包括的な JDF の事前質問事項用パラレルレポート (2019 年 6 月) の第 10 条 (2) 「尊厳死法制化」である。この情報をもとに、委員会は事前質問事項の第 10 条に関する質問 (9 a) において、「締約国 (注: 日本) の死の援助に関する法令が本条約に従い、かつその一般原則を尊重していることを確保するためにとられた措置」に関する情報を日本に対して求めたという経緯がある。障害者組織をはじめとする市民社会からの情報が総括所見に大きな影響を与えた一例である。

日本への総括所見において勧告の項目数は全部で 93 であり、一つの条文あたりの平均的勧告項目数は 3 である。たとえば上記の第 10 条の項目数は 3 である。勧告の項目数が平均の 3 よりも多いのは、多い順に 9 項目の目的や定義等に関する第 1 - 4 条 (総括所見では、1 条から 4 条は一体として扱われる)、6 項目の危険な状況及び人道上の緊急事態に関する 11 条、自立した生活及び地域社会への包容に関する第 19 条、教育に関する第 24 条、保健に関する第 25 条、4 項目の搾取、暴力及び虐待からの自由に関する第 16 条と労働及び第雇用に関する第 27 条である。

勧告の項目数は勧告における当該条文の重要性を必ずしも示すものではない。たとえば、国内における実施及び監視に関する第 33 条については 1 項目のみだが、国内人権機関の設立という国内政治的に超重量級の勧告である。他方で、項目数は委員会としての関心の傾向を一定程度示すものとして目安とはなる。末尾の資料 2 「障害者権利条約総括所見 (日本) 条文毎の勧告項目数」も参考にしてほしい。

委員会がフォローアップにおいて明示的に緊急の対応を求めているのは、第 19 条 (自立した生活及び地域社会への包容) に関する 42 段落、第 24 条 (教育) に

関する 52 段落である。

第 19 条に関する第 42 段落は以下の通りである。

自立した生活と地域社会への包容（第 19 条）

42. 自立した生活及び地域社会への包容に関する一般的意見第 5 号(2017 年)及び脱施設化に関する指針（2022 年）に関連して、委員会は締約国に以下を要請する。

- (a) 障害者を居住施設に入居させるための予算の割当を、他の者との平等を基礎として、障害者が地域社会で自立して生活するための整備や支援に再配分することにより、障害のある児童を含む障害者の施設入所を終わらせるために迅速な措置をとること。
- (b) 地域社会における精神保健支援とともにあらゆる期限の定めのない入院を終わらせるため、精神科病院に入院している精神障害者の全ての事例を見直し、事情を知らされた上での同意を確保し、自立した生活を促進すること。
- (c) 障害者が居住地及びどこで誰と地域社会において生活するかを選択する機会を確保し、グループホームを含む特定の生活施設で生活する義務を負わず、障害者が自分の生活について選択及び管理することを可能にすること。
- (d) 障害者の自律と完全な社会包容の権利の承認、及び都道府県がその実施を確保する義務を含め、障害者の施設から他の者との平等を基礎とした地域社会での自立した生活への効果的な移行を目的として、障害者団体と協議しつつ、期限のある基準、人的・技術的資源及び財源を伴う法的枠組み及び国家戦略に着手すること。
- (e) 独立し、利用しやすく負担しやすい費用の、いかなる集合住宅の種類にも含まれない住居、個別の支援、利用者主導の予算及び地域社会におけるサービスを利用する機会を含む、障害者の地域社会で自立して生活するための支援の整備を強化すること。
- (f) 障害者にとっての社会における障壁の評価及び障害者の社会参加及び包容のための支援の評価を含む、障害の人権モデルに基づいた、地域社会における支援及びサービス提供を確保するため、既存の評価形態を見直すこと。

この 6 項目は約 50 万人の障害者の精神科病院を含む入所施設からの脱施設化、地域移行に関するもので、具体的には①障害者の施設収容を廃止するため、予算配分を地域生活支援に振り向けること、②無期限の入院を止めるために、精神科

病院に入院している障害者の全ケースの見直し、③障害者がグループホームを含む特定の生活様式を義務付けられず、居住地を選択し、どこで誰と生活するかを選択する機会を持てるようにすること、④期限付きの目標期限を持ち、人的・技術的・財政的資源を伴う地域移行の法的枠組みと国家戦略を策定し、都道府県に実施義務を持たせること、⑤障害者が地域で自立して生活するための支援体制の強化、⑥地域社会における支援とサービスの支給決定の既存の評価スキームの改正を求めている。

教育（24 条）に関する勧告である第 52 段落は次の通りである。

52. 障害者を包容する教育（インクルーシブ教育）に対する権利に関する一般的意見第 4 号（2016 年）及び持続可能な開発目標のターゲット 4.5 及び 4(a) を想起して、委員会は以下を締約国に要請する。

- (a) 国の教育政策、法律及び行政上の取り決めの中で、分離特別教育を終わらせることを目的として、障害のある児童が障害者を包容する教育（インクルーシブ教育）を受ける権利があることを認識すること。また、特定の目標、期間及び十分な予算を伴い、全ての障害のある生徒にあらゆる教育段階において必要とされる合理的配慮及び個別の支援が提供されることを確保するために、質の高い障害者を包容する教育（インクルーシブ教育）に関する国家の行動計画を採択すること。
- (b) 全ての障害のある児童に対して通常の学校を利用する機会を確保すること。また、通常の学校が障害のある生徒に対しての通学拒否が認められないことを確保するための「非拒否」条項及び政策を策定すること、及び特別学級に関する政府の通知を撤回すること。
- (c) 全ての障害のある児童に対して、個別の教育要件を満たし、障害者を包容する教育（インクルーシブ教育）を確保するために合理的配慮を保障すること。
- (d) 通常教育の教員及び教員以外の教職員に、障害者を包容する教育（インクルーシブ教育）に関する研修を確保し、障害の人権モデルに関する意識を向上させること。
- (e) 点字、「イーजीリード」、聾^{ろう}児童のための手話教育等、通常教育環境における補助的及び代替的な意思疎通様式及び手段の利用を保障し、障害者を包容する教育（インクルーシブ教育）環境における聾^{ろう}文化を推進し、盲聾^{ろう}児童が、かかる教育を利用する機会を確保すること。
- (f) 大学入学試験及び学習過程を含め、高等教育における障害のある学生の障

壁を扱った国の包括的政策を策定すること。

教育については、分離された特別支援教育から、地域での普通学校と普通学級でのインクルーシブ教育への転換を求めるもので、①分離された特別支援教育を終えるため、障害児のインクルーシブ教育への権利を認め、インクルーシブ教育のための国家的行動計画を採択すること、②普通学校が障害児の入学を拒否できない制度を設けると共に、特別支援学級に関する文科省通知を撤回すること、③障害児への合理的配慮の確保、④インクルーシブ教育について通常教育の教員および教員以外の教育関係者に研修実施、⑤通常教育環境における補助的・代替的コミュニケーション様式・方法の使用の保証、インクルーシブ教育環境でのろう文化促進、盲ろう児のインクルーシブ教育へのアクセス、⑥高等教育における障害学生への障壁に対応する国家的な総合的政策の策定を具体的に勧告している。

委員会が緊急に対応を求めているのは、この2つの事項、すなわち①障害者の地域生活の実現と、②地域でのインクルーシブ教育への転換である。

VIII おわりに

障害者権利条約は批准前に成立した障害者差別解消法をはじめ、日本の障害者政策に大きな影響を与えている。その条約の初めての審査を受けて総括所見が公表されたことによって、日本の障害者権利条約の実施は新たな段階を迎えた。この勧告は、日本の障害者権利条約の実施のみならず、障害者の人権保障と障害者政策の進展において大きな節目である。市民社会からの充実した情報を活かして丁寧な作成され、日本の障害者政策の課題の多くを的確に指摘している総括所見を、日本の障害者の人権保護の促進にどのように活かすことができるのかが問われている。

* 参考文献

JDF, (2017) 事前質問事項用パラレルレポート

https://www.normanet.ne.jp/~jdf/data.html#page_top2 2022年10月20日アクセス。

** 本研究はJSPS 科研費「東アジアにおける障害者権利条約の実施と市民社会」18K01981の助成を受けたものである。

資料①「障害者権利委員会による日本への総括所見概要」

(CRPD/C/JPN/CO/1：2022年10月7日)

○肯定的側面

＜国際条約の批准＞

1. 盲人、視覚障害者その他の印刷物の判読に障害のある者が発行された著作物を利用する機会を促進するためのマラケシュ条約の批准（2018年）

＜法的整備＞

2. 障害者情報アクセシビリティ・コミュニケーション施策推進法（2022年）
3. 障害者差別解消法（2013年）及びその改正（2021年：公共及び民間事業者団体に障害者への合理的配慮提供の義務化）
4. 聴覚障害者の電話利用の円滑化に関する法律（2020年）
5. 旧優生保護法に基づく優生手術を受けた者に対する一時金の支給等に関する法律（2019年）
6. 高齢者、障害者等の移動等の円滑化の促進に関する法律（バリアフリー法）の2018年、2020年改正、アクセシビリティ基準の推進
7. 視覚障害者等の読書環境の整備の推進に関する法律（2019年）。
8. ユニバーサル社会の実現に向けた諸施策の総合的かつ一体的な推進に関する法律（2018年）
9. 障害者による文化芸術活動の推進に関する法律（2018年法律）
10. 障害者雇用促進法の2013年の改正により、障害者の法定雇用義務の対象を精神障害者にも拡大し、合理的配慮の確保を義務づけたこと

＜その他の施策＞

11. 裁判所における障害を理由とする差別の解消の推進に関する対応要領
12. 第4次障害者基本計画（2018年）
13. 障害者差別解消法基本方針（2016年）
14. みんなの公共サイト運用ガイドライン（2016年）
15. 改正障害者雇用促進法「障害者差別禁止指針」と「合理的配慮指針」（2015年）。
16. 条約の実施の監視を担当する機関として、障害者政策委員会の設置
17. 都道府県や市町村の障害者計画

○勧告

A. 一般原則と義務（第1－4条）

1. 国内の法律と政策の条約との調和
2. 障害認定をはじめとする医学モデルの要素を取り除くための法律と規定の見

直し

3. 侮辱的な表現と欠格条項などの法的制限の撤廃
4. 条約の正確な日本語への翻訳
5. 地域格差是正のための立法・予算措置
6. 国と地方レベルでの障害者組織の意思決定過程への参加確保
7. 優生思想と闘うために、津久井やまゆり園事件の見直し。
8. 障害者と関係するすべての専門職（司法専門家、政治家、教員を含む）能力開発プログラムの提供
9. 選択的議定書の批准と第 23 条 4 項の解釈宣言（出入国管理法に基づく親子分離）撤回

B. 特定の権利（第 5 – 30 条）

平等及び無差別（第 5 条）

10. 障害者差別解消法を見直し、複合・交差性差別や合理的配慮の否定を禁止すること
11. 民間・公的領域を含むすべての生活分野での合理的配慮の確保
12. 障害者差別被害者のための効果的なメカニズムの確立、被害者への救済の提供と、加害者への制裁

障害のある女子（第 6 条）

13. ジェンダー（男女共同参画）政策において、障害女性の平等確保と、複合・交差的差別の防止および障害者政策におけるジェンダーの視点の主流化（第 4 次障害者基本計画と第 5 次男女共同参画基本計画）
14. 障害のある女性のエンパワメント

障害のある児童（第 7 条）

15. 通常の保育の利用を含め、障害児の社会的包摂のための法律の見直し（母子保健法）
16. 障害児の意思表明権の確保（児童福祉法）
17. 障害児への体罰禁止と障害児への虐待と暴力の防止措置

意識の向上（第 8 条）

18. 障害者への否定的な固定観念や偏見、有害な慣行をなくすための国家戦略の採択。
19. メディア、一般市民、障害者の家族対象に、障害者の権利に関する啓発プログラムの開発

施設及びサービス等の利用の容易さ (第9条)

20. 行動計画およびアクセシビリティ戦略の実施（特に建物、交通、情報通信等）。
21. 専門家（建築家、デザイナー、エンジニア等）向けアクセシビリティ基準能力開発プログラムの強化。

生命に対する権利 (第10条)

22. 治療全般、とりわけ緩和ケアに関して障害者の生命に対する権利の明示的な認知と、そのセーフガードの確保。
23. 非自発的入院や治療の防止と地域サービスでの障害者への必要な支援の確保。
24. 精神科病院での死亡事例の原因や状況に関する独立した調査。

危険な状況及び人道上の緊急事態 (第11条)

25. 災害対策基本法を改正し、プライバシーと、合理的配慮の否定を含む非差別の権利の強化。
26. 避難所や仮設住宅のアクセシビリティ確保。
27. 強靱なコミュニティの構築を障害者と家族の防災・減災計画への参加によって推進。
28. 危険な状況や人道的緊急事態においてアクセシブルな情報を障害者が受け取れること。
29. 防災計画・戦略および気候変動に関する政策の障害者ニーズへの対応。
30. 新型コロナウイルス感染症への対応において障害を主流化すること。

法律の前にひとしく認められる権利 (第12条)

31. 代替的意思決定制度の廃止を視野に入れた民法改正。
32. 支援付き意思決定制度の確立。

司法手続の利用の機会 (第13条)

33. 司法手続に障害者が参加する権利を制限する法的規定の廃止
34. すべての司法手続において、手続上および年齢に応じた配慮を保証すること
35. 裁判所、司法・行政機関の物理的アクセシビリティの確保

身体的自由及び安全 (第14条)

36. 障害者の非自発的入院による自由の剥奪を認める法的規定の廃止
37. 同意のない精神科治療を正当化する法的条項を廃止し、強制的治療をなくするための監視機構設置
38. すべての障害者の自由意志に基づくインフォームド・コンセントの権利を保護するためのセーフガード確保

拷問又は残虐な、非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは刑罰からの自由（第 15 条）

- 39. 精神障害者の強制的治療を正当化する法的規定の廃止（医療観察法）
- 40. 精神医療における強制的治療の不当な治療の防止と報告のための監視機構の設置
- 41. 精神科病院での残虐な行為を通報するための利用しやすい仕組みの設置、被害者のための効果的な救済措置の確立、加害者の起訴と処罰の確保。

搾取、暴力及び虐待からの自由（第 16 条）

- 42. 障害女性に対する性的暴力と家庭内暴力に関する実態調査の実施、障害児と障害女性に対する暴力と闘うための対策強化
- 43. 障害者虐待防止法の強化と障害者に対する暴力・虐待の調査、その救済方策の確立
- 44. 暴力被害者支援サービス、支援サービスに関する情報、通報メカニズムへのアクセスを確保し、専門能力開発プログラムの司法・行政担当者に提供するための戦略策定
- 45. 「性犯罪に係る刑事法検討会」（法務省）への障害者組織代表の参加確保。

個人をそのままの状態で保護すること（第 17 条）

- 46. 「旧優生保護法（1948～1996 年）に基づく優生手術等を受けた者に対する一時金の支給等に関する法律」を改正し、請求期限を撤廃し、全被害者を救済すること。
- 47. 障害女性に対する子宮摘出含む強制不妊手術および強制中絶を明示的に禁止し、医療および外科的処置についてインフォームド・コンセントを確保すること。

移動の自由及び国籍についての権利（第 18 条）

- 48. 精神障害者、知的障害者の入国拒否を認めている出入国管理及び難民認定法改正
- 49. 入国管理局における合理的配慮の提供と情報へのアクセス（手話通訳を含む）の確保

自立した生活及び地域社会への包容（第 19 条）

- 50. 障害者の施設収容を廃止するため、予算配分を地域生活支援に振り向けること。
- 51. 無期限の入院を止めるために、精神科病院に入院している障害者の全ケースの見直し
- 52. 障害者がグループホームを含む特定の生活様式を義務付けられず、居住地を

選択し、どこで誰と生活するかを選択する機会を持てるようにすること

53. 期限付きの目標期限を持ち、人的・技術的・財政的資源を伴う地域移行の法的枠組みと国家戦略を策定し、都道府県に実施義務を持たせること

54. 障害者が地域で自立して生活するための支援体制の強化

55. 地域社会における支援とサービスの支給決定の既存の評価スキームの改定

個人の移動を容易にすること (第 20 条)

56. 障害者総合支援法の制限を撤廃し、全地域における障害者の自由な個人的移動の確保

57. 必要な移動支援機器・技術が安価であることを保証するための努力を強化すること。

表現及び意見の自由並びに情報の利用の機会 (第 21 条)

58. 法的拘束力のある情報通信基準の策定による情報アクセシビリティの確保

59. アクセシブルなコミュニケーション様式の開発、促進、利用のための十分な予算配分

60. 日本手話の公用語としての認定と手話通訳者の研修

プライバシーの尊重 (第 22 条)

61. 障害者のためのデータ保護に関する法律の強化（マイナンバー法と個人情報保護法）

家庭及び家族の尊重 (第 23 条)

62. 精神障害を離婚の条件とする民法第 770 条第 1 項第 4 号の削除

63. 障害児の家族生活への権利を認め、その権利のために適切な支援を提供すること

教育 (第 24 条)

64. 分離された特別支援教育を終えるため、障害児のインクルーシブ教育への権利を認め、インクルーシブ教育のための国家的行動計画を採択すること

65. 普通学校が障害児の入学を拒否できない制度を設けると共に、特別支援学級に関する文科省通知を撤回すること

66. 障害児への合理的配慮の確保

67. インクルーシブ教育について通常教育の教員および教員以外の教育関係者に研修実施

68. 通常教育環境における補助的・代替的コミュニケーション様式・方法の使用の保証、インクルーシブ教育環境でのろう文化促進、盲ろう児のインクルーシブ教育へのアクセス

69. 高等教育における障害学生への障壁に対応する国家的な総合的政策の策定
健康（第 25 条）

- 70. すべての障害者のために質の高い、ジェンダーに配慮した医療サービスを確保すること
- 71. 保健サービスに関して、障害者にアクセシブルな様式で情報提供を保証すること
- 72. 医療従事者の養成・研修に障害の人権モデルを組み入れること
- 73. 強制のない地域ベースの精神保健支援を開発し、精神保健医療を一般医療から分離する制度を解体するために必要な立法措置および政策措置を採用すること。
- 74. 年齢に応じた性と生殖に関する保健サービスおよび総合的なセクシュアリティ教育
- 75. 本人の負担能力に応じた医療費助成の仕組みの確立と、すべての障害者への拡大

ハビリテーション（適応のための技術の習得）及びリハビリテーション（第 26 条）

- 76. 包括的で分野横断的なリハビリテーションサービスの全地域での確保
- 77. リハビリテーション計画の拡大とすべての障害者が利用できるようにすること

労働及び雇用（第 27 条）

- 78. シェルタードワークショップと雇用関連福祉サービスから通常労働市場への移行推進
- 79. 職場の物理的環境のアクセシビリティ確保と雇用者への個別支援と合理的配慮の研修
- 80. 障害者雇用率制度の強化と監視機構の確立（障害者雇用促進法）
- 81. 職場でのパーソナルアシスタンスの利用を制限する法的規定の撤廃（重度訪問介護）

相当な生活水準及び社会的保障（第 28 条）

- 82. 適切な生活水準を保証し、障害関連追加費用を賄うため社会的保障の制度の強化
- 83. 障害者団体と協議の上、障害年金の額に関する規定を見直すこと。
- 84. 民間・公共住宅対象の法的拘束力のあるアクセシビリティ基準の確立と実施保証

政治的及び公的活動への参加 (第 29 条)

85. 公職選挙法を改正し、投票手続き、施設、資料のアクセシビリティを確保すること

86. 障害女性を含む障害者の政治、行政への参加の確保 (重度訪問介護)

文化的な生活、レクリエーション、余暇及びスポーツへの参加 (第 30 条)

87. 観光地や娯楽施設でのアクセシビリティ確保に向けた取り組みの強化

88. テレビ番組や文化活動のアクセシビリティの確保とマラケシュ条約実施の措置強化

89. 障害者のスポーツ活動へのアクセス確保

C. 特定の義務 (第 31 ～ 33 条)

統計及び資料の収集 (第 31 条)

90. 諸要素によって細分化した障害者に関する資料収集システムとデータベースの整備

国際協力 (第 32 条)

91. SDGs の実施と監視における障害者の権利の主流化

92. 「アジア太平洋障害者の十年」と「仁川戦略」の実施に向けた協力の強化

国内における実施及び監視 (第 33 条)

93. 国内人権機関の設立と、同機関の枠組みにおける障害者政策委員会の強化

○フォローアップ

緊急に対応措置を求めるのは、自立した生活と地域社会への包容 (第 19 条) とインクルーシブ教育 (第 24 条) に関する勧告である。

次回の定期報告について委員会は、締約国に対し、2028 年 2 月 20 日までに第 2、第 3 および第 4 の定期報告を合わせて提出し、そこに本総括所見でなされた勧告の実施に関する情報を含めるよう要請する。委員会はまた、締約国に対し、委員会の簡略化された報告手続きの下で上記の報告を提出することを検討するよう要請する。この手続きでは、締約国の報告期限の少なくとも 1 年前に委員会が事前質問事項を作成する。これに対する締約国の回答は、その報告となる。

資料２「障害者権利条約総括所見（日本）条文毎の勧告項目数」

（総括所見のスタイルに従って、１条から４条までは１条文として計算）

条文	勧告数	条文	勧告数	条文	勧告数
１－４	９	１４	３	２４	６
５	３	１５	３	２５	６
６	２	１６	４	２６	２
７	３	１７	２	２７	４
８	２	１８	２	２８	３
９	２	１９	６	２９	２
１０	３	２０	２	３０	３
１１	６	２１	３	３１	１
１２	２	２２	１	３２	２
１３	３	２３	２	３３	１

障害者権利委員会の条約解釈と新しい差別理論

川島 聡（放送大学）

- I はじめに
- II 新しい差別理論
- III 5 件の通報事例
- IV むすびに

I はじめに

日本が障害者権利条約（以下、条約）の義務を誠実に遵守するためには、国連の障害者権利委員会（以下、委員会）が条約をどのように解釈しているか、を適切に把握することが必須となる。委員会は、総括所見、一般的意見、見解等で自身の条約解釈を展開する。報告制度の下で、委員会が特定国を対象に採択するのが総括所見で、すべての締約国を対象に採択するのが一般的意見である。個人通報制度の下で、委員会が特定個人と特定締約国を対象に採択するのが見解である。総括所見、一般的意見、見解のいずれも、法的拘束力を形式的には欠いている。だが、委員会が条約によって報告制度・個人通報制度の運用権限を委ねられた機関である以上、これらの制度の下でなされる委員会の条約解釈には「相応の権威」が認められるべきであろう¹。

委員会の条約解釈に関して特に重要な論点の1つとなるのが、条約の禁止する障害差別の解釈である。なぜなら、世界各国において障害者が非障害者と比べて不利益に取り扱われてきたという問題状況を踏まえ、条約は「他の者との平等を基礎として」というフレーズを30カ所以上で用いるとともに、差別禁止を条約全体の重要な原則の1つに据えて（3条）、市民的、政治的、経済的、社会的、文化的その他の分野であらゆる障害差別を禁止しているからである（5条2）。このように条約の中軸をなす差別禁止義務が日本国内で効果的に履行されるためには、「相応の権威」をもつ委員会の条約解釈（とりわけ条約の禁止する差別の解釈）を適切に理解しておく必要がある。

委員会の一般的意見6号は、条約5条2の下で禁止される「あらゆる差別」には「あらゆる形態の差別が含まれる」と記す。そして一般的意見6号は、直接差別、間接差別、合理的配慮の否定（denial of reasonable accommodation）、ハラスメント（harassment）という形態の差別に言及し、これらの「4つの形態の差別は、

個別に発生することあれば、同時に発生することもある」と記す（なお、本稿では“denial”の訳語として公定訳文の「否定」を用いる）²。ただし、条約2条は、「あらゆる形態の差別」の例として、合理的配慮の否定のみを明示的に取り上げており³、それ以外の形態の差別に言及しているわけではない。

委員会は、2022年9月2日に採択した日本への総括所見で、日本では合理的配慮の否定がすべての生活領域において障害差別の一形態として承認されていないことを懸念している⁴。もっとも、日本への総括所見や一般的意見等を見ても、そもそも合理的配慮の否定を差別と定義する条約2条を裏付ける説得力のある理論的根拠は必ずしも明らかにされていない。また、直接差別と間接差別と合理的配慮の否定とはどのような関係にあるのか、という問いに対する説得力のある答えも明らかではない。これらの問いに整合的に答えられうる、差別概念の全体構造に関する体系的な説明を欠いている現況の下では、委員会の求める差別の効果的な禁止は、どの締約国にとっても困難な課題となろう。

以上のような問題意識に照らし、本稿は、委員会の個人通報事例（見解）に見られる多様な差別の概念の全体構造を体系的に解明することを目的とする。本稿が見解に着目するのは、それが特に「高い権威」をもつとされるためでもあるが⁵、様々な事件の中にこそ各差別概念の特徴や各差別概念間の関係が具体的に見えてくるからである。また、たとえ日本が個人通報制度（条約の選択議定書）に加わっていても、委員会の解釈は報告制度と個人通報制度との相互作用の中で発展し結晶化するものである⁶、日本への総括所見や一般的意見に見られる差別概念の特質を適切に捉えるためにも見解の検討が不可欠となる。

ただし、本稿は、筆者の様々な制約により、関連のあるすべての個人通報事例を包括的に検討するわけではない。また、本稿は、考察対象を直接差別、間接差別、合理的配慮の否定に限定し、交差差別（複合差別）やハラスメントなどを取り上げていない⁷。

II 新しい差別理論

既に多くの差別理論が世に出ているが、委員会の条約解釈（見解）に見られる多様な形態の差別を適切に説明するために、本稿では筆者の提出した新しい差別理論（私見）⁸を用いる。この新しい差別理論は、委員会が個人通報事例において扱った様々な形態の差別の全体構造の体系的説明を可能にさせる。

新しい差別理論は、「事柄の本質部分に関して等しい者を等しく扱わない」ことが差別である、と比較的オーソドックスに理解する。すなわち、事柄の性質を事

柄の本質部分と事柄の非本質部分とに区別した上で、障害者と非障害者とが事柄の本質部分に関して等しい場合に、障害者を非障害者と異なって（不利に）扱うことが差別である。ただ、より精確に言えば、新しい差別理論は差別を以下のよう

差別とは、

事柄の非本質部分への考慮又は非考慮により、

事柄の本質部分に関して等しい者を等しく扱わないこと

を意味する。

ここでの差別の定義は、事柄の非本質部分を考慮に入れたか否かを加味したものである。すなわち、「事柄の本質部分に関して等しい者を等しく扱わない」という差別を招く要因は、事柄の非本質部分に着目すると次の3つの場合に限られる。

(1) 事柄の非本質部分を考慮に入れる場合（考慮による差別）、(2) 事柄の非本質部分を考慮に入れない場合（非考慮による差別）、(3) 事柄の非本質部分を考慮に入れると同時に考慮に入れない場合（考慮・非考慮による差別）、の3つである。

要するに、新しい差別理論は、「事柄の本質部分に関して等しい者を等しく扱わない」ことが差別であることを共通の土台とした上で、(1) 考慮による差別、(2) 非考慮による差別、(3) 考慮・非考慮による差別、という3つの類型からなる⁹。これらの3類型を差別の型（モデル）として表現すれば、(1) 差別の考慮モデル、(2) 差別の非考慮モデル、(3) 差別の考慮・非考慮モデル、となる。

結論から言うと、この3類型（3モデル）は、たしかに委員会が明示的・自覚的に用いるものではないが¹⁰、委員会が個人通報事例で言及した様々な形態の差別の全体構造を説明する際に妥当性をもつ。以下が3類型の概要である。

(1) 考慮による差別とは、国家等が「他事」（障害があること、障害者であること）を不適切に考慮に入れることにより、「事柄の本質部分に関して等しい者を等しく扱わない」ことを意味する（差別の考慮モデル）。考慮による差別は直接差別として認定されている（Z対タンザニア事件見解¹¹）。ここでいう「他事」は事柄の非本質部分である。

(2) 非考慮による差別とは、国家等が「要考慮事項」（障害があること、障害者であること）を適切に考慮に入れることを不合理に（たとえば過重な負担がないにもかかわらず）怠ることにより、「事柄の本質部分に関して等しい者を等しく扱わない」ことを意味する（差別の非考慮モデル）。ここでいう「要考慮事項」は、

考慮による差別という「他事」と同じく、事柄の非本質部分である。

非考慮による差別は、委員会の個人通報事例を見ると、次の3つに区別される。すなわち、委員会が、(2-1) 合理的配慮の否定に着目した場合（ユンゲリン対スウェーデン事件見解¹²⁾）、(2-2) 表面上中立的な規定、基準又は慣行等（以下、表面上中立的規定等）のもつ差別的効果（間接差別）に着目した場合（ドミナとベントスン対デンマーク事件見解¹³⁾）、(2-3) 合理的配慮の否定と間接差別の両方に着目した場合（HM 対スウェーデン事件見解¹⁴⁾）、である。

(3) 考慮・非考慮による差別とは、考慮による差別と非考慮による差別という2つの要素が混在している差別を意味する（差別の考慮・非考慮モデル）。このような差別を認めた例として、「直接差別と考えられようが合理的配慮の否定と考えられようが」という表現を用いた VFC 対スペイン事件見解¹⁵⁾が挙げられる。

これらの3種類の差別（考慮による差別、非考慮による差別、考慮・非考慮による差別）のいずれにも共通する点は、繰り返しになるが、「事柄の本質部分に関して等しい者を等しく扱わない」ことを差別と観念しているところにある。そして差別の有無を判断する際には、事柄の本質部分と事柄の非本質部分を特定することが決定的に重要となる。この点、障害者が障害に基づき比較対象者（「事柄の本質部分に関して等しい非障害者」）と比べて不利に扱われるのであれば障害差別が生ずるが、この障害差別が生じている場合には障害は事柄の非本質部分に据えられることになる。

以上のように委員会の採用する差別概念を理解する新しい差別理論（私見）の意義として、少なくとも次の4つが挙げられる¹⁶⁾。第1に、新しい差別理論は、事柄の性質を事柄の非本質部分と事柄の本質部分とに区別することにより、委員会が扱った各事案にとって固有の事柄の性質に具体的に沿った差別の説明と理解をしやすくさせる。

第2に、新しい差別理論は、「事柄の本質部分に関して等しい者を等しく扱わない」ことが差別であるという共通項をあらゆる差別の土台に据えているため、なぜ委員会が直接差別や間接差別や合理的配慮の否定をすべて差別に含めているかを説明できる。

第3に、「事柄の本質部分に関して等しい者を等しく扱わない」という差別が生ずる事案では、障害が2度にわたって考慮に入れられないことがある。このようなく二重の非考慮は、委員会の見解（HM 事件）における間接差別と合理的配慮の否定との同時発生現象を説明しうる。また、間接差別と合理的配慮の否定のどちらも差別の非考慮モデルに位置づけられること自体が、従来しばしば指摘さ

れてきた間接差別と合理的配慮の否定との類似性を説明できる。

第4に、「事柄の本質部分に関して等しい者を等しく扱わない」という差別が生ずる事案では、障害が考慮に入れられると同時に考慮に入れられないこともある。このように差別の考慮・非考慮モデルにおいて見られる＜考慮と非考慮との混在＞は、委員会の見解（VFC 事件）における直接差別と合理的配慮の否定との同時発生現象を説明しうる。

本節の最後に改めて整理して言うと、委員会が見解の中で用いる差別の概念は、「事柄の本質部分に関して等しい者を等しく扱わない」ことを意味し、

- (1) 考慮による差別：直接差別
- (2) 非考慮による差別：(2-1) 合理的配慮の否定、(2-2) 間接差別、
(2-3) 間接差別と合理的配慮の否定（の同時発生）
- (3) 考慮・非考慮による差別：直接差別と合理的配慮の否定（の同時発生）

の3つに分けられる。次節では、これらに該当する個人通報事例を検討する。

Ⅲ 5件の通報事例

1 考慮による差別の事例（Z 事件）

差別の考慮モデルでは、「事柄の非本質部分を考慮に入れる」ことにより「事柄の本質部分に関して等しい者を等しく扱わない」ことが差別となる。この差別が考慮による差別である。事柄の非本質部分及び本質部分の例として、障害（障害があること、障害者であること）が事柄の非本質部分に該当し、かつ、適性が事柄の本質部分にあたる場合がある。この場合に、「障害を考慮に入れる」ことにより「適性に関して等しい障害者を等しく扱わない」のであれば、考慮による差別が生ずる。差別事由及び比較対象者に着目して表現すれば、この考慮による差別は、障害を直接の理由として、障害者を比較対象者（適性に関して等しい非障害者）と異なって（不利益に）扱うことを意味する。このため、考慮による差別は直接差別を意味する。

考慮による差別が生じた事例として、Z 対タンザニア事件が挙げられる。この事件の通報者は、1983年3月3日生まれのアルビノのシングルマザーであった。2008年10月17日、通報者は2歳の息子と一緒に寝ている間に数人の男性に襲撃され、片方の腕を鉋で切り落とされ、もう片方に傷を負った。男性は通報者の片方の腕をもって逃走した。通報者のもう一方の腕は、後に病院で切断された。

通報者は当時妊娠していたが、襲撃が原因で流産した。

2011 年のある日、襲撃者らは逮捕、訴追された。通報者は襲撃者の 1 人をよく知っている、と主張した。しかし裁判所は、通報者は視覚障害ゆえに襲撃者を正しく特定できないと判断し、通報者の証言をほとんど重視しなかった。また、通報者の父親は証言を許されたが、酒気を帯びていて弁護士も付かなかった。しかも父親の証言は通報者の証言と矛盾した。よって、襲撃者は証拠不十分で無罪となった。事件後、通報者はハラスメント、差別、偏見に直面し続けた。通報者は両腕がないので入浴や食事を一人でできず、あらゆる面で制限を抱えた。

通報者は、タンザニアでは効果的な国内救済策を利用できず、障害差別を受けたとして委員会に通報した。委員会は条約 5 条 1 と 5 条 3 に言及し、S.C. 対ブラジル事件を参照して、合理的配慮と差別的効果について一般論を述べた。それから委員会は通報者の主張を認め、以下の 5 点に言及して直接差別を認定した。①通報者は、アルビノの人びとのみ (exclusively) に影響を与える慣行による暴力犯罪の犠牲者である。2008 年 10 月 17 日に通報者は睡眠中に 3 人の男性に襲われて片方の腕を切り落とされ、もう片方を傷つけられて、彼女の腕は奪れた。②それ以来、通報者の司法へのアクセスは大幅に制限された。2 人の被告人の起訴が取り下げられ、3 人目が無罪となって以降、当局は調査措置を何ら講じていないようである (加害者は通報者襲撃から 11 年以上経った後も無罪のままである)。③タンザニアの救済措置は過度に長期間に及び、しかも効果がなかった。一部の当局が事案に対処した又は対処中であるという単なる事実を理由として、タンザニアは条約上の責任を回避することはできない。④タンザニア当局は、通報者が両腕を失って以降、自立生活を可能にさせる支援を提供しなかった。タンザニアは、一般的に言って、アルビノの人びとに対するこの形態の暴力を防止し、当該暴力からアルビノの人びとを保護するための適切かつ効果的な措置を講じていない。⑤通報者は、アルビノの人びとのみ (exclusively) を対象とした暴力の犠牲者であった。締約国はそのような暴力行為の防止・処罰を怠った。その結果、通報者その他のアルビノの人びとは脆弱な状況に置かれ、他の者と平等に社会で生活できなくなった。したがって、通報者は障害に基づく直接差別 (direct discrimination) を受けたのであり、タンザニアは条約 5 条に違反する。

以上が Z 事件での委員会の見解である。委員会が直接差別を認定するにあたり、「アルビノの人びとのみに影響を与える慣行による暴力犯罪の犠牲者」や「アルビノの人びとのみを対象とした暴力の犠牲者」という表現を用いたことに留意すべきであろう。なぜならば、委員会がいわゆる排他性 (「アルビノの人びとのみ」)

に着目しているからである。すなわち、委員会が直接差別を認定したのは、通報者がアルビノという特徴を直接理由として暴力行為（当該特徴のみを考慮に入れた不利益な取扱い）を受けたからだと言える。タンザニアは、アルビノを直接の理由とする暴力行為を防止・処罰し、アルビノの人を暴力行為から保護する義務を遵守しなかった。よって、タンザニアは条約5条に違反したのである。

2 非考慮による差別の事例

差別の非考慮モデルでは、「事柄の非本質部分を考慮に入れない」ことにより、「事柄の本質部分に関して等しい者を等しく扱わない」ことが差別となる。この差別を非考慮による差別という。そして、障害（障害があること、障害者であること）が事柄の非本質部分に該当し、かつ、たとえば適性が事柄の本質部分にあたる場合に、「障害を考慮に入れない」ことにより「適性に関して等しい障害者を等しく扱わない」のであれば、非考慮による差別が生ずる。

非考慮による差別が生ずるのは、次の2つの場合である。第1は、事柄の非本質部分（障害）を適切に考慮に入れていない表面上中立的規定等（障害を直接の理由とする区別を表面上設けたものではなく、障害者と非障害者とを表面上は同一に扱うような規定、基準又は慣行等）が、「事柄の本質部分に関して等しい者を等しく扱わない」という差別（的効果）を障害者にもたらす場合である（間接差別）。第2は、「事柄の本質部分に関して等しい者を等しく扱わない」という差別を招かないように事柄の非本質部分（障害）を適切に考慮に入れる、という適切な変更を不合理に怠る場合である（合理的配慮の否定）。

このように間接差別（表面上中立的規定等の差別的効果）と合理的配慮の否定は、どちらも障害（者の状況やニーズ）を考慮に入れないことによって生ずる差別（非考慮による差別）であるため、類似性を持つことになる。そして、非考慮による差別は、当事者の主張と事案の性格によって、(2-1) 合理的配慮の否定のみが着目される場合（ユンゲリン対スウェーデン事件見解）、(2-2) 間接差別のみが着目される場合（ドミナとベントスン対デンマーク事件見解）、(2-3) 合理的配慮の否定と間接差別の両方が着目される場合（HM 事件見解）、という3つに区別される。

委員会がユンゲリン事件で合理的配慮の否定のみに着目したのは、とりわけ本件で争点となったのがスウェーデンの労働裁判所での過重な負担の解釈であったからである（なお、本件で委員会は差別を認定していない）。ドミナとベントスン事件では、委員会は、選択肢が複数ありうる合理的配慮の内容を特定することを避けた（特定しえなかったか、特定の必要がなかった）ので、表面上中立的な規

定のもつ差別的効果（間接差別）のみを認定したように思われる。HM 事件では、表面上中立的な規定のもつ差別的効果（間接差別）と合理的配慮の否定とが問題となっており、両者を容易に特定できる事案であったこともあり、委員会は両者（＜二重の非考慮＞）に着目したように思われる。この HM 事件では、障害（者の状況やニーズ）を適切に考慮に入れたわけではない表面上中立的規定等と、障害（者の状況やニーズ）を適切に考慮に入れることを不合理に怠った合理的配慮の否定とが同時に問題となっている¹⁷。

以下、これらの3事例を検討する。

（1）合理的配慮の否定に着目した事例（ユンゲリン事件）

通報者であるマリー＝ルイス・ユンゲリンは重度の視覚障害者であった。通報者はスウェーデンの社会保険庁の求人に応募した。通報者は職務の資格要件を満たしていた。しかし、通報者は社会保険庁の内部コンピュータシステムが視覚障害者に対応できていないことを理由として不採用となった。そのため、通報者は、社会保険庁が通報者に合理的配慮を提供せず自身を差別したとして、障害オンブズマン（平等オンブズマン）を通じて労働裁判所に訴えを提起した。けれども、労働裁判所は、本件で通報者が求めた配慮は合理的なものではないとして通報者の申立を棄却した。この労働裁判所の判決については上訴することができなかったため、通報者はスウェーデンが条約5条（平等・無差別）と27条（労働・雇用）に違反したとして委員会に通報した。

本件で、通報者は1999年法が自身に適用されて不利益を被ったと主張した。そのため、委員会はスウェーデンの労働裁判所が1999年法を通報者に適用して下した2010年決定に関心を示した。そして、委員会は2010年決定が条約5条（平等・無差別）と27条（労働・雇用）の下で通報者の権利の侵害にあたるか否かを問題にした。結論として、委員会は条約27条(a)(e)(g)(i)、2条（合理的配慮の定義）、5条1・2を参照し、以下の5点に言及して条約違反を認定しなかった。

①締約国は、合理的配慮の措置に関する「合理性と均衡性」の評価に際して「一定の評価の余地」を有する。②また、特定の事案における事実と証拠の評価は、「明白に恣意的であるか又は正義の拒否（denial of justice）にあたる」場合を除き、一般に締約国の裁判所によってなされる。③この点、本件では、スウェーデンの労働裁判所は、オンブズマンの勧告した支援調整措置が「過度の負担（undue burden）」を社会保険庁に課すとの結論に至るまでに、通報者及び社会保険庁の主張した「すべての要素」を「徹底的かつ客観的に」検討していた。④また、本

件では明白な恣意性と正義の拒否はなかった。⑤これらの事情に照らすと、労働裁判所の決定はその決定の時点で「客観的かつ合理的な考慮」に基づいていなかった、と結論づけることはできない。よって、スウェーデンは条約5条と27条に違反していない。

以上でまとめたとおり、ユンゲリン事件において委員会は条約違反を認定しなかった。本件で問題となったのは、社会保険庁の内部コンピュータシステムが視覚障害者に対応できていないということであった。通報者は、職務の資格要件（事柄の本質部分）を満たしていたので等しく取り扱われるべきであったが、内部コンピュータシステムを利用できないこと（事柄の非本質部分）を理由に等しく扱われなかった。このシステムは、障害者を排除する意図をもって構築されたものではなく、障害者のニーズを満たさない表面上中立的な制度であり、障害者への差別的効果（間接差別）を生じさせる疑いがある。ところが、委員会は、本件が間接差別にあたるか否かという論点には踏み込まず、通報者の主張に沿って、スウェーデンの労働裁判所による合理的配慮の判断の是非を取り上げた。そして委員会は、労働裁判所は合理的配慮の文脈で「過度の負担」の有無を判断する際に「すべての要素」を「徹底的かつ客観的に」検討しなければならない、という枠組みを委員会として初めて提示した上で、条約5条と27条の違反はない、という結論に至った。

（2）間接差別に着目した事例（ドミナとベントスン事件）

本件の通報者らは、ウクライナ国民のイオリイア・ドミナとデンマーク国民のマックス・ベントスンである。ベントスは2009年に自動車事故で障害者となった。ドミナは外国人法に基づく農業研修生として2011年11月21日から2013年7月2日までデンマークで滞在許可を取得し、ベントスと結婚した（2013年4月13日）。のちに二人は子どもを授かるが（2015年）、その前に通報者らはデンマークにおいて家族の再統合（family reunification）とドミナの居住許可を求める申請を行った（2013年5月30日）。

ところが、ベントスンが当該申請の3年以内に社会給付を受けていたことを理由に、当該申請は入国管理局（当局）によって拒否された（2013年8月29日）。当局が依拠したデンマーク外国人法9条5項は、申請前3年以内に社会給付を受け取った場合、家族の再統合に基づく居住を許可することができない、と定めていた。ベントスは裁判所に救済を求めたが、最終的に最高裁は、社会給付を受けたベントスは、同じく社会給付を受けた非障害者と比べて差別を受けていな

い、と判断した。そのため、通報者らは委員会に通報した。通報者らは、家族の再統合（とドミナの居住許可）に係る申請の拒否は条約5条、23条（家庭及び家族の尊重）に違反すると主張したのである。

委員会は、障害差別の定義（条約2条）やHM事件見解（後述）を参照し、差別的効果とスリメノス法理の後半部分¹⁸とに言及した。さらに、委員会は自身の一般的意見6号も参照した。そして委員会は、「障害に基づく間接差別は、法令、政策又は慣行が表面的価値では中立に見えるが、ある障害者に不均衡な否定的影響を有することを意味する」とした。また、委員会は、自由権規約委員会の見解を一例に挙げて、「ある規則又は決定の持つ不利益効果が、特定の人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的その他の意見、国民的・社会的出身、財政的地位、出生その他の地位の人びとに対して排他的又は不均衡に影響を及ぼす」場合に間接差別が生ずるとした。さらに、委員会は条約5条1及び2が無差別に関する一般的義務（general obligations）を締約国に課しているとした。

その上で、委員会は以下の7点に言及して間接差別を認定した。①ベントスンは、家族の再統合と居住許可の申請時から遡り、過去3年間社会給付を受けた。ベントスンは、このことを理由に外国人法9条5項の要件を満たさなかった。よって、当該申請は拒否された。②ベントスンは、障害を理由として、2009年5月14日から積極的社会政策法（Act on an Active Social Policy）に基づき給付を受けた。そして、ベントスンは2015年10月中旬に賃金補助プログラムの下で雇用されるまで給付を受け続けた。③デンマークの最高裁判所と移民控訴委員会は、ベントスンが賃金補助プログラムの下で職を得る可能性があるとした。そのため、移民控訴委員会はベントスンが外国人法9条5項の自助要件を満たす合理的な見通しがあると結論付けた。そして移民控訴委員会は、そうである以上は、ベントスンに障害があるという理由だけで外国人法9条5項の要件を彼に免除することは正当化されない、とした。そして、移民控訴委員会は家族の再統合に係る申請を拒否した。④もっとも、ベントスンは、家族の再統合（これは通報者らとその息子にとって優先事項をなす）の申請時点では障害に基づき社会給付を受けていたため、実際には賃金補助プログラムを受ける資格を持たず、雇用される立場にはなかった。そのため、ベントスンは外国人法9条5項の申請要件を満たすことができなかった。⑤ベントスンは、賃金補助プログラムの下で雇用の資格を得ることができるか否かが2015年3月まで確定せず、2015年10月（これは、ベントスンが積極的社会政策法の下で初めて社会給付を受け始めてから6年後である。またこれは、家族の再統合の申請から2年半後である）まで雇用されなかった。⑥

しかも、ベントスは、2015年10月に賃金補助プログラムの資格を取得した後に、外国人法9条5項の下で家族の再統合の資格を得るまでには、さらに3年間の追加的な待機期間を満たす必要があった。⑦以上のことより、本件では、外国人法9条5項に基づく自助要件が、障害者であるベントスに不均衡な影響を及ぼしたため、ベントスは間接的な差別的取扱いを受けた。つまり、国内当局は、ベントス（障害者）を間接的に差別する基準に基づいて家族の再統合に係る申請を拒否した。この拒否という事実は、5条1及び2単独の下で、また23条（1）と併せ読んで、他の者との平等を基礎とした家族生活を送る権利の享有及び行使を損なう又は無効にする効果をもった。

以上が委員会の見解の概要である。この見解が直接差別を認定せず間接差別を認定した理由は、外国人法9条5項の下での申請の拒否が障害自体を理由としたものではなく、社会給付ないし自助要件を理由としたものであるからだと言える。社会給付や自助要件は障害者に関して表面上中立的なものであるが、障害者（ベントス）が等しく家族生活を送る権利を制約するという差別的効果（間接差別）を生じさせる。

実のところ、そうした差別的効果を解消する手段が合理的配慮である。ここでいう合理的配慮とは、ベントスの「特有な状況」（障害ゆえに社会給付が必要であり自助要件が充足できないという状況）を考慮に入れた措置をいう¹⁹。当該措置（合理的配慮）が講じられれば、家族生活を送る権利の平等な享受を妨げるといふ差別的効果（間接差別）は発生しない。

当該措置（合理的配慮）の具体的内容にはさまざまなものが考えられよう（たとえば、ベントスに対してのみ自助要件を免除するとか、ベントスの自助要件充足を可能にさせる措置を講じるなど）が、委員会は何らかの合理的配慮を特定するのではなく、むしろ間接差別のみを問題とし、間接差別の解消をデンマークに勧告している。本件で、委員会は社会給付又は自助要件という表面上中立的な事柄が差別的効果（間接差別）を生じさせたと認定すれば十分であり、間接差別を生じさせないための手段（合理的配慮の具体的内容）をわざわざ特定する必要はなかったとも言えよう。

（3）合理的配慮の否定と間接差別の両方に着目した事例（HM 事件）

本件の通報者（H.M.）はエーラス・ダンロス症候群を発症した。その症状の進行を抑えるための唯一のリハビリテーション手段は、水治療法のための室内用プールを自宅に設置することであった。通報者はその設置を試みた。ところが、スウェー

デン当局は計画建築法に基づきプールの設置許可申請を却下した。通報者の主張は行政最高裁判所においても認められなかった。そのため通報者は委員会に通報した。

委員会は、「障害に基づく差別」の定義（条約2条）を参照したうえで、「中立的な仕方でも適用される法律は、それが適用される諸個人の特有な状況が考慮に入れられない場合には、差別的効果（discriminatory effect）をもつことがあ」り²⁰、「この条約の下で保障される権利の享受に関して差別されない権利は、国家が著しく異なった状況にある人びとを客観的かつ合理的な正当化なしに異なって扱わないときに侵害されうる」（スリメノス法理の後半部分²¹）、と説示した。また、委員会は「障害に基づく差別には、あらゆる形態の差別（合理的配慮の否定を含む。）を含む」という定義と合理的配慮の定義とを定める条約2条を参照したうえで、以下の4点のとおり判断した。

①自宅での水治療法用のプールへのアクセスは通報者には不可欠なものであり、自身の健康のニーズを満たすための「唯一の効果的な手段（only effective means）」である。②水治療法用のプールの設置を許可するためには、地区計画に例外を設ける（departure from the development plan）という「適当な変更及び調整」が必要となる。③この点、スウェーデンは地区計画に例外を設けることが「均衡を失した又は過度の負担」をもたらすことを示していない。実際、計画建築法は地区計画に例外を設けることを許容しており、よって合理的配慮を許容している。④にもかかわらず、本件でスウェーデン当局はプールの建築許可申請を拒否した際に通報者の特別な事情と障害関連ニーズとに向き合わなかった。それゆえ、水治療法用のプールの建設に必要な地区計画の例外設定を通報者に認めなかったスウェーデン当局の決定は、「通報者が自身の障害者としての特別な健康状態のために必要とするヘルスケアとリハビリテーションにアクセスすることに対して、有害な影響（adversely affect）を与える差別的効果（discriminatory effect）をもたらした」。よって、スウェーデンは条約3条（b）（d）（e）及び4条1（d）と併せ読んで（またそれらとは別に単独で）、5条1、5条3、25条、26条を侵害した。

以上が委員会の見解の概要である。本件で、委員会は、合理的配慮の枠組みを用いて、地区計画の例外設定が「均衡を失した又は過度の負担」をスウェーデンに課すか否か、を判断した。と同時に、委員会は、地区計画という表面上中立的な基準に例外を認めないことが「有害な影響を与える差別的効果」をもった、と説示した。この意味において間接差別をも問題とした委員会は、「中立的な仕方でも適用される法律は、それが適用される諸個人の特有な状況が考慮に入れられない場合には、差別的効果（discriminatory effect）をもつことがあ」り²⁰、「この条約の下で保障される権利の享受に関して差別されない権利は、国家が著しく異なった状況にある人びとを客観的かつ合理的な正当化なしに異なって扱わないときに侵害されうる」（スリメノス法理の後半部分²¹）、と説示した。

適用される法律は、それが適用される諸個人の特有な状況が考慮に入れられない場合には、差別的効果をもつことがある」と説示している。ここでいう「諸個人の特有な状況が考慮に入れられない場合」とは、本件ではスウェーデン当局が水治療法用プールの設置（地区計画に例外を設けること）を認めなかったという合理的配慮の否定を意味する。このような合理的配慮の否定に着目するとともに、その否定によって地区計画（「中立的な仕方で適用される法律」）が差別的効果をもったこと（間接差別）にも着目したのが、委員会である。

以上のとおり、合理的配慮の否定と間接差別とを同時に問題にした HM 対スウェーデン事件見解に見られるように、「中立的な仕方で適用される法律」に着目するのが間接差別であり、「諸個人の特有な状況が考慮に入れられない場合」に着目するのが合理的配慮の否定である。換言すると、表面上中立的規定等の適切な変更・調整を不合理に怠ることによって「事柄の本質部分に関して等しい者を等しく扱わない」という差別を招く場合に、表面上中立的規定等に着目するのが間接差別であり、適切な変更・調整に着目するのが合理的配慮である。

3 考慮・非考慮による差別の事例（VFC 事件）

差別の考慮・非考慮モデルでは、考慮による差別と非考慮による差別という 2 つの差別の要素が同居することになる。このような＜考慮と非考慮との混在＞を特徴とする差別が考慮・非考慮による差別である。当該差別においては、事柄の非本質部分（障害）を考慮に入れるという直接差別と、事柄の非本質部分（障害）を考慮に入れないという合理的配慮の否定とが同時に問題となることもある。たとえば、バスの運転者が障害を不適切に考慮に入れて乗車を拒否するという直接差別²²（考慮による差別）と、バスの運転者が障害を適切に考慮に入れることを不合理に怠って乗車時に支援しないという合理的配慮の否定（非考慮による差別）とは、ひとつの事案で同時に問題となりうる²³。

このように合理的配慮（乗車時の支援）を否定して障害を理由に乗車を拒否するという事案においては、当事者の主張と事案の性格によっては、直接差別（障害を理由とする乗車拒否）のみが着目されることも、合理的配慮（乗車時の支援）の否定のみが着目されることも、直接差別と合理的配慮の否定の両方が着目されることもあろう。この点、「直接差別と考えられようが合理的配慮の否定と考えられようが」という表現を用いて両方に着目し、考慮・非考慮による差別を認定したのが、VFC 事件である。

VFC 事件の通報者は、2009 年 5 月 20 日、交通事故で永続的な運動障害を抱え

た。翌年7月20日、労働移民省は、通報者を「職業遂行上の永続的障害」を抱えた者だと判断して、地方警察を退職させた。同30日、通報者は同じ警察内での「修正型職務 (modified duty)」への配置をバルセロナ市協議会に対して求めた。

「修正型職務」とは、「通常の職務を遂行する能力が低下した労働者」(「年齢又は完全な障害状態のため職務を遂行しえない労働者」)を対象とした職務をいう。通報者が援用した地方警察法(法律第16/1991号)43条によれば、通常の職務を遂行する能力が低下した地方警察官は、関係地方自治体の規則(条例)に基づき、自身の所属する同じ警察内で「修正型職務」に配置される。空席の不足又は障害の性質のために当該配置が不可能な場合は、対象者は補完的事務の遂行を割り当てられることがある。また、地方警察法は、対象者は「修正型職務」の遂行能力と新しい職務への適合性の評価のために健康診断を受けなければならない、と定める。

2010年9月15日、市協議会はバルセロナ市警察修正型職務規則(以下、市規則)7条2項に基づき通報者の申請を却下した。その理由は、同項の下では、所管庁(社会保障機構)の決定により、「部分的障害」を越える程度の障害を有する者(「永続的完全障害」者)は「修正型職務」に就くことができない、とされていたからである。そこで、通報者は国内救済を求めた。しかし、最終的には憲法裁判所で通報者の上告は棄却された。その後、欧州人権裁判所への通報者の申立も受理されなかった。そのため、通報者は委員会に通報した。通報内容は、スペインが市規則の下で通報者を地方警察から強制的に退職させ、通報者の「修正型職務」への配置を拒否したため、通報者が「永続的完全障害」を理由に恣意的な差別を受けた、というものであった。

委員会は、主に以下の5点に言及して、直接差別か合理的配慮の否定かにかかわらず、本件では差別の一形態が生じている、と判断した。①締約国当局は、合理的配慮の内容を決定する際には「主要な職務 (key duties)」の遂行を可能にさせる効果的な調整を特定する必要がある。②だが、締約国当局が(過重な負担を伴わない)効果的措置を特定できない場合は、「修正型職務」が「最後の手段の合理的配慮措置 (reasonable accommodation measure of last resort)」と考えられるべきである。③この点、地方警察法(一般法)43条は「能力が低下した」者すべてに「修正型職務」への配置転換を認める。ところが、市規則7条2項は、「永続的完全障害」をもった警察職員は「修正型職務」に配置転換される資格を持たない、と定める。この市規則7条2項により、通報者は警察職員の地位を奪われた。また、通報者は、警察内での自身の能力評価と能力構築を目的とする対話を行う

可能性を完全に奪われたため、「修正型職務」の遂行を可能にさせる合理的配慮を要求する機会さえも持てなかった。④警察内の通常の職務を遂行する通報者の能力の低下は、同じ警察内で「修正型職務」等の代替的職務を遂行する通報者の潜在的能力とは関係がない。ところが、社会保障機構による障害の評価は通報者の代替的職務の遂行可能性の分析を含まず、市規則 7 条 2 項は —— たとえ障害年金の受給資格と関連したものであったにせよ —— 「永続的完全障害」者の代替的職務の遂行能力の評価可能性を奪った。このことは当該障害者の労働権を侵害する。締約国は警察内で通報者が（遂行できたかもしれない）代替的職務を遂行できないことを証明できなかったのである。⑤このように通報者に「修正型職務」への配置又は対話の開始を認めない市規則は条約 5 条と 27 条に違反する。すなわち、たとえばスペインの「修正型職務」の制度が正当な目的を追求するものであっても、市規則 7 条 2 項が「永続的完全障害」者に「修正型職務」への配置転換を認めていないことには問題が残る。そうである以上、市規則 7 条 2 項は、通報者を公的雇用の「継続」に関して障害に基づき差別したのであり、条約 5 条と 27 条に違反している。5 条に関しては、本件の事実は、「直接差別と考えられようが合理的配慮の否定と考えられようが (whether it is viewed as direct discrimination or as a denial of reasonable accommodation)、条約によって禁止される差別の形態の 1 つ」を示す。27 条に関して言えば、本件における雇用の「継続」に関する差別は「永続的完全障害」者（通報者）の代替的職務に関する対話又は機会の否定から生ずる。

VFC 事件での委員会の見解は以上のように整理しうる。この見解は直接差別と合理的配慮の否定を同時に問題にしているところに特徴がある²⁴。ここで要点を改めて確認すると、スペインは現職の「主要な職務」を可能にさせる合理的配慮を提供する必要がある。しかし、それが不可能な場合には、スペインは「最後の手段の合理的配慮措置」として「修正型職務」等の代替的職務を提供する必要があった。ところが、本件では、市規則が「永続的完全障害」者に対しては「修正型職務」（という合理的配慮又はそのための対話）を否定し、警察内での雇用の「継続」を妨げた。と同時に、市規則は通報者が「永続的完全障害」者であることを直接の理由として —— 「修正型職務」を否定した結果 —— 雇用の「継続」に関して通報者を差別した。だからこそ、委員会は「直接差別と考えられようが合理的配慮の否定と考えられようが」という表現を用いて本件で差別を認定したと考えられる。通報者は、警察内での雇用の「継続」の本質部分（警察内の様々な職務の 1 つである「修正型職務」の本質部分を含む）を満たす可能性をもっていたが、市規則の下で「永

続的完全障害」を理由に「修正型職務」(合理的配慮)を否定されたため、当該可能性を同様にもつ非障害者とは異なり、雇用の「継続」への道を絶たれたと言える²⁵。

IV むすびに

委員会は個人通報事例において様々な形態の差別を判断してきた。多様な差別の全体構造をわかりやすく体系的に説明することは決して容易ではないが、本稿で明らかにしてきたように、新しい差別理論(私見)はその説明を可能にさせる。換言すれば、新しい差別理論は委員会の個人通報事例に見られる多様な差別概念を説明する際にも妥当性をもったと言うことができる。

委員会の個人通報事例を素材に本稿で明らかにした差別概念の全体構造の要点は次のとおりである。まず、委員会は障害差別として直接差別、間接差別(表面上中立的規定等の差別的効果)、合理的配慮の否定に言及しており、これらは個別に発生することも同時に発生することもある。そして、委員会の見解で取り上げられた障害差別は——委員会自身が自覚しているかはともかく——「事柄の本質部分に関して等しい者を等しく扱わない」という共通項をどれも実質的に備えている。しばしば不可視化されるこの共通項を意識下に置くことが、委員会が様々な事例で判断してきた多様な差別概念を整合的に捉える際の1つのカギとなる。

もう1つのカギは、委員会の見解で障害差別が認定された際には——やはり委員会自身が自覚しているかはともかく——障害が事柄の非本質部分に実質的に据えられている点である。そのように位置づけられる障害を不適切に考慮に入れても、適切に考慮に入れることを不合理に怠っても、「事柄の本質部分に関して等しい者を等しく扱わない」のであれば、障害差別が生じうる。

そして、委員会の見解に見られる障害差別は、国家等が事柄の非本質部分(障害)を(1)考慮に入れる場合、(2)考慮に入れない場合、(3)考慮に入れると同時に考慮に入れない(<考慮と非考慮との混在>)の場合、に問題となる。これらのうち、(2)の考慮に入れない場合に関しては、委員会が、当事者の主張と事案の性格により、(2-1)合理的配慮の否定に着目するときも、(2-2)間接差別に着目するときも、(2-3)合理的配慮の否定と間接差別の両方(<二重の非考慮>)に着目するときもある。

* 本研究は JSPS 科研費 JP20H01608 の助成を受けたものである。

* 学会報告時の題名「障害者権利委員会の条約解釈—差別の場合」を変更し、報

告原稿の内容を一部修正した。

¹ 申恵丰『国際人権法—国際基準のダイナミズムと国内法との協調（第2版）』（信山社, 2016年）567頁参照。

² CRPD Committee, General Comment No. 6, *Equality and Non-discrimination*, UN Doc. CRPD/C/GC/6 (2018), para. 18.

³ 条約2条は、合理的配慮を「障害者が他の者との平等を基礎として全ての人権及び基本的自由を享有し、又は行使することを確保するための必要かつ適当な変更及び調整であって、特定の場合において必要とされるものであり、かつ、均衡を失した又は過度の負担を課さないもの」と定義する。

⁴ UN Doc. CRPD/C/JPN/CO/1 (2022), para. 13(b). この懸念は、障害者雇用促進法では合理的配慮の不提供が差別と解されていないこと（浅倉むつ子「障害を理由とする雇用差別禁止の法的課題」障害法1号（2017年）36, 39頁及びそこに掲げられた文献を参照）にも当然向けられている。

⁵ 申・前掲（注1）567頁は、「特に、『見解』で示された条約解釈は、準司法的手続を経て採択されている点で、高い権威をもつとみることできる」と述べる。申が参照し引用する岩沢雄司「自由権規約委員会の規約解釈の法的意義」世界法年報29号（2010年）63頁は、自由権規約「委員会の解釈は有権解釈であるから、締約国は尊重すべきであるが、拘束されるわけではない」けれども、少なくとも個人通報で示した解釈には「高い権威」が認められてしかるべきだという。

⁶ 申・前掲（注1）570頁参照。

⁷ 委員会が第7回（2012年4月）から第21回（2019年8月、9月）までの会期で扱った計37件の個人通報事例を見ると、受理可能性の検討で差別事由の交差性（intersections）が（*Christopher Leo v. Australia*, UN Doc. CRPD/C/22/D/17/2013）、本案の検討で複合差別（multiple discrimination）が（*Z v. United Republic of Tanzania*, UN Doc. CRPD/C/22/D/24/2014）、それぞれ一度のみ言及されているが、ハラスメント（harassment）は受理可能性及び本案の検討では言及されていない。なお、委員会が初めて見解を採択した事例がHM対スウェーデン事件（第7回会期）であり、この事件とマリー＝ルイース・ユングリン対スウェーデン事件とに関する本稿の検討は、拙稿「障害者権利委員会—個人通報制度」長瀬修・川島聡編『障害者権利条約—批准後の日本の課題』（信山社, 2018年）79-121頁と重なる。

⁸ 拙稿「合理的配慮と差別理論」社会学評論296号（2024年予定）、同「障害差別を超えて——欧州人権条約と日本国憲法における合理的配慮（RA）の可能性」近藤敦編『新国際人権法講座』3巻（信山社, 2023年予定）、同「まったく同じように扱っても差別？」川島聡・菅原絵美・山崎公士『国際人権法の考え方』（法律文化社, 2021年）30-42頁等。

⁹ 厳密に言えば、障害差別と障害者差別とは概念を異にする。障害者差別には、障害者に対する障害差別もあれば、障害者に対する女性差別もある。障害差別には、障害者に対する障害差別もあれば、非障害者に対する障害差別もある。本稿では、「考慮による差別」（直接差別）は「事柄の非本質部分への考慮による差別」を基本的に意味するが、文脈によっては「障害への考慮による障害者差別」（障害を直接理由とする障害者差別）を含意する。同様に「非考

慮による差別」(間接差別, 合理的配慮の否定)は「事柄の非本質部分への非考慮による差別」を意味し、文脈によっては「障害への非考慮による障害者差別」を含意する。

¹⁰ 差別に関する従来の類型は、直接差別と間接差別との区別に依拠したものが主流であった。特に障害法分野では、この区別に合理的配慮の否定を付け足して、直接差別、間接差別、合理的配慮の否定の3つを平板に並べて併記するという類型が従来広く用いられてきた。この3類型にハラスメントを加えたのが委員会の一般的意見6号である (CRPD/C/GC/6 (2018), para. 18, *supra* note 2)。

¹¹ CRPD/C/22/D/24/2014, *supra* note 7.

¹² *Marie-Louise Jungelin v. Sweden*, UN Doc. CRPD/C/12/D/5/2011.

¹³ *Iuliia Domina and Max Bendtsen v. Denmark*, UN Doc. CRPD/C/20/D/39/2017.

¹⁴ *H.M. v. Sweden*, UN Doc. CRPD/C/7/D/3/2011.

¹⁵ *V.F.C. v. Spain*, UN Doc. CRPD/C/21/D/34/2015.

¹⁶ 衆議院内閣委員会における内閣提出の「障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律案」に関する質疑で、政府参考人は「作為による差別」が不当な差別的取扱いであり、「不作為による差別」が合理的配慮の不提供である、と発言した (第183回国会内閣委員会第15号 (平成25年5月29日) 参照)。この点、考慮による差別は事柄の非本質部分を考慮に入れるという「作為」に着目し、非考慮による差別は事柄の非本質部分を考慮に入れないという「不作為」に着目したものであるため、「作為による差別」及び「不作為による差別」に関する上記発言は、たしかに新しい差別理論と重なり合うところもある。だが、上記発言は、新しい差別理論とは異なり、①本質部分と非本質部分との区別、②異なる形態の差別間の共通項、③合理的配慮の否定と間接差別との類似性と同時発生可能性、④作為・不作為の混合型の差別、などを意識したものではない。

¹⁷ 身近な例を用いると、視覚障害 (者の状況やニーズ) を考慮に入れていないプリントアウトした用紙のみを会場に配布するという表面上中立的慣行が存在している状況の下で、視覚障害者から点字資料を配布してほしいという要請があったにも拘わらず、点字資料を配布しなければ (合理的配慮を否定すれば)、当該慣行が視覚障害者に情報入手面で差別的効果をもたらす (間接差別)。このように、視覚障害を考慮に入れていない表面上中立的慣行を前にして、またしても視覚障害を考慮に入れた当該慣行変更措置を不合理に怠れば (<二重の非考慮>をすれば)、間接差別と合理的配慮の否定とが同時に発生しうる。

¹⁸ 欧州人権「条約が保障する諸権利の享有に当たって差別されない権利は、国家が著しく異なった状況にある人々を合理的かつ客観的な正当化なしに異なって取り扱わない場合にも侵害される」(*Thlimmenos v. Greece*, No. 34369/97, ECHR, 2000, para. 44) というスリメノス法理の後半部分は、事柄の本質部分に関して「著しく異なった状況にある人々」を異なって扱う場合を意味するか、あるいは事柄の非本質部分に関して「著しく異なった状況にある人々」を異なって扱う場合を意味するか、という2つの解釈がありうるが、後者の解釈が妥当であると思われる。前掲 (注8) の拙稿 (2021年) を参照。

¹⁹ 社会給付や自助要件は、家族の再統合の申請という事柄にとって (一定の合理性を有するであろうが) 非本質的なものであるからこそ、合理的配慮の対象となりうる。事柄の本質部分は合理的配慮の対象とならず変更しえない (本質変更不可の原則)。

²⁰ *Cf. Autism-Europe v. France*, No. 13/2002, ECSR, 2003, para. 52.

²¹ 前掲 (注18) 参照。

²² 直接差別は狭義と広義に分けられる。ここでは広義の直接差別を念頭に置いている。拙稿「障害者差別解消法の差別類型に関する一考察」実践成年後見93号 (2021年) 36-44頁参照。

²³ 国土交通省「国土交通省所管事業における障害を理由とする差別の解消の推進に関する対応指針」（平成 27 年 11 月）参照。考慮・非考慮による差別には様々な論点を含む。本稿で取り上げた個人通報事例には見られないが、少なくとも次の 3 つは重要な論点となる。第 1 は意向尊重の原則である。意向尊重の原則とは、合理的配慮の提供時に個人の意向を十分尊重しなければならないという原則である。障害者の意向を尊重せずに障害を考慮に入れた取扱いが、合理的配慮としては認められず、むしろ不当な差別的取扱い（直接差別）となる場合がある（拙稿「対話としての合理的配慮」『教育と医学』2018 年 11 月号）。第 2 は適用違憲である。日本国憲法 14 条に関する適用違憲を判断した下級審判決で、理論上、直接差別と合理的配慮の否定の両方が実質的に関わるものがある（拙稿・前掲（注 8）（2023 年予定）参照）。第 3 は、障害者を排除したいという差別意思（差別意図）を隠し、あえて「隠れ蓑」として表面上中立的規定等を巧妙に用いることにより障害者を排除する場合である。たとえば、自家用車参加を禁じるルールをあえて設けることにより特定の障害者を事実上参加できなくさせる例は、一見すると間接差別と理解されるが、直接差別として位置づけられる余地もある。

²⁴ 本件においても広義の直接差別が問題となっていると思われる。前掲（注 22）参照。

²⁵ VFC 事件見解に関する次の 2 つの論点の詳しい検討は今後の課題とする。第 1 に、委員会は、通常の職務の遂行のための合理的配慮のみならず、広く警察内での職務を継続するための合理的配慮（「修正型職務」）も念頭に置くが、特に「修正型職務」は集团的・事前的な性格をもつため、委員会は＜集团的・事前的な合理的配慮＞の存在を認めたように思われる。第 2 に、委員会は「修正型職務」を「最後の手段の合理的配慮」とした上で、その「修正型職務」の遂行を可能にさせる合理的配慮にも言及したため、＜合理的配慮のための合理的配慮＞の存在も認めたように思われる。

コメント

2022 年度 第 7 回日本障害法学会研究大会

崔 榮繁¹（DPI 日本会議）

- I はじめに
- II 長瀬修氏報告に対するコメント
- III 川島聡氏報告とコメント
- IV おわりに

I はじめに

本稿は 2022 年 11 月 12 日の開催された第 7 回障害法学会研究会において、長瀬修氏の研究報告「障害者権利条約の実施：初回日本審査と総括所見」と川島聡氏の研究報告「障害者権利委員会の条約解釈 —— 差別の場合」についてのコメントである。

2002 年、米国ニューヨークの国連本部で障害者権利条約の策定について、最初の「障害者の権利及び尊厳を促進・保護するための包括的・総合的な国際条約に関する諸提案について検討するための特別委員会」（以下、特別委員会）が 8 回にわたって開催され、2006 年に障害者の権利に関する条約（以下、権利条約）が国連で採択された。筆者はこの条約交渉に 13 の障害関係の全国団体のネットワークである日本障害フォーラム（以下、JDF）²の事務局の一員として長瀬、川島両氏とともに参加した。また条約批准後の国内実施のプロセスの中で、JDF 障害者権利条約パラレルレポート特別委員会の委員としてパラレルレポートの作成に関わった³。さらに述べれば、特に 2010 年以降、障害者団体の一員として障害者権利条約の実施の観点から国内法制度の改革に微力ながら関わってきた立場の者として、条約交渉が開始されてから 20 年目となる 2022 年 10 月に障害者権利委員会と（以下、権利委員会）より日本に対する総括所見がだされたことは大変感慨深い。

その総括所見の内容やそれまでの経緯についての長瀬氏の報告と、障害者権利条約の実施において最も重要な要素の一つである障害に基づく差別禁止についての川島氏の報告は、今後の障害者運動に示唆する点が多い。以下、簡単ではあるが、

両氏の報告に対するコメントを障害者運動団体の立場から述べることにする。

II 長瀬修氏報告に対するコメント

長瀬氏の報告は、総括所見の公表までの経緯と内容について詳細なものである。上述の通り筆者は長瀬氏とこの間の条約に関する一連の動き、すなわち、ニューヨークでの条約交渉から批准後の国内実施のモニタリングのプロセスに至るまで、さまざまな時間を共有してきた。長瀬氏は研究者であり、かつ、NGOのメンバーとしてその知見を共有しながら、私たちの活動の方向性、示唆点を与えてくれた。2017年には国連加盟国ではない台湾（中華民国）の陳建仁副総統（当時）の委嘱により5名の国際専門家からなる国際審査委員会 (International Review Committee) が組織され、その委員長として活動されている。さらに、2022年には第2回目の審査委員長もされている。台湾は国連には加盟できないため障害者権利条約の締約国になることはできないが、2014年、「障害者権利条約施行法」を制定し、自主的に条約の国内実施のための法的枠組みを作り上げたのである。

長瀬氏の報告の内容は、こうした経験等を踏まえたものである。改めて、長瀬氏のこの間の条約交渉から履行プロセスまでの市民社会への貢献に深く敬意を表したい。

最後にささやかな希望を述べたい。学会での報告では述べられていないが、実際のパラレルレポートの提出や障害者権利委員会の委員や障害分野における権利委員会の協力団体となっている国際障害同盟（以下、IDA）との様々な事務的なやり取りが大変重要であった。そのようなさらに詳細なやり取りも学会報告といった場とは異なる場となると思われるが、次世代の障害者運動のためにぜひ記録を残していただきたいというのが願いである。

III 川島聡氏報告とコメント

1 川島氏の報告の概要

川島氏は、報告の中で障害に基づく差別の理解について、新たな枠組みを提案している。非常に興味深い御説である。すなわち、権利条約第2条の定義では、「すべての形態の差別」を禁止している。また、権利委員会の平等無差別に関する一般的意見6号のパラグラフ18では、条約第2条の差別について、直接差別、間接差別、合理的配慮の否定、ハラスメントの4つの類型を障害に基づく差別とし、それらは「個別に発生することもあれば、同時に発生することもある」としている。日本への総括所見においてもパラグラフ13で「あらゆる活動分野において、合理

的配慮の拒否が、障害を理由とした差別形態の一つとして認識されていないこと」が懸念事項として挙げられている。しかしながら、合理的配慮の否定と直接差別の関係など必ずしも明確な説明はされていない。

そこで川島氏は、委員会が個人通報事例で解釈した条約の下で禁止される差別を分析し、障害に基づく差別とは「事柄の本質部分に関して等しい者を等しく扱わない」ことを意味する、とした。障害者と非障害者とが事柄の本質部分に関して等しい場合に、障害者への非障害者と異なる（不利益に）扱いが差別である、ということである。そして、非本質部分に焦点を当て、(1) 事柄の非本質部分を考慮に入れる場合（考慮による差別）、(2) 事柄の非本質部分を考慮に入れない場合（非考慮による差別）、(3) 事柄の非本質部分を考慮に入れると同時に考慮に入れない場合（考慮・非考慮による差別）、の 3 つの形態に分けたのである。

合理的配慮とは、事柄の本質部分についての同一取扱を確保するために、事柄の非本質部分についての別異取扱をすることを意味し、「合理的配慮の否定」とは、事柄の非本質部分についての別異取扱を怠ることにより、事柄の本質部分についての同一取扱を否定すること、ということである。

2 コメント

(1) 差別と平等の概念に関連して

川島説によれば、一般的な「異なる扱い」を意味する「差別」と、一般的には同じ扱いを意味する「平等（「同一処遇」と「異別処遇」）の関係を（本質部分に関して）等しく扱うべきを扱わないという「異なる扱い」により、直接差別や間接差別に加え、さらに合理的配慮の否定も説明できるのは大変興味深い。憲法学等、一般的に平等とは、同一の事情と条件の下では等しくに取り扱うことを意味することであり、差別とはそうした条件下で「異なる扱い」を行うこととされている。一方で、合理的配慮の否定が平等取り扱いの例外である、という説明がなされてきた。すなわち合理的配慮の提供は「異なる扱い」になるわけだが、直接差別などの「異なる扱い」との関係は明快に説明されてこなかった。川島氏の説ではこの点が明確になるのである。

(2) 「事柄の本質部分（レバラント）」と「非本質部分（イレバラント）」の判断について

川島氏は学会当日に筆者が提出したコメントと質問についての回答（以下、「コメントへの回答」）の中で、事柄の本質部分という次元と、事柄の非本質部分とい

う次元とを明確に区別した上で、さらに、これらの2つの次元を組み合わせないと、差別の法現象をうまく説明できない、と述べている。

ここは関心の高いところである。「事柄の本質部分」が何かが問題になるためである。障害者団体に活動している団体・者にはさまざまな相談が寄せられる。例えば、義務教育課程において、通常学級で学んでいる障害のある児童生徒について、授業における配慮を求めると本人の自立のためという「教育的観点」から必要な支援が受けられないということが全国で起きている。行政裁量や学校長などの裁量、ということで、さまざまな障壁に直面する。どこまでが本質でどこからが非本質であるかが明確にされることは、さまざまな配慮を求めていく点で大変に重要である。

川島氏は「コメントへの回答」で事柄の本質部分・非本質部分も個別的・具体的に特定する必要がある、教育でも特定の場面で問題となるが、「教育学的観点」や安全などの抽象的な概念を援用するのみでは、不十分であり、司法の場とともに社会生活の実践においても、事柄の本質部分と非本質部分との弁別を、事柄に応じて具体的にやっていくことが必要となる、と述べている。また、報告の中で、本質的部分と非本質的部分の発見装置としての合理的配慮の意義について言及している。平等や差別の概念は変化、発展するものであることを鑑みれば、事柄の本質部分と非本質部分の判断については、諸外国の動向も踏まえながら、市民運動の側から積極的に社会に問いかけていくことの必要性を感じる⁴。

また、川島氏は一定の合理性といわれることは事柄の本質でない、と論じている。これは活動の実践から非常に重要な示唆となる。「合理性」は差別的取り扱いを正当化するものではないということは、市民活動で大きな力となる。

(3) 個人情報制度について

川島氏の今回の分析に個人情報の事例がもとになっている。この点についても関心を持つ部分である。日本には独立した国内人権機関が存在しないこともあり、我々運動団体は長年、個人情報制度の利用を可能とする選択議定書の批准を訴えており、個人情報の事例に注目してきた。例えばスペインのダウン症の子どもを親の意思に反して特別教育センターに措置した事案について、障害者権利条約の選択議定書の個人情報制度に基づいて、条約違反であると決定した事例(2020年8月28日)⁵は、合理的配慮とは何かを考えるうえで参考になる。川島氏の報告からも個人情報の事例収集と分析の重要性は述べるまでもないだろう。

IV おわりに

長瀬氏の報告から、2022 年 10 月の総括所見の公表は、条約の国内実施の次のステップに入ったということになる。今回の長瀬氏の報告にある報告制度と国内実施のプロセスに基づいた経験を今後の国内実施のプロセスに生かす努力が求められる。日本に出された総括所見の内容が、障害者団体の間でも多くの議論を巻き起こしている。たとえば、第 19 条の脱施設に関する勧告や第 24 条のインクルーシブ教育に関する勧告などである。パラレルレポートをまとめてきた立場として様々な工夫や配慮をお互いにしながら一つのレポートをまとめてきた経験を次世代にも共有すべきだろう。

障害差別の直接差別、間接差別、関連差別、合理的配慮の否定の関係について、すべてを「異なる扱い」を差別とし、事柄の本質と非本質の部分を区別して説明する川島氏説は、今後、差別解消の実践の中で、事例分析の蓄積が必要であると思われる。ただし、もう少し簡潔な説明を可能にするワーディング面での工夫も必要かもしれない。選択議定書の批准や事例分析もさらに深め、広く共有する必要性を川島氏の報告から再認識された。

両氏の今後にさらに期待したい。

以上

¹ 所属団体である DPI 日本会議については以下、ホームページ URL 参照

<https://www.dpi-japan.org/>

筆者については、本職のほか、独立行政法人 JETRO アジア経済研究所外部委員（韓国の障害者法制度研究）（2007～現在）、明治大学法学部比較法研究所客員研究員（2021～現在）等を歴任。

² 日本障害フォーラムについては、以下、ホームページ URL 参照

<https://www.normanet.ne.jp/~jdf/>

³ JDF は障害者権利委員会に 3 つのパラレルレポートを提出している。以下、URL を参照

https://www.normanet.ne.jp/~jdf/data.html#page_top

⁴ 差別概念が変化・発展する概念として、例えば、2 階建ての都市間バス（広域バス）における車いす利用者のエリアが狭く、しかも、窓を背にした形態は差別であると確定した韓国の大法院判決（最高裁 2021.4. 1 宣告 2018 タ 2203418 判決）（대법원 2021. 4. 1. 선고 2018 다 203418 판결）

⁵ 障害者権利委員会のホームページの以下、URL を参照。 <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26263&LangID=E>

シンポジウム要録

山崎 公士（神奈川大学）

I 本シンポジウムの趣旨

2022 年 8 月、スイスの国連ジュネーブ事務所で障害者権利条約（以下、「条約」）の国内実施状況に関する日本の国家報告が条約体（条約実施機関）である障害者権利委員会（以下、「委員会」）によって審査され、同 10 月に総括所見が公表された。その翌月に本学会第 7 回研究大会が開催されたため、シンポジウム①では条約の実施、とくに日本における国内実施に焦点を当てた。

報告者の長瀬修会員と川島聡会員、そしてコメント担当の崔榮繁会員は、ニューヨークにおける条約の起草過程のほぼすべての会合に参画し、さらに日本における条約の批准やこれに伴う国内法の整備を議論した障がい者制度改革推進会議にも深く関わった。こうした知見を有する会員によってこのシンポジウムは進められた。

II 報告およびコメントの概要

1 長瀬報告「障害者権利条約の実施：初回日本審査と総括所見」の概要

長瀬報告は、条約の日本の第 1 回国家報告審査と総括所見について概説し、その意義と課題を分析した。

冒頭で、日本の条約批准の経緯と委員会による国家報告審査の根拠を示し、審査過程、市民社会のプライベートブリーフィングならびに委員会委員と日本政府代表団との建設的対話について簡潔に解説した。

委員会と日本政府との建設的対話を経て委員会が示した総括所見は詳細で充実しており、締約国提供の情報に加えて、豊富な市民社会からの情報も十分に吟味、反映した成果である。総括所見は、序、肯定的側面、主要な懸念と勧告およびフォローアップからなる。肯定的側面で 17 項目が取り上げられたことは特筆される。また、主要な懸念と勧告は 17 頁に及ぶ。

総括所見における勧告の項目数は 93 で、日本の障害者政策における課題を的確に指摘している。報告では、一般原則と義務（1－4 条）、自立した生活及び地域社会への包容（19 条）および教育（24 条）に関する勧告に焦点が当てられた。

総括所見で示された勧告は、障害者の人権保障と障害者政策に影響を与えるこ

となる。総括所見を契機に、日本で障害者の人権保護をいかに促進するかが問われている。

2 川島報告「障害者権利委員会の条約解釈 — 差別の場合」の概要

締約国に条約上の義務を誠実に遵守させるため、委員会が条約をどのように解釈しているかを適切に把握することが重要である。委員会による条約の禁止する差別の解釈は、特に重要な論点の一つである。

委員会の一般的意見 6 号は、条約 5 条 2 の下で禁止されるあらゆる障害差別には「あらゆる形態の差別が含まれる」と記す。そして一般的意見 6 号は、直接差別、間接差別、合理的配慮の否定、嫌がらせという形態の差別に言及し、これらの「4 つの形態の差別は、個別に発生することもあれば、同時に発生することもある」と記す。ただし、条約自体は、「あらゆる形態の差別」の例として、合理的配慮の否定のみを明示的に取り上げ、それ以外の形態の差別に言及しているわけではない (2 条)。

条約は、国際人権上初めて、合理的配慮の否定を差別であると明確に定義した (2 条)。当然、委員会も合理的配慮の否定を差別と解している。委員会は、2022 年 9 月 2 日に採択した日本への総括所見で、日本では合理的配慮の否定がすべての生活領域において障害差別の一形態として承認されていないことに懸念を示している。

委員会のいう差別は、「事柄の本質部分に関して等しい (障害) 者を等しく扱わない」ことを意味する。これを暗黙の共通項として、委員会は事案によって様々な形態の差別を認定してきた。その上で、委員会の採用する差別の概念は、(1) 考慮による差別、(2) 非考慮による差別、(3) 考慮と非考慮による差別、という 3 つの類型に整理することができる。報告では、具体的事例を踏まえて、3 類型について論じた。

3 崔会員のコメントの概要

〔長瀬報告に関して〕

2004 年には障害関係 13 の全国団体のネットワークである日本障害フォーラムとして条約交渉に参加した。条約交渉が始まった 2002 年からちょうど 20 年となる 2022 年 8 月に日本政府との最初の建設的対話が行われ、9 月に総括所見がだされたことは感慨深い。

総括所見をめぐる今後の主要な課題は、以下の通りである。

①主な個別課題

手話を言語として承認し、このための法制度の確立（1～4条、21条）、差別禁止法制（障害者差別解消法、障害者雇用促進法など）の一層の整備（2条、5条）、障害女性の課題（実態の調査、複合差別）（6条）、成年後見制度など法的能力に関する問題（12条）、精神障害者の強制入院・強制医療の問題（14条など）、施設や病院からの地域移行、地域における自立した生活の課題（19条）、インクルーシブ教育（24条）、雇用・労働（27条）、三権から独立した国内人権機関の設置（33条）、その他、選択議定書の批准。

②市民社会の課題

司法や行政への働きかけ、女性や子ども、LGBT など、他の市民社会グループとの連携の強化と障害問題のメインストリーム化、諸外国の総括所見の受容例、判例を蓄積し、政府や議会に対して、国内での実施が可能な形での政策提言の力をつけながら、国連勧告の受容の働きかけ、障害者政策の実施と監視について、障害者政策委員会の動きを強化。

〔川島報告に関して〕

「事柄の本質部分（レバラント）と「非本質部分」（イレバラント）」の判断については、何が「本質部分」とされるのか。例えば通常学級で学んでいる障害のある児童生徒について授業における配慮を求めると「教育的観点」で可否が決まってしまう事例がある。合理的配慮は本質的部分と非本質的部分の発見装置として機能しうるか（入所施設や精神科病院からの地域移行など）。

個人通報に基づく委員会の見解は、締約国でどの程度受容されているか。

4 崔会員のコメントに対する報告者の応答

〔長瀬会員〕

条約の起草過程全体の成果を障害者の人権促進に向けていかに生かすかは大きな課題である。障害者差別解消法は条約という契機がなければ成立しなかった。条約は批准前も批准後も、日本の障害者政策に大きな影響を及ぼした。総括所見の存在は大きい。総括所見で示されたさまざまな勧告内容を次の段階につなげることが今後の課題である。

〔川島会員〕

平等の対義語が差別である。平等取扱は同一取扱（同一処遇）であり、差別は別異取扱（別異処遇）である。ただし、重要な条件がある。それは、何についての同一取扱であり、何についての別異取扱であるか、である。それは、事柄の本

質部分である。

教育の場面においても他の場面においても、差別が発生したか否かを適切に判断するためには、一般的・抽象的に事柄を特定するのではなく、個別的・具体的に事柄を特定していく必要がある。事柄の本質部分・非本質部分も、同様に個別的・具体的に特定する必要がある。

条約機関（委員会）の実施状況を評価することは、なかなか難しいところがある、と言われている。委員会の見解の中に含まれた勧告の内容を国家が実施することが難しい場合もあれば、比較的に容易な場合もある。委員会は、自由権規約委員会や女性差別撤廃委員会と同じく、通報のフォローアップ手続を設けて、見解の内容を遵守するためのグレーディング（grading）、つまり評価のシステムを導入している。

Ⅲ 質疑応答

1 長瀬報告に対する質疑応答

長瀬報告には以下の質問が寄せられた。①委員会による総括所見のフォローアップについて、今後の課題は何か（崔会員）、および②ジュネーブでの日本の国家報告審査に多くの市民社会団体が参加したことは歓迎されるが、これは日本国内での政府と市民社会の間の建設的対話が十分になされてこなかったことの反映ともいえる。国内での建設的対話の今後の課題について伺いたい（山崎会員）。

これに対し、①については、委員会による総括所見のフォローアップは弱体である。それ故、条約 33 条の国内実施の実質化が重要である、②については、委員会による国家報告審査に先立つ国内での政府との建設的対話はもっと実質化する必要がある。ただ、一部団体による強力なロビー活動がこの実質化を妨げている事実も指摘したい、との回答があった。

2 川島報告に対する質疑応答

川島報告には以下の質問が寄せられた。①本質部分 / 非本質部分の区別、考慮 / 非考慮で差別を定義する場合、「人種差別的動機」から市営プールをすべての人向けに閉鎖するのは差別に当たるか（角松会員）。②本質的部分と非本質的部分との区別に関連して、例えば 2001 年の医療者の欠格条項の撤廃は、後付けとしてどのような理由説明が可能でしょうか（保条会員）。③条約 4 条 3 項（障害者の意思決定過程への参加）、同 9 条（アクセシビリティ）などの条項について、ジュネーブの委員会での建設的対話における障害当事者の参加・アクセス保障は、締約国

や委員会の義務ではないのか。現場では、日本のろう者に対する手話通訳がなかったもので伺います（小林会員）。

これに対し、①については、公営プールをすべての人向けに閉鎖する場合、アフリカ系住民への差別にはあたらないが、公共サービスは利用できない。差別意図はあるが、（アフリカ系住民だけが差別されるという）不利益が生じていないので差別認定は難しい。②については、医療者に対する欠格条項を残すことは、能力ある障害者が不当に排除されている事実を知った上での立法の不作为にあたり、かつ、障害者の状況を考慮に入れた対応をしないという意味で、考慮／不考慮の双方に関わる。③については、日本の管轄内であれば、日本の義務となる。しかし、日本の国家報告審査はジュネーヴの国連の施設内で行われるので、障害当事者の参加・アクセスに関する条約上の義務を締約国である日本は果たす立場にあるとは言えないのではないか。委員会の条約上の義務については、検討したいとの回答があった。

特集 2

障害者のアクセシビリティ

情報アクセシビリティと著作権制度

佐藤 豊（山形大学）

- I 問題の所在
 - 1 情報アクセシビリティとは
 - 2 著作権制度により阻害される情報へのアクセシビリティ
- II 情報アクセシビリティに関する著作権制度の概観
 - 1 はじめに
 - 2 世界規模の著作権関連条約における情報アクセシビリティ
 - 3 豪州著作権法における情報アクセシビリティ
 - 4 日本著作権法における情報アクセシビリティ
- III 情報アクセシビリティに関する日本著作権法の問題点
 - 1 権利制限の対象を障害種別により画定することの弊害
 - 2 権利制限の対象となる者の範囲に関する規定が過度に複雑であること
- IV 著作権法の制度設計における情報へのアクセシビリティの位置づけ

I 問題の所在

1 情報アクセシビリティとは

障害者基本法 22 条 3 項は、情報の利用におけるバリアフリー化に関し、「電気通信及び放送その他の情報の提供に係る役務の提供並びに電子計算機及びその関連装置その他情報通信機器の製造等を行う事業者は、当該役務の提供又は当該機器の製造等に当たっては、障害者の利用の便宜を図るよう努めなければならない。」と規定する。

この規定は、現代社会の基盤たる情報通信を利用できないことによる社会的な不利を是正するために設けられたものである¹。

「情報アクセシビリティ」との語は、多義的に用いられている。国立国語研究所が提唱する外来語の日本語への言い換え例によれば、「アクセシビリティ」はどんな人でも利用できるように工夫された利用しやすさを指す²。また、ある文献によれば、「情報アクセシビリティ」は、「情報バリアフリー」との意味で用いられることがある³。また、バリアフリーとは、国立国語研究所が提唱する日本語への言い換え例によれば、「体の不自由な人でも支障なく活動できるような生活環境」を指す⁴。

以上を踏まえ、本稿では、「情報アクセシビリティ」との語を、体の不自由な人

でも情報を支障なく入手できる環境を指すものとして用いる。

2 著作権制度により阻害される情報へのアクセシビリティ

わたしたちが、読みものや動画などのコンテンツを楽しんだり、新聞や雑誌、ウェブ・ページなどから日々の情報を得たりするには、当然その内容をうけとることができなければならない。

しかし、障害があることで、これらが提供された状態のままでは内容を享受できない場合、コンテンツを楽しむことはおろか、日々の情報を得ることすらできない。

このような場合には、本を読み上げて音声化したり、映画の音声に字幕をつけたり、紙の本を電子化して自動的にページ送りができるようにしたりすれば、これらの問題は解決する。

ところが、情報が記されたものが著作権法上の著作物にあたる場合、それに手をくわえることが、著作権と抵触することがある。

たとえば、文書を点訳すること、文書を読み上げたものを録音すること、音声を手話にしたものを録画すること、動画ファイルの音声を元に字幕を作成することは、著作権法上の複製にあたる。著作権法は、著作者に無断ですることが認められない行為⁵を列挙しており、複製は列挙された行為の一つである。

もちろん、これらの行為が著作者に無断ですることが認められない行為にあたるからといって、直ちに情報アクセシビリティが損なわれるわけではない。許諾を得れば良い、ということにはなる。したがって、これらの行為は、複製権(著作権法 21 条)の侵害の外形を有する。

ただ、誰に許諾を求めればよいかわからなければ、そもそも許諾を得ることはできない。また、許諾を求める相手と接触できたとしても、相手の求める許諾の対価を支払えなかったり、許諾を拒否されたりすれば、結果として、著作権制度のために情報アクセシビリティが阻害される。

このような事態を避けるためには、情報アクセシビリティを確保するための行為に対する権利行使を制限する必要がある。

すでに、現行の日本の著作権法においても、障害種別を限定した上で、一定の行為について権利侵害としないことを明記した制限規定は存在している。しかし、著作権法学界において、情報アクセシビリティを確保するための行為と著作権法との関係に関する総合的な議論の実績が多数存在するわけではない⁶。

本稿では、まず、情報アクセシビリティに関する著作権制度を概観する。具体

的には、世界規模の著作権条約のフォーラムにおける情報アクセシビリティに関する議論を概観する。さらに、豪州著作権法における情報アクセシビリティへの対応と、日本著作権法における情報アクセシビリティへの対応を概観する。日本著作権法に加えて豪州著作権法の情報アクセシビリティへの対応を概観するのは、条約のフォーラムでの議論の成果であるマラケシュ条約への対応に関して、豪州に特筆すべきプロセスがみられるからである。

次いで、現行の日本著作権法に残された問題点を指摘し、解決策の試論を示す。

最後に、著作権制度の制度設計における情報へのアクセシビリティの位置づけを示した上で、情報アクセシビリティを根拠とする権利制限の考え方について、若干の私見を述べる。

II 情報アクセシビリティに関する著作権制度の概観

1 はじめに

著作権制度は、原則として各国の国内法を根拠として存在している。したがって、論理的には各国ごとに全く異なる著作権制度が存在しうる。情報アクセシビリティに関する著作権制度もまた、論理的には各国ごとに異なるものとなりうる。

しかし、著作物が国境を超えて流通する場合、それぞれの国で制度に大きな差異があると何かと不都合である。そこで、それぞれの国内法における外国の著作物の取り扱いを定める多国間条約^{7,8}が締結されており、その代表格がベルヌ条約⁹である。

ベルヌ条約は、外国の著作物に条約が定める保護を与えること、外国の著作物に内国の著作物と同等以上の保護を与えるべきことなどを定める。一方、内国の著作物の取り扱いについては、各国の国内法に委ねられている。

2 世界規模の著作権関連条約における情報アクセシビリティ

世界規模の多国間条約では、長い間、明示的に積極的な著作権の制限を定めたものは存在していなかった¹⁰。著作権の制限が、独立したテーマとして本格的に多国間条約のフォーラムである世界知的所有権機関 (WIPO) で、正式に議題とされたのは、2009 年 5 月に開催された WIPO の第 18 回著作権等常設委員会 (SCCR)¹¹ からである。

議題とされたきっかけは、複数の国から SCCR の議題として権利制限を取り上げるべきであるとの提案書が提出されたことである。2005 年にチリが提出した提案書は、著作権の制限の最低水準を条約により設けるべきとするものである。そ

のなかで、国際化の進展に伴い、各国国内法での著作権の制限の取り扱いに相違があることで、障害者による著作物の利用が阻害されかねないとの懸念が示されていた¹²。また、2008年3月の第16回SCCRにブラジル、チリ、ニカラグア、パラグアイの4カ国が共同で提出した提案書には、障害者に関する権利制限の最低水準に関するコンセンサスが必要である旨が記載されていた。さらに、強制的な権利制限の例として、障害者のコミュニティが権利制限に基づき生成した著作物の輸出入が挙げられていた¹³。

2009年以降のSCCRでの障害者に関する権利制限の議論の成果として、2013年6月に署名がなされた、「視覚障害者等の発行された著作物へのアクセスを促進するためのマラケシュ条約」(以下、「マラケシュ条約」という)¹⁴がある。マラケシュ条約は、視覚障害や読字障害等により文字等による著作物の享受が困難な者が、著作物へのアクセス(すなわち著作物の享受)を確保することを目的とするものである。また、同条約は、書籍その他の発行された著作物について、視覚障害や読字障害を持つ者が「利用しやすい様式」の複製物の作成や流通(国内外を問わない)を促進することを意図している¹⁵。

マラケシュ条約が登場した後も、SCCRでは、聴覚障害等のマラケシュ条約の対象とならない障害種別に関する著作権の制限が議題に上り続けている。次回の第43回SCCRでも、議題として取り扱われることが、直近の第42回SCCRで明言されている¹⁶。

3 豪州著作権法における情報アクセシビリティ

豪州著作権法の権利制限規定は、フェアディーリングと呼ばれる規定と、個別の権利制限規定、法定ライセンスの枠組み¹⁷、そして受け皿的規定であるフレキシブルディーリングで構成される。

フェアディーリング規定とは、列挙されるいずれかの目的で著作物が使用され、かつその使用がFairであるとされる場合に限り適用される権利制限規定である¹⁸。

豪州著作権法には6つの類型のフェアディーリング規定があり、そのうちの一つに障害者自身(介助者が行う場合を含む)による著作物へのアクセスを目的とするものがある(豪州著作権法113E条)。

113E条(1)は、「単一又は複数の障害者(いずれかの者又は介助者が行う場合を含む)が著作物へのアクセスを得ることを目的とする著作物の利用」をフェアディーリングに当たりうる例としている。また、113E条の「障害者」については、「ある特定の形式のもとでは、読んだり、見たり、聞いたり、理解することに困難

を生じる障害を持つ者」と定義され (10 条 (1))、障害種別を厳格に区別せず、著作物を読んだり、見たり、聞いたり、理解したりすることに困難のある者すべてを指すとされる¹⁹。そして、113E 条 (2) で、(1) の利用が Fair とされるための考慮要素として、(a) 使用の目的および性質、(b) 使用される著作物の性質、(c) 著作物の潜在的な市場への影響、(d) 著作物の一部が使用される場合について、著作物全体に対する使用される部分の質や分量が挙げられている。

また、障害者の支援団体による行為については、フェアディーリングではなく個別の権利制限規定により対応している (113F 条)。

さらに、他の制限規定の適用がない場合の受け皿的な規定として、著作物等の通常の利用と抵触せず、権利者の利益を不当に害さない「特別の場合」の著作物等の使用について、侵害を否定する規定を備えている (200AB 条)。この規定はフレキシブルディーリングと呼ばれる²⁰。

上記の 113E 条や 113F 条は、豪州がマラケシュ条約へ加入した後の 2017 年の法改正で新設されたものである。豪州が、これらの法改正に先んじてマラケシュ条約への加入を可能としたのが、まさにフレキシブルディーリングであったことが、条約批准の過程で作成された報告書に記載されている²¹。すなわち、とりあえず受け皿的な規定で条約上の義務の履行を裏付けることで、早期の条約への加入を実現させ、より障害当事者や支援者にとり、使い勝手の良い簡素化された規定を設ける作業に時間をかけることができたのである。

4 日本著作権法における情報アクセシビリティ

日本著作権法の権利制限は、著作権法 30 条から 47 条の 7 まですべて個別に列挙されている。

まず、障害当事者自身が、情報アクセシビリティを確保するための行為、言い換えれば、著作物を享受する際の支障を解消するためにする行為については、自ら使用することのみを目的としてそれが行われる限り、著作権侵害にならない場合が多い。障害に関係なく適用される、私的使用のための複製 (30 条) や、私的使用のための翻訳、編曲、変形または翻案 (47 条の 6 第 1 項 1 号) についての権利制限により、情報を享受する際の支障を解消する行為を可能とする余地があるからである。障害当事者が、自ら読み上げ機能を持つソフトウェアを用いて音声を生成したり、自動的に字幕を生成するソフトウェアを用いて字幕を生成したりする行為は、生成されたものを障害当事者自身が使用している限りは、30 条や 47 条の 6 により、著作権侵害とはならない。

他方で、障害当事者が、個人的なつながりを超える範囲に、生成した音声や字幕のデータなどを複製して提供した場合、提供するためのデータの複製には 30 条が適用されず複製権侵害となることにくわえ、当初の音声の生成や字幕の生成についても、30 条や 47 条の 6 の適用が否定され、著作権侵害となる。

また、障害当事者以外の者が、個人的なつながりを超える範囲の障害当事者のために、オーディオブックや字幕を作成したり、手話通訳²²をしたりする行為には、30 条や 47 条の 6 は適用の余地はない。

これを補完する役割を担うのが、著作権法 37 条と 37 条の 2 である。これらの権利制限は、主として、障害当事者自身による行為ではなく、障害当事者以外の者が、障害当事者のためにする行為に関するものである。

37 条は、1 項と 2 項で点訳、電子点字の作成及び公衆送信²³についての権利制限を定める。3 項では、文字の音声起こし等、点字や電子点字を除いた障害当事者のために必要な方式での複製及び公衆送信についての権利制限を定めている。37 条 3 項の対象となるのは、政令で定められた、何らかの障害により視覚による表現の認識が困難である者の福祉に関する事業者等である。

37 条の 2 は、音声の文字起こし等、障害当事者のために必要な方式での複製及び障害当事者のみを対象とする当該複製物の貸出、並びに障害当事者のために必要な方式での公衆送信についての権利制限である。37 条の 2 の対象となるのは、政令で定められた、聴覚による表現の認識に障害のある者の福祉に関する事業者等に限られる。

なお、著作物が、視覚による表現の認識が困難である者や聴覚による表現の認識に障害のある者による利用に必要な形式で、著作権者やライセンシーから公衆に提供されている場合には、37 条 3 項と 37 条の 2 の適用はないとされる。

III 情報アクセシビリティに関する日本著作権法の問題点

現在の日本著作権法の障害者のための権利制限規定は、2018 年に直近の改正が行われた。この改正は、マラケシュ条約への準拠に必要な最小限のものであった。これにより、視覚による表現の認識が困難である者への対応は、一定程度改善された。

とはいえ、解決すべき課題は未だ残されている。豪州とは異なり、日本著作権法が権利制限を個別列挙規定のみで定めることが、その要因の一つであろう。

1 権利制限の対象を障害種別により画定することの弊害

日本の著作権法は、権利制限の対象となる行為を極めて詳細に規定している。

たとえば、37条は、権利制限の適用を受けられる行為を、障害種別を限定せずに「視覚による表現の認識が困難である者」が利用するために必要な形式による複製等としている。37条は、このような文言であることで、視覚自体には障害がなくとも、四肢の障害や読字障害などにより、視覚による表現の認識が困難な場合にも広く適用される。

一方、37条の2は、権利制限の適用を受けられる行為を、「聴覚による表現の認識に障害のある者」が利用するために必要な方式との文言で、障害種別を限定して規定している。したがって、37条の2が適用される障害種別は、聴覚による表現の認識の障害のみ、ということになる。この文言では、聴覚情報処理障害²⁴のように、聴覚による表現の認識に対する障害以外の理由で、聴覚による表現の認識が困難である者は、権利制限の対象外となる。37条の2の権利制限の対象とするか否かは本来、当人に困難が生じているか否かで判断すれば十分である。その困難が生じる原因を特定して、適用の有無を変える必然性はない。そもそも、かつては障害として認識されなかったことが、新たに障害として認識されることはままあることであり、聴覚情報処理障害はまさにその一例である。

この規定ぶりの相違は、マラケシュ条約が、障害種別を限定せず、広く視覚による表現の認識が困難である者に対する対応を要求するものであるために、37条が改正された結果である。

2 権利制限の対象となる者の範囲に関する規定が過度に複雑であること

もう一つの問題点として、権利制限の対象となる者の範囲を容易に把握できないことが挙げられる。点字や電子点字の作成や電子点字の公衆送信については、権利制限の対象となる者は特に限定されていない。他方で、点字や電子点字以外の方式での複製や公衆送信については、権利制限の対象となる者が厳格に規定されている。

確かに、マラケシュ条約への対応の過程で、権利制限の対象となる者の範囲が、従前より拡大された。従前は、政令に列挙された団体か、文化庁長官の指定を受けた者でなければ権利制限の対象となり得なかった。この点、37条3項に関しては、政令で定められた要件を満たすものであれば、手続なしに権利制限の対象となるよう改められた（著作権法施行令2条1項2号）。

しかし、37条の2については、政令に列挙された団体か文化庁長官の指定を受

けた団体に対象が限定されている(著作権法施行令2条の2)。文化庁長官の指定を受けるための手続を負担に感じ、尻込みしてしまうボランティアグループへの対応²⁵として、37条では一定の要件を満たせば権利制限の対象としたにも関わらず、37条の2ではその対応がされていない。また、規定が複雑であることにかわりはなく、誰もが一見して自らが権利制限の対象かどうかを判断できる状態ではないといわざるをえない。さらに、障害当事者自身や個人で活動するボランティアが、点字や電子点字以外の権利制限の対象とならないことにも、注意が必要である。

これらの文言の相違や厳格な要件による課題について、解釈論による解決が可能である、という見解があるかもしれない。

しかし、解釈論による解決には限界があると言わざるをえない。というのは、権利制限の対象となる者の範囲が厳格に限定されることとなったことには、法案作成の過程で、権利者団体から、生成された音声データや字幕が付与された動画が、障害当事者以外の者に流出することへの強い懸念が示された²⁶ことが影響している。政令で詳細な要件を定めることで、障害当事者以外の者への流出への対策を図るのが立案者の意図であり、解釈論で権利制限の対象を拡張することは、それと真っ向から衝突する。

くわえて、裁判実務は、著作権の権利制限規定の解釈適用を厳格に行う傾向にあり、規定の文言を柔軟に解釈し、権利制限の適用を認めることに積極的であるとはいいがたい²⁷。

よって、条文の文言上、明確に権利制限の適用があるといえない場合には、権利制限の適用を受けられない可能性が高いといわざるをえない。

したがって、これらの問題点については、立法による解決が望まれる。以下では、著作権法の制度設計において、情報へのアクセシビリティという価値が、どのように把握されているかについて述べる。

IV 著作権法の制度設計における情報へのアクセシビリティの位置づけ

著作権法は、著作物の利用行為に対する禁止権である著作権を著作者に与えることで、著作者が著作物の利用から対価を得ることを可能としている。著作権を制限することは、著作者の利益と真っ向から衝突する。

著作権法学界では、伝統的に、著作権法の大原則は著作者保護が第一義であり、権利制限はその例外にすぎない、という考え方²⁸が採られてきた。

しかし、近年では、著作権の制度設計に際しては、伝統的な著作者第一主義を

離れ、著作者の利益と利用者の利益とを同等のものとして把握し、それらのバランスを図るべきとの考え方²⁹も有力である。2008年3月の第16回SCCRにブラジル等から共同して提出された提案書では、「義務的な権利制限または利用者権」との表現が用いられている。この表現は、まさに後者の考え方を反映するものである。

日本の著作権法の政策立案を担当する文化庁に設置されている、文化審議会著作権分科会の2017年4月の報告書では、障害者にかかる権利制限規定について、「著作物の本来的利用を伴うものの、公益的政策目的の実現のため、権利者の利益との調整が求められる行為類型」と位置づけられている³⁰。上記報告書が「公益的政策目的」との文言を用いて障害者に関する権利制限を位置づけたことから、著作権政策の立案担当者が、情報へのアクセシビリティを、著作者の利益に劣後しないものと理解していることが読み取れる。

以下では、著作権法の制度設計の観点から、情報へのアクセシビリティを根拠とする、権利制限の考え方について、若干の私見を述べる。

情報へのアクセシビリティの観点から、著作権制度自体が社会的障壁となりうることは、従前より指摘されている³¹。したがって、情報へのアクセシビリティそれ自体が、権利制限を設けるべき積極的理由として機能することはいうまでもない。それでもなお、情報へのアクセシビリティを図るための権利制限が複雑となったり、過度な要件が課されたりするのは、権利制限を設けることの消極的理由、すなわち権利制限を設けることで生ずる問題が甘受できる程度に止まる、との説明が困難であることによる。

実際に著作物の市場が侵食されなくとも、著作物が著作者以外の者により複製されただけでそれを損害と理解する見方に立てば、情報へのアクセシビリティを確保するための行為は、著作者の利益を幾分かは削り取るように見える。この見方は、先に取り上げた文化審議会著作権分科会の2017年の報告書において、障害者にかかる権利制限規定が、著作物の本来的利用を伴うもの、とされていることにも顕れている。そうした見方からは、理由はどうあれ複製がされれば著作者の利益が損なわれるのだから、それを補填せよ、との主張が導かれる。

著作者等により、適法に世に出された著作物について、そのままの状態の内容を享受できない場合、すなわち情報へのアクセシビリティを確保するための追加的な行為が必要な場合には、それに要する追加的な費用が生じる。この追加的な費用としては、そうした行為を物理的に行う人やモノに要する費用のほか、権利制限がなければ著作権者に支払われる許諾の対価を観念できる。情報へのアクセ

シビリティについての権利制限の制度設計は、これらの費用のうち、後者のものを誰にどのように割り付けるか、を定める作業ともいえる。

仮に、情報へのアクセシビリティについての権利制限が一切無ければ、著作権者から許諾を得られた場合でも、情報へのアクセシビリティが確保されない者は、自身で追加的な許諾の対価を著作権者へ支払うことになる。言い換えれば、情報へのアクセシビリティのための措置が必要な者は、そうでない者に比べ、著作権者への許諾の対価の分だけ高い費用を負担することになる。

他方で、情報へのアクセシビリティのための行為全てに、一切の権利行使を否定する権利制限を設けることは、著作権者への許諾の対価という費用を、情報へのアクセシビリティの名のもとに社会的に著作権者に負担させることを意味する。

情報へのアクセシビリティのための費用は、誰かが負担しなければ、情報へのアクセシビリティは図られない。この費用を、障害当事者にのみ割り付けることは、情報へのアクセシビリティを否定することと同義である。また、この費用を著作権者にのみ割り付ける理由もない。したがって、この費用は、社会全体で負担すべき費用と位置づけるほかない、ということになろう。

よって、情報へのアクセシビリティのための行為のうち、少なくとも個別の行為を逐一捕捉可能なものについては、一律に権利行使を否定する権利制限を設けた上で、行為がなされた程度に応じて、国庫から権利者へ補助金として還流させる制度設計も選択肢に入るのではなかろうか。

※本研究は、JSPS 科研費 JP18K12691 の助成を受けたものである。

¹ 山田肇「第1部 情報アクセシビリティとは何か」山田肇(編)『情報アクセシビリティやさしい情報社会へ向けて』(NTT出版、2005年)3頁。

² 国立国語学研究所「第4回『外来語』言い換え提案—わかりにくい外来語を分かりやすくするための言葉遣いの工夫—」(2006年)、https://www2.ninjal.ac.jp/gairaigo/Teian1_4/iikae_teian4.pdf、8頁。

³ 山田・前掲16頁。

⁴ 国立国語学研究所「第1回『外来語』言い換え提案—わかりにくい外来語を分かりやすくするための言葉遣いの工夫—」(2003年)、https://www2.ninjal.ac.jp/gairaigo/Teian1/iikae_teian1.pdf、55頁。

⁵ 著作権法21条から27条でそれを行う権利は著作権者が専ら有するとされる行為。支分権の対象となる行為といわれる。

⁶ 個別の障害種別に応じた散発的な議論は、著作権法学界(踏み込んだ議論を行うものとして、渋谷達紀『著作権法』(中央経済社、2013年)286頁がある)のみならず、立法担当者や障害

当事者により行われていた。著作権法学界での総合的な議論としては、佐藤豊「障害者の情報へのアクセシビリティと著作権—日本の著作権制限規定におけるマラケシュ条約の位置づけ—」渋谷達紀教授追悼論文集編集委員会編『知的財産法研究の輪』（発明推進協会、2016年）637頁、得重貴史「障がい者のアクセシビリティと著作権—著作権法の権利制限規定の比較法的研究」渋谷達紀教授追悼論文集編集委員会編『知的財産法研究の輪』（発明推進協会、2016年）649頁、佐藤豊「情報へのアクセスに対する社会的障壁と著作権制度」障害法創刊号（2017年）127頁がある。

⁷ ベルヌ条約以外の著作権制度に関する主要な多国間条約としては、TRIPS 協定と WIPO 著作権条約が挙げられる。TRIPS 協定は、ベルヌ条約の遵守義務を定めた上で、ベルヌ条約が要求する以上の著作権保護を求めている。また、WIPO 著作権条約は、ベルヌ条約の「特別の取極」である（WIPO 著作権条約 1 条（1））。ベルヌ条約は条約の規定に反しない範囲で「特別の取極」を定めることを要求している（ベルヌ条約 20 条）。したがって、TRIPS 協定や WIPO 著作権条約により、ベルヌ条約の適用範囲が狭められることはないとされている。

⁸ 地域的な協定によっても、著作権制度の整理が図られている。欧州連合では、加盟国の国内法を拘束する「指令（Directive）」により、著作権制度の統一が図られている。

もともと、欧州連合は、地域連合として世界貿易機関に加盟している。世界貿易機関を設立するマラケシュ協定（WTO 協定）の付属書である、知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（TRIPS 協定。付属書 IC）9 条は、ベルヌ条約の遵守義務を定める。世界貿易機関の加盟国には、TRIPS 協定の適用の留保が認められていないため（WTO 協定 16 条（5））、すべての加盟国は TRIPS 協定 9 条に基づき、ベルヌ条約に拘束されることになる。したがって、欧州連合は、実質的にベルヌ条約に拘束される。

⁹ ベルヌ条約は、1886 年の原条約に欧州と北アフリカの 8 カ国が署名して以来、著作物の利用形態の発展などに対応して複数回の改正が重ねられている。また、条約が適用される国の数も増大し、直近の改正条約である 1971 年のパリ改正条約が適用される国は、世界 171 カ国にのぼる（<https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/>（follow “Contracting parties” hyperlink; then follow “Paris Act(1971)” hyperlink））。

ベルヌ条約は、条約が適用される国の増大に伴い、合意形成が困難となり、1971 年のパリ改正条約以降、条約本体の改正は行われていない。ベルヌ条約 20 条は、一部の締約国間で、条約の規定に反しない「特別な取極」を行うことを認めている。「特別な取極」により、著作物の利用形態の発展などに対応している。

¹⁰ もともと、学説のなかには、引用に関する権利制限について規定するベルヌ条約 10 条が、著作権を積極的に制限すべき旨を定めるものと理解するものがある（DANIEL J. GERVAIS, (RE)STRUCTURING COPYRIGHT A COMPREHENSIVE PATH TO INTERNATIONAL COPYRIGHT REFORM (2017), AT 42; PAUL GOLDSTEIN & P. BERNT HUGENHOLTZ, INTERNATIONAL COPYRIGHT LAW PRINCIPLES, LAW, AND PRACTICE(4TH EDS.,2019), AT 369; SUPRA NOTE 21, AT 29; 坂田均「ベルヌ条約ストックホルム改正条約における引用について」御池ライブラリー 53 号（2021 年）34 頁（https://www.oike-law.gr.jp/wp-content/uploads/OL53-15_sakata.pdf））。

¹¹ SCCR/18. SCCR は、著作権および著作隣接権に関する事項を検討することを目的として、1998 年に設置された WIPO 内部の機関である。

¹² SCCR/13/5, at annex page 2(https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_13/sccr_13_5.pdf).

¹³ SCCR/16/2, at annex page 2(https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_16/sccr_16_2.pdf).

¹⁴ マラケシュ条約は、2013年6月に採択され、20カ国の加入書又は批准書のWIPOへの寄託を得て2016年9月30日に発効した。日本は最終文書には署名を行ったものの、条約には署名を行わなかった。その後、日本は2018年10月に加入書を寄託し、2019年1月1日に同条約への加入を果たした。(https://www.wipo.int/treaties/en/ip/marrakesh/ (follow “Contracting parties” hyperlink)).

マラケシュ条約の条約案は、視覚障害分野の国際非政府組織である世界盲人連合(以下、「WBU」という。)により2008年に作成された。条約案はブラジル、エクアドル、パラグアイによる提案書として2009年5月の第18回SCCRへ提出された。これを契機に、WIPOでの議論が始まった。マラケシュ条約の制定過程における議論につき、von Lewinski・前掲WIPO(1)219頁及びSilke von Lewinski(矢野敏樹訳)「WIPOにおける著作権保護の例外と制限に関する議論(2・完)」知的財産法政策学研究35号(2011年)195頁を参照。

¹⁵ マラケシュ条約の詳細については、佐藤・前掲情報へのアクセス127頁等を参照。

¹⁶ SCCR/42/SUMMARY BY CHAIR, at 4-5(https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_42/sccr_42_summary_by_the_chair.pdf).

¹⁷ Australian Law Reform Commission, *Australian statutory licenses*, https://www.alrc.gov.au/publication/copyright-and-the-digital-economy-dp-79/6-statutory-licences/australian-statutory-licences/ (last visited on 09 January 2023).

¹⁸ DAVID PRICE, COLIN BODKIN, FADY AOUN, *INTELLECTUAL PROPERTY COMMENTARY & MATERIALS* (6th eds., 2017), at 298, 305.

¹⁹ Copyright Amendment (Disability Access and Other Measures) Bill 2017 Explanatory Memorandum (Circulated by authority of the Minister for Communications, Senator the Hon. Mitch Fifield) (http://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/download/legislation/ems/r5832_ems_6286f247-9092-48bd-aac1-d771a2c7ee30/upload_pdf/625196.pdf)(2023年8月30日最終閲覧), at 13.

²⁰ Emily Hudson, *The Copyright Amendment Act 2006: The Scope and Likely Impact of New Library Exception*, 25 Australian Law Librarian 14(4), (2006), at 25.

²¹ The Parliament of the Commonwealth of Australia Joint Standing Committee on Treaties, Report 153, https://www.aph.gov.au/-/media/02_Parliamentary_Business/24_Committees/244_Joint_Committees/JSCT/2015/Report153/FINAL_Report_153.pdf (2023年8月30日最終閲覧), at 9 [2.37].

²² 私的使用のための複製に付いての権利制限である30条1項については、47条の6は、翻訳と翻案の双方について準用される旨規定するため、権利制限の対象となる行為が、「翻訳」か「翻案」かを区別する実益はない。

他方で、図書館による複製等に関する権利制限を定める31条は、翻訳についてのみ準用される旨規定される(47条の6第1項2号)。したがって、権利制限の対象となる行為が、「翻訳」か「翻案」かを区別する実益が生じる。

著作権法の立案担当者は、著作権法上の「翻訳」とは、言語の著作物を言語体系の違う他の国語で表現し直すことであるとし、点訳は翻訳には当たらないとする(加戸守行『著作権法逐条講義』(2021年、七訂新版、著作権情報センター)49頁)。この説明は、手話の言語としての位置づけを意識してなされたものではない。したがって、手話通訳が、著作権法上の「翻訳」か「翻案」のいずれにあたるかについて、立案担当者がどのように考えたかを判断する材料としては十分ではないかもしれない。とはいえ、この説明に従えば、日本語を日本手話とすることが、「翻訳」であるのか「翻案」であるのかは、日本

手話を、日本語と言語体系の違う他の国語として位置づけるか否かで変わることになる。

日本手話は、言語学的に見て、日本語とは全く異なる自然言語であると説明される（山内一弘「日本語と日本手話—相克の歴史と共生に向けて—」立法と調査 386 号（2017 年）https://www.sangiin.go.jp/japanese/annai/chousa/rippou_chousa/backnumber/2017pdf/20170301101ss.pdf、101 頁。）。この説明に従えば、手話通訳は、著作権法上の「翻訳」にあたる、とすべきことになろう。

- ²³ 具体例としては、不特定の視覚障害者等に対する放送、有線放送、ストリーミング配信、メール送信が挙げられる。

著作権法上の「公衆送信」とは、不特定または特定多数の者が直接受信することを目的として、電気通信の送信を行うこと、と定義されている（2 条 1 項 7 号の 2）。

また、不特定または特定多数の者がダウンロード可能な設定としたサーバの領域にアップロードする行為や、著作物が記録されたサーバの領域を不特定または特定多数の者がそこからダウンロード可能な設定とする行為は、公衆送信の前段階の行為であり、「送信可能化」（前者につき 2 条 1 項 9 号の 5 イ、後者につきロ）に該当する。

「送信可能化」については、著作権法 23 条により、公衆送信の一類型として規定される「自動公衆送信」（9 号の 4）に含まれる行為として、著作者が禁止できる行為とされている。これについても、37 条及び 37 条の 2 の権利制限の対象となる。

- ²⁴ 聴力検査では正常と判断されるにもかかわらず、日常生活において聞き取りにくさを感じる症状と説明される（松本希「臨床ノート 聴覚情報処理障害（APD）」耳鼻と臨床 66 巻 5 号（2020 年）、https://www.jstage.jst.go.jp/article/jibi/66/5/66_190/_pdf、190 頁）。

具体的な症状としては、聞きまちがいや、周囲の雑音が大きい場合に言葉を聞き分けられない、口頭で言われたことを忘れてしまう、早口や小さな声を聞き取れない、長い話を注意して聞き続けられない、視覚情報に比べて聴覚情報の理解ができない、といった症状があるとされる（松本・前掲 190 頁）。

- ²⁵ 文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会 報告書 平成 29 年 4 月」（2017 年）、http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2904_shingi_hokokusho.pdf、114 頁。

- ²⁶ 文化審議会著作権分科会・前掲平成 29 年 4 月報告書 113 頁。

- ²⁷ 知財高判平成 26・10・22 平成 25(ネ)10089 [ドライバレッジジャパン控訴審]。同判決は、依頼者から預かった書籍等をスキャンし、依頼者にスキャンデータを提供するとともに当該書籍等は返却するサービス（いわゆる「自炊代行サービス」）の提供者につき、書籍等のスキャンが複製に該当することを前提に、当該複製を物理的に為す者がサービス提供者であること等を斟酌して、著作権法 30 条の適用を否定した。

- ²⁸ 斉藤博『著作権法概論』（2014 年・勁草書房）16 頁。

- ²⁹ 実際の立法例にこの考え方が反映されたことを指摘するものとして、谷川和幸「カナダ著作権法における『利用者の権利』としての著作権制限規定」情報法制研究 4 巻（2018 年）57 頁、61-62 頁。

- ³⁰ 文化審議会著作権分科会・前掲平成 29 年 4 月報告書 39 頁。

- ³¹ 佐藤・前掲情報へのアクセスに対する社会的障壁と著作権制度 127 頁。

障がい者差別が裁判で争われた事例

「合理的配慮義務」規定と裁判規範性

池田 直樹（弁護士）

- I 序
- II 裁判例【1】
- III 裁判例【2】
- IV 差別禁止法が裁判規範性を持つことの意味

I 序

身体障害のため車いすを利用する人に対する移動手段の保障は、障がい者が社会の一員であることを前提とする社会においては、当然に前提として認められなければならない。従来は障がい者は、障がいの内容、程度に関わらず、「保護」の名目で、社会から隔離され、社会の一員としての地位が認められず、放置されてきた。社会の側は「障がい者が社会にいることは社会にとって負担であり、関わることは煩わしい」という本音が見え隠れしていた。

その後、国連の「障がい者の10年企画（1983年から1992年）」等から、2006年12月13日国連総会で採択され、2008年5月3日発効する年、障害者権利条約が成立するに至り、障がい者は「保護の対象」と位置付けるのではなく「社会の一員」として位置づけることが、世界的に浸透するようになった。

本報告は、そのような「障がい者に対する社会の視点」がどのように変遷してきたか、そして、社会に対して障がい者自身が、一人であっても、立ち上がり、「我々は社会の一員だ」と発言し、裁判所に対し判断を迫ったことは、まさに時宜を得た行動と言え、社会の側は、その障害者の声を受けとめざるを得なかったのである。

ここで報告する裁判例は、ちょうど社会が障がい者を社会の一員として受け止める、つまり社会規範として、当たり前に障がい者が社会で移動する基本設計に組み込まれる直前の事例であったことを踏まえて頂く必要がある。

II 裁判例【1】

1 事案の概要

(1) 原告の障がいの内容

原告は脳性まひで緊張性アテトーゼがある。発語障害もあり、その発語は聞

き取りにくいことがある。また、下肢まひにより電動車いすを利用している（身体障害者手帳1種1級）。

(2) 原告が最寄り駅のホームに上がるためのエレベーター設置を求めた事情

原告の自宅からの最寄り駅が高架駅になっており、電車に乗るためには駅員に階段を担いでもらわなくてはならない。原告の使用する電動車いすは蓄電池を積んでおり、そのために堅固にできていることから本人の体重を加えれば、原告を改札から高架駅のホームまで担ぎ上げるのに大人6人が必要になる。

鉄道会社は、ある時期から「階段昇降機」を導入した。これは、駅員1人で操作することで階段を昇降できるが、車いすは水平板の上に固定され、階段をゴム製のキャタピラが電動でよじ登って行く構造になっているが、安全のための囲いはない（移動手段として、この階段昇降機を利用している鉄道機関は現在では存在しないと思われる）。従って、キャタピラが階段から外れればそのまま転落し、死亡事故につながる危険があり、乗せられた車いす利用者の不安は強いものがあつた。

そこで、原告は当時利用していた鉄道会社に対して、地上にある改札からホーム（高架駅）までの昇降を保障するエレベーターを設置するよう要望書を提出したしたが無視されていた。

(3) さらに、原告はこの鉄道を利用する度に、暴言など駅員から嫌がらせを受けることから、会社宛に抗議の文書を送付していた。暴言等について、原告が指摘した抗議としては、訴訟の中で以下の9件を指摘した。

- ① 原告に無断で原告のバッグを開け、中から住所録を取り出し、家族に電話した。
- ② 原告を改札から高架駅のホームに運び上げた後、駅員は暴言と共に原告の車いすを蹴った。
- ③ 駅のホームで他の乗客から突然頭を叩かれたので、近くにいた駅員にその男を捕まえるよう頼んだが駅員は無視した。
- ④ 別の駅から電車に乗って最寄り駅で降りるつもりだったが、「満員電車に乗ってくれるな」と強い口調で言った。
- ⑤ 電車から降りてきた原告に対して駅員は「邪魔な車椅子やな、他のお客さんが迷惑やないか」と少し大きめの声で言った。
- ⑥ 最寄り駅で降りた原告に対して駅員は「こんな遅く帰ってきても駅員が少ないから困るやないか。もっと早く帰ってもらえないか」と言った。
- ⑦ 最寄り駅から降りた原告に対して「この駅は駅員が少ないから行きも帰り

も両方と言うのは困る。頼むから来んといてくれ。」と言った。

⑧ ホームで駅員が原告の許可を求めず、電動車いすのモーターブレーキを解除してしまった。

⑨ 別の駅から乗車する際に「最寄り駅で降りたいので連絡して欲しい」というと「その駅には（この時間帯は）駅員がいないから、だめだ」と言われた。

2 原告が求めた判決

(1) A 駅の垂直移動箇所に乗客用エレベーターが設置していないことが違憲違法であることを確認する。

② 被告鉄道会社は、原告に対し、慰謝料として、金 100 万円及びこれに対する平成 6 年 11 月 18 日から支払い済みに至るまで年 5 分の割合による金員を支払え。

3 原告が主張する根拠条文

原告は、エレベーターの設置要求について「移動環境整備要求権」と表現し、その法的根拠は、①幸福追求権（憲法 13 条）、②移動の自由（22 条）であり、これを具体化した法規範として③障害者基本法を指摘した（当時「合理的配慮義務」を規定した障がい者差別解消法は成立していなかった）。さらにその駅が大阪府内にあることから、④大阪府福祉の街づくり条例に基づく整備義務も根拠になりうるものと主張した。

4 判決主文（平成 6 年（ワ）10330 号損害賠償請求事件）

1999(平成11)年3月11日 大阪地方裁判所判決

(1) 原告の違憲確認の訴えはいずれも却下する。

(2) 被告は、原告に対し、金 10 万円及びこれに対する平成 6 年 11 月 18 日から支払い済みまで年 5 分の割合による金員を支払え。

(3) 原告のその余の請求を棄却する。

5 判決理由

(1) 「原告指摘の法令の諸規定は、いずれも国ないし地方公共団体と被告との間の権利義務関係を規律するものであって、原告の被告に対する具体的な権利義務に関する規定と解することはできない」

「鉄道駅へのエレベーターの設置が費用負担など経済的制約を不可避免的に伴う

ことにかんがみ、被告に対して道義上の努力義務を示しているにすぎない」
とした。

(2) ただ、「違憲、違法でないからといって、エレベーターの整備等に関する鉄道事業者の努力がなおざりにされることがあってはならず、身体障害者と健常者との法的平等を確保することが社会的な要請となっている現状に照らすと、身体障害者の移動の自由を実質的に確保するための投資は、被告のする各種投資の中でも、相当程度優先順位の高いものとして位置づけることが求められているというべきである」とした。つまり、バリアフリー環境の整備については鉄道事業者の自由裁量ではなく、優先的地位を認めたのである。当時の裁判所としては、精いっぱいの判断を示したのであろう。

(3) ただ、裁判所は、上記9点の個別的違法行為の指摘については、②、⑤についてのみ違法性を認め、慰謝料10万円の支払いを命じ、その余については、「何ら違法ではない」「不快感を抱かせるが、不法行為をもって論じるほどの違法性はない」などとした。つまり「損害賠償を認める程度の違法か否か」について、個別に判断したようである。

6 判決に対するコメント

(1) 原告が指摘した法令については、「(憲法や障害者基本法などについて)原告は名宛人ではない」「(法的義務を定めたものではなく)努力義務にすぎない」として、裁判規範性を否定した。

(2) ただ、この当時において、裁判所は、既に、「バリアフリー化は社会的要請である」とし、「そのための投資は相当程度優先順位が高い」と判示した。これは、裁判官の精一杯のリップサービスである。

(3) 上記9点の個別侵害について、2点について違法性を認めた。これは、9点の内「直接的差別」と認定できる行為をピックアップしたものと考えられる。

7 控訴審判決 (2000(平成12)年1月21日 大阪高裁判決)

前記裁判の控訴審では、原告(控訴人)は、①エレベーター設置請求権の法的根拠として、憲法22条、14条の間接適用を指摘し、②国際人権規約B規約、障害者の権利宣言 ③鉄道事業法、障害者基本法、④大阪府福祉のまちづくり条例を指摘した。しかし、これらについては、いずれも「原告に対してエレベーターの設置を直接請求することまで認めたものとは解されない」として原告(控訴人)の主張を退けた。

さらに、旅客運送契約、安全配慮義務に基づくエレベーター設置請求権の主張については、「鉄道事業を利用しての移動は、控訴人にとって選択しうる一つの手段にとまる。また、旅客運送契約は、鉄道による運送のほか、必然的に駅舎、プラットフォーム等の鉄設の利用もその一内容とするものと解されるが、それが最低限備えるべき設備内容と安全性は、鉄道事業法等による公的規制を受ける他は鉄道事業者の決定に委ねられると言わざるを得ない」とし、運送契約は「利用者にとって望ましい一定の施設の設置要求を含むものではない」とした（上告せず、確定）。

Ⅲ 裁判例【2】

1 事案の概要

原告は、1990（平成2）年中途障害であり、当時、重度の身体障害（1級）があるため車いすを利用していたが、若いころから電車に乗って旅行に行くのが好きだった。特に高原を走る小海線（小淵沢－小諸、行程約2時間）や白神山地を走る五能線（川部－東能代、行程約4時間30分）に乗って車窓から見える高原や山の美しさを満喫するのを楽しみにしていた。

ただ、車いすを利用するようになってからは、これらの電車に乗れない状況になってしまった。まず、車両に乗る入り口が狭く、段差があり、さらに連結されているトイレは車いす仕様になっていなかった。

ただ、1990（平成2）年当時、国土交通省（当時は運輸省）内に設置された「心身障害者・高齢者のための公共交通機関の車両構造に関する調査委員会」は心身障害者や高齢者にとって利用しやすい公共交通機関の車両のあり方について検討し、車両のモデルデザインを公表していたが、その中でトイレは車いす仕様にするように提案していた。

そして、翌年1991（平成3）年鉄道会社は五能線にトイレ設備のある新型車両を導入したが、その車両は車いす仕様にはしなかったのである。1995（平成7）年ころから、原告はこの新規モデルデザインの実施を求めて直接国土交通省に申入書を提出したり、独自に「車椅子も乗れる列車を求める会」を立ち上げて機関紙を発行し、障害者団体に支援を求めたが、進展せず、東京地裁に提訴した経緯がある。

2 原告が求めた判決

- (1) 被告鉄道会社は、小海線、五能線において運行編成されている車両に別紙記載の仕様の車いす対応のトイレ設備付き車両を設置せよ。

- (2) 被告鉄道会社及び被告国は、各自金 110 万円及びこれに対する本訴状送達の日翌日である平成 12 年 6 月 16 日から支払い済みまで年 5 % の割合による金員を支払え。

3 原告の主張

- (1) 「旅をする自由」は憲法 13 条、22 条で保障されており、特に車いす利用者にとっては重要であり、車いす利用者である原告は、国及び公共交通機関の事業運営の認可を受けている鉄道会社に対して、これらの憲法が保障する自由を保障するよう求める権利がある。
- (2) 鉄道は国の基幹的な移動手段であり、障害の有無に関わらず利用する機会を保障すべきであり、本件各線区が風光明媚な観光線区であることから一般乗客についてのトイレ利用の必要性を認め、トイレ車両を連結しながら、そのトイレが車いす仕様になっていないということは「車いす利用者の乗車を拒否すること」と同じであり、法の下での平等保障（憲法 14 条）に反する。トイレ車両を連結するか否かは鉄道事業者の裁量に委ねられているが、「連結する」と判断した以上は「どのような仕様のトイレにするか」について裁量の余地はないはずである。
- (3) 平成 2 年 3 月運輸省（当時）は鉄道用車両モデルデザインを発表しており、その中で車いす対応のトイレ仕様が明示されていることから、鉄道会社はこのデザインのトイレを設置する義務がある。
- (4) また、国は上記モデルデザインを公表しながら鉄道事業者に車いす対応トイレの設置を指導しないことは障害者基本法の趣旨に反し違法である。

4 判決文

(1) 争点

- 争点 1 被告鉄道会社が小海線、五能線運行車両に車いす対応トイレを設置しないことが違憲、違法か
- 争点 2 被告国が被告に対して車いす対応トイレの設置を指導しないことは違法か
- 争点 3 争点 1 が認められる場合に被告に対して車いす対応トイレの設置を求めることができるか
- 争点 4 争点 1, 2 が認められた場合の損害額

(2) 判断

- ① 裁判所は「身体障害者は、日常生活の行動範囲が限られており、旅による充足感は一般の人々よりはるかに深いものがあるうえ、被告鉄道会社が多くの国民に利用されている重要な交通手段である公益的な鉄道事業を営んでいること、この両線（小海線、五能線）において車両に車いすトイレが設置されていなければ身体障害者にとって同車両を利用した長距離の移動は事実上難しいことが認められる」、とし、旅行の自由は憲法 22 条の一内容として保障されているとした。しかし、「国に対して旅行の自由を実質化するための積極的な作為を請求することはできない」、また「国民のニーズは多種多様であり、国がどのような内容の作為義務を負うかは抽象的にすら確定することができない」とした。
- ② また、被告鉄道会社についても、「鉄道会社はどの線区に車いす対応トイレ設置車両を投入するかについて利用客数や予算上の制約を考慮に入れて判断する自由を有していること、平成 3 年以降車いす対応トイレが設置された車両が運行している線区が増加していることなどを考慮して、違憲、違法（不法行為）を構成するとは認められない」とした。
- ③ さらに、法の下での平等に違反するとの主張に対しては、「憲法は人の現実の差異に着目してその格差是正を行うことまでも保障したものではないこと、どのような対策を講じ、いかなる程度まで実質的平等を実現するかは原則として立法に委ねられていること」などから、本件車いす対応トイレの不設置が憲法 14 条に違反する違法があるとは認められない、とし
- ④ 「被告鉄道事業者に対し、障害者の利用を可能にするための具体的な施策を義務付け、あるいは被告国にその指導を義務付けるだけの法律上の根拠は見出しがたいと言わざるを得ない」
- ⑤ 判決は、最後に「身体障害者もその個人としての尊厳が尊重されなければならないことは当然であり、そのためには障害者が社会生活のあらゆる局面において社会に参加できることが必要である。このような観点からみると、障害者が何不自由なく旅行することができるように、適切な設備が交通機関に設置されていることが望ましいことはいうまでもない。」とし、鉄道会社に対して「今後もその努力を継続することが期待される」と言及するに留どまった。

5 控訴審（東京高裁、2002(平成14)年3月28日 判決）

原告（控訴人）は、原審の主張に加え、国連の社会権規約委員会が発表した『一

般的意見 (general comment) 第5』により、社会権規約2条2項の差別禁止規範の対象として「障害を理由とした差別」が含まれたこと、「障害から生じる不利益を克服することができるように適当な措置を取ることが国や鉄道会社に要求され、これらが漸進的達成の義務として位置づけられること、被告鉄道会社は上記「一般的意見第5」が発表された後8年間も放置したのは社会権規約2条2項に違反する、との主張を追加した。

控訴審は、この主張に対しては、「一般的意見」は社会権規約委員会の意見であり、社会権規約の解釈について我が国に対して法的拘束力を有するものではないこと、社会権規約2条2項は締結国において上記権利に実現に向けて積極的に推進すべき政治的責任を負うことを宣明したものであって、個人に対して具体的権利を付与すべきことを定めたものではない、とし本件不設置について社会権規約2条2項違反はないとした。

なお、上告したが、新たな判断は示されず、控訴棄却となった。

6 判決へのコメント

- (1) 公共交通機関のバリアフリー化は望ましい。
- (2) しかし、当時では、鉄道会社や国にバリアフリー化のための具体的な施策を義務付けるだけの法的根拠は見出しがたい。障がい者差別解消法が制定された現在、「合理的配慮」が法的義務として規定されていることは法的根拠としないのではないかと問題となり、今後の判断が待たれるところである。「合理的配慮」の限界として「過度の負担を強いるか、否か」が問題となることも争点になると思われる。

IV 差別禁止法が裁判規範性を持つことの意味

- 1 障害者基本法は、あくまで「基本法」であり、国の政策の方向性を示すガイドラインであって、それ自体に裁判規範性は認められず、「基本法に違反した」として、損害賠償が認められることはない。
- 2 このことは、障害者基本法に差別禁止条項（3条3項）が追加されたことで、変わることはない。
- 3 ところで、障がいを理由とした差別のない社会を達成するために、2つのルートがある。一方で「障害者基本法」のように、行政主導で、国の施策を講じる

べき方向を示し、助成、パイロット事業、行政指導など多様な行政施策の積み重ねによるルートで達成を目指す（その後、制定された「差別解消法」も同様。「合理的配慮義務」についても、当初は「努力義務」としたが、障がい者差別に向けた国民の足並みがそろったと判断し、その後「法的義務」とした）。行政が主導しなければ社会は変わらない。

他方「障害者差別禁止法」のルートは、障がいのある人個々人が、目の前の自己の差別体験に対して立ち上がり、司法手続きを通じて、個別に救済・是正を求め、差別救済の凸凹はあるが、最終的に「差別のない社会」を獲得していくルートである。

後者の場合は、障がいのある人自身が訴訟の原告となり、弁護士、研究者など専門職の支援を受けつつも、自ら表現力を養い、その主張が説得力を持つように工夫する。差別に対する怒りの表現は必要であるが、怒りだけで社会を説得することは難しい。その怒りを自ら分析し、「自分らしい生き方を実現するための切実な思い」を表現することで、社会を少しずつ説得していくしかない。

障がい者に対する差別と偏見は、行政の施策だけで解消することはなく、当事者の側の働きかけが不可欠である。

現在は、日本では、差別禁止法は制定されず、国が施策として「障害による差別のない社会を目指す」ことを推進する、という障害者差別解消法が制定されている。これは差別か否かを法的な争点として裁判で白黒決着をつけることは、日本の社会運営として望ましくない、と判断したと思われる。

アメリカは連邦法として差別禁止法を制定した。おそらく、アメリカには、国民性として「権利は与えられるものではなく闘い取るもの、権利を獲得して自分で戦う、行政に任せておけない」という考えが浸透しており、他方連邦政府も「差別解消は第一次的には個々の闘いに委ね」他方「国が大きすぎて国全体を仕切り、個々の当事者間の差別解消に対応できない」という本音があり、「個々の差別に対する戦いは個々の行動に委ねるしかない」との判断があるのではないだろうか。となると、アメリカでは、前述した個々の差別解消の実現は、差別禁止法のルート（当事者が権利法を根拠に、個々に全面に戦う）に委ね、差別解消法のルート（行政が主導して差別のない社会を目指す）は採用できなかった。

他方日本は、国民自身が権利獲得の歴史はなく、戦後与えられた「民主主義」を使いこなせないまま、行政が主導して、国民全体に綱をかけて「差別のない社会」に向けて誘導する」という方法を選択したと思われる。

ただ、いずれにしても、差別のない社会を求める障がい当事者自身の声が前提となる。まず当事者自身の強い声があり、あるいは国会での主張などがあって初めて、国のかじ取りも変わってくることを考えれば、障がい当事者の活動は今後さらに試されることになる。国のかじ取りに影響力を示すことができるか否か、組織、専門家の力量が問われている。国に「おんぶにだっこ」では、当事者が求める社会に変わっていかないのではないか。

以 上

コメント

経産省トイレ制限訴訟とバリアフリー法

川内 美彦（東洋大学人間科学総合研究所・アクセシビリティ研究所）

- I わが国におけるアクセシビリティ整備の歴史と概要
- II 心情に訴えるアクセシビリティ整備
- III 国交省の権利に対する基本的姿勢
- IV 「人権」や「尊厳」のない共生社会
- V 経産省トイレ制限訴訟と車いす使用者のトイレ
- VI 終わりに

本稿は第7回日本障害法学会研究大会での私の発言について書くが、その後の、いわゆる「経産省トイレ制限訴訟」での最高裁判決とバリアフリー法の関係についても書く。

なお、わが国で広く使われているバリアフリーという言葉は、世界的にはほぼ使われておらず、アクセスあるいはアクセシビリティという言葉が一般的である。一方で国内的な規定等ではバリアフリーが使われているので、本稿ではこの両方を同じ意味合いで使う。

I わが国におけるアクセシビリティ整備の歴史と概要

「わが国における福祉のまちづくりへの取り組みは、1969年に仙台で始まった車いす使用者が町に出られるようにしようという活動からだといわれている。やがてこれは、71年の『福祉のまちづくり市民の集い』という車いす使用者の生活圏拡張運動につながっていった」。^(文1)

そして1973年には「福祉のまちづくり、車いす市民交流集会」が仙台で開催され、「全国（とはいえ、東京、名古屋、大阪（京都）、福岡と限られた地域からだったが）から30名の車いす利用者が集まった」^(文1)。

まだ東北新幹線が開業していない時代である。主要駅といえどもエレベーターもない時代である。車いす使用者の鉄道利用に様々な困難がある中、これだけの人数が仙台に集まることだけでも大イベントであった。

「仙台での『車いす市民交流集会』の翌年、1974年8月に東京都町田市が『町

田市の建築物等に関する福祉環境整備要綱』を施行し、『福祉環境整備』という言葉でハードの整備が行われるようになった。これが現在のアクセシビリティ整備につながる行政の動きの先駆けである」。^(文1)

仙台にしても町田にしても、日本のアクセシビリティ整備は、その黎明期から「福祉」の冠が付いていたのである。

その後、いくつかの自治体が、散発的に町田市の動きに追随したが、全国に広がるには、1990年代まで待たなければならなかった。

1981年の「国際障害者年」、1983年から1992年の「国連障害者の10年」では、メディアが海外の障害のある人の暮らしぶりを広く報道した。テレビ番組であるから、陽の当たる部分を強調した可能性はあるが、自立した個人として社会の様々なところで活躍している海外の当事者の映像を見て、日本の障害のある人の平等な社会参加がひどく遅れているという認識が、国民の間に徐々に広がっていった。

1990年代に入りアメリカでADA (Americans with Disabilities Act : 障害のあるアメリカ人に関する法律) が制定され、これがわが国にも大きな影響を与えた。ADAは障害のある人の社会参加を妨げるものを差別だとして、社会にその是正を強く求めた差別禁止法であった。

そのころ日本では、地方自治体の首長選挙において、福祉のまちづくりを掲げる候補者が、出始めていた。これは、近い将来に深刻な少子高齢化がやってくるということが明らかになり、それに対する備え、あるいは焦りの意識があったものと思われる。

こうして1990年代の初頭に、地方自治体の間で福祉のまちづくり条例の制定ブームが起こった。しかしながらこれは法律の枠組みのない自主条例であったので、主として努力義務を定めたものであった。

この動きを受けて1994年に、当時の建設省は、「ハートビル法」(高齢者、身体障害者等が円滑に利用できる特定建築物の建築の促進に関する法律)を制定した。これは、わが国の建築物におけるバリアフリーを最初に定めた法律であったが、建築主にアクセシビリティ整備の努力義務を求めた法律であったために、非常に実効力が弱く、大きな社会的な変化は起こらなかった。

2000年には、当時の運輸省が、「交通バリアフリー法」(高齢者、身体障害者等の公共交通機関を利用した移動の円滑化の促進に関する法律)を制定した。この法律は、新築や大改修をする駅の施設や車両等に対して整備を義務化した。また既存駅についても整備の目標を設定した。当時は、東京ですらエレベーターがある駅というのは極めて珍しかったが、この法律を契機に各地の駅にエレベーター

がどんどん設けられていき、日本の駅のアクセシビリティ整備が急速に進んだ。

一方、1994年に制定されたハートビル法は2002年に改正され、2000平方メートル以上の特別特定建築物^(注1)にはバリアフリーが義務化された。ここで初めて、ハートビル法も、実効力を持つようになった。

そして2006年に、この二つの法律は統合されて、バリアフリー法（高齢者、障害者等の移動等の円滑化の促進に関する法律）となり現在に至っている。

II 心情に訴えるアクセシビリティ整備

わが国ではアクセシビリティ整備を「福祉のまちづくり」と呼んできている。仙台の生活圏拡大運動というのは、障害のある当事者の間でも、生活圏（生活するエリア）についての運動（仙台的当事者の主張）なのか、生活権（生きていく、生活していく権利）についての運動（東京からの参加者の主張）なのかという議論があった^(文1)が、当時の仙台における福祉のまちづくりが権利という視点をどの程度持っていたのかについては、はっきりしていない。

この議論においては、仙台の代表が、「ヒューマニズムに基づいて」と発言したことで、権利を主眼に置くべきだと考える人たちとの間での論争となった。仙台の人たちの感覚の中には、日本に昔からある、かわいそうではないか、気の毒ではないかというような心情に訴える傾向が強くあったのではないかと、私は思っている。

福祉という言葉は、特に役所の部署が福祉と掲げる場合は、社会的にこぼれ落ちそうな人たち、あるいはこぼれ落ちた人たちをいかにしてサポートするかというセーフティーネットの印象が大きい。

ハートビル法がつくられた当時の建設省は、アクセシブルな建物を作ろうというのを、「ハートのあるビルを作ろう」と呼び掛けていた。私のアメリカ人の友人から「なぜ日本では、単にスロープを造るだけなのにハートを持ち出してくるのか」と聞かれ、私は返事に窮した。

このように、人々の心情に訴えてアクセシブルなまち作りを進めていこうという方向性が、それが始まった時期から根強くあったのは否めないことだと私は思っている。

III 国交省の権利に対する基本的姿勢

2020年の東京オリンピック・パラリンピックの会場整備にあたっては、IPC（国

際パラリンピック委員会)が作成した「IPC アクセシビリティ・ガイドライン」(以下、IPC ガイド)が大きな指針となったが、そこでは冒頭部分で「アクセスは基本的人権であり、社会的公正の基本である」と述べている。

これからわかるように、世界的には、アクセシビリティ整備の目的は、平等な社会参加という人権を実現させることだと考えられている。

東京オリンピック・パラリンピックにおいては、IPC ガイドとわが国の設計ガイドラインを統合した「Tokyo 2020 アクセシビリティ・ガイドライン」が2017年に作られ、競技会場設計等に用いられたが、そこでは「すべての人々が相互に人格と個性を尊重し合う共生社会の実現に貢献することを目指す」としている。

意図的かどうか、「人権」という言葉がないことに注目したい。

2016 年 10 月に開かれたバリアフリー法に関する国交省の会議では、委員からの「障害者が公共交通機関を利用することは権利と考えるか」という質問に対して、バリアフリー法を所管する国交省は、「移動権については、・・・社会的コンセンサスが得られているとはいえない状況」と答えている。^(文2)

これは、国交省自身の問題ではなく社会がまだ受け入れる状態ではないのだという間接的な言い方だが、これらのことから透けて見えてくるのは、「ハード整備はするが、『権利』とは切り離したい」という国交省の考え方であろう。

権利を認めれば国にその権利を実現するための整備義務が生まれるから、というのが国交省の理屈だろうと思われるが、障害のある当事者たちも、整備を段階的に進めていくという現在の国の方向性に異を唱えているわけではないので、重荷を背負いたくないという本音が理念を押しやっているように私には思える。しかし、わが国は既に2014年に「障害者『権利』条約」を批准しているのである。私には、国の内外で異なる顔を見せているように見える。

アクセシビリティ整備は平等な社会参加という人権を実現するために行う。これは国際的にはごく普通の考え方だが、わが国では先述したように、障害のある人の社会参加を感情的に捉えるという社会的な背景と、国民に権利をできるだけ与えたくないという政府の伝統的な姿勢が相まって、同じように物理的な整備をするのであっても、ガラパゴス的な背景を持った整備が進んできたのである。

IV 「人権」や「尊厳」のない共生社会

2020 東京オリンピック・パラリンピックを開催するにあたり、国は2017年に「ユニバーサルデザイン 2020 行動計画」(以下、2020 行動計画)を作った。

その「基本的考え方」によれば、「我々は、障害の有無にかかわらず、(中略)

すべての人がお互いの人権や尊厳を大切にし支え合い、誰もが生き生きとした人生を享受することのできる共生社会を実現することを目指している」としている。「共生社会」の定義として「人権や尊厳を大切にし」と言っている点には注目したい。

そしてその共生社会を実現するための大きな二つの柱として、「国民の意識やそれに基づくコミュニケーション等個人の行動に向けて働きかける取組（「心のバリアフリー」分野）」と、「ユニバーサルデザインの街づくりを推進する取組（街づくり分野）」を挙げている。

この2020行動計画は「ユニバーサルデザイン2020関係閣僚会議」（以下、関係閣僚会議）において作られたが、その設置理念は「（前略）2020年東京オリンピック・パラリンピック競技大会開催に向け、全国展開を見据えつつ、世界に誇れる水準でユニバーサルデザイン化された公共施設・交通インフラを整備するとともに、心のバリアフリーを推進することにより、共生社会を実現する必要があります。このため、（中略）ユニバーサルデザイン化・心のバリアフリーを推進し、大会以降のレガシーとして残していくための施策を実行するため（後略）」^{（文3）}とされている。

この関係閣僚会議は東京オリンピック・パラリンピック担当大臣が議長、内閣官房長官が副議長を務め、構成員として10大臣と国家公安委員長が名を連ねる非常に権威の高いもので、「大会以降のレガシーとして残していく」という決意表明からも、ここで決められたことは2020以降も施策に生き続けていると、私は理解している。

2018年にバリアフリー法が改正され、以下の理念規定が加えられた。

「第一条の二（前略）全ての国民が年齢、障害の有無その他の事情によって分け隔てられることなく共生する社会（後略）」。

これは、2020行動計画を受けて、「共生社会」をバリアフリー法に取り込んだものと考えられるが、同じ「共生社会」という言葉を使いつつも、2020行動計画にあった「人権や尊厳を大切にし」という言葉が無くなっていることに注目すべきである。

「ハード整備はするが、『権利』とは切り離したい」という国交省の考え方が、高い権威を持つ2020行動計画の理念を凌駕していると私には見える。

V 経産省トイレ制限訴訟と車いす使用者のトイレ

ここまで、わが国のアクセシビリティ整備が「人権や尊厳」とは異なる価値観で進められてきていることを指摘したが、その一例として車いす対応トイレの規

定を挙げたい。

バリアフリー法施行令では車いす対応トイレについて「1 以上」を求めている。対象は 2000 平方メートル以上の特別特定建築物で、2000 平方メートルとは郊外型のコンビニ 10 軒分と、結構大きな建物である。

2000 平方メートル未満の建物では車いす対応トイレは求められていないので、商店街に多い小規模の建物では、新築であっても法的な設置義務はない。

また「1 以上」だから、どんなに近代的な超高層ビルでも「1」あれば適法となり、車いす使用者はトイレを求めて、街の中でうろうろしたり、エレベーターで上下移動をすることを強いられているという現状を生み出している規定である。

他の人はその階にあるトイレを使うことができるのに、車いす使用者だけは別の階に「遠征」しなければならない、「1」しかないから、せっかく行った先が使用中であつたら、外で待つことになる。一般的に車いす対応トイレの使用者の占有時間は長いから、限られた休憩時間はエレベーターでの移動とトイレの待ち時間で消費される。

これが「平等」な扱いだと言えるのだろうか。

最近、「経産省トイレ制限訴訟」が話題になった。

トランスジェンダーである経産省職員が自認する性別である女性トイレの利用にあたって、執務室から 2 階以上離れたフロアのものを使うよう制限されたことを不当だとして訴えたものだが、最高裁は、2 階以上離れたフロアのトイレに行かせることを、原告の不利益だと認めたのである。

これを先述の車いす対応トイレに当てはめたらどうなるのだろうか。

車いす使用者は日々のトイレのために 2 階どころではない「遠征」を強いられている。経産省のトランス女性の場合は、2 階以上離れたフロア的女子トイレに行けば使えるブースは複数ある。一方で車いす使用者はエレベーターで移動した先でも使えるトイレは一か所しかなくて、使用中ならじっと待たなければならない。

経産省のトランス女性への扱いが不利益であると認定されたのなら、それ以上に厳しい車いす使用者に対するこの扱いも不利益なのではないか。

しかもこれは「1 以上」という、法令で定められているものであり、さらに言えば 2000 平方メートル未満の建物においては、設置されないことを認めている。これは法によって不利益な扱いが裏書きされているわけで、「法の下での平等」の原則にも反しているのではないか。

VI 終わりに

バリアフリー法があっても、障害のある人が他の人と同様に平等な社会参加ができる規定になっているかどうかという点においては、まったくそうなのではないと言わざるを得ない。

社会は障害のある人の社会参加や、それを実現するためのアクセシビリティ整備を、社会の基本的な理念というよりは、付け足しと考えており、その姿勢がバリアフリー法にそのまま反映されているのではないだろうか。

「移動権については、・・・社会的コンセンサスが得られているとはいえない状況」。

平等な社会参加というのは社会的コンセンサスを得たのちに取り掛かるものなのだろうか。社会的コンセンサスが条件だと言うならば、では国はその社会的コンセンサスを得るためにどのような努力をしているのだろうか。どのような戦略を描いているのだろうか。

(文1) 川内美彦著「尊厳なきバリアフリー 『心・やさしさ・思いやり』に異議あり！」（現代書館、2021 年）

(文2) 「移動等円滑化のために必要な旅客施設又は車両等の構造及び設備に関する基準等検討委員会」第1回議事概要（2016 年 10 月）
(<https://www.mlit.go.jp/common/001155288.pdf>)

(文3) 首相官邸 HP
(https://www.kantei.go.jp/jp/singi/tokyo2020_suishin_honbu/ud2020kkkaigi/index.html)

(注1) 特別特定建築物：バリアフリー法では多数の者が利用する建築物（一般に開かれたほぼすべての建築物）を「特定建築物」と呼んでいる。その中でも不特定かつ多数の者が利用し、又は主として高齢者、障害者等が利用する等の建築物（具体的には特定建築物から公立小中学校以外の学校、事務所、工場、共同住宅を除いたもの）を「特別特定建築物」と呼んでいる。すなわち、公立小中学校以外の学校、事務所、工場、共同住宅は、その地域の条例が特に求めている場合、面積に関わらず、バリアフリーの整備義務はない。

シンポジウム要録

障害者のアクセシビリティ

引馬 知子（田園調布学園大学）

I 報告の概要

1 佐藤報告「情報へのアクセシビリティと著作権制度」の概要

佐藤報告は、障害のある人々が読物や動画のコンテンツ等の情報媒体にアクセスできない問題を取り上げた。報告は、マラケッシュ条約（2013年）の締結を含む著作権制度の国際的な動向と国内の実情を概観し、現行の日本著作権法の問題点を具体的に検討する内容であった。

とくに情報アクセシビリティの観点からみた著作権の権利制限規定に焦点をあて、①権利制限の対象を障害種別で画定することの弊害、②権利制限の範囲規定の過度な複雑性、及び、その背景にある権利団体の懸念や裁判実務等に関わる問題が提起された。その上で、立法による解決が待たれるとの見解が示された。

また、著作権制度の制度設計における情報アクセシビリティの位置づけが、著作者第一主義から著作者と利用者の利益の同等な扱いに変化しつつあること、著作権制度自体が社会的障壁になりうることから、情報アクセシビリティの確保のために社会全体でその費用を負担すべき考えが表明された。

2 池田報告「公共交通アクセスへのアクセス保障」の概要

池田報告は、公共交通へのアクセス保障を、利便性の享受から取り残された障害者の権利の獲得という視点から論じた。同分野の権利保障の進展には、世界で起きた2つの潮目が関係していたという。第一の潮目は、移動権の位置づけが「経済的権利（経済的自由）」から「社会参加の権利（精神的自由）」に変化したことである。第2の潮目は、障害者の社会的な位置づけが「保護の対象から権利の主体へ」と転換したことである。これらを受けて、日本の障害者差別解消法（2013年）が制定をみた。

また、障害者が鉄道を他者と同様に利用できるのが当たり前とする意見は2000年以前からあったとして、複数の訴訟が紹介された。原告予定者の声、その者を支援する仲間、裁判を担当する弁護士、裁判を報道するマスコミの存在、世論の形成が、権利保障を高めたとする。訴訟は、勝ち負けに抛らずに、それ自体が企

業の自主的なコンプライアンスを促す。今日も法制度は不十分で、障害当事者が立ち上がることは重要であり、全国的に支援する弁護士がいると報告は締め括られた。

II 指定コメントと応答

1 川内会員からの「障害者のアクセシビリティ」へのコメント

川内会員からは、日本のハード面の整備は 2000 年以降に相当程度進んだが、私たちが目指すのはハードの整備なのか、障害者がきちんと他の者に等しいアクセスを得ることなのかとの問題提起があった。移動とアクセシビリティに焦点をあてると、日本ではどうもワンルートアクセス確保や整備率何%などが目指され、平等な移動権への取組は二の次だった。

国会の全議員の賛成による障害者権利条約の批准後も、国交省は「移動権については、・・・社会的コンセンサスが得られているとは言えない状況 (2016 年)」と述べ、2018 年の改正バリアフリー法には人権や尊厳への言及が一切ない。鉄やコンクリートにお金をつぎ込むが、一番の基本が示されず残念な状況があるとのコメントが出された。

また、これらへの両会員からの下記の応答の後、川内会員からアメリカは ADA が示すように、人権や尊厳など方向をはっきり示して、棒を遠くに投げて目標に向けて走る。一方で日本の社会は棒を遠くに投げず、5 センチごと投げかえて進むが、どっちにいるか方向はわからない。日本社会の物事の決め方は、目の前 5 センチが続きすぎていると思うとの再コメントが出された。

2 指定コメントへの佐藤会員からの応答

他の者との平等について、著作権者の利益は神聖不可侵との考え方を譲らない著作権法の実務担当者や研究者がいる。審議会に権利者団体の方々がいるが、権利制限においては著作権者の利益を不当に害さないことを条件にせよとの発言がある。現場の抵抗をみると、順繰りな制度設計が要るとの考えが示された。

3 指定コメントへの池田会員からの応答

人権、尊厳は弁護士が基本とする価値観であり、弁護士の仕事はそれを守る手伝いにある。一方、制度を作る側はこうした言葉を使いたがらない。日本の障害者差別解消法は国主導で権利を与えずに差別のない社会を実現してあげますという、護送船団的な感じがある。国とのせめぎ合いが求められるとの応答がなされた。

Ⅲ 全体の質疑応答

1 佐藤会員への質疑応答

長瀬会員から佐藤会員へ、①知的障害者へのアクセシビリティとして「わかりやすい表現版」が普及しつつあるが、これは著作権法上の翻案であるか、②大学の高等教育が、視覚障害者への合理的配慮として文献のデータ提供を出版社に義務付けることは著作権上の考え方として可能か、との質問があった。①に対して、もとの文章等を要約や簡単な表現にするのであれば、新たに著作物を創作する行為として、翻案にあたるとの返答があった。

これに関わり川内会員から、講演や授業の資料作成時に、もとの図表にオルト（その内容を説明した文字情報を埋め込むこと）を第三者が加えたら翻案かとの問いがあった。佐藤会員からは、この件も別の創作的表現を加えるため、何かしら権利制限規定がなければ無許諾だと著作権法 27 条の翻案権の侵害となる。その場合は 37 条の 3 等を使って、財産権の方はセーフとする。人格権の同一性保持権については、著作者の意に反して改変すると同権の侵害になると読めそうな条文があるが、20 条 2 項 4 号にやむを得ない改変には適用しないとの条文があるので、結果として権利をクリアできる場合が多いのではとの返答があった。

②に対して、著作物をつくる際に、追加的義務を与えるのは著作者の表現行為の際の制約だといわれると、少し切ない。現実には詰めていくとなかなか難しいとの説明があった。

植木会員からは、原著作者が自らの思想や芸術的信念に基づいてアクセスのための音声化や字幕化を拒否する意思を持つ場合、そのような自由をどう考えるべきかとの質問があった。佐藤会員からは、著作権法 20 条との関係で、この件は恐らく意に反する改変にはあたるが、やはりやむを得ない改変として読み込んで、侵害を否定する結論を割と導けるのではないかとこの返答があった。

司会の引馬から、費用を社会的に負担する佐藤会員の提案があったが、実例等があるかとの問いがあった。これに対し佐藤会員は、コロナ禍で大学の遠隔授業において著作物を不特定または特定多数に送る必要が生じた。建付けとしては著作権法 35 条 2 項によりその補償金を利用者、すなわち教育機関の設置主体が払うこととなるが、実は財源の手当が国の運営費交付金や私学助成金で満額されている。この国庫補填からも、社会的費用に関わる着想が得られるとの説明があった。

2 池田会員と川内会員への質疑応答、及び、佐藤会員を含めた討論

植木会員から、池田会員と川内会員に、地方で無人駅が増え、健常者を含む交

通弱者が切り捨てられる問題について質問があった。これに対して池田会員は、コストカットが前提であれば、それは結局、交通弱者を社会の一員として捉えるか否かという社会の選択である。社会が交通弱者を一員と考えれば、利用のための人員配置の費用を社会が割くべきとの考えが示された。

川内会員からは、首都圏で鉄道料金に 10 円上乗せしてバリアフリー設備に充てる取り組みがあり、それで首都圏がバリアフリーに使っていたお金を地方に回せる話がある。鉄道の目的を社会インフラや社会保障の一環と考えれば、海外では民間企業任せにせず公のお金の投入も珍しくない。くわえて各地域に合った、多様な移動手段の活用も考えてはどうかとの提起があった。

司会の引馬より、各報告を受けて合理的配慮の提供、権利主体、等しい参加を可能とする費用負担、鍵となる概念の社会的構築のあり様について追加発言が求められた。池田会員からは、裁判の重要性があり、当事者の発信はその人の尊厳や存在価値そのもの、そこを弁護士は望んでいるとの応答があった。

川内会員からは、政治力をもつ団体は、結局は権益を守っている。合理的配慮として、例えば店員が時間を使い若干なりともその費用を店が負担することには、誰も文句は言わない。一方で、著作権の利益については紛糾するという矛盾が指摘された。

佐藤会員からは、政治の問題と言われればそうであり、政策形成過程のゆがみが問題視されている。著作権は形のないものに権利を人工的にはめている。その権利範囲は絶対的な決定に拠っておらず、縮小は難しくないと個人的には思う。他方で、著作権は人権だとの言説が出てきている。しかも、財産的権利だけで構成されていない。経済的な権利の劣後という気楽な議論では片付かない状況があるとの説明があった。

池田会員からは、「著作権」と「アイデアという漠然としたもの」の違いは、形があるかないか。例えば福祉におけるアイデアとは、目の前の困っている人が何を必要としているか頭をひねって一つの枠組みを考え出すこと、それも創作物であると感じる。アイデアをすぐに金銭評価するのではなく、お互いに出し合って共有することが大切ではないかとの考えが示された。

その後、長瀬会員から池田会員に、障害者差別解消法を裁判規範性のある法にする道筋について質問が出された。池田会員からは、日本全体が政治に無関心だが、高齢障害者の尊厳をかけた声が、日本の活性化の原動力になると期待する。声を出せば弁護士や政治家なりの反応があると思うと応答があった。

佐藤会員からは、著作権の権利制限規定の施策立案の過程でも、川内会員が述

べた「棒を遠くに投げようとする動き」が実はある。日本版フェアユースの導入についてである。20年ほど繰り返し提案があるが、実っていないとの言及があった。

川内会員からは、国交省でも人権を正面に据える方はいるが、いろいろな方面から力がかかり、棒を遠くに投げようとする人の腕を抑えて足元に落とす力が日本社会では強い。思い切った発想の転換ができずに、今のまま少しだけ上乘せした状況が続くのではないかとの感想が最後に出された。シンポジウムは全体を通して、障害にある人々のアクセサビリティの実質的な保障は未だ不十分であり、現状と課題を具体的に明らかにして、法制度や現場の改革を進める必要性を共有するものであった。

判例研究①

大阪グループホーム訴訟
(大阪地判令 4・1・20)

グループホーム退去請求訴訟大阪地裁判決について

辻川 圭乃（弁護士）

- I 事案の概要
- II 本判決の内容
- III 本件の本質

I 事案の概要

- 1 本件は、分譲マンションの管理組合が、同マンションの2部屋を区分所有者から賃借して障害のある人のグループホームを運営している社会福祉法人に対して、グループホームとして利用することは共同利益に背反する行為であるので、グループホームとしての利用を直ちに停止するよう求めた裁判である。

当該グループホームには、知的障害のある6名が、各部屋3名で、一番短い人でも10年以上にわたって入居し、継続的に平穩に生活をしてきた。請求が認められ、グループホームとしての使用ができなくなると、6名はたちまち退去せざるを得なくなり、住まいを失ってしまうこととなる。

当該マンション管理組合の管理規約12条1項には、「区分所有者は、その専有部分を住宅として使用するものとし、他の用途に供してはならない。」と規定されている。管理組合は、グループホームは施設であり住居ではないから、住宅として使用していないので、管理規約に反すると主張した。

知的障害のある人が地域で暮らすためには、グループホームはなくてはならないものである。特に都市部では、一戸建住宅の確保が困難という住宅事情もあり、共同住宅の部屋を障害のある人のグループホームとして使用することは、広く行われている。万が一にでも、分譲マンションではグループホームとしての利用ができないということになれば、障害のある人の地域で生きる権利を著しく制限することになりかねない。そのため、本件訴訟の行方について全国的にも注目がされ、非常に関心が高い事件でもある。

2 訴訟に至る経緯

グループホームは20年以上前から本件マンションにあり、その間管理組合とも住民ともトラブルは一切なかった。しかるに、なぜ突然、管理組合がグループホームの退去を求める訴訟を提起するに至ったかの経緯は、概ね以下のとおりである。

- (1) 平成28年、管理組合は、消防署から、グループホームがあることで自動火災報知設備の設置が必要との指摘を受けた。
- (2) 同年6月、管理組合は、マンションが特定防火対象物になれば多額の費用負担が生じるのではと危惧し、グループホームを運営する法人(以下、「法人」)に対して、本件各部屋をグループホームとして使用することは管理規約に違反するとして、退去を求めた。
- (3) 同年7月、法人は、防火対象物となっても、消防法施行令が定める消防用設備等の設置については、所定の要件を満たす場合には適用しないという特例(以下、「共同住宅特例」)があるので、グループホームがあるからといって、直ちに多額の負担が生じるわけではないと説明し、管理規約に違反するものではなく、退去には応じられないと拒否した。
- (4) 同年11月、管理組合は、通常総会を開催し、管理規約に以下の規約を追加した。
 - a 12条の2 民泊に供することの禁止
 - b 12条の3 シェアハウスに供することの禁止
 - c 12条の4 グループホームに供することの禁止
 - d 12条の5 特定防火対象物となる用途に供することの禁止
- (5) 平成29年7月、管理組合は、本件各部屋の使用の禁止を求めて、民事調停を起こした。法人は、必要な消防法上の費用については負担するとの申し出をしたが、管理組合は、あくまでグループホームの退去を主張して一切譲ろうとせず、不成立となった。
- (6) 平成30年4月、臨時総会が開催され、管理組合は、法人に対しグループホームとして使用することの停止等を求めて訴訟を提起することを承認した。
- (7) 平成30年6月14日、管理組合は、本件グループホームとしての使用が、管理規約12条1項(「住宅として使用」していない)、また新たに改定した規約12条の4、12条の5に違反し、区分所有法6条の「共同の利益」に反するとして、同法57条に基づいて訴訟提起をした。

II 本判決の内容

1 本件の争点は以下のとおりである。

(1) 争点1

本件グループホーム利用が管理規約12条1項(住宅利用規定)に違反するかどうか、すなわち、グループホームとしての使用は、「住宅としての使用」

かどうかである。

(2) 争点2

平成28年11月に管理組合が、通常総会で追加した管理規約12条の4及び12条の5の各規約が無効かどうか。

(3) 争点3

グループホームとしての使用がマンション全体の共同利益背反行為に該当するかどうか

(4) 争点4

管理組合の本件グループホーム事業の停止請求等の組合決議が障害者差別解消法8条1項及び障害者基本法4条1項に該当し、違法無効かどうか。

(5) 争点5

損害金額

2 裁判所の判断

- (1) 争点1について、裁判所は、グループホームの各利用者が「生活の本拠として使用」していることは認めた。しかし、客観的な使用の形態が「管理の範囲内」ではないので、法人がグループホームとして使用することは、管理規約12条1項に違反する行為であるので、認められないとした。

管理組合にとって、共同住宅特例の適用を維持するための対応を余儀なくされるとともに、共同住宅特例の要件に適合しなくなる危険を負担しているものと認められ、そのような危険を負担することは、本件管理規約で予定されている建物等の管理の範囲外といえるというものである。

「生活の本拠としての使用」を認めておきながら、なぜそれが「住宅としての使用」とならないのか、なんとも理解しがたい。共同住宅特例の適用を維持するための対応といっても、実際にはほとんど何も対応の必要はないし、共同住宅特例が外れるかもしれないというのは、単なる漠然とした抽象的な不安にすぎない。

裁判所は、「管理の範囲」という条文にもない基準を作り出し、実際にはほとんど何も必要としない対応の負担と可能性の低い抽象的危険を根拠に、管理組合の主張に沿う判断をしたのである。

- (2) 争点2については、グループホームとしての使用が、管理規約12条1項違反に該当したので、判断されなかった。
- (3) 争点3については、結局のところ、管理規約12条1項に違反するから、マンション全体の共同の利益に反するとしているだけである。極めて不当な

判断といえる。

区分所有者及び専有部分の占有者は、「区分所有者の共同の利益に反する行為をしてはならない」とされている（区分所有法6条1項、3項）。しかし、グループホームの利用者たちは、今後も近隣住民の平穏な生活を害することはないし、過去にも実際にそのようなトラブルが生じたことは一度もない。また、消防法上の防火対象物になったからといって、他の区分所有者に具体的な費用負担が生じているわけでもない。グループホームとしての利用が何をもって、共同の利益に反する行為だといえるのか、甚だ疑問と言わざるを得ない。

- (4) 争点4について、裁判所は、障害を理由とする差別に当たるか否かは、障害を有しない者が本件管理規約12条1項に違反した場合における本件管理組合の対応と比較して検討するのが相当であり、障害を有しない者が本件管理規約12条1項に違反した場合に、障害を有する者が違反した場合と異なる対応を管理組合がとったと認める事情はないので、組合決議は障害者差別には該当しないと判断した。

しかし、比較対象は、本件専有部分を「住宅」として利用している障害のない人とすべきである。例えば、企業が障害のない社員のために社宅や寮として利用することに対しては、管理組合は、12条1項違反であるなどと騒ぎ立てたりなどしない。明らかに、障害のある人が利用するグループホームとは対応を異にしている。それを、本件について差別に該当しないと判断した本件判決は、障害者差別についてまったく理解していないとしか言いようがない。

たとえば、杖を振り回したら住民に危険が及ぶので、「何人もマンション内で白杖を使用することを禁止する」という規約を作ったとする。しかし、視覚障害のある人にとっては、白杖がなければ、移動に多大な困難をきたす。視覚障害のある人にとって白杖は必要不可欠なものであり、この規定が差別であることは明らかであろう。しかし、上記裁判所の判断は、視覚障害のない人にも白杖を禁止しているのだから、何ら別異的取扱いをしていないと言っているのとまったく同じである。

また、グループホームが防火対象物点検を求められるのは、グループホームの利用者に障害があるからにほかならない。よって、同義務の負担があることで管理の範囲外となり、共同の利益に反するとして利用を認めないというのは、障害を理由とした差別となることは明らかである。

Ⅲ 本件の本質

- 1 障害のある人のグループホームは、障害のある人が地域で暮らすために不可欠な支援の仕組みである。管理組合による障害のある人のグループホームの利用停止請求は、6名の入居者の平穏な生活の基盤である住居を奪うことと同義である。

消防法の規定は、平成25年2月の長崎市認知症高齢者グループホーム火災を契機に、消防用設備等の基準の改正がなされたものであるが、高齢者グループホームと障害のある人のグループホームは沿革が異なり、目的も規模も異なる。当初、消防庁にもその点について誤解や混同があったが、近時障害のある人のグループホームについては規制の大部分が緩和されている。

かかる経緯や、平穏な住居として入居者が生活している実態を無視して、本件各部屋の利用を「施設」と言い張り、排斥しようとする管理組合の一連の行為は、「障害の有無によって分け隔てられることなく、相互に人格と個性を尊重しあいながら共生する社会」（障害者基本法第1条）の実現に逆行するものであり、障害を理由とした差別にほかならない。

訴訟活動の中で、障害のある人にとって、障害のある人のグループホームとは（遠く離れた山里に隔離収容されてきた歴史を踏まえて）地域で生きるための不可欠な資源であることについて、積極的に主張展開し、障害のある人のグループホーム制度を作ったときの厚労省課長である浅野史郎元宮城県知事や三田優子大阪府立大学准教授の意見書を提出した。

また、大阪市・大阪府・消防庁と障害者団体を中心とした協議を踏まえて、グループホームには規制強化された消防法規適用が回避されてきたことについて、主張立証を展開し、障害者団体代表の証人尋問も実施した。

さらに、障害者権利条約や差別解消法の観点から、本件訴訟は障害者差別に他ならないことについて川島聡岡山理科大学教授の意見書を提出するなどしたが、裁判官の理解が得られなかったのは、非常に残念である。

原判決の判断を前提とすれば、現在、全国的に多く存在する共同住宅内の障害のある人のグループホームが、すべて「住宅」ではないとして廃止を余儀なくされることになりかねず、まさに障害のある人の「生活の本拠」＝「住宅」として発展してきたグループホームの歴史的意義を根本から否定し、共生社会の理念にも反する、極めて不当な判決である。

- 2 本件の本質は障害者差別の問題にある。

裁判所は、ともすれば、本件を分譲マンションにおける区分所有法の問題と

捉え、区分所有者間だけの問題として矮小化しようとしたように感じられる。しかし、本件の本質は、障害者差別の問題にあり、管理組合の行為は、明確に障害者差別解消法に違反するものと考えるので、以下、詳述する。

管理組合の行為は、本件マンションから障害のある人のグループホームを排除することを意図したもので、それは、知的障害のある入居者たちから、20年以上平穩に暮らしてきた生活の場を奪うという効果をもたらすものである。それは、まさしく、障害を理由とした差別である。

管理組合は、法人の行為が本件マンションにおける消防法令違反の状態を招来したのにそのことを棚に上げて、障害者差別と管理組合を非難するものであるとして、自己の行為が障害者差別であることを否定する。

しかし、第一に、法人の行為が、管理組合が主張する「本件マンションにおける消防法令違反の状態」を招来したものではない。

本件グループホームへ入居者が入居したのは平成19年以前、すなわち平成25年に消防法令が大きく改定されるよりずっと前であった（改定法令施行は、平成27年）。従前から本件グループホームの存在に関係なく、本件マンションは非特定防火対象物として取り扱われていた。しかし、高齢者グループホームの火災事故を契機とした消防法施行令の改定によって取扱が変更になったものである。ここに「法人の行為」は何ら介在していない。

第二に、本件グループホームに居住する障害のある入居者たちが、20年以上平穩に暮らしてきた住居から退去しなければならない状態になったのは、本件マンションが、管理組合が主張する「消防法令違反の状態になったこと」が理由ではない。

障害のある人のグループホームは、消防関係法令上も他の共同住宅と異ならない扱いを受けていたのに、高齢者グループホームの火災事故を契機として消防関係法令上取扱に変更が生じることとなった。障害のある人のグループホームと高齢者グループホームは、同じグループホームと称されるが、その実質はまったく別の制度である。ただ、消防法令改定時にはこのことの理解がなかったことで、障害のある人のグループホームも消防関係法令上、高齢者グループホームと全く同等に扱ってしまったものである。

しかし、障害のある人のグループホームは施設ではなく住宅であるとしての実態があったことから、消防庁・消防局は、共同住宅特例の適用を含む様々な通知等を行うなど、マンションにおいても障害のある人のグループホームの存続が維持できるよう、いろいろな対策が取られてきた。

このように、本件マンションに障害のある人のグループホームが存すること自体は、何ら消防法令上問題ではない。その結果、本件グループホームに居住する障害のある入居者たちは、消防法令の改定後も従前と同じく平穏に暮らしてきた。

しかるに、管理組合は、突然、障害のある人のグループホームとしての使用を禁じて、本件グループホームの入居者たちの退去を迫ったものである。すなわち、長年平穏に暮らしてきた知的障害のある本件マンションの入居者たちを退去しなければならない状態にしたのは、「管理組合の行為」そのものである。

そして、かかる管理組合の行為は、障害のある人のグループホームで暮らす障害のある人を本件マンションから排除、拒絶するもので、障害を理由とする差別に他ならない

3 本件は施設コンフリクトと同じである。

結局のところ、管理組合の行為は、障害のある人のグループホームの建設を反対する地域住民と本質的には同一のものであり、本件の本質は「施設コンフリクト」に他ならない。

施設コンフリクトとは、高齢者や障害のある人、児童相談所など子どもの施設を建設しようとする際に、地域住民から反対の声が上がることで、施設と地域の間で発生する紛争、対立のことである。

施設コンフリクトで、自己の生活圏内に障害のある人の施設等が建設されることを反対する理由として挙げられるのは、表面上の理由として、住民同意書がないなど手続上の不備の問題である。しかし、本音の理由としては、「施設が建つのは嫌だ」という感情であることがほとんどである。そして、施設や障害のある人等に対する悪感情の原因としてあるのは、施設や施設利用者への危険視や不安、治安上の不安、住環境の悪化、ブランドイメージの落下、不動産価値の下落などの漠然とした不安感である。こうした漠然とした不安感は、具体的な根拠のないものばかりで、障害や障害のある人等に対する無理解や、予断と偏見から生じているものである。

上記手続上の不備の問題に関しては、以前、精神障害のある人の社会復帰施設や保護施設、老人福祉施設の建設の際に、「住民同意書」の添付が求められていたことによる。しかし、こうした手続きそのものが、障害のある人等の権利を阻害するものであるとして、平成11年度より撤廃されている。しかし、撤廃後も施設コンフリクトは起きることから、大阪府は、同意書は必要ない旨を周知徹底するとともに、地元住民等が、障害や障害のある人等に対する無理解

や、予断と偏見に基づき施設建設に反対したり、開設にあたっての様々な条件を付することは、人権侵害であるとの認識を明確にした。そして、その認識のもと、施設設置者・市町村等と連携を密にしながら、行政として毅然とした態度で取り組み、施設建設を積極的に進めるとの方針を明らかにしている。

本件についてみると、明らかに施設コンフリクトの構図に当てはまる。表面上は、消防法令上の違法状態を解消するためとしているが、それでは、消防庁・消防局も障害のある人のグループホームに立ち退きまで求めているものではないのに、なぜ管理組合が慌てて管理規約を変えてまで行わなければならなかったのかの説明がつかない。

管理組合が調停で、消防法令上の防火物点検等の経済的・手続的負担の分担に関する協議をせずに、あくまで、利用者の退去を求めたのは、管理組合の負担を危惧してというよりは、本件マンションに障害のある人のグループホームがあるのは嫌だという感情が、本音としてあったからである。そして、その管理組合の感情の根本にあるのは、管理組合の障害や障害のある人に対する無理解であることも、明白にうかがえるところである。

障害者差別解消法は、障害者基本法の基本的な理念にのっとり、全ての障害のある人が、障害のない人と等しく、基本的人権を享有する個人としてその尊厳が重んぜられ、その尊厳にふさわしい生活を保障される権利を有することを踏まえ、障害を理由とする差別の解消を推進し、もって全ての国民が、障害の有無によって分け隔てられることなく、相互に人格と個性を尊重し合いながら共生する社会の実現に資することを目的として制定された。

知的障害のある人は、その障害特性ゆえに、グループホームという形態の共同住宅支援を受けながら地域で暮らしている。管理組合の行為は、結局、障害のない人であれば何の制約もなく本件マンションで暮らせるのに、知的障害がある人に対しては、表面上の消防法令「違反」を理由として、本件マンションの使用を制限するものである。すなわち、障害のある人の「住まい」を奪い、本件マンションから排除しようとするものであり、障害を理由とした差別に該当することは明らかである。

- 4 本件は、控訴中であるが、大阪高裁では、本件の本質を正しく捉え、障害者差別解消法の趣旨を十分に反映した判決がなされることを心から願うものである。

以上

マンションのグループホーム利用停止請求は 障害者差別解消法に違反しないか 大阪地判 令和4年1月20日

勝山 教子（同志社大学）

はじめに

I 事実の概要

II 判旨〔争点③〕

III 判決の検討

おわりに

はじめに

本件は、マンション管理組合の管理人Xが、マンションの住戸2室を賃借してグループホームを運営している社会福祉法人Yに対し、住戸を障害者グループホームとして使用することが専有部分を住宅以外の用途に利用することを禁止する管理規約の規定に違反しており、これにより区分所有者の共同の利益を侵害しているとして、区分所有法（建物の区分所有等に関する法律）57条4項、1項に基づき、住戸をグループホームとして利用するの停止を求めた事案である。

本件の主な争点は、①本件グループホームとしての使用が住宅以外の利用を禁止する管理規約12条1項（住居専用規定）に違反するかどうか、②グループホームとしての使用が区分所有法6条3項により準用される同条1項の「共同利益背反行為」に該当するかどうか、③管理組合のグループホーム事業停止請求等が障害者差別解消法（以下「解消法」）8条1項の「不当な差別的取扱い」および障害者基本法（以下「基本法」）4条1項の「障害を理由」とする「差別」に該当し、違法無効であるかどうかであった。

本判決は、争点③について多くを述べておらず、検討の中心は区分所有法に関する争点①②についてであった。筆者の口頭報告の内容も争点①②の問題に力点を置いていたが、報告本件には障害者差別にかかる問題③をより吟味する必要があることから内容を見直すことにした。そのため、本稿は原報告のままではないことをお断りしたい。

I 事実の概要

本件住戸には障害をもつ6人(1室3人)が入居し10年以上にわたり平穩に生活してきた。入居者は、Yの職員が調理した朝食をとった後、Yの職員の付添いで作業所又はデイサービスに出かけ、夕方近くに本件各部屋に戻った後は夕食や趣味の時間等を過ごして就寝する。本件住戸1室についてYは宿直者に午前8時頃まで常駐させているが、別の1室は巡回員による巡回のみで対応している。Yの職員が利用者の不在中に本件各住戸に滞在することはない。

平成28年に、本件管理組合は、消防署から、グループホームに使用されている本件各住戸には自動火災報知設備の設置が必要であるという指摘を受けた。平成27年4月1日の改消防法施行令の施行により、グループホームに使用する住戸には火災報知設備の設置と防火対象物定期点検が必要になっていた。本件管理組合は、本件各住戸での福祉施設の運営が管理規約12条1項に違反するとして、Yに対して書面で退去を求めた。これに対して、Yは、本件各住戸の使用は本件管理規約に違反しないとして退去要求には応じられないと回答した。

同年の通常総会で本件管理組合は管理規約12条に民泊、シェアハウス、グループホームの禁止等を追加する旨を決議し、翌年の臨時総会においてYの専有部分の使用停止等に関する議案を審議した。その際、Yは点検費用を負担すればグループホームの使用を継続できると質問するとともに、費用負担を前向きに検討している旨の意見を述べたが、議案は過半数の賛成によって承認された。平成30年、XはYに対して、本件住戸のグループホームとして使用する行為の停止等を求めて提訴した。なお、Yは本件各住戸に必要な消防用設備として自動火災報知設備をすでに設置しており、また本件管理組合は大阪市消防庁に対し共同住宅特例の承認の願出を行い承認されていた。

II 判旨〔争点③〕

「障害者差別解消法8条1項及び障害者基本法4条1項の『差別』とは、いずれも、障害を理由とする差別の解消を目的とする上記各法律の目的等に鑑み、不利益取扱い一般を指すものと解される。また、障害者基本法4条1項の『障害を理由』とする行為かどうかについては、少なくとも、障害ないしこれに随伴する症状、特性等が存在せず、又は不利益取扱いの行為者がこれらを認識していなかったとすれば、不利益な取扱いが行われていなかったであろうという関係が認められる場合には、これに当たるものと解するのが相当である。」「本件管理組合は、被告が本件各住戸をグループホームとして使用することが本件管理規約12条1項に違

反する行為であることを理由として」その使用行為の停止を求めているが、この請求は「住戸の使用の態様が同項規定に違反していることを理由とするものである」から「障害を有しない者が本件管理規約 12 条 1 項の規定に違反した場合における本件管理組合の対応と比較して検討するのが相当である。」

本件管理組合の対応についてみると、「障害を有しない区分所有者又は占有者が専有部分を住宅以外の用途に供した場合であれば、本件管理組合が当該区分所有者又は当該占有者に対して当該専有部分を住宅以外の用途に供する行為の停止を求めなかった事情が存在したとは認められない」から「本件管理組合が被告に対して本件各住戸をグループホームとして使用する行為の停止を求めることは、障害を理由とする不利益な取扱いであるとは認められない。」

「以上によれば、本件管理組合の被告に対するグループホーム事業の停止請求及び本件決議が、障害者差別解消法 8 条 1 項の『不当な差別的取扱い』や障害者基本法 4 条 1 項の『障害を理由』とする『差別』に該当し、違法無効であるという被告の主張は、その余について検討するまでもなく、理由がない。」

III 判決の検討

1 概説

解消法 8 条 1 項は、「事業者は、その事業を行うに当たり、障害を理由として障害者でない者と不当な差別的取扱いをすることにより、障害者の権利利益を侵害してはならない」と定める。また、同法に関する内閣府の基本方針（障害を理由とする差別の解消の推進に関する基本方針）によれば、同法が禁止する「不当な差別的取扱いとは、正当な理由なく、障害者を、問題となる事務・事業について本質的に関係する諸事情が同じ障害者でない者より不利に扱うことである」と説明する。これらをもとにすると解消法が禁止する差別とは、Y の整理にあるように、①障害者を、②問題となる事業について本質的に関係する諸事情が同じ障害者でない者と比較して、③障害を理由として、④正当な理由なく不利に扱うことによって、⑤権利利益を侵害する（権利利益の侵害）ことであるといえる。

本判決は、障害を有する区分所有者・占有者と障害を有しない区分所有者・占有者とを比較し、障害を有しない区分所有者・占有者が専有部分を住宅以外の用途に供した場合であれば、管理組合が専有部分を住宅以外の用途に供する行為の停止を求めなかった事情が存在したとは認められない、とする。つまり、本件区別は「住居専用規定に反することを理由」とするものであるから「障害を理由」とする差別ではなく、また同じ事情が生じたら非障害者も同じように取り扱うで

あろうから、差別は存在しないということである。本判決は、これら②・③の検討をもって、本件管理組合によるグループホーム事業停止請求等が解消法および基本法の「差別」に該当しないとの結論を導いた。

グループホーム使用が「住居専用規定」に違反するかどうかについては、争点①においてすでに判断がなされていた。本判決は、本件各住戸がグループホーム利用者の「生活の本拠」であることを認めたが、それに加えて「客観的な使用の態様が管理規約で予定されている管理の範囲内」であることも「住居専用規定」の要件であるとした。その上で、建築当初想定していなかった金銭的負担（具体的には消防設備点検の負担）が生じることは管理規約の予定する「管理の範囲内」でないことを理由に、グループホームとして使用することは「住居専用規定」に違反する行為に該当するとした。

2 論点の検討

(1) グループホームに事業者は障害者差別解消法が対象とする「障害者」か

まず初めに確認するのは、グループホーム事業者である Y はそれ自身としては障害を有する者ではないが、障害者に住居を提供している関係においては、解消法にいう「障害者」に該当するかという点である。

「国土交通省所管事業における障害を理由とする差別の解消の推進に関する対応指針」は、事業者が身体障害者補助犬の受入れを拒否することは解消法にいう不当な差別的取扱いにあたるとする¹。補助犬は障害者にとってその障害ゆえに必要とされるものであり、非障害者が必要としない障害者のみに関連するものである²。よって、障害者のみに関連するものへの不利益扱いは障害者にも及ぶといえる。また、内閣府の「障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律 Q & A 集」は「障害児を持つ親が、当該障害児の付き添いとして当該障害児とともに施設を利用しようとしたときに、当該障害児の障害を理由として障害児同伴での施設の利用について不当な差別的な取り扱いを受けた場合などは、対象となりうるものと考えられる」とする。よって、障害者の施設利用を支援する者に対してその障害者の障害を理由として不当な差別的取扱いすることは、解消法にいう「障害者」に対する差別取扱いになるといえる。本件のグループホーム事業者 Y は、機能障害に加え社会的障壁、活動制限を抱える障害者が地域で暮らすために必要な住居を障害者のみに提供（賃貸・転貸）する（障害者総合支援法 5 条 15 項）。したがって、Y はこの障害者との関係においては解消法にいう「障害者」に含まれると捉えられることになる³。本判決も「障害を有しない区分所有者又は占有者」を比較対象と

して検討していることから、Yを同法の適用対象に扱っているものと思われる。

（2）比較対象者一事柄の性質において同じ者

憲法 14 条 1 項は事柄の性質において同じ者を同じように、異なる者を異なるように扱うことを求めている。解消法 8 条 1 項についていえば「問題となる事業について本質的に関係する諸事情が同じ」障害者と非障害者を同じように扱うことであり、また、事柄の本質でない部分で異なる者は異なるように扱うことが求められる。そこで本件における本質的事柄とは何かを明らかにする必要がある。

本件ではグループホームとしての住戸使用が管理規約 12 条 1 項（住居専用規定）に違反するか否かが争われている。本判決は「住宅」としての使用と認められる基準として、i「生活の本拠」であることに加え、ii 使用態様が管理規約で予定する管理の範囲内であることも挙げる。i の基準は生活の平穏さを確保することを目的とするもので国土交通省の標準管理規約コメントにある基準である。これに対し、本判決が示す ii の基準は従来の議論にはない⁴「本判決に独自の概念である」⁵と評される。ii を住居専用規定の基準に含めるか否かについては見解が分かれるが⁶、住居専用規定を設ける目的は日常生活の平穏の確保にあるとする従来の一般的理解によれば、i を本件差別問題の本質的事柄と考えることになろう。この場合、比較されるのは本件住戸を生活の本拠として使用する障害者と生活の本拠として使用する非障害者となる。そして、本質的でない「管理の範囲内の使用形態」について、障害者が必要とする社会的障壁を除去するための合理的配慮をしない場合は、正当な理由なく異なる者を異なるように扱わないものとして、不当な差別的取扱いになる。本件では、障害をもつ（障害者に住居を提供するため）に消防点検義務の対象になる Y に合理的配慮（例えば、管理負担増加分の支払いを Y に認めるなど）を行わないまま、そのような制限のない非障害者（非障害者に住居を提供するもの）と異なって扱わないときは、障害を理由とする不当な差別的取扱いになろう。

本判決は Y の比較対象を「住居専用規定」に違反した非障害者とする。本判決は上記 i に加え ii も「住居専用規定」の基準におくため、Y の比較対象者は具体的には i と ii において Y と同じ状況にある非障害者である。本件各住戸に入居する Y の利用者が i の基準を充たす（生活の本拠として使用する）ことは本判決も認めている。そして、Y は生活の本拠として使用することのみによって管理負担を増加させることから、比較対象者は基準 i によって ii を充たさない者になろう。Y を主語にして言い換えれば、障害者に生活の本拠を提供（賃貸・転貸）することのみによって管理の範囲外となるグループホーム事業者と非障害者に生活の本

抛を提供することのみによって管理の範囲外となる不動産賃貸事業者等との比較になる。本判決は非障害者が「専有部分を住宅以外の用途に供した場合」を Y と比較しているような議論を行っているが、この「住宅以外の用途」に「生活の本抛以外の用途」も含まれるとすれば、比較の対象としては不適切であろう。

(3) 障害を理由とする差別か

「障害を理由として」とは「障害」と不当な取扱いとの間に結びつきがあることをいう。障害自体を理由とする差別（直接差別）には当然にこの結びつきが認められる。表面上中立的なルールも基本的に障害者のみに関連するものであれば直接差別の問題となる⁷。本件の管理規約 12 条 1 項の基準に「管理の範囲内」というルールを設けることが防火対象物として点検義務の対象となる障害者のみを不利に取り扱うもの（＝障害自体に基づくもの）であれば直接差別の問題が生じる。また、中立的なルールであっても、結果的に障害者に特に不利な効果をもたらすものであれば間接差別の問題になる。

では、本件 X の取り扱いは「障害」自体との間に結びつきが存在するか。本判決は、グループホームの使用停止を請求する理由は管理規約（住居専用規定）違反を理由とするものであるとして、「障害」に基づく区別であることを否定する。また、本件管理組合が非障害者による「住宅以外の用途に供する行為の停止を求めなかった事情が存在したとは認められない」として、グループホーム使用停止請求の理由が「障害」のみに関係するものであることも否定する。その上で本判決は、「障害を理由とする不利益な取扱いであるとは認められない」（＝直接差別ではない）とする。前述したように、ここで本判決のいう「住宅以外の用途に供する行為」には「生活の本抛以外の用途に供する行為」が含まれず、「生活の本抛としての使用の態様が管理の範囲外の行為」を指すものと解すべきである。しかし、そのように捉えても、「具体的にグループホーム以外でどのような場合に使用の態様が管理の範囲外となる行為とされるのか、不明確」⁸である。生活の本抛として使用することのみによって管理組合の経済的負担増を生じさせる非障害者を容易に想起できなければ、基本的に障害者にのみ関連するものとして直接差別になろう。本件はその疑いが強いように思われる。また、一般的に想定できる比較対象が存在する場合も、グループホームの住戸使用は常に禁じられることから「障害者に特に不利な効果をもたらす」区別に該当する。

3 間接差別と差別の合理性

間接差別を解消法の規制対象に含めることには異論もあるが、障害者権利条約

2条はあらゆる形態の差別を禁止することから、間接差別も禁止していると理解されている。障害のある人に対して不利益な効果をもたらす規範を採用することは「差別」となりうること（「異なる効果型」・「間接差別」の禁止）も日本国憲法14条1項から導かれるとも説かれる⁹。最高裁も夫婦同氏制違憲訴訟¹⁰において間接差別法理等を念頭に置いて夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占める結果の原因を検討したことから「間接差別も一応の射程においている」とされる¹¹。解消法に関する内閣府のQ & Aにも「裁判例の集積等を踏まえた上で」間接差別についても対応するとされており、本件はまさにその一例といえよう。

間接差別の審査手法には、非障害者集団と比べて障害者集団に不均衡に大きな不利益を及ぼすことが統計等によって証明され正当な理由がなければ差別が認められるとする説がある¹²。また、これとは別に、「目的と手段との間の本質的に完全な整合性を要求する」¹³ことで差別的意図を認定する手法がよく知られる。ここでは、代替手段¹⁴あるいはより制限的でない代替手段の有無の確認が特に重要となる。より差別的でない選択肢がありながら多数派が配慮しないことに差別意図を推論しようとするのである。本件についていえば、問題となっているのは結局のところ金銭的な負担の増加であるところ、Yが本件各住戸にかかる防火対象物点検費用を負担する申出をしたにもかかわらず、本件管理組合はその代替手段を採ろうとせずにグループホームの使用停止決議をおこなっている。その際、使用停止請求によって障害をもつ利用者が生活の本拠を失うことは考慮されていない。本件各住戸の入居者は、Yとの間の指定共同生活介護サービス利用契約に基づき実質的には賃貸借契約における賃借人とほぼ同程度の保護が与えられているといえる。本判決は、他の区分所有者が被る不利益として、将来において共同住宅特例が適用されなくなった場合に備えるための経済的負担も挙げるが、そのような将来起きるかどうかわからない不確実な事象に対するおそれが入居者の居住を継続する利益を上回る正当化理由になるとは言い難い。こうした事実から本件管理組合の差別意図を推認することは可能であろう。

管理負担の増加を回避するという目的を達成する手段としてグループホームとしての使用停止を求めることは、憲法14条1項の差別の合理性審査における手段の相当性（差別の程度）¹⁵の観点からも過剰であることから、正当な理由を欠く取扱いであると思われる。

おわりに

憲法学では議論が盛んではないが、1980年代頃から「居住基本権」が提唱され

るなど社会福祉論などでは「居住に関する権利」が議論されてきた。「居住」の保障は人間の尊厳（憲法 13 条）と生存を確保する基本条件であり、「すべての人権の基礎であり、居住の権利抜きには他のあらゆる人権は成り立たない」¹⁴。1966 年の国際人権規約社会権規約（A 規約「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」）11 条 1 校は「居住の権利」について定め、その実現を確保するために適当な措置をとることを各国に義務付けている。日本国憲法 22 条 1 項からも「個人が国家によりむやみに個人の居住環境を損なわれない権利」が導かれる。また、障害者権利条約 19 条は障害のあるすべての人に対し、他の物と平等の選択の自由をもって地域社会で生活する平等の権利を認める。グループホームは障害者の地域での生活を支えるうえで不可欠な住宅である。障害者のスティグマの除去と平等な機会の確保の要請に対し障害者基本法、障害者差別解消法が果たす役割は大きい。地域社会における障害者の居住の権利、「住み続ける権利」¹⁵の視点を踏まえた司法の判断が望まれる。

【謝辞】

2022 年 11 月の日本障害法学会第 7 回研究大会にて筆者の口頭報告に対し会員のみなさまから有益なご意見を頂戴した。心より感謝を申し上げる。

¹ 国土交通省所管事業における障害を理由とする差別の解消の推進に関する対応指針

² 川島聡「意見書：障害者に対する不当な差別的取扱いとは何か」立命館生存学研究 5 巻（2021 年）73 頁。

³ 障害者差別解消法が制定された際の衆参両議院の附帯決議も、「国及び地方公共団体において、グループホームやケアホーム等を含む、障害者関連施設の認可等に際して周辺住民の同意を求めないことを徹底するとともに、住民の理解を得るために積極的な啓発活動を行うこと」として、障害者関連施設に対する不当な差別が法の定める差別に当たることを予定している。

⁴ 伊藤栄寿「判批」リマークス 67（2023 〈下〉）16 頁。

⁵ 直井義典「判批」筑波法政 90 号（2023 年）136 頁。

⁶ 住居専用規定の基準に使用の態様が管理の範囲内という基準を含めるか否かについて賛否は分かれている。肯定的見解に「判批」金商 1647 号（2022 年）38 頁があり、否定的見解に伊藤・前掲注（4）「判批」17 頁、藤原航「判批」季刊グループホーム 73 号（2022 年）18 頁などがある。伊藤栄寿は、「『住宅』であるか否かの判断にあたり、規約で予定されている管理の範囲内という基準がなぜ導かれるのか理由が明確でない」として、「使用の態様が管理規約で予定されている管理の範囲内」という基準は採用すべきではないとする。ただし、本件 Y が専有部分において事業を営んでいることを理由として「住宅」として使用しているといえないと解すべきであったとする。伊藤・前掲注（4）「判批」16-17 頁。

⁸ 伊藤・前掲注(4) 17頁。

⁹ 植木淳『障害のある人の権利と法』(日本評論社・2011年) 173頁。間接差別については多くの論考がある。例えば、白水隆「憲法上の平等権概念と間接差別(1)～(2・完)」法学論叢 170巻3号 89頁以下、171巻4号 67頁以下、5号 66頁以下(2011～2012年)、黒岩容子「間接差別禁止法理の形成と『平等』・『差別』概念の発展」浅倉・西原編著『平等権と社会的排除』(成文堂・2017年) 41頁以下、安西文雄「間接差別と憲法」明治大学法科大学院論集第20号(2018年) 1頁以下。

¹⁰ 最大判平 27・12・16 民集 69巻 8号 2586頁。

¹¹ 畑佳秀「最高裁判所判例解説」法曹時報 68巻 12号(2016年) 213頁。尾形健「障害差別禁止の法理—憲法学の側から」障害法 2号(2018年) 8頁。

¹² 川島・前掲注(2) 74頁。

¹³ 阪口正二郎「人権論Ⅱ・違憲審査基準の二つの機能」辻村みよ子・長谷部恭男編『憲法理論の再創造』(日本評論社・2011年) 163頁。

¹⁴ 尾形・前掲注(11) 8頁。

¹⁵ 尊属殺重罰規定違憲判決(最大判昭 48・4・4 刑集 27巻 3号 265頁)、再婚禁止期間違憲判決(最大判平 27・12・16 民集 69巻 8号 2427頁)。

¹⁶ 熊野勝之「居住福祉における強制立退きの位置」早川和男・吉田邦彦・岡本祥浩編『居住福祉研究叢書第2巻ホームレス・強制立退きと居住福祉』(信山社・2007年) 184頁。内藤光博「『居住の権利』に関する憲法学的考察」専修法学 111号(2011年) 97-122頁。

¹⁷ 金子匡良「暴力団員への住宅明渡請求を認める条例の合憲性」ジュリ 245号(2019年) 229頁。

判例研究①要録

藤岡 毅（弁護士）

大阪グループホーム訴訟 2022 年 1 月 20 日 大阪地裁判決報告へのコメント

I 事件の本質

1 事案の概要

障害者数名が 10 年以上平穩に何らの問題も起こさずにマンションで居住するグループホームがマンション管理組合から「グループホームとしての使用を禁止する」請求訴訟を起こされ、一審大阪地裁が禁止を命じた判決である。

2 判決

(1) 争点① 「住宅としての利用」について

判決は、争点①「住宅として利用しているか（規約 12 条）」について、「現在 56㎡の床面積が将来 1000㎡を超える可能性は否定できない」等の理由で 2016 年に大阪市が認めた「特例」に「適合しなくなる危険がある」との理由で「規約 12 条違反」＝住宅としての利用と認められないと判断した。

(2) 争点③ 「共同の利益に反するか？（区分所有法違反）」について

判決は争点③「共同の利益に反するか？」について、反すると判断した。

その論旨は「将来における多額の金銭的負担の危険を負うことを余儀なくされている」「グループホームと無関係の所有者に負担させる可能性、特例が外れる可能性が皆無であることを認めるに足る証拠はない」などである。

(3) 争点④ 「障害者差別解消法違反か？」について

判決は、差別ではなく、同法違反ではないとした。

その理由は、「障害を有しない者が住宅以外の用途に供する行為の停止を求めなかった事柄が存在しないから差別でない。」というもの。

3 事件の本質

形式的には、原告＝マンション管理組合、被告＝社会福祉法人であるが、本質的には「マンション住人多数派 VS 少数の障害者住人」の「ここから障害者は出

ていけ！」という構図である。

訴訟を提起するか否かの管理組合での総会が2018年4月に開催され、賛成組合員168名、反対組合員3名の圧倒的多数で提訴が可決されている。

地域におけるグループホーム建設反対運動があるが、それが共同住宅という場において起きているもので障害者に対する社会的排除運動という意味では同質の事件である。

II 勝山会員報告について

憲法学の立場から勝山教子会員（同志社大学）から報告がされた。

1 勝山報告の構成

勝山報告は争点③「共同利益に反するか」及び争点④「障害者差別解消法の不当な差別的取り扱いか」を検討する。

2 勝山報告の争点③の検討

まず本判決の争点③に関する規範部分が

「当該行為の必要性の程度、それによって他の区分所有者が被る不利益の態様、程度等の諸般の事情を比較考量して決すべきであるとするのが相当である。」であることを確認する。

そしてこれは、昭和53年2月27日東京高裁判決(下民集31巻5～8号658頁)を引用したものであることを明らかにする。

ちなみに同判例は金融・商事判例552号34頁・金融法務事情875号31頁等にも掲載されており、上告はされているが上告審の結果は確認できず、上告は棄却され、この論点に関する先例として認識されているものと思われる。

勝山報告もこの規範枠組み、要するに「諸事情を総合判断する比較衡量論」を利用すること自体の可否については論じていない。

3 勝山報告による比較衡量論の検討

(1) 「他の区分所有者が被る不利益」について

判決はこの点を

- ① グループホームとして利用することが管理規約違反であること
- ② 管理組合が防火対象物点検義務を負うこと、各住戸への自動火災報知設備の設置義務を負うこと等、管理業務の負担を余儀なくされる等の不利益を

軽視できないという。

勝山報告はこの点

- ① グループホーム入居者は生活の本拠として利用し、平穏さを確保しており、「住居として使用」しており、管理規約違反でないとする。
- ②点検に関する点の組合の負担は大きいとはいえず、費用があれば被告に負わせることもできること、将来の費用負担は抽象的なおそれに過ぎないとする。

(2) 「グループホームとして使用する必要性の程度」について

判決は公益性が高い事業であるが、他の区分所有者の不利益より優先されないとする。

勝山報告は、憲法・国際人権A規約11条等「障害を有する利用者が住み慣れた土地での生活継続を確保すること」の必要性は高く、組合側の点検義務等の負担を上回ると判断し、共同利益に反すると言えないとする。

(3) 私見

上記(1)①の点、私見も管理規約違反でないと考え、(2)の必要性も裁判官の理解には不十分なものがあると考え。

これら点は、「障害者が地域で生きる権利」を裁判官が理解出来ているかが審理で隠れた本質ではないか。

憲法22条が「何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する。」として、誰にも居住の権利が憲法上の基本的人権として保障されていることの重みを理解出来ているか。

障害者権利条約19条が

「全ての障害者が他の者と平等の選択の機会をもって地域社会で生活する平等の権利を有することを認める」

「(a) 障害者が、他の者との平等を基礎として、居住地を選択し、及びどこで誰と生活するかを選択する機会を有すること並びに特定の生活施設で生活する義務を負わないこと。

(b) 地域社会における生活及び地域社会への包容を支援し、並びに地域社会からの孤立及び隔離を防止するために必要な在宅サービス、居住サービスその他の地域社会支援サービス（個別の支援を含む。）を障害者が利用する機会を有すること。

(c) 一般住民向けの地域社会サービス及び施設が、障害者にとって他の者との

平等を基礎として利用可能であり、かつ、障害者のニーズに対応していること。」

としていることの意味を理解出来ているか。

障害者グループホームは、障害者総合支援法に基づく「居住サービス」であり、「地域社会支援サービス」に他ならず、本判決の判断はこれらの「障害者が利用する機会」を侵害し、奪うという条約違反の判断である疑いが強いと言えよう。

紙面の関係もあり、勝山報告の争点④「障害者差別解消法の不当な差別的取り扱い」は省略し、この論点は辻川会員報告へのコメントにて論ずる。

Ⅲ 辻川会員報告について

被告訴訟代理人の立場から辻川圭乃会員（大阪弁護士会）が報告した。

1 辻川報告の構成

第1で事案概要、第2で判決内容が報告された。

第3で「まとめ」としてコメントがなされた。

障害者グループホームが障害のある人が地域で暮らすために不可欠な支援の仕組みであり、本件判決は6名の入居者の平穏な生活の基盤である住居を奪うものであること、高齢者グループホームと障害者グループホームの目的・規模の違い、障害者グループホームでは消防法の規制の大部分が緩和されていること、障害者グループホームを「施設」として排斥することは障害者基本法に反すること、本判決は現在全国で共同住宅内のグループホームで暮らしている障害者の暮らしを脅かす過ちであることを述べている。

2 私見

(1) 障害者グループホームに対する無知・無理解

障害者グループホームに対する無理解があることは同感である。

そもそも障害者グループホームとは

- a 住宅は一般住宅地内に位置し外観は一般の住宅と異なることのない
- b 障害者グループホームの特色は、障害を持った人達が少人数で支え合って暮らすこと
- c 人数は4～5人を標準としている¹。

現行法令でも

「入居定員を2人以上10人以下とする²。特例承認でも30人が限界。居室の面積は、収納設備等を除き、7.43㎡以上。」

とされている。

仮に理論上一人あたり10㎡としても、30人×10＝300㎡である。

そもそも障害者GHとは「小規模」であるから認可されるのであり、1000㎡を超える「大規模障害者GH」など、形容矛盾であり、法令上存在し得ない。この判例の認定には重大な事実誤認がある。

3 争点④ 障害者差別解消法違反か？

私見

グループ利用者はグループホーム事業者と貸主、利用者を借主とする賃貸借契約を結んでいる。転貸借契約の借主である。

差別に該当するか否かを検証するための枠組みにおいて比較すべきは「他の区分所有者が第三者に賃貸」すなわち転貸借している事案である。

所有者が法人であれ個人であれ、転貸借は不動産賃貸業を営む事業者である。

実態は区分所有者が収益物件として不動産賃貸業務の事業に供している。

他方、障害者GHは、障害者総合支援法とその関係法令、基準に基づき、国・都道府県・市町村の公費により運営され、自治体からのその生活の実態・中身を含めて行政の指導・監査・監督を受ける公益事業であり、厳しく法令により監視され、生活の中身の監査を受けない一般の不動産賃貸事業に比べて安心・安全が保障されている。

当該管理組合は、この251戸の区分所有者のなかで転貸借が行われた場合、管理組合の承認決議を経ているのか（所有者以外が居住している戸は他にないのか）？

承認決議のない転貸借を行った場合、立ち退き決議を必ず行っているのか？

それが、障害のある転貸借契約とない転貸借契約の比較であろう。

そのように検討した場合、本件はまさに障害者差別に該当するという結論に至ると思われる。

但し、この点の私見に対し、学会報告の場で異論も指摘された。管理組合は「転

貸借」を問題視しているわけではなく、「施設」を問題視しているからという。

しかし、他の共同所有者も相当数が「転貸借事業」を事業者として業務遂行しているのである。個人事業主であれ、賃貸業務は事業である。

「転貸借を問題視しているわけではない」という思考枠組み自体が、組合側の「無意識」の差別枠組みにからめとられているように思える。

どうして殊更に障害者居住事業だけが狙い撃ちされるのかが本件検討（本当に障害者差別でないのか？）で見逃してはならない本質と考える。

IV 残されたその他の課題

既に述べた部分に重なる部分もあるが、本件を通して、その他の課題として次のような観点もあろう。

- 1 管理組合の当該決議と決議に賛成した者の差別解消法違反の可否。
- 2 障害者の居住する権利という保護法益も違法性審査の考慮事項に入れるべき（判決は事業者の利益に留まっている）
- 3 立法論的検討
- 4 障害のある人の居住の権利を守るための課題について
- 5 控訴審が注目される。

本稿作成時点で控訴審の結論を知らないが、控訴審の判断が注目される。

以上

¹ 1989 年 6 月厚生省児童家庭局障害福祉課・精神薄弱者地域生活援助事業グループホーム）設置・運営マニュアル

² 平成 18 年厚生労働省令第 171 号障害者の日常生活及び社会生活を総合的に支援するための法律に基づく指定障害福祉サービスの事業等の人員、設備及び運営に関する基準 210 条 4 項

判例研究②

医療器具整備要求訴訟
(名古屋地判令 2・8・19)

医療器具整備要求訴訟

―医療的ケア児の教育保障をめぐる差別解消を目指す裁判―

高森 裕司（弁護士）

- I 事案の概要
- II 請求
- III 一審判決の内容とその問題点
- IV 検討

I 事案の概要

1 本件訴訟は、公立小中学校（通常学級）における医療的ケア（喀痰吸引）を要する障害児の教育保障、学校及び教育委員会（以下、両方を指すときは「学校側」という。）の対応のあり方を問う裁判である。

2 愛知県内の市町村の公立小学校に入学した本児は、出生後まもなく声門下狭窄症の診断を受け、現在は気管にチューブが挿入された状態で生活している。そのため成長とともに頻度は少なくなっているものの、学校に在る間も痰吸引が必要となる。つまり、本児が授業を受けるには、痰吸引が可能な人的・物的環境が必要なのである。

小学校入学時、教育委員会は、医療的ケア実施に関する要綱等を制定するとともに、支援員1名を配置した。しかし、①支援員は1名のままで、②支援員の配置以外の喀痰吸引器具等の経費負担は保護者であり、③喀痰吸引器や連絡票は保護者が毎日持ち運びせねばならず、④支援員が不在の場合や器具の持参がない場合は医療的ケアを実施しない、すなわち授業が受けられないといった様々な問題があった（A）。

なお、喀痰吸引器は、購入費用は数万円でそれほど高額ではないが、重さは2kgあって小学生が登下校に持ち運びするのは困難なものである。

3 また、校外学習に保護者の付き添いが要求され（B）、付き添えないと特別授業か自宅待機と言われた。1年次はやむを得ず母親が付き添ったが、2年次以降は保護者は付き添いを断った。その後校外学習に参加はできたものの、5年次まで保護者に対し付き添いの「お願い」は続いた。

さらに、通学団保護者から本児保護者の付き添いを入団条件とされる差別を受けていても、学校は、通学団保護者との調整を何もせず、差別を受けている状況を放置した（C）。学校側は差別にあたらないとし（教育長はむしろ付き添いが必要と述べ）、県教委が「不安を理由に付き添いを求めるのは問題」としても、教育長は県教委とは見解が異なると無視し続けた。5年次から「付かず離れず」で集団登校は可能になったものの、最後まで通学団保護者と本児保護者の間で見解は相違したままだった。

加えて、学校側は水泳授業という正規のカリキュラムにも本児の参加を認めなかった（D）。保護者の働きかけにより3年次に学校側が医師と面談、リハースル実施となり、ようやく4年次から水泳授業に参加できた。ただし、6年次の途中まで低学年用プールであった。

4 このように、医療的ケア児である本児について、障害を理由とした他の児童には付さない条件を付す差別的取扱いがなされたり、合理的配慮の不提供状態について、保護者は、学校側と粘り強く交渉し続けた。5年次の途中から、当職らが代理人として交渉に加わり、2学期も終わるころに保護者が準備した喀痰吸引器を学校に置くこと、連絡票は本児が提出すればよいことが「特別の措置」として認められた。

しかし、喀痰吸引器を学校側で準備することは「前例がない」という理由で認めず、器具や支援員の問題で医療的ケアを実施できない場合は当然に授業が受けられないという態度も変わらず（A）、「落ち着きがない」という理由を後付けし、まで登下校に付き添いが必要という見解を変えなかった（C）。

県教委とも交渉したが埒があかず、障害者差別解消推進条例のある愛知県の担当部署に相談したが市町村の教育委員会との間の紛争は対応できない（当時）と取り合ってもらえず、他に有効なADRもなかったため、やむを得ず2018年7月、本児及び保護者を原告、学校の設置者である地方自治体を被告として、喀痰吸引器の取得・管理の義務付け訴訟と上記A～Dを主な違法事由とする国家賠償請求を名古屋地方裁判所に提訴した（以下、本児及び保護者を「原告」、学校側を「被告」と表記する場合もある）。

II 請求

1 義務付け

（1）請求には、国家賠償請求だけでなく、喀痰吸引器の取得・管理の義務付

けを加えた。

前述のように喀痰吸引器は、数万円で購入できるものでそれほど高額といえず、保護者が学校側に取得を要求したのは金銭的な負担が大きいからではない。学校側からも金銭的に過重な負担であるとの主張は、交渉と裁判を通して一切無かった。

しかし、保護者にとって、本児が義務教育を受けるのに必要な前提条件である喀痰吸引器を本人・保護者と学校側のどちらが準備するのかは、大きな意味があった。それは、子どもの教育を受ける権利について、主に本人や保護者の努力や負担で保障するのか、主に学校側つまり社会の側が保障すべきなのか、いわば学校側が医学モデルのままなのか、社会モデルのスタンスに変わるのかの試金石といえた。

- (2) なお、法的構成として、訴状では抗告訴訟としての非申請型義務付け訴訟（行訴法37条の2）としたが、行政処分性に難点があり、その後、公法上の法律関係に基づく実質的当事者訴訟（行訴法4条後段）の構成に変更した。本人・保護者と学校側との間の在学関係という公法上の法律関係に付随する配慮義務に基づいて、障害者差別解消法7条2項の合理的配慮である喀痰吸引に必要な器具の取得等を求めた。

2 国家賠償請求の違法事由

提訴時は、おおむね、喀痰吸引器の準備を学校側がしないことは合理的配慮の不提供（障害者差別解消法7条2項）、それ以外は不当な差別的取扱い（同条1項）と考えていたが、訴訟を進めるうち、不当な差別的取扱いの問題なのか、合理的配慮の問題なのかは、二者択一の問題でないことがわかってきた。本件において、最終的には、以下のような主張となった。

- A：原告らが吸引器具の準備をすること及び器具・連絡表の毎日の持ち帰りを本児の登校条件とすることは「不当な差別的取扱い」にあたり、かつ、被告が吸引器具を準備しないことは「合理的配慮の不提供」にあたる。
- B：本児にのみ校外学習に保護者の付き添いを求めるのは「不当な差別的取扱い」であり、かつ、保護者に付き添いを求めることなく医療的ケアの実施を保障するという「合理的配慮」の「不提供」にあたる。
- C：被告は学校保健安全法上登下校においても児童に対し責務を負うところ（控訴審からは、「被告が、通学団による集団登下校を教育活動プログラムと位置づけながら」に修正）、通学団保護者の差別をあえて放置して本児を集団

登下校に参加させなかったことは「不当な差別的取扱い」であり、かつ、本児が保護者の付き添いなく通学団に入れるよう是正に向けた働きかけをするという「合理的配慮」の「不提供」にあたる。

- D：被告が3年次まで水泳の授業に参加させず、4年次から6年次の途中まで主体的に高学年用プールでの授業に参加させなかったのは、障害を理由とする「不当な差別的取扱い」であり、かつ、本児の成長発達に応じて変更・調整した水泳授業の教育プログラムを提供しなかった点で「合理的配慮の不提供」にあたる。

Ⅲ 一審判決の内容とその問題点

1 義務付け

- (1) 一審判決は、①差別解消法が公法上の義務であること、②合理的配慮が個別の事案に応じた多種多様なもので一義的に定まるものでないこと、③後記のように合理的配慮として器具の取得義務があるとは言えないことを理由として請求を棄却した。
- (2) a しかし、①については、原告も差別解消法から直接請求したものではない。もっとも一審判決も、なお書きで、「公法上の関係に付随する配慮義務」「を観念し得るとしても」とした上で、③の理由まで加えて棄却と結論付けており、合理的配慮の不提供と言えれば義務付けを認める可能性は否定していないと思われる。
- b ②については、そもそも合理的配慮は一義的でないのであって、それだけで請求できないとしたら、差別解消法の7条2項は単なるプログラム規定と化すであろう。本児が学校教育の場面で本件器具が必要なのは一義的に明確と言える。
- c 結局、合理的配慮の提供として痰吸引器を学校側が取得・管理する必要があるか否か(③)が争点となる(後述)。

2 国家賠償請求

(1) 違法性の判断手法

一審判決は、違法性の判断手法として、「地方公共団体の設置する学校において医療的ケアを実施する場合に当該医療的ケアの実施方法等をどのように定めるかについては当該学校を管理する権限を有する教育委員会に一定の裁量が認められるものの、その内容が障害者基本法又は障害者差別解消法に違

反するものであるときは、教育委員会がそのような定めをすることは、その裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用するものとして違法となるものと解される」とした上で、A～Dについて、いずれも障害者差別解消法違反ではないとして請求を棄却した。

(2) A－1：痰吸引器の取得等

- a 原判決は、①器具の性質上、不特定多数の児童が共用することは想定し難く、専ら本児の個人的使用に供されるものであること、②保護者には本児に普通教育を受けさせる義務があり、本児が学校教育に使用する物品の費用を保護者の負担とすることも不合理とはいえないこと、等を理由として障害者差別解消法に違反しないとした。
- b しかし、①については、そもそも合理的配慮は、特定の児童にとって必要なものである。例えば、点字資料を提供することは典型的な合理的配慮の例であるが、点字資料は不特定多数が共用するものではない。判決は、合理的配慮の概念自体を理解できていない。

仮に、「個人的使用」が、日常生活でも必要という意味なら、求めているのは学校で使うものであって、用途を校内に限定しており、また小学生には持ち運び困難という点で、一般に私費負担とされる眼鏡や文房具とは異なる。

- c ②については、保護者が負担することを被告が負担しないことの正当化理由にできないし、子の就学条件となってはならない。この保護者の就学義務の間違った解釈は、他の論点でも出てくる。

教育法から見て、子の教育を受ける権利を保障するために第一次的に国や自治体に条件整備義務があり、保護者は子の教育を妨害しない義務があるとともに子の教育を受ける権利保障を十全ならしめるため国や自治体に条件整備を要求すべき義務があるのであって、国や自治体はその保護者の義務を援助し保障する義務があるというべきである。とすると、保護者の就学義務は子の教育の保障のためにあるのに、その履行を子の教育を受ける権利保障の条件とするのは背理であり、保護者の費用負担・労力負担を保護者の就学義務の履行として子の就学条件にしてはならないことは明白である。また、義務教育の無償性にも反する。

差別法からみても、合理的配慮は行政機関等が負担するものであって、障害者側の負担可能性を考慮に入れることは差別解消法の合理的配慮義務の考え方に反する。例えば、シンポジウムへの参加に手話通訳代の負

担を条件にすれば合理的配慮義務違反のみならず、不当な差別的取扱いとなる。

(3) A-2：器具と連絡票の毎日の持参

- a 一審判決は、①直接対話により十分な情報期待できる、②器具の安全かつ管理な管理は学校より保護者に期待できる、③保護者と学校の信頼関係醸成が期待できる、④保護者の就学義務から、重さ2 kg程度のものの持参を求めるのは過大な負担では無いなどを理由として障害者差別解消法に違反しないとした。
- b しかし、原告が問題にしているのは、喀痰吸引器や連絡表の保護者による毎日の持参を本児の通学条件とすると、保護者が病気や仕事上の都合により持参できないと何の責任もない本児が授業を受けられないということである。本児が授業を受けられないという結果の重大性に鑑みれば、それを正当化するにはあまりに理由が抽象的にすぎる。また、子の成長発達に応じて検討もされていない。実際、保護者の申し入れにより、5年次から器具は学校で管理し、連絡帳は児童持参となり、それで何ら問題はなかった。④については、上記のように保護者の負担を被告が負担しないことの正当化理由にしてはならないのであるが、それ以前に保護者が問題としているのは重さではなく、全般的外れである。

(4) B：校外学習への付き添い

- a 一審判決は、①カニューレが外れる可能性や、本児が落ち着きがないこと、②保護者には就労義務があること、などを理由として障害者差別解消法に違反しないとした。
- b しかし、保護者が付き添いを断ったのは、文科省も自立を促す観点から付き添いは限定的にと指摘するとおり、校外学習の教育的効果を考えてのことである。判決はこの点を全く無視し、保護者の負担の問題と捉えた点で根本的な誤りがある。また、本児だけ条件付することが本児に対する差別にあたるという認識も希薄で、抽象的で漠然とした不安を理由に差別を正当化している点、上記の保護者の就労義務の解釈の点でも誤りがある。

(5) C：通学団

- a 一審判決は、学校は、集団登下校など特定の登下校方法を実施すべき一般的な義務は負わないので、本児が通学団により通学することができるようにする措置を執る義務ないとした。しかも、そうであれば判断の必

要がないのに、敢えて通学団保護者が本児について保護者の付き添いを入団条件としたのは差別にあたらないと、差別を正当化する判断を示した。

- b しかし、学校が集団登下校を選択しながら（しかも教育活動プログラムと位置付けながら）なぜ本児だけ集団から外すのかという原告の問いの答えにはなっていない。

さらに、保護者の付添いを入団条件としたのが正当だとする理由が、カニューレが外れる可能性や本児に落ち着きがないなど具体的根拠のないもので、あまりに抽象的に過ぎるだけでなく、判決は、「他の児童が精神的負担を強いられ、他の児童が適切な対応ができなかったためにその児童の保護者に法的責任が生じる可能性がある」とか、「他の児童が本児から危害を受けたり、本児の行動により他の児童が事故に遭遇する可能性がある」など信じがたい理由を示した。もはや障害及び障害者に対する偏見でしかない。

（6） D：水泳

- a 一審判決は、①生命に関わる危険がある、②児童が興奮し教職員の指示が通りにくくなるおそれ、③特に本児は行動に落ち着きがない、③主治医も3年次の本児について絶対に大丈夫だとは言えないと述べているなどを理由として障害者差別解消法に違反しないとした。
- b しかし、主治医が「気をつけて行えば可」とするのを絶対に大丈夫と言えないと曲解してまで、危ないという抽象的なイメージだけで正規の授業から安易に本児を排除するのを無理矢理正当化しようとしているのかと思えない。

IV 検討

1 「前例がない」「特別扱いできない」「もし何かあったら」という、障害者差別についての「対話の際に避けるべき言葉」（内閣府の合理的配慮の提供等事例集）のオンパレードを、裁判所がそのまま是認した判決と言える。それだけでなく、荒唐無稽な想像までして他の児童、保護者を優先する裁判所の姿勢は、もはや裁判所による差別としか言いようがない。学校側には、根底に、医療的ケア児を通常学級に來させるなら、保護者が費用や労力を負担をしろという意識があり、裁判所もそれを追認している。そこには子の、障害児の教育を受ける権利の保障という観点は一切見られない。

2 反省点として、①合理的配慮の概念を裁判所に全く理解させられなかったこと（特定の場面の、個人のニーズに応じたものであること、法的義務であること、事前的改善措置すなわち「環境の整備」と異なることなど）、②障害者差別解消法の解釈をさせられなかったこと（差別解消法違反か否かについて、間違っただけの価値判断になっていて、条文解釈から要件定立し、あてはめをするという判断過程を経ていないこと）、そして何より③被害の重大さを認識させられなかったこと（保護者の負担の問題でなく、本児の教育を受ける権利の問題であること）があげられる。

3 保護者が訴訟までして争ってきたのは、「他の児童が教師の差別する姿を見て次第に障害者を差別していいのだと考えるようになり、やがて大人になったときに社会全体に差別が広がること」を危惧し、「障害のない子ども達が当たり前に参加できている授業や校外学習、集団登下校などに、障害のある子ども達も、本人・保護者が努力しなくても、参加できることが『常識』になること」を願う思いからである。

そのために、①「差別的取扱い」「合理的配慮」について、学校側、裁判所とで法律に基づいた共通の議論の土俵をどうやってつくるか（「差別的取扱い—正当な理由」「合理的配慮—過重な負担」という土俵設定）、②学校側に対しては、「できない」ではなく「どうやったらできるか」という建設的対話にどう持ち込めるのか、が課題である。

なお、本件訴訟にあたり、一審から石井拓児名古屋大学教授、二審から川島聡放送大学教授に、意見書の作成のみならず多大なご協力をいただいた。また、他にも多くの学者、弁護士より貴重なご意見をいただいた。本報告もこれらの多くの皆さんのご意見を参考にさせていただいたことを述べておく。

以 上

判例研究②要録

藤岡 毅（弁護士）

「医療器具整備要求訴訟」名古屋地判 2020年8月19日判決（判時2478号24頁） 報告へのコメント

I 判決の意義・検討

インクルーシブ教育の日本、日本の司法での理解が試された判決と言えよう。

1 争点一覧

本訴訟での争点は次のとおりである。

公立中学校ゆえ被告は自治体（行政機関）

争点1 差別解消法7条2項に基づく喀痰吸引器具を取得・維持等請求権の存否。

争点2 A 親が喀痰吸引器具の準備等の負担を原告子の登校条件としたこと

B 同器具と連絡票の持参を子の登校条件としたことは国賠法の違法か。

争点3 校外学習参加について親の付き添いを条件としたことが国賠法の違法か。

争点4 通学団への参加に親の付添がなくとも可能なように学校が働きかけをしなかったことが国賠法の違法か。

争点5 学校が子に水泳授業を参加させなかったこと及び高学年用プールを使用しなかったことが違法か。

2 争点の仕分け

各争点が、「不当な差別的取り扱い」該当性なのか、「合理的配慮」欠如なのか曖昧のまま思考していても、正しい判断は出来ない。

各争点はどちらの論点なのかを私見において整理する。

但し、報告の際、川島聡会員に意見を求めたところ、各争点を完全にA Bと峻別できるとはいえず、各争点が表裏の関係としてA B両面に関わる場合がある旨の指摘がなされた。

A 不当な差別的取扱型差別＝分離型差別（法7条1項）

「障害を理由として、各種機会の提供を拒否する又は提供に当たって場所・時間帯などを制限する、障害者でない者に対しては付さない条件を付けること」（基本方針）

OR

B 合理的配慮不提供型差別（法7条2項）か？

以下は筆者の私見での仕分け。

争点1：B

争点2：A 争点3：A 争点4：A 争点5：A

違法性認定のハードルは一般的にはB（争点1）が高いと言えよう。

II インクルーシブ教育を受ける権利、同教育の実現こそが権利条約、障害者施策推進の中核的価値であることを裁判官が理解できたのか？

本件行政対応の条約適合性審査は適切に行われたのか。

2022年9月9日の権利委員会の日本への総括所見は今後本件のような事例に活かせるのであろうか？

- (b) 全ての障害のある児童に対して通常の学校を利用する機会を確保すること。また、通常の学校が障害のある生徒に対しての通学拒否が認められないことを確保するための「非拒否」条項及び政策を策定すること、及び特別学級に関する政府の通知を撤回すること。
- (c) 全ての障害のある児童に対して、個別の教育要件を満たし、障害者を包容する教育（インクルーシブ教育）を確保するために合理的配慮を保障すること。

この点、成年後見制度の保佐人制度を利用した精神障害ある警備員が旧警備業法の欠格条項を理由に2017年3月に解雇された事案旧警備業法違憲訴訟での一審 2021年10月1日岐阜地裁判決（賃金と社会保障1709号46頁・判例時報2530号63頁）及び二審 2022年11月15日名古屋高裁判決（実践成年後見103号4頁・賃金と社会保障1827号15頁）は注目に値する。

中でも上記高裁は（私見で少し要約）

「障害者権利条約は 障害者の多様性を認め、障害者に関する定型化された観念・偏見・有害な慣行と戦うための即時の効果的かつ適当な措置をとることを約束するとしている。 3条で無差別を原則とし 5条で全ての者が法律の前に平等であり、いかなる理由による差別に対しても平等かつ効果的な法的保護を障害者に保

証するとされている。」とした上で

「障害者権利条約を批准しても、求められている措置が国政において実施されなければ国際的に条約に加わったという形だけのものになってしまうのである。」として、国の障害者権利条約違反を厳しく批判している。

このように国際人権規範を正しく司法判断に反映し、日本で理解が遅れているインクルーシブ教育に対する理解ある判例が増えていくことを期待したい。

Ⅲ 争点 1 に関して、合理的配慮請求権について

判旨：差別解消法 7 条 2 項は、障害者に対して合理的配慮を行うことを公法上の義務として定めたものであって、個々の障害者に対して合理的配慮を求める請求権を付与する趣旨の規定ではない

この判旨に関し、会員相互議論のための論点提示

1 合理的配慮請求権は現行法が認めていると理解出来るのか。

そもそも、例えば、弱視児の拡大読書器の取得・維持要求、移動障害児の車椅子の取得・維持要求等、個別の合理的配慮要求の請求権を法（差別解消法・憲法・雇用の分野での雇用促進法、その他の法含め）は障害児者に保障しているものと解されるのか？

従来の研究者の学説は¹どうなのか？ 会員諸氏の見解は²？ 諸外国ではどうか？

仮に保障される場合があり得るとして、その実定法上の根拠、成立要件はどこまで具体的に詰められているか？

高森レジメ 2 頁「こちらでも差別解消法から直接請求したものではない」の意味はどうだろうか。

合理的配慮をしないという不作為を違法と定めた＝作為を求める権利があることを意味するのか？

- ② 判決は「公法上の義務として定めたものであって、」とのこと。「反射的利益論」的なことだろう。解消法は公法だが、公法上の義務規定等を根拠に、市民に一定の個別権利を認める場合はあり「公法上の義務だから」という理屈だけでは市民に権利がないとは言えない。

IV 争点2B

百歩譲って、親に連絡票持参を学校が求めたとしても、仮に親に注意するとしても、それを忘れたら子の登校を認めないことは子の憲法上の学習権を侵害すると言えよう。

V 争点3 在籍児童の学習参加に親の付添を条件とすることが分離型差別に該当しない、違法でないという理屈が理解できない。

判旨：保護者には子女に普通教育を受けさせる義務があること（憲法26条2項，教育基本法5条，学校教育法16条）からすれば，学校生活において医療的ケアが必要な児童生徒の保護者に対し，その医療的ケアの実施に必要な一定の助力を求めることも不合理ということとはできない

この判旨こそ、抽象的な公法上の義務を根拠として、保護者の医療的ケア提供義務を認定している。それを基に子の学習権を否定しているのは背理であろう。

VI 「医療的ケア児及びその家族に対する支援に関する法律」（医療的ケア児支援法）が令和3年9月18日（名古屋高裁判決のあった9/3の直後）からが施行されたこととの関係。

10条2項 学校の設置者は、その設置する学校に在籍する医療的ケア児が保護者の付添いがなくても適切な医療的ケアその他の支援を受けられるようにするため、看護師等の配置その他の必要な措置を講ずるものとする。

筆者はこの法施行の前後で、教育委員会との交渉における態度が変わったと感じる場面も経験しており、この法律施行後もこの結論は変わらないのかという疑問（期待）はある。

果たしてどうであろうか？

以上

¹「Q&A 障害のある人に役立つ法律知識—よくある相談例と判例から考える—」（藤岡毅 2021年日本法令）443頁「例えば、企業に雇用されている精神障害者が、「原告が障害者雇用促進法36条の3に基づき、事業者に対する合理的配慮措置として、原告が精神科病院に通院することが可能なように別紙記載の要領に適合する条件での勤務シフトで勤務する地位を確認する」判決を求めることは可能。

²「障害法」（菊池馨実・中川純・川島聡編著・成文堂 2015年）の長谷川聡・長谷川珠子執筆部分138頁「解消法と促進法から、私法上の効果が直接生じることは想定されていない。つ

まり、…合理的配慮の提供義務を定めた条文（解消法 7 条 2 項、8 条 2 項、雇用促進法 36 条の 2 ～ 4）から合理的配慮の請求権を直接導くことは出来ない。」と言い切っている。

公募論文

アメリカの障害者教育法（IDEA）と差別禁止法 —前尽性要件の射程と両者の実体的相違

尾下 悠希（神戸大学大学院法学研究科博士課程後期課程）

- 1 はじめに
- 2 Fry v. Napoleon Community Schools
- 3 Fry 判決の評価
- 4 まとめ

1 はじめに

アメリカ合衆国（以下、「アメリカ」）には、障害のある子どもの教育の保障に関わる2種類の連邦法がある。一方は障害者教育法¹（Individuals with Disabilities Education Act）（以下、「IDEA」）であり、同法は、障害のあるすべての子どもたちが「無償で適切な公教育（free appropriate public education）」を受けられるようにすることを目的の一つとしている。「無償で適切な公教育」は、障害のある子どもたちの特有（unique）のニーズを満たし、進学、就職、自立生活に備えさせるべく構想された「特別教育と関連サービス」を強調するものとされている²。もう一方は、通常、差別禁止法に分類される、障害のあるアメリカ人法（Americans with Disabilities Act）第2編（以下、単に「ADA」または「ADA第2編」）およびリハビリテーション法 §504（以下、「§504」）である。特に §504 は、すべての障害者について、障害のみを理由として、連邦の財政援助を受けるプログラム等から排除することをプログラムの提供者側に禁止し、このプログラムには教育サービスの提供も含まれる³。このように、IDEA は障害のある子どもたちの「特有の教育ニーズの充足」、ADA・§504 はすべての障害者への「差別禁止」を目的とする⁴。しかし、両者の基本的相違たる「特有の教育ニーズの充足」・「差別禁止」それぞれの意味内容や境界は、必ずしも明確ではない。

アメリカでは、この問題は、裁判実務でも問題になる実定法解釈上の一争点となっている。すなわち IDEA に設けられた「前尽性要件」⁵の解釈適用である。

IDEA は、その子どもが同法の定める無償で適切な公教育を受けていないと考える親による不服申立に対する聴聞手続を定めている⁶。聴聞官は、学校が無償で適切な公教育を提供していないと判断した場合、補習授業を提供させたり、私立学校に転校させた場合の授業料差額の支払（償還）を命じたりすることができる。

IDEA は、以上のような行政手続の結果に不満のある親が州裁判所または連邦裁判所に民事訴訟を提起することを認めるが、訴訟の前には必ず行政手続を履践する必要がある⁷。

他方で IDEA は、当事者が適切な教育を受けられないことから被る損害（精神的苦痛など）に対する金銭賠償を認める規定を有しない⁸。ADA・§504 に基づけばこれらの請求が可能であるが、IDEA の行政手続を通じても得ることのできる救済を求める場合には、IDEA の行政手続を、IDEA の下で訴訟を起こす場合と同じ程度まで尽くさなければならない⁹。すなわち、ADA・§504 の下で訴訟を起こすことによって、IDEA の行政手続を回避する形で、IDEA で得ることのできる救済を請求することは認められていない¹⁰。このようにして ADA・§504 の訴権を制限するのが IDEA の前尽性要件である¹¹。前尽性要件の条文は以下の通り。

本法 [IDEA] のいかなる内容も、合衆国憲法、1990 年障害のあるアメリカ人法、リハビリテーション法第 5 編、または障害のある子どもの権利を守る他の連邦法の下で利用できる権利、手続、および救済を制限または限定するように解釈されてはならない。ただし、これらの法の下で本法本節でも利用できる救済を求めて民事訴訟を起こす前に、本条 (f) および (g) に定める手続は、本法本編の下で訴訟を起こした場合に必要とされるのと同じ程度まで、尽くされなければならない (shall be exhausted) (20 U.S.C. § 1415(l)、[] 内は筆者が補足)。

IDEA の前尽性要件は、「[§504 や ADA など] の下で [IDEA 第 2 編] でも利用できる救済を求めて民事訴訟を起こす」際に求められるが、それは具体的にはどのような場合だろうか。その点に関して重要な判示を行った連邦最高裁判決が、Fry v. Napoleon Community Schools（以下、「Fry 判決」）¹²である。本稿は、Fry 判決の検討を中心として、前尽性要件の射程という手続的な規定の解釈問題から、IDEA と ADA・§504 の実体的相違を明らかにするための手がかりを得ることを試みる。

2 Fry v. Napoleon Community Schools

前尽性要件の適用の有無が問題となる典型的な状況として、申立人が ADA・§504 などを根拠として学校側に精神的苦痛に対する金銭的損害賠償を求める場合が挙げられる。IDEA には障害のある子どもが負った精神的苦痛に対する損害賠償の規

定がないが、ADA・§504にはその規定が設けられている¹³。そのため、IDEAの行政手続を尽くすことなくADA・§504を根拠として精神的苦痛に対する損害賠償を求めた場合に、前尽性要件の射程に入るかどうかが争点となる。

Fry判決もそうした事案であり、判決の中で前尽性要件の射程を明らかにする手がかりが示された¹⁴。同判決以前には、連邦控訴裁判所の間では前尽性要件について二つの異なる考え方が示されており、同判決は下級審判決の混乱の終息を試みたものでもある。以下では、Fry判決以前の二つの下級審判決およびFry控訴審判決を簡単に紹介した上でFry判決を紹介し、それらの比較を行う。

2.1 Fry判決以前の下級審判決

Fry判決以前、連邦控訴裁判所には、前尽性要件の射程について「被害中心アプローチ（injury-centered approach）」をとる裁判所と「救済中心アプローチ（relief-centered approach）」をとる裁判所が混在していた。前者は、児童生徒が受けた被害が「その性質上教育的」であれば前尽性要件の射程内であるとするものであり、後者は、「IDEAの下でも獲得できる救済」を親が請求している場合に限って射程内であるとするものである¹⁵。それぞれの代表的な判決は、第7巡回区のCharlie F. by Neil F. v. Board of Educ. of Skokie School Dist. 68（以下、Charlie F. 判決）¹⁶、および第9巡回区のPayne v. Peninsula School Dist.（以下、Payne 判決）¹⁷である¹⁸。

1) Charlie F. 判決 一被害中心アプローチ

Charlie F. 判決は、障害のある子どもに対するいじめに関する事案である。注意欠陥障害のあるCharlieが4年生のときに、他の生徒がCharlieに対する不満を表明するのを促すような授業を教師が行った。そのことを知ったCharlieの両親は、彼を転校させた。両親（申立人）は、同教師や学校を設置する学区など（被申立人）に対して、合衆国憲法、リハビリテーション法、ADAおよび州の不法行為法に基づいて金銭的損害賠償を請求した。申立人は、被申立人がCharlieの4年生時の教育との関係でCharlieに精神的苦痛を与えたと主張した¹⁹。

同判決は、結論的にはIDEAの行政手続がなされていないことを理由に1審に差し戻した。その理由付けの中で判決は、どのような救済がIDEAの下で「利用できる」かは申立人が請求した救済には左右されず、申立人の主張の性質と準拠すべき法により決定されると述べた²⁰。そして本件については、「問題の発端（genesis）も現れ方（manifestations）も教育的」²¹であり、IDEAが包括的な教

育的解決策を提供しているため、少なくとも原則的には、IDEA の下で救済が可能であると結論づけた。判決によれば、Charlie の両親の不服は教育活動としての教師の行為に起因するものであり、本人の受けた教育的な悪影響を問題にしているのだから、前尽性要件の射程内なのである。

2) Payne 判決 ―救済中心アプローチ

Payne 判決は、障害のある子どもの身体の拘束に関する事案である。D. P. は、自閉症などの診断を受けていた。彼が在籍していた小学校の特殊教育学級の担任は、クローゼットほどの小さな部屋を過度に興奮した状態の生徒のためのセーフルームとして使用しており、D. P. の個別教育プログラム²²について話し合う会議で、彼に対してもセーフルームを使用する許可を要求した。両親は、当初反対したが、セーフルームのドアを開けておくこと、部屋の中に D. P. を一人にしないことを明記した上で、使用に限定的に同意した。しかし両親の主張によれば、担任は D. P. を監視なしに何度も懲罰的にクローゼットに閉じ込め、彼が脱衣・排尿・排便などの反応を示したこともあった。両親はそうした方法をやめることを繰り返し要求したが、担任はセーフルームの使用を継続した。その後、両親と学区は調停に応じ、両者は D. P. を転校させることに同意した。最終的に両親は、D. P. を公教育から離脱させ、ホームスクーリングを開始した。この間、正式な聴聞手続は行われなかった。

D. P. の母親は、学区に合衆国憲法修正 4 条（不合理な搜索・逮捕・押収の禁止）、8 条（残虐で異常な刑罰の禁止）、14 条（デュープロセス）および IDEA の違反があったと主張し、憲法上の権利を侵害する公務員等に対する訴権を認める連邦法²³に基づく救済を求めて提訴した。原審は、前尽性要件が充たされないことを理由に申立人のすべての請求を却下したが、第 9 巡回区控訴裁判所の多数意見は申立人の請求の一部は前尽性要件の射程外だという解釈を示して、原審に差し戻した。

Payne 判決は、かつて同裁判所の先例²⁴でも採用されていた、Charlie F. 判決の「被害中心」アプローチを判例変更によって覆し、「救済中心」アプローチをとることを宣言する²⁵。まず IDEA の前[・]尽[・]性[・]要[・]件[・]では、申立人が IDEA の下で利用可能な救済（relief）を求[・]め[・]る[・]こ[・]と[・]が[・]で[・]き[・]た[・]か[・]ど[・]う[・]か[・]は無関係で、申立人が IDEA の下で利用可能な救済を[・]実[・]際[・]に[・]求[・]め[・]た[・]か[・]ど[・]う[・]か[・]が重要であると述べる。言い換えれば、訴状で請求されている救済が、IDEA の下でも利用できるかどうかを判断する必要がある²⁶。この解釈の下では、IDEA の行政手続を尽くすことが求められるのは以下の 3 つの状況である²⁷。第一に、申立人が IDEA の救済またはそれと

機能的に等価なものを求める場合。例えば障害のある生徒が ADA に基づいて訴訟を起こし、公立学校の学区が彼の特別なニーズに対応しなかったとして、（転校先の）私立学校のエデュケーション費用に係る損害賠償を求める場合、教育費用の償還が IDEA に基づく救済として可能であるから、訴状で IDEA が言及されているとしないにもかかわらず、前尽性要件の射程内である。第二に、「個別教育プログラム」または障害のある生徒の教育的配置の変更のために、将来に向けた差止的救済を求める場合も、IDEA による救済が利用できるから、他の連邦法に基づく請求の形をとっていたとしても、前尽性要件の射程内である。第三に、IDEA に基づく「無償で適切な公教育」を拒否された結果生じる権利を行使しようとしているときは²⁸、Charlie F. 判決にいう「問題の発端も現れ方も教育的」な場合であり、前尽性要件が及ぶ。

これを本件に当てはめると、「IDEA の下での権利が侵害された」ことに基づく請求については前尽性要件が及ぶが、合衆国憲法修正 4 条・8 条違反を根拠に違法宣言と損害賠償を求める部分については、IDEA に基づき利用可能な教育上の救済（remedy）が存在しないため、前尽性要件の射程外であるとされた²⁹。

2.2 Fry 判決

1) 事案の概要

Ehlena Fry（以下、「E. F.」）は、重度の脳性まひのために運動能力と移動能力が著しく制限されているため、介助犬による日常生活の手助けを受けていた。そこで、学校にも介助犬を同行させようと学校側に許可を求めたところ、E. F. の当時の個別教育プログラムでは人間の介助者が一日中 E. F. を一対一でサポートすることになっており、介助犬による補助は必要ないとして、拒否されてしまった。E. F. の両親は、最終的に E. F. を介助犬の同行を認めてくれた別の地区の公立学校に転校させた³⁰。

E. F. の両親（申立人）は、転校前の学区など（被申立人）が、同校と同校のプログラムへの平等なアクセスを拒否し、E. F. の介助犬の同行について合理的に配慮することを拒否し、その他障害者としての E. F. を差別することによって、ADA 第 2 編およびリハビリテーション法 §504 に違反したとして、連邦裁判所に提訴した。E. F. は差別の結果、「感情的な苦痛と痛み、恥ずかしさおよび精神的苦痛」を含む被害を受けたとして、被申立人が ADA・§504 に違反しているという宣言と E. F. の精神的苦痛に対する損害賠償が請求された。

2) Fry 控訴審判決

Fry 控訴審判決³¹ が係属した第6巡回区控訴裁判所は、被害中心アプローチをとるとされるが³²、多数意見は、それに従って、申立人が IDEA の行政手続を尽くしていないとして訴えを却下した。

多数意見は、前尽性要件は、訴えられた被害が IDEA の行政手続によって救済できる場合、または被害が IDEA の特定の実体的保護に関係する場合に、IDEA の行政手続を尽くすことを要求すると述べた。そして E. F. については、彼女に介助犬が同行することを学校側が拒否したことによる「危害の核心 (core harm)」³³ は、IDEA 固有の教育目的に関連しているという。すなわち、申立人は、学校側の決定は E. F. が介助犬といっしょに自立して活動する方法を妨げたものであり、介助犬の不在により E. F. の自立心と社会的な自信を傷つけたと暗黙のうちに主張している。そして、学校側が E. F. に個別教育プログラム（人間の介助者による一对一のサポート）としてすでに合理的配慮を提供していたことを考慮すれば、介助犬が E. F. に同行することの付加価値は教育的なものであり、それを認めないことが無償で適切な公教育の拒否にあたるかが本件の問題だとした。

これに対して反対意見は、Payne 判決のような救済中心アプローチを主張する。その前段階として、Charlie F. 判決および多数意見がとった「(問題の発端も現れ方も) 教育的」という考え方について、学齢期の子どもについては、成長と発達ほぼすべての側面が教育に関する問題に部分的に関与していると言えるため、意味がないものであると述べた³⁴。

3) Fry 判決

連邦最高裁は裁量上訴の申立てを認め、Kagan 判事が法廷意見を執筆した³⁵。法廷意見は、結論的には控訴審判決を取り消し、原審に差し戻した。

法廷意見は、まず前尽性要件の「[IDEA でも] 利用できる救済」という文言から、IDEA によって救済を得ることが可能になる状況を明らかにしようとし、それは無償で適切な公教育の拒否に対する救済が訴訟で求められている場合であると述べる。例えば障害のある子どもに学校が何らかの配慮をしなかったことに対して親から苦情があったとき、もしその配慮が IDEA の要求する無償で適切な公教育のために必要なものであれば、聴聞官は救済を命じなければならない。そうでない場合は、障害のある子どもとその子どもが通う学校との間の紛争であったとしても、救済を命じることはできない。したがって IDEA の前尽性要件は、訴訟が無償で適切な公教育の拒否に対する救済を求めている場合に発動することにな

る。他方で、要求されている救済が無償で適切な公教育の拒否に対するものでない場合には、IDEA の行政手続を尽くすことは求められない。

つまり法廷意見は、前尽性要件の射程は、申立人が無償で適切な公教育の拒否に対する救済を請求している場合とそうでない場合をどのように見分けるのかという問いだというのである。そのとき注目すべきなのは、訴状（complaint）で「無償で適切な公教育」や「個別教育プログラム」といったラベルや用語が用いられているかどうかではなく、申立人の訴状の「核心（gravamen）」³⁶である。

そして裁判所が訴状の核心がこの問いに当てはまるかどうかを判断するためには、IDEA と ADA・§504 の「手段と目的（means and ends）」³⁷に注目する必要があるという。法廷意見は、法の保護対象・手段・目的の3点から両者を対比する。まず IDEA は、「子ども」（青年期の若者も含む）だけを保護するもので、彼・彼女らの学校教育にのみ関与する。同法は、個々の子どもの「特有のニーズ」に適した個別化された指導と関連サービスを提供するという手段で、子どもに対して有意義な教育へのアクセスを提供することを目的とする。これに対して ADA・§504 は、あらゆる年齢の障害者を対象とし、学校の内外で適用される。ADA・§504 は、保護対象者が（ときには合理的配慮によって）公共施設や連邦政府が資金提供するプログラムに他のすべての人と平等に参加できるようにするという手段で、障害に基づく差別を根絶することを目的とする。一言でまとめると、IDEA は個別に調整された教育サービスを保証し（guarantee）、ADA・§504 は公的制度への差別のないアクセスを約束するものである。IDEA と ADA・§504 の適用範囲の重複は必ずしも否定されない。被告の同一の行為が両者に違反し、原告が両者に基づく救済を求めていることもあり得る。しかし、上で見た制定法の相違は、ADA・§504 に基づく原告の訴状が、IDEA の無償で適切な公教育の提供義務とは無関係に「単純な差別（simple discrimination）」³⁸に対する救済を求めることがありうることを意味しているのである。

以上を受けて法廷意見は、申立人の訴状の核心が無償で適切な公教育の拒否に関わるものか、障害に基づく差別に関わるものかを見分ける「手がかり（clue）」³⁹を示す（以下、「Fry テスト」）。第一に、申し立てられた行為が学校ではない公共施設（例えば公共劇場や図書館）で起こった場合、申立人は本質的に同じ要求（claim）を持ち出すことができたか。第二に、学校の大人（例えば職員や訪問者）が、本質的に同じ苦情を申し立てることができたか。以上の2点の質問への答えがいずれも「Yes」である場合、訴状は無償で適切な公教育の拒否に関わっていない。しかし質問への答えが「No」である場合⁴⁰、その訴状は、仮に明示的な主張

がなくても、無償で適切な公教育に関係している。

法廷意見は、Fry テストの適用例として以下の二つの例を示す。第一に、車椅子の子どもが、建物にスロープがないことを理由に、ADA の下での差別を理由に学校を訴えたとする。その建物の特徴には教育的悪影響があると主張して、それが IDEA に違反すると主張する別の訴訟も考えられる。学校に入ることができなければそもそも授業を受けられないし、人に運んでもらわなければならないとすれば、教育上の（そして社会での）成功に必要な自立心が育たないかもしれないからである。しかし、もし公立図書館や劇場にスロープがなかったら、子どもは同じように訴えることができるし、職員や訪問者が学校に対してほとんど同じ訴えを起こすことも可能である。これらの例で請求が同一であり得るということは、この請求の本質が公共施設へのアクセスの平等であり、教育内容の妥当性ではないことを示唆している。したがって、訴訟の前に IDEA の行政手続を尽くす必要はない。第二に、学習障害のある生徒が、数学の補習を行わなかったとして、ADA に基づいて学校を訴えたとする。この訴訟も、学校側が合理的配慮を拒否したことを理由に、障害に基づく差別を訴えたものとして扱うことができるかもしれない。しかし、生徒が公共の劇場や図書館に対して同じように訴えることは想像できないし、大人の訪問者や職員が数学の個人指導を受けるために学校を訴えることもありえない。したがって、仮に明示的に訴えられていなくても、この訴状の本質は無償で適切な公教育に関わっており、IDEA の行政手続が求められる⁴¹。

2.3 Fry 判決の意義

Fry 判決において最も際立っている点は、上記のように「手段と目的」という観点から IDEA と ADA・§504 の実体的相違を示したことである。特に目的の部分を確認すると、IDEA は「個別に調整された教育サービスの保証（＝無償で適切な公教育の提供義務）」を目的とし、ADA・§504 は「障害に基づく差別の根絶（＝単純な差別に対する救済）」を目的とする。この点については次節で検討するため、以下ではそれ以外の部分についての検討を行う。

1) Fry テストは障害のある子どもの権利を拡大したか？

Colker は、Fry 判決以前の判例に Fry テストを適用するという思考実験により、同テストの意義を示す⁴²。Colker が挙げるのは、Board of Educ. of Hendrick Hudson Central School Dist., Westchester Cty. v. Rowley（以下、Rowley 判決）⁴³である。Rowley 判決は、先に紹介した判決とは異なり、行政手続を尽くした上

で IDEA 違反を理由として提訴した事案であるため、前尽性要件が問題となったものではない。しかし Colker は、Fry 判決を前提として、仮に Rowley 判決の事案で両親が ADA・§504 違反を理由として提訴していたとしたら前尽性要件が及んだか、また Rowley 判決の結論が変化する可能性はあるかを検討する⁴⁴。

Rowley 判決は、IDEA の無償で適切な公教育の範囲を示したリーディングケースである⁴⁵。この事件では、聴覚障害のある Amy Rowley に対して、学校側は個別教育プログラムとしてワイヤレス聴覚補助器具、指導員のサービス、言語療法士の指導の提供等を提案したが、両親はこれらに加えて教室での手話通訳者の提供を希望し、両者は合意に至らなかった。両親は、IDEA⁴⁶ に基づく行政手続を尽くした上で連邦地方裁判所に提訴し、手話通訳者提供の拒否は IDEA の定める無償で適切な公教育の義務に反すると主張した。判決は、IDEA の下での州の無償で適切な公教育の提供義務には、「提供されるサービスが、『他の子どもに提供される機会と同等に』それぞれの子どもの可能性を最大限に引き出すのに十分であることという追加的な要件は生じない」⁴⁷ として、障害者と非障害者との「平等な機会」の基準を求める両親の主張を退けた。

以上のような Rowley 判決に対して、Colker は、ADA 第 2 編の下「効果的なコミュニケーションに関する規則」⁴⁸ をもとに、Fry テストの可能性を示す。同規則は、障害者のコミュニケーションが非障害者と比べて「同程度に効果的」であるかどうかを問うもので、平等な機会の基準として言及されるものである。Rowley 判決や後続する *Endrew F. v Douglas County. School Dist.* RE-1⁴⁹ では、連邦最高裁は、IDEA はこうした平等な機会の基準を採用していないと示していた。

Colker は、ADA や §504 の下でどのようなコミュニケーションが要求されうるかを強調することは、Rowley 判決において異なる結果をもたらすという。もしこの事案が Fry テストに基づいて進められるのであれば、Amy Rowley が博物館や公立図書館で行われる講演会に出席する場合、効果的なコミュニケーションに関する規則に基づいて手話通訳を受ける権利が与えられることになる⁵⁰。そして学校生活では、講演会と同様に手話通訳の必要性が認められる。ADA・§504 により、Amy は、たとえ手話通訳がなくとも教育上の利益を得られるとしても、障害のない生徒と同程度に口頭でのコミュニケーションにアクセスする権利があるため、学校で過ごす間、手話通訳を受ける権利を有する。Colker は、Fry 判決は、教育に関する事件にも、教育の文脈以外でも得られるような合理的配慮を求める場合、「平等な機会」の基準を組み込んでいるのではないかと論じる^{51,52}。

2) Fry テストは IDEA の前尽性要件の射程をどのように画するのか

先述の通り、Fry 判決は、IDEA の前尽性要件の射程に関する下級審判決の混乱の終息を試みたものでもある。以下では、Fry 判決以前の被害中心アプローチおよび救済中心アプローチに対する Fry テストの意義を検討する。

まず申立人の請求と救済の関係について。IDEA の前尽性要件は、IDEA の下で「利用できる救済」を求める民事訴訟について、訴訟の前に行政手続を尽くすことを要求するが、被害中心アプローチは、どのような救済が「利用できる」かは申立人が何を請求しているかに左右されず、申立人の主張の性質と準拠すべき法により決定されるという。これに対して救済中心アプローチは、原告が IDEA の下で利用可能な救済を求めることができたかではなく、訴状で実際に求めたかに着目するため、両者の立場は明らかに異なる。この点、申立人の訴状の「核心 (gravamen)」に着目する Fry 判決は、両者の中間的立場をとったものと言えるだろう。

また前尽性要件は法文上、「IDEA でも利用できる救済」の有無を問題にするが、Fry テストは、子どもが学校以外に対して、あるいは大人が学校に対して求めることができる「単純な差別に対する救済」であれば、前尽性要件の射程外だとする。こうした Fry テストは、どのような救済が IDEA でも利用できるかではなく、どのような救済が ADA・§504 の下で利用できるのかを問うことで、あえて法文の意味を逆転 (flip) させていると指摘されている⁵³。

このような「逆転」は、「教育的」概念の問題性と関連しているとも考えられる。被害中心アプローチも救済中心アプローチも、「問題の発端も現れ方も教育的」かどうかという問いを立て、問題の性質が「教育的」であるかどうかについて注目する点で、実は共通していた。しかしこれに対しては、Fry 控訴審判決の反対意見が示した、「学齢期の子どもについては、成長と発達のほぼすべての側面が教育に関する問題に部分的に関与している」という批判が非常に的を射ているように思われる。例えば Charlie F. 判決は、以下のように推測して、問題の性質を教育化した。Charlie の両親が金銭賠償を求めるのは、「彼の自尊心の回復を助け、学校での進歩を促進するためのカウンセリングなどのサービスの代金を支払うためだろう」。そして、IDEA の行政手続の中で両親の求める救済について判断する専門家や聴聞官は、「(a) 適切な救済的サービスが提供できるか、あるいは (b) Charlie は今はそうしたサービスを必要としていないか」を決定することができるというのである⁵⁴。こうした推測が可能であることは、「教育的」という概念は伸縮が激しく、恣意的に結論を操作できる余地があることを意味している。

以上に対して Fry 判決は、「無償で適切な公教育の拒否に対する救済」が請求されているかどうか前尽性要件の射程であるとしつつも、それを実際に判別するテストの内容は、学校とその他の公共施設との比較、大人と子どもの比較を行うものであり、「教育的」概念を排除している。前尽性要件の射程は、「個別に調整された教育サービスの保証（＝無償で適切な公教育の提供義務）」と「障害に基づく差別の根絶（＝単純な差別に対する救済）」が重なる可能性がある場面で問題となる。恣意的操作が可能な「教育的」概念を含まない後者の射程から検討することで、より客観的な結論を出すことのできる Fry テストは、より公平な判断を可能にするという点において、他の二つの考え方よりも優れているように思われる。

もっとも、Fry 判決後の下級審判決が Fry テストを前尽性要件の適用に関する「決定的テスト」として必ず利用しているわけではなく、「求められた救済と IDEA の定める手続との関連」に焦点を当てる裁判所もあることが指摘されている⁵⁵。Fry 判決における学校施設へのアクセスという問題が、教育内容と関わない周辺のなものであるため、Fry テストで容易に結論を出せたのだという指摘もある⁵⁶。前尽性要件の射程を画するにあたっての Fry テストの有効性は、まだ明確ではないと言える。

3 Fry 判決の評価

Fry 判決において示された、IDEA と ADA・§504 の実体的相違（IDEA＝「無償で適切な公教育の提供義務」、ADA・§504＝「単純な差別に対する救済」）については、二通りの評価がありうる。第一に、Fry 判決の考え方や Fry テストを前提に、IDEA と ADA・§504 の実体的相違の精緻化を図ろうとするもの、第二に、Fry 判決において示された考え方自体の問題点を示そうとするものである。以下では、それぞれに関連すると思われる論者の議論を紹介した上で、若干の検討を行う。

3.1 「単純な差別」とは何か？

Maureen MacFarlane は、Fry 判決後の下級審判決による Fry テストの利用の有無を分析した上で、裁判所が特定の請求については IDEA の前尽性要件を適用することなく、訴訟を進めてきていることを指摘する。すなわち、(i) 懲罰的な措置として生徒を不適切に隔離したことによる平等なアクセスの否定、(ii) 職員や生徒による身体的・心理的虐待、(iii) 生徒に対する不当・不法な力の行使、(iv) 差別、(v) 嫌がらせ、(vi) 報復、(vii) いじめに関する請求である⁵⁷。もっとも、身体拘束やいじめなどの行動の問題に関連するケースは、前尽性要件の射程について、よ

り複雑なケースであるとも指摘している⁵⁸。一般的に、こうした問題に関連する懸案事項は、IDEA に基づく個別教育プログラムの文脈で扱われる。しかし具体的な事実関係によっては、特別教育の文脈とは離れた主張も十分可能な事柄である。そのため、後者の例では、前尽性要件は必ずしも要求されないのだという⁵⁹。

以上のように、個々の問題群における前尽性要件の適用の可否を検討することは、IDEA と ADA・§504 の実体的相違のより厳密な考察につながるだろう。特に MacFarlane が挙げる IDEA の前尽性要件が適用されてこなかったケースについて、Fry 判決において検討された、法の保護対象・手段・目的という観点から、それらが本当に同判決にいう「単純な差別」と言いうるものなのかどうか、今後検討する必要があるだろう。

3.2 「単純な差別」だけでいいのか？

Fry 判決によれば、訴状の核心において「単純な差別」に対する救済を求めているものは、ADA・§504 の適用対象であり、前尽性要件の射程外となる。Claire Raj は、Fry 判決にいう「単純な差別」に注目して、Fry 判決の問題点を指摘する⁶⁰。

まず Raj は、IDEA と ADA・§504 の法的義務の違いを示す。IDEA の無償で適切な公教育の提供義務は、学校に、子どもが状況に照らして適切な発達を遂げることができるように個別に調整された教育プログラムを提供する義務を課すもので、「内向き (inward looking)」であるという。これに対して、ADA・§504 も別の無償で適切な公教育の提供義務を課しており⁶¹、それは「外向き (outward looking)」であるという⁶²。Raj は、両法のことを障害者権利法 (disability right laws) と呼ぶ⁶³。障害者権利法は、学校に、障害のある生徒のニーズを障害のない生徒のニーズと「同様に十分に (as adequately as)」充足する義務を課すもので、学校は、教育プログラムへの平等なアクセスが達成されているかどうかを判断するために、個々の子どものニーズだけでなく、同級生の教育へのアクセスも把握する必要がある⁶⁴。

Raj は、Fry 判決は、こうした障害者権利法の射程について十分に検討しなかったため、致命的な問題を残してしまったと述べる⁶⁵。問題のひとつとして、Fry 判決が ADA・§504 が適用される範囲を「単純な差別」の問題に限定したことを挙げる。Raj は、障害者権利法は「単純な差別」から生徒を保護する以上の義務を学校に課しており、学校は障害のある大人に対する一般的な差別禁止義務とは別に、障害のある生徒に対する特別な積極的な義務を負っているという。そうした義務

の中に、障害のある生徒に対して、§504 の規則で定義された無償で適切な公教育（同級生と同様に十分な教育的ニーズを満たすために必要なあらゆる支援を受ける権利）⁶⁶を提供する義務が含まれる。こうした支援を生徒に提供しないことは、障害者権利法における差別の一形態である。Fry 判決は、障害のある生徒が直面している差別の多様さを認めなかったため、前尽性要件の分析に大きな穴を開けてしまった⁶⁷。

こうした Fry テストによって見落とされてしまう差別の例として、Raj は、糖尿病を患う Victor を仮想する。特別教育を必要としない Victor は IDEA の適用対象ではないが⁶⁸、ADA・§504 の適用対象である⁶⁹。Victor は、例えば集中して授業を受けられるようにするために、特別に食事やおやつのための時間をとるといった支援を要するが、こうした教育プログラムへの平等なアクセスに必要な支援を提供しなかったとして、ADA・§504 違反を主張する訴訟を提起したとすると、Fry テストによれば、IDEA が適用されない Victor が前尽性要件の対象となってしまうという不合理が生じる。なぜなら、Fry テストを適用すると、学校以外の公共空間で Victor におやつへのアクセスを確保する義務は存在せず、また、大人には教育プログラムへのアクセスのための配慮は必要ではないためである^{70,71}。

以上の Raj の指摘のように、IDEA = 「無償で適切な公教育の提供義務」、ADA・§504 = 「単純な差別に対する救済」という Fry 判決の簡明な見解は、文字通りに理解すると、前尽性要件の射程外の者に IDEA の行政手続を尽くすことを強いる可能性があるなどの問題性もはらんでいる。「単純な差別に対する救済」以外にも、ADA・§504 の適用対象として前尽性要件の射程から外すべきものがあることが示唆されており、その点を踏まえて、Fry テストをより洗練させる必要があるだろう。

4 まとめ

本稿は、IDEA の前尽性要件という手続的な規定に関する判決の検討を通じて、「特有の教育ニーズの充足」を目的とする IDEA と「差別禁止」を目的とする ADA・§504 の実体的相違を明らかにする手がかりを得ることを目的としていた。中心的に検討した Fry 判決については、第一に、IDEA が「無償で適切な公教育の提供義務」、ADA・§504 が「単純な差別に対する救済」に対する法であるという定式を示したこと、第二に、紛争解決手続における IDEA と ADA・§504 の適用範囲を画するための Fry テストは、学校とその他の公共施設との比較・大人と子どもの比較を行うことで、両者の重複の問題を解決しようとすることを紹介した。

同時に、特に「単純な差別」という観念について次に検討すべき課題も見出した。こうした課題の検討を通じて、同じく障害のある子どもの教育の保障に関わる IDEA と ADA・§504 の実体的相違をより明確化し、延いては日本法の研究へと展開することを目指したい。

* 本稿は以下の助成を受けたものである。2021 年度公益財団法人上廣倫理財団研究助成、2022 年度公益信託山田学術研究奨励基金、神戸大学「異分野共創による次世代卓越博士人材育成プロジェクト」。

** 本稿の構想段階で報告を行った名古屋障害法研究会（2022 年 11 月 20 日）にて、杉山有沙、植木淳（以下、すべて敬称略）の両名より多くの貴重なご助言をいただいた。また、匿名の査読者より多くの貴重なご指摘を受け、修正を行った。厚くお礼申し上げる。

¹ Individuals with Disabilities Education Act の訳語は、今川奈緒・織原保尚の訳語に倣った。同「障害と教育法」菊池馨実ほか編『障害法 [第2版]』（成文堂、2021 年）189 頁。なお、同法は制定・改正の過程で名称が変更されているが、本稿ではわかりやすさを優先して本文ではすべて障害者教育法または IDEA と記述する。IDEA の制定・改正の経緯については、以下を参照した。青木亮祐「アメリカにおける障害者教育法と障害者差別禁止法の関連性」明大院 52 号（2020 年）163 頁、織原保尚「アメリカにおける障害のある子どもの教育を受ける権利とその裁判における救済について」別府大学紀要 62 号（2021 年）31 頁。

² 20 U.S.C. § 1400(d)(1)(A) (2019).

³ 29 U.S.C. § 794(a)(b)(2) (2018).

⁴ R. Schneider は、アメリカの障害のある子どもの教育について、§504 は、障害のある子どもと障害のない子どもの公平な扱いに焦点を当て、対照的に、IDEA はアクセシビリティメインストリーミングを通じて学校や教室への扉を開くことに焦点を当てているとした上で、IDEA の（無償で適切な公教育への）積極的な義務と §504 の（消極的な表現としての）差別の禁止の間にはほとんど違いがないという。RONNA GREFF SCHNEIDER, EDUCATION LAW: FIRST AMENDMENT, DUE PROCESS AND DISCRIMINATION LITIGATION Vol.2 133-134 (Thomson Reuters, 2019-2020 Supplement, 2019). このように、IDEA と ADA・§504 の機能の共通性を強調する見解もあるが、本稿は両者の違いを強調し、状況に応じたそれぞれの役割分担を検討する。さらに以下を参照した。今川奈緒「インクルーシブ教育における特別支援教育と普通教育の関係」尾形健編『福祉権保障の現代的展開』（日本評論社、2018 年）143 頁〔148 頁〕、今川奈緒「障害児教育における合理的配慮の射程」社会保障法 30 号（2015 年）28 頁〔30 頁-31 頁〕。

⁵ 越智敏裕の訳語に倣った。同『アメリカ行政訴訟の対象』（弘文堂、2008 年）179 頁以下。「前尽性」(exhaustion) とは、訴訟提起前に行政手続を尽くすことを求める訴訟要件のことで、日本法で言う不服申立前置に類似する。

⁶ Colker は、IDEA における、3 歳から 21 歳までの障害のある子どもたちの利益を保護することを意図した手続的保護条項のセットを IDEA の「心臓部」とであるという。RUTH COLKER, FEDERAL DISABILITY LAW 389 (West Academic, 6th ed. 2019). また織原は、IDEA の手続を「充実した規定」と評する。織原・前掲注 1) 35 頁。

⁷ 20 U.S.C. § 1415(i)(2)(A).

⁸ RUTH COLKER, SPECIAL EDUCATION LAW 128, 390-391 (West Academic, 2018). なお、両親が障

害のある子どもを自主的に転校させた場合の授業料の償還は IDEA を根拠として請求することが可能だが、これは損害賠償の一形態ではないと考えられている。COLKER, *supra* note 6, at 513.

⁹ 20 U.S.C. § 1415(l) (2021).

¹⁰ 当初、Smith v. Robinson において、IDEA（当時は Education of the Handicapped Act, EHA）またはその他の連邦法（同判決では合衆国憲法の平等保護条項）に基づいて「無償で適切な公教育」を受ける権利を主張するとき、IDEA が利用可能である場合には、IDEA が排他的手段であるとされた。Smith v. Robinson, 468 U.S. 992, 1013 (1984). 同判決を受けて、連邦議会は IDEA を改正し、IDEA は排他的手段ではないことを明らかにする一方で上記の前尽性要件を定めた。

¹¹ IDEA の前尽性要件の意義について、後述の Payne 判決は、「州および地方機関による裁量と教育的専門知識の行使を可能にし、専門的な教育問題を十分に検討し、完全な事実記録の作成を促進し、障害のある子どものための教育プログラムの欠点を修正する最初の機会を行政庁に与えることによって司法の効率を促進」するために設計されたものと述べる。Payne v. Peninsula School District, 653 F.3d 863, 875-876 (9th Cir. 2011) (en banc). 同様の指摘は、後述の Fry 控訴審判決にも見られる。Fry v. Napoleon Community Schools, 788 F.3d 622, 626 (6th Cir. 2015). 前尽性要件一般の意義については、1) 行政の専門性を尊重するという議会意志、2) 行政過程の効率性、3) 行政庁の自律性、4) 司法審査の実効性、5) 司法経済、6) 行政過程の実効性の 6 つの機能が挙げられる。越智・前掲注 5) 181 頁-182 頁。これらの機能を踏まえて、IDEA の前尽性要件の意義を検討することが必要だと思われるが、今後の課題としたい。

¹² Fry v. Napoleon Community Schools, 580 U.S. 154 (2017).

¹³ 42 U.S.C. § 12133 (2021) ; 29 U.S.C. § 794a(a)(2) (2021). これらの条文について、以下を参照した。青木・前掲注 1) 177 頁、織原・前掲注 1) 34 頁。なお、前尽性要件は IDEA を排他的手段とするものではなく、訴訟提起の前に IDEA の行政手続を尽くせば、少なくとも前尽性要件を理由に訴えが却下されることはないことには注意を要する。

¹⁴ 事案や判決の詳細は先行研究（青木・前掲注 1、織原・前掲注 1）に譲り、本稿での紹介は最小限にとどめる。

¹⁵ Kevin Golembiewski, *A Few Words of Caution as The Supreme Court Considers Fry v. Napoleon Community Schools*, 73 WASH. & LEE L. REV. ONLINE 433, 435 (2016).

¹⁶ Charlie F. by Neil F. v. Board. of Educ. of Skokie School Dist. 68, 98 F.3d 989 (7th Cir. 1996).

¹⁷ Payne v. Peninsula Sch. Dist., 653 F.3d 863 (9th Cir. 2011) (en banc).

¹⁸ Golembiewski, *supra* note 15, at 437-439. 織原・前掲注 1) 35 頁-36 頁。

¹⁹ Charlie F. by Neil F. v. Boad. of Educ. of Skokie School Dist. 68, No. 95 C 5496, 1996 WL 66050, at 1 (N.D. Ill. Feb. 8, 1996).

²⁰ *Charlie F.*, 98 F.3d at 992.

²¹ *Id.* at 993.

²² IDEA の中心をなす存在である個別教育プログラム (Individualized Education Program) は、特別教育を必要とするそれぞれの子どもについて、親・教師・専門家のチームによって作成される文書であり、その内容には、子どもの学業成績等の情報、毎年度の達成目標、発達の評価手法、提供される特別教育と関連サービス等が含まれる。COLKER, *supra* note 8 at 237-263.

²³ 42 U.S.C. § 1983 (2021).

²⁴ *Robb v. Bethel Sch.* Dist. No. 403, 308 F.3d 1047 (9th Cir. 2002).

²⁵ *Payne*, 653 F.3d at 874.

²⁶ *Id.* at 875.

²⁷ *Id.* at 875.

²⁸ IDEAに基づく「無償で適切な公教育」が拒否されたことを理由とする §504 に基づく請求を含む。*Id.* at 875.

²⁹ 他方、D. P. の精神的苦痛が「適切な教育を受けていない」ことによるものとしたら前尽性要件の対象であり、修正 14 条違反についても区別されて論じられるべきとされた。*Id.* at 883.

³⁰ E. F. の両親は、学校との協議の中で、アメリカ合衆国教育省の市民権局 (OCR) に申立てを行い、OCR は、介助犬の同行の拒否は E. F. の ADA 第 2 編およびリハビリテーション法 §504 の下の権利を侵害しているという両親の訴えを認めた。*Fry*, 580 U.S. at 163.

³¹ *Fry v. Napoleon Community Schools*, 788 F.3d 622 (6th Cir. 2015). 同判決の先行研究として、織原・前掲注 1) 37 頁を参照した。

³² Golembiewski, *supra* note 15 at 437-438. 多数意見では Charlie F. 判決が引用されており、反対意見では *Payne* 判決が引用されている。

³³ *Fry*, 788 F.3d at 625.

³⁴ *Id.* at 633.

³⁵ Alito 判事が部分的な補足意見を執筆 (Thomas 判事が参加) しているが、本稿では法廷意見の検討のみを行う。

³⁶ *Fry*, 580 U.S. at 169.

³⁷ *Id.* at 170.

³⁸ *Id.* at 171.

³⁹ *Id.* at 171.

⁴⁰ なお法廷意見は、一方の質問は「Yes」でもう一方は「No」の場合については言及していない。

⁴¹ *Fry*, 580 U.S. at 171-172.

⁴² Ruth Colker, *Did The Fry Decision Under the IDEA Overturn Rowley?*, 46(4) J.L. & EDUC. 443, 454-456 (2017) ; COLKER, *supra* note 8 at 140-142.

⁴³ Board of Educ. of Hendrick Hudson Central School Dist., Westchester Cty. v. Rowley, 458 U.S. 176 (1982).

⁴⁴ 以下に示すように、Colker の思考実験では、Rowley 判決当時 (1982 年) には制定されていなかった ADA の存在も仮想されている。

⁴⁵ Rowley 判決について、以下を参照した。織原保尚「アメリカ障害者教育法における「無償かつ適切な公教育」に関する一考察」同法 58 巻 6 号 (2007 年) 97 頁、同「アメリカにおける障害のある子どもの教育」障害法 3 号 (2019 年) 5 頁。

⁴⁶ 訴訟当時の名称は Education of the Handicapped Act であるが、本稿では IDEA と表記する。

⁴⁷ *Rowley*, 458 U.S. at 198.

⁴⁸ 28 C.F.R. § 35.160(a)(1) (2022). 同規則は、「公共機関は、申請者、参加者、一般市民、障害のある同伴者とのコミュニケーションが、他の人とのコミュニケーションと同程度に効果的であることを保証するために適切な措置を講じなければならない」とする。

⁴⁹ *Endrew F. v Douglas County. School Dist.* RE-1, 580 U.S. 386 (2017). 同判決について、以下を参照した。今川奈緒「インクルーシオンと適切な教育」障害法 2 号 (2018 年) 34 頁、

織原（2019 年）・前掲注 45）10 頁以下。

⁵⁰ Colker は Fry テストの第二テストについては検討していないが、同じ結論が導かれるものと考えられる。

⁵¹ COLKER, *supra* note 8 at 141-142; Colker, *supra* note 42 at 454-455. Colker は、Fry テストを踏まえて、コミュニケーションの領域での問題では、理論的には常に ADA の効果的なコミュニケーションに関する規則の下で訴訟を進められるようになり、IDEA の無償で適切な公教育に関するより制限的な行政手続によって時間を無駄にすることがなくなるという。注 11 で先述の通り、IDEA の行政手続が単なる「時間の無駄」であるかどうかには、なお検討の余地がある。

⁵² Bagenstos も、Fry 判決と Rowley 判決を関連付けて論じ、両判決の事案は平等の基準において共通性を有していることを指摘する。Fry の事案において介助犬の使用を許可することで、E. F. は「学校における身体的独立」について障害を有さないクラスメートと同一（same）の機会を与えられる。同じように、Rowley 判決の事案において Amy が手話通訳者の利用を認められれば、「教室において話されることばを理解すること」について障害を有さないクラスメートと同一の機会を与えられる。Bagenstos によれば、Rowley 判決は「教育上の一定の結果—特に潜在能力の発揮—の達成に向けた平等の機会」という基準を否定したが、ここでの「ことばを理解する平等の機会」はそれとは異なるものであり、この観点から見れば Rowley 判決の結論は変わる可能性がある。Samuel R. Bagenstos, *Educational Equality for Children with Disabilities: The 2016 Term Cases*, ACS SUPREME COURT REVIEW 2016-2017, 17, 42-43 (2017).

⁵³ COLKER, *supra* note 8, at 138.

⁵⁴ *Charlie F.*, 98 F.3d at 992.

⁵⁵ Maureen MacFarlane, *In Search of the Meaning of an “Appropriate Education”*, 46(4) J. OF L. & EDU. 539, 549-550 (2017).

⁵⁶ Katherine Bruce, *Vindication for Students with Disabilities*, 85 U. CHI. L. REV. 987, 1000 (2019).

⁵⁷ MacFarlane, *supra* note 55 at 552.

⁵⁸ 例えば MacFarlane が Fry テストを適用した下級審判決の一例として挙げた *Rohrbaugh v. Lincoln Intermediate Unit* が、障害のある生徒の身体の拘束に関する事案である。Rohrbaugh by & through Rohrbaugh v. Lincoln Intermediate Unit, 255 F. Supp. 3d 589 (M.D. Pa. 2017). 同判決は、Fry テストを適用した上で、身体拘束の管理に関する請求は、前尽性要件の射程内であり、本質的に生徒の個別教育プログラムにおけるサービスの充足に関する請求であって、IDEA に基づく請求の範囲に直接該当すると判断した。MacFarlane, *supra* note 55, at 550-551.

⁵⁹ *Id.* at 556.

⁶⁰ Claire Raj, *The Lost Promise of Disability Rights*, 119 MICH. L. REV. 933 (2021).

⁶¹ 34 C.F.R. § 104.33 (2021).

⁶² Raj, *supra* note 60, at 937-938.

⁶³ Raj は、教育の文脈での差別禁止は、（差別による）危害を与えないことだけではなく、障害のない生徒と比較して障害のある生徒の平等を確保するための積極的な行動（affirmative action）をとることを意味するという。*Id.* at 935. こうした理由により、Raj は ADA・§504 を「障害者権利法」と称するものと考えらえる。

⁶⁴ Raj はここから続けて、IDEA の無償で適切な公教育の提供義務は「充分性（adequacy）」、

障害者権利法は「平等性 (equality)」を要求すると述べる。*Id.* at 938. 充分性・平等性とは、すべての子どもが平等に教育を受けられることを保障することを目指すべきか (平等性)、すべての子どもが十分な教育を受けられるようにするべきか (充分性) という教育政策上の論争である。Bagenstos も、この論争の中に障害のある子どもへの教育サービスの問題を位置づけ、IDEA が充分性、§504 が平等性を追求するものとして論じる。Bagenstos, *supra* note 52. こうした論点に対する本格的な検討は他日の課題としたい。

⁶⁵ Raj, *supra* note 60, at 955. これに加えて、Raj は、どのような救済を求めるかは申立人自身が決定するものだという批判、Fry 判決が非常に現実的な混乱を放置しているという批判も述べている。

⁶⁶ §504 に規定された無償で適切な公教育に独自の重要な意義があることについても Raj は論じている。

⁶⁷ Raj, *supra* note 60, at 955.

⁶⁸ なお、IDEA の行政解釈によれば、糖尿病は、IDEA の適用対象となりうる機能障害として列挙されたもののうち、「その他の健康障害」に該当する。20 U.S.C. § 1401(3)(A)(i) (2019); 34 C.F.R. § 300.8(9) (2021). (例えばアメリカ糖尿病協会によれば、糖尿病それ自体が子どもの学習の障害になる可能性があり、糖尿病の子どもが血糖値の管理が難しい場合、学校での成績に影響する可能性があり、また、糖尿病の子どもが糖尿病のケアに専念するために、毎日かなりの時間教室での授業を欠席すると、学業の進歩が悪くなる可能性があるという。 <https://diabetes.org/tools-support/know-your-rights/safe-at-school-state-laws/legal-protection/individuals-with-disabilities> (2023 年 7 月 18 日閲覧))。他方、Raj は、Victor が特別教育を必要としないことを理由として、Victor は IDEA の適用対象ではないとしているものと考えられる。Raj, *supra* note 60, at 956. IDEA の適用対象となる「障害のある子ども」は、その機能障害を理由として、「特別教育と関連サービスを必要とする」ことを要件としているため (20 U.S.C. § 1401(3)(A)(ii) (2019))、Raj が仮想する Victor が特別教育を必要としない理由は明確にされていないが、その仮定を置く限り、論旨に誤りはない。以上は、匿名の査読者の指摘を受けて修正したものであり、厚くお礼申し上げる。

⁶⁹ ADA 及び §504 における障害は「(1) 当該人物のひとつ以上の主要な生活活動を実質的に制約する心身の機能障害 (2) そうした機能障害の記録 (3) そうした機能障害を持っているとみなされること」のいずれかであり (42 U.S.C. § 12102(1) (2021); 34 C.F.R. § 104.3(j) (2021).)、後者は多くの場合より広い範囲の子どもをカバーする。Raj, *supra* note 60, at 945-946.

⁷⁰ *Id.* at 956.

⁷¹ Fry 判決に対する他の批判として Raj は、Fry 判決の前尽性要件における「[IDEA でも] 利用できる救済」はどのような救済を求めるかは申立人自身が決定するものだと解釈でき、IDEA の下でも障害者権利法の下でも訴訟を提起できる人が、IDEA ではなく障害者権利法を選ぶということが可能であるはずだという。*Id.* at 957.

条約体制間相互作用による国際人権基準の形成課題 －精神科医療の強制入院と恣意的拘禁の禁止を素材として－

藤田 大智（成蹊大学）

- I はじめに
- II 強制入院・恣意的拘禁の禁止に関する国際人権基準の断片化
- III 理論的考察
- IV 結論

I はじめに

本邦の精神科医療における措置入院・医療保護入院をはじめとした強制入院は、長年、その数・質ともに国際基準に照らし障害者差別に基づく恣意的拘禁として大きな人権課題を抱えてきた。また障害者権利条約の採択・発効後、世界的にも諸国の強制入院制度の人権課題が強調されてきた。

国際人権法上、恣意的拘禁の禁止は、世界人権宣言 9 条、自由権規約 9 条、子どもの権利条約 37 条、障害者権利条約 14 条、また地域的人権条約に規定される。精神科医療の強制入院・恣意的拘禁の禁止について、自由権規約委員会が示す「拘禁の許容」と障害者権利委員会が示す「絶対的禁止」の対立という二分的捉え方がある¹。恣意的拘禁の禁止に関して、各条約機関が示す人権基準²が異なり、これは「国際法の断片化」問題と呼ばれる。管見の限りでは、本邦において強制入院に関する人権基準の断片化を分析する論考はない。本稿は、国連主要人権条約・メカニズムにおいて示される強制入院・恣意的拘禁の禁止に関する人権基準を素材にその断片化と国際法学・障害者の人権論主流化の課題を分析する。

伝統的国際法では、国家同意が法形成における排他的要素とされたが、本稿は、条約体制間相互作用による国際人権基準の形成課題という新たな理論的視点を提示する³。同論の提示により、相互作用に参加する構成員の立場を認識し、国内外の討議・説得場面、主体、説得対象としての内容等、相互作用の結果に影響を与える要素を把握できる本理論の必要性を示す。同時に、国際社会の普遍的価値である人権実現に関する各国家の役割が、条約体制間相互作用によっても画定されることを示し、障害者の人権をはじめとした平等な人権法秩序の形成に向けた説得過程の存在を認識する必要性を示す。

本稿は、まず強制入院・恣意的拘禁の禁止に関する人権基準の断片化の実態を分析し（Ⅱ）、断片化現象が生じる過程をも法形成論として把握する条約体制間相互作用の理論を議論する（Ⅲ）。その上で、平等な人権法秩序形成に向けた説得過程の存在を認識する必要性を論じる（Ⅳ）。

Ⅱ 強制入院・恣意的拘禁の禁止に関する国際人権基準の断片化

Ⅰ 国連総会決議・ソフトロー

恣意的拘禁問題について、初めて詳細・多面的分析を行った国連人権委員会設置の小委員会作成にかかる 1964 年報告書は⁴、恣意的拘禁概念について、逮捕・拘禁における法遵守のみではなく、法自体の正当性も求められるとして⁵、現在でも通用する意味を示した。また、同報告書が示した人権基準は⁶、治療目的の強制拘禁を認めるが（30 条 (c)）、国内法や慣習における人権基準の低さを理由とした逸脱が認められない人権として、拘禁理由の説明、弁護士依頼権の説明、裁判所又は関連当局による弁護士依頼権の実現等を定める（32 条。41 条）。これらは平等な人権法秩序を構成するための諸要素と言える。

恣意的拘禁の解釈基準と位置付けられる 1991 年の国連原則⁷も強制入院を是認しつつ、司法又は他の独立公正な機関による拘禁開始後の速やかな審査（原則 17）、無資力でも利用可能な弁護士依頼権、患者に関する記録の本人・弁護士への開示（原則 18）、患者に公開されない情報の弁護士への提示（原則 19）等、拘禁の手続保障に不可欠な人権基準を掲げる。障害者権利条約採択以前においても手続保障の重要性は、平等観念を構成するものとして具体的に示されていた。

2 自由権規約

恣意的拘禁の禁止を規定する自由権規約 9 条において強制入院制度との関係で重要なのは、恣意的拘禁の禁止、手続の法定、逮捕理由告知、逮捕・拘禁の合法性の司法審査をそれぞれ規定する 1、2 及び 4 項である⁸。9 条に関する一般的意見 8 号は、精神科の強制入院を含めあらゆる自由の剥奪が恣意的拘禁となり得ると示した。

さらに強制入院と恣意的拘禁の関係を分析する一般的意見 35 号は、障害者権利条約 14 条 1 項 (b) を参照するものの、「最後の手段として」拘禁を許容する（9 項）。その上で、自由の剥奪は、「法律で定められた適切な手続的および実体的な保護手段を伴わなければならない」として、収容を正当化する目的にかなう治療等の提供、拘禁継続の必要・合法性の評価・司法審査、救済手段へのアクセス等のための援

助の必要性を指摘する。委員会が、恣意性判断において着目するのは、手続保障の有無・程度であり⁹、障害者権利条約・委員会による強制入院の絶対的禁止と対立するパラダイムと捉えられている。

3 障害者権利条約

障害者権利条約 14 条は、障害者と他者との平等を強調し障害者の身体的自由及び安全を規定する。恣意的拘禁の禁止を規定する 1 項 (b) が、強制入院制度に課題を突き付け、各国からは、本条約の下、強制入院・治療が許容されるとする解釈宣言や留保が出されている。他方で、権利委員会は、政府報告書審査や一般的意見において、強制入院が恣意的拘禁にあたるとして制度廃止を勧告してきた。

委員会の 14 条に関するガイドラインは、「締約国の法律の中には、自己又は他者にとって危険であるとみなされることを含む他の拘禁の理由がある場合に、実際のまたは認識された障害を理由として人が拘束され得る事例を依然として規定するものがある。…これは本質的に差別的であり、恣意的な自由の剥奪に当たる」と指摘して¹⁰、障害を根拠にした全ての差別禁止を強調する。

ガイドラインの基となった声明は¹¹、自由権規約委員会が前述の一般的意見 35 において、権利委員会が示す差別の考え方を採用しなかったことに対抗して作成された¹²。しかし、権利条約や委員会の見解が、自由権規約委員会に代表される見解と相容れないのか又は調和を見出し得るのかは、一見明らかではない¹³。

4 拷問禁止条約

拷問禁止委員会は、強制入院・治療自体を直ちに条約 1 条の拷問・非人道的取扱い等と位置付けはしない。委員会は、日本政府報告書審査総括所見に見て取れるように自由権規約委員会と類似した見解を取る。第 2 回報告書審査において委員会は、強制入院・治療に関する司法的コントロール、効果的な不服申し立ての確保、患者数の減少、身体拘束・独居拘禁の回避、拘束が過剰となった被害者への賠償、独立監視機関による精神科病院の定期訪問等を勧告し¹⁴、強制入院を是認した上、手続保障の課題を強調する。

5 国際連合人権理事会及び特別手続

(1) 人権理事会

精神保健への人権の視点の統合等の報告を求める人権理事会決議(2016 年 7 月)¹⁵に基づき作成された国連人権高等弁務官の報告書「精神医療と人権」は、障害

者権利条約14条に照らした障害に基づく自由の剥奪の絶対的禁止の指摘と同時に、自由権規約委員会の一般的意見35号にも触れ、強制収容が人の自由と安全に対する権利を侵害すると指摘する¹⁶。

その後も理事会決議は、同弁務官に対し、精神保健における人権の視点の実現や、精神衛生に関する国内法等を権利条約と調和させるための最善の方法を議論するための、国連機関、国家、国内人権機関、NGOをはじめとする利害関係者が参加する討議の実施とその結果報告を要求してきた¹⁷。報告書は障害者権利条約の義務に基づき、各国は、法律及び実行上、強制的な施設収容と代替的な意思決定に関する規定を廃止すべきと勧告する¹⁸。人権理事会は、障害者権利条約による精神保健分野のパラダイムシフトを認識したうえで、人権基準形成のための相互作用の場を提供する。

(2) 特別手続

人権理事会には、特別手続として、テーマ別手続と国別手続がある。前者の一つである恣意的拘禁作業部会は、当初、精神障害を理由とした強制入院がそれ自体直ちに恣意的拘禁を構成するわけではなく、裁判所や独立・公平な機関による拘禁の合法性に関する定期的検証など特に自由権規約9条が定める基準・要素に基づき個別具体的検討を要するとしていた¹⁹。しかし、2015年の原則・ガイドライン²⁰では、強制入院制度自体が恣意的拘禁を構成すると指摘するに至り、障害者権利委員会の見解に沿う人権基準を示す（原則20、ガイドライン20）。

また、障害者の権利の特別報告者が示す所見は、その任務が権利条約の目的や原則に導かれていることから自明のとおり²¹、権利委員会の見解と親和的である。同報告者は、一見障害中立的であっても、障害者の自由の権利に不釣り合いな悪影響を及ぼす法は廃止されるべきだと指摘する²²。そして、健康の権利の特別報告者や拷問に関する特別報告者においても障害者権利委員会の見解は親和的に受け取られている²³。

III 理論的考察

1 国際人権基準の断片化

強制入院に関する人権基準の上記条約機関毎の相違は、国際社会の分権的性質、また多種多様な条約とその機関・専門家の存在故に生じる国際法の断片化である。特に第二次世界大戦後、法形成条約の数が増加し、また各分野に特化した条約発展の結果、法規則同士の抵触、管轄の重複、フォーラムショッピングといった法の一貫性・統合性を脅かす課題が強調されてきた²⁴。ILCは、2000年代初期にこ

の課題に取り組み、また同課題は、環境法と貿易法の抵触といった法分野間の規範抵触が着目された。しかし、上述の通り人権法内部の断片化もある²⁵。各人権条約が前文において世界人権宣言に言及し、国際人権法の規範体系の一部を構成すると同時に、各条約体制の諸活動を通じた規範定立により、世界人権宣言を基礎とする恣意的拘禁禁止を含めた規範が断片化し、法の一貫性・普遍性に対する課題を我々に突き付ける²⁶。この課題への対応について、従来の議論とその限界を見た後、条約体制間相互作用に着目する必要性を論ずる。

2 断片化問題への対応

条約法理論を用いて国際法を調和させ、断片化の克服を試みた ILC の分析は、「特別法は一般法を破る」や「後法は前法を破る」の原則、また「当事国の間において適用される関連規則」を考慮する統合的解釈といった法理の活用を論じる²⁷。

上記各法理に照らせば、障害者権利条約が特別法や後法として自由権規約に優先する、すなわち障害者の拘禁に関する規範は権利条約・委員会の見解が優先するとも考えられる。しかし、これは実態を捉えた解決・整理にならない²⁸。また、問題となる規定を背景にある一般的な法と照らし合わせ国際法全体のシステムに立ち返り解釈する統合的解釈も、条約機関の不当な解釈権限の行使につながりかねないと同時に²⁹、対立する基準の提示状況を説明できない。さらに強行規範概念によっても解決は望めない³⁰。

条約機関の一般的意見は、個人通報における見解や総括所見を踏まえ作成されるが、条約機関の管轄重複の防止対策は、規範抵触を完全に回避可能としない。個人通報の適法係属要件として他の国際的調査・解決手続係属の有無により重複係属が回避されるが、類似事案の係属があり得るし、総括所見では、条約機関が各々の観点から当該国の同一課題に対して勧告を行い得る。以上のように、既存の法規則による直接的解決は期待できないし³¹、断片化状況を把握可能な国際人権基準形成の理論構築への寄与もない。

3 条約体制間相互作用による国際人権基準の形成課題

（1）条約体制間相互作用の理論

動態的な法秩序形成の把握を試み、条約体制の「相関的相互作用モデル」を提示した Dunoff は、従来の学説が、国際法の断片化現象に関して主として国際裁判を分析対象としてきた分析の偏りを批判した³²。Dunoff は、条約体制間相互作用は本来、体制に関与する多様なアクターが他の体制におけるアクターと相互に作

用し合う継続的、前進的かつダイナミックなもの、そして法創造的又は法形成的であって、そのような効果を捉えられるモデルが必要であるとして³³、相互作用により生じる相乗効果に着目して次の3つの類型を示した。

第一に、ある国際組織の事務局等附属機関が他の国際組織の会議へと参加等することで専門的対話・情報交換等を行い、これを基盤として新たな規則や基準が形成されることを意味する「規制・行政的相互作用」、第二に、ある条約体制の活動が当該条約体制を越えて他の条約体制における法の運用に相互に影響を与えるという「運用的相互作用」、第三に、第一・第二の相互作用において新しい知識や概念が生み出される「概念的相互作用」である³⁴。

条約体制間相互作用は動態的なものであり、「国際条約体制に埋め込まれている国際的アクターが規則を形成し、運用的活動に従事するとき、これらアクターは同時に社会的知識を形成するプロセスにも従事する」³⁵。この議論は、国際社会の組織化が国際法秩序形成に与える影響力を把握する。つまり、国家が同意する時間平面を含んだ継続的な法形成、利害関係者・専門家の参加、そして情報・理由提示という正当性基盤に基づく規範形成³⁶という動態的秩序の議論である。条約機関が、自身の指向にのみ従い判断すると、諸国や、他の人権条約機関、紛争解決機関の支持を失う恐れがあり³⁷、体制に関与するアクター間の相互作用、説得プロセスを通じた人権基準形成の実態を理論として把握し推進する必要がある。

(2) 規範形成過程における相互作用

a 自由権規約委員会一般的意見策定過程における相互作用

一般的意見 35 号の起草は、国家、条約機関、独立専門家、NGO 等が関与し、第一読開始前のパブリックコメント以降、起草終了まで全体を通じて、障害者権利条約のパラダイムの受容を委員会に求める提言が繰り返された。

第一読開始時の草案³⁸は、強制入院について「本人の保護または他者加害の防止のために必要かつ比例的でなければならず、より制限の少ない代替手段を考慮に入れなければなら」ないと指摘し、また拘禁の必要性の再評価を含めた手続保障の必要を論じた³⁹。

同パラグラフに関して、起草担当者 Neuman は、強制入院への言及方法について3つの選択肢、①精神衛生を理由とする拘禁の絶対的禁止、②強制入院は必要な場合にのみ許される、③同項を削除し強制入院に言及しない、があったという。そして、障害者権利委員会は、自由権規約委員会が①を選択しない場合③をとることを求め⁴⁰、他の委員の意見も集約の末、②の選択肢がとられると同時に、強制入院批判を強調する形で指摘内容が強化された⁴¹。すなわち、「より制限の少な

い代替手段を考慮に入れ」れば許容され得た自由の剥奪は、「最後の手段」と位置付けられ⁴²、また「締約国は、恣意的拘禁を避けるために、精神保健分野における時代遅れの法律や慣行を改正すべきである。」という一文が加えられた。その過程には、条約体制に関与するアクターからの説得の影響が見て取れる。

b 自由権規約委員会日本政府報告書審査における相互作用

委員会が日本の強制入院制度について初めて言及した第6回審査では⁴³、(a) 精神障害者に対する地域基盤のサービス等の増加、(b) 強制入院を最後の手段として必要最小限の期間に限り、かつ、自傷他害の防止の目的のために必要かつ相当な場合にのみ行われることの確保、(c) 精神障害者の施設における虐待の捜査と制裁・賠償メカニズムの構築を勧告した。また、第7回審査では、「障害者の養護者に対する支援等に関する法律」が医療機関における虐待に適用されないことに懸念を示し、公私を問わず精神医療施設における障害者に対するあらゆる形態の虐待を監視、防止、根絶するための取り組みの強化を勧告した⁴⁴。

審査に際して、精神障害者当事者団体は、強制入院が恣意的拘禁に当たるとしてその廃止勧告を求めるレポートを提出してきた⁴⁵。他方で、法律家の権威団体である日弁連は2020年のパラレルレポートにおいて、強制入院を是認する従来の姿勢を維持し、「強制入院の要件を最終手段かつ必要最小限の期間のものに限定するよう改めるべき」との勧告案とともに、無償の弁護士依頼権の保障、独立・常設の準司法機関による異議申立審査制度設置の必要等を提言した⁴⁶。日弁連は、2021年「精神障害のある人の尊厳の確立を求める決議」（強制入院の段階的縮減・最終的廃止を提言）により姿勢を変更したが、審査当時の姿勢が、上記総括所見を支えた。

c 障害者権利条約起草過程の相互作用

条約起草過程では、14条（草案10条）1項(b)の「自由の剥奪は、…いかなる場合も障害に基づくものであってはならない」につき、障害「のみ」を理由とした自由の剥奪が禁じられることを明確にしようと、一部政府から文言「のみ(solely) / (exclusively)」を加える提案がなされた⁴⁷。しかし、同案は、障害を一要件とした拘禁を許容するとして反対が多く、排斥され、最終的に妥協案「いかなる場合においても自由の剥奪が障害の存在によって正当化されない」が採用された⁴⁸。障害当事者が各主体を通して説得プロセスに参加する等アクター間の相互作用がなされても、条約体制内で見解を一致させることが困難な場合がある。それは、議長による妥協案受け入れ要求後も反対国が存在したことや⁴⁹、上述の解釈宣言・留保をはじめ未だ解釈上争いがあることに示され、条約体制間相互作用における

説得力に影響する⁵⁰。

d 障害者権利委員会一般的意見策定過程における相互作用

一般的意見 35 号の起草にて障害者権利条約のパラダイムに基づく対抗言論にさらされた Neuman は、障害者権利委員会による一般的意見 6 号の起草過程で、権利委員会に対して、「平等」、「差別」の意味に関し、委員会の起草内容が、国際人権法における標準的定義と異なるとして標準的定義の採用の必要性を指摘し批判した。Neuman は、「異なる待遇」と「差別」の区別が基本だとし、『『差別』の一般的な理解には、差別的取り扱いを正当化する十分な理由がないことが含まれ、同一の取り扱いがないという単純なものではない』として、委員会が、標準的定義を用いないことで、国家等を説得する機会を失うと警告する⁵¹。これは強制入院を含め、障害を理由とした異なる待遇の正当化の必要を説得する試みとも捉えられる。

e 障害者権利委員会日本政府報告書審査における相互作用

障害を理由とする自由の剥奪を規定する法律の改正・廃止を各国に勧告してきた障害者権利委員会は、日本政府報告書審査において、代替的意思決定の廃止と支援式意思決定への移行、強制入院・治療を認める法の廃止、他の人と平等に医療を受けることを確実にする監視機構の設置を勧告した⁵²。

審査過程において、当事者団体は、当初から強制入院の廃止勧告を求めてきた。しかし、日弁連は、2020 年 7 月のレポートにおいて、強制入院の廃止勧告案を明言せず、その後、上述の 2021 年決議を経て提出した追補レポートにおいて、強制入院の廃止勧告を明確に求める立場を示すに至った⁵³。日弁連は、自由権規約・障害者権利条約体制の下、両体制のパラダイムの間で揺れ動いている。

(3) 社会を支える合理性の競合を意識した平等観念の共有

上述の条約体制間相互作用について、我々は、体制に関与するアクターとして平等観念を共有するその過程に参加している立場を認識する必要がある。そこでは平等観念を支える合理性の競合を認識し、拘禁制度を含めた法制度を平等な人権法秩序と観念できるための要素の議論が重要になる。

Krisch は、より高次の規範又は優先・優越する規範による自動的解決を模索する立憲的視点に対抗し、多元主義的視点を、変化と論争の場を提供する機能を果たすものとして⁵⁴、「既成の権力に異議を唱え、不安定にし、委縮させ」、立憲的解決策以外の方法で進歩的な目的を追求する機会と位置付ける⁵⁵。また、「社会的合理性の多元性」を議論する Teubner らは、Luhmann の議論を基礎とし、社会分野に沿った根本的な断片化が存在し⁵⁶、それは社会全体の制度化された合理性

の間の矛盾に起源があるのであって、法ではそれを解決できないと捉える⁵⁷。各社会システムが独自の合理性をもち、それが他の社会システムの合理性と衝突していると捉えられ⁵⁸、法は、合法/違法というコードの下で社会的行為を観察するコミュニケーションプロセスと位置付けられる⁵⁹。Bianchi は、さらに、NGOがこのプロセス、そして人権価値のコンセンサスを形成し、国家の行動は、合法/違法の2進法の観点で評価されるという⁶⁰。そこでは研究者を含む法律家も共有された価値に基いて新たな秩序を構築する役割を担うのであり⁶¹、このプロセスは、条約体制に関与するアクター同士で行われていると見ることができる。

かつて批判法学は、法の非中立性を批判し、国際法を「国際法学者の言説」と定義した⁶²。しかし、国際法・国際人権基準に関する言説を、国際法学者のそれ限定する理由はなく、非専門家の言説も国際法を形成する⁶³。我々は、強制入院を未だ合理的であり必要とする価値観と、非合理的であるとする価値観との衝突の存在を理解し、条約体制間相互作用を通じて、いずれの合理性が優越するのか、またそれに支えられ如何なる法規範が取り入れられるべきかを議論しなければならない⁶⁴。平等な人権法秩序と観念するための要素に関する説得プロセスの存在を認識すると同時に、これを国際法・国際人権基準形成理論においても把握する必要がある。

IV 結論

強制入院に関する人権基準をめぐる相互作用の中には、強制入院の是非をめぐるパラダイムの対立が見て取れた。同時に恣意的拘禁防止のための諸要素が議論されてきた。筆者は、人権基準の形成は、いずれのパラダイムに与するかという「選択」に重点を置くよりも、対立を生み出す条約体制間相互作用の構成員たる我々の立場を認識した上で平等な法制度の普遍的認識形成にとって必要な過程が何かを議論する必要があると考える。認識共有は、当事者を含めた社会構成員相互の認識の擦り合わせを必要とし、法律専門家や、権威を持つ団体・個人は、その専門・権威性故、提言内容を支える理由提示を要する。

本稿が論じた条約体制間相互作用は、国際人権基準の形成過程を構成しており、その分析は国内外の討議・説得場面、主体、そして内容と同時に結果に影響を与える要素を浮き彫りにし、基準形成の正当性を評価する視点を与える。強制入院廃止に向けた施策実施のプロセスでは、弁護人依頼権や理由の提示、拘禁を行う場合の司法判断といった平等な人権法秩序を支える要素の実現が必要である。また、精神科の強制入院を含めた拘禁に関する人権課題は、刑事法、入管法、公衆

衛生法等の拘禁制度との相互比較により、平等な人権法秩序と観念できる制度を策定する必要がある。さらには、そもそもそれらの前提として、精神障害者の人権論の主流化が必要であり、後発的な障害者の権利論の中でもさらに遅れをとる現状と精神障害者に対する差別を省みて、課題解決に向けた議論を続けなければならない。本稿により、当事者参加をはじめ人権基準を支える正当性要素を露にし、科学的知見に基づく平等・無差別観念共有に関する説得プロセスの重要性を強調する条約体制間相互作用の理論を障害者の人権論主流化に寄与するものとして提示する。

¹ Suzanne Doyle Guilloud, “The Right to Liberty of Persons with Psychosocial Disabilities at the United Nations: A Tale of Two Interpretations”, *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 66(2019), pp. 1-11; Gerald L. Neuman, “Arbitrary Detention and the Human Rights Committee’s General Comment 35”, in Emmanuel Decaux et al. eds., *Justice et droits de l’homme* (Éditions Pedone, 2019), pp. 111-122.

² 本稿では「国際人権基準」を、条約・慣習国際法に加えソフトロー（人権規定の解釈や実施指針を示す、条約機関採択の決議文書や国連人権システムの下特別報告者等が作成する文書）に表れる人権基準を含むものと広く捉えて議論する。

³ 本稿は、‘regime’に「条約体制」の訳語を充て、「当該条約の条約機関、加盟国、会合に参加し意見を述べる NGO や国際組織・機関といった体制に関与するアクター及びアクターに通用する一連の規範、原則、手続きを含めた一定の思考様式又は合理性を捉える概念」の意味で用いる。

⁴ CHR, Study of the Right of Everyone to be Free from Arbitrary Arrest, Detention and Exile, 1964, E/CN.4/826/Rev.1.

⁵ CHR, *Ibid.*, paras. 23-30.

⁶ CHR, *Ibid.*, Part 6, pp. 205-217.

⁷ GA, Principles for the Protection of Persons with Mental Illness and the Improvement of Mental Health Care, 17 December 1991, A/RES/46/119.

⁸ 自由権規約 9 条の起草過程については、次の藤本論文を参照せよ。藤本は、世界人権宣言・自由権規約各 9 条の起草経緯を詳細に分析し、「恣意性」概念採用の背景には、詳細規定を設けることが困難であったことや拘禁の根拠となる国内法を国際基準に照らし判断する試みがあったと指摘する。藤本晃嗣「自由権規約の恣意性概念の展開 (1) (2) (3)」『公共政策研究』第 9 巻 2 号 (2005) 17-51 頁、第 10 巻 2 号 (2006) 13-40 頁、第 12 巻 1 号 (2007) 111-122 頁。

⁹ Cf. HRC, *Fijalkowska v. Poland*, Communication No. 1061/2002, 26 July 2005, CCPR/C/84/D/1061/2002.

¹⁰ CRPD, Guidelines on the Right to Liberty and Security of Persons with Disabilities, September 2015, A/72/55, Annex, para. 6.

¹¹ CRPD, *Ibid.*, para. 2.

¹² Gerald L. Neuman, “Divergent Human Rights Approaches to Capacity and Consent”, in

Michael Ashley Stein et al. eds., *Mental Health, Legal Capacity, and Human Rights* (Cambridge University Press, 2021), pp. 56-69, p. 61.

- ¹³ 精神障害を一要件とせず、危険性が拘禁の排他的要件となる障害中立法であっても、制度運用場面で被拘禁者が精神障害者に偏りうることや、拘禁後の処遇の権利条約適合性課題も視野に入れる必要がある。Cf. Kanter は「14 条の適切な読み方は、障害を理由にした障害者の治療や拘束を認めるすべての法律の廃止を求めることであり、障害に中立な法律で置き換えることではない」と指摘する。Arlene S. Kanter, *The Development of Disability Rights Under International Law: From Charity to Human Rights* (Routledge, 2014), p. 151.
- ¹⁴ CAT, Concluding Observations on the Second Periodic Report of Japan, 28 June 2013, CAT/C/JPN/CO/2, para. 22. なお、拘禁場所への訪問制度を定める選択議定書の拷問防止小委員会も、強制入院・治療を許容する。SPT, Approach of the Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment regarding the Rights of Persons Institutionalized and Treated Medically without Informed Consent, 26 January 2016, CAT/OP/27/2, para. 8.
- ¹⁵ HRC, Mental Health and Human Rights, 1 July 2016, A/HRC/RES/32/18.
- ¹⁶ Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 31 January 2017, A/HRC/34/32, paras. 29 and 31.
- ¹⁷ HRC, Mental Health and Human Rights, 19 June 2020, A/HRC/RES/43/13, para. 18.
- ¹⁸ Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2 February 2022, A/HRC/49/29, para. 40(c).
- ¹⁹ Report of the Working Group on Arbitrary Detention, 1 December 2004, E/CN.4/2005/6, paras. 51, 54 and 58.
- ²⁰ WGAD, United Nations Basic Principles and Guidelines on Remedies and Procedures on the Right of Anyone Deprived of Their Liberty to Bring Proceedings Before a Court, 6 July 2015, A/HRC/30/37, Annex.
- ²¹ Ex. HRC, Special Rapporteur on the Rights of Persons with Disabilities, 27 June 2014, A/HRC/RES/26/20, para. 2.
- ²² Report of the Special Rapporteur on the Rights of Persons with Disabilities, 11 January 2019, A/HRC/40/54, para. 64. Cf. 12 December 2017, A/HRC/37/56; 16 July 2018, A/73/161.
- ²³ Ex. Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health, 10 August 2009, A/64/272, paras. 72-73; 28 March 2017, A/HRC/35/21, paras. 65, 88 and 94(f); Interim Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 28 July 2008, A/63/175, paras. 44 and 64; Statement by Mr. Juan E Méndez, Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 22nd session of the Human Rights Council, 4 March 2013.
- ²⁴ ILC, Report on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, 13 April 2006, A/CN.4/L.682, paras. 5-20.
- ²⁵ Cf. Mehrdad Payandeh, “Fragmentation within International Human Rights Law”, in Mads Andenas, Eirik Bjorge eds., *A Farewell to Fragmentation: The ICJ’s Role in the Reassertion and Convergence of International Law* (Cambridge University Press,

2015), pp. 297-319, pp. 298-299 and footnote 11; C. Cora True-Frost, “Listening to Dissonance at the Intersections of International Human Rights Law”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 43(2), pp. 361-421, pp. 364-365.

²⁶ Payandeh, *Ibid.*, pp. 299 and 307.

²⁷ 条約法条約30条、31条3項c。Report of the Study Group of the International Law Commission, 13 April 2006, A/CN.4/L/682; 18 July 2006, A/CN.4/L.702.

²⁸ 障害者権利条約発効後、自由権規約委員会の一般的意見35号が採択された。また、自由権規約委員会の障害者権利委員会に対する権威・歴史性という事実上の階層性も、対立状況を生み出す要因である。Cf. Guilloud, *supra* note 1, p. 10.

²⁹ Adamantia Rachovitsa, “The Principle of Systemic Integration in Human Rights Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 66(3), pp. 557-588, p. 588.

³⁰ Cf. 条約法条約53条。恣意的拘禁作業部会は、恣意的拘禁の禁止を強行規範と位置付けるが、恣意的拘禁該当性が、アクターごとに異なり一義的解決を望めない。

³¹ 断片化問題の解決を試みる諸見解については、例えば次の文献における議論を参照せよ。小森光夫「国際法秩序の断片化問題と統合への理論課題」『世界法年報』第28巻(2009)、3-41頁;宮野洋一「国際法の「断片化」」村瀬信也、鶴岡公二編『変革期の国際法委員会』(信山社、2011年)423-452頁。

³² Jeffrey L. Dunoff, “A New Approach to Regime Interaction”, in Margaret A. Young ed, *Regime Interaction in International Law Facing Fragmentation* (Cambridge University Press, 2012), pp. 136-174, pp. 137 and 139-143.

³³ Dunoff, *Ibid.*, pp. 137-138.

³⁴ Dunoff, *Ibid.*, pp. 158-173.

³⁵ Dunoff, *Ibid.*, p. 167.

³⁶ Anne Peters, “The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 15(3)(2017), pp. 671-704, p. 699.

³⁷ Payandeh, *supra* note 25, p. 319.

³⁸ HRC, Draft General Comment No. 35, 28 January 2013, CCPR/C/107/R.3.

³⁹ HRC, *Ibid.*, para. 19.

⁴⁰ HRC, Summary Record of the 3085th meeting, held at the Palais Wilson, Geneva, on Friday, 18 July 2014, 111th session, paras. 73-74.

⁴¹ HRC, *Ibid.*, paras. 76-77 and 79.

⁴² HRC, Summary Record of the 3089th meeting, held at the Palais Wilson, Geneva, on Tuesday, 22 July 2014, 111th session, para. 15.

⁴³ HRC, Concluding Observations on the Sixth Periodic Report of Japan, 20 August 2014, CCPR/C/JPN/CO/6, para. 17.

⁴⁴ HRC, Concluding Observations on the Seventh Periodic Report of Japan, 30 November 2022, CCPR/C/JPN/CO/7, paras. 24-25.

⁴⁵ Ex. Japan National Group of Mentally Disabled People World Network of Users and Survivors of Psychiatry International Disability Alliance, Parallel Report to Japan Report, Human Rights Committee 111th session, 2014, 10 June 2014.

⁴⁶ JFBA, Report of JFBA Regarding the Seventh Periodic Report by the Government of Japan based on Article 40(b) of the International Covenant on Civil and Political

Rights, July 16, 2020, p. 25.

- ⁴⁷ カナダ等が提案しこれを支持する政府があった。Ex. CRPD, 3rd Session of the Ad Hoc Committee, Daily Summary, May 26, 2004 (Available at: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc3sum10.htm> 最終閲覧 2023 年 7 月 26 日)。

紙幅の制約上、「身体的自由と安全」を規定する地域的人権条約・文書（欧州人権条約 5 条、米州人権宣言 25 条、米州人権条約 7 条、バンジュール憲章 6 条、アラブ人権条約 14 条、アセアン人権宣言第 12 原則）の起草過程や判例を含む実行の詳細には言及できないため別の機会に論じたい。例えば、精神障害者の拘禁の例外的許容を明記する欧州人権条約（5 条 1 項 e）に関する判例は、欧州地域を中心に共有される合理性に関する認識に大きく影響する。Winterwerp 判決（1979 年）後 Rooman 判決（2020 年）に至るまでの判例の展開については、例えば次の論文を参照せよ。川島聡「精神障害者への適切な治療を妨げた強制拘禁時の言語的障壁と非人道的または品位を傷つける取扱いの禁止・自由剥奪の禁止－ローマン判決」小畑郁、江島晶子編『人権判例法 第 1 号』（信山社、2020 年）108-114 頁。人権基準の形成は、国連・地域的人権条約の各体制に関与するアクター同士の人権規範策定や実行における相互作用も視野に入れなければならない。

- ⁴⁸ Cf. Letter Dated 7 October 2005 from the Chairman to All Members of the Committee, para. 57 (Available at: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcchairletter7oct.htm> 最終閲覧 2023 年 7 月 26 日)。
- ⁴⁹ アドホック委員会第 7 回会合（2006 年 1 月 18 日）では日本と中国が、solely 案を改めて提示している。CRPD, 7th Session of the Ad Hoc Committee, Daily Summary, January 18, 2006 (Available at: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum18jan.htm> 最終閲覧 2023 年 7 月 26 日)。
- ⁵⁰ Cf. 権利委員会は、14 条について一般的意見を採択できておらずガイドラインの策定にとどまる。
- ⁵¹ Submission of Prof. Gerald L. Neuman Regarding Draft General Comment on Article 5, Equality and Non-Discrimination, 18 June 2017; Neuman, *supra* note 12, p. 59.
- ⁵² CRPD, Concluding Observations on the Initial Report of Japan, 7 October 2022, CRPD/C/JPN/CO/1, paras. 27, 28, 31 and 32.
- ⁵³ JFBA, JFBA Report under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (3) (Supplement to Report (2)), 10 May 2022, pp. 7-8.
- ⁵⁴ Nico Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law* (Oxford University Press, 2010), p. 263.
- ⁵⁵ Krisch, *Ibid.*, p. 307.
- ⁵⁶ Andreas Fischer-Lescano, Gunther Teubner, “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25(4), pp. 999-1046, p. 1000.
- ⁵⁷ Fischer-Lescano & Teubner, *Ibid.*, p. 1004.
- ⁵⁸ Fischer-Lescano & Teubner, *Ibid.*, p. 1007.
- ⁵⁹ Gunther Teubner, *Critical Theory and Legal Autopoiesis: The case for Societal Constitutionalism* (Manchester University Press, 2019), p. 224.
- ⁶⁰ Andrea Bianchi, “Globalization of Human Rights: The Role of Non-state Actors”, in Gunther Teubner ed., *Global Law Without a State* (Dartmouth Publishing, 1997), pp.179-212, pp. 190-191.

⁶¹ Bianchi, *Ibid.*, p. 185.

⁶² Ex. Martti Koskenniemi, “International Law in a Post-Realist Era”, *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 16(1995), pp. 1-20, p. 17.

⁶³ 宮野は国際法実践担い手の拡散現象を指摘する。宮野「前掲論文」(注31) 446-449 頁。

⁶⁴ Cf. 我々は、従前、強制入院・治療を許容していた WHO が、2012 年以降提唱してきた QualityRights により、精神障害者の拘禁に関する人権基準を含め CRPD に沿った政策・制度を支えるための豊富な説得材料提供を試みていることも認識しなければならない。また、医療を専門とし国連人権条約機関や WHO に関与する国際・国内的市民団体等の活動も視野に入れなければならない。

教育における合理的配慮の権利性と判断基準

村山 佳代（帝京平成大学）

- I はじめに
- II 公立小中学校における喀痰吸引に必要な器具請求等事件
- III 本判決の問題点
- IV アメリカにおける医療的ケア児訴訟
- V おわりに

I はじめに

我が国は、障害者条約批准に伴う国内法整備の一つとして合理的配慮を規定する障害者差別解消法を2016年に施行した。しかし、我が国の行政解釈では合理的配慮の権利性が弱められており、合理的配慮の法的基盤が不十分である。本稿は、障害者差別解消法施行後、初めて、医療的ケア児への合理的配慮が争われた事例（名古屋地裁令和2年8月19日判時2478号24頁；名古屋高判令和3年9月3日D1-Law.com判例体系）を対象として合理的配慮の権利性と判断基準について考察をする。本判決は、障害者の合理的配慮の請求権を否定するだけでなく、合理的配慮の判断基準を誤っており、条約の合理的配慮から乖離していた。

II 公立小中学校における喀痰吸引に必要な器具請求等事件

控訴人子は、気管切開手術によりカニューレを装着し喀痰吸引を要する医療的ケア児で、小学校普通学級に通学していた。控訴人子は、視覚・聴覚・運動・記憶能力に問題はなかったが、指示が通りにくく、突発的・衝動的行動等が指摘されていた。控訴人らは、地方公共団体が①医療的ケアを実施するために必要な器具提供・保管の不履行、②控訴人子の登校条件として保護者に同器具の準備・負担及び連絡票の持参要求、③保護者への校外学習付添要請、④通学団への働きかけの欠如、⑤水泳の授業からの除外又は高学年用プールの不使用、が障害者基本法又は障害者差別解消法の不当な差別的取扱及び合理的配慮の不履行に該当するとして、地方公共団体に対して損害賠償請求をした。地裁・高裁ともに控訴人らの請求をいずれも棄却した。本稿は、合理的配慮の請求権と判断基準について示した①②に焦点を当てる。

Ⅲ 本判決の問題点

1 合理的配慮の請求権

控訴人は、被控訴人に対し合理的配慮として本件器具の提供・保管を求めた。しかし地裁は「(障害者差別解消法は) 障害者に対して合理的配慮を行うことを公法上の義務として定めたものであつて、個々の障害者に対して合理的配慮を求める請求権を付与する趣旨の規定ではないと解される上、合理的配慮の内容は個別の事案に応じた多種多様なものであり、その内容が一義的に定まるものではない」ため、同法に基づいて本件器具取得を請求することはできないとし、高裁もこれを支持した。

立法時より、我が国の行政解釈は、障害者差別解消法の差別禁止・合理的配慮規定を弱めていた。内閣府公表の障害者差別解消法 Q & A 集は以下の通り記載している。「本法においては、損害賠償請求権、契約の無効等の私法上の効果については規定しておらず…民法等の一般規定に従い個々の事案に応じて判断されることになる。…本法においては、主務大臣が特に必要があると認めるときは、報告の徴収、助言、指導、勧告といった措置を講ずることができることとしており、これらの権限が適切に行使されることにより、実効性が確保される…行政機関等の処分等が問題となるような場合には、例えば、行政不服審査法に基づく不服申立てを行うことが考えられる」¹。すなわち、障害者差別解消法から直ちに差別行為を無効としたり、合理的配慮を請求したりすることはできないということである。

条約は、合理的配慮を障害者の平等達成の核と捉え、その不履行を差別と規定している。条約批准により障害者が合理的配慮を請求する権利を得たことに最も大きな意義がある。障害者側から見れば、合理的配慮の請求権が認められているのであり、行政権限の発動によって受ける権利性のない反射的利益を意味するものではない²。条約適合的に解釈すれば、合理的配慮が公法上の義務であることを根拠に、障害者の合理的配慮の請求権を否定することはできない。

2022 年 9 月、障害者権利委員会（以下、CRPD）が公表した総括所見も、障害者差別解消法を見直し民間及び公的領域を含むあらゆる分野における合理的配慮の提供を保障する諸措置を講ずるよう勧告をしている³。合理的配慮の不履行は、行政指導だけでは解決できない問題があり、権利性と強制力あるものとされねばならない。

2 合理的配慮の判断基準

地裁は、①本件器具の保護者による準備・保管、②登校条件として保護者に本件器具の準備・負担及び連絡票の持参要求に関し、「(地方公共団体設置の学校において医療的ケア) 実施方法等をどのように定めるかについては…教育委員会に一定の裁量が認められる」と教委に一定の裁量権を認めつつ「その内容が障害者基本法又は障害者差別解消法に違反するものであるとき」裁量権の逸脱に該当すると制限をかけた。その上で、保護者の本件器具取得と本件器具・連絡票持参が、保護者に不合理な負担を課すとまではいえないことから裁量を認めた。一方、高裁はこの枠組みをも排し、保護者と学校の負担を並列に扱った。すなわち、本件器具が控訴人子の個人使用であり教育の用ではないこと、保護者は教育を受けさせる積極的義務を負うこと、本件器具取得に際し控訴人が補助金を受給できること、本件器具が数万円で購入可能であること、これらを総合考慮して本件器具の控訴人負担を認めた。

(1) 本件器具の教育的役割

高裁は「(本件器具は) 控訴人子が日常生活を送る上で必要不可欠なものであり」…専ら教育機関での教育の用に供される器具ではない」ことを被控訴人の本件器具不提供を認める理由の一つとした。しかし、2018年にCRPDが公表した一般的意見6号は、合理的配慮の例として、設備・カリキュラム・教材の調整変更だけでなく、医学的処置（medical procedures）の調整又は支援員（support personnel）利用を挙げている⁴。CRPDは合理的配慮の内容を教育用か否かで判断していない。教育における合理的配慮は非障害者を標準として形成された教育システムにおいて、障害児が直面する障壁を除去し、障害児が平等に教育にアクセスするための措置であり、本件器具が学習に直接使用するものではないことを理由に本件器具不提供を正当化することはできない。

また、控訴人は「典型的な合理的配慮の例である点字資料が不特定多数の児童が供用するものではない」こと、また本件器具の用途は学内に限定されているため「一般に私費負担として観念されている眼鏡や文房具等とは異なる」と主張した。しかし、高裁は「(点字資料は) 学校において教育の用に供されるものである上、視覚障害を有する不特定の児童が供用できることから、控訴人子のために専用され、かつ、学校以外の生活においても使用可能な喀痰吸引器具と同様に考えることは適切」ではないとし、さらに「喀痰吸引器具は、1台あれば学校の内外を問わず使用することができるのであって、わざわざ2台用意すべき理由はなく…眼鏡を家庭（学校外）使用用と学校内使用用に区分すれば、学校内使用用の眼

鏡は学校側が公費で特定の児童のために購入すべきことになる」と述べるに等しく、到底採用することができない」と述べた。

高裁は、個人・集团的利益か否かに依拠して当該器具の提供可否を判断しているが、一般的意見6号は、「場合によっては提供される合理的配慮が集団又は公共の利益となる。また、それを希望する者にのみ利益を提供する場合もある」との解釈を示している⁵。個人・集团的利益に依拠して、合理的配慮の不履行が正当化されるわけではない。

(2) 憲法 26 条 2 項と保護者負担

a 本件器具の保護者による準備・保管

控訴人は「行政機関等は…（障害者の社会的障壁除去）実施に伴う負担が過重でないときは、障害者の権利利益を侵害することとならないよう、必要かつ合理的な配慮をしなければなら」ず、「（憲法 26 条 2 項、教育基本法 5 条、学校教育法 16 条の）保護者の就学義務が、子どもが教育を受けることを妨害しないといういわば消極的又は不作為の義務と理解されるべきであることに加え、公教育において、学校教育に関する費用・財政的負担は一義的には学校の設置者である公共団体が検討すべきであり（学校教育法 5 条参照）、就学援助制度を定めていること（学校教育法 19 条）から、控訴人父母には控訴人子に普通教育を受けさせる義務があることをもって、被控訴人が喀痰吸引器具を取得しないことを正当化ないし合理化する理由にしてはならない」と主張した。

しかし、高裁は、平成 31 年文科省通知に「学校における医療的ケアの実施に当たっての役割分担として保護者が医療的ケアに必要な医療器具等の準備を行う」と記載されていること、そして憲法 26 条 2 項の保護者負担の解釈から、保護者による本件器具取得・管理・持参を容認した。すなわち、「控訴人父母は、控訴人子に普通教育を受けさせる義務があり…、保護者として、控訴人子の教育について第一義的な責任を負い、学校における医療的ケアの実施に当たり責任を果たす必要があると解され…特定の児童生徒のみが使用する物品の取得に公費を支出することは原則として相当でないことに照らすと、（文科省通知の役割分担についての）見解は妥当なものといえることができる」。26 条 2 項は「保護する子女を就学させる積極的義務（作為義務）を負うものと解される」。「学校教育法 5 条は…設置者管理主義及び設置者負担主義」を規定しているところ「（設置者負担の経費とは）学校の教職員の給与、施設や設備に要する費用等であって、控訴人子が専ら使用する喀痰吸引器具の費用が含まれると解することはできない。さらに、学校教育

法 19 条（就学援助制度）は、保護者に具体的な請求権を付与するものではなく、経済的理由によって就学困難と認められる場合に、必要な援助を与えることを規定したものに過ぎない」ため、「同条を根拠として、保護者に対して、学校教育に関する費用の負担を一切求めることができないとはいえない」。さらに高裁は、補助金を根拠に合理的配慮義務違反を否定することは許されないという控訴人主張に対し、合理的配慮を検討するにあたって、関係者である行政機関の支援を考慮すべきではないとする理由はないとした。

合理的配慮不提供の正当化に保護者負担を考慮したことは、合理的配慮の判断基準の誤りである。高裁は、保護者の連絡票・当該器具持参は「保護者の一定負担の下で医療的ケアを必要とする児童生徒が一般の学校の普通学級での教育を受ける機会を実現するものであり、保護者には子女に普通教育を受けさせる義務があること…からすれば…医療的ケアの実施に必要な一定の助力を求めることも不合理ということはできない…本件器具は 30cm 四方の重さ約 2kg 程度のものであり…登校日に…持参を求めることが、医療的ケアを実施し教育を受ける権利を実現するための負担として過大とはいえない」と述べた。しかし、合理的配慮とは、提供可否の判断に障害者側の負担を考慮しない。合理的配慮の不履行が認められるのは、合理的配慮提供が提供者側にとって過度な負担となる場合に限られる。必要な配慮にかかる負担の立証責任は障害者側のものではない。

合理的配慮提供に要する負担については、2016 年に CRPD が公表した一般的意見 4 号がその解釈を示している。「すべての義務教育段階において、個別支援と合理的配慮は無償」で⁶、「障害のある学習者に追加費用を課さず」⁷、「(合理的配慮の)『合理性』は、配慮の妥当性と効果及び差別脱却という目標達成可能性についての事例ごとの審査の結果、判断され…(合理的配慮が)均衡を逸した負担を課す場合は、資源利用可能性又は財政への影響を考慮して評価される。…インクルーシブ教育実現失敗の正当化理由に資源不足と財政負担を挙げることは 24 条違反に該当する」⁸。また、一般的意見 6 号は、以下の通り説明している。「『合理的配慮』とは一つの文言であり、『合理的』が但書と誤認されてはならない。すなわち『合理的』という概念が同義務を限定又は変更するものとして機能してはならない。合理的とは配慮に要するコストや資源利用可能性の評価手段ではない。この評価は、『均衡を逸した又は過度の負担』の段階で行われる。むしろ配慮の合理性は、障害者にとっての妥当性、適切性、及び効果に関連する。従って、配慮を行う目的が達成され、障害者の要求に合致して調整されている場合、その配慮は合理的である」⁹。CRPD 解釈は、合理的配慮に提供に際して障害者側の負担を認めず、合理的配

慮の射程範囲を広く捉え、不履行を厳しく制限している。

さらに、控訴人は、26条2項の義務教育無償の射程範囲について判断をした義務教育教科書費国庫負担請求事件（最大判昭39・2・26民集18巻2号343頁）を根拠に本件器具の被控訴人取得を主張した。しかし、高裁は「(同最高裁判決は)26条2項後段の規定は、授業料のほかに、教科書、学用品その他教育に必要な一切の費用まで無償としなければならないことを定めたものと解することはでき(ず) …保護者の教科書等の費用の負担について、国の財政等の事情を考慮して立法政策の問題として解決すべき事柄」としていると述べた。

高裁が述べるように義務教育無償の通説は、授業料無償である。しかし兼子は、以下の通り公費負担の拡大を説く。個人使用の教材費や学校行事参加費などが保護者負担とされているのは「個人の利益に還元されるから『受益者負担』でよい」という考え方がなされやすいようであるが、それはごく一面を捉えたのに過ぎず「これらは「学校教育活動に伴うもので公教育費としての性格が強いとみられる。…現代国家が教育を受ける権利の積極的保障のために条件整備を負う教育としての『公教育』の費用については原理的にできるだけ公費負担されていくべきである。『公教育』とはつまるところ公費教育にほかならない」¹⁰。米沢もまた、26条2項の義務教育の無償は、障害児の場合には授業料の無償は当然のこと障害の内容・程度、保護者の経済的状況によっては通学手段、補助器具等の提供も26条2項に含まれ得るとする¹¹。すなわち学説も、個人使用を根拠に公費負担を否定することはできないとしている¹²。高額な医療器具などがどこまで合理的配慮として認められるかは判例の蓄積を待たねばならないが、その前提として、障害者の請求権としての合理的配慮を認め、条約に即した判断基準を採らねばならない。

b 連絡票の保護者持参

控訴人は、登校条件としての連絡票持参について、連絡票には連絡票がなければ登校を認められないほどの情報がなく、情報共有が必要な場合は電話や面談で対応可能と主張した。これに対して高裁は、児童による連絡票持参では記載内容に関する十分な補足説明を得られないこと、連絡票持参時に保護者と教職員間の詳細なやり取りの実績があったこと、医療的ケア実施には保護者と教職員の日常的な人的交流に基づく信頼関係形成・維持が必要であること、を根拠に連絡票の保護者持参を肯定した

確かに、安全な医療的ケア実施には十分な情報と信頼関係を要するが、控訴人が主張するように毎日の連絡票の持参は保護者に一方的に負担を課す。高裁は、連絡票の保護者持参により、具体的な情報のやり取りが適時されており「連絡票

や電話等では得難い情報が控訴人父母から、適時に、学校側に提供されていた」としている。しかし、高裁は、電話やメール等では十分な情報を得られない根拠を示していないだけでなく、26条2項の普通教育を受けさせる義務を根拠に保護者持参を求めている。26条2項は保護者が子女を学校に通わせる就学義務であり、保護者の就学義務は子どもの教育を受ける権利の国家保障の一端にすぎない。高裁は、教育を受ける権利保障のために保護者負担を求め、保護者の教育に対する第一義的な責任を曲解している。

なお、障害児の教育上の利益享受のためには個別指導計画も重要である。個別指導計画の策定過程において、その作成・実施・モニタリングの過程における当事者参加を求めている。インクルーシブ教育を求める条約と障害者差別解消法の施行により、文科省は、2017年に小・中学校学習指導要領を改訂し、障害児教育について「関係機関との連携を図り、個別の教育支援計画を作成し活用することに努めるとともに、個々の児童の実態を的確に把握し個別の指導計画を作成し活用することに努めるものとする」とした。しかし、先例では、障害児の実情と必要な教育内容が多種多様であることから、柔軟な教育の実践を求め、計画の不作成のみをもって、裁量権の逸脱等があるとはいえないとしている¹³。本件においても校長は、個別指導計画を作成することなく、3年次まで医師等の専門家の意見を求めることなく、保護者要請への対応というかたちで、よい意味でいえば柔軟な、悪い意味で言えば場当たりの対応をしていた。確かに、画一的教育によって障害児の教育的利益を保障することはできない。だからこそ、当事者・専門職・学校の関与による計画策定が必要なのである。個別指導計画が学習指導要領に明記されたものの、作成実績は少ない¹⁴。

アメリカでは、障害児教育法（以下、IDEA）の下、州が連邦からの助成を受ける要件として個別教育プログラムの作成を学校に義務付け、策定過程への保護者・教師・教育機関、必要に応じ本人参加を要求している¹⁵。協議を経て障害児のニーズ・目標・教育内容が特定され、保護者は障害児の情報を学校に伝えることが可能となっている。

高裁が合理的配慮の請求権を否定する際に「合理的配慮の内容は個別の事案に応じた多種多様なものであり、その内容が一義的に定まるものではない」と述べるように、個性・個人性が合理的配慮の特徴である。個人ごとに必要な配慮は異なるため、合理的配慮には具体的な配慮という実体的側面だけでなく、当事者を含めた協議という手続的側面が含まれている。手続過程の担保により、教育の機会にとどまらず、教育上の利益享受が可能となっている。個別指導計画はこの

手続的側面を担保する一つの要素である。我が国は合理的配慮の権利性が弱められているため、個別指導計画の作成を裁判で請求することができない。合理的配慮の権利性を認めた上で、個別指導計画を作成し合理的配慮の内容を確定することが必要である。日本の学校教育は、一定の教育水準を身に付けた人材を確保するための一斉教育が原則であったため個別化された教育への理解が不十分である。特に初等・中等教育は、社会生活・将来の自立・職業生活の基盤となるため、合理的配慮が最も求められる場面といえる。

c 校外学習付添要請

③保護者への校外学習付添要請に関し、控訴人らは、校長らが保健センターと連携したり、介護福祉士を探したり、教職員に医療的ケアの実施に関する研修を受講させたりする手段を検討した上で、控訴人父母に付添の協力を求めるべきと主張した。しかし、高裁は、本件器具の提供・保管と同様に（ア）控訴人子の安全性確保と憲法26条2項の保護者の教育を受けさせる積極的義務、（イ）全ての校外学習ではなく公共交通機関を利用する場合などに限定して付添を要請したこと、（ウ）控訴人子のために町教委独自予算で看護師を1名雇用したこと、（エ）付添要請は強制ではなかったことを根拠に、控訴人らが主張する手段を講ずべき法的義務があるとはいえず、合理的配慮の欠如とはいえないとした。高裁は、付添要請についても本件器具の提供・保管と同様に保護者と学校側負担を並列に取扱った点で誤っている。

IV アメリカにおける医療的ケア児訴訟

IDEAは、全ての障害児の「高等教育・雇用・自立生活の準備のために作られた特別教育及び関連サービスに重点を置く『無償かつ適切な公教育』」の保障を目的とし¹⁶、関連サービスを以下の通り定義している。「(関連サービスとは) 移動、並びに障害児が特別教育から利益を享受することを援助するために必要とされる発達の、矯正的 (corrective)、及びその他の支援サービス (音声言語病理学及び聴覚学サービス、通訳サービス、心理的サービス、理学及び作業療法、治療的レクリエーションを含むレクリエーション、ソーシャルワークサービス、障害児が個別教育プログラムに記載されている無償かつ適切な公教育を受けることができるように作られた学校看護師サービス、リハビリテーションサービス、オリエンテーション及び移動サービスを含むカウンセリングサービス、並びに医療サービス)を含む。ただし、この医療サービスには診断と障害認定 (evaluation) を目的とするものに限られる」である¹⁷。障害児が要求するサービスが但書に規定する医

療サービスに該当するか否かについて IDEA の前法である全障害児教育法（以下、EAHCA）の時代から裁判で争われ¹⁸、Tatro 連邦最高裁判決と Garret 連邦最高裁判決によって関連サービスの射程範囲が明確化された¹⁹。

1 Tatro 連邦最高裁判決（Irving Independent School Dist. v. Tatro, 468 U.S. 883（1984））

脊髄の障害により自然排尿が困難な障害児に対して、当該児童の学校滞在中に、学区が尿道カテーテル挿入サービスを提供することが関連サービスに該当するか争われた。同施術は1時間未満の研修を受講すれば誰でも履行可能である。連邦地裁は、尿道カテーテル挿入は、教育上のニーズではないため、関連サービスに該当しないと判断した。一方、第5連邦巡回控訴裁判所は、本件児童は本件サービスなくして教育上の利益を享受できないため EAHCA が保障する関連サービスに該当するとした。

連邦最高裁は、本件サービスが関連サービスに該当するとして、原審の判断を支持した。その上で、第一に、要求されたサービスは当該児童が特別教育の利益を享受するために必要な関連サービスに該当するか、第二に、要求されたサービスが医療サービスに該当しないか、を判断する必要があるとし、以下の通り判示した。

連邦議会は、障害児の公教育への参加を確保し、障害児の公教育参加を有意義なものにするために EAHCA を制定した。障害児が学校で過ごすために必要なサービスは、連邦議会が想定していた公教育への有意義な参加のための重要な手段である。同法は、障害児が授業に出席するために必要な移動手段の提供や建物・備品の修正を求めているが、本件サービスもまた障害児が学校への通学、登校、下校を可能するサービスと同様である。従って、本件サービスは特別教育からの利益を享受するために必要な関連サービスである。

次に、被上告人らが要求したサービスは、診断と障害認定のために提供される医療サービスには該当しない。教育省の制定した施行規則によれば関連サービスには、看護師やその他の有資格者が提供する学校保健サービスが含まれる。EAHCA 制定時に連邦議会が医療サービスを除外する但書規定を設けたのは、学校への過度の費用負担と、学校職員の能力を超えた職務を課さないことを意図していた。学校看護師は長きに渡り、教育システムの一部であり、教育省が学校看護師によるサービスを同法の対象と判断したことは合理的である。本但書は、医師又は病院によるサービスが高額であるため、国民が関連サービス規定を許容で

きるよう規定された。学区は、本件サービスが医師の監督と処方の下に行われるため、医療サービスに該当すると主張する。しかし、本件サービスは研修受講者ならば誰でも提供できる。学校看護師が医師の指示の下で行う経口薬投与や緊急注射のようなサービスと本件サービスを区別することは難しい。

障害児が関連サービスを受ける要件は、①対象者が特別教育を要する障害児であり、②要求されたサービスが、学校が提供しやすいか否かにかかわらず、障害児の教育的利益享受のために必要で（登校日以外に必要とされるサービスは含まない）、③看護師又はその他の有資格者が提供可能なサービス、である。本件サービスは、看護師でなくとも研修受講者は誰でも提供可能である。最後に、被上告人は、サービスの提供を求めているにすぎず、サービスに要する器具の取得までを学区に要求していない。従って、本件サービスは関連サービスに該当する。

2 Garret 連邦最高裁判決 (Cedar Rapids Community School Dist. v. Garret F., 526 U.S. 66 (1999))

Tatro 判決は関連サービスとはサービス内容でなく、サービス提供者が医師であるか否かという「提供者ベース」で判断すべきとした。同判決により、医師以外の者が提供するサービスは全て学区が提供すべき関連サービスに該当すると思われた。しかし、コスト負担が多大となることを理由に、「コストベース」の審査基準を採用する判決²⁰と、Tatro 判決の提供者ベースを維持する判決に分かれた²¹。1999 年の Garret 判決連邦最高裁判決によってこの論争に決着がついた。事案の概要は以下の通りである。

事故の後遺障害により首から下の運動能力を喪失した児童は、排尿のためのカテーテル挿入、喀痰吸引、呼吸補助装置のコントロール、呼吸状態の確認など、常時、健康管理を行う者が必要であった。小学校 4 年次まで家族が学校に付添っていたが、5 年次、学区に健康管理サービスの提供を求めた。しかし学区は、本件サービス提供のために新たに職員を雇用せねばならず関連サービスに該当しないとして提供を拒否した。連邦地裁及び第 8 巡回控訴裁判所は、Tatro 判決に基づき本件サービスは、本件児童の教育上の利益享受に必要であり、看護師や有資格者によって提供可能であるため関連サービスに該当すると判断した。

連邦最高裁は、原審を支持し以下の通り判示した。上告人は、断続的・継続的マンツーマンのサービスは関連サービスに含まれないと主張するが、但書の医療サービスは、診断及び障害認定に限定される。学区は、関連サービスに該当するかの判断にあたって、そのサービスが①継続性又は断続性、②在籍中の教職員に

よって提供が可能性、③過度な負担の有無、④提供がない場合に生じうる結果、などに基づいて審査すべきとする。しかし、同審査方法に法的根拠はない。継続的・断続的サービスは、時に学区に財政負担を課し、追加職員が要求する場合もあるが、これをもって「医療」に該当するわけではない。

学区は、在籍教職員が通常職務を遂行しながら、本件サービスを提供することは不可能であり、追加の教職員雇用のコストを懸念している。しかし、サービス提供に要するコストへの不安に対処するために但書規定を設けることと、コストそのものを定義として用いることは全く異なる。IDEA は、関連サービスの定義にコストを用いていない。連邦議会は、全ての児童の公教育への機会を保障し可能な限りの統合教育を求めている。本件は、公立学校への有意義なアクセスの保障が争われており、アクセスが達成された後の教育水準に関するものではない。先例及び立法目的からすれば、学区は、医療的ケア児の公立学校参加を保障するために、本件関連サービスのための資金を出さねばならない。

なお、反対意見は、本件サービスは本質的に「医療」に該当し、Tatro 判決がサービス内容ではなく提供者に依拠して判断した点に誤りがあるとする。辞書によれば「医療」とは、医師・医療行為に関連・関係するサービスと定義されており、連邦議会は医療を提供するためでなく、障害児が利用可能な教育の機会を増大させるために IDEA を制定した。関連サービスの定義規定に音声言語病理学、聴覚学、理学・作業療法サービスなどが例示されているのは、連邦議会が広範な「医療サービス」除外範囲にこれらサービスが含まれることを認識していたからである。例示内に看護サービスがないのは、看護サービスが本質的に医療であり、関連サービスから除外されるべきと考えたからである。Tatro 判決で要求されたサービスは、3、4 時間に一度提供すればよいものであったが、本件サービスは教職員が通常業務を遂行しつつ被上告人に対して常時の健康管理を行わねばならないため、追加の教職員を雇用せねばならず年間最低 18000 ドルを要する。多数意見はこれを認識しているにも関わらずコストは関連サービスの判断に無関係であると判断している。IDEA は合衆国憲法の歳出条項の下、立法された連邦から州への資金援助プログラムであり、このような方法は歳出条項に抵触し、州に予想できない財政義務を課すものである。

3 アメリカ判例まとめ

合理的配慮と異なり、IDEA の関連サービスにはサービス提供者側の過度の負担の抗弁がなく、その射程範囲が不明確であった²²。医師以外の者によるサービス

を関連サービスと認める Tatro 連邦最高裁判決によって、学区に多大なコスト負担を課すサービスが関連サービスに該当するか、下級審の判断は分かれた。しかし、Garret 連邦最高裁判決は Tatro 法理を支持した。すなわち、障害児が普通教育に参加するために必要で、医師以外の者が提供するサービスならば、学区が提供せねばならない関連サービスに該当する。コストを考慮して関連サービスの射程を制限しようとする下級審判決に対して、Garret 判決は権利拡大的に解釈をした。反対意見は法廷意見のコスト無考慮を批判するが、法廷意見は、コスト度外視で要求されたサービスを全て是認するのではなく、サービス不提供の理由をコストのみに依拠することを禁ずるものである。なお、一般的意見 6 号が挙げる合理的配慮の具体例に「医学的処置 (medical procedure) の調整又は支援員」がある。これに医師によるサービスが含まれるかまでは明言されていないが、medical procedure の提供ではなく、medical procedure の調整とされているため医師でない者による配慮を意味しているといえる。

アメリカにおいて教育は州の管轄事項であるが、障害児教育は非障害児教育に比して多大な費用がかかるため、障害児教育の内容が一定水準を満たした場合に連邦が財政援助をする EAHCA が制定された。この要件が、特別教育や関連サービスに重点を置いた「無償かつ適切な公教育」「個別教育プログラムの作成」「最も制約の少ない環境での教育」²³「不服申立への適正手続の保障」²⁴である。IDEA に合理的配慮の規定はないが、「適切な教育」が教育の機会保障だけでなく、潜在能力最大限保障に近づきつつある判例動向と²⁵、コスト負担のみで関連サービスの提供可否を判断しない Garret 判決法理は、財政的制約を回避するためにそれ以上の教育の質の保障を定型化した意味で合理的配慮以上の教育の質を保障しているといえる。

V おわりに

本判決は、合理的配慮の権利性を否定し、さらに保護者の負担を考慮した点で条約の合理的配慮の判断基準に反するものであった。しかも、親の負担の根拠として憲法 26 条を用いたことも同条の拡大解釈である。アメリカ法は、障害児の教育アクセスに要するサービスの請求権を認めた上で、そのサービス内容を争っている。請求権すら認めていない我が国の合理的配慮は条約から乖離している。合理的配慮のみでは障害児の成長発達権の完全な保障はできないが、合理的配慮は結果的に学習権保障の有力な根拠の一つとなるため、その請求権が認められねばならない。

医療的ケア児の保護者は、経済的負担等から共働きを希望しているものの、子どもの学校への付添のために正規雇用での就労が難しい。このような状況を打破するために、2021年9月、医療的ケア児支援法が施行された。同法は、「医療的ケア」を人工呼吸器による呼吸管理、喀痰吸引その他の医療行為（2条）、「医療的ケア児」を日常生活及び社会生活を営むために恒常的に医療的ケアを受けることが不可欠である児童（2条2項）と定義し、医療的ケア児の健やかな成長とその家族の離職防止を目的としている（1条）。そして、医療的ケア児への教育体制拡充のために、医療的ケア児が在籍する学校への支援、その他の必要な措置を講ずることを国・地方公共団体の責務としている（4、5、10条）。具体的には、保護者付添なく医療的ケアが実施できるよう看護師だけでなく介護福祉士等の学校に配置するための諸措置を講ずることを国・地方公共団体に求めている（10条2、3項）。本件で争われた喀痰球威器具の管理・取得、医療的ケアの実施は、今後、同法に基づき請求することもできよう。また、医療的ケア児保護者の離職防止が目的の一つと明示されているため、本件で争われた校外学習等への保護者付添に関し、学校側は合理的な理由なく要請することはできないといえよう。

しかし、同法は、医療的ケアの提供にかかる人材確保のみに留まり、医療的ケアの実施方法は自治体・学校の判断に依拠し、備品の提供・管理までの記載がなく、医療的ケア不提供に対する規制・罰則もない。従って、本件で争われた医療器具の取得・管理については今後も保護者に要求される可能性がある。また、同法は、医療的ケアを「人工呼吸器による呼吸管理、喀痰吸引その他の医療行為」と定義しているが、どこまでのケアが「そのほかの医療行為」として認められるのか不明である。アメリカの下級審判決のようにコストベースで判断され得る可能性もある。我が国は医療的ケアを合理的配慮と捉えることによって、提供者側が過度な負担を立証した上で、医療的児にとって必要なサービスの提供可否が判断されるべきであろう。

¹ 内閣府「障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律Q & A集」25-26頁、https://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/pdf/law_h25-65_ref2.pdf（閲覧日 2023年7月23日）。

² 東俊裕「障害に基づく差別の禁止」長瀬修・東俊裕・川島聡編『障害者権利条約と日本』（生活書院、2008年）51頁。

³ CCPR/C/JPN/CO/7, para. 14(2).

⁴ CRPD/C/GC/6, para. 23.

⁵ *Id.*, para. 24(b).

⁶ CRPD/C/GC/4, para. 7.

⁷ *Id.*, para. 24.

⁸ *Id.*, para. 28.

⁹ CRPD, *supra* note 4, para. 25(a).

¹⁰ 兼子仁『教育法 [新版]』(有斐閣、1985) 236-240 頁。

¹¹ 米沢広一『憲法と教育 15 講 [第3版]』(北樹出版、2011) 141 頁。

¹² 就学費用無償説をとる学説として以下。伊藤正巳「憲法 [第3版]」(弘文堂、1995) 388 頁; 佐藤幸治『憲法 [第3版]』(青林書院、1998) 627 頁; 奥平康弘「憲法Ⅲ」(有斐閣、1993) 260 頁; 永井憲一「判批」芦部信喜・高橋和之・長谷部恭男編『憲法判例百選Ⅱ [第4版]』(有斐閣、2000) 291 頁。植木は、本判決の誤りとして、26条2項が義務教育無償を保障しているのではなく、親に就学義務を課していることを強調している点を挙げ、障害児の教育の費用は国家負担により負担されるべきとする。植木淳「障害のある子どもの教育を受ける権利」憲法研究9号(2021) 153-154 頁。

¹³ 福岡高判平 31・3・27 裁判所ウェブサイト。

¹⁴ 文部科学省(2023)「通常の学級に在籍する障害のある児童生徒への支援の在り方に関する検討会議報告」7 頁、https://www.mext.go.jp/content/20230313-mxt_tokubetu02_000028093_01.pdf (閲覧日 2023 年 3 月 23 日)。

¹⁵ 20 U.S.C. §1412 (a)(4), 1414 (d).

¹⁶ 20 U.S.C. §1400(d)(1).

¹⁷ 20 U.S.C. §1401(26).

¹⁸ *Bevin H. v. Wright*, 666 F. Supp. 71 (1987); *Detsel v. Board of Education*, 820 F.2d 587 (1987); *Macomb County Intermediate Sch. Dist. v. Joshua S.*, 715 F. Supp. 824 (1989); *Granite School Dist. v. Shannon M.*, 787 F. Supp. 1020 (1992); *Neely v. Rutherford County*, 68 F.3d 965 (1995); *Fulginiti v. Roxbury Twp. Pub. Sch.*, 921 F. Supp. 1320 (1996); *Kevin v. Cranston Sch. Comm.*, 130 F.3d 481 (1997).

¹⁹ 両判決については、以下が詳述している。織原保尚「アメリカ障害者教育法における『関連サービス』についての一考察」同志社法学 60 巻 1 号 (2008 年) 109-145 頁。

²⁰ *Bevin v. Wright* 666 F. Supp. 71 (W.D. Pa. 1987); *Detsel v. Bd. of Educ. of the Auburn Enlarged City Sch. Dist.* 820 F.2d 587 (2nd Cir. 1987); *Neely v. Rutherford County Schools*, 851 F. Supp. 888 (M.D. Tenn. 1994).

²¹ *Macomb County Intermediate School District v. Joshua S.*, 715 F. Supp. 824 (E.D. Mich. 1989); *Morton Community Unit Sch. Dist. No. 709 v. J.M.*, 152 F.3d 583 (7th Cir. 1998).

²² 関連サービスの概念内に暗示的に過度の負担の抗弁が含まれているとし、合理的配慮の判断枠組みを採用した事例もある。See *Morton Community Unit Sch. Dist. No. 709 v. J.M.*, at 586.

²³ 20 U. S. C. §1412 (a)(5).

²⁴ 20 U. S. C. §1412 (a)(6)(A).

²⁵ 村山佳代「障害児教育と合理的配慮：アメリカ障害者教育法 (IDEA) における『無償かつ適切な公教育』の解釈」獨協法学 114 号 (2021) 281 頁。

学会記事

1. 第7回研究大会

2022年11月12日（土）、別府大学にて、第7回日本障害法学会研究大会が開催されました。当日は、対面とオンライン（Zoom）両方での開催となりましたが、多数の御来場、ご参加を頂きまして誠にありがとうございました。

判例研究の部では、藤岡毅会員の司会で、「大阪グループホーム訴訟（東京地判令4・1・20）」と「医療器具整備要求訴訟（名古屋地判令2・8・19）」が取り上げられました。前者は辻川圭乃会員及び勝山教子会員による報告、後者は高森裕司会員による報告がありました。どちらも、フロアを交えた活発な質疑応答がなされました。

総会と昼食を挟んで、午後から二つのシンポジウムが行われました。シンポジウム①「障害者権利条約の実施」は、山崎公士会員の司会で、長瀬修会員と川島聡会員が報告を行った後、崔榮繁会員がコメントを行いました。続けて、シンポジウム②「障害者のアクセシビリティ」は、引馬知子会員の司会で、佐藤豊会員と池田直樹会員が報告を行った後、川内美彦会員がコメントを行いました。どちらのシンポジウムにおいても、フロアを交えた活発なディスカッションが行われました。

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

第7回研究大会の開催校である別府大学の織原保尚会員のご尽力にここに記して深く感謝を申し上げます。

2. 学会誌「障害法」

第1号～第7号の全文は、日本障害法学会のホームページ（<https://disability-law.jp/online-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8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7回日本障害法学会研究大会プログラム

<開催日時>

【日時】2022年11月12日(土) 9:15-17:10

【場所】別府大学：対面とオンライン (Zoom) の両方で開催

【プログラム】

9:20-11:40 判例研究

司会：藤岡 毅 会員

判例研究1：大阪グループホーム訴訟 (大阪地判 2022年1月20日判例集未登載)

報告：辻川 圭乃 会員 (9:20-9:40)

報告：勝山 教子 会員 (9:40-10:00)

質疑 (フロアを交えて) (10:00-10:40)

判例研究2：医療器具整備要求訴訟

(名古屋地判 2020年8月19日判時 2478号 24頁)

報告：高森 裕司 会員 (10:40-11:00)

質疑 (フロアを交えて) (11:00-11:40)

11:50-12:20 総会

13:20-15:05 シンポジウム①：障害者権利条約の実施 司会：山崎 公士 会員

報告1：長瀬 修 会員「障害者権利条約の実施：初回日本審査と総括所見」
(13:20-13:45)

報告2：川島 聡 会員「障害者権利委員会の条約解釈—差別の場合」
(13:45-14:10)

コメント：崔 栄繁 会員 (14:10-14:20)

質疑 (フロアを交えて) (14:20-15:05)

15:20-17:05 シンポジウム②：障害者のアクセシビリティ

司会：引馬 知子 会員

報告1：佐藤 豊 会員「情報へのアクセシビリティと著作権制度」 (15:20-15:45)

報告2：池田 直樹 会員「公共交通アクセスへのアクセス保障」 (15:45-16:10)

コメント：川内 美彦 会員 (16:10-16:20)

質疑 (フロアを交えて) (16:20-17:05)

日本障害法学会編「障害法」第6号(2022年11月)

目次

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

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11月12日総会承認)

- ・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して取り扱います。

日本障害法学会学会誌「障害法」投稿要領

(2022年11月12日総会承認)

- ・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.7 November 2023

Japan Association for Disability Law

CONTENTS

Symposium 1 The Implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities

- Osamu Nagase : The Implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities– The Initial Review and the Concluding Observations for Japan
- Satoshi Kawashima : The CRPD Committee's Interpretation of the Convention and a New Theory of Discrimination
- Takanori Sai : Comment
- Koshi Yamazaki : Symposium Summary

Symposium 2 Accessibility for Persons with Disabilities

- Yutaka Sato : Information Accessibility and Copyright System
- Naoki Ikeda : Cases of Discrimination against Persons with Disabilities Contested in Court: The Provision of 'Reasonable Duty of Accommodation' and Judicial Normativity
- Yoshihiko Kawauchi: Comment
- Tomoko Hikuma : Symposium Summary

Case Studies 1 Osaka Group Home Case

- Tamano Tsujikawa : Osaka District Court Decision on Osaka Group Home Case
- Michiko Katsuyama : Group Home Conflict Case, Osaka District Court Judgment, January 20, 2022
- Tsuyoshi Fujioka : Summary of Case Studies

Case Studies 2 The Lawsuit for the Maintenance of Medical Devices in Public School

- Yuji Takamori : The Lawsuit for the Maintenance of Medical Devices in Public School: Anti-Discrimination Lawsuit as a Means of Exercising the Educational Right of Children with Medical Complexity
- Tsuyoshi Fujioka : Summary of Case Studies

Articles

- Yuki Oshita : Comparing the Individuals with Disabilities Education Act (IDEA) and Anti-Discrimination Laws (Title II of the ADA and §504 of the Rehabilitation Act) in the U.S.: Focusing on the Scope of the Exhaustion Rule
- Daichi Fujita : Regime Interaction in Human Rights Standard Settings: An Analysis of Involuntary Detention and Arbitrary Detention
- Kayo Murayama : Reasonable Accommodation as a Right of Persons with Disabilities and Scrutiny Standard in Education