

「新たな社会法」としての障害法

—その法的構造と障害者総合支援法の課題—

河野 正輝（九州大学）

- I はじめに
- II 社会法の法思想と概念
- III 障害法の概念
- IV 市民法および既存の社会法と障害法との関係
- V 障害者総合支援法の課題

I はじめに

障害法とは固有の法領域からなる「新たな社会法」部門である。このような視座から、障害法学の形成にあたり、障害法の固有の対象、法原理、法体系を構想してみよう。これが本稿のテーマである。

そこで、まず社会法の法思想と概念について簡潔に確認することから始めなくてはならない（II）。そして、先行研究における障害法概念についても、社会法論の課題意識を共有するか否かに関わらず、検討しておく必要があるだろう。それらを踏まえて、「新たな社会法」部門として、障害法における法的人間像・基本原理・法体系はどのように捉えられるべきかを考察してみよう（III）。「新たな社会法」としての障害法を構想するとすれば、その立場から市民法と新しい社会法たる障害法との拮抗関係、ならびに既存の社会法（とりわけ社会保障法）と新しい障害法との拮抗関係についても考察しなければならないだろう（IV）。本稿の目的上、総論的な論点に紙幅を割かざるを得ないが、最後に、以上の総論的視点にたつて、障害法を構成する一分野である障害者総合支援法を取り上げ、その問題点と課題について検討することとしよう（V）¹。

II 社会法の法思想と概念

1 市民法から労働法へ

社会法の法思想と概念が、ラートブルフ、ジンツハイマーらの研究を手がかりに、わが国では戦前に、橋本文雄、菊池勇夫、加古祐二郎らによって開拓され、戦後に、沼田稲次郎²、片岡昇³等によって深く考究されたことは周知のとおりである。社会法の概念は、初期の学説にまで遡ればきわめて多義的であるが、ここでは戦後

の沼田・片岡に代表される社会法理論に従って、市民法原理（抽象的な個人としての法的人間像を前提とする所有権、契約の自由、過失責任原則）のもとで生み出された社会的不合理を直視して、具体的な人間の社会的実在性に則して、市民法原理に一定の修正を加え、生存権の実現を図ることを基本原理とする法、として用いることにする。具体的な人間像（従属労働者像）を固有の対象として形成された最初の社会法領域は、労働法である。

2 労働法から社会保障法への専門分化—荒木社会法理論の要点

社会保障法の理論は、社会法理論において首座の位置にあった労働法理論と対比しながら、上記の社会法理論の伝統を受け継ぎつつ、後続の社会法の一分支として形成されてきたものである。そのような形成過程において、荒木誠之の「社会保障の法的構造」論⁴は社会保障法理論の形成であると同時に、荒木社会法理論の展開（沼田社会法理論と異なる側面については後述）でもあった。

労働法と社会保障法とを対比して、荒木社会法理論の要点を整理すれば、

①法的人間像については、労働法が「従属労働者」を法主体とするのに対して、社会保障法は「生活主体」を法主体とする、

②生存権の実現の態様については、労働法が労働関係を媒介として、いわば間接的に生存権を保障するのに対して、社会保障法は直接・無媒介的に生存権を保障するものである、

③市民法との拮抗関係については、労働法が市民法理に対して制限・修正を加えるという緊張関係にあるのに対して、社会保障法は市民法との非競合性を特徴とする、すなわち「社会保障法は、市民法が法的関心をまったく有しなかった分野——いわば法になじまない個人的生活領域とした分野——を自己の対象領域とするものである」⁵。そして、

④社会保障法の要保障事故概念については、大きく3類型（すなわち生活危険、生活不能、生活障害）へ定型化することが可能である、とする。

荒木理論は、これらの基本的な規定を理論の要とするものであった。仮に、戦前の橋本文雄、菊池勇夫等に代表される社会法理論を第1世代、戦後初期の沼田稲次郎に代表されるそれを第2世代とすれば、荒木理論は——第2世代の社会法概念に独自の展開を加えた点において——いわば社会法理論の第2半世代に当たると言えるかもしれない。

3 当時の社会法論争と今日の再考の課題

このような荒木理論に対し学界は鋭く反応した。片岡昇、佐藤進等による荒木理論への批判はその皮切りであり社会法論争と言ってよいものであった⁶。この論

争を受けて（および同時期の国家独占資本主義法論の展開をも踏まえて）沼田稲次郎は、「社会変動のなかで形成されつつある社会法をどのような性格と体系の下で展開せしめるかは具体的な理論的実践的課題として迫っている。…私自身もいまや再び社会法論の基本に還らねばならぬ時期だと思う。」⁷と述べ、社会法理論の新たな展開を図った。

すなわち、論文「社会法体系と人間像」（1974年）⁸では、社会生活のなかで人間の尊厳に値する生活の営為が何らかの点で障害を受けていること（障害とは、損害を受けるといふほど当事者、内容などについて特定の語りえない状況）に着目して、新たなテーゼともいえる「社会的生活被（阻）害者」像という捉え方を提起した。そして、その立場から、社会的な生活障害の現象形態の性格に照らして、①労働の従属性と、②生活の営為において欠乏（want → needs）の状態とにわけて、前者の労働の従属性は従属労働者像と労働法を規定する一方、後者の生活欠乏の諸形態は、生活欠乏者像と社会保障法を規定するとしたのである。

つまり、社会法全体の間人像として「社会的な生活被（阻）害者」像に着目したところに、『市民法と社会法』から「社会法体系と人間像」にいたる沼田理論の新たな展開があったと言える。のみならず、社会保障法の間人像を単に「生活主体」とせず、「社会的な生活被（阻）害者」の一形態としての「生活欠乏者」と捉えた点にも注目しなければならない。この視点こそ、社会権の権利性の根拠を確立するという沼田理論に一貫する考察視点に他ならないからである。そこに荒木理論とやや異なる強調点を見出すことができるであろう。

以上は当時の社会法論争を急いで振り返る文字通りの管見に過ぎないが、それによれば当時の争点は、社会保障法の法的間人像をめぐって単に「生活主体」と捉えるか、体制的な生活障害を直視して「一定の階級の間人」あるいは「社会的な生活被（阻）害者」と捉えるか、という点に凝縮されたと言うこともできるわけである。

こうして当初の論争はさしあたり法的間人像論に焦点化されたが、それから半世紀を経た今日、障害法概念を考察するに当たって、荒木社会法理論の3つの要点を全体として再考してみるのも無駄ではなかろう。以下では、①生活主体像、②生存権の実現態様、および③市民法との非競合性について、「新たな社会法」の視点から再考を試みることにする⁹。言い換えれば、「社会的な生活被（阻）害」あるいは「障害の社会モデル」¹⁰という捉え方を基本としたうえで、さらにそこから掘り下げて特定の障害の関係・内容・範囲・程度等を具体的に摘出することにより、障害法における法的間人像を具体的に把握し、市民法および既存の社会法との対

抗・補完関係を再考することである。

ただし、その前にまずはこれまでの先行研究（学説）における障害法概念を一瞥してその成果を踏まえておくこととしよう。

III 障害法 の概念

I 先行研究における障害（者）法概念の検討

—障害法（学）の固有の対象・法理念、範囲と体系等をめぐって

(1) 川島聡「ディスアビリティ法学」¹¹の提唱

川島は、『障害という形成途上の概念』の視点から、『非障害者』を中心に構築されてきた従来の国際人権法学の在り方が検証されねばならない。さらに踏み込んで、…国際人権法学を含めた法学全般において、『障害』という概念を主流化させ、法学を『障害』の視点から根底的に研究する必要がある。そのような営為を牽引する新たな学問領域として、法学の諸理論と『障害学』その他の諸学の諸理論とを横断する独自の『新しい方法論』をとる『ディスアビリティ法学』(Disability legal studies; Disability and Law) の構築が今まさに求められている」とする。本論文は、「ディスアビリティ法学」の可能性を展望した最初の論文として異彩を放っている。その特徴は、ジェンダー法学（とりわけ国際法の文脈ではフェミニズム国際法学）に示唆を得て、非障害者を中心に構築されてきた「法学を『障害』の視点から根底的に研究する『独自の新しい方法論』」を模索しようとした点にある。ただ、労働法や社会保障法のように固有の法領域からなる法学の専門分科としての障害法を構想して、「ディスアビリティ法学」が提唱されたか否かは、この段階では明らかでない。

(2) 新田秀樹「障害者法学の成立可能性」¹²の検証

新田は、「障害者基本法が障害者に係る制度・政策全体についての基本的な理念、種類や体系、方針等を定めた基本的な法律とされていることから、障害者法学が成立するとした場合、この法律がその研究対象から外れることは考えにくい」として、「この法律から障害者法学が研究すべき対象や障害者法学として分析すべき独自の角度を導き出すことが帰納的にできないかどうかを検討する」。

本論文の独自性と意義は、このように障害者基本法という特定の実定法の中に「障害者法学」を構成する要素（すなわち障害者法としての対象の固有性および法原理の固有性）を見出そうという実証的帰納的なアプローチを採用した点に認められる。

このアプローチにより、障害の個人モデルに立った「心身障害者対策基本法

(1970年)」制定時の障害者の定義にも、障害の社会モデルに立つ「障害者基本法(2011年改正)」の障害者の定義にも共通する要素があるか、あるとすればそれは何かを考察し、そこから「障害者法」としての対象の固有性を導き出して、「①(機能障害<impairment>の意味での)障害を有すること、②(日常又は社会)生活に制限があること、③①が②の原因の少なくとも1つになっていることの3つを挙げることができる」と結論する。そして、障害者法の法原理(乃至その表出の仕方)の固有性とは、「障害者基本法は、制定時と現在とでは相当性格を変化させているが、そうした中でなお一貫して変わらない」ものとしての、(広い意味での)「配慮」ということになると洞察する。

ただ、新田自身が認めるとおり、「障害者基本法という特定の既存法律の中に障害者法学の構成要素を」発見する試みは、「結果的には、古典的な『障害者福祉法学』の要素の抽出に終わる可能性も高い」。また、障害者の定義にあたって、障害者の権利条約(1条)は、むしろ、「機能障害を有することが生活制限の原因の少なくとも1つになっていること」と限定することとならないよう慎重に規定されたことを想起する必要もある。

(3) 川島聡・菊池馨実「障害法の基本概念」¹³

菊池馨実・中川純・川島聡編『障害法』(2015年)は、「法律学の独立の一分野としての障害法の確立」にむけて、障害法の体系を整序する本邦初の教科書として編まれた。ここで取り上げる「障害法の基本概念」はその第1章に置かれ、1. 障害と障害者の概念、2. 障害法の法的位置づけ、3. 障害法の理念、4. 障害法の方法論の4節から構成されている。

ここでは障害法の概念は次のように捉えられる。まず障害法とは「障害に関する法」を意味するものとされ、「『障害』とは、(1)人の機能障害、(2)機能障害のある人を取りまく社会的障壁、(3)機能障害のある人が置かれた不利な状態を意味する言葉」と定義される。

この障害の定義から窺われるとおり、本書は「社会モデルへの転換が、法の研究において基本的な重要性を有する」ことを重視している。ただ、障害法は「障害に関する法」を意味するものとして、医学モデルに依拠する法も障害法概念から除かない立場を採用している。そこで、機能障害のある人の不利な状態を改善するために、その機能障害を予防し克服することを特に重視するものを「古典的障害法」とし、不利な状態を改善するために、社会的障壁を除去することを特に重視するものを「現代的障害法」と区分する見解がとられる。

つぎに障害法の体系には、「さしあたり2つの考え方がありうる」として、①ア

アメリカのロースクールの障害法 (Disability Law) のテキストやケースブックで用いられている実務法曹的あるいは実践的な視点からプラグマティックに考察する考え方、および②実定法学の独立した専門分野として障害法 (学) の定立をめざして一定の理論的な基礎(総論的検討)を必要とする考え方が挙げられる。ただ、テキストとしての性格ゆえか、後者の「理論的な基礎 (総論的検討)」については詳論されていない。各論としては、障害と憲法、障害と民法、障害と差別禁止法、障害と労働法、障害と教育法、障害と社会保障法、障害と刑事司法の各章に分けて、既存の法学分野と障害との接点に係る重要な論点が取り上げられ考察されている。

(4) 池原毅和『精神障害法』¹⁴における障害法概念

本書は障害法の全体を論述するものではないが、考察の根底には障害法概念が明確に意識されている。池原の構想は、「精神障害法は、実定法が暗黙の内に前提としている誤った固定観念を暴き出して、それを是正し、国際人権規範や憲法規範から導出される障害のある人に対する基本的な法原理に基づいてあるべき障害法制の構築を目指す」ことにある。

この視座から、現行の精神保健福祉法 (5条) の精神障害者の定義は、「医学的な診断をそのまま法概念として取り込む形になっており、そこに規範的あるいは法的な評価が加えられる余地のない概念となっている」ことにまず問題があるとして、障害者の権利条約の想定する障害者像に基づいて、あるべき精神障害法が構想される。そして、障害法・精神障害法の基盤を形成する法価値についても、障害者の権利条約 (1条、3条) に規定されている「原則が障害法・精神障害法の基盤を形成する法価値でなければならない」として障害法概念の輪郭が明快に示されている。

2 本稿の視点から

— 「新たな社会法」としての障害法における法的人間像と基本原理

以上の先行研究を見るかぎり、障害法概念について支配的な定説が形成されているとは言えないかもしれない。しかし、障害の社会モデルの見地から障害と障害者像を捉え、障害者の権利条約に規定された原則に基づいて、あるべき障害法概念を展望する点においては、議論が収斂しつつあると言えるであろう¹⁵。そこで、ここでは既存の法領域と異なる固有の法領域からなる専門分科としての障害法の対象 (人間像)、法原理を明らかにすることに傾注することとしよう。

換言すれば、合理的理性を有する抽象的人間像 (近代市民法における人間像) から外され、また身体・知的・精神障害者という一応具体的に捉えられた人間像 (既存の社会法における人間像) でも、現実にはほとんど保護の客体として処遇さ

れてきた障害者が、これからは地域社会において自立して生活する平等の市民として、法的に位置づけ直されるため、障害のある人々の社会的属性に沿って、既存の法理の修正・発展を図る「新しい社会法」の視点から、障害法概念を考える。いわば第2半世代に後続する新たな社会法論の視点から障害法を考えてみようということである。

（1）従属としての障害（者）

ディスアビリティ（disability）としての障害は、生成的な概念であるが、ここではさしあたり、一定の機能障害（impairment）のある人びとが、健常者を規範的標準として設計されてきた社会的な制度・サービス・施設等の埒外にある者として取り扱われ、公的・私的な生活の重要な場面への参加を制限されてきた一定の状態を主として指す概念として用いる。

そして障害者とは、一定の社会的集団に付加される社会的身分（地位）にあたるが（憲法14条1項参照）、この社会的身分の特徴は、社会システムにおいて構造的に生活上の不利益を付加されてきた点にあると考える。

このように、社会参加を妨げられ、構造的に生活上の不利益を受ける、規範的標準から除外された社会的地位としての障害（者）を、先行研究（Samuel R. Bagenstos）に依拠して「従属としての障害（者）（disability as a subordinated group status）」¹⁶と定義しておきたい。

「従属としての障害（者）」が形成されてきたのは、偏見（prejudice）、固定観念（stereotype）および社会に広く蔓延する無視・放置（neglect）を通して、社会の態度や慣行が、システム化された不利益を特定の機能障害に付加してきたからである。そうすることによって、「社会が障害のある人びと（people with disabilities）という従属的な階層（subordinated class）を、特定の見分けのつく階層として作り出してきた」¹⁷のである。偏見、固定観念、無視・放置という3つの要因はそれぞれ異なる性格・内容のものであるが、憎悪・悪意と結びつきやすい偏見と、情報不足や無知と関わりのある固定観念という2つの要因に加えて、社会的な制度等を設計するに当たり規範的標準から外れる障害者を無視・放置してきた長い歴史的要因が重なって、従属的な階層としての地位が形成されてきたと考えられるであろう。

障害者の権利条約の前文（e）において「障害（ディスアビリティ）が、形成途上にある（徐々に発展している）概念であること、また、障害が機能障害（インペアメント）のある人と態度及び環境の障壁との相互作用であって、機能障害のある人が他の者との平等を基礎として社会に完全かつ効果的に参加することを妨

げるものから生ずることを認め¹⁸と規定されたのは、まさに「従属としての障害」の法認にほかならない。

(2) 障害法における法的人間像

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

このような意味で、障害法における法的人間像は、社会全体の仕組みによる構造的な不利益(従属としての障害)を受けている集団の人間像であるとともに、アマルティア・センの潜在能力アプローチによって解き明かされた「人間の多様性」¹⁹を具有する人間像として捉えられるであろう²⁰。

(3) 障害法の基本原理

「従属としての障害」が直視されるようになるにつれ、障害法の目的は、そうした従属的地位(subordinated status)を立法化し実施しようとする行為に対して挑戦する手段(差別禁止および合理的配慮の要求等)を、従属的な地位に置かれた人々に付与することへ向かっていったと言えるであろう。アメリカのADAはこの目的に向かって、機能障害に基づく従属(impairment-based subordination)という問題に対処する画期的なものであったのである²¹。

こうして、障害法の基本原理は、障害を理由とするあらゆる差別(合理的配慮の否定を含む)を禁止すること(障害基4条、障害者権利条約2条、5条)、ならびに自立した生活と地域社会への包摂を支援し地域社会からの孤立および隔離を防止するために必要な地域生活支援サービス(パーソナルアシスタンスを含む)を保障すること(障害基3条、14-20条、障害者権利条約19条)等があると規定されるに至った(障害者権利条約1条)。

換言すれば、障害法の基本原理とは、障害に関して自由権的側面と社会権的側面を分離せず、総合的に保障することであり、このように、あらゆる人権および基本的自由の完全かつ平等な享有を基本原理とする点において、伝統的に生存権を基本原理とすると考えられた社会法理論(伝統的な戦後労働法・社会保障法の理論)とは異なる面を有すると考えられる。

このような基本原理から演繹される諸権利の骨格は、いわゆる『骨格提言』²²にお

いて定式化されたように、一定の権利の束と考えられるが、留意すべきは、各権利規定においても、おおむね前段に自由権的側面を記述し、後段にそのための支援という社会権的側面を併記するというように定式化されたことである。たとえば、

①命の危険にさらされない権利とそのための支援を受ける権利（障害者権利条約 11 条も参照）

②自らの意思に基づきどこで誰と住むかを定める権利、どのように暮らしていくかを定める権利、特定の様式での生活を強制されない権利とそのための支援を受ける権利（障害者権利条約 19 条も参照）、というように。

3 障害法の領域（範囲）と法体系

上記の法的人間像と基本原理に基づいて、障害法の対象範囲を障害者基本法（14-30 条）および障害者の権利条約（19～30 条）を手がかりに考えれば、①まず、下記のすべての法分野に関わるとともに、各法分野における権利保障の帰結としての位置と意義を有する法分野としての、地域社会へのインクルージョンに関する法に始まって、②移動に関する法、③家族に関する法、④教育に関する法、⑤労働および雇用に関する法、⑥保健・医療・（リ）ハビリテーション・社会的保護に関する法、⑦刑事・民事司法へのアクセスに関する法、⑧文化・スポーツへの参加に関する法、⑨政治的・公的活動への参加に関する法、および⑩上記①地域社会へのインクルージョンに関する法とともに、車の両輪をなす支援付き意思決定・権利擁護に関する法などまで、広い領域に及ぶものと考えられる。肝心なことは、これらの列挙が閉ざされた領域を意図するものではないことである。

いずれにせよ、障害法の体系は、障害法の範囲に属する上記の領域において、（1）差別の禁止、および（2）地域で自立して生活する平等の権利ならびにアクセシビリティの保障という 2 つの要請が貫徹されねばならないのであるから、法理論としての体系は少なくとも次の 2 大部門を含まなければならないと考えられる。

第 1 に、障害を理由とするあらゆる差別の禁止を目的とする差別禁止法の部門。

第 2 に、地域で自立して生活する平等の権利ならびにアクセシビリティを保障することを目的とする各法分野にわたる総合的な地域生活支援法の部門。

各部門の法的構造に関して、若干の補足説明を付記しておきたい。まず第 1 の差別禁止法部門については、対象分野別に見れば、①教育法における差別、②労働法における差別、③家族法（婚姻・家族・親子関係等）における差別、④刑事司法における差別、⑤政治的・公的活動における差別などの法分野が、当面緊急

の問題領域として挙げられよう。一方、各分野に通底すると考えられる差別禁止法の法的構造から見れば、法解釈上または立法論上の焦点として次の諸課題が挙げられる²³。すなわち、①差別禁止の対象となる障害(者)の範囲、②差別禁止の対象となる差別理由、③差別の種類、④障害差別禁止法の法的効果²⁴、および⑤差別禁止の実効性確保、の諸点である。

上記の①～⑤の法的構造(焦点)に沿って、わが国の障害者差別禁止立法の現状を見ると、次のような問題点ないし課題が指摘される。

①障害者手帳を取得できない程度の軽度の障害者は、偏見等により不合理な取り扱いを受けても、差別禁止の適用対象外となる可能性がある。②障害差別解消法と障害雇用促進法では、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してはならないと規定(障害差別解消7条1項・8条1項、障害雇用34条・35条)されていることから、障害者間の差別や家族に障害者がいる者に対する差別、過去の障害・将来の障害を理由とする差別等が規制できない可能性がある。③禁止する差別の範囲が限定的である。すなわち、障害差別解消法8条2項では、民間の事業者の合理的配慮提供義務は努力義務にとどまり、そのほか間接差別が禁止されるとの解釈の余地も限られる恐れがある。④法的救済の根拠規定を整備する必要性が残る。たとえば、合理的配慮の提供義務を定める規定(障害差別解消7条2項、障害雇用36条の2～4)から、合理的配慮の請求権を直接導くことはできないから、民法の公序良俗(民90条)、不法行為(民709条)等を紹介して違法無効の確認を求め、損害賠償を請求する方法に依らざるを得ない²⁵。⑤差別禁止を実現する専門的機関を設置する必要がある、等の課題である。

次に、第2の各法分野にわたる総合的な地域生活支援法部門についても少し補足しておきたい。ただ、筆者には各法分野の内容にまで言及する能力はないので、対象法分野からみれば、自立した地域生活の支援へ向け、当面緊急の課題となる分野は、①家族法、②教育法、③労働法、④社会保障法、および⑤刑事司法等の各分野であると考えられることだけを付言しておく。

一方、各分野に通底する法的構造から見れば、①社会的支援の権利主体とその根拠、②社会的支援の必要性の判定基準、③社会的支援の必要性の判定手続き・判定機関、④支援計画の策定手続き、⑤支援サービスの支給決定基準、および⑥社会的支援の権利性の実効性確保、等の各側面に沿って法解釈上および立法論上の課題を分析していくことがこれからの課題と考えられる。下記のVでは、その一部として「障害者総合支援法の課題」について取り上げ、責めを塞ぐこととしたい。

4 小括—「新たな社会法」

(1) 「新たな社会法」とする根拠

障害法概念について大急ぎで断片的な結論を述べてきたが、ここで「新たな社会法」とする理由・根拠について改めて考えておこう。

その理由・根拠は、いろいろの側面から考察する必要があるが、まず、既存の社会法と一線を画す「新たな」社会法とする根拠としては、第1に人間像の側面から、すなわち、この法領域における人間像が、労働法における「従属労働者」、社会保障法における「生活主体」と異なり、「機能障害と社会的障壁の相互作用により社会に完全かつ効果的に参加することを妨げられている障害者を含むもの」であることに、障害法を「新たな社会法」とする理由・根拠がある。換言すれば、障害者も従属労働に従事するかぎりでは労働法の法主体となり、また生活主体として社会保障法の法主体となるが、障害者は「機能障害と社会的障壁の相互作用により社会参加を阻害される」側面において、障害法の法主体となると考えられる。

第2に対象となる法領域の側面からみれば、対象となる法領域が社会参加の阻害にかかわるすべての領域であることから、労働法、社会保障法の対象領域と重なる部分を含みつつも、それらに限定されず交通、通信、司法へのアクセス、文化、スポーツ等における参加阻害を広く独自の対象領域とすることに、障害法を「新たな社会法」とする理由がある。

そして第3に基本原理に着目すれば、伝統的な社会法が生存権を基本原理とすると考えられてきたのと異なり、障害法においては自由権的側面と社会権的側面を分離せず、その総合的保障を基本原理とすると考えられる点に、「新たな社会法」とすべき理由を見出すことができるであろう。

(2) 「新たな市民法」の側面について

ところで、障害法は「新たな社会法」ではなく、「新たな市民法」というべき側面も有すると考えられるから、ここで整理しておきたい。

前述の法体系でごく簡単に触れたように、障害法は市民法本来の自由・平等の実現を直接の目的とする法部門（差別禁止法の部門）と、そのために必要な社会的支援について定める法部門（総合的な地域生活支援法の部門）を含むものである。そして障害法が、伝統的な社会法が許容してきた隔離・収容という処遇への反省として形成されつつあることを重視すれば、障害法の意義と特質は、むしろ障害者を新たな「市民」として市民法（いわば社会化された市民法）に位置づけ直す側面にあるとも考えられる。

しかし、その一方で、差別禁止アプローチ（アメリカADAモデルに代表される）

には、とりわけ重度を含むすべての障害者の雇用と地域生活へのインクルージョンを進めるのに限界があったと総括されている²⁶。このことを踏まえると、あるべき障害法においては差別禁止アプローチと並ぶ車の両輪として、新たな社会法アプローチとしての自己管理型支援の法部門（それが伝統的な福祉アプローチ〈隔離・収容型〉に代わることは言うまでもない）等が必須不可欠であることも明らかである。

これらを総合して考えると、①障害法は、市民法のようにすべての人びと（普遍的抽象的個人）を法の主体とするのではなく、一定の障害のある人びとを捉えて法の主体とする法領域であること、および②障害法（学）の目的は市民法上の市民権の実質的实现にあるとしても、そのために必要かつ有効な理論的な手段・方法は「新たな」社会法アプローチにより古典的な市民法理を修正する法理論——敷衍すれば、この法領域の基本原則が自由権的側面と社会権的側面の総合的保障にあることを踏まえて、その視座から特定の社会的・生活阻害の関係・内容・範囲・程度等を具体的に抉り出し、合理的配慮を求める権利などの現実的・特殊な権利（言い換えれば市民法上の自由・平等の理念からの普遍的な権利にとどまらない権利）の理論的根拠を形成していく法理論——にあること、等から結論として、障害法（学）は「新たな」社会法（学）に位置づけられるものである。

IV 市民法および既存の社会法と障害法との関係

以上の整理をもとに、つぎに障害法は市民法および既存の社会法に対してどのような修正を迫るものであるかについて、「新たな」社会法としての障害法の役割・射程を把握するのに必要と思われる2～3の主要接点に絞って考察してみよう。

1 市民法と障害法との関係

まず市民法との関係については、障害法の形成と発展にともなって、伝統的な市民法秩序に新たな修正が求められることになることは避けられない。

障害法と市民法秩序とが拮抗する諸関係のなかで、焦眉の争点の一つと考えられるのは、差別禁止法の法部門にあつては、市民法上の私的自治原則と障害法上の合理的配慮義務との拮抗関係であり、地域生活支援法の部門にあつては、市民法上の成年後見制度（行為能力制度を前提とする法定代理制度）と障害法上の支援付き意思決定制度との拮抗関係である。

(1) 市民法上の私的自治原則と合理的配慮との拮抗関係

この拮抗関係が表面化する局面は、たとえば、①障害者差別解消法において事業者の合理的配慮義務が努力義務に留められていること（障害差別解消8条2項）、②障害者雇用促進法において合理的配慮の提供義務における過重な負担の考慮要

素がすべて事業主の経済的事情であり、かつ事業主による一方的な勘案に委ねられていること（平成 27 厚生労働告示 117「合理的配慮指針」第 5-1）、③合理的配慮の手続きが当事者による私的自治原則の延長線上にあつて、1対1の当事者の話し合いとされていること（同「合理的配慮指針」第 3-1(2)、2(2)）等を挙げる事ができよう。

これらの拮抗局面の解明と調整は、障害法学の今後の解明に期待したいが、基本的な方向としては川島聡・星加良司が指摘するとおり、「合理的配慮は、有史以来繰り返されてきた障害者への不利益処遇が蓄積し、固着して形成された現行の非中立的（非対称的）な社会構造を是正する行為のひとつである。だとすれば、そうした社会の形成に関わっている構成員が、その是正に対して集合的な責任を分有していることは確かではないだろうか。企業もまた、そうした責任を分有する主体のひとつであることはいうまでもない。」²⁷ という規範意識を共有することであろう。

ただ、この集合的責任の分有は、今や「道徳的責任」「道徳的な規範」²⁸にとどまらず障害者の権利条約（とくに前文(e)、2条、4条(e)等）とこれを受けて2011年に改正された障害者基本法（3条、4条）等によって法的な規範原理として法認されるに至ったと言うべきである。引き続き、障害者差別解消法上の事業者の努力義務規定はこの規範原理の視点から再検討されなければならない。また、障害者雇用促進法上の過重な負担の考慮要素においても、過重な負担の判断基準を一面的・形式的に捉えずに「従属としての障害」を直視して総合的・客観的・具体的に捉えること、事業主側の考慮要素（経済的事情）のみならず、障害者側のニーズの要素も勘案されなければならないこと（合理的配慮の程度により社会参加の可否のみならず社会参加の質・程度が左右されるから、たとえば公的支援との組み合わせ等により社会参加程度の高度化を図ることを勘案事項に加えること等）、さらに合理的配慮の決定手続きにおいては、「対話の重視」にくわえ「対話の対等性」の実質的実現のための、当事者のコミュニケーション力を支援するアドボケート制度等の検討などもこれからの課題といえよう。

(2) 市民法上の成年後見制度と支援付き意思決定との拮抗関係

市民法理と新たな障害法理との拮抗関係は、成年後見法の分野においても顕著に見出される。指摘されているとおり、「条約 12 条は、第 1 に、障害者を法的能力によって差別することの禁止、第 2 に、代替意思決定 (substitute decision-making) を含む制度の廃止、そして、第 3 に、これに代わる支援付き意思決定 (supported decision-making) の制度の開発 (development) を求めている。こ

のことは、人の能力や代理に関する民法規定の見直しを迫り、また、「支援」を民法理論の中でどのように受容すべきかの問いを投げかける。」からである²⁹。

①障害者の権利条約12条の規範的内容

そこでまず条約12条の規範的内容を障害者権利委員会の「一般的意見第1号(2014年)」に従って確認しておきたい。周知のとおり、「一般的意見第1号」は「歴史的にみて、障害のある人は、後見人制度や強制治療を認める精神保健法などの代理人による意思決定制度の下で、多くの領域において差別的な方法で、法的能力の権利を否定されてきた。障害のある人が、他の者との平等を基礎として、完全な法的能力を回復することを確保するためには、これらの慣行は廃止されなければならない。」³⁰という、いわば歴史的な課題意識から出発している。

この課題意識に立って、同委員会は第12条の規範的内容について、1)第12条2項(締約国は、障害のある人が生活のあらゆる側面において他の者との平等を基礎として法的能力を享有することを認める)にいう「法的能力」には「権利所有者になる能力のみならず法律の下で行為者になる能力をも含む」ものであること、2)したがって、従来の法的取り扱い(民法の行為能力制度の下で障害を理由に行為能力を制限し、成年後見制度の下で第三者が代行決定するという取り扱い)は、障害者の人権侵害にあたるものであること、3)かくして、人権に基づく障害モデルの下では、締約国は「代理人による意思決定のパラダイムから、支援付き意思決定に基づくパラダイムへの移行」を履行しなければならないこと、さらに4)「12条に定められている権利は、批准の瞬間に適用され、即時の実現の対象となる」規定であることから、締約国は代理人による意思決定制度を廃止すると同時に、支援付き意思決定制度を開発するという新たな義務を負うこととなる、等と結論づけたのである³¹。

②成年後見制度の現状と成年後見制度利用促進法の意義

翻ってわが国の現状をみれば、成年後見制度の利用を必要としている認知症の高齢者、知的障害者、精神障害者は約800万人以上いるとされ、そのうち成年後見制度の利用者総数は約20万3500人(平成28年12月末日現在)で、利用率は約2.5%に過ぎない³²。しかも利用者総数の8割以上が後見類型に集中している。つまり、現行の成年後見制度の8割は、第三者(成年後見人)が本人の意思に基づかずに法律行為をなすことが可能な「代行決定」の類型で運用されているわけである。民法858条の本人意思の尊重は、後見人等の広範な裁量に委ねられているのが実情である³³。そのうえ後見類型、保佐類型のいずれも開始決定の審判の効力に期間制限はなく、一旦開始決定されると精神上の障害が回復しない以上は

生涯継続し、定期的な審査の機会も与えられていない³⁴。

こうした現状を受けて、新しく「成年後見制度の利用の促進に関する法律」（平成28年法29）が公布された³⁵。それにより、代行決定偏重から「本人の意思の尊重」へのシフトが図られたと評価される反面、同法（11条）に定められた「基本方針」のうち「本人の意思の尊重」に関する具体的な規定は、保佐・補助の利用促進、任意後見の活用および欠格条項の見直しくらいに過ぎないとも評される。成年後見制度利用促進委員会によってまとめられた意見具申（平成29年1月13日）においても、本来の支援付き意思決定へ向けた中長期の検討課題まで踏み込まれてはいない。代行決定型の成年後見という現状の質を改革しないで制度利用の促進を図るだけなら、「本人の意思を尊重」しない利用が広がるだけに終わらないかという懸念は払拭されていないと言わなければならない。

③支援付き意思決定制度への改革

こうして伝統的な民法における制限行為能力制度および法定代理制度と、あるべき支援付き意思決定との対抗関係を解明し調整することも、これからの障害法学に期待される課題である。

具体的な方向性としては、すでに、1) 人の能力や代理に関する民法規定の見直し（行為能力制限および法定代理権の範囲の縮減）、2) 後見・保佐類型の廃止と補助類型への一元化、および、3) 定期的な再審査制度の創設、などが検討されている³⁶。

こうした検討においては、周知のように「法律行為と財産管理の成年後見」という枠から踏み出して、意思決定支援の原則を確立するに至ったイギリスの先駆的な意思決定能力法（mental capacity act, 2005）は、確かにきわめて示唆的であった。しかし条約12条の規範的内容および「一般的意見第1号」の解釈に照らせば、「最善の利益」のパラダイムから「意思と選好」のパラダイムへの転換（一般的意見第21項参照）など更なる改善が求められることも考慮に入れておく必要があるだろう。

そのほか、サービス事業者等による福祉サービスの提供過程における「本人意思の尊重と意思決定支援」のあり方³⁷等の改革も並行して求められる。それらは次節の総合支援法の検討において触れることとしよう。

2 既存の社会法と障害法との関係

市民法と障害法の拮抗関係に続いて、つぎに既存の社会法（とりわけ社会保障法）と障害法との拮抗関係に目を向けると、そこにも既存の社会法理に対してパラダイム転換を迫る関係を見出すことができるであろう。

その典型的な例を挙げるなら、現行の重度訪問介護は、すべての障害者が、どこで誰と生活するかを選択し、地域社会で自立(自律)して平等に生活を営むには、その受給資格者の範囲や介護サービスの範囲・程度等から見て限界がある。そもそも現行の「自立支援給付」のサービス体系は、隔離・収容を伴う長期の施設入所を含む体系であり、施設入所者等の自由権の一定の制約を止むを得ないものとして容認する体系にとどまっている。わが国だけでなく各国に残るこのような現状を打開するため、障害者の権利条約(19条)は締約国に対してパーソナルアシスタンスを含む地域生活支援サービスの整備を義務付けているのである。

地域社会からの孤立および隔離を防止し、自由権と社会権の総合的(一体的)保障を実現しようとする³⁸、このような地域生活支援の転換には法理念の発展が認められるとともに、社会保障法の一部が障害法の形成によって置き換えられていく関係を読み取ることができるであろう。

障害者総合支援法の課題は、こうした転換を進めることに尽きると言っても過言ではない。長期的にみれば、パーソナルアシスタンスを含む自己管理型支援の体系へ向けた改革が障害法学の課題となると思われる³⁹。

V 障害者総合支援法の課題

1 わが国の現行法と自己管理型支援との基本的な相違点

まず、障害者総合支援法における自立支援給付と先進諸国において国際標準と考えられる自己管理型支援(例としてイギリスの Self-directed support⁴⁰、アメリカ・カリフォルニア州の Supported living services⁴¹)との基本的な相違点を眺めてみよう。ここでの比較はあくまで相違点のアウトラインに留めざるを得ないが、障害法としての地域生活支援法の法的構成と課題を考えるための手掛かりは得られるであろう。

(1) ニーズ判定の基準

わが国の障害支援区分の判定(80項目)では、障害者等の心身の状況だけで判定され、障害者本人の社会活動等の意欲を考慮に入れることがない(障総21条1項、障総令10条2項、厚生労働省令40)。もっとも、わが現行法でも、支給決定の段階において障害支援区分のほか地域生活、就労、日中活動などの社会活動や介護者、居住等の状況、サービスの利用意向等を勘案して決定すること(障総22条1項、障総則12条)とされてはいる。しかし、これらの勘案事項は判定基準の中に位置づけされたものではないうえに、その判断はニーズの判定機関による客観的な判定によらず、支給決定機関による広い裁量に委ねられている。この

ことはニーズの客観的判定の権限と支給決定の権限を分離するという原則的なあり方からも再検討を要するところである。

それに対したたとえばイギリス（自己管理型支援）では、生命・身体にかかるリスクのみならず、当事者の地域社会における自立とウェルビーイングに関わる就学、就労、地域生活、家族生活に係るリスクまでニーズ判定的基準のなかに含まれる法制となっている⁴²。

（2）ニーズ判定機関と当事者の参画

ニーズ判定の機関と手続きについては、現行法では、認定調査員による訪問調査・一次判定・二次判定の手続きが、専門職主体で進められる。つまり訪問調査員による面接後は、ニーズ判定は当事者不在のなかで進められることとなる。

イギリス（自己管理型支援）では、当事者主体でニーズ判定を行うこと（セルフアセスメント）、その際当事者の必要に応じて地方当局は意思決定支援を提供することとされている⁴³。カリフォルニア州の「本人中心の個人サービス計画（Person-Centered Individual Program plan, PC-IPP）」でも、アセスメントの目的は利用者の生活の目標や能力、長所、好み、目標を達成する上でのバリアなどを明らかにすることに置かれており、そのためアセスメントの手続きは利用者本人を中心として、利用者の家族、友人、アドボケイト、サービス提供者などの広い範囲の参加を求めることとされている⁴⁴。

（3）サービスの利用計画と相談支援

障害者総合支援法の実際の手続きでは、知的障害者を含め全て利用者は、細かな漢字で埋められた（それ自体が社会的障壁となりかねない）申請書に、利用を希望するサービスを予め選択して記入しなければならない。サービス利用に係る相談支援（計画相談）は単なるプランの作成に過ぎず、プラン自体は何ら権利性を有さない。この現状には、利用者を権利主体として認め、初めに本人中心に生活目標を立てること、実施機関はその生活目標を実現するために必要なサービス・支援について本人と協働して作成すること等の「本人意思の尊重」の観念が乏しいと言わざるを得ない。

サービスの利用計画については、イギリスでは、本人中心にまず生活目標（outcomes）を立てて、地方当局はその目標の達成に必要なサービスの利用計画を本人中心に策定しなければならないとされている。カリフォルニア州でも、PC-IPPの作成は協働的なプロセスとされている。協働の作成に携わるメンバーは、利用者本人、利用者が指定する代理人、親（利用者が未成年の場合）もしくは後見人（利用者が被後見人の場合）、利用者が出席を希望する支援者、実施機関であ

るリージョナルセンターのスタッフ等であって、IPPは最終的には当事者とリージョナルセンターの間の契約書として作成される⁴⁵。

(4) サービスの支給決定

障害者総合支援法では、障害支援区分の認定、支給決定等すべて市町村（実施機関）の権限として規定されている。支給決定は実施機関による一方的な行政処分である。

イギリスでは調査判定からサービス利用計画の策定と決定まで実施機関は本人中心に協働して行う義務を有するものとして規定されている⁴⁶。カリフォルニア州では、IPPはリージョナルセンターからの一方的な支給決定通知書ではなく、利用者本人ないし本人の代理人が同意し署名した契約書である。リージョナルセンターはIPPに書かれたサービスと支援を自らコーディネートし、あるいは購入して提供する責任をもち、カリフォルニア州はその費用を提供する義務を有する⁴⁷。

(5) サービスの利用方法

サービスの利用方法については、障害者総合支援法では、指定事業者・施設の代理受領方式による現物給付に基本的に限られている。

イギリス（自己管理型支援）では、個人予算・ダイレクトペイメントおよびパーソナルアシスタントの当事者による雇用という方式を基本とするとともに、この方式を少なくとも選択肢の一つとして提供しなければならないとされている。

(6) サービス等の提供に係る意思決定支援

2012年改正の障害者総合支援法の基本理念（1条の2）において、障害者本人が「どこで誰と生活するかについての選択の機会が確保」される旨が規定され、指定相談支援事業者および指定障害福祉サービス事業者等に対し、障害者等の意思決定の支援に配慮するよう努めるべき旨が規定された（42条、51条の22）。しかし、自己決定が困難な障害者に対する支援の枠組みや方法等の標準的なプロセスは定められず、「障害者の意思決定支援のあり方」の検討は改正法施行3年後の見直し事項とされてきた。ようやく社会保障審議会障害者部会の報告書「障害者総合支援法施行3年後の見直しについて」（平成27年12月）を受けて、「障害福祉サービス等の提供に係る意思決定支援ガイドライン」（厚労省社会・援護局障害保健福祉部長通知、障発0331第15号、平成29・3・31）が作成された。サービスを提供する際に行う事業者等による意思決定支援のガイドラインとして、国際標準に近づいたと評価できる反面、依然として第三者による本人意思の評価という取扱いレベルにとどまっており、本人がどのように参加したか、本人の意思

をどのように確認し誰がどのように話し合ったかを可視化することが必要ではないか、またサービス管理責任者が意思決定責任者となる場合は利益相反の可能性が生じないか等も懸念されている⁴⁸。

2 わが国への示唆

障害者総合支援法は、改正法（2012年）施行後3年の見直しの結果、一定の改善が図られた。しかし、見直しの結果を上記の国際標準と考えられる自己管理型支援と比較してみると、パーソナルアシスタンスを含む地域生活支援法への転換という本来の課題に向き合ったものと評価することはできない。

以下では「新たな社会法」としての障害法を構想するという本稿のテーマにそって、いまだ素案ながら、わが国の課題を整理して一応の結びとしよう。

上記の国際標準から導かれる示唆は、まず何よりも当事者による自律（支援付き意思決定）を尊重しつつ、他方において実施機関における公正決定の要請に留意して、少なくとも次の4つの課題に向き合うことである。

第1に、常時介護が必要な障害者に対する個別的・継続的・包括的な支援（パーソナルアシスタンス）の受給資格のニーズ判定基準は、障害当事者が地域で自立した社会生活を営むのに必要な支援のすべてのニーズを判定する基準、すなわち日常生活の基礎的な身の回りのニーズに限らず、就学上のニーズ、就労上のニーズ、家族内の役割を果たす上でのニーズ、その他地域生活関係上のニーズを含め、地域生活を営むのに必要なすべてのニーズを判定する基準として設定する必要がある。

第2に、地方自治体の実施機関は、ニーズの判定過程および支援計画の策定過程において、当事者と協働して判定・策定する義務を有することを明文化する必要がある。ここで「協働する義務」には、スコットランド法の例に見られるとおり、①当事者が望むすべての参画を保障する義務、②当事者の必要に応じ意思決定の支援を提供する義務、および③法的な拘束力を有する支援計画を協働して作成する義務が含まれる、とする必要がある。

第3に、常時介護を要する障害者等に対する支援については、自由権と社会権を総合的に保障するため、現行の重度訪問介護をパーソナルアシスタンスへ発展させること、さらにサービスの利用方法として①個人予算、②ダイレクトペイメント、③当事者によるパーソナルアシスタントの雇用等を、当事者による利用可能な選択肢の1つとして整備することである。

第4に、障害法の各分野にわたる総合的な地域生活支援法部門の一環として、代行決定型成年後見制度を支援付き意思決定制度へ転換すること、サービス提供

に係る事業者等による意思決定支援のプロセス（ガイドライン）を第三者による本人意思の客観的評価ではなく本人の意思決定支援を可視化するプロセスとして定着させること、そして意思決定の支援、サービスの利用、虐待の防止等をめぐる苦情解決、権利救済の実効性のある手段・手続きを確立することである。

上記のような中長期的な課題に向き合うとき、従来「実施機関の裁量権限」とされてきた法理を「実施機関の協働義務」の法理へ、シフトすることが求められる。換言すれば、障害者を保護の客体とする福祉サービス法制のもとで、実施機関（市町村）に付与されていた権限は、社会的障壁との相互作用による社会的不利益（従属としての障害）の法認のもとでは、権利主体としての障害者の参画（自己管理）の権利と社会的包摂の責任主体としての実施機関（市町村）の協働義務へと、転換を図らなければならないのである。このことも障害者総合支援法の改革をめぐってこれからの障害法学に期待される課題といえるであろう。

¹ 本稿は、日本障害法学会設立大会（2016年12月）における報告原稿に加筆したものである。なお同時期に開催された日本社会保障法学会70回大会（2016年10月）の求めに応じて「社会法としての社会保障法・再考—社会福祉法研究を振り返って」（学会誌・社会保障法32号（2017年）169-184頁）を報告・執筆した。両報告はテーマが関連しているため、叙述も一部重複している。ご海容をお願いしたい。

² 沼田稲次郎『市民法と社会法』（日本評論新社、1953年）。後に同『社会法理論の総括』（勁草書房、1975年）45-105頁に収録。

³ 片岡昇「社会法の展開と現代法」『岩波講座・現代法1 現代法の展開』（岩波書店、1965年）120-165頁。

⁴ 荒木誠之「社会保障の法的構造」熊本法学5号（1965年）、6号（1966年）（後に同『社会保障の法的構造』（有斐閣、1983年）に収録）、そのほか、同『社会保障法』（ミネルヴァ書房、1970年）、同『社会保障法読本』（有斐閣、1983年）、同『生活保障法理の展開』（法律文化社、1999年）等を参照。

⁵ 荒木誠之『社会保障法』（ミネルヴァ書房、1970年）74頁。ただし、荒木は「社会保障法が市民法と接触する面が全然ないわけではない」「民法と接触する側面は主として家族法の分野と不法行為法である」と見て考察を加えていることに留意すべきである。同上74頁参照。

⁶ 片岡昇「労働基本権と社会保障の権利」法社会学会編『社会保障の権利』（有斐閣、1967年）1-23頁は、社会保障法の法的人間像を「一定の階級的人間」と捉える立場から、荒木説に対し、「社会保障の権利主体の社会的ないし階級の地位を不明確ならしめ」と批判し、佐藤進もこれに「同感である」（佐藤進『社会保障の法体系 上』（勁草書房、1969年）99頁注(3)）とした。

- ⁷ 沼田稲次郎「社会法体系と人間像」（初出は民科法律部会『法の科学』2号（1974年）、後に『社会法理論の総括』（勁草書房、1975年）373-408頁に収録）376頁。
- ⁸ 沼田前掲注（7）参照。
- ⁹ なお私は、沼田説に基本的に依拠しつつ、荒木社会法論に一定の補強を加えようと試みた。河野前掲注（1）172-174頁参照。
- ¹⁰ 「障害の社会モデル」の概念をつとに解明してきたものとして、川島聡「国際人権法における障害差別禁止—障害のモデルと合理的配慮」高野真澄先生退職記念『これからの人権保障』（有信堂高文社、2007年）231-258頁、川島聡・東俊裕「障害者の権利条約の成立」長瀬修・東俊裕・川島聡編『障害者の権利条約と日本—概要と展望』（生活書院、2008年）11-34頁、東俊裕「障害に基づく差別の禁止」長瀬・東・川島編同上35-72頁等を参照。ちなみに、マイケル・オリバーによれば「障害の社会モデル」という考え方の淵源は、「隔離に反対する身体障害者連盟」（UPIAS）による定義にあるとされる。杉野昭博『障害学—理論形成と射程』（東大出版会、2007年）117頁、川島聡「障害者と国際人権法—『ディスアビリティ法学』の構築」芹田健太郎他編『講座国際人権法4 国際人権法の国際的実施』（信山社、2011年）479頁以下および同注（31）参照。
- ¹¹ 川島前掲注（10）「障害者と国際人権法—『ディスアビリティ法学』の構築」。
- ¹² 新田秀樹「日本における障害者法学の成立可能性—障害者基本法を素材とした試論」大原社会問題研究所雑誌640号（2012年）33-47頁。
- ¹³ 川島聡・菊池馨実「障害法の基本概念」菊池馨実・中川純・川島聡編著『障害法』（成文堂、2015年）1-29頁。
- ¹⁴ 池原毅和『精神障害法』（三省堂、2011年）（とくに第1章「精神障害法の意義」2-28頁）。
- ¹⁵ ちなみに、河野正輝「『障がい法』の視点からみた障害者自立支援の課題」学会誌・社会保障法25号（2010年）63-77頁、同「地域社会における生活の支援」日本社会保障法学会編『新・講座社会保障法2 地域生活を支える社会福祉』（法律文化社、2012年）9-29頁も、あるべき障害法概念について収斂の方向に沿うものである。
- ¹⁶ Samuel R Bagenstos, Subordination, Stigma, and “Disability”, Virginia Law Review, Vol.86, Number3 (April 2000), pp.397-533.
- ¹⁷ Samuel R. Bagenstos, op. cit., p.418.
- ¹⁸ 訳は川島＝長瀬仮訳（長瀬修・東俊裕・川島聡編『障害者の権利条約と日本—概要と展望』（生活書院、2008年）211頁）による。
- ¹⁹ センによれば、個人的・社会的特性が人によって大きく異なっているということは、資源や基本財から成果への変換についても大きな個人間の差異が存在することを意味する。アマルティア・セン（池本幸生・野上裕生・佐藤仁訳『不平等の再検討—潜在能力と自由』（岩波書店、1999年）54頁参照。障害者の権利条約3条（c）にいう「人間の多様性」もこのような意味での「人間の多様性」の意義を含むものと解されよう。
- ²⁰ なお、従属的な階層としての障害者像という捉え方は、単に障害法理論の総論に位置するだけでなく、実定法上の障害者の定義を解釈する際にも活かされるべきことは言うまでもない。
- ²¹ Samuel R. Bagenstos, op. cit., p.418.

- ²² 障がい者制度改革推進会議総合福祉部会『障害者総合福祉法の骨格に関する総合福祉部会の提言—新法の制定を目指して』(2011年8月)12-13頁。
- ²³ 長谷川聡・長谷川珠子「障害と差別禁止法」(菊池・中川・川島編前掲注(13)第6章)118-139頁参照。
- ²⁴ ちなみに、障害者が合理的配慮の請求権を有するか否かは、英、仏、独においても必ずしも明らかでない。長谷川珠子「合理的配慮提供義務」永野仁美・長谷川珠子・富永晃一編『詳説障害者雇用促進法』(弘文堂、2016年)207-229頁参照(とくに213-214頁および212頁注(5))。
- ²⁵ なお、従来から存在する合理的配慮類似の措置については、長谷川前掲注(24)215-216頁参照。
- ²⁶ たとえば、Samuel R. Bagenstos, The Future of Disability Law, The Yale Law Journal, vol.114, no.1, 2004, 83頁参照。
- ²⁷ 星加良司・川島聡「合理的配慮と経済合理性」川島聡・飯野由里子・西倉実季・星加良司『合理的配慮』(有斐閣、2016年)114頁。
- ²⁸ 川島聡・星加良司、前掲注(27)113-114頁参照。
- ²⁹ 清水恵介「障害者権利条約と民法理論」成年後見法研究14号(2017年)41頁。
- ³⁰ 障害者権利委員会「一般的意見第1号(2014年)第12条:法律の前における平等な承認」(2014年4月11日採択、2014年5月19日版)7項参照。訳は公益財団法人日本障害者リハビリテーション協会の「障害保健福祉研究情報システム」(http://www.dinf.ne.jp/doc/japanese/rights/rightafter/crpd_gc1_2014_article12_0519.html, accessed 5 May 2017)による。
- ³¹ 障害者権利委員会「一般的意見第1号」(前掲注(30))28項-30項参照。ただし上記の「一般的意見」に対しては、条約12条の本来の射程は最後の手段としての代理・代行決定の可能性を排除するものではないとする代行決定許容説、あるいは国連の特別委員会での審議過程を含めた12条成立の沿革からみても同12条の射程は代行決定許容説の立場から理解することが正当であるとする有力な学説が存在する。上山泰「現行成年後見制度と障がいのある人の権利に関する条約12条の整合性」菅富美枝編『成年後見制度の新たなグランド・デザイン』(法政大学出版局、2013年)39-116頁、川島聡「障害者権利条約12条解釈に関する一考察」実践成年後見51号(2014年)71-77頁参照。
- ³² 最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況—平成28年1月～12月」(平成29年3月)。
- ³³ 小澤温・大石剛一郎・川崎市障がい者相談支援専門員協会編『障がいのある人の意思決定支援—地域生活を支える成年後見活動』(現代人文社、2017年)138頁以下(大石剛一郎筆)、日本弁護士連合会「総合的な意思決定支援に関する制度整備を求める宣言」(https://www.nichibenren.or.jp/activity/document/civil_liberties/year/2015/2015_1.html, accessed 5 May 2017)
- ³⁴ 日本弁護士連合会「総合的な意思決定支援に関する制度整備を求める宣言」(前掲注(33))参照。

- ³⁵ 同法は、成年後見制度の本来の理念（成年被後見人の個人の尊厳を重んじ、それにふさわしい生活を保障し、意思決定の支援を適切に実施し、財産の管理だけでなく身上の保護を適切に実施すること。同法 3 条 1 項）をふまえた利用促進を図ることを目的として、利用促進施策推進のための基本方針（①保佐・補助の利用促進、②いわゆる「欠格条項」等の見直し、③医療行為についての同意権を成年後見人に与える方向の検討、④本人死亡後の成年後見人の事務範囲に関する見直し、⑤任意後見制度の活用等。同法 11 条）、および基本計画の策定（同法 12 条）、そのための成年後見制度利用促進会議（同法 13 条・14 条）・成年後見制度利用促進委員会の設置（同法 15 条以下）等について、定めるものである。
- ³⁶ たとえば、清水前掲注 (29)、新井誠「補助類型一元化への途」実践成年後見 50 号（2014 年）62 頁以下、上山泰・菅富美枝「成年後見制度の理念的検討—イギリス・ドイツとの比較を踏まえて」菅前掲注 (31)3-38 頁、柴田洋弥「成年後見制度と支援付き意思決定」成年後見法研究 13 号（2016 年）107-125 頁、日本弁護士会連合会前掲注 (33) 等を参照。
- ³⁷ 厚労省社会・救護局障害保健福祉部長通知、障発 0331 第 15 号、平成 29・3・31「障害福祉サービス等の提供に係る意思決定支援ガイドライン」
- ³⁸ ちなみに、自由権と社会権の総合的保障の必要性をつとに指摘してきたのは、関川芳孝「JDA の立法構想をめぐって」河野正輝・関川芳孝編『講座 障害をもつ人の人権 ①権利保障のシステム』（有斐閣、2002 年）329-346 頁。
- ³⁹ 自己管理型支援の形成へ向けた改革が課題であることは、障害者の権利条約において新しい概念として「自立生活」が導入された経緯や、障害者の参加を義務付ける規定（4 条 3 項、33 条 3 項、34 条 3・4 項、35 条 4 項）が明文化されたこと等にも示唆されているといえるであろう。川島前掲注 (10)「障害者と国際人権法—『デイスアビリティ法学』の構築」参照。
- ⁴⁰ 詳しくは、河野正輝「障害者の自己決定権と給付決定の公正性—イギリスにおける自己管理型支援の法的試み」障害学研究 9 号（2013 年）96-129 頁参照。
- ⁴¹ 詳しくは、岡部耕典「ポスト障害者自立支援法のパーソナルアシスタンス—カリフォルニア州のサポートドリビング・サービスを手がかりとして」岡部耕典編『パーソナルアシスタンス—障害者権利条約時代の新・支援システムへ』（生活書院、2017 年）269-302 頁参照。
- ⁴² ちなみにイギリスの新しい立法（The Care Act 2014）では、地方当局の義務として「ウェルビーイングを増進させる義務」（同法 1 条）が明文化された。ただし当面は理念規定にとどまるとの解釈がある。Cf., Luke Clements, The Care Act 2014 overview, www.lukeclements.com, accessed 17 July 2017.
- ⁴³ 自己管理型支援を実現するための国家戦略に基づいて、いち早く自己管理型支援を定める法を 2012 年に議会に上程し、2013 年 1 月に成立させたスコットランドでは、①アセスメントの過程において当事者は本人が望むすべての参画の権利を有すること、②地方当局はニーズのアセスメントに関して当事者と協働する義務を負うこと、を明文化している。河野前掲注 (40)112 頁参照。
- ⁴⁴ 岡部前掲注 (41)281 頁参照。
- ⁴⁵ 同上 279-280 頁参照。
- ⁴⁶ スコットランド法は、自己管理型支援の原則として 3 つの権利を明文化している。すなわち、

①支援・サービスの給付に関して、当事者は本人が望むすべての参画の権利を有すること、
②自己管理型支援の利用方法を選択する際に、意見を表明する権利を有すること、および理解して選択することを可能とするために合理的に必要とされる援助をうける権利を有すること、および③地方当局は支援・サービスの給付に関して当事者と協働する義務を負うこと、である。河野前掲注(40)114頁参照。

⁴⁷ 岡部前掲注(41)278-279頁参照。

⁴⁸ ちなみに 岡部前掲注(41)は、現行の「重度訪問介護」を介護・家事援助・移動支援のみならず、これらと一体化した意思決定支援と金銭管理・利用の支援を提供するサービスへ改革することにより、カリフォルニア州のSLS (Supported living services) に近いパーソナルアシスタンス制度を創設することを提言している (岡部前掲注(41)294-296頁参照)。つまり重度訪問介護を意思決定支援や成年後見制度のオルタナティブとして構想するものである。興味深い提言であるが、常時介護をおこなうパーソナルアシスタントが金銭管理まで行うことによる権利侵害の可能性等、なお検討を要する課題が残されていると思われる。