

特集 1

# 障害差別禁止の法理



# 障害差別禁止の法理 — 憲法学の側から

尾形 健（同志社大学）

はじめに

I 平等原則に関する憲法法理

II 若干の検討

むすびにかえて

## はじめに

本稿に与えられた課題は、障害差別禁止法理を、憲法論の観点から検討することにある。障害差別禁止法理を憲法論ないし規範論的にどう位置づけるかについては、すでに包括的かつ重要な研究が多く蓄積されており<sup>1</sup>、本稿がそれらに付け加えるものは何もないというべきなのだが、ここでは、一憲法研究者としての限られた立ち位置から、平等原則に関する憲法法理の現況について、比較法的視点をふまえつつ確認した上で（I）、障害差別禁止法理がそこにどのように位置付けられるかについて、若干の考察をしておきたい（II）。このようなスタンスをとるのは、いまだわが国法学界・実務にとって十分共有されているとまではいいがたいと思われる障害差別禁止法理について、まずは既存の内外の平等原則法理における在処をさぐる作業を契機として、障害差別禁止法理研究の端緒としたいことによる。なお、ここで「障害差別禁止法理」とは、(1) 障害を理由とする差別（直接差別）、(2) 表面的には障害を理由とする差別ではないが、その効果において障害に対して差別的効果をもたらす行為等（間接差別）、(3) 合理的配慮の不提供が法規範として禁止される要請をさすものとして用いる<sup>2</sup>。

## I 平等原則に関する憲法法理

まず、わが国憲法論における平等原則理解に大きな影響を与えた、アメリカ合衆国連邦最高裁の判例法理を概観しておきたい。

### I アメリカ合衆国における平等原則

#### (1) 総説

アメリカ合衆国憲法は、「いかなる州も、その管轄権にある者に対し、法の平等な保護（equal protection of the laws）を否定してはならない」、と定める（合衆国憲法修正第 14 条第 1 節。修正第 5 条の適正手続条項も参照）。南北戦争後に採

択された修正第14条は、奴隷制廃止を宣言する修正第13条および選挙権に関する差別を禁止する修正15条とともに、解放奴隷の自由を確保することを主たる目的としたものであったが、20世紀に入り、この条項は、州による差別的行為に対する憲法的統制の根拠として、その存在感を増していくことになる<sup>3</sup>。

連邦最高裁は、20世紀の初頭に社会経済規制立法を次々と違憲としたが<sup>4</sup>、それに対する政治的反発等もあり、最高裁は姿勢を変え、社会経済規制領域について、立法府の判断に敬讓する姿勢を示すことになる<sup>5</sup>。それまで連邦最高裁は、今日知られる段階的な違憲審査基準を用いることは少なかったが、ここにおいて、厳格な司法審査が妥当すべき場合と、緩やかな司法審査による場合とを区別する必要性に迫られた。その方向性を示したのが、キャロリーヌ・プロダクツ判決の脚注4であり、そこでは、①憲法上明文で禁止される事項に関する立法、②政治過程を制限ないし歪める立法、③特定の宗教的・民族的・人種的少数派等に対する規制立法について、厳格な司法審査が妥当しうる余地が示された<sup>6</sup>。

## (2) 平等保護条項解釈の展開

### ① 違憲審査基準の形成

20世紀以降、連邦最高裁は、キャロリーヌ判決で示された方向性に沿う形で、平等保護条項の解釈を展開していくことになる。

まず、人種に基づく区別は直ちに疑わしい区別 (suspect classification) とされ、最も厳格な審査に服すべきこととされた<sup>7</sup>。今日、人種に基づく区別については、積極的差別解消措置についても厳格審査が妥当するものとされる<sup>8</sup>。また、憲法上重要な権利 (基本的権利 [fundamental rights]) とされる自由に関する区別や、不快な差別 (invidious discrimination) についても、厳格審査が妥当するものとされた<sup>9</sup>。

一方、経済的規制については、立法府の判断を広く尊重する姿勢が示され<sup>10</sup>、福祉給付の水準や教育に関する事案でも、いわゆる合理性審査のもと、立法府に敬讓する司法審査がなされた<sup>11</sup>。こうして、人種や基本的権利、そして疑わしい区別等に関する事案は厳格な審査が妥当する一方、それ以外の領域では、合理性審査のもと緩やかな司法審査がなされるという、いわば二段階的な審査のあり方が形成されてきた。しかし、1960年代から70年代にかけて、合理性審査を用いながらも踏み込んだ審査を行う例がみられるようになり<sup>12</sup>、中間審査基準とされるものが展開されるようになった。性差別の領域では、重要な目的達成のために当該区別が実質的に関連しているかを問う審査基準が確立し、今日に至っている<sup>13</sup>。

こうして、平等保護条項については、さしあたり三段階の審査基準が今日形成されているといえる。すなわち、当該区別が、①極めて重要な政府利益 (compelling governmental interests) を促進する上で密接に適合する (narrowly tailored) 場合にのみ合憲とされる厳格審査 (strict scrutiny)、②重要な (important) 政府目的達成のために実質的に関連 (substantially related) している場合に合憲とされる中間的審査 (intermediate scrutiny)、③正当な (legitimate) 政府目的達成のために合理的に関連していれば合憲とされる合理性審査 (rational basis review)、である。

## ②平等保護の多面的展開

もっとも、以上のような三段階の審査基準が、必ずしも定型的に用いられているわけではないことに、注意が必要である。すなわち、平等保護が問題となる場面は、上記で示した典型的な区別事由に限られるわけではなく、事案の性質や問題となる権利・自由等に応じて多様に検討することが求められる。アメリカ連邦最高裁の違憲審査基準については、わが国でも、それがあまりに形式的すぎる点に批判があり、それはある程度までは妥当する面もあるが、しかし、彼の地の議論も、問題となる権利・自由の性質ないし意義や、その時々 of 社会的状況等をふまえ、漸進的・段階的に発展してきた結果として形作られたものであり、事案によって可変性がありうることも、看過すべきではないであろう。

例えば、合理性審査は、基本的に政治部門の判断を尊重するが、しかしこの審査基準のもとでも、比較的厳密に審査を行った例がある。City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc., 473 U. S. 432 (1985) は、精神障害者のグループ・ホームのための施設使用につき市が特別許可を要求し、それを不許可としたことの合憲性が争われたものであるが、連邦最高裁は、精神障害に対する区別が疑わしい区別に準じたものとする（したがって厳格度の高い審査に服すべきこと）とはしなかったものの、当該特別許可は精神障害者に対する「不合理な偏見 (irrational prejudice)」に依拠するものであるとして違憲としている<sup>14</sup>。また、聴覚言語障害等により訴訟能力を欠く被告人が施設収容されることにつき、格別審査基準に言及せず、平等保護条項に反するとしたものがある<sup>15</sup>。

なお、本稿が対象とする障害差別禁止法理との関係では、間接差別が平等保護条項上どのように位置付けられるかも問題となろう。この点で、連邦最高裁は、1964年公民権法第7編 (Title VII of Civil Rights Act of 1964) のもとで、採用等の条件に一定の学歴や筆記試験を課すとした事業者の行為について、そこに差別的意図がなくとも、その措置が業務上関連しない場合には違法な差別となると

判示した<sup>16</sup>。しかし、合衆国憲法との関係では、差別的意図がないにもかかわらず、単に当該措置に差別的効果があるのみでは違憲ということはできないとし<sup>17</sup>、表面上中立的な規制が特定の集団に不利益な効果をもたらすとして違憲となりうるかについて、①その区別が実際に（差別事由に基づいていないという意味で）中立的であるか否か、②中立的であるとした場合、そこに差別的意図があったか、といった観点から審査することを明らかにしている<sup>18</sup>。

## 2 日本における平等原則

次に、わが国最高裁判例における平等原則の展開について、概観しておきたい<sup>19</sup>。

### (1) 総説

最高裁判例によれば、憲法14条1項は、「国民に対し法の下での平等を保障した規定であつて、同項後段列挙の事項は例示的なものであること、およびこの平等の要請は、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでない限り、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨」のものとされている<sup>20</sup>。ここに示される、立法における区別について「合理的な根拠」の存否を判断する枠組みは、これまで一貫して用いられてきた<sup>21</sup>。

「事柄の性質に即応した合理的な根拠」の有無については、立法府に合理的な裁量判断が認められることを前提に、事案に応じた判断枠組みの下でその合理性を判断するものとされており、基本的には、立法目的と、立法目的達成のために用いられた当該区別（手段）の合理性を具体的に検討するとされる<sup>22</sup>。そして、審査において考えるべき要素として、①区別を生じさせている事柄の性質（何を区別の事由としているか）、②区別の対象となる権利利益の性質とその重要性を総合的に考慮して、審査の厳格度をこれらの具体的事情に応じたものとする態度をとっているといわれる<sup>23</sup>。

### (2) 平等原則法理の展開

近年の判例に即していえば、平等原則法理について、いくつか注目すべき動きがみられる。

#### ①審査の厳格度を高めた例

一般に、審査の厳格度を高める要因として、権利の性質が大きなウエイトを占めると考えられる。再婚禁止期間違憲訴訟（最大判平27・12・16）は、「婚姻をするについての自由」が憲法24条1項の趣旨に照らし十分尊重に値するものとして、立法目的達成手段それ自体が実質的に不相当でないかどうかをさらに検討するという、より慎重な審査姿勢を示している（同判決の千葉勝美裁判官補足意見参照）。また、最近の例では、権利の性質ないし重要性と、区別の理由そのもの

ないしその背景に着目して、より慎重な審査を行うものがみられる<sup>24</sup>。国籍法違憲訴訟（最大判平 20・6・4）は、国籍要件のあり方は立法裁量に委ねられるとしつつ（憲法 10 条参照）、国籍が重要な法的地位であることと並んで、本件区別（準正子とそうでない子との間の区別）につき、「子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない」事柄であるとして、区別の合理性について「慎重に検討することが必要である」、とした。また、平成 25 年婚外子相続分差別規定違憲訴訟（最大決平 25・9・4）でも、国籍法違憲訴訟判決とまったく同型ではなかったものの、内外の動向において家族における「個人の尊重」を重視する意識が明確となったことに加え、婚外子たる地位につき、「自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許され」ない、という考えが確立されている、とした。ここには、権利の重要性のみならず、当該区別の理由がもつ社会的意味をふまえ、審査の厳格度を高めようとする姿勢がうかがえるように思われる。

## ②立法事実の変容と平等原則

また、近時の最高裁判例で注目すべきもう一つの点は、当該立法の合理性を支える社会的・経済的な一般的事実である立法事実が、時代とともに変容することに着目し、これを憲法判断の決め手とする例がみられることである<sup>25</sup>。「社会の急激な変化」等の事情の変化が立法府の政策的考慮要素であるとしながら、憲法が保障する権利に照らし合理性を肯定しえない程度に不平等状態に至った場合には違憲となりうるという考え方は、かねてより示されていたが<sup>26</sup>、国籍法違憲訴訟や平成 25 年婚外子相続分差別規定違憲訴訟、そして再婚禁止期間違憲訴訟において、この手法が用いられている。この手法については、立法府との軋轢を避けつつその早期の対応を促しうる点で、一定の評価がある<sup>27</sup>。

## 3 小括

以上、日米の平等原則に関する判例法理を概観したが、いずれも、それぞれ固有の判例展開を経て形成されたものであって、単純な比較等はもとより困難である。しかしながら、「当該区別の理由を考慮要素として立法裁量の範囲の広狭を検討し、違憲審査の厳格さに反映させるという思考方法については、〔日米の判例法理の間で〕共通した観点が見られることも指摘できる」、とも指摘されている<sup>28</sup>。

## II 若干の検討

これらをふまえた上で、障害差別禁止法理が以上の文脈でどのように位置付けうるか、簡単に検討しておきたい。

## 1 直接差別と憲法14条1項

障害差別禁止法理とされるもののうち、(1) 障害を理由とする差別（直接差別）についていえば、比較憲法的にみると、障害を差別禁止事由として憲法典の明文で列挙する例があるが<sup>29</sup>、日本国憲法はこの点で直接言及はない。しかし、憲法14条1項の前提に、「『人を人として』取り扱わない差別の禁止」が当然含まれるとすれば<sup>30</sup>、法の目的とは無関係に、あるいはステレオタイプの認識に基づくと考えられる障害を事由とした区別について、憲法14条1項が厳しい態度で臨むことは、十分ありうることであろう<sup>31</sup>。わが国憲法判例は、必ずしもこのような観点から踏み込んだ審査をみせた例はないが、憲法14条1項解釈について、「人格の価値がすべての人間について平等である」と宣明したことがあり<sup>32</sup>、この方向性は、学説でも一定の支持がある<sup>33</sup>。アメリカ障害学において、差別禁止アプローチと合理的配慮アプローチとは、いずれも特定の集団が従属的地位に置かれること（subordination）への懸念と、社会的スティグマの除去という点で共通する面があることが指摘されるが<sup>34</sup>、「『人を人として』取り扱わない差別の禁止」という平等原則の要請は、国法がある特定集団を従属的地位におくかのような区別を原則として許さないものと解される。障害差別禁止法理の第一は、こうした観点から基礎づけることが求められることを、まずは確認しておきたい。

## 2 間接差別と憲法14条1項

一方、(2) 間接差別についてはどのように位置付けられるであろうか。夫婦同氏制違憲訴訟においては、夫婦が婚姻の際に定めるところに従い夫または妻の氏を称すると定める民法750条について、同条のもとでは圧倒的多数の夫婦において夫の氏を選択する性差別が発生しているとして憲法14条1項に反するかどうかで争われた。最高裁は、同条のもとで男女間に形式的な不平等が存在しているわけではないとして、その主張を斥けた<sup>35</sup>。

この判旨を前提にすると、アメリカ連邦最高裁同様、わが国最高裁も、憲法上の平等原則は差別的効果を直接統制するものではないと捉えているようである。ただ、注意されるのは、日米いずれの法理にあっても、間接差別それ自体が、およそ平等原則の射程外に放逐されたわけではない、という点である。すでにみたように、合衆国最高裁は、差別的効果が憲法上問題となりうるか否かについて、①当該区別が実際に中立的であるか、②そうだとした場合、差別的意図に基づくものでないか、という審査基準を示している。また、わが国最高裁も、上記の夫婦同氏制違憲訴訟において、「夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めることが認められるとしても、それが、本規定のあり方自体から生じた結果であるということ



はできない」、としているが、これは、間接差別法理等を念頭に置きつつ、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ものとされ、この点で、間接差別も一応の射程においているとされる<sup>36</sup>。

もつとも、障害差別禁止法理を憲法論的に基礎づけようとするならば、以上の手法では不十分であろう。方向性としては、まず、差別的効果をより実質的に捉え、法令上の差別に引きつけて検討するアプローチがありうる。アメリカ連邦最高裁のマーシャル（Thurgood Marshall）裁判官は、行為者の主観的意図の立証の困難性を認識しつつ、表面上中立的な区別であっても、「差別的効果の程度、不可避性及び予見可能性、ならびに合理的に取りうる代替手段の有無」といった客観的諸要素から、より実質的に差別的意図の有無を推論する方向を示している<sup>37</sup>。問題となる憲法上の権利ないし法的利益の重要性にも左右される可能性はあるが、こうしたアプローチが憲法論としてはありうることに、注視しておきたい。第二に、わが国最高裁判例が用いるように、時の経過に伴う立法事実の変容を認定する過程において、差別的効果を含めるアプローチがありうる。夫婦同氏制違憲訴訟で意見を執筆した岡部喜代子裁判官は、その個別意見で、憲法 24 条との関係ではあるが、夫婦同氏制が立法当初には合理性があったものとしつつ、女性の社会進出等により婚姻前の氏使用の必要性・合理性が増していること、そして、圧倒的多数の夫婦で夫の氏が選択される状況は、意思決定過程に「現実の不平等と力関係」が作用していることなどを重くみて、社会の変化とともに合理性が徐々に揺らぎ、少なくとも現時点において、憲法 24 条に反するとした。

以上の二つの手法は、相互に排他的ではないであろうが（マーシャル裁判官の方向性を時間軸的に発展させたのが岡部意見とみることも可能である）、こうした点を踏まえつつ、憲法法理としての間接差別規制をより深化させることが求められる。

### 3 合理的配慮と憲法 14 条 1 項

最後に、(3) 合理的配慮の要請をどのように位置づけるかという問題がある。下級審裁判例では、周知のように、阪神バス事件が、「身体障害者に対し適切な配慮を行うことは、厚生労働省の障害者雇用対策基本方針においても求められており、障害者に対し、必要な勤務配慮を合理的理由なく行わないことは、法の下での平等（憲法 14 条）の趣旨に反するものとして公序良俗（民法 90 条）ないし信義則（同法 1 条 2 項）に反する場合があります」としていた<sup>38</sup>。近時の学説では、合理的配慮を憲法 14 条 1 項の要請に含みうるものと解する立場が有力に説かれている。例えば、植木淳会員は、障害に起因する社会的不利益は、国・公共団体の作為によ

って社会的に形成されるものであって、合理的配慮を、「国・公共団体の提供する権利・利益などに関して、『障害』を理由とする『差別』を受けないための措置を要求するものとして理解される」として、間接差別法理と相互補完的なものとして憲法14条1項の要請に含めて解される<sup>39</sup>。

アメリカの学説でも、すでにふれたように、伝統的な差別禁止アプローチと合理的配慮とは、従属的地位と社会的スティグマへの懸念という点で共通の面があることが指摘されている。連邦最高裁は、障害を持つアメリカ人に関する法律(Americans with Disabilities Act:ADA)第2編(公的サービス提供における差別禁止)をめぐる事案で、精神障害を持つ者について、一定の状況下では施設入所ではなく地域での生活居住を認めることが求められるとした。連邦最高裁は、その判断の論拠として、第一に、地域での生活が可能でその便益を享受する能力のある障害者を施設入所としておくことは、その者が、「共同体の生活に参画する能力に欠け、かつその価値もない」者という、正当化されざる想定を固定化してしまうこと、第二に、施設入所にしておくことは、家族関係・社会的接触・職の選択等、日々の生活の力を著しく減じてしまうことを挙げている<sup>40</sup>。これらは、特定の社会集団に対するスティグマの除去と、不利益を被った集団にとっての平等な機会の確保の要請という、従来型の差別禁止アプローチを正当化することと同じ論拠で合理的配慮の要請を正当化したものと評されている<sup>41</sup>。

従来型の平等原則と合理的配慮の要請の関係性をめぐる議論について、筆者には包括的に参加する能力は残念ながらないのであるが、少なくとも、両者は、その論拠ないし目的において共通する部分があることは、確認しておいてよいであろう。そのうえで、以上に検討した日米の判例法理を前提として考えてみると、第一に、合理的配慮を論ずる場合には、「社会構造が障害者を排除する構造を含むか否か」<sup>42</sup>が重視されるものと思われる。この点への配慮を平等原則法理としてどう受け止めるかが、まずは問題となる。わが国最高裁判例法理との関係でいえば、近時の判例が、権利の性質・重要性のみならず、区別の理由そのものないしその背景に着目して審査の厳格度を高めていたことを想起しておきたい。すなわち、国籍法違憲訴訟・平成25年婚外子相続分差別規定違憲訴訟がそうであったように、権利主体の能力を超えた事由がその区別の背景にある点を重視するアプローチである。第二に、わが国憲法論も、合理的配慮に近い論理を知らないわけではない、という点も、留意しておいてよいであろう。合理的配慮の淵源が信教の自由と国法義務の調整にあったとされるように<sup>43</sup>、個別の実体的権利との関係ではあるが、この点での議論の蓄積はわが国にも存在する<sup>44</sup>。これらをふまえると、

障害差別をめぐる社会構造に注視しつつ合理的配慮にむけた平等法理を構築することは、現在の判例法理に照らしても、その下地はあるといえるであろう。

しかし第三に、合理的配慮それ自体が、「個々の場面における障害者個人の具体的なニーズに応じて、過重負担なく、社会的障壁を除去すること」を意味し、その内容として、障害当事者の意向の尊重、本来業務に付随すること、機会平等の確保、本質変更の不可能性、といったものを含むとすると<sup>45</sup>、こうした具体的考慮事項が憲法14条1項から直接導出しうるかは、さらに検討の必要があるかもしれない（合理的配慮が憲法上の要請であるとする、以上の考慮事項は、憲法的な必要的考慮事項と考えられるが、それをどのように基礎づけるかの問題がある）。本稿は、その可能性の追究は非常に価値があると考えますが、現時点でそれを論ずる余裕はない。やや消極的な印象を与えるかもしれないが、ここではさしあたり、合衆国憲法の平等保護の要請をふまえつつADAによる立法化がなされていったという<sup>46</sup>、アメリカ的法制の行き方に依拠しておきたい。すなわち、直接差別を除く障害差別禁止法理がただちに憲法上の要請とは解されないとしても、立法府が憲法上の平等原則をより踏み込んで具体化した場合、裁判所はその趣旨をふまえ、より厳しい姿勢で当該行為を審査することは十分可能であるように思われる<sup>47</sup>。障害者権利条約を背景に、障害者基本法4条2項、障害者差別解消法7条2項・8条2項、障害者雇用促進法36条の2等、国会が合理的配慮の要請を立法化した現在、これら立法府の動きは、憲法14条1項の趣旨をより具体化したものと解すべきであって<sup>48</sup>、裁判所には今後、これらの法令をふまえた障害差別禁止法理の構築が求められる。ここにおいて、障害をめぐる平等について、政治部門と司法府による実践との「協働」的営為が重要となるように思われる<sup>49</sup>。

### むすびにかえて

以上、障害差別禁止法理について、一憲法研究者の観点から考察してきた。すでにこの領域について多くの優れた研究業績がある中、本稿が試みたのは、日米の平等法理をめぐる概観と、それをふまえた障害差別禁止法理の位置付けにとどまり、極めて限定的な考察であることは率直に認めなければならない。ただし、「裁判所は、社会的真空のなかにあつて活動しているわけではない。道徳哲学者はある種の不平等が絶対的に悪と論ずるかもしれないが、歴史が明らかにするところによれば、憲法上の平等原理は、自由、財産、適正手続といった憲法的諸原理同様、時を経て展開していくものである」<sup>50</sup>。この点で、比較的新しい論点と思われる障害差別禁止法理を、法理それ自体の純然たる理論的検討ではなく、現在の社会状

況等を反映した既存の判例法理を前提として考察することにも、一定の意味があるかもしれない、というのが、本稿のささやかな企図であった。さらなる検討は、他日を期したい。

- 
- <sup>1</sup> 中川純「障害者差別禁止法におけるコストと合理的配慮の規範的根拠」季刊労働法 235号(2011年) 4頁、同「障害者福祉と差別禁止アプローチの規範論的検討」社会保障法 30号(2015年) 56頁、青柳幸一「障害をもつ人の憲法上の権利と『合理的配慮』」筑波ロー・ジャーナル 4号(2008年) 55頁(同『憲法学のアポリア』〔尚学社、2014年〕303頁所収)、植木淳『障害のある人の権利と法』(日本評論社、2011年)、川島聡＝飯野由里子＝星倉実季＝星加良司『合理的配慮』(有斐閣、2016年)第1部、杉山有沙『障害差別禁止の法理』(成文堂、2016年)、同「生存権対象者と無力化された『強い個人』」帝京法学 31巻1・2合併号(2018年) 143頁など参照。
- <sup>2</sup> 植木・前掲注(1)3頁、152頁、173頁、杉山・前掲注(1)『障害差別禁止法理』420-248頁。
- <sup>3</sup> *See generally* PAUL BREST ET. AL., PROCESSES OF CONSTITUTIONAL DECISIONMAKING: CASES AND MATERIALS 372 (6<sup>th</sup> ed. 2015); Richard H. Fallon, Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. LEV. 1267, 1275-1278 (2007).
- <sup>4</sup> *See e.g.*, *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905); *Coppage v. Kansas*, 236 U. S. 1 (1915); *Adair v. United States*, 208 U. S. 161 (1908).
- <sup>5</sup> *See e.g.*, *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U. S. 379 (1937).
- <sup>6</sup> *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U. S. 144, 152-153 n. 4 (1938).
- <sup>7</sup> *Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214 (1944); *Loving v. Virginia*, 338 U. S. 1 (1967). *See also* *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U. S. 483 (1954).
- <sup>8</sup> *See* *Grutter v. Bollinger*, 539 U. S. 306 (2003).
- <sup>9</sup> *See e.g.*, *Skinner v. Oklahoma*, 316 U. S. 535 (1942); *Shapiro v. Thompson*, 394 U. S. 618 (1969). *See also* *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. \_ (2015); 135 S. Ct. 2584 (2015).
- <sup>10</sup> *See* *Railway Express Agency v. New York*, 336 U. S. 106 (1949); *Williamson v. Lee Optical Co.*, 348 U. S. 483 (1955).
- <sup>11</sup> *Dandridge v. Williams*, 397 U. S. 471 (1970); *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U. S. 1 (1973).
- <sup>12</sup> *See e. g.*, *Reed v. Reed*, 404 U. S. 71 (1971). *See generally* Gerald Gunther, *The Supreme Court, 1971 Term- Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1 (1972).
- <sup>13</sup> *See* *Craig v. Boren*, 429 U. S. 190 (1976); *United States v. Virginia*, 518 U. S. 515 (1996); *Sessions v. Morales-Santana*, 582 U. S. \_ (2017) ; 137 S. Ct. 1678 (2017).
- <sup>14</sup> 同じく合理性審査によりつつ、同性愛者に対する偏見があることを問題視した例として、*See* *Romer v. Evans*, 517 U. S. 620 (1996).

- <sup>15</sup> Jackson v. Indiana, 406 U. S. 715 (1972).
- <sup>16</sup> Griggs v. Duke Power Co., 401 U. S. 424 (1971).
- <sup>17</sup> Washington v. Davis, 426 U. S. 229 (1976).
- <sup>18</sup> 性差別につき、*See* Personnel Administrator of Mass. v. Feeney, 442 U. S. 256 (1979).
- <sup>19</sup> わが国の平等原則をめぐる判例法理の展開等を詳細に検討する最近のものとして、渡辺康行「平等原則のドグマティック」立教法学 82 号（2011 年）1 頁、宮川光治「平等原則」判例時報 2344 号臨時増刊『法曹実務にとっての近代立憲主義』（判例時報社、2017 年）所収 159 頁など参照。
- <sup>20</sup> 最大判昭 48・4・4 刑集 27 巻 3 号 265 頁（尊属殺重罰規定違憲判決）。
- <sup>21</sup> 最大判昭 39・5・27 民集 18 巻 4 号 676 頁（待命処分事件）、最大判昭 60・3・27 民集 39 巻 2 号 247 頁（サラリーマン税金訴訟）、最大決平 7・7・5 民集 49 巻 7 号 1789 頁（平成 7 年婚外子相続分差別規定違憲訴訟）、最大判平 20・6・4 民集 62 巻 2 号 1367 頁（国籍法違憲訴訟）、最大決平 25・9・4 民集 67 巻 6 号 1320 頁（平成 25 年婚外子相続分差別規定違憲訴訟）、最三判平 27・3・10 民集 69 巻 2 号 265 頁（国籍法 12 条合憲判決）、最大判平 27・12・16 民集 69 巻 8 号 2427 頁（再婚禁止期間違憲訴訟）等参照。
- <sup>22</sup> ただし、このような「二段構え」の審査を常に行っているわけではなく、判断対象が処分であったり立法不作為であったりする場合等、事案の性質等に応じて異なっている。渡辺・前掲注(19)26・49 頁、渡辺康行ほか『憲法 I』（日本評論社、2016 年）142-146 頁（渡辺執筆）参照。
- <sup>23</sup> 加本牧子「最高裁判所判例解説」法曹時報 69 巻 5 号（2017 年）208 頁、227-228 頁。
- <sup>24</sup> 渡辺・前掲注(19)26-27 頁、49-50 頁。
- <sup>25</sup> この判断手法の問題点等については、櫻井智章「事情の変更による違憲判断について」甲南法学 51 巻 4 号（2011 年）164 頁参照。
- <sup>26</sup> 最大判昭 51・4・14 民集 30 巻 3 号 223 頁（衆議院議員定数不均衡訴訟昭和 51 年判決）。
- <sup>27</sup> 泉徳治＝渡辺康行＝山元一＝新村とわ『一步前へ出る司法』（日本評論社、2017 年）200-201 頁（泉徳治発言）。
- <sup>28</sup> 加本・前掲注(23)230 頁（〔 〕内は筆者補足）。
- <sup>29</sup> 例としては、カナダ 1982 年憲法法律 15 条、ドイツ連邦共和国基本法 3 条 3 項などがある。
- <sup>30</sup> 棟居快行『人権論の新構成』（信山社、1992 年）132 頁。
- <sup>31</sup> 杉山・前掲注(1)『障害差別禁止の法理』251 頁、高井裕之「ハンディキャップによる差別からの自由」岩波講座現代の法 14『自己決定権と法』（岩波書店、1998 年）所収 203 頁、220 頁。
- <sup>32</sup> 最大判昭 25・10・11 刑集 4 巻 10 号 2037 頁（尊属傷害致死事件）。
- <sup>33</sup> 平等の人権価値としての自尊につき、安西文雄「法の下での平等について（4・完）」国家学会雑誌 112 巻 3・4 号（1999 年）69 頁、104-105 頁、井上典之「憲法による平等保障の意義」樋口陽一ほか編集代表『日独憲法学の創造力 上巻』（信山社、2003 年）所収 491 頁、渡辺・前掲注(19)66 頁など参照。
- <sup>34</sup> *See* SAMUEL R. BAGENSTOS, LAW AND THE CONTRADICTIONS OF THE DISABILITY RIGHTS MOVEMENT 56-57 (2009). 植木・前掲注(1)39-40 頁も ADA の合理的配慮について

て反差別原理から導出しうる点を指摘する。

- <sup>35</sup> 最大判平 27・12・16 民集 69 卷 8 号 2586 頁。
- <sup>36</sup> 畑佳秀「最高裁判所判例解説」法曹時報 68 卷 12 号 (2016 年) 213 頁、251 頁。ただ、同判決は、こうした実質的不利益を憲法 24 条における立法裁量の問題として別途検討している。なお参照、白水隆「憲法上の平等権概念と間接差別」(1)～(3・完) 法学論叢 170 卷 3 号 (2011 年) 89 頁、171 卷 4 号 (2012 年) 67 頁、171 卷 5 号 (2012 年) 66 頁。
- <sup>37</sup> *Personnel Administrator of Mass. v. Feeney*, 442 U. S. 256, 283 (Marshall, J., dissenting.) (1979).
- <sup>38</sup> 神戸地裁尼崎支決平 24・4・9 労判 1054 号 38 頁。
- <sup>39</sup> 植木・前掲注 (1)173 頁、植木淳「日本国憲法と合理的配慮」法律時報 87 卷 1 号 (2015 年)74 頁、77-78 頁。また、青柳・前掲注 (1)96-97 頁のほか、植木説を検討しつつ考察する杉山・前掲注 (1)『障害差別禁止の法理』第 11 章参照。杉山はさらに、イギリスにおける議論を参照しつつ、「偏頗的な社会構造ゆえに無力化された者 (典型的なのは、障害者をはじめとした社会的弱者) に対して、本来の能力・条件の発揮を促す合理的配慮の憲法的可能性を積極的に検討すべき」ことを指摘する。杉山・前掲注 (1)「生存権対象者と無力化された『強い個人』」180 頁。
- <sup>40</sup> *Olmstead v. L. C.*, 527 U. S. 581, 600-601 (1999).
- <sup>41</sup> BAGENSOTOS, *supra* note 34, at 64.
- <sup>42</sup> 杉山・前掲注 (1)『障害差別禁止の法理』258 頁。
- <sup>43</sup> 長谷川珠子『障害者雇用と合理的配慮』(日本評論社、2018 年) 160-161 頁、杉山・前掲注 (1)「生存権対象者と無力化された『強い個人』」182-183 頁注 (146)。
- <sup>44</sup> 最二判平 8・3・8 民集 50 卷 3 号 469 頁 (エホバの証人剣道受講拒否訴訟) など参照。信教の自由と政教分離原則の調整を図った例としてはさらに、最三判昭 49・4・9 判時 740 号 42 頁 (富士山頂譲与事件)、最大判平 22・1・20 民集 64 卷 1 号 128 頁 (富平神社訴訟) など参照。ただし、アメリカにおける文脈で、宗教差別における合理的配慮と ADA 上の合理的配慮との相違も指摘される (長谷川・前掲 161 頁)。
- <sup>45</sup> 川島ほか・前掲注 (1)49 頁、55 頁 (川島聡執筆)。
- <sup>46</sup> ADA は、合衆国憲法修正第 14 条第 1 節の平等保護条項を執行する権限を連邦議会に与えている同条第 5 節に依拠して制定された。「ADA 制定は、連邦議会が『支配的方向性』を明らかにすることによって、修正 14 条 1 節の平等保護条項を補充するものであると評価されているのである」。植木・前掲注 (1)38 頁、および同書 36-37 頁参照。
- <sup>47</sup> 公民権法上では間接差別規制を認めた例として、*See Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U. S. 424 (1971).
- <sup>48</sup> 杉山・前掲注 (1)『障害差別禁止の法理』263 頁。
- <sup>49</sup> この点につき、尾形健『福祉国家と憲法構造』(有斐閣、2011 年) 129-130 頁、同「障害者法 (Disability Law) をめぐる憲法的一思考」大原社会問題研究所雑誌 640 号 (2012 年) 4 頁、12 頁、同「権利保障と憲法的協働」公法研究 78 号 (2016 年) 201 頁を参照されたい。
- <sup>50</sup> *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U. S. 432, 466 (Marshall, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part) (1985).

# 障害者雇用における差別禁止法理

## —ドイツ法を参考として

小西 啓文（明治大学）

- I はじめに
- II ドイツ法にみる障害差別禁止法理
- III 社会法典第9編の改正と連邦参加法
- IV むすびにかえて

### I はじめに

筆者に与えられた報告テーマは、「労働法における差別禁止法理」ということであつたが、当日の打ち合わせの中で、「合理的配慮」について言及することは避けられないだろうという点で意見の一致をみた。筆者も事前の準備段階から「差別」だけを議論するのには限界を感じていたことから（ただし、合理的配慮の不提供が「差別」だと認識する筆者にとって「差別」が障害者雇用の文脈でどのように論じられてきたかを詳らかにする必要はあると考えていた）、報告も「合理的配慮」にやや力点を置くものとなつた。また、当日の質疑応答のなかで頂いた質問なども踏まえ内容を見直したことから、本稿は原報告のままのものではないことをお断りしたい（なお、あわせて題名も変更した）。

ところで、筆者が障害者雇用について研究をはじめたきっかけの1つは、A サプライ事件（東京地裁八王子支部平 15・12・10 労判 870 号 50 頁）の判例評釈であつた。この事件は知的障害を有する労働者 K が作業中に機械に巻き込まれ死亡したという事件であつたが、裁判所は「緊急時に適切な指導・監督を受けられるような人員配置や人的なサポート態勢の整備等を図るべきであつた」にもかかわらずそれを怠った点に「K が作業を行うについて、安全確保のための配慮が欠けていた」として使用者側に過失がある、と判示したのであつた。この判決に対して筆者は、「本件判旨は、使用者に対する安全配慮義務の内容を一律に定めるという方法ではなく、障害を有する労働者の障害の程度により、個別にその内容を検討するというスタンスに立つもの」と指摘の上、件の「合理的配慮」の議論を紹介し、判決の問題点として、原告側が指摘していた「労働災害の危険を防止するための物的環境を整備する」義務について、判旨がなにもふれなかつたことを問題点として指摘したのであつた（労判 881 号 5 頁）。

もつとも、その際に、ドイツ法（社会法典第9編）が当該「合理的配慮」を導入したものという（誤った）認識のもと、当該評釈をしてしまったという後悔が筆者にはある。すなわち、ドイツ法があくまで認定された障害者に対して「差別」とは関係なく各種の特別の請求権を与える構造を採用していることを見落としてしまっていたのである（労判1141号「遊筆」参照）。これに気づいたのは、アンナ・ミリア・フルストの論文を読んでからのことであり、筆者はそれ以降、「障害政策のパラダイム転換論」に興味をもってその議論を紹介することに傾注してきた。

フルストの議論をここで簡単に紹介しておく、同氏は障害者政策のパラダイム転換論について、これまでのドイツの障害者政策は、障害を個人的な欠損ととらえ、国などの行政機関が認定した障害者に対して各種の社会的給付を実施したり、労働者に対して特別な保護（雇用割当制度や解雇制限制度）をするというものであったが（給付基底的社会法的アプローチ）、新しい考え方（平等基底的市民法アプローチ）では、障害を人間に生じうる普通の状態ととらえ、特別な市民法（差別禁止法）を用いて、法構造、形成された環境における障壁および社会的な固定観念に基づく不利益とここから結果する平等の欠損を除去しようとする指摘する。

このような認識にたち、同氏は重度障害者の雇用割当制度について、重度障害者のなかの「相当な範囲」を雇用するしくみであり、アフーマティブアクションの措置ともとれるものであるが、重度障害者が雇用されることと調整交付金が連結していることからして、同制度は社会の偏見の差別禁止型の除去ではなく、（使用者間の）社会的負担の調整のしくみととらえている。また、ドイツ法の合理的配慮に類似した規定についても、それらが「差別禁止」と連関していない点で「孤立した請求権」という位置づけを与えてもいる。

もつとも、同氏は、アメリカ法がリハビリテーション法の不備を差別禁止法による合理的配慮への権利でもって埋めようとするのに対して、ドイツ法にはそのような不備は存在していないのであり、新たな考え方への傾斜がドイツの給付国家を後退させる危険性を指摘する<sup>1</sup>。

## II ドイツ法にみる障害差別禁止法理

### 1 ドイツ法の展開と国際的動向

筆者は合理的配慮の「不提供」を「差別」と構成することが議論の際の出発点であるべきと認識しているが、そもそも「差別」を障害者雇用の領域でどのように位置づけるかについて、ドイツ法の議論を紹介してはこなかった。そこで、当



日の報告では不完全ながら、ドイツ法の障害者雇用の領域でどのように「差別」という考え方が導入されたか、振り返ることを課題とした。この点については、その後、詳細を「法律論叢」誌上で発表した<sup>2</sup>、ここでは簡単に議論の一端を紹介することにする。

まず、ドイツ法において「障害差別」がどのように盛り込まれたかといえば、東西ドイツの再統一にあたり、基本法の改正で「障害を理由とする不利益取扱いの禁止」にかかる規定が3条3項2文に設けられたことを指摘しておく必要があるだろう（なお、ドイツ法は「差別」という表現に代えて「不利益取扱い」という表現を用いることがある）。この規定をもとに、ドイツでは障害者の平等について一層議論されることになり、「障害者平等法」の制定につながることになる。これは基本的に連邦行政の全公的領域を対象とするものである<sup>3</sup>。

他方で、ドイツ法に及ぼした国際的な動向として影響力が強かったものとして、国連の障害者権利条約とEU指令があげられるが、ドイツにおいてまず重要視されたのは、EU指令の方であっただろう<sup>4</sup>。というのも、就業及び職業における平等取扱いの実現のための一般的枠組みを定めた2000/78/ECの国内法化という要請に対して、ドイツは「一般平等取扱法（AGG）」を制定し、そのなかで、とりわけ「民法」と「労働法」分野における各種の（民事上の）不利益取り扱いを禁止する立法を行うに至ったからである<sup>5</sup>。そして禁止される不利益取扱いの理由のなかには「障害」も含まれており、少し古いデータではあるが、一般平等取扱法違反を管轄する反差別局への申し立て件数でみる限り、「障害」についてのそれがもっとも多いということであった<sup>6</sup>。

以上のような経緯により、かつて社会法典第9編82条に定められていた「障害者に対する不利益取扱いの禁止」にかかる規定はその後、「使用者は、重度障害のある就業者をその障害を理由に不利益に取り扱ってはならない。これに関して詳細については、一般平等取扱法の規定が適用される」と改められたのであった<sup>7</sup>。

ところで、同指令の5条は「障害のある人への平等取扱原則の遵守を保障するため、合理的配慮が提供されなければならない」と定めているが、ドイツ法は、重度障害者に対する権利として、社会法典第9編81条4項で以下のように定めていた。

「重度障害者は、使用者に対して以下の権利を有する。

1号 障害者がある能力と知識を可能な限り完全に行使し、さらに発展させることができる労働

2号 職業上の発展を促進する企業内の職業教育に際しての優先的な配慮

3号 期待しうる範囲での社外職業訓練への参加を容易にするための相応の対策

4号 特に事故の危険を考慮しての事業所施設・機械・機器及びポスト・職場環境・労働時間の形成を含む、障害に適した施設及び職場の運営

5号 障害とその労働における影響を考慮した、必要な技術的労働サポートを伴うポストの設置。1号・4号・5号の措置の実施に関して、連邦雇用エージェンシー及び統合局は、重度障害者の基幹的な労働能力を考慮したうえで、使用者を援助しなければならない。当該要求の実現が使用者にとって期待不可能であると判断される場合もしくは極端に過度な費用が必要になる場合、または国もしくは職業協同組合の定める労働保護規定もしくは公務員法規定に反する場合には、1文の請求権は存在しない。」

筆者がかつて、ドイツへ共同調査に赴いた際にも、すでに合理的配慮は導入済みであり、新たな規定を設ける必要はないといった意見をもつ関係者が多い感触を得た。筆者も、フルストの文献を読むまでは、そのような理解を共有してきたわけである。もっとも、先述したように、ドイツ法のやり方は、あくまで重度障害者と認定された労働者に対して、「差別」とは無関係に、いわば「孤立した請求権」を付与するものであり、少なくとも、アメリカ法由来の「合理的配慮」とは次元の異なるものであったこと<sup>8</sup>は再度指摘しておきたい。

## 2 社会法典旧81条2項について

### (1) 概説

一般平等取扱法が制定される以前から、雇用の場面における障害者の不利益取扱を禁止する企てはあり、それはかつて、社会法典第9編81条2項におかれていた<sup>9</sup>。

当日の報告で同条の仮訳を示したが、部分的に加筆訂正のうえ再掲することにした。

「使用者は重度障害のある就業者をその障害を理由として不利益に取り扱ってはならない。個別には以下のことが妥当する。

1号 重度障害のある就業者は合意または措置、とりわけ労働ないしその他の就業関係の基礎付け、職業上の昇進、指揮命令または解約告知に際して、障害を理由に不利益に取り扱われてはならない。しかしながら、障害を理由とする異なる取扱いは、合意または措置が重度障害のある就業者によって行使される活動の種類 Art を対象とし、一定の身体的機能、知的能力または精神的健康がこの活動に対する本質的及び決定的な要請である限り、許容される。重度障害のある就業者の訴訟において、障害を理由とする不利益取扱いが推定される事実が確実なも

のならば、使用者は、障害に関するものではない、客観的な理由が異なった取扱いを正当化すること、または、一定の身体的機能、知的能力または精神的健康がこの活動に対する本質的で決定的な職業上のものであることの立証責任を負担する。

2号 労働またはその他の就業関係の基礎付けに際して、1号に規定された不利益取扱の禁止に違反するならば、これによって不利益に取り扱われた重度障害のある就業者は、適切な損害賠償を金銭で要求することができる。労働ないしその他の就業関係の基礎付けの請求権は存在しない。

3号 重度障害のある求職者は、不利益から自由な選択であっても採用されないならば、使用者は、最高3か月分の月給の額における適切な損害賠償を提供する。月給とみなされるのは、重度障害のある求職者にとって、通常の労働時間に際して、労働またはその他の就業関係が基礎づけられるべき月において、金銭ないし現物給で帰属したであろうものである。

4号 2号と3号に基づく損害賠償の請求権は求職の拒否に接した後2か月以内に文書で有効になされなければならない。

5号 適切な損害賠償にかかる規定は、昇進に請求権がない場合、職業上の昇進に際しても適切に妥当する。」

この仮訳については、「不利益から自由な選択」という部分が（特に）わかりずらいという指摘を受けたが、「不利益がない選択」と読み替えてよいものと思う。

解説書（コンメンタール）によると、この規定はかつての重度障害者法14条<sup>10</sup>に加えられた新しい規定であり、同条により、とりわけ重度障害者または同等の者の労働生活への参加が促進されることが期待されるところであった。労働関係の基礎付けに際しての重度障害者の不利益を妨げるために、2項の規定は雇用における性差別の禁止を定めたドイツ民法（BGB）611a条<sup>11</sup>のように、不利益禁止の違反に際しての賠償規定を含んでいた。また、この規定は先述した2000/78ECの指令の国内法化に役立つものとされ、それはとりわけ障害を理由とする労働生活における不利益を禁止し、同指令の17条において不遵守のケースに対する効果的な制裁を要求している。もっとも、立法当時から、指令の国内法化が社会法典第9編における規定によって、そしてここでは具体的に2項の賠償規定によって十分かどうか疑問視されていたともいう。以下、この条文についての解説を若干紹介することにする。

## （2）不利益取扱禁止の違反（2項1号）

2項1号における不利益取扱禁止はすべての労働ないし就業関係に適用される。

特に重要なのは労働関係の設定に際してであるが、いかなる形態の合意（例えば契約の変更または個別の労働条件）であっても、使用者の措置（例えば任意の社会的給付）、指揮権の枠内における命令、解約告知そして職業上の昇進に際して適用される。

不利益取扱は個別のケース——利益を知らせない、すなわち、例えば「社会的給付からの排除」も含まれる——において引き起こされる当該労働者の比較的に劣悪な地位である。

障害を理由とするあらゆる不利益は原則として禁止される。障害のある労働者と障害のない労働者との異なった取扱は活動の性質が一定の身体的機能、一定の知的能力又は精神的健康をやむを得ず要求する場合、つまり職業上の活動がこの能力なしに遂行されえない場合にのみ例外的に考慮される。

もっとも、労働者の障害の状態は使用者による特別な保護と配慮を要求するから、その職業上の活動を可能にする・または達成するために、重度障害のある人に有利になるような異なった取扱は、2項により禁止されない。

### (3) 損害賠償請求

不利益取扱禁止の違反に際しては損害賠償の法的権利がある。この請求権は金銭給付で用意される。それは使用者に対して、重度障害者を雇い又は重度障害者に不利益を与えた措置を中止することを誘因すべきものである。

損害賠償請求は民法 611a 条の規定を真似ており、同条は就業へのアクセスと職業上の昇進に関する男女の平等取扱の原則の具体化にかかる 1976 年 2 月 9 日のいわゆる 76 / 207 / EWG の平等取扱指令の国内法化に寄与するものである。民法 611a 条と社会法典第 9 編 81 条 2 項は構造的なパラレルを示している。性別ないし障害に基づく不利益取扱が阻止されるべきものであることはいうまでもない。

民法 611a 条における差別規定に対して欧州司法裁判所 EuGH は、不利益の禁止の違反に対する制裁は単なる「象徴」ではないと判示している。それらは、事実上効果のある法的保護を保障するために、現実的に威嚇的な効果を有しなければならない。

立法者は、EuGH の判決を踏まえ、民法 611a 条 2 項 3 項に相応する 81 条 2 項 2 号と 3 号において過失から独立した損害賠償を設けた。不利益取扱の違反の効果は重度障害者の採用ではなく損害賠償の支払であり、それは使用者が有責でふるまったか、または使用者が正当な理由を主張できるかどうかから自由（＝無関係）である。

さらに同法は損害賠償の額について、求職者が差別から自由な（＝差別がない）

選択によっても採用されなかったか否かで区別した。求職者が差別から自由な（＝差別がない）選択によっても採用されなかった場合、損害賠償額は3か月分の賃金に制限される。

これに対し、差別から自由な（＝差別がない）選択によって重度障害者が採用されたであろう場合においては、損害賠償額は法律で制限されない。ここでは（損害を調整するという意味の）「調整機能」と（使用者に対する威嚇という意味の）「制裁機能」の考慮の下、物質的及び精神的損害が人格権侵害に基づき償われる。重度障害のある求職者はその障害を理由として事実上労働ポストを逸したのであるから、通常、物質的損害としては最低限、この者が最短の解約告知の時点まで受けたであろう収入が償われなければならない。

しかし、他方で、制裁は使用者にとって感知しうるものでなければならない。というのも、重度障害者が差別がなければ採用されたであろうケースにおいては、とりわけ、法律の規定が阻止したいと思うこと、すなわち、障害を理由としての不採用がまさに現実化してしまっているからである。労働者が被った精神的損害は、労働ポストの正当化されない損失に際して受ける損害と比較可能である。かくして解雇制限法9、10条に基づく解雇制限補償の額に際しても考慮される基準が、ここでも損害賠償の相当性の探求に関して関係させられる。解雇制限法10条の枠組みにおいて考慮される、認知された測定要素は、（ここでは役立つ基準ではないが）労働関係の期間のほか、年齢、扶養義務、健康状態、労働市場への仲介の機会ならびに解雇の反社会性の程度である。解雇制限法10条における規定に従えば、損害賠償は個別ケース次第で12か月までの月給である。81条2項はまさしく額の限界が規定されていないのだから、特別な個別ケースにおいてなおより高い損害賠償が相応しう。重度障害のある求職者の経済状態も損害賠償の確定に際して考慮される。これに対して使用者の経済状態は例外的にのみ、その支払が労働ポスト又は企業の経済的な存在の危害へと至りうる場合に、損害賠償の支払の減額を正当化しうる。

損害賠償額はくわえて、重度障害のある求職者が労働関係において努力して得たであろう「月給」に適應する（81条2項3号）。これに際しては労働関係の第1か月において受けたであろうすべての金銭ないし現物の収入が考慮される。その者が求めた労働ポストの（労働時間や労賃といった）労働条件が目指されなければならない。基準となるのは総労賃である。請求権がある限りで、付加的な休暇手当またはクリスマス手当といった付加的な給付も按分比例に含まれる。出来高給または手数料ないしプレミアの支払の請求権に際しては推量的な収入が目指

される。これは比較可能な共働者の獲得された給付の平均を指向する。現物給付に関しては、例えば車の自由利用、または住居の無償の貸与が数えられる。ここでは損害賠償の額に際して、この「その他給付」の事実上の市場価値が考慮される。

なお、損害賠償給付は労働の報酬ではない。たとえ労働ポストの損失に対する補償の支払であってもそれは保険料義務もなければ失業手当に参入されることもないが、租税義務はある。

#### (4) 説明ないし立証責任

証明ないし立証責任に関しては81条2項1号3文に従い以下のことが妥当する。

重度障害者は、使用者が差別禁止に違反したと推測させるような事実を疎明することで不利益取扱禁止の違反があることを明示しなければならない。これに関してこの者がさしあたり説明し立証しなければならないのは、重度障害のない労働者が異なって取り扱われ、すなわち、採用され、助成され、または他の措置に基づきよりよく扱われたことである。この法律はたしかに疎明の概念（民訴法294条）を用いている。しかし民法611a条の枠組みにおいても、重度障害者がそこから不利益取扱が推論される事実を宣誓と同効果で確言しなければならないことを要求してはいない。むしろ、その者が障害を理由として不利益取扱が蓋然的になされたという事実を述べることで十分である。これに対しては例えば使用者の面接における言説または事業場の利益代表との言説（事情によっては重度障害者が採用の前提を正式に満たしていたにもかかわらず面接へ招かれなかったという事実も）を話すことができる。

他方で、使用者は不利益取扱禁止に違反していないことの説明ないし立証責任を担う。これに関して使用者が述べ明確に指摘しなければならないのは、全く不平等取扱が生じていないこと、または、生じていたとしても客観的な理由により異なった取扱が正当化されることである。採用または助成のケースにおいて使用者が明示しなければならないのは、いかなる選考基準も求職者の障害と関係がなく、障害のない労働者に有利な判断へと至っていないことである。結局、使用者が判断を正当化できるのは、重度障害のある労働者の不利益取扱が職務の性質と関連しており、その行使が異論なく一定の身体的機能、知的能力または一定程度の精神的健康を要求しており、拒否された重度障害者がそれらをまさしく欠如している場合である。

使用者によって行われた異なった取扱にとって、使用者によって報告された客観的理由は極めて批判的な評価にゆだねられる。そうでなければ法律上根拠のあ

る立証責任の転換は使用者にとって容易に乗り越えられるバリアである、というのも通常、（職業）訓練の欠損、経験の不足のような拒否の基準は見られるからである。その限りで連邦憲法裁判所の解釈によるとまさしく、選択手続の枠組み又は募集においてさしあたりなんらの役割を果たしておらず、公式にあらわされていない補足的に報告された観点に、特別な批判的価値がある。なぜならば、使用者はある地位に対しての資格の必要条件を原則として随意にきめることができるからである（BVerfG U.v.16.11.1993）。ここから、連邦憲法裁判所の解釈によると、疎明された差別が事後的に言及された理由によって論駁されうるのは、特別な事情が、単なる口実でないことを物語っている場合（例えば、採用手続の間に、採用されようとしている者の任務の地位や資格の要求が変更した場合）のみである。

#### （5）小括

旧 81 条 2 項の条文を拙い摘んで紹介してきたが、かようなドイツ法からは、性差別との平行で障害差別について条文を設けたこと、（損害を調整するという意味の）「調整機能」と（使用者に対する威嚇という意味の）「制裁機能」という 2 つの観点から損害額を考えていること、そして、「差別から自由な選択」か否かによって、損害額を変えるという手法を採用していることに注目すべきであろう。なお、現行の一般平等取扱法も、「差別から自由な選択」か否かで損害額を変えるという手法を踏襲している（例えば 15 条参照）。

### Ⅲ 社会法典第 9 編の改正と連邦参加法

#### 1 連邦参加法

ドイツでは社会法典第 9 編の改正法が 2018 年 1 月から施行されている<sup>12</sup>。この改正は、かつて別稿で紹介したことのある「連邦参加法」に負うところが大きいということなので<sup>13</sup>、以下、同法の紹介をしておきたい。

連邦参加法の制定に向けて連邦労働社会省が作成したパンフレット（「連邦参加法への途」<sup>14</sup>）によると、同法の立法趣旨について、大要、以下のように紹介されていた。

「第 18 会期に対する連立協定において、本質的な障害に基づき制限された可能性しか有さない者への給付をこれまでの『福祉システム』から引き離し、統合扶助<sup>15</sup>を現代的な参加法へと継続発展させることが了解された。これらの給付は個人的なニーズに指向し、連邦レベルで統一的な手続に沿って個人的に受け取られるよう探求されるものとする。給付は長い間そうであったような組織中心ではなく、個人中心に供給されるものとする。その際、連邦参加手当の導入が調査され

るものとする。障害のある人のための参加の形成の新しい組織は新たな支出の力学を生じないように規定される。この命令を連邦政府は障害のある人のための連邦参加法でもって実現することを企図する。この会期中の連邦参加法の施行でもって連邦は統合扶助に際してのコミュニンの負担軽減へ向けて毎年50億ユーロ拠出する予定である。連邦参加法の成果物は連立協定において書きこまれた『私たちが抜きに私たちのことを決めてはならない』という原則に基づき生じる。障害のある人とその団体とさらに関係するアクターは立法過程に最初からかつ絶え間なく参加し、この目的のために連邦労働社会省は『連邦参加法ワーキンググループ』を構成した。新しい会期においてワーキンググループは2015年4月までに連邦参加法の可能な改革テーマと目的を議論し、改革の様々なテーマにかかる可能な妥協案を選択する。」

以上のような概略に続き、「連邦参加法の目的」として、「連邦参加法でもって連立協定の準則に従い、障害のある人の生活状況は改善され、それでもってドイツ法は国連の障害者権利条約の観点でさらに発達する」ことを掲げる。具体化されている目的は以下のようなものである。

- ①国連障害者権利条約の観点での新しい社会理解に基づくインクルーシブな社会が考慮される。
- ②自己決定と個人の人生計画は、障害のある人の営まれる役割理解に応じて十分に援助される。
- ③統合扶助は障害特有のニーズをもつ人を対象とした近代的な参加法に発展される。
- ④現行のシステムと統合扶助に結びつけられたシステム並びにその協働が改善される。
- ⑤リハビリテーション実施主体のコーディネーションが改善される。それに加え社会法典第9編の継続発展が得られるよう努められる。その給付は市民にとって容易に手に入るものとする。
- ⑥ここで統合扶助はニーズをカバーする給付システムとして構造的に「新しい統合扶助」へと継続発展されるものとする。その際の基本的なポイントは、
  - ・ 障害概念の継続発展
  - ・ 統合扶助の「福祉システム」(Fürsorgesystem)からの「解消」
  - ・ 現在の収入と資力の認定の再精査
  - ・ 居住地と居住形態から独立した、個人中心化された給付の形成
  - ・ 統合扶助の専門給付 Fachleistung への集中、参加的で連邦統一的な手続によ



る目的適合的な給付提供の実現

- ・独立した助言の実現可能性の調査
  - ・個別ケースと契約レベルでの有効性コントロール
  - ・限界づけられた資源の枠組みにおいて給付を効果的かつ効率的に提供し障害のある人の状況の改善に寄与するための統合扶助の給付の調整装置の改善
- ⑦連邦参加法でもって連邦協定に応じたコミュニティの負担軽減が実現される。
- ⑧障害のある人に有利な参加の形成の新しい組織はここから新しい支出を生じないよう規定される。

## 2 同法の評価—社会的パートナーの見解

このような連邦参加法の立法趣旨について、「社会的パートナー」たるドイツ使用者団体連合（BDA）は、個人中心の給付に転換するという目標に対して賛意を示しつつ、給付は税方式によるべきであって、「補完性の原理」に基づき、収入と資力に依存して形作られなければならないことや、障害概念はすでに社会法典第9編においてICF（国際生活機能分類）を考慮して定められているのであって、それをさらに連邦労働省の「障害は個人的な機能障害をもち、社会との相互作用において何らかの障壁があり、社会生活での参加が制約されている者に存在する」という案に変更した場合、法的紛争の明らかな増加に繋がること等を懸念していた。他方で、ドイツ労働総同盟（DGB）も、連邦労働社会省の見解を支持しつつ、参加給付は税方式によるべきであるが、生存保障のためとは別個の個人的な専門給付が整備されるべきことや、作業所から一般市場への移行について（これはBDAも必要性を承認していた）、作業所への復帰の包括的で法的に規定された請求権を要求していたのであった。

## 3 小括—簡単な日独比較

以上のようなドイツ法の紹介から、ドイツ法は、連邦参加法を経て、「インクルージョン」をキーワードに社会法典第9編の改正を実施しようとして試みたものと思われる。これは、EUの指令の尊重の段階を経て、今日、ドイツ法が障害者権利条約を重視する方向へシフトしてきていることを意味しているのではないだろうか。もっとも、本報告のテーマである障害差別の規定についてはすでに一般平等取扱法に移行しているはずであるから、社会法典第9編における「インクルージョン」の議論は、差別の禁止（ないしその拡充）というよりも、インクルージョンの実現のための給付の準備や助言活動に主眼があるのではないかと（現段階では、という留保付であるが）思われる。現に、同編81条4項に定められていた重度障害者に対する「権利」の規定はほぼ手付かずのまま現行164条のなかに残さ

れている。つまり、ドイツ法は、雇用の場面での差別禁止規定は「一般平等取扱法」で、同じく「合理的配慮」的規定は社会法典第9編に残す、というスタイルをとっているのではないだろうか。

そのような視点で日本法を見直すと、日本法では、雇用場面での差別禁止規定も「合理的配慮」的規定も障害者雇用促進法に規定されている。すなわち、同法は、差別禁止について「不当な差別的取扱い」の禁止と定義する(35条)ことで片面的な(有利な扱いは許容する)差別禁止規定を設け、また差別と位置づけるべきはずの合理的配慮の不提供を「提供義務」(36条の2、3)と整理することで、「促進法」という「保護法」に差別禁止規定を「接木」したのである。このような合理的配慮の位置づけに際して、「合理的配慮の不提供を差別として禁止することと合理的配慮の提供を義務付けることはその効果は同じ」であるという考え(労働政策審議会障害者雇用分科会意見書「今後の障害者雇用施策の充実強化について(意見書)」(2013年)2頁)が大きな役割を果たしたと筆者は考えている。この点、立法論に及ぶことになるが、ドイツ法を参考とするならば、日本法でも例えば、障害者差別解消法のなかに雇用の場面での差別禁止規定を盛り込むという(但し、あくまで「半歩前進」程度の)選択肢もあったのではないだろうか。

#### IV むすびにかえて

最後に、大会終了後の懇親会で受けた、筆者が使う「差別」という表現に対する違和感——筆者が使う「差別」という言葉に事の重大性があまり感じられない——にかかる指摘に答える形で、もう一度、筆者がいったかったことを振り返りながら、筆者が雇用の場面での差別と合理的配慮の関係をどのようにとらえようとしているか再論しておきたい。

例えば、軽度の障害がある人がいるとして、会社からあまりコストのかからない配慮さえ受けられれば仕事が出来、あるいは継続できるというケースを考えたい。もっとも、会社は、このようなケースで申出がなされたにもかかわらず、配慮の提供を拒んだ結果、採用されず、あるいは解雇されてしまう。もちろん「採用」にも「解雇」にも企業の側の裁量のようなものは一定程度認められることだろう(特に採用の場面ではそれが広いというのは三菱樹脂事件の最判が判示するところである)。だが、会社がコストがあまりかからない配慮をしないことで、その人がその会社にいらなくなるというのは、筆者にとっては、まさしく許しがたい事態と映る。「重過失」の議論ではないが、会社側がわずかな配慮を理由もなくしないというのは、責任重大なことだと筆者は考えるのであり、会社のした行為(「ほん

のわずかな配慮をしなかったこと）」というのは、きわめて反社会性が強い差別的行為と映るのである。

以上のようなケースを考えてみたが、このような「ほんのわずかな配慮をしないこと」が「差別」にあたるはずであるというのは、一般的には、これまで論じられてきたような「人格権」の議論だとか、「人間の尊厳」といった次元の議論からすると、今一步納得がいかない議論かもしれない。だが、このようなケースで職を失うことになる人がその後、仕事を得られなかったら、本人の働きたいという気持ちは叶えられないことになる。この結果は、極めて重い人格権侵害とはいえないだろうか。

この機会に憲法のテキストを開いてみたが、芦部信喜『憲法〔第6版〕』（岩波書店、2015年）には当の「差別」概念についての説明がないことに気がついた。辻村みよ子『憲法〔第6版〕』（日本評論社、2018年）には「日本国憲法では、憲法14条1項は平等原則と平等権の二面性をもつと解される。すなわち、前段で法の下での平等を原則として定めるだけでなく、後段では、人種・信条等による差別を禁ずることによって、一定の事由により不合理な差別をされない権利という意味での『平等権』を保障したものと解することができる」という説明があり（156頁）、「平等」との関係性において「差別」を論じている。

それでは、差別がなければ平等なのか。この点、労働法学界では毛塚勝利教授による議論がこの論点について重要な問題提起をしている<sup>16</sup>。要約的に紹介すれば、毛塚教授は、「差別」と「平等」を別なものと理解の上（「平等」は同一生活空間におかれた人間が他者との関係で感じる感情であり、「差別」は類型的属性による不利益な異別取扱いのこと、と概念規定する）、「障害者に合理的配慮が求められるのは、障害の存在は、障害者の非選択的属性である以上、それを障害者の責任としてそのハンディを障害者のみに負担させることは、障害者を『個人として尊重』したことになるからである。障害を理由にする異別取扱いに規範的避難を向けることができないのは、期待可能な範囲で使用者がハンディをなくす措置をとった後のことであろう。その意味では、障害者に対する合理的配慮は、差別を回避する使用者の義務から派生するものといえる」と指摘する（20頁以下）。他方で、「障害者差別や年齢差別に関して、『差別禁止アプローチ』と『労働市場アプローチ』とを対立的にとらえて議論する向きもあるが、これも差別禁止のもつ重層的規範構造を考えれば、対立的に捉え過ぎてはならないであろう。雇用差別禁止法はすべて、人種、性、障害等という『人的な類型的属性による異別取扱い』をなくすことと、かかる『類型的属性によって把握された者の雇用・職業にかか

わる人権の保護』との双方を目的としているからである」とも主張する (19頁)。

ところで昨今、雇用率制度について、中央省庁での「水増し」が問題になっている。周知のように国・地方公共団体及び特殊法人は雇用率が民間よりも高い2.5% (2018年9月現在) に設定されているが、納付金制度はなく、国のガイドラインに反して雇用者数を実際のそれよりも多く厚労省に報告していたということである (日経新聞2018年8月28日夕刊1頁)。一般に、これに対する論調は、民間が障害者雇用の増進に (特例子会社の活用を含め) 努力しているにもかかわらず、それを率先すべき中央省庁が「水増し」していたというのは強く批判されるべきである、というものではないだろうか (同2018年8月29日朝刊3頁参照)。この論調には筆者も納得するところも多いが、筆者は、この問題は雇用率制度のもつ本質的限界を露呈したものと考える。この点にもかわり、かつて筆者は、別稿で以下のように指摘したことがある。そこで、最後に、その拙稿を引用することで筆者の考えを示してみたい。

「障害者政策について、『パラダイム転換』という表現が使われることがある。これまで障害者は、いわば保護されるべき存在という位置づけであり、障害者雇用の場面では雇用率制度や特例子会社、教育の場面では特別支援学校・学級に象徴されるように、障害者と認定された者をいちど非障害者と『分離』して、その後、非障害者の社会へ『統合』を図ろうとすることが是とされてきた。その仕組みに社会参加の効果がないとはいわないが、これに対し、昨今論じられているのは、いわば『社会的包摂』といわれる理念であり、それは、障害の有無という分け隔てなく (昨今のダイバーシティ社会の議論を想起されたい)、『ともに』活動できる社会の実現を目指すものである。

たとえば『特例子会社』のように、障害者が働きやすい環境を作るために、その内部だけで特別な配慮を実施するような組織は、『インクルーシブ』な社会の実現に寄与するものではないだろう。人を個別に見ていけば、必ず違いがあり、社会活動を送る上で個別の配慮が必要になってくる。そのような個別の配慮が合理的配慮の内実であり、それを過重な負担でないにもかかわらずしないことを (社会参加をさまたげることになるという観点から) 『差別』と構成したものではないだろうか。だからそのような配慮の内容は『ガイドライン』方式のような、事前にその大枠を決めておくという手法ではなく (『わたしたち抜きでわたしたちのことを決めないで』という障害者権利条約のスローガンを想起されたい)、障害のある人の側の権利主張により個別に確定していくことが求められてこよう。

もっともそのために、障害のある人の態度表明は必要になるが、そのようにし

て上げられた『声』に、『過重な負担』でない限り応える義務が社会（企業社会においては端的には『企業』）にはあるのだという『メッセージ』が、合理的配慮の議論には込められているはずである。そして、『過重な負担』でないのにその『声』に応えないというのは、『差別』にあたるのであって、『公序』に違反することなのだ、という認識から、今一度、わが国でこの間なされてきた障害者政策の諸改革を見つめなおすことが必要ではないだろうか。」（「障害のある人の働きやすい環境とは？」増田幸弘・三輪まどか・根岸忠編『変わる福祉社会の論点』信山社、2018年、117頁以下）

---

<sup>1</sup> 本稿は、特に注などで断らない限り、筆者のこれまでのドイツ法についての既出文献を用いていることから、ここで便宜的に、それらをリストアップしておくことにした。本来、本稿で明示すべき引用論文についても、同様な理由で、以下の拙稿でご確認頂けたら幸甚である。なお、この分野についての近時の議論の詳細は、浅倉むつ子「障害を理由とする雇用差別禁止の法的課題」障害法創刊号（2017年）33頁を参照のこと。

「ドイツ重度障害者法における雇用政策の展開—就労支援・職業能力形成・配慮義務の観点から」三重法経 125号（2005年）35頁

「ドイツの障害者雇用の現状と検討課題—日本法への示唆」労働法律旬報 1696号（2009年）22頁

「ドイツ障害者政策のパラダイム転換論からみた障害者雇用政策の展開—Anna-Miria Fuerstの見解を踏まえて」山田省三・石井保雄編『労働者人格権の研究：角田邦重先生古稀記念 下巻』（信山社、2011年）145頁

「ドイツ障害者雇用政策における合理的配慮論の展開」季刊労働法 235号（2011年）14頁

「ドイツにおける障害者政策のパラダイム転換論と権利擁護システムの展開」週刊社会保障 2635号（2011年）44頁

「ドイツ障害者法における職業リハビリテーションの展開」週刊社会保障 2776号（2014年）48頁

「障害者法制における差別禁止アプローチのインパクト」社会保障法 30号（2015年）11頁

「ドイツ障害者雇用制度における権利擁護システムの展開—障害者政策のパラダイム転換論をめぐって」山田省三・青野覚・鎌田耕一・浜村彰・石井保雄編『労働法理論変革への模索：毛塚勝利先生古稀記念』（信山社、2015年）

「ドイツにおける障害者政策の新展開—連邦参加法の制定をめぐって」週刊社会保障 2831号（2015年）50頁

「ドイツにおける障害者雇用政策のスケッチ（その1）」<http://www.iwhr.or.jp/konishi20150701.pdf>

「法定雇用率制度の比較法的考察—ドイツ法を参考として」日本労働研究雑誌 685号（2017年）

33頁

「障害者雇用法制における差別禁止原則序説—ドイツ法からの示唆」法律論叢 90 卷 4・5 合併号 (2018年) 81頁

<sup>2</sup> 小西啓文「障害者雇用法制における差別禁止原則序説—ドイツ法からの示唆」法律論叢 90 卷 4・5 合併号 (2018年) 81頁以下参照。

<sup>3</sup> 山本真生子「ドイツの障害者平等法」外国の立法 238号 76頁参照。

<sup>4</sup> 高橋賢司「第三章最近の動向 (平成 20 年度国際比較調査以降の主要な動向) II ドイツ」  
[http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/tyosa/h21kokusai/3\\_2\\_germany.html](http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/tyosa/h21kokusai/3_2_germany.html) 参照。

<sup>5</sup> 齋藤純子「ドイツにおける EU 平等待遇指令の国内法化と一般平等待遇法の制定」外国の立法 230号 91頁参照。

<sup>6</sup> 小西啓文「ドイツ障害者雇用制度における権利擁護システムの展開—障害者政策のパラダイム転換論をめぐって」山田省三・青野覚・鎌田耕一・浜村彰・石井保雄編『労働法理論変革への模索：毛塚勝利先生古稀記念』(信山社、2015年) 844頁参照。

<sup>7</sup> 福島豪「ドイツ法における障害のある人の雇用平等」賃金と社会保障 1492号 13頁参照。

<sup>8</sup> EU 指令が、合理的配慮の義務が事業者に否定された場合を差別と明記していないことにつき、引馬知子「障害者の社会的排除と人権保障—“合理的配慮”を軸として労働と社会保障を結ぶ EU 実践」荒木誠之・桑原洋子編『社会保障法・福祉と労働法の新展開—佐藤進先生追悼』(信山社、2010年) 187頁参照。

<sup>9</sup> Müller-Wenner/Schorn, SGB IX Teil2, Kommentar, C.H.Beck, 2003, S.140ff.

<sup>10</sup> 旧重度障害者法 14 条は「雇用者の義務ならびに重度障害者の権利」について定めるものであった。当時の条文訳は岡田澄子によるものが公表されている (日本弁護士連合会人権擁護委員会編『障害のある人の人権と差別禁止法』(明石書店、2002年) 434頁以下参照)。当時の議論状況については、廣田久美子「障害者の雇用保障に関する法的課題—ドイツ重度障害者法を中心に」九大法学 83 号 (2001年) 277頁、瀧澤仁唱「障害者の生活保障と就労支援」布川日佐史編『雇用政策と公的扶助の交錯—日独比較：公的扶助における稼働能力の活用を中心に』(御茶の水書房、2002年) 221頁も参照。

<sup>11</sup> ドイツ民法 611a 条の立法化の背景及びその解釈については、富永晃一『比較対象者の視点からみた労働法上の差別禁止法理—妊娠差別を題材として』(有斐閣、2013年) 107頁以下参照。

<sup>12</sup> Düwell/Beyer, Das neue Recht für behinderte Beschäftigte, Nomos, 2017.

<sup>13</sup> 小西啓文「ドイツにおける障害者政策の新展開—連邦参加法の制定をめぐって」週刊社会保障 2831号 (2015年) 50頁参照。

<sup>14</sup> DER WEG ZUM BUNDESTEILHABEGESETZ ([http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a762-bundesteilhabebericht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a762-bundesteilhabebericht.pdf?__blob=publicationFile)) 参照。

<sup>15</sup> 統合扶助とは身体的・知的または精神的な障害を有する者で、これらの障害者への医学的・就労促進的および社会生活参加のための包括的な給付を行うものであり、障害者作業所での就労への扶助も行われる。もっとも、障害者のリハビリテーションや社会統合の促進のため

の給付は、雇用促進法、年金保険、疾病保険、労災保険など様々な制度においてすでに行われており、社会扶助はその後置性の原則から、これらの給付が行われる場合にはその限度で行われない（田中耕太郎「社会扶助」古瀬徹・塩野谷祐一編『先進諸国の社会保障④ドイツ』（東京大学出版会、1999年）168頁）。

- <sup>16</sup> 毛塚勝利「労働法における差別禁止と平等取扱—雇用差別法理の基礎理論的考察」山田省三・石井保雄編『労働者人格権の研究：角田邦重先生古稀記念 下巻』（信山社、2011年）3頁。





# インクルージョンと適切な教育

## －児童・生徒の状況に応じた適切な教育の保障

今川 奈緒（茨城大学）

はじめに

- I 日本の障害児教育法制－義務標準法改正と学習の個別化
  - II 米国の障害者教育法制－アンドリュー判決と適切な教育の個別化
- むすびにかえて

はじめに

日本の障害児教育法制において、学校教育法施行令 22 条の 3 に定める就学基準に該当する障害者は、本条と学校教育法 17 条に基づき、小学校、中学校または特別支援学校における 9 年の義務教育が保障される。従来、障害のある児童・生徒は原則特別支援学校に入学するという仕組み（＝認定就学者制度）がとられてきたが、2013 年に学校教育法施行令が改正され、形式的には障害のある児童らも原則小学校・中学校に在籍し、特別に認定された場合に特別支援学校に在籍するという仕組み（＝認定特別支援学校就学者制度、学教令 5 ①）へと改正された。この背景には、障害者権利条約の批准、障害者差別解消法の制定等、障害児・者をめぐる法が大きく転換したことがあげられる。

障害者権利条約は第 24 条において、学問的及び社会的な発達を最大にする環境において、完全な包容という目標に合致する効果的で個別化された支援措置、すなわちインクルーシブな教育システムを確保することなどを規定しており、日本の障害児教育法制においてもインクルーシブ教育の実現を目標に制度の検討が行われてきた。しかしながら、特別支援学校への在籍者数は未だに増加傾向にあり<sup>1</sup>、インクルーシブ教育が推進されているとはいいがたい状況が続いている。本稿では、日本の障害児教育法制における制度上の問題点を明らかにし、米国の障害児教育法制との比較検討を行うことで、インクルーシブ教育の実現に必要な法制度上の仕組みについて考察を行うことにする。

### I 日本の障害児教育法制－義務標準法改正と学習の個別化

#### 1 日本におけるインクルーシブ教育の仕組み<sup>2</sup>

日本においては、障害者権利条約の批准と前後して「共生社会の形成に向けた

インクルーシブ教育システムの構築」が進められてきた。現在のインクルーシブ教育システム構築に向けた考え方、方向性が示されたのは、2012年7月にまとめられた『中央教育審議会初等中等教育分科会「共生社会の形成に向けたインクルーシブ教育システム構築のための特別支援教育の推進(報告)」』においてであり、そこでは、「インクルーシブ教育システムでは、障害のある子供と障害のない子供が、同じ場で共に学ぶことを追求する。ただし、それは単に同じ場にいることを目指すのではなく、授業内容がわかり学習活動に参加している実感・達成感を持ちながら、充実した時間を過ごしつつ、生きる力を身に着けていけるかどうかが重要であり、そのために、教育的ニーズのある子供に対して、その時点で最も的確に指導を提供できる、連続性のある「多様な学びの場」を用意しておくことが必要である」と記されている。また、2012年2月の「文部科学省中央審議会初等中等教育分科会(報告)」においては、合理的配慮についての考え方が記されており、学習権を保障する観点から、障害のある子供の個別の教育的ニーズに応じるためには、多様な学びの場を確保することが必要であるとし、「基礎的環境整備」という新しい概念を提示している。これによると、合理的配慮<sup>3</sup>は「基礎的環境整備」を基に個別に決定されるものであり、「通常の学級のみならず、通級による指導、特別支援学級、特別支援学校においても、合理的配慮として、「障害のある子供が、他の子供と平等に教育を受ける権利を享有・行使することを確保するために、学校の設置者及び学校が必要かつ適当な変更・調整を行うことが必要である」ということになる。

中教審報告は、インクルーシブ教育とは障害の有無にかかわらず子供が、同じ場で共に学ぶことを追求するものであるが、単に同じ場にいることを目指すのではなく、障害のある子供が実質的に教育上の利益を得られることが求められるとし、そのために「多様な学びの場」が必要であるとしている。そして、「多様な学びの場」において「基礎的環境整備」が行われ、それぞれの子供に合理的配慮が提供されるとする。

権利条約に示されているように、インクルーシブ教育とは、完全なインクルージョンを目的とすることと児童個々人のニーズに見合う適切な教育および合理的配慮を提供することから成り立つものであるが、中教審報告に基づくインクルーシブ教育は、日本特有のものとなっており<sup>4</sup>、「多様な学びの場」を前提とすることで、完全なインクルージョンを目的とすることが後退していると考えられる。中教審報告は、インクルーシブ教育を新しいパラダイムとしてではなく、インテグレーションの延長線上に位置付けており、あくまで2007年学校教育法の特別

支援教育の枠組みの上に制度の構築を図っているものとされる<sup>5</sup>。日本の障害児教育法制においては、盲・聾・養護学校が義務化されて以降、2013年の学校教育法施行令改正に至るまで、就学基準に該当する障害のある児童・生徒は、原則特別支援学校に在籍するという別学の仕組みがとられてきた。障害のある児童らの中には、特別支援学校における専門的な教育がなければ発達権を保障され得ない者が存在し、「すべての人が人間として、「学習権」すなわち学習によって人間らしく成長発達していく権利を有していることを前提として、教育をうける権利は、すべての人がその学習権・人間的発達権を実現できるように国家に積極的条件整備を要求する権利」<sup>6</sup>とする学習権・人間的発達権説に基づくと、特別支援学校における分離教育の合理性は認められることになる<sup>7</sup>。中教審報告のように「単に同じ場にいるのではなく、…教育的ニーズのある子供に対して、その時点で最も的確に指導を提供」するということは、障害のある児童らに対して発達権を前提とした学習権を保障するということであり、そのために特別支援学校や特別支援学級は「多様な学びの場」として積極的な選択肢となるとされる。

## 2 インクルーシブ教育と日本の教育制度の枠組みの齟齬

しかしながら、「完全なインクルージョン」はインクルーシブ教育の主要な目的であり、その実現を目指す場合、特別支援学校等の分離された環境を積極的な選択肢とすることは認められるのであろうか。インクルーシブ教育において、完全なインクルージョンとともに、児童ら個々人のニーズに応じた適切な教育や合理的配慮の保障は重要な理念となっている。したがって、発達権を前提とした学習権の保障を行うための制度を構築することは、インクルーシブ教育の理念からはずれることではない。しかし、完全なインクルージョンを目的とする場合は、個々人のニーズを通常学級をベースに判断するのに対して、「多様な学びの場」を前提にする場合は、通常学級・特別支援学級・特別支援学校における「基礎的環境整備」を行ったうえで、個々人のニーズを判断することになる。すなわち、前者はニーズの判断を完全に個別化したうえで適切な教育や合理的配慮の検討を行っているのに対し、後者は「基礎的環境整備」として集団的なニーズの判断を行ったうえで、個別のニーズに応じるための合理的配慮の判断を行うことになる。完全なインクルージョンと多様な学びの場のいずれを前提とするかによって、児童らのニーズのとらえ方に違いが出てくるのであるが、このような違いが出てくるのは、そもそもインクルーシブ教育と日本の教育制度の枠組みが大きく異なっていたというところに原因があると考えられる。

インクルーシブ教育は、児童・生徒に提供する教育を個人を単位として考える

ものであるが、日本の教育制度は、そもそも学習の個別化・個人化を意図してつくられたものではなく、集団主義教育を前提につくられたものであった。上述したように、中教審報告はインクルーシブ教育を2007年学校教育法の特別支援教育の延長線上にとらえ、既存の教育制度の枠組みに基づいて判断を行っている。多くの欧米諸国においては、児童・生徒一人あたりの単価を起点に公教育にかかる費用の計算が行われるが、日本においては、学級定数の上限を起点に、義務教育費の多くを占める人件費のもとになる教職員の標準定数が決められており、教育費の算定方法の単位(基礎定数)は、児童らではなく、学級とされてきた(公立義務教育諸学校の学級編制及び教職員定数の標準に関する法律(以下義務標準法)7条1項1～3号)<sup>8</sup>。教育社会学の領域においては、財政面で用いられる単位費用の考え方は、どのような教育が行われるかという、学習方法や教授方法についての考え方と密接な関係をもつとされる<sup>9</sup>。2017年の義務標準法の改正によって、基礎定数に学校の児童生徒数や障害に応じた特別の指導(通級指導)を受ける児童生徒数が加えられたが、教育費の費用算定の単位を学級とする大枠は変わっていない。学級を単位とした教育費の計算方法は次のようになる。まず、(a)学級定員の上限が決められ、次に(b)(a)で定められたことに準じて必要とされる学級数や教員数が算出され、(c)(b)で定められた教員数をもとに教員の給与等が計算される。最終的に、(c)で計算された給与等のうちの3分の1を国が負担するが、残りの3分の2の県費負担の分についても、地方交付税の基準財政需要額の歳出に際し、義務標準法に基づく定数が用いられる<sup>10</sup>。これに対して、欧米諸国の多くは児童・生徒個人を単位として教育費の計算が行われるとされる。たとえばアメリカにおいては「生徒時間(pupil hour)」を単位として、教育費の計算が行われる<sup>11</sup>。「生徒時間」とは、教員の労働の単位であり、いくつかの方法で補正された平均出席者数(=生徒数)に、教員が教える時間をかけ算することで算出される<sup>12</sup>。この算定方法に基づくと、教員が教える生徒が1人増えればその分だけ生徒時間は増加することになり、生徒時間の考え方が登場した背景には、学習の個人化という流れを反映した教育の変化があったとされる<sup>13</sup>。これに対して、日本の考え方はまず学級ありきであり、その定員の最大数を定めることで必要な学級数や教職員数を算出し、それによって教職員の人件費を計算するというものであり、教える生徒の数が1人増えれば、それだけ教員の仕事量も増えるという考え方を基礎としていない<sup>14</sup>。アメリカの生徒時間との対比でいうと、学習の個別化を前提としているというよりも、一定数の集団での学習を前提にしているということになる。日本において、生徒児童の生活面での指導までを含めた「学級経営」や、学級を

単位とした「一斉指導」方式の指導法が発達してきた背景には、学級という単位が財政面だけではなく、教授・学習面でも重要な単位とされてきたということがあると指摘されており<sup>15</sup>、集団主義教育の下では、学級を単位とした費用の算定方式が問題になることはない。

インクルーシブ教育は学習の個別化を前提とした仕組みであり、集団主義教育に基づく日本の教育制度とは根本的に枠組みが異なる。したがって、日本の教育制度にインクルーシブ教育を導入するのであれば、制度の基本枠組みに修正を加える必要があるが、「多様な学びの場」の設置は従来の集団主義教育に基づくものであり、「完全なインクルージョン」を目的とするインクルーシブ教育の仕組みとは、相容れないものと考えられる。一方、2017年に改正された義務標準法は学習の個別化の視点を取り入れるものと考えられ、学級を単位とした集団主義教育の仕組みに一石を投じるものと思われる。

### 3 2017年の義務標準法改正の可能性

学習の個別化を目指す場合、教授・学習集団の数は弾力化される必要があるが、義務標準法(旧)のように、基礎定数を学級数に限定する仕組みの下では、このような弾力化を行うことは困難であった。2017年に義務標準法が改正され、学校の児童生徒数(義務標準法7条1項4号)や、障害に応じた特別の指導(通級指導)を受ける児童生徒数(同7条1項5号)、日本語能力に課題のある児童生徒数(同7条1項6号)等が基礎定数として加えられたことから、教育費の算定方法の単位が学級に限定されなくなった。このことは、集団主義教育を前提とした法制度のなかに、学習の個別化の視点が導入されたことを意味する。学級を基礎定数とする集団主義教育の枠組みが維持されていることに変わりはないが、義務標準法の改正により、学習の個別化の視点が加えられ、少人数指導が法制度上実現可能となったことは、インクルーシブ教育を推進するうえでの重要なポイントとなる。本法の改正によって、日本の教育法制はインクルーシブ教育を実施するスタートラインに立ったと考えられる。

上述したように、インクルーシブ教育を推進するにあたっては、学習の個別化の視点が重要になる。インクルーシブ教育における学習の個別化は、インクルージョンを目指す環境のなかで、障害のある児童・生徒個々人のニーズに応じた適切な教育や合理的配慮等を保障することで実現される。1970年代以降、インクルーシブ教育を実質的に進めてきたアメリカ合衆国においては、障害のある児童らに対して個々人のニーズに応じた適切な教育を提供する法的な仕組みが整備されており、2017年には適切な教育の再定義を行う重要な連邦最高裁判決が出されている。

る。以下では、インクルージョンを目標とした場合の障害児教育法制のあり方について、アメリカ合衆国における適切な教育の保障のあり方、特別教育と普通教育の関係から検討を行うこととする。

## II 米国の障害者教育法制 —アンドリュー判決と適切な教育の個別化

### 1 概要<sup>16</sup>

アメリカの障害児教育は、障害者教育法 (Individuals with Disabilities Education Act: 以下 IDEA(20 U.S.C. §§1400-1491.)) とリハビリテーション法 504 条 (Section 504 of the Rehabilitation Act of 1973(29 U.S.C.§794.)) に基づいて保障される。特別教育 (special education)<sup>17</sup> において、核となるのは障害者教育法 (IDEA) であるが、障害児に対する差別の禁止や合理的配慮について規定しているのは、リハビリテーション法 504 条である。両法の概要をまとめると次のようになる。

#### (1) 障害者教育法 (IDEA)

障害者教育法 (IDEA) は、特別教育について、保護者に費用の負担をかけず、障害のある児童・生徒の特別なニーズを満たすよう、特別に定められた教育と定義している。IDEA の主たる目的は法の対象となるすべての障害児に対して「無償かつ適切な公教育 (Free Appropriate Public Education<sup>18</sup>: 以下 FAPE)」を提供することである。この目的を達成する手段の一つとして、障害者教育法 (IDEA) は「個別教育プログラム (Individualized Education Program<sup>19</sup>: 以下 IEP)」についての規定を設け、「最も制限のない環境 (Least Restrictive Environment<sup>20</sup>: 以下 LRE)」<sup>21</sup> においてそれを実施することを州等に課している。個別教育プログラム (IEP) は、それぞれの児童・生徒のニーズに応じた適切な教育を提供するために、学校教職員や医師等の専門家と親との協同によって作成されるもので、当該プログラムには障害のある児童・生徒に関する情報、提供される特別支援教育の内容、サービス等が文書化される。当該法は適切な教育の内容について実体的な基準は定めていないが、個別教育プログラム (IEP) の作成に関する詳細な手続規定を設けることで、無償かつ適切な公教育 (FAPE) の実現を図ろうとしている。なお、障害者教育法 (IDEA) は無償かつ適切な公教育 (FAPE) を受けるために必要とされる関連サービス<sup>22</sup> も保障しており、障害の性質、程度によっては、看護師の付添いや、タクシーによる通学等の教育外の援助サービスも提供される。

#### (2) リハビリテーション法 504 条

リハビリテーション法 504 条は、「連邦の財源に基づくプログラムや活動におい

て、障害を理由とする差別の禁止」を目的とするものであり、初等中等教育プログラムを管轄、実施する公的機関は、障害児と認定された者に対して、その障害の状態や程度に関わらず、無償かつ適切な公教育（FAPE）を提供しなければならない。障害児に対して、障害のみを理由として、本来提供されるべき公教育を提供しない場合は差別に該当する。

リハビリテーション法 504 条における無償かつ適切な公教育 (FAPE) は、障害者教育法 (IDEA) におけるものと類似しているが同一のものではないとされる。実質的な効果の点では違いがほとんどないとされるが、法律のあり方としては、障害者教育法 (IDEA) が無償かつ適切な公教育 (FAPE) について、積極的な作為を求めているのに対して、リハビリテーション法 504 条は、非障害児の教育的利益を基準として、障害を理由とした差別を禁止するという消極的な表現を用いて規定されている。障害者教育法 (IDEA) は、いわば絶対的な個々人のニーズに基づいて、無償かつ適切な公教育 (FAPE) を保障するものであるが、リハビリテーション法 504 条は、非障害児との比較において相対的に障害児の教育ニーズ、すなわち合理的配慮を判断するものであり、それは公教育の保障だけではなく、児童に対する平等な扱いを強調したものと考えられる<sup>23</sup>。もっとも、リハビリテーション法 504 条における平等の概念は、障害児に対して保障されるサービスや利益が非障害児と同じものでなければならないということを示すものではなく、障害児がサービスや利益を得るために、平等な機会を保障するということの意味する。したがって、リハビリテーション法 504 条は、平等な機会を保障するために、通常のプログラムを変更することや、時として、異なる内容の、分離されたサービスが必要となることもやむを得ないとしている<sup>24</sup>。

リハビリテーション法 504 条から導かれる教育領域における差別からの保護としては、障害児に対する物理的およびプログラム等へのアクセシビリティの保障<sup>25</sup>、インクルージョンの保障があげられる。504 条の規則は、これらをさらに具体化し、建物や設備の改修、学級の再編成、専門職補佐の割り当て、通常学級における介入指導の実施、学級運営の変更等の必要性を示している。また、障害児に対するハラスメントやいじめは、リハビリテーション法 504 条の差別に該当し、学校側は事件に対する調査や、加害児童への懲戒、保護者とのコミュニケーション等適切な対応をとることが求められる。

なお、リハビリテーション法 504 条の規則には、教育に関する合理的配慮についての具体的な規定は存在しない。上述した差別からの保護や、リハビリテーション法上の無償かつ適切な公教育 (FAPE) を提供する際に必要となる関連サービスが

実際には合理的配慮として機能しているとされるが、法規則上、合理的配慮の基準となるものは明記されておらず、裁判例や市民権局 (OCR) のガイドラインから、教育領域における合理的配慮の基準を解釈することになる。ガイドライン等によれば、リハビリテーション法 504 条が示す合理的配慮とは、学校に対して新たに特別なプログラムを創り出すことを求めるものではなく、既存のプログラムにおいて障壁となっているものを取り除くために合理的な変更を行うことを求めるものであるとされる。

## 2 無償かつ適切な公教育 (FAPE) における教育の適切性

### (1) 無償かつ適切な公教育 (FAPE)

障害者教育法 (IDEA)、リハビリテーション法 504 条は、①対象となる児童・生徒の範囲、②財源、③合理的配慮・差別禁止の有無等の違いがあるが、障害のある児童・生徒らに対して無償かつ適切な公教育 (FAPE) を保障するという目的や手続上の仕組みについては、規定上大きな差異はない。ただ、適切な公教育の内容をめぐる争いは、障害者教育法 (IDEA) 上の無償かつ適切な公教育 (FAPE) をめぐって争われる事例が中心になるので、ここでは、障害者教育法 (IDEA) における解釈に限定して検討を進めることにする。

障害者教育法 (IDEA) は、IDEA を適用する州に対して、障害者と認定された者に無償かつ適切な公教育 (FAPE) を提供しなければならないとしている<sup>26</sup>。無償かつ適切な公教育 (FAPE) とは特別教育と関連サービスから構成され、特別教育とは保護者に費用の負担をかけず、障害のある児童・生徒の特別なニーズを満たすよう、特別に定められた教育<sup>27</sup>のことをさし、関連サービスとは特別教育を受ける児童らが、その教育上の利益を得られるようにサポートする支援サービスのことをさす。

障害者教育法 (IDEA) は、適切な教育について基準を示しておらず、それぞれの児童・生徒に対して個別教育プログラム (IEP) を定め、それに適合するように特別教育と関連サービスを提供しなければならないとする。個別教育プログラム (IEP) には、児童・生徒の現在の学力水準や、身体機能、児童らがかかえる障害が普通教育のカリキュラムにおける発達に及ぼす影響、学力、機能上の目標を含む測定可能な目標が記載され、これらに応じた特別教育や関連サービスが定められる<sup>28</sup>。個別教育プログラム (IEP) は、児童らの保護者、複数の専門家、学校の教職員等からなるチームにより作成され、障害者教育法 (IDEA) には、個別教育プログラム (IEP) を作成する手続、保護者らがプログラムの内容に不服を申し立てる手続が細かく定められている。



障害者教育法 (IDEA) が制定されて以降、適切な教育の内容をめぐる膨大な数の訴訟が提起されてきた。無償かつ適切な公教育 (FAPE) の定義をめぐるのは、連邦最高裁による 1982 年のローリー判決<sup>29</sup> がリーディングケースとなってきたが、ローリー判決で示された定義の解釈をめぐる、各裁判所で判断が異なる状況が続いていた。

ローリー判決は、通常学級に在籍する聴覚障害を有する児童とその両親が、個別教育プログラム (IEP) を決定する話し合いの中で、FM 補聴器のみではなく手話通訳者をつけてもらうことを求めたのに対して、学校側が、FM 補聴器を提供すること、1 日 1 時間ずつ聴覚障害教育の専門員の指導を受けること、週 3 時間言語セラピストによる指導を受けることという内容の個別教育プログラム (IEP) を提示し、手話通訳者をつけることを認めなかったため、訴えを提起したものである。連邦最高裁は、無償かつ適切な公教育 (FAPE) の「適切性」の判断を行うなかで、個別教育プログラム (IEP) は「当該児童が教育上の利益を受けることができるよう合理的に計画」されなければならないとしつつも、「教育上の利益」の内容については具体的に示さなかった。そのため、ローリー判決以降、各裁判所において「教育上の利益」の解釈をめぐる、判断基準がわかれるようになった。たとえば、第 3、第 6 巡回区控訴裁判所は、個別教育プログラム (IEP) は、意味のある教育上の利益が得られるように計画されなければならないと判示しているのに対し、第 4 巡回区控訴裁判所は、最低限ではない何らかの教育上の利益、第 5、第 8、第 10、D.C. 巡回区控訴裁判所は、何らかの教育上の利益を得られるように計画されねばならないとしている。2017 年のアンドリュー判決は、「教育上の利益」について再定義を行ったケースとして注目されている。

(2) *Andrew F. v Douglas Cnty. Sch. Dist.*<sup>30</sup>

### ① 事実の概要

Andrew F. は、2 歳の時に自閉症と診断され、Douglas County School District の学校に、プリスクールから第 4 学年まで在籍していた。毎年、彼の個別教育プログラム (IEP) チームは、彼の教育上、機能上のニーズに関する情報をプログラムの中に明示してきたが、彼の両親は、アンドリューが第 4 学年に進級した際に、その発達程度に不満をもつようになった。アンドリューは依然として多動であり、教室での学習にアクセスすることが困難であった。彼は教室で叫び声をあげたり、家具や他の生徒によじ登ったり、時には、学校から逃走することもあった。

アンドリューの両親は、学校から示される個別教育プログラム (IEP) が毎年同じ目的を掲げており、意味のある発達を見せていないことから、彼の学力、機能的

な発達が本質的に行き詰っていると考え、事態を改善させるためには、学区がアンドリューの行動上の問題に対して行っているアプローチについて詳しい調査を行うことが必要であると指摘した。しかし、2010年4月に学区が両親に対して提案した彼の第5学年の個別教育プログラム(IEP)案は、前年の内容をほぼ踏襲したものであった。そこで、両親はアンドリューを公立学校から自閉症の児童・生徒に特化して教育を行う私立学校である Firefly Autism House へと転校させた。

Firefly Autism House では、アンドリューがかかえる問題行動のうち最も深刻なものを割り出し、それらに対して特別な対策を行う「行動介入プラン」が実施された。また、当校ではアンドリューの学業上の目標も重視し、数か月すると彼の問題行動は格段に向上し、公立学校では実現できなかった学業上の進歩も見せるようになった。

2010年の11月、Firefly Autism House での授業が始まって6か月が経過した際に、両親は再び Douglas County School District の代表者と面会した。学区側は新たな個別教育プログラム(IEP)案を提示したが、両親は4月に提案されたものよりも適切になっているとは考えず、受け入れを拒否した。Firefly Autism House においてアンドリューが示した進歩は、彼が異なるアプローチからは教育上の利益を得ることができるということを示しているにもかかわらず、学区側から示された問題行動に対する計画は、彼の第4学年の際の個別教育プログラム(IEP)とほとんど変わっていないということを両親は問題視したのである。

2012年2月、両親はコロラド州教育局に、私立学校に在籍する授業料を請求するための不服申し立てを行ったが訴えが棄却されたため、連邦裁判所に訴訟を提起した。第10巡回区控訴裁判所は、ローリー判決の「何らかの教育上の利益」の解釈について、児童が最低限ではない教育上の利益を得られているのであれば、個別教育プログラム(IEP)は適切なものとみなされるとし、アンドリューは最小限ではない発達を示しているのであるから彼に示されたプログラムは合理的であり、無償かつ適切な公教育(FAPE)は保障されていると判断し、両親の訴えを棄却した。

## ②判決の特徴

アンドリュー判決の特徴として、(a) 基本的にローリー判決の枠組みを維持しており、教育上の利益を判断するための具体的な基準を示さなかったこと、(b) 個々人がユニークなニーズを有しているということを強調し、そのニーズに応じて発達を保障するためにはプログラムの個別化が必要であることを示したこと、(c) ローリー判決では言及されなかった、通常学級にインテグレートすることが難しい、

重度の障害を有する児童に対して保障されるべき教育上の利益についての解釈を行ったこと、(d) 通常学級にインテグレートすることが困難な事例があることを認めつつも、障害者教育法 (IDEA) は児童が通常学級にインテグレートされることで効果的に機能する仕組みを備えているということを確認したこと、(e) 合理的に計画された個別教育プログラム (IEP) を作成するためには、保護者らから提供される情報も重要となることを指摘したこと等があげられる。

まず、(a) と (e) について、本判決は、ローリー判決を踏襲し、障害者教育法 (IDEA) は州に対して、それぞれの児童が有する障害の多様性に応じて教育を提供することを求めており、「障害のスペクトラムの一端にいる児童が得られる利益は、その一方の端にいる児童が得られる利益とは大きく異なるものであり、それらの間には、無限のバリエーションが存在している」ことから、「教育上の利益の適切性を決定するための、何らかのテストを設けることはしない」と判示した。そのうえで、判例や実定法上の文言から一般的なアプローチが導かれることを示し、学校区は「児童がおかれた状況を考慮したうえで、適切に発達できるように合理的に計画された個別教育プログラム (IEP) を提供しなければならず、このアプローチの下では、学校職員の専門性だけでなく、保護者らから提供される情報も重要な判断対象となる」と述べている。

次に (b) について、連邦最高裁は、「個別教育プログラム (IEP) は、児童の発達を保障するものでなければならず、学力および身体機能上の発達を促すような計画を提供することが求められる」とする。児童の発達に焦点がおかれるのは、障害者教育法 (IDEA) の立法制定過程において、障害のある児童らは学校から排除されるか、適切な教育を受けることなく、退学する年齢に達するまでただ教室に座り続けるしかなかったという状況を議会が問題視し、そのような状況を改善することが目的とされたからであり、個々の児童に焦点を置くことが当該法の核となっていると判示している。そのうえで、提供される指導は「個別化された教育プログラム」を通して、児童らの「ユニークなニーズ」に見合うよう「特別にデザインされたもの」でなければならないということを繰り返し述べている。

(c) については、ローリー判決の射程が及ばない、本判決において連邦最高裁が初めて判断を行った部分である。ローリー判決は普通教育のカリキュラムにおいてスムーズに発達できる少女にかんする事例だったのに対し、アンドリュー判決は、通常学級に在籍するのが困難な重度の障害をかかえる児童にかかわる事例であった。

本判決において、連邦最高裁は重度の障害を有する児童に対する教育上の利益

について、「通常学級に在籍できない児童は、学年ごとの進級を目的とする必要はないが、…彼の教育プログラムはその状況を考慮しながらも希望のもてるものでなければならない」し、「それぞれの児童が有する目的は異なるものとなるであろうが、やりがいのある目標をかなえる機会を誰もが有するべきである」として、第10巡回区控訴裁判所等において採用されてきた「最低基準を満たす」テストを明確に否定した。そして、「学年が変わるごとに、最低基準を満たすだけの発達保障の教育プログラムを与えられた生徒は、ほとんど教育を受けることができなかつたといえる。障害児にとって、あまりに低い目標の下に指導を受けることは、「ただ座りつづけ、退学になるまでいたずらに時間を費やす」ことに等しいといえよう。障害者教育法 (IDEA) は、それ以上のことを求めている。当該法は、児童が、そのおかれた状況を考慮された上で適切に発達できるように合理的に計画された教育プログラムを求めているのである」と判示した。

(d) については、本判決は重度の障害をかかえる児童を対象としたケースであったため、通常学級に在籍できない児童の教育上の利益の判断が主要な論点となっていたが、障害者教育法 (IDEA) におけるインテグレーションの意義についても確認している。まず、ローリー判決をもちいて、「連邦最高裁は、障害者教育法 (IDEA) は「可能な場合には」障害児が通常学級において教育を受けることを求めているということ認めていた」と述べたうえで、障害児が通常学級に在籍することができる場合には、「システム自体が児童の教育上の発達を監視することになる」とする。そして、ローリー判決が教育上の利益とした「通常の試験が行われ、進級が許され…」というシステムを通して発達していくことは、我々の社会が通常意味するところの「教育」であるとし、「障害者教育法 (IDEA) は教育に対するアクセスを保障するものであり、従って、普通学級に完全にインテグレートされた児童に対する個別教育プログラム (IEP) は、当該児童が合格点を取り、学年を進級できるように合理的に計画される」べきだと判示した。

### (3) 適切な教育の個別化

アンドリュー判決は、通常学級において進級することが難しい重度の障害をかかえる児童・生徒にとっての無償かつ適切な公教育 (FAPE) について、一定の判断枠組みを示したものである。「適切な公教育」の考慮要素である、「教育上の利益の適切性」、「適切な発達」等の判断について具体的な基準は示さなかったが、最低限の発達を教育上の利益として認めるテストを明確に否定し、すべての児童・生徒がただ単に進級するというのではなく、発達することが可能なプログラムを提供されるべきだということ、そして、その発達を保障するためには、それぞ

れの児童らの「ユニークなニーズ」に対応できる「特別に」デザインされた「個別化されたプログラム」が必要であることを、繰り返し述べている。このことから読み取れるのは、同じ障害を有している児童・生徒すべてに対応するとされるプログラムを、適切なプログラムとして受け入れることはできないということ、個別教育プログラム (IEP) は、「それぞれの児童・生徒の状況に応じて」適切といえるかどうかを慎重に判断する必要があるということである<sup>31</sup>。

本判決は、障害のある児童・生徒への適切な教育の判断を行うにあたり、徹底した個別化をはかることで教育上の利益を保障する必要性を強調している。適切な教育の保障とは、障害のある児童らがそれぞれの状況に応じて適切に発達することを保障することであり、これは、発達権を前提に学習権を保障する日本の障害児教育のあり方と共通するものである。しかしながら、ここで留意しなければならないのは、連邦最高裁が教育上の利益を保障するために、プログラムの個別化を強調した理由についてである。障害者教育法 (IDEA) は、インテグレーションやインクルージョン等の文言を規定していないが<sup>32</sup>、「最も制限のない環境 (LRE) の原則」のもと、可能な限り障害のある児童・生徒も通常学級に在籍することを求めている。本判決が、障害のある児童らが通常学級に在籍できる場合には、障害者教育法 (IDEA) の「システム自体が児童の教育上の発達を監視することになる」と述べたように、当該法の仕組みは、障害のある児童らに対し原則として通常学級において特別教育と関連サービスを提供することで、教育上の利益を確保できるように構成されたものである。したがって、通常学級ではない、障害特性に応じた専門的な学校において教育を受けることが認められるには、そこでしか教育上の利益をうけることができない、ユニークなニーズが必要になり、それに対応するプログラムは十分に個別化されたものでなければならないということになる。

日本の障害児教育法制において、中教審報告は、適切な教育を行うために多様な学びの場における基礎的環境整備を行うことを前提としたが、このシステムは、同じ障害を有している児童・生徒すべてに対応するとされるプログラムを適切な教育としてとらえることと同じものといえる。アンドリュウ判決において連邦最高裁が示した障害者教育法 (IDEA) における適切な教育の解釈と比較することで、中教審報告が示す適切な教育が個別化されたものではないということ、日本においてインクルーシブ教育を推進するためには、教育の個別化を前提とする仕組みのあり方を検討する必要があるということが確認できる。

むすびにかえて

アンドリュー判決における障害者教育法 (IDEA) の解釈から、インクルーシブ教育を実現するためには、障害のある児童・生徒が可能な限り通常学級に在籍できる仕組みを整えたうえで、教育上の利益およびそれを実現するために必要な教育 (=適切な教育) を個別化することが不可欠であることを読み取ることができる。上述したように、いずれの視点も日本の障害児教育法制には欠けるものであり、これらの視点を踏まえた法制度を構築していくことが重要になると考えられる。

また、本稿においては詳述しなかったが、特別教育と普通教育の関係を近づけることも、インクルーシブ教育の実現を目指す際に重要な論点となる<sup>33</sup>。日本において、特別支援教育と普通教育の教育目的は異なるものであるが、インクルーシブ教育を導入する多くの国において、両者は同一の目的を有するものとなっている<sup>34</sup>。たとえば、アメリカ合衆国においては、1980年代に完全なインクルージョンを目的とする運動からはじまった「標準に基づく改革運動 (Standards-based Reform Movement)」により、障害の有無に関わらず、全ての児童・生徒に対して統一した教育の達成基準を示し、各学校において全生徒がその基準を満たしているどうかを調査し、基準を満たさない生徒がいる場合には、学校側に責任を課すというシステムが推進されることとなった<sup>35</sup>。標準に基づく改革運動は、障害者教育法 (IDEA) にも影響を与えることとなり、個別教育プログラム (IEP) に関する規則は、IEPを作成する際には、普通教育のカリキュラムに参加し、その中で発達を促すことを目的とするよう規定されるようになった<sup>36</sup>。そして、これらの一連の流れを経て、通常学級に在籍して普通教育のカリキュラムを受けながら、学力、機能上の問題への介入指導を受けることを可能とする Response to Intervention(以下 RTI) の仕組みが法定化されることとなった<sup>37</sup>。

アメリカ教育省特別教育プログラム課が示すガイドラインによれば、RTIとは、普通教育のなかで行われる調査に基づく介入指導であり、学問上および行動上の問題に対するユニバーサル・スクリーニングの機能を備え、生徒の成果について連続したモニタリングを行い、調査に基づく介入指導を徐々に強めて行うために複数の層からなるものであるとされる<sup>38</sup>。RTIは、州、学校区ごとに内容が異なり手法は統一されていないが、多くの場合3段階に分かれた介入指導が行われるものとなっている。標準的なモデルは以下のようになる<sup>39</sup>。

まず、第1段階においては、ユニバーサル・スクリーニングと呼ばれる調査が行われる。年3回から12回と州や学校によって幅があるが、全児童を対象に定期的にスクリーニング検査が行われ、学習上の困難をかかえる児童・生徒を発見することが試みられる。具体的には、通常学級での授業と並行してスクリーニング

が行われ、学級全体の成績と個人成績に基づいて判断が行われる。学級の平均点が低い場合は、教員の指導の質に問題があるとみなされ、指導の改善が求められる。学級の平均点に問題がなく、個人成績が低い場合は、学習上の困難を有する可能性が認められ、RTIの第2段階の介入指導を受けることになる。

第2段階においては、学習上の困難が認められる生徒に対して、放課後や昼休みなど通常学級の授業外の時間を利用して、専門家による介入指導が行われる。通常学級の授業レベルに到達することを目標に、30分程度、2-5人程度の少人数指導が行われ、週1～3回のプロGRESS・モニタリングにより生徒の学習成果が確認される。一定期間を経たうえで、学習成果の伸びが少ない生徒は、RTIの第3段階の介入指導を受けることになる。

第3段階においては、特別教育の専門家によって、個別あるいはごく少人数での特別教育に基づく指導が行われる。この段階に至った生徒の中で学習成果に伸びが認められない者は、最終的に障害者教育法 (IDEA) の対象となるか否か、障害の判定を受けることになる。障害者教育法 (IDEA) の対象となる障害を有すると判定されない場合、当該生徒は引き続き通常学級に在籍しながら、RTIの3つの層の間を移動することになる。

RTIの仕組みは、障害のある児童・生徒も、さまざまな支援をうけながら通常学級において普通教育カリキュラムをうけることを可能としており、特別教育と普通教育の境界をとかすものとされる。RTIの整備が進むにつれて、障害者教育法 (IDEA) に基づく特別教育をうける児童らの数は減少しており、特別教育と普通教育を接近させることが、特別教育をより限定的な教育方法とすることにつながるということを示唆していると考えられる。

本稿においては、日本の障害児教育法制の現状と米国の障害者教育法 (IDEA) の仕組みとの比較検討を行い、日本においてインクルーシブ教育の実現を困難なものとしている制度上の問題点を明らかにした。歴史的な背景の違いや財政上の制約から、障害者教育法 (IDEA) から得られる示唆は限定的かもしれないが、障害のある児童・生徒に対する教育の適切性を個別化して考えること、可能な限り通常学級に在籍できる仕組みを整えること、特別支援教育と普通教育の関係を再考することは、インクルーシブ教育の制度を構築していくうえで重要な視点になると考えられる。

---

<sup>1</sup> 文部科学省特別支援教育資料 (平成29年度) [http://www.mext.go.jp/a\\_menu/shotou/](http://www.mext.go.jp/a_menu/shotou/)

tokubetu/material/1406456.htm(2018年9月1日確認)

- <sup>2</sup> 拙稿「学校教育法第78～82条」荒牧重人・小川 正人・窪田眞二・西原博史編『新基本法コメントール教育関係法』(日本評論社、2015)、今川奈緒・織原保尚「第8章 障害と教育」菊池馨実・中川純・川島聡編『障害法』(成文堂、2015)、独立行政法人国立特別支援教育総合研究所『特別支援教育の基礎・基本 新訂版』(ジアース教育新社、2015)等を参照。
- <sup>3</sup> 中教審の報告は、合理的配慮は、一人一人の障害の状態や教育的ニーズ等に応じて決定されるものであることを前提にしつつ、合理的配慮を提供するにあたっての観点を類型化するとともに、観点ごとに各障害種に応じた合理的配慮を例示するという構成で整理している。独立行政法人国立特別支援教育総合研究所『特別支援教育の基礎・基本 新訂版』(ジアース教育新社、2015)。
- <sup>4</sup> 渡部昭男編『日本型インクルーシブ教育システムへの道』(三学出版、2012)を参照。
- <sup>5</sup> 清水貞夫「特別支援教育制度からインクルーシブ教育の制度へ」障害者問題研究39号(2011)、日本教育法学会編『教育法の現代的争点』(法律文化社、2014)272～277頁(八木英二執筆箇所)を参照。
- <sup>6</sup> 兼子仁『教育法新版』(有斐閣、1978)231頁。
- <sup>7</sup> 米沢広一『憲法と教育15項[第4版]』(北樹出版、2016)。
- <sup>8</sup> 義務教育費の算定方法、および義務教育費国庫負担法、義務教育における学級定員および教職員標準法の制度については、日本教育法学会編『教育法の現代的争点』(法律文化社、2014)、240～245頁(山崎洋介執筆箇所)、荻谷剛彦『教育と平等』(中公新書、2009)、荻谷剛彦「義務教育費国家負担制度の分析視覚」学校事務61(4)(2010)を参照。
- <sup>9</sup> 前掲注(8) 荻谷剛彦『教育と平等』(中公新書、2009)56～103頁参照。
- <sup>10</sup> 同上。
- <sup>11</sup> 同上。
- <sup>12</sup> 前掲注(9)90～91頁。
- <sup>13</sup> 同上。
- <sup>14</sup> 前掲注(9)147～206頁。
- <sup>15</sup> 同上
- <sup>16</sup> 拙稿「第6章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」、尾形健編著『福祉権保障の課題と展開』(日本評論社、2018)等を参照。
- <sup>17</sup> 日本において障害児に対する教育は特別支援教育と称されるが、アメリカにおいては特別教育(Special Education)と称される。日本の特別支援教育とは性質が異なるものと考えられるので、本稿では特別支援教育と特別教育は区別して論じることとする。
- <sup>18</sup> 20 U.S.C. §1412(1); 34 C.F.R. § 300.17.
- <sup>19</sup> 20 U.S.C. §1414(d); 34 C.F.R. § 300.320-324.
- <sup>20</sup> 20 U.S.C. § 1411; 34 C.F.R. § 300.114.
- <sup>21</sup> 最も制限のない環境(LRE)の原則は、事実上インクルージョンに類似する効果をもつものであるが、本質的にはインクルージョンとは異なるものであることに留意する必要がある。拙稿「インクルージョンと分離を巡る一考察：障害者教育法におけるLREの原則について」大



原社会問題研究所雑誌 640 号を参照。

<sup>22</sup> 34 C.F.R. §300.320(a)(4).

<sup>23</sup> 拙稿「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) を参照。

<sup>24</sup> Michell L. Yell, *THE LAW AND SPECIAL EDUCATION*, fourth ed. (2016).

<sup>25</sup> 物理的なアクセシビリティの保障とは、障害児が施設や設備を利用することができないことを理由に、学校が実施する諸活動を行えなくなることを防止することを目的とする。プログラムへのアクセシビリティの保障とは、障害児が、学校が提供するプログラムについて物理的に利用可能であるだけでなく、当該プログラムから実質的な利益を得ることを求めるものである。

<sup>26</sup> 34C.F.R. §104.33 (a) .

<sup>27</sup> 20U.S.C. §1401 (29) .

<sup>28</sup> 20U.S.C. §1414. (d).

<sup>29</sup> Board of Educ. Of Hendrick Hudson Sch. Dist. v. Rowley 458 U.S. 176(1982). ローリー判決については安藤房治『アメリカ障害児公教育保障史』風間書房 (2001 年)、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—Board of Education v. Rowley 判決を手がかりに—」同志社法学第 58 巻 6 号 (2006 年) 等が詳しい。

<sup>30</sup> No. 15-827, 2017 WL 1066260

<sup>31</sup> Julie Waterstone, *Andrew F. And Fry Symposium: Andrew F. :Symbolism v. Reality*, 46 J.L. & Educ. 527(2017).

<sup>32</sup> 前掲注 (21) を参照。

<sup>33</sup> 前掲注 (15) を参照。

<sup>34</sup> Barbara Bateman, John Wills Lloyd, and Melody Tankersley, eds. *ENDURING ISSUES IN SPECIAL EDUCATION*. (2015).

<sup>35</sup> Douglas Fuchs, *The “Blurring” of Special Education in a New Continuum of General Education Placements and Services*, 76 *EXCEPTIONAL CHILD* 301(2010).

<sup>36</sup> 34 CFR 300.320.

<sup>37</sup> 20 U.S.C. §1414(b)(6)(B).

<sup>38</sup> Memorandum from Melody Musgrove, Director, Office of Special Education Programs(OSEP) to the State Directors of Special Education(2011).RTI は発達障害の中でも特に学習障害を対象としてデザインされた指導モデルである。障害者教育法 (IDEA) の対象となる児童のうち 3 分の 1 を超える児童が学習障害を抱えているという現状がある。

<sup>39</sup> 清水貞夫「教育的介入に対する応答 (RTI)」と学力底上げ政策」*障害者問題研究* 36 巻 1 号 (2008)、羽山裕子「アメリカ合衆国における学習障害児教育の検討—RTI の課題と意義」*教育方法学研究* 37 巻 (2012)、羽山裕子「米国の Response to Intervention における指導の在り方に関する一考察」*SNE ジャーナル* 19 巻 1 号 (2013)、Shane R. Jimerson, Matthew K. Burns, Amanda.M VanDerHeyden, eds., *HANDBOOK OF RESPONSE TO INTERVENTION* second ed. (2016), Mirchell L Yell, *THE LAW AND SPECIAL EDUCATION*, fourth ed. (2016). 等を参照。



## シンポジウム要録

### 障害差別禁止の法理（文責・山崎 公士）

1. 2017年4月、障害者差別解消法と改正障害者雇用促進法が施行された。両法は合理的配慮概念を日本の法令上初めて規定したため、行政機関等も民間事業者も対応を迫られている。中央省庁は解消法にもとづく「対応要領」をすでに策定し、合理的配慮の概念を一応は示した。しかし、この概念は具体的な場面で個別的に判断されるので、各場面における合理的配慮の内実が明らかとなるにはしばらく時間を要する。このシンポジウムでは、憲法・労働法・教育法の専門家による報告にもとづき、合理的配慮概念を含め障害差別禁止法理の根底にあるものを探った。

2. (尾形報告について) 尾形報告は憲法論の観点から、日米の平等原則に関する判例法理を分析し、直接差別、間接差別および合理的配慮が憲法14条1項においてどのように位置付けられるかを考察した。質疑では、障害差別禁止の合憲性審査基準はどのように設定すべきかが問われ、直接差別と間接差別については比較的厳格度の高い審査となり、合理的配慮についてはアメリカ判例のように踏み込んだ審査がなされるであろうと回答された。また日本の憲法論でインペアメントとディスアビリティは意識的に区別されてきたかが問われ、障害概念は文脈依存的であり、柔軟に考える要素が強いため憲法上障害概念を確定するのは難しく、個別的に考えることが基本であるとの見解が示された。

3. (小西報告について) 小西報告は、労働法における障害差別禁止法理に関し日独の法制度を比較しつつ検討し、ドイツ法では雇用場面での差別禁止は一般平等取扱法で規定し、合理的配慮については社会法第9編が規定するが、日本法では雇用場面での差別禁止も合理的配慮についても、障害者雇用促進法が規定していると分析した。質疑では、厚生労働省の合理的配慮指針では、過重な負担の考慮要素が事業者の経済的事情に限られており、合理的配慮の決定手続では使用者と当事者の1対1の話し合いによるものとされたことに関する見解が問われた。使用者側が負担の過重性を立証すれば合理的配慮は実現しないので、指針上の免責条項は極力限定すべきであり、当事者側のサポーターが関与できる仕組みが望ましく、重度障害者代表が介在できるドイツの制度が参照できると回答された。

4. (今川報告について) 今川報告は、特別教育と普通教育との境界について、アメリカのRTI(学習障害を対象として企図された教育的モデル)を手がかりに論じ、2017年の学校教育法施行令等の改正によって、インクルーシブ教育を保障する

ための個人のニーズに応じた学習の個別化が図りやすくなったとの知見が示された。質疑では、特別支援学校・学級ですべての障害のある子どもたちに障害のない人との平等をはかる合理的配慮は可能かとの質問に対し、基本的には困難だが、2017年法改正によって教育費の算定方法が学級でなく個人を基準とすることとされたため、個人ベースで合理的配慮を行う可能性は出てきたとの見解が示された。

5. 日本における障害差別禁止法制は運用され始めたところであり、理論上も実務上もいまだ十分な蓄積を積んでいない。この意味でも、数年ごとにこのテーマのシンポジウムを繰り返すべきことが痛感された。

特集 2

# 相模原障害者殺傷事件と障害法の課題



# 生命の刑法的保護と障害者

## ードイツと日本における優生思想の展開に着目して

保条 成宏（中京大学）

はじめに

- I 近代ドイツにおける優生思想の展開
- II 1980年代のドイツ刑法学界における「治療放棄適法説」の展開
- III 第2次世界大戦後の日本における優生思想の展開
- IV 生命の刑法的保護の実質化・実効化に向けての問題点と課題

はじめに

2016年7月に発生した相模原障害者殺傷事件は、生命に対する刑法的保護と、障害者とその生命に対する否定的な価値観である「優生思想」との緊張関係を社会的に浮き彫りにした。そこで、本稿では、ドイツと日本における優生思想の展開に着目することを通して、生命の刑法的保護のより自覚的な実質化・実効化に向けた理論構築の端緒をつかむこととしたい。

### I 近代ドイツにおける優生思想の展開

#### 1 「社会ダーウィニズム」の台頭

##### (1) 近代西欧社会と進化論

近代ドイツの「優生思想」は、「社会ダーウィニズム」(Sozialdarwinismus)の思想的系譜に連なるものとして形成され、ナチズムに結びついた。もともと、優生思想は、ドイツのみの「異形」の所産ではなく、チャールズ・ダーウィンが『種の起源』(1859年)のなかで進化論を提起したことを契機として、英米をはじめ広く近代西欧社会に根を下ろしたものである<sup>1</sup>。

進化論は、人間を含む全ての生物が簡単な原始生物から進化したとする理論である。そのうえで、これに基づく自然淘汰説は、進化の過程を「適者生存」(survival of the fittest)の理論に基づき説明しており、生物の個体間にみられるさまざまな変異のなかで、環境に適した変異をもつものだけが選択されて生き残り、新しい種類の生物が生じるとする見解である<sup>2</sup>。

進化論の台頭以前の西欧社会では、伝統的なキリスト教的世界観の下、個別創造説と二元論が不可分一体として唱えられてきた。このうち、個別創造説は、人間をはじめとする全生物が造物主たる神の手により個々別々に創造されたと説明

してきた。これを前提とする二元論は、神により創造された生物のうち、「神の似姿」として作られた人間と、自然界を構成するその他の生物とを明確に区別してきた。このように個別創造説と二元論に基づき人間界と自然界とを峻別するキリスト教的世界観は、進化論に代表される「19世紀自然科学主義」<sup>3</sup>の勃興により瓦解した。これは、自然科学こそが人間界と自然界とを通貫する普遍的な真理・原理を提示しようとする「自然科学万能主義」であり、その象徴として、人間と他の生物とを進化の過程で連続的・一元的に位置づける進化論を隆盛へと導く一方、両者の間に截然と一線を引き二元論に立脚するキリスト教的世界観を無力化した。このように自然科学万能主義と一体化し力を得た一元論は、人間と他の生物、人間界と自然界とを対立的にではなく同次元に定位させ、人間・社会の本質や営為を自然科学的・進化論的に解釈することに意を注ぎ、社会ダーウィニズムやこれに基づく優生思想へと発展していった<sup>4</sup>。この点について、次にドイツに焦点を当ててみていくこととする。

## (2) 社会ダーウィニズムにおける「生存闘争」と「淘汰」の原理

自然科学万能主義が19世紀の西欧社会を席卷するなか、ドイツにおいても、1870年代に至り、動物学者エルンスト・ヘッケルを主唱者として、一元論に基づきダーウィンの自然淘汰説を自然界のみならず人間・社会にも適用すべきであるとする「社会ダーウィニズム」が社会的な訴求力を発揮した。ヘッケルによれば、「適者生存」による自然淘汰は、自然界の摂理にとどまらず、人間社会においても道徳・倫理の基本をなすとされた。すなわち、社会のなかで「淘汰」(Auslese)を免れるための「生存闘争」(Kampf um Dasein)に最も適応し勝ち残った者だけが道徳的に正しく、かつ自らの権利を主張し生命権を行使できるとされたのである<sup>5</sup>。

20世紀に入ると、社会ダーウィニズムは、ドイツのアルフレート・プレッツらの「人種衛生学」(Rassenhygiene)と結びつき、優生思想として強化された。人種衛生学は、人間集団の「遺伝原基」(Anlage)の総体を「人種」(Rasse)と呼び、この遺伝状態を高価値化・優秀化することを目標とした。プレッツの構想する「人種」の世界は、伝統的な「社会」(Gesellschaft)が隣人愛や利他主義に基づく「相互扶助」の原理に支配されるのとは対蹠的に、「人種」の遺伝的な質を高価値に保つため、「生存闘争」と「淘汰」の原理によって弱者の「低価値」な生命を犠牲にすることも厭わない。さらにいえば、プレッツにとっては、文明が進歩するほどに人間社会において医療・社会福祉などの弱者保護のシステムが充実することこそが、むしろ淘汰に逆行する「逆淘汰」(Kontraselektion)を促進し人種の遺伝的質の劣化を招くものとして、問題視されるべきものだったのである<sup>6</sup>。



## 2 刑法学者ビンディング・精神医学者ホッへの優生思想

ドイツ社会において優生思想がより広汎に浸透する誘因となったのは、第1次世界大戦での大敗であった。敗戦後の著しい社会的荒廃や経済的混乱のなか、一般市民の間では、戦争といういわば甚大な「逆淘汰」の結果として、戦闘能力を具備した「価値ある」人間が多数戦死する一方で、障害・疾病により戦闘能力に欠けたために銃後を生き延びた「低価値」の人間が戦後社会のなかで「増殖」し、社会の「価値ある」構成員を圧迫しかねないとの危機意識が高じていった<sup>7</sup>。社会ダーウィニズムの主張は、そうしたドイツ社会の精神動向に呼応して、優生思想を大衆化・一般化し、かつ先鋭化させていった。

このような時代状況のなか、優生思想を大衆社会に向け強力に鼓吹したものとして、刑法学者カール・ビンディングと精神医学者アルフレート・ホッヘが1920年に発表した共著『生存無価値な生命の毀滅の解禁 — その基準と形式』<sup>8</sup>がある。これは、一般市民向けの啓蒙書の体裁をとり、前半部分でビンディングが法律論を展開し、後半ではホッヘが医学的に論評を加える内容となっている。

まず、ビンディングは、「人の生命が法益としての特性に甚だしく欠けるため、その継続によって本人にとっても社会にとっても全ての価値が失われるような場合はあるか」と問題を提起する<sup>9</sup>。そのうえで、重度の知的障害者などの「不治の白痴」(unheilbar Blödsinnige)<sup>10</sup>に触れ、「彼らには、生きる意思 (Wille zu leben) もなければ、死ぬ意思 (Wille zu sterben) もない。したがって、(略) 殺害行為が生きる意思と衝突してこれを破るということもない。その生命は、絶対的に無目的であるが、彼らは、それを耐え難いものとは感じていない。親族にとっても、社会にとっても、彼らは、過重な負担となる」<sup>11</sup>と述べ、その殺害が合法であるとする。

ホッヘも、「不治の白痴」である人間が「精神的な死」(geistiger Tod)の状態にあり、「人間の抜け殻」(leere Menschenhülse) にすぎないと言明する<sup>12</sup>。そして、そのような「精神的な死」の状態の特性について、以下のように論じている。 — 「最も本質的な点は、自身の人格 (eigene Persönlichkeit) を意識するようになる可能性を欠いていること、つまり、自己意識 (Selbstbewußtsein) の欠如である。精神的な死者は、われわれが動物界 (Tierreihe) の底辺においてようやく再び見出すような知的水準にあり、感情の動きも、きわめて原始的で動物的生命の限度でしか生じない。(改行) したがって、精神的な死者は、(略) その内面において生命に関する主体的権利 (ein subjektiver Anspruch auf Leben) を主張することもできない」<sup>13</sup>。

ビンディングとホッへの優生思想には、社会ダーウィニズムの中核である「生存闘争」原理が色濃く投射されている。というのも、ビンディングとホッへの論理によれば、人間といえどもこれが生命権を享有しうるのは、「単に存在していること」(bloße Existenz)ではなく、他者との「生存闘争」のなかで有効に自らの生命権を主張しうる点に根拠があり、この点の前提として「生きる意思」や「自己意識」が必要となるからである<sup>14</sup>。

### 3 ナチスによる「生存無価値的生命の毀滅」

#### (1) 優生思想と「人種デオロギー」の融合

近代ドイツの優生思想は、社会ダーウィニズムを基盤として伸張し、第1次世界大戦後の社会的荒廃のなかで大衆化・先鋭化していった。そして、1930年代に至ると、大衆からの強力な支持を得て国家権力を掌握したナチスの「人種イデオロギー」(Rassenideologie)と融合し、障害者の「生存無価値的生命の毀滅」(Vernichtung lebensunwertes Leben)へと向かった。

ナチスの人種イデオロギーの下では、ゲルマンが「アーリア人種」ないし「北方人種」の純粋な血統を継承しているとされ、その民族的秀逸性が力説された。そして、ゲルマンの「血と土」(Blut und Boden)を紐帯とする「民族」(Volk)こそが至高の価値を体現し、これにより形成された「民族国家」(völkischer Staat)においては、個人は、民族共同体にとり「有益」な限りでその価値を承認され、民族の秀逸性にとり阻害要因となる不治の病者・障害者などの「劣等者」は、「生存無価値的生命の毀滅」というプロパガンダの下に排除されていく<sup>15</sup>。

1933年には、ナチス政権の新刑法典編纂の指針に関し、『ナチス刑法——プロイセン司法大臣の覚書』<sup>16</sup>が国民に向けた政治的プロパガンダとして公表された。この覚書には「生存無価値的生命の毀滅」の項が設けられ、国家が違法阻却事由を一切前提とすることなしに治癒の見込みのない精神病患者などの生命を毀滅しうるとされた<sup>17</sup>。この内容は、立法化に至らなかったが、「最高の裁判長として法を創造する」(カール・シュミット)存在である総統ヒトラーの命令により「安楽死計画」(Euthanasieprogramm)として実行に移された。

#### (2) 第2次世界大戦中における「T4作戦」と「障害児作戦」

ナチスは、人種イデオロギーと一体化した優生思想を背景にして、第2次世界大戦の開始とともに障害児・者を対象とする「安楽死計画」を始動させた。まず、成人に対する「T4作戦」(Aktion T4)において、ヒトラーは、秘密命令に署名し、指定医が不治の精神障害者に「慈悲死」(Gnadentod)を施すことを指示した。終戦までに20万人以上の精神障害者が殺害されたとされる<sup>18</sup>。

特に新生児に照準を合わせた「障害児作戦」(Kinder-Aktion)も遂行された。医師・助産婦に対しては、内務大臣の訓令により、障害新生児の出産に立ち会ったケースを公衆衛生局に報告する義務が課され、この報告を受けて専門の帝国委員会において当該障害児が「安楽死」の適応となるか否かが審査された。「安楽死の適応あり」との判定が出ると、担当官が障害児の自宅に赴き、両親に対して「子どもを専門施設で治療すれば障害が矯正される」との詐言を用い、その障害児を「小児専門病棟」に收容し、直ちに薬物注射などによる殺害が行われた<sup>19</sup>。

### (3) 「ナチス後」における優生思想の帰趨

それでは、「ナチス後」としての戦後のドイツにおいて、優生思想は、いかなる帰趨をみたのか。

1962年、小児科医ヴェルナー・カテルは、『生命の極限状況 — 限定的安楽死の問題に関する論稿』と題する論文を発表した。カテルは、「心身一体的構造」(psychophysische Struktur)あるいは「人間に相応のものとして会得されたすべての身体的・精神的意識内容の統一体」である「自我意識」(Ichbewußtsein)に人間の本質を見出している。そして、自我意識の徴表が存在せず、精神的機能が完全に欠落した「白痴」(Idiot)の状態となる障害新生児は、人間としての存在形式の次元に達しえず、こうした「極限状況」(Grenzsituation)にある生命への「限定的安楽死」(begrenzte Euthanasie)は、刑法的意味での「殺人」に当たらないとした<sup>20</sup>。

人間の本質としての「自我意識」が欠落する生命には刑法的保護が及ばないとするカテルの見解は、ビンディングやホッヘが生命法益の要保護性や生命権の根拠を「生きる意思」や「自己意識」に求めつつ優生思想を展開し、ひいてはこれがナチスによる「生存無価値的生命の毀滅」として現実化していった点を容易に想起させる。しかも、カテルは、ナチスによる「障害児作戦」において「安楽死」の適否を判定する地位にあった。反ナチズムを基本精神とする戦後ドイツにおいて、このようにカテルがあえて自説を展開しえた理由は、どこにあるのだろうか。

すでにみたように、近代ドイツの優生思想は、西欧社会の普遍的な思潮の一環として、自然科学や進化論を絶対視する思考が社会ダーウィニズムへと発展していくなかで形成・強化されたものであり、ナチス固有の産物などではない。したがって、それは、ナチスの崩壊により消失するものでもなく、むしろナチスが持ち込んだ人種イデオロギーという特異な夾雑物を除去する機会を得ることで思想としての普遍性を回復し、戦後ドイツ社会のなかにも一定の所在を見出しえたのであり、カテルの言説は、その例証とみることができよう。

戦後ドイツにおける優生思想の帰趨に関するこのような理解に沿うものとして、次に障害新生児の生命維持治療に関する1980年代の刑法学説をみていく。

## II 1980年代のドイツ刑法学界における「治療放棄適法説」の展開

ドイツでは、障害新生児が生命維持治療の放棄(以下、「治療放棄」という)により死亡する「フライブルク事件」<sup>21</sup>が1979年に発生した。これを受け、1980年代の刑法学界では、斯界を代表するアルビン・エーザーやアルトゥール・カウフマンなどが、特に障害新生児の重度の障害状態を根拠として生命維持治療の作為義務(以下、「治療義務」という)に限界を設定し、一定の要件の下に治療放棄(Behandlungsverzicht)の適法性を肯定する「治療放棄適法説」を展開した<sup>22</sup>。

### 1 「フライブルク事件」とその概要

1979年初頭に大学病院で出生した男の障害新生児は、胸髄に発生した二分脊椎症と腰仙部の骨格系の異形成とを合併し、短期的な予後として水頭症の併発が懸念され、長期的な予後としては、膀胱直腸障害による尿・便失禁と下肢運動機能障害による歩行不能をきたすことが見込まれた。これらの障害の状態は、生命には影響を及ぼさないものの、治療による除去が不可能なものであった。加えて、新生児は、直腸の先端部と膀胱とが結合した鎖肛により胎便の排出ができない状態にあり、これは、人工肛門の造設により矯正可能である反面、迅速な処置を怠れば生命予後を不良にするものであった。そこで、小児科医と外科医が直ちに協議のうえ人工肛門造設手術の実施を決定し、両親に同意を求めた。両親は、当該手術が行われても新生児に複数の障害が遺る現実が変わりがないことから、手術は不要であるとしてこれに同意しなかった。

後見裁判所(現・家庭裁判所)は、民法(旧)1666条1項1文に基づき、大学病院による手術を許可する「仮命令」(einstweilige Anordnung; vorläufige Anordnung)を発した。しかし、大学病院の麻酔医2名は、「新生児を死に委ねる方が慈悲的であり、自然の摂理にも適合する」などとして手術への協力を拒否した。これにより手術が頓挫し、障害新生児は、水腎症と腸閉塞症を併発し、生後12日目に死亡した。

フライブルク地方裁判所検事局は、手術への不同意や非協力により治療放棄に関与した両親と麻酔医2名に対し、故殺(刑法212条)の嫌疑に基づき捜査を開始した。しかし、1980年7月、「極めて重度の奇形が残り余命もわずかであろう児を、手術というさらなる侵襲度の高い処置から防護し、要するに該児の福祉(Wohl)に寄与しようとした」などとして、被疑者全員を不起訴処分とした<sup>23</sup>。

## 2 「治療放棄適法説」とその問題点

フライブルク事件を端緒として展開された「治療放棄適法説」について、これを主導したアルビン・エーザーの見解を取り上げつつ具体的にみていきたい。

### (1) アルビン・エーザーの見解

エーザーは、まず、障害新生児に関する治療義務を限定する理論的構成として、生命維持治療の実施が医師および両親に対して期待可能ではないこと、つまり「期待不可能性」(Unzumutbarkeit)によって責任段階以前に作為義務それ自体が画されるとする。生命維持治療という作為が不作為犯論的に見て期待不可能となる実質的な根拠について、エーザーは、これを「医師の任務」(ärztlicher Auftrag)の目標に求めている。そして、近代の自然科学的思考を背景として量的・生物学的・技術的な生命維持の実現可能性(Machbarkeit)を追求してきた医学に対して、患者の個々の臓器の維持に執着することをやめ、人間学的な(anthropologisch)視点からその総体的な幸福(Gesamtwohl)への寄与という本来の人間的な任務を再認識するべきであると提言する。そのうえで、医師の任務についても、「人格的な自己実現」(personale Selbstverwirklichung)への援助をなすものとして設定されるべきであり、生命維持治療がこの目標を達成しえないときには治療義務が限界に到達するとしている<sup>24</sup>。

このようなエーザーの「医師の任務」論によれば、まず成人患者においては、反応(Reaktion)やコミュニケーションのための全能力の喪失が確定的となり、自己知覚(Selbstwahrnehmung)・自己実現の可能性が失われた場合、つまり遅くとも「不可逆的な意識喪失」(irreversibler Bewußtseinsverlust)の状態に至ったことが明白なときには、治療義務が消滅するとされる<sup>25</sup>。そして、これとの類比において、意識をもたずに生まれてくる新生児が将来にわたり意識を獲得しえないことが確実であれば、これに対する治療放棄が適法になるとする<sup>26</sup>。

エーザーの見解は、立法を視野に入れた動きにも発展し、彼を中心とする刑法学教授グループは、医学教授らとの連名により「臨死介助法対案」(Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe)を1986年3月11日付で公表し、「重篤な障害新生児の症例においては、意識が獲得されることが決してないとき」には治療放棄が適法となるとの規定を刑法典に新設すべき旨を提言した<sup>27</sup>。この動きは、最終的には立法に結びつかなかったものの、「医」と「法」の間のさらなる学際的・医事法的論議を喚起した。そして、1986年7月27日からの3日間、ニーダーザクセン州アインベックにおいて、ドイツ医事法学会主催により障害新生児への治療放棄をテーマとするワークショップが開かれ、最終日には、治療放棄を適法に

行うための指針として、「対案」と同様の内容を含む「アインベック勧告」(Einbecker Empfehlung) が採択された<sup>28</sup>。

## (2) 「人格的生命観」「質的生命観」と優生思想

エーザーは、障害新生児において意識の獲得に基づく「人格的な自己実現」の可能性が閉ざされる点を根拠として、治療義務が限界に達し治療放棄が適法になるとする。このようなエーザーの見解は、ビンディングやホッヘが「生きる意思」や「自己意識」に、またカテルが「自我意識」にそれぞれ着目し、その欠如により生命の刑法的保護が不要になるとする点と通底しており、以下の点とも照らし合わせると、「ナチス後」のドイツ社会においても優生思想がその一角を占めていることの証左であるといえる。

エーザーの見解の背景には、1960年代に至り先端医療技術が飛躍的な進歩を遂げる反面において、「過剰」な延命治療が植物状態患者などを生み出し「人間の尊厳」(Menschenwürde)を侵害しているとの認識が生まれてきた状況がある<sup>29</sup>。そして、すでにみたように、エーザー自身も、同様の認識に基づき近代の自然科学的思考に対し否定的な態度をとる。しかしながら、この態度は、同じ近代の自然科学的思考に由来する社会ダーウィニズムが生み出したような優生思想との決別を意味しない。それは、カントに代表される近代思想において「人間の尊厳」がいかなる実体を伴ってきたかをみれば、自ずと明らかである。

近代思想における「人間の尊厳」は、カント以来、「自己意識を有し自由で自己決定的な主体」としての「人格」(Person)が有する「価値」を意味してきた<sup>30</sup>。このような近代的個人像としての「人格」に価値を見出すカントのいわば「人格的生命観」の下では、自己決定的・自立的な能力を有する個人のみが自由な存在として権利を有する一方において、当該能力を欠く個人の生命は、無価値で淘汰されるべき存在でしかなくなる<sup>31</sup>。つまり、近代的個人主義・自由主義を先導したカントの啓蒙思想は、自由のために必要な相応の能力を有する個人のみが「生存闘争」に堪えうることを所与の前提としており、後続する社会ダーウィニズムやこれに基づく優生思想に対してきわめて親和的であるといえることができる。

エーザーが障害新生児の「人格的な自己実現」の可否に着目するのも、カントと同様の「人格的生命観」に立脚してその生命の「質」や「価値」を問うものといえる。このような「質的生命観」(qualitative Lebensbetrachtung)の下では、生命が「衡量可能な(abwägbar)価値」とされ<sup>32</sup>、このことの帰結として、「人格的生命」のみが保護価値を有し、これに劣後し「人格」たりえないほどに重度の障害新生児の「非人格的生命」は、保護に値する「質」を有しないことになる<sup>33</sup>。

エーザーの見解は、刑法理論としては障害新生児に対する治療義務を限定することにより治療放棄という不作為の適法性を根拠づけようとするものであり、生命法益それ自体の要保護性を否定するビンディングらの所説とは一線を画するものではある。しかし、エーザーの立論は、その基底に彼らの所説とも相通ずる優生思想を据えており、生命の刑法的保護の歯止めなき相対化を招く危険を内包しているというほかない。

### III 第2次世界大戦後の日本における優生思想の展開

ドイツの優生思想は、近代西欧社会における進化論に基づく自然科学的思考の広がり背景として、社会ダーウィニズムにみられるような「生存闘争」原理を核としつつ展開し、今日に至っている。そして、このような優生思想は、ドイツをはじめ西欧諸国の影響下に近代化を遂げた日本にも滲入している。そこで、特に第2次世界大戦後の日本での優生思想の展開をみることにしたい。

#### 1 優生保護法の制定

第2次世界大戦により一敗地に塗れ焦土化した日本は、第1次世界大戦で大敗を喫したドイツに酷似しており、「健全」な子孫を生み出す青壮年層の国民の多くを戦争で失うなかで、日本人の遺伝的資質が「不良化」することへの懸念が拡大をみた。1948年に制定された優生保護法は、ナチスの「遺伝病子孫予防法」（1933年）を範として1940年に成立した「国民優生法」を前身としつつ、むしろこれを強化したものであり、その第1条において「優生上の見地から不良な子孫の出生を防止する」との優生思想を法の目的として正面から謳い、不妊手術や人工妊娠中絶を合法化した<sup>34</sup>。

優生保護法は、「個人の尊厳（尊重）」を人権保障の基礎に置く日本国憲法（とりわけその13条）の基本精神に抵触するかたちで、いわば「裏」——むしろこれが反転して「表」になったというべきか——の基本精神としての優生思想を戦後の日本社会に定着させていった。1996年に優生保護法が「母体保護法」と改称され、不妊手術に関する規定などが削除されたものの、いったん根を下ろした優生思想は、昨今における新型出生前診断の普及により「生まれてこなくてもよい」存在として障害胎児に対する選択的人工妊娠中絶の拡大が見込まれる<sup>35</sup>なか、むしろ強化される傾向にあるといえる。

#### 2 高度経済成長期における能力主義・選別主義的な障害者政策

##### （1）高度経済成長と「生存闘争」

戦後復興期に優生保護法により社会への定着をみた優生思想は、1950年代半ば

に至り高度経済成長期を迎えてさらに強化された。すなわち、国家目標が戦前・戦中における軍事大国化から戦後の経済大国化へと置き換わるなか、国民は、この新たな目標に向けて「総動員」されることを通し、労働市場における「能力」や「価値」という基準により階層化・序列化されていった。そのうえで、そもそもこの基準に適合しない障害者は、労働市場から選別的に排除された<sup>36</sup>。

ちなみに、カントは、社会ダーウィニズムやこれに基づく優生思想の前駆として、自己決定的・自立的な能力を有する「人格」としての近代的個人像を描出したが、これは、同時代に産業革命が進行していた事実とも無関係ではない。というのも、産業革命による経済発展に至上の価値を置いた近代社会では、中世の伝統的な共同体から解放され自立した——と同時に孤立した——「人格」としての近代的個人が、その生産活動上の「能力」を競って「生存闘争」に加わることを要求され、能力に欠ける者は、仮借なく淘汰されたからである。そして、このような産業革命下での「生存闘争」にも類似する状況が日本の高度経済成長においてもみられ、国民が経済発展に向けて個の単位に分断され孤立し競争的環境に置かれ、この状況のなかで能力主義・選別主義的な障害者政策が推進された。

## (2) 重度障害者に対する「放置主義から施設収容主義へ」の政策転換

優生思想に基づく能力主義・選別主義的な障害者政策の起点は、すでに日本初の障害者福祉立法として1949年に成立した身体障害者福祉法のなかにあった。成立当初の同法は、職業的リハビリテーション法としての色彩を強く帯びており、これを受けて、障害者政策の基調も、一定の「能力」のある軽度障害者に対し「労働戦線」における「生存闘争」への「参戦」を促すことに重点を置くものとなった。このような基調は、さらにその後の高度経済成長において労働力不足が深刻化するなかで、より鮮明化していった。例えば、1963年には、首相の諮問機関である経済審議会の答申「経済発展における人的能力開発の課題と対策」が出され、労働市場への適応が可能な軽度障害児を選別し最安価な労働力供給源として能力開発するため、職業訓練を核とする「特殊教育」が奨励された<sup>37</sup>。

これに対して、重度障害者は、労働市場からは「存在価値がない」として淘汰されたばかりか、国が社会政策をネグレクトするいわば「放置主義」の下で低水準の福祉を甘受するしかなく、日本国憲法25条の生存権保障が空文化するに等しい状況に置かれていた<sup>38</sup>。もっとも、高度経済成長による急速な産業化・都市化により家族の養育・扶養機能の水準が次第に低下し、福祉政策の間隙へと追いやられた重度障害者に対する家族的自助が限界に達していくなか、国は、「放置主義から施設収容主義へ」の政策転換を余儀なくされた。すなわち、労働力の源泉で



ある家族が重度障害者の介護負担により機能不全に陥ることを防止するとともに、経済成長の果実のなかからごく一部を福祉予算として捻出し経済効率・効果の高い方法で投下するシステムを確立するべく、国は、大規模な「終身収容施設」の建設を促進する方向へ舵を切ったのである。これを受け、高度経済成長期終盤の1960年代末から70代前半にかけて、「コロニー」と呼ばれる重症心身障害児・者のための大規模な収容施設も全国各地に建設された。もつとも、このような国の施設収容主義政策は、あくまでも経済成長の持続可能性を担保することに主眼をおいており、個々の障害者の生存権保障を実効あるものとする発想に欠けていたこともあり、「終身収容施設」という閉鎖的空間において入所者への非人間的・人権侵害的な行為が横行する事態も生じた<sup>39</sup>。

### 3 横浜脳性麻痺障害児殺害事件と「内なる優生思想」

#### (1) 「青い芝の会」による告発型運動

優生思想に基づく能力主義・選別主義を背景として「重度障害者は終身入所施設へ」との施設収容主義政策が推進されることに対し、脳性麻痺障害者の当事者団体「青い芝の会」は、障害者を差別・抑圧の対象としその生存権保障を等閑視する非障害者の自己本位性を糾弾し、非障害者が支配する社会を告発する運動を展開した<sup>40</sup>。こうした告発型運動は、1970年に横浜市において母親が脳性麻痺の障害児を殺害する事件が発生したことにより、極点に達した。

この事件は、母親が三児のうちともに脳性麻痺の第二子と第三子を養育中であつたところ、夜泣きをした後者(当時2歳7か月)を絞殺するに至つたものである。事件を伝えた地元紙は、「施設不足の悲劇」という見出しの下、「去年の夏ごろから(略)身障施設に入れて治療しようとしたが、いずれも“満員”の理由で断られており、看病の心労が重なって発作的に犯行に及んだ」、「殺された子供は重度の脳性マヒで生まれてから寝たつきり。(略)ふえる患者と少ない治療専門施設のベッド数——社会福祉の谷間が生んだ悲劇」と報じた。加えて、「神奈川県心身障害児父母の会」が横浜市長に宛てた抗議文を掲載しており、同会は、このなかで「施設もなく、家庭に対する療育指導もない。生存権を社会から否定されている障害児を殺すのは、やむをえないなりゆきであるといえます。(略)福祉行政の絶対的貧困に私たちは強く抗議するとともに、重症児対策の速やかな確立を求める」とした<sup>41</sup>。さらに6日後には、「(母親に対して)温かい同情の声が寄せられている」、「以前から母親の苦労を見ている近所の人から減刑、釈放の署名運動の声が持ち上がり(略)町内のほとんどを占める689名の署名が集まった」と報じた<sup>42</sup>。

「青い芝の会」の主要メンバーであつた横塚晃一は、被害児と同じ脳性麻痺者と

して「殺される立場」から母親のための減刑嘆願などの運動を批判した。そして、「これらは全て殺した親の側に立つものであり、『悲劇』という場合も殺した親、すなわち『健全者』にとっての悲劇なのであって、この場合一番大切なはずの本人(障害者)の存在はすっぱり抜け落ちている」との危機感から、「青い芝」神奈川県連合会として以下のような意見書を取りまとめ、横浜地検や横浜地裁に提出した。——「現在多くの障害者の中にあつて脳性マヒ者はその重いハンディキャップの故に採算ペースにのらないとされ、殆どが生産活動にたずさわれない状態にあります。このことは生産第一主義の現社会においては、脳性マヒ者はともすれば社会の片隅におかれ人権を無視されひいては人命迄もおろそかにされることになりがちです。このような働かざる者人に非ずという社会風潮の中では私達脳性マヒ者は『本来あつてはならない存在』として位置づけられるのです。(改行)本事件の被告(略)においてもたとえ二人の障害児を抱え幾多の生活上の困難があつたにしろ、この『本来あるべき姿ではない』という一般通念が彼女に実際以上の精神的負担となつておおいかぶさり、子供の将来・自分の前途を悲観し絶望的になつてしまったものと思われまふ。(略)本事件の原因を施設が足りないこと、福祉政策の貧困に帰してしまふことは簡単です。しかしそのことによつて被告の罪が消えるならば、即ち本裁判においてももしも無罪の判決が下されるならば、その判例によつて重症児(者)の人命軽視の風潮をますます助長し脳性マヒ者をいよいよこの世にあつてはならない存在に追い込むことになると思われまふ」<sup>43</sup>。

## (2) 「内なる優生思想」とその実体

横塚は、上記の意見書において「二重の告発」を行つてゐる。第一の告発は、「青い芝の会」が従来から提起してきたものであり、施設収容主義政策の下で重度脳性麻痺者が「本来あつてはならない存在」として終身収容施設に隔離され、生存権保障を剥奪された「社会的な死」の状態を強いられていることに向けられている。加えて、第二の告発は、本件を受けて提起されたものであり、重度脳性麻痺者において生存権が剥奪される以前の問題として、生命権そのものが剥奪される「最終的な死」さえもが施設収容主義政策の推進装置である終身収容施設などの不足を根拠として正当化され、その生命に対する刑法的保護が形骸化しかねない状況に向けられたのである。

この告発において、横塚は、障害者を「本来あつてはならない存在」として位置づける優生思想が根付く社会を批判すると同時に、母親において障害児であるわが子を「本来あるべき姿ではない」とみる心性として、今日でいう「内なる優生思想」の存在を見出し、これを問題視している。こうした「内なる優生思想」

のなかに生命の刑法的保護が形骸化する危険を見出す点からは、横塚の鋭敏な社会感覚が看取される。

しかし、結局のところ「内なる優生思想」に真に「内なる」ものはなく、「内なる」位相のみでその実体を把握することはできない。それは、むしろ優生思想に依拠した能力主義・選別主義的な障害者政策をはじめとする社会政策の反映であり、個人が労働市場やその他の社会的局面で他者との関係性を切断され孤立した状態で「生存闘争」を強いられるなか、これに劣敗し淘汰されることを恐れるメンタリティとして生成したものといえる<sup>44</sup>。したがって、このような実体を伴ったメンタリティを軽減・除去し、生命の刑法的保護を実質化・実効化していくためには、社会における「生存闘争」を是認するような優生思想や、これに基づく社会政策などに対抗しうるような、新たな理論を構築していく必要がある。

#### IV 生命の刑法的保護の実質化・実効化に向けての問題点と課題

以上のように優生思想の展開がみられるなかで、障害者をめぐって生命の刑法的保護が形骸化・脆弱化する危険を排除し、それを実質化・実効化することに向けて、刑法学は、はたしていかなる社会像や人間像を措定し、これに基づいてどのような理論を構築していくべきであろうか。もとより、もはや本稿にはそれらについて論究しうるだけの紙幅が残されてはいないばかりか、そもそも筆者にはそれをなすだけの用意が十分にはない。そこで、本稿を閉じるにあたり、筆者が他日において理論的作業を進めるうえで留意すべき問題点や取り組むべき課題を摘記し、これをもって責めを塞ぐこととしたい。

##### 1 優生思想の問題点

本稿で論じてきたことを集約すると、社会ダーウィニズムに端を発する近代の優生思想は、カントが先導した近代的個人主義・自由主義にもとづく人間像や社会像を前提としている。これによれば、「人格」として「自己意識を有し自由で自己決定的な主体」たりうる近代的個人のみが、「生存闘争」を基本とする近代社会のなかで「自己実現」を果たし淘汰を免れることになる。その一方で、近代的個人としての「自己決定的・自立的」な「能力」を欠く個人は、「生存闘争」において淘汰されるべき存在として生命権を主張しえず、その生命は、法益としての要保護性に欠けるものとなる。

ここで前提とされている人間像や社会像は、あまりに思弁的に過ぎ、きわめて平板で人間やその社会の現実在即しておらず「血の通わない」ものであり、以下の①②のような問題点をはらんでいる。

- ① 人間は、本来的に不完全であり、自己の「能力」だけではその生存を確保しえないがゆえに、社会を形成し他者との「ささえあい」の関係を通して連帯・共生を図る存在である。「自立」の名目の下、自身の「能力」のみにより自己完結して他者と「生存闘争」をすることを強いらられるような「孤立的・閉鎖的」な人間像は、人間やその生命が本性として内包する社会的関係性・連帯性に背馳するものである<sup>45</sup>。
- ② 個人が「自立」という名の孤立した状態で「生存闘争」へと追いやられる「孤立・競争社会」では、「生存闘争」は、その連鎖を生む。すなわち、ある基準に基づき淘汰と非淘汰の線引きをし「生存闘争」を終結させても、残った非淘汰の部分において、新たな基準に基づき淘汰の線引きをするための「生存闘争」が再燃することになる。これが行き着くところでは、すべて個人やその生命にとって「安全地帯」がなくなり、社会そのものが存立不能となる。

## 2 刑法学上の課題

最後に、以上のような問題点をはらむ優生思想に対抗しうるアンチテーゼの提示に向けて、生命の刑法上の要保護性をめぐり法益論などを展開するうえでの課題として、次の④⑤に言及しておきたい<sup>46</sup>。

- ④ そもそも、個人の能力は、多様な個々人の連帯・共生の関係性の中ではなくまれ、かつ生かされるのであり、自己完結せず相対的なものである。このような「关系的・相対的」な能力観の下に、「孤立的・閉鎖的」ではない「关系的・開放的」な人間像を、そして「孤立・競争」ではない「連帯・共生」の社会像を、それぞれ確立する必要がある。
- ⑤ 「個人の尊厳」を規定する憲法13条は、人間存在の多様性や非対称性の尊重のうえに立ち、刑法に対して、個人やその生命が「単に存在していること」のみを根拠として生命法益に対する保護機能を発動させることを要請していると解される。この点との関連において、「关系的・相対的」な能力観の下、相対的に過ぎない個人の「能力」を基準としてその生命の「質」や「価値」を評価し、生命法益の保護機能の制約へと及ぶことに対して、これを否定するための理論を自覚的に深化させる必要がある。

---

<sup>1</sup> 米本昌平『遺伝管理社会 — ナチスと近未来』(弘文堂、1989)45-48頁。

<sup>2</sup> 保条成宏「優生思想と障害者」八事(中京大学評論誌)18号(2002)123頁。

<sup>3</sup> 米本・前掲注1)43-44頁、同「イギリスからアメリカへ — 優生学の起源」米本昌平ほか『優生学と人間社会 — 生命科学の世紀はどこへ向かうのか』(講談社、2000)14-15頁。

- <sup>4</sup> 保条・前掲注 2)123 頁。
- <sup>5</sup> *Ralf Peters*, *Der Schutz des neugeborenen, insbesondere des mißgebildeten Kindes*, 1988, S.186.
- <sup>6</sup> *Peters*(Anm.5),S.186ff.; 市野川容孝「ドイツ — 優生学はナチズムか？」米本ほか・前掲注 3)70-72 頁。
- <sup>7</sup> *Peters*(Anm.5), S.192.
- <sup>8</sup> 本稿は、1922 年刊行の第 2 版として、*Karl Binding / Alfred Hoche*, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens, Ihre Maß und ihre Form*, 2.Aufl., 1922 によった。
- <sup>9</sup> *Binding / Hoche*(Anm.8), S.27.
- <sup>10</sup> *Binding / Hoche*(Anm.8), S.28.
- <sup>11</sup> *Binding / Hoche*(Anm.8), S.33.
- <sup>12</sup> *Binding / Hoche*(Anm.8), S.51, 55.
- <sup>13</sup> *Binding / Hoche*(Anm.8), S.57f.
- <sup>14</sup> *Peters*(Anm.5), S.200f.
- <sup>15</sup> *Peters*(Anm.5), S.165 ff., 180, 185 ff., 208 ff.; 保条成宏「障害新生児の生命維持治療をめぐる刑法的問題 (1)」名大法政論集 140 号 (1992)176 頁。
- <sup>16</sup> *Nationalsozialistisches Strafrecht*, *Denkschrift des Preuszischen Justizministers*, 1933. この原文は参照しえず、司法省調査課訳『ナチスの刑法 (プロシヤ邦司法大臣の覚書)』司法資料 184 号 (1934) の邦訳によった。
- <sup>17</sup> 司法省調査課訳・前掲注 16)153-154 頁。
- <sup>18</sup> *Helmut Ehrhart*, *Euthanasie und Vernichtung “lebensunwerten” Lebens*,1965, S.32; *Ernst Klee*(Hrsg.), *Dokumente zur “Euthanasie”*, 1985, S.85.
- <sup>19</sup> *Klee*(Anm.18),S.80f.,295ff.; 保条・前掲注 2)125 頁; 同・前掲注 15)178-181 頁。
- <sup>20</sup> *Werner Catel*, *Grenzsituationen des Lebens, Beiträge zum Problem der begrenzten Euthanasie*, 1962, S.40, 106, 113.
- <sup>21</sup> フライブルク事件の概要に関しては、Vgl. *Adolf Laufs*, *Recht und Gewissen des Arztes*, in: *Heidelberger Jahrbücher* 1980, S.8f.; *Albin Eser*, *Grenzen der Behandlungspflicht aus juristischer Sicht*, in: *Peter Lawin / Hanno Huth*(Hrsg.), *Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht*, 1982, S.77f.; *Rudolf Schmitt*, *Eugenische Indikation vor und nach der Geburt*, in: *Günter Kohlmann*(Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70.Geburtstag*, Band II , 1983, S.331.
- <sup>22</sup> Vgl. *Eser*(Anm.21), S.77ff.; *ders.*, *Ziel und Grenzen der Intensivpädiatrie aus rechtlicher Sicht*, in: *Hans Kamps / Adolf Laufs*(Hrsg.), *Arzt- und Kassenarztrecht im Wandel*, *Festschrift für Prof. Dr. iur. Helmut Narr zum 60.Geburtstag*, 1988, S.47ff.; *Schmitt*(Anm.21),S.329ff.; *Arthur Kaufmann*, *Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Früheuthanasie*, *JZ* 1982, S.481ff.; *Ernst-Walter Hanack*, *Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen aus juristischer Sicht*, *Medizinrecht* 1985, S.33ff.

- <sup>23</sup> StA Freiburg, Verfügung vom 18. 7. 1980 - 20 Js 3177/ 79, in : *Albin Eser/Hans-Georg Koch* (Hrsg.), *Materialien zur Sterbehilfe, Eine internationale Dokumentation*, S. 133f.
- <sup>24</sup> *Eser*(Anm.21), S.86f.
- <sup>25</sup> *Eser*(Anm.21), S.88.
- <sup>26</sup> *Eser*(Anm.22), S.59f.
- <sup>27</sup> 「臨死介助法対案」の全文については, Vgl. *Juürgen Baumann* u. a., *Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe (AE-Sterbehilfe)*, Entwurf eines Arbeitskreises von Professoren des Strafrechts und der Medizin sowie ihrer Mitarbeiter, 1986, S. 11f.
- <sup>28</sup> 「アインベック勧告」の全文については, Vgl. *Medizinrecht* 1986, S. 281f. ; *H. -D. Hiersche / G. Hirsch / T. Graf-Baumann* (Hrsg.), *Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen*, 1. Einbecker Workshop der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht, 27. -29. Juni 1986, 1987, S. 183ff.
- <sup>29</sup> Vgl. *Gerd Geilen*, *Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts, Zur den Wandlungen des Todesbegriffs und zu neuen Schutzproblemen des Werdenden Lebens*, *FamRZ* 1968, S. 125f.
- <sup>30</sup> *Hellmuth Mayer*, *Kant, Hegel und Strafrecht*, in: *Paul Bockelmann / Arthur Kaufmann / Ulrich Klug* (Hrsg.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, 1969, S.122.
- <sup>31</sup> 市野川容孝「優生思想の系譜」石川准 = 長瀬修編『障害学への招待 — 社会、文化、ディスアビリティ』(明石書店、1999)148頁・155頁。
- <sup>32</sup> *Eser* (Anm. 21), S. 84.
- <sup>33</sup> 保条成宏「障害新生児の生命維持治療をめぐる刑法的問題(4)」*名大法政論集* 152号(1994)425頁。
- <sup>34</sup> 保条・前掲注2)122頁、松原洋子「日本 — 戦後の優生保護法という名の断種法」*米本ほか・前掲注3*)170-171頁。
- <sup>35</sup> 渡部麻衣子「出生前検査について今改めて考える」玉井真理子 = 渡部麻衣子編『出生前診断とわたしたち — 「新型出生前診断」(NIPT)が問いかけるもの』(生活書院、2014)104-106頁。
- <sup>36</sup> 保条成宏「障害者運動と生命倫理学 — 脳性麻痺当事者運動をめぐる『関係障害』に着目して」大林雅之 = 徳永哲也編『シリーズ生命倫理学第8巻 高齢者・難病患者・障害者の医療福祉』(丸善出版、2012)207頁。
- <sup>37</sup> 保条・前掲注36)207-208頁。
- <sup>38</sup> 保条・前掲注36)208頁。
- <sup>39</sup> 保条・前掲注36)209-210頁・212-213頁。
- <sup>40</sup> 保条・前掲注36)206頁・216頁。
- <sup>41</sup> 神奈川新聞 1970年5月30日。
- <sup>42</sup> 神奈川新聞 1970年6月5日。
- <sup>43</sup> 横塚晃一「ある障害者運動の目指すもの」『特集 福祉問題の焦点(ジュリスト臨時増刊)』(有斐閣、1974)209-210頁。なお、本件については、殺人罪として起訴がなされ、横浜地判昭46・10・8(判例集未登載・確定)は、「犯情憫諒すべきものがある」として酌量減軽とし、懲

役2年・執行猶予3年とした。

<sup>44</sup> 保条・前掲注36)217-218頁。

<sup>45</sup> 保条成宏「ドイツ——『治療行為制約論』と『治療義務限定論』の交錯」小山剛＝玉井真理子編『子どもの医療と法〔第2版〕』（尚学社、2012）259-260頁。

<sup>46</sup> この点について、詳しくは、保条・前掲注36)220頁、同・前掲注45)260頁、同「ドイツにおける小児の医療ネグレクトをめぐる医事法上の状況と課題」甲斐克則編『医事法講座第7巻 小児医療と医事法』（信山社、2016）159頁参照。

【付記】本稿は、JSPS 科研費 16K03442( 基盤研究 (C)、2016-2019 年度 ( 予定 ) ) による研究成果の一部である。





# 責任能力概念の再構成

内田 博文 (九州大学名誉教授)

- I 責任能力概念の規範的な運用
- II 刑法学会の反応
- III 医療観察法の及ぼした影響
- IV 裁判員制度と責任能力
- V 期待可能性に基づく責任能力概念の再構成

## I 責任能力概念の規範的な運用

判例によると、刑法 39 条 1 項にいう心神喪失とは、精神の障害により事物の是非・善悪を弁識する能力（弁識能力）がない場合、または、この弁識に従って自己の行動を制御する能力（制御能力）がない場合をいい、2 項にいう心神耗弱とは、この能力のいずれかが著しく減退している場合をいうとされる<sup>1</sup>。このように精神障害という生物学的要素と弁識・制御能力という心理学的要素の双方を考慮する方法を混合的方法という。

1958 年 2 月 11 日の最高裁決定<sup>2</sup>は、2 つの精神鑑定書の各結論部分に、被告人が犯行当時心神喪失の状況にあった旨の記載があっても、その部分を採用せず、右鑑定書全体の記載内容とその他の状況証拠とを総合して、心神耗弱の認定をすることは、必ずしも経験則に反するとはいえないという判断を示した。

この判示を一步進めて、1983 年 9 月 13 日の最高裁決定<sup>3</sup>は、「被告人の精神状態が刑法三九条にいう心神喪失又は心神耗弱に該当するかどうかは法律判断であって専ら裁判所に委ねられるべき問題であることはもとより、その前提となる生物学的、心理学的要素についても、右法律判断との関係で究極的には裁判所の評価に委ねられるべき問題であるところ、記録によれば、本件各犯行当時被告人がその述べているような幻聴に襲われたということは甚だ疑わしいとしてその刑事責任能力を肯定した原審の判断は、正当として是認することができる。」と判示した。

1984 年 7 月 3 日の最高裁決定<sup>4</sup>も、同様に、「被告人の精神状態が刑法三九条にいう心神喪失又は心神耗弱に該当するかどうかは法律判断であるから専ら裁判所の判断に委ねられているのであって、原判決が、所論精神鑑定書（鑑定人に対す

る証人訊問調書を含む。)の結論の部分に被告人が犯行当時心神喪失の状況にあった旨の記載があるのにその部分を採用せず、右鑑定書全体の記載内容とその余の精神鑑定の結果、並びに記録により認められる被告人の犯行当時の病状、犯行時の生活状態、犯行の動機・態様等を総合して、被告人が本件当時精神分裂病の影響により心神耗弱の状態にあったと認定したのは、正当として是認することができる。」と判示した。

## II 刑法学会の反応

### 1. 規範的な運用を支持する見解

学説の多くは、判例と同様、責任能力はあくまでも法的観点からの「非難可能性」であって、医療適合性や受刑能力といった処分・制裁の「効果」の見込みとは関係なく判断されるべきだとする立場に立っている。この立場においても、判例の厳格な運用についての評価は分かれている。支持する見解も有力である。たとえば、前田雅英は、次のように論じている。

「国民の規範意識の中に根づいているものが変化すれば、責任能力は変わらざるを得ない。」<sup>5</sup>「裁判官は、国民一般の規範意識(=社会通念)を基礎に、刑事政策的視点をも含めて責任能力を判断せざるを得ない。」<sup>6</sup>「国民が『いわれもない形で殺害される危険性に不安を感じる』ということは当然の感情であり、それに応えるべく解釈論ないし立法論を可能な限り展開すべき」であり、「保安処分をもたない我が国の刑事システムの中では、僅かではあるが、保安的要請が責任能力判断に入り込むのもやむを得ない。」<sup>7</sup>

このような評価に対しては、『社会の処罰要求や国民の規範意識』といった要因を『責任能力判断の基準と「すべきだ」と主張するのは、端的に言って誤りである』との批判があてはまろう。一般人はともすれば被害のみに着目した処罰感情を抱きがちであり、それを裁判官が判断の基礎にすることは結果責任主義の容認に至りうるからである。<sup>8</sup>といった批判が加えられている。

「治療的な処分を必要とする根拠は、現に重大な犯罪を行ったのに刑罰を課すことができないという点にこそ置かれるべきで」とし、刑罰のみならず治療についても「国民一般の規範意識」という観点の導入を図ろうとする見解<sup>9</sup>に対しても、「責任能力のないことが直ちに医療的介入を根拠づけるわけではない。医療のほうから自由剥奪の長い場合もありうるものであり、処罰ができないときには入院させようとする・・・立場には疑問がある。『対象者が責任能力を争わず受刑し、結局、十分な医療が受けられないような事態に陥らないようにしなければならない』

との指摘も想起されるべきである。」<sup>10</sup>との批判が加えられている。

## 2. ヒューマニズムに基づくものと位置づける見解

刑法 39 条の意義についても対立がみられる。意義を「慈愛の精神」に求めるのが、法学及び精神医学を含めた従来の支配的な見解である。「責任無能力者無罪の原則はヒューマニズムの現れである」<sup>11</sup>という表現がこれを端的に示している。「心神喪失＝不処罰という結論こそ、近代社会が到達した人間尊重の理念に沿うもの」<sup>12</sup>という理解も見られる。法的パターンリズムという観点から意義を理解する見解<sup>13</sup>も、基本的にはこれに含ませ得よう<sup>14</sup>。

このような見解に対しては、近時、疑問だとする声が強まっている。

「このヒューマニズムが憐憫・慈悲によるものであることは、畢竟一般人の中で異質な者を切断・分離し、その反面としてこの者たちに無罪あるいは刑の減輕という恩恵が賦与されたことを隠蔽する修辞に他ならない」<sup>15</sup>、「人の特殊性に典型的に依拠して免責することはその属性全般にたいする差別・排除を招来しうる。これは 41 条がいん唾者にたいする差別を助長するおそれがあるとして 1995 年に削除されたことで既に明らかではないか」<sup>16</sup>、「精神障害者たちは、責任能力制度をもって権利（を付与した）などとのべることは意味がない、むしろ権利の侵害である、と主張しているのであるから、その主張を真摯に受け止めることが、彼らの尊厳を尊重するのではなからうか」<sup>17</sup>

この批判は法的パターンリズム論についても該当するように思われる。

## 3. 廃止論

責任無能力否定論をはっきりと示す見解は、現在のところ精神医学者からは出されていない<sup>18</sup>。これに対し、刑法学会では、責任能力制度に疑問を呈する者がみられる。この主張は、正義の応報という観点からのもの、社会保安・社会防衛という観点からのもの、「精神障がい者」に対する社会的差別の克服という観点からのものの 3 種類に大きく分かれる。それらは帰結において共通するが、その根幹はまったく異なっている<sup>19</sup>。このうち、正義の応報という観点からのもの、あるいは社会保安・社会防衛という観点からのものに対しては、「(責任主義廃止論は)『もし自分が加害者であったらそのような処罰を受けることが納得できるか』という視点を完全に欠いたもの」<sup>20</sup>という批判が成立しうる。

問題は、社会的差別の克服という観点からのものである。たとえば、佐藤直樹は、近代に設けられた刑法 39 条は、ポスト近代という今や、もはや耐用年数を超過し

ていると述べ、心神喪失者医療観察法の国家上程を機に刑法39条の削除を提案した<sup>21</sup>。

当事者による廃止論もみられる。一部の「精神障がい者」による他害行為が心神喪失と認定されることによって、すべての「精神障がい者」が心神喪失下で他害行為を行いかねない恐ろしい存在として社会に認識されることを許すべきでない。そのためには責任能力の規定をなくして、「精神障がい者」でも罪を犯した場合は通常の手続で裁判を受け、罪を償うことのできる制度にすべきであると主張される<sup>22</sup>。

これらの主張にもかかわらず、廃止論はごく一部にとどまる。廃止論に対しては厳しい批判が浴びせられ、責任能力制度を存続させることの必要性が説かれている。弁護士の池原毅和は、「責任無能力を理由とする無罪や不起訴は、精神障害者のための『免罪特権』でも何でもない、誰にでも適用される近代刑法の基本原則にすぎない。(中略)責任能力不要論や裁判を受ける権利論は圧倒的に不利な立場に追いやられた人々が、やりきれないその立場からの叫びとしてあげた声である」<sup>23</sup>と述べ、当事者による責任能力廃止論は誤解による誤った意見であるから受け入れてはならないと主張している。

刑法学会でも存置論が支配的で、高山佳奈子によると、「一般人の多くが希望すれば『責任主義』を廃止することができるとは考えられない。」「もし自分が(中略)重い精神障害を負って心神喪失になり、何も記憶していない間に人を殺した、というとき、死刑になってもよいのであろうか。もし、このような帰結を正当に受忍することができないのであれば、他人にそれを科すことも誤っている。それは、『法の下での平等』という憲法的価値に反している。」<sup>24</sup>とされる。神田宏も、「《共同幻想責任》や《関係責任》といった責任概念を構築することは困難である。けっきょく行きつくところは責任概念の脱構築を超えて犯罪論体系からの放逐となるのではないか」と指摘する<sup>25</sup>。浅田和茂も、「(刑法第39条は—引用者)国家がその者に刑罰を科すことは許されないということを意味するだけであって、それ以外のところで、その者が責任ある主体として尊重されるべきであるのは当然である」<sup>26</sup>とする。川本哲郎も、「刑事裁判を受ける権利」を「精神障がい者」にも認めるべきだとされることもあるが、もともと日本では、「起訴してもらう権利」は誰にもないとする<sup>27</sup>。

精神科医からの批判もみられる。刑法39条を廃止すべきだとの意見は、「被害者の心のケア」を根拠にしようとするが、責任主義を廃止すれば被害者が救われるかのように考えるのはまやかしであるとされる<sup>28</sup>。

#### 4. コップの中の争い

責任能力をめぐる主な対抗軸が、責任能力制度の存廃に置かれていないことは明らかであろう。存置論の立場に立ったうえでの責任能力制度の運用の仕方、すなわち、コンヴェンション論、あるいはこれに準ずる「事実上の推定」論に基づいて運用すべきか、それとも判例などのように規範的に運用すべきか、という点に主な対抗軸があるともみれる。

ここで注意しなければならないことは、そのような対抗軸は「コップの中の争い」に過ぎないという点である。コンヴェンション論等が立脚する「ヒューマニズム」ないし法的パターナリズムは「慈愛の精神」に基づくものだとといわれるが、この「慈愛の精神」は、規範的な運用を生み出した「社会防衛」の考え方と容易に結びつきうるからである。その典型例は「無らい県運動」である。国家の対面などを守るために患者を施設収容することを基本とする点で、日本の精神医療政策は、2001年5月11日の熊本地裁判決によって違憲だと断罪されたハンセン病政策と酷似しているが、このハンセン病強制隔離政策を実施すべく官民一体で展開されたのが「無らい県運動」であった<sup>29</sup>。

この「無らい県運動」の論理とはどのようなものだったのであろうか。「仁慈」、すなわち、「同情」と「憐れみ」がそのキーワードであった。国民などに対してはハンセン病患者らを憐れみ、同情することを求め、他方、ハンセン病患者らに対しては、憐れむべき同情の対象に甘んじることを強いるというものであった。患者らが自ら権利主体性をもって立ち上がり、人間回復を唱え、国の強制隔離政策に異を唱えることは、同情されるべき患者の姿を逸脱するもの、非難されるべきものとされた。逸脱した者は「不良患者」の烙印を押され、療養所長らによる懲戒検束の対象とされた。栗生楽泉園に設置された特別病室という名の重監房をはじめとして、そのための受け皿となる監禁室が各療養所に設けられた。国民の「同情」も「反感」、あるいは「敵意」に容易に転化した<sup>30</sup>。

風早八十二の『社会政策』が、言葉の正確な意味において、最も反動的な『社会防衛主義』に化体を遂げる事実を見出すであろう。戦前のナチス体制下の『社会政策』、『日本型ファシズム』確立期の『社会政策』が、まさにそうであった<sup>31</sup>という指摘もここで紹介しておかなければならない。「化体を遂げる事実」が再発しつつあるといってもよいからである。自己決定・自己責任によりえない「非市民」に追いやられた「負け組み」らに対する法的パターナリズムの必要性が強調され、この保安主義と表裏一体の大波は「触法精神障がい者」や元受刑者らにも及んでいる<sup>32</sup>。

問題はどうすれば再発を防止できるかである。今の日本では基本的人権の享有の面で不当に国民から排除されている者は少なくない。人権救済の面でも被害の当事者が人権救済の主体ではなく保護の客体に追いやられている場合は少なくない。それは被害の当事者をしてこの「排除」を「包摂」に、そして「保護の客体」を「救済の主体」に変えさせる運動を必然化させている。「生存権」を人権論に立脚せしめるとは、このような運動を理論、実践の両面で支えるということではないか。

このような観点からみた場合、従前の責任能力論は、残念ながら、当事者の運動を理論、実践の両面で支えてきたとはいえない。存続論者による廃止論批判は鋭いものがあるが、責任能力の意義については、「ヒューマニズム」や法的パターンリズム以上のものを提示し得ていないように思われる。

### III 医療観察法の及ぼした影響

心神喪失者等医療観察法の施行(2005年7月)が刑法39条の解釈運用に大きな影響を及ぼすのではないかと、という見方が精神科医から示されている<sup>33</sup>。刑法学者からも、医療観察法の制定によって、これまで不当に広く適用されていた「責任能力」の範囲を適正な水準に戻すことが可能となり、特に、完全責任能力と限定責任能力との境界が後者を広げる形でシフトするだろうとの予測が示されている<sup>34</sup>。

問題は、検察官の受け止め方である。「検察官司法」と揶揄されるように、日本の刑事司法は検察官が牽引しているからである。検察官によると、次のように受けとめられている。

「検察官からは是非一度話をしたいといわれて会ったことがあります。いろいろな話があったのですが、中でも印象深かったのは、医療観察法では刑罰の代わりとはならない、医療観察法は一般の人に認知もされていない、という検察官の発言です。重大犯罪の場合に責任無能力となれば、例え医療観察法で入院させることができても、とても被害者感情、市民感情を納得させることはできないと検察官は考えていると受け取りました。」<sup>35</sup>

これによると、医療観察法の制定は刑法39条の運用に影響を及ぼすことはないといえよう。その前提には、次のような認識が伏在しているものと考えられる。

「欧米諸国では、刑罰に加え、行為者の危険性に着目して国民の利益を守るための保安処分を認める場合がある。しかし、現行刑法典は、保安処分を認めていない。・・・心神喪失者等医療観察法は、心神喪失等の状態で重大な他害行為(他人

に害を及ぼす行為をいう)を行った者に対し、その適切な処遇を決定する手続等を定めることにより、継続的かつ適切な医療並びにその確保のために必要な観察及び指導を行うことによって、その病状の改善及びこれに伴う同様の行為の再発の防止を図り、もってその社会復帰を促進することを目的とするもので、・・・保安処分ではない。」<sup>36</sup>

このような刑法 39 条と保安処分の一体論からすれば、保安処分が制度化されない以上は、実務における刑法 39 条の厳格な運用は維持されなければならないということであろうか。

#### IV 裁判員制度と責任能力

2008 年 4 月 25 日、最高裁判所第二小法廷は、精神鑑定の拘束力について、注目すべき判決を下した。「被告人が心神耗弱の状態にあったとして限定責任能力の限度で傷害致死罪の成立を認めた原判決は、被告人の責任能力に関する証拠の評価を誤った違法があり、ひいては事実を誤認したものとわざるを得ない」として、原判決を破棄し、東京高等裁判所へ差し戻したからである<sup>37</sup>。

しかし、本判決をもって最高裁判所がコンヴェンション論に復帰したとみることはできない。判例が責任能力概念の規範的な運用を行っていることは、本判決の直後に下された「渋谷バラバラ事件」に関する東京地方裁判所の 2008 年 4 月 28 日の判決からもうかがいしれよう。同判決は、「事件当時は急性の精神障害を発症していた」という二人の精神科医の鑑定結果の信用性を認める一方で、動機や殺害状況、当時の生活状況なども総合的に考慮して完全な責任能力を認めたからである<sup>38</sup>。

それでは、2008 年 4 月 25 日の最高裁判決がいわんとするところは何であろうか。規範的な運用という立場は当然であるとしても、鑑定結果の信用性までも否定するというのは明らかに行き過ぎだとした点に本判決の意義が存するといえよう<sup>39</sup>。

精神鑑定については、裁判員裁判の実施の予定に伴って新たな問題が浮上することになった。裁判員に対していかに判り易い鑑定書を鑑定人が作成し、提示するかという問題がそれである。この問題に一早く取組んだのは日本精神神経診療所協会医療観察法等検討委員会で、同委員会によって、『刑事責任能力判断の新たな動向』と題された冊子の附属資料として『裁判員法 模擬裁判における鑑定書モデル』が発行されている。

問題は、このような鑑定人による先取りの判断を、裁判所がどのように受けとめるかである。京都府立洛南病院の岡江晃院長によると、2008 年 2 月 9 日に大

阪市内で開催された司法精神医学会講演会における講演で、この点が次のように予想されている。

「私は、おそらく裁判員制度は精神障害者の刑罰化を促進する方向に働くであろうと考えています。」「マスコミ等の報道の問題が大きいと思われます。特にテレビは、被害者側の発言の一部だけを繰り返して報道します。市民の処罰感情を煽る方向にしか働いていないようです。今後もこの状況は変わらないと思われます。従って、私はまだ当分の間は刑罰化の流れというのは続くと思っています。また、事例Ⅰ、事例Ⅱは、高等裁判所ではより有責の判決が出されるかもしれないと危惧しております。もしそうなれば、統合失調症の責任無能力の幅は、昭和59年最高裁判決よりもさらに狭くなってしまいます。」<sup>40</sup>

岡江の予想は現実のものとなり、モデル案にもかかわらず、責任能力概念の規範的運用が裁判員裁判の下で加速している。

規範的判断の内実を転換する作業の必要性がますます高まっているといえよう。期待可能性という観点からの、刑罰化から非刑罰化への転換という作業がそれである。

## V 期待可能性に基づく責任能力概念の再構成

### 1. 期待可能性

責任能力概念の再構成という観点から見て注目されるのは、団藤重光の見解である。次のように主張されたからである。

「正常の能力を持っているものであっても、異常な状況のもとでは、行為のコントロールを失うことがあるであろう。それが期待可能性の問題の現れる主要なばあいである。また、正常の状況のもとでも、能力に障害がある者は、行為のコントロールができないであろう。それが責任能力の問題のあらわれる主要なばあいである。しかし、正常といい異常といっても、それは無限のニュアンスをもって、相互に移行する関係に立っている……素質・環境が不可分なものである以上、期待可能性と責任能力の問題も、また、不可分だといわなければならない。……両者の間には限界がない……。」<sup>41</sup>

もっとも、団藤によると、責任能力の問題は期待可能性の問題と違いがないとされ、そこから、保安処分との関連という点を除けば、責任能力を独自に規定する意義は乏しいとされる。果たして、そうか。「精神障がい者」に特有の期待可能性の問題があるのではないか。



## 2. 日本の「精神障がい者」政策

犯罪白書によると、「精神障がい者」の犯罪率は、一般の3分の1ないし4分の1の低率で推移している。その再犯率も一般の2分の1の低率である。にもかかわらず、日本の精神科医療では今でも犯罪者を上回る強制隔離が国の法律・政策に基づいて行われている<sup>42</sup>。

このような「精神障がい者」政策は、精神科医療スタッフを患者隔離に縛りつけ、精神科医療を「貧しい医療」におとしめている。しかも、日本の精神科医療では、「証拠に基づく医療」が行われていないために確実性に欠けている。診断も治療法も統一されていない。同じ患者を診ても病名はばらばらで、治療方法だけでなく、投薬する薬剤名もその量もまちまちだといった有様である。精神科医療は、一般医療とは質の異なる特別に低劣な医療と格付けされ、「医療なき隔離収容」と酷評され続けてきた。2002年12月13日、公衆衛生審議会意見書は、精神科医療施策の改善方策を指摘し、特に精神科医療スタッフの増員、充実を求めた。一般医療の3分の1ないし2分の1のスタッフを定めた国の基準でさえも下回り続けている施設が3割に及んでいると指摘し、改善方策を求めた。

このような低劣な精神科医療の下で、国公立の施設をも含めて、目を覆うべき患者虐待が繰り返されてきたことも見逃せない。

精神保健福祉法による措置入院は、憲法31条が要求する適正手続の保障に欠けるなど、その違憲性は明らかである。医療保護入院も、すべての診療科に共通するものとしての「判断能力の欠如」と、本人に代わって承諾する「適正な代諾」、その上での「治療適応性の確保」を充たしているかは疑問である。精神科だから、「治療適応性」と「保護者の同意」があれば、強制入院に正当性が与えられるかという、そうではない。精神科医療が必要だということと、「判断能力の欠如」とは同じではない。本人に代わって承諾する「適正な代諾」と「保護者の同意」とは異なる。医療保護入院にも憲法上の疑義が認められる。

医療観察法は、表面的には、「精神障害の改善」及び「社会復帰の促進」を謳っている。しかし、「病状の改善」及び「社会復帰の促進」という目標に適う政策は、施設収容による患者隔離ではない。WHOが勧告するように、地域医療化である。一般医療よりも質の低い医療、看護、福祉ではなく、少なくとも一般医療並みの質の確保であり、できれば専門性をもった高質の医療、看護、福祉の実現である。

「精神障がい者」の犯罪率が高率だとする見解が公式に認定されたという話は聞いたことがない。かりに、「再犯のおそれ」が認められても、「精神障がい者」でなければ、何らの強制処分を受けることはない。強制処分を課すことは憲法に抵

触するおそれが強いからである。では、なぜ、「精神障がい者」だけが許されるのだろうか。憲法に抵触しないのだろうか。合理的な根拠は示されていない。「精神障がい者は危険だ」という誤った認識がここでも前提となっている。

新たな患者隔離規定の新設が、今ある「精神障がい者」は危険だとする、誤った社会認識を強化することは必定であろう。今ある差別・偏見が新たな患者隔離規定を求め、新設された患者隔離規定が更なる差別・偏見を結果するという悪循環が見られる<sup>43</sup>。

国益に奉仕する医療の起源は古くは明治時代に遡るが、戦後も一向に改められないというところに日本の特徴がある。国の誤ったハンセン病隔離政策はようやく断罪された。しかし、それに勝るとも劣らない「精神障がい者」隔離政策は21世紀に入っても改められるどころか強化されようとしている。日本国憲法13条は、すべての国民に幸福追求権を保障している。しかし、「精神障がい者」およびその家族の置かれた現実、それは、それとは程遠い状況にある<sup>44</sup>。

誤った「精神障がい者」政策を採用し、深刻な人権侵害と差別・偏見を生みだしてきた<sup>45</sup> 国に、「精神障がい者」の刑事責任を迫及する資格があるのだろうか。ないといわざるをえない。それでは、あまりにも不公正だからである。刑法39条の意義もこの点に求められる。それは、「ヒューマニズム」でも法的パターンリズムでも決してない。

### 3. 責任能力概念の再構成

期待可能性によって再構成された責任能力概念の内容とは、どのようなものだろうか。それは、「医学モデル」のように、責任能力の判断の対象を「精神の障害」によって生じる「弁識能力・制御能力」の喪失・減弱だけに限定することなく、「弁識能力・制御能力」の喪失・減弱という形で、より広く、「精神障がい者」に特有の期待可能性の問題を検討しようとするものである。判例によると、「医学モデル」によりながら、その規範的な運用が図られるために、「精神の障害」とその主症状とが区別され、「精神の障害」がしばしば「平素の人格」に結びつけられる結果、刑法39条の規定にもかかわらず、「精神の障害」の存在が責任非難を減じる要素ではなく、むしろ高める要素となっている場合も少なくない。これを是正したいというのが責任能力概念の再構成の理由のひとつでもある<sup>46</sup>。

障がい者権利条約によると、「精神の障害」があっても、「合理的な配慮」ないし「自立した生活及び地域社会へのインクルージョン」や「十分な生活水準及び社会的保護」のための「効果的かつ適切な措置」が講じられていれば、「法的能力」(legal

capacity) を十分に行使しうるとされる。再構成された責任能力概念の内容もこの点に関わる。この「効果的かつ適切な措置」が講じられていれば、「精神の障害」があっても、「弁識能力・制御能力」に欠けるところはなかったにもかかわらず、同措置が講じられていなかったために「弁識能力・制御能力」に欠けるという事態が生じてしまった場合には、そのことも責任能力の問題となるという点がそれである。日本では、前述したような「精神障がい者」政策のために、規範と現実との乖離はとりわけ著しいものがあるからである。

従来も、精神鑑定書では、治療歴や生活環境についての記述が見られた。しかし、裁判所においては、それが責任能力の判断に影響を及ぼす要素とは意識されてこなかった。再構成された責任能力概念によると、この点の改善が図られることになる。判例では「精神の障害」の程度が問題とされ、程度が軽度であることが責任能力を肯定する論拠とされるが、期待可能性により再構成された責任能力概念によると、「精神の障害」の程度がたとえ軽度であったとしても、「合理的な配慮」や「最善の医療」や「効果的かつ適切な措置」などの欠如とあいまって、「弁識能力」ないし「制御能力」が欠け、あるいは著しく減退した場合には、完全責任能力が否定されることになる。

被告人が犯行前後の行動について詳細な記憶を有していたとしても、あるいは、被告人に自己の行った犯行およびそれに対する社会的意味ないし評価の「正当な認識」があったとしても、そのことは被告人の責任能力を肯定しうる理由とはなりえない。判例では、「精神の障害」→「弁識能力の喪失・減弱」→「制御能力の喪失・減弱」という方程式に基づいて、犯行前後の行動についての詳細な記憶などをもって「弁識能力の喪失・減弱」を否定する要素とされ、弁識能力に欠けるところがない以上、制御能力の有無を判断するまでもなく、心神喪失ないし心神耗弱は認められないとされる。しかし、たとえ詳細な記憶などを有していたとしても、「制御能力の喪失・減弱」が認められる場合が考えられうる。

#### 4. 人格障害だが死刑の判決例

期待可能性による責任能力概念の再構成がとりわけ必要となるのは、「人格障害」のケースである。神戸地裁豊岡支部の1964年12月5日判決（判例集未搭載）によると、「被告人は幼児のころから生育環境にめぐまれず、その生活歴が被告人の右異常性格を形成する一要因となっており、かりにこのような性格異常がなければ被告人と同じ立場にありながらも犯行の動機が形成されず、殺人犯にならずにすんだであろうと言えることは、被告人のために同情に値するところである」と

しながらも、死刑が言い渡されているからである。

被告人の「異常性格」を形成する一要因となっているとされる生育環境ないし生育歴も、「平素の人格」と結びつけられる結果、責任能力を減じさせる要素とはされていない。情状面においても、生育環境ないし成育歴の占めるウエイトは小さい。「被告人の年齢、経歴、境遇のほか以上の諸点を比較衡量するとき、被告人にも同情すべき余地があることはたしかであるが、その点を最大に考慮してもいまだ被告人の責任の重大性からくる極刑の選択を免れしめるにはいたらない。」とされている。

「人格障害」の場合には、他の「精神の障害」の場合と異なり、責任非難を減じるところか、逆に大きく高める要素に反転され、ときには死刑が言い渡されているのが現状である。コンヴェンション論によっても、「同情に値する」とされる被告人の生育環境ないし成育歴をもって責任能力を減じさせる要素とすることは困難であろう。「人格障害」から責任無能力ないし限定責任能力を導くことについては異論が少なくないからである。

千葉地裁の1994年8月8日判決は、強盗殺人・強盗強姦等被告事件について、「本件各犯行当時、被告人に是非を弁別する能力及び是非の弁別に従って行動を抑制する能力が著しく減退し、心神耗弱の状態にあったことを疑わせる事情は全くなく、被告人は、本件犯行当時完全責任能力を有していたと認められる。したがって、本件各犯行時に被告人が心神耗弱状態にあったとの弁護人らの主張は採用しない」とした上で、被告人の人格の危険性を強調し、死刑を言い渡している<sup>47</sup>。

## 5. この点の改善も可能

再構成された責任能力概念によると、この点の改善も図られる。治療歴や生育環境ないし成育歴などをもって責任を減じる要素とするには、二つの方法が考えられる。それを「責任能力」とは別個の一般的な期待可能性の判断において考慮することがその一つである。もう一つは、期待可能性の判断を媒介として「弁識・制御能力」の喪失・減弱と結びつける方法である。後者の道を採用しようとするのが再構成された責任能力概念である。前者では、期待可能性論を中核とする規範的責任論と刑法39条とが切断され、判例に見られるような刑法39条の規範的な、実は期待可能性論と逆行するような運用を許容することにもなりかねないと思われるからである。

期待可能性により再構成された責任能力概念によると、神戸地裁豊岡支部の1964年12月5日判決におけるような、「被告人は幼児のころから生育環境にめ

ぐまれず、その生活歴が被告人の右異常性格を形成する一要因となっており、かりにこのような性格異常がなければ被告人と同じ立場にありながらも犯行の動機が形成されず、殺人犯にならずにすんだであろうと言えること」は、どのようにして責任能力の判断に影響を及ぼすことになるのだろうか。

ここでも、想起されるべきは障がい者権利条約の採用した「社会モデル」という考え方である。責任能力において問題とされるべきは、被告人の「異常性格」を形成する一要因となった過去の成育歴ではない。過去の成育歴では、行為時を問題とする責任能力の判断に影響を及ぼすことはできない。光が当てられるべきは、「効果的かつ適切な措置」が講じられていたかどうかである。被告人に成育歴に由来する「異常性格」という「精神の障害」があったとしても、「効果的かつ適切な措置」が講じられていれば、「弁識能力」ないし「制御能力」を欠く事態には至らなかったにもかかわらず、同措置が講じられていなかったために「弁識能力」ないし「制御能力」を欠くという事態が生じてしまったのではないか、という点である。

責任能力概念を法的、規範的に理解する意味も、これらの点に存する。規範的責任論に整合する、このような理解によると、「保安的要請が責任能力判断に入り込む」のを遮断するとともに、「人の特殊性に類型的に依拠して免責することはその属性全般にたいする差別・排除を招来しうる」という批判を回避しうることもなろう。

もとより、ここに「効果的かつ適切な措置」とは対象者のインフォームド・コンセントにもとづく措置であって、「改善保安処分」<sup>48</sup>を意味するようなことがあつては決してならない<sup>49</sup>。

このように再構成された責任能力概念の下では、完全責任能力が否定されたからといって、そのことから直ちに強制治療の必要性が導き出されるということにはならない。適法行為の期待可能性の問題と強制医療の必要性の問題とは別個の問題だからである。強制医療については、「患者の権利法」などが規定する「医療の基本原則」<sup>50</sup>に則って、その当否が判断されなければならない。

<sup>1</sup> 大判昭和6年12月3日刑集10巻682頁。

<sup>2</sup> 刑集12巻168頁。

<sup>3</sup> 判時1100号156頁。同決定については、大谷実「昭和五八年最高裁決定についての評釈」判例評論306号43頁以下（判時1117号所収）及びそこで挙げられた諸文献などを参照。

- <sup>4</sup> 刑集 38 卷 8 号 2783 頁。
- <sup>5</sup> 同「責任能力判断と『規範的評価』」産大法学 34 卷 3 号 (2000 年) 16 頁。
- <sup>6</sup> 同『現代社会と実質的犯罪論』(東京大学出版会、1992 年) 171 頁。
- <sup>7</sup> 同・前掲「責任能力判断と『規範的評価』」271 頁。
- <sup>8</sup> 高山佳奈子「責任能力について」刑法雑誌 45 卷 1 号 (2005 年) 11 頁。なお、安田拓人「制御能力について」金澤法学 40 卷 2 号 (1998 年) 260 - 261 頁、同『刑事責任能力の本質とその判断』(弘文堂、2006 年)などを参照。
- <sup>9</sup> 山上皎「精神障害を有する犯罪者の新たな処遇のあり方を考える」犯罪と非行 131 号 (2002 年) 16 - 17 頁。なお、加藤久雄「精神障害犯罪者の処遇 医療的処遇か刑事政策的処遇か」精神医学 31 卷 10 号 (1989 年) 1116 頁も、「精神障害犯罪者の取り扱いに際してさらに重要なことは、『医療』か『保安』かの二者択一ではなく、医療的観点と刑事政策的観点とを調和させる原理の発見・実現である」と述べて、ドイツで採用されている刑事治療処分制度(社会治療制度)の導入を提案している。
- <sup>10</sup> 高山・前掲「責任能力について」11 頁。なお、林美月子「心神喪失者医療観察法案について」ジュリスト 1230 号 (2002 年) 12 頁なども参照。
- <sup>11</sup> 浅田和茂「討論『刑事責任能力について』」法と精神医療 3 号 (1989 年) 54 頁。
- <sup>12</sup> 中山研一「心神喪失者法と最近の刑事立法—責任主義の帰趨をめぐって—」犯罪と刑罰 16 号 (2004 年) 85 頁。
- <sup>13</sup> 町野朔「『精神障害』と責任能力—再考・再論」町野朔・山本輝之『触法精神障害者の処遇 [増補版]』(信山社、2006 年)などを参照。
- <sup>14</sup> 田中成明は、この法的パターンリズムについて、「各人の全体的な人生構想において周縁的ないし下位にある関心や欲求を一時的に充たすために、長期的な人生構想の実現を取り返しのつかないほど妨げたり、そもそも何らかの人生構想を自律的に形成・追求する能力自体を決定的に損なったりするおそれの大きい場合などに、一定のパターンリズムの干渉を行うことは、本人の人格的統合を損なわないのみか、むしろ、その統合的人格の発達・確保にとって不可欠である。」(同『法学入門—法と現代社会—』(有斐閣、2000 年) 86 頁)などと説いている。
- <sup>15</sup> 神田宏「いわゆる刑法第三十九条廃止論について—ノーマライゼーション社会における責任能力概念小論—」近大法学 53 卷 2 号 (2005 年) 59 頁。
- <sup>16</sup> 吉岡一男「刑事責任における責任能力要件」産大法学 32 卷 2 - 3 号 (1998 年) 407 頁。
- <sup>17</sup> 河本純子「責任能力廃止の根拠—当事者による廃止論を支持する立場から—」岡山大学大学院文化科学研究科紀要 19 号 (2005 年) 177 頁。
- <sup>18</sup> 呉智英「責任という難問」呉他編『刑法 39 条は削除せよ! 是か非か』(2004 年) 26 頁によると、心神喪失者の必要的免責および心神耗弱の必要的減輕の裁量化、被告人による精神鑑定及び 39 条排除の選択可能性、措置入院と刑罰の併用が提案される。また、以倉康充・立花光雄「司法と精神障害—中宮病院における事例をもとに」精神医療 28 号 (2002 年) 110 頁は、「少なくとも重大な触法行為については一律に起訴して事実認定を行い、その上で精神障害の有無と責任能力の評定を行って治療処分を決定すべきである」と述べ、必要的公訴提起を提唱

する。

- <sup>19</sup> 神田・前掲「いわゆる刑法第三十九条廃止論について—ノーマライゼーション社会における責任能力概念小論—」48頁などを参照。
- <sup>20</sup> 高山佳奈子「実体法の見地から」刑法雑誌43巻1号(2003年)17頁。
- <sup>21</sup> 同「責任能力論についてのメモ—刑法39条の刑法典からの削除を」精神医療26号(2002年)52頁、同「39条はきれいさっぱり削除されるべきだ」前掲・呉他編『刑法39条は削除せよ！是か非か』27頁などを参照。責任化が仮に現実のものとなった場合、精神障がい者の処遇はかようなべきかという点に関して、佐藤は精神的疾患を身体的弛緩と同様に考えることを提唱する(同「心神喪失で罪を問わない刑法39条は精神障害者への逆差別である」SAPIO2005年6月8日号91頁)。佐藤の主張に共感を寄せるものとして、小西吉呂「触法精神障害者の刑事責任能力に関する序論的考察」沖大法学10号(1990年)22頁など。
- <sup>22</sup> 当事者による廃止論を支持する立場から、河本純子も、責任能力という不確かな制度があるために、一部の精神障がい者や欺瞞者が処罰の対象から外され、より多くの、犯罪とは何ら関係のない精神障がい者が社会の厳しい視線にさらされる方がよほど不正義であるなどと主張している(河本・前掲「責任能力廃止の根拠—当事者による廃止論を支持する立場から—」87—93頁などを参照)。
- <sup>23</sup> 同「患者・家族からみた触法精神障害者」法律時報74巻2号(2002年)31頁。なお、同32頁によれば、責任化によって生ずる別なるカタストロフィは、精神障がい者に対する差別意識が払拭されない間に、精神障がい者と有罪判決を言い渡された者(あるいは前科者)という二重のラベリングが生ずることであるとされる。
- <sup>24</sup> 同「実体法の見地から」刑法雑誌43巻1号(2003年)17頁。
- <sup>25</sup> 同・前掲52頁。もっとも、神田は、同59—60頁で、現行法制を前提とするかぎり訴訟能力あるいは手続法的心神喪失に焦点を絞り、これらを発展させていくことが望ましいであろうと説いている。
- <sup>26</sup> 同「刑事手続から見た触法精神障害者一起訴前鑑定を中心として—」刑法雑誌42巻2号(2003年)244頁。
- <sup>27</sup> 同「措置入院制度の現状と問題点」刑法雑誌42巻2号(2003年)207頁などを参照。高山・前掲12頁も、あるのは「適正手続の保障」だけであるとする。
- <sup>28</sup> 山本輝之「精神医療と重大な犯罪行為を行った精神障害者」ジュリスト1230号(2002年)13頁などを参照。
- <sup>29</sup> この「無らい県運動」について、熊本地裁判決は、『無らい県運動』等のハンセン病政策によって生み出された差別・偏見は、それ以前にあったものとは明らかに性格を異にするもので、ここに、今日にまで続くハンセン病患者に対する差別・偏見の原点があるといっても過言ではない。(解放出版社編『ハンセン病国賠訴訟判決 熊本地裁[第一次～第四次]』(解放出版社、2001年)253～254頁)と判示している。
- <sup>30</sup> 無らい県運動研究会編『ハンセン病絶対隔離政策と日本社会 無らい県運動の研究』(六花出版、2014年)などを参照。この転化の現象は、2004年に熊本県内で起きた入所者のホテル宿泊拒否事件でもみられた。

- <sup>31</sup> 同「牧野刑法学への総批判（試論）・4」法律時報49巻13号（1977年）114頁。
- <sup>32</sup> 拙著『日本刑法学のあゆみと課題』（日本評論社、2008年）278頁以下などを参照。
- <sup>33</sup> 岡江晃『刑事責任能力判断の新たな動向』（日本精神神経科診療所協会医療観察法等検討委員会発行、2008年）18頁。
- <sup>34</sup> 安田拓人「心神喪失と心神耗弱—その運用—」ジュリスト1230号（2002年）19頁。
- <sup>35</sup> 岡江・前掲書19頁。
- <sup>36</sup> 前田雅英・前掲書513頁。団藤重光も、刑法39条が必要な根拠の一つを保安処分とのリンクに求めている（団藤重光「責任能力の本質」刑法講座第3巻責任（有斐閣、1963年）46頁）。
- <sup>37</sup> LEX/DBインターネットTKC法律情報データベースの文献番号28145282を参照。
- <sup>38</sup> 毎日新聞西部本社版2008年4月28日朝刊などを参照。
- <sup>39</sup> ちなみに、メディアなどによると、本判決について、「今回の最高裁判決は、58年の決定の枠組みを出るものではなく、鑑定書に必ず従うべきだとしているのではない点に、注意が必要だろう。ただ、『精神鑑定は、裁判官が持たない専門知識の補充のために実施するもの』との原点に立ち返り、プロの精神科医の意見を否定する場合、合理的な理由が必要なことを初めて示した。」（[視点]裁判員裁判の重要指標に—MSN産経ニュース）などと論評されている。
- <sup>40</sup> 岡江・前掲書20頁。
- <sup>41</sup> 団藤・前掲「責任能力の本質」35—36頁及び45頁。
- <sup>42</sup> 日本の「精神障がい者」の総数は217万人ないし220万人と推定されている。入院患者の総数はおよそ33万人ないし34万人。任意入院患者も含むすべての入院患者の半数を超える17万人ないし18万人の患者は、24時間出入口を施錠された閉鎖病棟に隔離されているといわれている。また、入院隔離の期間は全体の半数近くの15万人が5年以上の長期に至っている。これに対し、1年間に懲役あるいは禁固刑の有罪判決を受ける人はおよそ4万6千人。このうち実刑判決を受けて実際に刑事施設に収容される人はわずか2万人にとどまる。しかも、収容される期間が5年を超える人は2万人のうちの6%ないし7.5%の1200人から1500人に過ぎない。これは「精神障がい者」の施設隔離の実に100分の1である。
- <sup>43</sup> 法務大臣は、2006年7月26日、法制審議会に対し、「満期釈放者の再犯率が高い傾向にかんがみますと、有効な中間処遇制度の在り方などについても御検討いただきたいと考えておりますし、刑を受け終わった者に対する再犯防止・社会復帰支援制度についても御意見を承りたいと考えております。」というように諮問した。性犯罪者や薬物犯罪の再犯の恐れがある満期釈放者を対象に、刑終了後も、専門病院へ入所させる制度などの導入について諮問したものと受けとめられている。
- <sup>44</sup> 国際法律家委員会編・広田伊蘇夫＝永野貫太郎監訳『国際法律家委員会レポート・精神障害者の人権』（明石書店、1996年）、福岡県弁護士会精神保健委員会編『触法精神障害者の処遇と精神医療の改善』（明石書店、2002年）などを参照。患者隔離は、患者の人生そのものを奪い、深刻な「精神障がい者」差別・偏見を生み出している。地域の中で、育ち、学び、仕事を得て、愛し合い、助け合う。友人を作り、家族を持ち、子どもを育てる。患者隔離は、人間の喜びも悲しみも、そのいっさいを奪っている。差別・偏見のために、必要な精神科医療の受診を断念している人たちも少なくない。



- <sup>45</sup> 2001年5月11日の熊本地裁判決によると、「このような法律（らい予防法 - 引用者）が存在する以上、人々が、ハンセン病を強烈な伝染病であると誤解し、ハンセン病患者と接触を持ちたくないと考えるのは、無理からぬところであり、法律が存続し続けたことの意味は重大である」と判示されている。
- <sup>46</sup> 精神鑑定に詳しい専門家によると、「精神障害者の犯罪・非行が病気の直接の所産であることはまれであり、病気の最初の兆候であることもまれである。むしろ、疾病に加えて、疾病にたいする家族・地域社会・医療従事者その他の人人の関係・影響・反応などの力動の結果とみなされることが多いのである。」（福島章『犯罪心理学研究Ⅰ』（金剛出版、1977年）81頁）などと説かれている点も重要であろう。
- <sup>47</sup> LEX/DB インターネット TKC 法律情報データベースの文献番号 28019082 を参照。精神鑑定においても責任能力の存在は否定されていない。犯行直前の被告人における「精神障害」の有無、大小によって心神喪失（弁識（弁別）能力及び制御能力の喪失）ないし心神耗弱（同能力の著しい減退）を判断するという、これまでの責任能力判断の限界を示すものといつてよい。
- <sup>48</sup> ちなみに、平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣、1972年）34頁以下などによると、改正刑法準備草案及び部会草案が治療処分制度を設けようとしていること自体は首肯できるとされた。このような平野らの考え方は、町野らによって、法的パターンリズムという観点から、再評価の必要性が強調されている。
- <sup>49</sup> 保安処分を肯定する論者においては、「精神障害」と現に行われた「触法行為」とは固有の関連性をもつと考えられている。これに対しては、固有の関連性に関する確立した医学的知見は存在しないとの批判が加えられている。八尋光秀「医療観察法と精神医療」内田博文＝佐々木光明編『＜市民＞と刑事法（第2版）』（2008年）210頁などを参照。
- <sup>50</sup> ちなみに、1994年3月28日～30日、WHO 欧州事務所がアムステルダムで開催した「患者の権利に関するヨーロッパ」会議において採択された WHO 「ヨーロッパにおける患者の権利の促進に関する宣言」（WHO “A DECLARATION ON THE PROMOTION OF PATIENTS’ RIGHTS IN EUROPE”）の 3-1 項は、患者のインフォームド・コンセントは「あらゆる医療行為に当たって、事前に必要」な条件であると規定する。



# 相模原障害者殺傷事件と社会福祉法制上の論点

大曾根 寛（放送大学）

- I 本報告の問題意識
- II 社会福祉法制の現状
- III 相模原障害者殺傷事件をめぐる個別法上の問題点
- IV 相模原障害者殺傷事件から見えてくる法制上の論点
- V まとめ

## I 本報告の問題意識

本稿は、日本の現行の「社会福祉法制」が、いわゆる「相模原障害者殺傷事件」（以下、本事件と略す）の解決に向けて、どれだけの機能を果たしうるのかを論ずることを目的とする。

まずは端的に、本稿の結論から先に述べておこう。現行のいわゆる社会福祉法制は、相模原障害者殺傷事件の解決にあたって、関係者が期待するほどの効力を発揮することなく、今後の事態は推移するであろう。また、これまで半世紀にわたって発展してきた「社会保障法制」（ここでは、所得保障、医療保障、社会福祉法制などを主要な柱とする法の一群をイメージしている）も同様に、関係者が期待するほどの効果をもたらさないであろう。以下では、筆者が、そのように考えるに至った理由を述べることにする。

なお、学会企画委員会からの、筆者へのオーダーは、今回のシンポのテーマとなっている本事件の容疑者をめぐって、どのような法的対応がありうるのかを報告せよということであった。<sup>1</sup>

ただ、少なくとも、次の2点に関しては留保をしたうえで、シンポでの報告をせざるを得なかったし、また学会誌に投稿する論文を執筆せざるを得なかった。

第一は、本事件については、2018年8月の原稿執筆時点において、いまだ確定判決が出ておらず、事実関係が裁判所において明らかにされたとはいえない状況にあるということである。各種のマスコミ報道、ジャーナリストによる報告を、できる限り読んではあるが、微妙にニュアンスの違いがあり、何が真実かは不明であるからである。

基本的には、神奈川県「津久井やまゆり園事件検証委員会」（委員長・石渡和実 東洋英和女学院大学教授）による『津久井やまゆり園事件検証報告書』（2016年

11月25日)、および厚生労働省「相模原市の障害者支援施設における事件の検証及び再発防止策検討チーム」による『相模原市の障害者支援施設における事件の検証及び再発防止策検討チーム報告書～再発防止策の提言～』(2016年12月8日、座長・山本輝之成城大学教授)に記載されている事実に依拠しているが、時間的な経過を確認するために使用させていただいている。

また、関係者の証言を引き出そうと努力している書籍が何点か出版されているが、ここでは、朝日新聞取材班『妄信 相模原障害者殺傷事件』(朝日新聞出版、2017年)を参考にさせていただいている。<sup>2</sup>

いずれにしても、確定判決が出るまでは、無罪が推定されるという法の大原則は、ここでも維持されなければならない。

第二の留意点は、本稿においては、現行法の適用可能性や問題点を論ずることが目的であって、将来の立法構想や政策の方向性を示すものではないということである。いわゆる「ヘイトスピーチ」(hate speech、憎悪表現など訳語は多様であるが、ここではカタカナ表記にしておく)や「ヘイトクライム」(hate crime、憎悪犯罪と訳されることが多いが、当面、カタカナ表記にしておく)に関する立法事実を挙げ、新たな立法政策を提示することは、本稿の限界をこえてしまうこととなる。本事件の前後において、容疑者による「ヘイトスピーチ」の事実があると指摘されることがあるし、また本件殺傷事件が「ヘイトクライム」ではないかとの論稿があることは承知しているが、この論文が論評の対象とするものではない。

もちろん、今後の研究や政策が、「ヘイトスピーチ」や「ヘイトクライム」に関する知見を深め、何らかの新たな動向が生み出されることを期待するものではあるが、本稿の限界として、ご容赦いただきたい。

## II 社会福祉法制の現状

### I 社会福祉法制の枠組み

ここでは、本事件を論ずる前提となる「社会福祉法」(2000年)の性格と、その公法的側面と私法的側面、そして調整法的側面について前提条件としての枠組みを論じておく。

#### (1) 社会福祉法

社会福祉法制の基本的な法律として「社会福祉法」という、2000年に社会福祉事業法を改題した法律がある。が、その本質的な性格をどのようにとらえるかということについてさえ、社会福祉法制に関する研究者の間で共通理解があるとは

思えない。

この法律は、事業法か、財政法か、権利擁護法か、地域社会法か、基本法なのだろうか。

つまり、従来通りの社会福祉事業法なのか、その社会福祉事業者をコントロールする法の体系なのか、あるいはその事業者に財政的な支援をする財政法なのか。あるいは2000年に一つの章が入った権利擁護という側面を強く持つことになった法律なのか。あるいは社会福祉法に入った地域福祉計画作りという課題が前面に出てくれば、それは地域社会を形成する新たな法律の一群の中に組み込まれているのか。このような議論があるはずであるけれども、これらについて書いた論文を寡聞にして見たことがない。

かろうじて、鶴沼憲晴氏が、『社会福祉における共通的基本事項』（港の人、2009年）において、社会福祉基礎構造改革の一環として、2000年6月に成立した「社会福祉法」の性格について、社会事業法から、社会福祉事業法への変化、そして社会福祉法への展開を跡付け、歴史的に論じていたことが思い起こされる。

また別の角度から見ると、男女共同参画基本法、あるいは障害者基本法という基本法があるが、その基本法と同様の性格をもっているのかということも論点になりうる。この本質的性格をどうとらえるかということと、この殺傷事件の容疑者をどのように見るかということとが関連していると考ええる。

社会福祉事業法というと、20世紀後半の段階を想定することとなるが、その時代、一般的には、行政法であろうと言われていた。行政法であるとするれば、社会福祉法人を管轄する神奈川県庁の法人認可権、施設認可権、指定管理者としての指定権限、それらによる認可・指定の取消しが論点となるはずである。しかし、これまでの論稿の中に、今回の施設に関する認可・指定の取消しの可能性を論じたものは見あたらなかった。

しかし、ほぼ2000年を境目にして「契約」という要素と「サービス」という要素が広義に入り込んできたために、社会福祉法は私法としての側面を持たざるを得ないだろうという議論になった。<sup>3</sup>

サービスを提供するための契約であるとするれば、サービスの量と質が、契約の履行問題として捉えられることとなり、容疑者による不十分な契約の履行が問題とされたはずである。しかし、利用者の家族も、場合によっては成年後見人も、容疑者による不十分な契約の提供について問題にする人が存在したという記録はない。

さらに、調整法的側面と書いたのは、苦情解決システムがこの社会福祉法の中

に入った（本法第8章）ことを意味する。苦情受付窓口、苦情解決責任者、運営適正化委員会等々を思い出していただけたらと思うが、そのような苦情処理レベルでは、ある種の「調整」ということが行われているのである。罰則や制裁が行われていくわけでもないし、何らかの給付が行われていくわけでもない。そういう契約当事者を含む関係者間の調整機能を社会福祉法は持つことになった。

そして、この容疑者との関係で調整ということがあり得たのかという問いになる。すなわち、容疑者の普段からの言動について、「苦情」ということが、利用者・家族・職員からなされていたのか、それは苦情として記録されていなかったのか論点となる。しかし、どの報告書を読んでも、ヘイトスピーチらしき言動に関する記述が散見されるものの、社会福祉法上の「苦情」として意識されていた気配はない。

津久井やまゆり園に、社会福祉法が求める苦情解決システムは存在しなかったのか。

## (2) 公法的側面と私法的側面、調整法的側面

従来、社会福祉六法と言われた法律の一群があったのは周知の通りである。それを社会福祉法制と言えば済む時代が長く続いた。その六法とは、通常、生活保護法、児童福祉法、身体障害者福祉法、知的障害者福祉法（制定時は精神薄弱者福祉法）、老人福祉法、母子福祉法（のちに母子及び父子並びに寡婦福祉法）を呼んでいた。社会福祉事業法は、どちらかといえば社会福祉事業を列挙し、その事業の運営にあたる社会福祉法人の存在の根拠となる事業法であった。いわば「業法」である。精神保健福祉法（制定時は精神衛生法）などが、福祉法の側面を持つものとして、社会福祉法制に仲間入りしてくるのは、1990年代に入ってからであろう。虐待防止関係法が社会福祉法制に仲間入りしてくるのは、さらに遅く、2000年代に入ってからである。

上記の社会福祉六法とそれから派生した各種の法律だけによって、この相模原の事件を分析する法的な視点が得られるだろうか。

## 2 社会福祉法制の目的別立法と障害者総合支援法・精神保健福祉法

社会福祉法制をもう少し広げて、目的別に見てみたらどうであろうか。

目的別に立法を組み立てるとすれば、

- (1) 所得の確保を目的とする所得保障関連法（年金法、社会手当法など）
- (2) 福祉サービスの提供をコントロールすることを目的とする福祉サービス法（障害者総合支援法など）
- (3) 社会保険医療に加えて、必要な医療サービスを提供することを目的とする

医療サービス法（旧更生医療、旧育成医療、母体保護法、精神保健福祉法など）

（４）職業生活の自立支援を目的とする雇用・就労関連法（生活困窮者自立支援法など）

などを挙げることができ、これらの法の本事件への適用如何は問題点となりうる。

しかし、所得保障関連法（年金法、社会手当法）は、本件容疑者にどのような助けになっていたであろうか。生活保護法の短期間の適用と、職業安定所を通じた雇用保険制度の適用が事実として挙げられているが、本件容疑者の生活を支援し事件を防止することにどれだけ機能したのであるか。

また障害福祉サービス法（障害者総合支援法）は、彼に適用され相談支援が行なわれていたのだろうか。今回、社会福祉制度の中核にあつて機能しなければならないのは、障害福祉サービス（障害者総合支援法が規定している）であると考えられるけれども、精神科病院に措置入院されたあと、約２週間で退院してから、精神障害者をも相談相手としうる相模原市障害者基幹相談支援センターなどが今回どのように機能したのか。また、相模原の「障害者自立支援協議会」においていかなる議論がなされたのか。どの文献も語ってはくれない。そもそも、退院当時、彼らに精神科病院を退院する容疑者の情報が提供されなかったのかも知れないし、あるいは情報提供の相手として認識されていなかったからかも知れない。

さらに、医療サービスは、精神科病院への措置入院ということだけであろうか。医療サービスに関しては、もうすでに他の報告で出ている精神保健福祉法などの問題点があり、これからも議論すべきことは多数ある。また、医療から、その他の関連サービスへとつながっていく方法についても、厚生労働省「再発防止策の提言」が指摘するような論点が存在することは確かであろう。

しかし、忘れてならないのは、「精神医療審査会」の存在である。

精神保健福祉法は、「精神医療審査会」について、次のように規定する。

**（精神医療審査会）第十二条** 第三十八条の三第二項（同条第六項において準用する場合を含む。）及び第三十八条の五第二項の規定による審査を行わせるため、都道府県に、精神医療審査会を置く。

**（委員）第十三条**（略）

**（審査の案件の取扱い）第十四条** 精神医療審査会は、その指名する委員五人をもって構成する合議体で、審査の案件を取り扱う。

2 合議体を構成する委員は、次の各号に掲げる者とし、その員数は、当該各号に定める員数以上とする。

- 一 精神障害者の医療に関し学識経験を有する者 二
- 二 精神障害者の保健又は福祉に関し学識経験を有する者 一
- 三 法律に関し学識経験を有する者 一

ちなみに、第十二条が引用する「第三十八条の三の規定」および「第三十八条の三」が引用する「前条の規定」は次のとおりである。

**(定期の報告等) 第三十八条の二** 措置入院者を入院させている精神科病院又は指定病院の管理者は、措置入院者の症状その他厚生労働省令で定める事項（以下この項において「報告事項」という。）を、厚生労働省令で定めるところにより、定期に、最寄りの保健所長を経て都道府県知事に報告しなければならない。この場合においては、報告事項のうち厚生労働省令で定める事項については、指定医による診察の結果に基づくものでなければならない。（第一項）

**(定期の報告等による審査) 第三十八条の三** 都道府県知事は、前条第一項若しくは第二項の規定による報告又は第三十三条第七項の規定による届出（同条第一項又は第三項の規定による措置に係るものに限る。）があつたときは、当該報告又は届出に係る入院中の者の症状その他厚生労働省令で定める事項を精神医療審査会に通知し、当該入院中の者についてその入院の必要があるかどうかに関し審査を求めなければならない。

2 精神医療審査会は、前項の規定により審査を求められたときは、当該審査に係る入院中の者についてその入院の必要があるかどうかに関し審査を行い、その結果を都道府県知事に通知しなければならない。

3 精神医療審査会は、前項の審査をするに当たつて必要があると認めるときは、当該審査に係る入院中の者に対して意見を求め、若しくはその者の同意を得て委員（指定医である者に限る。第三十八条の五第四項において同じ。）に診察させ、又はその者が入院している精神科病院の管理者その他関係者に対して報告若しくは意見を求め、診療録その他の帳簿書類の提出を命じ、若しくは出頭を命じて審問することができる。

4 都道府県知事は、第二項の規定により通知された精神医療審査会の審査の結果に基づき、その入院が必要でないと認められた者を退院させ、又は精神科病院の管理者に対しその者を退院させることを命じなければならない。



5 都道府県知事は、第一項に定めるもののほか、前条第三項の規定による報告を受けたときは、当該報告に係る入院中の者の症状その他厚生労働省令で定める事項を精神医療審査会に通知し、当該入院中の者についてその入院の必要があるかどうかに関し審査を求めることができる。

6 第二項及び第三項の規定は、前項の規定により都道府県知事が審査を求めた場合について準用する。

これらの条文を前提にすれば、本件の措置入院先となった精神科病院は、第三十八条の二により、措置入院者を都道府県知事に報告し、精神医療審査会にて、入院の要否に関し審査を受けることとなっている。今回の入院先において、この手続が行なわれたのかどうか、報告書等に記録がない。もし審査が行なわれていれば、病院の医師の判断だけではない第三者の判断を聞くことができたはずである。そして、その第三者の中には、医療に関し学識経験を有する者だけでなく、精神障害者の保健又は福祉に関し学識経験を有する者を含むし、さらに法律に関し学識経験を有する者をも含むのである。

このような手続を経て、最終的には、第三十八条が規定するように、退院後の相談、援助につなげていくこともできたはずなのである。

**（相談、援助等）第三十八条** 精神科病院その他の精神障害の医療を提供する施設の管理者は、当該施設において医療を受ける精神障害者の社会復帰の促進を図るため、当該施設の医師、看護師その他の医療従事者による有機的な連携の確保に配慮しつつ、その者の相談に応じ、必要に応じて一般相談支援事業を行う者と連携を図りながら、その者に必要な援助を行い、及びその家族等その他の関係者との連絡調整を行うように努めなければならない。

この第三十八条が有効に実施されたかどうか、その方向性について、それもまた論点となる。あえて精神保健福祉法の改正を待たずとも、医療機関は、他機関と連携しつつ必要な援助を行なう法的な根拠は存在しているのである。

### 3 権利保障関連法など新たな社会福祉法制の分野

では、現代風の権利擁護ないし権利保障という観点では、容疑者にどのようにかわることができたであろうか。

権利擁護・権利保障法という法令の一群を以下のように示すことができる。

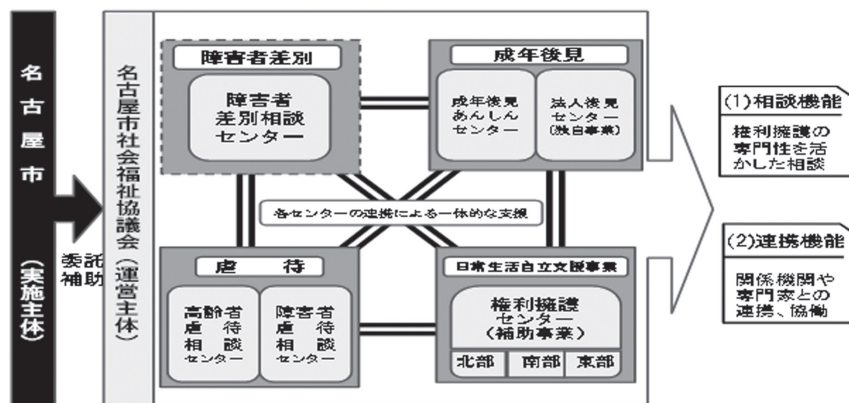
- ・成年後見制度、未成年後見制度

- ・日常生活自立支援事業（旧地域福祉権利擁護事業、社会福祉法第80条一第87条）
- ・児童虐待防止法、高齢者虐待防止法、障害者虐待防止法、DV防止法（配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護等に関する法律）
- ・障害者差別解消法

これらは、権利擁護をテーマとする法律の一連のまとめりとしてすでに存在していると言ってよいと考える。

これらの事業の関係を分かりやすく説明しているのが、名古屋市社会福祉協議会の下図である。

本件事件に当てはめてみれば、①容疑者と本件施設利用者の成年後見人が対峙する場面は考えられなかったのか。②ある程度判断能力のある利用者に、日常生活自立支援事業の専門員ないし生活支援員が接点を持ち、容疑者の言動について聞き取るチャンスは無かったのか。③容疑者による障害者虐待の事例が本当に無かったのか、更なる検証が必要であろう。④容疑者および施設職員の行為の中に、差別解消法における「合理的配慮」の不提供が無かったのかどうか、これについて



ても再度の検証が必要である。

図1 名古屋市社会福祉協議会の権利擁護推進体制  
(名古屋市社会福祉協議会作成)

たとえば成年後見立法による成年後見人は、入所者のために存在したはずであるが、従業員であった容疑者とどのように対峙することができたのか。また逆に、容疑者に成年後見人を付す必要がなかったのかどうかもまた論点となる。

また、障害者虐待防止法の発動はありえなかったのか、障害者差別解消法の適

用は考えられなかったのか、関係機関の見解を聞きたいところである。

さらには、司法福祉関連の法体系が構築されつつある今、刑法犯への支援、刑事訴訟の過程における支援、刑事施設退所後の更生保護のあり方などが論点となりうるだろう。そのとき、地域生活の支援をになう関連機関やNPOは、容疑者とのようなかかわりを持つことができるのだろうか。

このように、司法福祉関連法という分野が今かなりメニューを揃えつつある。そして、司法福祉学という学問領域も確立しつつある。別言すれば、「司法福祉法」という領域が社会福祉法制の一分野として育ちつつあるという感触を筆者は持っているのである。

その司法福祉関連法がこの事件の容疑者に適用されるのかどうかということが、ここでもう一回考察の対象にはなるだろう。つまり、彼はすでに事件を起こして逮捕され、拘禁されている状態ではあるけれども、その拘禁の状態つまり逮捕されたその時点から、また拘束されたその時点から、入口支援という形で彼に対する福祉的な支援が入っているのかどうか、その事実は関係資料からは不明であるが、弁護士が接見に行っているのかどうか、それさえも分からない。彼の状況からすると、むしろ何らかの支援が必要であるのではないかと思われるのであるが、現行の法令によって直ちに何事かが始まるというわけにはいかないだろう。

医療観察法は不起訴になるか無罪になるということを前提にして作られているから、今回の事件本人に適用の可能性は少ないだろう。

それにしても、育ちつつある司法福祉法分野の中で、彼をどう見るかということは論ずる価値はあるだろう。

地域生活支援関連法とレジュメには書いたが、とりあえず生活困窮者自立支援法などを思い描いていただければいいかなと思う。彼はその当該事件があった施設から遠くない所に住んでいたと新聞報道にあるが、そして、親とも離れて一人暮らしであったとも書いてあるが、その中でどうやって暮らしていたのだろうか。すでに退職しているわけで、その中でも彼の地域における自立した生活というのはどのように確保されるのだろうかという論点がある。あまり報道では論じてもらえない部分である。

最後に、事業者規制法としての側面は先ほどの社会福祉事業法における事業概念とかかわり、古くからの流れの中であるわけだが、それに加え、21世紀に入り、障害者虐待防止法、障害者差別解消法という形で、行政機関も、事業者もターゲットにして、新たな規制と調整の枠組みが作られてきた。

このような新たな事業者規制・調整の法律的展開が見られることは確かだが、

前述のように、彼は障害者の虐待を従来から施設職員として行っていたのかどうかという視点があり得る。障害者差別を職員としていたのかどうかということも論点としてあり得る。それを使用者としての社会福祉法人は、警察と顧問弁護士に相談するだけで、手をこまねいていたとすれば、何らかの義務懈怠が存していたと評価されても仕方のない状況にある。ましてや、今回の事件についてだけでなく、苦情・虐待・差別等の言動について、指定管理者制度における指定権限を有する神奈川県庁（つまり設置者）への報告が、普段から遅れ続けていた恐れがあるのであるから。

### Ⅲ 相模原障害者殺傷事件をめぐる個別法上の問題点

この事件をめぐる個別法上の問題点について、思いつくままに述べておこう。これまでは、広くとらえた社会福祉法制の中で、このような論点が出てくるのではないかと申し上げてきたのであるが、容疑者がある意味主人公にして、彼を巡る論点をもう一度整理してみると、少なくとも、以下、1～4までの問題点が想起される。ここでは、紙幅の関係と、筆者の準備不足のため、社会福祉法制上の論点かどうかグレーな部分ではあると思うが、一応列挙しておくこととする。

#### 1 優生保護法から母体保護法

ここでは、保条会員からの報告にあった国民優生法から優生保護法へと転換した法律については、母体保護法に改正された時点（1996年）で、精神障害の遺伝的な素因云々と書かれた条文は全文が削除された。

しかし、それにしても胎児の出生前診断は現実には行われている。障害のある子として生まれるのか否かということの診断は行われていると聞いている。あるいは新生児への対応が、人々に知られない中で、何らか行われているのかもしれない。一つの隠れた国民的かつ人権論的論点である。そのことを容疑者は知っていて、頭の中にあって、そして何かある種の想念（それがナチス優生思想かどうか、理論的な背景を持っているのかは明らかでないが）を浮かべたのではないかと考える。

そうだとすると、彼が育ってくる過程において、優生思想が否定され、「生産性のない者は生きる価値がない」との発想が否定されていれば、彼はこの事件を起こす前に相当悩んだはずであり、障害者殺傷計画を思いとどまったかもしれない。友人の誰も、計画の実施を思いとどませることができなかつたとすれば、確信犯といえるに近い形で、思い込みの深遠にもぐっていたのであろう。

## 2 精神衛生法から精神保健福祉法

精神衛生法から精神保健法へ、そして現代は精神保健福祉法まで来ていて、さらにもう一度、本件事件をめぐって精神保健福祉法の改正が議論されている。むしろ、その事件本人を軸にして考えた時に、報道によれば措置入院を約2週間させられていたと書いてあるが、私の論文において、近時問題提起しているのは、その精神保健福祉法に基づく精神医療審査会が入院を妥当とするかどうかの判断の機関として機能しているかどうかである。<sup>4</sup>

さらに、その審査会において、審査の対象となった方への支援の方向ということについて議論する場になっているかという問題がある。少しずつ審査会の在りようは変えられてきているけれども、まだ個別ケースの保健・福祉の今後についてまで議論する体制にまでは行っていないだろう。措置入院させられていた先の病院と相模原市と、そして相模原市精神医療審査会との関係ではどんな動きがあったのか、いかなる審議があったのか。神奈川県庁や厚生労働省の報告書では、この点を明確に調査し、記録に残すべきであった。

相模原市のサイトによれば、政令市として「精神医療審査会」が存在することになっている。同様に「精神保健福祉審議会」も存在することになっている。しかし、その活動状況については、「精神保健福祉審議会」の議事録の数頁があるものの、今回の事件に関しては、ほとんど記載がないといってよい。

精神障害者の人権に配慮しつつ、その適正な医療及び保護を確保するために、精神科病院に入院している精神障害者の入院の要否や処遇等について、専門的かつ独立的に審査を行う精神医療審査会の事務局が相模原市精神保健福祉センターに設置されているのであるが、ホームページには、なんらの記載もない（あるいは、審査会自体が開かれていない可能性もあるが、それは精神保健福祉法違反ではないかとの問題関心すら誰にもない）。

## 3 労働関係法

労働法に関しては、そもそも採用時にこの法人の採用担当者が面接をしているが、採用時に面接をする時に、本人の思想信条についてヒアリングすることはできないという問題がある。だから、雇い主としては、容疑者をめぐる情報をすべて事前に取得するわけにはいかない。就労時点においてもそうだろう。あるいは本人が辞めると言い出した時点でも、それは自主退職なのかという問題は残る。

つまり、彼の採用時、就労時、労働契約解消時、その後の公共職業安定所における職業紹介時などにおける労働法上の論点は何かということである。事実関係が明らかになった時に、容疑者をめぐる動向の一つひとつが、労働法学者によって、

法的な評価を受けることとなるであろう。

#### 4 医療関係法

大麻を使っていたのではとの新聞報道がある。真実は分からないが、そうすると、医療法、医療サービスの提供法ではなくて、医療に関する取締法との関係で大麻に関しては、大麻取締法という法律がある。ただ、それを社会福祉法制と見るのはなかなか難しいが、そういったいわゆる麻薬取締法制等の中に、今後、麻薬を吸引している者あるいは常用している者に対する支援という概念が入ってくるべきであるということが、すでに論点になっている。

今大きく議論されているのは薬物依存、ギャンブル依存、アルコール依存という領域である。これらはいずれ法律として登場してくるはずであるが、アルコールに関しては、筆者が関わった「アルコール健康障害対策基本法」という法律が、2013年に制定されて、そこには社会復帰への支援という文言が入り、予算も付き実務が行われているということは、ぜひご理解いただきたい。これは社会福祉法制の範疇に入れていくということができると思っている。

### IV 相模原障害者殺傷事件から見えてくる法制上の論点

この事件から見えてくる法制上の論点について主要な柱だけを言えば、以下の3つをあげることができる。結論的には、法人事業者が利用者や容疑者に対してどのような配慮を行うべきであったのかという論点が伏在しているということである。

#### 1 法人・事業者の配慮義務

例として1つだけ挙げれば、利用者が夜間でも安全に過ごせるようにする契約上の「安全配慮義務」があると思う。しかし、利用者の行動の自由も保障されなければならない。その間をどこでとるかというのが論点になるはずである。確かに警備会社が入ってたくさん監視カメラがついていたという報道があるが、この事件を防ぐ手立てになったのかどうかはよく分からない。

これは社会福祉法制上の課題だと思う。なぜかというと、利用者の人権との関係で、安全という人権と行動の自由という人権の兼ね合いをどうするのかという、とても困難な問題が伏在しているからである。

項目だけでも挙げれば、次のような論点が考えられる。

- (1) 法人・事業者による利用者の安全配慮義務と行動の自由のバランスをどのように確保するか。
- (2) 法人・事業者の方針は従業員の思想・信条の自由を拘束するか。

- (3) 法人・事業者による従業員に対する精神保健（メンタルヘルス）への配慮事項は何か。
- (4) 従業員の事業所外活動（組合活動、政治活動、宗教活動など）に関し、法人・事業者の配慮事項は何か。
- (5) 法人・事業者の地域社会への配慮事項（騒音、交通渋滞、防災・防犯など）は何か。

## 2 従業員の配慮義務

従業員がどういうことに配慮しなければならないか。従業員が利用者の安全を配慮するということがなければならない。ここで言っている配慮義務は合理的配慮義務と似たような言葉に聞こえると思うが、私がここで「安全配慮義務」と使っているのは、より広い概念である。

ここでも、論点だけを挙げれば次のような事項が想定される。

- (1) 従業員による利用者の安全配慮義務と利用者の行動の自由とのバランスをどのように確保するか。
- (2) 従業員の思想・信条の自由と利用者への配慮義務は衝突しないか。
- (3) 従業員による、利用者に対する精神保健（メンタルヘルス）上の配慮事項は何か。
- (4) 従業員の事業所内外における活動と利用者への配慮事項は何か。
- (5) 従業員による、他の従業員に対する配慮義務にはどのような事項があるか。

## 3 国・地方公共団体の配慮義務

ここでは、国や自治体はどのような配慮をすべきであったのかということが問題となる。もちろん警察等司法機関を含む配慮義務である。

特にこの事件の容疑者が何か一定の優生思想を持っているらしいということに気がついた時に（国・警察は、実際に手紙を受領して、読んでいた）、国全体としては衆議院も内閣も国会も含めて、社会福祉施設に対する脅迫的な言葉に接した時、どのようなアクションをすべきか、という論点は社会福祉法制上の論点として残っている。どのような介入を国・自治体に期待すればいいのかということになる。

この側面に関しても、論点を網羅的に示すとすれば、次のような事項を挙げることができる。

- (1) 国・自治体による利用者の安全配慮義務と利用者の行動の自由とのバランスをどのように確保するか。
- (2) 国・自治体による、法人・事業者・従業員の思想・信条の自由への介入

は許されるか。

- (3) 国・自治体による利用者に対する精神保健（メンタルヘルス）への配慮（保健所、病院との連携義務）はどのようにあるべきか。
- (4) 法人・事業者の活動（遠足・社会見学等）および従業員の活動に関して、利用者への配慮事項に関する国・自治体の介入はありうるか。
- (5) 法人・事業者の活動（地域の祭りへの参加・社会貢献等）、従業員の活動（ボランティアなど）における、地域社会への配慮事項に関する国・自治体の介入はありうるか。

## V まとめ

まとめは、問題意識で申し上げたとおりである。以上の論議を経た上でも、私の仮説は間違っていないと考えるが、この種の事件は他にも21世紀になってから随分起きていて、これは社会福祉基礎構造改革という大きな福祉政策の転換の中で、その後、次から次へ起きていると評価している。その究極の姿がこの事件だったというのが、私の仮説である。それを実証しろと言われても調査がやれているわけではないので、新聞記事や出版物を挙げれば実証したことになるかもしれないが、本稿を執筆する時点において、いまだその用意はできていない。

では、社会福祉基礎構造改革によって何が起きたか。要するに施設、事業者の競争状態が起きて、その競争状態の中で人材の獲得も競争状態に入り、かえって人材不足に陥り、質の悪い労働者でも雇わざるを得ないという状況になった時に、この事件を起こした彼を、人物を承知しつつも、あるいは仕事の様子を見ていて、ぶつぶつ利用者や他の従業員に差別的な言葉を言っていることを認識していながらも、それでも解雇というところまではいかない。

その理由は、簡単で、人手が足りないからである。労働力欲しさの一言に尽きるであろう。したがって、この種の事件は老人ホームでも保育所でも至るところで、少なくとも福祉関係の事業所で起きているということは、ほとんど立証することが可能であると考えられる。

それに対して、社会福祉法人やそこで働く者たちに対する支援のシステムが社会福祉法制の中で作られなければならないだろうし、あるいは別途独立行政機関として権利擁護官のようなものが存在する必要があるだろうし、これらの立法が必要である。

さらに、地域のネットワークが必要である。例えば、成年後見人たちが集まるようなネットワークがあり、当該施設利用者の成年後見人が集まり、容疑者への



対応を協議することができたならと思うのである。逆に言えば、後見人たちは何をやっていたのだろうということである。あるいは、障害者基幹相談支援センターもその役割を果たし得るはずである。あるいは、名古屋市にできた障害者差別相談センター（名古屋市社会福祉協議会に委託）のような組織が存在したらと想像することもある。

例えば、そういうものが地域にいくつも存在することによって、そこでは様々な相談に応じるだけでなく、先ほども述べた「調整」も行っていくわけである。公的な権利擁護官、社会福祉基準監督官などが、罰則・刑罰を適用する、制裁を科すという権限を持ちつつも、それだけではなく、様々な「調整」をしていくことができると思う。さらに、その周辺にある地域のネットワークもまた様々な「調整」をしていくことになる。こういう機能が働いていくことによって、このような事件というのは起こさずに済んだのかもしれないと考えるのである。

相模原障害者殺傷事件をめぐる個別法上の問題点が多数あるにも関わらず、また本事件から見えてくる社会福祉法制上の課題は山積しているにも関わらず、現行の社会福祉法制の枠組みを前提とし、法運営の現状を考えると、とても具体的な対応策を提案することはできないのが残念である。

---

<sup>1</sup>本稿では、「容疑者」の語を使い続ける。一般には警察が犯人と疑っている人物を言い、警察に逮捕されると、容疑者から被疑者になり、検察官に起訴されると、被疑者から被告人に変わると言われるが、本稿では、日常語として使用されている容疑者で十分だからである。

<sup>2</sup>2018年までに、多数の文献が発行されているが、本稿を執筆するにあたって、常に参照し続けたのは、参考文献の冒頭に掲げた、日本社会保障法学会 第73回大会ミニシンポジウムのレジュメと資料集である。このシンポの報告者グループに深甚の感謝を申しあげる。

<sup>3</sup>大曾根寛編『社会福祉と権利擁護』（放送大学教育振興会、2012年）および大曾根寛編『福祉政策の現代的課題—人権保障への道』（放送大学教育振興会、2018年）などを参照されたい。

<sup>4</sup>大曾根寛、深谷裕「精神障害者の権利擁護システムの研究：精神医療審査会の機能と今後の課題」放送大学研究年報第22号1頁—17頁、2005年、および大曾根寛、水戸川真子「精神保健福祉法上の強制入院における精神障害者の権利擁護」放送大学研究年報第28号1頁—19頁、2010年などを参照されたい。

#### 参考文献

- ・日本社会保障法学会 第73回大会ミニシンポジウム（2018年5月19日、早稲田大学）「障害のある人の人権と家族・にない手の人権—津久井やまゆり園殺傷事件を契機に—」レジュメ集（報告者：主催学会の会員である金川めぐみ、矢嶋里絵、鈴木静、井上英夫の各氏）

- ・上記ミニシンポジウムにて配布された資料集
- ・藤井克徳『わたしで最後にして一ナチスの障害者虐殺と優生思想』合同出版、2018年
- ・河東田博『入所施設だからこそ起きてしまった相模原障害者殺傷事件―隣人を「排除せず」「差別せず」「共に生きる」ための当事者視点の改革』現代書館、2018年
- ・太田順一郎、中島直編『相模原事件が私たちに問うもの』批評社、2018年
- ・「生きている！殺すな」編集委員会編『生きている！殺すな』山吹書店、2017年
- ・月刊『創』編集部編『開けられたパンドラの箱―やまゆり園障害者殺傷事件』創出版、2017年
- ・朝日新聞取材班『妄信 相模原障害者殺傷事件』朝日新聞出版、2017年
- ・堀利和編著『私たちの津久井やまゆり園事件 - 障害者とともに<共生社会>の明日へ』社会評論社、2017年
- ・立岩真也、杉田俊介『相模原障害者殺傷事件 - 優生思想とヘイトクライム』青土社、2017年
- ・保坂展人『相模原事件とヘイトクライム』(岩波ブックレット)、岩波書店、2016年
- ・藤井克徳、池上洋通、石川満、井上英夫編『生きたかった 相模原障害者殺傷事件が問いかけるもの』大月書店、2016年

# 精神障害者と憲法 —精神保健福祉法を中心に

石崎 学（龍谷大学）

はじめに

- I 精神障害の特性と合理的配慮
  - II 法制度レベルの「社会的障壁」の憲法学的検討。
- まとめ

はじめに

2013年の障害者差別解消促進法（平成25年法律65号）によって社会的障壁の除去のための「必要かつ合理的な配慮」を行うことが「行政機関等及び事業者」の責務となった（同法5条）。障害者差別の解消に向かって画期的な法律が制定され、すでに2014年より施行されている。この法律の定める障害者には精神障害者も含まれる。しかし障害者の自由を阻む社会的障壁の除去や差別の禁止（同法7条1項、8条1項）を明記したこの法律には、精神障害者に対する強制入院制度や治療上の必要性がないにもかかわらず社会の中に居場所がない等の理由で精神科病院に留まらざるをえない社会的入院者についての規定はない。

もともと公衆衛生法規<sup>1</sup>として定立された精神保健福祉法（昭和25年法律123号—制定当時は「精神衛生法」）の定める強制入院制度、そのもとでの精神科病院への長期入院等が、精神障害者にとっては、大きな社会的障壁となっているのではないか。

ところで、大阪精神医療人権センターの山本深雪は、医療保護入院制度の改正等を内容とする精神保健福祉法の改正案（平成25年法律47号）が審議されているのと「同じ国会において、『障害者差別解消法』があがっている。そこには、入院中のことには触れられていない<sup>2</sup>と指摘していた。2013年の第183国会（常会）のことであるが、国会の同一の会期で、障害者差別の解消促進と精神障害者の強制入院とが別のこととして審議されていること自体が、この国における精神障害者に対する「まなざし」を象徴しているであろう。それは、入院者と非入院者とを分断する「まなざし」かもしれない。

では、憲法学は、精神障害者等について何をしてきたのか。竹中勲の研究<sup>3</sup>等を除けば何もしてこなかった。精神科病院への強制入院等についての憲法学の言及を見いだすこと自体が困難である。美濃部達吉の著書に憲法14条1項の「社会的

身分」にかかわって「未成年者・精神喪失者（禁治産者）・現に刑の執行中の者の如きは単純な社会的身分として見るべきではなく、法律上に一般人としての能力を認められない者で、此等の者を法律上に差別することは当然である」<sup>4</sup>との記述があるが、精神障害者らは「法律上に差別することは当然」と考えられてきたのであろう。

## I 精神障害の特性と合理的配慮

### 1 「障害」と「疾病」の併存

精神障害者に関する法令に検討を加えようとする、まず精神障害の特性について整理をする必要に迫られる。なぜなら、それには「障害」と同時に「疾病」であるという特性があるからだ。法令でも「精神障害者」概念については混乱がみられる。

精神保健福祉法5条（昭和25年法律123号）や障害者総合支援法4条1項（平成17年法律123号）は、「疾病」の意味で「障害」という文言を用いている。他方、障害者差別解消促進法2条1号（平成25年法律65号）や障害者基本法2条1号（昭和45年法律84号）などは、「障害」の意味で「障害」という文言を用いている。

さらに、精神障害者保健福祉手帳の交付に関する法令の「障害」（精神保健福祉法45条、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律施行令6条（昭和25年5月23日政令第155号））は、「日常生活が著しい制限を受けるか、又は日常生活に著しい制限を加えることを必要とする程度のもの」（施行令6条3項の定める障害等級二級）とされており、「疾病」や「障害」による日常生活の制限だけではなく、他人が当人の日常生活に「制限を加えることを必要とする」との文言がある。

疾病であり、かつ障害であるという精神障害の特性があるが、少なくとも法令用語の整理が必要かと思われる<sup>5</sup>。

### 2 J.K. ウィングらの説明<sup>6</sup>。

精神障害が疾病であり、かつ障害であるとはどういうことか。ここではイギリスの精神科医のJ.K. ウィングらの説明を紹介しておく。

それによると、精神障害者の「社会的能力障害」には、①医学的要素（医学的な「モデル」）と②社会的要素（社会的な「モデル」）とがある。前者が、疾病であり、後者が障害と一応区別できる。その両者は、密接に結びついており、それらの「一方だけでは、精神医学的障害を記述し、説明し、あるいは援助する際に不適切であるという。

①は、精神医学的機能障害あるいは症状であり、②は、社会的不利である。さ

らに、③、①あるいは②、あるいは①と②の一体になったものに対する「個人的反応」という第3の要素が加わるという。

### 3 精神「障害」の複雑さと不可視性

精神障害の複雑さゆえに、それに対する「合理的配慮」は、多岐にわたるきめ細やかなものであることが求められる。疾病、服薬の副作用、後遺症、再発の危惧、社会的障壁等のさまざまな要素に起因する「障害」に対して適切な配慮をする必要があるのだ<sup>7</sup>。

さらに精神障害の場合は「動作レベル」で見えない障害が存する。すなわち「目立ちやすい症状が治まって、一見普通に見えても、対人関係や生活上の不便さを呈する、いわゆる『見えない障害』＝認知行動障害が残る<sup>8</sup>。こうした「動作レベル」では見えない障害は見落とされがちであり、当事者が合理的配慮を求めない限り、障害の存在そのものが不可視のままになりかねない<sup>9</sup>。

なお憲法判例として有名な「精神的原因による投票困難者」の選挙権行使の機会確保に関する最判平18年7月31日<sup>10</sup>は、前記の「動作レベル」では見えない能力障害を軽視しているうらみがある。

また精神障害者に対する強い差別と偏見のある日本社会では、この「動作レベル」では見えない障害を当事者が誰にも相談できずに抱え込んでしまう危険もあるだろう。

#### 小括

現時点で憲法学がなすのは、精神障害者に対して必要な合理的配慮がなされなかったことが憲法14条1項に違反するかどうか等の検討<sup>11</sup>および法制度レベルでの「社会的障壁」の憲法学的検討であろう。前者については、精神障害が多様な要素から構成されるとはいえ、憲法解釈としては、身体障害等の他の障害と区別して検討する必要性は、さしあたりはなさそうである。ゆえに、本稿では、後者すなわち法制度レベルにおける「社会的障壁」について以下検討する。

なお障害者の権利についての検討は、憲法学の想定する人間像と深くかかわるが、本稿では、十分な検討をする準備がないので割愛する<sup>12</sup>。

## II 法制度レベルの「社会的障壁」の憲法学的検討。

日本における精神障害者の権利について検討するには、法制度レベルでなおも存在する巨大な「社会的障壁」を問題視せざるをえない。

それは、精神保健福祉法に基づく長期入院および強制入院等の合憲性の検討である。それらの合憲性は、同法が1952年の制定当初から公衆衛生法規としての

性質を有しているため、医学的な必要性・合理性の有無という見地からなされる。したがって精神障害者の「疾病」の側からの検討となる。医学的な必要性・合理性が認められないのであれば、それらは、何らかの仕方で除去されるべき「社会的障壁」であるということになる<sup>13</sup>。

## 1 精神科病院への長期入院の実態

まず、精神科病院への長期入院について検討する。精神科病院への入院（患者）の平成25年、(2013年)度の在院期間別構成は、1年以上5年未満が86,442人、5年以上10年未満が41,167人、10年以上20年未満が32,858人、20年以上が31,414人である<sup>14</sup>。このデータだけでも日本では長期にわたる入院（患者）者が多数存在することがわかる。さらに最近の毎日新聞によると、2017年6月末時点で、入院期間が50年を超える者が少なくとも1773人いるという<sup>15</sup>。かくも長き入院に医学的な必要性や合理性があるのであろうか。入院の継続が必要ないにもかかわらず、精神障害者の受け皿が社会の側になかったから、治療上の必要性を遥かに超えた長期入院（社会的入院）が漫然と放置されてきたというのが実態であろう。

## 2 インスティテューショナルリズム

問題は、社会の受け皿の有無だけではない。そもそも精神科病院への入院そのものが、入院（患者）者の状態を悪化させ、またはその人が本来有していた能力を剥奪してしまうという側面も否定できないだろう。

精神科医の計見一雄は、すでに1979年に、以下の見解を公表していた。すなわち「我国の精神病院で<放置>されるとは、<何もしないでそっとしておいてもらえる>のではなく<檻禁されて、とじこめられつ放しになる>ことを意味するのだという事実」。「一般に精神分裂病固有の症状とされている、<人格の荒廃><無為自閉>等々についても、病によるものときめつけてしまう前に、ひょっとしたらこれは多数の人を一か所に長期間とじこめることによって生じる結果なのではないかと疑って見ることには、妥当性があるのではなからうか」<sup>16</sup>。精神科医の石川信義も「鍵を開放し、うるさい規則をなくしたら、患者が変わった。／どこの病院にも、熊のように廊下を往ったり来たりしている“徘徊患者”がいるものだ。それがいなくなった。突然ガラスをガチャンと割る“衝動行動”、それが断然少なくなった。これまで病気のせいだと思っていた異常行動の多くが、拘禁による人工的産物であることがわかった」という<sup>17</sup>。精神科医の野中猛も「精神科病院に入院する前にはできていたことが、入院や入所を一〇年もの長さで続けていると、やらなくて済むために、できなくなってしまう」<sup>18</sup>と指摘している。

いわゆるインスティテューショナルリズムの問題である。

インスティテューショナルリズムとは「配慮がなく、烙印押しの役をしている社会環境（それが病院、ホステル、グループ・ホーム、レセプション・センター、デイ・ユニット、あるいは家族のいずれであっても）によって引き起こされた自信欠如や自尊心の貧困、それに動機づけの低下の1つの極端な例なのである」<sup>19</sup>。この概念の理論的創設者であるウィングらが、このように広い意味でこの概念を定義していることは重要である。精神科病院への長期入院のみならず、精神障害者を取りまく様々な社会的環境にも留意すべきであろう。

ともあれ、精神科病院への長期の入院の被害は甚大であり、疾病の症状ではなく入院そのものがもたらす「異常行動」をも引き起こすものであり、入院（患者）が諸権利を根こそぎ奪ったと評価していいであろう。それは、ハンセン病訴訟判決<sup>20</sup>がハンセン病療養所に強制入所をさせられた者らに認めた以下の被害と同じ性質の被害である<sup>21</sup>。

1953年のらい予防法の「隔離規定によってもたらされる人権の制限は、居住・移転の自由という枠内での確に把握し得るものではない。ハンセン病患者の隔離は、通常極めて長期間にわたるが、たとえ数年であっても、当該患者の人生に決定的に重大な影響を与える。ある患者は、学業の中断を余儀なくされ、ある者は、職を失い、あるいは思い描いていた職業に就く機会を奪われ、ある者は、結婚し、家庭を築き、子供を産み育てる機会を失い、あるいは家族との触れ合いの中で人生を送ることを著しく制限される。その影響の現れ方は、その患者ごとに様々であるが、いずれにしても、人として当然に持っているはずの人生のありとあらゆる発展可能性が大きく損なわれるのであり、その人権の制限は、人としての社会生活全般にわたるものである。このような人権の制限は、単に居住・移転の自由の制限ということで正当には評価し尽せず、より広く憲法13条に根拠を有する人格権そのものに対するものととらえるのが相当である」。

被害の性質は同質とはいえ、精神障害者の長期入院とハンセン病者の隔離政策とでは、前者の多くは民間病院での長期入院であるのに対して後者は国立療養所への隔離であり、前者は、いちおう、法令上はいずれ退院することが想定されているのに対して後者は、そもそも法令上退所が想定されていなかった等、様々な違いもある。しかし、上記の判決文が示している被害は、やはり同質であろう。それにもかかわらず、2001年の同判決以降においてすら、精神科病院への長期入院の問題について、国家も社会も、およそその解決のための努力を怠ってきたのはいったいなにゆえなのであるか。

### 3 強制入院

次に、強制入院制度に必要性和合理性とがあるかどうか、簡潔ながら、検討する。

#### 1) 措置入院 (精神保健福祉法 29 条)

精神保健福祉法 29 条は、「精神障害者」であつて「自傷他害のおそれ」のある者を都道府県知事が精神科病院へ強制入院させる「措置入院」について定めている。

「措置入院」については、そもそも精神疾患が「自傷他害のおそれ」を強めるのか、「自傷他害のおそれ」が精神科医によって医学的に判断可能なのか、「自傷他害のおそれ」があつても精神障害者ではない者の身柄を拘束することはできず、結局、精神障害者であることを理由に差別扱いをするものであるから憲法 14 条 1 項の平等原則に違反するのではないか等の批判がある<sup>22</sup>。

措置入院について (次の医療保護入院も) は、広い意味での「逮捕」にあたる (憲法 51 条の国会議員の不逮捕特権の「逮捕」には精神科病院への強制入院が含まれる) ので、濫用されないよう、少なくとも司法 (裁判所) によるチェック (憲法 33 条) が不可欠のように思われる。

そもそも犯罪予防等を目的とするこの強制入院制度と社会福祉制度とが同じ法律で定められていること自体に問題があるであろう。

なお本条のいう「自傷他害のおそれ」とは、各種の「病状又は状態像により、自殺企図等、自己の生命、身体を害する行為 (以下「自傷行為」という。) 又は殺人、傷害、暴行、性的問題行動、侮辱、器物破損、強盗、恐喝、窃盗、詐欺、放火、弄火等他の者の生命、身体、貞操、名誉、財産又は社会的法益等に害を及ぼす行為 (以下「他害行為」といい、原則として刑罰法令に触れる程度の行為をいう。) を引き起こすおそれ (法 28 条の 2 の規定に基づき厚生労働大臣の定める基準 (昭和 63 年 4 月 8 日厚生省告示第 125 号)) のある者とされている。少なくとも限定解釈が必要不可欠である。

#### 2) 医療保護入院 (精神保健福祉法 33 条 1 項)

医療保護入院は、医療及び保護の必要があるにもかかわらず、精神障害者本人が入院に同意しない場合に、家族の同意 (家族の範囲は法 33 条 2 項) 又は同意する家族がいない場合等は市町村長の同意 (法 33 条 3 項) に基づき強制入院をさせる制度である。

この入院形態は、「自傷他害のおそれ」を要件としておらず、それだけにその合憲性には措置入院以上に強い疑いがかかる。

なぜ成人に対してパターンリスティックな介入が許されるのか、かりに介入が許されるとして、本人にとって強制的な入院が必要最小限度の介入といえるのか。



専門家でもない家族の同意がなぜ本人にとっての強制入院を正当化するのか、本人と家族との間に不信感が生じて治療や退院後のサポートにおいて支障が大きい等の批判がある<sup>23</sup>。

ここでも司法（裁判所）によるチェック（憲法 33 条）はなく、制度の濫用のおそれもある。

なお精神保健福祉法には、入院の継続の必要性（法 38 条の 3）および入院（患）者からの退院等の請求を審査する（法 38 条の 5）ための精神医療審査会の制度がある。同審査会については、審査の形骸化等が指摘されている。司法（裁判所）に代わる同審査会が第三者的な人権擁護システムとして機能する余地はあるものの、強制入院時に強制入院の要件を入院（患）者が満たしていたかどうかを審査する仕組みではない等、少なくとも現在の同審査会のあり方では、広義の「逮捕」の濫用防止機関としての役割は著しく弱い。なおヨーロッパ諸国では、緊急ではない通常の「非自発的入院」ではその決定者が裁判所となっている国が多い<sup>24</sup>。

そもそも医療保護入院における判断能力の欠如とは、「病識の欠如」のことであるが、精神科医の笠原嘉は、「多くの統合失調症の人が今日では外来で通院しているが、その現実には統合失調症には病識がないという伝統的定説に訂正を迫る現実であり、統合失調症の「病識のていどには動揺がある」くらいに「言い換えなくてはなりません」<sup>25</sup>としている。判断能力の欠如という立法事実が存在することを疑わせる専門家の見解である<sup>26</sup>。

なお手続きが措置入院や医療保護入院と比して簡略に過ぎるという問題はあるが、精神障害者であり、「直ちに入院させなければ」、自傷他害の「おそれが著しい」場合の緊急措置入院（29 条の 2）や「急速を要し、その家族等の同意を得ることができない場合」であって、精神障害者であり「直ちに入院させなければその者の医療及び保護を図る上で著しく支障がある者」に対する応急入院（33 条の 7）という精神科救急制度についても精神保健福祉法は規定している。かりに強制入院がやむを得ないケースがあるとしても、これらの救急制度並みの厳格な要件が必要なはずである。

#### 4 家族制度

精神保健福祉法 33 条 2 項の家族制度は、私宅監置を合法化した 1900 年の精神病患者監護法に由来する。1950 年の精神衛生法 20 条以下（昭和 25 年法律 123 号）の保護義務者制度では、後見人、配偶者、親権者及び扶養義務者（20 条 1 項）は、治療を受けさせる義務、自傷他害防止義務、財産上の利益保護義務（22 条 1 項）、医師の診断への協力義務（同条 2 項）および医師の指示に従う義務（同条 3 項）

を課され、同意入院における同意権（33条）が付与されていた。1999年の法改正で廃止された。制度としては医療保護入院への家族の同意権（33条1項、2項）のみとなっているが、かつての「家族病因論」<sup>27</sup>と相まって、なお精神障害者家族への差別・偏見は解消されていないのではないか。また前述のとおり、医療保護入院に家族が同意することが治療や退院後のサポートに支障を来すとの見解もあり、再検討が求められるだろう。

なお、日本の現行の差別禁止法制は、「家族に障害者がいる者に対する差別や、過去の障害・将来の障害を理由とする差別を規制することも出来ない」<sup>28</sup>という指摘にも留意すべきである。

## 5 その他

精神科病院への長期入院や強制入院等の他にも、合憲性の疑わしい法制度が存在する。

まず広い医療圏である。医療法30条の2に基づいて作成される「医療計画」の問題であるが、精神科病院は、同条2項12号・13号・14号に基づき3次医療圏（都道府県単位—北海道は6つの医療圏）のみとなっており、居住地から遠い病院に入院することになる場合がある<sup>29</sup>。精神科病院等のみに3次医療圏が設定されており、一般病床等との間に別異扱いがある。この別異扱いに合理的理由がないのであれば憲法14条1項違反となろう。

次に、1996年に母体保護法に改正された優生保護法（昭和23年法律156号）による不妊手術・人工妊娠中絶の（事実上の）強制<sup>30</sup>の問題がある。これは、リプロダクションの権利（憲法13条）を不当に侵害するものであって憲法上許容する余地はないと考えられる。法律そのものが、障害者らに対する差別を助長するものであり、この法律が戦後日本における障害者らに対する差別をいかに強化したのか等は、憲法学も含む様々な学問分野からの厳しい反省的考察が不可欠であろう<sup>31</sup>。

さらに精神科特例の問題がある。それは、精神科病院を「特殊病院」とし、医師の数は一般の病院の3分の1、看護師・准看護師の数は同じく3分の2を都道府県知事の許可の準則とするものであり、1958年の厚生省事務次官通知「特殊病院に置くべき医師その他の従業員の定数について」（医発132号）で定められたものである。一般の病院に比して医師数や看護師・准看護師数が少なくて良いとする別異扱いの合理的理由の有無が問われる。

なお、相模原殺傷事件を受けて、第193国会に精神保健福祉法改正案（閣法34号）が提案されたが廃案となった。廃案となったが、精神保健福祉法に犯罪予防をい

れることの問題性や精神障害者の「支援策としては逆効果」との指摘<sup>32</sup>があった。精神障害者を地域で捕捉しつづけることの問題性もあっただろう。さらに同法案は、医療保護入院の要件を「第33条第3項中『できない』を『できず、若しくは第1項の規定による同意若しくは不同意の意思表示を行わない』にあらため」（法案29条の5の2）と緩和する条項が参議院の修正で加わった。もはや相模原事件とは何らの関係もなく、強制入院制度を強化する方向性があったこと自体が驚きである。

なお地域で精神障害者を捕捉し続けることの弊害は、J.K. ウィングらの広いインスティテューショナルリズム概念を前提にすれば、措置入院歴のある精神障害者を「インスティテューション」により捕捉しつづけることにより、自信欠如や自尊心の貧困、それに動機づけの低下を引き起こしてしまうのではないかという弊害である。

## まとめ

最近、棟居快行は、旧優生保護法と日本国憲法とが「表裏の関係」にあり、「優生保護法の選別と集中の発想は、権力的手段によってでも日本国憲法の人権理念を浸透させることが近代立憲主義憲法学のつとめであるところの、戦後憲法学の人権観にも通底する」ことを指摘した<sup>33</sup>。なぜ日本国憲法下で「らい予防法」、「優生保護法」そして「精神保健福祉法」といった法律による強制医療等がまかり通ったのか。そのこと自体について、憲法学も、自らの人権概念等を再検討しなければならない<sup>34</sup>。

しかし、問題は、戦後の日本の憲法学にとどまるであろうか。優生保護法や精神保健福祉法等に日本の憲法学が無関心であり続けた背景はもっと根深いのではなかろうか。

社会国家理念に立脚し、憲法の新たな時代を画したヴァイマル憲法の制定の翌年の1920年に『「生きるに値しない命」とは誰のことか』と題された小冊子がドイツで刊行された<sup>35</sup>。この小冊子での重度知的障害者に対する安楽死計画の思想と相模原殺傷事件（2016年）の被告人の思想との類似性はすでにさまざま指摘されている。ここでは、この小冊子が1920年に刊行されたことに注目しよう。

この小冊子では、著名な刑法学者であるビンディングが「法益たる資格が甚だしく損なわれたがために、生[命]を存続させること（Fortdauer）がその担い手自身（Lebensträger）にとっても、社会（Gesellschaft）にとっても一切の価値を持続的に失ってしまったような人の生[命]というのは、あろうか」<sup>36</sup>と問うて、

安楽死の解禁を提案している。その安楽死解禁の対象者には疾病や重傷のために助かる見込みのない患者だけではなく、「治療不能な知的障害者」が含まれている。「彼らの生にはいかなる目的もないが、そのことを彼らは耐え難いとは感じていない。家族にとっても、社会にとっても彼らはとてつもない重荷 (Belastung) になっている」<sup>37</sup> というのだ。この刑法学者の安楽死解禁論を特に重度知的障害者について医学的見地から正当化するのがこの本での医師であるホッへの論である。「これらのお荷物連中 (Ballastexistenzen) に必要とされる経費があらゆる面で正当なものであるのかという問題は、過去の豊かな時代には差し迫ったものではなかった。しかしいまや事情はかわったから、我々はそれに真剣に取り組まざるを得ない」<sup>38</sup> というのだ。

このような小冊子が、1919年のヴァイマル憲法制定の翌年に刊行されたのだ。ヴァイマル憲法下で「生きるに値しない命」の選別論が打ち出されたことの意味は大きいのではないか。同「憲法の生みの親たちは、百貨店の雑多な商品カタログのように種々の社会保障を躊躇なく並べたのだが、そこには、独特の当時の社会心理的過程も反映していた。前世期の九〇年代以来、社会改革が必要だという確信は、あらゆる社会問題は国家の干渉と科学の投入によって合理的解決を見出しうる、という信念によって補強され、それと重ね合わさるようになった」と社会学者のポイカートは分析している。党派を超えて広がった「社会工学的な操作可能幻想」がヴァイマル憲法に反映しているというのである<sup>39</sup>。

ともあれ、ビンディングらの「生きるに値しない命」に対する安楽死の解禁の主張も、このような当時の社会心理的過程の表れのひとつであろう。それは、「T4作戦」で知られるナチス・ドイツによる障害者抹殺に先立っていることにも注意が必要である。

ヴァイマル憲法の「第2章 共同生活」に「子を肉体的、精神的及び社会的に有能な者になるように教育することは、両親の最高の義務であり、かつ自然の権利であって、この権利・義務の実行については、国家共同社会がこれを監督する」(120条)という規定がある<sup>40</sup>。「子を・・・有能な者になるように教育すること」とある。優生思想そのものではないであろうか。戦後の日本は、障害者に対する立法においても、憲法学の人権論や社会国家論においても、もしかすると「社会工学的な操作可能幻想」に侵食されてきたのではないか、という問いをもって本稿を閉じる。

- 
- <sup>1</sup> 憲法 25 条 2 項、宮沢 1978。
- <sup>2</sup> 山本深雪 2014、140 頁。
- <sup>3</sup> 竹中 2010。
- <sup>4</sup> 美濃部達吉『日本国憲法原論』（補訂版）有斐閣・1955 年、149 頁一傍点は石崎。
- <sup>5</sup> なお日本の障害法学における「障害」の概念について菊池・中川・川島 2015、7 頁参照。
- <sup>6</sup> J.K. ウィング／B. モリス編 1989、5 頁。
- <sup>7</sup> 就労の場面での「障害」とそれらへの合理的配慮（障害者雇用促進法・昭和 35 年法律 123 号に基づく）の例として『精神保健福祉白書 2017』（8 頁）を参照。
- <sup>8</sup> 野中 2012、106 - 108 頁。
- <sup>9</sup> ソーニクロフト 270 - 272 頁も参照。
- <sup>10</sup> 判タ 1222 号、135 頁。
- <sup>11</sup> 菊池・中川・川島 2015、74 - 90 頁・尾形健執筆、植木 2011、杉山 2016 など。
- <sup>12</sup> 石崎 2007、杉山 2018、棟居 2018 などを参照。
- <sup>13</sup> なおこれらの問題や精神障害者の自立支援について塩満・石崎 2018 も参照されたい。
- <sup>14</sup> 『精神保健福祉白書 2017』、213 頁。
- <sup>15</sup> 毎日新聞 2018 年 8 月 21 日朝刊。
- <sup>16</sup> 計見 1979、40 頁。
- <sup>17</sup> 石川 2007、81 頁。
- <sup>18</sup> 野中 2012、107 - 108 頁。
- <sup>19</sup> J.K. ウィング／B. モリス編 1989、7 - 8 頁。
- <sup>20</sup> 熊本地判 2001 年 5 月 11 日、判時 1748 号、99 - 100 頁。
- <sup>21</sup> なお両者の同質性について八尋 2007 を参照。
- <sup>22</sup> 池原 2011、135 頁。
- <sup>23</sup> 塩満 2018。
- <sup>24</sup> 塩満 2018 年、111 頁。
- <sup>25</sup> 笠原 1998、55 頁。
- <sup>26</sup> 野中 2012、188 - 189 頁も参照。
- <sup>27</sup> 南山 2006、24 - 27 頁を参照。
- <sup>28</sup> 菊池・中川・川島 2015、137 頁。長谷川聡・長谷川珠子執筆。
- <sup>29</sup> 「医療計画について」（平成 29 年 3 月 31 日厚生労働省医政局長通知）も参照。
- <sup>30</sup> 優生手術に対する謝罪を求める会 2003、山本勝美 2017。
- <sup>31</sup> 棟居 2018、石崎 2007。
- <sup>32</sup> 内田 2017、134 頁。
- <sup>33</sup> 棟居 2018、小沼 2018 も参照。
- <sup>34</sup> 石崎 2007 はその作業の一端である。
- <sup>35</sup> カール＝ビンディング／アルフレート＝ホッヘ 2001。
- <sup>36</sup> 前掲書 36 頁。

<sup>27</sup> 前掲書 44-45 頁。

<sup>38</sup> 前掲書 79 頁。

<sup>39</sup> ポイカート 1993、112 - 116 頁。

<sup>40</sup> 高田・初宿 2016、138 頁。

## 文献

池原毅和『精神障害法』三省堂、2011年(池原 2011)。

石川信義『心病める人たち一開かれた精神医療へ一』岩波新書、1990年(石川 1990)。

石崎学「精神科閉鎖病棟の憲法学」亜細亜法学 39 巻 1 号、2008 年(石崎 2008)。

石崎学『人権の変遷』日本評論社、2007 年(石崎 2007)。

石崎学「社会の中で平穏に生活する権利一ハンセン病問題基本法」法セミ 652 号、2009 年(石崎 2009)。

石崎学「スティグマと人権一精神保健福祉法批判」石崎・遠藤比呂道編『沈黙する人権』法律文化社、2012 年(石崎 2012)。

植木淳『障害のある人の権利と法』日本評論社、2011 年(植木 2011)。

内田博文「精神保健福祉法の一部改正について」季刊 福祉労働 155 号、2017 年、133 頁以下(内田 2017)。

大谷實『新版 精神保健福祉法講義[第3版]』成文堂、2017 年(大谷 2017)。

笠原嘉『精神病』岩波新書、1998 年(笠原 1998)。

カール=ビンディング/アルフレート=ホッヘ著、森下直貴/佐野誠訳『生きるに値しない命』とは誰のことか一ナチス安楽死計画思想の原典を読む』窓社、2001 年(カール=ビンディング/アルフレート=ホッヘ 2001)。

菊池馨実・中川純・川島聡編『障害法』成文堂、2015 年(菊池・中川・川島 2015)。

計見一雄『インスティテューショナルリズムを超えて』星和書店、1979 年(計見 1979)『精神保健福祉白書 2017』中央法規、2016 年。

小沼イザベル「優生思想と人権一優生保護法の経済条項に関する一考察」お茶の水女子大学グローバルリーダーシップ研究所比較日本学教育研究部門研究年報 14 号、2018 年(小沼 2018)。

塩満卓「家族等の同意に基づく医療保護入院に関する批判的検討一政策形成過程と国際比較の観点から一」佛教大学「社会福祉学部論集」第 14 号、2018 年(塩満 2018)。

塩満卓・石崎学「自分を大切にすること一精神保健福祉と憲法」小林武・石崎学編『いま 日本国憲法は(第6版)』法律文化社、2018 年(塩満・石崎 2018)。

杉山有沙『障害者差別禁止の法理』成文堂、2016 年(杉山 2016)。

杉山有沙「生存権対象者と無力化された『強い個人』一障害者差別禁止法理から見た憲法上の合理的配慮の可能性」帝京法学第 31 巻 1・2 合併号、2018 年(杉山 2018)。

高田敏・初宿正典編『ドイツ憲法集(第7版)』2016 年(高田・初宿 2016)。

竹中勲『憲法上の自己決定権』成文堂、2010 年(竹中 2010)。

ディートレフ・ポイカート、小野清美・田村栄子・原田一美訳『ワイマル共和国』名古屋大学

- 出版会、1993年（ポイカート1993）。
- 野中猛『心の病 回復への道』岩波新書、2012年（野中2012）。
- 野中猛『【図説】精神障害リハビリテーション』中央法規、2003年。
- 広田伊蘇夫『立法百年史—精神保健・医療・福祉関連法規の立法史（増補版）』批評社、2007年（広田2007）。
- 南山浩二『精神障害者一家族の相互関係とストレス』ミネルヴァ書房、2006年（南山2006）。
- 美濃部達吉・宮沢俊義補訂『日本国憲法原論』（補訂版）有斐閣・1955年（美濃部1955）。
- 宮沢俊義・芦部信喜補訂『全訂 日本国憲法』日本評論社、1978年（宮沢1978）。
- 棟居快行「優生保護法と憲法学者の自問」法律時報90巻9号、2018年（棟居2018）。
- 八尋光秀&精神科ユーザーたち『障害は心にはないよ 社会にあるんだ—精神科ユーザーの未来をひらこう』解放出版社、2007年（八尋2007）。
- 山本勝美「優生手術からの人権回復をめざして—日弁連意見書を機に法的救済を—」季刊 福祉労働 155号、2017年、139頁以下（山本勝美2017）。
- 山本深雪「精神保健福祉法の見直しについて」太田順一郎・岡崎伸郎編『精神保健福祉法改正』批評社、2014年（山本深雪2014）。
- 優生手術に対する謝罪を求める会『優生保護法が犯した罪—子どもをもつことを奪われた人々の証言』現代書館、2003年（優生手術に対する謝罪を求める会2003）。
- J.K. ウィング／B. モリス編、高木隆郎監訳『精神科リハビリテーション—イギリスの経験』岩崎学術出版社、1989年（J.K. ウィング／B. モリス編1989）。
- グラハム・ソーニクロフト、青木省三・諏訪浩監訳『精神障害者差別とは何か』日本評論社、2012年（ソーニクロフト2012）。





## シンポジウム要録

### 相模原障害者殺傷事件と障害法の課題（文責・棟居 快行）

1.（座長棟居発言）閉じた空間における人権擁護のあり方が、従来は憲法学の視野にさえ十分には入ってこなかった（ハンセン事件と同様の問題）。関連諸分野の知見を動員しての多角的な分析を通じて、障害法の課題として何事かを引き出すことが本企画の趣旨である。

2.（保条報告について）関係性概念によれば、利益の衝突はどのような原理ないし規範により解決されることになるのか、との質問に対して、欠陥のある人間が対立しながら共存している人間社会の実像に即して、個人の自己決定・自己責任型の規範ではなく関係を調整する予防法学的な枠組みが必要であり、相模原事件の被害者のような重度身障者も関係性のなかで自己実現しうるような社会関係のネットワークづくりが必要であるとの回答がなされた。また、「社会モデル」や「合理的配慮」の位置づけについては、障害者個人のエンパワメントや請求権的権利としてでなく、関係性という障害法学に限定されない大きな枠組みのなかで再構成する必要があるとされた。

3.（内田報告について）責任能力概念の再構築の意義についての質問に対して、国連からも批判のある刑法 39 条につき差別を助長しているのではないかとの観点から学際的な検討が必要であると問題提起をした、と回答された。また、内田説だと責任能力が認められる場面がほぼなくなるのか、という質問に対して、現状では人格障害は刑を加重するような判決が下されており、障害者本人や家族が置かれた閉ざされた状況における合理的配慮の観点から責任能力を再構築する必要を説いていると回答された。相模原事件の（事実関係の詳細は不明だが）動機形成についての質問に対して、長期収容施設の現状が影響を与えた可能性を認めつつ、訴訟遂行能力のない被告人である場合には専門家が弁護士とチームを組む必要があると回答された。

4.（石埼報告について）憲法学の基本概念をどう再構築するのかとの質問に対して、理性的判断能力が自然法の主体にとっても前提と理解する通説を批判する必要がある、報告者はすでにそうした主張を重ねてきたと回答された。

5.（大曾根報告について）職員の意識改革はどうすれば可能かとの質問に対して、労働力確保が困難で今回の被告人なども就労しえていた現状を改革するのは困難だが、事例研修などを積み上げるしかないと回答された。



判例研究①

鈴木訴訟・石田訴訟



# 【判例報告】鈴木訴訟

藤岡 毅（弁護士）

- I 移動支援費鈴木訴訟とは
- II 時系列
- III 判決の概要
- IV 判決の意義（評価できる点）
- V 判決の課題・問題点
- VI 今後の課題

## I 移動支援費鈴木訴訟とは

### 1 支援費時代と障害者自立支援法時代の二つの一連の訴訟

いわゆる「移動支援費鈴木訴訟」（以下「鈴木訴訟」という）とは、支援費制度導入後2年目の2004年4月に起きた移動支援費加算を巡る、支援費制度時代の第一次訴訟（東京地裁2006年11月29日判決）と障害者自立支援法時代の第二次訴訟（東京地裁2010年7月28日判決）の一連の訴訟を言う。

報告者は両訴訟の原告代理人を務めた。

### 2 判決文と判例評釈等

鈴木訴訟の判決と主な判例評釈等は次のとおりである。

#### (1) 【第一次鈴木訴訟 東京地裁2006年11月29日判決】

a 判決文：賃金と社会保障1439号55頁以下

b 判例評釈：原田啓一郎「移動介護料の一律上限を定めた要綱に基づく障害者支援費の支給決定の違法性」賃金と社会保障1439号14頁

c 判例解説：藤岡毅「障害者の介護保障請求権をめぐる画期的判決」賃金と社会保障1439号4頁

#### (2) 【第二次鈴木訴訟 東京地裁2010年7月28日判決】

a 判決文：判例タイムズ<sup>®</sup>1356号98頁・賃金と社会保障1527号23頁

b 判例評釈：豊島明子「障害者の外出・移動介護に関する行政裁量の統制—「第二次鈴木訴訟」判決の検討」賃金と社会保障1527号4頁

## II 時系列

鈴木訴訟の時系列の概要は次のとおりである。

### I 裁判前の制度の一般的経過

1949年(昭和24年) 身体障害者福祉法 制定 障害福祉の措置時代 53年間  
2000年(平成12年)4月～ 介護保険法 施行(高齢者福祉分野)  
2003年(平成15年)4月～ 身体障害者福祉法等の支援費制度施行

## 2 裁判前の本件経過

### (1) 1日4時間相当、月124時間の移動支援費決定

2003年(平成15年)4月 大田区は鈴木敬治さん(1級の身体障害者1952年2月生)に月124時間の移動支援費支給決定。

これは、2003年4月1日に施行された当時の身体障害者福祉法第17条の4以下の「支援費制度」に基づき、「居宅生活支援費」として支給決定されたうち、平成15年2月21日付け厚生労働大臣告示により、「屋外での移動に著しい制限のある視覚障害者または全身性障害者等に対して、移動介護が中心である介護等を行った場合に加算が認められる1か月あたりの時間数」の問題であった。

鈴木さんの居住する大田区は、当時の身体障害者福祉法第17条の5第2項及び同法施行規則第9条の3の定める、勘案調査を詳しく実施して、鈴木さんの生活のためには、移動支援費加算が月124時間は最低でも必要である旨判断・決定していたものである。

### (2) 大田区が移動支援費月32時間を上限と定める要綱(助役決定)を策定

大田区は移動支援費月32時間を上限と定める要綱(助役決定)を策定した。

「大田区居宅介護支援費(移動介護)の支給決定に関する要綱」と題する平成15年7月1日付大田区保福障発第533号助役決定との公文書である。

日付は2003年(平成15年)であるものの、行政内部文書に過ぎず、一般にその存在は暫く知られていなかった。

2004年(平成16年)3月12日の大田区議会予算特別委員会において、移動介護32時間の根拠を議員から問われた大田区保健福祉部障害福祉課長から、「大田区の視覚障害者のガイドヘルパーの派遣要請時間は、7割近くの人が30時間以下であるため」と答弁されたことにより、この要綱の存在が公になった。但し、支援費利用者に対する要綱に関する説明はこの時点ではまだなく、ほとんどの区民、支援費利用障害者はこの要綱の存在を知らされていなかった。

### (3) 大田区が一部障害者に要綱を説明

2004年(平成16年)3月23日、大田区区民センターにおいて、大田区保健福祉部主催の支援費に関する説明会が区内の一部の障害者団体等に呼びかけられた実施された。

その席で大田区は、「一般区民が土曜日と日曜日に4時間ずつ週8時間の余暇活

動を4回行うことを想定し、 $4 \times 8$ として、月32時間の移動介護上限の要綱を策定した」旨一方的に参加区民に通告した。

(4) 大田区が鈴木さんに対して移動支援費削減に同意するよう要求

2004年3月29日 大田区職員が鈴木さん宅を訪問。

大田区では移動支援費は月32時間（1日1時間）を上限と要綱で定めたので、4月1日から月124時間→32時間に削減するので了解するように執拗に迫る。

鈴木さんは納得出来ないとして強く拒否。

(5) 大田区、月32時間への削減決定

4月1日 大田区 月32時間への削減支給決定

4月18日 藤岡受任

4月23日 行政交渉 以後、5月～7月 計4回の交渉あるが伸展無し

5月31日 行政不服審査申立 合計4回の不服審査に対して大田区は完全無応答

### 3 第一次訴訟提起後の経過

(1) 2005年8月30日 行政訴訟&国賠 東京地方裁判所に提訴

(2) 求めた請求の趣旨

a 削減処分の取り消し。

b 24時間への復活処分義務付け。

c 損害賠償

### 4 第一次訴訟判決

(1) 2006年 11月29日 判決

(2) 結論は請求却下の原告敗訴判決。

(3) しかし、本件処分はいずれも「違法」と裁判所が厳しく非難する原告実質勝訴判決。

### 5 第一次訴訟判決後の経過

第一次鈴木訴訟判決以降の処分庁の対応

(1) 判決確定通知書

2006年12月21日、原告代理人は大田区長に対して、「判決確定通知書」と題する内容証明郵便を発送し、鈴木さんの支給量を月124時間に復活するよう求めた。

(2) 大田区の小手先の対応

判決を受けて大田区がどう対応するか注目されるなか、大田区は、「2007年1月1日から上限規定を廃止する」旨同年12月27日マスコミに発表し、一部マス

コミに報道された。

ところが、これは重度訪問介護要綱にある「月32時間以内とする」を「標準として月32時間とする。」と変えただけというものだった。

もともと視覚障害者等への移動介護に関する規制は、「標準」との文言により32時間規制が行われていたので、重度訪問介護の要綱で「以内」が「標準」とされたところで削減された移動介護支給量が原状回復されるはずもなく、大田区のパフォーマンスというべきものであった。

### (3) 移動介護支給量の変更

とはいえ、鈴木さんの支給量を42時間程度のままにしておくことはいくらなんでもまずいと感じたのか、大田区は、2007年1月中旬、鈴木さんの移動介護支給量を月90時間まで認める決定をした。

しかし判決で「月124時間必要である」旨認定されている以上、90時間とする根拠など無い。

そのため、鈴木さんは2007年1月、大田区長宛てに全国130余りの障害者団体と多数の市民の連名で、月124時間決定に戻すよう申し入れをなし、東京都に対して行政不服審査を申立てた。

### (4) 東京都の棄却裁決

2008年4月22日、行政不服審査の審査庁である東京都は大田区の「標準」との表記に変えるなどの欺瞞的対応に引きずられ、鈴木さんの不服申立に対して棄却(却下を含む)裁決を下した。

## 6 第二次訴訟の提起

### (1) 第二次 鈴木訴訟

今度は障害者自立支援法下

2008年10月22日 行政訴訟&国賠 東京地方裁判所に提訴

### (2) 求めた請求の趣旨

a 90時間決定(厳密には112時間)の取り消し(今度は義務付けは不要と判断)

b 東京都の裁決手続きの違法を理由とした裁決取消訴訟

理由：都は審査請求人に秘密裡に処分庁に対する調査を行い、事実誤認に基づき裁決した。

C 損害賠償

## 7 第二次訴訟判決

2010年7月28日 判決

原告からみて、大田区に対する行政訴訟は勝訴、国賠は敗訴、都に対する裁決



取消訴訟は敗訴。

双方控訴なく、判決確定。

## 移動介護の削減は「違法」



### 障害者が勝訴

全身性障害のある鈴木敬治さん（58）が、支援費制度の時に利用していた月124時間の移動介護が大幅に削減され、いまだ月90時間しか支給されないのは違法だと東京都大田区を訴えていた訴訟の判決で、東京地裁は7月28日、「区の判断は裁量権の範囲を超え、違法」だとして区の処分を取り消した。

### 東京地裁

岩井伸晃・裁判長（川神裕・裁判長代読）は、鈴木さんの外出の実態を調査した上で、「区が月90時間しか支給しなかったのは考慮すべき事項を考慮しなかったもので社会通念に照らし妥当性を欠く」と指摘。

「障害者の外出時間は各人により千差万別で、一概に定められるものでない。障害者自立支援法は、個別に勘案することを前提に市町村が合理的裁量の範囲内で個別具体的な判断をすることが予定している」と解するのが相当。区の判断は市町村に与えられた裁量権の範囲を超える」とした。

鈴木さんは2003年当時、月124時間の移動介護を利用していたが、04年、区が一律月90時間を上限にすることを決定。鈴木さんへの支給量も90時間に削減した。支給量を戻すよう鈴木さんは06年に提訴したが、審理の途中で支援費

判決を受け、笑顔で東京地裁から出てきた鈴木さん（中央）

福祉新聞 2010年8月2日号掲載（\*学会誌への掲載許可済）

## 8 第二次訴訟判決後の経過

### 【支給決定の遡及的復活】

判決確定を受けて、大田区は、2010年8月12日付けの決定を8月下旬に鈴木さんの自宅に郵送してきた。

6年半前に移動介護制限を強行した旧障害福祉課長名義で送付されてきた。

大田区は、鈴木敬治さんの支給決定について、その時点の支給決定はもちろん、過去に関しても、2006年9月に遡って、148時間の移動介護加算の行政処分を下し、2006年4月1日に削減された移動介護は全時間数完全復活された。

## III 判決の概要

### 1 【第一次鈴木訴訟 東京地裁 2006年11月29日判決】

(1) 行政訴訟の結論：不適法却下

理由：2006年4月に支援費制度が消滅して障害者自立支援法になったから、訴えの利益がない。

今でも報告者はこの法解釈は誤りと思っている。理屈付けは様々だが、訴えの利益を認めるべきとする学説はいくつかある。詳しくは賃金と社会保障1439号4頁。

(2) 但し、傍論として、本件行政処分はいずれも違法と認定した。

(3) 国賠の結論：棄却

理由：「職務上尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と誤認したと認め得るような事情があったとまでいうことはできない。」報告者は今でも誤りと思っている。詳しくは賃金と社会保障1439号4頁以下参照。

## 2 【第二次鈴木訴訟 東京地裁2010年7月28日判決】

2010年7月28日判決

(1) 処分取消訴訟の結論：原告勝訴 理由：後述

(2) 裁決取消訴訟の結論：棄却

(3) 国賠訴訟の結論：棄却

## IV 判決の意義（評価できる点）

### 1 【第一次鈴木訴訟 東京地裁2006年11月29日判決】の意義

(1) 行政処分の違法判断

大田区が要綱により移動支援費を削減した処分を「裁量権逸脱」として違法判断。「今後は適切な対応をしてほしい」と区に求めた。

(2) 上限を定めた支給決定基準の合理性を否定

判決は「社会参加に必要な外出時間は、障害者ごとに異なる。支給量の上限を一日約一時間と定めた区の要綱に合理性はない」

「要綱で上限を定めた結果、それまで必要と認めていた支給量を激減させたのは身体障害者福祉法などの趣旨に反し、社会通念上も妥当性を欠く」とした。

行政庁は外出時の介護サービスを、役所や銀行の手続きなど「社会生活上必要な外出」、余暇活動など「社会参加のための外出」に分類した。

後者について一日約一時間、月に計三十二時間という上限を設けた。

区は根拠として「一般区民の余暇活動のための外出を週八時間と想定した」とした。

この点判決は「健常者の基準をそのまま障害者にあてはめるのは不合理」と批判した。

(3) 介護支給決定の解釈基準（個別即応の原則）の定立

障害者介護支給決定のあり方に関する規範を定立した。

「法は、障害者の個別勘案事項調査を基にいかなる支給量を定めるかにつき、各障害者ごとに個別に判断することを求めているものと解するのが相当である。」が基本判示部分。

介護支給決定は個々の障害者の個別ニーズに合わせて決められるべきという「介護支給決定における必要即応の原則」が司法解釈により確認された。

障害者の事情は千差万別であり、介護保障は定型的・抽象的な枠で決めてはならず、個別事情、個別ニーズに即した必要な支給量が保障されなければならないという法規範が示された。

(4) 障害福祉に関して法的闘いが成立するという確信が得られた！

鈴木訴訟以前の状況は以下のように障害福祉の公的権利に関する裁判により障害者が勝訴する例はほとんどなかったが、本判決によりこの分野での法的闘いが成立するという確信が得られた。

a 大阪市ホームヘルプ訴訟

2001年6月21日大阪高裁判決

1996年4月4日 提訴

週3回・1回2時間の介護派遣を原告は違法と主張し、週7回、1回3時間を求めたが、原告敗訴。

大阪高裁（判例地方自治228号72頁）は1998年9月29日大阪地裁判決（判例タイムズ1021号150頁）を維持。

大阪地裁は「老人福祉法は市町村に対し、措置の実施に努めるべきと定めているが、個々人が申請権を有することを認めていない。」として、介護保障に関する市民の権利を完全否定。

b 大田区ホームヘルプ派遣訴訟平成7年7月31日東京地裁判決（判例時報1593号41頁）でホームヘルプ派遣不承認処分が平等原則違反として、請求のうちごくごく一部の違法を認めた国家賠償請求訴訟での例はあったが、本件のように原告障害者の基本的な主張を認めた判例は無かった。

c また、宝塚市ホームヘルプ訴訟事件の大阪高裁平成19年9月13日判決は原告が勝訴しているが（賃金と社会保障1479号63頁）「介護保険と支援費制度の住み分け」を論点としたもの。

## 2 【第二次鈴木訴訟 東京地裁2010年7月28日判決】の意義

### (1) 支給決定基準の意義

第二次鈴木訴訟判決（「判例タイムズ」1356号98頁）の示した自治体の定める「基準」の意味

基準時間は、「用途を特に確認することなく算定」（判決107頁4行目15行目）、それを超えるものは「個別の事情の確認・勘案により、各障害者の個別の事情に応じて必要な時間の加算を認めるもの」（107頁下から7行目）で、「特段の事情」は不要である（108頁11行目）、

つまり障害者への個別の必要性に応じた算定、加算、支給決定を特段の事情がなく認める運用を必ず行なうことを行政庁に義務付けている。

支給決定基準は「支給制限」のために運用してはならず、基準時間は、市民から申請のある限り用途を問わず最低保障として制限なく保障しなければならない。

基準時間を超える場合は、個別の事情を勘案して必要性に応じた支給をしっかりと行い、支給を制限しない運用をしないことを前提にして基準は存在を法的に許される旨判示した。

### (2) 最高裁判例の示してきた裁量基準の意義

なお、最高裁は、行政の裁量基準について重要な判例をいくつか出している。

- a 古くは個人タクシー免許事件における最判昭和46年10月28日（民集25巻7号1037頁）が、抽象的だった当時の運転免許基準を内部的にせよ趣旨をより具体化し、公正かつ合理的に適用すべきとした。
- b 他方、マクリーン事件での最判昭和53年10月4日（民集32巻7号1223頁）は、裁量基準違反は原則として不当の問題を生じるにとどまり、当然に違法となるものではないとする。
- c 平成に入ってから重要な判例として、伊方原発訴訟における最判平成4年10月29日（民集46巻7号1174頁）が、高度な専門技術的判断が必要な分野における裁判所の審査方法として、審査会の審議過程に看過しがたい過誤があるか等を審理する旨判示した（平成23年3月11日発生の東日本大震災と福島原発事故を経て、この最判基準をそのまま維持してよいかは議論がありうる）。
- d その後平成5年に成立した行政手続法は行政庁に対して原則として審査基準を公表するよう義務付けている（同法5条）。
- e そして、風俗営業許可事件の訴えの利益の論点に関してではあるが、最判平成27年3月3日（民集69巻2号143頁・判例百選II [第7版]175番）は、

「行政庁が同項（行政手続法 12 条 1 項）の規定により定めて公にしている処分基準において、先行の処分を受けたことを理由として後行の処分に係る量定を加重する旨の不利益な取扱いの定めがある場合に、当該行政庁が後行の処分につき当該処分基準の定めと異なる取扱いをするならば、裁量権の行使における公正かつ平等な取扱いの要請や基準の内容に係る相手方の信頼の保護等の観点から、当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がない限り、そのような取扱いは裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たることとなるものと解され、この意味において、当該行政庁の後行の処分における裁量権は当該処分基準に従って行使されるべきことが羈束されており」とする。

すなわち、一旦行政庁が公表した審査基準に基づき行動した市民を守るという観点からは、行政庁は自身の策定・公表した審査基準に自己拘束されるという、いわば、審査基準が法的効力に近い意味を有することを最高裁は認めているようにも読める。

このように、最高裁判例の流れは、行政手続法の制定を受けて、行政庁の定める審査基準の意味を従来の「法的効力はない」という公式から、「審査基準を信頼した市民の保護」という文脈では、一定の「外部的法的意味」を認めるに至っている。

- f このような、審査基準の法的効果が徐々に認められる流れに対し、100 件を超える障害者支援事件を見聞してきた報告者の感覚としては、若干の危惧を覚える。

個人の尊厳と人権を尊重し、障害者権利条約・障害者基本法の趣旨に即した審査基準であればいいが、そのような内容を担保する制度上の保障がない。

出来るだけ社会保障給付を抑えられるようにという観点から、一部の行政職員の手により、国の提示する基準案や他の自治体の基準案の（障害ある市民からすると）「悪いとこ取り」をつなぎ合わせたような基準がいつのまにか出来ているのが実態だからである。

そこには民主的な統制がどこにも働かない。

そのような審査基準が、法的効力をもって障害ある市民の社会保障給付の権利のあり方を規定していくことはとんでもないというのが率直なところである。

鈴木訴訟もそのことを社会に明らかにした事件である。

障害者の外出支援は 1 日 1 時間で十分という基準を行政処分にそのまま当

てはめることの不合理性を認めて、この事件で原告の個別の司法救済は確かになされた。

しかし、障害者の基本的人権の価値が正しく基準に反映されていれば、「特段の事情」の立証を個別になし得たものだけが救済されるという仕組み自体が、憲法・障害者権利条約・障害者基本法をはじめとする法令に違背し、審査基準自体を民主的あるいは司法統制できる仕組みにならないと問題の抜本解決にならないようにも思える。

## V 判決の課題・問題点

### 1 【第一次鈴木訴訟 東京地裁 2006年11月29日判決】

(1) 本件で法の改廃を理由として訴えの利益を否定して、不適法却下としたこと。

a 身体障害者福祉法の支援費制度の根拠条文は障害者自立支援法に移行したものの（応益負担問題等課題は多かったものの）、現実の障害者に対する介護給付等の実態に大きな変化があったわけではない。

b この点、交告尚史教授は次のように説く（賃金と社会保障 2010年12月上旬号 13頁以下「障害者介護給付支給決定取消等請求事件についての意見書」）。

「取消判決により原処分が取り消されれば、処分庁は改めて申請時点に身を置いて、その時点の法状況と事実状況に基づいて再度の処分を行うことになる。

過去の正しい処分を申請時点の法状況を前提に処分の違法性判断をすればいいのであって、端的に申請時の法状況を前提に処分が可能である以上、訴えの利益は肯定される。」

実にシンプルで市民感覚に合致した立論である。

c 法律上も、障害者自立支援法附則5条1項の「見做し規定」により、2006年4月の支援費制度消滅以降も、個別の支援費支給決定は2006年4月1日に新法に基づく支給決定があったものとみなされて、2006年9月末日まで、すなわち第一次鈴木訴訟の口頭弁論終結日である2006年9月8日時点で存続したのである。

d このような見做し規定の存在も一つの論拠として第一次鈴木訴訟での訴えの利益を肯定すべきとの学説もある（原田啓一郎教授「移動介護量の一律上限を定めた要綱に基づく障害者支援費の支給決定の違法性」賃金と社会保障 1439号 17頁）。

### 2 【第二次鈴木訴訟 東京地裁 2010年7月28日判決】

裁決取消訴訟の結論：棄却

a 理由：「原告は、後記イ（イ）のとおり、経過報告・事後報告も調査結果の告知もされずに不当、不公平な調査が行われ、それに対する反証の機会が与えられなかったことが適正手続違反である旨主張するが、行政救済手続である不服審査手続は、簡易迅速な手続により国民の救済を図ることを目的とする（行政不服審査法1条）から、司法手続のような厳格な手続が採られているわけではなく」

b 今でもとんでもない間違いと思っている。

というのは、この審査請求において、審査庁である東京都は、審査請求人（原告）、代理人弁護士に、一切秘匿して、処分庁大田区に対して、「本件要綱に基づいて支給量を32時間に制限した事例はあるか」の調査を実施し、処分庁から「そのような事例はない」との回答を受け、審査庁の東京都は2008年4月22日付裁決書に、それをそのまま事実だと認定し、それを理由に、本件要綱は32時間を上限として機能していないから問題ないと認定しているのである。

しかし、実際には、処分庁の要綱によって32時間に支給量が規制されている事案は存在していたものであり、審査請求人はそのことを具体的な事実を基に知っていた。

実際、32時間規制により支給量を減額された被害者の支給決定や被害を受けた視覚障害者の動画DVD等を東京地裁に証拠提出し、同人は第二次鈴木訴訟の2010年2月2日第7回口頭弁論期日法廷において証人として証言してくれている。

つまり、仮に上記のような調査をしているならば、審査請求人に知らせてくれているならば、必要な事実関係に関する証拠を審査手続において提出することは出来たはずであり、そうすれば裁決で事実誤認の認定をすることもなかったはずである。

それが「審査請求手続は、審査庁による職権探知を認める」ということで肯定されることは理解不能である。

審査庁の職権探知を認めること自体も学説上は異論があるが、仮にこれを認めたとしても、「調査をしていること自体」も、「調査結果」も、全く、審査請求人に秘匿したまま裁決を下せるというのは、あまりにも適正手続・法の公正に反する。

c はたして、審査請求手続において、審査請求人と審査庁が独自の調査を実施し、調査の事実も調査結果も処分庁側に秘匿したまま、審査請求人の回答（処分庁の処分が違法であることを基礎づける回答）をそのまま事実であると認定する

裁決書が下されたとして、処分庁側は納得するのであろうか。

- d 2014年に不服審査法は改正されたものの、この点は法文上、十分に改善されたように思われない。少なくとも同じような過ちが起きないように、審査庁や裁判所は、この第二次鈴木訴訟判決の裁決取消訴訟の判示部分に関わらず、適切な法適用、法運用をして頂きたい。
- e 国賠訴訟の結論：棄却

理由：職務上尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と誤認したと認め得るような事情があったとまでいうことはできない。

同じ事件で同じ行政庁が同じ過ちを繰り返しても合法とされるのは理解不可能。司法審査義務の放棄！行政庁のやる過ちを擁護し過ぎる。

## VI 今後の課題

- 1 2004年4月に受任した当時、介護保障に関する法規の解説本・コンメンタールは無かった。しいて言えば河野正輝会長が執筆された新現代社会保障法入門（法律文化社・佐藤進、河野正輝編・2005年3月第3版刊）の第2編各論中の第6章「社会福祉」のうち288頁「支援費方式の権利構造」だけだった。  
とはいえ、実務家の疑問に答えるような文献は当時皆無だった。
- 2 研究者には、人権保障の意義から解き明かす、実務に役立つ法理論を提示して、法解説本・コンメンタールを作ってもらいたい。
- 3 長岡健太郎弁護士と藤岡の共著「障害者の介護保障訴訟とは何か」（現代書館）及び「介護保障を考える弁護士と障害者の会全国ネット」編「支援を得てわたしらしく生きる！ 支援を得てわたしらしく生きる！—24時間ヘルパー介護を実現させる障害者・難病者・弁護士たち」（山吹書店）の2冊が、現時点でこの分野での報告者の関わる活動の成果の一部である。
- 4 障害者権利条約の時代にふさわしい、障害者が地域でごく当たり前と共に生きるための権利保障の理論構築と実践が更に求められていると考える。
- 5 実務家と研究者が協力して取り組むことが可能な日本障害法学会の果たす役割に期待したい。

以上



# 【判例報告】 和歌山石田訴訟・和歌山 ALS 訴訟

長岡 健太郎（弁護士）

- I 和歌山石田訴訟
- II 和歌山 ALS 訴訟
- III 両判決を踏まえての検討と今後の課題、展望

## I 和歌山石田訴訟

### I 和歌山石田訴訟とは

- (1) のどが渴いた時にお茶を飲み、おむつでなくトイレで、好きな時に排泄したい、そういう「当たり前」生活を求めた訴訟が、和歌山石田訴訟である。

原告の石田雅俊さんは生まれつきの脳性麻痺で、首から下の自由が利かない。移動には全てヘルパーの介護が必要で、目の前にコップが置かれていても、自分で手にとってお茶を飲むことはできない。車いすの上で体が傾いてしまっても、自力で元に戻すことはできない。「ヘルパーがいないと、障害のない人がロープでぐるぐる巻きにされて部屋にほったらかしにされているのと同じ」だと、石田さんは言う。

石田さんは、高校までは施設で暮らし、高校卒業後も、親元や施設を点々としていた。しかしある日、テレビで自分より障害の重い人が一人暮らしをし、自由に外出している姿を見て衝撃を受け、「自分も一人暮らしをしたい！」と一念発起し、先輩の障害当事者の話を聞くなど準備を進め、平成 16 年 4 月から和歌山市で一人暮らしを始めた。

- (2) 一人暮らしの当初は、石田さんは、一部事業所のボランティアを含め、1 日 24 時間の介護を受け、一人暮らしを満喫していた。ところが、平成 18 年 4 月に障害者自立支援法（平成 25 年 4 月以降は障害者総合支援法）が施行されると、和歌山市は「制度が変わり、市の基準も変わった」として、平成 19 年 10 月、石田さんの支給量をそれまでの重度訪問介護<sup>1</sup> 月 478 時間から月 377 時間へと、101 時間も削減した。

石田さんは、自身で和歌山県知事宛に審査請求をしたが、棄却され、提訴を決意した。提訴は平成 20 年 5 月 30 日であった。

### 2 一審判決～和歌山地裁

- (1) 和歌山地裁は平成 22 年 12 月 17 日、和歌山市に月 500.5 時間以上月 744 時

間以下とする支給決定を義務付ける、石田さんの一部勝訴判決を言い渡した<sup>2</sup>。

- (2) 500.5時間という数字は、減らされる前の数字プラスアルファというところで、一審判決は、平たく言うと「平成19年10月に減らした分は最低限元に戻さない」という判決と評価できる。市町村に支給量を義務付ける判決はこれが全国初で、その点では画期的と言えるものであった。
- (3) しかし、「(24時間介護を認めなければ) 生命身体に重大な侵害が生じるおそれがあるとまではいえない」として、原告が求めた24時間介護の義務付けは否定された。

また一審判決は、夜間を巡回による介護で対応すること自体は著しく妥当性を欠くものではないと判断したが、この点も納得できないものであった。石田さんは自分で寝返りを打てないので、毎晩夜中に3～4回は目を覚まし、その都度ヘルパーが体の位置を調整したり、トイレ介護をしたりしている。もし夜間、巡回で対応することになると、石田さんが気持ちよく眠っていてもヘルパーが巡回に来た時に起こされてしまうことになる。逆に石田さんが、身体が痛くなって目覚めた時にヘルパーがいなければ、巡回のヘルパーが来るまでずっとそのまま待たなければならない。そうすると結局石田さんは十分眠れず、翌日の活動にも支障が出る。結局、石田さんには夜間も継続した介護が必要なのである。

### 3 二審判決～大阪高裁

- (1) 一審判決に対し、石田さん、和歌山市の双方が控訴したところ、大阪高裁は平成23年12月14日、一審判決を更に進め、和歌山市に月578時間（1日当たり約18.6時間）を下回らない支給決定を義務付ける判決を言い渡した。<sup>3</sup>

大阪高裁は、「24時間介護ができれば、望ましいことはいうまでもない」と、24時間介護の必要性に一定の理解を示したが、一審と同様、24時間介護の義務付けまでは認めなかった。

24時間介護の義務付けが認められなかったのは不当であるが、高裁は石田さんの個別事情を踏まえて、ゼロから支給量を積み上げる形で578時間という支給量を導き出し、これを下回らない支給決定を命じた。

このような支給決定の枠組みを示したことは重要であり、今に至るまで介護保障に関する事件ではこの大阪高裁判決がリーディングケースとなっている。

以下、大阪高裁判決の注目すべき点を取り上げる。

- (2) 二審判決の内容

a 支給量は個別に定めるべき

「障害者には多様なものが含まれ、その障害の種類、内容、程度はそれぞれ

異なるから、障害者等一人一人の個別具体的な障害の種類、内容、程度を考慮しなければ、障害者等が…自立した日常生活又は社会生活を営むことができるよう必要な障害福祉サービスに係る給付その他の支援を行うことは困難である」と判示した。

その上で、支給決定の手續に係る自立支援法の規定ぶりや自立支援法の趣旨目的、障害福祉サービスの性質を踏まえ、支給決定が違法となるかどうかは「当該決定に至る判断の過程において、勘案事項を適切に調査せず、又はこれを適切に考慮しないことにより、上記の各決定内容が、当該申請に係る障害者等の個別具体的な障害の種類、内容、程度その他の具体的な事情に照らして、社会通念上当該障害者等において自立した日常生活又は社会生活を営むことを困難とするものであって、自立支援法の趣旨目的（自立支援法1条）に反しないかどうかという観点から検討すべきである」とした。

一口に障害者といっても、一人ひとり事情は異なるから、例えば市町村が作った支給決定基準を機械的に当てはめて支給量を決めるのではなく、一人ひとりの事情に応じて、個別に支給量を積算して定める必要があるという、いわば「支給量の個別即応の原則」を高らかに宣言したものである。また個別に支給量を積算する際に、「自立した日常生活又は社会生活」という法律の趣旨、目的を考慮すべきという観点を示したことは重要である。

平成25年4月に自立支援法が総合支援法へと改正され、1条の目的規定の上記文言は「基本的人権を享有する個人としての尊厳にふさわしい日常生活又は社会生活」と改正され、1条の2には「全ての障害者及び障害児が可能な限りその身近な場所において必要な日常生活又は社会生活を営むための支援を受けられることにより社会参加の機会が確保されること及び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、地域社会において他の人々と共生することを妨げられないこと」といった基本理念が定められた。大阪高裁判決の考え方を踏まえれば、現在では、これら総合支援法の目的や基本理念を踏まえて、個々の障害者に対する支給量が積算されなければならないこととなる。

#### b 夜間の泊まり介護の必要性を認めたこと

一審判決は「生命身体に重大な侵害を生じるおそれ」を重視していたが、大阪高裁は「生命身体の危険」に留まらず、「健康の維持等」に支障が生じるか否かを検討し、「就寝時間にあたる夜間を通して見守り介護を認めなければ、1審原告は睡眠時間を確保し体調を維持することは困難と考えられる」と判断し、一審では認められなかった夜間継続での介助の必要性を認めた。

夜間通しの介護の必要性については、全国多くの市町村で問題となっているポイントであり、意義の大きい判断であった。

c 「財政事情論」の否定

多くの市町村が、財政事情を理由に、十分な支給量を認めないことを正当化しようとする。しかし大阪高裁は、「証拠上、具体的にいかなる支障が生じるか明らかではない」とし、和歌山市の財政事情に関する主張を退けた。

このような判断を前提とすると、市町村は、財政的にいかなる支障が生じるかを具体的に立証しなければ、必要な支給量の認定を拒否できないことになる。

そもそも、自立支援法 22 条 1 項及び同法施行規則及び同法施行規則 12 条のいわゆる勘案事項には「市町村の財政事情」は含まれておらず、個別の利用者に必要な支給量の算定に当たり、市町村の財政事情を考慮することは他事考慮として許されないというべきである。

大阪高裁は、そこまで判示したのではなく、不十分な点は残るが、少なくとも財政事情に関する具体的な主張立証責任を市町村側に負わせたものとして重要な意義を有する。

d 「他の利用者との比較論」の否定

大阪高裁は、「1 審被告の指摘する、他の受給者との均衡は、それ自体、勘案事項とはされていない上、『障害者等…の心身の状況』を上回る重要性を持つとはいえないから、1 審被告の上記主張は採用できない」と判示した。

多くの市町村が「他の障害者にもそんなに支給量は認めていない」、「あなたにだけたくさん支給量を認めるのは不公平だから、認められない」などと言う。しかし、市町村がこのように言うとき、「他の障害者」に十分な支給量が保障されているかどうかは怪しい。その「他の障害者」にも十分な支給量が認められていない可能性がある。

大阪高裁は、「他人と比較するのではなく、その人自身の状態を見て、支給量を定めなさい」と明言したのであり、当然のことを判示したものではあるが、多くの市町村がそのようにはしていない現状を踏まえると、重要な意義を有する。

#### 4 判決後

双方上告せず、二審判決が確定し、その後、和歌山市は石田さんに月 598 時間（1 日約 19.3 時間）の支給決定をした。

現在石田さんは、各地で開催される勉強会へも精力的に参加するなど、訴訟前よりも充実した生活を送っている。

## II 和歌山 ALS 訴訟

### 1 和歌山 ALS 訴訟とは

和歌山 ALS 訴訟は、和歌山市内に住む 70 歳代の男性の ALS 患者 2 名が、和歌山市を相手に、障害者自立支援法に基づき、1 日 24 時間の支給量の義務付けなどを求めて平成 22 年 9 月 16 日に提訴した事件である。

うち 1 名の原告は残念ながら訴訟中の平成 23 年 9 月に亡くなったが、残る 1 名について、和歌山地方裁判所は平成 24 年 4 月 25 日、市に対し重度訪問介護月 542.5 時間（介護保険と合わせて 1 日 21 時間）以上の支給量を認めるよう義務付ける、原告勝訴判決を言い渡した。<sup>4</sup>

### 2 提訴に至るまで

市は従前、原告らには同居の妻がおり、妻が介護すればいいとして、月 268 時間（介護保険と合わせて 1 日約 12 時間）の支給量しか認めてこなかった。

しかし原告らの妻はいずれも高齢で、足が不自由で持病もあり、1 年 365 日、休みなく毎日 12 時間、一人で夫を介護することなど不可能である。

そのため、実際には介護派遣事業所が自らの負担で、毎日 24 時間体制でヘルパーを派遣していた。

原告のうち 1 名は、訴訟提起前に、支給量が足りないとして、県知事宛に 2 度も審査請求をしていた。県知事は 2 度とも原告の主張を認め、市の決定を取り消していた。ところが、市はその都度、月 268 時間の再決定をし、全く支給量を増やさなかった。

そこで原告らは、最後の手段として提訴に及んだ。

### 3 仮の義務付け命令の申立て

人工呼吸器を使用する ALS 患者は、例えば痰が喉に詰まり、吸引が必要な状態のまま数分経過すると、窒息し、死に至る可能性が極めて高い。このように、介護の不足が命にも関わるという事案の緊急性に鑑み、弁護士では、判決を待たずに支給量をアップさせるべく、仮の義務付け命令の申立てをした。

和歌山地裁は平成 23 年 9 月 26 日、「体位変換、呼吸、食事、排たん、排泄等、生存に係るおよそ全ての要素について、他者による介護を必要とすること、自力で他者に自分の意思を伝える方法が極めて限定されていること」から、「ほぼ常時、介護者がその側において、見守りも含めた介護サービスを必要とする状態にある」と認定し、1 日 20 時間以上の公的介護を仮に義務付けた。<sup>5</sup>

残念ながら、原告 1 名が亡くなってから 2 週間余り経過した時点での決定ではあったが、介護保障に関して仮の義務付け命令が認められたのは初のケースで、

画期的な決定であった。ところが、市が抗告したところ、大阪高裁は、民間事業者が無償で介護を提供していることなどを根拠に、仮の義務付けを認めるべき緊急の必要性がないとして、平成23年11月21日、地裁決定を取り消してしまった。

#### 4 本案判決の内容

平成24年4月25日付和歌山地裁判決は、「障害者には多様なものが含まれ、その障害の種類、内容及び程度はそれぞれ異なるから、障害者等一人一人の個別具体的な障害の種類、内容及び程度を考慮しなければ、自立支援法の趣旨目的を達成することは困難である」として、一人ひとりの個別具体的な事情を踏まえて支給量を定めるべきという、支給量を定める際の基本的な考え方を示した。これは和歌山石田訴訟における上記大阪高裁判決と同様の判断枠組みである。

そして、「原告が、体位変換、呼吸、食事、排たん、排泄等、生存に係るおよそすべての要素について、他者による介護を必要とすること、自力で他者に自分の意思を伝える方法が極めて限定されていることに鑑みると、原告は、ほぼ常時、介護者がその側において、見守りも含めた介護サービスを必要とする状態にあることが認められる」と、仮の義務付けの地裁決定と同様の判断を示した上、妻の年齢や健康状態、ALSの特質も考慮して、少なくとも1日21時間以上の公的介護を認めなければ、原告が必要十分な介護サービスを受けることができず、その生命、身体、健康の維持等に対する重大な危険が発生する蓋然性が高いと認めた。

高齢の妻が1日3時間、休みなく夫の介護を行うことは不可能であり、1日24時間の公的介護の義務付けが認められなかったことは不当である。

とはいえ、仮の義務付けの地裁決定が認めた支給量を更に1時間上回る義務付け判決であり、勝訴判決と評価できるものであった。

#### 5 判決後

原告弁護士は、判決当日、直ちに市に対し、控訴しないよう申入れを行った。すると市は平成24年4月27日、ALSが進行性であること、家族の健康状態等を考慮して、控訴断念を表明した。

原告及び弁護士も、提訴前を大幅に上回る1日21時間以上の公的介護が認められたこと、訴訟の長期化は原告にとっても大きな負担となることから、控訴をしないこととし、一審判決が確定した。

その後市は、原告に対し月593.5時間（介護保険と合わせて1日当たり約22時間）の支給決定をした。

### Ⅲ 両判決を踏まえての検討と今後の課題、展望

#### 1 介護支給決定における必要即応の原則

上記のような判決の積み重ねにより、一人ひとりの個別事情に即して支給量を積算して決定するという「介護支給決定における必要即応の原則」が法理として確立したものと評価できる。

#### 2 課題～「健康の維持」のその先へ

和歌山石田訴訟一審判決が「生命身体に重大な侵害が生じるおそれ」があつて初めて支給量の積算を義務付けたのに対し、同訴訟高裁判決は「健康の維持等」に支障が生じるのであれば支給量を積算すべきとしたことは、「自立した日常生活又は社会生活」の内実を、一審判決に比べてより豊かに捉えたものと評価できる。

しかし、「自立した日常生活又は社会生活」、更には、「基本的人権を享有する個人としての尊厳にふさわしい日常生活又は社会生活」（平成 25 年 4 月以降の障害者総合支援法 1 条）の内実は、何も「健康の維持」だけに留まらない。障害のある人は単に健康に生活できればよいというものではなく、「障害の有無にかかわらず、等しく基本的人権を享有するかけがえない個人として尊重される」（障害者基本法 1 条、障害者総合支援法 1 条の 2）ということではなければならない。具体的には、例えば買い物や社会活動のための外出、娯楽や趣味のための支給量などについても十分考慮されなければならないであろう。

ここで、高裁判決は「健康の維持」と判示したのではなく、健康の維持「等」と判示している。この「等」の一文字は重要である。大阪高裁も、決して「自立した日常生活又は社会生活」が「健康の維持」のみに留まるとは考えていない。ここに様々なものを読み込み、「自立した日常生活又は社会生活」（平成 25 年 4 月以降は「基本的人権を享有する個人としての尊厳にふさわしい日常生活又は社会生活」）の内実を更に豊かなものにしていくことが今後の課題である。

#### 3 課題～家族介護の強制の解消

(1) 和歌山 ALS 訴訟に続き、常時人工呼吸器を使用し、両親と同居する筋ジストロフィー症患者が重度訪問介護 1 日 24 時間の支給決定の義務付けを求めた訴訟で、東京地裁は平成 28 年 9 月 27 日、被告である東京都町田市に対し、1 ヶ月 655 時間以上の支給決定を義務付けた<sup>6</sup>。

このように、家族同居でも 1 日 20 時間を上回る比較的長時間の公的介護が義務付けられるようになっており、一連の介護保障訴訟による成果といえる。

(2) もっとも現在も、「介護を行う者の状況」がいわゆる勘案事項（障害者総合支援法 22 条 1 項、同法施行規則 12 条）の一つとされ、自治体が支給量を算定す

る場面において同居の家族による介護を当然の前提として組み込んでいる状況はなくなっていない。近年、老老介護や老障介護が社会問題化しており、そもそも介護能力のない者が介護者としての役割を押し付けられていることもままある。和歌山A L S訴訟や上記東京地裁平成28年9月27日判決でも、同居の妻がいること等を踏まえ、1日24時間の公的介護の義務付けまでは認められなかった。

このように家族介護を当然のものとする理論的根拠としてしばしば持ち出されるのが、民法上の扶養義務である。

しかし、民法上の扶養義務は経済的負担に限られ、物理的な介護は含まないとするのが民法学説における一般的な理解である。和歌山A L S訴訟の事案もそうであったが、「共助」の名のもとに、実際上も無理のある家族介護が強制され、本来あるべき公的介護、即ち「公助」が後退させられることがあってはならない。家族介護の強制の解消は、残された課題である。

#### 4 介護保障ネットの結成

##### (1) 和歌山A L S訴訟地裁判決のインパクト

とりわけ1日21時間以上の公的介護を義務付けた和歌山A L S訴訟の地裁判決が全国の障害当事者に与えたインパクトは大きく、この判決を武器にすれば、全国各地で障害のある人が必要な支援を得て地域社会で暮らすことが可能になるのではないかとの期待が高まった。

そのような中で、上記各判決で示された考え方を全国に広め、全国どこでも、個別事情に即した支給決定を得られるよう、平成24年11月30日、「介護保障を考える弁護士と障害者の会全国ネット」(略称:介護保障ネット)が結成された。

同ネットでは、障害者、支援者、弁護士が三位一体となって、必ずしも訴訟によらず、行政交渉等による早期の支給量獲得を目指して活動している。

##### (2) 申請一点突破主義

本来あるべき支給量での支給決定を求める方法として、法的には①行政交渉、②行政不服審査法による審査請求、③行政訴訟(仮の義務付け命令の申立てを同時に行う場合を含む)が考えられる。これらの方法のうちどれを選択するかは事案毎の判断となるが、介護保障ネットとして結成以来重視しているのが、「申請一点突破主義」という①行政交渉による方法である。

介護保障ネット結成のきっかけとなったのは上記に挙げた各訴訟であるが、訴訟にはどうしても時間がかかってしまう。とりわけ、和歌山A L S訴訟の原告2名のうち1名が判決を待たずに亡くなってしまったことは、大きな教訓を



残した。そこで、これまでの各判決で示されている判断枠組みを踏まえ、行政交渉段階で、障害のある人の個別事情を詳細に立証する資料や法的な考え方をまとめた主張書面を作成し、これらを支給申請と同時に行政に提示することで、審査請求や訴訟を待たずに行政交渉によって一気に必要な支給量を獲得することを目指すやり方が、「申請一点突破主義」である。介護保障ネット<sup>7</sup>では、結成以来6年間で40件あまりの事案を取り扱い、その多くで個別事情に即した必要な支給量を勝ち取ってきた。

### (3) 最後に

未だ残された課題は多いが、全国各地の当事者と弁護士、支援者が力を合わせることで、石田訴訟の二審判決の考え方を更に前進させ、どれだけ重度の障害を持っていても、望む地域で自立した生活を送れるような社会に近付けていきたいものである。

---

<sup>1</sup> 重度訪問介護とは、重度の肢体不自由者その他の障害者であつて常時介護を要するものとして厚生労働省令で定めるものにつき、居宅又はこれに相当する場所として厚生労働省令で定める場所における入浴、排せつ又は食事の介護その他の厚生労働省令で定める便宜及び外出時における移動中の介護を総合的に供与することをいう（障害者自立支援法5条3項。平成25年4月以降は障害者総合支援法5条3項であるが、内容に変更はない）。

<sup>2</sup> 和歌山地裁平成22年12月17日判決・判例地方自治366号54頁。

<sup>3</sup> 大阪高裁平成23年12月14日判決・判例地方自治366号31頁。

<sup>4</sup> 和歌山地裁平成24年4月25日判決・判例時報2171号11頁。

<sup>5</sup> 和歌山地裁平成23年9月26日決定・判例タイムズ1372号92頁。

<sup>6</sup> 東京地裁平成28年9月27日判決・ウエストロー文献番号2017WLJPCA07206012。同訴訟の控訴審係属中に、家族の介護義務を認め、家族が介護可能な時間数を控除した時間数での義務付けのみを認めた一審判決に批判的な立場から書かれた法律意見書として、山脇貞司「介護義務に関する法律意見書」（静岡法務雑誌第9号（2017年）所収）がある。

<sup>7</sup> 介護保障ネットのこれまでの活動と詳しい成果については、①介護保障を考える弁護士と障害者の会全国ネット「支援を得てわたしらしく生きる！－24時間ヘルパー介護を実現させる障害者・難病者・弁護士たち」（2016年）、②介護保障ネットのホームページ（<http://kaigohosho.info/>）を参照されたい。



# 【判例研究】鈴木訴訟・石田訴訟

## －藤岡報告・長岡報告へのコメント

原田 啓一郎（駒澤大学）

- I はじめに
- II 鈴木訴訟・石田訴訟の位置付けと特徴
- III 市町村の合理的裁量と支給決定に係る裁量統制の枠組み
- IV 勘案事項の適切な考慮
- V 一定の幅のある支給量の義務付け
- VI おわりに——地域で自立した日常生活をおくるための介護保障に向けて

### I はじめに

鈴木訴訟<sup>1</sup>と石田訴訟<sup>2</sup>をきっかけに、介護支給量の増加や24時間介護<sup>3</sup>を求める訴訟が提起され、長時間介護を行政に義務付ける判決が相次ぎ、一定の事例が蓄積されている。介護が必要な人に必要な支援時間を求めるこれらの訴訟は、支援費制度以降の介護保障のあり方に大きな影響を与え、今日では、訴訟だけでなく、弁護士と当事者による各地域での行政交渉を通じて必要な支援時間数を実現する動きも見られるようになった<sup>4</sup>。

本報告は、鈴木訴訟と石田訴訟を紹介された先の報告を受けてのコメントとしての位置付けであるため、以下では、各訴訟の個別論点の検討や評釈ではなく、社会保障法学の視点から両訴訟の特徴と主な論点を整理し、若干のコメントを付したい。

### II 鈴木訴訟・石田訴訟の位置付けと特徴

#### I 鈴木訴訟・石田訴訟の位置付け

これまでの障害者介護をめぐる訴訟を振り返ると、措置制度の時代には、ホームヘルパー派遣訴訟<sup>5</sup>や高訴訟などがみられる。これらの訴訟は老人福祉法による介護<sup>6</sup>や生活保護法による他人介護料をめぐるものであった。これに対し、鈴木訴訟や石田訴訟は、支援費制度や障害者自立支援法を根拠として介護給付費の支給量の不足を争い、長時間の介護の義務付けを求めている点が先の訴訟と異なる。これらの訴訟の提起の背景には、障害者福祉法制の相次ぐ変更のなかで、支給決定に関する市町村の大幅な裁量と財政的制約が継続されていたことがあった。ま

た、訴訟を後押しした背景として、障害者の権利条約の採択に向けた国内外の議論が、理論的にも実践的にも多くの影響を及ぼしていた点も見逃せない。さらに、訴訟提起との関係では、2004年の行政事件訴訟法の改正による義務付け訴訟の法定化も大きな影響を与えたように思われる。こうした、大きな時代の変化の絶妙なタイミングのなかで、2つの訴訟が提訴されたことをまず確認しておきたい。

## 2 鈴木訴訟・石田訴訟の特徴

鈴木訴訟と石田訴訟は、障害者の社会参加のための外出・移動介護にかかる給付、あるいは地域で自立した日常生活をおくるための24時間介護という、これまで事例の少なかった種類の給付に関する処分の違法性を判示しており、社会保障法分野において注目すべき裁判例である。社会保障法分野の給付に関する処分については、生存権に関する判例の立場に見られるように、広範な行政裁量が認められる傾向があることは周知のとおりである。このようななかで、2つの訴訟は、処分行政庁の障害者自立支援法（第1次鈴木訴訟では支援費制度）に基づく、介護給付費の支給決定に対する裁量権の行使が逸脱濫用に当たるかどうかを直接の争点としていたが、その判断にあたり、後述のように判断過程に着目した審査が行われた点もひとつの特徴である。さらに、石田訴訟は、行政事件訴訟法の改正後の義務付け訴訟として、抽象的義務付け判決、すなわち一定の幅のある義務付け判決を認めた事例としても注目された。

2つの訴訟は、これまでの介護保障をめぐる訴訟と同様に、地域で暮らしたいという、生き方や暮らし方に関する本人の自律的な判断や選択を、法的に保護されるべき利益として尊重することを求めており、それは障害者が地域で自立した日常生活をおくるための介護保障そのものであった。近年の学説では、生存権を金銭的ニーズのみならず、非金銭的ニーズ保障の見地からも把握すべきことを説く学説の展開がみられる<sup>7</sup>。こうした議論状況の中で、2つの訴訟は、介護保障のあるべき水準と生存権保障とをつなぐ新たな種々の論点を含む訴訟として位置付けることができる<sup>8</sup>。そこで次に、鈴木訴訟と石田訴訟の判決に含まれる主な論点を整理しておきたい。

## III 市町村の合理的裁量と支給決定に係る裁量統制の枠組み

鈴木訴訟と石田訴訟の判決は、まず、支給要否の決定と支給すべきサービスの種類、支給量の決定について、市町村に合理的裁量があるという前提からスタートする。障害者自立支援法では、22条1項で、介護給付費等の支給要否を決定する際に、市町村が勘案すべき事項の決定を省令に委ねている。これを受けて勘案

事項を列挙する規定が同法施行規則 12 条である。法令上、これらの規定以外に、勘案事項間の関係等を直接定める規定は見当たらない。このような障害者自立支援法の構造からすると、市町村には支給決定や支給量の決定等について合理的裁量が与えられているとする判断は妥当であろう。

それでは、いかなる場合に市町村の裁量権の逸脱濫用が認められるのか。支給決定に係る裁量統制の枠組みについて、2つの訴訟の判決は、支給量の決定に対し、その勘案の過程において、重視すべきでない要素を過度に評価し、考慮すべき事項を考慮しないこと等により、当該決定が社会通念に照らし妥当性を欠く場合には、裁量の逸脱濫用を認め、違法とする。このような裁量統制の枠組みについては、行政庁の裁量を比較的広く認めるものと捉えられてきた社会観念審査とともに、行政庁が処分を行う際の判断過程に注目して行政裁量を統制しようとする、いわゆる判断過程統制の手法を組み合わせた裁量統制の枠組みであると理解される。こうした裁量統制の枠組みは、その後の介護保障をめぐる裁判例でも採用されている。鈴木訴訟や石田訴訟にみられる裁量統制の枠組みについては、学説では、行政裁量の審査密度が高まるものであると積極的に評価する傾向にある<sup>9</sup>。

さらに、石田訴訟や和歌山 ALS 訴訟<sup>10</sup>の判決では、こうした裁量審査の結果、処分が法の趣旨目的に反している場合には、当該処分は裁量権の逸脱濫用により違法となる、として、法の趣旨目的に鑑みて処分の違法性を判断するという手法を用いる。ただし、この場合、法の趣旨目的という判断基準と、社会観念審査と判断過程審査の審査基準がいかなる関係にあるのか、という点は精緻に検討する必要がある。

#### IV 勘案事項の適切な考慮

判決は、以上のような枠組みを踏まえて、勘案事項の適切な調査・考慮が行われていたかを具体的に判断する。ここでは、鈴木訴訟と石田訴訟で問題となった以下の3点に着目したい。

##### 1 「社会生活上必要不可欠な外出」と「余暇活動等の社会参加のための外出」

そもそも、移動するということは、いうまでもなくすべての人間の本質的な欲求であり、経済生活のみならず、地域生活にとっても不可欠である。そのため、外出・移動の自由が、社会生活の前提であることは誰しも認めるところであり、憲法 13 条と 22 条でこれを規定しているところである。このような自由を、障害を理由に独力で実現できない人については、憲法 25 条 1 項の「健康で文化的な最低限度の生活」の構成要素として、これを保障される権利が認められるべきであ

る<sup>11</sup>。このように解するとすれば、障害者の外出・移動介護のあるべき保障水準は、生存権の内実・保障されるべき水準の問題に帰着するものとする立場が成り立ちうる<sup>12</sup>。

鈴木訴訟の判決では、「社会生活上必要不可欠な外出」とともに、共生共走マラソンへの参加など「余暇活動等の社会参加のための外出」の必要性を認めている。これは、地域で暮らす障害者の外出・移動に関する介護が、単に役所や金融機関等への外出・移動にとどまらず、社会参加のための外出にまで認めたものであり、地域で暮らす障害者の外出・移動の自由の保障を質的にも高めたものと評価できる。さらに、こうした外出・移動介護の支給については、それぞれの障害者に合わせた支給時間の判断を求めている点も重要である。

## 2 夜間の介護

石田訴訟高裁判決では、夜間の介護については、原告の睡眠時間を確保するとともに健康を維持する等のために夜間を通しての見守り介護が必要であり、これを欠くと原告の健康を維持する等に支障が生じるものと認められる、として夜間の見守り介護の意義を評価している。その一方で、昼間の介護については、介護を受けない時間が1時間半にとどまる限りでは、原告が日中車椅子で過ごすに際し、自立した日常生活を送り、健康を維持する等に支障が生じることは認められない、としている。この点、介護の必要時間の判断を「健康を維持する等に支障が生じる否か」というところに求めている点は、今日の生存権や自己決定権をめぐる議論の到達点からすると狭きに失し、疑問が残る。なぜなら、原告の身体状況において、この1時間半は生存と健康維持に不可欠な時間としての評価のみであり、障害者自立支援法の目的にいう「自立した日常生活と社会生活」という法の趣旨からの検討としては不十分であると考えられるからである。

## 3 障害者等の介護を行う者の状況

2つの訴訟では直接的には問題とされていなかったが、勘案事項としての「障害者等の介護を行う者の状況」も重要な論点である。この点、問題となったのが和歌山 ALS 訴訟である。本コメントの範囲を超えるが若干触れておきたい。

障害者自立支援法の勘案事項の1つに「障害者等の介護を行う者の状況」(規則12条2号)が挙げられているが、市側の決定は、同居の妻の介護を過大に評価し、実質的には申立人の妻の就寝時間分にかかる介護の時間数しか認めていない状況であった。仮の義務付け申立てに関する和歌山地裁決定<sup>13</sup>では、申立人が常時介護の必要な状態であり、また、妻の年齢や健康状態等に鑑みると、一日当たり20時間分の介護サービスがなければ、申立人の生命、身体等に対する重大な危険が

発生する蓋然性が高いとした。その上で、同居をしていた妻の介護状況を過度に評価し、また、申立人の常時介護が必要な状態や、妻の年齢、健康状態等の考慮すべき要素を考慮しておらず、社会通念に照らして著しく妥当性を欠いたものであるとして、処分行政庁の裁量権の逸脱濫用を認めた。同決定は、同居の家族の介護や家族以外の主体による無償の介護がどの程度考慮されるべきかについて、理論的問題を提起したものと見える。

## V 一定の幅のある支給量の義務付け

障害者自立支援法の構造上、市町村には、具体的な事案ごとに勘案事項を総合考慮し、障害者の個別の事情に即して支給決定等を行い、法の趣旨・目的を達成することが求められる。これに対し、申請者は、申請した内容と比べ、不満足な申請認容処分を受けた場合には、申請を完全にあるいはできるだけ満足するものにするために、申請認容処分の変更を求めて義務付け訴訟を提起することになる。これが一連の24時間介護訴訟における義務付けのかたちであった。

裁判所は、市町村の合理的裁量を認め、その裁量権に逸脱濫用がないかを審査するが、定型化されていない支給決定については、市町村の裁量の幅が大きく、行政に義務付ける支給量を裁判所が確定することは困難であるとも考えられる。そこで、裁量権の逸脱濫用にならないような重度訪問介護等の支給量を一義的に決めることができない場合であっても、ある程度幅のある支給量の介護給付費の支給決定をしないことが裁量権の逸脱濫用になると認められる場合には、裁判所が、その幅のある一定の支給量の介護給付費の支給決定を義務付けることは有益である。この点、石田訴訟の判決のように一定の幅のある支給量の義務付けを示す柔軟な判決の姿勢は、紛争解決の観点からは望ましいものといえる。ただし、一方で、一定の幅を認めるとはいえ、下限を下回る支給量を市町村が決定する場合には裁量権の逸脱濫用と判断されるので、理論的には、上限・下限の設定が市町村の有する裁量の幅を狭めることになることとみることもできる。この点、裁判所が示した支給量が何故に下限となるのか、なぜその幅の範囲であるのか、といった丁寧な説示が求められる。

## VI おわりに——地域で自立した日常生活をおくるための介護保障に向けて

以上のように、鈴木訴訟と石田訴訟の原告・被告の主張のやりとりを通じて、多くの理論的課題がみえてきた。原告側の主張からは、地域で自立した日常生活をおくるための介護保障はいかにあるべきか、という人権保障の問題が浮き彫り

になった。また、被告側の主張からは、財政的・政策的な制約の下で効率的かつ合理的な給付を確保するために、市町村の裁量がどこまで認められるのかという法理論上の問題が浮き彫りになった<sup>14</sup>。地域で自立した日常生活をおくるための介護保障については、かつての状況と比べると大きく前進を遂げているが、その内容・水準は真の意味では未だ不十分である。この点、「健康を維持する等に支障が生じる否か」といった生命や健康を維持するレベルではなく、憲法25条や憲法13条との関連で求められる介護サービスの水準について、障害者権利条約19条や障害者基本法3条を今一度確認しながら理論的検討を深めていく必要がある。

また、財政的制約論については、介護保障をめぐる訴訟では市町村サイドから繰り返し主張されてきたが、一部の判決では、その取扱いに温度差はあるが、市町村が自らの財政状況を何らかのかたちで考慮することへの一定の言及がみられる。現実的には、障害者自立支援法が抱えるニーズの充足と制度的な財政的・政策的制約との間に緊張関係がみられることは事実であるが、法の構造からすると、法令が市町村の財政事情を勘案事項に挙げていない以上、支給の要否決定や支給量の決定に際して、市町村の財政事情が個々の利用者に対する支給量の勘案事項の直接の考慮要素とするかのような判断については、慎重な検討が必要であるように思われる。

鈴木訴訟や石田訴訟が提起した課題をより大局的にみると、誰もが地域で自立した日常生活をおくるための支援の仕組みとして、現行の法制度やその考え方は有効に機能しうるのか、といった法制度の根本的改革も視野に入れた課題がみえてくる。こうした課題に取り組むために、理論と現実を見据えた障害法の研究がこれからも求められる。

---

<sup>1</sup> 東京地判平成18・11・29 賃社1439号55頁（第一次鈴木訴訟）、東京地判平成22・7・28 判タ1356号98頁（第二次鈴木訴訟）。本報告では、これらの訴訟を総称して「鈴木訴訟」とする。同訴訟に関する判例評釈として、原田啓一郎「判批」賃社1439号（2007年）14頁（第一次鈴木訴訟）、豊島明子「判批」賃社1527号（2010年）4頁（第二次鈴木訴訟）などがある。

<sup>2</sup> 和歌山地判平成22・12・17 賃社1537号20頁、大阪高判平成23・12・14 賃社1559号21頁。同訴訟に関する判例評釈として、地裁判決につき、金川めぐみ・大曾根寛「判批」賃社1537号（2011年）4頁、原田啓一郎「判批」季刊社会保障研究47巻3号（2011年）320頁、高裁判決につき、金川めぐみ「判批」賃社1559号（2012年）11頁、天本哲史「判批」桃山法学23号（2014年）343頁などがある。

<sup>3</sup> ここにいう24時間介護とは、障害者すべてに24時間の介護を保障することを求めるという



ものではなく、必要な支援時間を必要な人に保障するという意味で用いており、少ない時間数が必要であれば、その時間数の支給を保障することを求めることも含意している。

- <sup>4</sup> 弁護士と当事者らによる行政交渉等の過程とその実践については、介護保障を考える弁護士会と障害者の会全国ネット（編）『支援を得てわたらしく生きる！』（山吹書店、2016年）を参照。
- <sup>5</sup> 大阪地判平成10・9・29判タ1021号150頁、大阪高判平成13・6・21判自228号72頁。同訴訟に関する判例評釈として、地裁判決につき、秋元美世「判批」季刊社会保障研究34巻3号（1998年）311頁、倉田聡「判批」ジュリ1159号（1999年）106頁、秋元美世「判批」佐藤進ほか（編）『社会保障判例百選（第3版）』（有斐閣、2000年）232頁、高裁判決につき、東條武治「判批」判自233号（2003年）106頁などがある。
- <sup>6</sup> 金沢地判平成11・6・11判時1730号11頁、名古屋高裁金沢支判平成12・9・11判タ1056号175頁。同訴訟に関する判例評釈・研究として、地裁判決につき、前田雅子「判研」法時71巻6号（1999年）108頁、原田啓一郎「障害者の最低生活保障と介護保障」九大法学78号（1999年）363頁、前田雅子「判批」民商122巻4・5号（2000年）688頁、西莖章「判批」判時1746号（2001年）208頁、秋元美世「判研」自治総研275号（2001年）11頁、須藤陽子「判批」自治研究78巻1号（2002年）113頁、高裁判決につき、倉持孝司「判批」法教246号（2001年）別冊附録11頁、江口隆裕「判批」西村健一郎・岩村正彦（編）『社会保障判例百選（第4版）』（有斐閣、2008年）174頁などがある。
- <sup>7</sup> 憲法25条1項の「健康で文化的な最低限度の生活」について、法学の関心はもっぱら生活保護法による金銭給付に向けられていた。他方、社会保障法学では、すでに措置制度時代にサービス保障と生存権との関係を説く学説が社会福祉分野で有力に主張されていた（河野正輝『社会福祉の権利構造』（有斐閣、1991年）41頁）。介護保険法制定後も同様の主張がみられ、例えば、菊池は「『健康で文化的な最低限度の生活』の内実を生活保護法との関連で捉え、所得保障ニーズを念頭においてきた従来の判例・学説に対し、最近、非金銭的サービス給付の保障の固有性に着目し、介護サービスや権利擁護サービスなどとの関連で生存権保障の法制度上の未整備を指摘する学説も有力である」と指摘する（加藤智章ほか編『社会保障法〔第6版〕』（有斐閣、2015年）47頁〔菊池馨実執筆〕）。この他、原田啓一郎「サービス保障法制とナショナルミニマム」日本社会保障法学会編『新・講座 社会保障法3 ナショナルミニマムの再構築』（法律文化社、2012年）87頁以下などを参照。なお、こうした主張は社会保障法学にとどまらず、行政法学や憲法学にもみられる。同様の主張につき、前田雅子「生存権の実現にかかわる行政裁量の統制」社会問題研究46巻2号（1997年）16頁、遠藤美奈「堀木訴訟・判批」西村健一郎・岩村正彦（編）『社会保障判例百選（第4版）』（有斐閣、2008年）7頁、尾形健『福祉国家と憲法構造』（有斐閣、2011年）143-144頁などを参照。
- <sup>8</sup> 豊島・前掲注（1）4頁。
- <sup>9</sup> 例えば、本多滝夫「行政判例の展開とその課題」法時82巻8号（2010年）7頁などを参照。
- <sup>10</sup> 和歌山地判平成24・4・25判時2171号28頁。
- <sup>11</sup> 原田・前掲注（1）20頁、豊島・前掲注（1）9頁。
- <sup>12</sup> 豊島・前掲注（1）9頁。

<sup>13</sup> 和歌山地決平成23・9・26判タ1372号92頁。

<sup>14</sup> 鬼塚訴訟地裁判決（札幌地判平成24年7月23日判自407号71頁）では、法令が勘案事項に挙げていない自治体の財政事情を「主たる要素とはできない」と留保を示しつつも、市の財政事情を考慮することも許容されるとしている。

判例研究②

# 学校法人原田学園事件



# 【判例報告】学校法人原田学園事件 (広島高岡山支判平成 30 年 3 月 29 日)

大胡田 誠（弁護士）

- I 事案の概要
- II 判旨
- III コメント

## I 事案の概要

X（原告・被控訴人・附帯控訴人）は、平成 11 年 9 月 1 日、Y（被告・控訴人・附帯被控訴人）との間で、Y の設置する岡山短期大学（以下、「本件短大」という）の専任講師として勤務する旨の大学教員契約を締結し、平成 19 年 4 月 1 日に専任准教授に任じられた者である。

Y は本件短大を設置運営する学校法人、A は Y の理事長および本件短大の学長である。本件短大は、幼児教育学科（以下、「本件学科」という）を設置する入学定員 100 名、専任教員 14 名の短期大学である。

X は、遺伝性疾患である網膜色素変性症に罹患しているが、近年、同疾患が進行し、次第に文字の判読が困難となった。

平成 25 年度、X が試験の採点に学外の知人の助けを借りたことが Y 内部で問題となった。

A 学長は平成 26 年 1 月、X の視覚補助を事実上担当していた事務職員が退職予定となったことから、X に退職勧奨をしたが、X が私費で視覚補助の補佐員を付けることを提案したため、X に引き続き授業を担当させることとした。

平成 27 年度における X の担当授業は、「生物学」「環境（保育内容）」「教職実践演習」「卒業予備研究および卒業研究」（以下、「本件各授業」という）であった。

同年 11 月、卒業研究の受講生から、授業中の学生の飲食を X が注意しないことや授業内容等に関する苦情申立てがあり、B 教授らが他の受講生からヒアリングしたところ、その内容は申立ての通りであった。

その後 X は、学生らに謝罪するとともに、始末書と反省文を A 学長に提出した。

また、A 学長は X と面談し、学生からクレームが出たら終わりだと話していたはずだとして、退職勧奨をした。

Y は、平成 28 年 2 月 5 日開催の FD（Faculty Development）会議で確認され

た方針に基づき、同月24日開催の教授会の審議を経て、同年3月24日開催の新年度準備会議において、新たに採用したC講師に、Xが行ってきた授業を担当させることとし、Xには授業を担当させず、学科事務のみを担当させる旨の平成28年度における授業計画および事務分掌を正式に決定し、Xに伝達した（以下、「本件職務変更命令」という）。

同日、Yは研究室の配置換えを行い、Xがこれまで使用してきた研究室（以下、「本件研究室」という）からキャリア支援室に移動させることにした（以下、「本件研究室変更命令」という）。

そこで、XはYに対し、①本件各授業を担当する地位にあることの確認（確認の訴え1）、②本件職務変更命令が無効であり同命令に従う義務のないことの確認（確認の訴え1'）、③本件研究室を使用する地位にあることの確認（確認の訴え2）、④本件研究室変更命令が無効であり同命令に従う義務のないことの確認（確認の訴え2'）および⑤慰謝料等の支払を求めた。

原審判決（岡山地判平成29・3・28 労判1163号5頁）は、①と③は却下したが、②と④の各命令は違法であり従う義務はないとし、⑤慰謝料等として110万円を認めた。

これに対し、Yが控訴し、Xが附帯控訴した。そして、Xは控訴審において⑥授業を担当せずキャリア支援室において学科事務に従事する労働契約上の就労義務のないことの確認（確認の訴え3）を追加した。

## II 判旨

控訴一部認容（原判決中、被控訴人が本件職務変更命令に従う義務がないことを確認した部分を取り消す）

附帯控訴棄却

追加請求一部認容（被控訴人が、控訴人に対し、キャリア支援室において学科事務に従事する労働契約上の就労義務がないことを確認する。）

### 1 各請求の確認の利益について

(1) 本件確認の訴え1（本件各授業を行う地位にあることの確認）の確認の利益

「労働契約法6条によれば、労働契約は、労働者が使用者に使用されて労働し、使用者がこれに対して賃金を支払うことについて、労働者及び使用者が合意することによって成立するものとされている。

そうすると、労働は、労働者にとって義務であり、権利ではないから、使用者は、賃金を支払う限り、提供された労働力を利用するか否かは自由であつ

て原則として労働受領義務はないというべきである。

したがって、労働者が使用者に対して就労させることを請求する権利である、いわゆる就労請求権の確認の訴えは原則として、実体法上、成立し得ない権利ないし法律関係の確認を求めるものとして、確認の利益を欠くというべきである。」

「本件確認の訴え1は、要するに、被控訴人が、控訴人との間で、…各授業をすることのできる権利ないし法律関係を有することの確認を求めるものである。

そうすると、本件確認の訴え1は、いわゆる就労請求権の確認の訴えに他ならないというべきであり、確認の利益を欠くものとして却下すべきである。」

「これに対し、被控訴人は、①本件教員契約の締結された経緯からすると、控訴人と被控訴人との間では、被控訴人が本件各授業を担当する旨の合意があること、②大学教員という職務の専門性を有し、かつ、視覚障害を抱えているという特段の事情があることからすれば、例外として、確認の利益が認められるべきであると主張する。

しかしながら、被控訴人の主張する上記①の合意が存在することを認めるに足りる証拠はない。

また、学校教育法108条1項から3項までによれば、短期大学は、深く専門の学芸を教授研究し、職業又は實際生活に必要な能力を育成することを主な目的とする大学である。また、同法92条7項によれば、准教授は、専攻分野について、教育上、研究上又は実務上の優れた知識及び能力を有するものであって、学生を教授し、その研究を指導し、又は研究に従事すると定められている。

これらの規定によれば、短期大学において、授業を担当せず、学生の研究を指導し又は自らの研究に専念する准教授が存在し得ることは、当然に想定されているものである。したがって、准教授であることを理由として、学生を教授する権利を有するものと解することはできない。

これらのことからすると、例外として、就労請求権の確認の利益が認められるべきであるとする被控訴人の前記主張は、いずれも採用することができない。」

(2) 本件確認の訴え2（本件研究室を使用する地位にあることの確認）の確認の利益

控訴審でも原審の以下の判断を引用し確認の利益なしとした。

「原告は、研究室を必ず備えるべきことを定めた大学設置基準等の定めによれば、本件教員契約には、研究室を提供する旨の合意が含まれているというべきであるから、原告としては本件研究室を使用する地位を有すると主張する。」

「しかしながら、被告に、大学設置基準等の定めにより大学に課せられた研究室の設置義務があるとしても、被告は、施設管理権を有し、…研究・教育に従事する多数の教員の提供する役務を合目的的に管理し統括する必要があることからすれば、大学教員において、研究室の設置を受けることができるとしても、ある特定の研究室を排他的に使用する法的権利、地位があるとは認められない。」

「よって、原告の上記主張は理由がなく、本件確認の訴え2は、訴えの利益を欠くものとして却下すべきである。」

- (3) 確認の訴え1' (本件職務変更命令に従う義務がないことの確認) および確認の訴え3のうち、職務命令中「授業をせず」という部分に従う義務がないことの確認に関する確認の利益

「まず、本件確認の訴え3のうち授業をしない義務の不存在確認を求める部分は、授業をする権利があることの確認を求める訴えについて、二重否定を用いて言い換えたにすぎず、論理的には両者は全く同義であるから、本件確認の訴え1と同様に、確認の利益がないというほかない。」

「これと選択的併合の関係にある本件確認の訴え1'のうち授業の担当をさせない業務命令に従う義務の不存在確認を求める部分についても上記と実質的に同旨であって、これと同様に、確認の利益がない。」

- (4) キャリア支援室において学科事務に従事する雇用契約上の就労義務のないことの確認請求についての確認の利益

「本件確認の訴え1' (前記不適法部分を除く。)、本件確認の訴え2' 及び本件確認の訴え3 (前記不適法部分を除く。 ) については、被控訴人の法的地位を最も具体的に示すとみられる本件確認の訴え3 (前記不適法部分を除く。 ) を選択することとし、同訴え3のうち「被控訴人が、控訴人に対し、キャリア支援室において学科事務に従事する労働契約上の就労義務のないことを確認する。」請求の部分に理由があるから、本件確認の訴え1' (前記不適法部分を除く。 ) 及び本件確認の訴え2' については、判断をしない。

## 2 本件職務変更命令及び本件研究室変更命令の違法性

「本件職務変更命令は、…本件短大の就業規則39条に基づき、職務の内容を変



更するものであり、本件研究室変更命令は、同規則及びこれに基づく本件職務変更命令を前提として、勤務場所の変更を命じるものであるから、これらは全体として配転命令の性質を有するものというべきである。

配転命令については、業務上の必要性が存しない場合又は業務上の必要性が存する場合であっても不当な動機・目的をもってされたものであるとき若しくは労働者に対し通常甘受すべき程度を著しく超える不利益を負わせるものであるとき等、特段の事情の存する場合には、無効になるというべきである。ただし、上記の業務上の必要性については、異動先への異動が余人をもっては容易に替え難いといった高度の必要性に限定することは相当でなく、労働力の適正配置、業務の能率増進、労働者の能力開発、勤務意欲の高揚、業務運営の円滑化など企業の合理的運営に寄与する点が認められる限りは、業務上の必要性の存在を肯定すべきである（最高裁判所昭和61年7月14日第2小法廷判決及び最高裁判所平成12年1月28日第3小法廷判決参照。）

「控訴人が本件職務変更命令の必要性として指摘する点は、まずもって、控訴人が実施している授業内容改善のための各種取組み等による授業内容の改善や、補佐員による視覚補助により解決すべきものであり、現時点において、これが解決不可能なものであると認めることはできない。

したがって、本件職務変更命令による変更前における被控訴人の職務内容等の観点から、配転命令である本件職務変更命令の必要性を基礎づけることはできない。

他方で、…、キャリア支援室において、被控訴人が担当する学科事務の内容は具体的に決まっておらず、検討もされていなかったのであるから、本件職務変更命令による変更後の被控訴人の職務内容等の観点からも、配転命令である本件職務変更命令の必要性を基礎づけることはできない。

加えて、…キャリア支援室は、主に、学生の就職支援（キャリア支援）業務、具体的には、学生からの相談に対応するために用いられており、多数の学生が出入りしているほか、イベントの看板や印刷物等を作成し、保管する必要があること、従前、キャリア支援室において、学生の就職支援（キャリア支援）業務に従事していたB教授は、キャリア支援室の他に別の研究室も与えられており、当該別の研究室に保管している書籍その他の備品等を全てキャリア支援室に移すと、キャリア支援室における本来業務ができなくなるため、それらの備品等の全てをキャリア支援室に移すのは不可能であったことが認められる。

これらのことからすれば、キャリア支援室は、そのみでは研究室として使用

することが不適当な場所というべきであり、被控訴人が、キャリア支援室のみを研究室として使用することは困難であると認められるから、本件研究室変更命令は、それ自体としても合理性を欠くものというべきである。

これらの一連の業務命令を全体としてみると、実質的には、被控訴人を全ての担当職務から外し、研究室としては不適当なキャリア支援室での就業を命じるものであって、配転命令である本件職務変更命令及び本件研究室変更命令は、業務上の必要性を欠いており、かつ、労働者に対する処遇としても合理性を欠くものであって、被控訴人に対し、通常甘受すべき程度を著しく超える精神的苦痛を負わせるものであると認められる。

以上によれば、本件職務変更命令及び本件研究室変更命令は、権利濫用に当たり、いずれも無効というべきものである。」

### 3 本件確認の訴え3のうち、被控訴人が、キャリア支援室において学科事務に従事する労働契約上の就労義務がないことの確認についての判断

「配転命令が無効である場合には、前記のとおり、就労請求権が認められないことからして、配転命令前の就業場所で、配転命令前の業務に従事する権利を有することの確認を求めることはできないが、配転命令後の就業場所で、配転命令後の業務に従事する義務のないことの確認を求めることができるというべきである。

そうした場合、…被控訴人は、その変更後の就業場所での就労義務のないことの確認を求めることができる。

したがって、被控訴人の本件確認の訴え3（前記不適法部分を除く。）には理由がある。

なお、学科事務に関しては、その具体的内容が定まっていなくても、各教職員が、控訴人の業務命令に従い、それぞれ分担して従事すべきものであって、その点では、本件職務変更命令は被控訴人の職務を変更するものではない。

よって、被控訴人は、就業場所はともかくとして、本件職務変更命令後も学科事務に従事すること自体を拒むことはできないというべきである。」

### 4 控訴人が本件職務変更命令等をしたことが被控訴人に対する不法行為を構成するか

「前記のとおり、本件職務変更命令及び本件研究室変更命令は、客観的にみれば、一連のものとして、被控訴人を全ての担当職務から外し、研究室として利用することが不適当なキャリア支援室での就業を命じるもので業務上の必要性を欠いており、かつ、労働者に対する処遇として合理性を欠くものであり、被控訴人に対し、通常甘受すべき程度を著しく超える精神的苦痛を負わせるものであると認められ

る。

この精神的損害を慰謝するには、100万円が相当であり、その1割に相当する弁護士費用10万円はこれと相当因果関係のある損害と認める。」

### Ⅲ コメント

本件職務変更命令および本件研究室変更命令は、障害者である労働者に対する差別禁止等を定めた改正障害者雇用促進法施行前の処分であるため、本判決の中では各職務命令と同法の関係が正面から議論されることはなかった。

雇用促進法には、募集および採用の場面と採用後の待遇の場面に分けて、不当な差別的取扱いの禁止規定（法34条、35条）および合理的配慮の提供義務規定（法36条の2、36条の3）が置かれている。また、その具体的な内容については、厚生労働大臣が定める障害者差別禁止指針・合理的配慮指針で示されている。

今後は、障害を持つ労働者に関する労働事件では、権利濫用や不法行為の違法性の認定に際して、雇用促進法の差別禁止違反や合理的配慮提供義務の懈怠が議論されることになるものと思われる。

本件で問題となった労働者の配置に関しては差別禁止指針3項イにおいて、「一定の職務への配置に当たって、障害者であることを理由として、…その対象から障害者を排除すること」は原則として不当な差別となるとされている。本件は、視覚障害のために、授業中の学生の無断離席や飲食を注意できなかった等のXの授業運営をとらえて、Xを授業を教授する職務から排除したもので、これに当たりうる。

一方で、同指針14項ロでは、「合理的配慮を提供し、労働能力等を適正に評価した結果として障害者でない者と異なる取扱いをすること」は差別ではないと定めているところ、本件で、Xには、Yの費用負担による視覚補助者の配置など、適切な合理的配慮は提供されていなかった。

したがって、雇用主が、障害者である労働者に対し、その特性に配慮した十分な合理的配慮を提供していない状態で、当該労働者の能力や業績を低く評価し、閑職に配置転換した本件は、雇用促進法上も不当な差別的取り扱いとなるものと考えられる。



# 【判例研究】学校法人原田学園事件

（岡山地判平成29・3・28労判1163号5頁、広島高岡山支判平成30・3・29判例集未登載）

長谷川 珠子（福島大学）

- I はじめに
- II 事案の概要
- III 検討

## I はじめに

2017（平成29）年11月の障害法学会では、学校法人原田学園事件の地裁判決（以下、「原審判決」という）について、大胡田誠弁護士の報告を受けて、研究者の立場からコメントを行った。その後、2018（平成30）年3月29日に高裁判決（以下、「高裁判決」という）が出されたため（以下、これらを「両判決」ということがある）、本稿では、両判決について検討する。このような事情から、本稿が学会報告の内容と異なることを最初にお断りしておく<sup>1</sup>。

## II 事案の概要

詳細は大胡田弁護士の論稿に譲るが、事案の概要と両判決の結論は以下の通りである。

X（原告・被控訴人＝附帯控訴人）は、Y（被告・控訴人＝附帯被控訴人）の設置する岡山短期大学（以下、「本件短大」という）の専任准教授である。Yは本件短大を設置運営する学校法人であり、本件短大は、幼児教育学科（以下「本件学科」という）を設置する入学定員100名、専任教員14名の短期大学である。

視覚障害を有するXは、視覚補助の補佐員を私費で雇いながら授業（生物学、環境（保育内容）、卒業研究等。以下、「本件各授業」という）を行っていたが、学生の授業中の飲食をXが注意しないことや授業内容について、受講生が大学に苦情を申立てたこと等を契機に、Xを授業担当から外し研究と学科事務のみを担当すること（以下、「本件職務変更命令」という）、および、Xがこれまで使用してきた研究室からキャリア支援室に移動すること（以下、「本件研究室変更命令」という）を命じられた（以下、これらを「本件各命令」という）。

そこでXはYに対し、①本件各授業を担当する地位にあることの確認（確認の訴え1）<sup>2</sup>、②本件職務変更命令が無効であり同命令に従う義務のないことの確認

(確認の訴え1')、③本件研究室を使用する地位にあることの確認(確認の訴え2)、④本件研究室変更命令が無効であり同命令に従う義務のないことの確認(確認の訴え2')、および⑤慰謝料等の支払いを求めた。原審判決は、①と③は却下したが、②と④の各命令は違法であり従う義務はないとし、⑤慰謝料等として110万円を認めた。Yが控訴し、附帯控訴したXは⑥授業を担当せずキャリア支援室において学科事務に従事する労働契約上の就労義務のないことの確認(確認の訴え3)を追加した。

高裁判決は、①および③について確認の利益を欠くとして却下した。また、②、④および⑥については、⑥を選択したうえで、本件職務変更命令のうちXに授業を担当させないとする部分には確認の利益がないとして却下した。ただし、本件職務変更命令と本件研究室変更命令は権利の濫用に当たり無効であるとして、キャリア支援室での就労義務のないことの確認を求めた部分については認容し、⑤慰謝料等として110万円の支払いを認めた。

### III 検討

本件の主要な争点は、①就労請求権の有無、②本件各命令の違法性、および③本件各命令の不法行為該当性の3点にある。両判決ともに、①Xの就労請求権は認められないが、②本件各命令は権利の濫用であって無効であり、③不法行為に当たるとして、慰謝料を認容した。以下、原審判決と高裁判決とで理由付けに違いのある①と②について検討する。

#### I 就労請求権

労働者の就労請求権について、これまでの裁判例は、労働は労働者にとって義務であり権利ではない(労働契約法6条参照)として就労請求権を原則的に否定しつつ、①労働契約等に特別の定めがある場合と、②業務の性質上労働者が労務の提供について特別の合理的な利益を有する場合には、例外的に就労請求権を認めるという「原則否定・例外肯定説」に立つ<sup>3</sup>。両判決も、従来の立場を踏襲し就労請求権は認められないとしたが、その理由付けに差がみられる。

原審判決は、Xが本件短大で教授・指導することについての利益を有することは否定できないが、教授会での審議等の手続きを経ていないことや、労働契約にXが担当すべき具体的な授業が定められていないこと等を理由に、Xが本件各授業を担当する具体的権利・利益を有するとは認められないとした<sup>4</sup>。

これに対し、高裁判決は、本件各授業を担当する旨の合意の存在を認めるに足りる証拠はなく、また、授業を担当せず研究等に専念する准教授が存在し得るこ

とを当然に予定する学校教育法の規定を根拠に、授業をする権利を有するとはいえないとした。

確かに、原審判決を含む、授業をする権利・利益が認められた裁判例においても、大学の諸般の事情を勘案して講義の編成を決定する教授会の審議等の手続きを経ていないとして、授業を行う具体的な地位の確認までは認められていない。就労請求権は認められないとした両判決の結論は、妥当といわざると得ない。ただし、授業を行うことに特別の利益があるかどうかは、個々の具体的事案の下で判断されるべきであり、学校教育法の規定を根拠としておよそ大学教員には授業をする権利が認められないと述べる高裁判決には疑問がある。Xは、高裁において、大学教員という職務の専門性を有するだけでなく、「視覚障害を抱えているという特段の事情」があることからすれば、例外として就労請求権が認められるべきであるとの主張を追加したが、高裁判決はこの点について検討していない。本件においてXが主張するように、視覚障害があるなかで授業ができない状態が続くと、授業の感覚等が失われ、Xの有する技能が著しく低下することがあるかどうかについて、検討すべきであったと考える<sup>5</sup>。

## 2 職務変更命令と研究室変更命令の違法性

Xは、「本件職務変更命令は、Xの職務内容を変更するものであるから配転<sup>6</sup>命令に該当する」と主張した。これに対しYは、「本件職務変更命令は、飽くまでも教員が行うべき本来的職務のうち、単に担当授業のみを免じ、研究及び学科事務に集中させるというものに過ぎず、所属部署の変更を伴うものでも、本来的職務とは異質な、別の負担をかけるものでもなく、「配転命令には該当しない」と主張した。地裁判決はYの主張を採用したのに対し、高裁判決はXの主張を採用した。以下、配転法理について説明したうえで、両判決について検討する。

### (1) 配転法理

最高裁により確立された配転に関する判例法理（配転法理）<sup>7</sup>は、配転命令に2段階の制約を課す<sup>8</sup>。第1に、使用者が有効に配転を命じるためには、配転命令権が労働協約や就業規則の定めなどによって労働契約上根拠づけられていなければならない。配転を予定している会社では、就業規則に、「業務上の都合により従業員に配転を命ずることができる」旨の定めがおかれていることが多い。このような規定があれば、労働者の個別の同意がなくとも、使用者は従業員に配転を命じることができる。ただし、当該労働者と使用者との間で、勤務地や職種を限定する明示ないし黙示の合意があるときには、配転命令権はその合意の範囲内のものに限定される（労働契約法7条但書）。

使用者に配転命令権が認められる場合であっても、第2に、その行為は権利濫用法理による制約を受ける。すなわち、①配転命令に業務上の必要性が存在しない場合、業務上の必要性が存する場合であっても、②配転命令が不当な動機・目的をもってなされた場合、または、③労働者に通常甘受すべき程度を著しく超える不利益を負わせるものである場合等、特段の事情の存する場合には、配転命令は権利の濫用となる。

## (2) 地裁判決

### a 判旨

「本件職務変更命令は、教員が行うべき本来的職務のうち、担当授業を免じ、研究及び学科事務に集中させるものであって、Xに対し、教員の本来的職務とは異質の負担を新たにかけるわけでもなく、何ら減給等の不利益を伴うものでもない」ため、「本件職務変更命令は配転命令であり、職務限定合意があるXが同意しない限り効力を有しないと」の「Xの主張は採用できない」。

しかし、Xが自己の専門分野等について学生を教授、指導する「利益を有することは否定できないことによれば、業務上の必要性が存しない場合、不当な動機・目的をもってされた場合等客観的に合理的と認められる理由を欠くときには、本件職務変更命令は権利を濫用するものとして無効になるというべきである」。

業務上の必要性について、「あったとしてもYが実施している授業内容改善のための各種取組等による授業内容の改善や、補佐員による視覚補助により解決可能なものと考えられ、本件職務変更命令の必要性としては十分とはいえず」、労働者の被る不利益については、「本件職務変更命令は、Xの研究発表の自由、教授・指導の機会を完全に奪うもので、しかも、それは平成28年度に限ったものではなく、以後、Xには永続的に授業を担当させないことを前提とするものであるから……、Xに著しい不利益を与えるもので、客観的に合理的と認められる理由を欠くといわざるを得ない」<sup>9</sup>。

### b 検討

確かに、本件職務変更命令は、職務内容全体を変更するものではなく職位や給与の異動も行われていないことから、典型的な配転とはいえないが、大学教員にとって重要な授業をさせずに事務に集中させるものであり、研究室からキャリア支援室への移動を命じている点を併せれば、教員ではなく事務職員として扱うものであり、実質的に配転と同視しうると考える。したがって、本件職務変更命令を配転と捉え、配転についての就業規則の規定や職種限定の合意があったかどうかを検討すべきであった。



権利濫用性の判示部分については、障害者雇用促進法（以下、「促進法」という）の合理的配慮提供義務規定の影響を含め、3で検討する。

### （3）高裁判決

#### a 判旨

「本件職務変更命令は……本件短大の就業規則 39 条に基づき、職務の内容を変更するものであり、本件研究室変更命令は、同規則及びこれに基づく本件職務変更命令を前提として、勤務場所の変更を命じるものであるから、これらは全体として配転命令の性質を有するものというべきである」。

「Y が本件職務変更命令の必要性として指摘する点は」、Y による「授業内容改善のための各種取組み等……や、補佐員による視覚補助により解決すべきものであり、現時点において、これが解決不可能なものであると認めることはできず、「本件職務変更命令による変更前における X の職務内容等の観点から、……命令の必要性を基礎づけることはできない」。「他方で、……キャリア支援室において、X が担当する学科事務の内容は具体的に決まっておらず、検討もされていなかったのであるから、本件職務変更命令による変更後の X の職務内容等の観点からも、……命令の必要性を基礎づけることはできない」。

「これらの一連の業務命令を全体としてみると、……配転命令である本件職務変更命令及び本件研究室変更命令は、業務上の必要性を欠いており、かつ、労働者に対する処遇としても合理性を欠くものであって、X に対し、通常甘受すべき程度を著しく超える精神的苦痛を負わせるものであると認められ、「権利濫用に当たり、いずれも無効というべきものである」。

#### b 検討

高裁判決が、本件職務変更命令と本件研究室変更命令は、「全体として配転命令の性質を有する」とした点は、地裁判決に対する上記批判に應えるものであって、評価できる。ただし、配転命令権に関する労働契約上の根拠については、就業規則規定（「教職員は勤務の配置転換又は職務の変更を命じられたときは、速やかに事務引継ぎを行い、新任部署につかなければならない。」）を確認するにとどまり、職種限定合意に言及することなく、権利濫用性判断に移っている。就労請求権の判断において、XY 間で X が本件各授業を担当する旨の合意が存在することを認めるに足りる証拠はないとしており、職種限定合意がなかったものと捉えたものとも考えられる。しかし、配転命令権の有効性を判断するに当たっては、職種を限定する合意（何らかの授業を担当するとの合意）の有無を、別途検討すべきであったといえよう。

権利濫用性判断においては、業務上の必要性の有無やXの被る不利益を、地裁判決よりも丁寧に検討し、各命令が権利濫用に当たると判断した点も含め、妥当であると考えられる。

### 3. 権利濫用性判断 - 合理的配慮規定の影響

#### (1) 合理的配慮提供義務規定の私法上の効力

2013(平成25)年の促進法改正により、障害者に対して合理的配慮を提供することが事業主に義務づけられた(36条の2、36条の3)。本件職務変更命令は2016(平成28)年3月24日に行われており、改正促進法の施行日(同年4月1日)よりもわずかに前であるが、両判決は合理的配慮に若干の言及をしている。

促進法改正時の議論では、合理的配慮規定から直接に私法上の効力が生じるものではないが、民法の一般規定(公序良俗(90条)、不法行為(709条)、または信義則(1条2項)等)を介して、間接的に効果が生じるとの解釈が示されている<sup>10</sup>。本判決において、合理的配慮規定がどのように考慮されたのを以下で検討する。

#### (2) 地裁判決と高裁判決の判旨<sup>11</sup>

本件職務変更命令の必要性の理由として、①動植物の飼育・栽培の授業が満足にできておらず、教員としての最低限の教育能力を欠いていること、②他の授業も「遊び」や「ゲーム」で構成されているなど適切に行われていないこと、および③学生の雑談、読書、睡眠、無断退出等が横行するなど学級崩壊同然の状態が生じていたことが、挙げられていた。

これに対し、両判決は以下のように判示した。①について、「本件学科内で行われている……教育内容改善のための各種取組の中で検討を重ね、是正されていくべき事柄であり、直ちに教員として最低限の教育能力を欠くことにはならない」。②について、授業内容に「理由がなかったとはいえ、このことから直ちにXの准教授としての能力、資質に問題があるということとはできない」。③について、「今後、Xが卒業研究を含む全授業につき視覚補助を受けるとともに、Yと協議するなどして、有効、適切な視覚補助の在り方に改善すれば、Xの授業の一部にみられた学生の問題行動については対応可能と認められる」。また、「本件学科内で、学生の問題行動につき、全体としてどのように指導していくか、あるいは、Xに対する視覚補助の在り方をどのように改善すれば、学生の問題行動を防止することができるかといった点について正面から議論、検討された形跡は見当たらず、むしろ、望ましい視覚補助の在り方を本件学科全体で検討、模索することこそが障害者に対する合理的配慮の観点からも望ましいものと解される」。

このように述べたうえで、両判決は、本件職務変更命令の必要性はなく X に著しい不利益を負わせるもので、権利の濫用に当たり無効というべきとした<sup>12</sup>。

### （3）検討

これまでの裁判例のなかには、休職期間満了に伴う退職扱いや解雇の局面において、一種の解雇回避努力義務として、合理的配慮が求められると解されるものがみられる<sup>13</sup>。私傷病により従前業務ができなくなった労働者を休職期間満了による退職扱いとした JR 東海（退職）事件<sup>14</sup>では、従前業務から労働者が職務遂行可能な部署への配置換えを行うとともに、配置換え後の職務についても能力に応じた職務を分担させる工夫をすべきであるとして、退職扱いが無効と判断された。また、アスペルガーの大学教授が、生協職員に罵声を浴びせ土下座させたこと、大学構内において暴力を振るわれたとして男子学生を警察に通報したこと等を理由に解雇された O 公立大学法人（O 大学・准教授）事件<sup>15</sup>では、それらの問題行動の背景にアスペルガー症候群があることを前提として、必要な配慮（ジョブコーチ等の支援等）を行い、雇用を継続するための方策を検討した形跡すらないこと等を理由に、解雇が無効とされた。

このようななかで両判決は、職務変更の業務上の必要性や労働者の被る不利益性を判断する際に、合理的配慮を提供したかどうか加味される可能性を示したものと見える。学説上も、「解雇、傷病休職満了による退職扱い、配転命令などに際して障害者に対する使用者の合理的配慮の欠如が考慮に入れられ、労働契約法や判例上の権利濫用法理等に照らしてそれらの措置の民事的効力が否定される場合もありうる」との指摘がなされている<sup>16</sup>。具体的には、労働者の職務遂行能力を測ったり業務上の必要性を判断したりする際には、「合理的配慮の提供をうけた状態」でなされなければならないということ、本判決は示唆するものといえよう。

ただし、合理的配慮が検討・提供されたものの、労務遂行が不十分である等として職務変更や解雇をせざるを得ない場合に、どこまで配慮すべきであったとするのかは、あるいは、どのような場合に過重な負担となるのかは、必ずしも明らかではない。また、合理的配慮の提供義務が、信義則上の義務として、労働契約の内容を超えてまで及びうるものかどうかについてもさらに検討を要する。たとえば、労働契約において職種が限定されている場合に、合理的配慮として従前とは異なる職種に配置する義務が使用者が負うのか<sup>17</sup>、あるいは、総合職として採用された労働者について、一般職にまで広げて配置先を検討すべきか<sup>18</sup>等が問題になると考えられる。

- 
- <sup>1</sup> 障害法学会には労働法を専門としない会員が所属することを踏まえ、学会報告と同様に、本稿は就労請求権や配転法理の基本的な説明を中心とする。より詳細な検討は、地裁判決について拙稿「判批」季刊労働法 259号 (2017年) 193頁以下、高裁判決について拙稿「判批」ジュリスト 1523号 (2018年) 143頁以下を参照していただきたい。
- <sup>2</sup> 確認の訴え1～3は、高裁判決により整理されたものである。
- <sup>3</sup> 読売新聞社事件・東京高決昭和33・8・2労民集9巻5号831頁等。学説については、菅野和夫『労働法〔第11版補正版〕』(2017年)150頁、新屋敷恵美子「就労請求権」労働法の争点〔ジュリスト増刊〕(2014年)40頁以下参照。
- <sup>4</sup> 大学教員については、就業規則の規定の解釈から、授業をすることを単なる義務ではなく労働契約上の権利とする旨の黙示の合意の成立を認める裁判例(梅檀学園(東北福祉大学)事件・仙台地判平成9・7・15労判724号34頁)や、教育活動をする法的利益を有するとした裁判例(学校法人享永学園教授戒告事件・津地判平成16・9・16裁判所ウェブ)等がみられる。他方、大学教員であるからといって常に教育・研究が労働契約上の権利として認められるわけではないとする裁判例(四天王寺国際仏教大学事件・大阪地決昭和63・9・5労判530号62頁等)もある。
- <sup>5</sup> 例外的に就労請求権を認めたものとして、レストラン・スイス事件・名古屋地判昭和45・9・7労経速731号7頁がある。同判決では、「調理人としての技量はたとえ少時でも職場を離れると著しく低下する」として、労務提供についての特別の合理的な利益が認められた。
- <sup>6</sup> 配転には、勤務場所の変更(転勤)と職務内容の変更とがある(両者が同時に行われることもある)。
- <sup>7</sup> 東亜ペイント事件・最二小判昭和61・7・14労判477号6頁、ケンウッド事件・最三小判平成12・1・28労判774号7頁。
- <sup>8</sup> 水町勇一郎『労働法〔第7版〕』(有斐閣、2018年)148頁以下。
- <sup>9</sup> 不当な動機・目的について、本件職務変更命令は、視覚障害が悪化したXへの退職勧奨の意図が含まれているとも考えられるが、両判決は、本件職務変更命令等の不法行為該当性判断において、その実質が直ちに違法な退職勧奨であったとまでは認められなかった。
- <sup>10</sup> 労働政策審議会障害者雇用分科会「今後の障害者雇用施策の充実強化について(意見書)」(2013年3月14日)2頁。
- <sup>11</sup> 以下の判旨について、高裁判決は一部を除き地裁判決を引用しているため、併せて検討する。
- <sup>12</sup> 地裁判決が各命令を別々に判断したのに対し、高裁判決は各命令を一体のものとして捉えて判断した点に違いがある。
- <sup>13</sup> 裁判例については、永野仁美=長谷川珠子=富永晃一編著『詳説障害者雇用促進法——新たな平等社会の実現に向けて〔増補補正版〕』(弘文堂、2018年)28頁以下〔小西啓文〕、347頁以下〔富永晃一〕参照。
- <sup>14</sup> 大阪地判平成11・10・4労判771号25頁。
- <sup>15</sup> 京都地判平成28・3・29労判1146号65頁。
- <sup>16</sup> 菅野・前掲注3、283頁。

- <sup>17</sup> カントラ事件・大阪高判平成 14・6・19 労判 839 号 47 頁は、職種を特定して雇用された場合においては、従前の業務を通常の程度に遂行することができなくなった場合は、原則として、債務の本旨に従った履行の提供、すなわち、特定された職種の職務に応じた労務の提供をすることができない状況にあるものと解されるとしつつ、「他に現実に配置可能な部署ないし担当できる業務が存在し、会社の経営上もその業務を担当させることにそれほど問題がないときは、債務の本旨に従った履行の提供ができない状況にあるとはいえないものと考えられる」と述べる。学説上も、労働者の職種や業務内容が限定されている場合でも、使用者には就業可能な業務への配置を打診する信義則上の義務があると解すべきとするものがある（大内伸哉『最新重要判例 200 労働法〔第 5 版〕』（弘文堂、2018 年）41 頁）。
- <sup>18</sup> 日本電気事件（東京地判平成 27・7・29 労働判例 1124 号 5 頁）では、総合職として働いていた労働者（アスペルガー症候群）が、傷病休職取得後に復職を求めたが、裁判所は、「合理的配慮の提供義務も、当事者を規律する労働契約の内容を逸脱する過度な負担を伴う義務を事業主に課するものではない」として、総合職として配置される業務以外への配置可能性を検討する必要はないとし、労働契約上の地位の確認請求を棄却した。



# 学会記事

## 1. 第2回 日本障害法学会が開催されました

2017年11月11日(土)、武蔵野大学有明キャンパスにて、第2回日本障害法学会研究大会が開催されました。多数の御来場を頂きまして誠にありがとうございました。

判例研究の部では、藤岡毅会員「鈴木訴訟」、長岡健太郎会員「石田訴訟・ALS訴訟」の各報告があり、原田啓一郎会員による検討が行われました。次に、大胡田誠会員「岡山視覚障害教員事件」の報告があり、長谷川珠子准教授による検討が行われました。

シンポジウム①「障害差別禁止の法理」では、尾形健会員「障害差別禁止の法理—憲法学の側から」、小西啓文会員「労働法における障害差別禁止法理—ドイツ法を参考として」、今川奈緒会員「特別教育と普通教育との境界—アメリカのRTIを手がかりに」の各報告が行われました。

シンポジウム②「相模原障害者殺傷事件」では、保条成宏会員「生命の刑罰的保護と障害者—ドイツと日本における優生思想の展開に着目して」、内田博文名誉教授「『責任能力』概念の再構成」、大曾根寛会員「相模原障害者殺傷事件と社会福祉法制上の論点」、石埼学教授「精神障害者と憲法—精神保健福祉法を中心に」の各報告が行われました。

報告後の討論では多くの参加者を交えて盛んな質疑応答が行われました。各報告の内容は本誌所収の各論稿をご覧ください。

## 2. 学会誌「障害法」創刊号が刊行されました

学会誌「障害法」創刊号が刊行されました。

学会ホームページ (<https://disability-law.jp/category/journal>) でも公開します。執筆者には心から御礼を申し上げます。

## 第2回 日本障害法学会 プログラム

【日時】 2017年11月11日(土) 9時50分～18時40分

【場所】 武蔵野大学有明キャンパス (〒135-8181 東京都江東区有明3-3-3)

【プログラム】

**9:50～12:10 判例研究：介護保障分野と就労分野の判例分析**

司会：新田秀樹会員

判例研究1：鈴木訴訟・石田訴訟

報告1 藤岡毅会員「鈴木訴訟」

報告2 長岡健太郎会員「石田訴訟」

コメント：原田啓一郎会員「藤岡報告・長岡報告に対するコメント」

質疑（フロアを交えて）

判例研究2：岡山視覚障害教員事件

報告 大胡田誠会員「岡山視覚障害教員事件」

コメント 長谷川珠子准教授「大胡田報告に対するコメント」

質疑（フロアを交えて）

**12:10～12:40 総会**

**13:30～15:45 シンポジウム①：障害差別禁止の法理**

司会：山崎公士会員

報告1 尾形健会員「障害差別禁止の法理－憲法学の側から」

報告2 小西啓文会員「労働法における障害差別禁止法理  
－ドイツ法を参考として」

報告3 今川奈緒会員「特別教育と普通教育との境界  
－アメリカのRTIをてがかりに」

質疑（フロアを交えて）

**16:00～18:40 シンポジウム②：相模原障害者殺傷事件と障害法の課題**

司会：棟居快行会員

報告1 保条成宏会員「生命の刑法的保護と障害者」

－ドイツと日本における優生思想の展開に着目して－

報告2 内田博文教授『責任能力』概念の再構成」

報告3 大曾根寛会員「相模原障害者殺傷事件と社会福祉法制上の論点」

報告4 石埼学教授「精神障害者と憲法－精神保健福祉法を中心に」

質疑（フロアを交えて）

---



# 日本障害法学会編「障害法」創刊号 (2017年11月)

## 目次

### 設立の辞

日本障害法学会設立の辞 .....	河野 正輝	1
日本障害法学会設立に寄せて .....	東 俊裕	4

### 障害法とは何か

「新たな社会法」としての障害法 .....	河野 正輝	9
障害を理由とする雇用差別禁止の法的課題 .....	浅倉 むつ子	33
成年後見制度利用促進法の施行と成年後見制度の展望 .....	新井 誠	51
転換期の障害法 .....	川島 聡	77
障害法をめぐるいくつかの基礎的論点 .....	池原 毅和	97
シンポジウム要録 .....		117

### 公募論文

情報へのアクセスに対する社会的障壁と著作権制度 .....	佐藤 豊	127
合理的配慮に「配転」は含まれるのか? .....	西田 玲子	143

### 学会記事

# 日本障害法学会規約

## 第1章 名称及び所在地

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

第2条 本会の事務局は、理事会の定めるところに置く。

## 第2章 目的及び事業

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

第4条 本会は、前条の目的を達成するため、次の事業を行う。

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

## 第3章 会 員

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

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

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

## 第4章 機 関

第8条 本会に、次の役員を置く。

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

- 二 監事 2名

選挙理事及び監事の選出については、別に定める。

推薦理事は、理事の居住する地域及び研究分野の均衡等を考慮して、理

事会が推薦し、総会の承認を受ける。

代表理事は、理事会において互選する。

第9条 理事及び監事の任期は、2年とする。但し、再任を妨げない。

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

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

第11条 理事は理事会を組織し、理事会が会務を執行する。

第12条 監事は、会計及び会計執行の状況を監査する。

第13条 理事会は、事務局員を委嘱し、会務の執行を補助させることができる。

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

## 第5章 総会

第15条 本会の運営に関する重要事項は総会が決する。

代表理事は、毎年1回通常総会を開催する。

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

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

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

## 第6章 会計

第17条 本会の経費は、会費及び寄付金その他の収入をもってあてる。

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

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

## 第7章 規約の変更

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

### 附則

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