

# 障害者法（Disability Law）を めぐる憲法的一思考

尾形 健

---

はじめに

- 1 「障害」概念めぐって
  - 2 障害者法と憲法的一思考
- むすびにかえて

はじめに

わが国の障害者法制は、現在、一つの画期を迎えている。まず、日本政府も2007（平成19）年9月に署名した障害者権利条約は、わが国における障害者をめぐる法制度に再考を促す大きな契機をもたらしている<sup>(1)</sup>。そして、2009（平成21）年9月の政権交代後に発足した民主党政権下において、内閣に「障がい者制度改革推進本部」が設置された。同本部は、障害者権利条約の締結に必要な法整備等、わが国障害者法制の集中的な改革を行い、関係行政機関相互間の緊密な連携を確保しつつ、「障害者施策の総合的かつ効果的な推進を図る」ことを目途として、本部長を内閣総理大臣、副本部長を内閣官房長官、その他すべての国務大臣を本部員として、障害者制度改革を内閣による総合調整等によって強力に推進することを企図している<sup>(2)</sup>。さらに、その傘下に「障がい者制度改革推進会議」（以下「推進会議」という）が発足し、これまでに幾度と審議を重ね、それは、『障害者制度改革の推進のための基本的な方向（第一次意見）』（2010〔平成22〕年6月7日。以下『第一次意見』という）および『障害者制度改革の推進のための第二次意見』（2010〔平成22〕年12月17日。以下『第二次意見』という）に結実した。『第二次意見』を受け、障害者基本法が抜本的に見直され（平成23年法律第90号）、すべての国民が、障害の有無にかかわらず基本的人権を享有する「かけがえのない個人」として尊重される理念にのっとり、「全ての国民が、障害の有無によつて分け隔てられることなく、相互に人格と個性を尊重し合いながら共生する社会」の実現を目標とし（1条）、障害を理由とする差別を禁止し（4条1項）、「社会的障壁の除去は、それを必要としている障害者が現に存し、かつ、その実施に伴う負担が過重でないときは、それを怠ること

---

(1) 川島聡「障害者権利条約の概要」法律時報81巻4号（2009年）4頁参照。

(2) 「障がい者制度改革推進本部の設置について」（平成21年12月8日閣議決定）。

によつて前項の規定に違反することとならないよう、その実施について必要かつ合理的な配慮がされなければならない(同条2項)として、「合理的配慮」(後述)をふまえた差別禁止の要請を含むなど、これまでの障害者法制における見方を大きく変えるものとなっている。

この小稿では、以上のような動向をふまえつつ、『第一次意見』第3で示された問題群にかかる法的論点をカバーする法領域を、さしあたり障害者法 (Disability Law) として把握しつつ、これをめぐる問題等について、一憲法研究者の観点から若干の考察を試みたい。

## 1 「障害」概念をめぐって

まず、そもそも検討の対象となるべき「障害」概念について検討しておきたい。というのも、近時、現行法で用いられている「障害」に代えて、「障がい」・「障碍」・「チャレンジド」など、様々な用法が用いられ、この領域が対象とする事項について、見解の相違がみられるからである。『第二次意見』では、法令等における「障害」の表記につき、見解の一致をみなかった現時点では新たな表記を決定することが困難であるとしつつ、当事者への配慮や障害者権利条約における障害者の考え方および障害学における議論との整合性への配慮等をふまえ、当面、現状の「障害」を用いることとし、今後制度改革の集中期間内を目途に一定の結論を得るべきものとされた<sup>(3)</sup>。

### (1) 「障害者」の意義

#### (a) 国語的意義

まず、国語的意味に着目すると、しょうがい【障害・障碍】とは、「①さわり。さまたげ。じゃま」、「②身体器官に何らかのさわりがあって機能を果たさないこと」などとされ、「障害者」とは、「身体障害・知的障害・精神障害があるため、日常生活・社会生活に継続的に相当な制限を受ける者」とされる<sup>(4)</sup>。このほか、「しょうがい【障害・障碍・障礙】」として、「さまたげをすること。じゃまをすること。また、そのさまたげとなるもの。さわり。しょうげ」と説明するものや<sup>(5)</sup>、「ササへ、フセグコト。サハリ。ササハリ。サマタゲ。邪魔。障礙」とするものなどがある<sup>(6)</sup>。

#### (b) 現行法制上の意義

一方、現行法制上の用例についてみると、障害者自立支援法にいう「障害者」は、「身体障害者福祉法第四条に規定する身体障害者、知的障害者福祉法にいう知的障害者のうち十八歳以上である者及び精神保健及び精神障害者福祉に関する法律第五条に規定する精神障害者(発達障害者支援法…第二条第二項に規定する発達障害者を含み、知的障害者福祉法にいう知的障害者を除く。以下「精神障害者」という。)のうち十八歳以上である者をいう」とされている(4条)。この定義の趣

(3) 『第二次意見』Ⅱ参照。「制度改革の集中期間」とは、前掲注(2)・「障がい者制度改革推進本部の設置について」3項にいう、「障害者の制度に係る改革の集中期間」とされ、これによれば「当面5年間」とされる。『第一次意見』第3-1-2注※参照。

(4) 新村出編『広辞苑〔第6版〕』(岩波書店、2008年)1,367頁。

(5) 日本大辞典刊行会編『日本国語大辞典第10巻』(小学館、1993年〔16刷〕)。

(6) 大槻文彦『新編大言海』(富山房、1982年〔4刷〕)1011頁。

旨は、障害者の範囲については知的障害者の定義規定の必要性や難病患者の位置づけなど、様々な議論があったが、障害者自立支援法制定時において、「制度は共通に、支援は個別に」という考え方のもと、障害者の受けるサービスなどについて、手続・実施主体などの共通化を図りつつ、従来から福祉サービス等の対象となっている身体障害者・知的障害者・精神障害者・障害児の範囲については、従前の範囲によるものとされ、障害者の定義については、それぞれ個別法に依拠した定義とされているようである<sup>(7)</sup>。また、所得税法上の障害者控除（79条）について、同法は、「精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者、失明者その他の精神又は身体に障害がある者で政令で定めるものをいう」（同法2条1項28号。特別障害者につき同項29号参照）、とされ、詳細は所得税法施行令に定められている（同10条）。

## (2) 「社会モデル」からのアプローチ

### (a) 改正障害者基本法における「障害」

今般改正された障害者基本法上の「障害者」は、「身体障害、知的障害、精神障害（発達障害を含む。）その他の心身の機能の障害（以下「障害」と総称する。）がある者であつて、障害及び社会的障壁により継続的に日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける状態にあるものをいう」、とされ、ここに「社会的障壁」とは、「障害がある者にとって日常生活又は社会生活を営む上で障壁となるような社会における事物、制度、慣行、観念その他一切のものをいう」、とされる（2条1号・2号）。上記の障害者基本法における「障害」観は、推進会議において、「障害」の定義に「社会モデル」の観点を反映させることが「極めて重要」とされたことを契機とするものようである<sup>(8)</sup>。

### (b) 「医学モデル」と「社会モデル」

ここにいう「社会モデル」とは、「医学モデル」と対置されるものとして提唱されてきたものである。障害の「医学モデル」とは、「心身の機能・構造上の『損傷』（インペアメント）と社会生活における不利や困難としての『障害』（ディスアビリティ）とを同一視したり、損傷が必然的に障害をもたらすものだととらえる考え方」、とされる。これは、障害の原因を除去したり、個人への医学的な働きかけ（治療・訓練等）を常に優先したりする考え方といわれ、障害を個人に内在する属性としてとらえ、同時に障害の克服のための取組みはもっぱら個人の適応努力によるものとする。一方、「社会モデル」とは、「損傷（インペアメント）と障害（ディスアビリティ）とを明確に区別し、障害を個人の外部に存在する種々の社会的障壁によって構築されたものとしてとらえる考え方」である。これは、「医学モデル」と異なり、社会的障壁の除去・改変によって障害の解消を目指すことが可能だと認識するものであり、障害の解消に向けた取組みの責務を、障害者個人にではなく社会の側に見出そうとするものといわれる<sup>(9)</sup>。こうした実定法上の定義ないし理解も含め、これまで漠然と理解されてきた「障害者」概念について再考を促したのは、障害学（disability studies）

(7) 障害者福祉研究会編集『逐条解説障害者自立支援法』（中央法規出版、2007年）42-43頁。

(8) 『第二次意見』I-2-2)。

(9) 『第一次意見』第2-3（注）の説明による。

からのアプローチとされる。それによれば、従来、社会福祉の領域において、心理的・生理的・解剖的構造あるいは機能の損傷・異常を意味する概念である「インペアメント（impairment）」と、「インペアメント」に起因する能力障害（正常と考えられる活動を遂行する能力の制限・欠如）を意味する概念である「ディスアビリティ（disability）」とが区別されてきたところ、「障害」とは、先述の「医療モデル」（「個人モデル」）の観点から理解されてきたとされる。これは、障害者が自己の身体的・医学的状况のために生活行動が妨げられ、社会的機能を営むことができないために社会から疎外されると考えるものであり、障害者が直面する社会生活上の制約は、本人の心身の損傷に起因する自然的現象として理解される。これに対して障害学から提唱されたのが「社会モデル」であり、それによれば、社会的に形成される身体規範という外在的な要因が、個人の機能遂行能力を決定する要素となっていると理解するものであり、この見地からは、「障害」（ディスアビリティ）とは、個人の身体的・精神的損傷（インペアメント）に起因するものではなく、そのような損傷のない人を基準に構築されている社会環境・社会的態度における社会的バリアに起因するものと捉えるものとされる<sup>(10)</sup>。「社会モデル」からは、「障害を個人の責任に帰する個人モデルを批判し、多数者中心社会の主要な価値観、あるいは、障害者を排除する価値規範に批判の目を向け社会変革をめざす」という側面があるとされる<sup>(11)</sup>。

### （3）「障害」をめぐる諸相

このように、これまでの実定法上は、国語的意味を前提としつつも、当該法律の趣旨・目的に沿う形で「障害」を把握してきたように見受けられる。しかし、今般改正された障害者基本法では、明示的に「社会モデル」的な姿勢が採用され、今後、こうした観点からの「障害」観が、わが国法制にも広く浸透することが予想される。

ただ、本稿の見地からは、以下の点を指摘しておきたい。まず、「障害」そのものの表記であるが、推進会議も指摘するように、現時点では必ずしも一致した見解があるわけではなく、また、「しょうがい【障害・障碍・障礙】」として「さまたげをすること。じゃまをすること」等の説明があったこともふまえると、「障害」を「障がい」・「障碍」等と言い換えることがどのような意味を持つのか、やや判然としない点も残る<sup>(12)</sup>。そして、現時点では、国の唯一の立法機関であり、全国民を代表する国会（憲法41・43条1項）による制定法自身が「障害」という表記を用いていることも、法学的見地からは看過しえないように思われる。以上の点から、本稿では、現時点では、「障害」という表記を用いておきたい。

(10) 以上の説明は、植木淳『障害のある人の権利と法』（日本評論社、2011年）29-30頁に負う。なお参照、長瀬修『障害学に向けて』石川准＝長瀬修編著『障害学への招待』（明石書店、1999年）所収11頁、14-20頁。

(11) 杉野昭博『障害学 理論形成と射程』（東京大学出版会、2007年）92頁。該当箇所は、アーヴィング・ケネス・ゾラ（Irving Kenneth Zola）やハーラン・ハーン（Harlan Harn）といった障害学者の見解を本文引用のように特徴付け、両者を「社会モデル」として統一的に把握することが可能であるとする。

(12) 植木・前掲注（10）4-5頁は、「社会モデル」の見地を前提とすれば、「障害」は当事者に対する否定的メッセージを表現するものではなく、当事者に対する社会的反応を表現するものと理解されうる、などとしつつ、「障害」という語を用いている。

また、「医学モデル」と「社会モデル」については、必ずしも排他的に用いられるものでもない点にも留意する必要がある。イギリスの障害者差別禁止法（Disability Discrimination Act）をめぐる動向等を分析した研究によれば、「社会モデル」においても、「インペアメント考慮型社会モデル」と「インペアメント否定型社会モデル」とがあるようであり、後者の場合、「インペアメント」をも文化・社会的関係において把握しようとするなどの点で、社会自体の相対性に伴って「障害」の定義も相対的になってしまう問題点などが指摘される<sup>(13)</sup>。そして、「障害者を認定するためのアプローチの方法として、社会から生じる障害とインペアメントの両側面から検討するイギリスの障害者認定方法に一定の利点がある」、という。つまり、「障害者の存在を考慮せずに設計された既存の社会構造を問題視し、その解決を求める一方、差別禁止の対象を特定する限りにおいて個人のインペアメントをも考慮に入れるため、客観的に判断できる枠組みを残すことができる」、というのである（インペアメント考慮型社会モデル）<sup>(14)</sup>。

すでにみたように、実定法上は、その趣旨・目的に応じて「障害」概念が把握されるところがあり、場合によっては、「医学モデル」的見地からの把握も求められることがある<sup>(15)</sup>。そうだとすると、「障害」観について、法理論として「医学モデル」・「社会モデル」いずれか一方で説明しつづけるのも困難なように思われる<sup>(16)</sup>。そして、このように「障害」概念が状況依存的な問題を含むものであるとして、障害者をとりまく法的状況については、さらに、次のような懸念にも留意しなければならない。すなわち、「障害者・高齢者には、それらの人々が健常者・若年者と同じである限りにおいて、同様の権利・利益を認めるという扱いをすることになりかね」ず、「一般的に障害者・高齢者の実生活に根ざした切実な要求が反映されないおそれがあり、ことに障害者・高齢者（しかも個々の、様々な状況にある障害者・高齢者）の自己決定権行使にとって必要な条件が充足されないおそれがある」、ということである<sup>(17)</sup>。以上をふまえると、問題は、法理論としての一般性を維持しつつも、障害当事者のおかれた個別具体的状況に法理論としてどこまで配慮しうるか、その際、どのようなアプローチが有効であるか、といったことの検討が肝要となるように思われる。

---

(13) 杉山有沙「障害者差別禁止法理の形成と『障害』モデル」社会学論集（早稲田大学大学院社会科学研究所）vol.16（2010年）220頁，226-229頁。

(14) 杉山有沙「障害者差別禁止法理における『障害』と『障害者』の意味」社会学論集（早稲田大学大学院社会科学研究所）vol.17（2011年）145頁，157-158頁。

(15) 刑事訴訟法は、被告人が心神喪失の状態にあるときの公判手続停止を定める（314条1項）。ここにいう「心神喪失」には、被告人が精神障害等により訴訟能力を欠く状態等も含まれるようであるが（松尾浩也監修〔松本時夫ほか編集代表〕『条解刑事訴訟法〔第4版〕』〔弘文堂，2009年〕708頁），公判停止のためには医師の意見を聴かなければならないとされる（314条4項）。以上については後にふれる。

(16) 植木・前掲注（10）5頁は、「障害」という概念が「状況志向的・文脈志向的な概念」であることを指摘する。なお、そこでも引用されている、川島聡「障害差別禁止法の障害観」障害学研究4号（2008年）82頁参照。

(17) 高井裕之「ハンディキャップによる差別からの自由」岩村正彦ほか編『岩波講座現代の法14 自己決定権と法』（岩波書店，1998年）203頁，228頁。

## 2 障害者法と憲法的一思考

各国の憲法典には、「障害」について格別言及した規定を有するものもみられるが<sup>(18)</sup>、わが国憲法は「障害」についてふれていない。また、先述のように、「障害」理解が、「社会モデル」に依拠する姿勢が有力に支持される一方、「障害」とは、状況依存的な含意を持つものとも考えられる。以上をふまえると、障害者法について憲法論から検討する場合、その方向を指し示す何らかの理論を手がかりとすることが有効であるが、この点で、以上の議論に親和的な政治哲学ないし倫理的傾向として、潜在能力論 (capabilities approach) を挙げることに、それほど異論はないであろう<sup>(19)</sup>。その代表的論者として、セン (Amartya Sen) とヌスパウム (Martha C. Nussbaum) を挙げるができるが、両者はともに潜在能力論を志向しつつ、ややニュアンスを異にする議論を展開している。

### (1) 潜在能力論

#### (a) センの潜在能力論

センは、ロールズ (John Rawls) の「基本財 (primary goods)」批判をするが、彼によれば、例えば、障害者を考えたとき、ロールズの議論によれば、その者が障害者であるということとは無関係に、合理的個人なら欲するであろうものとして基本財が配分されることとなる。しかし実際の人間は、健康状態、寿命などに応じて多様なニーズを持っているところ、基本財は人間の多様性に十分配慮したものとはいえず、また、人々と財との関係ではなく、財そのものに注目する点で、「物神崇拜 (fetishism)」的要素がある<sup>(20)</sup>。基本財を自己の生き方などの選択の自由へと転換する能力において、人々は多様であるため、基本財の平等な分配は、現実の自由において深刻な不平等をきたすこととなる、とセンは懸念する<sup>(21)</sup>。

---

(18) ドイツ連邦共和国基本法3条3項第2文は、「何人も、その障害を理由として、不利な取扱いを受けてはならない」と規定する(邦訳は高橋和之編『新版世界憲法集』[岩波書店、2007年]167頁[石川健治訳]による)。この規定につき、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、78-86頁参照。

(19) 内野正幸「障がい者の生活手段利用権」季刊企業と法創造7巻5号(2011年)93頁、94頁、および青柳・前掲注(18)105-106頁も、潜在能力論に言及する。以下本文の記述については、尾形健『福祉国家と憲法構造』(有斐閣、2011年)第3章を参照されたい。西原博史「潜在能力の欠如・剥奪と生存権保障」ジュリスト1422号(2011年)51頁、57頁は、「社会モデル」の障害者差別論に言及しつつ、潜在能力論の含意を敷衍する。西原自身は、生存権につき、「立法による実現を通じて実質化される権利と把握されれば生存権は憲法上の権利としての内実を失い、むしろ国民の無権利状態を正当化するイデオロギーに転落する」ことの懸念を強く示しているが(同論文55頁注19)、筆者自身は、生存権が「抽象的権利」とされることにも相応の法的意義があり、かつ、その性格に相応しい司法審査論を構築することこそが肝要であると考えている。尾形・前掲書147-148頁、154頁以下参照。

(20) AMARTYA SEN, *Equality of What?, in his CHOICE, WELFARE AND MEASUREMENT* 353, 364-367 (1982). アマルティア・セン(大庭健・川本隆史訳)『合理的な愚か者』(勁草書房、1989年)225頁。

(21) AMARTYA SEN, *INEQUALITY REEXAMINED* 81 (1992). アマルティア・セン(池本幸生ほか訳)『不平等の再検討』(岩波書店、1999年)。最近のこの点に関するセン自身のロールズ評価について、See AMARTYA SEN, *Capabilities and Resources, in his THE IDEA OF JUSTICE* 253, 260-263 (2009)。

これに対し、新たな平等論を指し示すものとしてセンが考えるのは、「基本的潜在能力の平等」という視点である。彼によれば、例えばロールズのいう基本財といったものは、人がある一定の基本的なことがらをなすという、「基本的潜在能力 (basic capabilities)」という視点が欠けている<sup>(22)</sup>。基本的潜在能力を構成するものが、センのいう「機能 (functionings)」という観念であり、これは、人のある状態、とりわけその者が生を送るうえでなすこと、なりうるもの、とされる。これらの機能の選択的な組合せが、潜在能力と呼ばれるものとなる。基本的な潜在能力の具体例としては、上述の機能に対応して、移動する能力、必要な栄養を摂取する能力、衣服や住居を賄える能力、共同体の社会生活に参加する能力などが挙げられる<sup>(23)</sup>。

ここにいる「潜在能力」、「機能」そして「財」といった概念の関係は、次のように説明される。例えば、米 (rice) という財を考えると、功利主義的見地からは、その消費による効用 (utility) に関心が向けられるが、しかし問題はそれだけにとどまらず、米という財は人に栄養をもたらすものでもある。このように、米を所有するという事は、その者の栄養の必要をみたすための潜在能力 (capability) を付与するのである。ここにおいて、①「財」(ここでは米)、②「財」の「特性」(カロリーや栄養を与える)、③人の「機能」(カロリー不足に陥らないこと)、そして④「効用」(機能から得られる快や欲求充足) が区別される。センによれば、③の人の「機能」に着目することは、機能への潜在能力が、人が何をなすのか (なしえないか) に関わる点で、何ごとかをなす自由と、自由の積極的意味を反映するものであり、この意味において独特かつ重要なものとされる<sup>(24)</sup>。

#### (b) ヌスバウムの潜在能力論

センと同じく潜在能力論に立脚するヌスバウムは、アリストテレスの解釈を基礎に、人間とその善き生き方・あり方 (機能 [functionings]) と、政治的・社会的施策のあり方について構想する、アリストテレス的社会民主主義 (Aristotelian social democracy) を展開する<sup>(25)</sup>。彼女によれば、アリストテレス的観念において、政府の施策は、人間の善と人間として生きる (function) ことについての十分な理論を前提とする、とされ、善の優越が説かれる。アリストテレスによれば、最善の国制を論じるにあたっては、「まず最初に、もっとものぞましい生とは何かを規定しなければならない。なぜならこの生が明らかでなければ、最善の国制もまた明らかでないのは必然だからである」<sup>(26)</sup>。

<sup>(22)</sup> SEN, *supra* note 20, at 367-368.

<sup>(23)</sup> SEN, *INEQUALITY REEXAMINED*, *supra* note 21, at 39; AMARTYA SEN, *Capability and Well-Being*, in *THE QUALITY OF LIFE* 30, 31 (Martha C. Nussbaum & Amartya Sen, eds., 1993). マーサ・ヌスバウム＝アマルティア・セン編著 (竹友安彦監修・水谷めぐみ訳) 『クオリティ・オブ・ライフ』(里文出版、2006年) 第2章。Sen, *supra* note 20, at 367.

<sup>(24)</sup> See AMARTYA SEN, *Rights and Capabilities*, in his *RESOURCES, VALUES AND DEVELOPMENT* 307, 315-317 (1984). See also AMARTYA SEN, *COMMODITIES AND CAPABILITIES* 6-11 (Oxford India Paperbacks, 1999) (1987). アマルティア・セン (鈴木興太郎訳) 『福祉の経済学』(岩波書店、1988年)。

<sup>(25)</sup> Martha Nussbaum, *Aristotelian Social Democracy*, in *LIBERALISM AND THE GOOD* 203 (R. Bruce Douglass, Gerald M. Mara, and Henry S. Richardson, eds., 1990).

<sup>(26)</sup> *Id.* at 208. アリストテレスの引用は、『政治学』1323a14-17 (牛田徳子訳 [京都大学学術出版会、2001年] 340頁) による。

そこで彼女は、人間の善き生の観念について、「濃密ではあるが不確定である善の観念 (the thick vague conception of the good)」を示そうとする。まず、人の生を構成するとおよそ考えられる要素を挙げ、そして、これらの生のあり方を可能とするような、人間の基本的機能への潜在能力 (basic human functional capabilities) をリスト化する<sup>(27)</sup>。政府の施策は、市民がこれらの善き生への潜在能力を実現しうるよう、各人を平等な存在として扱うものでなければならない。また、所得や富といった、財 (資源) の平等な分配をめざすリベラルな配分的正義論に対しては、例えば移動について、肢体不自由の者はそうでない者より補助が必要であるように、各人の生のあり方とニーズはその具体的・社会的状況において多様であるなどの点から、たんなる富や所得等の (平等な) 保有は、それ自体善とはいえない、として、センと同様に批判する<sup>(28)</sup>。

ヌスバウムの潜在能力論は、人間存在の尊厳 (the dignity of the human being) と、そうした尊厳の有する価値のある生、すなわち、「真に人間たる機能 (truly human functioning)」を達成することができる生についての観念に端を発するものであり、これを起点として、すでにふれたように、尊厳を有する生のための中核的要件として、10の潜在能力リストを提示する。これらの潜在能力は、社会によって特定されうる一般的目標であると同時に、これらの潜在能力をある一定の閾値 (threshold) のレベルで市民すべてに確保しない社会は充分正義に適った社会とはいえないという意味で、社会的正義の最低限の要請ともされる<sup>(29)</sup>。

ヌスバウムによる潜在能力リストは、現在では次のようなものが示されている。①生命 (Life. 通常の寿命で人の生の終期まで生きられることなど)、②身体的健康状態 (Bodily Health. よき健康状態でありうることなど)、③身体の統合性 (Bodily Integrity. 自由に移動し、性的暴力等の暴力的攻撃から身を守り、生殖の場面において性的充足感と選択のための機会をもちうることなど)、④五感力、想像力、思考力 (Senses, Imagination, and Thought. 五感を用い、想像し、考え、推論をなすことができ、これらを「真に人間的な」仕方で行いうることなど)、⑤感情 (Emotions. ものごとや自分たち以外の人々への愛着を持つことができ、我々を愛し配慮する者を愛し、その不在に直面して悲嘆することなどのほか、喜怒哀楽の感情を持ちうることなど)、⑥実践的理性 (Practical Reason. 善の観念を形成し、自己の生の計画について批判的省察をなしうること。これは良心や信仰の自由保障も伴うとされる)、⑦他者とのかかわり合い (Affiliation. 他者とともに生き、様々な社会関係を形成し、他者の状況を想像しうることや〔他者とのかかわり合いを具体化する制度保障のほか、集会や政治的言論の自由の保障も関連する〕、自尊 [self-respect] や非屈辱の状態たること [nonhumiliation] への社会的基礎を有し、他者と同様の価値を有する尊厳ある存在として扱われうることなど)、⑧人間以外の生物種への顧慮 (Other Species. 動植物や自然界を顧慮しその関係において生活しうること)、⑨遊戯 (Play. 笑い、遊び、余暇活動を享受しうること)、そして⑩自己の環境を統御しうること (Control over One's Environment. これには二つの意味があり、実効的に政治参加しうるといった政治的なものと、財産を保有し、有意味に勤労しうることといった物質的

(27) See e.g., Nussbaum, *supra* note 25, at 217-226; See Martha C. Nussbaum, *Human Functionings and Social Justice: In Defence of Aristotelian Essentialism*, 20 POL. THEORY 202, 214-223 (1992).

(28) Nussbaum, *supra* note 25, at 209-213, 216-217.

(29) MARTHA C. NUSSBAUM, *FRONTIERS OF JUSTICE: DISABILITY, NATIONALITY, SPECIES MEMBERSHIP* 74-75 (2006).

なものがある)<sup>(30)</sup>。

ヌスバウムはさらに、潜在能力アプローチが憲法論に寄与する点についても言及する。すなわち、潜在能力論は、アメリカ合衆国憲法の不備を指摘するのみならず、裁判所による憲法解釈の推論 (reasoning) にも一定の指針を与える、という。裁判官は憲法典の文言やこれまでの伝統などの枠内で解釈するが、潜在能力論は、憲法典の文言や先例で言及される論点をめぐり推論する際、問題となる権利は実際に人々が享受しうるものであるか、あるいは、その権利の完全な保障に障壁があるか否かなどについて、歴史や社会的文脈に充分配慮しつつ判断することなどが求められる、というのである<sup>(31)</sup>。

## (2) 障害者法への基本的視座

筆者は、以上でみた潜在能力論をはじめとする政治哲学の含意は、憲法25条の意義を考える上でも重要な示唆を与えるものと考えているが<sup>(32)</sup>、それは、障害者法のあり方を憲法論として考える上でも意味があるものと考えている。ただし、ここで留意すべきは、以上のような政治哲学的議論が日本国憲法の理念的基礎の候補として措定されうるとしても、政治的正義 (political justice) にかかわる問題として理解されるべきことがらすべてが、憲法の名において司法的に執行されるわけではない、ということである。例えば、礼節ある生活のために必要な最低限の物資を保持しうるよう施策を講じることは、ある種の正義 (justice) 観念から要請されるものといえる。およそ貧困や富のきわめて不均衡な分布状況を放任する政治的正義が、魅力的な観念であるとはいいがたいであろう。しかしながら、これらの政治的正義にかかる施策の具体的実施等については、政策戦略と政治的責務にかかわる複合的選択を伴うのであって、こうした問題に裁判所が直面する際、裁判所は、少なくとも第一次的には、政治部門にその施策の実施を委ね、憲法の語義どおりからすれば要求される規範内容を十全に執行しないことはありうる<sup>(33)</sup>。したがって、問題は、上記のような潜在能力論に示唆を得つつ、障害者について、憲法各条の要請を踏まえながら、立法府・行政府という政治部門による施策と裁判所による司法的実践との「協働 (partnership)」をいかに図っていくべきか、ということに帰着する<sup>(34)</sup>。

## (3) 具体的諸問題

『第一次意見』が個別分野における制度改革の方向について広く問題提起しているように、障害者をめぐる法的状況には様々な問題がある<sup>(35)</sup>。本稿ではさしあたり、次の点について言及してお

---

(30) *Id.* at 76-78.

(31) Martha C. Nussbaum, *The Supreme Court, 2006 Term-Foreword: Constitutions and Capabilities: "Perception" against Lofty Formalism*, Harvard Law Review vol.121, p. 4, 58 (2007).

(32) 尾形・前掲注(19) 127頁。

(33) 以上について、See LAWRENCE G. SAGER, JUSTICE IN PLAINCLOTHES: A THEORY OF AMERICAN CONSTITUTIONAL PRACTICE 78-80, 87 (2004).

(34) 尾形・前掲(19) 129-130頁, 156頁参照。

(35) 本稿でとりあげるもののほか、憲法論としては、障害者の教育を受ける権利をめぐる問題が重要である。この

きたい。

(a) 障害者差別法理をめぐって

憲法14条1項にいう「法の下での平等」についていえば、最高裁判所は、本条項について、「…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かぎり、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨と解すべきこと」としている<sup>(36)</sup>。一方、「障害」を事由とする区別が憲法上いかなる評価を受けるかについて、憲法学説は必ずしも意識的に論じてこなかったが、最近、「障害」を事由とする区別について、裁判所がより厳格な司法審査をなすべきことを説く見解が注目される。例えば、高井裕之は、障害者が偏見を持たれ様々な差別にさらされ、場合によっては過酷な権利侵害を受けてきた歴史があること、多くの障害は本人の意思によるものでなく障害の除去が容易でないことも少なくないことなども根拠にしつつ、「…憲法解釈論としても、やはり、知的障害者、および他の種類の障害を有する人々は、公権力による差別に対して少なくとも中間審査基準により裁判所の保護を求めることができる应考虑すべきではあるまいか」という<sup>(37)</sup>。また、植木淳は、憲法14条1項の平等原則から、障害による区分は厳格審査の対象とされるべきであるとともに、後述のように、「障害差別禁止法理」を導く可能性を追究するが、「障害による区分は、『疑わしき区分』——憲法14条1項にいう『社会的身分』による差別——であつて、原則として『不合理な差別』と解されなければならないのであつて、障害を理由として別異取扱いをする法律・命令の合憲性は、厳格度の高い審査基準によって判断されなければならないこととなる」という。

近時の学説は、さらに、障害者に対する「合理的配慮」をも平等保障に読み込む点でも注目される。「合理的配慮」とは、相手方に均衡を失するか過度の負担を課さない範囲で、「障害のない人と等しく機会の均等を確保するための必要かつ適当な変更及び調整」をいうものとされる<sup>(38)</sup>。植木は、憲法14条1項から、「障害差別禁止法理」も導出する。それは、「障害のある人であっても、何らかの社会活動の『本質的機能』を遂行することが可能な場合に、①『障害』を理由とした不利益取扱いは、他者の生命・安全に対する『直接の危険』を回避するなどの必要不可欠な目的によるものでない限りは、『差別』であるとみなされること（「異なる取扱型差別」または「直接差別」の禁止）、②障害のある人に対して不利益な効果をもたらすような規範・基準・方針を採用することも『差別』となりうること（「異なる効果型差別」あるいは「間接差別」の禁止）、③それが当該社

点につき、米沢広一『憲法と教育 15講〔第3版〕』（北樹出版、2010年）第10講、高井・前掲注（17）207-212頁、竹中勲『憲法上の自己決定権』（成文堂、2011年）第9章、植木・前掲注（10）第9章など参照。

(36) 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）。なお最大判昭39・5・27民集18巻4号676頁（待命処分合憲判決）、最大決平7・7・5民集49巻7号1,789頁（非嫡出子相続分規定違憲訴訟最高裁判決）、最大判平20・6・4民集62巻6号1367頁（国籍法違憲訴訟）など参照。

(37) 高井・前掲注（17）220頁、植木・前掲注（10）170頁。

(38) 『第二次意見』I-2-4) および障害者基本法4条2項参照。障害をもつアメリカ人に関する法律（Americans with Disabilities Act）における「合理的配慮（reasonable accommodation）」につき、長谷川珠子「障害をもつアメリカ人法における『合理的便宜（reasonable accommodation）』」法学67巻1号（2003年）78頁、青柳・前掲注（18）60-78頁、植木・前掲注（10）75-82頁など参照。

会活動に対する『不当な負担』あるいは『本質的変更』となる場合を除いては、障害のある人の完全で平等な参加を保障するための『合理的配慮』あるいは『合理的変更』を提供しないことは『差別』であるとみなされること（『合理的配慮』の提供義務）とされる<sup>(39)</sup>。また、青柳幸一は、「障害」という事由がアメリカ憲法判例で厳格審査の対象とされる「人種」と同じ性質の属性であるかについては留保しつつも、憲法14条1項が求めるのは機会の平等であり、「機会の平等を現実化するための『合理的配慮』をしないことは、障害をもつ人への差別となる」、という<sup>(40)</sup>。

先述のように、「障害」が問題となる施策や状況等、文脈に依存する部分のある概念であるとするれば、およそ「障害」による区別が憲法14条1項解釈として「疑わしい区別」に該当するとして厳格な審査を裁判所が行うべきかは、検討の余地があるようにも思われる。しかしながら、先の潜在能力論の含意からすれば、実際の社会状況において、「各人が実際に何をなすことができ、そしてどうありうるのか」、が核心的に問われなければならない、その際の障壁があるとすれば、それは当然問題とされなければならない<sup>(41)</sup>。したがって、仮に判例による枠組みを前提にしたとしても、障害者のおかれた状況や区別の態様によっては、国籍法違憲訴訟最高裁判決同様の「慎重」な審査は求められなければならないであろう。また、仮に憲法14条1項解釈においてこの点で限界があるとしても、障害者基本法がわが国障害者法制の基本を定めるものであるという点を重視するならば、そこで示された「必要かつ合理的な配慮」の要請等を手がかりに、より厳格度の高い司法審査を行うことも必要であろう。そうした立法府のメッセージを司法が付度し、法解釈に反映させることはまさに「協働」が目途とするものであって、そして、「これまで不利な地位にあった者が、〔他と〕比肩しうる能力状態へと到ろうとするならば、より国家的支援が必要とされる」かもしれない、「真の機会平等の名において、ある種の積極的な措置は正当化されうる」場合があるのである<sup>(42)</sup>。

#### (b) 選挙権保障をめぐる

障害者基本法は、「国及び地方公共団体は、法律又は条例の定めるところにより行われる選挙、国民審査又は投票において、障害者が円滑に投票できるようにするため、投票所の施設又は設備の整備その他必要な施策を講じなければならない」、と定める（28条）。

この点で注目される事件として、精神発達遅滞等によりいわゆる「ひきこもり」の傾向があった原告（上告人）が、公職選挙の際、投票所に行くことができず棄権したことにつき、精神的原因による投票困難者に対して選挙権行使の機会を確保するための立法措置を執らなかった立法不作為などが違憲であるとして国家賠償請求がなされた事案がある<sup>(43)</sup>。多数意見はその請求を斥けたが、選挙権の重要性に留意しつつ補足意見を述べた泉徳治裁判官の見解が注目される。泉裁判官によれば、「国民の選挙権の行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権の行使を制限するためには、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められる事由がなければならない」、とする平成17年

(39) 植木・前掲注（10）173-175頁。

(40) 青柳・前掲注（18）95-97頁。

(41) Nussbaum, *supra* note 31, at 65.

(42) *Id.* at 66.

(43) 最一判平18・7・13判例時報1946号41頁。

9月14日最高裁大法廷判決の判旨を確認しつつ<sup>(44)</sup>、原告(上告人)のような者につき郵便等による不在者投票(公職選挙法49条2項参照)が在宅のまま投票を可能とするその他の方法を講じない限り、選挙権の行使を保障したことにはならず、一方、在宅障害者が投票困難であるかの認定は医師の診断書等の併用によって不可能ではなく、「上記の認定が簡単ではないという程度のことでは、前記の選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められる事由があるとは到底いうことができない」として、実体的権利侵害にかかる主張につき肯定している。選挙権の重要性を梃に、精神発達遅滞等の障害により投票が困難となる者の実際の能力(actual capabilities)にかかる立法の不備を難じる点で、注目すべきものがある。国家賠償法上の違法と立法内容の違憲性を区別するのが判例の立場であり、この点で司法的救済には限界があるとしても<sup>(45)</sup>、先にふれた障害者基本法の趣旨を踏まえつつ、選挙権の憲法上の重要性を障害者についても貫徹されるよう、立法府においても様々な見地からの積極的措置を講ずべきことが期待される。また、公職選挙法上、成年被後見人について選挙権・被選挙権が制限されるが(公職選挙法11条1項1号)、成年後見制度が私法上の財産保護の観点による制度であって、それは政治参加の適否とは別個の問題であるとすれば<sup>(46)</sup>、成年被後見人とされた障害者の「実際の能力」を充分考慮していない可能性がある<sup>(47)</sup>。

#### (c) 刑事手続をめぐって

障害者基本法はまた、「国又は地方公共団体は、障害者が、刑事事件若しくは少年の保護事件に関する手続その他これに準ずる手続の対象となつた場合又は裁判所における民事事件、家事事件若しくは行政事件に関する手続の当事者その他の関係人となつた場合において、障害者がその権利を円滑に行使できるようにするため、個々の障害者の特性に応じた意思疎通の手段を確保するよう配慮するとともに、関係職員に対する研修その他必要な施策を講じなければならない」と定める(29条)。この点は、聴覚・言語障害を有する者が刑事事件の当事者等におかれた場合、顕著となる<sup>(48)</sup>。

(44) 最大判平17・9・14民集59巻7号2087頁(在外邦人選挙権制限規定違憲訴訟)。

(45) 法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇平成17年度(下)(7月～12月分)』(法曹会、2008年)653頁(杉原則彦執筆)。最大判平17・9・14において、泉裁判官は、同事件における国家賠償請求につき、上告人らの精神的苦痛は金銭賠償になじまないとする反対意見を執筆していた(民集59巻7号2108頁)。仮に平成18年最判において選挙権にかかる確認請求がなされていた場合、結論は異なったものとなつたかもしれない。

(46) 安田充＝荒川敦編著『逐条解説公職選挙法(上)』(ぎょうせい、2009年)89頁は、かつての禁治産者・準禁治産者にかかる選挙権制限についてこのように述べるが、「禁治産者<sup>(ママ)</sup>については、その要件が心身の喪失の常況にあるものであるから、行政上の行為をほとんど期待できないため、選挙権及び被選挙権を有しないこととされていた」という。民法改正に伴う整備法では欠格条項の見直しが行われ、個別的能力審査手続が整備されているものについては欠格条項が削除されているが、個別的能力審査手続がないものや資格等の性質上一律の審査を必要とするものについては存置され、公職選挙法の当該条項も存置されたという。

(47) 竹中勲「成年被後見人の選挙権の制約の合憲性」同志社法学61巻2号(2009年)135頁、163頁は、公職選挙法の当該条項の違憲性につき、立法経緯や学説等を詳細に分析しつつ、憲法15条1項・3項、43条1項、44条但書に反し違憲・無効(法令の一部無効)であるとする。

(48) この問題を分析する先駆的業績として、渡辺修『刑事裁判と防御』(日本評論社、1998年)第3部がある。なお参照、松本品行＝石原茂樹＝渡辺修編『聴覚障害者と刑事手続』(ぎょうせい、1992年)。

この点で注目される事案として、平成7年2月28日最高裁第三小法廷決定にかかる事案がある<sup>(49)</sup>。これは、被告人が聴覚・言語障害を有しており、しかも学校教育や手話教育を満足に受けておらず、文字も読めず、手話も会得していないため、通訳人の身振り手振りによる通訳で被告人との意思疎通を図ろうとしたが、被告人に対して黙秘権（刑事訴訟法291条3項、311条）を告知することが不可能である、という事案であった。第1審は刑訴法338条4号により公訴提起の手續自体が不適法であった場合に準じて公訴棄却としたが<sup>(50)</sup>、控訴審は、被告人が社会内で他人の介護を受けなくとも生活することができ、善悪の事理弁識能力があるとして責任能力はあることにも触れつつ、本件には刑訴法338条4号は適用すべきではなく、刑訴法314条1項を準用して公判手續を停止すべきであるとして地裁に差戻した<sup>(51)</sup>。最高裁は、上告趣意の論旨は上告理由に当たらないとしつつ、職権で、刑訴法314条1項にいう「心神喪失の状態」につき、「訴訟能力、すなわち、被告人としての重要な利害を弁別し、それに従って相当な防御をすることのできる能力を欠く状態をいう」として、本件について、「〔本件〕事実関係によれば、被告人に訴訟能力があることには疑いがあるといわなければならない」<sup>(52)</sup>、<sup>(53)</sup>、「このような場合には、裁判所としては、〔刑訴法314〕条4項により医師の意見を聴き、必要に応じ、更ニろう（聾）教育の専門家の意見を聴くなどして、被告人の訴訟能力の有無について審理を尽くし、訴訟能力がないと認めるときは、原則として同条1項本文により、公判手續を停止すべきものと解するのが相当である」とした。

控訴審が認定したように、本件被告人は日常生活において意思疎通が可能だったようであるが、しかし、「実生活空間と訴訟空間との間には大きな性格の違いがあり、したがって、各空間で要請される能力にもかなりの違いがでてくる」、といわなければならない<sup>(52)</sup>。この点で、本決定が訴訟能力を上記のようにとらえつつ、本件被告人に一定の配慮をしたことは評価しうるが、しかし、仮に公判手續停止によるとしても、少なくとも「訴訟能力」という点での心神喪失状態を回復する余地が極めて僅少である本件被告人については、公判停止した状態を継続することは、被告人にとって極めて不利な事態が止まないことを意味し、それは憲法上の迅速な裁判を受ける権利（37条1項）を侵害するものとも評しうる<sup>(53)</sup>。この場合、高田事件最高裁判決にいう「審理の著しい遅延の結果、迅速な裁判をうける被告人の権利が害せられたと認められる異常な事態が生じた場合」に準じて、これに対応する規定が刑訴法上具体化されていなくとも、審理を打ち切る「非常救済手續」がとられるべきであろう<sup>(54)</sup>。こうした事由での訴訟打ち切りが立法上予定されていなくとも、仮に本件の経緯に裁判所による訴訟指揮上の問題があったとすれば、「司法が自らの瑕疵を正す責務は

(49) 最三決平7・2・28刑集49巻2号481頁。

(50) 岡山地判昭62・11・12刑集49巻2号506頁。

(51) 広島高判平3・9・13判例時報1402号127頁。

(52) 法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇（平成7年度）』（法曹会、1998年）135頁（川口政明執筆）。

(53) 本件の場合、第1回公判期日から約7年を経過した第66回公判において結審したなどの経緯があった。法曹会編・前掲注（52）126頁。

(54) 最大判昭47・12・20刑集26巻10号631頁。佐々木史朗「訴訟能力の欠如と公判手續の停止」ジュリスト増刊平成4年度重要判例解説（1993年）202頁、204頁参照。最三決平7・2・28における千種秀夫裁判官補足意見は、訴訟能力の回復状況につき裁判所が把握するものとしつつ、「その後も訴訟能力が回復されないとき、裁

憲法76条の『司法権』に内在する」というべきである<sup>(55)</sup>。「訴訟能力」という能力が欠ける本件にあっては、司法による積極的救済により、立法の不備を補完することが「協働」の趣旨に適うもののように思われる。

### むすびにかえて

以上、障害者法をめぐる問題につき、憲法的観点からごく簡単に検討してきた。本稿でとりあげたもののほか、障害者法制をめぐるのは、移動の自由の意義についての注目すべき裁判例や<sup>(56)</sup>、障害者自立支援法上の定率負担規定が違憲であるとして提起された訴訟など、注目すべき展開がみられる<sup>(57)</sup>。今後も障害者法制をめぐる持続した展開が予想される中において、憲法論を含め法律論がより活性化することを期待したい。

（おがた・たけし 同志社大学法学部教授）

---

判所としては、検察官の公訴取消しがない限りは公判手続を停止した状態を続けなければならないものではなく、被告人の状態等によっては、手続を最終的に打ち切ることができるものと考えられる」という。

(55) 渡辺・前掲注(48) 167頁。最二判平10・3・12刑集52巻2号17頁は、重度の聴覚障害等により精神的能力・意志疎通能力に重い障害のあった被告人につき、刑訴法314条1項の「心神喪失の状態」にないとした。

(56) 身体障害者が介護者の介護をうけて鉄道・バスに乗車する際、介護者にも運賃割引制度がある旨の情報を市の担当職員が提供しなかったことにつき、情報提供義務違反を認めた東京高判平21・9・30判例時報2059号68頁は、「移動の自由」の保障が憲法13条の一内容というべきものと解するのが相当である、としている。本件につき、植木・前掲注(10) 219-220頁参照。障害者の移動の自由をめぐる憲法問題につき、岩本一郎「積雪寒冷地における障害者の移動の自由」法学セミナー651号（2009年）66頁が興味深い。

(57) 同訴訟の経緯につき、障害者自立支援法違憲訴訟弁護団編『障害者自立支援法違憲訴訟』（生活書院、2011年）参照。筆者は同訴訟において意見書を執筆する機会に恵まれたが、その全文は同書245頁に収録されている。