

平成 17 年（行ウ）第 379 号

準 備 書 面（ 1 ）

東京地方裁判所

民事第 38 部 合議 B 2 係 御 中

原 告 鈴 木 敬 治  
被 告 大 田 区

原告は以下のとおり弁論を準備する。

平成 18 年 3 月 24 日

原告訴訟代理人

弁 護 士 藤 岡 毅

一 「要綱の違法確認の訴えの利益」について

1 被告の主張のまとめ

請求の趣旨第 6 項の本件移動介護要綱 6 条（ 2 ）及び（ 3 ）の違法確認の訴えについて、被告は答弁書 3 頁（ 2 ）において、本案前答弁として、不適法却下を求めている。

新行政事件訴訟法第 4 条後段は公法上の当事者訴訟の定義を「公法上の法律関係に関する確認の訴えその他の公法上の法律関係に関する訴訟」としているところ、

被告は

「確認の対象は公法上の権利関係に限られる。」

「本件要綱は、大田区における居宅介護支援費のうち移動介護が中心である場合に係る支給決定について、行政の統一性・公平性を確保するため、大田区助役がその取扱いの準則を定め、下級機関に対してその遵守を命じたものに過ぎない。

したがって、本件要綱は、下級機関を法的に拘束するのみで、住民の権利・義務に直接影響を及ぼすものではないから、本件要綱それ自体は原被告間に何らの法律関係を生じさせるものではない。」

「よって、本件要綱の違法の確認を求めることは、『公法上の法律関

係に関する確認の訴え』とはいえず、不適法である。」と主張する。

## 2 被告主張の誤り

被告の主張は大きく2点、間違っている。

実際は2点が相互に絡み合っているが、議論の整理のため2点に分けて論じる。

1点は、被告の主張は新行政事件訴訟法の改正の趣旨を没却すること等の違法確認訴訟の一般論からの問題である。

もう1点は、本件大田区の移動介護要綱は、明確に「法規」として制定されているという具体的事実である。

大田区在住の障害を有する区民に対する権利・義務・法律関係を直接規律する「立法」としての効果・作用を有していることが本件審理で既に明らかになっていることである。

## 3 違法確認訴訟一般論からの被告の誤り

司法制度改革推進本部の考え方及び参議院法務委員会附帯決議

平成16年1月6日「司法制度改革推進本部」行政訴訟検討会は「行政訴訟の見直しのための考え方」を発表した。

そこでは

「行政の活動・作用の複雑多様化に対応し、国民の権利利益の実効的な救済を図る観点からは、確認訴訟を活用することが有益かつ重要である。

確認訴訟を活用することにより、権利義務などの法律関係を通じて、取消訴訟の対象となる行政の行為に限らず、国民の行政の間の多様な関係に応じ、実効的な権利救済が可能となる。」とされている。

また、参議院法務委員会附帯決議では、確認訴訟について

「これまでの運用にとらわれることなく、その柔軟な活用を通じて国民と行政との間の多様な関係に応じた実効的な権利利益の救済を可能にする趣旨である」とされている。

これらの立法趣旨に沿った解釈が必要である。

そのような趣旨を具現化した新行政事件訴訟法の解釈においては古典的行政法解釈が前提としていた抗告訴訟中心主義の発想から脱却することが求められている。

本件も個別処分の是正だけでは抜本的解決にならず、大田区内で数千名

に及び支援費利用区民（甲 5 6 の 3 参照。甲 4 8、平成 1 4 年 3 月時点での大田区内での手帳所持者 1 万 8 7 1 5 名）との間の法律関係を是正することにより、事態の本質的且つ実効的な権利救済が可能となるものであり、司法制度改革の理念からしてもまさに紛争解決のために確認訴訟の活用が期待される事案である。原告鈴木敬治の個別処分の是正措置だけでは社会的紛争は解決されない。

問題の元凶である本件移動介護要綱に司法が鋭く切り込んでこそ、司法の問題解決機能が発揮されるのである。

旧来の解釈からでも、行政上の法律関係の確認訴訟提起は可能であったこと。

「行政立法の違法を争う道は、取消訴訟に限られない。違法な行政立法により法的不利益（権利制限ないし義務）を課された者は、行政上の法律関係の確認訴訟（行訴法 4 条）を提起して救済を求めることができる（「行政法要論」全訂第六版原田尚彦 1 2 0 頁）。

#### 要綱と最高裁判例

要綱とは通達的一种であり、区民に事実上の効果を与える場合は、行政指導の大綱という言い方もできる。

要綱と私人との関係に関する代表的最高裁判例は平成元年 1 1 月 7 日判決（指導要綱に従わない業者に対する給水拒否が違法とされた例）、平成 5 年 2 月 1 8 日判決（民集 4 7 巻 2 号 5 7 4 頁、平成 5 年度重判 4 5 頁）である。後者は要綱に基づく教育施設負担金の返還請求事件である。

ここで最高裁は「要綱の文言及び運用の実態」を精査し、私人に納付を強制しようとしたことを違法な公権力行使と判示した。

そして、当該要綱に従わない意思が明確な私人に対して不利益処分を下すということは行政指導の限度を超える違法行為としている。

簡単に言えば「行政指導は任意にわたる場合は合法だが、強制にわたる場合は違法」ということである。

これを本件に当てはめると、原告が「移動介護月 3 2 時間」という規制に服することに対して「従わない意思」を明確に表明していることは既に証拠により証明十分である。

被告がそれに強制的に従わせるよう求め、現実に強制的に本件要綱を適

用して32時間に支給量を削減する措置を強行した以上、その根拠となった要綱それ自体が違法な公権力行使の源泉となったものと評価でき、違法な要綱と言わざるを得なくなるのである。

そうである以上、結局のところ、原告と被告大田区の本件移動介護要綱の関係は、被告の指摘するとおりの定義「公法上の権利関係」に該たり、訴えの利益は肯定され、適法な訴えである。

#### 新法解釈の学説

塩野宏「行政法 [第四版] 行政救済法」237～238頁は確認訴訟に関して次のように解説している。

「改正法があえて確認的規定を置いたのは、国民の権利利益の実効的救済を図る上で、従来ともすれば、積極的に利用されずにきた確認訴訟が有効であることを示すものであるといえることができる。

典型事例として考えられるのは、

通達がそのまま適用されると自己に不利益な法状態が現出される場合である。

従前の事件としては、墓地埋葬に係る通達の取消訴訟が不合法とされる一方（最判昭和43年12月24日）、計算尺にかかる通達の処分性が認められることがあったが（東京地判昭和46年11月8日）、これらはいずれも確認訴訟に乗ることができよう。

最大判（昭和41年7月20日薬事法事件）のひそみに倣えば、当該墓地埋葬禁止義務不存在確認、当該計算尺販売禁止義務不存在確認の訴えが可能と思われる。

さらに端的に通達の違法・無効の確認を直截（ちよくせつ）に求めることも考えられる（行政指導についても同様の理が妥当することがあろう。）」

要綱は通達の大綱的なものである。

上記の「通達」を「要綱」と置き換えて読んでも同じ理である。

本件は、まさに「要綱がそのまま適用されると自己に不利益な法状態が現出される場合」である。

であれば、端的に要綱の違法の確認を直截に求めることが可能であることは法解釈として当然であって被告主張は、旧来の頑迷な考えに拘泥するものであって時代錯誤の主張として失当である。

#### 4 被告大田区の制定、施行、適用、運用している本件移動介護要綱の権力性

まさにこれが本訴訟で本件移動介護要綱の違法確認が認められる理由である。

被告がいみじくも定立する基準である「住民の権利・義務に直接影響を及ぼすものではない」ならば、確かに要綱それ自体の違法を確認することの実益には議論があり得よう。

しかし、既に被告の訴訟前の答弁、訴訟における答弁、証拠により、本件移動介護要綱6項第2号、第3号がまさに「住民の権利・義務に直接影響を及ぼす」ものに他ならないことが明らかであるので、被告の当該主張は失当である。

すなわち、本件移動介護要綱は被告大田区によるその制定の意図、区民に対する各具体的処分に対する要綱適用の現実、運用の実態から、「行政規則」の域を超え、「法規命令」としての実質を備えているものである。

これは被告準備書面(1)での被告主張を検討する中で明らかになるので後述する。

#### 二 「立法権限なき助役による違法な立法」としての本件移動介護要綱

言うでもなく「現行憲法は、行政立法には法律による授權を要求する。行政立法権限の行使はその授權の範囲内においてのみ許されるに過ぎない。

行政庁が授權の範囲をこえる命令を制定したときは、当該命令は違法・無効である。」(「行政法要論」全訂第六版原田尚彦116頁)。

原告はなにも、行政内部の処理規程を自治体が策定することを否定するものではない。

本件移動介護要綱6条が直接適用されることによって、区民の支援費支給受給権の支給量を削減するために用いられることにより、同条項が明白にその機能、効果として「立法」「法規」と化していることを問題としているものである。

立法権限が付与されていない助役による立法である本件移動介護要綱は「行政裁量」以前に法治主義違反により違法、無効なのである。

要綱を人権規制の根拠としていることは法治主義違背である。

これはなにも「社会保障給付行政には全て法律の根拠が必要である」な

どと主張するものではない。

一般的規定を当てはめて個人の権利を制限する行政処分には法律の根拠が必要であるということである。

地方自治法第14条第2項は「普通地方公共団体は、義務を課し、又は権利を制限するには、法令に特別の定めがある場合を除くほか、条例によらなければならない。」としているのはこの理である（但し、仮に本件要綱が条例であったとしてもその内容において違法・違憲であることは言うまでもない。）。

今回被告は準備書面（1）6頁（6）において明確に「移動介護要綱を適用して移動介護32時間処分を下した」と言い切った。

もちろん、仮に別の弁明をしたとしても、上記の大田区長公文書回答（北福収第114号）において、原告が2004年4月20日付の公開質問状1項で「決定の理由と根拠」を質問したのに対して、被告が

「移動介護要綱第6条（2）アによるものです。」と明確に回答し、

上記質問状2項で「今回の決定が要綱に基づくものなのか説明して下さい。」に対して、被告は、

「移動介護要綱第6条（2）アによるものです。」と回答し、

上記質問状2項で「今回の決定が要綱に基づくものなのか説明して下さい。」に対して、被告は、

「今回の決定は、1で述べたように移動介護要綱に基づくものです。」と明確に回答している以上、要綱を人権規制の直接適用根拠とした事実自体は疑いない。

月124時間の移動介護の必要性があることは勘案事項調査において被告が熟知していることを前提に、要綱を適用することによりこれだけあからさまな不利益処分を下した以上、被告の処分が法治主義行政の大原則に違背し、地方自治法第14条に違反し、行政執務のイロハを遵守できなかった違法処分であることはもはや疑いが無い。

では、これを百歩、千歩、否、百万歩譲って、「裁量権行使の内部基準」に過ぎないととらえた場合どうか。

仮にそうであったとした場合、その基準に不合理な点があるかどうかについて裁判所の審査が行なわれなければならない（最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁）。

この最判の全体としての妥当性は措くとしても、同最判は大要次の判示

をしている

「行政庁がした判断に不合理な点があることの主張、立証責任は、本来、原告が負うべきものと解されるが、当該資料をすべて被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮すると、被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要があり、被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認されるものというべきである。」としている。

本件でもこの考えは参照しうる。

まず、本件移動介護要綱制定に関する審議記録は残されていないし公表されていない。

本件移動介護要綱制定判断に不合理な点のないこと、相当の根拠があることは全く立証されていない。

むしろ、今日までの審理において、全く不合理であることが積極的に立証されたと言うべきである。少なくとも「合理性の立証が尽くされた」などということは到底言えない。

そして、制定から「2年5ヶ月10日間」経過して初めて裁判所に対して説明された要綱制定根拠は、総務省のHPに掲載されていた一般的統計資料というのであって、その説明は、突飛というほかなく、なぜその資料と本件規制が結びつくのかの合理的因果関係は何ら説明出来ていない。

それどころか、むしろこの資料を援用したならば、移動介護は「月217時間」あるいは「月416時間」と算定されるべきことが整合性ある結論となり、むしろ、「月32時間」という算定は被告提出の資料からは相反する結論と言わざるを得ない（後に詳論する）。

その意味でも、本件移動介護要綱の違法は明らかと言ってよい。

### 三 被告準備書面（1）に対する反論

以下、枠の中に被告準備書面の主張を引用し、それに対して必要な主張、反論をする。

#### 1 「第1 事実の経緯について 1」に対して

支援費制度以前の時代 2頁

措置時代 = 原告は外出介護が多かった。

支援費制度開始前から原告には外出による社会参加が多かったという事情の立証は原告に有利な事実といえる。

被告は「措置時の状況」と題して原告の平成15年1月、2月、3月の介護状況を乙第5号証の1～乙第6号証の1として証拠としている。

介護者が複数のため、改めてこの期間、介護の活動内容のうち「外出介護」のある日を集計してみた。

その結果、平成15年1月1日～3月31日までの3ヶ月間の1日残らず、全日にわたって外出介護がなされていることが確認できた。

かねてから原告が外出を中心とした移動を伴う社会参加活動を主体とした生活を営んできたことを被告は福祉行政主体として熟知していたことになる。

であるならば、そのような生活が実現できるよう出来るだけ配慮することが公的介護行政における基本的指針となるはずである。

#### 支援費導入初年 1～3頁

平成15年4月1日から平成16年3月31日

平成15年1月29日「勘案事項調査」にて、3月6日、移動介護 124時間、日常生活支援費月310時間、（合計434時間）を決定した。

決定における考え方。

原告が従前受けていたサービスの内容・程度を下回らないよう配慮することを原則とした。

これも障害当事者の生活の安定に留意し、「従来受給していた支給水準を尊重しなければならない配慮義務」を被告が認めている表れと言える。

そうであるならば、その義務と矛盾しない決定がなされていなければならないはずであろう。

#### 「移動介護要綱制定・施行」3頁

区長は、平成15年7月1日、「本件移動介護要綱」を制定、施行した。

移動介護要綱作成過程については議事録さえ存在していないというのが区民への回答である。

本件要綱の作成過程における非民主性、非公開密室性は本件要綱の違法を基礎付けるものといえる。

障害者基本法第9条6項（平成16年6月4日法律第80号）が「市町



村は、市町村障害者計画を策定するに当たっては、地方障害者施策推進協議会を設置している場合にあってはその意見を、その他の場合にあっては障害者その他の関係者の意見を聴かなければならない。」とする法の趣旨は本件要綱制定に対しても当てはまると解される。

被告が障害当事者の意見を一切聞かずに密室にて、障害者の生活、権利に直結する介護保障の制限規定を含む本件移動介護要綱を制定、施行したことは障害者基本法第9条6項の趣旨に違背するものといえる。

社会保障、社会福祉に造詣の深い秋元美世は「福祉の権利と社会福祉行政」（日本社会保障学会誌第6号『社会保障法』1991年（平成3年）5月刊・45頁）において、

「市町村の要綱の場合、各地の地方自治体で整備されてきている情報公開制度の活用が考えられよう。

なお、通達・要綱の公表は、（福祉の権利に）法的統制の問題を考えるにあたっての前提条件でもある。」と強く警鐘を鳴らしている。

これらの考えは、現在では社会福祉施策において、当たり前とも言うべき責務である。

大田区福祉オンブズマンは本件要綱制定の直前に次のとおり勧告していたにも関わらず被告はそれに違反して制定したことも本件要綱の違法を強く推認させる。

「障害者等福祉サービスについては、障害当事者や関係者の間の理解だけでなく、広く区民に対し情報公開し、理解される内容であることが望ましいものとする。」

本件処分の直前「総支給量増量決定」5頁

被告は原告に対し、平成16年3月2日、勘案事項調査を実施し、3月4日、当初処分の残余期間に係る日常生活支援の支給量のみを平成16年3月1日から従前の310時間を372時間に変更する旨決定した。

移動介護要綱制定・施行以後に勘案事項調査を繰り返した末に再度移動介護124時間の行政処分を決定している点は重要である。

被告も準備書面（1）5頁等にて認めるとおり、

1回目 平成15年12月 2日

2回目 平成16年 1月 9日

3回目 同 1月13日

4 回目 同 1月27日

5 回目 同 3月 2日

と5回の法定勘案調査を実施して、移動介護支援費月124時間の内容を相当とする行政処分を法第17条の4、5に基づき平成16年3月4日決定しているのである。

このことは本件審理に決定的重要事実である。

確かに原告本人のADLの低下に伴う不安が生じて平成15年11月25日頃から12月頃にかけて、移動介護を減らしてでも日常生活支援時間を増量してもらいたいという希望をもった時期もあった。

しかし、乙第8号証の下部に手書きがあるように、少なくとも平成16年2月24日以降は、「移動介護支給量1日4時間月124時間の確保」を原告は被告に明確に意思表示している。

訴状20頁3～4行目に記載したように同年2月27日にも原告は被告と支援費支給量変更について話し合いを持っており、その際も「移動介護支給量1日4時間月124時間の確保」を原告は被告に強く要求している。

平成16年2月27日の受付印の付された支給量変更申請書(乙11)にも「変更を申請する居宅支援の種類・内容欄」に「日常生活支援16時間 移動4時間」と記載されているとおりである。

そして、平成16年3月2日午前実施された勘案調査において「移動介護4時間、日常生活支援16時間」の申請意思を強く原告が被告に表示したことは間違いのない事実である。

このとき、金井係長が本件移動介護要綱の記載された書面を持参してきた。原告は移動介護要綱の存在を知ったのはこのときである。

この点、前回の1月20日口頭弁論期日において、原告訴訟代理人は「3月2日には移動介護要綱の話は出ていなかった」と口頭にて主張したが、それは同代理人の勘違いであり、ここに謹んで訂正する。

さて、要するに被告は「日常生活支援に関してだけの調査と決定に過ぎない」との弁明をする趣旨と思われる。

しかし、移動介護要綱が前年7月1日に制定・施行されたあとに勘案調査が行なわれ、移動介護124時間決定が維持されている以上、移動介護要綱を前提とした上で原告には移動介護124時間処分が決定されたと解するしかないのではないか？

勘案調査は当該障害者のおかれている生活全般を把握しなくては妥当な調査は不可能であって、外出の時間帯や外出における生活状況を全く調査せずに日常生活支援部分のみ調査したということも全くあり得ないことであるし、勘案調査のありかたとして合理性は全く疑問という他ない。

「日常生活支援に関してだけの調査と決定であって、外出、移動に関しては全く調査していませんでした」などという弁明は事実として虚偽であるし、そのような勘案調査を法は許していない。

「総支給量の変更・増量」を検討するための勘案調査である。

どうして、外出・移動に関する介護時間を一切把握することなく、「総支給量」が算定できるというのか。

一見して合理性のないお粗末な弁明である。

原告の外出の内容に関する調査は平成16年3月2日午前の勘案事項調査において、実施されている。

それが真実である。

そのことは、今回被告が提出を余儀なくされた平成16年3月2日付「日常生活支援聴き取り票」（乙第25号証）が証拠提出されたことから証明された。

この点は被告提出証拠を引用しながら後に詳しく再度述べる。

#### 本件問題の第1処分 6頁(6)

被告は、平成16年3月31日、同月29日に実施した勘案事項勘案事項調査及び従前の5回の(合計6回の)勘案事項調査の結果を踏まえて、併せて原告の外出の意欲、意向も尊重するという観点に立って、本件移動介護要綱6条2号アの規定を適用して、「本件第1処分」(移動介護月32時間、日常生活支援月465時間、合計497時間、支給期間、平成16年4月1日から平成16年9月30日まで)を決定した。

移動介護要綱を「適用」したことが本件行政処分の直接の根拠であることを被告は裁判所に対してははっきりと明言した。

これにより、答弁書3頁における被告の却下答弁

「要綱は行政の統一性・公平性を確保するため、大田区助役がその取扱いの準則を定め、下級機関に対してその遵守を命じたものにすぎない。

したがって、本件要綱は下級機関を法的に拘束するのみで、

住民の権利・義務に直接影響を及ぼすものではないから、本件要綱それ

自体は原被告間に何らの法律関係を生じさせるものではない。」

は全く理由がないことが確定した。

まさに原告という区民の支援費支給を受ける権利と被告のそれを支給すべき義務に直接影響を及ぼす法的効果を有しているのがこの要綱なのである。

原告が本件要綱に直接的法律関係を有していることは疑いない。

要綱があからさまに市民の権利制限に直接的に影響を及ぼした行政訴訟の典型的判例として、行政法の専門家や関係者の中で後世まで語り継がれそうな事例である。

さて、原告は支給決定の基本は個人の生活に配慮して「従前の支給水準を維持することを原則」としていたはずである。

だとしたら、どうして、移動介護時間を月124時間から32時間の激減したことを正当化できるのであろうか。

その点の配慮義務に関して何ら説明が出来ていない。配慮義務違反の違法も明らかである。

そして、被告は本件第1処分について

「合計6回の勘案事項調査の結果を踏まえて決定した。」と明言している。

本件第1処分の結果の根拠とされた勘案事項調査を再度まとめると次のものである。

平成15年12月 2日

平成16年 1月 9日

同 1月13日

同 1月27日

同 3月 2日

同 3月29日

このうち、決定的な については後に詳しく触れる。

それ以外についても

今回被告が提出を余儀なくされた証拠に次のように外出介護の必要性の調査結果記載がある。

平成15年12月2日 「支援費変更相談」乙第26号証

「日中はほぼ毎日外出（通院…週1回牧田HP）、団体活動（だれとも連絡会、大井町）、買い物、銀行、区役所、IKJ（原告注・原告が所属する大田区内の身体障害者団体）、野球観戦等」

平成16年1月9日 「支援費日常生活支援サービス調査」（乙第27号証）

「（3）移動介護的部分」とあり、具体的内容が調査結果として記録されており、結果として＜4時間20分程度/日＞とされている。

平成16年1月27日 「支援費日常生活支援サービス調査」（乙第29号証）

「5 調査（聞き取り）（1）1月中の外出状況の確認

1月は比較的体調がよかったからほぼ毎日外出した。

外出先はいいとも連絡会（共生マラソン）、ジューシーの会、の障害者団体会合、通院、区役所、北センター、IKJ、銀行、郵便局等である。

共生共走マラソン、ジューシーの会は、本人が会設立からの中心メンバーであり、ADLの得地価で参加することは厳しいが、会より要請があり、本人も『障害者の意識向上』の意欲を強くもっていることから役割として継続参加している。

また、今後も参加し続けたいとの意思が強い。

このようにADLは低下しているが、生活上や障害者活動上から外出せざるを得ない状況である。」

このように平成15年12月～同16年3月の間の度重なる勘案調査とその結果において原告の外出介護の必要性は被告において客観的に把握されていた。

にも関わらず、月32時間と4分の1に移動介護支給量を劇的に削減した本件第1処分はとて「勘案事項調査の結果を踏まえ」とは言えない。

処分の基礎となった調査結果（法定要件事実）と処分結果（法定効果）の間の合理性が存在していないことは一見して明白である。

## 2 「第1 事実の経緯について 2～4」7～9頁

「本件第2～第4処分」について

従前の決定を維持した。

違法性もまた承継する。

3 「第1 事実の経緯について 5」9頁

「平成17年7月1日付本件第5処分」について

平成17年6月29日、原告が勘案事項調査について応じたので、それまで聴き取りを行えなかった具体的な外出状況を中心に聴き取り調査を実施した。

区長は、同勘案事項調査の結果、原告の外出の中には本件移動介護要綱6条1号の「社会生活上必要不可欠な外出」が10時間相当分認められたものの、同条3号にいう「特段の事情」の存否について判断することができなかったことから、本件第5処分（移動介護月42時間、日常生活支援月455時間、合計497時間、支給期間、平成17年7月1日から平成18年6月30日まで）を決定した。

区長により特段の事情の立証が必要という制度自体に異議申し立てをしている原告がその調査を拒むことは当然の権利行使

原告の外出の必要性については既にくどいくらい原告は主張しており、勘案事項調査で被告は調査済みであり把握していた。原告は各種文書で説明してきている。

10時間の「必要不可欠外出」についても、月10時間程度、役所等に外出が必要なことは常識的にも当然のことであって、すでに文書でそれは区に対して伝えている（例えば甲第14号証）。

4 「第2 本件第1処分ないし本件第5処分の適法性について」について

1 法第17条の5第2項は、市町村が勘案事項を勘案した上で支給量を決定するとしている。

しかし、法は、勘案事項を勘案することの外、なんら具体的な基準を定めていない。

このことから、法は、支給量を定めるについては、当該身体障害者の勘案事項に係る個別、具体的な状況を基礎とし、公費による支援が当該身体障害者の介護需要を満たす程度に相当ないし必要であるか否かといった観点からする当該市町村の長の合理的な裁量に委ねているものと解すべきである。

そうすると、支援費の支給決定が違法となるのは、当該身体障害者の

勘案事項に係る個別、具体的な状況を見放して、当該身体障害者の介護需要を満たすに足りないほど、著しく少ない支給量を定めた場合のように裁量権の行使に逸脱、濫用があった場合に限られる。

被告の主張する「法解釈」と「裁量権」 9～10頁

被告大田区の支援費支給決定行政裁量論の検証

本件で支援費支給決定 = 行政庁裁量論の根拠を簡単にいえば、

A 「法には勘案事項を勘案せよ以外何も書かれていない。」 = 理由  
よって、

B 「障害者の個別具体的な状況を基礎として、介護需要を満たすに必要・相当かとの観点からの行政裁量に委ねられている。」である。

Bはさらに分析すれば、

「支給決定にあたり考慮すべき基礎事情 = 法律要件該当事実は法定されている」が、

それに基づいてどのように決定するかの判断基準は「介護需要を満たすか否かとの観点からの行政（効果）裁量」との論法であろう。

この「書かれていないから行政自由裁量論（書かれてなければ勝手だろう論）」はいささか乱暴の謗りを免れまい。

法は憲法を頂点とした法体系であり、憲法・制定法を基本として社会的に構築された人権概念、法概念、当該制度の意義・制度趣旨を考察することから支給決定方法の正しいありかたは法解釈として自ずと導かれる。

そうすると、支援費制度の制定趣旨を考察することなしに支援費支給決定のあり方を論じることできないことになる。

この点を考察の埒外において「書かれていないんだから行政庁の自由裁量」と短絡する被告の態度には「行政の傲慢」が見て取れる。

法の本当の趣旨を考察することなしに封建的で古典的な「要件裁量」「効果裁量」論に飛びつく愚を犯すことは今日許されるべくもない。

この無自覚的な行政の怠慢態度が、誤った制度運営を導き、市民の権利侵害を引き起こす原因である。

まず、そもそも本当に「法に書かれていない」のか？

身体障害者福祉法第17条の4は（居宅生活支援費の支給）として  
1項 において

「市町村は、...障害者が...居宅支援を受けたときは、当該障害者に対し、

…に要した費用について、居宅生活支援費を支給する。」旨定め。

2項 において

「 居宅生活支援費の額」について

「 1号 身体障害者居宅支援の種類ごとに指定居宅支援に通常要する費用につき、厚生労働大臣が定める基準を下回らない範囲内において市町村長が定める基準により算定した額」としている（甲37の証拠説明書参照）。

本件で具体的に言えば、この法17条の4第2項1号の定める厚生労働省基準とは、平成15年厚生労働省告示第27号(甲42)、同告示86号(甲43)のことである。

そしてこれに従って被告大田区が定めているのが大田区支援費の支給に関する規則(甲39)である。同規則第6条で大田区は厚生労働省告示のとおりとするとしている。

さて、このような法の趣旨はどう考えられるか。

これは、憲法第13条、25条に基づく身体障害者福祉法支援費制度は、障害者の人格的自律を尊重しながらの人格的生存権を保障した趣旨である。

すなわち、法は、市町村が決して個人の尊厳を毀損するような低い支給をしてはならないという強い羈束、縛りをかけていると解される。

ところで、支援費支給額は、支援費単価×支給量(時間)により算出される。

上記法が基準化したのは前者の単価の点である。

では、単価の点さえ遵守すれば足りるのであろうか。

例えば、「単価は厚生労働省基準を守り、法を守り、しかし支給量は1日0時間と当市町村は決定しました。」という場合、「単価を遵守しているから法を守っている」などという強弁が許されるべくもない。

いくら単価を守っても、支給量を一律に抑えれば、法が人格的生存権を保障した趣旨は没却される。

被告大田区は単価こそ守ってはいるが、支給量については、上記とほとんど大差のない、1日1時間という決まりを作って支給を極端に規制している以上、被告大田区の本件移動介護要綱は法が規定している全国的に人格的生存権を充足するに足る介護保障基準に抵触する違法な制度という結論が導かれる。

また、上記のような単価基準の法規を持ち出すまでもなく、身体障害者



福祉法が「憲法」「障害者基本法」等の具体化であることは言うまでもないところ、個人の尊厳と個人の人格的生存を保障するに足る支給を確保する義務が市町村に義務付けられていると解される。

障害者基本法は

第3条1項 すべて障害者は、個人の尊厳が重んぜられ、その尊厳にふさわしい生活を保障される権利を有する。

第3条2項 すべて障害者は、社会を構成する一員として社会、経済、文化その他あらゆる分野の活動に参加する機会が与えられる。

第4条 国及び地方公共団体は、障害者の権利の擁護及び障害者に対する差別の防止を図りつつ障害者の自立及び社会参加を支援すること等により、障害者の福祉を増進する責務を有する。

第8条1項 障害者の福祉に関する施策は、障害者の年齢及び障害の状態に応じて、かつ、有機的連携の下に総合的に、策定され、及び実施されなければならない。

第8条2項 障害者の福祉に関する施策を講ずるに当たっては、障害者の自主性が十分に尊重され、かつ、障害者が、可能な限り、地域において自立した日常生活を営むことができるよう配慮されなければならない。

第12条3項 国及び地方公共団体は、障害者がその年齢及び障害の状態に応じ、医療、介護、生活支援その他自立のための適切な支援を受けられるよう必要な施策を講じなければならない。

としている。

障害者基本法は障害者福祉に携わる行政官にとって憲法と同様大切な守るべき法規であって、身体障害者福祉法により実現した支援費制度もこの障害者基本法に照らして恥ずかしくない解釈がなされなければならない。

すなわち「法に何も書いていない」などとは理解できない被告は行政担当者として法の意味を誤解し、はきちがえているのである

とりわけ、身体障害者福祉法が制定した支援費制度の趣旨は原告が訴状にて詳しく解き明かしたとおり、「自己決定の尊重」であり、なかでも居宅介護事業における支援費は、上記の障害者基本法とあいまって「地域で自立生活を営む障害者の自己決定と自己実現を適切に支援する内容、支給量であることが必要である」という命題が導かれる。

そして、法が規定する「勘案」義務とは、自治体に対して、

A 個別具体的事情の調査義務

B 上記調査で得られた個別具体的事実を考慮し、法の趣旨にそって個人の自己決定を尊重した必要即応の支給内容を勘案判断する義務を課しているものである。

必要即応原則は社会保障支給における基礎概念であり、定額支給概念に対置されるものである。

この点を被告大田区は「障害者の個別具体的な状況を基礎として、介護需要を満たすに必要・相当かとの観点からの行政裁量に委ねられている。」としている。

これは「障害者の個別具体的な状況を基礎として、個人の自己決定を尊重した内容でかつ介護需要を満たすに必要・相当な支給決定を行うことが自治体に義務付けられている。」とするのが相当である。

すなわち、被告大田区の論法は結論においてなぜか「裁量」を導いているのであるが、法は個人の申請に対して当該障害者への上記内容の支給決定を行うことが「義務付けられている」ものであって、行政自由裁量がア priori に与えられているとする発想は過去の遺物である。

「障害者の個別具体的な状況を基礎として、個人の自己決定を尊重した内容でかつ介護需要を満たすに必要・相当な支給決定」は客観的一義的に結論が導き出される判断であろうか、それとも規範的構成要件の当てはめの問題であろうか。

原告は、これを客観的に導き出される基準だと考える。

なぜなら、支援費支給量でいうならば、確かに個々千差万別な介護需要がある。

しかし、個人の自己決定を基本として、当該個人にとって確実に消化できる適正なる介護需要とそれに対応する介護支給量は認定可能だからである。

いくら、本人が希望したとしても客観的にみて到底当該個人がその支給量を利用できない支給量であったり、従来の介護実績に照らして当該個人が利用できる蓋然性の認められない支給量であればそれは客観的に適正なる支給量認定とはいえないのである。

個人のニーズを基本として、適切な支給量を決定するという客観的査定

は可能なのである。

居宅介護における支援費支給にかかる行政判断は、行政の自由裁量に委ねられている事柄ではない。

規範的構成要件が法定されていればすなわち行政に裁量を与えられていると考えてはならない。

障害者の介護保障の分野で、福祉の高度な専門的判断は不用である。

知的障害等により判断能力が不十分な者に対する権利擁護の問題は次元が全く別の事柄である。

本人の自己決定権を尊重するという根本理念からすれば、適正な支給決定は法的判断が可能な事柄である。

今日、医療過誤における医療技術との相関関係における過失の認定、特許の世界における新規性判断、建築の瑕疵の認定その他、どのような専門的世界の事象にも法的判断は求められているし、実際それを司法は積極的且つ適切に判断行使している。

例えば刑事判決の世界であるが、最判昭和58年9月13日判決は、「心身喪失に該当するかは法律判断として専ら裁判所に委ねられていることはもとより、その前提となる生物学的、心理学的要素についても、究極的には裁判所の評価に委ねられるべき問題である」として、生物学、心理学等の高度の専門的領域での判断でさえ、司法の認定対象となる旨断言している。

「規範的抽象要件」だから司法審査が消極的で行政判断を優先すべきなどということは到底言えない。

借地借家法6条は、借地契約の更新拒絶に「正当事由」の具備を要件としている。

そうすると、正当事由が具備すると認められるか否かは地主に裁量権が委ねられているのであろうか。

「正当事由」とは何かとは個別具体的な事情に則してはじめて考慮可能な事柄であって、予め一義的に答えの出せない規範的抽象要件である。

しかしだからと言って地主に正当事由認定の裁量権が与えられていると解釈する者はいない。

本質的に行政法の解釈といえども、当該個別の行政法規定が、明らかに当該行政庁に裁量を付与していると解釈することが妥当であり、法規の文面や法体系全般の趣旨からそのように読み取らざるを得ない場合に限って、

裁量権付与を認めるべきである。

行政法の分野で規範的構成要件が法定されていれば当該行政庁にアプリーオリに行政裁量が付与されていると解釈するならばそれは私人対私人とは異なる「行政の優越性」を所与の命題とする明治憲法下の政府と臣民の関係に行政府と国民の関係を擬すると同じ愚を犯すものというべきである。

むしろ、日本国憲法全文は次のように謳っている。

「そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであって、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する。これは人類普遍の原理であり、この憲法は、かかる原理に基くものである。

われらは、これに反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する。」

憲法第15条2項は「すべて公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない。」とする。

これら憲法の根本原理に照らしてみれば、行政の優越性を前提として「規範的要件」が法定されていれば、行政に裁量権が付与されていると解するのは妥当でなく、上記の地主と借地人が法律上対等な私人同士の問題として、正当事由に司法審査が及ぶのと同じ理屈で、裁量権は法が特別に付与したと特に解釈可能な場合以外には付与されていない。

そして、法が規定した支援費制度は障害者が自立した生活を送れるように個別ニーズに則した公的支援をなすべきことを自治体に義務付けた趣旨である以上、原則として自治体には支援費支給決定における裁量権が付与されていると解釈することは出来ない。

ただし、百歩譲って、これらを行政講学上の裁量論を参考に説明することもできないこともない。

日本公法学会の学界誌「公法研究」第67号（2005年10月）は「行政法の基礎概念」を特集し、山下竜一が「行政法の基礎概念としての行政裁量」と題する研究報告を行って、現代行政法における行政裁量論を分析している（214～222頁）。

このなかで「裁量基準の拘束力の有無の判断基準として重要なのが、80年代半ばから日本の学界において注目をあびるようになった個別事情配慮義務である。」とされている（217頁）。すなわち、行政裁量が認められる存在理由の本質のひとつは、「事案の個別事情配慮義務」であると

する、近時広く支持されている行政法学上の理解である。

これは、「行政庁は、事案それぞれの個別の事情に応じた最良最適な結論を導くために裁量を行行使することが求められている」とするものである。

もちろん、すべての行政裁量事案がこれで語れるかは別としても、ある意味では、本件の個別勘案に基づく個人に対する支援費支給決定制度は、この個別事情配慮義務を具現化した典型的制度という説明も不可能ではない。

「事案に応じた最適な結論を導く義務」ということが支援費支給における行政裁量の正体だというならば、本件でいうところの行政裁量とは要するに行政庁に課せられた適切な個別勘案決定義務と同義語ということになる。

仮にそういう説明に立ったとしても、本件具体的事情に照らせば、原告鈴木敬治にとっての個別事情配慮義務を尽くしたどころかその義務を完全に放棄したという意味で、本件処分において被告が個別事情配慮義務に違反していることは論を待たない。

すなわち、「行政裁量」を逸脱する違法な行政処分である。

いずれの説明方法に立つにせよ、本件で大幅な自由裁量が自治体に付与されているという解釈は成り立たず、被告の本件各処分は「裁量権」を逸脱した違法処分である。

仮に被告大田区の命題「障害者の個別具体的な状況を基礎として、介護需要を満たすに必要・相当かとの観点からの行政裁量」を当てはめてみるとどうなるか。

被告は、本訴訟の弁論において、この命題を掲げながら、自らこのあてはめを間違っており、それにより誤った結論を導いている。

本件訴訟で問題の対象とされているのは移動介護支給量に一律上限を定めて移動介護支援費の支給を一律制限する移動介護要綱である。

いったいどうしたら、

命題「障害者の個別具体的な状況を基礎として、介護需要を満たすに必要・相当かとの観点からの行政裁量」

と上記の「移動介護支給量の一律上限規制要綱制定、施行、それに基づく支給決定」が、矛盾・抵触しないというのであろうか。

「一律上限規制」は全員一律に上限量支給をするという制度であって、「個別具体的な状況を基礎」という被告自ら掲げた命題に明らかに抵触する。

また、「一律上限規制」は、「介護需要を満たすに必要・相当か否かの観点からの行政裁量行使」とも相容れない。

これらを被告の命題を援用せずに説明すれば、

一律上限規定は、法が規定する「勘案」義務すなわち、A 個別具体的事情の調査義務、B 上記調査で得られた個別具体的事実を考慮し、法の趣旨にそって個人の自己決定を尊重した必要即応の支給内容を勘案する義務のいずれにも抵触すると言うほかない。

被告による上限設定規制制定、施行は「個別勘案義務の放棄」に他ならず、支援費制度の制度趣旨を没却させる法を著しく逸脱した違法な行政執行、行政処分との結論が導かれる。

さらに被告の上記の紋切り型の定型裁量論に対して指摘できることは幾つかもある

ア 「個別、具体的な状況を見ている」のはまさに被告大田区である。

被告はいみじくも「個別、具体的な状況を見ている」場合は違法となるとしている。

月124時間移動介護支援費支給の原告からの強い請求の意思があり、実際に当該障害者の生活を支援するためにその支援をする必要性も相当性も認められている個別・具体的状況を全く無視して、移動介護要綱の上限規定を適用して処分を下したのは被告である。

本件は被告の定立する違法基準にそのまま当てはまる典型的違法事例である。

イ 「介護需要を満たすに足りない」「著しく少ない場合」がまさに本件である。

被告は「介護需要を満たすに足りない、著しく少ない場合」は違法処分となるとする。

まさに、外出介護月124時間が必要な介護需要であることは明らかであって、それに対して月32時間というのは月92時間も供給不足で

あって、まさに「著しく少ない場合」に該当する。

この点からも本件は被告の定立する違法基準にそのまま当てはまる典型的違法事例である。

ウ 「外出介護」と「日常生活支援」という「原則室内介護」を混同させることにより、「総支給量（時間）は変わらないんだからいいじゃないか」という本件の本質、問題のすり替えを企図している。

本人は自己実現・自己決定権行使の表明として強く「外出をしたい」と要望しているのである。

そうである以上問題となる介護需要は、外出のための移動介護の需要に決まっている。

また、被告のこの論拠には移動介護の重要性に関する視点が欠落している。

障害者が社会参加をするための「足の確保」こそが「完全参加と平等」という障害者福祉の根幹なのであって、その点を等閑視して、本件要綱・本件処分の人権侵害性を糊塗することは許されない。

移動介護の重要性は厚生労働省も強調している点である。

平成15年3月24日厚生労働省告示第110号「指定居宅介護及び基準該当居宅介護に提供に当たる者として厚生労働大臣が定めるもの」（甲60の1）、同第111号「厚生労働大臣が定める者」（甲60の2）は、視覚障害者、知的障害者、全身性障害者に対する外出時における移動介護に関する知識及び技術を習得する研修を詳しく規定し、全身性障害者の移動介護については、全身性障害者移動介護従業者養成研修または日常生活支援従業者養成研修修了者でなくてはならないと定めている。

この点を詳しく述べたものとして、例えば、厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部企画課総務係長等が執筆している「全身性障害者移動介護従事者養成研修課程」（中央出版）という文献（甲61）がある。

ここでは、移動介護の特有の「車いすの構造の理解、車いすの取り扱い方」「電動車椅子の構造の理解」「装具機能の理解」「移動介護における姿勢保持の留意点」「移動介護における事故防止の留意点」「移動介護要綱解除における抱きかかえの方法、移乗の方法」「坂道・段差・溝における移動介護」「階段における移動介護」「移動介護におけるエレベーター・エスカレータの利用方法と留意点」「乗り物利用の場合の注意点」「雨天

時の移動介護における留意点」「歩行介助の留意点」「外出時の食事介護の姿勢について」「外出時の食事介助の方法」「外出時の衣服着脱の介護方法」「外出時の排泄介助の方法と留意点」など、移動介護業務において理解、マスターしておく事項が多々教授されている。

「外出用のガイドヘルパーとしての介助」と「室内用の居宅介助」は自ずと介助の性質・注意点は異なり、法律上の介護類型として別個のものである。

これは介護する側からの視点であるが、介護を受ける側としては、障害者の社会参加権を充足するためには、障害者が主体的に居宅内から外に出て、その行動する姿を人々に堂々と見せ（障害者が座敷労に閉じ込められていた時代は昭和30年代くらいまで現実であったし、今でも結婚式に親戚の中で障害者は出席できないなどの現実は当たり前のように存在する）人々と交流し、意見を述べ、懇親し、様々な社会参加活動を行うことは、社会の正常な発展のためにも障害者個人の自己実現のためにも極めて大切なことである。

被告大田区の論法は、「家の中での介護時間は保障しているからいいじゃないか」という乱暴極まるものであるが、今回の被告の処分、要綱施行は、障害者の社会参加権を侵害するものであるという原告の訴えの意義に対して、全く答えていない。

ちなみに被告準備書面（1）6～7頁において、平成16年4月1日に日常生活支援要綱を定めたことが書いてある。

しかし、何を言いたいのか趣旨不明である。

この日常生活要綱8条は、日常生活支援と移動介護の「相互乗り入れ」「相互振り替え」を認めるという趣旨であろうか。

要するに大田区保健福祉部の議会答弁に見られるように移動介護削減の正当化理由の一つとして「移動介護の時間を居宅内介護に振り替えてやるから移動介護を削減しても代替措置が取られている」ということを言いたいのであろう。

この点原告は既に訴状31～32頁において、そのような解釈が違法であり、被告にとって致命的過ちであることは既に説明済みである。

厚生労働省が設定している「単価」も「介護類型」も全くことなる支援である以上、自治体が法を捻じ曲げて勝手に「相互振替」を認めることが違法なことは論を俟たない。



おそらく、訴状での当該指摘を受けたため、被告準備書面(1)6~7頁ではこのように日本語として全く意味不明の記載とならざるを得なかったものであろう。

「移動介護」が月124時間必要なことは被告自ら法17条に基づいて認定している事実である。

それを「日常生活に付け替えたからいいだろう」ということは全く意味がないどころか、まさに「今まで外出して社会参加していた時間は家の中に閉じこもっていなさい」というのと同義語である。

原告が被告の移動介護要綱制定・施行とその適用による各処分を「外出禁止令」であると激しく糾弾するのは当然である。

人が社会を自由に移動して社会参加できることは健全な民主社会の基礎であり、自己決定権の根幹的権利である。

それを奪う被告の本件要綱強行、本件処分がいかに障害者福祉の拠って立つべき基本理念を踏み躪るものかは自明と言ってよい。

また、被告のこの答弁には原告から指弾された問題点に対して全く回答できない惨状が見て取れる。

「行政裁量」とさえ言いさえすれば「何でもあり」のフリーハンドの権限が付与されているわけでない。

既に明らかなおお、身体障害者福祉法が制定した支援費制度の趣旨は、個人の自己決定を充足させるために個別勘案事情に基づく必要即応の介護支援を実施することである。

その本質を論じ、理解することが本件理解の大前提である。

なにもこれは原告独自の理解でない通説的解釈である。

この点、厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部は、平成17年1月18日付「障障発第0118002号」として公式回答している。

厚生労働省の回答は

「支援費制度においては、市町村は、申請を行った障害者の障害の種類及び程度、当該障害者の介護を行う者の状況、当該障害者の居宅生活支援費の受給の状況等を勘案して、居宅生活支援費の支給の要否及び支給量を決定することとされており、従前より、こうした趣旨について、地方自治体に対し、周知してきたところである。」としている。

これは支援費制度の本質・趣旨がまさに上記の個人の自己決定を充

足させるために個別勘案事情に基づく必要即応の介護支援を実施すること  
にあり、地方自治体が支給量に対して一律上限を設定することを否定  
する趣旨と理解できる。

さらに、東京都は、東京都福祉局障害福祉部在宅福祉課長作成の平成16年7月30日付「弁護士第23条の2に基づく照会に対する回答」（16福障在字第795号）において、

「支給量の決定は、利用者の障害の種類及び程度その他の状況や心身の状況など、法に定める事項を勘案して行うものであり、個々の利用者の状況を見ないで一律に上限を設定することは支援費制度の理念から考えて好ましくない」としている。

これも原告主張の法解釈の正しさを証明するものである。

そして、被告大田区は、大田区福祉オンブズマン条例（平成12年3月10日大田区条例第1号・改正平成14年3月20日第1号・甲第47号証）に根拠を持ち「大田区長の付属機関」（同条例1条）である大田区福祉オンブズマンから、同条例14条第1項、第4項に基づく勧告を受けている（甲第45号証）。

「勧告を受けた区の機関は当該勧告を尊重するものとする。」（同条例第14条第3項）とされている。

勧告の趣旨の概要は、

「地域で自立生活を望む障害者の自己決定を尊重」すること。

「サービス量に上限があるとして制限するのではなく

また、一定のサービス量を一律に提供するのでもなく、

相談者の生活状況等を具体的には把握し、問題解決に必要なサービスと必要量を決定されたい。」である。

このように個々の個別事情に対する必要即応の原則に基づく支給が原則である以上、個別事情勘案と相容れない「一律上限設定」は背理と言わざるを得ない。

「一律上限設定」があるということは「個別事情の勘案を不用」とすることを意味し、法の趣旨を没却させる制度という他ない。

しかも大田区の設定した上限支給量は「1日換算1時間の外出時間」が上限である。

考えてもみて欲しい、一般に外出が1日1時間を超えない人がどれだけいるであろうか。

人として当たり前の生活を享受し、人間らしい営みをする国民にとって1日平均10時間程度の外出生活はごくありふれたことであって、1日1時間の外出など、勘案調査など不用なほど低レベルの話である。

繰り返すが、被告は、原告が訴状で指摘した、

- ・「東京都も一律上限設定は支援費制度の理念から好ましくないと公文書回答している。」
- ・「厚生労働省の見解、行政指導に違反していること」

に対して何らの答弁がなされておらず、被告が反論不能に陥っていることが明らかである。

原告は、東京都の見解違反、厚生労働省の見解、指導違反をそれ自体直接の違法事由として論じているわけではない。

しかし、支援費制度を所管する上級庁である東京都、そして支援費制度をわが国で所管する中央省庁の身体障害者福祉法支援費制度の法解釈とその行政指導に真っ向から反する要綱・処分である以上、その見解に反しても合理性をもつという積極的反証がなされない以上、違法の推定が働くものと看做すことが出来ると言わざるを得ないであろう。

すなわち、厚生労働省も東京都も当然のことながら、個別勘案に基づく必要即応の介護保障を支援費制度の憲法として理解しているのである。

支援費制度を導入、施行し所管している厚生労働省が制度趣旨をそう考え、そう説明し、推進している以上、それが間違いであると主張しているのが日本の約2000の地方自治体のうち、23特別区内の、被告大田区だけである以上、被告大田区は厚生労働省・東京都を含む大田区を除く全ての自治体の法解釈を覆すだけの論証をしていただく必要がある。

しかし、それは全くなされていない。

かろうじて、大田区議会健康福祉委員会での平成16年10月12日の岩田美恵子障害者福祉課長の答弁（甲第28号証5頁）で、「好ましくないという表現はしておりますけれど、指導する権限はないということ」が唯一の反論であろう。

しかし、この回答（厚生労働省・東京都の回答）をみれば、地方分権法の趣旨に照らした地方自治権に考慮して、被告の要綱に対して直接的に指

導はしないとしても、正式な公文書にてこれだけの表現を表明していることは、東京都及び国が、大田区の移動介護要綱をいかに「問題視」しているかは明らかであろう。

事実としても、平成16年7月1日の架電及び同月8日の大田区東及び西地域行政センター地域福課長に対して口頭にて、一律上限設定は支援費制度の理念から考えて好ましくないという指導を行なっていることが東京都の「平成16年7月30日 16福障在字第795号」にて証明されている。

すなわち、被告大田区の32時間上限設定要綱施行は法解釈を誤った違法なものと言わざるを得ない。

「事実認定の問題として、本件不利益処分が下される根拠事実が全く存在していない。」との訴状指摘について被告は全く反論できていない。これは訴状の28頁～29頁を再掲する。

「事実の問題として、原告に移動介護支給量の必要性が減少した（しかも4分の1に）ことを認定した勘案調査結果は存在していない。

むしろ、各勘案調査によって最低月124時間が正当化される勘案調査結果が存在するのみである。

被告の本件不利益処分判断が下される根拠事実が全く存在していないのである。

このことは既に被告が公式文書にて認めていることである（甲16）。

平成16年5月21日大田区長西野善雄回答（北福収第114号）別紙1「公開質問状に対する回答」の「4について」に

「平成16年3月31日に決定した平成16年4月からの支援費支給量については、平成16年3月29日に勘案事項調査に訪問し、3月の変更申請時点と勘案事項に変化はないものと確認しております。」と事実関係については原告と被告に争いのないことを公式に認めている。

すなわち、「違法処分ではない」ということが説明不可能である。」

これらの指摘に被告は一言も反論できていない。

かろうじて、いいたいこと（議論をすりかえたい点）を被告に有利に善解するとすれば「3月4日の変更決定は総支給量（時間）の増量だけ勘案調査した結果であって、移動介護に関しては調査の範疇外であった」という趣旨と思われるが、それが失当であることは既に論じたとおりである。

大田区長が公印及び公文書番号入りの公文書にて、「4月からの支給量

については、3月時点と勘案事実に変化はないものと確認しております。」と断定している以上、被告の上記弁明は余りにも説得力が希薄という他ない。

#### 不利益変更禁止原則

被告はいみじくも、「支援費制度導入の際の支援費決定の際、従前需給していた介護サービスを維持することを原則とした」と主張している。

これは、厚生労働省が従前から、介護サービスにおける制度変更の際の大原則として自治体に対して指導を周知している点である。

公的介護保障を基礎として生活を営んでいる障害者は、生活スタイル、人生設計、介護体制の構築等について公的介護保障をもととして暮らしている。

そのような障害者にとって、予期せぬ急減な介護保障の切り下げは、当該障害者の営む自立生活を不可能または著しく困難にさせるなど、生活全般に渡る支障を生じさせる。

自立生活を営む障害者にとって、介護体制の整備は、毎日生きていくことの根幹としての基礎体制の構築なのであって、予期せぬ削減は、自立障害者にとって、生きることを諦めろというに等しい暴挙である。

いやしくも、仮に制度改革を実施せんとする行政庁は、個々の障害者の従前の生活設計・ライフスタイル・自己実現を妨げず、それを従前とおり保障するよう努める義務がある。

この点、訴状30頁にて引用したとおり、不利益変更禁止原則は、「被保護者は正当な理由がなければ既になされた保護を不利益に変更されることはない」との原則であって、社会保障全般に通じる原則である。

ここにいう「正当な理由」とは「予算の不足などではなく、法に定められた保護の変更・停止・廃止の要件に該当する場合に限られる」（角田豊著・佐藤進校訂「社会保障法〔新版〕」青林書院 現代法律学全集49・平成六年（1994年）9月刊・118頁）。

制度変革における制度後退禁止原則は、憲法学者内野正幸が論じている。

社会保障法では、訴状30頁で引用した又坂常人、訴状52頁で引用したとおり、社会保障法学において介護保障に造詣の深い大阪市立大学教授木下秀雄は

「介護保障の権利性」（日本社会保障学会誌11号1996年（平成8

年)刊・174～175頁)で、憲法第13条、25条に基づき「人間の尊厳に値する介護」保障を論じ、公的介護保障制度にかんする介護における平等原理(憲法第14条)介護保障の自己決定と参加保障(憲法13条、31条)、制度改革の際の不利益変更禁止と公平保障(憲法第25条)を強力に主張している。

ここでは「少なくとも」として、どんなに最低限でも言える事として「現在給付されている水準を維持することが要請される。」とされており、現在給付水準の維持は社会保障制度改革における最低限守られるべき大原則であることが確認されている。

とはいえ、ここで木下が言及したような原則は、曲がりなりにも行政庁がそれなりに民主的プロセスを経て制度改革を推進し、要所で大綱等が公表されて市民に制度改革に関する情報提供なり改革参加が実現できたことを前提とした議論である。

今回の大田区の導入した「移動介護要綱による上限設定」などは「制度変革」と称するにも価しない勝手放題の無法な代物であって、これら原則の適用を論ずる以前の問題と思われる。

いったん、被告大田区自らが1年間にわたって移動介護月124時間を支給決定してきて、それは原告以外の大田区在住の多くの視覚障害者にも同様のことが当てはまる。

それらの前提を元に原告が暮らしてきたにも関わらず、それら障害者個々の生活を乱し、有無を言わず一律上限規定の適用という乱暴なやり方で介護支給量を激減させる要綱施行は、個々の障害者の自己決定権の充足に反し、不利益変更禁止の法理に反する違法な処分、要綱施行である。

原告を含め月32時間を超える移動介護支援費支給決定及びそれに基づく具体的給付を受け、移動介護サービスを受けて暮らしてきた区民は視覚障害者を中心に多数いる。

従って、仮に一旦成立した移動介護支給受給権を削減する制度を制定するというならば、その制度制定をして、一律削減をしなくては、支援費支給制度自体あるいは自治体の財源が破綻して大田区の支援費制度の存立自体が危ぶまれるというような具体的事情を具体的な事実と証拠に基づき厳格に司法の場で立証できた場合に限りそのような一律給付制限が極めて例外的に許容されうる。

しかしながら、そのような主張も立証も被告から一切なされておらず、被告の本件移動介護要綱制定、実施による、一律支援費支給削減という制度変更は違憲、違法という結論となる。

5 「2(1)本件第1処分について」について 11頁  
「イ 第1処分における勘案調査」について

イ 本件第1処分を行うに当たって、区長が勘案事項調査により把握した原告の状況は、勘案事項整理票記載のとおりである。

すなわち、原告は、脳性麻痺による両上肢機能障害・移動機能障害(1種1級)を有する全身性障害者である外、言語機能障害及び嚥下機能障害を有しており(なお、腎盂腎炎の持病あり)、日常生活全般にわたって支援を要する単身生活者である。

また、家族による介護等の援助は全く望めず、生活保護法による生活扶助・医療扶助を受給している。

従前の支援費受給状況は、家事援助、身体介護の日常生活支援として月372時間、移動介護(身体介護有)として月124時間の支給量に係る居宅生活支援費を受給している。

原告の意向は、24時間の全日介護の希望を有しているものの、少なくとも月124時間の移動介護に係る支給量を確保してほしいとのことである。

本件で勘案事項調査に基づく「裁量」行使のあり方を具体的に検討してみよう。

この点、厚生労働省は勘案事項調査のあり方に関して次の通達(10ポイント文字部分)を出しており、参照する。

.....

支援費支給決定について〔身体障害者福祉法〕(平成15年3月28日障発第0328020号・平成16年3月29日障発第0329010号・平成17年3月18日0318002号)(各都道府県知事・各...市長あて厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部長通知)

標記については、身体障害者福祉法...らの関係法令によって規定しているところであるが、この実施に伴う取扱いは下記のとおりであるので、留意されたい。

なお、本通知は、地方自治法(昭和22年法律第67号)第245条の4第1項の規定に基づく技術的な助言であることを申し添える。

記

## 支援費支給決定の基本的取扱い

支援費制度においては、障害者福祉サービスの利用について支援費の支給を受けようとする障害者は、居宅支援...の種類ごとに市町村に対して支給申請を行う。

この申請が行われたとき、市町村は、申請を行った障害者の障害の種類及び程度、当該障害者の介護を行う者の状況その他の厚生労働省令で定める事項(以下「勘案事項」という。)を勘案し、申請されたサービスの目的・機能と照らして支援費の支給の要否を決定し、居宅生活支援費であれば支給量と支給期間を...定めることとなる。

従来の措置制度は、障害者に対する福祉サービスの提供を、行政が特定の事業者・施設に個別に委託する仕組みであった。

これに対し、支援費制度における支給決定(...)は、障害者から申請された種類の居宅支援...について公費で助成することの要否を判断するものであり、特定の事業者・施設から支援を受けるべき旨を決定するものではない。

### 勘案事項の趣旨

勘案事項の趣旨は次のとおりである。

#### 1 居宅生活支援費

##### (1) 障害の種類及び程度その他の心身の状況

当該障害者(児)の身体障害者手帳や療育手帳等に記載されている障害の状況のみに着目するのではなく、障害があるがゆえに日常生活を営むのに支障をきたしている状況等を含めて勘案する。

なお、「その他の心身の状況」を勘案する場合とは、当該障害者が医療機関における入院治療が必要なために、居宅支援で対処することが適当でない場合等を想定している。

この点原告について、被告大田区は次のとおり勘案した。

#### 勘案事項(1) 11頁

「原告は、脳性麻痺による両上肢機能障害・移動機能障害(1種1級)を有する全身性障害者である外、言語機能障害及び嚥下機能障害を有しており(なお、腎盂腎炎の持病あり)、日常生活全般にわたって支援を要する単身生活者である。」

原告が、移動機能障害を有する全身性障害者であって、言語機能障害・嚥下障害を有し、日常生活全般にわたって支援を要することを支給にあたって勘案しなければならないことになる。

##### (2) 介護を行う者の状況(障害児の保護者の状況)

介護を行う者(保護者)の有無、年齢、心身の状況及び就労状況等を勘案して、居宅生



活支援費の支給を決定する。...

なお、当該事項は、介護を行う者(保護者)がいる場合に居宅介護等の居宅生活支援費の支給を行わないという趣旨ではない。

#### 勸案事項(2)

この点被告は原告に関して「家族による介護等の援助は全く望めず」としており、当然公的支援の必要性が極めて高いという事実を勸案する必要がある。

(3) 居宅生活支援費及び施設訓練等支援費の受給の状況並びに居宅支援及び施設支援以外の保健医療サービス又は福祉サービス等の利用の状況

申請されたサービス以外のサービスの利用状況を踏まえ、居宅支給決定により当該障害者(児)が全体としてどのようなサービスを受けながら生活することになるのかを把握した上で、居宅支給決定を行う。

例えば、居宅介護に係る支給申請の場合、デイサービスや短期入所に係る受給の状況等を勸案し、支給量の調整等を図ることが考えられる。...

#### 勸案事項(3)

この点被告は原告に関して「生活保護法による生活扶助・医療扶助を受給している」としている。

原告に関して要保護性の高い事実を勸案する必要があることになる。

(4) 居宅支援の利用に関する意向の具体的内容

当該障害者(障害児の保護者)が受けようとするサービスの内容、利用目的等、具体的にどのような利用の意向があるのかを勸案して、居宅支給決定を行う。

その際、社会参加の意欲を含め、本人がどのような生活をしていきたいのかを十分考慮する必要がある。

#### 勸案事項(4) 12頁

この点被告は原告に関して

「原告の意向は、24時間の全日介護の希望を有しているものの、少なくとも月124時間の移動介護に係る支給量を確保してほしいとのことである。」

との勸案調査認定である。

さて、支援費制度の基本理念は「利用者の自己決定の尊重」である。すなわち、基本的にこの「利用者の意向の具体的内容」こそが、支給量

決定に際して勘案すべき最重要項目であることは疑いない。

この点を十分勘案せず、重視すべき事項を軽視して支給量決定の結論を導きだしたのならば、それは間違った勘案であって、仮に勘案認定に「裁量」を想定すると説明したとしても、それは裁量権行使を逸脱した違法の瑕疵を帯びる。

そうである以上、ここで被告自ら認定した原告の具体的意向である

「**少なくとも月124時間の移動介護に係る支給量を確保してほしい**」を本人の自己決定の尊重という支援費制度の趣旨から出来るだけ実現すべき責務があることになり、その意向に反する場合には行政庁がその合理的理由を厳格に立証できる場合に限られるというべきである。

そうしてみると、勘案すべき最も重要な価値を尊重せずになした本件処分は「裁量権」を明らかに逸脱した違法処分という他ない。

#### (5) 置かれている環境

当該障害者(児)が居住する住宅構造(例えば、障害に対応した住宅改修の状況)や生活環境(例えば、医療機関までの距離)等を勘案することを想定している。

#### (6) 当該申請に係る居宅支援の提供体制の整備の状況

居宅支給決定を行うにあたっては、実際に当該障害者(障害児の保護者)が当該居宅支援を利用できる見込みがあることが必要であることから、本事項を勘案することとする。

利用の見込みは、障害者(障害児の保護者)からの利用予定事業者の聴き取りのほか、障害者(障害児または保護者)からの求めに応じ、あっせん・調整、要請を行うことなどにより判断することとなる。

また、障害者等が、それぞれその障害の種類及び程度等に応じてサービスを利用できるよう調整するために、本事項を勘案することが必要となる場合も想定される。

なお、支援費制度導入の趣旨にかんがみれば、サービスの基盤整備は重要な課題である。

支給申請の審査のプロセスは、地域におけるサービス基盤整備の必要な内容の明確化に資するものであり、都道府県及び市町村は、地域のニーズを踏まえ、計画的な基盤整備により一層取り組む必要がある。

原告は自身が中心になって介護体制を構築し、複数の介護事業者と契約を締結しており、支援費が公的に保障される限りは体制整備の状況に問題は無い。

なお、この「支給決定に際し実際に支援を利用できる見込みがあることが必要で

ある」との厚生労働省の解釈は妥当でなく、強い疑問が呈されている(太田匡彦「行政行為—古くからある概念の、今認められるべき意味をめぐって」公法研究第 67 号 248 頁注(17)参照)。

さあ、以上の勘案調査の具体的認定結果を前提にして、一体どこに「移動介護支給を削減すべき事情」が存在しているのか？

被告の原告に対する本件各処分が正当化されるためには法定勘案調査によって得られた具体的事情のなかに原告の移動介護を削減すべき事情が存在していることが絶対的な大前提である。

原告の移動介護支給量を 4 分の 1 にまで急削減すべき方向に働く勘案事実が存在しているのだろうか。

「否」である。

そのような事情は存在しないどころか、移動機能障害を有し、外出を伴う社会参加活動を強く希望している原告に対して、移動介護を篤く保障すべき勘案事実が認定されているばかりである。

1 年間にわたって、法 17 条の 4、5 に基づく 2 度の行政処分に基づき、移動介護月 124 時間が必要であると被告大田区は認定し、事実、その支給量の全てを現実に原告は全て利用して活動して生きてきたのである。

すなわち、平成 15 年 4 月 1 日～平成 16 年 3 月末日の期間、たんに抽象的な意味で受給権を認めただけでなく、実際にその 1 年間を振り返ってみて、全ての支給量を原告は使用し、被告はその事実を認め、対応する金銭を 12 ヶ月間にわたって毎月、介護事業者に対して支払ったのである。

紛れもない事実である。

被告の「勘案」判断の内容及び過程に看過し難い違法な瑕疵があることは明らかである。

裁判所には指摘するまでもないが、日光太郎杉事件東京高判昭和 48 年 7 月 13 日(行裁例集 24 巻 6, 7 号 533 頁)は土地収用認定の問題ではあるが、

「事業認定の判断にあたって、本来最も重視すべきことがらを不当、安易に軽視し、...当然尽すべき考慮を尽さず、...本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れ、かつ、本来過大に評価すべきでないことがらを過重に評価した点で...その裁量判断の方法ないし過程に過誤があるものとして、違法なものと認めざるをえない。

...その余の違法事由についてさらに立ち入って判断するまでもなく、処

分は取消を免れない。

一連の手續における先行の処分が、違法で取消すべきである以上、後続の処分は当然に違法であって、これまた取消を免れない。」旨判示している。

被告は原告に対する支援費支給決定において、被告により勘案された勘案事項に照らせば、どのようにそれら勘案事実を考慮したとしても、移動介護支援費支給量について最低でも従来とおり月124時間は確保するべきと評価されるべきことは明白である。

ところが被告が「移動介護に関する支給量の算定の指標となる統一的な基準を定めることによって、適切な事務処理を図ることを目的として定められた規定である」はずで、「下級機関を法的に拘束するのみで、住民の権利・義務に直接影響を及ぼすものではないから、それ自体は原被告間に何らの法律関係を生じさせるものではない。」はずの「移動介護要綱6条」を「支給量の上限」として考慮し、それを法に与えられていない支援費支給の直接的法的根拠として支給を制限したことは、「裁量」を著しく逸脱しているのは一見にして明白である。

本来、裁量行使の瑕疵の問題は、前提として、当該行政庁に裁量として考慮すべき事項が一応与えられていることが前提であろう。

本件は、そもそも、自治体には、支援費支給の行政執務を実行するにあたり、一律上限規定を制定する権限など与えられていないのである。

権限外行為なのである。

もし、助役による支援費支給制限要綱を制定することが裁量の範囲内というならば、例えば北地域行政センターの係長でも支給上限規定を制定して支給制限できるという暴論を認めるに等しいだろう。

法はそのような権限を与えていない。

原告がそのような意味で訴状にて本件は「裁量以前の問題である」と繰り返しているのはそういう意味である。

法により与えられていない規制権限に基づいて規制すべき事情を認定するなどには法治主義国家には許されないことである。

日光太郎杉高裁判決の言い回しを借りるならば

被告の本件処分は、

「支援費支給決定の判断にあたって、勘案事項調査(4)で得られた当

該障害者の居宅支援の利用に関する意向の具体的内容である『最低でも月124時間の移動介護を利用して外出活動を実現したい』という本来最も重視すべきことがらを不当、安易に軽視し、

そのために出来る限りの外出介護支援を保障するという当然尽すべき考慮を尽さず、

『行政内部の事務処理上の便宜のために存在するに過ぎない本件移動介護要綱』の支給量上限規定という本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れ、

かつ、『区長の特別事情認定に協力しない』などという本来過大に評価すべきでないことがらを過重に評価（正しくは、原告の全く正当な行為を不当に評価）した点で

その裁量判断の方法ないし過程に過誤があるものとして、違法なものと認めざるをえない。

その余の違法事由についてさらに立ち入って判断するまでもなく、処分は取消を免れない。

一連の手續における先行の処分である本件第1処分が違法で取消されるべきである以上、後続の処分である本件第2乃至第5処分は当然に違法であって、これまた取消を免れない。」旨判示され得る。

これらを、本件事実関係に照らせば被告の裁量権の範囲はゼロに収縮し、移動介護支給量を月124時間に決定することが羈束されていたとの裁量権収縮・後退論により説明することもできよう。

いずれにしても、いかなる説明方法をもっても被告の本件移動介護要綱及び本件各処分は違法である。

#### 「ウ 支給の内容と言いつ」 12～13頁

ウ 被告は、上記勘案事項に係る原告の状況及びその他の生活状況等を踏まえ、次のとおり、必要な支給量を認定した。

日常生活支援（身体介護・家事援助・見守り）について 略  
身体介護を伴う移動介護について

原告は、移動介護に係る支給量を算定するために必要な外出の具体的な状況等に関する聴き取りについては応じなかったため、区長は、移動介護について、具体的な内容を的確に把握することができなかった。

このため、区長は、従前の原告の外出のほとんどが余暇活動等の社会

参加のための外出に当たるものであったこと及び原告が従前通りの外出の意欲、意向を示していることから、原告が勘案事項調査に応じて、外出状況について、具体的な内容を的確に把握することができるまでの当分の間、本件移動介護要綱6条2号（余暇活動等の社会参加のための外出）アで定められた32時間を原告の移動介護に係る支給量として認定したのである。

この「勘案調査を拒否したからやむなく当分の間32時間に一旦決定した」という言い草は、区民に理解の得られない違法な要綱を強行した被告大田区の傲慢不遜を表す主張として厳しく指弾されるべきである。

認定できるだけの情報提供は既にしている。

とはいえ、後に勘案調査を経た結果でも月10時間しか移動介護を認めていない以上、この弁明は、「必要不可欠外出10時間」の認定をしなかったことの弁明に過ぎず、移動介護要綱6条(2)項を適用して、移動介護支給量124時間を32時間または42時間に削減したことの弁明ではないことに、注意を喚起しておく。

また、上記の被告主張の「原告が従前通りの外出の意欲、意向を示していることから」との処分理由も理由齟齬が顕著である。

処分の理由と処分の結論との間に論理的整合性が破綻している。

「原告が従前通りの外出の意欲、意向を示していることから」を理由付けにするならば、「従前通りの外出介護量を維持した。」という結論が導かれなければ成らないはずであって、およそ裁判所に対して本件処分の合理性を論理的に説明できていない。

そして、この「必要不可欠外出」を認定しなかったことへの弁明である「区長は、移動介護について、具体的な内容を的確に把握することができなかった。」が虚偽であることは既に被告の議会答弁により証明されている。

裁判所には、大田区議会健康福祉委員会での平成16年10月12日の小泉邦雄大田区北地域行政センター地域福祉課長の答弁（甲第28号証13頁）をご確認いただきたい。

これは原告鈴木敬治による「陳情16第62号」（甲第26号証）の審議記録であり、委員から原告について「具体的にどういうことをやっておられたのですか。1日4時間、余暇活動、社会活動と。」と質問され、

小泉課長は「障害者団体の活動とかそういったものが中心というふうに考えております。」と答弁し、

委員から「ちゃんとした報告が出ているわけですね。1日4時間。」と質問され、

小泉課長は「はい」と公式答弁している。

このとおり、「移動介護の把握できなかったから必要不可欠外出10時間認定が出来なかった」論は事実の問題として間違っており、全く理由がない。

この点は、原告が平成18年1月20日口頭弁論において本件処分の根拠となった勘案事項調査票等の提出を要求したことに對して、被告から平成18年2月21日に至り平成16年3月2日付「日常生活支援聴き取り票」（乙第25号証）が証拠提出されたことから証明された。

そこには次のように記載されている。

すなわち、移動介護の具体的内容が聴取され公文書に公式記録されている。

（1）の必要不可欠外出として1ヶ月32時間12分、

（2）の社会参加外出として1ヶ月97時間45分

合計129時間57分と記録されている。

被告独自の「必要不可欠外出論」を前提としても月32時間12分の必要性が記録されている。

被告はこれを32時間規制に服することなく無制限に支給する旨説明していたはずであろう。

次頁に平成16年3月2日付「日常生活支援聴き取り票」（乙第25号証）の外出支援調査結果欄記載を掲げる。

これは被告らが書き換える前の平成16年3月29日付「日常生活支援聴き取り票」の外出支援調査結果欄に記載されていなければならない内容である。

平成16年3月2日付「日常生活支援聴き取り票」(乙第25号証)外出支援調査結果欄

エラー! リンクが正しくありません。

いずれにしても「具体的な内容を的確に把握することができなかった」から必要不可欠外出の支給決定ができなかったなる弁明が成り立つ余地はないことが証明され、この点の被告処分の違法も確定したと言ってよい。

また、被告は答弁書4頁にて

「月124時間の移動介護保障が必要であると認定したのは、平成15年3月6日付決定1回のみであり、平成16年3月4日付決定は、支給量変更の要否について勘案調査したのみであって、移動介護についての勘案調査を行なったわけではない。」旨主張しているが、この答弁が事実を反することは今回被告が提出を余儀なくされた証拠により証明された。

「エ 総支給量不変更論」について

エ 以上のとおり、合計1か月465時間の日常生活支援に係る支給量は、1日当たり15時間と、原告の1日の生活時間のうちで介護等の支援を必要とするほとんどの時間を補っているのであるから、相当であり、

これは「総支給量は変わらないからいいじゃないか」論で、「障害者の移動の自由を奪うな、障害者の社会参加権の重要性を守れ」という原告の問題提起に対する「意図的な議論のすり替え」であって、違法を正当化する余地はない議論であって失当である。

唐突な「結論」について 13頁

移動介護支給量については、6条1号及び3号に係る支給量を算定することができなかった事情の下では、支給量の対象を余暇活動等の社会参加のための外出に限定せざるを得なかったのでありしかもその支給量を1か月32時間としたことについては、後述のとおり、外出を伴うような余暇活動等の社会参加に関する社会一般の標準的な時間数として、相当である。したがって、本件第1処分は適法である。

「1か月32時間は、外出を伴うような余暇活動等の社会参加に関する社会一般の標準的な時間数として、相当である。」は呆れ果てるほかない



暴論である。この点は後述する。

さて、「移動介護支給量については、6条1号及び3号に係る支給量を算定することができなかつた事情の下では」との理由付けが被告提出証拠と矛盾し、事実と反していることは既に明らかである。

6条1号は「必要不可欠外出は、勘案事項整理票及び移動介護聴き取り票により勘案した結果及び医療機関等への通院に関する事項をもとに支給量を算定するものとする。」旨規定している。

そして、被告は被告準備書面(1)6頁(6)にて「被告は、平成16年3月31日、同月29日に実施した勘案事項勘案事項調査及び従前の5回の(合計6回の)勘案事項調査の結果を踏まえて、本件第1処分を行なった。」を処分理由としている。

この従前の5回の勘案事項調査に上記の平成16年3月2日調査結果が含まれていることは言うまでもない。

なにしろ、本件第1処分は平成16年3月31日付決定である。

同じ月の3月2日の調査結果を反映していなければそれ自体で違法の推定が働くと言うべきである。

そして、本件第1処分は、上記した3月2日の移動介護調査結果である

(1) 必要不可欠外出として1ヶ月32時間12分、 (2) 社会参加外出として1ヶ月97時間45分 合計129時間57分
--

を完全に無視してなされた合理性を逸脱した不利益処分である。

おそらく被告は今回乙第25号証の提出を余儀なくされ、改めて敗訴を覚悟したものと思われる。

## 6 「(2)」について 13~14頁

(2) 本件第2処分ないし本件第4処分の適法性について
-----------------------------

原告が勘案事項調査に応じなかつたため、本件第1処分の支給量を維持することとして、処分を行ったのであるから、いずれも適法である。
---

「勘案調査不足」だと「支給量は従前とおり維持する」のが正しいやり方だと主張するならば、被告は、「平成16年3月29日時点で移動介護について勘案不足だった」と主張する以上、「移動介護の支給量は従前の平成15年3月6日付支給決定、平成16年3月4日付支給決定と同じ支給量である移動介護1日4時間、月124時間を維持する」のが正しい処

分という結論になるはずであり、論理が完全に破綻している。

また、被告大田区は原告に対して、

第1処分～第4処分の対象期間である平成16年4月1日～平成17年6月末日の「15ヶ月間」にわたって、「必要不可欠外出」を0時間認定しているのである！

銀行に行く必要も役所に行く必要も散髪に行く必要もないと認定しているわけである。

原告は2004年4月20日付要望書（甲第14号証）を被告に提出して、「銀行等公的機関への外出 週 3時間」を文書にて説明している。

仮に被告の立論に立ったとしても、銀行への外出の必要性は認定せざるを得ない以上、この文書を受け取った翌月の平成16年5月1日からは支給量を修正して月10時間の「必要不可欠外出」の支援費を支給する義務があったと言わざるを得ない。

「必要不可欠な外出など原告には全くない」と認定し、支援費支給を拒絶したことがどれだけ非人間的な違法な処分か言うまでもない。

7 「(3)第5処分」について 14～15頁  
「17年6月29日の勘案調査」について

(3) 本件第5処分の適法性について

ア 被告は、平成17年6月29日、勘案事項調査を実施した。

それまで聴き取りを行えなかった具体的な外出状況について、1か月の間に

銀行に4時間、区役所に4時間、散髪に2時間、

共生・共走マラソンに48時間、障害者雇用相談に40時間、介護保障を求める運動に45時間、学校等の依頼に基づく協力を6時間、東京交通行動実行委員会に6時間、議会の傍聴等に18時間、友人との交流等に12時間、合計185時間の外出があるとし、ただ、日程の重複や身体状況の良否により、外出が不要ないし不可能な場合があるので、平均すれば、1か月124時間の支援を必要とする旨の意向を示した。

しかし、「余暇活動等の社会参加のための外出」について1か月32時間を越える場合は、外出に「特段の事情」を認めるに足りる客観的な資料の提出が必要であるが、原告は、移動介護要綱の適用を前提

とした対応はできないとして、頑なにこれらの資料を提出しようとしなかった。

イ そこで、区長は、外出目的が金融機関、区役所等の公共機関への諸手続きや散髪のためのものについては、6条1号の「社会生活上必要不可欠な外出」に当たると認め、これらの外出に係る支給量を1か月10時間とし、その余の外出については、すべて本件移動介護要綱6条2号の「余暇活動等の社会参加のための外出」に当たると判断した。

移動介護要綱6条3号「特段の事情」の規定は、1か月32時間を越える「余暇活動等の社会参加のための外出」に支援費を支給する場合には、社会一般の標準的な時間数を越える部分の外出には公費をもって支援するだけの必要性、相当性が認められなければならないとの趣旨から設けられた。

そして、「特段の事情」を認めるためには、1か月32時間を越える個々の外出ごとに、上記必要性、相当性の存否の判断及び支給量の算定が可能な客観的資料が必要不可欠であるところ、原告は、この要綱の規定を受け入れず、これらの資料を提出しようとしないのであるから、被告は、「特段の事情」について判断することができなかったのである。

ここに、被告大田区の施行している移動介護要綱の問題点が如実に表れている。

重度の全身性障害者に対してこのような過酷な立証を強いる制度はまさに行政の優位を誤解した時代錯誤の産物である。

そもそも支援費支給請求権は、憲法第13条、25条に保障された個人の尊厳を確保するために認められた基本的人権である。

憲法の精神を具体化した具体的立法により法律により市町村には支援費支給が義務付けられている。

移動介護支援費を全身性障害者が申請し、しかもそれは市町村自ら勘案調査に基づいてその必要性を認定し、1年間にわたって支給し続けた内容とおり申請している以上、その支給を拒絶し制限することは全身性の重度障害者である原告の支援費支給請求権、介護保障請求権という基本的人権を侵害することに他ならない。

ところが被告は、あべこべに権利者かつ被保護者である原告に対して、区長による特段の事情の認定を客観的資料により証明することを強い、そ

の立証に成功しない障害者に対しては支給を拒否するというのである。

そのような「特段の事情」というハードルを課して支給規制することは、市民の支援費支給請求権と市町村の支給義務の本質を倒錯させた背理があると言わざるを得ず、そのような規制の法的効果を持つ移動介護要綱6条は一体として違法、違憲と言わざるを得ない。

ところで上記の「社会一般の標準的な時間数」を基準とするというのは妥当であろうか。

被告が言いたい「社会一般」とは障害者を排除した上での一般健常者社会のことであろう。

一体、何の標準的な時間数が基準だというのか。もちろん外出時間のことであろう。

しかし、社会一般の勤務時間等の社会参加のための外出時間数を基準とするというならばまだしも、被告らの発想は、社会一般が勤務等の社会参加を実現した残りの週末の余暇時間こそが「社会一般の標準的な時間数」であって、障害者の社会参加時間はそれに合わせろというのである。

そうであるならば、被告の言う「社会一般の標準的な時間数」に障害者の社会参加時間も合わせろ論は法が想定する今日の障害者福祉施策の基本理念に違背するものと言わざるを得ない。

#### 「第5処分の内容」 15～16頁

その結果、従前の1か月32時間に、新たに認めた社会生活上必要不可欠な外出1か月10時間を加えて、1か月42時間とした。一方、日常生活支援に係る支給量については、当該移動介護により外出中であっても身体介護の支援をうけることから従前の日常生活支援に係る支給量から10時間相当分を控除して、1か月45.5時間とした。

ウ 以上のとおりであるから、本件第5処分は裁量権の逸脱、濫用の違法はなく適法である。

全身性重度障害者に対して客観的資料提出を要件として義務付け、区長による特別事情認定立証を強いる6条3号は、障害者の移動の自由を事実上剥奪する機能を持つものとして、身体障害者福祉法の定める支援費支給制度の趣旨を逸脱する違法な制度というほかない。個人の尊厳（憲法第13条）を害する違憲の制度といわなくてはならない。

そもそも、「必要不可欠外出」と「社会参加外出」を二分して規制する

こと自体が「裁量権」行使を逸脱する違法行為である。

原告について月最低でも124時間の外出が必要不可欠であることは被告にとって既に明らかな事実である以上、それを32時間規制を理由として制限している以上、裁量権行使を逸脱する違法な処分であることは既に明らかである。

被告の弁明する「社会参加のためには1ヶ月32時間を越える個々の外出ごとにその必要性、相当性の特段の事情の認定のための客観的資料提出を前提とした資料提出が不可欠だがそれがなかった」などという論法は、法が支援費を必要とする者に対して支給するように法定した趣旨を完全に没却する支給規制制度そのものであって、裁量権を逸脱する違法な行為であることは火を見るより明らかである。

このような違法制度を区民とりわけ重度の障害者に強いて恥じない被告大田区の障害者福祉行政の基本姿勢に対して猛省を促したい。

#### 8 「第3 移動介護要綱の適法性」について 16頁

##### 第3 本件移動介護要綱6条2号及び3号の適法性について

1 移動介護要綱6条は、移動介護に関する支給量の算定の指標となる統一的な基準を定めることによって、適切な事務処理を図ることを目的として定められた規定である。

そういいながら、支援費支給量決定という個別行政処分に際して移動介護要綱6条を直接適用して移動介護支給量を規制していることを被告自身肯定している以上、「要綱の目的外使用」を自白しているに等しく、論理は破綻しているといわざるを得ない。

##### 「移動介護2区分規制論」に対して 16頁

移動介護要綱2条は、「移動介護」を「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」とに分け、後者は、前者を除くすべての外出を広く包含する。

「移動介護2分類規制」への批判。

このように移動介護の種類を二つに分類して、社会参加活動を規制する被告の要綱のありかた自体が身体障害者福祉法の定めを逸脱したものである。

厚生労働省もこのように二類型になど分けて規制していない。

例えば、甲第50号証で厚生労働省はなんと言っているか。

「外出介護員（ガイドヘルパー）等について

外出時における移動の介護を伴う外出介護（ガイドヘルプサービス）事業は、重度の視覚障害者及び脳性まひ等全身性障害者の社会参加を促進する観点から重要な制度なので...積極的に実施するよう指導願いたい。...

外出介護（ガイドヘルプサービス）の実施にあたっては、訪問介護（ホームヘルプサービス）と同様、利用目的を限定的にとらえることなく、実施主体である市町村が、個々の障害者ごとの要望はその必要性を判断し、柔軟に対応するよう関係市町村に助言指導願いたい。

なお、このことは、知的障害者ホームヘルプサービス事業における『余暇活動等社会参加のための外出時における移動の介護』に係るサービスを提供する際にも同様であるので、配慮願いたい。」

厚生労働省は、移動介護を「障害者の社会参加のために重要な制度」とし、

「『余暇活動等社会参加のための外出時における移動の介護』も同様に利用目的を限定的にとらえることなく個々の障害者ごとの要望はその必要性を判断し、柔軟に対応」しなさいと指導しているのである。

大田区のやっていることはこれと正反対な、違法な行政執行である。

被告大田区の行なっている「移動介護二分類規制論」にはそもそも致命的な問題点がある。

すなわち、被告は

「社会生活上必要不可欠外出」と「社会参加活動外出」に区分している。

これは論理的に「障害者の社会参加活動は社会生活上必要不可欠ではない。」という前提、命題に立つものである。

この点こそが、障害者福祉の根本理念に反する最も本質的意味で違法な施策なのである。

いうまでもなく、現代の人類が共通の認識として到達している障害者福祉の基本理念は、ノーマライゼーションの理念である。

障害者を施設や家の中に閉じ込めることは間違いなのである。

障害者が積極的に家から施設から外、街に出て、社会に出て生き生き暮らせるノーマルな社会を構築すること、それが行政に課せられた義務なのである。

被告大田区保健福祉部は、社会福祉法107条等に基づいて、平成15年度・平成16年度「大田区地域保健福祉計画」において障害者福祉施策を公約している（甲48）。

被告大田区の優先課題は次のものである。

「『障害のある人もない人も地域社会の中でともに生きることが当然の姿勢である』というノーマライゼーションの理念が定着した社会を実現するためには障害のある人が地域で自立して生活し続けることができるようにさまざまなニーズにきめ細かく対応し、必要としているサービスを適切に提供することが重要です。

障害のある人のニーズは量的に増大し、質的にみも複雑多様化してさまざまな取り組みが求められています。

これからは障害のある人が、地域社会の一員として可能な限りの選択肢の中から、自ら望む生き方や、必要とするサービスを選ぶことができる主体性の尊重や人権尊重の観点からの取り組みが必要です。」

「人は誰でも、住み慣れた地域で生活することを望んでおり、どんなに障害が重くても、障害者自身が経済的に自立し、必要なときにいつでも必要なサービスを利用できるよう取り組みを進めます。」

「日常生活を送る上で欠くことのできない、保健・医療サービス、生活支援サービスの質・量の拡充及び権利擁護事業への支援を行います。

特に、障害者の在宅生活を支える上で重要な家事援助、身体介護、デイサービス、外出援助（ホームヘルパー、ガイドヘルパー、手話通訳）等、日常生活の基礎を支えるサービスの充実を図ります。」

被告大田区が掲げているこのような輝かしい障害者福祉の理念、公約からしても、「障害者の社会参加活動は社会生活上必要不可欠ではない。」の命題は許し難い背理である。

障害者基本法は自治体に対して、障害者の個人の尊厳を保障すること（3条1項）、障害者の社会参加を促進する責任を有すること（3条2項）を命じている。

被告大田区の命題は障害者基本法を根本から否定するものに他ならない。

この世に「必要でない外出」などない。

ただでさえ、家に閉じこもりがちな障害者が外出することは、たとえそ

れが「外の空気を吸いたい」「息抜きをしたい」というものでも、とても大切な大切な外出なのである。

それが障害者福祉の根本原則ノーマライゼーションの趣旨であろう。そのような障害者の社会に出たいという意思を支援するのが障害者福祉の目的であろう。

被告大田区は例えば原告の外出について

「共生共走（リレー）マラソン」を社会生活に不用な外出と認定している（乙第22号証）。

しかも、被告は「外出については自らのためというよりも全障害者のための部分が多く、そのために自らの余暇を切り詰めている。」（乙第22号証 6 特記事項欄、）と認定しながらである。

この活動の意味について裁判所には、訴状14頁にて説明したとおりである。

平成17年6月29日日常生活支援聞き取り票に添付された「鈴木敬治氏移動介聞き取り調査」（乙第22号証）においても同活動の内容、原告の活動内容が認定されている。

これは2004年4月20日付要望書（甲第14号証）にも明確に記載され、被告に提出して説明している。

この共生共走リレーマラソンは、1996年（平成8年）11月の第1回開催以来、「だれもが地域でともに生きるために」をテーマとして2006年に第10回開催が予定されている社会活動である。

共生共走リレーマラソンが、共生共走リレーマラソン実行委員会を主催者、被告大田区を公式後援者とし、原告が、設立以来、東京事務局（大田区西蒲田4-32-9・2年前に移転）の副事務局長として中心的活動をしてきたことは、後援をしてきている被告大田区にとって公知の事実である。被告大田区は第1回開催から一貫して後援している。

自ら公式後援している社会活動について「社会生活に不用」と認定している被告大田区長の神経を疑う。

「客観的資料提出による大田区長の特別事情の認定が出来ないから不支給」など噴飯ものである。

大田区が行政庁として公式後援する以上、共生共走マラソンの活動の内容を調査し把握し、資料を検討し、社会的に意義があると認定したからこ



そ、長年後援を続けているのである。

原告宅に訪問してきて勘案調査をした大田区職員にとっては、被告大田区が後援している共生共走マラソンの事務局の仕事を精力的に行なっていることは公知の事実であって、話題に何度出ているか数え切れないほどである。

客観的資料は後援者である被告大田区も保管しているはずであろう。

ここで改めて注意するが、原告は「移動介護要綱 6条3号 大田区長の特別事情認定による加算」などという法の下での平等に反する差別制度は断じて容認しない。

障害者の社会参加活動のための移動介護支援は「大田区長による特別事情の認定」によるものなどでなく、その活動内容を差別することなく、それを必要とする全ての障害者に平等に支給されるべきものなのである。

これ以外も、東京南部労働組合としての地域での障害者雇用等の相談活動、全国公的介護保障要求者組合等と協力しながら進める様々な障害者運動、学校、自治体からの依頼による講演者としての活動、学習会参加等原告にとって社会生活上必要不可欠な外出は月あたり少なくとも124時間必要なのである。

大田区の定義、認定する「社会生活上必要不可欠な外出」論は、障害者福祉の今日まで築いてきた、到達してきた当然かつ共通の常識的な人権意識からかけ離れたものである。

平成17年2月10日大田区議会健康福祉委員会記録（甲第53号証の1）の17頁で視覚障害者からの陳情にある「点字教室、パソコン教室」について「生活上必要な講習と受け止めて、必要不可欠な外出とは受け止められないでしょうか」と委員から質問されている。

これに対して被告大田区岩田美恵子障害福祉課長は

「パソコン教室に限らず、こういった習い事というものにつきましては、私どもの方では余暇活動と、社会参加の中の一環ということで考えております。」と答弁している。

18頁においてもくどいくらい「違います。余暇活動と社会参加でございます。」と32時間規制に服する旨説明している。

「視覚障害者の人が点字教室に参加する。パソコン教室に参加する。」

ことが「社会生活上不可欠とはいえない余暇」としか考えられず、支給を制限するなどとは、障害者福祉についてもっとも理解のあるべき責任者が最も無理解と非難されるべきであって、原告も本訴訟を支援する多くの視覚障害者も絶望的な気持ちにさせられる。

コミュニケーション手段、情報取得について社会生活上ハンディを負っている視覚障害者が基礎的なコミュニケーション手段、情報取得手段の獲得のために点字教室・パソコン教室に通うことを「余暇に過ぎない」と議会で堂々と切って捨てて恥じない態度は、人権感覚が麻痺しているとも言える。このような姿勢に立つてする支援費支給制限は明らかに障害者基本法違反である。但し、この点少しは恥入る気持ちもあったのか、平成17年3月11日大田区議会健康福祉委員会記録（甲第53号証の3）30頁では、「検討の余地があると考えております」と微妙に答弁が変遷している。

しかし、そもそも制度制定と実施の前提となる被告大田区保健福祉部の障害者の人権に対する感覚、障害者福祉に対する理解が根本的におかしいのである。

このように無理解な被告大田区保健福祉部が公権力を駆使して、「銀行、役所手続き、散髪以外の障害者の外出は社会生活に必要ありません。」として支給制限のための査定をすることは制度それ自体として誤りであり、違法である。

#### 「外出は千差万別だから支給は無理だ論」について 17頁

後者に属する外出については、その性質上、目的、態様、頻度、要する時間等も個々人の趣味・嗜好、考え方、置かれた状況、環境等により千差万別である。

このような性質を有する「余暇活動等の社会参加のための外出」について、対象となる個々人のすべての需要に応じて支援費を支給しなければならないとした場合には、支給量を具体的に定めるに当たって、対象者各人のすべての外出を予め把握しなければならず、そのようなことは技術的に不可能であるばかりか、限りある福祉財源の公平、適正な配分という観点からも相当ではない。

「詭弁」「暴論」にもほどがある。

全くもって説得力にかけるとリック。

勝手に「必要不可欠外出」と「社会参加等外出」を分類し、「後者の社会参加外出は個々千差万別だから把握できないので必要な支給量を支給できない」というのである。

支援費制度における必要即応の大原則は、個々の事情に則した支給である。

「個々の事情を把握するのは不可能だから支給制限します」などの論法は「行政責任の放棄」として、ここに原告は被告大田区に対して、この言い草に対して激しく抗議の意を表す。

そしてこの被告大田区の制度は、移動介護を二分類して不当に支給を制限する目的で個人の私生活に公権力が微に入り細に入り、干渉することを前提とする制度であるのだから、自治体に与えられた権限を逸脱する、個人のプライバシーを侵害（憲法第13条）する違憲・違法な制度である。

各個人の多様で活力ある社会参加活動・生き方を支援すること、そのことこそが障害者福祉の目的、自立支援の趣旨に他ならない。

「多様だから支援できない。」！などは障害者基本法、身体障害者福祉法が自治体に義務付ける障害者支援義務に反する違法な法解釈と言うほかない。

被告大田区のこの論法には「自由の大切さ」という自由主義社会における基本的理念の理解が欠落している。

精神的自由として欠くことのできない基本的人権が「移動の権利」である。

原告は訴状において、憲法学の泰斗佐藤幸治教授執筆の「憲法〔第3版〕554頁」の次を引用した。

憲法23条1項は、近代市民社会の、奴隷的拘束、身分制的拘束からの解放を保障する基本的自由として、移転の自由を保障している。

「移転の自由は経済的自由の一環をなすとともに、自己の移動したいところに移動できるという点で人身の自由としての側面を有する。

のみならず、自己の選択するところに従い様々な自然と人々とに接し、コミュニケーションすることは個人の人格形成・精神的活動にとって決定的重要性をもつことであって、その意味で精神的自由としての性格をもっている。

『公共の福祉』が明示されているからといって、外在的制約原理に一般に服すると解することは妥当ではない」

すなわち、「移動の自由」は人間存在にとって必要不可欠な、憲法が保

障する極めて重要な精神的自由なのである。

「正当化根拠としての総務省統計論」について 17～18頁

3 そして、「余暇活動等の社会参加のための外出」の支給量の算定の指標となる基準を定める方法として、1週間の標準的な支給量を8時間と措定したことについては、総務省統計局調査部が5年ごとに実施している「社会生活基本調査」において、15歳以上の「積極的自由時間活動」（「学習・研究」、「趣味・娯楽」、「スポーツ」、「ボランティア活動・社会参加活動」の合計時間）が平成13年に1日当たり1時間10分（乙第23号証）となっていることに照らして、相当であり、したがって、本件移動介護要綱6条2号アが全身性障害者等について1か月の標準的な支給量の上限を時間（1時間10分×7日×4週）と定めたことについても相当である。

「余暇活動等の社会参加のための外出」に係る支給量の算定の指標となる基準を定める必要性があり、その方法として、1週間を単位として標準的な支給量を8時間と措定した上で、1か月当たりの標準的な支給量の上限を32時間としたことについては合理性、相当性があり、しかも、標準的な支給量の上限を超える外出が予測できる場合には、特段の事情さえ認められれば加算することを認めているのであるから、本件移動介護要綱6条2号及び3号は、何ら移動介護の支給量を定めるに当たって不合理な制限を加えているものではなく、適法である。

「移動介護要綱による32時間規制の正当化根拠、制度趣旨」はまさに本訴訟の中心的審理対象の一つである。

今回訴訟の段になって、平成18年1月20日第2回口頭弁論期日にて、初めて主張されたこの「総務省統計局のHP資料」を理由とするという制度趣旨、正当化根拠の説明には、「取ってつけた」「あと知恵」にしてもお粗末な限りで失笑を禁じえない。

移動介護要綱制定・施行は平成15年7月1日である。

そうである以上、平成15年7月1日より前に制度制定の趣旨として区民に対外的な説明があつて然るべきであろう。

しかし、現実にはこの要綱は「存在している」ことさえ、一般区民はもとより、支援費を利用している区内障害者も約8ヶ月間全く知らされていなかった。制度趣旨説明が皆無なことは言うまでもない。

乙第23号証には「平成14年9月30日公表」との記載があるが、証拠文書が印刷されたのは「2006年(平成18年)1月6日」である。

初めて大田区が対外的に(裁判を通して)説明した「平成18年1月20日」は要綱制定から既に「2年5ヶ月10日間」も経過している。

そればかりか、移動介護要綱の正当化根拠について、原告と被告大田区は平成16年4月から現在まで10回を超える交渉を繰り返してきたが(内4回原告訴訟代理人参加)その中で一度もそのような説明はなされていない。

移動介護要綱は大田区議会健康福祉委員会で度々審議対象とされ、大田区保健福祉部はその正当化について公式答弁を繰り返しているが(甲28、29、30、31、53の1、2、3、4)、今回の説明はなされていない。

今まで被告大田区が正当化根拠として公式回答し続けてきたのは、原告が訴状で指摘して批判した次のものであったはずである。

一言で称すれば「一般健常者の週末余暇8時間論」である。

原告は訴状で繰り返し、その不合理性を強く非難し指摘してきたはずである。

再掲する。

#### 訴状22頁中段

「(身体介護を伴う)移動介護一ヶ月支給量32時間の根拠は、一般の人の余暇活動は土曜日と日曜日に一日あたり4時間程度であるので1週8時間。4週なので8時間×4週=32時間という根拠である。」との金井係長からの説明であり、それは3月23日の大田区民センターで実施された大田区本庁保健福祉部による支援費説明会での障害福祉課長の説明と同じであった。

弁護士藤岡は余りにも馬鹿馬鹿しい根拠説明に耳を疑い、「それは金井係長の独創的説明ではないですね。大田区が正式に考えた根拠ですね。」と確認すると大田区としての見解である旨認められた。

原告訴訟代理人はこれには心底驚いた。

そこには障害者が地域で社会参加する権利、移動の権利に対する考察が欠如している。

身体介護を伴う移動介護権は障害者が社会で自立的生活を営むために必要不可欠な権利であり、「一般人の土日の余暇活動」と等価判断して規制が正当化される余地はない。

答弁書での認否において被告はこの事実関係を認め、内容において被告

準備書面（１）において何らの反論もなされていない。

このことは原告の訴状における主張に対する反論が不可能であったと評価される。

#### 訴状２２頁後段

この大田区の規制根拠に関する見解「一般区民の週末の余暇活動時間を８時間×４回＝月３２時間と想定して障害者の社会参加活動の時間を制限した。」は、大田区長西野善雄作成の平成１６年５月２１日付「公開質問状等の回答について」と題する公文書（北福収第１１４号）で「週休２日制における区民の余暇活動等のための外出を１週間に８時間程度と想定し、それが社会的に相当な量と判断し、月３２時間としたものです。」としており被告の公式見解である（甲１６）。

被告は答弁書７頁で「大田区長が平成１６年５月２１日付「公開質問状等の回答について」において記載の記述をしたこと及び区議会保健福祉委員会において保健福祉部長も同様の見解を示したことはいずれも認める。」として事実を認めるばかりである。

原告が移動介護要綱と一律適用の撤廃を大田区議会に求めた陳情に対して不採択とした重要な審議日である平成１６年１２月２日の大田区議会健康福祉委員会記録（甲第３０号証）２９頁で、岩田美恵子障害福祉課長は議会答弁にて

「あくまでも理論立てとして、一般区民の方の余暇活動の状況を踏まえて、３２時間という時間設定をさせていただいたということでございます。」と強調している。

すなわち、「区民の週末の余暇活動８時間程度と想定し、それを障害者の社会参加活動のための移動の時間量として相当と判断した」という「一般健常者の週末余暇８時間論」が障害者の社会参加を極端に阻害する本件移動介護要綱の規制根拠だったはずであり、それはこの訴訟での口頭弁論で訴訟法上の自白が成立しているとみてよい。

しかしながら、被告準備書面（１）では正面から週末余暇８時間理論を正当化することは到底不可能なため、いささかヤケ気味に、総務省統計局の資料を持ち出してきたということのようである。

とはいえ、この統計の活用、援用それ自体、「恣意的」で、「ナンセンス」と言うほかない。

被告が根拠として今回初めて出してきたこの統計は、

1次活動 = 睡眠・身の回りの用事・食事

2次活動 = 通勤・通学・仕事・学業・家事・介護・育児・買物

3次活動 = 通勤通学を除く移動・テレビ・休養・趣味・娯楽・スポーツ・社会参加活動

と分類している。

ちなみに、平成13年統計では1日あたり

1次 10時間34分、

2次 7時間、

3次 6時間26分となっている。

そうすると、「仮に被告の立場 = 余暇活動等社会参加活動外出論」でもこの統計を使えばどうみても上記の「3次活動」に該当すると思われ、移動介護時間は、「1日あたり6時間26分」「月199時間26分」になるはずであろう。

しかしそれでは「1日1時間規制」を通したい被告としてはとても困るので、「注」として小さく

2時間11分 家事関連時間 = 家事、介護、育児、買物

3時間53分 休養等自由時間 = テレビ・休養

1時間10分 積極的自由時間 = 学習・趣味、娯楽・スポーツ・社会参加活動

という分け方があるのを利用したようである。

この最後の「1時間10分」を採用したという。

たしかに  $70分 \times 7日 \times 4週 = 1960分 = 32時間40分$

ドンピシャである。御都合主義とはこのことであろう。

なんとも...一体この分け方に何の意味、合理性があるというのか！

障害者の移動介護の需要と全く因果関係のないこのような一般的統計資料を用いること自体全く合理性に欠ける。

その上に、このような荒唐無稽な恣意的な数値操作により障害者の移動介護受給権規制を合法化することなど出来ない。

そもそも、障害者の社会参加権の重要性に思いを至らせるならば、仮にこれらを参照すると仮定しても、障害者にとっての社会参加活動は、健常者にとっての、通勤・通学・仕事、家事などの「2次活動」に対置される

べき性質のものであろう。

2次活動は統計上1日7時間である。

31日を掛ければ「月217時間」である！

月32時間、1日1時間が相当であるわけがない。

むしろ被告の援用する統計資料を本件審査に用いることが許されるというならば、「2次活動月217時間」と「3次活動月199時間26分」の合計416時間26分が標準的な外出時間と認定可能である。

416時間といっても1日あたり13時間程度である。

まさに社会一般の標準的な外出時間であろう。

一番大切な視点は、障害者の外出はそれ自体障害者にとっての社会参加行為であることである。

それを「健常者が社会参加したあとの残りの週末の息抜きの余暇」と等価値と評価していること自体、被告大田区保健福祉部の根本的なあやまちなのである。

そのことの自覚がなければ同じような無理解に基づく横暴が繰り返されかねない危惧が原告にはある。

障害者福祉の基本理念が理解できず、理念に抵触する行政施策は法を逸脱した違法な行政執行なのである。

#### 「移動介護要綱の適法主張の結論」について 18頁

以上のとおり、『余暇活動等の社会参加のための外出』に係る支給量の算定の指標となる基準を定める必要があり、

障害者にとって余暇を含み社会参加のための外出は必要不可欠な外出である。

公権力が合理的根拠なく個人の自己決定権の内容を構成する外出内容を振るいに掛け、「銀行と役所手続きと散髪以外は必要な外出でない」などと決め付けて、それを規制することは許される行政活動でない。

その方法として、1週間を単位として標準的な支給量を8時間と指定した上で、1ヶ月あたりの標準的な支給量の上限を32時間としたことについては合理性、相当性があり、

障害者が余暇を含めて社会参加する時間として週8時間が相当などと



いうことは全く合理的論拠がない。

しかも、標準的な支給量の上限を超える外出が予測できる場合には、特段の事情さえ認められれば加算することを認めているのであるから

この恩着せがましい言い回しには区内の障害者は怒りを禁じえない。

本来支給することが法により義務付けられている給付を怠り、権利を剥奪しておいて、何が「特段の事情さえ認められれば加算」であろうか。

「特段の事情を区長に認定していただいて支給を認めていただく」などという法制度ではない。

申請者に対して必要な支援費を支給することを法が自治体に対して規定している命令である。

支援費を利用して生きていかざるを得ない障害者に対して支援費受給権を不当な根拠で制限、剥奪することは違法である。

しかも、被告大田区が10年間にわたって正式後援している社会活動の中心メンバーとしての活動さえ、「客観的資料提出がない」ことを理由として加算など認めていない。

被告が原告との行政交渉の席上で説明している内容によると、行政庁に友好的団体の少数の役員にだけ6条3号により「障害者団体役員加算」と称して支給量を加算しているとのことである。

おかげで当該団体から被告は訴えられずに済んでいる。

「飴と鞭」とはよく言ったものである。

生活保護費について、特定の障害者団体の役員にだけ加算して支給しているなどという事態が現代の日本で許されるはずがない。

移動介護要綱6条3号は、それと全く同じことである

この現実を公法学者等に報告しても現代社会の出来事として俄かには信じてもらえないほど一様に驚愕した反応である。

議論の余地などない。

差別的取扱いと特権付与により差別を拡大する6条3号は憲法第14条に違反する違憲、違法な制度として即時撤廃されるべきである。

それを「良い制度」のように誇らしげに主張する被告大田区の人権感覚は絶望的である。

#### 四 保障されるべき権利の性質を考察することが出発点である。

はじめに行政裁量ありきではない。

問題となっている人権、権利、利益の性質、意義、価値を理解することこそが行政訴訟の出発点である。

在外日本人の選挙権を制限している公職選挙法を違憲とした平成17年09月14日最高裁大法廷判決も同様の判断方法である。

すなわち、同最高裁判決は大要次のように判断している。

「国政選挙権は、基本的権利として、議会制民主主義の根幹をなし、民主国家において平等に与えられるべきものである。」

「憲法は、前文及び1条で国民主権を宣言し、43条1項、15条1項で公務員選定罷免権を国民固有の権利であるとし、国民に対し、主権者として国政に参加する権利を保障している。さらに、憲法は、選挙人資格の差別を禁じている。」

「憲法の以上の趣旨に鑑みれば、国民の選挙権を制限することは原則として許されず、制限するには、制限がやむを得ないと認められる事由がなければならない。

「そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、やむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法に違反する。」

このように、まず、対象となる権利の意義を正しく把握することが肝要である。

この点を原告は訴状にて詳細に解き明かしてきた。

本件で規制対象とされた障害者の人権は、憲法、障害者基本法、身体障害者福祉法等により障害者が個人の尊厳を保障され（障害者基本法第3条1項等）たうえでの、社会参加権が保障された（同法第3条2項等）ものであって、極めて重要な基本的人権としての人格的生存権なのである。

従って、それを制限するためには誠にやむを得ない事由を行政が厳格に立証する必要があるところ、本件では全くそれがなされておらず、安易極まる行政自由裁量論と陳腐な後知恵・浅知恵による意味不明の統計資料を持ち出すだけであって、本件移動要綱、要綱適用により下された本件不利益処分は違法というほかない。

五 移動介護を一律規制することは生命への危険をもたらすこと。

移動介護を一律規制することの危険性が視覚障害者から強く訴えられている。

すなわち、視覚障害者は外出の際、ガイドヘルパーがいない場合、白杖を使って単独で移動する。

危険性の少ない経路で、自宅近所の短い、通いなれた外出ならガイドヘルパーなしの単独歩行でも危険は少ないかもしれない。

大田区内には東急池上線、多摩川線、JR東日本、都営浅草線、京浜急行等の鉄道があり、もちろん、視覚障害者も区外に外出する必要がある。

鉄道を利用する場合や交通の激しい国道近く等と移動する場合など、単独歩行は怖いという視覚障害者は多数いる。

実際、この訴訟を支援している大田区在住の視覚障害者で単独歩行中に駅のホームから転落して大怪我を負った者は一人ではない。

視覚障害者はガイドヘルパーを制限され、外出も怖くてままならず、生活に著しい支障を生じ、本当に苦しんでいる。

どうしても単独外出しなくてはならない場合、あるいは視覚障害者の友人同士が連れだって外出することも少なくない。

ガイドヘルパーを規制する本件移動介護要綱の制定・施行による大田区在住の視覚障害者に対する移動介護支援費支給制限措置は直ちに停止しないと、それら視覚障害者の生命・身体に重大な危険を及ぼしているという点について強く注意を促したい。

この点も鑑みて、裁判所には人間的なご判断をお願いしたい。

## 六 障害者自立支援法施行の影響について

平成18年4月1日から障害者自立支援法が施行される。

同法34条により、身体障害者福祉法の支援費支給制度は削除される。

そこで、「制度変更と訴えの利益」について論じる。

最判27年1月25日（第二小法廷・昭和25（オ）220 農地買収処分取消請求（民集第6巻1号22頁）は

「行政処分の取消又は変更を求める訴において裁判所の判断すべきことは係争の行政処分が違法に行われたどうかの点である。

行政処分の行われた後法律が改正されたからと言って、行政庁は改正法律によって行政処分をしたのではないから裁判所が改正後の法律によって行政処分の当否を判断することはできない。」としている。

例えば、市民X氏が平成16年に申請した社会保障給付制度自体が審理途中の平成18年3月末日限り、法改正により消滅してしまった。

この場合、X氏に訴えの利益は尚も存続するか。

これは次のように考えられる。

すなわち、X氏が申請し、Yが誤った処分を下した過去の時点の本来あるべき正しい是正措置の命令が問題となっている以上、まず、観念的な社会保障受給権を過去に遡って認めさせることは、行政の違法を糾し、市民の権利を救済するという新法の理念からすれば当然に認められるべきである。

あとは、個々の義務付け判決に伴う作為の内容が、制度消滅によって実現困難になるか否かの判断である。

当該義務付け判決に、当該制度消滅に伴いどうにも作為義務の履行が不可能になる場合は訴えの利益の消滅もやむを得ない場合があるかもしれない。

しかしながら、作為義務の内容が、金銭給付判決に過ぎない場合は、制度変更を理由として行政府がその履行を拒否する云われはなく訴えの利益は消滅しない。

反面、当該作為義務の内容が、例えば「国家認定の特定の資格を有するヘルパーを派遣せよ。」という内容であったが、「審理の途中で国家により当該資格制度自体が消滅し、そのような有資格ヘルパーの存在自体が無くなってしまった。」などの場合、履行の実現はもはや困難という他なく、そのような例では訴えの利益は喪失すると言わざるを得ない（但し、審理途中で原告が類似の別個有資格者に訴えの変更をするなどの現実的余地はある）。

しかし、あくまで、抽象的給付請求権の義務付け、金銭給付の義務付けについては、当該根拠制度が消滅したことは訴えの利益喪失理由とはならないのである。

次に「義務付け判決の違法判断基準時」について論じる。

これが口頭弁論終結時となれば支援費制度消滅により訴えの利益が消滅する。

この点はあくまで「国民の権利利益の実効的救済と違法行為の是正」という新行訴法の理念に即して、帰納的に考えられなければならない。

旧来の訴訟法の考えがこうだからという概念論的思考だけでは義務付け訴訟制度の理念が生かされない恐れがある。

まず、行政処分は処分が下された時点の違法が審理対象となる以上、過去の当該処分時点が違法判断基準時となるのは当然である。

そして、この義務付け併合訴訟の場合、当該違法な処分を是正する目的で義務付け判決が下されるのであるから、やはり、義務付け判決で命じられる当該処分もまた違法、適法判断の基準時は処分時点が原則である。

この考えは、義務付け判決が給付判決か形成判決かの理解を想起させる。

給付判決との考えの論者は、いわば民事訴訟における給付請求権の存否の判断と同様の思考から、口頭弁論終結時点での給付請求権の存否を訴訟物と考え、判断時点を口頭弁論終結時点とすることに親和的である。

しかしながら、行政処分の適法性判断と違法な過去の行政処分を過去に遡って是正する命令を司法が行政に命じる義務付け訴訟制度の機能・目的に照らして見ると、過去の違法な行政府の処分を司法が職権で是正する機能を重視するならば、一般民事訴訟での給付訴訟に付加されるべき形成判決的な効果を見逃すべきではない。

義務付け行政訴訟の審理の構造としても、過去の一定の処分が違法であるので本来あるべき正しい代替処分は何か審理対処の命題として掲げられ、それを巡って原告被告の攻防がなされるのである。

すなわち、問題として審理対象とされた行政処分について、本来下されるべき正しい処分は何か問われるのであり、原告の主張が正しいのであれば、裁判所は過去の処分時点の決定を遡及的に是正するよう行政府に命じ、原告の行政府に対する給付請求権は過去に遡って獲得されるのである。

これを形成的効果と呼ぶか否かは説明方法の問題である。

もし、これを給付請求権の存否は口頭弁論終結時点で判断すべきとの民事訴訟の一般論を単純に当てはめてしまえば、違法性判断の攻防が処分時点でなされながら、他方、義務付け判決での給付命令の基準時が弁論終結時点として審理進行に伴いどんどん先に審理対象が移行してしまうという違和感がある。

公法私法二元論を主張するつもりではないが、私人相互の私的自治領域における給付請求権の問題と、公的給付請求権すなわち、市民の公権力に対する人権を基底とした権利の問題 = 公的責任論とを全く同一に解釈すべきではない。

一般的に行政給付決定とは、法定された一定の基準時における当該市民の給付要件の判断であって、原則として将来の議論ではなく、訴訟の審理対象としては当該決定時点という過去の一定時点の権利の有無が問題なのである。

ただし、これは、将来または口頭弁論終結時点で給付請求権の存否を決すべき義務付け判決の余地を否定するものではない。

事案によっては過去の問題だけが審理対象となっているものでなく、求める義務付け判決の内容によっては、将来及び現在の請求権の存否が問題となる場合もある。

結局は、原告の定立する義務付け訴訟物のありよう、すなわち、審理対象如何により、判断の基準時は変わってくる余地がある。

しかし少なくとも本件のような申請満足型の典型的事例で言えば、処分時点が原則であろう。

この点、例えば塩野宏著「行政法 [第四版] 行政救済法」223頁7から8行目では

「義務付け訴訟は、原告の請求権の存否を確定するものであり、当該訴訟物の範囲内で既判力を生ずる。

判断の基準日は、民事訴訟の原則に従い、口頭弁論終結時である。」とされている。

一般論として異を唱えるものではない。

一般論として の審理の判断の基準日は口頭弁論終結時であろう。

ただし、これを と を併せ、「口頭弁論終結時における将来に向かった原告の給付請求権の存否を確定するもの。」 = 「処分時点での原告の給付請求権が審理対象となるものではない」 = 「訴えの利益も口頭弁論終結時まで保持していなくてはならず、審理途中で制度が変更すれば訴えの利益は失われる」などという解釈まで導く趣旨ならばそれは支持し得ない。

最高裁判所事務総局行政局監修の「改正行政事件訴訟法執務資料」（法曹会発行・第1版）87～88頁において

「J委員 取消訴訟の判断基準時は処分時で、義務付け訴訟の基準時は口頭弁論終結時である（第25回）」との発言がある反面

「K委員 一番難しいのは、義務付けの要件の存否につき、判決時説を採るか、処分時説を採るかである。

そこは裁判官に委ねる以外にないなと思う。従来の違法判断の基準時の

問題を適切に当てはめていただく以外にない（第25回）」との発言もある。

後者の発言の方が市民の権利救済を実効的にするために柔軟に司法権を行使するという今回の新行訴法の趣旨に合致するものと思われる。

また、義務付け判決の法的性質について前掲塩野宏著「行政法」215頁では

「義務付け訴訟は改正法においても給付訴訟としての性質を持つとして理解するのが適当と考えられるが」とされている。

反面、前掲最高裁「執務資料」32頁では、平成16年10月7日の行政事件担当裁判官協議会の協議では、給付訴訟説に比べて形成訴訟説が多数説であった旨紹介されている。

ここでその当否を論ずるのは手に余るとしても、法に基づき一定の処分が行政庁に義務付けられている（羈束されている）にも関わらずそれをしないことが違法である＝当該羈束処分を求める給付請求権を義務付けるといふ、一般の私的給付訴訟とは異なる、行政訴訟での義務付け判決特有の理解が必要だという多くの裁判官の考え方が伺われる。

そうであるならば、処分時点の過去の遡って義務付け判決の当否を問えばいいものであり、本件ではなお、義務付け訴訟での訴えの利益は消滅しない。

少なくとも取消訴訟は司法が違法処分を取り消す制度である以上、違法か否かの判断は事後的に可能である以上、仮に当時の法制度に変更があったとしても取消の利益は左右されず、失われない。

支援費が自立支援法に変更されても原告のように公的介護支給を受ける多くの障害者にとって、本件のような事案が司法により適切に裁かれなければ同様の苦しみを受けることになるため、実質的にも司法救済を受ける利益が認められる。

## 七 浮き彫りにされた乙第20号証の不自然性

被告は準備書面（1）において、124時間から32時間に削減処分した根拠について、平成15年12月2日、平成16年1月9日、同1月13日、同1月27日、同3月2日、同3月29日の計6回行なわれた勘案事項調査の結果を踏まえて本件第1処分を行なったとその理由を説明している。

いうまでもなく、処分の根拠となった直前の の平成16年3月29日  
勘案事項調査の結果が記載された書面が重要になる。

ところが、被告から提出されている、勘案調査に関する証拠のうち、肝  
心の乙第20号証だけが何故か写し(コピー)しか裁判所に提出できない  
という。

前日期日に原告訴訟代理人が法廷にて、  
「被告は、これがなぜ『原本』でないのか説明して下さい。」と訊いたと  
ころ、被告代理人は「手違いで原本を誤って廃棄してしまいました。」!  
とのことでこれには傍聴人一同失笑を禁じえなかった。

平成16年3月中旬ころから、この約2年間にわたって、この処分の正  
当性の問題を巡って原告と大田区の担当部署とは連日のように交渉を続け  
てきた。行政不服申立ては、関連する他人介護料問題を含めれば5回行な  
われている。4月からは弁護士である原告代理人も交渉参加して、様々な  
文書を被告に対して提出している。

そのような状況のなかで問題を指摘されており、行政不服審査の対象と  
なっている処分の根拠となった行政文書を失くしてしまうなどということ  
は「有り得ない」ことという他ない。

法廷でも指摘したが、乙第20号証の第5項の(外出に関する支援)の  
項目は一見して不自然である。

まず(外出の援助の必要性がある理由)として、

「脳性まひに起因する両上肢の移動機能障害1級に加え、言語機能にも  
障害を有するものである。移動手段は車いすのみであり、コミュニケーシ  
ョン支援も必要とするため、外出に関する支援は必要不可欠である。」  
と記載されており、これは内容も問題なく、筆跡もその上と同じなので不  
自然でない。

しかし、その下にある、目的、場所、必要時間、必要回数、合計時間、  
算定時間、備考とある、外出の算定時間一覧が不自然に空白となっている。

ただ、「社会参加 32時間」とだけしかない。

このコピーの外出欄は少し黒い染みのような点々が写っている。

さて、原告からの要求と裁判長の訴訟指揮により、被告は、乙第20号  
証に(3/2と同一とした)と表記されているその、平成16年3月2日  
日常生活支援聴き取り票(乙第25号証)の提出を余儀なくされた。



裁判官各位には乙20と乙25をよく対比いただき、正しく証拠評価して頂きたい。

先に引用した3月2日の外出欄の文字が記載されている箇所とこの黒い染み部分はほとんど合致している。

この意味するものは何であろうか。

これら聞き取り票の原本は鉛筆記載のため、消しゴムを使って消した痕跡が残っているものと推認可能である。

被告準備書面(2)での弁明は

「乙第20号証について、被告は第2回口頭弁論期日後に、再度、原本の発見に努めたが、結局、発見できず、原本紛失の事由及び時期についても確かなところは不明のままである。

ただ、...過去において、帳票類を複数回にわたってファイルから抜き取ってコピーする必要があったため、その機会にコピーを原本と見誤ってファイルに挟み込んでしまったことが可能性として最も考えられることである。」である...

呆れてものが言えない。

被告大田区ではこのような事態は頻繁にあるのであろうか。

行政処分の根拠となる重要な公文書を廃棄・紛失したことは事件・事故である。プライバシー性も高い文書である。

この事件ないし事故に関して被告大田区内で事故報告書は作成されているのか。

但し、この準備書面を読んでから慌てて作成しても遅い。

全く説得力のない弁明である。

「3月2日と同じにした」と記載されている以上、5の外出介護も同じことが記載されていたと推認するしかない。

3月29日は現実には被告側は移動介護支給量を32時間に削減せよという話しをして、原告側はそれに抗議して、まともな勘案調査実態がなかったのである。

そのため、3月2日の勘案調査をそのまま書き写したのである。

その上で被告は3月31日、32時間処分を強行したところ、予想以上に原告側の反発が強く、慌てたのであろう。

とりわけ平成16年4月～7月に行なわれた4回の交渉の席上、「移動

介護要綱の点とは別に、必要不可欠外出が0時間の点は「どうやって説明できるのか」と原告側から度々追及され、この点は移動介護要綱論では説明できず、説明不能に陥った。そこで、そもそも必要不可欠外出の調査が出来なかったという苦肉の策を思いつき、この外出欄を後になって書き換えたのだと思われる。

行政側には行政処分の合法性を証明する責任、公文書を保管する法的責任があるところ、被告は重要な調査結果の記載された公文書を紛失してしまったというのであるから（それにしても上手いこと何故かコピーが保管されているものである。）、上記のように原告から主張されても反証出来ない。

以上