

訴 状

東京地方裁判所 御中

平成17年8月30日

原告 鈴木 敬 治

訴訟代理人 弁護士 藤 岡 毅

〒143-0015

東京都大田区大森西2丁目7番3号 齊藤木材ビル202
原告 鈴木 敬 治

(送達場所)

〒101-0041

東京都千代田区神田須田町1丁目3番地
第9NSビル9階 藤岡毅法律事務所
電話 03(5297)6101
FAX 03(5297)6107
原告訴訟代理人 弁護士 藤 岡 毅

〒144-8621

東京都大田区蒲田五丁目13番14号
被告 大 田 区
上記代表者兼処分行政庁 大 田 区 長 西 野 善 雄

行政処分義務付け等請求事件

訴訟物の価格 565万8980円

貼用印紙額 3万4000円

請 求 の 趣 旨

- 1 被告処分庁大田区長西野善雄が原告に対して下した平成16年3月31日付身体障害者居宅生活支援費支給決定のうち、居宅支援費の「移動介護・身体介護有」の1ヶ月あたりの支給量「32時間」を「124時間」に変更する決定を命じる。
- 2 被告処分庁大田区長西野善雄が原告に対して下した平成16年10月1日付身体障害者居宅生活支援費支給決定のうち、居宅支援費「移動介護・身体介護有」の1ヶ月あたりの支給量「32時間」を「124時間」に変更する決定を命じる。
- 3 被告処分庁大田区長西野善雄が原告に対して下した平成16年12月28日付身体障害者居宅生活支援費支給決定のうち、居宅支援費「移動介護・身体介護有」の1ヶ月あたりの支給量「32時間」を「124時間」に変更する決定を命じる。
- 4 被告処分庁大田区長西野善雄が原告に対して下した平成17年4月1日付身体障害者居宅生活支援費支給決定のうち、居宅支援費「移動介護・身体介護有」の1ヶ月あたりの支給量「32時間」を「124時間」に変更する決定を命じる。
- 5 被告処分庁大田区長西野善雄が原告に対して下した平成17年7月1日付身体障害者居宅生活支援費支給決定のうち、居宅支援費「移動介護・身体介護有」の1ヶ月あたりの支給量「42時間」を「124時間」に変更する決定を命じる。
- 6 平成15年7月1日付保福障発第533号助役決定にかかる「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」6条（2）及び（3）が違法であることを確認する。
- 7 被告は原告に対して、金565万8980円及び本訴状送達の日翌日から支払い済みに至るまで年5分の割合の金員を支払え。
- 8 訴訟費用はいずれも被告の負担とする。
との判決を求める。

請 求 の 原 因

目 次

一 事案の概要

- 1 原告
- 2 被告
- 3 事案概略
- 4 審査請求の経緯
- 5 取消しの対象となる処分
- 6 違法確認の対象となる要綱
- 7 本件提訴の動機、目的

二 原告鈴木敬治に関わる事実関係

- 1 原告の身上
- 2 原告の略歴
- 3 原告の社会参加の必要性と自己決定と自己実現

三 原告の本件支援費支給申請に関する経緯、事実関係

- 1 原告の支援費支給申請に関する経緯等
- 2 原告に移動介護が最低でも月124時間必要である旨平成16年3月5日付で被告行政庁が認定し、その事実は法的に確定していること。
- 3 上記124時間必要だった移動介護の必要量が平成16年4月1日から4分の1に削減されるべき事実は全く存在していないこと

四 本件関連法規、行政規則、行政要綱

五 本件行政処分の違法性 その一

身体障害者法違反

- 1 支給量上限を規定した要綱を一律適用することで支給量を決定するという処分方法は、個別のニーズに則した支給決定という同法の定める支援費支給決定準則の根幹に違反していること。
- 2 上記の上限設定禁止の趣旨は東京都も公式見解としていること

3 上記の上限設定禁止の趣旨は厚生労働省も公式見解として、従来から介護支給量に関する上限設定を撤廃する旨自治体に対して行政指導を繰り返していること。

4 支給量の必要性が減量した旨判断した勘案事項調査結果の事実が存在していないこと。

六 本件行政処分の違法性 その二

「要綱」を人権規制根拠としていることは「法律による行政原理」に違反すること

七 本件行政処分の違法性 その三

社会保障分野での一般原理である「不利益変更禁止原則」違反

八 本件行政処分の違法性 その四

本件不利益処分の根拠とされた移動介護要綱の違法性・不当性

1 身体障害者福祉法における「移動介護」の法令解釈における「移動介護を日常介護に含めることが出来る」という大田区長の法解釈の致命的過ち。

2 移動介護要綱の差別性

九 本件行政処分の違法性 その五

違法性の承継

一〇 本件行政処分の違法性 その六

障害者の人格権、自己決定権等の人権侵害

一一 本件行政処分の違法性 その七

障害者基本法違反

一二 本件行政処分の違法性 その八

オンブズマン勧告に実質的に違反していること。

- 一三 本件行政処分の違法性 その九
予算配分、財源の問題は事実としての根拠がないこと
- 一四 本件行政処分の違法性 その一〇
「区民の余暇活動の土日 8 時間× 4 週 = 3 2 時間」を人権規制根拠とすることの違法性、不当性。
規制を正当化する立法事実にも合理性も手段と目的との間の合理的関連性も何ら立証されていないこと。
- 一五 本件行政処分の違法性 その一一
被告地方公共団体の政策矛盾（社会福祉法 1 0 7 条参照）
- 一六 本件行政処分の違法性 その一二
要綱適用開始における恣意性、不自然性、矛盾
=平成 1 6 年 3 月 1 日付決定との矛盾
- 一七 本件行政処分の違法性 その一三
羈束行為違反または行政裁量論以前、または逸脱の明白性
- 一八 本件行政処分の違法性 その一四
行政手続法違反
- 一九 本件行政処分の違法性のまとめ
- 二〇 障害者の公的介護保障請求権の権利性
- 1 憲法に基づく権利
 - 2 障害者の社会参加権の重要性
 - 3 障害者の移動の権利 = 人格的自律権（憲法 1 3 条）の重要性
 - 4 平成 1 5 年 4 月 1 日の（居宅介護）支援費（支給）制度発足に至るまでの障害者の介護保障制度、ホームヘルプサービス制度の歴史
- 二一 支援費制度概略

- 1 支援費制度とは
- 2 自己決定権尊重の理念（憲法第13条）が制度趣旨であること。
- 3 自己決定権尊重に関する最高裁判例の動向

二二 本件違法性審査に当たっての留意点

- 1 人格的生存に不可欠な基本的人権としての自己決定権、人格的自律権＝基本的人権の侵害が問題となっている事案であること。
- 2 他の事例や評釈との違い＝平成15年4月1日に開始された支援費制度以前の権利論、判例理論は直接的には適用できないこと。
- 3 支援費制度における支援費支給量請求権は法文上も権利性が明確であること。
- 4 何が違法審査の対象であるか。
- 5 生存権に関する最高裁判例及び学説等について
- 6 憲法学上の「二重の基準論」との関係について。

二三 本件義務付け命令が認められる理由

直接型義務付け訴訟 行政事件訴訟法第3条6項1号

- 1 移動介護受給請求権＝請求の趣旨第1項乃至第5項
- 2 具体的金銭給付判決＝請求の趣旨第7項
- 3 義務付け訴訟類型の選択について

二四 本件移動介護要綱の上限規定の違法確認訴訟の認められる理由

公法上の当事者訴訟としての要綱違法確認請求訴訟 行政事件訴訟法第4条

- 1 移動介護要綱の介護支給量上限規定の違法性
- 2 移動介護要綱導入における強引性、恣意性、周知性の欠如
- 3 移動介護要綱策定における非民主性、障害当事者の意見聴取の欠如
- 4 移動介護要綱の憲法14条平等原則違反＝差別性
- 5 「同意しなければ支給しない」と恫喝して強要した移動介護要綱導入における被告行政庁の違法性
- 6 当事者訴訟（行政事件訴訟法第4条）

二五 予備的請求としての国家賠償請求が認められる理由

(請求の趣旨第7項の予備的請求原因)

- 1 予備的な国家賠償請求訴訟提起の意義
- 2 行為の違法性と過失
- 3 損害

二六 結論

一 事案の概要

1 原告

原告鈴木敬治は昭和27年2月7日東京都大田区にて生まれ、大田区に在住する大田区民であり、現在53歳の男性である（甲1）。

原告は現在身体障害者福祉法に基づく等級I種1級と認定されている全身性障害者である（甲3）。

2 被告

被告大田区は地方公共団体である。

本件各行政処分を下した処分庁は、自治体の首長である大田区長西野善雄である。

3 事案概略

被告大田区長西野善雄は介護を必要とする重度障害者である原告鈴木敬治の移動介護支援費支給量について、平成15年4月1日～同16年2月末日までの支給決定では一日あたり4時間（月124時間）の（身体介護を伴う）移動介護を認めており（甲4の1）、平成16年3月1日付の支援費支給量変更決定でも同じく認めていたにも関わらず（甲5、甲4の2）、平成16年4月1日付決定で唐突に一日あたり1時間（月32時間）と月92時間も激減させる不利益処分を下した（甲6の1、甲4の3）。

原告鈴木敬治は社会参加活動のためどんなに最低でも一日あたり4時間（月124時間）の（身体介護を伴う）移動介護保障が必要であり、そのことは上記のとおり被告自身が2度にわたり認定していた法的確定事実である。

被告は大田区内の障害者に対して、助役が前年平成15年7月1日決定したという「移動介護要綱」（甲40）なるものを平成16年3月頃に持ち出し、法の定める勘案調査、判断の結果を無視し、唐突に移動介護支給量の一方的削減を強行したものであり、それに異議申立をする原告の権利主張に対して被告は一顧だにすることなく頑なに人権侵害を続けているのが本件事案である。

本件処分前からの被告が原告に下した支援費支給量の推移は次のとおりである。

従来の処分その1

平成15年3月6日付決定で認定された支援費支給内容

(支給期間平成15年4月1日～平成16年2月27日)(甲4の1)

(身体介護を伴う)移動介護 月124時間(一日4時間)

日常生活支援 月310時間(一日10時間)

合計 月434時間(一日14時間)

従来の処分その2

平成16年3月1日付決定で認定された支援費支給内容

(支給期間平成16年3月1日～3月31日)(甲5、甲4の2「変更後の支給量欄」)

(身体介護を伴う)移動介護 月124時間(一日4時間)

日常生活支援 月372時間(一日12時間)

合計 月496時間(一日16時間)

本件違法審理対象とする行政処分1

平成16年3月31日付決定

被告大田区が一方的に変更した本件支援費支給内容

支給期間平成16年4月1日～9月30日(甲6の1、甲4の3)

平成16年3月31日 原告が書面にて申請

(身体介護を伴う)移動介護 月32時間(一日約1時間)

日常生活支援 月465時間(一日15時間)

合計 月497時間(一日16時間)

原告は異議申立を繰り返しているが被告は返答しないまま、その後3回の支給決定において同じ支給量内容の処分を続けてきた。

すなわち、行政処分1～4の月あたりの支給量は同一である。

行政処分2 平成16年10月1日付決定(甲6の2)

平成16年10月1日 原告が口頭にて申請

支給期間 平成16年10月1日～同年12月31日

行政処分3 平成16年12月28日付決定(甲6の3)

平成16年12月28日 原告が口頭にて申請

支給期間 平成17年1月1日～同年3月31日
行政処分4 平成17年4月1日付決定（甲6の4）
平成17年3月31日 原告が口頭にて申請
支給期間 平成17年4月1日～6月30日

行政処分5 平成17年7月1日付決定（甲6の5、甲4の7）。

平成17年6月29日 原告が書面にて申請

支給期間 平成17年7月1日～平成18年6月30日

（身体介護を伴う）移動介護 月 42時間 （一日約1時間）

日常生活支援 月 455時間 （一日15時間）

合計 月 497時間 （一日16時間）

行政処分5は、わずかに移動介護支給量が月10時間だけ増加した反面、日常生活支援はその10時間分減少させられており不当である。

すなわち、平成16年4月1日以降の月あたりの移動介護支給量を32時間とする4回の行政処分及び同支給量を42時間とした1回の行政処分のいずれもが移動介護の不足分に関して違法であるとして、従前の支給水準である「1か月あたり124時間の移動介護支給処分」を行政庁に変更するよう命ずることを求めるのが本件訴訟である。

4 審査請求の経緯（提訴期限が適法であること）

① 処分1、平成16年3月31日付決定に対して

同年5月31日付で異議申立手続き（甲7。被告窓口へ直接持参）及び同年8月15日異議申立補正書（甲9）郵送で提出（8月16日送達）。

② 処分2、平成16年10月1日付決定に対して

同年11月16日付で異議申立書（甲10）郵送で提出（11月17日送達）

③ 処分3、平成16年12月28日付決定に対して

平成17年2月14日付異議申立書（甲11）郵送で提出（2月15日送達）。

④ 処分4、平成17年4月1日付決定に対して

同年5月9日付異議申立書（甲12）郵送で提出（5月10日送達）。

原告はこのとおり、上記四回の処分に対して行政不服審査法に基づき被告に対して不服申立をしているが、被告はなんらの決定を下していない。

なお、生活保護法69条のような「審査請求前置主義」は身体障害者福祉法にはなく自由選択主義である。

処分5（平成17年7月1日付決定）を知った日から本件提訴が6ヶ月以内であることは言うまでもない。

5 変更対象となる処分

請求の趣旨第1～第5項に記載したとおりである。

6 違法確認の対象となる要綱（請求の趣旨第6項）

被告が作成した平成15年7月1日付保福障発第533号大田区助役決定にかかる「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」のうち、6条（2）及び（3）。

7 本件提訴の動機、目的

本件は、訴訟事件としての名称は「行政処分義務付け等請求事件」であるが、原告の気持ちとしては

「移動介護支援費上限要綱撤廃請求訴訟事件」である。

すなわち、単に自分個人が助かれば良いという気持ちでなく、大田区在住の身体障害者、視覚障害者、知的障害者、精神障害者はもちろんのこと、全国の障害者の権利を守るために、大田区の違法、不当な行政行為を糾したいという気持ちで、本件提訴を決断した。

二 原告鈴木敬治に関わる事実関係

1 原告鈴木敬治の身上

原告の父鈴木**は大正12年3月**日生れ（現82歳）、母鈴木よし江は大正15年3月**日生れ（現79歳）と高齢であり（甲2）重度身体障害者の介護など到底できないし、長らく別居している。

原告に家族による介護の余地はなく、原告の要介護性は明らかである。

原告は出生直後脳性小児麻痺と診断された。

出生後身体障害者手帳I種2級と認定された。

平成2年4月16日、身体障害者手帳I種1級と認定された。

障害者手帳に記載されている障害の内容は次のとおりであるが（甲3）、言語障害も有している。

「脳性麻痺による
両上肢機能障害（困難）
移動機能障害（著しい制約）」

2 原告鈴木敬治の略歴

昭和35年 東京都立光明養護学校（世田谷区松原）に入学し、小学部・中等部・高等部に通学する。

小学校5、6年生の頃初めて歩行ができるようになる。

昭和45年11月13日

高校2年生のとき、身体障害者に無理解な鉄道公安職員に酔っ払いに間違えられるという被害を受けた。

国鉄渋谷駅の改札口付近で、駅員と鉄道公安職員が来て、両腕をきつく抱え、片方の手をねじ上げて交番に連行された。

歩行の際に体が揺れ、言語障害のある原告の弁明を理解できず、酔っ払いと決め付けるという無理解であった。

この事件の投書は昭和46年1月10日付の朝日新聞に掲載された（甲22）。

昭和48年～50年

国立身体障害センター（新宿区戸山）に訓練生として入所。

昭和51年～同63年

大田福祉作業所に通所

昭和51年～56年

大田区蒲田2丁目11番11号の実家から通所していた。

昭和57年

実家を出て独居自立生活を開始。生活保護受給開始。

昭和63年 大田区福祉作業所 退所

平成2年

障害の重度化が進行し、身体障害者手帳I種1級に認定変更。

障害の内容

「脳性麻痺による
両上肢機能障害（困難）

移動機能障害（著しい制約）」

それまでは友人や作業所職員などの個人的協力で生活していたが、この頃から、大田区重度障害者介護人派遣制度を利用して自立生活を営むようになる。

3 原告鈴木敬治の社会参加の必要性と自己決定と自己実現

36歳で大田福祉作業所を退所した頃以降、原告は障害者として社会・街に出て積極的に社会参加することの重要性を自覚し、社会・地域のノーマライゼーションのための市民活動を行うことを生活の中心としてきた。

障害者が一般健常者同様あるいはそれ以上に、街に出て様々な社会参加活動を通して人間的営みを楽しむことは社会にとっても障害者にとっても重要である。加えて趣味や余暇活動等もそこで触れ合う人々の啓蒙にもつながり、社会的意義を持つものである。

以下、原告の参加する社会活動の主なものだけでも次のようなものがある。

「共生共走マラソン事務局」

「共生・共走リレーマラソン」とは、障害者と健常者が5～8時間を「共に走る」ことによって交流し、心のバリア（障壁）を取り除き、「共生の社会」を創造していくといった内容の催しであり、マラソンの実施場所は大阪が中心であるが、原告は東京の事務局の一員を務めており、頻繁に打ち合わせその他の仕事がある。

その他、原告は、東京南部労働組合副委員長、やってる会、福祉の街づくり条例を考える会、大田区街づくり、ジューシーの会、「イメージ」、阪神被災障害者を支援する東京南部の会など様々な活動を行ってきている。

原告には日常生活支援を含めて24時間介護が保障されていないが、本来24時間介護が必要な状態にあることも裁判官にはご理解頂きたい。

原告は、松山クリニック松山毅医師作成の平成16年3月18日付検診書（甲24）を同日大田北行政センター生活福祉課を通して、大田区福祉事務所長宛に提出している。

そこに医師の診断として、

「加齢に伴い関節拘縮・筋力低下が進んでいる。

麻痺は重度であり、殆どの日常生活動作は介助なしには行なえない為、独力では生活は不可能と考えられる。

従って、1日24時間継続した支援が必要である。」と診断されている。具体的には、原告は一人でベッドからの乗り降りができない。

また、一人でトイレに行けない。介護人なくしては発汗時の水分補給ができない。

原告は手足の不自由のほか、言語障害も有するため、様々な社会活動における文書作成、連絡、言語障害の通訳など常時介護人なくしては全身性障害者である原告の社会参加活動はひと時も成り立たない。

原告の身体介護を伴う移動介護の現実的必要性として主なものを列挙すれば次のようなことが挙げられる。

但し、これは主に被告から本件不当決定を受ける前時点の内容である。

なぜならば、平成16年3月31日付の不当決定以降、自己の権利を守るため已む無く、その撤回を求める社会運動にかなりの時間を割かれていることと、行政から移動介護を受ける権利が大幅に制限されたからである。

- (1) 共生共走マラソン事務局会議（主に品川区）への週4回出席
- (2) 銀行その他の公的機関への外出、週3回程度
- (3) その他の障害者活動、社会活動
- (4) 映画鑑賞・野球観戦等の娯楽・趣味活動
- (5) 交際関係

新宿在住の友人でもあり社会活動の仲間である障害者の人に週3回ほど会いに行っている。

自宅から新宿の友人宅まで最低でも片道1.5時間、往復3時間は所要時間が必要。

- (6) 原告主催の障害者の集まりを会場を借りて週2回取り組んでいる。

街に出ることが原告の自己実現としての意味を持つことは、原告が自立生活を始めた頃にした次の文章（甲23）からも裁判官にはお判りいただけると思う。

.....

こんな足だけでいろんなところへ行ってみたいのさ

～自立を求めて～

コーヒーを飲みながら
いやなことばかり 考えていたら
あのひとが おれの耳に
そっとささやいてくれたのさ
もっと自分に 自信をもて
だけどやっぱり あわれな俺さ

俺だってほんとうは
冗談ぐらい言ってみたいのさ
仕事だって おもいきり
はたらいてみたい気はあるさ
もっと明るく いきてみたい
だけどやっぱり だめな俺さ

私は重度の脳性マヒです。現在アパートで一人暮らしをしています。上段の時は、もう十年以上も前、自立を切望しながらうまくいかず、いろいろ悩んでいたころの、いわば僕自身の自画像です。

障害者にとっての「自立」には、大きく二つあると思います。一つは、家庭内での自立。二つめは、家族との生活を離れて独立すること。

家庭内での自立については、二十歳を過ぎて成人に達している場合は、自分が何をしたいか、何をすべきかの行動選択を主体的に選びとる自由を獲得したいのですが、この一見なにげないことが障害者にとってはかなり難しい面があります。大人になれば、多少はお酒を飲む機会もありますし、外で友だちと会って帰宅の時間がふだんより少し遅くなることだってあります。家族、ましてや親なら気がかりで心配するでしょう。それはわかりますが「おまえは世間なみの身体じゃないんだから」と、必要以上に干渉されると、つい口ごたえの一つも出てしまいます。いちいち干渉(心配?)されるのがいやさに、自分の意思を抑えて従順なイイコになれば家族は安心するでしょうが、自立への道を自ら放棄してしまうことにもなりかねないのです。自分が何を望み、どこまで自分の力で行動化できるかは、やはり家族との兼ねあいの中で常に主張し続けていくしかないように思います。

二ばんめの「独立」に関しても、私の場合には「あなた一人では危ない

よ」と言われ続けてきました。家族だけではなしに、学校で施設で、あらゆるところで…。言葉も身体も不自由ですから、小さい時からいろんな人の手をかりなければならなかったことはたしかですし、感謝もしているのですが、障害者も生きる権利は同じです。

千鳥足のような、こんな足でもいろんなところへ行ってみたいし、つまずきころんでも、ひとりで歩きたいという気持ちは、ごく自然な欲求なのだ、ぼく自身は思っています。たとえ善意にしても、とやかく言われることに屈して自立をあきらめれば、人間らしく生きようという意欲さえ喪失してしまうことになるのです。

つきまとう「世間体」

アパート生活に入って9年目になりました。初めのころは何もできなくて、まわりの人にやってもらいました。とくにお風呂屋さんで一人で湯ぶねに入ることが出来なくて、「おねがいします」と声をかけて手伝ってもらいました。今では自分で出来るようになりました。まわりの方は、危ないか、それとなく見守ってくれています。たまには背中を流してくれる人もいます。そんな時には、いろいろな話ができ楽しくなります。

「共に生きる」ということは、こういうことを言うのではないかと思えます。よくテレビや新聞などで、「共に生きる」とカッコいいことを言いますが、誰かエライ人からの押しつけや義務感からではなく、自然に生れる気持こそ大切だと思えます。

ぼくの親は米屋です。2階下と5歳下に妹がいます。二人とも結婚して、現在実家には両親だけです。

ぼくは生れてから小学校六年生ぐらいまで歩けませんでした。1960（昭和35）年に、世田谷区松原にある光明養護学校に入学しました。この学校は肢体不自由児のための学校で、当時、東京都にはこの他に北区王子のほうに、病院と学校がくっついた形の施設が一つあるぐらいで遠くて不便でもそれ以外に選択の道がなかったのです。また、当時は現在のようなボランティアも皆無で通学にはアルバイトの人にお金を払って付き添ってもらいました。アルバイトの人の都合や自分の体の不調などが重なって、学校へはあまり行っていません。

そのころ街に出ると「またびっこが来た」と、よく指差されました。くやしいし、情けなかったです。けれど大きくなるにつれて、さらにもっと

いやな思いをすることが多くなりました。

いやなことが多い中で、ぼくにとって忘れられない楽しかった唯一の経験、それは1977年、25歳のときに「日本身体障害者スキー協会」主催で行われたカナダ旅行に参加できたことです。5歳下の妹が介助人として同行してくれました。

「バンクーバーの美しい町を彼女とデートしたい…」恋人はいなかったけど、いたらどんなにステキだろうと、かつてにロマンチックな思いにひたったりしました。

僕のいちばん好きな季節は
真白い 冬の世界だ
ゴウゴウと降り注ぐ 白い雪が好きだ
とても楽しくて 胸が踊り出す
転んだら 雪が助けてくれる
いつまでも そこに寝ころんでいたい
…そして 一人で起きあがるんだ
早く冬になってくれ
冬は僕を楽しくする 人を強くする
白い世界が まちどおいしい

それから3年後、カナダに同行してくれた妹が結婚しました。結婚式には出席できませんでした。障害者のぼくを親が世間体が悪いと気にしたからです。上の妹のときにはぼくが怒って式に出してもらったのですが一。

四日市に住んでいる上の妹のところへ遊びにいった時のこと、彼女の子どもたちが僕に悪たいについてはやしたてるのを見て、「もう来てほしくない」と妹が言うのです。帰ってから親にもそのことを念押しされる始末でした。親がこれまで苦労して育ててくれたことは認めますが、どうも世間体を気にしすぎるように思います。

障害者への理解を広く求めるために運動している人もたくさんおられますが、いちばん身近な家族とか地域の人たちに、どうわかってもらうか一、アパートへの入居ひとつをとってみても、そのことが結構大きく影響してきます。

(東京都 大田区)

.....

三 原告の支援費支給申請に関する経緯、事実関係

1 原告の支援費支給申請に関する経緯

原告は平成15年3月3日頃、従来の介護人派遣事業に基づくヘルパー派遣に代えて支援費利用の支給申請をし、被告は勘案調査に基づき平成15年3月6日付で、平成15年4月1日から1年間の期間、身体介護を伴う移動介護支給量を月124時間、日常生活支援を月310時間合計434時間という支給決定をした（甲4の1）。

平成15年春頃から原告は、高齢化に伴う身体状態障害の重度化が進行してきた。

その上、残された人生について悔いなく社会参加をしていきたいとの強い希望と決意のもと、介護支給量総量の増額の必要性を大田区に対して原告は具体的に訴えてきた。

そのため、原告は平成15年11月4日、生活保護課ケースワーカー伊部氏に生活保護法に基づく「介護扶助」申請について相談したが取り合ってもらえなかった。

同年11月11日、当時住んでいた大森北3丁目39番8号大森北ハイツ203では介護が円滑十分にできないため、伊部氏に引越しを相談し、物件探しを始める。

同月25日、電話にて大田区北地域行政センター地域福祉課在宅サービス担当大須賀浩主査に対して、支援費支給量の増額変更申請を口頭で行った。

同月28日、生活保護課に家賃・引越し費用等について相談。

平成15年12月2日、地域福祉課大須賀氏が支援費支給量勘案事項調査にやってきた。

12月5日、希望物件が決まり、家賃が高くなると引越しを認めない生活保護課と交渉の末引越しを認めてもらう。

同月25日、現在の住所に引越し。

平成16年1月9日、地域福祉課齊藤保健士、大須賀氏、佐藤充弘氏（後の原告の身体障害者支援担当）が自宅に来て勘案事項調査を実施した。

平成16年1月13日、大須賀氏、佐藤氏が勘案事項調査に来て2時間ほど勘案事項調査を実施した。

平成16年1月27日、大須賀氏が自宅に来て勘案事項調査を実施した。

平成16年2月27日

2月27日午前11時から生活保護課長と他人介護料の件の話し合いを持つ予定だったが、課長側の都合により急遽キャンセル。

そのため午前に地域福祉課水野課長と支援費の支給料変更申請について話し合う。

この日の午後、生活保護課と他人介護料特別基準について話し合いを持ち、申請が受理される。

平成16年3月2日午前、地域福祉課金井係長、佐藤氏、大須賀氏が勘案事項調査に来た。

午後、生活保護課伊部氏が自宅訪問。他人介護料の厚生労働大臣特別基準限度額申請手続き方法について説明がある。

3月4日、支援費支給量変更の結果を地域福祉課水野課長が回答。

(身体介護を伴う)移動介護124時間、日常生活支援372時間とのこと。鈴木敬治は、この支給量では決して満足していない、充足されていない旨課長に強く伝えた。

3月5日、生活保護課伊部氏から他人介護料大臣特別基準限度額申請用の診断書書式が届けられた。

3月19日、生活保護課に他人介護料大臣特別基準限度額の申請添付書類を提出。

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行われた。

大田区本庁の地域福祉課岩田課長、前田係長他3名が出席。ほとんど要綱を読み上げるだけで、(身体介護を伴う)移動介護32時間は、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て4×8=32時間と算出したとの説明。

原告側は大田区の説明に呆れ果てた。

3月29日、北地域行政センター地域福祉課が唐突に「勘案事項調査を実施する」と称して自宅を訪れてきたが、(身体介護を伴う)移動介護32時間を了解するよう迫るだけで調査など行われず、原告は「3月5日に(身体介護を伴う)移動介護124時間と決定されたばかりで、自分の生活状態に変化もないのにどうして32時間に減らされるのか。絶対了解しない。」と拒否した。

3月30日、午後北地域行政センター地域福祉課で話し合い。

やはり区は、(身体介護を伴う)移動介護32時間を了解するよう執拗に迫

るだけであった。原告は少なくとも3月5日付決定でも認められている(身体介護を伴う)移動介護支給量は支給してもらいたいと強く要求した。

3月31日、午後5時30分、佐藤氏が自宅に来た。

脅迫めいた言動で、「本日中に(身体介護を伴う)移動介護32時間に了解しないと明日からの支援費支給は出来ない」と強硬に求めてきた。

支援費の支給申請書の何も中身が記載されていない書式に署名してくれるよう求められたので、やむなく介護人が代筆で署名した。

しかし断じてこれは「(身体介護を伴う)移動介護32時間を認めた」趣旨で記載したものでないことは言うまでも無い。

この日、他人介護料に関する却下通知が自宅に届いた。

同年4月2日、午前北地域行政センター地域福祉課に行く。

「水野課長は異動し、清掃局から来たばかりの小泉という者が課長になり、支援費のことは判らない。」と全く不誠実極まる対応に終始した。

この日の午後は生活保護課に行ったが、課長も異動したとのことで誰も判る者がいないとのこちらも不誠実極まる対応。

帰宅後、新しい生活保護課長を電話口に呼んで、「支援費では不足だとして他人介護料を申請しているにもかかわらず却下した根拠を教えてください」ときいたところ

「前課長からは却下したとしか聞いていない。

一度却下したものは覆らないですよ。

不服審査を出されたらどうですか？

やり方は教えますよ。」と高飛車で障害者を見下した態度である。

生活保護行政の責任者としてあるまじき不見識極まる問題ある言動である。

同年4月3日

支援費受給者証が届いた。

移動介護支給量が32時間と、4分の1に激減する削減措置が強行されていた。

日常生活支援は464時間と記載されていた。1日15時間ならば31日を掛けると465時間なので大田区の立場でも(原告は認めない立場であるが)誤認定でないかと指摘し、4月6日大田区は日常生活支援を465時間と変更した(甲4の3)。

同年4月20日北地域行政センター地域福祉課に(身体介護を伴う)移動

介護を減らされたことなどに関する質問書を渡して話し合いを求めようとして訪れたが、後日にくれと断られる。

同年4月23日午前10時15分頃から正午頃まで。

北地域行政センターにて赤阪英夫センター長、小泉邦雄地域福祉課長、佐藤充弘身体障害者支援担当、大須賀浩在宅サービス担当主査、金井係長と交渉。

しかし、原告と代理人弁護士藤岡毅や支援者が、(身体介護を伴う)移動介護が124時間から32時間と激減された正当化根拠を説明して欲しいと求めたが、ほとんど黙まりを決め込んで答えなかった。

行政責任、説明責任の放棄として厳しく大田区は非難されるべきである。

その場で僅かに説明があったことは

「(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。

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1日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)。

同様の見解は区議会保健福祉委員会でも大田区保健福祉部が答弁している（甲28）。

その後、原告は大田区福祉事務所長が下した生活保護他人介護料申請に対する平成16年3月26日付「保護申請却下処分」（北生申収第3843号）（甲32）に対して平成16年5月18日付けで行政不服審査法に基づく審査請求を東京都知事に対して行なった（甲33）。

その結果、平成16年6月29日付で大田区福祉事務所長（大田区保健福祉部長）は、「生活保護上の他人介護料を支給することにしたため」との理由を明記して上記の保護申請却下処分を取り消した（北生発第275号）（甲34）。

平成16年7月12日、他人介護料の福祉事務所長設定の特別基準額を加算して（平成16年2月27日から遡及して）支給する旨大田区福祉事務所長から保護変更決定通知があった（北生申収第3843-2号）（甲35）。

その後も、原告は被告に対して、移動介護支給量について原状回復を必死に求め続けたが、無情にも被告は拒み続けている。

- 2 原告に移動介護が最低でも月124時間必要である旨平成15年3月6日付、平成16年3月1日付で被告行政庁が認定し、その事実は法的に確定していること。

平成15年4月1日、「支援費支給制度」が開始され、大田区の障害者介護人派遣施策も支援費制度へ変更され、原告鈴木敬治も居宅生活支援費を利用開始し、大田区から次の支給決定をされた。

（身体介護を伴う）移動介護	月124時間（一日4時間）
日常生活支援	月310時間（一日10時間）
合計	月434時間（一日14時間）

これは一日あたり、（身体介護を伴う）移動介護4時間、日常生活支援10時間、合計14時間に過ぎない。とはいえ、少なくとも移動介護時間1日あたり4時間、1月あたり124時間が原告に必要なことは認定されている。

しかしながら、先に述べたとおり、体調の不良、関節の拘縮、筋力低下が著しく進行しこの介護支給量では生活が困難であることから、原告は介

護支給量の総量増額を被告に求めた。

そして、被告は平成15年12月2日、同16年1月9日、同月13日、同月27日、同年3月2日と勘案調査を繰り返し、平成16年3月1日付大田区長決定により平成16年3月1日からようやく

(身体介護を伴う) 移動介護 月124時間 (一日 4時間)

日常生活支援 月372時間 (一日12時間)

合計 月496時間 (一日16時間)

と支給量変更決定がなされた(甲第5号証)。

これでも一日16時間介護に過ぎず、24時間介護が必要不可欠な鈴木敬治にとっては断じて満足な介護保障ではない。

とはいえ、少なくとも「移動介護支給量」について、被告が具体的勘案事項調査に基づいて、原告に関して「少なくとも月124時間相当の介護料支給が必要不可欠である」と、平成15年4月1日時点でも、平成16年1月、2月、3月時点でも行政庁が勘案事項調査を繰り返した末の判断として認定し、行政処分を下したのである。そしてそれを前提に1年間原告は生活を送ってきたのである。

行政行為の公定力及び自己拘束力の理論からすれば既に上記事実は法的に有効なるものと認定されたものであり、変更決定通知日(遡及した日付=平成16年3月1日付、口頭での通知=3月4日、通知書の日付=3月5日)からわずか26日後(同年4月1日)に当該移動介護支給量が4分の1に激減されることが法律上有効となることは行政行為の不可争力の点からもおよそ正当化は不可能と言うほかない。

3 上記124時間必要だった移動介護の必要量が平成16年4月1日から4分の1に削減されるべき事実は全く存在していないこと

事実の問題として、原告にとって、平成16年4月1日から外出の必要性や機会が減った、社会参加の機会が減ったなどということはない。

むしろ、この不当な被告大田区の移動介護要綱の問題を是正するための社会活動のために外出の機会、時間は平成16年3月以前より更に増加こそすれ、それが減少したなどという事実は全く存在していない。

平成16年4月以降、原告自らこの問題に関する被告大田区保健福祉部と

の間との交渉や世論に訴えるための市民活動を繰り返していることは被告自身が知っており、原告が平成16年4月1日以降、外出する必要性が高いことは被告自身争う余地のない事実と言ってよい。

被告の本件激減処分には、処分の根拠となる実質的、具体的事実の裏づけが完全に欠如している。

四 本件関連法規、行政規則、行政要綱

本件審理に関連する主な法規、規則、要綱等を挙げれば次のとおりである。

憲法13条、14条、25条、35条、23条、97条、

社会福祉法3条、4条、6条

同法は、支援費支給に関しても当然解釈基準となる（第1条 この法律は、社会福祉を目的とする事業の全分野における共通的基本事項を定め、第2条3項5号「身体障害者福祉法に規定する身体障害者居宅介護等事業」等）

障害者基本法3条1、3条2、4条、8条1、8条2、12条

身体障害者福祉法第17条の4～16、18条の4

同法施行規則

行政事件訴訟法

行政手続法13条

以下、被告行政庁の内部文書

「大田区支援費の支給に関する規則」（平成15年4月1日規則第66号）

「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」（平成15年7月1日付助役決定・保福障発第533号）

「大田区居宅介護支援費（日常生活支援）の支給決定に関する要綱」（平成16年4月1日付区長決定・保福障発第2168号）

五 本件行政処分の違法性 その一

身体障害者法違反

- 1 支給量上限を規定した要綱を機械的に適用することで個別支給量を決定するという処分方法は、個別のニーズに則した支給決定という同法の定める支援費支給決定準則の根幹に違反していること。

これは平成16年8月15日付異議申立補正書第二項1にて記載したとおりである（甲9）。

支援費支給の行政処分の内容を行政庁が判断するにあたり拠って立つべき直接の根拠条文は身体障害者福祉法第17条の4～16等である（甲37）。

なかでも同法第17条の5第2項の定める事項を勘案して支給決定することが法令上の義務として行政庁に義務付けられている。

すなわち、同法施行規則第9条の3の定める

- ・ 障害の種類、程度その他心身の状況
- ・ 介護を行う者の状況
- ・ 当該障害者の意向の具体的内容
- ・ 当該障害者の置かれている環境
- ・ 当該障害者の支援の提供体制の整備の状況

等を勘案調査の上、個別のニーズに則して支援費支給量は決定されなければならない（甲38）。

然るに、処分庁はそのような勘案調査に基づくことなく、平成15年7月1日助役決定にかかる「移動介護要綱」（甲40）という被告行政庁が隠密裏に定めた特殊かつ特異な「要綱」の6条（2）の

「第2条第3については、勘案事項整理票及び移動介護聴き取り票により勘案をした結果をもとに、次に掲げる時間内で支給量を算定するものとする。

ア 全身性障害者、視覚障害者及び知的障害者については月32時間」とする条項を

「移動介護支援費支給量の上限設定」の根拠であると称して、同条項を適用することにより一方的に原告に対して移動介護支給量の4分の1急削減という不利益処分を下したものであり、行政処分にあたっての法令違背はあまりにも明白であり、処分の違法は明らかである。

なお、上記の事実関係自体には争いはない（北福収第114号・平成16年5月21日大田区長西野善雄回答）（甲16）。

原告は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。

2 東京都の見解に違反していること

支援費支給量決定における上限設定禁止の趣旨は東京都も公式見解としている。

原告代理人弁護士藤岡毅の申し出に係る東京弁護士会会長による弁護士法第23条の2に基づく照会に対して、東京都福祉局は平成16年7月30日付「16福障第795号」として、

「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」と公式回答した(甲18)。

支援費制度を管轄する一方の上級庁である東京都が被告大田区の今回の上限設定について支援費制度の理念に反する旨の見解を明らかにしているのである。

被告大田区の移動介護要綱に基づく上限設定の違法性、違法な上限規定に基づく原告に対する処分が違法なことがこのことから明らかである。

3 厚生労働省の見解に違反していること

上記の上限設定禁止の趣旨は厚生労働省も公式見解として、従来から介護支給量に関する上限設定を撤廃する旨自治体に対して行政指導を繰り返している。

前項同様に東京弁護士会会長からの弁護士照会に対して、支援費制度を国家として所管する厚生労働省社会・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(甲20)。

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、今回被告大田区が、当該障害者の具体的状況を勘案することなく支給量に上限を設定したことが身体障害者法の定める支援費制度の趣旨に違反することを明言したものと理解することが出来る。

すなわち、厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部は、平成2年12月28日通知以来、平成13年3月6日、平成14年3月5日など書面で地方自治体に対して繰り返し（甲49、50）、

「在宅福祉施策の推進 訪問介護（ホームヘルプサービス）事業について サービス体制の確保及び充実」として、「サービス量の上限については、撤廃するようこれまで関係市町村への指導をお願いしてきたところであるが、未だ制限を設けている市町村に対しては、一般的なサービス量の制限を設けないよう引き続き指導する。」として、今回被告大田区が強行したような介護支給量の制限を撤廃しなければならないと明確に行政指導している。

そして、平成15年4月に施行された支援費制度においても全く同様の趣旨が当てはまる旨厚生労働省は今回公式回答文書で認めたものである。

身体障害者福祉法を管轄する厚生労働省の行政指導にも違反することが明らかな被告大田区による支援費上限規定の設定及び当該規定に基づく処分が違法であることは明らかである。

4 支給量の必要性が減量した旨判断した勘案事項調査結果の事実が存在していないこと。

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。

六 本件行政処分の違法性 その二 法律による行政の原則違反

「要綱」を人権規制根拠としていることは「法律による行政原理」に違反すること

要綱とは住民の権利義務を直接拘束し、権利制限の根拠としてはならない行政内部規範であることは行政法学上の通説判例である。

行政要綱を区民の権利制限の直接の根拠として具体的不利益処分を下したことは法律による行政の原理に違反する違法な処分である。

但し、一旦行政庁が自らに基準を定立した以上、その規定に反して市民に不平等取扱いをすることは平等原則違反として違法になるという意味で要綱と言えども行政庁を自縛する効力がある。その意味で、要綱にも法規性は認められ、要綱それ自体の違法性を問うことも重要となる。要綱に基づく申請権という概念を積極的に認める学説も多い。

すなわち、本件では本来行政府が人権規制の根拠としてはならない「要綱」を市民に直接適用することにより、直接的権利規制行使としての具体的不利益行政処分を行なったものであり、このことは被告行政庁の立場からすれば、当該要綱に「法規」としての効力を認めていることを意味する。

このような、いわば異常な事案において、当該要綱を訴訟においては、「法規」類似のものとみなして、司法審査、違法審査の対象とするのでなければ、「法の支配」「法治主義」の理念が行政府の横暴により踏み躪られることを意味する。

よって、本件においては、本件移動介護要綱自体の「違法な法規」という意味での、違法性を宣言すべきなのである。

七 本件行政処分の違法性 その三 不利益変更禁止原則違反

社会保障分野での一般原理である「不利益変更禁止原則」違反

厚生労働省は、新規施策を導入したり制度変更する場合に利用者に対して従前のサービス水準を維持しなければならないと繰り返し行政指導している。支援費制度導入の際も「支援費基準の具体的設定にあたっては原告の措置制度からの円滑な移行に十分配慮すること」と繰り返し厚生労働省は自治体に対して支援費制度担当課長会議資料等で指導している。

生活保護法第56条が「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」と不利益変更禁止原則を規定するのは何も生活保護法に限ったことではなく、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)。

類似の原理として、憲法学上も憲法第25条2項の規範的効力として制度変革に関する「制度後退禁止原則」があるとされている(内野正幸「憲法解釈の論理と体系」平成3年(1991年)刊375頁以下)。

大田区は移動介護に関して制度改革を施行しようとしたのであるからこの原則に違反している。

また、西ドイツ社会法を参考に社会保障給付請求権と行政裁量の関係を考察する又坂常人「社会保障受給権と行政裁量の関係についての若干の考察(一)～(三)」(自治研究58巻10号142頁、11号130頁、12号131頁・昭和57年(1982年)刊)によれば、「1度成立した請求権はもはや裁量とは関わりを持たない」として「社会給付領域に存する権利及び義務は、法律が前もって規定し又は許容する場合にのみ根拠を与えられ、確定され、変更され、ないし廃止されうる」という条項が引用され、「1度成立した給付請求権は正当なる理由なくみだりに変更されることがない」という準則が指摘されている(上記11号27頁)。

本件処分はこの不利益変更禁止原則にも違反する違法な処分である。

八 本件行政処分の違法性 その四

本件不利益処分の根拠とされた移動介護要綱の違法性・不当性

- 1 身体障害者福祉法における「移動介護」の法令解釈における「移動介護を日常介護に含めることが出来る」という被告大田区の法解釈の致命的過ち。

身体障害者福祉法に基づく(はずの)大田区移動介護要綱における大田区の解釈の過ちは、別の観点からも明らかである。

移動介護要綱による移動支援費支給量一律上限設定を正当化させるための根拠について、大田区保健福祉部障害福祉課は、「移動介護を日常生活支

援費に含めることができる」からと弁明してきており、区議会答弁においてもそのような説明がなされている。

そして、「大田区居宅介護支援費（日常生活支援）の支給決定に関する要綱」（保福障発第2168号）、平成16年4月1日付大田区長決定（以下「大田区日常生活要綱」という。）の第8条（通院以外の目的に対する移動の支援）は

「日常生活支援の支給対象者に対する医療機関等への通院以外の社会生活上必要不可欠な外出及び余暇活動等の社会参加のための外出を目的とする移動の支援については、日常生活支援及び移動介護により算出することができる。」とされている。

しかしながら、そもそも「移動介護」と「日常生活支援」などの法概念は、身体障害者福祉法に基づく法適用、解釈の問題であって、實際上、同法第17条の4第2項第1号により、居宅生活支援費の額は、身体障害者居宅支援の種類ごとに、厚生労働大臣が厚労省告示により基準が定められている。

これは、障害者の社会参加権を保障するための前提として、障害者の外出における移動の自由、権利の重要性が社会的に認知され、「移動介護」という介護保障類型が障害者の声を反映して勝ち取られてきたものである。

行政告示としては、平成15年2月21日厚生労働省告示第27号「身体障害者福祉法に基づく居宅支援費等に要する費用の額に関する基準」（甲42）、平成16年3月29日厚労省告示146号（甲43）などである。

これにより居宅介護支援費は

「イ 身体介護が中心である場合」、

「ロ 家事援助が中心である場合」、

「ハ 移動介護が中心である場合

（1）身体介護を伴う場合

（2）身体介護を伴わない場合」、

「ニ 日常生活支援が中心である場合」

と区分されてその単価がそれぞれ設定されている。

その「ニ」すなわち「日常生活支援」に関する上記厚労省告示27号の注5として、「日常生活（身体介護、家事援助、見守り等の支援をいう。）が中心である指定居宅介護等を行った場合」と定義が示されている。

すなわち、自治体が勝手に上記の概念定義を変えるなどということは、

自治体が法に抵触する違法な支給をすることを意味するものであって、法治国家において許されないことは言うまでもない。

そうすると、大田区日常生活要綱第8条が日常生活支援の定義において、「社会生活上必要不可欠な外出及び余暇活動等の社会参加のための外出を目的とする移動の支援については日常生活支援により算出することができる。」と勝手に定義を変えて単価を変えてしまうことは許されない法解釈、法適用として違法、無効ということにならざるを得ない。

この点について大田区保健福祉部岩田美恵子障害福祉課長は原告らとの交渉の席上「見守り等」の「等」に移動介護が含まれる旨の独自の解釈論をもって大田区日常生活要綱及び移動介護要綱の正当性を主張したとのことであるが、法の用語の文理を明らかに逸脱する許されざる解釈・適用・運用・行政執行と言わざるを得ない。

このような区独自の勝手な定義を認めることは国が定める単価基準を逸脱する不正支給を認めるに等しく、到底認められるものでない。

また、そもそも「日常生活支援」という類型は視覚障害者には該当しない。

ところが大田区移動介護要綱は、大田区重度視覚障害者ガイドヘルパー派遣事業運営要綱（平成元年5月17日障発第118号助役決定）でガイドヘルパーが（上限規定なく）派遣されていた視覚障害者も含めて移動介護を月32時間と規制するものであって、「日常生活支援」という「代替措置」がありえない視覚障害者に対して、「日常生活支援費の支給で代替、補充するから障害者に不利益がなく適正な措置である」旨の大田区の弁明の前提は全く論拠がないことになる。

要するに、そのような荒唐無稽とも言うべき独自の解釈・運用を前提としてその正当性を根拠付けようとする大田区の移動介護要綱による支給量上限設定は違法と結論せざるを得ない。

2 移動介護要綱の差別性

障害者基本法第4条（甲36）は（国及び地方公共団体の責務）として、「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。」とあるところ、本件移動介護要綱は、6条（3）は障害者団体役員加算という特権を付与する新たな差別を作り

出すという重大な問題点を含んでおり、その思想の差別性は明らかであり、6条(2)項(3)項一体として廃棄されなければならない。

いわば現政権体制に都合の良いと区長が認めた者だけに多額の給付金を支払うという特権を付与する制度と指摘せざるを得ず、憲法第14条3項は、「栄誉の授与は、いかなる特権も伴わない。」としており、移動介護要綱は憲法第14条に違反する違憲、違法な制度であり、法が無効を宣言するべきと確信する。

(3)項の「特段の事情により区長が必要と認める場合」に限り増量を認めるなどという制度は、被告が行政の優位性を誤解し、福祉の権利を「恩恵」と誤解した時代錯誤の所産である。個人の尊厳と自己決定権の理念と法の下での平等に真っ向から反する違憲、違法な制度である。

九 本件行政処分の違法性 その五 違法性の承継

平成16年11月16日付異議申立書(甲10)にて論じたのと同じことであるが、支給内容は平成16年3月31日付の決定もその後の同年10月1日付、12月28日付、平成17年4月1日付の各決定も内容が全く変わらない以上、各処分の違法は次の新処分の違法に承継されたと看做される。平成17年7月1日付決定も移動介護支給量がわずかに増加しただけであり、ほとんど内容に変化はなく、違法性を承継したと看做し得る。

そもそも、平成15年4月1日からの同支給決定の支給期間は16年3月31日までの1年間であった。

身体障害者福祉法第17条の5第4項、同施行規則第9条の6は、居宅生活支援費の支給期間を1年間を超えない期間とする。

1年以内であれば政令違反とは言えないが、細切れにされれば年中支給申請を強いられるという点で身体障害者にとって極めて不利益である。

事情が変更すれば「変更申請」という手続が保障されている(同法第17条の7)のだからやたらと細切れの認定をすることは障害者にとって不都合である。

法の趣旨からすれば支給期間は原則1年と法定されており、それより短い期間にするならば被告行政庁側で短い期間に限定することの合理性を説明、証明する責任があると言うべきである。

しかるに被告は第1処分は平成16年4月1日～9月末日の6ヶ月間、
第2処分は10月1日～12月末日の3ヶ月間、

第3処分は平成17年1月～3月末日の3ヶ月間、
第4処分は4月1日～6月末日の3ヶ月間、
と実に細切れの支給期間を認定してきている。

この点、原告は第1処分に関して公開質問状第6項において支給期間を6ヶ月とした理由を質問した。

これに対する被告の回答は、「質問者の場合は、平成15年度の途中で支援費変更の相談も受けており、障害・身体状況の変化しやすい状況であるため、今回は支給期間を6ヶ月といたしました。」としている（平成16年5月21日被告大田区長回答別紙1・北福収第114号）。

しかしながら、いかに原告の身体状況を前提としてもここまで短くされる合理性は欠如している。

一般に社会保障給付の申請は1年に1度の場合でさえ手続きはとても面倒で難しいというのが一般的な国民感情であろう。

ましてや、こう頻繁に短くぶつ切りにされれば、給付を受ける地位が極めて不安定になって妥当でなかろう。

被告が通常とおり1年間の支給期間決定をしていれば、（内容に異議があるにせよ、）今回の異議申立手続も取消対象とする処分も平成16年4月1日決定と、同17年4月1日決定の2回で済んでいたはずなのである。

大田区内で原告以外に、これほど異様に細切れ認定された例があるのか是非被告には裁判所にて明らかにして頂きたい。

「行政府に楯突く者に対する見せしめ」の意図を感じさせる。

区民の正当なる権利主張を妨害し、その権利行使を萎縮させる意図を持ったものと非難されて然るべきであろう。

行政行為の濫用である。

そのような意味でも各処分の違法性は全体として一連の一体不可分のものとして審理されることが妥当である。

一〇 本件行政処分の違法性 その六

障害者の幸福追求権、人格権、自己決定権、移動の権利、社会参加権等、憲法、各法に基礎付けられる人権に対する侵害

憲法第23条は、国家権力からの封建的な拘束からの基本的自由権として市民の移動の自由を人権保障している。

とりわけ、障害者の社会参加権は既に世界的に認知され、国家的施策と

して保障されている重要な権利である。

障害者の権利宣言（1975年12月9日 第30回国連総会決議 3447）の第3は「障害者は、その人間としての尊厳が尊重される生まれながらの権利を有している。障害者は、その障害の原因、特質及び程度にかかわらず、同年齢の市民と同等の基本的権利を有する。このことは、まず第一に、可能な限り通常のかつ十分満たされた相当の生活を送ることができる権利を意味する。」とし、

同宣言第7は「障害者は、経済的社会的保障を受け、相当の生活水準を保つ権利を有する。」としている。

また、1979年（昭和54年）の第34回国連総会決議において「国際障害者年行動計画」が採択され、「国際障害者年の目的は、障害者がそれぞれの住んでいる社会において社会生活と社会の発展における『完全参加』並びに彼らの社会の他の市民と同じ生活条件及び社会的・経済的発展によって生み出された生活条件の改善における平等な配分を意味する『平等』という目標の実現を推進することにある。こうした考え方は、すべての国においてその発展の水準いかににかかわらず、同様に、等しい緊急性をもってとり入れられるべきである。」として障害者の「完全参加と平等」がテーマとされ、それは今日でも色褪せることのない、行政府が遵守すべき命題である。身体障害者福祉法の改正もこの理念に基づいてなされているものである。

すなわち、今回の身体障害者福祉法に基づく処分の是非もこのように公に確認された障害者の社会参加権の重要性という基本方針、理念趣旨に即して解釈されなくてはならないことに留意すべきである。

例えば、既に10年以上前の古い答申であるが平成5年1月21日付の中央心身障害者対策協議会（総理府付属機関）の「国連・障害者年の10年以降の障害者対策の在り方について」と題する内閣に対する答申から一例を挙げれば、

「わが国の障害者対策は、ライフステージの全ての段階において全人間的復権を目指すリハビリテーションの理念と、障害者が障害を持たない者と同等に生活し、活動する社会を目指すノーマライゼーションの理念のもと、完全参加と平等の目標にむけて進められて来た。」

「障害者は特別な存在ではなく、基本的人権を有する一人の人間として

最大権尊重されなければならない。」

「障害者は決して障害のない人々と違った存在ではなく、社会の中に障害者が存在し、社会経済活動を行なっていくことが正常な社会の姿であり、障害者が各種の社会経済活動へ参加することを拒んでいる現在の社会の姿こそがむしろ問題である。」

「障害者がいかなる障壁もなく、各種の活動に自由に参加できる平等な社会づくりを目指すことを政策推進の基本的視点をすべきである」

「ノーマライゼーションの理念を実現していくためには、あらゆる社会経済活動において障害者の参加や利便が配慮されていくことが必要である。」などと、障害者の社会参加権の尊重を強く謳っている。

次項に述べる障害者基本法はこれらの趣旨を具体化した法規である。

また、現在では実定法上交通バリアフリー法「高齢者、身体障害者等の公共交通機関を利用した移動の円滑化の促進に関する法律」等も定められており、障害者の移動の権利の確保が重要視されている。

車椅子で生活する障害者である原告にとって、移動のための手段として公的移動介護保障請求権が制約されることは人間の尊厳を毀損されることを意味する。

日本国憲法第十章は「最高法規」と題し、

第97条「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であつて、これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである。」として、人権が人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果として過去幾多の試練に堪えて侵すことの出来ない永久の権利として信託されたものと謳っている。

障害者にとっての公的介護保障請求権もまさに、障害当事者の長年の自由獲得の成果として結実したものなのである。

身体障害者福祉法が平成15年4月1日から導入した支援費制度はそれ自体欠陥、不備、問題点も多く含む制度であるものの、日本各地での障害当事者による介護保障請求の闘いによる成果を受けて、障害者の自己決定権の尊重という理念のもと導入されたものであって、障害者の人権保障をより手篤くするために正しく適用、運用、解釈されなくてはならない。

障害者の自己決定の尊重を阻害し、社会参加権を妨害するような適用・解釈は厳に禁じられなくてはならない。

またそのような解釈を許すことは、原告一人の問題にとどまらず、障害者の自立、社会参加のために闘ってきた多くの障害者にとっての自由獲得の共通の成果を没却することであり、到底許されざることである。

様々な社会参加活動を主体に生活している原告にとって移動介護支給量が1日約1時間に規制されることは移動の権利の侵害であり、障害者としての社会参加権の侵害であり、それは人間が人間の尊厳を尊重されて生きる権利、人格権、生存権（憲法第13条、25条）の侵害に他ならない。

一一 本件行政処分の違法性 その七 障害者基本法違反（甲36）

本件行政処分は障害者基本法に違反しており、そのことは同法の下位法として位置付けられる身体障害者法に違反しているものと判断される。

大田区の本件移動介護要綱及び今回の各処分は障害者基本法（平成16年6月4日公布）の次の条項に違反している。

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。

障害者基本法が、単なる政策的理念の意味しか持たないならば、その立

法趣旨、存在意義は没却されてしまう。

上記条文を見れば、被告の本件処分が同法に違反していることは明らかである。

1か月最低でも124時間の外出介護が1年間支給され、それを前提としていた障害者が有無を言わず、1日1時間の4分の1に削減されれば、それが「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」（同法第3条1項）の侵害であることは自明である。

同様に本件での被告の施策、処分が、同法8条2項の「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。」の配慮義務に違反していることは明らかである。

また、同法第12条3項の「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。」義務に抵触していることも明らかである。

基本理念条項に違反するということは「理念に反するだけで権利を侵害しない」などという弁明を許すものではない。

むしろ、最も大切な基本理念を毀損する行政行為はそれ自体で違法な権利侵害であることが推定され、基礎付けられると解釈されるべきなのである。

一二 本件行政処分の違法性 その八 オンブズマン勧告に実質的に違反していること。

移動介護要綱による支援費支給量の上限設定の妥当性に明らかに疑問があることを裏づけるのが、本件と同様の問題について大田区福祉オンブズマンから「上限設定が問題である」旨厳しく勧告を受けている事実である。

大田区議会が制定した大田区福祉オンブズマン条例14条第4項に基づき、大田区長が任命した大田区福祉オンブズマン高橋幸三郎は平成14年12月18日、大田区北地域福祉センター地域福祉課長に対して、勧告を実施した（経公オ収第50-3号）（甲45）。

いうまでもなく、勧告を受けた大田区は、大田区福祉オンブズマンの勧告に法的に拘束される（甲47・大田区福祉オンブズマン条例参照）。

同事案は一人暮らしをしている脳性マヒの障害がある苦情申立人が障害

の重度化が進行し、従来の20時間のホームヘルプサービスでは不十分なため24時間介護を大田区に求めたところ大田区が「① サービス量に上限があるため無理」と拒否した事案であり（甲44、47）、原告の本案と同様の問題を孕んでいる。

上記オンブズマンは勧告書により次のように勧告している（甲45）。

勧告の趣旨②

「サービス提供に際しては、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はなく、相談者の生活状況等を具体的に把握し、問題解決に必要なサービスと必要量を決定されたい。」

勧告の理由

「障害者の個別援護事務を担当する地域福祉課は、地域の障害者からの相談を受け止め、当事者の生活困難を改善するため真摯な対応が行わなければならない。

言うまでもなく相談援助活動は、相談者の生活をありのまま認め、本人の思いを受け止めることから始まる。

地域福祉課は、障害が進行し、生活上の困難に見舞われながらも、地域の中で自立して生活したいという当事者の自己決定を尊重するところから出発しなければならない。

当事者本人の抱える問題をどのように解決していくかを本人と一緒に考えることにより、サービスの必要性はその延長線上で判断されるものといえる。」

「厚生労働省でもホームヘルプサービスに上限設定を行うことは禁止している。

必要と判断されるサービスであるならばなおのこと、根拠が明確でない理由により提供を制限するという対応は妥当性を欠くものといわざるを得ない。」

「不足分について生活保護他人介護料を使ってください。という対応は、申立人の思いを無視したものであり、本人の自立に対する考えや努力や経済事情等を全く考慮しない、きわめて一方的な対応であったといえる。」

「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。」

「障害者の相談援助はあくまでも個別援護が基本であることを職員に徹底することが必要である。」

「必要な福祉サービスの種類やサービス量は、一人ひとりの個別ニーズに基づいて決定することが基本である。」

当事者の在宅生活を支えるためのサービス量は、1日単位の個別ニーズの把握に基づき決定されなくてはならない。

障害のある人の生活困難は、個人により異なり、必要とする援助やサービス量も異なってくる。

このためサービス量は、上限を決めて一律に決定されるものではない。

一人ひとりのかかえる障害特性に応じて、問題解決ができるように必要量を時間単位で積み上げて算定されることが必要である。」

今回の大田区の移動介護要綱による支援費支給量上限設定とそれに基づく移動介護支給量変更処分の強行は、大田区福祉オンブズマンの上記勧告にあからさまに抵触する点で極めて悪質であり、違法性は顕著である。

上記勧告に対して大田区北地域行政センター地域福祉課長は平成15年2月4日付「是正等措置報告書」（北福収第1122号）により、

「次のことをあらためて徹底して参ります。」と大田区福祉オンブズマンに対して確約した（甲46）。

「介護人の派遣時間は、相談者の個別具体的な状況を十分把握し、その結果として導き出された必要量が提供されるものであること。」

平成15年7月1日付の移動介護要綱により平成16年4月1日から大田区が一律に移動介護支給量の上限を設定して不利益処分を下したことは、大田区自らが大田区福祉オンブズマンに対して確約した内容を裏切る内容であり、行政上の信義則に違反し、その違法性は極めて顕著であると言わざるを得ない。とりわけ、自己決定権の尊重を基本理念とする支援費制度の運用に関しては個別ニーズに即した利用が基本である以上、より一層上記勧告の趣旨は強まったと言えるのである。

今日、行政裁量に対する手続的統制の重要性が行政法学、社会保障法学においてさかんに強調されており、とりわけ社会保障の分野でのオンブズマンによる行政監視、違法行為や不当行為の是正の役割が重要視されている。

大田区議会により制定されたオンブズマン条例に基づき被告自らが任命した大田区福祉オンブズマンからの是正勧告に背くことは、被告の行政処分の違法性を証明するものである。

一三 本件行政処分の違法性 その九

予算配分、財源の問題は事実としての根拠がないこと

行政庁は、本件を正当化する理屈として議会等で財源論を持ち出している。

すなわち大田区保健福祉部が議会で本件規制を正当化する理屈は

「私ども考え方といたしましては、支援費制度の趣旨を踏まえた上でも移動介護のうちの余暇活動と社会参加のための外出につきましては個人の趣向や考え方によりまして、内容や時間数も異なること、また公費で賄われることから本人が必要とするものをすべて認めるということが妥当とは考えられず、一定の制約はやむを得ないと考えております。また一定の制約の考え方といたしましては、区民の余暇活動と社会参加から、土日の休みの1日の8時間程度を相当の時間と判断したものでございます。」（平成16年10月12日大田区議会 健康福祉委員会・岩田美恵子障害福祉課長答弁）（甲第28号証1～2頁）である。

しかしながら、平成16年4月1日から移動介護要綱を適用したことによって大田区全体での支援費支給支出が大幅に減って大田区の財政支出の抑制に効果を挙げたなどの事実は存在していない（甲54の1、2、甲55の1～3）。

財源論は事実に基づかない空論であって、正当化根拠となり得ない。

一四 本件行政処分の違法性 その一〇

「区民の余暇活動の土日8時間×4週＝32時間」を人権規制根拠とすることの違法性、不当性。

規制を正当化する立法事実に合理性も手段と目的との間の合理的関連性も何ら立証されていないこと。

障害者の移動介護時間＝外出時間を1日1時間以内と規制する根拠に「一般健常者の余暇週8時間」と考えることが「社会的に相当」として正当化されるわけがない。

障害者の社会参加を保障することがどれだけ大切かは今や言うまでもない。

その障害者の社会参加活動を、一般健常者の余暇活動と同価値であると判断して何ら疑問としない大田区の障害者福祉行政の姿勢に本質的な無理解、誤りがある。すなわち、規制目的の正当性、合理性に致命的問題があると言わざるを得ない。

そして規制にあたって「障害者側の必要性」がどこにも考慮されていない。障害者の移動介護権を規制するのであれば、障害者の移動介護の必要性そのものを考察することなしに、規制対象者と無関係のところから人権制約が正当化されることはあり得ない。

障害者が社会参加するために移動手段、移動介護が確保されなければならないことは言うまでもないところ、それを一般区民の週末での余暇活動時間を根拠として規制するなど、大田区保健福祉部の人権感覚の欠如と言うほかない。

障害者福祉において、昭和40年頃まで主流だった郊外の大型施設に収容する隔離・分離政策の反人権性、誤りが社会的に自覚され、今日障害者が当たり前存在として街に出て、街で生き生きと人間らしく共に暮らすことの大切さが障害者福祉の根本理念となっている。

しかしながら、今尚、障害者は一般就労からも排除されている現状がある。

「障害者の雇用の促進等に関する法律」があるものの、例えば、常用労働者数56人以上規模の民間企業で1.8%が法定最低雇用率であるが、実質雇用率は1.46%程度と言われ、法を守らない企業が多い現状である。

そのような現状のなかで介助者と共に街に出て積極的に社会参加し、発言し、少数者としての障害者の民主的参加を確保すること、また、日常的な買い物に街に出るなど市民としてごく当たり前の暮らしを営む権利は極めて重要である。

被告大田区はその点の理解が欠落しており、

「一般健常者が平日の日中に一般就労等で社会参加したあとの週末の土

日の息抜きとしての余暇活動は週 8 時間程度だ。

ならば、障害者の社会参加の時間は一般健常者の週末の余暇時間程度で十分だ」という理由で外出時間規制をしているのである。

社会から疎外され続けてきた障害者に対してとりわけ手篤く保障しなければならない基本的社会参加権と一般健常者の余暇時間とを対置して人権規制するという被告大田区の論法の致命的・根本的な異常性について、賢明なる裁判官が理解されないはずはないと確信している。

大田区は「財源もあるので必要な規制だ」等と開き直っているが（大田区議会 健康福祉委員会 平成 16 年 10 月 12 日大田区保健福祉部岩田美恵子障害福祉課長答弁等）、平成 16 年度も大田区の一般財源は余っており（平成 15 年度決算で 74 億円の黒字）、人間としての最低限度の必要な権利充足のために何ら規制を正当化すべき行政事実、立法事実として根拠の存在しない理由で規制要綱を定立することは違法というほかなく、そのような要綱に基づいて下された不利益処分が違法であることは自明である。

一五 本件行政処分の違法性 その一 被告地方公共団体の政策矛盾

自ら掲げた政策との甚だしい矛盾

大田区保健福祉部は、自らの福祉政策を、平成 15 年度・平成 16 年度「大田区地域保健福祉計画」として公に公約としている（甲 48）。

これは社会福祉法 107 条に基づく法律上の義務に基づく政策立案であって、国の規定する実定法の趣旨に反することはできない。

被告大田区の優先課題として次の内容が掲げられている。

『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。」

しかし、被告大田区が今回現実に強行している福祉施策は正反対のことである。

外出介護サービスの質と量を充実、拡充させるどころか著しく低下、劣悪化させているのではないか。

同計画48頁では「社会参加の促進」が謳われ、「一人ひとりが社会的役割を果たしながら、自己実現を図れるよう、社会参加を一層促進します。」としながら、今回被告大田区は原告の「社会参加のための」移動介護を激しく奪ったものである。

公約と現実の乖離、矛盾は糊塗できないほど惨憺たる状態である。

「誰もが快適に暮らせるまちづくりを積極的に推進」（73頁等）

「人にやさしい道…の整備」（75頁）

「高齢者、障害者…誰もが目的地へ円滑に移動できるよう」（76頁）

身体障害者にとって、移動介護の保障が肝心要なのである。

移動介護支給を激しく規制して1日1時間相当の外出介護しか認めないにおいて、「人にやさしい街づくり」など欺瞞以外のなにものでもない。

今回の大田区在住の障害者全員に対する外出介護時間規制は、まさに上記福祉政策、公約を踏み躪り、逆行する大田区民を裏切る所業である。

これは被告大田区の本件処分の違法性を基礎付ける事実として特筆に価する。

一六 本件行政処分の違法性 その一二 要綱適用開始における恣意性、不自然生、矛盾＝平成16年3月1日付決定との齟齬・矛盾

移動介護要綱の付則には「この要綱は平成15年7月1日より施行する。」とされている。

そして、平成16年3月1日付の被告から原告に対する支援費支給決定において、移動介護支給量が月124時間と決定されている（身体障害者福祉法第17条の7）。

これはどういうことであろうか。

被告行政庁の要綱解釈に従えば、平成16年3月1日付決定時点、平成15年12月～同16年1月～3月の度重なる勘案事項調査実施時点において、既に上記要綱が施行されている以上、上記3月5日付決定における支給量は32時間とならなければ矛盾ではないか。

この点の不合理、矛盾、瑕疵はどうにも糊塗しようがないのではないか。

被告が実施した勘案事項調査における認定事実に従えば原告には「移動介護要綱を前提としても」移動介護支給量月124時間が妥当であると被告行政庁は判断して処分したと法的に評価・認定せざるを得ない。

このとおり、被告の移動介護要綱適用による支給量削減のやり方自体がおよそ行政庁の行なう行政行為としてあまりにも恣意的で矛盾に富んでいる。

一七 本件行政処分の違法性 その一三

行政裁量論以前の事案であり、百歩譲っても裁量の逸脱は著しいこと
行政訴訟では行政庁の裁量論が争点となることがままある。

新行政事件訴訟法の直接型義務付け訴訟の本案勝訴要件として同法第37条の25は「義務付けの訴えが第1項及び第3項に規定する要件に該当する場合において、その義務付けの訴えに係る処分につき、行政庁がその処分をすべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政庁がその処分をしないことがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるときは、裁判所は、行政庁がその処分をすべき旨を命ずる判決をする。」としている。

本件は身体障害者福祉法の定める認定方法を完全に無視し、逸脱した、一見にして明白なる違法な理由に基づいて下された処分であって、行政裁量論を論じる以前の事案である。

すなわち、本件事実に即せば、被告には、平成15年3月6日付決定及び平成16年3月1日付決定と同じく最低でも月124時間の移動介護支給量を保障する羈束行為が義務付けられていたと認定せざるを得ない。

すなわち、「行政庁がその処分をすべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ」に該当する。

これを例えば生活保護法に対比してみる。

生活保護法及び国の基準に基づく市民A氏には生活保護費として月10万円の受給資格を有することが法と自治体の事実調査により確定している。

しかし、ある自治体が「うちの区では全ての生活保護世帯に対する支給は4分の1に規制するという助役決定要綱を作成したので2万5000円しか支給しなくて良い。」として7万5000円を削減した事案。

とんでもない話しである。

A氏の生活保護受給権を自治体が侵害していることは自明である。

本件もこれと同一である。

法に基づいて特定の基準額の受給権が確定しているのである。

従って、支給事務を担当する部署に支給額を削減するなどという裁量は一切残されていない。

行政裁量を論じる余地はない。

被告が法を逸脱して原告の権利を侵害していることは自明である。

百歩譲って仮にこれを裁量権行使の問題として論じたとしても、身体障害者福祉法の定める支援費制度の理念に反する一律上限規定を設定することによって個々の事情を勘案することなく移動介護支援費支給を4分の1に激減させる本件不利益処分は、その処分の根拠とした過程に看過し難い過誤があり、社会観念上著しく妥当性を欠き裁量権を逸脱した違法な処分であると言わざるを得ない。

上記の義務付け要件でいえば「行政庁がその処分をしないことがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるとき」に該当する。

その瑕疵は重大かつ明白であって、行政事件訴訟法において本来取消しに値することはもちろん、無効を宣言されても然るべき事案である。

一八 本件行政処分の違法性 その一四 行政手続法違反

身体障害者福祉法の支援費条項においては、同法第18条の4が「17条の2第1項第3号、第18条又は第49条の2の措置を解除する処分については行政手続法第3章（12条及び14条を除く）の規定は、適用しない」としている。

反対解釈からすれば支援費支給における不利益処分については行政手続法が適用される。

本件不利益処分については行政手続法第13条第1項二号により「弁明

の機会の付与」が必要であった。

そして、弁明の機会の付与については次の方式を採る法律上の必要があった。

行政手続法第30条

「第1項 「(弁明の機会の付与の通知の方式)

行政庁は、弁明書の提出期限（口頭による弁明の機会の付与を行う場合には、その日時）までに相当な期間において、不利益処分の名あて人となるべき者に対し、次に掲げる事項を書面により通知しなければならない。

- 一 予定される不利益処分の内容及び根拠となる法令の条項
- 二 不利益処分の原因となる事実
- 三 弁明書の提出先及び提出期限（口頭による弁明の機会の付与を行う場合には、その旨並びに出頭すべき日時及び場所）」

然るに大田区は本件処分を下すにあたり、上記弁明の機会の付与を実施していない。

上記通知書面など存在していない。

この点、東京高等裁判所平成13年6月14日判決（判例時報1757号51頁）は、

「行政手続法の規定する重要な手続を履践しないで行なわれた処分は、行政手続法に違反した違法な処分として取消しを免れないものというべきである。」と判旨している。

本件処分が行政手続法第30条に違反する重大明白な瑕疵を有する違法、無効な処分であることは判例に照らしても疑問の余地がない。

なお、行政庁からの「新たな処分であって不利益変更処分でない」等の弁明が予想される。

しかしながら、例えば生活保護法も毎月の支給決定がなされ、前月よりも不利益な内容ならば不利益処分と定義されている以上、支援費支給決定が例えば3ヶ月とか半年とかの期限で支給決定がなされる場合でも前回の決定よりも不利益になっていれば当該市民にとって不利益処分であることは常識的に明らかである。

一九 本件行政処分の違法性のまとめ

本件処分は、

身体障害者法に違反し、「法律による行政原理」に違反し、「不利益変更禁止原則」に違反し、処分の根拠となった移動介護要綱が違法であり、各処分の違法は新処分に承継され、障害者の人格権、自己決定権等の人権を侵害し、障害者基本法に違反し、オンブズマン勧告に実質的に違反し、財源の問題は根拠がなく、「区民の余暇活動の土日8時間×4週＝32時間」を人権規制根拠とすることは違法で、政策的矛盾は違法を基礎付け、要綱適用開始における恣意性が違法であり、羈束行為または行政裁量を明白に逸脱し、行政手続法に違反しており、その違法性は著しい。

二〇 障害者の権利としての公的介護保障請求権

1 憲法に基づく権利＝障害者の介護請求権は人間の尊厳と直結していること

日本国憲法は

第11において

「国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない。この憲法が国民に保障する基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与へられる。」

として基本的人権の永久不可侵性を保障する。

第12条は

「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によって、これを保持しなければならない。」

として自由と権利が保障されるためには国民が絶えず努力を続けなければならないとする。

第13条は「すべて国民は、個人として尊重される。

生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」

として「個人の尊重」原理と個人の幸福追求権を保障する。

第14条は「すべて国民は、法の下に平等であって、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。」として、法の下での平等を保障し、差別を禁止する。

第24条は両性の本質的平等を保障する条項であるが、「個人の尊厳」の重要性を謳っている。

そして、第10章 最高法規の章において、

第9章 97条は「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であって、これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである。」

として、基本的人権が人類の多年の自由獲得の努力の成果の上に確立されてきたことを想起し、再び人権の永久不可侵性を最高法規として強調している。

そして、憲法第13条の保障する幸福追求権は判例・通説とも憲法が直接保障する具体的権利であることを当然の前提としており、幸福追求権の根源には「個人の尊重、尊厳」があり、人格的生存にとって必要な権利を保障すると解するのが今日の憲法学上の通説的理解である。

一方、憲法第14条は人間の人格の平等性を規定しており（最高裁大法院昭和25年10月11日判決・刑集4巻10号2037号）、憲法第13条と14条があいまって人格の尊厳と平等が保障されている（佐藤幸治「憲法学において『自己決定権』をいうことの意味」法哲学年報1989年度84頁）。

障害者がこの社会において、当たり前存在として認められ、人間的生存、人格的自律が保障されることは、幸福追求権と法の下での平等原則から基礎付けられると考えられる。

すなわち、障害者が人間らしく、一人の独立した人格としてその尊厳が保障されるということは幸福追求権と平等原則の実現を意味する。

人として尊厳ある暮らしを維持し、社会参加を実現するために、人の介護を必要とする障害者にとって、介護保障を求めることは、人間が人間らしく生きていくために必要最低限の保障を求める根本的権利なのである。

例えば排便に介護が必要な障害者に介護体制が充足されていなければその人は糞まみれで放置され、人間としての最低限の尊厳も毀損されることとなる。

国家、自治体等の公権力機関はそのようなことがないように人間的生存のために介護が必要不可欠な障害者に対して、介護を充足する公的義務を負うということが憲法第13条、14条から直接導かれるのである。

今日、障害者福祉の世界でノーマライゼーション「Normaliza

t i n o」の理念を基本としてあらゆる施策が推し進められている世界的潮流は常識であり、日本においてもそれは公権力としての義務である。

「ノーマライゼーション」とは例えば障害者基本計画（平成14年12月24日閣議決定）では「障害者を特別視するのではなく、一般社会の中で普通の生活が送れるような条件を整えるべきであり、共に生きる社会こそノーマルな社会であるとの考え方」と定義されており、自治体を含めた行政府全体の基本責務となっている。

これは、障害者をノーマルにせよという意味とは反対に、障害者を差別し、社会から排除する異常な社会の方をノーマル化せよという意味である。

このことは、過去及び現在の社会が障害者を排除し差別する異常な社会であるとの反省から出発している理念である。

この説明は何も独自のものでなく、例えば、既に10年以上前の古い答申であるが平成5年1月21日付の中央心身障害者対策協議会（総理府付属機関）の「国連・障害者年の10年以降の障害者対策の在り方について」と題する内閣に対する答申から一例を挙げれば、

「障害者は決して障害のない人々と違った存在ではなく、社会の中に障害者が存在し、社会経済活動を行なっていくことが正常な社会の姿であり、障害者が各種の社会経済活動へ参加することを拒んでいる現在の社会の姿こそがむしろ問題である。」とあるとおりである。

異常な社会において最低限の人格的尊厳ある暮らしさえ奪われている障害者の魂の叫びとしての当然の基本的な人権、人格権として、障害者の公的介護保障請求権が基礎付けられること、その確認が極めて重要である。

そしてそれは、差別禁止を謳う憲法第14条の理念にも基礎付けられるものである。

介護を必要不可欠とする障害者にとって介護が充足されていなければ、一般社会に参加することは出来ず、社会から排除され、差別されたままとなる。

すなわち、障害者の公的介護保障請求権は、憲法第14条の法の下原理、平等原則の具体的行使であって、ノーマライゼーション（異常な差別社会の正常化）の具体化なのである。

介護を必要とする障害者が人格的に自律した生活が保障されるということは、必然的に介護保障を伴う。

旧来の障害者の「自立」概念は、いかに介護を利用することなく身辺自立することだったが、そのような自立概念は克服されるべき悪しき概念となっている。

むしろ、障害者が人間的尊厳を認められながら積極的に社会参加するためには介護を積極的に利用して各人が自己実現していくことこそが望ましい社会という共通認識ができつつある。

介護保障の充足なくしては障害者の自立は絵に描いた餅になり、障害者の自己決定権の根幹は没却されるのである。

外出したい障害者が自己の意思に基づいて外出したいときに目的の場所に移動できるように介護保障が充足されていなければ、人格的尊厳、人間的生存はまっとうされない。

この点、高齢者福祉を対象とする介護保険制度における「自立」概念はADL（日常生活動作における身辺自立）を基本としており、障害者の自立概念と根本的に相容れないものであって、介護保険の制度的仕組み等を本件の障害者の支援費に基づく介護保障の問題と混同してはならないことに注意を要する。

憲法の学説上や判例には現状では障害者の公的介護保障請求権を自覚的に幸福追求権の一種、法の下での平等の例として取りあげる記載は小数である。

しかし、一方、幸福追求権のリストを予め全て羅列することが不可能であり、人類の発展とともに社会に認知されて基本的人権性が認められる新しい人権が幸福追求権に含まれる余地のあることを否定する学説はなく、たまたま旧来の憲法の代表的概説書や判例の表現のなかに「幸福追求権としての障害者の公的介護保障請求権」が説明されていないからといって、それが否定されるという短絡には結びつかない。

むしろ、法学や司法が明示的に現在到達している人権レベルの遅れが見て取れるということであろう。

しかしながら、この点も近時、社会保障の理念について憲法第13条を基礎におくべきとする学説が有力となっていることが社会保障の標準的教科書でも解説されている。

例えば、文部科学省認可通信教育の教科書として指定されている社会保障法の標準的テキストである西村健一郎「社会保障法」（有斐閣・2003

年(平成15年)12月刊)16頁には次のように説明されている。

「憲法第13条に基礎を置く自由の概念をベースに社会保障の法理念を再構成しようとする学説が登場して注目を集めている。

この説は、社会保障の基本的目的が個人的自由の確保とその前提条件の整備にあることに着目し、社会保障法関係における個人像を単なる保護される客体としてではなく、主体的能動的な権利義務主体として捉えるところに特徴があるが、このような個人像を踏まえてこそ、社会保障施策における選択・参加の重視を明確に導くことができ、また、現実にそうした能力が欠如し不足する個人を援助するための法制度の整備という社会保障の基本的要請も説得的に導き出すことが出来るとする。」として、菊池馨実「社会保障の法理念」(有斐閣・2000年(平成12年)刊行135頁以下)等が解説・引用されている。

原告も、社会保障のなかでとりわけ障害者の介護保障請求権が憲法第13条の幸福追求権、自己決定権の保障から導かれるものと理解する点でその趣旨に賛同できる。

また、同じく社会保障法学において木下秀雄は「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。

同様の学説は憲法学説上も有力である。

小林武(南山大学教授・憲法学)は「今日の生活保護裁判と『生存権の自由権的効果』再考」(「人権保障の憲法論」2002年(平成14年)5月刊・236頁)では、

「生存権は、もともと、生存・生活のための物質的条件が数量的に確保されることで充たされる権利ではない。それは、人が『人間らしく生きる』ための物質的条件が数量に還元できない生活条件を要求する権利であって、まさにその点において人間としての根源的な権利なのである。

したがって、生存の権利は、人間の人格的自由、自律の要素を不可欠のものとして内在させている権利であって、生活のありようの自己決定ないし選択の自由、つまり生き方の多様性の保障を伴わない生存給付は、本来的に生存権とはなりがたいのである。」としている。

生存権の基礎に人格的生存を充足させるという根源的権利性を認める学説として首肯できるものである。

原告も、本質的には、何も金銭的給付が欲しいのではなく、人間的な尊厳が認められる当たり前の生活を認めて欲しいだけなのであり、お金の評価、還元して財貨を求めたいのではない。

考えてもみて欲しい。

移動介護の時間とは、基本的に、外出の際のドア～ドアの外出時間帯の数量である。

一般の平均的労働者は、例えば朝午前7時頃に家を出て、午後7時頃に帰る。当たり前の平均的社会生活を送るだけでも1日12時間の移動介護が必要である。月23日勤務するとして、月276時間の移動外出時間が必要である。被告の主張する陳腐な週末余暇時間32時間を加えると308時間の外出時間が平均的な人間生活ということになる。

ところが被告は「障害者の外出など月32時間で十分だ」と考えているのである。

もちろん、個別決定は個別ニーズに則した判断だから32時間で足りる障害者も現実には少なからず存在する。それはライフスタイルに関する自己決定権の問題であって、一向に構わない。

しかし、最低でも月124時間外出時間が必要だと要求しており、行政もその客観的必要性自体を肯定している障害者に対して「月32時間で十分だ」と決め付けることは、およそ、当該障害者にとっての当たり前の人間的生存自体を否定することに他ならない。

区民の福祉の充実に責務を負うべき被告地方公共団体による区民の人格を否定する行為と非難されるべきであろう。

上記のような社会保障学説上、憲法学説上の見解に照らしても被告の本件行政行為は原告の人格的権利を侵害するものであるとの主張は十分理由がある。

2 障害者の社会参加権としての公的介護保障請求権

公的介護保障請求権の本質が幸福追求権、人格権にあるとしても、社会権性がないということの意味しない。

憲法第25条が「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。

2 国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない。」として生存権を保障しており、そこに障害者の公的介護保障請求権も含まれることは否定されない。

しかしながら、今日の司法や法学が到達している生存権に対する理解に鑑みると、障害者の公的介護保障請求権を単純に憲法第25条の社会保障上の生存権という理解だけに限定してしまえば、障害者がその自立、人間的自律のために闘って勝ち取ってきた公的介護保障請求権の趣旨は没却されてしまう恐れが強いと言わざるを得ない。

障害者の公的介護保障請求権は、旧来の社会保障分野において認められた広範な行政裁量に解消されてしまう性質のものでなく、最低限の人格的生存を保障するための人格権、平等権、自由権をその本質とする権利なのであって、一般の社会保障分野と異なり、その違憲性、違法性判断に関しては、厳格な司法審査が必要となると考えられる。

この点、「権利としての社会保障」という概念に極めて懐疑的な見解を強力に主張する有力な憲法学者である広島大学阪本昌成教授の「憲法理論Ⅲ」（初版）を見てみたい。

阪本教授は同書283頁以下で同教授の憲法学原理の根幹に関わる問題として、権利としての社会保障という主張を強く批判する論述を展開している。

その趣旨は、「自己責任原則こそが自由主義国家の根幹である」ということであり、「権利としての社会保障論」に対する最も強力な反対説と言ってよいだろう。

しかしながら、その阪本説さえ、その296頁8～10行目に次の記載を忘れない。

「生まれながらのハンディキャップを負っている人のように、当初より市場におけるプレイヤーとなれない人びとは、自助原則・自己責任の範囲外にある。

いかなる自由主義者も、これらの人が生存権の主体となることを否定してこなかった。

論争を呼ぶ点は、市場におけるプレイヤーとなりながらも、プレイの結果、

ルーザーとなった人びとの救済である。」

すなわち、例えばサラリーマンとして勤務したり事業を開業することが可能な状態にあるなど、社会参加をする基礎的条件を充足している者が、結果として失敗して貧困に陥った者と、初めから社会参加するための基礎的条件整備がなされていない障害者とを同一には論じられないとの指摘である。

権利としての社会保障という概念に強く反対する論者でも、障害者の生存権の権利としての強固性は首肯せざるを得ず、その権利侵害に対しては厳格な司法審査が必要となるという原理的指摘には注意するべきであろう。

そして、今から7年も前から憲法25条、平等原則等に基づいて憲法に基づく具体的介護保障請求権を肯定する行政法学説も有力に主張されている（阿部泰隆「憲法上の福祉施策請求権」有斐閣・西谷剛他編『政策実現と行政法』1頁～19頁）。

ここでは「介護は職権で措置するという厚生省の見解は違憲であり、介護申請権を明示しない各種の社会福祉の法律は憲法の負託に応えたことにならず、介護申請権が存在しないと解される限度において違憲である。」と断定されている。

3 障害者の移動の権利＝人格的自律権（憲法13条）の重要性

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にとり接し、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」（佐藤幸治「憲法〔第3版〕554頁」）。

障害者福祉の基本理念は「ノーマライゼーション」、教育分野などでは特に「インテグレーション（障害者と一般社会の統合）」「インクルージョン」「メインストリーミング（傍流に押し入られている障害者の主流化）」など

と言われ、障害者が社会にとって当たり前の存在として暮らすことが基本である。

しかし、いかにハード面が整備されたとしても（もちろんそれも大切であるし、極めて不十分である）、外出し、移動するために必要不可欠な介護手段が確保されていなければ意味がない。

また、原告がかつて駅で職員に酔っ払いと決め付けられて警察に連行されたという事件に触れた。

これは、世の中の目に触れることの少ない障害者が未だに偏見を持たれ、理解されていないからであって、街中に障害者が積極的に出て行くことが社会全般の差別解消のためにも重要不可欠なのである。

障害者個人としても、外に出て他人と触れ合い、交流し、発言し、文化を享受して人間らしい当たり前の生き方をするための不可欠な権利として「移動の権利」が位置付けられる。

すなわち、自分の望む外出・移動が出来ることは、自己決定権行使に他ならない人格的自律権（憲法第13条）としての側面も持つ。

このような理解のもとに今回の被告大田区の人権規制を考える。

例えば、比較的移動時間のかからない用事の一つとして、大田区役所まで出かけるとしよう。

移動介護人は実際には出発の準備を居宅内で行なう。仮にそれを除外しても、家を出てから最寄の駅（京浜急行平和島駅）まで5分程度かかる。

切符を購入し、改札をして、エスカレーターを利用してホームに上る。ホーム上で電車を待って、電車に乗車するまでに自宅から平均15分である。

乗車時間は約5分で京浜蒲田駅に到着。エレベーターなど利用しても駅の外に出るのにも結構時間はかかる。その時点で自宅から25分。

京浜蒲田駅から大田区役所まで道程で1キロメートル程度あり、車椅子で10分以上かかる。大田区役所に出かける片道だけでも35分程度はかかる。往復70分。現実には移動時間だけでなく、移動先でのさまざまな用件にも時間はかかり、それは当然身体介護付き移動介護の対象である。

ということは、毎日外出することを基本生活としている原告にとっては、移動介護が1日1時間に規制されるということは、時間のかからない大田区に往復する移動時間さえ確保されないことになる。

肝心なのは、往復時間だけ確保されても何ら外での用事や活動は不可能

ということである。

ましてや、霞ヶ関のある千代田区、友人のいる新宿区など他区に行くことなど到底不可能である。

つまり、1日1時間の介護保障では、家に閉じこもっている以外に生きていく方法がなくなってしまう。

すなわち、被告の今回の人権規制処分は憲法の禁ずる「奴隷的拘束」の意味を持ち、憲法の保障する移動の自由という人権を侵害することが明らかである。

4 平成15年4月1日の（居宅介護）支援費（支給）制度発足に至るまでの障害者の介護保障制度、ホームヘルプサービス制度の歴史

今日の障害者の居宅生活支援費制度は、長年の障害者の自立運動の蓄積に基づいて形成されたものである。

1974年（昭和49年）には、収容施設や家族から飛び出して、街での自立した人間らしい生き方を求めた重度障害者らの要求により、東京都で「東京都重度脳性まひ者等介護人派遣事業」が開始された。

同様の制度が全国各地の自治体に波及して行った。

1975年（昭和50年）頃から全国各地で障害者の権利拡張のための運動が更に活発化してくる。

1981年（昭和56年）、国際障害者年。

この年の5月25日、「障害に関する用語の整理のための医師法等の一部を改正する法律」が公布され、つんぼ・おしなどの公的使用が改められた。換言すると、この頃まで公的にそのような差別用語の使用がまかり通っていた。「白痴」等の廃止は翌年昭和57年7月16日の「障害者に関する用語の整理に関する法律」である。ちなみに法律上「精神薄弱者」が「知的障害者」に改められたのは平成10年である。少数者として障害者がいかに社会から蔑まれ、疎外されてきたかを思い知らされる。ちなみに現在「障害者」の「害」は「害悪」を想起させるとして「障がい者」と表記されることが多い。現行法規に従って訴状では障害者と表記しているが、これも後日「後進性」が指摘されうる点である。

また、1982年（昭和57年）9月8日厚生省社会局長社更第156号通知「身体障害者福祉法による身体障害者家庭奉仕員派遣事業について」等

に基づき障害者のために各自治体において「家庭奉仕員派遣事業」が実施され、平成2年12月28日付厚生省社会局長社更第255号通知「身体障害者居宅生活支援事業の実施等について」に基づき一般に「ホームヘルプサービス事業」等と名称を変えた。

この通達により従前、家族の負担を減らすことが目的だった介護事業が、障害者の自立と社会参加等を目的とするものと明記され、これに伴い、派遣時間の上限が完全に撤廃された。

施設や家族から出た重度障害者が街中で自立生活を送るために介護保障を国、自治体に対して要求していく運動は各地で地道に行なわれ続けた。

また、各地で行なわれていた障害者の自立生活運動が1991年（平成3年）頃から全国的に展開され、一段と活発になり、現在まで至っている。

1995年（平成7年）12月18日、障害者対策推進本部により「障害者プラン～ノーマライゼーション7ヶ年戦略」いわゆる「障害者プラン」が発表された。

障害者プランは障害者ホームヘルプサービス事業の推進を目指すもので、平成9年3月の厚生省「障害保健福祉主管課長会議資料」において、厚生省から各自治体に対して「派遣決定を行なう場合、サービス量について上限を設定している市町村に対しては、直ちに撤廃させるよう通知等により指導する」と明記されている。

平成10年6月17日、中央社会福祉審議会社会福祉構造改革分科会が中央まとめを発表。

同改革の一環として、平成12年5月に「社会福祉の増進のための社会福祉事業法等の一部を改正する等の法律」が成立し、社会福祉事業法は社会福祉法に改称され、福祉サービスにおける個人の尊厳の保持が基本理念として確認され、自己決定権の尊重の趣旨から、平成15年4月から措置制度が契約関係に改められる支援費制度の導入が決められた。

平成14年12月24日には、平成15年から10年間の新障害者基本計画及び新障害者プランが閣議決定された。

厚生労働省発表の新障害者プランの説明によると、

「イ 新障害者基本計画は、現行の障害者基本計画における『リハビリテーション』と『ノーマライゼーション』の理念を継承するとともに、障害の有無にかかわらず、国民誰もが相互に人格と個性を尊重し支え合う『共生社会』の実現を目指している。」とし、

分野別施策のうち、「生活支援」においては、

「(2) ホームヘルプサービス等地域生活を支える在宅サービスの充実等を施策の基本的方向として掲げている。」と解説されている。

大田区においては、「全身性障害者介護人派遣サービス事業」「心身障害者ホームヘルパー派遣事業」「重度脳性まひ者介護人派遣事業」「大田区重度視覚障害者ガイドヘルパー派遣事業」等があったが、平成15年4月から身体障害者福祉法の定める支援費制度に統合された。

二一 支援費制度概略

1 支援費制度とは

既に述べてきたとおり、障害者介護に関して平成15年4月1日から身体障害者福祉法において「支援費制度」が導入された。

もともと大田区には「大田区心身障害者ホームヘルプサービス事業実施要綱」に基づく心身障害者ホームヘルパー派遣事業、全身性障害者介護人派遣等の施策があり、原告も利用していた。

しかし、国及び自治体はこれら障害者施策を支援費制度に一元化して、「措置から契約へ」「自己決定の尊重」との名目のもと、障害者は介護サービス事業者等と介護支援契約を締結し、当該事業者支援費が支給される制度に切り替えられた。

支援費制度の仕組みの概説は例えば、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（平成17年）3月第3版刊）の第2編各論中の河野正輝執筆にかかる第6章「社会福祉」のうち288頁「支援費方式の権利構造」に記載されている。

ここでは「市町村に一定の裁量の権限が付与されていると考えられる。」との記載があるが、省令で定める勘案調査により導き出された必要支給量を市町村が定めた一律頭打ち要綱を機械的に適用して削減することは裁量権逸脱であると解される。同文献も「支給量も省令で定めるところによるが、社会福祉法3条、4条に定める基本理念すなわち、能力に応じ自立した日常生活を営むことができるように支援すること、および地域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ように推進すること、に沿った支給量であることが求められる。」として給付水準についても行政の自由裁量でない旨の釘が刺されている。

また、同様の解説は同書籍と同じシリーズの新現代社会福祉法入門（法律文化社・佐藤進、河野正輝編・2004年（平成16年）9月第2版刊）の第1編総論中の河野正輝執筆にかかる第3章「社会福祉の権利」のうち3「給付（支援費及び措置）の請求権」54頁以下に記載されている。

59頁以下に「支援費の支給期間及び支給量」との表題で60頁12行に「個人のサービスの支給量に上限は設定されない」と明記されている。

被告の「一律上限設定」は社会保障法学会をリードする河野教授の法解釈・学説にも反することがここに指摘できる。

2 自己決定権尊重の理念（憲法第13条）が制度趣旨であること。

支援費制度の根本理念は障害者が人格的尊厳を保障され、自己決定が尊重されて生活決定が出来ることにある。

支援費制度に関する行政文書集としては「支援費制度 法令通知集」（中央法規・障害者福祉研究会 監修）が詳しいが、I章の「支援費制度の概要」として3頁に厚生労働省資料による「支援費制度の目指すもの」として国の行政解釈としての基本趣旨が解説されている。

そこでも支援費制度においては、「障害者の自己決定を尊重し、利用者本位のサービスの提供を基本」とすることが基本趣旨として確認されている。

学説上も竹中康之（広島修道大学）は「社会福祉基礎構造改革と障害者福祉法の課題」（法律文化社・日本社会保障法学会編「社会保障法第16号」2001年5月刊）24頁（第37回社会保障法学会シンポジウム報告）以下の冒頭において

「戦後、わが国の障害者福祉においては、一貫して、障害者への自立援助が重要テーマの一つとして掲げられてきた。

ここで言う障害者の自立とは、従来、親や国家からの経済的援助を受けずに職業的に自立することや、身の処方を他人の介助なしで生活すること（ADL）を意味していた。

しかし、近年にいたり、わが国でも、ノーマライゼーション思想の浸透や国際障害者年、あるいはアメリカ障害者自立運動等の影響もあって、障害者の自立を

『自己決定による主体的な生活形成』という観点から捉え直そうという動きが強まっている。

他人の介助なしでは身の処方を行なえない障害者であっても、自己決定

にもとづいて主体的に生活形成を行なえるということは、人間として当然の権利であり、あらゆる生活場面において、その自己決定は最大限に尊重されなければならない。」としている。

ここでは障害者の自己決定権行使としての「自立」概念において介護保障が必要不可欠であることの原理が確認されている。

同文献 3 2 頁 1 1 行目において竹中康之は

「結局、支援費の支給は給付額の決定について、行政裁量の余地が大きく残るなら、サービス受給の権利性という点で、措置制度と大差ないのではないかという問題が残ってしまう。

支援費についての行政裁量の問題が見過ごしにされると、契約制度の導入により福祉サービスに対する選択性を高めるという今回の改革理念が画餅に帰してしまう恐れも出てくる。」として、支援費支給決定において行政裁量を大きく認めることは支援費制度導入の改革の理念を没却させる恐れがあるとして警鐘を鳴らしている。

このような学説上の注意を十分生かした判決を期待する。

3 自己決定権尊重に関する最高裁判例の動向

近時最高裁において、自己決定権尊重の姿勢は顕著と言ってよい。

最高裁大法廷昭和 6 1 年 6 月 1 1 日北方ジャーナル事件判決（民集 4 0 卷 4 号 8 7 2 頁）が「人格権としての名誉の保護（憲法第 1 3 条）」の重要性を謳っていることは言うまでもない。

最高裁平成 1 2 年 2 月 1 9 日判決（民集 5 4 卷 2 号 5 8 2 頁）は「患者が輸血を伴う医療行為を拒否する旨意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない。」として自己決定権の尊重を強調しているように、自己決定権の尊重は近時の最高裁の基本姿勢と言ってよい。

自己決定権のうち、情報プライバシー権利に関する最近の最高裁判例としては、最判平成 1 5 年 1 1 月 1 1 日（平成 1 1 年（行ヒ）第 1 2 号公文書非開示決定処分取消請求事件）（判例時報 1 8 4 6 号 3 頁、判例タイムズ 1 1 4 3 号 2 1 4 頁、平成 1 5 年重判 4 8 頁）が挙げられる。

これは、大田区公文書公開条例 1 0 条に基づき大田区立小学校の卒業生が自己の指導要領の開示を請求したのに対して大田区が全部非開示とした事件である。最高裁判所は「3 段階絶対評価欄」「相対評価で示す評価欄」「実施した標準検査記録の結果」等開示しなければならないとして、被告

大田区の違法を判決で認めている。これも自己決定権尊重の趣旨から理解できる。

支援費制度の基本理念は「自己決定権の尊重」であり、最高裁の尊重する自己決定権の保障を基本的審査基準として本件は判断される必要がある。

二二 本件違法性審査に当たっての留意点

- 1 人格的生存に不可欠な基本的人権としての自己決定権、人格的自律権＝基本的人権の侵害が問題となっている事案であること。

繰り返すが、本件は「社会権＝行政自由裁量」などと短絡的に判断してはならず、社会において疎外され続けてきた少数者である障害者の人格的自律権の侵害が司法審査の対象となっている事案であって、行政府側が当該処分が正当且つ合理的であることを積極的に主張・証明する必要がある。

原告から違法として指摘されている全ての問題について万人を納得させる具体的論拠を被告は完全に証明する義務がある。

それがなされない限り、被告の処分は違法と断定せざるを得ないのである。

- 2 支援費制度における支援費支給量請求権は実定法上の法文上も権利性が明確であること。

法律では社会福祉給付条項について「支給出来る」と「支給する」との文言がありうるところ、少なくとも後者の文言は行政庁に対して支給を義務付けるものであることは明白である。

身体障害者福祉法第17条の4（居宅生活支援費の支給）の条文構造を確認する。

「市町村は、次条第五項に規定する居宅支給決定身体障害者が、同条第3項の規定により定められた同項第1号の期間（以下「居宅支給決定期間」という。）内において、都道府県知事が指定する者（以下「指定居宅支援事業者」という。）に身体障害者居宅支援の利用の申込みを行い、当該指定居宅支援事業者から当該指定に係る身体障害者居宅支援（以下「指定居宅支援」という。）を受けたときは、当該居宅支給決定身体障害者に対し、当該指定居宅支援（同項の規定により定められた同項第二号に規定する量の範囲内のものに限る。以下この条及び次条において同じ。）に要した費用（身体障害者デイサービスに要した費用における日常生活又は創作的活動に要する費用のうち厚生労働省令で定める費用及び身体障害者短期入所に要し

た費用における日常生活に要する費用のうち厚生労働省令で定める費用（以下「特定費用」という。）を除く。）について、居宅生活支援費を支給する。」となっている。

条項から骨だけを残すと

「市町村は、…

身体障害者が、支援事業者に居宅支援の利用の申込みを行い、当該事業者から居宅支援を受けたときは、当該障害者に対し、当該指定居宅支援に要した費用について、居宅生活支援費を支給する。」である。

義務主体は「市町村」、

支給要件は「障害者が居宅支援利用申込を行なって支援を受けたこと」、市町村に法令が義務付けている行政行為は「障害者に対し要した費用について支援費を支給する。」である。

上記のとおり、条文上の構成として、平成15年4月1日施行の身体障害者法に基づく居宅生活支援費は、自治体の義務性と受給者（障害者）の支給を受ける権利性＝請求権の権利性が明確である。

すなわち、「支給する。」は「支給しなければならない。」という法律上の義務付け規定と解釈されるべきことは自明である。

本件では法律解釈として、基本的に原告は具体的法律規定に基づく具体的給付請求権が法律上保障されていることが出発的であることの確認が肝要である。

義務付けられた側の公共団体が、個人に保障されている個別具体的給付請求権を制限するならば、その合理性が厳格に問われなければならない、権利制限の合法性を具体的な事実を挙げて立証する責任が被告にある。

なお、福祉的請求権の有無に関して、上記のような文言から、古くは次のような説明がなされてきた。

「給付が出来る規定」は任意事務であり、これは実施機関の「権能であって義務ではない」（松本征二「身体障害者福祉法の解説と運用」中央法規・1954年昭和29年81頁等）。

そして、「給付を義務付ける規定」でさえ、必須事務ではあるが、市民に

として「申請手続が明記されず職権措置なので、措置義務から派生する反射的利益に過ぎない」などとひどい行政解釈がまかり通っていた。

前者の「出来る規定」に関しても、措置の決定も自由裁量行為ではなく、要保護者からして裁量瑕疵のない決定を求めうる地位を持つという意味で権利性を肯定するべきとの学説が有力である（河野正輝「社会福祉の権利構造」37頁）。

しかし、いずれにしても、支援費を規定する法規は、必須事務としての「義務付け規定」である。

「義務付け規定」の場合にまでも「反射的利益に過ぎない」などとする解釈はもはや学説上支持するものではなく、学説上「手続が職権措置主義であることを理由にその権利性を否定することはできないであろう。給付請求権の発生要件の問題と給付開始が申請によるか職権によるかという手続的問題とは性質上区別して理解されなければならないからである。」「反射効に過ぎないとするのも、もとより誤りである」と切り捨てられている（河野正輝「社会福祉の権利構造」38頁）。

また、同文献39頁では、行政解釈でもむしろ身体障害者福祉法の行政解釈では、義務規定は身体障害者の請求権を認めるという解釈が前提とされていたと指摘している。

行政法学上も阿部教授が上記行政解釈は「違憲である」と断定していることは既に述べたとおりである。

少なくとも本件処分が行政不服審査及び行政訴訟の対象となることは自明であって、原告の給付請求権という権利性が肯定されることには異論はないと思われる。

- 3 他の事例や評釈との違いの注意＝平成15年4月1日に開始された支援費制度以前、平成17年4月1日施行の義務付け訴訟制定以前の権利論、判例理論はもはや直接的には適用できず、社会保障、障害者の権利を論じた文献、判例もその見解の出された時期、時代性を認識しなくては正しく援用できないこと。

もちろん、いずれも、各社会保障訴訟事件において、原告当事者及び原告訴訟代理人やそれを支援する市民の尽力で獲得された貴重な判例である。

とはいえ、支援費制度開始以前の、具体的立法により義務付けられた処分でない、自治体固有の行政内部要綱だけに基づく介護支給に関する判例法理、

法理論、議論等は支援費支給に関しては全く当てはまらない。

万一、本件審理において、旧制度を前提とした古い議論に本件違法性審査や権利論が引きづられることのないように裁判所に注意を喚起しておきたい。

以下に挙げるような判例とその評釈、学説、関連文献等は、その時点での各種社会保障に関する法理論を考察するいずれも優れたものである。

しかしながら、障害者の居宅生活介護に関して、平成15年4月1日より前の論理は、支援費制度が存在していない時点の議論であって、自ずと障害者の求める要求に関する法的権利性に対する司法の認識は遅れていたと言わざるを得ない。

そのようなかつての古い議論を超えたところに支援費制度の意義があることを裁判所にはよりよく判断頂きたい。

また、各地の自治体によるヘルパー派遣に関する紛争においては、いわゆる「公務員ヘルパー」の派遣が問題となっていることも多く（例えば大田区では平成7年から民間委託が強行されて公務員ヘルパーの派遣がなくなった）、行政内部の公務員人材体制の整備状況の限界との関係において司法が積極的義務を認めることが抑制されてきた面がある。

例えば、後に触れる大阪地裁平成10年9月29日判決でヘルパー派遣回数における福祉事務所長の裁量を認める理由の一つとして、「ヘルパーの人的資源にも制約があることから」とされているが、本件原告は複数の居宅介護事業者と居宅介護サービス利用契約を締結しており、その点の心配は無用であり、支援費制度においては、その構造上「ヘルパーの人的資源にも制約があるから行政庁が給付を制限する」という関係はあり得ない。つまり、支援費制度は、障害者は居宅介護支援事業者との間で介護契約を締結し、現実の介護費用という金銭を行政庁は給付するに過ぎなくなった以上、以前のような体制整備の限界という視点から障害者の権利性を希薄化させる必要がない点が理解されるべきである。

なお、身体障害者福祉法17条の5第8項、9項が支援費支給に関する事業者の代理受領を認めており、現実的に利用者に直接的に金銭給付はなされず、実務上はサービス現物給付の実態にあるが、給付請求権利者としての障害者対支給義務者としての行政庁との法律関係においては、障害者は直接的に行政庁（市町村）に対して金銭給付請求権利者の立場に立つことに、当然ながら注意するべきである。

さらに、社会保障の分野で給付請求権が認められるか否かについては、従来行政庁に対する「義務付け請求の法理論的困難性」がネックになっていたところ、平成17年4月1日の行政事件訴訟法改正により、義務付け訴訟が法定された以上、それ以降、実定法上の給付請求権の明確な根拠が確立したのであって、その意味でも平成17年3月以前の制度に基づく社会保障給付請求権の議論は克服されるべき運命にある点につき、特に注意を要する。

例えば、東京高裁平成9年7月16日判例は、大田区高齢者ホームヘルプサービス事業実施要綱に基づくヘルパー派遣決定通知について、老人福祉法に基づくものと理解せず、要綱だけに基づいているような解釈をしていると言われるが（東京地裁平成10年3月4日判決「H8・行ウ・256 労災就学支援費不支給処分取消請求事件」に関する堀勝洋による判例評釈「社会保障法判例」季刊・社会保障研究35巻1号101頁）、他方、大阪地裁平成10年9月29日判決は、大阪市ホームヘルプサービスは、それら事業要綱でなく、老人福祉法10条の4に規定する措置としての行政処分としての派遣決定と判断している（但し、同判決の論理と結論には首肯し難い点が多い）。

しかし、平成15年4月施行の支援費支給請求に関する当該障害者と自治体の関係における法的権利・義務関係は明確であって、法解釈において、そのような古い議論に引きづられる必要はない。

本件に一応の参照となる事例を取り上げた判例、評釈、文献等のいくつかに以下、触れておく。

- ・東京地裁 平成8年7月31日判決「H6・行ウ・362 生活保護却下処分取消等請求事件」に関連しての文献。

社会保障判例百選〔第3版〕178頁「88番」「生活保護法上の世帯員外介護費」阿部和光評釈（平成12年3月刊）

判例時報1597号47頁、判例地方自治159号74頁

前田雅子 「岩田訴訟・高訴訟 介護保障という視点からの考察」（法律時報71巻6号108頁）

この事案は、本件原告と同じく大田区大森西に在住する障害者であるI氏が生活保護他人介護料を申請したところ却下されたため、大田区洗足福祉事務所長を被告として処分取消訴訟を、被告大田区を被告として国家賠

償請求を求めた事案である。

論点が多岐にわたる事件であり、また、問題も多い判決であるが、大田区の下した却下処分の違法を認めている。

これは原告により、原告一審敗訴部分に関して控訴され（東京高裁平成8年（行コ）第99号、101号）、平成9年5月29日判決により控訴棄却とされ、さらに控訴審敗訴部分を原告が上告した（最高裁平成10年（行ツ）第15号）が、平成10年4月30日上告は棄却された。

すなわち、最終的に被告大田区の行政処分の違法が確定した。

- ・東京地裁平成8年7月31日判決「H6・行ウ・115 ホームヘルパー派遣申請不承認処分取消請求事件」に関連しての文献

社会保障判例百選〔第3版〕230頁「114番」「ホームヘルパー派遣不承認処分と内部準則に基づく平等原則」関川芳孝評釈（平成12年3月刊）

判例時報1593号41頁、判例地方自治159号61頁

秋元美世「社会保障判例」季刊・社会保障研究36巻3号311頁

この事案は、都内在住の原告Xが障害者の母親を介護していたが、Xが交通事故にあったため「大田区高齢者事業実施要綱」に基づきヘルパー派遣を申請したところ、被告が申請に対して退院後の派遣を不承認としたため大田区洗足福祉事務所長を被告として処分の取消訴訟を提起し、被告大田区に対して国家賠償を請求したものである。

東京地方裁判所は、「要綱に照らして、Xが介護者要件に該当し、Xの母が要介護対象者要件に該当することは明らか」として、派遣を認めなかった大田区の処分は、派遣が認められた場合の原告の利益を侵害したとして、給付行政における内部準則に基づく平等原則に反する被告大田区の違法を認定した。

それにしても、上記のように重要判例を検討してみると、なにも殊更に大田区の事例を選んでいるつもりはないが、社会保障や自己決定権に関して裁判所から被告大田区が違法を断罪された判例、事件の多いことよ。全国に地方自治体多しといえども、突出した存在である。

司法に違法を断罪されても反省しない現在の被告大田区の行政基本姿勢については根本的に問題がありそうである。

- ・大阪地裁 平成10年9月29日判決「H8・行ウ・73 ホームヘルパー派遣決定処分取消等請求事件」

社会保障判例百選〔第3版〕232頁「115番」「ホームヘルパー派遣処分と原告適格、資源の制約と裁量論」秋元美世評釈（平成12年3月刊）

橋本宏子「ヘルパー派遣請求訴訟と介護を受ける権利」（賃金と社会保障1245号10頁）

前田雅子「介護請求権についての考察」（賃金と社会保障1245号19頁）

これら評釈はこの大阪地裁判決の「不服申立てに関する規定はなく、法は個人がヘルパー派遣の申請権を有することを認めていない。派遣変更申請の拒否は行政処分でない」「派遣措置変更は行政処分であるが、当人に有利に変更するならば利益処分として訴えの利益はない」「本件変更決定は裁量権を逸脱したなどの違法はない」などの判旨に対して「申請権と訴えの利益に関する誤解がある」等痛烈な批判を加えている。

この判例は「措置の解除は行政手続法が適用されるから一部解除として行政処分となる」など、およそ理解に苦しむ論理を示しており論理性に問題があり、また、旧制度時代を前提としても、およそ行政裁量に対する過度の尊重を示しており、先例的として利用する価値は低いと言わざるを得ず、むしろ今日の社会福祉に対する理解に照らせば批判的に参照されるべきであろう。

- ・名古屋高裁金沢支部 平成12年9月11日判決

判タ1056号175頁

木下秀雄「高訴訟に関する意見書1」（賃金と社会保障1256号14頁）

この事案は、脳性麻痺による身体障害者等級一級重度障害者である原告T氏が受けていた生活保護費から、石川県心身障害者扶養共済制度条例9条に基づく月額2万円の心身障害者扶養共済年金を原告の収入と認定した点が違法であると主張したのに対して、原審も高裁も違法と認定し、平成15年（2003年）7月17日付最高裁決定も行政側の上告受理申し立てに対して不受理決定を下し、高裁判例が確定したものである。

高裁は、「控訴人行政庁は、生活保護法4条1項の『利用し得る資産等』あるいは同法8条1項の『金銭等』にあたるか否かの判断は行政庁の合目的裁量に委ねられている旨主張するが、右の判断は法律解釈の問題であり、司法判断が可能というべきであるから、控訴人の右主張は採用できない。」と判断した。

これは、社会保障給付訴訟における行政庁側の「給付要件における抽象概念判断における行政自由裁量論」を否定したものであり、最高裁がこの判断を是認したことから本件審理にも参考になるものとして特筆に価する。

5 何が本件で違法審査の対象であるか。

いうまでもなく、本件は「立法の違憲審査」でなく、中央政府の行政行為でもなく、都道府県の行政行為でもなく、個別法規により授権さ（義務付けら）れた特別区による義務的行政行為における法適用の局面での違法性審査である。

一般に国会の立法裁量は大きいと言えようが、行政府の裁量はそれより狭く、中央政府の裁量より、立法により個別義務付けを受けた地方公共団体、特別区の裁量がそれより狭いと言えよう。

本件は安易な自由裁量論は適用できず、仮に裁量を論ずる場合も出来る限り羈束裁量として捉えるべきである。

すなわち、事実の問題としては、法の規定する法定勘案調査は平成15年12月2日、平成16年1月9日、1月13日、1月27日、同年3月2日と直近で5回も実施されている。しかもそれは本件移動介護要綱施行期間中である。

である以上、被告行政庁としては、そこで調査されて必要と認められた支給量を支給する法的義務が発生している。

すなわち、それは法と、法に対する事実の当てはめから必然的に導き出される結論なのである。

そして、それは平成16年3月1日付支給量変更決定で、それまで約1年間認められていた移動介護支給量月124時間が従来とおりの適切・妥当であると行政決定されているとおりである。

度重なる勘案調査に基づいて124時間が法適用により導き出されていることは原告、被告において争いはない。

ということは、1ヶ月も経過していない時点で、移動介護の必要性が減少

した具体的事実が何ら勘案調査により認定されていないことは事実として争わない以上、被告行政庁には原告の支援費移動介護について最低月124時間を支給することが羈束（強制的に義務付けられている）されているのである。

本事案は、そもそも、事案の特質からして、「行政裁量」など入り込む余地のない事案であって、客観的法規と、法に対する具体的事実のあてはめにより124時間の移動介護支給決定、行政行為を下す法的義務に拘束されているのであって、典型的な「羈束行為」の事案なのである。

すなわち、あからさまに羈束行為に違反し、個人の利益を侵害している以上、被告の行政行為の違法性は疑う余地がない。

6 生存権に関する最高裁判例及び学説等について

生存権の憲法学説に関するプログラム規定説、抽象的権利説等の論争の超克。

憲法学上の通説は憲法第25条の生存権を「現代国家の人権カタログに最も貴重な法価値としての座を占めている」（芦部信喜「憲法訴訟の現代的展開」113頁）としている。

そして、生存権の権利性を否定し政府の政策目標レベルに理解したかつての学説上のプログラム規定説（「注解日本国憲法（上）488頁」等）を支持する学説はさすがに昨今見当たらない。

生存権に関する重要な最高裁判例を概観すると次のとおりである。

最判昭和42年5月24日の朝日訴訟大法廷判決（民集21巻5号1043号）は傍論として

「憲法25条1項の規定は、すべての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営み得るように国政を運営すべきことを国の責務として宣言したにとどまり、直接個々の国民に対して具体的権利を賦与したものではない」

「具体的権利としては、憲法の規定の趣旨を実現するために制定された生活保護法によつて、はじめて与えられているというべきである。」

「ただ、現実の生活条件を無視して著しく低い基準を設定する等憲法および生活保護法の趣旨・目的に反し、法律によつて与えられた裁量権の限界をこえた場合または裁量権を濫用した場合には、違法な行為として司法審査の対象となることをまぬかれない。」とする。

この判例はプログラム規定説を採用したと解説されることもあるが、「裁量権の限界をこえた場合または裁量権を濫用した場合には、違法な行為として司法審査の対象となる」と断言する以上、また、憲法の明文で25条1項が「権利」と明記している以上、生存権が裁判上の具体的権利であることは明らかである。

憲法学説でいうところの、立法不在の場合に憲法だけを直接の根拠規定として違憲判決を請求できるという具体的権利説を否定したという程度であって（社会保障判例百選〔第3版〕5頁河野正輝「純然たるプログラム説は採っていない」、7頁中村睦男「判例はプログラム規定説を採っているわけではない。」）、判例のプログラム規定説的表現こそまさに抽象的理念に過ぎないのであって、法律実務家として実践的に重要視される点は、最高裁は古くから裁量権を超えた基準設定を違法としている点である。

最判昭和57年7月7日の堀木訴訟大法廷判決（民集36巻7号1235頁）は「憲法25条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄であるといわなければならない。」としているが、もとよりこれは「国会の定めた立法」に対する違憲審査の事例であって本件に適用できない。

また、平成元年3月2日、塩見訴訟最判（判例時報1363号68頁）は

「国民年金制度は、憲法25条の趣旨を実現するために設けられた社会保障上の制度であるが、同条の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱、濫用とみざるを得ないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄であるといわなければならない。

また、同条の趣旨にこたえて制定された法令において受給者の範囲等につき何ら合理的理由のない不当な差別的取扱いをするときは別に憲法14条違反の問題を生じ得ることは否定し得ないところである（最高裁昭和51年（行ツ）第30号同57年7月7日大法廷判決・民集36巻7号12

35頁参照)。」としている。

これも、制定された具体的立法に対する違憲審査についての国政の場における国権の最高機関である国会の立法裁量の尊重を確認したものであって、本件は立法自体も厚生労働省の規則制定や指導についてもその合法性を前提としてながら、具体的立法から授権され、具体的行政行為を義務付けられた被告地方公共団体の行政庁としての行政処分の義務上の判断における過誤が問題となっているものであって、その意味からも上記のような広い立法裁量論を認める上記生存権に関する最高裁判例を適用すべき事案でないことに注意すべきである。

そして、例えば先に触れた又坂常人が「わが国においても、社会保障給付に対する権利を法的請求権として保護し、法律の規定によって明示的に裁量行使が授権されている場合以外は請求権の存在を承認することは、国民の生存権を保障すべき立法及び行政の義務を規定する憲法25条の趣旨にもっともかなう解釈態度であるというべきであろう。」(自治研究58巻12号138頁)とするように、憲法25条に照らして、出来る限り社会保障の具体的請求権としての法的権利性を肯定するべきというのが学説上の一般的解釈態度と言ってよい。

7 憲法学上の「二重の基準論」との関係について。

違憲立法審査における憲法学説上の二重の基準論は憲法学説上一般に支持されている。

これは、精神的自由の優越的地位と民主的過程回復論を論拠に、自由権規制立法については厳格な審査基準で審査し、経済的自由に関しては、人の生命・身体を保護するための警察的消極権利規制においては厳格な合理性の基準を用い、福祉国家理念に基づく社会経済的立法における審査基準は、立法府の裁量を尊重する合理性の基準が用いられるべきとの理論である。

仮に本件を立法審査の問題と仮定して上記基準をあてはめると、合理性基準による審査が妥当のようにも思える。

学説によって説明は微妙に異なるが、これがアメリカ合衆国の1938年3月の「脱脂ミルク禁止法」の合憲性審査における「カロリン・プロダクツ社事件判決」におけるストーン裁判官の脚注4に由来することには争いが無い(松井茂記「二重の基準論」237頁)。

しかしここで注目すべきは、この脚注では、「切り離され孤立した少数者に対する偏見により、少数者を保護するため通常は頼りになる政治的プロセスの作用が機能不全を起こした場合は特別な保護を必要とする旨」指摘していることである。

憲法学上小林武はさきに引用した「人権保障の憲法論」の「知的障害者の『裁判を受ける権利』の実質的保障」276、277頁において、「障害者が様々のマイノリティの中でも特に深刻な差別を受けてきた範疇の人々であること」「障害者の実質的平等処遇の実現が憲法の追求する課題であることはほぼ自明というべきである。」「障害者の平等処遇が憲法14条の要請するところであることは明らかであって、その際、同条の解釈上は、障害者は『社会的身分』に入るものと理解されよう。」としている。もちろん、障害が「身分」であってはならないが、現実には現在でも障害者であるということだけで未だに偏見は根深く、その主張が正しく理解され得ない、認められないという被差別的地位にあることは疑いない。

すなわち、仮に社会経済立法に対して合理性の基準を適用しようとする憲法学上の違憲審査基準を前提とする場合でさえ、本件は、「孤立した少数者の人権規制の違憲性、違法性」が問題となっており、しかも今回の規制根拠となった移動介護要綱の導入の行政庁の上からの強引な押し付け、強要姿勢に照らして、民主的な意見が行政判断に反映されない状態にあるのであって、まさに少数者の人権擁護を目的とする司法が人権救済と行政の違法行為是正のために積極的に司法権を行使しなければならない事案であるということを経験したのである。社会福祉理念に基づく社会立法に関する事件だから司法介入を抑制するべきなどという硬直的、短絡的な判断は許されないことに注意を喚起したい。

二三 本件義務付け命令が認められる理由

直接型義務付け訴訟 行政事件訴訟法第3条6項1号

1 移動介護受給請求権＝請求の趣旨第1項乃至第5項

請求の趣旨第1項乃至第5項の義務付け命令で求めるのは、32時間支給決定を修正し、正しく124時間支給をする処分である。

すなわち、違法・不当な各処分に換えて、正しい処分に修正するように裁判所が被告自治体に対して命令すべきである。

新行政事件訴訟法は次のとおり義務付け訴訟を規定している。

第3条 6項1号 (直接型義務付け訴訟)

「行政庁が一定の処分をすべきであるにもかかわらずこれがされないとき。」

本件は、被告行政庁は原告に対して身体障害者福祉法及び原告に対してなされた法定勘案事項調査の結果に基づいて、居宅生活支援費の移動介護（身体介護有り）について月124時間とする処分をすべきであるにもかかわらずこれがなされないときに該たり、同条項を満たす。

第37条の2が、上記直接型義務付け訴訟の要件を規定している。

1項 「一定の処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないとき」

2項 「裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案するものとする。」

移動介護124時間という適正な処分がなされないことにより既に原告には重大な損害を発生し、今尚現在進行形で、日々刻々と毎日重大な損害が生じ続けているのである。

移動介護が適切に保障されないことが如何に原告の人間の尊厳を奪う仕打ちであり、耐え難い苦痛、不利益、損害を与えるものであるかは、既に縷々論じてきたとおりである。

本件違法処分以後1年5ヶ月間以上にわたり大幅に社会参加の機会が奪われている原告の人生の貴重な時間は二度と返ってこない。

これは回復し難い人生の甚大なる被害であって、それは本来財貨に還元解消して消失するべき性質のものでもなく、障害者の社会参加の意義を理解しようとしないう被告の今までの不誠実極まる態度も勘案すれば司法府が直接被告大田区に対して適切なる処分を義務付ける命令を発令する以外にまさに被害を「回避するために他に適当な方法がないとき」に該たる。

第3項「第1項の義務付けの訴えは、行政庁が一定の処分をすべき旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する者に限り、提起することができる。」

処分を受ける名宛人である原告に法律上の利益があることは言うまでも無い。

第5項 「義務付けの訴えが第1項及び第3項に規定する要件に該当する場合において、その義務付けの訴えに係る処分につき、行政庁がその処分をすべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政庁がその処分をしないことがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるときは、裁判所は、行政庁がその処分をすべき旨を命ずる判決をする。」

本件において、処分の根拠となる身体障害者福祉法の規定から原告に対して移動介護（身体介護有り）を月124時間支給する処分をすべきこと（羈束行為であること）が明らかであることは既に論じてきたとおりである。

百歩譲って「裁量」を論じるとしても本件具体事案においては既に法律要件該当事実が確定し、法適用による支給権及び支給義務が確定済みである以上、移動支援費124時間受給権を減量するべき裁量権は被告になく、本件各減量処分は裁量権の範囲を明らかに逸脱している。

よって、本件は義務付け命令判決を下すべき事案である。

2 具体的金銭給付判決＝請求の趣旨7項

請求の趣旨第7項で求める判決は、具体的金銭給付判決である。

行政事件訴訟法改正で新設された義務付け訴訟は行政事件検討会において一貫して「給付の訴え」を想定して議論されており、新法により義務付け訴訟として裁判所が公共団体に対して具体的金銭給付命令を命じ得ることになったことに異論はない。

強制執行の方法は、行政事件訴訟法第7条「この法律に定めがない事項については、民事訴訟の例による。」により、民事訴訟法に基づく強制執行が可能と解される。そう解さなければ「仮の義務付け」制度など実効性が没却されてしまう。

請求の趣旨第1項で求める124時間支給決定はいわば、その範囲内の受給資格を公的に認めたという意味での給付決定であって、そのまま強制執行力のある具体的金銭請求権の意味ではない。

支給の行政決定が下りてから、障害者と介護契約を締結している居宅介護事業者が介護を実施し、その実施時間に応じて自治体から具体的金銭が給付される仕組みである。

例えば、124時間の行政処分が出て、実際に介護実績がゼロであれば、自治体から具体的金銭支払いはゼロである。

事実としては、原告は本件処分に対応する32時間分の支援費金銭給付はいずれも全て受領済み（事業者の代理受領）である。

そして、既に述べてきたとおり、原告は平成16年4月1日以降、本件違法要綱及び違法処分の撤回と必要な介護支給を求めて運動を続けてきたこともあって、ほとんどの月において、月124時間の外出（必然的に介護人の身体介護を伴う）時間など遥かに超過していた。

すなわち、請求の趣旨第1項の124時間の正しい処分が認められただけでは具体的金銭請求権は判決上確定しないため、別の主文（請求の趣旨第3項）で具体的金額を定めた金銭支給を命じる給付判決が必要なのである。

第1項の義務付け判決で求める、居宅生活支援費の移動介護・身体介護有を1ヶ月あたり124時間とする決定はいわば、原告にその内容を受給する資格が認められるという抽象的地位に過ぎない。

抽象的資格を超えて、具体的給付が認定されなければ原告の現実の権利は回復しない以上、原告は具体的金銭給付判決として、「請求の趣旨7項」を求めるものである。

すなわち、第1～5項並びに第7項のいずれの義務付け命令もが並列的に不可欠と考える。

どちらかが予備的請求という意味ではない。

被告が本件各違法処分により原告に対する移動介護支給量を月32時間と規制したため、原告はその減額相当分、移動介護を介護人から受けながら被告から支援費を支給されなかった。

平成16年4月1日から平成17年6月末日までの期間のうち、移動介護された事実がありながら、支援費が受給できなかった介護実績一覧が甲第58号証である。

時間帯欄に移動介護実績のあった時間帯が記載され、介護時間数が記載されている。

すなわち、支援費実務における「居宅介護サービス提供実績記録票」（甲第59号証の1）の記載内容に相当する文書記録である。

それに応じて、支援費単価コードに則して支援費支給金額を算出した金額が上記の甲第58号証の介護実績一覧の金額欄に記載されている。

すなわち、これはいわば介護人、事業者の無償の移動介護労務提供の記録ということである。

これは支援費実務における「身体障害者居宅生活支援費請求書」（甲第59

号証の3)及び「居宅生活支援費明細書」(甲第59号証の2)の記載内容に相当する文書記録である。

この一覧記載のとおり、本来、被告が月あたり124時間という従来とおりの移動介護支給決定を下していれば、平成16年4月～同17年6月の期間中、原告は既に受給した支援費以外に、1月あたり92時間(但し、16年6月は63時間)に相当する移動介護支援費を受給できていたはずなのである。

金額にすると合計金565万8980円である。

被告の本件各移動介護支給量削減処分によって、これらの原告の給付請求権が侵害されたものである。

実務上は、支援費事務は事業者の代理受領方式で行われているため、事業者が上記の請求書を自治体に送付し、自治体がそれにチェックして支援費支給として拒否しない限り、特段の文書決定はなく支援費事業者の指定口座に直接振込まれている。

しかしながら、観念的には支援費請求者(本来的には障害者本人・実務上は代理受領権を授権された事業者)の自治体に対する請求行為とそれに対する具体的金銭支給決定がなされていると解される。

すなわち行政実務上は行政内部で支給金額の決定がなされ、「振込み手続き」により具体的支給が決定された事実の通知及び支給決定金額の通知が代替、簡略化されているに過ぎない。

そして、原告が本件で具体的金銭給付判決を求めるのは何も金銭的利益を得たいためではない。

第1～5項での1ヶ月あたり124時間の移動介護支給の抽象的受給権を裁判所が認定しても、今までの被告の原告に対する頑ななる不誠実極まる態度に照らすと、被告が原告から具体的な金銭請求に対して、難癖を付けて支給を拒む恐れが十二分に考えられる。

また、本来的に支援費請求の具体的権利者は障害者本人が有するものであるという「具体的権利の帰属主体」を司法上明らかにしておくことが、今後の障害者の権利保障論のために重要不可欠である。

具体的受給権を有するのは事業者であるという誤解を司法が払拭しないと、それらの誤解を元に被告が具体的支給を拒むことが十分危惧される。

第1乃至第5項の抽象的受給権が認められれば必ず被告が素直に第7項の具体的権利を認めるかは本件紛争の実体に照らすと必然とも言えないのであ

る。

よって、請求の趣旨第1乃至第5項だけでなく、併せて請求の趣旨第7項での具体的金銭給付判決を求める訴えの利益が原告にある。

第1乃至第5項の抽象的受給権が確認されないと第7項の具体的受給権を求める利益がないなどという考えでは国民は請求のために二度手間を強いられることになり妥当でなく、同時に審理・判決することが訴訟経済にも合致し、現実的である。

新行政事件訴訟法が規定する第3条6項1号及び第37条の2の定める直接型義務付け訴訟において、介護保障命令と金銭支給命令判決の両者並存の訴えの利益を否定すべき理由はない。

むしろ、国民の権利利益の救済のために柔軟に裁判所が司法権を行使すべきであるとの行政事件訴訟法の改正の趣旨からすれば、本件で金銭給付判決をも認めないのであれば、金銭給付を巡る紛争を防止出来ず、新法及び司法の存在意義が没却される。

なお、上記の介護実績一覧のうち、平成16年4月分の時間帯は、23時30分～2時、0時～2時などの深夜の時間帯も見られることは次のような理由による。

もともと原告は友人宅にて深夜まで語り合ったり、様々な社会活動のための事務作業や打ち合わせをするということはままたり、現在の生活でもそのようなことは少なくない。

そして原告にとって平成16年3月後半より被告から迫られた移動支援費の32時間規制は自己の人間の尊厳を奪われる死活問題であった。

そのため、平成16年4月は特に被告の不当処分に対する対応に追われ、例えば蒲田駅近くで終電近くまで会議をしたり、友人宅にて徹夜で会議をしたり（その場合も移動介護である）などの不規則な生活サイクルも多かったものである。

なお、平成17年7月1日以降分の移動介護支援費不足分請求については、集計が終わり次第、追って請求拡張等の手続を取る予定である。

3 義務付け訴訟類型の選択について

なお、本件が新行政事件訴訟法第3条6項1号の直接型と2号の申請満足型のいずれの訴訟類型が当てはまるのかは率直なところ悩ましい。

原告には法令に基づく申請権があり、申請をしているし、少なくとも処分1～4については審査請求をしているにも関わらず被告行政庁は裁決をしてない。

その点では2号にも馴染むように思える。

しかしながら、2号の申請満足型義務付け訴訟の要件を定める同法第37条の3は、

「次の各号に掲げる要件のいずれかに該当するときに限り、提起することができる。」と限定を付し、

「1号 当該法令に基づく申請又は審査請求に対し相当の期間内に何らの処分又は裁決がされないこと。

2号 当該法令に基づく申請又は審査請求を却下し又は棄却する旨の処分又は裁決がされた場合において、当該処分又は裁決が取り消されるべきものであり、又は無効若しくは不存在であること。」とされている。

処分は存在しているので、1号「何らの処分がなされていない」には該当しない。

一方確かに被告の本件各処分は2号後段の「取り消されるべきものであり、又は無効」に該当する。

しかし、その前提要件である2号前段の「却下し又は棄却する旨の処分」は形式的に考えて決定文に「却下」「棄却」などと記載されていない本件では要件を満たさないと考えた次第である。

そのため法第3条6項第1号による直接型義務付け訴訟の訴状記載とした。

但し、例えば処分1～4で言えば原告の求める124時間支給のうち92時間分が「棄却された旨の処分」という解釈をすれば申請満足型の要件を満たすと言う余地もある。

原告訴訟代理人は前者を記載したが、同種の先例が全く存在せず、論ずる文献のない現時点での精一杯の選択である。

今回の行政事件訴訟法の改正趣旨の眼目は、「行政訴訟特有の訴訟要件論、入り口論争で市民の権利を奪うことのないようにする」ということである。

従って、万一、上記の訴訟類型論の選択の点だけで却下するなどという不合理な扱いをしないよう裁判所には適切な訴訟運営に御留意頂きたい。

二四 本件移動介護要綱の上限規定の違法確認訴訟の認められる理由

公法上の当事者訴訟としての要綱違法確認請求訴訟 行政事件訴訟法

第4条

1 移動介護要綱の介護支給量上限規定の違法性

本件は原告一人の問題でなく、被告大田区のなした「支給量上限規定要綱適用による一律削減措置」という政策に対する異議申し立てであり、原告は自分一人の利益だけのために闘い続けているのではなく、行政の違法、不当を問うことで、大田区在住全ての障害者はもちろん、全国の障害者の権利擁護のために本件訴訟を含めて闘っているのである。

一律上限規制要綱それ自体が身体障害者福祉法の趣旨、支援費制度の趣旨に照らして違法であることは、既に述べてきたとおりである。

しかも、厚労省は代表的障害者団体（日本障害者団体連合会、日本障害者協議会、全日本手をつなぐ育成会、DPI日本会議）との間で支援費に上限を設けることはしない旨平成15年1月27日合意しており（甲第51号証）、大田区の上記上限要綱は上記合意を骨抜きにすることを意味し、極めて問題である。

これは国庫から自治体へ補助金交付を経緯とする合意であるが、障害者団体が問題とするのは個々の障害者の支給量に対する「上限」という規制は障害者の生存権と自己決定権を脅かすものであり断じて認められないという点である。

支援費をどのように利用するかは各人の自由であり、例えば、移動介護を全く利用しないことも自由であるし、一日10時間利用することも自由である。

支援費支給量に「一律上限基準」を設けることは、その自由すなわち障害者各自の自己決定権、幸福追求権を侵害することに他ならないのである。

2 移動介護要綱導入における強引性、恣意性、周知性の欠如

移動介護要綱は人知れずこっそりと誰も知られずに作成された感がある。行政内部の秘密文書だった印象である。

例えば、被告大田区はインターネット上のホームページにおいて、大田区の法規を「大田区例規集」として掲載しているがそこに移動介護要綱の掲載はない。

大田区在住の障害者は大田区との交渉の席上等で配布されて始めて認知したような次第である。

特に問題なのは、この移動介護要綱という助役決定は平成15年7月1日に決定されていること、施行日が同日と明記されていることである。

そして、同要綱の付則には「この要綱は平成15年7月1日より施行する。」とされている。

しかし、同日から施行された様子はない。

実際に区内在住の障害者の一部に対して説明が開始されたのがその約9ヶ月後の平成16年3月に入ってからである。

要綱適用開始の被告の恣意性、いい加減さは本件要綱の違法性を如実に証明している。

実際、平成16年3月1日付の被告から原告に対する支援費支給決定において、移動介護支給量が月124時間と決定されており、被告行政庁の要綱解釈に従えば上記要綱が施行されている以上、支給量は32時間とならなければどう考えても矛盾ではないか。

このとおり、移動介護要綱の適用という行政活動自体が極めて不自然、不可解、矛盾で極めて大きな瑕疵があると言わざるを得ない。

3 移動介護要綱策定における非民主制、障害当事者の意見聴取の欠如

既に述べたとおり、本件移動介護要綱は、障害者不在の密室で一部の被告大田区保健福祉部の官吏により密室で策定されたものである。

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つてはその意見を、その他の場合にあつ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。」とするとおり、障害者の生活、権利に直結する介護保障の制限規定について、障害当事者の意見を聞かずに行政サイドが隠密裏に一方向的に決定するなど現在許されるものではない。本件移動介護要綱の策定過程に大田区福祉行政の時代錯誤、非民主性が如実に現れているというべきであろう。

「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つての前提条件でもある。」(秋元美世「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』19

91年（平成3年）5月刊・45頁）と今から14年も前から指摘されているとおりであります。

先に触れた大田区福祉オンブズマンの勧告には次のとおり明記されています。

「障害者等福祉サービスについては、障害当事者や関係者と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。」

障害者当事者の理解を得ることが必要なことなど当然の前提として、広く区民に情報公開して理解を得ることが大切だと勧告されているのである。

移動介護支援費を利用する障害者当事者の意見を聞く手続を全く欠いたまま上から強制的・強引に押し付けられた本件移動介護要綱の成立過程の手続的過誤は当該要綱自体の違法性を基礎付ける。

4 移動介護要綱の憲法14条平等原則違反＝差別性

先に触れた塩見訴訟最高裁判例も「法令において受給者の範囲等につき何ら合理的理由のない不当な差別的取扱いをするときは憲法14条違反の問題を生じ得ることは否定し得ないところである」と断言している。

本件移動介護要綱6条2項及び3項が合理的理由のない不当な差別的取扱いをするものとして、憲法14条に違反することは既に明らかである。

5 「同意しなければ支給しない」と恫喝して強要した移動介護要綱導入における被告行政庁の違法性

本件で更に悪質で許し難い点が、被告の強行したい「移動介護支給月32時間規制」に同意しなければ支援費支給を停止すると被告職員らが行政職務上恫喝、強要行為を働いた点である。

支援費支給を受ける権利が障害者の権利であって、自治体の支給量減額政策に同意しない以上支給停止にするなどの制裁を課して強要するなど、行政活動として許されるはずもなく、違法な権利侵害行為であることは指摘するまでもない。

被告が「このたび、鈴木さんに対する職員の説明に不十分な点がありましたこととお詫びいたします。」（甲16・北福収第114号別紙3）として支給停止の恫喝の事実を認めて謝罪しているが、だからといって上記違法行為が違法でなくなるものではない。

6 当事者訴訟（改正行政事件訴訟法第4条）

移動介護要綱それ自体の違法確認を求める訴訟法上の根拠は、新行政事件訴訟法第4条である。

旧行政事件訴訟法第4条の当事者訴訟の定義の「及び」以下は「公法上の法律関係に関する訴訟」だけであった。

平成17年新法により、当該条項は「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」と改められた。

これは現社会の行政事件においては、抗告訴訟だけでなく、確認訴訟を活用することにより国民の権利利益の救済を図るべきという考えに基づく改正である。

この確認訴訟の明記は例えば、司法制度改革推進法（平成13年法律第119号）に基づき設置された司法制度改革推進本部行政訴訟検討会で「これは大変な転換」（第27回・塩野宏座長）、「確認訴訟の活用という考え方は取消訴訟中心主義的な考え方と比べますと、これまでの行政救済法の考え方を本当に180度、見方、視点を変えている」（同・小林参事官）と評されているように、従来の取消訴訟中心主義から脱却し、国民の権利を救済し、行政の違法を是正するために事案に応じて司法が適切かつ柔軟に司法権を行使することが法改正の趣旨である。

すなわち、今後の不当処分を予防的に防止するためなどの利益があれば確認の利益は肯定されると解されている。

本件では、仮に個別処分の違法が宣言されたとしても、被告による「個別処分は違法とされても、上限要綱自体は問題ない」という詭弁と開き直りを許しては、今後も紛争は抜本的に解決しない。

要綱それ自体が撤廃されない限りは原告は将来に渡って不利益処分を受ける恐れのある不安定な地位におかれ権利救済の目的は果たされない。

そして、なによりも、移動介護上限要綱それ自体の撤回がなされないのであれば、本訴訟を見守り、支援している原告以外の大田区在住の多くの身体障害者にとっては権利救済がなされない。

とりわけ人間らしい最低限度の生活基盤のために移動介護保障が必要不可欠である視覚障害者にとって事態は深刻である。

すなわち、大田区在住の多数の視覚障害者に平成16年3月まで上限なく認められていた移動介護支給量は平成16年4月以降、本件移動介護要綱の

上限規定に基づき削減された。

本件要綱は、大田区と大田区民である多数の視覚障害者にとって基本的人権規制の根拠として有害な法律関係として存在している。

多数の法律関係、権利関係を多数の個々の訴訟で解決することは現実的には不可能であって、実際訴訟に踏み切ることの出来る視覚障害者は現実としては稀であろう。

まさに本件を解決するためにこそ平成17年4月改正の新行政事件訴訟法が定めた公法上の当事者訴訟としての確認訴訟の存在意義がある。

そして、身体障害者福祉法と勘案事項調査に基づいて個別認定された支援費支給量を助役作成の一片の要綱で規制して支給制限するということが一般的に合法なのか否かという点は大田区以外の全国の地方自治体及びその住民、障害者、福祉関係者にとって重大なる共通の関心事項である。

従って、本件で移動介護上限要綱それ自体の違法を確認することが必要不可欠な事件なのである。

二五 予備的請求原因としての国家賠償請求の理由

1 予備的な国家賠償請求訴訟提起の意義（請求の趣旨第7項に関する予備的請求原因）

義務付け判決がよもや棄却されるものとは思わない。

裁判所の行政部には「釈迦に説法」であろうが、平成17年4月1日から施行の改正行政訴訟法の趣旨は「市民の権利救済の実効性の確保」であり、裁判所は出来る限り市民救済の姿勢を堅持しなければならないものであって、上記は杞憂であろう。

特に義務付け訴訟の存在意義の第一は本件のような社会保障給付請求訴訟にある以上、本件で市民が敗訴するようでは法改正の趣旨は没却されると言わざるを得ない。

しかしながら、今日までの行政訴訟一般の市民側の敗訴率の高さ、司法の行政寄りの姿勢の長い歴史、「訴えの利益」など行政訴訟特有の概念で結果として市民の権利救済に道を閉ざしてきたと絶望的に評価されてきた行政裁判の歴史、とりわけ社会福祉分野における過去の不当な判決に鑑みると、給付判決が否定される方が一の心配もしたくなる。

万一給付判決での敗訴により結果として被告大田区の違法を糾すことが出来ない危険に備え、国家賠償を命じる判決において被告大田区の行政行為の

違法を認定させたい。

そのため、請求の趣旨第7項の金銭給付判決については、主位的請求原因として、行政事件訴訟法の定める義務付け判決（行政訴訟判決）として求め、予備的な請求原因として国家賠償法に基づく損害賠償請求権として構成するものである。

2 行為の違法と過失

国家賠償法における違法及び過失概念については、行政法学上、判例上、議論がある。

学説上は抗告訴訟と同一とする違法一元説が有力であるが、判例は違法相對説と言われている。

最判昭和60年11月21日（民集39巻7号1512頁）によれば、国家賠償法での違法とは「公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背」することである。

また、最判平成5年3月11日（民集47巻4号2863号）は、税務署の課税認定において、「職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と更正をしたと認め得るような事情がある場合」を違法とした。

先日新聞報道された、弁護人に対して「接見の場所がないこと」を理由に接見拒否した事件を判示した平成17年4月19日最高裁判例（平成12年（受）第243号、平成17年（オ）第251号）によれば、

「検事が接見の申出に対し配慮義務を怠ったことは違法であるが、

平成4年当時、参考となる裁判例や学説は乏しく、前記説示したような見解が検察官の職務行為の基準として確立されていなかったこと等に照らすと、検事が配慮義務を怠ったことには、当時の状況の下において無理からぬ面があることを否定することはできず、結局、同検事に過失があったとまではいえないというべきである。」と言う。

もともと判例は、検察官の起訴については職務行為基準説を採用していたと言われる（最判昭和53年10月20日民集32巻7号1367頁）。

判例・学説のどのような説を採るにせよ、地方自治体における福祉行政の分野で、身体障害者福祉法に定められた要件に基づいて決定すべき支給決定において、法と勘案事実から導き出されるべき羈束行為を逸脱した違法行為を行ったことは、被告が「個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背したこと」「職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく法の趣旨

を逸脱したこと」は明らかであり、国家賠償法上の違法も、行政処分の違法を述べてきた原告の上記各所論から既に明らかと思われる。

そして、オンブズマン勧告を受けて是正措置の確約をしておきながらそれを踏みにじったという点の一つを取り上げても、被告が職務上通常尽くすべき注意義務を怠って原告に対して原告の生活権、権利を損なうような不利益で不当な処分をしたことは明らかであり、上記指摘した違法性の数々は過失を根拠付けることもまた明らかであって、被告の国家賠償法上の違法及び過失の証明は疑いない。

何しろオンブズマン勧告に対して平成15年2月4日に「介護人の派遣時間は、相談者の個別具体的な状況を十分把握し、その結果として導き出された必要量が提供されるものであること」と是正措置を確約したのは「大田区北地域行政センター 地域福祉課長」（北福収第1122号）（甲46）であって、本件実務責任者も同一役職である。平成16年4月1日から前職水野成俊から小泉邦雄と個人に異動はあったが、行政責任の職責上の役職としては同一人物と看做しうることは言うまでもない。

3 損害

前記した二三項2において記載した義務付け金銭給付判決と同じ金額が予備的請求としての損害賠償請求の内容となる。

すなわち、被告の違法な本件各行政処分により、原告は、原告鈴木敬治「移動介護記録」（甲第58号証）金額欄記載の損害を被った。

平成15年2月21日付「厚生労働省告示第27号」（甲42）によれば、その別表「身体障害者居宅生活支援費額算定表」の通則「イ 1 身体障害者居宅介護支援費」「ハ 移動介護が中心である場合」「（1）身体介護を伴う場合」は、「（二） 所要時間1時間以上の場合 5840円に所要時間1時間から計算して所要時間30分を増すごとに2190円を加算した額」と規定されている。これは平成15年4月1日から適用された。

平成17年3月18日付厚生労働省告示第86号（甲43）により、移動介護の単価は、「（二） 所要時間1時間以上の場合 5840円に所要時間1時間から計算して所要時間30分を増すごとに830円を加算した額」と改定された。これは外出時の身体介護付きの移動介護も、居宅内の身体介護と同一の単価に改正されたことを意味する。

これらの単価基準に基づいて個々の介護実績に則して支援費を具体的に算

出する事務作業は煩雑を極め、実務上は行政作成の「支援費請求用サービスコード表」(甲57の1～2)に当てはめながら算定される。その結果が甲第58号証記載の一覧である。

適法な処分が下されていれば受給できていたはず金銭給付額すなわち、被告の不法行為により侵害された原告の損害額は、平成16年4月1日～同17年6月末日の期間において金565万4680円となる。

これに本訴状送達の日翌日から民法所定の年5分の遅延損害金を各請求する。

二六 結論

よって、請求の趣旨各記載の判決を求め原告は本提訴に至った次第である。

証 拠 方 法

- 甲第1号証 住民票
- 甲第2号証 戸籍謄本
- 甲第3号証 身体障害者手帳
- 甲第4号証の1～7 身体障害者居宅受給者証
- 甲第5号証 平成16年3月5日付身体障害者支給量変更決定通知書（支援費）
- 甲第6号証の1 平成16年4月1日付身体障害者居宅生活支援費支給決定・利用者負担額決定通知書（支援費）
- 甲第6号証の2 平成16年10月1日付身体障害者居宅生活支援費支給決定・利用者負担額決定通知書（支援費）
- 甲第6号証の3 平成16年12月28日付身体障害者居宅生活支援費支給決定・利用者負担額決定通知書（支援費）
- 甲第6号証の4 平成17年4月1日付身体障害者居宅生活支援費支給決定・利用者負担額決定通知書（支援費）
- 甲第6号証の5 平成17年7月1日付身体障害者居宅生活支援費支給決定・利用者負担額決定通知書（支援費）
- 甲第7号証 平成16年5月31日付異議申立書（処分1に対して）
- 甲第8号証 大田区長西野善雄による原告に対する平成16年8月5日付補正命令（経総収第186号の2）
- 甲第9号証 平成16年8月15日異議申立補正書（処分1に対して）
- 甲第10号証 平成16年11月16日付異議申立書（処分2に対して）
- 甲第11号証 平成17年2月14日付異議申立書（処分3に対して）
- 甲第12号証 平成17年5月9日付異議申立書（処分4に対して）
- 甲第13号証 大田区長宛2004年4月20日付書面及び公開質問状
- 甲第14号証 大田区長宛2004年4月20日付要望書
- 甲第15号証 大田区長宛2004年4月23日付抗議声明文
- 甲第16号証 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」と題する書面（北福収第114号）
- 甲第17号証 大田区長宛2004年5月24日付要求書
- 甲第18号証 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)

甲第19号証 上記回答に関する照会の回答書と照会申出書の同一証明
(東照第142144号)

甲第20号証 厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部障害福祉課長作成
の平成17年1月18日付課長作成の平成16年7月30日付
「弁護士第23条の2に基づく照会の件について(回答)」(障
障発第0118002号)

甲第21号証 上記回答に関する照会の回答書と照会申出書の同一証明
(東照第142145号)

甲第22号証 昭和46年1月10日 原告の投書が掲載された朝日新聞

甲第23号証 「こんな足だけどころなところへ行ってみたいのさ 自立を
求めて」と題する鈴木敬治作成文書

甲第24号証 松山クリニック松山毅医師作成平成16年3月18日付検
診書

甲第25号証 2004年10月11日毎日新聞記事

甲第26号証 陳情書

甲第27号証 大田区議会議長小原直美作成の平成16年12月16日付
「請願・陳情の審査結果について(お知らせ)」と題する書面(大
議請収16第62号)

甲第28号証 大田区議会 健康福祉委員会記録 平成16年10月12
日付(本件関連部分抜粋)

甲第29号証 // 同年11月15日付

甲第30号証 // 同年12月2日付

甲第31号証 平成16年3月12日 大田区議会 予算特別委員会議事
録(本件関連質疑部分抜粋)

甲第32号証 大田区福祉事務所長による平成16年3月26日付生活保
護他人介護料保護申請却下通知書(北生申収第3843号)

甲第33号証 同処分に対する原告の東京都に対する平成16年5月18
日付審査請求書

甲第34号証 平成16年3月26日却下処分に対する平成16年6月2
9日付却下取消通知書(北生発第275号)

甲第35号証 大田区福祉事務所長による平成16年7月12日付保護変

更決定通知書（北生申収第3843-2号）

- 甲第36号証 障害者基本法
- 甲第37号証 身体障害者福祉法 支援費関連条項抜粋
- 甲第38号証 同法施行規則 支援費関連条項抜粋
- 甲第39号証 大田区支援費の支給に関する規則（平成15年4月1日規則第66号・同16年3月31日第65号・同年10月1日第93号）
- 甲第40号証 平成15年7月1日付保福障発第533号助役決定にかか
る「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」
- 甲第41号証 平成16年4月1日付区長決定にかか
る「大田区居宅介護
支援費（日常生活支援）の支給決定に関する要綱」（保福障発第
2168号）
- 甲第42号証 平成15年2月21日付官報「厚生労働省告示第27号」
- 甲第43号証 平成17年3月18日付官報「厚生労働省告示第86号」
- 甲第44号証 大田区福祉オンブズマン高橋幸三郎作成の平成15年3月
24日付苦情調査結果通知書（経広才収第50-4号）
- 甲第45号証 大田区福祉オンブズマン高橋幸三郎作成の平成14年12
月18日付「調査の実施に基づく勧告通知書」（経広才収第50
-3号）
- 甲第46号証 大田北地域センター 地域福祉課長作成の平成15年2月
4日付「是正等措置報告書」（北福収第1122号）
- 甲第47号証 大田区福祉オンブズマン制度平成14年度運営状況報告書
（平成14年4月1日～平成15年3月31日）このうち、Ⅲ
は本件関連事例として事例11を抜粋した。
- 甲第48号証 大田区地域保健福祉計画平成15年度・平成16年度～計
画見直し版～ 抜粋
- 甲第49号証 平成14年3月5日付 厚生労働省 社会・援護局障害保
健福祉部障害福祉課 障害保健福祉主管課長会議資料 抜粋
- 甲第50号証 平成13年3月6日付 厚生労働省 社会・援護局障害保
健福祉部障害福祉課 障害保健福祉主管課長会議資料 抜粋
- 甲第51号証 平成15年1月28日付毎日新聞記事
- 甲第52号証 支援費制度の概要について（厚生労働省資料より）

- 甲第53号証の1 大田区議会健康福祉委員会記録(平成17年2月10日)
 同の2 大田区議会健康福祉委員会記録(平成17年3月3日)
 同の3 大田区議会健康福祉委員会記録(平成17年3月11日)
 同の4 大田区議会健康福祉委員会記録(平成17年5月13日)
 甲第54号証の1 大田区財政白書・抜粋(平成15年度決算版)
 甲第54号証の2 主要施策の成果歳入歳出決算概要説明書・関連箇所抜粋
 (平成15年度)
 甲第55号証の1 大田区各会計予算事項別明細書・関連箇所抜粋(平成15年度)
 甲第55号証の2 同(平成16年度)
 甲第55号証の3 同(平成17年度)
 甲第56号証の1 保健福祉部・保険所事業概要・関連箇所抜粋(平成15年7月)
 甲第56号証の2 同(平成16年7月)
 甲第56号証の3 同(平成17年7月)
 甲第57号証の1～2 支援費請求用サービスコード表
 1 平成16年4月1日提供実績分より適用版
 2 平成17年4月提供実績分より適用版
 甲第58号証 原告鈴木敬治「移動介護記録」
 甲第59号証の1 居宅介護サービス提供実績記録票 書式
 甲第59号証の2 居宅生活支援費明細書 書式
 甲第59号証の3 身体障害者居宅生活支援費 請求書 書式

その他、必要に応じて適宜提出する。

添 付 書 類

- | | |
|-------|-------|
| 1 委任状 | 1 通 |
| 1 甲号証 | 正副各1通 |