

川崎就学訴訟判決の最大の過ちについて

2020年5月11日

弁護士 大谷 恭子

はじめに

和希君の横浜地裁判決は、そもそも保護者の意思表示、障害の状態等重要な事実についての事実認定からして誤り、行政措置の違法性を判断するに、その措置によって奪われる権利の内容について何ら判断せず、その判断の枠組みについても重大な勘違いをし、学校教育法施行令の解釈については制度改革以前、否旧来システムでさえもうすこしましな解釈だったのではないかと思われるくらい、一から十まで誤認と勘違いと不勉強の塊である。光菅さんご両親をして、この2年間、自分たちは何をしていたのだろうか、根底的な裁判不信に陥ったのも、あまりにも当然である。しかも当裁判所は、訴訟進行においては、果敢に被告市教委に釈明を求め、これに市教委は満足に答えられなかったのである。裁判所が疑問と思うことに、被告市教委は何一つ十分に答えられなくても、それでもこんな判決しか書けないのかと、行政に対する司法の腰砕けぶりに憤然を通り越して、この国に生まれた不幸を呪いたくなるくらいの気持ちだった。

今回、判決直後に、光菅さんが川崎のマイホームを捨て、お父さんの実家のある川崎の隣接地である世田谷区に移住を決意したことは当然のことと支持したい。和希君が同世代の子と共に学ぶことは、成長の過程にこそ保障されなければならない。今それが裁判でも手に入れることができなかつた以上、両親は重大な決意をせざるを得なかつただろう。しかも、区境を超えただけで、直ちに、地域の学校の普通学級籍が指定された。このたった一枚の就学通知を手に入れるために、光菅さんらは、2年間裁判をし、しかも全く無理解な不当判決によって、これが叶わつた。これが、隣接自治体では、住民票の移動と共に手に入れることができたのである。世田谷区では、保護者の意向を最大限尊重することが、地域の実践によって、確認され、護られているのである。現在、コロナによる全校休校で未だ通学できていないが、早晚、小学校に元気に通学する和希君の姿を見ることができるとは確実である。

和希君は、転居転校という形で特別支援学校から地域の小学校に学籍を移さざるを得なかつたのであるから、小学校入学時の特別支援学校就学決定がなくなつたわけではない。今後、裁判で引き続きその違法性を問い続けていくことになるが、すでに川崎市立小学校への入学を求める必要はなくなつたことから、裁判の形式としては、違法な処分によって2年間、和希君の就学が遅れたことの賠償を求めていくことになる。待つことを許されない和希君の就学を実現しながら、違法処分によって奪われた2年間を取り戻す裁判を続行し

ていくことになる。

以下、控訴審に向けて、原判決の問題点を指摘したい。

1、原判決の致命的欠陥—原告らの権利内容を吟味せずに判断していること

原判決は、誠に読みにくい判決である。一読してことごとく原告らの主張を排斥していることは明らかだが、なぜこのような論理展開になるのかが不明であり、判決を読みなれているはずの弁護士でさえこれに戸惑わざるをえない。判決は、本件就学通知の適法性について判断するに、手続き上の適法要件と、実態上の適法要件と分け、手続き上の適法要件については学校教育法施行令に規定する通知等の期限を定める諸手続き、実態上の適法要件については、学校教育法施行令5条（以下5条という）の要件に合致しているかどうかを判断し、これらをいずれも適法とし、既に5条の裁量権の範囲だったと判断したうえで、加えて、さらに裁量権の逸脱乱用があるか否かについて判断を加えたとし、判断過程及び判断内容についても妥当であり、逸脱乱用はないとしている。そして、これについての判示は実に41頁から64頁の23頁に及び、原告らの主張をことごとく排斥したうえで、最後に、誠に蛇足的に、64頁から65頁にかけて、原告らの主張に対する検討として、就学通知は①人権としてのインクルーシブ教育に反すること、②原告父母の意向を一方向的に無視して保護者に十分な情報を提供をしなかったこと、③原告和希に対する医療的ケア、移動の障壁に対する合理的配慮及び安全な学校生活に対する合理的配慮の提供が検討されていない点が違法である旨主張しているとし、これにたったの数行づつの判断を加えている。この判断の枠組みそのものが、誠に不合理である。

そもそも、これら判決が蛇足的に付記したことが原告らのメインの主張であり、これらの権利を有するがゆえに、学校教育法施行令5条の判断においても、その判断過程および判断内容においても、これら権利を踏まえたとうえで解釈されなければならないと主張立証してきたものである。これは訴状においても、また準備書面においても、5条解釈の柱となるべきものとして主張してきたものであるが、判決は驚くべきことに、これらを判断せずに、まずは5条だけを取り出して、しかも独自の解釈をもって判断規範を定立し、これに当てはめて適法だとし、ここでは上記の「人権としてのインクルーシブ教育」「保護者の意向尊重」「合理的配慮が検討がされていないこと」の点に一切触れていないのである。

5条によって判断される内容が就学通知である以上、判断対象者がどのような権利を持っているかが認定され、かつ、それがどのような手続きで保障されなければならないのかについては、まずもって判断されなければならないはずである。にもかかわらず判決は、まずは5条を形式的に判断し、最後に、5条判断が適法だから原告らの権利侵害はないとばかりに一刀両断に切り捨てているのである。権利の内容を吟味せずに適法か否かは判断できない。にもかかわらずなぜこのような論理展開となったのか。しかも判決は、判断の冒

頭 41 頁に、「本件就学通知は、小学校の特別支援学級籍を希望する原告らにとってその権利利益を侵害する処分であるから、その侵害を正当化する処分要件の充足を基礎付ける事実については、被告県において主張立証責任を負う」とし、本件就学通知が和希君にとって権利利益を侵害する処分であると認めたとうえで、立証責任も転換するまで言っているのである。にもかかわらず、和希君らの権利がどのようなものだったのかについては、その判断過程においては全く考慮していない。権利侵害についての当否の判断が求められる判決の通常の論理展開—判断過程に添うならば、まずは和希君らの権利利益の内容が吟味されるはずである。それこそが①人権としてのインクルーシブ教育であったし、②権利として合理的配慮を請求できること、また③これらを支える保護者の教育選択権であり、かかる権利が実体的手続要件の判断過程で侵害されたかどうか判断されるべきはずである。冒頭に、本件処分が原告らの権利利益を侵害すると判断しながら、その内容を吟味も確定もしなかったことは、不思議というしかないし、以降 23 頁にもわたる処分の適法要件吟味を全く無意味のものとしている。

原判決の最大の誤りはこの点にある。

まずは上記 3 点が、5 条判断をするにあたって前提として踏まえるべきものとして最初に判断されるべきであり、かつ 5 条の適法要件を吟味するに不可欠な要素だったにもかかわらず、これらの権利利益の内容と切り離し、最後に判断の対象としたことである。これは、原判決の致命的な欠陥である。

以下、原判決がたった数行しか判断しなかった、本件の枢要な論点について、以下反論する。

2、人権としてのインクルーシブ教育に反することについて

(1) インクルーシブ教育についての誤解

判決は「インクルーシブ教育は特別支援学校での教育を排除するものではないから、特別支援学校での教育は、インクルーシブ教育の理念に反するものとはいえず、原告和希のインクルーシブ教育を受ける利益を侵害するものであるとも言えない」とだけ判示した。

これは啞然とする内容である。しかもこの根拠として判決が引用しているものは、文科省の主張する「障害のある児童生徒等に対する一貫した支援について」（文科省通知）と教育支援資料から、共生社会の形成に向けたインクルーシブ教育システム構築のための特別支援教育の推進（報告）概要によれば、「障害者権利条約 24 条は障害者が障害に基づいて教育制度一般（general education system）から排除されないことを定めているところ、権利条約 24 条の「教育制度一般」には、特別支援学校が含まれるとし、その後この解釈が変更されたことを認めるに足る証拠はない」と言い切っているのである。

まず権利条約 24 条が規定する、general education system は、教育制度一般と訳されるべきではなく、一般的な教育制度と訳されるべきである。これは、障害者権利条約の仮訳

段階で、文科省が意図的に誤訳したとして障害者団体から多くの非難を浴び、最終的に公定訳としては、「一般的教育制度」と変更されている。判決はどこを見てその後変更されたことを認めるに足りる証拠はないなどと言ったのか、原告提示の障害者権利条約においてはそのような訳は使っていない。教育制度一般とすると、確かに特別支援学校を含む制度との解釈となるが、一般的教育制度とは、通常の教育制度、すなわち多くの子どもたちのための教育制度（メインストリーム）ということになり、特別支援学校は含まれない。よって、教育制度一般なのか一般的教育制度なのかについては、インクルーシブ教育制度をどのように理解するかについては大きな違いが存することから、批准のための障害者制度改革の時点で仮訳は見直され、公定役となったのである。にもかかわらず、こんなところで否定された仮訳が生きているとは驚きを禁じ得ない。

障害者権利条約は、インクルージョンを尊厳、無差別に続く一般原則（3条）にあげ、重ねて、24条教育において、インクルーシブ教育として詳細な規定を置いたものである。すなわち、第1項において、教育についての障害者の権利を宣言し、この権利を差別なく機会均等に保障するためにあらゆる段階の教育においてインクルーシブ教育制度を確保し、さらに2項(a)において一般的な教育制度から排除されないこと、(b)自己の生活する地域社会においてインクルーシブで質の高く無償の初等・中等教育を受けること、(c)個人が必要とする合理的配慮が提供されること、(d)必要な支援を一般的な教育制度の下で受けること、(e)完全なインクルージョンという目標に合致する効果的で個別化された支援措置が取られること、と規定している。この詳細な規定から、まずはすべての障害のある子が一般的教育制度、多くの子が就学している地域の通常の学校制度から排除されることなく、小中学校、高校の初等・中等教育が保障され、その中で合理的配慮と必要な支援が受けられ、加えて、限定的な場面として、「学問的及び社会的な発達を最大にする環境において、完全なインクルージョンという目標に合致する効果的で個別化された支援措置」も認める、という構成になっている。要するに、原則としてすべて障害のある子は一般的な教育制度である地域での小中学校での教育が保障され、特別支援学校への措置は、まさに、(e)項に規定された限定的な条件の下で「効果的で個別化された支援措置」として認められる、という構成を取っている。

これを全く無視し、しかも否定された仮訳を根拠に、特別支援学校は「教育制度一般」に含まれるのだから、「特別支援学校の教育はインクルーシブ教育の理念に反するものとはいえず」とか、「インクルーシブ教育を受ける利益を侵害しているものであるともいえない」などと判断することは、最初に結論を決めたうえで牽強附会に屁理屈をこじつけたに過ぎない。これだけで、この判決の水準の低さが露呈している。

(2) 和希は小学校で障害のない子どもたちと共に学ぶことを求めていること

判決の不思議なことは、特別支援学校はインクルーシブ教育の理念に反するものではないからインクルーシブ教育を受ける権利を侵害しているとは言えないなどと判示しながら、

原告和希が、地域の小学校で同年齢の子どもたちとの教育を求めていることについては何ら触れていない。実は、特別支援学校がインクルーシブ教育の理念に反するか云々が問題なのではなく、原告らが求めているのは、小学校で同年齢の子どもたちと学びたい、学ばせたいということである。この希望について、特別支援学校もインクルーシブ教育の理念に反していないなどということは何ら答えになっていない。そこには明らかに同世代の子どもたちはいないからである。

なぜ障害のある子が地域の学校から排除されるのか、これについての明快かつ合理的な理由が付されなければならないが、判決はこれについては、5条判断として、市教委に裁量権があり、その裁量権の範囲で、障害の状態、専門家の意見を重視し、教育ニーズを障害の医療モデルで判断し、必要な教育支援は特別支援学校が適合的かつ総合的であるとし、地域の教育体制も整備されている状態ではないと認定し、その他の事情として安全も確保されないと、ことごとく原告らの希望を排斥した。ここでは、和希君が同世代の子どもたちと共に学ぶ機会を奪われることの不利益については全く考慮をしていないのである。

要は、判決は、障害のある子が障害のない子と共に学ぶことは人権として保障されなければならないということについては一顧だにしなかったのである。個々人の人権であることを認め、該人権を侵害する結果となる処分だからこそ、その裁量権の範囲が問題となるのであって、これを無視し、適法だから、かつ特別支援学校もインクルーシブの理念違反していないから、などということは何ら答えになっていない。

因みに、権利条約 24 条については 2016 年国連から一般意見として解釈が明らかにされているが、インクルーシブ教育は個々人の基本的人権であることが明確にされている。

パラグラフ 10

1. インクルーシブ教育は、すべての学習者の基本的人権である。
2. インクルーシブ教育は、すべての生徒が自分らしくあり、障害のある生徒の固有の尊厳と自立を尊重し、効果的に社会に参加し、貢献できる存在であることを原則とする。
3. インクルーシブ教育は、教育以外の人権を実現するための手段であること。

さらに、先述の一般的教育から排除されないという趣旨についても、以下のように明らかにした。

パラグラフ 18

・通常教育制度から障害のある生徒を排除することは禁止されなければならない。個人の能力の程度をインクルージョンの条件とすること、合理的配慮の提供の義務から免れるために過度の負担を主張することなど、機能障害またはその機能障害の程度に基づきインクルージョンを制限する何らかの法的または規制的条項による排除も含めて、禁止されるべきである。

以上の 24 条の一般意見に則れば、和希君の基本的な人権であるインクルーシブ教育を受ける権利は、医療的ケアを必要としているとか、コミュニケーションが困難だとか（事実認

認であるが）の能力の程度によって奪われるものでもなく、看護師配置が準備できないとか、合理的配慮の提供不能などという理由によって奪われてはいけないということである。これに則り、原告らは、5 条判断においても、人権としてのインクルーシブ教育への権利があることを前提に判断されるべきであることを主張してきたにもかかわらず、判決は 5 条判断をするに際してこれを無視し、適法であるとしたうえで、特別支援学校の教育もインクルーシブ教育の理念に反するものではないから、インクルーシブ教育に反するものではないと、陳腐としか言いようのない理屈を展開している。

原告らが求めてきたのは、インクルーシブ教育システムではなく、地域の小学校で同世代の子と共に学ぶことである。特別支援学校をどう位置づけようと、そこには同世代の障害のない子がいないことは明らかである。なぜこのような言い換えをしてまで、たった一人の和希君の同世代の子と共に学ぶ権利を否定しようとするのか、理解に苦しむと言わざるを得ない。

3、本人・保護者の意向を無視したことについて

(1) 保護者の意向を無視したこと

これについての判断は全くお粗末である。すなわち判決は、「原告父母の意向を尊重して市教委、県教委の三者間で原告和希の教育ニーズと必要な支援についての合意形成を図るための協議がされていることが認められるから、市教委や県教委が原告父母の意向を無視したとはいえない」としている。

保護者の意向尊重は、合意形成において問題になるものではない。まさに、就学先決定の判断に際し、最重要要素として考慮されなければならないものである。すなわち、5 条判断に際し、5 条が羅列する「障害の状態」や「必要とする支援」等の要素のうち、もっとも尊重されなければならないものということである。

判決は、5 条判断においては、就学先決定における保護者の意向尊重について、「就学先の指定は何よりも障害の状態に応じた教育ニーズに合致したものでなければならない」として、しかもその際には専門的知識を有する第三者的な客観性のある意見を聴くものとしているのであるから、「保護者の意見が不合理でない限り保護者の意見に添うべきである」との原告らの主張に対しては、そのような施行令解釈はできない、といとも簡単に排斥した。それでは、「可能な限り尊重する」ということを実態的手続きにおいてどのように反映させることができるのだろうか、これについては何ら答えていない。

判決は、障害者権利条約批准のための国内法整備として学校教育法施行令が改正され、施行令と同時に文科省から「保護者の意向は可能な限り尊重されなければならない」との通知（25 文科初第 655 号）が出されたことを全く無意味にしてしまったのである。これは、

障害者制度改革の結果をも否定する、判決の暴挙と言わざるを得ない。なぜ、施行令の改正と同日付で文科省通知が出されたのか、それは、改正 5 条が結局は総合的判断となり、教育委員会のフリーハンドとなってしまふことに対する歯止めとして発出されたものである。少なくとも改正当時にはそのように説明されて来た。この経緯を一裁判所が覆すことはできない。

そもそも障害者権利条約は、インクルーシブ教育として障害のある子もない子も共に学ぶことを求めているのであり、障害の種類と程度によって分離教育を強制することは、24 条違反であることが明確であった。よって、批准に向けて就学先決定を規定する施行令の改正が迫られてきたのであるが、まずは障害者制度改革の第一弾として、2011 年、障害者基本法を抜本改正し、教育を規定する 16 条 1 項に「可能な限り障害者である児童と生徒が障害者でない児童と生徒と共に教育を受けられるよう配慮する」とインクルーシブ教育が「可能な限り配慮されるべきである」と明記し、さらに第 2 項において、前項の目的を達成するため、「障害のある児童及び生徒並びにその保護者に対し十分な情報提供を行うとともに、可能な限りその意向を尊重しなければならない」と規定し、ここに本人と保護者の意向尊重をまずは明記した。

そして、2013 年にいよいよ分離教育を原則とする学校教育法施行令を改正する際に、権利条約批准に向けて障害者の制度改革に取り組んでいた内閣府障害者政策委員会（「障がい者制度改革推進会議」が改組されたもの）において、原則として地域の学校に全員学籍を有する制度に転換するべきであるとの意見が出されたが、これに対し、文科省が時期尚早と強く反対し、分離でもなく統合でもない価値中立的な「総合的判断」となり、そのうえで、保護者の意向については最大限尊重するようになったのである。すでに障害者基本法 16 条（教育）において、本人保護者の意向については可能な限り尊重しなければならないと明記されていたのであるから、総合的判断としてもこれに反することはできず、同日付けて、これを確認するための通知が出されたのである。

この過程を鑑みれば、保護者の意見が専門家の意見と同価値であるはずがない。そして、総合的判断において最大限尊重されなければならないということは、保護者の意見が不合理でない限り尊重されるということの意味していることに他ならない。これ以外に「最大限尊重」を制度的に保障できる判断規範を示してもらいたいが、判決はこれに触れることなく、ただ施行令解釈として採用できないと、なできったのである。

（２）本人和希の意思も無視したこと

判決は、5 条判断において、障害者基本法 16 条において、明確に本人の意向も尊重されなければならないと規定しているにもかかわらず、学校教育法施行令は、本人の意見を聴くことを必要なものとしては規定していないし、和希君は意思表示が困難であるから和希君の意思を聴取することは困難であると決めつけ、全く無視してしまった。両親がなぜ地域の学校を希望するに至ったかの経緯を聴けば、和希君が明確な意思をもって同世代

の友達と一緒に学ぶことを求めていることは明らかであった。子どもであろうと障害者であろうと、まずは何よりも本人当事者の意見を聴き、それを尊重しなければならないというのを、判決がいかに軽んじているか、ここまで露骨に言われてしまうと、呆れるとしか言いようがない。

しかも、もともと、2004年障害者権利条約が成文化される過程においては、障害者はインクルーシブ教育を選択できるという教育選択権として明記されてきた経緯がある。「すべての障害者は自身のコミュニティにおいて、インクルーシブで利用可能な教育を選択できる」との規定である（第6回アドホック委員会日報より）（注1）。これに対し、当事者団体から、この規定だと政府に選択権があるとの誤解を生むとの懸念が出され、選択権として規定するのではなく、誰でもがインクルーシブな学校に就学できることを前提に、政府に、インクルーシブ教育を整備させる規定となったのである。確かに選択権とすれば障害者本人の権利性は明確になるが、選択の対象となるインクルーシブな教育の制度設計への義務付けが薄くなるおそれもある。これを踏まえ、選択しようがしまいが、とにかく教育はインクルーシブなものでなければならないとしたほうが、よりインクルーシブ教育への権利性は明確となる。選択権からどの子どもインクルーシブ教育を制度的に保障するとの変更は、一歩進んだ規定ぶりとして障害者団体は歓迎したものだ。よって、権利条約は、本人が自己決定権—選択権があることはそもそもの大前提であり、加えて政府にインクルーシブ教育を制度として確立することを求めているのである。

日本の権利条約批准時における議論においても、これらの経緯を踏まえ、選択権とまでは明記しなかったが、まずは2011年障害者基本法16条（教育）において、「可能な限り本人保護者の意見を尊重する」と明記したのはそのためである。

判決はこの経緯を全く無視し、制度改革を骨抜きにするものであり、断じて許すことができない。

4、合理的配慮について検討をしなかったことについて

（1）判決の合理的配慮についての判断

これについての判決の判断は、勘違いとしか言いようのないものである。まず、判決は、5条判断の判断過程における裁量権の逸脱乱用の有無を判断するに際し、誠に勘違いしていると思えない理由で排斥し、くわえて、医療的ケア以外の移動等の配慮については検討もしていないことについては、原告和希が小学校に入学することが適当であることを前提の主張であるとして排斥している。

5条判断における合理的配慮についての判断は以下のとおりである。

- ① 専門家で構成されている支援会議で意見を聴いて就学先を指定する運用をしているので、運用は合理的であり、主治医や幼稚園に照会しなかったことも合理的配慮を欠いているとは言えない。
- ② 川崎市の医療的ケア事業において人工呼吸器使用児を対象としていないことについて

は、市の人的・物的・財政的体制を考慮したうえで、市が合理的裁量によって決定すべきであり、小学校で人工呼吸器使用児の受け入れが今までにはないこと、文科省発出文書においても、人工呼吸器を使用する児童を小学校等において原則として受け入れるべきなどの提言は記載されていないこと、川崎市が指定都市であり、小学校における看護師配置が財政的には可能であると推認され、全国における人工呼吸器使用児の小学校への入学の事例等を斟酌しても、市の運用が障害者に対する合理的配慮を欠く、不合理な差別とまでは言えない。

- ③ 神奈川県においては特別支援学校では人工呼吸器使用児の医療的ケアの対象となるように体制を構築されつつあるが、少人数で専門性の高い特別支援学校と小学校と同一視することはできない。

(2) 判決の明らかな勘違い

上記①は、あまりにも明白な勘違いである。幼稚園や主治医への照会は、合理的配慮の問題ではなく、本人の「教育ニーズ」や「障害の状態」に対するより正確な情報を得ることの必要性から求められるものである。これらは、5条判断の手続きにおいてその提出が求められているにもかかわらず、本件はその提出すら求めずに判断されたものであり、そのことはそれ自体で大いに問題であるが、これを求めなかったことが合理的配慮を欠いていることというのではない。専門家会議が合理的に運用されているから合理的配慮を欠いていない、などとの判示は、あまりの勘違いであり、恥ずかしい限りである。

②もまた勘違いである。合理的配慮は必要とする個人が権利として請求できるものである。本件においては、和希君の小学校就学に際し、看護師配置が必要か否かが検討されなければならなかったが、川崎市は、これに対し、医療的ケア事業一般の中で、人工呼吸器使用児童は対象としていないことをあげ、医療的ケア事業は市の裁量に委ねられているから問題ないというのである。医療的ケア事業がたとい市の裁量であったとしても、個別和希君の就学のために合理的配慮として医療的ケアを提供できるか否かの問題である。問題になるとしたら財政的に過度な負担かどうかであり、これについては、川崎市は指定都市であり財政的には看護師配置は可能であると、判決も認めている。合理的配慮の提供を検討するに、未だ小学校で受け入れたことがないとか、文科省も小学校に受け入れるべきだと言っていないとか、は一切理由にならない。なぜならあくまで個別の配慮を求めているのであり、初めてのことは多々あろうし、文科省が「べきだ」とまで言っていないくても、実際はすでに全国で入学しているケースがあるにもかかわらず、配慮を検討しないこと理由とはならない。

判決は、医療的ケア事業の中でやれるかどうかにより、その運用は市の裁量なのだから合理的配慮を欠いたことにならないので、差別ではないと言い切ったのである。これは合理的配慮と差別に関するあまりにも無理解・勘違いである。

- ③についても、特別支援学校で看護師配置ができて小学校にできない理由に、学校の規

模とか専門性のある学校か否かを上げているが、合理的配慮にこれらが問題となるわけではない。

(3) 合理的配慮の検討は不当な差別か否かについての判断に必要不可欠であること

原告らは、本件処分が、小学校での合理的配慮の検討が一切なされずになされたことを問題にしている。本件処分は、最初から特別支援学校ありきであり、小学校に就学したらどのような配慮が必要となるかについての検討をしていない。判決はこれにつき、明確ではないが、小学校に就学することを前提の主張であると排斥し、特別支援学校適と判断されたのだから小学校における合理的配慮の検討は不要であると判断していると思われる。しかし、これもまた合理的配慮及び障害者差別に対する無理解である。

障害者差別解消法は、障害者に対し不当な差別的取り扱いをすることにより権利利益を侵害してはならないと規定する。不当な差別的取り扱いとは、障害のないものと比べ不均等待遇があり、これを正当化する事由のない場合である。障害を理由とする区別、排除、制限その他の異別扱いは不均等待遇であるが、ただし、その取扱いが客観的に見て正当な目的のもとに行われ、かつ、目的に照らし当該取扱いがやむを得ないとされる場合には不均等待遇を正当化する事由があるとして不当な差別とはならない。特別支援学校就学措置は障害を理由とする区別、排除等であり不均等待遇であるが、それが当該障害者の教育を目的とするという正当な目的のもとに、かつその目的に照らしやむを得ないとされる場合には正当化事由が存するということになり、差別とはならない。すなわち、本件処分は和希君の教育を目的とするものであり、その目的に照らしやむを得ないとされる場合か否か、人工呼吸器を使用し、医療的ケアが欠かせずまた安全上の配慮を要すること、コミュニケーションの障壁、移動の障壁があること等、これらの点からやむを得ない場合であれば差別ではないということになる。

一方、障害者は権利利益を実現するために合理的配慮を求めることができる。和希君は、小学校での就学について、市に対し合理的配慮を求めることができるのであるから、医療的ケア及び移動の障壁等についての合理的配慮が提供されれば小学校への就学が可能であれば、不均等待遇が「やむを得ない場合」とはならない。不均等待遇の正当化事由の存否を判断するには、小学校における合理的配慮を尽くしたら就学が可能かどうかを検討されなければならないのである。特別支援学校就学措置が、教育を実現するという目的に照らし、やむを得ないものかどうかを判断するには、小学校での合理的配慮を検討し、合理的配慮を尽くしさえすれば小学校において教育が実現しうるかどうかはまず判断されなければならない。そして、小学校で合理的配慮が提供されれば就学可能ということになれば、不均等待遇である特別支援学校への就学を正当化するやむを得ない事由が存するとは言えず、不当な差別であるということになる。

(4) 合理的配慮を検討せずに地域の小学校の入学を拒否することは差別である

結局は、小学校における合理的配慮を検討し、これらを尽くしても小学校では教育を達成しえないという非常に限定的な場合にだけ、特別支援学校への就学強制がやむを得ない場合として不当な差別には該当しないということになるが、かような場合を果たして想定しうるだろうか。

以上については、障害者差別解消法に向けて内閣府に設置された障害者政策委員会差別禁止部会において、丁寧に議論を交わし、2012年9月部会意見(注2)としてまとめた経緯に明らかである。

実際、本件において、学内の移動については、保護者らが、エレベーターが設置されていた東生田小を選択したことによって、改めての配慮は必要とせず、医療的ケアは、小学校に看護師さえ配置すれば十分に対応できるものであり、さらに、人工呼吸器使用の安全上の問題についても、人工呼吸器の理解の問題でもあり、また特別支援学校においても保護者の付き添いが求められているのであるから(このこと自体大いに問題であるが)、これをもって「やむを得ない場合」の事由とすることはできない。とすれば、小学校における医療的ケアに対する合理的配慮の提供が検討されなければならなかったはずであるが、前述のように、本件においては、これを真摯に検討していないし、その他、たとえばコミュニケーションの障壁については「障害の状態」としてしかとらえていず、合理的配慮の問題としてとらえず、かえって排除を正当化するために使っているのである。よって、合理的配慮を検討もせず、和希君を地域の小学校から排除し、同世代の子どもも集団から分離した本件処分は、排除分離することにやむを得ない正当事由は存せず、和希君の学習権を侵害する不当な差別的処分なのである。

因みに、本件提訴後であるが、2018年、国連は障害者権利条約第5条(平等および無差別)についての一般意見第6号(注3)を発表したが、ここでは明確に以下の様に述べている。

C. 差別の禁止及び平等かつ効果的は法律の保護に関する5条2

パラグラフ18(a)直接差別の例示として「例えば、締約国の学校が障害のある子供の入学を拒否した理由が、単にその障害を理由として教育プログラムを変更することを避けるためであった場合は、直接差別である」

(b)「間接差別」の例示として、「例えば、ある学校が読みやすい形式の書籍を提供していない場合、知的障害者は、規則上はその学校に通うことは可能でも、実際には別の学校に通うことが必要になるため、それは知的障害者を間接差別していることになる」

D. 合理的配慮に関する5条3

パラグラフ24(b)合理的配慮は、障害者がアクセシブルではない状況や環境へのアクセスを必要とする時点、または自らの権利を行使したいと思う時点から提供さ

れなければならない。

K. 教育に関する 24 条

パラグラフ 63 「一部の締約国が、障害のある学生にたいして、インクルーシブで質の高い教育を行っている普通学校の平等な利用の提供を怠っていることは差別的であり、本条約の目的に反し、5 条及び 24 条に直接的に違反している。」

パラグラフ 64 「障害に基づき障害のある学生を普通教育（メインストリームな教育）及びインクルーシブ教育から阻害する教育の分離モデルは、本条約の 5 条及び 24 条 1 (a) に違反している。5 条 3 は、締約国に対し、合理的配慮が提供されるようあらゆる適切な措置を講じることを要求している。その権利は 24 条 2 (b) によって強化されており、そこでは障害者が生活する地域社会において障害者に対するインクルーシブ教育を確保することを要求している。

以上の一般意見によれば、本件就学処分が差別であることは明らかである。特に直接差別

の例として、「教育プログラムを変更せずに入学を拒否することは直接差別である」としていることである。教育プログラムの変更はまさに合理的配慮として提供されなければならないのであり、これの検討もせずに排除するということは直接差別であるとしている。本件はまさにこれに当たる。なお、本件とは直接関連はしないが、一般意見は、間接差別の例として、知的障害者に読みやすい教科書を提供しないことを上げている。教科書の提供は合理的配慮として義務付けられるが、これが得られないことによって別の学校に通うことになるのは、間接差別だということである。間接差別と合理的配慮について、先の制度改革においても大きな論議となり場面的には同じことではないかと指摘されてきたが、これについても、一般意見は例示することによって間接差別としてとらえるべきであることを明確にした。さらに、従来、一般的教育としていたことが誤解を生じたこともあり（日本がまさにそうであるが）、大多数の人が受ける主流とされる教育として「メインストリームな教育」と表現し（仮訳は「普通教育」となっている）、地域の学校からの排除は差別であると明言していることである。

5. まとめ

以上、本件判決は、インクルーシブ教育、本人保護者の意向尊重、合理的配慮と障害者差

別について、誤解と無理解の塊であり、これが日本の裁判所の一般的理解であるはずがないと心底思いたい。和希君は世田谷区において地域の小学校での就学を果たしたが、障害者に関わるかかる重要な権利及び利益が、地域によってこれほどまでに異なるということもまた異常な事態である。東京高等裁判所において、改めてその違法性を問い続けたいと

思う。

注1 「第6回アドホック委員会日報」

<https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6sum3aug.htm>

「障害者権利条約と教育」『教育と文化 2010 Winter 58』教育総研 36-43 南館こずえ

注2 「障害者政策委員会差別禁止部会報告」

https://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/seisaku_iinkai/pdf/bukai_iken1-1.pdf

注3 「障害者権利条約第5条に関する一般意見第6号」（内閣府政策委員会提出資料より）

https://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/seisaku_iinkai/k_45/index.html