

《研究ノート》

あんま師等法附則第19条における
視覚障害者への優遇策

石 村 修

はじめに

戦後すぐに制定された「あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法」（以下、あんま師等法。昭和22年）は、それぞれ国家試験の資格を必要とする職種を定めていた。後、柔道整復師のみが独立して（昭和45年、柔道整復師法）、別個の国家試験となった。残された「あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師」の資格は同一の法規の中で扱われている関係で、同法は通称「あはき法」とも呼ばれてきた。柔道整復師は、柔道という競技に関係する「整復」の施術を緊急の場合に行うことができるに過ぎないが（法17条）、練習や競技に伴う脱臼や骨折に係る医療行為を行うことがある関係で、他の職種とは別扱いとなった。また「あん摩マッサージ指圧師」は、これらが器具を使わずに、人の手のみによる施術である関係で、国家資格としては三つの行為が一体のものとして扱われている。あん摩（按摩）の按は「おさえる」、摩は「なでる」を意味し、東洋医学の流れを汲むもので、日本には奈良時代に伝わったとされている。しかし、これらの資格（免許）は、医者が行う医療行為とは別物とされており、その業務の広告には制限が強く課せられ、その制限は「施術者の技能、施術方法又は経歴に関する事項」にまで及んでいる（法7条）。これ

に關係する憲法訴訟が過去にあり、それは「営利的な広告の自由の制限」として有名である（最大判昭和36年2月15日）¹。これらの準医療行為は、戦後GHQに行為の怪しさが嫌われたこともあり、また、特定の病気への特効薬的な効果をもたらしかねないとの疑惑がもたれ、同時に、東洋医学への軽視という意味もあって、医学行為とは認められなかった。この問題の根は深いものがあつたと言えよう。しかし、時は過ぎて、今日における健康ブームに伴う民間資格の多様化は、国家資格の意義を軽くしてしまうのではないかという意味もあり、先の最高裁判決の見直しは、今日、別の観点からも見直しとして検討されなければならないかと思われる。

本稿では、「あはき法」が別の特殊な利害が絡んでくる問題を、憲法的な観点から分析することを試みるものである。あはき業務の拡大を意図する学校設立が、特定の専門学校から要請されてきている。つまり、長期にわたって、これの新設校を制限してきた「あはき法附則19条」を巡っての訴訟が、現時点で、仙台・東京・大阪地裁で展開されている。どうやら長期になるおそれの様相を呈しており、やがて最高裁にまで辿るかもしれない。憲法問題を含むこの行政訴訟は、第二の「あん摩師等法」関連訴訟として注目される。

獣医学部の新規の開設を巡っての問題が、政治ネタを絡んで国会において長期にわたって紛糾したように、医療行為の分野の新設校は簡単に認められるものではなく、高度に政策的なものが絡んできた。とくに、高齢化社会がもたらした近年の健康志向のブームは、健康年齢延長のために、スポーツ活動を促し、その結果スポーツ障害やリハビリに対応する各種の肢体調整医院を街にあふれさせている²。今日ではリハビリテーションの行

1 この判例に関する評釈は多いが、取りあえず、橋本基弘「営利的な広告の自由の制限」別冊ジュリスト「憲法判例100選 第6版①」59頁、同「営利的言論法の現在」法学新報112巻11・12号455頁、等を参照。

2 例えば、「整体師、運動療法師、理学療法士、作業療法士、視能訓練士、義肢装

為等は一部保険適用が認められており、法制的にも複雑な状態にある。旧来からある「あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師」の三療師と「柔道整復師」は、一定の教育課程を踏まえた上で、国家試験に合格した者だけに与えられる「国家免許」であり、これらは厳格な法の規制の下にある。医療行為そのものではないが、直接身体に触れることから医療に関する知識と特殊な技能が求められ、これらの業種の国家試験は相応の受験者をもって、毎年実施されてきた。他方で、新来の現在街にあふれているマッサージ・整体師は民間の資格であり、両者の差は通常の市民には見分けがつかない。前者の教育課程は、通常は文部科学省が認可した高等学校を卒業した後、文部科学省の認可による学校または養成所で、規定のカリキュラムを踏んだ知識と技術を得た上で、国家試験に臨んでいるのである。「タイ式マッサージ」のような、あきらかに別ルートで生まれてきた施術もあって、医学的な見地からは、施術の安全性が疑われる場合もありうる。国家資格と民間の資格の中間に置かれた支援・後援化された資格もあり、この業界はかなりの錯綜状態にあると言えよう。国民の側が、効果を期待して自己の健康の維持・回復に努めなければならないわけであるから、医療に準じた行為への信頼は自らが確立しなければならない現状がある。基本は、医学の発展の中で、東洋も西洋もないはずであり、正規の「あん摩、はり、きゅう」の効果は確立していることは確かであり、これを正確に国民も知る必要があることは間違いないであろう。

日本では、あん摩マッサージ指圧師に「視覚障害者」が職業として営む事例が多かった³。彼らは、視覚障害がある関係で他の職種に向かうこと

具士、マインド・ボディ・セラピスト、健康管理士、足反射区療法士、介護予防指導員、パーソナルフィットネストレーナー、アスレチックトレーナー、カイロプラティック士、健康スポーツ指導士、障がい者スポーツ指導員」等がある。

3 近年、「障碍、障がい者」と表記する場合もあるが、ここでは一般的な表記に依ることにした。「障碍」の文字は、常用漢字としての使用が可能となった。通称で「あん摩」さんは、盲目であん摩業を営むものとの意味が込められていた時期がある。

よりも、手の感覚が優れたところもあって、特別の養成校の3年の学習をもって、国家試験に臨んできた。「あはき法」の附則は、著しい視覚障害者に対しては、高等学校の代わりに設けられたあん摩マッサージ指圧師養成施設、はり師、きゅう師養成施設で学ぶことを、特例として認めている。ただし、後者の二つの資格は5年の在学が求められている（附則18条の2）。埼玉県所沢にある「国立障害者リハビリテーションセンター」養成校が有名であるが、ここでは全寮制で運営されている⁴。通常の医学部においても「あん摩、指圧、はり、きゅう」は学ぶことがあるので、医師はこれらの資格を得ることができるが、マッサージに関しては多様な資格を有する者が行なうことができる関係で、もっとも競争の激しい行為となる。無資格の者がこの行為を行ってきている闇の世界もあり、これで罰せられる者も少なからずあった⁵。

1 立法趣旨と訴訟案件

「あん摩師等法」には独自の附則が付いているが、1964（昭和39）年に19条が制定された。このころ池田首相の所得倍増計画があり、日本はIMF8条国に移行している。自立が難しい重度の障害者にも配慮する意味で、1960年には「障害者雇用促進法」が制定されていた。同法は障害者の法定雇用率を定め、事業主に雇用義務を課したものである。戦後始まった「障害者福祉法」（1949年）が、社会保障の性格を加味してきた時期のことである⁶。この附則は、制定過程の審議内容から判断しても、特殊に、視

4 就労移行支援校として、定員は168名である。高卒以上は3年、中卒以上は5年の学習期間が求められる。

5 例えば、床屋でマッサージを行うことを、日常化させてきたが、今では禁止のようである。素人がマッサージを行うことの弊害はありそうである。

6 詳細は、伊藤周兵『社会保障のしくみと法』自治体研究社、2017年、225頁以下。

覚障害者の経済的地位を確立させようとする意図があった。

「附則第19条 当分の間、文部科学大臣又は厚生労働大臣は、あん摩マッサージ指圧師の総数のうちに視覚障害者以外の者が占める割合、あん摩マッサージ指圧師に係る学校又は養成施設において教育し、又は養成している生徒の総数のうちに視覚障害者以外の者が占める割合その他の事情を勘案して、視覚障害者であるマッサージ指圧師の生計の維持が著しく困難とならないようにするため必要があると認めるときは、あん摩マッサージ指圧師に係る学校又は養成施設で視覚障害以外の者を教育し、又は養成するものについての第2条第1項の認定又はその生徒の定員の増加についての同条第3項の承認をしないことができる。

2 文部科学大臣又は厚生労働大臣は、前項の規定により認定または承認しない処分をしようとするときは、医道審議会の意見を聴かなければならない。」

自由民主党、日本社会党、民主社会党による議員提案で作られた附則19条の審議過程をひも解くと、視覚障害者への配慮条項であったことは明瞭である⁷。戦前からあん摩マッサージ指圧（以下、あん摩とする）業務は、視覚障害者が職業として行ってきた。これらの業種が届出制から許可制に変わったこともあり、養成の方法を確立することと、これの職業としての確立を図ったことになる。立法者の認識では「あん摩師は、盲人にとって古来最も適当なる職業」であるということになる。この視覚障害者への優遇策について、この時点では格別の反対意見は出されていないので、附則という措置をとったことは、冒頭の「当分の間」という文言がその意図を明らかにしている。優遇策であることの例証は、次の柳岡秋夫議員の発言で明瞭であろう。曰く、「二、盲人の職域優先確保については、施術所の規制等今後も一層その具体化に努力するとともに、養成所の奨学制度の拡

7 衆院議会議事録情報第046回国会 社会労働委員会第53号。

充、生業に対する長期低利融資等盲人の福祉の向上についても更に格段の努力をすること」とあった。福祉政策の一環の政策であって、その立法目的は明瞭であった。

この附則の法的効果は強力であり、1964年からあん摩マッサージ指圧師の学校はともかく、養成施設の新設・増設は1件も認められない状況が約50年続いた。「当分の間」はいつまでなのか、という疑問が出されても不思議ではなくなったかの如くして、事件が起きた。

附則の19条2項に基づいて、医道委員会に二つの申請案件がかかったが、同委員会は未承認という判断を行った。これを受けて、2016年2月、厚生労働大臣及び文部科学大臣は、平成医療学園専門学校（大阪市）並びに同系列校である宝塚医療大学（福島）の養成学校の新設を最終的に認めなかった。宝塚医療大学は全国展開であり、理学療法士と鍼灸師の育成をするものであり、対象は視覚障害者に対してではないことから、あはき法附則19条にもろに抵触することになる。そこで申請却下の処分を受けた両校は、厚生労働大臣及び文部科学大臣を相手にした取消（抗告）訴訟を、学校の開設予定地である仙台・東京・大阪地方裁判所に訴えた。原告側の憲法上の根拠は、営業の自由（憲法22条）と適正手続き（憲法31条）違反ということになる⁸。学校側の言い分には、障害者の雇用関係は改善されており、「あん摩」にいまや限定されているわけではないこと、この分野の需要は多いのに養成校が少ないことから、無資格のあん摩師が増えており、危険な状態にあると指摘している。他のはり、きゅうの分野だけの資格だけでは、総合的な治療行為に限界があるという現場の声も高くなった。しかし、日本盲人協会連合によれば、重度障害者の新規就職先の約7割があん摩師業に依存している状態にあること、それでも生計の維持が苦しいのは同様であるとしている⁹。健常者と障害者が競走した場合では、健常者

8 この点については、日本盲人会連合のサイトで示されている <http://nichimou.org/activity/18045-jouhou-1/>

の方が有利であることは明瞭である。統計年鑑によれば、あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師、柔道整復師に従事している人口は、若干であるが増加の傾向にある。2006年から2014年の数値を示すと、「301025人、316696人、338176人、367881人、392267人」である¹⁰。

障害者が懸念するのは、はり、きゅう、柔道整復師を育てる学校は、この20年で7倍に増えており、健常者（晴眼者）がこの職種に占める割合が高くなっていることである¹¹。健常者が通えるマッサージ指圧師養成学校が少ないことが、医療関係の学校法人からは不満材料となってきた。柔道整復師の学校の申請が拒否された業者が、その取消しを求めた訴訟で、国側は敗訴して以来、柔道整復師養成校は設立ラッシュとなり、その後では18倍に膨れ上がったとある¹²。あん摩マッサージ指圧師とは、柔道整復師とは職種の領域が異なるが、この1998年の司法の決定は、新設をもくろむ学校法人からは、参考に値するものであったことは確かである¹³。

これらの訴訟では、申請者は学校法人であり、相手は国となる行政訴訟であり、視覚障害者（団体）は直接に裁判に係るものではない。本稿では、以下、視覚障害者にとって、この訴訟で争われるべき論点を指摘することによって、本件の真の争点を浮き上がらせることにしたい。

9 注8の同協会でのホーム・ページによる。

10 日本統計協会編『日本統計年鑑』、平成20年版、593頁。

11 毎日新聞、2017年2月4日、朝刊。

12 1998（平成10）年8月27日、福岡地裁判決。公正取引委員会の勧告もあり、厚生省は、養成所新設は指定規則を満たせば設立を求める方針に転換し、養成校は14校から一気に107校に膨れ上がった。

13 ただし、柔道整復法には、特例に関する条項はなく、決定が指摘するように、この二つの法律の差異は大きなものであったと言えよう。

2 積極的平等の実現

平等は近代立憲主義のスローガンとされてきて以来、憲法では原則（客観的保障）と権利（主観的保障）の両側面から問題とされてきた。絶対的な平等の実現は本来的に不可能な命題であるので、憲法は例示的な事例を挙げて、その分野での原則と権利の両側面で平等の実現度を高めようと努力してきた。日本国憲法14条が例示的に示している、「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」の表現は、過去の差別的取り扱いの激しかった分野の例証であり、近代憲法の内実を表わしているものである¹⁴。それぞれの憲法で扱う平等の実現に係る事項は、それぞれの国情によって若干異なってきたことになる。

やがて現代国家になり、相対的平等は一定の絶対的な平等をルールとして目指すようになり、それが国家目標として政策的に掲げられるようになった。社会化の方向は、市民社会で生じた不平等の表れを一定の理念に基づいて、政策的に改善しようと試みるものであったことになる。積極的是正処置（Affirmative Action, Positive Action）と言われる政策が提唱され、政府によって採用されたのは、これを実現しなければならない程の不平等のあらわれが特定の分野で生じてきたからに他ならない。最初に意図的に言われたのは、アメリカ合衆国での民主党政権であったとされている。1961年、当時のケネディー大統領は人種及び性に関する差別を解消するための積極策を大統領命令という形式で実施した。人種政策はアメリカでは深刻であり、これに加えて女性の社会的な地位を改善する意味も込めてであった。これについて司法部が直ちに反応し、避妊行為をプライバシー権と認める方法で、争点の一部を調整することであり¹⁵、これも広義の意味

14 社会的身分に、広義説をとったとしても障害者をここに含むとする議論はこれまでなされてはこなかった。再考する余地はありそうである。

での積極策であった。他方で、教育の場面での多様化は、割り当て方式の政策をとった。こうした積極策は、「前向き」「後ろ向き」という目的の方向性で区分され、手段において「弱い」「強い」がありうる。割り当て方式は絶対的な枠を創るので強く、考慮方式は一つの判断材料として用いるので「弱い」とされる¹⁶。初期のバッキ判決は、目的が前向きで、手段が強いものであった関係で、結果的には一種の厳格審査がなされ、その結果医学部でのマイノリティー向けの枠は、違憲と判断されて、入学が認められなかった白人（バッキ）の入学が認められることになった¹⁷。この事例は、積極措置が逆差別を引き起こす可能性があるという典型例であった。目的は「条件」にも対応するものであり¹⁸、積極策の方法は多様でありうるであろう。大学入学試験では、医学部やロースクールの様に将来の職業に直結する場合は、優先処遇をすることの絶対性は少なくなっている傾向がある¹⁹。

本稿で扱う「あはき法附則19条」は、優先処遇のどのような構成をとっているのだろうか。まず「当分の間」としているのが、期間の暫定性がある。文言の上からは、その優遇策の終期がどのように訪れるのかが不明である。この点も含めて、訴訟では憲法31条の問題が言われたのかもしれない。しかし、最も重要な点は、優遇策の目的にあるであろう。その目的の主要な部分は、視覚障害者の社会的地位の問題にあった。対象者を限定

15 Griswold v. Connecticut, 381 U.S. (1965), 佐藤幸治「憲法上のプライバシー権」別冊ジュリスト「英米判例百選Ⅰ」1978年, 126頁, これが妊娠中絶論争に向かう点について, 石村修『基本権の展開』尚学社, 2017年, 75頁以下。

16 安西文雄, 卷美矢紀, 宍戸常寿『憲法学読本 第3版』有斐閣, 2018年, 「アファーマティブ・アクションの分類」(安西執筆) 116頁。

17 Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978). 久保田きぬ子「アメリカにおける『差別』判決の動向」ジュリスト674, 677, 679号 (1979年)。

18 渋谷秀樹『憲法 第2版』有斐閣, 2013年, 204頁。

19 大沢秀介「高等教育機関入試におけるアファーマティブ・アクション」憲法訴訟研究会編『続・アメリカ憲法判例』有斐閣, 2014年, 219頁以下。

する意味でこの流れは世界的なものと考えることができる。「女性、子ども、障害者」に関しては、国連を中心にした国際人権条約の締結があり、これとの関係で日本も関連法規の整備を行ってきた。国際法規であるが国内法化される特性があり、この分野での優先処遇の正統性は必然的である。

さらに、社会保障の分野は憲法25条の存在に依り、公的扶助の体系は新たなものとなった。25条を受けて、「身体障害者福祉法」(1949年)が制定されたが、身体障害者の厚生を促すものであり、「障害者雇用促進法」(1960年)をもって障害者の職域の拡張を促すようになったが、実態の貧困度さは現在でも変わりが無い。水増しの雇用率や仕事の配分の劣悪さは、雇用者と障害者の利益のギャップとなっている現実がある。法はさらに進化し、「心身障害者対策基本法」が成立し(1970年)、国連の「障害者の権利宣言」(1975年)を受けた、「障害者の権利に関する条約」が国内法として効力を得たが(2014年)、法が制定された割には障害者への保障程度が急激に良くなってきたものではない。後述するように、ヨーロッパ諸国との差は依然として大きいものがある。将来的には、2016年度より施行された「障害者差別解消法」の実施とその効果を見守るしかない²⁰。方向性として、障害者に対して公的に支援することから自立支援に向かってきたことは、一応、法政上からも理解できるところである²¹。

障害者立法を概観したのは、特に、視覚障害者への自立支援のために、「あはき法附則19条」が寄与している部分の大きさを示す意図があった。この優先処遇のアイデアは実は古く、江戸時代の鍼灸師「杉山和一」(1610~94)に依ったとされており、彼が視覚障害者の生きる道確立したとされている。このことは、彼の業績を称えた「鍼灸あん摩博物館」で、

20 正式名称は「障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律」(平成25年)であり、「障害者基本法」の精神を受け継ぐものである。あらゆる分野で「合理的配慮」を行うことが基本姿勢としてある。

21 伊藤周平、前掲『社会保障のしくみと法』227頁。

概要を知ることができる²²。当時の各種の物語や芝居の中にも、あん摩さんの話が出てくるのはこうしたことに依るものであった。当時はあん摩を教える学校があったわけではないから、視覚障害者は伝承でこの技を習ってきたことになる。戦後になって、GHQがこの文化を嫌ってあん摩業に冷淡であったのは、未開国への無理解として考えざるを得ない。当時の視覚障害者は、こうした西洋医学の偏向思想と対抗しながら、自らの生きる糧を死守したことになる。あん摩業の多くは、温泉地に居住し、温泉に訪れる観光客の求めに応じて働いていた。しかし、その収入は多くは望めなかった。あん摩業と、はり・きゅう師とが一体になるのは、生理学的な知識が不可欠なところであり、養成施設と教師が確立することで、「あはき業」は学校制度が確立することで安定的な後継者養成を行ってきた。あはき法附則の19条は、こうした社会的な背景をもって存続しえたことになる。

3 営業の自由との関係

あん摩マッサージ指圧師は、養成学校の指定された期間を経て、国家試験に合格した後に、厚生労働大臣によって、あん摩マッサージ師免許書の交付を受けた後、各都道府県知事に対して施術所の開設を届けなければならない（法9条の2）。指定登録機関で働く場合や専ら出張で行う場合も、同じく届けが必要なことは同様である（9条の3）。こうした免許制度に伴う一連の行政的な対応は、他の業種と同様であり、これの制限が直ちに経済活動の自由を制限するものでないことは、営業の自由の特性と深く関係している。あはき業務が、医者との業務と近い関係にあると見做されているのは、人の身体に直接触れることになるので、この点での配慮は当然のことと言えよう。

22 墨田区の両国駅の近くにある。日本の鍼灸の歴史と視覚障害者への職業を開拓したという意味で、今日でも彼の業績は検証されている。

営業（職業）の自由は憲法の条文からは明確ではなく、それ以上に歴史的に自由の実態が特定の仲間に分けられていた分野もあるところから、私的にも独占から競争までも幅の大きいところであることは、「営業の自由」論争を経ることで明らかになってきた。そこで、財産権の保障（29条1項）と職業選択の自由（22条1項）との抱き合わせの中で処理をしてきた。営業の自由が、経済活動の自由を母体とする以上は、激しい競争社会の中で他者との闘いの勝者に与えられた価値であるとするならば、その自由性の保障は限りなく低くなるであろう。しかし、この経済学者が分析する視点に対して²³、憲法規範論からは憲法的な価値による加算点を加える努力をしてきた。それが規制目的二分論の成立する出発点の構造である。換言すれば、規制目的二分論の言う、「積極規制」の積極性にいかなる要素を他の憲法規範から読み込むことが可能かという問題になってくる。その意味から「公共の福祉」という言葉が、意図的に多面的に解釈することに耐えられなければならなかったと言えよう。

最高裁がこの規制目的二分論の構成をリードしてきたことは間違いがない。1972年の小売市場事件、1975年の薬事法事件での距離制限の正当化で用いられている。ただし、結論は合憲と違憲であり、それを分けたのは、業種の違いであった。最高裁の職業観は、営業の自由と深く結びついていた。曰く「職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人的人格的価値とも不可分の関連性を有するものである」（下線部、筆者）。

規制目的は目的とそれに該当する手段の二段階でこれに対応する審査基準を用いる意味で、職業の自由に関しての審査が為されるが、実際はもう

23 岡田与好『独占と営業の自由』木鐸社、1975年。

少し厳密に区分して審査を行うべきことになる。つまり、①職業教育を行う段階 ②その職に就くための試験の段階 ③資格を得た後のその職業を遂行する段階 ④その職業の遂行が何らかの理由で、特定の場所で禁止される場合、と段階が高くなるに応じてその制約基準は厳格である必要がある。つまり、制限を実施する主体の説明責任が、制限が高くなるに応じて高くなることを意味している。例えば、営業用の自動車免許を有するものであっても、自分が職業遂行の主体になる個人タクシーの事業を行うのは困難であり、さらに、道路にタクシーを溢れさせないための地域での台車制限がなされてもいる。

そこでこのルールを、あん摩マッサージ指圧師の場合に当てはめてみる。あはき法は、①の段階での制限を附則という形式で行っている。これが憲法31条との関係で問題とされている。原則に対する例外的な措置であることから、形式として法規の実質内容を制限することになる。先にも指摘したように「当分の間」という文言を入れることによってこの形式問題を、あまり良い方法ではないにしても解消したと考えられる。附則19条の意図が、視覚障害者の生活の維持に最低限で寄与してきたし、現状でも寄与していることは確かである。視覚障害者でも点字を使って多様な職に就いており、例えば、弁護士に関しては全盲の弁護士が3名いる²⁴。その努力は傾聴に値するし、彼らが障害者だけに寄与する弁護士であるとは思われない。内閣府が出す「障害者白書」において記されている「第4次基本計画」においても「雇用，就学，経済的自立の支援」とあり「障害者とその適性に応じて能力を十分に発揮できることの機会の確保」とある²⁵。現状は、あん摩マッサージ指圧業を選択せざるを得ない現実を、晴眼者は理解しなければならないのではないだろうか。規制の目的である視覚障害者の

24 大胡田誠弁護士については著作も出版されて、それがドラマ化されて知られたところである。

25 『障害者白書』平成30年版。

生活を守るという一点で、附則19条の合理性は演繹できると思われる²⁶。視覚障害者にとって最大の問題は、単独で見知らぬ土地に赴くことが困難であることにある。介助者のサポートが必要であるが、それも人的に困難であるため、介助犬の補助が為されてもいる。それでも職場に赴くことへの理解が、社会全体に求められるものの現実には厳しい。さらに、養成施設に優先的に入学できる者が、その先であん摩師として十分な収入が得られることまでも法は保障しているわけでない²⁷。残されている問題は大きい。民間資格のマッサージは、「〇〇マッサージ」という表記で営業しなければならないが、それは客が選択することであって、客は自分に適合するマッサージを選択することになる。視覚障害をもったあん摩師が、病院等で優先的に採用されることが本来的には望ましいのであり、「障害者差別解消法」は優先処遇を積極的に取り入れるべきなのである。平等の「社会的身分」の一例として、「障害者」を含むとすれば、障害者という団体の特定業種への優先は、中世的なギルド形式による独占ではなく、特殊な理由による優先処遇と考えなければならないであろう。

4 人格的に豊かな生活

障害者が自立した生活実態を得るためには、憲法13条の「個人の尊重」の精神を受けた上で、憲法25条に規定された「健康で文化的な最低生活」をどのように実現できるかの問題と密接に関係することになる。すでに本稿で論じてきた、平等原則と営業の自由を総合すれば、憲法25条はこれらの条項と一体となって考えなければならないことは言うまでもないことで

26 立法目的を重視せよとの小山剛の見解が参考になる。小山「経済的自由の限界」小山、駒村編『論点探究 憲法 第2版』弘文堂、2013年、220頁。

27 ある調査によれば、個人として開業している者の36%が月収10万円以下であると記されている。公益法人東洋療法学校協会編『アンケート調査』平成23年10月。

ある。多くの論者が指摘してきたように、職業が精神的及び経済的に自己の意思をできるだけ満足させるものである必要があり、働くことへの満足感を充たすものでなければならない。国家の国民に対する役割は、各個人の適正に応じた生活を保障する義務があることから、各自に適応する職業の提供が必然的なこととなり、その結果をもって個人が「健康で文化的な生活」を確保できることに協力することが求められてくる。「各自の生計の手段としての意味をもつ」かぎり²⁸、職業選択の自由と生存の自由（生きる自由）は、深く連動していることになる。生命権を中核にして人権の体系を描く場合、個人の人格に基づく自由の方向を重視することは当然であるが、これを客観的に支えるものが必要となる。国家の役割が想定されるところであり、25条2項は立法者として立場から始まる国家の役割を規定している。25条を受けて、立法府は相応した立法を行ってきたが、これが十分な保障程度になっているかが問題であろう。司法部が固守するプログラムの理解によって、25条の規範力は権利としては弱いものがあった。

障害者が生きるということに伴う困難は、その障害の程度に依るであろうし、年齢や家族構成にも深く関わってくる。障害者の収入やその障害の程度、そして家族構成等に応じて、生活補助金や年金が支払われることは、職業の収入だけでは個人の尊厳を維持する生活が不可能であるからである。しかし、繰り返し言及してきたように、障害者の意識からすれば、社会活動を自己の意思で働くことが第一であり、それに足りない部分を国家共同体が補うという発想が不可欠なのである。そのかぎりでは、「自由権と社会権は分かちがたく一体として同時に保障される」ことが必要なのである²⁹。社会権がプログラムとしての性格を超えて権利性を持つためには、その規

28 浦部法徳『全訂 憲法学教室』日本評論社、2000年、215頁。

29 青柳幸一「障害者自立支援法に基づく手話通訳派遣却下処分取消請求事件」同『憲法学のアポリア』尚学社、2014年、519頁。

範内容がどこまで立法化されているかという点に依拠する部分は大きく、抽象的権利説の段階まではすでに到達していると考えられる。社会保障の実現に関して、行政の側の社会の実体に応じた裁量的な判断が必要な部分が残されている。問題は成立した立法が、現場の行政府をどこまで拘束できるほどに明瞭に規定されているかである。現状は、基本法が多く並立し、各法規の担い手にどこまで実効性を確保すべきかのメッセージが伝わって来ない点が気になるところである。最新の「障害者差別解消法」も同様な性格をもち、各論に留まってしまふところが残念である。

社会権が実質的な平等の適用をできるだけ実現しようとする建前であるとするならば、障害者という対象は、障害者という範疇でとらえられなければならないのであり、一般的な平等原則は背後に隠されなければならないであろう。ここで本稿の2で述べてきたところの議論との融合を行えば、障害者の社会生活を実現するための保障という目的が社会権の体系と重なるものであり、目的との首尾一貫性を実現することで、実質的平等の確保があると考えべきである。障害者への行政側の配慮が憲法25条で示された「量的下限」にある場合には、これを違憲と判断することのできる程度には、憲法25条2項はあってしかるべきである³⁰。彼らが働いて食べることが困難であるという事情を考慮すれば、「あはき法」附則19条が、いまだ「当分の間」にあることを続けていることの真意を理解しなければならない。障害者立法の建前だけの姿勢は、戦後変わらず続いていることになり、これへの社会からの理解がなければ、同法の附則は消えることはないであろう。

30 棟居快行の主張もこうした点にあるのであろう、「生存権と『制度後退禁止原則』をめぐって」同、『憲法学の可能性』信山社、2012年、397頁。

まとめ

本稿は、現在進行中の事例に対して、訴外の視覚障害者の立場からみた憲法問題について概観するに留まっており、他の論点もありうるであろう。障害者、特に、視覚障害者にとって、この複層化した社会になかで生活する上で、何が最も重要であるのかの視点からまとめてきたつもりである。現時点で視覚障害者の多くが日本では、あん摩師等で生計を立てなければならないという事実は、実は不幸なことであったと思われる。健全者が自由な選択で職業を選択できることと比較すると、視覚障害者が、明治期以前から、あん摩師という特殊な職業に頼らざるを得なかったという事実こそ、現実の差別があったからである。今日の一般社会にあって、多様な交通体系が生まれたことにより一般人はその利益を享受できるが、逆に、視覚障害者には危険なものとなっている。点字ブロック、音声信号やホームドアは、実は不十分な配慮を提供しているに過ぎず、視覚障害者の約半数が何らかの事故にあっていているというデータがある。彼らには、白杖（あるいは補助犬）だけでは不十分であり、第三者の介助が不可欠であり、これを公的な配慮の基で完全に実施されなければ、職業選択の自由も意味のないものになってしまうことは明らかである。

日本でも障害者に対する法制は、一応完成されつつあるが、多くはプログラムの域を出てはいない現実がある。障害者の雇用への実体は、最近明らかになったように、現実的対応は寂しい数値にすべてが示されているようである。これと対比的に言及すると、ヨーロッパは全体として、障害者に優しい政策を遂行している。国連を動かしているのもヨーロッパ諸国であるが、EUを構成する理念は、「人間の尊厳の尊重、民主主義、平等、法の支配および少数派に属する者を含めた人権の擁護」（条約2条）としている。さらに、ヨーロッパ基本権憲章26条は「障害者の請求権」を定め

ている。その文言によれば「連合は、自立、社会的および職業的編入、社会生活への参加を保護するための措置に対する障害者の請求権を承認し、かつ尊重する」とある³¹。これを受けてドイツ基本法も、1994年の補充で平等条項に、「何人も、その障害を理由として不利益を受けてはならない」が付け足された（3条3項）。基本権の内容形成の観点から、同条項は、法や社会への制約基準となり、社会生活への同等の参加を促すことを求めている³²。憲法に書き込まれたという意味で規範力は日本の法規より高いと言えよう。

現在進行中の裁判は、障害者対応への見直しを、政府だけでなく、関連団体にも啓発する意味で注目して行かなければならないであろう。結果が、障害者への一層の配慮に向かうことを願うばかりである。

*本研究ノートを、助手時代から長らく共にした、小野、庄、田口氏に御礼の気持ちを込めて献呈したい。

31 2000年に制定された後、加盟国への影響は欧州裁判所での管轄事項にもなるので、拘束力は大きい。

32 Vgl., Sacks, GG Konmentar, 5 Aufl. 2009, S. 234. 「障害者」の定義を、「通常の身体、精神、心的状態に起因する」ものとして、広範に捉えている。これに係る憲法裁判所の判断は、「特殊学校への転向処分と障害者の不利益処分禁止」にある（宮地基）、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』信山社、2008年、110頁。難解な事例であるが、重要な点は、憲法裁判所が、障害者への差別的取り扱いを、他の「性別、人種等」と同じく厳格審査すべき事例と判断していることである。問題の「不利益取り扱い」を、「障害者の状況をその障害を理由として悪化させる」措置と「障害者の能力発揮及び活動の機会を奪う」措置に区分している。114頁。「あはき法」の事例は、後者の範疇で理解して行くことも可能であろう。次に検討して行きたいテーマである。