

日本障害法学会編 障 害 法

創刊号 (2017年11月)

設立の辞

日本障害法学会設立の辞	河野 正輝	1
日本障害法学会設立に寄せて	東 俊裕	4

障害法とは何か

「新たな社会法」としての障害法	河野 正輝	9
障害を理由とする雇用差別禁止の法的課題	浅倉 むつ子	33
成年後見制度利用促進法の施行と成年後見制度の展望	新井 誠	51
転換期の障害法	川島 聡	77
障害法をめぐるいくつかの基礎的論点	池原 毅和	97
シンポジウム要録		117

公募論文

情報へのアクセスに対する社会的障壁と著作権制度	佐藤 豊	127
合理的配慮に「配転」は含まれるのか?	西田 玲子	143

学会記事

日本障害法学会設立の辞

日本障害法学会代表理事
河野 正輝（九州大学）

去る2016年12月10日、神奈川大学横浜キャンパスにおいて、日本障害法学会の創立大会が開催された。創立大会にふさわしい立派な会場の提供と開催援助を賜った神奈川大学、とりわけ会場設営から手話通訳・要約筆記の準備等まで行き届いたお世話をいただいた山崎公士会員に深く感謝申し上げたい。

創立大会の参加者（および入会申込者）数は、当初の入会申込み状況にもとづく予想に反して80名近い人数に上った。NHKのカメラが終始回るなかで、障害法学の基本問題に係る報告と緊張感のみなぎる議論が行われた。ちなみに、社会保障法研究会（1977年に発足、5年後の1982年に日本社会保障法学会へ発展）の発足時の参加者数も、100名足らずであったと記憶するが、その参加者がその後の社会保障法学会発展の中心となっていたことを思い起こすと、日本障害法学会においても、この創立大会に参加した方々が中核となって、わが国の障害法学が形成・展開されていくことと予想され、期待が膨らむのを禁じえない。

障害法学会の設立へ向けた取り組みを初めて伺ったのは、東俊裕会員が熊本学園大学に復帰してしばらくの頃だったと思う。東さんは当時同僚であった私に、浅倉むつ子・棟居快行会員ほか設立準備委員の連携・協力を得て、植木淳・川島聡・永野仁美会員ほか若手の奮闘のもとに設立の準備が進められていることを話された。憤りを押し鎮めたような野太い声にそのとき接して、東さんの強い使命感を感じた気がした。多少の紆余曲折はあったが、障害者の権利条約の批准と国内関係法の改革を実現したこの時期を逃さずに、新しい学会の設立にこぎつけることができたのは、ひとえに、設立準備委員の尽力のお蔭である。しかし、そのような努力を促し推進したものは、それまでに個別の訴訟等を通じて障害者の権利の法理を開拓してきた先進的な人権弁護士による判例の蓄積であり、障害者の権利実現に向けて戦ってきた当事者と関係団体等による障害者の権利条約の批准へ向けた障害者関連法制の改革のうねりに他ならなかったであろう。加えて学会設立までの研究活動費用の援助を惜しまず提供された日本財団のご支援がなければ、これほど早く設立にこぎつけることはなかったと思われる。

創立大会の総会で承認された第1期理事および監事（浅倉むつ子、新井誠、池

原毅和、植木淳、大谷恭子、川内美彦、川島聡、河野正輝、竹下義樹、長瀬修、新田秀樹、東俊裕、棟居快行、森川恭剛、山崎公士、小林昌之、藤岡毅)の互選により、学会事務局長(植木淳)、企画運営委員長(川島聡)、編集委員長(棟居快行、山崎公士)が選任されるとともに、代表理事(河野)が選出された。

障害法学の駆け出しながら、この強力な理事会と事務局執行体制のご協力を仰いで、日本障害法学会の発展に微力を尽くしてまいりたい。障害法学に課せられた課題を思うとき、まず責任の重大さを痛感するが、一方で新しい領域の開拓に参加できる喜びも感じている。

第1期の理事会として念頭に置いておきたいことは、まず、障害法学は、成年後見制度から支援付き意思決定へのパラダイム転換をはじめ、合理的配慮の広がりを通じた社会システムの改革、さらに障害者の権利条約によって道が開かれた新しい民主化の胎動(情報の開示、締約国としての義務履行の可視化、そして何よりも“Nothing about us without us!”に表現された人権の主体性の確立)などに広く深く関連性を有する法学であるということである。

したがって、もっぱら「障害法」科目の教育・研究に従事する学者の狭い・小さい集団の内向きの交流にまともならないように、広く関係法学会との交流・連携を視野におさめておくこと、また障害学会や障害者の権利運動団体、国際障害者組織等からの問題提起にも関心を払い続けることが有意義だと考えられる。しかし、あくまで障害「法」学会としての高度の専門分科を追究することが第一の目標であるから、そのためには学術研究団体としての独自性・独立性を堅持することが学会の要諦であることは言うまでもない。

したがってまた、学会の運営にあたっては、当然のことながら、会員の意見を十分に学会運営に反映させるとともに、会員相互の交流、連携、親和を促進すること、そして出身大学や学風、所属する地域・団体等により学会報告の機会等に不均衡が生じないように企画運営において配慮することも肝要である。

加えて、もう少し中長期的な目標を展望するなら、学会設立後、これからの数年をめどに、障害法学の基礎理論に関する報告・シンポジウム等を企画運営すること、そして専門分化した先発の法学会が、その形成期に基本理論を打ち固める講座を世に問い、その協働作業がまた次なる研究の展開のジャンピングボードとなったことを参考にして、本学会においても議論の成熟を得て、障害法学会編『講座・障害法』の刊行を展望することも有意義であろう。

障害法学の基礎理論をテーマとする報告・シンポジウムを企画実施する際に、様々な法学領域が対象となり、また様々なアプローチの方法・視角が試みられる

であろう。そうすることで障害法学の豊かな展開が期待されるのである。

ただ、様々な法学領域を横断して、障害法学という統一的な法理論を構築することが課題となるとき、障害法の法原理と障害法における法主体としての法的人間像に着目して議論を深めていくことは不可避の作業となるにちがいない。思うに、障害法は、市民法のようにすべての人びと（普遍的抽象的個人）を法の主体とするのではなく、一定の障害（従属としての障害，disability as a subordinated group status）のある人びとを捉えて法の主体とする法分野である。したがって障害法の目的が障害者に等しく（市民法上の）市民権の実質的实现を図ることにあるとしても、その実現のためには「従属としての障害」という社会的実態を直視して、障害者の社会参加を妨げているものを抉り出し、そこから合理的配慮を求める権利のような現実的・特殊的な権利の理論的根拠を導き出すというアプローチ（「新たな社会法」視座）も有効性を有すると考えられよう。

いずれにせよ、（社会保障法学の形成過程においてそうであったように）多様かつ異質な対象を同一の法原理により統一的に把握する上で、総論的検討が必要となることは多言を要しないところである。しかし、もとより総論的検討ですべてが解決するわけではない。差し迫った当面の問題の解決を含め、課題は山積している。

こうした当面の課題と中長期の目標を意識して、学会員相互の研究交流がいつそう高まることを心から期待して、ご挨拶いたします。

日本障害法学会設立に寄せて

障害法学会設立発起人代表

東 俊裕 (熊本学園大学・弁護士)

I 歴史の転換点

20世紀の前半は、世界の先進国が国家として障害者に牙をむいた時代であった。19世紀後半にイギリスで生まれた優生学は、程なく欧米の先進国に浸透した。自然界における自然淘汰と異なり、人間社会では逆淘汰が起きている、障害者はねずみ算式に不良な子孫を産み社会に脅威を与えているとして、強制隔離、断種、墮胎、移民制限、さらには生命の抹殺など、その程度に差はあれ、かなりの国で優生政策が断行された。日本においても例外ではなかった。しかも、ナチスのT4計画による直接的な抹殺政策は別としても、20世紀初頭から始まった強制隔離や断種などの優生政策は、第二次世界大戦後においても終息することなく、世界の障害者は依然として非人間的な扱いを受け続けていた。

戦後国連は、1948年に世界人権宣言、1966年には国際人権規約を採択したが、かかる優生政策を含む障害問題への言及はなく、障害者への人権蹂躪の歴史と明示的に決別するものとはなっていなかった。障害という言葉も世界人権宣言に稼働能力の喪失原因の一つとして使われているに過ぎない。経済的、社会的および文化的権利に関する委員会の一般的意見第5(1994)は「規約の中に明示的な障害関係の規定がないことは、黙示的なもののみによるというよりは、4半世紀以上前の規約の起草時、この問題に明示的に言及する重要性の認識を欠いていたことによるといえる」と指摘している。

こうした中で、障害者にも人権があることを提起したのは1950年代もしくは1960年代から始まった北欧やアメリカでの大規模施設の解体や脱施設化に向けての運動であった。1970年代に入ると国連は、知的障害者の権利宣言('71)や障害者の権利宣言('75)を採択するが、これらの国連の動きはこうした運動が国連に影響を与えたことによるものと思われる。

以後、国連の障害者に関する人権政策は、1980年代になって「国際障害者年」の設定('81)、「障害者に関する世界行動計画」の決議('82)、その実施に向けた「国連・障害者の十年」('83～'92)など、急展開をもたらすことになる。しかし、障害者の十年の中間年に開催された中間年評価専門家会議が提起した障害者差別撤

廃条約の制定については、二度に亘って国連で否決され、その結果は「障害者の機会均等化に関する基準規則」(93) という法的拘束力のないガイドラインの制定に終わった。

しかしながら、1990 年代になると、障害者への差別を禁止するアメリカの ADA (90) が世界に衝撃を与え、これまでの国連主導の動きから、国内に舞台を移した国内での権利法制定の取り組みへと変化していった。そして、そうした国内での権利法制定の広がり背景に、90 年代の終わりには、より強固な国際規範の確立と障害者の参加をベースとした国連によるモニタリングの維持を目的として、障害者権利条約制定を求める声が上がりはじめ、これまで国連の障害者の人権政策に関わってきた多くの障害関連の国際団体の共通課題として自覚されるようになった。

2001 年に設置が決まり、翌年から始まった国連の「障害者の権利及び尊厳を保護し、及び促進するための包括的かつ総合的な国際条約を検討するためのアドホック委員会」は、このような動きを背景としていたため、障害者団体の参加と発言を許容する形で審議を重ねた。多くの障害者団体は、条約審議に向けた国際的なネットワークとして国際障害コーカス (International Disability Caucus) に参集し、問題点を共有し意見の集約をはかるとともに “Nothing About Us Without Us” のスローガンを掲げて意見表明やロビーイングを行うなど、審議の過程においても、もはや障害者は保護や社会防衛の対象ではなく、自らを権利主体としてアピールするだけの実力を備える社会的存在であることを示した。

「障害者の権利に関する条約」は、こうした経過を辿って 2006 年 12 月 13 日に国連総会で採択されたが、この日は、戦後も続いた障害者に対する長い人権抑圧の歴史に対する決別を国際社会が正式に宣言した日となった。

同条約は、障害者に特権を与えたものではない。いわゆる社会モデルの視点から障害を捉え、これまで障害者の人権を阻害してきた社会のありように焦点を当て、社会の態度及び環境による障壁を取り除くことで他の障害のない人と同様の人権を保障しようとするものである。その屋台骨としては、合理的配慮の否定を含むあらゆる障害に基づく差別の禁止を掲げ、生命への権利から始まる各論においては、一般に保障される人権を障害の視点から再構築したものとなっている。そして、これらの人権を実現するために国内及び国際モニタリングのシステムを採用し、この仕組みへの障害当事者の参画の道を開くものとなっている。

同条約の採択後は、再び舞台がそれぞれの国に移り、どういう形で条約を批准するか焦点が移った。日本政府は、2007 年に署名はしたものの批准に向けて

の取り組みは、2009年12月に新たに設けられた障がい者制度改革推進本部とその下に設けられた障がい者制度改革推進会議の議論を待つことになった。障害に関連する法と制度が同条約から大きく乖離している状況において、改革に向けた議論をまとめることは困難ではあったが、同会議とその部会は一定の質を保ちながらコンセンサスで意見をまとめることができた。これらの意見を踏まえて、障害者基本法、障害者総合支援法、障害者差別解消法、障害者雇用促進法が改正若しくは制定され、さらに同時期に障害者虐待防止法も制定された。

これらの改正や新規の立法は必ずしも十分に同会議や部会の意見を反映するものではなかったが、国内法制度の在り方について、これほど障害者団体がまとまって影響を及ぼしたことは日本の歴史上初めてのことであった。こうした経緯もふまえ、最低限の条件は確保されたとして、2014年1月20日、日本政府は同条約を締結し、同年2月19日には日本にも同条約の効力が発生することになった。

これらの一連の動きは、障害者にとって極めて大きな歴史的意義を有するものであった。

国際的に言えば、1948年の世界人権宣言を皮切りとする国連の人権政策の中で、障害者の人権課題が、人類が抱える主要な人権課題の一つとしての位置づけを与えられ、このグローバルスタンダードによって、東西間あるいは南北間に横たわる障害者の人権格差をなくし、どこの国に暮らす障害者にも一定の人権が保障されるための取り組みが国連を舞台として加速することになる。

また、国内的に言えば、人権保障という観点から、謂わば社会防衛や保護の客体として出発した戦後の障害者への諸政策に変更を迫るものとなり、今後、障害者が多様性のある社会の平等な構成員の一人に加えられることになる重要な歴史の転換点に立ったことを意味している。

II 日本障害法学会設立の意義

こうした歴史の転換点に立って、日本障害法学会設立の意義や課題が問われることになる。

法律を障害といった観点からすると、大雑把ではあるが、障害に特化した法律、一部に障害に言及する条項を有する一般法、全く障害に言及する条項をもたない一般法、といった三分類が可能と思われる。

これらの中で、福祉、医療、教育、就労分野を中心に展開してきた障害者に特化した従来の法律、或いは、一般法の中で障害に言及する条項の中には、医学モデルの観点から構築されているため日常生活や社会生活を阻害する社会的障壁の

除去について意識化されていないだけでなく、保護の名の下に、あるいは不適格者として障害者に障害のない人の世界とは異なる暮らしを強いて一般社会から障害者を排除ないし差別する効果を有するものがある。こうした法律或いは条項に対しては、障害の社会モデルの視点、或いは、差別禁止の視点からの解決が求められるところである。

また、障害に言及していない一般法の条項の中には、外形上は障害という属性に中立ではあるが、形式的に当該条項を適用することで障害者を不利益に処遇する結果を生じかねない間接差別の問題を内包しているものも存在する。こうした法律の適用によって生じる障害者に対する不利益を防止するには合理的配慮の提供が必要不可欠であるところ、当該法律自体にはその旨の規定を欠くため、差別解消法上の合理的配慮に関する規定を持ち込んで議論することが求められることになる。

こうした問題も含め障害に関連する諸課題について、議論の法的根拠となる障害者の人権や社会モデルに関する法規範を欠いていた時代においては一部の実務家や研究者を除いた多くの法律家には関心が薄く、議論があつたにしても既存の法制度の枠内に留まりがちであつた。

しかしながら、現在においては、国内的効力を有するに至った障害者権利条約やそれを具体化した法律が示す社会モデルや差別の禁止等の視点から、既存の法制度を分析し、解釈し、問題提起できる法的な環境が不十分ながら用意されるに至った。

そうした歴史の転換点に立って自覚的にこれらの課題に取り組む障害法学会が設立されたことは、まさに時期を得たものであり、日本の障害者の人権やその地位の向上に大きな貢献を果たすものと確信している。

「新たな社会法」としての障害法

—その法的構造と障害者総合支援法の課題—

河野 正輝（九州大学）

- I はじめに
- II 社会法の法思想と概念
- III 障害法の概念
- IV 市民法および既存の社会法と障害法との関係
- V 障害者総合支援法の課題

I はじめに

障害法とは固有の法領域からなる「新たな社会法」部門である。このような視座から、障害法学の形成にあたり、障害法の固有の対象、法原理、法体系を構想してみよう。これが本稿のテーマである。

そこで、まず社会法の法思想と概念について簡潔に確認することから始めなくてはならない（II）。そして、先行研究における障害法概念についても、社会法論の課題意識を共有するか否かに関わらず、検討しておく必要があるだろう。それらを踏まえて、「新たな社会法」部門として、障害法における法的人間像・基本原理・法体系はどのように捉えられるべきかを考察してみよう（III）。「新たな社会法」としての障害法を構想するとすれば、その立場から市民法と新しい社会法たる障害法との拮抗関係、ならびに既存の社会法（とりわけ社会保障法）と新しい障害法との拮抗関係についても考察しなければならないだろう（IV）。本稿の目的上、総論的な論点に紙幅を割かざるを得ないが、最後に、以上の総論的視点にたって、障害法を構成する一分野である障害者総合支援法を取り上げ、その問題点と課題について検討することとしよう（V）¹。

II 社会法の法思想と概念

1 市民法から労働法へ

社会法の法思想と概念が、ラートブルフ、ジンツハイマーらの研究を手がかりに、わが国では戦前に、橋本文雄、菊池勇夫、加古祐二郎らによって開拓され、戦後に、沼田稻次郎²、片岡昇³等によって深く考究されたことは周知のとおりである。社会法の概念は、初期の学説にまで遡ればきわめて多義的であるが、ここでは戦後

の沼田・片岡に代表される社会法理論に従って、市民法原理（抽象的な個人としての法的人間像を前提とする所有権、契約の自由、過失責任原則）のもとで生み出された社会的不合理を直視して、具体的な人間の社会的実在性に則して、市民法原理に一定の修正を加え、生存権の実現を図ることを基本原理とする法、として用いることにする。具体的な人間像（従属労働者像）を固有の対象として形成された最初の社会法領域は、労働法である。

2 労働法から社会保障法への専門分化—荒木社会法理論の要点

社会保障法の理論は、社会法理論において首座の位置にあった労働法理論と対比しながら、上記の社会法理論の伝統を受け継ぎつつ、後続の社会法の一分支として形成されてきたものである。そのような形成過程において、荒木誠之の「社会保障の法的構造」論⁴は社会保障法理論の形成であると同時に、荒木社会法理論の展開（沼田社会法理論と異なる側面については後述）でもあった。

労働法と社会保障法とを対比して、荒木社会法理論の要点を整理すれば、

①法的人間像については、労働法が「従属労働者」を法主体とするのに対して、社会保障法は「生活主体」を法主体とする、

②生存権の実現の態様については、労働法が労働関係を媒介として、いわば間接的に生存権を保障するのに対して、社会保障法は直接・無媒介的に生存権を保障するものである、

③市民法との拮抗関係については、労働法が市民法理に対して制限・修正を加えるという緊張関係にあるのに対して、社会保障法は市民法との非競合性を特徴とする、すなわち「社会保障法は、市民法が法的関心をまったく有しなかった分野——いわば法になじまない個人的生活領域とした分野——を自己の対象領域とするものである」⁵。そして、

④社会保障法の要保障事故概念については、大きく3類型（すなわち生活危険、生活不能、生活障害）へ定型化することが可能である、とする。

荒木理論は、これらの基本的な規定を理論の要とするものであった。仮に、戦前の橋本文雄、菊池勇夫等に代表される社会法理論を第1世代、戦後初期の沼田稲次郎に代表されるそれを第2世代とすれば、荒木理論は——第2世代の社会法概念に独自の展開を加えた点において——いわば社会法理論の第2半世代に当たると言えるかもしれない。

3 当時の社会法論争と今日の再考の課題

このような荒木理論に対し学界は鋭く反応した。片岡昇、佐藤進等による荒木理論への批判はその皮切りであり社会法論争と言ってよいものであった⁶。この論

争を受けて（および同時期の国家独占資本主義法論の展開をも踏まえて）沼田稲次郎は、「社会変動のなかで形成されつつある社会法をどのような性格と体系の下で展開せしめるかは具体的な理論的実践的課題として迫っている。…私自身もいまや再び社会法論の基本に還らねばならぬ時期だと思う。」⁷と述べ、社会法理論の新たな展開を図った。

すなわち、論文「社会法体系と人間像」（1974年）⁸では、社会生活のなかで人間の尊厳に値する生活の営為が何らかの点で阻害を受けていること（阻害とは、損害を受けるといふほど当事者、内容などについて特定の語りえない状況）に着目して、新たなテーゼともいえる「社会的生活被（阻）害者」像という捉え方を提起した。そして、その立場から、社会的生活阻害の現象形態の性格に照らして、①労働の従属性と、②生活の営為において欠乏（want → needs）の状態とにわけて、前者の労働の従属性は従属労働者像と労働法を規定する一方、後者の生活欠乏の諸形態は、生活欠乏者像と社会保障法を規定するとしたのである。

つまり、社会法全体の人間像として「社会的生活被（阻）害者」像に着目したところに、『市民法と社会法』から「社会法体系と人間像」にいたる沼田理論の新たな展開があったと言える。のみならず、社会保障法の人間像を単に「生活主体」とせず、「社会的生活被（阻）害者」の一形態としての「生活欠乏者」と捉えた点にも注目しなければならない。この視点こそ、社会権の権利性の根拠を確立するという沼田理論に一貫する考察視点に他ならないからである。そこに荒木理論とやや異なる強調点を見出すことができるであろう。

以上は当時の社会法論争を急いで振り返る文字通りの管見に過ぎないが、それによれば当時の争点は、社会保障法の法的人間像をめぐる単に「生活主体」と捉えるか、体制的な生活阻害を直視して「一定の階級的人間」あるいは「社会的生活被（阻）害者」と捉えるか、という点に凝縮されたと言うこともできるわけである。

こうして当初の論争はさしあたり法的人間像論に焦点化されたが、それから半世紀を経た今日、障害法概念を考察するに当たって、荒木社会法理論の3つの要点を全体として再考してみるのも無駄ではなかろう。以下では、①生活主体像、②生存権の実現態様、および③市民法との非競合性について、「新たな社会法」の視点から再考を試みることにする⁹。言い換えれば、「社会的生活被（阻）害」あるいは「障害の社会モデル」¹⁰という捉え方を基本としたうえで、さらにそこから掘り下げて特定の阻害の関係・内容・範囲・程度等を具体的に摘出することにより、障害法における法的人間像を具体的に把握し、市民法および既存の社会法との対

抗・補完関係を再考することである。

ただし、その前にまずはこれまでの先行研究（学説）における障害法概念を一瞥してその成果を踏まえておくこととしよう。

III 障害法の概念

I 先行研究における障害（者）法概念の検討

一障害法（学）の固有の対象・法理念、範囲と体系等をめぐって

(1) 川島聡「ディスアビリティ法学」¹¹の提唱

川島は、『障害という形成途上の概念』の視点から、『非障害者』を中心に構築されてきた従来の国際人権法学の在り方が検証されねばならない。さらに踏み込んで、…国際人権法学を含めた法学全般において、『障害』という概念を主流化させ、法学を『障害』の視点から根底的に研究する必要がある。そのような営為を牽引する新たな学問領域として、法学の諸理論と『障害学』その他の諸学の諸理論とを横断する独自の『新しい方法論』をとる『ディスアビリティ法学』(Disability legal studies; Disability and Law) の構築が今まさに求められている」とする。本論文は、「ディスアビリティ法学」の可能性を展望した最初の論文として異彩を放っている。その特徴は、ジェンダー法学（とりわけ国際法の文脈ではフェミニズム国際法学）に示唆を得て、非障害者を中心に構築されてきた「法学を『障害』の視点から根底的に研究する『独自の新しい方法論』」を模索しようとした点にある。ただ、労働法や社会保障法のように固有の法領域からなる法学の専門分科としての障害法を構想して、「ディスアビリティ法学」が提唱されたか否かは、この段階では明らかでない。

(2) 新田秀樹「障害者法学の成立可能性」¹²の検証

新田は、「障害者基本法が障害者に係る制度・政策全体についての基本的な理念、種類や体系、方針等を定めた基本的な法律とされていることから、障害者法学が成立するとした場合、この法律がその研究対象から外れることは考えにくい」として、「この法律から障害者法学が研究すべき対象や障害者法学として分析すべき独自の角度を導き出すことが帰納的にできないかどうかを検討する」。

本論文の独自性と意義は、このように障害者基本法という特定の実定法の中に「障害者法学」を構成する要素（すなわち障害者法としての対象の固有性および法原理の固有性）を見出そうという実証的帰納的なアプローチを採用した点に認められる。

このアプローチにより、障害の個人モデルに立った「心身障害者対策基本法

（1970年）」制定時の障害者の定義にも、障害の社会モデルに立つ「障害者基本法（2011年改正）」の障害者の定義にも共通する要素があるか、あるとすればそれは何かを考察し、そこから「障害者法」としての対象の固有性を導き出して、「①（機能障害〈impairment〉の意味での）障害を有すること、②（日常又は社会）生活に制限があること、③①が②の原因の少なくとも1つになっていることの3つを挙げることができる」と結論する。そして、障害者法の法原理（乃至その表出の仕方）の固有性とは、「障害者基本法は、制定時と現在とでは相当性格を変化させているが、そうした中でなお一貫して変わらない」ものとしての、（広い意味での）「配慮」ということになる」と洞察する。

ただ、新田自身が認めるとおり、「障害者基本法という特定の既存法律の中に障害者法学の構成要素を」発見する試みは、「結果的には、古典的な『障害者福祉法学』の要素の抽出に終わる可能性も高い」。また、障害者の定義にあたって、障害者の権利条約（1条）は、むしろ、「機能障害を有することが生活制限の原因の少なくとも1つになっていること」と限定することとならないよう慎重に規定されたことを想起する必要もある。

（3）川島聡・菊池馨実「障害法の基本概念」¹³

菊池馨実・中川純・川島聡編『障害法』（2015年）は、「法律学の独立の一分野としての障害法の確立」にむけて、障害法の体系を整序する本邦初の教科書として編まれた。ここで取り上げる「障害法の基本概念」はその第1章に置かれ、1. 障害と障害者の概念、2. 障害法の法的位置づけ、3. 障害法の理念、4. 障害法の方法論の4節から構成されている。

ここでは障害法の概念は次のように捉えられる。まず障害法とは「障害に関する法」を意味するものとされ、「『障害』とは、（1）人の機能障害、（2）機能障害のある人を取りまく社会的障壁、（3）機能障害のある人が置かれた不利な状態を意味する言葉」と定義される。

この障害の定義から窺われるとおり、本書は「社会モデルへの転換が、法の研究において基本的な重要性を有する」ことを重視している。ただ、障害法は「障害に関する法」を意味するものとして、医学モデルに依拠する法も障害法の概念から除かない立場を採用している。そこで、機能障害のある人の不利な状態を改善するために、その機能障害を予防し克服することを特に重視するものを「古典的障害法」とし、不利な状態を改善するために、社会的障壁を除去することを特に重視するものを「現代的障害法」と区分する見解がとられる。

つぎに障害法の体系には、「さしあたり2つの考え方がありうる」として、①ア

アメリカのロースクールの障害法 (Disability Law) のテキストやケースブックで用いられている実務法曹的あるいは実践的な視点からプラグマティックに考察する考え方、および②実定法学の独立した専門分野として障害法 (学) の定立をめざして一定の理論的な基礎 (総論的検討) を必要とする考え方が挙げられる。ただ、テキストとしての性格ゆえか、後者の「理論的な基礎 (総論的検討)」については詳論されていない。各論としては、障害と憲法、障害と民法、障害と差別禁止法、障害と労働法、障害と教育法、障害と社会保障法、障害と刑事司法の各章に分けて、既存の法学分野と障害との接点に係る重要な論点が取り上げられ考察されている。

(4) 池原毅和『精神障害法』¹⁴における障害法概念

本書は障害法の全体を論述するものではないが、考察の根底には障害法概念が明確に意識されている。池原の構想は、「精神障害法は、実定法が暗黙の内に前提としている誤った固定観念を暴き出して、それを是正し、国際人権規範や憲法規範から導出される障害のある人に対する基本的な法原理に基づいてあるべき障害法制の構築を目指す」ことにある。

この視座から、現行の精神保健福祉法 (5条) の精神障害者の定義は、「医学的な診断をそのまま法概念として取り込む形になっており、そこに規範的あるいは法的な評価が加えられる余地のない概念となっている」ことにまず問題があるとして、障害者の権利条約の想定する障害者像に基づいて、あるべき精神障害法が構想される。そして、障害法・精神障害法の基盤を形成する法価値についても、障害者の権利条約 (1条、3条) に規定されている「原則が障害法・精神障害法の基盤を形成する法価値でなければならない」として障害法概念の輪郭が明快に示されている。

2 本稿の視点から

— 「新たな社会法」としての障害法における法的人間像と基本原理

以上の先行研究を見るかぎり、障害法概念について支配的な定説が形成されているとは言えないかもしれない。しかし、障害の社会モデルの見地から障害と障害者像を捉え、障害者の権利条約に規定された原則に基づいて、あるべき障害法概念を展望する点においては、議論が収斂しつつあると言えるであろう¹⁵。そこで、ここでは既存の法領域と異なる固有の法領域からなる専門分科としての障害法の対象 (人間像)、法原理を明らかにすることに傾注することとしよう。

換言すれば、合理的理性を有する抽象的人間像 (近代市民法における人間像) から外され、また身体・知的・精神障害者という一応具体的に捉えられた人間像 (既存の社会法における人間像) でも、現実にはほとんど保護の客体として処遇さ

れてきた障害者が、これからは地域社会において自立して生活する平等の市民として、法的に位置づけ直されるため、障害のある人々の社会的属性に沿って、既存の法理の修正・発展を図る「新しい社会法」の視点から、障害法概念を考える。いわば第2半世代に後続する新たな社会法論の視点から障害法を考えてみようということである。

（1）従属としての障害（者）

ディスアビリティ（disability）としての障害は、生成的な概念であるが、ここではさしあたり、一定の機能障害（impairment）のある人びとが、健常者を規範的標準として設計されてきた社会的な制度・サービス・施設等の埒外にある者として取り扱われ、公的・私的な生活の重要な場面への参加を制限されてきた一定の状態を主として指す概念として用いる。

そして障害者とは、一定の社会的集団に付加される社会的身分（地位）にあたるが（憲法14条1項参照）、この社会的身分の特徴は、社会システムにおいて構造的に生活上の不利益を付加されてきた点にあると考える。

このように、社会参加を妨げられ、構造的に生活上の不利益を受ける、規範的標準から除外された社会的地位としての障害（者）を、先行研究（Samuel R. Bagenstos）に依拠して「従属としての障害（者）（disability as a subordinated group status）」¹⁶と定義しておきたい。

「従属としての障害（者）」が形成されてきたのは、偏見（prejudice）、固定観念（stereotype）および社会に広く蔓延する無視・放置（neglect）を通して、社会の態度や慣行が、システム化された不利益を特定の機能障害に付加してきたからである。そうすることによって、「社会が障害のある人びと（people with disabilities）という従属的な階層（subordinated class）を、特定の見分けのつく階層として作り出してきた」¹⁷のである。偏見、固定観念、無視・放置という3つの要因はそれぞれ異なる性格・内容のものであるが、憎悪・悪意と結びつきやすい偏見と、情報不足や無知と関わりのある固定観念という2つの要因に加えて、社会的な制度等を設計するに当たり規範的標準から外れる障害者を無視・放置してきた長い歴史的要因が重なって、従属的な階層としての地位が形成されてきたと考えられるであろう。

障害者の権利条約の前文（e）において「障害（ディスアビリティ）が、形成途上にある（徐々に発展している）概念であること、また、障害が機能障害（インペアメント）のある人と態度及び環境の障壁との相互作用であって、機能障害のある人が他の者との平等を基礎として社会に完全かつ効果的に参加することを妨

げるものから生ずることを認め」¹⁸と規定されたのは、まさに「従属としての障害」の法認にほかならない。

(2) 障害法における法的人間像

かくして、障害法における法的人間像は、身体的、精神的、知的または感覚的な機能障害のある人であって、機能障害と社会的障壁との相互作用により、社会に完全かつ効果的に参加することを妨げられている人を含むものとして捉えられる(障害基2条1号、障害者権利条約1条参照)。ここには、保護の客体としての「要援護者」像や消費者保護の対象としての「福祉サービス利用者」像に代わって、機能障害と社会的障壁との相互作用により社会参加を妨げられており人権の完全かつ平等な保障を必要とする人間像への転換がある。

このような意味で、障害法における法的人間像は、社会全体の仕組みによる構造的な不利益(従属としての障害)を受けている集団の人間像であるとともに、アマルティア・センの潜在能力アプローチによって解き明かされた「人間の多様性」¹⁹を具有する人間像として捉えられるであろう²⁰。

(3) 障害法の基本原理

「従属としての障害」が直視されるようになるにつれ、障害法の目的は、そうした従属的地位(subordinated status)を立法化し実施しようとする行為に対して挑戦する手段(差別禁止および合理的配慮の要求等)を、従属的な地位に置かれた人々に付与することへ向かっていったと言えるであろう。アメリカのADAはこの目的に向かって、機能障害に基づく従属(impairment-based subordination)という問題に対処する画期的なものであったのである²¹。

こうして、障害法の基本原理は、障害を理由とするあらゆる差別(合理的配慮の否定を含む)を禁止すること(障害基4条、障害者権利条約2条、5条)、ならびに自立した生活と地域社会への包摂を支援し地域社会からの孤立および隔離を防止するために必要な地域生活支援サービス(パーソナルアシスタンスを含む)を保障すること(障害基3条、14-20条、障害者権利条約19条)等にあると規定されるに至った(障害者権利条約1条)。

換言すれば、障害法の基本原理とは、障害に関して自由権的側面と社会権的側面を分離せず、総合的に保障することにあり、このように、あらゆる人権および基本的自由の完全かつ平等な享有を基本原理とする点において、伝統的に生存権を基本原理とすると考えられた社会法理論(伝統的な戦後労働法・社会保障法の理論)とは異なる面を有すると考えられる。

このような基本原理から演繹される諸権利の骨格は、いわゆる『骨格提言』²²にお

いて定式化されたように、一定の権利の束と考えられるが、留意すべきは、各権利規定においても、おおむね前段に自由権的側面を記述し、後段にそのための支援という社会権的側面を併記するというように定式化されたことである。たとえば、

①命の危険にさらされない権利とそのための支援を受ける権利（障害者権利条約 11 条も参照）

②自らの意思に基づきどこで誰と住むかを定める権利、どのように暮らしていくかを定める権利、特定の様式での生活を強制されない権利とそのための支援を受ける権利（障害者権利条約 19 条も参照）、というように。

3 障害法の領域（範囲）と法体系

上記の法的人間像と基本原理に基づいて、障害法の対象範囲を障害者基本法（14-30 条）および障害者の権利条約（19～30 条）を手がかりに考えれば、①まず、下記のすべての法分野に関わるとともに、各法分野における権利保障の帰結としての位置と意義を有する法分野としての、地域社会へのインクルージョンに関する法に始まって、②移動に関する法、③家族に関する法、④教育に関する法、⑤労働および雇用に関する法、⑥保健・医療・（リ）ハビリテーション・社会的保護に関する法、⑦刑事・民事司法へのアクセスに関する法、⑧文化・スポーツへの参加に関する法、⑨政治的・公的活動への参加に関する法、および⑩上記①地域社会へのインクルージョンに関する法とともに、車の両輪をなす支援付き意思決定・権利擁護に関する法などまで、広い領域に及ぶものと考えることができる。肝心なことは、これらの列举が閉ざされた領域を意図するものではないことである。

いずれにせよ、障害法の体系は、障害法の範囲に属する上記の領域において、（１）差別の禁止、および（２）地域で自立して生活する平等の権利ならびにアクセシビリティの保障という２つの要請が貫徹されねばならないのであるから、法理論としての体系は少なくとも次の２大部門を含まなければならないと考えられる。

第１に、障害を理由とするあらゆる差別の禁止を目的とする差別禁止法の部門。

第２に、地域で自立して生活する平等の権利ならびにアクセシビリティを保障することを目的とする各法分野にわたる総合的な地域生活支援法の部門。

各部門の法的構造に関して、若干の補足説明を付記しておきたい。まず第１の差別禁止法部門については、対象分野別に見れば、①教育法における差別、②労働法における差別、③家族法（婚姻・家族・親子関係等）における差別、④刑事司法における差別、⑤政治的・公的活動における差別などの法分野が、当面緊急

の問題領域として挙げられよう。一方、各分野に通底すると考えられる差別禁止法の法的構造から見れば、法解釈上または立法論上の焦点として次の諸課題が挙げられる²³。すなわち、①差別禁止の対象となる障害(者)の範囲、②差別禁止の対象となる差別理由、③差別の種類、④障害差別禁止法の法的効果²⁴、および⑤差別禁止の実効性確保、の諸点である。

上記の①～⑤の法的構造(焦点)に沿って、わが国の障害者差別禁止立法の現状を見ると、次のような問題点ないし課題が指摘される。

①障害者手帳を取得できない程度の軽度の障害者は、偏見等により不合理な取り扱いを受けても、差別禁止の適用対象外となる可能性がある。②障害差別解消法と障害雇用促進法では、障害を理由として「障害者でない者と」不当な差別的取扱いをしてはならないと規定(障害差別解消7条1項・8条1項、障害雇用34条・35条)されていることから、障害者間の差別や家族に障害者がいる者に対する差別、過去の障害・将来の障害を理由とする差別等が規制できない可能性がある。③禁止する差別の範囲が限定的である。すなわち、障害差別解消法8条2項では、民間の事業者の合理的配慮提供義務は努力義務にとどまり、そのほか間接差別が禁止されるとの解釈の余地も限られる恐れがある。④法的救済の根拠規定を整備する必要性が残る。たとえば、合理的配慮の提供義務を定める規定(障害差別解消7条2項、障害雇用36条の2～4)から、合理的配慮の請求権を直接導くことはできないから、民法の公序良俗(民90条)、不法行為(民709条)等を介して違法無効の確認を求め、損害賠償を請求する方法に依らざるを得ない²⁵。⑤差別禁止を実現する専門的機関を設置する必要がある、等の課題である。

次に、第2の各法分野にわたる総合的な地域生活支援法部門についても少し補足しておきたい。ただ、筆者には各法分野の内容にまで言及する能力はないので、対象法分野からみれば、自立した地域生活の支援へ向け、当面緊急の課題となる分野は、①家族法、②教育法、③労働法、④社会保障法、および⑤刑事司法等の各分野であると考えられることだけを付言しておく。

一方、各分野に通底する法的構造から見れば、①社会的支援の権利主体とその根拠、②社会的支援の必要性の判定基準、③社会的支援の必要性の判定手続き・判定機関、④支援計画の策定手続き、⑤支援サービスの支給決定基準、および⑥社会的支援の権利性の実効性確保、等の各側面に沿って法解釈上および立法論上の課題を分析していくことがこれからの課題と考えられる。下記のVでは、その一部として「障害者総合支援法の課題」について取り上げ、責めを塞ぐこととしたい。

4 小括―「新たな社会法」

(1) 「新たな社会法」とする根拠

障害法概念について大急ぎで断片的な結論を述べてきたが、ここで「新たな社会法」とする理由・根拠について改めて考えておこう。

その理由・根拠は、いろいろの側面から考察する必要があるが、まず、既存の社会法と一線を画す「新たな」社会法とする根拠としては、第1に人間像の側面から、すなわち、この法領域における人間像が、労働法における「従属労働者」、社会保障法における「生活主体」と異なり、「機能障害と社会的障壁の相互作用により社会に完全かつ効果的に参加することを妨げられている障害者を含むもの」であることに、障害法を「新たな社会法」とする理由・根拠がある。換言すれば、障害者も従属労働に従事するかぎりでは労働法の法主体となり、また生活主体として社会保障法の法主体となるが、障害者は「機能障害と社会的障壁の相互作用により社会参加を阻害される」側面において、障害法の法主体となると考えられる。

第2に対象となる法領域の側面からみれば、対象となる法領域が社会参加の阻害にかかわるすべての領域であることから、労働法、社会保障法の対象領域と重なる部分を含みつつも、それらに限定されず交通、通信、司法へのアクセス、文化、スポーツ等における参加阻害を広く独自の対象領域とすることに、障害法を「新たな社会法」とする理由がある。

そして第3に基本原理に着目すれば、伝統的な社会法が生存権を基本原理とすると考えられてきたのとは異なり、障害法においては自由権的側面と社会権的側面を分離せず、その総合的保障を基本原理とすると考えられる点に、「新たな社会法」とすべき理由を見出すことができるであろう。

(2) 「新たな市民法」の側面について

ところで、障害法は「新たな社会法」ではなく、「新たな市民法」というべき側面も有すると考えられるから、ここで整理しておきたい。

前述の法体系でごく簡単に触れたように、障害法は市民法本来の自由・平等の実現を直接の目的とする法部門（差別禁止法の部門）と、そのために必要な社会的支援について定める法部門（総合的な地域生活支援法の部門）を含むものである。そして障害法が、伝統的な社会法が許容してきた隔離・収容という処遇への反省として形成されつつあることを重視すれば、障害法の意義と特質は、むしろ障害者を新たな「市民」として市民法（いわば社会化された市民法）に位置づけ直す側面にあるとも考えられる。

しかし、その一方で、差別禁止アプローチ（アメリカADAモデルに代表される）

には、とりわけ重度を含むすべての障害者の雇用と地域生活へのインクルージョンを進めるのに限界があったと総括されている²⁶。このことを踏まえると、あるべき障害法においては差別禁止アプローチと並ぶ車の両輪として、新たな社会法アプローチとしての自己管理型支援の法部門（それが伝統的な福祉アプローチ〈隔離・収容型〉に代わることは言うまでもない）等が必須不可欠であることも明らかである。

これらを総合して考えると、①障害法は、市民法のようにすべての人びと（普遍的抽象的個人）を法の主体とするのではなく、一定の障害のある人びとを捉えて法の主体とする法領域であること、および②障害法（学）の目的は市民法上の市民権の実質的实现にあるとしても、そのために必要かつ有効な理論的な手段・方法は「新たな」社会法アプローチにより古典的な市民法理を修正する法理論——敷衍すれば、この法領域の基本原則が自由権的側面と社会権的側面の総合的保障にあることを踏まえて、その視座から特定の社会的・生活阻害の関係・内容・範囲・程度等を具体的に抉り出し、合理的配慮を求める権利などの現実的・特殊的な権利（言い換えれば市民法上の自由・平等の理念からの普遍的な権利にとどまらない権利）の理論的根拠を形成していく法理論——にあること、等から結論として、障害法（学）は「新たな」社会法（学）に位置づけされるものである。

IV 市民法および既存の社会法と障害法との関係

以上の整理をもとに、つぎに障害法は市民法および既存の社会法に対してどのような修正を迫るものであるかについて、「新たな」社会法としての障害法の役割・射程を把握するのに必要と思われる2～3の主要接点に絞って考察してみよう。

1 市民法と障害法との関係

まず市民法との関係については、障害法の形成と発展にともなって、伝統的な市民法秩序に新たな修正が求められることになることは避けられない。

障害法と市民法秩序とが拮抗する諸関係のなかで、焦眉の争点の一つと考えられるのは、差別禁止法の法部門にあつては、市民法上の私的自治原則と障害法上の合理的配慮義務との拮抗関係であり、地域生活支援法の部門にあつては、市民法上の成年後見制度（行為能力制度を前提とする法定代理制度）と障害法上の支援付き意思決定制度との拮抗関係である。

(1) 市民法上の私的自治原則と合理的配慮との拮抗関係

この拮抗関係が表面化する局面は、たとえば、①障害者差別解消法において事業者の合理的配慮義務が努力義務に留められていること（障害差別解消8条2項）、②障害者雇用促進法において合理的配慮の提供義務における過重な負担の考慮要

素がすべて事業主の経済的事情であり、かつ事業主による一方的な勘案に委ねられていること（平成 27 厚生労働告示 117「合理的配慮指針」第 5－1）、③合理的配慮の手続きが当事者による私的自治原則の延長線上にあって、1 対 1 の当事者の話し合いとされていること（同「合理的配慮指針」第 3－1(2)、2(2)）等を挙げることができよう。

これらの拮抗局面の解明と調整は、障害法学の今後の解明に期待したいが、基本的な方向としては川島聡・星加良司が指摘するとおり、「合理的配慮は、有史以来繰り返されてきた障害者への不利益処遇が蓄積し、固着して形成された現行の非中立的（非対称的）な社会構造を是正する行為のひとつである。だとすれば、そうした社会の形成に関わっている構成員が、その是正に対して集合的な責任を分有していることは確かではないだろうか。企業もまた、そうした責任を分有する主体のひとつであることはいうまでもない。」²⁷ という規範意識を共有することであろう。

ただ、この集合的責任の分有は、今や「道徳的責任」「道徳的な規範」²⁸ にとどまらず障害者の権利条約（とくに前文(e)、2 条、4 条(e)等）とこれを受けて 2011 年に改正された障害者基本法（3 条、4 条）等によって法的な規範原理として法認されるに至ったと言うべきである。引き続き、障害者差別解消法上の事業者の努力義務規定はこの規範原理の視点から再検討されなければならない。また、障害者雇用促進法上の過重な負担の考慮要素においても、過重な負担の判断基準を一面的・形式的に捉えずに「従属としての障害」を直視して総合的・客観的・具体的に捉えること、事業主側の考慮要素（経済的事情）のみならず、障害者側のニーズの要素も勘案されなければならないこと（合理的配慮の程度により社会参加の可否のみならず社会参加の質・程度が左右されるから、たとえば公的支援との組み合わせ等により社会参加程度の高度化を図ることを勘案事項に加えること等）、さらに合理的配慮の決定手続きにおいては、「対話の重視」にくわえ「対話の対等性」の実質的実現のための、当事者のコミュニケーション力を支援するアドボケイト制度等の検討などもこれからの課題といえよう。

（2）市民法上の成年後見制度と支援付き意思決定との拮抗関係

市民法理と新たな障害法理との拮抗関係は、成年後見法の分野においても顕著に見出される。指摘されているとおり、「条約 12 条は、第 1 に、障害者を法的能力によって差別することの禁止、第 2 に、代替意思決定（substitute decision-making）を含む制度の廃止、そして、第 3 に、これに代わる支援付き意思決定（supported decision-making）の制度の開発（development）を求めている。こ

のことは、人の能力や代理に関する民法規定の見直しを迫り、また、「支援」を民法理論の中でどのように受容すべきかの問いを投げかける。」からである²⁹。

①障害者の権利条約12条の規範的内容

そこでまず条約12条の規範的内容を障害者権利委員会の「一般的意見第1号(2014年)」に従って確認しておきたい。周知のとおり、「一般的意見第1号」は「歴史的にみて、障害のある人は、後見人制度や強制治療を認める精神保健法などの代理人による意思決定制度の下で、多くの領域において差別的な方法で、法的能力の権利を否定されてきた。障害のある人が、他の者との平等を基礎として、完全な法的能力を回復することを確保するためには、これらの慣行は廃止されなければならない。」³⁰ という、いわば歴史的な課題意識から出発している。

この課題意識に立って、同委員会は第12条の規範的内容について、1) 第12条2項(締約国は、障害のある人が生活のあらゆる側面において他の者との平等を基礎として法的能力を享有することを認める)にいう「法的能力」には「権利所有者になる能力のみならず法律の下で行為者になる能力をも含む」ものであること、2) したがって、従来の法的取り扱い(民法の行為能力制度の下で障害を理由に行為能力を制限し、成年後見制度の下で第三者が代行決定するという取り扱い)は、障害者の人権侵害にあたるものであること、3) かくして、人権に基づく障害モデルの下では、締約国は「代理人による意思決定のパラダイムから、支援付き意思決定に基づくパラダイムへの移行」を履行しなければならないこと、さらに4) 「12条に定められている権利は、批准の瞬間に適用され、即時の実現の対象となる」規定であることから、締約国は代理人による意思決定制度を廃止すると同時に、支援付き意思決定制度を開発するという新たな義務を負うこととなる、等と結論づけたのである³¹。

②成年後見制度の現状と成年後見制度利用促進法の意義

翻ってわが国の現状をみれば、成年後見制度の利用を必要としている認知症の高齢者、知的障害者、精神障害者は約800万人以上いるとされ、そのうち成年後見制度の利用者総数は約20万3500人(平成28年12月末日現在)で、利用率は約2.5%に過ぎない³²。しかも利用者総数の8割以上が後見類型に集中している。つまり、現行の成年後見制度の8割は、第三者(成年後見人)が本人の意思に基づかずに法律行為をなすことが可能な「代行決定」の類型で運用されているわけである。民法858条の本人意思の尊重は、後見人等の広範な裁量に委ねられているのが実情である³³。そのうえ後見類型、保佐類型のいずれも開始決定の審判の効力に期間制限はなく、一旦開始決定されると精神上の障害が回復しない以上は

生涯継続し、定期的な審査の機会も与えられていない³⁴。

こうした現状を受けて、新しく「成年後見制度の利用の促進に関する法律」（平成 28 年法 29）が公布された³⁵。それにより、代行決定偏重から「本人の意思の尊重」へのシフトが図られたと評価される反面、同法（11 条）に定められた「基本方針」のうち「本人の意思の尊重」に関する具体的な規定は、保佐・補助の利用促進、任意後見の活用および欠格条項の見直しくらいに過ぎないとも評される。成年後見制度利用促進委員会によってまとめられた意見具申（平成 29 年 1 月 13 日）においても、本来の支援付き意思決定へ向けた中長期の検討課題まで踏み込まれてはいない。代行決定型の成年後見という現状の質を改革しないで制度利用の促進を図るだけなら、「本人の意思を尊重」しない利用が広がるだけに終わらないかという懸念は払拭されていないと言わなければならない。

③支援付き意思決定制度への改革

こうして伝統的な民法における制限行為能力制度および法定代理制度と、あるべき支援付き意思決定との対抗関係を解明し調整することも、これからの障害法学に期待される課題である。

具体的な方向性としては、すでに、1) 人の能力や代理に関する民法規定の見直し（行為能力制限および法定代理権の範囲の縮減）、2) 後見・保佐類型の廃止と補助類型への一元化、および、3) 定期的な再審査制度の創設、などが検討されている³⁶。

こうした検討においては、周知のように「法律行為と財産管理の成年後見」という枠から踏み出して、意思決定支援の原則を確立するに至ったイギリスの先駆的な意思決定能力法（mental capacity act, 2005）は、確かにきわめて示唆的であった。しかし条約 12 条の規範的内容および「一般的意見第 1 号」の解釈に照らせば、「最善の利益」のパラダイムから「意思と選好」のパラダイムへの転換（一般的意見第 21 項参照）など更なる改善が求められることも考慮に入れておく必要があるだろう。

そのほか、サービス事業者等による福祉サービスの提供過程における「本人意思の尊重と意思決定支援」のあり方³⁷等の改革も並行して求められる。それらは次節の総合支援法の検討において触れることとしよう。

2 既存の社会法と障害法との関係

市民法と障害法の拮抗関係に続いて、つぎに既存の社会法（とりわけ社会保障法）と障害法との拮抗関係に目を向けると、そこにも既存の社会法理に対してパラダイム転換を迫る関係を見出すことができるであろう。

その典型的な例を挙げるなら、現行の重度訪問介護は、すべての障害者が、どこで誰と生活するかを選択し、地域社会で自立（自律）して平等に生活を営むには、その受給資格者の範囲や介護サービスの範囲・程度等から見て限界がある。そもそも現行の「自立支援給付」のサービス体系は、隔離・収容を伴う長期の施設入所を含む体系であり、施設入所者等の自由権の一定の制約を止むを得ないものとして容認する体系にとどまっている。わが国だけでなく各国に残るこのような現状を打開するため、障害者の権利条約（19条）は締約国に対してパーソナルアシスタンスを含む地域生活支援サービスの整備を義務付けているのである。

地域社会からの孤立および隔離を防止し、自由権と社会権の総合的（一体的）保障を実現しようとする³⁸、このような地域生活支援の転換には法理念の発展が認められるとともに、社会保障法の一部が障害法の形成によって置き換えられていく関係を読み取ることができるであろう。

障害者総合支援法の課題は、こうした転換を進めることに尽きると言っても過言ではない。長期的にみれば、パーソナルアシスタンスを含む自己管理型支援の体系へ向けた改革が障害法学の課題となると思われる³⁹。

V 障害者総合支援法の課題

1 わが国の現行法と自己管理型支援との基本的な相違点

まず、障害者総合支援法における自立支援給付と先進諸国において国際標準と考えられる自己管理型支援（例としてイギリスの Self-directed support⁴⁰、アメリカ・カリフォルニア州の Supported living services⁴¹）との基本的な相違点を眺めてみよう。ここでの比較はあくまで相違点のアウトラインに留めざるを得ないが、障害法としての地域生活支援法の法的構成と課題を考えるための手がかりは得られるであろう。

（1）ニーズ判定の基準

わが国の障害支援区分の判定（80項目）では、障害者等の心身の状況だけで判定され、障害者本人の社会活動等の意欲を考慮に入れることがない（障総21条1項、障総令10条2項、厚生労働省令40）。もっとも、わが現行法でも、支給決定の段階において障害支援区分のほか地域生活、就労、日中活動などの社会活動や介護者、居住等の状況、サービスの利用意向等を勘案して決定すること（障総22条1項、障総則12条）とされてはいる。しかし、これらの勘案事項は判定基準の中に位置づけされたものではないうえに、その判断はニーズの判定機関による客観的な判定によらず、支給決定機関による広い裁量に委ねられている。この

ことはニーズの客観的判定の権限と支給決定の権限を分離するという原則的なあり方からも再検討を要するところである。

それに対したとえばイギリス（自己管理型支援）では、生命・身体にかかるリスクのみならず、当事者の地域社会における自立とウェルビーイングに関わる就学、就労、地域生活、家族生活に係るリスクまでニーズ判定的基準のなかに含まれる法制となっている⁴²。

（2）ニーズ判定機関と当事者の参画

ニーズ判定の機関と手続きについては、現行法では、認定調査員による訪問調査・一次判定・二次判定の手続きが、専門職主体で進められる。つまり訪問調査員による面接後は、ニーズ判定は当事者不在のなかで進められることとなる。

イギリス（自己管理型支援）では、当事者主体でニーズ判定を行うこと（セルフアセスメント）、その際当事者の必要に応じて地方当局は意思決定支援を提供することとされている⁴³。カリフォルニア州の「本人中心の個人サービス計画（Person-Centered Individual Program plan, PC-IPP）」でも、アセスメントの目的は利用者の生活の目標や能力、長所、好み、目標を達成する上でのバリアなどを明らかにすることに置かれており、そのためアセスメントの手続きは利用者本人を中心として、利用者の家族、友人、アドボケート、サービス提供者などの広い範囲の参加を求めることとされている⁴⁴。

（3）サービスの利用計画と相談支援

障害者総合支援法の実際の手続きでは、知的障害者を含め全て利用者は、細かな漢字で埋められた（それ自体が社会的障壁となりかねない）申請書に、利用を希望するサービスを予め選択して記入しなければならない。サービス利用に係る相談支援（計画相談）は単なるプランの作成に過ぎず、プラン自体は何ら権利性を有さない。この現状には、利用者を権利主体として認め、初めに本人中心に生活目標を立てること、実施機関はその生活目標を実現するために必要なサービス・支援について本人と協働して作成すること等の「本人意思の尊重」の観念が乏しいと言わざるを得ない。

サービスの利用計画については、イギリスでは、本人中心にまず生活目標（outcomes）を立てて、地方当局はその目標の達成に必要なサービスの利用計画を本人中心に策定しなければならないとされている。カリフォルニア州でも、PC-IPPの作成は協働的なプロセスとされている。協働の作成に携わるメンバーは、利用者本人、利用者が指定する代理人、親（利用者が未成年の場合）もしくは後見人（利用者が被後見人の場合）、利用者が出席を希望する支援者、実施機関であ

るリージョナルセンターのスタッフ等であって、IPP は最終的には当事者とリージョナルセンターの間の契約書として作成される⁴⁵。

(4) サービスの支給決定

障害者総合支援法では、障害支援区分の認定、支給決定等すべて市町村（実施機関）の権限として規定されている。支給決定は実施機関による一方的な行政処分である。

イギリスでは調査判定からサービス利用計画の策定と決定まで実施機関は本人中心に協働して行う義務を有するものとして規定されている⁴⁶。カリフォルニア州では、IPP はリージョナルセンターからの一方的な支給決定通知書ではなく、利用者本人ないし本人の代理人が同意し署名した契約書である。リージョナルセンターは IPP に書かれたサービスと支援を自らコーディネートし、あるいは購入して提供する責任をもち、カリフォルニア州はその費用を提供する義務を有する⁴⁷。

(5) サービスの利用方法

サービスの利用方法については、障害者総合支援法では、指定事業者・施設の代理受領方式による現物給付に基本的に限られている。

イギリス（自己管理型支援）では、個人予算・ダイレクトペイメントおよびパーソナルアシスタントの当事者による雇用という方式を基本とするとともに、この方式を少なくとも選択肢の一つとして提供しなければならないとされている。

(6) サービス等の提供に係る意思決定支援

2012 年改正の障害者総合支援法の基本理念（1 条の 2）において、障害者本人が「どこで誰と生活するかについての選択の機会が確保」される旨が規定され、指定相談支援事業者および指定障害福祉サービス事業者等に対し、障害者等の意思決定の支援に配慮するよう努めるべき旨が規定された（42 条、51 条の 22）。しかし、自己決定が困難な障害者に対する支援の枠組みや方法等の標準的なプロセスは定められず、「障害者の意思決定支援のあり方」の検討は改正法施行 3 年後の見直し事項とされてきた。ようやく社会保障審議会障害者部会の報告書「障害者総合支援法施行 3 年後の見直しについて」（平成 27 年 12 月）を受けて、「障害福祉サービス等の提供に係る意思決定支援ガイドライン」（厚労省社会・援護局障害保健福祉部長通知、障発 0331 第 15 号、平成 29・3・31）が作成された。サービスを提供する際に行う事業者等による意思決定支援のガイドラインとして、国際標準に近づいたと評価できる反面、依然として第三者による本人意思の評価という取扱いレベルにとどまっており、本人がどのように参加したか、本人の意思

をどのように確認し誰がどのように話し合ったかを可視化することが必要ではないか、またサービス管理責任者が意思決定責任者となる場合は利益相反の可能性が生じないか等も懸念されている⁴⁸。

2 わが国への示唆

障害者総合支援法は、改正法（2012年）施行後3年の見直しの結果、一定の改善が図られた。しかし、見直しの結果を上記の国際標準と考えられる自己管理型支援と比較してみると、パーソナルアシスタンスを含む地域生活支援法への転換という本来の課題に向き合ったものと評価することはできない。

以下では「新たな社会法」としての障害法を構想するという本稿のテーマにそって、いまだ素案ながら、わが国の課題を整理して一応の結びとしよう。

上記の国際標準から導かれる示唆は、まず何よりも当事者による自律（支援付き意思決定）を尊重しつつ、他方において実施機関における公正決定の要請に留意して、少なくとも次の4つの課題に向き合うことである。

第1に、常時介護が必要な障害者に対する個別的・継続的・包括的な支援（パーソナルアシスタンス）の受給資格のニーズ判定基準は、障害当事者が地域で自立した社会生活を営むのに必要な支援のすべてのニーズを判定する基準、すなわち日常生活の基礎的な身の回りのニーズに限らず、就学上のニーズ、就労上のニーズ、家族内の役割を果たす上でのニーズ、その他地域生活関係上のニーズを含め、地域生活を営むのに必要なすべてのニーズを判定する基準として設定する必要がある。

第2に、地方自治体の実施機関は、ニーズの判定過程および支援計画の策定過程において、当事者と協働して判定・策定する義務を有することを明文化する必要がある。ここで「協働する義務」には、スコットランド法の例に見られるとおり、①当事者が望むすべての参画を保障する義務、②当事者の必要に応じ意思決定の支援を提供する義務、および③法的な拘束力を有する支援計画を協働して作成する義務が含まれる、とする必要がある。

第3に、常時介護を要する障害者等に対する支援については、自由権と社会権を総合的に保障するため、現行の重度訪問介護をパーソナルアシスタンスへ発展させること、さらにサービスの利用方法として①個人予算、②ダイレクトペイメント、③当事者によるパーソナルアシスタントの雇用等を、当事者による利用可能な選択肢の1つとして整備することである。

第4に、障害法の各分野にわたる総合的な地域生活支援法部門の一環として、代行決定型成年後見制度を支援付き意思決定制度へ転換すること、サービス提供

に係る事業者等による意思決定支援のプロセス（ガイドライン）を第三者による本人意思の客観的評価ではなく本人の意思決定支援を可視化するプロセスとして定着させること、そして意思決定の支援、サービスの利用、虐待の防止等をめぐる苦情解決、権利救済の実効性のある手段・手続きを確立することである。

上記のような中長期的な課題に向き合うとき、従来「実施機関の裁量権限」とされてきた法理を「実施機関の協働義務」の法理へ、シフトすることが求められる。換言すれば、障害者を保護の客体とする福祉サービス法制のもとで、実施機関（市町村）に付与されていた権限は、社会的障壁との相互作用による社会的不利益（従属としての障害）の法認のもとでは、権利主体としての障害者の参画（自己管理）の権利と社会的包摂の責任主体としての実施機関（市町村）の協働義務へと、転換を図らなければならないのである。このことも障害者総合支援法の改革をめぐってこれからの障害法学に期待される課題といえるであろう。

¹ 本稿は、日本障害法学会設立大会（2016年12月）における報告原稿に加筆したものである。なお同時期に開催された日本社会保障法学会70回大会（2016年10月）の求めに応じて「社会法としての社会保障法・再考—社会福祉法研究を振り返って」（学会誌・社会保障法32号（2017年）169-184頁）を報告・執筆した。両報告はテーマが関連しているため、叙述も一部重複している。ご海容をお願いしたい。

² 沼田稲次郎『市民法と社会法』（日本評論新社、1953年）。後に同『社会法理論の総括』（勁草書房、1975年）45-105頁に収録。

³ 片岡昇「社会法の展開と現代法」『岩波講座・現代法1 現代法の展開』（岩波書店、1965年）120-165頁。

⁴ 荒木誠之「社会保障の法的構造」熊本法学5号（1965年）、6号（1966年）（後に同『社会保障の法的構造』（有斐閣、1983年）に収録）、そのほか、同『社会保障法』（ミネルヴァ書房、1970年）、同『社会保障法読本』（有斐閣、1983年）、同『生活保障法理の展開』（法律文化社、1999年）等を参照。

⁵ 荒木誠之『社会保障法』（ミネルヴァ書房、1970年）74頁。ただし、荒木は「社会保障法が市民法と接触する面が全然ないわけではない」「民法と接触する側面は主として家族法の分野と不法行為法である」と見て考察を加えていることに留意すべきである。同上74頁参照。

⁶ 片岡昇「労働基本権と社会保障の権利」法社会学会編『社会保障の権利』（有斐閣、1967年）1-23頁は、社会保障法の法的人間像を「一定の階級的人間」と捉える立場から、荒木説に対し、「社会保障の権利主体の社会的ないし階級的地位を不明確ならしめ」と批判し、佐藤進もこれに「同感である」（佐藤進『社会保障の法体系 上』（勁草書房、1969年）99頁注(3)）とした。

- ⁷ 沼田稲次郎「社会法体系と人間像」（初出は民科法律部会『法の科学』2号（1974年）、後に『社会法理論の総括』（勁草書房、1975年）373-408頁に収録）376頁。
- ⁸ 沼田前掲注（7）参照。
- ⁹ なお私は、沼田説に基本的に依拠しつつ、荒木社会法論に一定の補強を加えようと試みた。河野前掲注（1）172-174頁参照。
- ¹⁰ 「障害の社会モデル」の概念をつとに解明してきたものとして、川島聡「国際人権法における障害差別禁止—障害のモデルと合理的配慮」高野真澄先生退職記念『これからの人権保障』（有信堂高文社、2007年）231-258頁、川島聡・東俊裕「障害者の権利条約の成立」長瀬修・東俊裕・川島聡編『障害者の権利条約と日本—概要と展望』（生活書院、2008年）11-34頁、東俊裕「障害に基づく差別の禁止」長瀬・東・川島編同上35-72頁等を参照。ちなみに、マイケル・オリバーによれば「障害の社会モデル」という考え方の淵源は、「隔離に反対する身体障害者連盟」（UPIAS）による定義にあるとされる。杉野昭博『障害学—理論形成と射程』（東大出版会、2007年）117頁、川島聡「障害者と国際人権法—『ディスアビリティ法学』の構築」芹田健太郎他編『講座国際人権法4 国際人権法の国際的实施』（信山社、2011年）479頁以下および同注（31）参照。
- ¹¹ 川島前掲注（10）「障害者と国際人権法—『ディスアビリティ法学』の構築」。
- ¹² 新田秀樹「日本における障害者法学の成立可能性—障害者基本法を素材とした試論」大原社会問題研究所雑誌640号（2012年）33-47頁。
- ¹³ 川島聡・菊池馨実「障害法の基本概念」菊池馨実・中川純・川島聡編著『障害法』（成文堂、2015年）1-29頁。
- ¹⁴ 池原毅和『精神障害法』（三省堂、2011年）（とくに第1章「精神障害法の意義」2-28頁）。
- ¹⁵ ちなみに、河野正輝『『障がい法』の視点からみた障害者自立支援の課題』学会誌・社会保障法25号（2010年）63-77頁、同「地域社会における生活の支援」日本社会保障法学会編『新・講座社会保障法2 地域生活を支える社会福祉』（法律文化社、2012年）9-29頁も、あるべき障害法概念について収斂の方向に沿うものである。
- ¹⁶ Samuel R Bagenstos, Subordination, Stigma, and “Disability”, Virginia Law Review, Vol.86, Number3 (April 2000), pp.397-533.
- ¹⁷ Samuel R. Bagenstos, op. cit., p.418.
- ¹⁸ 訳は川島＝長瀬仮訳（長瀬修・東俊裕・川島聡編『障害者の権利条約と日本—概要と展望』（生活書院、2008年）211頁）による。
- ¹⁹ センによれば、個人的・社会的特性が人によって大きく異なっているということは、資源や基本財から成果への変換についても大きな個人間の差異が存在することを意味する。アマルティア・セン（池本幸生・野上裕生・佐藤仁訳『不平等の再検討—潜在能力と自由』（岩波書店、1999年）54頁参照。障害者の権利条約3条（c）にいう「人間の多様性」もこのような意味での「人間の多様性」の意義を含むものと解されよう。
- ²⁰ なお、従属的な階層としての障害者像という捉え方は、単に障害法理論の総論に位置するだけでなく、実定法上の障害者の定義を解釈する際にも活かされるべきことは言うまでもない。
- ²¹ Samuel R. Bagenstos, op. cit., p.418.

- ²² 障がい者制度改革推進会議総合福祉部会『障害者総合福祉法の骨格に関する総合福祉部会の提言一新法の制定を目指して』(2011 年 8 月) 12-13 頁。
- ²³ 長谷川聡・長谷川珠子「障害と差別禁止法」(菊池・中川・川島編前掲注(13)第6章) 118-139 頁参照。
- ²⁴ ちなみに、障害者が合理的配慮の請求権を有するか否かは、英、仏、独においても必ずしも明らかでない。長谷川珠子「合理的配慮提供義務」永野仁美・長谷川珠子・富永晃一編『詳説障害者雇用促進法』(弘文堂、2016 年) 207-229 頁参照(とくに 213-214 頁および 212 頁注(5))。
- ²⁵ なお、従来から存在する合理的配慮類似の措置については、長谷川前掲注(24)215-216 頁参照。
- ²⁶ たとえば、Samuel R. Bagenstos, The Future of Disability Law, The Yale Law Journal, vol.114, no.1, 2004, 83 頁参照。
- ²⁷ 星加良司・川島聡「合理的配慮と経済合理性」川島聡・飯野由里子・西倉実季・星加良司『合理的配慮』(有斐閣、2016 年) 114 頁。
- ²⁸ 川島聡・星加良司、前掲注(27) 113-114 頁参照。
- ²⁹ 清水恵介「障害者権利条約と民法理論」成年後見法研究 14 号(2017 年) 41 頁。
- ³⁰ 障害者権利委員会「一般的意見第 1 号(2014 年) 第 12 条:法律の前における平等な承認」(2014 年 4 月 11 日採択、2014 年 5 月 19 日版) 7 項参照。訳は公益財団法人日本障害者リハビリテーション協会の「障害保健福祉研究情報システム」(http://www.dinf.ne.jp/doc/japanese/rights/rightafter/crpd_gc1_2014_article12_0519.html, accessed 5 May 2017) による。
- ³¹ 障害者権利委員会「一般的意見第 1 号」(前掲注(30)) 28 項-30 項参照。ただし上記の「一般的意見」に対しては、条約 12 条の本来の射程は最後の手段としての代理・代行決定の可能性を排除するものではないとする代行決定許容説、あるいは国連の特別委員会での審議過程を含めた 12 条成立の沿革からみても同 12 条の射程は代行決定許容説の立場から理解することが正当であるとする有力な学説が存在する。上山泰「現行成年後見制度と障がいのある人の権利に関する条約 12 条の整合性」菅富美枝編『成年後見制度の新たなグランド・デザイン』(法政大学出版局、2013 年) 39-116 頁、川島聡「障害者権利条約 12 条解釈に関する一考察」実践成年後見 51 号(2014 年) 71-77 頁参照。
- ³² 最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況—平成 28 年 1 月～12 月」(平成 29 年 3 月)。
- ³³ 小澤温・大石剛一郎・川崎市障がい者相談支援専門員協会編『障がいのある人の意思決定支援—地域生活を支える成年後見活動』(現代人文社、2017 年) 138 頁以下(大石剛一郎筆)、日本弁護士連合会「総合的な意思決定支援に関する制度整備を求める宣言」(https://www.nichibenren.or.jp/activity/document/civil_liberties/year/2015/2015_1.html, accessed 5 May 2017) 参照。
- ³⁴ 日本弁護士連合会「総合的な意思決定支援に関する制度整備を求める宣言」(前掲注(33)) 参照。

³⁵ 同法は、成年後見制度の本来の理念（成年被後見人の個人の尊厳を重んじ、それにふさわしい生活を保障し、意思決定の支援を適切に実施し、財産の管理だけでなく身上の保護を適切に実施すること。同法 3 条 1 項）をふまえた利用促進を図ることを目的として、利用促進施策推進のための基本方針（①保佐・補助の利用促進、②いわゆる「欠格条項」等の見直し、③医療行為についての同意権を成年後見人に与える方向の検討、④本人死亡後の成年後見人の事務範囲に関する見直し、⑤任意後見制度の活用等。同法 11 条）、および基本計画の策定（同法 12 条）、そのための成年後見制度利用促進会議（同法 13 条・14 条）・成年後見制度利用促進委員会の設置（同法 15 条以下）等について、定めるものである。

³⁶ たとえば、清水前掲注 (29)、新井誠「補助類型一元化への途」実践成年後見 50 号（2014 年）62 頁以下、上山泰・菅富美枝「成年後見制度の理念的検討—イギリス・ドイツとの比較を踏まえて」菅前掲注 (31)3-38 頁、柴田洋弥「成年後見制度と支援付き意思決定」成年後見法研究 13 号（2016 年）107-125 頁、日本弁護士会連合会前掲注 (33) 等を参照。

³⁷ 厚労省社会・救護局障害保健福祉部長通知、障発 0331 第 15 号、平成 29・3・31「障害福祉サービス等の提供に係る意思決定支援ガイドライン」

³⁸ ちなみに、自由権と社会権の総合的保障の必要性をつとに指摘してきたのは、関川芳孝「JDA の立法構想をめぐる」河野正輝・関川芳孝編『講座 障害をもつ人の人権 ①権利保障のシステム』（有斐閣、2002 年）329-346 頁。

³⁹ 自己管理型支援の形成へ向けた改革が課題であることは、障害者の権利条約において新しい概念として「自立生活」が導入された経緯や、障害者の参加を義務付ける規定（4 条 3 項、33 条 3 項、34 条 3・4 項、35 条 4 項）が明文化されたこと等にも示唆されているといえるであろう。川島前掲注 (10)「障害者と国際人権法—『ディスアビリティ法学』の構築」参照。

⁴⁰ 詳しくは、河野正輝「障害者の自己決定権と給付決定の公正性—イギリスにおける自己管理型支援の法的試み」障害学研究 9 号（2013 年）96-129 頁参照。

⁴¹ 詳しくは、岡部耕典「ポスト障害者自立支援法のパーソナルアシスタンス—カリフォルニア州のサポートドリビング・サービスを手がかりとして」岡部耕典編『パーソナルアシスタンス—障害者権利条約時代の新・支援システムへ』（生活書院、2017 年）269-302 頁参照。

⁴² ちなみにイギリスの新しい立法（The Care Act 2014）では、地方当局の義務として「ウェルビーイングを増進させる義務」（同法 1 条）が明文化された。ただし当面は理念規定にとどまるとの解釈がある。Cf., Luke Clements, The Care Act 2014 overview, www.lukeclements.com, accessed 17 July 2017.

⁴³ 自己管理型支援を実現するための国家戦略に基づいて、いち早く自己管理型支援を定める法を 2012 年に議会に上程し、2013 年 1 月に成立させたスコットランドでは、①アセスメントの過程において当事者は本人が望むすべての参画の権利を有すること、②地方当局はニーズのアセスメントに関して当事者と協働する義務を負うこと、を明文化している。河野前掲注 (40)112 頁参照。

⁴⁴ 岡部前掲注 (41)281 頁参照。

⁴⁵ 同上 279-280 頁参照。

⁴⁶ スコットランド法は、自己管理型支援の原則として 3 つの権利を明文化している。すなわち、

①支援・サービスの給付に関して、当事者は本人が望むすべての参画の権利を有すること、
②自己管理型支援の利用方法を選択する際に、意見を表明する権利を有すること、および理解して選択することを可能とするために合理的に必要とされる援助を受ける権利を有すること、および③地方当局は支援・サービスの給付に関して当事者と協働する義務を負うこと、である。河野前掲注 (40)114 頁参照。

⁴⁷ 岡部前掲注 (41)278-279 頁参照。

⁴⁸ ちなみに 岡部前掲注 (41) は、現行の「重度訪問介護」を介護・家事援助・移動支援のみならず、これらと一体化した意思決定支援と金銭管理・利用の支援を提供するサービスへ改革することにより、カリフォルニア州の SLS (Supported living services) に近いパーソナルアシスタンス制度を創設することを提言している (岡部前掲注 (41)294-296 頁参照)。つまり重度訪問介護を意思決定支援や成年後見制度のオルタナティブとして構想するものである。興味深い提言であるが、常時介護をおこなうパーソナルアシスタントが金銭管理まで行うことによる権利侵害の可能性等、なお検討を要する課題が残されていると思われる。

障害を理由とする雇用差別禁止の法的課題

浅倉 むつ子（早稲田大学）

はじめに

- I 雇用差別禁止法制の全般的現状
- II 障害をめぐる差別禁止法制と雇用
- III 障害者雇用促進法の意義と課題
- IV 障害差別における残された問題

はじめに

「日本障害法学会」が2016年12月10日に発足した。学会の創立はいつの時代でも、新しい知的交流の場をつくり出し、既存の学問に改革的挑戦をする試みであり、これを機に障害をめぐる法学研究が発展することを、おおいに歓迎したい。ただそれは同時に、私たち会員自身が「『障害法学』とは何か」「『学』たり得るに十分なのか」という問いを常に反芻しつつ、忌憚なき批判にさらされることも意味する。このような批判にも、今後、障害法学会としては真摯に向き合っていきたいものである。

当然ながら、それぞれの分野ごとに新学会創立の意義は異なり、同じ軌跡をたどるものは一つもないと思われる。しかし、私自身の数少ない経験に照らし¹、また本学会の設立の経緯に鑑みれば、障害法学会には、障害を対象とする個々の法学分野の研究には十分とはいえなかった「学際性」や、当事者との「協働性」、そして、社会に成果を還元する「開かれた学」という役割が期待されているのではないだろうか。それだけに、障害法学会の今後の発展を心から祈念するものである。

本稿は、創立時に機会をいただいた学会報告の内容に、若干の加筆をしたものである。労働法上の性差別研究やジェンダー法研究で得た私自身の知見をベースに、障害を理由とする雇用差別禁止の法的課題を検討する。

I 雇用差別禁止法制の全般的現状

1 禁止されるべき差別事由の3類型

障害を理由とする差別を検討する前に、まず、日本における雇用差別禁止法制の全般的状況を整理しておこう。そもそも禁止されるべき差別事由には、3つの

類型が存在する。第一は、自らは選択しえない人的属性であり、これらは、人種、性別、民族、皮膚の色、出身国、性別、年齢、障害、性的指向などを含む。第二は、選択の自由の保障という観点から差別が禁止される人的属性である。すなわち自ら選択するものではあるが、その際に本人の自由が保障されるべきもの、たとえば、宗教、信条、婚姻上の地位などがこれにあたる。これらを選択した結果により雇用上の不利益を受けることは、当該自由の侵害となるために許されるべきではない。第三は、雇用分野特有の労働契約的属性であり、主として非正規労働者に対する均等待遇として主張されているものである。すなわち、短時間、有期、派遣という雇用形態上の属性によって、正規労働者と差別されてはならないというときに根拠となる差別禁止事由である。

上記の第一と第二は「社会的差別」として人権的色彩を帯びているため、禁止されるべき事由と認められやすいが、それも時代によって、あるいは各国ごとに、禁止対象になるか否かは異なっている。なかでも、障害、年齢、性的指向などは、比較的最近になって、差別禁止事由と位置づけられるようになった。一方、第三のもの（「労働契約的属性」）は、契約自由原則との関係でどこまで禁止されるべきなのか、政策的是非の議論を通過しなければならないという特色がある。

2 現行法の状況

日本の現行法について概観しておこう²。

第一と第二の「社会的差別」の禁止に関しては、戦後直後から徐々に法的整備がすすみ、近年では、以下に示すように、年齢や障害についても相当程度、法整備が行われてきている。1947年に制定された労働基準法3条は、国籍、信条、社会的身分の差別を禁止し、4条で性別を理由とする賃金差別を禁止し、1985年には、男女雇用機会均等法が、募集・採用を含むあらゆる雇用ステージでの性差別を規制するに至っている。新たな社会的差別事由である年齢については、1994年に高年齢者雇用安定法が定年制に規制を加え、2007年に雇用対策法が採用時の年齢に関する均等待遇を義務化した。今日では、高年齢者雇用安定法8条が60歳を下回る定年年齢を禁止し、9条が65歳までの雇用確保措置を定め、さらに、雇用対策法10条が、募集・採用時の機会均等を保障する規定を設けている。一方、障害については、後に詳しくふれるように、障害者基本法、障害者差別解消法、障害者雇用促進法が、差別禁止法制を作り上げている。

第三の契約的属性による差別禁止については、ようやく2007年改正の短時間労働者法（いわゆるパートタイム労働法）が、正社員と同視すべきパートタイム労働者の差別的取扱いを禁止した（2007年改正法8条。2014年改正法では9条。

いわゆる「均等待遇原則」³⁾）。2012年改正の労働契約法は、有期契約労働者と無期契約労働者の労働条件に相違がある場合、その相違は「不合理と認められるものであってはならない」（同法20条）という規定を設け（いわゆる「均衡待遇原則」⁴⁾）、これに合わせてパートタイム労働法も、2014年改正で同様の規定を設けた（同法8条）。派遣労働に関しては、派遣元事業主が派遣労働者の賃金を決定する際に、同種の業務に従事する派遣先労働者の賃金水準との均衡や一般の労働者の賃金水準を勘案する配慮義務（労働者派遣法30条の3第1項）や、教育訓練や福利厚生など必要な措置を講じる配慮義務（同第2項）を負うと定め、派遣先事業主は、派遣労働者に対して、業務遂行に必要な能力を付与する教育訓練や福利厚生施設利用を認める（40条2項、3項）との規定をおくものの、パート労働法や労働契約法にある「均衡待遇原則」はない⁵⁾。

II 障害をめぐる差別禁止法制と雇用

障害をめぐっては、障害者権利条約の批准をめざして法整備が始まり⁶⁾、一連の法改正が行われた。現行法制度の概要を、まずみておきたい。

1 障害者基本法（2011年改正）

2011年に改正された障害者基本法は、4条1項で、差別禁止規定を設け、「何人も、障害者に対して、障害を理由として、差別することその他の権利利益を侵害する行為をしてはならない」と規定する。また、社会的障壁の除去の実施という合理的配慮について、4条2項で、「社会的障壁の除去は、それを必要としている障害者が現に存し、かつ、その実施に伴う負担が過重でないときは、それを怠ることによって前項の規定に違反することとならないよう、その実施について必要かつ合理的な配慮がされなければならない」と規定している。

2 障害者差別解消法（2013年制定）

障害者基本法を受けて、2013年制定の障害者差別解消法は、「障害を理由として障害者でない者と不当な差別的取扱いをすることにより、障害者の権利利益を侵害してはならない」と、行政機関および事業者に対して、差別を禁止する（7条1項、8条1項）と同時に、「社会的障壁の除去の実施について必要かつ合理的な配慮」を定めるに至った（行政機関については7条2項、事業者については8条2項）。内閣府によれば、この法の下での「合理的配慮の不提供」は「障害を理由とする差別」にあたりと解釈されている⁷⁾。もっとも、合理的配慮について、行政機関は「～しなければならない」と定める義務規定（7条2項）である一方、民間事業者は「～するように務めなければならない」とする努力義務規定（8条

2項)である。

さらに、民間事業者の取組の促進のため、担当大臣による報告徴収、助言、指導、勧告(12条)があり、報告徴収に応じないことや虚偽報告については20万円以下の過料(26条)という公法的効力が担保されている。

本法は、行政機関・事業者が「事業主としての立場で」行う差別については、障害者雇用促進法による旨を定めている(13条)ため、雇用に関しては特別法である障害者雇用促進法の規定によるところとなる。

3 障害者雇用促進法(2013年改正)

雇用に関する特別法である2013年改正の障害者雇用促進法は、禁止される差別行為について、事業主は①募集・採用において「均等な機会を与え」なければならない(34条)、②「賃金の決定、教育訓練の実施、福利厚生施設の利用その他の待遇について、…障害者であることを理由として、障害者でない者と不当な差別的取扱いをしてはならない」(35条)、と規定する。

合理的配慮の提供については、事業主は、①募集・採用について、障害者と非障害者の機会均等の支障となっている事情を改善するため、「障害者からの申出により当該障害者の障害の特性に配慮した必要な措置を講じなければならない」(36条の2)、また、②非障害者の均等待遇の確保および能力発揮の支障となっている事情を改善するため、雇用する障害労働者の「障害の特性に配慮した職務の円滑な遂行に必要な施設の整備、援助を行う者の配慮、その他の必要な措置」を講じなければならない(36条の3)と規定している。しかしこの法は、先に述べた障害者差別解消法に関する内閣府の解釈とは異なり、「合理的配慮の不提供」を「障害を理由とする差別」と構成していないと解釈されている⁸。

差別禁止等の実効性の確保のための仕組みとしては、苦情の自主的解決の努力義務を定め(74条の4)、また、労働局長による紛争解決援助として、当事者への助言、指導、勧告(74条の6第1項)、援助を理由とする不利益取扱い禁止(74条の6第2項)を定める。さらに、紛争調整委員会による調停制度を設けており(74条の7)、この調停に関しては、男女雇用機会均等法の規定が準用されると定めている(74条の8)。この法律が、差別禁止法として先行した均等法をモデルとしていることは間違いないといえるだろう。

Ⅲ 障害者雇用促進法の意義と課題

障害者雇用促進法における差別禁止規定の意義を分析して、残されている課題について指摘しておくことにする。

1 障害者雇用をめぐる2つのアプローチ

障害者雇用をめぐる法政策について、世界の動向は「雇用義務アプローチ」から「差別禁止アプローチ」へ変化しているといわれ、これについては先行研究が比較法的な手法を用いて説明している⁹。「差別禁止アプローチ」を採用した際に「雇用義務アプローチ」を廃止した国の代表例はイギリスであり、両者を併用することにした国の代表例は、フランスやドイツである。日本は、後者のアプローチ、すなわち併用型のアプローチを採用したものである。

後者のアプローチをとった場合、障害者を特別に取り扱う「雇用義務」制度は、差別の例外としてのポジティブ・アクション（積極的差別是正措置）として位置づけることによってはじめて許容されることになるであろう。その意味では、従来型の障害者の割当制度である雇用義務の再定義が必要であったはずだと考える。この点については、後ほど問題提起をしたい。

2 禁止される差別概念——「直接差別」のみの禁止という特色

禁止される差別概念について、先進国の障害関連法では、かなり多様な種類の差別概念が採用されている。たとえば「障害を有するアメリカ人法 (ADA)」では、直接差別、間接差別、合理的配慮の不履行を差別として禁止し、イギリスの「2010年平等法」では、直接差別、間接差別、起因差別¹⁰、合理的配慮の不履行を差別として禁止する規定をおいている。しかも直接差別という概念において、アメリカやイギリスでは、親族等の関係者や障害があるという認識（誤認）によって差別した場合も含まれるとされており¹¹、直接差別禁止規定の適用範囲が日本よりも広いといえそうである。もともと、日本でも不法行為としてかかる差別が排除されないわけではないので、差別概念の適用対象の狭さが救済を否定するといってしまうのは言い過ぎかもしれない。

障害者差別解消法制定時に差別概念について検討した内閣府「障害者政策委員会差別禁止部会」は、その「報告書」¹²において、イギリスの2010年平等法における差別概念の4類型を検討した結果、差別概念を包括的にまとめて、「不均等待遇」と「合理的配慮の不提供」という二つの差別禁止規定を制定するように提案した。同報告書がいう「不均等待遇」とは、直接差別、間接差別、起因差別を含む概念であった。

一方、具体化された法規定である改正障害者雇用促進法 35 条は、「障害者であることを理由と」する差別を禁止する。差別禁止指針¹³では、これは直接差別をいい、この直接差別は「車いす、補助犬その他の支援器具等の利用、介助者の付き添い等の社会的不利を補う手段の利用等を理由とする不当な不利益取扱いを含

む。」としている(同指針第2)。立法過程では、「①どのようなものが間接差別に該当するのか明確ではないこと、②直接差別に当たらない事案についても合理的配慮の提供で対応が図られると考える」から、現段階では間接差別の禁止規定を設けることは困難である、と説明された¹⁴。ただ、国会の審議では、将来的には、「間接差別の禁止規定を設ける必要性について検討を行う必要がある」とも述べられたところである。

検討しておくべきことは、法文上、間接差別禁止規定が設けられていないことの意味を明らかにして、間接差別禁止規定を改めて設ける必要性の有無を精査することである。具体的な検討素材は、いくつか存在する。たとえば、①就業規則の「マイカー通勤禁止規定」により、障害者が職場復帰できないという事例は「差別禁止部会意見」に出されていた。また「指針の在り方研究会」でも、②「事務員の採用にあたって、運転免許証の所持を条件とすること」、③「業務遂行上不可欠なものとは認められない基準が設定された場合」などが、間接差別の事例として議論された¹⁵。

たしかに上記の①から③の事案に関しては、障害者が事業主に合理的配慮を申し出てかかる条件を緩和するよう配慮を求めることは、個別の対応において可能であると思われる。しかし、合理的配慮の履行による解決は、当該基準や規定それ自体の変更・改変にはつながらない。当該基準自体は維持しつつ、個々の障害者に対する個別的対応によって配慮を提供するというのが、合理的配慮であるとするれば、それは間接差別の禁止とは異なる解決なのではないだろうか。それに対して、間接差別が禁止され、かかる基準や規定が間接差別に該当すると認められれば、当該基準や規定自体が「無効化」することになるのであるから、間接差別禁止規定は、合理的配慮の義務づけ規定とは異なる意義を有するものではないかと考える。

一方、間接差別禁止規定がなくとも、不法行為法理によって対応できるのではないかという意見もありうるかもしれない。もっともこれまでの司法判断では、間接差別が不法行為を成立させるという判断はきわめてまれであり、不法行為とされるためには、「故意・過失」の立証が求められる。通常人の注意があれば避けられたはずなのに避けることができなかった、という立証が必要となるはずであるから、間接差別について不法行為責任を問うのはなかなか難しいのではないかと考える。それだけに、「不法行為に関する民法規定とは別に独自の要件を法に規定することが望ましい」という意見があるのである¹⁶。司法救済の根拠となりうる間接差別禁止規定を設ける意味は十分にありうるだろう。

もし間接差別禁止規定が設けられれば、現在係争中の吹田市職員欠格条項事件の事案では、市職員になるための要件である「欠格条項」は、間接差別に該当する可能性があるのではないだろうか¹⁷。

3 差別と合理的配慮義務不履行の関係性

ドイツを除く国々では、「合理的配慮の不提供は差別にあたる」との規定を設けているところが多い。これに対して、既述のように、障害者雇用促進法は、使用者に合理的配慮提供義務が課せられているものの、「合理的配慮の不提供」を「障害を理由とする差別」とは構成していない。その理由として、厚労省の研究会は、「合理的配慮（過度の負担となる場合を除く。）の不提供を差別として禁止することと合理的配慮の提供を義務づけることはその効果は同じであると考えられることから、端的に事業主への合理的配慮の提供義務とすることで足りると考えられる」と説明している¹⁸。

しかしこの解釈には問題がある。たしかに、現行法の構造（「差別の禁止」という見出しの下に 34 条、35 条を位置づけ、「均等な機会の確保等を図る措置」という見出しの下に 36 条の 2 と 36 条の 3 を位置づけ、差別禁止と合理的配慮を異なる趣旨の条文として構成していること）を形式的に解釈すると、合理的配慮の不提供はただちに「差別」とはならず、それが「直接差別」と認定されてはじめて差別となる、と理解することも可能である。そうであれば、ある行為は、合理的配慮の提供義務に違反することにはなっても、ただちには差別とはいえないという場合が生じることになるであろう。

もし諸外国のように、合理的配慮の不提供は差別にあたると規定がなされ、そのうえで差別禁止規定違反に対して私法上の効果を認める立法があるなら、法違反の効果は明らかであろう。しかし、日本ではそのような規定がないために、合理的配慮の不提供がどのような法的効果をもたらすのかは不分明である。しかし、障害者権利条約は、「障害に基づく差別には、あらゆる形態の差別（合理的配慮の否定を含む。）を含む」と規定し（条約 2 条）、障害者基本法も、社会的障壁の除去を「怠ることによって前項の規定に違反することにならないよう、その実施について必要かつ合理的な配慮がされなければならない」と定めて（同法 4 条 2 項）、合理的配慮の懈怠が差別になるという関係を明示している。障害者雇用促進法は、障害者基本法の理念にのっとって定められた障害者差別解消法の特別法であるから、合理的配慮の不提供は禁止される差別的取扱いに含まれると解釈されるべきであろう。

もともと、差別的取扱という 34 条、35 条違反の行為ならびに合理的配慮義務

違反という36条の2、36条の3に違反する行為が、いかなる法的効果をもつものであるかについては、さらなる検討が必要である。

4 差別禁止規定違反に対する法的効果について

これまでに述べたこととも関連することだが、じつは、差別禁止規定に反する場合の法的効果について、どう理解すべきなのかは明確ではない。この点が、雇用促進法の差別禁止規定の大きな問題点である。

(1) 私法的効力

障害者雇用促進法は、事業主に対して、差別禁止、合理的配慮義務を規定しているが、一方、障害のある人にそれに対応した権利を明確に定める条文はない。均等法も同様であって、たしかに、民事的効力について明示的に規定する条文はない。

この点、紛争解決の実をあげるためには民事的な実効性のある条文を備える必要があるということについては、繰り返し指摘されてきた。雇用上の差別が争われる場面は、賃金差別を含めてきわめて多様であるため、少なくとも労基法13条のような規定を設けて、差別的な労働契約内容を無効化して、その内容を差別されなかった場合に書き換えるような補充的効力を付与すべきであろう。このような条文を設けてはじめて、たとえば昇格などの差別についても、差別がなかったとすれば得られたはずの格付けや職位が、司法救済を通じて確保されることになる。

ところが現在では、均等法と同様に、障害者雇用促進法においても、差別禁止規定に反する場合や、合理的配慮義務の不履行に該当する場合の私法的効力について、具体的な記載はない。それだけに、裁判においては、公序良俗違反（民法90条）や不法行為（民法709条）など民法の一般条項を通じて、法違反が争われることになると思われる。しかしこれは、差別に対する本法の間接的な効果にすぎない。いったい法的な争いが提起された場合にはどうなるのだろうか。

私法的効力に関して気になっている事例をあげて、検討してみたい。たとえば合理的配慮義務に「契約上の職務の変更」が入るのかどうか、についてである。事案としては、障害によってこれまで従事してきた業務に旧来どおりには従事できないということになった場合、合理的配慮義務のなかに「より軽減された職務への転換」が入るのか否かということである。

「合理的配慮指針」¹⁹は、業務の転換や配転についてふれていない。しかし、これまで出された判決では、いくつか業務の転換や配転についての事案が存在している。合理的配慮義務が規定される以前の法的根拠は、合理的配慮を行わないこ

とは法の下での平等に基づく「公序良俗」違反や「信義則」違反であるとされてきた。たとえば、有名な事件で、バセドウ病に罹患した工事現場監督業務従事者について、事務作業という現実的可能性がある業務が他にあったかどうかを検討すべき、とした判決・片山組事件・最高裁1小判1998年4月9日（労判736号15頁）がある。また、新幹線車両点検業務に従事していた原告が復職するにあたって、職務内容の変更状況や原告の身体状況などを考慮して、「原告が就労可能であったと主張する各業務のうち、少なくとも大二両における工具室での業務は可能であった」として、原告の主張を認めた判決・東海旅客鉄道事件・大阪地判1999年10月4日（労判771号25頁）もある。さらに、勤務配慮がなされない場合には、そのままでは就労義務がないことを確認する請求を認容した判決もある。すなわち、排尿・排便障害をもつバス運転手に対する勤務時間帯設定に関する配慮を廃止した被告会社に対して、「合理的理由なくかかる配慮を行わないことは、公序良俗ないし信義則に反する場合があります」として、本件では配慮を行う必要性が強く、勤務配慮が会社にとって過度の負担になっていないことから、勤務配慮がなされた内容以外で勤務する義務のない地位にあることの確認を認めた判決・阪神バス事件・神戸地裁尼崎支決2012年4月9日（労判1054号38頁）である。

以上のような判例に照らしてみれば、勤務変更が過度の負担でないかぎり、労働者が就労可能な業務に配置転換することもまた、合理的配慮義務に含まれるというべきではないかと考える。したがって合理的配慮の不履行について、使用者は、当該義務違反として損害賠償の責を免れないものである。

また、合理的配慮とは異なるが、学校法人須磨学園事件・神戸地判2016年5月26日（労働判例1142号22頁）について、検討しておきたい。視覚障害の日本史教師に対して、業務上の必要性はないのに、図書館での教材研究命令が出されたという事案である。判決は、当然ながら、教材研究命令は権利濫用で無効としたが、一方で、原告が従事してきた日本史教師としての地位確認請求を否定している。なぜなら、原告には日本史の授業担当という職務限定があったとはいえないからだ、というのである。実際、原告の職場復帰は実現していないという情報がある。

この判決については、妥当な判断部分も認められるものの、結果として原告がなお職場復帰できていないことについては奇異な印象を否めない。判旨は、原告による日本史教師としての地位確認請求について、「就労請求権という観点から論じ」るのは誤りであり、むしろ問題は「労働契約において職務を限定する合意があったか否か」だとする。そのうえで、原告と被告法人の間に「日本史の授業を担当

することに職務を限定する合意の存在は認められないから、そのような権利を有する地位にあることの確認の請求は、…理由がない」とした。しかし教材研究の業務命令は無効であるから、本件では、これまで従事していた職務（日本史教師）に戻るべきは当然であろう。にもかかわらず、就労請求権の主張が誤りであり、労働契約上の職務限定がなかったという判断のみで、職場復帰できない事実を放置してしまうような判決の結論には、釈然としないものを感じる。

本件では、労働者が債務の本旨にしたがった労務提供を申し出ているのに、使用者が受領拒否しているのであるから、当然、労働者による反対給付請求権があり、賃金は従前と同様に支払われなければならない（民法 536 条 2 項）。同時に、現実には日本史教師として就労できないとすれば、就労拒絶という債務不履行の問題にもなるであろう。そのことにより発生する損害は、就労拒絶による精神的損害や、さらには教師としての職務能力の低下に関する損害もあわせて、算定されなければならないであろう²⁰。もしこのような理論構成をするのなら、賃金の支払いプラス債務不履行による損害賠償責任が同時に発生することになるであろうから、これらは使用者に対する抑制的な効果となるはずである。

(2) 公法的効力

一方、差別禁止規定違反の公法的効力についても、問題がないわけではない。日本の差別禁止立法は、その実効性確保に関しては 1985 年の「均等法」をモデルにしている。すなわち、法違反に対しては、行政指導、相談、勧告、企業名公表で対応するというものである。しかしながら、均等法に基づく行政上の対応として、これまで非常にまれにしか文書勧告は出されてきていない。その結果、均等法違反として行われた「企業名公表」はこれまで、たった 1 件のみである²¹。

障害者雇用促進法についてみると、まず、都道府県労働局長による必要な助言、指導、勧告の規定があり（74 条の 6 第 1 項）、都道府県労働局長が紛争解決調整委員会に調停を行わせることができる（74 条の 7 第 1 項）という規定がある。そして、調停に関しては、均等法の規定が準用される（74 条の 8）。

ちなみに準用される均等法の規定によれば、調停では紛争調整委員会が調停案を作成し、関係当事者にその受諾を勧告できる（均等法 22 条）。しかし、当事者が調停案の受諾勧告に従わない場合は、調停は打ち切りとなり（均等法 23 条 1 項）、当事者を拘束する力はない。最終的には司法手続きに委ねられることになるのである。しかも、均等法には存在する「企業名公表制度」は、障害者雇用促進法においては、雇用率に関する報告義務の懈怠に対する制裁としてあるだけで（雇用促進法 47 条）、差別禁止規定違反については用意されていない。

このような実効性確保システムで、果たして、今後生じるであろう差別禁止規定違反や「合理的配慮の不提供」に適切に対応できるのだろうか？「適切な合理的配慮が講じられることが約束されてはじめて紛争が解決される。現状でこれに対応できるかは不明」という主張も、もっともではないだろうか²²。

IV 障害差別における残された問題

最後に、障害差別について、今後とも検討が必要な課題をいくつか指摘しておきたい。

1 雇用率制度

まず障害者雇用率制度についてである。冒頭に述べたように、日本は「差別禁止アプローチ」を採用した際、それまでの「雇用義務アプローチ」も廃止せずに維持するという選択をした。両者を併存させるためには、障害を理由とする差別禁止が障害者の特別な優遇とは矛盾しない、という説明が必要になる。障害者雇用率を使用者に遵守させる制度は、差別禁止の例外である「積極的差別是正措置」すなわちポジティブ・アクションとして位置づけられねばならない。

たしかに、障害者雇用促進法が禁止するのは「不当な」差別であるから、障害者を有利に扱うことは差別ではないと解釈できる。したがって、雇用率制度を障害者のみに実施される「積極的差別是正措置」として位置づけることができれば、差別禁止と雇用率制度は矛盾するものではないと言えるであろう。ただそのためには、あくまでも現行の雇用率制度が、ポジティブ・アクションという障害者にとって優遇となる差別是正措置という評価に堪えうるものである必要がある。

もし、障害者の「専用採用コース」が正社員としての募集ではなく、契約社員や嘱託社員のみとしての募集を行った場合には、どう評価されるだろうか。これが障害者雇用率を充足するための障害者枠募集であり、非正社員としての募集に限定されているとしたら、果たしてこの障害者の異別取扱いは「積極的差別是正措置」の名に値するといえるのだろうか。疑問である。現に、採用時に障害者枠に一律に付与された試用期間（6か月）が、障害の多様性を考慮しない差別として不法行為に該当するのではないかと提訴された事案もある²³。これをそのまま容認することは法の趣旨に照らして許されないのではないか。

障害者法定雇用率の算定が適切に行われているかどうか、という論点もある。従来からも指摘されているが、「福祉的雇用」に就労している障害者は、雇用率算定における「常用雇用障害者数」にカウントされていないという点や、失業障害者数がハローワークに求職登録している障害者数にすぎないことなど、問題はき

わめて多い²⁴。

さらにいえば、重度障害者のダブルカウント制度の合理性も問われる²⁵。とくに、重度か否かは障害等級によって決まるため、職務上の能力に応じた障害の軽重になっていないという問題点が大きいのではないだろうか。

2 特例子会社

特例子会社制度²⁶が、現状においては、会社にとっても障害者にとっても多大なメリットを及ぼしていることについては、私も十分に理解しているつもりである。しかし一方で、大企業の多くが、自ら障害者を雇用する義務を免れ、その結果、合理的配慮の不提供という事実を自社内においては放任する、ということをもたらしてしまう可能性がある。それを考慮にいと、特例子会社制度をこのまま放置しておいてよいのかどうか、疑問である。

障害者がアンケートなどで回答している「特例子会社は障害者に理解がある」という評価は、実は「一般企業では障害者に対する理解が得られない」ことの裏返しにすぎない。特例子会社の増大とそこで働く障害者の増加は、逆にいえば、一般企業における障害者処遇の貧困性を浮き彫りにしているのではないだろうか。このことは、障害者のための合理的配慮の拡大を阻害することにならないのだろうかという疑問につながるのである。

3 最低賃金制度の特例

最低賃金制度の減額特例(最低賃金法7条1号)は、法制度上の差別的規定になっているのではないかと、検討の余地がある。最低賃金法施行規則5条は、最低賃金の減額率は、当該障害者の「職務の内容、職務の成果、労働能力、経験等を勘案して定める」としており、厚生労働省のホームページにある「最低賃金の減額の特例許可申請について」とする文書によれば、減額対象者(障害者)と同一または類似の業務に従事している、最低賃金額と同程度以上の額の賃金が払われている者の中から、「最低位の能力」を有する者を選択して、両者の労働能率を把握して比較し、減額できる率の上限となる数値を算出する、とされている。たとえば、比較対象一般労働者の労働能率を100とした場合に、減額対象障害者の労働能率が70であるときには、減額上限が30%になる、と説明されているのである。

このような「労働能率の程度に応じた賃金を」という主張は、一見、合理的な賃金支払い原則であるかのようにみえる。しかし、労働能率の評価測定に関する明確なルールはない。実際には、使用者による「減額申請」が、障害者の労働能率の計測に即して正しくなされているかどうかのモニタリングは行われていないようである。いわば、労働能率の計測は、使用者の裁量の範囲内の「申請」に委

ねられているかにみえる。

なぜなら、毎年度の申請件数と許可件数の数値がほぼ同じだからである。ちなみに、2015 年の「最低賃金減額特例許可」に関する申請件数と許可件数をみると、精神障害に関する申請 521 件に対して許可は 509 件、知的障害に関する申請 4,371 件に対して許可は 4,324 件、身体障害者に関する申請 308 件に対して許可は 303 件である²⁷。これでは、申請すればほぼ自動的に許可されているとしかいいようがない。いったい障害者に対する最賃法の減額は、合理性をもって行われているといえるのだろうか。

4 通勤支援

最後に、通勤支援の問題をとりあげておきたい。障害者雇用促進法に基づく「指針」には、合理的配慮の提供に「通勤支援」は含まれていない。たしかに合理的配慮に通勤支援を含ませるのは問題が多いであろう。それは、事業主の大幅な負担になりかねないからである。

では、通勤支援が福祉的支援として国や地方自治体によって行われているのだろうか。じつはこの回答も否定的であり、通勤支援は制度の谷間に陥っている。

法的にみれば、障害者総合支援法の「同行援護」（同法 5 条 4 項）、「行動援護」（5 条 5 項）は、経済活動に係る外出や通年かつ長期にわたる外出の移動支援を対象外としている。また、同法の地域生活支援事業である「移動支援」（77 条 1 項 8 号）については、市町村が独自に決めることになっているが、市町村は「同行援護」にならう、としているので、結局、全国の自治体の 7 割以上が、通勤・通学目的の移動支援を認めていない。

障害者の実態をみれば、じつは通勤時の移動支援さえあれば働くことができるという人が多いにもかかわらず、この手立てがないために通勤できず、したがって就労できないという人が数多く存在するといわねばならない。障害者に職業訓練や職業紹介を行っても、自力で通勤できる人しか働くことができないというのが、現実の支援システムなのである。

この問題は、労働問題なのか福祉問題なのかという縦割り行政に引きずられず、この障害法学会にとって解決するにふさわしい課題、というべきではないだろうか。

* 本文で引用したもの以外の参考文献を以下に示しておく。

浅倉むつ子（2014）「改正障害者雇用促進法に基づく差別禁止」部落解放研究 201 号

池原毅和（2013）「合理的配慮義務と差別禁止法理」労働法律旬報 1794 号

- 伊藤修毅 (2012)「障害者雇用における特例子会社制度の現代的課題」立命館産業社会論集 47 巻 4 号
- 川島聡 (2012)「英国平等法における障害差別禁止と日本への示唆」大原社会問題研究所雑誌 641 号
- 川島聡＝飯野由利子＝西倉美季＝星加良司 (2016)『合理的配慮』(有斐閣)
- 小西啓文 (2009)「日本における障害者雇用にかかる裁判例の検討」季刊労働法 225 号
- 小西啓文 (2011)「ドイツ障害者雇用政策における合理的配慮の展開」季刊労働法 235 号
- 小西啓文 (2015)「障害者雇用法制における差別禁止アプローチのインパクト」日本社会保障法学会誌 30 号
- 障害者差別解消法解説編集委員会編 (2014)『概説 障害者差別解消法』(法律文化社)
- 富永晃一 (2014)「改正障害者雇用促進法の障害者差別禁止と合理的配慮提供義務」論究ジュリスト 8 号
- 中川純 (2013)「障害者雇用促進法の差別禁止条項における『障害者』の概念」季刊労働法 243 号
- 永野仁美 (2013)『障害者の雇用と所得保障』(信山社)
- 永野仁美 (2014)「障害者政策の動向と課題」日本労働研究雑誌 646 号
- 野村茂樹＝池原毅和編 (2016)『Q & A 障害者差別解消法』(生活書院)
- 長谷川聡 (2009)「イギリス障害者差別禁止法の差別概念の特徴」季刊労働法 225 号
- 長谷川聡 (2013)「障害を理由とする雇用差別禁止の実効性」季刊労働法 243 号
- 長谷川珠子 (2011)「障害者差別禁止法における差別概念——合理的配慮の位置付け——」日本労働法学会誌 118 号
- 長谷川珠子 (2013)「障害者雇用促進法における『障害者差別』と『合理的配慮』」季刊労働法 243 号
- 長谷川珠子 (2014)「日本における『合理的配慮』の位置づけ」日本労働研究雑誌 646 号
- 畑井清隆 (2008)「障害を持つアメリカ人法の差別禁止法としての特徴」日本労働研究雑誌 578 号
- 畑井清隆 (2011)「障害者差別禁止法における差別禁止事由および保護対象者」日本労働法学会誌 118 号
- 福祉的就労分野における労働法適用に関する研究会 (2009)『福祉的就労分野における労働法適用に関する研究会報告書』((財)日本障害者リハビリテーション協会)

¹ 私の主要な研究分野は労働法であるが、2003 年 12 月のジェンダー法学会の創立に関与したという経験がある。

² この部分については、浅倉むつ子「包括的差別禁止立法の検討課題—雇用分野に限定して—」浅倉むつ子・西原博史編著『平等権と社会的排除—人権と差別禁止法理の過去・現在・未来—』(成文堂、2017 年) 3-17 頁を参照。

³ 均等待遇原則とは、職務内容等が同一の労働者に対しては同一の待遇を行うべきとする原則

であり、現行法ではパートタイム労働法 9 条がこれにあたる。

⁴ 均衡待遇原則とは、職務内容等その他の考慮要素に照らしてそれらが異なる労働者に対しても、合理的な理由のない処遇を禁止する原則である。これは、合理的理由があれば異なる処遇も許容する原則であるところが均等待遇原則とは異なる。現行法では、労働契約法 20 条、パートタイム労働法 8 条がこれにあたる。

⁵ 2017 年 3 月 28 日、内閣府の働き方実行会議は「働き方改革実行計画」を公表し、同年 6 月 16 日には、労働政策審議会が厚生労働大臣に「同一労働同一賃金に関する法整備について（建議）」を出した。「建議」は、労働契約法、パートタイム労働法、労働者派遣法の改正を提言し、有期契約労働者に関する均等待遇規定の整備、派遣労働者に対する均等待遇・均衡待遇規定の整備、さらに、パートタイム労働者も含む非正規労働者の均衡待遇規定の明確化を図るという方向性を打ち出した。均衡待遇規定の合理性を測定する考慮要素に何を盛り込むのか、どのような明確化を図るのか、なお不明なことが多く、議論はこれからである。

⁶ 日本政府は 2007 年 9 月に障害者権利条約に署名し、その後、一連の国内法改正を経て、2014 年 1 月 20 日に、国連事務総長に批准書を寄託した。日本は 140 番目の同条約の締約国である。

⁷ 内閣府障害者施策担当『障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律 Q & A』（2013 年 6 月）（内閣府ホームページによる）の「問 10-6」を参照。この『Q&A』は「国会審議における答弁を集約し、内閣府としての現時点における考え方をまとめたもの」とある。

⁸ 永野仁美・長谷川珠子・富永晃一編『詳説 障害者雇用促進法』（弘文堂、2016 年）213 頁（富永執筆部分）、労働政策審議会障害者雇用分科会「今後の障害者雇用施策の充実強化について」（平成 25 年 3 月 14 日）2 頁を参照。条文構成からみても、本法では「障害者に対する差別の禁止」の見出しの下に 34 条、35 条が規定され、「障害者と障害者でない者との均等な機会の確保等を図るための措置」の見出しの下に、36 条の 2 ないし 36 条の 4 が規定されている。

⁹ たとえば、長谷川珠子「日本における障害を理由とする雇用差別禁止法制定の可能性－障害をもつアメリカ人法（ADA）からの示唆」日本労働研究雑誌 571 号（2008 年）68 頁以下参照。

¹⁰ 起因差別（discrimination arising from disability）は、個人 A が、個人 B の障害に起因する何らかの事柄を理由に、A が B を不利に取扱い、かつ、この取扱いが適法な目的達成にかなう均衡のとれた方法であることを A が証明できない場合をいう（イギリス 2010 年平等法 15 条 1 項）。ただしこれは、B が障害を有することを A が知らなかった場合や、知っていることが合理的に予測できないことを A が証明する場合には成立しない（同法 15 条 2 項）。間接差別との相違はこの点にある。イギリスが間接差別と起因差別を禁止する規定をおいた経緯については、浅倉むつ子「障害差別禁止をめぐる立法課題－雇用分野を中心に」広渡清吾・浅倉むつ子・今村与一編『日本社会と市民法学－清水誠先生追悼論集－』（日本評論社、2013 年）589 頁以下、において述べた。

¹¹ 誤認（認識）差別（perceptive discrimination）については、山田省三「イギリス雇用法における関連差別および誤認差別」季刊労働法 250 号（2015 年）128 頁以下、同「イギリス雇用関係における差別概念」法学新報 121 巻 7=8 号（2014 年）433 頁以下参照。

¹² 内閣府の「障がい者制度改革推進会議」（後に「障害者政策委員会」）の「差別禁止部会」は、

2010年11月に検討を開始して以来、25回の会合を重ね、2012年9月14日に『障害を理由とする差別の禁止に関する法制』についての差別禁止部会の意見』をとりまとめ公表した。同部会には私もメンバーの一員として参加した。

¹³ 障害者に対する差別の禁止に関する規定に定める事項に関し、事業主が適切に対処するための指針 (2015 (平成 27) 年厚生労働省告示 117 号)。

¹⁴ 平成 25 年 5 月 30 日第 183 回国会 (参議院) 厚生労働委員会における田村憲久厚生労働大臣の答弁。労働政策審議会障害者雇用分科会の 2013 年 3 月 14 日「今後の障害者雇用施策の充実強化について (意見書)」は、「なお、間接差別については、①どのようなものが間接差別に該当するのか明確ではないこと、②直接差別に当たらない事案についても合理的配慮の提供で対応が図られると考えることから、現段階では間接差別の禁止規定を設けることは困難である。将来的には、具体的な相談事例や裁判例の集積等を行った上で、間接差別の禁止規定を設ける必要性について検討を行う必要がある」と述べている。

¹⁵ 2013 年 12 月 4 日の第 5 回「改正障害者雇用促進法に基づく差別禁止・合理的配慮の提供の指針の在り方に関する研究会」における田中伸明委員の発言による。

¹⁶ 中川純「障害者差別禁止法の法的性質と現実的機能—救済と実効性確保の観点から—」日本労働法学会誌 118 号 (2011 年) 58 頁、63 頁。

¹⁷ 知的障害を有する原告が、被告市の職員として 6 年間にわたって就労してきたにもかかわらず、父親の死亡に伴って保佐審判を受けたところ、地方公務員法 16 条 1 号、28 条 4 項の欠格条項 (成年被後見人又は被保佐人は職員になれない、かつ、職員としての地位を失う旨の規定) に当たるとして、契約更新がなされずその地位を喪失したという事案。原告は、被保佐人になったことによって更新拒否されたことから、いったん被保佐人という立場を放棄し (保佐審判取消)、被補助人に切り替えたため (補助審判確定)、いったんは復職したが、その半年後に、再度、任用更新を拒否されたものである。

¹⁸ 労働政策審議会障害者雇用分科会「今後の障害者雇用施策の充実強化について (意見書)」(2013 年 3 月 14 日) 2 頁。

¹⁹ 雇用の分野における障害者と障害者でない者との均等な機会若しくは待遇の確保又は障害者である労働者の有する能力の有効な発揮の支障となっている事情を改善するために事業主が講ずべき措置に関する指針 (2015 (平成 27) 年厚生労働省告示 116 号)。

²⁰ 労働契約は使用者の労働受領義務を認めるべき必要がとりわけ高い契約であることから (生き甲斐、名誉感情、自己のキャリア形成)、反対給付の履行のみではなく、就労拒絶を債務不履行と構成すべきという主張が参照されなければならない。土田道夫『労働契約法 (第 2 版)』(有斐閣、2016 年) 143 頁。

²¹ 均等法違反で企業名が公表された事例は、2015 年 9 月 4 日に医療法人医心会牛久皮膚科医院が妊娠を理由とする解雇を撤回しなかったとして公表された事例のみである (2015 年 9 月 4 日厚生労働省プレスリリース)。

²² 中川前掲注 (16)61 頁。

²³ 日本曹達事件・東京地裁 2006 年 4 月 25 日判決・労働判例 924 号 112 頁。

²⁴ 峰島厚・岡本裕子「障害者雇用の推進方策のあり方」立命館産業社会論集 48 巻 1 号 (2012

年）参照。

²⁵ 障害者雇用促進法 43 条 4 項、同法施行令 5 条。ダブルカウント制度については、重度障害者の雇用促進に一定の役割を果たしてきたと評価される反面、障害者の側からみると、重度の 1 人が 2 人分の雇用枠とみなされるために比率を引き下げているのと同じであって不合理を感じる、という証言がある。2008 年 11 月 7 日厚生労働省「労働・雇用分野における障害者権利条約への対応に関する研究会第 6 回議事録」における藤井克徳氏（日本障害者協議会常務理事）の発言より。

²⁶ 障害者雇用促進法 44 条。事業主が障害者雇用に特別な配慮をした子会社を設立し、一定の要件を満たす場合、子会社に雇用されている労働者を親会社に雇用されているものとみなして雇用率に算定するもの。2016 年 6 月末現在、448 社が特例子会社として認定されている。『平成 28 年度障害者雇用状況の集計結果』。

²⁷ 厚生労働省『平成 27 年労働基準監督年報』50 頁。

成年後見制度利用促進法の施行と成年後見制度の展望

新井 誠（中央大学）

- I 成立の意義
- II 成年後見制度運用の実態と「横浜宣言」
- III 利用促進法と民法改正法の内容
- IV 基本計画の内容
- V 今後の展望

I 成立の意義

2016（平成 28）年 4 月 8 日、第 190 回通常国会の衆議院本会議において、「成年後見制度の利用の促進に関する法律」（以下、利用促進法と略）および「成年後見の事務の円滑化を図るための民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律」（以下、民法改正法と略）が成立した。利用促進法は、筆者が理事長を務めている日本成年後見法学会が 5 年以上にわたって成立を働きかけてきたものであり、その成立の報に接して実に感慨深いものがある。

利用促進法の出発点は、2010（平成 22）年 10 月に横浜宣言で開催された第 1 回成年後見法世界会議において世界に向けて発せられた「横浜宣言」にある。2000（平成 12）年 4 月にスタートしたわが国の成年後見制度は、10 年を経過した 2010（平成 22）年には既に抜本的な見直しを要する事態に立ち至っていた。その具体的な解決策を提案したのが「横浜宣言」であった。「横浜宣言」は、成年後見法分野における最初の国際的な宣言として、世界的にも高く評価されている。その「横浜宣言」の理念を実現しようとするのが、利用促進法である。

利用促進法は、既存の成年後見制度の利用をやみくもに促進させようとするものではない。成年後見制度を本来の理念に沿うように根本的に改めたうえで、その利用促進を図ろうとするものである。本来の理念とは、ノーマライゼーション、自己決定権の尊重、身上保護の重視である。利用促進法は既存の制度を改めることなく、そのままに放置して利用促進のみを目指しているとの批判も一部にあることは承知しているが、それは利用促進法の考え方とはまったく相容れない。

本稿においては、以下、成年後見制度運用の実態と「横浜宣言」の意味、利用促進法と民法改正法、それらに基づいて閣議決定された基本計画の内容、今後の

課題について述べていくこととしたい。

Ⅱ 成年後見制度運用の実態と「横浜宣言」

Ⅰ 成年後見制度運用の実態

ここでは「横浜宣言」が発せられた2010（平成22年）の時点ではなく、直近のデータに依拠する。もっとも、当時と直近のデータが示す傾向には基本的には大きな有意差は認められない。

最高裁が公表している概況⁽¹⁾の分析として、5点を指摘しておきたい。

第一に、成年後見制度利用者は驚く程少ない。成年後見制度の利用が必要と考えられる対象者は、認知症高齢者211万8,000人、知的障害者54万7,000人、精神障害者302万8,000人、対象者合計569万3,000人であり、総人口に対する対象者比率は4.48%である⁽²⁾（この推計には、未成年者や年齢不詳者もふくまれ最大数の対象者を想定しているため、必ずしも対象者合計のすべてが成年後見制度の利用を必要としているわけではない点には留意しておくべきであろう）。推定対象者合計569万3,000人と2016（平成28）年末日時点における成年後見制度利用者数合計20万3,551人との乖離は余りにも大きい。筆者の知見によれば、国際的スタンダードでは最少でも総人口の1%が潜在的利用者である。これはわが国では127万人に相当するが、実際の利用者はその約6分の1に過ぎない。

成年後見制度の利用を促進しなければならない状況下にあつて、2012（平成24）年から法定後見制度の申立件数が減少に転じたことは憂慮すべき事態である。社会全体で成年後見制度の利用を促進していくことが課題である。

第二に、成年後見制度改革の目玉でもあった補助類型と任意後見制度の利用は低迷している。

法定後見制度においては後見類型の利用がほかの類型を圧倒しており、逆に補助類型の利用は極端に少ない（法定後見制度全体に占める補助類型の比率は約5%程度）。このような事態は、新設の補助類型は、行為能力の制度を伴わない弾力的な一部代理権の選択を可能とする制度として主に機能していくものと期待される旨を表明していた立案担当者の基本的な考え方とは大きく乖離したものである。

世界の成年後見法の潮流が任意後見制度の利用を促進する方向に動いている状況下において、わが国の任意後見契約締結の登記件数は決して多いとはいえない。むしろ極端に少ないというべきであろうか。新しい成年後見制度の核心は任意後見制度にこそあったはずである。任意後見制度の不振もきわめて憂慮すべき事態である。

第三に、親族以外の第三者後見人の選任が増加している。2016（平成 28）年において第三者後見人に選任されたのが約 71.6 パーセントというのは他国に比してもきわめて顕著な傾向である。親族後見人が成年後見人等の最適格者である場合がきわめて多いことは否定し得ないし、他国においても親族後見人が成年後見人等に選任されるのが一般的である。わが国の第三者後見人選任比率の高さは、残念ながら「後見は家族が担う」という考え方からの脱却、すなわち「成年後見の社会化」が社会に浸透してきたという要因に基づくものではなく、裁判所が親族後見人の権限濫用懸念から親族後見人の選任を回避していることによるのが実態ではなかろうか。

第四に、市区長村長の申立てが増加している。市区長村長申立ては、「成年後見の社会化」が端的に表現された制度であり、その増加は好ましい傾向である。今後とも積極的な申立てがなされることが期待される。

第五に、後見制度支援信託は成年後見人等による不正を防止しようとする 1 つの手法である。その導入については賛否両論が渦巻いたが、導入後は信託契約を締結した人数は上昇している。不正防止に偏重せず、成年後見法の基本理念にも配慮した運用が求められるのではなかろうか。

上述の運用実態に基づくと、自己決定の理念に親和的である任意後見と補助の利用が低迷しており、利用を極力回避すべきである後見が偏重されている。これは近時の国際的潮流に逆行する傾向である。また裁判所は成年後見人等の財産管理、とりわけ不正防止に力点を置き、後見制度支援信託等を活用しているが、本人の身上監護はほとんど配慮されていない。これも近時の国際的潮流に逆行する傾向である。

上記を踏まえると、わが国の成年後見法は抜本的な見直しが迫られているのである。

2 「横浜宣言」

2010（平成 22）年当時、成年後見制度施行 10 年を迎えて、同制度をめぐる理論と実務の双方が根本的な変革を迫られているにもかかわらず、具体的な改革への胎動はみられなかった。このような状況において、日本成年後見法学会が中心となって世界会議を開催して、その場で成年後見制度を改革するための宣言を公表することが計画された。そして 2010（平成 22）年 10 月 2 日から 3 日間、横浜市で世界初の成年後見法世界会議が開催されたのである。16 カ国から約 500 名の参加があった本世界会議では、成年後見制度の現代的課題について参加者の国内事情も含めて忌憚のない議論がなされ、きわめて有益であった。3 日間の討

議の総括として「横浜宣言」を公表することが承認された。

「横浜宣言」は成年後見法分野における世界初の「宣言」である。「横浜宣言」は「前文」、「世界の課題」、「日本の課題」の3つのパートから成る。「世界の課題」については、公表後、アメリカ国務省、欧州委員会等が関心を示し、国連でも採択すべきである、との意見が寄せられている。なお、「横浜宣言」は2016年9月に改訂版が発せられているが、本稿では読者の関心の有り様を顧慮して、2010年版の「日本の課題」についてのみ言及したい。

まず、「横浜宣言」においては、2000年のハーグ国際私法会議「成年者の国際的保護に関する条約」および2006年の国連「障害者権利条約」をわが国が早期に批准すべきであることが確認された。特に後者は、障害者の法的能力（legal capacity）と健常者のそれとの間に較差があってはならないと謳っており、わが国成年後見法がこの要請に応えているのか問われている。

次に、「横浜宣言」は3点にわたる提言について述べている。

(1) 現行成年後見法の改正とその運用の改善

ここでは成年後見制度施行後の経験を踏まえて、法改正と制度運用の改善を求めている。

運用については、「横浜宣言」は、全国の市区町村長申立てをさらに積極的に実施しうる体制を法的に整備すべきであり、成年後見制度を利用するための費用負担が困難である者に対しては公的な費用補助を行うべきである、と述べている。「成年後見の社会化」を前進させるための措置であり、とりわけ低所得者も容易に制度を利用しうるための提言である。さらに運用については、「宣言」は、成年後見などの開始には本人の権利制限という側面があることに鑑み、原則として鑑定は実施すべきであり、また本人面接は省略すべきではなく、鑑定・本人面接の実施率が低水準にとどまっている現状を改善すべきである、と述べている。これは当時の鑑定の実施率が約21.4%ときわめて低い現状への危機意識を端的に示したものであり、とりわけそのような現状を固定化しようとする「非訟事件手続法及び家事審判法の見直しに関する中間試案」に対する強い牽制の意味を持たせようとするものであった。なお、鑑定の実施率はその後も低下し続け、2016（平成28）年には約9.2%となった。実施率が低下してきたのは、利用者の人権擁護とか適正手続保障の観点からではなく、申立事件数が増大し、家庭裁判所側の負担を軽減したいという裁判所の事情が大きい。このようにして低下してきた鑑定実施率を根拠に現行の実務に配慮せよと主張するのは本末転倒である。鑑定省略・本人面接省略についての苦情・不満は決して少なくはない。裁判所への国民の信頼を

維持するためにも、裁判所が当事者の人権と適正手続を疎かにすることがあってはならないし、家庭裁判所の負担軽減ではなく、その機能の拡張こそが社会から希求されているのではなかろうか。

法改正については、「横浜宣言」は、現行成年後見法は、成年後見人が本人の財産に関してのみ代理権を有すると規定しているが、成年後見人の代理権は財産管理に限定されるべきではなく、これを改めるべきであり、成年後見人は、本人の医療行為に同意することができるものとすべきである、と述べている。伝統的通説を脱して、利用者の身上監護上のニーズに応えようとするものであり、成年後見人に本人の医療行為の同意権を承認していない現行成年後見法の考え方は早急に改めるべきである。また法改正については、「横浜宣言」は、現行成年後見制度に多く残されている欠格事由は撤廃すべきであり、特に後見開始決定に伴う選挙権の剥奪には合理的根拠はなく、憲法で保障された普通選挙の理念に反し、基本的人権を著しく損なうものである、と述べている（公職選挙法は改正され、選挙権剥奪の問題は解消した）。現行成年後見制度は本人の財産管理能力を制限するにとどまらず、多数の欠格事由によって本人にスティグマ（恥辱）を与え、本人の社会参加を阻止する結果となっている。成年後見法の理念であるノーマライゼーション（共生化）の考え方に抵触するものであり、制度利用を躊躇させる要因とも考えられる。さらに法改正については、「横浜宣言」は、任意後見制度は「自己決定権の尊重」に最も相応しい制度であるが、その利用は決して多いとはいえないので、任意後見制度の利用を促進し、同時にその濫用を防止する立法的措置を講じるべきである、と述べている。任意後見制度の利用拡大が大きな課題である。今一度、任意後見優先の原則に立脚した成年後見法の原点を問い直したうえで、任意後見の利用促進を図るべきではなかろうか。もっとも、利用が低調であるといわれている任意後見制度の濫用事例が既にいくつか出現していることは憂慮すべき事態である。任意後見契約の濫用防止に向けた提言もなされており、立法的な対応を躊躇すべきではない。筆者としては、特にいわゆる移行型任意後見契約の場合、「本人の意思能力喪失」を任意代理契約に基づく代理権の消滅事由とする旨の規定が設けられるべきであることを改めて表明しておきたい。

（2）公的支援システムの創設

「横浜宣言」においては、成年後見制度は、利用者の資産の多寡、申立人の有無等にかかわらず「誰でも利用できる制度」として位置づけられるべきであり、そのためには行政が成年後見制度全体を公的に支援することが不可欠であり、このような公的支援システムは「成年後見の社会化」を実現するものであって、行政

による支援システムの創設が提言されている。そして、「横浜宣言」は、成年後見制度の運用面における司法機能、とりわけ家庭裁判所の機能の一層の拡充・強化を図ることが公的支援システムの円滑な実施の大前提となるべきであるとして、このような公的支援システムの創設は、本人の親族、一般市民、各専門職間のネットワークを拡充させ、適切な成年後見人の確保、成年後見制度の権利擁護機能の強化に資するものである、と述べている。

実は、「横浜宣言」において起草者が最優先事項と考えていたのがこの公的支援システムの創設であった。成年後見制度を真に機能させるのは法律の条文ではなく、それに魂を入れ、その理念を具現化するシステムである。わが国の成年後見制度にはそのようなシステムが欠けている。わが国の成年後見制度に相当するドイツ成年者世話法においては、世話制度が福祉行政（各自治体に世話制度を所管するセクションがある）、民間の世話協会（各州の認可を受けた NPO 法人や宗教法人によって運営され、社会福祉士や法律家が常勤しており、ボランティアである名誉職世話人のリクルート・教育・監督等も行う）の双方によって支えられ、裁判所は両者の支援を得て機能するようになっている。すなわち、成年者世話法を支えるネットワークが存在しているのである。このようないわば三位一体のシステムは、法律によって明確に位置づけられており、行政、民間、司法が一体となって世話制度を推進しているのである。

わが国の成年後見制度の利用拡大を図るためにはドイツ型の支援システムから学ぶものは多い。公的支援システムの設立が焦眉の急である。裁判所の運用をサポートする行政と民間の支援を制度化すべきであり、家庭裁判所は成年後見制度における司法的な機能のみを果たし、その他の機能は公的システムの中で他の機関が分担するようにしてはどうか。これこそが「成年後見の社会化」の具現化なのではないだろうか。

(3) 新たな成年後見制度の可能性

「横浜宣言」は、現行成年後見法の枠内にとどまることなく、常に新しい理念を求めてさらなる発展の可能性を模索すべきである、と述べているが、ここでは成年後見制度の中長期的な3つの課題について提言しているのである。

第一に、「横浜宣言」は、現行成年後見法は後見、保佐、補助という3類型を前提としており、とりわけ後見類型においては本人の能力制限が顕著であるが、国連の障害者権利条約12条の趣旨に鑑みて、現行の3類型の妥当性を検討する必要がある、と述べている。既述のように、法定後見の利用のほとんどが後見類型であり、同類型には未だ多くの欠格事由が伴い、さらには成年後見人・保佐人に

は精神保健福祉法上の医療保護入院に際して同意が求められる。成年後見法に限定しても、本人の権利は過度に制約されているのではないか、あるいは本人の保護目的で成年後見人に付与されている取消権が本当に本人保護に資するものなのか。障害者権利条約によれば障害者と健常者の法的能力に較差があってはならず、また成年後見法の世界的潮流によれば成年後見とは最も制約の少ないもの（least restrictive）でなければならない。このような見地からは、わが国の後見類型の全面的な見直しは避けられないのではないか。しかも、法定後見においては後見類型が偏重され、成年後見制度のイメージが後見類型によって規定されてしまっている。補助類型は障害者権利条約の考え方にも抵触しないのではないか。わが国の成年後見制度においても、本来、任意後見と補助が中核に位置づけられたはずである。成年後見法制定の原点に立ち返って、補助類型の利用拡大を図るべきである。筆者としては、法定後見を補助類型のみの一元的構成にすべきではないかと思料している。

第二に、「横浜宣言」は、本人の能力制限をとまなわない保護手段として信託の活用が考えられるが、わが国においてはこのようなタイプの信託は普及していないので、裁判所が信託設定に関与する成年後見代替型の信託制度導入について検討する必要がある、と述べている。信託という財産管理制度は、本人の財産が受託者に移転される点においては本人の権利が若干制約されることは否めないが、成年後見制度と比較してみると、本人の権利がほとんど制約されることのないものである。ここに成年後見代替型信託制度の導入を検討する所以がある。アメリカやカナダでは既に信託制度が成年後見制度の代替的・補完的機能を果たしている。わが国信託業のメイン・プレイヤーは信託銀行であるが、信託銀行が提供している信託商品は基本的には金融商品であって、成年後見代替的機能には馴染まないのではないか。信託は社会の公器であり、社会のインフラである。社会が高齢化すれば、そのインフラである信託制度もそれに応じて変化すべきである。信託銀行には既存の商品をもって対応するというような消極的な姿勢ではなく、高齢社会における信託活用のグランド・デザインを描いてもらいたい。筆者としては、既存の枠組みや担い手にとらわれない、パラダイムの転換が必要ではないかと思料している。それこそ裁判所が信託設定に関与する成年後見代替型の信託制度であり、それを担うのは全く新しいタイプの受託者であっても良いのではなかろうか。なお、成年後見代替型信託制度とは現在裁判所が運用している後見制度支援信託を意味するものではなく、自己決定を徹底した新しいタイプの受託者が担い手とする信託制度が念頭に置かれている。

第三に、「横浜宣言」は、交通事故被害者等の高次脳機能障害者が成年後見制度をほとんど利用していない現状を改善するために、新たな立法によって高次脳機能障害者が成年後見制度を利用しやすくするための方途を講じるべきである、と述べている。ここでは主に自動車損害賠償保障法の改正が企画されているが、根本的には高次脳機能障害者の「障害」を正しく理解して、必要なものについては成年後見制度の中に取り入れていくことが望まれる。

「横浜宣言」が志向するものは、安心して暮らせる高齢社会のインフラとしての成年後見制度の整備である。地縁・血縁が希薄化している現代社会においては高齢者・障害者の孤立化、権利侵害がクローズ・アップされている。成年後見制度はこのような課題解決の一助となりうるものである。今こそ成年後見制度の拡充を図る必要があるのではないだろうか。

「横浜宣言」は2010（平成22）10月4日第1回成年後見法世界会議の開幕に際して参加者一同によって採択され、世界に向けて発せられた。課題はその具体化であった。そのために提案されたのが「成年後見制度利用促進法法案」とでもいった特別法の制定であったが、利用促進法はまさしくそのような特別法が立法化されたことを意味しているのである。

Ⅲ 利用促進法と民法改正法の内容

1 利用促進法

利用促進法は基本理念・基本方針と基本計画・体制の2つの部分から成り立っている。

(1) 基本理念

基本理念として掲げられているのは、①成年後見制度の理念の尊重（3条1項）、②地域の需要に対応した成年後見制度の利用の促進（3条2項）、③成年後見制度の利用に関する体制の整備（3条3項）である。①成年後見制度の理念の尊重とはノーマライゼーション、自己決定権の尊重、身上の保護の重視のことである。従来の用語である「身上監護」ではなく、「身上の保護」を採用したのは、「監護」という用語が与えるパターナリスティックな印象を払拭して、少しでも本人中心主義を志向したいとの意図に基づく。

(2) 基本方針

基本方針はそれぞれの基本理念ごとに定められている。

①成年後見制度の理念の尊重

(a) 保佐および補助の制度の利用を促進する方策の検討（11条1号）

ここでは後見類型の利用促進に言及していない点が重要である。実務においては後見類型が偏重されているが、それを改め、保佐・補助二元化または補助一元化のいずれかを選択しなければならないとの含意である。筆者はかねてから補助一元論を支持しているが、利用促進法の趣旨を踏まえた本格的な論議を期待したい。

(b) 成年被後見人等の権利制限に係る制度の見直し（11条2号）

(c) 成年被後見人等の医療等に係る意思決定が困難な者への支援等の検討（11条3号）

わが国の有権解釈は、成年後見人等の医療同意権を認めていない。そのために成年被後見人が必要な医療を受けられない事態も生じており、成年後見人等の医療同意権をどのような形態・範囲で認めるかが見直しの焦点となる。医療同意権のみならず、介護等を受けるための支援の在り方についても検討されることとなろう。

(d) 成年被後見人等の死亡後における成年後見人等の事務の範囲の見直し（11条4号）

この見直しは、民法改正法によって事実上決着している。

(e) 任意後見制度の積極的な活用（11条5号）

(f) 国民に対する周知等（11条6号）

②地域の需要に対応した成年後見制度の利用の促進

③成年後見制度の利用に関する体制の整備

④体制上の措置等

以上の基本方針に基づく施策を実施するために政府は必要な法制上・財政上の措置を速やかに講じなければならず、基本方針に基づく施策を実施するために必要な体制上の措置については、利用促進法施行後3年以内を目途として講じなければならない（9条）。また政府は施策の実施状況を毎年公表しなければならない（10条）

(3) 基本計画

政府は、成年後見制度の利用の促進に関する施策の総合的かつ計画的な推進を図るため「成年後見制度利用促進基本計画」を策定しなければならない（12条）。市長村は、「成年後見制度利用促進基本計画」を勘案して、成年後見制度利用促進のための基本的な計画を定め、成年後見等実施機関の設立の支援等の措置を講ずるよう努め、基本的な事項を調査審議させるための合議制の機関を設置するよう努めるものとする（23条）。都道府県は、市町村が講ずる措置を推進するた

め成年後見人等となる人材の育成、必要な助言を行うように努めるものとする (24条)。

(4) 体制

①成年後見制度利用促進会議

内閣府に、特別の機関として、成年後見制度利用促進会議が置かれ (13条1項)、会長は内閣総理大臣、委員は内閣官房長官、特命担当大臣、法務大臣、厚生労働大臣、総務大臣等をもって充てられる (14条)。所掌事務は「成年後見制度利用促進基本計画」案の作成、関係行政機関の調整、施策の推進、実施状況の検証・評価等である (13条2項)。

②成年後見制度利用促進委員会

内閣府に、有識者で組織される成年後見制度利用委員会が置かれ (15条)、「成年後見制度利用促進基本計画」案の調査審議、施行に関する重要事項の調査審議、内閣総理大臣への建議等を行う (15条1項)。

2 民法改正

成年後見人による郵便物等の管理について、民法 860 条の 2、860 条の 3 の規定を加え、家庭裁判所が必要があると認めるときは成年被後見人宛の郵便物等を成年後見人に配達すべき旨を信書の送達事業者に対して囑託することができるものとし、成年後見人は郵便物等を開封できるものとした。これは、成年後見人の郵便物等の開封の権限が明確ではなかった点を改めたものである。

また成年被後見人の死亡後の成年後見人の権限について、民法 873 条の 2 を加え、必要があるときには、成年被後見人の相続人の意思に反することが明らかなきを除き、相続人が相続財産を管理することができるに至るまで、相続財産に属する特定の財産の保存に必要な行為、相続財産に属する債務の弁済、死体の火葬または埋葬に関する契約その他相続財産の保存に必要な行為をすることができるものとした (死体の火葬、埋葬に関する契約については家庭裁判所の許可を要する)。これも、成年後見人のいわゆる死後事務に関する権限が明確でなかった点を改めたものである。

IV 基本計画の内容

以上の経緯を経て、政府は 2017 (平成 29) 年 3 月 24 日に基本計画を閣議決定した。利用促進委員会事務局は、基本計画のポイントとして次の 3 点を掲げている。

（成年後見制度利用促進委員会意見（平成 29 年 1 月）のポイント）

（1）利用者がメリットを実感できる制度・運用の改善

- ・財産管理のみならず、意思決定支援・身上保護も重視
- ・適切な後見人等の選任、後見開始後の柔軟な後見人等の交代等
- ・診断書の在り方の検討

（2）権利擁護支援の地域連携ネットワークづくり

- ・権利擁護支援が必要な人の発見と早期からの相談
- ・後見人等を含めた「チーム」(注1)による本人の見守り
- ・「協議会」等(注2)によるチームの支援
- ・地域連携ネットワークの整備・運営の中核となる機関の必要性
 - ・広報機能(権利擁護の必要な人の発見、周知・啓発等)
 - ・相談機能(相談対応、後見ニーズの精査、見守り体制の調整等)
 - ・利用促進(マッチング)機能
 - ・後見人支援機能(チームによる支援、本人の意思を尊重した柔軟な対応等)
 - ・不正防止効果

（3）不正防止の徹底と利用しやすさとの調和

- ・後見制度支援信託に並立・代替するような新たな方策の検討
(預貯金の払戻しについての後見監督人等の関与を可能とする仕組み)

注1: 福祉等の関係者と後見人等がチームとなって本人を見守る体制

注2: 福祉・法律の専門職団体が協力して個別のチームを支援する仕組み

「(1) 利用者がメリットを実感できる制度・運用の改善」について基本計画は「今後の施策の目標」として以下のように述べている。

(a) 利用者に寄り添った運用

- 成年後見制度においては、後見人による財産管理の側面のみを重視するのではなく、認知症高齢者や障害者の意思をできるだけ丁寧にくみ取ってその生活を守り権利を擁護していく意思決定支援・身上保護の側面も重視し、利用者がメリットを実感できる制度・運用とすることを基本とする。
- 特に、障害者の場合は、長期にわたる意思決定支援、身上保護、見守りが重要であり、施設や病院からの地域移行、就労や社会参加等の活動への配慮、障害の医学モデルから社会モデルへの転換、合理的配慮の必要性といったことを重視し、障害者にとっての社会的障壁を除去していく環境や支援の在り方を継続的に考えていく必要がある。後見人は、障害者の人生の伴走者として、利用者の障害特性を理解し、継続的に支援を行っていくよう努めるべきである。
- こうしたことを踏まえ、家庭裁判所が後見等を開始する場合には、本人の生活状況等を踏まえ、本人の利益保護のために最も適切な後見人を選任することができるようにするための方策を検討する。

- また、成年後見制度の利用及び類型の決定手続において、本人の精神の状態を判断する医師が、本人の生活状況や必要な支援の状況等を含め、十分な判断資料に基づき判断することができるよう、本人の状況等を医師に的確に伝えることができるようにするための方策について検討するとともに、その判断について記載する診断書等の在り方についても検討する。

(b) 保佐・補助及び任意後見の利用促進

- 成年後見制度の利用者の能力に応じたきめ細かな対応を可能とする観点から、成年後見制度のうち利用が少ない保佐及び補助の類型の利用促進を図るとともに、利用者の自発的意思を尊重する観点から、任意後見制度が適切かつ安心して利用されるための取組を進める。
- 認知症の症状が進行する高齢者等について、その時々判断能力の状況に応じ、補助・保佐・後見の各類型間の移行を適切に行う。このため、その時々心身の状況等に応じた見守り等、適切な権利擁護支援を強化する。
- また、任意後見や保佐・補助類型についての周知活動を強化するとともに、早期の段階からの利用を促進するため、利用者の個別のニーズを踏まえた周知活動・相談対応等も強化する（基本計画 3-4 頁）。

「(2) 権利擁護支援の地域連携ネットワークづくり」について基本計画は「今後の施策の目標」として以下のように述べている。

(a) 権利擁護支援の地域連携ネットワーク及び中核機関の整備

- 全国どの地域に住んでいても、成年後見制度の利用が必要な人が制度を利用できるような地域体制の構築を目指す。
- 各地域における相談窓口を整備するとともに、成年後見制度の利用が必要な人を発見し、適切に必要な支援につなげる地域連携の仕組みを整備する。
- また、本人の自己決定権を尊重し、身上保護を重視した成年後見制度の運用を行うため、本人の状況に応じて、本人に身近な親族、福祉・医療・地域の関係者と後見人がチームとなって日常的に本人を見守り、本人の意思や状況を継続的に把握し必要な対応を行う体制を構築するとともに、福祉・法律の専門職が専門的助言・相談対応等の支援に参画する仕組みを整備する。こうしたチーム対応は、連携して本人を支援する既存の枠組みも活用しながら行う。
- このため、各地域において、専門職団体や関係機関が連携体制を強化するための協議会等を設立し、各専門職団体や各関係機関が自発的に協力する体制づくりを進める。

- さらに、専門職による専門的助言等の支援の確保や、協議会等の事務局など、地域連携ネットワークのコーディネートを担う中核的な機関（以下「中核機関」という。）の設置に向けて取り組む。
- こうした取組は、市町村等が設置している「成年後見支援センター」や「権利擁護センター」などの既存の取組も活用しつつ、地域の実情に応じて進めていく（基本計画 4-5 頁）。

これについて基本計画は「中核機関の設置・運営形態」としてさらに以下のよう

ア) 設置の区域

- 中核機関の設置の区域は、住民に身近な地域である市町村の単位を基本とすることが考えられる。
- ただし、地域の実情に応じ、都道府県の支援も受け、複数の市町村にまたがる区域で設置するなどの柔軟な実施体制が検討されるべきである。

イ) 設置の主体

- 設置の主体については、中核機関が行う権利擁護に関する支援の業務が、市町村の福祉部局が有する個人情報を基に行われることや、行政や地域の幅広い関係者を巻き込んだ連携を調整する必要性などから、市町村が設置することが望ましい。
- その際には、下記ウ) に記述するように、例えば、地域連携ネットワークの中核の役割を担うことが適当と考えられる機関に委託すること（複数の市町村にまたがる区域で中核機関が設置される場合には、当該複数市町村による共同委託）や、既に「成年後見支援センター」等を設置している地域においてはそうした枠組みを活用すること等を含め、地域の実情に応じた形で柔軟に設置できるよう検討されるべきである。

ウ) 運営の主体

- 地域の実情に応じた適切な運営が可能となるよう、市町村による直営又は市町村からの委託などにより行う。
- 市町村が委託する場合等の中核機関の運営主体については、業務の中立性・公正性の確保に留意しつつ、専門的業務に継続的に対応する能力を有する法人（例：社会福祉協議会、NPO 法人、公益法人等）を市町村が適切に選定するものとする。
- また、市町村の判断により、地域における取組実績等を踏まえ、一つの機関ではなく、複数の機関に役割を分担して委託等を行うことも考えられる（基本計

画 16-17 頁)。

「(3) 不正防止の徹底と利用しやすさとの調和」について基本計画は「今後の施策の目標」として以下のように述べている。

(a) 不正事案の発生を未然に抑止する仕組みの充実

- 不正事案の発生やそれに伴う損害の発生をできる限り少なくするためには、不正事案の発生を未然に抑止する仕組みの整備が重要である。このため、成年後見制度の利用者の利便性にも配慮しつつ、後見制度支援信託に並立・代替する預貯金の管理・運用方策の検討の促進等について検討を行う。
- 各後見人の後見業務が適正に行われているかの日常的な確認、監督の仕組みの充実については、専門職団体による自主的、積極的な取組に期待するとともに、法務省等は、最高裁判所と連携し、必要な検討を行う（基本計画 5 頁）。

V 今後の展望

利用促進法が成立した今、成年後見法をいかに改め、その適正な運用を支援していくかが問われている。従来の発想にとらわれることなく、障害者権利条約や「横浜宣言」に立脚した成年後見法の改革を希求し、さらには後見制度の担い手を支える公的支援システムの構築が不可欠である。

これらのことはすべて既に利用促進法の中に盛り込まれている。これから利用促進法の枠内においてこれらのことが実現されることとなるが、その実現は決して容易なことではない。なぜなら、成年後見法に関してはさまざまの異なる見解が主張されており、それらを一本化することは困難を極めることが予想され、また新しい施策を実現するための体制の整備と予算の捻出も相当の困難を伴うことが予想されるからである。

内閣府に設置される有識者による成年後見制度利用促進委員会が、さまざまの困難を克服して、利用促進法の理念を実現するための建議等を行い、それを受けて政府が必要な措置を講ずることが必須である。

利用促進法の成立はゴールではなく、スタートにすぎない。国民の英知を結集した議論がなされ、利用促進法の考え方に則した画期的な結論が導かれることを心から期待したい。

⁽¹⁾ ここで用いるデータの出典は、最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況」、法務省「登記統計・種類別成年後見登記の件数」である。

- ⁽²⁾ ここで用いるデータの出典は、厚生労働省「2015 年の高齢者介護」、同「平成 21 年障害者白書」である。

【付録1】

成年後見制度に関する横浜宣言

2010 年 10 月 4 日

横浜にて

2010 年 10 月 2、3、4 日に横浜にて開催された 2010 年成年後見法世界会議は、成年後見法分野における最初の世界会議であり、主催者および共催者は今後の世界において成年後見法が果たすべききわめて重要な意義と役割を改めて確認し、成年後見制度の適切な利用を広く世界に訴えるために「横浜宣言」を発することとした。

この「横浜宣言」は 2010 年成年後見法世界会議の参加者が 3 日間の会議の成果としてまとめたものである。Ⅰとして世界に共通する問題を取り上げ、Ⅱとして日本に特化した問題を取り上げることとする。

2010 年成年後見法世界会議組織委員会は、本「横浜宣言」の起草に関与したすべての参加者に対して深甚なる謝意を表するとともに、本宣言が世界における成年後見法の一層の発展に寄与することを切望する次第である。

Ⅰ 世界の課題

1. (共通する認識)

2010 年 10 月 2 日より 4 日まで日本国横浜にて開催された 2010 年成年後見法世界会議の参加者たる私達は、次の事実を共通に認識するものである。

- (1) 人口動態、社会変化、医学の進歩および生活条件の向上等によって全世界的に高齢者人口が増加している。
- (2) 高齢者人口が増加している事実は、医療、年金、社会保障給付、住宅、移動手段といった社会的資源に大いなる衝撃を与えるものであり、次世代にとって主要な社会経済問題となる。
- (3) 意思能力は加齢とともに低下することもあり、加齢によって精神に不具合をかかえる高齢者の数も増加している。
- (4) 家庭内、施設内双方において弱い立場の高齢者に対する虐待の実態が白日の下にさらされつつある。
- (5) 成年後見制度は高齢者を主たる対象としているが、精神疾患、LD(学習障害、学習能力障害) および後天的脳障害を有する若年者にも意思能力の有無は影響

を及ぼしうる。

- (6) 人権の保護は世界的潮流としては改善されつつあるものの、いまだ多くの国では成年後見関連の法整備は等閑視されたり、立ち遅れたりしており、事前の意思決定、能力判定時のベスト・プラクティス、能力を欠く成年者のための代替的意思決定の仕組みといった最新の考え方が考慮されるには至っていない。

2. (2 条約への賛意)

加えて、私達は次の 2 条約の指導原理と条項に賛意を表する。

- (1) 2009 年 1 月 1 日に発効し、管轄権、準拠法、承認と執行、国家間協力を一元化した 2000 年 1 月 13 日ハーグ国際私法会議「成年者の国際的保護に関する条約」
- (2) 人権の普遍性、不可分性、相互依存性、相関性への支持、および障害を有する人が偏見なしに人権を享受できることの保障を条約締結国々に要求する 2006 年 12 月 13 日国際連合「障害者権利条約」

3. (成年後見制度の基本原則)

そのうえで次の 5 点をここに宣言する。

- (1) 人は能力を欠くと確定されない限り特定の意思決定を行う能力を有すると推定されなければならない。
- (2) 本人の意思決定を支援するあらゆる実行可能な方法が功を奏さなかったのであれば、人は意思決定ができないとみなされてはならない。
- (3) 意思能力とは「特定の事柄」「特定の時」の両方に関連するものであり、行なおうとする意思決定の性質および効果によって異なること、また同じ人でも一日の中で変動し得ることを立法にあたっては可能な限り認識すべきである。
- (4) 保護の形態は、本人を守ろうとするあまり全面的に包み込み、結果としてあらゆる意思決定能力を奪うものであってはならず、かつ本人の意思決定能力への制約は本人または第三者の保護に必要とされる範囲に限定されるべきである。
- (5) 保護の形態は適切な時期に独立した機関により定期的に見直されるべきである。

4. (成年後見人の行動規範)

特定の時に特定の意思決定を行う能力を欠くすべての成年者は、意思決定過程において他に支援や代理を得ることができない場合には次のような資質を有する後見人を持つ権利があることを、更に宣言する。

- (1) 本人に代わって意思決定を行なう際には適切に注意深く行動する。
- (2) 公正かつ誠実に行動する。

- (3) 本人の最善の利益を考えて行動する。
- (4) 本人に明らかな危害が及ばない限り、本人の要望、価値観、信念を事前に知ることができ、または推認することができるときには、それらを最大限に尊重し、遵守する。
- (5) 本人の生活に干渉する場合は最も制約が小さく、最も一般化された方法にとどめる。
- (6) 本人を虐待、放棄、搾取から守る。
- (7) 本人の人権、市民権を尊重し、これらの侵害に対しては常に本人に代わってしかるべき行動を取る。
- (8) 本人の権利である年金、社会福祉給付金、福祉サービスなどを本人を支援して積極的に取得させる。
- (9) 後見人という立場を私的に利用しない。
- (10) 本人と利害対立が起きないように常に配慮を怠らない。
- (11) 本人が可能であればいつでも独立した生活を再開できるよう積極的に支援する。
- (12) 本人をあらゆる意思決定過程に最大限参加させる。
- (13) 本人の参加を奨励し、本人のできることは本人にまかせる。
- (14) 正確な会計記録を付け、任命権者たる裁判所あるいは公的機関の要請に応じて速やかにそれを提出する。
- (15) 任命権者たる裁判所あるいは公的機関より付与された権限の範囲で行動する。
- (16) どのような形態の後見が継続して必要であるかについて定期的に見直しをうける。

5. 最後に

成年後見制度は自由の剥奪となり得ることもあり、人権に関わるものであること、また、世界中どこでも後見人の職務と義務は一般的に公的介入であることを認識したうえで、各国は専門性の基準を明らかにし、適切な監督手段を提供し、財源に裏付けされた納得できる枠組みを保障すべきである。この点に関する問題意識を目覚めさせ、今この場で私達が共通に認識し、賛同し、かつ宣言した条項の実現に必要な支援の獲得に向けて、「横浜宣言」が公的機関および各国政府に広く周知徹底されるべきものであることをここに再度宣言する。

II 日本の課題

2010年成年後見法世界会議における日本からの参加者は、本宣言Iの趣旨に全

面的な賛を表明したうえで、特に国連の「障害者権利条約」とハーグ国際私法会議の「成年者の国際的保護に関する条約」を日本政府が早期に批准することを要望し、以下の事項を「横浜宣言」に含めることを確認し、これに海外からの参加者も同意した。

1. 現行成年後見法の改正とその運用の改善

- (1) 全国の市区町村長が成年後見等に関する市区町村長申立てをさらに積極的に実施しうる体制を法的に整備すべきである。
- (2) 成年後見制度を利用するための費用負担が困難である者に対しては公的な費用補助を行うべきである。
- (3) 成年後見等の開始には本人の権利制限という側面があることに鑑み、原則として鑑定は実施すべきであり、また本人面接は省略すべきではなく、鑑定・本人面接の実施率が低水準にとどまっている現状を改善すべきである。
- (4) 現行成年後見法は、成年後見人が本人の財産に関してのみ代理権を有すると規定しているが、成年後見人の代理権は財産管理に限定されるべきではなく、これを改めるべきである。成年後見人は、本人の医療行為に同意することができるものとすべきである。
- (5) 現行成年後見制度に多く残されている欠格事由は撤廃すべきである。特に後見開始決定に伴う選挙権の剥奪には合理的根拠はなく、憲法で保障された普通選挙の理念に反し、基本的人権を著しく損なうものである。
- (6) 任意後見制度は「自己決定権の尊重」に最も相応しい制度であるが、その利用は決して多いとはいえない。任意後見制度の利用を促進し、同時にその濫用を防止する立法的措置を講じるべきである。

2. 公的支援システムの創設

成年後見制度は、利用者の資産の多寡、申立人の有無等にかかわらず「誰でも利用できる制度」として位置づけられるべきであり、そのためには行政が成年後見制度全体を公的に支援することが不可欠である。このような公的支援システムは「成年後見の社会化」を実現するものあり、行政による公的支援システムの創設を提言する。成年後見制度の運用面における司法機能、とりわけ家庭裁判所の機能の一層の拡充・強化を図ることが公的支援システムの円滑な実施の大前提となるべきである。このような公的支援システムの創設は、本人の親族、一般市民、各専門職間のネットワークを拡充させ、適切な成年後見人の確保、成年後見制度の権利擁護機能の強化に資するものである。

3. 新たな成年後見制度の可能性

現行成年後見法の枠内にとどまることなく、常に新しい理念を求めてさらなる発展の可能性を模索すべきである。

- (1) 現行成年後見法は後見、保佐、補助という3類型を前提としているが、とりわけ後見類型においては本人の能力制限が顕著である。国連の障害者権利条約第12条の趣旨に鑑みて、現行の3類型の妥当性を検討する必要がある。同時に、成年後見手続における本人の保護に関する検討も必要である。
- (2) 本人の能力制限をともしない保護手段として信託の活用が考えられるが、日本においてはこのようなタイプの信託は普及していない。裁判所が信託設定に関与する成年後見代替型の信託制度導入について検討する必要がある。
- (3) 交通事故被害者等の高次脳機能障害者が成年後見制度を殆ど利用していない現状を改善するために、新たな立法によって高次脳機能障害者が成年後見制度を利用しやすくするための方途を講じるべきである。

2010年成年後見法世界会議
組織委員会
参加者一同

【付録②】

横浜宣言

2010 年 10 月 4 日横浜（日本）開催第 1 回成年後見法世界会議において採択

2016 年 9 月 16 日エルックナー／ベルリン（ドイツ）開催第 4 回成年後見法世界会議において
改訂・修正

Ⅰ．前文

法の前にあって等しく承認される権利は、すべての人にとって他人との平等を基礎として権利を行使し、自由を享受するための核心的な要請である。しかしながら、疾病や障害を抱える人は、その疾病や障害の故に、今なお彼らの法的能力を行使することがたびたび制限されたり、それが完全に剥奪されることもある。

成年後見法世界会議は、2010 年に日本で開催された第 1 回会議、2012 年にオーストラリアで開催された第 2 回会議、2014 年にアメリカで開催された第 3 回会議およびドイツで開催された第 4 回会議において弱い立場に置かれている成年者の支援と保護に関する理念および実践に関する国際的な情報交換を促進してきた。上記の世界会議は成年者の法的支援と保護の分野における進展と展開を実証し、能力剥奪を自律とケアへと方向転換させる法的施策、社会政策の目標を創案してきた。とりわけ世界会議は、法的能力の行使に支援を必要としたり、法的能力を能動的かつ有効に行使できない人々に対する最良の対応とは何かを問い、現代における人権に適合した法的システムはそれにいかに答えるべきかを模索してきた。

2010 年に日本の横浜にて開催された第 1 回世界会議は、成年者の法的支援と保護のためのシステムとそれが将来において果たすべき国際的役割の重要性を改めて確認し、そのようなシステムの適切な利用を広く世界に訴えるために「横浜宣言」を発することとした。

2016 年にドイツのエルックナー／ベルリンにて開催された第 4 回世界会議は、「横浜会議」中の「世界の課題」を改訂・修正し、能力剥奪を撤廃して、自律とケアを志向する成年者の法的支援と保護のみが専ら備えられているシステムに転換する必要性を強調することとした。

2010 年および 2016 年世界会議組織委員会は、本「横浜宣言」の起草・修正に関与したすべての参加者に対して深甚なる謝意を表するとともに、改訂・修正された本宣言が世界における成年者の法的支援と保護のためのシステムの一層の発

展に寄与し、本宣言が継続して検証されることを切望する次第である。

II. 世界の課題

1. (共通する認識)

2016年世界会議の参加者たる私達は、次の事実を共通に認識するものである。

- (1) 人口動態、社会変化、医学の進歩および生活条件の向上等によって全世界的に法的能力の行使について支援または保護を必要とする成年者の人口が増加している。
- (2) このような成年者の人口が増加している事実は、医療、年金、保険給付、住宅、移動手段、社会保障といった社会的資源に大いなる衝撃を与えるものであり、次世代にとって主要な社会経済問題となる。
- (3) 家庭内、施設内双方において弱い立場に置かれている成年者に対する虐待の実態が白日の下にさらされつつある。
- (4) 人権の保護は世界的潮流としては改善されつつあるものの、いまだ多くの国では法的能力を行使するための法整備は等閑視されたり、立ち遅れたりしており、自律的で事前の意思決定、法的能力を行使するための支援の必要性の判定、そのような支援と必須の保護を準備する手段確保のベスト・プラクティスに関する最新の考え方が考慮されるには至っていない。

2. (条約・憲章への賛意)

加えて、私達は次の条約と憲章の指導原理と条項に賛意を表する。

- (1) 1948年12月10日国際連合「世界人権宣言」およびそれに続く2006年12月13日国際連合「障害者の権利に関する条約」は、あらゆる人権の普遍性、不可分性、相互依存性、相互関連性を改めて確認し、そのような人権が差別なく完全に享受されるべきであることも改めて確認することを締約国に要請している。
- (2) 2000年1月13日ハーグ国際私法会議「成年者の国際的保護に関する条約」は管轄権、準拠法、承認と執行、国家間協力を一元化している。
- (3) 1950年「人権と基本的自由の保護のための欧州条約」、1981年「人および人民の権利に関するアフリカ憲章」、1982年「権利および自由に関するカナダ憲章」は、それらの適用領域において重要な地域的、国家的な人権規約である。

3. (基本原則)

成年者の法的支援と保護に関する基本原則をここに宣言する。

- (1) すべての成年者は、ある特定の行為または決定に関して支援と保護が必要であ

ると確定されない限り、支援なしに法的能力を行使する能力を有すると推定されなければならない。

- (2) 支援と保護は、成年者がその法的能力を行使することを可能にするあらゆる実地的な手段を取ることを含んでいる。
- (3) 法と実務は、支援と保護のための要請が特定の事柄、特定の時に関連するものであり、その力点は変化しうるものであり、なすべき特定の行為と決定もまたその性格と効果に応じて変化しうるものであり、ひとりの個人においても随時変化することを認識すべきである。
- (4) 法的能力の行使に関連して成年者によって自立的に講じられた措置は他の措置に優先する。
- (5) 支援と保護の措置が個別事案に適用される場合には、当該措置の目的を達するために必要最小限の介入に限定されなければならない。
- (6) 支援と保護の措置は定期的に独立した当局の検証を受けなければならない。成年者は法的能力の如何にかかわらず、このような検証を受ける正当な権利を有する。
- (7) 法的能力を行使する措置はそれが必要であり、かつ国際人権法に合致すると確認される場合にのみ講じられる。当該措置は第三者保護のためであってはならない。
- (8) 成年者が現に有する能力にかかわらず法的能力を制限するいかなる形態の能力剥奪制度も撤廃されるべきである。

4. (行動規範)

どのような事柄であれ法的能力を行使するために支援と保護を要請する成年者は必要なときには法定代理人を選任してもらう権利があることを、更に宣言する。法定代理人および成年者本人のために法的能力を行使する者は誰であれ以下の義務を負うことを確認する。

- (1) あらゆる意思決定過程に成年者本人を最大限関与させる。
- (2) 成年者が可能である分野においては自主的に行動するように関与者を奨励し、成年者本人を援助する。
- (3) 年金、保険給付、社会保障等については成年者に助力、支援を与え、成年者自らが権利を有する事柄に関しては能動的に行動させる。
- (4) 成年者が可能な範囲において独立した、または相互依存的な生活を営むことができるように積極的に助力する。
- (5) 成年者の権利、意思および選好を尊重するように行動する。

- (6) 成年者の要望、価値観、信念を最大限尊重し、それらに従う。
- (7) 成年者の人権、市民権を尊重し、これらの侵害に対しては常に本人のために然るべき行動を取る。
- (8) 成年者本人の利益とその成年者のために行動している者の利益の衝突には警戒し、回避するように努める。
- (9) 自らの立場から利益を得ない。
- (10) 公正かつ誠実に行動する。
- (11) 成年者本人のために適切かつ注意深く行動する。
- (12) 本人の生活への介入は、最も侵害性がなく、最も制限的でない、最も自然な行為を選択することによって、可能な限り抑制されたものとする。
- (13) 成年者を冷遇、無視、虐待、搾取から保護する。
- (14) 正確な会計記録を付け、(a) 成年者本人、(b) 任命権者たる裁判所または (c) 公的機関の要請に応じて速やかにそれを提出する。
- (15) (a) 成年者本人、(b) 任命権者たる裁判所または (c) 公的機関より付与された権限の範囲で行動する。
- (16) どのような形態の支援または保護が継続して必要であるかについて定期的に見直しをうける。

5. (結論)

最後に以下のことを宣言する。

- (1) 法と実務は、専門性の基準を明らかにし、成年者本人が法的能力の如何を問わず裁判所あるいは公的機関に本人自身が効果的にアクセスすることを妨げてはならず、適切な監督の手段を整え、十分な体制を整備しなければならない。
- (2) 上記の体制整備には、成年者本人の法的能力の行使に形式上関与する親族やボランティアのための相応の財源手当を伴うガイダンス要領、訓練、有用なアドバイスが含まれていなければならない。
- (3) 改訂・修正された本「横浜宣言」が公的機関および各国政府に広く周知徹底され、成年者の法的支援と保護に関する問題意識を目覚めさせ、私達がここに認識し、確認し、そして宣言した条項が遵守されるための援助をここに要請する次第である。

2010年および2016年成年後見法世界会議
2010年および2016年成年後見法世界会議
組織委員会

2010 年および 2016 年成年後見法世界会議

参加者一同

Ⅲ．日本の課題

2016 年成年後見法世界会議における日本からの参加者は、改訂された本宣言の趣旨に全面的な賛意を表明したうえで、日本政府が早期に成年者の法的支援と保護に関する現行法制を改正し、改善することを要望し、以下の事項を「横浜宣言」に含めることを確認し、これに海外からの参加者も全面的な賛意を表明した。

1. 基本原則

- (1) かつての禁治産宣告のような意思決定のあらゆる分野において能力を剥奪する制度は廃止されるべきである。
- (2) 成年者の法的支援と保護に必要な範囲における最も制約の少ない制度としてのみ能力制限は許容されるべきである。

2. 障害者権利条約の理念の評価

- (1) 支援付き意思決定という考え方の重要性は尊重されるべきである。
- (2) 認知症、知的障害、精神障害等の障害別の支援付き意思決定を用いた支援手法が開発されるべきである。
- (3) 支援付き意思決定者の権限濫用を防止し、不当威圧を規制する措置を講じるべきである。
- (4) 成年者の安全、法的支援と保護を確保するための実効的な措置を講じるべきである。
- (5) 障害者権利条約の下においても最も制約の少ない制度としての法定代理制度は許容される。

3. 現行法の改正とその運用の改善

- (1) 現行成年後見法は後見、保佐、補助という 3 類型を前提としているが、とりわけ後見類型においては本人の能力制限が顕著である。障害者権利条約第 12 条の趣旨に鑑みて、現行の 3 類型の妥当性を検証する必要がある。同時に、成年者の法的支援と保護手続における本人の保護に関する検証も必要である。
- (2) 全国の市区町村長が成年後見等に関する市区町村長申立てをさらに積極的に実施しうる体制を法的に整備すべきである。
- (3) 成年者の法的支援と保護制度を利用するための費用負担が困難である者に対しては公的な費用補助を行うべきである。
- (3) 成年後見等の開始には本人の権利制限という側面があることに鑑み、原則とし

て鑑定は実施すべきであり、また本人面接は省略すべきではなく、鑑定・本人面接の実施率が低水準にとどまっている現状を改善すべきである。

(4) 現行法は、成年後見人が本人の財産に関してのみ代理権を有すると規定しているが、成年後見人の代理権は財産管理に限定されるべきではなく、これを改めるべきである。成年後見人は、本人の医療行為に同意することができるものとすべきである。

(5) 現行法に多く残されている欠格事由は撤廃すべきである。

(6) 任意後見制度は「自己決定権の尊重」に最も相応しい制度であるが、その利用は決して多いとはいえない。任意後見制度の利用を促進し、同時にその濫用を防止する立法的措置を講じるべきである。

4. 公的支援システムの創設

成年者の法的支援と保護制度は、利用者の資産の多寡、申立人の有無等にかかわらず「誰でも利用できる制度」として位置づけられるべきであり、そのためには行政が成年者の法的支援と保護制度全体を公的に支援することが不可欠である。このような公的支援システムは「成年者の法的支援と保護の社会化」を実現するものあり、行政による公的支援システムの創設を提言する。成年者の法的支援と保護制度の運用面における司法機能、とりわけ家庭裁判所の機能の一層の拡充・強化を図ることが公的支援システムの円滑な実施の大前提となるべきである。このような公的支援システムの創設は、本人の親族、一般市民、各専門職間のネットワークを拡充させ、適切な法定代理人の確保、成年者の法的支援と保護制度の権利擁護機能の強化に資するものである。

2010年および2016年成年後見法世界会議
2010年および2016年成年後見法世界会議
組織委員会
2010年および2016年成年後見法世界会議
日本人参加者一同

〔新井誠・仮訳〕

転換期の障害法

川島 聡（岡山理科大学）

はじめに

I 差別禁止モデル

II 社会福祉モデル

おわりに

はじめに

かつての日本の障害法は、障害者の更生と保護を重視し、更生による障害克服が不可能な場合は障害者を主流社会から排除したり、障害者を「本来あってはならない存在」¹ だとしてその生存を否定したりすることを許容し又は命じた。だが、「完全参加と平等」をスローガンに掲げる国際障害者年（1981 年）の頃から、いわゆる「ノーマライゼーション」の理念の影響を大きく受けて、日本の障害法は少しずつ変容の兆候を見せ始めた。そして、障害者運動の国際化と人権の国際化という 2 つの大きな潮流を背景に成立した「障害者の権利に関する条約」（以下、権利条約）の批准（2014 年）を重要な契機として、日本の障害法は、障害者の尊厳・自律（自立）・平等・参加（包摂）を害する社会の問題性（社会的障壁）を強調する方向へと大きく舵を切ることになった²。

では、このように歴史的な転換期を迎えている現代日本の障害法は、どのように理解されることができのだろうか。こうした障害法理論に関わる問いは、さまざまな切り口から検討することができようが、本稿では、そのひとつの試みとして、差別の存否を手がかりに、権利条約時代における日本の障害法の構造の一端を明らかにすることを目的とする³。

本稿が差別の存否に着目する理由として、第 1 に、変革期にある日本の障害法を象徴する出来事が差別禁止法制の導入であり、それへの関心がアカデミズムと実務の双方できわめて高く、それに着目する重要性が高いことが挙げられる。第 2 に、ここ数十年の欧米の先行研究の中には、差別の存否を基軸に障害法の構造と課題を分析しているものが少なくなく、日本の障害法（学）⁴ がそこから学ぶ意義が大きいことが挙げられる。

以下では、まず、権利条約を批准した日本において障害法観の転換が急速に進んでいることに言及した後に、障害法の差別禁止モデルが、障害差別が存在する場合に、障害者の不利を改善する機能を担う旨を論じる (I)。次に、差別が存在しない場合には、障害法の社会福祉モデルが障害者の不利を改善する機能を担う、と述べる。また、社会福祉モデルと差別禁止モデルとの関係も検討する (II)。

ここでいう差別禁止モデルと社会福祉モデルは、差別の存否の観点から掴み取った、障害法の理念型である。本稿は、これらの2つのモデルから、権利条約を批准して転換期を迎えた現代日本の障害法を理解しようとする制度論的な検討のひとつであり、基本的には実定障害法の解釈論や立法論を展開するものではない。また、障害差別に着目する本稿は、障害概念と差別概念に関する分析・検討を豊かに蓄積してきた英米の先行研究に重きを置いている。

I 差別禁止モデル

差別禁止という考え方は、日本国憲法の成立により、戦後の日本に本格的に導入されたはずであった。だが、実際のところ、障害分野における差別禁止は、戦前のはるか昔から連続性を有する優生思想、パレンス・パトリエ思想（パターンリズム）、社会防衛思想（ポリスパワー思想）を背景にした社会の偏見やステレオタイプの影響により、うまく機能してこなかった。そして、障害者を社会の支配的規範に適応しえない「問題者」（劣った存在、能力を欠く存在、危険な存在、哀れな存在）とみなす偏頗な社会観念の下で、さまざまな欠格条項が温存されたまま優生政策や隔離政策が推進され（優生保護法、精神衛生法）⁵、また障害者の保護と更生に偏向した政策がすすめられた（身体障害者福祉法、精神薄弱者福祉法など）。そのような政策を許容し又は命じるところに大きな特色があるのが、（戦前から連続しつつ）戦後に形成された伝統的な障害法である⁶。

端的に言えば、伝統的な障害法は、障害者の尊厳・自律・平等・参加が損なわれる原因を障害者自身に求め（医学モデル）、障害者を更生と保護の「客体」とする点に特徴があった。すなわち、日本の伝統的な障害法は、＜客体性と医学モデル＞を基調とする障害法観をきわめて強く反映していたと言える⁷。これに対して、2006年に国連総会で採択された権利条約は、障害者を権利の「主体」に据えて、障害者の尊厳・自律・参加・平等（3条）が害される原因として社会的障壁の問題性を強調する（社会モデル）。すなわち、権利条約は、＜主体性と社会モデル＞を基調とする障害法観を採用している⁸。

日本においては、とりわけ国際障害者年（1981年）以降、＜客体性と医学モ

デル＞を基調とする障害法観に対する批判が広まり始め、その後、特に権利条約の批准に向けた大規模な国内法整備を通して、こうした障害法観からの脱却が急速に進むことになった。たしかに、今日、この障害法観がすっかりと消え去ったわけではない。しかも、優生思想・社会防衛思想・パターナリズムはまだ日本社会に深く根を張っている。だが、そのような中にありながらも、特に権利条約の成立以降、＜客体性と医学モデル＞から＜主体性と社会モデル＞への転換は、日本の実定障害法の構造にはっきりと刻み込まれてきている。

そのことを示す、最も注目できる法現象は、日本における障害差別禁止法制の整備である。すなわち、差別禁止義務（5条等）を締約国に課す権利条約の批准に向けた法整備の一環として、2013年に障害者差別解消法が成立し、障害者雇用促進法が改正された。これにより、日本社会において——たしかに事業者は合理的配慮の努力義務を負う段階に止まるが——差別禁止の徹底が本格的に求められるようになった⁹。また、権利条約の成立時（2006年）から自治体ではいわゆる障害差別禁止条例がいくつも成立するようになった¹⁰。これらの法現象は、日本が、障害法の差別禁止モデル（anti-discrimination model of disability law）を採用するようになったことを意味する¹¹。

ここでいう差別禁止の概念は、等しい者を等しく、異なる者を異なって扱え、というアリストテレス的正義の定式に立脚している¹²。すなわち、レバントな要素（関連的重要性のある要素（relevant factors））に関して、同様の者を同様に扱わなければ、差別が生じうる。そのため、差別の禁止においては、レバントな要素とイレバントの要素（関連的重要性のない要素（irrelevant factors））との区別は決定的な意義を有する。

そして、特に障害を論じる際には、障害が基本的に能力制限を伴う概念であるため、レバントな能力（relevant capacity or competence）とイレバントな能力（irrelevant capacity or competence）との区別が重要性をもつことが多い¹³。すなわち、差別禁止モデルは、偏見やステレオタイプを排除しながら、しばしば、能力をレバントな能力とイレバントな能力とに客観的に区別することを重視した上で、機会平等（形式的平等）の達成に向けて、レバントな能力に関して非障害者と同じである障害者を、非障害者と同じように取り扱うこと——そのために、イレバントな能力に関して非障害者と異なる障害者を、非障害者と異なって取り扱うこと——を社会に要請する¹⁴。

たとえば、視覚障害者は、店頭に並ぶ御弁当の代金を支払う能力（レバントな能力）を晴眼者と同じく有するにもかかわらず、メニューの情報を入手する方

法（イレバントな要素）が晴眼者と異なる。そのため、事業者は、情報入手方法の点で晴眼者と異なる視覚障害者を異なって取り扱うこと（メニューの読み上げなどの合理的配慮の提供）により、代金支払い能力を晴眼者と同じように有する視覚障害者が御弁当を晴眼者と同じように購入する機会を確保しなければならない（障害者差別解消法）。

別の例として、差別禁止の概念が、近代法の求める法的能力（legal capacity）の文脈に適用される場面を見ておきたい。たとえば、私的自治の原則からは、契約等の法律行為にとってのレバントな能力とは、個人の意思能力（「自分の行為の結果を判断することのできる精神的能力であって、正常な認識力と予期力とを含むもの」¹⁵）を意味し、意思能力を欠く者による法律行為は無効とされる¹⁶。また、「責任なければ刑罰なし」という近代刑法の原則の下で、何が刑事責任能力であるかは、（刑法上の）責任の概念に依存する¹⁷。本稿で刑法39条の解釈論を展開することはできないが、いわゆる混合的方法（生物学的・心理学的方法）を用いる判例・通説によると、精神の障害により弁識能力又は制御能力（レバントな能力）を欠けば、「心神喪失者」（同条1項）となり、責任が阻却される¹⁸。

当然のことながら、たとえば視覚能力や聴覚能力や言語能力は、近代法の刑罰観や契約観において求められるレバントな能力にはあたらない。にもかかわらず、かつては偏見やステレオタイプにより、また障害者教育の不備などもあり、旧民法11条は「聾者、啞者、盲者」をも準禁治産者とし（1979年改正により削除）、旧刑法40条は「瘡啞者」（聾啞者）の刑事責任能力を否定した（1995年改正により削除）¹⁹。だが、今日では、聾者や啞者や盲者の法的能力は否定されないのみならず、法的能力に関する機会平等を達成するために、イレバントな能力（聴力や視力等）の相違（欠如）については異なる取扱い（手話通訳や点字資料などの合理的配慮）が求められている。

以上で述べてきた差別禁止モデルに関して、ここで確認しておきたいことがある。それは、差別禁止モデルの下で、レバントな能力の相違（欠如）は配慮や支援の対象にはならない、ということである（本質変更不可の原則）²⁰。すなわち、差別禁止モデルは、社会の構成員に対して事柄の非本質部分（イレバントな能力に相当する部分）の調整変更を求めるが、事柄の本質部分（レバントな能力に相当する部分）の調整変更を認めない。なぜなら、もし事柄の本質部分を変更調整すれば、機会平等（形式的平等）に反する結果となったり、個人の自律（自己決定）を阻害したりする場合があるからである。

たとえば、採用人数1名の入社試験で、障害者Aがレバントな能力面で非障

害者 B を下回ったにもかかわらず、もしも事業主が、ただ障害者だからという理由で、B ではなく A を採用したのであれば、受験者（A と B）の間の被採用機会の平等が害されるであろう²¹。また、法的能力の行使の文脈では、支援者が、意思決定のイレバントな要素について障害者の支援（意思決定支援）をしているつもりが、実際には、レバントな要素についてまで障害者を支援しているようなことがあれば、その支援はもはや代行決定であり、被支援者たる障害者の自律を害するおそれがある²²。

さて、差別禁止モデルが、以上でみた本質変更不可の原則のみならず、不当な行為により他者に害を与えた者はその害を匡正しなければならないとする匡正的正義にも依拠していることに留意しておく必要がある²³。歴史的にみれば、社会は、レバントな能力を有する非障害者（マジョリティ）集団のニーズを満たしてきたが、その一方で、非障害者集団と同じくレバントな能力を有する障害者（マイノリティ）集団のニーズを、非障害者集団と同じようには満たしてこなかった。同じくレバントな能力を有するにもかかわらず、一方のイレバントな要素（例、徒歩による移動）は配慮されてきたが、他方のイレバントな要素（例、車いすによる移動）は同じようには配慮されてこなかった、ということである²⁴。このことは、社会が、イレバントなニーズの充足の面で、障害者を歴史的・構造的に差別してきたことを意味する。そして、このように、レバントな能力を有する障害者集団を、過去から現在にわたり差別してきた社会の構成員は、その差別を是正する措置を講じる責任と、それに伴うコスト負担を負うべきだとする理論が、本稿でいう匡正的正義論である²⁵。

匡正的正義論を支持していると思われる代表的な論者として、たとえばアニータ・シルバーズが挙げられる。シルバーズは、障害者は、機能障害ゆえに特別な資源と給付を与えられる存在（劣った存在、能力を欠いた存在、困窮した存在）ではなく、被差別集団として差別の補償を求めることができる存在である、と主張する。そして彼女は、米国障害者差別禁止法（ADA）によって、能力発揮を妨げる障壁が除去されれば、障害者は競争力を持ちうる、と指摘する²⁶。シルバーズのみならず、資源主義に立脚するトマス・ポグゲ²⁷、潜在能力を重視するマーサ・ヌスバウム²⁸やエリザベス・アンダーソン²⁹も、前提している分配的正義論は異なるが³⁰、匡正的正義論に対して理解を示している、と思われる。

こうした匡正的正義論を組み込んだ差別禁止モデルは、障害者の自律と参加に関わる機会の平等を妨げる社会的障壁を除去することにより、障害差別を是正する機能を果たす。もっとも、多大なコストを含む過度な負担が現実存在する場

合は、差別禁止モデルは、社会の構成員に対して社会的障壁の除去を求めることができない。これは、差別禁止モデルの直面する大きな限界だといえよう。

また、差別禁止モデルには別の大きな限界もある。それは、このモデルが障害差別を受けていない障害者の不利を改善しえない、ということである。この限界(課題)の超克について次節で検討する。

II 社会福祉モデル

障害者は、たとえイレバントな能力面に関して配慮を受けたにせよ、職務の本質部分(イレバントな能力に相当する部分)を遂行することができず、労働市場から排除される場合がある。この場合、障害者は差別ゆえにではなく、機能障害ゆえに労働市場から排除されるのであり、就労所得が得られなくなる。また、障害者は、差別を受けていない状況であっても、しばしば機能障害に起因する医療・保健等のニーズを満たすために多くの費用を要する³¹。

このように、障害者が不利を経験したとしても、必ずしも障害差別が発生しているわけではない。障害者の不利が生じる原因は、差別以外のものもある、ということだ。たとえば、サラ・ゲーリングは、社会的障壁が除去されたユートピア社会においても、一部の障害者はその心身の機能障害を理由に社会に完全に参加できない、と主張する³²。また、リンダ・バークレイは、たとえ社会が差別的ではない場合であっても、その社会に心身がうまく適合しないために、さまざまな社会的・経済的な不利を被ってしまう障害者もいると指摘し、障害者の潜在能力の欠如をもっぱら社会の差別に求める考え方を批判する³³。

以上から分かるように、差別禁止モデルは、障害者が被る不利の原因が差別ではない場合に、その不利の改善に役立たないという意味で、大きな限界を抱えている。そこで、差別が存在しないにもかかわらず障害者が不利を被っている場合に、その不利を改善しようとするのであれば、差別禁止モデルとは異なる型の障害法が必要となる。それは、機能障害に起因するニーズを充足するために、医療・保健・介助(介護)・生活・教育・就労等に関する支援・サービス、あるいは所得保障³⁴を取り扱うような障害法である。本稿では、それを障害法の社会福祉モデル(social welfare model of disability law)と呼ぶことにする³⁵。

社会福祉モデルは、差別禁止モデルとともに、権利条約において重要な意義を有する。なぜなら、権利条約は、「全ての障害者」(1条)の人権を保障するものであるがゆえに、差別が存在する状況で不利を被る障害者と、差別が存在しない状況で不利を被る障害者のどちらも、その対象に含めているはずだからである。

これと同様のことは、権利条約の締約国である日本の障害法についても言うことができる³⁶。このことを確認した上で、以下においては、自律（自立）・包摂・尊厳の観点から、権利条約を素材に社会福祉モデルの特徴を明らかにする。

まず、自律（自立）及び包摂との関係では、社会福祉モデルは、障害者が、たとえば職務の本質部分を遂行できず稼得能力を欠く場合（差別が存在しない場合）に、地域社会に包摂されて自立生活（living independently; autonomie de vie）を送るのに必要な支援を受けることと、その支援に伴うパターンリズムに抗うという意味での自律を尊重されることを社会に求める³⁷。そして、権利条約の文脈で、社会福祉モデルにおける自律（自立）及び包摂の意義を表現しているのが、たとえば、「地域社会で生活する平等の権利」、「地域社会に完全に包容」、「どこで誰と生活するかを選択する機会」（以上、19条）、「障害者自身が属する地域社会の可能な限り近く」（25条、26条）などの文言である³⁸。これらの文言などを含む関係規定の下で、国家は、障害者が地域で自立した生活を送るには不十分な支援や、専門職のパターンリスティックな支配という——障害者の自律（自立）及び包摂を妨げる——社会的障壁を除去する義務を負うことになる。

次に、社会福祉モデルにおいては、障害者はたとえ社会的有用性や経済的生産性を欠くにせよ生得的な自己価値（inherent self-worth）を有するのであり³⁹、貢献原則や互惠性（reciprocity）は権利ないし正義の条件にはならず⁴⁰、障害者の存在と生存は無条件に肯定される⁴¹、という道徳的主張が重要となる。とりわけ、「できること」に価値を置く近代社会は、優生思想を助長する側面があり⁴²、だからこそ、近代の生産様式の求めるレバントな能力を欠く障害者の存在と生存を毀損しやすいことに鑑みれば⁴³、そのような道徳的主張の意義は強調されてよい。

このことを十分に踏まえると、権利条約に定める「固有の尊厳」（inherent dignity）の概念は、能力主義に固着した自律基底的な尊厳の理解と、能力主義とは切り離されて存在自体に内在する客観価値的な尊厳の理解のうち⁴⁴、後者に基づいている、と解すべきである⁴⁵。とすれば、権利条約の下で、国家は、障害者が職務の本質部分を遂行できず稼得能力を欠く場合に、その客観価値的な尊厳の保持に必要な支援の提供に関する義務——換言すれば当該提供を妨げる社会的障壁を除去する義務——を負うと考えられる。そして、こうした客観価値としての尊厳の原則は、その至要な意義に照らせば、社会福祉モデルの基底に据えられるべきものだといえる。

ただ、ここで注意しておきたいのは、客観価値的な尊厳の概念には難問が待ち構えている、ということである。すなわち、近代法が「諸個人の意思の自立と自

律」と「人間の意思によって左右されてはならない個人の尊厳という客観的価値」との緊張関係を内在させているとの指摘⁴⁶や、「自己決定を認めながら、それを全ては許容できないという矛盾から」問いを発して「第一の原理」として「＜他者＞が在ることの受容」を説く主張⁴⁷に見られるように、尊厳の原則と自律の原則との間には対立・緊張関係がある。この緊張関係にいかに向き合うかは——本稿で詳しく論じることとはできないが——今日における障害法の重要な課題である。

さて、以上においては、社会福祉モデルが、障害差別が存在しない場合に——尊厳と自律との緊張関係を孕みながらも——障害者の尊厳と自律と包摂を損なう社会的障壁を除去する機能を有する、と述べた。このことを踏まえた上で、ここからは、社会福祉モデルと差別禁止モデルに見られる類似点と相違点を検討する。

まず、類似点としては、今みた尊厳の概念が挙げられる。すなわち、客観価値としての尊厳の重要性に鑑みれば、それは社会福祉モデルの基底のみならず差別禁止モデルの基底にも据えられるべきものだと言える。あらゆる者は、障害や能力の程度・有無を問わず、その存在をレバントな要素として、客観価値たる尊厳をひとしく享有すべきであり、障害者は障害や能力制限を理由に存在価値を否定されてはならない、ということである。また、権利条約の下で、国家は、客観価値的な尊厳に支えられた生命権や身体の不可侵性 (integrity) を、障害や能力制限を理由に侵害してはならない、ということができる (10条、17条)。

次に、相違点としては、差別禁止モデルが、差別が存在する場合に、差別を是正することにより、障害者の不利改善機能を果たすのに対して、社会福祉モデルは、差別が存在しない場合に障害者の不利改善機能を果たす、ということは先に述べたとおりである。そのほかの相違点として2点挙げられる。

第1の相違点は、平等観である。すなわち、社会福祉モデルが実質的平等をめざすのに対し、差別禁止モデルは形式的平等をめざす。そして、ここには対立・緊張関係がある。たとえば、視覚障害者の経済的地位を守るために、晴眼者のあん摩マッサージ指圧師の養成施設の設置・増員を制限する「あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律」(19条)や、事業主に従業員の一定割合以上障害者を雇用することを義務づける割当雇用制度などは、障害者の労働市場への包摂 (参加) を積極的に促すが、一般労働市場における競争原理 (機会平等の原則) と衝突する⁴⁸。

また、これと関連して、「障害に関連するニーズに係る適当なかつ費用の負担しやすいサービス」や「貧困の状況において生活している障害者及びその家族が障害に関連する費用についての国の援助……を利用する機会を有すること」といっ

た権利条約28条の文言に注意を払う必要がある。これらの文言が示唆するように、社会福祉モデルの下で、国家が、実質的平等を実現する一環として、機能障害に起因するニーズを充足するにあたり、障害者には「応能負担」が求められる⁴⁹。これに対して、差別禁止モデルは障害者に「応益負担」を求めるものであるため、「応能負担」を求める社会福祉モデルと対立・緊張関係に立つことになる。

第2の相違点は、障害者観（障害者像）である。まず、差別禁止モデルを支える障害者観はマイノリティモデルである。そこで措定されている「マイノリティ」は、過去から現在にかけて偏見と差別を受けて従属的・二級市民的地位に置かれてきた障害者集団である⁵⁰。これに対して、社会福祉モデルは、障害差別が存在しない場合に障害者の不利を改善する機能を果たすものなので、そのような「マイノリティ」の概念に依拠することはできない。

だが、そうとはいえ、もとより社会福祉モデルにおいて「別の意味でのマイノリティ」、すなわち「価値のない少数者」や「劣った少数者」などのスティグマを帯びた障害者観——＜客体性と医学モデル＞を基調とする障害法において見られる障害者観——が措定されるべきではない⁵¹。そこで注目されるのが、ユニバーサルモデルである。このモデルは、あらゆる人間は障害と慢性病をもつリスクがあり、障害は人間の普通の特徴であり、障害は普遍的性格を帯びる、と考える⁵²。いわゆる「人間の脆弱性（vulnerability）」という考え方に依拠しているのが、このモデルである。

ユニバーサルモデルは、あらゆる人を（潜在的には）障害者だと考え、障害者のニーズを万人の問題だと捉えることにより、「価値のない少数者」や「劣った少数者」といったスティグマを帯びた障害者観を回避しながら⁵³、障害問題を民主政治の中心的課題に定位し（障害の主流化）、機能障害によるニーズに応じた分配的正義を重視する⁵⁴。このようなユニバーサルモデルを、社会福祉モデルを支える障害者観に据える意義は——より多角的に今後も検討されるべきではあるが——小さくはない⁵⁵。

以上を小括すると、＜主体性と社会モデル＞を基調とする障害法観は、すべての障害者を対象とする限り、構造的には、差別禁止モデルと社会福祉モデルから構成される⁵⁶。差別禁止モデルは＜形式的平等とマイノリティモデル＞に、社会福祉モデルは＜実質的平等とユニバーサルモデル＞に、それぞれ立脚している。そして、差別禁止モデルと社会福祉モデルは、どちらも障害者の尊厳・自律・参加・平等を害する社会の問題性を強調するが、ここには少なくとも2つの緊張関係がある。ひとつは尊厳と自律との緊張関係である。もうひとつは、形式的平等と実

質的平等との緊張関係である。これらの緊張関係——近代法それ自体に内在していた前者と、近代法の典型である市民法と社会法との間にみられる後——にいかに向き合うかは、転換期にある現代日本の障害法の基本的な課題である。

おわりに

本文で述べたとおり、日本の伝統的な障害法は、＜客体性と医学モデル＞を基調とする障害法観によってほぼ覆い尽くされていた。だが、とりわけ国際障害者年以降、そのような障害法観からの脱却が徐々に図られるようになった。そして、日本の障害法は、権利条約の批准を大きな契機として、＜主体性と社会モデル＞を基調とする障害法観を——むろん完全にではないが——纏うようになり、大きく変容している。

後者の障害法観は、差別の存否という切り口から見ると、差別禁止モデルと社会福祉モデルという2つの理念型に分けて考えることができる。前者は、障害差別が存在する場合に障害者の不利（障害者の尊厳・自律・包摂・平等が害されている状況）を改善する機能を果たし、＜形式的平等とマイノリティモデル＞に立脚する。これに対して、後者は、障害差別が存在しない場合に障害者の不利改善機能を果たし、＜実質的平等とユニバーサルモデル＞に立脚する。

差別禁止モデルと社会福祉モデルは、障害者の社会包摂にとって相補的な機能を果たす。たとえば、ある障害者が、近代の生産様式（資本主義経済）の求めるレバントな能力（生産能力・就労能力）を欠く場合に、地域社会に十全に包摂されるためには、地域社会生活に必要な支援（福祉サービスと所得保障を含む）を受けること（社会福祉モデル）のみでは不十分であり、地域社会で公共交通機関やレストランなどを利用する際に差別されないこと（差別禁止モデル）も必要である。

だが、その一方で、差別禁止モデルと社会福祉モデルの間には平等観（形式的平等と実質的平等）をめぐる緊張関係がある。また、どちらのモデルも、尊厳と自律との緊張関係を内在させている。＜主体性と社会モデル＞を基調とする障害法観を採用した権利条約と、その締約国である日本の障害法とは、理論的には、これらの緊張関係の上に成立している、とすることができよう。

大要、以上のように主張する本稿は、障害法の全体像を体系的に明らかにしようとする試みの1つである。本稿の知見を踏まえた上で、実定障害法の個別具体的な解釈論と立法論を展開することは、今後に残された課題である。

- ¹ 青い芝の会「行動綱領」。横塚晃一「ある障害者運動の目指すもの」ジュリスト No.572（1974 年）209-214 頁、横田弘『障害者殺しの思想』（増補新装版、2015 年）も参照。
- ² 以上の記述については、さしあたり、「特集・福祉問題の焦点」ジュリスト・前掲注（1）、『障害者の人権と生活保障（ジュリスト増刊総合特集 No.24）』（有斐閣、1981 年）、「特集・国際障害者年の法的課題」ジュリスト No.740（1981 年）、広田伊蘇夫『立法百年史——精神保健・医療・福祉関連法規の立法史』（批評社、2004 年）、障がい者制度改革推進会議『障害者制度改革の推進のための第二次意見』（2010 年 12 月 17 日）、中川純・新田秀樹「日本の障害法」菊池馨実ほか編『障害法』（成文堂、2015 年）32-40 頁、川島聡「国連と障害法」同上 53-59 頁などを参照。
- ³ 本稿は、障害法学会設立大会におけるパネルディスカッションで発表した内容を大幅に加筆・修正したものである。パネルディスカッションで重要な示唆を与えてくださった河野正輝先生、浅倉むつ子先生、新井誠先生、池原毅和先生、ならびにその後草稿に重要なコメントを寄せて下さった長瀬修先生、植木淳先生、星加良司先生、矢田陽一先生に記して感謝を申し上げる。本大会における 3 名の先生の報告に対する私のコメント（の一部）については、本誌所収のシンポジウム要録参照。
- ⁴ 本稿では、「障害者法（学）」ではなく「障害法（学）」という用語を用いる。この用語法については、池原毅和『精神障害法』（三省堂、2011 年）11-12 頁、河野正輝「地域社会における生活の支援」日本社会保障法学会編『地域生活を支える社会福祉（新・講座社会保障法第 2 巻）』（法律文化社、2012 年）27-28 頁、新田秀樹「日本における障害者法学の成立可能性——障害者基本法を素材とした試論」大原社会問題研究所雑誌 No.640（2012 年）34 頁、川島聡・菊池馨実「障害法の基本概念」菊池ほか・前掲注（2）3 頁などを参照。なお、河野・同上 26-28 頁及び同「『障がい法』の視点からみた障害者自立支援の課題」社会保障法 25 号（2010 年）66-67 頁は、「障がい法」（ないし「障害法」）を労働法や社会保障法と並ぶ「（新たな）社会法の一領域」として位置づける（本誌所収の河野論文も参照）。障害法の位置づけ論はむしろ検討する意義はあるが、その検討は別稿に譲る。
- ⁵ 小畑清剛は、憲法がありながらも最近まで効力を有した優生保護法等の「法という名に値しない法」に言及しつつ、憲法学の人権論を批判する（同『「一人前」でない者の人権——日本国憲法とマイノリティの哲学』（法律文化社、2010 年）35 頁）。この批判などを検討した愛敬浩二は、「憲法学者が……限定的人権論（人権の主体・内容を限定する議論——引用者補記）をとることは正当化可能である」と述べながらも、「原理論のレベルで『一人前でない人々』を人権主体から排除した限定的人権論者が、『それらの人々の権利保障は立法によって実現すべき』というのであれば、憲法の下で「法という名に値しない法」が存置されてきた事実を厳粛に受け止めるべきである、と主張する（同「近代人権論と現代人権論——『人権の主体』という観点から」同編『人権の主体（講座 人権論の再定位 2）』（法律文化社、2011 年）19-20 頁）。なお、この社会に深く浸透する優生思想が憲法の掲げる平和主義とも結びつきうる点につき、市野川容孝「汚名に塗れた人びと」みすず 1998 年 8 月号 22 頁参照。
- ⁶ そのため、伝統的障害法は、障害者に不利をもたらす社会的障壁の一翼そのものを担ってき

た、ということもできる。Cf. Anna Lawson and Mark Priestley, “The Social Model of Disability: Questions for Law and Legal Scholarship?,” Peter Blanck and Eilionóir Flynn, eds., *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights* (Routledge, 2017), pp. 3-15. また、板山賢治ほか「＜座談会＞障害者法への基本視角」ジュリスト No.740 (1981年) 25頁、障害者対策推進本部『障害者対策に関する新長期計画』(1993年) 参照。

⁷ 伝統的(な)障害法や伝統的(な)障害政策という用語は、本稿で述べるような意味合いを込めて用いられることがある。たとえば、「伝統的な障害法・政策 (traditional disability law and policy) は『障害者を問題化した』と述べたテレジア・デゲナーの言葉を思い出してください」(Gerard Quinn, “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: What Role for Philanthropy?,” International Human Rights Funders Group, San Francisco, 25 January 2010)、「それら(国連の世界行動計画と機会均等基準——引用者補記)は、伝統的障害政策 (traditional disability policy) に人権の要素を加えた」(Theresia Degener, “A Human Rights Model of Disability,” in Peter Blanck and Eilionóir Flynn, *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights* (Routledge, 2016), p. 46)、「障害に関する伝統的な法と政策の象徴をなす社会の態度と偏見がきわめて根深いことは明らかである」(Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions, *Human Rights and Disability: A Manual for National Human Rights Institutions*, (2017), p. 30) など。

⁸ 川島聡「障害者権利条約の基礎」松井亮輔・川島聡編『概説 障害者権利条約』(法律文化社、2010) 1-15頁。なお、障害のモデル (models of disability) に関して言えば、障害者の不利の原因を、機能障害に還元する医学モデルでもなく、社会的障壁に還元する英国社会モデルでもなく、機能障害と社会的障壁との関係性に求める相互作用的な理解が、今日主流になりつつある。ここでいう相互作用的な理解には、機能障害と社会的障壁の両方の問題性をひとしく重視するタイプ (ICFの統合モデル) と、社会的障壁の問題性を特に強調するタイプ (米国社会モデル) がある、と考えられる (本稿の本文でいう「社会モデル」はこの「米国社会モデル」を意味する)。たしかに障害者の不利の原因を社会的障壁に還元するモデル (英国社会モデル) としてのみ社会モデルを捉える見方も根強くあるが、私見では、それとは別の見方をとるべきだと言える (川島聡「権利条約時代の障害学——社会モデルを活かし、越える」川越敏司ほか編『障害学のリハビリテーション——障害の社会モデルその射程と限界』(生活書院、2013年) 90-117頁、同「差別禁止法における障害の定義——なぜ社会モデルに基づくべきか」松井彰彦ほか編『障害を問い直す』(東洋経済新報社、2011年) 289-320頁)。この点につき、ICFに大きな影響を与えた研究者、ジェローム・ビッケンバックが、相互作用的な理解を社会モデルの一形態として紹介していたことにも留意すべきであろう (Jerome E. Bickenbach, “The ADA v. the Canadian Charter of Rights: Disability Rights and the Social Model of Disability,” in Leslie Francis and Anita Silvers, eds., *Americans with Disabilities: Exploring Implications of the Law for Individuals and Institutions* (Routledge, 2000), pp. 343-344, 355)。

⁹ 立法レベルのみならず憲法レベルにおいても障害差別禁止の法理の深化が重要な課題となる。憲法における合理的配慮の否定を含む障害差別の禁止の可能性を包括的に探る論考として、植木淳『障害のある人の権利と法』(日本評論社、2011年)、杉山有沙『障害差別禁止の法理』

（成文堂、2016 年）。なお、バス勤務配慮事件で、神戸地裁は「障害者に対し、必要な勤務配慮を合理的理由なく行わないことは、法の下での平等（憲法 14 条）の趣旨に反するものとして公序良俗（民法 90 条）ないし信義則（同法 1 条 2 項）に反する場合があります」と解される」と説示した（神戸地裁尼崎支部決平成 24 年 4 月 9 日労判 1054 号 38 頁）。

¹⁰ 金子匡良「障害者差別禁止条例の意義と可能性」神奈川大学法学部 50 周年記念論文集（2016 年）71-120 頁。

¹¹ 日本法における差別禁止モデルの受容にあたり仏独の議論が参考となる。たとえば、フランスについては、永野仁美『障害者の雇用と所得保障』（信山社、2013 年）参照。また、ドイツについては、独米の比較研究を行ったアンナ＝ミリア・フルストのモノグラフ（Anna-Miria Fuerst, *Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht: Ein Vergleich zwischen Deutschland und den USA* (Nomos, 2009)）を紹介・分析した小西啓文の一連の仕事（同「障害者法制における差別禁止アプローチのインパクト」社会保障法 30 号（2015 年）13 頁に掲げる諸文献）を参照。

¹² アリストテレス（朴一功訳）『ニコマコス倫理学』（京都大学学術出版会、2002 年）第 5 巻第 3 章、同（牛田徳子訳）『政治学』（京都大学学術出版会、2001 年）第 3 巻第 9 章・第 12 章。See also, *Thlimmenos v. Greece*, 2000, Application No. 34369/97 (ECtHR, 6 April 2000) and *H.M. v. Sweden*, Communication No. 3/2011, UN Doc. CRPD/C/7/D/3/2011 (Seventh Session of the CRPD Committee, 19 April 2012).

¹³ レラバントとイレラバントな能力について、とりあえず 5 点指摘しておきたい。第 1 に、これらの能力の内容は、個別具体的な文脈や事柄の性質に応じて異なり、個人因子と環境因子との関係の中で、発揮されたり制限されたりする（前掲注（8）の社会モデル参照）。第 2 に、イレラバントな能力は、偏見やステレオタイプにより、レラバントな能力とされてしまう場合がある（たとえば、「視力」を欠く者は「マンションで一人暮らしをする能力」を欠くといった偏見）。第 3 に、客観的にみて従来はレラバントな能力とされていた能力が、科学技術水準の向上等により、イレラバントな能力となる場合がある（たとえば、「運転能力」に「視力」を不要とする自動車の開発）。第 4 に、誰がレラバントな能力を有するか（又は有しないか）、を適正に判断することが困難な場合がある。たとえば、成年被後見人は選挙権を有しないとする公職選挙法 11 条 1 項 1 号を違憲とした地裁判決（東京地判平成 25 年 3 月 14 日判時 2178 号 3 頁）は、選挙権におけるレラバントな要素として少なくとも「選挙の公正」と「選挙権を行使する能力」を挙げ、「選挙権を行使する能力を欠く者」（レラバントな能力を欠く者）を対象とする選挙権制限立法の可能性を認めたが、戸波江二は、誰が「政治的判断能力を欠く者」（選挙権を行使する能力を欠く者）であるかを適正に認定判断することはできないため、「政治的判断能力を欠く者」を選挙から除外することは許されない、と述べる（同「成年被後見人が選挙権をもたないと定める公職選挙法 11 条 1 項 1 号を違憲無効と判示した東京地裁判決」実践成年後見 46 号（2013 年）25 頁等）。最後に、第 5 として、何が（イ）レラバントな能力であるかを特定することが困難な場合がある。たとえば、選挙権のレラバントな要素を先の東京地裁の判断のように捉えるべきか、再考の余地がある。この点、東京地裁の判断とは異なり、戸波が、「そもそも『政治的判断能力を欠く者』とされたものであっても、

選挙で有効に投票することはできるし、選挙の公正を害することもないのであって、その者を選挙から除外する『やむを得ないと認められる事由』は存しない」と主張し、選挙権のレバントな要素に「政治的判断能力」を含めていないことが注目される(同上)。また、別の例として、障害児の普通学校への入学にとって何がレバントな要素であるかも大いに判断が分かれるであろう(高井裕之「ハンディキャップによる差別からの自由」岩村正彦ほか編『自己決定権と法(岩波講座現代の法14)』(岩波書店、1998年)219頁など参照)。

¹⁴ Cf. Kelly Cahill Timmons, “Accommodating Misconduct under the Americans with Disabilities Act,” *Florida Law Review*, Vol. 57 (2005), pp. 199-200; Anita Silvers, “Formal Justice,” in Anita Silvers, et al., *Disability, Difference, Discrimination: Perspectives on Justice in Bioethics and Public Policy* (Rowman & Littlefield Publishers, 1999), pp. 126-127. 本稿では、形式的平等及び差別禁止の意義を、単なる同一取扱いではなく、機会平等の観点から捉えている。この点、合理的配慮の不提供を差別と位置づける(と解されている)障害者差別解消法も、差別禁止の概念を機会平等の否定として捉えている、と言える。このことは、障害を理由とする差別の解消の推進に関する基本方針が、「合理的配慮は…障害者でない者との比較において同等の機会の提供を受けるためのものであること…に留意する必要がある」と記したのを見てもわかるであろう。これに対して、障害者雇用促進法においては、合理的配慮の不提供は差別の一形態と解されていない(本誌所収の浅倉論文参照)。このことは、合理的配慮の不提供を差別と明確に定義する権利条約の条約体(障害者権利委員会)によって今後否定的に評価される可能性がある(川島聡「差別解消法と雇用促進法における合理的配慮」同ほか『合理的配慮』(有斐閣、2016年)60頁参照)。

¹⁵ 我妻栄『新訂民法総則』(岩波書店、1965年60頁)。

¹⁶ 大判明治38年5月11日民録11輯706頁。

¹⁷ 瀧川裕英「責任能力は責任に依存する」法学教室No.430(2016年)8頁。

¹⁸ 大判昭和6年12月3日刑集10巻682頁。団藤重光『刑法綱要総論(第3版)』(創文社、2000年)278-282頁、大塚仁『刑法概説(総論)(第4版)』(有斐閣、2008年)452-453頁。

¹⁹ 田中邦夫「人権と障害者——保障と障壁(3)」レファレンス第570号(1998年)3-32頁。厳密に言えば、聾者や啞者らを準禁治産者等とする欠格条項は、聴覚や言語等の機能障害そのものを理由に設けられる、と考えられていたわけではない。たとえば、篠原弘志は、「聾者、啞者、盲人などの身体障害者については、……人並み以上に財産の管理・運用能力を備えているのに準禁治産者の宣告をするのは、制度の趣旨に反し許されないというべきであろう。この点は、通説の認めるところであり、また、このような考え方で、目のみえない人についてなされた準禁治産宣告の申立を否定した例もある」という(同「判例解説」星野英一・平井宜雄編『民法判例百選I総則・物権』(有斐閣、1974年)17頁)。また、団藤重光は、「かような機能障害を有する者(瘖啞者——引用者補記)は一般に正常な精神的発育が阻止されることを考慮して、責任能力の排除ないし限定をみとめたものにほかならない。そうして、これによる発育制止の結果、具体的に行為の是非を弁別し、かつその弁別にしたがって行動を制御する能力を有しない者を責任無能力者とし、それ以外の者を限定責任能力者とするのである」と記す(同・前掲注(18)285頁)。なお、団藤は、「瘖啞を一般的に責任能力

の排除または限定の原由とすることについては、すでに刑法の立法の際にも議論のあったところである。聾啞者教育の進歩した今日では、立法論として反省を要する」と指摘する（同上 286 頁）。この指摘が示唆するのは、瘖啞者は、聴覚障害教育の不備の結果、精神的発育の阻害という不利益を受けることになり、さらに、それを理由に法的能力も否定される、というように不利益の連鎖を経験していた、ということである。星加良司にならって言えば、このような現象は「不利益の階層化」と呼ぶことができる（同『障害とは何か——ディスアビリティの社会理論に向けて』（生活書院、2007 年）200、323 頁）。

²⁰ 障害を理由とする差別の解消の推進に関する基本方針・前掲注（14）は、「合理的配慮は…… 事務・事業の目的・内容・機能の本質的な変更には及ばないことに留意する必要がある」と記す。ちなみに、米国障害者差別禁止法（ADA）第 I 編と第 II 編の下で保護される者は、有資格障害者（qualified individual with a disability）に限られる（42 U.S.C. §§12111(8), 12112(a), 12131(2) and 12132）。この有資格障害者の概念は本質変更不可の原則に依拠している、と考えられる。また、米国の公民権法第 7 編等における真正職業資格（Bona Fide Occupational Qualification: BFOQ）条項も、同様に考えることができる。有資格障害者の概念を採用した ADA は、BFOQ 条項を含んでいない。

²¹ この論点と関連して、採用予定人数 1 名の試験で 3 番目の成績をとったために不採用になった身体障害者が、国連障害者権利委員会に通報したところ、同委員会が権利条約の違反を認定しなかった事件として、A.F. v. Italy, Communication No. 9/2012, UN Doc. CRPD/C/13/D/9/2012 (Thirteenth Session of the CRPD Committee, 27 March 2015)。この事件の評釈については、Lisa Waddington, “Positive Action Measures and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities,” *International Labor Rights Case Law*, Vol. 2 (2016), pp.396-401 (Brill/Nijhoff), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2833776>, last visited on 19 October 2017。

²² この問題は、権利条約 12 条（法的能力）と関わる。本条に関する国連障害者権利委員会の解釈によれば、権利条約は国家に法的能力の制限を一切認めないという消極的義務を課するとともに、法的能力の支援のための措置を講じるという積極的義務をも課している。そのような消極的義務と積極的義務の両立を締約国に求める同委員会の解釈は、理論的にはきわめて興味深いものであるが、難しい課題もある。まず、同委員会による消極的義務の解釈内容は、少なくとも現時点における締約国の合意内容を越えている（拙稿「障害者権利条約 12 条の解釈に関する一考察」実践成年後見 No.51（2014 年）71-77 頁）。また、同委員会による積極的義務の解釈に関しては、権利条約の交渉過程において、議長が「100% の意思決定支援は代行意思決定と同じものではないか」と問題を提起していたことに留意すべきである（Rehabilitation International, *Daily Summary of Discussion at the Seventh Session*, Vol. 8, No. 3, 18 January 2006）。この問題提起は、＜100% の意思決定支援＞は、支援者が障害者の意思決定のレバントな部分までをも支援（浸食）してしまっている状況（支援者が障害者の自律を阻害している状況（代行意思決定））と同じものではないか、と言い換えることができる。もちろん、これとは異なる意味——イレバントな部分に限定した 100% の支援という意味——で、＜100% の意思決定支援＞を理解することもできようが、その具体的内容は明らかではない。なお、関連して、日本の成年後見制度の展望については、本誌所収の新井論

文参照。

- ²³ Cf. Mary Crossley, “Reasonable Accommodation as Part and Parcel of the Antidiscrimination Project,” *Rutgers Law Journal*, Vol. 35, No. 3, (2004), pp. 884-888; Adam M. Samaha, “What Good is the Social Model of Disability?,” *University of Chicago Law Review*, Vol. 74, No. 4 (2007), p. 1289. 分配的正義（幾何学的平等）と匡正的正義（算術的平等）の伝統的な区別については、アリストテレス・前掲注（12）（ニコマコス倫理学）第5巻第2章。
- ²⁴ 石川准『見えないものと見えるもの——社交とアシストの障害学』（医学書院、2004年）229、239-244頁のいう「配慮の平等」も参照。
- ²⁵ 星加良司・川島聡「合理的配慮と経済合理性」川島ほか・前掲注（14）107-123頁も参照。
- ²⁶ Silvers, *supra* note 14, pp. 34, 130, 132, 135, 139, 141.
- ²⁷ Thomas Pogge, “Can the Capabilities Approach be Justified?,” *Philosophical Topics*, Vol. 30, No. 2 (2002), p. 9.
- ²⁸ Martha Nussbaum, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership* (Harvard University Press, 1996), p. 165. マーサ・C・ヌスバウム（神島裕子訳）『正義のフロンティア——障害者・外国人・動物という境界を越えて』（法政大学出版局、2012年）191頁。
- ²⁹ Elizabeth Anderson, “Justifying the Capabilities Approach to Justice,” Harry Brighouse and Ingrid Robeyns, eds., *Measuring Justice: Primary Goods and Capabilities* (Cambridge University Press, 2010), pp. 95-96.
- ³⁰ 井上達夫『世界正義論』（筑摩書房、2012年）214-215頁が言うように、「匡正的正義の観念は分配的正義の観念を前提にしており、分配的正義論なき匡正的正義論はありえない」と考えるのであれば、理想状態を規定する分配的正義と、侵害され失われた理想状態を回復する方法を規定する匡正的正義という複合的観点から、障害法の構造を理解することができる。そして、匡正的正義を考える際には、マイノリティモデル（障害者集団の被差別性）を、分配的正義の構想を検討する際には、後述するユニバーサルモデル（人間の普遍的な脆弱性）を、それぞれ考慮に入れる必要がある。
- ³¹ Lisa Waddington and Matthew Diller, “Tensions and Coherence in Disability Policy: The Uneasy Relationship between Social Welfare and Civil Rights Models of Disability in American, European and International Employment Law,” in Mary Lou Breslin and Silvia Yee, eds., *Disability Rights Law and Policy: International and National Perspective* (Transnational Publishers, 2002), p. 274.
- ³² Sara Goering, “Beyond the Medical Model?: Disability, Formal Justice, and the Exception for the ‘Profoundly Impaired,’” *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Vol. 12, No. 4 (2002), p. 378.
- ³³ Linda Barclay, “Disability, Respect and Justice,” *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 27, No. 2 (2010), pp. 154-171.
- ³⁴ 障害者への「広義の所得保障」（障害に起因する特別な費用の保障、社会保障制度による所得保障、障害者雇用政策）については、永野・前掲注（11）参照。
- ³⁵ なお、ワディントンとディラーのいう“social welfare model”は、医学モデルや隔離等を基調とするものであり（Waddington and Diller, *supra* note 31）、本稿でいう「社会福祉モデル」に対応せず、むしろ＜客体性と医学モデル＞を基調とする障害法観に相当する。

- ³⁶ また、権利条約が自由権と社会権の「混成条約」であることや（川島聡・東俊裕「障害者の権利条約の成立」長瀬修ほか編『障害者の権利条約と日本——概要と展望』（増補改訂版、生活書院、2012年）18-20頁）、この条約の締結に向けて内閣府の障がい者制度改革推進会議の下に、差別禁止部会と総合福祉部会の両方が設けられたことも、権利条約と日本の障害法において差別禁止モデルと社会福祉モデルがともに重要な意義を有することを示唆する（関連して、前掲注（4）に掲げた複数の河野論文も参照）。なお、米国障害法学においても、たとえば、サムエル・バゲンストスは「障害法の将来」を差別禁止法（antidiscrimination law）と社会福祉法（social welfare law）の両方に見出し（Samuel R. Bagenstos, “The Future of Disability Law,” *Yale Law Journal*, Vol. 114, No. 1 (2004), pp. 1-84）、マイケル・スタインは市民的政治的権利と社会的経済的権利の両方の意義を強調している（Michael Ashley Stein, “Disability Human Rights,” *California Law Review*, Vol. 95 (2007), p. 120）。
- ³⁷ これらは、自立生活運動等の障害者運動の中で主張されたことでもある。米国の自立生活運動については、たとえば、Samuel R. Bagenstos, *Law and the Contradictions of the Disability Rights Movement* (Yale University Press, 2009), pp. 24-25 参照。日本の自立生活運動については、たとえば、安積純子ほか『生の技法——家と施設を出て暮らす障害者の社会学（増補改訂版）』（藤原書店、1995年）参照。
- ³⁸ なお、権利条約は「混成条約」（前掲注（36））であり、個々の条文の多くは自由権と社会権を混和する形で含んでいる。そのため、本文で言及した各条文、すなわち19条（自立した生活及び地域社会への包容）、25条（健康）、26条（ハビリテーション及びリハビリテーション）は、社会福祉モデルのみならず、差別禁止モデルとも関わりうる。
- ³⁹ Gerard Quinn and Theresia Degener, *Human Rights and Disability: The Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability*, United Nations (2002), p. 9. See also, Stein, *supra* note 36, p. 106.
- ⁴⁰ David Wasserman, “Wasserman on Silvers and Mahowald,” in Silvers, *et al.*, *supra* note 14, p. 275; Mark C Weber, “Disability Rights, Welfare Law,” *Cardozo Law Review*, Vol. 32 (2011), p. 146. 国際障害者年に開催された座談会で、当時の厚生省社会局更生課長、板山賢治は、「ようやくいま、重度障害者、労働力として生産力としてこの自由主義社会を支えるうえに貢献するかしないかは問わず、一人の人間としての障害者にいかに生きてもらうかという観点で制度や行政が組み立てられつつあるというふうに私たちは認識したいと思っているのですが、どうでしょうね」と述べていた（板山ほか・前掲注（6）23頁）。
- ⁴¹ 「生の条件を正当化するようなすべての思考を拒否する」倫理学者の論考として、野崎泰伸『生を肯定する倫理へ——障害学の視点から』（白澤社、2011年）、同『「共倒れ」社会を超えて——生の無条件の肯定へ！』（筑摩書房、2015年）。
- ⁴² 立岩真也「精神医療の方に行かない」立岩真也・杉田俊介『相模原障害者殺傷事件——優生思想とヘイトクライム』（青土社、2017年）20頁。
- ⁴³ 市野川容孝は、「近代の個人主義は、すべての人間に自由を与えてきたわけではない。自立能力をもつ者だけが自由を享受してきたのであって、この能力を欠いているとされた人間に対しては、まさにそのことを根拠として、様々な抑圧や暴力が正当化されてきた」と指摘す

る(同「優生思想の系譜」石川准・長瀬修編『障害学への招待——社会、文化、ディスアビリティ』(明石書店、1999年)148頁)。今日においても、レバントな能力を欠く障害者は、「劣った人間」や「二級市民」のスティグマを貼られ、「低価値者」として抑圧・淘汰される危険性に常に直面している。そして、ここで関連して留意しなければならないのは、「後を絶たない為政者の優生思想的発言」であろう(藤井克徳「日本社会のあり方を根本から問い、犠牲者に報いるために」藤井克徳ほか『生きたかった——相模原障害者殺傷事件が問いかけるもの』(大月書店、2016年)18-19頁)。

⁴⁴ Cf. David Beylveled and Roger Brownsword, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, (Oxford University Press, 2001), Chaps. 1 and 2.

⁴⁵ 青柳幸一『人権・社会・国家』(尚学社、2002年)64-67頁参照。

⁴⁶ 樋口陽一は、近代の人権の担い手を「強い個人」に求め、人権は、その「強い個人」の自己決定という形式(意思主義)と、その形式によっても侵されてはならない個人の尊厳の至高性・不可変更性という実質(客観主義)との緊張(近代のアポリア)を組み込んでいるとして、『強い個人』が、なんらかの基本価値の前に立ちどまって自己抑制をする、という行為は、それ自体、最高度に強い意思のいとなみであろう、と主張する(同『国法学』(有斐閣、2004年)57-68頁、同「人権主体としての個人——“近代”のアポリア——」憲法理論研究会編『人権理論の新展開』(敬文堂、1994年)25-27頁)。

⁴⁷ 立岩真也『私的所有論』(勁草書房、1997年)第4章。立岩は、「ある人の自己決定はその人が在ることの一部であるから尊重されなくてはならず、またその人が人生を楽しみ、自分の身を守るために必要なものである。同時にそれはあくまで在ることの一部であるから、何よりも、その人が在ることよりも、大切なものなのではない」と主張する(同「自己決定する自立——なにより、でないが、とても、大切なもの」石川・長瀬・前掲注(43)99頁)。

⁴⁸ 本文でみたように、マッサージ師制度や割当雇用制度は、障害差別が存在しない場合における障害者の社会包摂を積極的に促進する福祉的措置として観念されるのであれば、社会福祉モデルの延長線上に位置づけられる。これに対して、それらの制度は、匡正的正義論の観点から過去の障害差別を積極的に是正しようとするアフーマティブ・アクション(action positive)として観念されるのであれば、部分的には、差別禁止モデルの延長線上に置かれる(Cf. Waddington and Diller, *supra* note 31, p. 277)。それらの制度は、社会福祉モデルとアフーマティブ・アクションのどちらに位置づけられるにせよ、差別禁止モデルの採用する平等観(形式的平等、機会平等)と矛盾・対立する。なお、前者のような福祉的措置は、障害者はレバントな能力を欠く存在であるという一面的な偏見・ステレオタイプに基づいていることが往々にしてあるため、後者のアフーマティブ・アクションの可能性を積極的に探るべきである。

⁴⁹ ちなみに、「障害者総合福祉法の骨格に関する総合福祉部会の提言」は、「障害に伴う必要な支援は、原則無償とすべきである」と記す。この骨格提言と権利条約の観点から、障害者総合支援法を検討することは、日本における社会福祉モデルの具体的な在り方を考える上で重要な課題となろう。同法の検討につき、河野・前掲注(4)(本誌所収論文)、佐藤久夫『共生社会を切り開く——障害者福祉改革の羅針盤』(有斐閣、2015年)などを参照。

- ⁵⁰ Cf. Harlan Hahn, “Toward a Politics of Disability: Definitions, Disciplines and Policies,” *Social Science Journal*, Vol. 22, No. 4 (1985), pp. 87-105; Samuel R Bagenstos, “Subordination, Stigma, and “Disability,”” *Virginia Law Review*, Vol. 86, No. 3 (2000), pp. 397-534.
- ⁵¹ Cf. Jerome E. Bickenbach, “Disability, Human Rights, Law, and Policy,” in Gary L. Albrecht, *et al.*, eds., *Handbook of Disability Studies* (Sage Publications, 2001), pp. 579.
- ⁵² Irving Kenneth Zola, “Toward the Necessary Universalizing of a Disability Policy,” *The Milbank Quarterly*, Vol. 67 (1989), p. 407. ユニバーサルモデルは、障害による所得喪失リスクに応じた障害年金とも親和的な考え方であり、また高齢者法と障害法とを接続させる視点でもある。
- ⁵³ Ani B Satz, “Disability, Vulnerability, and the Limits of Antidiscrimination,” *Washington Law Review*, Vol. 83 (2008), p. 531, Bagenstos, *supra* note 36, p. 82.
- ⁵⁴ Cf. Bickenbach, *supra* note 51, pp. 578-581.
- ⁵⁵ 少し応用的な論点ではあるが、障害のユニバーサルモデルの意義は差別禁止法においても認められる（川島聡「障害差別禁止法の障害観——マイノリティモデルからユニバーサルモデルへ」障害学研究 4 号（2008 年）82-108 頁、Bagenstos, *supra* note 37, pp. 143-145）。そのため、障害法の差別禁止モデルを支える障害者観にはマイノリティモデルを、障害法の社会福祉モデルを支える障害者観にはユニバーサルモデルをそれぞれ割り当てる本文の図式は、やや単純なものであるが、基本的枠組としては重要な意義を有する。
- ⁵⁶ ただし、今日における様々な個々の障害法制度が、差別禁止モデルと社会福祉モデルのどちらに位置づけられるか——あるいは＜客体性と医学モデル＞を基調とする障害法観に位置づけられるか——は、解釈の余地がありうる。どちらに位置づけられるかにより、個々の制度の性格・意義・課題は変わりうる。また、これと関連して、前掲注（48）参照。

障害法をめぐるいくつかの基礎的論点

—日本障害法学会第1回大会研究報告に寄せて—

池原 毅和

はじめに

I 河野報告に寄せて

III 浅倉報告に寄せて

III 新井報告に寄せて

おわりに

はじめに

日本障害法学会第1回大会において、河野正輝教授から「『新たな社会法』としての障害法 — その法的構造と障害者総合支援法の課題」（以下「河野報告」）が報告され、浅倉むつ子教授から「障害を理由とする雇用差別禁止の法的課題」（以下「浅倉報告」）が報告され、新井誠教授から「成年後見制度利用促進法の施行と成年後見制度の展望」（以下「新井報告」）が報告された。

同大会当日の筆者の役割は上記各報告についてコメントを示して、各報告の後に行われるパネルディスカッションのための討議の素材を提供することにあつた。本論稿は大会当日のコメントを敷衍したものである。

I 河野報告に寄せて

1 新しい社会法の間人像

河野報告は、「新たな社会法」としての障害法における人間像について、障害者とは一定の社会集団に付加される社会的身分（地位）であって（憲法14条1項参照）、偏見、固定観念、無視・放置を通して社会の態度や慣行が構造化され、それによる不利益が特定の機能障害に付加されることによって形成されたものであり、その本質は規範的標準から除外された「従属としての障害（者）」という点に認められる。それは同時に階層化された「集団的人間像」ともなると分析している。そして、障害法は、この従属的地位（subordinated status）を立法化しようとする行為に対して挑戦する手段（差別禁止および合理的配慮の要求等）を、従属的

な地位におかれた人々に付与することを目的とし、障害を理由とするあらゆる差別（合理的配慮の否定を含む）を禁止すること、ならびに自立した社会生活と地域社会への包摂を支援し地域社会からの孤立および隔離を防止するために必要な地域支援サービス（パーソナルアシスタンスを含む）を保障すること等を基本原理とするもので、その原理は障害に関して自由権的側面と社会的側面を分離せずに総合的に保障することにあるとしている。

河野報告は、障害のある人の社会的身分の本質を「従属性」として摘出している。そこに言う従属性とは「規範的標準から除外され」ることによって排除される社会的地位であって、非障害者が自らの心身の状態を恣に規範的標準と定めて社会の主流（メインストリーム）を形成し、規範的標準からはずれる者については、周辺化された従属的地位しか認めない社会構造が窺える。その人間像は「システム化された不利益」が「特定の機能障害に付加され」た者とする視点において近代市民法の抽象的人間像を具象化するものであり、その者たちを「階層」あるいは「集団的人間像」として把握すべきものとしている点で近代市民法が市民である人間をあえて社会的文脈から切り離して構成した個人主義の現実との乖離を超越する可能性を秘めているように思われる。

従属としての障害者という法的人間像を基礎におく場合、差別禁止法理は論理的に導出しやすく、また、階層化と集団的人間像を基礎にすることで、一個人に対する差別的取扱いという問題にとどまらず、特定の階層あるいは集団に対する社会的排除に対抗する包容化（inclusion）を論理的に導くことも容易になる。河野報告が障害法の基本原理として、障害を理由とするあらゆる差別（合理的配慮の否定を含む）を禁止することならびに自立した社会生活と地域社会への包摂を支援し地域社会からの孤立および隔離を防止するために必要な地域支援サービス（パーソナルアシスタンスを含む）を保障することを掲げ、障害者の権利に関する条約（以下「障害者権利条約」）2条、5条、19条をこれらの基本原理の支柱になる規定として摘示するのは、同報告の法的人間像の当然の帰結とも言えよう。

しかし、従属性という特性によって障害のある人に関する法的課題を網羅できるかという問題がある。言い換えると障害の問題は常に偏頗な社会的構造（従属性）あるいは差別の問題に起因しており、偏頗な社会構造と差別をなくすことによって障害の問題はすべて解消することになるのか、という問題である。これは理念型の社会モデルに対する批判としてもよく指摘される点である。理念型の社会モデルによれば障害のある人が日常生活や社会生活に制約を受けるのは社会構造が障害のある人の心身の状態に適合するように構成されていないからであり、

既存の社会構造が障害のある人の心身に適合するように構成されていないのは多数派である非障害者が、障害のある人の心身の状態を無視して、自分たちだけにとって便宜に社会構造を構成してきたためだからであるとされる。しかし、そうした社会構造が是正されても、障害のある人には機能障害に基づく心身の苦痛や衰弱、余命の相対的な短さや死の不安などの個体としての苦悩がありうる。それらは社会構造や従属性、差別とは関係なく生じるのではないかという批判である¹。あるいは、例えば、重症筋無力症の人が必要とする人工呼吸器の提供を怠ることは差別の問題になるのだろうか。合理的配慮の不提供が差別になるのは、既存社会では実は障害のない人には片面的にすでに合理的配慮がなされている（例えば2階に上がるための適度な傾斜角度の階段の提供、広いホールでの講演にはマイクと適度な音量のスピーカーの提供）のに対して障害のある人にはそれに見合った合理的配慮が提供されていない（例えば2階に上がる手段の不提供、音声に代わる情報伝達手段の不提供）という不均衡が前提になっている。しかし、呼吸筋やそれを支配する神経系に損傷のない多くの人には呼吸は特別な配慮を要せずに生理的に自律的に支援なしに行われており、非障害者に一定の配慮が提供されていることを前提に障害者がその等価物たる配慮を求める根拠を見出すことは簡単ではない。もっとも、呼吸に関しては非障害者は配慮を受けていないが、それ以外の分野で多大な配慮を受けており、少数派である障害のある人に対する生存や生活を支える資源配分や予算配分に全体的な不均衡があるとして、広い意味での従属性や差別性が認められるという立論も不可能ではないかもしれない。しかし、その論理構成は相当に迂遠なものとなり、従属性、差別性との直截な連関を明確に論証できない側面が障害の問題には含まれざるをえないのではないと思われる。

国際人権規範の発展を辿ると世界人権宣言（1948年国連総会採択）は、すべての人間の自由を保障し尊厳と権利において平等な享有主体であることを定めている（1条）。しかし、同時に「人間は理性と良心を授けられて」いるとして（同条）、前提とされる人間像は西欧近代市民社会における人間像を彷彿させるものになっている。1966年にあいついで国連総会が採択した市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下「自由権規約」）および経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（以下「社会権規約」）も同様に特定の属性を持つ集団を対象とせず、「すべての人民」を適用対象にしている。これに対してあらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約（以下「人種差別撤廃条約」、1965年国連総会採択）およびすべての移民労働者とその家族の権利保護に関する条約（1990年国連総会採択）は植民地化（colonization）や人種差別（racism）にフォーカスを当てた個別テー

マに関する人権条約であり、女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する国際条約（以下「女子差別撤廃条約」、1979年国連総会採択）は性差別（sexism）に、そして、障害者権利条約は障害者差別（ableism）に対応する個別テーマに関する人権条約である。普遍化された人間像を前提にする世界人権宣言や自由権規約、社会権規約などの人権規範は実際には「西欧の白人成人男性」の歴史的社会的経験に基づいて構成された規範であり、特定の属性ゆえに差別され排除されてきたそれ以外の集団の歴史的社会的経験に適合した規範とはなっていない。そのため、人種や移民、女性や障害のある人の各々の歴史的社会的経験を踏まえた人権規範が必要であることが認識され、結果として国連総会での個別テーマ化された人権条約が採択されることになったものである。これらのテーマ別人権条約に共通する特徴は社会的に従属的な地位に置かれた人々を対象にしているという点であり、その意味では従属性は障害のある人の状態だけを特徴づけるものではない。もとより障害を個性とみなし、あるいは人種や性別と同次元の属性と捉えれば、障害者権利条約も他のテーマ別人権条約と統一的に理解できる利点はある。しかし、障害は機能障害を内包しており、それゆえ苦痛や健康や死への不安などの個人的体験が含まれることは否定できない。従属性という特徴で人種や女性と同一線上で障害のある人を捉えることは、結局、「車いすを利用している西欧の白人成人男性」の歴史的社会的経験をモデルにすることに帰着してしまい、苦痛を伴う機能障害や進行性の機能障害のある人々、性別や年齢、貧困など複合的な被差別ファクターを持つ人々の固有の経験を取りこぼしてしまうことになってしまうのではないだろうか。こうした点を考えると、従属性や差別、社会的排除という課題は障害のある人々の共通の重要なテーマであるとしながらも、非障害者との対比や権衡という次元とは別に障害のある人の固有の尊厳を守る人権規範が必要であり（障害者権利条約1条）、とりわけ社会権的側面の充実や社会開発も視野に入れた総合的な法的保護が求められるのではないだろうか。近時、障害者権利条約が前提とする障害の理解について、社会モデルを超えて人権モデルを提示する見解が有力であり²、人間の尊厳を最上位規範（同3条a）として、平等性（同5条、障害のある女子:6条、障害のある児童:7条）、社会的包容化（同19条）、教育（同24条）、就労（同27条）、健康（同25条）やハビリテーション・リハビリテーション（同26条）、文化的で相当な社会的生活の権利（同28条、30条）等々の人権の帰属主体としての障害者像が求められている。

2 市民法と福祉法によるパラレル・トラック

わが国の法制度では、障害のある人の日常生活および社会生活、教育、就労、

所得補償などに関しては、憲法 25 条を淵源とする社会福祉法制が担ってきた。その法制度は障害の医学モデルに基づき、障害のある人が直面する日常生活および社会生活上のさまざまな制約はその人自身の心身機能の損傷に起因するものとして、心身機能の損傷のある人のための特別な生活施設や特別な教育制度、保護的な就労の場あるいは恩恵的な特別雇用枠³、稼得しえないことを前提とした所得補償などの制度が作られてきた。こうした制度が完備されると人の人生は障害があるかないかによって二つに分けられ、障害のない人は社会のメイン・トラックを歩み、障害のある人はその脇のサブ・トラックを歩まされることになる⁴。20 世紀中葉以降の障害者福祉法政策は、障害のある人の健康で文化的な生活の保障を理念としながらも、障害のある人を分離し (segregate)、周辺化し (marginalize)、社会的に排除する (socially exclude) 法政策を基本とするものであった。

障害法の法的人間像を従属性を中軸に再構成すると、障害のある人が日常生活および社会生活において様々な制約に直面するのは、自身の心身の機能障害ゆえではなく、社会内で従属的な地位に置かれていることに起因するものと考えることができる。このアプローチからすれば、障害のある人が日常生活や社会生活に制約を受けるのは、障害のある人に対する配慮を欠いた社会構造に原因があり、非障害者と同じ場での教育や就労が行えないのは、教育や就労の場が非障害者の便宜しか考えずに構築されて運用されているからであり、稼得できないのは労働環境が障害に配慮していないからであることになる。つまり、サブ・トラックを作るのではなく、むしろメイン・トラックを変えることが必要であり、それによって障害のある人を包容化する (include) ことが求められる。障害法の法的人間像を従属性を中軸に再構成することによって、分離と周辺化と社会的排除をもたらすパラレル・トラックの構造を崩すことができるとも考えられる。

しかし、すべてがメイン・トラックに包容化されたとき、障害分野での社会法の内容を構成していた障害者福祉法制は社会法としての内実を残すことになるのであろうか。障害のある人に対する差別の禁止や合理的配慮を求める法制は民法等と同一次元の市民法に包摂され、社会法としての独自性を失うことになるのではないかと考えられる。逆に、市民法から見れば、それが前提とする抽象的な法的人間像を多様性を伴うより具体的な人間像に修正することが求められることになるのかもしれない。

もともと、障害の社会モデルに対する批判で見たように、障害の分野においてはあらゆる課題が市民法に解消されることにはならない面がある。障害のある人

には、社会構造とは直接的な関連性の乏しい各人の機能障害による生理的、心理的な困難はありうると考えられる。そうした困難を軽減しあるいは解消するための有形・無形のサービスは障害のある人の生存権として保障されなければならない。しかし、例えば、そのサービスを受けるためには地域から離れた特別な施設に入ることを要するなどということになれば、再び分離と周辺化、社会的排除の医学モデルの世界に戻ってしまうことになる。ここにおいて前記の人権モデルは、人間の尊厳を最上位規範としてこれを保障する（障害者権利条約前文 a、1 条）ために自由権の保障も社会権の保障も不可分（indivisibility）であり相互依存的であり（interdependence）、相互に関連する（interrelatedness）ものであることを再確認し（同前文 c）、生存権の保障のためとはいえ、その保障のために分離や周辺化、社会的排除という効果を生じさせてしまうと人間の尊厳が損なわれることになることに留意して、提供されるべきサービスのあり方にも人間の尊厳を守るための規範的な枠付けを行う。例えば、機能障害がどんなものであれ、その心身はそのままの状態で尊重されなければならない（同 17 条）、保健サービスおよびハビリテーション、リハビリテーションは障害者自身が属する地域社会の可能な限り近くで提供され（同 25 条 c、26 条 b）、保健従事者は障害者の人権および尊厳、自律を守らなければならない（同条 d）などの規範的な枠組みの中において生理的、心理的な困難の軽減、解消のためのサービスの提供がなされなければならない。

II 浅倉報告に寄せて

I 差別類型論について

(1) 間接差別は差別にならないか

浅倉報告は、立法過程から間接差別の禁止規定を設けることは見送られ将来の検討課題とされたことなどから、障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律（以下「障害者差別解消法」）は直接差別の禁止のみを定めたものとする。しかし、間接差別禁止規定は、合理的配慮の義務付けとは異なる意義があり、司法救済の根拠ともなりえ、さらに、吹田市職員欠格条項事件について間接差別条項によって解決できる可能性があるなどの理由から、今後、間接差別禁止規定を法定する意味があるとしている。

確かに、立法過程での議論や雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律（以下「男女雇用機会均等法」）が「性別を理由とする差別の禁止」（5 条）のほかに「性別以外の事由を要件とする措置」（7 条）を定めて間

接差別を禁止していると解されていることからすると、障害者差別解消法の「障害を理由とする差別の禁止」（7条1項、8条1項）は、直接差別のみを禁止したものと解すべきもののようにも思われる。

しかし、障害者権利条約は障害に基づく差別には「あらゆる形態の差別」を含むとして（2条）、「締約国は障害に基づくあらゆる差別を禁止するものとし、いかなる理由による差別に対しても平等かつ効果的な法的保護を障害者に保障する」（5条2項）と定めている。この障害者権利条約の要請からすれば、差別禁止類型を障害者権利条約の要請する差別禁止の範囲よりも限定した国内実定法をあえて制定したり、あるいは、国内実定法の解釈として障害者権利条約の要請を満たさない方向で解釈をすることは許されない。法体系上も障害者権利条約は法律に優越するので障害者基本法、障害者差別解消法、障害者の雇用の促進等に関する法律（以下「障害者雇用促進法」）の障害者差別禁止規定は、むしろあらゆる形態の障害者差別を禁止していると解釈しなければならない⁵。

もっとも、直接差別を独自の差別類型としておくことが、「個別的文脈の如何を問わず一定の範疇に属する」差別行為として例外を許さず絶対的に禁止されるところであれば⁶、利益衡量を介して判定者の主観的、恣意的判断が行われる可能性を排除できる点で意義がある。しかし、障害者差別解消法は「不当な差別的取り扱い」の解釈として正当な理由が認められる場合には例外として許される場合があることを認めていると解されているので、障害者差別解消法の障害者差別禁止規定を直接差別に限定して解釈する意義は見出しがたい。直接差別以外の差別類型は、創設的な差別類型ではなく、本来、差別禁止あるいは平等保障の規定に含まれているものとして解釈され⁷、それを明確化するために実定法に規定されたものであるから、創設的な実定法の条項がなければ禁止しえない差別ではない。したがって、障害者差別禁止3法は障害者に対するあらゆる形態の差別を禁止しているものと解釈していかなければならないと考える。

浅倉報告は、合理的配慮と間接差別の関係について、「合理的配慮の履行による解決は、当該基準や規定それ自体の変更・改変にはつながらない。当該基準自体は維持しつつ、個々の障害者に対する個別的対応によって配慮を提供するということが合理的配慮であるとすれば、それは間接差別とは異なる解決なのではないだろうか。それに対して間接差別が禁止され、かかる基準や規定が間接差別に該当すると認められれば、当該基準や規定自体が『無効化』することになるのであるから、間接差別禁止規定は、合理的配慮の義務づけ規定とは異なる意義を有するものではないか」と指摘している。間接差別は、①マイノリティに及ぼす差

別的な影響に注目していること、②集団としての影響に注目していること、③ステレオタイプや認知的バイアスを含んだ既存の社会通念に基づく基準等の「『差別性』をあぶりだす『包括的見直し機能』を持つこと」、④違法とされた基準は無効になり、正当な基準に変更させるなどの「革新性」があることなどの個別的な平等権の実現や合理的配慮の実現を超えた意義がある⁸。障害者権利条約が目指す人間社会は、障害を人間の多様性の一部と理解し、障害のある人を人類の一員として受け入れる(3条d) インクルーシブな社会(19条)である。各個人の平等権が保障されることはもとより重要であるが、既存の社会通念に基づく基準等が障害のある人たちマイノリティーにもたらす差別的、排除的作用をなくしていくことが重要であることからすると間接差別が差別禁止法から抜け落ちていることは重大な欠陥になる。したがって、この点について障害者差別禁止3法が対応できる法解釈を行うことが求められている⁹。

(2) 社会的排除の視点による差別類型論

障害者権利条約は個々の障害のある人が差別を受けずに平等の保護と権利を享受すること(3条b、e、5条)と同時に社会がインクルーシブであること(包容)を求めている(3条c、d、19条)。社会の全体構造がある集団に対してエクスクルーシブ(排除的)である状態では、平等性の保障と差別の禁止は十全なものにならない。また、個々の差別は排除的な社会構造に起因するものでもある。こうした視点から差別を捉えなおすと、障害という属性を持った個人に対する取り扱いが同様の属性を持つ集団に対していかなる社会的排除を生じさせるかという観点から差別の認識形式を考えることが必要になる。

従来、直接差別は差別禁止事由を直接的な理由とする取り扱いであるのに対して間接差別は差別禁止事由に対して外見上中立的な基準等を理由とする取り扱いであると理解されてきた。この類型化は差別者側がいかなる理由で当該取り扱いをしたのかという点に基づいた分類方法である。これに対して社会的排除の観点からの類型化は被差別者側が受ける社会的排除の影響に基づく分類方法である。従来の分類方法との関係を考えると、障害を直接的・明示的な基準として取り扱いを異ならせれば、障害属性を持った集団はすべて別異の取り扱いに分け隔てられることになるので、全面的な社会的排除を受けることになる。これに対して外見上中立的な基準による場合は障害属性を持たない者もその取り扱いの対象になる場合があり(例えば「ペット同伴での店内飲食禁止」という基準は盲導犬を連れた視覚障害者と同時に愛犬家等も排除することになる)、一概に特定集団に対する社会的排除があるとは認められない場合がある¹⁰。こうした点からみると直接

差別と間接差別には特定集団に対する社会的排除の程度の差異を認めることができる。最近の欧州司法裁判所の判決例は、外見上中立的な基準を適用した場合でも特定属性集団のみを全面的に排除することになる場合は直接差別と解する判断を示し¹¹、基準の外形的形式による類型化から実質的作用による類型化へと判断枠組を変化させている。

（3）比較論の超克

「平等」の規範的意味を相対的平等と解する通説的見解は、「等しいものは等しく、等しからざるものは等しからざるように」という公準に依拠して平等あるいは差別を認識しようとする。

しかし、商品や生産物のように性能や品質、取引目的が単純なものの取り扱いとは異なり¹²、人間と社会生活関係は多面的で多様であるから、この公準は結論を理由づけるために等価性の評価局面を恣意的に選択することを許し、平等保障の機能を低下させる問題をはらんでいる。また、この公準は「社会で多数を占める人々、または主流を形成している人々の『基準』」に他の者も達しているか否かによって等価性を判断することになるので、それに到達できない者に対する異なる取り扱いは差別にならないという結論を導くことになる¹³。さらに、等価性の評価には、通常、他との比較が必要になるので、比較対象群がない場合あるいは比較対象群の選択の仕方によって差別を隠蔽する途を開いてしまうことになる。こうした観点から平等保障を十全にするための解釈とそれを法文化する方向性として、等価性評価が必要的ではない差別禁止類型への志向性が生まれる。

こうした志向性にある類型として合理的配慮、ハラスメント¹⁴、そして英国平等法（2010年）が定めた障害起因差別を挙げることができる¹⁵。同様の志向性から間接差別において比較対象群との統計資料などに基づく実証的対比を必要としないアプローチも現れるようになっている。

2 合理的配慮と差別禁止規定違反の効果

浅倉報告は、障害者雇用促進法が差別禁止条項と別条項で合理的配慮を定めていることなどから合理的配慮の懈怠が差別にはならないとする見解があることを紹介したうえでこれを否定し、障害者権利条約および障害者基本法に照らして合理的配慮の不提供は禁止される差別的取扱いに含まれると解釈されるべきであろうとしている。障害者差別禁止法の体系的理解としても、また、合理的配慮が社会における配慮の不均衡、すなわち、非障害者はすでに配慮を受けており、それに相応する配慮が障害のある人には欠如しているという社会構造の偏頗性が合理的配慮を求める前提になっていることからみても、合理的配慮の不提供が差別に

なるという解釈は正当である。

同報告はさらに、差別禁止規定に違反する私法的効果について分析を進め、民事的な実効性のある条文を備える必要性を強調し、「労働基準法13条のような規定を設けて、差別的な労働契約内容を無効化して、その内容を差別されなかった場合に書き換えるような補加的効力を付与すべきであろう」とする。

現在の障害者差別禁止3法は、行政指導法型の差別禁止法であるから直接私法上の効果を生じるものではなく、民法の一般条項や不法行為の条項を介して私法上の効果を生じることになるものと解される。しかし、これらの規定から契約などの無効化と損害賠償を導くことはできても、積極的な作為を命じたり、新たな契約条件等を導き出すことは困難である。また、懲罰的賠償を認めない現行法制度の下で、しかも、人格的利益の侵害についての金銭賠償の評価が低い司法判断のもとでは、司法的救済の有効性に大きな限界がある。こうした点からは浅倉報告が指摘するように、民事的に実効性のある条項を整備することが重要である。

また、公法的効果としては障害者差別解消法12条は、報告徴収、助言、指導、勧告などの行政指導を定めているが、法施行から1年が経過した段階での評価では差別に関する社会の変化は変わらないとする人が約7割であったとされている¹⁶。行政指導がどの程度鋭敏に行われているか、今のところ明確にはなっていない。行政指導法型の独特の差別禁止法である日本の障害者差別禁止法がインクルーシブで差別のない社会を実現していくうえでどのような力量を発揮していくか、将来に多くの課題は残されている。

Ⅲ 新井報告に寄せて

1 補助類型一元論

新井報告は、2010年の成年後見法世界会議における「横浜宣言」の「日本の課題」をとりあげ、新たな成年後見制度の可能性として補助類型が障害者権利条約に抵触せず、成年後見法制定の原点においては、本来、任意後見と補助が中核に位置づけられていたはずであって、新たな成年後見制度の可能性としては、後見類型の偏重を改め、補助類型のみの一元的構成にすべきではないかと提案する。

しかし、補助類型に一元化するとしても、検討すべき課題は少なくない。第一に、障害者権利条約12条3項は、法的能力の行使に関連するすべての措置の濫用を防止するための適当かつ効果的な保障の一つとして、その措置が「可能な限り短い期間に適用されること」を求めており、法的能力の行使に当たって必要とされる支援（同条3項）は時間的に必要性の範囲に限定されるべきことを定めている。

「可能な限り短い期間」とは、法的能力行使の支援に合理的な必要最小限度の期間という意味と解しうるので、当該支援の必要性がなくなれば、当然、支援の措置は終了しなければならない。支援は具体的な必要性があるときに開始され、その必要性がなくなったときに終了する。

補助制度に照らして考えると、例えば、これから始める具体的な相続手続のために支援が必要であるとして、相続について補助を開始して補助人に相続手続に関する代理権を付与した場合、その相続の手続が完了すれば補助も終了しなければならない。補助は他の成年後見の類型と異なり、「特定の法律行為」について同意権・取消権（民法 17 条）、代理権（同 876 条の 9）が付与されるが、同意権・取消権の対象になる特定の法律行為は同法 13 条 1 項に定められた法律行為類型の一部に限られ（同 17 条 1 項）、他方、代理権付与の対象となる法律行為については限定がない（同 876 条の 9、1 項）。「特定の法律行為」は、上記の可及的最短時間の要請からすれば、具体的に特定された法律行為でなければならないと考えられる。この点では法律行為類型を指定するだけでは支援措置の終期が不確定になるので特定が不十分であり、具体的に特定された法律行為を指定する必要があると考えられる。もっとも、反面で成年後見制度は功利的な能力に鎬を削る競争社会でその能力が劣る者が食い物にされることを防ぎ¹⁷、あるいは、自滅的な経済生活に陥らないようにするために求められるものであるとすると、借財や重要な財産に関する権利の得喪を目的とする行為というような典型的な指定をして、いつ起こるかわからない事態に備えなければ意義が乏しいと考える立場もありえる。しかし、そうすると当該類型の法律行為を行う可能性がなくなるまで補助が続くことになり、可及的最短時間の要請（障害者権利条約 12 条 3 項）は満たされないことになるのではないだろうか。また、補助人が特定の法律行為について同意権と取消権を有するということは、当該法律行為については被補助人の行為能力が制限されていることになるので、やはり法的能力の平等性（同 12 条 2 項）に反することになってしまう。そうすると、障害者権利条約の要請を満たす形で補助類型に一元化するとしても具体的に特定された法律行為についての代理権の付与という形態にとどまり¹⁸、法律行為の効果の解消は錯誤（民法 95 条）、詐欺・強迫（同 96 条）、公序良俗違反（同 90 条）あるいは消費者保護法制によるべきことになるのではないだろうか。さらに、補助類型に一元化する場合、事理弁識能力の程度と補助人の権限の内容（同意権、取消権、代理権）と範囲（対象になる法律行為の範囲）をどのように連動させるのか、また、現行法では補助開始等には本人の同意を要するものとされているが（民法 15 条 2 項、17 条 2 項、876

条の9第2項、876条の4第2項)、遷延性意識障害にある場合などで明確な同意を得られない場合にどう対処するか、医療同意を補助人の権限に含めるべきか、など検討すべき課題は少なくなく、障害者権利条約の要請を満たす補助類型の可能性には解決すべき課題が残されている。

2 意思理論のパラダイム転換

障害者権利条約12条に関する障害者権利委員会の一般的意見（以下「法的能力に関する一般的意見」）は¹⁹、行為能力の制限と代行決定は同条に反するとしているので²⁰、同意権、取消権、代理権を法的手段として被成年後見人の財産と身上をマネジメントする成年後見制度は同条約と両立しがたい関係にある。

法的能力に関する一般的意見は、「著しい努力がなされた後も、個人の意思と選好を決定する (determine) ことが実行可能でない場合、『意思と選好の最善の解釈 (best interpretation of will and preferences)』が『最善の利益 (best interests)』の決定に取ってかわらなければならない。・・・障害のある人による、他の者との平等を基礎とした法的能力の権利の享有を確保するには、『意思と選好』のパラダイムが『最善の利益』のパラダイムに取ってかわらなければならない。」²¹とし、遷延性意識障害の状態にある場合などで、現代の技術水準ではその時点における本人の意思と選好を確定する (determine) ことが困難な場合であっても、本人の生のありきたり方と現在のさまざまな反応（目や筋肉の動き、発汗や呼吸の変化などの反応も含まれる）、あらゆる状況的資料から、本人の意思と選好に沿うものと認められる最善の解釈をすべきであるとしている²²。「最善の利益」は本人から遊離した客観的な価値尺度あるいは社会通念に基づく価値尺度を本人のおかれている具体的な状態に適用するパラダイムになるが、「最善の解釈」は極限まで本人の意思と選好に接近し、そこから遊離しない価値尺度を見出し、それを本人がおかれている具体的な状態に適用するパラダイムへの転換を求めるものである。そして、本人の意思と選好の最善の解釈をするためには、長年にわたって本人をよく知る親密圏を含む身近なコミュニティーの人々のかかわりが要となる。

法的能力に関する一般的意見はさらに法的能力行使の支援（障害者権利条約12条3項）にはさまざまな種類や程度のインフォーマルなあるいはフォーマルな支援の組み合わせ (arrangements) が含まれるとし、信頼できる一人または複数の支援者による法的能力行使の支援の方法やピアサポート²³、アドヴォカシー、その他のさまざまな支援が含まれるとしている (para.17)。同一般的意見が、インフォーマルな支援にあえて言及し、「信頼できる支援者による」支援にも言及しているのは、行政機関や裁判所、専門職後見人などは本人の日常には疎遠で最善の

利益の執行者になりがちなのに対して、本人の日常を支えるコミュニティーの人々の支援には本人の意思と選好が息づいている場における支援の可能性があると考えているとみることができるのではないだろうか。

法的能力に関する一般的意見は直接言及していないが、近時、強制的・非自発的な医療を回避して、障害者権利条約 12 条、14 条、17 条、19 条、25 条などの要請を満たし、しかも、より良好な治療効果をあげる実践的な方法として注目されているオープン・ダイアログ²⁴やファミリー・グループ・カンファレンス²⁵、障害者権利条約 12 条 3 項の要請に応じる支援方法とされているサポータィッド・ディシジョンメイキング²⁶、マイクロ・ボード²⁷などのさまざまな実践がなされている²⁸。これらの支援方法は自己決定を社会関係から切り離された個人の内面の作用と見るのではなく、支援関係者等と本人の広義の対話を中心とした社会的な関係性の中に位置づけるところに共通の特徴があり、自己決定の社会モデル化とも言うべきパラダイムを拓いている。

民法学の意味理論は、19 世紀の心理学の影響を受け、個人の内面に動機が形成され、それに基づいて一定の法律効果の発生を求める効果意思が生じ、表示意思に基づいて効果意思を表示する表示行為がなされるという構造を前提に構成されている²⁹。意思主義から表示主義への重点の移動はあるにせよ、動機から表示行為に至る心理構造の古色蒼然とした捉え方は現在の民法学においても維持されている。民法学が構成した法的能力は取引行為の権利義務主体を明確化し、個人意思自治の原則に適するように³⁰、あえて社会的文脈を捨象したものであるが、それが前提にした心理学は現代の行動科学や社会学の知見に遠く遅れたものであり、規範学としても、社会的文脈の捨象に伴って人と社会の相互依存性に基づく潜在的な支援力の障害者と非障害者間の社会構造上の落差を度外視することによって法的能力の構成に差別性を内包させることになっている³¹。障害者権利条約 12 条が求める法的能力の平等性の実現は、単に障害のある人のための法的能力行使の技術的な支援を求めているだけにとどまらず、旧来の心理主義を脱して人間の相互依存性と社会性を視野に入れた人間像とその法的能力のあり方の再構成を求めている。

おわりに

日本障害法学会第 1 回大会に提出された 3 名の教授のご報告は、いずれも第 1 回大会にふさわしい将来の障害法の基礎的研究論点を提示したものであった。これらの報告から障害法が他の法分野に及ぼす影響と潜在力は大きく広範囲に及ぶ

ことが示されている。障害法学において実り多い研究と実践が展開されていくことが期待される。

¹ Mike Oliver, “Definition of Impairment and Disability: Issues at Stake”, Colin Barnes and Geof Mercer(eds.), Exploring the Divide, Leeds: Disability Press pp. 39-54, Mikel Oliver, “Understanding Disability From Theory to Practice”, Palgrave Macmillan 1996, Tom Shakespeare, “Disability Rights and Wrongs Revisited”, Routledge 2014

² Theresia Degener, “A New Human Rights Model of Disability”, Valentina Della Fina et al. ed. “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”2017 Springer, Michael Ashely Stein, “Disability Human Rights”, 2007 Cornell University ILR School

³ 法定雇用率を福祉法的に位置づけるか平等法上のポジティブ・アクション（積極的差別是正措置）と位置づけるかについては議論があり、浅倉報告がその点を論じている。同報告は「積極的差別是正措置」といえるためには「現行の雇用率制度が、ポジティブ・アクションという障害者にとっての優遇となる差別是正措置という評価に堪え得るものである必要がある」とし、「雇用率を充足するための障害者枠募集であり、非正社員としての募集に限定されているとした」場合や「採用時に障害者枠に一律に付与された試用期間（6か月）」などは、積極的差別是正措置と評価しえないのではないかとしている。そのような特別枠はメイン・トラック内かその傍らに新たに別枠のサブ・トラックを作っていることになるとみることでもできるだろう。

⁴ Lisa Waddington and Matthew Diller, “Tensions and Coherence in Disability Policy: The Uneasy Relationship Between Social Welfare and Civil Rights Model of Disabilities in American, European and International Employment Law” in Mary Lou Breslin and Silvia Yee Afterword: Arlene B. Mayerson (eds), DISABILITY RIGHTS LAW AND POLICY International and National Perspective, 「社会福祉(Social Welfare)モデルでは、障害は、社会において、通常のやり方では就労や活動をできなくする個人の内在する欠陥とみなされる。このアプローチでは、雇用や社会サービスなどの社会制度は、非障害者のニーズに適合するようにデザインされる。そうした社会制度を障害に対する配慮のため改造していくよりは、むしろ多数派である非障害者のための制度とは別個の所得とサービスを提供する分離されたパラレル・トラックに障害のある人を振り当てる。」

⁵ 障害者基本法、障害者差別解消法および障害者雇用促進法を便宜上、障害者差別禁止3法と呼ぶこととしたい。体系上は憲法の平等条項（14条）は障害を明示していないが、除外する趣旨ではなく、障害者権利条約がそれ以前の人権条約に含意されていた障害のある人の人権を明示して障害のある人に適合するように練り上げられたものであるとされていることか

らすると、憲法の平等条項にも障害者に対する差別禁止は黙示的に含意されていたと解することができ、それは社会的身分またはそれに準じるものとして、厳格な司法審査により合憲性が評価されると解すべきものと思われる（佐藤幸治『憲法（第3版）』（青林書院、1999年）477頁以下）。また、障害者差別禁止3法の中では障害者基本法が実質的には上位規範としての位置づけを与えられるべきであろう。

⁶ いわゆる「範疇化テスト」（同上524頁）、「拷問」の禁止や「検閲」の禁止などの絶対的禁止事項は同様のアプローチをと考えられる。

⁷ 米国において人種等を理由とする雇用差別を禁じた1964年公民権法第7編に関する *Griggs v. Duke Power Co.* 401 U.S. 424 (1971) において差別的効果（disparate impact）法理として展開された。障害者権利条約が新たな人権を創設するものではなく、従来からの国際人権規範を障害について敷衍したとする観点から見れば、自由権規約2条の「差別」にはもともと間接差別が含まれていたことが前提になっている。同様に日本国憲法の平等条項も間接差別を含めない趣旨と解することはできない。ただ、日本国憲法14条1項を単なる例示列举とし特別意味説に立たない通説判例のもとでは、いかなる理由によっても合理性の存否によって差別の是非が判断されることになるので間接差別法理が議論されることが少なかったものと考えられる。

⁸ 浅倉むつ子『雇用差別禁止法制の展望』（有斐閣、2016年）310頁、Christa Tolber 'Limits and potential of the concept of indirect discrimination' European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit G.2 2008 page24 は、間接差別の概念は、偏見や特定の集団を優等あるいは劣等とみなす観念、固定観念化された役割などの差別の裏に潜んだ原因を見えるようにし、それに異議を唱える手段とみることができるといふ。いわば河野報告の指摘する「従属性」を明らかにする作用を果たすと言えよう。

⁹ もっとも、現在の条項のままで積極的に間接差別を認める司法判断を期待することには困難も予想されることから、浅倉報告の明確な条項の立法化を求める指摘は重要である。

¹⁰ 障害者雇用分科会意見書（2頁）は補助犬、付き添い等を理由とする差別が直接差別に含まれるとしているとしており直接差別を拡張的に理解する点で興味深い。ペット同伴禁止と基準の外形上微妙な差であるが、前者では視覚障害者のみが排除されるのに対して後者では愛犬家も排除される点に違いがある。

¹¹ Case C-196/02 *Vasiliki Nikoloudi v Organismos Tilepikoinonion Ellados AE* 2005 ERC I-1798 は、2年以上フルタイム勤務をした非正規労働者を正規労働者とするという基準について関連規定から非正規労働の女性だけがその基準を満たしえない場合について性を理由とする直接差別であるとし、Case C-267/06 *Tadao Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, judgement of 1 April 2008 は、死亡時に婚姻関係にあることを前提にする寡婦年金について同性間の婚姻を認めない独法の下では同性カップルに先立たれた場合は年金資格がないことになり同性愛者のみに不利に作用することから直接差別になると判断した。

¹² 欧州司法裁判所は、物品や事業取引の分野からこの公準を確立してきた (Takis Tridimas 'The General Principle of EU Law Second Edition' Oxford EC Law Library 2006 page78-94)。

¹³ 浅倉前掲 (8) 12 頁

¹⁴ 英国平等法 26 条の定めるハラスメントは、障害に関連して望まれない行為を行い、当該行為が尊厳を侵害し又は脅迫的、敵対的、冒涇的、屈辱的あるいは攻撃的環境を作り出す目的又は効果を有する場合と定義される。障害者権利条約 3 条 a および d、14 条ないし 17 条は、障害のある人に対する虐待・ハラスメントの禁止を平等性保護の観点からも求めていると解される。

¹⁵ 英国法における障害起因差別については、長谷川聡「イギリス障害者差別禁止法の差別概念の特徴」季刊労働法 225 号 (2009 年) 49 頁以下、川島聡「英国平等法における障害差別禁止と日本への示唆」大原社会問題研究所雑誌 641 号 (2012 年) 36 頁以下参照

¹⁶ 東京新聞：<http://www.tokyo-np.co.jp/article/national/list/201704/CK2017041302000123.html>、最終閲覧 2017 年 8 月 31 日

¹⁷ こうした発想は、相手の無知等に狡猾につけ込む加害者的な者の権利はそのままに容認し、被害者の立場に立つ障害のある人の権利を制限することで問題を解決する手法であり、知的障害のある女性が無責任な男性の性的行為によって妊娠させられることを防ぐために女性の子宮を摘出してしまうという野蛮で差別的な手法と同様の発想というべきである。

¹⁸ 現行法は、成年後見制度の開始および取消の要件を事理弁識能力のみに係らしめて (民法 7 条、10 条、11 条、14 条、15 条、18 条)、必要性や補充性を要件としていないので、特定の法律行為が終了しても補助の取消要件 (民法 18 条 1 項) は満たされないことになってしまう。解釈論としては、事理弁識能力は特定の法律行為を行う能力と解し、当該法律行為が完了してしまえば、その能力を測る前提が失われるので、事理弁識能力が不十分な状態 (補助開始原因) が消滅したとする解する余地はあるが晦渋であることは否めない。

¹⁹ General Comment No.1, 2014, CRPD/C/GC/1、和訳については日本障害者リハビリテーション協会の仮訳がある (http://www.dinf.ne.jp/doc/japanese/rights/rightafter/crpd_gc1_2014_article12_0519.html)。

²⁰ 上記一般的意見の para.12 ないし para.15、para.27、para.28 参照

²¹ Para.21、日本障害者リハビリテーション協会仮訳による。なお、カッコ内の英文は筆者が英語版から転記した。

²² Joanne Watson, "Assumption of Decision-Making Capacity: The Role Supporter Attitudes Play in the Realization of Article 12 for People with Severe or Profound Intellectual Disability", MDPI, Basel Switzerland 2016 は、支援される者と支援する者との間の相互依存的で複合的で動的な supported decision-making の過程において、決定を行なおうとする者は言語や表情、身振り、心理社会的反応 (例 呼吸の変化など) のさまざまなコミュニケーション方式 (modalities) を使って意思と選好の表出に与り、支援者は、意

思と選好の表出に対する（無視とは対極のものとしての）受け止め（acknowledge）、解釈および応動（action）を通してその表出に応じることでこの過程に与り、相互の関与の動的（dynamic）過程として意思決定支援が形成されていくとしている。

²³ Shery Meed, “Intentional Peer Support”, Intentional Peer Support Organization, 2014、この方法は、同じ障害と強制医療のトラウマなどの経験を持つ者同士による相互支援的関係の構築を行うものであるが、本稿との関係で重要なのは、相互関係（mutuality）の構築にその本質があるとされていることであり、個人よりは相互関係に重点があることに注目すべきである。

²⁴ 典型的には統合失調症の急性期の危機的状態に対して本人、家族を含めて治療スタッフが臨機に対話の場（サークル）を作り、危機的状態を脱するまでほぼ毎日1時間内外の対話を続けていく方法であり、非自発的入院や抗精神病薬のみに依存した治療方法に比べて、極めて良好な治療成績を上げている。ヤーコ・セイックラ他著、高木俊介他訳『オープンダイアログ』（日本評論社、2016年）、Jakko Seikkula et al. “Open Dialogues and Anticipations Respecting Otherness in the Present Moment”, National Institute for Health and Welfare, 2014、この方法は人間を「対話性存在」と捉えるミハイル・バフチンの理論を取り入れるとともに（ミハイル・バフチン、桑野隆他編訳『バフチン言語論入門』（せりか書房、2002年）、グレゴリー・ペイトソンのコミュニケーション理論やナラティヴ・セラピー、家族療法の理論など幅広い現代の心理学、社会学、哲学などの理論を基礎としている。いずれの理論も人間の精神活動や心理的活動を人と人の相互作用とし、関係性の中に精神活動を位置づける点で、西欧近代の個人主義を超越し社会的文脈において人間を理解しようとするものと考えられる。

²⁵ 家族を含む親密圏を中心とした人々が小コミュニティを形成して本人が抱える課題の解決を話し合う方法であり、DVや児童虐待、修復的司法などさまざまな分野で応用され、強制入院や成年後見を回避する方法としても応用されつつある（Paul Nixon et al. “Family Group Conferences – Where Next? Policies and Practices for Future”, Family Rights Group, 2007、拙稿「障害者権利条約と成年後見」実践成年後見54号（民事法研究会、2014年）、同「障害者権利条約と成年後見制度」成年後見法研究12号（民事法研究会、2015年）。ファミリー・グループ・カンファレンスはユルゲン・ハバーマスの「生活世界の植民地化」の理論（ユルゲン・ハバーマス、丸山高司他訳『コミュニケーション的行為の理論』（未来社、1996年）を前提にしている。インフォーマルな生活世界では対話による調整、解決と親密圏の人々の参加と解決のための役割分担が基本にされるが、現代社会におけるDVや児童虐待などの生活世界内で生じた問題に対する公的な介入は法的要件に該当するか否かによって介入の可否と内容がシステムティックに決定され、その解決手法は非対話的で親密圏から遊離した公的機関の介入を特徴としている。第三者的な専門職後見人の介入も「生活世界の植民地化」現象の一事象と理解することができる（『支配と強制のない世界へ 静かなる革命 自己決定を問い直す FGC報告書』（特定非営利活動法人自律支援センターさぼーと、2015年））。

²⁶ 本人が信頼できる家族や友人などから一人以上のサポーターを指名し、本人は、医療や住む場所、支援サービス、仕事、余暇、ライフスタイルなどさまざまなことの決定について支援を受け、モニター担当の者がそのプロセスに関与して、問題があればそれを指摘するなどしながら適正に支援が行われるようにしていく手法でオーストラリアのクイーンズランド州で実践されている。ファミリー・グループ・カンファレンスなどのアプローチと同様に家族、友人など親密圏の支援者たちがサークル（対話の輪）を形成し、本人の望みや希望を明確に組み立て（formulate）て実現していく。そのサークルは、本来、人間の社会（生活世界といつてよいであろう）が普通に持っている自然な支援関係の力を高めようとするものだと言われる。このアプローチは人間が相互依存性（interdependency）であるという認識を前提にしている。自立および自律を他者との関係から切り離して個人単独の能力としてみるのとは西欧近代特有の発想であり、人間は、むしろ、相互依存性（interdependency）と脆弱性（vulnerability）を共通の特徴とするもので、この観点からすると、法的能力行使の支援は障害のある人に特に必要とされるものではなく、それ以外の人々も程度や態様は異なっても支援を受けており、また、その支援のかかわり方もさまざまであることになる（Office of the Public Advocate Systems Advocacy, “A journey towards autonomy? Supported decision-making in theory and practice”, Queensland Government 2014, Solveig Magnus Reindal, “Independence, Dependence, Interdependence: some reflections on the subject and personal autonomy”, Disability & Society, Vol. 14, No. 3, 1999, pp.353-367）。

²⁷ 家族や友人など本人を取り巻く小コミュニティの人々が本人を中心にした会議体を作り、さまざまなアイデアを出し合いながら、本人の夢や希望を実現していく方法を創出し実行していく方法であり、ファミリー・グループ・カンファレンスと共通する部分が多い。特に個人的な関係を基礎として相互的な関係性を重視している点は他の手法と共通している。
<https://www.velacanada.org/vela-microboards>

²⁸ 「到達可能な最高水準の健康を各人が享受する権利に関する特別報告官報告書」（2017年3月28日、A/HRC/35/21、以下「特別報告官報告書」）は、障害者権利条約12条、14条、25条などを踏まえて、非自発的医療の廃絶に向けた提案をし、その中でオープン・ダイアログを含むさまざまな実践について紹介している（para.83）。

²⁹ 四宮和夫、能見義久『民法総則』（弘文堂、2008年）171頁以下、内田貴『民法I』（東京大学出版会、2004年）45頁以下。

³⁰ 我妻栄『民法総則』（岩波書店、1975年）235頁以下

³¹ 河野報告の「従属性」にも通じると思われるが、障害のある人に対する分離と排除の歴史的社会的構造が障害のある人を支えるコミュニティの形成を阻害し、障害のある人の孤立無援化（相互依存の貧困化）を招き、障害のある人の脆弱性を深刻化させている。また、社会参加の機会を奪うことによって社会的経験の蓄積を阻害することによっても、相互依存的支援力を失わせている。一方、非障害者はメインストリームにおいて相互依存性を満足させ豊富な社会経験の蓄積により充実した決定を保障されている。社会的文脈の捨象はこうした構造的不公平性を隠蔽する効果を果たすことになる。Joanne Watson（前掲注8）は、環境要

素を切り離した個人のみに焦点を当てた認知技能（cognitive skill）は人間の相互依存性という現実と一致せず、人間の相互依存性は非障害者の社会では認められているのに、障害のある人には別のルールが適用されていると指摘している。

シンポジウム要録

【司会（森川会員）】

報告とコメントを通して、障害法には多様な問題があり、分野横断的な議論が必要であることを感じる事ができた。特に重要と思えるのは「人間像」が必要だという問題提起である。例えば、労働法などでは新しい法律の制定などがみられるが、伝統的な人間像を引きずっている部分もある。また、成年後見法では、意思決定能力という人間像が根底的な次元で問われる問題について、どのような制度設計が必要なのかが問題になる。

【河野会員】

川島会員からの質問に関して、新たな市民法と新たな社会法の2つの側面の考察が共に重要だと考えている。補足的に説明すると、「市民法の修正が必要である」と論じる場合の「市民法」とは19世紀の近代市民法を念頭に置いている。これに対して、「新しい市民法」という場合は、社会化された市民法を念頭に置いている。それは、抽象的理性的な個人を想定したものではなく、社会における現実の人間としてのニーズを持った個人を想定した市民法である。その限りでは、新しい市民法と新しい社会法は整合性があるものと理解できる。

池原会員からの指摘に関して、一つ目に社会法における人間像と市民法における人間像を分ける考え方は理論として興味深いものの、福祉改革の中で、従来の保護・管理型の福祉モデルから、障害者の市民としての自由・平等をめざした福祉モデルへの変化がみられる。その一方で、市民法モデルによって、重度の障害のある方も含めてすべての人のニーズに合わせる事ができるのかが問題となる。このような池原会員の指摘は、市民法モデルと社会法モデルの分裂を残すことの問題性を問うものであったと思われるが、私自身は市民法自体が抽象的個人という建前だけではなく、現実には生きている人の社会的ニーズを考慮に入れたものに転換していかなければならないと考える。また、社会法も従来の保護・管理というモデルからの脱却が必要になる。

池原会員の二つ目の指摘は、障害法に関して、実定法を前提とする体系化ではなく、理念的な体系化として、差別禁止法と地域生活支援法に分類する私の整理が、個別の障害のある人に対してどのような意味を持つかが明確ではないというものであったと思われる。現時点では十分な解答を見いだせないが、それが権利概念に展開できるように検討したい。（新しい市民法と新しい社会法等の概念の明確

化、市民法と社会法の拮抗関係の例示、障害法の法原理と体系を考察するにあたって新しい社会法という視座の意義と必要性、ならびに差別禁止法と地域生活支援法という分類が障害者の権利の解明にとって有する意義等、ここで取り上げられている論点については、本誌の拙論で補足していると思われるので、参照いただきたい。河野注)

【河野会員に対する会場からの質問】

障害法における人間像について、障害者基本法等では機能障害があることが前提になっているが、障害者権利条約の定義では機能障害があることは必要とされていない。障害法における権利の主体者は機能障害のない人（性同一性障害のある人）も想定してよいのではないか。

【河野会員】

会場からの質問は当を得たものであると思われる。本日の報告は、議論の整理のために障害者基本法をベースとした障害概念をもちいたが、権利条約では障害概念の発展可能性を認めて限定を付さないような配慮がなされている。障害者基本法では、機能障害と社会的障壁との相互作用によって社会に完全参加することが妨げられている人が保護対象となるという表現になっているが、機能障害と社会的障壁との相互作用によって社会に完全参加が妨げられている人を「含む」というような規定の仕方がいいかもしれない。

【浅倉会員】

川島会員からの質問は、障害者雇用促進法の禁止する差別が「直接差別」に限定されるという厚生労働省 Q&A の解釈の当否に関して、である。障害者雇用促進法 35 条の規定は、労働者が「障害者であることを理由として」不当な差別的取扱をすることを禁止するとしているとあり、厚生労働省の研究会はこれを直接差別の規定であると想定していると思われる。

関連して、池原会員からの質問にあるように、条文の「障害者であることを理由として」という文言の中に間接差別を読み込むことも可能なのではないかが問題となる。私も「〇〇を理由として」という文言を間接差別禁止規定を含むものとして解釈することは不可能ではないと考える。

裁判例としては、阪神大震災の被災者を対象とする災害自立支援金の支給に関して、震災の被害者である世帯主のみに支給対象を限定したことは、女性を事実上男性より不利に扱う結果となり、公序良俗違反であるとしたものがある（大阪高裁 2002 年 7 月 3 日判決）。そこにも見られるように、法解釈として、間接差別を含むように差別禁止の範囲を広げることは可能だ、というのは御指摘の通りで

ある。

ただし、男女雇用機会均等法との比較で障害者雇用促進法を見た場合には、そう簡単ではない。均等法は5条及び6条で「性別を理由とする差別」を禁止しており、それは直接差別の禁止であると解釈されている。その上で、均等法は7条で「性別以外の事由を要件とする措置」と説明される間接差別禁止規定を置いている。間接差別は「性別を理由とする差別」ではなく「性別以外の事由」が女性もしくは男性に不利益な効果を有する場合を意味するものと整理して、厚生労働省は均等法を制定していると考えられる。このように考えると、障害者雇用促進法は、「障害を理由とする差別」を禁止してはいるが、均等法7条に相当する規定を置いていないことからすれば、間接差別を禁止していないものと解釈しているのであろう。なお付言すれば、労働基準法4条では性別を理由とする賃金差別を禁止しているが、そこに間接差別が含まれるか否かについては、実務家の間には様々な見解があり、間接差別を禁止しているという説をとる人もいる。

川島会員からは、「直接差別」が「差別的意図があるもの」と定義されていることの問題が指摘された。この点、私見では、「差別的意図」とは必ずしも悪意、害意、嫌悪感によって処遇するものに限らず、相手方の障害を認識していることで足りると考えている。その意味で、「差別的意図」を、悪意、害意、嫌悪感を意味するものと捉えているのであれば誤りだと考えるが、障害と異なる取扱いとの因果関係を立証するために「意図」という言葉が使われているという説明はありうるだろう。

池原会員からは、合理的配慮と差別の関係に関する質問があった。私見では合理的配慮をしないことは差別であると考えるが、厚生労働省は明確に、合理的配慮の不提供は差別とは異なるものという位置づけをしており、その根拠が問題となる。理論的には合理的配慮と平等取扱いは切り離すことができず、事業主の責務としての「合理的配慮の提供義務」に違反すれば、障害を理由とする差別になると解釈できると考えている。ただし、現行法の条文の構造はそうになっていないところに問題がある。

【浅倉会員に対する会場からの質問】

2011年改正によって、障害者基本法では社会連帯の理念が排除されたが、雇用促進法では「社会連帯の理念」が制度の根拠とされている。事業主がこの理念によって差別禁止をするように要請されているのなら、将来的にも社会連帯の理念が削除されることはないと思うが、いかがか。

【浅倉会員】

雇用促進法5条において、事業主は「社会連帯の理念」に基づいて、障害者である労働者の能力を正当に評価し、雇用の安定に努めなければならないことが規定されている。この規定は社会連帯の理念に基づき、事業主に雇用率の充足義務を負わせているものとして理解することが可能である。ただ、私の報告の趣旨は、平等原則を有利・不利にかかわらず障害に対する異別取扱を禁止するものであると形式的に解釈した場合には、障害者に対する積極的な優遇となるポジティブ・アクションに限ってそれは認められるのであるから、雇用率制度もポジティブ・アクションと評価しうるものでなければならない、と考えたところである。雇用率制度は、障害者にとって有利なものでなければ平等取扱いに反すると考えている。

【浅倉会員に対する長岡健太郎会員からの質問】

須磨学園事件に関して、原告代理人として、地位確認を求めるために、就労請求権を肯定するか、職務内容限定の合意を認定させるか、の選択がありえたが、現在では職務内容限定の主張を中心に主張している。就労の受領拒否の場合に地位確認が認められるといえる根拠について詳しく教えてほしい。

【浅倉会員】

どのような主張を根拠にすべきかの検討の経緯については、よく理解していないかもしれない。須磨学園事件に関して指摘したかったことは、雇用契約上は、労働者の労働を受領する義務が事業主に高度に要請されていると考えられることである。働くことは、生きがいであり、名誉感情や自己のキャリア形成と不可分であることを考えれば、労働の受領を拒否された場合には、反対給付の履行請求権が失われただけでなく、本来は、就労請求権が認められねばならないはずである。ただし、使用者の作為がなければ事実上履行できないのが就労請求権だと言われればそれまでだが、少なくとも、就労拒絶は債務不履行と解釈できると考えるので、賃金の支給に加えて、債務不履行による損害賠償請求も認められるのではないかと。そう考えれば、使用者にとってはかなりの負担となり、何らかの仕事割り当てざるを得ないのではないかと。

【浅倉会員に対する青木志帆会員からの質問】

ポジティブ・アクションとして行われる障害者限定の採用・募集をした場合、その応募条件を身体障害者であるが「身辺自立・自力通勤可能」との条件を付して限定して応募するのは雇用促進法の差別に該当するのかが問題となる。差別に該当するのであれば現在の採用・募集の大半が違法になることとなり、差別

に該当しないのであれば対象外となる重度の障害者に就労の機会を保障するためにどうすればよいのか。

【浅倉会員】

大変に難しい問題である。雇用促進法の条文だけみれば、障害者雇用率の充足にあたって「条件をつけてはならない」とは規定されていないため、一定の条件を付しても雇用率さえ充足すれば障害者雇用義務は果たしたことになり、条件を付したとすれば法違反であるという解釈は聞かない。

問題なのは、当該障害者の雇用が障害者に利益をもたらす取扱いといえるか否かである。例えば、障害者限定募集・限定採用の雇用に、その職種だけに有期雇用契約などの条件を付けるのは、ポジティブ・アクションの位置づけからはずれだろう。その意味で、今回の法改正によって、それが違法とされる可能性があるという積極的に捉えることもできるように思われる。

【新井会員】

川島会員からの第一の質問は、後見類型だけでなく保佐類型を中心にするということにも障害者権利条約の違反の可能性があるのではないかという点であったが、私見では条約違反であると考えている。その理由として、保佐類型も画一的であって一定の行為に同意権があることが法定されているため、条約の趣旨に反するということである。また、保佐には相当数の欠格事由が残されていることが大きな問題である。

その意味では、保佐中心ではなく、補助一本の方が明確である。補助には欠格事由がないだけでなく、内容を自由に決定できる柔軟性がある。条約が求めている類型はこれではないかと考える。ただ、今のペースでは、これが議論の俎上にのぼるのは数十年かかるのではないかとと思われる。

第二の質問は、法務省は後見類型の偏重的運用を改めれば条約違反ではないと考えているのかという点であったが、法務省は後見類型には問題はないという立場であるが、いろいろ批判があるため偏重的運用を改めていけばよいという立場であると理解している。後見類型が偏重される原因は、裁判所だけの責任ではなく、事理弁識能力の有無を医師が判断するという医学モデル的な運用がなされているからである。現実には、金銭給付の面で優遇されるために障害が高めに認定される傾向が後見類型の偏重的運用の原因になっており、「医学モデル」から「社会モデル」への変革を徹底しなければならない。

池原会員からの質問は、補助類型への一元化をした場合にでも、意思能力には幅があり、そこをどのように考えるか、意思能力概念を拡張する必要があるのか

はないかというものであった。

私見では、補助類型を一元化したうえで、徹底した社会モデルを採用して医学モデルを廃止すべきであると考え。現状のように医学的に能力を三段階に分けて評価することに問題があり、社会モデルから必要に応じた判断がなされるべきであると考え。ただ、これは補助一元化よりも難しい問題であり、法務省のみならず厚生労働省も医学モデルを変えたくないと考えている。また、債権法改正との関係で、意思能力を欠く者が法律行為を行っても無効とする規定が入ることが予定されている。これは民法研究者には当然のように思われるかもしれないが、「意思能力がない」という規定自体が問題であると思われ、医学モデルから社会モデルへの変化も踏まえ、規定を見直すべきだったと考えられる。

【新井会員に対する瀧澤仁唱会員からの質問】

社会福祉法2条3項12号の福祉サービス利用援助事業をどのように考えるか。

【新井会員】

成年後見との関係でいえば、能力が少し衰えた人の財産管理を社会福祉協議会が行う「日常生活自立支援事業」は実施してもよいと考える。成年後見との関係で重要なのは補充性の原則であって、代替手段を利用して問題を解決すべきであり、成年後見は最後の手段と考えるべきである。その意味で、日常生活自立支援事業が有効なものであれば利用すべきである。

それに関連して、年金や生活保護費の問題がある。意思能力のない年金受給者に関しては、成年後見を付けて受給させ、どう使うかを支援すべきである。現状では、年金受給者は意思能力が失っても成年後見が使われた事例は殆どない。

この点、厚生労働省は、年金受給決定を行って本人の口座に振込むことまでが年金制度であって、口座に入ったものをどう使うかに関して年金制度は一切関与しないという立場である。しかし、英米圏では、年金受給者本人の能力が不十分な場合には、成年後見の補完的制度として、権限ある第三者が受領して本人のために使用する法制度がある。これに対して、日本ではそのような制度がないために経済的虐待が存在していると思われる。

また、生活保護費の使用については、被保護者が意思能力を失った場合には、ケースワーカーが対応し、成年後見は利用していない。私見では成年後見で対応すべきであると考え。この問題は、法的には空白の状態であり、堀田力氏は「暗黒の世界」と表現している。

先ほど会場から、河野会員に対する質問の中で機能障害のない人も障害者となるのかという質問があった。これに関しては、同性婚カップルによる任意後見契

約の利用が想起される。任意後見契約とは、能力がある時点で能力がなくなった場合における自己決定を行う制度であるが、渋谷区では同性婚の社会参加促進のために当事者が任意後見契約をしている場合には、これを認めて渋谷区で提供しているサービスを受けることを認めるものである。これは、任意後見制度の本来の目的とは異なるが、社会的には差別を受けている人の社会参加を促すものであって、社会的障壁を克服した興味深い事例となった。

【川島会員】

池原会員のコメントに関連して、障害法における「障害」の概念については、「機能障害」を「障害」とする捉え方がある一方で、「社会的障壁」を「障害」という場合もあり、「生活制限」を「障害」という場合もある。障害法を考える場合には、どれに重点を置くかが問題となる。「社会的障壁」を重視すれば、理論的には「機能障害」がない人でも障害法の対象になりうる。その妥当性は、もちろん検討の余地があるが、いずれにしても、障害の多様な捉え方が必要になる。

浅倉会員の「差別的意図」に関する議論に関して、「障害を理由として」という文言を「直接差別」と捉えれば、わざわざ差別意図を問題にする必要はないのかもしれない。だが、例えば、表面上は「障害を理由」とするものではないが、障害者を排除しようとする「隠れた差別的意図」がある場合には、それも「直接差別」に含ませるという方向で、「差別的意図」の概念を積極的に捉えることもできるのかもしれない。

池原会員によるコメントではワディントンが言及されたが、ディラーとワディントンは社会福祉モデルと市民権モデルという二つのモデルの行き先を平等権の拡張と社会正義モデルに求めており、これは河野会員による新しい社会法という考え方と近いものかもしれない。池原会員は、「配慮の平等」という観点から、非障害者は元々合理的配慮を受けていて障害者はそれを受けていないという整理をしている。私も基本的にその理解を共有するが、私見では、合理的配慮の対象は非関連的能力（要素）に限られる。だが、職務上の関連的能力（要素）がないとされる場合もありうる。その場合には、パラレル・トラックではあるが、就労面において関連的能力がない人に関して、インクルージョン（包摂）のために特別な法が作られるという整理の仕方もあり得るのではないかと考えられる。また、マイノリティモデルに立脚すれば、ポジティブ・アクションと合理的配慮は同じ水準で部分的には捉えられるのではないかと思われる。ポジティブ・アクションは構造的歴史的差別への対応であり、それが個々の場面で具現化したときに差別是正機能を果たすのが合理的配慮の概念であると考えられることもできる。

【池原会員】

川島会員の議論に関連して、本学会は「日本障害法学会」であるが、20世紀には「障害法」という言葉を使った人はいないと考えられる。日本では福祉法とか障害者関連法と言われてきた。本学会が障害法という概念を持ち出したのは、障害者権利条約に明確に表れているパラダイムの変換—障害の社会モデル化—に伴うものであり、それは人権モデル化と結びついている。そこに大きな転機があり、様々な実定法を障害法の枠組みで切り取ることができる可能性がある。

そのような観点からすれば、川島会員の言及した「伝統的障害法」という概念には疑問があり、「障害法」は21世紀になってパラダイム転換にともなって登場した法に対する新しい見方であると思われる。障害法を転換したパラダイムで見直すという意味で、「伝統的障害法」という概念はありえなくはないが、そのような概念をもちいる意図が問題となる。特に、身体障害者福祉法や精神保健福祉法は、医学モデルを基礎としており、社会モデルを採用していないが、それらは現代障害法に含まれないのか問題となるのか、あるいは、克服されるべき古い法として研究対象になるのか問題となる。

【司会（森川会員）】

最後に「障害法とは何か？」を解答することによって、池原会員の指摘に応えていただきたい。

【河野会員】

池原会員の指摘に関して、伝統的障害法（川島会員）という概念に対するコメントに私も同感である。ただ、人間像が異なる前駆的なものを伝統的障害法と考え、新しい人間像を捉えたものに徐々に転換していく過程で現代的障害法が形成されるものとすれば、伝統的障害法と現代的障害法というのは理解可能な表現だと思う。

障害法は憲法にも民法にも刑法にも関係するものであるが、それら全てを障害法という概念で包括しようとするものではない。障害法学は障害のある人の完全な社会参加を求める立場から各法領域を検討するものであって、既存の学問の部分ごとに注文をつけ批判していく学問というだけではなく、そのような検討を通じて独自の領域としての障害法を形成していくべきであり、日本障害法学会はそれを目指すものであると考える。

【浅倉会員】

川島会員の指摘する「差別的意図」の問題に関して、意図的な悪意を持ちつつ性別や障害を明示しない間接的な基準によって当事者を排除するような行為に関

しては、三陽物産事件東京地裁判決（1994年6月16日）において、性別を理由とはしていない場合でも違法な行為であるとする判断が出されている。

また、機能障害がなくても障害法の対象になるのではないかという会場からの質問に関しては、例えば、顔面醜状は、機能障害ではないとしても、社会生活を阻害するものとして、十分に障害法の対象になると思われる。

最後に、障害法とは何かに関して、私は、「障害法」を独自の法領域として体系化することは今後の課題であるとしても、障害を対象とする法的課題は様々な法分野に存在しており、それらが共に智慧を絞って障害をめぐる課題に学際的に取り組むというメリットがあるのではないかと考えている。ただ、大学において「障害法学」の講座を設けるための独自の学問として成立させるには、体系化が必要であり、更なる議論が必要である。学会としては、実務家や当事者との協働も必要であり、可能性をもっていると思う。

【新井会員】

40年前に法哲学の書籍を出版したときに「法における人間」を深く考察した法哲学者の著作を翻訳した。その時以来、学問的に取り組みたいと考えているのは「私法と社会法」というテーマであり、ドイツでは盛んに研究されている問題である。現在は各論的な問題として成年後見に取り組んでいるが、そこでの研究を通じて、私法と社会法との関係に関して、更には障害の問題に関して、研究を進めるというアプローチを取っている。

今年9月にベルリンで世界大会が開催された際に、障害者権利委員会の主要メンバーであり、強硬な発言をすることで有名なデゲナー氏にお会いして、彼女の想定する法的人間像について質問したところ、古典的な民法を障害者にも適用すべきだという意外な答えが返ってきた。その辺りも含めて、今後研究したいと考えている。

【川島会員】

私が言及した「伝統的障害法」と「現代的障害法」について、たとえば「オセロ的」にイメージすると、「黒」が「伝統的障害法」の特徴である医学モデルだとすれば、過去にはオセロ盤の上は「黒」ばかりであった。その後、「現代的障害法」の特徴である社会モデルという「白」が登場し、特に障害者権利条約の成立によって「白」が急速に広まる様相になったという見立てである。戦後に日本国憲法が制定された後も、医学モデルが優勢の間は、オセロ盤の上は「黒」ばかりだったのである。

障害者の定義規定に関して言えば、ADAの経験からは、それをたんに形だけ社会モデルで考えたとしても障害者の法的保護の範囲は狭まることもある。社会モ

デルの観点から重要なのは、差別を受けているのに救済されない者を生み出す法解釈・法制度を社会的障壁の問題と捉えて、法的保護の範囲を広げる点についての知見を得ることにある。障害者の定義が、「機能障害」に形のうえで言及しているとしても、それは医学モデルとは別の話だと整理する必要がある。

【池原会員】

実務家として発言すると、障害分野の問題は当事者の運動や現場のアドボケイトの活動から発出された部分が多く存在している。合理的配慮の概念自体が、大学の先生が考えたものではなく、50-60年代の公民権運動から生成された概念であるといえる。ある意味では、「人権」などの概念もフランス革命などで登場したものが後に概念化されたものである。

本学会は若い学会であり実務家も多く所属している。現場で生成中の障害法がどうなっていくのかに注視したい。既に完成しているものを「ミネルバのふくろう」のように1日が終わった後で位置づけるのではなく、これから夜明けが来て様々な事象が動いていくことを更に合理的に構成していくことが望ましい。そのためには、研究者、実務家、障害当事者の協働作業が必要であり、その意味でも本学会のさらなる発展を期待したい。

情報へのアクセスに対する社会的障壁と著作権制度

佐藤 豊（山形大学）

- I はじめに
- II 情報へのアクセスに関する著作権法の制度
- III 情報へのアクセスに関する現行の権利制限規定の問題点
- IV 問題点に対する解釈論による解決策
- V 問題の解決に必要な立法論

I はじめに

わたしたちが、読みものや映画などのコンテンツを楽しんだり、新聞や雑誌、ウェブ・ページなどから日々の情報を得たり、あるいは専門書を読んで勉強したりしようとするれば、当然その内容をうけとることができなければならない。

しかし、わからない言語が使われていたり、書かれたり表示されたりする文字を読むことができなかつたり、音を聞くことができなかつたり、自分で本のページをめくることができなかつたりすれば、コンテンツを楽しむことも、日々の情報を得ることも、勉強することもできない。

このような場合には、読みものや映画、新聞や雑誌、ウェブ・ページなどに手をくわえれば、内容をうけとることができるようになる。たとえば、わかる言語に翻訳をすれば、元の言語がわからなくても内容を理解できるようになり、本を点訳すれば、見えない人が本を読んで楽しんだり勉強したりできるようになり、映画の音声の字幕をつければ、聞こえない人が映画を楽しめるようになり、紙の本を電子化して自動的にページ送りができるようにすれば、体を自由に動かせない人でも本を楽しめるようになる。

ところが、内容をうけとれるようにするために何かしら手をくわえることが、著作権と抵触することがある。

というのは、著作権法は、著作者に無断で行えば著作権侵害となる行為（「法定の利用行為」といわれる）を規定しており、内容をうけとることができるようにするための行為が、そうした規定と抵触する場合がある。たとえば、ある言語を他の言語へ翻訳する行為¹や、読み聞かせ²、点訳、本をめくれない者のために紙の本をスキャンして電子デバイスに取り込む行為、翻訳の成果を紙などに書くこと、文字を音声に起こしたものの録音、音声を手話にしたものの録画、音声を字

幕に起こしたものの動画ファイルの字幕トラックへの挿入³は、いずれも法定の利用行為にあたる。

もちろん、情報へのアクセスを確保するためのこれらの行為が法定の利用行為にあたるからといって、直ちに情報へのアクセスが完全に絶たれてしまうわけではない。権利者に許諾を得れば良い、ということにはなる。

ただ、権利者が誰であるかがわからなかったり、誰かわかったとしてもどこにいるのかを突き止めることができなかったりすれば、そもそも許諾を得ることはできない。また、権利者と交渉をすることができたとしても、許諾の対価が高く支払うことができなかったり、そもそも許諾を拒否されてしまったりすることもある。これらのようなことが起きれば、情報へのアクセスが遮断されてしまうことになる。これはまさに、著作権が存在すること自体が、情報へのアクセスに対する社会的障壁となりうることを意味する。

このような事態を避けるためには、情報へのアクセスを確保するための行為に対する権利行使を制限する必要がある。

すでに、現行の日本の著作権法においても、情報へのアクセスの確保を目的とする権利制限規定は存在している。ただ、これまでの著作権法学界においては、情報へのアクセスを確保するための行為と著作権法との関係に関する総合的な議論が十分になされてきたとは言い難く、議論の蓄積はあまりない⁴。

本稿は、障害法学界に向けた一提言として、情報へのアクセスと日本の著作権法の関係を論ずることを目的とする。そのため、問題の所在を明らかにするために、まずは現行の日本の著作権法における権利制限規定のうち、情報へのアクセスを確保する役割を果たしているものを抽出して紹介する。次いで、現行の制度のもとで生じている問題点を指摘する。そして最後に、問題点の解決策の試論を示すこととしたい。

II 情報へのアクセスに関する著作権法の制度

著作権法が、法定の利用行為を著作者に無断で行わせないように規定していることは、すなわち著作権が私人の行動の自由を制約することを意味する⁵。

現行の日本の著作権法は、30条以下で著作権の制限や例外の対象となる行為を限定的に列挙している。

著作権の制限や例外については、すでに様々な分類が提案されている⁶。本稿では、情報へのアクセスと著作権制度の関係を検討する関係上、さしあたり、日本の著作権の制限規定のうち、情報へのアクセスの確保を目的とするものにくわ

え、私人の行動の自由を確保することを目的とするものについても抽出して指摘しておく。私人の行動の自由が確保されれば、自ら情報へのアクセスの確保のためにする行為が制約されずに済むからである。

私人の行動の自由を確保することを目的とする権利制限規定として、私的使用のための複製についての 30 条や私的使用のための翻訳・変形・翻案についての 43 条 1 号、非営利かつ無償での公の演奏等についての 38 条が挙げられる。

これらの規定は、私人が自ら情報のアクセスを確保するためになす行為について当然及ぶことになる。したがって、情報へのアクセスを欲する本人自身のみが自ら使用するために行うことであれば、それがどのような行為にせよ、多くの場合は、日本の現行の著作権制度のもとでも現実的な著作権による制約は生じにくい。なぜなら、情報へのアクセスを欲する者が自ら使用することのみを目的として「自分で行うこと」(例:複製(著作権法 2 条 1 項 15 号)や翻訳、翻案)であれば、ほとんどの場合、30 条や 43 条 1 項により著作権が制限され、法定の利用行為との抵触は問題とならないからである。

現行の制度において問題となるのは、情報へのアクセスを欲する本人以外の者が何らかの行為をなした場合である。30 条や 43 条 1 項は、「使用する者」自身が複製(や翻訳、変形、翻案)を行うことを権利制限の要件としているために、本人以外の者が複製を行った場合には文言上適用がない。

そもそも、情報へのアクセスを確保するために何らかの手段を講じる必要のある者の殆どは、実際には自らそうした手段を講じることができない状況にある。聞こえない人が自ら音声をテキスト起こししたり、見えない人が自ら文字を音声起こししたりすることは、音声認識や読み上げの機能をもつ何らかのデバイスなどを用いれば可能かもしれないが、そうでない限り非現実的である。

従って、情報へのアクセスを欲する本人以外の者による行為、たとえば手話通訳者や音声ガイド作成サービスの提供者、教育現場におけるノートテイク、職務として字幕付与を担当する者やボランティアなどによる行為などについて、何らかの著作権の制限や例外の対象としなければ、十分に情報へのアクセスを確保することにはならない。

現行の日本の著作権法の制限規定のうち、情報へのアクセスの確保に着目したものといえるのは、37 条 1 項の点字または電子点字による複製や電子点字データのアップロードを無許諾で行うことができるとするもの、37 条 3 項の「専ら」視覚障害者等が使用するためにのみ行われる録音図書等による複製等について定められた者のみが無許諾で行えるとするもの、37 条の 2 の「専ら」聴覚障害者等

が使用するためにのみ行われる字幕付与等による複製等について定められた者のみが無許諾で行えるとするもの、38条の非営利かつ無償で行われる著作物の不特定又は特定多数に向けた上演、演奏、口述、著作物の複製物の非営利かつ無償での不特定又は特定多数に向けた貸出を無許諾で行えるとするもの等である。また、非営利の教育機関における複製については、35条により教育を担当する者および授業を受ける者が授業で使用することを目的とする複製についても無許諾で行えるとされる。

これらの規定で可能となるのは、たとえば、以下に挙げる行為である。

まず、公共図書館で行われる読み聞かせである。読み聞かせは、文字を独力で読むことのできない者が本を楽しむ機会となる。この読み聞かせについては、それが営利を目的とせず読み聞かせを楽しむ者から対価を徴収せず、読み聞かせをする者がそれ自体に対する報酬を得ていない限り⁷、読み聞かせに参加する者がどんな者であっても著作権者の許諾は不要である(38条1項)。

また、非営利の学校であれば、授業を担当する者が作成した録音図書の録音物を配布資料としたり、授業を担当する者が音声起こしした文字の資料を配布資料としたりすることができる(35条)。

さらに、点字図書館で貸し出すための点字を作成したり、電子点字データのデータをウェブで公開したりすることも、それを誰が行う場合であれ、著作権者の許諾は必要ない(37条1項及び2項)。点字や電子点字を作製する際の別の言語への翻訳についても、その翻訳がこれらの複製のためにのみ行われるかぎり、その先後を問うこと無く(文字等から点字等を作製した後で、作製された点字等から翻訳行為を行うか、あるいは文字等の状態のまま翻訳行為を行った後、その翻訳(行為により生じた複製物)を参照して点字等を作製するかを問わず)、その翻訳行為についても著作権者の許諾は不要となる(43条2項)⁸。

そのうえ、公共図書館などが視覚障害者や読字障害者だけに貸し出すために、所蔵する書籍の録音図書やDAISYファイル等の作成することについても、著作権者や著作権者から許諾を得た者(例：出版社)からそのようなものが提供されていないなどの一定の要件を充たしていれば、許諾なしに行える(37条3項)。

くわえて、公共図書館などが聴覚障害者だけに貸し出すために、所蔵する音声資料の音声起こしを作成したり、聴覚障害者だけに貸し出すために所蔵する映像コンテンツに字幕などを付したりすることについても、著作権者や著作権者から許諾を得た者からそのようなものが提供されていないなどの一定の要件を充たせば、許諾は不要である(37条の2)。

しかし、これらの情報へのアクセスの確保に関する現行の日本の著作権法の制限規定には、多くの問題がある。

III 情報へのアクセスに関する現行の権利制限規定の問題点

これまで紹介した日本の著作権法の権利制限規定には、少なくとも以下の三つの問題点がある。第一の問題点として、権利制限が適用される対象となる者があまりに細かく規定されすぎているために、障害当事者本人以外の者で、現実に権利制限の適用を必要とする者が、その対象から漏れていることがある。第二に、現行の権利制限規定が対象となる障害種別を視覚・読字障害と聴覚障害に限っているために、その他の障害により情報へのアクセスに制約のある者への対応が不十分となっている。第三の問題点として、権利制限により作成された複製物を利用できる範囲が狭すぎることである。現行の権利制限規定は、障害当事者のみが使うことを目的とする複製物の作成が対象となっているために、障害のある者とそうでない者が、共にそのようにして作成された複製物を使用することは認められていない。このことは、著作権が障害当事者とそうでない者との障壁になり、障害当事者の真の社会参加の妨げとなっている。

以下では、これらの問題点について論ずる。

1 情報へのアクセスを欲する当人以外の者の行為の法的な評価

大学等の講義におけるノートテイクを例に説明してみよう。大学等の講義に参加し講義内容をノートにとる行為は、多くの場合、著作物である講義を翻案した上で複製する行為にあたる⁹。そのような行為を講義の受講者自身が行うのであれば、複製については著作権法 30 条の私的複製に該当し、ノートにとる前段階での翻案についても 43 条が適用され、複製権や翻案権の侵害とはならないことになる。ところが、著作権法 30 条では、「その使用する者」自身が複製を行うことが文言上要件とされており、聴覚に障害を持つ者や肢体に障害を持つ者に代わってアルバイト学生やボランティアが講義のノートをとった場合、外形上は「その使用する者」による複製ではないため 30 条が適用されず、その結果、翻案についても 43 条の適用がされない可能性がある。

また、聴覚に障害を持つ受講者のために、大学等の講義において上映される映像コンテンツ¹⁰について、その音声トラックの文字起こしを大学が組織的に行う場合にも、同様の問題が生じうる。教育のための複製等についての権利制限を定める著作権法 35 条は、教育を担当する者が授業を受ける者自身が複製を行うことを要件とするために、この場合に 35 条の適用がされない余地が生じる。

さらに、録音図書や DAISY ファイルの作成 (37 条 3 項) や、音声トラックの字幕おこしの作成 (37 条の 2) などについては、著作権法が、情報へのアクセスを欲する当人以外が行う場合に著作権者の許諾が不要となるための要件を厳格に定めている¹¹ ために、誰もが自由になしうるわけではない。

国際条約では、情報へのアクセスを欲する当人以外の者による行為についても、権利制限の対象とすべき旨を定めるものがある。

「視覚障害者等の発行された著作物へのアクセスを促進するためのマラケシュ条約」(以下、「マラケシュ条約」という)は、視覚障害や読字障害等により文字等による著作物の享受が困難な者 (Print Disabled) の著作物へのアクセスを確保することを目的として、著作権法に制限規定等を設けるべきことを定めるものである。これは、書籍その他の発行された著作物について、視覚障害や読字障害を持つ者が利用しやすい形式 (Accessible Format) の複製物の作成や流通 (国内外を問わない) を促進することを意図したものである。同条約は、2013 年 6 月に採択され、20 カ国の加入書又は批准書の WIPO への寄託を得て 2016 年 9 月 30 日に発効した。日本は最終文書には署名を行ったものの、条約には署名を行っていない¹²。

マラケシュ条約では、情報へのアクセスを欲する当人以外に権利制限の対象となる行為主体として、当人の個人的利用のために行う場合の当人の代理人 (多くの場合は介護者)、教育、教育訓練、アダプティブ・リーディングまたは情報アクセス手段を、受益者 (視覚障害者、知覚若しくは読字に関する障害を持つ者、身体障害により、書籍を保持すること、操作すること、眼の焦点を合わせることに、または目を動かすことの出来ない者) に対して非営利で提供することを政府に許諾又は認定されている機関 (Authorized Entity) が定められている¹³。

しかし、マラケシュ条約は Authorized Entity に成り代わって物理的に行為を為す者の範囲を明確にしているわけではないため、厚意のボランティアによる行為を権利制限の対象としないことが、直ちに条約違反となることはない。他方で、著作権法 30 条の行為主体を柔軟に解釈せず当人の代理人の行為について同条の適用を排除するのであれば、新たな権利制限を設けない限り同条約に反する帰結となりうる。

2 権利制限の対象とされる障害種別¹⁴が過度に限定されていること

また、別の問題としては、これらの権利制限の対象となる障害の範囲があまりに狭すぎるということを指摘できる。文字を録音図書として複製したり書籍の文字や挿絵を立体化して複製したりすること等に関する制限規定である 37 条 3 項は専ら「視覚による表現の認識に障害のある者¹⁵」の用に供することが要件とさ

れている。また、音声トラックを文字化して複製すること等に関する制限規定である 37 条の 2 は専ら「聴覚による表現の認識に障害のある者」の用に供することが要件とされている。

しかし、情報のアクセスのために何らかの措置が必要な者は、なにも「視覚による表現の認識に障害のある者」や「聴覚による表現の認識に障害のある者」に限られない。「肢体の障害」のために本をめくることが困難であるなど、情報へのアクセスのために何らかの措置が必要な者が抱える事情は多種多様である。

現に、マラケシュ条約は、視覚障害や読字障害にくわえ、四肢の障害等を持つ者もその対象としており、権利制限の対象を拡大することは、条約においても要請されている。立法の現場においても、同条約への加入には 37 条 3 項の対象となる障害種別に、読字に支障のある者を加えるための規定の整備が必要であると認識されている¹⁶ものの、条約の加入に必要な程度で、対象となる障害種別を拡張すべきとの認識があるに止まる。

3 権利制限の適用により作成された複製物の利用範囲が過度に狭小であること

著作権法 37 条 3 項の適用を受けて「視覚障害者等の福祉に関する事業を行う者」により作成された複製物や、37 条の 2 第 1 号の適用を受けて「聴覚障害者等の福祉に関する事業を行う者」により作成された複製物は、いずれも「専ら」当該障害者等の用に供するものであることが要件とされているために、当該障害者等以外の者とともに使用する場合、たとえば「聴覚障害者等の福祉に関する事業を行う者」が字幕を付した映像コンテンツを、聴こえない学生とそうでない学生の双方が受講する大学の講義において上演した場合、上演自体は大学の講義でなされるため 38 条が適用されることになるものの、その前段階での字幕を映像コンテンツに複製する行為は、映像コンテンツが「専ら」「聴覚障害者等の用に供する」ものではないために、37 条の 2 の適用外とされ、著作権侵害とされかねない。35 条は、授業を担当する者や受講者自身が複製を為すことが要件とされているため、授業を担当する者でない者が字幕付与を行う場合、授業の主体が「聴覚障害者等の福祉に関する事業を行う者」でなければ、37 条の 2 が適用されず、複製権侵害となる可能性がある。

このことは、障害により情報へのアクセスのために措置が必要な者とそうでない者とが、同じ環境でコンテンツを享受（例：一つの空間で一緒に字幕付きのコンテンツを視聴する）しようとしても、著作権がその妨げとなることを意味する。

権利制限の適用に作成された複製物の利用範囲について、マラケシュ条約では、権利制限の適用により作成された複製物を、他の「Authorized Entity」に譲渡し

たり、他国の「Authorized Entity」がその国の権利制限に基づいて作成した複製物を輸入したりする行為についても、権利制限の対象とすべきことを規定している(マラケシュ条約5条及び6条)。しかし、マラケシュ条約は、あくまで障害当事者が使用するためのもののみを規定の対象とするものであるために、障害当事者とそうでない者が共に複製物を使用することについては何も規定しておらず、この問題点は意識されていないといわざるをえない¹⁷。

IV 問題点に対する解釈論による解決策

これまでに掲げた、現行の著作権の制限に関する規定に内在する問題点に対して、解釈論での対応が全くできないわけではない。先に掲げた問題点ごとに指摘すると、以下のようになる。

1 情報へのアクセスを欲する当人以外の者の行為

大学等の講義におけるノートテイクの例に関連して、現行著作権法の立案者の見解がある。現行著作権法の立案者は、「(著作権法)第30条第1項の規定によって、障害者本人の行う私的使用目的の複製について、ボランティアがその手足として複製を行うことも可能でございます」と説明している¹⁸。

しかし、立案者の見解は、当然のことながら裁判所を拘束するものではない。現に裁判例では、複製物を物理的に「使用する者」以外の者による複製につき、30条の適用を否定したものがある¹⁹。

もっとも、この裁判例は、利用者を公衆から広く募った上で、利用者が所有する書籍等を一旦預かり、預かった書籍等を裁断してスキャンし、そのデータをその利用者に送信するとともに裁断済みの書籍等を返却していた事案であった。この事案では、利用者が自ら行っていたのでは到底為しえない、大量の複製を短時間で生じさせていたことからすれば、障害当事者に成り代わってボランティアが行う複製についてはこの裁判例の射程の外といえるかもしれない。そうはいつても、立案者は、あくまで無償でのボランティアが、厚意で小規模にノートテイクを行うことを想定していたのみであり、大学等が、組織的に有償でアルバイトを雇用してノートテイクを行わせる場合についてまで想定していたかは不分明である。したがって、未だ教育現場において業として行われるノートテイクについては30条や43条の適用があるかは定かではない。

また、大学等の講義において上映される映像コンテンツの音声トラックの文字起こしを、聴覚に障害を持つ受講者のために大学が組織的に行う場合の問題については、広く一般に私的領域における複製に対する禁止権行使を否定する30条

とは異なり、35条はもともとその適用場面が限定されており、さらに「授業を受ける者」を厳格に解釈すれば、事実上聴覚障害者が授業を受ける場合に35条の適用を受けられる場面を過度に狭めることになり、聴覚障害学生のために本人に成り代わって音声トラックの文字起こしを作成することを制限規定の対象としても、即複製物の大量作成を引き起こすわけでもない。したがって、35条の適用により、音声トラックの文字起こしを大学の職員等が学生本人に成り代わって作成したとしても複製権侵害とはならないと解釈できよう。

他方で、視覚障害や読字障害を持つ受講者に対する教育現場における対応については、聴覚に障害を持つ者に比べて、相対的に著作権法上のハードルは低いといえる。大学図書館を持つ大学においてその運営主体である国立大学法人や学校法人等に雇用される者や、学校図書館を備えた小中学校や高等学校の運営主体である市町村や学校法人等に雇用される者が、視覚障害や読字障害の学生等のみが用いるために、講義で示された文字の資料を読み上げて録音する行為については、37条3項の適用の余地があるからである。

37条3項は、図書館等の情報提供施設における録音図書等の作成を念頭に置いていたようである²⁰ものの、同項や政令の文言上、そういった情報提供施設を設置する法人が権利制限の対象の主体となるため、当該法人の行為であれば、情報提供施設における行為であることは要件とされないことになる。すなわち、大学図書館や学校図書館を備えてさえいれば、図書館外での行為についても主体が当該法人である限り、37条3項の適用があることになる²¹。したがって、講義において資料等が全て読み上げられた場合には、「権利者等により既に視覚障害者等が利用するために必要な形式による公衆への提供等が行われたもの」の複製となるため37条3項の適用の余地はないものの、多くの場合、講義において講師が受講者に話すことばと、講義において用いる教科書や投影資料、配布資料といったものは同一ではないため、37条3項の要件を充足する場合は少なくないだろう。

2 「権利制限の対象とされる障害種別」の解釈論による拡張

権利制限の対象とされる障害種別を解釈論で拡張することは、困難といわざるをえない。現行の37条3項や37条の2の文言が明確であることにくわえ、これらの条文が「専ら」「障害を持つ者の用に供することを目的とした」行為に対象を限定するのは、障害を持つ者が少数に止まることを前提に、これらの権利制限により生み出された複製物がそうした少数の者に対してのみ供されている限りは、多数を占める障害を持たない者に向けた著作物等の市場を侵食する程度が少ない、とのこれらの権利制限を正当化する消極的理由を裏付けるためだからである。し

たがって、解釈論で権利制限の対象とされる障害種別を拡張すれば、これらの権利制限を正当化する消極的理由を脅かすことになるため、解釈論ではなく、立法による何らかの政策決定を経た解決が必要となろう。

3 権利制限の適用により作成された複製物の利用範囲の解釈論による拡張

37条3項や37条の2が、「専ら」当該障害者等の用に供するものであることを要件とするのは、先に述べたように、障害を持つ者が少数に止まることを前提に、これらの権利制限により生み出された複製物が、そうした少数の者に対してのみ供されている限りは、多数を占める障害を持たない者に向けた著作物等の市場を侵食する程度が少ない、とのこれらの権利制限を正当化する消極的理由を裏付けるためである。したがって、解釈論での解決は困難であり、この点についても立法による解決が必要となろう。

V 問題の解決に必要な立法論

これまで述べたように、解釈論のみでは、いずれの問題点についても完全に解決させることは困難である。

1 第一の問題点についての立法論

第一の問題点である「情報へのアクセスを欲する当人以外の者の行為」に関する立法論としては、「行為者が誰であるか」ということを、権利制限の要件から外すべきと考える。権利制限規定の適用の要件として行為者を規定しようとしても、結局、この要件で権利者の利益を斟酌すると、一般人には理解不能な詳細かつ複雑な規定となる危険がある。

確かに、解釈論を用いれば、一定程度の問題の解決は可能である。しかし、このような解釈論を必要とする事自体が、やはり解釈論の結果として権利制限規定の適用があるかもしれないが、詳細かつ複雑な規定の解釈論を行わず、とりあえず情報へのアクセスを確保するための措置を諦めて侵害を回避しておこうとする、過度の萎縮効果をもたらすことになるとおもわれる。

それゆえ、「行為者が誰であるか」については要件とせず、権利者の利益と情報へのアクセスを欲する者の利益調整は、他の要件で行うこととすべきである。

2 第二の問題点についての立法論

第二の問題点である「権利制限の対象となる障害種別が過度に限定されていること」に関する立法論としては、権利制限の規定の仕方の問題として、そもそも障害種別に着目した規定手法から離れ、障害種別を限定すること無く、現象に着目した権利制限を設ける手法に改めるべきである。

このような手法に改めた場合であっても、必要となる措置が既に権利者から容易に利用な状態で提供されている場合には、権利制限の対象から外すことで、権利者の利益が害される事態は十分回避可能である。

3 第三の問題点についての立法論

第三の問題点である「権利制限の適用により作成された複製物の利用範囲が過度に狭小であること」に関する立法論としては、現行の制度が「専ら障害当事者の用に供するために」ということを要件とする方針からの転換が必要となる。先に述べたように、この要件がある限り、障害当事者とその他の者が同時にそうした複製物を用いることができない。

このような事態を解消するためには、障害当事者による利用とそうでないものの利用を区別することを前提とする規定手法から脱却する必要があるだろう。

4 まとめ

これらの問題点を生じる原因として、現行の日本の著作権法の権利制限規定が、『障害当事者』の利用は確保するけれども権利者の利益を害さないことは絶対条件である」との前提で規定されていることが挙げられよう。

この前提に立つことは、ベルヌ条約を始めとする諸条約²²において、国内法での著作権の例外や制限が、「一定の特別の場合」において、「著作物の通常の利用」と抵触せず、「著作者の利益を不当に害さない」ものであるべきことが規定されており、条約上の要請に応えるためには必要なことかもしれない。それがゆえに、情報へのアクセスに必要な措置を為す者、すなわち行為者の要件を詳細かつ複雑に規定したり（第一の問題点との関係）、権利制限の対象となる障害種別を絞り込んだり（第二の問題点との関係）、「専ら障害当事者の用に供する」ことが要件とされたり（第三の問題点との関係）しているのであろう。

しかし、だからといって、現行の規定のように、障害種別を絞り込んだり、情報へのアクセスに必要な措置を講ずる者を詳細に限定したり、障害当事者以外の者への還流が起らないよう「専ら障害当事者の用に供するために」という要件を付すことで、『障害当事者』の利用は確保するけれども、権利者の利益を害さないことは絶対条件である」との価値判断を実現させようとするのは、権利者からみて「障害当事者による著作物の利用は特別なもの」であって「著作物の通常の使用」の埒外であり、「障害当事者以外の著作物の利用は通常の使用である」との前時代的な発想に立つものといえるのではなかろうか。

情報へのアクセスの確保に必要な措置を権利者のコントロールを離れて自由に行わせることが、権利者の利益を害する結果となるとすれば、それを避ける手法は、

あくまで障害当事者による利用もそうでない者による利用も、等しく著作物の通常の利用であるとの前提に立つものでなければならない。

障害当事者の利用も、そうでない者の利用も、等しく「通常の利用」であるとの前提に立つのであれば、情報へのアクセスに必要な措置については、一律に自由とした上で、そのような措置を講じた者は補償金を著作権者に支払う枠組みを設けることで、権利者の利益を図る手法もあろう。しかし、この手法によれば、どうしても障害当事者が追加的な金銭の負担を余儀なくされる結果、金銭の負担を嫌って、障害当事者に対して十分な情報へのアクセスが確保されないことになりかねない。

したがって、権利者が情報へのアクセスに必要な措置を提供していない場合には、一律に情報へのアクセスに必要な措置を講じることについては自由としておき、そうした措置を自らのコントロール下に置きたい権利者には、自ら十分な情報へのアクセスの確保の手段を提供させる方策に軍配が上がるものとおもわれる。

¹ 著作権法 27 条の翻訳権と抵触する。なお、著作権法上の「翻訳」は、言語の著作物を言語体系の違う他の国語で表現しなおす行為をいう。したがって、音声で提供される著作物を手話にする行為や手話で提供される著作物を音声にする行為、文字で提供される著作物の点訳行為や点字で提供される著作物を文字化する行為は、著作権法上は「翻訳」ではなく（加戸守行『著作権法逐条講義』（著作権情報センター、2013年）49頁）、いずれも「複製」の一類型となる。

² 不特定の者や特定されていても多数の者に対する読み聞かせは口述権（著作権法 24 条）と抵触する。

³ いずれも著作権法 21 条の複製権と抵触する。

⁴ 個別の障害種別に応じた散発的な議論は、著作権法学界（踏み込んだ議論を行うものとして、渋谷達紀『著作権法』（中央経済社、2013年）286頁がある）のみならず、立法担当者や障害当事者により行われていた。しかし、著作権法学界での総合的な議論としては、佐藤豊「障害者の情報へのアクセス保障と著作権—日本の著作権制限規定におけるマラケシュ条約の位置づけ—」渋谷達紀教授追悼論文集編集委員会編『知的財産法研究の輪』（発明推進協会、2016年）637頁、得重貴史「障がい者のアクセシビリティと著作権—著作権法の権利制限規定の比較法的研究」渋谷達紀教授追悼論文集編集委員会編『知的財産法研究の輪』（発明推進協会、2016年）649頁があるに止まる。

⁵ 古典的な著作権法学界の考え方は、主として著作者の権利保護に重きをおいたものであり、私人の行動の自由や情報へのアクセスの確保は、あくまで著作者の利益に劣後するものとして扱われてきたきらいがある。そのことは、著作権制度の国際的なハーモナイズを図るベル

ヌ条約を始めとする諸条約において、著作権保護の最低水準を定め、しかも国内法で著作権の制限や例外を設ける場合に満たさなければならない基準すら設けている（ベルヌ条約9条(2)は、「一定の特別の場合」において、「著作物の通常の利用」と抵触せず、「著作者の利益を不当に害さない複製」について、国内法における著作権の制限や例外を置くことを認めている（「スリーステップテスト」と呼ばれる）。）ことにあらわれている。

⁶ 著作物の本来的利用に該当せず、権利者の利益を通常害さないと評価できる行為類型、著作物の本来的利用には該当せず、権利者に及び得る不利益が軽微な行為類型、公益的政策実現のために著作物の利用の促進が期待される行為類型（視覚障害者や聴覚障害者の便宜のための制限規定を一括して「障害者関係」として把握した上でこの類型に入れ込んでいる）の三類型が立法の現場では提案されている（文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会新たな次代のニーズに的確に対応した制度等の整備に関するワーキングチーム『新たな次代のニーズに的確に対応した権利制限規定の在り方等に関する報告書』（2017年）27頁）。しかし、本稿の問題意識とは異なり、情報へのアクセスの確保について踏み込むことなく、単に「公益的政策」として位置づけるに止まる。

⁷ 読み聞かせを担当する者が、図書館などに勤務することで得ている給与等については、図書館などの業務に従事することの対価であり、読み聞かせの有無にかかわらず支払われるものである。したがって、給与等は「読み聞かせ」自体の報酬と評価すべきではなく、38条1項の該当性に影響を与えるものではない。

⁸ 点訳等を作成する者が、自ら作成した翻訳から点訳を作成する場合、点訳のもととなる翻訳行為についても43条2項により権利制限の対象とされている。問題となるのは、点訳を行う者（すなわち点字により複製を行う者）と、点字化されたものを別言語の点字に翻訳して複製する者や点訳の前段階で翻訳を行う者が別の者である場合である。37条と43条2項は、点訳を行う者と翻訳を行う者が同一でなければならないか否かは明確にしていない。

翻訳行為により生じる複製（翻訳作業の過程においてあるいは翻訳作業の結果、翻訳されたものをノートやパソコンの記録媒体等に記載する行為は、翻訳ではなく複製となる（著作権法2条1項15号））について、当該複製物が、点字による複製や電子点字データによる複製にのみ用いられる場合には、37条を拡張して解釈し、翻訳行為の過程での複製についても主体を問わず一律に複製権侵害から除外されると解すべきである。このように解釈しなければ、37条の適用があるのは、外国語を点訳する際は、点字の作成の能力と当該外国語の能力の双方を備えた同一人のみが点訳をする場合に限られることになる。しかし、そのような過度な要件を課さねばならない積極的理由は見当たらない。そもそも37条は、点字や電子点字による複製物が作成されたとしても、著作者の利益に与える影響は僅少であるとの消極的理由と、点字や電子点字による情報のアクセスを促進するという積極的理由のもとに設けられたものであり、この理は、点訳等に際しての翻訳が点訳等にのみ用いられる限りは、翻訳を誰が行ったところで変わることはない。そのような過度な要件を課すことで、せっかく主体を問わず点字による複製や電子点字データによる複製に際して翻訳を認めている43条2項が空文化され、37条共々その趣旨が没却されかねない。むしろ、点訳の能力の有無にかかわらず、他用途に流用をしないことを要件として、外国語を解する者が広く翻訳を作成するこ

とを許容した上で、別途点訳の能力のある者にも点字や電子点字を作成することを許容する
ほうが、情報のアクセスに資する帰結となろう。

他方で、点字による複製や電子点字化以外の行為に翻訳の複製物が流用された場合、翻訳
行為の過程での複製は複製権侵害となり、元の翻訳行為についても43条2号の適用が除外
され、翻訳権侵害となるといわざるをえないだろう。

⁹ 多くの場合、大学等での講義をノートに取る際は、講師が話した言葉や、スライド・黒板等
に書いた言葉を一言一句そのままノートなどに書き写すのではなく、受講者なりに内容をま
とめてノートをとることから、講義で話されたり書かれたりした言葉を翻案したうえで、翻
案したものをノートに複製することになる。したがって、講義でノートを取る行為は、厳密
には講義での言葉を翻案したうえで複製する行為ということになる。

¹⁰ 授業料等を徴収する大学が徴収する授業料等が、同条にいう「著作物の…提示に対する対価」
にあたらないとする見解として、半田正夫＝松田正行(編)『著作権法コンメンタル 2[23
条～90条の3]』(勁草書房、2009年)318頁[本山雅弘執筆部分]。

¹¹ あまりに詳細で厳格な規定の例として、著作権法37条3項や37条の2の権利制限の適用
を受けられる対象に関するものがある。

37条3項や37条の2の「視覚による表現の認識に障害のある者の福祉に関する事業を
行う者」あるいは「聴覚による表現の認識に障害のある者の福祉に関する事業を行う者」(平
成21年の著作権法改正以前は、「…事業を行う施設」とされていた。現行法の文言は、そ
のような事業を行う自然人または法人を指すものと解される。)であって政令で定めるもの、
との規定から、一見してどのような者が適用を受けることになるのかを把握することは、通
常人には至難の業と言っても過言ではないだろう。ここでは整理したものを示しておきたい。

37条3項の適用がある行為主体は、(1)国(国会法130条及び国立国会図書館法1条により、
国が国会に国立国会図書館を設置していることによる。)、(2)すべての地方公共団体(すべ
ての都道府県が高等学校を設置しており、学校図書館法3条により高等学校には学校図書館
の設置が義務付けられていることによる。また、市町村については学校教育法38条、49条
により小学校及び中学校の設置が義務付けられ、学校図書館法3条により小学校、中学校に
は学校図書館を設置することが義務付けられていることによる。)、(3)大学図書館を設置す
る者(国立大学法人、公立大学法人及び学校法人など)、(4)司書等が置かれている図書館を
設置する地方公共団体、公益社団法人または公益財団法人、(5)障害者入所施設や児童発達
支援センター、視聴覚障害者情報提供施設、障害者支援施設や障害福祉事業を行う施設を設
置する一般社団法人等、(6)養護老人ホームや特別養護老人ホームを設置する法人または自
然人、(7)その他視覚障害者等のために情報を提供する事業を行う法人のうち文化庁長官が
指定する法人、ということになる。

また、37条の2第1号の適用がされ、音声の文字化などによる複製や自動公衆送信が認
められるのは、(1)視聴覚障害者情報提供施設を設置する地方公共団体(都道府県や都道府
県知事に届け出をなした市町村(身体障害者福祉法28条1項、2項)。身体障害者福祉法で
は、国は視聴覚障害者情報提供施設を設置することとされていない。)または一般社団法人
等(視聴覚障害者情報提供施設を経営する事業は社会福祉法2条3項の「第二種福祉事業」

に該当するため、同法 69 条に基づき都道府県知事への届出が必要とされるものの、国や地方公共団体ではない者についても視聴覚障害者情報提供施設を設置することができる。）、(2) その他聴覚障害者等のために情報を提供する事業を行う法人のうち、文化庁長官が指定するものである。

さらに、37 条の 2 第 2 号が適用され、専ら聴覚障害者向けに貸し出すための複製物の作成が認められるのは、(1) 大学図書館を設置する者（国立大学法人、公立大学法人及び学校法人など）、(2) 視聴覚障害者情報提供施設を設置する地方公共団体（都道府県や都道府県知事に届け出をなした市町村（身体障害者福祉法 28 条 1 項、2 項）。身体障害者福祉法では、国は視聴覚障害者情報提供施設を設置することとされていない。）または一般社団法人等（視聴覚障害者情報提供施設を営む事業は社会福祉法 2 条 3 項の「第二種福祉事業」に該当するため、同法 69 条に基づき都道府県知事への届出が必要とされるものの、国や地方公共団体ではない者についても視聴覚障害者情報提供施設を設置することができる。）、(3) 司書等が置かれている図書館を設置する地方公共団体、公益社団法人または公益財団法人、(4) 学校図書館を設置する者、(5) その他聴覚障害者等のために情報を提供する事業を行う法人のうち、文化庁長官が指定するものということになる。

¹² 平成 25 年（2013 年）4 月から設置されている文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会において、平成 26 年 3 月から平成 27 年 2 月までの期間に、マラケシュ条約への対応等について検討がなされた。同委員会では、条約締結に必要な対応に比べ、障害者団体から示された要望等を踏まえ、障害者団体と権利者団体の意見集約に向けた作業がなされてきた（文化審議会著作権分科会「平成 29 年文化審議会著作権分科会報告書」、http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2904_shingi_hokokusho.pdf、1 頁（2017 年 8 月 28 日閲覧）。この報告書は、文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会が平成 29 年 4 月に取りまとめた「法制・基本問題小委員会報告書」をうけて、同委員会の上部組織である文化審議会著作権分科会が取りまとめたものである）。

¹³ マラケシュ条約 2 条 (c)。詳細につき、佐藤前掲注 643 頁。

¹⁴ 「障害種別」との語につき、内閣府、「2. 障害種別の職種」同『平成 25 年版 障害白書』、http://www8.cao.go.jp/shougai/whitepaper/h25hakusho/zenbun/h1_01_04_02.html、（2017 年 8 月 23 日閲覧）による。

¹⁵ 37 条 3 項にいう「視覚障害者等」は、「視覚障害者その他視覚による表現の認識に障害のある者」とされている。これに視覚障害者や識字障害、読字障害、色覚障害をもつ者が含まれることは、現行の 37 条 3 項となった平成 21 年著作権法改正に先駆けて文化審議会著作権分科会が平成 21 年にまとめた報告書（文化審議会著作権分科会「平成 21 年文化審議会著作権分科会報告書」、http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2101_shingi_hokokusho.pdf、48 頁（2017 年 8 月 28 日閲覧））や同年改正の立案担当者による解説（池村聡『著作権法コンメンタル別冊平成 21 年改正解説』（勁草書房、2010 年）30 頁）において明らかにされている。

しかしながら、視覚による表現の認識自体には障害はないものの、肢体が不自由であるためにページをめくることができない等の理由で視覚著作物を利用できない者は 37 条 3 項に

いう「視覚障害等」には含まれないといわざるをえず、そうした者は37条3項の適用をうけることができない(池村前掲注30頁)。

¹⁶ 文化庁前掲注平成29年報告書113頁。

¹⁷ もっとも、障害者団体から権利者団体に対し、37条3項により作成された録音図書等のデータについて、障害当事者のみに向けられる図書館等によるメール配信サービスにより送信することを権利制限の対象とすべき旨の主張を障害者団体から行う際に、「送信の対象は…受益者に限られており、健常者への送信は法の範囲を超えるものなので、そうしたことが起きないよう普及・啓発を図っていきたい」との意見が示されており(文化庁前掲注平成29年報告書113頁)、障害当事者の側の問題意識と本稿の問題意識は、必ずしも一致していない。

¹⁸ 加戸前掲注293頁。

¹⁹ 知財高判平成26・10・22平成25(ネ)10089[ドライブレッジジャパン控訴審]。同判決は、依頼者から預かった書籍等をスキャンし、依頼者にスキャンデータを提供するとともに、当該書籍等は返却するサービス(いわゆる「自炊代行サービス」)の提供者につき、書籍等のスキャンが複製に該当することを前提に、当該複製を物理的に為す者がサービス提供者であること等を斟酌して、著作権法30条の適用を否定した。

²⁰ 平成21年の著作権法改正以前は、視覚障害者の福祉の増進を目的とする「施設」のみが対象であった。

²¹ 一方、聴覚著作物についての文字等による複製等の権利制限の対象の主体は、37条3項とは異なり、視聴覚障害者情報提供施設を設置する地方公共団体または一般社団法人等か文化庁長官が指定する者のみとされているため、大学図書館や学校図書館を備えた国立大学法人や学校法人等は対象とならない。国立大学法人や学校法人等が対象となるのは、「専ら聴覚障害者等への貸出を目的とした字幕のデータを付与する等した複製物の作成」のみであり、ノートテイクには対象が及ばないと解さざるを得ない。

²² 著作権に関するものとして、ベルヌ条約9条(2)、TRIPS協定13条、WIPO著作権条約10条。

合理的配慮に「配転」は含まれるのか？

ーアメリカ ADA の判例をもとに課題と可能性を考える

西田 玲子

- I はじめに
- II ADA の下での合理的配慮と「空席への配転」
- III ADA の下での「空席への配転」にかかる裁判
- IV ADA における平等概念と合理的配慮ー「空席への配転」にかかる本稿の分析と解釈
- V ADA の「空席への配転」から得られる日本への示唆

I はじめに

日本では、2013 年に障害者雇用促進法（以下、「促進法」という）が改正され、差別禁止規定と合理的配慮の提供義務が導入された（2016 年 4 月 1 日施行¹⁾。特に、合理的配慮概念は、障害者権利条約の批准に向けた国内法整備の中で、初めて日本の法律に取り入れられたものであり²⁾、いまでも、その具体的内容を明らかにする研究がなされている³⁾。そのような中で、本稿は、雇用分野における合理的配慮に着目し、「配転」は合理的配慮義務として求められるのか、また、それが肯定される場合の課題や可能性について検討する。

促進法では、募集・採用時（36 条の 2）と採用後（36 条の 3）でそれぞれ合理的配慮規定が設けられている。促進法 36 条の 5 に基づき作成された合理的配慮にかかる指針⁴⁾（以下、「配慮指針」という）によると、採用後の合理的配慮は「職務の円滑な遂行に必要な措置」であるため（第 4 の 1(2)）、中途障害により配慮をしても重要な職務の遂行に支障をきたすと判断される場合、当該職務の遂行を継続させることは合理的配慮に当たらないとされる（第 4 の 1(2) ロ）。ただし、その場合でも、別の職務に就かせるなど、個々の職場の状況に応じた他の合理的配慮を検討することが求められる（同上）。配慮指針で、配転を合理的配慮として捉える可能性が示されているのは、当該例示に限られる。ただ、これは、一般労働法⁵⁾の解雇回避努力の考え方を踏襲しているとみられ、特に新しい考え方が示されているわけではない⁶⁾。

日本の職務無限定の雇用管理の下では、基本的に使用者主導で配転が行われている。一般労働法では、使用者に対して、事業の都合に応じた比較的柔軟な配転

権の行使を認める代わり、安易な解雇権の行使を制限している（労契法16条）。解雇回避措置として配転が行われることもあり、特に職務無限定の労働契約を締結している労働者に対し、別の職務への現実的配置可能性があるにもかかわらずなされた解雇は無効と判断されることもある⁷。

これらを踏まえると、合理的配慮の枠組みで検討、実施される配転も、障害のある労働者の雇用維持として機能するものが予定されているようにみえる⁸。

そこで、合理的配慮としての配転について示唆を得るため、本稿では、アメリカでの「空席への配転」をめぐる議論について検討、分析を加える⁹。障害のあるアメリカ人法 (Americans with Disabilities Act of 1990) (以下「ADA」という) では、雇用分野における合理的配慮の一つとして「空席への配転」が明示されている。アメリカでは、一般的に職務限定の雇用管理が行われている中で、合理的配慮として、どのような配転が求められているのか、また、配転を講じる上でどのような法律問題が生じ、裁判で争われてきたのかを確認し、問題の分析を行う。

II ADAの下での合理的配慮と「空席への配転」

ADAの下では、障害のある労働者が、合理的配慮として「空席への配転」を要求することができる。以下では、アメリカの労働環境における「配転」の状況と、ADAの合理的配慮義務として「空席への配転」がどのように位置づけられているのかを確認する。また、アメリカでは、障害のある個人に対して異なる取扱いを求める合理的配慮を、差別禁止の視点からどのように解釈してきたのかについても確認する。

I アメリカの労働環境と配転

アメリカでは、労働契約上、職務が明確になっていることが一般的で、職務ベースの雇用管理が行われていることが多い。先任権制度¹⁰が存在する場合、労働者が先任権を行使して別のポストを得たり、また、社内公募で応募したりすることはあるものの、日本のような使用者主導で行われる配転は一般的ではない。

また、アメリカでは、基本的に使用者の裁量で労働者をいつでも、どのような理由でも解雇できる解雇自由原則がある¹¹。実際には、雇用差別禁止法の発展により、合理的な理由のない解雇は難しくなったとはいえ、原則として、労働協約等の適用を受けない労働者に関しては、人種、性別、年齢や障害など、差別禁止事由に該当しない限り、解雇は自由に行えるとされている¹²。このような解雇自由原則があるため、アメリカでは、労働者を解雇する前に、別の職務に就かせるといった解雇回避措置が使用者に求められるわけではない。一方、ADAでは「空

席への配転」が合理的配慮の一つとされているため、使用者は、障害のある労働者に対し、義務として配転を行わなければならない場合がある。

2 ADA と合理的配慮義務

ADA は、公民権法第 7 編 (Title 7 of the Civil Rights Act of 1964) をはじめとする一連の雇用差別禁止法の一つとして、1990 年に制定、1992 年に施行された。アメリカでは、1973 年にリハビリテーション法 (Rehabilitation Act of 1973) (以下、「リハ法」という) が制定され、同法 § 504 (29 U.S.C. § 794) ¹³ では、連邦政府より財政的支援を受けている機関を対象に、障害のある個人に対する差別を禁止している。ADA の差別禁止規定の多くは、このリハ法 § 504 を参考にして作られている ¹⁴。ADA は、民間の事業者も適用対象となることから、法律で不当な障害差別が禁止され、就職を希望する障害者が一般の労働市場で雇用機会を得られるようになると期待された (§ 12101(a)(7)) ¹⁵。

ADA では、法の適用を受ける団体 ¹⁶ に対し、障害のある個人への合理的配慮の提供を義務づけている (§ 12112(b)(5)(A))。過重な負担でないのに、適格性を有する個人に合理的配慮を提供しないことは差別を構成する (同条)。なお、合理的配慮の必要を理由に応募者や労働者に雇用機会を与えないことも障害に基づく差別となる (同条 (b)(5)(B))。雇用機会均等委員会 (Equal Employment Opportunity Commission) (以下、「EEOC」という) ¹⁷ は、合理的配慮の提供を、障害のある個人が直面する差別の性質ゆえに、基本的な法的義務であるとしている ¹⁸。

ADA の合理的配慮規定 (§ 12111(9)) では、従業員が使用している既存の施設を、個人にもアクセスしやすくそして使用可能なものにすること (同条 (9)(A))、職務の再編成、パートタイム化、修正された勤務スケジュール、空席への配転、機器や装置の購入・変更、訓練資料や訓練方針の適切な調整や変更、資格をもつ朗読者もしくは手話通訳者の提供、及び、その他同様の配慮が含まれるとしている (同条 (9)(B)) ¹⁹。このように例示列举の形で、空席への配転が含まれている。

この合理的配慮規定も、リハ法 § 504 にかかる連邦規則 (29 C.F.R. § 1613.704²⁰) の規定をモデルに作られている。しかし、ADA では、「空席への配転」を合理的配慮規定に列举し、明文化した点で、リハ法とは異なっている ²¹。議会は、「空席への配転」について、障害のある労働者の失業を防ぐための手段であると同時に、使用者にとっても貴重な労働者を失うことを回避するための手段としている ²²。したがって、空席への配転は、合理的配慮の中でも最終手段として位置づけられており、あらゆる合理的配慮を考慮しても、現在就いているポストで必要

な本質的職務機能を遂行できなくなった労働者に対する配慮と考えられている²³。

なお、ADA では、合理的配慮を採用時と採用後で分けて規定しているわけではないが、「空席への配転」は、採用時の合理的配慮として、特定のポストに応募している個人が要求できるものではない (29 C.F.R. pt. 1630 app. § 1630.2(o))。

リハ法の連邦規則では、合理的配慮規定に「空席への配転」が明示されていないため、当時は最高裁も、現在のポストで求められる適格性を有しない労働者に対し、他の仕事を見つけることまで、使用者に要求されていないものの、既存の方針の下で、合理的に可能な代替の雇用機会まで否定してよいわけではないと示すにとどまっていた²⁴。そのため、これまで優秀な労働者であったとしても、障害のために本質的職務機能を遂行できなくなれば、解雇されていた問題があったため、ADA では、合理的配慮規定に「空席への配転」が明示されたとする見解もある²⁵。

3 ADA が求める「適格性」と配転の対象者

ADA の法的保護の対象となるのは、障害があり、適格性を有する者に限られる。その中でも合理的配慮を要求できるのは、実質的な機能障害を有する、もしくは、過去に有していた個人に限られる²⁶。いわゆる「みなし類型²⁷」とよばれる、障害があるとみなされて不利益を受けた（と感じる）個人は、差別禁止の観点から救済の対象になるものの、合理的配慮の請求はできない (§ 12201(h))。

また、適格性とは、雇用されている、もしくは、希望するポストで求められる本質的な職務機能を遂行できることとされる (§ 12111(8))。「適格性を有する」とは、当該職務に必要なスキル、経験、学歴、その他の職務関連要件を満たし、合理的配慮があれば（もしくは、なくとも）、当該職務で求められる本質的機能を遂行する能力を有することである (29 C.F.R. § 1630.2(m))。この本質的職務機能とは、特定の仕事の基本的業務のことを言い、周辺業務を含まない (29 C.F.R. § 1630.2(n)(1))。

空席への配転が、あらゆる配慮を考慮しても現在空いているポストに必要な本質的職務機能を遂行できなくなった労働者に対する最終手段であることを踏まえると、配転を求める労働者は、それ以外の配慮では、適格性を満たさない状態にある。それでも、ADA の法的保護を受けるためには、空席への配転を求める労働者も、適格性要件を満たさなければならない。この場合の適格性は、配転先の本質的職務機能を遂行できるかどうかで判断される。すなわち、「空席への配転」の場合も、（配転という）合理的配慮があれば、（希望するポストで求められる）本質的な職務機能を遂行できることが求められる。

これを受けて、適格性の観点からも、ADA の合理的配慮の一つとされる「空席への配転」は、障害のある労働者の雇用を維持するための最終手段であると解釈できる。つまり、「空席への配転」がなされなければ、ADA の法的保護を受けるために必要な「適格性」を満たさないため、本質的職務機能を遂行できないことを理由に解雇され得る。

4 ADA の差別禁止モデルと合理的配慮

ADA では、障害のある個人を有利に扱うことを求めているため、合理的配慮も、障害のある個人を優先的に扱うためのものではなく、平等に扱うためのものであるとされる。本稿後半部分の「空席への配転」にかかる検討では、ADA 下の合理的配慮を法の求める平等との関係でどう捉えるかが、重要なポイントとなるため、アメリカにおける議論を紹介する。

ADA の差別禁止モデルには、「同一性」と「相違」概念の2つがあるとされる²⁸。「同一性」モデルは、身体的または知的、精神的障害を有する個人は特定の職務を同等に行うことができないという偏見に基づく決定を非難し、根本的に同等である個人に対し、障害を理由として異なる取扱いをすることを禁じている。適格性を有する障害のある個人を障害のない個人と同等に扱わないこと（差別的な取扱いをすること、または、差別的な効果を持つ取扱いをすること²⁹）は違法な差別とされる。

一方、「相違」モデルは、障害に関わる特徴を無視するのではなく、それらを考慮に入れて、平等を目的とした異なる取扱いを求めている³⁰。「相違」モデルの下では、異なる取扱いの正当化の根拠を、機能障害の有無というよりも、社会的構造や習慣から生じる差異に置いている³¹。そのような視点から、異なる取扱いを求める合理的配慮は、障害のある個人の社会参加を妨げる差別的かつ排他的な障壁を取り除くものであり、「条件を公平にする（level the playing field）」ための手段とされる³²。つまり、合理的配慮は、障害のある個人の平等を確保するためのものであり、障害によって生じる制限を除去し、障害のない個人と条件を揃えるための合理的配慮を提供しないことも差別となる³³。

以上のことから、ADA の合理的配慮は、雇用平等の実現を目的とするもので、差別禁止の範囲を超えるものではないといえる。なお、「空席への配転」が「条件を公平にする」という相違モデルにおける合理的配慮の考え方と整合的かどうかについては、IV章で検討する。

III ADA の下での「空席への配転」にかかる裁判

次に、ADA の下で、「空席への配転」という配慮がなされなかったことを争う

裁判例を確認する。まず、裁判における基本的な問題状況を確認した後、実際の裁判例を紹介する。

1. 「空席への配転」にかかる裁判における基本的問題の状況

ADA では、基本的に障害のある労働者からの要求がなければ、使用者に合理的配慮の提供義務が生じない。そのため、労働者は、障害が原因で「空席への配転」が必要である旨、申し出なければならない³⁴。使用者は、労働者からの要求を受けて、配慮について話し合うことが求められる³⁵。

「空席への配転」という用語から明らかなように、配転先は「空席」に限られる。また、前述したように、障害のある労働者は、希望する配転先のポストで必要な本質的職務機能を遂行する能力を有していなければならない。それゆえ、既存のポストに空席がない場合、また、空席があっても労働者が当該ポストに必要な適格性を有していない場合、配転は合理的ではないと判断される³⁶。

その他、ADA では、障害のある個人に合理的配慮を提供するために、他の労働者を追い出して「空席」を作ることを使用者に求めている³⁷。事業上必要がないのに、配慮のために新しいポストを作ることにも要求していない³⁸。なお、適格性を満たせるようにするため職務内容を障害のある労働者に合わせて変更する必要もない³⁹。

このように、「空席への配転」にかかる条件は比較的明らかにされている。そのような状況で最も問題となったのは、これらの配転に必要な条件は満たされているものの、何らかの理由で優位にいる他の労働者を優先し、障害のある労働者を「空席」に配置しないことが、合理的配慮の不提供という差別を構成するのかどうかであった。

使用者に労働者の配置を決める既存の方針がある場合、既存の方針に則って誰を配置するかを判断した結果、障害のない労働者が障害のある労働者よりも優先され、障害のある労働者に当該空席を与えなかったとしても合理的配慮義務に欠けることにならないのか、それとも、必要な条件が満たされているのであれば、障害のある労働者を優先しなければならず、合理的配慮に関しては、当該方針の適用上の例外を認める必要があるのかが、議論された⁴⁰。具体的には、障害のある労働者から空席への配転を要求されても、先任権制度に基づき、他の労働者の先任権行使を優先させたり、候補者の中から最も職務に適格な人を採用する方針（以下、「最も適格な人を採用する方針⁴¹」という）に基づき、当該空席に最も適格な人を優先的に扱ったりした場合に、裁判で争われた⁴²。なお、アメリカでは、こうした先任権制度や最も適格な人を採用する方針自体は、障害の有無にかかわ

らず、均等に適用され得る基準として、中立的方針に類型化されている。

このような中立的方針が合理的配慮と対立するケースについては、裁判所間で異なる判断がなされている⁴³。あくまで合理的配慮規定は機会均等を確保するためのもので、障害のある労働者を優先的に扱うものではないとする判断もあれば⁴⁴、合理的配慮は同等に扱う以上のものを求めており、障害のある労働者が空席ポストで求められる適格性を有するならば、使用者は配転を行う義務を負うとする判断もある⁴⁵。

ちなみに、ADA 上、合理的配慮の提供義務に対して、過重な負担は消極的要件となるものの、裁判では、過重な負担を判断する前に、障害のある個人から要求された配慮が合理的なものが問題となる⁴⁶。合理性判断は、過重な負担の考慮要素とは別の基準で行われ、合理性が肯定された後、当該配慮の過重性が判断される⁴⁷。このような枠組みの下で、配転の際には、障害のある労働者に中立的方針の適用上の例外を認める必要があるのかという前述の問題は、当該措置が配慮の内容として合理的なものといえるかという問題と位置づけられる。

2 中立的な基準と合理的配慮の関係

実際のケースを2つに分けて確認する。まずは、労働協約に基づいている中立的な基準や制度、また、アメリカの雇用慣行の中で定着している先任権制度と配転との関係について確認する⁴⁸。次に、「最も適格な人を採用する方針」など、使用者が一方的に設けている中立的制度について検討する。なお、先任権制度には、労働協約に明記されたものに限らず、使用者が一方的に設けているものもあるが⁴⁹、制度自体が既に雇用慣行の中で浸透しているため、いずれも前者に含める。

(1) 労働協約等で定められた中立的基準との関係 — 先任権制度など

公民権法第7編では先任権制度を保護する規定が設けられており（42 U.S.C. §2000e-2(h)）、真正な先任権によって異なる報酬基準、または、異なる雇用条件を適用することは、第7編で禁止される事由に基づく意図的な差別の結果でない限り、違法な雇用慣行に該当しないとされている⁵⁰。一方で、ADA では、そのような先任権保護規定は置かれていない。また議会は、たとえば、労働協約で一定の先任権を有する労働者のために、特定のポストを確保している場合、当該ポストに先任権がなくても障害のある労働者を割り当てることが、合理的な配慮となるかを決定する際の一要素にはなり得るとしても、労働協約は、当該問題に関する決定的な要素にはならないとしている⁵¹。

D.C. 巡回裁判所は、Aka v. Washington Hospital Center⁵²で、議会に近い判断を下している。本件では、労働協約に基づく中立的な基準の存在は、配慮の合

理性を判断する上で一つの要素として考慮すべきものではあるが、その存在が決定的なものではないとし、合理的配慮の内容を検証しないで当該基準を優先させることを否定した⁵³。

しかしながら、多くのケースで、ADA では、労働協約に基づき他の労働者が有する権利に反する行為を取るよう使用者に求めていると判示されてきた⁵⁴。現時点であるポストに就いている労働者がいなくても、他の労働者が当該ポストに異動する先任権を有している場合には、本当の意味で空席とは言えないとされたケースもある⁵⁵。多くの裁判所は、議会の意図とは異なり、また、ADA では公民権法第7編のような先任権保護規定がないという決定的な違いを無視し、労働協約に基づく基準や先任権制度を尊重する判断をする傾向にある⁵⁶。

こうした状況に対し、最高裁が2002年に判示した初の合理的配慮に関する裁判 (US Airways Inc. v. Barnett⁵⁷) で一定の方針が示された⁵⁸。最高裁は、先任権制度と対立する配慮について、一般的に、少なくとも特別な状況がなければ、合理的ではないと判示した⁵⁹。労働協約に基づくものはもちろん、経営側から一方的に課された先任権制度であっても、先任権制度は合理的配慮よりも優先され、合理的配慮として配転を希望する労働者よりも、より優位な先任権を有する労働者に、当該ポストに就く権利があるとされた⁶⁰。

しかし、最終的に先任権については、一般に合理的配慮よりも優先すると判示したものの、その前に、最高裁は、それまでの下級審とは異なる判断を示している。下級審では、障害のある労働者に優先権を与えるような配慮を ADA では求めているとしてきたのに対し、最高裁は、法の機会均等という基本的目標を達成するために、(下級審では否定されてきた)「優先」が、ときには必要であるとした⁶¹。ADA では、「合理的配慮」という形で、障害のある人々が、障害のない人々は自動的に享受している機会と同等のものを職場で得るために必要な異なる取扱いを要求しており、また、このような取扱いの差異は、使用者の中立的なルールに反するという事実だけで、法の射程範囲を超えているとすることはできないとされた⁶²。そのため、「配慮が『優先権』を与える一障害のある労働者には他の労働者が従わなければならないルールを破ることを許可するという意味において一という事実だけでは、自動的に『その配慮は合理的でない』ということを示すことはできない⁶³」と判示された。

このような中立的な方針と合理的配慮にかかる最高裁の解釈は、次にみる使用者が自主的に設定した中立的基準に関する下級審の判断に影響を与えることとなった。

（2）使用者が自主的に設定した中立的基準との関係

使用者が自主的に採用、実施している中立的な基準と、合理的配慮としての「空席への配転」が対立したケースについて確認する。特に、障害のある個人を排除する意図のない非差別的で中立と考えられている「最も適格な人を採用する方針」に着目する。

まず、空席への配転を希望する障害のある労働者に適格性があれば、障害のない個人よりも優先的に配置することに肯定的な見解を示したのが、第10巡回裁判所の *Smith v. Midland Brake, Inc.*⁶⁴ である。当裁判所は、議会が配転を合理的配慮として定めた目的を尊重し、合理的配慮としての配転は、他の労働者と同じ条件で応募することを可能にする以上のものを意味するとしている⁶⁵。本判決では、障害が原因で着任していた職務の本質的機能を遂行できなくなった労働者に対し、空席への配転を行うことで、労働者の失業を防ぎ、使用者にとっても貴重な労働者の喪失を防ぐことになるとする議会の考えを引用し⁶⁶、障害のある労働者が社内で公募されている職に応募し、他の候補者と競争できるようにするだけでは、合理的配慮とはいえないとした⁶⁷。ちなみに、本件でも、労働協約に基づき認められている権利と配転が対立する場合、そのような配慮は合理的でないとされている⁶⁸。

他方で、使用者の「最も適格な人を採用する方針」に基づく判断を尊重し、障害のある労働者に対し、他の候補者よりも適格であることを求めたのが、EEOC v. *Humiston-Keeling*⁶⁹ である。本判決で、第7巡回裁判所は、空席への配転は合理的配慮の一つであるとしても、「最も適格な人を採用する方針」のような中立的な方針が例外なく適用されている場合、より適格な候補者がいるのに、障害のある労働者を優先的に配置させることを、ADA では使用者に義務づけていないとした⁷⁰。

同様に、第8巡回裁判所も、*Huber v. WAL-MART*⁷¹ で、上記 *Humiston-Keeling* 判決を引用し、障害のある労働者が合理的配慮として空席への配転を求めたとしても、「他の候補者と競争なしに自動的に配置することはない」とする使用者の方針を認め、使用者は当該労働者を差別したのではなく、他の候補者と全く同じように (no worse and no better) 扱っただけであると認めている⁷²。また、使用者が、障害のある労働者が希望するポストには最も適格な人を配置したけれど、障害のある労働者には、前職より待遇は劣るものの、別のポストを与えているため、配慮義務を果たしたと認められた⁷³。

これに対し、EEOC は、第7巡回裁判所に、EEOC v. *United Airlines*⁷⁴ の再審理を要求し、そこで *Humiston-Keeling* 判決の解釈変更を求めた。というのも、

Barnett 判決で、最高裁が ADA を反優先的な法として解釈すること否定し、中立的な方針の適用を免除するというだけで、ADA の射程範囲を超えた優先的取扱いとはならないと示したため、第7巡回裁判所が下した Humiston-Keeling 判決の中立的な方針に反するような配慮は合理的ではないとする判断を変更するよう求めたのである⁷⁵。第7巡回裁判所は、既に Midland Brake と Aka 判決において他の巡回裁判所が下した判決と同じ解釈を採用すべきであることなどを理由として、Barnett 判決に即した解釈を採用すべきであるとした⁷⁶。つまり、使用者が過重な負担となることを証明しない限り、合理的配慮として、使用者は空席に障害のある労働者を配置する義務があるとした⁷⁷。同時に、使用者の「最も適格な人を採用する方針」を先任権制度と同じように扱った Mays v. Principi⁷⁸ の判断枠組みも誤りであることを認めている⁷⁹。これを受けて、「最も適格な人を採用する方針」の存在は過重な負担を示すことにはならないとも判断した⁸⁰。

以上のように、Barnett 判決を受けて、第7巡回裁判所は、「最も適格な人を採用する方針」よりも合理的配慮は優先されることを示し、障害のある労働者が空席への配転を求め、当該空席に必要な適格性を満たしているならば、より適格な候補者がいても、障害のある労働者が優先的に配置されると解釈変更を行った。このような合理的配慮を優先する考え方を示した裁判所として、本文で紹介した第10と D.C. 巡回裁判所の他に、第3巡回裁判所も同様の判断を行っている⁸¹。ただし、全ての裁判所の判断が統一されているわけではなく、たとえば、Huber 判決を下した第8巡回裁判所は、まだ当判断が残っている⁸²。

IV ADA における平等概念と合理的配慮－「空席への配転」にかかる本稿の 分析と解釈

ADA は、雇用差別禁止法であり、適格性をベースに障害のある個人と障害のない個人との間の雇用平等を求めている。したがって、障害のある個人に対し、障害のない個人とは異なる取扱いを求める合理的配慮も、法の趣旨である雇用平等を前提としている。

本稿では、「空席への配転」において裁判所の判断が分かれたのは、ADA の求める平等をどのように解釈するかという概念上の混乱が原因にあると分析している。前述の「最も適格な人を採用する方針」と合理的配慮が対立する場合を例にすると、判断は次の2つに分かれている。

- ①使用者が「最も適格な人を採用する方針」を例外なく適用している場合、候補者の中から空席ポストに最も適格な人を配置した結果、障害のある労働者に対

して空席への配転がなされなかったとしても、それは当該方針の下で平等に扱った結果であって、差別には当たらない、つまり、使用者は配慮義務を怠ったことにはならない

- ②「空席への配転」は合理的配慮であり、障害のある労働者に対して、他の候補者と同じように空席ポストに応募する機会を与えるだけでは、配慮義務を果たしたことにはならない、中立的な方針の適用上の例外も合理的配慮として求められる

合理的配慮義務とは関係のない採用の段階では、上記の論点は問題にならない。使用者側は、「最も適格な人を採用する方針」に則り、空席ポストに応募した候補者の中から、最も適格な人を採用した結果、障害のある個人を不採用としても、障害を理由に差別したことにはならない。その意味では、「最も適格な人を採用する方針」の適用が一概に差別的効果をもたらし、法に反するということはできない。他方で、合理的配慮として「空席への配転」を求めている労働者に対して、同じ理由で配慮を行わなかった場合に、上記①のように配慮義務違反ではないとなるのか、上記②のように配慮義務に欠けるとなるのか、が問題になる。そこでは、「空席への配転」という合理的配慮を、ADAの平等概念の中でどのように解釈するかで判断が分かれたと考えられる。

本稿Ⅱ章４節で示したように、ADAの合理的配慮概念は、あくまで法の趣旨である差別禁止がベースにあり、障害のある個人の社会参加を妨げる差別的かつ排他的な障壁を取り除くもので、「条件を公平にする」ための手段とされる。しかしながら、「空席への配転」において、必要な条件を満たす障害のある労働者を、中立的な方針に則った選考であれば、選ばれるはずの他の労働者よりも優先する義務があるとするには、理論的に「条件を公平にする」という以上の説明を要すると思われる。

「空席への配転」は、あらゆる配慮を考慮しても、現在のポストで求められる本質的職務機能を遂行できなくなり、それがなければ失業に至る障害のある労働者に対して提供される最終手段である。そのような観点から、「空席への配転」は、障害のある労働者にとって雇用を維持する最後の機会といえる。したがって、「空席への配転」には、特定のポストにおける機会均等を確保する機能よりも、むしろ、障害のある労働者の雇用保障としての機能が期待されていると考えるのが妥当であろう。しかし、ADAは、適格性に基づく雇用平等を前提とする法であるため、「空席への配転」において、雇用平等と雇用保障のどちらを優先するかで、合理性判断が分かれたと本稿では分析している。

最高裁は、Barnett 判決で、一般的に先任権制度は合理的配慮よりも優先されるとしたものの、障害のある労働者に対して、中立的な方針の適用上の例外を認めるからといって、それが一律に法の射程範囲を超える優先的取扱いとはいえないと判示している。前者は、労働者が有する先任権を基に空席への配置を決定するのに対し、後者は、そのように一律に適用されるルールの下での機会均等を超えて、合理的配慮が優先され得ることを示している。その意味で、最高裁の判決は、ADA の合理的配慮には、中立的な方針よりも優先されるものが存在し、機会均等以上のものが求められ得ることを導いたと解釈できる。

また、アメリカでも、合理的配慮の条件を公平にするという機能よりも、障害のある個人を社会、経済の主流に加えるという ADA の目的に適うものとして、「空席への配転」を肯定する研究者もいる⁸³。すなわち、現在の職務遂行が障害によって困難になった労働者がラストチャンスとして空席への配転を求めているにもかかわらず、「最も適格な人を採用する方針」が例外なく適用され、当該労働者が候補者の中で最も適格である場合に限り、配慮が合理的となるのであれば、多くの場合は失業に至り、ADA の目的は損なわれるとしている⁸⁴。

その中でも、Nicole Porter は、障害のある労働者と障害のない労働者との状況の違いを理由に、取扱いの差異を積極的に認めている。障害のある労働者は、配転が認められなければ、失業するというより深刻な状況であるのに対し、障害のない労働者は最悪の場合でも、次の空席がでるまで現職で仕事を続けるだけであり、他の労働者を解雇せざるを得ない場合を除き、配転は合理的とすべきであるという見解を示している⁸⁵。

理論的に、ADA の平等（差別禁止）概念から「空席への配転」をどのように解釈するかという点では、十分に説明できているとはいえないが、判例や上記学説では、立法の趣旨に沿った解釈がなされるようになってきていると考えられる。

V ADA の「空席への配転」から得られる日本への示唆

以上の検討を踏まえ、本稿では、合理的配慮としての配転について、次の4点を指摘したい。①合理的配慮に「空席への配転」が含まれていることから、アメリカでも、すでに雇用関係がある労働者には、空席ポストをめぐる競争という点で、特別な考慮がなされているのではないかと。②ADA の合理的配慮概念は雇用平等を前提としているものでありながら、「空席への配転」は雇用保障の概念を含んでいるため、その提供において概念的な対立を起こしたのではないかと。③別のポストに異動させる「配転」そのものに、現在のポストで求められる本質的職務機能

を遂行可能にするための配慮とは違う、より複雑な問題があるのではないか。④一見、雇用差別禁止法の射程範囲を超えるようにみえる「空席への配転」が、合理的配慮の枠組みで設けられているということは、障害のある労働者の雇用を維持し、労働市場にとどめることがADAの趣旨に適用とアメリカでも考えられているのではないか。

以上の4点を考慮に入れながら、最後に、日本の合理的配慮の枠組みで配転が求められるのかどうか、また、それが肯定される場合の課題を指摘したい。

配慮指針には、一般労働法の下での解雇回避努力の考え方を踏襲した形で、重要な職務を遂行できなくなった労働者を別の仕事に就かせることが合理的配慮の枠組みで示されている（第4の1(2)ロ）。これを受けて、中途障害者に対する合理的配慮として、配転が検討される可能性は高い。

一方で、一般労働法の考え方に基づく配転だけではなく、促進法の合理的配慮規定の目的に沿った配転の可能性を考えていく必要があると思われる。ADAの「空席への配転」に関しては、一見、障害のある労働者への優先的取扱いを認め、雇用差別禁止法の射程範囲を超えるようにみえるものの、他方で、障害のある個人を社会、経済の主流に加えるという法の趣旨に適用とする解釈もなされてきた。このことを踏まえると、日本でも、促進法の趣旨や目的に沿って、合理的配慮の提供義務の範囲について判断する必要があるであろう。

たとえば、採用後の合理的配慮には（36条の3）、募集、採用時の合理的配慮（36条の2）にはない「能力の有効な発揮の支障となっている事情を改善するため」という文言が含まれており、このことから、すでに雇用関係にある者に対して、能力の有効な発揮に資する「配転」を合理的配慮の枠組みで検討することも考えられる。促進法は、障害者の職業の安定という目的（1条）をもって、雇用率制度を中心に障害者の雇用促進をはかってきた。2013年の改正で、差別禁止規定と合理的配慮の提供義務が導入され、雇用率制度も維持されたため、同じ法の下で差別禁止（雇用平等）と雇用促進が共存した形になっている⁸⁶。そのような法の趣旨を踏まえると、促進法の下での合理的配慮としては、障害者の職業上の安定につながるような、雇用促進的な役割も期待され得る⁸⁷。したがって、能力の有効な発揮に資する配転が求められたとしても、ADAでみたような、法の射程範囲を超えるか否かの概念上の対立は生じないであろう⁸⁸。

他方、雇用維持のために配転が必要な場合、合理的配慮と一般労働法の解雇回避措置との関係を整理することも含め、アメリカよりも複雑な問題に対応しなければならないと予想される。たとえば、日本では、合理的配慮の枠組みで配転を

検討する際には、解雇回避措置の範囲を超えた、労働契約の変更を伴うものも求められるのかなど、明らかにしていく必要がある⁸⁹。促進法の合理的配慮の対象となるのは、促進法2条1号に該当する障害者であり、雇用形態は問われていない。しかし、一般労働法の下でも、整理解雇のような場面では、労働契約上の限定性が、解雇回避措置の上限となるわけではないという立場をとっていても、「限定性から派生する職務能力等の限界等が相まって、結果として配転可能性がないとの結論に至る事例も見られる」とされている⁹⁰。これを踏まえ、合理的配慮の配転においても、職務能力等の限界と配慮義務の範囲をどう判断するのかなど、考えていく必要がある⁹¹。

¹ 同改正でなされた精神障害者の雇用義務化の施行は2018年4月1日である。

² 2011年の障害者基本法の改正で初めて明文化された(4条2項)。その後、同法4条の差別禁止規定を具現化するため、障害者差別解消法と改正促進法が成立した。

³ 川島聡他編『合理的配慮——対話を開く、対話が拓く』(有斐閣、2016年)、永野仁美他編『詳説 障害者雇用促進法』(弘文堂、2016年)、朝日雅也他編『障害者雇用における合理的配慮』(中央経済社、2017年)、眞保智子『障害者雇用の実務と就労支援』(日本法令、2017年)、など。

⁴ 雇用の分野における障害者と障害者でない者との均等な機会若しくは待遇の確保又は障害者である労働者の有する能力の有効な発揮の支障となっている事情を改善するために事業主が講ずべき措置に関する指針(平成27年厚労省告示第117号)。

⁵ 障害者であるか否かにかかわらず、労働者全般に適用される労働関係法のことを本稿では「一般労働法」という。

⁶ たとえば、業務中の交通事故が原因で視力検査不合格となり、二種免許を喪失したタクシー運転手の解雇を無効とした東京エムケイ事件(東京地判平20年9月30日労判975号12頁)の判断を、基本的に踏襲しているとみることができる。本判決では、労働契約上タクシー運転手としての雇用に限定しているとはいえず、また、被告の事業規模であれば、他の職種を提供することは困難とは解されないとされた。

⁷ 日本アイ・ビー・エム事件・東京地判平28年3月28日労経判2287号3頁など。

⁸ 解雇や雇止めの可能性が生じている場面での合理的配慮として配転を捉えつつ、合理的配慮の枠組みでは労働契約の変更を伴う配転の可能性を示唆しているものとして、長谷川珠子「判批」ジュリ1503号(2017年)122頁、石崎由希子「障害者差別禁止・合理的配慮の提供に係る指針と法的課題」労研685号(2017年)26-27頁参照。

⁹ 特に記載しない限り、本稿でいうADAは第1編の雇用分野のことを指す。ADAは、公法の形式では、第1編の他、第2編(公的サービス)、第3編(民間事業体の運営する公共的施設及びサービス)、第4編(テレコミュニケーションサービス)、第5編(雑則)で構成されている。合衆国法典(United States Codes (U.S.C.))では、42 U.S.C. § 12101から始まる条文番号が用

いられている（第4編だけは47 U.S.C. § 225 以下に組み込まれている）。本稿で ADA の条文番号を用いる際は、U.S.C. を使用する。なお、ADA の条文番号について、42 U.S.C. は省略して表記する。

¹⁰ 「一時解雇、その後の復職、配転、昇進、休暇取得などの該当者の人選にあたり、勤続期間の長短を基準に労働者間に序列、優先順位をつけ、これによって事进行处理する制度」（田中英夫『英米法辞典』（第8版）（東京大学出版会、1999年）765頁。）

¹¹ 中窪裕也『アメリカ労働法』（弘文堂、第2版（2010年））305-306頁。

¹² 同上 307頁。

¹³ リハ法 § 504 に関する日本語文献として、小石原尉郎『障害差別禁止の法理論』（信山社、1994年）参照。

¹⁴ S. Rep. No.101-116 (August 30, 1989 –Ordered to be printed), at 2.

¹⁵ Samuel R. Bagenstos, The Americans with Disabilities Act as Welfare Reform, 44 Wm. & Mary L. Rev. 921, 969-970 (2003). ADA の施行により、障害のある個人が給付から就労へと移行することと、社会保障費の削減に寄与することが強調された。

¹⁶ 使用者、職業紹介所、労働組合、労使委員会が適用を受ける (§ 12111(2))。使用者は、常時週 20 時間以上働く 15 人以上の従業員を雇用する者となっている (§ 12111(5))。

¹⁷ 公民権法第7編をはじめとする一連の雇用差別禁止法を執行するための連邦機関である (42 U.S.C. § 2000e-4)。障害分野では、ADA 第1編と第5編の施行に責任がある。

¹⁸ EEOC Enforcement Guidance: Reasonable Accommodation and Undue Hardship Under the Americans with Disabilities Act, available at <http://www.eeoc.gov/policy/docs/accommodation.html> (last visited 2017/8/27) [hereinafter ENFORCEMENT GUIDANCE], See “GENERAL PRINCIPLES - Reasonable Accommodation”.

¹⁹ 日本語訳参考。(独) 高齢・障害・求職者雇用支援機構障害者職業総合センター編『欧米における障害者雇用差別禁止法制度第1分冊：アメリカ・イギリス編』No.73-2（2013年）40頁。

²⁰ 29 C.F.R. § 1613.704(b) で規定された合理的配慮に関しては、Prewitt v. United States Postal Service, 662 F.2d 292, 308 (5th Cir. 1981) を参照のこと。当規定は、29 C.F.R. § 1614.203 の施行（1992年10月31日）に伴い廃止された。1992年のリハ法改正（Rehabilitation Act Amendments of 1992）で、雇用差別に関しては ADA と同じ規定を適用することとなり、リハ法の下でも「空席への配転」が合理的配慮として求められるようになった。

²¹ Stephen F. Befort & Tracey H. Donesky, Reassignment Under the Americans with Disabilities Act: Reasonable Accommodation, Affirmative Action, or Both?, 57 Wash. & Lee L. Rev. 1045, 1058 (2000).

²² H. R. Rep. No.101-485, pt. 2 (1990) at 63; S. Rep. No.101-116 (August 30, 1989 –Ordered to be printed), at 29.

²³ S. Rep. No.101-116, *Id.*; See “TYPES OF REASONABLE ACCOMMODATIONS RELATED TO JOB PERFORMANCE - Reassignment”, ENFORCEMENT GUIDANCE, *supra* note 18.

²⁴ School Bd. of Nassau County v. Arline, 480 U.S. 273, 289 (U.S. Mar. 3, 1987).

²⁵ Jeffrey S. Berenholz, The Development of Reassignment to a Vacant Position in the Americans with Disabilities Act, 15 HOFSTRA LAB. & EMP. L.J. 635, 636 (1998).

²⁶ ADAの「障害」の定義には3つの類型があり、1つ目は、「身体的あるいは精神的な健康上の問題が、当該個人の主要な生活活動のひとつまたは複数を実質的に制限している」 (§ 12102(1)(A)) ことである。「実質的に制限している (substantially limit)」とみなされるためには、「主要な生活活動」を制限する健康上の問題がひとつあればよく、その他の主要な生活活動を制限している必要はない (§ 12102(4)(C)) (29 C.F.R. § 1630.2(j)(2)(viii))。また、2つ目は、そのような機能障害をもった経歴 (精神病や癌など) があること (§ 12102 (1)(B)) である。

²⁷ 前掲注の2類型に加え、3つ目に「主要な生活活動を実質的に制限する健康上の問題の有無に関係なく、そのような健康上の問題があるとみなされたこと」も「障害」の一類型とされている (§ 12102(1)(C))。

²⁸ Pamela S. Karlan & George Rutherglen, *Disabilities, Discrimination, and Reasonable Accommodation*, 46 Duke L.J. 1, 10 (1996).

²⁹ 差別的効果法理とは、公民権法第7編において発展した考えで、使用者が表面的に中立だが、保護されるクラスに属する人に対して不釣り合いに厳しい影響を与える雇用慣行を実施することを禁止している理論である (42 U.S.C. § 2000e-2(k)(1)(A) (2000))。ADAでは明確に、差別的効果のある適格性基準を適用することを禁止している (§12112(a), (b)(6).)。

³⁰ S. Elizabeth Wilborn Malloy, *Something Borrowed, Something Blue: Why Disability Law Claims Are Different*, 33 Conn. L. Rev. 603, 622-624 (2001).

³¹ Mary Crossley, *Reasonable Accommodation as Part and Parcel of the Antidiscrimination Project*, 35 RUTGERS L.J. 861, 888-889 (2004).

³² Michelle A. Travis, *Leveling the Playing Field or Stacking the Deck? The "Unfair Advantage" Critique of Perceived Disability Claims*, 78 N.C. L. Rev. 901, 915 (2000); Matthew Diller, *Judicial Backlash, the ADA, and the Civil Rights Model*, 21 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 19, 41 (2000).

³³ Mary Crossley, *supra* note 31, at 884; Michelle A. Travis, *supra* note 32, at 958-960.

³⁴ *Stewart v. St. Elizabeths Hosp.*, 589 F.3d 1305, 1308 (D.C. Cir. 2010); *Reed v. Lepage Bakeries, Inc.*, 244 F.3d 254, 260-261 (1st Cir. 2001).

³⁵ *Cravens v. Blue Cross & Blue Shield*, 214 F.3d 1011, 1022 (8th Cir. 2000).

³⁶ *Malabarba v. Chicago Tribune Co.*, 149 F.3d 690, 699 (7th Cir. 1998).

³⁷ *Gile v. United Airlines, Inc.*, 95 F.3d 492, 499 (7th Cir. 1996); H.R. Rep. No.101-485, pt. 2 (1990), at 63.

³⁸ *Buskirk v. Apollo Metals*, 307 F.3d 160, 169 (3rd Cir. 2002); *Shiring v. Runyon*, 90 F.3d 827, 831 (3d Cir. 1996).

³⁹ *Smith v. Midland Brake, Inc.*, 180 F.3d 1154, 1170 (10th Cir. 1999).

⁴⁰ Alex B. Long, *The ADA's Reasonable Accommodation Requirement and "Innocent Third Parties*, 68 Miss. L. Rev. 863, 865 (2003); Stephen F. Befort, *The Most Difficult ADA Reasonable Accommodation Issues: Reassignment and Leave of Absence*, 37 Wake Forest L. Rev. 439, 452-454 (2002).

⁴¹ 当該方針は、先任権ほど確立されていないものの、最も適格であることを理由に採用すること自体は、障害にかかわらない中立的な基準であるとされてきた。

⁴² See *infra* notes 52-82 and accompanying text.

⁴³ Michael Creta, *The Accommodation Of Last Resort: The Americans With Disabilities Act and Reassignments*, 55 B.C. L. Rev 1693, 1709 (2014).

⁴⁴ *Emrick v. Libbey-Owens-Ford Co.*, 875 F. Supp. 393, 396-397 (E.D. Tex. 1995).

⁴⁵ *Midland Brake*, 180 F.3d at 1164.

⁴⁶ *EEOC v. Yellow Freight Sys.*, 253 F.3d 943, 951 (7th Cir. Ill. 2001).

⁴⁷ *Id.* at 950.

⁴⁸ 労働協約では、先任権制度だけでなく、軽作業の仕事に就くための要件等、様々な方針が定められている（例：軽作業のポストに就けるのは、最低5年以上勤務している者か年数に関わらず業務上負傷した者（*Bey v. Bolger*, 540 F. Supp. 910, 917 (E.D. Pa. 1982)））。

⁴⁹ 中窪前掲注（11）218-219頁。

⁵⁰ 相澤美智子『雇用差別への法的挑戦』（創文社、2012年）105頁。

連邦最高裁は、*International Brotherhood of Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324 (1977) で、政府が過去の差別を継続している先任権は、当該規定で保護される「真正な（bona fide）」先任権ではないと主張したのに対し、公民権法第7編施行前に使用者が黒人労働者に比べ白人労働者にかなり優位な先任権を与えていた場合、既存の先任権リストを使用することは、過去に存在した差別を継続させることになるけれども、議会が先任権保護規定を設けたことから示されるように、既存の先任権を全て無効にすることを求めているわけではないと判示した（at 346-353）。

⁵¹ H.R. Rep. No. 101-485, pt. 2 (1990), at 63; S. Rep. No. 101-116, at 32 (1989).

⁵² 116 F.3d 876 (D.C. Cir. 1997). しかし、この判決は再審理によって、取り下げられている。本件は、リハ法の下での裁判ではあるが、ADAが成立してリハ法の連邦規則の中の合理的配慮規定も改正された後の裁判であり、配転の解釈として注目されている。

⁵³ *Id.* at 895-896.

⁵⁴ *Benson v. Northwest Airlines*, 62 F.3d 1108, 1114 (8th Cir. Minn. 1995). 本件は、原告の求めた配転先のポストは、労働協約と関係なく、最終的に被告に有利なサマリー・ジャッジメントは不適切であると判示されているケースではあるが、裁判所は、ADAでは、労働協約に基づき他の労働者が有する契約上の権利に反する行為を被告がとるようなことをADAは要求していないとしている。

その他、労働協約に基づき他の労働者が有する権利を侵害する場合、ADAでは、そのような配転を要求していないとするケースとして、*Cassidy v. Detroit Edison Co.*, 138 F.3d 629, 634 (6th Cir. Mich. 1998); *Pattison v. Meijer, Inc.*, 897 F. Supp. 1002, 1007-1008 (W.D. Mich. 1995); *Kralik v. Durbin*, 130 F.3d 76, 82-83 (3d Cir. 1997) などが引用される。

⁵⁵ *Milton v. Scrivner, Inc.*, 53 F.3d 1118, 1125 (10th Cir. 1995). 労働協約の規定により、必要な先任権を有していない原告は異動できないとされた。

⁵⁶ S. Elizabeth Wilborn Malloy, *supra* note 30, at 638-640.

⁵⁷ 535 U.S. 391 (U.S. 2002).

⁵⁸ 本判決により明らかになった点として、①通常は先任権と矛盾する配慮は合理的ではないこと、②当該配慮が単なる職場の中立的なルールに矛盾するという理由だけでは配慮の合理性

を否定することはできないということ、③多大な合理性を超えた配慮までは要求されないということ、④従来の証明責任の分配が用いられるということ、の4点が挙げられる（長谷川珠子『『雇用差別』と『合理性』-『合理的便宜』概念と雇用差別に対する新たなアプローチ』博士論文（東北大学、2005年）72頁）。

⁵⁹ *Barnett*, 535 U.S. at 394, 403.

⁶⁰ *Id.* at 404-405. ただし、そのような配慮は「一般的に合理的ではない」というだけで、先任権と対立する場合でも、障害のある労働者が「特別な状況において合理的である」ことを自由に証明することは可能であるとされた（See “BURDENS OF PROOF”, ENFORCEMENT GUIDANCE, *supra* note 18）。

⁶¹ *Barnett*, 535 U.S. at 397.

⁶² *Id.*

⁶³ *Id.* at 398.

⁶⁴ *Midland Blake*, 180 F. 3d 1154.

⁶⁵ *Id.* at 1164.

⁶⁶ *Id.* at 1161-1162; H.R. Rep. No. 101-485, pt. 2 (1990), at 63.

⁶⁷ *Id.* at 1164-1165.

⁶⁸ *Id.* at 1175.

⁶⁹ 227 F.3d 1024 (7th Cir. 2000).

⁷⁰ *Id.* at 1028-1029.

⁷¹ 486 F.3d 480 (8th Cir. 2007).

⁷² *Id.* at 483-484.

⁷³ *Id.* at 484.

⁷⁴ *EEOC v. United Airlines, Inc.*, 693 F.3d 760, 761 (7th Cir. 2012). 最初の控訴審では、第7巡回裁判所が *Barnett* 判決後も *Humiston-Keeling* の解釈に則って判決を下していたことを理由に、*United Airline* の方針を容認せざるを得ないとした（*United Airlines*, 673 F.3d 543, 547 (7th Cir. 2012)）。その後、解釈変更を求めて EEOC は再審理（Rehearing）を要求した。

⁷⁵ See *supra* notes 61-63 and accompanying text. *Barnett* 判決で最高裁は、合理的配慮よりも先任権制度を保護する姿勢を示したものの、中立的な方針の適用上の例外を設けるだけで優先的取扱いとする解釈を否定している。

⁷⁶ *United Airlines*, 693 F.3d at 764-765. その後、*United Airline* 側の上告は棄却され、第7巡回裁判所の判決が確定した（*United Airlines*, 133 S. Ct. 2734 (U.S. 2013).）。

⁷⁷ *Id.* at 764-765.

⁷⁸ 301 F.3d 866, 872 (7th Cir. 2002). 裁判所は、仮に「より先任権の高い」を「より適格な」と捉えるならば、「先任権制度」を「使用者の空席を埋める通常の方針」と読み替え、空席ポストにより優位な先任権を持つ労働者がいる場合には、障害のある労働者を配慮するために配置転換を行う必要がないとした *Barnett* 判決を適用した。

⁷⁹ *United Airlines*, 693 F.3d at 763-764.

⁸⁰ *Id.* at 764.

- ⁸¹ Kosakoski v. PNC Fin. Servs. Group, Inc., 2013 U.S. Dist. LEXIS 138234 (E.D. Pa. Sept. 26, 2013); Shapiro v. Township of Lakewood, 292 F.3d 356, 361 (3d Cir. 2002).
- ⁸² Huber 判決については、一旦は最高裁が裁量上訴を認めたが、当事者で和解が成立したため、取下げられている（552 U.S. 1136 (2008)）。
- ⁸³ Befort & Donesky, *supra* note 21, at 1088-1089.
- ⁸⁴ Befort & Donesky, *Id.* at 1089; Charles Conway, Ordinarily Reasonable: Using the Supreme Court's Barnett Analysis to Clarify Preferential Treatment Under the Americans with Disabilities Act, 22 Am. U.J. Gender Soc. Pol'y & L. 721, 745-747 (2014).
- ⁸⁵ Nicole B. Porter, Reasonable Burdens: Resolving the Conflict Between Disabled Employees and Their Coworkers, 34 Fla. St. U. L. Rev. 313, 335-336 (2007).
- ⁸⁶ 山川隆一・相澤欽一・小鍛冶広道・長谷川珠子「今後の障害者雇用のあり方と企業の対応を考える」労務事情 1288 号（2015 年）21 頁〔長谷川発言〕。同じ法の中に雇用率制度と差別禁止という性質の異なる制度が含まれているという促進法の構造は、差別禁止や合理的配慮の解釈に影響を与えることが指摘されている。
- ⁸⁷ 「障害者雇用促進法に基づく障害者差別禁止・合理的配慮に関する Q&A【第二版】」A3-1-4。
合理的配慮として障害者が遂行可能な業務を切り出して、その業務専門の従業員として異なる雇用管理をするケースもあり、雇用形態や処遇が異なるからといって、それが直ちに禁止する差別に当たるとは一概にはいえないとしている。採用後の合理的配慮の目的が、「均等な待遇の確保の支障となっている事情を改善する」ことに限られるのであれば、上記のような合理的配慮による処遇の違いは、その目的に反すると考えられる。
- ⁸⁸ ただし、日本の合理的配慮の中にある「雇用平等」と「雇用促進」の概念は常に共存できるとは限らず、雇用促進を重視すれば、雇用形態や処遇の面で異なる取扱いが正当化され、平等が損なわれ得るという関係にある。日本の合理的配慮概念についての検討は、本稿の主題ではないが、「雇用平等」と「雇用促進」の概念が対立し得ることは、問題提起として取り上げておく。
- ⁸⁹ 石崎前掲注 (8) 26-27 頁。永野他前掲注 (3) 59 頁。職務限定の場合にも信義則などを根拠に、障害に適した配置換えをしないでなされた解雇を無効とする判断もあることが指摘されている。
- ⁹⁰ 労働政策研究・研修機構「多様な正社員に関する解雇判例の分析」資料シリーズ No.145 (2014) 9 頁。
- ⁹¹ JR 東海（退職）事件・大阪地判平 11 年 10 月 4 日労判 771 号 25 頁。一般労働法の下でも、職務能力等の限界と雇用維持の要請のバランスは、個々のケースで異なるものの、本件は特に雇用維持の要請が強く働いたケースである。

学会記事—日本障害法学会設立

(2016 年 12 月 10 日)

2016 年 12 月 10 日（土）に、神奈川大学横浜キャンパスにて、第 1 回日本障害法学会設立総会及び研究総会が開催されました(学会プログラムは次頁を参照)。

設立総会では、設立準備委員会を代表して、東俊裕弁護士が学会設立に至る経緯と意義に関して説明し、日本障害法学会設立趣意書が承認されました（第 1 号議案）。設立会員となったのは総会前に入会申込を頂いた 75 名の方々です。次いで、日本障害法学会規約が承認され（第 2 号議案）。下記の方々が学会理事として承認されました（第 3 号議案）。

総会において承認された理事は下記の通りです（敬称略）。

(理事)	浅倉むつ子	新井誠	池原毅和	植木淳	大谷恭子
	川内美彦	川島聡	河野正輝	竹下義樹	長瀬修
	新田秀樹	東俊裕	棟居快行	森川恭剛	山崎公士
(監事)	小林昌之	藤岡毅			

次に、設立準備委員会事務担当から、2016-2017 年度の活動案として、①第 2 回障害法学会の開催、②学会 H P の開設・管理、③学会誌の刊行、④研究会等の企画等が了承されました（第 4 号議案）。次いで、学会設立事業予算、2016 年度予算、2017 年度予算が提案され、質疑応答の上で、了承されました（第 5 号議案）。安定的な学会運営を行うため、会費は専任会員 8000 円・非専任会員 4000 円とすることが了承されました。

研究総会では、河野正輝会員「新しい社会法としての障害法—その法的構造と総合支援法の課題」、浅倉むつ子会員「障害を理由とする雇用差別禁止の法的課題」、新井誠会員「成年後見法と障害者権利条約」という三本の研究報告を受けて、シンポジウム「障害法とは何か?!」が開催されました（パネリスト:河野正輝会員、浅倉むつ子会員、新井誠会員、川島聡会員、池原毅和会員）。研究報告・コメント及びシンポジウムの概要は本誌各記事を御覧ください。

設立総会終了後に、第 1 回理事会が開催され、理事の互選の結果として、初代の代表理事として、河野正輝会員が選出されました。また、企画委員として、川島聡会員（委員長）、青木志帆会員、金子匡良会員が、編集委員長として、棟居快行会員（委員長）、山崎公士会員が、事務局員として植木淳会員、内山真由美会員、西田玲子会員、野上典江会員が委嘱されました。

研究総会後の閉会式において、河野正輝代表理事から御挨拶を頂きました。

第1回 日本障害法学会 プログラム

【日時】 2016年12月10日(土) 13時～18時10分(受付開始12時)

【場所】 神奈川大学横浜キャンパス 3号館305教室

【プログラム】

13時～14時 設立総会

14時10分～15時55分 研究報告

「新しい社会法としての障害法—その法的構造と総合支援法の課題」

河野 正輝 (九州大学)

「障害を理由とする雇用差別禁止の法的課題」

浅倉 むつ子 (早稲田大学)

「成年後見法と障害者権利条約」

新井 誠 (中央大学)

15時55分～16時15分 休憩

16時15分～17時55分 シンポジウム「障害法とは何か?！」

パネリスト 浅倉 むつ子 (早稲田大学)

新井 誠 (中央大学)

池原 毅和 (弁護士)

川島 聡 (岡山理科大学)

河野 正輝 (九州大学)

17時55分～18時10分 閉会式

日本障害法学会設立趣意書

2001年に審議が始まり2006年に国連で採択された障害者権利条約は、2014年2月ようやく日本においても国内的効力を有するようになりました。この障害者権利条約は障害者をもっぱら保護の客体として処遇してきたこれまでの歴史を踏まえ、あらためて権利の主体に位置づけるとともに、障害の社会モデルの視点に立って人権の享有を阻害する社会的障壁の除去を求めるものです。

伝統的には「法」も障害者を排除する社会的障壁として機能してきました。特に、福祉、医療、教育、就労分野を中心に展開してきた障害者に特化した法制度は、保護の名の下に障害者に障害のない人の世界とは異なる暮らしを強いてきました。また、障害者に特化しない一般の法制度においても、それが障害者の存在を想定していないことにより、その適用が社会的不利を生む場合も多々存在しています。このような既存の法制度の問題を含め、障害のある人々が現実直面している問題状況を改善するため、障害と法に関する研究を学術的に広く深く進めることが求められています。そのため、あらゆる法分野を対象とする研究とそれに関連する活動の場を組織化し、もって障害の有無にかかわらず共生することのできる社会（インクルーシブな社会）の実現に寄与することを目的として、日本障害法学会を設立したいと考えています。

我々が研究対象とする「障害法」（障害に関する法）とは、障害者の置かれた現実の問題状況を起点に据え、「障害」を通じて「法」を再検討する新しい学問領域です。独立した法律学の一分野として発展すべく、「障害法」の研究にあたっては、公法、民事法、刑事法、社会法、国際法などのあらゆる法領域における「障害」と「法」の交差に光をあてるとともに、障害概念の多義性と発展性に注目しつつ、障害学、社会学、経済学など他の学問分野との学際性を意識する必要があります。また、ここでは、比較法研究などを含めた法理論と現実に必要となる法実務との相互関係が強く意識されるべきであり、その成果は、法学教育の中に活かされる必要があります。

日本障害法学会は、研究者のみならず実務家の方を含め、障害法の学術的な研究に関心をもつ方すべてにひらかれています。このような趣旨にご賛同いただき、本学会の設立にご参加されることを切にお願い申し上げる次第です。

2016年6月18日

障害法学会設立準備委員会一同

浅倉むつ子	新井 誠	池原 毅和	植木 淳
内山真由美	大谷 恭子	川内 美彦	川島 聡
河野正輝	竹下義樹	長瀬 修	永野仁美
西田玲子	新田秀樹	野上典江	東 俊裕
棟居 快行	森川恭剛	山崎 公士	

日本障害法学会規約

第1章 名称及び所在地

第1条 本会は、日本障害法学会（Japan Association for Disability Law）と称する。

第2条 本会の事務局は、理事会の定めるところに置く。

第2章 目的及び事業

第3条 本会は障害法の研究を目的とし、あわせて研究者・実務家相互の協力を促進し、内外の学会との連絡及び協力を図ることを目的とする。

第4条 本会は、前条の目的を達成するため、次の事業を行う。

- 一 研究会の開催
- 二 機関誌その他の刊行物の発行
- 三 内外の学会との連絡及び協力
- 四 公開講演会の開催、その他本会の目的を達成するために必要な事業

第3章 会 員

第5条 障害法を研究し本会の目的及び趣旨に賛同する者は、所定の様式に基づき入会を申し出た上で理事会の承諾を得ることにより、会員となることができる。

第6条 本会に名誉会員を置くことができる。名誉会員は、理事会の推薦に基づき、総会で決定する。

第7条 会員は、総会の定めるところにより、会費を納めなければならない。会費を滞納した者は、理事会において退会したものとみなすことができる。

第4章 機 関

第8条 本会に、次の役員を置く。

- 一 総会により選出された理事（選挙理事）8名及び理事会の推薦による理事（推薦理事）8名以内
- 二 監事 2名

選挙理事及び監事の選出については、別に定める。

推薦理事は、理事の居住する地域及び研究分野の均衡等を考慮して、理

事会が推薦し、総会の承認を受ける。

代表理事は、理事会において互選する。

第9条 理事及び監事の任期は、2年とする。但し、再任を妨げない。

理事又は監事が欠けた場合であつて、理事会が必要と認めたときは、理事会がその補充を行うものとする。この場合において、補充された者の任期は、前任者の残任期間とする。

第10条 代表理事は、本会を代表する。代表理事に故障がある場合には、その指名した他の理事が職務を代行する。

第11条 理事は理事会を組織し、理事会が会務を執行する。

第12条 監事は、会計及び会計執行の状況を監査する。

第13条 理事会は、事務局員を委嘱し、会務の執行を補助させることができる。

第14条 理事会は、研究会の企画、機関誌の編集、その他必要があると認めるときは、委員を委嘱することができる。

第5章 総 会

第15条 本会の運営に関する重要事項は総会が決する。

代表理事は、毎年1回通常総会を開催する。

代表理事は、必要があると認めるときは、臨時総会を開催することができる。総会員の5分の1以上の者が、会議の目的たる事項を示して請求したときは、代表理事は臨時総会を開催しなければならない。

第16条 総会に出席しない会員は、書面により、他の出席会員にその議決権を委任することができる。

総会の議事は、出席会員及び書面による委任を行った会員の過半数をもって決する。

第6章 会 計

第17条 本会の経費は、会費及び寄付金その他の収入をもってあてる。

第18条 本会の会計年度は、毎年4月1日に始まり、翌年3月31日に終わるものとする。

第19条 代表理事は、毎会計年度終了後、決算報告書を作り、理事会の議決を経て総会に提出し、その承認を受けなければならない。

第7章 規約の変更

第20条 本規約の変更は、総会員の5分の1以上、又は理事の過半数の提案により、総会において出席会員の3分の2以上の賛成を得なければならない。

附則

- 1 この規約は、2016年12月10日から施行する。但、本規約施行以前に生じた本会設立に係る収支は、規約第18条の規定に関わらず、2016年度の会計に含めるものとする。
- 2 本会設立後の最初の理事及び監事は、規約第8条の規定に関わらず、設立準備委員会の提案に基づき総会の承認を受けた者とし、その任期は2年とする。

Disability Law

Vol.1 November 2017

Japan association for disability law

CONTENTS

Inaugural Messages

- Masateru Kawano : Inaugural message from the president
Toshihiro Higashi : As we establish the Japan Society for disability law

Symposium What's 'Disability Law'

- Masateru Kawano : Disability Law as "New Social Law"; The Legal Structure of Disability Law and Problems of Services and Supports for Persons with Disabilities Act
Mutsuko Asakura : A Legal Study of Disability Anti-discrimination in Employment
Makoto Arai : The Japanese Adult Guardianship Law and its reform initiatives
Satoshi Kawashima : Disability law in Transition
Yoshikazu Ikehara : Some Basic Issues on Disability Law – For Discussion on Study Reports at the First Congress of Japan Association for Disability Law
Discussion

Articles

- Yutaka Saito : Social Barriers to Access for Information and Copyright System in Japan
Reiko Nishida : "Is it a reasonable accommodation to reassign an employee with disabilities under the Act on Employment Promotion etc. of Persons with Disabilities?
-- Analyze the difficulties and possibilities of the reassignment as a possible accommodation based on the cases under the ADA --"