

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、レラバントな要素（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、レラバントな要素とイレラバントの要素（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、レラバントな能力（relevant capacity or competence）とイレラバントな能力（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、能力をレラバントな能力とイレラ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、レラ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、イレラ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（レラバントな能力）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「瘖啞者」（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）を阻害したりする可能性があるからである。

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・シルバースが挙げられる。シルバースは、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。シルバースのみならず、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ラ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にはできないが――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、と行うことができよう。

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ろん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、選挙権のレラバントな要素に「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ラ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ラバントな部分までも支援（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んないかは問わず、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、レラ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 Beylveveld 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もある。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、障害者はレラ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。

