

# 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

#### I 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）であつて（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<sup>1</sup>。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かと思われる。

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<sup>2</sup>、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<sup>3</sup>、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<sup>4</sup>。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られることができる。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、また、社会法としての独自性を解消してはじめてパラレル・トラックが解消される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<sup>5</sup>。

もともと、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するのであれば<sup>6</sup>、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<sup>7</sup>、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マイノリティーに及ぼす差

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<sup>8</sup>。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<sup>9</sup>。

## (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て、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<sup>10</sup>。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<sup>11</sup>、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<sup>12</sup>、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<sup>13</sup>。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<sup>14</sup>、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<sup>15</sup>。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書き換えるような補充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<sup>16</sup>。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<sup>17</sup>、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<sup>18</sup>、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<sup>19</sup>、行為能力の制限と代行決定は同条に反するので<sup>20</sup>、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。」<sup>21</sup>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<sup>22</sup>。「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<sup>23</sup>、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<sup>24</sup>やファミリー・グループ・カンファレンス<sup>25</sup>、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ーシップ・ディビジョンメイキング<sup>26</sup>、マイクロ・ボード<sup>27</sup>などのさまざまな実践がなされている<sup>28</sup>。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<sup>29</sup>。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<sup>30</sup>、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<sup>31</sup>。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。

---

<sup>1</sup> 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

<sup>2</sup> 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

<sup>3</sup> 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もできるだろう。

<sup>4</sup> 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な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。」

<sup>5</sup> 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。

<sup>6</sup> 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。

<sup>7</sup> 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。

<sup>8</sup> 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。

<sup>9</sup> もっとも、現在の条項のまま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。

<sup>10</sup> 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。

<sup>11</sup> 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。

- <sup>12</sup> 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)。
- <sup>13</sup> 浅倉前掲 (8) 12 頁
- <sup>14</sup> 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、冒瀆的、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。
- <sup>15</sup> 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
- <sup>16</sup> 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
- <sup>17</sup> 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。
- <sup>18</sup> 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。
- <sup>19</sup> 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](http://www.dinf.ne.jp/doc/japanese/rights/rightafter/crpd_gc1_2014_article12_0519.html))。
- <sup>20</sup> 上記一般的意見の para.12 ないし para.15、para.27、para.28 参照
- <sup>21</sup> 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。
- <sup>22</sup> 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。

<sup>23</sup> 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。

<sup>24</sup> 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・ベ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。

<sup>25</sup> 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））。

<sup>26</sup> 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（生活世界と書いてよいであろう）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される。このアプローチは人間が相互依存的（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）。

<sup>27</sup> 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>

<sup>28</sup> 「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）。

<sup>29</sup> 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。

<sup>30</sup> 我妻栄『民法総則』（岩波書店、1975年）235頁以下

<sup>31</sup> 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を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。

