

# 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<sup>1</sup>、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<sup>2</sup>。

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」<sup>3)</sup>。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」<sup>4)</sup>、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<sup>5)</sup>。

## 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<sup>6)</sup>、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<sup>7)</sup>。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<sup>8</sup>。

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<sup>9</sup>。「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<sup>10</sup>、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<sup>11</sup>、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」<sup>12</sup>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<sup>13</sup>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<sup>14</sup>。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<sup>15</sup>。

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つた、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<sup>16</sup>。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<sup>17</sup>。

### 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<sup>18</sup>。

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」<sup>19</sup>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の状態などを考慮して、「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<sup>20</sup>。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<sup>21</sup>。

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<sup>22</sup>。

#### 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<sup>23</sup>。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<sup>24</sup>。

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<sup>25</sup>。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<sup>26</sup>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、特例子会社制度をそ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、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」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<sup>27</sup>。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。

\*本文中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)

---

<sup>1</sup> 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。

<sup>2</sup> 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。

<sup>3</sup> 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。

<sup>4</sup> 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。

<sup>5</sup> 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こむのか、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。

<sup>6</sup> 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。

<sup>7</sup> 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。

<sup>8</sup> 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。

<sup>9</sup> 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。

<sup>10</sup> 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。

<sup>11</sup> 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。

<sup>12</sup> 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。

<sup>13</sup> 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)。

<sup>14</sup> 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。

<sup>15</sup> 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。

<sup>16</sup> 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。

<sup>17</sup> 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。

<sup>18</sup> 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。

<sup>19</sup> 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)。

<sup>20</sup> 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。

<sup>21</sup> 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)。

<sup>22</sup> 中川前掲注 (16)61 頁。

<sup>23</sup> 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。

<sup>24</sup> 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。

<sup>25</sup> 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。

<sup>26</sup> 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』。

<sup>27</sup> 厚生労働省『平成 27 年労働基準監督年報』50 頁。

