

障害者の労働権と雇用における均等処遇

野 村 晃

国際的動向と問題の所在

日本における労働および雇用の分野において、多くの障害者は長年に亘り障害をもたない者に比べ雇用社会からはよそ者の扱いを受け、劣位に置かれ、支援を疎まれ、権利の主体者として遇されることもなく、労働法制の適用範囲から除外されてきた¹。

20 世紀の半ば以降、少数者に対する公正・平等取り扱いを求める権利意識、'70 年代以降人間の尊厳の具体化に関する問題意識が高揚し、試練に堪えた努力の成果として、多くの国において人種差別撤廃法制や女性差別禁止法制が創設された。障害者に関しても ILO 条約・勧告や国連の決議・諸宣言および行動計画等が展開されて、90 年代にはその成果を踏まえ、障害者に対する差別禁止が立法課題とされた。それは、人種・女性差別の禁止という大きな流れに沿う方向性を有していると同時に、それとは異なる固有の課題を内包していることも看過できなかった。

労働および雇用の分野において、障害を理由とする差別禁止を基軸においた法制が、アメリカ、イギリスなどを中心に創設され、一つの雇用モデルを形成した。他方で、割当雇用率制の下での障害者雇用の促進がドイツ・フランスなどを中心に多数の国で進められてきており、もう一方の雇用モデルが定着し裾野を広げてきた。EU は両モデルを調整補完し、相乗の効果を生み出す手法で 2000 年に EU 加盟国に対し「雇用均等一般的枠組み指令」（以下 EU 雇用均等指令）を採択し²、2006 年までに一応の整備を終えた。そうした動向に呼応し、とりわけ EU 雇用均等指令から多くの影響を受けて、国連は 2006 年に「障害者の権利条約」（以下権利条約）を採択し³、2008 年に発効した。

この潮流は、「障害者を他の者と平等に取り扱い、すべての人権および基本的自由を享受し得るよう処遇する」という目的を共通の基盤としており、日本の法的枠組みを抜本的に見直す法整備を迫らずにはおかないものとなっている。日本は、障害者権利条約への署名には名を連ねたが（2007）、未だ批准の運びに至っていない。

日本の法制は強いていえば、割当雇用率制の雇用モデルに帰属する要素を取り入れている。

1960 年身体障害者雇用促進法において割当雇用率制を導入し、1976 年に雇用の促進を図るため民間企業に対しても障害者雇用納付金制を導入し、義務化がスタートした。しかし、ベースとなる雇用率自体が極度に低いにもかかわらず、今日（2009）に至るまで公的部門も民間部門も共に法定雇用率を充足した実績はない。同法は、障害者を他の者と同様の雇用均等の処遇状況に置くものではなく、障害者一般を群として構造的差別の中に存置したままにしている。そうした点を否定できないとすれば、障害者雇用の実効性を確たるレベルに高め得るに足る社会的良識はもとより法の再構成は避けて通れないことになる。

最も重要視されるのは、障害を理由とする差別を禁止する法制が確立されていない、ということである。すでに各種の国際人権条約が一様に規定する「すべての人権と基本的自由 (all human rights and fundamental freedoms)」を包摂した「人間の尊厳 (human dignity)」の主旨を根底に置き、障害者を客体扱いではなく権利の主体者として位置づけ、差別の禁止を明示した法制の創設に一縷の光明を見出す時期が、到来したのである。そこで、国際的な法的枠組みとその内容および主要な柱立てを概観し、日本の現行法制の評価、とりわけ障害者と障害をもたない者との間に存在する平等原則の欠落を見極め、平等原則と人権相互間の調整原理に基づいた、障害者の労働権と雇用における均等処遇について考察したいと考える。

国際的な法的枠組みの特徴と性格

1 主要国の法的枠組み

類型の一つである障害者差別禁止モデルの特徴とその性格は、つぎのごとくである。「障害をもつアメリカ人法」(Americans with Disabilities Act of 1990, 以下 ADA) は、障害者差別禁止の先駆けをなした法制と評されている。同法は、雇用の分野において採用から解雇、すなわち募集手続きなど雇用にかかわる入り口から出口に至る全局面において、障害を理由とする差別を禁止し、それに加え積極的是正措置 (affirmative action) を講じるよう助長し、合理的配慮 (reasonable accommodation) を義務づけ、障害を理由とする雇用差別に対し救済措置を講じている⁴。

ADA の影響を強く受けて制定された、「イギリスの障害者差別禁止法」(Disabled Discrimination Act of 1995, 以下 DDA) は、1944 年以来実施されてきた割当雇用率制を廃止し⁵、雇用および社会生活の主要な分野における、障害を理由とする差別を禁止する法制度に転換した。直接差別の禁止、間接差別も判例で禁止し、使用者には障害者に対する優遇措置 (positive action) を促し、合理的調整義務 (reasonable adjustment) を課し、障害者の請求権と不履行に対する損害賠償請求を承認している⁶。

このモデルは、使用者に合理的配慮 (調整) 義務を課しているが、それは障害者一般の雇用促進をめざすというよりも、障害者個人を対象とする義務を使用者に課して差別禁止を補完し、雇用の促進を図ろうとする点に特徴がある。

二つ目の類型である障害者割当雇用率制モデルの特徴は、障害者一般を集团的に捉え、使用者に「割当雇用率」を課し、その未充足分を納付金で補充して、障害者の雇用に資するところにある。後述 EU 雇用均等指令の均等待遇原則の遵守指令を受けて、ドイツ・フランス両国は割当雇用モデルに差別禁止モデルの手法を従来以上に増補する試みを強めたといわれている。

幅広い労働者保護法が存在するドイツでは、社会法典 (Sozial Gesetzbücher, SGB 第 9 編 81 条 2 項) において、障害を理由とする不利益取り扱いを規定し (2001)、障害者対等化法 (Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen, BGG) で、社会生活のあらゆる局面での障害者の不利益取り扱い禁止と平等な参加、そのためのバリアフリーの義務づけが行われ (2002)、一般均等待遇法 (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, AGG) において、障害を理由とする不利益取り扱いの防止および排除、それに対する労働者の権利などが包括的に定められた (2006)。割当雇用率制 (5 パーセント) を前提として、障害を理由とする差別を禁止し (改正社会法典 1994)、合理的配慮義務に当たるとされる適切な措置 (geeignete Maßnahmen) を、使用者に一定の作為義務として課し、障害者の請求権と不履行に対する損害賠償請求を承認している。とりわけ、重度障害者 (障害度 50 パーセント以上) の雇用に力点が置かれている点が注目されている⁷。フランスの割当雇用率制 (6 パーセント) も、前記指令に基づき差別 (直接・間接) 概念を補完するものとして、適切な措置 (mesures appropriées) が導入された。雇用率を充足しない企業はドイツと同様、納付金を支払わなければならないが、その実効性確保の手段に特徴がある。助言、指導、企業名の公表、公的取引への参加に対する制限、制裁的納付金、罰則、罰金、3 年以上に亘り障害者を雇用していない場合は最低賃金の 1,500 倍の制裁的納付金、あらゆる義務を果たしていない場合は最低賃金の 1,875 倍の制裁的納付金が課されるなど、極めて厳しい措置が執られるとされている⁸。

このモデルの特徴は、障害者を個別的というよりもすぐれて集团的に捉えて、雇用の促進を期すところにあるといえる。

2 EU の理念と法的枠組み

EU は 2000 年、「平等取り扱い原則」(compliance with the principle of equal treatment) の理念に基づいて、障害を理由とする差別を禁止し、同原則の遵守を確保するために必要な措置もしくは既存措置の修正を促す指令を発した。差別禁止モデルか、割当雇用率制モデルかのいずれかに調整統一するという手法ではなく、両モデルそれぞれの核をなす部分を温存し、車の両輪として複合的に補完し、相乗的效果をもたらす整合の手法がとられた。要するに、個別的アプローチと集团的アプローチが相互に補完し合っ、矛盾なく相乗的效果を生み出す手法を採用したところに、大きな意義を見出すことができる。それにより、国連の障害者権利条約ばかりでなく、多くの国の立法に多大の影響を及ぼすこととなった。

EU 雇用均等指令は、すべての雇用分野における職業訓練および就労へのアクセス、昇進、再訓練、解雇、賃金を含む雇用条件、障害 (その他宗教、信条、年齢、性的志向) を理由に、直接・

間接差別およびハラスメントの禁止を明示し、それを補完し相乗的効果をもたらす柱として、就労分野における使用者の合理的配慮 (reasonable accommodation) 義務と積極的差別是正措置 (positive action) の提供を内容としている⁹。その具体的内容は、各国がそれぞれの下位規範において詳細化している。だが、障害者の定義については、加盟国間においてバラつきがあり、未だ確定するには至っていない。例えば、イギリスでは癌や心臓病などの内臓疾患、HIV 感染や多発性硬化症の患者などの難病も含むとしており、それらは多様であり各国の判断に任せられているのである。

3 国連の理念と法的枠組み

障害者の権利条約は、締約国は障害のある人に対し、「他の者との平等を基礎」として、「労働についての権利を認める」とし、この権利には、労働市場および労働環境において、障害者が「自由に選択しまたは引き受けた労働を通じて生計を立てる機会についての権利を含む」(27 条 1 項) と規定している。障害者の職業選択の自由と労働の権利を保障することを締約国に求め、その上で、労働および雇用についての権利の実現を保障し、促進するための適切な措置 (立法措置を含む) として、11 項目からなる具体的措置の実施を、締約国に要請している¹⁰。

障害をもつ人の労働市場への参入について、「国家に義務を課し、国家自体に責任を負わせる」ことによって、公的部門における使用者に対しては、「障害のある人を雇用すること」(直接雇用義務) を、また、民間部門における使用者に対しては、「適切な政策および措置 (積極的差別是正、奨励措置その他の措置を含む) の実施を通じて、民間部門における障害のある人の雇用を促進すること」を締約国の果たすべき義務としている。そして、合理的配慮 (reasonable accommodation) の否定も差別に含まれるとするが、「不釣り合いなまたは過重な負担」を課さない旨の規定を置いていることや、間接差別の禁止については言及していないことなど、重要視される問題点も少なくないのである。

だが、権利条約は障害者を保護の客体として位置づけるのではなく、人権の主体者として捉え非差別を基調とする基本的な姿勢を打ち出している。障害を理由とする差別禁止は「政治的・経済的・社会的・文化的・市民的・その他のあらゆる分野」において適用される (2 条) としており、EU 雇用均等指令の枠組みを超えている。

その際、「平等」と「非差別」に関して示された法的概念は、従来にも増して強い影響を日本に及ぼすことになると考えられる。障害のある人の事実上の平等を促進または達成するための、「必要な特定の措置は、この条約の定める差別と解してはならない」としていることは、障害者に対して他の者とは異なる措置 (優遇措置) を講じても差別に当たるものではないということである。他の者と異なる有利な処遇については、すでにイギリスでも Archibald 事件に関し貴族院判決 (2004, IRLR 651) は、「障害者を他の者より有利に処遇することがただ単に許されるということではなく、義務づけられている」と判旨している¹¹。こうした文脈から割当雇用率制と合理的配慮に関して、使用者の「営業の自由」、「契約の自由」は当然に他の者と異なる措置 (優

遇措置)によって制約を受ける場合があるものとして構成するよう要請されることになる。

ただし、EU 雇用均等指令が加盟国に委ねた障害の定義については、明言を避け概念を明示するに止めている。それは、障害が社会的要因（環境上の障壁など）との相互作用から生ずるなどの困難な問題があり、形成途上にある概念であること、各国によってバラつきがあるなどのことから、未だ確定するには至っていないからとされている。いずれにしても、EU 雇用均等指令および加盟諸国の法制から多くを取り入れていることは確かである。

国際的な法的枠組みの特徴と問題点

1 障害者差別禁止の問題点

i) 直接差別の禁止

障害に基づく差別の禁止は、「あらゆる形態の雇用にかかわるすべての事項」、すなわち、「募集、採用及び雇用の条件、雇用の継続、昇進並びに安全かつ健康的な作業条件を含む」としている。これらの差別禁止事項は例示的に列挙されたものと解されており、条約策定過程を通して、日本における後述福祉的就労形態も、ここにいう「あらゆる形態の雇用に含まれる」¹²とされており、適用対象の要となる雇用形態の一つといえる。

ii) 間接差別の禁止

中立的な文言の裏に、真の狙いが隠されている差別の形態も禁止される。例えば、レストランやカフェへの動物（犬）の入店禁止は、盲導犬を必要とする障害者の立ち入りを禁止することに他ならない。こうした間接差別の例は国連の権利条約では欠落しているが、すでに女性差別の議論の中で争点とされてきたものであり、DDA の立法過程においても当初から問題視された差別の形態である¹³。

iii) 合理的配慮の意味・内容

「合理的配慮」は、障害のある人が「他の者との平等を基礎」としてすべての人権および基本的自由を享受または行使することを確保するため、「特定の場合に必要とされる」もので、「必要かつ適切な変更および調整」であって、「不釣り合いなまたは過度の負担を課さないもの」をいうとしている。この「他の者との平等を基礎 (equal basis with others)」とは、EU 雇用均等指令にいう「平等取り扱い原則」の遵守と同旨といえるが、「使用者に著しく過度の負担を強いない (not imposing a disproportionate or undue burden)」ものとされている点が重要なポイントとなる。

そこで、「……過度の負担」という文言は、条約の成立可能性やより多数の締約国をとという期待度の高さ、さらにいまだ福祉的な施策が進んでいない国や福祉の財源が乏しい国などを考慮し、「漸進的に達成していこう」という文脈と連動して挿入された、ともいわれている¹⁴。

合理的配慮は、障害者一般を対象とするというよりも、障害のある個人が対象者である。その内容は、能力・知識を最大限に活用し、発展させることのできる仕事の用意、企業内での職業教育の措置、企業外の職業教育に参加できる措置、障害に応じた作業所の設置と整備、企業施設、必要な技術的作業補助の器具・機材・装置、職場・労働環境、労働組織、労働時間の構成、具体的には、人的支援（手話通訳・口話・筆談、介助、コミュニケーション等）、労務管理（労働時間、休憩、休日、休暇、配属・配置等）、通勤、アクセス、医療・通院支援等々について、障害の程度の軽重如何に拘らず、すぐれて一人ひとりの障害者のニーズないし個性に合う必要かつ適切な配慮の実施が要請されることになる。

ただし、「……過度の負担」となる場合は、使用者の配慮義務から除外されるとの趣旨と解されるが、実際の労使関係においても、条約採択以前に差別禁止を補完する要素として合理的配慮（調整）を導入していたアメリカ・イギリスにおいて、経済的整合性とのかわり代で配慮の範囲や程度が問題視されたのである。例えば、イギリスでは、DDA の制定過程および発足当初から、財源をめぐる議論が活発に行われた。原資の確保に関する懸念は、経済的負担のアンバランス（石造りの建築、二階建てバス等）に基づく不公平感、実効性確保との関係で使用者の自助努力だけで対応可能かなどの点が指摘され、合理的調整の範囲や程度の不明瞭さと重なって、原資・予算枠を超えた出費増を招くかもしれないという懸念が使用者の不安材料となったのである。

その場合の判断要素としては、企業規模、事業の性格、業種、従業員数、環境の特殊性などが挙げられるが、イギリスでは、合理的調整義務の不履行は、「重大かつ相当程度である場合においてのみ正当化される」との規定があった（2003 年の法改正で削除）。「正当化される」をめぐる一連の事案に関して、判例法理は使用者の利益擁護論から経済的コンセンサスないし障害者と使用者双方の利益考量論が台頭し、バランス論へと展開し、ついで障害者の利益擁護論・有利な処遇を容認し、「正当化」されるとする抗弁権を否認する法理へと展開したのである¹⁵。

職業訓練や機材・器具の設置それに伴う出費増と労働能力にかかわる配慮に関しては、日本においてもどういった措置が適切なのか、その適切な措置を行うことによって労働は可能となるのか、そうした措置をどこまで行う義務が使用者にはあるのか等々が争点となる可能性は高いといえる。その点、出費増が争点とされたイギリスの Williams v. J. Walter Thompson Group LTD 事件（2005）が参考になる¹⁶。

日本の現行制度の特徴と問題点

こうした国際的な法的枠組みのなかで、日本の障害者に関する雇用形態は特異なスタイルに拠っている。以下、問題視される主な事項としてはつぎの諸点が挙げられる。

i) 障害の定義について

障害者基本法は、障害者とは、「身体障害、知的障害又は精神障害があるため、継続的に日常

生活又は社会生活に相当な制限を受ける者をいう」(2条)と定義している。障害者自立支援法は、「すべての障害のある人」を適用対象者としているのではなく、身体障害者福祉法、知的障害者福祉法、精神障害者福祉法および児童福祉法の適用対象者に限定している(4条)。また、障害者雇用促進法は「身体障害、知的障害および精神障害」の3つに限定している(2条2・3・4号)。

これらの規定から洩れた人の「すべての障害者は個人の尊厳が重んぜられ、その尊厳にふさわしい生活を保障される権利を有する」(障害者基本法3条)は、実際は政策上の計画に委ねられ裁量的扱いを受けることになる。障害に関する定義を狭く限定している上に、機能障害と職業上の障害とは「必ずしも結びつくものではない」とする国際的一般常識との乖離は明白である。

ii) 社会連帯の理念に基づく「国民の努力義務」と「保護の対象者」

障害者基本法は基本理念として、「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」(3条3項)としているが、禁止される差別の類型および権利利益侵害の具体的内容を示す規定は存在しない。

また、国民の努力義務として、障害者が「社会連帯の理念に基づき、あらゆる分野の活動に参加することができる社会の実現に寄与するよう努めなければならない」(6条)としている。その上で、「国及び地方公共団体は、障害者の雇用を促進するため、障害者に適した職種又は職種について障害者の優先雇用の施策を講じなければならない」(16条1項)とし、さらに、「事業主は、社会連帯の理念に基づき、障害者の雇用に関し、その有する能力を正当に評価し、適切な雇用の場を与えるとともに適切な雇用管理を行うことによりその雇用の安定を図るよう努めなければならない」(同条2項)としている。

いずれも「社会連帯の理念」に基づく努力義務に委ねる仕組みになっており、障害者の労働権を根拠に、優先雇用や雇用の安定を図るべき具体的措置を明示する構成にはなっていない。要するに、障害者は「保護の対象として把握され、そのレベルは世論の納得が得られる限度に留まり、その具体的な仕組みのあり方も、人権という枠組みには拘泥されない政策的な判断によって組み立てられて」¹⁷⁾ いるのである。

iii) 障害者を分断し、差別を固定化する就労形態と障害者の労働者像

障害者自立支援法は、障害者の就労について一般就労と福祉的就労に分断している。一般就労(ordinary competitive employment)は、通常の競争的な条件の下において雇用され、労働の対価として賃金を支払われる就業形態のことであり、福祉的就労(sheltered employment)は、一般就労が困難な障害者に対し、保護された状態での就労の場を提供するとともに、一般雇用への移行を促進するための職業リハビリテーションが提供される就労形態のことであるが、一般就労の機会が得られなければ当該障害者の労働者性は否定され、社会保険制度への加入もできない扱いを受けることになっている。

障害者を分断し、差を設けて固定化するこのような法的構成は、障害者が福祉サービスを利用する際に一定程度の就労可能性からも見離され、原則 1 割の利用者負担を課せられることになっている。多くの集団違憲訴訟が提起されて、応能負担か、応益負担か、負担の免除かなどの論争を巻き起こしている現状は、障害者の就業可能性と職業リハビリテーションに関する判断が、国際基準とは著しく乖離していることを証明する訴訟に他ならず、廃止は免れない悪法といえる。

障害者の労働者性と人権の享受、労働法の適用対象可能性の問題は、もはや避けては通れないところにきている。障害者が雇われて働くにせよ、自営業を営むにせよ、請負・委任・雇傭契約で仕事をするにしても、契約の形態は常時様ではなく、混合的色彩を伴いがちである。他人の指揮命令に服し、あるいは人的・物的支援を得て仕事をするわけで、その服従ないし支援の態様は人により時により強弱・深淺・大小さまざまであろうが、そこでの就労が労務の提供と見做されず、報酬が支払われないとすれば、一切の就労可能性を否認して憚らない振り舞いを継続させることになる。そうした取り扱いを社会的通念かのごとく放置しておくことには、もはや妥当性はない、外濠は埋められたのである。

近年の日本においては、労務供給関係の複雑化・多様化を増殖させる意図的な雇用政策の横行により、労働者性を見極める要素が入り乱れ、いわゆる「非労働者化」の現象が根深く浸透して、労働者性の判断を難しくしている場面に遭遇させられるが¹⁸、障害者の労働者像は、雇用社会や企業内における位置づけおよび労働の実態を見定めれば自ずから明らかとなる。すなわち、労働手段の所有・契約内容決定の非対等性（経済的従属性）や、企業組織への組み入れ（組織的・集团的従属性）および指揮命令関係（人的従属性）といった要素を総合的に斟酌すれば、割当雇用率制（従属性から完全に放逐されるわけではない）の適用如何にかかわらず、あらゆる場面で障害者の従属労働は疑う余地のないものである。その点、重度障害者の死亡に関する安全配慮義務違反をめぐる事案に関し、逸失利益の支払いを命じた青森地裁判決（2009. 12. 25）は、重度障害者の労働者性および就労可能性を認定した先例といえる。

iv) 「能力」への関心のたかさ

日本の現行法制は、環境の整備、機材・器具等の開発および人的支援に関し、その具体化を欠いたまま、障害者の「能力」に関心を向けている。障害者基本法は、「障害者がその能力に応じて適当な職業に従事することができるようにするため、その障害の種別に応じて……」（14 条 1 項）とし、国および地方公共団体は「障害者の職業選択の自由を尊重し」つつ、障害者が「その能力に応じて適切な職業に従事する」ことができるための「職業相談」等を講じなければならない（15 条 1 項）、としている。ひたすら、焦点を能力に当てた構成となっている。その上、賃金について最低賃金法は、「精神または身体の障害により著しく労働能力の低い者について第 5 条（最低賃金の効力）の規定を適用しない」として減額特例を許し、厚生労働省令の定めにより最低賃金額からの減額を許す仕組みになっている。

労働に関する適格性の判断要素として、つぎの事項、例えば、労働能力の柔軟性、職業資格・

免許の取得、病歴、職業経験（熟練度を含む）、勤務態度（協調性を含む）等は、使用者の合理的配慮との絡まりで紛争の起因となる要素を少なからず内包している。なぜならば、今日の日本において就業規則上の解雇事由として記載されることの多い、「職務に伴う本質的な機能の遂行に支障をきたす」、「心・身の故障により業務の遂行に耐えられない」、「協調性に欠け職場の雰囲気著しく乱す虞がある」等々と認められる場合、といった規定が直截的に適用されてはならないのである。それより前に、障害者の「労働」と健康・心身・リハビリへの配慮、事故等の危険に遭遇しないような人的・物的措置や職場環境の適格性評価を問題にすべきであろう。

この場合、イギリスの人員削減審査基準の評価が争点とされた *British Sugar Plc v. Kirker* (1998) 事件が参考になる。本件は、出生時から両眼に水晶体脱臼があり、重度の緑内障のため両眼の視力は 3/60 で、部分的視力障害者として認定を受け、薬剤助手として採用されていた労働者が、生産性向上に寄与できなかったことを理由に、人員削減要員に指名され解雇された、DDA 実施前後にまたがる時期の事案であるが、日本においても昨今の成果主義・効率主義の下での派生が危惧される。雇用審判所 (ET) は、人員削減査定の評価に「他の者と同じに評価するという不適正な部分」や「推測による評価」があったことなどを認定し、「障害を理由に人員削減要員に指名され不当に解雇された」として、損害賠償 (103,146 ポンド) を命じた¹⁹。

平等原則と人権相互の複合的、相乗的效果

上述のごとく国際的な法的枠組みは、障害者を保護の客体と捉えてきた日本の法的位置づけに対して、新たな価値観を視座に置いた法整備を促している。その際、日本における法的根拠は、憲法 13 条、14 条 1 項、25 条 1 項、27 条 1 項に求められる。

1 障害者の「個人の尊重」・「幸福追求権」と労働権

憲法 13 条は「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と規定している。ここにいう「個人の尊重」は、憲法学においては「日本国憲法の根底的原理」²⁰ と解されており、労働法学においても「すべての基本的人権の根底にあるのが憲法 13 条である」²¹ としている。

そうした意味合いにおいて、障害者の人間としての尊厳を喪失させない市民生活と労働生活の両立を可能にすることを目指す法的根拠は、憲法 13 条が規定する「個人の尊重」および「幸福追求権」に求められる。したがって、この規定は「種々の自由権、平等原則、生存権、労働権、労働基本権を基礎づける」根拠をなす規定²²と解されるものである。ということは、この規定は自由権の理念と社会権の理念を複合的に補完し、相乗的效果をもたらす基礎をなす規定として把握されなければならない、ということである。

障害者も障害をもたない者と同じ様に、一人ひとりがそれぞれに違う存在であり、それぞれが

固有の価値を担って、市民生活のなかで人間の営みの一つである労働の可能性を求めることは、幸福追求の一環として必然的な帰結といえよう。障害者の労働生活は生きる上での単なる手段に留まるのではなく、仕事にアクセスし労働の機会を得て生きがいを見出すということが、幸福追求そのものと密接に連動するという複合性に着目しなければならない。

それは、生活手段としての労働機会の保障が幸福追求権の保障と深く結びつくことによって、障害者の「人間の尊厳」も保障されるということである。そうした筋道に誠実に向かい合うとすれば、それぞれの固有性を担う人としての「個人の尊重」と「幸福追求権」を包摂したものと理解される「人間の尊厳」保障を、障害をもたない者のそれと平等に法的枠組みの中で認めていこう、ということに格別の異論は唱え難いであろう。

2 障害者の職業選択の自由と労働権

障害者が仕事にアクセスでき、働き口を得て、働き続けることに生きがいを実感できることが可能になれば、職業生活に繋がる真の「幸福追求権」を享受できよう。同時に働くということは、「職業選択の自由」と関連付けられるところから、自らが選択した職業生活の実現可能性という側面をもって「個人の尊重」保障に深く作用することになる。この場合、職業選択の自由は一つの経済的自由権であるが、この自由権は資本の要請に係る労働の従属性という枠組み内の自由という限界を避けたいから、こうした自由権的側面よりむしろ社会権としての性格をもつ労働権と緊密な繋がりをもつことになる。この労働権は、「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」としての生存権と密接な相乗関係をもつものとして、法認されてきたことはいうまでもないことである。

自由権規定それ自体では、国の立法義務を要請するものではないが、社会権規定としての労働権および生存権と複合的に作用し合う相乗的效果に抛り、単なる障害者差別禁止に止どまるのではなく、障害者の「人間の尊厳」に値する正当な報酬の要素を含む労働の機会、雇用の保障を国家に対して要求し得る権利および平等権の実質化のための積極的措置（割当雇用率制）や均等処遇の実効性を補完する処遇上の配慮を企業に求める立法を要請できることになる。障害者の労働および雇用に関する実効性は、ただ単に非差別であれば足りるということではない。障害をもたない者と異なる特定の積極的措置や配慮（物的支援、人的支援など）の導入が前提とされなければならないからである。

3 「平等」概念と「特定の措置・配慮」

憲法 14 条は「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」による差別の禁止を定めているが、いずれも「人の生まれによって決定される条件」が例示されている。明らかに、人の生まれが必ずしも条件とはいえない「障害」は欠落している。その点、それは「不合理な差別理由の例示」²³ ないし「不均等取り扱いの禁止が原則であるような事項を列挙したもの」²⁴ と解する立場が一般的である。

そこで、特定の積極的措置や均等処遇の実効性を補完する配慮を必要とする点において、「平等」概念が問題となる。憲法学の立場は、「憲法 14 条は法律上取り扱いに差異が設けられている事項と事実的・実質的な差異との関係が、社会通念からみて合理的な差異であれば同条が禁止する差別に当たらない²⁵」とし、あるいは、憲法のいう平等は「『みんな同じ』の強制を意味するものでなく、諸個人ひとりひとりのアイデンティティの発揮を可能にするものだということを、明確にするためである²⁶」としている。また、労働法学においても「障害者である労働者その他の労働者との間の機会均等および待遇の実効的な均等を図るための特別な積極的措置は、他の労働者を差別するものとみなしてはならない²⁷」としている。

こうしたことから日本においても、差別を禁止した上で、後述均等処遇の実効性を補完する配慮義務（障害者を個別的に捉えた義務）と積極的措置の義務（障害者を集団的に捉えた義務）を課すことによる複合作用の整合性によって、障害者の雇用の促進に向け相乗的効果をもたらし得ると考えられる。それは、個人単位の取り扱いと集団的な取り扱いとを法的に均衡のとれた処遇措置へと再編することに他ならない。

i) 平等原則と割当雇用率制 (Quota System)

日本においても障害者雇用促進法（第 3 章 37 条以下）は、事業主に一定割合の障害者の雇用を義務づける「割当雇用率制」と、その割当率の障害者雇用を充足できない事業主から助成金や調整金の財源を徴収する「納付金制度」について規定している。こうした仕組みから、権利条約の「事実上の平等を促進しまたは達成するために必要な特別措置」（5 条）に該当する、との見解は多い。

しかし同法は、障害（機能障害）の種類を、医学的基準に基づく機能障害と職業上の障害とを結びつける手法に拠って、上述のごとく「身体障害、知的障害および精神障害」の 3 つに限定した上で、事業主は「社会連帯の理念に基づき……雇い入れに努めなければならない」（37 条）としている。実際の運用についても、多くの問題点が指摘されており²⁸、文字どおり積極的措置と位置づけるには、躊躇せざるを得ない側面も多いのである²⁹。雇用にかかわる障害者差別禁止および違反に対する救済措置の規定を欠いており、あまりに恩恵的・慈善的発想に依拠した雇用促進策の域を出ていないし、今日まで雇用率を充足したという実績も皆無である³⁰。

障害者の雇用の促進と憲法 27 条 1 項の労働権保障については、雇用の量的確保をめざすこともさることながら、その質的側面も当然のことながら重視されなければならないのである。割当雇用率制が積極的措置としての性格を担うということは、障害者の差別されない権利の保障と同時に労働権保障の内実を充足することが軽視されてはならないということである。そうした枠組みを踏まえて、国際基準を下回らないことを条件に、個別性と集団性を統合した均等処遇という見地から、現行法を抜本的に見直し修正するか、後述新法（仮）と調整統合するかが課題となる。

ii) 処遇配慮義務と使用者の自由権との交差

均等処遇の実効性を補完する配慮義務に包含される諸事項は、憲法 27 条 2 項が規定する目録やその他関連法規の規定をはるかに凌駕した内容を、使用者の履行すべき義務として規定することになる。それは、使用者にとっては目新しい義務ともいえるものであって、財産権の保障に含まれるとされる「営業の自由」・「契約の自由」に、個々の障害者を対象とする新たな制約を伴うことになる。要するに、障害者との労働（雇傭）契約の締結は、従来型の市民法的契約自由に委ねられるということではなく、新たな一定枠組みの配慮義務を必然的に伴う、という捉え方を大前提としなければならないものである。

「営業の自由」、「契約の自由」などの経済的自由権と社会権（労働権・生存権）との関係では、自由権の根拠をなす財産権は、「他者の生命・健康や尊厳性、あるいは他者の人権との調和」という観点からの制約、すなわち、立法によって処遇配慮に関する義務の枠づけを受けるということである。具体的には、経済的自由権とのかかわりで、「過渡の負担」が問題となるが、「社会権は経済的自由権に優越するもの」と解し、「社会権の実現のために経済的自由権が制限される」ことを当然視する立場が有力である³¹。

使用者は人的支援、物的支援を負うとしても、必要以上の出費増と手間がかかるのではないかと、という懸念を抱き、そのことが懈怠の理由になるかも知れない。イギリス DDA の制定過程においても、どれぐらいの財源確保を必要とするか、公的資金の援助ともかかわっての議論が盛んに行われたのである。その点、人的支援（ケア）の範囲・程度が争点とされた *Kenny v. Hampshire Constabulary* 事件（1999）が参考になる³²。脳性小児麻痺に罹患しているが、労働意欲と知的能力には何らの損傷もないアナリスト・プログラマーとして採用された労働者の、まさに「人間の尊厳」にかかわる民間企業での事案といってよいのだが、就業時間中における小用のケアが争点とされた。結果的に、障害のある人を介護・支援する家族や関係者まで合理的調整義務の対象者とすべきか問題提起した事例となった。

障害者の労働および雇用に關しては、使用者に柔軟性を踏まえた慎重な労務管理が要請される。労働生産性に焦点を当てて作成された、労務提供に関する適格性の判断要素の適用は、人権実現に逆行する管理となる虞がある³³。従前から障害者のニーズやアクセス可能性に關して、雇用する側や社会一般の無関心、知識不足や対応能力の欠如あるいは器具類や設備・環境の不整備といった側面が、大いにあったことが指摘されている。将来的に、人的支援もしくは物的支援の補充、開発が一層促進され、さまざまな障壁が労働現場や社会において排除されるなど条件整備が整うにつれ、障害者のニーズと合致した職域および職務遂行の可能性は増すと考えられる。

4 障害者の均等処遇の確保に関する法制の創設

法整備に向け看過されてならないことは、固有の障害をもつ一人ひとりを対象に「人間の尊厳」を侵害しない、実質的な均等処遇が法益とされる構成がなされなければならない、ということである。その場合、均等処遇の実効性を補完する配慮義務の明記が必要となる。そうした均等処遇

配慮義務は、憲法 13、14 条 1 項、25 条 1 項、27 条 1・2 項等に求められ、その具体的義務内容を規定する私法規定、すなわち請求権が発生する根拠となる実定法規が求められることになる。

障害者のニーズやアクセス、平等取り扱いに関し実質的ないし事実上の実効性を達成するための、特定の措置およびそれにかかわる配慮を請求できる根拠を生み出す法制、例えば、障害者を適用対象とする「雇用の機会および均等処遇に関する法律」の創設が必要とされる。上述割当雇用率制を規定する法制と整合補完し、統合されることも考えられる。そうした法制がベースにあって、平等原則が障害者にとって有効に機能する現行の妥当な関連法規も複合的に適用されることが望まれる。さらに、配慮の細部に関わる事項や手続きに関する事項等々は、「細則」もしくは「実務準則」や「実務指針」などにおいて、具体的にきめ細かく補充整備することが必要とされる。

かかる均等処遇配慮が実効されなかった場合、当然、憲法違反を主張することになるが、結局、損害賠償は民法 709 条を根拠に請求するか、あるいは、侵害された法益が契約上の義務履行と関係がある場合は、同 415 条を根拠に債務不履行による損害賠償を請求することになる。この場合、民法 2 条の「個人の尊厳」は、私人相互間において解釈基準とされるべき規定である。障害者の諸権利が必ずしも保障されていない現実社会の中では、「個人の尊厳」は諸権利を実質的に実現するための解釈原理として援用されなければならない。この場合、平等取扱義務、安全配慮義務、健康配慮義務、セクハラ防止義務などをめぐる判例法理は適宜参考にされるものと考えられる。

紛争解決と実効性確保の手段

つぎに、紛争解決と実効性確保の手段をどのように構成するかが問題となる。最も多い紛争は、使用者の均等処遇に関する配慮義務の履行をめぐる事案と予想されるが、新しい法制が社会規範として定着することが、真に重要である点を考慮すれば、まずは、企業・事業内での解決手段として不服申立（苦情処理）制度の活用が必要となる。それが暗礁に乗り上げた場合の「話し合い」、「相談」、「指導（障害者の雇用に関する計画書の提示）」、「調停」等の調整的機能をもった第三者的救済機関の設置が必要となる。調停までに決着がつかない場合は「勧告」を発し、ついには「企業および事業主名の公表」という緩やかな手順を経て双方の納得を得る役割を担う機関が考えられる。行政（権）の紐付き的要素を排し、中立的・第三者的性格を強く堅持するため、障害者・障害者団体および難病等に関する専門性を有する人の参加が不可欠となる。

つぎに司法上の救済として、障害問題に精通した人を構成員とする裁判的機能が考えられる。イギリスの「審判所 (Tribunal)」のような迅速性、専門性、安価さに力点を置いた機関、そこで決着がつかない場合には一般の裁判所 (Court) に提訴する仕組みで解決の可能性は繋げられる。もとより、始めから一般の裁判所への提訴が禁じられるものではないので、どちらのルートを選ぶかは当事者の自由であるが、障害問題に関する専門性が際立って重要な位置を占めることになると考えられる。

おわりに

おわりに当たり、つぎの 3 点について述べておきたい。

まず一つは、「障害者にも労働法の適用を」とする一部の急かせる声には、にわかに賛同し難い。あけすけに言えば、現行の労働法制はそもそも障害者を念頭において構成されているわけではない。その上、'80 年代半ば以降の労働法制の改革は、労働者の精神的・身体的健全性や雇用の安定性の確保といった方向に必ずしも向かったとはいえず、いまや著しく危殆に瀕した状態の労働現場や雇用現場も出現するに至っており（労働者の生命・身体の危険、ワーキングプアの増大など）、誰のための労働法制であり解釈論であるのか不明瞭な部分が増幅している。そうした現実を見極めないで、いたずらに「労働法の適用」を急ぐことは、外形を取り繕って事を急ぐに等しく、却って障害者の人権侵害や労働生活への不安を招来し、障害者を惑わすばかりか、失望させる虞が少なくないからである。

このことを正確に認識した上で、二つには、法整備への取り組みに関して、少なくとも国際基準を下回る要素を留保もしくは放置されることを許してはならないということである。人権に関する条約それ自体についての日本政府の今日までの消極姿勢が問われることになる。未だに締結していない重要な条約も多い³⁴、急ぎ締結した条約に関する法整備は未完のまま放置されている部分も多いのである³⁵。例えば、ILO の「障害者の職業リハビリテーションおよび雇用に関する条約」（159 号）は、ノーマライゼーションの理念に基づく平等概念を実施することを要請しており、日本もすでに批准して（1992）久しいのであるが、その勧告にも正面から取り組むことなく、その理念の実施に向け誠実に対処してきた国との違いは年を追って拡大した³⁶。

また、「同一価値労働同一報酬の原則に関する条約」（100 号）についても、批准されて（1967）久しいが、国内法の整備と運用は不徹底であり、3 労組が合同で労基法運用の改善、職務評価の確立および男女賃金格差是正等の措置に関して ILO に申し立てている。さらに、「結社の自由および団結権の保護に関する条約」（87 号）については（1965 批准）、とりわけ消防職員に関する幾度かの勧告も生かされていない等々、頑迷な国際基準の無視ないし留保の日本型スタイルが維持されてきた。勧告には法的効力がないとはいえ、国際人権条約の重みを理解して、国際的にも筋道を通すという、政府としての責任や適用能力を疑わずにはいられない。

その三は、財源問題や外部労働市場の整備などを含めた説得力ある構想の提示が課題となってきたが、それを構築する担い手として、労使双方それぞれの立場からの取り組みが不可欠だと考えられる。イギリスでは DDA の制定前に、TUC は組織内における役員や一般組合員に対し調査を実施し、障害問題への関心度の低さや無理解な点などを急ぎ反省して、障害者のニーズやアクセスに関する掘り起こしあるいはオルグを行い、障害者の要求を組み立てるなどの運動に取り組んだ。使用者の側も上述のごとく資源や予算枠の問題に真剣に取り組まざるを得なかったのである。

今日の日本では、そうした労使双方の課題や対応策について極めて関心が低く、市場の整備に向けた世論形成への働きかけは低調な状況にあるといわざるを得ない。障害者を労働市場に迎入れるに当たって、とりわけ労働者側の行動を通じた意識改革ないし法整備・条約批准への社会的コンセンサスの形成は、未だ醸成されていない。障害者の意思を尊重し、ニーズを集約、確認することなしには、障害に関する個別的側面と集団的側面への目配りとそれを整合させること、労働市場の整備と繋がりをもたせることなどはできないであろう。

障害者を「保護の対象」として把握し「人権という枠組み」には拘泥されない、従来型の政策的な判断枠組みから脱却するためにも、拙速を避け、社会および企業における環境整備、さらに教育、交通・移動、消費などをめぐる論争の、広範囲で総合的な蓄積を踏まえた展望がなされなければならないのである。

【注】

- 1 拙稿「勤労権論」『戦後労働法学説史』初井常喜編、労働旬報社（1996）p 594-.
- 2 EUR-Lex-32000L0078-EN, (Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, Official Journal L 303, 02/12/2000 p0016-0022)
- 3 Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2006. 12. 13, 川島聡 = 長瀬修仮訳「障害のある人の権利に関する条約とその選択議定書」日本社会保障法学会第 55 回春季大会資料（2009. 5. 16）日本社会保障法学会 p 107- 参照.
- 4 長谷川珠子「アメリカにおける障害者雇用の実態と 2008 年 ADA 改正法」季刊福祉労働 121 号 p 32-74, 同「日本における障害を理由とする差別禁止法制定の可能性」日本労働研究雑誌 No 571/Special Issue（2008）p 73-, 同「障害を理由とする差別」法律時報 79 巻 3 号 p 48- 参照.
- 5 その経緯については拙稿「イギリスにおける『割当雇用率制』の失敗」日本福祉大学社会福祉論集 第 106 号 p 47-.
- 6 拙稿「90 年代前半期イギリスにおける『障害立法への新しい理論的アプローチ』に関する考察」前掲日本福祉大学社会福祉論集 第 108 号 p 1-. 鈴木隆「イギリス一九九五年障害者禁止法の成立と障害者雇用」島根法学四 巻四号 p 39-, 同「EU における障害者雇用政策の展開（一）」同法学四四巻四号 p 50-. 長谷川聡「障害者雇用における使用者の調整義務 1995 年イギリス障害者差別禁止法の観点から」中央大学大学院研究年報法学研究科編 33 号 p 55- 等参照.
- 7 www.jil.go.jp/institute/reports/2007/documents/084-01.pdf, 「ドイツにおける障害者差別禁止と『合理的配慮』をめぐる動向」p 129- 参照.
- 8 永野仁美「フランスの障害者雇用政策」前掲季刊福祉労働 121 号 p 63- は、雇用義務の履行方法は、直接雇用、適応企業や保護センターと請負契約を結ぶ、保護センターへ仕事を発注する。150 時間以上の研修における受け入れなどとしている。
- 9 引馬知子「障害のある人々・家族・支援者に関わる EU 均等法政策と国連の新条約の交錯」前掲季刊福祉労働 121 号 p 43-, 同「『雇用均等一般枠組み指令』の障害規定と加盟国への移行」世界の労働第 57 巻第 7 号 p 36- 参照.
- 10 川島聡 = 長瀬修前掲仮訳、日本社会保障法学会第 55 回春季大会資料（2009. 5. 16）p 107- 参照。なお、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）p 16- は、本条約 1 条にいう「目的」との関わりで、マッケイ (Mackay) の主張を引用して、「この条約は自由権と社会権の両方を含んだ『混成条約 (a hybrid convention)』であると言える」としている。

- 11 拙稿「イギリス障害者差別禁止法における使用者の合理的調整義務と法的・実践的争点(2)」日本福祉大学社会福祉論集 第 119 号 p 81-.
- 12 松井亮輔「労働」長瀬修・東俊裕・川島聡前掲書 p 167- は、条約草案の作成過程を紹介しながら、「一般就労が困難な障害のある人を対象とした代替雇用（保護雇用）も含まれる」としており、同趣旨に解する立場が一般的である。
- 13 レストランへの犬の同行禁止にかかわる Clark 事件に関し、判例上も差別と認定された。CA は第 2 読会での担当大臣の趣旨説明、および実務準則で示された違法差別の事例を引用することにより、「SDA・RRA 上においては、間接差別の枠内で把握される事例といえるが、DDA 上は直接差別の延長線上で扱われ、実質的には間接差別の領域まで適用が拡大されると解するのが相当である」とした、(1998 IRLR 420, 1999 IRLR 318)。拙稿「イギリス障害者差別禁止法における使用者の合理的調整義務と法的・実践的争点(1)」日本福祉大学社会福祉論集 第 117 号 p 29-31, 38-9. 43-.
- 14 三村洋明「障害者の権利条約と日本 概要と展望から障害者の権利条約を読む」前掲季刊福祉労働 121 号 p 148- は、「漸進的に達成」ということばと連動して、政府の「裁量権」を追認する結果をもたらしていると批判している。
- 15 拙稿前掲日本福祉大学社会福祉論集 第 117 号 p 26-.
- 16 コンピュータソフトウェア技術者として採用された全盲労働者の器材（画面読取装置、点字ディスプレイ、スピーチシンセサイザー）の設置および研修費用に関し、予算超過を理由に研修を拒否した点について、雇用審判所（ET）が、会社側の「職務の遂行を可能にするために適切なソフトウェアを備えるか、適合させるような措置を講じなかった」こと、また、「適正な仕事を提供するとしたことに不履行があった」としたのに対し、雇用控訴審判所（EAT）はつぎの三点、「ソフトウェアの使用が困難という点は、克服されるのか否か不明瞭である、訓練費用に 1 万 2000 ドルの総予算を超えそうであり、一人の従業員のために全予算を費やせないという使用者の主張には説得力があるか、ソフトウェアの入手と適応のためにこれ以上の費用を費やせないという会社側の決定は、合理的調整義務の枠内にあるといえるか」等々の争点について再審議を命じ差し戻した、(2005 IRLR 376)。拙稿前掲日本福祉大学社会福祉論集 第 119 号 p 87-, 98-9.
- 17 東前掲日本社会保障法学会第 55 回春季大会資料 p 27-。同旨山田耕造「障害者権利条約とわが国の障害者の一般雇用施策関係法の問題点と課題」労働法律旬報 No. 1696, p 7-12 参照。
- 18 西谷敏『労働法』日本評論社（2008）p 53- 参照。
- 19 ET は、DDA 制定前の事案であっても、従業員としての有用性を認定するに当たり、背景事情として法制定前の障害に起因する処遇層が具体的査定を通して評価されているか否か掌握する権限があるとした。人員削減査定基準 仕事の属性 = 柔軟性（15 ポイント）、チームワーク（15）、自己啓発（15）、イニシアチーブ（10）。職歴と可能性 = 熟練度（10）、顧客サービス（10）、効率性（10）、仕事に関する免許取得（5）、仕事と安全に関する潜在能力（5）、出欠（0-）、職業訓練（0-5）の評価として最低点（40.5 ポイント）であったことについて、その評価は「障害をもたない者のそれと比較するべきでない」点を指摘した上で、「仕事の効率性を上げるための、障害者への配慮がもともと行われていなかった」こと、「健康・安全に関する潜在的能力について管理職の推測によるものである」ことなどを認定し、障害を理由に人員削減要員に指名され不当に解雇されたとして、損害賠償（103,146 ポンド）を命じた（EAT 容認, 1998 IRLR 624）。拙稿前掲日本福祉大学社会福祉論集 第 117 号 p 29-, 41-.
- 20 浦部法穂『憲法学教室（全訂第 2 版）』日本評論社（2007）p 40-.
- 21 西谷前掲書 p 23-.
- 22 西谷前掲書 p 23-。和田肇『人権保障と労働法』日本評論社（2008）p 254- は、「憲法 13 条の保障する幸福追求権や人間の尊厳の保障は、基本的人権に関する包括的権利であると同時に、そこから憲法のカatalogにはない新たな権利を生み出す源になっている」としている。
- 23 浦部前掲書 p 108-.

- 24 樋口陽一『憲法第三版』創文社(2007) p 213- は、「自由権自体についても、国家からの自由だけでなく私人間の自由、妨害排除だけでなく国家による積極的措置などの側面が問題とされるようになる」としている。
- 25 芦部信喜『憲法学 人権各論(1) 増補版』有斐閣(2007) p 126-。
- 26 横田耕一「女性差別と憲法」ジュリスト 819 号 p 72- は、「構造的差別が解消されるまでの過渡的・暫定的措置(アフターマティブ・アクション)として、ある種の「積極策」は「合理的差別の範囲に含しめることができる」としている。なお、和田前掲書 p 288- は、「憲法 14 条 1 項と 27 条 1 項とを有機的に組み合わせないと、労働法分野のポジティブ・アクションの中には理解できないものがある。その典型例が、非常に緩やかな形であるとはいえ、割当制度を定める障害者雇用促進法(37 条以下)の存在である。残念ながら憲法学の議論では、この問題は全く視野から落ちている」としている。
- 27 和田前掲書 p 254- は、「平等権の実質化のための積極的な雇用(割当雇用)を企業に求める立法を許容していると解される」としている。
- 28 山田前掲 p 18 は、障害者雇用促進法は、「雇用の量的拡大を図ることを目的としており、雇用の継続、質の改善・向上の充実を図ることを重視すべきである」として、雇用義務の意味、対象となる障害者の範囲、対象障害者の認定システム、雇用義務が適用される対象事業主の範囲、特例子会社、法定雇用率、除外率制度、雇い入れ計画制度などを問題点として指摘している。
- 29 東前掲 p 26 は、「本来雇う必要のない障害者を社会的余力の範囲内で雇ってあげるといふ慈善の発想が底流をなしている。差別禁止の実効性を挙げるために、その補完として採用されたアフターマティブ・アクションとは、本来的に異なる制度である」としている。
- 30 朝日雅也「障害者権利条約下における障害者雇用の課題」前掲季刊福祉労働 121 号 p12- 参照。
- 31 浦部前掲書 p 208- は、「日本国憲法は、経済的自由権と社会権との関係では、社会権を経済的自由権に優越するものとしているのであり、社会権の実現のために経済的自由が制限されることを当然視する立場に立っているのである」とし、p 223 は「制限の目的が社会権の実現ないし弱者保護にあると認められれば、制限の程度・手段に関しては、それが著しく不合理であることの明白でないかぎり合憲とされることになる」としている。
- 32 使用者は、採用面接時の申し出に対応すべく社内でボランティアを募り、訓練を経て 5 人の中から 3 人をケア担当者として選んだ。控訴審判所(EAT)は一般論として、「トイレに行くことは人間労働にとって不可欠な事柄」であり、「用をたすための身体的配慮を怠る」こと、「ケアの提供を怠る」ことは、調整義務の不履行に当たるとしたが、障害者のニーズの特異性については、「陰茎を尿瓶のネックの正しい位置に入れ、小用を済ませたら尿瓶を空にして、当該労働者を持ち上げ車椅子に戻す」というケアについて、「病院や警察署であればその要請に応じなければならないであろう」が、民間企業が「かかる特有なニーズに合致するケア提供義務まで負っているというには余りに距離があり過ぎる」とした。しかし他方で、母親がケアの申し出をしていたことや外部支援に関する返答を待たなかったこと、ケアの可能性をめぐる検討の痕跡が皆無である点などを咎め、事を急ぎ過ぎたとして障害に関連する理由による差別と認定した。(1999 IRLR 76)。拙稿前掲日本福祉大学社会福祉論集 第 117 号 p 33-, 45-。
- 33 障害と人権全国弁護士ネット編『ケーススタディ障がいと人権』生活書院(2009)は、使用者の適切な措置に関して、「使用者の配慮義務に当たるのか」、「要求可能性はどこまで及ぶのか」などの点が争点となった訴訟(6 件の民事事件)の概要・決定・判決それらに関するコメント等を掲載している。
- 34 柳川和夫・吾郷眞一編著『ILO のあらまし(第 5 版)』日本 ILO 協会(2005)第 2 部は、採択された条約およびその概要、日本の批准あるいは未批准について簡明に整理している。
- 35 小林武『憲法と国際人権を学ぶ』晃洋書房(2003) p 144- は、「締結したものでも社会権・自由権両人権規約をはじめ、難民条約、人種差別撤廃条約、女性差別撤廃条約など、その時期がきわめて遅いものが多い。そのうえ、国際人権規約への加入について典型的にみられるように、人権実現に逆行的な解釈宣言・留保を付し、あまつさえ個人通報制度を内容とする選択議定書には加わっていない。そ

して、人権諸条約に広く採り入れられている政府報告制度でも、日本政府に対しては、条約機関から厳しい所見が出されている」と指摘している。

- 36 1983 年採択は、「批准国は、国内事情および国内の可能性に応じて、障害者の職業リハビリテーションおよび雇用に関する政策を実施し、かつとられた措置がすべての種類の障害者に対して利用できるように確保しなければならない」と規定しており、勧告に関しても、『障害者の職業更生に関する勧告』（99 号・1955）および『障害者の職業リハビリテーションおよび雇用に関する勧告』（168 号・1983）は、同趣旨について詳細に規定している。