

障害者差別禁止法への視点

瀧澤 仁 唱

目次

- 1 はじめに——なぜ今差別禁止法なのか
- 2 現行法制の問題点
 - 2-1 日本法制の特殊性
 - 2-2 改正障害者基本法差別禁止規定に関わって
 - (1) 「何人も」の意味
 - (2) 社会的障壁の除去
 - (3) 国の行為
- 3 法文の文言
 - 3-1 障害者の定義
 - 3-2 「可能な限り」の意味
 - 3-3 附帯決議の意味
 - 3-4 改正障害者基本法に関する管見
- 4 障害者差別禁止法制定の課題——真の差別禁止法制定のために

キーワード：障害者差別禁止，改正障害者基本法，

諸障害をもつ人々の諸権利に関する条約，附帯決議，可能な限り

1 はじめに——なぜ今差別禁止法なのか

障害者（私自身は「障害をもつ人」または「障害をもつ者」とすべきであると考えているけれども，不本意ながら「障害者」という法律用語を当面使う。ドイツ障害者法制では behinderte Menschen「障害者（複数形）」

から Menschen mit Behinderungen 「諸障害をもつ人々」に変わってきている。これは disabled Persons が Persons with Disabilities に変わってきたのと付合する。また「障がい」という言葉を使わずに「障害」を使う。⁽²⁾差別禁止立法は世界的潮流である。差別禁止法や、それに類似した法律が世界の数十ヶ国で制定されてきた。数十ヶ国としたのは、障害者差別禁止法と一括りにできないにもかかわらず、法が世界各国で作られているという例を述べるために、原法律名の邦訳名まで変えて紹介されている例があるからである。例えば、「平等化法」と訳すべきものを「障害者差別禁止法（ドイツ）」として紹介されている。⁽³⁾外国の法制度紹介での「超訳」はその後の影響が大きい。例えば、Poor Law が「救貧法」と訳されたために、イギリスでは1601年から生活困窮者保護が行われてきたかのような、本当に制度を精査したのか疑問に思われる紹介がなされている。⁽⁴⁾差別禁止法は、障害者に対する差別行為を禁止する法であり、平等化法は障害者の法的地位を非障害者と平等にしようとするものである。積極的に障害者と非障害者を平等にするという点ではインクルージョンを考える上で無視できない。平等化には社会保障が必要であり、障害者が国家などに対して積極的な給付を求める権利が必然的に生じるという点も重要になる。

日本でも障害者差別禁止法制定の動きがある。その要因の一つが国連で2006年12月13日に採択され、我が国が2007年9月28日に署名した「諸障害をもつ人々の諸権利に関する条約」(Convention on the Rights of Persons with Disabilities 政府仮訳は「障害者の権利に関する条約」)⁽⁵⁾である。以下「権利条約」という。) 批准に向けた国内法整備の必要性である。署名153ヶ国中批准が106ヶ国⁽⁶⁾(69.3%)にのぼっているにもかかわらず、我が国では国内法未整備を理由にまだ批准されていない。憲法第98条第2項によれば、国内法整備と条約締結は必ずしも直結するものではなく、条約を締結すれば「誠実に遵守することを必要とする」のであるから、法改正が遅れているから条約批准ができないというのは、順序が逆である。

国民の諸権利に関わる国際条約批准や国際的動向を追うのに、日本は常に動きがにぶい。障害者法制においては、国際障害分類 (ICIDH) や国際

生活機能分類（ICF）の法制度への取り入れがほとんどなされてこなかったことなどがその例証となる。これは日本の法制度全体に内在する限界に起因するものであり、障害者が権利主体として扱われ、その権利を実現する制度が日本の法制度全体に整っていないからだとは私は考えている。

本稿では、改正障害者基本法の差別禁止条項の内容と評価、真の障害者差別禁止法には何が必要とされるかを検討する。

2 現行法制の問題点

2-1 日本法制の特殊性

「国連障害者の10年（1983～1992年）」が終わり、1993年に平成5年12月3日法律第94号により、心身障害者対策基本法が障害者基本法に変わった。しかし、障害者の法的地位が劇的に改善されたとはいえなかった。その後、建物のバリアフリー化や障害者の歩行の安全などに関わる立法がなされた。「高齢者、身体障害者等が円滑に利用できる特定建築物の建築の促進に関する法律」（平成6年6月29日法律第44号、いわゆる「ハートビル法」）や「高齢者、身体障害者等の公共交通機関を利用した移動の円滑化の促進に関する法律」（平成12年5月17日法律第68号、いわゆる「バリアフリー法」）などである。しかし、高齢者や障害者が建築物所有者もしくは建設者または公共交通機関提供者などに具体的権利としてしかるべき施策をとるように要求できる詳細な規定があったわけではない。

1990年制定の「障害をもつアメリカ人法」（以下 ADA）は、障害者差別禁止法の嚆矢として非常に注目された。我が国では法律的常識を無視した制度紹介があったり、条文そのものを正確に読んだのかわからない「紹介」や文献もあったりした。ADAが障害者の交通、通信などの利用改善に衝撃を与えた点は評価したい。しかし、問題点も当初よりあった。ADAの雇用に関わる内容をごくおおざっぱにまとめれば、同じ仕事ができる能力がある障害者（「有資格障害者」）と非障害者を差別してはならないというものである。例えば、タイプライターを同じスピードで打てれば、車椅子

使用者は場所をとるので労働者一人当たりの事務所家賃などの経費が増えるため生産性があがらないけれども、差別してはならないことになる。しかし、一定の能力のない障害者は排除されることがあり、自己責任を過度に強調し、社会保障制度による援護が少ないアメリカ合衆国で限界が露呈したのは当然であった。判例でも障害者に有利なものが続出したわけではなく、むしろ障害者が負ける判決がめだっていた⁽⁸⁾。その後 ADA の障害定義が改正されたのも⁽⁹⁾、訴訟上問題が生じ、修正が必要であったからでもある。

2-2 改正障害者基本法差別禁止規定に関わって

ADA の衝撃は、人種差別のあるアメリカ合衆国ならではの差別禁止の一環として注目すべきものがあつた。しかし、自己責任を強調し、小さな政府を志向する政治風土があり、貧弱な社会保障制度のままのアメリカ合衆国では限界があつた。これは、差別禁止さえうたえば、差別が無くなるわけではないことの証左ともなる。以下では、改正された障害者基本法の差別禁止規定に限定し、日本における差別禁止がどういう内容のものでありどういう役割をもつか、そしてその問題点は何かを探ることにしたい。

障害者基本法は平成23年8月5日法律第90号により、多くの条文が改正された。本稿に直接関わる条文は第2および4条である。以下条文を掲げる。

(差別の禁止)

第四条 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。

2 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つ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。

3 国は、第一項の規定に違反する行為の防止に関する啓発及び知識の普及を図るため、当該行為の防止を図るために必要となる情報の収集、整理及び提供を行うものとする。

改正前は第3条（基本的理念）第3項に「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。」とのみあった。この項が平成16年6月4日法律第80号によって付け加えられたのは周知のとおりである。我が国には一時期の例外をのぞき2004年まで障害者差別禁止規定そのものがなかった。

平成23年の法律改正と同時に第2条の障害者の定義も改正された。

（定義）

第二条 この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

- 一 障害者 身体障害、知的障害、精神障害（発達障害を含む。）その他の心身の機能の障害（以下「障害」と総称する。）がある者であつて、障害及び社会的障壁により継続的に日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける状態にあるものをいう。
- 二 社会的障壁 障害がある者にとって日常生活又は社会生活を営む上で障壁となるような社会における事物、制度、慣行、観念その他一切のものをいう。

改正前の第2条は次のようになっていた。

（定義）

第二条 この法律において「障害者」とは、身体障害、知的障害又は精神障害（以下「障害」と総称する。）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。

社会的障壁という概念がなかったため、日常生活又は相当な制限を受ける原因はもっぱら障害者自体にあるという考えに今までたっていたが、「障害および社会的障壁により……制限を受ける」という内容に変わった。これは、日本の障害者法制における障害概念にとっては、大きな変更であるといえる。

この改正条文に関わって本稿に関わる点で以下管見を述べる。

(1) 「何人も」の意味

第4条第1項は「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。」と定める。条文だけみると、誰でも「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、と読める。しかし、第6条（国及び地方公共団体の責務）は「国及び地方公共団体は、第一条に規定する社会の実現を図るため、前三条に定める基本原則（以下「基本原則」という。）にのつとり、障害者の自立及び社会参加の支援等のための施策を総合的かつ計画的に実施する責務を有する。」と定めているように、国および地方公共団体は施策実施の責務を有するだけで、「何人も」の範囲に入るとは解釈されないように思われる。他の条文でも、国および地方公共団体が中立的な位置に立つ、つまり国または地方公共団体自体が権利利益の侵害者となり、追及される対象になるとは解釈されないように見える。障害者が障害をもつにいたった理由やその時の法的地位により、制定法などにより明確に差別的取扱いを受けること⁽¹⁰⁾については、直接には問題とされないと解釈されうる規定になっている。

(2) 社会的障壁の除去

同条第2項は「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つ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。」と定める。「社会的障壁の除去」が、誰によつて「必要かつ合理的な配慮がされ」るのか、全く不明確である。誰が誰に対し、どのように要求しうるのか、具体的に言えば、訴える当事者と訴えられる者が誰になるのか不明確である。

さらに、この条文は、解釈上多くの問題を含む。社会的障壁の定義については後に検討するとして、障壁の除去を「必要とする障害者が現に存し」という文言は、予防的に障害を除去することをふくまないと解釈されうる。例えば、施設の障害者利用に障壁があると痛感する非障害者が自ら裁判に

訴えて、その障壁を除去しようと考えても、訴えることができないと解釈されかねない。しかも、障壁除去の「実施に伴う負担が過重でないとき」が「かつ」という接続詞でつながっている点はとりわけ問題である。「過重な負担でない」は極めてあいまいな概念で、さらに「その実施について必要かつ合理的な配慮がなされなければならない」とあるけれども、これもあいまいな概念である。費用負担については第12条（法制上の措置等）が「政府は、この法律の目的を達成するため、必要な法制上及び財政上の措置を講じなければならない。」とあるので、これを根拠に国の支出を求めることは可能であろう。しかし、前述の条件を全て満たす必要があり、そのさじ加減は裁判所を含む国などにまかされるのである。

(3) 国の行為

第4条第3項は「国は、第一項の規定に違反する行為の防止に関する啓発及び知識の普及を図るため、当該行為の防止を図るために必要となる情報の収集、整理及び提供を行うものとする。」と定める。国の行為は「情報の収集、整理及び提供」にすぎない。しかも「ものとする」という表現は「する」より弱く、「合理的な理由があれば、それに従わないことも許される」という解釈がでてくる余地がある⁽¹¹⁾と言われる表現で腰が引けている文言と言われかねない。

3 法文の文言

3-1 障害者の定義

同法第2条第一号は「障害者 身体障害、知的障害、精神障害（発達障害を含む。）その他の心身の機能の障害（以下「障害」と総称する。）がある者であつて、障害及び社会的障壁により継続的に日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける状態にあるものをいう。」とし、同第二号で「社会的障壁 障害がある者にとって日常生活又は社会生活を営む上で障壁となるような社会における事物、制度、慣行、観念その他一切のものをいう。」

と定める。

改正前第2条(定義)は「この法律において「障害者」とは、身体障害、知的障害又は精神障害(以下「障害」と総称する。)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。」となっていた。改正条文は「精神障害(発達障害を含む。)その他の心身の機能の障害」と従来の障害概念を大きく広げた。「その他の心身の機能の障害」という文言は広く解釈でき、今後の障害概念拡充に道を開くものといえる。さらに「障害及び社会的障壁により継続的に日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける状態にあるもの」を障害者とした。この障害者概念は、障害者が社会的障壁によって生み出されることを鮮明にした点で大きな前進といえる。社会的不利をその要素に入れていたとはいえ、機能障害を中心に障害概念を考えた1980年国際障害分類(ICIDH)の障害概念を経て、環境因子や参加制約を取り入れた2001年国際生活機能分類(ICF)の考えに、改正障害者基本法が一部追いつくようになったと考えられる。

社会的障壁は「障害がある者にとつて日常生活又は社会生活を営む上で障壁となるような社会における事物、制度、慣行、観念その他一切のもの」であるから、ありとあらゆるものが含まれる可能性がある。

しかし、障害者が「身体障害、知的障害、精神障害(発達障害を含む。)その他の心身の機能の障害(以下「障害」と総称する。)がある者であつて、障害及び社会的障壁により継続的に日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける状態にあるもの」(下線瀧澤)とあり、「障害又は社会的障壁」(同)となっていない点には問題がある。社会的障壁とは障害がある者に障壁となるものであり、「障害及び社会的障壁」を読み替えると「障害及び障害がある者に障壁となるもの」(下線瀧澤)となる。障害および社会的障壁の二つがあつて「相当な制限を受ける状態にあるもの」が障害者となるから、障害がある者に障壁となるものがなければ障害者ではなくなると解釈されうる可能性があり、障害者の範囲がむしろ狭められかねない。条文作成の際に、「又は」とせずに「及び」としたために無用な問題を生じる規定になったといえよう。

3-2 「可能な限り」の意味

改正障害者基本法の中に「可能な限り」という文言が6カ所でてくる。これについては、「選択の自由について『可能な限り』と制約する文言が入った点」が問題となると、改正前から批判⁽¹²⁾が出ていた。どのように使われているか、それぞれの条文を以下に掲げる（下線瀧澤）。

（地域社会における共生等）

第三条 第一条に規定する社会の実現は、全ての障害者が、障害者でない者と等しく、基本的人権を享有する個人としてそ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ことを前提としつつ、次に掲げる事項を旨として図られなければならない。[中略]

二 全て障害者は、可能な限り、どこで誰と生活するかについての選択の機会が確保され、地域社会において他の人々と共生することを妨げられないこと。

三 全て障害者は、可能な限り、言語（手話を含む。）その他の意思疎通のための手段についての選択の機会が確保されるとともに、情報の取得又は利用のための手段についての選択の機会の拡大が図られること。

（医療、介護等）

第十四条 [中略]

5 国及び地方公共団体は、医療若しくは介護の給付又はリハビリテーションの提供を行うに当たっては、障害者が、可能な限りその身近な場所においてこれらを受けられるよう必要な施策を講ずるものとするほか、その人権を十分に尊重しなければならない。[後略]

（教育）

第十六条 国及び地方公共団体は、障害者が、その年齢及び能力に応じ、かつ、その特性を踏まえた十分な教育が受けられるようにするため、可能な限り障害者である児童及び生徒が障害者でない児童及び生徒と共に教育を受けられるよう配慮しつつ、教育の内容及び方法の改善及び充実に必要な施策を講じなければならない。

2 国及び地方公共団体は、前項の目的を達成するため、障害者である児童及び生徒並びにその保護者に対し十分な情報の提供を行うとともに、可能な限りその意向を尊重しなければならない。[後略]

(療育)

第十七条 国及び地方公共団体は、障害者である子どもが可能な限りその身近な場所において療育その他これに関連する支援を受けられるよう必要な施策を講じなければならない。[後略]

「可能な限り」という文言は、改正障害者基本法のもつ二面性をよく現している。可能でなければそうしなくてよいとも解釈できる余地が生じうるからである。

2011年8月24日現在で「可能な限り」という文言が使われている法律は、法務省「法令データ提供システム」に登録されている法律では、障害者基本法以外に10件（東日本大震災復興基本法（平成二十三年六月二十四日法律第七十六号）、研究開発システムの改革の推進等による研究開発能力の強化及び研究開発等の効率的推進等に関する法律（平成二十年六月十一日法律第六十三号）、ハンセン病問題の解決の促進に関する法律（平成二十年六月十八日法律第八十二号）、裁判の迅速化に関する法律（平成十五年七月十六日法律第七号）、中央省庁等改革基本法（平成十年六月十二日法律第三百号）、金融機能の再生のための緊急措置に関する法律（平成十年十月十六日法律第三百十二号）、介護保険法（平成九年十二月十七日法律第二百二十三号）、育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律（平成三年五月十五日法律第七十六号）、空港法（昭和三十一年四月二十日法律第八十号）および航空法（昭和二十七年七月十五日法律第二百三十一号））ある。

社会保障法に関わっては、介護保険法第2条（介護保険）第4項「第一項の保険給付の内容及び水準は、被保険者が要介護状態となった場合においても、可能な限り、その居宅において、その有する能力に応じ自立した日常生活を営むことができるように配慮されなければならない。」および同第115条の44（地域支援事業）第1項「市町村は、被保険者が要介護状態等となることを予防するとともに、要介護状態等となった場合においても、可能な限り、地域において自立した日常生活を営むことができるよう支援するため、地域支援事業として、次に掲げる事業を行うものとする。」と本則で使われ、育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の

福祉に関する法律附則（平成七年六月九日法律第一〇七号）第2条（第2条の規定の施行前の措置）が「事業主は、第2条の規定の施行前においても、可能な限り速やかに、同条の規定による改正後の育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律の規定の例による介護休業の制度を設けるとともに、同法第十九条第二項の規定の例による措置を講ずるよう努めなければならないものとする。」と定める。介護施設入所待機者が数十万人いると言われ、介護の権利など保障せず、実効性に疑問符がつけられているのが介護保険法である。改正障害者基本法適用が「可能な限り」手抜きされると解釈されかねない。

この「可能な限り」という文言の解釈をめぐることは、第177回国会参議院内閣委員会（平成23年7月28日）では以下のやりとりがあった。

政府参考人の村木厚子が「まず、私の方から改正法案の第三条の第二号についてお答えを申し上げます。

どこで誰と生活するかについての選択の機会が確保され、地域社会において他の人々と共生ができるということは大変重要な課題というふうに認識をし、この新たな改正基本法に定めたところでございます。

御指摘の『可能な限り』という文言については、例えば障害が重度であって、必要な設備の整った施設で適切な医療的ケアを受けなければならない方々等は、必ずしもどこで誰と生活するかについて完全な選択の機会が確保できないということもあり得るといったようなことを勧案をいたしまして、このような規定としたところでございます。この条文の考え方に従って、できる限りこういう機会が確保をされるように努力をしていきたいと考えているところでございます。」と答弁したことを踏まえて、参議院議員福島みずほが「衆議院の厚生労働委員会において村木内閣府政策統括官は、基本的な方向に向けて最大限の努力をするという趣旨でこういった表現を使っているという気持ちを酌み取っていただければと答弁をしています。『可能な限り』とは基本的な方向に向けて最大限努力することだという内容でよろしいでしょうか。」と質問した。これに対し、国務大臣細野豪志が「私も、『可能な限り』というこの文言がエクスキューズに使われ

ることがあってはならないというふうに考えます。村木さんの方からも答弁が先ほどもありましたけれども、これは言い訳に使う言葉ではなくて、基本的な方向に向けて最大限努力をする、そのことをもって可能な限りやるということを言っているということでございますので、しっかりとその趣旨を踏まえて、今後様々な政策を実現をしていきたいというふうに思っています。」と述べている⁽¹³⁾。所管大臣がこのように述べているからには、最大限努力すると政府が考えているのであろう。

しかし、政府参考人村木厚子が「例えば障害が重度であって、必要な設備の整った施設で適切な医療的ケアを受けなければならない方々等は、必ずしもどこで誰と生活するかについて完全な選択の機会が確保できないということもあり得るといったようなことを勘案をいたしまして、このような規定としたところでございます。この条文の考え方に従って、できる限りこういう機会が確保をされるように努力をしていきたいと考えているところでございます。」(下線瀧澤)と述べている点を注意深く読めば、発言の前段と後段でその趣旨が正反対の解釈がなされたり、種々の与件により裁量の範囲がいくらかでも広がる危険性が生じかねないことがわかる。すなわち「完全な選択の機会が確保できないということもあり得る」ことを認めるから、「可能な限り」という文言を入れざるをえなくなる、つまり可能でなければ「完全な選択の機会が確保できない」場合もあることを認めていることになる。裁量の幅が、障害者個人の状況だけでなく、障害者を取りまく環境によって大きく左右される余地を残すのである。国務大臣細野豪志が「私も、『可能な限り』というこの文言がエクスキューズに使われることがあってはならない」と述べているけれども「エクスキューズ」の解釈を生む必要がないように法文を作るとすれば、「可能な限り」という文言は、当事者が主張するよう⁽¹⁴⁾に削除すればすむことである。

3-3 附帯決議の意味

改正障害者基本法可決にあたり、衆議院で附帯決議⁽¹⁵⁾がなされ参議院でもなされた⁽¹⁶⁾。

障害者基本法の一部を改正する法律案に対する附帯決議（参議院）

平成二十三年七月二十八日

参議院内閣委員会

政府は、本法の施行に当たっては、次の諸点について適切な措置を講ずべきである。

- 一 国及び地方公共団体は、視覚障害者、聴覚障害者その他の意思疎通に困難がある障害者に対して、その者にとって最も適当な言語（手話を含む。）その他の意思疎通のための手段の習得を図るために必要な施策を講ずること。
- 二 国及び地方公共団体は、子どもの発達に対して、障害の有無にかかわらず、将来の自立に向けて個の特性に応じた一貫した支援がなされるべきものであるとの観点から、障害に気付いてから就労に至るまでの一貫した支援を可能とする体制整備を行うこと。
- 三 国及び地方公共団体は、発達障害児について、将来の自立と社会参加のため、特性や能力に応じた中等・高等教育を受けられるよう、必要な環境の整備を図ること。
- 四 国及び地方公共団体は、障害原因の軽減や根本治癒についての再生医療に関する研究開発を推進するとともに、障害者が再生医療を受ける機会を確保するために必要な措置を講ずること。
- 五 国は、地方公共団体が実施する障害者の自立及び社会参加の支援等のための施策並びに民間の団体が障害者の自立及び社会参加の支援等に関して行う活動を支援するため、情報の提供その他の必要な措置を講ずるよう努めるものとする。
- 六 国は、この法律による改正後の障害者基本法の施行の状況等を勘案し、救済の仕組みを含む障害を理由とする差別の禁止に関する制度、障害者に係る情報コミュニケーションに関する制度及び難病対策に関する制度について検討を加え、その結果に基づいて、法制的整備その他の必要な措置を講ずること。
- 七 国は、東日本大震災による障害者に係る被害の実態等を踏まえ、災害その他非常の事態の場合において障害者の生命又は身体の安全の確保が図られるよう、障害者に対する支援体制の在り方について検討を加え、その結果に基づいて必要な措置を講ずること。
- 八 障害者政策委員会の委員の人選に当たっては、障害者政策を幅広い国民の理解を得ながら進めていくという観点から、広く国民各層の声を障害者政策に反映できるよう、公平・中立を旨とすること。

右決議する。

一～七は衆参ほとんど同文で、障害者政策委員会委員の人選の公平・中立をうたう八のみ参議院内閣委員会で付加された。意思疎通に困難がある障害者のための手段や、手話もとりあげられるなど一定評価すべき決議でもある。しかし、附帯決議の二面性を指摘しておかねばならない。一つは、法律を補足する解釈の手段として使えるという点と具体的な権利実現のための規範として使えないという点とである。旧障害者基本法第3条に差別禁止規定が入れられた平成16年改正では参議院で2004年5月27日に以下の附帯決議がなされた。

障害者基本法の一部を改正する法律案に対する附帯決議

平成十六年五月二十七日

参議院内閣委員会

障害者基本法の一部を改正する法律案に対する附帯決議

政府は、本法の施行に当たり、次の事項の実現に向け万全を期すべきである。

- 一、障害者施策の推進に当たっては、障害者の個人の尊厳にふさわしい生活を保障される権利を確認した法第三条第一項の基本的理念を踏まえ、障害者が、社会、経済、文化その他あらゆる分野の活動に、分け隔てられることなく参加できるようにすることを基本とすること。
- 二、障害者の雇用・就業、自立を支援するため、障害者の地域における作業活動の場の育成等を推進するとともに、併せて精神障害者の雇用率の適用・復職支援、在宅就労支援を積極的に推進するため、これらについて法的整備を含め充実強化を図ること。
- 三、障害者に対する障害を理由とする差別や権利利益侵害が行われた場合の、迅速かつ効果的な救済のために必要な措置を検討すること。
- 四、情報バリアフリー化の推進は、障害者等のコミュニケーションの保障に資するべきものであることにかんがみ、情報通信機器やアプリケーションの設計面のみならず、コンテンツや通信サービスについても、手話、文字、点字、音声等の活用による改善及び充実を促進すること。
- 五、障害のある児童・生徒とその保護者の意思及びニーズを尊重しつつ、障害のある児童・生徒と障害のない児童・生徒が共に育ち学ぶ教育を受ける

ことのできる環境整備を行うこと。

六、「障害者」の定義については、「障害」に関する医学的知見の向上等について常に留意し、適宜必要な見直しを行うよう努めること。

また、てんかん及び自閉症その他の発達障害を有する者並びに難病に起因する身体又は精神上の障害を有する者であって、継続的に生活上の支障があるものは、この法律の障害者の範囲に含まれるものであり、これらの者に対する施策をきめ細かく推進するよう努めること。

七、国連における障害者権利条約の策定等の動向を踏まえ、制度整備の必要性について検討を行うこと。

右決議する。

これを見ると、この7年間国はいったい何をしてきたのか疑問に思わざるをえない。附帯決議の効力はこの程度である。裁判で附帯決議を援用できるが、裁判規範としては不十分な効力しか与えられてこなかった。法改正に異論があるときは、附帯決議で妥協をはかるのが国会運営の一つの手段ともなっている。少数政党の意思を生かす点で、必要なものであり、また、少数者の意見を尊重する上でも付帯決議の内容を具体化する必要がある。

3-4 改正障害者基本法に関する管見

権利条約批准のためのさきがけとして障害者基本法が改正された。権利条約が主眼とすることの一つは差別禁止である。法律や条文が差別禁止の意味をもち、実効性があるかは、少なくとも三つの視点から見る必要がある。⁽¹⁷⁾ ①直接差別、②間接差別および③合理的配慮を行わないことを排除しているかである。

① **直接差別**——なにかの障害があるので何かをしてはならないとか何かをできない、という差別であり、これは日本でも差別とされている。

② **間接差別**——見中立的な基準などで、障害者に不利になる結果をもたらすあるいはもたらす可能性のある差別をいう。

③ **合理的配慮を行わないこと**——障害のある人となない人の実質的な平等（機会均等）のための調整や変更（＝合理的配慮）を行わないことが障害

を理由とした差別になる、ということである。形式的に平等な機会を提供するだけでなく、実質的に同じスタートラインにたてること、同じ土俵で仕事や学習などができることを保障するという新しい概念である。

改正障害者基本法では障害者の権利を非障害者と差別無く実現できるとは残念ながら思えない。障害者概念を一見広くしたようにみえるにもかかわらず、竜頭蛇尾に終わった感がある。

4 障害者差別禁止法制定の課題——真の差別禁止法制定のために

ドイツでは新立法を一切せずに、権利条約の署名と批准がなされた。以前から種々の法制度が存在したからであると報告されている⁽¹⁸⁾。それが真実かは詳細に検討すべきであるが、真実であるならば、真の平等がはかられる可能性のある法制がすでにできあがっていたと考えられる。しかし、日本では障害者基本法改正だけでは差別禁止の実効性はあがらず、さらなる法改正が必要であり、権利条約を批准するには種々の法改正や立法がいる。法制度の水準が条約の水準以上の国とそれよりも低い国との違いがここに出ている。

ここでは、障害者差別禁止法だけでなく、真の障害者差別禁止および平等化のためには何が必要かを述べて本稿を終わることにしたい。

① 直接差別、間接差別および合理的配慮を行わないことの排除

前述した三要件は絶対に譲れないものである。しかし、機会の平等がこれらではかられたとしても、その後の不断の支援が必要である。

② 社会保障制度による平等化

差別を禁止しただけでは、解決しないものが多々ある。社会保障により、差別を排除し、合理的配慮が行われ、実質的平等をはかる必要がある。スタートラインに同時に立てても走っている時も支援が必要な場合がある。障害者の社会保障水準は、障害者をその構成要素とする国民全体の社会保

障水準と関連している。それが真の意味のインクルージョン（ある集団がある集団を包摂するという意味でなく、相互に包摂するという意味で使う）実現につながると考えられる。

③ 国家制度全体を是正する措置の必要性

国（立法、行政および司法含む）や地方公共団体の差別行為も是正する制度が必要である。障害者間の差別をもたらす法制度を作ったり、ある障害者が放置されたりしてしまうような立法や立法不作為があってはならない。国や地方公共団体も差別をするという視点が必要である。

④ 社会福祉法改正と差別是正

利用契約制度による市場化の先駆けが2000年4月1日施行の介護保険制度であり、2003年4月1日から完全施行の社会福祉法では、児童福祉法、身体障害者福祉法及び知的障害者福祉法で措置制度により行われていた福祉サービスが利用契約制度（支援費支給制度）に変更された。措置の実施責任が放棄され、市町村は支援費区分認定、支援費支給および情報提供を主にすればよくなった。介護保険制度で行われている要介護度認定制度がずさんな形で制度化されたのが支援費支給区分認定である。措置制度と違い、行政機関窓口では要援護者のニーズ把握とそれによる順位付けが不要となり、行政機関は事業者などと直接交渉する必要がなくなった。これにより行政の大幅なスリム化と能率化が図られることになった。これは50年続いてきた措置制度（財政支出と都道府県、市および福祉事務所を設置する町村は具体的な実施責任を負っていた）をほとんど廃止する内容を持っていたが、要援護者（新法制では利用者）は事業者や施設を自由に選ぶことができると喧伝され、障害者法制ではその論拠にノーマライゼーション(?!)が使われていた。しかし、対等平等な関係が成り立つはずもない法律関係を対等平等であると擬制したところに種々の問題が生じたのは当然であった。その後生じたのは、利用者と事業者の対立、利用者どうしの対立であった。このような状況下で純粋に差別禁止が行われうるであろうか、

再度検討する必要がある。

⑤ 福祉契約と差別是正

福祉サービスを求める契約と差別是正をどう法学的に関係づけるかが問題となる。現行法制度下では、利用者が福祉労働者から福祉サービスを受ける場合には、もっぱら契約によりそれを受けなければならないけれども、その際に、以下の五点が重要である⁽¹⁹⁾と考える。第一に、福祉契約により提供される福祉サービスは、利用者の生命・健康と生活を支えるものであることである。これは、家族の生命・健康を支えるものでもあり、利用者に被害が発生したら、その回復は不可能か、きわめて困難となる。第二に、福祉契約が継続的な契約関係であるという点である。これは、福祉契約がサービスの提供者と利用者との信頼関係によって成り立っていることと紛争が生じても契約の性質上直ちに契約を終了させることが困難であるという、二つの意味をもつ。第三に、福祉サービスの利用者⁽²⁰⁾と提供者（事業者）との交渉力の差、情報の収集、分析力の差が、一般の消費者契約に比べ、格段に大きいことである。第四に、契約という手法が一種の「借用」であるという点である。福祉サービスの多くが「措置」から「契約」に転換されたが、その目的は利用者の選択の可能性、サービスの提供を要求する権利性、利用者⁽²⁰⁾と提供者の対等性を確保するところにある。しかし、それは「契約」によってしか実現できないものではない。現行の社会装置のなかで、一番現実的な手段が「契約」であると考えられて採用されたものに過ぎず、一種の「借用」である。利用者は、福祉サービスの利用にあたり、一般の消費生活のように自由な意思で「市場」に入っていくわけではない。利用者には「契約」を締結しない自由はない。第五に、福祉サービスという「産業」が利益の追求という単純な資本の論理が貫徹しない分野であることである。

このような点を考慮すれば、障害者差別是正が福祉「契約」によって可能となるかどうか詳細に検討しなければならないであろう。実際にはありえない「対等」当事者間の契約に基づく福祉サービス提供の際に何らかの差別が行われたとしても、その立証は情報の非対称性を考えると極めて困

難になる。このような視点から利用契約制度そのものも再検討する必要がある。

⑥ 権利意識の醸成

2011年の障害者基本法改正にあたり、障害者の権利など考えていない国会議員がいることが関係者の話からうかがえる⁽²¹⁾。

日本には障害者の権利を正面から定めた法律がどこにもない。日本の福祉関係法にはその対象者が権利主体となって「障害者は～の権利をもつ」という文の形をした条文規定がない。身体障害者福祉法第2条（自立への努力及び機会の確保）第2項が「すべて身体障害者は、社会を構成する一員として社会、経済、文化その他あらゆる分野の活動に参加する機会を与えられるものとする。」（下線瀧澤。以下同じ）とあったり、知的障害者福祉法第1条の2（自立への努力及び機会の確保）第2項「すべての知的障害者は、社会を構成する一員として、社会、経済、文化その他あらゆる分野の活動に参加する機会を与えられるものとする。」と受動態になっているのがその証左である。他に児童福祉法第1条第2項「すべて児童は、ひとしくその生活を保障され、愛護されなければならない。」、老人福祉法第3条第2項「老人は、その希望と能力とに応じ、適当な仕事に従事する機会その他社会的活動に参加する機会を与えられるものとする。」、母子及び寡婦福祉法第2条（基本理念）第1項は「すべて母子家庭等には、児童が、その置かれている環境にかかわらず、心身ともに健やかに育成されるために必要な諸条件と、その母等の健康で文化的な生活とが保障されるものとする。」（下線瀧澤）とある（「精神保健及び精神障害者福祉に関する法律」には「参加」の文言は多くあるが、類似の規定はない）。障害者などの要援護者は誰かによって何かされる客体ではあっても、何らかの法的地位を自らつかみとる権利主体とは認められてこなかった、といえる。

障害者が真に権利主体となりうるかということの検討から出発し、障害者差別禁止法制定および平等化法制定がなされねばならない。障害者が権利主体となって国や地方公共団体に対し、具体的権利を行使できる法規定

がない限り、真の差別禁止および平等化ははかれないことを銘記すべきである。

(2011年12月15日)

注

- (1) 「障害をもつ人」使用の意味は井上英夫編著『障害をもつ人々と参政権』（法律文化社、1993年）はしがき参照。
- (2) その理由については拙著『障害者間格差の法的研究』（ミネルヴァ書房、2006年）9・10頁参照。
- (3) 日本弁護士連合会人権擁護委員会編『障害のある人の人権と差別禁止法』（明石書店、2002年）492頁以下参照。
- (4) 有斐閣『法律用語辞典』（第3版）CD-ROM版参照。
- (5) 外務省ホームページ (http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/shomei_32.html 2011年8月29日確認) 参照。
- (6) 2011年10月10日現在。国連 Rights and Dignity of Persons with Disabilities ホームページ (<http://www.un.org/disabilities/latest.asp?id=169> 2011年11月2日確認) 参照。
- (7) 「日本における『国連・障害者の10年』の評価と課題」(財)日本障害者リハビリテーション協会発行『リハビリテーション研究』1992年7月(第72号)29～32頁 (http://www.dinf.ne.jp/doc/japanese/prdl/jsrd/rehab/r072/r072_029.html 2011年8月22日確認) 参照。
- (8) Edi. L H Krieger *BACKLASH Against the ADA* (The University of Michigan Press, 2003)
- (9) 詳しくは、川島聡「2008年 ADA 改正法の意義と日本への示唆——障害の社会モデルを手がかりに——」『海外社会保障研究』166号(2009年)6頁参照。
- (10) 前掲拙著終章219頁以下参照。
- (11) 林修三『法令用語の常識 第3版』（日本評論社、1975年）49頁参照。
- (12) 例えば、毎日新聞電子版(2011年7月29日東京夕刊)「解説：改正障害者基本法成立 国連条約批准へ一歩 障害者の『選択の自由』課題」(<http://mainichi.jp/select/seiji/archive/news/2011/07/29/20110729dde041010075000c.html> 2011年8月25日確認) 参照。
- (13) 第177回国国会会議録参議院内閣委員会第14号 (<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/sangiin/177/0058/main.html> 2011年10月28日確認) 参照。

- (14) 例えば、日本障害フォーラム「障害者基本法改正への要望」（2011年5月24日）（http://www.normanet.ne.jp/~jdf/110524_youbou.html 2011年10月28日確認）参照。
- (15) 「障害者基本法の一部を改正する法律案に対する附帯決議（衆議院）」（<http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/kihonhou/pdf/futai-shu.pdf> 2011年11月27日確認）参照。
- (16) 「障害者基本法の一部を改正する法律案に対する附帯決議（平成23年7月28日参議院内閣委員会）」（<http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/kihonhou/pdf/futai-san.pdf> 2011年11月27日確認）参照。
- (17) DPI 日本会議ホームページ「最低3つの差別の種類を禁止すること」（<http://www.dpi-japan.org/problem/reason.html> 2011年8月19日確認）参照。
- (18) Bundesministerium für Arbeit und Soziales *Übereinkommen der Vereinten Nationen über Rechte von Menschen mit Behinderungen* (Erster Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland) Vom Bundeskabinett beschlossen am 3. August 2011. S. 4.
- (19) 額田洋一「福祉契約論序説」『自由と正義』2001年7月号15～16頁参照。
- (20) 昨今議論されている準市場論については、ここでは紙数の関係で取り上げない。詳しくは横山寿一『社会保障の市場化・営利化』（新日本出版社、2003年）、同「福祉の市場化とは何か」（『賃金と社会保障』[以下『賃社』] 1361・62合併号、2004年）58頁以下、岡崎裕司「福祉の『市場化』＝準市場という規定から見えてきたこと」（『賃社』1357号、2003年）4頁以下および佐藤卓利「福祉サービス『準（疑似）市場論』の覚え書き」（『賃社』1361・62合併号）64頁以下等参照。
- (21) 藤井克徳「改正障害者基本法の評価（下）」『すべての人の社会』374号（2011年8月号）2頁参照。