

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

長谷川珠子

（日本学術振興会特別研究員）

障害者の雇用問題への対処方法として、一定割合の障害者を雇用することを義務づける方法と、障害を理由とする雇用差別を禁止する方法とがみられている。日本は前者の「割当雇用アプローチ」を採用しているが、世界的には後者の「差別禁止アプローチ」が主流となるなか、日本もその導入を積極的に検討する時期にある。本稿は、アメリカが世界に先駆けて制定した、障害を理由とする差別を禁止する「障害をもつアメリカ人法（ADA）」と、日本の既存の制度を比較し、それぞれの特徴と問題点を明らかにしている。さらに、日本に適した障害者雇用政策のあり方として、二つのアプローチを融合させた形での新しいアプローチを提示するものである。

目次

- I はじめに
- II 日本の障害者雇用施策
- III 障害をもつアメリカ人法（ADA）の概要
- IV 比較
- V 割当雇用アプローチと差別禁止アプローチの融合にむけて

I はじめに

障害者は、その障害のために、自由な市場に委ねた場合、障害をもたない人と比べて雇用されにくい場合が少なくない。この点を考慮しつつ、いかなる方法で障害者の雇用を促していくかということは、20世紀以降世界の国々において重要な政策課題とされてきた。その方法として、世界的には大きく二つのアプローチ、すなわち、障害を理由とする雇用差別を禁止する「差別禁止アプローチ」と、一定割合の障害者を雇用することを使用者に義務づける割当雇用制度を前提とする「割当雇用アプローチ」がみられている¹⁾。

後者の割当雇用アプローチは、一定割合の障害

者を雇用することを使用者に義務づけ、義務を達成できない使用者に対し何らかのサンクションを課すというもので、雇用率やサンクションの有無・内容など多少の違いがあるものの、フランス、ドイツ、イタリア、オーストリア、韓国等の国で採用されている（OECD2004：110）。日本も1960年に障害者の割当雇用制度を採用して以降（雇用義務化は1977年から）、一貫して同制度によって障害者の雇用促進を図ってきた。

しかし近年、雇用の分野における差別禁止法制の発展や障害者に対する人権意識の高まりを背景に、障害の分野についても差別禁止アプローチを導入する動きが進んできている。例えば、EUは2000年11月27日に「雇用および職業における均等待遇の一般的枠組みを設定する指令」（Council Directive establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, 以下2000/78/EC指令）を採択し、障害を理由とする雇用差別を禁止した²⁾。また、国連は2006年12月13日に、国連総会において「障害のある人の権利に関する条約」（Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 以下障害

者権利条約)を採択し、そのなかで、障害を理由とする雇用差別を禁止した(27条)。

このような積極的な取組みが進む差別禁止アプローチを、世界に先駆けて採用したのがアメリカである。アメリカは、1990年に包括的な障害者差別禁止法(障害をもつアメリカ人法(Americans with Disabilities Act, 以下ADA))を制定し、障害者に対する差別を禁止することで、障害者の雇用問題に対処している。

日本は2007年9月28日に障害者権利条約の署名を行ったが、今後は同条約の批准に向けたさらなる検討が進められなければならない。また、世界的な差別禁止アプローチへの潮流を無視することもできないであろう。しかしながら、日本の現行制度は、障害を理由とする差別を禁止する視点はほとんど有しておらず、このようななかで差別禁止アプローチを採用することには、様々な困難が生じることが予想される。そこで本稿では、ADAの制定により「差別禁止アプローチ」を早くから採用し実務的にも理論的にも蓄積のあるアメリカと、一貫して「割当雇用アプローチ」を採用している日本のそれぞれの制度を比較し、二つの対照的なアプローチの特徴および問題点を描き出すことを第一の目的とする。そして、両者の比較から示唆を得て、日本において差別禁止アプローチを導入することが可能か、可能であるとすればどのような制度設計が可能かを検討することが第二の目的である。

II 日本の障害者雇用施策

1 障害者雇用促進法制定の背景——割当雇用の導入から雇用の義務化へ

かつてはいずれの国においても、障害者の問題は家族あるいは慈善的な救済事業の扱うべき領域と認識されていたが、2度の世界大戦等による身体障害者の急増を機に、障害者に対する国による総合的な施策の必要性が認識されるようになった。第二次世界大戦以降には、それまで傷痍軍人に限られていた各種の施策が一般の身体障害者にも拡充された。1947年には職業安定法が制定され、

職業指導や職業紹介等について、すべての身体障害者に平等に適用されることとなり、次いで1949年に制定された身体障害者福祉法は、身体障害者の福祉を図ることを目的とし、身体障害者の職業援護を総合的に実施する体制が確立された(堀 1961:33-34)。

1952年には、労働省に身体障害者雇用促進中央協議会が設置され、雇用促進対策が推進されたが、行政上の措置による障害者の雇用促進政策には限界があり、当時の障害者の雇用状況は依然として低迷したままであった(山田 1992:40-42)。国外では、既に多くの国が身体障害者を対象とした雇用促進法を制定しており、また、1955年にはILO総会によって障害者の職業更生に関する勧告(第99号)(R99 Vocational Rehabilitation (Disabled) Recommendation, 1955)が採択されるという状況にあった。このような内外の状況の下、日本においても何らかの立法措置を講ずる必要に迫られることとなった(征矢 1998:55)。

このような背景のなか制定されたのが、1960年の身体障害者雇用促進法(以下、1960年法)である。同法制定の過程で取り上げられた主な問題点は、①身体障害者の範囲、②大企業について強制雇用とすることの可否、③強制雇用としない場合の実効性の確保の手段であった(征矢 1998:56)。①に関し、知的障害者は明確な判定基準がないこと等を理由に障害に含まれないこととされ、②および③に関しては、雇用関係は人間関係の上に立つものであり、雇用を強制することが必ずしも身体障害者の福祉に資するとは限らないこと、また、障害者の雇用促進のためにはまずは雇用主の理解が必要であるという観点から、民間企業についてはあくまで努力義務(現場の事業所1.1%、事務の事業所1.3%)を課すこととされた(征矢 1998:58)。

1960年法の施行以降、身体障害者の雇用状況は少しずつ進展したが、企業規模間や産業間において雇用率の達成に著しい格差がみられるなどの問題点が浮き彫りとなってきた。このことは、障害者の雇用に伴う経済的負担のアンバランスに基づく不公平感をもたらし、同時に1973年のオイルショックを契機とした経済・社会の大きな変化

を背景に、障害者の雇用問題が深刻化した（手塚 2000：115-117）。

そこで、①事業主の身体障害者雇用義務の強化³⁾と、②それを経済的側面から裏打ちする「納付金制度」の創設を基本的方向として、1960年法の改正について検討作業が進められた。この結果1976年の改正法では、①民間事業主について雇用義務へ転換され（法定雇用率は1.5%に引き上げ）、②身体障害者雇用納付金制度が創設された。また、③重度障害者（身体障害者福祉法施行規則別表第5号の1、2級に相当する障害者）の雇用を1人をもって2人雇用したとみなすダブルカウント制度、④雇用義務の履行を確保するための法定雇用率未達成企業の公表制度⁴⁾、および⑤障害者を解雇するときの届出制度が導入された。

その後も身体障害者雇用促進法は数度改正されている。おおまかにみると、1987年改正では、法の対象が知的障害者および精神障害者にも拡大され、その結果法の名称から「身体」が除かれ、障害者雇用促進法（正式には障害者の雇用の促進等に関する法律）と改められた。ただし、知的障害者および精神障害者についての雇用義務化は先送りされた⁵⁾。

1997年改正では、知的障害者について理解が浸透し雇用も進んでいることから、法定雇用率の算定基礎に加えられることとなった。さらに、2005年改正では、精神障害者に対する雇用対策が強化され、精神障害者（精神障害者保険福祉手帳所持者）は2006年4月1日より実雇用率の算定の対象とされることとなった（ただし、法定雇用率の算定の基礎には加えられていない）。

2 障害者雇用促進法の概要

以上の経緯により制定・発展してきた日本の障害者雇用促進法について、その中身を詳しくみてみよう。同法は、一定割合以上の障害者を雇用することを事業主に義務づけた「割当雇用制度」と、雇用できない事業主から納付金を徴収しそれを財源として障害者を多数雇用する事業主に対して調整金や各種の助成金を支給するという「障害者雇用納付金制度」を二本柱とするシステムを採用している。

割当雇用制度の基礎となる法定雇用率は、現在民間企業が1.8%⁶⁾であり、事業主は56人に1人の割合で障害者を雇用する義務を負う⁷⁾。重度の身体障害者および重度の知的障害者を雇用した場合は、2人分としてカウントされる。また、通勤面等の理由から通常のフルタイム勤務が困難な重度の障害者の雇用の促進を図るため、重度の障害のある短時間労働者（週20時間以上30時間未満）については、その1人をもって1人として雇用率にカウントされている。さらに、短時間労働の精神障害者については0.5人分とカウントされる⁸⁾。

法定雇用率を達成できない事業主からは、法定雇用率の人数を下回るごとに1人につき月額5万円の納付金が徴収される。これに対し、法定雇用率を上回る障害者を雇用する事業主は、上回るごとに1人につき、月額2万7000円の調整金が支払われる。ただし、負担能力等に鑑み、常用労働者300人以下の事業主からは納付金が徴収されおらず、調整金も支給されない。ただし特に多数の障害者を雇用する事業主（障害者を4%以上または6人のいずれかが多い数を超えて雇用する事業主）には、その超える数1人につき、月額2万1000円の報奨金が支給される。徴収された納付金は、障害者の雇い入れや障害者の雇用維持のために実施した作業施設や設備の改善等を助成する助成金の支払いにも当てられている。

このほか、事業主が障害者の雇用に特別の配慮をした子会社（特例子会社）を設立した場合、一定の要件の下で特例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者とみなし、実雇用率を計算できることとする「特例子会社制度」なども障害者雇用の促進に有効な手段として取り入れられている。

以上みてきたように、日本の障害者雇用施策は、割当雇用制度によって事業主に一定割合の障害者を雇用することを義務づけ、障害者を雇用できない事業主から納付金を徴収し、それを財源に障害者雇用を積極的に進める事業主に対し調整金や助成金を支給するというものであった。割当雇用制度および障害者雇用納付金制度を中心としつつ、重度障害者の雇用促進のためのダブルカウント制度や、大企業における障害者の雇用促進のための

特例子会社制度など、時代や状況に応じた制度の改善も進められている。

Ⅲ 障害をもつアメリカ人法 (ADA) の概要

1 アメリカにおける雇用差別禁止法の生成と発展

1990年に制定されたADAは、障害の分野にも「差別禁止」の概念を持ち込み、障害者の雇用の促進を図るという画期的な法律であったが、世界に先駆けてADAを成立させることができたのは、アメリカが他分野における雇用差別禁止立法についての長く深い歴史を有していたからである。

1950年代における公民権運動の影響を強く受け、連邦政府は1964年公民権法第7編 (Title VII of the Civil Rights Act of 1964, 以下公民権法第7編) を制定する。同法は、人種、皮膚の色、宗教、性または出身国を理由とする雇用の全局面における差別を禁止するものであった。これにより、制定当時にはみられていたあからさまな雇用差別は姿を消し、雇用の分野における差別禁止の考えが浸透していったといえる。さらに、1967年には雇用における年齢差別禁止法 (Age Discrimination in Employment Act) が制定され、公民権法第7編についても連邦最高裁による判例の蓄積や連邦議会の法改正等によってその内容が拡充されていった。障害の分野において差別禁止がはじめて用いられたのは、リハビリテーション法 (Rehabilitation Act) の1973年改正である。同改正法により、連邦政府、および連邦政府と一定金額以上の契約を結ぶ民間企業等に対し、障害を理由とする雇用差別を禁止し、アファーマティヴ・アクションを講じるよう義務づけられた。

ADAはこのようない連の差別禁止法の蓄積の上に制定された法律であるということが出来る。ADAの制定過程では、これまでの差別禁止法の経験を生かし、かつ障害者に特有の問題点を障害者団体自身も議論に加わることによって克服しようとした。超党派の議員による法案提出の後、18カ月間の様々な議論を経て、最後には賛成多数によって制定にこぎつけることができた。

2 ADAの概要

(1) 基本的枠組み

ADAは1990年に制定された連邦法であり、包括的に障害者差別を禁止している。すなわち、ADAは雇用における差別を禁止するだけでなく、公共サービス、民間事業体によって運営される公共性のある施設およびサービス等についても、障害を理由とする差別を禁じている。本稿では、雇用差別を禁止したADA第1編のみを扱うこととし、特に断りのない限り、単にADAと表記する。ADAは、公民権法第7編をモデルとしており、採用から解雇に至るまでの雇用の全局面における障害に基づく差別を禁止している。また、救済の手續・内容も公民権法第7編と同じである。

規制対象は、適用事業体 (covered entity) と呼ばれ、使用者、雇用幹旋機関、労働団体、労使合同委員会 (joint labor-management committee) が含まれる (ADA § 101(2))。このうちの使用者とは、州際通商に影響を与える産業に従事し、当年あるいは前年に週20時間以上働く15人以上の従業員を雇用しているものをさす (ADA § 101(5)(A))⁹⁾。

では、ADAの保護対象は、どのように規定されているのであろうか。ここでは、「障害」の範囲が明確ではなくその内容も多種・多様であること、また、障害に起因して職務遂行上なんらかの支障を来す場合があることから、ADAに特有の規定が設けられている。まず「障害」の定義については、「一つあるいはそれ以上の主要な生活活動 (one or more major life activities) を実質的に制限する (substantially limits) 身体的あるいは精神的損傷 (a physical or mental impairment)」と定められている (ADA § 3(2)(A))¹⁰⁾。ただし、この定義による障害を抱えていれば、誰でもADAの保護対象となるわけではない。このような障害をもち、かつ当該職務に対する「適格性」を有することが要求される。この「適格性を有する人 (qualified individual with a disability)」とは、職務の本質的機能 (essential functions of the job)¹¹⁾の遂行を合理的便宜 (reasonable accommodation) があれば、あるいははななくとも、できる人をいう

(ADA § 101(8))。

つまり ADA の定める「障害」をもつ人であって、かつ、当該職務にとって「適格性」がある人に対して、障害を理由として差別することを ADA は禁止しているのである。そして、意図的な差別（差別的取扱い (disparate treatment)）のみならず (ADA § 102(a))、障害者の排除につながるような行為や基準についても差別（差別的インパクト (disparate impact)）にあたると規定している (ADA § 102(b)(3))。さらに、障害者が職務遂行上必要とする合理的便宜を提供しないこと、および合理的便宜が必要であることを理由に雇用機会を与えないことも差別になる (ADA § 102(b)(5))¹²⁾。この「合理的便宜」という概念が差別規制のなかに登場することが ADA の特徴であるといえることができる¹³⁾。以下、合理的便宜について検討する。

(2) 合理的便宜

合理的便宜とは、従業員が使用する既存の施設を障害者が容易に利用・使用できるようにすること、職務の再編成、勤務割の変更、空席の職位への配置転換、機器や装置の入手・変更等の障害者への様々な便宜のことをいう (ADA § 101(9)(A), (B))¹⁴⁾。使用者は、募集や採用の段階から合理的便宜を提供する義務を負い、障害者が他の障害をもたない人と同等の雇用上の利益や特権を享受できるようにしなければならない。ただし、合理的便宜を提供することが使用者にとって過度の負担 (undue hardship) となることを使用者が証明した場合には、その義務を負わない (ADA § 102(b)(5)(A))。過度の負担、すなわち著しい困難あるいは支出を必要とするかどうかは、便宜の性質やそれにかかるコスト、当該企業の規模・事業内容・財源への影響等を考慮して判断される (ADA § 101(10))。

しかし、障害の程度や状態、職務内容は多種・多様であるため、具体的な場面において、どのような便宜が適切であるかが、単純に決まるわけではない。そのため、便宜を決定し実施するプロセスにおいては、使用者と障害者が話し合ってお互いの情報を共有することが重要になる。一連の雇用差別禁止法を実施する機関である雇用機会均等

委員会 (Equal Employment Opportunity Commission, 以下 EEOC)¹⁵⁾ は、この過程を「インフォーマルな相互関与プロセス」と呼び、便宜供与のための重要なツールと位置づけている。このプロセスにおいては、まず職務の本質的機能が何であるかが決定され、その機能を遂行する上で妨げとなる障壁（特定の任務や労働環境等）が検討される。次に、その障壁を取り除くことのできる便宜の候補がいくつか確認され、それらを有効性および平等機会の観点から評価し実際に供与する便宜が決定される。

このように、障害ゆえに職務遂行上なんらかの不都合が生じうることを考慮し、単なる差別の禁止に加え、その不都合を取除きうる「合理的便宜」の提供を使用者に義務づけている点が、ADA の最大の特徴の一つといえる。

IV 比較

これまでみてきたように、アメリカと日本とは、障害者の雇用問題に対しまったく異なるアプローチを用いている。アメリカは、差別禁止アプローチを採用し、障害者に対して合理的便宜を提供することを使用者に義務づけている点に特徴がある。これに対し日本は、割当雇用アプローチを採用し、障害をもつ人もたない人の違いを前提にして数量的な基準を立て、使用者に障害者の雇用義務を課している。これら両極に位置する制度を採用する両国を、①平等概念の有無、②制度の柔軟性と実効性の確保、および③効果のそれぞれの視点から比較し、両アプローチの特徴および問題点を明らかにする。

1 平等概念の有無——差別に対する救済

アメリカでは、障害を理由とする雇用差別に対し、ADA を根拠として救済を求めることができる。救済は二つの段階に分かれており、差別の被害者はまず行政上の救済を求め、そこで解決できなかった場合には司法上の救済を求めることになる。第1段階の行政上の救済を実施するのが EEOC である。被害者から申立 (charge) を受けた EEOC は申立に理由があるかどうか調査

(investigation) する権限を有し、ADA 違反であるということを信じるに足る合理的根拠 (reasonable cause) があると思われる場合、当事者の合意による差別是正を求めることができる。この段階で解決が得られなかった場合、EEOC が被害者に訴権付与状 (right-to-sue letter) を付与することにより¹⁶⁾、被害者による裁判所への提訴が可能となる。裁判所において差別が認められれば、補償的損害賠償 (compensatory damages)¹⁷⁾、懲罰的損害賠償 (punitive damages)¹⁸⁾¹⁹⁾、バックペイ、復職等が認められる。

これに対し、日本では一般的な差別禁止を定めた憲法 13 条 (個人の尊厳) および 14 条 (法の下の平等) や、障害を理由とする差別行為をしてはならないと定めた障害者基本法 3 条 3 項があるものの、憲法の人権規定は私人間に直接適用されず、民法 90 条のような私法の一般条項を、憲法の趣旨をとり込んで解釈・適用することによって間接的に私人間の行為を規律しようとする見解 (間接適用説) が通説・判例²⁰⁾ の立場であり (芦部 2007: 109)、障害者基本法 3 条 3 項も障害者差別の禁止についての基本理念を定めたものに過ぎない²¹⁾。このように現時点では、実効性のある形で障害者に対する差別を禁止した法律は存在しない。また、障害者雇用促進法は、障害者に対し特別の雇用枠を設け、雇用機会を量的に拡大 (確保) することを目的としている。障害者に対する特別な保護を前提としているため、「差別禁止」や「平等」の概念にはなじみにくい性格をもつ。使用者が障害者に対し、最低賃金以下の賃金を支払うことを可能とする規定 (最低賃金法 8 条 1 号)²²⁾ が存在することも、障害者に対する平等概念が欠如していることを示しているといえる。同条は「精神又は身体の障害により著しく労働能力の低い者」について、最低賃金の適用除外を認めるが、障害によらずに著しく労働能力の低い者は、最低賃金の適用除外にならないことを考え合わせると、障害を理由とする差別的取扱いを認める規定となる可能性が高い。

このような平等概念の欠如および差別に対する救済の不存在は、以下の問題を生じさせている。第一に、低賃金で扱いやすい労働力として、また、

助成金を得る目的で障害者を雇うなど、モラル・ハザードを起こしている使用者が存在していること、第二に、障害者は一人前ではないというステイグマを植え付け、そのことが障害者の雇用機会を狭める原因となっていることなどである (関川 2000: 208)。

2 制度の柔軟性 対 実効性の確保

制度の柔軟性と実効性の確保は表裏の関係にある。障害者雇用促進法は一定の範囲で実効性を確保できるものの、制度が硬直的であるという問題を抱え、他方 ADA は柔軟な対応が可能であるものの、実効性の確保が困難であるという問題を抱えている。

ADA が包括的な障害の定義を採用し、合理的便宜の提供によって個々の状況に柔軟に対応することを可能としているのに対し、日本の雇用促進法は硬直的な制度であり、その適用も画一的に行われているといえる。このことから、日本の制度には以下の三つの問題が生じている。第一に、障害者認定について必ずしも労働能力や雇用可能性の低減度が正確には反映されないため、雇用における障害の問題をとらえるには不適切な場合が少なくないこと、第二に、障害者を各種の障害者手帳によって分類し、一つのグループとして把握する傾向が強く、障害者を個人として扱うという視点に欠けること、第三に、一定割合の障害者を雇用すれば使用者の法的義務は達成されることから、障害者の雇用の内容、質、労働条件等が軽視される例がみられていることである。

これに対し ADA は、柔軟な制度の裏返しとして以下の問題点を抱えている。第一に、どのような状態が障害に該当し、いかなる行為が違法な障害者差別となるのか、また、どの程度の合理的便宜を提供すれば使用者の義務が尽くされたことになるのか (障害者からみれば、どの程度の合理的便宜を要求することができるのか) を、当事者が判断することが困難であり、予測可能性が低いという点がある。第二に、合理的便宜にかかるコストは障害者を雇用した使用者が負担しなければならないことや、訴訟リスクが増大するとの懸念から、使用者としては、それらの負担を避けるために、

法を潜脱する責任回避的な行動をとるインセンティブが生じる恐れがあるといえる。第三として、職務の本質的機能を遂行できない障害者は ADA の適用を受けられないため、重度障害者や知的障害者について、雇用促進効果が低いという問題もある。

3 効果

日本の障害者雇用状況は、1976年に民間企業について障害者雇用が義務化されて以降、実雇用率は徐々に増加している²³⁾。障害等級1、2級に当たる重度障害者1人の雇用を、通常の障害者2人を雇用したこととみなすダブルカウント制度の導入や、知的障害者の実雇用率への算入、短時間労働者の実雇用率への参入などが行われた翌年には実雇用率の上昇がみられており、制度の変更が障害者の雇用に一定の影響を与えていることがうかがえる。もっとも、法定雇用率が1.8%に引き上げられた1998年以降、法定雇用率を達成していない企業の割合は、50%を超えており、実雇用率についても1995年以降ほとんど変化がみられていない状況が続いていた。しかし、2004年に1.46%まで下がった実雇用率は2005年には1.49%に回復し、2006年の調査では、初めて1.5%台(1.52%)を突破した²⁴⁾。さらに、企業規模別の障害者雇用状況では、大企業を中心に実雇用率を伸ばし、法定雇用率の達成企業の割合も高まってきている(内閣府2007:62)²⁵⁾²⁶⁾。

他方、アメリカでも効果の面において問題を抱えている。ADAの制定前後の雇用率および賃金について調査した結果、賃金については大きな変化はみられていないものの、障害をもつ労働者の雇用率が障害をもたない労働者の雇用率に比べて低下したことが報告されている(Acemoglu & Angrist 2001:921-924)²⁷⁾。障害者の雇用率の低下は、様々な報告から明らかとされているが、障害者の雇用水準の低下がADAの制定によるものなのか、あるいは、障害者給付等の他の要因によるものなのかは、必ずしも明らかとなっていない。また、雇用水準の低下はADAの影響によるものだと主張のなかでも、合理的便宜にかかるコストが原因であるとする論者(DeLeire 2000)や、

採用時の差別の立証が困難であることが原因であるとする論者(Jolls 2000)など、共通の理解があるわけではない。

V 割当雇用アプローチと差別禁止アプローチの融合にむけて

ここまで、実効性のある形での障害を理由とする雇用差別禁止法をもたない日本において、差別禁止アプローチを導入しうるかどうかを検討するために、差別禁止アプローチを採用するアメリカのADAと、割当雇用アプローチを採用する日本の障害者雇用促進法について比較検討してきた。その結果、いずれのアプローチも優れた点をもつものの、無視できない重要な問題点を有していることも明らかとなった。

アメリカの採用する差別禁止アプローチは、差別に対する救済を保障し、合理的便宜の活用等によって状況に即した柔軟な対応を可能とする一方、予測可能性が低いという問題点を有している²⁸⁾。そして少なくとも現時点においては、障害者の雇用促進の面からは効果が現れてきていない。これに対し、割当雇用アプローチを採用する日本の制度は、一定の範囲において実効性を確保することが可能であるが、差別禁止の視点は不十分であり、障害と職務遂行を関連させる視点をほとんど有していない。制度の効果については景気などの外部要因の影響を受けやすく、近年実雇用率が上昇する傾向にあるが今後の推移を見守る必要がある。

以下では、第一に日本において二つのアプローチを両立させることは可能であるかどうか、それが可能である場合、第二に、日本の既存の制度の長所を生かし、かつ現在日本が抱えている問題点を克服するためには、どのような制度設計をするべきかについて考える。

一点目について、これまで割当雇用アプローチを採用していたドイツやフランスでは、障害を理由とする差別の禁止を含む2000年の2000/78/EC指令を受け、その動向が注目されていた。両国は、二つのアプローチを両立可能なものであると考え、従来から採用していた割当雇用アプローチに新たに差別禁止アプローチを接続し

ようとする試みがみられている。また、国連の障害者権利条約においては、積極的差別是正措置や奨励措置を通じて、障害者の雇用を促進することが認められており、日本の割当雇用制度もこれに含まれるとの解釈が可能である。

日本においても、憲法 14 条は、法律上取扱いに差異が設けられる事項と事実的・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は当たらないと解釈されている（芦部 2007：126）²⁹⁾。そうであるならば、割当雇用制度が合理的理由に基づく差異に当たるような制度設計をすることにより、日本においては二つのアプローチの両立が可能になる。具体的には、障害者の就業率が障害をもたない人と比べて著しく低いことから³⁰⁾、割当雇用制度を現在の格差を埋めるための積極的措置（ポジティブ・アクション）と位置づけることができると考える³¹⁾。また、障害を理由とする差別を禁止した障害者基本法 3 条 3 項が、両アプローチの融合へむけた一つの足がかりとなる可能性もある（荒木 2004：45）。

二点目の両アプローチが並存する制度を検討するに当たっては、差別禁止アプローチからは平等概念を取り入れることによる問題の改善を、割当雇用アプローチからは雇用促進の実効性の高まりを、それぞれ活かすことが期待される。

すなわち、実効性のある差別禁止立法を制定することにより、障害をもつ人と障害をもたない人との間の「平等」という概念が、意識されることがまずは重要である。男女雇用機会均等法の制定が男女間の平等意識を高めたように、法によって人々の意識を変えていくことが期待される。割当雇用制度は、採用時には一定の力を発揮するが、採用後の処遇等については効果を及ぼさない。これに対し ADA は、立証の困難さから採用時の規制が不十分であると指摘されている。このことから、採用時には一部割当雇用制度を残しつつ、採用後には差別禁止法により平等を実現させるという方法もある。また、現在の各種の助成金と同じように、合理的便宜にかかるコストの一部または全部を納付金制度から支給するという方法も考えられる。

ただし、このように両アプローチを融合させるためには、さらに検討しなければならない課題がある。第一に、障害者概念についての見直しが必要になる。ADA は障害について柔軟な定義を用いているが、日本では例えば身体障害者については、身体障害者福祉法施行規則別表第 5 号に掲げる身体上の障害がある 18 歳以上の者であって、都道府県知事から身体障害者手帳の交付を受けた者をいうとされ、画一的な基準によって障害者の範囲が決定されている。確かに、割当雇用制度を存続させるためには、その対象となる障害者の範囲を確定しなければならず、一定の基準を設けることは避けられない。したがって今後は、割当雇用の対象となる障害者の範囲について、職務遂行上の能力を加味した新しい基準の設定が必要となる。差別禁止の対象となる障害者の定義については、ADA や障害者権利条約における障害の定義等を参考に、別個に定めるべきである。

長期にわたって割当雇用制度を用いてきた日本では、どのような行為・制度が障害を理由とする差別に当たるのかについての理解が浸透していない。したがって第二に、どのような行為が障害者差別に当たるのかを示す判断基準を定立することが必要となる。特に、合理的便宜については、その法的な位置づけや他の既存の制度との関係、コスト負担の問題等、総合的に検討する必要がある³²⁾。また、第一の課題とも関連して、割当雇用制度の対象となる障害者の定義と、差別禁止の対象となる障害者の定義を別個に設けた場合に生じる問題がある。例えば障害についての二つの定義が存在する場合、割当雇用の対象とはなるが差別禁止の対象とはならない障害者が生じる可能性がある。そのような障害者に対しては差別的取扱いをすることが許されるのか否か等、二つの定義・制度が並存するがゆえに生じる問題についても、具体的に検討しなければならない。

第三に、アメリカでは ADA の実施に当たって、豊富な知識と経験および強力な権限をもつ EEOC が大きな役割を果たしている。日本においてもそのような機関の設置が議論されるべきである。

- 1) これらの二つのアプローチとは異なる、第三のアプローチもみられ始めている。これは、労働あるいは就労の環境に関する一般法を制定し、事業主に対して作業環境を障害者の状況に合わせて改善することを義務づけるもので、スウェーデン、ノルウェーなどの北欧諸国の取組みがこれに分類される(OECD2004:111)。
- 2) 同指令では、障害のほか、宗教・信条、年齢、性的指向を理由とする差別も禁止されている。
- 3) 雇用義務の強化については、憲法 22 条が保障する職業選択の自由、さらにそれに含まれると解される営業の自由との関係が問題点として取り上げられ、憲法 22 条の「公共の福祉」の内容、規制しようとする目的及び内容、規制される営業の自由の性質、内容、程度等について検討が加えられ、刑罰をもって強制するものでなければ問題なしというのが一応の結論であった(征矢 1998:88)。
- 4) 企業名の公表の件数は、1992 年度に 4 社、2003 年度および 2004 年度にそれぞれ 1 社、2005 年度および 2006 年度にそれぞれ 2 社となっている(内閣府 2007:66)。企業名の公表に至るまでには、公共職業安定所が、雇用率が著しく低い企業に対し、障害者の雇入れ計画の作成を命じ、計画に沿って雇用率を達成するように指導を行うなど、雇用率達成に向けた取組みがなされている。
- 5) ただし、現に雇用されている知的障害者については、実雇用率に算定される旨の特例が設けられており、このことが、身体障害者自体の雇用にも影響を及ぼすようになっていた。
- 6) 民間企業の法定雇用率は、以下の算定式を用いて計算されている。

法定雇用率(1.8%) =

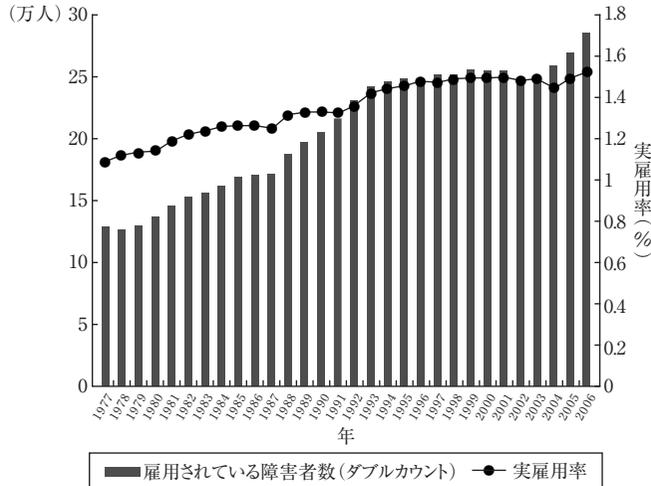
$$\frac{\text{身体障害者失業していない知的障害者失業していない者} + \text{身体障害者である者} + \text{知的障害者である者}}{\text{労働者の数}}$$

常用労働者数 - 除外率相当労働者数 + 失業者数

- 7) 国・地方公共団体 2.1%、都道府県等の教育委員会 2.0%、特殊法人 2.1%。
- 8) 精神障害者については、疲れやすく、長時間働くことが困難な人が少なくないことを踏まえて設けられた制度である。
- 9) なお、アメリカ合衆国、アメリカ合衆国が完全に所有する法人、インディアン部族、あるいは真正な私的会員制クラブは使用者に含まれない(ADA § 101(5)(B))。
- 10) この定義に加え、「過去にそのような損傷の経歴を有していること」および「そのような損傷があるとみなされていること」も障害であるとされる(ADA § 3(2)(B), (C))。なお、この障害の定義は、雇用の分野だけでなく ADA 全体に通用するものである。
- 11) 職務にとって本質的な機能が遂行できればよいのであって、周辺的な(marginal)業務を遂行できないことは適格性の判断に影響しない。
- 12) 当該適格性を有する従業員あるいは応募者の関係者が障害者であるということを理由として、平等な雇用機会を与えないことも差別となる(ADA § 102(b)(4))。例えば当該従業員の子供が障害者であり、その世話のために時間がかかるかもしれないというような使用者側の考慮から、当該従業員の雇用機会が排除されることを防ぐことが意図されている。
- 13) ADA 制定以前にも、公民権法第 7 編が禁止する宗教差別の場面で「合理的便宜」の必要性が議論されていた。労働者個人の宗教上の戒律(その代表例が安息日(Sabbath))と

- 使用者の労働スケジュールが衝突する場合の対処方法として、公民権法第 7 編 1972 年改正法は、使用者にとって過度の負担(undue hardship)となることを証明することなく、従業員の宗教上の戒律・慣行に合理的な便宜(reasonably accommodate)を提供しないことも違法な差別に当たるとした (§ 701(j))。この宗教差別における合理的な便宜の考え方が、ADA の合理的便宜規定に重要な示唆を与えたことは明らかであるが(例えば、関川 1990:147)、宗教差別上の使用者の義務はそれほど大きなものとは考えられていない(Ansonia Board Airlines v. Philbrook, 479 U.S. 60 (1986))。使用者の義務の範囲や義務の継続性、便宜の内容等の面においても ADA における合理的便宜概念の重要性は高い。ADA は、障害をもつ人ともたない人との「差異」に注目し、その「差異」を埋めることが平等であるという考えから、合理的便宜概念を導き出している。このように合理的便宜規定を含む ADA は、新しい雇用差別概念をもたらしたといえる。
- 14) ADA の下での合理的便宜は、公民権法第 7 編の下でのアフーマティブ・アクションとは異なるものと考えられている。アフーマティブ・アクション概念の基本的な理論的根拠は、少数者の機会を促進する一時的な救済措置を通して社会のなかにある過去の偏見の影響を取り除くことである。これに対し、合理的便宜は、障害から生じる何らかの制限を減じることによって、障害者がその制限を克服するように雇用条件を調節・変更することを意味する。
 - 15) EEOC は、差別禁止法の内容の明確化等を目的として施行規則やガイドライン等の作成を行うとともに、後述するように差別の救済の第一の窓口としても機能している。
 - 16) 差別が極めて悪質で、多数の被害者が存在する場合などは、EEOC 自らが原告となって使用者を訴えることもある。
 - 17) 被害者の被った身体、財産その他の損失(精神的損害を含む)を填補するために支払われる。
 - 18) 加害行為の悪性が高い場合に、加害者に対する懲罰および一般的抑止効果を目的として、通常の補償的損害賠償のほかに認められる損害賠償である。
 - 19) なお、これらの損害賠償は、意図的な差別行為(差別的取扱い)の場合にのみ認められる。
 - 20) 例えば、三菱樹脂事件(最大判昭 48・12・12 民集 27 巻 11 号 1536 頁)。
 - 21) 障害者基本法には、何が差別に当たるのか、差別を受けた人をどう救済するのか、などの具体的な規定が置かれておらず、同法を根拠として差別の救済を求めることはできない。障害者基本法 2004 年改正のときの国会の議論においても、まずは理念として障害者の差別禁止を明確に定め、その後具体的な権利を守るための法律の検討を高めていくことが必要だとの認識が示されている(笠松 2004:83)。
 - 22) 使用者が障害者を「精神又は身体の障害により著しく労働能力の低い者」に該当するとして都道府県労働局長の許可を受けたときには、最低賃金法の扱いを適用しない。
 - 23) 図 1 参照。
 - 24) 2006 年の調査では、精神障害者について、法定雇用率の算定基礎には含まれないが、実雇用率の算定には含むという取扱いがなされている。精神障害者を除いた場合であっても、実雇用率は 1.51%となっている(内閣府 2007:63)。
 - 25) このように、近年障害者の雇用に積極的な姿勢がみられており、今後の動向が注目される。今後さらに障害者雇用を促進していくためには、障害者の採用をどのようなルートで行っていくのか、障害者を定着させるにはどうすればよいのか、といったことも検討する必要がある。

図1 民間企業における障害者雇用状況



資料出所：平成7年版以降平成19年版までの「障害者白書」を参考に筆者作成。

- 26) 大企業を中心に法定雇用率の達成割合が増加傾向にあるものの、2006年段階においては従業員規模1000人以上の企業の達成割合は36.9%と最も低い（最も高いのは、従業員規模56～99人の企業の45.2%である）（内閣府2007：62）。
- 27) 日本は障害者手帳等によって障害者の人数を把握しているが、ADAは障害者を包括的にとらえているため、そのようなカウントができないということにも注意しなければならない。各種のデータにより全米の障害者数は350～4900万人と開きがある（日本障害者雇用促進協会障害者職業総合センター1999：9）。
- 28) アメリカがADAによって導入した差別禁止アプローチ、すなわち障害を理由とする差別を禁止し、障害に起因する職務遂行上の差異を埋めるために合理的便宜を提供することを使用者に義務づけ、提供しないことが差別に当たるとする新しい差別禁止の考え方は、その後の各国の政策にも大きな影響を及ぼしている。例えば、イギリスが1995年に制定した障害者差別禁止法（Disability Discrimination Act 1995）は、ADAの合理的便宜義務と類似の「合理的調整義務」（reasonable adjustments）を使用者に課している。また、2000年の2000/78/EC指令は、障害による差別について、使用者に対し合理的便宜を図るよう求めている。このように、ADAの制定を契機として、単に障害を理由とする差別を禁止するととどまらず、合理的便宜の提供義務も含んだ差別禁止アプローチが主流となっている。
- 29) また、日本が1992年に批准した障害者の職業リハビリテーション及び雇用に関する条約（第159号）（C159 Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons) Convention, 1983）は、4条において「障害者である労働者その他の労働者との間の機会均等及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」と定める。
- 30) 平成13年総務省『労働力調査年報』の年齢階層別就業率をみると、30～34歳の一般就業率74.2%に対し、身体障害者就業率45.7%、知的障害者就業率54.1%、45～49歳の一般就業率81.9%、身体障害者就業率52.1%、知的障害者就業率44.4%等となっており、年齢によって差はあるものの、就業率に大きな差異があることがわかる（内閣府2007：199）。

- 31) ドイツやフランスでも、割当雇用制度を障害者差別を積極的に是正するための措置（ポジティブ・アクション）と位置づけ、障害者差別禁止条項を割当雇用制度を規定する法典のなかに組み込むことで両アプローチを並存させているという（指田2007：57）。
- 32) 日本では、現に雇用されている従業員が私傷病により従前の職務を遂行できなくなった場合にも、回復の見込みがあればある程度の期間を復帰準備期間として提供すべきだとする裁判例（全日本空輸（退職強要）事件（大阪地判平11・10・18 労判772号9頁）等）や、業務に特定の契約の場合、現実的に配置可能な業務への転任を使用者に要求する裁判例がある（片山組事件（最一小判平10・4・9 労判737号15頁））。これらの裁判例は、疾病労働者への配慮を使用者に求めるものであり、ADAの合理的便宜概念と類似性を有しているといえる。また、企業が独自に私傷病等のための休職制度を設けるなど、これまでも疾病労働者に対して様々な配慮が使用者によってなされている（水島2000：129）。このように、日本においても合理的便宜類似の考え方が、裁判例や使用者の独自の対応のなかにみられている。ADAの合理的便宜概念を日本に導入する際には、それがまったく新しい概念・制度であると捉えるのではなく、既存の制度に接続できるものとして捉えることが望ましく、同時に立法化に向けたさらなる理論化が必要になると考える。

参考文献

芦部信喜（2000）『憲法学Ⅲ人権各論（1）増補版』有斐閣。
 芦部信喜（高橋和之補訂）（2007）『憲法第四版』岩波書店。
 荒木尚志（2004）「労働立法における努力義務規定の機能——日本型ソフトロー・アプローチ？」『中嶋士元也先生還暦記念論集 労働関係法の現代的展開』信山社。
 荒木兵一郎＝中野善達＝定藤丈弘編（1999）『講座障害をもつ人の人権2——社会参加と機会の平等』有斐閣。
 笠松珠美（2004）「障害者基本法の一部を改正する法律」『ジュリスト』1275号82頁。
 櫻庭涼子（2007）「EUの雇用平等法制の展開」『法律時報』79巻3号64頁。
 指田忠司（2007）「差別禁止法制の展開と割当雇用制度の変容」

- 独立行政法人高齢・障害者雇用支援機構障害者総合センター編『調査研究報告書 No. 81 EU 諸国における障害者差別禁止法制の展開と障害者雇用施策の動向』第 I 部第 3 章。
- 征矢紀臣 (1998) 『障害者雇用対策の理論と解説』 労務行政研究所。
- 関川芳孝 (1990) 「アメリカ障害者差別の判断基準」『琉大法学』 45 号 137 頁。
- (2000) 「障害者の雇用政策」日本労働法学会編『講座 21 世紀の労働法第 2 巻——労働市場の機構とルール』第 12 章, 有斐閣
- 内閣府 (2007) 『平成 19 年版障害者白書』。
- 竹中康之 (2000) 「障害者雇用の法的課題——割当雇用制度に焦点を当てて」『修道法学』 22 卷 1・2 号 305 頁。
- 手塚直樹 (2000) 『日本の障害者雇用——その歴史・現状・課題』 光生館。
- 日本障害者雇用促進協会障害者職業総合センター編 (1999) 『欧米諸国における障害者の雇用政策の動向 No. 21』日本障害者雇用促進協会障害者職業総合センター。
- 長谷川珠子 (2007) 「障害を理由とする差別」『法律時報』 79 卷 3 号 48 頁。
- 藤本茂 (2007) 『米国雇用平等法の理念と法理』 かもがわ出版。
- 堀秀夫 (1961) 『身体障害者雇用促進法解説』 労働法令協会。
- 水島郁子 (2000) 「疾病労働者の処遇」日本労働法学会編『講座 21 世紀の労働法第 7 巻——健康・安全と家庭生活』第 7 章, 有斐閣。
- 山田耕造 (1992) 「わが国における障害者雇用促進法の歴史」『香川法学』 11 卷 3・4 号 37 頁。
- OECD 編著 (岡部史信訳) (2004) 『図表でみる世界の障害者政策——障害をもつ人の不可能を可能に変える OECD の挑戦』 明石書店。
- Acemoglu, Daron and Joshua Angrist (2001) “Consequence of Employment Protection? The Case of Americans with Disabilities Act,” *Journal of Political Economy*, vol. 109, pp. 915-957.
- DeLeire, Thomas (2000) “The Wage and Employment Effects of the Americans with Disabilities Act,” *Journal of Human Resources* vol. 35-4, pp. 693-715.
- Feldblum, Chai (2000) “Definition of Disability under Federal Anti-Discrimination Law: What Happened? Why? and What Can We Do about It?” *Berkley Journal of Employment and Labor Law*, vol. 21-1, pp. 91-165.
- Friedman, Joel and George Strickler (2006) *The Law of Employment Discrimination*. (5th ed.) Foundation Press.
- Jolls, Christine (2000) “Accommodation Mandates,” *Stanford Law Review*, vol. 53, pp. 223-306.
- Rothstein, Mark, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben and Lea S. VanderVelde (2005) *Employment Law* (3rd ed.), Foundation Press.
- Smith, Ian and Gareth Thomas (2007) *Smith & Wood’s Employment Law* (9th ed.), Oxford University Press.

はせがわ・たまこ 日本学術振興会特別研究員 (PD)。最近の主な論文に「障害を理由とする差別」『法律時報』 79 卷 3 号, 48-52 頁 (2007 年)。労働法専攻。