

# 法定雇用率制度の比較法的考察

## ——ドイツ法を参考として

小西 啓文

(明治大学教授)

日本では、障害者に対する差別禁止・合理的配慮措置の義務付けと並び、障害者の雇用を促す法定雇用率制度も引き続き維持・拡充されている。この点に関わり、英国のように、雇用義務制度を廃止して差別禁止法を用いた障害者の雇用保障に舵を切った国が存在する一方で、差別禁止・合理的配慮措置の義務付けと法定雇用率制度をリンクさせるフランスのような例も存在する。これら両者の関係は排他的関係とみるべきであろうか、相補的關係とみるべきであろうか。この点については各国の障害者雇用法制でいまだ結論は出ていないものと思われるが、本稿ではドイツ法との比較を通じ、法定雇用率制度につき検討を加える。本稿は上記のような問題関心に基づき、ドイツの法定雇用率制度を、社会法典SGB第9編のうち、とりわけ重度障害者の概念、雇用義務制度、調整交付金制度、統合プロジェクトという4つの観点から紹介することにする。そして、このような検討を踏まえて、わが国において法定雇用率制度が、障害者に対する差別禁止・合理的配慮措置の義務付けと並置されていることについて、障害者政策の「パラダイム転換」論を参照しつつ考察する。

### 目次

- I はじめに
- II 重度障害者の概念
- III 雇用義務制度
- IV 調整交付金制度
- V 統合プロジェクト
- VI むすびにかえて——「統合」か「包摂」か

### I はじめに

日本では、障害者に対する差別禁止・合理的配慮措置の義務付けと並び、障害者雇用納付金制度と連関して障害者の雇用を促す法定雇用率制度も引き続き維持・拡充されている。この点、立法に際して行政実務にあたった山田は、「今回〔2013年〕の法改正は、雇用分野における障害者差別禁止・合理的配慮提供義務と、精神障害者雇用義務

という、障害者雇用対策における2つの大きな課題の対応を含むものであった」が、「法改正作業中に15年ぶりの法定雇用率引上げを決める」ことになったとし、この雇用率の引上げは「法律に基づく5年に1度の見直しによる政令改正であり、今回の法改正とは無関係である」と指摘する<sup>1)</sup>。

この点に関わり、イギリスのように、雇用義務制度を廃止して差別禁止法を用いた障害者の雇用保障に舵を切った国が存在する一方で<sup>2)</sup>、差別禁止・合理的配慮措置の義務付けと法定雇用率制度をリンクさせるフランスのような例も存在する。永野は、「フランスの障害者雇用法制では、雇用義務の不遵守を原因として徴収された納付金が、差別禁止原則における『適切な措置』への助成金の原資として使われるという構造も見られる。こうした構造から、フランスでは、雇用義務(率)制度と差別禁止原則とが、相補的關係に立たされ

ていることが分かる」と指摘し、「フランスにおける両制度の関係付けや、『適切な措置』に係る費用の支援の在り方（＝納付金を原資とする支援の在り方）は、差別禁止原則を導入しようとしている日本にとって、参考となるものである」という<sup>3)</sup>。

これら両者の関係は排他的関係とみるべきであろうか、相補的關係とみるべきであろうか。この点については各国の障害者雇用法制でまだ結論は出ていないものと思われるところ、本稿では、筆者が研究するドイツ法との比較を通じ、法定雇用率制度につき検討を加えることにする。ところでドイツでは、社会法典第9編による障害のある人の編入の権利の総括と継続的發展という目的に応じて、従来の重度障害者法は2001年7月1日に施行した社会法典第9編第2部として統合されている。これらの規定は本質的に2000年9月29日の重度障害者の失業の克服にかかる法律以前の重度障害者法に相当するものであり、社会法典第9編（1から67条）の第1部は障害者及び障害のおそれのある者に対する規定を含み、本来的な社会法で、第2部（68から144条）は重度障害者の参加のための特別の規定を含んだ、労働法と社会法的な要素を含むものとなっている<sup>4)</sup>。

そこで本稿は、ドイツの法定雇用率制度を、とりわけ社会法典第9編第2部から紹介することとし<sup>5)</sup>、なかでも（1）重度障害者の概念（→Ⅱ）、（2）雇用義務制度（→Ⅲ）、（3）調整交付金制度（→Ⅳ）、（4）統合プロジェクト（→Ⅴ）、という4つの観点から紹介することにする。そして、こうした検討を踏まえて、法定雇用率制度が、障害者に対する差別禁止・合理的配慮措置の義務付けと並置されているわが国の現実について若干考察することにした。

## Ⅱ 重度障害者の概念

### 1 規定の内容

#### （1）保護される人的範囲

2条1項<sup>6)</sup>によると、ある人に障害のあるのは、身体的機能、知的能力または精神的健康が比較的高い確率で6カ月以上にわたって年齢からみて典

型的な状態から逸脱しており、それが原因で社会生活での参加が制限されていることである。障害の概念はWTOの定義に揃えられた。それによると、a) 機能障害 Gesundheitsschaden (impairment) から、b) 機能の制限 (disability) が結果し、その機能制限がc) 労働、職業、社会参加という生活領域における社会的な制限 (handicap) に至ることが必要である。この際、障害があるのは、その状態が年齢から典型的に逸脱している者のみである。これにより、「典型的な年齢」ないし「発達の徴候」は異常な状態 regelwidrig の結果ではないから「障害」ではないことになる。その上、その状態は高度の確率でもって6カ月以上にわたり年齢の典型から逸脱しなければならない。この際、決定的なのは、その状態がすでに6カ月存在するかどうかではなく、その継続が予測で6カ月を超えるかどうかである。

「参加」の制限という鍵概念の継受でもって、ドイツの法言語は、WHOの枠組みにおいて機能的能力、障害、そして健康の国際的な分類の継続的展開へと至る、国際的で専門政策的な議論と結びついた。国際生活機能分類 ICF は人間の器官の機能と構造の制限、すべての種類の活動と生活領域への参加の制限を分類する。それによると障害は、健康問題をもつ人と機能的能力上の文脈的要因との間の消極的な相互作用であり、その下で、とりわけすべての生活領域での「参加」が理解されることになる。障害はこの理解に基づく個人的な特性と同様に社会的関係である。この意味における障害 Behinderung はこれに基づく、環境による人の「障壁 Behindern」によっても生じうる。だから連邦労働裁判所 BAG の正しい解釈によると、症状のない HIV 感染も社会生活並びに職業領域における生活に影響をもたらし、それゆえ障害 Behinderung として認識される。HIV に感染した人はいずれにせよ、健康の侵害 Beeinträchtigung に加えて、それに基づくステイグマが継続するほどに長く障害の状態にある。

ところで、欧州司法裁判所 EuGH はいわゆる雇用及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である 2000/78/EC の意味における障害の概念の解釈を国連障害者権利条約 1 条 2 文

に適合的に変更した。それによると、身体的・精神的・知的または感覚的侵害が長期にわたる限りで、とりわけ身体的、知的または精神的な侵害に帰する制限、様々な障壁（バリア）を伴う相互作用において、該当者にとって他の労働者と同権の・職業生活への完全なそして有効な参加につき制限しうるような制限、と理解される。それは医師の診断で治療可能または治療不能の疾病によって帰される状態を含む。これによってEU法の理解と国内法のそれは近寄った。もっとも相違点は残されている。国内法的理解に基づけば、高い確率でもって6カ月以上継続する〔典型的状態からの〕逸脱 *Abweichung* が長期にわたるものと解されるのに対して、EU法の理解によると、いつ制限 *Einschränkung* が「長期にわたる」のか、国内裁判所が個別ケースで判断しなければならない。これに対して連邦労働裁判所は正当にも、国内の障害者概念は、それがその年齢にとって典型的な状態からの逸脱を要求し、すなわち年齢に典型的な制限 *Einschränkung* が常に障害と解されない限りで、国際的なそれよりも狭く、障害者に負担になっていると確認した。連邦労働裁判所はすでに障害の国内及び超国家的概念間の関係を説明しており、それによると絶えずより広い概念が適用される。国内法の障害概念が標準的なのは、国内法が超国家法よりも広い障害概念に基づいている限りである。これに対して国内法が超国家法に劣後する限りで、EU法の障害概念が基礎になる。

## (2) 重度障害

障害の重さと同時に機能障害 *Funktionsstörung* はGdBにおいて表現される。社会法典第9編第2部の適用にとっての基礎としての重度障害のための前提は50以上のGdBである。GdBは、得ようと努められているまたは営まれている職業 *Beruf* から独立して、すべての生活領域における機能の制限 *Funktionsbeeinträchtigung* の影響 *Auswirkung* の全評価の下、測定される。GdBの代わりに、かつては医師の鑑定人活動のための要点<sup>7)</sup> (AHP; 以下、「要点」) ——管轄の連邦省によってとぎれることなく発行されてい

た——が基礎となっていた。「要点」はかつて法的基礎をもたず、法規命令 *Rechtsverordnung* 又は行政規則 *Verwaltungsvorschrift* にも基づかないにもかかわらず、それらは連邦社会裁判所BSGの解釈に基づき規範類似の効果を含んでいた。2007年12月21日に施行した戦争犠牲者支給法BVGの改正法によって、「要点」の法化 *Verrechtlichung* に関わり、改正前戦争犠牲者支給法BVG30条17項において授権の基礎が、連邦労働社会省BMASによって公布された法規命令のために創設された。この授権の基礎は、2009年1月1日まで適用された。改正前戦争犠牲者支援法30条17項の授権に基づき公布されたケア医師命令 *VersMedV* は2009年1月1日以降適用された。同命令の2条は「ケア医の原則」 *Versorgungsmedizinische Grundsätze* の基礎の上で原則と基準について指示しているが、「ケア医の原則」は、かつて同省によって出版され、2008年の文言における重度障害者法69条1項5文により削除された「要点」を引き継ぐものである。立法者は2015年1月15日をもって70条2項に命令の権限を導入し、159条7項において移行規定を講じたが、内容的な変更はない。社会法典第9編70条2項に基づく新しい命令の公布まで、社会法典第9編159条7項によって従前の規定の継続的適用が確保された。

## (3) 内国関係

2条2項によると、重度障害者は住所、通常の居所又は労働ポストでの就業を通常この法律の適用範囲において有さなければならない。この法律は属地的な適用範囲に基づいており、ドイツ連邦共和国に居住する——国籍とは無関係に——こと、そこで通常滞在し、または労働者として活動していることに依存して保護をするゆえに、外国に居住し働いている者は、たとえドイツの労働法が適用をみることにすることが契約的に約定されるとしても、排除される。これに対してやや異なるのは、ドイツ連邦共和国で、内国居住地を前提としない他の便宜を請求することができるために、GdBの証明を必要とする外国に居住する者には適用されることである。GdBが50以上であ

り、滞在権を享受のみする外国人は、ドイツ連邦共和国における滞在看込みで6カ月以上継続するならば、重度障害者の確認の請求権を有する。

#### (4) 障害の確認 (69条)

確認ないし証明手続の実施にあたり、援護行政 *Versorgungsamt* が管轄する (69条1項, 5項)。しかし連邦州には、管轄を州法により分離することを規定する可能性が開かれている (69条1項7文)。重度障害者としての特性 *Eigenschaft* はすでに50の *GdB* に、そしてより多くは法律にあらわれており、その結果、援護行政による確認は宣言的性格のみ有し、特に証明にとって役立つことになる。他の官庁はこの種の確認をする権限がなく、重度障害者に税制優遇する税務局の証明 *Bescheinigung* から、管区医 *Amtsarzt* の証明からも *GdB* の確認はもたらされえない。例外は69条2項に規定されており、この結果、確認は、それがすでに年金の裁定 *Rentenbescheid*、相当する行政ないし裁判所の決定 *Entscheidung* またはその代わりに管轄の官庁の暫定的な決定においてなされている場合のみ、不要である。

社会での生活の参加への影響は10刻みの *GdB* として段階づけられ確認される (69条1項4文)。社会での生活の参加により多くの制約 *Beeinträchtigung* が存在するならば、*GdB* は全体的な制約 *Beeinträchtigung* の影響に基づき、相互の関係の考慮のもと確認される (69条3項1文)。この際、裁判例に基づく、*GdB* の測定は3ステップで行われる。まず第一に社会での生活の参加に際しての個別の機能障害が探求され (第1のステップ)、その次にその *GdB* が決められ (第2のステップ)、そしてそれに基づき全体評価が行われる (第3のステップ)<sup>8)</sup>。

重度障害の存在についての援護行政での確認は当事者の申請のみで行われ、就業者に対しては急がれる。その期限は14条2項2文と4文並びに14条5項2文と5文、重度障害者の協働に関しては、社会法典第1編60条1項が妥当する (69条1項2文)。それによると、確認のための鑑定が必要でないならば、重度障害者は申請の受領後3週間以内で確認がなされる (14条2項2文)。鑑定が必要ならば即時に、適切な専門家が委任され

(14条5項2文)、委任の受諾により2週間以内に鑑定が用意されなければならない (14条5項5文)。決定は鑑定の提出後2週間以内になされる (14条2項4文)。これにより遅くとも7週以内に決定がなされる。

社会法典第1編60条1項の共働義務が要求するのは、申請者がすべての相当な事実を申告しなければならない、援護行政が第三者による必要な情報 *Auskunft* を得ることを要求するならばこれに同意しなければならないことである。さらに申請者は申請にとって必要である関係の変更を遅滞なく伝達しなければならない、証拠を指示しなければならない、要求の上で証拠書類 (例えば診断書 *Atteste*、所見の報告 *Befundberichte* 等) を提出し、または提案に賛同しなければならない。

申請により、重度障害者としての特性 *Eigenschaft* についての証明書 *Ausweis* が交付される (69条5項)。この証明書は、例外なく期限付きで交付されるわけではなく、新しい確認が確認にとって標準となった健康上の関係における本質的な変更ゆえに期待できないならば、無期限で交付される (重度障害者証明命令 *SchwAbwV6* 条2項2文)。万が一 *GdB* の確認がすでに申し込みの前の時点で生じるにも、例えば (保険料) 支払い不要の老齢年金の取得の可能性といった特別の利害が必要である。

## 2 障害のある人と同等の者 (2条3項)

### (1) 要件

重度障害者と同等の者は2条3項に基づき、50未満の *GdB* ではあるものの30以上の障害のある者であるが、先の2条2項の要件を満たし、障害のために、「同等の者」という概念がなければ73条の意味の適切な労働ポストを得られず、または労働ポストを維持できない者のことである (「労働ポスト」については後述)。73条3項により、週18時間未満の労働者が就業するポストは労働ポストではない。同等の者には、第2編68条3項に基づき、付加的休暇 (125条) と、無料の支援 (145条から154条まで) を除き、すべての重度障害者の規定が妥当する。他の法規範、労働協約 *Tarifvereinbarung* などが重度障害者に特別な権

利を付与する限り、この規定が同等の者にも適用をみるかどうか、その都度解釈によって探求される。

労働ポストの獲得にかかる「同等化」 Gleichstellung は具体的な労働ポストの提供を前提とするものではなく、障害のある人がその障害のために非障害者に対する競争能力において制約を受け、それゆえに「契約を」成立させるのが困難な schwer vermittelbar 場合に行われる。労働ポストの獲得にかかる「同等化」は、価値的な考察に際して、すなわち正しく障害の種類と困難性において、労働ポストの獲得の困難性がある場合に行われることになる。障害のある人がこの法律の支援なしに労働ポストを得ることができるかどうかは、その人間関係と同様に労働市場の状況にも左右される。労働ポストへの具体的な危険は不可欠ではなく、むしろ、労働ポストの「同等化」によって、より安定化しうることである。かくして、連邦社会裁判所の解釈によると、公務員、終身裁判官そして特別な解雇保護を伴う労働者のような「危険のない労働ポスト」をもつ人的集団に際しては特別な審査が必要である。しかし、ここでなぜそれにもかかわらず障害のない労働者に際してよりも労働ポストがたしかにより安定的でないか、常に特別な理由が必要である。公務員に際してはこのことは例えば、障害に条件づけられた恩給生活に移行する又は同価値でない労働ポストへ障害に条件づけられて配置換えされる恐れがある場合である。労働ポストの障害に条件づけられた危険の要点は連邦雇用エージェンシー BA によると、以下の基準であるようである。繰り返される／障害に条件づけられた欠席、継続して減少する負担能力、障害に条件づけられて減少した能力 Leistungsfähigkeit と関係する諫止 Abmahnung 又は補償金の提供 Abfindungsangebot。

## (2) 手続 (68条2項, 69条)

「同等」にとっての要件は 30 以上の GdB の確認であるが、援護行政の決定はなおも確定力 bestandskräftig ではない。「同等」は雇用エージェンシー AA により付与され、遡及的に申請の日に効力を生じる (68条2項2文)。申請の権

限のある者は代理人によって代理される障害のある人である。申請は定型なくすることができ、場所的に管轄するのは、申請者がその地域において住所もしくは通常の居所をもち、またはその地域に就業の場所がある雇用エージェンシーである。

## III 雇用義務制度

### 1 制度の概要

労働と職業への重度障害のある人の編入はすでに国家の社会福祉活動の始まりにおいて特に重要な関心事であった。これにかかわり、社会法典第9編71条は、もし使用者が(73条1項の意味における)20以上の労働ポストをもつならば、使用者に重度障害者の雇用に関する義務を課する。使用者がこの義務割合を満たさないならば、使用者は調整交付金 Ausgleichsabgabe を支払わなければならない。この際、調整交付金は一方で雇用義務の履行にかかる刺激を創造し——刺激機能——、他方で未履行の使用者の財政的負担により費用の調整をもたらす——調整機能——。雇用義務と調整交付金にかかる規定は憲法上、「職業の自由」を保障する基本法12条の意味における正当な職業の行使の規定であり、それは比例性原則を満たし、障害のある人の職業的統合という基本法3条3項2文に沿った正当な目的を達成することにも資する。さらに労働と職業への重度障害者の編入に役立つ他の規定があり、例えば、社会法典第9編81条3項に従った使用者の義務として、その事業所を「適切な措置」によって、少なくとも障害のある人の規定された数が雇用されるように編成するというものがある。付き添い援助を含む、労働生活への参加にかかる給付は同様に、重度障害のある人の雇用を促進するために、とりわけ重要な手段であるが、本稿ではとりあげない。

### 2 規定の内容

#### (1) 雇用義務 (71条)

##### ①使用者の雇用義務

雇用義務があるのは、20以上の労働ポストをもつすべての民間及び公的な使用者である。71

条に基づく義務的割合の計算にとって、労働ポストの総数が標準となる。かくして唯一の事業所に集中されているか、より多くの事業所なのか、子会社 Nebenbetrieb なのか、経営組織法 BetrVG4 条の意味における事業部 Betriebsteile に分配されているかは重要ではない。かくして関連会社 Filialbetrieb の合算も合憲である。およそ1つの事業所も労働法的な意味において欠けているという場合、事業所の設置についての所有関係は決定的ではない。かくして例えば派遣労働に際して貸し主 Verleiher は使用者である。71条3項における特別規定におかれた公法上の雇用者も雇用義務がある。71条は外国の法人または自然人も——国内に所在地を有する限りで——含む（外国の事業所の国内支店も同様）。例外とされるのは、外国の大使館員、NATO 及び同盟国の軍隊の事務所のような超国家的なポストである。

雇用義務に例外はない。これでもって、使用者には、重度障害者の配置が最初から排除されている労働ポストだけを設けているという抗弁も妨げられる。

## ②雇用義務の範囲

### a) 義務割合 (71条1項)

義務割合は、2004年4月23日の重度障害者の職業教育 Ausbildung と雇用の促進にかかる法律でもって、遡及的に2004年1月1日より6%から5%へ低下した。1999年10月31日時点で労働ポストの6%以上重度障害者を雇用していた(71条3項1号と4号の意味における)連邦の公的な使用者のみ、引き続き6%の義務割合が妥当する。中小企業 Kleinunternehmer は優遇されており、71条1項の義務割合の例外として、40未満の労働ポストをもつ使用者は1人、60未満のポストをもつ使用者は2人の重度障害者を雇用しなければならないとされている(71条1項3文)。

5%の義務率となった、重度障害者が雇用されなければならない労働ポストの義務数は、使用者がもつ労働ポストを標準とする。このいわゆる数的労働ポスト Zählerbeitsplatz は計算上の労働ポスト概念であり、すなわち、後述する73条1項に基づく労働ないし(連邦)サービス法 Dienstrecht 上の意味におけるすべての労働関係

が調査されるが、ここから、後述の73条2項、3項と74条に基づく労働ポストが控除される。ここから生じる労働ポストから、5%の計算式の下、重度障害者でもって占められるべき労働ポストの数が得られる。その際、0.5以上の端数は74条2項に従い切り上げられるが、年間平均して60未満の労働者の使用者に際しては切り捨てられる。

### b) 考慮に入れられる労働ポスト (73条1項)

法律上の定義に基づく、労働ポストは、労働者、公務員、裁判官、そして職業教育中の者 Auszubildende、他の職業上の訓練で雇入れられている者 Eingestellte が雇われる、すべての地位 Stelle である(73条1項)。この定義は法律の第2部のすべての規定にとって標準となる。連邦社会裁判所は3分類の労働ポスト概念について論じており、第一に、私法ないし公法上の雇用(任用)関係が必要であり、第二に、使用者または雇用主が「地位」を設定しなければならず、第三に、その地位で人員が雇用されなければならない<sup>9)</sup>。存在する労働ポストの確認は71条に基づく雇用義務の範囲を探求することに資するので、労働ポストの数は——2項、3項と74条1項を除いて——毎月存在する雇用関係に一致しなければならない。3項に基づくパートタイマーまたは短期間雇用される労働者もことに考慮に入れられる限りで、頭数に加えられる(Bay VGH 26.11.2008-12 BV07.2529)。再就職支援会社<sup>10)</sup> Transfergesellschaft によって資格取得の目的で引き受けられた労働者、再就職支援中の短時間労働者を引き受けるならば、そこでは73条1項に基づく労働ポストで雇用されていることになる。これに対してその労働が短時間労働の枠において「0[時間]」と決められている地位は、73条1項の意味における労働ポストではない。家内労働者は労働者ではないので、73条によって把握されないが、それにもかかわらず、1人の委託者のためだけに労働するならば、家内労働での重度障害者の雇用について定めた127条に基づき義務割合に算入される。職業教育中の者または他の職業上の訓練で雇入れられている地位は73条1項の意味における労働ポストである。これに対して、71条1項の意味における義務的ポストの計算 Pflicht-

platzberechnung に際しては、職業教育中の者として雇入れられるポストは74条1項により算定外である。同じことは司法修習生 Referendar で雇入れられる地位にもあてはまる(74条1項2文)。

c) 考慮されない労働ポスト (73条2, 3項)

73条2項と3項は特別な規定を含んでおり、それによると一定の地位は労働ポストにはあてはまらず、その結果、これらは雇用義務の基礎にも義務的労働ポスト Pflichtarbeitsplatz の数にも数えられない。

まず、2項1号で、事業所内に存在する職業リハビリテーションの地位は考慮されない。2号における規定は経営組織法5条2項3号に相応するもので、この結果、その労働がまずもって、宗教的または慈恵的な動機に由来する者、例えば教団での雇用は例外とされる。例外はまた、その労働給付を圧倒的に自らの治療、リハビリまたは訓練のためにもたらす者でもある(3号)。

4号に基づき、社会法典第3編に基づく雇用創出ないし構造適合措置への参加者と、5号に基づき、永続的な慣行に基づきその地位に選ばれた者は、数に入れられない。その際に問題になるのは、例えば、連邦の裁判官と、党、労働組合などにおいて地位や職務に選ばれた者である。委ねられた経営ないし職員協議会の構成員は、別に存在する労働契約の枠組みにおいてこの職務に選ばれたから、5号とは考えられない。二重計算の忌避に関して、7号に基づき休職中の労働関係は、補充員が雇入れられるならば、数に入れられない。8週間の期限の付された労働ポストと、週18時間未満の時間数を伴う短時間ポストも数に入れられない(3項)。

③算入 (75, 76条)

a) 重度障害のある労働者の算入 (75条)

75条は、いかなる雇用でもって使用者は雇用義務を満たすか定める。原則として、さしあたり73条1項に基づく労働ポストで雇用されるすべての重度障害のある労働者及び同等の者は、それぞれ1つの義務的ポスト Pflichtplatz ずつに算入される。算入にとっての要件は、重度障害者が69条に基づき確認される、ないし同等の者が68条2項に基づき結果することである。例外は、重

度障害が明白で、証明が無用な場合である。

原則として、73条1項の意味における労働ポストで雇用される重度障害者は、75条1項の意味における義務的ポストに算入される。この算入は1項において拡張されており、職業リハビリテーションに関してまたは社会法典第3編に基づく雇用創出ないし構造適合的措置において雇用されている重度障害者ないし同等の者も、これらの地位は義務的ポストの計算に際して数に入れられないにもかかわらず、算入される。週18時間未満ではない短時間労働である重度障害者ないし同等の者は算入される(2項)。最長8週までの期限での短期労働契約にとって、比較可能な制限は存在せず、これらの者は相応の期間に対して義務的割合に算入される。これに対して週18時間未満の重度障害者ないし同等の者でも、短縮された労働時間を伴う一連の高齢者パートで雇用されるならば、算入される(2項2文)。障害の種類または重さゆえに週18時間未満に軽減される労働時間が不可欠ならば、雇用エージェンシーは算入を妨げられない(2項3文)。障害のある人のための作業所から一般労働市場への移行の促進にかかる措置の枠組みにおいて雇われた重度障害者もこの時間に算入される(2a項)。

義務的割合に算入されるのは、重度障害のある使用者でもある(75条3項)。規定の意味における使用者は単独の企業家としての自然人のみである。この規定は法人の機関にあてはまらない。有限会社 GmbH の業務執行者は、彼らが同時に、少なからぬ配当をもつ社員であるならば、算入されない。これに対して、労働契約の基礎の上で活動する株式会社の重度障害のある業務執行者は、75条に基づき、義務的労働ポストに算入される。4項に基づき、抗夫資格証明書 Bergmann-versorgungsschein の所持者は、重度障害者または同等の者でなくとも算入される。

b) 重複算入 (76条)

76条は1人の重度障害者を1つの義務的労働ポストよりも多く算入することにつき規定し、どのような要件の下、重複算入が可能か定めている。雇用エージェンシーは72条1項の意味における重度障害、とりわけ最重度障害のある人の重

複算入を、もしこの〔労働生活への〕参加が特別な困難性で頓挫するならば、最大で3つの義務的ポストと認めることができる(1項)。これには、障害のある人のための作業所からの重度障害のある人も属し<sup>11)</sup>、これは彼らが75条2項の意味における短時間雇用だけの場合も含まれる(1項2文)。重度障害のある人が教育のために雇入れられる、そして、障害の態様または困難性ゆえに〔連邦雇用エージェンシーによる〕教育の地位への仲介が頓挫する場合にも、最大で3つの義務的労働ポストへ算入される(2項3文)。しかし法律による自動的な重複算入は規定されておらず、使用者または重度障害者の申請に基づき生じる。決定は行政行為VAにより生じ、雇用エージェンシーに裁量がある。場所的管轄はそれぞれの事業所ないし官庁の所在地にある雇用エージェンシーである。

これに対して、職業教育の間は、法律によって重度障害のある人の算入は2つの義務的ポストになる(2項1文)。この二重算入は、重度障害のある人が教育の終了後教育したまたはその他の使用者によって労働ないし雇用関係に引き受けられる場合、1年間維持されつづける(2項4文)。最初の年を超えて1項に基づく継続的weitergehend算入が認められるのは、編入が特別な困難性で頓挫する場合である。3項は1986年8月1日以前に発せられた決定に対して存立の保護を規定する(この時点は3倍以上の算入が可能だった)。当該決定は、残りの前提が存在している限りで、存立の保護を享受する(3項)。

## IV 調整交付金制度

### 1 金額

77条はいわゆる調整交付金Ausgleichsabgabeについて定める。これは、使用者が71条の意味における規定された雇用義務を満たさない・ないし完全には満たさない場合に支払わなければならないものである。調整交付金の額は、労働ポストの数のほかに、とりわけ、どの範囲で使用者が雇用義務を満たしているかに

左右される。それは、年平均の計算の基礎の上で探求されるので、使用者は、ある月における未達成を他の月における「予定以上の達成Übererfüllung」によって調整可能である。(これを)満たすことにつき、1人の重度障害のある人が月の1日以上雇われることで十分である<sup>12)</sup>。また、毎月確認されなければならないのは、どれくらいの労働ポストが存在し、そのうちのどれくらいが重度障害者または同等の者によって満たされているかである。それから、第二ステップにおいて年平均が探求される。満たされるべき義務的ポストの具体的な数は、71条1項に従い5%と決められた雇用割合から算出される。60未満の労働ポストをもつ企業は優遇される。年平均40未満の労働ポストをもつ使用者が満たさなければならないのは、1つの義務的ポストだけである。

39以上だが60未満の労働ポストをもつ使用者が満たさなければならないのは、2つの労働ポストだけである。調整交付金は77条3項に基づき、動的dynamisiertである。それは連邦労働省によって、2012年1月1日の社会法典第4編18条1項に基づく支払額Bezugsgrösseの増加に相應して新たに定められ、引き上げられた。

すなわち、2012年1月1日以降、〔支払われるべき〕交付金は、毎月満たされなければならない義務的ポスト毎に、3から5%未満の達成割合の際は115ユーロ、2から3%未満の際は200ユーロ、0から2%未満は290ユーロの額である。40未満の労働ポストをもつ使用者は唯一の義務的ポストの未達成に際して月115ユーロを支払うことになる。60未満の労働ポストをもつ使用者は、要請されている2未満の労働ポストを満たしている場合は115ユーロ、1未満の場合は200ユーロを支払うことになる。

### 2 徴収

使用者は毎年3月31日までに前年の暦年に対する調整交付金を、80条2項に基づく届出の報告と同時に、管轄の統合局へ支払わなければならない(77条4項1文)。管轄の統合局は使用者の所在地のものである。使用者が調整交付金を自身



で計算しなければならないことは、法律の規定上明らかである。統合局による先行的な確定は、これによると調整交付金の支払期限にとって必要ではない。

監督にかかわり、雇用エージェンシーはこのために規定された書式のうえで、届出の枠組みにおいて、雇用義務の範囲と調整交付金の計算に必要なデータを伝達される(80条2項)。

使用者が80条2項に基づく届出義務を6月30日までに履行しないか又は不完全に履行する場合、雇用エージェンシーは、事実並びに法的観点での審査に基づき、義務的ポストの数の計算のために必要なデータについての確定通告 Feststellungsbescheid を発する(80条3項)。法改正で雇用エージェンシーは2001年7月1日に発効した社会法典第9編によって、報告にふさわしい確認の権限を法的観点についても与えられた。連邦社会裁判所の判例はなお古い法的状況に関して下されたものであり、それによると、雇用エージェンシーは事実的観点における訂正のみ行うことができるとされたが、法改正でもって時代遅れのものとなった。確定通告は使用者の怠慢または誤りのある報告の言明を補完又は訂正する。雇用エージェンシーはこれでもって統合局員との協調的關係において支援 zuarbeiten し、と同時に、雇用エージェンシーは行政行為でもって不足している、間違っている又は不完全な使用者の届出を補完し、それによって統合局によって確定される調整交付金に対する基礎を創設する。

使用者は調整交付金の支払いに付き3カ月以上滞納する場合、管轄の統合局が未納の金額を取り立て、遅滞割増を徴収するために、確定通告が4項2文に従い下される。償還と追加請求は77条4項8文に従い、雇用エージェンシーによる届出の受領の後に続く1暦年の経過後に排除される。

## V 統合プロジェクト

ところで、以上のような諸制度以外にも「統合プロジェクト」というものがあり、これは、障害者作業所から一般労働市場への移行を目的としたもので、一般労働市場での就労が特に困難と見込

まれる重度障害者を対象としたものである(社会法典第9編132条1項, 3項)<sup>13)</sup>。

132条1項において統合プロジェクト Integrationsprojekte は、法的及び経済的に自立した企業であると同時に、企業内の事業所及び部門でありうると定義されている<sup>14)</sup>。統合プロジェクトの任務は133条において、重度障害のある人に雇用と、労働に付随する世話を提供することと規定されている。必要な限りで、この提供は、職業上の継続教育の措置、事業所外の措置への参加にかかる機会、一般労働市場での他の労働ポストにおける仲介に際しての支援、並びに統合プロジェクトにおける雇用への準備にかかる措置について補われる。もっとも、前景に立つのは、社会保険義務のある労働ポストの提供による継続的な職業的統合であり、障害のある人に適切な労働ポストを提供することである。

統合プロジェクトという上位概念には、「統合企業」 Integrationsfirmen, 「統合部門」 Integrationsabteilungen, そして「統合事業所」 Integrationsbetrieben という3つの組織形態が含まれる。

「統合企業」の概念は1970年代に初めて企業展開から生じたもので立法の進行中に補完されたものである。「統合企業」は、障害のある人の職業的統合に資し、企業として法的そして経済的に自立しなければならない。事例のうち70%において統合企業は公益的である。一般労働市場への参加の保障のために障害のある人の継続的な職業的編入は基礎的な課題である。統合企業は通常、公益的な有限会社 GmbH の法形式に至る。しかし統合企業は例えば単一の商人、人的会社 Personengesellschaft, 協会、財団といった他の法形式に置き換えられる。市場の企業としてそれらは帳簿をつける義務があり、利益並びに損失を明らかにしなければならない。統合企業に対するさらなる基準は以下のごとくである。

- ・一般労働市場での活動
- ・租税通則法<sup>15)</sup> AO の範囲の枠組みにおける競争参加
- ・市場での活動を通じた、事業の費用の大部分の獲得

- ・15時間以上の社会保険義務のある協働者の優先的な雇用
- ・その地の慣行的または協約的な給料の支払い並びに
- ・社会法典第9編132条の特別な目的グループの25%以上50%未満の雇用

ところで、社会法典第9編132条2項において統合企業の目的グループが定義されており、統合プロジェクトの目的グループは重度障害のある人（または同等の者）であり、障害の態様と困難性に基づき又はその他の事情ゆえに、すべての促進可能性の活用と統合専門サービスの尽力にもかかわらず、一般的な労働市場への雇用での参加に際して特別な困難性に直面する者である。

「統合部門」に際して問題になるのは、法的には統合プロジェクトの非自立的な形態、つまり企業内の部門であることである。ここでは事業所または企業の1つまたはそれ以上の部門において雇用が行われる。企業内の統合部門は、商取引、経済ないし競争法の意味における経済的企業並びに公的な使用者によってのみ基礎づけられる。

他の組織との競争に立ち向かえない企業や機構は、その事業の構造のなかに統合プロジェクトを基礎づけたり導入することはできない。これをもって、福祉団体、公益的団体、財団、特別な施設及びリハビリテーション施設並びに公益的、慈善的又はリハビリテーション組織は例外的にのみその構造のなかに統合部門を構築することができる。統合部門の枠組みにおける使用者の任務は、障害のある人の雇用が統合部門外でも可能かどうか、そして「全企業内の他の労働ポストへの異動」が行なわれうるか審査することである。

「統合事業所」は経済的事業または社会法典第9編71条3項の意味における公的な使用者であり、法的には自立しているが、密接に母事業に結びつけられている。

なお統合プロジェクトは、調整交付金の資力から、構築、拡大、現代化及び事業経済的な世話を含む装備に対する給付と、特別な出費にかかる給付を受けることができる（134条）。

## VI むすびにかえて——「統合」か「包摂」か

以上、ドイツの法定雇用率制度にかかわる制度を一瞥し、ドイツでは、重度障害者及び同等の者を（企業）社会に「統合」する仕組みが（独自に）発達してきていることを確認できた。そして、ドイツの仕組みがわが国の（障害者雇用納付金制度と関連した）法定雇用率制度と類似していること（ただし、日本法の法定雇用率は民間企業については2.0%とドイツより低い）について、改めて指摘するまでもないだろう。それでは、このようなドイツの仕組みはEU法ないし国連障害者権利条約にいう「差別禁止」という視点からはどのように評価できるだろうか。かつて筆者は、Anna-Miria Fuerstの見解（「パラダイム転換論」）を紹介したことがあるが<sup>16)</sup>、その議論によれば、ドイツの重度障害者の雇用義務制度は、アファーマティブアクションの装置として、差別禁止的な意味合いをもつものであるが、調整交付金と連結されており、かかる雇用義務は第一義的には社会国家的な補償の装置と評価される。すなわち、重度障害者の雇用は特別な負担であり、それは採用であれ特別な交付金であれ、社会的連帯の枠組みにおいて全使用者によって一様に担わされるべきものである。この関係が示すのは、重度障害者の雇用義務制度は差別禁止による社会の偏見の除去ではなく、社会的な負担の調整が前面におかれているということである、と。

この点わが国では、障害者権利条約の批准に向けた準備作業を担った、厚生労働省内「労働・雇用分野における障害者権利条約への対応の在り方に関する研究会」において、法定雇用率制度は実際問題として「障害者の雇用の促進に有効であり、差別禁止の枠組みと矛盾しない、積極的差別是正措置（ポジティブアクション）に当たるとの意見が大勢であった」という。「採用段階で差別禁止がなされるのであれば、〔法定雇用率制度を〕将来的にはなくすこともあり得るのではないか、との意見」もあったようだが、法定雇用率制度自体がもつ補償的側面を意識した議論ではなかったように見受けられる<sup>17)</sup>。

それでは、わが国の「特例子会社」制度はどのようにとらえられるべきであろうか。同制度は、親会社と子会社が特殊の関係にあり、人的関係が緊密であることなどが要件とされ、効果としては、子会社が雇用する労働者が親会社のみが雇用する労働者とみなされるというものである（障害者雇用促進法44条）。この点、この制度に雇用の「促進」的な性格が強くなることは否定できないだろう。例えば厚生労働省は、この制度をQ&A方式で説明するに際して、障害者の雇用が障害のない者と同様に行われることは理想だが、そのためにも、まず障害者の働く場を拡大することが重要であり、そういう意味では、同制度は「障害者の雇用を確保し、雇用の分野におけるノーマライゼーションを進める方法として評価できる」とする<sup>18)</sup>。

ここでドイツ法の紹介からいえることは、この制度（および「関連会社特例制度」）はドイツ法の子会社・事業部・関連会社の議論と、「統合プロジェクト」の議論を彷彿させるものだが、日本の制度は、上記のドイツの制度をかけあわせたようなところがあり<sup>19)</sup>、その肝は、厚生労働省がいう「働く場の拡大によるノーマライゼーションの実現」よりも、「子会社」という隔離した環境下のみで障害者に対して特別な配慮を実施し、そこでの雇用を親会社でのものと「擬制」することができるという大企業にとっての実益にあるようにも思われる。先のFuerstの議論を持ち出せば、「差別禁止」というよりも「補償」や「負担の調整」といった側面がより強いのではないだろうか。実はドイツで「統合プロジェクト」の概念は今日まで普及していないといわれ、その理由の1つは「プロジェクト」という概念が紛らわしいこと（ドイツ語で「プロジェクト」とは、本質的に一回性によって特徴づけられる企てであり、時間的に限界づけられる）と、もう1つはその性格（市場に基礎づけられた経済へのすべての参加者（労働者、顧客、使用者、供給者）の目的に矛盾する）にあるとも指摘されている<sup>20)</sup>。障害者権利条約の「インクルーシブ」(包摂)という要請からみて、日独の制度ともなお課題があるものといわざるをえないだろう<sup>21)</sup>。

それでは、かような一連の雇用義務制度を差別禁止という文脈から再定位することはできないのだろうか。これもかつて筆者は拙稿でFuerstの議論を紹介するなかで、ドイツの連邦労働裁判所が、公的な使用者が志望書類において重度障害という属性の通知を見落とした場合や重度障害者を求職面談に招聘しなければならないとする社会法典第9編82条2文に定められたルールに使用者が反した場合など、社会法が定める雇用生活における障害者の保護及び促進にかかる特別な手続の違反を差別的に不利益取扱いと基礎づける傾向にあることを示した<sup>22)</sup>。わが国では学説が「『差別禁止アプローチ』と『労働市場アプローチ』とを……対立的に捉え過ぎてはならないであろう」と主張するが<sup>23)</sup>、仮に「雇用義務制度」と「差別禁止」という両方の考え方が並存するわが国の現実を与件としても（かつ、これらをあえて相補の関係と捉えなくとも）、例えば、わが国でも障害者の採用の場面で、決められたルールを遵守しないで採用拒否されたといった事案では、ドイツの連邦労働裁判所にならぬ、これを「差別」と認定して、当該障害者を救済するような法理が探求されるべき時期にさしかかっているように思われる<sup>24)</sup>。

- 1) 山田雅彦「行政実務者としてどういった姿勢で法改正に取り組んだか」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)318頁本文及び注1参照。
- 2) 長谷川聡「海外事情6 イギリス：差別概念の展開とその基礎」永野ほか・前掲注1)199頁参照。
- 3) 永野仁美『障害者の雇用と所得保障』(信山社2013年)241頁、256頁参照。
- 4) Anja Euler, Sozialgesetzbuch (SGB) Nuentes Buch (IX), in:Boecken, Düwell, Diller, Hanau (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht, Band 3, Nomos, 2016, S. 1755ff. なお、IIからIVまではEulerの記述に依拠している。また、本稿ではBeschäftigungを「就業」と訳出したい場合に概ね「雇用」と訳出したこととお断りする。
- 5) この点、廣田久美子「障害者の雇用保障に関する法的課題——ドイツ重度障害者法を中心に」九大法学83号277頁(2001年)、小西啓文「ドイツ重度障害者法における雇用政策の展開——就労支援・職業能力形成・配慮義務の観点から」三重法経125号35頁(2005年)、同「ドイツの障害者雇用の現状と検討課題——日本法への示唆」労旬1696号22頁(2009年)、福島豪「ドイツ法における障害のある人の雇用平等」賃社1492号4頁(2009年)等参照。
- 6) 社会法典第9編の抄訳は「平成20年度障害者の社会参加推進等に関する国際比較調査」<http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/tyosa/h20kokusai/pdf/data/3-1ger.pdf>を参照
- 7) 旧稿では廣田・前掲注5)286頁を参考として「社会補償法及び重度障害者法に基づく医療専門家による検査ガイドラ

- イン」と紹介した。小西 (2009)・前掲注 5) 22 頁。
- 8) BSG 20. 11. 2012-B9SB36/12B ; 2. 12. 2010-B9 SB4/10R-SGb2011, 209.
  - 9) ここで挙げられているのは BVerwG16. 5. 2013-5C20/12-NZA-RR2013, 534 である。
  - 10) 橋本陽子「ハルトツ改革後のドイツの雇用政策」日本労働研究雑誌 647 号 57 頁 (2014 年) 参照。
  - 11) 法文は、…schwerbehinderte Menschen im Anschluss an eine Beschäftigung in einer Werkstatt…とあり、「作業所での就業に引き継ぐ重度障害者」となる。
  - 12) BSG6. 5. 1994-7RAr68/93-BSGE74, 176.
  - 13) 福島豪「ドイツ障害者雇用における福祉のアプローチ——障害者作業所を中心に」季労 235 号 49 頁 (2011 年) 参照。
  - 14) Klein/Tenambergen, Berufliche Teilhabe für Menschen mit Behinderungen-Integrationsprojekte in Deutschland, Kohlhammer, 2016, S. 45ff.
  - 15) 小西啓文「ドイツにおけるホーム法の展開と介護ホームの『職業の自由』——ホーム法第三次改正法を参考として」法律論叢 89 巻 4.5 号 87 頁 (2017 年) 参照。
  - 16) 小西啓文「ドイツ障害者政策のパラダイム転換論からみた障害者雇用政策の展開——Anna-Miria Fuerst の見解を踏まえて」山田省三・石井保雄編『労働者人格権の研究 下巻 角田邦重先生古稀記念』145 頁 (信山社 2011 年; 以下, 2011a), 同「ドイツ障害者雇用政策における合理的配慮論の展開」季労 235 号 14 頁 (2011 年; 以下, 2011b), 同「ドイツ障害者雇用制度における権利擁護システムの展開——障害者政策のパラダイム転換論をめぐって」山田省三・青野覚・鎌田耕一・浜村彰・石井保雄編『労働法理論変革への模索 毛塚勝利先生古稀記念』837 頁 (信山社 2015 年), 同「障害者法制における差別禁止アプローチのインパクト」社会保障法 30 号 11 頁 (2015 年) 参照。
  - 17) この点について小西啓文「障害者雇用と就労支援」日本社会保障法学会 [編]『新・講座社会保障法第 2 巻 地域生活を支える社会福祉』203 頁 (法律文化社 2012 年) 参照。なお、本文で指摘した、わが国の法定雇用率がドイツ法と比べて低いということにかかわり、それを先の通り政令改正で 1. 8% から 2.0% へ引き上げたこと (ドイツは引き下げていた) については、積極的 (な) 差別は正の実現という観点からは肯定的な評価が可能だろうが、非障害者と異なる取扱いをさらに拡大したととらえれば、ノーマライゼーションの考え方に相反する要素が含まれているようにも思われ、無条件的に肯定的な評価を下してよいものか、今後の検討課題とせざるをえない。
  - 18) 障害者雇用企業支援協会 [編]『初めての障害者雇用の実務』(中央経済社 2014 年) 45 頁以下より重引。
  - 19) 山田雅彦「今後の障害者雇用施策の動向」ビジネス・レーパー・トレンド研究会 [2013 年報告書 (2013 年 8 月 3 日報告)] に「日本発の特例子会社制度」というフレーズがある。また、同制度の経緯について、障害者雇用企業支援協会 [編]・前掲注 18) 45 頁以下参照。
  - 20) Klein/Tenambergen, a. a. O., S. 47.
  - 21) 特例子会社について論じたものとして、伊藤修毅「障害者雇用における特例子会社制度の現代的課題——全国実態調査から」立命館産業社会論集 47 巻 4 号 123 頁 (2012 年), 長谷川珠子「特例子会社制度のあり方」永野ほか・前掲注 1) 269 頁以下参照。
  - 22) 小西 (2011b)・前掲注 16) 23 頁参照。
  - 23) 毛塚勝利「労働法における差別禁止と平等取扱——雇用差別法理の基礎理論的考察」山田・石井編・前掲注 16) 書 19 頁参照。
  - 24) なお、日本法が精神障害者を雇用義務化したことについては本文で触れられなかった。この点、ドイツ法でも、精神障害は障害の種類の一つ (精神的 (不) 健康) としてとらえられているが、精神障害のある人が重度障害者と認定されてからは (「精神障害者」としてではなく) 「重度障害者」としてあらわれていた。このようなドイツ法の認識から、わが国の精神障害者の雇用義務化という問題にどのような光があてられるか、今後の検討課題としたい。
- こにし・ひろふみ 明治大学法学部教授。最近の主な論文に、「労災保険の業務外認定処分取消訴訟にみる『業務に内在する危険の現実化』の法理——判例の総合研究のために」法律論叢 89 巻 2・3 号 125 頁 (2017 年) がある。社会保障法専攻。