

障害者雇用促進の手法としての 雇用率制度の限界

——「学界展望 労働法理論の現在 2020～22年の業績
を通じて」を読んだメモランダム

小西 啓文

(明治大学教授)

本稿は、障害者雇用率制度を取り上げ、同制度が障害者の雇用促進上、どのようなメリットとデメリットがあるか、またこの制度といわゆる差別禁止規定とはどのような関係にあり、どのように折り合い（調整）が付けられるか、検討するものである。筆者はすでに本誌でドイツの雇用率制度を紹介したことがあり、上記両制度を併用するドイツ法との比較を通じて、それらの制度の守備範囲の確認や、両者の役割分担の在り方をさぐることを課題とする。もっとも、本稿は最終的に、雇用率制度の廃止を含めて提言している。

目次

- I はじめに
- II 「学界展望 労働法理論の現在 2020～22年の業績
を通じて」をめぐって
- III 日本法における雇用率制度と特例子会社制度の制度
趣旨について
- IV それではどう考えるか
- V むすびにかえて

I はじめに

1 「法定雇用率制度の比較法的考察——ドイツ法 を参考として」の要点

筆者はすでに「法定雇用率制度の比較法的考察——ドイツ法を参考として」を執筆した（本誌685号33頁）。今からするとデータも古いが概要を再掲すれば以下のようなものである。

- ①ドイツにおいては、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と定義されている（社会法典第9編2条1項）。そして、この定義は、WTOの定義に揃えられたものである。障害の重さと機能障害はGdBで表現される。社会での生活の参加への影響は10刻みのGdBで段階づけられ確認される。裁判例によると、GdBの測定は3ステップでなされ、第1ステップで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2ステップでGdBが決められ、第3ステップで全体評価が行われる。50以上のGdBで重度障害とされるが、50未満であっても30以上であれば重度障害者と同等の者とされる（2条3項）。

- ②ドイツの雇用義務制度の概要は、（民間及び公的な）使用者が20以上の労働ポストをもつ場合に、使用者には重度障害者の雇用義務が発生する。使用者がこの義務を果たさないならば、使用者は調整交付金を支払わなければならない。この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は「職業の自由」を保障する基本法12条に合致し、また、障害のある人の職業的統合という同法3条3項2文に沿った正当な目的を達成することに資する。

- ③義務割合（いわゆる雇用率）は、2004年4月23日の職業教育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連邦の公的な使用者のみ、引き続き6%の義務割合が適用される。中小企業は優遇されており、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。

労働ポストとして考えられるのは、法律上の定義に基づくと、労働者、公務員、裁判官、職業訓練中の者または他の職業上の訓練で雇い入れられている者が雇われる、すべての地位である。パートタイマーや短期間雇用される労働者も頭数に加えられる。いわゆる家内労働者は労働者ではないが、1人の委託者のためだけに労働するならば義務割合に参入される。

他方で、職業リハビリテーションの地位などは労働ポストとして考慮されない。

- ④使用者がいかなる雇用でもって雇用義務を満たすかであるが、原則として、上記の労働ポストで雇用される重度障害のある労働者及び同等の者が義務的ポストに参入される。満たされるべき義務的ポストの数は、5%と決められた雇用割合から算出される。もっとも、労働ポストとして考慮されない職業リハビリテーションに関して雇用されている重度障害者ないし同等の者も参入される。さらに、重度障害のある使用者も参入される。
- ⑤調整交付金について紹介したのはやはり古いデータだったが、2012年1月以降、支払うべき交付金は、毎月満たさなければならない義務的ポスト毎に、3から5%未満の達成割合の場合は115ユーロ、2から3%未満の場

合は200ユーロ、0から2%未満の場合は290ユーロであった。そして40未満の労働ポストをもつ（中小企業の）使用者は唯一の義務的ポストの未達成に際して月115ユーロであり、60未満の労働ポストをもつ使用者は、2未満の労働ポストであれば115ユーロ、1未満の場合は200ユーロであった。

- ⑥以上のようなドイツの雇用義務制度と関係して「統合プロジェクト」を紹介した。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。このプロジェクトは、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。そういう意味で、わが国の特例子会社を彷彿させるものであるが、ドイツでこのプロジェクトはあまり定着していない。その理由としてドイツではプロジェクトという言葉は一回きりのものを指し、時間的に限界づけられるものと理解されがちであること、また、その目的が、労働者、顧客、使用者、供給者といった、市場に基礎づけられた経済へのすべての参加者の目的と矛盾することが指摘されていた。

2 今回の執筆の趣旨について

2019年4月から2020年8月までのドイツ留学の際¹⁾、障害者雇用の実態について調査する予定であったが、コロナ禍に見舞われ頓挫した²⁾。

ところで、筆者は、留学にあたり、もともと専攻していた介護保険制度と、遅れて研究を始めた障害者雇用制度を架橋するような研究をしたいと思っていた。ちょうど留学した先であるマックス・プランク社会法・社会政策研究所のウルリッヒ・ベッカー所長は、「介護」と「障害」の違いは「参加」あるいは「包摂」という目的の違いにある、と指摘していた³⁾。その意味では、障害者雇用における雇用率制度は「参加」を後押しする仕組みとして肯定的に評価できるのかもしれない。

もっとも、雇用率制度は雇用の「量」的な拡大

を志向し、その「質」の面での評価はまた別次元ではないだろうか。それこそ、近時の「キャリア権」の議論⁴⁾も参照しつつ、「量」的な拡大に見合う「質」の向上を図る必要があるのではないか⁵⁾。

このような問題関心でいたところ、ドイツの障害者の雇用率制度について紹介する機会に続いて、今回、「多様な属性の正社員」を論じる企画の一環として、雇用率制度を再論する機会を頂戴した。すなわち、障害者雇用率が改定され、各企業でも障害者雇用が進められているなか、雇用率制度は障害者の雇用促進上、どのような「メリット」と「デメリット」があるか。また「雇用率制度」と「差別禁止規定」とはどのような関係にあり、どのように折り合い（調整）が付けられようとしているだろうか。両制度を併用する法制（ドイツ法）も参照して、障害者雇用の促進手法の効用と守備範囲を論じる、というのが今回の本稿の目標である。

II 「学界展望 労働法理論の現在

2020～22年の業績を通じて」をめぐって

1 雇用率制度と特例子会社制度の存在意義

——池田の問題提起

以上、異例の長い「はじめに」になったが、本稿は、筆者がこれまで執筆したドイツ法の議論を踏まえつつ、雇用率制度についてどのように考えているか（あるいは考えようとしているか）について、能力的な限界もあり、あくまでメモランダム的に筆者の見解を中心に述べることになることをお断りしたい。ところで、本稿の副題でも掲げた当該の「学界展望 労働法理論の現在 2020～22年の業績を通じて」で雇用率制度をめぐる熱い議論がなされていることを知った⁶⁾。

この学界展望では、長谷川珠子・石崎由希子・永野仁美・飯田高著『現場からみる障害者の雇用と就労——法と実務をつなぐ』（弘文堂、2021年）が取り上げられていた。この本を紹介した池田は、以下のような指摘をしている。

「……本書で問題にされている視点は、雇用率制度があるからこそ生ずるゆがみ・ひずみのような気もするわけで、特例子会社という存在自体がそのゆがみの象徴のようなところもありますし、A型事業所の給付金二重取りもこの雇用率制度があるからこそ生じる問題です」（40頁）。

つづけて池田は「論点としましては、本書が提案するような再編及び特例子会社の役割変更を行った場合には、結果的に就労困難性を実質的に評価することの一つの意義とも言える就労困難性の低い障害者という人を排除することにならないかが気になります。労働法制で差別禁止と合理的配慮を義務化したから、就労困難性の低い障害者は一般雇用の場で対応すべきだという理屈だとすれば成り立たないわけではないですが、そうなる、そもそも特例子会社という存在の意義とは何なのかと気になります。そうすると、雇用率制度の存在意義もやはり疑わざるをえないこととなりますので、結局、第1の論点にまた帰ってくるわけなんです、ちょっとその辺りが気になりました」と述べている（41頁）。

2 雇用率制度と合理的配慮の関係性

合理的配慮との関係にも言及する池田の指摘に対して、川口は「……差別的な取扱いを禁止するとか、あるいは合理的な配慮だけでは、使用者が採用しなかったときの法的救済方法が限定されるので、雇用率制度は、間接的ではありますが使用者に労働契約の締結を一種強制するもので、障害を持っている方の労働の場を具体的に保障するためには、有用な、効果的な方法であると思います。雇用率制度と差別的取扱い禁止と合理的配慮はセットなので、少なくとも現在のところは双方を踏まえて、障害を持っている方の労働権保障を実現するのがいいのではないかと指摘し（41頁）、新屋敷も「雇用率制度の意義ですけれども、私も継続した方がいいと思います。池田さんは、税金という形で取って、それで助成金を出すなどの方法もあるとのことでしたが、そうした場合、現実的に雇われる機会の確保ができるのかというのが、疑問です。」と指摘する（42頁）。

これら川口・新屋敷の指摘に対して池田は「私

は別に障害者の雇用の場を確保することが重要じゃないという趣旨で疑義を呈したつもりは全くありません。……一方で、たとえば先ほど申し上げた税金、あるいは、保険料という言い方でもいいと思うんですけども、障害者雇用保険のような形で、特別なコストがかかる人を雇用する使用者に対して、全体の雇用者数に応じてお金を広く薄く徴収して、実際雇用しているところに手厚く給付するということが、そんなに障害者の雇用の場を奪うのかわかりません。」「今でも、結局、気にしない使用者だったら、雇用率など無視して障害者雇用納付金を払えばいいというだけの話です。」「とりわけ不健全なのは特例子会社という制度ではないかと私は思うところです。」「結局、企業によっては障害者を直接雇用するのが難しいから、特例子会社をつくってでも雇用して、それをグループ全体でわり算するのを認めましょうということなんですけれど、障害者を特定のところに囲い込むという意味では、福祉的なA型事業所とかと変わらない気がします。というふうにと考えると、そんな制度を生んでいる雇用率制度はすごくゆがんでいると思うんです。」と反論している(42頁)。

3 (他国との比較を踏まえた) 制度趣旨の確認

その後、池田の指摘に対して川口の批判が続いているが、ここで山川が「特例子会社は1987年の改正でできた制度ですが、むしろ根本的な制度設計に影響を与えたのは、合理的配慮や差別禁止規定が導入された平成25年改正ですね。アメリカだと基本的には差別禁止と合理的配慮一本で、日本は雇用率制度を併存させている。ヨーロッパでも併存する傾向があります。／差別禁止規定は基本的に紛争解決型の制度のように感じますので、行為規範的に義務づけたり支援したりする点では雇用率制度の役割が大きい。思ったほどに差別禁止規定を使っただけの訴訟とか不服申し立ては増えていないような感じがするんですね。本書も、両制度を併存させたうえでの改正の提言ということですが、逆に言うと、理論的に真っさらなところから考えると、さまざまな議論も出てくるのかなという感じがしますけれども、なかなか難しい

ですね。」(43頁)、「根本的には雇用率制度をどうしていくかという問題が一番難しいですね。」(44頁)と指摘する。

この指摘に池田は「……雇用率制度自体をなくすことを考えてもいいんじゃないのかという発想です。障害者が働く場の確保はすごく大事だし、その場をつくる人に対してインセンティブを与えるのもすごく大事だと思うので、私も別にそれを否定するつもりはないですけど、その手段として現行の制度が本当に最適解なのかというと、歴史的役割を終えたんじゃないかなと個人的には思うんです。」(45頁)と述べている。

4 議論の整理

座談会はなおも続くが、本稿との関係で便宜的に引用は以上とする。ドイツの雇用義務制度を統合プロジェクトも込みで紹介した筆者にとって、あるいは雇用率制度の「メリット」・「デメリット」を検討対象とする本稿にとって、池田の問題提起は重要である。ここで議論を整理しておく、池田による、雇用率制度と並んで特例子会社制度の存在意義を考えるべきであるという問題提起に対して(この論点を「論点1」という)、川口や新屋敷は「雇用率制度」と「差別禁止規定」の関係性を重んじるなかで、池田の問題提起に対して批判を加えている(雇用率制度と合理的配慮の関係性を論じる論点を「論点2」という)。

他方で、山川は、日本法の制度趣旨を確認する作業の必要性と外国法との比較に言及している。本稿はドイツ法を参照して障害者雇用の促進手法を論じるものだが、池田の問題提起を検証するその前提作業として、山川がいうように日本法を確認する視点も必要だろう(以下、この前提作業の視点を「視点」という)。Ⅲにおいて、まずこの「視点」について、コンメンタール類から該当の記述を確認する。

Ⅲ 日本法における雇用率制度と特例子会社制度の制度趣旨について

1 雇用率制度

(1) 雇用率制度の創設の背景について

山川が触れていた雇用率制度と特例子会社制度の制度趣旨（「視点」）について、議論をする際の「構え」のようなものだが厚生労働省職業安定局高齢・障害者雇用対策部編『障害者雇用促進法の逐条解説』から紹介すれば、「身体障害者及び知的障害者の福祉の基本は職業人として自立することにあると言える。……現代の社会では、雇用の占める比重が極めて高く、また、現に雇用を希望する者の数も多い。／したがって、身体障害者及び知的障害者が職業を通じて自立し、真の福祉を実現するには、身体障害者又は知的障害者に雇用の場を確保することが極めて重要であるが、自由競争を原則とする限りは、それは誠に困難といわざるを得ない」⁷⁾。雇用率制度が身体障害者と知的障害者を対象としていた当時の記述であるが、これは川口が雇用率制度の必要性として指摘していることにも一致している。

つづいて「労働者を使用する事業主は、個人であると法人であるとを問わず、また、官公庁であると民間企業であるとを問わず、身体障害者又は知的障害者に雇用の場を提供する社会連帯責任を有するものである」が「社会連帯の理念とは、身体障害者及び知的障害者は職業上のハンディキャップを有するので、身体障害者又は知的障害者の雇用を実現するには、職場（雇用）を直接管理する事業主の協力がなければならないことに基づく」⁸⁾。ここで「社会連帯責任」あるいは「社会連帯」というフレーズが登場する。

そして、企業には「採用の自由」が保障されるが、「社会連帯」や「協力」の名の下、その自由を制約する議論が展開される。いわく「なお、このような社会連帯の責任は、原則としてすべての構成員によって平等に負担されるべきである。そして、身体障害者又は知的障害者に一定の雇用の場を確保するためには、各事業主がその雇用する労働者数（雇用量）に応じて分担するのが合理的

である。ここに雇用率という考え方が産み出された」⁹⁾と。

(2) 雇用率制度の考え方について

雇用率制度の考え方については、以下のように説明がされている。

「……事業主の雇用義務の内容は、フルタイム常用労働者の雇入れ又は解雇がある場合に、雇用率を達成、維持することであるが、この義務はフルタイム常用労働者1人1人の雇入れ又は解雇のつど具体化するものであり、また、その限度でのみ生ずるものである。」¹⁰⁾、「本法の雇用義務は、雇用率に基づき、全フルタイム常用労働者数に対する身体障害者又は知的障害者数の割合を規制するものであり、いわば、身体障害者又は知的障害者の人数（量）に関する義務であって、特定の身体障害者又は知的障害者（個人）の雇用に関する義務ではない。」¹¹⁾

ここで「量」に関する義務であり、「特定の」個人に対する雇用義務でないことが明記されている。

そして企業の「営業の自由」との関係については、薬事法距離制限違憲事件の最判昭和50年4月30日を参照しつつ、先の障害者雇用率制度の趣旨を検討し、「事業主は雇用対象者を身体障害者又は知的障害者という一定の範囲の者に限定されるものの、どのような身体障害者又は知的障害者を雇用するかは自由に決定することができる……しかも、このような制限を受ける人数は、各企業の従業員数に応じ、全国の雇用労働者数に対する雇用対象身体障害者又は知的障害者の数の割合（1～2パーセント程度）を超えることなく、個々の企業に無理な雇用を強いるものではない」¹²⁾ため、雇用率制度による雇用義務は、採用の自由ないし営業の自由に対する重大な制約ではない、とする（傍点、筆者）。

2 特例子会社制度について

(1) 制度趣旨

引き続き、特例子会社制度の制度趣旨を確認したい。

「雇用率は、個々の事業主ごとに適用されるの

で、例えば、いわゆる親会社と子会社との関係にある企業であっても法人格が異なれば当然別々に取り扱うものである。／しかし、いわゆる親会社が身体障害者又は知的障害者の雇用に特別の配慮をした工場等を別の法人であるいわゆる子会社として設立し、そこに身体障害者又は知的障害者を集中的に雇用する例などが見られるが、このような場合に、一定の要件の下において、子会社を親会社と同一の事業主体と擬制し、そこに雇用率制度を適用することとすれば、当該会社における身体障害者又は知的障害者の雇用の促進の上でかなりの効果があるものと期待され、また、身体障害者又は知的障害者の雇用に特別の配慮がなされた事業所であれば、身体障害者又は知的障害者自身にとっても、その有する能力を最大限に発揮する機会が増大することとなり、本法の目的にも合致するものである。／そこで、いわゆる親子会社の関係にある会社が、後述する要件を満たす場合に限り厚生労働大臣が認定を行い、特例的に雇用率制度及び納付金制度の適用上同一の事業主とみなすこととしている……。また、本条に係る厚生労働大臣の権限は管轄公共職業安定所に委任されている……。／なお、この特例の取扱いは、昭和62年の身体障害者雇用促進法の一部改正により法律上規定されたものである¹³⁾。

後の裁判例の紹介との関係で、筆者が傍点を施したように、特例子会社は「特別の配慮」をした工場などである、という記述に注目したい。

(2) 特例子会社制度の要件

目下の特例子会社認定の要件は、親会社側については、親会社が当該子会社の意思決定機関（株主総会等）を支配していること（具体的には、子会社の議決権の過半数を有すること等）である。これに対し、子会社側の要件は、①親会社との人的関係が緊密であること、②雇用される障害者が5人以上で、全常用労働者に占める障害者の割合が20%以上であること、また、雇用される障害者に占める重度身体障害者、知的障害者および精神障害者の割合が30%以上であること、③障害者の雇用管理を適正に行うに足る能力を有している

こと（具体的には、障害者のための施設の改善、専任の指導員の配置等）、④その他、障害者の雇用の促進および安定が確実に達成されると認められること、である（促進法44条1項1号～4号¹⁴⁾）。

特例子会社と親会社との人的関係が緊密であることに関して、「親会社の子会社へ出向・転籍する一方向の人的交流だけでなく、子会社で働く障害者が親会社等へ出向・転籍するなどの交流を確立すべきである」という提言もあるが¹⁵⁾、裏を返せば、親会社から子会社への一方向の交流が一般的ということだろう。

(3) 特例子会社制度の「メリット」

このような特例子会社制度の「メリット」として厚生労働省は、事業主にとっては、①障害の特性に配慮した仕事の確保・職場環境の整備が容易となり、これにより障害者の能力を十分に引き出すことができる、②職場定着率が高まり、生産性の向上が期待できる、③障害者の受け入れにあたっての設備投資を集中化できる、④親会社と異なる労働条件の設定が可能となり、弾力的な雇用管理が可能となる、障害者にとっては、①特例子会社の設立により、雇用機会の拡大が図られる、②障害者に配慮された職場環境の中で、個々人の能力を発揮する機会が確保される、を挙げている¹⁶⁾。「特別な配慮」を特例子会社という限られた空間内でのみ実現することが大企業にとっての「メリット」と解しているのではないだろうか。そういう思いを抱かせる記述である。

IV それではどう考えるか

1 『現場からみる障害者の雇用と就労』とその執筆者の提案

(1) 『現場からみる障害者の雇用と就労』の提案

さて、学界展望で遡上にのぼった『現場からみる障害者の雇用と就労』は、今後の障害者雇用のあり方について以下のような提案をしている。「法定雇用率が上昇する要因としては、①対象障害者の拡大、②雇用障害者数の増加、③失業障害

者数の増加がある。近年の法定雇用率の頻繁な引上げに対しては不満の声が多く寄せられているが、この問題は①と②の点に起因しており、特に平成30(2018)年4月から精神障害者保健福祉手帳の所持者が雇用義務制度の対象となったことの影響が大きい。また、現行の算定式は、雇用される障害者数が増えれば法定雇用率が引き上がる仕組みとなっているため、障害者雇用を進めてもゴールがみえず、法定雇用率がどこまで引き上げられるかわからないことに不安や疑問を感じる事業主も少なくない¹⁷⁾。

そこで雇用率が際限なく上がることについて、「雇用する障害者の『人数』と『労働時間』を基準とする現行の雇用率制度の公平性に揺らぎが生じている中で、全国一律の制度が妥当かどうかを含めて検討する時期に来ていると思われる¹⁸⁾」とし、(その廃止ではなく)地方分権的な解決策を提案している。

そして雇用率の算定方法については「……将来的には、法定雇用率の計算式による基準はあくまで参考値とし、福祉的就労を行う事業所への業務の発注等も実雇用率に反映できるようにした上で……計算式の基準よりも高い率を法定雇用率として設定する仕組みを導入することを提案する¹⁹⁾」とし、座談会でも話題になっていたように、福祉的就労との連関について提言する。

最後に「特例子会社については、事業者数および雇用障害者数がともに増加し、グループ適用や企業算定特例の利用も広がりを見せているが……インクルージョンの原則に反するとの批判もある」ところ「特例子会社やグループ適用を利用する際には、『親会社の責任』のもとで障害者雇用促進がはかられなければならないことを法律上明記することを提言する。さらに、その実効性を高めるために、親会社・関係会社と特例子会社の間で話し合い、①親会社とグループ適用の関係会社にも一定率以上の実雇用率の達成を求めると、②親会社と関係会社の従業員数に応じた特例子会社への業務の年間発注金額(……)を設定すること、③特例子会社から親会社・関係会社への異動(出向・転籍等)の仕組みを整えること、あるいは、④そのほか特例子会社および親会社・関係会

社における障害者雇用のための計画(雇入れ計画、キャリア支援計画、業務受発注計画等)を策定することのいずれかの方法を選択させるといった新たな制度の導入を検討すべきと考える²⁰⁾という。

池田のいう「雇用率制度の廃止」というドラステックな提言に比して、いずれも現場の意見も踏まえたであろう現実的な提案に思われるものの、例えば地方分権的な解決策など、果たして可能なのか、という疑問も少なくはない²¹⁾。

(2) 量的な雇用拡大を巡る是非(長谷川珠子の見解)

また、この本の共同執筆者である長谷川珠子は、同書執筆後の状況の変化も踏まえ、以下のように指摘している。「……近年、障害者雇用代行ビジネスのように、障害者雇用の数さえ満たせばよいとする傾向が顕著になりつつある。現行制度は、障害者雇用が進展すればするほど障害者雇用率が上昇し、事業主の負担が高まる仕組みであるため、障害者雇用代行ビジネス等を利用する事業主は今後も増えていくことが予想される。対象障害者が身体障害者から知的障害者や精神障害者に拡大され、実雇用率のカウント方法等が複雑化している。これらは、課題にその都度対応してきた結果と評価できるが、小手先の改善策だけではいずれ限界がくる。障害者雇用率の計算式や障害者の範囲の抜本的な見直しに加え、就労系福祉サービス事業所への業務の発注を実雇用率にカウントする制度(みなし雇用)の導入等も視野に入れた検討が必要になると考える²²⁾。

そして、長谷川は当該論文の脚注において、池田の指摘に答えて「雇用義務制度から生じる問題を解決するのであれば、雇用率制度自体をなくし、一律の税金の賦課とそれを財源とした助成金の支給をすればよいのではないかと、この指摘がなされている……。しかし、実態をみる限り、残念ながら雇用義務制度がなければ障害者を積極的に雇用する事業主は少なく、金銭的なインセンティブによる障害者雇用の促進効果が低いことは明らかであるため、障害者の雇用を事業主に義務づける制度は今後も当分の間は必要であると考え」と返答している²³⁾。

2 筆者の考え

(1) 雇用率制度と特例子会社制度の存在意義 (論点1) について

①筆者の思い：量的な拡大偏重への懸念

筆者は雇用率制度の廃止を提唱する池田と同感である。そのような思いは筆者が三重県で障害者就業・生活支援センター（いわゆる「なかぼつセンター」）を訪問したことに遡る。そこでは、採用と離職を繰り返す「ポイントゲッター」的な障害者があるということであった。たしかに、このような障害者の存在により、採用される数は増えようが、本来、その職場で定着できるような環境が整備され、長く働けることこそが大事なのではないか、と感じたものである²⁴⁾。そして当時、なかぼつセンター事業のほかに、障害者自立支援法改正で地域障害者支援事業の創設、ジョブコーチ助成金制度の創設、社会福祉法人等を活用した多様な委託事業の実施がなされたということであったが、筆者は、ドイツ法の重度障害者代表制度を参照し、設置が努力義務とされる障害者雇用推進者の活用を説いた²⁵⁾。もっとも、これは日本が障害者権利条約を批准する前の話であり²⁶⁾、今日、日本の障害者雇用促進法には合理的配慮提供義務が用意されている。すなわち、上記のような各種の制度やアクターを論じるとどまらず、合理的配慮の実施により雇用の「質」の向上を図られるのではないかと考えてきた²⁷⁾。

②雇用率制度と憲法論：雇用率制度の憲法上の 問題点

先の『逐条解説』は、薬事法距離制限違憲事件の最判を取り上げていた。小山剛によれば、同判決は以下のような論理をとる。

「……①職業の自由の意義。保護領域は何か。ここでは、職業の自由が人格的価値と不可分に関連した重要な基本権であるとされていることが重要である。②職業の自由の社会的相互関連性と、職業の自由に対して種々の目的から種々の態様の規制が加えられること、③種々の目的・態様の規制のうち、『許可制』という規制態様の特徴と、消極目的による許可制が合憲と

なるための要件の定式化。すなわち、人格的価値と不可分に関連した重要な基本権である職業の自由に対して、許可制という強力な制限を加えてよいのは、重要な公共の利益を実現するための規制であり（立法目的の重要性）、かつ、より緩やかな制限によっては立法目的を十分に達成できない（手段の必要性）と認められる場合に限られる」²⁸⁾。

「以上のうち、国民の生命・健康の保護を目的とした距離制限による薬局開設の規制という本件の事案に特化した説示が行われているのは、③の部分である。①と②は、職業の自由に対する制限が問題となる、およそすべての事例に妥当する説示であり、このような抽象的な説示だけでは、具体的な違憲審査の在り方についての基準を得ることはできない。具体的事例を意識した具体的な法的構成によって初めて、学説において『厳格な合理性の基準』と呼ばれる違憲審査基準へとたどり着いたのである。本件は、重要な権利に対する強力な制限であり、かつ、（積極目的の規制とは異なり）立法府の裁量を尊重すべき特殊事情がないこと、がポイントであった」²⁹⁾。

雇用率制度は、『逐条解説』もいうように、「社会連帯」の理念に基づく制度であり、「社会政策的」目的が顕著であって、立法府の裁量を尊重すべき事情もあり違憲とはいえない、ということになろう。だが、先に傍点を付したが、当時考えていたのは「1～2パーセント程度」の雇用率である。今般の改正で、雇用率は2024年4月から現行2.3%（民間）を2.5%へ引き上げ、26年7月から2.7%へ引き上げられるが、この引き上げ幅0.4%は障害者雇用が義務付けられた1976年以降最大とのことである³⁰⁾。かつて日本航空の株主オンブズマンが同社の代表取締役を被告として、同社が雇用率を達成せず納めた納付金相当額を同社に支払うよう株主代表訴訟を起こしたことがあったが、2001年5月に和解で終了している³¹⁾。今後も雇用率が上昇していくならば、長谷川も指摘の通り、雇用率を満たせない企業が増加している今日³²⁾、「営業の自由」の議論は避けて通れなくなるのではないだろうか。

この点、ドイツ法は先述のとおり、雇用義務と調整交付金は「職業の自由」を保障する基本法12条に合致し、また、障害のある人の職業的統合という同法3条3項2文にも合致する、と考えられていた。また、空いたポストの補充にあたり、障害者の充当が可能か使用者に審査義務を課したり³³⁾、使用者の質問権を制約しようとする³⁴⁾ドイツ法は、使用者に障害者を雇用しないという選択肢を選ばせないようにもしている。このように、企業の採用の自由を制約する立法が当然視されている。

わが国で「連帯」の議論に対して社会保障法の領域で個人の「自由」の重要性を説いたのは菊池馨実であった³⁵⁾。他方、企業の「営業の自由」を積極的に尊重すべきであるという議論は学問の特性として労働法や社会保障法学からはほとんどないと思われるが（三菱樹脂最判昭和48・12・12に顕著のように、裁判所は別である）、筆者は、かつて、ドイツの介護老人ホームが報酬協定を介護金庫と結ぶなかで、協定を締結する（あるいは「させられる」）ホームの「営業の自由」について言及したことがある³⁶⁾。ドイツ法ではいわゆる侵害行政の領域に顕著であるが、（憲法）裁判所で3段階審査というものになされる。侵害される保護領域は何か、それがどのように制限されるか、そして正当化が可能か、を慎重に審査するというものである³⁷⁾。介護ホームについても、営業の自由が著しく損なわれないよう、慎重な議論がなされていた。

ところで、わが国で、視覚障害を持つあん摩マッサージ指圧師の生計維持を図るために、養成学校の新設や定員増を制限する「あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律」（あはき法）19条1項が、職業選択の自由を保障した憲法22条1項に反するかどうか争われた訴訟において、最高裁は2022年2月7日に合憲判断をしたところである。このような仕組みは「護送船団方式」ではないかという指摘もあるが³⁸⁾、仮に民間の雇用率が2.7%となっても、当面の間、営業の自由の違反が裁判所で認められるとは考えづらいかもかもしれない。

③小括：筆者の考え

障害のある労働者の「保護」は、営業の自由（や職業選択の自由）との（潜在的な）抵触があると思われるが、これまで、障害者雇用の理念まで遡った検討は十分になされてこなかったと思われる。そして、このような整理がないまま、日本法は新たな「合理的配慮」という考え方を取り込むことになった。私見では、その効能の面において雇用率制度は積極的差別是正措置の一種と位置付けられることもあるが、憲法14条よりも憲法25条の世界観に親和的であり、対して合理的配慮は「憲法13条を基盤とし、憲法14条1項の趣旨も踏まえながら……具体化される『実質的機会平等』」³⁹⁾の議論に親和的である⁴⁰⁾。以下では、これら雇用率制度と合理的配慮の関係性について考えてみたい。

(2) 雇用率制度と合理的配慮の関係性（論点2）について

①合理的配慮について

筆者はすでに2005年に、合理的配慮について「A サブライ事件」の判例研究で触れたことがある⁴¹⁾。その際、ドイツ法を参照し、ドイツの社会法典第9編が規定する「障害者の配慮を求める権利」がこの合理的配慮と同じものであるという（誤った）認識のもと、工場設備の瑕疵を不問に付す裁判例の姿勢を批判した。だが、これも後日公表したことであるが、Fuerstのいわゆるパラダイム転換論⁴²⁾を参照することを通じて、ドイツ法が擁する「障害者の配慮を求める権利」は差別禁止法と関係ない、いわば障害者の「孤立した請求権」であり、アメリカ法由来の合理的配慮とは異なるものと把握し直し紹介したのであった⁴³⁾。とはいえFuerstは、アメリカ法はリハビリテーション法に不備があり、差別禁止法を発達させることで障害者へのサービスを拡充しようとしたのであり、対してドイツ法は障害者への手厚い保護を実施してきた国なのであって、アメリカ法への接近は給付国家の後退を意味する、と考えていた⁴⁴⁾。だが現在の筆者は、Fuerstの議論（パラダイム転換論）に魅力を感じつつ、以下の観点から、とりわけ日本においてはドイツと異なりパ

ラダイム転換を推し進めるべきであると考えている⁴⁵⁾。

- 日本法は、合理的配慮に類似した概念を有するが、それは差別禁止法と関係ない文脈での給付請求権にすぎない⁴⁶⁾（これはドイツ法も同様である）。
- 日本法では障害者差別解消法が改正され、合理的配慮は民間事業所に対しても努力義務からようやく法的義務とされたところであるが、本人の意思の表明を起点とする。他方、障害者雇用促進法は当初から努力義務ではなく法的義務の構成であったが、本人の申出は採用に際してのみ必要とされ、採用後は障害者にとっての態度表明の機会となっていない⁴⁷⁾。
- 日本法においては配慮を求める権利（給付請求権あるいは措置義務を定めた規定自体から発生する請求権⁴⁸⁾）は決して強い権利とは言えず、法的義務といっても私法上の効果はないと説明されている⁴⁹⁾。

②雇用率制度と合理的配慮の関係性について

雇用率制度に障害者の雇用を促進する機能があることは否定できない。これは同制度の「メリット」の側面である。しかし、池田も指摘していたが納付金さえ払えばよいと考える使用者には、あまり意味のある仕組みではない（かつて日航の株主代表訴訟でテーマになった）。また、それは量的な面でのものであり、先の「ポイントゲッター」のように、雇用の数だけ増えればよいのではないか、という短絡的な考え方に結び付きかねない。これは「デメリット」の部分になりうるだろう。もっとも、質的な面でのリカバリーを別に論じることで、その「デメリット」の部分も乗り越えられる可能性はあろう。例えば、雇用率制度を通じて採用された者に先述のようなジョブコーチをつけるといった保護の方法はありうるが、雇用率制度を前提としなくとも、合理的配慮の実施を義務づけることで、「質」の面での向上は期待できるのではないだろうか。

筆者はかつて、雇用率制度から生じた納付金を調整金の形で合理的配慮の費用に還元することの

是非にかかる議論⁵⁰⁾をめぐり、これに懐疑的な態度を表明したことがある⁵¹⁾。Fuerstによれば、重度障害者の雇用義務制度は、アフーマティブアクションの手段として、差別禁止的な意味合いをもつが、調整交付金と連結されていることから、むしろ雇用義務は使用者間の社会国家的な補償あるいは負担調整の仕組みと評価されるものである一方、対する合理的配慮は差別禁止原則に由来する労働者個人の請求権であり、両者は背景が異なると考えられるのであって、その「違い」を考慮することなく混在させてしまうことに違和感を覚えたからである。

この点、先述の通りドイツ法も日本法も、障害者権利条約上、その否定を差別と位置付けられている合理的配慮に形の上は「類似」した合理的配慮「的」概念、つまり、「差別」と無関係な一種の給付請求権（しかも日本法では私法上の効力もないと理解されている）を導入することで、差別禁止法と折り合いをつけつつ、雇用率制度と合理的配慮の両立を図ろうとしているようにみえる。むしろ「日本版合理的配慮」は先のジョブコーチなどと同列の「保護」の一種と整理されることになるのではないだろうか。すなわち、わが国の障害者雇用法制には、障害者権利条約を契機として導入されるべきであった「合理的配慮の不提供は差別である」という考え方は——いわゆる合理的配慮提供義務は「第二章の二 障害者に対する差別の禁止等」内に設けられたが——定着しなかったのではないだろうか⁵²⁾。

このようなパラダイム転換を参考にしながらも転換をしないで障害者雇用促進の手法に差別禁止的な手法をいわば「接ぎ木して」対処する方法というのも1つの戦略（あえて称揚すれば「日本版ハイブリッド方式」）とは思われるが、差別の禁止の手法に見せかけた「保護」という手法を今後も続けていくべきか。先にベッカー教授の論文で取り上げた「包摂」という概念を前にして、少なくとも筆者には雇用率制度は望ましい制度には思われない。

雇用率制度というのは、一度、非障害者のなかから障害者を区別し、その後、非障害者と同様に働ける障害者を非障害者の職場へ「統合」と

いう側面をもち、見方によっては選別的な色彩があるものである。これに対して、そのような障害者・非障害者の分け隔てない仕組みが「望ましい」と思うならば、雇用率制度は時限的な仕組みであると考えべきではないだろうか。

筆者はこのような「統合」ではない仕組みとして「包摂」的な仕組みがあると考えており、そのツールが（本来的な）「合理的配慮」と考える⁵³⁾。人はよくよくみればみな違いがあるものであり、社会参加が妨げられる障害を抱えている。もちろん、その障害は典型的にはこれまで論じられてきた機能障害であるが、アメリカ法で合理的配慮が宗教差別の文脈から発展してきたことは例えばわが国では厚生労働省のホームページ（長谷川珠子「アメリカにおける『合理的配慮』について」）でも紹介されている通りであって、何も機能障害に限る必要はないはずである。そして、そのような障害に応じた形で、障害者から申出があれば、過重な負担とならない限り社会（雇用社会の場合には端的に「企業」）には合理的配慮を提供する義務があり、その不履行を「差別」と構成することを通じて障害者の社会参加を促し、社会への「包摂」を図ろうとした。こういうことではないだろうか。

③特例子会社制度にかかる裁判例

最後に、合理的配慮とは何かを考える好材料として、特例子会社で合理的配慮について争われた裁判例を取り上げたい⁵⁴⁾。

この事件は、交通事故による脳外傷を原因とする高次脳機能障害・脅迫性障害のある原告が特例子会社である被告との間で有期労働契約を締結したが、履歴書に腰痛によりスニーカー等腰に負担のない履物で仕事をさせてほしいと記載していたにもかかわらず、革靴使用が強要されたことについて、裁判所が「『腰を痛めている』ことは、高次脳機能障害及び脅迫性障害によりもたらされたものとは直ちに認められないから、腰を痛めていることにより履物に関して配慮を求めることが、障害者雇用促進法の求める合理的配慮の対象となるとは直ちに解されない」が「原告は、入社当初から、履歴書にも履物に関する配慮を求める記載

をし、運動靴しか履けない旨を申し出ており、……被告も、これを認識して原告を雇用したと認められるから、本件においては、履物に対する配慮は、障害者雇用促進法の求める合理的配慮に準じるものとして扱うのが相当である」とした。

だが他方で、障害者雇用促進法は4条で障害者である労働者の自立への努力義務を規定し、5条で障害者である労働者の自立への事業主の協力する責務を規定してもいることから、「原告の雇用主である被告が障害者である原告に対して自立した業務遂行ができるように相応の支援、指導を行うことは、許容されている」ともし、「形式的に配慮が求められている事項と抵触することのみをもって配慮義務に違反すると判断することは相当ではな」い、とした。

この判決は、原告の有する高次脳機能障害・脅迫性障害に起因しない障害（ここでは腰痛）についても、合理的配慮に準じた配慮が求められるものの、自立の助長のためには、事業主は配慮を求められている事項と抵触することをして直ちに配慮義務違反とはならない、とした。果たしてこれが5条のいう「社会連帯」の理念の内実なのだろうか、という疑問も残るが、とりわけ前半部分はみようによっては、合理的配慮の範囲を、本人の障害に直接起因しない配慮事項にまで（合理的配慮に「準じた」ものとして）拡大した好判決と映るかもしれない。

とはいえ筆者は、ここで問題となった「合理的配慮に準じた配慮」なるものが、特例子会社において問題となったことに注目すべきであると考えている。促進法36条の2及び36条の3によれば合理的配慮は障害者（である労働者）と障害者でない（労働）者との均等な機会ないし待遇の確保等を図るための手段だが、特例子会社における配慮は『逐条解説』にもあったように、（特例子会社という限られた空間内での）障害者に「特別な配慮」なのであって、障害者と非障害者間の均等な機会・待遇の確保を図らんとする合理的配慮とは異質のものであり、そういう意味で（=裁判所の用法とはまた別の意味で）合理的配慮に準じた（あるいは類した）ものにとどまるのではないだろうか。

④小括：筆者の考え

「合理的配慮」は難解な概念であると紹介されることがあるが⁵⁵⁾、それは、日本法への合理的配慮の継受の仕方に原因があったのではないだろうか。これまで日本の障害者雇用促進法は、雇用率制度を機軸として、障害者の雇用の促進を図ってきた。そこに、権利条約の批准という課題が生じ、合理的配慮を法制化しなくてはならなくなった。しかるに、促進法に差別禁止法をどのように接ぎ木すればよいか問題になり、合理的配慮を、認定を受けた障害者への「孤立した請求権」すなわち、本人からの申出がなくとも、障害者であるという身分があるものに対して認められる、ある種の請求権として、差別と無関係に法定した——ドイツのそれも免責の規定を有しており、日本法はドイツの仕組みにそっくりである——この方式であれば、合理的配慮の不提供が差別かどうか論じなくとも、あらたな配慮請求権（ただし私法上の効果はない）を障害者に付与することになり、保護に資し、問題はない、と、政策立案担当者は踏んだのではないだろうか。

しかし、この方式だと、「障害者にはこのような配慮をすればよい」というように、「配慮」がガイドライン方式で「羅列」されることになり、当の障害者の意向は尊重されないことにもなりかねない。ここで今一度、障害者権利条約は「私たちのことを私たち抜きで決めないで」をスローガンとすることを思い出すべきではないだろうか。すなわち、合理的配慮は、障害のある人（その障害が重い場合も軽い場合も含まれる）が態度表明するなかで（本人が態度表明できない場合の仕組みは別途考える必要がある）、社会へ（雇用率制度のような「統合」ではなく）「包摂」されるためのツールのはずである。

V むすびにかえて

ところで、合理的配慮を障害者に対する「特別な配慮」と混同しているのは、なにも裁判所に限られるものではないだろう。誤解を恐れずに言えば、非障害者からみて障害者に「役立つ」ことが合理的配慮なのだ、という（誤った）考え方が、

社会一般に蔓延していないだろうか。そしてこのような考え方を是正するためにも、合理的配慮の不提供が差別であるというオリジナルな考え方に立ち返ることが求められるのではないだろうか。

筆者は、中央省庁での雇用率水増し問題に際して、雇用率制度のもつ本質的限界が露呈されたと指摘したが⁵⁶⁾、さらに進んで（山川が挙げていなかった）イギリス法が合理的配慮の導入にあたり障害者の雇用率制度を廃止したこと、日本法も、かつてあった高齢者の雇用率制度を定年の延長等を理由に廃止したことに鑑み⁵⁷⁾、日本法において障害者の雇用率制度の廃止という選択肢もあろうのではないかと、考える⁵⁸⁾。即座に廃止するのが難しいならば、その第一歩として、ドイツ法のように、雇用率を（上げるのではなく）下げるということからはじめ、段階的に0になることを目指す（=廃止）というのはどうであろうか。あわせて雇用率制度を前提とした特例子会社制度も廃止を視野にした提言をすべき時期に差し掛かっていると考える。

- 1) 「フィールドアイ ミュンヘンから」で留学滞在記を2本掲載した（本誌716号、718号）。
- 2) そのコロナ禍も踏まえつつ、ドイツの近時の障害者雇用について網羅的に記載した石崎由希子「ドイツの概要」一般社団法人ダイバーシティ就労支援機構編「日本財団WORK! DIVERSITY プロジェクト2021年度「海外状況整理部会」報告書」（2022年）71頁参照。https://jodes.or.jp/wp-content/uploads/2022/10/2021-JODES_kaigai_joukyou.pdf
- 3) 小西啓文「介護政策と障害政策の統合的把握に関する予備的考察——「介護保険法と障害者総合支援法の統合」再論」法律論叢92巻6号（2020年）75頁（特に93頁）。
- 4) 諏訪康雄『雇用政策とキャリア権——キャリア法学への模索』（弘文堂、2017年）参照。
- 5) 2022（令和4）年障害者雇用促進法の改正では、事業主の責務として障害者の職業能力の開発及び向上が含まれることの明確化、週所定労働時間10時間以上20時間未満で働く重度の障害者や精神障害者の実雇用率への算定による障害者の多様な就労ニーズを踏まえた働き方の推進、企業が実施する職場環境の整備や能力開発のための措置等への助成による「障害者雇用の質の向上」などが盛り込まれている（令和5年4月1日以降に順次施行）。https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000077386_00019.html#:~:text=%E4%BB%A4%E5%92%8C%E5%BC%94%E5%B9%B4%E9%9A%9C%E5%AE%B3%E8%80%85%E9%9B%87%E6%AC%A1%E6%96%BD%E8%A1%8C%E3%81%95%E3%82%8C%E3%81%BE%E3%81%99%E3%80%82

なお、法改正について詳しくは長谷川珠子「2022（令和4）年障害者雇用促進法改正と今後の課題」季労281号（2023年）88頁参照。

- 6) 『日本労働研究雑誌』751号（2023年）2頁（特に38頁以

- 下)。参加者は山川隆一・川口美貴・池田悠・新屋敷恵美子(以下、敬称略)。
- 7) 厚生労働省職業安定局高齢・障害者雇用対策部編『障害者雇用促進法の逐条解説』(日刊労働通信社, 2003年)90頁以下。
 - 8) 厚生労働省職業安定局高齢・障害者雇用対策部編・前掲注7)書91頁。
 - 9) 厚生労働省職業安定局高齢・障害者雇用対策部編・前掲注7)書91頁。
 - 10) 厚生労働省職業安定局高齢・障害者雇用対策部編・前掲注7)書160頁。
 - 11) 厚生労働省職業安定局高齢・障害者雇用対策部編・前掲注7)書161頁。
 - 12) 厚生労働省職業安定局高齢・障害者雇用対策部編・前掲注7)書164頁。
 - 13) 厚生労働省職業安定局高齢・障害者雇用対策部編・前掲注7)書169頁以下。
 - 14) 永野仁美・長谷川珠子・富永晃一編『詳説 障害者雇用促進法——新たな平等社会の実現に向けて(増補修正版)』(弘文堂, 2018年)103頁以下。なお、グループ適用、企業グループ算定特例とその要件については同102頁を参照。
 - 15) 永野・長谷川・富永編・前掲注14)書271頁。
 - 16) 厚生労働省ホームページ <https://www.mhlw.go.jp/bunya/koyou/shougaisha/dl/07.pdf> 参照。
 - 17) 長谷川珠子・石崎由希子・永野仁美・飯田高著『現場からみる障害者の雇用と就労——法と実務をつなぐ』(弘文堂, 2021年)315頁以下。
 - 18) 長谷川・石崎・永野・飯田・前掲注17)書317頁。
 - 19) 長谷川・石崎・永野・飯田・前掲注17)書319頁。
 - 20) 長谷川・石崎・永野・飯田・前掲注17)書325頁以下。
 - 21) 財政学者のタイプは、人々が自ら好む政策を実施する自治体へ移住することを「足による投票」と名付けていたが(詳しくは武智秀之「コラム 足による投票仮説」今村都南雄・武藤博己・真山達志・武智秀之『ホーンブック行政学』(北樹出版, 1997年第2刷)40頁参照)、「地方分権の試金石」といわれる介護保険の要介護認定の基準が全国一律のところ、果たして雇用率の地方分権化は実現可能だろうか、雇用率の低い地域へ企業が移転することはないだろうか。
 - 22) 長谷川・前掲注5)98頁。
 - 23) 長谷川・前掲注5)98頁注30。
 - 24) 小西啓文「障害者自立支援法における自立支援」菊池馨実編『自立支援と社会保障——主体性を尊重する福祉、医療、所得保障を求めて』(日本加除出版, 2008年)221頁(特に241頁)。
 - 25) 小西・前掲注24)書254頁。
 - 26) 例えば、矢嶋里絵「障害者福祉関係法における『自立』——身体障害者福祉法を中心に」菊池編・前掲注24)書199頁において、自立概念の歴史の変遷が検討されているが、2004年改正法までにとどまっており、2006年に国連で採択された障害者権利条約については日本がどのように批准すべきかが論じられている。
 - 27) 拙稿(特にドイツ法)については、「障害者雇用における差別禁止法理——ドイツ法を参考として」障害法第2号(2018年)29頁注1に網羅的に紹介したことがある。
 - 28) 小山剛『「憲法上の権利」の作法[第3版第2刷]』(尚学社, 2017年)20頁以下。
 - 29) 小山・前掲注28)書21頁。
 - 30) 日本経済新聞2023年1月19日朝刊5面参照。
 - 31) 小西啓文・中川純「障害と労働法」菊池馨実・中川純・川島聡編『障害法[第2版]』(成文堂, 2021年)152頁(小西執筆部分)。
 - 32) 日経新聞・前掲注30)5面によれば、雇用率を達成している企業の割合は48.3%にとどまるといふ。
 - 33) 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(2005年)35頁(特に43頁)参照。
 - 34) 松井良和「ドイツの障害者雇用における使用者の法的義務と障害に関する情報の取得について」大曾根寛・森田慎二郎・金川めぐみ・小西啓文編『福祉社会へのアプローチ 久塚純一先生古稀祝賀[下巻]』(成文堂, 2019年)511頁。なお、同論文514頁に、調整賦課[交付]金は2016年改正で1つのポストごとに125ユーロから320ユーロまでへと引き上げられたとある。
 - 35) 菊池馨実「社会保障の法理念」同『社会保障の法理念』(有斐閣, 2000年)135頁参照。
 - 36) 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合併号(2017年)87頁。なお、この論文の結論部で筆者は、「よりよいこと」の実現のためであれば民間企業も積極的に国の施策にコミットしていくべきだとする風潮への違和感を表明した(105頁)。
 - 37) 小山・前掲注28)書10頁, 14頁。
 - 38) 青木亮祐「職業の自由、勤労の権利」岡田順太・淡路智典・杉山有沙編『障害のある人が出会う人権問題』(成文堂, 2023年)147頁(特に164頁)。同判決について、日本経済新聞2022年2月7日(ウェブ版)によると、視覚障害者の団体は、あん摩マッサージ指圧師の職は自立した社会参加の命綱であり、それを残すような判断が示されたことに大きな意味がある、との評価をしている。https://www.nikkei.com/article/DGXZQOUE0750R0X00C22A2000000/
 - 39) 菊池馨実『社会保障法制の将来構想』(有斐閣, 2010年)12頁。なお、原文には(筆者が6点とした部分)「直接的には憲法25条を媒介として」とある。
 - 40) 小西啓文「『社会保障法における平等』をめぐるメモランダム」新田秀樹・米津孝司・川田知子・長谷川聡・河合墨編『現代雇用社会における自由と平等24のアンソロジー 山田省三先生古稀記念』(信山社, 2019年)481頁(特に499頁以下)。
 - 41) 小西啓文「知的障害を有する労働者の死亡事故と使用者の安全配慮義務——Aサブライ(知的障害者死亡事故)事件」労判881号(2005年)5頁。
 - 42) 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』(信山社, 2011年)145頁参照。ここでパラダイム転換論で論じられる新旧の考え方を若干振り返れば、従来のドイツの障害者政策は、障害を個人的な欠損ととらえ、国などの行政機関が認定した障害者に対して各種の社会的給付を実施したり、労働者に対して特別な保護(雇用割当制度や解雇制限制度)をするというものであったが、新しい考え方は、障害を人間に生じる普通の状態ととらえ、特別な市民法(差別禁止法)を用いて、法構造、形成された環境における障壁及び社会的な固定観念に基づく不利益とそこから結果する平等の欠損を除去しようとする。
 - 43) 小西啓文「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(2011年)14頁(特に28頁)。なお、筆者はこの過ちに対する懺悔を労判の遊筆(小西啓文「遊筆 労働問題によせて——障害者雇用における『合理的配慮』再考」労判1141号(2016年))で済ませた。
 - 44) 小西啓文「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』（信山社、2015年）837頁（特に852頁）。
- 45) なお、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・前掲注42）書19頁以下は「……障害者に対する合理的配慮は、差別を回避する使用者の義務から派生するものといえる」と指摘の上、差別禁止アプローチと労働市場アプローチを対立的に議論することに警鐘を鳴らす。
- 46) なお、労働政策審議会障害者雇用分科会意見書「今後の障害者雇用施策の充実強化について（意見書）」（2013年）2頁は「合理的配慮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付けることはその効果は同じ」という。
- 47) 富永晃一「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」論ジュリ8号（2014年）33頁は、労働契約成立後も「……予断排除の観点から、申出によることが望ましい」と指摘する。
- 48) 措置義務について、山川隆一「職場におけるハラスメントに関する措置義務の意義と機能」新田ほか編・前掲注40）書31頁（特に42頁）参照。
- 49) この議論について永野・長谷川・富永・前掲注14）書278頁も参照（小西執筆部分）。
- 50) 「今後の主な論点（「第3」のうち「合理的配慮の提供の実効性を担保するための措置、特に、事業主の負担に対する助成の在り方」と「過度の負担について」）」中の「合理的配慮の提供の実効性を担保するための措置について、どのように考えるか。特に、事業主の負担に対する助成の在り方（現行の納付金制度との関係など）について、どのように考えるか。」<https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000002daqh-att/2r985200002db4z.pdf>参照。
- 51) 小西啓文「ドイツおよびEU法における非社員業務執行役員の労働者性の議論状況からみた障害者雇用の課題——ハーゼ論文を導きの糸として」法学新報129巻8・9号（2023年）323頁（特に337頁）。
- 52) 小西啓文「障害者雇用と就労支援の今日的課題——「合理的配慮」のとらえ方をめぐって」月刊福祉2016年1月号52頁、同「障害者雇用における合理的配慮」同2016年12月号32頁参照。
- 53) 小西啓文「障害のある人の働きやすい環境とは？——「合理的配慮」からみた「社会的包摂」のあり方」増田幸弘・三輪まどか・根岸忠編著『変わる福祉社会の論点 [第3版]』（信山社、2021年）118頁（とりわけ126頁の図表4）参照。なお、合理的配慮と安全配慮義務の異同にかかわり、近く論文を公表する予定である。
- 54) 岐阜地判令和4年8月30日D-1-law判例ID：28302627。評釈として青木亮祐「判批」帝京法学37巻1号（2023年）37頁。
- 55) 山田雅彦「行政実務者が振り返る『障害者雇用促進法改正』」永野・長谷川・富永・前掲注14）書330頁参照。
- 56) 小西・前掲注27）28頁。
- 57) 小西・前掲注51）337頁以下参照（なおイギリス法については、長谷川聡による文献を引用する長谷川珠子『障害者雇用と合理的配慮——日米の比較法研究』（日本評論社、2018年）17頁以下を、日本法の高齢者雇用率制度については、小西康之「中高年齢における就労・生活と法政策」野川忍・山川隆一・荒木尚志・渡邊絹子編『変貌する雇用・就労モデルと労働法の課題』（商事法務、2015年）417頁を参考にした）。
- 58) 小西啓文「ドイツ障害者雇用にかかるスケッチ 第4回 第4章 ドイツおよびEU法における非社員業務執行役員の労働者性の議論状況」IWHR5号（2023年）40頁（特に43頁）。

こにし・ひろふみ 明治大学法学部教授。最近の主な論文に、「ドイツ社会国家の法的構造——そのプロローグ」『社会保障法研究』12号（2020年）77頁がある。社会保障法専攻。