

ドイツにおける障害者雇用政策のスケッチ

小西啓文

第1章 はじめに

本レポートは、近い将来、三重県における障害者雇用の領域のうち、とりわけ精神障害のある人(当面のところ「うつ病罹患患者」)のサポート機関として、NPO 法人である「労働問題研究所」が取り組めるであろう手法を、ドイツ法から何か導けないか、模索するという目的をもって執筆されるものである。

とはいえ筆者は、三重県の障害者雇用の現状につき明るいわけでも、またドイツ法¹につき網羅的に研究しているわけでもなく、例えば、精神障害のある労働者の雇用に即効性のある政策をドイツ法から見出してくる能力は残念ながらもちあわせていない。

そこで、ひとまず、ドイツにおいて障害者雇用政策がどのような力学で変化しようとしているのかについて素描することで、本レポートの責めを埋めることを目標としている。

なお、本レポートはその性格上学術論文ではなく、紙幅も自ずから限界があるため(可能であれば書き

きれない部分については他日を期したい)、引用などは必要最小限とし(ウェブで公開されることを踏まえ、インターネットで検索しやすい引用文献を用いることにもする)、また、概念的正確さよりもできるだけ平易な表現を用いることの方を優先することをお断りしたい。

1. ドイツ法へのインパクトとしての障害者権利条約と EC 指令

わが国は国連の障害者権利条約²の締結を 2013 年 12 月に国会承認し、2014 年 1 月 20 日付で国連事務総長に批准書を寄託し、同年 2 月 19 日に同条約はわが国について効力を発生した。ところで障害者権利条約は 2008 年 5 月 3 日に発効した条約であり、2013 年 3 月 31 日時点で締約国・機関数は 130 となっている。この条約は障害の「社会モデル」を採用した点で特徴があるともいわれるが、①障害者の尊厳、自律及び自立の尊重、無差別、社会への完全かつ効果的な参加及び包容等を一般原則とし、②障害に基づくいかなる差別もなしに、すべての障害者のあらゆる人権及び基本的自由を完全に実現することを確保し、及び促進することを締約国の一般的義務とし、③障害のある女子及び児童を含む障害者に保障されるべき個々の人権及び基本的自由について定めた上で、これらの人権及び基本的自由を確保し、及び促進するための措置を締約国がとること等と定めている(参考までに政府訳の一部を末尾に掲載する)³。

* 小西啓文氏は明治大学法学部教授。1974 年生まれ。2004 年中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程修業年限終了退学(法学修士)。三重短期大学法経科専任講師、助教授等を経て、2014 年 4 月より現職。主要著作：『内部告発と公益通報者保護法』角田邦重と共編著(法律文化社、2008 年)、「社会保険料拠出の意義と社会的調整の限界—西原道雄『社会保険における拠出』『社会保障法における親族の扶養』『日本社会保障法の問題点—総論』の検討」岩村正彦・菊池馨実編『社会保障法研究 創刊第一号』(信山社、2011 年)。

¹ 筆者がはじめてドイツ法を紹介したのは小西啓文「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)である。

² 全訳は <http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000018093.pdf> 参照。

³ 内閣府編『平成 25 年版障害者白書』70 頁以下

そして同条約の2条で、「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及び基本的自由を享有し又は行使することを確保するための必要かつ適切な変更および調整であって、特定の場合に必要とされるものであり、かつ、不釣り合いな又は過度な負担を課さないもの」を「合理的配慮」と定義づけ、その否定・不提供を「差別」と構成する。わが国もこの条約の批准へ向けて、障害者基本法を改正しその4条で「必要かつ合理的な配慮」の提供にかかる規定を盛り込み、その後、障害者差別解消法の成立⁴、障害者雇用促進法の改正⁵を経験している。

他方、ドイツははやくも2008年に同条約を批准したが、その際の作業はわずか2条からなる法律で済まされたともいわれている⁶。それでは、ドイツ法の動向にとって重要な転機となったのは何かと問われれば、それはEUの就業及び職業における平等取扱の実現のための一般的枠組みを定める2000/78/EC指令であろう⁷。同指令は、ドイツ

においては「一般平等取扱法」の制定を促す作用をもたらしたが⁸、同指令も「障害当事者が、就労上の均等待遇の確保を自らの権利として行使できる点で、障害者全体の雇用確保を目指す割当雇用制度（積極的差別是正措置）とは明らかに異なる視座」をもつという「合理的配慮」についての規定をもつことは重要であろう⁹。すなわち同指令の5条は「障害のある人への平等取扱原則の遵守を保障するため、合理的配慮が提供されなければならない。これは、使用者に不釣り合いな負担を課さない限りにおいて、特定の状況で必要とあれば、使用者が、障害のある人の就労へのアクセス、職務遂行もしくは昇進、訓練を可能とする適切な措置をとることを意味する。この負担は、対象となる加盟国の障害政策の枠内にある措置によって十分に改善される場合には、不釣り合いではない。」と規定し、ドイツにおいてもこの間、この規定の国内法化へ向けた努力がなされている¹⁰。

他方で、東西ドイツの再統一にあたり、憲法に相当する基本法が見直された結果、「障害を理由とする不利益取扱の禁止」にかかる規定(3条3項2文)が盛り込まれたことも重要である。この規定をもとに、ドイツでは障害者の平等について一層議論されることになり、「障害者平等法」の制定¹¹につなが

参照。

⁴ 条文は

http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/law_h25-65.html を参照。

⁵ 条文は

http://www.mhlw.go.jp/bunya/koyou/shougaisa_h25/dl/kaisei01a.pdf を参照。

⁶ 高橋賢司「第3章最近の動向(平成20年度国際比較調査以降の主要な動向) II ドイツ」

http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/tyosa/h21kokusai/3_2_germany.html。もともと、ドイツの連立与党であるCDU、CSUとSPDは第18立法期間の連立協定で連邦障害者参加法

(Bundesteilhabegesetz)の合意をみたということである。これは、国連の障害者権利条約の趣旨に沿って「参加権」を強化すべく社会法典第9編の改正をも視野に入れたものという。

⁷ 引馬知子「EU地域の『障害』に関わる均等法政策の複層的な展開と合理的配慮」『障害者雇用にかかる「合理的配慮」に関する研究—EU諸国及び米国の動向—』11頁(独立行政法人高齢・障害者雇用支援機構障害者職業総合センター、2008年)

http://www.nivr.jeed.or.jp/download/houkoku/houkoku87_02.pdf 参照。また、EU指令の邦訳については、独立行政法人高齢・障害・求職者雇用支援機構障害者職業総合センター『欧米における障害者

雇用差別禁止法制度 第2分冊:ドイツ・フランス・EU編』(2013年)

<http://www.nivr.jeed.or.jp/download/shiryoushiryou73-2.pdf> 参照。

⁸ 齋藤純子「ドイツにおけるEU平等待遇指令の国内法化と一般平等待遇法の制定」外国の立法230号91頁(2006年)

<http://www.ndl.go.jp/jp/diet/publication/legis/230/023004.pdf> 参照。なお、同論文には一般平等取扱法の邦訳が掲載されている。

⁹ 引馬知子「障害者の社会的排除と人権保障—“合理的配慮”を軸として労働と社会保障を結ぶEU実践」荒木誠之・桑原洋子編『社会保障法・福祉と労働法の新展開』175頁(信山社、2010年)参照(引用は184頁より)。

¹⁰ なお、引馬・前掲注9)187頁は、EU指令は合理的配慮の義務が事業者に否定された場合を差別と明記しない点を指摘する。

¹¹ 山本真生子「ドイツの障害者平等法」外国の立

った。

2. 重度障害者法から社会法典第9編へ

ところで、ドイツにおいては、以上のような障害者権利条約や EC 指令の登場以前から、重度障害者法において重度障害者（及び同等の者）が配慮を求めることのできる「重度障害者の権利」についての規定（14 条）が存在した¹²。その後 2001 年に重度障害者法が社会法典第 9 編に編入され¹³、現行法では 81 条 4 項に重度障害者の権利が規定されている。同規定は先の基本法 3 条 3 項 2 文の要請の具体化、職業選択の自由を保障する基本法 12 条 1 項の基本権の現実化、さらには EC 指令 2000/78/EC の国内法化にも寄与するものと評価されており、重度障害者の具体的な法的な地位を設定し、また、強化された誠実ないし配慮義務の枠組みにおいて、重度障害者に対する使用者の特別な義務を定めたものと理解されている¹⁴。

さて、社会法典第 9 編 81 条 4 項は以下のような規定である¹⁵。

法 238 号 73 頁 (2008 年)

<http://www.ndl.go.jp/jp/diet/publication/legis/238/023803.pdf> 参照。

¹² 重度障害者法当時の議論については、瀧澤仁唱「障害者の生活保障と就労支援」布川日佐史編『雇用政策と公的扶助の交錯—一日独比較：公的扶助における稼得能力の活用を中心に』221 頁（御茶の水書房、2002 年）など参照。当時の条文訳は、岡田澄子によるものが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』434 頁（明石書店、2002 年）に掲載されている。

¹³ 社会法典第 9 編についての紹介は、先の拙稿のほか、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）、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。

¹⁴ 小西・前掲注 1）42 頁参照。

¹⁵ 社会法典第 9 編の抄訳は以下のページを参照のこと。

<http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/tyosa/h20kokusai/pdf/data/3-1ger.pdf>

「重度障害者は、使用者に対して以下の権利を有する。

- 1 号 障害者がその能力と知識を可能な限り完全に行行使し、さらに発展させることができる労働
- 2 号 職業上の発展を促進する企業内の職業教育に際しての優先的な配慮
- 3 号 期待しうる範囲での社外職業訓練への参加を容易にするための相応の対策
- 4 号 特に事故の危険を考慮しての事業所施設・機械・機器及びポスト・職場環境・労働時間の形成を含む、障害に適した施設及び職場の運営
- 5 号 障害とその労働における影響を考慮した、必要な技術的労働サポートを伴うポストの設置。1 号・4 号・5 号の措置の実施に関して、連邦雇用エージェンシー及び統合局は、重度障害者の基幹的な労働能力を考慮したうえで、使用者を援助しなければならない。当該要求の実現が使用者にとって期待不可能であると判断される場合もしくは極端に過度な費用が必要になる場合、または国もしくは職業協同組合の定める労働保護規定もしくは公務員法規定に反する場合には、1 文の請求権は存在しない。」

この規定を一瞥して、この規定は職場における重度障害のある労働者への配慮を厚く規定したものとわかる。ドイツ人にいわせれば、障害者雇用の場面では「合理的配慮」はいわば前もって実現済みということにもなるだろう。

もっとも、この条項は本当に「合理的配慮」を規定したものといえるか、と問われれば、障害者権利条約的な視点からすると、その答えは「ノー」といわざるをえないかもしれない。というのも、この規定は、これらの配慮をしないことを「差別」であると構成するものではないからであり、あくまで重度障害者（およびそれと同等の者）と認定された者に対して、就職後における配慮を列挙したものであって、障害の程度がより軽度の者に対しては効力が及ばないし、採用時の配慮について特段規定してもい

ないのである。これらは極論すれば、重度障害者と認定された労働者に対するある種の積極的差別是正措置に類似したもののようにも思えてくるのである。

3. 障害者政策の「パラダイム転換論」をめぐる

「2」の最後の方で、やや暴論的なことを書いてみたが、そのような思いの背景には、昨今の障害者差別禁止の潮流がある。筆者は、この間の障害者政策の推移を「パラダイム転換」という観点から位置づけ、論文を執筆してきた¹⁶。ところでパラダイム (paradigm) とは、ある時代や分野において支配的規範となる「物の見方や捉え方」のことで、日本語では「範例」などとも訳される¹⁷。それでは、障害者政策の領域ではどのような「パラダイム」がこれまで占めてきたかと問われれば、それは、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する、というものであった。そこに含まれるのは、例えば障害児の特別教育や認定された障害者に対する労働者保護 (雇用率制度や特別な解雇制限など) であり、これらは国の予算との関係で国の裁量が大きく関係することになる。またアクターは

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)、同「ドイツにおける障害者政策のパラダイム転換論と権利擁護システムの展開」週刊社会保障 2635 号 44 頁 (2011 年)、同「ドイツ障害者雇用政策における合理的配慮論の展開」季刊労働法 235 号 14 頁 (2011 年)、同「ドイツ障害者法における職業リハビリテーションの展開」週刊社会保障 2776 号 48 頁 (2014 年)、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る」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) 参照。

¹⁷ 三省堂辞書サイト

<http://dictionary.sanseidopubl.co.jp/topic/10minnw/015paradigm.html> 参照。

概ね「国」であり、企業などに象徴される「社会」が登場する機会は少ない。

他方で、そのような給付が十分ではない国、例えば、福祉資本主義の世界を3つのレジームに分類したエスピン・アンデルセンという社会学者によって、福祉のあまり充実していない「自由主義レジーム」に属する国として位置付けられるアメリカでは、障害者に対する「差別」を禁止するなかで社会に対して各種の配慮を課そうとしてきた。その代表格が障害のある人の「機会の平等、完全な参加、自立した生活、そしてその個人にとっての経済的な自給自足」を目指す ADA 法 (障害のあるアメリカ人法) であり¹⁸、国ばかりではなく社会全体に対して各種の配慮を課そうという点で、既存のパラダイムの転換を求めているとも読めるものである。

それでは、このような「合理的配慮」という考え方はどのように登場してきたのだろうか。「近代市民法は、障害のある人を、いったん社会の中心から排除しておいて、社会参加できないのは気の毒だから、例外的に特別な手助けを提供しようと考えてきたわけであるが、ADA のアプローチは、近代市民法に内在する排除の構造 (バリア) そのものを打ち崩そうとするものである。人間を抽象的にではなく具体的にみていけば、その社会進出を進めていくうえで多かれ少なかれ『合理的配慮』は必要であ[る]』という一文は多くの示唆を与えてくれるだろう¹⁹。すなわち、「合理的配慮」とは障害者を一度社会から「分離」したのちに社会に「統合」するためのツールではなく、社会が様々に違いのある人を社会の側の負担で必要な配慮をし合うことにより包摂していくためのツールなのではないか、ということである。その意味で、認定された障害者に対しての各

¹⁸ 青柳幸一「障害をもつ人の憲法上の権利と『合理的配慮』」筑波ロー・ジャーナル 4 号 57 頁 (2008) https://tsukuba.repo.nii.ac.jp/?action=pages_view_main&active_action=repository_view_main_item_detail&item_id=17366&item_no=1&page_id=13&block_id=83 参照。

¹⁹ 日本弁護士連合会人権擁護委員会編・前掲注 12) 29 頁参照。

種の取扱い、例えば、雇用率制度、特別な解雇制限制度、さらには先のドイツ法の「配慮を求める権利」も、認定制度による「分離」を前提としている以上、「合理的配慮」とその効果は類似しながらも理屈上は別物ということになるのではないか²⁰。

4. 第1章のまとめ

以上のように、ドイツでは、早くから障害者雇用の場面で障害者を保護しようとする先駆的な試みがなされてはきたが、差別禁止という新しい考え方から見つめ直すすと、ドイツの取組みも決して十全なものともいえないのではないかと思えてくる。それではわが国はどうか。

すでに指摘したように、わが国は障害者基本法を改正しその4条で「必要かつ合理的な配慮」の提供にかかる規定を盛り込み、その後の障害者差別解消法の成立、障害者雇用促進法の改正でそれぞれ「合理的配慮」にかかる規定を盛り込んでいる。もっとも、労政審で「合理的配慮の提供と不提供は同じ」といった議論がなされていたことが象徴しているように²¹、わが国は合理的配慮にかかるガイドラインを作り、障害者である労働者が職場で必要とするであろう配慮を事前に準備しておくというスタイルを採用しつつある。このことが意味するのは、これまで通り(例えば安全配慮義務の議論を想起されたい)、会社側の義務として(=「マネージメント」の問題として)裁量の範囲内で配慮を用意しておく、ということであって、障害のある労働者が自らの意

思で(労働時間なども含めた)職場の改編について権利主張することを認めようとするスタンスではどうやらなさそうである(この場合、「求めに応じない」=「不提供」は過度な負担でない限り「差別」にあたるというのが本来的な合理的配慮の議論のはずである)。もっとも、このような意味での「合理的配慮」がわが国に根付くためには、プライバシーの問題や、そのような権利主張ができない障害のある労働者への対応をどうすべきか論じなければならないが、それこそ NPO 法人が権利擁護のための機関として何をなしうるか、考えるきっかけを与えよう。

次回以降、ドイツ法の仕組みから、重度障害者代表制度、統合局、反差別局、職業リハビリテーションなど(順不同)をとりあげていけたらと考えている。

(2015年4月13日脱稿)

[参考資料] 障害者権利条約(抄)

1 条 目的

この条約は、全ての障害者によるあらゆる人権及び基本的自由の完全かつ平等な享有を促進し、保護し、及び確保すること並びに障害者の固有の尊厳の尊重を促進することを目的とする。

障害者には、長期的な身体的、精神的、知的又は感覚的な機能障害であって、様々な障壁との相互作用により他の者との平等を基礎として社会に完全かつ効果的に参加することを妨げ得るものを有する者を含む。

2 条 定義

この条約の適用上、…

「障害に基づく差別」とは、障害に基づくあらゆる区別、排除又は制限であって、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、他の者との平等を基礎として全ての

²⁰ 青柳・前掲注18) 69頁は、積極的差別是正措置は理論上、救済的であり、実際面でも差別の犠牲者であるグループに対して、過去の差別の誤りの克服のために優先的な取扱いを行うことを要求するが、合理的配慮は理論上救済的ではなく、個々の障害をもつ人の雇用に関する現在の障壁の克服に焦点を合わせており、個人化されている旨指摘する。

²¹ 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」2頁 http://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-12602000-Seisakutoukatsukan-Sanjikanshitsu_Roudouseisakutantou/0000058010.pdf 参照。

人権及び基本的自由を認識し、享有し、又は行使することを害し、又は妨げる目的又は効果を有するものをいう。障害に基づく差別には、あらゆる形態の差別（合理的配慮の否定を含む。）を含む。

「合理的配慮」とは、障害者が他の者との平等を基礎として全ての人権及び基本的自由を享有し、又は行使することを確保するための必要かつ適当な変更及び調整であって、特定の場合において必要とされるものであり、かつ、均衡を失した又は過度の負担を課さないものをいう。

27 条 労働及び雇用

1 締約国は、障害者が他の者との平等を基礎として労働についての権利を有することを認める。この権利には、障害者に対して開放され、障害者を包容し、及び障害者にとって利用しやすい労働市場及び労働環境において、障害者が自由に選択し、又は承諾する労働によって生計を立てる機会を有する権利を含む。締約国は、特に次のことのための適当な措置（立法によるものを含む。）をとることにより、労働についての障害者（雇用の過程で障害を有することとなった者を含む。）の権利が実現されることを保障し、及び促進する。

(a) あらゆる形態の雇用に係る全ての事項（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。）に関し、障害に基づく差別を禁止すること。

(b) 他の者との平等を基礎として、公正かつ良好な労働条件（均等な機会及び同一価値の労働についての同一報酬を含む。）、安全かつ健康的な作業条件（嫌がらせからの保護を含む。）及び苦情に対する救済についての障害者の権利を保護すること。

(c) 障害者が他の者との平等を基礎として労働及び労働組合についての権利を行使することができることを確保すること。

(d) 障害者が技術及び職業の指導に関する一般的な計画、職業紹介サービス並びに職業訓練及び

継続的な訓練を利用する効果的な機会を有することを可能とすること。

(e) 労働市場において障害者の雇用機会の増大を図り、及びその昇進を促進すること並びに職業を求め、これに就き、これを継続し、及びこれに復帰する際の支援を促進すること。

(f) 自営活動の機会、起業家精神、協同組合の発展及び自己の事業の開始を促進すること。

(g) 公的部門において障害者を雇用すること。

(h) 適当な政策及び措置（積極的差別是正措置、奨励措置その他の措置を含めることができる。）を通じて、民間部門における障害者の雇用を促進すること。

(i) 職場において合理的配慮が障害者に提供されることを確保すること。

(j) 開かれた労働市場において障害者が職業経験を得ることを促進すること。

(k) 障害者の職業リハビリテーション、職業の保持及び職場復帰計画を促進すること。

2 締約国は、障害者が、奴隷の状態又は隷属状態に置かれないこと及び他の者との平等を基礎として強制労働から保護されることを確保する。

28 条 相当な生活水準及び社会的な保障

1 締約国は、障害者が、自己及びその家族の相当な生活水準（相当な食糧、衣類及び住居を含む。）についての権利並びに生活条件の不断の改善についての権利を有することを認めるものとし、障害に基づく差別なしにこの権利を実現することを保障し、及び促進するための適当な措置をとる。…

第2章 ドイツ障害者雇用法制における「差別禁止」概念の継受と「反差別局」の役割

「ドイツにおける障害者雇用政策のスケッチ」の第1章²²の執筆からだいぶ時間が経ってしまったが、本章はその続編である。本章では、ドイツの障害者雇用法制において「差別」という考え方がどのように継受されたか、そして、その「差別」について、ドイツでは珍しい行政機関がどのように立ち上がり、設立当初、どのような活動をしていたかまでを描写してみたい。とはいっても、ドイツの障害者法制度上、「差別」という概念は「不利益取扱」と表現されることが一般的である。それは後述のように障害者に有利になるような異別取扱いを許容するためという側面があると考えられている²³。実は、このようなところにも障害者に対する特別な配慮を拡充してきたドイツ法の特徴(あるいは見方によっては「限界」)があると筆者はみている²⁴。

最初から話が脱線したきらいがあるが、本章では、

²² 本稿第1章(初出)は、以下のURLを参照。
<http://www.iwahr.or.jp/konishi20150701.pdf#search=%E5%B0%8F%E8%A5%BF%E5%95%93%E6%96%87+%E3%82%B9%E3%82%B1%E3%83%83%E3%83%81>

²³ この点、山川和義「ドイツ一般平等取扱法の意義と問題点—包括的差別禁止立法の影響」日独労働法協会会報8号79頁(2007年)は、「不利益をもたらす異別取扱のすべてが違法かつ社会的に非難されるものではなく、許される異別取扱もあることを明確にするため」に一般平等取扱法は「差別」という用語を用いていないと説明する(83頁注27)。

²⁴ なお、永野仁美・長谷川珠子・富永晃一編『詳説障害者雇用促進法[増補補正版]』85頁(弘文堂、2018年)は、わが国の障害者雇用促進法35条は障害者であることを理由とする「不当な差別的取扱い」を禁止するが、それは「障害者を有利に扱うことを認める片面的な差別禁止」を意味するものと説明している(長谷川聡執筆部分)。

2010年9月に筆者らが実施したドイツでの障害者雇用に関するヒアリングの結果²⁵をもとにしつつ、第1章でも紹介した一般平等取扱法(Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz、以下AGGと略することもある)に定められた行政機関である反差別局(Antidiskriminierungsstelle、以下ADSと略することもある)を紹介したいと考えている。

一般平等取扱法AGGは、人種または民族的出自、性別、宗教または世界観、障害、年齢、性的アイデンティティによる不利益を防止または排除することを目的とするものであり(同法1条参照)、反差別局ADSも「障害」のみを管轄とする機関ではないが、その当時の統計資料によると、これらの差別理由のなかで「障害」がもっとも被害者からの申立てが多い²⁶。かような実態を踏まえつつ、ADSの経

²⁵ 本章は、ドイツにおいて2010年9月に毛塚勝利教授とHeike Alps氏とで行ったヒアリングをベースにしており(よって、データも当時のものを用いている)、その成果の一部は小西啓文「ドイツにおける障害者政策のパラダイム転換論と権利擁護システムの展開」週刊社会保障2635号44頁(2011年)、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)でも発表した。なお本章は当初、他の媒体で公表することを予定していたものであるが、紆余曲折あり、「ドイツにおける障害者雇用政策のスケッチ」の第2章として公表することにした。

²⁶ 反差別局については、Heike Alps, Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes – Streitbeilegung durch die Verwaltung? 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)219頁参照。同論文242頁によると、2006年8月から2010年7月までで障害を理由とする申立ては全体の25.14%で、2番目が性別の23.87%であったという。以下、一般平等取扱法と反差別局の記述部分は、特に断わりのない限り、同論文に依拠していることをお断りする。ところで執筆者のAlps氏は、2015年にディッセルタチオンをとったドイツの弁護士であり、山内惟介教授がZeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaftにおいて同氏の“Beilegung individualarbeitsrechtlicher Streitigkeiten in Japan”の書評を書いている(同

験から、わが国における障害者雇用政策上の権利擁護システムの再編²⁷はどのようになされるべきか、示唆するところを若干考えてみたい。なお、本章の内容は先の第1章同様、これまで筆者が執筆してきたものを再構成し、労働問題研究所の会員（及びインターネットに公開されるという意味では一般読者）に向けてスケッチ風に執筆したものであることをお断りするものであり、注記についても本稿の「スケッチ」という性質上、詳細は既発表の拙稿をご参照頂けたら幸いである。

1. 社会法典第9編旧81条2項における「差別禁止」

(1) 社会法典第9編旧81条2項

まず、AGGが制定される以前から、雇用の場面における障害者の不利益取扱を禁止する企てはあり、それはかつて、社会法典第9編81条2項におかれていたことを紹介しておきたい²⁸。同条は、以下のようなものであった。

「81条2項 使用者は重度障害のある就業者をその障害を理由として不利益に取り扱ってはならない。個別には以下のことが妥当する。

1号 重度障害のある就業者は合意または措置、とりわけ労働ないしその他の就業関係の基礎付け、職業上の昇進、指揮命令または解約告知に際して、障害を理由に不利益に取り扱われてはならない。しかしながら、障害を理由とする異なる取扱いは、合意または措置が重度障害のある就業者によって行

2018年3月号)。

²⁷ わが国における権利擁護システムの進捗状況については、菊池馨実「社会福祉における苦情処理・オンブズマンの意義」同『社会保障法制の将来構想』277頁（有斐閣、2010年）参照。

²⁸ Müller-Wenner/Schorn, SGBIX

Teil2, Beck, 2003, S.140ff. なお、小西啓文「障害者雇用法制における差別禁止原則序説—ドイツ法からの示唆」法律論叢90巻4・5合併号81頁（2018年）、同「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15頁（2018年）参照。

使される活動の種類 Art を対象とし、一定の身体的機能、知的能力または精神的健康がこの活動に対する本質的及び決定的な要請である限り、許容される。重度障害のある就業者の訴訟において、障害を理由とする不利益取扱いが推定される事実が確実なものならば、使用者は、障害に関するものではない、客観的な理由が異なった取扱いを正当化すること、または、一定の身体的機能、知的能力または精神的健康がこの活動に対する本質的で決定的な職業上のものであることの立証責任を負担する。

2号 労働またはその他の就業関係の基礎付けに際して、1号に規定された不利益取扱の禁止に違反するならば、これによって不利益に取り扱われた重度障害のある就業者は、適切な損害賠償を金銭で要求することができる。労働ないしその他の就業関係の基礎付けの請求権は存在しない。

3号 重度障害のある求職者は、不利益から自由な選択であっても採用されないならば、使用者は、最高3か月分の月給の額における適切な損害賠償を提供する。月給とみなされるのは、重度障害のある求職者にとって、通常の労働時間に際して、労働またはその他の就業関係が基礎づけられるべき月において、金銭ないし現物給で帰属したであろうものである。

4号 2号と3号に基づく損害賠償の請求権は求職の拒否に接した後2か月以内に文書で有効になされなければならない。

5号 適切な損害賠償にかかる規定は、昇進に請求権がない場合、職業上の昇進に際しても適切に妥当する。」

これはかつての重度障害者法14条に加えられた新しい規定であり²⁹、同条により、とりわけ重度障

²⁹ 旧重度障害者法14条は「雇用者の義務ならびに重度障害者の権利」について定めるものであった。第1章でも紹介したように、当時の条文の仮訳は岡田澄子によるものが公表されている（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』434頁（明石書店、2002年）参照）。

害者または同等の者の労働生活への参加が促進されることが期待されたのだった。労働関係の基礎付けに際しての重度障害者の不利益を妨げるために、2項の規定は雇用における性差別の禁止を定めたドイツ民法 BGB611a 条³⁰のように、不利益禁止の違反に際しての賠償規定を含むものである。また、この規定は EU の就業及び職業における平等取扱の実現のための一般的枠組みを定めるための 2000 年 11 月 27 日の理事会指令 (2000/78 指令) の国内法化に寄与するものとされたが、同指令はとりわけ障害を理由とする労働生活における不利益を禁止し、その 17 条において不遵守のケースに対する効果的な制裁を要求している。もっとも、立法当時から、指令の国内法化が社会法典第 9 編における規定によって、そしてここでは具体的に 2 項の賠償規定によって十分かどうかは、十分な理由をもって疑問視されていたともいう。以下、この条文について概略を紹介することにしたい³¹。

(2) 不利益取扱禁止の違反 (2 項 1 号)

2 項 1 号における不利益取扱禁止はすべての労働ないし就業関係に適用される。特に重要なのは労働関係の設定に際してであるが、いかなる形態の合意 (例えば契約の変更または個別の労働条件) であっても、使用者の措置 (例えば任意の社会的給付)、指揮権の枠内における命令、解約告知そして職業上の昇進に際し適用される。

不利益取扱は個別のケース—利益を知らせない、すなわち、例えば「社会的給付からの排除」も含まれる—において引き起こされる当該労働者の比較的に劣悪な地位である。

障害を理由とするあらゆる不利益は原則として禁止される。障害のある労働者と障害のない労働者

との異なった取扱は、活動の性質が一定の身体的機能、一定の知的能力又は精神的健康をやむを得ず要求する場合、つまり職業上の活動がこの能力なしに遂行されえない場合のみにのみ例外的に考慮される。

もっとも、労働者の障害の状態は使用者による特別な保護と配慮を要求するから、その職業上の活動を可能にする・または達成するために、重度障害のある人に有利になるような異なった取扱は、2 項により禁止されない。

(3) 損害賠償請求

不利益取扱禁止の違反に際しては損害賠償の法的権利がある。この請求権は金銭給付で用意される。それは使用者に対して、重度障害者を雇い又は重度障害者に不利益を与えた措置を中止することを誘因すべきものである。

損害賠償請求は民法 611a 条の規定を真似ているが、同条は就業へのアクセスと職業上の昇進に関する男女の平等取扱の原則の具体化にかかる 1976 年 2 月 9 日のいわゆる 76/207/EWG の平等取扱指令の国内法化に寄与するものであった。民法 611a 条と社会法典第 9 編 81 条 2 項は構造的なパラレルを示している。性別ないし障害に基づく不利益取扱が阻止されるべきものであることはいうまでもない。

民法 611a 条の差別規定に対して、欧州司法裁判所 EuGH は、不利益の禁止の違反に対する制裁は単なる「象徴」ではないと判示している。それらは、事実上効果のある法的保護を保障するために、現実的に威嚇的な効果を有しなければならない、と。

立法者は、EuGH の判決を踏まえ、民法 611a 条 2 項と 3 項に相応する 81 条 2 項 2 号と 3 号において過失から独立した損害賠償を設けた。不利益取扱の違反の効果は重度障害者の採用ではなく損害賠償の支払であり、それは使用者が有責であるかどうか、または使用者が正当な理由を主張できるかどうかと無関係である。

³⁰ ドイツ民法 611a 条の立法化の背景及びその解釈については、富永晃一『比較対象者の視点からみた労働法上の差別禁止法理—妊娠差別を題材として』107 頁以下 (有斐閣、2013 年) 参照。

³¹ 同条文の解説について詳しくは、前掲注 28) で掲げた拙稿を参照されたい。

さらに同法は損害賠償の額について、求職者が差別から自由な (=差別のない) 選択によっても採用されなかったか否かで区別した。求職者が差別から自由な (=差別のない) 選択によっても採用されなかったか場合、損害賠償額は3か月分の賃金に制限される。

これに対し、差別から自由な (=差別のない) 選択によって重度障害者が採用されたであろう場合においては、損害賠償額は法律で制限されない。ここでは(損害を調整するという意味の)「調整機能」と(使用者に対する威嚇という意味の)「制裁機能」の考慮の下、物質的及び精神的損害が人格権侵害に基づき償われる。重度障害のある求職者はその障害を理由として事実上労働ポストを逸したのであるから、通常、物質的損害としては最低限、この者が最短の解約告知の時点まで受けたであろう収入が償われなければならない。

しかし、他方で、制裁は使用者にとって感知しうるものでなければならない。というのも、重度障害者が差別がなければ採用されたであろうケースにおいては、とりわけ、法律の規定が阻止したいと思うこと、すなわち、障害を理由としての不採用がまさに現実化してしまっているからである。労働者が被った精神的損害は、労働ポストの正当化されない損失に際して受ける損害と比較可能である。かくして解雇制限法9、10条に基づく解雇制限補償金の額に際しても考慮される基準が、ここでも損害賠償の相当性の探求に関して関係させられる。解雇制限法10条の枠組みにおいて考慮される、認知された測定要素は、(ここでは役立つ基準ではないが)労働関係の期間のほか、年齢、扶養義務、健康状態、労働市場への仲介の見込みならびに解雇の反社会性の程度である。解雇制限法10条における規定に従えば、損害賠償は個別ケース次第で12か月までの月給である。81条2項はまさしく額の限界が規定されていないのだから、特別な個別ケースにおいてなおより高い損害賠償が相応しう。重度障害のある求職者の経済状態も損害賠償の確定に際して

考慮される。これに対して使用者の経済状態は例外的にのみ、その支払が労働ポスト又は企業の経済的な存在の危害へと至りうる場合に、損害賠償の支払の減額を正当化しうる。

(4) その他

①説明ないし立証責任について

説明ないし立証責任に関しては81条2項1号3文に従い以下のことが妥当する。

重度障害者は、使用者が差別禁止に違反したと推測させるような事実を疎明することで不利益取扱禁止の違反があることを明示しなければならない。これに関してこの者がさしあたり説明し立証しなければならないのは、重度障害のない労働者が異なっており取り扱われ、すなわち、採用され、助成され、または他の措置に基づきよりよく扱われたことである。この法律はたしかに疎明の概念(民訴法294条)を用いている。しかし民法611a条の枠組みにおいても、重度障害者がそこから不利益取扱が推論される事実を宣誓と同効果で確言しなければならないことを要求してはいない。むしろ、その者が障害を理由として不利益取扱が蓋然的になされたという事実を述べることで十分である。これに対しては例えば使用者の面接における言説または事業場の利益代表との言説(事情によっては重度障害者が採用の前提の正式な達成にかかわらず面接へ招かれなかったという事実も)を語ることができる。

他方で、使用者は不利益取扱禁止に違反していないことの説明ないし立証責任を担う。これに関して使用者が述べ明確に指摘しなければならないのは、全く不平等取扱が生じていないこと、または、生じていたとしても客観的な理由により異なった取扱が正当化されることである。採用または助成のケースにおいて使用者が明示しなければならないのは、いかなる選考基準も求職者の障害と関係がなく、障害のない労働者に有利な判断へと至っていないことである。結局、使用者が判断を正当化できるのは、重度障害のある労働者の不利益取扱が職務の性質

と関連しており、その行使が異論なく一定の身体的機能、知的能力または一定程度の精神的健康を要求しており、拒否された重度障害者がそれらをまさしく欠如している場合である。

②行使の期間について

ところで、損害賠償の請求権の行使は期限と結び付けられている(2項4号)。拒否された求職者は、拒否が届けられた後2か月以内に使用者に文書で、損害賠償を要求することを伝えなければならない。損害の正確な数字付けは必要ではない。期限の確保にとって、使用者へ文書で伝達するというアプローチが決定的なのである。この規定は法的安定性に役立つ。使用者は適切な時間のなかで、いかなる経済的な要求がくるかこないか明らかになるからである。

③職業上の昇進に際しての不利益取扱について

なお、職業上の昇進に際しての不利益取扱違反について、原則として昇進請求権はなく、これに対してはここでも2号、3号の前提の下、損害賠償が支払われる(2項5号)。例外は契約又は協約の規定に基づきより高位のポジションへの編入の法的請求権がある場合である。この場合、使用者に対する編入請求権は有効であるが、さらなる損害賠償請求権はない。

2. ドイツの一般平等取扱法と反差別局

(1) 一般平等取扱法 (AGG)

「ドイツにおける障害者雇用政策のスケッチ」の第1章でも紹介した2000/78/EC指令は、構成国に対して2003年12月までにそこに設定された要求の国内法化を要請したが、障害については構成国の事情により2006年12月までさらに3年の猶予が認められた。ドイツ法は当初「性」差別とのアナロジーで「障害」についての規定を社会法典第9編81条2項に用意したわけであるが、先述のとおり

すでに当時からその有効性について疑問視されていた³²。

2006年8月18日にドイツにおいて施行された一般平等取扱法AGGは、2000年から2004年までのEUの4つの差別禁止指令³³の国内法化に寄与するものとされた。法の下での平等とすべての者の差別からの保護は、すべての構成国によって批准された人権と基本的自由の保護にかかるEU条約において、一般的な人権として認識されている。これらの指令の国内法化においてドイツの立法者は6つの差別メルクマールの保護に賛成を表明した。すなわち、AGGは、人種または民族的出自、性別、宗教または世界観、障害、年齢、性的アイデンティティによる不利益を防止または排除することを目的とする(同法1条参照)。AGGの適用に関するのは労働法と一部の民法であり、労働法の部分はAGG6~18条に、民法のそれは19~21条に規定されている。

上記の指令の意味における平等取扱はすべてのケースで直接及び間接差別を含む。ハラスメント、セクシュアルハラスメント、並びに法律上保護を受ける理由ゆえの差別にかかる命令は、いずれにせよ

³² この点、AGGは重度障害者だけでなく、すべての障害のある人が採用の際や成立した労働関係において不利益取扱からの保護を受けられる点を指摘する福島豪「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)の特に13頁を参照。

³³ 人種又は民族的出身に関わりなく平等待遇原則を適用するための2000年6月29日の理事会指令(2000/43/EC)、就業及び職業における平等待遇の実現のための一般的枠組みを定めるための2000年11月27日の理事会指令(2000/78/EC)、就業、職業教育及び昇進の機会並びに労働条件に関する男女平等待遇原則の実現のための理事会指令(76/207/EEC)を改正するための2002年9月23日の欧州議会・理事会指令(2002/73/EC)、物品及びサービスの入手及び提供の際の男女平等待遇原則の実現のための2004年12月13日の理事会指令(2004/113/EC)の4つである。この点、齋藤純子「ドイツにおけるEU平等待遇指令の国内法化と一般平等待遇法の制定」外国の立法230号91頁(2006年)参照。

指令の意味における差別にあてはまる。

(2) 連邦反差別局 (ADS)

①ADS の組織

指令は効果的に差別から保護することができるために、このテーマの研究に関して広く情報が公開されることを求めた。このためには、不利益を巡る見解の包括的な分析並びに差別的労働の領域における経験をまとめることが必要であり、差別の当事者にとってはさらに、援助の提供へのアプローチが保障されていることが決定的に重要となる。

これらの目的のために、4つの反差別指令のうち 2000/78/EC 以外の3つの指令が平等取扱の促進に関わる機関を要求している。もっとも指令は、新しい機関が創設されなければならないかどうか、それともすでに存在している施設に統合されるべきかどうかについて言明しておらず、その形成を構成国に委ねたが、設立される機関が独立していなければならないことについては明白に述べている。独立した機関だけが政治的な、あるいはその他の影響なく実行可能だからである。ドイツの立法者は新しい機関の施設に賛成を表明し、AGG25 条は連邦反差別局 (ADS) の施設と装置を連邦家族・高齢者・女性・若者省 (BMFSFJ) 内に定めた。

ところで、ADS だけが不利益取扱の問題に従事するのではない。ドイツ連邦議会と連邦政府の若干の特別問題担当者 (Beauftragte) も差別問題に関わることになる。管轄構造においては、これらの組織は互いに併存するが、ADS の施設は同担当者の管轄と関わらないこととされた (AGG25 条 1 項)。ADS は一定の人的グループの差別を包括するのに対して、同担当者は、例えば、障害を有する者の利害に対する連邦政府特別問題担当者、移住・亡命者・統合のための連邦政府特別問題担当者というように個別的である。例えば ADS が障害を理由とする差別について苦情を受け、もし要援助者が AGG27 条 2 項に従い連邦政府の障害者特別問題担当者との間で合意に至るならば、ADS はこのケー

スを担当者に任せることになる。これらの管轄に関する規定は、官僚の支出超過、任務の交差、二重の管轄を回避するために導入されたが、このことが ADS にとってうまくいくかどうか、評価は分かれていた。

また ADS は独立的な連邦の機関である。指令によると機関の独立性は特別の意義があるが、BMFSFJ による ADS の創設は、支配的見解によると、ADS の独立性に否定的な効果はないという。というのも、その結びつけは純粋に組織的なものだからである。とりわけ政治的な影響からの独立は、固有の予算によって保障される (AGG25 条 2 項)。ADS が年に自由に使える予算はおよそ 300 万ユーロである。予算の三分の一は人件費に費やされる (ADS は 2010 年当時、20 人の共働者を用いており、そのうち 6 人は当事者の助言と援助を管轄する)。残りは重点設定の次第で配分される。2009 年に ADS は連邦全体に及んで計画されたポスターキャンペーンを実施したため、予算の大部分が広報に用いられた。これに対して 2010 年は大部分が研究委託に配分されたという。

②ADS による指導

指令における重要な準則は ADS が独立的に任務を定めることであり、それは ADS による指導の独立的な法的地位の創造を要求する。

この要求について、AGG は 26 条で、指導にかかる者は公務員法の関係においてではなく、契約によって規定される公法上の官職関係に立つことで従っている。その者はさらに、その任務において法律のみに従い、そしてその際、BMFSFJ の指示には従わない。個人的で自覚的な問題を持つ当事者は、独立的な援助に対する保障を用意する機関に優先的に依頼するものと立法者は考えたのである。

ADS の指導者は連邦政府の提案に基づき BMFSFJ から指名される。その在職年限は連邦議会の会期の期間と一致する。ADS の要求された独立性の観点からは、会期と在職年限の連結は強く批

判された。それはその時々連邦政府からの確実な政治的従属を導くものであり、在職年限は加えて、ADS の効果的な仕事を保障するためにはあまりにも短すぎるという懸念もある。

③ADS の任務

指令は、2000/43/EC13 条 2 項、2002/73/EC8a 条 2 項、2004/113/EC12 条 2 項において、以下のいずれの最低条件をも平等取扱の促進にかかる国内の機関が満たさなければならないとする。これらの指令は、差別メルクマールに対して人種・民族的出自・性別をほぼ同義に位置づける。

- ・苦情に際して差別の被害者が独立的に援助されること。
- ・この差別のテーマに関して独立的な調査研究を実施すること。
- ・この差別のすべての見解にかかる独立的な報告と紹介を公表すること。

機関の主要な課題は差別の被害者の独立的な援助である。どのような種類の援助がされるべきかについて、指令は指示していないため、構成国は様々な提供を国内法化することが認められる。しかしながら、この提供は、差別の効果的な克服を達成するという指令の目的と適合していなければならない。この点、AGG は、ヨーロッパ法的な基準を、ADS の管轄が人種、民主的出自、性別に限らず、2000/78/EC 指令のすべてのメルクマールに広げた限りで凌駕するものである。

ところで、ADS の任務は3つのカテゴリーに分けられる。すなわち、不利益取扱者に対する任務、一般人に対する任務、報告・紹介である。差別の当事者に対する ADS の任務は指令において要求された援助である。一般人に対して ADS が充たさなければならない任務は広報活動、予防に関する措置、不利益取扱にかかる調査研究である。同様に指令で要求されているのは報告と紹介である。以下、不利益

取扱者に対する任務についてのみ紹介したい。

ADS へは AGG27 条 1 項に従い、AGG 1 条にあげられた理由ゆえに不利益に扱われたという見解をもついかなる者も依頼できる。ADS への請求の必要条件是きわめてわずかであり、申立て権限のある者は、AGG 1 条にあげられた理由により不利益に扱われたという見解をもつすべての者である。この者が適切な事情を説明すれば十分である。申立てられた差別が例えば AGG の適用領域に属していること、すなわち法律上の不利益取扱禁止に実際にかかわっていることは必要ではない。ADS の援助は当事者に対して容易に達成されなければならない、そのアプローチは敷居が低くあるべきである。それゆえ申立てに対する形式的な基準は存在しない。要援助者は定型なく、口頭で、電話で、書面で、またはメールで ADS へ依頼することができる。簡単なアクセスは、わけても重要なのは、ADS のすべての援助提供が無料であることによって確保される。

次に、個別ケースにおける不利益取扱に対する ADS の任務につき指令が要求するのは、独立的な機関が差別の被害者をその苦情に際して独立して援助することである。援助提供の方法は指令に具体化されていないので、ドイツの立法者は自由にその形成をすることができた。そこで AGG は、当事者の援助について、27 条 2 項で、a.当事者に法的な措置の請求権とその可能性について情報提供し(助言)、b.他の機関による助言を仲介し、c.紛争の合意による示談を達成することを含む、というカタログを用意したが、この規定における列挙は制限的なものではない。

a.助言

AGG27 条 2 項 1 号に従い、ADS は要援助者に対して自らの権利と実行できる可能な戦略を助言することができる。どの範囲でこの助言を有するかについては正確には定義づけられておらず、学説においても統一的に論じられていない。支配的見解は、AGG はたしかに包括的及び一般的な情報提供を

ADS によってすると定めるが、個別的な助言を定めてはいないとする。これに対し、ADS 自身は、その活動を「法的助言」と記載し、行政的な助言とはしていない。

b.他の機関の仲介

AGG27 条 2 項 2 号に従い、ADS は他の機関による助言を仲介することができる。当事者は自らの問題に対してもっとも有用な援助を受けるべきだからであり、この規定の意味における機関は例えば、連邦議会と連邦政府の特別問題担当者、市町村または州レベルで 1 つまたは複数の差別メルクマールに従事する機関である。それらは ADS による提供よりも部分的により詳細で個別ケースに適合的に遂行することが期待される。

c.調停

ADS は 27 条 2 項 3 号に従い当事者間の争いの示談に努めることができる。合意による争いの示談でもって被害者に対して長らく負担となってきた法的紛争が避けられることになる。

ADS の具体的に取り入れられた援助提供はこれが可能であり、当事者によって望まれる限りでの合意による解決の惹起に際しての援助である。法律の条文からはどのような方法で争いの示談が惹起されるべきであるかは導き出せず、従って、ADS はまったく新しい紛争調停概念を展開することもできたが、ADS は調停または紛争仲裁機関として職務を行うこととした。

実務では調停手続は、ADS の指導の下、当事者の直接の話し合いによって行われる会合の枠組みではなされない³⁴。対人的な会合を ADS 内で行わないのは、ADS はベルリンに所在することから、合意による調停を達成するためにはすべての関係者がベルリンに赴かなければならないことになると、切望された援助への容易なアクセスは画餅に帰す

ことになってしまうからである。

ADS が AGG28 条 1 項に基づき争いを示談にすることができる第一の装置は、意見表明である。このことは事情の説明に役立つ。一方で ADS は関係者の情報によって性質上良質で包括的な助言を提供し、争いの示談の可能性を評価することができる状態におかれる。他方で立法者が期待したのは、共同して合意による解決を得るための関係者の承諾が、意見にかかわる機会を与えられることにより増加することである。

意見表明にかかる義務は存在しない。法律の文言は、意見表明を命ずるのではなく、それを「求める」ために ADS に権限を与えている。ADS はデータ保護の理由から、援助を求める者が同意を明らかにしたときにのみ、相手方に協力を求めることが許される。ADS の任務の開始にかかわり、学説からは意見表明という装置が弱すぎ、効果がないものと明らかになるだろうという懸念があったが、この不安は——少なくとも ADS からは——立証されておらず、反対に、意見表明は非常に効果的と述べられている。すなわち、ADS の側からの意見表明をめぐる請求は、ドイツ国旗が印刷された連邦官庁の文書として基本的に敬意を払われているとのことである。ADS での調停は裁判所の手続とは異なり無償であるし、多くの企業にとって差別訴訟はイメージが良くないという。この見方が——ADS によると——調停の試みに参加する差別者の承諾に至り、争いの示談への手段としての意見表明を引き出す効果へと寄与しているという。

④連邦特別問題担当者との関係

上記したように、連邦議会と連邦政府の特別問題担当者の管轄は ADS によって接触されない。それゆえ AGG27 条 2 項 3 号は特別問題担当者の管轄領域に属する苦情は特別問題担当者へ回付するという ADS の義務を規定する。学説においては、ADS はこの規定に基づいてケースの受渡し役にしかなく、差別ケースのための実行力が全くないとい

³⁴ この記載部分は、小西 (2011)・前掲注 25) 論文から改めている。

う懸念があった。もちろん実務では ADS はこの規定を厳格に適用してはならず、例えば障害を理由とする差別についての苦情については通常、アプローチの困難性、つまりバリアフリーに関わるケースに限って連邦特別問題担当者が担当することになる。

⑤ADS の権限

AGG28 条 1 項に基づく自由意思の意見表明と異なり、連邦官庁は、28 条 2 項に基づき ADS をその任務の達成に際して援助することが義務づけられ、必要な教示を与えなければならない。権限について問題なのは、教示権が十分ではないことである。学説においては、当事者間での原則的な未解決性、情報の不足、それに付随する証明の困難性を阻むために、ADS に対しては特別な捜査権が必要だったともされているという。

3. 第 2 章のまとめ

以上、障害者の雇用「促進」のための諸施策を実施してきたドイツが、EU 法等の影響から「障害差別」概念をどのように継受し、差別の違反に対して行政にどのように対峙させようとしたかについて、本章では社会法典第 9 編の古い条文を参照した上で、反差別局の設立された当時の状況を概観した³⁵。

反差別局は差別問題に対応可能な紛争解決機関としての役割が期待されていたが、上述のとおり、ドイツでは権限が反差別局に対し十分に付与されていないという指摘もあった。この点、公序紛争としての社会的差別をめぐる紛争処理には行政的救済の充実が不可欠であるという指摘からすれば³⁶、

³⁵ ドイツでは社会法典第 9 編の改正法が 2018 年 1 月から施行されている。法改正時の議論については小西啓文「ドイツにおける障害者政策の新展開—連邦参加法の制定をめぐる—」週刊社会保障 2831 号 50 頁 (2015 年) も参照。

³⁶ 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 26) 書・26 頁。もっとも毛塚教授は、障害者差別について (新しい)「差別禁止アプローチ」

わが国においても、ドイツの反差別局の経験を活かし、同種のセンターの設置・拡充が求められよう。その際、例えば障害者職業センター、障害者就業・生活支援センターなど、わが国における既存の各種センター³⁷の役割が、「差別禁止」という発想のもとに再編成できるかの検討も必要ではないだろうか。あるいは、NPO である労働問題研究所がそのような任にあたることは難しいだろうか³⁸。

ところで、先の「第 1 章」でも指摘したように、筆者はこの間の障害者政策の推移を「パラダイム転換」という観点から位置づけ、論文を執筆してきたものであるが、そのような議論の延長上で、目下、「統合」integration と「包摂」inclusion の手法的違いに興味を抱いている。この論点について、筆者はかつて以下のように指摘したことがある³⁹。

「……障害者政策について、『パラダイム転換』という表現が使われることがある。これまで障害者は、いわば保護されるべき存在という位置づけであり、障害者雇用の場面では雇用率制度や特例子会社、教育の場面では特別支援学校・学級に象徴されるように、障害者と認定された者をいちど非障害者と『分離』して、その後、非障害者の社会へ『統合』

と (従来型の)「労働市場アプローチ」を対立的に捉え過ぎてはならないだろうことも指摘している (同 19 頁)。この点は「スケッチ」第 1 章で紹介したパラダイム転換の議論も参照。

³⁷ この点、大曾根寛「生活支援と職業支援」社会保障法 25 号 42 頁 (2010 年) 参照。

³⁸ 共同通信 2019 年 5 月 24 日 17:49 配信の記事によると、横浜市に開設予定の知的障害者や精神障害者のグループホームに近隣住民が反対するのは「差別」にあたるとして、運営会社と入居予定者の家族が障害者差別解消法 (2016 年施行) を基に作られた市の条例による手続に則り、市に対して紛争解決のための相談対応とあっせんの申し立てを行ったということであるが、内閣府などによるとこのような申し立ては全国初とみられるということである。<https://headlines.yahoo.co.jp/hl?a=20190524-00000169-kyodonews-soci> 参照。

³⁹ 小西啓文「障害のある人の働きやすい環境とは？」増田幸弘・三輪まどか・根岸忠編『変わる福祉社会の論点』117 頁以下 (信山社、2018 年) 参照。

を図ろうとすることが是とされてきた。その仕組みに社会参加の効果がないとはいわないが、これに対し、昨今論じられているのは、いわば『社会的包摂』といわれる理念であり、それは、障害の有無という分け隔てなく(昨今のダイバーシティ社会の議論を想起されたい)、『ともに』活動できる社会の実現を目指すものである。

たとえば『特例子会社』のように、障害者が働きやすい環境を作るために、その内部だけで特別な配慮を実施するような組織は、『インクルーシブ』な社会の実現に寄与するものではないだろう。人を個別に見ていけば、必ず違いがあり、社会活動を送る上で個別の配慮が必要になってくる。そのような個別の配慮が合理的配慮の内実であり、それを過重な負担でないにもかかわらずしないことを(社会参加をさまたげることになるという観点から)『差別』と構成したものではないだろうか。……」

上述したドイツ法の採用する「差別禁止」(あるいは「不利益取扱禁止」)の違反にあたっての解決

策は金銭賠償になりがちであり、それを踏まえると、従来のな(「統合」)アプローチの方が雇用の「促進」的效果が認められるだろうことまで否定するものではないが、「統合」を図ろうとすることで生じる「差別」はないだろうか。例えば、障害者は職場に定着するのが難しいという声を聞くが、その背景に、障害者枠で採用された労働者に対する非障害者側の差別(あるいはその意識)が潜んではいないだろうか。もちろん、そのような差別を解消するというのが差別禁止立法の趣旨というものであるが、職場において障害者・非障害者が「ともに」働く環境を実現するためには、障害者枠を拡充するよりも合理的配慮の要求が通りやすい職場へと改変していく戦略の方が望ましく、この戦略の採用により、誰もが「働きやすい」職場の実現へ一歩近づくのではないかと筆者は目下考えている。

(2019年5月24日脱稿)

(未完)