

障害のある人の権利保障と障害差別禁止法の枠組み

Safeguarding the Rights of Persons with Disabilities and the Framework for a Law Prohibiting Discrimination on the Grounds of Disability

武 川 眞 固

Masataka Takekawa

(要 約)

本稿では、障害のある人の権利保障実現のための前提作業として、「障害」分類などの国際レベルの到達点をふまえつつ、憲法学レベルでの「障害」把握の位置づけ、あるいは障害のある人の権利保障とその体系化の問題を検討している。次に、憲法や障害者基本法および障害者権利条約における障害への差別禁止規定とその実効性を問うかたちで、差別禁止と「合理的配慮」の意義を検討し、最後に障害のある人の権利保障と差別禁止法等の憲法学的な課題を提示している。

(キーワード)

：権利保障 ：差別禁止法 ：合理的配慮

問題の所在

障害のある人の権利保障の到達点は、1980年代以降の国際的な障害者運動をふまえた障害者への差別禁止法や法制および障害のある人への政策の進展などに一定の成果¹をみることができる。その中での「障害」への見方（「障害者観」）も変化し、発展してきたが、現実の障害のある人への権利侵害や差別という実態は依然として解決されていない。かつて、国際的な障害のある人の権利と法制度の到達点でもあった「障害のあるアメリカ人の法律」、いわゆるADA²は、その先駆性をもち、他の諸国における障害者基本法への制定へのインパクトをもっていた。2000年代に入り、国連での「障害者権利条約」が署名³され、各国レベルで批准されている。同条約の批准国に対する国内レベルでの障害のある人々の権利保障や法整備が急がれるところであるが、日本においては、「障害者基本法」の実効性は不十分であり、地方自治体で、障害のある人の権利保障や差別を禁止する法の整備（条例）はまだ一部にとどまっているのが現状⁴である。

さて、本稿では、障害のある人の権利保障を実現する上で、障害のある人への権利侵害や差別の構造の把握とそれに対する障害への差別禁止法を制定すべき環境が今日的に急がれているなかで、その差別禁止法のあり方やその法理の定立が急務である。

第一は、障害のある人への権利保障と「障害」の概念についての憲法学レベルでの到達点とその反省的契機から引き出されるものは何かという点である。これは、日本における障害のある人の権利保障やその体系化の作業が遅れていること及び「障害」の概念への把握も不十分であった。その点を明らかにする。

第二は、障害のある人の権利侵害と裁判をめぐる問題をどう把握するかである。特に現行「障害者基

本法」や障害者関連法のもとでの法的な不備や政策上による権利侵害や障害のある人への差別・偏見といった社会的、歴史的な構造から起因している問題が提起されている点で、この論点について、憲法14条をはじめとする平等論と差別禁止から整理する必要がある。

第三は、「日本国憲法」や「障害者権利条約」の批准を受けて、障害のある人への差別・偏見を解消していく課題は何か。特に、アメリカにおけるADA（American with Disabilities Act of 1990）などの到達点を踏まえて国連で署名された同条約のもつ実効力性は、「障害」の差別禁止と「合理的配慮」の否定の問題⁵が提起されている。このような問題が日本における障害のある人の権利保障の実現にとつてどのような課題と方向性を提示しているのか憲法学レベルで検討してみたい。

I. 憲法学における障害のある人の権利保障の欠落と「障害」概念の構築

(1) 障害ある人の権利保障とその体系化への欠落と反省

従来から、憲法学レベルでは、憲法14条の観点から、平等原則と差別禁止の法理は、様々な裁判を通して検討されてきたが、障害のある人の権利保障についても、若干であるが、現実の実態と憲法とズレのなかで憲法25条の生存権条項をはじめ、憲法14条の法の下での平等条項を踏まえて、障害のある人々の権利の実現について、論及されてきた。しかし、そこで、「障害」という社会的諸関係に規定され、差別・偏見の実態に即した権利論について充分検討されてきたかは疑問が残るところである。

障害のある人の権利侵害への事例は、後に検討するように、現実の事実と法律論や憲法論として、その枠組みをどのように構成するのかという課題は、たとえば、憲法25条では、プログラム規定論を克服するところまでは到達していなかったし、また憲法14条を運用しても、憲法解釈レベルでも充分対応できない点でも、一定の限界もあったと思われる。その点で、障害のある人の権利保障とそのシステムを考える上では、「障害」の概念と「障害」のある人の権利主体を実現する体制を考えることが必要になる。なぜならば、「障害」の概念の国際的な到達点を踏まえた歴史的な性格づけを試みることが、どうしても必要であり、それは、「障害」への差別・偏見という構造とその本質を把握することが、社会的諸関係のなかで導出する上で重要である。障害のある人の権利保障とその体系化する上で、「障害」という本質は、重要なカギを握っているからである。

以上の問題意識を具体化するためには、障害のある人の権利保障の内容とその体系化について、検討しなければならない。

これまで、憲法学における障害のある人の権利保障については、私見では、障害のある人の権利の基礎として、拙稿「障害者の人権と憲法学」（1996年）で検討⁶したことがある。障害者の人権の基礎として、i「移動の権利」、ii「コミュニケーションの権利」、iii「補助器具要求権」、iv「介助（介護）要求権」v「自己決定権」などの5つを固有の権利を位置付けた上で、障害のある人への政策（障害者政策）レベルで「障害者基本権」を提唱していた。そこでは①「政治生活領域における権利」、②「市民生活領域における権利」、③「社会生活・経済生活における権利」、④「文化生活領域における権利」という4つの領域に分けて、障害のある人の生活に即した政策レベルで対応した基本権の内容を提示していた。但し、これらは、あくまでも既に述べた障害のある人の人権の基礎を前提に成り立つ基本権であ

ることを提示に過ぎない。上記論文では、その人権の基礎の部分の内容を検討したにとどまる。

さて、4つの領域における権利の内容は、いずれも障害のある人が自立して、社会的レベルで生活が保障される内容を具体化するための基本権（試案）である。この点で、近時、障害のある人の権利保障と法などについて、精力的に論文を発表し、その研究成果を公刊されている植木によれば、現実の障害のある人の権利侵害とそれに対する憲法学の不十分さについて検討を試みている。

植木は、障害のある人の権利侵害の様相を5つの領域に区分して論じているが、障害のある人の権利保障については、①生命・身体に関する権利と自由、②経済生活に関する権利・自由、③裁判を受ける権利・刑事手続き上の権利、④社会保障に関する権利、⑤政治参加の権利にそれぞれ区分して、障害のある人の権利侵害事例を通して、障害の問題や差別の問題を検討した上で憲法学が障害者問題を軽視してきたことを反省的に検討⁷している。しかし、これらの障害のある人の権利保障については、権利体系だけでなく、その権利の内容を吟味していくことが今後の課題であろう。

（2）憲法学における「障害」に対する認識不足と「障害者観」の後進性

憲法学における「障害」に関する裁判では、憲法25条における堀木訴訟などや憲法26条・14条における市立尼崎高校入学拒否訴訟などがあったが、必ずしも「障害」の概念について、厳密に検討されておらず、専ら、憲法25条や憲法26条・同14条などの生存権や教育権・平等権の観点からの権利救済としての裁判であり、事実と憲法論、法律論との攻め際の議論を展開するにとどまったと思われる。

しかし、憲法学における「障害」の概念などを定立することがなぜ必要であるのかという共通する認識はなかったと思われる。今日的には法律学レベルでは、この点一定の到達点を整理して、法律論と事実論との関連性で考慮されてきたかは疑問である。憲法学における「障害」の概念がなぜ必要なのか。それは、障害のある人への差別が「障害」に対する見方・考え方への偏見が存在するからである。つまり、「障害」がなぜ発生し、なぜ「障害」のある人が生まれ、また生まれてきたのかという個人的な要因だけでなく、その存在が社会的・環境的な要因にあるという理由を見過すことができないからである。

ここで国際障害分類の発展史とその到達点を確認していくとすれば、1980年版「国際障害分類」⁸によって、整理されたものは、障害を社会生活機能の障害として把握する考え方であった。それは、通常健康状態から疾病から発生するものとして、①「機能障害」(impairments)、②「能力障害」(disabilities)、③「社会的不利」(handicaps)などで分類した点は、専ら障害について、身体レベル、個人レベル、そして社会レベルでの障害の生活機能を重視する考え方は、受動的、静態的レベルでの「障害」把握という限界を有していた。これについても社会保障論レベルでは意識されていたが、憲法学レベルではほとんど視野に入らないものであった。

そして、1997年版「国際障害分類」⁹（ICIDH）における定義は、従来の社会生活機能という従来の考え方から生活機能と障害および背景因子を取り入れることによって、障害について、3つのレベル、すなわち、「機能障害」(impairment)、「活動」(activity)および「参加」(participation)というWHOのモデル改訂を提示した点に特色がある。ここでの「障害」は、ICIDHを包括的に概念化したものである。しかし、この改訂は、2001年5月に新たな「障害」の概念を構築したのである。すなわ

ち、これまでの考え方に環境因子を加えたのが本改訂¹⁰である。

I.生活機能と障害、II.背景因子とに区分し、①構成要素として、前者は、心身構造・身体構造および活動・参加に分け、後者は、環境因子と個人因子に分ける。②領域では、前者は、身体機能・身体構造および生活・人生領域に、後者は、機能と障害への外的影響及び内的影響に分けて位置づけていた。③構成概念は、前者は、心身機能の変化および身体構造の変化および能力・環境課題の遂行、実行状況および環境課題の遂行にわけ、後者は社会的環境や態度による環境の特徴とその影響力および個人的な特徴の影響力などに分けて論じていた。④肯定的側面として、前者は、機能的・構造的・統合性と活動・参加を問題にし、後者は促進因子および非該当に分け、⑤否定的側面として、障害レベルでの機能障害および活動制限・参加制約を問題にし、後者は、阻害因子および非該当などに分けて論じていた¹⁰。

このような単に、生活機能や社会的な環境などの問題にしたのは、障害のある人の社会参加と平等という理念を発展的に整理しつつ、一定の到達点をめざしてきたからである。また、これはICF「国際生活機能分類」の構成要素間の相互作用を示している。

さて、このような社会生活と障害や背景因子で把握するようになった背景として、国家レベルや社会レベルで障害のある人の活動や参加という形態を積極的に遂行するという立場が不可欠であるという位置づけである。従って、法学や憲法学レベルでは、従来の障害の機能の重視した「医学モデル」では、障害のある人の社会や社会生活へのかかわりかたで権利を実現する方向性で限界があったと思われる。特に、障害が個人レベルに起因するだけではその現象の把握や解決することに問題があった。そこで、最近では、「障害」は単に、心身機能障害によって発生するものだけでなく、その機能障害を有しない市民の社会システムが前提とされ、そこに障壁（バリア）が存在しているので、それを克服していくことが課題だとされるような考え方になってきたことである（「社会モデル」）。この考え方は、いわゆるバリアフリー社会を構築化することが不可欠となる。より一層の前進は、障害のある人の権利保障がどのようなかたちで実現できるのかという課題に行き着くのである。もとより心身機能障害の有無にかかわらず、すべての障害のある人が等しく社会参加できる条件を確立することこそが、その権利保障が可能となる社会を想定している社会システムが重要になる。つまりこの「市民権モデル」¹¹は、すなわち、ここでは市民的な権利保障を意味しているが、障害のある人が実質的に社会的な参加ができることによって、様々な障害のある人への措置がなされるのであり、それは国家レベルで義務づけられるものだからである。この「市民権モデル」は、障害のある人への差別・偏見によって、現実に権利侵害されている状態を克服していくために、国家や社会での差別禁止法¹²が必要であり、その意味で、差別禁止の規定の実効的な強制担保となる救済システムが必要となる。

II. 障害のある人の権利保障と裁判をめぐる憲法学上の問題状況

(1) 政治生活領域における権利と裁判

ここでは、障害にある人の政治参加や権利をめぐる裁判では、i 在宅投票制度をめぐる裁判、ii 障害のある人の政治的参加と言論の自由などの裁判などを挙げることができる。i では、障害のある人、特に寝たきりの障害のある人が「障害」で動けないという理由で、政治的参加として選挙権（憲法15条）

が奪われた事例である。元々は、在宅投票制度は不正選挙の温床として公職選挙法が改正されたものであり、民法の法定被後見人（旧民法における禁治産者）として位置づけたところであるが、選挙に行けない人または、自筆署名できない人ということで公民としての選挙権が奪われたこと¹³であり、憲法的な価値を否定するものになっている。

「障害」という身体的状況への差別・偏見がその条件で制約するという論理は、本来的には憲法 13 条にいう個人の尊重という包括的な権利や憲法 14 条にいう社会的身分など政治的關係によって差別をしてはならないという点からも問題があった。選挙権を行使することを実現する上でも、憲法的価値は考慮されなければならない。従って、憲法と公民としての選挙権を制限する公職選挙法の規定は問題であり、憲法的な価値実現からして、同法の違憲性は追及されるべきである。

ii の政治的参加としての活動は、障害のある人も当然享受される正当な権利を有し、「障害」の程度によって、他者との「コミュニケーション」の手段として表現の自由を有する。それがひとつの手段として憲法上認められている表現の自由としての選挙権の配布は正当なものである。なぜ、公職選挙法による制限は、障害のある人が唯一の発言行使として「コミュニケーションとしての権利」は当然政治的な活動を保障する「政治的自由」を前提にしているものであり、この論点からの憲法 14 条にいう差別禁止規定からも制限されてはならない。

（2）市民生活領域における権利と裁判

この問題は近年、「ハンセン病国家賠償請求訴訟」¹⁴ では、90 数年あまり、旧「らい予防法」を経て「らい予防法」によって、戦後の「日本国憲法」制定後も、国家的隔離により長い間、不当に身体的な自由を制限されてきたのであり、予防法による中絶の強制、入所命令、規律違反者に対する制裁などにより実質的な行政による権限強化による生命および身体的自由が剥奪されてきた点に、予防法の違憲性がある。

これは、ハンセン病に対する長い歴史によって作られた差別・偏見という国家的な政策と社会的構造に起因し、それは隔離政策の正当性に付与されたものであった。ハンセン病という障害のある人々への差別と偏見を強固にしたのは、国家的な隔離を許容した支配的な構造にあったと思われる。元より、「日本国憲法」の制定により、憲法的価値を有した人権条項は、歴史的に有効な武器でもあったにもかかわらず、なぜ、ハンセン病の人々の人権は実現できなかったのだろうか。それは、歴史的に作りあげられたハンセン病に対する偏見やその人々へ差別は、「障害」という姿だけでなく、その病気の感染性や遺伝性というものから絶つというイデオロギーであり、それを支配する機構にあった。この点で、「ハンセン病国家賠償請求訴訟」の判決では、ハンセン病の人々は、国家的な隔離政策を追認していた「らい予防法」が憲法 13 条や憲法 25 条に違反するとし、国家賠償法 1 条の国の不法行為責任を容認したという点にその意義がある。憲法 14 条にいう差別禁止の実効性は有していたが、その救済措置が遅れたのは、立法の不作为による違憲状態を継続していたことで立法府の責任を問うことであった。その救済が遅れたことで重大な人権侵害を放置したことは、立法府ばかりか、司法府の責任が問われたのである。

(3) 社会的・経済的生活領域における権利と裁判

障害のある人の経済的な権利という点では、ひとつは、障害のある人の権利保障や社会参加を阻む壁として、いわゆる「欠格条項」の問題¹⁵があった。これは、「障害」をもつがゆえに、例えば憲法 22 条 1 項では、職業選択の自由が保障されているが、薬剤師は、「障害」の程度によっては、資格取得の要件に「欠格条項」があるがために、職業選択の自由が事実上、奪われているケースがあり、この問題は、立法上の制限として、その壁を高くしていた点が明確になり、一定の運動によって、法律改正で障害のある人の職業選択の自由が実現した事例がある。この点は、医師の資格要件でも、障害を有する場合の「欠格条項」は、2002 年の改正される以前では絶対的欠格者ではその要件に該当するという規定を置き、職業選択の自由を制限する規定を設けていた点も同様である。

(4) 文化的生活領域における権利と裁判

この問題は、障害のある児童・生徒が普通学級を選択することが制約されたことに対する訴訟として「市立尼崎高校普通学級入学拒否訴訟」¹⁶がある。この事例では、筋ジストロフィ症のある児童が高校入学試験に合格していたにもかかわらず、「障害」のある児童ということで、高校の施設整備などがなされていないという理由で入学を拒否したことが発端になった。

本件は、障害のある児童・生徒自身が憲法上で保障されている教育を受ける権利が享受されるのか否かという問題を含み、「障害」をもっているがゆえに、特殊学級へ強制的編入（「分離教育」）を強いられてきた事実は「障害」のある児童・生徒への差別・偏見を助長してきたものであり、その意味で、特定の「障害観」が形成されてきたと思われる。つまり、学校という狭い社会で、「障害」のある児童・生徒を分離して教育していくという点では、国際社会での「ノーマライゼーション」理念や教育の機会均等の理念の進展のなかで生かされてこなかったという歴史的事情が存在する。そこに「日本型」障害教育理念や政策の遂行という点で、「障害者」教育の独自性があったわけで、およそ憲法 26 条でいう教育の機会均等の原則や教育を受ける権利という積極的なスタンスが欠落していたところにその特徴がある。

Ⅲ. 「日本国憲法」及び「障害者権利条約」における平等論と差別禁止

(1) 日本国憲法における平等論・差別禁止とその法理

日本国憲法における差別禁止は、第 14 条によって「不合理な差別」であって、「合理的な区別」を容認しているが、あくまでも、列挙事由による差別を禁止しており、学説¹⁷も従来からこの見地に立脚して論じてきた。しかし、現代では、アメリカ合衆国の修正 14 条などにもとづく、「疑わしい分類」¹⁸などを背景として、憲法 14 条 1 項の後段列挙事由による異なる取り扱いは、原則として「不合理な差別」であるという見解が有力であって、緩やかな審査基準で合憲性を判断するという観点に立っている。

さて、日本国憲法における平等論は、すなわち憲法 14 条 1 項にいう法の下での平等はどのような意味をもっているのかは、既に歴史的にも、アメリカの独立宣言・諸洲憲法の成文憲法上で実現され、フランス革命を経た人権宣言や革命憲法によって近代民主主義国家の憲法の原理として確立されてきたので

ある。この平等思想は、絶対的な平等を意味し、それは人間の本性に基づく平等を想定し、人種・国籍・宗教などの信条や階級的な身分に基づく一切の差別を否定し、人格の主体であるかぎり、人間の無条件な平等を実現しようとしたのである。

この平等原則は、いわゆる自然法に基づく超実定法的なものであるから、一切の国家権力を拘束するものであり、いかなる事由による人間の差別を絶対的に禁止すると同時に、法の適用のみならず、法の定立そのもの、すなわち立法権も拘束するものであった。上記の平等思想は、封建社会の一切の身分的な拘束を否定して、絶対的君主制や特権階級の権力的な支配から人間を解放し、人間の生来もつ自由・平等を提唱したのである。そこで自由と平等とが人権思想のもとで両立していたのである。

人間は本性において、平等であるといわれているにも拘わらず、現実には各人の能力・財産その他社会的経済的な生活条件には多くの差異が認められるのであり、これらを見做してただ形式的に自由と平等とを要求したならば、その差は益々増大するばかりで、一般の人々が真の意味で自由や平等を享有することはできない。そこで、社会的経済的な不平等を是正し、すべての国民がその尊厳の価値を確保できるようになれば、場合によって各自の自由は制限しなくなるとなるだろう。だが、近代の平等思想は消極的な機能しか国家に付与せず、その限界性があったが、現代の平等思想は、現存する不平等の是正を求めるものであり、国民の福祉を増進させるために、そのため国家の積極的な政策の実施を義務づけている。現代の平等は、このような意味において、実質的な平等を要求しているのである。

このような観点から、障害のある人への「障害」を理由とした差別について、実態的な分析を検討する場合、従来の考え方、すなわち、「障害者観」が存在する。つまり、「障害のある人」をもつ家族や社会で共同生活する人々の間で、「障害」が先天的な要因であるにせよ、社会から隔離・排除することによる見えないところに迫りやる意識を形成し、それが特別な奇異な存在として、また人間の尊厳すら考えないという見方を堅持し、それへの偏見・差別意識を固定化してきたのである。つまり平等な存在であるにもかかわらず、不平等な劣位なところにあることが差別であることを意識化されず、専ら、「異なるところは、逆に平等でなくてもいい」というような潜在的意識を温存させてきたところにその歴史的な構造が存在していたと思われる。

日本国憲法の基本的なスタンスは、民主主義的で平等な人間像の定立を前提としている。従って、日本国憲法 14 条 1 項の平等思想は、国民の主権、人権、平和主義、権力分立の原則によって国家権力の抑制を図りつつ、政治のしくみを定め、その諸原則を実現するためのシステムを用意している。それゆえ、障害のある人の権利保障は自由や平等を実現する上での実質的な条件であり、「障害」を理由とした別異な取り扱いは、すなわちこの憲法 14 条 1 項後段の列举事由による不合理な取り扱いは、政治的、経済的、社会的諸関係において、差別してはならないと規定しているように、国家の実効性を担保としている点に意義がある。しかしながら、植木が解くように「障害」の憲法 14 条 1 項後段列举事由についての 4 つの理解¹⁹、すなわち、i 障害への生来的、不変的な特徴、ii 別異取り扱いによる自尊侵害的な特徴、iii 政治過程で多数派による保護が期待できない、政治的無力的な特徴、iv 歴史的に差別されてきたこと、差別の歴史性などの特徴へ理解があったとする見解¹⁹は正当性をもっている。このように平等への差別が「障害」への先天的な要因によって形成されてきたという歴史認識を有するものであり、

この視点からの憲法 14 条と差別禁止の課題が解明されなければならない。

(2) 「障害者権利条約」における差別禁止と「合理的配慮」の意味

「障害者権利条約」における平等論は、同条約の一般規定では、「すべての障害者によるすべての人権および基本的自由の完全かつ平等な享有」の促進・保護の確立と、「障害者の固有の尊厳に対する尊重」の促進を目的としている（第 1 条）。本条約の「障害者」の概念にはいわゆる「障害学」でいう障害の「社会モデル」が反映し、「障害者の定義」については、直接触れず、五つの定義、すなわち「コミュニケーション」・「言語」・「障害差別」・「合理的配慮」・「ユニバーサルデザイン」などを設けて、障害のある人々を長期・短期を含めて、位置²⁰づけている。

障害のある人への差別禁止について、本条約の概要は次の通りである。すなわち、第 2 条で「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、市民的その他のいかなる分野においても、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認識して、享有し又は行使することを害し又は無効にする目的又は効果を有するもの」でなく、さらにそれに加えて「障害に基づく差別には、合理的配慮（reasonable accommodation）を行なわないことを含むあらゆる形態の差別を含む」という規定も設けていた。

そして、差別の三つの類型²¹を規定している。つまり、差別禁止の法理を検討する場合に、本条でいう「障害に基づく区別、排除又は制限」などの「直接的差別」は当然であるが、それがいかなる場合をいうのか吟味されなければならない。もうひとつは、上記のような差別から障害という理由で不利益な取り扱いが生じた場合は、「間接的差別」も含まれるという点である。また、障害のある人の権利実現において、「合理的配慮」しなかったことが差別に該当するという点は、これまでの国際的な障害のある人々の運動やその成果の反映であると位置づけることが理解できるであろう。

さて、権利条約における障害のある人への差別は、その適用範囲が問題となる。それは、「障害」が形式的途上にある概念であり、「障害のある人には、長期の身体的、精神的、知的又は感覚的な機能障害のある人を含むとされ、機能障害のある人に限定されていない」とし、「あらゆる形態の差別」を含むという点では、障害の存否だけでなく、障害の種類や程度の違いに基づく差別も禁止されている。また、適用分野も、政治的、経済的、文化的または社会的に続いて、公的な生活の分野として、また私的な生活まで及ぶとしている点では民間まで及んでいることが考えることができる。

このような適用範囲と分野を踏まえて、本条約の締結国の義務を提示している。第 5 条では「法の下での平等と差別なく保護される権利を概観した上で、同条 2 項では「締結国は、障害に基づくあらゆる差別を禁止するものとし、また、障害のある人に対していかなる理由による差別に対しても平等のかつ効果的な保護を保障する」と規定し、締結国に対する義務を課している。これは国家の第一次的な義務として効力をもつものであり、総則として位置づけられている。

問題は、差別に対する平等や差別禁止のもつ意味は、障害のある人が近代立憲主義という観点から把握すれば、当然平等という権利主体の存在として位置づけられ、自由権レベルで歴史的の把握される性格をもつのである。ただし、国際人権規約としての市民的・政治的な権利という観点から、即時実施されるべきものである。そして、その差別の実効性を担保とするものは、差別撤廃措置の実施にある。

しかし、現実には、それを実施するための措置を保障するものは国家の政策にある。その政策を実現するためには、本条約を批准した国内法における差別禁止の救済措置やその手続き規定を用意しなければ実現されないことになる。

本条約は、その差別禁止および保護義務の実施方法について規定²²しているが、どのような手段によって、実施するかは明確でなく、その裁量についても文言も存在しない。例えば、現在の「障害者基本法」についても、障害のある人の権利の実現においても、その規定はきわめて抽象的で、その実効性も有していない。また、従来の「医学モデル」の範囲にあり、「障害」のある人、特に発達障害や難病を抱える人は対象外となっている点で問題が残るところである。

つまり、このような「障害」のある人を限定することも、国内法レベルの「障害基本法」で障害の種類や程度の違いで基づいた、差別禁止という法の保護を享有できる人とそうでない人との間に差別を生むことになる。その点で、本条約の趣旨を踏まえた差別禁止法を制定しない限り、実現は不十分に終わるのではないかと考えられる。差別撤廃措置を義務づけている規定（第4条・5条）は、「差別となる既存の法律、規則、慣習および慣行を修正し又は廃止するための適切な措置をとる」と規定し、「いかなる個人、団体又は民間企業による障害に基づく差別をも撤廃するためのすべての措置をとる」こと。また「平等を促進し及び差別を撤廃するために、合理的配慮が行なわれることを確保するためにすべての適切な措置をとる」などの規定を設けている。

この点、「社会モデル」²³からすると、この「合理的配慮」が必要とされたのは、一般社会がこのような障害のある人をそのシステムや発展過程において、組み入れをしてこなかったことがその要因として考えることができる。その意味で、国家が一般社会のシステムから排除されている障害のある人への差別状態を解消していく積極的な責任を負っているのである。当然国家はその差別を解消するための「合理的配慮」の提供について、責任が伴っているのである。この「合理的配慮」の定義（2条）をした上で、これは「特定の場合に必要とされる、障害のある人に対して他の者との平等を基礎としてすべての人権と基本的自由を享有し又は行使することを確保するために必要かつ適当な変更及び調整であって、不釣り合いな又は過度な負担を課さないもの」としている。

最後に非差別の権利として、障害のある人への差別は「合理的配慮」の否定であるとする。つまり、積極的な行為を行なわないことが差別とされ、相手方の作為の義務および障害のある人は作為を請求する権利を有するという点で、権利救済の枠組みを提示しているといわなければならない。本条約を批准した上での差別禁止法の枠組みは、憲法14条などを根拠としてその実効性の検証は可能であろう。

結びに代えて—障害のある人の権利保障と差別禁止の憲法学の課題

以上の検討をまとめると、それは①に、従来の「障害」への国際障害分類の展開や発展の歴史をみるにつけ、憲法学レベルでの位置づけが不十分であり、国際的な到達点を踏まえた「障害」分類や程度に基づく差別の論理を解明することができなかつたこと。この点は、「障害」の差別の実態的な分析や事実論と憲法論との関係性の分析の欠如があつたこと。②は、「障害」に関する医学モデルの限界性と「国際障害分類」の改訂などの前進などによる社会モデルでの検証と「障害」が積極的な位置づけとし

て、社会参加と平等という視点からの市民的な権利保障の実現を図るための社会システムの構築化という課題が不十分であったこと（いわゆる「市民権モデル」の検討）。③は日本国憲法第14条の平等・差別禁止からの法理および「障害者権利条約」における差別禁止の法理と「合理的配慮」の否定など意義とその検討から現代における差別禁止のあり方と「合理的配慮」の定義とその範囲が提示され、その考察が不十分であったことなどが反省と教訓である。

さて、障害のある人の権利保障と差別禁止の憲法学の課題として何が提起されているのか。

第1は、「障害」における憲法学レベルでの把握とその差別禁止のスタンスの問題が提起される。元より、障害のある人への権利侵害が、個別の法律や命令その他の法規により「障害」という理由で異なる取り扱いがされた場合は、憲法14条の趣旨からその別異取り扱いは、違憲や違反というかたちで、憲法論なり、法律論が展開されることにある。その意味で、どのような差別禁止のスタンスに立てばいいのかが課題となる。「障害者権利条約」で差別禁止の三つの類型、すなわち「直接差別」や「間接差別」での個別的な事例に当てはめて検討することが課題²⁴となる。

第2は、障害のある人への権利侵害と「合理的配慮」の否定の問題である。障害のある人への権利侵害が「障害」を理由として、不利益な取り扱いを受けた場合、その差別を生じさせた事自体、すなわち「障害者権利条約」でいう「合理的配慮」を否定したことが差別状態にしているとしていること。つまり、当然「差別」を解消すべき義務が政府や国家に対する責務として課されるのである。なぜ「合理的配慮」が要求されるのか。つまり、「障害」を理由とした差別を生じさせた不作為に対して、逆にそのような「差別」を存在せしめている行為が問題とされ、政府・国家が積極的に作為する措置を講じることが必要である。だから、そのような「差別」行為に対して、「合理的配慮」を行わないことが（「否定」）、「差別」となる。従って、「合理的配慮」の提供義務こそが、障害のある人の権利実現する積極的措置だと位置づけることが必要である。

第3は、憲法14条と「障害者基本法」等における差別禁止の法理についての検討である。憲法14条の差別禁止法の法理は、後段列举自由による不利益な取り扱いや別異取り扱いによる差別は容認しないという趣旨であり、当然「障害者権利条約」が規定する三つの差別類型は本条約の批准によって合憲性の判断の枠組みが適用されるであろう。しかしながら、「障害者基本法」3条3項では改正によって、差別禁止規定を導入したが、その表現が抽象的なものであるため、その実効性に乏しい。憲法14条や「障害者権利条約」における差別禁止としての機能を果たさせるためには、「障害差別禁止法」の制定²⁵が日本でも現実的な課題になっている。差別禁止法の課題は、i 障害差別禁止法の合憲性にかかわる「厳格な合理性基準」などのその法的な枠組みを精査する必要性があること。ii 差別行為と裁量論や違法性について、特に法律や法令でもって現実の障害を理由とした不利益な取り扱いや別異な取り扱いによる差別で行政処分や事実行為で争う事例では、裁量の統制などが問題になる可能性があり、この点からの課題がある。iii 「差別」を理由とした事例で私人間で争われる場合があり、この点で、憲法上では立法的な解決の方法の可能性はあるが、現実には私法的な秩序維持という観点から不法行為責任で追求する場合が多くある²⁶。このような課題が、障害のある人の権利保障を実質的なものにするための、憲法学レベルでの課題になるだろう。

註

- 1 1980年代の「国連 障害者10カ年」および障害者計画の推進の結果、障害者への差別禁止法がアメリカを初めとして、立法が制定され、わが国も1993年に「障害者基本法」が制定され、2005年にはようやく「障害者権利条約」が制定され、かなり障害のある人の権利保障と差別禁止の実態的についても前進してきた。
- 2 アメリカにおける「障害をもつアメリカ人の法律」(ADA)についての検討したものは、中野善達・藤田和弘・田島裕編「障害をもつアメリカ人に関する法律—翻訳・原文・資料」湘南出版社 1991年刊。最近のADAとその訴訟関係を分析したものとして植木淳「障害のある人の権利と法」日本評論社 2010年刊は有益である。ちなみに拙稿「アメリカ合衆国における障害者の権利と機会平等の一考察—障害者法制とその実態を通して—」1998年度～1999年度科学研究費補助金(「基盤研究(C)(2)」)研究報告書[課題番号10620026] 2000年3月刊等参照。
- 3 松井亮輔・川島聡編「概説 障害者権利条約」法律文化社 2010年刊 参照。
- 4 障害者条例については、千葉県や北海道その他で制定され、いわゆる「合理的配慮」を含めた障害のある人への差別禁止を設けている。千葉県障害者条例などプロジェクトチーム編「障害者条例を必要としているあなたへ」ぎょうせい 2009年刊 参照。
- 5 武川 注2「前掲書」3頁以下。
- 6 武川「障害者の人権と憲法学」高田短期大学紀要14号 1996年刊、31頁以下参照。
- 7 植木 注2「前掲書」156頁以下。
- 8 この間の「国際障害分類」の経緯については、WHOのホームページ <http://www.who.or.jp/> 参照。
- 9 同上 参照。
- 10 同上 参照。
- 11 植木 注2「前掲書」31頁。
- 12 日本における差別禁止法の制定の議論が提示されて数年経ている。この法案などについて検討したものとして「当事者がつくる障害者差別禁止法」現代書刊 2002年刊。日本弁護士連合会人権擁護委員会編「障害のある人の人権と差別禁止法」明石書店 2002年刊 参照。
- 13 井上英夫編「障害をもつ人々と参政権」法律文化社 1993年刊 25頁以下。なお、中津川の発声に障害のある人の訴訟については、川崎和代「障害者の参政権保障—発声障害をもつ議員の発言保障をめぐって—」法律時報78巻11号 2006年刊 参照。
- 14 小畑清剛「『一人前』でにない者の人権—日本国憲法とマイノリティの哲学」法律文化社 2010年刊。
- 15 臼井久子・瀬山紀子「障害者欠格条項の現状と課題」障害学研究4号参照。拙稿「障害をもつ人の人権・社会参加と「欠格条項」—憲法論的考察—」高田短期大学紀要22号 2004年刊 39頁以下。
- 16 浮田徹「障害児の教育を受ける権利と親の教育の自由—いわゆる特殊学級入級処分取消訴訟を素材として」六甲台論集46巻2号 参照。
- 17 法学協会「注釈日本国憲法(上巻)」有斐閣 1953年刊。
- 18 武川 注2「前掲書」8頁以下。
- 19 植木 注2「前掲書」169頁～170頁。

- 20 松井・川島 注3 14頁以下。
- 21 東俊裕「障害者権利条約における差別禁止と差別三類型」法律時報81巻4号15頁以下 参照。
- 22 同上 17頁。
- 23 社会モデルについては、杉野昭博「障害学—理論形成と射程」東大出版会 2007年刊 参照。
- 24 植木 注2「前掲書」170頁以下。
- 25 森戸英幸・水町勇一郎編著「差別禁止法の新展開—ダア—シティーの実現をめざして—」日本評論社 2008年刊。その他、長瀬修「障害者の権利条約と日本の障害差別禁止法制の課題」障害学研究4号 2008年刊 63頁以下等 参照。
- 26 植木 注2「前掲書」175頁～181頁。