



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	障害者雇用率制度・差別禁止・合理的配慮規定における対象者性の日独比較
Author(s)	柏木, 彩奈
Citation	北大法政ジャーナル, (31), 1-36
Issue Date	2024-12-13
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/93779
Type	departmental bulletin paper
File Information	HouseiJournal_31_01_Kashiwagi.pdf



障害者雇用率制度・差別禁止・ 合理的配慮規定における対象者性の日独比較

かしわ ぎ あや な
柏 木 彩 奈

目 次

序章	1
第1節 問題関心	1
第2節 構成	2
第3節 障害概念の解説	2
第1章 日本の障害者雇用法制	5
第1節 現行の対象者	5
第2節 日本の雇用法制の変遷	7
第3節 解釈および学説の展開	11
第2章 ドイツの障害者雇用法制	13
第1節 現行の対象者	13
第2節 ドイツの雇用法制の変遷	14
第3節 判例の展開と学説の解釈	25
第3章 日独比較と示唆の検討	25
第1節 比較	25
第2節 日本法への示唆	26
終章	27

序章¹

第1節 問題関心

障害者雇用法制には、アメリカのような差別禁止を中心にしたアプローチと、ドイツを始めとした雇用率制度と差別禁止を併存させるアプローチがある。日本の障害者雇用法制は、後者にあたり、障害者の職業生活上の自立と職業の安定を目的とした障害者雇用促進法（以下、「促進法」とする）を中心に構成されている。促進法には2013年改正以前から設けられていた雇用率制度²（促進法第38条、第43条1項）と、2013年改正で新設された障害者に対する差別の禁止³（促進法第34条、第35条）および合理的配慮⁴の提供（促進法第36条の2、第36条の3）を義務付けた規定が存在する。

このうち、雇用率制度は「対象障害者（促進法第37条2項）」が、差別禁止と合理的配慮は「障害者（促進法第2条1号）」が、その適用対象者とされている。後述するように、「対象障害者」の該当者は、原則として身体障害者手帳、療育手帳、精神障害者保健福祉手帳（以下、この3種の障害者手帳を特に区別しない場合、「手帳」とする）の所持者と一致するものとされている⁵。他方で、「障害者」該当性は、手帳の所持に関わらず、その個人が促進法上の文言に掲げられた要件を充足するか否かで決定される⁶。この「障害者」という言葉を定義づけた促進法第2条1号は、1987年に新設されて以来、複数回の改正を経ているが、その語意については、行政解釈上⁷、抽象的な理解が示されているにとどまる。また、学説でも差別禁止と合理的配慮の創設を契機に、対象者について考察されてきたものの、後述するように2013年改正の契機である国連障害者権利条約（以下、「障害者権利条約」とすることがある）上の「障害者」概念（1条）で言及している、「社会的障壁」を明文化していないなど、促進法上の「障害者」が意味する内容については未解明な点が存在する。確かに、障害概念については、障害者権利条約前文eにおいてもその流動性に言及があり、促進法上の「障害者」概念を具体化しすぎると、柔

軟性が失われてかえって実務に混乱が生じる可能性はある。しかし、定義の抽象性⁸ゆえに、誤った理解と判断の困難さを生んでしまっていることも事実である。学説では、本来手帳の所持を問わない障害者該当性の判断にまで、手帳が重視されている点（いわゆる手帳主義）が批判されており⁹、促進法が本来想定する「障害者」と実務上判断される障害者との間に乖離が起きる可能性は否定できない。また、実際に行政窓口（ハローワーク）で誤った対応がとられた事例¹⁰も存在し、判断の難しさと理解の不十分さが指摘される¹¹。しかし、「障害者」概念は、促進法上の差別禁止および合理的配慮の適用対象を画する対象者性の定義として、労使双方の当事者にとって非常に重要な問題であり、法の予測可能性という観点からも精緻な検討が必要である。

そこで、本稿では、ドイツを比較対象に「障害者」概念を検討し、障害者雇用法制の対象者性を考察する。ドイツを比較対象とするのは、以下のように、雇用率制度と差別禁止とを両立させた日本と同様のアプローチをとっているだけでなく、その対象者性も類似しているためである。すなわち、雇用率制度の対象者性について、ドイツでは、原則として障害の程度（GdB Grad der Behinderung）が50以上の「重度障害者」¹²を対象にしており、一定程度以上の障害を有する者を対象にする点および障害をレベルごとに整理する運用方法が、手帳の所持を原則的な基準にして「対象障害者」性を判断する日本の手法と共通している。また、差別禁止と合理的配慮の対象となる「障害者」についても、以下のように日独で類似点がある。第一に、両国とも「障害者」に関して定義を置き、これに該当するか否かを個別具体的に判断し、適用対象を画定している¹³。第二に、少なくとも対象者性の判断の段階では特定の職務への適格性を問題にせず、障害の有無や態様を判断する点である¹⁴。加えて、詳細については後述するが、ドイツでは「障害者」規定の解釈について判例および学説において盛んに議論されており、類似の状況にある日本の差別禁止と合理的配慮の対象者性

について、具体的な示唆を与えることが期待できる。

なお、紙幅の都合上、本稿では日独の障害者雇用法制の変遷を辿る関係で雇用率制度の対象者の沿革を都度触れるが、差別禁止と合理的配慮の対象者性を主な考察対象とする。

第2節 構成

本稿の構成は、以下の通りである。

まず、第1章では日本の障害者雇用法制について記述する。第1節では、雇用率制度と差別禁止および合理的配慮の現行対象者を確認し、第2節では障害者雇用法制の変遷を、制定または改正の経緯、内容、日本の障害者雇用法制に大きな影響を及ぼした障害者権利条約の概要などに着目して概観する。最後に、第3節では差別禁止と合理的配慮の対象者性に関する学説の展開を解説する。

次に、第2章ではドイツの障害者雇用法制を考察する。第1節では、雇用率制度と差別禁止および合理的配慮の現行対象者を確認し、第2節では判例の展開と学説による分析にふれながら障害者雇用法制の変遷を辿る。第3節では、第2節で把握した判例の展開と学説の理解を参照しつつ、差別禁止と合理的配慮の対象者（障害者）について検討する。

最後に、第3章では第1節で日本とドイツの比較を行った上で、第2節で日本法への示唆を考察する。

第3節 障害概念の解説

本稿ではWHOの提唱する障害構成や専門用語を用いて「障害者」の考察を行うため、その前提

として、簡略的ではあるが基本的な用語などの解説を行いたい。

WHOは、これまで2度にわたって障害概念への理解を示した。1度目は「障害の3段階」を示した1980年のICIDH-1である（図1）。「障害の3段階」とは、疾患や変調から障害へと発展する際の過程、障害の構造のこと¹⁵であり、疾患・変調→生物レベルの機能・形態障害→個人レベルの能力障害→社会レベルの社会的不利へと因果的かつ段階的に引き起こされると理解される。それぞれの用語を簡易的に説明すると、「疾患・変調」とは、いわゆる健康状態を指し、加齢、ストレス状態などが具体例になる。次に、「機能・形態障害」は、変異や喪失などの心身機能または身体構造上の障害を意味し、具体的には下肢の欠損などである。続いて、「能力障害」とは、その個人が活動を行う際に生じる障害のことで、例えば下肢の欠損により歩行ができない状態などである。最後に、「社会的不利」とは、日常生活などで経験する障害を意味し、例えば、下肢の欠損によって歩行ができない者が階段しか移動手段がない施設の2階に上がれない事実である。

次に、2度目の障害概念の提唱となった2001年のICFである（図2）。ICIDH-1との違いは、第一にこれまでの疾患・変調を「健康状態」、機能・形態障害を「心身機能・身体構造」、能力障害を「活動」、社会的不利を「参加」へと言葉を置き換えた点である。ICIDH-1では、障害や不利などマイナスな表現を用いていたのに対し、中立的な表現を採用したことでプラスの事実をも考慮される

図1

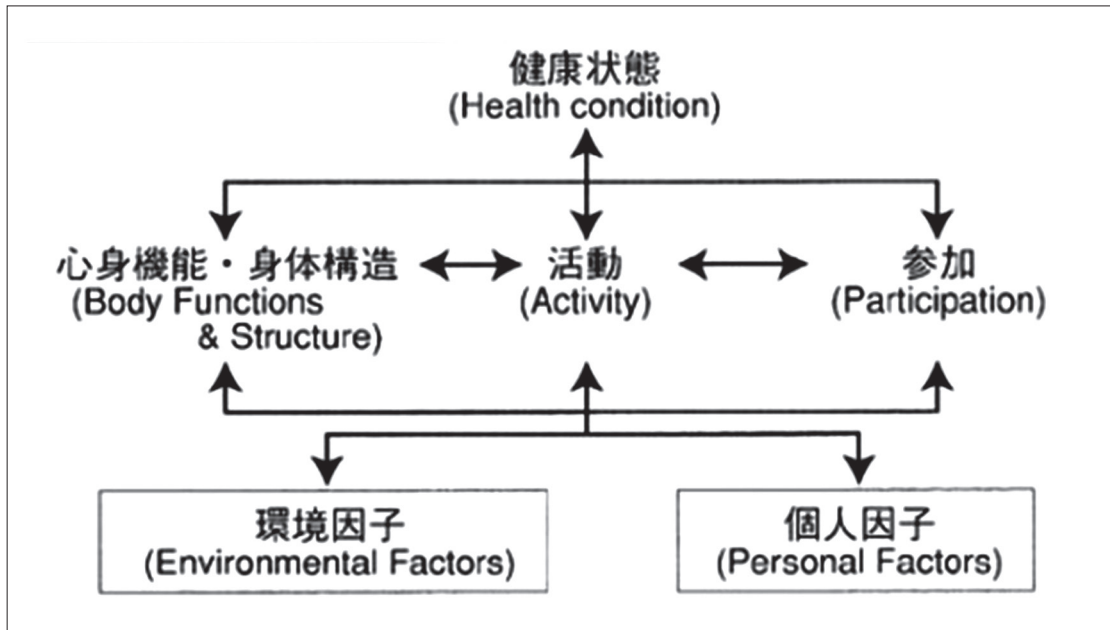


（上田敏「国際障害分類初版（ICIDH）から国際生活機能分類（ICF）へ—改定の経過・趣旨・内容・特徴—」月刊ノーマライゼーション 障害者の福祉22巻251号（2002年6月号）

https://www.dinf.ne.jp/doc/japanese/prdl/jsrd/norma/n251/n251_01-01.html

（最終閲覧日：2024年5月22日）より引用）

図 2



(同上・上田敏「国際障害分類初版 (ICIDH) から国際生活機能分類 (ICF) へ—改定の経過・趣旨・内容・特徴—」
月刊ノーマライゼーション 障害者の福祉22 巻251 号 (2002 年 6 月号)
https://www.dinf.ne.jp/doc/japanese/prdl/jsrd/norma/n251/n251_01-01.html
(最終閲覧日:2024 年 5 月22 日)より引用)

ようになった。第二に、年齢、性別、民族、ライフスタイルなどを含んだ「個人因子」と、物的環境 (建物、交通機関など)、人的環境 (家族、友人、同僚など)、社会意識、制度などいわゆる社会的障壁と呼ばれる「環境因子」が、障害概念の構造に追加された。第三に、それぞれの用語を結ぶ矢印が一方方向 (→) から双方向 (⇔) へと変化した点である。これにより、障害を、複数の要素の相互作用により構成されるものと理解するようになった。

第 1 章 日本の障害者雇用法制

本章では、日本の障害者雇用法制のうち、雇用率制度と差別禁止および合理的配慮の対象者を把握する。第 1 節では、主に行政解釈を参照して現行の対象者を確認する。その上で、第 2 節では、雇用率制度を制定した1960年身体障害者雇用促進法から対象者に関する最新の改正である2013年障害者雇用促進法改正までの法制度の変遷を概観する。第 3 節では、本稿の主な考察対象である差別

禁止と合理的配慮の対象者 (障害者) について、行政解釈と学説の理解とを比較しつつ、国連障害者権利条約との相違も検討しながら、考察する。

第 1 節 現行の対象者

第 1 項 雇用率制度の対象者

促進法は、国・地方公共団体および一般事業主を名宛人に、「対象障害者」の雇用義務を課している (促進法第38条および第43条)。「対象障害者」とは、「身体障害者、知的障害者又は精神障害者 (精神保健及び精神障害者福祉に関する法律 (昭和25年法律第123号) 第45条第 2 項の規定により精神障害者保健福祉手帳の交付を受けているものに限る。第 3 節及び第79条第 1 項を除き、以下同じ。)」をいう (促進法第37条 2 号)。さらに、「身体障害者、知的障害者又は精神障害者」は、促進法第 2 条 2 号、4 号、6 号にそれぞれ定義がある。以下では、条文と行政解釈、実務上の取扱いから対象障害者に該当する者を検討する。

まず、「身体障害者」とは、「身体障害がある者であって別表に掲げる障害があるもの」を指す (促

進法第2条2号)。これは身体障害者手帳交付の根拠法である身体障害者福祉法施行規則の別表5に掲げられた障害等級と概ね重なる。よって、雇用率制度の対象である身体障害者であるか否かは原則として手帳により確認される¹⁶。ただし、手帳を所持しない場合でも、対象者の人権に特に配慮し、プライバシーに十分注意した上で、都道府県知事が指定する医師(身体障害者福祉法第15条)の診断書(これによりがたい場合には労安衛法第13条の産業医による促進法別表に掲げる身体障害を有するとの診断書)により確認される¹⁷。

次に、「知的障害者」とは、「知的障害がある者であって厚生労働省令で定めるもの」と定められる(促進法第2条4号)。これは「児童相談所、知的障害者更生相談所(知的障害者福祉法第9条第6項)、精神保健福祉センター(精神保健福祉法第6条第1項)、精神保健指定医又は障害者職業センター((筆者補足:促進)法第19条)により知的障害があると判定された者」を指す(促進法施行規則第1条の2)。自治体により運用に違いはあるが、療育手帳も児童相談所又は知的障害者更生相談所において、知的障害があると判定された者に対し、都道府県知事および指定都市の長により交付されるもの¹⁸であるので、促進法における「知的障害者」とは療育手帳を有する者と、知的障害者判定機関により知的障害がある者とされる。その確認方法は原則として療育手帳によるが、手帳を所持しない者については知的障害者判定機関が交付した判定書によりなされる。

最後に、「精神障害者」とは、「精神障害がある者であって厚生労働省令で定めるもの」と定められている(促進法第2条6号)。これは「①精神保健福祉法第45条第2項の規定により精神障害者保健福祉手帳の交付を受けている者(精神保健福祉センターの判定を受け、都道府県知事により交付を受けた者)と②統合失調症、そううつ病(そう病およびうつ病を含む。)又はてんかんにかかっている者(①に該当する者を除く。)で、症状が安定し、就労が可能な状態にあるもの」を指す(促進法施行規則第1条の4第1、2号)。ただし、

雇用率制度における「精神障害者」は、精神障害者保健福祉手帳を交付された者に限定されているので、①の者のみが対象となる(促進法第37条2号)。よって、その確認は精神障害者保健福祉手帳により行われる。しかし、所持者であっても、症状が安定し、就労が可能な状態にあるか否かの判断のために、主治医の診断書または意見書が必要になる場合がある¹⁹。

第2項 差別禁止および合理的配慮規定の対象者

促進法は、事業主を名宛人に「障害者であること」を理由とした不当な差別的取扱いを禁止²⁰し、「障害者(採用後は「障害者である労働者」と表現される)」へ必要な措置(合理的配慮)を講じるよう義務付ける²¹。促進法における「障害者」とは、「身体障害、知的障害、精神障害(発達障害を含む。第6号において同じ。)その他の心身の機能の障害(以下「障害」と総称する。)があるため、長期にわたり、職業生活に相当の制限を受け、又は職業生活を営むことが著しく困難な者」を指す(促進法第2条1号)。もっとも、差別禁止や合理的配慮の対象者とならない者でも、使用者に類似の義務が一切なくなるというわけではなく、一般の労働者と同様、権利濫用や公序良俗違反などを通じた救済が認められる可能性はある²²。

以下では行政解釈をもとに掲げられた要件を検討する。ここでは、基本的に現行の行政解釈であるQ & A²³と2003年解説²⁴を参照するが、必要に応じて征矢(1998)²⁵の理解を補足的に記載する。

まず、「障害者」に該当するのは「身体障害、知的障害、精神障害(発達障害を含む。第6号において同じ。)その他の心身の機能の障害」がある個人である。2013年改正で新たに追加された「心身の機能の障害」とは、あらゆる心身の機能の障害を意味しており、障害の原因および障害の種類については限定していない。これは、改正前の「身体障害、知的障害又は精神障害があるため」の文言下で出された2003年解説でも同様の理解が示されている。

次に、「障害」について、征矢によると、「障害

を形態・機能障害、能力障害、社会的不利の3つの側面に区分した場合の『形態・機能障害』にあたる」と解されていたのが、2003年解説では「能力障害」にあたると理解されている²⁶。行政解釈であるQ & Aでは特段言及されておらず、「障害」の理解は論者によって若干の違いがある。例えば、一方では2003年解説から大きな変更はない²⁷としているのに対し、他方では「機能障害」と解している²⁸。障害概念そのものが流動的であり²⁹、統一的理解は難しいが、いずれにせよ、促進法の「障害」は個人に生じたものに留まり、社会的不利に該当するような個人の周りを取り囲む社会までは読み込んでいない³⁰。

「長期にわたり」とは、障害が長期に渡り、または永続することを意味する。よって、早期に回復可能な病気などにより一時的に職業生活に制限を受ける者は対象外である。

続いて、「職業生活に相当の制限を受け」とは雇用・就業上の観点から、障害により職業生活が相当程度制限される状態を意味する。就業可能な職域の範囲、就業の難易度などから見て障害の程度が軽く、就職などにあたってのハンディキャップが軽微な者は促進法の障害者にあたらない。促進法は「相当の制限」を求めており、2003年解説では雇用率制度の対象となる（当時は対象となっていなかった精神障害者を除いた）全ての者が該当すると解されている。障害の程度の軽い者およびその他の障害を有する者が相当の制限を受ける者に該当するかは、個別具体的に判断される³¹。

最後に、「職業生活を営むことが著しく困難な者」は、制限の程度が極めて大きい状態を意味しており、重度の障害者についても促進法の対象からは除外されない。

第2節 日本の雇用法制の変遷

第1項 身体障害者雇用促進法の制定

日本では、1960年の身体障害者雇用促進法に雇用率制度が初めて制定された。以下では制定までの経緯と、対象者に関する改正について見ていく。

1 制定の経緯

戦前から、身体障害者のみを対象にして職業訓練などの労働に関する対策はなされていたが、対象者は傷痍軍人に限定されていた³²。対象者が全ての身体障害者へと拡大されたのは、第二次世界大戦終了後である³³。すなわち、終戦直後の1947年に制定された職業安定法は、全ての身体障害者を対象として職業紹介や職業補導などを行う。1949年には、身体障害者の福祉の向上を目的に身体障害者福祉法が制定され、身体障害者への生活相談や更生訓練が開始された。1960年に身体障害者雇用促進法が制定されるまでは、特に職業安定法による職業紹介が身体障害者の雇用に貢献し、「一応の進展を見せたが……行政措置³⁴による雇用の促進は、ここに限界に達した感があった」³⁵。

障害者雇用に関する国際的な状況は、1955年、ILO（International Labor Organization：国際労働機関）による「身体障害者の職業更生に関する勧告」（第99号）が採択された。これは「障害者の職業リハビリテーション、職業指導、職業訓練、職業紹介のあり方について勧告」したものである³⁶。既に31条aにおいて「使用者が、障害者でない労働者の解雇を避けるような方法で一定率の障害者を雇用すること」が勧告されており、今日の障害者の雇用率制度につながる内容が記載されていることがわかる³⁷。また、ILOは障害者の定義も示しており、これによると「『障害者』とは、身体的又は精神的障害の結果、適当な職業につき、かつ、それを継続する見込が相当に減退している者をいう」（1条b）。

国内での障害者雇用対策に限界が見え始めたところに、ILO勧告がなされ、さらにヨーロッパを中心に既に身体障害者の雇用率制度が制定されていたことから、立法化が促進され、1960年の身体障害者雇用促進法制定に至った³⁸。

2 改正内容

身体障害者雇用促進法は、身体障害者について以下のような定義規定を新設した。「この法律において『身体障害者』とは、別表に

掲げる身体上の欠陥がある者をいう。」

ここでの「別表に掲げる身体上の欠陥がある者」は、障害が明確かつ画一的に判定できること、および労働能力の永続的欠損があることの2点を基準として作成され、身体障害者福祉法の身体障害を基調に、恩給法の別表に掲げられた障害を加えたものと説明される³⁹。よって、身体障害者福祉法に基づく身体障害者手帳の所持者のほとんどは、身体障害者雇用促進法にいう身体障害者となる⁴⁰。なお、当時の障害者雇用は、国と地方公共団体に義務付けられていたが、民間の事業主は努力義務にとどまっていた（身体障害者雇用促進法第11条、第13条）。

3 対象者に関するその後の改正

（1）1976年改正

身体障害者に関する規定は、以下のように改正された。

「この法律において『身体障害者』とは、別表に掲げる身体障害がある者をいう。」

以前は「欠陥」としていたものを、「障害」と表現を改めた。さらに、「別表に掲げる身体障害」が身体障害者福祉法における身体障害の範囲と一致するようになった⁴¹。また、これまで努力義務にとどまっていた民間事業主の雇用率制度の義務化が開始された。さらに、雇用率不達成の事業主から「障害者雇用納付金」を徴収し、それを法定雇用率を超えて障害者を雇用する事業主に「障害者雇用調整金」として支給する、「身体障害者雇用納付金制度」が成立した。

以上のように雇用率制度が強化された背景には、企業における身体障害者の雇用が未だ十分でなかった一方で、就業を希望しながら就職できずにいた身体障害者が多く存在し、1973年のオイルショックを契機にこれまでの高度経済成長が低迷し、身体障害者の就職が一層困難になると予想されたためとされる⁴²。

第2項 障害者雇用促進法（促進法）の制定

1 制定の経緯

身体障害者雇用促進法という法律名からも明らかな通り、これまでは身体障害者を中心に雇用政策を進めていた。現在のように全ての障害者を視野に入れたのは1987年の「障害者の雇用の促進などに関する法律（「促進法」）」制定からである。

この背景には主に諸外国からの影響、国連やILO勧告といった外的な要因が大きい。まず、国連は1981年に「完全参加と平等」をテーマに障害者の福祉の向上を目指すと共に、1983年から92年までを「国連障害者の10年」として国連加盟国に積極的な障害者政策を求めた。次に、1983年に採択された「職業リハビリテーション及び雇用（障害者）条約（第159号）」は、職業リハビリテーションに関する措置の利用を全ての種類の障害者に対して確保することを求めた⁴³。諸外国を見ると、ドイツでは1974年に障害の種類や原因を問わず、全ての障害者が雇用率制度の対象とされたほか、アメリカでは1973年のリハビリテーション法で一定の事業主⁴⁴に、適格性を有する障害者への障害を理由とした差別を禁止した⁴⁵。

2 改正内容

1987年改正により、障害者に関する定義規定が以下のように改正された。

「障害者 身体又は精神に障害があるため、長期にわたり、職業生活に相当の制限を受け、又は職業生活を営むことが著しく困難な者をいう。」

これにより、法の対象となる障害者は障害の種類を問わないことが明文化された。また、改正にあたって、「精神薄弱者（筆者注：知的障害者を指す）等を含め障害者全般の対策が重要」で、「国際的にもすべての種類の障害者に対する雇用対策の実施が求められており、身体障害者雇用促進法につきましても、その対象を障害者全般に拡大し施策の充実強化を図る」という方向性も示された⁴⁶。雇用率制度の対象となるのは依然として身体障害者のみであったが、1987年改正により、現に雇用する知的障害者についても実雇用率への算

定が可能となった。

改正過程では、障害者の定義が改正されることから、対象者性の把握方法について質疑があった⁴⁷。この質問に対して、職業指導・職業相談の対象者は「現在安定所で行っております障害者に対します求職登録制度におきましては、精神薄弱者、精神障害者につきましては、本人や保護者の申し出によって初めて登録がなされるという制度をとっておるところ……原則としては、同様の考え方で…行ってまいりたい」⁴⁸旨が、実雇用率に算定する知的障害者の確認方法については「精神薄弱者判定機関の判定を基礎としまして、都道府県知事が発行いたしております療育手帳がございます。原則としてこれによって判断してまいりたい。ただ、手帳のない者につきまして、もし希望する者があれば、精神薄弱者判定機関の判定書等によりまして確認をしてまいりたい」⁴⁹旨が回答された。以上からわかるように、雇用率制度に関する知的障害者の把握方法は、現行の方法とほぼ同様に考えられていた。

3 対象者に関するその後の改正

(1) 1997年改正

雇用率制度の対象者に、これまで実雇用率の算定のみ可能だった知的障害者（これまで「精神薄弱者」と表現されていたが、1998年に「知的障害者」と改められた）が含まれた。雇用率制度の対象者性と手帳の所持との関係につき、身体障害者は「障害者等級の1級から6級までに掲げる身体障害がある者及び7級に掲げる障害が2以上重複しているもの」を指し⁵⁰、知的障害者は「児童相談所、知的障害者更生相談所、精神保健福祉センター、精神保健指定医により知的障害者と判定されたものを指す」⁵¹と、現在とほとんど変わらない理解が示されている。

(2) 2002年改正

本改正により障害者に関する定義が以下のようなになった。
「障害者 身体障害、知的障害又は精神障害（以

下、「障害」と総称する。）があるため、長期にわたり、職業生活に相当の制限を受け、又は職業生活を営むことが著しく困難な者をいう。」

これまで、知的障害者は「精神に障害がある」者に含まれると解されていた⁵²が、改正により障害の種類ごとに併記された。また、精神障害者の定義規定も、「精神障害がある者であって厚生労働省例で定めるもの」と定めたほか、施行規則旧第1条の4も現行のものとほぼ同内容⁵³となった。この改正は、促進法における精神障害者の位置づけを明確にするとともに、精神障害者の雇用支援の促進を目的としたものと説明される⁵⁴。また、「現段階では直ちに実施することは困難であるものの、今後、精神障害者を雇用率制度の対象とする方向で取り組むことが適当である」との見解が示された⁵⁵。

(3) 2005年改正

2005年改正では、精神障害者を実雇用率に算定することが可能となった。精神障害者の雇用率制度の対象者化は、2002年にも指摘⁵⁶され、本改正にあたっても検討はされたが、「将来的にはこれを雇用義務制度（筆者注：雇用率制度を指す）の対象とすることが考えられ」、「精神障害者の雇用に対する企業の理解と雇用管理ノウハウの普及を図り、精神障害者の雇用環境をさらに改善していく必要がある」として見送られた⁵⁷。

第3項 国連障害者権利条約の影響と2013年改正

1 改正の経緯

(1) 国連障害者権利条約

2006年に採択された障害者権利条約は、障害者の人権および基本的自由の享有を確保し、障害者の固有の尊厳の尊重を促進することを目的としており、一般原則（障害者の尊厳、自律および自立の尊重、無差別等）、一般的義務（すべての障害者のあらゆる人権および基本的自由を完全実現することを確保し、促進すること等）、障害者の権利実現のための措置（社会権的権利について締約国がとるべき措置等の規定等）、条約の実施の

ための仕組み（条約の実施および監視のための国内の枠組みの設置等）を主な内容としている⁵⁸。前文eでは障害概念の変動性（「障害が発展する概念であることを認め……」）に言及し、第1条では障害者に含まれる者（「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」）を規定している。さらに、第5条2項に差別禁止⁵⁹を、第5条3項に合理的配慮提供義務⁶⁰を定めている。

2007年9月28日、日本は障害者権利条約に署名し、その後、批准した。

（2）国内での議論

促進法の改正に向け、2008年4月には「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」が設置された。翌年、研究会により作成された「労働・雇用分野における障害者権利条約への対応について（中間整理）」では、差別禁止と合理的配慮の対象者は雇用率制度の対象障害者に限定されず、これよりも広範に考える旨が示された。2012年8月に取りまとめられた①「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報告書」では、差別禁止などの実行性と事業主の予見可能性の担保の観点から差別禁止と合理的配慮の対象者を促進法第2条の障害者とするのが明言された⁶¹。①研究会報告書に続き、2012年8月には促進法の対象者について主に検討した②「障害者雇用促進制度における障害者の範囲等の在り方に関する研究会報告書」が作成された。②研究会報告書では、促進法第2条の文言を、先に改正された障害者基本法の文言に合わせた表現⁶²に改正することが検討されたほか、雇用率制度の対象者について議論された。②研究会報告書では雇用率制度の前提⁶³の確認、精神障害者を雇用率制度の対象者に含める時期の検討がされたほか、雇用率制度の対象である精神障害者か否かの確認方法について、精神障害

者の特性やプライバシーの配慮、公正、一律性等の観点から、精神障害者福祉手帳によることが適当である、との方向性が示された。

①と②の研究会報告書を受け、障害者雇用分科会は、2013年3月14日に意見書⁶⁴を公表し、労働政策審議会は、同分科会の意見書を同審議会の意見書として厚生労働大臣に提出した⁶⁵。そして、厚労省は「障害者の権利条約の批准に向けた対応として、障害を理由とする差別的取扱いの禁止及び事業主に対する職場における合理的配慮の提供義務、……法定雇用率の算定基礎に精神障害者を加えること」⁶⁶、促進法第2条の定義規定の改正等を主な内容とする「障害者の雇用の促進等に関する法律の一部を改正する法律案要綱」を作成した。これを労働政策審議会に諮問したところ、2013年3月に「おおむね妥当」との答申を得たので、同年4月19日、「障害者の雇用の促進等に関する法律の一部を改正する法律案」は閣議決定に至った。国会では、差別禁止と合理的配慮規定の対象となる障害者の範囲については、難病患者を含め手帳の有無に関係なく、職業生活上相当の制限を受ける者として幅広く対象とする旨の確認がなされた。また、改正により雇用率制度の対象者となる精神障害者が、手帳所持者に限定される点について、雇用率制度は企業に雇用義務を課すもので、対象範囲の明確性、公正、一律性の担保が必要なことから、手帳の所持を条件としているとの理解が示された⁶⁷。

2013年6月13日、「障害者の雇用の促進等に関する法律の一部を改正する法律（平成25年法律第46号）」が成立した。

2 改正内容

2013年の改正内容については、本稿に関連する点のみ取り上げる。

第一に、第2条の定義が以下のように改正され、公布日の2013年6月に施行された。

「身体障害、知的障害、精神障害（発達障害を含む。第六号において同じ。）その他の心身の機能の障害（以下「障害」と総称する。）があるため、

長期にわたり、職業生活に相当の制限を受け、又は職業生活を営むことが著しく困難な者をいう。」

障害者基本法との整合性や対象者の明確化の観点から、これまでの文言に「(発達障害を含む。第六号において同じ。)その他の心身の機能の障害」を追加した。

第二に、精神障害者の雇用義務化である。精神障害者を含めた雇用率制度の対象者の拡大はこれまでも議論され、その度に見送られてきたが、ついに実現された。この改正は2018年4月1日に施行されることとなった。第三に、差別禁止(第35条⁶⁸)と合理的配慮提供義務(採用時は第36条の2⁶⁹、採用後は第36条の3⁷⁰)規定の新設である。

第3節 解釈および学説の展開

2013年改正を機に、促進法第2条の「障害者」について改めて議論が展開した。まず、促進法が想定する障害の種類である。改正により、これまで列挙されていた「身体障害、知的障害、精神障害」に「(発達障害を含む。第六号において同じ。)その他の心身の機能の障害」が追加された。促進法は、あらゆる心身の機能の障害を範囲内としており、「高次脳機能障害者」⁷¹や「癌患者などの慢性疾患の罹患者」⁷²も、その他の要件を充足していれば「障害者」となり得る。学説では、手帳を所持しない身体または知的障害者が差別禁止と合理的配慮規定の対象者となるか、行政解釈上明らかにされていないことが指摘されている⁷³。これについては既に示唆されており、差別禁止と合理的配慮規定の対象者性に手帳の有無は無関係であるため、手帳を所持しない身体または知的障害者であっても、その他の要件を充足すれば当然に「障害者」となると考えられる⁷⁴。

次に、「長期性(長期にわたり)」の要件である。促進法では、「長期性」が充足する具体的な期間は明らかにされていない。学説では、精神障害者保健福祉手帳の更新期間に合わせた「2年間」と考える説⁷⁵や、事業主が行うべき合理的配慮の必要性に関する「定期的」な確認⁷⁶について、Q & Aで「例えば、年に一回の労働契約の更新や健康

診断に合わせて確認することが考えられる」⁷⁷としていることから、「1年程度」の存続を前提にしていると考える説⁷⁸がある。条文の構成上、「長期性」は職業生活上の制限にかかっていることから、新卒者や雇用継続中に労災や私傷病で障害を有するに至った場合には職業生活上の制限が「長期にわた」っていないから対象外となり得ることが問題視されている⁷⁹。

続いて、「相当性(職業生活に相当の制限を受け)」の要件である。「相当性」につき、Q & Aでは「障害の程度が軽く、就職等に当たってのハンディキャップとならないような」者は該当しないと解されている。この点、学説は、機能障害の程度と就労における支障とは相関することが多いことを前提とした上で、機能障害の程度が軽い者でも職業生活上の制限が相当程度生じている場合は少なからず存在することから、機能障害の程度と「相当性」は区別して判断すべきであることを指摘する⁸⁰。文言上も職業生活上の制限が相当であることを要件としているため、学説と同様に考えるのが妥当である。「相当性」に関する判例では、退職願を提出した労働者(原告)⁸¹は「与えられた仕事については問題なくこなしており、欠勤や早退・遅刻もほとんどなかったことからすれば、長期にわたり職業生活に相当の制限を受け、又は職業生活を営むことが著しく困難であったということはできず、少なくとも本件退職願を提出した時点で、「障害者」(同法(筆者注:促進法)第2条1号)に該当していたとは認められない」と判断されている⁸²。

最後に、国連障害者権利条約との相違である。2013年促進法改正は障害者権利条約を契機としている⁸³にも関わらず、「社会的障壁⁸⁴」についての言及がない。この点につき、2012年11月27日の分科会では、促進法と同様に障害者権利条約の影響を受けて改正に至った障害者基本法の文言は、「障害及び社会的障壁により継続的に日常生活、または社会生活に相当な制限を受ける状態の者」⁸⁵となっているのに対し、促進法は「雇用、労働の分野における合理的配慮を問題にしている」ので「社

会生活イコール……まさに労働の分野、職業生活におけるということになると思う」⁸⁶と、障壁については特段議論がされないまま改正に至った。2013年改正法施行後の2013年12月26日の研究会では、「『障害があるため』の部分で、社会的障壁に起因するものも読むことができるという解釈」⁸⁷を示している。だが、促進法における「障害」は身体障害、知的障害、精神障害とその他の心身の機能の障害を総称したもので、社会的障壁を直ちに読み込むことは文理上不可能である。

第2章 ドイツの障害者雇用法制

第2章では、ドイツにおける雇用率制度と差別禁止および合理的配慮の対象者を考察する。第1節では、現行の対象者を簡単に確認する。特に、差別禁止と合理的配慮は関係する法が複数あり、複雑かつ不明瞭な構成になっているため、ここでは関連する法の規定と関係を示すにとどめ、第3節で対象者を把握することとする。第2節では、雇用率制度の対象者について大きな改正があった1974年改正から最新の改正である2018年改正までの変遷を、判例の展開や学説の解釈を都度交えながら把握する。第3節では、第2節でふれた判例の展開を確認した上で学説の理解を参照しつつ、差別禁止と合理的配慮の対象者について検討する。

第1節 現行の対象者

第1項 雇用率制度の対象者

ドイツの雇用率制度は、障害者のリハビリテーションと社会参加を目的とした諸規定を編成したSGB IX (SozialGesetzBuch Neuntes Buch: 社会法典第9篇) にその規定がある⁸⁸。対象者は、原則としてGdB (Grad der Behinderung) が50以上の重度障害者である (SGB IX 第2条2項)。GdBは労働生活に限らず、社会生活のあらゆる領域における機能障害の影響を指すもので、10を単位に0～100の数値で測定する。「援護医学上の原則/命令 (Versorgungsmedizinische Grundsätze/Verordnung) (以下、「VersMedV」とする))

は脳、眼、耳、呼吸器、心臓血管系など項目を設け、機能障害の程度ごとにGdBの参考値を示している。参考の数値に幅がある場合、治療の頻度や労働不能期間、支援の必要性などを踏まえて個別に判断される⁸⁹。例えば、視覚障害者や聴覚障害者などは、基本的に視力や聴力などにより参考値が測定される⁹⁰が、肢体不自由や知的障害、精神障害の場合、数値に幅があるのが基本であり、社会適応の程度などで具体的なGdBが決定される⁹¹。

VersMedVはSGB IX 第2条1項2号⁹²の規定に従い、その年齢に典型的な生理的变化 (高齢者の加齢による変化など) を障害として考慮しない。発症した年齢や病名⁹³は関係なく、あくまで基準はその年齢に典型的な変化か否かである。最終的な評価は、経験則によって決定される。また、VersMedVによると、測定される機能障害は6ヶ月を超えて残存するか、もしくは残存する可能性がなければならない。発作性疾患や慢性気管支炎など、健康状態が改善と悪化を繰り返すような特徴が認められる疾病の場合、障害の平均的な程度に基づいて評価がされる。

第2項 差別禁止および合理的配慮規定の対象者

ドイツでは、AGG (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: 一般平等取扱法) に障害を理由とした差別の禁止が規定されている (AGG 第1条⁹⁴、AGG 第7条⁹⁵)。差別禁止の規定は、元々SGB IX 第81 (現164) 条2項⁹⁶に存在したが、その適用対象者は全ての障害者ではなく、「重度障害者」に対象者を限定していた。現行の第164条2項2文では、「詳細については、AGGの規定が適用される」と明記され、実質的に無効化されている。差別禁止の根拠法が変更された経緯については後述 (第2章第2節第4項1 (1)) する。

ドイツにおける合理的配慮に関する規定は、2000年EU指令 (「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」 (2000/78/EC)) に由来する。しかし、ドイツでは合理的配

慮を明確には規定しておらず、AGG第12条⁹⁷に「差別を防止するために必要な措置を講じる義務」が、SGB IX第164条4項⁹⁸に「重度障害者の請求権」が規定されている。SGB IX第164条4項における合理的配慮の対象者は、重度障害者とされているが、少なくとも文言上、差別禁止規定のように無効化されていない。

以上のように、ドイツにおいては、AGGに「障害」を理由とした差別禁止規定と「障害者」への合理的配慮類似規定が存在する。しかし、AGGには「障害」あるいは「障害者」に関する定義規定が存在しない。そのため、定義規定は障害を定義するSGB IX第2条1項となる。他方で、その定義は、AGG制定の契機となった2000年EU指令や国連障害者権利条約による障害の理解との間で齟齬が生じている。後述（第2章第3節）するように、学説では、適用条文をSGB IX第2条とした上で、2000年EU指令や障害者権利条約の定義に近づけて理解する解釈論が提唱されている。

第2節 ドイツの雇用法制の変遷

第1項 1974年改正⁹⁹まで

1 改正の経緯

（1）敗戦後の分断と統一法の制定

ドイツにおける雇用率制度の誕生は1920年の重度障害者法¹⁰⁰（以下、「SchwbG」とし、特に1920年に成立した法を指す場合、「1920年法」とする）による。当時の対象者は、原則としてMdE（Minderung der Erwerbsfähigkeit：稼得能力の減少）¹⁰¹が50%以上であり、法律に基づき年金を受給する戦争被害者および労災被害者に限定されていた。その理由は、国家が責務として生活援助を提供し、その負担を国民全体で平等に担うべき対象は、（特に戦争などの）公務の過程で深刻な健康障害を負った人々のみであるという考えが背景にあったためである¹⁰²。そのほか、例外的に一部の視覚障害者および聴覚障害者¹⁰³が対象として認定された。1920年法は第二次世界大戦終了後まで有効であったが、戦勝国による占領に伴い、各地で分断的に改正もしくは新たな障害者雇用法制

が設けられた¹⁰⁴。

1949年5月、ドイツ連邦共和国（西ドイツ）が成立した。直前の1948年には、各州の労働大臣が連邦レベルで統一した障害者のための雇用法の制定を求めた。また、一部の活動団体は、イギリス領圏でなされた改正を参照に、負傷の原因を問わず、稼得能力の低下が50%以上のすべての重度障害者を対象に含めるよう要求した。労働大臣も活動団体も、1920年法を基礎として、占領地域での改正や新設された制度を参考に発展させようとする点では一致しており、法案でも後天的な聴覚障害者や社会主義による迫害被害者を対象者に含めて提出された¹⁰⁵。しかし、ほとんどの案は「（対象とする）人数が多ければ多いほど、保護と有効性は低下する」という理由で却下された¹⁰⁶。

最終的に、1953年に統一法であるSchwbG¹⁰⁷が施行されたが、社会主義による迫害被害者を戦争被害者として新たに含めたのみで、特段の変更はされなかった。

（2）雇用義務枠の余剰

1953年のSchwbG施行直後から、失業中の重度障害者に対し、企業に課された雇用義務枠の余剰があり、1959年には解消のための法案が提出されるほど問題視されていた¹⁰⁸。特に、雇用義務率未達成の企業は納付金を支払わなければならなかったため、雇用率制度の改正が必要となった。

当時、余剰の解消には主に2つのアプローチが考えられた。1つは対象者の拡大で、もう1つは雇用義務率の引下げを始めとする雇用率制度そのものの改正である。前者のアプローチは提案されていた¹⁰⁹が、「戦争犠牲者の優先的な保護と経済的生活、労働生活への統合」という1920年法の趣旨との関係や、拡大後の対象者数の把握が難しく、未知数の経済的負担が危惧されて、採用されなかった¹¹⁰。後者のアプローチでは雇用義務率の引下げ¹¹¹、雇用義務対象企業の縮小¹¹²が提案された¹¹³。結論として、ドイツ政府は後者のアプローチを採用し、改正を行った¹¹⁴。しかし、依然として雇用義務枠の余剰は解消されず¹¹⁵、根本的な解

決には至らなかった。

(3) 1974年改正

雇用率制度の改正をもってしても雇用義務枠の余剰が解消されなかったことから、政府は大胆な方針転換を宣言した。まず、1969年10月28日の内閣宣言 (Regierungserklärung) では、「連邦政府は可能な限り、労働や社会における不利な立場にある人々や障害者のために、より多くの機会を提供するための措置を講じるよう努力する」と声明を公表した¹¹⁶。次いで、1970年の社会報告 (Sozialbericht) では、「この法律 (筆者注: SchwbG) は、主として戦争の結果を克服するために作られたものであるが、状況の変化、特にすべての障害者への包括的なリハビリテーションという現代的な考え方に適応させるもので 保護が必要なすべての障害者は、障害の原因に関係なく、保護対象者に含まれるべきである」と改正の必要性を認めた¹¹⁷。

これらの声明が追い風となり、1973年には雇用率制度の対象者を拡大する法案が提出された¹¹⁸。かつて問題視された1920年法の趣旨との関係は、政府の方針転換により克服され、経済的負担への危惧も、雇用義務枠の余剰が慢性的に続いた当時の現状により解消されたことから、法案は全会一致で承認された¹¹⁹。

2 改正内容

雇用率制度の対象者 (重度障害者) について以下のように改正された¹²⁰。

第1条「重度障害者¹²¹とは、身体的、知的または精神的に障害があり、その障害の結果 (Infolge ihrer Behinderung)、一時的ではなく、MdEが少なくとも50%以上であり、本法の適用地域内に合法的に居住し、または雇用されている者をいう。」

なお、本改正で、年金受給要件の撤廃や一定の条件を充足した非ドイツ人への適用¹²²が開始されたが、ここでは割愛する。

まず、「障害の結果」とあるため、障害が原因となって稼得能力の低下が生じていること、つまり両者の間に因果関係が認められる必要がある。

このため、たとえ稼得能力が低下していても、原因が出自や宗教などであれば因果関係は認められず、適用範囲外となる。

ここでの「MdE」は、障害保険法 (現在の SGB VII) における「被保険者があらゆる労働の機会を利用して生計を立てる能力」とほぼ一致する。また、論者によっては「一般的な労働生活において経済的に有益な方法で労働力を活用する人の能力」とも説明される¹²³。

次に、「一時的ではなく」という要件 (以下、「6ヶ月要件」とする) について、1974年法では具体的な期間が規定されなかったが、障害保険法を参照して6ヶ月を越える期間が一時的ではないと解されていた¹²⁴。これは、後の1986年改正により明文化され、現行のSGB IXでも存続している。

そして、大きな改正点として、対象者性の判断基準について、これまでの障害の原因 (戦争や労災による負傷か否か) により判断する原因主義から、障害の原因を問わず、障害の有無により判断する最終主義へと変更された。これにより、障害の先天性、後天性を問わず、全ての重度障害者が対象に含まれるようになった。そのため、事故による障害や加齢による障害も範囲内となる。また、故意、過失も考慮されず、自傷行為や自殺未遂により障害を負った者も対象者となり得る。

第2項 1986年改正¹²⁵まで

1 改正の経緯

改正から10年後、1974年法については「100万人近い重度障害者が仕事やキャリアに統合されることは不可能だっただろう。失業している重度障害者の数は、法定支援がなければ、ほぼ間違いなくもっと多かっただろう」¹²⁶と評価された。他方で、失業重度障害者の増加¹²⁷が新たな課題として生じ、重度障害者の訓練と雇用の創出をより効果的にするため、法律のさらなる発展の必要性が指摘された¹²⁸。課題解決の糸口として、企業に対して重度障害者の雇用を促進する目的で、雇用義務率が未達成の企業に課す納付金の増額が検討されたほか、重度障害者の定義規定の変更が議論され

た。

2 改正内容

(1) 重度障害者の定義規定の改正

ある人の障害が重度か否かを判断する基準であったMdEは、GdB (Grad der Behinderung)へと変更された。学説では、対象者を戦争または労災被害者に限定していた当時の障害保険法下での用語であるMdEは、SchwbGの目的である「重度障害者の労働・職業・社会への統合」を考慮した表現に変更する必要があると以前から指摘されていた¹²⁹。提唱者であるThielerは、以下の具体例を用いてMdEとGdBとの評価方法の違いを主張する。これまでのMdEによる評価は機能障害そのもののみに着目するのに対し、改正後のGdBでは、障害の影響も考慮して評価される。したがって、指の切断という機能障害は同じでも、MdE下では切断の程度や範囲などにのみ着目して測定されるのに対し、GdB下では指を失った個人が、その結果及ぼされた生活上の影響までもが考慮されて測定される。例えば、その個人が弁護士の場合とオーケストラのヴァイオリニストの場合とでは、指を失ったことによる職業活動への影響が大きく異なるので、GdBも異なって評価されることとなる。

しかし、Thielerの主張とは異なり、立法府の見解では、評価方法や分類基準は従来のまま維持すると留意がされたため、実質的には用語の置換えに過ぎないとも理解されている¹³⁰。ただし、他方では、後述するようにThielerの主張に近い評価方法を採用している判例（判例A）もある。

なお、重度障害者の定義規定は特に改正されないまま、現在はSGB IX第2条2項に移行されている。

(2) 障害の定義規定の新設

1986年改正では、以下のように障害の定義規定が新設された。

第2条「この法律における障害（Behinderung）とは、本来の機能状態から逸脱した身体、知的、

精神状態に起因する（beruhen auf 3）、単なる一時的ではない影響（auswirkung）をいう。本来の機能状態からの逸脱とはその年齢の典型的な状態からの逸脱である。6ヶ月を超過する期間は一時的ではないとみなされる。」¹³¹

本改正で、これまで解釈論にとどまっていた「一時的ではない」の要件につき、6ヶ月の期間を基準とすることが明示された。

次に、「その年齢の典型的な状態からの逸脱（以下、「典型状態逸脱要件」という）」を、機能障害として理解されるようになった。これは、1974年法では対象であった、加齢に伴って生理学的に発症する機能障害を対象外とするものである。立法府によると、これは1980年にWHOが提言したICIDH-1¹³²に従ったもので、「正常な老化は『障害』ではな」く、「過去の誤った決定は見直されなければならない」として、加齢による変化は障害ではなく、法の保護の範囲外であることを強調している¹³³。判例では、「『その年齢の典型的な状態からの逸脱』とは、その年齢において通常存在する身体機能、精神能力、精神的健康の喪失または障害」と理解される¹³⁴。また、その基準は「通常、同じ年齢の障害のない人には影響を受けず、そのため発生することのない」障害か否かである¹³⁵。典型状態逸脱要件は現行のSGB IXでも残されており、これについての学説上の批判は、第2章第2節第4項2（2）で後述する。

最後に、「機能障害の影響」について検討する。これについて、立法府は取り立てて説明していない。しかし、定義規定はICIDH-1に従って制定されたことに鑑みると、機能障害の影響とは、機能・形態障害のみではなく、段階的に進んだ能力障害、社会的不利をも含めた表現と理解できる。

3 判例の展開—機能障害の影響—

障害該当性の中で、機能障害の影響について特に言及した判例は以下の3つである。

1つ目は、パラチフスの後遺症へのGdB測定につき争われた判例¹³⁶（以下、「判例A」とする）である。原告は8歳の時にパラチフスに罹患して

から30年以上、排泄物からサルモネラ菌が検出される後遺症（以下、「排泄後遺症」という）が残った。原告がMdE（当時）の評価を年金事務所（被告）に求めたところ、排泄後遺症はサルモネラ菌の排出以外に身体的異常がないことから機能障害とは認められず、他に認められる機能障害（左足の血栓後遺症など）のみをもって30と判断された。これを受け、原告は正当な評価を求め提訴した。

裁判所によると、「長期の排泄後遺症はSchwbGの意味するところの障害であり……原告も重度障害者である」。「障害とは不規則な身体的・知的・精神的状態そのものを意味するものではなく」、「むしろこの用語は……障害の影響をも含有する」。当てはめでは、原告の「サルモネラ症（筆者注：パラチフス後遺症）は……障害概念に分類できる。この病気が他の人々にもたらす感染のリスクは、労働市場における移動と社会における移動の自由の両方を具体的に制限することにつながる」と判断した。

続いて、先天的聴覚障害と社会生活への影響について判断した判例¹³⁷（以下、「判例B」とする）である。原告は先天的な聴覚障害者で、18歳になり歯科技工士として職場訓練を受け始めたことを契機にH（Hilflosigkeit）¹³⁸認定が撤回された。原告は聴覚障害により言語の習得に影響を受け、したがって他者とのコミュニケーションにも影響すると主張し、取消しを求めた¹³⁹。

裁判所は、「機能障害の影響が……障害として認定される必要がある」とした上で、当てはめでは「幼少期または出生時からの聴覚障害は、聴覚者との関係で深刻なコミュニケーション上の障害を引き起こす（bewirken）。それは、話し言葉の習得の欠陥が……恐怖、劣等感、引きこもり行動の引き金（auslösen）となるためである」と評価した。さらに、「包括的なコミュニケーション障害は、生活のあらゆる分野に影響を及ぼす（wirken）」とし、「知識の取得が困難で、遅れた結果として生じるコミュニケーションの欠如……、聴覚者の社会における……疎外は、SchwbGの意味における障害を意味する」と判断

した。

最後に、アルコール依存症について判断した判例¹⁴⁰（以下、「判例C」とする）である。原告は、アルコール依存症がSchwbGにおける機能障害に該当し、再発防止のための禁酒や飲酒量の制限は社会的な障害に当たると主張したところ、下級審で否定されたので控訴した。

裁判所は機能障害の有無につき、「ある種の異常な身体的状態が機能障害をもたらすかどうかの判断は、基本的に裁判所による事実の評価に委ねられる問題である」とした上で、提出された事実では、原告のアルコール依存症が機能障害と認定されるに足りる十分な証拠とはならないと判断した。次に、SchwbGにおける機能障害の影響とは、「病気に罹患した人が、もはや、障害や危険のない状態で、有する機能を社会的に発揮することができないという事実からなる」とした。さらに、「病気の原因となる物質を避ける人が障害者となるのは、それが……仕事、職業、社会で目立つ（auffällig）ようになる場合だけである。これらの分野で障害が目立たなければ、少なくとも機能障害の影響はない」として、原告の「中毒性物質からの離脱は、……障害にはならない」と判断した。

判例Aで述べているように、機能障害の影響とは、機能障害のみを指すのではなく、その影響をも含めた概念である。ここでの「影響」には、機能障害による能力障害と社会的不利が含まれる。判例Bの事例を用いて検討すると、聴覚障害が機能障害にあたり、それにより引き起こされた話し言葉の習得の困難（コミュニケーションをとる上での障害）が能力障害であり、聴覚者の社会からの疎外が社会的不利にあたる。判例Aは機能障害と能力障害との区別が容易でないが、社会的不利（労働市場と社会での移動の自由の制限）を機能障害の影響として認めている。また、否定例である判例Cを見てみると、機能障害の影響として認められるためには障害の固定性（「もはや、障害や危険のない状態で有する機能を……発揮……できない」と顕著性（飲酒量の制限や禁酒は「仕事、職業、社会で目立」たないために否定された）が

必要と解している。もっとも、これは事例判断の一環で示された解釈であることに留意したい。

第3項 SGB IX 制定まで

1 改正の経緯

(1) 基本法¹⁴¹の改正¹⁴²

1994年、基本法に障害者への不利益取扱いを禁止する規定が新設された¹⁴³。この改正は、障害者団体の要求¹⁴⁴を反映したもので、障害者の社会統合と障害者に対する意識改革を後押しした一方、障害者に対する差別や偏見が国家レベルで問題視されていたことの裏付けでもある。改正にあたっては、基本法の改正が国民の感情問題への根本的な解決には至らないことを理由に批判があったものの、差別への直接的なアプローチにならなくとも、シグナルとして国民に働きかける効果があることから、正当化された¹⁴⁵。なお、基本法における「障害」概念はSchwbGのそれと一致すると理解される¹⁴⁶。立法府の見解では、SGB IXは基本法第3条3項の障害者への差別禁止を実施する法律として位置付けられている¹⁴⁷。

(2) 2000年EU指令¹⁴⁸

1997年6月にEU加盟国間でアムステルダム条約が合意され、ここで掲示された障害を含めた8つの理由による被差別規定を基に、1999年11月25日に「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案（COM（1999）565）」が提出された。そして、1999年の指令案からほぼ変更なく¹⁴⁹、2000年11月27日に「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（2000/78/EC）」（以下、「2000年EU指令」とする）が採択された。この指令は間接差別、直接差別とハラスメントの禁止、障害者への合理的配慮を規定しており、AGG制定の契機となった¹⁵⁰。

(3) 政権交代

ドイツでは既に1986年から障害に関する法を統一する法典（後のSGB IX）の制定が議論されており¹⁵¹、1989年には連邦政府により法案提出の意

向が示された¹⁵²。しかし、実際に具体的な法案が提出されたのは2001年のことである。このタイムラグの背景には、1982年から続いたコール率いる連立政権（ドイツキリスト教民主同盟・キリスト教社会同盟（CDU/CSU）と自由民主党（FDP）の連立）下での対立があった¹⁵³。最終的に、これに終止符を打ったのは1998年の政権交代である。元々障害者雇用政策に精力的であったドイツ社会民主党¹⁵⁴（SPD）と同盟90/緑の党（B90/Grüne）との連立政権になったことにより、SGB IX制定へと動き始めた。SPDは、制定にあたり、前政権で示された目的や方向性の合致を確認した上で¹⁵⁵、2001年1月に法案を提出¹⁵⁶し、同年7月にSGB IX（以下、特に2001年に成立したSGB IXを指す場合、「2001年SGB IX」とする）を施行¹⁵⁷させた。

2 改正内容

(1) 規定の改正

SGB IXの制定により、障害の定義規定が以下のように改正された。

第2条1項「身体機能、知的能力または精神的健康が高度の蓋然性を持って6ヶ月より長くその年齢の典型的な状態から逸脱し、そのため（daher）、社会生活での参加を侵害（beeinträchtigt）される場合、その人は障害者である。」

本改正で新たに設けられた「参加障害」につき、立法府は、WHOのICIDH-2（後のICF）を始めとした国際的な議論に基づいており、「生活の一つまたは複数の分野に影響を及ぼす場合、障害にあたる」¹⁵⁸と説明する。対象者となるためには、従来付されてきた6ヶ月要件などに加え、機能障害により参加障害が生じている必要があることになった。

(2) 重度障害者への差別禁止規定

SGB IXの制定により、2001年SGB IX第81条において雇用関係における重度障害者への差別を禁止し、違反した場合の補償規定を設けた。当初は、これをもって、2000年EU指令の要請を履行したものと解釈されていた¹⁵⁹。しかし、当時、重

度障害者への差別に限定したことが、次項で後述する AGG 制定に大きく影響を及ぼした。

3 判例の展開

以下では、2001年 SGB IX 下で出された 3 つの判例を紹介する。内 2 つ（判例 D 1、D 2）は同じ機能障害でも、性別で参加障害の評価が大きく異なっている。

まず、女性が脱毛症により頭髪を失った場合につき判断した判例¹⁶⁰（以下、「判例 D 1」とする）を見ていく。原告女性は SGB V33 条に基づき、被保険者として保険者である国（被告）に対して障害¹⁶¹（脱毛症による頭髪の喪失）を補うための保護具（かつら）の提供を請求した。以下、障害該当性についての判断を抜き出す。

裁判所は、「身体機能の障害とは……身体の一部の欠損や機能障害だけでなく、外見を損なう影響（*entstellende Wirkung*：ここでは頭髪の喪失そのものを指しているものと考えられる）を伴う病気や怪我もこれに該当する。病気による主に毛髪の永久的な喪失は、『新しい毛髪の形成と成長』という身体機能の喪失によるものである」として原告女性に機能障害が生じていることを認定した。次に、参加障害の有無の判断でも「この病気（筆者注：脱毛症）は女性に外見を損なう影響を及ぼし、……女性が仲間の中で自由に無意識に動くことを困難にするか、あるいは不可能にさえする。その結果、本人は地域社会での生活から遠ざかり、……社会生活への参加が損なわれる」と認定し、原告女性の障害を補う保護具（かつら）の提供を求めた請求を認容した。

次に、男性が脱毛症により頭髪を失った場合につき判断した判例¹⁶²（以下、「判例 D 2」とする）である。請求内容は判例 D 1 と同様であるため、省略する。原告男性は訴訟当時 45～46 歳（1959 年生まれ）であった。

裁判所は、判例 D 1 を参照して身体障害には外見を損なう影響を含むと示した上で、原告男性の機能障害の有無については「送付された写真を検討した結果……他の男性に比べて、脱毛による外

見上の障害は大きくないと言える」と認定した¹⁶³。参加障害については、「女性とは対照的に、脱毛による成人男性の外見上の障害（*Beeinträchtigung des Aussehens*）は障害には当たらない……。……部分的または完全な脱毛は男性の間でより広く見られることであり、……頭髪のない男性の外見は、社会生活に参加する上で何ら異常（*Ungewöhnlich*）なことではない」と判断し、請求を棄却した。

最後に、下級審ではあるが SGB IX の障害概念について理解を示した判例¹⁶⁴（以下、「判例 E」とする）がある。原告は軽度の知的障害と精神障害を併発した GdB50 の重度障害者であり、旧 SGB XII 第 53 条（現在の SGB IX 第 99 条）の統合援助¹⁶⁵を請求した。以下、障害該当性の検討部分を抜き出す。

裁判所は、障害該当性の判断で「SGB IX は……機能障害や能力障害が社会生活への参加障害につながる（*führen*）ことを……要求している」と理解を示した。当てはめでは、原告は軽度の知的障害によって 20 より大きい数の暗算ができなかったことから、「経済的自立は著しく損なわれている」と認定した。また、原告は精神障害も有していたことから「思考力の低下、集中力の低下、不注意、情緒不安定など……があるため、就労にかなりの障害があり」、「人間関係の希薄化や移動能力の低下による社会的統合の障害もある」と判断した。

4 判例と学説の理解—SchwbG と SGB IX との相違—

（1）機能障害の影響と参加障害

学説では、SchwbG で用いられた「機能障害の影響」と、SGB IX の「参加障害」との異同が検討されてきた。結論から先に述べると、「参加障害」は、判例において「機能障害の影響」として既に検討されていたものを、法律上明らかにしたものとする評価が多数派である¹⁶⁶。その他の見解も、GdB 測定時の評価など実務上の変化を指摘するもので、判例の理解については言及していない¹⁶⁷。

判例も学説とほぼ同様の理解を示している。例えば、根拠法がSchwbGからSGB IXへと変化したことによるGdB測定への影響が争点となった判例¹⁶⁸（以下、「判例F 1」とする）では、「SchwbGとは対照的に、SGB IXは障害という用語の定義において、……身体的、知的又は精神的な機能障害のみに焦点を当てるのではなく、その結果としての当事者の社会生活への参加に対する障害にさらに焦点を当てる（この点に関しては、既にSozR 3870 § 3 Nr. 26（筆者注：判例A）を参照）」と理解する。他にも、「SchwbG（SGB IX）は、機能障害の影響（現在は参加障害）を問題にしている。GdB……は……病気によって参加にどの程度障害があるかによって決まる（9/9a RVs 1/91（筆者注：判例B）、9 BVs 44/93（筆者注：判例C）参照）」とした判例¹⁶⁹（以下、「判例F 2」とする）がある。また、糖尿病患者のGdB測定が争われた判例¹⁷⁰（以下、「判例F 3」とする）では、「SGB IX……は、「障害」という用語を…SchwbG……とは異なって定義している」とした上で、SGB IXの規定は、「生活のさまざまな分野への参加（participation）という目標に焦点を当てることを意図したものである……。しかし、裁判所は、旧法（……SchwbG）のもとで、すでにこの点を考慮していた（例えば、9a RVs 5/86（筆者注：判例A）参照）」と理解している。

学説の分析と裁判所の理解とを比較しても、判例（特に判例F 3）はSchwbGとSGB IXとの文言上の違いを強調するものの、これまでの判例A～Cの判断の中で、既に「参加障害」を考慮していたとする点では学説と一致している。SGB IX下の判例で認定された「参加障害」と、SchwbG下の判例で認定された「機能障害の影響」とは、どちらも機能障害もしくは能力障害から生じた社会上の制限を意味していることから、両者に差異がないと解した学説と判例の理解は妥当である。

（２）機能障害と参加障害との関係

学説によると、機能障害と参加障害との間には因果関係が必要である。機能障害がなければ参加

障害も存在しないことになり、参加障害は機能障害の因果的帰結として現れなければならない¹⁷¹。これは、「障害者」概念を定義づけた文言からも明らかである。2001年SGB IXでは「したがって（daher）」、SchwbGでも「に基づいて（beruhen auf）」とされているので、この点でも新旧で相違はない。

判例も同様の理解であり、SchwbG下の判例A（「身体的異常が……仕事や社会における障害につながるのであれば」）と判例B（「聴覚障害は……コミュニケーション（上の）障害を引き起こす（bewirken）」）では、参加障害の前提として機能障害との因果関係が確認される。2001年SGB IX下でも、判例E（「SGB IXは……機能障害や能力障害が社会生活への参加障害につながる（führen）ことを……要求している」）や判例F 1（「機能障害のみ……ではなく、その結果としての……社会生活への参加に対する障害」）で、機能障害と参加障害との間に因果性を求めている。

（３）顕著性

SchwG下では、アルコール依存症の者が行う禁酒や飲酒量の制限につき、「仕事、職業、社会で目立」たないことから機能障害の影響が認められなかった（判例C）ように、SGB IX下でも頭髮を失った（若年者でない）男性は「社会生活に参加する上で何ら異常なことではない」ため参加障害が否定された（判例D 2）。このことから、（社会から見て異常と判断される程度の）顕著性はいまだ必要と理解されていることがわかる。もっとも、顕著性は「障害者」概念を定義づけたSchwbGおよびSGB IXの文言から直ちに導かれるものではなく、あくまで事例的な判断の中で示された理解にとどまる。

第４項 SGB IX2018年改正まで

１ 改正の経緯

（１）AGGの制定

ア AGG制定の経緯

SPDとCDU/CSUの政権下で法案が提出¹⁷²さ

れ、2006年8月18日にAGGが施行された。このとき、SGB IX第2条の「障害」定義規定は修正されなかったが、差別禁止の対象者を「重度障害者（SGB IX旧第81条）」から「障害を有する者（AGG第1条、第7条）」に変更した。前述（第2章第1節第2項）の通り、SGB IXにおける重度障害者への差別禁止規定は無効化され、雇用場における障害を理由とした差別を禁ずる規定としてAGGへと移行された。

AGG制定とこれに伴う対象者の変更は、2009年2月の欧州裁判所（以下、「EUGH」とする）の判例¹⁷³を背景にしている。当判例で、「ドイツ連邦共和国は…障害を理由とする差別…に関して、2000/78/EC指令（筆者注：2000年EU指令）を遵守するために必要なすべての法律、規則、行政規定を採択せず…2000/78/ECに基づく義務を履行していない」と判断されたために、ドイツは早急に法案作成に取りかかった。2000年EU指令が要求している「国内法化の期限は2003年にすでに到来しており、期限の延長が認められた障害差別および年齢差別についても2006年12月がその期限であった」¹⁷⁴ため、「違約金を課せられることを免れるぎりぎりのタイミングでの立法であった」¹⁷⁵。AGG立法後の判例¹⁷⁶によって、重度障害者に限定して差別を禁止したことが義務違反に該当したと補足的に説明され、対象者の変更についても改めて確認された。

イ AGGにおける障害概念

AGGは、障害を理由とした差別を禁止するが、肝心の「障害」につき定義していない。

EUGHは、2000年EU指令における「障害」の理解を示している。疾病の障害該当性が争点となった判例¹⁷⁷（以下、この判例を「判例G」とする。）は、2000年EU指令の目的を「雇用と職業に関して、障害……による差別を解消するための一般的枠組みを確立すること」とした上で、「『障害』という用語は、特に身体的、知的、または精神的な障害に起因する制限であって、当該者の労働生活への参加の障害となるものを含」み、同指

令が「障害に応じて職場に適応する措置（筆者注：合理的配慮を指しているものと考えられる）を重要視したことは、労働生活への参加が長期にわたって制限されるケースを念頭に置いていたことを示している。したがって、その制限……は、長期にわたる可能性がなければならない」と示した。

判例G直後の判例¹⁷⁸は、これを参照して障害概念を理解していたが、ドイツ立法府¹⁷⁹とその後の判例では「AGG第1条の意味における障害の概念は……SGB IX第2条1項……の法定定義に相当する」と解釈している¹⁸⁰。

（2）国連障害者権利条約の影響

障害者権利条約に関しての説明は、日本の雇用法制の変遷（第1章第2節第3項）の中でふれた通りなので省略する。ドイツは2009年に批准に至った。

ア EUGHの理解

障害者権利条約を受け、EUGHは判例Gで示した「障害」概念の定義を変更した。判例⁸¹（以下、「判例H」とする）によると、「Chacón Navas 判決（筆者注：判例G）……後に批准した障害者権利条約（UN-BRK：UN-Behindertenrechtskonvention）は、障害者には『長期にわたる身体的、知的、精神的または感覚的障害（Sinnesbeeinträchtigung）を有し、それが様々な障壁（Barrieren）との相互作用（Wechselwirkung）によって、社会への完全、効果的、かつ平等な参加を妨げる可能性がある』人々が含まれる」と述べている。

判例Hは障害者権利条約を参照し、障害概念に「感覚的障害」、「様々な障壁との相互作用」、「他の労働者と対等な立場で労働生活に完全かつ効果的に参加すること」を新たに導入した。

イ ドイツ裁判所による整理

判例H直後のドイツ判例¹⁸²（以下、「判例I」とする）は、科学技術補助者としてクリーンルーム（無菌空間）での業務を予定していた無症状のHIV感染者であった原告を、被告会社が試用期間

中に解雇したことが、障害を理由とした差別に当たるとかを判断し、AGGにおける「障害」の定義を独自に示した。以下、障害概念と該当性についてみていく。

判例 I は「AGG 第 1 条の『障害』は……SGB IX 第 2 条……の法定定義に対応している」とした上で、障害に関する「EU 法上の概念と国内法上の概念は異なって確立している。……AGG の適用を受ける者にとっては、部分的に有利に、部分的に不利に、この用語の理解に違いが生じている」と示した。さらに、「EUGH は、障害の概念を労働生活への効果的な参加の障害に限定している……、一方、国内法（筆者注：SGB IX 第 2 条 1 項）や障害者権利条約における障害概念は、社会参加に焦点を当てている。さらに、国内法の理解によれば、6 ヶ月以上続くと思われる逸脱はすでに長期的なものともみなされるが、EUGH の理解によればある制限が「長期的」であるかどうかは、個々のケースごとに国内裁判所が判断しなければならない。国内で理解される障害概念は、年齢に典型的な状態からの逸脱を要求する限り、……EUGH の理解よりも狭い……。さらに、国内法の障害概念では、参加への障害がすでに生じていることが必要であるのに対し、障害者権利条約を指針とする EUGH の障害概念では、そのような障害が生じる可能性があるだけで十分である」と相違点を整理した。

続けて、「AGG における障害の概念は、国内法が超国家法（筆者注：障害者権利条約と EUGH の障害概念を指すものと考えられる）よりも広い障害の概念を前提としている限り、採用される。それ以外の点では、EUGH の障害概念が基礎となる」として、「AGG 第 1 条の意味における障害は、……人の身体的機能、知的能力または精神的健康が長期的に制限され、その結果、様々な社会的背景要因（障壁）との相互作用により、その人の社会参加（労働生活への参加も含む）が実質的に損なわれ得る（kann sein）場合に存在する」と定義を示した。

当てはめでは機能障害の有無につき、「HIV 感

染は不治の病である。その結果、細胞性免疫が低下し、免疫不全に陥る。このような生物医学的状態の一般的に認知された基準からの逸脱……は……身体機能の障害につながる」と認定した。判例 I は、参加障害の有無の検討の際に因果性にも言及しており、「しかし、……これ（筆者注：機能障害）は参加障害が存在することを前提とする……。……原告の生活参加は、HIV 感染によって……損なわれている。原告の能力が制限されない（筆者注：HIV が無症状であることを指していると考えられる）ことは無関係で、対人関係や職場で汚名にさらされる可能性があるだけで十分である。……偏見と汚名によって……AGG の意味における障害者となる」と判断した。さらに、原告はクリーンルームでの業務に対する適格性を否定され、採用を拒否されたことから、職業生活上の障害を認定している。

判例 I は、障害の定義に関して SGB IX と EUGH、障害者権利条約との 3 者間の相違を整理し、判断枠組みを示した初めての判例である。よって、少なくとも判例 I の理解では障害概念における長期性については、6 ヶ月という具体的な期間を設ける（SGB IX）よりも抽象的な方（EUGH および障害者権利条約）が、機能障害と参加障害との関係については、因果関係（SGB IX）よりも障壁との相互作用の結果の方（EUGH および障害者権利条約）が、障害が既に生じていることを要する（SGB IX）より可能性で足りると解した方（EUGH および障害者権利条約）が、障害の概念は広い。また、SchwbG 以来採用されてきた、典型状態逸脱要件は言及していない一方で、参加障害で考慮する生活領域については SGB IX と障害者権利条約に依拠して社会生活としている。

（3）学説の展開—2001 年 SGB IX と判例 I の 2 つの障害定義—

学説では SGB IX 上の定義と判例 I で示された定義との齟齬の正当化が検討された。特に、「様々な障害との相互作用」の導入についての議論が盛んであった。

ア 社会的障壁のみによって障害は構成されるか

この問いに対し、肯定派の Benafsché は第一の指摘として、2001年 SGB IX は年齢に対して典型的ではない機能障害にのみ基づいた定義規定であると持論を示した¹⁸³。しかし、これに対しては Kessler によって、2001年「SGB IX 第2条1項は……参加の障害に焦点を当てることで、現代的な障害概念の要件を満たしている」と明確に否定される¹⁸⁴。参加障害の考慮については、2001年 SGB IX の文言で言及されるだけでなく、判例（判例 D 1、判例 D 2 など）上もこれに焦点を当てた判断がなされているので、Kessler の反論が妥当である。

次に、Benafsché は第二の指摘として、障害者権利条約における障害概念を参照に、「（障害者権利条約の意味での）『障害』は常に社会的または環境的な障壁から生じる」という理解を示した¹⁸⁵。Benafsché の理解によると、社会的な障壁のみによっても障害が構成されることになる。これと対立する立場として、Luthe の見解がある。Luthe は、「社会的障壁¹⁸⁶が加われば、障害概念は全体として非常に推測的で、恣意的に解釈可能な問題に墮落する恐れがある」として、「機能障害の文言は……必要である」と主張した¹⁸⁷。Luthe は、SGB IX の2018年改正法案が提出された以降に公表した論文でも、「SGB IX 第2条1項1号は、障害の理由として『身体および健康状態』に明確に焦点を当てているため、社会的要因だけでは障害の要件を満たすことはできない」と理解している¹⁸⁸。この対立関係に対して、Kessler は、Masuch の「医学的根拠のない参加障害は法的には無関係」¹⁸⁹とする見解を参照し、「ICF も前提としているように、機能障害……の記述を省くことはできない」¹⁹⁰と Luthe と親和的な見解¹⁹¹を述べている。

イ 相互作用概念の導入の当否

続いて、相互作用概念の導入について議論がされた。当初、これに明確に反対したのは Luthe で

ある。Luthe は、相互作用の導入が「すべてがすべてと何らかの形でつながっているという真理論に後退する危険性」に繋がりがねないことを危惧する¹⁹²。Luthe によると、相互作用の概念が導入されると、参加障害さえ認められれば、それは障壁との相互作用の結果として判断されるようになり、結論を先取りした評価を許容することになる。さらに、Luthe は判例¹⁹³を引用し、「ドイツの裁判所が条約を解釈する義務を負っている……が、それは……『解釈と考察の余地が開かれている』限りにおいてであ」って、「SGB IX 第2条の文言（「従って（daher）」¹⁹⁴）は明瞭であり、解釈の余地はない」¹⁹⁵とも指摘する。

これに対し、Welti は、判例 I を「健康障害に関連した雇用障壁も障害につながる可能性があることが明らかになった」¹⁹⁶と評価しており、従来の「機能障害」から「参加障害」への一方向の因果関係から、「機能障害」と「障壁」（との相互作用）による「参加障害」の3者関係へと変化し得ることを指摘している。Welti の主張は、Kessler によって、「法律の文言に違反することなく、相互作用の概念を SGB IX 第2条1項に含めることができるという見解」¹⁹⁷として位置付けられている。そして、Kessler 自身は「客観的に確認可能な機能障害と、それに因果的に起因する参加障害に基づく相互作用概念に異論はない」¹⁹⁸としている。Welti と違い、Kessler は障害を構成するのは機能障害と参加障害の2者関係であることに変更はないという理解に立った上で、2者を繋ぐ関係が因果関係から相互作用へと変化し得ると解釈している。ただし、Kessler は「相互作用の概念がそれ（筆者注：因果関係を指す。）以上のものを意味するのか、それともまったく異なるものを意味するのかは、まったく明らかではない」¹⁹⁹ことも指摘している。相互作用概念については具体例を用いた解説²⁰⁰が試みられたものの、現在まで統一された理解は確立していない。

以上のような考察が展開される中、2015年に国連障害者権利委員会が出した「ドイツ法が条約第1条および第2条に含まれる概念、特に人権的ア

プローチに……十分な理解を示していないことを懸念する」という最終見解²⁰¹を受け、ドイツ政府は障害者権利条約を反映して、相互作用概念を採用した法案²⁰²を提出した。相互作用の導入に関する論争は、SGB IXが改正された（以下、特に2018年に成立したSGB IXを指す場合、「2018年SGB IX」という）ことをもって終止符が打たれ、反対派のLutheも、改正後は相互作用概念を前提として2018年SGB IXについて分析している²⁰³。

2 改正内容

「障害者」概念の定義規定は、以下のように改正された。

第2条1項1号「障害者とは身体、知的、精神または感覚的侵害を有し、態度的および環境的障壁と相互に作用し合い（In Wechselwirkung）、高度の蓋然をもって6ヶ月より長く、人の平等（もしくはは同等）の権利（gleichberechtigten）のもとで社会参加が妨げられ得る者である」

第2条1項2号「1号に言う侵害（Beeinträchtigung）は、身体または健康状態がその年齢の典型的な状態から逸脱する場合に存在する」

以下、改正点を確認した後に、継続された要件を検討する。

（1）改正点

ア 感覚的な障害

これまで掲げられていた「身体的、知的、精神的」な障害に、感覚的な障害が追加された。これは障害者権利条約の表現をそのまま採用している。感覚的な障害とは、視覚、聴覚、嗅覚、味覚、触覚の障害だけでなく、温度感覚、その他の刺激や痛みに対する過敏性をも指している²⁰⁴。ただし、立法府の見解では、「感覚障害への言及は……障害者権利条約の文言に倣ったものに過ぎず、現行法（筆者注：2001年SGB IX）ではすでに身体機能に包含されている」²⁰⁵ので、従来から内容的な変更はないとみている。学説も立法府と同様の見解を採る²⁰⁶。

イ 態度的および環境的な障壁

立法府は、「態度的障壁には、主に障害者に影響を与える偏見や恐怖が含まれ」、「環境的な障壁には、主に公共交通機関や公共・民間建物へのバリアフリーアクセスなどの構造的な障壁が含まれる」²⁰⁷と説明しており、障害者権利条約（第1条）における「様々な障壁」に該当すると考えられる。

学説では、態度的障壁を中心に障害者権利条約との相違について議論された。例えば、Kesslerは2018年改正で障害者権利条約から除外されたのは、障壁による影響を受ける人々の自己認識の有無であると考察する²⁰⁸。これに続き、Lutheは当事者の主観を考慮することの是非について「（筆者補足：SGB IXの）自己決定による参加という法的目的を考慮すると、障害者の主観的な考えや不幸な経験は、障害を評価する際……の総合的な評価において無関係ではありえない」という理解を示した上で、「原則として客観的基準が適用され……客観的評価に基づいてのみ、当事者の主観を考慮する」²⁰⁹旨の理解を示した。さらに、運用上の解釈も示唆しており、機能障害に相互作用を与える障壁として認められるためには「一般的な人生の危機や人生の重荷（失業、病気、夫婦間の不和など）と十分に区別できる程度の深刻さ」²¹⁰が必要であると指摘する。たしかに、判断中に当事者の主観（原告が社会から受ける汚名や偏見）について言及した判例Iも、HIVが「社会的回避行動やスティグマをもたらす慢性疾患」である特殊性が影響していると評価がなされており²¹¹、当事者の主観を考慮するには一定の特殊性が必要なようにも解せる。Lutheが示唆するように、当事者の主観を重要視すると障害概念が無制限に広がりかねず、どこかで線引きは必要となる。しかし、当事者の主観が特殊性（Lutheの言葉を借りると「一般的な人生の危機や人生の重荷と十分に区別できる程度の深刻さ」）を有するか否かは、裁判官の価値判断が大きく作用することとなり、客観的な評価にはなり得ないとする。

結局のところ、学説は語意や障害者権利条約との相違を明らかにしておらず、裁判所の理解に委ね

られたままである²¹²。

ウ 相互作用

第2章第2節第4項1（3）の学説の展開でも確認したように、相互作用が何を意味するかは未だ不明であり、立法府も言及していない。

学説では、判断にあたって相互作用を考慮する場面は、「機能的制限を伴わない平均的な外見からの身長逸脱など、境界線上のケース」に限定されるとするKesslerの見解がある²¹³。文言において障壁に言及していない2001年SGB IX下でも、判例D 1では、原告女性の外見の障害（頭髪の喪失）は好奇の対象となり、社会的孤立の危険にさらされる結果、仲間内での行動の制限という参加障害が生じていると判断されており、機能障害に加えて、周囲の過度な注目や無理解といった（2018年SGB IXに沿って表現するならば）障壁をも既に考慮して判断していると言える。そして、判例D 1で認定された脱毛症による頭髪の喪失は、実質的な機能的制限をもたらしたとは一概に言えない、Kesslerの指摘するような「境界線上のケース」である。この点、Lutheは、改正に伴って社会的障壁との相互作用が「障害の要因として格上げ」²¹⁴されることにより、これまで「境界線上のケース」でのみ考慮されていた障壁や相互作用が全てのケースにまで拡大され、障害該当性判断の形骸化に繋がることを懸念する。

エ 平等な社会参加

これは障害者権利条約における「他の労働者と対等な立場で労働生活に完全かつ効果的に参加すること」に対応する文言と解され、立法府をはじめ、学説、判例ともに特段の検討はなされていない。

オ 可能性がある者

「（社会参加を妨げる）可能性がある者」は第2条1項3号²¹⁵の「障害の危険がある」とみなされる者と一致する²¹⁶。既に2001年SGB IX（第2条1項2文²¹⁷）でも同様の規定が存在していたが、

改正により、既に障害が存在している者と障害が生じる可能性がある者とを同列に扱う目的で併記された²¹⁸。

（2）継続された要件

ア 典型状態逸脱要件

典型状態逸脱要件は2018年改正でも継続されたが、学説では従来から以下の点で批判がされている。第一に、典型状態の不明確さである。典型状態逸脱要件は「年齢に典型的な状態」、つまり同年齢で障害のない人が基準となる。現在のところ、これはICD-10により医学的に判断される²¹⁹が、刻一刻と発展し、変化していく医学に対応する必要がある。加えて、そもそも加齢による変化は個人差が大きく、「年齢に典型的な状態」を確定することの困難さも指摘される²²⁰。判例²²¹ではシュミット型骨幹端軟骨異形成症（いわゆる小人症）を有する幼児（訴訟当時5歳）につき障害認定を求めたところ、子供の身体的成長は特に個人差が大きく、時代によって変動していくものであるから、「一般的に、小人症は6歳になるまでは顕著な障害として分類でき」ず、「大人の場合のように、各年齢グループの標準から大きくかけ離れていると認めることは事実上不可能で」あるとして請求を棄却した。本件は典型状態逸脱要件が原告にとって不利に働く特殊な事例であったが、慎重な判断がなされている。

第二に、年齢差別との抵触である。特に高齢者の場合、老齢期に典型的な機能障害を持つ者はリハビリテーションを始めとするサービスが受けられなくなり、自立した生活への権利と両立しないと指摘される²²²。判例²²³でも、「障害を、老齢期の典型的な状態からの逸脱に限定することは正当化することのできない障害概念の制限である」と言及される。

イ 6ヶ月要件

文言によると、「参加障害」が少なくとも6ヶ月以上続くことが必要である²²⁴。他方で、6ヶ月は「機能障害」にかかっているとする解釈もあ

る²²⁵。以上のように、6ヶ月が何にかかるものか、論者によって異なった解釈がされているところであるが、学説はあまり区別して論じていない。

3 改正の評価

学説の多くは、立法府の「法的な明確性を高め……障害者権利条約の意味での障害の理解に対する認識をさらに高め」という見解に従っている²²⁶。判例でも、2018年改正は内容に変更を加えていないと評価している²²⁷。

他方で、機能障害と参加障害との因果関係から、機能障害と障壁との相互作用による参加障害への変更は「単なる宣言的なものではなく」、実質的な変化をもたらしたとする評価もある²²⁸。

第3節 判例の展開と学説の解釈

最後に、差別禁止と合理的配慮規定の対象者である「障害者」の概念を明確にするため、判例の展開と学説の解釈を確認し、SGB IXとAGGとの障害概念の理解を整理する。

立法当初、AGGにおける障害概念は2001年SGB IXの文言と合致すると考えられていた²²⁹。その後、EUGHが判例Gで、典型状態逸脱要件の言及がなく、長期の存続があれば足りる障害概念を示した直後は、この理解に沿った枠組みが用いられた判例²³⁰があったものの、判例G後も基本的にはSGB IXの文言通りに理解されていた²³¹。

しかし、障害者権利条約採択後の判例Iでは、AGGにおける障害概念はSGB IX第2条の定義に対応するとしつつ、その解釈にあたっては、判例Hに沿った（障壁や相互作用関係などを採用した）枠組みを示した。また、判例Iは、前出判例²³²と同様に典型状態逸脱要件について言及はなく、障害が長期存続するのであれば足りるとされた。

その後、2018年SGB IX改正では、典型状態逸脱要件と6ヶ月要件は削除されないまま残された。これは、判例Iで示した障害概念の修正を試みたものと考えられる。

以上のように、現行のSGB IXの文言と判例G～Iで示した障害概念とは完全な一致はしていな

い。しかし、AGGには障害に関する定義規定がないことから、適用されるのはSGB IX第2条と理解される²³³。学説の中には、SGB IXを根拠条文としつつ、障害者権利条約（およびそれに沿った理解を示す判例I）の理解に近づけた解釈をすることによって齟齬を解消しようとする見解がある²³⁴。例えば、典型状態逸脱要件については「高齢であることだけをもって障害の存在……の可能性を否定することはでき」²³⁵ず、特にAGGに関する判断においてはその充足性は慎重に、制限的に検討すべきであると指摘する²³⁶。6ヶ月要件については、SGB IX第2条1項1号と2条1項3号で、障害が存在する可能性がある者について規定していることから、厳格に捉えず、「6ヶ月より長く続く可能性が極めて高い」のであればそれで足りると解釈される²³⁷。もっとも、2018年改正以降にAGGの対象者性が争点となった判例はなく、実際の適用場面でどのような解釈がとられるかは未だ不明である。

第3章 日独比較と示唆の検討

本章では、第1節で障害者に関する定義について、特に日本法で議論となっている「長期性」、「相当性」と「社会的障壁」を主に比較検討する。次に、機能障害と参加障害（促進法では「職業生活上の制限」にあたる）との関係性および社会的障壁への言及の有無とその位置づけについては、第2節で日本法への示唆として検討する。

第1節 比較

第一に、「長期性」について、促進法では具体的な期間を設けておらず、学説で解釈が試みられている。対して、ドイツでは6ヶ月以上の障害の存続を「一時的ではない」とみなすものの、障害を有する可能性のある者についても定義規定で言及があることから、日本で問題視されるような、障害が「長期にわたっ」ていないために新卒者や中途障害者が保護対象外となり得るケースは発生しない。

第二に、「相当性」についてである。促進法では職業生活上の制限が相当程度生じていることを要件としている。これに対し、Q & Aでは「障害の程度が軽く、就職等に当たってのハンディキャップとならないような」²³⁸者は該当しないと解されており、相当性が必要となる対象について、機能障害か職業生活上の制限かをあまり区別して論じられていない²³⁹。ドイツでは、文言上、「相当性」を求めている²⁴⁰が、判例（特に判例C²⁴¹と判例D 2²⁴²）では参加障害に顕著性を求めているように見え、参加障害（職業生活上の制限）に一定の程度を求める点では共通している。

第三に、「社会的障壁」への言及の有無について比較する。促進法では明文上考慮されていない上、改正過程での見解も明らかにされていないため、その位置づけは不明である。対して、ドイツでは文言上「社会的障壁」の言及がある。これは、障害者権利条約と国連障害者権利委員会の最終見解の影響が大きい。

最後に、障害者性を根拠づける法の性質である。日本は障害者基本法を土台に、法の目的ごとに障害者に関する定義規定を設けている。促進法の場合、障害者の職業生活における自立や職業の安定を目的としていることから、想定する生活領域は「職業生活」にとどまるほか、促進法上の障害者該当性は職業リハビリテーション（促進法第10条）を利用する場合や、雇用の場における差別や職場での合理的配慮不提供の場合に問題となる。他方で、ドイツのSGB IXは雇用や労働の場に限らず、医療、教育など多岐の場面に渡って適用され、障害者該当性が公的な給付を受けられるか否かの基準となることもある。そのため、ドイツでは典型状態逸脱要件や6ヶ月要件、（かつての）機能障害と参加障害との因果性要件などの制限的な解釈がなされるようになったのだと考えられる。

第2節 日本法への示唆

続いて、日本法への示唆を検討する。

第一に、機能障害と職業生活上の制限との関係

である。2018年SGB IXでは、機能障害と障壁との相互作用により参加障害が生じていることを求めているものの、相互作用の具体的な内容については、学説上も判例上も理解が深められていないままである。2018年改正前、ドイツの学説は障害の定義規定である2001年SGB IX第2条の文言（「したがって（daher）」）を主たる根拠にして、機能障害と参加障害との関係を因果関係と解しており、同様に理解する判例をもってその正当性を補強している。

対して、日本ではほとんどの判例で障害者該当性までは検討されていないため、文言を根拠とすることになる。促進法でも、「障害があるため（下線筆者）職業生活に相当の制限を受け……」と因果性を求めていることがわかる²⁴³。行政解釈（Q & A）を見てみると、「障害が長期にわたる又は永続するものであり、かつ、職業生活を相当程度制限する又は職業生活を営むことが著しく困難な場合……障害者に含まれ」²⁴⁴と解し、職業生活上の制限についても「障害により（下線筆者）職業生活が相当程度制限される状態」²⁴⁵としているので、やはり機能障害と職業生活上の制限との間には因果関係が必要であることが分かる。もっとも、これまで判例、学説において障害者概念および対象者性は主要な争点とはされておらず、因果性についても、対象者性の要件の1つとしては認識されていない。判例²⁴⁶では、高次脳機能障害と強迫性障害を有する労働者が勤務先である被告会社に、腰痛を理由として履物の配慮を求めたところ、裁判所は、促進法第2条の「『身体障害、知的障害、精神障害、その他の心身の機能の障害』は、高次脳機能障害及び強迫性障害をいうと解されるところ……『腰を痛めている』ことは、高次脳機能障害及び強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になるとは直ちに解されない」とし、機能障害（高次脳機能障害と強迫性障害）と能力障害（腰痛）との間の因果関係が直ちに認定できないことから請求

を棄却している。職業生活上の制限との関係については言及がないので不明であるが、障害の段階ごとの関係性に着目して判断した判例と言える。

第二に、社会的障壁の位置づけについてである。既に指摘されているように、促進法の規定では「障壁」を明文化しておらず、機能障害や職業生活上の制限にどのような影響を及ぼすかは不明である²⁴⁷。また、合理的配慮に関する規定でも明示的な言及はされていない²⁴⁸。

そこで、ドイツの判例と学説を参照して、促進法における障壁の取扱いについて考察を試みる。職業生活上の制限の中には、それが機能障害に起因するものか、障壁に起因するものか、評価が難しい場合がある。すなわち、Kesslerが提唱する「境界線上のケース」²⁴⁹である。「境界線上のケース」とは、例えば、判例D 1で認められた、病気で頭髪を失った女性が人目を気にして自由に行動できない（行動が制限された）ような場合である。このようなケースの評価にあたっては、機能障害（頭髪の喪失などの外見の変化）に起因すると解するアプローチと、障壁（異常な外見と評価される社会）に起因すると解するアプローチの2つの考え方ができると指摘される²⁵⁰。ドイツでは、脱毛症による頭髪の喪失につき、障害該当性が争われた判例D 1²⁵¹および判例D 2²⁵²について、当時の2001年SGB IXは障壁に言及していなかったにも関わらず、参加障害の判断にあたって、機能障害（頭髪の脱毛）に加えて障壁（社会の評価など）をも既に考慮していたとの評価がされている²⁵³。しかし、判例D 1および判例D 2が出された当時、裁判官が意識的に障壁を考慮していたかは不明であり、社会的障壁を明文化した2018年SGB IXの下でなされた事後的な評価と理解するのが妥当である。したがって、促進法のように、障壁が明文化されていない状況下においては、その位置づけや効果はやはり不明であり、現状では「境界線上のケース」において参加障害につき判断する場合に、機能障害に加えて默示的に障壁が考慮され得るにとどまるものとする。

終章

本稿では、障害者雇用法制のうち、促進法に規定される雇用率制度、および、差別禁止と合理的配慮の対象者性について、ドイツを比較対象に、立法背景や学説の展開、判例を踏まえながら検討した。

その結果、国連障害者権利条約を始めとした外的影響の大きさや法制度の変遷などの共通点がある一方で、促進法とドイツのSGB IXとでは法的性質に違いがあることから、文言とその解釈が異なって変化していったことが分かった。日本法への示唆としては、ドイツでの議論に鑑みて、機能障害と職業生活上の制限との間には因果関係が求められることを確認した。その上で、対象者性につき因果性要件を含めた更なる考察と検討の必要性を指摘し、社会的障壁の位置づけについて文言上明文化されていないことを念頭に置いて、現時点で可能な解釈方法を考察した。

今後の課題としては、2018年SGB IX改正により導入された社会的障壁の効果および影響、因果関係と相互作用との関係についてさらなる調査を行う必要がある。また、実務上の判断手法を含め、判例と学説を通じた実践的な解釈を試みたい。他方で、2018年SGB IX改正後はドイツにおいても判例、学説共に解釈が確立していない。日本では、差別禁止と合理的配慮が新設されてから比較的日子が浅いことも影響してか、障害者該当性に関する判例は少ない。既存の要件に加え、相互作用概念や社会的障壁を始めとした明文化に至っていない概念についての理解を深めるためにも、日本とドイツの両国の学説と判例の展開を今後も着目していきたい。

¹ 本研究にあたり、随所で参照する雑誌「Behinderung und recht」に記載されたErnst Luthe著「Der neue Behinderungsbegriff des Bundesteilhabegesetzes (§ 2 Abs. 1 SGB IX) – Teil I Teil II」の論文はRichard Boorberg Verlag

- GmbH & Co KG社のご厚意から、特別に頂戴したものである。この場を借りて、心からお礼を申し上げたい。
- ² 雇用率制度とは民間事業主、国、地方公共団体に対し、その雇用する労働者に占める障害者の割合が一定率以上にするよう義務付ける制度のことである。
 - ³ 障害者であることを直接的な理由とした差別的意図を持った言動を禁止する。
 - ⁴ 事業主が負っている、障害者と障害者でない者との均等な機会または待遇の確保の支障となっている事情および障害者の有する能力の発揮の支障となっている事情の改善を目的とした配慮義務のこと。ただし、事業主に対して過重な負担となる場合は例外となる。
 - ⁵ 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）233頁、永野仁美ほか『詳説 障害者雇用促進法 <増補補正版>』（弘文社、2018年）67頁（中川純執筆部分）、独立行政法人高齢・障害・求職者雇用支援機構「令和5年版障害者職業生活相談員資格認定講習テキスト」（以下、本稿において「テキスト」とする。）210頁以下参照。
 - ⁶ 「障害者雇用促進法に基づく障害者差別禁止・合理的配慮に関するQ&A（第二版）」（以下、本稿において「Q&A」とする。）A1-3-1。
 - ⁷ 主にQ&A、厚生労働省職業安定局高齢・障害者雇用対策部『障害者雇用促進法の逐条解説』（2003年、日刊労働通信社）（以下、本稿において「2003年解説」とする）、征矢紀臣労働省職業安定局長『障害者雇用対策の理論と解説』（労務行政研究所、1998）を参照している。
 - ⁸ これを指摘するものとして長谷川・前掲注5）280頁以下、山川隆一・相澤欽一・小鍛冶広道・長谷川珠子「【座談会】今後の障害者雇用のあり方と企業の対応を考える」労務事情1288号（2015年1月合併号）6頁以下（小鍛冶／長谷川発言部分）がある。
 - ⁹ 中川純「障害者雇用促進法の差別禁止条項における『障害者』の概念」季労243号（2013年冬季）13頁。
 - ¹⁰ 2012年11月27日第53回労働政策審議会障害者雇用分科会議事録（竹下委員発言部分）。
 - ¹¹ 長谷川珠子「日本における『合理的配慮』の位置づけ」労研646号（2014年）17頁以下。
 - ¹² SGB IX（社会法典第9篇）第2条2項。
 - ¹³ 対照的に、フランスでは労働法典L5213-1条に障害に関する定義があるが、あくまでも対象者としては「障害者権利・自立委員会により障害認定を受けた労働者」などの特定の該当者を規定している（L5213-6条、L5212-13条）。
 - ¹⁴ 合理的配慮が創設されたアメリカのADA（Americans with Disabilities Act）法では、障害の有無のほか職務適格性が求められる。
 - ¹⁵ 上田敏「新しい障害概念と21世紀のリハビリテーション医学—ICIDHからICFへ—」リハビリテーション医学39巻3号（2002年3月）123頁以下。
 - ¹⁶ Q & A A1-4-1。
 - ¹⁷ テキスト 210頁参照。
 - ¹⁸ 厚労省HPhttps://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/hukushi_kaigo/shougaisa-hukushi/techou.html（最終閲覧日：2024年5月24日）療育手帳制度については、昭和48年9月27日厚生省発児第156号と昭和48年9月27日児発第725号を参照。
 - ¹⁹ テキスト211頁以下参照。
 - ²⁰ 促進法第34条、第35条参照。
 - ²¹ 採用時は促進法第36条の2が、採用後は促進法第36条の3が適用される。
 - ²² 長谷川・前掲注5）285頁。
 - ²³ 前掲注6）「障害者雇用促進法に基づく障害者差別禁止・合理的配慮に関するQ&A（第二版）」。
 - ²⁴ 前掲注7）厚生労働省職業安定局高齢・障害者雇用対策部『障害者雇用促進法の逐条解説』。
 - ²⁵ 征矢・前掲注7）8頁以下。
 - ²⁶ この変化は知的障害者の判定において知能の程度（機能障害）のほか日常生活や社会生活への適応などの能力障害の観点から行われることから、促進法でも「能力障害」を含めて「障害」

と解するようになったと説明される（2003年解説8頁）。

²⁷ 永野ほか・前掲注5）66頁（中川純執筆部分）。

²⁸ 「今後の障害者雇用のあり方と企業の対応を考える——精神障害者の雇用に関わる実務上の課題を中心に」労務事情2015年1月1288号、8頁（相澤欽一高齢・障害・求職者雇用支援機構 福島障害者職業センター所長発言部分）。

²⁹ 障害者権利条約前文eでも「障害が発展する概念であることを認め……」とされる。

³⁰ 法律上も「身体障害、知的障害、精神障害（発達障害を含む。）その他の心身の機能の障害」を「障害」と総称している。

³¹ Q&A A1-4-1も同様。

³² 堀秀夫『身体障害者雇用促進法解説』（労働法令協会、1961年）20頁。

³³ 堀・前掲注32）32頁。

³⁴ 職業安定法により、公共職業安定所は登録した身体障害者に対して職業紹介を行っており、これは行政措置と位置付けられていた。

³⁵ 堀・前掲注32）53頁。

³⁶ ILOのHP；https://www.ilo.org/tokyo/standards/list-of-recommendations/WCMS_239262/lang-ja/index.htm（最終閲覧日：2024年5月29日）。

³⁷ 長谷川・前掲注5）195頁。

³⁸ 征矢・前掲注7）55頁。

³⁹ 堀・前掲注32）132頁。

⁴⁰ 堀・前掲注32）134頁。

⁴¹ 征矢・前掲注7）102頁。

⁴² 征矢・前掲注7）87頁以下。

⁴³ 征矢・前掲注7）211頁。なお、前述の99号勧告においてILOは既に知的障害者と精神障害者を障害者に含めた定義規定が置いていた（1条b）。

⁴⁴ 連邦政府および連邦政府から財政援助を受けた者を指す。

⁴⁵ 長谷川・前掲注5）208頁。

⁴⁶ 第108回国会衆議院社会労働委員会第2号昭和62年5月14日（平井卓志発言部分）<https://kokkai.ndl.go.jp/txt/110804410X00219870514/9>

（最終閲覧日：2024年5月29日）。

⁴⁷ 第108回国会衆議院社会労働委員会第3号昭和62年5月15日（平石磨作太郎発言部分）<https://kokkai.ndl.go.jp/txt/110804410X00319870515/50>（最終閲覧日：2024年5月29日）。

⁴⁸ 第108回国会衆議院社会労働委員会第3号昭和62年5月15日（白井晋太郎発言部分）<https://kokkai.ndl.go.jp/txt/110804410X00319870515/51>（最終閲覧日：2024年5月29日）。

⁴⁹ 第108回国会衆議院社会労働委員会第3号昭和62年5月15日（白井晋太郎発言部分）<https://kokkai.ndl.go.jp/txt/110804410X00319870515/51>（最終閲覧日：2024年5月29日）。

⁵⁰ 征矢・前掲注7）338頁。

⁵¹ 征矢・前掲注7）344頁。

⁵² 2003年解説8頁。

⁵³ 統合失調症が精神分裂病と表記されているなど表記上の相違にとどまる。

⁵⁴ 第154回国会衆議院本会議第18号平成14年3月29日（坂口力発言部分）<https://kokkai.ndl.go.jp/txt/115405254X01820020329/10>（最終閲覧日：2024年5月29日）。

⁵⁵ 第154回国会衆議院厚生労働委員会第7号平成14年4月10日（保原喜志夫発言部分）<https://kokkai.ndl.go.jp/txt/115404260X00720020410/2>（最終閲覧日：2024年5月29日）。

⁵⁶ 前掲注55）第154回国会衆議院厚生労働委員会第7号平成14年4月10日（保原喜志夫発言部分）。

⁵⁷ 「今後の障害者雇用施策の充実強化についてー就業機会の拡大による職業的自立を目指してー」労働政策審議会意見書（2004年）。

⁵⁸ 外務省HP；https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jinken/index_shogaisha.html（最終閲覧日：2024年5月29日）。

⁵⁹ 外務省HP・前掲注58）「締約国は、障害に基づくあらゆる差別を禁止するものとし、いかなる理由による差別に対しても平等かつ効果的な法的保護を障害者に保障する」。

⁶⁰ 外務省HP・前掲注58）「締約国は、平等を促進

し、及び差別を撤廃することを目的として、合理的配慮が提供されることを確するための全ての適当な措置をとる」。

⁶¹ 労働政策審議会障害者雇用分科会により公表された「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中間的な取りまとめ(2010年4月)」では既に差別禁止と合理的配慮の対象者は促進法第2条の障害者とすることを示唆されていた。

⁶² 従来の「身体障害、知的障害、精神障害」に「(発達障害を含む。)その他の心身の機能の障害」が加えられた。

⁶³ 第一に企業がその対象者を雇用できる一定の環境が整っていることが必要であり、第二に対象範囲は明確であり、公正、一律性が担保される必要があることが必要とされた。

⁶⁴ この意見書は①、②の内容をほぼ踏襲している。追加点としては、ハローワークを始めとした支援体制の充実、強化の示唆がある。

⁶⁵ 山口大輔(厚生労働委員会調査室)「障害者雇用における差別の禁止及び合理的配慮の提供、精神障害者の雇用義務の法制化—障害者の雇用の促進等に関する法律の一部改正—」立法と調査344号2013年42頁。

⁶⁶ 山口・前掲注65) 42頁。

⁶⁷ 第183回国会参議院厚生労働委員会会議録第9号(平25年5月28日) 27頁。

⁶⁸ 第35条「事業主は、賃金の決定、教育訓練の実施、福利厚生施設の利用その他の待遇について、労働者が障害者であることを理由として、障害者でない者と不当な差別的取扱いをしてはならない」。

⁶⁹ 第36条の2「事業主は、労働者の募集及び採用について、障害者と障害者でない者との均等な機会の確保の支障となっている事情を改善するため、労働者の募集及び採用に当たり障害者からの申出により当該障害者の障害の特性に配慮した必要な措置を講じなければならない。ただし、事業主に対して過重な負担を及ぼすこととなるときは、この限りでない」。

⁷⁰ 第36条の3「事業主は、障害者である労働者について、障害者でない労働者との均等な待遇の確保又は障害者である労働者の有する能力の有効な発揮の支障となっている事情を改善するため、その雇用する障害者である労働者の障害の特性に配慮した職務の円滑な遂行に必要な施設の整備、援助を行う者の配置その他の必要な措置を講じなければならない。ただし、事業主に対して過重な負担を及ぼすこととなるときは、この限りでない」。

⁷¹ 永野ほか・前掲注5) 69頁。

⁷² 前掲注8) 10頁(小鍛冶広道発言部分)。

⁷³ 長谷川・前掲注5) 281頁。

⁷⁴ 長谷川・前掲注5) 282頁。

⁷⁵ 前掲注8) 9頁(小鍛冶広道発言部分)。

⁷⁶ 「雇用の分野における障害者と障害者でない者との均等な機会若しくは待遇の確保又は障害者である労働者の有する能力の有効な発揮の支障となっている事情を改善するために事業主が講ずべき措置に関する指針(平成27年3月25日)」(厚生労働省告示第117号)において「ロ 障害の状態や職場の状況が変化することもあるため、事業主は、必要に応じて定期的に職場において支障となっている事情の有無を確認すること。」とされる。

⁷⁷ Q&A A4-2-8。

⁷⁸ 長谷川・前掲注5) 282頁。

⁷⁹ 中川・前掲注9) 24頁。

⁸⁰ 長谷川・前掲注5) 282頁、岩村正彦=菊池馨実=川島聡=長谷川珠子「座談会・障害者権利条約の批准と国内法の新たな展開—障害者に対する差別の解消を中心に」論ジュリ8号(2014年) 18頁(長谷川発言部分)、永野仁美「障害者雇用政策の動向と課題」労研646号(2014年5月) 8頁。

⁸¹ 原告は退職願を提出する10年前に統合失調症を理由に病氣休暇を取得していたほか、終業後に自席でぼうっとして帰宅を促されても帰らない、職場での独り言などの奇異な行動が見られるようになったことが認定されている。

⁸² 長崎市・長崎市選挙管理委員会事件・長崎地判令3・3・9労ジャ111号18頁、ただし、同判例では退職願提出時に意思能力を欠いていたとして退職願による意思表示を無効と判断している。

⁸³ Q&A A1-1より。

⁸⁴ 障害者基本法では2条2号で「社会的障壁 障害がある者にとって日常生活又は社会生活を営む上で障壁となるような社会における事物、制度、慣行、観念その他一切のものをいう。」と規定されている。

⁸⁵ 障害者基本法第2条1号。

⁸⁶ 2012年11月27日第53回労働政策審議会障害者雇用分科会議事録（竹下委員発言部分）。

⁸⁷ 2013年12月26日第6回改正障害者雇用促進法に基づく差別禁止・合理的配慮の提供の指針の在り方に関する研究会議事録（境障害者雇用対策課長補佐発言部分）。

⁸⁸ SGB IX第154条1項（年間で平均したときに）「少なくとも月に従業員20人以上を雇う事業主に全従業員の5%に該当する数の重度障害者を雇用しなければならない」。

⁸⁹ 石崎由希子「ドイツの概要」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3月）78頁中に2019年1月31日実施のベルリン健康社会局における聞き取り調査の結果として紹介されている。

⁹⁰ あくまで参考値であり、「VersMedV」では個々のケースで特殊性を考慮しなければならないと留保されている。

⁹¹ 例えば、統合失調症の残遺症状（集中力の低下、活力の喪失、感情の平坦化など）の場合、社会適応障害の程度に基づき、軽度（30～40）、中程度（50～70）、重度（80～100）の3つの中から評価され、具体的なGdBが測定される。

⁹² SGB IX第2条1項2号「1号に言う侵害（Beeinträchtigung）は、身体または健康状態がその年齢の典型的な状態から逸脱する場合に存在する」。

⁹³ 成人型糖尿病や老人性白内障などは「老人症」

として老齢期に典型的な疾病と認識されている。

⁹⁴ AGG第1条「この法律の目的は……障害…による不利益取扱いを防止又は排除することにある」（「現代ドイツ労働法令集I—個別的労働関係法—」（独立行政法人労働政策研究・研修機構、2020年3月）JILPT資料シリーズNo. 225（井川志郎訳部分）より）。

⁹⁵ 前掲注94）「現代ドイツ労働法令集I—個別的労働関係法—」（井川志郎訳部分）よりAGG第7条1項1文「就労者を第1条に掲げる事由のいずれかにより不利益に取り扱ってはならない」。

⁹⁶ SGB IX第81条2項1文「使用者は、重度障害のある従業員に対してその障害を理由として不利益に取り扱ってはならない」（高橋賢司「ドイツ労働法における一般的平等取扱い法（一）」立正法学論集44巻1号（2010年）167頁以下を参照して自ら訳した）。

⁹⁷ 前掲注94）「現代ドイツ労働法令集I—個別的労働関係法—」（井川志郎訳部分）よりAGG第12条1項1文「使用者は、第1条に掲げる事由のいずれかによる不利益取扱いから保護するために必要な措置を講ずる義務を負う。2 かかる保護には、予防的措置も含まれる」。

⁹⁸ SGB IX第81（現164）条4項「重度障害者は、使用者に対し、障害及び障害の影響を考慮に入れて、以下の請求権（Anspruch）を有する。

1（略）2（略）3（略）4 障害に適した施設と職場の運営を行うこと（特に事故の危険を考慮した事業所施設、機械・器具、労働ポスト・労働環境・労働組織・労働時間を含む）5 必要な技術的援助のある職場を整えること

（略）当該要求の実現が、使用者にとって履行が要求可能でない場合、又は過度の経済的負担を伴う場合、（略）第1文の権利はない。」（廣田久美子「第5章ドイツにおける障害差別禁止と『合理的配慮』をめぐる動向」「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—」（2008年、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）133頁より）。

⁹⁹ BGBl. 1. S.1005 (29.4.1974) .

¹⁰⁰ RGBl. 6.4.1920. S.458.

¹⁰¹ 1986年にGdBが採用されるまで利用されていた障害の程度を測る指標のこと。現在でもSGB VII56条の障害年金受給要件の1つとして用いられている (*Michael Kruschinsky*, Die rechtliche Bedeutung sogenannter alterstypischer Veränderungen für die Minderung der Erwerbsfähigkeit, den Grad der Schädigungsfolgen und den Grad der Behinderungen (Teil I) ,SGb, 12/2017, S.691 ff.)。

¹⁰² BT-Drs., 1/3430, S.16.

¹⁰³ 本来の対象である戦争被害者や労災被害者への保護に影響を及ぼさないことが条件とされていた。

¹⁰⁴ 例えば、アメリカ領では社会主義者による迫害被害者が含められたほか、ハンブルク州などのイギリス領圏ではすでに稼得能力が50%以上低下したすべての者が対象とされていた (BT-Drs., 1/3430, S.17 ff.)。

¹⁰⁵ BT-Drs., 1/3430, S.20 ff.

¹⁰⁶ BT-Bericht, 263, S.12827.

¹⁰⁷ BGBl. 1. S.389 (1953.6.16) .

¹⁰⁸ 1953年には35,250人の失業重度障害者に対して281,100の雇用義務枠が、1957年には20,800人の失業重度障害者に対して306,000の余剰があった (BT-Drs., 3/1256, S.7.,および *Dirk Neumann*, Schwerbehindertengesetz, 4. Aufl, München : Beck, 1976, S.38 ff.)。

¹⁰⁹ BT-Drs., 2/1267, S.1 ff.

¹¹⁰ BT-Drs., 3/1256, S.8.

¹¹¹ 公共事業および民間事業の雇用義務率を10%および8%から6%に引き下げる案。

¹¹² 公営・民間企業の雇用義務対象を被雇用者数15人以上とし、中小・零細企業を義務制度から免除しようとする案。

¹¹³ BT-Drs., 3/2701, S.2 ff.

¹¹⁴ BGBl. 1. S.1233 (1961.8.14) .

¹¹⁵ 1969年時点で5200人の失業重度障害者に対して313,000の余剰があった (*Neumann*, a.a.O., S.39.)。

¹¹⁶ BT-Drs., 6/643, S.3.

¹¹⁷ BT-Drs., 6/643, S.23.

¹¹⁸ BT-Drs., 7/656, S.1 ff.

¹¹⁹ BR-bericht., 403. Sitzung, S.10.

¹²⁰ ここでは基本的に *Neumann*, a.a.O., S.57 ff. の理解を参照している。

¹²¹ 表現上の改正として、“Schwerbeschäftigten” から “Schwerbehinderten” へと「より包括的で不快感の少ない」表現に変更された (*Joachim Weyand / Jens Schubert*, Das neue Schwerbehindertenrecht, 2. Aufl, Baden-Baden, 2002, S.22.)。

¹²² EEC加盟国国民に対する差別の禁止 (EEC規則第1612/68号) の影響から、ドイツで居住、または就労していれば非ドイツ人であっても適用を受けるようになった。

¹²³ *Heinz Thieler*, Das Schwerbehindertengesetz, Köln, 1987, S.85.

¹²⁴ *Neumann*, a.a.O., S.64 ff.

¹²⁵ BGBl.1. S.1110 ff (25.7.1986) .

¹²⁶ BT-Drs., 10/3138, S.13.

¹²⁷ 1982年12月時点で120万人いた現役世代の重度障害者のうち、約14万人が失業していた (BT-Drs., 10/3138, S.13.)。

¹²⁸ BT-Drs., 10/1731, S.1 ff.

¹²⁹ *Heinz Thieler*, Die Anerkennung als Schwerbehinderter, Heymann Verlag, 1984, S.25 ff.

¹³⁰ BT-Drs., 10/3138, S.14. また、Thielerも立法後は同様の理解を示している (*Thieler*, a.a.O. (Fn.129) , S.71 ff.)。

¹³¹ 岡田澄子「資料4 重度障害者の労働・職業ならびに社会的統合を保障する法 (重度障害者法—SchwbG/ドイツ)」『障害のある人の人権と差別禁止法』(日本弁護士連合会、2002年) 434頁以下の訳を参照して自ら訳した。

¹³² なお、WHOはICIDH-1からICFへの改訂時に、加齢による生活機能の低下を健康状態の1つとして障害になり得ると変更した。

¹³³ BT-Drs., 10/3138, S.14.およびBT-Drs., 10/5701, S.9.

¹³⁴ BSG 7. 11. 2001 - B 9 SB 1/01 R, Rn.34.

¹³⁵ BSG 12.2.1997 - 9 RVs 1/95, Rn.14, BSGE 80, 97.

¹³⁶ BSG 09.10.1987 - 9a RVs 5/86, SozR 3870 § 3 Nr. 26.

¹³⁷ BSG 23.06.1993 - 9/9a RVs 1/91, BSGE 72, 285.

¹³⁸ 直訳だと無力、無能力状態を指し、介護手当の支給の要件の1つである。失明者や2箇所以上の四肢を喪失した者など日常生活活動において他者からの永続的な援助を必要とする者が対象となる。

¹³⁹ 実際に、訓練所でのコミュニケーションは筆談でなされており、しばしば意味を理解できないことがあった事実が認定されている。

¹⁴⁰ BSG 26.01.1994 - 9 BVs 44/93.

¹⁴¹ ドイツ基本法は1949年5月に成立した最高法規であり、日本の憲法にあたる。

¹⁴² BGBl.1. S.3146 (3.11.1994) .

¹⁴³ 基本法第3条3項「何人も、その性別、門地、人種、言語、出身地および血統、信仰または宗教的もしくは政治的意見のために、差別され、または優遇されてはならない。」に、2文「何人も、障害を理由として差別されてはならない。」が追加された。

¹⁴⁴ 1993年1月15日憲法委員会の公聴会において障害者団体により「差別の特別禁止を盛り込むこと」などが要求された(BT-Drs., 12/6000, S.53)。

¹⁴⁵ BT-Drs., 12/6000, S.53.

¹⁴⁶ BVerfG, 08.10.1997 - 1 BvR 9/97, Rn.29, BVerfGE 96, 288.

¹⁴⁷ BT-Drs., 14/5074, S.92.

¹⁴⁸ 以下では主に濱口桂一郎『EUの労働法政策(第2版)』(労働政策研究・研修機構、2017年)498頁以下を参照している。

¹⁴⁹ 変更点としては、例えば障害者への合理的配慮が以前は定義規定の中に含まれていたものが、2000年EU指令では独立した条項として規定されるようになった。

¹⁵⁰ 斎藤純子「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

No.230(2006年)92頁、山川和義＝和田肇「ドイツにおける一般平等立法の意味」労研574号(2008年)19頁。

¹⁵¹ BT-Drs., 10/6705, S.2では「障害者の統合に関する法規定は、できるだけ早く統一的かつ明確な形で社会規範に組み込まれるべきである」と述べられている。

¹⁵² BT-Drs., 11/4455, S.54 ff.

¹⁵³ 当時の動議(BT-Drs., 14/2913, S.8 ffなど)の様子から、与野党間はもちろん、与党内でも衝突が激化していたことが窺える。

¹⁵⁴ 1969年から1974年の与党時代(第4議会)に1974年改正を成立させたほか、1986年改正法案(BT-Drs. 10/1731, BT-Drs. 10/3138)も提出しており、ドイツの障害者雇用法制に大きな影響を及ぼしている。

¹⁵⁵ BT-Drs., 14/2913, S.8 ff.

¹⁵⁶ BT-Drs., 14/5074, S.1 ff.

¹⁵⁷ BGBl.1. 1046 (22.6.2001) .

¹⁵⁸ BT-Drs., 15/4575, S.17 ff.

¹⁵⁹ Vgl. BT-Drs., 14/5074, S.113 ff ; *Weyand / Schubert*, a.a.O., S.27.

¹⁶⁰ BSG 23.7.2002 - B 3 KR 66/01 R, NZS 2003, 211.

¹⁶¹ ここでの障害該当性の判断にはSGB IX第2条が適用される。

¹⁶² SG Dresden, 30.06.2005 - S 18 KR 1380/04. その後のBSG 2015.4.22 - B 3 KR 3/14 R, NZS 2015, 662でも同様の判断がなされた。

¹⁶³ 原告の脱毛症が機能障害として認定されなかった一要因として、原告が若年者でなかったことも影響した可能性がある。

¹⁶⁴ LSG Hessen, 07.05.2007 - L 9 SO 54/06 ER.

¹⁶⁵ 障害の存在に加え、その障害が重大であることが必要であった。

¹⁶⁶ Vgl. *Kruschinsky*, a.a.O., S.694 ; *Ernst Luthe*, Die Behinderung nach § 2 Abs. 1 SGB IX, ihr Gesellschaftsbegriff und die ICF, SGB, 10/2009, S.572 ; *Masuch*, Die Beeinträchtigung der Teilhabe in der Gesellschaft, Festschrift 50 Jahre BSG, 2004, S.219 ff.

- ¹⁶⁷ 例えば、SchwbG下での機能障害のみに着目した測定から、SGB IX下では社会生活上の障害（参加障害）にも考慮したGdB測定へと実務上変化すると指摘される（vgl. *Sabine Knickrehm*, Die Feststellungen nach § 69 SGB IX im Lichte des „modernen“ Behinderungsbegriffs, SGB, 4/2008, S.225.）。
- ¹⁶⁸ BSG 7.11.2001 - B 9 SB 1/01 R, Rn.34.
- ¹⁶⁹ BSG 15.07.2004- B 9 SB 46/03 B.
- ¹⁷⁰ BSG 24.04.2008 - B 9/9a SB 10/06 R, Rn.27.
- ¹⁷¹ Vgl. *Masuch*, a.a.O., S.210 ; *Luthe*, a.a.O., S.570.
- ¹⁷² BT-Drs., 16/1780, S.1 ff.
- ¹⁷³ EuGH 23.2.2006 - C-43/05, Rn.14, NZA 2006, 553.
- ¹⁷⁴ 山川＝和田・前掲注150）22頁。
- ¹⁷⁵ 斎藤・前掲注150）91頁。
- ¹⁷⁶ BAG 3.4.2007 - 9 AZR 823/06, Rn.7, NJW 2007, 3515.
- ¹⁷⁷ EuGH 11.7.2006 - C-13/05, Rn.7ff, NJW 2006, 3626.
- ¹⁷⁸ 前掲注176）BAG 3.4.2007 - 9 AZR 823/06.
- ¹⁷⁹ BT-Drs., 16/1780, S.31.
- ¹⁸⁰ BAG 16.2.2012-8 AZR 697/10, Rn.32 NZA 2012, 667. より引用。BAG 17.12.2009 - 8 AZR 670/08, Rn.27 NZA 2010, 383. も同旨
- ¹⁸¹ EuGH 11.04.2013 -C-335/11, C-337/11, Rn.37, NZA 2013, 553.
- ¹⁸² BAG 19.12.2013 - 6 AZR 190/12, NJW 2014, 1470.
- ¹⁸³ *Minou Banafsche*, Die UN-Behindertenrechtskonvention und das deutsche Sozialrecht (Teil I) , SGB, 7/2012, S.375 ff.
- ¹⁸⁴ *Rainer Kessler*, Anmerkungen zur Reform des sozialrechtlichen Behinderungsbegriffs, SGB, 7/2016, S.376.
- ¹⁸⁵ *Benafsche*, a.a.O., S.375 ff.
- ¹⁸⁶ 特に人の偏見などの態度的障壁を指している。
- ¹⁸⁷ *Luthe*, a.a.O., S.571 ff.
- ¹⁸⁸ *Ernst Luthe*, Der neue Behinderungsbegriff des Bundesteilhabegesetzes (§ 2 Abs. 1 SGB IX)

- (Teil I) , *Behinderung und recht*, 2017, S.54 ff.
- ¹⁸⁹ *Masuch*, a.a.O., S.199.
- ¹⁹⁰ *Kessler*, a.a.O., S.376.
- ¹⁹¹ *Luthe*と親和的な見解を示す者として *Willi Kazin*, Auswirkungen des neuen Begriffs der Behinderung auf den Grad der Behinderung?, NZS, 8/2018, S.297 ff ; *Torsten Schaumberg / Andreas Seidel*, Der Behinderungsbegriff des Bundesteilhabegesetzes – ein überflüssiger Paradigmenwechsel? (Teil II) , SGB, 11/2017, S.622. などがある。
- ¹⁹² *Luthe*, Der neue Behinderungsbegriff des Bundesteilhabegesetzes (§ 2 Abs. 1 SGB IX) (Teil II) , *Behinderung und recht*, 2017, S.78 ff.
- ¹⁹³ BVerfG v. 14.10.2004 - 2 BvR 1481/04, Rn.68, NJW 2004, 3407.
- ¹⁹⁴ *Luthe*は文言中の「従って」という文言につき、「SGB IX 第 2 条 1 項……は、参加障害が、身体機能、精神的能力、または精神的健康の……因果的結果であることを要求して」いると解釈している（*Luthe*, a.a.O. (Fn.166) , S.573）。
- ¹⁹⁵ *Luthe*, Einige Anmerkungen zur Behindertenrechtskonvention, SGB, 2013, S.394.
- ¹⁹⁶ *Felix Welti*, Behinderung als Rechtsbegriff, Forum Rehabilitations- und Teilhaberecht, 2014, S.6 ff.
- ¹⁹⁷ *Kessler*, a.a.O., S.377.
- ¹⁹⁸ *Kessler*, a.a.O., S.377.
- ¹⁹⁹ *Kessler*, a.a.O., S.377.
- ²⁰⁰ *Torsten Schaumberg / Andreas Seidel*, a.a.O., S. 623 ffは障壁が良い影響を及ぼす例として事故により歩行が困難となった労働者が職場のバリアフリー化により業務の遂行が可能となった場合などを紹介している。
- ²⁰¹ 最終見解は法的拘束力を持たないが、条約のさらなる実施のため、実質的な勧告としての性質を有する。
- ²⁰² BT-Drs., 18/9522.
- ²⁰³ *Luthe*, a.a.O. (Fn.192) , S.77 ff.
- ²⁰⁴ *Düwell et al.*, Sozialgesetzbuch IX,6. Aufl,

- Baden-Baden, 2022 S.59.
- ²⁰⁵ BT-Drs., 18/9522, S.227.
- ²⁰⁶ *Luthe*, a.a.O. (Fn.188) , S.54 ; *Kainz*, a.a.O., S. 298. ; *Schaumborg / Seidel*, a.a.O., S.619 ; *Feldes* et al., SGB IX Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen - Kommentar für die Praxis, 5. Aufl, Frankfurt : Bund-Verlag, 2023, S.230.
- ²⁰⁷ BT-Drs., 18/9522, S.227.
- ²⁰⁸ *Kessler*, a.a.O, S.378.
- ²⁰⁹ *Luthe*, a.a.o. (Fn.192) , S.80.
- ²¹⁰ *Luthe*, a.a.o.. (Fn.192) , S.78.
- ²¹¹ *Jesgarzewski*, Kündigungsschutz von Arbeitnehmern mit Behinderung, AuR, 2015, No.63, S.440.
- ²¹² *Luthe*, a.a.O. (Fn.192) , S.81. ; Vgl. *Kainz*, a.a.O., S.298.
- ²¹³ *Kessler*, a.a.O., S.377.
- ²¹⁴ *Luthe*, a.a.O. (Fn.192) , S.78.
- ²¹⁵ 2018年SGB IX第2条1項3号「第1号に基づく障害（Beeinträchtigung）が予想される場合、人々は障害（Behinderung）の危険にさらされる」。
- ²¹⁶ *Düwell*, a.a.O., S.63.
- ²¹⁷ 2001年SGB IX第2条1項2文「障害（Beeinträchtigung）が予想される場合、人々は障害（Behinderung）の危険にさらされる」。
- ²¹⁸ BT-Drs., 18/9522, S.227.
- ²¹⁹ *Kainz*, a.a.O., S.298.
- ²²⁰ *Kessler*, a.a.O., S.375 ; *Dirk Heinz*, Der Behinderungsbegriff des SGB IX und die neue Aufgabenstellung für Soziale Arbeit, Forum Rehabilitations- und Teilhaberecht, 2011 ; *Laura Schmitt*, Das Bundesteilhabegesetz auf dem Prüfstand der UN-Behindertenrechtskonvention, NZS, 7/2018, S. 249 ff.
- ²²¹ BSG 17.09.1980 - 9 RVs 3/80, BSGE 50, 217.
- ²²² *Knickrehm*, a.a.O., S.223. ; *Kessler*, a.a.O., S.375. ; *Schmitt*, a.a.O., S.249 ff.
- ²²³ LSG Bayern 12.12.2002 - L 18 SB 22/01.
- ²²⁴ *Kainz*, a.a.O., S. 299も同様に解する。
- ²²⁵ *Luthe*, a.a.O. (Fn.188) , S.55 ff ; *Schmitt*, a.a.O., S. 249 ; *Kessler*, a.a.O., S.375.
- ²²⁶ *Kessler*, a.a.O., S.373 ; *Kainz*, a.a.O., S. 299 ; *Welti*, a.a.O., S.6 ; *Feldes*, a.a.O., S.230 ; *Jung* et al., SGB IX- Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 7. Aufl, München, 2021, S.10.
- ²²⁷ SG Aachen 09.01.2018 - S 18 SB 1001/16, Rn.19.
- ²²⁸ *Luthe*, a.a.O. (Fn.192) , S.79 ; Vgl. *Schaumborg / Seidel*, a.a.O., S.623 ff.
- ²²⁹ BT-Drs., 16/1780, S.31.
- ²³⁰ 前掲注176) BAG 3.4.2007 - 9 AZR 823/06.
- ²³¹ 前掲注180) BAG 16.2.2012 - 8 AZR 697/10および前掲注180) BAG 17.12.2009 - 8 AZR 670/08.
- ²³² 前掲注176) BAG 3.4.2007 - 9AZR 823/06.
- ²³³ *Stephan Serr*, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, AGG : Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Berlin, 2020, S.25 ff ; *Säcker* et al., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1 Allgemeiner Teil, 9. Aufl, München, 2021, S.2690.
- ²³⁴ Vgl. *Jesgarzewski*, a.a.O., S.441 ; *Serr*, a.a.O., S.25 ff ; *Säcker*, a.a.O., S. 2690.
- ²³⁵ *Jung* , a.a.O., S.15.
- ²³⁶ *Kessler*, a.a.O., S.37 ; *Schaumborg / Seidel*, a.a.O., S.620 ; *Feldes*, a.a.O., S.234.
- ²³⁷ *Feldes*, a.a.O., S.234 ; *Schmitt*, a.a.O., S.249 ; *Jung*, a.a.O., S.13.
- ²³⁸ Q&A A-1-3-1。
- ²³⁹ 2003年解説でも、軽度障害者は法の対象外と解釈されている（9頁）。
- ²⁴⁰ 判例D2の判断のように機能障害が軽度の者につき「その年齢に典型的な状態」と判断され、対象外となることはあり得る。
- ²⁴¹ BSG 26.01.1994 - 9 BVs 44/93.（第2章第2節第2項参照）。
- ²⁴² SG Dresden, 30.06.2005 - S 18 KR 1380/04.（第2章第2節第3項参照）。
- ²⁴³ この点、合理的配慮の対象者該当性につきアメリカのADA法を参照にして「インペアメント（筆者注：機能障害）と働くうえでの不都合や

不利益との因果関係が密接であることも求められる」とする考察がある（永野ほか・前掲注5）30頁（中川純執筆部分）。

²⁴⁴ Q&A A1-1-3-1。

²⁴⁵ Q&A A1-1-3-1。

²⁴⁶ Man to Man Animo 事件・岐阜地判令4・8・30労ジャ130号24頁。

²⁴⁷ 長谷川・前掲注5）23頁、岩村ほか座談会・前掲注80）17頁以下（長谷川発言部分）。

²⁴⁸ 「障害者でないものとの均等な機会の確保の支障となっている事情」（36条の2）もしくは「障害者でない労働者との均等な待遇の確保又は障害者である労働者の有する能力の有効な発揮の支障となっている事情」（36条の3）を改善す

るものと規定される。

²⁴⁹ 第2章第2節第4項2（1）参照。

²⁵⁰ 西倉実季「第7章 対象者の拡大可能性 合理的配慮を必要とするのは誰か」川島聡ほか『合理的配慮——対話を開く、対話が拓く』（有斐閣、2016年）145頁以下。

²⁵¹ BSG 23.7.2002 - B 3 KR 66/01 R, NZS 2003, 211.（第2章第2節第3項参照）。

²⁵² SG Dresden, 30.06.2005 - S 18 KR 1380/04.（第2章第2節第3項参照）。

²⁵³ Kessler, a.a.O., S.377.

（かしわざい あやな 北海道大学大学院法学研究科修士課程修了）