

障害者による職業優遇・独占と経済的自由権

淡路智典*

Occupation and Economic Freedom of Visually Impaired Persons

AWAJI Tomonori

1 問題の所在

近年、日本・台湾・韓国で視覚障害者を保護する法制度と視覚障害を持たない一般人の経済的自由権についてそれぞれ訴訟や問題提起が起きており、台湾・韓国では既に判決も出ている。そこで台湾・韓国の事例を調べ、日本での議論の一助としつつ、障害者法制のあり方について考えてみるのが本論文の目的となる。

2 台湾の判決¹⁾²⁾

はじめに台湾の判決を見ていく。台湾では按摩業が視覚障害者のみが行うことができるとされていた。それに対して、非視覚障害者で按摩業を行いたい人々が裁判をおこした。その結果、台湾における視覚障害者保護のための按摩業独占に関する憲法判断は2008年10月31日に台湾の憲法裁判所にあた

* 東北文化学園大学総合政策学部講師

1) 本判決の翻訳には東北文化学園大学総合政策学部王元教授に御助力いただいた。

2) 大法官釋字第649號解釋

る裁判所によって下された。日本ではあまり紹介されていないので、やや冗長となるが判決本文を引用しつつ見ていきたい。

(1) 事案の概要

争点となったのは、按摩業を視覚障害者のみに制限する身体障害者保護法の規定が憲法に違反するか否かであった。

裁判所は、2001年11月21日に修正して公布された身体障害者保護法37条1項前段³⁾の規定は、憲法7条の平等権⁴⁾、15条の労働権⁵⁾及び23条の比例原則⁶⁾の規定に違反するとした。そして、当該の規定は本判決が公布された日から遅くとも3年以内に失効するとした。

判決理由としては、「視覚障害は個人がどうにかできる身体的条件ではないにもかかわらず、係争規定は、按摩業に従事できるか否かの基準を視覚障害者であるか否かという分類に基いて差別的に取り扱うことを定めているので、多くの非視覚障害者が按摩業に従事できず、大きな影響を受けている」ことを理由として挙げていた。つまり、視覚障害を持っている者のみが按摩業に従事できるということは、資格要件とは違い視覚障害を持たない者に対して按摩業の道を閉ざすものであり、それが憲法上許されないとされたのである。

(2) 視覚障害者の保護

次に判決は、前提として弱者保護の必要性はあるが、そのような措置であっても比例原則⁷⁾に即したものでなければならず、言い換えると比例原則に反した保護措置は許されないと述べている。

「台湾の視覚障害者はその成長・行動・学習及び教育を受けるなどの方面において多くの障害があるため、選ぶことのできる労働及び職業の種類が相対

3) 「非視覚障害者は、按摩業に従事できない」とする規定である。

4) 第七条 中華民國の人民は、男女、宗教、種族、階級、党派の區別なく、法律上一律に平等である。

5) 第一五條 人民の生存權、労働權及び財産權は保障する。

6) 第二三條 以上の各条に列挙した自由及び權利は、他人の自由を妨害することを防止し、緊急危難を回避し、社会秩序を維持し、又は公益利益を増進するために 必要がある場合を除いて、法律を以て制限することができない。

7) 詳しくは邦語文献では[柴田2010]を、独語文献では[Stern 1993]などを参照。

的に少なく、構造的に弱い立場を変えることは容易ではない。そのため立法者は、古くから視覚障害者が按摩業で生計を立てているこのような状況を鑑みて、視覚障害者が按摩業に従事するのに適していることを認め、視覚障害者の利益を保護するために制定された規定を尊重すべきであり、この規定が追求する目的が重要な公共の利益を求めるものであることも考慮しなければならない。ただし、この非視覚障害者が按摩業に従事することを禁止するという手段は、非視覚障害者の権利を過度に制限せず、かつ視覚障害者の労働権の維持・保護に資し、そして目的と実質的関連性のあるもののみが平等権の保障と適合する。憲法上の基本権規定は立場の弱い者の保護を重視する。憲法155条後段は以下のように規定している。「老者、弱者、身体障害者、生活無能力者及び非常災害を受けた人民に対して、国家は適当な扶助と救済を与えなければならない。」また憲法修正10条7項は以下のように規定している。「国家は身体障害者の保険と医療、良好な環境の構築、教育訓練と就業の指導及び生活保護及び救助について、保障するとともにその自立と発展を扶助しなければならない。」この規定は弱いものを助ける原則を明白に標榜している。それゆえ、国が視覚障害者の労働権を保障することは重要な公共の利益であり、差別待遇の目的は関連する憲法規定に適合している。」

(3) 視覚障害者の置かれている状況の推移

そして、判決では時代の変化に伴い、職業独占が許されなくなったと述べる。

「障害者福祉法が制定・施行された1980年当時は視覚障害者が選択できる職業の種類が少なかった。そのため非視覚障害者に対して按摩業に従事することを禁止する規定は、按摩業を選択しようとする視覚障害者にとって確かに利益になっていた。実際、視覚障害者の就業者は相当高い比率で按摩業を選択していた。しかし、按摩業の労働の性質や必要な技能を鑑みるならば、視覚障害者しか按摩業に従事できないわけではない。社会が発展するにつれて、按摩業への就職や消費市場は拡大した。そのため係争規定は按摩業に従事しようとする非視覚障害者への過度な制約になっていった。しかも、その禁止の対象になっている非視覚障害者には、視覚障害者以外の身体障害者・精神障害者も含まれており、それらの障害者は視覚障害者と同様の職業の保

障という恩恵を受けていない。視覚障害者の知識・能力が日々増大するにつれて、選択できる職業の種類も日々増加している。それにもかかわらず、係争規定が存在していたために、政府機関は視覚障害者の按摩業以外に従事する能力を軽視する傾向にあった。結果的に、この係争規定は30年間近く実施されていたけれども、今日になっても視覚障害者の経済的・社会的な地位に大幅な改善には見られなかった。このことから目的と手段の間には実質的関連性があるとは言い難く、それゆえ憲法7条の平等権の保障に違反している。」

(4) 比例原則について

基準としての比例原則に関しては、以下のように述べている。

「また憲法第15条の人民の労働権を保護する規定、人民が就労及び職業選択の自由を保障する規定は、すでに本裁判所が以下の裁判で憲法判断をしている。(裁判例は省略)憲法は、職業の自由の制限に対して、その内容の差異に応じて、異なった制約基準を使っている。一般的な公共の利益を追求する立法者は、職業労働が行われる方法・時間・場所等に応じて、適切な制限のみ課することができる。職業選択の自由があるにもかかわらず、主観的条件(特定の職業に従事するために、備えるべき専門技術あるいは資格のことであり、これらの能力及び資格は訓練で得られるもの、知識、学位、身体能力などでなければならない)を課す場合、そのような制約は重要な公共の利益の追求という目的によって正当化されていなければならない。職業を選択に対する客観的条件とは、特定の職業に従事する条件が(主観的条件と異なり)個人の努力により達成できない条件のことであり、例としては職業の独占制度などである。このような規制は(単なる重要な公共の利益ではなく)特別に重要な公共の利益を保護するときのみ実行できる。制約が課される条件がどちらであったとしても、手段は比例原則に違反してはならない。」

(5) 非視覚障害者の職業選択の自由

次に視覚障害を持たない人々の職業選択の自由について言及し、按摩師になりたい人々の権利制限の問題について取り上げる。

「非視覚障害者が按摩業に従事することを禁止する係争規定は、非視覚障害者の職業選択の自由に対して客観的条件を課している。この規定の主旨は、

視覚障害者の就職機会の保障にあり、それは憲法155条後段、修正第10条第7項の主旨に鑑みれば、特別に重要な公共の利益に当たる。その目的は全く正当である。しかし、社会の発展と按摩業の需要・市場範囲の拡大を鑑みたにもかかわらず、もし按摩業に必要とされる手技に「軽く擦る、揉む、指圧、叩く、振動させる、曲げる、運動させるなど特殊な手技」が含まれるとすると、その手技の範囲はかなり広範なものとなる。そうすると、非視覚障害者に対する制約の範囲は明確でなくなり、法律の執行基準が定まらなくなり、類似する労働に従事する非視覚障害者が法律に抵触する可能性が大幅に増大する。このことは各審級の多くの行政訴訟から見てとれる。按摩業は視覚障害者しか従事できないものではないので、按摩業に従事しようとする者は、必要な訓練を受け、検定試験に合格すれば按摩業に従事する資格を有しているというべきである。按摩業に視覚障害者しか従事することが許されないならば、按摩業に従事したい非視覚障害者は転職または失業を余儀なくされる。また消費者の選択のための多様な競争環境の形成にもつながらなかった。これらのことは、視覚障害者の労働権を保護することで生まれた就業利益と比べても、明らかに比例していない。ゆえに係争規定は非視覚障害者の職業選択の自由を制限する。それゆえ、このような制限は憲法22条の比例原則に服していないし、憲法第15条の労働権の保護にも抵触している。」

(6) 視覚障害者の保護

最後に視覚障害者の保護について述べる

「視覚障害者の労働権の保護は特別に重要な公共の利益であり、政府機関は視覚障害者の就業に適合している職業に関して訓練・指導をし、そして適当な就職機会等を持つ等、就業するための多様で具体的な措置を取らなければならない。並びに政府機関は、按摩業及び関連する仕事に関して適切な管理をし、視覚障害者と非視覚障害者双方の利益、消費者と供給者双方の利益を考慮し、また立場の弱い人の保護と市場機能の均衡にも留意しなければならない。これらのことをすることにより、視覚障害者及びその他の身体障害者、精神障害者の就職機会を有効に促進することができる。そして憲法が有している弱いものを扶助し自立発展させるという目的を履行し、実質的平等の原則および理念を促進することができる。これらの措置は全て綿密に企画

し執行すべきである。そのため、係争規定は、この判決が公布されたときから、遅くとも3年以内に失効すべきである。」

上記のように台湾では視覚障害者の置かれている状況を留意しつつ、按摩業の独占を憲法違反とし、新たな施策を行うべきとした。

2 韓国の状況と判決

韓国の状況と判決については、台湾の判決と違い既に日本でも紹介されている⁸⁾。それらも参考にしながら、台湾の事例との違いを見ていく。

韓国も台湾と同様に按摩業は視覚障害者に独占業務となっていた。そして台湾と同様に視覚障害者のみに按摩師の資格を与えることに対して裁判が起こされた。2006年5月25日に韓国の憲法裁判所は、視覚障害者のみに按摩師の資格を与える「按摩師に関する規則」の第3条第1項が、視覚障害者以外の国民の職業選択の自由を侵害しているとして、違憲無効の判決を下した。法廷意見は、規則は「視覚障害者の生計手段を保障するためのものであり、目的自体は正当性が認められる。しかし、視覚障害者以外の国民が按摩師を目指すことを根本から否定しており、職業選択の自由を著しく侵害している」とし、比例原則の観点から違憲無効とした⁹⁾。

この裁判で比較されたのは非視覚障害者の職業選択の自由と視覚障害者の保護という二つの価値であった。台湾の事例と同様にここでも基準となったのは比例原則であった。規制目的は正当であるか。目的達成手段は合理的であるか。目的審査と手段審査が行われた。そして、ここでも台湾と同様に障害者保護¹⁰⁾という目的は正当であるが、達成手段が非視覚障害者の職業選択の自由を過度に制約する不合理なものであるとして、違憲の判断を受けるこ

8) 韓国における按摩業の実態に関しては、指田忠治・オーテミン「韓国における視覚障害者按摩業専業違憲判決の意義と今後の課題」が詳しく紹介している。

9) 反対意見を述べた判事が一人おり、規則は憲法第34条第5項の『国家の障害者保護』の規定に従って、就職に当たって極めて不利な立場にある視覚障害者の生計を保障するために定められたもので、必要かつ適切だとし、視覚障害者以外の国民はマッサージ師でなくても理学療法士など他の資格を取得して、この分野の仕事に従事することもできると述べて、職業独占を正当化した。

10) 大韓民国憲法第34条5項 身体障害者及び疾病、老齢その他の事由で生活能力のない国民は法律が定めるところにより国家の保護を受ける。

とになった。

3 日本の状況と法制度・日本における障害者優遇と経済的自由権

(1) 按摩師はり師きゅう師法における養成課程における競争制限

日本で同様の障害者保護制度について探してみると、台湾や韓国の職業独占の事例とは独占と参入制限で少し異なるが、視覚障害者を保護するための制約に関する事例がある。それが、あん摩マツサージ指圧師、はり師、きゅう師等に関する法律の第19条であり、以下のように規定されている。「当分の間、文部科学大臣又は厚生労働大臣は、あん摩マツサージ指圧師の総数のうちに視覚障害者以外の者が占める割合、あん摩マツサージ指圧師に係る学校又は養成施設において教育し、又は養成している生徒の総数のうちに視覚障害者以外の者が占める割合その他の事情を勘案して、視覚障害者であるあん摩マツサージ指圧師の生計の維持が著しく困難とならないようにするため必要があると認めるときは、あん摩マツサージ指圧師に係る学校又は養成施設で視覚障害者以外の者を教育し、又は養成するものについての第二条第一項の認定又はその生徒の定員の増加についての同条第三項の承認をしないことができる。」

上記規定によって、新しい養成課程を作ることが著しく困難になっているといわれており、実際に法制定以降、新規開設が認められた事例は、半世紀近く経つにもかかわらず数例しかない。これにより、学校法人等が按摩師養成課程を開く職業選択の自由の自由が大きく制約されているのみならず、非視覚障害者が按摩師という職業に就くための教育を受ける機会自体も制約されている。

この参入障壁を職業選択の自由に対する制約として裁判を起こした場合、ここで問題となるのは、視覚障害者の生計の保護という弱者救済目的と非視覚障害者の職業選択の自由との比較衡量となる。従来型の規制目的二分論の議論を使った場合、弱者保護は典型的な政策目的での規制となり、明白性の基準、すなわち規制が明白に憲法に違反している時のみ違憲判断をすることになる。しかし、その議論はどれだけ妥当性を有しているだろうか。職業選択の自由に関する日本の判例の流れを追いつつ、検討してみたい。

(2) 日本における職業選択の自由と判例

職業選択の自由に関しては、多くの判例の蓄積がある。その中でも、判例に大きな方向性を与えたのは、小売市場判決（最高裁昭和47年11月12日大法廷判決）と薬局距離制限違憲判決（最高裁昭和50年4月30日大法廷判決）である。

小売市場判決では、「国は、積極的に国民経済の健全な発達と国民生活の安定を期し、もつて社会経済全体の均衡のとれた調和的發展を図るために、立法により、個人の経済活動に対し、一定の規制措置を講ずることも～目的達成のために必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、許されるべきであって、決して、憲法の禁ずるところではない」として経済活動への制約を正当化した。そして、裁判所としては、社会経済政策目的の立法に関しては、立法府の裁量的判断が尊重されるべきなので、法的措置が「著しく不合理であることが明白である場合に限って、これを違憲として、その効力を否定することができる」とした。

薬局距離制限判決では、職業に対する制約の中で特に許可制に関する判断枠組を示した。許可制は「単なる職業活動の内容及び態様に関する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であること」を要するとした。そして「社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置でなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によっては右の目的を十分に達成することができないと認めることを要する」とした。

この二つの判例から、従来は積極目的と消極目的で審査基準を変える規制目的二分論という学説が主張されることになった。規制目的二分論に対しては、近時、多くの批判¹¹⁾があるが、ここではいったん置いておいて、障害者に対する保護と職業選択の自由に絞ってみたい。

11) さしあたり渡辺康行他 [2016] 331 頁以下

(3) 障害者保護と経済的自由

障害者保護と経済的自由がかかわる判決としては、たばこ小売販売業の距離制限合憲判決（最高裁平成5年6月25日判決）¹²⁾が挙げられる。この判決ではたばこ小売業の許可制について問題となった。もともと、たばこ専売制の下ではたばこの小売販売は指定制度が設けられていた。その制度の下で開業する際には、身体障害者福祉法の趣旨等から社会政策的配慮が加えられていた。そのため、小売人には身体障害者、寡婦等のいわゆる社会的弱者が多かった。専売制が1984年に廃止された。ただし、これまで形成された秩序の激変を回避するために、小売販売業者に激変が生じない状況に至るまでの間、小売制度については指定制に代えて許可制を採用した。許可制の下でたばこの小売業は、適正配置規制が採られた。

本件は、身体障害者である原告が、専売制が廃止された後の昭和1986年に、被告である国に対し小売販売業の許可申請をしたが、適正配置規制の距離を下回るとして不許可処分を受けたためこの処分の取消を求めて提訴したものである。

第一審判決（大阪地裁平成2年1月26日判決）は、「社会政策ないし経済政策上の積極的な目的のための措置については、立法府の裁量が大きく、立法府がその裁量を逸脱し、当該規制措置が著しく不合理であることが明白である場合に限って、これを違憲として、その効力を否定することができる」とする小売判決の判断法理を引用し、「許可制の目的は、……社会経済政策的見地に基づくものであり、公共の福祉に適合する」とした上で、たばこ小売販売許可制は、「目的の実現のための必要かつ合理的な措置と認めることができ、同条項に立法府の合理的裁量の範囲を逸脱することはなく、憲法22条1項に違反するものではない」とした。

控訴審判決（大阪高裁平成3年4月16日判決）も、第一審判決を踏襲した上で、「たばこ事業法が当分の間小売販売業許可制をとることとした理由は、昭和56年当時全国で約26万店にのぼるたばこ小売人の多くが零細な業者であり、身体障害者、寡婦等の社会的弱者も少なくないところから、たばこ小売販売業をまったく自由になると、社会的混乱を引き起こしかねない経営の激変が

12) より詳細な事実関係と判決に対する検討として前田[2008]16頁以下を参照。

生ずるおそれがあるので、これを回避することを目的とする社会経済政策的見地からのものであり、最高裁判所の距離基準による許可制限は右の目的を達成するために必要な措置であつて、その基準の決定はきわめて専門技術的、政策的な判断を要する事柄であるから、これを一定の範囲を限定して大蔵大臣の裁量に委ねたこと」は合理的であるとして、控訴人の訴えを退けた。このため、上告がなされた。

最高裁は「製造たばこの小売人には零細業者が多いことや身体障害者福祉法等の趣旨に従って身体障害者等についてはその指定に際して特別の配慮が加えられてきたことなどにかんがみ、たばこ専売制度の廃止に伴う激変を回避することによって、……製造たばこの小売業を行うことの許可をうけた者とみなされる右小売人の保護を図るため、当分の間に限り、製造たばこの小売販売業について許可制を採用することとしたものであり、右許可制の採用は、公共の福祉に適合する目的のために必要かつ合理的な範囲にとどまる措置といふことができる。そして、同法23条3号、同法施行規則20条2号及びこれを受けた大蔵大臣依命通達……による製造たばこの小売販売業に対する適正配置規制は、右目的のために必要かつ合理的な範囲にとどまるものであつて、これが著しく不合理であることが明白であるとは認め難い。したがつて、製造たばこの小売販売業に対する右規制が、憲法22条1項に違反するといふことはできない。以上は、最高裁昭和45年(あ)第23号同47年11月22日大法廷判決・刑集26巻9号586頁の趣旨に徴して明らかである」との判断を下した。

按摩師はり師きゅう師法の事例と比較しながら、検討していきたい。按摩師はり師きゅう師法の事例は参入制限を伴う許可制、たばこの小売販売規制は距離制限を伴う許可制となっている。そして、両事例とも、「当分の間」という時間的限定がなされている。

たばこ小売業距離制限判決では、当該の法規制が、零細業者の保護、特に身体障害者や寡婦といった社会的弱者の保護という点で積極目的規制に該当し、それゆえ著しく不合理であることが明白か否かのみを判断する「明白性の基準」が採用された。この判決には根強い批判がある。「本件の距離制限が弱者保護という積極目的規制を意味することは間違いない」としながらも、「激変緩和という意味から、当分の間これを維持し、現状維持を図ろうとした

立法趣旨」に加えて、小売販売業許可制は身体障害者等の優遇を直接の目的とするものではないことから、「結局、本件規制は、単に消極目的規制として位置づけるべきではないか」という批判である。消極目的規制だとするならば、「明白性の基準」ではなく「厳格な合理性の基準」での判断となる。より厳しい審査基準であるため、結論に影響を及ぼす可能性がある。

前田徹生の整理に従えば、規制目的の認定を形式的規制目的で捉えるか、実質的規制目的で捉えるか、という問題であり、たばこ事業法による小売販売業許可制は形式的にみれば身体障害者等の優遇を直接の目的とするものではなく、しかも本件許可制の採用は「当分の間」に限っていることから終局的に保護の対象となっている零細業者をも市場の競争にさらそうとするのであるから、法制度の趣旨からも弱者保護が貫かれているわけでもないとされる。それゆえ立法目的を法の趣旨にそって形式的に捉えると積極目的規制と認定することは難しく、立法の文面上の目的は、激変による社会的混乱を回避するための「秩序維持」政策ということであるから、小売判決が示した「社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なもの」という基準に照らせば、「秩序の維持」に該当するといえなくもない。これに対して、実質的に規制目的を認定するという立場にたてば、法制度の趣旨は「身体障害者等」の保護を目的とはしていないものの、たばこ小売販売業という業態そのものの性質上大資本による大規模販売に向かないことから、結果的に零細業者が多くなるであろうことは予想さる。そればかりでなく、指定や許可にあたって、身体障害者等への優遇の特例措置が規定されていたことも加味されて、たばこ小売販売業には零細業者が多くなり、指定制・許可制は実質的に弱者保護の役割を担ってきたこと。そのための激変回避の「秩序維持」政策であることから、実質的にみれば弱者保護のための積極目的規制と認定することもできる。本件において、最高裁も、説明不足の観はあるものの、形式的に立法目的を認定するのではなく、実質的に立法目的を認定する立場をとったことになる。

(4) 許可制と時間的限定を意味する「当分の間」

実質的な障害者保護に対して積極目的規制と解することによって、たばこ小売業距離制限判決では、許可制と距離制限が肯定された。このことは積極

目的規制と解される事例ならば、ほとんど裁判所が介入する余地なしであると理解すべきであろうか。許可制は、資格制などと違い、個人の主観的な努力によって克服することのできない客観的な制限である。それゆえ、「原則として重要な公共の利益のために必要かつ合理的でなければならない」のは、規制目的の種類によることなく求められているはずである。またたばこ小売業の距離制限も按摩師はり師きゅう師法による参入制限も、許可制という強い制約形態であるからこそ、「当分の間」という時間的限定と将来的な解消を含まなければならなかった。時間的限定が付けなければならない程強い制約手段を用いているにもかかわらず、目的が積極目的だというだけで、手段に関して明白性審査しかできないとするならば、経済的自由権は、立法府の意図次第でどのようにでも制約できることになりかねない。基準とすべきは制約される自由の種類と度合でなければならない。

(5) 按摩師はり師きゅう師法と参入制限

ここまで台湾・韓国での視覚障害者と按摩業に関する裁判、日本の按摩師はり師きゅう師法と参入制限、これまでの日本の職業の自由に関する判決の流れを見てきた。台湾・韓国では職業独占という最も強い形での客観的制限ではあったが、障害者の保護と非障害者の自由という二つの利益対立を比例原則によって判断した。日本の按摩師はり師きゅう師法の参入制限は許可制という客観的制限であるが、従来の議論だと弱者保護のための積極目的規制であるとされ、著しく不合理であることが明白か否かの「明白性の基準」で判断される可能性がある。しかし、規制目的二分論自体に対する学説上の批判も多くなり、規制目的二分論では説明できない判例が数多くでてきている現状、そして諸外国では許可制に対しては厳しい審査基準で臨んでいること¹³⁾、これらのことから日本においても客観的制限である許可制が問題となる事例においては、比例原則に基づく目的手段関係の審査をするべきである。

13) 日本の薬局距離制限判決にも影響を与えたといわれるドイツの薬局判決とそこに含まれる法理については淡路[2011]を参照。

4 障害者法制のコンセプトの変化

また障害者法制に関しては、近年大きくコンセプトが変わってきている点も見逃すべきではない。台湾・韓国の事例も単純に障害者の保護がなくなったとみるのではなく新たな道が模索されているとみるべきではないか。つまり独占、優遇による保護ではなく、差別解消による共存にである。障害者差別解消法で規定された合理的配慮義務などはその現れである。指すべき方向性を考えるならば、旧来型の保護法制ではない共存方法だろう。これまでの障害者と職業という雇用割当中心であり、あくまで弱者保護の域をでなかった。問われている障害者像である。障害者は保護されるべき弱者か、合理的配慮義務によって共に歩み競争するパートナーか。ここで障害モデルについて確認しておく。障害モデルは大きく分けて二つあるとされる。一つが医学モデルであり、このモデルは障害の責任は障害者本人にあるとする障害モデルである。それゆえ、障害による不利の原因を当事者に帰す。もう一つが社会モデルであり、障害者運動が活発化するにつれて主張されるようになったモデルである。障害とは法律や環境、制度など社会から生じるものであるとし、社会の責任を強調する新たな障害モデルである¹⁴⁾。旧来の法制度における障害者像は、医学モデルに基づくものであり、治療の対象かつ保護されるべき弱者であった。しかし、障害者基本法や障害者差別解消法は、社会モデルをも取り入れたとされる。具体的には「福祉」規定を削除した。そのことが意味するのは、障害者の保護の客体というイメージからの脱却である。合理的配慮義務により、健常者と同等の条件で競争するのであり、差別解消は弱者保護ではないという位置付けである。

イギリスでも、障害者法制を医療モデルから社会モデルに変えた際に、それまで確実に保護されてきた領域(雇用割当等)が消えることに反発もあったが、社会モデル中心の法制度を確立させた。

日本の法制度は、このような障害者像・障害モデルの変化をどううけとめ

14) 例えば、足を骨折したために学校の階段が登れず、授業を受けられないという事態が会った場合、足の骨折により歩行能力が衰えたことに原因を帰すのが医学モデルであり、エレベーターやスロープが用意されていないために松葉杖や車椅子でアクセスできないことに原因を求めるのが社会モデルである。

るべきか。旧来型の保護に頼るのではなく、社会モデルという新たなコンセプトに基づいた形で法制度を変えていくべきであろう。

参考文献

- 淡路智典 [2011]「憲法上の比例原則の構造と段階説」社学研論集17号118頁
指田忠司・オーテミン [2006]「韓国における視覚障害者按摩専業違憲判決の意義と今後の課題—2006年5月の憲法裁判所判決の内容とその波紋—」職業リハビリテーション研究 発表論文集14巻276頁
柴田憲司 [2010]「憲法上の比例原則について（1～2・完）」法学新報116巻9・10号183頁、116巻11・12号185頁
前田徹雄 [2008]「最高裁判所の小売型判決の検証」桃山法学12号
渡辺康行他 [2016]『憲法Ⅰ 基本権』（日本評論社）