

平成 29 年 6 月 26 日現在

機関番号：18001

研究種目：挑戦的萌芽研究

研究期間：2014～2016

課題番号：26590002

研究課題名(和文)「合理的配慮」の人権と責任

研究課題名(英文)Rights and Responsibility concerning Reasonable Accommodation

研究代表者

森川 恭剛(MORIKAWA, Yasutaka)

琉球大学・法文学部・教授

研究者番号：20274417

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,500,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、障害者権利条約で用いられる「合理的配慮」の概念を検討し、平等の意味を法的に再構成する。合理的配慮の不提供は差別行為である。そのため社会的障壁(差別)のある社会は、自由と平等の二者択一を迫られる。本研究は、合理的配慮は「等しさ」の人権論に基づくと解し、集合的・政治的責任として社会的障壁解消の必要性を説明する。

この人権論は、九鬼周造の偶然論や日本の霊長類社会学の相互行為論から着想を得ており、行為者らが同時一緒に同じ行為をすることで等しく価値を享受することができ、そこに相利性、つまり平等があるとす。したがって例えば性暴力の侵害客体は性的自由ではなく、性行為の相利性であると解される。

研究成果の概要(英文)：This research reconstructs equality in legal context through investigating the concept of reasonable accommodation in Convention of the Rights of Persons with Disabilities. Denial of reasonable accommodation is discrimination, and discrimination in this sense demands for collective responsibility to break down social barriers. And so we have to think up a new method of equalizing people in barrier-full society.

This research based on the contingency theory of Kuki Shuzo and the interaction theory of primate sociology in Japan proposes a new human rights theory of making equality between two or more persons by doing same action together and simultaneously. It creates mutuality, not reciprocity between them. According to this theory, an interest in sexual interactions is not sexual freedom or sexual rights of self-determination, but sexual mutuality, because those interactions are mutualistic cooperation.

研究分野：刑法

キーワード：平等 差別の責任 性暴力

1. 研究開始当初の背景

(1) 合理的配慮の不提供を差別であるとする障害者権利条約が批准され、また、障害者差別解消法が制定されるなど、差別問題を法的に考える上で重要な法制度上の変化が起きはじめています。差別の違法性の捉え方や平等の意義について再検討を必要とする。

(2) 本研究は次の2つの理論的関心をもって差別問題に取り組もうとした。

第1に、ハンセン病差別問題研究からの関心である。ハンセン病違憲国賠裁判における原告勝訴判決の意義の一つは、隔離政策による「人生被害」からの「人間回復」にあるとされる。これを匡正的正義の観点から、共通損害としてのハンセン病差別に対する被害補償であると理解するのが一つの方法である。ハンセン病差別の違法性を集合的な次元で把握する試みである。しかし「人間回復」の積極的な意義を十分に説明できない。

第2に、障害者差別の解消を目的に掲げる障害者差別解消法の立案過程で、内閣府障がい者制度改革推進会議・差別禁止部会で行われた議論に対する関心である。そこでは合理的配慮とは、障害者の社会参加を促すために機会を均等化する一つの方法であるとされた。ただし合理的配慮はその負担が過重でないときに課される作為義務であるから、これは、その限りで機会が再配分されるべきであるとする配分的正義の観点からの考え方である。差別は個人間の権利（機会保障への権利）と義務（配慮提供の義務）の衝突の問題であるとされ、差別の違法性の集合的な次元を捉えることができない。

2. 研究の目的

本研究は、障害者権利条約や障害者差別解消法で用いられる「合理的配慮」の概念を検討して平等の意味を法理論的に再検討することを目的にした。

合理的配慮は、配慮提供の法的な作為義務を課し、その不作為を違法な差別行為であると理論構成するものであるから、私人間の自由契約社会に対する挑戦的な意味合いがある。本研究は、これを自由と平等の綱引きであると見て、後者の観点から、合理的配慮が差別是正の人権論に基づくこと、それは自由を原理とする法理論とは異なる理論的基盤をもち、そして差別のない平等な社会への集合的かつ政治的な責任の問題を提起することを指摘する。

現代正義論は「他者」「差異」を論じて多元性を擁護する。その原理は個人の自由である。そのため差別問題の集合的な位相を十分に捉えることができていない。つまり前述の第2の方法の問題を抱える。しかし、障害者の権利運動とこれに基づく障害学は、合理的配慮の概念を用い、集合的な次元で社会的差別の是正を法的に追求している。したがって前述の第1の方法で、差別被害からの「人間

回復」を意味する平等の概念を説明する必要がある。

3. 研究の方法

研究初年度は、まず、障害学と憲法学における合理的配慮の概念の捉え方の違いを検討し、次に、合理的配慮の社会的責任について考察するため、児童虐待における作為義務論を検討した。

研究2年目は、合理的配慮の人権論、つまり差別是正の人権論を提起するため、霊長類社会学や進化心理学で用いられる相利行為の概念を検討し、行為論的に平等概念を構成することを試みた。その具体例として性暴力の問題を考察した。

研究最終年度は、九鬼周造の偶然論の上に行為論的な平等概念を乗せ、これによって合理的配慮の人権論が、自由ではなく、平等の法原理に依拠することを説明した。

4. 研究成果

2017年3月19-20日に九州看護福祉大学（熊本県・玉名市）で開催された2016年度障害学研究会九州沖縄部会で「差別の責任 - 合理的配慮の射程」と題して本研究の研究成果を報告したので、以下に概要を記す。

(1) 差別を問うための方法論

近代法の原理は個人の自由であり、平等は個々人が自由である限りで成立する個人間の関係である。個人とは一体の「人間」であり、その本質は人格性にあるなどと説かれ、生物学上の「ヒト」とは異なる概念である。障害の有無による差別と区別は、障害者も同じ人間であるか否かによる。「**」も人間であるとして平等が説明される。

しかし、それは「人間」とは何であるかを説明するが、「等しい」とは何をいうかを問うてはいない。「 $A = B$ 」の「 $=$ 」を説明しない。これに対してヒトは平等をつくる動物であるとする前提から出発すれば、私とあなたは、比べれば違うが、なぜ等しいか、どのように等しくなるかを問うことができる。

(2) 差別解消法施行1年の成果と課題

琉球大学でも障がい学生支援室の設置、「国立大学法人琉球大学における障がいを理由とする差別の解消の推進に関する教職員対応要領」の制定・施行（2016年4月）学期末試験での別室受験等が実施されるなど一定の成果が見られる。

しかし制度上は合理的配慮を要求することができるようになったが、その権利行使は必ずしも容易ではないようである。例えば機能障害の有無を明らかにしていない場合や障害者としての自認がない場合は合理的配慮を求め、提供することができない。また、合理的配慮の提供者側においても、過度の負担とは言わないまでも、負担感を覚えつつ、どこまでの配慮をすべきかで戸惑いが生じ

ている。配慮の必要性が認められる点で、差別行為として配慮を提供しない場合と過度な負担であるために配慮を提供できない場合は同じであり、配慮の要求を受けた提供者側が、この振り分けをすることは容易ではないようである。

合理的配慮の権利と義務を二者間で調整することは困難であり、調整機関の役割の重要性が明確になってきている。

(3) 差別と差別行為

差別とは諸々の「社会的障壁」があること、つまり障害者の諸権利が侵害されていることをいうとする。

差別行為は次の2つに分けられる。差別行為1として、不当な差別的取扱い(直接・間接差別)、合理的配慮の不提供(不作為差別)があり、差別行為2として差別的表現、差別的虐待、ヘイトクライムがある。

差別是正の方法論も2つに分けられる。第1に、差別行為1・2の個人責任と差別の政治的責任(集合的責任)を区別する権利論の方法である。「差別 合理的配慮の権利 差別の政治的責任 差別是正の義務 差別行為の禁止」という形で規範論が展開される。

第2に、差別行為1としての合理的配慮の不提供に対して個人の行為責任を問う義務論の方法である。個人の義務としての合理的配慮とは何かを論じることになるが、過重負担という限界に突き当たる。これが一般的な考え方である。

(4) 合理的配慮に関する学説とその問題

一般的な考え方

障害者権利条約で採用された合理的配慮の概念は、まず、地方自治体条例の中に取り込まれ、次に、障害者差別解消法や障害者雇用促進法の制定を促した。法律学の関心は後者に向けられている。

合理的配慮と事前的環境調整(ポジティブ・アクション)の関係について、前者は個人の機会平等を目的とし、後者は集団間の機会平等を目的とすると説かれる。これによると「私たちぬきに、私たちのことを決めない」という障害者運動の標語は後者に関わることになる。

合理的配慮の不提供とは「異なる者を異なって扱わない」差別行為であるとされる。「異なる者を異なって扱わない」ならば(原因)「等しい者を異なって扱う」(結果)からであるという。しかし、これは論理的な対偶であり、原因・結果の因果関係ではない。というのも「等しい者を等しく扱う」ならば「異なる者を異なって扱う」ことになるからである。

合理的配慮から「共生の技法」への論理が模索されている。しかし、そのためには前述の第1の方法を採用せねばならないだろう。

条例制定運動における合理的配慮

差別解消法4条「国民は、第一条に規定する社会を実現する上で障害を理由とする差別の解消が重要であることに鑑み、障害を理由とする差別の解消の推進に寄与するよう努めなければならない。」

これによると国民は()差別解消の()推進に()寄与する()努力の義務を有している。これは作為義務を限定する観点から書かれており、ここに社会的障壁としての「法」の姿があるといえる。

これに対して沖縄県共生社会条例(2014年)7条2項によれば「何人も、障害のある人から現に社会的障壁の除去を必要としている旨の意思の表明があった場合において、その実施に伴う負担が過重でないときは、障害のある人の権利利益を侵害することとならないよう、当該障害のある人の性別、年齢及び障害の状態に応じて、社会的障壁の除去の実施について必要かつ合理的な配慮をしなければならない。」

ここでは万人が社会的障壁除去(差別解消)のために合理的配慮の義務を負うとしている。これは合理的配慮の人権論の観点から書かれており、そのため権利救済手続規定の実効性を確保することが課題となる。

合理的配慮とポジティブ・アクション

両者は相補的であるが、後者は逆差別の問題を提起する。なぜならポジティブ・アクションとは劣位集団に対する財の再配分の理論であるからである。個人間であれ、集団間であれ、財(持ち物)の平等を追求する限り、差別解消の責任は、より多く持っているところから導く以外にない。そのため、持ち物の少ない個人の配慮義務を説明することができない。

合理的配慮とは何か

合理的配慮とは、本質的な能力の発揮を促す公正な競争環境(機会均等)への手段であるとされる。つまり「本質的な能力」の点で「等しい」者は、等しく扱え、という法命題に従えば足りる。本質的な能力の点で機能障害のある者に対する差別的取り扱いは合理的であるとされる。しかし、これでは従来の憲法学の「合理的な差別」の概念の問題は解決されない。

例えば、同じ教室で学ぶ(義務教育を受ける)ための「本質的な能力」とは何か? 出生するための「本質的な能力」とは何であり、短命に終わるならば中絶が正当化されるか? 生きられる間は生きるための「本質的な能力」とは何であり、それが失われたときに尊厳死は強制されるか? 他者と性行為をするための「本質的な能力」とは何であり、知的障害者の性的権利は保障されるか?

このような問題に対して、合理的配慮(「本質的な能力」発揮の機会均等)の条件として、「非本質的な能力」に関するニーズ充足の必要性・正当性があると論じられている。なぜ

なら、「それを差別と呼ぶかはともかく」「社会は、障害者の不利益（犠牲）の上に、非障害者に利益を与えてきた」からである（川島聡、飯野由里子、西倉実季、星加良司『合理的配慮』有斐閣、2016年、113頁）。

しかし、これらを差別（社会的障壁の不除去）として問題にする権利論であるところに、まさしく合理的配慮の概念の意義がある。合理的配慮とは、基本的に機会均等の平等論ではなく、差別是正を求める障害者運動の論理である。個人の不作為（合理的配慮の不提供）の自由を違法であると述べて作為を義務化する理由は、能力発揮の自由のためではなく、平等のためである。

「共生の技法」へ

「共生の技法」（差別是正）のために、まず、合理的配慮のコスト（企業の利潤追求の阻害要因）を社会的に負担する必要があるとされる。なぜなら機会均等や「自由市場」は、道路や警察のように公共財であるが、しかし公共財は自発的に生み出されず（利己的な人間像）、「格差原理」（ロールズ）等に基づく、社会的強制（「合理的配慮」のための公共投資）が必要であるからである。

しかし、合理的配慮が現代正義論によって説明可能であるならば、それは根本的に新しい考え方ではなかったのである。ヒトは社会的な動物であり、その社会に平等原理が働くのであれば、合理的配慮は自ずと発露すると考えることができる。

次に、合理的配慮の対象者を拡大する必要があるとされる。例えば雇用促進法は医学モデルの「障害者」を採用し、対象者の範囲が狭い。しかし、妊娠中の女性や肥満者は社会モデルの「障害者」か、という問題が残る。また、配慮の意思表示自体の困難さ、あるいは配慮提供による不利益の問題の壁にぶつかる。

したがって差異と平等を共に志向するために、「私たち」が「かれら」（社会的障壁に囲まれたまま生きてくるしかなかった人たち）から学ぶ必要があるとされる。

まさしくここから合理的配慮の人権論が始まるといえる。

(5) 出生前診断と差別

妊娠は受精着床 つわり 安定期・胎動（22週未満中絶の違法阻却）を経て、胎児が母体外生存可能性をもつに至るといった経過を辿る。しかし、すべての胎児が出生の機会を等しく与えられるということではないので、ここでは機会均等論は有効ではない。

ところで安定期前の初期中絶の権利の根拠は、第1に母体側が望まない妊娠を強いられていることであり、第2に母親と胎児の母体としての一体性（体内のもう一人の人の不可視化）である。

したがって優生主義との関係で、妊娠初期の出生前診断に基づく中絶が問題であるの

は、母体内で生育し、出生する、という胎児の利益が失われるからではない。「私たち」が学ぶべき「かれら」とは、中絶の理由とされる障害等のある体をもって生きる者らであり、胎児ではない。

その「かれら」から、「かれら」と共に生きるとは、その喜びとは、どういうことであるかを学ばなければ、優生主義に基づく中絶防止されない。

(6) 性暴力と知的障害

性暴力は性的自由を侵害する犯罪であるとされ、性的自由の侵害の有無は、被害者の同意、つまり自由な自己決定の有無によって判断される。そのため13歳未満の者は同意能力がないとされ、また、ある程度以上の知的な機能障害があると「心神喪失」とであるとされる。そうすると重い知的な機能障害がある者との性行為は、理論上つねに犯罪である。もし「かれら」が他者と性行為をする権利が保障されていないのであれば、それは問題である。

障害学では、知的障害者に対する「自己決定」「支援」の必要性が説かれている。その「支援」は、第1に本人の性的欲求を満たすため、第2に生殖のため（または生殖予防のため）、第3に他者と性的に触れ合うために必要である。3点目は、知的障害者が性行為の相手方を暴力的に従わせたり、反対に、従わされたりしないため、いいかえれば、性行為をするときに、自分が不同意の意思を行為に表し、また、相手がその意思を表明したとき、その行為の意味を理解できるようになるために必要である。

しかし、それは従わせ/従わされる性行為ではない相利的な性行為を知ることでは学ぶことができない。この意味で、それは性教育一般の課題である。また、ここに性暴力を性行為の相利性の侵害行為と解する理由がある。

従わせる行為に対して、被害者は従わされる行為をするか、物的に従わされる。前者は不同意の意思の表明が「ある」場合、すなわち不同意の行為がある場合と従わされる行為があるが、不同意の意思の表明がない場合、例えば痴漢の被害者が、何事もないかのように被害を耐えているような場合（不服従を奪われる場合）に分かれる。知的な機能障害のある者に対する性暴力はこの二つの場合に分かれる。

重い知的な機能障害のある者の性的同意能力を否定する従来の考え方は社会的障壁としての「法」である。

(7) 平等をつくる

財（機会）の配分的正義論は、第三者（神）を前提にした二者間の平等論であり、自由な（または尊厳のある）一人の者として、何を等しく持つべきであるかを考えてきた。

これに対して相利行為の平等論は、同時一

緒の同じ行為が「等しさ」をつくると考える。例えば同時一緒にそこに「いる」だけで、互いにその価値を享受するという意味で「等しくなる」。等しい価値享受のために「ルール」があり（一次的ルール）、その下で各人は等しく扱われる（二次的ルール）。

集合的な自己決定の意義は一次的ルールの可能性を開く点にある。つまり「私たち」の必然性が、「かれ」を偶然として排除するとき（「かれ」は「私たち」ではない）、「かれ」の形、色、臭い、音、動きなどが差別の理由になる。そのため同時一緒に同じ行為が妨げられる。

したがって、差別を是正するために、「私たちぬきに、私たちのことを決めないで」と述べる必要がある。つまり「私たち」の必然性と「あなたたち」の必然性を対峙させ（「私たち」から学ぶ必要性）、「あなたたち」に対する「私」の偶然性と「私たち」に対する「あなた」の偶然性を導きだし、この偶然な二元を邂逅させる。それが2つ以上の個体が同時一緒に同じ行為をするということであり、そこに「等しさ」がつけられる。

5. 主な発表論文等

〔雑誌等論文〕(計 7 件)

森川 恭剛、客観事実の犯罪論の問題、徳田靖之、他3人編『刑事法と歴史的価値とその交錯』法律文化社、査読無、2016、pp.1-20.

森川 恭剛、在日米軍に対する刑事人権、内田博文、佐々木光明編『市民と刑事法(第4版)』日本評論社、査読無、2016、pp.132-146.

森川 恭剛、性犯罪の三類型、ジェンダーと法、査読無、13号、2016、pp.111-124.

森川 恭剛、基地ゲート前の暴力と法 - 平等をつくる、現代思想、査読無、44巻2号、2016、pp.56-65.

森川 恭剛、性犯罪における強制と不同意、刑法雑誌、査読無、55巻2号、2016、pp.111-126.

森川 恭剛、法の理論の暴力 - 児童虐待の責任を問うこと、喜納育江、矢野恵美編『沖縄ジェンダー学2 法・社会・身体の制度』大月書店、査読無、2015、pp.217-245.

森川 恭剛、差別の責任 - 無らい県運動と障害者差別解消法、無らい県運動研究会編『ハンセン病絶対隔離政策と日本社会』六花出版、査読無、2014、pp.163-184.

〔学会発表〕(計 4 件)

MORIKAWA, Yasutaka, "100 Years of Hansen's Disease in Okinawa," Sorokdo

National Hospital 100th Anniversary International Conference, May 17, 2016, Sorokdo (Korea).

森川 恭剛、ジェンダー法学からみた性犯罪罰則改正の問題点、ジェンダー法学会、2015年12月6日、日本大学(東京都・千代田区)

森川 恭剛、性暴力の行為と平等、日本法哲学会、2015年11月7日、沖縄県市町村自治会館(沖縄県・那覇市)

森川 恭剛、性犯罪における強制と不同意、日本刑法学会、2015年5月24日、専修大学(東京都・千代田区)

〔図書〕(計 1 件)

森川 恭剛、法律文化社、性暴力の罪の行為と類型、2017、226.

〔産業財産権〕

出願状況(計 0 件)

名称：
発明者：
権利者：
種類：
番号：
出願年月日：
国内外の別：

取得状況(計 0 件)

名称：
発明者：
権利者：
種類：
番号：
取得年月日：
国内外の別：

〔その他〕
ホームページ等 なし

6. 研究組織

(1) 研究代表者
森川 恭剛 (MORIKAWA, Yasutaka)
琉球大学・法文学部・教授
研究者番号：20274417

(2) 研究分担者
なし

(3) 連携研究者
なし

(4) 研究協力者
なし