

早稲田大学審査学位論文
博士(人間科学)

障害者の権利としての合理的配慮
Reasonable Accommodation as a Right of Persons
with Disabilities

2019年1月

早稲田大学大学院 人間科学研究科

村山 佳代

MURAYAMA, Kayo

目次

第1章 研究全体の背景.....	1
1.1 障害者権利条約と我が国の障害者法制	1
1.2 目的.....	2
1.2.1 問題提起.....	2
1.2.2 先行研究と本研究のオリジナリティ	6
1.2.3 研究対象と本稿の構成.....	7
1.3 アメリカにおける差別の歴史と違憲審査基準	9
1.3.1 アメリカ合衆国の建国と合衆国憲法の制定	9
1.3.2 人種差別と平等.....	11
1.3.3 違憲審査基準	13
1.3.4 障害者に基づく区別の違憲審査基準：Cleburne 連邦最高裁判決	16
1.4 ADA 制定史.....	25
1.5 ADA における用語の定義	32
1.5.1 障害	33
1.5.2 差別の3類型	40
第2章 合理的配慮と均等待遇原則.....	45
2.1 均等待遇原則に基づく合理的配慮の権利性否定説.....	45
2.2 合理的配慮と14修正：Garrett 連邦最高裁判決	47
2.3 均等待遇原則と合理的配慮の権利性肯定説.....	53
2.3.1 コスト面のオーバーラップ.....	53
2.3.2 環境整備面のオーバーラップ	58
2.3.3 原理面のオーバーラップ	59
2.4 第2章のまとめ	62
第3章 合理的配慮とアファーマティブ・アクション	64
3.1 合理的配慮とアファーマティブ・アクションに関する判例の変遷	66
3.1.1 Barnett 連邦最高裁判決以前の下級審判決.....	67
3.1.2 合理的配慮と優先的取扱：Barnett 連邦最高裁判決	71
3.1.3 Barnett 連邦最高裁判決以降の下級審判決.....	74
3.2 合理的配慮とアファーマティブ・アクションの比較学説	76
3.2.1 過去の差別の是正と、現在の障壁除去	76
3.2.2 集団に対する広く一律な措置と、個別化・個人化された措置.....	78
3.3 合理的配慮とアファーマティブ・アクションのまとめ.....	79
3.4 合理的配慮の事前の考慮過程インタラクティブ・プロセス	80
3.4.1 インタラクティブ・プロセスの判例	82

3.4.2	インタラクティブ・プロセスの判例の考察	90
3.5	イギリス法における合理的配慮の手続的側面	92
3.5.1	Cambridge 審決	93
3.5.2	Tarbuck 審決	95
3.5.3	両審決以降の動向	97
3.5.4	イギリスにおける合理的配慮の手続的側面に対する学説	98
3.6	第3章のまとめ	99
第4章	合理的配慮と能力主義	102
4.1	能力主義に基づく合理的配慮の権利性否定説	102
4.2	障害のある有資格の個人	105
4.2.1	職務の本質的機能と断続的な出勤	105
4.2.2	職務の本質的機能と教育補助者	109
4.2.3	職務の本質的機能と手話通訳者	112
4.2.4	職務の本質的機能と移動手段	114
4.2.5	職務の本質的機能と特定の雇用形態・就業時間	117
4.2.6	職務の本質的機能と在宅勤務	118
4.2.7	職務の本質的機能と配置転換	121
4.3	第4章のまとめ	124
第5章	合理的配慮と資本主義の効率性	127
5.1	資本主義の効率性に基づく合理的配慮の権利性否定説	127
5.2	過度の負担	130
5.2.1	過度の負担の判断枠組	131
5.2.2	過度の負担と他の被用者への職務の分配	133
5.2.3	過度の負担と備品の提供	138
5.2.4	過度の負担と休暇の提供	141
5.3	第5章のまとめ	156
第6章	合理的配慮と平等権の拡張	159
6.1	合理的配慮の平等権拡張説	159
6.2	昇進に該当する合理的配慮	160
6.3	イギリス法における昇進に該当する合理的配慮：Archibald 貴族院判決	164
6.4	第6章のまとめ	168
第7章	我が国の判例状況とアメリカ法研究の我が国への示唆	172
7.1	障害者権利条約署名前の我が国の労働判例	172
7.1.1	中途障害者に対する配置転換	172
7.1.2	合理的配慮と安全配慮義務	185
7.1.3	障害者権利条約署名前の我が国の労働判例のまとめ	190

7.2 障害者権利条約署名後の我が国の労働判例.....	191
7.2.1 合理的配慮の事例.....	191
7.2.2 直接差別の事例.....	212
7.2.3 障害者権利条約署名後の我が国の労働判例のまとめ.....	216
7.3 障害者の地域で暮らす権利.....	217
7.3.1 認知症男性鉄道死亡事故最高裁判決：事実概要と判旨.....	219
7.3.2 認知症男性鉄道死亡事故最高裁判決：考察.....	221
7.3.3 障害者の地域で暮らす権利のまとめ.....	224
7.4 今後への示唆.....	225
7.4.1 まとめとアメリカ法解釈の我が国への適用.....	225
7.4.2 今後の研究の課題.....	232
主要判例リスト.....	237
文献リスト.....	241

第1章 研究全体の背景

1.1 障害者権利条約と我が国の障害者法制

2006年12月13日、国連総会は21世紀最初の人権条約として「障害者の権利に関する条約 (Convention on the Rights of Persons with Disabilities、以下障害者権利条約)」を採択し、同条約は2008年5月3日に発効した。2018年9月現在161カ国が署名をし、177カ国が批准をしている¹。日本政府は2007年9月28日に署名し、関係法案を整備した上で、2013年12月4日に障害者権利条約承認案を採決し、2014年1月20日に批准をした。

同条約は、障害者の被る不利益の原因を社会に帰属させる「障害の社会モデル」に立脚している。すなわち、現代社会が障害者を例外的なものと捉え、社会が非障害者を標準として進展してきたことを問題視する。そのような社会において障害者は、非障害者と同等の待遇を受けただけでは不利な状況に置かれるので、障害に基づく差別を禁じるだけでなく(5条2項)、障害者が直面する社会的障壁を除去する配慮措置を命じ、その不履行を差別と規定している(2条)。条約はこの「合理的配慮 (reasonable accommodation)」の請求を障害者の権利と捉え、平等達成の核としている。

我が国は、日本国憲法14条において「人種、信条、性別、社会的身分又は門地により」差別されないという法の下での平等が規定されているものの、障害者に対する差別については直接規定されていない。我が国の憲法構造の下では、障害者は14条の平等な市民としてではなく、憲法25条の生存権規定の下、「健康で文化的な最低限度の生活」を保障するために必要な財源を講じた上で、医療・介護・福祉などのサービスが提供される保護・更生の対象とみなされてきた。

具体的には、25条の下、1949年制定の身体障害者福祉法の制定を皮切りに、障害者福祉施策がスタートした。1950年に精神障害者の医療と保護を行うことを目的とした精神衛生法が、1960年には、精神薄弱者福祉法によって知的障害者についても福祉サービスの提供が行われるようになった。これらは障害種別の縦割りであったため、障害者施策の総合的推進を図るために、1970年に心身障害者対策基本法が制定された²。しかし、心身障害者対策基本法は、精神薄弱等の精神的欠陥を理由に長期にわたり日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける者を対象とするものの、精神障害者を除外していた。そこで1993年に、精神障害者の除外を解消し、さらに難病に罹患している者を対象にし、障害者の自立と社会参加の促進を図ることを目的とした障害者基本法が制定された。

条約の制定など国際的な障害者施策の理念の変化を反映して、2004年に障害者基本法は改正され、その4条において障害者差別を禁止した。ここで、ようやく国内法において明文で障害者差別が禁止された。しかし同法は理念法であり、障害者が権利主体として弱かった

¹ 本研究対象のアメリカは、2009年6月30日に署名を行ったが、批准は行っていない。また、英米法の祖国であるイギリスは2007年5月30日に署名し、2009年6月8日に批准をした。United Nations, Treaty Collection, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en (閲覧日2018年10月7日)。

² 中川純・新田秀樹「日本の障害法」菊池馨実・中川純・川島聡編『障害法』(成文堂、2015年)33-34頁。

こともあり、現実には発生する権利侵害や差別を排除するための訴訟が提起される場合に、有効に機能していなかった。

2009年9月に発足した鳩山民主党内閣は条約の締結に必要な国内法整備のために、障がい者制度改革推進本部を設置し、我が国の障害者にかかる制度の集中的な改革を行った。すなわち、2011年の障害者基本法の改正では、障害者の直面する社会的障壁の除去を要求する合理的配慮を国内で初めて規定し、さらに、2011年の障害者基本法の差別禁止規定を具体化し障害者差別の実効性ある法律として、2013年に「障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律（以下、障害者差別解消法）」が制定され、「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（以下、改正障害者雇用促進法）」が改正された（両法共に2016年施行）。障害者差別解消法は市民社会におけるあらゆる分野において障害を理由とした差別を禁止し（7条1項、8条1項）、行政機関に合理的配慮を義務付け（7条2項）、民間事業主に対しては、努力義務を課している（8条2項）。障害者雇用促進法は、雇用分野において障害を理由に不当な差別取扱を禁止し（35条）、行政及び民間事業主両方に合理的配慮を課す（36条2、3項）。こうして様々な課題が残っているものの、ようやく障害者差別禁止と合理的配慮を命じる実効性ある法律が整いつつある。

1.2 目的

1.2.1 問題提起

しかし、合理的配慮を請求することが憲法14条の平等原則から導かれる障害者の権利といえるかは議論の分かれるところである。障害者権利条約2条は、「障害に基づく差別」とは、

「障害に基づくあらゆる区別、排除又は制限であって、政治的、経済的、社会的、文化的、市民的その他のあらゆる分野において、他の者との平等を基礎として全ての人権及び基本的自由を認識し、享有し、又は行使することを害し、又は妨げる目的又は効果を有するものをいう。障害に基づく差別には、あらゆる形態の差別（合理的配慮の否定を含む。）を含む。」

としており、5条3項は「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保するための全ての適切な措置をとる。」と規定している。

しかし、障害者差別禁止の両輪となる障害者差別解消法・改正障害者雇用促進法の行政解釈と有力学説は、両法の合理的配慮の不履行と障害者差別規定には直接的に私法上の効力はなく、この違反行為について障害者に訴権を与えるものではなく、行政に指導・勧告・助言の行政指導権限を与えるだけ、と解している。この点について内閣府の「差別禁止部会」と厚生労働省の「労働政策審議会（障害者雇用分科会）」において「（差別禁止は公法の問題であって、差別禁止を明記するだけでは）直ちには私人と私人の間の効力は出てこないと解釈される可能性が…十分ある…（従って）差別禁止法の中に、差別がされた場合の私法上の効果まで書くかどうか…検討すべき」³「障害を理由とする解雇や雇止めなどを無効にする

³ 内閣府「障がい者制度改革推進会議 差別禁止部会（第20回）議事録」21-22頁、

といった、私法上の効果を規定すべき」という意見が出され、これについて「私法上の効果を明確にすべき」という意見と、「特段法律上に規定を置かなくても問題はないのではないかと」と賛否両論の議論が行われてきた⁴。

しかし、以下の厚生労働省と内閣府の意見から、最終的な立法には合理的配慮の不履行と差別禁止の私法上の効果については規定されなかった。

厚生労働省の意見とは、すなわち、「(差別禁止の私法上の効果は、) 雇用にかかる全ての事項…募集、採用から退職に至るまでの全ての事項を対象とするということを想定し(ており)…差別による行為の効果というものは無効となるもの(や)、不法行為として損害賠償となるものといったいろんな私法上の効果」があり「私法上の効果と一般的に言われても、今後は合理的な配慮の提供が絡んでくるので「その提供度合いによって、どのような(法的)効果を特定するのは」困難であり「それが特定できないと、法技術的に私法上の効果を付与するという考え方もなかなか難しい。」⁵そして、最終的に厚生労働省が2013年3月14日に作成した「労働政策審議会障害者雇用分科会意見書」では、以下のように発表された。

「障害を理由とする差別の禁止については、雇用に係る全ての事項を対象としており、禁止規定に反する個々の行為の効果は、その内容や状況に応じ様々であり、個々に判断せざるを得ず、私法上の効果については、民法第90条、民法第709条等の規定に則り個々の事案に応じて判断される。」⁶

内閣府の意見はすなわち、

「従来、差別禁止法といった特別立法がない中であっても、私人間における度を越した差別事案については、公序良俗に反し契約を無効としたり、不法行為法により損害賠償等の救済を認めることは可能であり、その場合、憲法で定められた差別禁止等の憲法規範は、直接には私人間に適用されず、民法90条や民法709条等の私法の一般条項を通して実現されるとする間接適用の考え方が取られてきた。このような従来の法的救済の仕組みと、本法が予定するそれは、矛盾するものではなく、本法はそれらの一般条項の内容を具体化する機能を果たすものと位置付けられる。…何が差別に当たるかを判断する基準は本法が提示するとしても、他にどのような要件が備わる場合に、どのような法的救済が認められるかは、民法等

http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/kaikaku/s_kaigi/b_20/pdf/gijiroku.pdf (閲覧日2018年10月7日)。

⁴ 厚生労働省「2012年3月6日 第4回 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議事録」

<https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r98520000027ysy.html> (閲覧日2018年10月7日)。

⁵ 厚生労働省「2012年10月31日 第51回 労働政策審議会障害者雇用分科会議事録」
<https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000002rzcw.html> (閲覧日2018年10月7日)。

⁶ 厚生労働省「労働政策審議会障害者雇用分科会意見書」2頁、
<https://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/2r9852000002xeb3-att/2r9852000002xtn7.pdf> (閲覧日2018年10月7日)。

の一般法…に従って判断され…そのようにして民法等により権利があるとされる場合でも、それがそのまま訴訟上認められ、法律上強制できるかという点、そうではなく、民事訴訟法や民事執行法によって判決や強制執行になじむかどうかの吟味を経て実現されることになる。そういった意味で、相手方に対して差別をしてはならないといえることは法的に認められる権利であるとしても、実際に差別を受けた場合に、どのような救済が認められるかは、民法等の一般法と民事手続法に従って判断されることになる。例えば、差別行為の差止め請求や妨害排除請求、合理的配慮の作為請求がどのような場合に認められ、判決として認容され、強制執行の対象になるかについては、物権や人格権に基づく差止め等に関する民法の解釈、民事訴訟法や民事執行法等の解釈に委ねざるを得ないと考えられる。」⁷

内閣府意見、厚生労働省意見ともに、私法上の効果といったものが一切発生しえない、とはしていないものの、結果的に、ある者が障害者に合理的配慮の提供を行わなかったり、障害に基づく差別を行った場合、その者は行政指導を受けるが（障害者差別解消法 12 条、改正障害者雇用促進法 36 条 3 項）、障害者差別解消法と改正障害者雇用促進法から直ちに差別した者の違法性を導いたり、差別行為を無効としたり、障害者に合理的配慮の請求権を導くことはできない、と学説は解している。いかなる私法上の効果をもたらすかは民法の公序良俗又は信義則などを介して間接的に効果が生じるということである⁸。

雇用にかかる事項については、障害者差別禁止の効果が多様であるとしても、雇用における性差別を禁止する男女雇用機会均等法も、雇用上の全ての事項を対象としているが、私法上の効力が否定されているわけではない。男女雇用機会均等法に違反する行為は法律行為として無効であり、被用者に対して損害を与えれば不法行為として賠償責任が発生し、それに違反する就業規則について労働基準監督署は変更命令を発することができる⁹。

確かに、障害者差別解消法と改正障害者雇用促進法には差別行為に対する罰則の規定がない。すなわち、前者は、障害者差別についての法的救済・罰則について規定が全くなく、12 条で使用者による差別行為や合理的配慮の不履行があったときに、主務大臣が、「特に必要があると認められるときは…当該事業者に対し、報告を求め、又は助言、指導若しくは勧告をすることができる。」と行政指導権限について規定するのみである。後者は「紛争解決

⁷ 内閣府『「障害を理由とする差別の禁止に関する法制」についての差別禁止部会の意見（平成 24 年 9 月 14 日）（抄）』84-85 頁、http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/seisaku_iinkai/pdf/bukai_iken1-1.pdf（閲覧日 2018 年 10 月 7 日）。

⁸ 長谷川聡「障害を理由とする雇用差別禁止の実効性確保」季刊労働法 243 号（2013 年）44 頁；長谷川珠子「障害者雇用促進法における『障害者差別』と『合理的配慮』」季刊労働法 243 号（2013 年）25-37 頁；池原毅和「合理的配慮義務と差別禁止法理」労働法律旬報 1794 号（2013 年）11 頁；長谷川珠子「障害者雇用促進法と合理的配慮」法律時報 87 巻 1 号（2015 年）69、72、73 頁；富永晃一「改正障害者雇用促進法の障害者差別禁止と合理的配慮提供義務」論究ジュリスト 8 号（2014 年）31、34 頁；岩村正彦・菊池馨実・川島聡ほか「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」論究ジュリスト 8 号（2014 年）24-25 頁。

⁹ 浅倉むつ子「障害差別禁止をめぐる立法課題」広渡清吾・浅倉むつ子・今村与一編著『日本社会と市民法学-清水誠先生追悼論集』（日本評論社、2013 年）611-612 頁。

の援助（74条6項）、「調停（74条8項）」について規定するものの、この74条8項は、調停手続については男女雇用機会均等法（第19条、第20条第1項、第21条から第26条）を準用する、としている。この男女雇用機会均等法の19条から26条は、都道府県労働局長が助言・指導・勧告を行うことができるとし、調停の実施にあたり、調停委員が必要に応じて関係当事者に出頭を求め意見を聞くことができ、調停案を作成した上で当事者に受託を勧告することができる、などを規定するものである。改正障害者雇用促進法自体は36条6項で「厚生労働大臣は、第34条、第35条及び第36条の2から第36条の4までの規定の施行に関し必要があると認めるときは、事業主に対して、助言、指導又は勧告をすることができる。」と行政指導権限について規定するのみで、罰則はない。一方、男女雇用機会均等法は、33条で罰則規定を設けている。この意味で障害者差別解消法と改正障害者雇用促進法は、行政に指導権限のみを付与していると捉えられているのだろう。

我が国では「私法上の効力否定説」が展開されているが、障害者権利条約は、障害者が直面する障壁を除去する調整や変更という合理的配慮を行わないことを差別と規定している。障害者側から見れば、合理的配慮を請求する権利、訴訟で争う権利が認められているのであり、行政権限の発動によって受ける権利性のない反射的利益を意味するものではない。条約適合的に解釈すれば、これらの法律は行政に行政指導権限を付与するだけのものではなく、障害者の合理的配慮の請求権を認めていると考える。

条約の母法であり、1990年に制定された「障害のあるアメリカ人法（Americans with Disabilities Act、以下ADA）」¹⁰は、条約に先駆けて合理的配慮を義務付けた。アメリカでは同様の議論が長らく行われており、合理的配慮の権利性の肯定説と否定説の対立がある。アメリカでは憲法には生存権規定や、勤労権などの一連の社会権規定が存在しないことから、合理的配慮の権利性は平等権の観点から議論されている。平等保護条項であるアメリカ合衆国憲法14修正は、人種差別を撤廃するために挿入された。同修正条項が保護する権利を執行するために1964年に制定されたのが人種、皮膚の色、宗教、性別、又は出身地に基づく雇用差別を禁止した市民権法第7編で、アメリカの伝統的な差別禁止法である。ADAの立法者たちは障害者差別を人種差別の延長と捉え、ADAを障害者の奴隷解放宣言と表現した¹¹。この立場に立ちADAは憲法に基づく伝統的差別禁止法、すなわち市民権法の一部であり、合理的配慮を憲法14修正に基づく権利と捉える説¹²と合理的配慮は伝統的差別禁

¹⁰ 42 U.S.C. §§ 12101-12213.

¹¹ Mary Crossley, “Reasonable Accommodation as Part and Parcel of the Antidiscrimination Project,” 35 Rutgers L. J. 861, 867 (2004).

¹² Frank S. Ravitch, “Beyond Reasonable Accommodation: The Availability and Structure of a Cause of Action for Workplace Harassment under the Americans with Disabilities Act,” 15 Cardozo L. Rev. 1475 (1994); Pamela S. Karlan & George Rutherglen, “Disabilities, Discrimination, and Reasonable Accommodation,” 46 Duke L.J. 1 (1996); Matthew Diller, “Judicial Backlash, the ADA, and the Civil Rights Model,” 21 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 19 (2000); Miranda O. McGowan, “Reconsidering the Americans with Disabilities Act,” 35 Ga. L. Rev. 27(2000); Christine Jolls, “Antidiscrimination and Accommodation,” 115 Harv. L. Rev. 642 (2001); Jed Rubenfeld, “The Anti-Antidiscrimination Agenda,” 111 Yale L. J. 1141 (2002); Samuel R. Bagenstos, “Rational Discrimination, Accommodation, and the

止法とは異なるとする説¹³に分かれている。この対立は合理的配慮が平等権を保障するという見解と、その権利性を否定し障害者に給付される政策的・恩恵的な社会保障・社会福祉サービスという見解の相違ともいえる。我が国は、憲法に社会権規定が存在することから合理的配慮の権利性は、25条の生存権と一体的な労働権として、また13条の幸福追求権として根拠付けることも可能であろう。ただし条約適合的に解釈すれば合理的配慮は、この不履行によって差別を受けない権利、すなわち平等権としても位置付けられるべきである。本稿は、合理的配慮の平等権としての権利性の立証を目的として、アメリカの判例・学説を分析する。

1.2.2 先行研究と本研究のオリジナリティ

平等権としての合理的配慮について検討している我が国の学説として青柳は、憲法14条が求める平等は結果の平等ではなく機会の平等であり、合理的配慮が保障する平等も機会の平等のため、合理的配慮は14条と矛盾しないとする¹⁴。植木は、合理的配慮は、人為的に形成された表面上中立的であるが障害者に対して社会的不利益を及ぼす社会構造の矯正を要求するもので、伝統的差別禁止法理である間接差別と相互補完的な関係にあると捉える¹⁵。池原も、合理的配慮は社会の偏頗性の是正を目的としており、法的根拠を平等権とする¹⁶。また杉山は、植木説を支持しつつ、障害者が他者と同様に能力評価をされる権利をもつにもかかわらず、非障害者基準の差別的な社会構造によって障害者の能力評価が正当になされていないため、合理的配慮は障害者が正当な能力評価を受けるために社会形成者に

Politics of (Disability) Civil Rights,” 89 Va. L. Rev. 825 (2003); J. H. Verkerke, “Is the ADA Efficient?,” 90 UCLA L. Rev. 903 (2003); Crossley, *supra* note 11; Michael A. Stein & Penelope J. S. Stein, “Beyond Disability Civil Rights,” 58 Hastings L.J. 1203 (2007); Carrie G. Basas, “Back Rooms, Board Rooms: Reasonable Accommodation and Resistance Under the ADA,” 29 Berkley J. Emp. & Lab. L. 5 (2008); Robert L. Burgdorf, “Restoring the ADA and Beyond: Disability in the 21st Century,” 13 Tex. J. C.L. & C.R. 241 (2008).

¹³ John J. Donohue III, “Employment Discrimination Law in Perspective: Three Concepts of Equality,” 92 Mich. L. Rev. 2583 (1994); Stephen F. Befort & Holly L. Thomas, “The ADA in Turmoil,” 78 Or. L. Rev. 27 (1999); Samuel Issacharoff & Justin Nelson, “Discrimination with a Difference: Can Employment Discrimination Law Accommodate the Americans with Disabilities Act?” 79 N.C.L. Rev. 307 (2001); Mark Kelman, “Market Discrimination and Groups,” 53 Stan. L. Rev. 833 (2001); Bonnie P. Tucker, “The ADA’s Revolving Door: Inherent Flaws in the Civil Rights Paradigm,” 62 Ohio St. L. J. 335 (2001); Stewart J. Schwab & Steven L. Willborn, “Reasonable Accommodation of Workplace Disabilities,” 44 Wm. & Mary L. Rev. 1197 (2003); James Leonard, “The Equality Trap: How Reliance on Traditional Civil Rights Concepts Has Rendered Title I of the ADA Ineffective,” 56 Case W. Res. L. Rev. 1 (2005).

¹⁴ 青柳幸一「障害をもつ人の憲法上の権利と『合理的配慮』」筑波ロー・ジャーナル4号（2008年）55-106頁。

¹⁵ 植木淳『障害のある人の権利と法』（日本評論社、2011年）。

¹⁶ 池原・前掲注（8）。

対して障壁の除去を要求する 14 条の権利とする¹⁷。榊原は、社会学的見地から、これまでの差別禁止の枠組は、属性に基づく別異取扱を制限し均等待遇を優先してきたが、均等待遇が均等待遇であるが故に望ましいものではなく、別異取扱を均等待遇と同様に位置付けて障害問題を論じるべきとし、差別と平等の再評価を行う。そして、差別と平等の問題を均等待遇か別異取扱かだけでなく包摂と排除という観点から、別異取扱＝排除という前提を除去し、「包摂的同一処遇／包摂的異別処遇／排除的同一処遇／排除的異別処遇」に分類する。そして、合理的配慮は包摂的異別処遇に該当し、合理的配慮を超える割当雇用や障害給付なども包摂的異別処遇として別異取扱に根拠を与えている¹⁸。有田は、人種に基づく優先政策であるアファーマティブ・アクションに対し、人種差別に適用される違憲審査基準の厳格審査基準が適用されてきたことを挙げ、障害者差別は合理性の審査基準が適用されているため、合理的配慮にも合理性の審査基準が用いられ、平等原則に反しないと述べる¹⁹。

本稿もこれらの業績を検討の上で、合理的配慮は障害者の機会の平等を保障し、非障害者中心の社会構造是正に根拠付けられることに同意するが、これにとどまらず、平等権としての合理的配慮を否定する学説の内容を細分化し、権利性についての新たな根拠論を提示する。すなわち、合理的配慮の平等権としての権利性を否定するアメリカ学説の論拠を、①均等待遇、②能力主義、③資本主義の効率性、に反することに分類し、この 3 点から権利性を論証する。その結果、合理的配慮の実質は、単なる能力の再評価にとどまらず、措置の個別化・個人化を要求するプロセスを経た結果として障害者の雇用の質の改善をもたらす積極的な意味をもつことを明らかにした。

1.2.3 研究対象と本稿の構成

我が国は合理的配慮が導入されてから日も浅く、判例が少ない。アメリカは、障害者権利条約のモデルであり、世界に先がけて障害者差別禁止法を制定しており、判例・学説の蓄積がある。特に合理的配慮は、英米法発祥の法概念であって英米法系の国における判例・学説の分析は有用である。また、日本国憲法 14 条の平等原則についての解釈・判例は、アメリカ合衆国憲法 14 修正の解釈の影響を受けている。我が国は障害者権利条約を批准しているものの、条約と憲法の効力関係については、憲法学の通説は憲法優位説を採っており²⁰、合理的配慮が日本国憲法における平等権上の権利ではないと解釈さ

¹⁷ 杉山有沙『障害差別禁止の法理』（成文堂、2016年）。

¹⁸ 榊原賢二郎『社会的包摂と身体：障害者差別禁止法制後の障害定義と異別処遇をめぐって』（生活書院、2016年）。

¹⁹ 有田伸弘「障害を持つアメリカ人法における『合理的配慮』とアファーマティブ・アクション」関西福祉大学社会福祉学部研究紀要 14 巻 2 号（2011年）1-9 頁。

²⁰ 辻村みよ子『憲法』第 6 版（日本評論社、2018年）41 頁。一方、国際人権法学では、国際人権法による人権保障の範囲が日本国憲法のそれよりも広範である場合には、憲法は国際人権規範に適合するように解釈されなければならないとされている。この解釈は「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と定める日本国憲法 98 条を援用している。また、このような解釈の仕方は、国際人権法による憲法への「規範充填」として定式化されている。しかし、日本の裁判所がこのような憲法解釈の手法を受け入れることに、総じて消極的である。その理由は、国際法違反を

れた場合、障害者が直接的に合理的配慮を請求することが困難になる可能性がある。従って、合理的配慮の憲法上の権利性について検討するにあたってアメリカ法の研究は我が国に有用であるため、これを対象とする。

また、雇用分野を研究対象とする理由は、障害者にとって最も差別が生じやすい領域だからである。本質的に雇用契約は、被用者が自身の労働力・生産力の対価として使用者から賃金を受けとることを前提としている。しかしながら、障害者は何らかの心身の制約があり、これによって生産性に欠ける場合もあり、営利追求を最大目的とする使用者にとって彼らを雇用することが不合理な場合もある。これらの実情を反映して、実際に判例も雇用領域のものが多い。障害者の差別問題について考える際には、雇用の場面は切り離せないと考え、これに焦点を当てることにする。我が国では、2018年8月現在も、中央省庁による障害者雇用の水増しが報告されるなど、障害者の就労は喫緊の課題である。

本稿は、以下で、人種差別から始まったアメリカにおける差別の歴史を概観し、人種差別撤廃のために挿入された合衆国憲法 14 修正の平等保護条項の下で、障害者差別がどのように捉えられ、障害に基づく区別がどのような司法審査基準を適用されるに至ったかを分析する。また、ADA 立法に至る歴史を概括し、ADA の研究をするにあたって理解をしておかねばならない障害の定義、差別類型とその定義について紹介をする。

第 2 章では、合理的配慮の平等権としての権利性を否定する根拠の 1 つである均等待遇原則に着目し、連邦最高裁の判決及び学説の分析からこれに反証する。合理的配慮とは属性に基づく別異取扱であり、これが絶対的な均等待遇原則を貫く憲法と、憲法に基づく伝統的差別禁止法との最もわかりやすい相違点である。合理的配慮の権利性否定説や判例の多くはこれに依拠している。

第 3 章では、第 2 章を踏まえた上で、合理的配慮と同じく属性に基づく別異取扱であるが、憲法の均等待遇原則の例外として判例上、認められてきた人種などに基づく優先政策であるアファーマティブ・アクションと合理的配慮の相違点について検討する。両概念は、マイノリティの平等達成のために属性に基づく区別を許容している点で同様であるが、アファーマティブ・アクションは逆差別としてマジョリティから反発を生み出している。両概念の概念整理は、合理的配慮の性質と原理を理解するために重要である。

アファーマティブ・アクションがバックラッシュを起こした理由は、結果の平等に近づこうとするクォータ制度のようなアファーマティブ・アクションが能力主義に反したえこひいきであり、マジョリティに不利に働く要素が見られたからである。憲法の平等観は、契約の自由が内包する自由競争を保障するために個人の業績や能力を評価し区別することを正当としている。第 4 章では、合理的配慮がこの能力主義に反するものではないということを ADA の規定、そして判例を用いて立証する。

第 5 章では、資本主義社会の原則である効率性・生産性の追求と合理的配慮の整合性について検討する。効率性と利潤追求を原動力とする資本主義経済社会の労働市場においては、資源の効率的な配分が主要な課題である。しかし、合理的配慮は、障害者の雇用維持のためにコスト負担や生産性減少を余儀なくするため、権利ではなく資源の再分配の請求

一般的に憲法 98 条違反として構成することに否定的だからであるという。薬師寺公夫「国際法学からみた自由権規約の国内実施」芹田健太郎ほか編『国際人権法と憲法』（信山社、2006 年）65-66 頁。

であると権利性否定説は主張している。従って、ADAの規定・判例を用いてこれに反証する。

第6章は、合理的配慮がこれまでの憲法の平等観を継承するものではなく、これを拡張し変容させるという学説を紹介する。これに対し、実際の判例はどのように考えているのか。障害者が、昇進に該当する配置転換を合理的配慮として要求した事例を使用して分析する。アメリカ法における昇進に該当する合理的配慮の判例は審級が控訴審で止まっているが、イギリス法では最高裁にあたる貴族院で判断された事例があるためこれも検討対象とする。

最後に第7章は、アメリカ法研究から日本法のへの示唆を読みとるために、条約署名前の合理的配慮に類似すると思われる我が国の判例と、条約署名後の我が国の判例を紹介する。その上で本研究の結果、合理的配慮の平等権としての権利性について新たな論点を加え、今後の研究の課題を示すことで結語とする。

1.3 アメリカにおける差別の歴史と違憲審査基準

1.3.1 アメリカ合衆国の建国と合衆国憲法の制定

市民には権利がある、ということは古代のギリシアやローマでも認められてきたが、国家権力によっても侵しえない生来の権利という観念は存在しなかった。人権の歴史の発端と言われるのは1215年のイギリスのマグナ・カルタ(Magna Carta)である。マグナ・カルタは、国王に対してその恣意を抑えるために、議会の同意のない課税と不当な逮捕を禁止し、法の支配と権利主張を確認させた。しかし、それは領主領臣関係という封建制度の下で領主の権利を守るための法律で、現在の基本的人権の観念とは異なる。人間固有の奪うことのできない権利という観念は、近世自然法の思想と個人主義思想を確立したヒューマニズムに基づく。現在の人権思想の確立に重要な意味をもったのは、John Lockeである、Lockeによれば、人間はもともと自然の状態にあり、そこでの人間というものは国家をもたず、生命、身体、財産、自由に対する生来の権利をもっているが、自然状態のままではそれらの権利の享有が安定していないので、それらを確実に保障するための契約によって、国家や政府を作り出した。従って、自然法に基づく人権は、国家に先立つもので、国家は人権を守るために奉仕すべきであり、これを侵害することは許されない。この典型的な社会契約説は、人権の国家権力に対する優越性の根拠となり、近代革命を推進することになった²¹。イギリスにおいて議会の同意を得ずに国王が課税をし、国王が追放された名誉革命の後に1689年に制定された権利章典(Bill of Rights)は、イギリス人のイギリス法上の権利を明示したもので、国王の地位についても議会が最終的に決定権をもつなど近代的な人権宣言といえる。アメリカにおいて法制度は基本的にイギリスのそれであり、英米法系、そし合衆国憲法の権利章典といわれる修正条項では人権保障の憲法規定を一括して権利章典と呼ぶのが普通である。アメリカの州の憲法、そして合衆国憲法の権利章典といわれる修正条項は、このイギリス人のイギリス法上の権利の観念に自然権思想を結合させた権利章典である²²。

周知のようにアメリカ合衆国は、イギリスからの移民によって形成された13のイギリス

²¹ 伊藤正己『憲法』第3版(弘文堂、1995年)179-181頁。

²² 伊藤・同書、12頁。

領アメリカ植民地が独立してできた国である。絶対主義的政策の成功によって国力を高めたイギリスは、海外貿易・植民地経営にのりだした。また、1620年にはピューリタンたちがメイフラワー号で大西洋を渡り植民に成功した。こうしてでき上がったそれぞれのアメリカ植民地は、同質ではなく、宗教的にも、経済的条件にも人口にも大きな差があった。各植民地は、イギリス国王から特許状の中でどういう統治をするかは、それぞれの植民地に任されていた。そのためにこれらの植民地ではかなりの程度において自治が認められていた²³。

しかしイギリス本国は、名誉革命後、アメリカ植民地における交易はイギリス本国が独占し本国の商人が利益を収められるよう、アメリカ植民地の産業はイギリス本国の産業と衝突をきたさぬものに限られるなどの規制を強化した²⁴。印紙税を新設したり、独自の紙幣の発行を禁じたり、イギリス本国の書記官をバックアップするためにイギリスの正規兵がアメリカに常駐し、植民地人がこの駐兵に援助することを義務付けるなど、植民地に対する支配を強化した。植民地人たちは、自身らもイギリス国内に居住する臣民としての権利・自由・特権を享受しているとして、1775年にイギリス本国からの圧政に対して独立戦争を起こした。イギリス本国は独立戦争の最中にアメリカ植民地と外国との通商を一切禁じる法律を制定したため、アメリカ植民地は、アメリカに好意的であったフランスなどから武器を輸入するために独立宣言の起草をし、外国に主権国家として認めてもらおうと試みた²⁵。独立宣言は大まかにいって2つの部分から構成されており、第1に自然権としてのアメリカ人の権利を主張しており、第2にアメリカ植民地に関するイギリス法がいかに不公正であるかというものである。自然権としてのアメリカ人の権利とは、Lockeの自然法思想をそのままに表現している。独立宣言は以下のように述べる。「われわれは次のような真理を自明と信じる。すなわち、全ての人は平等に創られ、各々造物主によって、一定の不可譲の権利を賦与せられ、これらの権利の中には生命、自由および幸福の追求が含まれる。」²⁶

独立宣言の結果、アメリカは13の別個の「state」が1つの主権国家としてイギリスから独立したため、統一的な関税政策を行うこともできず、経済的危機に十分に対処することができなかった。独立を完全なものとするために、より強固な団結が必要とされ1787年にアメリカ合衆国憲法が制定された。アメリカ合衆国憲法は、三権分立を強調し、連邦政府が常備軍をもつことを認め、連邦が貨幣の鑄造の権限をもち、外国との通商及び州際通商の規制権限を連邦議会に与え、関税を課する権限を州から奪う旨を規定した。合衆国憲法は各々の州の独立した権限を認め、連邦は州によって委譲された権限の枠内でしか立法、執行、及び司法に関する権限をもたない。人権に関しても連邦は、憲法上州から委譲された権限しか有していないため権利章典はもたなかった²⁷。合衆国憲法の制定よりも前に、それぞれの州にはそれぞれの憲法典があり、権利章典や人権に関する規定は、州のそれに任されていた。憲法反対派は、憲法によって連邦政府の権限が強大になりすぎ、この強大な権限を抑制すべき

²³ 田中英夫『アメリカ法の歴史（上）』（東京大学出版会、1968年）3頁。

²⁴ 田中・同書、62-69頁。

²⁵ 田中・同書、76-80頁。

²⁶ 種谷春洋『アメリカ人権宣言史論』（有斐閣、1971年）130頁。

²⁷ 木下毅『アメリカ公法』（有斐閣、1993年）5-6頁。

権利章典がないことを問題点に挙げた。従って、憲法賛成派は反対派の主張を取り入れた憲法改正案を作り、計 10 の修正条項が州の賛成を得て、1791 年に成立した²⁸。この 1 から 10 までの修正条項は、政教分離、信教の自由、言論・出版の自由、請願権、集会の権利、財産権、刑事上の権利から構成されている。

1.3.2 人種差別と平等

合衆国憲法に人権条項が挿入されたが、国家に対して一定の作為を請求する社会権規定も、法の下での平等を定める平等権規定も存在しなかった。独立を求めたアメリカ植民地にとって自由と平等は自明の真実であったにもかかわらず、合衆国憲法にも権利章典にも平等権は明記されておらず、奴隷制度は禁止されるどころか、むしろ、アメリカ合衆国憲法には奴隷制度を前提とする規定が置かれていた²⁹。そもそも、アメリカ植民地に移住したイギリス人たちは黒人をアフリカから奴隷として連れてきており、労働力として使用していた。アメリカ合衆国建国後も、南部では農業が経済活動の主であり、そのために奴隷の労働力は不可欠であった。特に綿花の栽培は、その輸出によってもたらされる収入によって南部経済の柱であった。南部諸州の農場で働く黒人たちは、市民ではなく、奴隷所有者の財産としてしか捉えられていなかった。一方、産業革命によって工業の中心となった北部は繁栄し、北部の奴隷制度廃止論者たちは、人道的な動機から奴隷制度はそれ自体犯罪であり、奴隷解放を唱えるようになった。次第に奴隷解放の機運が高まり、南部諸州と奴隷解放を主張する北部諸州の間での対立が深まった³⁰。

そして、奴隷は合衆国市民ではなく市民権を獲得することはできない、と連邦最高裁が判断した 1857 年の **Dred Scott** 連邦最高裁判決³¹を契機にして対立は武力抗争へと発展し、南北戦争が始まった。この南北戦争は、奴隷の権利のみならず、連邦政府にはこれらの権利保障についてどれほどの権限があるのかという連邦制と憲法の解釈を主たる争点として発生した。これまで、各州が一般市民の権利を定めると捉えられており、基本的人権を保障する権限を連邦政府に付与することは連邦制の重大な変化を意味するものであった³²。

結果的に、南北戦争は、南部の降伏によって経済的に有利な北部の勝利に終わり、南部の諸州の再統合のため、またアメリカ全土における奴隷制度の廃止のため、連邦議会において憲法修正が行われた。1865 年に成立した合衆国憲法 13 修正は奴隷制度を禁止した。14 修正は、Locke の自然法思想に基づき、人間は自然権を保有し政府はこの自然権を保護するために存在するとの解釈の下、解放された黒人に「法の平等な保護」を保障するために、合衆国に生まれあるいは帰化した全ての人を合衆国市民と規定した。そして、**Dred Scott** 判決を覆し、合衆国市民の特権・免除を保障し適切な手続によらずして生命・自由・財産を剥奪されず法の平等保護を奪われないと規定した。15 修正は人種に基づく投票権の剥奪を禁止

²⁸ 田中・前掲注 (23) 132 頁。

²⁹ 松井茂記『アメリカ憲法入門』第 8 版 (有斐閣、2018 年) 302 頁。

³⁰ 田中・前掲注 (25) 417-429 頁。

³¹ *Dred Scott v. Sandford*, 19 How. (60 U.S.) 393 (1857).

³² マイケル・レス・ベネディクト、常本照樹『アメリカ憲法史』(北海道大学出版会、1994 年) 106-107 頁。

した。これらの規定により奴隷制度問題に決着がつけられた³³。

しかし、奴隷制度廃止は、黒人に対する差別意識の消滅や人種による区別までを廃止するものではなかった。人種隔離政策は継続され、鉄道、船、学校、病院、刑務所、孤児院、レストラン、待合室、水飲み場など公共施設において黒人用と白人用に区別されることが許容されていた。白人と黒人が利用する列車の車両が分離されていたことが 14 修正に違反すると主張された 1896 年の **Plessy 事件**³⁴において連邦最高裁は、このような人種隔離政策を「分離すれども平等」と支持した。すなわち、白人と黒人に分けられて提供されている人種別公共施設の設備が概ね同等である限り、人種隔離自体は 14 修正の平等保護条項に抵触しない。しかし、実際には黒人には全く施設が与えられなかったり、極めて粗末で薄汚い施設を与えられたりする場合がほとんどであった。14 修正が挿入されたにもかかわらず、黒人の市民権はほとんど認められていなかった³⁵。

人権擁護団体は黒人に対する法的差別を廃止する立法を要求し始め、さらに「分離すれども平等」を実行する法律の合憲性を争うため裁判闘争を開始した。黒人男性が自身の小学生の子どもを近隣の白人用の学校に通うことを許されず、スクールバスで遠方の黒人用の学校に通わせなければならない人種別学を不服として争った 1954 年の **Brown 事件**³⁶において、連邦最高裁は「分離すれども平等」の原則をついに否定し、公立学校における人種別学制度を違憲と判断した。すなわち、別学は本質的に不平等であり、黒人は法の平等な保護を奪われている。人種別学は黒人の子どもに劣等感を与え、個人の教育を阻害するため 14 修正に反するとした。

南部の白人たちは、**Brown 判決**によって人種に基づく区別に対する法的支持が覆されたことに抵抗した。南部選出の連邦議会議員は、連邦最高裁判官の罷免を要求し、人種隔離を承認する憲法修正案を提出した。このような状況に対して黒人たちは人種差別に抗議するために団結し、学生、教会グループ、労働組合などが新しい人権保護団体を組織し抗議デモを行った。南部の白人や政府はこれに暴力で対抗するなどしたため、北部は連邦政府に対し人種差別を禁止する法律を制定するように要求した³⁷。これらの一連の黒人への市民権の付与を求めた人権運動は「市民権運動」と呼ばれ、この運動の結果生まれたのが 1964 年の「市民権に関する法律（**Civil Rights Act of 1964**、以下市民権法）」³⁸である。

市民権法は、公共施設・公教育における人種分離を廃止するだけでなく、第 6 編で連邦の財政助成を受けているプログラム・活動における人種、皮膚の色、又は国籍に基づく差別を禁じ、第 7 編では雇用において人種、皮膚の色、宗教、性別、又は出身地に基づく差別を禁

³³ 松井・前掲注 (29) 4-5 頁。

³⁴ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

³⁵ ベネディクト・前掲注 (32) 186-187 頁。

³⁶ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954); *Brown v. Board of Education II*, 344 U.S.294 (1955). *Brown II* 判決では、*Brown I* 判決を具体的に実施に移すために、教育委員会に「可及的速やかに *all deliberate speed*」実施するよう求めた。しかし、人種共学は遅々として進まなかった。

³⁷ ベネディクト・前掲注 (32) 189-191 頁。

³⁸ 42 U.S.C. § 2000 (e).

止した³⁹。こうしてようやく、14 修正の平等保護条項を実効的に確保し全ての者に市民権（基本的人権）を保障する連邦法ができ上がった。この人種差別撤廃のための市民権運動によって差別禁止法である市民権法が制定されたことは、多くのマイノリティを勇気付け、障害者たちが障害者の市民権法を求める動きへと繋がることになった。

市民権法の制定により、マイノリティの差別問題は、合衆国憲法 14 修正の下で争われるというよりも、市民権法などの連邦法レベルで判断が行われることが多くなった。アメリカにおいて人権という問題を扱う際には、合衆国憲法 14 修正だけでなく市民権法上の権利であるかという点も考慮されるようになる。本稿では、この市民権法における差別禁止のことを合衆国憲法 14 修正に由来する差別禁止法という意味で「伝統的差別禁止法」と呼ぶ。

1.3.3 違憲審査基準

14 修正 1 節の規定は以下である。

「合衆国に生まれ、又は帰化し、その管轄権に服している全ての人は、合衆国及びそれぞれの居住する州の市民である。いかなる州も合衆国市民の特権又は免除を縮減するような法律を制定し執行してはならない。いかなる州も、法のデュー・プロセスによらずして生命、自由、若しくは財産を剥奪してはならない。また、いかなる州もその管轄権の中で何人にも法の平等な保護を否定してはならない。」⁴⁰

この条文自体は、黒人の平等に限らない一般的な文言となっている。しかし、14 修正は、奴隷制度から解放された黒人に平等権を保障するために制定されたため、14 修正の挿入当初は、14 修正は奴隷であった黒人に対してのみ適用され、他の状況における平等保護ではないと解釈された。すなわち、14 修正について初めて争われた 1873 年の *Slaughter-House Cases* 事件⁴¹において、州が食肉処理場の設置場所を州設立の会社に独占させ、この会社以外での家畜の殺生・売買を禁じた州法の合憲性が争われ、連邦最高裁は、この州法を合憲とした。なぜなら、平等保護条項の目的は黒人の解放にあり、平等保護の対象となるのは黒人のみだからである。14 修正の挿入当初はその射程範囲は限定されていた。

一般的な文言のみを規定する 14 修正が、黒人以外の属性に対する規制についても適用可能かどうかについては、裁判所が人種⁴²、国籍⁴³、性別⁴⁴、婚外子⁴⁵など個々の事例において判断を行わねばならなくなった。裁判所が、具体的な立法を抽象的・一般的な憲法の文言に

³⁹ Title VII of Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C.A § 2000 (e).

⁴⁰ U.S. CONST. Amend, XIV, § 1.

⁴¹ *Slaughter-House Cases*, 16 Wall (83 U.S.) 36 (1873).

⁴² *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944)

⁴³ *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971); *In re Friffiths*, 413 U.S. 717 (1973); *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973).

⁴⁴ *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973); *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

⁴⁵ *Levy v. Louisiana*, 291 U.S. 68 (1968).

照らして審査することを「違憲立法審査権」という⁴⁶。違憲立法審査権は、Locke の自然法思想が強く反映され、恣意的な権力の行使を抑制する法の支配を前提とし、個人の権利について裁判所が保護をするシステムである⁴⁷。

例えば、脱脂粉乳を混合した粉ミルクの製造販売を規制する連邦法の 14 修正の下の合憲性を争った 1938 年の *Carolene Products Co.* 事件において連邦最高裁は、「(当該立法は)立法者の知識及び経験の中にある一定の合理的な根拠に基づいているという推定がはたらかし…通常の商取引に関する規制立法は違憲と判断されるべきではない」として、経済商業立法には強い合憲性の推定が認められ、これに対し裁判所は無干渉であるべきで、連邦議会の判断を尊重することを認めた⁴⁸。同事例によって、経済商業規制立法には立法裁量を認める緩やかな審査基準である「合理性の審査基準(rational basis)」が適用されることとなった。合理性の審査基準の下では、規制や区分といった手段が、正当な立法目的を達成するために合理的関連性がある場合、その立法は合憲と判断される。合理性の審査基準は、司法府の立法府に対する謙譲によって強い合理性の推定と結びつくことになった⁴⁹。

さらに重要なことには、*Carolene Products Co.* 判決の脚注 4 において最高裁は「切り離され孤立したマイノリティに対する偏見が、通常はマイノリティを保護すると信じられている政治過程の働きを著しく損なう傾向があり、それ故に、厳格審査が必要とされる特別な条件」となりうるとして、「切り離され孤立したマイノリティ」に対してはより多くの司法による審査、すなわち「厳格審査」が必要との示唆がなされた⁵⁰。そして、第二次世界大戦中に日系アメリカ人が強制的に収容所に隔離された軍の行為の合憲性が争われた *Korematsu* 事件では、1 つの人種グループの人権を制限するような法律上の規制は、即、違憲の疑いがあると考えられるべきとして、黒人以外であっても人種に基づく区別は偏見や悪意を反映した「疑わしき区分(suspect classification)」であって、裁判所は最も厳格な審査(the most rigid scrutiny)を行うべきであるとした⁵¹。この厳格審査の下では、その立法目的にやむにやまれぬ利益があること(compelling interest)、そして、立法目的の達成手段としては、より制限的ではない他の選びうる手段がない(narrowly tailored)ことが検討されなければならない。

しかし、実際の運用において合理性の審査基準はほとんど無審査で、厳格審査の対象となる法律がほとんど違憲であることが判明し、平等保護の審査基準の選択で合憲か違憲かの結論が決定してしまっていた⁵²。そこで中間審査が生み出された。これは性差別に適用されることとなる。男性軍人には無条件で配偶者手当の支給を認めるが、女性軍人には配偶者が

⁴⁶ 田中英夫『英米法総論(上)』(東京大学出版会、1980年)313頁。

⁴⁷ 伊藤・前掲注(21)15頁。

⁴⁸ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 483, 152 (1938).

⁴⁹ 松井茂記「法の下での平等について(一)」*國家學會雑誌* 105 卷 5-6 号(1992年)14-15頁。

⁵⁰ *United States v. Carolene Products Co.*, at 152 n.4. 同脚注は厳格審査という用語は使っていないが、「より多くの司法上の審査が要求される」として厳格審査を示唆し、同判決の同文言が「切り離され孤立したマイノリティ」に厳格審査が適用される淵源として定着している。

⁵¹ *Korematsu v. United States*.

⁵² 松井・前掲注(49)。

経済的に女性に扶養されていることを証明しない限りは配偶者手当の支給を認めないとする規定が 14 修正に違反すると争った 1973 年の *Frontiero* 事件において、連邦最高裁は、

「我々は両性の間のステレオタイプ化された区別を雪だるま式に増やしてゆき、19 世紀の女性の地位は、南北戦争前の黒人と対比できるものであった。奴隷も女性も公職に就けず、陪審を務められず、訴訟を提起することができず、既婚女性は財産を所有したり譲渡したり、子どもの法的保護者の能力を否定されていた。黒人は 1870 年に選挙権を保障されたが、女性はその半世紀後の 19 修正の採択までこの権利すら否定されてきた。…性別は知的・身体的障害…などの疑わしくない分類と異なり、性的特徴と社会に参加し貢献する能力とはしばしば関係がない。結果として、性別間の法律上の区別は、個人の実際の能力に関係なく、女性全体を低い法的地位に過度に落とすという許されない効果をもつ。」⁵³

従って、性に基づく区分も、長く不幸な差別の歴史・不変性・能力との無関係性を理由に、人種に基づく区分のように本来疑わしい区分であり、「高められた審査基準 (*stricter standard of review*)」による分析が求められる、と結論した⁵⁴。同事例は、性に基づく区分を人種と同一視し、中間審査について明言しなかった。しかし、人種以外であっても疑わしきと思われる属性があることを示唆した。

その後、ビールの販売対象年齢を男性は 21 歳、女性は 18 歳と規制する州法が 18 歳から 20 歳までの男性に対する差別であると差止め命令を求めた 1976 年の *Craig* 事件⁵⁵において、連邦最高裁は性に基づく区分は、「重要な政府目的 (*important governmental objectives*)」の達成のために「実質的関連性 (*substantially related*)」を有するものでなければならぬと判断され、「中間審査 (*intermediate level scrutiny*)」基準を確立した⁵⁶。州法の立法目的は交通安全の促進であったが、性と交通安全の関係性があまりに希薄であって女性に対しては 18 歳以上の者にビールを販売することを認めながら、男性に対して 21 歳以上の者でなければビールを販売することができないという手段に実質的関連性がないとした。州は、女性の方が飲酒による交通事故の発生率が低いというデータを提示したが、この証拠が性に基づく区別を正当化するには甚だ弱く、性別役割分担論を根拠とした性に基づく区分は詳しい審査が必要なため、人種の「疑わしき区分」に準ずるものとして「準疑わしき区分 (*quasi-suspect classification*)」に該当することとなった⁵⁷。

⁵³ *Frontiero v. Richardson*, at 685-687.

⁵⁴ *Id.*, at 688.

⁵⁵ *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 197-199 (1976).

⁵⁶ 同審査基準に基づき、交通安全という「重要な政府目的」と、女性に対しては 18 歳以上の者にビールを販売することを認めながら、男性に対して 21 歳以上の者でなければビールを販売することができないという「手段」に実質的関連性がないとして男女別のアルコール販売を規定する州法を違憲と判断した。

⁵⁷ 同事例についての我が国での判例評釈は、戸松秀典「判批」ジュリスト 776 号 (1982 年) 129-132 頁；君塚正臣「性差別とアメリカ合衆国裁判所：中間審査基準の再検討」阪大法学第 159 号 (1991 年) 271-302 頁；君塚正臣「性差別の審査基準の根拠について：アメリカでの議論を中心に」阪大法学 163 号 (1992 年) 125-152 頁、など。

州や連邦による規制立法の違憲性を判断する審査基準が三段階に分かれることとなったわけだが、重要な人権価値が問題になっているときほど審査基準は厳しい。14 修正挿入の歴史を反映し、人種に基づく区別や投票権など基本権の侵害と、その他の区別では異なった平等保護理論が構築されてきた。人種に基づく区分は偏見・悪意が反映されている可能性があり「疑わしい」が、特段の事由がないと判断される区分については合理的であり、平等という人権において複数の、そして価値においても高低の差がある人権価値が認められるというのである⁵⁸。

1.3.4 障害者に基づく区別の違憲審査基準：Cleburne 連邦最高裁判決

では、障害に基づく区分はどのような平等理論なのだろうか。障害は人種に基づく区別ではないため、疑わしき区分ではないとしても、性に基づく区別のように詳しい審査を要する準疑わしき区分なのだろうか。それとも、特別な事由がないとして合理性の審査基準が適用されるのだろうか。1985 年に Cleburne 事件⁵⁹において連邦最高裁は、初めて、そして唯一、障害に基づく区分の審査基準について判断を行った。

(1) Cleburne 連邦最高裁判決：事実概要と判旨

Cleburne 事件の事実概要は以下である。被上告人の Cleburne 生活センターは、Texas 州 Cleburne 市でグループホームを運営することを計画した。同ホームの居住予定者は、軽度及び重度の知的障害（mentally retarded）をもつ 13 人の男女である。居住予定者は、センターのスタッフと共に、日常生活の作業に従事し、台所の使用方法や求人広告の読み方、家計簿の管理の仕方、余暇のおくり方などを学ぶことになる。Cleburne 市の策定したゾーニング条例によれば、精神異常か精神耗弱者（feeble-minded）、又はアルコール中毒か麻薬常習者のための病院、又は刑罰からの矯正施設の設置の際には、特別使用許可が必要であると規定されていた。市は、Cleburne 生活センターのグループホームは、精神耗弱者（feeble-minded）の病院に該当すると決定した。センターは、市に対して特別使用許可申請を行ったが、市議会は公聴会の後、当該ホームが中学校の向かいにあること、近隣住民に反対と恐怖心があること、予定居住者の数が州の規則に違反し過剰であること、知的障害者の行為を巡る法的責任について懸念があること、500 年に一回洪水が起る場所であることを理由に却下した。グループホームは、当該条例は、知的障害者に対する差別であり、差止め命令と損害賠償を求めて提訴した。

1 審は、市の策定したゾーニング条例は、基本権を侵害しているとはいえないし、知的障害者は、疑わしい区分でも準疑わしき区分でもないので、当該条例を合憲と判断した。2 審（第 5 連邦巡回控訴裁判所）は、1 審の判断を覆し、知的障害を理由とした区別は、準疑わしき区分に該当すると判断した。なぜなら、知的障害者に対する偏見の歴史があ

⁵⁸ 松井・前掲注（49）。

⁵⁹ City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc., 473 U.S. 432 (1985). 同判決については以下が詳しく紹介している。西村裕三「判批」判例タイムズ37巻44号（1986年）111-118頁；青柳幸一「判批」ジュリスト870号（1986年）10-15頁；青柳幸一「知的障害者の権利と平等保護：『威力ある合理性の基準』」憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』（有斐閣、1998年）212-219頁。

り、知的障害者が政治的に無力で、不変的な特性があり、施設設置の不許可が知的障害者の社会参加という基本権ではないが重要な利益を妨げたからである。従って、知的障害には中間審査が適用され、本件ゾーニング条例は、重要な政府利益を促進するための実質的関連性を有するとはいえないので違憲であるとした。

連邦最高裁は、知的障害についてどの審査基準が適用されるか判断するために、まず、他の属性の違憲審査基準について過去の先例を概括する。

これまで、先例は、経済商業規制立法については州に広い裁量を認め、たとえ賢明といえない立法でも、最終的には、民主政治過程を通じて是正されることを憲法は予定している。しかし立法上の区分が人種、国籍を理由とするとき、このルールは適用されない。人種などを考慮した法律は、偏見や嫌悪感を反映していると推定され、正当な州の利益の実現に関連していることは極めて稀だからである。そのような差別は立法的手段によってすぐに是正されるとはいえないので、それらの法律は、厳格審査に服する。また、州法が（投票権など）憲法が保障する個人の基本的権利を侵害しているときも、同様に厳格審査が適用される⁶⁰。

性別に基づく区分についても別異取扱の合理性ある根拠が存在しない。Frontiero 最高裁判決は「性別は知的・身体的障害…などの疑わしくない分類と異なり、性的特徴は社会に参加し貢献する能力とはしばしば関係がない。」と述べている。性別に基づいて利益や負担を分配する立法は、合理的根拠に基づくというよりも、男女の相対的能力に関する時代錯誤の固定観念を反映している場合が多い。従って、性に基づく立法上の分類は十分に重要な政府の利益と実質的に関連していなければならず、単なる合理性の審査基準では足りないと判断をしている⁶¹。

非摘出子については、個人の力ではコントロールしえない、Mathews 最高裁判決によれば「社会に参加し、これに貢献する個人の能力とは無関係」なので、これに依拠する差別は、高められた審査に服し、正当な州の利益に実質的に関連している限り、憲法上認められる⁶²。

しかし、年齢に基づく別異取扱については高められた審査は適用されない⁶³。Murgia 最高裁判決が「年齢に基づく取扱は、全て差別に該当しないわけではないが、人種、国籍に基づいて差別されてきた人々とは異なり、そのような個人は、『はっきりとした

(purposeful) 不平等な取扱の歴史』を経験してこなかった、あるいは、彼らの能力を反映していないステレオタイプに基づく独特の差別 (unique disabilities) に服してきてこなかった。」と述べ⁶⁴、立法目的に資する合理的手段のみを要求する合理性の審査基準が適用された⁶⁵。

このような属性についての審査基準の変遷の下、最高裁は、知的障害に基づく区別の審

⁶⁰ City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc., at 440.

⁶¹ *Id.*, at 440-441.

⁶² *Id.*, at 441-442.

⁶³ Mathews v. Lucas, 427 U.S. 495, 505 (1976).

⁶⁴ Massachusetts Board of Retirement v. Murgia, 427 U.S. 307, 313 (1976).

⁶⁵ City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc., at 441.

査基準について以下①から④の理由に基づいて知的障害者は準疑わしき区分に該当しないとした。

①知的障害者は、実社会に適合して役割を果たす能力が劣っていることは否定できないため、州が立法上、知的障害者に対処しサービス提供をすることは州の正当な利益である。知的障害の程度は幅広く、かように広範かつ多様性のあるグループが法の下でどのように取扱われるかは、資格のある専門家によって指導された立法府の仕事であって、大事なことをよく知らない司法府の意見によるべきでない。知的障害者に対処する場合は、司法府による立法府の監視が必要であるとは思わない⁶⁶

②連邦及び州による知的障害者の権利保障のための多数の立法が存在する。これらの立法が知的障害者に対する嫌悪感・偏見に対処しており、司法府の監視の必要性を否定してきた。連邦政府は、知的障害のある児童の統合教育を保障するために連邦教育助成金を交付したり、公務員の採用にあたって知的障害者に競争面接を免除したりするなどしてきた。このような特別な取扱 (*special treatment*) は知的障害者とそれ以外の者との間に否定できない違いがあることを反映している。これらの違いを政府が考慮することは、正当であるばかりでなく、望ましいものである。知的障害者の能力及びニーズに関して、広範な差異がある場合は特に、裁判所による監視を受けずに救済施策を実施する裁量を有している⁶⁷。

③近年の知的障害者に対する保護立法の制定は、世論の支持がなければ実現しなかったであろうものである。知的障害者は、立法府の関心を引き付けることができないという意味で政治的に無力であるという主張は否定され、他のマイノリティよりも大きな司法上の保護が必要とはいえない⁶⁸。

④もしも知的障害者が準疑わしき区分である場合、他者と区別される不変的な障害があり、政治的に無力で、ある程度の偏見にさらされてきた多様な他のグループ（例えば、高齢者、身体障害者 (*the disabled*)、精神病者 (*the mentally ill*)、虚弱体質者 (*the infirm*)) と区別することが困難になる⁶⁹。

「確かに、知的障害者に対する差別的事例は継続的に生じており、憲法規範の下での司法審査に服されることが望ましい。しかし、そのような事例を適切に解決する方法は、新しい準疑わしき区分を創設し」入念な審査をすることではない。知的障害は、合法的に政府が決定において多面的な考慮をすべき属性であり、連邦及び州の双方の政府が、知的障害者を援助するための立法を近年制定してきている。故に、たとえ知的障害者個人を不利な立場に置く立法でさえ、憲法が容認しない考慮に根ざしているとは推定しない⁷⁰。

次に、最高裁は、適用上本件ゾーニング条例が、知的障害者の居住する施設に使用許可を要求する限りにおいて、平等保護条項の保護を奪うかどうかを審査する。「この（適用上の

⁶⁶ *Id.*, at 442-443.

⁶⁷ *Id.* at 443-445.

⁶⁸ *Id.* at 445-465.

⁶⁹ *Id.* at 445-446. 同判決は、知的障害者に対して「*the mentally retarded*」という用語を使い、これらと区別不可能なグループについて「*the aging, the disabled, the mentally ill, and the infirm*」と表現している。

⁷⁰ *Id.*, at 446.

審査の) 手法は、裁判所が不必要に広範な憲法的審査を行うことを避けることができるので、好ましい決定方法である。」⁷¹ 本件市は、ホテル、病院、サナトリウム、私的クラブについては施設の特別使用許可を要求しない。しかし当該グループホームが知的障害者の施設であることを理由に、特別に使用許可を要求している。本件の憲法上の争点は、他の住宅施設などの場合には自由に建設が認められるにもかかわらず、市は、知的障害者のグループホームにのみ特別許可を要求することができるかどうかである。すでに指摘したように知的障害者は集団として、特別使用許可を必要としない他の施設を利用する一般の者とは異なることは事実である。しかし、本件グループホームとそこに居住する者が、市の正当な利益を脅かさない場合、この相違は無関係である。当該グループホームは市の正当な利益を脅かすという合理的な根拠は存在しない⁷²。

市は、近隣住民と近隣土地所有者の反対を根拠に使用を認めなかったが、単なる反対・恐怖などの否定的な態度は、他のアパートや集合住宅などと異なる取扱を許容する根拠とはならない。また、本件グループホームが中学校の向かいにあり、中学生が知的障害者に嫌がらせをする可能性があることを市は指摘していたが、同中学校には、30人の知的障害のある生徒が通学しているので、そのように漠然としていて、画一的な恐れは、平等保護違反を促すものであり、設置不許可を正当化する理由にはならない。さらに、市は、本件施設周辺には500年に一回、洪水の危険性があることを指摘しているが、その危険性は他の施設と知的障害者の施設を区別する根拠にはならない。最後に、本件施設の構造と比較して、入居者数が多すぎるものが指摘されているが、本件施設の居住者が知的障害者以外であった場合、使用が許可されていたといえる。知的障害者が居住する施設にだけ人数制限を課すものの、他の施設に関しては制限はない。知的障害者である場合にだけ収容人数を規制しなければならない根拠を市は明らかにしていない⁷³。

これらの理由から、「本件で許可を要求することは、知的障害者に対する不合理な偏見によるものであるように思われる。従って本件ゾーニング条例は本件施設に適用される限りで違憲である。」⁷⁴

(2) Cleburne 連邦最高裁判決：考察

Cleburne 判決法廷意見は、知的障害という属性は準疑わしき区分ではなく、知的障害に基づく区別については合理性の審査基準によって違憲判断がされることとし、本件ゾーニ

⁷¹ *Id.*, at 447.

⁷² *Id.*, at 447-448.

⁷³ *Id.*, at 448-449.

⁷⁴ これに対して、Marshall 反対意見は、知的障害者に対しては「中間審査」が適用されるべきであり、同条例は文面上も適用上も違憲であるとした。すなわち、同条例は、グループホームへの参加という知的障害者にとって「家庭を創設する」権利、デュー・プロセス条項に含まれる基本的自由の1つを侵害しているとした。また、知的障害者は人種差別に並ぶほど隔離と差別の「長くかつ悲劇的な歴史 *University of California Regents v. Bakke*, 438 U.S. 265, 303 (1978)」にさらされてきた。特定の特性に基づく分類が過去に偏見・ステレオタイプの慣行の対象となっている場合、そしてそれが現在も持続している場合、中間審査は適切である。*Id.*, at 472.

ング条例は文面上合憲だが、適用上違憲であると判断した。

(a) 文面審査について

法廷意見が、知的障害に対する区別について合理性の審査基準を適用することとなった4つの理由は以下であった。

- ①知的障害者の能力的欠損の存在と能力的欠損の程度の多様性、そして立法的対処の必要性
- ②その立法的対処において知的障害者のニーズに対応するための立法裁量の必要性
- ③知的障害者への立法動向に法的支持があるので、他のマイノリティ以上の司法上の保護の必要性がないこと
- ④知的障害者と他グループとの区別ができないこと

法廷意見が、性と異なり知的障害者は準疑わしき区分ではないと判断した理由は、①の能力的欠損の存在が最も決定的な要素といえる。「①知的障害者の能力的欠損の存在と能力的欠損の程度の多様性、そして立法的対処の必要性」を根拠に「②その立法的対処において知的障害者のニーズに対応するための立法裁量の必要性」が導かれており、②を理由に、「③知的障害者への立法動向に法的支持があるので、他のマイノリティ以上の司法上の保護の必要性がない」といえる。これら①から③は知的障害者を準疑わしき区分としない積極的理由である。

例えば、Frontiero 判決においても、最高裁は性別が人種と同様に疑わしき区分であることを証明するために障害者を引き合いに出し、「能力的欠損」を審査基準決定の考慮要素としている。すなわち「性別は知的・身体的障害などの疑わしくない分類と異なり、性的特徴と社会に参加し貢献する能力とはしばしば関係がない。結果として、性別間の法律上の区別は、個人の実際の能力に関係なく、女性全体を低い法的地位に落とすという許されない効果をもつ。」⁷⁵Frontiero 判決は、知的・身体障害者が疑わしくない区分とした上で、性別は社会貢献能力とは関係のない属性なので準疑わしき区分であると説明する。本件 Cleburne 判決法廷意見も「(知的障害者は) 実生活に適合して役割を果たす能力が劣っていることは否定でき」ず、州が彼らを他者と異なって扱うことは州の正当な利益とした。そしてその能力的欠損も知的障害のパターンによって多種多様であるから、専門家の意見を踏まえた立法を尊重すべきとした⁷⁶。人種や性別と異なり知的障害という属性について能力的な問題は切り離せないことから、連邦最高裁は知的障害者の能力的欠損を根拠に区別することには合理性があると考えている。

能力を根拠とした区別の正当性は、近代立憲主義の平等観が、資本主義社会における自由競争・能力主義に基づいていることに由来する。アメリカ初の差別禁止法である市民権法は、差別禁止事由として人種、皮膚の色、宗教、性、又は出身国を理由とした差別を禁止する。これらの属性は、本人の能力とは無関係な属性であるため、市民権法に列挙された。従って、違憲審査においても、これらの属性に基づく区別は偏見や悪意に基づいた疑わしい又は準疑わしい、とみなされてきた。もしも障害に基づいて区別をされたとして

⁷⁵ Frontiero v. Richardson, at 686-687.

⁷⁶ City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc., at 442-443.

も、それは偏見や敵意によるものではなく、正当に能力評価した上での合理的区別なのであり、差別ではない⁷⁷。このように、合衆国憲法 14 修正の平等観は、能力主義に基づいており、能力がある者を同じように取扱うことを要求しているのであり、能力に基づく区別は合理的と判断している。しかし、これはマイナス面だけではなく、能力的欠損のある属性にとってメリットもある。能力的欠損のある属性については、合法的に政府が決定において多面的に考慮すべき属性なのであって、属性を考慮し、立法府が不利益を補填するための法律を制定することによってこれらの属性が利益を得ることもできるのである。

③についても、②同様に立法による解決を重要視しているといえる。民主主義過程によって救済されない者を司法府が保護することは正当であり、彼らに世論的支持がある場合、様々な立法を講じられ、立法による保護が及んでいるため、司法による保護の必要がないとしている。しかし、準疑わしき区分の根拠に政治的無力性を挙げることには、批判がある⁷⁸。本件に関していえば、法廷意見が述べているように、リハビリテーション法をはじめとするニューディール期の数々の社会保障・社会福祉立法が存在するので知的障害者は政治的に無力ではないと言えるかもしれない。しかしそうであるならば、法廷意見が冒頭で引用した *Frontiero* 判決において女性差別が疑わしい分類である理由として長く不幸な差別の歴史を挙げて、その後これを是正する立法がなされたことが証明されている。すなわち、

「性別間のステレオタイプ化された区別…によって 19 世紀の大半、女性の地位は低く、奴隷と同様に女性も公職・陪審・訴訟に関わることができず、財産の所有や譲渡などの法律上の能力を否定されていた。黒人は 1870 年に選挙権を保障されたのであるが、女性はその半世紀後の合衆国憲法 19 修正の挿入までこの権利すら否定されていたのである。」⁷⁹

人種も長く悲惨な歴史に服し、世論的支持によって合衆国憲法の修正条項や市民権法が制定され救済されてきている。このように、本件が数々の障害者に対する立法の存在を理由に政治的に無力ではないとしたことは、説得力がないともいえる。ただし、人種・性マイノリティは、投票権や財産権などの重要な人権を法で保障することによって、これらのマイノリティはこの権利を行使できるかもしれない。しかし、障害者は投票権や財産権などの人権を法で認めただけでは足りず、行使をするための能力的な補填なども必要になり、人種・性マイノリティよりも立法の保護が必要な属性ともいえる。

④は①から③と理由が異なる。①から③は知的障害者を準疑わしき区分としない積極的理由であるが、④は、知的障害者を準疑わしき区分とすることの弊害を挙げている。すなわち、知的障害者を疑わしき区分とすると、高齢者、身体障害者、精神障害者、虚弱体質

⁷⁷ 東俊裕「障害に基づく差別の禁止」長瀬修・東俊裕・川島聡編『障害者の権利条約と日本：概要と展望』（生活書院、2008年）37頁。

⁷⁸ 君塚 1992年・前掲注（57）139頁；Amy S. Lowndes, “Americans with Disabilities Act of 1990: A Congressional Mandate for Heightened Judicial Protection of Disabled Persons,” 44 Fla. L. Rev. 417, 437-439 (1992); “The Supreme Court-Leading Cases,” 99 Harv. L. Rev. 120, 168 (1985).

⁷⁹ *Frontiero v. Richardson*, at 684-685.

者などの能力的欠損あるマイノリティに対しても福祉サービスを提供する法律の立法がしにくくなることを問題としている。これらの属性にとっては社会保障・社会福祉立法が必要であることは否めない。もしも知的障害者が準疑わしき区分とすると、知的障害を含め能力的欠損を有するこれらの属性に対して法裁量の余地が制限され、福祉サービス立法などによる利益享受を阻害することになる危険性を指摘しているといえる⁸⁰。

本判決での知的障害者に対する審査基準に関しては、裁判官の意見は6対3に分かれている。本件において反対意見を執筆し、知的障害者に対しては中間審査基準が適用されるべき、と主張した Marshall 裁判官は (Brennan、Blackmun 裁判官同調)、同ゾーニング条例を違憲とするにあたり以下を理由とした。すなわち、本件ゾーニング条例は、グループホームへの参加という知的障害者にとって家庭を創設する権利という 14 修正デュー・プロセス条項に含まれる基本的自由の 1 つを侵害している。また、知的障害者は断種、婚姻の禁止、公教育からの排除、選挙権の剥奪など、人種差別と同様に隔離と差別の長く悲劇的な歴史にさらされてきた。このような差別の歴史を鑑みると、Cleburne 市の策定した条例は差別的なステレオタイプに依拠しているといえる。知的障害者の置かれている状況は、黒人や女性のように近年改善されてきたが、多くのことが以前と同じ状態で残っており、特定の属性が偏見・ステレオタイプの慣行の対象になっていた場合には高い審査基準が適用される⁸¹。このように反対意見は、知的障害に対しても性同様に高められた審査基準が適用される準疑わしき区分であるとする。

結局、疑わしい区分の根拠にとって一番重要なのは何であるか明らかではない。14 修正の制定意図に従えば、人種差別の是正が 14 修正の目的であったため、性別・婚外子・年齢などについては、人種との共通点を探し出すことで審査基準を探ってきた⁸²。しかし、性差別に関しても、中間審査が適用されることになったとはいえ、なぜそれらが準疑わしき区分であるか判例中で明示された様子もない⁸³。性差別の文脈で、性に対して高められた審査基準が適用されることとなった理由として、最高裁は、長く悲惨な歴史・性という属性の不変性・能力との無関係性を挙げていたが⁸⁴、Marshall 反対意見が指摘しているように、障害者も女性と同じように投票権などの基本的人権を剥奪され、時に女性よりも悲惨な隔離を行われていた。そして ADA の法文中の「事実認定」「目的」⁸⁵において、障害者は「分離され孤立したマイノリティ」と表現されており、これは *Carolene products Co.* 判決の脚注 4 を反映したものである。そして同項はそのような障害者に対する「分離」の歴史的傾向があったことについても言及している。すなわち、「歴史的に見て、社会は障害

⁸⁰ 青柳は、知的障害とこれらのグループの区別可能性について検討した形跡もないまま、他グループとの区別困難性を挙げるのは理由として不十分であるという問題点を指摘している。青柳 1998・前掲注 (59) 217 頁。

⁸¹ *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, at 461-467

⁸² *Frontiero v. Richardson*, at 686; *Mathews v. Lucas*, at 505; *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, at 313; *Graham v. Richardson*.

⁸³ 君塚正臣『性差別司法審査基準論』(1996年、信山社) 75-81 頁。

⁸⁴ *Frontiero v. Richardson*, at 686.

⁸⁵ 42 U.S.C. § 12101(a)-(b).

者を孤立し分離させる傾向がこれまであり、多少の改善が見きられるにもかかわらず、このような形態の障害者差別は、依然として重大かつ広範囲にわたる社会問題となっている。」⁸⁶そして、「事実認定」と「目的」では「差別」という文言が 11 回使用されている⁸⁷。

不変性については、確かに知的障害は「出生によってのみ決定される不変の特徴」⁸⁸ではない場合もある。先天性の知的障害もあれば、事故などの後天的に生じる知的障害もある。確かに、生来の属性は個人の努力ではいかんともしがたいために、これに基づく不利益から保護するためであると考えられる。しかし、後天的な障害は個人の責任の帰結として、障害に基づく不利益についても個人が責任をもたねばならないのだろうか。また

「(性別が)人種、国籍と同様に…個人が全く又はほとんどコントロールできるものではない一般的に不変の特徴」をもち、非嫡出という身分は「個人の力ではコントロール」できないというのであれば、知的障害に関しては医学的治療などによって知的能力をある程度、向上させることができる場合もある。しかし、医学的・福祉サービスによって知的能力のコントロールが可能なことをもって、違憲性の疑いのない区分といえるのか⁸⁹。「分離され孤立したマイノリティ」に対しては厳格審査が適用されると示唆した *Carolene Products Co.*判決脚注 4 に従うならば、後天的であれコントロール可能な障害であれ、知的障害者は、分離孤立し偏見と悪意に基づく取扱を受けてきたとして疑わしき区分に該当するといえる。君塚は性別に基づく審査基準について考察する際に、生来の偶然による分類ならば疑わしき根拠となるかについても検討が十分に行われていない、としている⁹⁰。

さらに、障害が多様性を有する属性であることから鑑みるに、人種と障害の共通点を探すことはより一層困難であるといえる。それもあってか本件は知的障害者についてのみ最高裁は言及しており、他の身体・精神障害について検討を行っていない。

(b) 適用審査について

君塚は、性別に限らず他マイノリティも「自らに対する憲法上の保護をも求めるために人種との共通項を求める主張を行ってきた」が、「結局厳格審査の対象となる要件はなお不確定であり…その中で共通点を探すことはあきらめざるを得ない」と指摘する⁹¹。

障害に関していえば、特に、多様な症状や状況に置かれている障害者を合理性・中間・厳格といった 3 つの審査基準に分類してしまってもいいのか、その時々に応じた判断も必要ではないか、積極的な立法の余地を残す必要があるもののステレオタイプに基づいた差別的なルールにはどう対処するか、などの問題がある。これに対処すべく、法廷意見は、文面上の合憲判断だけではなく適用上の審査を行ったといえる。これまでの伝統的合理性

⁸⁶ 42 U.S.C. § 12101(a)(2).

⁸⁷ Leonard, *supra* note 13, at 10-11.

⁸⁸ *Frontiero v. Richardson*, at 687.

⁸⁹ *The Supreme Court-Leading Cases*, *supra* note 78, at 168.

⁹⁰ 君塚・前掲注(83) 40 頁。

⁹¹ 君塚・同書、138-139 頁。

の審査基準であれば、文面上の合憲判断のみで判決が下されていたはずである。Marshall 裁判官によれば「最高裁が平等保護条項の下で法律を適用違憲としたことは一度もない。」ということである⁹²。しかし法廷意見は「この（適用上の審査の）手法は、裁判所が不必要に広範な憲法的審査を行うことを避けることができるので、好ましい決定方法」と述べ、本件ゾーニング条例を適用違憲とする⁹³。Marshall 反対意見は、法廷意見が文面上合憲としつつも適用違憲とした点について以下のように述べる。

「（合理性の審査と称しながら）中間審査を連想させる検討の後に、当該ゾーニング条例を無効とした法廷意見の審査基準は難解なものである。念のため本件法廷意見は、このやり方（handiwork）を中間審査との名前（label）をつけなかった。おそらく今後、本件で採用された方法は、『高められた審査』というよりは、合理的な審査の『第二水準（second order）』と呼ばれるに違いない。名称はどのようなものであろうとも、本件で採られた合理性の基準はこれまで先例により行われてきた合理性の審査基準とは異なるものである。」⁹⁴

このような前例がない審査が行われたのは、障害者に利益をもたらす法律に対する立法裁量を認めているのであり、さらに、障害の種類や社会への適用性が多種多様であり、裁判所が人種や性などの属性とは違って1つの区分に集約することができなかつたので、障害という属性は3つ審査基準の区分にそぐわないからであろう。市が策定したゾーニング条例は明らかに知的障害者への偏見・嫌悪感を反映した事例であったが、障害に基づく区分が問題となる場合、個々の事例において状況を全て考慮しないとその法律の妥当性を判断できない。障害とはその種類や状況に即した立法と司法判断が必要である。本件の文面上合憲としつつも適用違憲を採用する審査は、成文法のメリットである法の予測可能性・安定性が失われ、裁判官による恣意的判断が入るといった批判もある⁹⁵。しかし、このような柔軟な判断というのは、そもそも判例法主義の英米法の特徴である事実即したケースバイケースの解決というメリットを生かしているとも考えられる。

審査基準については6対3と裁判官の意見は分かれたが、全員が知的障害者のグループホームにのみ特別設置許可を要するゾーニング条例は違憲であると考えていた。障害は準疑わしき区分とはされなかつたものの、経済商業規制立法のように無審査で合憲性が判断されるわけではなく、人種・性別ほどの高められた審査をされるわけではないものの、事例に応じた審査が必要であることが示された。そして、障害者に対して合理性の審査基準を採用したことで、今後、障害者に対する取扱が全て違憲となるわけではなく、障害者の人権にとって肯定的な別異取扱、すなわち「合理的配慮」も合憲扱いとみなされる余地を

⁹² City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc., at 476.

⁹³ *Id.*, at 447.

⁹⁴ *Id.*, at 456-458.

⁹⁵ 君塚・前掲注（83）33頁；Jeffrey N. Shaman, “Cracks in the Structure: Coming Break-down of the Levels of Scrutiny,” 45 Ohio St. L. J. 161, 175-176 (1984).

残した。障害者にとっての平等とは均等待遇も必要であるが、人種・性などとは異なり、別異取扱による機会の平等の担保もまた必要である。

本判決については、平等保護条項は州の障害者に対する行為について制限された権限しか与えられておらず、障害者全般について合理性の審査基準を適用すると断定してよいのか疑わしい⁹⁶、など批判も多いが⁹⁷、同判決は障害者全般に対して統一的な審査基準を示すことをあえてさけていた、と評価することができよう。なぜなら、もしも能力的欠損がある属性が全て準疑わしき区分となった場合、これらの属性に対する積極的な福祉立法も違憲になってしまう。最高裁は、これらの属性に対する社会保障・社会福祉サービスを提供する法律の立法の必要性と立法裁量を認め、知的障害を準疑わしき区分とすることで障害者に利益を与えるような立法を阻害することがないような判断を行ったといえる。

同判決は知的障害者に対する立法裁量を維持したままで、結論的に違憲とした点で妥当といえる。後の判例が同最高裁の判断を根拠に障害者という属性全体に合理性の審査基準を適用したことが問題であって、本件は知的障害者に基づく区別について正しく差別と判断している。属性に基づいて違憲審査基準を一般化することを否定した事例といえる。

ただし、Marshall 裁判官が指摘するように、法廷意見はこのような「第 2 の水準」の合理性審査が行われる明確な根拠を示していない。従って、どのような場合に本件で適用された審査が適用されるのか依然として不明なままであり混乱は残ったままである⁹⁸

1.4 ADA 制定史

⁹⁶ James Leonard, “The Shadows of Unconstitutionality: How the New Federalism May Affect the Anti-Discrimination Mandate of the Americans with Disabilities Act,” 52 Ala. L. Rev. 91, 114 (2000)

⁹⁷ Paul Brest, “The Supreme Court 1975 Term-Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle,” 90 Harv. L. Rev. 1, 10 (1976); David O. Stewart, “A Growing Equal Protection Clause?” 71 ABA J. 108, 112 (1985); Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2nd ed. (West, 1887) 1444-1445, 1545-1596; The Supreme Court-Leading Cases, *supra* note 78, at 168; Robert J. Kaczorowski, “Revolutionary Constitutionalism in the Era of the Civil War and Reconstruction,” 61 N.Y.U. L. Rev. 863, 878-879 (1986); Lowndes, *supra* note 78, at 437-439; Mark V. Wunder, “Equal Protection and the Mentally Retarded: A Denial of Quasi-Suspect Status in *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*,” 72 Iowa L. Rev. 241, 243 (1986); Cass Sunstein, “The Anticaste Principle,” 92 Mich. L. Rev. 2410, 2434 (1994); Leonard, *supra* note 96; Burgdorf, *supra* note 12, at 296.

⁹⁸ なお、近年、同性愛に基づく区別において新しい流れが生じている。*United States v. Windsor*, 570 U.S. ___ (2013). において、州法が同性婚を認めていたとしても連邦法において同性婚を認めない婚姻擁護法 (Defense of Marriage Act) は、合衆国憲法 5 修正のデュー・プロセス条項違反であると判断した。また、*Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015). においても、同性婚を認めないことが婚姻の権利という基本的権利を侵害し、14 修正の平等保護条項に違反すると判断している。これらは、同性愛に基づく区別を疑わしき区分としたものではないが、どのような審査基準が適用されたのかははっきりしない。同性婚の否定が正当な目的をもたず、同性愛者に対する偏見に根差していることを問題としていると思われる。松井・前掲注 (29) 443 頁。

合衆国憲法 14 修正が挿入され、14 修正の平等保護を確保し全ての者に市民権を保障する連邦初の差別禁止法である市民権法が制定されたものの、この差別禁止事由に障害は含まれなかった。Cleburne 判決における Marshall 裁判官によれば「知的障害者は危険で回復しない者とみなされ、…ソーシャル・ダーウィズム、優生学の台頭により医学的権威が増し、19 世紀の間『知的障害者』は『社会と市民社会の厄介者』と判断されてきた。」州は、隔離分離計画を実施し、知的障害者の生殖機能の断絶と「知的障害者集団を根絶やしにすること」を目的として巨大な保護施設を設立した。知的障害のある子どもたちは、知的障害者ではない子どもを守るといった誤った目的に基づいて公共教育から排除された。

「優生学の下、知的障害者の結婚はいくつかの州においては無効なだけでなく、しばしば刑事上の罪」として禁止された。さらに「ほとんどの州は、個人の能力を考慮することなく、分類上の『まぬけ (idiots)』から選挙権を奪っていた…(そして) 最も重要なことは、知的障害者の隔離は、現在も継続している。」⁹⁹こうして、障害者は隔離分離され、市民権を奪われ、人間以下として扱われてきた。

こうした差別的で不適切な状況は建国以前に遡る¹⁰⁰。1607 年、初めてイギリス本国からアメリカ植民地に移住者がやってきた頃、アメリカ植民地には医者がほとんどおらず、障害者への対応は医療などの問題というよりはむしろ宗教の問題とされた。例えば、魔女狩りを理由に行動面・身体面において普通ではない人々が 1691 年の 1 年間で New England だけでも 250 人以上も逮捕された。また、イギリスには障害者を支える修道院や機関があったが、植民地にはそのような施設もなかった。家族は医者や地域の人々に働きかけることもしなく、障害者をはじめとする貧困者は町や郡で管理され、彼らが区域内を出た場合には鞭打ちなどの刑を科し、新たに貧困者が町に入ってきた場合には、貧困者の管理に対する金銭的負担が大きい隣町へそのような貧困者を捨てる事態を招いていた¹⁰¹。

その後、アメリカにおける障害者に対する取組みは、宗教団体や個人による慈善事業によって支えられることとなった。1752 年にアメリカで初めての病院が、クエーカー教徒の働きにより設立され、精神障害を含む疾患を有する人々の治療にあっていた。また、1824 年に Kentucky 州に精神障害者に対する専門の施設が設立された。19 世紀には身体障害者などに対する外科手術の技術が進歩し、1865 年に New York 市に身体障害者に対して外科手術を行う病院が作られた。障害のある子どもについては、1812 年に視覚障害児の学校が、1817 年に聴覚障害児のための学校が設立され、1884 年には障害のある子どもをケアする病院が作られた。公的な機関も一部において障害者に対する施策を実施し始めたが、当初は傷痍軍人に対する保護に限定されていた。1776 年の「年金法」は、傷痍軍人に対して補償を行うことを規定していた。1798 年には「傷病及び負傷水夫に対する救済法」

⁹⁹ City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc., at 461-464.

¹⁰⁰ アメリカの障害者福祉と法制度の変遷については、以下が詳しく紹介している。小石原尉郎『障害差別禁止の法理論：米国の雇用差別禁止法理の研究』（信山社、1994 年）；中川純「障害者に対する雇用上の『便宜的措置義務』とその制約法理：アメリカ・カナダの比較研究（3）」北海学園大学法学研究 41 巻 4 号（2006 年）771-825 頁；Richard K. Scotch『アメリカ初の障害者差別禁止法はこうして生まれた』（尾崎毅訳）（明石書店、2000 年）。

¹⁰¹ 中川・同書、773 頁。

が制定され、後にアメリカ合衆国衛生局（the United States Public Health Service）となる船員病院が設立された。その後も傷痍軍人などへの公的な施策は続き、1812年、そして1835年のメキシコ戦争の傷痍軍人に対して金銭の給付を行い、また1836年には戦争未亡人に対しても給付がなされることとなった¹⁰²。

19世紀後半から20世紀初頭にかけて産業革命が進行し、アメリカは農業国から工業国へと成長を遂げたこともあり、連邦政府は第一次世界大戦に参入直前に、職業訓練と職業指導に関する法律を2つ通過させた。すなわち、退役軍人への職業訓練を規定した1916年の「国防法」と、農村から都市へと移住する若い労働者のための職業訓練を意図した1917年の「スミス・ヒューズ法」であった。さらに、第一次世界大戦に参戦した軍人の利益を守るために1917年に「戦争危険保険法」が改正され、傷痍軍人・退役軍人に対する職業訓練・医療保障が規定された。1918年には「スミス・シアーズ退役軍人リハビリテーション法」が制定され、傷痍軍人に対する金銭給付だけでなく、職業訓練・職業斡旋・身体能力回復のためのリハビリテーション・プログラムを充実させた。同法は、連邦政府の補助による障害者へのリハビリテーションを義務付けた最初の立法となった¹⁰³。このように第一次世界大戦を契機に政府は、傷痍軍人・退役軍人などに対する保障を充実させたが、一方で、その他の障害者に対する施策については積極的ではなかった。しかし、1917年の戦争危険保険法が改正された際に、職業訓練・職業指導の重要性が認められ、職業訓練を軍人だけではなく一般の障害者に拡大しようとする考えが生じ、1920年の「スミス・フェス法」によって、退役軍人のみならず労災者（ただし職場で受傷した工場労働者のみに限定）の職業訓練・職業斡旋・カウンセリングを含む一定のサービス提供が認められた¹⁰⁴。

アメリカが第二次世界大戦に参入するようになると、より一層、退役・傷痍軍人の職業リハビリテーションの問題を解決する必要性が生じ、リハビリテーションの概念が普及していくことになった。例えば、1943年には、スミス・シアーズ退役軍人リハビリテーション法が改正され、「バーデン・ラフォレ法」が制定された¹⁰⁵。同法は適用対象者に、労災による障害者だけでなく、精神・知的・視覚障害者も含んだ。そして退役傷痍軍人の休職後の復帰を保障し、軍需工場への障害者雇用を図ることを目的とした。そして、同法によって初めて、身体障害者に対し内科的・外科的・療養的措置を与えることが法的に許可された。この法律を通じて連邦議会は障害者を戦時産業へ動員し、障害者に対する包括的なサービスを発展させ、傷痍軍人の雇用の機会提供にも対処し始めた¹⁰⁶。

¹⁰² 中川・同書、774頁。

¹⁰³ 中川・同書、776-777頁；Scotch・前掲注（100）33-34頁。

¹⁰⁴ しかし、スミス・フェス法は、事実上治癒の可能性のある障害者のみに限定されている点で問題があった。Scotch・同書、34-38頁。

¹⁰⁵ 以前には職業リハビリテーションのために提供されなかった医療、機能回復などのサービスのために連邦政府基金を提供した。同法は初めて精神疾患又は精神発達障害者を障害者と規定した。この法律を通じて連邦議会は障害者を戦時産業へ動員し、一般市民の障害者に対する包括的なサービスを発展させ、民間の労働力に再び参入する傷痍軍人へも目を配った。Scotch・同書、36頁。

¹⁰⁶ 中川・前掲注（100）778-781頁；Scotch・同書。

アメリカにおける障害者法は退役軍人に対する金銭補償から、労災者に対する補償、そして、身体・精神・知的障害者に対する補償へと拡大していった。その救済の内容は、金銭補償のみから、職業リハビリテーションの提供、雇用を提供することによって経済生活に参加させることに移行していった。しかし、アメリカ合衆国憲法には、社会権規定がなく、福祉サービスを提供する憲法上の根拠が存在せず、いずれの社会保障・社会福祉施策も権利ではなく、慈善・恩恵的なものとして捉えられてきた¹⁰⁷。さらにこれらの社会保障・社会福祉政策は、障害者個人の直面する問題は、その人の心身の損傷に起因し、その人自身が克服する責任を有するという思想「障害の医学モデル」を前提としていたことが問題であった（「医学モデル」の定義については、後述する）。

この時代、黒人たちは、「分離すれども平等」の違憲性を争う裁判闘争を始め、法的差別を廃止する立法を要求する市民権運動を行っていた。この黒人たちの運動に触発され、女性の権利運動、反戦運動などが始まった。そして、女性については権利運動の結果、合衆国憲法 19 修正において参政権が保障されるなどに結実した。障害者の多くは、これらの運動にも参加をしており、黒人が人種差別撤廃を、女性が性差別撤廃を求めたように、障害者差別も禁止されるべきと考えるようになった。そして、1970 年代、障害者権利運動家たちは「善意ではなく、市民権を」という標語の下、障害者が市民生活に参加する権利を求め始めた。すなわち、障害当事者たちは、他の運動の戦略的变化、表現方法を障害者の権利運動にも取り入れ、障害者が労働市場に参入する際の障壁や政府による各種サービスにアクセスする際の障壁が差別的であり、障害者の能力についての正確な評価に基づいておらず、障害への適切な対応は、医療処置・慈善事業・福祉ではなく、市民権法の適用を障害者にも拡大することであり、障害に基づく差別禁止と配慮を規定する市民権法の制定を主張した¹⁰⁸。

ベトナム戦争により多くの傷痍軍人が増えたこともあり、1973 年、連邦議会は、障害者の差別撤廃を明記した法律の必要性を認め「リハビリテーション法」を制定した。同法は、障害者に対する市民権付与の必要性を認め、市民権法第 6 編に準じて制定された。1978 年には、市民権法第 6 編の権利・手続的救済がリハビリテーション法にも準用可能となった¹⁰⁹。そして、リハビリテーション法第 1 章において、職業リハビリテーション・サービスに関して規定をし、全米の各州が障害者のリハビリテーションにかかわる行政機関を選定し、障害者のリハビリテーションについてとるべき州の行動を規定した。第 2 章は、科学技術と生物・医学的工学を強化する研究、並びに訓練に関する規定で、第 3 章は脊髄・聴覚などに障害のある集団に州が行わない連邦による特別プランに関する規定である。第 4 章は、リハビリテーション・サービスを実施する行政上の組織と行動・評価に関する規定であり、第 5 章が差別禁止規定である。504 条が差別禁止を以下のように規定する。

¹⁰⁷ 木下・前掲注 (27) 196-197 頁。

¹⁰⁸ Samuel R. Bagenstos, “The Future of Disability Law,” 114 Yale L. J.1, 12-18 (2004).

¹⁰⁹ *Id.*, at 10-18 ; 小石原・前掲注 (100) 188-190 頁。

「障害のみに基づいて、連邦政府の財政助成（federal financial assistance）を受けているいかなるプログラムや活動、又は行政機関及びは合衆国郵政公社（the United States Postal Service）のプログラムや活動への参加の自由を奪われること、その利益の享受を否定されること、差別を受けることを禁止する。」¹¹⁰

この 504 条が ADA のモデルとなった部分であり、リハビリテーション法において最も重要な条文である。同条によって職業リハビリテーション・雇用斡旋などのみを目的としていたこれまでの障害者法制とは異なり、連邦政府の財政助成を受けるプログラムと活動における障害者差別を禁じ、初めて市民的権利の保護を与えた¹¹¹。

しかし 504 条にはこれ以上の規定はなかった。504 条の差別禁止の文言は市民権法 6 編の文言とほぼ同一であるが、人種差別であれば黒人と白人を均等に取扱えば、差別禁止の目的は達成される。しかし、障害者差別禁止については障害という属性がもつ特殊性、複雑性、多種多様性から、人種差別のように均等待遇だけでは不十分である。同規定のみでは、立法府がどの程度、障害者の権利を確保する意図を有していたか明らかではなかった。第 504 条の違反行為に対する罰則や、救済手続についても規定されておらず、同条を具体的に執行する施行規則も欠いたままであった。従って、1978 年に「リハビリテーション法 HEW 規則（保健・教育・福祉省によるリハビリテーション法施行規則）」が制定された。

同規則の制定者は、均等待遇では障害者差別禁止にならないことを認識していたので、雇用の場面で初めて合理的配慮を規定する¹¹²。すなわち、

「（連邦政府の財政助成の）受給者は、就業能力のある求職者、又は被用者の身体的、又は精神的な制限を認識している場合、合理的配慮を講じなければならない。ただし、当該配慮が当該プログラムと活動に過度の負担を課すことを受給者が証明できる場合はこれに該当しない。」¹¹³

同規則によって、1985 年の Choate 事件において、Marshall 裁判官が「障害者差別の大部分は不快な悪意からではなく、むしろ配慮のなさや無関心…優しい無視から生じ」ているため、障害者差別を撤廃するためには「差別的意図のある行為の禁止だけでなく、無意識的差別行為から起因する被害の是正」を含まなければならない、として障害者差別を禁止するには均等待遇だけでは足りないことを最高裁が述べるまでに至った¹¹⁴。

¹¹⁰ 29 U.S.C. § 794 (1988).

¹¹¹ 小石原・前掲注（100）4 頁；C.M. Collins, “Retreat of the Rehabilitation Act of 1973: Southeastern Community College v. Davis,” 4 Nova L. J. 309, 316-318 (1980).

¹¹² 小石原・同書、14 頁。

¹¹³ 34 C.F.R. § 104.12(a).

¹¹⁴ Alexander v. Choate, 469 U.S. 287, 295-297 (1985). 同事例は Tennessee 州が提案した入院患者療養保険の日数を 20 日から 14 日に削減する計画がリハビリテーションに抵触するかどうか争われたものであって、同事例自体は合理的配慮の是非について争った事例ではない

HEW 規則によって強化されたリハビリテーション法であったが、適用対象が連邦政府の財政助成の受給者に限られ、私人による差別行為は対象とされず、HEW 規則では合理的配慮について言及したものの、実定法上の義務ではないため、多くの裁判所は、規則を広く解釈し合理的配慮を認めることに消極的であった¹¹⁵。リハビリテーション法では、合理的配慮が十分に機能せず、障害者にとって十分な立法とは言えなかったため合理的配慮を明記した法律の必要性が主張されるようになった¹¹⁶。これらの問題点を踏まえて、1988年に全米障害者評議会（National Council on Disability）によって連邦議会に提出された ADA 法案は約 2 年をかけて各種の委員会や上院・下院で議論された。その中で、アメリカ国内における障害者の人数、その障害の種類、学歴、収入、生活環境について調査を行い、障害者は、学歴や収入の点において不利な立場にいることが明らかにされた。また障害者差別によって障害者の労働力が生かされておらず、働く場を与えられない障害者は福祉プログラムを受けざるをえないために、国がコストを負担しているなど、障害者差別によってもたらされる社会全体へのマイナスの影響も議論された。ADA 法案はビジネス関係団体の懸念や障害者の要求を受け幾度も修正されたものの、最終的には両院での圧倒的多数によって可決され、大統領の署名を受けて 1990 年 7 月に成立に至った¹¹⁷。

ADA の冒頭「事実認定」において立法院は以下の事実を認めた。すなわち、「約 4300 万人のアメリカ人が 1 つ又はそれ以上の身体又は精神の障害があり」¹¹⁸、この数字は、人口が全体として高齢化するとともに現在、増大しつつある。彼らは「歴史的に、孤立させ分離させられてきた傾向があり、幾つかの改善にもかかわらず、このような形態の障害者差別は、依然として重大かつ広範囲にわたる社会問題」である¹¹⁹。「人種、皮膚の色、性、出身国、宗教、年齢に基づく差別を経験してきた者たちとは異なり、障害に基づく差別を経験してきた者たちには、このような差別を是正するための法的手段がない場合が多い。」¹²⁰「障害者は、制約と制限に直面させられてきた分離され孤立したマイノリティであり、個人にはコントロールできない特性、及び社会に参加、貢献する能力を真に反映したものではないステレオタイプに基づいて、意図的な不平等な取扱の歴史に服し、…政治的に無力なポジションに押し込められてきた。」¹²¹「障害者に関する適切な国家目標と

¹¹⁵ Suzan G. Mezey, *Disabling Interpretations: The Americans with Disabilities Act in Federal Court*, (Uni. of Pittsburgh Pr., 2005) p.72.

¹¹⁶ Bagenstos, *supra* note 12, at 907.

¹¹⁷ Ruth Colker, *The Disability Pendulum: The First Decade of the Americans with Disabilities Act* (New York Uni. Pr., 2007) pp. 47-50; 小石原・前掲注（100）197-200 頁；所浩代『精神疾患と障害差別禁止法：雇用・労働分野における日米法比較研究』（旬報社、2015 年） 33-34、54-57 頁。ただし、ADA 制定により、リハビリテーション法が廃法となったわけではない。ADA 第 1 編によって救済されない重度障害者などを支援するために、リハビリテーション法は、継続的な就労支援やリハビリテーションなどのサービス提供を規定している。

¹¹⁸ 42 U.S.C. § 12101(a)(1).

¹¹⁹ 42 U.S.C. § 12101(a)(2).

¹²⁰ 42 U.S.C. § 12101(a)(4).

¹²¹ 42 U.S.C. § 12101(a)(7).

は、障害者への機会の平等、完全参加、自立生活、経済的自足を保障することである。」¹²²「現在も継続する不公平で不必要な差別と偏見が、平等な立場で競争…する機会を障害者に与えず、また、（障害者の）依存性と非生産性に起因する何 10 億ドルもの不必要な出費をアメリカ合衆国に負担させている。」¹²³

そして、ADA の「目的」は、「障害者差別を除去するための明確かつ包括的な国家的命令を提供」し¹²⁴、「障害者差別に対処する明確で、強力で、一貫性のあり、履行可能な基準を提供」し¹²⁵、「…本法が定める基準の履行に際し連邦政府が中心的な役割を果たすことを保障」し¹²⁶、「障害者が直面する差別の主要分野に対処するために合衆国憲法 14 修正を執行し、州際通商を規制する権限を含む連邦議会の権限を総動員すること。」¹²⁷とした。

リハビリテーション法と ADA の違いとしてまず挙げられるのは、規制対象範囲の違いである。前者は、私人は全く対象としていない。しかし、後者は市民権法第 7 編と規制対象を同じくし、全ての連邦・州政府のみでなく、民間事業（レストラン、ホテル、映画館、医療施設など）、公共施設、商業施設（オフィスビル、工場、倉庫など）、その他の民間事業などをその対象としている。

第 2 に、リハビリテーション法は障害者に対してリハビリテーションを提供することが主たる目的で、障害者差別の禁止は副次的なものであった。しかし ADA はそれを逆転させ、差別禁止を主たる目的としている¹²⁸。第 3 の相違点は、合理的配慮規定の有無である。前述のように、リハビリテーション法は、合理的配慮を明記しておらず、504 条に関する HEW 規則において合理的配慮という用語が使われた。リハビリテーション法では、合理的配慮が十分に機能しなかった。そこで、ADA は、平等な機会の提供をするという立法目的の下、障害者に対する合理的配慮を連邦法として初めて導入した。

上述のように、人種に基づく市民権運動の一端として制定された ADA はこれまでに制定された障害者のための法律の中で最も総合的な法律であり、障害者の生活のあらゆる領域に影響が及ぶ。第 1 編は「雇用」に関する規定であり、15 人以上の被用者を抱える事業において、使用者が応募手続・採用・昇進・解雇・報酬・職業訓練その他の雇用上の規定、条件などの雇用上の行為に関して障害を理由とした差別を禁止するとともに¹²⁹、使用者に合理的配慮を提供することを義務付けた¹³⁰。第 2 編の「公的機関」では、障害者が公的機関の提供するサービス、プログラム、又は、活動への参加からの排除、それによる利

¹²² 42 U.S.C. § 12101(a)(8).

¹²³ 42 U.S.C. § 12101(a)(9).

¹²⁴ 42 U.S.C. §12101(b)(1).

¹²⁵ 42 U.S.C. §12101(b)(2).

¹²⁶ 42 U.S.C. §12101(b)(3).

¹²⁷ 42 U.S.C. §12101(b)(4).

¹²⁸ 小石原・前掲注（100）203 頁。

¹²⁹ 42 U.S.C. § 12112(a)(1990).

¹³⁰ 42 U.S.C. § 12112(b)(5)(A)(1990).

益の享受を否定されてはならず、差別をされてはならないと規定する¹³¹。公的機関とは、州・地方自治体だけでなく、公共交通機関¹³²、公的機関と契約をしてサービスを提供する団体を含み、行政サービス、建築物などの都市利用、刑事手続¹³³、福祉サービス、教育などにおける平等な参加と利益享受を保障するものである¹³⁴

また第3編「公共施設」は民間事業者が所有、運営する公共施設における商品・サービス・施設利用・特権・利益・配慮の享受に際し、障害者差別を禁止する¹³⁵。公共施設には、レストランなどの飲食施設、観劇娯楽施設、集会施設、商業施設、病院、銀行などのサービス施設、駅・ターミナルなどの公共交通機関の施設、教育施設、社会福祉施設、運動施設が含まれる¹³⁶。また第3編では合理的配慮という文言は使用しないが、商品、サービスなどを提供する際に、方針、実践、手続について合理的な修正（reasonable modification）を行わないこともまた差別に該当すると規定する¹³⁷。さらに第4編「電気通信」は、障害者の情報通信伝達手段の保障についての規定で、聴覚障害又は発話障害のある人の電話、テレビへのアクセス（テレビ番組における字幕・音声を加えるなど）を保障する¹³⁸。

本研究は雇用分野における合理的配慮に焦点を当てるので、第2章以降はADA第1編を対象として議論をする。

1.5 ADAにおける用語の定義

¹³¹ 42 U.S.C. § 12132(1990).

¹³² 第2章の一般公的機関への差別禁止規定は非常に簡素なもので、第2章の大部分は公共交通機関における差別禁止であり、障害者が公共交通機関を利用できるようにするための措置について詳細に記されている。

¹³³ 裁判所へのアクセスに関する事例として *Tennessee v. Lane*, 541 U.S. 509 (2004). 連邦最高裁判決がある。同事例において、脊髄損傷対麻痺のため車いすを使用している原告は刑事訴追を受けて、エレベーターが設置されていない2階にある裁判所に出頭することを求められた。同人は、法廷まで這い上がることで、他者に運ばれることを拒否したため、出廷拒否で逮捕された。同人は、障害を理由に裁判所へのアクセスを否定されたことがADA第2編の障害者差別に該当するとしてTennessee州に対し損害賠償請求を行った。最高裁は、裁判所へのアクセスを14修正デュー・プロセス条項の下の基本権であり、ADA第2編は同権利の侵害予防を目的としているとした。そして、侵害行為の有無に関し、裁判所を含む州の建物の76%が障害者にとって利用困難であることなど、司法手続から障害者が排除されてきた記録を挙げ、ADA第2編制定の根拠となるに十分な証拠が存在すると判断した。そして、裁判所へのアクセスに適用される場合に限り、合理的変更が14修正のデュー・プロセス条項の下で権利と認められると判断し、補助具の提供やアクセス可能な場所への変更を合理的変更の内容と示唆しつつも、どのような措置が本件で要求されるかについては事実審で特定されるべきと差戻した。

¹³⁴ 42 U.S.C. § 12131(1) (2)(1990).

¹³⁵ 42 U.S.C. § 12182(a)(1990).

¹³⁶ 42 U.S.C. § 12182(7)

¹³⁷ 42 U.S.C. § 12182(2)(A) (ii)

¹³⁸ 47 U.S.C. § 225 (1990).

1.5.1 障害

障害者権利条約の前文(e)によれば、障害(disability)とは発展する概念(an evolving concept)である。障害とは、固定的・確定的なものではなく、社会や時代や文化などによって異なるものであると捉えられ、性や人種といった伝統的な差別禁止属性と比して複雑である。

障害は、アメリカの市民権法だけでなく、国際人権法(子どもの権利条約は除く)の差別禁止事由からも排除されてきた。その理由は障害者を保護や福祉、治療、保安、更生の客体とみなす障害者観が存在したこと、また、自由競争に基づく資本主義社会における平等観の背景には、能力主義が存在していたことが挙げられる¹³⁹。障害者が、真に人権主体となるには、障害の概念の変化を待たねばならなかった。

(1) 障害の社会モデル

障害の概念が変化することになった原動力は、障害当事者による反差別運動であった。1970年代後半、人種差別撤廃をはじめとした各種の反対闘争の盛り上がりを受けて、アメリカのみならずイギリスなど各国で障害当事者を中心とした自立生活運動が活発化した。この活動の中で障害の概念が「医学モデル」から「社会モデル」へ変容していった。すなわち医学モデルとは、

「障害を個人の問題と捉え、病気(disease)・外傷(trauma)・その他の健康状態から直接的に生じるものであり、専門職による個別的治療という形態において医療の提供を必要とするものである。障害の対処は、治療又は個人の適応と行動変容に向けられている。医療が主要問題であり、政治的なレベルでは、保健ケア政策の修正や改革が主対応となる。」¹⁴⁰

障害の社会モデルは、イギリスで発祥した。社会モデルという名称はイギリスの障害学の研究者であるMichael Oliverが使用したものであるが、その定義はイギリスの障害者運動(union of the physically impaired against segregation、反隔離身体障害者同盟)が発端である。すなわち、

「私たちはインペアメント(impairment)とは手足の一部、又は全部がない、若しくは手足・器官又は身体機能の欠陥と定義する。そして、障害(disability)とは、身体的インペアメントのある人を全く又はほとんど考慮せず、社会活動のメインストリームへの参加から彼らを排除する現代社会組織によって引き起こされた不利益や活動の制限と定義する。それ故に、障害とは社会的抑圧の一形態である。」¹⁴¹

¹³⁹ 東・前掲注(77) 51頁。

¹⁴⁰ World Health Organization, International Classification of Functioning, Disability and Health: ICF, World Health Organization, http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43737/9789241547321_eng.pdf (閲覧日 2018年9月21日); 障害者福祉研究会編『ICF 国際生活機能分類: 国際障害分類改定版』(中央法規、2002年)。

¹⁴¹ Union of the Physically Impaired Against Segregation, Fundamental Principles of Disability, p.14,

イギリスの障害学の世界では、心身の医学的特徴を表す言葉は障害 (disability) ではなく、インペアメント (impairment) を用いる。そして、イギリスの社会モデルは、インペアメントと障害を区別し、インペアメントとは生物学的・医学的な症状であり、障害とは社会的・政治的問題とする¹⁴²。また Oliver は、障害とは、「イデオロギーや文化を含む資本主義の構造的特徴からの抑圧」で「社会問題のある特定の形態として構成されたもので」あるとする¹⁴³。Shakespeare も「インペアメントのある人々は身体ではなく社会のせいで不利を負わせられている」と捉える¹⁴⁴。いずれも、障害はインペアメントが原因なのではなく、社会構造から生まれるという理解である。

インペアメントを障害の因果関係から切り離すイギリスの社会モデルは、インペアメントがあり社会的に不利益を被っている個人と、人種・性などの既存の差別禁止法の保護属性や、貧困など経済的理由に基づいて不利益を被っている個人と区別することができないと解釈される余地を残していた。川島は、イギリスの社会モデルがインペアメントと障害を無関係と捉えている理由について、イギリスの社会モデルが身体障害者の当事者運動から生まれ、その運動の政治的戦略に奉仕する道具として使用されてきたことと関係すると述べる。運動当事者たちは、すでにインペアメントのある者たちだったので、インペアメントの存在を障害発生の前提にしており、インペアメントがあるとあえていう必要がなかった。当事者たちは、自分たちを取り巻く社会的障壁と、これによって生み出された不利益を障害と呼び、その不当性を主張したのである¹⁴⁵。

イギリスで生まれた社会モデルは文化ごとに多種多様なバージョンがあるが、代表的なものとして、アメリカのモデルが知られている¹⁴⁶。アメリカの社会モデルもまた医学モデルに対抗する概念であるが、イギリス社会モデルのようにインペアメントと障害を無関係とはしない。障害者の人権研究者である Bagenstos によれば医学モデルは、障害を障害者の身体に固有の身体的・精神的状態と定義付けるが、社会モデルは、身体的・精神的な特徴とアクセスし難く、無配慮な物理的・社会的環境の不快な状況との相互作用に起因するものであると定義している¹⁴⁷。また憲法学者の Samaha は、社会モデルとは、個人のインペアメントが障害なのではなく、人為的な側面も含まれ、インペアメントと社会環境との相互作用

<https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/UPIAS-fundamental-principles.pdf> (閲覧日 2018 年 10 月 7 日)。

¹⁴² 川島聡「差別禁止法における障害の定義：なぜ社会モデルに基づくべきか」松井彰彦・川島聡・長瀬修『障害を問い直す』(東洋経済新報社、2011年) 295頁。

¹⁴³ Michael Oliver『障害の政治：イギリス障害学の原点』(三島亜紀子・山岸倫子・山森亮・横須賀俊司訳)(明石書店、2006年) 35、145頁。

¹⁴⁴ Tom Shakespeare, *Disability Rights and Wrongs* (Routledge, 2006) p. 32.

¹⁴⁵ 川島・前掲注(142) 302-303頁。

¹⁴⁶ 川島聡・菊池馨実、「障害法の基本概念」菊池馨実・中川純・川島聡編『障害法』(成文堂、2015年) 5頁。

¹⁴⁷ Samuel R. Bagenstos, "Comparative Disability Employment Law from an American Perspective," 24 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 649, 656-657 (2002).

が原因で、インペアメントがあることが不利な状況となっている。すなわち、障害とは「個人のインペアメントと社会構造、経済、政治、文化、社会的規範、美的価値観、能力についての思い込みを含む社会的環境の合流によって引き起こされた不利益」と定義する¹⁴⁸。

アメリカの社会モデルは、社会的障壁だけでなくインペアメントの存在が原因となって、結果として生じた不利益のことを障害と表現しており、イギリスの社会モデルのように誤解を招くことが少ない¹⁴⁹。障害者権利条約における障害の概念は、アメリカの社会モデルを採用しており、海外の研究論文が社会モデルに言及する場合には、アメリカの社会モデルを意味していることが多い¹⁵⁰。いずれにせよ、イギリスとアメリカ両方の社会モデルは問題の所在を社会的障壁に置いている点では変わらない。障害は個人の問題なので、医療行為やリハビリによって個人の変容が必要だと捉える考え方から、障害は個人の問題ではなく、近代資本主義が合理的に物事を判断し、行動することができる心身の能力をもった者を標準的な一般人と捉え、制度やシステム、慣習、物理的・社会的・意識的基盤が形成されてきた社会の落ち度により障害者は障害者にされたのだから、社会側の変容が必要であり障害者には社会の変容を要求する権利が与えられているという考え方へ移行したのである。

(2) ADA の障害の定義

障害の社会モデルによって「インペアメント＝障害」ではなくなっただけでなく、インペアメントの程度や種類は多種多様なことから、障害は、性や人種といった伝統的な差別禁止属性と比して複雑である。

ADA の法文上の「障害」の定義は以下である。

「(A) 当該個人の主要な生活活動の 1 つ又は複数を実質的に制限する身体的又は精神的なインペアメントのある者、又は (B) そのようなインペアメントの経歴のある者、又は (C) そのようなインペアメントがあるとみなされる者。」¹⁵¹

と定められている。インペアメントについて ADA は、その定義を置いていないが、雇用機会均等委員会 (Equal Employment Opportunity Commission、以下 EEOC) が策定した施行規則¹⁵²においてインペアメントについて定義がされている。すなわち、身体的イン

¹⁴⁸ Adam M. Samaha, “What God is the Social Model of Disability?” 74 U. Chi. L. Rev. 1251, 1257 (2007).

¹⁴⁹ 川島・前掲注 (142) 308-309 頁。

¹⁵⁰ 川島・菊池・前掲注 (146)。

¹⁵¹ 42 U.S.C. §§12102(2)(A)(B)(C).

¹⁵² EEOC とは、市民権法第 7 編の制定により設置された連邦の行政委員会の 1 つである。人種や性を理由とする雇用差別を禁止した 1964 年の市民権法 7 編をはじめとする一連の雇用差別禁止法を実施するための機関として設置された。雇用差別紛争の解決を図る役割を果たし、雇用差別事例について被用者の申立に基づいて調査を行い自主的な解決を促すとともに、差別禁止法の内容の明確化を目的として施行規則やガイドラインなどを作成する。施行規則には裁判規範性はないが、裁判において引用されるため、差別についての基準となる。障害者差別の不服申立をする障害者はまず、EEOC に苦情申立を行い、苦情が受

ペアメントとは、

「生理学上の疾患・状態、外貌上の醜状、解剖学上の欠損によって、身体組織(body systems)の1つ又はそれ以上に影響を受けることである。身体組織とは、神経、筋骨格器官、特定の感覚器官、呼吸器官（発話器官を含む）、心筋機能、生殖機能、消化機能、泌尿器官、血液、リンパ機能、皮膚、内分泌など。」¹⁵³

である。そして、精神的インペアメントとは、「知的障害…、脳器質精神症候群、情緒・精神疾患、特定の発達障害などの知的・精神的疾患」を指す¹⁵⁴。

1990年のADA制定当初、この(A)(B)(C)の定義は「現在の障害」「過去の障害」「みなし障害」の側面を含め、障害を包括的に捉えることを可能とし、新しいインペアメントにも柔軟に対応できると考えられていた¹⁵⁵。しかし、(A)(B)(C)に関してこれ以上の細則はなく、非常に広範な障害の適用範囲から、何が障害であるかを決定することが困難であった。また、障害の定義が広範すぎたため、保守化した裁判所が、(A)の「主要な生活活動」を「実質的に制限する」を狭く解釈し、ADAの保護を受けるために訴訟を提起した者は、原告適格を与えられず、差別を受けているかどうか判断される前に、訴訟が退けられるケースが相次いだ¹⁵⁶。

特に批判を呼び、大きな影響を与えたのが1999年のSutton連邦最高裁判決¹⁵⁷及びToyota Motor Mfg. Ky., Inc. v. Williams最高裁判決¹⁵⁸である。Sutton事件において、原告らは航空会社のパイロット採用に応募をしたが、裸眼での視力が0.1以下であったため、裸眼視力0.2以上を必要とする会社側の基準に合致しないことから採用をされなかった。原告らは、視覚障害があるものの矯正用の眼鏡・コンタクトレンズの使用によって視力を回復することができ、車を運転することや、買い物をすること、テレビを見ることなど通常の日常

理されるとEEOCの調査官が、当事者にその旨を通知し、問題解決に向けて話し合いが合意に至らなかった場合には、EEOCが原告となって訴訟を提起することができ、金銭賠償請求をすることができる。長谷川珠子「差別禁止法における『障害』(disability)の定義：障害をもつアメリカ人法(ADA)の2008年改正を参考に」季刊労働法225号(2009年)44頁；所・前掲注(117)204頁。

¹⁵³ 29 C. F. R. § 16302.2(h)(1)(2011).

¹⁵⁴ 29 C. F. R. § 16302.2(h)(2)(2011).

¹⁵⁵ Robert L. Burgdorf, “Substantially Limited Protection from Disability Discrimination: The Special Treatment Model and Misconstructions of the Definition of Disability”, 42 Vill. L. Rev. 409, 433 (1997).

¹⁵⁶ 川島聡「2008年ADA改正法の意義と日本への示唆：障害の社会モデルを手がかりに」海外社会保障研究166号(2009年)4頁； Colker, *supra* note 117, at 45-46; Chai R. Feldblum et al., “The ADA Amendments Act of 2008,” 13 Tex. J. C.L. & C.R. 187, 202-203 (2008).

¹⁵⁷ Sutton v. United Airlines, Inc., 527 U.S. 471 (1999). 同判決の詳細な紹介として、植木・前掲注(15)68-69頁など。

¹⁵⁸ Toyota Motor Mfg. Ky., Inc. v. Williams, 534 U.S. 184 (2002). 同判決の詳細な紹介として、植木・同書、71-74頁；長谷川・前掲注(152)45頁、など。

活動を行うことが可能であった。原告は、視覚障害によって「主要な生活活動」に「実質的な制限」を受けており、ADAの保護を受ける障害者に該当すると主張した。最高裁は、「主要な生活活動を実質的に制限するインペアメント」とは、現状において実質的に制限を受けていることを要求するものであって、緩和手段（corrective measures）が存在しなければ、実質的に制限しうるかもしれない場合は含まないとした。従って、障害認定は、眼鏡・コンタクトレンズなどの緩和手段を講じた上で判断すべきであり、緩和手段によって正常な視力に達することのできる者は、主要な生活活動を実質的に制限しないインペアメントであって、ADAの障害者に該当しないため、このようなインペアメントに基づいて採用に不利な扱いをすることは障害者差別に該当しないと判断した。

また、トラック運転手として勤務していた原告が、高血圧のため商業車の運転手としての資格基準に合致しないとして、解雇された *Murphy* 連邦最高裁判決¹⁵⁹でも、投薬によって高血圧症の症状が緩和できている状態で判断をすると、原告の高血圧は主要な生活活動を実質的に制限していないとして、ADAの障害者に該当しないとされた。*Sutton* 判決・*Murphy* 判決によって緩和手段を用いることで、インペアメントによる生活活動への制限の程度が軽くなるのであれば、障害とは認定されないという解釈がとられるようになった。

2002年の *Toyota Morder Mfg., Ky., Inc. v. Williams* 事件では、手根管症候群を罹患した自動車組立作業員が同症状によって手作業に支障をきたしたために解雇された。連邦最高裁は、主要な生活活動とは日常生活の中心となるような行動を意味するもので、特定の仕事に従事するための手作業が不可能になっているだけでは、「主要な生活活動」に関する「実質的な制限」とはいえないとした。そして、主要な生活活動を遂行するに際して、実質的に制限されたというには、「個人は、大部分の人々の日常生活にとって中心的（central）に重要である活動を妨害するか厳しく制限するインペアメントである必要がある」と述べた。

これらの最高裁判決によって障害認定のハードルが上がり、多くの原告らが自身が障害者であるということを証明できずに、差別を被っているかどうかの審理を受けることができなかった。学説はこれを非難し¹⁶⁰、連邦議会は2008年9月25日にADAを改正する法律¹⁶¹を制定した。

ADA改正法は、事実認定において明文で一連の最高裁判決を批判した。すなわち、*Sutton* 判決 と *Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams* 判決、「それに類似した判例の判断は、ADAが意図した広い範囲にわたる保護を狭めたため、連邦議会在

¹⁵⁹ *Murphy v. United Parcel Service*, 527 U.S. 516 (1999). 同判決の詳細な紹介として、植木・同書、70頁、など。

¹⁶⁰ Kay Schriener and Richard K. Scotch, "The ADA and the Meaning of Disability," in Linda Krieger, *Backlash against the ADA: Reinterpreting Disability Rights* (Uni. of Michigan Pr., 2003) pp. 84-85; Wendy E. Parmet, "Plain Meaning and Mitigating Measures," in *Id.*, at 144; Marta Russell, "Backlash, the Political Economy, and Structural Exclusion," in *Id.*, at 254-296.

¹⁶¹ 正式名称は「ADAの意図と保護を回復するための法律（An Act to Restore the Intent and Protection of the Americans with Disabilities Act of 1990、以下、ADA改正法）」

意図した多くの人々の保護を消し去」り¹⁶²、「実質的に制限するという文言を、連邦議会が意図したものよりさらに強い制限が必要であると解釈した」ことにより¹⁶³、下級審においても、個々の事例において、主要な生活活動を実質的に制限するインペアメントのある人々ではないとする、誤った判決が下されてきたと明言する¹⁶⁴。その上で (A) の「主要な生活活動」を以下のように定義する。

「自身の身の回りをケアすること、手作業を行うこと、見ること、聞くこと、食べること、寝ること、歩くこと、立ち上がること、持ち上げること、かがむこと、喋ること、呼吸をすること、学ぶこと、読むこと、集中すること、考えること、コミュニケーションをとること、働くことを含む」¹⁶⁵。

さらに「免疫システム、正常な細胞増殖、消化、排便、膀胱、神経、脳、呼吸、循環、内分泌、生殖機能などの主要な身体機能の働きを含み」、¹⁶⁶これらに限定されない。また、反復発作的に発生したり、一時的に緩和したりするインペアメントは、その症状の発生時に「主要な生活活動を実質的に制約する」ものであれば、「障害」と認定される¹⁶⁷。実質的制限について EEOC 施行規則は『実質的に制限する』という文言は、…最大限広範に適用範囲を解釈され「要求の厳しい基準を意図していない」ため¹⁶⁸、「実質的に制限された」とは、「人口のほとんどの人々と比較して主要な生活活動が制限されている場合」であって、インペアメントが主要な生活活動を「著しく又は厳しく制限している必要はない」としている¹⁶⁹。

そして、Sutton 判決で問題となった緩和手段については、2008 年改正法は「目的」において「連邦最高裁判所が Sutton 事件とそれに追従する事例で表明した、インペアメントが主な生活活動を実質的に制限するかどうかは緩和手段による改善効果 (ameliorative effect) を考慮して判断される、という要請を拒否する。」¹⁷⁰と明記し、以下のような緩和手段による症状の軽減を考慮した判断をして「主要な生活活動を実質的に制限するインペアメント」であるか否かを判断してはならないとした。

「投薬、医療用品、機器又は器具、弱視者用装置（通常の眼鏡又はコンタクトレンズを含まない）、人工義肢及び器官を含む人工装具、補聴器、人工内耳その他の移植可能な補聴

¹⁶² 42 U.S.C. § 12101 (a)(4).

¹⁶³ 42 U.S.C. § 12101 (a)(7).

¹⁶⁴ 42 U.S.C. § 12101 (a)(6).

¹⁶⁵ 42 U.S.C. § 12102(2)(A).

¹⁶⁶ 42 U.S.C. § 12102(2)(B).

¹⁶⁷ 42 U.S.C. § 12102(4)(D).

¹⁶⁸ 29 C.F.R. § 1630.2 (i)

¹⁶⁹ 29 C.F.R. § 1630.2 (ii)

¹⁷⁰ 42 U.S.C. § 12101(b)(2)

機器、移動補助具、酸素療法用供給機器及び用品」¹⁷¹、「補助技術の活用 (assistive technology)」¹⁷²、「合理的配慮・補助支援・補助サービス (補助支援・補助サービスには手話通訳者・代読者の提供などを含む)」¹⁷³、「学習による行動上又は適応上の神経学的変容 (learned behavioral or adaptive neurological modifications)」¹⁷⁴など。

さらに、主要な生活活動を遂行するに際して、実質的に制限されたというには、「個人が、大部分の人々の日常生活にとって中心的 (central) に重要である活動を妨害するか、厳しく制限 (severely restricts) するインペアメントを罹患している必要があること、という基準を拒否する。」¹⁷⁵とした。

(C) の「インペアメントがあるとみなされていること」についても ADA のオリジナルの法文はそれ以上の説明はなく、裁判所に判断が委ねられていた。原告は、自身がインペアメントがあるとみなされていたと証明するためには、ステレオタイプに基づいて使用者が不利な判断を行ったことを証明するだけでは足りず、使用者がインペアメントによって主要な生活活動を実質的に制限したと誤って信じていることについて証明しなければならなかった。この証明を原告が行うのは困難であったため、ADA 改正法は、以下の規定を行った。すなわち、「主要な生活活動を実際に制限、又は制限するとみなされているかどうかに関わりなく、実際の身体的・精神的インペアメントを理由に、又はこれらのインペアメントがあるとみなされることを理由に、もしも当該個人が」違法行為を被っていることを証明しさえすれば、(1) (C) のみなし障害者に該当する¹⁷⁶。投薬によってコントロールできている高血圧をもつ被用者が肉体労働を続けたら心臓発作を起こすであろうという使用者の根拠のない恐れにより、不当な取扱を受けた場合に、そのような被用者を差別行為からの保護対象とすることが意図されており¹⁷⁷、ステレオタイプに基づいて障害者として取扱われ、その結果社会から排除されている人々についても保護の対象としている。ただし「6 ヶ月間以下、継続する又は継続すると予想」される「一時的又は些細な」インペアメントの場合にはインペアメントがあるとみなされない¹⁷⁸。

このように連邦議会は、ADA 改正により連邦最高裁の判決を覆し、障害の定義を明確にし、障害者にとって障害の認定が容易になるようにした。そして、改正法は、裁判所が ADA の下での訴訟において留意すべき第 1 目的は、使用者が ADA の義務を遵守しているかどうかであって、原告の「インペアメントが ADA における障害であるかどうかの問題

¹⁷¹ 42 U.S.C. § 12102(4)(E)(i)(I).

¹⁷² 42 U.S.C. § 12102(4)(E)(i)(II).

¹⁷³ 42 U.S.C. § 12102(4)(E)(i)(III).

¹⁷⁴ 42 U.S.C. § 12103(1).

¹⁷⁵ 42 U.S.C. § 12101(b)(4).

¹⁷⁶ 42 U.S.C. § 12102(3)(A).

¹⁷⁷ 畑井清隆「障害を持つアメリカ人法の差別禁止法としての特徴」日本労働研究雑誌 59 巻 9 号 (2008 年) 54-55 頁。

¹⁷⁸ 42 U.S.C. § 12102(3)(B).

については詳細な分析を必要としないという連邦議会の意図」を明記し¹⁷⁹、障害に基づく差別に直面する全ての人々を広く保護し、広い範囲の個人利益になるように解釈されなければならない¹⁸⁰法律とされた。改正法の事実認定、目的、障害の定義は、問題の所在を「障害」ではなく「差別行為」に求める障害の社会モデルの趣旨に合致しているといえる¹⁸¹。

1.5.2 差別の3類型

以下では、ADAの差別概念について説明する。ADAは障害者差別について3類型をとっている。雇用差別を禁止する市民権法第7編は、判例の変遷により¹⁸²、属性のみに基づいた意図的な区別である「異なる取扱（disparate treatment）」（以下、直接差別）¹⁸³の禁止だけでなく、表面上は中立にみえるが結果として特定の属性を不利な状況に置く区別である「異なる影響・効果（disparate impact）」（以下、間接差別）も禁止している¹⁸⁴。市民

¹⁷⁹ 42 U.S.C. § 12101(b)(5).

¹⁸⁰ 42 U.S.C. § 12101(4)(A).

¹⁸¹ 川島・前掲注（156）8頁。なお、我が国の障害の定義は以下である。障害者総合支援法と障害者差別解消法は、社会モデルを反映しているが、改正障害者雇用促進法は、依然として医学モデルに基づいているといえる。

障害者総合支援法4条「この法律において『障害者』とは、身体障害者福祉法第4条に規定する身体障害者、知的障害者福祉法にいう知的障害者のうち18歳以上である者及び精神保健及び精神障害者福祉に関する法律第五条に規定する精神障害者（発達障害者支援法（平成16年法律第117号）第2条第2項に規定する発達障害者を含み、知的障害者福祉法にいう知的障害者を除く。以下「精神障害者」という。）のうち18歳以上である者並びに治療方法が確立していない疾病その他の特殊の疾病であって政令で定めるものによる障害の程度が厚生労働大臣が定める程度である者であって18歳以上であるものをいう。」

障害者差別解消法2条1項「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（以下「障害」と総称する。）がある者であって、障害及び社会的障壁により継続的に日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける状態にあるものをいう。」

改正障害者雇用促進法2条1項「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困難な者をいう。」

¹⁸² *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 411 U.S. 792 (1973); *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1970); *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989).

¹⁸³ アメリカでは「直接差別」のことを憲法上「意図的差別（intentional discrimination）」、市民権法7編上は「異なる取扱（disparate treatment）」差別と呼ぶ。なお *E.g., Int'l Bhd. of Teamsters v. United States* 判決において、連邦最高裁は「intentional discrimination」と「disparate treatment」には実質的相違はないことを明らかにしている。 *E.g., Int'l Bhd. of Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324, 335, n.15 (1977).

¹⁸⁴ *Disparate impact* の訳は「異なる影響」「異なる効果」「異なるインパクト」と様々であるが、表面上は中立的な基準が特定の個人に作用し、不利な状態に置く「影響」もしくは「効果」を有するという意味か、*disparate impact* を「異なる影響・効果」と訳した。本研究では、異なる取扱差別と異なる影響・効

権法 7 編の直接差別・間接差別は以下である。

「(1) (使用者が) 人種、皮膚の色、宗教、性別、又は出身地に基づいて個人を雇い入れずあるいは雇い入れを拒絶し、若しくは個人を解雇すること、又は雇用における報酬、条件、状況、特権 (*his compensation, terms, conditions, or privileges of employment*) について個人を差別すること、(2) (使用者が) 人種、皮膚の色、宗教、性、又は出身国に基づいて、個人の雇用の機会を奪うことや、そのほか被用者としての地位に不利な影響を与えるような方法で、被用者や応募者を制限、隔離又は分離することを禁止することは違法な雇用上の慣行である。」¹⁸⁵

ADA は市民権法第 7 編に倣い制定されたので、市民権法第 7 編と同様に、障害を理由とした直接差別¹⁸⁶と障害者を排除する傾向にある基準・方針・慣行を採用する間接差別¹⁸⁷を禁止する。

(1) 直接差別

直接差別・間接差別という文言は、ADA の法文中に直接明記されているわけではないが、直接差別に該当する法文は、以下である。

「(本法の) 対象事業者は有資格の個人を障害に基づいて、応募手続、採用、昇進、解雇、報酬、職業訓練又はその他の雇用における条件、状況、及び特権に関して差別をしてはならない。」¹⁸⁸

すなわち障害が職務履行に無関係であるときに障害を積極的に考慮することを禁止する。直接差別を主張するためには、当該行為が①使用者の差別的意図に基づいて、②雇用上の何らかの側面において、③属性に基づいて不利な取扱がなされたことを立証しなければならない。使用者が障害に基づいて不利な取扱をしたとする直接的証拠がある場合、差別の立証は比較的容易であるが、そのようなケースはまれであり、多くの場合、様々な間接証拠から差別意図が類推される¹⁸⁹。

差別の状況証拠しかない場合に使用者の差別意図を推認するアプローチは 3 段階から構成されており、市民権法における直接差別の事例によって確立されている¹⁹⁰。すなわち第 1

果差別の名称が混同しやすいことから、直接差別、間接差別という語を用いる。

¹⁸⁵ 42 U.S.C. § 2000e-2(a)(1)(2).

¹⁸⁶ 42 U.S.C. § 12112(a), 12142, 12182(a).

¹⁸⁷ 42 U.S.C. § 12112(b)(3)(A), 12182(b)(2)(A)(i).

¹⁸⁸ 42 U.S.C. § 12112(a) (1990).

¹⁸⁹ 長谷川珠子「アメリカにおける雇用差別禁止立法の歴史と現状：性差別を中心に」辻村みよ子監修『雇用・社会保障とジェンダー』（東北大学出版会、2007年）267-268頁。

¹⁹⁰ *McDonnell Douglas Corp. v. Green*; *Texas Dept. of Community Affairs v. Burdine*, 450 U.S. 248 (1981).

段階として、原告が差別禁止事由に基づいて異なる不利な取扱をされたことを証明しなくてはならない。原告がこの証明に成功すると、第 2 段階として、次は被告である使用者側が直接差別についての抗弁として属性に基づく決定には「真正な職業資格 (bona fide occupational qualification)」があり、属性が特定の業務の通常の運営にとって合理的に必要な、真正な職業資格である場合には、例外的に差別取扱が許される¹⁹¹。ただし、使用者は証拠の提出責任を負うにとどまり、使用者の差別的取扱の意図が違法な差別であるとの証明責任は依然として原告側にある。第 3 段階として、原告は被告の述べた理由は差別的な動機を隠すための口実であることを証明する機会を与えられる。判例を通して発展してきたこの証明ルールは、困難となりがちな差別意図の認定を労使双方に証明責任を分配することによって、できる限り簡潔なものへと工夫するものとなっている¹⁹²。

直接差別は、正当化することができない属性に基づく使用者の取扱が差別であり、属性は職場における雇用上の決定において無関係であることを前提にしている。そして、「平等を達成するために、禁止された不公正な基準を見つけ出し、それぞれの事例において正しい救済を提供するシステム」である¹⁹³。

(2) 間接差別

第 2 の差別類型である間接差別とは、表面上、基準が属性に中立的であるにもかかわらず、結果的に特定の属性を不利な立場に置く取扱をいう。ADA 第 1 編においては間接差別とは、以下のように規定されている。

「『差別』という文言は以下の意味を含む。障害に基づく差別の影響効果を有するような、運営管理についての規定、基準、又は手段をとること。」¹⁹⁴

同規定は市民権法第 7 編に倣い規定されているが、市民権法第 7 編の立法当初は、差別の定義が設けられていなかった。そのため差別的意図から生じたものではない雇用上の不利な取扱は、第 7 編の禁止する差別ではないという解釈が一般的であった。この解釈を覆したのが 1971 年の Griggs 判決である。同事例において被告電力会社は、発電所作業員の資格要件として高卒以上の学歴を義務付けていた。この要件は、確かに中立的であるが、公共教育を白人と同等に受けてこられなかった黒人にとって満たしにくいものであるため、この要件の差別性が争われた。連邦最高裁は、使用者に差別的意図がなかった場合にも、市民権法第 7 編違反が成立することを初めて確認した。すなわち、差別的な意図がなかったとしても特定のマイノリティ集団にとって「仕組まれた向かい風 (built-in headwinds)」となっており、職務遂行能力の判定とは無関係な雇用慣行と要件は許容されないとした¹⁹⁵。

¹⁹¹ 42 U.S.C. § 2000e-2(e)(1).

¹⁹² 長谷川・前掲注 (189) 268-269 頁。

¹⁹³ Leonard, *supra* note 13, at 11.

¹⁹⁴ 42 U.S.C. § 12112(b)(3)(A)。

¹⁹⁵ Griggs v. Duke Power Co., at 431. この後、1977 年の Dothard v. Rawlison, 433 U.S. 321 (1977) において、性差別において間接差別法理が認められた。身長と体重制限により刑務所の看守につくことがで

間接差別の事例の下でも、直接差別訴訟と同様に、証明責任を3段階に分けて、労使双方に分配するルールが用いられている。まず、第1段階として、原告である被用者側が表面上は中立に見える使用者による当該行為が、実際には間接差別を有していることを証明しなければならない。この一応の証明がなされた場合、第2段階として、被告である使用者は当該要件について業務上の必要性・職務関連性が存在していたことを反証する。そして第3に、原告は、同等の効果を達成することのできる、より「異なる影響・効果 (disparate impact)」の少ない方法があるにもかかわらず、それを使用者が用いなかったことを証明しなければならない¹⁹⁶。このように間接差別禁止は、使用者に、被用者又は応募者の特性を無視して均等に取扱うだけでなく、排他的傾向がない統一的ルール又は方針を創出することを義務付ける¹⁹⁷。

(3) 合理的配慮の欠如による差別

直接差別と間接差別は、人種や性などの保護属性にも適用されてきた憲法及び市民権法が禁止する伝統的な差別概念であり、その立証責任などは市民権法第7編に則っている。しかし、ADAは、憲法や市民権法の事例においては使用されなかった新たな差別概念を使用している。すなわち、第3の差別類型である「合理的配慮の欠如」である。同差別概念は、使用者に障害という属性を考慮し、障害者の直面する構造的障壁を除去する作為を要求し、この欠如を差別として明記する。すなわち以下のように規定されている。

「『差別』という文言は以下を含む。(A) 応募者又は被用者である障害のある有資格の個人の身体的、若しくは精神的制限を認識している場合、合理的配慮を行わないこと。ただし、合理的配慮が、適用対象事業者の事業運営に過度の負担を課すことを適用対象事業者が証明することができる場合はその限りではない。」¹⁹⁸

しかし、ADAの法文中には、合理的配慮の定義はなされておらず、その内容が例示されているだけである。すなわち、

「(A) 被用者たちが使用する現存する施設を障害のある個人が障害にとって容易にアクセス可能で、利用可能なものにする、(B) 職務の再編成、パートタイム化、又は労働時間の変更、空きポジションへの配置転換、施設若しくは機器の取得又は変更、試験、訓練教材若しくは訓練方法の適切な調整又は変更、有資格の朗読者若しくは通訳者の提供、及び障害のある個人のためのその他の類似する配慮。」¹⁹⁹

きなかったとして女性である原告が訴えたこの事例で、連邦最高裁は、性に基づく身長と体重差の国内統計は間接差別法理の証明するのに十分であり、当該要件に職務関連性も認められないとして、第7編違反が成立するとした。

¹⁹⁶ 長谷川・前掲注(189)269-270頁。

¹⁹⁷ Leonard, *supra* note 13, at 11-12.

¹⁹⁸ 42 U.S.C. §12112 (b)(5)(A).

¹⁹⁹ 42 U.S.C. §12111(9). この法文だけではあまりにも曖昧なので、一連の雇用差別禁止法について各種

合理的配慮には、物理的側面である施設の改築や、機器の購入、物理的側面を伴わない会社の方針を変更することなど幅広い範囲の措置が含まれ、これを行わないことが差別に該当する。ただし同規定は包括的なものではなく、これに限られない。この法文だけではあまりにも曖昧なので、EEOC の策定した施行規則において合理的配慮について、さらなる例示をする。

「合理的配慮とは、以下を意味する。(i) 障害のある有資格の応募者が希望するポジションに対して彼らを考慮にいれられるようにする求人プロセスの変更と調整をすること、(ii) 有資格の障害のある個人が職務の本質的機能を履行できるようにする職場環境の修正、又は調整、若しくは慣習的に非障害者を想定して作られた方法と状況の変更、又は修正、(iii) 対象事業者の下で働く障害のある被用者が、類似の地位にある非障害者と均等な雇用上の平等な利益と特権を享受できるようにするための変更又は調整。」²⁰⁰

ADA は、障害という属性の多様性を反映して、合理的配慮の内容については特定をせずに、個々の事例において判断することが要求されるといえる。

しかし、合理的配慮の内容や立証責任が確定していないこともあり、裁判所は合理的配慮と障害者差別に関し混乱し、一貫性を欠いてしまった。合理的配慮概念について考察をすることは、不確定な利益を享受することになった障害者、予期せぬ義務を負ってしまった使用者、そして正常に機能している労働市場の中で、障害者の価値と尊厳を認めようとする社会全体にとって、重要なことである²⁰¹。

のガイドラインを作成する「雇用機会均等委員会 (Equal Employment Opportunity Commission、以下 EEOC)」が、施行規則において合理的配慮について、さらに詳細について規定している。すなわち施行規則によれば、「合理的配慮とは、以下を意味する (i) 障害のある有資格の個人が参加できるように、応募プロセスを調整又は変更すること、(ii) 障害のある有資格の個人がそのポストの本質的機能を遂行するために必要となる、その人が就いている又は希望するポストにおける労働環境若しくは通常の実施方法又は状況の変更又は調整、(iii) 障害のある被用者が、障害のない同じ条件の被用者と均等な利益及び特典を享受することを可能にする変更又は調整」である。29 C.F.R. § 1630.2(o)(1)(2006).

²⁰⁰ 29 C.F.R. § 1630.2(o)(1)(2)(2006).

²⁰¹ Schwab & Willborn, *supra* note 13, at 1201.

第2章 合理的配慮と均等待遇原則

2.1 均等待遇原則に基づく合理的配慮の権利性否定説

アメリカ合衆国は、自然権思想に基づき「全ての人は平等に創られ、各々造物主によって、一定の不可譲の権利を賦与せられ、これらの権利の中には生命、自由及び幸福の追求が含まれる」と高らかに宣言して建国された。合衆国憲法は、いかなる国家権力によっても「自由」と「平等」の剥奪を許さない¹。自由と平等という相反する要素が憲法には内在しており、両要素の保障を達成するために合衆国憲法 14 修正は、全ての者（14 修正挿入当初は黒人のみを想定）を法的に一律に同等に取扱う「均等待遇」を原則とし、平等な機会を与える。そしてその結果生じる不平等は正当とする。均等待遇が憲法と憲法に基づく差別禁止法の求める平等である。合理的な理由なくある者を優遇、「別異取扱」することは禁じられている。合衆国憲法に、人々の平等を保障する平等保護条項はあるが、我が国のように「差別」という文言を使用した差別禁止規定は存在しない。そこで、14 修正によって保護された権利を執行するために立法された市民権法 7 編は、人種、性別、国籍、宗教上に基づく差別を禁止する。これらの属性にかかわらず、同様の状況にある被用者を同じように取扱うことで、職場における全ての者の市民権を確保する。形式上、均等に取扱えば、平等を保障したという考え方である。市民権法において均等待遇原則の逸脱は、極めて限定した状況でしか認められない。例えば「真正の職業上の要件 (bona fide occupational qualification)」であるが、被用者が使用者の課した職務を履行できるようにするために、その特性が必要であることを使用者が証明できる場合、属性に基づいて異なって取扱うことは認められる。映画の中で特定の男性キャラクターを描くことが俳優の仕事であれば、俳優が男性であることは職務上正当化される「真正の職業上の要件」かもしれない。しかし、大多数の職務において職務遂行のために特定の人種、性別、国籍、宗教が必要であることは稀であるため、「真正の職業上の要件」の例外が形式的平等から逸脱することは少ない²（その他の均等待遇原則の例外としてはアファーマティブ・アクションがあるが、これは第 3 章で詳細に検討をする）。憲法及び市民権法の伝統的差別禁止法は、特定の属性への敵意や偏見に基づく行為を行わないという不作為だけを要求している。

「均等待遇＝平等」という伝統的差別禁止法の平等観において、合理的配慮が別異取扱を要求し、形式的な均等待遇原則を排除していることが、最もわかりやすい合理的配慮と伝統的差別禁止法の相違である。合理的配慮が均等待遇原則違反であることを理由として、合理的配慮が視野に入れている平等が憲法及び市民権法上の平等概念とは異なるとする立場として、Eichhorn、Leonard、Tucker、Donohue III、そして Schwab と Willborn らがいる。Eichhorn は、合理的配慮規定によって使用者は全ての被用者を同様に扱うのではなく、障害被用者に対してのみ別異取扱を行って障害被用者が非障害者の同僚と職場での能力を發揮する機会が平等になるようにする点で市民権法の平等と異なるとする³。また、市民権法

¹ 田中英夫『アメリカ法の歴史（上）』（東京大学出版会、1968年）250-251頁。

² Lisa Eichhorn, "Hostile Environment Actions, Title VII, and the ADA: The Limits of the Copy-And-Paste Function," 77 Wash. L. Rev. 575, 581-582 (2002).

³ *Id.*, at 594-595

上の差別のない平等によって得られる利益は全ての者が享受することができるが、合理的配慮によって利益を得る者はADAの障害の定義の対象となる者だけである。合理的配慮は、非障害者の同僚にとってはほとんど不必要で価値のない物理的設備や職場慣行の変更を要求し、これらの措置から障害者が利益を得ることを許容する。使用者は、全ての被用者ではなく一部の被用者のみに利益を提供する点から、Eichhornは合理的配慮を「アファーマティブ・アクションの1つの形態」と表現している。そして、合理的配慮は機会の平等からは完全に離れており、市民権法の拡張であると指摘する⁴。

Donohue IIIも、障害に基づく悪意・偏見なく、他者と均等に雇用上の決定を行う均等待遇こそが憲法及び市民権法の「法に内在する平等」であり、通常、被用者は差別のない労働慣行・条件・環境を得ることのみが認められる。しかし、合理的配慮は使用者の作為による「作られた平等」であり、「法に内在する平等」が要求する達成可能な目標とは異なり、目標が定まっておらず、政治プロセスの中で政策的措置として議論されるものであるとする⁵。

Leonardは、合理的配慮と間接差別禁止との関係について指摘する。属性に基づく意図的な別異取扱である直接差別禁止は、許すことのできない使用者の意図・態度から個人を保護することに向けられているが、合理的配慮と間接差別禁止は、使用者の差別意図に対して無関心である点で類似する。表面上中立的であるが特定の属性を不利な状況に置く慣行・ルールを除去する点で、間接差別禁止は属性の無視を要求する憲法及び市民権法の平等概念の例外であるという。しかし、間接差別禁止は、保護属性全体に対する禁止で使用者は全ての被用者に1つのルールを適用すればよいが、合理的配慮に関してはもっぱら個別化された措置である点で異なる。間接差別禁止は、属性を考慮している点で、市民権法の差別禁止に反しているともいえるが、万人に不利な影響を与えない統一的な労働ルールを作るという点では差別禁止に反しない。しかし、合理的配慮は、統一的な労働ルールからも逸脱するものであるため、市民権法の差別禁止とは異なると考えている。Leonardは、合理的配慮に対して楽観的な論者については合理的配慮義務がADAにおける補足的役割にすぎず、伝統的な直接差別と間接差別との相違が生じないケースでは、合理的配慮が障害被用者の機会を拡張させる、と考えていることを指摘する。しかし、Leonard自身はADAの平等概念はごちゃまぜ(melange)であり、使用者は合理的配慮にかかるコスト負担を負うことを嫌がり障害者の雇用を避けるだろうから、結果的に障害者のインテグレーションは促進しないと批判する⁶。

またPercyは、14修正が人種差別撤廃を目的に挿入されたことを理由に、合理的配慮を市民権法の一部とみなしてしまうと、均等待遇原則が揺らぎ「人種差別の復活に怯えなければならぬ」と捉える立場を紹介する⁷。DillerやTuckerは、以下で紹介するGarrett連

⁴ *Id.*, at 604-605

⁵ John H. Donohue III, "Employment Discrimination Law in Perspective: Three Concepts Equality," 92 *Michi. L. Rev.*, 2583, 2608-2612 (1994).

⁶ James Leonard, "The Equality Trap: How Reliance on Traditional Civil Rights Concepts Has Rendered Title I of the ADA Ineffective," 56 *Case W. Res. L. Rev.* 1, 9-12, 30-32 (2005).

⁷ Stephen L. Percy, *Disability, Civil Rights, and Public Policy: The Politics of Implementation* (Uni. of Alabama Pr., 1989).

邦最高裁判決などのように、裁判所が ADA を制限的に解釈するのは、合理的配慮による平等観が均等待遇を原則とする憲法の平等に反することが原因であると指摘する⁸。彼らは、伝統的差別禁止法は一律の内容を一律に適用するが、合理的配慮は措置内容が個別的で、規定を一律に適用できないという相違点を見出している。

2.2 合理的配慮と 14 修正 : Garrett 連邦最高裁判決

合理的配慮が憲法 14 修正に根拠づけられるかについて連邦最高裁が判断を行っている。2001 年、がん疾患で長期休暇をとった州立病院の看護師が、同休暇を理由に看護師長から看護師管理者に降格処分となった Garrett 判決において連邦最高裁は、合理的配慮が 14 修正に由来するものではないと述べた。本件の争点は合衆国憲法 11 修正の州の主権免責、すなわち、州は訴訟に同意しない限り連邦裁判所において、私人によって訴えられることはないという規定と⁹、ADA 第 1 編違反について私人が州を被告として金銭賠償請求をすることを認める ADA 第 1 編との抵触問題である。

11修正の主権免責とは、イギリスにおいて、国王は同意なき限り裁判所において訴えられないという理論に由来する。すなわち、「王は悪事をなせず (King can do no wrong)」という概念が発達し、国家の不法行為責任、国家の違法行為という概念そのものが認められなかったのである。これを国家無答責という。さらに、国家公務員個人に賠償請求をすることについても、公務員の萎縮を防ぐためにこれを禁止していた。この理論は、11修正に明示の、他の部分は黙示の合衆国の司法権の制約であると説明されている。州の主権免責理論の狙いは、州の財政の保障にあった。すなわち、11修正は州に対して、債務取立や契約違反による損害賠償請求の訴訟が連邦裁判所に提起されるのを恐れ、このような訴訟に合衆国の司法権が及ばないようにするために、制定された¹⁰。そして、信教の自由回復法、年齢差別禁止法、女性に対する暴力禁止法の事例において私人が州に対して訴訟を提起することができるのは、14修正5節による立法に基づいている場合に限られると判断されてきた¹¹。連邦議会の制定する法律が損害賠償責任や金銭支払い義務を規定していたとしても、14修正5節を根拠とする制定法ならば、11修正の主権免責を排除することができる。すなわち「連邦議会は適切な立法によって本条の諸規定を執行する権限を有する。」

14修正5節の適切な立法であるというには、14修正1節によって直接禁止されている行為を禁止する立法だけでなく、それ自体違憲ではない行為であっても憲法上の権利への侵害を予防・救済するための立法も含まれる。後者の場合、連邦議会が予防・救済しようとする行為と目標達成手段の間に「均衡性と比例性 (congruence and proportionality)」がなければならない。

⁸ Matthew Diller, “Judicial Backlash, the ADA, and the Civil Rights Model,” 21 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 19, 47-48 (2000); Bonnie P. Tucker, “The ADA’s Revolving Door: Inherent Flaws in the Civil Rights Paradigm,” 62 Ohio St. L. J. 335, 342 (2001).

⁹ U.S. CONST. Amend. XI.

¹⁰ 木南敦「合衆国憲法修正 11 条制定の成立展開」法学論叢 126 巻 4・5・6 号 (1990 年) 360 頁。

¹¹ City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507 (1997); Kimel v. Florida Bd. of Regents, 528 U.S. 62 (2000); United States v. Morrison, 529 U.S. 598, 120 S. Ct. 1740 (2000).

(1) Garrett連邦最高裁判決：事実概要と判旨

この問題について最高裁が初めて判断をしたのが、Garrett連邦最高裁判決¹²である。同事例の事実概要は以下である。

州立大学病院で看護師長として働いていたGarrettが、乳がんを患い乳腺浮腫摘出手術、放射線治療、化学療法のため長期休暇を余儀なくされた。同人は治療を終えて復職したが、同休暇を理由に看護師長から給与の低い看護師管理者の地位へ降格処分となった。Garrettは同降格処分を不服として、ADAの下で障害者差別であるとして金銭賠償を求めて提訴した。これに対し使用者は、ADA第1編は憲法11修正の州の主権免責を廃止する14修正5節の連邦議会の権限を超越していると主張した。連邦地裁は、州の主張を認め、ADA第1編は、14修正5節の執行権限の適切な行使ではないため、州に対する金銭賠償は11修正によって遮断されないと判断した。第11連邦巡回控訴裁判所は、原審判決を破棄し、ADAは有効に11修正の州の免責を排除したと判決した。

最高裁は、5対4で原審を破棄し、ADA第1編は、州に適用される限り有効に11修正の主権免責を排除したとはいえないと判断した。Requist 法廷意見は以下である。

第11修正の州の主権免責に関する判例法は、州は他州市民だけでなく自州市民によって連邦裁判所において訴訟を提起されないと判断してきた。そして連邦議会が州の11修正の免責を明白に廃止する意図をもって、かつ、「憲法上の有効な権限付与に基づいて立法する」場合には、訴訟を提起することができるということも認めてきた。従って、本件の争点はADA第1編の下で私人が州を連邦裁判所において金銭賠償請求をすることに対して、連邦議会が憲法上の権限内で立法したかどうかということである。これまで信教の自由回復法や年齢差別禁止法などの最高裁の先例では、連邦議会が合衆国憲法14修正5節の有効な権限行使による立法である範囲においてのみ、同意しない州を連邦裁判所において提訴できると判断してきた。14修正5節は、連邦議会に、「適切な立法」を行うことにより、14修正1節の権利の実体的保障を執行する権限を付与している。14修正5節の適切な執行権限は14修正が直接禁止していない行動を含めた広範な行為を禁止できる。しかし、憲法が保障している内容を定義するのは連邦議会ではなく連邦最高裁の権限である。従って14修正1節の立法権限の行使といえるかは、予防・救済されるべき権利侵害とその目的達成のためにとられた手段に一貫性と均衡性がなければならない¹³。

そこでまず、本件で問題になっている憲法上の権利を特定する。Cleburne 連邦最高裁判決において知的障害者は準疑わしき区分ではないと判断され、社会経済立法と同様の合理性に審査基準が適用されることとされた。合理性の審査基準によれば、属性に基づく別異取扱と正当な政府の目的との間に、合理的な関係があるならば、このような区別は平等保護条項の違反にならない。さらに、州は、特定の決定を行うときに、その理由づけを明確に宣言する (articulate) 必要はない。むしろ、「当該区別の合理的な理由を提供することができる事実状態」を否定する立証責任は、違憲を主張する当事者の側にある¹⁴。

¹² Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett, 531 U.S. 356 (2001).

¹³ *Id.*, at 363-365.

¹⁴ *Id.*, at 365-367.

本件 Breyer 裁判官の反対意見¹⁵は、障害者に対する否定的な態度や恐れを反映している州の決定は、必然的に 14 修正違反であると述べている。このような偏見は、しばしば、非合理的な（それ故に違憲となる）差別に付随して生じるかもしれないが、その存在だけで憲法違反を構成するのではない。Cleburne 事件において我々連邦最高裁が述べたように、単なる消極的態度や恐怖だけでは、知的障害者に基づく区別は許容できない偏見、とはいえない。この文言は、合理性の審査基準の下での州の行為は、州が特定した目的を合理的に促進する場合、14 修正違反にならないという、平等保護条項のこれまでの判例における広範な認識を表明しているにすぎない。

「従って Cleburne 判決の結果は、州は、その行為が合理的であるかぎりにおいて、14 修正により、障害者のために特別の配慮を講ずることを要求されていない。州は、極めて冷静になり、そしておそらく冷酷になっても、障害者を考慮に入れない職務資格要件を課すことができる。もしも、障害者に対する特別な配慮が要求されているとするならば、その配慮は実定法に由来しなければならず、平等保護条項から導かれるものではない。」¹⁶

次に、連邦議会が障害者に対する州による雇用差別の歴史とパターンを特定していたかを審査する。ADA の立法記録において、連邦議会は実際に、障害者に対する州による違法な雇用差別のパターンを示していない。連邦議会は、ADA において、「歴史的に、社会は障害者を孤立し分離させる傾向があり、いくつかの改善がみられるにもかかわらず、このような形態の障害者差別は、依然として重大かつ広範囲にわたる社会問題となっている。」という事実認定を明文化している。しかしそこで集められた記録の多くは州によるものではない。Garrett は、州による雇用差別の事例、例えば視覚障害を理由に採用を拒否された事例などを 6 例提示しているが、これらの事例のいくつかは、確かに、州が障害者のための配慮を行うのに消極的であるということを示している。しかし、これらが Cleburne 判決の法理の下でも、非合理的かどうかは異論の余地がある。もしもこれらの事例を合わせても、5 節に基づく違憲な差別のパターンを特定するには、はるかに不十分である¹⁷。

ADA を立法するにあたり、連邦議会は、「約 4300 万人のアメリカ人が、なんらかの肉体的、精神的障害がある。」と認定していたが、1990 年当時、州だけで 450 万人を超える者を雇用していた。これらの大きな数値をみても、連邦議会は州による障害者に対する違憲な差別の証拠をほんのわずかしこ収集していなかったといえる。そして、もしも、州による雇

¹⁵ Breyer 反対意見は、立法記録において州による差別のパターンが 300 件あり 14 修正 5 節による立法を基礎づける違憲の差別パターンとして十分であること、連邦議会の立法裁量を優先すべきこと、14 修正 5 節は連邦議会に最小限を超える救済を要求する権限を与えていること、州に特別の保護を与えるような解釈は連邦制に反することを理由に、障害者差別を従来の文脈の差別と認識すべきとして、法廷意見に対する反対意見を執筆している。 *Id.*, at 376-389.

¹⁶ *Id.* at 367-368.

¹⁷ *Id.* at 368-370.

用差別の事例があったとしても、合理性の審査基準の下ではたいていの場合は憲法違反には該当しない¹⁸。

ADAによって創出された州に対する障害者の権利救済の手段は、宗教の自由回復法が14修正5節に基づく立法であるかどうか判断をした *City of Boerne* 判決において示された判断枠組である14修正5節との「適合性と比例性」の審査の下で、疑念が生じる。例えば、州機関の使用者が、既存の施設を利用することができる被用者を雇用することで、希少な財政資源を節約することは、全く合理的（従って合憲的）であるが、ADAは使用者に対し、「既存の施設を、障害者がアクセス可能」になるような調整を義務付けている。ADAは、「このような合理的配慮が、適用対象の事業運営活動に対し過度の負担を課すことを証明できる場合」には、使用者に合理的配慮義務の履行義務を課さない。しかし、このような例外があるとはいえ、合理的であるが使用者に「過度の負担」を課すまでに至らない一定範囲の代替的な措置を（最大限に検討せねば）違法という点において、この合理的配慮義務は、憲法上要求されていることをはるかに超えている。また、ADAは、不服申立てをする側に、使用者の決定について非合理的な理由を証明する義務を課すのではなく、使用者に立証責任を課していることもまた憲法の要求と異なる¹⁹。

連邦議会は、望ましい社会政策（desirable public policy）に関する最終的な権限をもつ機関であるが、私人に州に対する金銭賠償を請求する権限を与えるためには、14修正違反の州による差別のパターンが存在しなければならないし、連邦議会が課す救済は、それが目標とする侵害行為に対し適合性と比例性がなければならない。しかし、このような要件は本件において満たされていない²⁰。

(2) Garrett連邦最高裁判決：考察

Garrett 連邦最高裁判決の主要な争点は、州の主権免責に関してであり、原告である Garrett に ADA の下で金銭賠償請求をする訴権があるかどうかである。反対意見は、障害者差別の記録は十分であり、立法救済を優先すべきと判断している。法廷意見は、Cleburne 連邦最高裁判決に従って障害に基づく区別全般に対して合理性の審査基準を適用し、障害者への雇用差別のパターンが存在せず、障害者の雇用差別を禁止する ADA 第1編は11修正の主権免責を排除できる14修正5節の適切な立法権限の行使ではなかったと判断した。州の主権を連邦よりも拡大し、障害者の権利について法廷意見は司法救済の方が立法救済よりも望ましいと判断した。そして、合衆国憲法の平等保護条項は属性考慮を要求していないことから、合理的配慮が憲法の平等保護条項に根拠づけられるのではなく、ADA という実定法により創設された権利であるとしている。

同判決について学説は、障害者差別ではなく連邦と州の主権抵触問題を争点とした事例において合理的配慮を正面から争った事例でもないにもかかわらず、合理的配慮の権利性

¹⁸ *Id.*, at 370.

¹⁹ *Id.*, at 370-372.

²⁰ *Id.*, at 374.

を否定したことを批判し²¹、「非常に挑発的で煽動的な言葉であるだけでなく…過去の判例からの退行」であり²²、ADA を市民権法ではなく福祉制度改革と捉えることを促しかねないと評している²³。

また法廷意見は、Cleburne 連邦最高裁判決に基づいて障害に基づく区別について合理性の審査基準を適用したが、Cleburne 判決は知的障害に基づく区別のみしか審査基準を判断しておらず、これが障害全般に適用されたことも問題である。

「Garrett 連邦最高裁判決によって伝えられた障害者の権利の制限的な視点は、深刻に欠点のあるものである。法廷意見は、障害を疑わしき区分としなかったという Cleburne 連邦最高裁判決の決定を正しく伝えた。しかし、本法廷意見は Cleburne 連邦最高裁判決におけるゾーニング条例の許可を否定する『合理性』について、通常の合理性の審査基準よりも、適用違憲にすることで多くの調査を実施したことを認めていない。…Garrett 判決における懐疑的な ADA に対する考え方は、下級審が、障害者に対する差別的傾向に対する保護を損なわしめるように、ADA の文言の多くを狭く解釈することを促してしまう。」²⁴

Cleburne 連邦最高裁判決が立法裁量を優先すべく合理性の審査基準を適用した上でステレオタイプに基づく立法に適用上の審査を行ったのに対し、本件は立法裁量を一貫して否定していることが問題視されている。

また、Rovner は、法廷意見が合理的配慮を否定したことで「平等保護条項が障害者への『機会の平等』を保障するのではなく、『均等待遇』のみを要求」と批判する。

「法廷意見は合理的配慮が合理性の審査基準の下で要求された措置を超えているという立場をとり、そうすることで、(機会の平等を達成するための) 概念である合理的配慮を排除し、その代わりに平等保護条項の下では、障害者は均等待遇のみを受けると判断した。…裁判所は、州に雇用された被用者が…障害を念頭に置いていない社会環境において本質的に差別されていないとすることによって、障害者のための最小限の合理的配慮すら拒否することも認めている…これは障害者コミュニティが障害の医学モデルから社会モデルに移行

²¹ Mark A. Johnson, “Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett: A Flawed Standard Yields a Predicable Result,” 60 Md. L. Rev. 393, 413 (2001); Jed Rubenfeld, “The Anti-Discrimination Agenda,” 111 Yale L. J. 1141 (2002); Samuel R. Bagenstos, “Rational Discrimination?, Accommodation, and the Politics of (Disability) Civil Rights,” 89 Va. L. Rev. 825 (2003); Carrie G. Basas, “Back Rooms, Board Rooms: Reasonable Accommodation and Resistance Under the ADA,” 29 Berkley J. Emp. & Lab. L. 59 (2008).

²² Burgdorf, Robert L., “Restoring the ADA and Beyond: Disability in the 21st Century,” 13 Tex. J. C.L. & C.R. 241, 297 (2008).

²³ Mary Crossley, “Reasonable Accommodation as Part and Parcel of the Antidiscrimination Project,” 35 Rutgers L. J. 861, 874 (2004).

²⁴ Theresa Glennon, “Walking with Them: Advocating for Parents with Mental Illnesses in the Child Welfare System,” 12 Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 273, 316 (2003).

させるために何十年も努力してきたにもかかわらず、司法府が障害の社会モデルを認めなかったという厳しい判断であった。法廷意見は、…合理的配慮の解釈に関して…障害者の権利を大きく後退させた。合理的配慮義務を『特別取扱 (special treatment)』と表現することで、障害とは社会の欠陥ではなく、個人に内在する生物学的欠陥の責任にしようとしており、障害者権利運動を推進するのではなく、法制度が元に戻ってしまったといえる。」²⁵

Johnson も Garrett 判決の法廷意見は、5人の裁判官だけが同意した11修正の主権免責の法理の下、ADAを厳しく判断することによって合理的配慮が憲法上の救済の権限の範囲を超えてしまったことを問題視する²⁶。

本判決は、長期休暇を理由に降格処分となった看護師が州の主権免責法理の下で訴権があるかどうかが問題であった。障害に関連する休暇に基づく区別が問題であって合理的配慮が問題となる事例ではなかった。なぜ、このような事例で合理的配慮を問題としなければならなかったのか疑問が残る。法廷意見の論理の流れは、原告に訴権の根拠があるかどうかの解を導くために、ADA第1編が14修正5節の下での適切な立法であるかの判断を行う。そして、ADA第1編が14修正5節の下での適切な立法であるかは、ADA第1編が合理的配慮という別異取扱を要求していること、合理的配慮の立証責任が使用者にばかり課されることを不均衡であること、を理由に合衆国憲法の平等保護条項に反しており、適切な立法ではないとした。

同事例は合理的配慮の事例ではなく障害に関連する直接差別の事例であり、論理的な必然性がないのに、合理的配慮を引き合いに、直接差別の問題に対処し合理的配慮の権利性を否定したことに問題がある。さらに、法廷意見は、合理的配慮の立証責任が使用者にばかり負担を課していることを不均衡と述べるが、先例において合理的配慮の立証には、障害者側が自身が障害者であり、さらに職務遂行能力があるかどうか、そして「配慮の有効性とコストに対する均衡性の両方の意味において当該配慮が合理的であるかということ」を証明しなければならない」とされており、障害被用者側がこれについて一応の証明を行った場合には、次に、「使用者は、当該配慮に必要なコストが、配慮によって得られる利益、あるいは使用者の財政状況と比較して過度である (excessive) こと」を、証明する機会が与えられる²⁷。合理的配慮に関する事例は、全てこの立証責任の分配が適用されており、障害者にも立証責任が課されている。この点について触れていないことも問題である。

本稿は、Garrett 判決法廷意見のほぼ全文を紹介をしたが、合理的配慮の憲法上の権利性を否定する必然性は見えてこなかった。連邦と州のパワーバランスについて判断をする政治的文脈での判決で、合理的配慮の権利性について検討すべきではなかった。

なお、本件で州の主権免責は廃されず、ADA第1編の私人から州への金銭賠償請求はできなくなったが、合衆国憲法第1編8節3項の通商条項²⁸を通じて私人が州にADAを適用

²⁵ Laura L. Rovner, “Disability, Equality, and Identity,” 55 Ala. L. Rev. 1043, 1081 (2004).

²⁶ Johnson, *supra* note 21, at 411.

²⁷ Vande Zande v. Wisconsin Dept. of Admin., 44 F.3d 538, 543 (7th Cir. 1995).

²⁸ 州際通商条項とは、連邦議会に州際通商規制権を付与している。これは通商に関する規制だけでなく、道徳的理由に基づいて、賭博を規制しようとして設けられた宝くじ券の州際輸送を禁止する連邦法が支持

することはこれまで通り可能である。また、私人が連邦の行政委員会の1つである「雇用機会均等委員会（EEOC）」に苦情の申立てを行い、EEOCが原告となって州を相手取って訴訟を提起することができ、金銭賠償請求をすることができる²⁹。

2.3 均等待遇原則と合理的配慮の権利性肯定説

学説のみならず、連邦最高裁判決においても合理的配慮が均等待遇原則に反することを理由に、合理的配慮の憲法上の根拠が否定されていた。しかし、合理的配慮が憲法の平等原則、伝統的差別禁止法理に反していないとする権利性肯定説も存在する。彼らは具体的な事例を伴い、伝統的差別禁止法理も実は、別異取扱を要求していたことを証明している。以下に、コスト面、環境整備面、原理面に分けて、権利性肯定説を紹介する。

2.3.1 コスト面のオーバーラップ

合理的配慮の権利性を肯定する有力学説として多くの論文で引用されているのが Jolls 説である³⁰。Jolls は、市民権法の差別禁止法理である直接差別・間接差別禁止の一部の事例が、マイノリティ被用者への差別を阻止するために、事実上使用者にコスト負担を課す配慮を要求していたことから市民権法と合理的配慮が異なるものというよりもオーバーラップすると主張する。

されていることなど *Champion v. Ames (The Lottery Case)*, 188 U.S. 321 (1903)、売春防止のために非道徳的目的で女性を州際輸送することを禁止した事例などもある。 *Hoke v. United States*, 227 U.S. 308 (1913)。現在のところ連邦議会の権限は広く承認され、憲法列举の権限に限られるという建前は維持されているが、それは事実上無制約といえる状況である。連邦議会は、①規制の対象が州を越えての移動や輸送である限り規制でき、②州内の行為であっても州際通商に実質的に関連性があれば規制でき、③州際通商に影響しない州内の行為であっても州際通商規制のために必要であれば規制できる。例えば、黒人の宿泊を拒否するホテルの合憲性が争われた *Heart of Atlanta Motel v. United States*, 379 U.S. 241 (1964)では、最高裁は、人種差別が州際通商を阻害したと認め、たとえ州内の行為であっても州際通商に実質的に有害な影響を与えるものには連邦議会の規制権が及ぶとした。松井茂記『アメリカ憲法入門』第8版（有斐閣、2018年）40-41頁。

²⁹ ある者からの苦情が EEOC で受理されると EEOC の調査官が、苦情の内容を調査する。調査の結果 ADA 違反があると解される合理的な理由があった場合には、紛争当事者にその旨を通知し、問題解決に向けて話し合いをもつように促す。申立に理由がないと判断した場合には、申立を却下する。話し合いへの参加は、当事者の意思に委ねられており、これに参加せずに訴訟に移行することもできる。障害者の就労に関して専門的知識を有する EEOC のスタッフから技術的なアドバイスを受けることもできる。この段階で紛争解決に関する合意が形成された場合には、その内容を書面にして手続が終了する。一方、合意に至らなかった場合には、EEOC が原告となって州を相手取って訴訟を提起する。所浩代『精神疾患と障害差別禁止法：雇用・労働分野における日米法比較研究』（旬報社、2015年）204頁。

³⁰ Christine Jolls, “Antidiscrimination and Accommodation,” 115 Harv. L. Rev. 642 (2001)。Jolls 説については我が国でも長谷川、植木が引用し検討を行っている。長谷川珠子「伝統的な『反差別法』

(antidiscrimination law) と新しい『便宜法』(accommodation law) との類似性」日本労働研究雑誌 539号（2005年）93-94頁；植木淳『障害のある人の権利と法』（日本評論社、2011年）39-40頁。

(1) Jolls 説：間接差別

Jolls は、表面上、基準が属性に中立的であるにもかかわらず、結果的に特定の属性を不利な立場に置く取扱を差別として禁じる間接差別禁止が配慮を課してきた例として職場におけるグルーミング・ルール、英語以外の言語の使用を禁ずる規則、妊婦に対する休暇の提供を挙げる。

まず、職場における表面上中立であるが特定の属性の者に不利な影響を与えるグルーミング・ルールとして Jolls は、ヒゲ禁止規則と黒人差別の事例を紹介する。ヒゲ禁止規則とは、多くの使用者が被用者に課す表面上中立的な身だしなみ要件であるが、多くの黒人は仮性毛囊炎 (pseudofolliculitis barbae) という皮膚の特性をもっており、ヒゲを剃ると皮膚に炎症を起こすため、ヒゲを剃ることができない。従って、Bradley v. Pizzaco of Nebraska, Inc.³¹において第 8 連邦巡回控訴裁判所は、ヒゲ禁止規則が不釣り合いに黒人男性に対してのみ否定的な効果を与えることを認め、たとえ顧客がヒゲを蓄えている被用者に不快感を示していたとしても、業務上の必要な要件として正当化されないとして、ヒゲ禁止規則を違法な間接差別に該当すると判断した。

Jolls は、このような事例において、使用者は間接差別を禁止する責任があるだけでなく、配慮を要求されていると考える。同事例の事実審において使用者は、20%未満の世論が「ヒゲを蓄えている配達員に対して否定的な感情を有している。」という証拠を提示していた。この証拠は、ヒゲ禁止規則が効果的な業務判断であることを示唆し、ヒゲ禁止規則をやめた場合、使用者に経済的不利益を課すことを意味する。すなわち、ヒゲ禁止規則の差止めによって使用者は、配達員の容姿について顧客の反応を無視することが要求されているので、特定グループの被用者の個別ニーズに応じた特別なコストを課されているといえる。従って、Jolls は、一見間接差別禁止の事例であっても、実は使用者にコスト負担を要求しており、内在的に合理的配慮が含まれていると主張する³²。

次に、妊婦被用者への休暇提供の事例を挙げる。女性（妊婦）差別の事例 Warshawsky & Co.判決³³において、使用者は、長期の傷病休暇を要求した全ての初年度雇用の被用者を解雇するという就業方針を採用していた。裁判所はこの就業方針は全ての被用者に適用されるものの、妊娠する可能性のある女性に対して、男性よりも不釣り合いに不利な影響・効果を与えるため、市民権法の間接差別に該当すると判断した。Jolls によれば、このような間接差別禁止の事例は、実際には属性を意識した配慮を要求しているという。なぜなら休暇の提供が、妊娠する可能性のある年齢の女性を雇用する上で使用者に財政負担を課すからである。使用者に女性被用者を排除しようとする意図はなくとも、事業運営上、コスト負担を理由に休暇の提供を行わないこともある。そのような場合、妊婦に休暇を与えることは使用者に配慮を要請していることに該当する³⁴。

これらの事実を踏まえ Jolls は、配慮を要求する法律の憲法上の整合性について考察をす

³¹ Bradley v. Pizzaco of Nebraska, Inc., 939 F.2d 610 (8th Cir. 1991).

³² Jolls, *supra* note 30, at 654-656.

³³ EEOC v. Warshawsky & Co., 768 F. Supp. 647 (N.D. Ill. 1991).

³⁴ Jolls, *supra* note 30, at 660-665.

る。14 修正 5 節は、14 修正の平等保護を保障するために「連邦議会は適切な法律によって本条の規定を執行する権限を有する。」と規定し³⁵、連邦議会が各州における差別措置を是正する法律を制定することを可能にしている。もしも、配慮を要求する法律が反差別法理を正当に実施している立法と実質的に同じでないならば、14 修正 5 節に基づく連邦議会の執行権限は、配慮を要求する法律に及ばないかもしれない。しかし、Jolls は、間接差別の事例が、実際には配慮を要求していることを根拠に、配慮を要求する法律にも連邦議会の執行権限が及ぶとする³⁶。

その証明に際して、まず Jolls は、間接差別禁止が 14 修正 5 節に基づく連邦議会の執行権限内にあることを示す。14 修正それ自体は、間接差別禁止を規定していない。しかし、「間接差別禁止が、14 修正 5 節の連邦議会の適切な執行権限内にあると控訴裁判所が認めてきたことは、統一的に支持されている」として、市民権法 7 編の間接差別は、14 修正の平等保護条項が含意した意図的差別の禁止よりも広範であるが、裁判所はこれを 14 修正 5 節の立法府の執行権限内であると判断してきたとする³⁷。

その上で Jolls は、妊娠を含む医学的症状をもつ者に対して医療休暇の提供を要求する「家族医療休暇法 (Family and Medical Leave Act of 1993、以下 FMLA)」³⁸を例に挙げ、配慮を要求する法律にも連邦議会の執行権限が及ぶことを論証する。

「FMLA は、(使用者に) 被用者に対する医療休暇の提供を要求し、明示的に特定の配慮を要求するものである。多くの裁判所は、当該規定が 14 修正 5 節の連邦議会の執行権限ではないと判決してきた。ある裁判所は、『FMLA は、州に対して 12 週間の医療休暇を提供する積極的な義務を創設しており、平等保護条項のいかなる文言もこのような義務を創設するものではない』と判断している。しかしながら、(FMLA が連邦議会の施行権限ではないと判断してきた) 裁判所は、…FMLA が、14 修正 5 節の執行権限内である市民権法第 7 編の間接差別に極めて類似していることに気がついていない。…上述したように、(市民権法の下での妊婦への休暇提供に関する事例において) 多くの裁判所は、妊娠を含む医学的症状をもつ者に対して休暇を許さない表面上中立的な方針が、市民権法 7 編の違法な間接差別に該当すると判断してきた。なぜなら、それは(全被用者に適用される点で表面上中立的だが、妊娠する可能性のある) 女性被用者に対して、過度に不利益を与える方針だからである。そのような状況において、女性側の救済申立てを受け入れることは、(一見中立的な) 方針の無効を示すものである。すなわち、間接差別の事例における救済、それは間接差別の適用によって、使用者は被用者に対して医療休暇を提供することが要求される。」³⁹

³⁵ U.S. CONST. Amend, XIV, § 5.

³⁶ Jolls, *supra* note 30, at 644.

³⁷ *Id.*, at 673.

³⁸ 29 U.S.C. §§ 2601-2654. FMLA は被用者の出産・養子縁組・里子の受け入れ、深刻な健康状態にある被用者の近親者(子ども、配偶者、親等)の介護又は被用者自身が職務の遂行が不可能な深刻な健康状態にある場合につき、最大 12 週間の無給休暇を付与することを使用者に義務付けている。

³⁹ Jolls, *supra* note 30, at 679-681.

このように、Jolls は、間接差別を禁じる市民権法 7 編が、実際には配慮を要求している状況下で、連邦議会が 14 修正 5 節の下、FMLA を執行する権限がないとはいえないとする。そして、間接差別禁止と配慮を要求する法律が事実上重なり合っていること、及び間接差別禁止の責任が 5 節に基づく議会の権限内にあるという裁判所の先例、これらを鑑みて、被用者に配慮を要求する法律も、間接差別を禁止する法と同様に議会の立法権限が認められて然るべきであるとする⁴⁰。

間接差別禁止が均等待遇原則から逸脱している点については、合理的配慮の権利性の否定論者である Leonard も「間接差別禁止は、形式的平等の原則からやや逸脱する」と認めるところである⁴¹。すなわち、直接差別禁止も間接差別禁止も「マジョリティからのマイノリティへの正当化されない態度が差別である」という認識の下に成り立っている点では同じである。しかし、「正当化されない態度」とは、直接差別禁止においては、許すことのできない使用者の意図的な雇用上の決定や態度から個人を保護することに向けられる。

一方、間接差別禁止の焦点は、職場における悪意のない構造的障壁の除去に向けられている点で相違がある。いずれにせよ、差別禁止法理は属性に起因する不利益を禁止するために発展してきた。そして、間接差別禁止は、悪意のない慣行やルールが排他的な影響をもつかどうか判断する際に、属性を意識し、職場における集団の参加を妨げる構造的障壁の除去を要求しており⁴²、属性を考慮している点で、市民権法の差別禁止に反しているともいえるが、万人に不利な影響を与えない統一的な労働ルールを作るという点では差別禁止に反しないとする⁴³。このため Leonard は、間接差別禁止は就業規則を特定の属性に有利なように変更するアファーマティブ・アクションの控えめな形態で、単純に差別禁止措置であるとはいえないと考えている（合理的配慮とアファーマティブ・アクションの関係については第 3 章で検討する）⁴⁴。

合理的配慮の権利性否定論者ではあるものの、Leonard の指摘する間接差別禁止の特性は、Jolls 説同様に、属性を意識し障壁を排除する点で合理的配慮と類似している、と捉えられうる。ただし、Leonard は、集団に作用するか個人に作用するかで間接差別禁止と合理的配慮が異なっていると考えている。合理的配慮の個人性という点は、重要な特徴であるため第 3 章において検討したい。

(2) Jolls 説：直接差別

では、Leonard の主張するように、直接差別禁止も本当に別異取扱の禁止を要求しているのだろうか。Jolls は、配慮を要求する法律と直接差別禁止の関連性について、両者は属

⁴⁰ *Id.*, at 684.

⁴¹ Leonard, *supra* note 6, at 27.

⁴² *Id.*, at 11-12.

⁴³ *Id.*, at 31.

⁴⁴ *Id.*, at 8. 同論文において Leonard は、アファーマティブ・アクションを「使用者の行為又は態度にかかわらず意図された分類に対する便益を与えることを試みる現代的な意味」として使用している。*Id.* at 27.

性認識の有無という点で異なると思われるが、直接差別禁止の一部の側面さえ、配慮の要求との間にこれまで認識されてこなかった類似性があるという。そして、Jolls は、その類似性が 14 修正の平等保護条項それ自体で禁止されている意図的差別の禁止に十分に関連すると考える⁴⁵。

この証明に際し Jolls は、市民権法が使用者に禁止する直接差別を 4 つの形態に分類する。すなわち、「①特定のグループに対する使用者の敵意、②特定のグループに対する顧客又は同僚の敵意、③平均して特定の集団のメンバーは質が低い、又は高いコストを要する被用者であるという正しい使用者の認識、④平均して特定の集団のメンバーは質が低い、又は高いコストを要する被用者であるという誤った使用者の認識」である⁴⁶。

市民権法は、この 4 形態に基づく別異取扱を直接差別として禁じている。①④は使用者の誤った認識の是正を求めており、コスト負担や配慮の問題は生じない。しかし、Jolls は、このうち②③に基づく区別を禁じることも、使用者にある特定の集団の雇用に関する財政的負担を要求し、配慮を要求していることと同様であるとする。例えば、

「たとえ、特定の顧客又は同僚が女性と働くことを嫌がっていたとしても、市民権法 7 編は女性応募者の雇用を拒絶することを禁じる。そのような禁止は、…特定のグループの被用者に対する使用者自身の敵意を対象としているのではなく、…むしろ、純粋に経済的な利潤最大化行為に従事する使用者を対象にしている。顧客又は同僚の態度に基づく区別の文脈において、たとえ特定の個人を雇用することが大きな財政的負担を課すことになっても、反差別法は使用者が特定の個人を雇用するという配慮を要求しているに等しい。それらの財政的負担は、顧客の敵意のために事業を縮小、又は価格の低下を余儀なくし、そして、同僚又は同僚の敵意故に生産性の縮小、又は高賃金を余儀なくする。」⁴⁷

このように Jolls は、②に基づく区別を禁じることは、実際には使用者にコスト負担を課し、配慮を要求しているとする。全く同様のことが③の合理的な統計上の区別についても観察される。妊婦の応募者の雇用拒絶を例に挙げると、ある使用者は妊婦に対する敵意からではなく、単純に妊婦の応募者が平均して雇用に際し費用を要することを理由に、同応募者の雇用を拒絶するかもしれない。ここで使用者に差別意図はなく、経済的な利潤最大追求が雇用拒絶の動機である。しかし、コストの違いが使用者の区別行動の動機だったとしても、市民権法は特定の個人を雇用することを強いている。結果として、③の統計上の合理的な区別の文脈でも、特定のグループに対する使用者の側の敵意とは全く関係なく、使用者に特定のグループの雇用に関連するコスト負担を強いている⁴⁸。

従って Jolls は、②③のような形態の意図的な差別を禁じることは、使用者に「経済的な合理性」だけを促進するという理想を追求すること以上を要求していると考えられる。このように別異取扱の禁止が絶対的に貫かれていると思われた直接差別禁止の文脈においてさえ、

⁴⁵ Jolls, *supra* note 30, at 684-685.

⁴⁶ *Id.*, at 685.

⁴⁷ *Id.*, at 686.

⁴⁸ *Id.*, at 686-687.

その一部が使用者に対してコスト負担を要求している事実から、配慮を要求する法律が、実は「市民権法と類似点が多く、昔から存在し馴染み深い」ものであるとし、市民権法は個人を同じように取扱うこと以上を求めている故に、配慮を要求する法律に憲法上の根拠がないということとはできないとする⁴⁹。

Jolls 説に対して、労働法学者の Schwab と Willborn は Jolls が市民権法の間接差別の核心とならない事例ばかりを挙げて配慮との類似点を見出していると批判する⁵⁰。例えば、ヒゲ禁止規則の事例において裁判所は、黒人被用者に対してヒゲ禁止規則を適用することを禁じたが、最終的に、白人に対するヒゲ禁止の継続を許容した点を Schwab と Willborn は指摘する。そして、同事例以外の通常の間接差別領域において採られる方法は、万人に対して当該慣行を禁止することであると Jolls も渋々認めているとして、同事例が特定の属性にのみ働きかけてコスト負担を要求している点で市民権法の一般的な事例ではなかったと批判する⁵¹。

確かに Jolls の学説は、間接差別禁止と直接差別禁止の全ての事例が合理的配慮とオーバーラップすると主張するものではない。しかし、一部ではあっても反差別法理が属性を考慮に入れることを要求していることは、Jolls の論文から明らかである。このような例外が認められてきたのは、均等待遇原則のみで全ての差別問題を解決することができないからである。均等待遇原則を理由に合理的配慮の憲法上の整合性を否定する学説は、例外が認められてきた背景を無視しており、Jolls の学説に対抗することは難しいだろう。

2.3.2 環境整備面のオーバーラップ

一部の学説は、マイノリティ被用者が職務を遂行しやすいよう職場を整備する環境整備の側面で伝統的差別禁止法も別異取扱を求めていることを明らかにする⁵²。Crossleyはその例としてセクシュアル・ハラスメントのような性に基づく敵対的環境を是正する措置を挙げる。セクシュアル・ハラスメントが市民権法上の性差別と判断されたのはVinson連邦最高裁判決⁵³である。同事例は銀行で係長のポジションにあった女性が、自身の上司からの性的関係に40~50回応じていたものである。最高裁は、同事例で主張されたセクシュアル・ハラスメントは「女性被用者の職務遂行能力を落としキャリアを妨げ、差別的で虐待的な雇用環境を創設するほどに深刻なもの」であり、市民権法の禁止するセクシュアル・

⁴⁹ *Id.*, at 698.

⁵⁰ Stewart Schwab & Steven Willborn, “Reasonable Accommodation of Workplace Disabilities,” 44 *Wm. & Mary L. Rev.* 1197, 1200-1201 (2003).

⁵¹ *Id.*, at 1238-1239. Schwab と Willborn はヒゲ禁止要件以外にも、妊婦に対する休暇の提供、英語以外の使用を禁止する規則、及び職務選定基準という「間接差別」の事例については検討を行っている。しかし、「直接差別」の事例については検討を行っていない。

⁵² Frank S. Ravitch, “Beyond Reasonable Accommodation: The Availability and Structure of a Cause of Action for Workplace Harassment under the Americans with Disabilities Act,” 15 *Cardozo L. Rev.* 1475 (1994); Jolls, *supra* note 30; Mark Kelman, “Market Discrimination and Groups,” 53 *Stan. L. Rev.* 833 (2001); Bagenstos, *supra* note 21.

⁵³ *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986).

ハラスメントに該当し、このような職場環境を維持し続ける使用者は市民権法の性差別に問われるということを示した。

Crossley は性的言動が特定の被用者の職務遂行を阻害している場合、その職場はその者にとって敵意ある環境であり、市民権法は使用者にこれを是正する積極的な措置を要求している。同様に障害の文脈において、使用者が障害者の雇用維持のために必要な配慮を怠ることは、その障害被用者にとって敵意ある環境であり、これを是正する措置が使用者に要求されている。この点で合理的配慮と市民権法は類似していると主張する⁵⁴。

セクシュアル・ハラスメントとは職場における行動規範が構造的に男性を中心に形成されており、女性が男性に従属すべきという歴史と固定観念の下に補強されてきたという⁵⁵。この視点は「(障害者を例外視して進展してきた) 現代社会が障害者の敵意ある環境である」という「障害の社会モデル」に類似している⁵⁶。このモデルにおいて障害とは、医学的な心身の損傷から生まれるものではなく、医学的損傷がない者を標準として構築されている社会環境・態度に起因する社会的抑圧であると捉えられている。セクシュアル・ハラスメントの文脈でも障害の文脈でも、マジョリティ基準の職場慣行や物理的状态という環境によってマイノリティの実際の能力が弱体化させられており、社会の側にこれを是正する措置が求められている。

市民権法 7 編にはセクシュアル・ハラスメントに関する規定は存在せず、立法当初は、セクシュアル・ハラスメントが市民権法違反と認められていなかった。しかし 1980 年代に入り、裁判所が人種差別と女性の経済参加の阻害を結び付けて捉え、セクシュアル・ハラスメントを市民権法上の違反として確立した⁵⁷。このような過程を考慮しても、市民権法 7 編にそもそも障害が想定されていなかったことを理由に、障害に基づく環境整備措置といえる合理的配慮に市民権法上の整合性がないということはいえないだろう。

2.3.3 原理面のオーバーラップ

憲法学者として障害者の権利を研究している Bagenstos も、合理的配慮が直接差別禁止と間接差別禁止とオーバーラップしているという Jolls 説を支持しこれを引用する。Jolls 説は適用面における類似性に焦点を当てているが、Bagenstos は、さらに原理的側面、すなわち合理的配慮と伝統的差別禁止法が平等について同様の考え方をもっており、同じ目的に資することから ADA の合理的配慮のような措置は、本質的に市民権法 7 編の反差別要請の核であるとする。すなわち、合理的配慮は憲法が認める合理的区別の具体例にすぎず、ADA の合理的配慮は「市民権法の反差別規定の基本的土台の完全な進展」にすぎないので、合理的配慮の不履行はすでに十分に確立した法的禁止であるということである⁵⁸。

Bagenstos は、まずは市民権法をはじめとする差別禁止法の目的について分析を行う。

⁵⁴ Crossley, *supra* note 23, at 920-929.

⁵⁵ Catharine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women* (Yale Uni. Pr., 1979), pp. 704-707.

⁵⁶ Eichhorn, *supra* note 2, at 593-594.

⁵⁷ 青柳幸一『人権・社会・国会』(尚学社、2002年) 202-205頁。

⁵⁸ Bagenstos, *supra* note 21, at 829-830.

「差別禁止法は、社会的不平等と従属関係の削減…を目的として正当化されている。差別禁止法は原則的に道徳的であるが、その道徳主義は敵意に基づいて行動をする個人を罰することに内在するのではなく、従属関係ならびに隔離の除去及び万人が社会の平等な構成員であるという考え方に付随するものである。この考え方の下では、禁止されている差別行為は悪である。なぜなら…社会的弱者の集団の構造的従属関係の持続が害だからである。…差別禁止法にとって、この社会的な不平等と従属関係は社会の主要な問題である。社会的不平等と従属関係の結果、社会的な弱者集団が構造的に社会の重要な機会から除外されるといふ社会的な害がもたらされている。…差別禁止法は、職場及びその他の市民生活の重要な分野における統合を促進することによって、社会的不平等の害に応えるものである。」⁵⁹

Bagenstos は、社会的不平等と従属関係が悪であるという視点は Rawls や Dworkin などの哲学的見地からも支持されており⁶⁰、この除去が差別禁止法の目標であるとする。さらに、彼は、その目的達成のために何らかの作為が要求されると考えるが、なぜ使用者にそのような目標を達成するための負担を課すのかという問いについて、道徳的義務故にこの負担が正当化されると述べる。すなわち、

「差別禁止法は、敵意に基づいた差別のみを制限するというイメージが、牽引力 (traction) を得ているが… (差別禁止法において) 使用者は、敵意によってもたらされた行為を避けること以上の道徳的責任を有する…差別禁止法にとって社会的な不平等及び従属関係の維持は社会の主要な問題である。そして、十分に確立した合理的区別は、従属関係を減少させる道徳的義務を有するという概念に依拠し正当化されている。」⁶¹

この例として Bagenstos は妊婦に対する配慮を挙げる。彼は妊婦、出産する者、そして育児に従事する者に対して配慮を提供することで「男性と対等な立場に女性を置き、そして女性と男性を労働市場において均等に競争させる」ことが可能と考える。そして女性に対して妊娠休暇を提供する California 州法を支持した Guerra 連邦最高裁判決⁶²を例に挙げ、連邦最高裁も妊婦に対する配慮を支持していると主張する。同事例において、被告は市民権法 7 編が女性に対する「特別な取扱」を禁止しており、California 州法はこれに違反していると主張した。しかし連邦最高裁はこれを退け、同州法は「被用者の均等な機会を促進」するという市民権法が強調している機会の平等という目的に資しており、妊娠を考慮に入れることによって、男性同様に、女性が職を失うことなく家庭をもつことができるとした⁶³。

このような差別禁止法の目的と、その目的達成の手段についての理解を前提に、Bagenstos は「合理的配慮もまた、使用者の敵意と無関心を反映した社会的不平等と従属関

⁵⁹ *Id.*, at 839-844

⁶⁰ *Id.*, at 840 n.36.

⁶¹ *Id.*, at 845.

⁶² *California Federal Savings & Loan Ass'n v. Guerra*, 479 U.S. 272 (1987).

⁶³ Bagenstos, *supra* note 21, at 860-871.

係の除去を目的」とし、その実現のために作為を要求している。従って、伝統的差別禁止法理と合理的配慮は共に、差別禁止が主目的ではなく、職業上の隔離の慣行を対象にスティグマと構造的な従属関係のパターンを克服することを目的としている点で同様であると考えられる。しかし、伝統的差別禁止法が要求する作為と異なって、障害者に対するほとんどの合理的配慮は非障害者に対して通常提供されている配慮よりもコストがかかるものであるが、**Bagenstos** はそのようなコスト負担も使用者の過去の敵意と無関心に焦点を当てると正当化されると主張する。すなわち、

「もちろん、ほとんどの（合理的）配慮は、非障害者に対して通常提供されている配慮よりもコストがかかるものである。しかし、このようなケースにおいても視点を過去に遡った場合、無関心と敵意を反映していることは明らかである。例えば、障害者にとってアクセスし難い建物や他の物理的構造の修正を例に挙げると、そのような施設が障害者にとってアクセスし難いのは、（障害者に適合した）物理的構造が当初の計画よりも費用がかかるからではなく、そのような設備を所有する使用者が障害者を想定して作っていなかったからである。…障害者を当該施設の利用者として想定しなかったという理由は、多くの使用者が障害者を職務から排除していたという事実を反映している。意図的差別のように、現在の配慮の不履行は、過去の差別に起因する集団に基づく不平等を拡大している。従って、配慮にはコストがかかるが、そのコストは障害者に対してコストをかけてこなかった時代の障害者に対する差別是正のコストにすぎない。」⁶⁴

確かに、障害者に対する配慮は、独特かつ多大なコストを要求する事例も多く存在するし、合理的配慮は救済的な性質をもつ概念ではないという意見も存在する。しかし、**Bagenstos** は、使用者が属性に基づく隔離や、従属構造の一助となることを避けるためにコストを課されている点から、合理的配慮が合理的区別的一端にすぎず、救済的措置ではないと考えている⁶⁵。

このように、**Bagenstos** は差別禁止法と合理的配慮が同じ目的をもっており、さらにその達成手段も同様である点から「差別禁止を要求する規範を使用者に課すことは公正なことであるが、同じ使用者に対して配慮義務を課すことは不公正であるという主張に、やむにやまれぬ正当な理由は存在しない。」とし、**ADA** は市民権法に帰属するという⁶⁶。

さらに **Bagenstos** は、今後我々が、あらゆる者にとっての平等な社会を目指すにあたって、合理的配慮の分析が差別禁止法全体に好ましい影響を与えると示唆する。すなわち、依然として伝統的差別禁止法理にも不安定な側面があり、合理的配慮概念の考察の結果、合理的配慮が差別禁止法を強化できると考えるというのである⁶⁷。実際に、**ADA** の立法時に同法を支持していた者たちは、多くの達成されていない市民権コミュニティの平等計画が、

⁶⁴ *Id.*, at 868-870.

⁶⁵ *Id.*, at 875.

⁶⁶ *Id.*, at 831.

⁶⁷ *Id.*, at 911

ADA の配慮という文言において、達成されると期待していた⁶⁸。従って、ADA の合理的配慮によって、市民権法に基づく差別禁止が活性化する機会を与え、人種、性別などの他の属性に基づく差別に対する保護を拡大する道筋を示すことも可能であるという。

2.4 第2章のまとめ

合理的配慮が憲法の均等待遇原則に反する別異取扱であるというのは、最もわかりやすく、憲法学上重要な特徴であるため、学説は均等待遇原則との相違について検討しているものが多い。その中でも重要な学説として引用されているのが Jolls 説である。権利肯定説によれば、コスト面、環境整備面、原理面で合理的配慮と均等待遇原則は類似しており、Jolls 説によれば、適用面において伝統的な差別禁止法理もその適用において均等待遇原則だけではなく、別異取扱を要求していた。権利性否定説は、合理的配慮を使用者の作為により作られた平等であり、Jolls 説は、差別禁止法理の核心とならない事例を論拠として合理的配慮と伝統的差別禁止法理の類似点を見出していると批判する。確かに、Jolls 説は直接差別・間接差別禁止の全ての事例が合理的配慮とオーバーラップするとまでは主張していない。しかし、一部ではあっても均等待遇原則を貫いてきたと思われていた伝統的差別禁止法理が、属性考慮を要求していたことを明らかにしたことは意義深い。均等待遇原則を理由に合理的配慮が憲法の平等観と反すると主張する学説は、例外が認められてきた背景を無視しており Jolls 説に対抗することは難しい。均等待遇原則の絶対化の捉えなおしで、合理的配慮の憲法上の根拠を導くことが可能である。

Garrett 連邦最高裁判決もまた、合理的配慮が別異取扱を要求していることを理由に憲法の平等保護条項の下での根拠がないと述べていた。しかし、Garrett 判決は障害に関連する直接差別の事例であり、論理的必然性がないにもかかわらず合理的配慮の憲法上の根拠を否定した点で問題がある判決であった。

また、合理的配慮の権利性肯定説として Bagenstos は、伝統的差別禁止法と合理的配慮の原理的側面に焦点を当て、両概念共に社会的不平等と従属関係の除去を目的としている点で同様で、合理的配慮は、合理的区別の 1 つにすぎないとする。この主張は、障害に基づく区分は疑わしき区分でなく立法裁量を優先し、障害という属性に対しては立法による別異取扱が可能とした Cleburne 最高裁判決に通じるものである。

Bagenstos の見解は、Rawls や Dworkin の格差原理・平等主義の思想の影響を受けているともいえ、さらに彼は合理的配慮によって伝統的差別禁止法理の平等観を変容させることが可能と主張する⁶⁹。合理的配慮が平等権の拡張までを含んでいるかどうかについては、

⁶⁸ *Id.*, at 907-908.

⁶⁹ ただし、Rawls の格差原理は、最も不遇な状況の人々の利益になるように財は分配されねばならないとするが、この不遇な人々を「身体的ニーズと精神的諸要素が通常範囲に収まっている人」と想定しており、障害者から除外して検討するとしている。なぜなら、「こうした困難な諸事例を考察しはじめると正義の理論の域外におよぶようなことがらを…招き寄せ…道徳上の識別能力までも動転させかね」ず、「正義の一番の目的はあくまでも、社会の日々の運営に全面的かつ能動的に参画しつつ、生涯を通じて仲間と共生・連携する人びと相互の諸関係を扱う」からとする。「したがって格差原理は、社会協働に従事する市民たちに適用されるべき」としている。John Rawls 『正義論』改訂版（川本隆史・福岡聡・神島

第6章で検討をする。また、Bagenstosの合理的配慮のコストの正当化は、「障害者に対してコストをかけてこなかった時代の障害者に対する差別是正のコストにすぎない。」という主張、Eichhornの合理的配慮は「アフーマティブ・アクションの1つの形態」とする主張、そして、Leonardの異なる影響・効果禁止は集団に作用するが合理的配慮は特定の個人にしか作用しないという主張に関しては、合理的配慮とアフーマティブ・アクションとの相違が問題となる。従って、以下第3章では合理的配慮とアフーマティブ・アクションの概念整理を行う。

裕子訳）（紀伊國屋書店、2010年）131-132頁。障害者が何らかの心身の欠損をもっているという点から考えると、Senの潜在能力の平等アプローチの方が合理的配慮の正当化には有用かもしれない。潜在能力に着目するSenは、Rawlsが障害者を枠外化していることを人間の多様性に関心をもたないと批判し、障害者は非障害者と同じだけ財を分配されてもニーズは満たされないのであって、非障害者と同等の潜在能力を個人に補償するために必要に応じて異なる財の配分を認めるものである。ただし、Senは基本的に決定的に重要な機能があるレベルまで満たす基本的潜在能力の平等を目指す点で、生存権的レベルの保障にすぎないともいえる。Amartya Sen『福祉の経済学：財と潜在能力』（鈴木興太郎訳）（岩波書店、1988年）22頁。いずれにせよこれらの平等論は、障害者の所得や生存権保障には役に立つかもしれないが、就労における機会の平等という点では疑問がある。

第3章 合理的配慮とアファーマティブ・アクション

第2章で考察してきたように、合理的配慮の最もわかりやすい特徴は障害という属性に基づく別異取扱であることであったが、属性に基づく別異取扱というのは、憲法上これまで否定されてきたわけではない。アメリカでは、マイノリティの実質的平等達成のために属性に基づく別異取扱が判例及び学説上、認められている。すなわち、人種・性等に基づく優先政策であるアファーマティブ・アクション¹である。

イギリス本国からアメリカ植民地に移住したイギリス人たちは、黒人をアフリカから連れてきて奴隷として労働をさせていた。合衆国建国当時のアメリカ合衆国憲法は奴隷制度を認めており、南北戦争後、奴隷制度は廃止され14修正が合衆国憲法に挿入されたが、人種隔離政策により黒人たちは、長きにわたって社会から疎外されていた。この人種隔離政策の結果、Brown判決が人種隔離政策の禁止をしても、なお長く続いた差別的歴史から彼らの実質的な地位向上は進まなかった。これを是正するために、公共事業における人種マイノリティ所有の業者との優先契約²や、州立大学への優先入学³などの優先措置としてアファーマティブ・アクションが講じられてきた。

アファーマティブ・アクションについては判例上、やむにやまれぬ目的 (compelling interest) のために必要最小限の (narrowly tailored) 手段である場合に限り、形式的平等の「例外」として合憲判断されてきた⁴。しかし、機会の平等から一步踏み込んだ結果の平等に近づこうとするクォータ制度のようなアファーマティブ・アクションは、マジョリティへ不利に働く要素が認められ、逆差別として反発を生み出しているのが現状である⁵。

¹ アファーマティブ・アクションに関する先行研究は多数あるがアメリカ法については、安西文雄「アメリカ合衆国の高等教育分野におけるアファーマティブ・アクション」立教法学 67号 (2005年) 1-22頁；高橋正明「判批」帝京法学 30巻2号 (2017年) 259-284頁；松井茂記「平等保護理論の展開とアファーマティブ・アクション」アメリカ法 2009年1号 (2009年) 27-43頁；吉田仁美「高等教育におけるアファーマティブ・アクション」関東学院法学 13巻3号、2003年、49-128頁。吉田仁美「アファーマティブ・アクションと平等保護の展望」比較法研究 11号、2004年、89-109頁；吉田仁美「レーンキスト・コートとアファーマティブ・アクション」比較法研究 69号、2007年、136-141頁；高橋正明「アファーマティブ・アクションの正当化根拠に関する憲法学的考察 (1) 『多様性の確保』と『差別の是正』という対立軸」法学論叢 173巻1号 (2013年) 96-114頁；吉田仁美「判批」比較法学 48巻1号 (2014年) 192-200頁、など参照。網羅的な先行研究として、辻村みよ子編『世界のポジティブ・アクションと男女共同参画』(東北大学出版会、2004年)。

² Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980); City of Richmond v. J.A. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989); Adarand Constructors Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995).

³ Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978); Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003); Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003).

⁴ Regents of the University of California v. Bakke; City of Richmond v. J.A. Croson Co.; Adarand Constructors Inc. v. Peña; Grutter v. Bollinger.

⁵ Regents of the University of California v. Bakke; Fullilove v. Klutznick; Wygant v. Jackson Board of Education, 476 U.S. 267 (1986); United States v. Paradise, 480 U.S. 149 (1987); City of Richmond v.

その代表的な事例として 2003 年の同じ日に判決が下された **Grutter** 連邦最高裁判決⁶及び **Gratz** 連邦最高裁判決⁷がある。両事例は共に、**Michigan** 大学入学試験における黒人優先枠を問題にした事例である（前者は、同大学のロースクールの入学試験であるが、後者は、同大学の学部入試である）。しかし、判決結果は分かれ、前者の優先取扱は合憲とされ、後者は違憲とされた。なぜなら、前者は志願者の人種を決定的な要素としてではなく、「考慮要素の 1 つ」としてのみ扱う最小限（*narrowly tailored*）の手段なので許容された。すなわち人種をある志願者の個人の一要素としてみなすような入学選抜基準ならば認められる。しかし、後者においては、黒人であることだけを理由に 20 点を「自動的」に加算し、その 20 点が入学に際し決定的な意味をもった。このように、人種が決定的要素である場合には厳しく判断される。**Grutter** 判決の選定基準は志願者を個人として考慮する方法であったが、**Gratz** 判決は、個人として考慮するものではなく、「機械的なシステム」であったため違憲である。

Grutter 事件において、**O'Connor** 裁判官は、人種を考慮することも許されるが、それは暫定的なものであり、「25 年後には、人種優先的な取扱を用いる必要がなくなる。」ことを示唆した⁸。また、2007 年の **Parents Involved in Community Schools** 事件⁹において **Roberts** 首席裁判官は「人種に基づく差別を止める方法は、人種に基づく区別を止めることである。」と宣言している¹⁰。このように、現代アメリカにおいてアファーマティブ・アクションという「薬」は、逆差別や劣性のスティグマに該当するとして、「薬」の意味を滅却しかねない「害」を伴う強すぎる劇薬と捉えられている¹¹。

合理的配慮については、乳がんにより長期休暇をとった州立病院の看護師が、同休暇を理由に降格処分となった **Garrett** 連邦最高裁判決が、合理的配慮が平等保護条項である合衆国憲法 14 修正に由来するものではないと述べていた¹²。14 修正は形式的平等を要求しており、障害者への別異取扱を要求する合理的配慮は憲法の要請ではなく、**ADA** という実定法により創設された権利ということである。

社会福祉法の研究者 **Diller** は、このような合理的配慮に対する司法府の懐疑的態度は、アファーマティブ・アクションと法的かつ文化的に混同しているが故に生じたとして、両概

J.A. Croson Co.; *Metro Broadcasting Inc v. FCC*, 497 U.S. 547 (1990); *Adarand Constructors Inc. v. Peña*; *Hopwood v. University of Texas Law School*, 78 F.3d 932 (5th Cir. 1996); *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701 (2007); *Fisher v. University of Texas*, 570 U.S. ____ (2013); *Fisher v. University of Texas*, 579 U.S. ____ (2016).

⁶ *Grutter v. Bollinger*.

⁷ *Gratz v. Bollinger*.

⁸ *Id.*, at 343.

⁹ *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, at 701.

¹⁰ *Id.*, at 748.

¹¹ 安西文雄「判批」ジュリスト 1260 号（2004 年）230 頁。

¹² *Board of Trustees of University of Alabama v. Garrett*, 531 U.S. 356, 367-368 (2001).

念の相違を分析することの重要性を説いている¹³。また、労働法学者の Befort と Donesky も、立法当時、世論が合理的配慮に好意的であったにもかかわらず「裁判所が徐々に ADA の解釈にアンチ・アファーマティブ・アクションのレトリックを使用してきたので…ADA に対するバックラッシュが起こってきた。」とする¹⁴。

本章では、アファーマティブ・アクションにおけるバックラッシュのような合理的配慮概念の混乱を回避するために、両概念及び優先的取扱¹⁵の関係性の理論的整理が重要と考え、以下で両概念及び優先的取扱の相関関係に沿って判例を分析し、両概念の相違性に論究している学説を分析する。

3.1 合理的配慮とアファーマティブ・アクションに関する判例の変遷

ADA が法文で列挙している合理的配慮として認められる措置例は「職務の再編成、パートタイム化、又は労働時間の変更、空きポジションへの配置転換、施設若しくは機器の取得又は変更、試験、訓練教材若しくは訓練方法の適切な調整又は変更、有資格の朗読者若しくは通訳者の提供」など多様であるが¹⁶、既存の施設・機器の軽微な変更や提供などは、障害被用者が現在のポジションにとどまることを可能にする比較的小さく合理的配慮として認められやすい措置である。これらの合理的配慮は使用者になんらかの負担を課すことにはなるが、他の被用者に対して直接影響を与えることは少ない¹⁷。しかし、配置転換という合理的配慮は、他の合理的配慮よりも職場の多大な再編成を伴い、使用者だけでなく共に働く他の被用者にも負担を課すものであるため、配置転換は、議論が多く判例の数も多い合理的配慮である。EEOC の施行規則も、「配置転換は合理的配慮としての最後の手段であり…配置転換を検討する前に、まず当該被用者が現在のポジションにとどまることを可能にするような配慮を検討する必要がある。」とし、配置転換を提供するまでの 3 ステップを提示している。「合理的配慮としての配置転換を検討する前に、まず当該被用者が現在のポジションにとどまることを可能にするような合理的配慮が存在する」かどうか検討をする。次に「(それらの) 合理的配慮が過度の負担を課す」かどうか検討し、最後に「当該使用者と被用者双方が、ある合理的配慮をもって現行ポジションに当該被用者をとどめていることよりも配置転換の方が望ましいと…合意した場合、使用者は当該被用者を配置転換することが可能」である¹⁸。従って、実際の判例でも、この施行規則に従い配置転換しての合理的配

¹³ Matthew Diller, “Judicial Backlash, the ADA, and the Civil Rights Model,” 21 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 19, 40-47 (2000).

¹⁴ Stephen F. Befort and Tracey H. Donesky, “Reassignment under the Americans with Disabilities Act: Reasonable Accommodation, Affirmative Action, or Both?” 57 Wash. & Lee L. Rev. 1045, 1085 (2000).

¹⁵ 後述する Barnett 連邦最高裁判決が preferential treatment という語を使用しているためマイノリティへの有利な別異取扱に「優先的取扱」という語を使用する。

¹⁶ 42 U.S.C. §12111(9).

¹⁷ Stephen F. Befort, “The Most Difficult ADA Reasonable Accommodation Issues: Reassignment and Leave of Absence,” 37 Wake Forest L. Rev. 439, 441-442 (2002).

¹⁸ Equal Employment Opportunity Commission, Enforcement Guidance: Reasonable Accommodation

慮は、従前の職務維持を考慮し尽くした後に認められる「最後の手段」として入念に検討されている¹⁹。配置転換を要求する障害被用者は、自身が障害者であり、配置転換席の職務遂行能力を有していることを証明しなければならない。さらに、合理的配慮としての配置転換は、空きポジションへの異動に限られる。これは障害被用者の雇用維持のために、現在、他の被用者を現行ポジションから押し出して、不利益を与えないようにするためのものである。

3.1.1 Barnett 連邦最高裁判決以前の下級審判決

しかし、たとえ空きポジションであっても、応募者間で競争が必要とされることも多々ある。障害被用者を優先的に配置転換することによって、同ポジションに応募しようとしている他の応募者に対して不利な影響を与えることもある。しかし、ADA は、労働者一般に適用され障害者に対して一見明らかな差別を含まないような中立的規則（以下、中立的規則）と、それに反する障害者への優先的取扱の関係性について明記していない²⁰。そのため、中立的規則に反するような配置転換が合理的配慮として認められるかどうか判断が分かれてきた。合理的配慮として優先的取扱を含むが自動的な優先権の付与ではないと判断した Barnett 連邦最高裁判決まで、下級審は合理的配慮の射程範囲を捉えることができず、合理的配慮に優先的取扱が含まれるか判断が分かれた。

合理的配慮が中立的規則に反する優先的取扱を内包するとした事例に、1998 年の Aka 事件が挙げられる。同事例は、Washington 州立病院で 19 年間働いていた原告が、心臓病を患い、重い物の持ち上げや移動を要求されるオペ室勤務の職員としての職務を履行できなくなった事例である。原告は、同身体制限があっても履行可能である文書整理の事務職への配置転換を希望した。しかし、同病院の作成した全ての被用者に適用される点で中立的規則である先任権制度（seniority system）²¹によれば、事務職への再配置は雇用期間が長く先任権を有する被用者が優先されることになっていた。従って病院は、先任権を有する他の応募者をこれに配置した。原告は、自身を事務職に配置転換しなかったことが障害者差別に該当するとして提訴した。

同事例は、結果的には、空きポジションが原告にとって利用可能であるか、同配置転換が過度の負担に該当するのか審議不十分なため、地裁に差戻されたが、Columbia 特別区連邦控訴裁判所は、原告よりも同事務職の先任権がある他の被用者がいたとしても、事例によっては障害被用者の再配置を認める理論的可能性を残した。すなわち、

And Undue Hardship Under the Americans with Disabilities Act,

<http://www.eeoc.gov/policy/docs/accommodation.html>（閲覧日 2018 年 10 月 7 日）。

¹⁹ Aka v. Wash. Hosp. Ctr., 156 F.3d 1284 (D.C. Cir. 1998); Gile v. United Airlines, Inc., 95 F.3d 492, 498 (7th Cir. 1996); Cassidy v. Detroit Edison Co., 138 F.3d 629, 634 (6th Cir. 1998); Community Hosp. v. Fail, 969 P.2d 667, 678 (Colo. 1998); Smith v. Midland Brake, Inc., 180 F.3d 1154 (10th Cir. 1999).

²⁰ Mark C. Weber, “Unreasonable Accommodation and Due Hardship,” 62 Fla. L. Rev. 1119, 1175 (2010).

²¹ 先任権制度とは、配転、昇進、休暇取得等の人選にあたり勤続期間の長い被用者を優先する制度である。

「反対意見は、いかなる援助も禁止された優先的取扱に該当するので、障害者が、通常の応募者よりも配置転換に際し考慮を受ける資格はないと主張している。…(しかし、ADA の)『配置転換』という文言は、他の者と同じ基準で職務に応募することを許可する以上を意味しなければならない。自発的に会社内のある職務に応募し、職務を得た被用者は、『配置転換』されたとはいわない。『配置転換』という文言の核心は、使用者からの能動的な努力を含意する。」²²

そして、障害のある応募者に対する優先的取扱については慎重であるべきだが、合理的配慮は優先的取扱を禁止するわけではないとした。

また 1999 年の Smith 判決もまた Aka 判決を引用し、合理的配慮としての配置転換には最適任者よりも優先することが含まれうる、と示唆した。同事例では、大型車のブレーキ組み立て作業員として被告の下で雇用されていた原告が、業務を通して化学物質に接触し続けたことが原因で両手の筋損傷と慢性的皮膚炎を患った。原告は、化学物質に接触しなくてもよい職務に配置転換を希望した。しかし被告は、同人が現行ポジションの職務を履行できない状況で、空きポジションに配置転換する義務は生じないとして、現行ポジションにおいて原告の症状に対処しうる合理的配慮がないことから原告を解雇した。原告は、合理的配慮の不履行による障害者差別として提訴した。

第 10 連邦巡回控訴裁判所は、結果的には配置転換を提供することが使用者に過度の負担を課すか審議不十分なので、差戻したが、「ADA の規定する『空きポジションへの配置転換』とは、現行ポジションの調整以上のことを指す。…合理的配慮は障害被用者の現行の職務から同人が望む職務へ配転することを含みうる。」とした²³。さらに、

「配置転換という合理的配慮は、障害被用者が空きポジションに他者と平等に争うことを許可すること以上の何かを意味しなければならない。…空きポジションには最適任者が配置転換されるよう要求することなどは、(ADA の) 文言又は立法史によって正当化され難い誤った司法判断である。」²⁴

として、合理的配慮は障害被用者が最適任者でなくとも合理的配慮として優先的な配置転換を提供されることを含意していることを示唆した²⁵。

Aka 判決や Smith 判決は、場合によっては中立的規則に反しても障害者への優先的取扱を認める余地を残し、合理的配慮を尽くしたというには中立的規則の機械的な適用では不十分であると捉えた。しかし、ほとんどの裁判所は、中立的規則に反して障害者を有利に取扱う合理的配慮に関して厳しい態度をとった。

例えば、業務中疾病によって恒久的に両腕に障害を負った自動車製造員らが復職に際し

²² Aka v. Wash. Hosp., at 1304.

²³ Smith v. Midland Brake, Inc., at 1161-1162.

²⁴ *Id.*, at 1165-1169.

²⁵ *Id.*, at 1169.

配置転換を求めた Dalton 事件²⁶がある。原告らが配置転換を希望したポジションには 2 種類あった。1 つ目は、使用者の中立的規則によって回復する見込みのある疾病を負った被用者が任命されると定められた一時的なポジションであり、2 つ目は原告らが復職を希望した時に、臨時労働者が履行していた軽易な職務であった。使用者は、同社の中立的規則の下では恒久的に障害がある被用者に履行できるポジションはなく、さらに原告らが配置転換を要求した臨時労働者が履行していたポジションについては、これを臨時職員が遂行するということは自動車製造業全般において通常のことであるとして、両ポジション共に配置転換を否定した。

第 7 連邦巡回控訴裁判所は、中立的規則に反する合理的配慮について次のように述べた。

「ADA のいかなる文言も…合理的かつ非差別的な就業規則の無視を使用者に要求するものではない。…（中立的規則と）相反するルールは非差別法を強制的な優先法に変え…ADA の非差別目的と矛盾し、使用者及び同僚に不合理な負担を課す。」そして、臨時労働者が履行していたポジションについては、「（ADA は）ある障害被用者の提案した合理的配慮を提供するために、あるポジションから現在従事している被用者を押し出す義務を使用者に課して」おらず、「臨時労働者でさえ、ある職務から押し出されるわけではない。」として配置転換を認めなかった。また、障害被用者の雇用維持のために、使用者が新しくポジションを創設するような合理的配慮も要求されていないとした²⁷。

このように、Dalton 判決は、Aka 判決、Smith 判決とは異なり中立的規則の優越性を説き、合理的配慮には優先取扱が含まれない、と断定した。

さらに、Daugherty 判決は、アファーマティブ・アクションという文言を使用し、中立的規則に反する合理的配慮を否定した。同事例は、パートタイムで働く長距離バス運転手が糖尿病の悪化によって商業車の運転ができなくなり、フルタイムの事務職への配置転換を希望したものである。しかし、同社の就業規則にはフルタイム職務への配置転換は、パートタイム被用者よりもフルタイム被用者が優先される旨、及び、昇進試験に合格せねばならぬ旨が定められていた。原告は、昇進試験を免除して自身を事務職に配置することが合理的配慮であると主張した。しかし使用者は、中立的規則を排して同人をフルタイム職務に任命することは、フルタイムの空きポジションに任命されることを待っている他の被用者にとって不公平であるとしてこれを行わなかった。

第 5 連邦巡回控訴裁判所は「合理的配慮は、障害被用者が望む職務に対し職務遂行能力がある場合に適用される」が、原告は職を失った他のパートタイム被用者と比して異なる取扱を受けた (treated differently) ことを証明しておらず「我々（裁判所）は、ADA が雇用又は配置転換を行う際に非障害者よりも障害者に優先を与えるという意味で、障害者に有利なアファーマティブ・アクションを要求しているとは解さない。」として、同配置転換を認めなかった²⁸。他のパートタイムの非障害被用者が試験を免除してフルタイムポジション

²⁶ 同事例は、同社において業務上疾病により現行職務を履行できなくなった被用者 9 人による集団訴訟であり、配置転換の他にもスツールなどの備品の提供も合理的配慮として要求していた。裁判所は、スツールの提供については合理的配慮として認めている。

²⁷ Dalton v. Subaru-Isuzu Auto, Inc., 141 F.3d 667, 678-680 (7th Cir. 1998).

²⁸ Daugherty v. City of El Paso, 56 F.3d 695, 698-700 (5th Cir. 1995).

に再配置されない状況下で、同じくパートタイムの障害者がフルタイムのポジションに再配置されることはなく、もしもそれを許容した場合、マジョリティにとって逆差別となる違法なアファーマティブ・アクションに該当するということである。

合理的配慮とアファーマティブ・アクションは異なると判断する事例は続いた。Humiston-Keeling, Inc.事件において、業務中に右腕に腱炎を患った工場作業員は、5ポンド以上の物の持ち上げを要求するポジションを履行できなくなった。同人の主要な職務は、調剤商品を棚から持ち上げ、ベルトコンベヤーに移動させることであった。当該職務は、頻繁に5ポンド程度の物の持ち上げを要求していたため、使用者は、原告が職務を履行できるよう片手でもベルトコンベヤーに商品を移動できるよう金属板を設置した。しかし同人は、数時間でこれに効果がないと判断し、同症状があっても履行できる事務職への配置転換を要求した。しかし使用者は、最適任者を空きポジションに配置転換するという中立的規則に基づいて、同人よりも生産性があり最適任の応募者を事務職に任命した。障害被用者の代理人である原告 EEOC は、合理的配慮とは障害被用者より適性のある非障害者よりも優先して配置転換することを要求しており、配置転換という形態の合理的配慮は、障害者がその仕事に対する最低限度の職務遂行能力のある場合に提供される、と解釈し提訴した。

第7連邦控訴裁判所は、障害被用者の代理人である原告 EEOC の ADA の解釈は誤っており、EEOC の解釈は、障害を理由に非障害者よりも適性があるという判断を与えられるような障害を理由とした「ボーナスポイントを与える」ことを要求しているとした²⁹。

「(ADA は、障害被用者が履行できる職務に彼らを) 配置転換する実現可能性を考慮するよう使用者に要求し、もしもこの配置転換が実現可能であり、それがより適性のある優れた応募者を排除しない場合、当該配置転換は履行が義務付けられる。これは、たとえ他の被用者が同人より2倍適任であったとしても使用者に被用者に当該職務を与えるよう要求することと同義ではない。…差別禁止法が使用者に負担を課すのは真実である。…しかし、最適任者であるが障害や他の保護属性のメンバーである者の障壁を除去することと、障害や保護属性を理由に適性に劣る者を雇用するために障壁を除去することは異なる。後者は、十分に逆差別といえるアファーマティブ・アクション (affirmative action with a vengeance) である。そのような措置は、単にその者が制定法の保護を受けるグループのメンバーにすぎないという理由にのみ基づいている。これは、障害被用者の職場での競争を可能にするという合理的配慮の基準をはるかに超えている。」³⁰

このように述べ、第7連邦巡回控訴裁判所は、上訴を棄却した。

Daugherty 判決、Humiston-Keeling, Inc.判決の根底には「優先的取扱＝アファーマティブ・アクション」という考えがある。そして、中立的規則に反する配置転換が優先的取扱であることのみを理由に、合理的配慮はアファーマティブ・アクションではない、として合理的配慮を制限的に解釈した。すなわち、優先的取扱はアファーマティブ・アクションであるから、合理的配慮として認められないという論理である。1990年代と2000年代前半は人

²⁹ EEOC v. Humiston-Keeling, Inc., 227 F.3d 1024, 1027 (7th Cir. 2000).

³⁰ *Id.*, at 1028-1029

種に基づくアファーマティブ・アクションの逆差別訴訟が相次いでいたこともあり、裁判所は優先的取扱にセンシティブになり、要求された合理的配慮が優先的取扱となる時点で合理性がないと判断したといえる。これらの事例は、中立的規則と合理的配慮の抵触問題に関するリーディングケースとして多くの事例で引用されるようになり³¹、他に最適者がいる場合、障害者を優先的に再配置せよという事例は存在しなかった。このような中、合理的配慮と優先的取扱の関係性についてようやく連邦最高裁が判断を示したのが **Barnett** 連邦最高裁判決である。

3.1.2 合理的配慮と優先的取扱：Barnett 連邦最高裁判決

(1) Barnett 連邦最高裁判決：事実概要と判旨

Barnett 判決の事実概要は以下である。航空会社で貨物取扱業務に従事していた Barnett は、業務中に背中を負傷し従前の職務が履行できなくなったため、身体的負担の少ないメールルームでの職務に配置転換された。しかし、2年後に同人は、前任権制度の下でメールルームのポジションの前任権を有する他の被用者に交代させられることになった。同人は、障害によりメールルームでの職務以外の履行が困難なので、合理的配慮として前任権制度に例外を設け自身を同職務に留まらせる配慮を行うよう要求した。しかし、使用者は前任権制度の例外を作ることは他の被用者の期待に背くとして、前任権を有する他の被用者を同職務に再配置した。その結果、彼は職を失い、同職務から自身を外すことは合理的配慮の不履行に該当するとして提訴した。

地裁は、同社の前任権制度は10年以上機能しており、1400を超える同社の代理店にも適用されてきた。さらに、本件で問題となっているような前任権制度は、航空業界において一般的なものである。このような背景から、前任権制度の変更は、使用者側と他の被用者に対して過度の負担に該当する、として使用者勝訴の判決を下した。第9連邦巡回控訴裁判所は、前任権制度の例外は、使用者や他の被用者に過度の負担を課すかを判断する一要素にすぎず、ケースバイケースの分析が要求されるとして、特定の配置転換が使用者に過度の負担を課すかどうか事実審理を行うよう地裁に差戻した。これに対し、使用者は、ADAは障害者に対する均等待遇を要求しており、使用者に障害者への優先的取扱を行うよう要求していないとした。そして、合理的配慮が前任権制度に反する場合には常に合理的でないとして上告した。Barnett は、前任権制度に反するからといって合理的配慮が認められないわけではなく、事例ごとに使用者は前任権制度に反する合理的配慮が過度の負担に該当するかどうか証明しなければならないと主張した。

連邦最高裁は7対2で原審判決を破棄し、差戻した。Breyer 法廷意見の判断は以下である。

「優先的取扱は、時に ADA の機会の平等の目的を達成するために必要である。ADA は、非障害者が自動的に享受しているものと同じ職場の機会を障害者が得るために『合理的配慮』という形態の優先的取扱を要求している。…別異取扱が中立的規則を侵害するという事

³¹ Malabarba v. Chicago Tribune Co., 149 F.3d 690 (7th Cir. 1998); Davoll v. Webb, 194 F.3d 1116 (10th Cir. 1999).

実のみで、同法が本来予定していた射程範囲を超える合理的配慮と判断することはできない。もしもそのようなものであった場合、合理的配慮の規定は、本来の目的を達成することはできない。…(ADAには) 中立的規則の存在によって自動的に(合理的配慮が) 免除されるとは…明記していないことから考えて、同法は、いかなるものであっても、そのような自動的な免除を創設するものではない。」³²

このように、法廷意見は、障害者の機会の平等を保障するために合理的配慮として優先的取扱いが必要であることを認め、これを理由に中立的規則が常に合理的配慮に勝るわけではない、と判断した。しかし、以下で障害者を優先的に取扱う合理的配慮の合理性を判断するにあたっては、合理的配慮が障害被用者にとって効果的であるかだけでなく、他の被用者への影響も考慮しなければならないとする。

「確かに ADA は、時に障害者の労働市場への参入を促進するための積極的な行為を要求している」が、それは合理性の範囲を超えた行為を要求するものではない。障害被用者にとって効果的な合理的配慮が、使用者のビジネス運営だけでなく他の被用者に過度の負担を課している場合もありうる。Barnett と使用者は、合理的配慮と中立的規則のどちらかが常に勝ると「決めつける見解」を示してきたが、「事実の内容に即した方法で」障害者被用者与其他の被用者の利益を衡量する必要がある。まず障害者が配慮の合理性を立証し、その後、使用者が同配慮によって過度の負担を課されるか証明する必要がある³³。

そのような判断方法を採用、Barnett のニーズと先任権制度から得られる他の被用者の利益を衡量すると、

「一般的には…合理的配慮が先任権制度を凌ぐということは不合理であり、(Barnett が要求した) 合理的配慮は先任権制度に反しない限り合理的であると推定できる。…(なぜなら) 典型的な先任権制度が担保する職務の継続性及び画一的取扱は、被用者に重要な利益を与えており、この利益は(憲法上の権利である)『デュー・プロセスの一要素』に含まれる。…また、ADA には、議会が(合理的配慮により)先任権制度を脅かすという意図の文言はない。」³⁴

ただし、法廷意見は、先任権制度に反する措置であっても、使用者が頻繁に先任権制度の変更を行うなど「先任権制度の継続を望む被用者の期待が減少しているような特別な状況」にあることを障害者が証明できる場合、先任権制度の免除が合理的配慮として認められると付け加えた³⁵。

(2) Barnett 連邦最高裁判決：学説の反応

以上が Barnett 判決法廷意見の内容である。連邦最高裁は当該配置転換を合理的配慮と

³² U.S. Airways, Inc. v. Barnett, 535 U.S. 391, 397-398 (2002).

³³ *Id.*, at 400-402.

³⁴ *Id.*, at 401-405.

³⁵ *Id.* at 405-406.

して認めたわけではないが、場合によっては障害者の機会の平等達成のために優先的取扱が必要であると明言し、理論的に合理的配慮としての優先的取扱の可能性を示した点で意義深い。そして、合理性の判定は、先任権制度があるというだけで自動的に行うことは許されず、状況に応じた個別的・個人的な判断が求められるということである。

Barnett 判決について学説は、以下のように論評している。肯定的な学説として障害者法制の研究者である Weber は、ADA の前法であるリハビリテーション法時代から維持されていた中立的規則に反する合理的配慮には自動的に合理性がないという法理を Barnett 判決が覆し、優先取扱が合理的配慮に内在する正当かつ必要な手法であると判断した点を評価する³⁶。

さらに、憲法学者の Ball は、先任権制度に反する合理的配慮は一律に認められないと反対意見を執筆した Scalia 裁判官³⁷すら法廷意見を一部認め、合理的配慮が優先取扱を含むという立場に同意している点で、ADA を狭く捉えてきた「司法解釈の歴史において重要な瞬間になった。」と評価する³⁸。そして、合理的配慮という優先取扱は特別な権利ではなく、非障害者のニーズに合わせて形成されている社会において、障害者が他者と均等に参加することを目的としており、そのために障害を認識し、職場の慣行や方針の変更を要求するにすぎないとし、合理的配慮の優先取扱としての性質を一律に否定していた Barnett 判決以前の下級審判例は、優先取扱の役割を誤って認識していたと強調する³⁹。

以上のように好意的な学説も存在するものの、本判決に関しては批判的な学説の方が多い⁴⁰。例えば、Befort は、ADA が優先取扱を要求していることは確実であろうが、合理的配慮が先任権制度以外の中立的規則に反する場合に、どのように判断するか適切な指針を

³⁶ Weber, *supra* note 20, at 1176.

³⁷ Scalia 反対意見 (Thomas 同調) は先任権制度に反する合理的配慮は一律に認められないとした。なぜなら、合理的配慮が除去するのは障害者のみが直面する障壁であって、先任権制度は障害者と非障害者に対して同等に負担を課しており、障害に限定した障壁ではないからである。同制度は、障害を理由にした障壁ではない。従って合理的配慮によって除去されるべき障壁には該当しない。この理解を逸すると、職場内の優先取扱 (昇給、長期休暇の容認など) が全て「合理的」になってしまう。この意味で法廷意見は誤っている。U.S. Airways, Inc. v. Barnett, at 423.

一方、Souter 反対意見 (Ginsburg 同調) は、団体交渉協定によってではなく、使用者が一方向的に課した先任権制度の場合、合理的配慮に対抗することは難しい。本件事実を衡量すれば、Barnett は、メールルームの職務に 2 年間従事しており、職務の変更ではなく現状維持だけであり、他の被用者の解雇を要求するものでもないため、現状ポジションにとどめおくという措置は合理的配慮であるとした。Id. at 413.

³⁸ Carlos A. Ball, "Preferential Treatment and Reasonable Accommodation under the Americans with Disabilities Act," 55 Ala. L. Rev. 951, 966-967 (2004).

³⁹ Id., at 990-991.

⁴⁰ Befort & Donesky, *supra* note 14; Brandon W. Lacy, "Annual Survey of Caselaw: Employment Discrimination," 25 U. Ark. Little Rock L. Rev. 949 (2003); Nicole B. Porter, "Reasonable Burdens: Resolving the Conflict Between Disabled Employees and Their Coworkers," 34 Fla. St. U. L. Rev. 313 (2006).

提供しなかったため、依然として合理的配慮の射程は曖昧であると批判する⁴¹。同様に、障害者雇用の研究者である Long も、本判決によって何を合理的配慮として認めるかの明らかな基準を与えられず、将来の事例への指針にはほとんどなっていないと述べる⁴²。

さらに、前述 Ball は、本判決が合理的配慮に優先取扱が含まれると認めた点では好意的だったが、一般的に先任権制度が合理的配慮に対して優越するという判断については疑問を抱いている。なぜなら、非障害者の被用者は先任権を有する者によって現行職務から押し出されたとしても、社内の他の職務を得る可能性がある。しかし、障害被用者は、先任権を有する者によって遂行可能な職務から押し出されると、履行できる職務の選択肢がほとんどなくなる。先任権制度という一見中立的な規則は、障害者に非障害者よりも少ない選択肢を強いるものである。従って Ball は、先任権をもつ被用者が障害被用者から職務を奪うことを防ぐという優先取扱は、他者に対して不合理な優先取扱と解されないとする⁴³。

同様に、Hickox も本判決は障害者に対する優先取扱を認めたものの、結果的に能力主義から脱却せず、自由競争の下でどれだけ非障害者が障害者に対して考慮を行えるかということにすぎず、障害者の能力的欠損という問題には対処していないと批判している⁴⁴。

このように、Barnett 判決に対する批判点は、①先任権制度以外の中立的制度に反する合理的配慮への指針となっていない点、②中立的規則の優越性を崩していない点である。

3.1.3 Barnett 連邦最高裁判決以降の下級審判決

連邦最高裁の判断を経てもなお、中立的規則に反する合理的配慮について控訴裁判所の判断は割れている。例えば、業務中の疾病により背中を損傷し重い物の持ち上げができなくなった看護師が、自身に持ち上げ任務のない看護師業務を提供するか、看護師管理職に配置転換するよう要求したが、従前よりも給与のはるかに低い事務サポートポジションに配置転換された Mays 事件において、第 7 連邦巡回控訴裁判所は、原告に対して看護師として復職できるようにする合理的配慮は存在しないとした。そして、看護師管理職については最適任者がいなかった場合には原告が同ポジションの有資格の障害者であったと推測されるが、最適任の応募者を同職務に任命したことは、合理的配慮義務に違反していないと判断した。そして、最適任者を空きポジションに任命する病院の中立的規則は、Barnett 判決における先任権制度と同一であり、使用者は障害被用者の雇用維持のために先任権に対する優先権 (superseniority) の付与を要求されていないとした。さらに事実問題として、使用者は原告の雇用維持のために事務サポートポジションに配置転換という配慮を行っており、そのポジションは看護師のときよりも付加給付は少ないが、税金控除後の給与が同じであ

⁴¹ Stephen F. Befort, “Reasonable Accommodation and Reassignment under the Americans with Disabilities Act: Answers, Questions, and Suggested Solutions after U. S. Airways, Inc. v. Barnett,” 45 Ariz. L. Rev. 931, 966 (2003).

⁴² Alex B. Long, “Introducing the New and Improved Americans with Disabilities Act: Assessing the ADA Amendments Act of 2008,” 103 Nw. U. L. Rev. Colloquy. 217, 228-229 (2008).

⁴³ Ball, *supra* note 38, at 962-963.

⁴⁴ Stacy M. Hickox, “Transfer as an Accommodation: Standards from Discrimination Cases and Theory,” 62 Ark. L. Rev. 195, 247 (2009).

り、合理的配慮であったと判断した⁴⁵。

同様に、スーパーマーケットの食品陳列担当ポジションで勤務していた原告が、業務中に手を損傷し現行職務が履行不能になり、従前と同じ給与で空きポジションとして応募されていた商品発送部のポジションに配置転換を要求した **Huber** 事件において、使用者は最適応募者を配置転換する中立的規則に基づき、非障害者の最適任者を配置転換し、原告については従前より給与が低いメンテナンス関連ポジションに再配置した。原告は、競争を排して自身を自動的に商品発送ポジションに配置転換することが合理的配慮であったとして提訴した。第 8 連邦巡回控訴裁判所は、**Humiston-Keeling** 判決を支持し、ADA がアファーマティブ・アクション法ではなく、障害者に配置転換を提供することが最適任者を任命するという非差別的な方針に抵触する場合、配置転換を合理的配慮として認められないとした。本件での中立的規則は **Barnett** 判決の先任権制度と同様であり、ADA は使用者に対して、原告を要求されたポジションに配置転換するために最適任の応募者を退けることを要求していない。このような配置転換は、属性にのみ基づいて職務を提供する点で、十分に逆差別になりうるアファーマティブ・アクションに該当すると述べた⁴⁶。

しかし、2012 年、**United Airline** 判決において、再び控訴裁判所の判断は分かれた。同事例は、航空会社が作成した合理的配慮に関する社内指針が、非障害者との競争が生じる配置転換について明記しておらず、その場合に合理的配慮の射程範囲を制限しうることから雇用機会均等委員会が同指針の違法性を争ったものである。第 7 連邦巡回控訴裁判所は、最適応募者を差し置いて障害者を配置転換することにも合理性がありうるとした。すなわち、最適任者ではなく障害被用者を配置転換することは、他の被用者の財産権にも使用者の経営上の問題にも影響を与えず、使用者は過度の負担の証明ができない限り、そのような配置転換を行わなければならない。最適任者を任命する中立的規則は、先任権制度と同様と判断した **Mays** 判決は、**Barnett** 連邦最高裁判決を中立的規則に反することが常に過度の負担に該当すると判断した点で誤っていると批判した⁴⁷。同事例は連邦最高裁に上告されるが上告不受理となり、中立的規則に反する配置転換についての最高裁の決定的な判断は示されず⁴⁸、依然として巡回区ごとに裁判所の判断は割れている。しかし、中立的規則と優先的取扱は合理性の判断の一要素にすぎず、ケースバイケースの分析を行わなければならないという点で **Barnett** 判決が示した合理的配慮は優先的取扱を含むが障害者への自動的な優先権の付与ではないという合理的配慮概念の個別性・個人性をより一層強調する判例動向になっているといえる⁴⁹。これは以下の合理的配慮とアファーマティブ・アクションの相違に関する学説でも主張されている点である。

⁴⁵ *Mays v. Principi*, 301 F.3d 866, 871-872 (7th Cir. 2002).

⁴⁶ *Huber v. Wal-Mart Stores*, 486 F.3d 480, 483-484 (8th Cir. 2007).

⁴⁷ *EEOC v. United Airlines, Inc.*, 693 F.3d 760, 764-765 (7th Cir. 2012).

⁴⁸ *United Airlines, Inc. v. EEOC*, 133 S. Ct. 2734 (2013).

⁴⁹ Charles Conway, "Ordinarily Reasonable: Using the Supreme Court's Barnett Analysis to Clarify Preferential Treatment under the Americans with Disabilities Act," 22 *Am. U.J. Gender Soc. Pol'y. & L.* 721, 733 (2014).

3.2 合理的配慮とアファーマティブ・アクションの比較学説

合理的配慮は優先的取扱を含むが個別性・個人性があるという最高裁判決、さらに合理的配慮は逆差別となりうるアファーマティブ・アクションと異なるか否か混迷する判例に対し、学説は合理的配慮とアファーマティブ・アクションの関係性をどのように捉えているのだろうか。ほとんどの学説は、両概念が別異取扱を要求している点で類似性があるが、その性質と役割において異なると判断している⁵⁰。その理由として、①合理的配慮は現在の障壁を除去するための法的義務であるが、アファーマティブ・アクションは過去の差別に対する救済的政策である点、②合理的配慮は個別化・個人化された措置であるが、アファーマティブ・アクションは属性に基づく集団的な措置である点、が挙げられる。

3.2.1 過去の差別の是正と、現在の障壁除去

まず、両概念の最もわかりやすい相違は法的義務か否かである⁵¹。Befort と Donesky によれば、連邦議会は、法律上明文で障害者に対する合理的配慮を義務付け、この不履行を伝統的な差別禁止法理の直接差別・間接差別と同じく差別の1形態として規定するが、アファーマティブ・アクションは明文化された義務ではなく、あるマイノリティ集団への歴史的差別から生じた不均衡を是正するための「前もって作られた政策」であり、「差別の存在が認定された後の救済」措置であるとする⁵²。

この法的義務性の有無という差異が生じた理由について Ball は、連邦議会在障害者と人種マイノリティの平等達成には異なる手段が必要と考えていたことが要因と指摘する。連邦議会は、人種マイノリティが能力を十分に発揮するためにはマジョリティとの均等取扱が必要と考え、例外的に「過去の差別の救済として市民権法7編の下、アファーマティブ・アクションを使用する可能性を残した。」しかし、能力的欠損のある障害者が「職場において非障害者と均等に競争するため」には、均等取扱だけでは足りず「(職場の)慣行と方針を変更することが必要である。…(従って)障害者に限って優先的取扱の不提供が差別と同一」と判断したとする⁵³。

さらに Ball は義務と政策的措置という相違には、現在と過去という焦点の相違も含まれると述べる⁵⁴。アファーマティブ・アクションは、その目的が過去の差別による現在の職場

⁵⁰ Jeffrey O. Cooper, “Overcoming Barriers to Employment: The Meaning of Reasonable Accommodation and Undue Hardship in the Americans with Disabilities Act,” 139 U. Pa. L. Rev. 1423, 1431-1441 (1991); Pamela S. Karlan & George Rutherglen, “Disabilities, Discrimination, and Reasonable Accommodation,” 46 Duke L. J. 1, 14-40 (1996); Befort & Donesky, *supra* note 14, at 1078-1086; Stephen F. Befort & Holly L. Thomas, “The ADA in Turmoil,” 78 Or. L. Rev. 27, 27-104 (1999); Ball, *supra* note 38, at 966-982.

⁵¹ Weber, *supra* note 20, at 1177.

⁵² Befort & Donesky, *supra* note 14, at 1083.

⁵³ Ball, *supra* note 38, at 977-978.

⁵⁴ 同相違点について、ADA 前法のリハビリテーション法時代に連邦最高裁は、アファーマティブ・アクションは過去の差別の救済だが、合理的配慮は障害者に対する現存する障壁の除去、と指摘していた。Alexander v. Choate, 469 U.S. 287, 300 (1985).

におけるマイノリティの数的アンバランスの是正である。従って、現在雇用している被用者に影響を与えている過去の慣行に焦点を当てており、使用者の現在の慣行は問題としない。しかし、合理的配慮の事例では、使用者の過去の慣行は無関係であり、問題となるのは「現在の慣行が特定の障害者にとって障壁となっているか、…慣行の変更が合理的であるかである。」⁵⁵

Ball は、合理的配慮がアファーマティブ・アクションと異なり、「差別行為と要求される優先的取扱の間に時間的ギャップが存在しないこと」を理由に、バックラッシュを防ぐことが可能と指摘する。なぜなら、

「合理的配慮は過去の差別的な慣行を理由に現在雇用している被用者を優先して取扱うのではなく、…障害者の機会の平等を阻害し職場の障壁となっているのは使用者の現在の慣行である。合理的配慮の法理は、使用者にこれらの障壁を除去することを要求している。…優先的取扱を行わないこと自体が差別行為に該当する。…（従って、合理的配慮には）優先的取扱と使用者の差別的行為との間のより強い関係性が存在し…これらの相違によって、優先的取扱に対する批判を人種差別の文脈における優先取扱よりもより疑問のないものにする…障害被用者が合理的配慮を求めるとき、彼らは単純に使用者が障害を理由に差別を行わないことを要求しているだけである。障害被用者は、人種差別の文脈において理解されてきた、アファーマティブ・アクションを要求しているわけではない。」⁵⁶

上記の差異から Karlan と Rutherglen は、両概念の適用場面にも相違を導き出す。アファーマティブ・アクションの目的は、過去の差別から生じた数的バランスの是正にあるため原則として採用段階に限定して適用され、マイノリティ応募者がマジョリティ応募者よりも「低い成績であった場合でも、応募職務に任命されることもありうる。しかし、アファーマティブ・アクションから利益を受けたマイノリティは、いったん職務を与えられると、使用者がそもそも想定していた職務を履行することが期待される。」一方、合理的配慮は採用段階での適用頻度が少なく、目的が現在の障壁除去と雇用の維持であるため、多くの場合雇用後の措置として「使用者に対して継続的責任を課す。例えば…補助者の提供や労働時間の継続的な調整のような継続的支出を含みうる。」⁵⁷

同様に、Befort と Donesky も、アファーマティブ・アクションは採用段階で最も広く普及しており、事前に作られた数的目標や割当などマジョリティ応募者を犠牲にしてマイノリティ応募者の雇用の機会を創出する雇用前の措置として機能すると捉える。一方、合理的配慮は「採用段階での適用頻度が少なく、…使用者が現存する障害被用者の雇いを維持する雇用後の措置として機能し…その結果、解雇が回避される。」と指摘する⁵⁸。

このように、学説は合理的配慮が障害被用者の雇用維持のために使用されており、障害を理由に優先的に採用することではないのでバックラッシュが生じることはないを把握して

⁵⁵ Ball, *supra* note 38, at 979-980.

⁵⁶ *Id.* at 980-981.

⁵⁷ Karlan & Rutherglen, *supra* note 50, at 16-17.

⁵⁸ Befort & Donesky, *supra* note 14, at 1085

いる。

3.2.2 集団に対する広く一律な措置と、個別化・個人化された措置

次の相違点として「合理的配慮は個別的・個人的なアセスメントを要求しているが、アファーマティブ・アクションは属性に基づく」広い優先措置であることが挙げられる⁵⁹。なぜなら、人種・性などのマイノリティは「女性又は黒人の『程度 (degree)』』というものが存在しないが、障害は症状や程度が個々人で異なり、従事している職務によってその影響も異なる。従って、

「同じ障害であっても直面する困難が全く異なるため、障害者個人にとって適切な職務を見つけるためには、その状況に応じた個別的・個人的な分析過程が必要である。…成功する配慮はしばしば企業と被用者の間の人種・性に基づくアファーマティブ・アクションにおいて要求されている過程よりもはるかに相互作用的な過程を経た、継続的な話し合いと協力を要求している。」⁶⁰

Befort と Donesky も、障害と他マイノリティの性質の違いを認め、合理的配慮の個別的・個人的手続過程の重要性を説く。アファーマティブ・アクションの文脈では「使用者は、職場における特定のマイノリティ被用者比率の目標数値を掲げ…同マイノリティ集団の被用者数が目標数値に達するまで採用・雇用過程において当該方針を実施し続ける」というマイノリティ集団全体の数的底上げを目指す。しかし、

「合理的配慮はより個人化されたものである。合理的配慮は、事前に作られた数的目標や割当を設定しない。むしろ、合理的配慮は、雇用の後にインタラクティブ・プロセスという労使間の対話による協同過程を経てから講じられる。…保護属性メンバー個人を個別的に考慮する合理的配慮は、伝統的なアファーマティブ・アクションと異なり、採用の際に使用者から恩恵を受けて一方的に講じられるものではない。代わりに ADA の合理的配慮過程は、雇用の選択肢を労使が協同して探すという開かれた対話を要求している。…この対話は、障害被用者を有利に取扱うことを保障していない。障害被用者が職務の本質的機能を履行可能である場合のみ、障害者に合理的配慮を要求するものである。」⁶¹

さらに Ball は、合理的配慮の対象者がアファーマティブ・アクションよりも狭められ措置が個人化されているため、合理的配慮はアファーマティブ・アクションのような批判を受けることがないとする。すなわち、アファーマティブ・アクションは保護属性のメンバーであれば誰でも対象者となり、保護属性内の個別的・個人的な状況の差異を考慮しない広く一律な措置である。しかし、合理的配慮は「保護属性のメンバーであることが必要ではあるが、それだけで十分」ではない。合理的配慮は「特定の個人の特定の状況を把握する個人化され

⁵⁹ Weber, *supra* note 20, at 1177-1178.

⁶⁰ Karlan & Rutherglen, *supra* note 50, at 14-17.

⁶¹ Befort & Donesky, *supra* note 14, at 1084-1085.

たアセスメントによって」、職務遂行に際して「障壁に直面している障害者とそうではない障害者を区別」する「保護属性内の差異の考慮を要求」し属性に基づく誤った敵意や障壁を除去する。使用者に自動的かつ一方的な負担を課すことはなくアフーマティブ・アクションへの批判に対処可能という⁶²。

上述のようにアフーマティブ・アクションはマイノリティ集団に対して画一的な優先的取扱を講じることで集団全体の数的底上げをするが、個々人の困難に対処するものではない。一方、合理的配慮は障害者全体を優先的に取扱うというより、障害者個人の置かれた状況を1つ1つ判断し、雇用の質の改善を意図している。アフーマティブ・アクションの逆差別訴訟で批判された優先的取扱とは異なるため、学説はこの点でも合理的配慮はバックラッシュの危険を招くことはないと捉えている。

3.3 合理的配慮とアフーマティブ・アクションのまとめ

合理的配慮とアフーマティブ・アクションは、マイノリティの平等達成のために通常ならば行わない優先的取扱を要求する点で共通している。しかし、アフーマティブ・アクションは、マイノリティの数的バランスの是正を目的とした過渡的な救済政策であり、マイノリティ集団全体に対し、自動的にマジョリティと「異なる選考基準を適用（し）、…その結果、使用者の通常の選考基準の下では他の被用者よりも資格のない者を雇用するということもありうる。」⁶³一方、合理的配慮の根底にあるのは個別的・個人的分析に基づいた就業能力の評価と障壁の除去である。就業能力がある障害者が非障害者と均等に能力が発揮できるよう、「ステレオタイプに基づくことなく」障害者の職務遂行能力と中立的規則を含む職場の状況を個々に考慮し、これらを調和させる方法を見つけ出す柔軟かつ継続性のある義務である⁶⁴。アフーマティブ・アクションにおいて優先的取扱はそれ自体を目的としているが、合理的配慮では選択肢の1つとして考慮された結果的な優先的取扱である。優先的取扱を含むことのみを理由に合理的配慮はアフーマティブ・アクションと同義なのではなく、合理的配慮には優先的ではない措置もありえ、非障害者を基準とした社会において特定の障害者個人に働く能力があるならば、非障害者に過度の負担とならない範囲でその機会を保障しようとするものである。この相違点から「優先的取扱に懐疑的な者に対する合理的配慮への不信感を減少させる」ことができよう⁶⁵。

アメリカでは障害者に対するアフーマティブ・アクションといえる割当雇用制度を採用していないが、我が国は1960年の身体障害者雇用促進法から障害者雇用率制度をもって

⁶² Ball, *supra* note 38, at 975-977.

⁶³ Cooper, *supra* note 50, at 1431-1432. アフーマティブ・アクションの正当性については Rawls や Dworkin らの格差原理・平等主義に基づくこともできる。Rawls は、アフーマティブ・アクションについては一切語っていないが、Dworkin は「市民が平等な存在として (as an equal) …平等な配慮と尊重をもって (equal concern and respect)」扱われる措置として、アフーマティブ・アクションを正当化する。John Rawls 『正義論』改訂版 (川本隆史・福岡聡・神島裕子訳) (紀伊國屋書店、2010年) ; Ronald Dworkin 『平等とは何か』 (小林公ほか訳) (木鐸社、2002年) 538頁。

⁶⁴ Cooper, *supra* note 50, at 1466.

⁶⁵ Ball, *supra* note 38 at 968.

障害者の就労権の保障を試みてきた。2016年の障害者差別解消法と改正障害者雇用促進法の施行によって、我が国はアファーマティブ・アクション、すなわち積極的差別是正措置として障害者雇用率制度を維持するだけでなく、合理的配慮を導入した。2014年に厚生労働省が取りまとめた「合理的配慮の提供の指針の在り方に関する研究会報告書」によれば「障害者を有利に取り扱うこと（積極的差別是正措置）」と合理的配慮による「異なる取扱」は、差別ではないと明記されている⁶⁶。しかし、合理的配慮、積極的差別是正措置、及び優先的取扱の関係性については言及されていない。優先的取扱であることを理由にアメリカにおいて逆差別訴訟を引き起こしてきたアファーマティブ・アクションと、障害者権利条約が障害者の権利と捉え、その不履行を差別とする合理的配慮がどのように違うのか不明確である⁶⁷。本章で示したように、合理的配慮とアファーマティブ・アクションは、その理論と目的において異なるものである。これを見落としのまま障害者差別解消法、改正障害者雇用促進法を運用すると、障害者個人の直面する障壁を除去し能力発揮の機会保障を請求する合理的配慮が、優先的取扱という一点のみでアファーマティブ・アクションと同視され、権利性が骨抜きにされる恐れがある。両概念が異なるものであり、合理的配慮は障害者の権利であるという視点を踏まえた上で両法を運用していくことが必要とされている。

アファーマティブ・アクションとの比較によって明らかになった合理的配慮の継続性、個別性・個人性という特徴は、合理的配慮概念を理解するために重要である。以下では、この合理的配慮の個別性・個人性に焦点を当てて、合理的配慮の手続的側面について分析をする。

3.4 合理的配慮の事前の考慮過程インタラクティブ・プロセス

合理的配慮は個別化・個人化された措置であり、属性に基づく広く画一的な優先的取扱のアファーマティブ・アクションとは異なることが明らかになった。個別性・個人性というのは、合理的配慮の重要な特徴である。個別性・個人性ある合理的配慮によって、様々

⁶⁶ 厚生労働省「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報告書」3頁、<https://www.mhlw.go.jp/file/04-Houdouhappyou-11704000-Shokugyouanteikyokukoureishougaikoyoutaisakubu-shougaishakoyoutaisakuka/0000047633.pdf> (閲覧日 2018年10月7日)。

この報告書に基づいて制作された「合理的配慮指針」には積極的差別是正措置に関する記載はない。厚生労働省「合理的配慮指針」<https://www.mhlw.go.jp/file/04-Houdouhappyou-11704000-Shokugyouanteikyokukoureishougaikoyoutaisakubu-shougaishakoyoutaisakuka/0000078976.pdf> (閲覧日：2018年10月7日)。

⁶⁷ その他の問題として、改正雇用促進法が法全体の対象者の「障害者」と雇用率制度対象者の「対象障害者」の2つの障害者の定義を行うことで、雇用率制度の対象障害者をそうでない障害者より優先して採用した場合、後者への差別となるかが問題となる。また、雇用率制度は障害者を優先的に採用するが、その場合に有期雇用とするなど、有利な面と不利な面をもつ場合の対処という課題もある。岩村正彦・菊池馨実・川島聡ほか「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」論究ジュリスト8号(2013年)18-24頁；長谷川珠子「日本における『合理的配慮』の位置づけ」労研56巻5号(2014年)17頁。差別禁止部会において川島は、両概念の政策と権利という相違を指摘する。内閣府「『差別』の類型論を巡る論点(その2)に関する意見一覧」29-31頁、http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/kaikaku/s_kaigi/b_7/pdf/s2.pdf (閲覧日 2018年10月7日)。

な障害がある障害者が直面する様々な障壁に対処することができる。この合理的配慮の個別化・個人化という特性から、合理的配慮の具体的内容は使用者が一方的に決められるわけではなく、障害者の提案のみで認められるわけでもない。法文中では、合理的配慮が例示されており、これに限定されないことをもって、個別性・個人性を推測することができるが、個別化・個人化された措置を担保する方法を明示してはいない。しかし、EEOC が策定した ADA の施行規則が「インタラクティブ・プロセス (interactive process)」という文言でこれを規定している。すなわち、

「適切な合理的配慮を決定するためには、対象事業体が配慮を必要とする障害者との非公式なインタラクティブ・プロセスを行うことが必要である。このプロセスでは、障害から生じる正確な制限と、その制限を克服する可能性のある合理的配慮を特定する必要がある。」⁶⁸

施行規則によれば、このインタラクティブ・プロセスは、「問題になっている特定職務と、合理的配慮を必要とする特定の個人の身体的・精神的な制限の両方を個別にアセスメント」する「柔軟な」プロセスで、「被用者と使用者双方にとって最も適切な配慮」を選択するために行う。そして具体的には以下の4つのステップを経て問題解決を図る。

「(1) 関係する特定の職務を分析し、その職務の目的と本質的な機能を決定する。(2) 当該障害者と相談し、障害によって課せられた職務に関連する正確な制限を確認し、…その制限を克服する方法を確認する。(3) …当該障害者との話し合いの中で、合理的配慮の候補を選び、当該障害者が当該ポジションの本質的な機能を履行できるようにするに際し、それらの配慮に効果があるかを評価する。(4) (当該障害者) 個人の意向に考慮し、労使双方にとって最も適切な合理的配慮を選択し履行する。」⁶⁹

インタラクティブ・プロセスは対話プロセスのことであって、障害者が自身の障害について通知し、直面する障壁の除去を要求することで開始される。障害者がいくつかの合理的配慮を提示していた場合、使用者はこの中から選択することができるが、使用者は障害者の職務遂行能力を阻む職場の障壁を取り除く代替案を提示し、これについて話し合うことが可能である。そして、使用者は、障害被用者が合理的配慮を要求したら迅速に対応する必要がある、インタラクティブ・プロセスもできるだけ早く進めなければならない⁷⁰。

大型車の組み立て部門で7年近く雇用されていた被用者が、業務中に化学物質に接触し続けたことが原因で、両手の筋損傷と慢性的皮膚炎を患い従前の職務が履行できなくなった1999年のSmith事件において、原告は、同症状があっても勤務できるポジションに配置転換を申し出た。しかし、使用者はこれを履行せず、職務遂行能力の欠如を理由に解雇した。第10連邦巡回控訴裁判所は、一般的にインタラクティブ・プロセスは、まず、障

⁶⁸ 29 C.F.R. §1630.2 (o)(3).

⁶⁹ 29 C.F.R. App. 1630.2.

⁷⁰ 29 C.F.R. §1630.2 (o)(3).

害被用者から自身に障害があること、その障害に起因する心身の制限の内容、雇用の継続の希望について通知しなければならない。被用者がこれを通知したとき、インタラクティブ・プロセスが発生したと判断される。インタラクティブ・プロセスとは、法文に明記されていないが、「ADA に本来備わっている義務」で労使双方の誠実なコミュニケーション過程において行われる「合理的配慮が決定される必要不可欠な要素」である。しかし、本件においては、原告は確かに、自身の障害と障害に起因する症状によって現行職務が履行できない旨を通知していたが、配置転換先のポジションについて職務を履行可能であるという医師からの診断書を提供しなかった。被用者が十分な医療情報を提供しなかった場合には、インタラクティブ・プロセスは決裂し、使用者は ADA 上の合理的配慮義務の履行責任を負わない。従って裁判所は、原告が医学的証拠を提示したかどうかについては審議が尽くされていない、として差戻した⁷¹。

3.4.1 インタラクティブ・プロセスの判例

Smith 判決は、インタラクティブ・プロセスを怠ったこと自体が障害者差別とまでは述べていないが、合理的配慮には具体的な配慮を提供するという実体的側面だけでなく、インタラクティブ・プロセスという手続的側面が含まれているとした。なぜなら、障害という属性は多種多様であるだけでなく、どの職務に対しどのように影響を与えるかも個人ごとに異なるからである。どのような状況のどのような障害に対して、どのような配慮が最も適切であるかわからないため、労使双方が協議をすることが重要なのである。従って、インタラクティブ・プロセスの不履行が ADA 違反に該当すると判断されると思われたが⁷²、ほとんどの判決では、インタラクティブ・プロセスの不履行自体を ADA 違反とするのではなく、特定の合理的配慮を履行しなかったことをもって ADA 違反と判断している⁷³。

(1) Bunn 事件

例えば、2014 年の Bunn 事件⁷⁴において、裁判所はインタラクティブ・プロセスの不履行自体が ADA 違反でなく、結果的に合理的配慮が提供されていれば、インタラクティブ・プロセスの不履行は問題にならないと述べた。

⁷¹ Smith v. Midland Brake, Inc., at 1172.

⁷² 同様の示唆をした事例として以下がある。Taylor v. Phoenixville Sch. Dist., 174 F.3d 142 (3rd Cir. 1999); Beck v. Univ. of Wis. Bd. of Regents, 75 F.3d 1130 (7th Cir. 1996).

⁷³ Willis v. Conopco, Inc., 108 F.3d 282, 285 (11th Cir. 1997); Fjellestad v. Pizza Hut of Am., Inc., 188 F.3d 944, 952 (8th Cir. 1999); Loulseged v. Akzo Nobel, Inc. 178 F.3d 73 (5th Cir. 1999); Donahue v. Consol. Rail Corp., 224 F.3d 226 (3d Cir. 2000); Rehling v. City of Chicago, 207 F.3d 1009, 1016 (7th Cir. 2000); McBride v. BIC Consumer Prods. Mfg. Co., Inc., 583 F.3d 92, 97 (2d Cir. 2009); Noll v. International Business Machines Corp., 787 F.3d 89 (2d Cir. 2015); Cravens v. Blue Cross and Blue Shield of Kansas City, 214 F.3d 1011 (8th Cir. 2000); Minnihan v. Mediacom Commc'ns Corp., 779 F.3d 803 (8th Cir. 2015); Bunn v. Khoury Enters., 753 F.3d 676 (7th Cir. 2014); Belasco v. Warrensville Heights City Sch. Dist., 634 Fed. Appx. 507 (6th Cir. 2015).

⁷⁴ Bunn v. Khoury Enters.

同事例の事実概要は以下である。片目が弱視の視覚障害者が、フルタイムの時間給労働者としてファストフード店に雇用された。同社における典型的な時間給労働者は、レジ打ち、食事の提供、清掃作業、食事の仕込みなど多くのポジション間を時間ごとにローテーションすることが要求されていた。原告は、まず、冷凍部門においてアイスクリームの準備提供を行うポジションに配置されたが、アイスクリームの種類を記載したラベルが見にくいことや、客からのオーダーを受ける画面が目線よりも高いことが理由で冷凍部門での作業が困難であることがわかった。従って、マネージャーは、ダイニングを清掃し食べ物を配るダイニング・ポジションのトレーニングを原告に提供した。トレーニングとそれに伴う作業によって、原告は、わずかな調整があればこのポジションの職務を履行できることがわかったので、マネージャーは原告を排他的に同ポジションに従事させることを決めた。他の時間給労働者は、全てのポジションをローテーションしなければならなかったが、原告は、ダイニング・ポジションにのみ従事することが許可された。採用から2ヵ月後、マネージャーは、原告が勤務中に携帯電話を操作していたことを発見し、これを注意した。しかし原告はこれを拒否し、さらに、マネージャーがゴミ出しを頼んだときに空き缶を投げつけるなど反抗的態度をとったため、マネージャーはこれを会社側に通知した。会社側は、同行動を理由に原告を10日間の出勤停止処分とした。出勤停止処分が明けた後、原告の勤務時間は削られた。翌月の12月、原告は7日間の休暇をとった。同社のビジネスの性質として、冬季は収益が減少するため、多くの被用者のスケジュールを調整し、一時的に勤務日数を減らしていた。同人の7日間の休暇取得と、土日祝日は店舗が閉店していること、また、冬季は勤務時間が減少することもあって、原告は12月は23時間しか勤務していなかった。原告はその2ヵ月後、自身の勤務時間が少ないことを理由に辞職届を出した。原告は、自身はダイニング・ポジションで単独で働く以外にも、同僚と共に他ポジションで働くことができたにもかかわらず、使用者側がこれを可能にする合理的配慮を行わなかったとして提訴した。

第2連邦巡回控訴裁判所は、原告の訴えを退けた。使用者は原告をフルタイムでダイニング・ポジションに独占的に配置し続けていた。この配置は、他の被用者は全てのポジションをローテーションしなければならない中で、「同社の通例でなされる方法を変更」して提供されたもので、この変更によって「原告は平等な職務遂行の機会を享受することができ」ていた。これはまさに、ADAの施行規則が規定する合理的配慮の「職務の再編成」又は「職務スケジュールの変更」である⁷⁵。原告は、追加の合理的配慮と別の合理的配慮を使用者に検討するよう要求したが、これが拒絶されたと主張している。この原告の主張が真実であったとしても本件の判決結果にとっては、これは重要ではない。「EEOCの施行規則において使用者がインタラクティブ・プロセスに従事せねばならぬことを規定しているが、インタラクティブ・プロセスの不履行についてのみの単独の訴因というものは存在しない。当該制定法の文脈において、我々裁判所は、結果に関心があるのであって、手段に関心があるのではない。」すなわち、

「インタラクティブ・プロセスは、それ自体が目的なのではない。従って、被用者は、使

⁷⁵ 29 C.F.R. § 1630.2(o)(2)(ii).

用者がインタラクティブ・プロセスに従事しなかった、ということを証明するだけでは不十分であるし、インタラクティブ・プロセスが破綻した、ということを証明することも、十分ではない。結果的に、(本件)被告は合理的配慮を提供していた。原告が被告の合理的配慮決定過程に不快感を示していること、自身の好む合理的配慮が提供されなかったことは重要ではない。ADAは、個人に合理的配慮が提供されることを保障するのであって、インタラクティブ・プロセスを行っていなかったが、合理的配慮を履行していた使用者を罰するものではない。」⁷⁶

さらに、原告は障害に基づく直接差別についても争っているが、第2連邦巡回控訴裁判所は、原告は合理的配慮によって遂行可能なポジションを与えられており、このスケジュールリングに差別的な敵意の証拠を見出すことは困難であり、時間の削減についても障害に基づく削減であることを見出す証拠は存在しない。従って、使用者が原告を障害に基づいて不利な状況に置いたという証拠は存在しないので、直接差別の訴えも退けた。

(2) Noll 事件

また、聴覚障害者のエンジニアが手話通訳者だけでなく、音声・ビデオの文字起こしを要求したが、使用者がこれを提供しなかった2015年のNoll事件⁷⁷においてもインタラクティブ・プロセスの不履行自体がADA違反ではなく、使用者は合理的配慮をすでに提供していればインタラクティブ・プロセスに従事する必要はないとされた。

1984年、聴覚障害者の原告は、44万人の被用者を抱えるIBM社にソフトウェアエンジニアとして雇用され、以来、よい業績評価を受けていた。同社のメディア・ライブラリーには、4万6000個以上のビデオ・ファイルと3万5000個以上のオーディオ・ファイルが格納されており、そのうち約100個のビデオにのみ字幕がついていた。使用者は原告に対し、これらのファイルの文字起こし資料を提供していたが、これは原告が請求した5日以内に入手可能となり、時には時間がかかった。また、インターネット会議のために原告には手話通訳者とリアルタイム翻訳サービスも提供されていた。しかし、原告は、画面と手話通訳者の間を視線が行き来することで混乱と疲弊をするため、手話通訳者の使用を好まなかった。原告は、使用者が全てのビデオ・ファイルに字幕を付け、全てのオーディオ・ファイルに事前の文字起こしをすることを怠っており合理的配慮義務とインタラクティブ・プロセス不履行があったと提訴した。

第2連邦巡回控訴裁判所は、使用者がすでに合理的配慮を提供している場合、現在提供している合理的配慮の適切性について検討すればよく、障害被用者が要求した合理的配慮について検討する責任はないとした。本件において被告が提供していた文字起こし資料と手話通訳者という合理的配慮には、確かに即時性と適切性に関して議論の余地はあるが、原告がビデオとオーディオ・ファイルを使用したいと思った際にはいつでも、これを利用可能であった。原告はこれらの合理的配慮を不服としていたが、ADAは「効果的な配慮を要求しているのであって、被用者にとって最も効果的な合理的配慮を要求しているわけではな

⁷⁶ Bunn v. Khoury Enters., at 683

⁷⁷ Noll v. International Business Machines Corp., 787 F.3d 89 (2d Cir. 2015).

い。」⁷⁸ADAの合理的配慮規定は、障害に起因する全ての不利益を完全に排除することまで要求していない。確かに、画面と通訳者の間を視線が行き来することで原告を疲弊させる欠点があることは間違いない。しかしこの欠点によって文字起こしと手話通訳者といった合理的配慮に効果がないということではない。

ADAは、適切な合理的配慮が行われるために使用者と被用者の協同によるインタラクティブ・プロセスを想定している。しかし、すでに使用者が合理的配慮を提供していた場合、インタラクティブ・プロセスに従事しないことは、ADA違反の根拠とはならない。なぜならADAは、適切であると思われる合理的配慮の履行を差別的に拒否することを義務違反とするのであって、

「被用者に提供された合理的配慮が明らかに効果的であった場合に、代替りの合理的配慮を探索しないことを義務違反とするものではない。インタラクティブ・プロセスの重要なポイントは、障害被用者の障害に対する配慮の手段を発見することである。…インタラクティブ・プロセスは、…合理的配慮がすでに達成されている場合には行う必要はない。合理的配慮の履行の有無にかかわらずインタラクティブ・プロセスを怠った使用者が義務違反の責任を負うことは、ADAの根本的な目的に役立たない。」⁷⁹

従って、原告は使用者がインタラクティブ・プロセスの不履行によるADA違反を犯した、と主張したが、使用者にインタラクティブ・プロセスに従事する責任はない（文字起こしの合理的配慮についての具体的な判旨は第5章で詳述する）。

(3) Minnihan 事件

また、顧客宅に訪問しインターネットの設置や技術者の訓練監督などを行う技術運営管理者が、けいれんの発作を度重なって患い、車の運転ができなくなったため、自身の技術運営管理者ポジションから運転免除をするという職務の再編成を要求した2015年のMinnihan事件⁸⁰においてもインタラクティブ・プロセスの不履行自体がADA違反ではないとされた。

同事例において、原告は3度のてんかんの発作を起こしており、1度目の発作の後、連邦運輸局の規定で6ヵ月間の運転が禁止されたため、使用者は運転を他の被用者に任せて原告を職場へと連れていくことで対処をした。2度目の発作によって、6ヵ月の運転が再び禁止された際、使用者は、運転業務が技術運営管理者の職務の本質的機能であるため、これ以上の合理的配慮は提供できないとして、同社内の別の勤務地で運転業務のないポジションを申請するよう14日間の猶予を与えた。しかし原告は、1回目の発作時と同様に他に被用者が自身を現場に連れていくか、技術運営管理者のポジションから車の運転を除外するように要求した。そして、3回目の発作によって使用者は、別の勤務地で運転の必要がない別のポジションであるネットワークオペレーションセンターのオペレータへの配置

⁷⁸ *Id.*, at 96.

⁷⁹ *Id.*, at 98.

⁸⁰ *Minnihan v. Mediacom Commc'ns Corp.*

転換を提案した。同職務は従前と同じ賃金であった。しかし、原告は、車を運転できないため別の勤務地へは通勤できないとして、合理的配慮として現在のポジションにおいて職務の再編成をし運転を免除すること、又は運転を行うために2人目の技術運営管理者を雇うことを再度提案した。しかし、使用者は原告が現在働いている事務所内には運転業務のない職務がなく、また運転業務のため2人目の被用者を雇うことは過度の負担に該当するため、これを提供することはできない、と回答した。使用者は、原告に3回目の発作発生日の1ヵ月後までに、提案したネットワーク・オペレータとしての配置転換を受諾しなかった場合、解雇する旨を通知した。原告は、ネットワーク・オペレータへの配置転換について使用者に回答せず、さらに休暇申請も行わなかったため、使用者は、度重なる欠勤を理由に原告を解雇した。原告は、使用者が技術運営管理者のポジションから運転業務を免除するという合理的配慮を怠り、本件解雇は障害者差別であると提訴した。

第8連邦巡回控訴裁判所は、原告は被告が合理的配慮とインタラクティブ・プロセスを怠っていたと主張するが、これに同意しないと判断した。合理的配慮が可能かどうかを判断するために使用者が「インタラクティブ・プロセスを行わないことは使用者が不誠実に行動しているという一応有利な証拠（*prima facie evidence*）となるが、…インタラクティブ・プロセスに従事しなかったこと自体でADAの下、違法ではない。」⁸¹原告は、使用者が自身を技術運営管理者のポジションにとどめるための合理的配慮を提供しなかった故に、被告はインタラクティブ・プロセスを怠っていたと主張する。「しかし障害者は自身が選択する合理的配慮を提供される権利があるわけではない。」⁸²本件被告は、合理的配慮を探すために誠実に努力をしていたことは明らかである。本件被告は、原告の3回の発作のたびに数ヵ月にわたって職務の再編成、勤務地の異動、配置転換を考察し、これについて原告と話し合いの場を設け、原告が他ポジションを申請する時間を与えていた。この証拠は、被告が原告とのインタラクティブ・プロセスに従事していたことを示すものである。被告は、インタラクティブ・プロセスに従事してただけでなく、合理的配慮を提案していたにもかかわらず、原告が同提案を拒否していた。先例において我々裁判所は、障害被用者が職務を遂行できる空きポジションに配置転換をすることはADAの下の合理的配慮である、と判断してきた。合理的配慮として認められる配置転換とは、障害被用者のために新しいポジションを創設することや、他の被用者を現行ポジションから異動させて、これに障害者を配置することではなく、空きポジションに対してのみ有効である。原告は、いかなる合理的配慮を受けたとしても、従前の職務を履行することはできなかったため、配置転換だけが合理的配慮として認められうる。障害被用者側が、提案された配置転換が合理的配慮として適切ではないと主張するためには、提案されたポジションが従前のポジションに比して給与や待遇が劣っていることと、自身が職務を履行できる他のポジションが空きポジションであったことを証明しなければならない。原告は、ネットワーク・オペレータのポジションが技術運営管理者ポジションよりも劣っていることを証明する証拠を提示していないし、被告がインタラクティブ・プロセスに従事している間に、運転業務のないポジションが空きポジションとして存在していたという証拠もない。従って、第8連邦巡回控訴裁判所は、原告は被告が合理的配慮の不履行があったことを証明できなかった、と判断した。

⁸¹ *Id.*, at 813.

⁸² *Id.*, at 813.

(4) UPS Supply Chain Solutions 事件

会計部門の事務員として働く聴覚障害者が週 1 回と月 1 回の定例会議に手話通訳者を提供することを合理的配慮として要求した 2010 年の UPS Supply Chain Solutions 事件⁸³において裁判所は、インタラクティブ・プロセスの継続的性質について言及した。

事実概要は以下である。第一言語を ASL (American Sign Language) とする先天性の聴覚障害者は、会計部門の事務員として被告会社に採用された。同人は、手話通訳者がなくとも会計事務員としての職務は十分に履行できていた。しかし、読み書きは小学生 4 年生レベルであったため、週 1 回と月 1 回に開催される定例会議において筆談やペーパーの議事録などだけでは会議の内容を理解することもできず、発言することもできなかった。同会議では、情報共有だけでなく、被用者側からの意見発表とグループディスカッションも行われていた。同人は週と月の定例会議において手話通訳者の提供をしなかったことが ADA に違反するとして提訴した。これに対して使用者は、同時メモ (contemporaneous notes) や会議の要約文書、会議のアジェンダを提供するなどペーパーベースの合理的配慮を行っていたと主張した。

第 9 連邦巡回控訴裁判所は、同会議では職務遂行上のアイデアや雇用関係についても議題に上がっており、この会議に参加ができないことによって同人は、全ての被用者が享受できる、雇用上の便益と特権を得られていなかったとした。合理的配慮には雇用を継続するための措置だけでなく、他の被用者と同等の給付と特典を享受できるように修正することも含まれる。本件において同人は、職務の本質的機能を遂行できる有資格の個人であることに疑いはないため、本件の争点は、被告が合理的配慮を提供していたかどうかである。

「被用者がひとたび合理的配慮を要求したら、適切な合理的配慮を決定するために使用者はインタラクティブ・プロセスに従事しなければならない。… (インタラクティブ・プロセスに従事した上で) 使用者は、被用者の要請又は被用者が好む合理的配慮を提供する義務がなく、使用者は何らかの合理的配慮だけを提供する必要がある。…使用者は、効果的な合理的配慮を選択し、より支出の少ない合理的配慮を選択する最終的な決定権をもっている。合理的配慮義務とは、1 回の努力で終わる義務ではなく継続的な義務である。」⁸⁴

障害被用者が別の合理的配慮を要求している場合や、使用者が提供した最初の合理的配慮が失敗し、さらなる合理的配慮が必要であることを使用者が認識している場合などは、インタラクティブ・プロセスに従事する使用者の義務は継続される。インタラクティブ・プロセスに従事する継続的な義務は、「使用者が、真に有効な合理的配慮を見つけ出すことを促進し、被用者の、使用者が合理的配慮を拒むのではないか、という懸念を取り除き、そして、被用者が最も劇的でコストのかかる合理的配慮を要求するという歪んだ動機を避ける」た

⁸³ EEOC v. UPS Supply Chain Solutions, 620 F.3d 1103 (9th Cir 2010).

⁸⁴ *Id.*, at 1110-1111.

め的手段であって「ADA が意図する協調的な問題解決を重要視し発展させるものである。」

85

被告は、会議のアジェンダ・同時メモ・議事録などを合理的配慮として提供しており、これは効果的であったと主張している。しかし、同人は 1 時間に及ぶ会議においてペーパーベースの合理的配慮には限られた情報しかなく、何が起きているのか本当に理解できなかったと証言している。また、会議中に質問をしたり、他の部署とアイデアを共有したりする機会を得られなかったとも主張している。

「ADA は合理的配慮が（当該状況における障害被用者にとって）有効性があるかどうかに関して、使用者が全てを見通している透視能力者（clairvoyant）であることを要求していない。…しかし、使用者は被用者が別の合理的配慮を要求したとき、又は当初提供していた合理的配慮が失敗していることを使用者が認識している場合に、インタラクティブ・プロセスに継続的に従事する義務を負う。」⁸⁶

本件において被告使用者は、当該聴覚障害者が議事録に記載された内容を理解できるよう辞書を引くよう指導するなど、当該聴覚被用者の読み書きの能力が低いことを認識していた。そして、当該聴覚障害者は、何度も被告にメモ書きや議事録だけでは理解が困難で、手話通訳者ならば理解がしやすい、と伝えていた。この状況下で被告は、ペーパーベースの合理的配慮が効果的ではないことを知っていた、又は知っていたはずであるといえる。従って、誠意をもって可能な合理的配慮を模索することに失敗していた、と結論づけることができる。ある状況では、効果的なコミュニケーションを可能にするために、ペーパーベースの資料で十分であるかもしれないが、長期間にわたる会議など情報が複雑である場合、これは不十分で適格な通訳者が必要となることがある。一般に、通訳が必要かどうかを判断する際に考慮すべき要素には、コミュニケーションが行われている状況、関与している人の数、情報の重要性が含まれる。本件では、会議で伝達される情報の性質や会議の長さを考慮せず、被告の恣意的な判断によって決定された。なぜなら、最終的に被告は、月の定例会議には通訳者を提供することを決めたが、30 分から 1 時間しかかからない週の定例会議では通訳者を提供しなかった。被告は、月 1 回の手話通訳者の提供で十分であると感じていたからである、と証言しているが、手話通訳サービスは最低 2 時間のサービス料金がかかったため、2 時間未満の定期的会議のための通訳を提供することを拒否していたと推測できる。被告は効果的な様々な配慮の中から選択する裁量権をもち、被用者が好む配慮を提供する必要はないが、使用者は効果的ではない合理的配慮を提供することによって ADA の義務を満たしたことはない。本件被告は、誠実に対インタラクティブ・プロセスに従事しなかったといえる。

その上で、第 9 連邦巡回控訴裁判所は、書面による会議記録が原告に対して、他の被用者と同等に会議に出席する利益を享受するのに十分であったか否かに関して事実上の争点が存在するとして、差戻した。

⁸⁵ *Id.*, at 1111.

⁸⁶ *Id.*, at 1112.

(5) Cloe 事件

合理的配慮は、インタラクティブ・プロセスという労使の協議による相互理解を経た結果提供されるので、その提供に時間がかかることもあり、合理的配慮の提供の遅延や、提供された合理的配慮に効果がないこと自体で ADA の違反とはいえない。これを示した事例として 2013 年の Cloe 事件⁸⁷がある。

同事例において、市役所で欠陥住宅プロジェクトのマネージャーとして働いていた原告は、多発性硬化症を患い、週 3 回程度デスクワークでしか働くことができなくなった。同人は、歩行が困難なため個人用プリンターと、職場近くの駐車場を合理的配慮として請求した。以前から原告は、職場から 2 ブロック離れた駐車場を与えられていた。しかし、障害により駐車場から職場まで歩くことが困難となった。原告は、これを市に伝えたが、市はこの対処をしなかった。原告は、自身で駐車料金を支払い、職場の向かいの駐車場に駐車することにした。2 ヶ月後再び、原告は医師の診断書を市に提出し、職場近くの駐車場を要求した。これを受けて市は、職場の正面の駐車場を提供した。原告は同駐車場の利用をしたが、同駐車場は駐車が難しかった。原告はこの旨を市に伝え、市は、1 ヶ月後に職場の訪問者用地下駐車場を原告に提供した。しかし、地下駐車場は常に訪問客でいっぱい、原告の出勤時に駐車をすることが困難であった。原告は、駐車場とプリンターの提供については適切であり満足していたが、この提供過程が不適切であり遅れが生じたことが、合理的配慮違反であると提訴した。

第 7 連邦巡回控訴裁判所は、本件合理的配慮の提供の遅延は、ADA 違反ではないとした。「合理的配慮は 1 回限りの結果ではなく、プロセスである。」⁸⁸ 使用者は合理的配慮をリクエストされたそのときに、正確に要求された合理的配慮を提供する必要はない。そして、本件においてはインタラクティブ・プロセスが失敗したとはいえない。市は、原告から駐車場の変更の必要性を知らされた後、職場の正面の駐車場を提供した。それがうまくいかなかったとき、市は職場の訪問者用地下駐車場の使用許可証を与えた。

「それもうまくいかなかったとき、市は職員用の地下駐車場を与えた。これは明確に ADA が要求する『インタラクティブ・プロセス』である。振り返ってみると、最初から原告に職員用の地下駐車場を与える方がはるかに簡単だったが、それは振り返ってみなければわからないことである。市は、訪問客用地下駐車場や向かいの駐車場が原告にとって不十分であることを知る手段はなかった。」⁸⁹

⁸⁷ Cloe v. City of Indianapolis, 712 F.3d 1171(7th Cir. 2013). 同事例において原告は歩行困難だけでなく、読み書きも困難になり、さらに ADHD・パニック障害もあり上司や顧客との意思疎通が難しく、監督者に対して不服従であり、いい加減な態度であったため職務遂行能力の欠如を理由に解雇された。原告は、合理的配慮の遅延だけでなく、同解雇を障害に基づく差別として提訴している。不当解雇について第 7 連邦巡回控訴裁判所は、職務遂行能力の欠如による解雇であり、障害者差別ではないと結論付けた。

⁸⁸ *Id.*, at 1178.

⁸⁹ *Id.*, at 1178-1179.

それにもかかわらず、市は、これらの駐車場が適切でないとなると、新しい合理的配慮を適切なスピードで提供していた。この努力は適切なものであった。

またプリンターの提供に関しては、最終的にプリンターが提供されたのは原告の要求の2週間から1ヵ月後（正確な期日は不明である）であり、原告はこの遅延を不服としている。しかし、その間、市は他の被用者に提供されているプリンターを探し出し、その被用者からプリンターを譲り受けて原告に提供せねばならず、時間がかかったのである。原告は、市が新しいプリンターを購入したりレンタルしたりするなどして、遅延なくプリンターの提供を行わなければならなかったと主張する。しかし、他の被用者からプリンターを譲り受けなければ原告にプリンターを提供できなかった事実から、同職場には余分なプリンターが存在しなかったことは明らかである。新しい備品を購入する場合、

「地方自治体は、納税者の税金を使用する前に代替的措置を行えるかどうか判断をするために時間をとる権利がある。いずれにせよ、合理的配慮を選択する最終的な決定権は使用者にあり、使用者は、被用者が要求した合理的配慮とまさに同じ合理的配慮を提供する必要はない。」⁹⁰

市がプリンターを探し、最終的にプリンター提供に2週間から1ヵ月かかったことは不合理とはいえない。このような判断から、第7連邦巡回控訴裁判所は原告の訴えを棄却した。

3.4.2 インタラクティブ・プロセスの判例の考察

アファーマティブ・アクションは、マイノリティ集団に対して採用前や昇進時などにおける優先的取扱をする、といった一過性の措置である。しかし、合理的配慮は、継続性、個別性・個人性ある義務である。合理的配慮の継続性、個別性・個人性を担保するには、使用者が合理的配慮の有効性について全てを見通していることは不可能であるため、労使が継続的に協議するインタラクティブ・プロセスが要求されるのである。直接差別のように、差別行為を行わなければ違法行為を免れるのではなく、合理的配慮は障害被用者を雇用し続ける限り、継続的に課される義務である。

そして、使用者は、原告の障害やその障害への適切な対処がわからない場合が多いため、インタラクティブ・プロセスは原告からの申し出によって発生する⁹¹。一方、使用者が医学的情報の提供を障害被用者に要求しているにもかかわらず、障害被用者がこれを提出しない場合にはインタラクティブ・プロセスの不履行の責任は障害者側にある。障害被用者が合理的配慮を申し出た際に、障害被用者は、ADAに言及したり、合理的配慮という言葉を使用したりする必要はない。しかし、その通知の内容は、「十分に直接的かつ特定の」でなければならない⁹²、わかりやすい英語を使用しなければならない。

⁹⁰ *Id.*, at 1179.

⁹¹ *EEOC v. Convergys Customer Mgmt. Group, Inc.*, 491 F.3d 790 (8th Cir. 2007); *EEOC v. Chevron Phillips Chemical Co., LP*, 570 F.3d 606 (5th Cir. 2009);

⁹² *Smith v. Midland Brake, Inc.*, at 1172; *Hendricks-Robinson v. Excel Corp.*, 154 F.3d 685, 694 (7th

法文にはインタラクティブ・プロセスが明記されていないこともあって、判例は合理的配慮を行っていれば、インタラクティブ・プロセス自体の不履行をADA違反とはしていない。これは、「実体的な結果が求められるのか」「手続的過程を重視するのか」という問題であり、裁判所は手続的過程を重要視するものの、手続的過程の不履行をもってADA違反とはせず、結果的に実体面が保障されていれば手続的過程の適切性については考慮していなかった。しかし、本当に、合理的配慮とは実体的側面が担保されていれば、誠実な手続的過程の遵守義務はないのだろうか？

Smith 判決が、インタラクティブ・プロセスを合理的配慮に含まれる義務の一部としたものの、その後の判例はインタラクティブ・プロセスの不履行自体を ADA 違反とはしなかった。Bunn 判決において、使用者は視覚障害者の原告をダイニング・ポジションに単独で排他的に任命するという合理的配慮を行っていた。しかし原告は、この合理的配慮を不服とし、使用者が自身を他の被用者と共に働くことができるような合理的配慮とインタラクティブ・プロセスを怠っていたとして提訴した。第 2 連邦巡回控訴裁判所は、ダイニング・ポジションに任命するという合理的配慮がすでに履行されており、インタラクティブ・プロセスの不履行についてのみの単独の訴因はないとした。同事例では、原告の職務遂行能力に制限がある状況で雇用を維持するためには、従前の措置は適切な合理的配慮であったといえる。原告の要求した他の被用者と共に働くことができるような合理的配慮については、証拠不十分であることは否めない。

Noll 判決において、聴覚障害者のソフトウェアエンジニアの原告は、非障害者の同僚と同様に即時に音声情報を理解して職務を遂行できるような合理的配慮を要求していたが、使用者がこれを拒絶したため合理的配慮とインタラクティブ・プロセスの不履行で提訴をした。第 2 連邦巡回控訴裁判所は、インタラクティブ・プロセスは合理的配慮がすでに達成されている場合には行う必要はないとして、同事例において使用者は数日のタイムラグはあるが原告に文字起こし資料を提供できるようにしており、合理的配慮を尽くしていたと判断した。計 8 万個を超えるオーディオ・ファイルとビデオ・ファイルの全てに文字起こし資料・字幕を提供することは実質的に困難といえ、たとえ数日の遅れがあっても使用者は原告に文字起こし資料を提供できるようにしており、使用者が従前に講じていた措置は適切な合理的配慮であったと考えられる。

また、車を運転して顧客宅に訪問する技術運営管理者がてんかんの発作により運転ができなくなった Minnihan 判決において原告は、自身の職務から車の運転を免除することを合理的配慮として要求したが、使用者は同職務から車の運転を免除することはできないとして同請求を拒絶した。原告は、使用者が合理的配慮とインタラクティブ・プロセスを怠ったと主張したが、第 8 連邦巡回控訴裁判所はインタラクティブ・プロセスに従事しなかったこと自体では ADA 違反に該当しないと、使用者は、原告の 3 度のてんかんの発作のたびに職務の再編成、勤務地の異動、配置転換を考察し、話し合いの場を設けており合理的配慮の不履行はなかったと判断した。車社会のアメリカにおいて顧客宅訪問を主たる職務とするポジションから、車の運転を免除することは難しかったといえ、使用者は、原告の症状において雇用を維持するために適切な合理的配慮を提供していたと考えられる。

Cir. 1998); Taylor v. Principal Financial Group, at 165.

これらの判決結果は、妥当であると考え、インタラクティブ・プロセスについての解釈には疑問がある。上記の判決は全て、結果的に合理的配慮の実体があればいいという解釈である。確かにインタラクティブ・プロセスを行ってさえいれば、障害者のニーズは満たされるわけではない。インタラクティブ・プロセスを行っていても、実際に措置が講じられていれば、障害者の不利益は除去される場合もある。しかし、「インタラクティブ・プロセスは、…合理的配慮がすでに達成されている場合には行う必要はない」⁹³というのは、合理的配慮の本来の性質を見失っているといえる。障害というのは、人種・性などの他の属性のように固定化されたものではない。黒人であるという状態は、不変のものだが、障害は、その症状が変化しそれに応じて直面する障壁も異なる。適切であると思われた合理的配慮もその後、効果がなくなることもある。だからこそ、合理的配慮の提供過程においてインタラクティブ・プロセスが要求されるのであり、合理的配慮は、アファーマティブ・アクションでは達成できなかった平等を実現する手続的正義なのである。

3.5 イギリス法における合理的配慮の手続的側面

イギリスではインタラクティブ・プロセスという言葉は使用しないが、イギリスの障害者差別の文脈でも事前の個別化・個人化された合理的配慮を担保するために、労使双方の協議過程が重要視されている。イギリスは「障害の社会モデル」の発祥の国であり、アメリカに遅れること5年、障害者差別禁止法(Disability Discrimination Act 1995、以下 DDA)を制定した。ADAと同じく DDA も障害者に対する合理的配慮を規定している⁹⁴。DDA は、2010 年に、多くの分野にまたがる差別禁止法間の調和を図り、差別禁止法を強化することを目的とした性、人種、障害を含む9つの差別禁止法をひとつの法律に規定する「平等法(Equality Act 2010)」に統合された。平等法

⁹³ Noll v. International Business Machines Corp., at 98.

⁹⁴ 1995 年の DDA は EU の雇用均等枠組指令 (Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303/16 (2000).) と適合していない部分に関しては、2003 年の「1995 年障害者差別禁止法 (改正) 2003 年規則 (Disability Discrimination Act 1995 (Amendment) Regulations 2003)」と 2005 年の「2005 年障害者差別禁止法 (Disability Discrimination Act 2005)」によって 2 回改正されている。2003 年規則は、EU 指令の影響を受け、以下の変更を行った。すなわち、①1995 年法では明示規定されていなかった直接差別、ハラスメントの禁止、②「合理的配慮義務」の不履行の正当化の抗弁を削除、③自身が障害者ではない人々に対する見せしめ差別の禁止、④雇用分野において保護される者及び場面の適用範囲の拡大、である。一方、2005 年法は、判例の蓄積や障害者運動家の批判の影響を受け、障害者間の不均衡を是正し同法の適用対象者を広げるために、「障害の定義」に関して 2 つの改正を行った。1 つ目は、精神的機能障害の要件の変更であり、2 つ目は、がん、多発性硬化症、筋ジストロフィー、HIV のような進行性の症状を有する者の障害の要件の変更である。このように現在では、EU 指令や判例の影響を受けて、広範に障害者の差別を禁止する法律となっている。合理的配慮については、その条文が 1995 年法では 6 条から 2003 年改正法で 4A 条に条文番号が変更された。1995 年法が適用されている事例については、合理的配慮は 6 条を、2003 年規則が適用されている事例では 4A 条を用いる。杉山有沙『障害差別禁止の法理』(成文堂、2016 年) 47-48、67-68、77-84、103-105 頁；鈴木隆「イギリス障害者差別禁止法における障害の定義の改正」島大法学 51 巻 2 号 (2007 年) 59-87 頁。

20 条及び 21 条において、障害者に対する合理的配慮が規定されている。この規定は DDA4A 条の合理的配慮義務条項を受け継ぐものである。

イギリスではこの合理的配慮の事前協議過程のことを「アセスメント」と呼んでおり、法文規定されていないが、この有無が合理的配慮の成否に重要な役割を及ぼすとした判例がある。このアセスメントについて対照的な判断を行ったものとして Cambridge 審決⁹⁵及び Tarbuck 審決⁹⁶があり学説でも議論されている。2003 年の雇用控訴審判所 (Employment Appeal Tribunal)⁹⁷における Cambridge 審決は、法文に規定されていないが使用者と障害被用者が協議を行う事前のアセスメント過程が合理的配慮の具体的な内容に含まれるとした点で注目すべき事例である。

3.5.1 Cambridge 審決

Cambridge 事件の事実概要は以下である。総合病院で受付業務のチームリーダーとして勤務していた被用者は、職場の解体工事が行われた際に、粉塵が舞ったことで、声帯が湾曲し気管支炎を罹患した。同症状は障害と診断され、同人は休職をした。同人の復職に際し、使用者は、従前よりも小規模部門ではあるが空きポジションへの配置転換を同人に提案した。しかし、同人は、ポストの変更によって精神的ストレスを負い症状が悪化するとカウンセラーが診断したことを理由に、同配置転換を拒絶し、勤務時間を軽減して従前の職務に復帰した。しかし、公共交通機関を使用して通勤すること、声を出さずに就業することが困難であり、職場の香水や消臭剤の香りのために症状が悪化した。医師は、同人が勤務を継続するためには、1 日 2 時間、職務を履行することが回復を促すと診断した。しかし、使用者は、合理的な勤務時間及びフルタイム就業の形態で勤務を続けることができない場合、解雇すると決定し、最終的に同人の復職困難性・職務遂行能力の欠如に関する医師の診断を根拠に同人を解雇した。

これに対して、被用者は、使用者が自身の職務継続又は復職のために話し合いの機会をもたず、職務上の仕組みに調整を行うことを事前に考慮する合理的配慮を怠ったとして不服申立てをした。使用者は、復職に際し配置転換の提案を行っていたので合理的配慮の不履行は免れ、解

⁹⁵ Mid Staffordshire General Hospitals NHS Trust v Cambridge [2003] IRLR 566.

⁹⁶ Tarbuck v Sainsbury's Supermarkets Ltd. [2006] IRLR 664.

⁹⁷ 本稿は、雇用審判所 (Employment Tribunal)、雇用控訴審判所 (Employment Appeal Tribunal) の判断を「審決」「審決例」とする。審判所とは、国務大臣の下に専門に設置された行政機関で、個別的法律ごとに専門家に審判を行わせる準司法機能を果たす機関である。田島裕『議会主権と法の支配』(有斐閣、1979 年) 133-135 頁。審判所は、略式の司法裁判所として通常の司法裁判所の代わりを務め、司法裁判所の費用、形式性、及び遅延を避けることを目的としている。また、審判所は、司法裁判所と同様に政府部局から全く独立しており、その司法機能について政府部局から干渉を受けることはない。控訴審判所の判断に不服がある場合は、司法裁判所の控訴院 (Court of Appeal)、そして最終的には貴族院

(House of Lords) へ上訴することができる。審判所は、上訴と司法審査の手段とによって直接的に裁判所と関係をもっており、裁判機構の構成部分であると見られている。B. シュウオーツ・H. W. R. ウェイド『英米行政法：政府過程の法的コントロールに関する比較研究』(堤口康博訳)(成文堂、1976 年) 156-161 頁。本稿で取り上げるような、労働法に関わる紛争を処理する審判所は雇用審判所と呼ばれ、同審判所の判断が実質的には労働判例として機能している。DDA に違反する雇用差別の申立ては、全て雇用審判所に対してのみ行うことができる。

雇の理由が原告の職務遂行能力の欠如及び使用者の予算状況であるため同解雇は不法行為には該当しないと主張した。

以上のような事実を前提として、第1審の雇用審判所(Employment Tribunal)は、本件は合理的配慮が使用者に課せられる事例であると認定し、同解雇を不当解雇とした。なぜなら、本件は6条1項⁹⁸の規定する合理的配慮義務の発生要件である「使用者の所有する不動産の物理的特徴が…非障害者と比較して当該障害者を実質的に不利な状況に置いている場合」に該当するからである。すなわち、本件被用者は、「使用者の所有する不動産の物理的特徴」によって、身体症状に悪影響を及ぼし短時間しか勤務できなくなり、非障害者の他の被用者と比較して「実質的に不利な状況」に置かれていたため、6条の要件を満たしていた。

その上で、雇用審判所は、6条の障害者の不利な状況を「防止するための合理的措置を講じる」という文言は、障害者の不利益を防ぐための合理的な措置とは何であるかを使用者が考えることを含むとし、本件において講じられるべきであった調整の内容には、使用者が本件被用者の被っている不利益を減少又は除去するために必要な措置についてアセスメントを行うことが含まれるとした。使用者は、たった1人の医師の診断にのみ依拠し解雇の決定を行っており、配置転換の提案、その他の合理的配慮、本件被用者の病状の経過・予後に関して原告自身、同人の家庭医、カウンセラーなどから情報を集めることはなかった。このようなアセスメントは十分なものとはいえず、この状況において解雇することは障害者差別に該当すると判断した。

この審決に対して、使用者は、アセスメントを行っていなかったからといって本件被用者の不利益を考慮していなかったとはいえず、また、アセスメントが合理的配慮の内容に含まれるとDDAに規定されていないため、アセスメントを行わなかったことが合理的配慮義務の不履行に該当するとはいえないとして、雇用控訴審判所に上訴した。

雇用控訴審判所は上訴を棄却し、障害者の不利益を取り除くために何が必要かと協議する適切なアセスメントを行うこともまた、合理的配慮の重要な一部であると判断した。なぜなら、アセスメントを行わなければ、どのような措置が障害者の不利益を緩和するか使用者は認識することができず、多くの事例において合理的配慮は事実上効果のないものになるからである。すなわち、

「障害者は、職場で実質的に不利な状況に置かれている場合が多い。使用者は適切なアセスメントを行うことなく、どのような措置を行えば障害者の不利益を改善するかわからない場合が多い。そうしたアセスメントを講じることが使用者に課せられた合理的配慮義務に含まれないならば、多くの事例において合理的配慮義務は事実上効果のないものになる。我々は議会がそのようなことを意図していたとは思わない。…障害者の不利益を取り除くために何が必要かを特定するための適切なアセスメントは、6条1項が課した当該義務の必要な一部である。なぜなら、どのような措置が講じられるべきかという適切なアセスメントなく、使用者はその義務を遵守することができないからであ

⁹⁸ DDA 1995, s. 6(1).

(a) 使用者により若しくは使用者の代わりに適用された仕組み (arrangement) が、又は

(b) 使用者の占有する全ての不動産の物理的特徴が、

非障害者と比較して当該障害者を実質的に不利な状況に置いている場合には、いかなる状況においても、使用者はその効果をもつ仕組み、又は特徴を防止するために、合理的な措置を講ずることが使用者の義務である。

る。…アセスメントなく、どのような調整が合理的で、可能性があつて、そして効果があるか、使用者が知ることは不可能である。我々の審決においては、アセスメントを行うことは 6 条の義務と切り離すことができない。なぜなら、その義務の達成は、必要な前提条件であり、それ故合理的配慮義務の一部だからである。」⁹⁹

雇用控訴審判所は、使用者はアセスメントを行っていないので、合理的配慮の履行を立証することはできない、として上訴を棄却した。このように Cambridge 審決は、被用者のニーズを特定し難い障害者雇用の文脈において、アセスメントによって適切な情報を得ることなく、障害者の不利益を除去することはできないと考え、合理的配慮の手続的側面を重視した。その結果、アセスメントを行うこと自体が合理的配慮の内容であるという判断である。しかし、このアセスメント自体が合理的配慮の内容に該当するか否かについて、その後の Tarbuck 審決は別の判断を示した。

3.5.2 Tarbuck 審決

Cambridge 審決の 3 年後に、障害者のために新しい職務を創設することが合理的配慮に該当するかどうかについて判断を行った雇用控訴審判所の Tarbuck 審決¹⁰⁰は、Cambridge 審決の法理を否定した。

Tarbuck 事件の事実概要は以下である。ビジネスアナリスト及びプロジェクトマネージャーとして雇用されていた原告は、うつ病を罹患し長期休職をしていた。同人は使用者との同意の上で、リハビリ期間を経て徐々に復職することが約束されていた。しかし、同人のリハビリ期間中、使用者側に財政的問題が生じ、被用者の勤務時間・賃金をカットしなければならなくなった。従って、使用者は他の被用者と同様に、同人に対して余剰人員の対象となる「おそれ(at risk)」があると通知した。余剰人員の「おそれ」がある被用者は、自身の所属部門の空きポストに応募する優先権をもつことになっていた。しかし原告は、余剰人員の「おそれ」のある状態に置かれていたことで、不利な状況にあり、リハビリ後の復職を妨げていると使用者に伝えた。従って、使用者は同人を余剰人員の「おそれ」がある状態から外した。

同人は、次の職務として財務システム部門の面接を受けたが、余剰人員の「おそれ」がある対象から外れていたため、優先権を失っており配属されなかった。同人は現行職務が終了し、次の任務が決まっていなかったことで、うつ病が悪化した。同人は、たとえ自身の希望で余剰人員の「おそれ」がある状態から外れていたとはいえ、優先状態に置かれていなかったことで不利な状況に置かれていると使用者に伝えた。従って、使用者は再び、原告を余剰人員の「おそれ」がある状態に置き、優先権を与えた。その後、使用者は原告に 3 ヶ月の短期任務を提案したが、うつ病が悪化したことを理由に、同人はこれを断った。次に、原告は経営システム管理者の空きポストに応募した。同人は、同職務に適していたが、使用者は当該空きポストを充足させないと決定していたので、面接は行われず、同人は配属されなかった。最終的に、使用者は同人を正式に余剰人員として解雇した。

⁹⁹ Mid Staffordshire General Hospitals NHS Trust v Cambridge, at.17.

¹⁰⁰ 同審決については野村が紹介している。野村晃「イギリス障害者差別禁止法における使用者の合理的調整義務と法的・実践的争点 (2) : 貴族院の『重要原則』の展開と DDA の改正」日本福祉大学社会福祉論集 119 号 (2008 年) 75-102 頁。

これに対して原告は、リハビリ期間中に余剰人員の対象に選ばれたこと、及び次の職務がないことによつてうつ病が悪化したと主張し、使用者は、自身が他の職務を探す際に適切な便宜を図るといふ合理的配慮を怠っていたとして、障害者差別の不服申立てをした。

第1審の雇用審判所は、Cambridge 審決に倣い、原告が代替職務を探す過程で、使用者が必要な援助について同人と協議の機会を設けなかったこと、及び同人が新しい職務に配属されるような特別な便宜を図らなかったことが合理的配慮義務の不履行に該当するとした。すなわち、確かに使用者は、同人を余剰人員の「おそれ」のある状態から外すなどの相談に応じていたが、これは不十分で、かように複雑な事例においては職業衛生に関する経験ある専門家を伴い、次の職務を探す際の不利益を除去するための措置について同人と協議するアセスメントを行うべきであったと判断した。これに対し、使用者側は、合理的配慮の問題を単に話し合いの問題だと捉えることは誤りであると主張した。

以上のような事実に対し、第2審の雇用控訴審判所は、雇用審判所の判断を覆した。すなわち、使用者は原告が配属を希望した経営システム管理者ポストの欠員は補充しないと決めており、非障害者に対しても同ポストの面接は行わず、配属をしなかった。このような状況下で同人は、他者と比較して不利な状況に置かれているとはいえない。従って、同人にのみ面接を行い、障害者用に必要ではない職務を創設する義務は存在しないと判断した。さらに、雇用控訴審判所は、アセスメントが合理的配慮に含まれるという Cambridge 審決の判断を否定し、どのような調整が必要か障害被用者に相談する義務が「他の義務から区別された別個の合理的配慮義務とはならない。」と判断した¹⁰¹。その理由付けについて雇用控訴審判所は以下のように述べる。

「(合理的配慮義務の)唯一の問題は(話し合いを行ったか否かにかかわらず、)客観的に使用者が当該義務を遵守したかどうかのみである。…使用者が要請されている調整を履行していれば、話し合いを行わなかったこと、又は合理的配慮義務を知らなかったという事実は重要ではなくなる。それは、偶然かつ考察を行っていない(合理的配慮義務の)遵守かもしれないが、それで十分である。逆に、使用者が要請されている措置を履行していない場合、当該被用者と話し合っていたことは、何ら役に立たない。」¹⁰²

Tarbuck 事件の第1審の雇用審判所は、Cambridge 審決を参考にして当事者間での話し合いというアセスメントが合理的配慮に該当すると判断したが、第2審の雇用控訴審判所はこの考えを否定し、合理的配慮には何が必要な調整か話し合う調整の前段階は含まないと判断した。なぜなら、話し合いをもつことだけでは、障害者の不利益を除去したことにはならない。話し合っていないことも実際に措置が講じられていれば、不利益は除去されているからである。とはいえ雇用控訴審判所は、「アセスメントを履行することは優れた行いであり、もしもこれを怠った場合、使用者の法的立場を危険にさらしうる。」と付け加えている¹⁰³。すなわち、アセスメント自体の重要性については認めているが、それが合理的配慮の具体的内容に該当するか否かといえば違うというのが Tarbuck 審決のスタンスであると考えられる。

¹⁰¹ Tarbuck v Sainsbury's Supermarkets Ltd., at 72.

¹⁰² *Id.*, at 71.

¹⁰³ *Id.*, at 72.

3.5.3 両審決以降の動向

Cambridge 審決と Tarbuck 審決は対照的な判断を示したが、両審決共に雇用控訴審判所の判断であり、審決例対立の状況となっただけである。従って、Cambridge 審決において確立された法理は、Tarbuck 審決によって克服されたわけではなく、現在も効力を維持している。

例えば、コンピュータソフトウェア技術者として雇用された視覚障害者が職務遂行のために必要なソフトウェアの訓練を要求した Williams 審決において使用者は、同訓練にかかる費用が予算を超えるものであったことを理由に合理的配慮義務の不履行が正当化されると主張した。しかし、控訴院は、訓練、適切なソフトウェア、及び適切な職務の提供を怠ったことが合理的配慮義務違反に該当すると判断した。すなわち、たとえ合理的配慮の提供にかかるコストが高額であろうと、「(使用者は)適切な調査・アセスメント、及び事前に潜在的なコストについて調査を行わなければならない」ず、これが行われていない状況下で、「合理的配慮義務の不履行の理由は、重大でも実質的でもない」としてコストを理由にした不履行は正当化されないとした¹⁰⁴。

また、専門学校の工学科の教員が声帯に障害を負い、大きな声を出して講義をすることができなくなった Randall 審決において使用者は、当該教員にとってどのような調整が必要か、また当該教員が提案していた拡声器の提供が効果的かどうかわからないので、合理的配慮義務の不履行は正当化されると主張した。これに対し、雇用控訴審判所は Cambridge 審決を引用し、どのような調整が必要か、また拡声器が効果的かわからなかったならば、障害被用者に健康診断書を開示し協議することで必要な調整の内容、及び拡声器の効果について知ることができたと考えた。そして、「当該義務は、使用者が適切なアセスメントを行うことなしには遵守することができないので障害者の不利益を除去するために必要とされる措置についての適切なアセスメントは、6条1項によって課された義務の必要な一部分である。」と判断し、当該事例において必要なアセスメントが行われていないので、証拠不十分とした¹⁰⁵。

さらに、視覚障害者がプロジェクト・マネジメントの資格試験を受けるに際して、コンピュータに音声認識ソフトを備え付けることを要求した Latif 審決においてプロジェクト・マネジメント協会は、要求された備品提供にかかるコストとセキュリティの問題から代わりに代読者、及び倍の試験時間の提供を行った。原告は資格試験自体には合格したが、自身のニーズを考慮することなく、プロジェクト・マネジメント協会の標準的な視覚障害者に対する対処マニュアルに基づいて対応されたことを不服として、合理的配慮義務の不履行の不服申立てをした。使用者側は、Tarbuck 審決に依拠しアセスメントは法的義務ではなく、合理的配慮は正当に履行していた、と主張した。これに対して、雇用控訴審判所は、使用者は原告と相談し同人の意見を聞くことで同人の特定の状

¹⁰⁴ Williams v J Walter Thompson Group Ltd [2005] IRLR 376, at., 39-44. 同審決について、Doyle は、雇用審判所は「使用者が実際に行った措置について参考にすることなく…(障害者に対する不利な取扱に該当したかどうかについて)判断するべきではない。」として、十分な証拠に基づいた客観的な判断が求められているとする。Brian Doyle, *Disability Discrimination: Law and Practice*. 6th ed. (Jordan Pub., 2008) p.62.

¹⁰⁵ Southampton City College v Randall [2006] IRLR 18, at 26-27. Randall 審決と後述 Latif 審決に関して杉山は、Randall 審決を事前手続に関する審決例ではなく、新しい雇用の創出に関する審決例として紹介している。杉山・前掲注(94) 113-115、119-121頁。

況に見合った妥当かつ適切な調整を認識することができたはずで、適切なアセスメントを怠っていたため、合理的配慮義務の不履行を正当化することはできないとして使用者側の上訴を棄却した¹⁰⁶。

このように、合理的配慮を尽くしたというには、使用者は事前に調査・アセスメントを滞りなく行わなければならない、事前の調査・アセスメントによらず使用者の主観で行動することが障害者差別に該当すると判断される傾向にある。

3.5.4 イギリスにおける合理的配慮の手続的側面に対する学説

事前の調査・アセスメントという手続的過程が合理的配慮の具体的な内容に該当するか否かについて Cambridge 審決と Tarbuck 審決で判断が分かれたが、上記のように、現在のところ審判所の多くは、Cambridge 審決に倣い事前の調査・アセスメントなくして障害者を取扱うことは合理的配慮義務違反であると判断している。そして、学説の大多数もこれを支持している。

すなわち、人権法の研究者である McColgan や Doyle は、合理的配慮には障害者の提案によって具体的な調整が使用者に義務付けられる事後的性質だけでなく、「事前対策的性質」が存在すると表現し、障害者のニーズを使用者側から探し出すことを要求した Cambridge 審決を「事前対策アプローチとしてなされる合理的配慮の一環」とであると支持する¹⁰⁷。また、差別禁止法の研究者である Lawson は、アメリカの Schwab と Willborn の論文を引用し¹⁰⁸、合理的配慮の手続過程故に障害者に対するステレオタイプを除去することができ、「使用者は障害者によって特に要求されていない合理的配慮義務の不履行の責任を負うということ」も明らかに可能であるとする¹⁰⁹。

しかしながら、一部の学説は、調査・アセスメントという事前手続が合理的配慮の具体的な内容ではないという Tarbuck 審決を支持している。例えば、商法及び雇用法の専門家である Keen と Oulton は、「対話をもつことだけでは、(障害者が被る)不利益を除去することはできない」ので、何が合理的配慮か話し合うこと自体は、合理的配慮の内容には該当しないとする¹¹⁰。また、労働法及び差別禁止法の研究者である Monaghan もアセスメント自体が合理的配慮の内容ではな

¹⁰⁶ Project Management Institute v Latif [2007] IRLR 579, at. 34-35. 事前手続の重要性について取り扱った審決は、その他に FU v London Borough of Camden [2001] IRLR 186. と Smith v Churchills Stairlifts Plc [2006] IRLR 41. の 2 件がある。いずれも雇用控訴審判所の審決である。FU 審決及び Smith 審決共に、Cambridge 審決と同様に、使用者の主観を排した事前調査を行わなかった場合、DDA に違反すると判断している。

¹⁰⁷ Aileen McColgan, *Discrimination Law: Text, Cases and Materials* (Hart Pub., 2005) p.599; Doyle, *supra* note 105, p.54. アメリカは、使用者と非障害者の事前の協議過程について「アセスメント」ではなく「インタラクティブ・プロセス」という用語を使用している。インタラクティブ・プロセスは、法文に明記されていないが、「ADA に本来備わっている義務」と判断されている。

¹⁰⁸ Stewart Schwab & Steven Willborn, “Reasonable Accommodation of Workplace Disabilities,” 44 *Wm. & Mary L. Rev.* 1197 (2003).

¹⁰⁹ Anna Lawson, *Disability and Equality Law in Britain the Role of Reasonable Adjustment* (Hart Pub., 2008) p.80.

¹¹⁰ Spencer Keen & Richard Oulton, *Disability Discrimination in Employment* (Oxford Uni. Pr., 2009) pp.123-124.

いとする。すなわち、「アセスメントを行うことが合理的配慮に含まれると解釈することは制定法上規定されておらず、合理的配慮の規定にこのような内容を加えるのは不当であり、この考え方は、合理的配慮の性質及び法の遵守方法についての誤解を招く。」¹¹¹例えば、障害者と話し合い、ニーズを認識していたにもかかわらず調整を履行しない使用者もいれば、障害者と対話を持たずニーズに気がついていなかったが、偶然にも調整を行っていた使用者も存在する。従って、Monaghan は、「ただアセスメントを行ったという理由のみで、合理的配慮を果たしたことにはならず、アセスメントの有無で「合理的配慮が履行されたかどうかの問題に答えるものではない。」と述べる¹¹²。

このように、手続的過程を合理的配慮の内容に含めることに否定的な学説は、合理的配慮の実体的側面を重視し、合理的配慮の具体的な内容に手続的要素を含めることで、使用者の混乱を招き、また障害者の不利益を実質的に除去することができなくなると考えている。すなわち、合理的配慮が履行されたかどうかは客観的なものであり、雇用審判所が事実問題に基づいて判断すべきということである¹¹³。

しかし、Lawson は、否定説が強調している合理的配慮の実体的側面によって「隠されてしまっているが、合理的配慮の手続的側面は同義務の決定的な要素であるという視点を無視することはできない」と主張する¹¹⁴。すなわち、手続的側面がなければ、同義務の実体的側面は担保できない。障害という属性は千差万別であり、そのニーズや不利な状況は個人ごとに異なる。使用者と被用者の間の相互作用及び協議がなければ、使用者は障害者の能力とニーズを客観的に把握することができず、合理的配慮が障害者にとって真に有用なツールとなることは困難である。合理的配慮の手続的側面を強調する学説は、この点を重要視し、事前の調査・アセスメントという手続的過程が法に当然内在するものであると捉えている。とはいえ、手続的義務の履行で実体的内容の不備を正当化するとした判例は存在しないことに留意しなければならない。なお我が国の先行研究で、イギリス法のアセスメントについて取り上げたものはない。

3.6 第3章のまとめ

合理的配慮とアファーマティブ・アクションは、マイノリティの平等達成のために属性に基づく別異取扱を要求する点で共通している。しかし、アファーマティブ・アクションは、マイノリティの数的バランスの是正を目的とした特定の属性集団全体に作用する過渡的で自動的な優先的取扱である。しかし、合理的配慮は、個別的・個人的分析に基づき、障害者が現在直面する障壁を探し出し、これを除去する継続的な義務である。個別的・個人的検討の結果、合理的配慮には優先的ではない措置もありえ、非障害者を標準として構築された社会において障害に基づく障壁を除去し、雇用の機会を保障しようとするものであった。「アファーマティブ・アクション＝優先的取扱」だが「合理的配慮＝優先的取扱」ではなく、合理的配慮が優先的取扱を含む場合もある、という一点のみで合理的配慮とアファーマティブ・アクションが同義であるとはいえない。合理的配慮とアファーマテ

¹¹¹ Karon Monaghan, *Equality Law* (Oxford Uni. Pr., 2007) p.384.

¹¹² *Id.*, p.385.

¹¹³ *Id.*, p.384.

¹¹⁴ Lawson, *supra* note 109, p.78.

イブ・アクションは異なる概念であり、「合理的配慮＝アフーマティブ・アクション」という根拠の下、合理的配慮の権利性を否定することはできない。

継続的、個別的・個人的な対話・検討といった手続的過程は、合理的配慮の重要な特性で、実際の判例において裁判所も重要視していた。しかし、この手続的過程の不履行自体が、合理的配慮違反で、障害者差別といえるかどうかは意見が分かれていた。イギリスの Cambridge 審決は、アセスメントという手続的過程自体を合理的配慮の一部とし、この不履行をもって合理的配慮の不履行とした。アメリカ法では、手続的過程であるインタラクティブ・プロセスの不履行をもって合理的配慮の不履行と認定した判決はない。この点でイギリス法の方が、アメリカ法よりも手続的過程を重視していると思われるかもしれない。しかし、イギリス法には、合理的配慮の適用対象は職務遂行能力のある「有資格の個人」に限定される、という要件規定がない（「有資格の個人」については第4章で検討する）。従って、イギリスにおいて使用者は、アセスメント過程において障害被用者の職務内容とその遂行能力を検討する必要がある。一方、アメリカ判例ではインタラクティブ・プロセスの不履行をもって障害者差別とはしないものの、インタラクティブ・プロセスの有無以前に、「有資格の個人」要件によって使用者は、問題となっている職務の本質的機能は何か特定し、障害被用者の職務遂行能力を検討せねばならず、この段階ですでに労使の対話措置は行われており、裁判の決着がついている場合が多い。

いずれにせよ、アメリカ法・イギリス法共に、手続的義務の履行で実体的内容の不備を正当化することはないが、合理的配慮の具体的な内容、使用者の負担の大小にかかわらず、合理的配慮の提供に際し事前の協議・調査という手続的過程を経ていたかどうかに関心を置き、状況に応じた柔軟な措置を求めている。そして、この請求には、障害者自身の意見を取り入れなければならない。使用者が障害被用者と話し合い、十分な情報を得る事前手続が、障害者が労働市場に非障害者と平等に参加する際に不可欠な要素である。

なぜ障害者差別禁止法が手続的過程に重点を置いた継続的、個別的・個人的義務を要求しているかという点、人種・性などのマイノリティと障害者の違いが挙げられる。人種・性などの属性は、共通項をもつ場合が多く一般化になじみやすい側面を有している¹¹⁵。しかし、障害という属性は、多種多様である。同じ障害があつたとしても、その程度や内容は個人ごとに異なり、職務内容も多岐にわたっているため、どのような障害者にどのような配慮が必要とされているか定まっていない。そのため、裁判所は事例ごとの障害者を個人化する調査・アセスメントを行う手続的過程に重点を置いていた。また、合理的配慮は、障害がインペアメントという医学的な心身の損傷から生まれるものではなく、医学的損傷がない者をスタンダードとして構築されている社会環境や社会的態度に起因して生まれる社会的抑圧であるという「障害の社会モデル」から生まれているため、制約を引き起こしている社会からの能動的かつ個別的・個人的な働きかけや対話という手続的過程を要求している。

合理的配慮は、「実体的な結果が求められるのか」「手続的過程を重視するのか」という問いについては、確かに話し合いをもつことだけでは、障害者の直面する障壁を除去したことにはならない。話し合っていないくとも実際に措置が講じられていれば、不利益は除去される。しかし、インタラクティブ・プロセスやアセスメントといった手続的過程を経なければ、多種多様でその症状

¹¹⁵ 東俊裕「障害に基づく差別の禁止」長瀬修・東俊裕・川島聡編『障害者の権利条約と日本：概要と展望』（生活書院、2008年）56頁。

が変化する場合もある障害という属性において、障害に基づく障壁を除去し、雇用の質を改善する措置を講じることは不可能である。結果として合理的配慮を提供していたから、使用者の義務を果たしていたのではなく、手続的過程が正義に即している必要がある。その意味で、アメリカの **Bunn** 判決、**Noll** 判決が、結果的に合理的配慮が提供されていれば、インタラクティブ・プロセスの不履行は問題とならない、と述べたことは問題があるだろう。合理的配慮は、アフーマティブ・アクションでは達成できなかった平等を実現する手続的正義なのである。この当事者関与を求める手続的過程は、障害者権利条約策定の過程において、障害当事者団体が使用してきた「私たちのことを、私たち抜きに決めないで(Nothing about us without us)」という障害者自身の主体的関与を求めたスローガンと一致している。

我が国においても、2015年に厚生労働省が取りまとめた「合理的配慮指針」及び、内閣府が2015年2月24日に作成した「障害を理由とする差別の解消の推進に関する基本方針」においても合理的配慮の手続的側面について言及されている。すなわち、前者において「合理的配慮は障害者の個々の事情と事業主側との相互理解の中で提供されるべき」であり、「合理的配慮の手続」として「合理的配慮の提供義務を負う事業主は、障害者との話し合いを踏まえ、その意向を十分に尊重しつつ、具体的にどのような措置を講ずるかを検討」する¹¹⁶。後者においては、「合理的配慮は、障害の特性や社会的障壁の除去が求められる具体的場面や状況に応じて異なり、多様かつ個別性の高いものであり、当該障害者が現に置かれている状況を踏まえ、社会的障壁の除去のための手段及び方法について、…双方の建設的対話による相互理解を通じて、必要かつ合理的な範囲で、柔軟に対応がなされるものである。さらに、合理的配慮の内容は、技術の進展、社会情勢の変化等に応じて変わり得るものである。」と手続的過程について言及されている¹¹⁷。我が国でも、合理的配慮の手続的側面は、法的義務とまではされていないが重要視されているといえる。

¹¹⁶ 厚生労働省・前掲注(66) 2-3頁。

¹¹⁷ 内閣府「障害を理由とする差別の解消の推進に関する基本方針」

<http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/sabekai/kihonhoushin/honbun.html> (閲覧日：2018年10月7日)。

第4章 合理的配慮と能力主義

4.1 能力主義に基づく合理的配慮の権利性否定説

近代立憲主義の平等観は契約の自由、そして契約の自由が内包する自由競争を保障するために機会の平等までは与えるが、個人の業績や能力を評価し区別することを正当とする。市民権法第7編は、差別禁止事由として人種、皮膚の色、宗教、性、又は出身国を列挙するが、ここに列挙された事由は、基本的に本人の能力とは無関係な個人の属性である故に差別が禁止されている。すなわち、資本主義経済社会の労働市場において人事管理の際に、受験成績、勤務成績によって実証された能力により処遇を決定することは正当とされるだけでなく、むしろ憲法の平等観にかなっているのである。もしも障害に基づく取扱を受けた場合、それはそもそも労働市場において要求されている正常な能力を有していないがために発生するものなので、個人の能力とは無関係な属性に基づく差別とは認識されない¹。能力の優劣と処遇の優劣が一致し、全ての者が属性に関係なく能力を発揮することが、憲法と憲法に基づく伝統的差別禁止法理の求める平等である。憲法の平等観とは、絶対的・機械的平等ではなく、任用、昇進、給与決定等において競争原理を導入し、属性にかかわらず能力に基づいて評価されるということの意味する。恣意的な差別は許されないが、能力に基づいて取扱に差異が生じることは平等である。そして、能力主義の原則に基づく評価と処遇決定が、後述する資本主義の効率性を担保するために不可欠な要素である。

能力主義を根拠に合理的配慮の権利性を否定する論者として Schwab と Willborn がいる。彼らは、市民権法の下では、生産性とコスト面から雇用上の決定について使用者は労働能力の高い被用者を選択し、その者を有利に取扱うことができるにもかかわらず、合理的配慮は労働能力を無視し障害者に便益を与える優先的取扱であり、市民権法の平等を超えているとする。このような優先的取扱は、使用者にアフーマティブ・アクションを要求していることと同様であるという²。すなわち、伝統的差別禁止法理の直接差別や間接差別は、人種などの属性が雇用決定の動機付け要因になっている場合に発生するが、使用者が雇用上の決定を下す際に生産性に関連した区別を行えば、差別には該当しない。伝統的差別禁止法理の下では、使用者は、被用者・応募者の属性を無視し、生産性に関連した要素に焦点を当てなければならない。生産性に関わらない部分では全ての者を均等待遇せねばならない。使用者が、被用者・応募者の個々の生産性とコストを正確に評価し、生産性とコストの比が他の被用者、競合する応募者のそれよりも低いと判断した場合、市民権法は使用者がマイノリティ被用者以外の者を雇用することを許容する³。

このように伝統的差別禁止法理を概括し、Schwab と Willborn は「強い優先 (hard preference)」と「緩やかな優先 (soft preference)」という文言を用いて、非障害者より

¹ 東俊裕「障害に基づく差別の禁止」長瀬修・東俊裕・川島聡編『障害者権利条約と日本：概要と展望』(生活書院、2008年) 36-38頁。

² Stewart J. Schwab & Steven L. Willborn, "Reasonable Accommodation of Workplace Disabilities," 44 Wm. & Mary L. Rev. 1197, 1211-1212 (2003).

³ *Id.*, at 1199-1200.

も生産性がないとしても障害者を優位に取扱うための動因となる合理的配慮は「強い優先」であるとする。Schwab と Willborn によれば市民権法や憲法の下で許されるのは「緩やかな優先」だけであるという。緩やかな優先とは、特定の個人が被る不利益を取り除くことを目標とする優先である。すなわち、ADA 制定以前、障害者は非障害者よりも好意的に取り扱われることは少なかった。例えば、使用者の中には、同等の生産性をもち同等の対価を要求する障害被用者を非障害者の被用者よりも不利に取扱ってきた者もいる。ADA は、そのような不利益を取り除くことによって障害者を非障害者と同じように扱うことを求めている。それ自体が、ADA 制定以前と比べると緩やかな優先に該当するという。ADA の緩やかな優先とは、使用者が障害者を非障害者と同等に扱うこと、すなわち生産性に関係のない個人的な特性に基づく差別をしないことだけを要求する⁴。緩やかな優先とは、属性を理由にステレオタイプに基づいて誤って不利な取扱をされている被用者を保護するものである。一方、強い優先とは、障害者を非障害者より有利な立場に置こうとする。強い優先である合理的配慮によって、使用者は最適な応募者ではなく障害のある応募者を特定の職務に任命しなければならない場合もあり、能力主義の考え方に反するとする⁵。

Issacharoff と Nelson も、人種・性などの市民権法 7 編に明示された差別禁止事由は、本人の能力とは無関係な属性であり、能力に基づく雇用上の決定と無関係であるため市民権法は属性を無視し、功績と能力に基づいた選択を使用者に認めてきたことを指摘する。しかし、障害という属性は能力と関係性があるにもかかわらず、使用者が合理的配慮によって障害という属性を認識した場合には、功績に関係ない取扱が要求される点で、障害者にのみ一方的に有利に作用し、市民権法の平等と異なるとする⁶。

Leonard も、合理的配慮は通常ならば雇用されない者を雇用するために、使用者に功績に基づく雇用上の選択基準を変更することを求めている点で、市民権法に反すると捉える⁷。すなわち、伝統的差別禁止法における差別とは、マジョリティからマイノリティへのステレオタイプに基づく正当化されない別異取扱を差別とするもので、他者と平等な利益を確保することを目的としている。雇用の文脈において直接差別・間接差別禁止は、人種、性別などの不変の属性は、雇用上の決定に無関係なことを前提としている。伝統的差別禁止法理による平等達成は、差別として禁止されるような不公正で悪意ある基準をあらかじめ発見しておくという、先に準備 (designing) しておくことのできるシステムである。しかし、合理的配慮は別異取扱を禁止するのではなく、被用者の属性は雇用上の決定に無関係であるという伝統的差別禁止法理の前提をひっくり返し、障害被用者が他者と同様に能力発揮できるような別異取扱を要求することで機会の平等を達成

⁴ *Id.*, at 1209-1210

⁵ *Id.*, at 1228-1229.

⁶ Samuel Issacharoff & Justin Nelson, “Discrimination with a Difference: Can Employment Discrimination Law Accommodate the Americans with Disabilities Act?” 79 N.C.L. Rev. 307, 318 (2001).

⁷ James Leonard, “The Equality Trap: How Reliance on Traditional Civil Rights Concepts Has Rendered Title I of the ADA Ineffective,” 56 Case W. Res. L. Rev. 1, 62-63 (2005).

する。機会の平等が形式的平等に優先し、障害者は他の被用者と同じ利益を得るのではなく、障害被用者が非障害者よりも有利に取扱われることが要求される。そして、合理的配慮義務が障害者に要求されている理由として、市民権法に列挙されている保護属性は、その属性をもたないものと比して基本的に能力が変わらないことを前提としているが、障害者は市民権法が想定していた差別禁止属性とは異なり能力的欠損がある。そのため、伝統的差別法理が課す不作為義務では実質的に社会に参加することができないため、障害に着目し、障害者のニーズを発見し、これに考慮をするという合理的配慮が義務付けられているという。障害者と非障害者の能力的差異に着目すると、「ADA は合理的配慮による作為システムに依拠」しなければならず、この点で伝統的差別禁止法理とは異なるとする⁸。

Donohue III もまた、憲法に内包された平等観とは、国家が、自由競争の労働市場が生み出した結果を認めることであったとする。すなわち、被用者の賃金や雇用上の取扱は、属性に基づく偏見なく、自由競争の下で評価された個人の生産性と能力に一致していなければならない、労働能力という価値によって評価をすべきということである⁹。しかし、差別を明文で禁止する法律のない中では保護属性メンバーに対して、この平等を達成することができなかつたため、市民権法が立法された。市民権法の本質的目標は、自由な労働市場が提供できなかった「法に内在する本質的な平等 (intrinsic equality)」を列挙された保護属性のメンバーに提供することであったという。市民権法の制定によって、黒人被用者の法に内在する本質的な平等は達成され、黒人被用者が差別のない労働環境で真の就労能力を発揮することが可能となった。しかし、Donohue III は、合理的配慮が「作られた平等 (constructed equality)」という高い水準の平等を要求しており、伝統的差別禁止法理が尊重してきた自由競争に基づく労働市場のルールを超えるものであるとする。このような平等観は、使用者が、保護属性の被用者に生産性に基づいた対価を支払い、属性にかかわらず賃金を等しくするというよりもむしろ、使用者が生産性にかかわらず意図的に全ての被用者を均等に扱うことを要求する。労働市場というものは本質的に法に内在する本質的な平等を尊重し、全ての使用者と被用者が政府の介入なしに働くことを求めるものである。資本主義における平等とは労働者の生産能力という価値と、それに対する正当な対価、生産能力と比例した雇用上の取扱が均等であることを要求する¹⁰。生産力が同じ被用者が2人いた場合、合理的配慮を履行しなければならないため相当額のコスト負担を必要とする障害被用者と、そのような支出を必要としない労働者のどちらかを選択できるとすれば、利益を最大化する会社はコストのかからない被用者を好んで選択する¹¹。しかし、ADA は、障害被用者の雇用を求めており、市民権法が使用者に対して被用者の属性を無視することを強調してきたにもかかわらず、ADA は使用者に対して、生産性を損なわせる障害の特性を意識し、障害者が被っている不利益を克服できる可能性があるときはいつでも

⁸ *Id.*, at 9-12, 30-32.

⁹ John J. Donohue III, “Employment Discrimination Law in Perspective: Three Concepts of Equality,” 92 Mich. L. Rev. 2583, 2585 (1994).

¹⁰ *Id.*, at 2591.

¹¹ *Id.*, at 2609.

これを是正する配慮を求めている¹²。この点で、合理的配慮は作られた平等であり、憲法と憲法に基づく伝統的差別禁止法理の平等観を超えていると主張する。

4.2 障害のある有資格の個人

合理的配慮が能力主義に基づいていることを裏付ける法文規定として「障害のある有資格の個人」の要件規定がある。ADA の草案では、雇用分野での障害者差別禁止を定める ADA 第 1 編の適用対象者は、全ての障害者だった。しかし実際の ADA は、有資格の個人、すなわち「当該個人が現在従事している又は希望する雇用上のポジションの本質的機能の遂行を合理的配慮があれば、あるいはなくとも、行うことができる者」を対象とした¹³。インペアメントがあり障害者と認識されていたとしても、それだけでは雇用分野においては ADA の保護対象とはならない。ADA 第 1 編の適用対象者であり合理的配慮の提供が認められる障害者とは職務遂行能力のある障害者であって、職務遂行能力のない障害者はそもそも ADA の保護対象とはならない。これは障害者であっても労働者である以上、能力・能力の結果得られる生産性・その評価という関係を切り離すことができない故の制約であるといえる¹⁴。

とはいえ有資格の個人の要件において、障害者は非障害者と全く同じ能力をもっている必要はなく、当該「職務の本質的機能」の遂行能力のみ満たせばよい。職務の本質的機能の遂行能力があるかどうかは、特定の職務に必要な雇用に必要なスキル、経験、教育その他の職務上の要件の有無を考慮せねばならない¹⁵。EEOC の指針ではさらに、当該機能の履行にかかる時間、そのものに当該機能を履行させないことによる影響、団体労働協約の文言、似たような仕事をしている現職者の現在の勤務経験なども判断要素となるとしている¹⁶。職務内容とは使用者が作り出した職務明細や就業方針といった構造的規範によって決定されているため、何が職務の本質的機能に該当するかは使用者側が特定する¹⁷。障害者被用者が特定の職務を履行できないケースが生じた場合、使用者は当該職務の面接や応募前に使用者が作成した職務明細などに基づき、職務内容と障害被用者の能力の両方を注意深く調査し¹⁸、何が職務の本質的機能か、周縁的機能かを検討しなければならない。これは職務の内容や性質によって異なり事例ごとの判断が必要となる。ある事例においては、職務の本質的機能であったものが、別の職務においては本質的機能でないこともありうる。

4.2.1 職務の本質的機能と断続的な出勤

¹² *Id.*, at 2612.

¹³ 42 U.S.C. § 12112(a).

¹⁴ 小石原尉郎『障害者差別禁止の法理論』（信山社、1994年）96頁。

¹⁵ 29 C.F.R. § 1630.2 (m).

¹⁶ 29 C.F.R. § 1630.2 (n)(3).

¹⁷ Nicole B. Porter, “The New ADA Backlash,” 82 *Tenn. L. Rev.* 1, 73 (2014).

¹⁸ Samuel R. Bagenstos, “Subordination, Stigma, and ‘Disability,’” 86 *Va. L. Rev.* 397,459(2000).

(1) Cehrs 事件

障害があるが休職をせずに断続的に出勤することが職務の本質的機能に該当するかについては、事例ごとに判断が分かれている。慢性的な汎発性膿疱性乾癬と乾癬性関節炎を患っている看護師の原告が、症状が深刻化し職務を履行することができなくなった 1998 年の Cehrs 事件がある¹⁹。同事例は、原告が有資格の個人かどうかの判断枠組を示しており重要である。

原告は、被告使用者に採用される前から同疾病を患っていた。同疾病は、免疫力の低下などによって症状が発生しているときは生命を脅かすものであるが、投薬や 1 週間に 1 度のペースでの病院での通院治療によって、症状をコントロールでき直接的に原告の就労能力を侵害するものではなかった。原告は使用者に同疾病について通知し、1991 年の 6 月から被告の下で看護師として働き始めた。1993 年の 11 月、原告は、ブドウ球菌の感染によって同疾病が再発し、職務を遂行できないだけでなく、車の運転や、電話をすることなどの通常の日常作業を履行することができなくなった。1993 年 11 月 26 日、原告は、治療のために特定の復職期日を示すことなく傷病休暇を申請した。医師は、1994 年の 1 月 20 日を暫定的な復職日とした。しかし、1994 年 1 月 10 日になっても依然として症状が深刻であったため、医師は、1 ヶ月追加の傷病休暇を申請した。医師は、1994 年 2 月 14 日に原告を診察したとき、原告は症状が改善しており、1994 年 3 月 1 日までにはパートタイムでならば復職できるであろうと診断した。また、医師は、原告は 1994 年の 4 月 1 日にフルタイムで働くことができているだろうと診断した。しかし、使用者は原告が適切な休暇申請書を提出していなかったこと、そして、原告の職務遂行能力の欠如と、人員整理と、スケジュールの変更と、過剰な休暇を理由に 1994 年 1 月 20 日付で原告を解雇した（解雇期日については当事者間に争いがある）。地裁は、中断なく出勤することが職務の本質的機能であり、これを履行できない原告は、有資格の障害者ではないとし、使用者勝訴の判決を下した。

第 8 連邦巡回控訴裁判所は、追加の休暇申請が合理的配慮として認められるか判断するに際し、定期的かつ予測可能な出勤が職務の本質的機能かどうかについて判断した。すなわち、定期的かつ予測可能な出勤は職務の「必要な要件である場合が多いが、この推測は休暇を申請するものは、時に有資格の障害者ではないという結果を導きかねず、途切れなく継続した出勤が職務の本質的機能であると推測することは、…（使用者と被用者の）証明責任の手間を不適切に省くものである。」²⁰とした。そして、本件原告が有資格の障害者であるかどうかの判断は、IT サービス会社においてカスタマーサービスセンターで働いていた原告が業務上疾病により休暇を要求した *Monette* 判決²¹に準ずるとした。

すなわち、*Monette* 判決によれば（同事例の事実概要と判旨については第 5 章で詳述する）、使用者が、当該障害被用者が職務の本質的機能を履行できない有資格の障害者ではないと主張している場合、障害被用者は自身が提案した合理的配慮を享受した場合に職務を履行できることを証明しなければならない。同様に障害被用者が、使用者が設定した特

¹⁹ *Cehrs v. Northeast Ohio Alzheimer's Research Ctr.*, 155 F.3d 775 (6th Cir. 1998).

²⁰ *Id.*, at 782.

²¹ *Monette v. Electronic Data Sys. Corp.*, 90 F.3d 1173 (6th Cir. 1996).

定の職務要件が本質的なものではないと主張している場合、使用者は、その職務要件基準が必要であるということを証明しなければならない。ADAの法文は、使用者の行為が障害者差別であるという場合には以下を含むと規定している。すなわち、「障害者又は障害という属性を排除するか、若しくは排除する傾向のある資格基準、採用試験やその他の選考基準を用いること。ただし、適用対象事業者によって使用される資格基準、試験又はその他の選考基準が当該ポジションの職務に関連したものであることが証明され、かつ、ビジネス上の必要性に合致したものである場合にはその限りではない。」²²このADAの文言は障害者を排除する資格基準、試験、そして選出基準のみを明記しているが、それだけでなく職務要件についても職務に関連したものであるということを証明する責任が使用者にある。しかし、有資格の障害者であるかどうかの証明責任は常に障害者に残り、障害者は、自身のスキル、経験、教育歴、職務に関連する要件を提示し再び、合理的配慮の提供があれば職務の本質的機能を履行できる有資格の障害者であること、そして、使用者によって雇用上の不利な状況に置かれたこと、を証明する責任がある。ADAのいかなる文言も、職務の本質的機能を履行可能であることを証明する障害者の立証責任の負担を、障害者から使用者に代えるとは規定していない。その後、使用者は、障害被用者によって提案された合理的配慮が過度の負担である場合、使用者がこの事実を証明しなければならない²³。

Cehrs事件の第6連邦巡回控訴裁判所は、Monette判決の証明責任を支持した後、この証明責任の分配はリハビリテーション法の下での先例Arline連邦最高裁判決においても考慮されていたとする。Arline判決では、問題となっている障害被用者が有資格の障害者であるかどうかは、「個別化された調査と適切な事実認定に」基づいていなければならない、「この方法は障害のある人を偏見やステレオタイプや正当な理由のない恐れから守るという目的を達成するために不可欠なもの」と判断しているとした²⁴。そして、もしも途切れない継続した出勤が全ての事例において職務の必須要件であると推測した場合、使用者の就業方針と被用者のニーズが絶対的に考慮されないことになる。連邦議会はすでに、FMLAの下で、途切れなく継続した出勤は職務の必要条件ではなく、FMLAの下で休暇を申請することは使用者に過度の負担を課さないと決定してきた。それ故に、本裁判所は途切れなく継続した出勤は職務の本質的要請であるという推測は成り立たず、適切な状況において障害者に対する休暇の提供は、合理的配慮に該当する場合があるとした。なお本件は、継続的に出勤できず休暇を申請する者は、全て有資格の障害者ではないわけではないと判断したにすぎず、同事例で申請した休暇は2ヵ月と追加の1ヵ月という比較的短期間の休暇で

²² 42 U.S.C. § 12112(b).

²³ Monette v. Electronic Data Sys. Corp., at 1186.

²⁴ Arline最高裁判決の争点は、20年前に結核に感染したことがある小学校教員が結核へ感染しやすいという特性があることで、リハビリテーション法における障害者に該当するかであった。他者への感染の危険性がある者が有資格の障害者とみなされるかについて、病気を患っていた期間、その程度、感染させる蓋然性、解雇されたときに結核に感染していたか、合理的配慮によってその危険性を除去できるかなどを個別に調査し、判定されるとした。そして、合理的配慮によってもこの危険性を排除できないとき、有資格の障害者とはいえないとしている。School Bd. of Nassau County v. Arline, 480 U.S. 273, 287 (1987).

あったことから追加の休暇が合理的配慮として認められたことに留意する必要がある（休暇の提供が過度の負担に該当するかどうかについては、第5章で考察する）。

このように何が職務の本質的機能かは、使用者が証明をするが、その職務を遂行する能力があるかどうかについては障害被用者側が証明をする。この方法を採用することで障害者の雇用上の問題を個別化・個人化させることができる。

なお、がんを度々再発し、その手術や化学療法のために長期の休暇を何度もとった事務員の Garcia-Ayala 事件²⁵では、地裁は、職場に出勤する能力を職務の本質的機能と判断した。しかし第1連邦巡回控訴裁判所は、継続した出勤が職務の本質的機能とはせず、原告の事務員としてのスキル、経験、学歴、職務に関連する要件から原告は有資格の障害者であると判断し、休暇の問題は過度の負担かどうかの点で判断されるとした。このように治療のための休暇の期日が定められていたにもかかわらず、追加休暇を要求することは継続して出勤する能力が欠如していることになるが、継続した出勤が常に職務の本質的機能とは限らない。

(2) Hwang 事件

一方、州立大学の准教授ががんを罹患し、6ヵ月の有給休暇の後に追加の休暇を請求した Hwang 事件²⁶において、裁判所は6ヵ月間働くことのできない原告は有資格の障害者ではないとした。同事例において、原告は Kansas 州立大学に准教授（assistant professor）として秋、春、夏に授業を担当することを職務として1年契約を結んだ。しかし秋学期が始まる前に原告はがんが発見され、治療を行うよう診断を受けた。大学側は原告に6ヵ月の有給休暇を与えた。6ヵ月の有給休暇が満了し、春学期に差し掛かる頃に、医師は休暇の延長申請をするよう勧めた。原告は、夏学期には復職することを約束し、春学期終了後まで休暇を延長するように頼んだ。しかし大学は、傷病休暇は6ヵ月を最長とすることが就業規則に定められており、これ以上の休暇は提供できないと拒否をし、原告を解雇した。原告は、6ヵ月以上の休暇を認めない柔軟性のない就業規則に基づいて解雇したことは違法であるとして提訴した。

第10連邦巡回控訴裁判所は、原告は6ヵ月以上いかなる合理的配慮があっても働くことができないため、有資格の障害者ではないと判断した。原告は有能な教師であるが、いかなる合理的配慮を提供されても職務の本質的機能を履行できなかったことは疑いない。

「6ヵ月以上の期間、どのような時点でもいかなる方法でも働くことができない被用者は職務の本質的な機能を果たすことができる被用者ではなく、このような被用者のために長い間、同人の職務を担保することは、合理的配慮ではない。…車椅子用の斜面の追加や柔軟な勤務時間の許可など、合理的配慮は被用者が働くことをできるようにする措置であって働かなくてもいいようにするものではない。」²⁷

²⁵ Garcia-Ayala v. Lederle Parenterals, Inc., 212 F.3d 638 (1st Cir. 2000).

²⁶ Hwang v. Kan. State Univ., 753 F.3d 1159 (10th Cir. 2014).

²⁷ *Id.*, at 1161-1162.

合理的配慮の考え方は、被用者が職務の本質的機能を履行することを可能にする措置のことであって職務の本質的機能を免除することではない。もちろん、短期の傷病休暇を取得することで、ある被用者は職務の本質的機能を履行することができるようになるかもしれない。そのような休暇は合理的配慮になる。しかし、本件において原告は、

「6カ月の休暇、すなわち自宅で働くこともできず、パートタイムで働くこともできず、他のポジションや勤務地で働くこともできない。このような場合、今日の国家経済の下では、たいいていの職務の本質的機能を履行できると判断することは困難である。…本件原告の問題は、原告自身が対処することができる方法はなく、深刻な問題であるが、それは社会保障が対処すべき他の形態の問題である。…有資格の個人が働くことができるようにする合理的配慮を求めているのであって、働くことのできない個人のためにセーフティネットを提供するよう使用者に要求するものではない。」²⁸

従って、第10連邦巡回控訴裁判所は、原告を有資格の障害者とするための合理的配慮は存在しないとして、同解雇は違法な障害者差別ではないと判断した。

6カ月の休暇提供を経た後に解雇することを認めた **Hwang** 判決は、長期化する障害のある被用者にとって厳しい判決のように思われるかもしれない。しかし、当該障害被用者は1年契約の大学教員であり、秋、春、夏学期に授業を担当するよう契約されていたのであって、その原告が秋学期が始まる前にがん罹患してしまい、夏学期まで休暇の延長を要求したものであって、この契約形態の中で6カ月を超える休暇が長すぎたため職務の本質的機能が履行できないと判断されたことは妥当といえる。そして、合理的配慮は職務遂行能力のある障害被用者を職務遂行可能な労働者するための措置であって、社会福祉・社会保障施策のような性格をもった措置ではないことを確認した点で意義深い。

4.2.2 職務の本質的機能と教育補助者

(1) Borkowski 事件

小学校の図書館教員が教育補助者の提供があれば職務の本質的機能を履行できると主張した **Borkowski** 事件²⁹においても、原告が有資格の個人に該当するかについて労使が証明せねばならないとした。同事例において、原告は、交通事故で頭部・神経を損傷し記憶力・集中力と筋肉の調整能力 (coordination) が低下し、1人で歩行することができなかった。同人は、Valley Central 学区に3年契約で小学校の図書館司書として採用された。同人の職務内容は、図書館の司書としての仕事と、クラスで図書館の利用方法を教えることであった。しかし、3年間の雇用期間満了時に行われた任期継続のための審査では、原告は椅子に座ったままで授業をするため、騒ぎ立てる小学生たちを統率できず授業になっていないとの評価がなされ、契約継続は拒否された。彼女は、教室の管理を維持するために教育補助者が提供されれば、図書館の教師の全ての職務を果たすことができる有資格の障害者であると主張し、本件契約継続拒否は、合理的配慮の不履行による障害者差別であ

²⁸ *Id.*, at 1162.

²⁹ *Borkowski v. Valley Central Sch. Dist.*, 63 F.3d 131 (2d Cir. 1995) .

ると提訴した。これに対して使用者は、教育補助者の提供が過度の負担に該当するだけでなく、原告の契約継続の拒否の理由は、原告が障害者だからではなく図書館教員としての能力が不十分であったので、本件雇用契約継続拒否は正当化されると主張した。

第2連邦巡回控訴裁判所は、一見、授業内における生徒のコントロールが職務の本質的機能と捉えられがちだが、ある職務の本質的な機能を特定するには、使用者が適用している職務明細と、実際にその仕事がどのように行われるかを事実を照らして調べる必要がある、とした。教育補助者の有無にかかわらず、職務の本質的機能を果たすことができない個人は、有資格の障害者ではない。例えば、物の持ち上げが職務の本質的機能である場合、障害によって重い物の持ち上げに従事できない者は、持ち上げの職務を他の人に移すことによって配慮を受ける必要はない。他の誰かがある職務の一部を履行することは、時に、ある仕事の本質的な機能を排除することを意味する。しかし、

「ある職務を手助けする補助者を提供することは、障害被用者から職務の本質的機能を取り除かない場合もあるかもしれない。例えば視覚障害者の事務員は、代読者を提供されることもありうるかもしれない。なぜなら、職務にとって重要なのは、読む能力自体ではなく、情報を取り入れ、処理し、これを運用する能力である。このような状況での代読者の提供は、職務の本質的機能を免除するものではなく、むしろ障害者がその本質的な機能を果たすことを可能にする。」³⁰

本件において原告が提案した教育補助者の提供は、原告が職務を履行できるようにする配慮というよりも、教室において図書館教員としての本質的な機能を除去するような配慮のように見えるが、この判断には個別的な考慮が必要である。例えば、他の教員が生徒を管理するために教育補助者を提供されていたかどうか、なども考慮しなければならない要素である。すなわち、合理的配慮があれば自身が職務の本質的な機能を履行できるかどうか証明する責任は原告にもある。原告は、教育補助者という配慮が利用可能であり、このような合理的配慮があれば図書館教師の本質的な機能を履行することができるという証拠を提示した。しかし使用者は、教育補助の提供が原告の職務の本質的機能を除去するという証拠も提示していない。従って、第2連邦巡回控訴裁判所は、教育補助者という合理的配慮によって、原告が有資格の障害者になるかどうかについては、事実上の問題が残っていると差戻した。

(2) Belasco 事件

また、同様に小学校の教員が教育補助者を要求したが、学校側がこれを拒否した事例として、2015年の Belasco 事件³¹がある。原告は、腎不全と心臓病によってペースメーカーを使用し手足に麻痺があり、倦怠感が強く、長時間の職務を行えなくなった。原告のクラスには学級崩壊を招く3人の生徒がおり、生徒たちは、教室内を走り回ったり、音楽をか

³⁰ *Id.*, at 140-141.

³¹ *Belasco v. Warrensville Heights City Sch. Dist.*, 634 Fed. Appx. 507 (6th Cir. 2015).

けたりしていた。原告は、自身の能力では彼らに対処することができないことを学校側に伝え、他の教員が同クラスを巡回するようにした。学校側は、生徒たちが原告よりも自身らが強いと考えており、原告がこれを制御することは難しいと考えた。その他にも、原告は、採点簿に誤りがあったり、同校が取り組んでいる生徒の教育水準を向上させるためのプログラムを実施できていなかったり、欠勤も多く遅刻は毎日である、といった不十分な点があった。学校側は、原告の職務遂行能力に疑問を抱き、フィジカルセラピストのいるリハビリテーション施設において職業適格性の試験を受けるよう指示したが、歩行だけでなく、立位バランス能力もなく、呼吸も浅く長時間の小学校教員としての作業に従事することができず、緊急事態において迅速かつ安全に動くことができない、と診断された。原告はこの診断結果に不服があるとして、再度、職業適格性の試験を受けたいと申し出た。2度目の試験は、大学病院で受けたが、原告はこの試験にも落ちた。原告の診断を行った者は、初等学校教員の身体要件について記載している職業辞典 (Dictionary of Occupational Titles) を調べて、原告は小学校教員としての身体的要件に合致していないと結論した。原告は、学校側に自身の教室にパートタイムの教育補助者を提供し、歩行器の使用を合理的配慮として認めるよう主張した。学校側は、歩行器の使用はこれまでも認めており、今後も使い続けることを勧めた。しかし、パートタイムの教育補助員は提供することはできないと伝えた。なぜなら、パートタイムの居育補助の提供は、学校側に過度の負担を課す合理的配慮であるだけでなく、団体労働協約 (collective bargaining agreement) によれば教育補助者と労働組合の両方の同意がない場合、パートタイムの教育補助員を採用することが禁止されていたからである。そして労働組合は、たとえ合理的配慮という理由であれ、学校側がパートタイムの教育補助員を採用するべきでない、と学校側に伝えた。教育委員会は、これらの事実に基づき原告が職務の本質的機能を履行することができないことを理由に解雇した。

第6連邦巡回控訴裁判所は、原告は合理的配慮が提供されれば、職務の本質的機能を安全かつ実質的に履行できることの証明をできなかったとした。すなわち、原告は合理的配慮がなければ、職務の本質的機能を履行できないことについては両当事者間に争いはない。欠勤と遅刻が多く、採点簿に誤りがあり、同校が取り組んでいる教育水準プログラムを履行できていなかった。さらに、原告は2度の職業適性試験に落ちており、これは原告が職務の本質的機能を履行できないことを示している。診断結果によれば、原告は、立っている間のバランス能力の欠如と、呼吸が浅いことから、生徒の安全の確保ができず、適切に監督をすることができない。これらの身体的問題によって長時間の作業ができず、緊急時に適切に反応することができず、機敏に生徒の安全と監督を提供するために必要な反応をとることができない。

さらに、原告は、被告に職務の本質的機能の履行を可能にする合理的配慮を提案しなかった。原告は歩行器の使用許可と教育補助者の提供を提案したが、歩行器の使用によって、どのように度重なる遅刻・欠勤を是正し、教育水準行動プログラムを適切に履行できるようになるのかを説明しておらず、原告の主張は歩行器が合理的配慮であるということについて事実の裏付けを欠いている。

パートタイムの教育補助者の提供に関しても、合理的配慮とはいえないとした。なぜなら、「ADAは使用者に、ある被用者の職務の本質的機能を他者に移動させる」という合理

的配慮を認めていない。生徒の監督とは、教員にとって職務の本質的機能であり、教育補助者の提供や、問題行動を起こす3人の生徒を他のクラスに移動させるといった合理的配慮を行ったとしても、これは、他の教員に原告の職務の本質的機能を移動させることになる。従って、第6連邦巡回控訴裁判所は、合理的配慮が提供されても原告が職務の本質的機能を履行できる有資格の障害者に該当することはないため、原告の訴えを棄却した。

このように教育補助者の提供は、合理的配慮として適切な場合もあるが、それは障害被用者が職務の本質的機能、すなわち教室内において生徒の監督、安全の確保、適切な指導などを行える場合に、周辺の職務を補助することである。立っていることもままならない状態では、小学校教師としての職務の本質的機能を履行できないということである。

1995年のBorkowski事件では裁判所は、教育補助者の提供も合理的配慮として可能であるという余地を残していたが、2015年のBelasco事件ではこれを明確に否定している。両者の判決結果の決定的な違いは、前者の事例では被告が証拠不十分であるが、後者は被告が過度の負担について、また、原告の職務の本質的機能の遂行能力の欠如について立証している。しかし、被告の証拠だけでなく、両事例は事実概要が異なる。すなわち、前者の事例において障害被用者は、教育活動はするものの、同人はあくまでも図書館教員であり、図書館教員として図書館の使い方をクラスで教えることが職務の一部である。一方、後者の事例では、障害被用者はクラス担任であり、生徒とかかわる時間と責任量が図書館教員とは全く異なる。一学期に数回しかない図書館の使い方を指導する授業において、騒ぎ立てる生徒を監督するための補助者をつけることは職務の本質的機能を他者に移動させることにまではならないかもしれない。しかし、日々何時間にもわたり生徒とかかわる担任クラスにおいて騒ぎ立てる生徒を監督するために教育補助者を提供することは、職務の本質的機能を他者に任せていることになりうる。教員の職務には、生徒の安全性の確保や知識の教授だけではなく、人間教育も含まれる。もちろん、障害者の教員がいることで多様性を学ぶという利益を生徒が享受することもありうるが、Belasco事件ではそれらの利益を生徒に提供する以前に、原告は自身が果たすべき職務の本質的機能を履行できていない。従って教員の多様性という問題とは別の問題である。生徒を教室内でコントロールするという事は教育の一環であり、これを履行できないことは、有資格の障害者であるとはいえない。

4.2.3 職務の本質的機能と手話通訳者

他者に障害被用者の職務を補助させることが、障害者から職務の本質的機能を免除することに該当するかの問題は、通訳者の問題を想起させる。非音声コミュニケーションを母語としている障害者にとって通訳者による補助は、職務の本質的機能を通訳者に担わせることになるのだろうか？

手話通訳者の提供と職務の本質的機能について争われた事例として2012年のThe Picture People, Inc.事件³²がある。原告は先天性の聴覚障害者で筆談や身振り手振り、手話通訳者を介してならばコミュニケーションをとることが可能であった。同人は、被告会社に技術者(performer)として採用され、その職務は客の呼び込み、写真販売、写真撮

³² EEOC v. The Picture People, Inc., 684 F.3d 981 (10th Cir. 2012).

影、現像であった。しかし採用後1人で撮影をしようとしたところ同社の被写体の多くは子どもであったため、筆談や身振り手振りのジェスチャーでは撮影が困難であった。原告は、写真撮影時や販売時に、客と筆記によるコミュニケーションをとろうとしたがうまくいっていなかったため、使用者は同人を現像の仕事の専任とし、ほぼ独占的に現像職務に割り当てた。同社は、繁忙期は季節労働の一時的な被用者を雇っているが、繁忙期以外には、1人のマネージャーと1人のカメラマンだけで勤務するスケジュールを組んでいるため、繁忙期以外には、同人を現像室のみで勤務させることは難しかった。同人は使用者に対して手話通訳者の提供を要求し、手話通訳者を伴って撮影や販売などの職務を行えるようにすることを合理的配慮として請求したが、使用者は口頭でのコミュニケーションは写真撮影を行うカメラマンのポジションにとって不可欠であるとして、これを提供せず解雇した。原告は、使用者には自身が非言語コミュニケーションで顧客とコミュニケーションをとれるようにする合理的配慮を提供する義務があったにもかかわらずこれを怠った、と提訴した。これに対して使用者は、口頭によるコミュニケーション能力は、カメラマンの職務にとって不可欠な職務遂行能力であると主張した。

第10連邦巡回控訴裁判所は、ADAの職務の本質的機能の要件とその分析は、使用者の就業規則などで規定している水準を下げることを要求しておらず、必要な職務の内容が雇用に関連し、一律に全ての被用者によって履行され、ビジネス上の必要性に合致している場合、職務の本質的機能である、とした。本件においては、職務明細におけるカメラマンの職業資格として「口頭でのコミュニケーションスキル」と「顧客サービススキル」が記載されている。原告は、現像所での職務を遂行することはできるが、それ以外の職務を遂行することはできず、職務の本質的機能を履行できていないといえない。さらに、手話通訳者の提供という合理的配慮があれば職務の本質的機能を遂行できるかどうかについては、口頭でのコミュニケーションが本件ポジションに不可欠な職務機能であることを考慮すると、被告にこの機能を排除するよう要求することは、ADAの下で要求される合理的配慮ではない。原告は先例のUPS Supply Chain Solutions判決³³に依拠し手話通訳者の提供を導入すべきとするが、先例のUPS Supply Chain Solutions判決は、聴覚障害被用者は手話通訳者がいなくても会計部の職務を履行することができていたが、週1回と月1回の会議において手話通訳者を求めたものである。本件は先例UPS Supply Chain Solutions判決とは異なっている。子どもを対象としたカメラマンの職務は、同人が顧客と広範囲にコミュニケーションし、撮影をしながら同時にコミュニケーションを行うことを要求している。本件において被告がたとえ手話通訳者を提供したとしても、原告が本件カメラマンとしての職務の本質的機能である顧客との口頭でのコミュニケーションをとることができるようになることはない。繁忙期以外には被用者数を制限する同社において、繁忙期以外に当該聴覚障害被用者をスケジューリングすることは難しい。

EEOC v. Picture Inc.判決において原告は、手話通訳者を合理的配慮として認めるべきとして、先例であるUPS Supply Chain Solutions判決に依拠した（事実概要と判旨については第3章を参照）。しかし、同事例では同人は、自身の職務は手話通訳者がいなくとも十分に履行できていた。しかし、読み書きは小学生レベルで同時メモなどのペーパーベ

³³ EEOC v. UPS Supply Chain Solutions, 620 F.3d 1103 (9th Cir. 2010).

一スの合理的配慮では会議の内容を理解することもできず、会議で発言することもできなかったため、裁判所は同人は実質的に会議に参加ができず全ての被用者が享受できる、雇用上の便益と特権を得られていなかったとして、合理的配慮として手話通訳者の提供を検討すべきと判断した。The Picture People, Inc.事件と UPS Supply Chains Solutions 事件は、手話通訳の提供が職務の本質的機能に影響するかどうかで圧倒的に異なる。前者は、職務の本質的機能を手話通訳者に担わせることである。一方、後者は、職務の本質的機能は聴覚障害者自身が単独で行い、会議の参加に際して（しかも週1回と月1回の定例会議）手話通訳者の提供を求めただけである。手話は聴覚障害者にとって第一言語であり、必要不可欠なものであるが、手話通訳者に職務の本質的機能を分担させる場合には、その聴覚障害者は有資格の障害者とはいえない。

4.2.4 職務の本質的機能と移動手段

(1) LHC Group, Inc.事件

車の運転といった特定の移動手段に対する能力が職務の本質的機能の遂行に該当するかどうかは、個別的状況によって分かれる。2014年のLHC Group, Inc.事件³⁴では、看護師にとって車の運転が職務の本質的機能に該当するかどうかについて判断された。同人は、使用者に訪問看護師として採用されていた。同人の職務は、毎日8人の患者の家を訪問して看護を行うことで、患者の家に向かうために毎日車で2時間の移動をせねばならなかった。同人は2009年の5月には訪問看護師から看護師チームリーダーへの昇進が決まっていた（同人は解雇時に昇進していたか、解雇時にはチームリーダーの訓練中であったかについては争いがある）。チームリーダーの職務は、訪問看護だけでなく、訪問看護師たちのスケジュール管理、看護師たちが欠勤したときの補佐、医師たちとのコミュニケーションなどであった。2009年5月26日、同人は業務中にてんかんの発作を起こした。5日後の6月1日、医師は同人に1年間の運転禁止と梯子の上での作業の禁止を告げた。同人は上司と話し合い、車の運転はできないが同僚の車に乗って通勤すると伝えた。翌週の6月7日、同人は復職したが、訪問看護師としての職務を果たすために、自身の母親に運転してもらい患者の家を訪問した。6月19日、使用者側は、同人が標準以下のコンピュータスキルであり、訪問看護師として働いている間にミスが多いこと、そしてコミュニケーションとスケジュールリングに問題があるということについて会議で話し合っていた。翌週、同人は子どもを医者に連れて行くために、許可なく仕事を休んだ。また、同人の訪問看護を受けていた患者の1人は、同人の度重なるミスについて使用者側にクレームを伝え、同人を家によこさないでほしい旨を伝えた。これらを受けて6月22日、使用者は同人の解雇を決定した。6月24日に、使用者は、車の運転ができないことや、職務中のミスについては触れずに、「あなたは会社にとってお荷物である」とだけ述べて同人に解雇決定を知らせた。同人の代理人である原告EEOCは、使用者が合理的配慮を怠っており、本件解雇はADA違反であるとして提訴した。

地裁は、訪問看護師にとってもチームリーダー看護師にとっても車の運転は職務の本質的機能であり、これを履行できない同人は、有資格の個人ではないため合理的配慮の訴権

³⁴ EEOC v. LHC Group, Inc., 773 F.3d 688 (5th Cir. 2014).

がないとした。第 5 連邦巡回控訴裁判所は、何がある職務の本質的かどうかについては使用者が特定をする。そしてもしも使用者が、当該職務の面接や応募の前に職務明細を準備していた場合、この職務明細が職務の本質的機能の証拠として考慮されなければならない³⁵。しかし、使用者の判断や、使用者の作った職務明細は、職務の本質的機能の決定にとって絶対的ではない。すなわち、例えば、ある使用者は、あるポジションにとってタイピングが職務の本質的機能と主張するかもしれない。しかし、もしも使用者がそのポジションにおいて全ての被用者にタイピングを要求していなかった場合、タイピングは当該職務の本質的機能ではない。何が職務の本質的機能かは、ケースバイケースの判断が求められる。本件被告の職務明細によれば患者宅に訪問するために訪問看護師、チームリーダー共に運転免許を要求している。確かに、訪問看護師は毎日 8 人ほどの患者の家を訪問するために 2、3 時間車での移動を行っていた。しかし、慣行上、チームリーダーは、オフィスで仕事を履行することも多く、訪問看護師よりも運転をすることは格段に少ない。チームリーダーの職務は患者のケアだけでなく、訪問看護師のスケジュール管理、看護師たちが休んだときの補佐、そして医師たちとのコミュニケーションなどがあつた。当該障害被用者は、タクシーの利用や母親の車の送り迎えで患者の元へ行くことは可能であつたが、原告側はこれらの合理的配慮が実現可能な解決策であつたとの証拠を提示しておらず、訪問看護師の 2、3 時間をしめる職務の本質的機能を原告が遂行できたとはいえない。運転は訪問看護師にとって職務の本質的機能であつたので、合理的配慮があつたとしても有資格の障害者であつたとはいえない。しかしチームリーダーに関しては、タクシーの利用などによって職務の本質的機能を遂行できる可能性がある。被告側の職務明細によれば、明示的に移動は車か公共交通機関で行われうると記載されていた。この証拠は他の移動手段という合理的配慮が ADA に例示されている「職務の再編成」の一種として認められるといえる。原告は確かに訪問看護師としては有資格の障害者ではないが、チームリーダーとしてはタクシーの利用が合理的配慮として認められるかどうか、被告は考慮しなければならなかつたのに、これを検討していなかつた。従つて、第 5 連邦巡回控訴裁判所は、これを審議するために差戻した。

LHC Group, Inc. 事件において障害被用者の度重なるミス、コンピュータスキルの欠如、患者からのクレームなどは、障害に由来する障壁とはいえず、タクシー利用という合理的配慮を認めたとしてもこれが改善されるとはいえないだろう。しかし裁判所は、使用者が代替移動手段について十分に検討せず、障害者を解雇したことを問題としている。

(2) Minnihan 事件

同様に、顧客の家に訪問インターネットサービスの設置や技術者の訓練監督などを行う技術運営管理者がけいれんの発作によって車の運転ができなくなった 2015 年の Minnihan 事件³⁶では、原告は同僚に自身を現場まで車で連れていくという合理的配慮、又は現行ポジションにおいて運転免除をするという職務の再編成、又は運転業務を行うために自身の職務に対してもう 1 人の技術運営管理者を雇用することを要求した（詳細につ

³⁵ 42 U.S.C. § 12111(8).

³⁶ Minnihan v. Mediacom Commc'ns Corp., 779 F.3d 803 (8th Cir. 2015)

いては第3章を参照)。使用者は、運転は顧客宅に訪問せねばならない技術運営管理者の職務の本質的機能であるため、運転の免除という合理的配慮はできないとして、別の勤務地で運転が必要ないが従前と同じ賃金であるネットワークオペレーションセンターのオペレータに配置転換を提案していた。

第8連邦巡回控訴裁判所は、確かに職務の再編成は合理的配慮として認められているが、職務の本質的機能を他者に分配することまでは要求されていない、とした。障害被用者に合理的配慮を提供することによって、他の被用者が長く働かねばならなかったりするような合理的配慮は、認められない。原告がてんかんの発作により運転の制限をされている間、使用者は、他の被用者に原告の職務の一部を分配し、原告を他の被用者が現場に連れて行っていた。これによって、他の被用者の労働時間が増えていた。運転は、技術運営管理者の本質的な機能であり、原告は合理的配慮を行ったとしても技術運営管理者としての職務の本質的機能を履行できないので有資格の障害者ではない、と判断した。

なお、第8連邦巡回控訴裁判所は、原告がネットワーク・オペレータは技術運営管理者のポジションよりも劣っているという証拠を示していないため、給与も同じポジションで原告が職務の本質的機能を履行できるポジションへの配置転換は、合理的配慮として認められると判断した。

上記の判例から、車の運転そのものが、職務の本質的機能かどうかは職種や職務内容によって異なっている。たとえ、他の被用者が障害被用者の職務の本質的機能を代わりに担うことができたとしても、ADAが周遍的な業務を他者に配分することを認めても、裁判所は、合理的配慮として障害被用者の職務の本質的機能の他者への分配を認めない。職務の本質的機能を他者に任せねば、職務を遂行できない障害者は、有資格の個人ではない。そして、周遍的な職務をどこまで他者に担わせることができるかは、後述第5章の「過度の負担」において考察する。

顧客訪問という職務において公共交通機関などを用いて就労可能な場合もあるかもしれない。実際にLHC Group, Inc.判決は、チームリーダー看護師にとって職務内容は訪問看護に限られないためタクシーや公共交通機関といった代替手段によっても職務の本質的機能を行えるとしている。しかしMinnihan判決では、1日の職務の大半を移動に占める技術運営管理者にとっては車の移動を職務の本質的機能としている。車での移動を基本として考えられているアメリカ社会では、訪問サービスに車の運転は必要不可欠であるといえる。Minnihan事件原告が働いていた事務所はIowa州のAmes地区にあり、交通網が発達しているとはいえない地区である。また、LHC Group, Inc.事件において訪問看護師が訪問介護を行っていた場所は、Mississippi州Pearl River郡Picayune地区で、Pearl River郡内の人口最大都市で鉄道駅が存在するものの、交通が発達しているとはいえない。もしも交通網が発達した都市部であれば、公共交通機関の使用による顧客訪問を認めることで職務の本質的機能を履行できると考えるべきかもしれない。しかし、Minnihan事件とLHC Group, Inc.の訪問看護師の職務においてこれは不可能である。職務の本質的機能とは障害と職務内容だけでなく、地域性も加味して考えなければならないといえる。

同様に、事故により片目の視力を失ったフードデリバリー会社のマネージャーが運転が

できなくなった **Knutson** 事例³⁷においても運転業務の他者への分配は認められなかった。原告は、マネージャーポジションでありデリバリー業務だけでなくオフィスでの作業も担っていたが、使用者側は、マネージャーポジションも度々、デリバリー業務を行うことがあり、商業トラックの運転免許をもっていなければならないとして解雇した。原告は運転業務を他者に分配するような合理的配慮を提供するべきだと主張した。これに対して第 8 連邦巡回控訴裁判所は、たとえマネージャーの職務にとってトラック運転が散発的であったとしても、使用者は他の被用者に対して彼の職務の一部を担わせる必要はないと判断している。

4.2.5 職務の本質的機能と特定の雇用形態・就業時間

ADA は、合理的配慮には「パートタイム化、又は労働時間の変更」が含まれていると例示しているが³⁸、実際の事例では勤務時間の短縮やシフトの変更が合理的配慮か判断する以前に、特定の勤務時間・雇用形態・シフトで働くことが職務の本質的機能であり、これを履行できない者は有資格の個人ではないと判断する事例も存在する。

勤務時間の短縮や交代制のシフトが職務の本質的機能であるかどうかについて、ファストフード店のマネージャーがうつ病を発症し 1 年間の休職後、復職に際して週 50 時間勤務から週 40 時間勤務への短縮を願い出たが認められず解雇された **Simmeran** 事件において、第 3 連邦巡回控訴裁判所はファストフード店のマネージャーのとしては週 50 時間就労するということが職務の本質的機能であり、これを履行できない原告は有資格の障害者ではないとした³⁹。また、外科の登録看護師が脳卒中に罹患したため、夜勤・週末勤務を免除し、週 5 日の勤務での復帰を希望した **Azzam** 事件において、**Kentucky** 地裁は、看護師は緊急時に医療を提供できるよう病院からの要請があればすぐに病院に駆けつけることが可能でなければならず、これが職務明細に記載されていたために原告は有資格の障害者ではないと判断した⁴⁰。また人材コーディネーターがインシュリン依存型糖尿病に罹患し、手術後の復職に際し日中 8 時間勤務のシフト固定を要求した **Kallail** 事件において、第 8 連邦巡回控訴裁判所は、同職務は 24 時間のカスタマーサービスを行うために昼夜どちらの間 8 時間から 12 時間の間の交代制のスケジュールで働かなければならないことが職務明細に記されていたため、会社の重要な目的を達成するためには交代制のシフトは当該職務の本質的機能であると判断した⁴¹。

もちろん、ADA の合理的配慮の例示に基づき、勤務時間の変更を認める事例も存在する。**Massachusetts** 州保健研究所にデータ入力のための補助者として雇われていた原告が、関節炎によって朝痛みが強くなるため頻繁に遅刻を繰り返しており、朝 9 時出勤を定めた就業規則の例外を求めたが、これを拒絶され出勤時間を守れないことを理由に解雇さ

³⁷ *Knutson v. Schwan's Home Service, Inc.*, 711 F.3d 911 (8th Cir. 2013)

³⁸ 42 U.S.C. §12111(9).

³⁹ *Simmeran v. Hardee's Food System, Inc.*, 118 F. 3d 1578 (3rd Cir. 1997).

⁴⁰ *Azzam v. Baptist Healthcare Affiliates, Inc.*, 855 F. Supp. 2d 653, 655 (W.D. Ky. 2012).

⁴¹ *Kallail v. Alliant Energy Corp. Servs., Inc.*, 691 F.3d 925, 927 (8th Cir. 2012).

れた Ward 事件⁴²において地裁は、使用者は就業時間を定めた就業規則を全ての被用者に適用しており「(就業方針で規定された)勤務時間内の定期的で適切な出席」が原告の職務の本質的機能であると判断した。しかし、第1連邦巡回控訴裁判所は、この事実だけでは定期的で信頼性の高い出席が、研究所内の全ての職務の本質的機能という結論を導くわけではない、とした。そして、本件原告は遅刻をしているものの、求められた入力作業は履行できており、さらに原告の職務は常に上司からの監督を受け、常に他の被用者と情報共有する必要があるものでもない。従って、原告は、遅刻をしていても当該職務の本質的機能を遂行できている、とした。その上で、第1連邦巡回控訴裁判所は、始業時間を遅らせることが使用者と他の被用者にとって過度の負担となるかどうかを検討し直す必要があるとし、原審に差戻した。

4.2.6 職務の本質的機能と在宅勤務

(1) Humphrey 事件

特定の雇用形態・特定の就業時間では働くことができない場合には、また、出勤しなくとも在宅勤務することで職務の本質的機能を果たせるかどうかについての判断も行われている。

病院で医療記録の転記者として働いていた原告が強迫性パーソナリティ障害のために家を出る身支度を何度も確認してしまい、家を出る作業に時間がかかり出勤時間が極端に遅くなるがあった Humphrey 事件⁴³において、病院側は当初、原告の障害に配慮して、出勤時間を遵守しなくとも出勤日の24時間以内に出勤を認める緩やかなフレックスタイム制を暫定的に適用した。しかし、原告は出勤日の規定時間内に出勤できないということが度々あり、在宅勤務を要請したが、これを認めず原告を解雇した。原告は同僚の医療記録転記者の中には、職務の一部を自宅で行うことを許可されている者がいるにもかかわらず自身にこれを認めないことは、ADA 違反であるとして提訴した。病院側は規則正しく出勤することが職務の本質的機能に含まれる、と主張した。

第9連邦巡回控訴裁判所は、原告は医学記録転記者としての適切な技術、訓練、経験を有していたことは明らかであり、問題は、合理的配慮の有無にかかわらず、職務の本質的機能を履行できる有資格の障害者かどうかであるとした。本件においては、休暇の提供や在宅勤務を認めることで彼女は職務の本質的機能を履行できたかもしれない。在宅での就労は、職場の本質的な機能を自宅で行うことができ、使用者にとって過度の負担を引き起こさない場合、合理的配慮に該当する。医学記録転記者は、患者の治療記録などを24時間以内に転記しなければならず、この転記業務の定期的かつ予測可能な遂行は医療転記者の職務の本質的部分である。しかし、物理的に職場に出勤するということは、医学記録転記者の必須の職務ではない。実際に、他の医学記録転記者の一部は、在宅勤務を認められている。原告の症状は、原告が家を出る能力に関係しているのであって、自宅で働くことは可能である、という医師の証言もある。家を出るというストレスがなければ、原告は有資格の障害者であったといえる。従って第9連邦巡回控訴裁判所は、被告が在宅勤務とい

⁴² Ward v. Massachusetts Health Research Institute, Inc., 209 F.3d 29 (1st Cir. 2000).

⁴³ Humphrey v. Memorial Hospital Association, 293 F.3d 1128 (9th Cir. 2001).

う合理的配慮を原告に提供できるかどうかについて審理を尽くすべく原審に差戻した。

(2) Ford Motor Company 事件

2001年のHumphrey事件は在宅勤務の可能性を示唆したが、近時の事例ではこれが否定されている。車製造会社において部品の買付を行うバイヤーとして雇用されていた者が過敏性大腸炎を患い、定期的に出勤できなくなったFord Motor Company事件⁴⁴において、第6連邦巡回控訴裁判所は、職場に出勤できない被用者は、職務の本質的機能を履行できず、有資格の個人ではないということは一般的に確立しているとした。

同事例において、車の部品買い付けのバイヤーとして雇用されていた被用者は、過敏性大腸炎によりたびたび欠勤し、欠勤しないときであっても遅刻・早退が多かった。同人は、下痢と便失禁によって1時間運転することができず、出勤率の低さによって、同僚たちは彼の仕事を引き受けなければならなかった。同人の職務遂行能力が下がるにつれて、現場での同僚や顧客の不満は増していった。上司は、原告が出勤しやすいようにするために、スケジュール調整を行った。代替作業スケジュールの下で、同人は試験的に4日間のうち10時間出勤すればよい、とするフレックスタイム制度を導入し、必要に応じて同人に在宅勤務を認めた。使用者側は、この試験的代替スケジュールを1~2ヵ月続けたが、特別な在宅勤務や柔軟なスケジュールにもかかわらず、同人は、定期的かつ一貫した勤務時間を確保することができず、職務目標を達成できなかった。従って、同人は、週4日間の在宅勤務を使用者に要求した。これに対して使用者は、確かに、同人と同じ部品の買い付けを行う他の同僚の中には、在宅勤務を認められている者もいるが、彼らは1週間に1度の在宅勤務が認められているにすぎず、たとえ在宅勤務に設定された日であっても必要に応じて適切に現場に出勤できる者であって、さらに「強い職務遂行能力」があり「自己時間管理の能力」があった。同人は職務遂行責任のある10の職務のうち4つは自宅で行えなかったため、週4日の在宅勤務の許可という合理的配慮は認められないとして、在宅勤務を許可しなかった。しかし、使用者は、トイレに近い座席を提供することや、在宅勤務に適した職務を探すなど在宅勤務以外の合理的配慮を探したが、同人はこれらの合理的配慮を断った。結果的に、使用者は、同人の職務遂行能力の欠如を理由に同人を解雇した。同人の代理人である原告EEOCは、在宅勤務を認めず解雇をしたことが障害者差別であるとして提訴した。

地裁は、職務の本質的機能を履行することができないほど度々欠勤する被用者は有資格の障害者ではなく、ADAの下では、自宅での週4日の作業は合理的配慮として認められないとした。そして、職務遂行能力が低いことに起因する解雇は正当、と判決を下した。第6連邦巡回控訴裁判所も、定期的かつ予測可能な出勤は、職務の本質的機能であるとした。すなわち、職場に出られない被用者は、職務の本質的機能を履行できず、有資格の障害者ではないということは一般的なルールといえる。

「たいていの職務は、チームワークと、個々人のやり取り、監督を受けることを要求しており、これらは在宅勤務においては行うことができない。たいていの職務、特に対話を必

⁴⁴ EEOC v. Ford Motor Company, 782 F.3d 753 (6th Cir. 2015).

要とする職務において、定期的に現場に出席することが不可欠であるという一般的なルールは、ADAの文言に整合性がある。」⁴⁵

本件については、同人のポジションには定期的かつ予測可能な現場への出勤が不可欠であり、同人は、度重なる欠勤によってバイヤーの本質的機能を果たせなくなった。チームワークをとること、顧客や同僚とのミーティング、現場での対話、などは全て定期的かつ予測可能な出勤が必要である。他の全てのバイヤーは、定期的かつ予測可能な範囲内で現場に訪れ、職務を遂行している。また、在宅勤務を認められている者であっても、在宅勤務は1週間に1日しか認められておらず、必要に応じて職場に訪れていた。原告の過度の欠勤により、同僚は負担を負っており、同人の10の主要な任務のうちの4つが在宅では履行できていなかった。この事実によれば、職場に定期的に出席することが、同人の職務には不可欠であったといえる。従って、4日間の在宅勤務という合理的配慮には適切性がない、と判断する。これまで被告は、試験的に同人にフレックスタイム制を適用するなど、同人が必要に応じて在宅勤務をできるよう努めていた。しかし、同人が「定期的かつ一貫した勤務時間を確保できず、職務の本質的機能を履行できなかった」ため、被告が試験的に行っていた在宅勤務という合理的配慮は、失敗したのである。このように述べ第6連邦巡回控訴裁判所は、同人は有資格の障害者ではない、と判断し原告の上訴を棄却した。

(3) Vande Zande 事件

また、在宅勤務の許可によって有資格の個人といえるかどうか判断した事例ではないが、在宅勤務の要求が過度の負担に該当するかどうか判断した Vande Zande 事件⁴⁶でも、在宅勤務が否定されている（同事例は過度の負担の判断枠組を示した重要な事例であるため、第5章で詳細に紹介する）。Vande Zande 事件の原告は、州管理局で秘書的な業務に従事していた。しかし、下半身麻痺により自宅治療を要するために、自宅でのフルタイム就労を認めることを要求した。第7連邦巡回控訴裁判所は、以下のように述べこれを否定した。

「民間企業であれ、公機関であれ、たいていの仕事は、1人だけで無管理の下での職務というよりも、上司の下チームで働くものである。そして、上司の下でチームで働くことは一般的に、職務の品質を落とすことなく、自宅で職務を履行することはできない。これは、コミュニケーション・テクノロジーの発展に伴って変化することに疑いはない。しかし現在はそこまでには至っていない。…使用者は、生産性が大きく損なわれると思われる場合、障害者を在宅勤務させる必要はない。」⁴⁷

このように裁判所は、原則的に職場への出勤というものを職務の本質的機能と考えてお

⁴⁵ *Id.*, at 761-762.

⁴⁶ *Vande Zande v. Wisconsin Dept. of Admin.*, 44 F.3d 538 (7th Cir. 1995).

⁴⁷ *Id.* at 544-545.

り、自宅でも職務の本質的機能が遂行できることを障害被用者が証明した場合に限り、例外的に在宅勤務を認めているといえる。そして、在宅勤務の可否は、障害被用者の障害の症状というよりも、職務内容に依拠することが多いといえる。Humphrey 事件のように、医療記録を転記する者は、必ずしも職場に来なくてもいいかもしれないが、Ford Motor Company 事件のように対人コミュニケーションを職務の本質的機能とするポジションにおいて在宅勤務を許可することは、職務の本質的機能を免除することに繋がる。また、Vande Zande 事件の場合は、原告の職務は広報資料の収集、会議調整などの秘書業務であり、職場において直接のコミュニケーションが必要なポジションであったといえる。ただし、Vande Zande 判決において「(自宅就労が可能かどうかは) コミュニケーション技術の発展に伴って変化するものであることは疑いないが、状況は今日のものである。」として、将来的には、自宅で勤務して、職務の本質的機能の遂行能力を落とさないことも可能かもしれないが、今はまだそこまでには至っていないと述べていることにも留意せねばならない。このように何が職務の本質的機能に該当するか、誰が有資格の障害者であるかは、障害被用者個人の能力だけではなく、科学技術の発展によっても左右される。

4.2.7 職務の本質的機能と配置転換

(1) 職務の本質的機能と配置転換先のポジション

障害被用者が有資格の個人であるかどうかは、現行職務のみに限られない。有資格の個人とは、現在従事している、あるいは、希望するポジションの本質的機能を合理的配慮があれば遂行できる能力のある者である。職務の本質的機能を遂行できる有資格の障害者であるかどうかには、合理的配慮の成否も関連している。

大型車のブレーキ組み立て部門で7年近く雇用されていた原告が、同業務を通して科学物質に接触したことが理由で、両手の筋損傷と慢性的皮膚炎を患った Smith 事件⁴⁸において、医師は、刺激物との接触を避ける職務を勧めたため、原告は身体的制限があったままでも働ける部署への配置転換を会社側に要求した。使用者側は、同人が現行ポジションの職務を履行できないので有資格の個人に該当せず、いかなる合理的配慮の提供義務も生じないため、空きポジションに配置転換する義務は生じないとして、職務遂行能力の欠如を理由に同人を解雇した。

第10連邦巡回控訴裁判所は、有資格の個人とは現行ポジションの職務は履行できなくとも、希望するポジションに対して職務の本質的な機能を履行できる障害者であるとした。被告の解釈は「有資格の障害者の定義」についての「(当人が)希望する」という文言を無視している。有資格の障害者とは会社内の利用可能な空きポジションを履行できる場合には、障害者に該当し、この配置転換が合理的配慮であるか細かく調査される必要がある、とした。

また、消防士が業務中に同僚を助けようとした際に腰に重傷を負い消防士としての職務を遂行することができなくなった 1995 年の Burch 事件⁴⁹でも、配置転換先のポジションについて有資格の個人であるかどうか判断された。同事例において、原告は手術を受け

⁴⁸ Smith v. Midland Brake, Inc., 180 F.3d 1154 (10th Cir. 1999).

⁴⁹ Burch v. City of Nacogdoches, 174 F. 3d 615 (5th Cir. 1995).

たが、物の持ち上げや腰の曲げ伸ばしができなくなり消防士としての職務を遂行できないだけでなく、他のいかなる肉体労働の職務も履行できなくなった。市は医師に、どのような職務ならば原告が職務を遂行できるか尋ねたが、これに答えず、原告もまた医師に対してこれを追求することはなかった。原告は、他の空きポジションに配置転換することはできないか市に尋ねたが、原告は自身が身体的に履行可能な職務の証拠を市に提供しなかった。市は、本件消防署と市内の他の事務所における職務の空きポジションを探し、ショベルカー (backhoe) の運転手のポジションが空いていることを確認した。しかし、これらの職務も原告が履行することはできなかったため、原告は解雇された。原告は市が自身に対して身体的に制限があっても履行できる、軽度な職務に自身を配置転換しなかったことが障害者差別に該当するとして提訴した。

第 5 連邦巡回控訴裁判所は、原告が消防士としての職務の本質的機能を履行できないことは明らかであるとした。さらに、消防署内で原告にも従事可能な他のポジションについて、原告は消火活動をしなくてもよい消防車の運転手のポジションなどを提案した。しかし、同裁判所は、市の規則には、全ての消防士が消火活動に従事しなければならない旨が記載されており、これを行えない原告は消防署内の職務の本質的機能を履行できないため有資格の個人ではないとした。さらに、万が一、同人を消防署内のポジションにとどめおいた場合、緊急時に他者を持ち上げて運ぶことなどができないため、同僚を危険な目に遭わせる可能性があるとして、そのような場合には ADA は使用者に合理的配慮を提供する必要はないとしている、とした。また、市内の別のポジションへの配置転換の要求についても、原告は市内の他のポジションに対して職務の本質的機能を履行できる有資格の個人であることを証明しなければならなかったにもかかわらず、これを怠っていた。原告は、障害者差別を行っていない、という市の主張に反論すること以外、何も行っておらず、医師による軽易な職務ならば就労できるという医学的証拠もない。従って、第 5 連邦巡回控訴裁判所は、本件において配置転換を行わなかったことは合理的配慮義務の不履行ではないと判断した。

聴覚障害者の原告がコールセンターの電話窓口担当に応募した Davidson 事件においても、第 10 連邦巡回控訴裁判所は、同社では音声付電話と、音声なし電話の職務が存在しており、原告が有資格の個人かどうかを判断するためには、ADA の文言上、障害者の望む職務について有資格者かどうかを判断すべきであるとした⁵⁰。

障害被用者が職務の本質的機能が履行できる有資格の障害者であるというためには、従前の職務だけでなく、希望するポジションに対する能力も必要とされるが、いずれのポジションにおいても障害被用者側が、自身がその職務を履行できる心身の状況であることを証明しなければならない。

(2) 職務の本質的機能として物の持ち上げなどを要求する事例

使用者側が重い物の持ち上げなどの身体的能力を正当に要求している場合に、当該障害被用者が職務の本質的機能を履行できるかどうかの判断は比較的容易である。看護師が患者を持ち上げることができず、30 分以上立っていることができない Davis v. N.Y.C.

⁵⁰ Davidson v. America Online, Inc., 337 F.3d 1179 (10th Cir. 2003).

Health & Hosps. Corp.事件⁵¹では、原告看護師は、これらの身体制限がある中では看護師の職務の本質的機能を遂行することができないため、原告は有資格の個人とはいえないと判断されている。

冷凍ケースの組み立てなどパワードリルなどを使用する組み立てポジションの被用者が業務中の事故によ務に従事することを許可したが、他の被用者に対して多大な負担をかけることとなり、こり 25 ポンド以上の物の持ち上げと 2 時間以上の手作業ができなくなった Lopez 事件⁵²において使用者は、一時的に原告の職務内容を修正して、身体制限がある状況でも従前の職れを中止した。原告は、左手のみで職務の本質的機能を履行できると主張したが、第 5 連邦巡回控訴裁判所は、原告の証言は誤りであり、同ポジションには 1 時間に 8 回程度、50 ポンドの物を持ち上げる能力が必要であり原告は職務の本質的機能を履行できる有資格の障害者ではないとした。

宅配車両の運転手が業務中に膝を負傷し重い商品の持ち上げができなくなった Williams v. United Parcel Serv., Inc.事件⁵³では、原告は従前の職務を履行できないため、フルタイムの監督者に配置転換を要求した。Nevada 州最高裁判所は、原告は重い物を持ち上げることができないため、宅配車両の運転手としての職務の本質的機能を履行できないとし、フルタイムの監督者への配置転換について、同配転は昇進に該当するため合理的配慮として認められないとした。しかし、その他のいくつかのポジションについて配置転換が可能であるか検討を行う必要があったと判断した。また、エアコン製造員が足の負傷により長時間立ち続けることと、物の持ち上げができなくなった White 事件⁵⁴においても、第 10 連邦巡回控訴裁判所は、立ち作業や物の持ち上げができない原告は、いかなる合理的配慮を行っても従前の職務を履行できる有資格の障害者ではないとした（White 事件については昇進との関係で重要であるため第 6 章で考察する）。

このように、肉体労働を要する職務に従事している被用者が、身体的に障害を負った場合、有資格の障害者であるかどうかは判断が容易である。しかし、職務の本質的機能を有するかどうかは、現行の職務に限らず希望するポジションに対しても適用されるので、物の持ち上げなどのわかりやすい身体的能力の欠如は、持ち上げ能力自体が職務の本質的機能かどうかというよりも、新しい職務（例えば事務職）などに対して職務の本質的機能を履行できるかといった問題に争点に移ることが多い⁵⁵。従って、結果的に配置転換の事例が最も多い合理的配慮の事例となっている。

とはいえ、第 3 章のアファーマティブ・アクションと合理的配慮の関係性について考察

⁵¹ Davis v. N.Y.C. Health & Hosps. Corp., 508 F. App'x 26 (2d Cir. 2013).

⁵² Lopez v. Tyler Refrigeration Corp., 2000 U.S. App. LEXIS 41108 (5th Cir. 2000).

⁵³ Williams v. United Parcel Serv., Inc., 2012 U.S. Dist. LEXIS 23079 (D.S.C., 2012).

⁵⁴ White v. York Intern. Corp, 45 F.3d 357 (10th Cir. 1995)

⁵⁵ Aka v. Wash. Hosp. Ctr., 156 F.3d 1284 (D.C. Cir. 1998); Dalton v. Subaru-Isuzu Auto, Inc., 141 F.3d 667, 678-679 (7th Cir. 1998); Daugherty v. City of El Paso, 56 F.3d 695 (5th Cir. 1995); EEOC v. Humiston-Keeling, Inc., 227 F.3d 1024 (7th Cir. 2000); U.S. Airways, Inc. v. Barnett, 535 U.S. 391 (2002); Mays v. Principle, 301 F.3d 866 (7th Cir. 2002); Huber v. Wal-Mart Stores, 486 F.3d 480 (8th Cir. 2007).

した配置転換の事例で検討してきたように、たとえ配置転換先のポジションの職務遂行能力があったとしても、他に最適任の応募者がいた場合には、これに優先して自動的に障害被用者が任命されることはない⁵⁶。そのような配置転換は、障害を理由とした「ボーナスポイント」を付与することに該当する⁵⁷。「障害を理由に能力が劣る応募者を雇用するよう求めることは十分に逆差別といえるアファーマティブ・アクション (affirmative action with a vengeance)」であり「障害被用者の職場での競争を可能にするという合理的配慮の基準をはるかに超えている。」⁵⁸のである。障害があり、職務の本質的機能を有していることのみを理由に自動的に優先的取扱が講じられることはない。また、第6章で詳述するが、昇進に該当する配置転換についても裁判所は厳しい判断をしており、たとえ配置転換先のポジションに障害被用者が職務の本質的機能を有していたとしても、異動が昇進に該当する場合には、合理的配慮としての配置転換とはみなされないと判断している⁵⁹。有資格の個人の要件を課している時点で、能力主義に反するものではないが、さらに、有資格の個人であることのみをもって競争を排するような優先的取扱をするわけではない点でも能力主義に反するものではない。

4.3 第4章のまとめ

合理的配慮には能力主義との整合性がないとする権利性否定説は、市民権法をはじめとした伝統的差別禁止法が差別禁止事由として列挙した保護属性は能力とは無関係であるが、障害は能力と関連のある属性であり、伝統的差別禁止法の保護属性とは異なることを相違点に挙げる。そして、伝統的差別禁止法が、属性を無視して能力に基づく区別を認めてきたにもかかわらず、合理的配慮は能力を無視し障害者に一方的に便益を与える「強い優先」「作られた平等」であり、憲法と憲法に基づく差別禁止法の平等観を超えると主張していた。

しかし、ADAは、そもそも職務の本質的機能を履行できる障害のある有資格の個人にしか保護が及ばず、合理的配慮についても有資格の個人でなければ訴権がない。職務の本質的機能については使用者の職務明細や就業方針などを参考にして決定されるため、ある被用者が障害に罹患していることを使用者が通知された、又は知っている場合、使用者が、当該障害被用者の職務の本質的機能は何かを特定する。その後、障害者は自身が障害者であり、自身のスキル、経験、教育歴、職務に関連する要件を提示し職務の本質的機能を履行することができる有資格の障害者であることを立証する。

補助者の提供や自身の職務を同僚に分配することによって職務の本質的機能を履行できる障害者も多いであろうが、裁判所は職務の本質的機能を補助者・同僚に分配することによっては、「職務の本質的機能を履行できる有資格の個人」とは認定しない。有資格の個人とは、非障害者と全く同じ能力をもっている必要はないが、職務の本質的機能は履行できるだけの能力を有していなければならないが、有資格の個人が周辺の職務を履行できない場合には、周辺の職務に対し使用

⁵⁶ Dalton v. Subaru-Isuzu Auto, Inc.; Daugherty v. City of El Paso; EEOC v. Humiston-Keeling, Inc.; U.S. Airways, Inc. v. Barnett; Mays v. Principle; Huber v. Wal-Mart Stores.

⁵⁷ EEOC v. Humiston-Keeling, Inc., at 1027.

⁵⁸ *Id.*, at 1028-1029

⁵⁹ White v. York Intern. Corp, 45 F.3d 357 (10th Cir. 1995).

者は障害者のニーズに合わせて合理的配慮を提供しなければならない。もしも有資格の障害被用者が当該職務の周縁的機能以外の本質的機能を全て履行できる場合、使用者は他の被用者に周縁的職務を割り当てるなどの配慮を行わねばならず、障害者はその職場で通常ではない手段・方法を経ても、自らの障害に合わせて職務遂行できるよう使用者に要求できる。例えば、車の運転を職務の本質的機能としない看護師の場合には、タクシー利用という合理的配慮の考慮を認めることで、職務の本質的機能を履行できる有資格の障害者となる⁶⁰。ただし、職務の本質的機能を履行できるというには、現行ポジションに限らず、配置転換先のポジションも対象となる点で、障害者にとって積極的な法であるといえる。ただし、合理的配慮は能力主義を徹底しているため、たとえ配置転換先のポジションに対して職務の本質的機能があろうとも、最適任の応募者がいる場合には、これに優先して自動的に障害被用者が任命されることはないことは第3章で分析した通りである。また、配置転換先のポジションに障害被用者が職務の本質的機能を有していたとしても、異動が昇進に該当する場合には、合理的配慮としての配置転換とはみなされないと判断している。有資格の個人の要件を課している時点で、能力主義に反するものではないが、さらに、有資格の個人であることのみをもって競争を排するような優先的取扱をするわけではない点でも能力主義に反するものではない。

被用者が職務の周縁的機能において使用者に貢献している場合も当然あるにもかかわらず、障害者が職務の周縁的職務を履行できないことに対し使用者の作為が要求されることは、障害の社会モデルに由来するといえる。職務遂行能力ある障害者が、職務継続できないなどの不利益を被っているのは、障害者と非障害者に能力差があるのではなく当該職務の周縁的な作業・環境が非障害者を前提に構築されているからである。従って個別的・個人的アセスメントを経て、使用者は障害者の直面する障壁を探し出し、障害者の能力を正確に把握する。「この方法は障害のある人を偏見やステレオタイプや正当な理由のない恐れから守るという目的を達成するために不可欠なものである。」⁶¹そして、職務継続に支障をきたしている障壁の除去を行う。合理的配慮は、アフターマティブ・アクションのように数的バランス是正のために数的目標・割当を設定し、マイノリティ応募者がマジョリティ応募者よりも低い成績であった場合でも自動的に雇用するなどの能力を無視した一律な優先的措置ではない。また、実際の判例でも知的障害者や起きることもままならない重度障害者に対して合理的配慮を認めた事例は存在しない。この点で、合理的配慮は労働能力を無視し障害者に有利に作用する、という学説は誤っている。

さらに、第4章冒頭で紹介した Schwab と Willborn 説の ADA 制定以前から障害者の一部は同じ生産性、同じコスト負担の非障害者よりも不利に取り扱われており、そのような状況を是正するために障害者を均等待遇することが「緩やかな優先」である⁶²、という解釈には疑問がある。同じ生産性とコスト負担にかかわらず、障害者を不利に取り扱うことは、単純に偏見に基づく差別行為である。これを止めることは他者よりも有利に取扱うことでなく、違法な差別行為の中止にすぎない。このような点から能力主義を根拠に合理的配慮の権利性を批判することは誤っている。

しかし有資格の個人要件について一部の学説から批判がある。ADA 制定後も障害者の就業率

⁶⁰ EEOC v. LHC Group, Inc.

⁶¹ School Bd. of Nassau County v. Arline, at 287.

⁶² Schwab & Willborn, *supra* note 2, at 1209-1210.

は低下したままである。これは、連邦最高裁が障害の概念を縮小して解釈し ADA に否定的な態度をとってきたことが原因であると考えられてきたが⁶³、これだけでなく就労能力のある有資格の個人のみ ADA の保護対象であることが理由と解されている⁶⁴。McGowan は、ADA はマイノリティの平等達成のための市民権法の革命として高い期待の下、制定されたが、実際の ADA は、職務遂行能力のあるわずかな障害者を誤ったステレオタイプから保護し、労働市場から排除されないようにするもので、能力主義に基づく労働市場を完全に作り変えることはできなかつたと述べる。合理的配慮は、職務遂行能力を有するにもかかわらず障害があるというだけで、職務に貢献できないと思われている者に能力発揮の機会を与えるだけのものである。従って、ADA には、障害者の精神的・物理的症状を改善(ameliorate)するような規定は存在しない⁶⁵。

実際に合理的配慮の提供が認められた事例の多くは、採用後の障害者に対するものであり、採用後の障害者に関しては雇用維持をするという程度の合理的配慮である。割当雇用制度の存在しないアメリカにおいて有資格の個人の要件があることで、そもそも就業能力のない障害者の採用ということは考えにくい。障害という属性にとらわれず職務遂行能力を判断するという点で、ADA の合理的配慮は能力主義にむしろ即しているといえる。

⁶³ Bagenstos, *supra* note 18, at 459.

⁶⁴ Chai R. Feldblum, Kevin Barry, & Emily A. Benfer “The ADA Amendments Act of 2008,” 13 Tex. J. C.L. & C.R. 187 (2008); Wendy E. Parmet “Plain Meaning and Mitigating Measures: Judicial Interpretations of the Meaning of Disability”, 21 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 53, 54 (2000).

⁶⁵ Miranda O. McGowan, “Reconsidering the Americans with Disabilities Act,” 35 Ga. L. Rev. 27, 37-41 (2000).

第5章 合理的配慮と資本主義の効率性

「資本主義の効率性」とは複合的な性格がある。合理的配慮の権利性否定説は、資本主義の効率性として個別企業の収益性に着目し、合理的配慮が個別企業の収益性を損なわせる措置、と指摘する。これに対して権利性肯定説は、資本主義の効率性として個別企業の収益性だけでなく、資本主義全体の利益という観点を加味して合理的配慮の権利性について考察をしている。また、実際の判例においては、裁判所は、企業収益性から合理的配慮の射程範囲を制限している。

5.1 資本主義の効率性に基づく合理的配慮の権利性否定説

独立宣言の礎となった Locke の自然法思想によれば「人間が結合して国家を作り、彼等自らを統治の下に置くことの…目的は財産権…の保護」にあり、「(国家権力は) 何人からもその財産権のいかなる部分といえどもこれをその同意なしに奪うことはできない。」という¹。この思想に基づき、イギリス本国からの干渉を受けず自由と財産を保護する合衆国憲法が制定された。これを保障するのが 14 修正のデュー・プロセスであり、「デュー・プロセス（法の適正な過程）によらずに、何人からもその生命、自由、又は財産を奪ってはならない。」デュー・プロセス条項の下、アメリカでは財産権を保障するために、契約の自由が徹底され、これらは自然権に基づく神聖かつ不可侵の自由として、国家から干渉を受けないレッセ・フェール（自由放任主義）が強調されてきた。そして連邦最高裁は、経済的発展の促進のため、州が制定した社会経済立法を契約の自由を侵害として違憲判断を下し²、19 世紀から 20 世紀にかけての資本主義経済が急速な発展を遂げた³。現在はこうした財産権と契約の自由の絶対不可侵性は崩壊し、資本家による搾取や不平等の拡大、さらには大企業などの社会的権力の増大、という問題があるため、国家による経済活動への介入が可能となっている。こうした介入は、Rawls の格差原理に基づいて、特権的地位や能力による利益は社会的に最も不遇な人々の利益に資するものになっている場合正当化されているといえる⁴。しかし、依然として合衆国憲法は契約の自由が大前提であり、使用者に効率性・生産性の追求を認めている。

資源の効率的な利用配分を求める資本主義の効率性という平等観に基づき、合理的配慮

¹ 田中英夫『アメリカ法の歴史（上）』（東京大学出版会、1968年）250頁。

² *Munn v. Illinois*, 95 U.S. 113 (1877); *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887); *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897); *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

³ 伊藤正己『憲法』第3版（弘文堂、1995年）354-355頁。

⁴ John Rawls『正義論』改訂版（川本隆史・福岡聡・神島裕子訳）（紀伊國屋書店、2010年）370-375頁。

の権利性を否定した研究者として Donohue III⁵、Schwab と Willborn⁶、Leonard⁷らがいる。その中でも代表的な Kelman は、使用者は「効率を追求する資本主義者 (rational capitalist)」であり、合理的配慮とは、通常と異なるコスト投資を使用者に課す障害者の請求と定義する⁸。そして、伝統的差別禁止法においては競争に基づく労働市場の維持が、分配の請求よりも優先するにもかかわらず、合理的配慮はこれに反するものとする。

Kelman は、差別行為からの「救済を求める者は差別を受けない権利を有するが、合理的配慮を求める者は権利ではなく社会的資源の分配を請求」しているという。すなわち、差別を受けない権利とは、ケースバイケースの分析や他者とバランスがとれている必要がなく、全て正当化されるものであり、差別救済をすることが、使用者にとって過度に高額な負担になるとしても、使用者はそのコスト負担を理由に差別行為を正当化することはできない。また、使用者が差別救済のために支出する資源より差別救済者が価値の高い労働力を提供するというバランスを考慮する必要もない⁹。差別禁止を求める者は「差別行為をやめるよう主張する他者と競争することはなく、使用者のコストに関係ない」という意味で権利と考えられるべきという¹⁰。

一方、合理的配慮は「差別を受けない権利のように無制限ではなく、有限な資源を他者と競争して分配される請求」で「合理的配慮は、障害者の利益となると同時に使用者や同僚に生産性を失わせる性質」があり、他者との競争の結果、コスト面や他に効率的な資源の分配先があることを理由に、拒絶されうる¹¹。その意味で Kelman は、合理的配慮は通常とは異なるコスト投資の請求であり、権利ではなく「経済的に堅実的 (prudential) な他の請求とバランスのとれた」社会資源の分配を要求する「政策上の請求」と捉える。資源とは、有限のものであって、合理的配慮が過度の負担となるため提供しないと決定した使用者は、単純に資源の有効な分配の選択をしているだけであり、合理的な納税者と捉えられるべきという¹²。

Schwab と Willborn は、連邦議会は合理的配慮によって効率性の追求を拒絶し、時には非効率的な行動を使用者に要求している、と批判する¹³。このように権利性否定説は、合理的配慮が使用者の効率性・生産性の追求を否定し、個別企業の収益性を損なわせる、と捉えている。

⁵ John J. Donohue III, “Employment Discrimination Law in Perspective: Three Concepts of Equality,” 92 Mich. L. Rev. 2583 (1994).

⁶ Stewart J. Schwab & Steven L. Willborn, “Reasonable Accommodation of Workplace Disabilities,” 44 Wm. & Mary L. Rev. 1197 (2003).

⁷ James Leonard, “The Equality Trap: How Reliance on Traditional Civil Rights Concepts Has Rendered Title I of the ADA Ineffective,” 56 Case W. Res. L. Rev. 1 (2005).

⁸ Mark Kelman, “Market Discrimination and Groups,” 53 Stan. L. Rev. 833, 852 (2001)

⁹ *Id.*, at 835-836.

¹⁰ *Id.*, at 852.

¹¹ *Id.*, at 845-855.

¹² *Id.*, at 837.

¹³ Schwab & Willborn, *supra* not 6, at 1202-1203.

権利性否定説に対し Bagenstos は、資本主義の効率性は、伝統的差別差止法と合理的配慮の双方の根底にあり、両者を区別すべきではないとする。すなわち、伝統的差別禁止法は、合理的区別を認めているが、使用者の行為が保護属性に対してスティグマと従属関係を強化させる場合にのみ、資本主義の効率性（均等待遇）から逸脱した区別が禁止される。合理的配慮も、スティグマと従属関係の除去のために資本主義の効率性に反しない限りで別異取扱を求めている。スティグマと従属関係を解消する別異取扱という点で、伝統的差別禁止法理と合理的配慮は類似すると主張する¹⁴。

さらに Bagenstos は、長期的に見れば障害者への資源の分配にかかるコストも差別禁止のコストと区別できないと主張する。Bagenstos の解釈によれば Kelman 説は、生産性の劣る障害被用者を生産性のある被用者よりも有利に扱うことで、使用者の生産性全体を低下させ合理的配慮は伝統的差別禁止法に反する、と解釈しているという。しかし Bagenstos は、Kelman のこの主張は合理的配慮の短期的な影響にのみ焦点を当てており、再分配によって得られる長期的利益を無視していると批判する。Bagenstos によれば「配慮を行わない使用者が、障害者より生産性のある被用者を雇用することで短期的に生産性を増やしたとしても、この長期的な影響は不明確である。我々は人的資源への過少投資によって労働力不足」に直面しており、配慮によって障害者の障壁を除去し障害被用者の雇用を促進することで、実際に社会的資源の長期的な増加に導くことができ、障害者は福祉サービスを受ける保護の対象ではなく労働を行う納税者となり、経済効率性を増加させることができる。Bagenstos は、差別禁止と合理的配慮の 2 つの手段によって、敵意ある行為と短期的な生産性の追求行為を、社会的資源の再分配という方向に転換することができるとする。Bagenstos は、この意味で差別禁止法理と合理的配慮の間には、原理的な相違はないという立場で、Kelman が合理的配慮による長期的な経済効果について検討を行っていないことから、合理的配慮が差別禁止法に反するという説の論拠が十分とはいえないとする¹⁵。

権利性否定説は、資本主義の効率性として個別企業の収益性に焦点を当て合理的配慮の権利性を否定するが、Bagenstos 説は、資本主義全体の利益についても検討している。合理的配慮が資本主義の延命に利する、という考え方は、ADA 立法の段階で ADA が障害者の市民権法であり、市民権を保障するという点だけでは納得できなかった議員や国民を説得するために使用された。すなわち、障害者に就労機会を与えることによって、これまで障害者が依存的であるという前提に基づき提供されている障害者手当や障害者プログラムに対する年間 570 億ドルにおよぶ連邦政府の支出を削減し、それにより、雇用を通じて障害者のエンパワメントを支援するという成果が得られる¹⁶。障害者を単なる福祉の対象として税金の消費者としておくよりも、就労の機会を与えることによって、福祉の費用を軽減する一方で、障害者を納税者にすることができるという主張である¹⁷。

¹⁴ Samuel R. Bagenstos, “‘Rational Discrimination’, Accommodation, and the Politics of (Disability) Civil Rights,” 89 Va. L. Rev. 825, 870-881 (2003).

¹⁵ *Id.*, at 892-894.

¹⁶ John T. Pardeck 『障害者差別禁止法とソーシャルワーク』（寺島彰訳）（中央法規出版、2003年）38頁。

¹⁷ 調一興「雇用の問題と職業リハビリテーション」八代英太『ADA（障害をもつアメリカ人法）の衝

5.2 過度の負担

合理的配慮が使用者の利益追求を認める資本主義の効率性に反するものではないことを根拠づける法文として、使用者の「過度の負担」の抗弁規定がある。すなわち、ADAの差別規定は、「『差別』という文言は以下を含む。(A) 応募者又は被用者である障害のある有資格の個人の身体的、若しくは精神的制限を認識している場合、合理的配慮を行わないこと。」としつつ、但し書において「ただし、合理的配慮が、適用対象事業者の事業運営に過度の負担を課すことを適用対象事業者が証明することができる場合はその限りではない。」と規定している¹⁸。

そして「過度の負担」に該当するかどうかは、合理的配慮にかかるコスト、合理的配慮の性質、使用者の財源・被用者数、合理的配慮の提供によって使用者の事業運営に与える影響などを総合的に検討する。すなわち、

「(A) 過度の負担とは…(B) に掲げる要素に照らして考慮するとき著しい困難、又は費用を要する行為を意味する。

(B)

(i) …必要とされる合理的配慮の性質と費用。

(ii) 合理的配慮の提供に関わる…施設全体の財源、そのような施設における被用者数、支出と財源に及ぼす影響、事業運営に合理的配慮が与えるその他の影響。

(iii) 適用対象事業者全体の財源、被用者数を考慮した適用対象事業者の全体的事業規模、施設の数、種類及び位置。

(iv) 適用対象事業者の労働力の構成、構造、機能を含む、当該事業の業務と業務の種類、当該事業の施設又は施設間の地理的な遠さ、管理又は財務上の関連性。」¹⁹

さらに、EEOCの施行規則によれば、使用者の事業運営に過度の負担を及ぼしているかどうかは、税額控除、課税控除の可能性と外部資金も考慮し、特定の合理的配慮に対してかかるコスト面だけでなく、配慮によって他の被用者の職務遂行に影響や混乱を与えるなど、事業の性格や運営に変化をもたらすような場合も過度の負担に含まれる²⁰。例えば施行規則が提示した例として以下がある。薄暗い照明では視力が十分ではない視覚障害者が、ナイトクラブでウェ이터として雇用されている場合、視覚障害者は使用者に対して照明を明るくするよう要求することは合理的配慮として認められない。なぜなら、同配慮は安価なものかもしれないが、明るい照明がナイトクラブの雰囲気を壊し、顧客がステージショーを見ることを阻害するという事業運営の本質を変更することになるからである²¹。

撃』(学苑社、1991年)132頁；小石原尉郎『障害差別禁止の法理論：米国の雇用差別禁止法理の研究』(信山社、1994年)197-201頁。

¹⁸ 42 U.S.C. §12112 (b)(5)(A).

¹⁹ 42 U.S.C. §12111(10)(A)(B).

²⁰ 29 C.F.R. §1630.2 (m).

²¹ 29 C.F.R. App. §1630.2 (p).

しかし、これらの要素のみが判断基準ではなく、合理的配慮によって過度の負担が生じているかどうかを決めるには個別のケースごとの分析をする必要がある。ある使用者にとって安価な合理的配慮が、別の使用者にとって過度の負担を課す可能性もある²²。前述の航空会社で貨物取扱業務に従事していた肉体労働者が、背中中の疾病により従前の職務を履行できなくなり事務職への配置転換を請求した **Barnett** 連邦最高裁判決²³において、個々の事例ごとに障害者のニーズだけでなく使用者・同僚への影響も考慮し、自動的な判断は許されず、過度の負担を判断することが必要と示された。同事例で障害者側の請求は棄却されたが、労働者一般に適用される中立的規則や他の応募者の存在によって自動的に合理的配慮が免除されるわけではないことが明らかとなった。

5.2.1 過度の負担の判断枠組

過度の負担は個別性・個人性が高いが全くのケースバイケースではなく、ある一定の判断枠組がある。これを示したのが **Vande Zande** 事件²⁴で、合理的配慮と過度の負担の判断枠組が検討された重要な先例に位置付けられている。**Wisconsin** 州管理局 (**department of administration**) の住宅課で働いていた原告が脊髄腫瘍による下半身麻痺によって車椅子を使用していた。同人の職務は、広報資料の収集・会議調整などの事務的・秘書的な業務であった。原告は、麻痺による圧迫性潰瘍 (**pressure ulcers**) の治療のためにしばしば数週間の自宅治療を要することがあった。原告は同治療のために、使用者がパソコンを提供した上で自宅でのフルタイム就労を認めることを要求した。さらに、職場で就労する際に、昼食や休憩のために利用する簡易キッチンのカウンターとシンクを車椅子利用者にも利用可能な高さに変更することも合理的配慮として要求した。

第 7 連邦巡回控訴裁判所は、合理的配慮の詳しい判断枠組を示した。すなわち、障害への合理的配慮は、障害者が職務を行うことができるための変更であって職務遂行に無関係かつ効果のない変更は、合理的配慮ではない。障害者を働くことができるようにするためにかかるコストと、障害者が働くことで得られる利益は、「常に数字で測られなければならないわけではない」が、合理的配慮に要するコストと合理的配慮によって障害被用者が就労継続できるようになってもたらされる利益は「均衡性がとられているべき」である²⁵。

「たとえば、使用者が過度の負担を主張することができないほど、巨大又は富裕 (**large and wealthy**) であっても、すなわち本件における被告人のように…州機関であっても、障害被用者の生活をわずかに向上させるために、多大な金額を支出することは要求されないだろう。もしも、公的機関の使用者が、障害者に対する制限ない財政上の義務を負っている場合、ADAは、間接的に多大な税金を市民に課すことになる。我々は、そのような結果を

²² Stephen F. Befort, “The Most Difficult ADA Reasonable Accommodation Issues: Reassignment and Leave of Absence,” 37 Wake Forest L. Rev. 439, 441 (2002).

²³ U.S. Airways, Inc. v. Barnett, 535 U.S. 391 (2002).

²⁴ Vande Zande v. Wisconsin Dept. of Admin., 44 F.3d 538 (7th Cir. 1995).

²⁵ *Id.*, at 542.

もたらず意図を本法の文言及び制定史から見出せない。」²⁶

それらの合理的配慮を認めることは州に過度の負担を課す。ADAは、過度の負担とは、「著しい困難又は出費を要求する行為」と規定しているが、使用者の財政状況は、考慮される要素の1つにすぎない。合理的配慮が使用者に過度の負担を課すかどうかは、使用者の財源だけでなく合理的配慮によって障害被用者に与えられる利益とコスト負担の関係の関係を考慮する必要がある。その上で、合理的配慮の立証責任の分配は、まず、「(障害)被用者が配慮の有効性とコストに対する均衡性の両方の意味において当該合理的配慮が適切であることを証明しなければならない。」障害被用者側がこれについて一応の証明を行った場合には、次に、「使用者には、当該配慮に必要なコストが、配慮によって得られる利益、あるいは使用者の財政状況と比較して過度である(excessive)こと」を証明する機会が与えられる²⁷。

そして、第7連邦巡回控訴裁判所は在宅勤務に関し、以下のように判断した。

「民間企業であれ、公機関であれ、たいていの職務は、1人だけで無管理の下で働くというよりも、監督の下チームで行うものである。そして、一般的に、監督の下でチームで働くことなしには、被用者の職務遂行能力の質を実質的に落とすことなく職務が自宅で履行される可能性は低い。これは、コミュニケーション・テクノロジーの発展に伴って変化することに疑いはない。しかし現在はそこまでは至っていない。」²⁸

それ故、一般的に、使用者は、障害者の在宅勤務を許可する合理的配慮を行う必要はない。「使用者は、生産性が大きく損なわれると思われる場合、障害者を在宅勤務させる必要はない。」²⁹

次に、職場のカウンターとシンクの改築について、原告は簡易キッチンのカウンターは36インチで設計されており車椅子利用者にとっては高すぎて利用し難く、34インチに変更するよう要求した。原告がこの主張を行ったときに、当該建物は、建設中で簡易キッチンはまだ設置されていなかったが、使用者は34インチの低いデザインに変更することを拒んだ。その代わりに使用者は、原告の勤務する階の簡易キッチンを34インチで利用できるよう棚を導入した。シンクの問題に関しては、配管工事はすでに始まっていたので、低いシンクにすることはコストがかかりすぎるため、使用者は代わりに34インチの高さのバスルームのシンクを利用させることで対処可能、と考えていた。第7連邦巡回控訴裁判所は、使用者がバスルームシンクを代替として与えたので、原告は簡易キッチンのシンクにアクセスできないことが同人の就労能力及び身体的快適さを阻害しているとはいえない、とした。原告は、他の被用者が簡易キッチンのシンクを使うことができるにもかかわらず、自身がコーヒーカップを洗うためなどに、バスルームのシンクを利用することによって、自

²⁶ *Id.*, at 542-543.

²⁷ *Id.*, at 543.

²⁸ *Id.*, at 544

²⁹ *Id.*, at 545.

身に異なる者、劣った者というスティグマを課すと主張したが、確かに、合理的配慮の適切性を判断する際に、障害者が職場に統合されるためには、物理的・身体的障壁だけでなく、心理的障壁も関連している。しかし、合理的配慮は、障害者と非障害者が働く際に完全な同一性を実現するために、使用者がコスト負担義務を負うものではない。このような義務の創設は、障害者が非障害者と同じ条件を達成することができないというスティグマを必然的にもたらすことになる。原告が非障害者が利用するシンクと同価値のシンクが利用でき、それにアクセスできる場合、原告を特定のシンクにアクセスできるようにすることは、使用者の法的義務ではない。合理的配慮義務は、使用者が、障害者が適切な快適さで働くことができるように行動している場合、果たされている³⁰。従って、第7連邦巡回控訴裁判所は、原告の障害者差別の訴えを棄却した。

Vande Zande 判決は、過度の負担の証明責任の分配を示した重要な判決と位置付けられている。そして、同判決は、ADA は障害者が非障害者と全く同じ状況で働くことができるようにする合理的配慮を使用者に要求していないし、障害被用者が職務の遂行を可能にする配慮ならば、非障害者とは異なる設備を提供されていたとしてもよい、と考えている。あくまで合理的配慮は、職務遂行を可能にし、使用者に過度の負担を課さないものに限られるということである。合理的配慮と過度の負担という概念が曖昧な性質をもつことから、ADA の法文における合理的配慮の定義は「ひどく未熟」と表現されてきており、障害被用者の提案した合理的配慮が過度の負担に該当するかどうかについて裁判所の判断が仰がれている³¹。しかし、曖昧な性質をもつからひどく未熟でもありうるが、曖昧であるが故に柔軟性があるとも考えることができる。以下で過度の負担と合理的配慮の関係について考察した事例を合理的配慮の種類別に紹介する。

5.2.2 過度の負担と他の被用者への職務の分配

合理的配慮の証明責任の分配の根拠は、神経障害、歩行障害のある小学校の図書館教員が教育補助者を合理的配慮として要求した Borkowski 事件において（事実概要及び判旨の詳細は第4章を参照）、「使用者というものは、当該産業界全体の慣行と構造について、また自らの組織についても、典型的な障害被用者よりもはるかによく知っており」、自身の障害を克服する手段については、障害者の方が使用者よりも精通しているからであるとされた³²。

(1) 教育業務の分配

Borkowski 事件において被告は、教育補助者の提供が過度の負担に該当するだけでなく、原告が障害者だからではなく図書館教員としての能力が不十分であったので、本件雇用契約継続拒否は正当化されると主張した。第2連邦巡回控訴裁判所は、

³⁰ *Id.*, at 545-546.

³¹ Stacy A. Hickox & Joseph M. Guzman, “Leave as an Accommodation: When Is Enough, Enough?” 62 *Clev. St. L. Rev.* 437, 439 (2014); Grant T. Collins & Penelope J. Phillips, “Overview of Reasonable Accommodation and the Shifting Emphasis from Who is Disabled to Who Can Work,” 34 *Hamline L. Rev.* 469, 472, 481 (2011).

³² *Borkowski v. Valley Central Sch. Dist.*, 63 F.3d 131, 137 (2d Cir. 1995).

「連邦議会は（ADA 立法段階において）ある産業界のほとんどのメンバーにとって不合理な負担を課す合理的配慮であっても、ある使用者の特定の状況に照らした場合、ある使用者には（その合理的配慮は）求められるかもしれないと明らかに想定していた。」³³

とする。そして、合理的配慮が使用者に課される事例であるかどうかは、労使双方に証明責任を分配して個別に検討しなければならない。合理的配慮が過度の負担であるかどうかについては、障害被用者の職務継続を可能にすることによって得られる利益だけでなく、使用者が負担する費用についても検討されねばならない。例えば、

「使用者は障害被用者が提案した合理的配慮によってその者が職務の本質的機能を実行できるようになっても、障害のある単一の人の利益のために数百万ドルの支出をする必要はない。そのような場合には、たとえ提案された合理的配慮に効果があるとしても使用者に過度のコスト負担を課すために妥当ではない。要するに合理的配慮は、その費用が生み出す利益と明らかに不均衡でない場合にのみ認められうる。」³⁴

障害被用者側も合理的配慮について証明責任を負うわけであるが、障害者側は合理的配慮の存在を示唆するだけで十分である。その後、使用者側が、被用者数・施設数と施設の種類・予算規模・配慮のコストや性質から、総合的に合理的配慮が過度の負担となるかどうかを検討する。しかし、使用者は、合理的配慮のために破産寸前になるほどの負担を負うことはない。ADA 立法段階の議論の中で、連邦議会は過度の負担とは、使用者の事業存続を脅かす水準のものとして定義した条文について検討を重ねてきたが、最終的にこの条文は却下され、現在の条文となっている。すなわち、使用者は、障害被用者が提案した合理的配慮は、被用者数や施設数や施設の種類や予算規模、といった ADA に列挙された要因に照らして過度の負担に該当することを証明すればよい³⁵。

本件においては、原告は自身の職務遂行能力が不十分であり、現状では被告の正当な期待に応えられないことを認めている。しかし、原告は、生徒のコントロールをするために使用者が教育補助者を提供すれば、図書館の教師の全ての機能を果たすことができると主張している。原告側は合理的配慮について示しており、それがあれば、図書館教師の本質的な機能を履行することができることを証明している。一方、被告側は、職務遂行能力と原告が提案した合理的配慮が一致していない、又は提案した合理的配慮が原告の職務の本質的機能を除去する、という証拠を提示していない。確かに、「教育補助者という合理的配慮は一般的に考えて、その合理的配慮から得られる利益と費用負担を比較考量すると合理的配慮の射程範囲に該当するかもしれない。」³⁶ADA の前法であるリハビリテーション法の施行規則には「合理的配慮には代読者、通訳者、又は同じような行為を提供することは合理的配慮に

³³ *Id.*, at 137.

³⁴ *Id.*, at 138.

³⁵ *Id.*, at 139-140.

³⁶ *Id.*, at 142.

含まれる。」と規定している³⁷。しかし、被告は、教育補助者の提供にかかるコストと、それを抱える学区の予算と組織規模、又はその他の関連する要素について証拠を提示していない。被告は、教育補助者の提供は妥当ではなく、本件にかかわらず法律問題として過度の負担に該当すると主張している。しかし、教育補助者の提供が本質的に不適切、又は過度の負担であるということはない。合理的配慮にはコストがかかるのであり、コストを理由に否定されることはない。学区は、教育補助者の提供によって得られる利益が教育補助者を提供するコスト負担に比して小さすぎることで、この不履行を正当化することができる。また、補助者の提供が、本件学区又は他の地区で、予算的に不適切である又は過度の負担となると証明することもできる。しかし、被告からのこのような予算に関する証拠がない場合、又は他の類似の情報がない場合、過度の負担が立証されたと判断することはできない。教育補助者の提供を受ければ、原告は職務の本質的機能を履行することができるかどうか、そして教育補助者の提供が合理的配慮として過度の負担を強いるかどうか、使用者が立証していないため、現在の証拠では原告が有資格の障害者かどうか判断することはできない。第 2 連邦巡回控訴裁判所は、以上のような判旨の下、本件は事実問題が残っているため差戻した。

ADA 立法段階において、合理的配慮の射程を制限する抗弁は、連邦議会において最も議論された要素の 1 つであった。当初は、使用者のビジネスの存続を脅かさない限り、合理的配慮は認められるとしていた。しかし、ビジネス界からの抗議活動を受けて、現在の「過度の負担」規定にし、その範囲を縮小した。すなわち、使用者は、自身が抱えている被用者数、施設数、施設の種類、予算規模といった要素に要因に照らして提案された合理的配慮が過度の負担に該当することを証明すれば、その不履行は免れる。Borkowski 判決は 1995 年の判決なので、通訳者などの例については、リハビリテーション法の施行規則を引用しているが、現行でももちろん ADA 及び施行規則は、代読者や通訳者を合理的配慮の例として明記している³⁸。その上で、Borkowski 判決は、本件における職務の本質的機能がなんであるかは定まっていないが、一般的に教育補助者という合理的配慮は、その合理的配慮から得られる利益と費用負担を比較考量した場合、合理的配慮の射程範囲に該当するかもしれない、と示唆した³⁹。

しかし、教育補助者の提供については 2015 年の第 6 連邦巡回控訴裁判所において否定されている。すなわち、小学校の教員が腎不全と心臓病によって歩行もままならず担当クラスの生徒を管理監督することができなかつたため教育補助者の提供を要求した Belasco 事件⁴⁰である（詳細については第 4 章を参照）。

第 6 連邦巡回控訴裁判所は、パートタイムの教育補助者の提供に関し「ADA は使用者に、通常 1 人の人間によって履行される職責を果たすために 2 人目の被用者を雇用することは

³⁷ 34 C.F.R. § 104.12(b).

³⁸ Equal Employment Opportunity Commission, Enforcement Guidance: Reasonable Accommodation And Undue Hardship Under the Americans with Disabilities Act, <http://www.eeoc.gov/policy/docs/accommodation.html> (閲覧日 2018 年 10 月 7 日) .

³⁹ Borkowski v. Valley Central Sch. Dist., at 142.

⁴⁰ Belasco v. Warrensville Heights City Sch. Dist., 634 Fed. Appx. 507 (6th Cir. 2015).

要求していない。」と述べた⁴¹。さらに、パートタイムの教育補助者を雇用することは教員労働組合による学区の団体労働協約に違反する。同団体労働協約は、教育委員会において教育補助者と労働組合の双方の同意がない場合、パートタイムの教育補助員を採用することを禁止している。そして労働組合は、障害被用者への合理的配慮の提供であってもいかなる理由であれ、学校側がパートタイムの教育補助員を採用することに従うことはない、と学校側に伝えていた。原告は、自身が障害によって有給休暇をとっている間、2人の教員が自身の教室に配置されており、非障害者の他の同僚が教育補助者を提供されていたにもかかわらず、自身にこれを提供しないのは、障害を理由とした差別と主張していた。しかし、この2人目の代替りの教員は毎日教室にいたわけではない。また、教室コントロールは1人目の教員によって行われており、教室をコントロールするために加えられたのではない。2人の教員が与えられたのは、原告が当該クラスを担当していた間、クラスは異常状態にあり生徒の教育水準向上プログラムが全く履行されておらず、これに追いつくことを援助するためであった。従って、他の代替りの教員は、教育補助者という合理的配慮を受けていたと主張する証拠はない。原告は、合理的配慮義務にかかわらず職務の本質的機能を履行することができるとは証明できていない。従って、第6連邦巡回控訴裁判所は、原告の要求していた合理的配慮が生徒の監督という職務の本質的機能を他の教員に分配させることであり、認められないとした⁴²。

また *Belasco* 判決で触れられたが、労働組合の同意がない場合、パートタイムの教員を採用することを禁じているという団体労働協約も重要といえるだろう。ADAは、非障害者を標準として構築されたルールを理由に合理的配慮の判断を禁じているが、団体労働協約が要求しているのは、健康状態を害したときにパートタイムの教員によって正規の教員の職務が奪われることを防ぐためであって、このルールに反するパートタイム被用者を雇うことは、使用者ではなく他の被用者にとって過度の負担となる場合がある、とも解釈することができる。

(2) 移動手段の分配

また、車の運転ができなくなった訪問インターネットサービスを提供する技術運営管理者の *Minnihan* 事件では、原告は同僚に自身を現場まで車で連れていくという合理的配慮、現行ポジションにおいて運転免除をするという職務の再編成、又は運転業務を行うために自身の職務に対してもう1人技術運営管理者を雇用することを要求した（詳細については第3章を参照）。使用者は、この運転業務のために2人目の技術運営管理者を雇用することは同社にとって過度の負担となるため合理的配慮ではない、と答えている⁴³。同事例の争点は運転業務が訪問サービスを行う技術運営管理者のポジションの職務の本質的機能であるか、原告が有資格の障害者であるかであって、裁判所は、もう1人の技術運転者を車の運転のために雇用することが過度の負担に該当するかは考察しなかった。しかし、タクシー訪問を認めることや、公共交通機関での訪問を認めることが過度の負担に該当す

⁴¹ *Id.*, at 516.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Minnihan v. Mediacom Commc'ns Corp.*, 779 F.3d 803 (8th Cir. 2015).

るかどうか検討する余地はあるとしても、本件原告が就労していた交通網の発達していない地域において運転業務のためにもう1人専門技術をもった技術運営管理者を雇用することは過度の負担であることは間違いないだろう。

一方、車の運転ができない看護師にタクシーなどの他の移動手段を許可する合理的配慮について検討された **LHC Group, Inc.** 事件⁴⁴のように(事実概要については第4章を参照)、訪問先の患者のケアだけでなく、訪問看護師のスケジュール管理、看護師たちが休んだときの補佐、そして医師たちとのコミュニケーションなどの業務をするチームリーダー看護師にとって、車の運転を免除してタクシーでの訪問看護を認めるといった職務内容の再編成は、他の被用者の労働量を必ずしも増やすことはない。他の被用者に影響を与えないような合理的配慮については、過度の負担とは考えられず、これを提供しないことは差別に該当する⁴⁵。

裁判所は、1人で遂行可能な職務のために人をもう1人雇用することまでは、使用者にとっての過度の負担になると考えているといえる。身体障害者に限らず、知的障害者や若年性認知症者など知的機能に障害がある者も、補助者がいれば専門性の低い職務であれば履行可能な場合が多くあろう。しかし、そこまでの合理的配慮は資本主義の効率性(企業収益性)に鑑みると求められていないといえる。もしも2人目の被用者を雇うのであれば、そもそも障害被用者を雇う必要がなく、職務遂行能力のある者を雇えば使用者のニーズは満たせる。

ただし、**Mills** 事件では、背中に損傷のある秘書が書類整理の業務を行うことができなくなったため、合理的配慮として学生のインターンにこの業務の手助けを合理的配慮として要求した。**Pennsylvania** 地裁は、同社は頻繁に学生インターンを雇っており、彼らの給与は7ドルから10ドルにすぎなかったため、使用者に過度の負担を課すものではないとし、他者の手助けによるものであっても安価で職務の本質的機能の分配ではない場合、認められる⁴⁶。

(3) 手話通訳者への分配

2人目の被用者を雇うという意味では手話通訳者や代読者の提供もこの問題として考えられるかもしれない。聴覚障害者に対する手話通訳者提供の問題については、先述した **The Picture People, Inc.** 事件⁴⁷、**UPS Supply Chain Solutions** 事件⁴⁸、及び **Noll** 事件⁴⁹がある(事実概要と判旨については、それぞれ第3、4章を参照)。これらの事例において手話通訳者の提供に肯定的だったのは、**UPS Supply Chain Solutions** 事件と、**Noll** 事件

⁴⁴ *EEOC v. LHC Group, Inc.*, 773 F.3d 688 (5th Cir. 2014).

⁴⁵ *Befort*, *supra* note 22, at 448-449.

⁴⁶ *Mills v. Temple Univ.*, 869 F. Supp. 2d 609, 613 (E.D. Penn., 2012).

⁴⁷ *EEOC v. The Picture People, Inc.*, 684 F.3d 981 (10th Cir. 2012).

⁴⁸ *EEOC v. UPS Supply Chain Solutions*, 620 F.3d 1103 (9th Cir. 2010).

⁴⁹ *Noll v. International Business Machines Corp.*, 787 F.3d 89 (2d Cir. 2015). *Noll* 事件についてはすでに手話通訳者などが提供されていたが手話通訳者だけでは不十分なので、全ての映像に字幕を付けるよう請求した事例である。手話通訳者の提供を新たに要求した事例ではない。

である。両事例共に、障害被用者は自身の職務の本質的機能を履行することができ、手話通訳者によってこれを補うものではなかった。障害被用者は、会議という職務の周辺的部分において手話通訳者を要求し、これが認められているものである。そして、UPS Supply Chain Solutions 判決は、「使用者は、被用者の要請又は被用者が好む合理的配慮を提供する義務がなく、何らかの合理的配慮だけを提供する必要がある。…配慮を提供する使用者は、効果的な配慮を選択し、より支出の少ない配慮を選択する最終的な決定権をもっている。」と費用面への考慮を指摘している⁵⁰。週に1回の会議において手話通訳者を提供することは、使用者にとって過度の負担とならないが、The Picture People, Inc.事件のように言語コミュニケーションを必要とするカメラマンという職務において、その職務の本質的機能であるコミュニケーションを行うために手話通訳者を提供することは、障害被用者が勤務しているほぼ全ての時間においても1人雇用することであって認められない。施行規則も配置転換や職務の再編成などと共に「代読者や通訳者」の提供を義務付け、さらに手話や点字を学ぶための休暇の申請を合理的配慮として拒絶してはならない、採用面接に際して手話通訳者を提供しなければならない、社内研修などの訓練の機会において手話通訳者や点字を提供しなければならないとするものの⁵¹、職務の本質的機能の遂行に際して、これを補うために手話の提供までを明文で義務付けるまでには至っていない。

なお、障害者権利条約も、音声言語及び手話その他の形態の非音声言語を「言語」と定義しつつも(2条)、公的施設・サービスにおける「案内者、朗読者及び専門の手話通訳」の提供(9条)、公的活動における「手話、点字、補助的及び代替的な意思疎通」手段による表現の自由(21条)、教育におけるインクルージョンのために「点字、代替的な文字、意思疎通の補助的及び代替的な形態、手段」の習得、促進、これら最も適当な言語や手段によって発達すること(24条)を保障するのであって、雇用分野における手話通訳者に関する規定はない。

手話通訳者1人が連続して通訳をした場合、約20分から疲労を感じ始めるため、正確な手話通訳を維持するために、1人の手話通訳者が連続して通訳する時間は、原則として1時間以内、講演会などの場合は30分以内とされている。これを超える場合には、4時間以内であっても最低でも2人の手話通訳者が交代で通訳することが求められる⁵²。会議など30分から1時間程度の手話通訳者の提供ならば使用者にとって過度の負担にならないだろうが、30分3000円程度を超える手話通訳者を一日中職務に帯同させることは過度の負担に該当するといえる。雇用分野において手話通訳者という就労補助は、資本主義の効率性(企業収益性)から考えて難しいといえる。

5.2.3 過度の負担と備品の提供

⁵⁰ EEOC v. UPS Supply Chain Solutions, at 1110-1111.

⁵¹ EEOC, *supra* note 38.

⁵² 厚生労働省「手話通訳者等の派遣に係る要綱検討事業報告書」92頁、https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12200000-Shakaiengokyokushougaihokenfukushibu/h24_seikabutsu-31.pdf (閲覧日2018年10月7日)。

備品提供や既存の設備へのわずかな変更といった合理的配慮は、職務遂行方法に影響を与える可能性があるが、一般的に障害被用者自身の作業の量と質は変わらない⁵³。そして、使用者にコストや手続上の何らかの負担を課すことにはなるが、非障害者の同僚に直接的な影響を及ぼすことは少なく、また金銭換算しやすいことから、地裁レベルで判断が終了する過度の負担の判断が容易なものである。例えば、インシュリン依存の糖尿病患者がエアコンのついたトラックを要求した 2013 年の Gooden 事件において、Michigan 東地区地裁は、原告は十分に空調の整った車の中でなければ休憩をとることができず、この提供は過度の負担に該当しないため、エアコンのついたトラックの提供を合理的配慮とした⁵⁴。また、エンジン製造会社に部品の受注を行うテクニカル・ディレクターとして雇用されていた原告が椎損傷で歩くこと、眠ること、座ること、体を折り曲げることができなくなった George 事件において North Carolina 西地区地裁は、原告が背筋を伸ばして作業できるようロビーのソファで働くことの許可、建物内を座って移動可能な椅子の提供、2 時間の始業開始時間の後倒し（終業時刻も 2 時間後倒し）を合理的配慮でありうる、と示唆した⁵⁵。

一方、2012 年の Kravits 事件において、人材派遣会社のスペシャリストである原告は、睡眠時無呼吸症候群を患い度々ミスをするようになり、人工工学キーボード（ergonomic keyboard）と、職務の完遂についての段階を追った作業指示書を要求した。これに対して使用者は「（これらの合理的配慮の提供は）確かな効果がなく、著しく高価である」とし、これを履行しなかった。Pennsylvania 西地区地裁は、「（合理的配慮とは、）時間と資源の追加的な支出が必要であることは確かだが、…（本件で）要求された合理的配慮にかかる費用が障害被用者に配慮を提供したことによる便益を上回る、…又は過度の負担を課すかは明らかになっていない。」とし、そして、使用者がこれらの合理的配慮が過度の困難となることの立証をしなかったため証拠不十分、と判断した⁵⁶。

同様に、使用者が配慮の効果が不明なことを理由に合理的配慮を怠った事例として 2012 年の Dentice 事件がある。同事例において、手根管症候群によってタイピングが困難になった弁護士が、医師の勧めに基づき、音声によって文字入力ができる音声作動式のソフトウェアの提供を要求した。これに対して被告は、音声起動ソフトウェアプログラムがどのようなものか、これが原告の職務遂行能力の欠如にどのように対処できるかわからないことを理由にこれを提供しなかった。Wisconsin 東地区地裁は、原告は同ソフトウェアによって症状が緩和し、痛みなくタイピングすることができるようになる、という医師の診断書を提出しており、原告側の証明責任を果たしていた。一方、使用者は、音声入力ソフトウェアを提供することが過度の負担になるかどうかの証明をせずに、これを履行しないことは認められないとした⁵⁷。

障害とは種類や症状が様々であり（特に睡眠時無呼吸症候群など、比較的新しい疾患については対処方法がわかりにくい）障害について詳しくない使用者が、どの障害に対してどの

⁵³ Befort, *supra* note 22, 441-442.

⁵⁴ Gooden v. Consumers Energy Co., 2013 U.S. Dist. LEXIS 127970 (E.D. Mich., 2013).

⁵⁵ George v. Roush & Yates Racing Engines, LLC, 2012 U.S. Dist. LEXIS 115495 (W.D.N.C., 2012).

⁵⁶ Kravits v. Shinseki, 2012 U.S. Dist. LEXIS 24039,21 (W.D. Pa., 2012).

⁵⁷ Dentice v. Farmers Ins. Exch., 2012 U.S. Dist. LEXIS 89609 (E.D. Wis., 2012).

ような措置が適切か、決定することは難しい。しかし、合理的配慮が効果的かどうかわからないこと自体が過度の負担に該当するわけではなく、障害被用者との対話プロセスを経て、使用者はその効果と費用を精査してこの提供について考慮をせねばならない。この意味で合理的配慮の事前の手続過程であるインタラクティブ・プロセスに重要性があるのである。

また、**Vande Zande** 判決では、簡易キッチンの工事を中断し下半身麻痺によって車椅子利用をしている原告が使用しやすいように変更するという合理的配慮を要求していたが、第 7 連邦巡回控訴裁判所は使用者がバスルームのシンクを利用するという合理的配慮を履行しており、キッチンの改築は過度の負担であると判断した。原告は異なる設備を利用せねばならぬことで、自身に異なる者、劣った者というスティグマを課すと主張したが、第 7 連邦巡回控訴裁判所は、「障害者と非障害者が働く際に完全な同一性を実現するために些細な支出負担義務であっても負うものではない。このような義務の創設は、障害者が非障害者と同じ条件を達成することができないというスティグマを必然的にもたらすことになる。」と述べ、本件原告が非障害者の利用するシンクと同価値のシンクが利用でき、それにアクセスできる場合、「特定のシンクにアクセスすることは使用者の法的義務ではない。合理的配慮義務は、使用者が障害者が合理的な快適さで働くことができるように行動している場合、果たされている。」とした⁵⁸。

第 1、3 章でみてきたように、アメリカの平等理論は、人種差別を基にして構築されてきた。奴隷制度が廃止されたものの **Plessy** 連邦最高裁判決において、人種別学などの人種隔離政策を「分離すれども平等」だとして支持し、白人と黒人に分けられて提供されている人種別公共施設の設備がおおむね同等である限り人種隔離自体は 14 修正の平等保護条項に抵触しないとされた⁵⁹。これを否定した **Brown** 連邦最高裁判決⁶⁰がマイノリティの平等にとっての約束となっており、この歴史的不均衡によって生じた現在の格差を是正するためにアファーマティブ・アクションが講じられてきたのは先述した通りである。この歴史的経験からアメリカ社会は、異なる属性に対して異なる設備・施設を利用させる、ということについてセンシティブである。しかし、人種マイノリティと異なり、障害者が非障害者と完全に同様の施設・設備を使用することは積極的な意味でも消極的な意味でも不可能である。障害者は非障害者と同様のサービス・便益を享受する権利はあるものの、その半面、同じサービスでは彼らの能力的欠損に対する対処としては十分ではない。そして、**Vande Zande** 事件のように同じ便益を享受するために使用者が過度の負担を負わねばならない場合もある。合理的配慮とは労使双方の協議によって調和を図る過程である。その協議の結果、同じ便益は得られないが、類似する便益を得られれば、手続的な正義は達成されたと捉えられるといえる。

ただし、職務を助ける備品の開発は日進月歩であり、その費用も技術の進展とともに安価になっている。過去の事例では認められなかった備品が、別の事例では技術進化により効果的で安価となる場合も多くある。効果がわからないことや、費用が高価であるという使用者の推測は、過度の負担の抗弁としては成り立たない。

⁵⁸ *Vande Zande v. Wisconsin Dept. of Admin.*, at 546.

⁵⁹ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁶⁰ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

5.2.4 過度の負担と休暇の提供

過度の負担との関係性において議論の多い合理的配慮としては、休暇の提供がある。合理的配慮としての休暇の提供に関する事例は、配置転換の提供の次に判例が多い。症状の回復の仕方や従前の職務の身体的負担が様々であることから極めて個別性・個人性が高く、どこまでの休暇が使用者に過度の負担を課すかの判断は難しい。備品の提供、補助者の提供、職務の再編成などと異なり、休暇の提供は、一時的にある障害被用者が使用者の下からいなくなり、職務を遂行しないことである。配置転換や休暇の合理的配慮は、職場環境のより大きな変更を必要し、使用者と他の被用者に大きな負担を課す。配置転換や休暇の合理的配慮によって使用者は、現行職務における経験を積んだ被用者の労働力を得られなくなり、新しい被用者を任命するなど、訓練する必要がある。休暇の提供は、障害者被用者がいつ復職できるかわからないという不確定性を使用者に課すだけでなく、他の被用者が休職者の職務を代わりに補わなければならないこともあり、さらにその職務について学ばねばならない上に、休職者の復職の際にはその職務から去らなければならない。従って、休暇の提供という合理的配慮は、使用者のビジネス運営における柔軟性と生産性に悪影響を及ぼす⁶¹。

休暇の提供とは、障害を理由に通常の職場に出勤できない被用者に対し、医学的問題を解決する治療のための時間を与えることである。定期的で予測可能な出勤がある職務の本質的機能であるかどうかという点では、しばしば合理的配慮としての在宅勤務、時間短縮、休暇の提供は類似する側面もある⁶²。ほとんどの被用者は、職務を遂行するために職場にいないにもかかわらず、ADAは使用者に合理的配慮としての休暇の提供を義務付けている⁶³。第4章の「障害のある有資格の個人」において紹介したように、多くの裁判所は、定期的で予測可能な出勤が職務の本質的機能であるかどうか、原告がADAの保護を受ける有資格の個人であるかを検討することで、休暇の問題に対処してきた。そして裁判所は、定期的かつ予測可能な出席はほぼ全ての職務の本質的機能であると判断した。しかし、この見解は全ての事例に共通するものではない。継続したまとまった休暇が合理的配慮と認められることもあり、これが合理的配慮であるかどうかを判断する前に、個々の事例において被用者と使用者の状況を調査する必要がある⁶⁴。

(1) 期間の定まった休暇

障害被用者が医師の診断に基づいて休暇期間と復職期日を特定している場合は、合理的配慮として認められる場合が多い。なぜならこの場合、使用者は、当該障害被用者が不在になり業務提供を受けられないことに起因する不都合に対処する措置をとることができ、さらに当該障害被用者は、復職後、従前のポジションに復職することができる確証があるからである⁶⁵。障害被用者が休暇期間を提示している場合、休暇の提供は、使用者や障害被用者

⁶¹ Befort, *supra* note 22, at 448-449.

⁶² Nicole B. Porter, “The New ADA Backlash,” 82 *Tenn. L. Rev.* 1, 76 (2014).

⁶³ Hickox & Guzman, *supra* note 31, at 438.

⁶⁴ Befort, *supra* note 22, at 465-466.

⁶⁵ *Id.*, at 461.

と共に働く他の被用者に対して過度の負担を課しているとは判断されにくい。2001年のHumphrey事件では、強迫性パーソナリティ障害のために身支度に時間がかかり遅刻が度々あった原告は、在宅勤務を要求したが、第9連邦巡回控訴裁判所は休暇の提供の可能性も示唆した（事実概要については、第4章参照）。なぜなら、医師の診断によれば原告の症状は治療可能であり、休暇をとることで原告は症状をコントロールできるようになり、もうしばらく時間を要するかもしれないが、職務を適切に実行することができる、と述べているからである⁶⁶。

また復職に際しては、すぐに従前の職務に元通りの時間帯で勤務することが不可能な場合も多いため復職に際し、一時的に短時間勤務やパートタイム勤務に変更することも合理的配慮である。1998年のRalph事件では、高度の専門性を有する大工として24年間働いていた原告は、同僚から同性愛と児童への性的嫌がらせ（child molester）を理由にセクシュアル・ハラスメントを受けた結果、精神疾患（mental breakdown）を患い、52週間の有給の傷病休暇を取得し、復職に際し最初の4週間はパートタイムでの勤務を要求した。第1連邦巡回控訴裁判所は、被告が52週間の間原告に給与を支払い、さらに原告の職務や監督業務を他者に任せるなどの変更を行ったことですでに合理的配慮を履行していると主張しているが、追加の4週間のパートタイム就業は妥当であると判断した。なぜなら、パートタイム職務への変更はADAにおいて合理的配慮として明示されているだけでなく、本件では期間も明確に決まっており、短期間であることから過度の負担に該当しないとして、復職後のパートタイムで勤務を認めた地裁判決を支持した⁶⁷。

(2) 無期限・追加の休暇

判断の難しい休暇には、障害被用者が休暇の期間を設定しない無期限の休暇請求がある。障害被用者が復職日を特定できないことが使用者にとって過度の負担とならない限り、復職日の特定がない休暇も合理的配慮となる。そして、そのような場合でも、従前の職務を担保しておくことが使用者にとって過度の負担とならない限り、障害被用者が従前と同じポジションに戻ることを前提としている⁶⁸。

ADAは、自動的に過度の負担とみなされうる休暇の日数を特定していないため、使用者は合理的配慮としてどの程度の期間の休暇を与えなければならないか、どの程度の休暇が過度の負担を課すか、使用者は調査をしなければならない。従って、インタラクティブ・プロセスの重要性が増す。使用者と被用者双方は、休暇が合理的配慮となりうるかどうか、すなわち、障害被用者は休暇の提供があれば自身は職務の本質的機能を履行できるか、使用者は休暇の提供によって過度の負担を課されるか、事例ごとに検討せねばならない。

このように復職期日が特定されていない休暇の提供が、過度の負担との関係で最も問題となっている。いつ復職するかわからない者に対して、いつまで休暇を提供することが合理的配慮となるのだろうか？

⁶⁶ Humphrey v. Memorial Hospital Association, 293 F.3d 1128, 1136 (9th Cir. 2001).

⁶⁷ Ralph v. Lucent Technologies, Inc., 135 F.3d 166 (1st Cir. 1998).

⁶⁸ EEOC, *supra* note 38.

(a) Myers 事件

心臓病、高血圧、糖尿病を患うバス運転手として雇用されていた原告が自身の症状が回復するまで合理的配慮として復職期日未定の休暇を提供するよう争った 1995 年の Myers 事件⁶⁹がある。原告は、被告郡にバス運転手として 1986 年から 1992 年まで雇用されていた。原告は、被告に雇用される前から心臓病で 10 日間入院していたなどの病歴があった。原告は、勤務成績優秀で、パートタイムからフルタイムの運転手に昇格したものの、1991 年の健康診断で、心臓病、高血圧、糖尿病と診断された。連邦運輸省の規定によれば、商業車両を運転する者は身体機能検査を毎年受けることが要求されていた。しかし原告は、この検査に落ち、商業車両を運転する資格がないと判断された。被告は、原告に退職金を伴って退職するか、解雇されるか選択権を与えた。原告はこれを受け入れず、被告が治療のために就業規則で定められた 20 週間の休暇期間を超えて休暇を提供し、その間、給料の半額を支払うよう要求した。これに対して使用者は、この要求を拒絶し、原告は最終的に退職を選択せざるをえなくなった。原告は、本件退職勧奨は障害に基づく差別であると提訴した。

第 4 連邦巡回控訴裁判所は、原告は健康状態が理由で運転業務が履行できず、バス運転手としての職務の本質的機能を履行できないことは明らかとした。なぜなら、原告は糖尿病が理由で、血糖値が適正レベル以上に上がった場合、意識を失うことがあるからである。実際、同人は 8 年間の中で 2 回の心臓発作のため入院している。内科医は原告は「意識の変化の危険と可能性がある」と診断している。原告は、乗客と他の通行人の安全を保障できないので、バスドライバーとしての職務の本質的機能を履行することができない。しかし、原告が従前の職務を履行できなくとも、合理的配慮を行うことなく原告を解雇することは ADA に違反する。そこで、本件原告は合理的配慮が提供されれば職務の本質的機能を履行できたかどうか検討する。原告は、被告が自身の病状が治癒するまでの間休暇を与えるべきであったのにこれを怠った、として合理的配慮の不履行に該当すると主張する。原告は、適切なダイエットと治療があれば自身の血糖値と血圧をコントロールできるという医師の診断書を証拠として提出している。しかし、

「(ADA は) 意図された効果を達成するための合理的配慮として無期限に待つことを使用者に要求していない。むしろ、論理的に解釈すれば、合理的配慮は、現在又は近い将来、当該被用者が問題となっている職務の本質的機能を履行できる措置のことである。」⁷⁰

原告が健康状態を改善する努力をしている間、被告がこれを待ち、代わりに一時的な被用者の雇用を強られることは、被告にとって過度の負担である。それ故に我々は、合理的配慮は原告の医学的状況が治癒することが疑わしい中で、これを無期限に待つことを被告に

⁶⁹ Myers v. Hose, 50 F.3d 278, 284 (4th Cir. 1995).

⁷⁰ *Id.*, at 283.

要求しないと判断した⁷¹。

Myers 判決は、6 年間雇用されていた被用者にとって厳しい判断と思われるかもしれない。しかし、バス運転手という安全性を要する職務において乗客・他の車両に対して安全性を確保できない者では、職務の本質的機能を履行できない。そして、誰かがバスを運転しなければならない中で、治癒の目途が立たない被用者を無期限に待ち続けることは、被告にとって過度の負担に該当するということである。本件は、原告が休暇の合理的配慮について争っていたため、他の合理的配慮については検討しておらず、他の職務への配置転換可能性などの合理的配慮について全く検討もせず使用者勝訴としたことには疑問がある。いずれにせよ、「近い将来…職務の本質的機能を履行できる」場合、合理的配慮としての休暇が認められるという判断は、この後の休暇の提供に関する合理的配慮の判例にも影響を与えている。

(b) Monette 事件

適用対象事業者は、採用後 1 年以上経った被用者に最大 12 週間の無給休暇を与えなければならないと規定する FMLA（家族医療休暇法）と異なり、ADA には、合理的配慮として提供する休暇期間に関する規定はない。さらに、FMLA の対象となくなった被用者であっても、FMLA の下の休暇を使い終えた後すぐに解雇されるのではなく、ADA の下で追加の休暇の提供を合理的配慮として考慮されうる。使用者が十分な休暇を与えていたにもかかわらず休暇満了後に復職できなければ解雇される、という就業方針を理由に追加の休暇の提供を請求することができないわけではない。Barnett 連邦最高裁判決のように、使用者は合理的配慮として就業方針を修正することが求められている⁷²。とはいえ、使用者が一定の休暇を提供していたにもかかわらず、症状の回復が思わしくなく障害被用者が休暇の延長希望をした場合、使用者は、障害被用者の復職時期を予測することが難しく⁷³、代わりの被用者を雇うことも困難であり、さらに、当該被用者は従前の職務に戻ることができないかもしれないという懸念を引き起こす。従って、追加の休暇は、無期限休暇に似ており使

⁷¹ 同事例において第 1 連邦巡回控訴裁判所は、配置転換の可能性についても検討をするが「合理的配慮義務は、被用者が現在従事しているポジションの職務要件に合致していないときに代替雇用を使用者が障害被用者に提供する責任まで含まない」と判断するが、これは現在の判例法では誤っている。障害者が有資格の個人であるかは、現在従事しているポジションではなく、原告が望むポジションの職務の本質的機能を履行できることを証明すればよい。Burch v. City of Nacogdoches, 174 F. 3d 615 (5th Cir. 1995); Smith v. Midland Brake, Inc., 180 F.3d 1154 (10th Cir. 1999); Davidson v. America Online, Inc., 337 F.3d 1179 (10th Cir. 2003).

⁷² Ramit Mizrahi, “Leave as a Reasonable Accommodation under the Americans with Disabilities Act,” 3 Am. U. Labor & Emp. L.F. 29, 38-39 (2013).

⁷³ Cisneros v. Wilson, 226 F.3d 1113 (10th Cir. 2000); Norris v. Allied-Sysco Food Services, Inc., 948 F. Supp. 1418 (N.D. Cal. 1996); Dutton v. Johnson County School Bd. of County Comm'rs, 859 F. Supp. 498 (D. Kan. 1994); Brangman v. AstraZeneca, LP, 952 F. Supp. 2d 710 (E.D. Pa. 2013).

用者にとって負担となることが多い⁷⁴。このような追加の休暇の場合が使用者にとって過度の負担となるか事例ごとに調査をせねばならない。

追加の休暇が合理的配慮として認められるかについての重要な判例として 1996 年の **Monette** 事件⁷⁵がある。同事例において、IT サービス企業の **Detroit** 支部で唯一の顧客サービス係として雇用されていた原告は、業務中に自身が運んでいるテレビとビデオレコーダを載せたカートが落ちてきて背中と肩を負傷し、7 ヶ月の有給の傷病休暇を認められた。しかし、原告は 7 ヶ月の疾病休暇を経ても従前の職務を履行する見通しが立たなかったことから、さらに期日を指定せず長期休暇とそれに基づく所得補償給付を申請した。しかし、使用者はこれを拒否した。その後 1 ヶ月間、原告は無給の休暇を取得し、1 ヶ月を経て症状が回復したため、医師の診断書をもって被告側に通知することなく突然職場に現れた。しかし、原告が休職していた 8 ヶ月の間に、同人のポジションには他の者が任命されており、さらに同所に他の代替りのポジションはなかった。従って、37 日間かけて上司は、原告を他のポジションへ配置転換できるかどうか検討をし、現在の **Detroit** 支部ではなく、**Midland** 支部での空きポジションへの配置転換を打診した。しかし原告は、**Detroit** 支部での勤務継続を希望しこれを断った。上司は **Detroit** 支部にある空きポジションとしてコンピュータオペレータのポジションを原告に打診し、原告はこの面接を受けた。しかし、コンピュータオペレータとしてのスキルを満たすことができず、面接に合格しなかったため、結果的に使用者は原告を解雇した。

原告は、本件において認められる唯一の合理的配慮とは、社内で自身が従事可能なポジションが空くまで無期限の無給休暇を与えることであるとした。そして、他の非障害者の被用者が休職していた間、従前の職務担保をされていたことを証拠として提示し、自身に対して従前のポジションを担保しておかなかったことが障害者差別に該当すると提訴した。これに対して被告は、原告が復職したときには原告が従事可能な職務が存在せず、さらに原告のために配置転換先を探しており、その間、原告に 37 日間の無給休暇を許可したことで合理的配慮を行っているとして主張した。

第 6 連邦巡回控訴裁判所は、提案された合理的配慮が過度の負担に該当するかどうかは、**Vande Zande** 判決に基づいて、まず障害被用者が自身の提案した合理的配慮が客観的にコストに釣り合っていることを証明し、その後、使用者側が提案された合理的配慮が使用者のビジネス運営や財政状況、他の被用者への影響などに照らして、過度の負担になるかを証明する、とした。その上で本件原告は、傷病休暇中いかなる状況でも職務の本質的機能を遂行することができなかった。そして、被告会社の **Midland** 支部において顧客サービスセンター係は原告 1 人しかいなかったのも、代替りの者を雇用する被告のニーズは緊急のものであった。被告がこの選択を行わねばならなかったのは、原告の障害に起因する。

原告は、他の顧客サービス係、又はそれに類似する受付係のポジションが空くまで、使用者は自身を無期限の無給休暇に置くべきで、自身が有資格の障害者として職務遂行が可能である空きポジションに配置転換することが合理的配慮として要求されると主張した。しかし被告は、そのようなポジションが空いていなかった場合に無期限の無給休暇を与え

⁷⁴ Befort, *supra* note 22, at 464.

⁷⁵ *Monette v. Electronic Data Sys. Corp.*, 90 F.3d 1173 (6th Cir. 1996).

る義務はない。もしも、ある使用者が、障害被用者が有資格の障害者となることが可能なポジションが短期間で空くことを知っていた場合、使用者はこのポジションを提供しなければならない。しかしながら、「使用者が幾つかのポジションが将来的に空きポジションになるであろうということを期待して、ある被用者を無期限で雇用し続ける」ことや、障害被用者のために新しいポジションを創設することは、過度の負担に該当する。我々は使用者が、原告の有給休暇中に原告のポジションを担保し続け、他者を一時的に配置することで、合理的配慮を履行していたと判断する。そして、原告の不在に起因して、顧客サービス係を誰かが引き継がねばならないという緊急のニーズがあった。さらに使用者は、原告が有給の傷病休暇を終えたのちに、いつ復職するかを知る術がなかったため、原告のポジションに永続的に他の者を任命したことは適切であると判断する⁷⁶。

Monette事件原告が結果的に休暇することとなった期間は、有給休暇7ヵ月＋無給休暇37日間であり、休暇期間自体が過度の負担となりうるほどの長期ではないかもしれない。しかし、原告が請求したのは、自身が治癒するまでの無期限休暇と、自身が履行可能な職務が見つかるまでの無期限休暇であった。Monette判決自体は、Myers判決を引用していないが、原告は「近い将来...職務の本質的機能を履行できる」状態にあったとはいえない点で、Myers判決に準じているといえる。Monette事件被告にとって、本件地区の顧客サービスセンターの唯一のサービス担当係の労働力を失うことは、痛手であった。そのような中で、原告が追加の休暇として無期限の休暇を申し入れ、自身のポジションを担保するよう要求することは明らかに過度の負担といえる。本件は追加の休暇の申請自体が過度の負担に該当するのではなく、会社の性質として顧客サービス提供者がいないこと、そしてこれを充足する見通しが立たないことが、被告の事業運営にとって過度の負担に該当するといえる。そして、原告が復職することがわかったときに原告に配置転換の可能性を打診していたために、合理的配慮の不履行は免れたといえる。

(c) Cehrs事件

1998年のCehrs事件⁷⁷は、追加の休暇の提供を過度の負担に該当しないと判断した（事実概要については第4章を参照）。慢性的な汎発性膿疱性乾癬と乾癬性関節炎を患っている看護師が、感染によってこれらの症状が深刻化し、彼女は完全に職務を履行することができなくなった。原告は暫定的な復職日を8週間後に設定し傷病休暇を得た。しかし、経過は芳しくなく、医師は追加の1ヵ月を傷病休暇が必要と考え、原告はこれを申請したが認められなかった。使用者は8週間の疾病休暇満了日付で原告を解雇した。結果的に、原告は回復し、傷病休暇の40日後にパートタイムでならば復職でき、さらにその30日後にフルタイムで復職できるようになっていた。

第8連邦巡回控訴裁判所は、第4章で詳述したように、途切れなく継続した出勤が職務の本質的な機能であるかは事例ごとに労使双方の証明が必要であるとし、途切れなく継続した出勤が常に職務の本質的要請であるという推測は成り立たず、適切な状況における傷病休暇は合理的配慮を構成すると結論する。そして、実際に原告は、同障害があるにもかか

⁷⁶ *Id.*, at 1187-1188.

⁷⁷ *Cehrs v. Northeast Ohio Alzheimer's Research Ctr.*, 155 F.3d 775 (6th Cir. 1998).

ならず、これまで傷病休暇を 8 年間要求したことはなく、このような原告の勤務経歴に基づけば、原告に対してさらなる 1 ヶ月の傷病休暇を与えることが過度の負担に該当するとは考えにくいとして、地裁の判断を破棄した。

Cehrs 事件は追加の休暇を申請した後、復職期日が医師により特定されており、さらに比較的短期間であった。原告はこれまでの勤務経歴も考慮し同人の雇用を継続することによって得られる利益と、追加の休暇によって生じる負担を考量すると、復職の目途がついており従前通りに職務を遂行できる被用者を約 1 ヶ月待つことは、使用者の運営に負担とならないといえる。治癒の見込みのない中で無期限休暇を要求した Myers 事件や代替職務が見つかるまでの無期限休暇を要求した Monette 事件と、確実に復職が可能である Cehrs 事件では使用者に課す負担の程度は大きく異なる。

(d) Garcia-Ayala 事件

Garcia-Ayala 事件⁷⁸も、度重なる長期の休職の後の追加の休暇が過度の負担には該当しないとした。同事例において、原告は同社の医薬品検査部門における唯一の事務員として解雇当日まで 13 年間雇用されてきた。しかし、雇用されてから 3 年経った頃、乳がんを患い、彼女は乳房切除手術のため 184 日間の欠勤をした後に復職をした。同社の就業規則では、被用者は 14 週間継続して有給の傷病休暇をとることができ、さらにその後、26 週間までは 60%の給与で短期間の傷病休暇をとれることになっていた。その後、2 週間働いた後は、再び、26 週間の休暇を求めることができることになっていた。原告は、6 年後に乳がんが再発し、再び 115 日間の休暇をとった。その後復職をしたが 1 年後、乳腺がんに罹患し、頸部のしこり切除の手術のために 34 日間短期の傷病休暇を得た、その後、3 ヶ月間は働きながら治療を継続していた。3 ヶ月後、化学療法が必要なため 15 日間と 8 時間の休暇を申請した、この 2 ヶ月後、骨髄移植手術に切り替えるために 6 ヶ月の短期傷病休暇をとり入院をした。骨髄移植に伴い短期傷病休暇の間は、60%の給与が支払われていた。短期傷病休暇を終えた後に復職するかに思われたが、医師は、復職のためには追加の 2 ヶ月の休暇が必要であるという診断書を書いた。この追加の休暇申請について、使用者側の人事担当は、就業規則の下の原告の傷病休暇期間と職務担保期間はすでに超えており、6 ヶ月の休職終了日に復職しない場合には、原告のポジションを担保しておくことはできず、解雇されると原告に通知した。原告は、2 ヶ月間の無給休暇の後は復職可能と予測できるので、その間、自身のポジションを担保しておくよう要求した。しかし使用者側は、6 ヶ月の休職満了時に原告の職務担保期間がすぎることを理由に、2 ヶ月の追加の休暇要請を認めず、原告を解雇した。原告は再雇用を求めなかったものの、結果的に医師が原告を復職可能と判断した日は、当初の復職期日を 3 ヶ月すぎた後であった。

原告は、被告が追加の休暇が過度の負担に該当するかどうか証明せずに解雇したことは ADA 違反に該当するとして金銭賠償請求を行った。これに対して被告は、原告の不在に対処するために 3 人の被用者を一時的に雇っていた。そして、被告は、原告は有資格の障害者ではなく、さらに会社側の方針の下で許容されている休暇を超えて合理的配慮として休暇を与える義務はないと主張した。この 3 人の臨時被用者は、原告解雇後も同職務を履行

⁷⁸ Garcia-Ayala v. Lederle Parenterals, Inc., 212 F.3d 638 (1st Cir. 2000).

し続けており、彼らを雇用することは原告を雇っているよりも高いコストであるという証拠はなく、彼らの職務履行能力は不十分であるという証拠もないため、原告の解雇は正当であるとされた。

第1連邦巡回控訴裁判所は、被告がADAは就業方針の下で許容されている休暇を超えて配慮を与える義務はないという主張をしたが、これは先例やEEOCの指針によって誤っていることは明らかであるとした上で、本件について個別に判断を行った。まず原告のスキル、経験、学歴、職務に関連する要件に照らせば、原告は同社の事務員として職務の本質的機能を履行できる有資格の障害者であることに間違いはない。そして、予後が思わしくないために追加の休暇を請求すること自体が、過度の負担ということではできないとした。原告解雇後も、原告在職中同様に、被告は原告のポジションを臨時被用者で充足していた。この記録から、被告は、原告を社内雇用の者と取換えるビジネスニーズはなかったことは明らかで、もし原告が復職するまでの数ヶ月間を待っていたとしても、それは被告に負担を与えるものではなかった。被告は、原告の医師は、復職期日を確実にしておらず、当該請求は実質的には無期限の休暇であり、不適切であると主張している。しかし、原告は自身が復職したとき、1ヶ月後に医師が職務許可を与えており、追加の休暇が2ヶ月であろうと3ヶ月であろうと、どちらにしても被告に過度の負担を与えるという証拠はない。「それぞれの障害の性質によってある被用者は、復職するための確実な期日を提供することができない場合もある。しかし、特定の復職期日は休暇の申請のために必要なものではない。」⁷⁹それぞれの事例は、事実を注意深く精査しなければならない。

「明確化するために不変性を要請することは、個人化・個別化された事実に基づく評価の必要性から離れる。もちろん、休暇の期間が特定されていることで、障害被用者の要求した休暇が合理的配慮として認められるものでもない。短期の休暇であっても、雇用条件によって過度の負担になる場合もある。そして、ある状況においては請求された休暇がとて長く、上限がないため、不合理な配慮であるという場合も存在する。」⁸⁰

過度の負担に該当するかどうかの証明責任は被告側にある。本件においては、原告は、一時的に補充された代替りの臨時被用者が原告の職務を履行している間、追加の休暇として有給休暇を要求しているわけではないし、臨時被用者が、原告よりも給与が高いわけでもないし、職務遂行能力が低いわけでもない。本件では働いていない被用者に対して給与を支払うということで被告に財政的な負担を課している事例ではない。確かに、雇用において、ある被用者が頻繁にある職務を満たしていることが要求されることは真実であり、本件において原告が自身の職務の本質的機能を長期間達成していない、という被告の主張には正当性がある。しかし、本件では3人の臨時被用者によって原告の職務が充足されている。もちろん、臨時被用者の使用は、常に満足のいくもので利用可能な解決策ではない。しかしここでは被告は、他の正規被用者で当該ポジションを満たさねばならないというビジネスプレッシャーに置かれているという証拠はない。無給で数ヶ月の追加休暇を提供するという配

⁷⁹ *Id.*, at 648.

⁸⁰ *Ibid.*

慮は、その間当該職務が十分に履行されている状況では合理的である。被告は、この追加の休暇が過度の負担に該当するということを証明できていない。本件においては、過度の負担の考慮要素である当該配慮にかかる支出や財政の影響、事業運営に与える影響、他の被用者の職務への影響についてネガティブな要素は見あたらない。

その上で、休暇の提供が他の合理的配慮と異なる性質であると述べる。すなわち、

「ADA は合理的配慮の有無にかかわらず職務の本質的機能を履行できない被用者を雇い続けることを被告に要求していない…がこのルールを長期の傷病休暇に適用することは用心しなければならない。欠勤している被用者は明らかに自身の職務を履行していない。本件のように幾つかの事例において、又は障害被用者が回復するまで、被告は一時的な被用者を得ることができるかもしれないし、ビジネス上の利益を中断しない代替策を見つけることができるかもしれない。そのような状況において、療養中の被用者に無給の休暇を与えている間、被用者のポジションを維持しておくことは ADA の合理的配慮かもしれない。しかしもしも生産性に劣る被用者を雇い十分な代替手段としてサービス提供を確保できなかった状況で、障害被用者の雇用維持をすることが被告に負担を課す場合は…ADA は障害被用者の雇用保障を要求しない。…当該被用者が復職するまで当該職務の本質機能を履行できる代替りの者を確保できない場合には、当該障害被用者を解雇し、他の者を正式に再雇用することも妥当であるかもしれない。…（ただし）我々は以下を付け加える。この分析は本件の事実関係には適用可能であるが他の事例には適用可能でないかもしれない。過度の負担は財政影響のみに限定されない。」⁸¹

このように判断した上で、第 1 連邦控訴裁判所は、被告が追加の休暇提供が過度の負担に該当することを証明していなかったため、事実審理を行うために差戻した。

Garcia-Ayala 事件において裁判所は、追加の休暇を認めたが、この判断は事例ごとに異なるとする。合理的配慮とそれに付随する過度の負担の概念は、個別化・個人化されたものであり、事例に依拠するからである。被告の就業方針などの規範そのものやステレオタイプは、役に立たず事例ごとの分析が必要である。そして、本件は、被告の就業方針を上回った追加の休暇とポジションの担保は就業規則を理由にそれだけで不合理ではないとした。これは、EEOC も規定しており「特定の状況において被用者は復職の期日のみを提供できるかもしれない。治療や回復は、かならずしもタイムテーブル通りにいくものではない、このように被告は適切な復職期日を提供できなかった理由のみで過度の負担を主張できるものではない」ということである⁸²。このように、被用者が適切な復職日を提示しなかったという理由だけで、使用者は休暇の提供が過度の負担であると合理的配慮の不履行を正当化することはできない。本件では、原告の職務を履行するために一時的に雇用されている臨時被用者が十分に職務を遂行しており、彼らの賃金が原告の賃金よりも高いわけではなく、さらに、原告が請求した休暇が無給休暇であったことから追加の休暇が過度の負担に該当するわけではないということである。本件において原告は、障害を頻発し、そのたびに休暇申請手続

⁸¹ *Id.*, at 649-650.

⁸² EEOC, *supra* note 38.

を行わなければならない、原告の職務遂行が安定的に履行されていたわけでないが、裁判所は、被告側が被る手続上の不便さや、今後再び休暇を繰り返す可能性などは一度も考慮しなかった。本件は特に専門性のない事務員の仕事であり、誰もが補充可能な業務において、他の被用者が被告にとって混乱をきたすことがなかった場合に、原告の障害の性質にかかわらず2ヵ月の無給休暇の提供が過度の負担といえるかどうかのみに焦点を当てた事例である。

(e) Walsh 事件

パイロットが1年の有給の傷病休暇と6ヵ月の無給休暇の後に、追加の休暇を要求したWalsh 事件⁸³において追加の無給休暇は、合理的配慮として認められないとした。同事例においてパイロットの原告は業務外で自動車事故に巻き込まれ、手首や背骨が骨折し、視力、記憶力、反射能力が減少しており、原告は商業用のパイロットとして職務を遂行できなくなった。フライトのないポジションで働こうにも原告の症状は不安定であり、さらに慢性的な疲労症状もあった。医師は、適切な診断とカウンセリングなどが受けられるよう、原告に休暇をとるよう勧めた。これを受けて被告は、会社の就業規則に基づき1994年2月1日から1995年5月1日まで有給の傷病休暇を与えた。同傷病休暇により原告の疲労の症状は緩和されたが、抗うつ剤を服用したため連邦航空局のパイロットとしての資格基準を満たさなかった。1994年12月7日、被告は、原告と医師に復職の期日を告げるよう指示し、さらに、フライトのないポジションに空きがあることを伝えた。しかし原告の医師は、復職期日を依然として特定することはできず、さらに今後12ヵ月から18ヵ月の間に原告の状態に大きな変化が起こるとは予想できない、と診断した。この診断書は、休暇の追加を求めただけで、フライト業務だけでなく、他の職務での復職可能性についても記載されていなかった。1995年4月11日、被告は、再び同医師に治療概要、原告の職務遂行能力、そして暫定復職期日についての診断書を求めた。同月28日、同医師は、神経学的な症状については専門医に診断してもらうべきであり、これ以上の診断はできないとして、他の医師への紹介状を書いた。しかし原告は、保険会社が診療費用を払うことを拒否したため、専門医の診断を受けなかった。被告と原告は、どのような職務ならば履行可能か、具体的にどのような身体的制限があるのかを話し合うために1995年5月16日に面談を予定していた。しかし原告は、別件で陪審員に任命されている、として面談に訪れなかった。1995年5月26日、被告は、1995年6月5日までに適切な診断書を提示しなかった場合、解雇すると通知した。これに対し原告は、6月5日までに診断書を提出することはできない、と返答をした。1995年6月6日、被告は原告に対し、原告が適切な診断書の提出をせず、復職の期日もわからなかったため、雇用が終了した旨の手紙を送付した。原告は、追加の休暇を認めるという合理的配慮を怠ったと提訴した。

第6連邦巡回控訴裁判所は、原告の追加休暇の要請は合理的配慮ではなかったことが明らかであるとした。なぜなら、原告は使用者によって1年分の有給の傷病休暇を与えられ、さらに障害と治療方法を特定し、復職の期日を使用者側に提供するため、6ヵ月以上の無給休暇を与えられていたからである。原告は、看護師が皮膚炎により8週間の傷病休暇の後に、追加の1ヵ月の休暇が合理的配慮として認められうる可能性を認めたCehrs判決に依

⁸³ Walsh v. United Parcel Service, 201 F.3d 718 (6th Cir. 2000).

拠し、休暇の長短にかかわらず、無期限の休暇が客観的に不合理であるとはいえないと主張した。しかし、原告の *Cehrs* 判決の解釈は誤っており、*Cehrs* 事件の原告は皮膚炎の治療のために、8 週間の傷病休暇の後に、1 ヶ月追加の休暇を申請しただけであり、1 ヶ月後にはパートタイムでならば復職可能であると医師の診断があった。「回復の合理的な見通しがあり、明確かつ比較的短い休暇の要求が行われた状況であり…本件とは異なる。本件において原告は何年間も症状が続いており、1 年間の有給休暇が与えられており、さらに解雇される前に 6 ヶ月間の無給休暇が認められていた。」⁸⁴本件は、明確な復職の期日の指定はなく、そしてそれは、将来 1~3 年後にも継続する可能性を示していた。さらに、原告の症状も漠然としたものであって、原告が実行できるかもしれない他の雇用や、どのような配慮が必要なのかも示されていなかった。

「本裁判所及び他の連邦巡回控訴裁判所による我々の判例法は、ある使用者がある被用者の障害に対して合理的配慮として、被用者に 1 年の休暇を超えて、無期限に休暇を許可することを認めてこなかった。これは、1 年半を超える傷病休暇が合理的であるとは考えにくいことを示唆しているといえる。」⁸⁵

とはいえ、この事実をもって追加の休暇の提供が過度の負担に該当するわけではなく、個別に考慮しなければならない。本件においては、原告は被告から提供された 1 年半の休暇がなぜ診断結果を得る期日として不適切かを証明しなかった。さらに、原告が医師から解雇の数ヶ月後に受け取った診断書は、依然として原告が仕事に戻ることができる期日と状況を示していない。

「ADA は、障害者を労働力としての生産性ある集団になれるように、障害のある人に対する差別を排除するよう立法された。しかし、特定の期日に当該被用者が働くことができる合理的な見通しがない場合、要求された配慮は客観的には、使用者が提供すべき配慮ではない。従って、ここでは使用者がすでに実質的な休暇を提供している場合、回復の明確な見通しのない、かなりの長期間の追加の休暇期間が客観的に不適切な合理的配慮であると考える。」⁸⁶

このように述べ、第 6 連邦巡回控訴裁判所は、原告の訴えを棄却した。

Walsh 事件は、*Garcia-Ayala* 事件とは異なり、原告の職務が極めて専門性の高い職務であったこと、そして、復職したとしても従前の職務の履行可能性がほぼないこと、追加の休暇が *Cehrs* 事件のように特定の期間と決まっており「近い将来」でもないことは原告も認めている。このような場合には、たとえ無給であっても休暇を継続することは「障害者を労働力としての生産性ある集団」にするものではなく、使用者にとって過度の負担となる。

⁸⁴ *Id.*, at 726-727.

⁸⁵ *Id.*, at 727.

⁸⁶ *Ibid.*

(f) Robert 事件

Walsh と同様に追加の休暇が否定された近時の事例として 2012 年の Robert 事件⁸⁷と 2014 年の Hwang 事件⁸⁸がある。

Robert 事件において、郡の成人犯罪者の監督官として 10 年間勤務していた原告が仙腸関節機能不全 (sacroiliac joint dysfunction) を発症した。背中と腰に深刻な痛みから歩行に際しては車椅子と松葉杖を使用しなければならなくなった。職務明細によれば同人の職務には、重罪犯罪者の監督、薬物スクリーニングの実施、サービス提供者との調整、裁判所命令の遵守の確保、裁判所での証言、犯罪の起きやすい治安の悪い場所でのフィールドワークなど 18 項目が記載されていた。また、勤務条件については、現場・施設内での職務に際し危険が伴うこともある、と記載されていた。同人は、電話で裁判所の公聴会への参加をしたり、解決済みの事件について記録をつけるという事務作業を自宅で行ったりするなどの合理的配慮を受けて働いていた。しかし、犯罪者の監督やフィールドワークを履行できず、他の被用者がこの職務を代わりに遂行していた。他の被用者の仕事量が増加したことで、最終的に 1 人の被用者が退職を余儀なくされた。手術の 6 ヶ月後に原告は職務に完全に復帰することができた。しかし、その 15 ヶ月後、再び原告は再発し、手術のために 3 ヶ月間の FMLA の下で傷病休暇をとった。この間原告は、自宅であれば職務を続けることができると使用者に告げた。復職前診断において、医師は原告は傷病休暇満了日における職場への復帰は不可能であるが、あと 2 週間から 3 週間で杖を用いて歩くことができ、さらに 2 週間後には通常の歩行が可能になり、その間は、自宅のコンピュータで作業できると述べた。しかし、同診断書にはフィールドワークや犯罪者の監督などの職務に従事することができる期日については明記されていなかった。原告はあらゆる傷病休暇を使い果たしており、傷病休暇満了日に従前の職務を履行し復職することができなかつたため使用者は原告を解雇した。原告は、自身の症状が完全に回復するまで無期限に休暇を提供し、自身のポジションを担保するという合理的配慮を怠ったとして本件解雇が、ADA 違反に該当するとして提訴した。

第 6 連邦巡回控訴裁判所は、解雇時に原告は、自宅以外で働くことができなかつたが犯罪者を監督し、フィールドワークを行うことは明らかに原告の職務の本質的機能であった。原告の休暇とそれに伴う現場業務を他の被用者に分配したことで、小規模オフィスに負担をかけてきた。原告が有資格の障害者となる唯一の合理的配慮は、フィールドワークと犯罪者の監督業務の一時的な免除であるが、先例において、治療又は回復のための休暇の短期休暇が合理的配慮であることは認められているが、この休暇の提供が合理的配慮として認められるためには以下 2 つの制限がある。①被用者が自身の本質的職務を再開できる予定日を使用者に特定しなければならない。復職予定日がわからなければ使用者は一時的な職務の免除が合理的なものかどうかを判断することができないからである。②休暇の要求によって、障害被用者が「近い将来」に自身の職務の本質的機能を履行することができることを証明しなければならない。近い未来とはどれくらいの期間であるか特定されていないが、これまでの判例の蓄積では一般的には 6 ヶ月の休暇要求が合理的配慮としては長すぎると

⁸⁷ Robert v. Bd. of County Comm'rs of Brown County, 691 F.3d 1211 (10th Cir. 2012).

⁸⁸ Hwang v. Kan. State Univ., 753 F.3d 1159 (10th Cir. 2014).

判断されてきた。

その上で本件では、原告の休暇の合理的配慮は①②の両方で過度の負担となる。原告は現場訪問フィールドワークを再開する能力について明確な予定日を証明していない。6ヵ月間のフィールドワークの一時的免除という合理的配慮の後に、さらに職務の本質的機能を免除することは使用者にとって過度の負担となる。使用者は、原告の職務の本質的機能のフィールドワークを再開する予定日を確定 (estimate) できているという証拠はない。医師は原告があと2週間から3週間で杖で歩くことができると伝えているだけである。しかし、原告は、自身の回復の長さにかかわらず、自身の職務は担保されているべきであるとした。いずれにせよ、医師の診断によれば、休暇満了後に原告があと1ヵ月後に杖で歩くことができるが、現場訪問や他のフィールドワークで働くことができるとは述べていない。従って、原告の解雇時に、使用者は原告が職務の本質的機能を再開できる予定日を客観的に知ることができなかつた。原告が自分の立場の本質的な機能を果たすことを可能にする唯一の合理的配慮は、原告の職務を免除したままにすることであると主張しているが、このような状況下では、原告はADAの保護を受ける有資格の障害者とはいえない。従って、第6連邦巡回控訴裁判所は、原告の訴えを棄却した。

Robert 事件も Walsh 事件と同様に、原告の従前の職務は専門性が高く、さらに危険と隣り合わせのポジションであり、休暇を提供したとしても従前の職務を履行できないことは明らかであった。使用者は、原告の一時的な在宅勤務を認めたり、現場業務を他の被用者分配したりするなどの代替的措置をとってきた。使用者の規模が小規模オフィスであったことから、これらの代替措置によって1人の被用者が退職を余儀なくされるなどの負担が生じており、これらがすでに過度の負担であったことは明らかである（ただし、配置転換の可能性については、原告は請求しておらず、裁判所も検討していない）。

Garcia-Ayala 事件において第2連邦巡回控訴裁判所が述べたように、ある事例では過度の負担であったものが他の事例では過度の負担と判断されない。合理的配慮と過度の負担の抗弁には個性・個人性があるため特定の考慮要素のみを、合理的配慮と過度の負担の要件として自動的に決定することは避けるべきであるが、本件が示したように、判例の傾向では確かに、①被用者が職務の本質的職務を再開できる予定日を使用者に特定しており⁸⁹、②休暇の要求によって、障害被用者が「近い将来」に自身の職務の本質的機能を履行することができる場合、休暇の提供は合理的配慮として認められやすかつた⁹⁰。Robert 判決は休暇の提供に関する合理的配慮の考慮要素を2つ明言したといえるが、この①②の他に必要な考慮要素はあるだろうか。2年後の Hwang 事件では再び、過度の負担の判定に必要な考慮要素について検討している。

⁸⁹ Myers v. Hose; Monette v. Elec. Data Sys. Graves v. Finch Pruyn & Co., 457 F.3d 181 (2d Cir. 2006); Peyton v. Fred's Stores of Ark., Inc., 561 F.3d 900 (8th Cir. 2009).

⁹⁰ Cisneros v. Wilson; Humphrey v. Memorial Hospital Associatio. Cisneros 事件では、うつ病と不安症候群のために12週間の傷病休暇の後に、追加の4ヵ月の休暇を申請した。第10連邦巡回控訴裁判所は、原告は休暇期間を示したが、復職可能性について具体的に示しておらず合理的配慮として休暇が認められるためには、その休暇によって近い将来に従前の職務の本質的機能を履行できることを認められる場合であるとした。従って、原告の主張を退けた。

(g) Hwang 事件

Hwang 事件（事実概要については第 4 章参照）は、1 年契約で雇用されていた州立大学の准教授ががんを罹患し、6 ヶ月の有給休暇が認められた後に追加の休暇を請求したところ 6 ヶ月のみ傷病休暇を認める就業方針を理由に解雇された。原告は柔軟性に欠ける就業方針を根拠に解雇されたことを不当として提訴した。

第 10 連邦巡回控訴裁判所は、原告はいかなる合理的配慮をもって 6 ヶ月間働くことができないため、有資格の障害者ではないと判断した。そして使用者の就業方針の修正が合理的配慮として認められるかどうかについて、「被用者が職務の本質的な任務を履行可能にする合理的配慮に該当する休暇と、職務の本質的機能を履行可能にしない合理的配慮に該当しない休暇の違いはなにか。」という問いを立て、「その答えは、問題となっている職務の本質的機能の要素と、要求された休暇の性質と長さ、他の同僚に与える影響に依拠する。」とした⁹¹。そして「緊急時、いつでも駆け付けることができなければならない医療従事者は、所得税の確定申告の期限日である 4 月 15 日に出席していることが求められる税金の確定申告を代行する人よりも、休暇の取得はより問題になるかもしれない。」と職務ごとに合理的配慮としての休暇の期間は異なる例を挙げる。

「しかしそれでも、6 ヶ月間の休職、すなわち自宅で働くこともできず、パートタイムで就労することもできず、又は他のいかなるポジション・勤務地で働くことができない場合、今日の国家経済において大抵の職務の本質的機能を履行できるとは考えにくい。万が一そのような（職務の本質的機能を履行可能にするような）措置があったとしても、合理的配慮として…認められると考えることは困難である。原告の抱える問題は原告自身が対処することができる方法はなく、深刻な問題であるといえるが…それは社会保障が取り組むべき形態の問題である。…（ADA は）有資格の個人が働くことができるようにする合理的配慮を求めているのであって、働くことのできない個人のためにセーフティネットを提供するよう使用者に要求するものではない。」⁹²

原告は使用者の傷病休暇方針は柔軟性がなく、合理的配慮としてこの方針を修正するよう要請した。そして EEOC の施行規則も、「（ある障害被用者が履行可能なポジションが 6 ヶ月先に空きポジションになることを使用者が知っていたとしても）6 ヶ月は『合理的な時間』を超えているため、（その間、当該障害被用者の雇用を維持し）このポジションに配置転換をする必要はない。」と規定しており、EEOC も就業能力のない障害被用者を 6 ヶ月間も雇用維持しておく必要はないと判断しているといえる。原告は、他の合理的配慮が効果的であるか、又は要求した就業方針の修正が過度の負担を課している場合を除いて使用者に、休暇方針を修正しなければならないと主張している。しかし、就業方針の変更とはその変更によって障害被用者が職務の本質的機能を履行可能であることが明らかな場合、合理的配慮としてこの方針を修正しなければならないのである。大学の 6 ヶ月の就業方針に柔軟性

⁹¹ Hwang v. Kan. State Univ., at 1162.

⁹² *Ibid.*

がないことが、本質的に差別的とはいえない。柔軟性のない休暇方針は、柔軟性の高い休暇方針よりも使用者の自由裁量が少なく、透明性が高いため、障害者の権利を脅かすのではなく、むしろ保護することができるといえる。Barnett 最高裁判決も柔軟性のない中立的な先任権制度は、障害者差別ではなく、画一的取扱によって全ての被用者に重要な利益を与えており、この利益は憲法上の権利であるデュー・プロセスの一要素、と述べており、同判決の先任権制度が本判決にいう柔軟性のない休暇方針であろう。このように、柔軟性のない方針が必ず非難される、というわけではない。本件の休暇方針は、全ての被用者に 6 ヶ月の傷病休暇を与えており、これはたいていの事例において十分な期間であって、不当なものではない。従って、原告の障害者差別の訴えを棄却する⁹³。

Hwang 事件の原告は、追加の休暇とその復職期日を特定しているにもかかわらず、裁判所は休暇の提供を合理的配慮として認めておらず、長期化し慢性化する障害のある被用者にとって厳しい判決のように思われるかもしれない。EEOC の規則は 6 ヶ月の休暇は長すぎるとしており、これに基づいて 6 ヶ月を最長とする判決も存在する⁹⁴。ただし、合理的配慮には個別性・個人性があるため 6 ヶ月に限定されるわけではない。これまでの判例では 6 ヶ月以上の休暇を認めていた事例も存在する⁹⁵。しかし、6 ヶ月以上の休暇を認めた Ralph 事件や Garcia-Ayala 事件において、原告の障害被用者は数年間同じ使用者の下での勤務経歴があった。一方、本件 Hwang 事例の障害被用者は 1 年契約の大学教員であり、秋、春、夏学期に授業を担当するよう契約されていた。原告が採用直後の秋学期が始まる前になんかに罹患してしまい、夏学期まで休暇の延長を要求したものであって、この契約形態の中では 6 ヶ月を超える休暇というのは、実質的に採用後 3 分の 2 以上働くことができず、これ以上の休暇提供は使用者にとって過度の負担だったといえる⁹⁶。

さらに、「柔軟性のない休暇方針は、柔軟性の高い休暇方針よりも使用者の自由裁量が少なく、透明性が高いため、障害者の権利を脅かすのではなく、むしろ保護することができる」という言及は、障害者が、使用者の恣意性や偏見なく、就労することが可能となるため障害者差別をむしろ除去することができるという考え方である。この言及と「(6 ヶ月間いかなる方法でも働くことができない者の雇用維持をするような措置は) 社会保障が取り組むべき形態の問題である。… (法は) 有資格の個人が働くことができるようにする合理的配慮を求めているのであって、働くことのできない個人のためにセーフティネットを提供するよう使用者に要求するものではない。」という言及は、合理的配慮が社会権的措

⁹³ *Id.*, at 1162-1164.

⁹⁴ *Epps v. City of Pine Lawn*, 353 F.3d 588 (8th Cir. 2003); *Robert v. Bd. of County Comm'rs of Brown County*.

⁹⁵ *Monette v. Electronic Data Sys. Corp.*; *Norris v. Allied-Sysco Food Services, Inc.*; *Ralph v. Lucent Technologies, Inc.*; *Garcia-Ayala v. Lederle Parenterals, Inc.*; *EEOC v. Supervalu, Inc.*, 2010 WL 5071196 (N.D. Ill. Dec. 12, 2010).

⁹⁶ *Basden v. Prof'l Transp., Inc.*, 714 F.3d 1034 (7th Cir. 2013) もまた 1 年未満しか雇用されていなかった原告が多発性硬化症を患い 30 日の休暇を申請したが、30 日は原告が復職するのに十分な時間といえる証拠がなく、使用者にとって過度な負担となる要素が認められたので休暇を提供しないことは合理的と判断された。

置でないことを確認しているといえる。

Robert 事件では、第 10 連邦巡回控訴裁判所は、追加の休暇の提供が合理的配慮として認められる考慮要素として、①被用者が自身の本質的職務を再開できる予定日を使用者に特定し、②休暇の要求によって、障害被用者が「近い将来」に自身の職務の本質的機能を履行することができる必要がある、と示していた。しかし本件は、それだけでなく「問題となっている当該職務の本質的機能の要素と、要求された休暇の性質と長さ、他の同僚に与える影響に依拠する。」と新たな考慮要素を付記している。

5.3 第 5 章のまとめ

過度の負担については、個別性・個人性が高いが、完全にケースバイケースというわけではなく Vande Zande 判決が示したような一定の判断枠組が必要とされている。そして、過度の負担の立証には、使用者だけでなく障害者側にも立証責任がある。

合理的配慮にかかる費用そのものは、使用者の規模・財源などと比較して妥当性が考慮されるため、過度の負担かどうかは事例ごとに異なる。しかし、裁判所は、一貫して 1 人で遂行可能な職務のために人をもう 1 人雇用することは過度の負担に該当するとして厳しく捉えている。確かに、職務の本質的機能を補う補助者がいれば自身の従事するポジションの職務を履行できる障害者もいるだろうが、そこまでの合理的配慮は資本主義の効率性（企業収益性）に反するため求められていない。また、我が国でもバリアフリー化は進んでおり、これを障害被用者が請求する事例もあるが⁹⁷、アメリカ法において裁判所は非障害者と全く同じ施設を利用できるように施設を改築することは過度の負担に該当する場合もあり、代替施設で同じ便益が得られるならばそれが合理的配慮として認められる。障害者は非障害者と全く同じ施設を使用する便益は得られないが、類似する便益を得られれば、手続的な正義は達成されたと捉えられている。しかし、過去の事例では認められなかった備品が、別の事例では技術進化により効果的で安価となる場合も多くある。効果がわからないことや、費用が高価であるという使用者の推測は、過度の負担の抗弁としては成り立たない。この意味でも、合理的配慮の性質としての継続性・個別性・個人性と、インタラクティブ・プロセスの重要性が強調される。

そして、休暇の提供の事例を総合すると、最終的に過度の負担の判定に最も重要視されているのは、雇用契約中に障害被用者が職務の本質的機能を履行できる被用者として復職可能であるかどうかであるといえる。従って、パイロットなどの行動の専門性を要する職務については、厳しい判断が下っていた。職務の本質的機能が履行できる場合には、休暇申請が度重なる、休暇期間が長い（6 ヶ月を超えると長期と判断される傾向にあった）、復職期日が明言されていない、などの場合でも、合理的配慮として認められていた。休暇の提供という合理的配慮を検討する際には、休暇申請時の職務遂行能力だけでなく、休暇提供後の職務遂行能力を評価することが求められており、その結果職務能力があれば追加の休暇の提供

⁹⁷ 東京地判昭和 54 年 3 月 27 日判時 919 号 77 頁；最判昭和 61 年 3 月 25 日民集 40 卷 2 号 472 頁；

大阪地裁平成 11 年 3 月 11 日判タ 1055 号 213 頁；大阪地判平成 13 年 10 月 15 日判時 1794 号 88 頁；東

京高判平成 14 年 3 月 28 日判タ 1131 号 139 頁；大阪高判平成 17 年 6 月 14 日判時 1935 号 65 頁；

大阪高判平成 20 年 5 月 29 日判時 2024 号 20 頁；名古屋高判平成 24 年 5 月 11 日判時 2163 号 10 頁；

も認められるが、なければ過度の負担となる。休暇の提供に関して裁判所は、原則的に障害被用者の就業能力を前提としつつ、休暇申請の期間や復職日の不確定性に焦点を当て、使用者の業務や他の被用者に与える影響を重視している。

そして、6ヵ月以上いかなる手段でも働くことができない被用者の雇用維持のために合理的配慮を提供し続けることは、「社会保障が取り組むべき形態の問題である。…（法は）有資格の個人が働くことができるようにする合理的配慮を求めているのであって、働くことのできない個人のためにセーフティネットを提供するよう使用者に要求するものではない。」⁹⁸という Hwang 判決の言及は、合理的配慮が社会福祉・社会保障的措置でないことを確認しているといえる。

過度の負担の基準は、ADA 立法の際に連邦議会にとって最も議論された要素の 1 つだった。当初、ADA は合理的配慮に対して非常に高い水準を求めており、使用者のビジネスの存続を脅かさない限り、合理的配慮は認められるというものであった。これは 1982 年に行われた合衆国労働省（United States Department of Labor）による調査を反映したものと思われる。同調査では、障害被用者の 22%のみが何らかの形態の配慮を受けており、この配慮を提供された障害被用者のうち 51%がコストのかからない配慮を提供されており、30%は 1 人あたり 500 ドル以下の費用しかかからない配慮を提供されていたことが判明した。従って、連邦議会は合理的配慮を推進するために、「ビジネスの存続を脅かさない限り、合理的配慮は認められる。」という規定を検討していたといえる。しかし、この規定についてはビジネス界からの抗議活動にぶつかってしまったため、最終的に ADA はその範囲を縮小した。すなわち、「ただし、合理的配慮が、適用対象事業者の事業運営に過度の負担を課すことを適用対象事業者が証明することができる場合はその限りではない。」「過度の負担とは…著しい困難、又は費用を要する行為。」⁹⁹である。この文言は、曖昧すぎて全く作用していないという批判もあったが¹⁰⁰、結果的に裁判所にかかなりの裁量を与え、ケースバイケースの判断をすることで、事例ごとの個別性・個人性を担保し、労使双方の協議によってこれを模索するよう示していた。その上で、過度の負担は、使用者がビジネスが成り立たなくなる寸前のコストよりも安価ではあろうが、最低限のコスト以上を課さなければならないと解釈されるようになったといえる。

上述したように、合理的配慮と過度の負担の概念が曖昧な性質をもつことから、ADA の法文における合理的配慮の定義は「ひどく未熟」と表現されていた。しかし、曖昧な性質をもつことがひどく未熟なのではなく、曖昧な性質をもつが故に様々な障害者のあらゆる職務に柔軟に対応できる余地があるのである。インタラクティブ・プロセス、有資格の障害者の要件、過度の負担の抗弁、これらによって、合理的配慮は個別的に障害者自身の能力、使用者・同僚の状況を検討し、これらを調和させるために、労使双方の協議を行うのである。

そもそも英米法において基本権は最初から固定的な内容をもった権利ではなく、適正な

⁹⁸ Hwang v. Kan. State Univ., at 1162.

⁹⁹ 42 U.S.C. §12111(10)(A), 12112 (b)(5)(A).

¹⁰⁰ Jeffrey O. Cooper, “Overcoming Barriers to Employment: The Meaning of Reasonable Accommodation and Undue Hardship in the Americans with Disabilities Act,” 139 U. Pa. L. Rev. 1423, 1448-1450 (1991); Hickox & Joseph M. Guzman, *supra* note 31, at 440.

手続過程を経た結果認められる法的利益であり、権利の概念は弾力的なものであると理解されている。そして、その内容は状況、歴史の進展に応じて変化する。従って、法は一般原則を定めるに留まり、何が保護される権利か、何が差別を解消するための適切な措置であるかは、事例ごとに当事者の討議に委ねた方が適切であると捉えられている。その方が複雑な問題をより効果的に解決し、問題発生予防も図ることができるということである。このように、伝統的に英米法は、両当事者の関与という公正な手続を可能な限り経ることに断固とした努力を行ってきており¹⁰¹、この手続過程の正義を実定的憲法原理ではないが、コモン・ローの基本原則として法律解釈の中枢に置いている¹⁰²。手続的過程を重要視する合理的配慮は手続過程の正義を重んじる伝統的な英米法の考え方に相通じるものであるといえる。そして、合理的配慮は状況や歴史の進展だけでなく、技術革新の水準に応じて変化しうるものである。障害者に対する合理的配慮は、人種に基づくアファーマティブ・アクションの事例において裁判官たちが述べてきたように、人種を考慮することも許されるが、それは暫定的なものあり、「25年後には、人種優先的な取扱を用いる必要がなくなる」¹⁰³ものでもなく、「人種に基づく差別を止める方法は、人種に基づく区別を止めること」¹⁰⁴でもない。合理的配慮とは障害者が存在し続ける限り、継続的に社会が講じなければならない義務なのであって、合理的配慮の内容、過度の負担について法文で明確に規定しなかったことは、今後の技術革新の進展などにも依拠することから妥当なものであるといえる。

資本主義の効率性（企業収益性）に基づき合理的配慮の権利性を否定する **Kelman** 説が指摘するように、確かに、合理的配慮は過度の負担の抗弁を認めている点で無制限ではない。しかし、合理的配慮は、事例ごとの個別的・個人的なアセスメントを経て障害者の能力・職務内容・他者への負担が適切に調和することを求める手続的過程を内包した措置なのであって、権利性否定説が主張するように有限な資源を他者と競争して分配される性質をもって権利性が否定されるわけではない。確かに **Kelman** の指摘するように、使用者の過度の負担の抗弁を認めている点で絶対的ではない。しかし、合理的配慮は障害者が能力発揮をするために雇用の質の改善を請求する権利である。これを訴訟で争えることに意義がある。そして、その請求に基づいて労使が協同し、各々の状況を確認し、それを調和させる措置である。このような合理的配慮によって、障害被用者の最適な就労環境を保障することが可能となる¹⁰⁵。合理的配慮は、一定の作為を求めることに価値があるのではなく、労使協同の手続的過程を経て障害被用者個人の最適な就労環境を模索することに意義がある。そして、この模索過程を経ることを社会に要求できる障害者の権利なのである。

¹⁰¹ シュウォーツ・B・H. W. R. ウェイド『英米行政法：政府過程の法的コントロールに関する比較研究』（堤口康博訳）（成文堂、1976年）48頁。

¹⁰² 田中英夫『デュー・プロセス』（東京大学出版会、1987年）286-287頁。

¹⁰³ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 343 (2003).

¹⁰⁴ *Id.* at 748.

¹⁰⁵ J. H. Verkerk, "Is the ADA Efficient?" 90 UCLA L. Rev. 903, 941-952 (2003).

第6章 合理的配慮と平等権の拡張

6.1 合理的配慮の平等権拡張説

合理的配慮は均等待遇原則・能力主義・資本主義の効率性に反するものではなく、むしろ能力主義・資本主義の効率性に即しているということを第2章から第5章で考察してきたが、合理的配慮は伝統的差別禁止法理を継承する側面がありながらも、非障害者を前提とした能力主義、自由競争に限定されず、これまでの平等概念を拡張するという捉え方もある。

Kriegerは、ADA立法前から伝統的な市民権法の平等理論では不十分な点があることが認識されており、「ADAが障害のあるアメリカ人の生活を変えるだけでなく、合理的配慮理論によって…最終的に他の平等問題を解決する役割を果たすことを期待」されていたとする。そしてADAは障害者が「同様の立場にある非障害者よりも障害者は、不利な取扱を受けないだけでなく、均等な効果を達成するために、より有利な取扱を受けることを要求することを認め」その結果、使用者にはこれまで要求されてこなかった作為が義務付けられ、障害被用者が非障害者と共に働くことができるようにするために、インタラクティブ・プロセスに従事せねばならぬことになった。市民権法の下では、応募者・被用者は、法律で特別に禁止されている理由で不利に取扱われないという非差別原則の下、これを遵守する限り使用者が主体となり応募者・被用者を独占的に管理してきた。しかし、インタラクティブ・プロセスは、「労働時間、施設、被用者間の職務分配などの問題への対処について、使用者と被用者の間の通常の権力関係に劇的な変化をもたらした。」ADAは、雇用関係の市民権法で唯一、平等に関する構造理論の変革を焦点とした法律として制定されたのである。

「すなわち、ADAは、『第2世代』の市民権法であり、合理的配慮義務と別異取扱の禁止の両方を使用者に課すことで形式的平等と実質的平等を促進する。…ADAによって発展した平等アプローチが最終的には他の分野に拡散し、…平等とは常に均等待遇のみを要求するという凝り固まった理解を除去することが可能となる。」

従って、Kriegerは、合理的配慮は他の属性の差別禁止に対しても応用可能な原則と指摘する¹。

FrancisとSilversも同様に、合理的配慮と差別禁止という積極的かつ消極的権利を混合していることがADAの真髄であり、それらは、市民権法第7編によって示された単純な消極的な権利としての機会均等を超えた平等を達成することができる、としている²。

伝統的差別禁止法理と合理的配慮が、社会的不平等と従属関係の除去という目的と目的達成のための手段が同じであると第2章で紹介した Bagenstos も、合理的配慮が差別禁止

¹ Linda H. Krieger, *Backlash against the ADA: Reinterpreting Disability Rights* (Uni. of Michigan Pr., 2003) pp.2-5.

² Leslie Francis & Anita Silvers, *Americans with Disabilities: Exploring Implications of the Law for Individuals and Institutions* (Routledge, 2000) p.8.

法全体を強化させ、好ましい影響を与えるとしていた。すなわち、ADAの立法時に同法を支持していた者たちは、ADAはBrown判決から始まった市民権法の延長であり、論理的な集大成と考えていた。そして、現在も未解決の市民権法上の問題の多くは、配慮を要求することで解決され、ADAの合理的配慮によって、平等権を守るだけでなく作り出す頼もしいモデル法である。ADAは市民権法の保護属性に障害を加えただけでなく、平等達成の手段を新たに加えたことに意義があるとする³。

McGowanは、合理的配慮を規定するADAは「人種、皮膚の色、宗教、性別、又は国籍に基づく差別を禁止するという市民権法7編の一般的で曖昧で消極的な要求よりはるかに強力な薬」で、「ADAは、真の平等を達成するために積極的義務の新しい方法を描くことによって、差別に対する古い方法を打破する革命」であったとする。そして、合理的配慮により平等概念を拡張することができるかと期待されていた、と指摘している。しかしMcGowan自身は、ADAの立法目的と判例の変遷を分析した結果、「差別禁止法の革命として期待されたADAのストーリーは、高く評価されすぎていた。」とする。そもそも、「ADAはアメリカの職場を完全に作り替えることを意図していたのではないし、そうすることはできなかった。ADAは、使用者が全ての労働者に合理的配慮を提供することを意図していなかった。」すなわち、過度の負担の抗弁や有資格の個人の要件などで、ADAの目的は実際には立法当初の「革命的なレトリックを用いた提案よりも制限」されている。ADAの文言・目的・立法史は、障害者をアメリカ社会・政治・経済活動のメインストリームに移動させることで、ADAは本質的に障害者の市民権を保障すると意図していたが、この目的は、日々の生活において機能的に障害のあるかなりわずかの集団に対してのみ、合理的配慮の請求権を付与するだけであった⁴。

平等権の拡張を主張する学説は、Rawlsの才能・能力は集合的な資産であり、そこから得られる利益は最も不遇な状況の人々の利益になるように社会に還元されるべきであるという格差原理や、Dworkinの「(生来・生育環境上、能力に恵まれない人々は)同一の分配を受ける権利ではなく、他のすべての人々に対すると同様の尊重と配慮をもって処遇される」という平等主義に通ずるともいえる⁵。しかし、このような期待は、McGowanが認めるように実際の合理的配慮の運用において狭められている。

6.2 昇進に該当する合理的配慮

³ Samuel R. Bagenstos, “Rational Discrimination’, Accommodation, and the Politics of (Disability) Civil Rights,” 89 Va. L. Rev. 825, 907-910 (2003).

⁴ Miranda O. McGowan, “Reconsidering the Americans with Disabilities Act,” 35 Ga. L. Rev. 27, 35-40 (2000).

⁵ Ronald Dworkin 『権利論』(木下毅・野坂泰司・小林公訳)(木鐸社、2003年)305頁; John Rawls 『正義論』改訂版(川本隆史・福間聡・神島裕子訳)(紀伊國屋書店、2010年)243、135-137頁; 橋本健二 『現代貧乏物語』(弘文堂、2016年)210-212頁。ただし、Rawlsの格差原理は、不遇な人々を「身体的ニーズと精神的諸要素が通常の範囲に収まっている人」と想定しており、障害者から除外して検討するとしている点に注意しなければならない。

合理的配慮はこれまでの差別禁止法理の平等概念を拡張するものではないことは、アーマティブ・アクションとの相違、能力主義に基づいていること、資本主義の効率性に反するものではないことによっても明らかであるが、以下では、最もこれが顕著に表れる昇進に該当する配置転換の事例を紹介する。

White事件⁶では、立ち作業と重い物の持ち上げを要求されるエアコンの製造員（Unit Assembler）として雇用されていた原告が、業務時間外の事故で右足首を負傷し、4カ月の疾病休暇の後、復職をした。復職に際し医師は、同人には歩行制限があり、機敏に立ち上がることができず、2時間以上立ち続ける作業は避けるべきと診断したが、その後しばらくして同人は回復し歩行制限と立ち作業の制限はなくなったが、高所の飛び降りをするような作業は避けるべきと診断された。右足の負傷の6年後、原告は、機械操作者レベル2（Machine Operator II）への配置転換に応募し、これに任命された。同職種は、エアコン製造員の職務と同じように物の持ち上げを必要とする立ち作業であった。機械操作者に任命された約1年後、原告は再び業務時間外に右足首を負傷し、休職し手術を受けた。手術後、原告は使用者に、4時間以上立ち続けることはできないこと、14ポンド以上の物の持ち上げはできないという医師の診断書を提出した。使用者側は、別の医師による診察を受けるように要求し、別の医師は、彼の右足首は完治していないので、現時点で原告は復職をすることができないと診察した。使用者側の就業規則では、傷病休暇は12カ月上限とされており、傷病休暇期間満了後なお復職できない場合には退職するものとされていた。使用者は、原告の医学的症状に照らして考えると、原告が従前の職務の本質的機能を履行可能にする合理的配慮を見つけることができず、12カ月間の休職を理由に原告を解雇した。

原告は、使用者が合理的配慮を行っていれば、自身はエアコンの製造員としても機械操作者としても職務の本質的機能を履行できたにもかかわらず、これを怠ったとして提訴した。被告は、原告はエアコンの製造員としても機械操作者としても職務の本質的機能を履行できないこと、原告の障害の症状に対して合理的配慮を講じることができないこと、さらに、就業規則の下ではいかなる場合でも12ヶ月を超えて休職した場合は退職を免れることはできないこと、を理由として本件解雇の正当性を主張した。

地裁は、原告は合理的配慮があれば自身は職務の本質的機能を履行することができるという証拠を提出していなかったとして、原告敗訴と判断した。第10連邦巡回控訴裁判所は、原告が職務の本質的機能を履行できるのかに関し、使用者はエアコン製造員も機械操作者のポジションも、15ポンド以上の物を持ち上げる能力と4時間以上立ち続ける作業が必要である、という証拠を提示していた。両ポジション共に大きな金属板を移動させることなどが職務として要求されており、物の持ち上げと立ち続けることは当該職務の本質的機能であり、原告はこれを履行できないため両ポジション共に有資格の個人でないことは明らかである。

原告は、両ポジションの他に被告会社内の他の職務に配置転換されれば、職務を履行することができるとして、真ちゅう細工師（brazier）、生産部事務員（production clerk）、フォークリフトの運転手（forklift operator）、電気部門（electrical department）で働くことができると主張しているが、これには明確な証拠なく主観的に述べただけである。一

⁶ White v. York Intern. Corp, 45 F.3d 357 (10th Cir. 1995).

方使用者は、原告が配置転換を希望したポジションは、従前のポジションよりも高いグレードであること、そしてそれらの職務には空きポジションが存在しなかったこと、を証拠として提示していた。

「確かに、合理的配慮として配置転換は考慮されるべきである。しかし、合理的配慮として障害被用者を昇進させることは要求していない。そして被用者に空いていないポジションに配転することも要求していないし、障害被用者のために新たな職務を創設することも要求していない。」⁷

これはEEOCの施行規則 (29 C.F.R. § pt. 1630, App. 1630.2(o))にも記されている。上記のように原告は、自身が合理的配慮があれば職務の本質的機能が履行できる有資格の障害者であるということを証明するのに失敗した。従って、第10連邦巡回控訴裁判所は、上訴を棄却した。

White事件における原告敗訴の主たる理由は、障害被用者が自身は合理的配慮があれば従前の職務及び配置転換を希望したポジションに対して職務の本質的機能を有しているということを証明できなかったことである。しかし、White判決は、合理的配慮に昇進は含まれないと明言した点に意義がある。これは、裁判所が引用した施行規則において、

「被用者が現在のポジションにとどまることができるような合理的配慮がなく、当該被用者が職務を履行できる従前と同等のポジションが存在しない場合、使用者は従前よりも低いグレードのポジションにその者を配置転換することができる。しかし、使用者は、非障害者の被用者が従前よりも高いグレードのポジションに配置転換することで雇用が維持されていない場合、障害被用者を従前よりも高いグレードのポジションの給与で雇用を続けることは要求されていない。合理的配慮として昇進は要求されない。」⁸

と具体的に明示されている。原告が要求していた配置転換先のポジションは真ちゅう細工師やフォークリフトの運転手であり専門性が要求されている。このようなポジションについては最適な資格や能力を有する人員を配置することが、有効かつ正当である。合理的配慮によって障害被用者が受けとる利益は、雇用維持にすぎず、雇用維持のために能力主義や資本主義の効率性に反するような有利な取扱と、そしてそれに付随する高額な賃金までは認められていない。また、「空いていないポジションに配置転換することも要求していない」というのは、現在、従事している他の同僚を押しつけてまで障害被用者に優先的取扱を提供するものではないということを意味する。使用者のみならず他の被用者に負担を課すことも避けている。

障害被用者が昇進先のポジションに対して職務遂行能力はあるものの配置転換が否定された事例として第3章で紹介したDaugherty判決がある。同事例は、パートタイム雇用のバス運転手が、糖尿病の悪化によりフルタイムの事務職への配置転換を希望したものであ

⁷ *Id.*, at 359.

⁸ 229 C.F.R. § pt. 1630, App. 1630.2(o).

る。しかし、同社の就業規則ではフルタイム職務への配置転換は、パートタイム被用者よりもフルタイム被用者が優先され、昇進試験を受けなければならないことが定められていた。原告は、合理的配慮として昇進試験を免除して自身を事務職に配置すべきと主張した。第5連邦巡回控訴裁判所は、他のパートタイム被用者も昇進試験を受けねばフルタイムに配置転換されていない状況で、非障害者よりも障害者に優先を与えることは認められないとし、ADAは職務遂行能力のある「有資格の障害者に対する雇用上の差別を禁止すること以上でも以下でもない。」として、中立的規則に反した昇進に該当する配置転換を合理的配慮として否定した⁹。すなわち、昇進先のポジションに対して職務遂行能力があっただけで障害を理由とした自動的な昇進は、合理的配慮を超える優先的取扱ということである。

また、右腕の腱炎により物の持ち上げが困難になった工場作業員が、事務職への配置転換を要求したHumiston-Keeling, Inc.事件において、使用者は同人よりも生産性があり最適である応募者をこれに任命した。障害被用者の代理人である原告EEOCは、合理的配慮としての配置転換は、障害者が希望するポジションに対して最低限の能力がある場合に提供されるのであって、最適の非障害被用者よりも優先して配置転換されねばならなかった、と提訴した。第7連邦巡回控訴裁判所は、事務職とは肉体労働と比してそれほど骨が折れる職務ではなく、給与も高く、事務職の方が一般的により好まれる職務であると推測できることから、肉体労働から事務職への配置転換は、正当に競争を要する昇進に該当する、とした。そして、もしも本件障害被用者が合理的配慮として事務職に配置転換されることがあったとしたら、それは昇進という形態ではなく横方向の異動であれば認められていたことを示唆する。ADAは合理的配慮として障害を理由とした自動的なボーナスポイントの付与を禁じ、障害を理由として最適者との競争を排し、昇進させることは、障害を理由としたアファーマティブ・アクションであり、障害被用者の職場での競争を可能にするという合理的配慮の基準をはるかに超えていると判断した¹⁰。

Humiston-Keeling, Inc.事件において第7連邦巡回控訴裁判所は、アダム・スミス以降の経済学から考えて、賃金というものは職務に付随する身体的・精神的忍耐に対する報酬であるとし、一般的に事務職の方が好まれると捉える。そして、このようなポジションに障害を理由に優先的に配置転換をさせることは他の被用者の反感を招くと述べる¹¹。昇進先のポジションの職務遂行能力を障害被用者が有していたとしても、それだけでは昇進に該当する自動的な配置転換は認められず、能力主義と資本主義の効率性に基づく、通常の競争ルールが適用されるということである。

また、宅配車両の運転手が膝を負傷し、監督者に配置転換を要求したWilliams v. United Parcel Serv., Inc.事件においても、Nevada州最高裁判所は、宅配車両の運転手から監督者への配置転換は昇進に該当するため合理的配慮として認められないと判断している¹²。

⁹ Daugherty v. City of El Paso, 56 F.3d 695, 698-700 (5th Cir. 1995).

¹⁰ EEOC v. Humiston-Keeling, Inc., 227 F.3d 1024, 1027-1029 (7th Cir. 2000).

¹¹ *Id.*, at 1029.

¹² Williams v. United Parcel Serv., Inc., 2012 U.S. Dist. LEXIS 23079 (D.S.C., 2012).

6.3 イギリス法における昇進に該当する合理的配慮：Archibald 貴族院判決

アメリカにおける昇進にあたる配置転換の事例の審級は、全て第2審に留まっている。しかし、イギリスでは昇進にあたる配置転換の事例について、最高裁にあたる貴族院まで争われた Archibald 貴族院判決が存在する¹³。同事例は、DDA の合理的配慮について貴族院が初めて対処した事例である。

(1) Archibald 最高裁判決：事実概要と判旨

上告人の Archibald は、スコットランドの Fife 市議会において最も低いポジションである道路清掃員として雇用され、ゴミの回収、公衆トイレの掃除、道路掃除などに従事していた。Archibald は私傷病による外科手術のために脊髄麻酔を受け、麻酔の合併症により歩行困難になり、道路清掃員としての職務を遂行することができなくなった。しかし、座職に従事することは可能であった。市議会は、Archibald が職場復帰する可能性について、医師の意見を聞き、適当な代替りの事務職ポストが他の部課に存在するか調査し、原告にコンピュータの操作や、管理事務に関する教育訓練を行った。同人は事務職員に必要な技能を身につけた。その後、同人は歩行不能でも遂行可能な事務職に配属を希望したが、同人が遂行可能なポストは、道路清掃員のポストよりも全て、わずかに高いグレードのものであった。市議会の配置転換方針の下では、上級グレードに配属を希望する者は競争面接を受けなければならないことになっていた。同人は、100 以上の上級グレードのポストへの配属を申し込んだが、競争面接に落ち配属は行われなかった。その結果、使用者は職務不適性を理由に同人を解雇した。同人は、市議会が競争面接を排して自身を事務職に配置転換する合理的配慮を怠ったとして、障害者差別の救済を申立てた。

これに対して被告は、以下の十分な合理的配慮を行っていたと反論した。第1に、同人よりも適性のある被用者がいた場合でも、従前と同等又は低いポストに関しては競争面接なしに同人を配属する準備を行っていたこと。第2に、適切な代替職務が他の部に存在するか調査を行っていたこと。第3に、同人に再教育訓練を提供していたこと。最後に、同人が代替職務を探している間、通常よりも長期間雇用を維持していたこと。以上の4つを主たる理由として、当該解雇は不当解雇に該当しないと主張した。

このような諸事実を前提として、第1審の雇用審判所は、「本条 (DDA 1995, s.6) の規定に従って、本章 (第2章雇用) の規定はいずれも、障害者を取扱うにあたり、他の者を取扱う場合よりも有利に、これを取扱うよう使用者に求めるものではない。」という6条7項 (DDA 1995, s.6(7)) の規定に依拠し、競争面接を免除して同人を上級ポストに配属することは障害者を有利に取扱うことになるため、合理的配慮には該当しないと判断した。第2審の雇用控訴審判所も、「上級グレードのポストに配属を希望する者は、競争面接を

¹³ Archibald v Fife Council [2004] IRLR 651. 同判決については、我が国では以下の先行研究において紹介されている。長谷川聡「障害者に対する使用者の『調整義務』の範囲」労働法律旬報 1587号 (2004年) 12-15頁；野村晃「イギリス障害者差別禁止法における使用者の合理的調整義務と法的・実践的争点 (2) 貴族院の『重要原則』の展開と DDA の改正」日本福祉大学社会福祉論集 119号 (2008年) 75-102頁；杉山有沙『障害差別禁止の法理』(成文堂、2016年) 115-121頁。

受けるという雇用方針は、全ての被用者に適用される。従って、同人は、他者と比して、障害を理由に実質的に不利な状況に置かれているとはいえない。」と述べ、合理的配慮を否定した。スコットランド民事上級裁判所（Court of Session）¹⁴も、合理的配慮を否定し上訴を棄却した。なぜなら、肉体的な職務適性は、「最小限の職務」を遂行する際に必要とされるものであり、「(使用者により作られた)雇用を提供する仕組み（DDA 1995, s.6(2)）」に該当しないからである。合理的配慮は、使用者が作った「仕組み

（arrangement）」が障害者を実質的に不利な状況に置いている場合に生じるのであって、障害者が債務の本旨を履行できない場合には生じない。雇用契約の性質上、「(合理的配慮は)本質的な職務内容の変更をとともなう異動を障害者に提供する措置にまで拡大してはならない。」とスコットランド民事上級裁判所は判示した。

貴族院は、下級審判決を覆しDDAは障害者を非障害者よりも優先する事を要求しているとし、競争面接を排して同人を従前よりも高いグレードの事務職に配属することも合理的配慮に該当しうるとした。しかし、優先的取扱の程度は個々の事例の状況に依拠するので、当該状況で使用者が Archibald に対して空きポジションに配置転換をすることが合理的かどうかを判断するよう地裁に差戻した。

この結論に至る際に、同裁判所は以下の3つの争点について検討した。すなわち、①合理的配慮の発生要件である「(使用者により作られた)仕組み」とはどのようなことを意味するのか、②その「仕組み」が同人を非障害者と比較して実質的に不利な状況においていたか、③合理的配慮には、競争面接を排して高いグレードの空きポストに同人を配属することを含まれるのか、である。

まず、争点①について、6条1項(a)は、合理的配慮は、「使用者により若しくは使用者の代わりに作られた仕組みが非障害者と比較して当該障害者を実質的に不利な状況に置いている場合に」発生する、と規定している。この「仕組み」という文言は、同法において明示的に内容が規定されておらず、曖昧であるが、「誰がどの職に就き、いくらの賃金を得るかの規定が、使用者の『仕組み』に該当するのと同様に、…あるポストに対して職務遂行能力がある者を雇用すること、また、職務を履行することができなくなったときに解雇されるということも『仕組み』に該当する。」とする。従って、使用者がある職務に特定の身体的適格性を要求すること、かつ、それを満たすことができなくなった場合に解雇されることも「仕組み」に該当すると判断した。

次に、争点②に関して「DDAは性差別禁止法、人種関連法とは異なり、差別理由以外の状況が同じ又は実質的に異なる事情にある他者と比較することを要求していない。…似たもの同士（like for like）の比較は、性差別・人種差別の文脈における直接差別の比較対象者の選定方法であり、障害者差別の文脈には馴染まない。」すなわち、市議会が同人に与えた道路清掃員という職務は、歩行能力かつ掃除をする能力を要求しており、同人は障害が理由でこれらの能力がなかったため、解雇された。しかし、同職務の遂行能力があ

¹⁴ 1707年にグレート・ブリテンが形成される前からのスコットランド管轄の民事上級裁判所。グレート・ブリテンに統合後も、貴族院裁判所に上告される前に、スコットランド管轄の民事領域の裁判は依然としてここで取扱われる。

る非障害者は、解雇という不利な取扱を受けない。従って、このような状況において、同人は非障害者と比較して実質的に不利な状況に置かれていると判断した¹⁵。

次に争点③の合理的配慮には、競争面接を排してわずかに高いグレードの空きポストに同人を配属することをも含まれるのかについて、

「(合理的配慮の一例を規定する) 6条3項 (c) は『現存する欠員を補充するための異動』を調整の具体的な内容の一例を挙げている。…これは『同等又はより低いグレード』に限るなど条件付けられているわけではない。同項は、上告人を『昇進させること』よりもむしろ『異動させること』について言及しているのであり、異動は、横方向又は下方向と同様に上方向もありうる。…合理的配慮とは、障害者を職務適格性があるポストへ配転することであり、配転は同位又は下位のグレードへもなしうるように、競争面接を免除して、上位へのグレードへもなしうる。」¹⁶

それ故に、当該事例において、同人が資格を有する事務職に異動させることは、同人が歩行と清掃ができなくなった状況で市議会が講じる合理的配慮でありうる、と述べた¹⁷。

さらに、障害者への優先的取扱を禁止する 6 条 7 項は、

「本条の規定に従って、…障害者を取扱うにあたり、他の者を取扱う場合よりも有利に、これを取扱うように使用者に求めるものではない」と規定している。しかし同項は、「その冒頭で『本項に従って...』と定めている。これは、6 条の合理的配慮条項は、同項が要求する『障害者を他者よりも有利に取扱うことを要求していない。』という規定より優先する。(従って) 合理的配慮が要請される限度で、使用者は、障害者を他の者よりも有利に取扱うことを許可されているだけではなく、それを義務付けられている。」¹⁸

それ故に、競争面接を排して、同人をして勤務可能である職務へ配置転換することも合理的配慮でありうる。しかし、これは、使用者の合理的配慮の実現可能性、財政負担や企業規模を規定する 6 条 4 項を特に考慮して、個々の事例の状況に依拠する。当該状況において重要な要素は、市議会の方針である。

「同方針は同等又は低いグレードへの配置転換と、高いグレードへの配置転換を区別しており、一般的に、この区別を維持することには合理性があるに違いない。しかしながら、一般的に又は特定の事例において資質があり、やる気のある障害被用者のニーズに合致するために、わずかな修正を期待することは合理的でありうる。」

¹⁵ Archibald v Fife Council, at 64

¹⁶ *Id.*, at 66.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Id.*, at 68.

本件で問題となっている空きポジションは、最適任者が誰であるのか判断をすることが重要なポジションではない。使用者は、肉体労働に従事できなくなった障害被用者の配置転換を考えると、当該被用者が直面している困難を考慮することは合理的かもしれない。このような当該事例の全ての状況に基づけば「(合理的配慮として上級グレードへの配置転換は)『可能かもしれない』と述べるのみである。」とした¹⁹。

そして、貴族院は、使用者が当該事例において全ての合理的配慮を履行していたかどうか、すなわち、わずかに高いポジションに配置転換を行うことが合理的であるかどうか、再度審議するために、雇用審判所に差戻した。

(2) Archibald 最高裁判決：考察

本判決は、使用者の方針に従って競争を排した昇進に該当する配置転換を考慮しないことを認めなかった。障害を理由に昇進を認めることは、一見、平等権の拡張とも捉えられるかもしれないが、本判決は使用者の定めた方針に反していても、合理的配慮として競争を排した昇進の可能性を認めたにすぎない。障害者の雇用を維持するために、合理的配慮を探したところ結果的にわずかな昇進に該当しただけである。本件における配置転換先のポジションは、最適任者という者が存在するような高位なポジションでもなく誰もが従事するようなことができるポジションであり、さらに、賃金の差はとるに足りない程度である。このようなポジションへの昇進は能力主義や資本主義の効率性に反して障害を理由とした自動的昇進を認めたとまではいえないだろう。杉山は、使用者が作った方針自体を「再評価したら『たまたま』優遇取扱を行うことになったと解することが適切だろう。」と述べている²⁰。

イギリスの障害者法の研究者である Lawson は「Archibald で判断されたように配置転換に関する DDA の方針はアメリカのアプローチよりもかなり寛大 (generous) に見えることが興味深い。」とする。すなわち、アメリカの Barnett 連邦最高裁判決では「業務疾病によって障害を負った被用者に関する事例である」が、本件は私傷病により障害を負い職務を遂行できなくなった被用者の事例である。さらに Barnett 判決によれば、前任権制度という中立的方针と抵触する場合には、「合理性があると判断されることはとても稀」という相違点を指摘する²¹。

Busby は、当該判決が合理的配慮の射程範囲を拡大したことについて、医学モデルから社会モデルへの移行が行われた重要な判決と位置付ける。そして、本判決の判例法は、かなり広範に及びうるし、そうであるべきであるという見解を示している。ただし、全ての状況において全ての障害によって従前の職務を履行できなくなった被用者に対してより高い職務に配置するように使用者に義務付けるものではない、と付け加える²²。

¹⁹ *Id.*, at 68-70.

²⁰ 杉山・前掲注 (13) 18 頁。

²¹ Anna Lawson, *Disability and Equality Law in Britain the Role of Reasonable Adjustment* (Hart Pub., 2008) pp. 225-233.

²² Nicole Busby, “A Small Step or a Giant Leap? Archibald v Fife Council” 9 *Edinburgh L. Rev.* 133, 133-138 (2005). Renton も Busby の意見を支持し、本件は社会モデルを適切に裁判所適用した事例と判

Thomasも同様に、競争面接を要求する使用者の方針は雇用審判所で考慮しうる重要な要素の1つであるとして、使用者の方針自体が障害者の障壁となる社会環境であり、この是正を要求することの必要性を示した、とする。そして本件は、採用・余剰人員の解雇の場面での障害者に有利な取扱となる合理的配慮についてまでは考察しておらず、雇用維持という点に焦点を当て本件の状況下では昇進が認められたにすぎないとする。さらに、雇用審判所は、最適任の応募者の配置転換を拒絶しうることには肯定的ではないであろうから、使用者の作った方針の大幅な変更を前向きに行うことは少ないだろうと推測する²³。

確かにLawsonの指摘するように、業務上疾病ではなく私傷病で従前の職務を履行できなくなったという点で、アメリカよりもイギリスの裁判所の方が障害者に寛容であるかのように思われるが、Lawsonは、Archibald貴族院判決に対してBarnett最高裁判決を引き合いに出したにすぎず、そもそもDDAもADAもその保護対象者は私傷病か業務上疾病かどうかは問題としていない。Archibald判決は、障害の原因は何であれ、使用者の作った環境において職務を遂行できないなどの不利な状況に置かれている障害者を保護することを確認した。

すなわち、イギリスの学説の立場としては、まずイギリスの貴族院が初めて均等待遇原則だけでは足りずに、別異取扱を認めたことに意義を見出し、さらに本件の配置転換が昇進かどうかという問題ではなく、障害の社会モデルに基づいて、昇進に際しては競争面接を要するという就業方針も障害者の障壁となる社会構造の一環であり、これを審査しなおすことを要求したことを評価している。しかし、結果的には、本件は昇進そのものを認めたわけではなく、本件の配置転換は賃金の差もほんのわずかな昇進にすぎないため、昇進に該当する配置転換を否定はしなかっただけである。確かに肉体労働者というのは一般的に事務職などよりも低いポジションの場合が多い。もしも、肉体労働ポジションから事務ポジションへの配置転換を一切否定すると、肉体労働者は事務職の者よりも合理的配慮を受ける機会が圧倒的に減るといえ、この点で事務職への配置転換を認めたことは意義があるかもしれない。しかし、あくまでも事例ごとの状況に基づいて、選択肢の1つとして考慮された結果的な優先的取扱である。自動的な優先的取扱というものは合理的配慮には存在しない。Archibald判決のように優先的取扱を認められたとしても合理的配慮＝優先的取扱なのではなく、優先的ではない措置もありうるが、事例ごとに考慮すると結果的に優先的取扱であっただけで、他の被用者や使用者に負担を課すものではないことが入念に考慮されている。

合理的配慮とは、あくまで他者と均等に競争する競争の場に戻ることができるようにするにすぎず、これまでの伝統的差別禁止法理と同様に競争の場での属性に基づく優先的な別異取扱を禁じており、他の応募者と均等に取扱われること以上ではないといえる。

6.4 第6章のまとめ

アメリカの裁判所では、EEOCの施行規則が明文で合理的配慮としての昇進を否定して

断する。David Renton, "A new era for equality law? Archibald v Fife Council reconsidered," 21 Disability & Society 709, 716-718 (2006).

²³ Thomas Linden, "Positive discrimination: the impact of Archibald," 154 N.L.J. 1173, 1173 (2004).

いることもあり、White 判決は「合理的配慮として障害被用者を昇進させることを要求していない。」と明言したが、他方、イギリスの判例では合理的配慮として昇進を否定する言葉は使用しなかった。結果的にイギリスでは障害を理由に昇進を認め、一見、平等権の拡張とも捉えられるかもしれないが、当該判決は、多くの被用者が従事可能で最適者の判断が重要でないポジションについて、競争を排したわずかな昇進の可能性を認めたにすぎない。イギリスにおいては、最初から昇進を否定するというよりも、まず昇進を含めてあらゆる合理的配慮を考慮するという方向である。場合に応じては昇進を認めうるかもしれないという余白を残したといえる。ただし、White 事件においては、障害被用者が要求していた配置転換先のポジションは真ちゅう細工士やフォークリフトの運転手であり、専門性が高い能力が要求され、このような職務は誰もが従事可能で最適の応募者というものがない事務職とは異なるという点も留意すべきである。

結局のところ、合理的配慮は、これまでの平等原則を拡張するものではなかった。障害者は、障害を理由に自動的に優先的取扱を受け、それに基づく便益を享受することはなかった。障害の社会モデルの下、ADA は非障害者を中心に形成された現代社会における規範や物理的構造を修正しようとするが、合理的配慮の修正対象は、障害があるというだけの理由で労働市場から排除しようとする構造であって、能力主義や資本主義経済の構造修正を求めているわけではないといえる。雇用上のルールを能力主義や資本主義の効率性に反するように変更することは過度の負担に該当するといえる。合理的配慮は、あくまで就労能力のある障害者の雇用維持のために、就労の障壁となっている障害という属性に対する敵意、ステレオタイプ、無関心といった構造を除去し、非障害者と平等に競争の俎上に上がる機会を与えているにすぎない。能力主義や資本主義の効率性に反する結果の平等までを認めるものではない。合理的配慮が均等待遇原則・能力主義・資本主義の効率性に反する底上げと捉えられた場合、アファーマティブ・アクションにおいて生じたようなバックラッシュも懸念されるが、合理的配慮による平等は憲法の平等観に反するものではなかった。そして、障害者に恩寵を与えるものではなく、市民権を保障するという考え方から、雇用分野においては限定的な役割しか果たさないといえる。

この意味で、合理的配慮は障害者の平等達成のための大した武器にならないとも捉えられるかもしれない。しかし、合理的配慮の意義とは、雇用維持のために障害者が、自身の能力、直面している障壁、使用者・同僚の状況を洗い出す協議過程を使用者に請求できるのであり、その結果、障害者は、競争の場に復帰することができる。これを裁判で争う権利を得た、という意味で平等権が達成されたといえる。ただし、第 2 章で紹介をした Crossley 説では、合理的配慮とセクシュアル・ハラスメントを是正する環境整備措置のオーバーラップが指摘されている。それ故、障害以外の属性の者も、その属性故に職場において社会的障壁に直面している状況も多くある。近年では、女性の人権運動家たちも、障害者の権利運動により合理的配慮が ADA に規定された成功を反映して、男女の賃金格差の是正を主張するために均等待遇を求めるだけでなく、性差を認め、その差異を考慮した職場の調整を求めることによって、女性の平等を達成できると認識されるようになってきているという²⁴。

²⁴ Michelle A. Travis, “Disabling the gender pay gap: lessons from the Social Model of Disability,” 91

Krieger、Bagenstos、McGowan からも指摘しているように、合理的配慮は、被用者が直面している社会的障壁を除去するため、被用者が職場環境と被用者の能力の調和をさせることができるような労使双方の対話を請求するという意味で、他の保護属性にも適用可能な概念として考えられるべきかもしれない²⁵。

Denv. U. L. Rev. 893, 899-901 (2014).

²⁵ 我が国では合理的配慮の流れが LGBT 差別についても適用されるべきという動向がみられる。これは、LGBT という属性に対する、個別化・個人化された必要性を主張するものである。加藤慶二「LGBT に関する差別禁止法理について：直接差別・間接差別・合理的配慮義務を中心として」法律のひろば 69 巻 7 号（2016 年）44-52 頁。

第7章 我が国の判例状況とアメリカ法研究の我が国への示唆

7.1 障害者権利条約署名前の我が国の労働判例

合理的配慮としてアメリカにおいて最も多く議論されていたのは、配置転換と休暇の提供であった。我が国とは異なり欧米諸国は、職務内容や勤務場所を特定して雇用している。従って、通常は、転勤、担当職務負担の軽減、労働時間の軽減が少ない欧米において、配置転換を認める措置は極めて障害者に対する積極的な措置であるといえる。一方、我が国は、現在は崩れつつあるものの長期雇用慣行や年功序列などを特徴としており、特に正社員についてポジションが特定されずに長期的な勤続の中で企業内の様々な部署・職務に配置転換が行われることが予定されている。従って、職務の本質的機能を遂行できるかどうか判断しようにも職務自体が不明であり、どの職務についてどのような合理的配慮を行えば義務を遂行したのか明らかではない。従って、日本特有の雇用システムや労働法制との関係で、単純に欧米における合理的配慮の議論を日本にもち込むことが困難な場合があると指摘されていた¹。

7.1.1 中途障害者に対する配置転換

(1) 職種限定をされず雇用された中途障害者

合理的配慮という文言は使用しないが、障害者権利条約署名前の我が国の労働判例の中でも中途障害になった被用者のために合理的配慮に該当すると思われる措置が認められている。例えば、障害により従前の職務が履行できなくなった被用者を障害があっても履行できるポジションに配置転換することを認めた代表的な事例として1998年の片山組事件（最一小判平10年4月9日労判736号15頁）がある。事実概要は以下である。

職種限定されず被告建築会社に雇用されていた原告が、工事に配属され現場監督として職務に従事していた。1990年夏、原告はバセドウ病を罹患したが、これを告げず1991年2月以降は、次の現場監督業務が生ずるまでの間、臨時的・一時的業務として本社内の工務監理部において図面の作成などの事務作業に従事していた。同年8月19日、翌日の20日から、都営住宅の工事現場において現場監督業務に従事すべき旨の業務命令を受けた。その際に、原告は被告に対してバセドウ病を罹患しており、現場作業に従事することはできない旨を告げた。翌20日、本件工事現場に赴任した際にも、現場責任者に対し、バセドウ病のため現場作業に従事することができず、残業は1時間に限り可能であり、日曜及び休日の勤務は不可能である旨の申出をした。被告は原告に医師の診断書を求めたが、提出された診断書には「現在、内服薬にて治療中であり、今後嚴重な経過観察を要する。」と記されたのみで、病状が必ずしも判然としないため、再度、症状を補足して説明する書面の提出を求めたところ、原告自ら病状を記載した書面が提出された。これには、「疲労が激しく、心臓動悸、発汗、不眠、下痢等を伴い、抑制剤の副作用による貧血等も症状として発生しています。未だ暫く治療を要すると思われます。」とした上で、残業は1時間に限ること、日曜休日の勤務をさせないことを認めることが不可欠である旨が記載

¹ 長谷川珠子「日本における『合理的配慮』の位置づけ」日本労働研究雑誌 56 巻 5 号（2014 年） 22 頁。

されていた。そこで被告は、原告が本件工事現場の現場監督業務に従事することは不可能であり、健康面・安全面でも問題を生ずると判断して、1991年9月30日に、翌10月1日から当分の間自宅で治療すべき旨の命令を発した。しかし原告は、自身は事務作業を行うことはできるとして、同月12日付の主治医の診断書を提出した。これには「現在経口剤にて治療中であり、甲状腺機能はほぼ正常に保たれている。重労働は控え、デスクワーク程度の労働が適切と考えられる。」と記載されていた。被告は、この診断書にも原告が現場監督業務に従事しうる旨の記載がないことから、自宅治療命令を持続した。1992年1月、医師は現場監督の仕事に支障なく、スポーツも正常に行うことができると診断し、被告は同年2月5日から原告に工事現場での現場監督業務に従事すべき旨の業務命令を発し、これに従い同日から現場監督業務に復帰した。原告は1991年10月1日から1992年2月5日までの間、事務作業は可能であったのにこれを提供されなかったとして、その間の賃金支払いを求めて提訴した。

東京地裁は、被告には原告の事務職での就労を拒否しなければならない格別の事情は認められず、賃金支払義務は免れないと原告勝訴とした。東京高裁は「提供不能な労務の部分が提供すべき労務の全部と対比してわずかなものであるか、又は使用者が当該労働者の配置されている部署における他の労働者の担当労務と調整するなどして、当該労働者において提供可能な労務のみに従事させることが容易にできる事情があるなど、信義則に照らし、使用者が当該労務の提供を受領するのが相当であるといえるときには、使用者はその受領をすべきであり、これを拒否したときは、労働者は賃金請求権を喪失しない（民法536条2項）。」と述べた上で、本件工事現場においては、現場作業がほとんどであり、事務作業は補足的でわずかなものにすぎず、信義則上事務作業を原告に担当させることが相当であったとはいえないし、現場勤務を命じられる前の工務監理部での事務作業は、恒常的に存在するものではなく、不就労期間中にこれが存在したとは認められないとして、原告は債務の履行が不能となったのであるから、休職期間中の賃金及び一時金請求権はないとして、使用者勝訴の判断を下した。

これに対して原告は被用者の提供すべき労務は、たまたま配置されている部署における担当労務を基準として判断すべきではなく、使用者が行う事業に包摂される多様な業務について検討されなければならないとして上告した。最高裁は原審判断を否定し、

「労働者が職種や業務内容を特定せずに労働契約を締結した場合においては、現に就業を命じられた特定の業務について労務の提供が十全にはできないとしても、その能力、経験、地位、当該企業の規模、業種、当該企業における労働者の配置・異動の実情及び難易などに照らして当該労働者が配置される現実的可能性があると認められる他の業務について労務の提供をすることができ、かつ、その提供を申し出ているならば、なお債務の本旨に従った履行の提供があると解するのが相当である。…（そして原告は、）雇用されて以来21年以上にわたり建築工事現場における現場監督業務に従事してきたものであるが、労働契約上その職種や業務内容が現場監督業務に限定されていたとは認定されておらず…本件自宅治療命令を受けた当時、事務作業に係る労務の提供は可能であり、かつ、その提供を申し出ていた…そうすると、…直ちに上告人が債務の本旨に従った労務の提供をしなかったものと断定することはできず、上告人の能力、経験、地位、被上告人の規模、業種、

被告上告人における労働者の配置・異動の実情及び難易等に照らして上告人が配置される現実的可能性があると認められる業務が他にあったかどうかを検討すべきである。」

として原審に差戻した。

片山組事件最高裁判決は、民法の信義則に基づいて従前の職務が履行できない障害被用者に対して、障害があっても履行できる軽易なポジションへの配置転換を認めた。このように合理的配慮導入以前でも、障害被用者に対する代替職務の提供という調整は、民法上認められていた。しかし、本件において原告は、職種限定されず雇用されていたこと、最終的には従前の職務に復帰可能となったこと、に留意せねばならない。いずれにせよ、本件は十分な診断書を提出されておらず症状が判然としない中で、使用者は休暇を提供し、さらに事務職への配置転換を検討せねばならず、中途障害を負った被用者にとって積極的な意味をもつ判決となった。

片山組判決に基づき、職務限定されず雇用されている障害被用者に対して配置転換を認めた事例として1999年のJR東海退職勧告事件（大阪地判平11年10月4日労判771号25頁）がある。同事例は、1966年より国鉄に雇用されていた原告が、1987年の民営化後も雇用が継続され被告会社の社員となり、新幹線部門に配属され、新幹線車両の検査業務に従事していた。1993年には車両技術主任に昇進していた。1994年6月15日、業務中の脳内出血で病院に搬送され、同年9月27日まで入院した。9月27日以降は、同病院を退院後、自宅療養と通院治療となった。被告会社の就業規則によれば180日間欠勤し、なお、就業できないと認めた場合は病気休職を命ずることとしている。この病気休職の期間は3年以内であり、この間社員としての地位は担保されるが、職務は担保されない。そして休職期間満了後なお復職できない場合は退職せねばならないとされている。原告は、引き続き欠勤し、欠勤日数が180日を超えた。被告は自宅安静が必要であるという医師の診断に基づき、同年12月13日付で病気休職を発令し、休職期間を翌年1995年6月12日までとした。その後、休職期間の終了が近づくごとに原告から精密診断書が提出され、その都度判定委員会が開催され、その判定結果に基づいて病気休職期間の更新が行われた。原告はリハビリにより歩行は可能になっており、握力も通常程度に回復し、血圧も投薬により安定していた。1996年1月、原告は、復職に向けての準備として通勤回送に乗車すべくこの許可を被告に依頼した。しかし、被告は、原告が休職中であり、怪我をしても責任がとれないとして断った。1997年8月6日、原告は妻と所長のもとを訪れ、リハビリの質をさらに高めるために車両所に通わせて欲しい、職場復帰を一日でも早くさせてほしい、症状として階段の昇りに若干の不自由があることなどを述べた。これに対し、所長は原告の右足首下がふらつき、歩行に時間がかかり、発語が明確でなく、ほとんど原告の妻が話をしているといった原告の状態をみて、原告の復職に消極的な態度を示し他の身体障害者の社員も通常の社員と同じ仕事をしており特別な配慮はしていないなどと述べた。1997年10月21日に提出された診断書には、原告の症状は投薬コントロールなどにより徐々に回復していたものの、片麻痺で右半身は80%の筋力であり、右手を思うように細かく動かせず、思うように発語できず、左右眼の像が二重に見え、「軽作業なら行えるが右手の巧緻障害は認められる」と記載されていた。被告はこれまでの診断書とほとんど変化がないため同月27日に、休職期間が3年を超え、なお復職できないと判断し、同年12月13日をもって、原告を退職とする

ことを決定した。これに対し、原告は、自身は復職の意思を示しており、復職可能であるにもかかわらず休職期間満了による退職扱いとしたことを不服として、地位確認と将来分の賃金支払いを求めて提訴した。

大阪地裁は「原告はその採用に際して職種を限定されてはいなかったこと、平成9年8月6日には復職の意思を示していた」ことには争いはないと認めた上で、本件退職日12月13日に原告が復職可能であったかどうかについて検討をした。大阪地裁は、片山組最高裁判決に倣い、「労働者が職種や業務内容を限定せずに雇用契約を締結している場合においては、休職前の業務について労務の提供が十全にはできないとしても、その能力、経験、地位、使用者の規模や業種、その社員の配置や異動の実情、難易等を考慮して、配置替え等により現実に配置可能な業務の有無を検討し、これがある場合には、当該労働者に右配置可能な業務を指示すべきである。そして、当該労働者が復職後の職務を限定せずに復職の意思を示している場合には、使用者から指示される右配置可能な業務について労務の提供を申し出ているものというべきである。」とし、原告が復職可能性のある業務について検討をした。本件被告は「(被用者数) 2万2800人を要する大企業」であり、その事業内容も多岐にわたっており、その職種も総合職(事務・技術)、一般職、運輸職(駅業務、車掌、運転手)など多様である。他方、原告は歩行に多少のふらつきがあるが杖なしの歩行が可能であり、右手指の動きが悪いため文字を書くなどの細かい作業は困難であるが、握力については非障害者のそれと大差なく、発話は難しいが会話の相手方が十分認識できる程度であり、複視はあるもののその程度は軽く、血圧については服薬によりコントロールが可能であり、健康に気をつければ脳血管疾患の再発の危険性は少ない。被告内での職務内容の変更状況や原告の身体状況などを考慮した場合、原告は工具室での業務は就業可能であり、原告を交検業務から工具室での業務に配置転換することも可能であった。「雇用契約における信義則からすれば、使用者はその企業の規模や社員の配置、異動の可能性、職務分担、変更の可能性から能力に応じた職務を分担させる工夫をすべき」であり、例えば重量物の取扱を除外することや、仕事量によっては複数の人員を配置して共同して作業させること、また工具などの搬出搬入は貸出を受ける者に担当させること、などが考えられ、被告の企業規模から見て、被告がこのような対応を取りえない事情はない。「少なくとも工具室における業務について原告を配置することは可能であり、原告について配置可能な業務はないとする被告の右主張は採用できないところである。」従って、原告が休職期間中に復職ができないとした被告の判断は誤っていたとして「現実に復職可能な勤務場所があり、本人が復職の意思を表明しているにもかかわらず、復職不可とした被告の判断には誤りがあると言わざるをえないから、被告による原告に対する本件退職扱いは就業規則に反し無効」とした。

JR東海退職勧告事件は片山組事件と同様に職種限定されていなかったため、判例の流れから、配置転換の妥当性は推測されえたが、それだけでなく、使用者の事業規模と原告の症状を比較考量して、配置転換を認めている。この判断枠組は合理的配慮の過度の負担の抗弁の判断枠組に類似しているといえる。

(2) 職種限定して雇用された中途障害者

一方、職種限定されて雇用されていた場合にも、配置転換を認めたといえる事例が存在

する。2001年のコントラ事件（大阪高判平14年6月19日労判839号47頁）において、1991年から被告運送会社に大型トラックに職種限定されて雇用されていたトラック運転手の原告が、1996年に慢性腎不全を罹患し、大型トラックの運転手としての業務を遂行できないため、6ヵ月間欠勤した。被告は、業務外疾病により6ヵ月以上の欠勤が続いたため、就業規則に基づき、1997年3月26日から同人に2年間の休職を認めた。1998年4月11日の医師の診断では、原告は約2ヵ月間の安静加療を要すると見込まれた。同年6月1日、原告は被告に運転手としての復職を希望する旨を伝えた。しかし、被告は原告が6月11日頃までの安静加療を要する見込みとされていたことから、申出を即座に受け入れることができず、同月19日に同社の産業医の診断を受けるように指示した。産業医は、運転業務は症状を悪化させる可能性や交通事故惹起などの可能性があり、長距離・近距離の貨物自動車の運転業務への就労は危険、と診断した。これを受けて、同年7月18日、被告は原告の復職を認めない旨を通知した。しかし、原告は同診断を不服として、1999年1月20日に腎臓病の専門医である別の医師の診断を受けた。同医師は、原告は慢性腎不全のために治療を要するが、長距離の運転をしない、8時間以上の労働をしない、週2日以上の日をとる場合、軽作業ならば就業可能と診断した。同診断を踏まえて、原告と被告は協議をし、1999年1月30日に、被告は、将来慢性腎不全が悪化した場合は休職期間満了をもって退職すること、休職期間中の賃金は一切支払わないこと、就労可否の判断・その判断基準を会社の産業医に委ねることを記載した覚書を原告に渡し、これに合意すれば就労を認める旨を伝えた。しかし原告は、退職を約束するような条項、休職期間中の賃金を一切支払わないとの条項が含まれていたことから、覚書の内容に納得せずこれに同意しなかった。1999年6月9日、被告は、覚書の内容で就労を認めたにもかかわらずこれを認めず、出社せず、就労の意志がないものと判断し、休職期間満了日に遡って退職処理をせざるをえないので就労の打ち合わせのために出社するよう原告に通知した。一方原告は、とりあえず就労させてほしい旨の要求を繰り返し、結局、1999年11月末になっても、原告の復職についての話し合いは平行線をたどったままであった。そこで原告は、このような状況では復職について法的な手段をとるしかないと考え、同年12月6日、復職を申立てた日からの賃金支払を求める仮処分の申立てをした。なお、最終的に原告は、2000年2月1日から倉庫内作業や助手程度の業務で復職し、さらに同年3月6日からは、近距離担当の配送業務が可能となった。

大阪高裁は、職場復帰の基準について、

「労働者がその職種を特定して雇用された場合において、その労働者が従前の業務を通常
の程度に遂行することができなくなった場合には、原則として、労働契約に基づく債務の
本旨に従った履行の提供、すなわち特定された職種の職務に応じた労務の提供をすること
はできない状況にあるものと解される。」

と述べた後、

「(最も、他に現実に配置可能な部署ないし担当できる業務が存在し、会社の経営上もその
業務を担当させることにそれほど問題がないときは、債務の本旨に従った履行の提供がで
きない状況にあるとはいえないものと考えられる。)」

とした。そして同社の運転手の業務には運転業務、積み降ろし業務があり、いずれをとっても肉体的疲労を多く伴う作業が含まれており、また、長距離運転の場合や交通事情などによっては、相当の肉体疲労を伴うことが予想される業務内容である程度の肉体労働に耐える体力ないし業務遂行力が必要であるから、これを欠いた状態では運転者としての業務をさせることはできないといわざるをえない。しかし、被告会社は「就業規則において、従業員を従事する業務により職種の区分をしているものの、業務の都合により職種の変更もあることを予定しており…その職種のうち作業員は、運転者として雇用された者であっても就労が可能と考えられる。」また、被告会社では運転者の業務について、長距離運転業務と、短距離運転業務がローテーションで行われており、「必ずしも長距離運転を前提とするものではなかった。」1999年1月20日の医師の診断を基にすれば、原告は慢性腎不全のため欠勤するようになってから、1998年6月の復職申入れまでの2年近くもその症状に大きな変化なく推移してきた。従って、「原告が欠勤前のような長距離運転を含む業務に直ちに従事することは困難としても、時間を限定した近距離運転を中心とする運転業務であれば、復帰可能な健康状態にあったというべきであり、時間を限定しない作業員の業務も可能であったと認められる。」そして、確かに原告の近距離運転業務を受け入れるとそのローテーションが乱れるおそれがあり、被告の業務運営上、問題が生じないではない。しかし、「本人の病状悪化の可能性がそれほどでなく、運転業務の危険等もないような場合には、業務に与える不利益と就労可能性とを慎重に比較検討すべきであり、本件の場合復職を認めることが…被告に看過し難い不利益を与えるものであったとは認め難い。」これらを総合してみると、原告は遅くとも1999年2月1日には、業務を加減した運転者としての業務を遂行できる状況になっていたと認めることができ、被告には1999年2月1日から現実に復職した前日である2000年1月末日までの賃金支払義務がある。なお、大阪高裁は、事務職などの作業員の配置転換については、「現実的可能性がある」と考えられるが、原告は運転手としての復帰を希望していたため被告が運転者としての復職可能性のみを検討したことには誤りはない、としている。

しかし、2006年の神奈川都市交通事件（東京高判平18年3月22日労判919号59頁）²は、職種限定して雇用されているタクシー運転手の配置転換を否定している。同事例において原告は、被告タクシー会社に1986年からタクシー運転手として職種限定されて雇用されていた。原告は、1995年9月29日に業務中に対向車と衝突する自動車事故を起こし、頸椎捻挫の傷害を負い、勤務を継続できなくなった。被告は、就業規則に基づき休職を命じられ、事故後から、療養補償給付と休業補償給付を受けていた。就業規則では休職期間は業務上疾病の場合には、治癒と診断された時までとすると規定されていた。復職については休職期間満了前に治癒したことが会社指定の医師により診断された時に復職を命じると規定されていた。事故から約4年後の1999年11月4日、川崎労基署は原告の障害は1999年8月31日に症状固定したと認められるので、9月1日以降の休業補償給付は全部不支給とし、1999年7月16日から8月31日までの休業補償給付は実際に通院した日のみを療養休業と

² 本件は最高裁まで上告されるが、最高裁では事務職への配置の妥当性は争われず、最高裁での争点は、労働基準法と労災保険法における休業補償給付と休業手当請求権についてである。

し、その他は不支給とする旨が原告と被告に伝えられた。1999年11月16日、原告は、タクシー乗務は不可能であるが事務職として就労したいという希望を被告に伝えた。一方、被告は1999年11月25日に同月4日付で復職を命じる辞令を交付し、事務職での就労を認めずタクシー運転手としての復職を命じた。被告は本件復職命令とともに、タクシー運転手として就労が可能かどうか医師の診断書の提出を原告に求めた。原告は、診断書を提出せず、1999年11月5日から12月13日までの年休を申請し欠勤した。被告は年休期間分の原告の賃金を支払った。年休後、原告は医師の診断書を用意できなかったため被告は原告のタクシー乗務を認めず、一時的措置として12月27日より営業所内の清掃などの業務を行わせ賃金を支払った。その約3ヵ月後、2000年3月になって原告は医師からの診断書を得たので、被告は2000年4月3日にタクシーの試乗を命じた。10日間の試乗において運転に問題がないことが確認されたため、同月16日からタクシー運転手としての業務に復帰するよう命じた。原告は、1999年7月16日から2000年4月15日までの期間、被告は自身を事務職に配置転換する義務を負っており、上記期間療養中であったが、被告に対して事務職への配置転換を申し入れたにもかかわらず被告はこれを拒否した。従って、同期間中の賃金支払義務を負うとして賃金賠償請求を行った。

東京高裁は、被告会社の就業方針には「業務上必要あるときは、従業員に対し転勤、転職又は出向を命ずることがある。」と記載されているものの、「その文言上、…配置転換義務を定めたものと解することはでき」ないとした。そして、片山組判決を引用し、

「労働者が職種や業務内容を特定せずに労働契約を締結した場合においては、現に就業を命じられた特定の業務について労務の提供が十全にはできないとしても、その能力、経験、地位、当該企業の規模、業種、当該企業における労働者の配置・異動の実情及び難易等に照らして当該労働者が配置される現実的可能性があると認められる他の業務について労務の提供をすることができると解されるが、…（原告は）タクシー乗務員として…採用されたことが証拠上明らかであるし…事務職が上記諸条件に照らして…（原告が）配置されることにつき現実的可能性がある…とはいいい難く…事務職についての労務提供をしたとしても、これをもって、直ちには、債務の本旨に従った履行の提供ということとはできない。」

として、事務職としての復職可能日に遡って賃金請求することはできないとした。原告は、タクシー乗務員としての復職可能と診断を受けた後の2000年4月16日、復職を命じられたと認められると判断した。

カントラ判決は「(最も、他に現実に配置可能な部署ないし担当できる業務が存在し、会社の経営上もその業務を担当させることにそれほど問題がないときは、債務の本旨に従った履行の提供ができない状況にあるとはいえないものと考えられる。)」と事務職への配置転換の可能性も示唆していたが、我が国の労働判例は、片山組最高裁判決が、被用者が職種や業務内容を限定せずに雇用されている場合、現行職務を履行できなくなったとしても他の職務を履行できるならば債務の本旨に従った履行提供があると解するのが相当、としていることもあり、職種限定されている場合には他のポジションの職務を履行できることは、職務の本質的機能を遂行できるとは解されないことが定式化している。カントラ事件

においては就業規則において、「業務の都合により職種の変更もある」と配置転換の可能性について明記されていたこともあって、職務限定された被用者であっても配置転換の可能性は否定できないと判断したといえる。しかし、コントラ事件において原告は事務職ではなく、運転手としての復職を求めているため、大阪高裁は事務職の配置転換可能性については踏み込まず、被告と原告の状況を考慮した上で一時的に短距離トラック運転手としての業務を認めている。これは配置転換というよりも、事実上同一ポジションにおける担当職務の軽減であり、しかも一時的であることから、代替職務として認められやすかったといえる。他方、神奈川都市交通事件においては、就業規則に配置転換の可能性について明記されていたとはいえ、原告は、解雇当時いかなる代替手段を経てもタクシーに乗務することができなかった。

労働法の学説は、神奈川都市交通事件の原告は職種限定されて雇用されているにもかかわらず、原告の就労申出がタクシー運転手ではなく、事務職でありこれを被告が拒否したことは正当で、タクシー運転手として就労可能であるかの客観的判断となる医師の診断書を提出していない間の就労拒否も正当と捉えている。コントラ判決と神奈川都市交通判決は職種限定された商業車の運転手という点で類似するが、就業規則が配置転換について認めているかどうかの相違があり、また、結果的に、コントラ事件で提供された代替措置は、職務内容の軽減であり、両事例は異なるものといえる。

このように、我が国の労働判例は、原則的に、職種限定されて雇用されている場合には、中途障害による従前の職務遂行能力の欠如に対し、配置転換は認めない。しかし、例外的に就業規則が配置転換を認めている場合には、配置転換を考慮することも可能ということである。今後、合理的配慮として考察するならば、両事例ともに事務職への配置転換の可能性、そのポジションへの配置転換は被告に過度の負担を課すかが考慮されなければならないといえよう。

上記の事例は全て、一時的に配置転換又は休暇を与えれば、従前の職務に復帰可能であった事例だが、職種限定して雇用されていた障害被用者が身体障害により恒久的に専門職としての職務遂行能力を失った事例として横浜市学校保健会（歯科衛生士解雇）事件（東京高判平17年1月19日労判890号58頁）がある。

同事例において、原告は、1967年から横浜市学校保健会に小学校の歯科巡回指導を行う歯科衛生士として職種と業務内容を限定して採用されていた。歯科巡回指導を行う歯科衛生士の一日のタイムスケジュールは、小学校に8時半頃到着し、歯口清掃検査を行うための会場設営、床の清掃、検査前に行う事前説明用の資料の掲示、検査に使用する消毒用薬液などの用意を行い、午前8時45分から1クラス単位で歯口清掃検査を行う。歯口清掃検査は、昼食前に行わなければ児童の口腔内の状態が変わってしまうため、児童の歯口清掃検査は約180分間に行う必要がある。検査の対象児童数は小学校ごとに異なるが、児童数が多い学校は800人を超えるものもある。1988年12月23日、原告は頸椎性脊髄症に罹患したため、私傷病職免（被告の職員が私傷病を理由に勤務することができない場合、1年間に90日を限度として与えられる職務専念義務の免除）の適用を受け、1990年10月25日まで有給休暇を提供され、それ以降は1992年4月25日まで、私傷病職免、年次有給休暇（年休）、有給休職及び無給休職の各制度を利用しながら休業した。原告の休職期間は、1992年4月25日までであり、同日を経過してもなお業務に従事しない場合は、休職と認め

られず欠勤となることになっていた。このため、原告は、特段身体の運動機能が改善したわけではなかったが、1992年2月4日被告に対し、介助者を付けた状態で歯科巡回指導業務に復帰させてほしい旨申し入れ、さらに、同年3月25日被告に対し、介護者付きの原職復帰及び養護学校への歯科巡回指導を担当させることを求めた。被告は、原告に対し、原職復帰ができるかどうか検討するので至急診断書を提出するよう求めたが、原告はこれに応じなかった。原告は、1992年4月10日被告に対し、休職期間も残り少ないので、これまでの業務形態を変え、原告の現状でも従事することができる仕事を用意してほしい旨を再度伝え、「頸椎症性脊髄症…により通院中であるが、現在の状態で単独の就業は困難と考える。」と記載された診断書を提出した。被告は、同月18日、医師の診断書から見て養護学校の歯科巡回指導を含めて復帰は困難であり、介助者付きの身体障害者雇用は行っていない旨の回答をした。原告は1993年3月から6回、被告に対して、介助者付きの原職復帰を求めた。しかし、この頃原告は、介助者が押す車椅子を使用しなければ移動することができず、左手が全く動かない状態であり、左上下肢に麻痺があり、自力で移動することができず、介助者が常時必要であった。被告は、巡回する学校までの距離を考えると車椅子での移動は困難であり、検査のためには児童の口を両手で開ける必要があるが原告の現在の症状では困難であり、検査すべき児童数が多いので原告には無理であるなど、説明をし、4月26日から無給休職を提供した。その後原告は、3ヵ月ごとに、医師作成の診断書を添えて休職期間の更新を申し出、1995年1月19日まで休職を続けた。この間原告は、復職を要求し続けたが、理事の「歯口清掃検査を行う場合、児童の背の高さに合わせて原告の視線の高さを合わせるができるか。」との質問に対して、これまでのように立った状態で歯口清掃検査を行うことはできない旨を答えたほか、左手が震えてしまい、仕事をするにも力が不足しており、児童の唇を指で押し広げることもできない旨を述べた。被告は、1994年12月20日、原告に対し約3年間の休職期間を経てもなお、従前の職務を履行できず、「心身の故障のため、職務の遂行に支障があり、又はこれに耐えられない場合」に該当するとして、1995年1月19日をもって免職する旨、解雇通知をした。これに対して原告は、職場環境を工夫することによって原職復帰が可能で、本件解雇は解雇権の濫用であるとして、労働契約上の地位確認請求を行った。

東京高裁は、大筋で横浜地裁の判断を認め、原告は「あらかじめ職種および業務内容を特定して…雇用されていたのであるから」この職務についての遂行能力があるかどうかを検討されるべきであるとし、「歯科衛生士が行う歯科巡回指導の中心かつ不可欠の要素となっているものは歯口清掃検査であり」、原告は左上肢に麻痺があり左手の動きを自己の意思で確実にコントロールすることは困難な状況にあり左手で微細な動作を的確に行うことはできなかった。歯口清掃検査は、検査対象児童の口内を正常に把握することが必要であり、検査にあたり歯科衛生士は、児童の口唇に傷をつけるなど、児童に不必要な痛みを与えないことが求められる。「歯科衛生士は自身の両上肢の動きを自己の意思で完全にコントロールし、手指を用いて細かな作業を行うことができなければならないというべき」であるが、原告はこのような作業を行うことができなかったとする。

そして、従来とは異なる検査方法で業務に従事できたかどうかについては、口腔内把握に適切な視線を確保するためには、歯科衛生士及び検査対象児童双方が起立することが不可欠というわけではなく、歯科衛生士が着席した姿勢であっても、検査対象児童も着席さ

せ、児童に指示して児童自身に頭の位置を動かすようにさせる方法も全く考えられないではない。しかしながら、この方法は、児童が着席する椅子を複数用意するなど、事前の相応の準備が必要である上、検査対象児童が歯科衛生士が意図した的確な位置に頭を動かすことに時間を要する場合が少なからず想定され、その場合には歯科衛生士自身が自ら動いて口腔内を確認せざるを得ないし、その分余分な時間を消費することになる。そして、多人数の児童（その中には容易に指示に従わない児童も存在する）を与えられた時間内に的確に検査するの必要に鑑みると、原告が主張した方法による検査可能性については相当の疑問があるというべきである。児童を座らせることや、原告が高い位置に座るなどの方法は、児童や原告の介助者に大きな負担を与え、かつ効率性を減殺させるものであって、限られた予算の中で多人数かつ多様な児童を短時間のうちに的確に検査しなければならない小学校の歯口清掃検査の遂行に支障があることは明らかである。原告は左上肢を一時的に持ち上げることはできるものの、左上肢を上げたままの姿勢を長く保持することが困難であり、左上肢を上げ下げする動作を繰り返すと左手に不随意運動が生じてしまうおそれがあることが認められる。歯口清掃検査を的確に行うためには、右手だけではなく、左手をはじめ身体全体が的確な検査のために有機的に連動しなければならないのであって、多様な児童の口腔内の状況を迅速かつ的確に検査できると評することはできない、とした。

なお、原告は「本件において、解雇の可否の判断にあたり、…身体状況の確認、通勤の可能性、就労環境の整備及び負担軽減の方策について検討すべきであったが、…これらについての検討を尽くさずして解雇しているものであって、そのこと自体からしても解雇は無効である。」と主張したが、東京高裁は、本件の争点は、原告が職務に支障がある状況であったかどうかで、これに独自の観点から新たな要件を付すことは相当とはいえないとしている。すなわち、

「就労環境の整備や負担軽減の方策は、障害者の社会参加の要請という観点を考慮しても、また、将来的検討課題として取り上げるのが望ましいことではあるにしても、本件においては、社会通念上被告の障害者への配慮義務を超えた人的負担ないし経済的負担を求めるものと評せざるを得ない。…（原告）の上記主張は採用できない。」

そして、介助者を伴った職務については、

「原告は、本件解雇は、単に原告に身体障害が存在することを理由とするものであるから、介助者付きの原職復帰を認めなかった本件解雇は憲法14条1項、労働基準法3条違反である旨主張するが、原告の身体的な制限は歯科衛生士としての資格をもつ原告自身が行わなければならない事柄に関する問題であって、介助者の有無によって結論に差異をもたらすものではないから、原告の主張は前提を欠いている。」

と述べ、東京高裁は介護者の提供についてこれ以上の考察をしなかった。

歯科衛生士事件は、職種限定されて雇用されていたため、裁判所は原告が歯科衛生士以外のポジションについて職務遂行能力があるかどうかの検討はしなかった。東京高裁は、就労環境の整備や負担軽減の方策について、将来的課題として認めるものの本件において

は障害者への配慮義務を超えた負担としている。これはまさに合理的配慮に該当するといえる。しかし、合理的配慮が導入された現在においても、本件のような専門性が高く、さらに対象者の安全性を担保すべき職務においては、原告のような手足に麻痺のある障害者が従前の職務を継続するための環境整備や負担軽減は困難といえる。原告の左半身が従前と同じように作業できるような補助具や医療機器サポートの導入がもしあるのならば、今後、利用可能かもしれないが、現在のところそれは金銭負担からみても難しい。介助者付きの職場復帰については、原告は介助者を使用してどのように本件職務を補助するのか具体的にしておらず、通勤や学校内の移動に際して介助者が必要なことのみが明らかになっている。移動に際しての介助者は検討されるべきであろうが、口腔清掃業務について介助者に補助してもらうことは、ADAでいうところの原告から職務の本質的機能を免除することに該当し、腎不全と心臓病により手足に麻痺があり、担任クラスの教室コントロールを行えなくなった教師が教育補助者の提供を要求したBelasco事件³に類似しているといえる。1人の被用者の雇用を継続させるために、もう1人の者を雇うことは被告にとって過度の負担である場合が多く、資本主義の効率性に反する。後述する視覚障害者の大学准教授の補助者のように安価で職務の本質的機能に関わらない部分を補助する介護者も存在するだろうが、歯科衛生士は患者の安全性を保障しながら、患者の口の中を両手で開け作業をすることが職務の本質的機能に該当する。現在の原告の症状では、いかなる合理的配慮を提供されたとしても歯科衛生士としての業務は履行不能であり、雇用継続の可能性があるとすれば、事務職などの配置転換に限られるであろう。本件は、従前の職務の職務遂行能力があるかどうかのみを判断していたが、今後、合理的配慮として被告側は、原告が履行可能な空きポジションが存在するかどうか検討し、配置転換先の本質的機能を原告が履行できるかどうか、そしてそれが使用者と同僚にとって過度の負担を課すかどうか、を判断せねばならない。

(3) 望まない配置転換による賃金減額

中途障害の被用者が望まない配置転換によって大幅に賃金を減額されたことの違法性を訴えた事例としてオリエンタルモーター事件（東京高判平19年4月26日労判940号33頁）がある。1970年から被告会社に職種限定されず雇用された原告は、精密小型モーターの部品の加工、洗浄、塗装などの業務に従事してきた。原告は労働組合が結成された当初から支部の職場委員となり、1975年9月から支部の書記長や執行委員を兼務して活動してきた。被告は、労働組合の公然化後ほどなくして同組合とその組合員を嫌悪し、敵視するようになり、組合員に対する仕事差別や賃金差別があったなどとして支部から地方労働委員会に対し救済命令申立てがされ、中央労働委員会の救済命令に対し被告が取消訴訟を提起するなど多数の労働紛争や訴訟が生じていた。原告は、1998年12月頃から視力低下を感じて眼科を受診し、右眼について黄斑変性症と診断されたが、会社に申告することなく業務を続けていた。黄斑変性症とは、網膜の中心部の黄斑に異常が生じて物がゆがんで見えるなどの症状が現れる病気である。2002年12月6日、原告は測定ミスを犯すなどして、黄斑

³ Belasco v. Warrensville Heights City Sch. Dist., 634 Fed. Appx. 507 (6th Cir. 2015).

変性症が進行し現在の担当業務に耐えないことを自覚して、仕事を換えてほしいと直属のリーダーに申し出た。2003年1月20日に原告が提出した医師の診断書によれば、右眼に網膜黄斑変性症があり、両眼に白内障が少しある状態で、その視力は、裸眼視力が右眼0.05、左眼0.07、矯正視力が右眼0.1、左眼0.9であった。同月24日には、総務部主任が医師に直接会って、原告は従来の業務を継続することはできないとの判断に至った。この間、原告はリーダーの指示により、正確な視力を要する作業を除きこれまでの作業を続けていた。原告は、2月27日までの間、リーダー又は次長に対して仕事の変更依頼についてその後どうなっているかを口頭で問い合わせたが、具体的な返答はなかった。また次長とリーダーから原告に対し、今後の業務について希望を聞くことや意見を聴取することなどはなかった。2月27日、次長とリーダーは、配置可能な仕事はない、今後のことは自分で考えるように、明日からは従前のポジションラインに入らないように、入り口前の休憩用ベンチに座っていていいからとの内容を伝えた。原告が「やめろってということですか」と聞いたのに対して、次長は「それは、自分で考えてもらうしかない」と答えた。その後も、原告は、次長とリーダーに自分の担当すべき仕事はないのかと再三問い合わせたが、自分で考えろと言われた。そこで原告は、3月4日、同僚が従事していた洗浄作業との交替を申し入れ、6日に、次長とリーダーと他の被用者を含めて話し合いがもたれた。しかし結果的に、次長は同交替を拒否した。3月11日に、次長は、原告に対し、月19万円で外注（請負）に出そうとしている梱包と発送の業務があるとして、同額の月19万円の給与で原告が当該仕事に就くかどうかと提案した。原告は、給与が大幅に減額されることに納得ができず拒否した。原告が、3月24日、機械現場から掃除用具を借りてきて作業場で掃除を始めたところ、リーダーから、「人の仕事を取るのか」と言って掃除をすることを止められた。3月27日、次長とリーダーは、総務部の仕事で事業所構内の清掃を月18万円で請負に出しているが、この仕事を月18万円の給与でやらないか打診し、これを原告はしぶしぶ受け入れた。

原告は、前回の提案は端的に給与が19万円に下がることから拒否したが、それまでに約1ヵ月仕事のないまま勤務していることの辛さと今回は従前の賃金との差額について次長が総務と交渉してくれるものと認識して、原告は、翌日である3月28日に、清掃の仕事をやらせてもらう旨の返事をした。原告は、異議を述べつつ本件業務換えに応じていたが、本件業務換えは、被告において1970年以来工作機械の操作などに従事した豊富な経歴を有する原告に対して、その経験を完全に無視して清掃業務への従事を命じたもので、業務上の必要性・合理性も全く認められず、違法・無効なものであるとして提訴した。

東京高裁は、原告の主張を認めた。本件業務換えと本件賃金減額は、原告の黄斑変性症という病気に由来するものであり、原告の責めに帰するものではない。

「(被用者が) 従前どおりの業務を遂行することが困難と認められる場合には、会社は人事権を行使して配置換えないし業務換えを行うほかないが、人事権の行使にあたっては、…原告の従前の経歴・業務の内容を踏まえた上で、当該疾病による障害の程度を考慮した適切な代替りの業務に就けるよう、また、代替りの業務への就労に対応する賃金についても、業務負担が減少する分相当の減額がされることはありうるとしても…原告のこれまでの職歴、業績、過去の昇級経過等を考慮し適切な範囲にとどまるよう配慮することが要請

されているものというべきである。」

そして、本件では原告の行っている清掃業務は、ゴミの回収、作業手袋の回収・交換、トイレ・洗面所の掃除を中心とするものであり、原告以外に清掃作業だけを行う被用者はいないのであるから、これが、入社以来30年以上精密小型モーターの部品の加工などの業務に従事してきた原告の技能・経験を生かした業務ということができないことは明らかである。賃金の減額の程度についても、従前31万8484円であった基準内賃金総額を18万1680円と43%も、基本給で見ると、29万7484円から16万0680円と46%も減額するものであり、「あまりに大幅な減額率であるだけでなく、これまでの職歴、業績、これに応じた昇級の経過等の経緯を一切無視するものである。」

被告は、1回目の梱包・発送業務も2回目の清掃業務も、請負に出す代わりに原告に仕事をしないかと提案するもので、賃金も請負に出す金額が基本にありそれと同額に定めるといっているのであるから、その発想の仕方からみても、原告の立場を考慮するというより、被告側の都合のみで提案したものといわざるをえない。また、原告が仕事を換えてほしいとリーダーに申し出た際、確認のため、板ギヤのマタギ歯厚測定を約20回、テーパシャフトのマタギ歯厚測定を約20回させたところ、不良は出ず「大丈夫じゃないか」と言ったといっているのであるから、少なくとも、洗浄業務、会社の他事業所からモーターやギヤや制御回路を受け入れ、社内物流業務、梱包出荷業務等は、原告においても就労可能な業務であり、「各部門における人員配置、異動の状況からみて、実際にもそれらの業務に…原告を就労させることは可能であったものと認められる。…被告は、…原告について上記のような適切な代替業務へ就労させるための調整努力を怠り、あえて請負に出すような清掃等の作業しか提案しなかったものというほかない。」

被告の行為が原告を歯切り加工のラインから外したものの、代わりになる仕事はないとして、休憩用ベンチに座っていていいからと言ってベンチにただ座らせていたことは、仕事を取り上げたというしかない。また、今後のことは自分で考えるように、と言うのでは、いわば、退職を示唆したと評価されてもやむをえない。その後、洗浄業務の交替は簡単に拒否し、作業場の掃除をしようとする、直ちに止めさせ、原告が1回目の提案を断ると、その後は次の提案をなかなか行わず、被告から2回目の提案がされたのは、原告が職務を外されたときから1ヵ月後のことである。従って、この間、原告は、仕事も与えられず放置され、会社で仕事を失うかもしれないという不安な状態に追いつめられていったものと推認することができる。

本件業務換えと本件賃金減額の合意は、病気のため従前通りの仕事ができなくなった原告を、仕事を失うかもしれないという不安な状態に追い込み、一家の生計を支えるためにはとりあえず被告の提案を入れて就業するほかないと思わせ、書面に署名させたものと認めるほかなく、また原告に従前の経緯を一切無視した業務換えと賃金減額を提示し、これを受け入れざるをえない立場に追い込んだので、上記合意は公序良俗に違反するものとして無効であるといわざるをえない。原告は、被告に対し債務の本旨に従った履行の提供があったものと認めるのが相当で、本件賃金減額前の賃金などを請求する権利を有する。

同事例は、障害者の配置転換の事例というよりも、労働組合に従事している被用者に対する不法労働行為の事例といえ、障害者の職務遂行能力とこれに応じた職務の提供という

観点のみを議論できない事例であるが⁴、これまでの経歴を考慮した配置転換を検討するよう使用者に要求し、原告に差額賃金請求を認めた事例として重要である。中途障害を負った者は、その心身の制限から従前の職務よりも軽減又は低いグレードの職務にしか従事できない場合が多く、その結果、低賃金を余儀なくされる可能性が高いが、本判決によれば給与の減額は「職歴、業績、過去の昇級経過等を考慮し適切な範囲にとどまるよう配慮」せねばならないということである。この点は、合理的配慮が導入された今日でも参考すべき点であり、使用者は、障害を負った被用者に対して雇用維持のための代替措置だけでなく、それに伴う給与についても検討をせねばならないといえよう。そして、その給与の減額程度は、使用者と他の同僚の状況や財源を考慮して過度の負担に該当しない程度にとどめられるといえよう。

以上のように障害者の労働判例から、障害者権利条約採択前で我が国が合理的配慮という概念を知る前であっても、信義則に基づいて合理的配慮と思われる配置転換や職務軽減が認められていた。すなわち、職種限定されず雇用されていた場合に障害があっても履行できるポジションへの配置転換を認めてきた。職種限定されている場合は、原則として配置転換は認められないが、就業規則に配置転換の可能性が規定されているかなど労使の状況を考量して、配置転換や職務負担軽減が認められる場合もあるということである。

しかし、アメリカの判例でみたように、アメリカではほぼ職種限定して雇用されているにもかかわらず、社内の他の空きポジションの職務に従事することができる場合には、合理的配慮として配置転換を行うことが使用者に求められていた。さらに、コントラ事件、神奈川都市交通事件は最終的には、従前の職務に復帰するまで症状が回復しており、このような事例では、なおさら一時的に事務職への配置を認められるべきであり、雇用継続のための努力をせねばならないことになる。改正障害者雇用促進法の合理的配慮規定には、職種限定されているかどうかは問題としていないので、今後は、アメリカの判例同様に、障害者は雇用形態・就業規則に関係なく、休職そして復職後の配置転換も含めて、可能な限り雇用維持の方法を模索するよう被告に要求する権利がある。障害者権利条約の採択、発行、批准以降、我が国の障害者の労働判例が合理的配慮をどのように捉えているかについては「7.2 障害者権利条約署名後の我が国の労働判例」で分析する。

7.1.2 合理的配慮と安全配慮義務

上記の事例のように、我が国は合理的配慮導入以前にも、合理的配慮と思われるような措置を信義則の下、認めてきた。さらに、我が国では安全配慮義務又は健康配慮義務と呼ばれる概念が存在し、「配慮」という文言からもこれが合理的配慮に類似するようにも思われる⁵。安全配慮義務・健康配慮義務とは、労働契約法5条に規定されており、「被告は、労

⁴ 小西哲文「日本における障害者雇用にかかる裁判例の検討」季刊労働法 225号（2009年）70-82頁。

⁵ 所浩代『精神疾患と障害差別禁止法：雇用・労働分野における英米法比較研究』（旬報社、2015年）242頁；小西・前掲注（4）74頁；長谷川珠子「健康上の問題を抱える労働者への配慮：健康配慮義務と合理的配慮の比較」日本労働研究雑誌 52巻 8号（2010年）46-55頁；高橋賢司「職場における知的障害者・発達障害者に対する『合理的』配慮について」労働判例 1036号（2012年）5-13頁。知的障害を伴う自閉症者が、貨物自動車運送業者に荷物のひもかけ業務を行う職員としてパート社員契約で雇用され

働契約に伴い、労働者がその生命、身体等の安全を確保しつつ労働することができるよう、必要な配慮をするものとする。」である。

障害者に対する安全配慮義務違反が認められた代表的な事例としてAサプライ事件（東京地裁八王子支部判平15年12月10日労判870号50頁）がある。同事例の事実概要は以下である。先天性の軽度知的障害者である男性は、中学校を卒業後、中学校担任の紹介で、リネンサプライサービスを営む被告会社に就職をした。同社には、知的障害者が複数名勤めており、被告は男性の障害について知っていたが、知的障害であることを前提とした税務上の申告などはしていなかった。医師の診断では男性は「問いには積極的に応諾。会話も成立し、疎通性良好である。家族への関心も社会的経済的事柄への関心も表面的ではあるが存在する。しかし、語彙に乏しく、計算、読字、書字能力が著しく劣り、思考力、判断力、諸概念形成力、倫理観の形成面での未成熟性が顕著」であり、障害基礎年金を受給したが、これを被告には報告していなかった。男性の職務は工場での洗濯作業であった。男性は採用後、仕事を繰り返して行く中で、経験で仕事を覚え、機械操作にも習熟し、洗濯主任の地位を任せられ部下の指示・監督をするまでに至った。しかし、指示されたことを忠実にこなすことはできるものの、慣れていないことや予期せぬトラブルが生じた場合に、具体的な状況を踏まえて臨機に依って判断を下すことは困難であった。本件事故に至るまでは、一度も、労働災害事故を起こしたり、被災したりしたことはなかった。副工場長は、その全体を管理していたが、朝夕は被用者の送迎バスの運転を行ったり、危険物取扱に関する資格を有するためボイラーの管理業務を行ったりしており、また、出張なども多く、工場に常駐しているわけではなかった。副工場長不在の間は、本件作業現場は男性に任せられていた。同工場は、常時、50人を超える被用者が勤務していたが、被告会社は、労働安全衛生法の定める安全管理者、衛生管理者、産業医をいずれも選任していなかった。労働安全衛生法に定められた安全管理者の選任などをしなければならないことは認識していたが、本件事故に至るまでこれを行うことはなかった。工場長や所長は、トラブルが発生した場合には自身らを呼んで対処方法を聞くようにとの指示をしていたが、洗濯物が詰まった場合などトラブル時の具体的な対処方法や洗濯ラインのセンサーの仕組みなどについては説明をしなかった。本件事故が発生するまでの間、被用者に対して、洗濯機の操作方法の説明やトラブル時の作業などに関する安全教育が行われることはなかった。

本件事故当日、おむつの洗濯を行う洗い部門には、男性と他2名の知的障害者が作業を行っていた。男性は、洗濯機械の運転作業を行っていたが、副工場長は外出しており、出掛ける際、トラブルが生じた場合の対応を工場長に頼んでいた。男性が自動洗濯機付近にいたところ、洗濯物が洗濯機の吸込口に詰まり、男性は、乾燥機からの洗濯物の排出を止めるため、乾燥機操作盤の非常停止ボタンを押した。そして、男性は吸込口に詰まったお

ていたヤマトロジスティクス事件（東京地判平20年9月30日労判977号59頁）において、労務の少なさから勤務時間の削減と給与の削減がありうつ病を発症し自殺した。東京地裁は勤務時間の削減という変化が知的障害を伴う自閉症であった原告には、自殺するに至るという結果を予測することはできず、「自殺という結果に対する予見可能性がなければ安全配慮義務違反及び注意義務違反を問うことはできないと解するのが相当」であるとした。

むつを取り出すため、排出操作盤の傾斜コンベヤーのスイッチを停止に切りかえ、洗濯機の内部に入った。男性は、吸込口に詰まった洗濯物を除去したが、何らかの理由で、傾斜コンベヤーの光センサーの光軸が遮られてしまったため、機械が作動し回転を始め、男性は、回転する洗濯機内部で全身を打撲し、吸込口に頭を引き込まれた。所長は、本件事故当時、工場の中二階にある事務室にいたが、館内放送を聞いて、本件作業現場に駆けつけた。また工場長は、駐車場から汚れ物を運んでいる最中に、館内放送を聞いて本件作業現場に駆けつけた。彼らが駆けつけたところ、男性が機械の中で血だらけとなって倒れていた。同事故の4日後、頭蓋内損傷などの傷害により男性は死亡した。

男性の親は、被告会社の代表取締役に対して、本件機械を操作するに際してその生命・身体に危険を生じさせないように安全に配慮し、必要な措置を講ずべき義務を負っていたのにこれを怠った不法行為責任を負い、被告会社は、同社の代表取締役の上記不法行為について、責任を負うとして提訴した。

東京地裁八王子支部は、この請求を認め、「労働者が職場において安全に労務を提供することができるように、人的・物的労働環境を整備すべき安全配慮義務」があり、その生命・身体に危害が及ぶことがないように、機械設備その他の物的設備を整備し、工場内を巡視させるなど工場内の機械設備や作業方法などに危険がないかを確認し、危険を見出した場合にはこれを防止するために直ちに必要な措置をとるなど安全管理体制を整備し、機械の取扱方法、作業手順、機械の仕組み、洗濯物が詰まるなどのトラブル時の対処方法、作業上・安全上の注意事項などについて安全教育を行い、緊急時に適切な指導・監督を受けられるように人員整備や人的なサポート体制の整備を図るべきであったとした。被告は、男性が自動洗濯ラインの機械操作を行うことは困難であると考え、男性に機械操作を禁止し、緊急時の機械操作の方法すら教育していなかったにもかかわらず、機械操作に精通した者が本件作業現場に常駐できるように、作業分担や人員配置を工夫することなく、副工場長が不在の間は、漫然と、男性に洗濯部門の現場を任せていた。実際、本件事故は、副工場長が外出している間に発生したのであって、男性が作業を行うについて、安全確保のための配慮を欠いていたことは明らかである。被告らは、男性に対しトラブルが生じた際には、所長、工場長、副工場長を呼んで対処方法を聞くようにと指導していたと主張するが、このような一般的指示をもって、被用者に対する安全教育が全うされたとは到底いいえない。また、本件事故当時、所長は工場の中二階にある事務所にいたこと、工場長も駐車場から汚れ物を運んでいる最中であつたこと、副工場長は外出中であつたことに照らせば、トラブル時に、男性が対処方法について即座に指導を受けることができる態勢にもなかつたといわざるをえない。

しかし、過失相殺については、男性は知的障害があつたとはいえ、被告会社に入社した当初から洗濯作業に従事し、長年にわたり洗濯主任の地位にあつて、部下に対する指示・監督も行うなど相当の能力を有していたことに照らせば、たとえ、対処方法を十分に理解していなかつたとしても、詰まった洗濯物は点検扉から取り除くべきであつて、直接機械内部に入って取り除くべきものではないこと程度は十分に認識していたものと考えられる。従つて男性にも、不用意に機械内部に進入した過失があるというべきである。しかし、本件事故の発生状況、男性が予期せぬトラブルが生じた場合に、これに臨機に応じて対処することが困難であつたことなど、男性の能力を被告らが認識していたこと、被告ら

の安全配慮義務の懈怠の内容などを考慮すれば、被告らの過失割合は8割、原告の過失割合は2割と認めるのが相当である。

同事例は、知的障害者の労災死亡事故で経営者側の責任を認めた初の判決と評価されている⁶。被告は、職場の状況を考慮して適切な教育や職員配置などを行う安全配慮義務を怠っていたと判断したものの、知的障害を考慮した配慮を行うといった障害という特性に配慮した安全配慮義務を認めた事例とまではいえない。

安全配慮義務は、当初は法文規定されていなかったが、1970年代以降の業務中のケガ、疾病、又病気に対して被用者が使用者に損害賠償を請求した判決を通して認識されるようになった。すなわち、1975年、自衛隊員が駐屯地内の車両事故で死亡した陸上自衛隊八戸車両整備工場事件（最三小判昭50年2月25日民集29巻2号143頁）において、最高裁は、同人の両親が国に対して損害賠償請求をすることを認めた。同事例においては、公務員に対する安全配慮義務とされた。すなわち「国が公務遂行のために設置する場所、施設もしくは器具等の設置管理又は公務員が国もしくは上司の指示のもとに遂行する公務の管理にあたって、公務員の生命及び健康などを危険から保護するように配慮すべき義務」である。その後、1984年、公務員以外にも範囲は拡大され、反物、毛皮、宝石の販売等を営む被告の下で住み込みで就労していた被用者が、元被用者の強盗に殺害された川義事件（最三小判昭59年4月10日民集38巻6号557頁）において、最高裁判所は、「労働者が労務提供のため設置する場所、設備もしくは器具等を使用し又は被告の指示のもとに労務を提供する過程において、労働者の生命及び身体等を危険から保護するよう配慮すべき」と定義された⁷。現在はこれらの判例を受けて安全配慮義務は、労働契約法5条に明文で定められている。その後の裁判例では、安全配慮義務には過労死自殺を予防するための措置にまで拡大された。

⁶ 小西・前掲注(4) 72頁。

⁷ 安全配慮義務を定式化したのは、1984年の川義事件（最三小判昭59年4月10日民集38巻6号557頁）である。最高裁は以下のように判断した。雇用契約とは「労働者の労務提供と使用者の報酬支払をその基本内容とする双務有償契約であるが、通常の場合、労働者は、使用者の指定した場合に配置され、使用者の供給する設備、器具等を用いて」労働をするため、使用者は、「労働者が労務提供のため設置する場所、設備もしくは器具等を使用し又は使用者の指示のもとに労務を提供する過程において、労働者の生命及び身体等を危険から保護するよう配慮すべき義務（以下「安全配慮義務」という。）を負っているものと解するのが相当である。…使用者の右の安全配慮義務の具体的内容は、労働者の職種、労務内容、労務提供場所等安全配慮義務が問題となる当該具体的状況等によつて異なる」べきものである。本件では、使用者は本件被用者に24時間の宿直勤務を命じ、就寝場所を商品陳列場と指示したのであるから、宿直勤務中に盗賊等が容易に侵入できないような物的設備を施し、万一盗賊が侵入した場合は盗賊からの危害を免れることができるような物的施設を設けるとともに、これらが不可能である場合は、宿直員を増員するとか宿直員に対する安全教育を十分に行うなどし、「労働者の生命、身体等に危険が及ばないように配慮する義務があったものと解すべきである。」使用者の社屋には、高価な商品が陳列されており強盗が侵入する恐れがあったのみならず、現に商品の紛失事故や盗難、不審な電話がしばしばかかっていたにもかかわらず、不審者の侵入防止のための物理的な整備や人員の増加などを行っておらず、「安全配慮義務の不履行があったものといわなければならない。」

安全配慮義務と合理的配慮は、障害・病気を負ったことにより被用者をいきなり解雇することを防ぐ点で、また被用者の症状や状況に応じた柔軟な対応を要求する点で類似している。しかし、前者は全ての被用者に適用されるものであるが、後者は障害者に適用される点で異なる。Aサプライ事件においても、過失相殺において知的障害を考慮する言及はあったが、安全配慮義務の内容については知的障害を考慮するようには判断していない。また、安全配慮義務はすでに雇用している被用者のケガ、疾病、障害を防ぐため（過労による死亡なども含む）、又は業務中に生じたケガ、疾病、障害に対する救済であるが、合理的配慮は、障害者の職務遂行能力を阻む障壁を除去するための環境整備であり、その目的が異なるといえる。

労働法学者の長谷川はさらに両概念の違いについて、合理的配慮は、被用者が自身が障害者であることを証明し、さらに「合理的配慮が必要なことも障害者側から主張しなければならないと考えられている。」しかし、安全配慮義務の場合には「被告が健康診断を実施し医師の意見を聴きながら、労働者からの体調異常などの申し出の有無に関係なく、被告が自主的に行う」ものとされており、発生要件が異なると述べている⁸。しかし、同論文は2010年に発表されたものであり、現在の改正障害者雇用促進法は、合理的配慮は募集・採用段階においては、「障害者からの申出により」合理的配慮を履行せねばならない（36条2項）とするが、すでに雇用している「障害者である労働者について」は、「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。」とし、障害者からの申出の要件はない（36条3項）。この点で使用者からの自主性という点では安全配慮義務と相違しない。

また、長谷川は、合理的配慮は、採用段階における変更や調整も含まれるが、安全配慮義務は『ある法律関係に基づいて特別な社会的接触関係に入った当時間において、当該法律関係の付随的義務として当事者間において、当該法律関係の付随的義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務』であるとする最高裁判決（陸上自衛隊八戸車両整備工場事件）を前提とすると、法律関係に入る前の募集採用段階において、被告に「安全配慮義務を負わせることは難しいとする。さらに、配慮にかかるコストについても相違があるという。すなわち、安全配慮義務においてはコストについて言及されることは少ない。「健康状態について配慮を受けられる労働者は正社員をモデルとしており、長期雇用の中で、いずれ健康状態を回復して従前の業務に戻ることを前提にそれまでの一時的措置として業務軽減策などが行われる。一時的な対応にかかるコストは、長期雇用の実現のために必要な経費として特段問題とされない…権利濫用性の判断の際にも、正社員に対する判断は非正規雇用の従業員よりも厳格になされる傾向にあり、正社員を中心とした制度設計となっている。」しかし、合理的配慮はすでに雇用している被用者だけでなく募集採用段階にも適用され、障害者を雇用し続ける限り継続的に履行しなければならない、正社員か正社員でないかという雇用形態は問題とせず、コスト負担との調整を図る必要があ

⁸ 長谷川は、安全配慮義務ではなく健康配慮義務とも呼び、安全配慮義務は危険な労働や健康に有害な作業を命じないこと、労働者を安全な環境で労働させることを内容とし、その中に健康配慮義務として、使用者は労働者が過労による健康障害に陥らないように配慮する義務を負っているとする。長谷川・前掲注(5) 51頁。

る、などの点で異なるという⁹。

そして、長谷川の指摘する両概念の最も大きな相違点は、安全配慮義務が問題となって表れるのはほとんどの場合被告が同義務を怠った結果「労働者が負傷、疾病又は死亡したことを理由として損害賠償請求を行う場面である。この場合被告が特別の措置を必要とする具体的問題が生じた後に、そのような措置を講じなかったことを」安全配慮義務違反として訴えることになる。この意味で長谷川は、安全配慮義務は「事後的な問題解決」であり「労働者が積極的に何らかの対応を被告に求める時の根拠とはならない（労働者が健康に配慮するように請求できる権利ではない）と考える」と述べる¹⁰。この点は、最も重要視されるべきである。合理的配慮は、その不履行は差別であり、障害者が非障害者を中心として形成された労働市場において非障害者と均等に能力発揮をするための障壁除去を請求する権利である。

Aサプライ事件では、被告が被用者に対するトラブル対処の教育を行っていなかったこと、適切な人員配置を行っていなかったことをもって安全配慮義務違反を認めているが、合理的配慮の観点からいえば、知的障害者の被用者が予期せぬトラブルに際し、内部に侵入しないよう柵を設けるなどの物的な環境整備をしていなかったことも問題である。非障害者でもトラブルに際して危険な場所に侵入することはあろうが、被告会社のように複数人の知的障害者を抱える施設において、このような物的整備を行っていなかったことは問題である¹¹。

7.1.3 障害者権利条約署名前の我が国の労働判例のまとめ

アメリカは、契約の自由を徹底し、解雇自由を原則としている。労働災害が生じたとしても、職務に伴う危険性については被用者がそれを甘受したことに同意したとみなし、労働災害による職務遂行能力の欠如を理由にいつでも契約を終了させることも認められている¹²。従って、第6章までのアメリカ判例で分析してきたように、使用者は業務上疾病によって職務遂行能力を失った被用者であっても、契約を終了させていた。しかし合理的配慮は、障害があることのみを理由に障害者を自動的に解雇することを認めず、雇用維持の方法を模索することを使用者に要求している。この意味で、アメリカ法において合理的配慮は積極的な措置であった。とはいえ、業務上疾病による障害であっても、合理的配慮として障害者に新しい職務を創設することまでは使用者にとって過度の負担となり、認められていない¹³。

⁹ 長谷川・同書、53頁。

¹⁰ 長谷川・同書、52頁。

¹¹ 小西・前掲注(4) 74頁。

¹² 契約の自由を尊重する社会では、マイノリティは職を得ることが難しくなる。マイノリティの雇用の機会を保障するために市民権法7編が制定され、マイノリティの解雇に対する不服申立は、アメリカでは、伝統的に市民権法7編に基づいて行われている。差別禁止法制が、解雇を含めた労働条件を規制している。中窪裕也『アメリカ労働法』第2版(弘文堂、2010年)5-7、305-313頁。

¹³ Fedro v. Reno, 21 F.3d 1391 (7th Cir. 1994); Monette v. Electronic Data Sys. Corp., 90 F.3d 1173 (6th Cir. 1996); McCreary v. Libbey-Owens-Ford Co., 132 F.3d 1159 (7th Cir. 1997); Dalton v. Subaru-

一方、我が国では労務災害によって職務遂行能力を失った被用者を解雇することは、労働災害を防止する義務を使用者に免除するということになり認められていない。そして、職種限定せず雇用された被用者については、民法の信義則の下、障害・疾病のある被用者の雇用維持のために、配置転換や職務負担軽減が認められてきた。さらに民法・労働契約法上の使用者の義務である安全配慮義務は、適用対象者・目的・コスト・時期・期間などの相違があるとはいえ、被用者の疾病・障害に対する柔軟な対応と雇用維持を求められている点で合理的配慮と類似していた。このように、我が国では、すでに、合理的配慮に類似するような個別化・個人化された配慮が行われてきているのであって「これまでの経験を合理的配慮の場面でも活かすことができる」だろう¹⁴。そして、条約批准と障害者差別解消法・改正障害者雇用促進法が合理的配慮を明文化したことによって、障害者が、継続的に配慮を権利として訴訟で争うことができることに意義がある。

我が国の障害者差別解消法・改正障害者雇用促進法の行政解釈及び一部の有力学説は、障害者は両法の下、合理的配慮を直接的に請求することができず、民法の間接適用により合理的配慮が提供されると判断している。しかしこの解釈は、民法の信義則の下で障害者への配置転換を認めてきた従来の片山組判決やコントラ判決などや、民法の債務不履行・不法行為規定の下、安全配慮義務の懈怠を禁じてきた従来の労働判例における雇用維持措置と変わりがなくなることになる。障害者権利条約は、障害者が能力発揮に際して直面している障壁を除去する調整や変更という合理的配慮を行わないことを差別としている。障害者権利条約の批准とそれに基づく国内法整備によって、障害者が雇用維持のために合理的配慮を請求する権利を得たことに最も大きな意義があるのである。条約適合的に解すれば、障害者差別解消法・改正障害者雇用促進法の下、障害者には合理的配慮の請求権があるとすべきである。

7.2 障害者権利条約署名後の我が国の労働判例

以下では、障害者権利条約署名以降の我が国における雇用分野の合理的配慮に関する事例、又は合理的配慮が検討されるべきであった事例について紹介をする。これらの事例は、裁判所が合理的配慮の判断枠組、合理的配慮の手続的側面（ADAでいうところのインタラクティブ・プロセス）への検討不十分など、合理的配慮概念についての理解が低いことが問題である。

7.2.1 合理的配慮の事例

(1) 阪神バス事件

我が国で障害被用者が合理的配慮という文言を使用して被告に配慮措置を要求した事例として2013年の阪神バス事件（大阪高決平25年5月23日労判1078号5頁）がある。原告は1992年から阪神電気鉄道株式会社にバス運転手として職種限定して雇用されていた。原告は、1997年4月25日、腰椎椎間板ヘルニアに罹患し8ヵ月間休職をし、1998年1月からバス

Isuzu Auto, Inc., 141 F.3d 667 (7th Cir. 1998); Cravens v. Blue Cross and Blue Shield of Kansas City, 214 F.3d 1011 (8th Cir. 2000); Williams v. United Parcel Serv., Inc., 2012 U.S. Dist. LEXIS 23079 (D.S.C., 2012); Minnihan v. Mediacom Commc'ns Corp., 779 F.3d 803 (8th Cir. 2015).

¹⁴ 長谷川・前掲注(5) 53頁。

運転手として復職した。しかし、術後の後遺障害として、排便を自己の意思でコントロールすることが不可能な排尿と排便障害が残った。原告は、毎日決まった時間に強制排便しなければならない、起床後に便意をもよおしてから排便に2、3時間も長時間を要することがあり、会社の乗務循環は出勤時間が日によって異なることから、勤務シフトに合わせて排便をコントロールすることが不可能であるため、阪神電気鉄道株式会社と協議し、同会社は原告を遅番に固定するという「勤務シフト等において必要な配慮」を行った。2008年6月20日、原告を採用していた阪神電気鉄道株式会社の自動車運送事業部門は、2009年4月1日付で、阪神バス株式会社に吸収合併され、バス事業として継続されることになった。これに伴い、阪神電気鉄道株式会社の被用者は2009年3月31日付で阪神電気鉄道株式会社を退職し、同年4月1日付で阪神バス株式会社に転籍すること、労働条件は、阪神電気鉄道株式会社の労働条件の通りとすることなどを内容とする「大綱合意」を締結した。阪神バス株式会社においては、阪神電気鉄道株式会社において行われていたバス運転手に対する勤務配慮は一切行われていなかった。大綱合意とこれについての会社説明会における資料においては、就業規則・賃金規則などの諸規則につき、安全意識の向上、勤怠規律の厳正化、出勤率の改善を目的とした就業規則の一部改定を行うとされており、その中で、勤務配慮は原則として認めないこととされた。2008年11月11日、原告は「勤務配慮願い」を阪神バス株式会社に提出し、「希望する勤務配慮・期間」としてこれまで通り、「午後からの出勤で比較的…余裕のある勤務時間の短い勤務」、「期間は長期的（未定）」を要求した。2009年4月1日、原告は阪神バス株式会社に転籍し、被告は同日から2010年12月末日まで本件勤務配慮を続けたがその後は、被告の就業規則に基づき勤務配慮を打ち切った。

原告は勤務配慮の停止は「障害者差別に該当し、公序良俗及び信義則に反し無効」であるとして提訴した。そして、「障害者の権利条約において定められた基本原則は憲法14条1項の内容」ともなり、「憲法14条1項から、障害者差別禁止法理が導かれる。その具体的内容の1つとして、障害のある人であっても、何らかの社会活動の本質的機能を遂行することが可能な場合、当該社会に対する不当な負担又は本質的変更となる場合を除いては、障害のある人の完全で平等な参加を保障するための合理的配慮あるいは合理的変更を提供しないことは差別であるとみなされる。」と主張した。これに対して被告は大綱合意に基づいて転籍に同意した者に限り、雇用するものと合意されたのであって、その後継続された勤務配慮は事実上の温情的措置にすぎないものであったとして、労使での真摯な協議と交渉の結果確認された大綱合意に基づいて協議した結果成立したものであり、その中で勤務配慮は原則として認めないとの結論に達している以上、相手方にもその規範的効力は及ぶと主張した。

これに対して大阪高裁は、「障害者に対する国の方針」として以下を述べる。「厚生労働省が…告示した障害者雇用対策基本方針は、事業主が行うべき雇用管理に関する指針を示すことにより、障害者の職業の安定を図ること等を目的としている。この中で、身体障害者…に対しては、職務内容、勤務条件等が身体的に過重なものとならないよう配慮することなどを求めている。」本件勤務配慮の承継について、被告は、前会社の従業員のうち大綱合意に基づいて被告への転籍に同意した者に限り、雇用するものと合意されていると主張するが、転籍同意方式による契約は、従前の労働契約とは異なる別個独立の労働契約が締結されたものとみることができない。転籍同意方式による契約は、以前の労働契約が、被

告会社に包括承継されたことを確認する趣旨の契約にすぎないものというべきである。「被告会社分割により承継会社等に労働契約が包括承継される場合、承継前の労働契約内容（労働条件）は、そのまま承継されることを考え併せると、本件勤務配慮も原告人に承継された」と認められる。「従って、会社分割を理由として労働条件を一方的に不利益変更することが許され」ず、そして、

「勤務配慮に関する内容は、労働者の障害の性質、程度や治癒可能性に応じて、その勤務が過重とならないように柔軟に配慮できるものであるかという疑問があるが、この点を措くとしても、相手方にとっては従前の勤務配慮に関する取扱が不利益に変更されるものであり、その運用如何によっては、勤務を継続すること自体を困難にさせるものである。…排便障害については、現時点においても残存しているから、相手方には本件勤務配慮の必要性があるものと一応認めることができる。」

として、大阪高裁は、被告は、原告への勤務配慮を行わなければならないとした。
本件について地裁は、

「身体障害者に対し適切な配慮を行うことは、厚生労働省の障害者雇用対策基本方針においても求められており、障害者に対し、必要な勤務配慮を合理的理由なく行わないことは、法の下での平等（憲法14条）の趣旨に反するものとして公序良俗（民法90条）ないし信義則（同法1条2項）に反する場合があります」と解される。…債権者に対する勤務配慮は、その必要性及び相当性が認められ、とりわけ必要性については相当強い程度で認められる反面、配慮を行うことによる債務者への負担は過度のものとは認められないことから、これらの事情を総合的に考慮すれば、債権者に対する勤務配慮を行わないことが公序良俗ないし信義則に反するとする債権者の主張は、一応認められる。」

と憲法と合理的配慮の関係性にまで言及したが、高裁は憲法問題にまで踏み込んではいない。あくまで本件の争点は、会社の統合合併により転籍をせねばならず、転籍によって配慮が継続されるかどうかであり、大阪高裁は憲法問題にまでは触れなかった。従って、同判決は障害者に配慮の請求権まで認めてはおらず、本件の結果は新たに配慮を求める事例にまで及ぶとはいえない、と解されている¹⁵。しかし、障害者基本法が理念法にすぎないにもかかわらず、我が国において初めて合理的配慮について言及した事例であり、障害者差別解消法、改正障害者雇用促進法の施行以前においては、大きな障害者の希望となった事例であった。本件原告は、転籍前の会社では遅番に固定するという合理的配慮を認められていたのであるから、遅番に固定することは職務の本質的機能を免除することにはならない。従って、合理的配慮があればバス運転手としての職務の本質的機能を履行できる有資格の障害者であり、もしも被告側が遅番に固定するという合理的配慮を行わない場合は、これが過度の負担に該当するかどうかの証明をしなければならないといえる。また、本件は、使用者が大綱合意を機械的に適用しただけであって、障害被用者の雇用継続措置

¹⁵ 長谷川珠子「判批」ジュリスト1457号（2013年）125頁。

について労使による誠実な協議過程を経ていなかった。合理的配慮についての理解不十分な時代の判決といえども、裁判所が誠実な協議過程を経ていなかったことについて言及しなかったことは、今後は改められる必要がある。

(2) 日本電気事件

改正障害者雇用促進法の合理的配慮規定に裁判所が初めて見解を示したのは、アスペルガー症候群の可能性があると診断された電機メーカーの総合職の被用者が休職期間満了をもって解雇された2015年の日本電気事件（東京地判平27年7月20日労判1124号5頁）である。

事実概要は以下である。原告は、大学院の修士課程を修了後、大手電機メーカーである被告会社に総合職として採用された。入社後1年間は、システムエンジニアとして勤務し、ソフトウェア開発の業務に携わりたいという原告の希望に基づき、被告関連会社のソフトウェア開発部門に出向し、ソフトウェアの設計をしたり仕様書を書いたりする業務を行った。しかし、原告が意思疎通をうまくとれず、納期も守れなかったため、関連会社は、被告に原告の引き取りを要求した。その後、被告は、原告を社外との対人交渉はなく、社内の対人交渉も比較的少ない予算管理業務に配置転換した。しかし、担当者とコミュニケーションがうまくとれず成果物の納期を守れないばかりか、作業を指示する際、説明を繰り返し行わないといけない場合もあった。上司は、業務を原告に任せきりにすることはできず、作業の内容をチェックし、時には作業を全てやり直す必要があった。さらに原告は、職場内を徘徊し「死にたい。」「殺したい。」などの発言、奇声を発するなどの言動があり、上司の付き添いの下で医療機関を受診した結果、原告には統合失調症の疑いがあり、自傷他害の恐れがあり休職して治療を受ける必要があると診断された。原告は、休業の必要はないと主張して、休業はせず、通院は数回で終了し服薬も止めた。その後も上司は、原告の様子について社内の健康管理センターに相談を続けていた。同診断の約1年7ヵ月後、原告が職務を遂行できず、職場を徘徊し、入浴をせず体が臭うなど同僚からクレームがあったものの、原告自身は特に困ったこともなく、ここ数年、家族でのトラブルがあったため業務が滞っていたが精神的に楽になれば業務を遂行できると医師に答えた。同僚らのクレームの約1ヵ月後、原告は上司の付き添いの下、大学病院の精神科を受診した。医師は統合失調症の疑いがあり、1ヵ月の休職を要すると診断し、これを受けて被告は1年半の休職を命じ、同期間内に復職ができない場合には、休職期間満了による退職となることを文書で伝えた。原告は、大学病院に通院し始めたが、上司がこれにほぼ付き添った。その後、各種心理検査などによって原告はアスペルガー症候群であることが判明した。原告は、医師の勧めで生活リズムを整え、社会性を習得するための専門的訓練を受けたが、コミュニケーション能力・社会性などの欠如は、本件休職命令前と比較して改善されず、原告には依然として病識がなかった。休職満了の約1ヵ月前から職場復帰面談を3回行ったが、人事担当者や上司に挨拶せず、携帯ゲームに興じ、産業医から日本の総理大臣名、被告代表取締役の氏名などを質問されても答えられなかった。原告は医師の助言に基づいて、対人交渉の少ないソフトウェア関連への技術職へ異動したい旨を申し出た。休職満了日の11日前から試験出社が行われたが、原告は上司の指導にもかかわらず、自発的に挨拶をせず、同僚らとコミュニケーションを図る様子がなかった。また、原告は、ネクタ

イを着用しなかったり、コートを脱がなかったり、寝癖がついたままであったり、汚れた眼鏡を着用したり、手帳を持参しなかったりし、これらを上司が指導しても改まらなかった。また、原告は、上司からパソコン起動中の手待ち時間に通信事業情報誌などを読むよう指導されたのに、読まずに漫然と過ごし、成果物も不十分であった。初日と次の日には、居眠りをして上司から注意されたが、目をつむっていただけであると反論をした。また原告は、自席において独り言を言ったり、意味なくニヤニヤしていたりすることがあり、周囲の社員から苦情があった。原告は他ポジションへの配置転換を要求していたが、これらの試験入社における原告の行動から、被告の総合職は、いずれも社内外の関係者との意思疎通を図ることが必要で、最低限のコミュニケーション能力、社会性などが必要とされるところ、本件休職期間満了時において、原告は業務上必要な最低限のコミュニケーション能力、社会性などを欠いていたから、被告の総合職として他の業務に配置しうる現実的可能性はなく、休職満了をもって原告を退職とすることを決定した。なお、アスペルガー症候群の患者に向いているとされるプログラミングの打込みなど、機械的な単純業務は、外注されており、被告と関連会社にそのような業務は存しなかった。

原告は、地位確認請求と休職期間満了後の未払賃金請求を求めて提訴した。原告は、改正障害者雇用促進法に基づいて、被告は個々の障害者の雇用に際し、合理的配慮を提供しなければならず、アスペルガー症候群の被用者が不得手な挨拶や身だしなみについては「被告の合理的配慮に基づく教育訓練及び指導によって改善すべき」であって「対人接触の少ない職場への異動が望ましい」という医師の診断に基づいて、ソフトウェア関連の技術職へ配置転換すべきであった、と主張した。

東京地裁は、片山組判決に基づき、「休職の事由が消滅」とは、

「原告と被告の労働契約における債務の本旨に従った履行の提供がある場合をいい、原則として、従前の職務を通常程度に行える健康状態になった場合、又は当初軽易作業に就かせればほどなく従前の職務を通常程度に行える健康状態になった場合をいうと解される。また、労働者が職種や業務内容を特定せずに労働契約を締結した場合においては、現に就業を命じられた特定の業務について労務の提供が十全にはできないとしても、当該労働者が配置される現実的可能性があると認められる他の業務について労務を提供することができ、かつ、その提供を申し出ているならば、なお債務の本旨に従った労務の提供があると解するのが相当である…。」

とした。その上で本件原告は、本件休職期間満了日の直前になっても、依然としてアスペルガー症候群であるとの病識を欠いたままであった上、上司に注意された際には、自分の考えに固執して全く指摘を受け入れない態度を示し、上司とのコミュニケーションが成立しない精神状態であった。従前の業務である予算管理の業務は、対人交渉の比較的少ない部署であるが指導を要する事項について上司とのコミュニケーションが成立しない精神状態で、かつ、不穏な行動により周囲に不安を与え同部署においても就労可能とは認め難い。本件休職期間満了時において、原告が従前の職務である予算管理業務を通常程度に行える健康状態、当初軽易作業に就かせればほどなく当該職務を通常程度に行える健康状態になっていたとは認められない。

さらに、原告は、アスペルガー症候群の特質である対人的相互反応の障害、限定的・反復的・常同的な行動様式に対する合理的配慮が必要であり、本件では、対人交渉の少ない部署において就労可能な程度に体調が回復しているといえる場合には、これを提供すべきであった、と主張するが、

「(合理的配慮は) 当事者を規律する労働契約の内容を逸脱する過度の負担を伴う義務を事業主に課するものではない。…合理的配慮の提供義務は、被告に対し、障害のある労働者のあるがままの状態を、それがどのような状態であろうとも、労務の提供として常に受け入れることまでを要求するものとはいえない。」

原告の従前の業務である予算管理の業務は、対人交渉の比較的少ない部署であるが、原告の状態は、同部署において就労可能とは認めがたい。なぜなら、確かに、原告は試験入社において原告が欠勤、遅刻、早退をせず、予定された自主活動を全てやり遂げていた。しかし、本件休職命令前に原告が就労不能と判断されたのは、「上司が業務を教えてもできない。成果物ができない。同僚と些細なことでトラブルになる。徘徊したり独り言を言ったり不穏な言動がある。体が臭う。身だしなみができていない。」といった点にあるから、原告が就労可能かを判断するためには、上司と必要なコミュニケーションがとれるか、職場でトラブルなく過ごせるか、職場で不穏な言動はないか、身だしなみができているかといった観点を検討する必要がある、原告はこれらの観点において相当支障があったから、欠勤、遅刻、早退をせず課題を終えたことのみで、就労可能とはいえないというべきである。原告が従前の職務である予算管理業務を通常に行える健康状態（又は、当初軽易作業に就かせればほどなく当該職務を通常に行える健康状態）であったとは認められない。

次に、原告の希望したソフトウェア開発業務への異動に関し、同職務はプログラミング作業だけを行う部署ではなく、その作業を統合してソフトウェアのでき栄えや納期を調整する部署であるため、対人交渉の能力が必要であり、財務職に配置転換される前に対人交渉が困難な原告には、不向きであると判断されていた。被告と被告の関連会社のソフトウェア開発業務に、被告の総合職として携わるときには、対人交渉が不可欠であり、原告の精神状態において、ソフトウェア開発の業務が可能であったとは認められない。

さらに、原告の主張に対する補足的説明として対人交渉が不要なプログラミングの業務への配置転換については、被告と被告の関連会社では行っておらず、全て外注している。被告において総合職の配置先として、対人交渉の乏しい、パソコンに一日中向き合うような部署はなく、また、そのような部署があったとしても指導を要する事項について上司とのコミュニケーションが成立せず、周囲に不安を与える不穏な言動があるという精神状態では、労務の提供が可能であるとは必ずしもいえないというべきである。原告は、自身に履行可能な他業種があるとか、被告の他業種の検討が不十分であるなどと主張するが、原告の精神状態からすればそれが原告に可能であるとはいえないし、原告に可能な他業種の検討が不十分であるとも認め難いというべきである。

本件は、改正障害者雇用促進法の合理的配慮規定について初めて判断された事例である。被告はほぼ職務の履行できない原告を、8年間、雇用維持しており、さらに上司は原告の通

院に付き添い、医師に度々相談し、可能な雇用維持の手段を前向きに模索していたといえる。しかし、長谷川は、東京地裁は「対人交渉の比較的少ない従前の職場においても…就労できなかったとするのみで、…合理的配慮の具体的内容について検討をしていない。」と批判する。すなわち「アスペルガー症候群はコミュニケーション能力に問題があり、言葉を字義通りに受け取ってしまうことや他者から見える自分が見えないという自己認知に障害があることを、周囲の労働者に説明し障害への理解を促すこと。あるいは業務の優先順位を明確にし、指示を1つずつ出す必要があること等が具体的な配慮の内容」になるにもかかわらず「これらを検討せず、上司とのコミュニケーションの不成立や職場での不穏な行動というアスペルガー症候群に特有の症状を主たる原因として復職可能性を否定して」おり、合理的配慮の解釈を誤った、と批判する¹⁶。確かに、合理的配慮は現在障害者が直面している障壁（他者の態度も含め）を除去することを要求しているのであって、挨拶をしない、徘徊したり独り言を言ったり不穏な言動がある、体が臭う、身だしなみができていない、などの同僚のクレームについては同障害を理解するよう他の被用者に促す義務があったのであって、これをもって就労能力の欠如の根拠とはいえないだろう。すなわち検討すべきは、原告がコミュニケーション能力を身につけたかどうかではなく、コミュニケーション能力が従前又は同社内の他のポジションの職務の本質的機能であるかどうか、職務の本質的能力を原告が履行できるかどうかである¹⁷。営業職や教職など対人業務が職務遂行に欠かせない職業ならばともかく、予算管理業務やシステムエンジニアにとってコミュニケーション能力が職務の本質的機能であったかどうかは検討の余地がある。

しかし、ほぼ上司が付きっきりで指導しなければならぬ状況で、さらにその状況でも成果物を達成できないのは、1人の障害被用者の雇用のためにもう1人の被用者を雇用すること以上になり、被告にとっても過度の負担といえる。本件は、被告（上司）は、原告の状況に丁寧寄り添っていたとはいえるが、「注意をする」「指示をする」のみであって、アスペルガー症候群といった障害に適切な「指示」があれば業務を履行できていたという可能性もある。しかし、アスペルガー症候群に対処するための指示を被告側・同僚が学ぶこともまた過度の負担ともいえるかもしれない。いずれにせよ、本件地裁は、「労働契約の内容を逸脱する過度の負担を伴う配慮の提供義務を事業主に課するものではない」とするのみで、過度の負担の程度について具体的に検討しなかったのは問題であろう。

また、本件は総合職の被用者としての職務を遂行する能力があったかどうかのみ焦点が当てられており、総合職から一般職への雇用形態の変更、という合理的配慮については検討された形跡がないことが大きな問題として残っている。

(3) O公立大学法人事件

¹⁶ 長谷川珠子「判批」ジュリスト 1503号（2017年）121-122頁。

¹⁷ 厚生労働省の策定した「合理的配慮指針」も発達障害者への合理的配慮の例として「本人のプライバシーに配慮した上で、他の労働者に対し、障害の内容や必要な配慮等を説明すること。」を挙げている。厚生労働省「合理的配慮指針」13頁、<https://www.mhlw.go.jp/file/04-Houdouhappyou-11704000-Shokugyouanteikyokukoureishougaikoyoutaisakubu-shougaishakoyoutaisakuka/0000078976.pdf>（閲覧日 2018年10月7日）。

アスペルガー症候群に罹患している大学教員が職務適格性がないことを理由として解雇されたO公立大学法人事件（京都地判平28年3月29日労判1146号65頁）では、合理的配慮について積極的に検討がされた。

事実概要は以下である。原告は、公立大学法人である被告の下で、2008年4月から准教授として採用された。原告は、2008年3月にアスペルガー症候群との診断を受け通院していた。しかし採用にあたって被告に自身がアスペルガー症候群であることを告知しなかった。原告は、採用されて以来、納得できない注意や指導を受ければそれを理解して歩み寄るどころか、自己の正当性に固執して、その相手や上司や学部長に対し、激しい抗議を行っていた。原告は2010年1月、前学部長に自身がアスペルガー症候群であることを伝えた。しかし、その後も同じような状況が続き、前学部長は、産業医であり副学長でもある教員を出席させて同年3月19日、原告と面談した。そして、原告に対し、学部の教員全員に、原告が抱えている障害のことを説明し、理解を求め配慮ある措置をとっていくこと、原告の状況を理解していない学生が原告の授業を受講して原告と学生の双方が傷つくことがないように、原告には当面新入生の必修科目などは担当させないこと、などを提案した。しかし原告は、精神障害者と広く知られることによって偏見にさらされることを回避したく、業務の一部ができないことは将来の分限処分につながりかねないことなどから、上記各提案を拒絶し激しく抗議した。

2011年10月17日、原告が生協の組合員登録を本名で行っていたため、原告の教務関係での旧姓の通称名で組合員の確認ができなかったという生協職員の軽微なミスが生じた。これに関し原告は、生協職員に対し、事実を誇張して罵声を浴びせ、土下座を強要した。学長は、2011年10月下旬頃、学生からの匿名の封書を受け取った。同書面には、正気でない教員から教育を受けなければならないのかと感じている旨、生協の職員やその場にいた学生や教員から事実確認をしてほしい旨などが記載されていた。2012年3月30日、学長は、生協側からこの報告を受け、大学として原告への監督を強めるよう申入れを受けた。しかし学長は、原告の各行為はアスペルガー症候群に由来するものであり、直接的に注意するとかえって深刻な問題を生じるとして、大学としては、しばらく判断を留保して、原告の精神状態が安定するのを待つという方針を採ることとした。

2012年1月末に原告は、入試に関する会議で他の教授から恫喝されたことをきっかけに、アスペルガー症候群の二次障害として適応障害を発症した。原告は、ストレスターとなる教員との接触を避ける必要があるとの診断書を提出し、大学側は教員会議における着席位置の変更などの配慮を行った。同年11月6日には、原告はストレスターとの接触を避けるために教員会議を欠席すると記載した診断書を提出し、さらに、次回の教員会議で診断書を読み上げること、原告の病状について議論はしないこと、学部長が教員会議などの結果を個別に原告に報告することを要求した。この措置については教員会議では反対意見が多数であったが、学部長は、この要求に応じることとした。学部長は、その後原告に対し、原告が委員を務め、教員会議でその内容を報告する必要がある学内の委員会については、代理を立てることを提案したが、原告は、これを受け入れなかった。

2012年4月6日、原告は、ストレスターとの接触について面談をしたいと学長にメールで申し出たところ学部長からこれを拒絶されたことなどを指摘した上で、学部長が新入生ガイダンスで行った講話の内容を皮肉って「新入生のガイダンスでうまく話をするよりも、管

理職として病気の部下を深く傷つけないことの方がずっと重要なことだと思いますが。演説の中で『福祉社会』ときいて反吐がでそうでした。…先生のいう『福祉社会』は嫌いな部下を含まない場所なんですね。」などと述べた。

2013年6月7日、大学構内の駐輪場で唾を吐いた男子学生を指導しようとしていたところ、同学生から暴力を振るわれたとして、その場で警察に通報し、その後同学生から真摯な謝罪がないとして同学生を告訴した。学長は、このような問題は教育的に解決すべき場面であり、学生の将来に及ぼす影響を考慮して、原告が思慮ある行動をとるよう、すなわち、警察への通報のみならず告訴まですることのないよう説得するために原告に面談を求めた。面談は、当初2013年7月25日に実施される予定であった。ところが、原告は、その前日交通事故に遭い、後頭部打撲、右手関節部擦過傷、挫傷などの傷害を負い、体調が回復するまで面談を延期することを要望した。

2013年10月1日、原告は、同月3日の教員会議で原告が男子学生を告訴した問題が取り上げられることを聞き、複数の関係者が告訴に対して批判的な立場にあることを知るに至り、精神的に追い詰められてうつ状態が高じ、同日午後7時頃、同大学付属の救急外来の精神科に来院し、応対した医事サービス課のカウンター前で、持参していた果物ナイフで自らの手首を切った。その場に駆けつけた精神科医師により入院を勧められたが、翌日の授業や面談予定を気にして原告が入院を断ったところ、病院からの通報で臨場した警察官に銃刀法違反の嫌疑により現行犯逮捕された。

原告は、その後夫を通じて、学部長に対し、主治医からの以下の診断内容を伝えた。すなわち、大学そのものがストレスの原因となり極度のうつ状態に陥りリストカットに及んだことから、3ヵ月間は療養を要し、学部長や学生部長をストレッサーに指定する、というものであった。学部長は、これまで特定の教員が原告のストレッサーに指定される都度、教員会議での座席を原告から当該教員が見えないように変更する配慮をしてきたが、大学の管理職員までもがストレッサーに指定されたため、原告の要求に対応しようとする、大学の教育方針や組織運営などの通常の職務上の事項でさえ意思疎通を図ることが著しく困難な状況に陥り、教員会議の開催も困難となることから、大学としての組織運営にも支障をきたす状況に至ったものと認識し、これまで対応してきた管理職や教職員は皆疲弊しており原告への配慮は限界であると判断した。このように、大学の組織運営に支障をきたしている状況も踏まえ、2013年12月2日、学部長は学長に対して、生協でのトラブルと銃刀法違反についての概要を記載した調査報告書を提出した。学長は、学部長からの調査報告書の提出を受けて、解雇の検討が必要であると、同月12日、被告理事長に対し、審査請求を行い、被告理事長は、これを受けて、同月16日、懲戒等審査委員会に審査事案を付議した。同委員会は、2014年1月17日付で、原告に対し、審査通知書を送付した。同委員会は、同年3月20日、原告から提出された弁明書を踏まえて審議し、解雇事由にかかる事実を認定した上で、原告の解雇が相当である旨を議決し、審査結果を被告理事長に報告した。被告理事長は、2014年3月31日付で以下を理由に原告を解雇した。すなわち、生協職員の軽微なミスについて、原告がそれを誇張して、生協職員に罵声を浴びせ、土下座をさせたことにより、生協から学長宛てに苦情申入れがなされるなどの事態を招いたこと、男子学生に非があるものの教育的に解決すべき事案について、原告が学長らに相談することなく警察に訴えた上、学長らが原告に教員として思慮ある行動をするよう指導を行おうとしても、病気あるいはストレスとい

う理由のため実現しなかったこと、病院に果物ナイフを持参して来訪し、自己の手首を2回切り、銃刀法違反の嫌疑により現行犯逮捕される事件を引き起こしたという3つの事実は、いずれも関係者に耐え難い精神的・肉体的苦痛を与えるなど、教育者としての思慮に欠ける行為であると認められ、原告がこのような行為を繰り返していることや、被告が指導、配慮を行ってきたことに照らすと、その改善は困難であり、原告は大学教員として必要な適格性を欠くとした。これに対して原告は、アスペルガー症候群の特質である対人的相互反応の障害、限定的・反復的・常同的な行動様式に対する合理的配慮が必要であり、対人交渉の少ない部署において就労可能な程度に体調が回復しているといえる場合には、就労可能と判断すべきとして、本件解雇を無効として提訴した。

京都地裁は、原告勝訴と判断した。まず、原告に大学教員としての適性があるかどうかについて、一連の原告の行為や態度については、原告が一定のルールを厳格に守ることを極めて高い水準で他者にも要求するところがあり、これが守られない場合には自己に対する攻撃であると被害的に受け止め、その感情をコントロールできず、反撃的な言動をとるといえるものであり、アスペルガー症候群の特徴としてのこだわり、組織という文脈での状況理解の困難さなどに由来するものとみるべきである。そうすると、仮にそれらの行為や態度が客観的には問題のあるものであったとしても、原告としては、的確な指摘を受けない限り、容易にその問題意識が理解できない可能性が高かったといえる。学長・学部長は原告がアスペルガー症候群であることを知っており、アスペルガー症候群の特徴に起因する原告の行為や態度に関する基礎的な知識も有していたものと考えられる。そうだとすれば、被告側は学長と学部長を通じていかなる対応を採り、上記のような特徴を有する原告に問題意識を認識しうる機会を与えられていたかという点も十分に斟酌しなければならない。

生協職員とのトラブルについては、生協側にも一定の過誤があったとはいえ、生協職員への必要以上の謝罪の強要とみる余地もある行為であり、匿名の学生と生協理事長から事実関係の調査や監督強化の申入れを受けるに至っており、生じた影響の面からも軽微な問題であったとはいえない。しかし学長は、この事態に関して、しばらく判断を留保し、原告の状況を見守るとの方針をとったのみで、指導を実施するなどの積極的な措置は何ら講じておらず、アスペルガー症候群の特性などを踏まえると、確かにアスペルガー症候群の者は、コミュニケーションや社会性に支障がある場合も少なくないものの、指示や指導が全く不可能というものでもないのであって、学長の上記対応に接した原告としては、自らの行動に問題があることを認識し、以後これを改善する機会を与えられることがなかったといわざるをえない。

学生とトラブルが生じ、原告が学生を告訴した件については、その経緯に照らして、男子学生に非があることは明らかであり、原告の正当な権利行使としてその行為自体を非難することはできないばかりでなく、アスペルガー症候群の原告にとって、警察への通報や告訴を行うことに問題があるという視点を自ら思い致すことは困難であることは想像に難くない。確かに被告の主張するように、大学教員の教育者としての側面を重視すれば、通報や告訴は学生に前科前歴を生じさせるものであり、学長や関係者と協議の上で、個別具体的にその要否判断すべきであり、原告の行動は相当でなかったとみる余地も皆無ではない。しかし、通報と告訴は、正当な権利行使として原則として是認されるべきものであり、学生とのトラブルは教育的指導を第一的に行うべきとの大学教員としての慣例が存するという程度

の理由で、原告の行動を過度に問題視することは相当でないといわざるをえない。さらにこの件について原告に特段具体的な指導や被告が有する問題意識の指摘を行ったことはないというのであって不文律を容易に理解しえないであろう原告にとっては、その問題意識を理解し、改善する機会を与えられることが全くなかったものといわざるをえない。

原告が病院でリストカットし銃刀法違反で逮捕された件については、大学教員が自傷行為に及び、現行犯逮捕されたとなれば、学生に対する心理的影響は生じうると考えられるところであり、外形的にみると大学教員として問題がある行為であったとみる余地はある。しかし、この行為は、学生を警察に通報し、告訴した点について問題があるとの認識を有していない原告が、面談要請や、教員会議でこの問題が議題にされることとなり、自己が置かれた状況に対する十分な理解ができないために、まさにアスペルガー症候群の二次障害としてのうつ状態に陥り、これに起因して引き起こしたものと考えられ、原告自身が自己の行為を適切に選択すること自体がそもそも困難であった可能性も十分に考えられることからすれば、上記行為を理由として、直ちに原告を非難し、不利益を課することは酷である。

学部長に対して屈辱的なメールを送ったことについても、原告からすれば、アスペルガー症候群による適応障害があるものの、教員会議に復帰しようと努力し、これに対する助力を学部長に求めたにもかかわらず、これに向き合ってもらえなかったことから短絡的に発したものであることができるのであり、これもまたアスペルガー症候群に由来する対応といえることができるのに、その原因を分析した上で、被告から原告に対する適切な指導がなされた形跡はない。

被告が、大学教員として問題があるとして特に指摘する原告の行為については、これを容れる余地がないわけではないものも存するが、いずれにしても、一般的には問題があると認識しうる行為であっても、原告においては、アスペルガー症候群に由来して当然にその問題意識を理解できているものではないという特殊な前提が存在するのであって、被告から、原告に対して、当該行為が大学教員として問題である、あるいは少なくとも被告は問題があると考えているという指導ないし指摘が全くなされておらず、原告に改善の機会が与えられていない以上、原告には問題行動とみる余地のある行動を改善する可能性がなかったものと即断することはできない。

「障害者基本法19条2項においては、事業主は、障害者の雇用に関し、その有する能力を正當に評価し、適切な雇用の機会を確保するとともに、個々の障害者の特性に応じた適正な雇用管理を行うことによりその雇用の安定を図るよう努めなければならないとされており(なお、本件解雇当時は未施行であるが、障害者の雇用の促進等に関する法律36条の3においては、…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とされており、少なくともその理念や趣旨は、同法施行の前後を問わず妥当するものと解される。)このような法の理念や趣旨をも踏まえると、障害者を雇用する事業者においては、障害者の障害の内容や程度に応じて一定の配慮をすべき場合も存することが予定されているというべきである。…

(しかし)本件解雇に至るまでに、…問題の背景にアスペルガー症候群が存在することを前提として、解雇事由の判断を審査したり、原告に必要な配慮に関して、最も的確な知識を有すると思われる原告の主治医に問合せを行ったりしたことはなく(しかも、同人はO医科大

学附属病院の医師であるから、問合せは極めて容易であった。) … (さらに) 解雇以外に雇用を継続するための努力、例えば、アスペルガー症候群の労働者に適すると一般的に指摘されているジョブコーチ等の支援を含め、障害者に関連する法令の理念に沿うような具体的方策を検討した形跡すらなく、そのような状況をもって、原告に対して行ってきた配慮が被告の限界を超えていたと評価することは困難であるといわざるを得ない。」

被告は、原告の経歴や能力を評価し、ふさわしい教員であると認めて、教員として採用し、それ以降、被告として、原告の経歴や能力から利益を享受していたものであって、その後、原告の障害が判明し、これに起因して一定の配慮が必要となったとしても、これは被告としてある程度は甘受すべきものであるということもでき、その積み重ねによって対応に苦慮することとなったとして、ふさわしい教員として採用した原告をその適格性欠如を理由に直ちに解雇し、原告にその負担を負わせることは、公平を欠くものといわざるを得ない。従って、労働契約法16条に照らすと、本件解雇は、就業規則所定の解雇理由に該当する事由があるとは認められないから、客観的に合理的な理由を欠くものであって、無効である。

京都地裁は、原告は教員としては「一般的には問題があると認識し得る行為」かもしれないと述べるものの、その問題行動は原告自身に起因するというよりも、障害と障害に対する適切な処遇を行わなかった環境（被告）に起因すると捉える。そして京都地裁は、原告は、著書14冊、学术论文61編、学位論文3編、その他文献25編などの経歴を有しており講義については学生からの評価も高く、被告も原告が大学教員として相応の経歴と十分な学識を備えた者であると評価していた、とし、この点で大学教員として有資格の障害者であったと判断した。そして、被告側の行った合理的配慮は、他の教職員への原告の病状の通知と、教員会議におけるストレスサーとの座席の位置の変更、教員会議の欠席の許可のみであったといえ、これらの合理的配慮が失敗している状況下で、被告は他の合理的配慮について検討した形跡もないことを問題視する。そして、このような配慮を検討していない中で、一定の配慮の積み重ねによって対応に苦慮することとなったことだけでは、過度の負担の証明を果たしたとはいえないと判断したといえる。被告は、ADAで規定されていたような配慮にかかるコスト、配慮の性質、被告の財源・被用者数、合理的配慮の実施によって被告の事業運営に与える影響などの総合的な検討を怠っており、客観的な証拠として不十分であったといえる。本件においては、副学部長が産業医として面談を共にを行っているなど、アスペルガー症候群について熟知しているであろう人物が職場内にいるのであり、そのような状況において他の合理的配慮について全く検討されなかったのは問題であろう。

京都地裁は合理的配慮の射程には、発達障害に起因した不得手な行動、すなわち、慣例、不文律を理解し難いこと、自己の行為を適切に選択すること、について被告が適切に指導を行うことまでも含まれると示唆している。また、厚生労働省の公表している「合理的配慮指針事例集」によれば発達障害者の採用後の合理的配慮の例として「業務指示やスケジュールを明確にし、指示を1つずつ出す、作業手順について図等を活用したマニュアルを作成する。」「ビジネスマナー等に関する研修（の提供）」なども挙げられおり、京都地裁の求める合理的配慮はこれに類似するものである。特に発達障害については個々人で不得手な事柄が異なり、本人がそれを説明できないこともあって、使用者にとってはその特定が困難である。しかし、京都地裁が例に挙げているように、障害被用者のできること、できないことを特定

し、それを使用者側に伝えるジョブコーチの導入は有用であっただろう¹⁸。

ただし、アスペルガーをもつ障害者と教職については慎重になる必要がある。教育とは知識の伝達だけでなく、人間教育も含まれる。コミュニケーションに問題がある者が大学教員としての職務の本質的機能を履行できるかどうかについては、今後裁判の場以外でも慎重に検討されねばならない。現に本件では、生協職員を土下座させた騒動について、学生から「正気でない教員から教育を受けなければならないのかと感じている」との封書が送られており、さらに、駐輪場での学生とのトラブルの際に同学生が「あんたが有名な甲野先生か」、「自分、頭おかしいんちゃうか」などと言うなど、同僚教員だけでなく学生らにも原告の行動について不信感が広まっていたことは否定できない。障害者が教員に存在することで学生が多様性を学ぶというメリットもあるだろうが、学生らが不信感を抱いているということはそれ自体で教育現場においては大きなデメリットである。学生が不信感を抱かないでアスペルガー障害者が教育活動を遂行できる合理的配慮があるのか、それはどのような措置であるのか今後の判例の展開を期待したい。

(4) 原田学園事件

視覚障害のある短期大学の准教授が補助者を私費で雇いながら授業を行っていたが、学生からのクレームに基づいて、大学側が同人を授業から外し研究と事務作業のみを担当するよう指示した原田学園事件（岡山地判平29年3月28日労判1163号5頁）において、視覚補助者という合理的配慮について検討された。

事実概要は以下である。遺伝性疾患である網膜色素変性症に罹患している視覚障害者の原告が、大学で生物学及び専門教育科目の環境（保育内容）、教職実践演習を担当する准教授として採用された。原告は近年まで視力は維持されていたが、働き始めてから16年経った頃、原告の視覚障害は進行し、文字の判読が困難になり、試験の採点支援を学外の知人に依頼し、個人情報などを部外者に開示したとして学内で問題となった。原告は大学事務職員に視覚補助者として付き添ってもらいながら勤務を続けていたが、同職員が離職することになったため、被告は原告に対し退職勧奨をした。しかし、原告が視覚補助者を私費で付けることを提案したため、被告は、授業の担当を続けさせることにしたが学生から苦情が出た場合は授業を担当させ続けることはできない旨を伝えた。私費の視覚補助者による援助とは、文書のレイアウト調整、印刷物の確認、パワーポイントの資料作成、手書き文書、印刷物などの記録内容の確認（テキスト化あるいは代読）、年休届などの書類の手書き代行、出席・試験評価作業、評価内容のマークシートへの転記代行、学生と教員との間の連絡カードの学生のコメントの読み上げ、学生の出欠状況の確認、プリントの配布・回収、パワーポイントの操作などであった。そして、原告は、週2回の授業に補助者を帯同し、月4万5000円を彼に支払っていた。補助者が付き始めて3ヵ月経った頃、教員間の会議によって、原告の担当する「環境（保育内容）」の授業内容につき、保育所保育指針などの内容に即し、動植物の飼育・栽培を盛り込むべきであることが指摘され、原告は、ミニトマトとサツマイモの栽培を取り入れた。翌年度、原告の「卒業研究」の授業を受講している学生から、授業において毎回、

¹⁸ 厚生労働省「合理的配慮指針事例集」第3版、74頁、<https://www.mhlw.go.jp/tenji/dl/file13-05.pdf>（閲覧日2018年10月7日）。

鬼ごっこやかくれんぼなどで遊ぶばかりで、教室内飲食厳禁にもかかわらず、授業中に原告がお菓子を配り毎回学生たちがお菓子を食べる、教室でラーメンを食べていても教員はそれを注意しない、などのクレームが寄せられた。これに対して、原告は教授会において、ラーメンを食べていたことには気がつかなかった、鬼ごっこやかくれんぼについては学生の関係性づくりのためにやっていた、人間関係構築を優先し、学びの部分が隠れてしまった、と説明をした。さらに、原告は、学生に対して、「教室内飲食厳禁」の学則を守るように指導しなかったことは教員として不適切であったこと、鬼ごっこやかくれんぼの導入は遊びによる人との関わり・周囲への興味を育む活動を考える基にしてほしいとの考えがあったが、そのような意図が伝わっていなかったことを謝罪した。そして、被告に対しては翌年度の授業からこれらを改める旨を伝えた。しかし、学長は補助者がいるにもかかわらず、これらの問題が起きたのは原告の教員としての資質に問題がではないか、などと話し退職勧奨をした。被告は年度末の会議において、新年度から新たな教員を雇い、これに原告が行っていた授業を担当させ、原告には授業を担当させず、学科事務のみを担当させることを決めた。そこで原告は、被告に対し、自身は授業を行う地位にあることの確認、本件職務変更命令が無効であり同命令に従う義務のないことの確認、これらが不法行為に該当するとして損害賠償を求め提訴した。

岡山地裁は、原告が授業を行う地位にあるかどうかについて、原告の経歴、職歴、研究活動などに照らせば、原告が本件短大で教授・指導することは、原告がさらに学問的研究を深め、発展させるための重要な要素といえるから、原告が、本件短大において環境などの自己の専門分野等につき学生を教授・指導する利益を有することは否定できない。しかし、短大を設置・運営する被告としては、多数の教員による研究、教授・指導などを組織化し、これらの教員の提供する役務を管理・統括することが必要であり、そのため、短大においては、教授会が審議して意見を述べ、これに基づき学長が教育課程の編成をすることとされている。このようなことからすれば、原告に大学教員としての研究・教授・指導の利益が認められるとしても、上記のような組織・目的を有する本件短大においては、自ずから制約があるというべきである。原告の職務分担についてこのような手続に従い決定されたのであるから、原告には各授業を担当する具体的な権利、利益を有するものとは認められない。また、本件教員契約においても、原告が担当すべき具体的な授業は何ら定められていないのであるから、これに基づく具体的な権利、利益を有するとも認められない。

その上で、原告に対する職務変更命令の適法性について、本件職務変更命令は、教員が行うべき本来的職務のうち、担当授業を免じ、研究・学科事務に集中させるものであって、原告に対し、教員の本来的職務とは異質の負担を新たにかけるわけでもなく、何ら減給などの不利益を伴うものでもないことが認められる。原告は、職務変更命令は配転命令であり、職務限定合意がある原告が同意しない限り効力を有しないと主張するが、このような本件職務変更命令の内容に鑑みると、原告の主張は採用できない。しかし、上記のように原告が学生を教授・指導する利益を有することが否定できないことによれば、業務上の必要性が存しない場合、不当な動機・目的をもってされた場合など客観的に合理的と認められる理由を欠くときには、本件職務変更命令は権利を濫用するものとして無効になるというべきである。

そこで、原告の教育能力について検討を行う。被告短大は、保育士・幼稚園教員といった専門職を養成する性格の強い学校であるところ、原告は、視覚障害以前の問題として、動植

物の飼育・栽培という保育士や幼稚園教諭にとって必須の事項につき、満足のいく授業を行うことができなかつたから、教員としての最低限の教育能力を欠いていると主張する。しかし授業において動植物の飼育・栽培を取り入れるべきではないかという点について原告はこれはミニトマトとサツマイモの栽培を導入し、授業内容として不十分であったとはいえないし、他にこれを認めるに足りる的確な証拠はない。仮にミニトマトやサツマイモの栽培に何らかの不十分な点があったとしても、それは、本件学科内で行われているこのような教育内容改善のための各種取組の中で検討を重ね、是正されていくべき事柄であり、直ちに教員として最低限の教育能力を欠くことにはならないというべきである。

かくれんぼや鬼ごっこについては、直ちにこれが問題ということではなく、仮に、学習効果に乏しい面があったとすれば、それは、環境設定の指導や理論的フィードバックに不十分な点があったことが理由と考えられるが、そうだとすると、これまで、会議、教授会などにおいて、この点が正面から指摘され、検討対象となった形跡は見あたらない。そもそも原告は、被告との間で教員契約を締結して教員となった後、長年にわたり生物学、環境（保育内容）などの授業を担当し准教授に任じられたものであるから、これは、被告が原告につき准教授としての資質、能力があると判断したことの証左である。さらに、これまでの教員同士による授業参観の内容や、学科教員会議での検討内容などを踏まえても視覚障害以前に、原告の資質、能力に根本的な問題があることを指摘された形跡や、それをうかがう事情は見あたらない。原告の授業内容が、単なる遊びなどであったとはいえ、学生が学習成果を上げるのに不十分な内容であったとは認められない。確かに、学生からのクレームはあったが、原告は受講生間の人間関係に難しい面があったことを踏まえて、卒業研究の開始にあたり、まず1年生と2年生との関係づくり、人間関係づくりをしようと考え、授業においてドッジボールなどをさせたものと認めることができる。卒業研究の内容からしても、学生間の団結力が必要であるといえるから、そのような卒業研究において、原告が、まず人間関係づくりのため学生にドッジボールなどをさせることには全く理由がなかったとはいえ、このことから直ちに原告の准教授としての能力、資質に問題があるということとはできない。

原告の授業においては、雑談、読書、睡眠、無断退出などが横行するなど学級崩壊同然の状態であったが、教室内の飲食については学生らに対し謝罪し、再発防止を誓っており改善が見込めないとはいえない。雑談、読書、睡眠、無断退出などの点については、そもそも事理弁識能力が備わっているはずの短大生の上記のような問題行動につき、その全てを原告の責めに帰すことは適切ではない。視覚補助者は、原告の視覚的補助に徹し、学内では教職員や学生との不用意な関わりを慎む、と誓約書を提出していたこともあり、授業中に授業以外のことをしている学生を直接注意することや、そのような学生がいることを授業中に原告に伝え、指示を仰ぐことなどは自制していた。

「(今後)原告が…全授業につき視覚補助を受けるとともに、被告と協議するなどして、有効、適切な視覚補助の在り方に改善すれば、原告の授業の一部にみられた学生の問題行動については対応可能と認められる。…本件学科内で、学生の問題行動につき、全体としてどのように指導していくか、あるいは、原告に対する視覚補助の在り方をどのように改善すれば、学生の問題行動を防止することができるかといった点について正面から議論、検討された形跡は見当たらず、むしろ、望ましい視覚補助の在り方を本件学科全体で検討、模索するこ

とこそが障害者に対する合理的配慮の観点からも望ましいものと解される。」

従って、本件職務変更命令の必要性として指摘する点は、あったとしても被告が実施している授業内容改善のための各種取組などによる授業内容の改善や、補助者による視覚補助により解決可能なものと考えられ、本件職務変更命令の必要性としては十分とはいえない。職務変更命令は、原告の研究発表の自由、教授・指導の機会を完全に奪うもので、しかも、それは原告には永続的に授業を担当させないことを前提とするものであるから、直ちに具体的な法的権利、地位とまでは認められないにせよ、原告が学生を教授・指導する本件利益を有することに鑑みると、原告に著しい不利益を与えるもので、客観的に合理的と認められる理由を欠くといわざるをえない。職務変更命令は、被告の権利濫用であり無効と解するのが相当であるから、原告には本件職務変更命令に従う義務はないと認められる。

本件は、原告に授業をすることの利益を認めつつも、その利益にも大学の組織や目的の観点からすると制約があり、原告が授業をすることの具体的な法的権利・地位を有するとは認められないとした。これは、労働者の就労請求権について労働は義務であって権利ではないという判例の動向に立脚している¹⁹。本稿で問題としたいのは合理的配慮の問題である。本稿の第4、5章でみたBorkowski判決、Belasco判決のように、障害被用者の教員に対して教育補助者をつけることにアメリカ法は否定的であった²⁰。これらの事例では、教室内における生徒の問題行動が原告の身体的制限により制御不能であったことから、合理的配慮として教育補助者の提供を求めていたが、裁判所は、教室コントロールは職務の本質的機能であり、これを履行できない原告らは有資格の障害者ではないと判断している。この問題は、1人の障害被用者の雇用維持のためにもう1人被用者を雇用することであり、被告にとって過度の負担を課するという側面もある。本件では、視覚障害があっても原告の大学教員としての本質的機能自体には問題がないと判断されたが、職務の本質的機能の遂行能力の有無にかかわらず、被告側が原告の視覚障害を知りながら、一度も合理的配慮を検討した形跡がないことが問題である。確かに、補助者としてもう1人被用者を雇うことは過度の負担になるかもしれないが、原告が私費で雇っていた視覚補助者は月に4万5000円であり、これは被告にとって過度の負担とは到底いえないだろう。少なくとも、過度の負担に該当するかどうか、そして、視覚補助者の提供を打診するなどのプロセスがあつてしかるべきであった。この点について裁判所が、

「全授業につき視覚補助を受けるとともに、被告と協議するなどして、有効、適切な視覚補助の在り方に改善すれば…問題行動については対応可能と認められる。…本件学科内で…正面から議論、検討された形跡は見当たらず、むしろ、望ましい視覚補助の在り方を本件学科全体で検討、模索することこそが障害者に対する合理的配慮の観点からも望ましいものと解される。」

¹⁹ 長谷川珠子「視覚障害を有する大学教員に対する職務変更命令の適法性」季刊労働法 259号（2017）197頁。

²⁰ Borkowski v. Valley Central Sch. Dist., 63 F.3d 131 (2d Cir. 1995); Belasco v. Warrensville Heights City Sch. Dist.

と合理的配慮の手続的側面について述べたことは肯定すべきである。しかし、この手続的過程について「合理的配慮の観点から望ましい」と述べたに留まり、手続的過程が合理的配慮に不可欠であるとまで言い切っていない点で問題である。

また、視覚障害などの障害があっても職務の本質的機能を履行できる教員については、生徒・学生にとっても多様性を学ぶというメリットがあるといえる。特に本件のように大学の教職実践演習において、障害者と接することは学生が今後、教職において障害のある児童・生徒と接することもあるため大きな教育的な効果があるといえる。合理的配慮とは障害があるが、何等かの環境への調整があれば職務を遂行できる障害者に対して雇用を維持することである。本件は、まさに社会環境からの働きかけが求められている事例といえ、使用者は障害被用者の不備に焦点を当てるのではなく、その不備をどうやったら克服できるのか原告と話し合い、合理的配慮について検討しなければならなかった。

(5) 公共職業訓練不合格処分取消等請求事件

雇用中の合理的配慮の事例ではないが、近時の事例として公共職業訓練不合格処分取消等請求事件（高知地判平30年4月10日高知地裁判所ウェブサイト掲載判例）がある。

事実概要は以下である。57歳の原告は、過去に19年間、高校、中学校、予備校などで英語の教師としての勤務歴、10年間の警備会社での勤務歴があったが、その後、タワーパーキングの駐車場係として半年間勤務したところ、仕事中の勘違いや物忘れがひどくなり退職をした。退職後、発達障害（軽度の自閉症にあたるアスペルガー症候群、高機能自閉症、自閉症スペクトラム）の診断を受け、週20時間以上の就労が可能な状態との診断を受け、障害者等級2級の障害者手帳の交付を受けた（2年後には3級の障害者手帳の交付を受けた）。同月、原告は再就職へ向けて、高知公共職業安定所に相談し、障害者職業センターに通所するようになった。自身が発達障害であることについては通知していた。半年後、職業安定所は原告が介護職の初任者研修などの資格をとれば、就職の可能性はゼロではない旨回答した。原告は介護分野の技術学校宛ての「公共職業訓練受講申込書」を、職業安定所に提出し、安定所はこれを技術学校に送付した。原告は、技術学校の筆記試験と面接試験を受けた。本件選考は、定員15名に対して応募者は14名であり、原告の筆記試験は3位、面接試験の合計点は12点で順位は14位、総合順位は8位であった。しかし、処分行政庁は、本件選考において、原告を不合格とする判定をし、原告は職業訓練を受講することができなかった。なお、本件面接の約1ヵ月後、原告は、介護実務者研修の選考に合格し、同研修を受講、修了し、皆勤により成績優秀者としての評価を受け、社会福祉法人に介護助手として障害者枠で就職し、現在まで就労している。

原告は、本件不合格は、発達障害を理由として介護職の適性がないと判断した直接差別であり、また、本件不合格の理由とされている「1つのことをやり続けることはできるが、別のことを言われると抜けることがある」「目線が合わない」という特性は、原告の発達障害の障害特性の1つであるため、形式的には平等のように見えるが、障害がある場合、要件や条件の面で障害のない人と比べて実質的な制限が加えられる間接差別にあたる、と主張した。また、本件募集要項のうち、「駐車場はありませんので、公共交通機関をご利用ください」「面接に適した服装でお越し下さい」との記載は、特定の障害特性を有する者に対して

の合理的配慮を欠くものであり、これに基づいて原告が車に、ポロシャツで訪れた行動によって、原告に不利益に考慮することは許されない。これらの問題点は合理的配慮を受けることで解消するものであるか否かを検討すべきであったのに、これを怠ったことは違法であるとして、憲法、障害者権利条約、障害者基本法、障害者差別解消法などにより禁止される違法なものであるとして本件不合格の取消しと国家賠償法1条1項に基づく慰謝料の請求をした。

これに対して、被告の県は本件不合格は障害に基づくものではなく、「(ア) 1つのことをやり続けることはできるが別のことを言われると抜けることがあり、臨機応変な対応ができないこと (イ) 面接中、面接担当者らと視線が合わない状態であったこと (ウ) 介護職に就くのは危険だと思われること (エ) 原告が訓練中の実習にも不安を感じていること (オ) 本件募集要項に『駐車場はありませんので、公共交通機関をご利用ください』『面接に適した服装でお越し下さい』と記載されていたにもかかわらず、自動車で選考会場に来て、軽装で本件面接に臨んだこと (カ) 一方的に話をする傾向にあること」が理由であるとした。

高知地裁は、障害者権利条約を我が国が批准し、障害者基本法が改正され、障害者差別解消法、改正障害者雇用促進法が2016年に施行された経緯を述べ、これらが、障害者差別を禁止し、合理的配慮を義務付けている点を指摘する。その上で、

「差別の概念として、直接差別（障害者に対する主観的差別意思を伴った差別）、間接差別及び合理的配慮の提供の否定が存するところ、合理的配慮の提供の否定は障害者権利条約によって、国際人権法上は初めて明確にされた。障害者権利条約においては、『あらゆる形態の差別』との文言が用いられており、直接差別のみならず、間接差別も対象としていると解されている。…しかしこのうち、間接差別については、雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律7条のような明文が、障害者差別解消法、改正障害者雇用促進法では明確化されておらず、両法が間接差別を明示的に禁止しているとはいえない。最も、平成25年3月14日付け労働政策審議会障害者雇用分科会意見書において、車椅子、補助犬その他の支援器具等の利用、介助者の付添い等の社会的不利益を補う手段の利用を理由とする不当な不利益取扱は禁止される差別的取扱にあたりとされ、…募集に際し、業務上特に必要ではなく、障害者を排除するために一定の能力を有することを条件とすることは直接差別にあたりとされていることに留意すべきである。」

そして、本件差別の違法性は障害者差別解消法が適すると解されるが、同法は2013年に制定されたとはいえ、2016年4月1日施行であり、本件の不合格判定が2014年5月1日であることに鑑みると、直接的に同法違反をもって国家賠償法上の違法性を基礎づけることは容易ではない。

「特に、合理的配慮の提供については、同法等によってもたらされた比較的新しい概念であり、ある程度具体的な指針が明確になったのも平成27年のことであるから、本件不合格の判定時において合理的配慮の提供を欠くことをもって違法性を認めるには慎重であるべきである。また、間接差別についても、文言上、同法で明確に禁止されたとはいえないことに鑑みると、やはり慎重に対応せざるを得ない。」

ただし、直接差別の禁止は、必ずしも格別に新しい概念ではなく、また、基本理念を定める法規ではあるものの、障害者権利条約が採択される以前である2004年の段階において、すでに、障害者基本法が改正され、障害者に対する差別の禁止規定が追加されていたこと、2014年2月には障害者権利条約が国内的効力を発していること、施行前とはいえ2013年に障害者差別解消法が制定、公布されたことに照らすと、本件不合格の判定がなされた2014年5月1日においては、障害者に対する直接差別の禁止が、不法行為法上（国家賠償法上）の違法性を基礎づけるだけの規範的意義を有していたと認めることが可能であると解する。

その上で、本件が直接差別の事例に該当したかどうかについて、「直接差別は、障害者に対する主観的差別意思を伴った差別であるところ、差別意思についての直接証拠があることはまれであり、間接事実から差別意思を推認するほかはない。」本件職業訓練の選考に関しては「〈1〉原告が障害を有していたこと、〈2〉原告が職業訓練の選考に応募したこと、〈3〉原告がその受講に必要な資格要件を満たしていたこと、〈4〉それにもかかわらず、原告が受講を拒否されたこと、〈5〉受講者枠は空いたままで残っていたこと等の間接事実が客観的に立証されれば、差別意思が推認」される。

これを本件に当てはめると、原告は〈1〉〈2〉〈4〉〈5〉を満たしていたことは間違いない。問題となるのは〈3〉であるが、被告県は労働省職業能力開発局長通達「公共職業訓練を受講する者の選考について」が定める「その他、公共職業能力開発施設において職業訓練を受講・修了するのに支障がないと認められる者」という「標準」を原告が満たしていなかったからであると主張する。しかし、本件職業訓練は介護職の初歩の訓練であって、当該訓練の修了認定の場面ではなく、必ずしも現実に介護職に就職できる見込みを判定するものではないこと、当該訓練の受講開始前の段階で拒まれることは、およそ介護職に適さないとの評価を受けたものと捉えられかねないものであって、最初から門戸を閉ざすに等しいことになること、雇用契約における採用時のように、本来的に契約自由の原則に基づき採用の自由が尊重されるべき場面とは異なる。そして、本件不合格後さほど間隔を開けず、原告は、介護施設などへの就労を目指して実務者研修を受講し、皆勤により成績優秀者としての評価を得て終了し、その後介護助手として就労している。同実務者研修の目標と内容は本件職業訓練と相当共通している。この事実からすれば、原告が本件職業訓練を受講・修了するのに支障がない能力を有していたことが客観的に立証されたというべきである。

被告県は、面接試験時に明らかになった事情として、〈1〉目線が合わないこと、〈2〉面接会場に車で来たこと、〈3〉面接に軽装で臨んだこと、〈4〉健康面に不安があること、〈5〉臨機応変に対応することができないので訓練にあたって第三者への加害のおそれがあり、原告が本件職業訓練を受講・修了するのに支障があったと面接時に評価したことは適正であると反論する。しかし、原告が面接時に目線が合わなかったことや、軽装で臨んだことは本件職業訓練を受講・修了するのに支障がある事由とは考え難い。また、被告は、原告の健康面に不安があることを不合格の理由の1つに挙げたが、原告は、面接の際、発達障害があり、通院していることを申告したものの、それ以外に健康状態について不安を抱かせるような申告はしていないこと、現に健康状態に不安はなかったことが認められ、これらの事実によれば、原告の不合格の判断理由欄に記載された「健康」という文言は、原告の精神面の不調、すなわち発達障害を指していると理解するほかはない。このことは、むしろ、差別意思を推

認できる。

さらに、不合格理由の臨機応変に対応することができないので訓練にあたって第三者への加害のおそれがあり、原告が本件職業訓練を受講・修了するのに支障があった、とは、それ自体抽象的な評価にとどまる上、面接担当者らが、原告は臨機応変に対応することができないと評価した根拠は、原告自身が自らの短所と問われた際に臨機応変に対応できないと述べたことであるというのであり、合理的根拠があるとはいえない。

従って、差別意思があったとの認定を妨げることはできないというべきであり、非障害者であれば合格したにもかかわらず、原告は、障害を理由に必要以上に厳しい評価をされたとして原告勝訴と結論づけた。

本件において原告は、憲法、障害者権利条約、障害者基本法、障害者差別解消法に基づいて障害者差別を主張した。しかし、本件判決が下されたのが2018年4月であるが、本件不合格処分が2014年であったため、2016年に施行された障害者差別解消法に基づいて直接差別を認定したのではなく、従来の差別禁止の枠組で判断した。合理的配慮については、「比較的新しい概念であり、ある程度具体的な指針が明確になったのも平成27年のことであるから、本件不合格の判定時において合理的配慮の提供を欠くことをもって違法性を認めるには慎重であるべき」として、合理的配慮については検討していない。しかし、本件不合格判定が直接差別であると認定するに際して本件地裁は「直接差別の禁止については、必ずしも格別に新しい概念ではなく、また、基本理念を定める法規ではあるものの…平成16年の段階において、すでに、障害者基本法が改正され、障害者に対する差別の禁止規定が追加されていたこと、平成26年2月には障害者権利条約が国内的効力を発していること、施行前とはいえ平成25年に障害者差別解消法が制定、公布されたことに照らすと、本件不合格の判定がなされた平成26年5月1日においては障害者に対する直接差別の禁止…の違法性を基礎づけるだけの規範的意義を有していたと認めることが可能である」として、直接差別について考察をしている。本件において合理的配慮の問題を取扱わなかったのは障害者差別解消法が遡及しないからというよりも、合理的配慮が「比較的新しい概念」であり、具体的な指針が不明確であることに由来するといえよう。しかし国際人権法の国内適用可能性が認められていることを考えると、これを考察すべき事例であったともいえる。原告の主張したような車での来所や、軽装の許可だけでなく、「合理的配慮指針」に記載されているような「面接時に、就労支援機関の職員等の同席を認めること。」なども含まれる²¹。もちろんこれらの合理的配慮は就労に際する面接だけでなく、雇用後の職務遂行過程や教育における面接においても適用可能である。

また、裁判所は、障害者差別解消法、改正障害者雇用促進法が、男女雇用機会均等法のように明文で間接差別を規定していないことから、両法が間接差別を明示的に禁止しているとはいえないとした。間接差別規定の明文化は、障害者権利条約批准後の国内法整備の際に議論された点である。確かに、障害者差別解消法と改正障害者雇用促進法は「障害を理由とする差別」の定義規定を設けておらず、明示的に間接差別について記載がない。障害者差別解消法7条は行政機関における障害者差別禁止として「行政機関等は、その事務又は事業を行うにあたり、障害を理由として障害者でない者と不当な差別的取扱をすることにより、障

²¹ 厚生労働省・前掲注(17)。

害者の権利利益を侵害してはならない。」と、そして、改正障害者雇用促進法は35条において「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をしてはならない。」と規定するのみである。

この規定となった理由は、は2013年3月14日に公表された厚生労働省による「労働政策審議会障害者雇用分科会意見書」の意見書に由来する。すなわち「障害を理由とする差別（直接差別）については、禁止すべき」とするものの、

「間接差別については、①どのようなものが間接差別に該当するのか明確でないこと、②直接差別に当たらない事案についても合理的配慮の提供で対応が図られると考えられることから、現段階では間接差別の禁止規定を設けることは困難である。将来的には、具体的な相談事例や裁判例の集積等を行った上で、間接差別の禁止規定を設ける必要性について検討を行う必要がある。」

と示されている²²。この意見書について浅倉は以下のように批判する。障害者差別禁止を法で明文化することは「どのような状態が障害に該当し（、）いかなる行為が違法な障害差別になるのかを当事者が判断することは困難」であり「そこにはある種の予測可能性に低さ、すなわち不明確性が伴うのであって、それは間接差別のみにかぎられない。にもかかわらずその不明確性をもって有り余るメリットがあるからこそ」差別禁止法の導入が目指されているのであって、そうであるならば「予見可能性の低さを補うための努力をいかにすべきかを議論すべきであって、はじめから間接差別禁止規定を設けないという結論に至るのは、努力を放棄しているに等しい。」²³

いずれにせよ、法文明記がないからといって間接差別の問題を棚上げにした高知地裁の判断には問題があるといわざるをえない。障害者権利条約2条も「間接差別の定義を置いていないし、間接差別について明示的に言及していない。しかし、解釈上は疑う余地なく、障害者権利条約は直接差別と間接差別…の両方を禁止」しており、直接差別と間接差別が、間接差別と合理的配慮の不履行が重なり合う部分がある²⁴。従って、「いずれの差別概念に当てはめられるかどうかではなく、…差別事案を規定文言により排除することがないような包括的な規定」と解釈されるべきなのである²⁵。「あまりにいろいろな類型があると 行為規

²² 厚生労働省「労働政策審議会障害者雇用分科会意見書」2頁、

<https://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/2r9852000002xeb3-att/2r9852000002xtn7.pdf>（閲覧日 2018年10月7日）。

²³ 浅倉むつ子「障害差別禁止をめぐる立法課題」広渡清吾・浅倉むつ子・今村与一編著『日本社会と市民法学 清水誠先生追悼論集』（日本評論社、2013年）607-608頁；浅倉むつ子「包括的差別禁止立法の検討課題」浅倉むつ子・西原博史編『平等権と社会的排除：人権と差別禁止法理の過去・現在・未来』（成文堂、2017年）15頁。

²⁴ 内閣府「『差別』の類型論を巡る論点（その2）に関する意見一覧」42-48頁、

http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/kaikaku/s_kaigi/b_7/pdf/s2.pdf（閲覧日 2018年10月7日）。

²⁵ 浅倉 2013・前掲注（23）608頁。

範として分かりづらく、多くの人の理解を得がたいのではないかといった観点から、これらを包括的にまとめる方向での議論」が行われたのであって²⁶、両法の規定する不均衡待遇から間接差別概念を排除したわけではないことに注意しなければならない。

本件は、職業訓練学校での面接の事例であり、本研究がこれまで考察してきた雇用分野とは、障害者の能力評価については異なる考え方が必要であろう（教育分野での合理的配慮については「7.4.2 今後の研究の課題」において後述する）²⁷。しかし、原告は結果的には、本件面接の約1ヵ月後、介護実務者研修の選考に合格し、同研修を受講、成績優秀で修了し、社会福祉法人に介護助手として障害者枠で就職し、現在まで就労しているのであるから、「1つのことをやり続けることはできるが、別のことを言われると抜けることがある」「目線が合わない」という原告の特性は、雇用分野であろうと教育分野であろうと、本件面接官は障害者に対する理解が不十分で、その決定はステレオタイプに基づく誤った障害者差別である。このようなステレオタイプを除去するためにも、障害者との協議を求める合理的配慮が必要とされるのである。

なお高知地裁は「確かに、面接試験の場で発達障害である旨の申告がなされた際の選考に伴う困難は理解し得なくはなく、とりわけ、障害者差別解消法が施行された現時点においては、被告国及び被告県において、適正な判定が無理なく行われるように制度構築をすることが望まれるところ、こうした整備が十分なされていなかった当時の事柄に対する事後的な評価として厳しい面がないわけではないが、判定が困難であるからといって安易に不合格にする措置が許されるものではなく、直接差別が認定される場合には、違法とするほかない。」として、発達障害者の能力判定の難しさについて付記している。

7.2.2 直接差別の事例

合理的配慮について直接言及した事例ではないが、近時の障害者差別の事例として、学校法人須磨学園事件（神戸地判平28年5月26日労判1142号22頁）がある。同事例において、原告男性は、被告の私立の中高一貫校の学校法人に、高校の日本史教師として採用されていた。原告は先天的に両目が弱視の視覚障害者であった。原告は上の方を見ることはできず下の方しか見ることができないため、物を見るときは目を近づけて視線を上に向けて下方視野が正面にくるような姿勢をとっていた。原告は視力が極端に低い目近づければ読むことも書くこともできるため、中学校を卒業後は大学院まで視覚障害者のための教育は受けていない。そして、被告の下でも30年以上、他の同僚と同様に日本史教師として職務を遂行していた。原告は、教室において随時教科書に目を通してながら授業を進めることは容易ではなく、黒板に字を書くこともスムーズにできないため、教科書を暗記し、黒板に記載する内容も暗記した上で授業を行っていた。理事長らは、原告の視覚障害については通知されていたが眼鏡を使用していないことやパソコン操作に際し難なくキーボードを操作できること、

²⁶ 内閣府『障害を理由とする差別の禁止に関する法制』についての差別禁止部会の意見」19頁、http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/seisaku_iinkai/pdf/bukai_iken1-1.pdf（閲覧日 2018年10月7日）。

²⁷ 本件は、雇用の前段階における職業訓練の面接であったこと、間接差別について重要な議論が行われていたことから、教育分野での合理的配慮としてではなく、ここで取扱うこととした。

遠くから人を見分けることができていることなど、原告の様子を見ていぶかしく思っていたが、視覚障害の症状について説明を求めたり、話し合う機会を設けたりはしなかった。

2011年3月12日、保護者向けの進路説明会において、原告が保護者席に着席し、保護者の女性にもたれかかって居眠りをしたため、女性理事長は、説明会終了後、原告を学長室に呼び出した。来室した原告は理事長の対面でなく、すぐ隣の席に座り、理事長が離れるように求めても顔が見えないとして応じなかった。理事長は、居眠りの件について、始末書を書くよう原告に指示した。同月16日に再び理事長は原告を学長室に呼び出し、あらかじめ1メートル以上離れた上で面談するよう述べ、改めて居眠りの件について注意するとともに、原告の担当クラスの2010年度秋学期の模試の結果が芳しくないと伝えた。また、「あなたはC商店街で変質者であると言われている」「あなたはコミュニケーション障害がある。情報障害者でもある。みんなからいじめられ、仲間はずれにされている」と発言した。原告は、始末書を提出したが、同書には気分が悪くなり失神発作が起きた旨が記載されていたことから、被告らは診断書の提出を要求した。しかし検査の結果、失神が起きるような異常は認められず、高血圧とだけ診断された。

同月24日被告らは原告を呼び出し、目が見えなければ授業ができないため、翌年度4月から授業担当から外し、図書館で勤務するよう命じ、他の教師から不評を買っていることを反省し、改善すること、女性と話すときは少なくとも1メートルは離れること、コミュニケーションに障害があるので人とコミュニケーションを成立させるようにすることなどを指示した。また、職員会議などの会議への出席を認めなかった。原告はそれ以降、図書館において日本史の大学入試問題の分析業務を行うこととなった。理事長は、4ヵ月後の2011年7月30日、原告を呼び出し、今辞めたら退職金を1750万円支払うが、このまま残るならば金額を減らし、二学期以降の給与を半額にすると述べ、今辞めた方がよいと勧めた。

翌年の12月14日、生徒が原告から原告の業務用パソコンを借り、無断で学内の個人情報ダウンロードする事件が生じた。理事長は、原告を呼び出し、同事件に対する責任をとって退職するよう求めたが、原告は応じず、理事長は同日付で原告に対し、この事件が解決するまで自宅待機を命じた。学校側は、同事件を受け12月20日からセキュリティを強化する見直し案を策定した。原告は2013年7月頃、神戸地裁に自宅待機命令に従う義務がないことを求める仮処分命令の申立てをした。すると、被告は同月24日に自宅待機を取り消したため、原告は同月27日より出勤し、入試対策室で勤務するようになった。しかし、原告には業務が与えられず、原告は自主的に入試問題の分析や印刷用紙の補給などを行っていた。同月31日に審尋が行われたが、神戸地裁は自宅待機が取り消されたことを理由に申立てを却下した。

原告は2014年5月1日、自身は日本史の授業を担当する地位があることの確認請求と、違法な業務命令と理事長らの発言を理由とする損害賠償請求を行った。原告は、自身が人に近づきすぎるのは視覚障害があるからで、理事長は原告の視覚障害を知っていたのだから少し離れるように言えばいいはずであり、さらに、目が見えなければ授業ができないと発言していたが視覚障害があっても授業はできるのだから、これらは障害者差別であると主張した。これに対して被告は、原告は進路説明会で居眠りをするなど体調不良があり、また担当クラスの模試の結果がふるわなかったことから、当該学年教員らから原告を授業担当から外すよう要望が出ていた。これらの事情を踏まえて被告法人は教材研究命令を発したので

あるから、この命令は正当であるとした。また、原告のパソコンを使用し生徒が個人情報盗み出した事件において、原告が生徒に自身のパソコン使用を許可し事件が発生したにもかかわらず、原告には自覚がなく、謝罪すらない状況にあったため、学内のコンピュータシステムの整備が完了するまでは原告を自宅待機させる必要があった。そして自宅待機命令は取消しているから問題ではない、と主張した。また、原告に対する差別的な発言については、女性に異常に接近すると不審者に間違われる、顔を接近させすぎると圧迫感が強い、と注意したにすぎない。また目が見えなければ授業ができないという発言については、目が見えないから教科書を丸暗記している、と言った原告に対し、丸暗記をした教科書をそらんじるだけでは授業にならず、生徒の反応がわからなければ授業ができないという意味で発言したと主張した。

神戸地裁は、教材研究命令や自宅待機命令が、退職勧奨の手段として社会通念上相当と認められる範囲を超えており、被用者の自由な意思形成を不当に妨げるような態様が行われたものといえるから、不法行為を構成するとした。すなわち、業務命令とは被用者がその労働力の処分を被告に委ねることを約する労働契約にあたり、業務上の必要性があれば、異動命令を発することができる。しかし、本件においては生徒による個人情報のダウンロードは、原告自身が故意に行ったことではなく、嚴重注意をすれば足りるし、また業務上のパソコンを原告から取り上げれば済むことである。被告は、原告が退職という結論を出すのを待っていた7ヵ月の間、労務の提供をすることなく給与を支払い続けたことを鑑みると、自宅待機命令は、原告が自主退職するように仕向けられたと認められ、生徒による個人情報ダウンロードは口実にすぎず不当な動機目的の下に行われたので違法である。同様に、教材研究命令もまた、業務上の必要性から行われたものではなく、自主退職をさせるための環境を整えるために行われたと推認される。従って、同様に業務命令権の濫用であり違法無効である。

その上で、原告には日本史の授業を担当することを請求できるかに関しては、就労規則において被告法人は教職員の所属、担当の変更、職種の変更などについて広範な権利を有することを規定している。原告の主張が認められるためには、原告と被告法人との間で、この規定を排除し、原告の職務を日本史の授業担当に限定するという明示的な合意が成立していると認められなければならない。しかし、原告と被告法人の間にそのような書面による合意は一切存在しない。原告はこれまで日本史以外にも他の授業も担当していたことから被告法人との間で日本史の授業のみを担当するという合意があったとは認められない。原告は、日本史という科目の特性や高校教育の特徴を考慮すれば、業務の性質上、日本史の授業のための労務を提供することについて特別の合理的な利益があると主張する。しかし自己研鑽、陶冶、技術の維持などが必要であることは日本史の教員に特有の事情ではなく教員一般にいえることであり、さらに広く、労務を提供する者一般に通用することであるともいえる。思考の柔軟な生徒を相手にすることは教育に携わる者に共通する要素であり、授業を担当することの必要性とは結びつかない。原告自身、授業を担当せず図書室で勤務している間も毎日のように生徒との接触があったと陳述している。従って原告の主張する利益は、原告が日本史の授業を担当する請求を容認する根拠にはならない。しかし、上記の通り、教材研究命令は違法無効であるから、原告はこれに従う義務はない。

理事長の個々の発言については、原告は人格権の侵害に該当し差別的発言であり不法行為に該当すると主張する。「気持ちが悪いから私から1メートル以上離れてください」という

発言については、一度目の面談の際に離れるよう指示してもこれに応じなかったのであるから、あらかじめ離れるよう伝えることは不当ではないし、1メートルという距離を告げたことが違法であるとも認められない。「気持ち悪い」と発言したことを認める的確な証拠もない。

「あなたはC商店街で変質者であると言われている」の発言については、原告に異常に接近された女子生徒が泣き出したことがあった、と知人の商店主から聞いた理事長が、原告との面談時にその事実の確認をした際の発言であり、被告法人の理事長の発言として不適切であるとは必ずしもいえない。被告は、女性に異常接近すると不審者と間違われますよ、と注意したと陳述しており仮に原告の主張通りの発言内容であったとしても、原告が主張するようにその行動を変質者にたとえているとは理解されない。

「あなたはコミュニケーション障害がある。情報障害者でもある。みんなからいじめられ、仲間はずれにされている」については、当該発言があったことを証する的確な証拠はないが、被告理事長は原告のことを人とのコミュニケーションが難しい人物と認識していたからこれに類する発言はあったと推認される。しかしこの発言は文字通りコミュニケーション障害のことを言っていると理解され、原告が主張するように障害があるからいじめられても仕方がないという意味であると捉えることは困難である。

「目が見えなければ授業ができない」については、発言があったことは被告らも認めているが、どのような文脈で発言されたのかは定かでない。原告が30年以上にわたって日本史の担当教員をしていたことから、視覚障害者には授業ができないという意味ではないと捉えられる。被告らの主張によれば、教科書を丸暗記して行っている原告の授業について、丸暗記をしているだけで生徒の反応がわからなければ授業はできないという意味で言ったのであるが、原告の実際の授業の状況や生徒の受け止め方を確認せずに発言したのであれば、軽率であり配慮に欠ける。しかしこれをもって視覚障害者である原告に対する侮辱、虐待であるとか、人格権を侵害するものであるとまではいえないというべきである。

従って、神戸地裁は、理事長の個々の発言から不法行為が成立するとは認められないが、その一連の言動による退職勧奨については不法行為が成立し、被告は賠償責任を負うと判断した。

本件は、障害に基づく退職勧奨であり直接差別の事例である。被告の言動や業務命令からは、原告に対する嫌悪感・悪意が散見され、業務上の正当性がないため不法行為に該当する。障害に基づく退職勧奨も問題であるが、本来ならば、原告の視覚障害を知っていた時点で、被告には、合理的配慮義務が発生していた事例である。眼鏡をかけていない、遠くから人を見分けられていたなど、原告の様子をいぶかしく思っていたが、視覚障害の症状について説明を求めたり、話し合う機会を設けたりはしなかったこと自体が、合理的配慮の手続的側面の不履行であり、障害者に対する適切な対処とはいえない。「合理的配慮指針」にも「(事業者は、)労働者が…障害者であることを把握した際に、…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。さらに、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の確認を確認すること。」と記載されている²⁸。

²⁸ 厚生労働省・前掲注(17)4頁。

被告理事長は原告が人に近づきすぎることには注意しているが、近づきすぎるとは視覚障害が理由であるのであるから、これに対して同僚に対して理解を求めるよう促す義務が被告にはあるのであって、原告側が近づかないように努力する、という性質の問題ではない。面談についても、被告側が自身の不快感を伝えるのではなく、メールなどを併用して注意をするなどの方法を取った方が原告にとって理解がしやすいといえる。原告が視力を確保するための行動を改善すべき必要があったのではなく、社会の側がそれに順応する又は調整を行う必要があるのである。ただし、女子生徒がこれに対して泣き出すほどの恐怖を覚えていることに対しては、近づきすぎないように注意喚起するなど対処をすべきであったかもしれない。しかし、それをもって不審者と間違われますよ、と注意する必要はない。視覚障害者が視力を確保するために近づくことは、不審者に類似する行動であるという考えがうかがわれ、障害の特性に対する偏見・悪意を反映しているといえる。また、生徒に対して視覚障害の特性であるという理解を促す必要もなかったかもしれない。

また、目が見えないから授業ができないということについて、神戸地裁は「実際の授業の状況や生徒の受け止め方を確認せずに発言したのであれば、軽率であり配慮に欠ける。しかしこれをもって視覚障害者である原告に対する侮辱、虐待であるとか、人格権を侵害するものであるとまではいえない。」とする。確かに、原告は居眠りをする、生徒に自身のパソコンを貸与するなどの軽率な面は認められるが、居眠りに関しては、視覚が狭いことからくる集中力の途切れであった可能性もあり、休憩時間を多めにとらせるなどの合理的配慮も妥当だったかもしれない。いずれにせよ、第4、5章で紹介したアメリカのBelasco事件²⁹のように、障害を理由に学級崩壊が起きるなどの生徒の問題行動が生じているならばともかく、本件ではそのような事実はなく、原告は視覚障害によって職務の本質的機能を履行できていない状況とはいえない。原告が職務の本質的機能を遂行できていることに疑いはないわけであるから、被告の発言に正当性はなく、退職勧奨のための発言にすぎない。もしも原告が職務遂行に困難を抱えているならば、拡大文字の教科書を用意したり、ルーペの提供をしたり、休憩時間を設けたり、会議に文書資料を付けるなどの合理的配慮を提案するなど可能であったはずである。「合理的配慮指針事例集」には「業務指導や相談に関し、担当者を定めること。」「弱視の方の場合、輪郭がぼやけて形を識別しづらい、コントラストの差が小さい(色が似ている)物の識別がしづらい等の支障があります。また、視野狭窄の方の場合、ページのレイアウトを把握しづらい等の支障があります。これらの支障を改善するためには、視覚障害者のための各種支援機器を導入すること等」³⁰が推奨されるとしている。本件は、被告の直接差別だけでなく、障害被用者に対して全く合理的配慮を検討していなかったことも問題といえる事例である。

7.2.3 障害者権利条約署名後の我が国の労働判例のまとめ

「7.2」では、障害者権利条約署名以降の我が国における雇用分野の合理的配慮に関する事例、又は合理的配慮が検討されるべきであった事例について紹介をした。いずれの事例においても裁判所は、合理的配慮概念についての理解が不十分であった。「7.2.1」で紹介した事

²⁹ Belasco v. Warrensville Heights City Sch. Dist.

³⁰ 厚生労働省・前掲注(18)5、8頁。

例は、合理的配慮については検討を試みるものの、合理的配慮の成否にかかわる、有資格の個人、職務の本質的機能、過度の負担の抗弁については判断枠組が構築されていないこともあり検討不十分であった。有資格の個人、過度の負担については、アメリカ法の分析でみてきたように個別性・個人性が高いが、完全にケースバイケースというわけではなく一定の判断枠組が必要である。これらの要素についてはアメリカ法においてすでに判断枠組と立証責任の分配が確立しており、これを参考にすることが有用であろう。「7.2.2」で紹介した事例は、視覚障害者の教員に対する直接差別の事例として扱われているが、使用者が原告の障害について知っていた時点で合理的配慮が発生しており、障害者差別解消法・改正障害者雇用促進法施行以降の事例であるにもかかわらず合理的配慮について全く検討されなかったことが問題である。

また、原田学園判決を除いて裁判所は、合理的配慮の提供に至る労使の協議過程という手続的過程については、全く検討をしていない。原田学園判決が合理的配慮の手続的側面について述べたことは肯定すべきであるが、同判決も手続的過程について「合理的配慮の観点から望ましい」と述べるに留まり、手続的過程が合理的配慮に不可欠な義務であるとまで言い切っていない。本稿「3.4」のインタラクティブ・プロセスの判例分析で示したように、合理的配慮には実体的側面だけではなく、手続的側面も含まれている。障害という多種多様で属性内の共通項が少ない属性においては、手続的正義が担保されていなければ、権利保障は困難である。いずれの事例においても労使が適切に協議を行っていれば、障害被用者が被る不利益は解消したといえる。この検討が行われなかったことや、これを使用者の義務として検討されなかったことは、問題である。

7.3 障害者の地域で暮らす権利

障害者権利条約は19条で「(障害者の) 自立した生活及び地域社会への包容」を規定している。すなわち、全ての障害者は、他の者と平等に地域社会で生活する平等の権利を有しており、障害者がこの権利を完全に享受し、地域社会に完全に包容され参加することを容易にするために、締約国は措置を講じなければならない。このように障害者の平等権保障には、障害者が地域社会で暮らす権利を保障していくことも重要である。この点に関して我が国の最高裁判所が判断をした事例といえる、在宅ケア中に認知症者が線路に立ち入り死亡し鉄道会社が家族に賠償請求をした事例（最三小判平28年3月1日裁時1647号71頁、以下、認知症男性鉄道死亡最高裁判決）がある。本節では、同事例について検討をする。同事例は、障害者・高齢者による加害事故の損害賠償責任を負う者が誰であるか、という視点での法理しか語られていないが、このような事例に合理的配慮の視点を加えれば、異なった視点からの検討が可能である。

同事例は認知症高齢者の徘徊による死亡事故であるが、高齢者は、加齢により障害のあることが多く、高齢者の問題は障害者の問題と類似する点が多くある。加齢による歩行障害や視力・聴力障害だけでなく、認知機能の障害もある。高齢化の進展に伴い、障害者と高齢者の区別は難しくなり、障害者・高齢者に関わる事故が問題となっている。障害者・高齢者の事故は主に、障害者・高齢者が被害を受け家族が賠償請求する事例が一般的であった。しかし、障害者・高齢者が地域で自立した生活を営む権利という見地から、在宅で生活する障害者・高齢者が増え、自動車運転中の事故や、失火による火災など障害者・高

齢者が加害者になる事例も発生している。いかに万全なケアを行っていても、障害者・高齢者の事故は生じえ、今後より増加することが見込まれる。

事故が生じた場合、その損害に対する賠償責任が問題となる。損害賠償の問題は民法の不法行為に属している。不法行為とはある者が他人に損害を加えた場合に、被害者救済を目的として加害者に損害賠償義務を発生させるものである（民法 709 条）。不法行為の要素として行為者の「故意又は過失」が要求されるので、行為者が自身の行為の結果を予見する能力が必要である。しかし認知症者などの一部の精神障害者は、自己の行為の結果どのような法的責任が発生するかを認識する事理弁識能力を欠くとして民法上「責任無能力者」と呼ばれ他者に損害を加えた場合、賠償義務はない（民法 713 条）。一方、認知症などの症状がなく自己の行為について「責任能力」のある障害者・高齢者は、自動車運転事故を起こしたとしても自身が賠償責任を負う。責任能力とは法律上の観念であり、いかなる能力を指しているのかは必ずしも検討が深められているとはいえない³¹。現在のところ、裁判官は加害者の責任能力の有無について医師の鑑定を参考資料にするとしても、その意見に拘束されず、平均人の注意能力を基準として責任無能力者が自己の行為によってなんらかの法律上の責任が、自身に生じることを認識できるかによって決定している。

英米法系の国では、責任無能力者の事故について、我が国とは異なる判断をとっている。元来、英米法の最大の関心事は個人の自由の保護である。不法行為に関しても、英米法は自由の保護のために個人主義的な自己責任の原則を貫いている。精神障害者などの責任無能力者が起こした損害についても英米法は、責任無能力者自身に民事責任を認める。例えば、統合失調症患者が義父が自身を殺そうとしていたと思い込み、銃で撃って死亡させた *Polmatier* 事件において、統合失調症患者の弁護士は、妄想にかられた合理的な選択に基づかない行為は、そもそも故意による行為ではないため精神障害者は責任を負わないと主張した。しかし *Connecticut* 州最高裁は、妄想に基づく非合理的な選択であっても、個人の選択の一種であるとして、統合失調症患者の賠償責任を認めた³²。同様に、精神障害を理由に運転免許をもたない精神障害者が自動車を運転し、第三者を死亡させた *Gossett* 事件³³と *Johnson* 事件³⁴でも、州最高裁は通常の運転事故と同様に精神障害者本人に損害賠償責任を負わせている³⁵。英米不法行為制度は、自己責任の原則、不法行為を繰り返さないような抑止、個人の自由の保護が目的となっている。

一方、我が国の民法は、加害者が責任無能力者であった場合に被害者が救済されないのは不当であると考え、責任無能力者を監督すべき「監督義務者」に賠償責任を課す（民法 714 条）。監督義務者は、法で定められた「法定監督義務者（714 条 1 項）」と監督を事実上引き受けたと認められる「準監督義務者（同条 2 項）」に分かれる。我が国では、不法行為法の目的は、被害者救済や損害の填補にある。監督義務責任は元来、家長が家族団体

³¹ 大澤逸平「不法行為成立要素論の展開と責任能力：責任能力論からの応接とフィードバックの試み」論及ジュリスト 16 号（2016 年）26-28 頁。

³² *Polmatier v. Russ*, 537 A. 2d 468 (Ct. 1988).

³³ *Gossett v. Van Egmond*, 155 P. 2d 304 (Ore. 1945).

³⁴ *Johnson v. Lambott*, 363 P. 2d 165 (Colo. 1961).

³⁵ 樋口範雄『アメリカ不法行為法』第 2 版（弘文堂、2014 年）4-31 頁。

の統率者として家族員の行為に絶対的な責任を負うと考えられ、戦後は、人的危険源に関する危険責任と家族関係の特殊性を根拠として、家族が監督責任を負うとされてきた³⁶。英米法とは異なり我が国の不法行為制度は、団体秩序を根拠とする法制度で、家族に身代わりで責任を負わせることで、責任無能力者の監視を促進する法制度である。英米法は、家族であっても責任無能力者を完全にコントロールすることはできないという前提に立って法制度が組み立てられており、我が国の法制度と家族観・自己責任の考え方に基本的な違いがあるといえる³⁷。しかし、我が国も、監督義務責任制度に疑問が呈されており、介護主体が多元化した現代、いかなる者が精神障害者の代わりに賠償責任を負うべきか議論されてきた³⁸。家族が一律に損害賠償義務を負うとなると在宅介護の阻害要因となる。そのような中 2016 年の認知症男性鉄道死亡事故最高裁判決は、最高裁として初めて準監督義務者の判断要素を示した。同事例は、障害者・高齢者の監督義務責任を家族に一方向的に課すものでなく、家族介護者の負担を軽減するものであり、介護者の人権だけでなく認知症患者が地域で暮らす権利も保障しうるものと解釈できる。本判決は認知症患者が地域コミュニティで他者と平等に生きるために重要であり、今後のリーディングケースとなるものである。

7.3.1 認知症男性鉄道死亡事故最高裁判決：事実概要と判旨

アルツハイマー型認知症を罹患していた男性（91 歳）は、歩行困難で要介護 1 の妻（85 歳）と愛知県で同居していた。男性の認知症の症状が悪化し、長男は横浜市に住んでいたため、長男の妻が単身で男性宅の近隣に転居し介護をしていた。長男は月に 3 回程度男性宅を訪ね、自身の妻から男性の状況について報告を受けていた。男性は週 6 回の頻度でグループホームに通い、それ以外の日は長男の妻が朝から就寝まで介護を行い、男性が就寝した後は男性の妻が様子を見守るようにしていた。男性の認知症は進行し、常に介護が必要な要介護 4 の認定を受けた。男性は家族が眠っている間に 2 度徘徊し、警察に保護されていた。徘徊対策として長男の妻は、警察にあらかじめ連絡先などを伝え、男性の洋服に連絡先を縫い付け、男性の外出に常に付き添うようにした。長男は、自宅出入口にセンサー付きチャイムを設置した。男性は 1998 年頃まで、自宅で不動産仲介業を営んでいたため男性宅には事務所用の出入口もあった。この事務所用出入口には、以前から客の出入りを確認するためのセンサー付きチャイムが取り付けられていたが、本件事故当日までその電源は切られたままであった。妻、長男、及び長男の妻は、男性が外出できないように門扉に施錠などもしたが、男性が門扉を激しく揺するなどして危険であったため、施錠は中止した。

³⁶ 幾代通・徳本伸一『不法行為法』（有斐閣、1993 年）191 頁；加藤雅信『事務管理・不当利得・不法行為』第 2 版（有斐閣、2005 年）301 頁。

³⁷ 樋口範雄「子どもの不法行為：法的責任の意義に関する日米比較の試み」（藤倉皓一郎編）『英米法論集』（東京大学出版会、1987 年）428-431 頁。

³⁸ 窪田充見「責任能力と監督義務者の責任：現行法制度の抱える問題と制度設計のあり方」（現代不法行為法研究会編）『不法行為法の立法的課題』（商事法務、2015 年）94 頁。

2007年12月7日、本件事故当日、午後4時30分頃、男性はグループホームの送迎車で帰宅し、その後、妻と長男の妻と事務所部分で一緒に過ごしていた。その後、長男の妻が自宅玄関先で男性が排尿した段ボール箱を片付けていたため、男性と妻が事務所部分で2人きりになっていたところ、長男の妻が部屋に戻った午後5時頃までの間に、妻がまどろんで目を閉じている際に、男性は1人で外出した。男性は、電車に乗り隣駅で下車し、駅ホーム先端の施錠されていない扉を開けて線路に下りた。そして、同日午後5時47分頃列車と衝突し死亡した。鉄道会社は相続人の妻・長男に対し、本件事故により列車に遅れが生ずるなどの損害を被ったとして賠償請求をした。なお、本件男性は精神保健福祉法5条の精神障害者に該当する。

名古屋地裁（名古屋地判平25年8月9日判時2202号68頁）は、妻・長男の損害賠償責任を認めた。妻は、男性と同居し身の回りの世話をしていたのだから、男性の徘徊を防止する義務があるとし、長男については男性の介護方針を決定していたことから準監督義務者に該当し、十分な徘徊防止措置を怠ったと判断した。名古屋高裁（名古屋高判平26年4月24日判時2223号25頁）は、長男について認知症者と別居していたことを理由に監督義務がないと請求を棄却したが、妻は同居する配偶者として民法752条の夫婦の扶助協力義務があり、監督責任を負うとした。これに対し家族側は、妻が充実した介護体制を構築し、監督義務の履行に努めていたとして上告した。鉄道会社は、家族が適切な徘徊防止措置を尽くしていなかったと主張した。

最高裁は、妻・長男共に法定監督義務者・準監督義務者に該当しないため、男性を監督する義務はなく、賠償責任を負わないとした。

従来、法定監督義務者は、1999年改正前の精神保健福祉法22条の「保護者」と1999年改正前の民法858条1項の「成年後見人」が該当する、とされていた。最高裁は、本件事故当時、妻は保護者であったが、保護者の「自傷他害防止義務」は1999年に廃止され、保護者制度そのものも家族に多大な負荷を課すとして2013年に廃止されていることから、2007年に生じた事故について保護者制度を根拠に妻・長男に監督責任を問うことはできないとした。次に、最高裁は、妻及び長男が成年後見人として監督義務責任を負うかに関し判断を行う。妻・長男は成年後見人に選任されていないが成年後見人であったとしても、1999年に成年後見人の「療養看護義務」は「身上配慮義務」に改められており、

「この身上配慮義務は、…成年後見人が契約等の法律行為を行う際に成年被後見人の身上について配慮すべきことを求めるものであって、成年後見人に対し事実行為として成年被後見人の現実の介護を行うことや成年被後見人の行動を監督することを求めるものと解することはできない。そうすると、（本件事故当時、妻と長男が）…保護者や成年後見人であることだけでは直ちに法定の監督義務者に該当するということとはできない。」

さらに、民法752条の夫婦の扶助協力義務は、夫婦の同居、協力及び扶助の義務について規定しているが、これは、片方の配偶者の保護を目的として夫婦間で相互に相手方に負う義務で、第三者との関係で責任を負う社会防衛的な監督義務ではない。従って、配偶者であることを理由に責任無能力者を監督する義務があるとはいえないとした。

次に、最高裁は、妻と長男が準監督義務者に該当するかどうか判断をした。最高裁は、準監督義務者の判定に際し以下を考慮し、介護者が精神障害者の監督を可能かつ容易か判断するよう述べた。

「(介護者)自身の生活状況や心身の状況などとともに、精神障害者との親族関係の有無・濃淡、同居の有無その他の日常的な接触の程度、精神障害者の財産管理への関与の状況などその者と精神障害者との関わりの実情、精神障害者の心身の状況や日常生活における問題行動の有無・内容、これらに対応して行われている監護や介護の実態など」

これら4要素を総合考慮して、その者が精神障害者を監督することが可能かつ容易で、責任を問うのが相当といえる客観的状況か判断しなければならない。

最高裁は、この考慮要素を本件に適用する。妻について、本件事故当時85歳で左右下肢に麻痺拘縮があり要介護1の認定を受けているという身体的状況であり、妻による介護は長男の妻の補助にすぎず、男性の第三者に対する加害行為を防止するために監督することが現実的に不可能な状況であったとして、妻は、準監督義務者ではないと判断した。

長男に関しては、介護計画に加わり自身の妻に介護を担わせていたが、長男自身は横浜に住み東京で勤務し、本件事故直前も月に3回程度、男性宅を訪ねていたにすぎないことから、男性の加害行為を防止するために監督することが可能な状況ではなく、事実上、監督を引き受けていたとはいえないと判断した。これらの理由から、最高裁は妻・長男共に、法定監督義務者でも準監督義務者でもないため、民法714条の損害賠償責任を負わないとして、本件請求を棄却した。

7.3.2 認知症男性鉄道死亡事故最高裁判決：考察

元来、監督義務者の解釈は、成年後見人など包括的義務を負う者の存在を前提にしており、現在のように介護主体が多分化し種々の関係者が職責を分担するあり方は想定されていなかった³⁹。家族の負担軽減のために2013年に保護者制度が廃止され、被後見人の自己決定権の面から1999年に成年後見人の療養看護義務が身上配慮義務に改められて以降、現代の介護実態における監督義務者の判定は社会的関心事となっていた。また、本件第2審の名古屋高裁は、民法752条の「夫婦は同居し、互いに協力し扶助しなければならない」という夫婦の扶助協力義務を根拠として、妻の法定監督義務責任を認めていた。今日、親族などによる成年後見の困難な者が増加しており、家族以外の者が成年後見人に多く選任されていること、精神保健法の保護者制度は廃止されたこと、また夫婦間の義務は第三者に対する社会防衛義務ではないことから⁴⁰、成年後見人・保護者・夫婦が直に法定監督義務者であるという旧来の解釈は妥当ではない。このような中、本件最高裁が「成年後見人の義務≠介護・監督義務」「配偶者≠法定監督義務者」としたことは、近親者の負担を軽減する意味をもつだろう。

³⁹ 米村滋人「判批」判例時報 2256号(2015年)121頁。

⁴⁰ 米村・同書；前田陽一「判批」論究ジュリスト16号(2016年)23-25頁。

次の論点として最高裁は、妻及び長男が準監督義務者に該当するかの判断を行い、最高裁として初めて準監督義務者の考慮要素を示した。この準監督義務者の4考慮要素も、家族介護者への理解を示していた。4要素の①は介護者の状況、③は被介護者の状況、さらに②④は介護者と被介護者の関係性と介護実態を示し、これらへの総合考慮を要求していた。介護者・被介護者の状況（①③）と双方の関係性（②④）に考慮して、その者に責任を問うことが相当であるか判断することで、介護者への一方的な負担を避けているといえる（図1）。

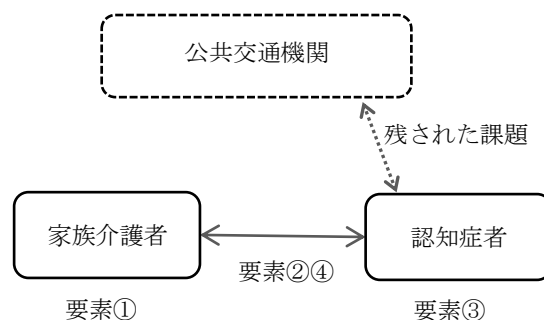


図1 準監督義務者を判定する4考慮要素

本件では、妻に関しては、妻が高齢で歩行がままならない要介護者であるという身体的状況（①）と妻による介護が長男の妻の補助にすぎない介護実態（④）、長男については自身の妻に介護を担わせていたがこれを長男の介護実態と捉えず（④）、認知症者と別居し関わりが希薄な実情（①②）から準監督責任が否定され、介護者の事情が大きく考慮されていた。最高裁は4要素の優劣関係を示していないが、本件では①②④が重要視されていたといえる。さらに、要素②には「精神障害者との親族関係の有無・濃淡、同居の有無その他の日常的な接触の程度、精神障害者の財産管理への関与の状況など」という例示があり、親族関係を判断要素としているにもかかわらず、最高裁は親族関係を理由に準監督責任を認めることはなかった。また、財産管理への関与についても、妻は男性の財産管理をしていたが、法定意見はこれに一切、言及せず、財産管理を理由に準監督責任を認めることもなかった。要素②において、同居の有無その他の日常的な接触の程度が、親族関係の有無・濃淡、財産管理への関与よりも決定的な要素であるといえよう。この考慮要素によって、家族は、親族関係や財産管理などのみを理由に、賠償責任を認定されることは少ないといえ、監督が可能かつ容易であるかという点からも判断されることが明らかになった。

なお、本件最高裁は、家族以外が4要素の対象となるか明言しなかった。男性がグループホームにいる間に線路に降りた場合、グループホームが準監督責任を負ったのだろうか。要素②は親族関係を例示するが、親族関係がなければ監督責任はないと断定しているわけではなく、1要素の例示にすぎず、これに限定されないとも解せる。しかし、最高裁の担当調査官の山地は「（本要素の）直接の射程は家族等の自然人の責任が問題とされる場合に限定され、介護等を行う施設等の責任が問題とされる場合は直接の射程に含まれな

いものと解される」と述べている⁴¹。介護事業者等は本要素の対象とならないというのが最高裁の見解といえよう。

上記のように、本件は在宅ケアを選択する家族にとって意義深い判決であるが、本研究では社会側、すなわち公共交通機関の責任も取り上げなければならないだろう。本判決の焦点は、介護者と認知症患者の二者関係に限定されていたため問題とならなかったが、「残された課題」として鉄道会社の責任も考察すべきである（図1）。本件は電車の遅延という被害を被った鉄道会社が原告となり、認知症者の相続人を被告として賠償請求した事例であった。家族の監督義務責任が争点となっていたため、鉄道会社の責任について最高裁は言及しなかった。しかし、家族に監督責任ありと判断され過失相殺が認められた場合、鉄道会社の義務違反も追及すべき事例であった。例えば、本件第2審の名古屋高裁は、認知症男性が列車に乗車して事故現場に至ったと認定した上で、鉄道会社の管理については、駅で利用客などに対する監視が十分になされ、またホーム先端のフェンス扉が施錠されていたれば、本件事故の発生を防止することができると推認される事情があったとして、賠償額を半額に減額していた。この判断からも、鉄道会社には乗客が線路に降りる事ができないよう施錠するなどが要求されていただろう。

さらに、障害者権利条約と障害者差別解消法の視座に立つと、鉄道会社が認知症患者などの社会的弱者を考慮に入れた営業形態をとっていなかったことが問題視される。障害の社会モデルの観点から見ると、認知症の症状の一部である徘徊が他人に危害を及ぼす行為として許容されないのではなく、このような人々を無視して構築されてきた社会に問題がある。すなわち、

「鉄道事業にあつては、専用の軌道上を高速で列車を走行させて旅客等を運送し、そのことで収益を上げているものであるところ、社会の構成員には、幼児や認知症患者のように危険を理解できない者なども含まれており、このような社会的弱者も安全に社会で生活し、安全に鉄道を利用できるように、利用客や交差する道路を通行する交通機関等との関係で、列車の発着する駅ホーム、列車が通過する踏切等の施設・設備について、人的な面も含めて、一定の安全を確保できるものとするのが要請されているのであり、鉄道事業者が、公共交通機関の担い手として、その施設及び人員の充実を図って一層の安全の向上に努めるべきことは、その社会的責務でもある。」⁴²

これは本件第2審が妻の賠償額を減額する根拠として述べた一文であり、障害者権利条約・合理的配慮・社会モデルなどに言及したわけではないが、鉄道会社は、幼児や認知症患者のように危険を理解できない者が鉄道を利用することも考慮して、彼らが直面する危険を防ぐための合理的配慮を行わなければならない。もしも鉄道会社に社会モデルと合理的配慮の視点があったならば、本件事故は回避することができたであろう。合理的配慮は、雇用分野だけでなく、障害者が社会生活のあらゆる分野において他者と平等に生活するために必要不可欠なものである。本判決は障害者差別解消法施行の1ヵ月前に下さ

⁴¹ 山地修「判解」ジュリスト1495号（2016年）104頁。

⁴² 名古屋高判平26年4月2日判時2223号25頁。

れたものであるが、同法は制定されており、障害者権利条約もすでに批准されて2年以上たった後の判決であった。にもかかわらず、鉄道会社が合理的配慮を考慮せず、裁判所がこれについての言及をしなかったことは、問題視すべきである。この事実は裁判所が障害者の人権についての理解が浅いことを示しているといえよう。

また人権論だけではなく、不法行為防止という民法の目的からも、認知症者の不法行為責任の防止を家族の監督に依拠するだけでは、むしろ被害者はどんな場合にも賠償が得られるので、注意を怠りがちになる。被害者側にも注意を促すルールが必要である⁴³。

7.3.3 障害者の地域で暮らす権利のまとめ

認知症男性鉄道死亡事故最高裁判決に対する批判として、社会福祉専門職関連団体は、長男が認知症者との別居を理由に責任を免れており、同居家族のみにリスクを負わせたと述べている⁴⁴。確かに、本件の準監督義務者を判断する4要素は認知症者との接点が多い者ほど賠償責任を負う可能性が高いとも捉えられかねない。例えば、長男の妻は相続人でないため鉄道会社から損害賠償請求されていないが、同人は認知症者の近隣で生活をし

(①)、親族関係があり日常的な接触の程度が多く (②)、実質的に手厚い介護を行っていた (④)。長男の妻が被告となっていた場合、賠償責任が肯定されたのではないかという懸念もある。しかし、本考慮要素は4つ全てを踏まえておらねば準監督義務者に認定されないというハードルの高いものである。例えば要素③について、精神障害者の挙動が問題行動といえるほどでない場合や、それが手に負えないほどだった場合、監督することが可能かつ容易な状況とはいえないだろう。本件でも最高裁は、男性は認知症に罹患し要介護4認定と認めた上で、徘徊経歴は年1回の合計2回だけであったと述べており、問題行動とまでは捉えていなかったとも解せる。なお、本件岡部裁判官も個別意見において長男の義務懈怠を考察する際に、徘徊による問題が生じていたという状況ではなかったと述べている。

また岡部・大谷裁判官が、家族は認知症者の外出願望を満たすために外出に付き添ったり、玄関にセンサーを設置したり、警察に事前に連絡先を伝えておくなど、認知症者の意思を尊重した十分な対策を講じていた、と個別意見を付していることから⁴⁵、もしも家族が準監督義務者に認定されたとしても、裁判所はそれほど高度な徘徊防止措置を求めておらず、義務違反を認められる可能性は低いといえる。

認知症男性鉄道死亡事故最高裁判決の分析の結果、裁判所は、認知症者の徘徊防止の困難性に理解を示しており、手厚い介護を行った者ほど、賠償責任を負う可能性が高いとはいえないと明らかにすることができた。障害者・高齢者が地域で平等に暮らすには、介護

⁴³ 樋口・前掲注(37)。

⁴⁴ 社会福祉専門職団体協議会・ソーシャルワーク教育団体連絡協議会「認知症徘徊列車事故訴訟・最高裁判所判決への見解」http://www.jacsw.or.jp/05_seisakuteigen/files/016/0160222.pdf (閲覧日 2018年10月7日)。

⁴⁵ 両裁判官は、長男の責任について法廷意見と異なる立場である。両裁判官は、長男は認知症者と同居をしていないが、介護体制構築の中心的役割にあったことから準監督義務者に該当すると述べる。しかしその介護体制を評価して長男は監督義務責任を免れるという立場である。

者の負担減、介護主体の多様化が必要であり、それが介護者・被介護者の人権保障に繋がる。家族であることのみを理由に賠償責任を問われるとなると、在宅介護のハードルが上がり施設入所を促進することになりかねず、在宅介護を選んだとしても、四六時中の監督を余儀なくされることや被介護者の自由な行動を制限する可能性がある。認知症男性鉄道死亡事故最高裁判決の準監督義務者の4考慮要素は、介護者・被介護者の状況と相互の関係性の考慮を要求し、親族関係の有無、財産管理を決定的とはせず、家族介護者の負担を減少させる要素を含んでおり、手厚い介護を行う者に負担を課すものではなかった。これらの分析結果は、在宅で生活する家族と認知症者にとって大きな前進となろう。

また、障害者権利条約批准と、障害者差別解消法が施行された現在では、障害者・高齢者が他者と平等に地域で暮らす権利を保障するために、公共交通機関や公共施設をはじめとした社会側が障害者・高齢者の利用を想定した整備体制、すなわち合理的配慮を講じていなければならない。合理的配慮の必要性とその効果は、障害者・高齢者が在宅介護・施設介護のどちらを選択した場合にも不変である。また、家族のない独居高齢者にとっては、この合理的配慮の重要性は一層増すだろう。2018年10月21日の読売新聞の報道によれば、一般病院における認知症者の3割が車椅子に拘束帯などで固定される、患者の胴や手足を縛られるなどが行われていたという⁴⁶。このような体制が問題視されることはいまでもないが、社会が合理的配慮を講じることによって、かような不当な身体拘束や常時監視という介護・医療体制を変容させることができる。社会が合理的配慮を行わず、介護・看護者側が障害者・高齢者への不当な身体拘束や常時監視を行うことは、憲法11、13、25条に違反するだけでなく、その前提として他者と平等に地域で生活をする権利を妨げられており憲法14条の平等権に反する。非障害者向けの社会サービスや設備が、障害者にとって他者と平等に利用可能で、安全なものとして対応されていなければならない。

7.4 今後への示唆

7.4.1 まとめとアメリカ法解釈の我が国への適用

本研究は、合理的配慮の憲法上の権利性を立証するために、条約に先んじて合理的配慮を規定してきたアメリカ法を対象として検討してきた。アメリカにおいて合理的配慮の平等権としての権利性を否定する学説は、合理的配慮が①均等待遇、②能力主義、③資本主義の効率性に反することに依拠するが、合理的配慮はこの3つに反してはいなかった。

①第2、3章において合理的配慮と均等待遇原則の関係について分析をした。憲法と憲法に基づく伝統的差別禁止法理は、全ての者を法的に一律に取扱う「均等待遇」を原則とするが、合理的配慮は障害に基づく「別異取扱」である。この点をもって合理的配慮の権利性否定説、そして Garrett 連邦最高裁判決は、合理的配慮に憲法上の根拠がないとする。しかし、Garrett 判決は障害に関連する直接差別の事例であり、論理的必然性がないにもかかわらず合理的配慮の憲法上の根拠を否定した点で問題があった。さらに合理的配慮の権利性肯定説によれば、伝統的差別禁止法理の直接差別禁止、間接差別禁止の一部も実は属性を考慮に入れ、配慮を要求していた。権利性否定説は、合理的配慮を使用者の作為により作られた平等とするが、市民権法も使用者に作為、すなわち「緩やかな別異取扱」を要求しており

⁴⁶ 『読売新聞』(朝) 2018年10月21日。

「合理的配慮＝別異取扱」を理由に、合理的配慮が法に内在する平等でないとはいえない。本稿「1.2.2」で、合理的配慮は間接差別と相互補完関係にあるという植木説、合理的配慮を合理的区別と捉える有田説を紹介したが、均等待遇原則の絶対化の捉え直しでも合理的配慮を根拠付けることが可能である。また、障害に基づく別異取扱は、人種による別異取扱のように元々合憲性が疑われる「疑わしき区分」ではないと判断し、立法裁量を優先すべきとした1985年のClebune最高裁判決を肯定的に捉えて、障害という属性に対しては立法による別異取扱が可能と解釈することもできる。

これらの視点を踏まえ、第3章では、合理的配慮と同様に属性に基づく別異取扱であるアフーマティブ・アクションと合理的配慮の概念整理を行った。両概念は属性に基づき別異取扱を要求する点で類似すると解釈されやすい。しかし、両概念はその性質と役割において次の2点において異なっていた。(1) 合理的配慮は、障害者が現在直面している障壁を除去するための法的義務であるが、アフーマティブ・アクションは、過去の差別に対する救済的政策である。(2) 合理的配慮は個別化・個人化された措置であるが、アフーマティブ・アクションは属性に基づく一律の集団的な措置である。

アフーマティブ・アクションは、マイノリティの数的バランスの是正を目的としており、他の被用者よりも資格のない者を雇用するということもありうる。一方、合理的配慮の根底にあるのは個別的・個人的分析に基づいた就業能力の評価と障壁の除去である。就業能力がある障害者が非障害者と均等に能力が発揮できるよう、ステレオタイプを排して障害者の職務遂行能力と中立的規則を含む職場の状況を個々に考慮し、これらを調和させる方法を見つけ出す柔軟かつ継続的な義務である。アフーマティブ・アクションにおいて優先的取扱はそれ自体を目的としているが、合理的配慮では選択肢の1つとして考慮された結果的な優先的取扱である。優先的取扱を含むことのみを理由に合理的配慮はアフーマティブ・アクションと同義なのではなく、合理的配慮には優先的ではない措置もありうるが、非障害者を基準とした社会において特定の障害者個人に働く能力があるならば、非障害者に過度の負担とならない範囲でその機会を保障しようとするものであった。機会の平等から一步踏み込んだ結果の平等に近づこうとするクォータ制度のようなアフーマティブ・アクションは、マジョリティへ不利に働くことがあり逆差別として反発を生み出しているが、上記の点でアフーマティブ・アクションと合理的配慮は異なり、合理的配慮への不信感を減少させることが可能だった。「合理的配慮＝アフーマティブ・アクション」という根拠の下、合理的配慮の権利性を否定することはできない。

また、アフーマティブ・アクションとの比較で明らかになった合理的配慮の継続的、個別的・個人的特性から、合理的配慮には実体的側面だけでなく手続的側面を含んでいることが明らかになった。手続的義務の履行で実体的内容の不備を正当化することはないが、合理的配慮概念はこの措置の提供に際し、労使双方による事前の協議・調査という手続過程を経ていたかどうか重点を置いている。手続的過程の担保によって、障害という多種多様で属性間の共通項の少ない属性をもつ者が直面する障壁を、個別的かつ弾力的に除去することが可能となった。

②伝統的差別禁止法は契約の自由・自由競争を保障し、能力の優劣と処遇の優劣が一致すべきと考えている。第4章において合理的配慮は能力主義から逸脱する取扱であるかを検討した。合理的配慮の権利性否定説は、伝統的差別禁止法の差別禁止事由は能力と無関

係であるにもかかわらず、障害という属性は能力と関係があり、合理的配慮は能力を無視した取扱を要求する点で、伝統的差別禁止法の平等観と異なるとした。しかし ADA は、「職務の本質的機能」を履行できる「障害のある有資格の個人」に対してのみ保護が及ぶものであった。実際の判例では職務の本質的機能とは何か、原告が有資格の障害者であるか、事例ごとの分析が必要とされており、他者に職務の本質的機能を分配するような措置は合理的配慮ではなく、職務の本質的機能を履行できない有資格の個人ではないと判断された時点で ADA の下の訴権はなかった。有資格の個人であるかどうかは現行職務に対してだけでなく、配置転換先のポジションについても検討されるが、たとえ配置転換先のポジションの職務遂行能力があったとしても、他に最適任の応募者がいた場合には、これに優先して自動的に障害被用者が配置されるわけではない。障害があり、職務の本質的機能を有していることのみを理由に自動的に優先的取扱が講じられることはない。さらに、昇進先のポジションの職務の本質的機能の遂行能力があったとしても、昇進に該当する場合は合理的配慮としての配置転換とはみなされない。合理的配慮は、有資格の個人の要件を課している時点で能力主義に反するものではないが、有資格の個人であることのみをもって競争を排するような優先的取扱をするわけではない点で能力主義に反するものではない。また、実際の判例において知的障害者や起きることもままならない重度障害者に対して合理的配慮を認めた事例は存在せず、さらに合理的配慮の提供が認められた事例の多くは、採用後の障害者に対するものであり、採用後の障害者に関しては雇用維持をするという程度の合理的配慮であった。能力の優劣と処遇の優劣が矛盾することはなく、合理的配慮の履行により発揮できる障害者個人の能力に焦点を当て、労働能力を適切に評価するものであった。割当雇用制度の存在しないアメリカにおいて、有資格の個人の要件によって、そもそも就業能力のない障害者の採用ということは考えられにくい。障害という属性にとらわれず職務遂行能力を判断するという点で、ADA の合理的配慮は能力主義にむしろ即しているといえる。我が国には有資格の個人の規定がないが、厚生労働省の策定した合理的配慮指針は「障害により、配慮をしても重要な職務遂行に支障を来す…（と）判断される場合に、当該職務の遂行を継続させる」措置は合理的配慮として要求されない、と示しており、ADA と同じく職務の遂行能力が要求されている⁴⁷。

③第 5 章では、合理的配慮と資本主義の効率性の整合性を検討した。資本主義の効率性とは複合的性格があり、個別企業の収益性と資本主義全体の利益という観点がある。権利性否定説は、個別企業の収益性に着目し、伝統的差別禁止法は資本主義社会が使用者に利潤追求を認めているにもかかわらず、合理的配慮は個別企業の収益性を無視する措置、と指摘する。そして、直接差別などの差別禁止は、他者の請求とバランスがとれている必要がなく全て正当化される絶対的権利であるが、合理的配慮は差別を受けない権利のように無制限ではなく、有限な資源を他者と競争して分配される請求であり、権利ではないと主張する。一方、権利性肯定説は、合理的配慮は企業収益性を損なわないだけでなく、合理的配慮を提供することによって障害者を保護の客体から生産性ある労働者にすることで資本主義全体の利益になるという点を加味していた。

合理的配慮が資本主義の効率性（企業収益性）に反するものではないことを裏付ける法文

⁴⁷ 厚生労働省・前掲注（17）6 頁。

として、使用者の「過度の負担」の抗弁規定がある。同規定の下では、使用者は、他の被用者の職務遂行に影響や混乱を与えるなど、事業の性格や運営に変化をもたらすような措置を講ずる必要はない。実際の判例において裁判所は、使用者に多額のコストを負わせて障害者の生活をわずかに向上させるような合理的配慮を認めないなど、障害者の要求する合理的配慮を全面的に認めず、障害者の利益だけでなく、使用者側の利益・効率性にも考慮していた。

休暇の提供といった一時的に職務に従事しないことを許す合理的配慮については、使用者や同僚に負担を課すことが多いが、裁判所は、就業規則を超えた休暇を一律に過度の負担とすることもなく、休暇期間の長短によって過度の負担かどうかを判断していなかった。休暇前と休暇後に障害被用者の職務遂行能力を再検討し、休暇を提供したことによって生じる使用者側の負担を総合的に検討して判断をしていた。そして、休暇を提供しても職務遂行能力の回復の見込みのないものに対して休暇を提供することは、「社会保障が取り組むべき形態の」措置であり⁴⁸、合理的配慮には該当しないと判断していた。合理的配慮とは社会福祉・社会的な性質ではなかった。

確かに、権利性否定説が主張するように、合理的配慮は、過度の負担の抗弁が認められている点で無制限ではない。しかし、合理的配慮は、事例ごとの個別的・個人的なアセスメントを経て障害者の能力・職務内容・他者への負担が適切に調和することを求める手続的側面を内包した措置なのであって、有限な資源を他者と競争して分配される性質をもって権利性が否定されるわけではない。合理的配慮は障害者が能力発揮をするために雇用の質の改善を請求する権利である。その請求に基づいて労使が協同し、各々の状況を確認し、それを調和させる措置である。これを訴訟で争えることに意義がある。合理的配慮は、一定の作為が確実に提供されることに価値があるのではなく、労使協同の手続過程を経て障害被用者個人の最適な就労環境を模索することに価値がある。そして、この模索過程を経ることを社会に要求できることが、障害者の権利なのである。

合理的配慮は①から③のように伝統的差別禁止法を継承する側面があり憲法と憲法に基づく伝統的差別禁止法理に反するものではない。しかし、合理的配慮は、伝統的差別禁止法理を継承する側面がありながらも、これまでの平等概念を拡張するという **Krieger** らの学説も存在し、特に、社会権規定を有する我が国の憲法の下では、合理的配慮は、13条の幸福追求権、25条の生存権の下、権利性を根拠付けることが可能かもしれない。第6章では、この合理的配慮の平等権の拡張説について考察をした。しかし、アメリカの判例では、たとえ障害被用者の雇用維持のためであっても、障害者を障害を理由に自動的に昇進させるような合理的配慮は認められなかった。合理的配慮によって障害被用者が享受する利益は、雇用維持にすぎず、雇用維持のために能力主義や資本主義の効率性に反するような有利な取扱と、そしてそれに付随する高額な賃金までは認められていなかった。障害の社会モデルの下、合理的配慮は非障害者を中心とした社会構造を修正する措置であるが、それは、障害があるというだけの理由で労働能力のある障害者を労働市場から排除しようとする構造の是正を求めているだけで、能力主義や資本主義の構造修正を求めているわけではなかった。あくまで就労能力のある障害者の雇用維持のために、就労の障壁となっている障害という属

⁴⁸ Hwang v. Kan. State Univ., 753 F.3d 1159, 1162 (10th Cir. 2014).

性に対する敵意、ステレオタイプ、無関心といった構造を除去し、非障害者と平等に競争の場へ上がる、ないし復帰する機会を与えているにすぎない。能力主義や資本主義の効率性に反する結果の平等までを認めるものではない。合理的配慮の意義は、障害被用者が、雇用維持のために自身の能力、直面している障壁、使用者・同僚の状況を洗い出す協議過程を使用者に請求でき、その結果、競争の場へ戻ることができ、これを裁判で争う権利を得たことである。合理的配慮は、結果の平等を担保するものではなく、障害者にとって機会の平等達成のための措置として運用されている。

第7章では、アメリカ法研究から日本法への示唆を読みとるために、我が国の判例分析を行った。アメリカは、契約の自由が徹底され解雇自由を原則としているため、使用者は、業務上疾病によって職務遂行能力を失った被用者であっても雇用契約を終了していた。しかし、アメリカ判例における合理的配慮は、業務上疾病か私傷病かを問わず、障害を理由に自動的に解雇することを認めず、障害者の意向を取り入れて雇用維持の方法を模索することを使用者に要求していた。この意味で、アメリカ法において合理的配慮は、「能力の再評価」のみならず「雇用の質の改善」をももたらす積極的な措置であった。とはいえ、業務上疾病による障害であっても、合理的配慮として障害者に新しい職務を創設することまでは使用者にとって過度の負担となり、認められていなかった。

一方、我が国では労働災害によって職務遂行能力を失った被用者を解雇することは、使用者から労働災害防止義務を免除することになり、認められていない。さらに、障害者権利条約署名前、すなわち、2013年以前の我が国の労働判例を分析したところ、我が国では、職種を限定せずに雇用された被用者が私傷病で現行職務を履行できなくなった場合、使用者は同被用者の雇用維持のために、民法の信義則の下、配置転換や職務負担軽減措置を講じるよう求められていた。また、民法・労働契約法の使用上の義務である安全配慮義務も事後的な問題解決策ではあるが、採用後被用者に対するケガ、疾病、障害の発生防止義務と救済を義務付けていた。これらの措置は、障害・病気を理由とした自動的な解雇を防ぐ点、また被用者の症状や状況に応じた柔軟な対応を要求する点で合理的配慮に類似している。このように、我が国では、すでに合理的配慮に類似するような個別化・個人化された配慮が行われてきているのであってこれまでの経験を合理的配慮の場面でも活かすことが可能であった。そして、条約批准と障害者差別解消法・改正障害者雇用促進法が合理的配慮を明文化したことによって、今後は、我が国もアメリカの判例同様に、障害者の雇用形態・使用者の就業規則に関係なく、可能な限り雇用維持の方法を模索するよう被告に要求する権利がある。

さらに障害者権利条約署名以降の我が国の判例を分析したところ、いずれの事例においても裁判所は、合理的配慮概念の理解が不十分であることが明らかになった。合理的配慮について検討すべき事例あったのにこれに触れない事例や、合理的配慮について検討をした事例もケースバイケースの判断であり、問題があった。アメリカ法も事例ごとの判断が重要視されていたが、完全なケースバイケースではなく、有資格の個人・過度の負担について判断枠組が構築されていた。合理的配慮は個別性・個人性ある柔軟な措置ではあるが、完全にケースバイケースというわけではなく、使用者・障害者双方の責任を明確化するためにも一定の判断枠組が必要である。

日本国憲法はアメリカ合衆国憲法とは異なり、社会権規定が存する。従って、合理的配慮を幸福追求権、生存権、生存権と一体的な勤労権に由来する権利と捉えることも可能である。

しかし、合理的配慮とは、非障害者を中心として形成された社会において、障害者個人の直面する障壁を除去し、障害者が他者と均等に能力発揮をする平等権に基礎づけられる。合理的配慮が均等待遇原則・能力主義・資本主義の効率性に反する底上げと捉えられた場合、アファーマティブ・アクションにおいて生じたようなバックラッシュも懸念されうる。しかし、本研究は、合理的配慮による平等が憲法の平等観に反するものではなく、伝統的差別法理の延長であり、合理的配慮の実質は、単なる能力の再評価にとどまらず、措置の個別化・個人化を要求するプロセスを経た結果として障害者の雇用の質の改善をもたらすことを明らかにした。合理的配慮とはこれまでの権利概念とは異なっており、障害者の権利状況に手続的側面を含めることで、権利主体として弱かった障害者の人権を強化できるのである。このことは、障害者権利運動のスローガンであり、障害者権利条約の基礎理念である「nothing about us without us」とも合致している。Rawls の格差原理は、最も不遇な状況の人々の利益になるように財は分配されねばならないとし、この不遇な人々を「身体的ニーズと精神的諸要素が通常の範囲に収まっている人」と想定しており、障害者を除外して検討している。しかし、合理的配慮は Rawls の正義と大きく反するものではなく、障害者をこれに含みこむともいえるだろう。

我が国が今後、合理的配慮の事例に直面するにあたり、本稿で示した憲法の平等観と合理的配慮の類似性を考察することは重要である。合理的配慮は、実定法によって創設された政策的措置なのではなく、伝統的差別禁止法から導き出される平等達成のための障害者の権利である。

我が国の障害者差別解消法と改正障害者雇用促進法の行政解釈と一部の有力学説は、両法の合理的配慮規定と差別禁止規定から直接私法上の効力を導くことができない、と解釈している。この点について障害者権利条約批准による国内法整備の段階で、私法上の効果を規定すべきとの意見があり、厚生労働省（労働政策審議会障害者雇用分科会）と内閣府（障害者差別禁止部会）が検討を行ってきた。

厚生労働省は「今後の障害者雇用施策の充実強化について（素案）」（平成 25 年 1 月 22 日）の素案の段階で「障害を理由とする差別の禁止については、雇用に係る全ての事項を対象としており、個々の行為の効果は、その内容や状況に応じ個々に判断せざるを得ないことから、私法上の効果を規定することは困難」とされ⁴⁹、その後、厚生労働省が 2013 年 3 月 14 日に発表した「労働政策審議会障害者雇用分科会意見書」では「障害を理由とする差別の禁止については、雇用に係る全ての事項を対象としており、禁止規定に反する個々の行為の効果は、その内容や状況に応じ様々であり、個々に判断せざるを得ず、私法上の効果については、民法第 90 条、民法第 709 条等の規定に則り個々の事案に応じて判断される。」⁵⁰とした。内閣府意見も、従来の差別事案と同様に、民法 90 条や民法 709

⁴⁹ 厚生労働省「今後の障害者雇用施策の充実強化について（素案）」

<https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000002tdih-att/2r9852000002tdl9.pdf>（閲覧日 2018 年 9 月 21 日）。

⁵⁰ 厚生労働省・前掲注（22）2 頁。

条等の間接適用が可能であり、障害者差別解消法は何が差別に該当するかを定めるとしても、法的救済については民法によって判断される、としている⁵¹

浅倉は、以下のように私法上の効力の否定説を批判する。

「差別を禁じながらも、それに私法的効力を付与しない理由は、雇用に係る事項については禁止の効果が多様だからということらしい。…雇用における性差別を包括的に禁止する男女雇用機会均等法も、雇用に係る全ての事項を対象にするが、均等法における規定が私法的強行規定であることに争いはない。すなわち、均等法違反の行為は法律行為として無効であり（例えば均等法に反する業務命令や就業規則の定め）、対象となる労働者に損害を与えれば不法行為として損害賠償責任が発生し、それらに違反する就業規則については、労働基準監督署は変更命令を発することができる（労基法 92 条 2 項）。それ故、雇用に係る全ての事項が対象であり、それぞれの禁止規定違反の行為の効果も多様であるという理由から、障害差別禁止の私法的効力を否定する（べきではない）。」⁵²

民法の適用により合理的配慮が提供されるならば、同じく民法の信義則の下で障害者への配置転換を認めた従来の片山組事件やコントラ事件などの労働判例における雇用維持のための措置と変わりがないことになる。障害者権利条約は、障害者が能力発揮に際して直面している障壁を除去する調整や変更という合理的配慮を行わないことを差別と規定しており、障害者側から見れば、合理的配慮を請求する権利が認められているのであり、この点が障害者権利条約の核心である。行政権限の発動によって受ける権利性のない反射的利益を意味するものではない。条約適合的に解釈すれば、両法は行政に行政指導権限を付与するだけのものではなく、障害者が合理的配慮の請求権を有することを認めている。立法時に合理的配慮の民事上の請求権と差別禁止の私法上の効力に疑いをもつ意見は、合理的配慮の射程が狭まることの危険性批判としては是認できるが、立法後の解釈としては問題が大きい。しかし、立法後は、法解釈は権利に対して拡大的ではなくてはならず、条約の内容に適合させなければならない。行政授權規範が与えられると権利義務がなくなるというのは一般的な理論としても成り立たない。

本稿で検討してきたように、合理的配慮の不履行は伝統的な差別禁止原則の延長に該当する。障害者差別解消法と改正障害者雇用促進法における合理的配慮規定は、その不履行を差別とするものではなく、合理的配慮を義務付ける文面であるが、義務付け規定であっても、合理的配慮の不履行は差別であり、差別を受けない権利として合理的配慮の請求権が認められると解釈されなければならない。

⁵¹ 内閣府・前掲注（26）84 頁。

⁵² 浅倉 2013・前掲注（23）611-612 頁。また長谷川聡・長谷川珠子も「差別をされた者は、問題の取扱が差別と認定されるだけでなく、これらを通じてあるサービスを実際に受けられており、差別がなければ得られたであろう職位を獲得したりすることを求めているのが通例だろう。この要請に応えるような法的根拠を設けることが必要ではないだろうか。」と私法上の効力がないことについて問題提起している。長谷川聡・長谷川珠子「障害と差別禁止法」菊池馨実・中川純・川島聡編『障害法』（成文堂、2015 年）138 頁。

障害者差別解消法附則 7 条は、「施行後 3 年経過した場合に…社会的障壁の除去の実施についての必要かつ合理的な配慮の在り方その他この法律の施行の状況について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に応じて所要の見直しを行う」としており、この点について改められることが望まれる。

7.4.2 今後の研究の課題

本稿は、憲法と憲法に基づく伝統的差別禁止法理の平等観と合理的配慮が想定する平等観について考察するために、障害という特性が及ぼす影響が最も出やすい雇用分野に限定して研究をした。しかし、障害者の真の平等達成、障害者の社会へのインクルージョンと自立のためには、障害者・障害児の教育を切り離すことはできない。厚生労働省が平成 30 年 7 月 30 日に発表した「今後の障害者雇用促進制度の在り方に関する研究会報告書」においても「発達障害をはじめとする障害特性の多様化や教育機関における合理的配慮の提供等により、キャリア形成の道筋も 1 人ひとり大きく異な」っており、就労支援に際して「大学等の高等教育機関や普通高校、通信制の高校等、多様な教育機関との連携が求められる状況となっている。他方、これらの教育機関では、障害特性に応じた就労支援の経験が少なく、通学する学生や生徒も十分な就労支援を受けられないケースが見られる…、教育機関に対する就労支援ノウハウの提供等も進めていく必要がある。」と指摘されている⁵³。同様に内閣府の障害者政策委員会も「障害の有無によって分け隔てられることなく…可能な限り共に教育を受けることのできる仕組みの整備を進め…高等教育における障害学生に対する支援を推進するため、合理的配慮の提供等の一層の充実を図る必要がある。」という意見を出している⁵⁴。

今後は、障害者・障害児の成長発達権という視点から就労に切り離すことができない教育における障害者・障害児の権利について研究を行う必要がある。教育現場における合理的配慮に関する英米の判例、条約を対象に、障害児の合理的配慮について分析する必要がある。具体的には、障害児に無償で適切な公教育を提供することを目的としたアメリカの「障害者教育法 (Individuals with Disabilities Education Act) と、ADA 第 2 編 (公共機関) の教育分野での合理的配慮 (appropriate accommodation、modification) が示唆に富むと考えられる。現在、ADA 第 2 編の訴訟では、特に、学習障害などの発達障害のある生徒が同法の下での障害者に該当するかどうか争点となっている⁵⁵。

⁵³ 厚生労働省「今後の障害者雇用促進制度の在り方に関する研究会報告書」24 頁、

<https://www.mhlw.go.jp/content/11704000/000341830.pdf> (閲覧日 2018 年 10 月 7 日)。

⁵⁴ 内閣府「障害者基本計画 (第 4 次) の策定に向けた障害者政策委員会意見 (案)」47 頁、

http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/seisaku_iinkai/k_40/pdf/s1-1.pdf (閲覧日 2018 年 10 月 7 日)。

⁵⁵ ADA は高等教育機関での障害者の権利保障を対象としているが、IDEA は 3 歳から 21 歳の障害児の教育における権利保障を取り扱っている。障害者の教育分野での合理的配慮についての近時の事例では、専門学校の救命救急士コースの専門学校に入学した脳に障害のある学生の事例 *Campbell v. Lamar Inst. of Tech.*, 842 F.3d 375 (5th Cir. 2016). がある。同事例において学校側は原告の脳の障害に配慮をするためにパソコンとレコーダーを設置し、テストの際には追加時間を許可するなどの合理的配慮を行っていた。しかし 1 人の教員が、原告に対し再試を認めたため、原告は全ての教科について再試を認めることが

我が国での障害児の教育判例は、養護学校（当時）における性教育が問題となった七尾養護学校事件（東京高判平 23 年 9 月 16 日判例集未掲載）⁵⁶があり同事例において知的障害のある児童・生徒に対しては、障害を考慮して「より早期に、より平易に、より具体的（視覚的）に、より明瞭に、より端的に、より誇張して、繰り返し教えるということなどが『発達段階に応じた』教育であるという考え方も、十分に成り立ち得る」として、障害を考慮した教育方法を示唆した事例も存在する。しかし、障害のある児童・生徒の教育判例は、就学先の決定に関する事例が最も多い⁵⁷。普通教育の入学を認めた代表的な事例として、1992 年の筋ジストロフィー疾患を理由とする高校入学不許可処分取消訴訟判決（神戸地判平 4 年 3 月 13 日行裁例集 43 卷 3 号 309 頁）がある。同事例は、進行性の筋ジストロフィー症に罹患していた原告が、1991 年度の尼崎市立尼崎高等学校の入学を志願し、学力検査を受検したところ、調査書の学力評定・学力検査の合計点において合格点に達していたにもかかわらず、高等学校の全課程を無事に履修する見込みがないと判定されて、入学不許可の処分を受けたものである。原告は、同処分の取消しを求めるとともに、国家賠償請求をした。これに対して被告は、高等学校では、全科目の三分の一以上が選択科目であり教室の移動回数が多く、教師や級友などの介助にだけ期待をかけることは困難で、重大事故の発生の可能性も否定できないとして、中学校において教室移動が可能であったからといって、高等学校でも同じであるということとはできないと主張した。

神戸地裁は、普通高校における障害者の履修可能性の判断が学校長の裁量に委ねられることを認めた上で、過去に同高校に就学していた筋ジストロフィーの生徒の例を挙げて、過去の生徒に対しては、簡単な手足の運動、審判員としての参加、レポートの提出、見学などその生徒の心身の状況に適合した方法をその都度考えて体育実技の単位を認定しており、教室移動に関してはできるだけホームルーム教室で行えるように配慮を行うなどして教室移動回数を必要最小限に済ましてきたとする。本件原告についても、多少の教室移動であれば中学時代でも他の生徒らの協力によって可能であったため、高等学校において特に事情が異なるとは考えられない。

「障害を有する生徒が在籍する場合には、各教科、科目の選択、その内容の取扱などについて必要な配慮をすることが要求されているのであり、それは中学校と高等学校との間で基本的に変わるころはないというべきである。従って、中学校と高等学校の違いを必要以上に強調して、原告の高等学校における履修の可能性を否定することはできない。…障

合理的配慮であると主張した。学長は、全ての授業について 2 度の試験を認めることは合理的配慮には該当しないとしてこれを拒絶した。これについて第 5 連邦巡回控訴裁判所は、同配慮の不履行は ADA 違反ではないと判断している。同事例は最高裁に上告されたが上告棄却となっている *Campbell v. Lamar Inst. of Tech.*, 137 S. Ct. 2198 (2017).

⁵⁶ 同事例は最高裁に上告されるが、上告棄却となった。

⁵⁷ 神戸地判平 4 年 3 月 13 日行裁例集 43 卷 3 号 309 頁；札幌高判平 6 年 5 月 24 日判時 1519 号 67 頁；東京地決平 18 年 1 月 25 日判時 1931 号 10 頁；大阪高判平 20 年 3 月 28 日裁判所ウェブサイト掲載判例；大阪地決平 20 年 3 月 27 日判例自治 320 号 18 頁；大阪地決平 20 年 7 月 18 日判例自治 316 号 37 頁；奈良地決平 21 年 6 月 26 日判例自治 328 号 21 頁。

害者を受け入れたときには、その障害者の障害の程度、当該学校の実状にあわせて、介護、介助のための諸設備を整えていけばよいのであって、現在不十分であるならば、それを改善するためにはどのような諸方策が必要であるかを真剣に検討する姿勢に立つことが肝要であり、現在の施設、設備が不十分なことは、入学を拒否する理由とならないことはないというまでもない。」

として入学許否処分の特権の行使につき裁量権の逸脱又は濫用があったと認めた。

同判決は、通常学校への入学を認めた事例であるが、非障害者が通常学校で教育を受けるために学校側に体育の授業、教室移動などの合理的配慮を認めているといえるよう。

また、奈良肢体不自由児中学校入学仮の義務付け申立て事件（奈良地決平21年6月26日判例自治328号21頁）において奈良地裁は初めて、障害のある生徒の公立中学校への入学を認めた。原告は脳性麻痺により四肢機能に障害があり車椅子を利用して生活していたが、通常小学校の特別支援学級の教員の補助を受けながら通学していた。原告の小学校6年生のときの欠席日数は0日であり、今後も地元の中学校に通うことを希望した。教育委員会の就学指導委員会は、同地区には中学校が1つしかないため、同校の構造上の問題（段差・バリアフリー・運動場、体育館へ行く手段など）から安全を確保し事故を防止するための方策について検討した。しかし、同校の施設、設備の現状につき、「交流学級内は狭くて移動困難」「開放廊下は狭く、傾斜があり、溝もあるので自力移動は困難」「スロープなし」「移動可能な地道はなし」「校舎と運動場は500メートル離れており車椅子での移動は困難」「校舎、庭、体育館、プールへの移動は急階段になっており、通常では移動できない」「トイレは1階のみ」であり、そのほか「交流学級で学習するためには、克服しなければならない課題が多く存在する」「身体の成長は、本人の努力のみで上体の維持は益々困難になってくると思われる」などと捉えた上で、同人が認定就学者に該当するとは認められず、同人を就学させるべき学校としては養護学校が望ましいと結論した。なお、教育委員会の就学指導委員会の審議の要点をまとめたメモには、安全確保のための具体的な方策についての提案や人員配置、予算措置などについての問題点に関する記載はなかった。原告とその保護者らは、原告が、小学校就学時に心身共に成長し、身体機能や学力を向上させることができたのは、小学校の普通学級で他の児童らと共に学ぶことで、障害を克服しようとする意欲を維持し、努力を続けた結果であると考えており、普通中学校への就学を希望した。

奈良地裁は、就学認定者の判断にあたっては市町村教育委員会の裁量が認められるが、

「その判断にあたっては、当該生徒及び保護者の意向、当該市町村の設置する中学校の施設や設備の整備状況、指導面で専門性の高い教員が配置されているか否か、当該生徒の障害の内容、程度等に応じた安全上の配慮や適切な指導の必要性の有無・程度などを総合考慮した上、当該生徒を当該市町村の設置する中学校に就学させることが、障害のある生徒等1人1人の教育上のニーズに応じた適切な教育を実施するという観点から相当といえるか否かを慎重に検討する必要がある（あり）…学校教育法施行令の定める認定就学者の制度は、…『障害者基本法に基づき、また、国際的な障害者施策の潮流であるノーマライゼーションやインクルージョンの理念を踏まえつつ、障害のある子ども達が、生涯にわたって健康で文化的な生

活を営むためにも、障害のない子どもとの交流及び共同学習が一層推進されるよう努めること。』(衆議院文部科学委員会)、『就学先を指定するに際しては、事前に本人・保護者の意向を十分に聴取し、各学校の状況等を説明して理解が得られるよう努めることなど、相談機能の充実を図ること。また、就学先の指定について、手続の在り方を含め検討すること。』(参議院文教科学委員会)などと指摘されているところである。」

これらを踏まえ、その判断が、事実に対する評価が合理性を欠くなど著しく妥当性を欠き、特別支援教育の理念を没却するような場合には、その裁量権を逸脱又は濫用したものとして違法であるというべきである。

被告は中学校の施設、設備などが原告には不適切であること、肢体不自由者を適切に指導するための専門性の高い教員が配置されていない点を主張する。確かに同校は階段や段差が多く、直ちにエレベーターを設置するための財政的な措置をとることも困難である。しかし、「早急に介助員を雇用し、…小学校に通学していたときと同様、原告の移動を介助させることは可能と考えられる。」教室移動に際し原告は他の生徒らと同じ経路を通る必要性はなく、「階段や段差を回避して移動する方法も考えられる上、1年生の教室が4階にあることに固執する必要性も認められない。…各学年の教室を変更することが不可能又は著しく困難であるとまでは認め難い。…現状の設備を前提としても、原告の就学は可能である。」

専門性の高い教員がいないことについては、「本来、個々の教員には、…特別支援教育の理念にかんがみ、特別支援教育に関する専門性の向上が求められているのであるから、肢体不自由者を受け入れた経験がないということが、教員の配置に欠けることの理由とはならないというべきである。」確かに、本件養護学校の施設全体がバリアフリー化され、視覚障害者などを適切に指導するための専門性の高い教員が配置されていることは認められるが、原告と保護者らは小学校での経験をふまえ、中学校においても、普通学級で共に学ぶことを希望している。本件養護学校の規模やカリキュラムなどに照らすと、同校に就学することが原告の教育上のニーズに応じた適切な教育を実施するという観点から相当であるとは断じ難い。以上を総合すれば、原告の就学先については、本件中学校を指定することが、教育上のニーズに応じた適切な教育を実施するために最もふさわしいということができ、同校の施設などや教員の配置に関する上記の事情に鑑みれば、その障害の状態に照らして、当該市町村の設置する中学校において適切な教育を受けることができる特別の事情があると十分に認められる。

「中学校の現状の施設、設備及び教員の配置に固執したまま、現状においてとりうる手段や改善の余地等を検討することなく、原告の障害の状態に照らして、同校において適切な教育を受けることができる特別の事情があるとは認められないと判断したものというほかなく…慎重に判断したとは認め難く、著しく妥当性を欠き、特別支援教育の理念を没却するものとして、その裁量権を逸脱又は濫用したものとして違法であるというべきである。」

奈良肢体不自由児中学校入学仮の義務付け申立て事件は、障害児童が普通学校で就学する利益を認めた上で、設備・施設・教員の配置について配慮をすべきとして原告の普通中学校への就学を認めた

2013年9月に施行された改正学校教育法施行令の施行以前は、就学認定者と認められた場合にのみ例外的に普通学級に在籍できることになっていたが、2013年の改正学校教育法施行令5条において「その者の障害の状態、その者の教育上必要な支援の内容、地域における教育の体制の整備の状況その他の事情を勘案して」就学先を決定するという仕組みがとられ、障害児童が学校・学級の選択を行う権利を有しインクルーシブ教育の思想が反映されるようになった。現在のところ内閣府の障害者政策委員会は「障害により特別な支援を必要とする幼児・児童・生徒は、全ての学校、全ての学級に在籍することを前提に、全ての学校における特別支援教育の体制の整備を促す」インクルーシブ教育を進めるとともに、「管理職を含む、全ての教員が障害に対する理解や特別支援教育に係る専門性を深める取組を推進する。」と考えている⁵⁸。

上記の就学認定判例のように、学校側からの変更や調整があれば非障害者を中心とした環境において非障害者と平等に能力を発揮できる障害者もいる。教育予算や他の児童・生徒・学生に過度の負担を課さない場合にはこれが認められるべきである。しかし、雇用分野とは異なり、教育分野では生産性の向上や、利益・効率性の追求が最重要目的ではない。コスト負担と生徒・児童・学生の成長発達権は比べられるものではない。従って、「特に義務教育においては、そもそも、その条件整備はこれを提供する側の責務であること、合理的配慮がなければ、誰でも保障される義務教育の機会が十分に保障されないことに鑑みると、その例外は極めて限定的である必要がある。」⁵⁹また、教育分野における能力主義は、雇用分野における能力と同じではないことも考慮せねばならない。雇用における能力主義は、能力・業績と処遇が一致することを意味するが、教育における能力主義は、能力を伸ばすという側面と、能力に対する資格付与の側面をもつ。知的障害などによって高校入学・大学卒業などの資格付与に満たない生徒・学生、すなわち、学校教育法施行規則26条2項の「学力劣等で成業の見込みがないと認められる者」の場合、合理的配慮をどこまで提供されるかは今後検討せねばならない課題である。この問題についてこれからの展開とこれまでの判例を分析したい。

障害者権利条約24条は、他者と平等に自己の生活する地域社会において、「障害者を包容し、質が高く、かつ、無償の初等教育を享受することができること及び中等教育を享受することができる」ことを保障し、合理的配慮の提供を義務付けている。その過程は、本研究で考察してきたように、個別的・個人的に設置者・学校と本人・保護者の対話プロセスを経なければならない。そして、合理的配慮提供後も、障害のある生徒・児童・学生の発達段階に応じて継続的に考慮していかなければならない。

本稿で考察したように、雇用分野においては「数的是正」をする障害者雇用率だけでなく、非障害者を中心として形成された労働市場において障害者が直面する障壁を除去する「質的是正」を求めた合理的配慮が障害者の権利として認められていたのであり、今後、障害児に対しても特別支援学校という「場所の提供」のみならず、非障害児童を中心として形成された通常学校における障壁を除去する「教育の質的是正」を意図する合理的配慮も積極的に検討されるべきである。

⁵⁸ 内閣府・前掲注(54)49頁。

⁵⁹ 内閣府・前掲注(26)50-51頁。

主要判例リスト

第1章 障害に基づく違憲審査基準に関する判例

City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc., 473 U.S. 432 (1985)..... 16-25

第2章 合理的配慮と均等待遇原則に関する判例

Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett, 531 U.S. 356 (2001) 48-53

第3章 合理的配慮とアファーマティブ・アクションに関する判例

Aka v. Wash. Hosp. Ctr., 156 F.3d 1284 (D.C. Cir. 1998)..... 67-68

Dalton v. Subaru-Isuzu Auto, Inc., 141 F.3d 667 (7th Cir. 1998) 68-69

Daugherty v. City of El Paso, 56 F.3d 695 (5th Cir. 1995)..... 69-70

EEOC v. Humiston-Keeling, Inc., 227 F.3d 1024 (7th Cir. 2000).....70

EEOC v. United Airlines, Inc., 693 F.3d 760 (7th Cir. 2012).....75

Huber v. Wal-Mart Stores, 486 F.3d 480 (8th Cir. 2007)75

Mays v. Principi, 301 F.3d 866 (7th Cir. 2002) 74-75

Smith v. Midland Brake, Inc., 180 F.3d 1154 (10th Cir. 1999).....68

U.S. Airways, Inc. v. Barnett, 535 U.S. 391 (2002) 71-74

第3章 インタラクティブ・プロセスに関する判例

Bunn v. Khoury Enters., 753 F.3d 676 (7th Cir. 2014) 82-84

Cloe v. City of Indianapolis, 712 F.3d 1171(7th Cir. 2013) 89-90

EEOC v. UPS Supply Chain Solutions, 620 F.3d 1103 (9th Cir 2010) 87-88

Minnihan v. Mediacom Commc'ns Corp., 779 F.3d 803 (8th Cir. 2015) 85-86

Noll v. International Business Machines Corp., 787 F.3d 89 (2d Cir. 2015) 84-85

Smith v. Midland Brake, Inc., 180 F.3d 1154 (10th Cir. 1999)..... 81-82

第3章 イギリスにおける合理的配慮の手続的側面に関する判例

Project Management Institute v Latif [2007] IRLR 579 97-98

Mid Staffordshire General Hospitals NHS Trust v Cambridge [2003] IRLR 566..... 93-95

Southampton City College v Randall [2006] IRLR 18.....97

Tarbuck v Sainsbury's Supermarkets ltd. [2006] IRLR 664 95-96

Williams v J Walter Thompson Group Ltd [2005] IRLR 376.....97

第4章 障害のある有資格の個人に関する判例

Azzam v. Baptist Healthcare Affiliates, Inc., 855 F. Supp. 2d 653 (W.D. Ky. 2012) 117

Belasco v. Warrensville Heights City Sch. Dist., 634 Fed. Appx. 507 (6th Cir. 2015) ..110-112

Borkowski v. Valley Central Sch. Dist., 63 F.3d 131 (2d Cir. 1995)109-110

Burch v. City of Nacogdoches, 174 F. 3d 615 (5th Cir. 1995)	121-122
Cehrs v. Northeast Ohio Alzheimer’s Research Ctr., 155 F.3d 775	106-108
Davidson v. America Online, Inc., 337 F.3d 1179 (10th Cir. 2003)	122
Davis v. N.Y.C. Health & Hosps. Corp., 508 F. App'x 26 (2d Cir. 2013)	122-123
EEOC v. Ford Motor Company, 782 F.3d 753 (6th Cir. 2015)	119-120
EEOC v. LHC Group, Inc., 773 F.3d 688 (5th Cir. 2014)	114-115
EEOC v. The Picture People, Inc., 684 F.3d 981 (10th Cir. 2012)	112-114
EEOC v. UPS Supply Chain Solutions, 620 F.3d 1103 (9th Cir. 2010).....	113-114
Garcia-Ayala v. Lederle Parenterals, Inc., 212 F.3d 638 (1st Cir. 2000)	108
Humphrey v. Memorial Hospital Association, 293 F.3d 1128 (9th Cir. 2001)	118-119
Hwang v. Kan. State Univ., 753 F.3d 1159 (10th Cir. 2014).....	108-109
Kallail v. Alliant Energy Corp. Servs., Inc., 691 F.3d 925 (8th Cir. 2012)	117
Knutson v. Schwan's Home Service, Inc., 711 F.3d 911 (8th Cir. 2013)	116-117
Lopez v. Tyler Refrigeration Corp., 2000 U.S. App. LEXIS 41108 (5th Cir. 2000)	123
Minnihan v. Mediacom Commc’ns Corp., 779 F.3d 803 (8th Cir. 2015)	115-117
Monette v. Electronic Data Sys. Corp., 90 F.3d 1173 (6th Cir. 1996)	106-107
School Bd. of Nassau County v. Arline, 480 U.S. 273 (1987)	107, 125
Simmeran v. Hardee’s Food System, Inc., 118 F. 3d 1578 (3rd Cir. 1997)	117
Smith v. Midland Brake, Inc., 180 F.3d 1154 (10th Cir. 1999).....	121
Vande Zande v. Wisconsin Dept. of Admin., 44 F.3d 538 (7th Cir. 1995)	120-121
Ward v. Massachusetts Health Research Institute, Inc., 209 F.3d 29 (1st Cir. 2000) ..	117-116
White v. York Intern. Corp, 45 F.3d 357 (10th Cir. 1995)	123
Williams v. United Parcel Serv., Inc., 2012 U.S. Dist. LEXIS 23079 (D.S.C., 2012)	123

第5章 過度の負担に関する判例

Belasco v. Warrensville Heights City Sch. Dist., 634 Fed. Appx. 507 (6th Cir. 2015) .	135-136
Borkowski v. Valley Central Sch. Dist., 63 F.3d 131 (2d Cir. 1995).....	133-135
Cehrs v. Northeast Ohio Alzheimer’s Research Ctr., 155 F.3d 775 (6th Cir. 1998).	146-147
Dentice v. Farmers Ins. Exch., 2012 U.S. Dist. LEXIS 89609 (E.D. Wis., 2012)	139
EEOC v. LHC Group, Inc., 773 F.3d 688 (5th Cir. 2014)	137
EEOC v. The Picture People, Inc., 684 F.3d 981 (10th Cir. 2012).....	137-138
EEOC v. UPS Supply Chain Solutions, 620 F.3d 1103 (9th Cir 2010)	137-138
Garcia-Ayala v. Lederle Parenterals, Inc., 212 F.3d 638 (1st Cir. 2000)	147-150
George v. Roush & Yates Racing Engines, LLC, 2012 U.S. Dist. LEXIS 115495 (W.D.N.C., 2012)	139
Gooden v. Consumers Energy Co., 2013 U.S. Dist. LEXIS 127970 (E.D. Mich., 2013)	139
Humphrey v. Memorial Hospital Association, 293 F.3d 1128 (9th Cir. 2001)	142

Hwang v. Kan. State Univ., 753 F.3d 1159 (10th Cir. 2014).....	154-156
Kravits v. Shinseki, 2012 U.S. Dist. LEXIS 24039 (W.D. Pa., 2012).....	139
Mills v. Temple Univ., 869 F. Supp. 2d 609 (E.D. Penn., 2012).....	137
Minnihan v. Mediacom Commc'ns Corp., 779 F.3d 803 (8th Cir. 2015)	136-137
Monette v. Electronic Data Sys. Corp., 90 F.3d 1173 (6th Cir. 1996)	144-146
Myers v. Hose, 50 F.3d 278 (4th Cir. 1995).....	143-144
Noll v. International Business Machines Corp., 787 F.3d 89 (2d Cir. 2015).....	137-138
Ralph v. Lucent Technologies, Inc., 135 F.3d 166 (1st Cir. 1998).....	142
Robert v. Bd. of County Comm'rs of Brown County, 691 F.3d 1211 (10th Cir. 2012) ..	152-153
U.S. Airways, Inc. v. Barnett, 535 U.S. 391 (2002).....	131
Vande Zande v. Wisconsin Dept. of Admin., 44 F.3d 538 (7th Cir. 1995)	131-133
Walsh v. United Parcel Service, 201 F.3d 718 (6th Cir. 2000).....	150-151

第6章 昇進に該当する合理的配慮の判例

Archibald v Fife Council [2004] IRLR 651	164-168
Daugherty v. City of El Paso, 56 F.3d 695 (5th Cir. 1995).....	162-163
EEOC v. Humiston-Keeling, Inc., 227 F.3d 1024 (7th Cir. 2000).....	163
White v. York Intern. Corp, 45 F.3d 357 (10th Cir. 1995).....	161-162
Williams v. United Parcel Serv., Inc., 2012 U.S. Dist. LEXIS 23079 (D.S.C., 2012).....	163

第7章 我が国における障害者に関する判例

A サプライ事件（東京地裁八王子支部判平 15 年 12 月 10 日労判 870 号 50 頁） ...	186-188
学校法人須磨学園事件（神戸地判平 28 年 5 月 26 日労判 1142 号 22 頁）	212-216
阪神バス事件（大阪高決平 25 年 5 月 23 日労判 1078 号 5 頁）	191-194
原田学園事件（岡山地判平 29 年 3 月 28 日労判 1163 号 5 頁）	203-207
JR 東海退職勧告事件（大阪地判平 11 年 10 月 4 日労判 771 号 25 頁）	174-175
神奈川都市交通事件（東京高判平 18 年 3 月 22 日労判 919 号 59 頁）	177-179
カントラ事件（大阪高判平 14 年 6 月 19 日労判 839 号 47 頁）	176-177
片山組事件（最一小判平 10 年 4 月 9 日労判 736 号 15 頁）	172-174
筋ジストロフィー疾患を理由とする高校入学不許可処分取消事件（神戸地判平 4 年 3 月 13 日行裁例集 43 巻 3 号 309 頁）	233-234
公共職業訓練不合格処分取消等請求事件（高知地判平 30 年 4 月 10 日高知地判裁判所ウェブサイト掲載判例）	207-212
七尾養護学校事件（東京高判平 23 年 9 月 16 日判例集未登載）	232
奈良肢体不自由児中学校入学仮の義務付け申立て事件（奈良地決平 21 年 6 月 26 日判例自治 328 号 21 頁）	234-235
日本電気事件（東京地判平 27 年 7 月 20 日労判 1124 号 5 頁）	194-197
認知症男性鉄道死亡事故事件（最三小判平 28 年 3 月 1 日裁時 1647 号 71 頁）	217-225
O 公立大学法人事件（京都地判平 28 年 3 月 29 日労判 1146 号 65 頁）	197-203

オリエンタルモーター事件（東京高判平 19 年 4 月 26 日労判 940 号 33 頁）	182-185
横浜市学校保健会（歯科衛生士解雇）事件（東京高判平 17 年 1 月 19 日労判 890 号 58 頁）	179-182

文献リスト

【A】

- Anderson, Cheryl L., "What is, 'Because of the Disability,' under the Americans with Disabilities Act? Reasonable Accommodation, Causation, and the Windfall Doctrine," 27 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 323 (2006).
- 安西文雄「判批」ジュリスト 1260号 (2004年) 227-230頁。
- 安西文雄「アメリカ合衆国の高等教育分野におけるアファーマティブ・アクション」立教法学 67号 (2005年) 1-22頁。
- 碧海純一『法哲学概論』第2版補正版、弘文堂、2000年。
- 青柳幸一「判批」ジュリスト 870号 (1986年) 10-15頁。
- 青柳幸一「知的障害者の権利と平等保護：『威力ある合理性の基準』」憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』有斐閣、1998年、212-219頁。
- 青柳幸一『人権・社会・国家』尚学社、2001年。
- 青柳幸一「障害をもつ人の憲法上の権利と『合理的配慮』」筑波ロー・ジャーナル 4号 (2008年) 55-106頁。
- 有田伸弘「障害を持つアメリカ人法における『合理的配慮』とアファーマティブ・アクション」関西福祉大学社会福祉学部研究紀要14巻2号 (2011年) 1-9頁。
- Arnardóttir, Oddný M. & Gerard Quinn, ed., *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives*. Martinus Nijhoff, 2009.
- 浅倉むつ子「障害差別禁止をめぐる立法課題」広渡清吾・浅倉むつ子・今村与一編著『日本社会と市民法学 清水誠先生追悼論集』日本評論社、2013年、589-613頁。
- 浅倉むつ子「障害者差別禁止立法の課題と検討」労働法律旬報 1794号 (2013年) 6-8頁。
- 浅倉むつ子「包括的差別禁止立法の検討課題」浅倉むつ子・西原博史編『平等権と社会的排除：人権と差別禁止法理の過去・現在・未来』成文堂、2017年、3-17頁。

【B】

- Bagenstos, Samuel R., "Subordination, Stigma, and 'Disability,'" 86 Virginia L. Rev. 397 (2000).
- Bagenstos, Samuel R., "Comparative Disability Employment Law from an American Perspective," 24 Comp. Lab. L. & Pol'y J. 649, (2002).
- Bagenstos, Samuel R., "The Americans with disabilities act as welfare reform," 44 Wm. & Mary L. Rev. 921 (2002).
- Bagenstos, Samuel R., "'Rational Discrimination', Accommodation, and the Politics of (Disability) Civil Rights," 89 Va. L. Rev. 825 (2003).
- Bagenstos, Samuel R., "The Future of Disability Law," 114 Yale L.J. 1 (2004).
- Bagenstos, Samuel R., "The structural turn and the limits of antidiscrimination law," 94 Calif. L. Rev. 1 (2006).

- Bagenstos, Samuel R., *Law and the Contradictions of the Disability Rights Movement* (Yale Uni. Pr., 2009).
- Bagenstos, Samuel R., "The Unrelenting Libertarian Challenge to Public Accommodations Law," 66 *Stan. L. Rev.* 1205 (2014)
- Bagenstos, Samuel R., "Disability Rights and Labor: Is This Conflict Really Necessary," 92 *Ind. L.J.* 277 (2016).
- Ball, Carlos A., "Preferential Treatment and Reasonable Accommodation Under the Americans with Disabilities Act," 55 *Ala. L. Rev.* 951 (2004).
- Bamforth, Nicholas, *Maleiha Malik & Colm O'Cinneide, Discrimination Law*. Sweet & Maxwell, 2008.
- Barnes, Colins, Len Barton, & Mike Oliver, *Disability Studies Today*. Polity, 2002.
- Basas, Carrie G., "Back Rooms, Board Rooms: Reasonable Accommodation and Resistance Under the ADA," 29 *Berkley J. Emp. & Lab. L.* 59 (2008).
- Befort, Stephen F., "The Most Difficult ADA Reasonable Accommodation Issues: Reassignment and Leave of Absence," 37 *Wake Forest L. Rev.* 439 (2002).
- Befort, Stephen F., "Reasonable Accommodation and Reassignment under the Americans with Disabilities Act: Answers, Questions, and Suggested Solutions after *U. S. Airways, Inc. v. Barnett*," 45 *Ariz. L. Rev.* 931 (2003).
- Befort, Stephen F., "Accommodation at Work: Lessons from the Americans with Disabilities Act and Possibilities for Alleviating the American Worker Time Crunch," 13 *Cornell J.L. & Pub. Pol'y.* 615 (2004).
- Befort, Stephen F., "Let's Try this Again: The ADA Amendments Act of 2008 Attempts to Reinvigorate the 'Regarded As' Prong of the Statutory Definition of Disability," *Utah L. Rev.* 993 (2010).
- Befort, Stephen F. & Holly L. Thomas, "The ADA in Turmoil," 78 *Or. L. Rev.* 27 (1999).
- Befort, Stephen F. & Tracey H. Donesky, "Reassignment under the Americans with Disabilities Act: Reasonable Accommodation, Affirmative Action, or Both?" 57 *Wash. & Lee L. Rev.* 1045 (2000).
- ベネディクト、マイケル・レス 『アメリカ憲法史』 (常本照樹訳) 北海道大学出版会、1994年。
- Brest, Paul, "The Supreme Court 1975 Term-Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle," 90 *Harv. L. Rev.* 1 (1976).
- Brooks, Roy L., "The Affirmative Action Issue," 22 *Conn. L. Rev.* 323 (1990).
- Burgdorf, Marcia P. & Robert Burgdorf, "History of Unequal Treatment: The Qualifications of Handicapped Persons as a Suspect Class under the Equal Protection Clause," 15 *Santa Clara Law.* 855 (1974).
- Burgdorf, Robert L., "Substantially Limited Protection from Disability Discrimination: The Special Treatment Model and Misconstructions of the Definition of Disability," 42 *Vill. L. Rev.* 409 (1997).

- Burgdorf, Robert L., “Restoring the ADA and Beyond: Disability in the 21st Century,” 13 *Tex. J. C.L. & C.R.* 241 (2008).
- Busby, Nicole, “A Small Step or a Giant Leap? Archibald v Fife Council” 9 *Edinburgh L. Rev.* 133 (2005).
- Bynoe, Ian, *Equal Rights and Disabled People: The Case for a New Law*. Institute of Public Policy Research, 1993.

【C】

- Campbell, Jane & Michael Oliver, *Disability Politics*. Routledge, 1996.
- Colker, Ruth, *The Disability Pendulum: The First Decade of the Americans with Disabilities Act* (New York Uni. Pr., 2007).
- Collins, C.M., “Retreat of the Rehabilitation Act of 1973: Southeastern Community College v. Davis,” 4 *Nova L. J.* 309 (1980).
- Collins, Grant T. & Penelope J. Phillips, “Overview of Reasonable Accommodation and the Shifting Emphasis from Who is Disabled to Who Can Work,” 34 *Hamline L. Rev.* 469 (2011).
- Collins, Hugh, Keith Ewing, & Aileen McColong, *Labour Law*. Hart Pub., 2001.
- Collins, Hugh, “Discrimination, Equality, and Social Inclusion,” 66 *M.L.R.* 16 (2003).
- Collins, Hugh, “Social Inclusion: A Better Approach to Equality Issues?” 14 *Ttansnat. L. & Conntemp. Probs.* 897 (2005).
- Collins, Hugh 『イギリス雇用法』 イギリス労働法研究会訳、成文堂、2008年。
- Conway, Charles, “Ordinarily Reasonable: Using the Supreme Court's Barnett Analysis to Clarify Preferential Treatment under the Americans with Disabilities Act,” 22 *Am. U.J. Gender Soc. Pol'y. & L.* 721 (2014).
- Cooper, Jeremy & Stuart Vernon, *Disability and the Law*. Jessica Kingsley Pub., 1996.
- Cooper, Jeffrey O., “Overcoming Barriers to Employment: The Meaning of Reasonable Accommodation and Undue Hardship in the Americans with Disabilities Act,” 139 *U. Pa. L. Rev.* 1423 (1991).
- Crossley, Mary, “Reasonable Accommodation as Part and Parcel of the Antidiscrimination Project,” 35 *Rutgers L. J.* 861 (2004).

【D】

- Diller, Matthew, “Judicial Backlash, the ADA, and the Civil Rights Model,” 21 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* 19 (2000).
- Donohue III, John H., “Employment Discrimination Law in Perspective: Three Concepts Equality,” 92 *Michi. L. Rev.* 2583(1994).
- Doyle, Brian, *Disability, Discrimination and Equal Opportunities: A Comparative Study of the Employment Rights of Disabled Person*. Mansell, 1995.
- Doyle, Brian, *Disability Discrimination: Law and Practice*. 6th ed. Jordan Pub., 2008.

・ Dworkin, Ronald, “What is Equality? Part 2: Equality of Resources,” 10 Phil. & Pub. Aff. 283 (1981).

・ Dworkin, Ronald 『平等とは何か』(小林公ほか訳) 木鐸社、2002年。

・ Dworkin, Ronald 『権利論』(木下毅・野坂泰司・小林公訳) 木鐸社、2003年。

【E】

・ Eichhorn, Lisa, “Hostile Environment Actions, Title VII, and the ADA: The Limits of the Copy-And-Paste Function,” 77 Wash. L. Rev. 575 (2002).

・ Engebretson, Mark F., “Administrative Action to End Discrimination Based on Handicap: Hew's Section 504 Regulation,” 16 Harv. J. on Legis. 59 (1979).

・ Equal Employment Opportunity Commission, Enforcement Guidance: Reasonable Accommodation And Undue Hardship Under the Americans with Disabilities Act, <http://www.eeoc.gov/policy/docs/accommodation.html> (閲覧日 2018年10月7日) .

【F】

・ Feldblum, Chai R., Kevin Barry, & Emily A. Benfer “The ADA Amendments Act of 2008,” 13 Tex. J. C.L. & C.R. 187 (2008).

・ Feldman, David, *English Public Law*. Oxford Uni. Pr., 2004.

・ Francis, Leslie & Anita Silvers, *Americans with Disabilities: Exploring Implications of the Law for Individuals and Institutions*. Routledge, 2000.

・ Fredman, Sandra, *Discrimination Law*. Oxford Uni. Pr., 2011.

・ 藤倉皓一郎編『英米法論集』東京大学出版会、1987年。

【G】

・ 現代憲法学研究会編『現代国家と憲法の原理』有斐閣、1983年。

・ George, Victor & Paul Wilding, *Ideology and Social Welfare*. Routledge, 1985.

・ Glennon, Theresa, “Walking with Them: Advocating for Parents with Mental Illnesses in the Child Welfare System,” 12 Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 273 (2003).

・ 後藤玲子「福祉の経済哲学：個人・制度・公共性」ミネルヴァ書房、2016年。

【H】

・ 長谷川聡「障害者雇用における使用者の調整義務：1995年イギリス障害者差別禁止法の観点から」中央大学大学院研究年報法学研究科編 33号(2003年) 55-71頁。

・ 長谷川聡「障害者に対する使用者の『調整義務』の範囲」労働法律旬報 1587号(2004年) 12-15頁。

・ 長谷川聡「障害者の就労環境に対する使用者の調整措置の範囲：イギリス障害者差別禁止法の調整義務の概念を素材として」中央学院大学法学論叢 19巻1・2号(2006年) 53-76頁。

・ 長谷川聡「障害を理由とする雇用差別禁止の実効性確保」季刊労働法 243号(2013年) 38-48頁。

- ・長谷川聡・長谷川珠子「障害と差別禁止法」菊池馨実・中川純・川島聡編『障害法』成文堂、2016年。
- ・長谷川珠子「伝統的な『反差別法』(antidiscrimination law)と新しい『便宜法』(accommodation law)との類似性」日本労働研究雑誌 539号(2005年)93-94頁。
- ・長谷川珠子「アメリカにおける雇用差別禁止立法の歴史と現状：性差別を中心に」辻村みよ子監修『雇用・社会保障とジェンダー』東北大学出版会、2007年。
- ・長谷川珠子「差別禁止法における『障害』(disability)の定義：障害のあるアメリカ人法(ADA)の2008年改正を参考に」季刊労働法 225号(2009年)40-48頁。
- ・長谷川珠子「健康上の問題を抱える労働者への配慮：健康配慮義務と合理的配慮の比較」日本労働研究雑誌 52巻8号(2010年)46-55頁
- ・長谷川珠子「障害者差別禁止法における差別概念：合理的配慮の位置付け」日本労働法学会誌 118号(2011年)77-87頁。
- ・長谷川珠子「判批」ジュリスト 1457号(2013年)122-125頁。
- ・長谷川珠子「障害者雇用促進法における『障害者差別』と『合理的配慮』」季刊労働法 243号(2013年)25-37頁。
- ・長谷川珠子「日本における『合理的配慮』の位置づけ」日本労働研究雑誌 56巻5号(2014年)15-26頁。
- ・長谷川珠子「障害者雇用促進法と合理的配慮」法律時報 87巻1号(2015年)68-73頁。
- ・長谷川珠子「判批」季刊労働法 259号(2017年)193-201頁。
- ・橋本健二『現代貧乏物語』弘文堂、2016年。
- ・畑井清隆「障害を持つアメリカ人法の差別禁止法としての特徴」日本労働研究雑誌 59巻9号(2008年)53-61頁。
- ・初谷良彦「憲法13条(個人の尊重・幸福追求権)からみた『障害者自立支援法』の違憲性」さぼ一と 55巻2号(2008年)34-37頁。
- ・Henry, Kathleen D., "Civil Rights and the Disabled: A Comparison of the Rehabilitation Act of 1973 in the Employment Setting," 54 Alb. L. Rev. 123 (1989).
- ・Hepple, Bob, *Equality: The New Legal Framework*. Hart pub., 2011.
- ・Hickox, Stacy M., "Transfer as an Accommodation: Standards From Discrimination Cases and Theory," 62 Ark. L. Rev. 195 (2009).
- ・Hickox, Stacy A. & Joseph M. Guzman, "Leave as an Accommodation: When Is Enough, Enough?" 62 Clev. St. L. Rev. 437 (2014).
- ・東俊裕「障害に基づく差別の禁止」長瀬修・東俊裕・川島聡編『障害者権利条約と日本：概要と展望』生活書院、2008年、35-72頁。
- ・東俊裕「障害者権利条約における差別禁止と差別の三類型」法律時報 81巻4号(2009年)15-23頁。
- ・東俊裕「障害者差別解消法と合理的配慮」法律時報 87巻1号(2015年)62-67頁。
- ・樋口範雄「子どもの不法行為：法的責任の意義に関する日米比較の試み」(藤倉皓一郎編)『英米法論集』東京大学出版会、1987年、405-442頁。
- ・樋口範雄『アメリカ不法行為法』第2版、弘文堂、2014年。

・ Hinder, Steven H., “A Principled Limitation for Section 504 of the Rehabilitation Act: The Integrity of the Program Test,” 53 Fordham L. Rev. 1409 (1985).

・ 星加良司『障害とは何か：ディスアビリティの社会理論に向けて』生活書院、2007年。

【I】

・ 池原毅和「合理的配慮義務と差別禁止法理」労働法律旬報 1794号（2013年）9-14頁。

・ 幾代通・徳本伸一『不法行為法』有斐閣、1993年。

・ Issacharoff, Samuel & Justin Nelson, “Discrimination with a Difference: Can Employment Discrimination Law Accommodate the Americans with Disabilities Act?” 79 N.C.L. Rev. 307 (2001).

・ 伊藤正己『憲法』第3版、弘文堂、1995年。

・ 岩出誠「判批」調停時報 194号（2016年）13-37頁。

・ 岩村正彦・菊池馨実・川島聡ほか「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」論究ジュリスト 8号（2014年）4-26頁。

【J】

・ Johnson, Mark A., “Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett: A Flawed Standard Yields a Predictable Result,” 60 Md. L. Rev. 393 (2001).

・ Jolls, Christine, “Antidiscrimination and Accommodation,” 115 Harv. L. Rev. 642 (2001).

【K】

・ Kaczorowski, Robert J., “Revolutionary Constitutionalism in the Era of the Civil War and Reconstruction,” 61 N.Y.U. L. Rev. 863 (1986).

・ Karlan, Pamela S. & George Rutherglen, “Disabilities, Discrimination, and Reasonable Accommodation,” 46 Duke L.J. 1 (1996).

・ 紙谷雅子「教育における『多様性』」アメリカ法 2009年1号（2009年）54-66頁。

・ 春日修「判批」判例地方自治 326号（2010年）50-52頁。

・ 加藤慶二「LGBTに関する差別禁止法理について：直接差別・間接差別・合理的配慮義務を中心として」法律のひろば 69巻7号（2016年）44-52頁。

・ 加藤雅信『事務管理・不当利得・不法行為』第2版、有斐閣、2005年。

・ 勝田卓也「判批」アメリカ法 2001年2号（2001年）482-486頁。

・ 川島聡「障害差別禁止法の障害観：マイノリティモデルからユニバーサルモデルへ」障害学研究 4巻（2008年）82-108頁。

・ 川島聡「障害者権利条約の概要：実体規定を中心に」法律時報 81巻4号（2009年）4-14頁。

・ 川島聡「2008年ADA改正法の意義と日本への示唆：障害の社会モデルを手がかりに」海外社会保障研究 166号（2009年）4-14頁。

・ 川島聡「障害者権利条約の基礎」松井亮輔・川島聡編『概説 障害者権利条約』法律文化社、2010年、1-15頁。

- ・川島聡「差別禁止法における障害の定義：なぜ社会モデルに基づくべきか」松井彰彦・川島聡・長瀬修『障害を問い直す』東洋経済新報社、2011年、289-320頁。
- ・川島聡・菊池馨実、「障害法の基本概念」菊池馨実・中川純・川島聡編『障害法』成文堂、2015年、2-29頁。
- ・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。
- ・Keen, Spencer & Richard Oulton, *Disability Discrimination In Employment*. Oxford Uni. Pr., 2009.
- ・Kelley, Robert J. Jr., “Reasonable Accommodation in the Federal Sector,” 29 *How. L.J.* 337 (1986).
- ・Kelman, Mark, “Market Discrimination and Groups,” 53 *Stan. L. Rev.* 833 (2001).
- ・君塚正臣「性差別とアメリカ合衆国裁判所：中間審査基準の再検討」*阪大法学*第159号(1991年) 271-302頁。
- ・君塚正臣「性差別の審査基準の根拠について：アメリカでの議論を中心に」*阪大法学*163号(1992年) 125-152頁。
- ・君塚正臣『性差別司法審査基準論』信山社、1996年。
- ・木村草太『平等なき平等条項論：equal protection 条項と憲法14条1項』東京大学出版会、2008年。
- ・木南敦「合衆国憲法修正11条制定の成立と展開」*法学論叢*126巻4・5・6号(1990年) 338-361頁。
- ・木南敦『通商条項と合衆国憲法』東京大学出版会、1995年。
- ・木下毅『アメリカ公法』有斐閣、1993年。
- ・小石原尉郎『障害差別禁止の法理論：米国の雇用差別禁止法理の研究』信山社、1994年。
- ・小宮文人『現代イギリス雇用法—その歴史的展開と政策的特徴』信山社、2006年。
- ・小西啓文「日本における障害者雇用にかかる裁判例の検討」*季刊労働法*225号(2009年) 70-82頁。
- ・厚生労働省「合理的配慮指針」<https://www.mhlw.go.jp/file/04-Houdouhappyou-11704000-Shokugyouanteikyokukoureishougai koyoutaisakubu-shougai shakoyoutaisakuka/0000078976.pdf> (閲覧日2018年10月7日)。
- ・厚生労働省「合理的配慮指針事例集」第3版、<https://www.mhlw.go.jp/tenji/dl/file13-05.pdf> (閲覧日2018年10月7日)。
- ・厚生労働省「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報告書」<https://www.mhlw.go.jp/file/04-Houdouhappyou-11704000-Shokugyouanteikyokukoureishougai koyoutaisakubu-shougai shakoyoutaisakuka/0000047633.pdf> (閲覧日2018年10月7日)。
- ・厚生労働省「今後の障害者雇用施策の充実強化について(素案)」<https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000002tdih-att/2r9852000002tdl9.pdf> (閲覧日2018年10月7日)。
- ・厚生労働省「今後の障害者雇用促進制度の在り方に関する研究会報告書」24頁、<https://www.mhlw.go.jp/content/11704000/000341830.pdf> (閲覧日2018年10月7日)。

- ・厚生労働省「労働政策審議会障害者雇用分科会意見書」
<https://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/2r9852000002xeb3-att/2r9852000002xtn7.pdf>（閲覧日 2018 年 10 月 7 日）。
- ・厚生労働省「手話通訳者等の派遣に係る要綱検討事業報告書」
https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12200000-Shakaiengokyokushougaihokenfukushibu/h24_seikabutsu-31.pdf（閲覧日 2018 年 10 月 7 日）。
- ・厚生労働省「2012 年 3 月 6 日 第 4 回 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 議事録」
<https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r98520000027ysy.html>（閲覧日 2018 年 10 月 7 日）。
- ・厚生労働省「2012 年 10 月 31 日 第 51 回 労働政策審議会障害者雇用分科会議事録」
<https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000002rzcw.html>（閲覧日 2018 年 10 月 7 日）。
- ・Krieger, Linda H., *Backlash Against the ADA: Reinterpreting Disability Rights*. Uni. of Michigan Pr., 2003.
- ・窪田充見「責任能力と監督義務者の責任：現行法制度の抱える問題と制度設計のあり方」（現代不法行為法研究会編）『不法行為法の立法的課題』商事法務、2015 年。

【L】

- ・Lacy, Brandon W., “Annual Survey of Caselaw: Employment Discrimination,” 25 U. Ark. Little Rock L. Rev. 949 (2003).
- ・Larson, Dale, “Unconsciously Regarded as Disabled: Implicit Bias and Regarded As Prong of the Americans with Disabilities Act,” 56 UCLA L. Rev. 451 (2008).
- ・Lavelle, Lisa A., “The Duty to Accommodate: Will Title 1 of the Americans with Disabilities Act Emancipate Individuals with Disabilities Only to Disable Small Bussinesses?” 66 Notre Dame L. Rev. 1135 (1991).
- ・Lawson, Anna, *Disability and Equality Law in Britain the Role of Reasonable Adjustment*. Hart Pub., 2008.
- ・Lawson, Gary, “Aids, Astrology, and Arline: Towards a Causal Interpretation of Section 504,” 17 Hofstra L. Rev. 237 (1989).
- ・Leonard, James, “The Shadows of Unconstitutionality: How the New Federalism May Affect the Anti-Discrimination Mandate of the Americans with Disabilities Act,” 52 Ala. L. Rev. 91 (2000).
- ・Leonard, James, “The Equality Trap: How Reliance on Traditional Civil Rights Concepts Has Rendered Title I of the ADA Ineffective,” 56 Case W. Res. L. Rev. 1 (2005).
- ・Linden, Thomas, “Positive discrimination: the impact of Archibald,” 154 N.L.J. 1173, 1173 (2004).
- ・Long, Alex B., “Introducing the New and Improved Americans with Disabilities Act:

Assessing the ADA Amendments Act of 2008,” 103 Nw. U. L. Rev. Colloquy. 217 (2008).
• Lowndes, Amy S., “Americans with Disabilities Act of 1990: A Congressional Mandate for Heightened Judicial Protection of Disabled Persons,” 44 Fla. L. Rev. 417 (1992).

【M】

- MacKinnon, Catharine A., *Sexual Harassment of Working Women*. Yale Uni. Pr., 1979.
- 前田陽一「判批」論究ジュリスト 16 号（2016 年）17-25 頁。
- Marshall, Thomas H., *Citizenship and social class: and other essays*. Cambridge Uni. Pr., 1950.
- Matejkovic, John E. & Margaret E. Matejkovic, “What is Reasonable Accommodation under the ADA? Not an Easy Answer; Rather a Plethora of Questions,” 28 Miss. C. L. Rev. 67 (2009).
- Malloy, S. Elizabeth W., “Something Borrowed, Something Blue: Why Disability Law Claims Are Different,” 33 Conn. L. Rev. 603 (2002).
- 松井亮輔「障害者権利条約と労働」法律時報 81 卷 4 号（2009 年）24-30 頁。
- 松井茂記「『厳格な合理性』の基準について」阪大法学 43 号 2・3 卷（1992 年）629-662 頁。
- 松井茂記「法の下での平等について（一）」國家學會雜誌 105 卷 5・6 号（1992 年）1-88 頁。
- 松井茂記「平等保護理論の展開とアファーマティブ・アクション」アメリカ法 2009 年 1 号（2009 年）27-43 頁。
- 松井茂記『アメリカ憲法入門』第 8 版、有斐閣、2018 年。
- McColgan, Aileen, *Discrimination Law: Text, Cases and Materials*. Hart Pub., 2005.
- McCrudden, Christopher & Sacha Prechal, *The Concepts of Equality and Non-discrimination in Europe: A Practical Approach*. European Commission, 2009.
- McGowan, Miranda O., “Reconsidering the Americans with Disabilities Act,” 35 Ga. L. Rev. 27 (2000).
- Meenan, Helen, ed., *Equality Law in an Enlarged European Union: Understanding the Article 13 Directives*. Cambridge Uni. Pr., 2007.
- Mezey, Suzan G., *Disabling Interpretations: The Americans With Disabilities Act In Federal Court*. Uni. of Pittsburgh Pr., 2005.
- Mizrahi, Ramit, “Leave as a Reasonable Accommodation under the Americans with Disabilities Act,” 3 Am. U. Labor & Emp. L.F. 29 (2013).
- Mommen, Wolffab, ed., *The Emergence of the Welfare State in Britain and Germany*. Croom Helm, 1981.
- Monaghan, Karon, *Blackstone's Guide to The Disability Discrimination Legislation*. Oxford Uni. Pr., 2005.
- Monaghan, Karon, *Equality Law*. Oxford Uni. Pr., 2007.

・森戸英幸・水町勇一郎編『差別禁止法の新展開：ダイバーシティの実現を目指して』日本評論社、2008年。

【N】

- ・長沼健一郎『介護事故の法政策と保険政策』法律文化社、2011年。
- ・内閣府『『差別』の類型論を巡る論点（その2）に関する意見一覧』
http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/kaikaku/s_kaigi/b_7/pdf/s2.pdf（閲覧日 2018年10月7日）。
- ・内閣府「障害者基本計画（第4次）の策定に向けた障害者政策委員会意見（案）」
http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/seisaku_iinkai/k_40/pdf/s1-1.pdf（閲覧日 2018年10月7日）。
- ・内閣府「障がい者制度改革推進会議 差別禁止部会（第20回）議事録」
http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/kaikaku/s_kaigi/b_20/pdf/gijiroku.pdf（閲覧日 2018年10月7日）。
- ・内閣府『『障害を理由とする差別の禁止に関する法制』についての差別禁止部会の意見（平成24年9月14日）（抄）』
http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/seisaku_iinkai/pdf/bukai_iken1-1.pdf（閲覧日 2018年10月7日）。
- ・内閣府「障害を理由とする差別の解消の推進に関する基本方針」
<http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/sabekai/kihonhoushin/honbun.html>（閲覧日：2018年10月7日）。
- ・中川重徳「判批」季刊教育法 178号、2013年、104 - 108頁。
- ・中川純「障害者に対する雇用上の『便宜的措置義務』とその制約法理：アメリカ・カナダの比較研究（1）」北海学園大学法学研究 39巻2号（2003年）185-238頁。
- ・中川純「障害者に対する雇用上の『便宜的措置義務』とその制約法理：アメリカ・カナダの比較研究（2）」北海学園大学法学研究 40巻2号（2004年）267-349頁。
- ・中川純「障害者に対する雇用上の『便宜的措置義務』とその制約法理：アメリカ・カナダの比較研究（3）」北海学園大学法学研究 41巻4号（2006年）771-825頁。
- ・中川純「障害者に対する雇用上の『便宜的措置義務』とその制約法理：アメリカ・カナダの比較研究（4）」北海学園大学法学研究 43巻2号（2007年）403-467頁。
- ・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」季刊労働法 243号（2013年）10-23頁。
- ・中川純・新田秀樹「日本の障害法」菊池馨実・中川純・川島聡編『障害法』（成文堂、2015年）32-53頁。
- ・中井智子「判批」ジュリスト 1512号（2007年）131-134頁。
- ・西村裕三「判批」判例タイムズ 37巻44号（1986年）111-118頁。
- ・日本弁護士連合会編『障害のある人の人権と差別禁止法』明石書店、2002年。
- ・野田進「判批」ジュリスト 1254号（2003年）257 - 261頁。
- ・野村晃「イギリス障害者差別禁止法における使用者の合理的調整義務と法的・実践的争点（1）：使用者の不履行の正当化と雇用領域における判例法理の形成」日本福祉大学社会

福祉論集 117 号 (2007 年) 21-49 頁。

・野村晃「イギリス障害者差別禁止法における使用者の合理的調整義務と法的・実践的争点 (2) 貴族院の『重要原則』の展開と DDA の改正」日本福祉大学社会福祉論集 119 号 (2008 年) 75-102 頁。

・拔山映子「判批」アメリカ法 1975 年 1 号 (1975 年) 107-111 頁。

【O】

・尾形健『福祉国家と憲法構造』有斐閣、2011 年。

・岡田俊幸「地方議会議員の発言権と表現の自由：中津川市議会代読拒否訴訟をめぐる」日本法学 83 卷 2 号 (2017 年) 43-81 頁。

・Oliver, Michael, *Understanding Disability: From Theory to Practice*. Palgrave Macmillan, 1996.

・Oliver, Michael, *The Politics of Disablement*. Palgrave Macmillan, 1997.

・Oliver, Mike & Colin Barnes, *Disability: A sociological phenomenon ignored by sociologists*. Uni. of Leeds, 1993.

・Oliver, Michael『障害の政治：イギリス障害学の原点』三島亜紀子・山岸倫子・山森亮・横須賀俊司訳、明石書店、2006 年。

・大石玄「傷病休職をめぐる最近の裁判例北産機工事件、東海旅客鉄道事件、全日空事件を中心に」労働法律旬報 1488 号 (2000 年) 56-62 頁。

・大澤逸平「不法行為成立要素論の展開と責任能力：責任能力論からの応接とフィードバックの試み」論及ジュリスト 16 号 (2016 年) 26-32 頁。

【P】

・Pardeck, John T. Pardeck『障害者差別禁止法とソーシャルワーク』（寺島彰訳）中央法規出版、2003 年。

・Parmet, Wendy E., “Plain Meaning and Mitigating Measures: Judicial Interpretations of the Meaning of Disability,” 21 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 53 (2000).

・Percy, Stephen L., *Disability, Civil Rights, and Public Policy: The Politics of Implementation*. Uni. of Alabama Pr., 1989.

・Porter, Nicole B., “Reasonable Burdens: Resolving the Conflict Between Disabled Employees and Their Coworkers,” 34 Fla. St. U. L. Rev. 313 (2006).

・Porter, Nicole B., “The New ADA Backlash,” 82 Tenn. L. Rev. 1 (2014).

・Postol, Lawrence P. & David D. Kadue, “An Employer’s Guide to the Americans with Disabilities Act,” 24 J. Marshall L. Rev. 693 (1990).

【Q】

・Quinn, Gerard & Lisa Waddington, ed., *European Yearbook of Disability Law*. Intersentia Uitgevers NV, 2009.

【R】

- Ravitch, Frank S., “Beyond Reasonable Accommodation: The Availability and Structure of a Cause of Action for Workplace Harassment under the Americans with Disabilities Act,” 15 *Cardozo L. Rev.* 1475 (1994).
- Rawls, John, *A Theory of Justice*. Belknap Pr., 2005.
- Rawls, John 『正義論』改訂版（川本隆史・福間聡・神島裕子訳）紀伊國屋書店、2010年。
- Renton, David, “A new era for equality law? *Archibald v Fife Council* reconsidered,” 21 *Disability & Society* 709 (2006).
- Rhode, Deborah L., *Access to Justice*. Oxford Uni. Pr., 2004.
- Robinson, Jo A. ed., *Affirmative Action: A Documentary History*. Greenwood Pub. Group, 2001.
- Rovner, Laura L., “Disability, Equality, and Identity,” 55 *Ala. L. Rev.* 1043 (2004).
- Rubinfeld, Jed, “The Anti-Antidiscrimination Agenda,” 111 *Yale L.J.* 1141 (2002).
- Russell, Marta, “Back Lash, the Political Economy, and Structural Exclusion,” in Linda Krieger, *Backlash against the ADA: Reinterpreting Disability Rights*. Uni. of Michigan Pr., 2003, pp. 254-296.

【S】

- 榊原賢二郎「社会的包摂と身体：障害者差別禁止法制後の障害定義と異別処遇をめぐって」生活書院、2016年。
- Samaha, Adam M., “What God is the Social Model of Disability?” 74 *U. Chi. L. Rev.* 1251 (2007).
- Schau, June Z., “Handicapped Workers: Who should Bear the Burden of Proving Job Qualifications?,” 38 *Me. L. Rev.* 135 (1986).
- Schriener, Kay & Richard K. Scotch, “The ADA and the Meaning of Disability,” in Linda Krieger, *Backlash against the ADA: Reinterpreting Disability Rights*. Uni. of Michigan Pr., 2003, pp. 164-188.
- Scotch, Richard K. 『アメリカ初の障害者差別禁止法はこうして生まれた』尾崎毅訳、明石書店、2000年。
- シュウォーツ、B.・H. W. R. ウェイド『英米行政法：政府過程の法的コントロールに関する比較研究』（堤口康博訳）成文堂、1976年。
- Schwab, Stewart & Steven Willborn, “Reasonable Accommodation of Workplace Disabilities,” 44 *Wm. & Mary L. Rev.* 1197 (2003).
- Sen, Amartya 『福祉の経済学：財と潜在能力』（鈴木興太郎訳）岩波書店、1988年。
- Sen, Amartya 『合理的な愚か者：経済学＝倫理的探究』（大庭健・川本隆史訳）勁草書房、1989年。
- Sen, Amartya 『不平等の再検討：潜在能力と自由』（池本幸生・野上裕生・佐藤仁訳）岩波書店、1999年。
- 芹澤英明「判批」*ジュリスト* 1206号（2001年）266-270頁。
- 社会福祉専門職団体協議会・ソーシャルワーク教育団体連絡協議会「認知症徘徊列車事

故訴訟・最高裁判所判決への見解」

http://www.jacsw.or.jp/05_seisakuteigen/files/016/0160222.pdf (閲覧日 2018年10月7日)。

- ・ Shakespeare, Tom, *Disability Rights and Wrongs*. Routledge, 2006.
- ・ Shaman, Jeffrey N., “Cracks in the Structure: Coming Break-down of the Levels of Scrutiny,” 45 Ohio. St. L. J. 161 (1984).
- ・ 調一興「雇用の問題と職業リハビリテーション」八代英太『ADA (障害をもつアメリカ人法) の衝撃』学苑社、1991年、132-162頁。
- ・ 障害者福祉研究会編『ICF 国際生活機能分類：国際障害分類改定版』中央法規、2002年。
- ・ 障害と人権全国弁護士ネット編『ケーススタディ障がいと人権：障がいのある仲間が法廷を熱くした』生活書院、2009年。
- ・ Stein, Michael A. & Penelope J. S. Stein, “Beyond Disability Civil Rights,” 58 Hastings L.J. 1203 (2007).
- ・ Stewart David O., “A Growing Equal Protection Clause?” 71 ABA J. 108, 112 (1985)
- ・ 杉野昭博『障害学：理論形成と射程』東京大学出版会、2007年。
- ・ 杉山有沙『障害差別禁止の法理』成文堂、2016年。
- ・ 杉山有沙「生存権対象者と無力化された『強い個人』：障害差別禁止法理から見た憲法上の合理的配慮の可能性」帝京法学 31 卷 1・2 号 (2018年) 143-187 頁。
- ・ Sunstein, Cass, “The Anticaste Principle,” 92 Mich. L. Rev. 2410 (1994).
- ・ 鈴木隆「イギリス 1995 年障害者差別禁止法の制定と障害者雇用 (1)」島大法学 40 卷 4 号 (1997年) 39-85 頁。
- ・ 鈴木隆「イギリス 1995 年障害者差別禁止法の制定と障害者雇用 (2・完)」島大法学 41 卷 2 号 (1997年) 49-82 頁。
- ・ 鈴木隆「イギリス 1995 年障害者差別禁止法の実効性：雇用を中心として (1)」島大法学 46 卷 2 号 (2002年) 1-33 頁。
- ・ 鈴木隆「イギリス 1995 年障害者差別禁止法の実効性：雇用を中心として (2)」島大法学 46 卷 3 号 (2002年) 59-47 頁。
- ・ 鈴木隆「イギリス 1995 年障害者差別禁止法の実効性：雇用を中心として (3・完)」島大法学 46 卷 4 号 (2003年) 161-189 頁。
- ・ 鈴木隆「イギリス雇用差別禁止法の再編 (4)」島大法学 48 卷 4 号 (2005年) 117-155 頁。
- ・ 鈴木隆「イギリス障害者差別禁止法における障害の定義の改正」島大法学 51 卷 2 号、(2007年) 59-87 頁。
- ・ 鈴木隆「イギリス障害者差別禁止法制の新展開」労働法律旬報 1756 号 (2011年) 20-23 頁。
- ・ 鈴木隆「最近のイギリス障害者差別判例の展開とその影響」島大法学 53 卷 1 号 (2009年) 77-94 頁。

【T】

- ・竹内章郎『平等の哲学：新しい福祉思想の扉をひらく』大月書店、2010年。
- ・“The Supreme Court-Leading Cases,” 99 Harv. L. Rev. 120 (1985).
- ・田島裕『議会主権と法の支配』有斐閣、1979年。
- ・高橋正明「アファーマティブ・アクションの正当化根拠に関する憲法学的考察（1）『多様性の確保』と『差別の是正』という対立軸」法学論叢 173 巻 1 号（2013年）96-114 頁。
- ・高橋正明「判批」帝京法学 30 巻 2 号（2017年）259-284 頁。
- ・田中英夫『アメリカ法の歴史（上）』東京大学出版会、1968年。
- ・田中英夫『英米法総論（上）（下）』東京大学出版会、1980年。
- ・田中英夫『デュー・プロセス』東京大学出版会、1987年。
- ・種谷春洋『アメリカ人権宣言史論』有斐閣、1971年。
- ・所浩代『精神疾患と障害者差別禁止法：雇用・労働分野における英米法比較研究』旬報社、2015年。
- ・戸松秀典「判批」ジュリスト 776 号（1982年）129-132 頁。
- ・戸松秀典『平等原則と司法審査』有斐閣、1990年。
- ・富永晃一「改正障害者雇用促進法の障害者差別禁止と合理的配慮提供義務」論究ジュリスト 8 号（2014年）27-34 頁。
- ・Travis, Michelle A., "Toward positive equality: Taking the disparate impact out of disparate impact theory," 16 Lewis & Clark L. Rev. 527 (2012)
- ・Travis, Michelle A., "Disabling the gender pay gap: lessons from the Social Model of Disability," 91 Denv. U. L. Rev. 893 (2014).
- ・Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*. 2nd ed. West, 1887.
- ・Tucker, Bonnie P., "The ADA's Revolving Door: Inherent Flaws in the Civil Rights Paradigm," 62 Ohio St. L. J. 335 (2001).
- ・辻村みよ子『世界のポジティブ・アクションと男女共同参画』東北大学出版会、2004年。
- ・辻村みよ子『憲法』第6版、日本評論社、2018年。

【U】

- ・植木淳『障害のある人の権利と法』日本評論社、2011年。
- ・植木淳「日本国憲法と合理的配慮」法律時報 87 巻 1 号（2015年）74-79 頁。
- ・植木淳「障害差別禁止法理と間接差別禁止」浅倉むつ子・西原博史編『平等権と社会的排除：人権と差別禁止法理の過去・現在・未来』成文堂、2017年、85-103 頁。
- ・Union of the Physically Impaired Against Segregation, *Fundamental Principles of Disability*, <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/UPIAS-fundamental-principles.pdf>（閲覧日 2018年10月7日）。

【V】

- ・Verkerke, J. H., "Is the ADA Efficient?" 90 UCLA L. Rev. 903 (2003).

【W】

- ・和田肇「安全（健康）配慮義務論の今日的な課題」日本労働研究雑誌 601 号（2010 年）37-45 頁。
- ・Weber, Mark C., “Unreasonable Accommodation and Due Hardship,” 62 Fla. L. Rev. 1119 (2010).
- ・Whittle, Richard, *The Concept of Disability Discrimination and Its Legal Construction*. Sheffield Hallam Uni. Research Archive, 2001.
- ・World Health Organization, International Classification of Functioning, Disability and Health: ICF, World Health Organization, http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43737/9789241547321_eng.pdf（閲覧日 2018 年 10 月 7 日）
- ・Wunder, Mark V., “Equal Protection and the Mentally Retarded: A Denial of Quasi-Suspect Status in *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*,” 72 Iowa L. Rev. 241 (1986).

【Y】

- ・薬師寺公夫「国際法学からみた自由権規約の国内実施」芹田健太郎ほか編『国際人権法と憲法』信山社、2006 年。
- ・山田哲「判批」日本労働法学会誌 93 号（1999 年）165-172 頁。
- ・山地修「判解」ジュリスト 1495 号（2016 年）99-104 頁。
- ・柳澤旭「労働補償における休業補償（給付）と治癒後の復職・所得保障」法律時報 81 巻 1 号（2009 年）114 頁。
- ・米村滋人「判批」判例時報 2256 号（2015 年）116-123 頁。
- ・吉田肇「判批」民商法雑誌 152 巻 2 号（2015 年）208-223 頁。
- ・吉田仁美「高等教育におけるアファーマティブ・アクション」関東学院法学 13 巻 3 号（2003 年）49-128 頁。
- ・吉田仁美「アファーマティブ・アクションと平等保護の展望」比較法研究 11 号（2004 年）89-109 頁。
- ・吉田仁美「レーンキスト・コートとアファーマティブ・アクション」比較法研究 69 号（2007 年）136-141 頁。
- ・吉田仁美「判批」比較法学 48 巻 1 号（2014 年）192-200 頁。