

障害をもつ人の憲法上の権利と「合理的配慮」

青 柳 幸 一

- I. 問題の所在：無視・排除の歴史から権利の主体へ
- II. 障害をもつアメリカ人法：合理的配慮と不当な困難
- III. ドイツ連邦共和国基本法3条3項2文
- IV. 合理的配慮を求める憲法上の権利
- V. むすびに

I. 問題の所在：無視・排除の歴史から権利の主体へ

障害をもつ人は、自己の個人的能力に関する誤った固定観念や偏見に基づいて「意図的に不平等処遇の歴史に服させられ、そして政治的無力の地位に追いやられてきた」¹⁾。その意味で、障害をもつ人に対する差別は、個人的問題ではなく、「重大で、かつ広範囲にわたる社会的問題」²⁾である。また「障害のない人が障害をもつ人に出会ったときに感じるおそれ、あるいは不安」³⁾が、

1) American with Disabilities Act of 1990 [codified at 42 U.S.C. 12101(a)(7) (1994)]. なお、本稿では、「障害」という言葉のなかでも「害」という漢字がそもそも否定的意味を有するので、日本の法律名で使われている場合以外は、「障害」という表記は使用しない。基本的に、「障害をもつ人」と表記している。「障害者」と表記しているのは、従来の法制度等の説明等の場合である。

2) 42 U.S.C. 12111(a)(2).

3) K. Everly, A Reasonable Burden, 29 Dayton L. Rev. 37, 37-38 (2003).

それらと偏見とが相互に作用しながら、差別的態度を増大させ、強める⁴⁾。障害をもつ人のニーズへの理解不足や社会的偏見から生じる差別的態度は、必ずしも積極的な敵対的行為という形をとるわけではないし、そうである必要もない。むしろ、社会的偏見やニーズへの理解不足は、無視、無関心として現れる傾向がある。問題は、そのような無視や無関心の背後にある「隠された敵意、そしてパターンリズムによって、障害をもつ人への差別は永続化される傾向がある」⁵⁾ ことである。勿論、障害をもつ人に関する政策がまったく執られなかった、というわけではない。時には、障害をもつ人に特別な学校や安全な作業場等が与えられることもあった。しかし、それらは、基本的に、障害者問題＝特殊な問題という位置づけのもとでの政策であり、偏見やパターンリズムに基づいて障害をもつ人を福祉や健康や慈善プログラムの客体として位置づけるものであった。このような政策は障害をもつ人を、結局、障害のない人から切り離し、そして社会の「メインストリームから分離し、排除した」⁶⁾。

障害をもつ人に対する差別の禁止を憲法に規定した最初の国は、カナダである。1982年カナダ憲法は、平等権にかかわる15条1項で、「精神的又は身体的障害」による差別の禁止を明記している⁷⁾。そして、1990年代には、1983年に始まった「国連障害者の10年」とも相俟って、世界の多くの国が障害をもつ人に関する法制度を構築していく⁸⁾。各国の障害者法に影響を及ぼし、「新

4) See United States Commission on Civil Rights, *Accommodating the Spectrum of Individual Abilities*, 23-27 (1983). さらに、障害をもつ人に対する差別の原因については、C. J. Peck, *Employment Problems of the Handicapped*, 16 U. Mich. J. L. Ref. 343, 349-50 (1983); Note, *Employment Discrimination against the Handicapped and Section 504 of the Rehabilitation Act*, 97 Harv. L. Rev. 997, 1001 (1984); J. O. Cooper, *Overcoming Barriers to Employment*, 139 U. Pa. L. Rev. 1423, 1427 (1991); G. B. Melton & E. G. Garrison, *Fear, Prejudice, and Neglect*, 42 Am. Psychologist 1007, 1015 (1987) 等参照。

5) H. Hahn, *Accommodations and the ADA*, 21 Berkeley J. Empl. & Lab. L. 166, 167 (2000).

6) T. Degener, *International Disability Law*, 28 Berkeley J. Int'l L. 180, 180 (2000). ADAも、「障害をもつ人は、分離し、孤立したマイノリティである」と位置づけている (42 U.S.C. 2111(a)(7))。

しい時代」を牽引したのは、周知のように、1990年にアメリカで制定された「障害をもつアメリカ人法」(American with Disabilities Act: ADA)⁹⁾である。ADAは、障害をもつ人に関する伝統的なパラダイムを変えた。伝統的パラダイムは、前述したように、障害をもつ人をめぐる問題を「特殊な問題」と位置づけ、偏見とパターンリズムに基づき保護の客体としてのみ位置づけていた。それに対して、ADAは、障害をもつ人の「機会の平等、完全な参加、自立した生活、そしてその個人にとっての経済的な自給自足」¹⁰⁾を目指し、障害をもつ人を人権享有主体と位置づける。この「新しいパラダイム」である権利基底的

7) 15条1項の条文は、1982年に制定された「権利と自由に関する憲章」(The Canadian Charter of Rights and Freedom)で規定されていたものであるが、その「憲章」がカナダ憲法第1章として編入された。カナダでは、1980年代に、「雇用均等法」(1986年; 1991年改正)、「障害者職業リハビリテーション法」(1987年改正)、「全国交通法」(1988年)等の法律が制定されている。

8) 1990年代に各国で制定された障害をもつ人の差別禁止法については、田中邦夫訳「各国の障害者差別禁止法」外国の立法212号65頁以下(2002年)参照。なお、2000年11月には、EU議会は、「雇用と職業における均等待遇の一般的枠組みの設定」を決議している。

9) 42 U.S.C. 12101-12213. ADAに関する邦語書籍として、八代英太・富安芳和編『ADAの衝撃』(1991年)、斎藤明子訳『アメリカ障害者法 全訳・原文』(1991年)、全国社会福祉協議会編『ADA 障害をもつアメリカ国民法 完訳・解説』(1992年)、小石原尉郎『障害者差別禁止の法理論』(1994年)、R. Scotch, 竹前栄治監訳『アメリカ初の障害者差別禁止法はこうして生まれた』(2000年)、中野善達ほか編『障害をもつアメリカ人に関する法律』(2001年)等がある。ADAに関する論稿としては、藤倉皓一郎「アメリカにおける障害者法」ジュリスト970号26頁(1990年)、関川芳彦「アメリカ障害者差別の判断基準——新たな雇用平等法理の形成に向けて」琉球法学45号(1990年)、D. H. Foote, 水町勇一郎訳「能力障害をもつアメリカ人に関する法律(ADA)とアメリカ法における差別の概念」日本労働研究雑誌33巻12号3頁(1991年)、滝沢仁唱「障害者差別禁止と社会福祉の権利——障害をもつアメリカ国民法(ADA)に関する一考察」桃山学院大学社会学論集25巻1号1頁(1991年)、石川球子「米国における障害者差別禁止と合理的配慮をめぐる動向」NIVR87号57頁(2008年)等数多くあるが、憲法研究者による論稿としては、武川真固「アメリカにおけるADAと機会平等の思想」高田短期大学紀要17号41頁(1999年)、植木淳「障害のある人の憲法上の権利についての一考察」北九州市立大学法政論集31巻2-4号155頁(2004年)、同「修正11条『州の主権免責』と『障害をもつアメリカ人に関する法律』(ADA)」北九州市立大学法政論集35巻1号1頁(2008年)がある。

パラダイムを象徴するのが、バリア・フリー¹¹⁾であり、そして、本稿のテーマにかかわる、「障害者法にとってユニーク」¹²⁾な義務、すなわち、障害をもつ被用者に「合理的配慮」(reasonable accommodation)¹³⁾を行なう雇用者の義務である。ADAは、障害をもつ人の権利保障にとって十分な車輪というにはなお問題を残しているが、障害をもつアメリカ人を「アメリカ人の生活の経済的及び社会的メインストリーム」に導く車輪になることが望まれた¹⁴⁾。

ADAが与えた大きな影響のなかでも、憲法学から注目されるのは、障害を

10) 42 U.S.C. 12101 (a)(8).

11) 周知のように、ADA第2編（交通・運輸）と第3編（不特定多数が利用する施設）においてバリア・フリーが規定されている。

12) A. F. Befort & T. H. Donesky, Reassignment under the American with Disabilities Act, 57 Wash & Lee L. Rev. 1045, 1050 (2000).

13) 各国の法律等が用いている用語は、同一ではない。例えば、オーストラリアで1992年に制定された障害をもつ人の差別禁止法（Disability Discrimination Act）では、「合理的調整」(reasonable adjustment)と「正当化できない困難」(unjustifiable hardship)である。イギリスで1995年に制定された障害をもつ人の差別禁止法（Disability Discrimination Act）も「合理的調整」(reasonable adjustment)という用語を使っており、そして6条4項でその合理性を判断する際の考慮要素を定めている。文言は違っても、その内容には基本的に違いはないように思われる（EU、条約、アメリカ、イギリス、ドイツ、フランスにおける「合理的配慮」については、障害者職業総合センター「障害者雇用における『合理的配慮』に関する研究」NIVR87号〔2008年〕参照）。なお、オーストラリアの障害をもつ人の差別禁止法の「合理的配慮」規定については、竹田絃子「オーストラリア障害者差別禁止法（DDA）における雇用上の『合理的調整』（Reasonable Adjustment）と『過度の負担』（Unjustifiable Hardship）」北星学園大学大学院論集10号1頁（2007年）参照。イギリスの障害をもつ人の差別禁止法の「合理的配慮」規定については、鈴木隆「イギリス一九九五障害者差別禁止法の実効性（三・完）」鳥代法学46巻4号163頁（2003年）；長谷川聡「障害者雇用における使用者の調整義務」中央大学大学院研究年報（法学研究科）33号55頁（2004年）、澤澄みさ子「英国における障害者差別禁止と合理的配慮をめぐる動向」NIVR87号109頁（2008年）等参照。

なお、reasonable accommodationは、「合理的配慮」という訳語が定着してきているので、この場合の「配慮」は恩恵的という意味を含まないことを留保したうえで、本稿でも「合理的配慮」という訳語を使う。「便宜」を供与することが「配慮」の内容であるので、個別の配慮措置に関しては「便宜」という訳語をあてている。

理由とする不利益処遇を禁止した1994年のドイツ連邦共和国基本法3条3項2文の補充である。そして、2006年12月13日に第61回国連総会本会議が採択した障害者権利条約は、「憲法と条約」という観点からも注目される。

日本にも、ADAは影響を与えた¹⁵⁾。1993年11月に、「心身障害者法」(1970年)の改正として「障害者基本法」が制定された。しかし、「障害者基本法」にも、その後に制定された「障害者」関連法にも、障害をもつ人への「合理的配慮」を義務づける規定は存在しない。そればかりでなく、それらの法律は、「積極的差別禁止までにはいたらず、またその規定も抽象的、宣言的で、具体的保障規定ではなかった」¹⁶⁾。他方で、地方自治体に目を転ずると、千葉県が、障害をもつ人の権利条約の採択よりも約2ヶ月早い2006年10月に、雇用の場に限定することなく、一般的に障害をもつ人への「合理的配慮」規定を定める「障害のある人もない人も共に暮らしやすい千葉県づくり条例」を可決している。

日本の憲法学において、これまで障害をもつ人の憲法上の権利は、「基本的人権レベルで自覚的に研究対象として普遍化されてこなかった」¹⁷⁾。本稿では、障害をもつ人の憲法上の権利と「合理的配慮」の結びつきを検討する。「合理的配慮」は、「我が国にとって新しい概念である」¹⁸⁾り、障害をもつ人への「合理的配慮」を義務づけ、そして「合理的配慮」をしないことを障害をもつ人に対する差別とする法令は存在しない。障害をもつ人の憲法上の権利と「合理的配慮」とを理論上結びつけることができたとしても、それだけでは障害をもつ人の憲法上の権利論は十分なものとはいえない。なぜなら、ADAで明らかな

14) See Senate Report, No. 101-116, at 20 (1989).

15) ADAの影響については、八代英太「インタビュー・障害者基本法」法令解説資料総覧147号4頁(1994年)、長田えりか「心身障害者対策基本法の一部を改正する法律」法令解説資料総覧147号7頁、中山和之「障害基本法について」ジュリスト1043号57頁(1994年)、富岡悟「障害基本法の制定過程と概要」法律のひろば47巻4号48頁(1994年)参照。

16) 高藤昭「障害者差別禁止の考え方とわが国における『障害者権利擁護制度』」リハビリテーション研究104号17頁(2000年)。

ように、「合理的配慮」は雇用者側に「不当な困難」(undue hardship)¹⁹⁾を与えない限りで義務づけられるものだからである。したがって、「合理的配慮」と「不当な困難」の調整という「広範囲に司法上の解釈を必要とする」²⁰⁾実践的問題についても、検討する必要がある。

本稿で、「合理的配慮」に関するADAの目的・内容等や判例を（第二章）、次いで障害に基づく不利益処遇の禁止規定に関してドイツ連邦共和国基本法3条3項2文の目的・法的意味等を（第三章）、さらには障害をもつ人の権利条約の意義を（第四章2(2)）確認したうえで、日本国憲法における障害をもつ人の権利をめぐる理論的問題および実践的問題について若干の検討を試みたい。

II. 障害をもつアメリカ人法：合理的配慮と不当な困難

1. 差別禁止法とADA

(1) 公民権法第7編とADA

アメリカ合衆国憲法修正14条は、周知のように、平等保護条項を定めてい

17) 武川真固「障害者の人権と憲法学」高田短期大学紀要14号31頁（1996年）。障害者の権利に関して憲法学からの考察を積み重ねているのは、武川である（武川「障害者の人権の現状とその課題」高田短期大学紀要13号29頁 [1995年]；同「憲法の歴史性と『人間像』(1)(2)」高田短期大学紀要15号1頁（1997年）、16号1頁 [1998年]；同「障害をもつ人々の社会参加の現状と課題(1)(2)」高田短期大学紀要20号37頁 [2002年]、21号1頁 [2003年]；同「障害をもつ人々の人権・社会参加と『欠格条項』」高田短期大学紀要22号39頁 [2004年]；同「障害をもつ人の移動の権利と福祉まちづくりの課題」高田短期大学紀要24号33頁 [2006年]；同「障害者自立支援法と障害をもつ人々の人権」憲法理論研究会編『憲法の変動と改憲問題』145頁 [2007年]；同「障害者自立支援法と『格差』・『貧困』・『不平等』の構造」高田短期大学紀要26号27頁 [2008年]）。

18) 足木孝「国連における障害者権利条約について」国際人権16号102頁（2005年）。

19) undue hardship もいろいろな訳語が、あてられている。undueには「不当な」、「過度の」、「過重な」等が、そしてhardshipは「困難」、「支障」、「負担」等である。中絶をめぐるアメリカ判例で“undue burden”ということが言われるが、それを「不当な負担」と訳している（青柳幸一「生殖補助技術における自己決定と憲法」法律時報79巻11号27頁 [2007年]）ので、undue hardshipには本稿では「不当な困難」という訳語をあてることにしたい。

る。しかし、連邦最高裁判所は差別に苦しむ人々に、1954年に至るまで²¹⁾ この基本的な保護を与えてこなかった。議会は、1964年に公民権法第7編²²⁾（以下「第7編」と略称。）を制定することによって、差別に対してより多くの保護を与えようとした。ただし、第7編の対象は、人種、皮膚の色、宗教、性、出身国に基づく差別²³⁾であり、障害を理由とした差別を保護の対象としてはいなかった。障害に基づく差別への法的対応は、1973年のリハビリテーション法²⁴⁾に始まる。リハビリテーション法制定後も、議会は障害をもつ人に対する保護を拡大していく²⁵⁾。そのなかでも新しい時代を画した法律が、周知のように、1990年7月26日に議会の圧倒的多数の賛成²⁶⁾で制定されたADAである。

第7編もADAも、平等保護の観念から派生した。第7編は、社会的マイノリティの差別を禁止するものとして、ADAの先駆けとなる差別禁止法と位置づけられる²⁷⁾。しかし、ADAと第7編は規範内容や構造が同一ではない。ここで指摘しておきたい相違は、ADAの方が第7編の反差別定式よりもより複雑な定式を組み込んでいることである。ADAの反差別定式の方が「2つの重要な点

20) S. F. Befort & H. L. Thomas, *The ADA in Turmoil*, 78 Or. L. Rev. 27, 79 (1999).

21) *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955).

22) *Civil Rights Act of 1964*, 42 U.S.C. 20003-2 (1994).

23) 42 U.S.C. 2000 e-2.

24) *Rehabilitation Act of 1973*, 29 U.S.C. 701-96 (1994).

25) リハビリテーション法からADA制定までの間に、1975年に「全障害児教育法」(*Education for All Handicapped Children Act*)および「発達障害者支援及び権利法典」(*Developmental Disabilities Assistance and Bill of Rights Act*)、1980年に「施設入所者の公民権法」(*Civil Rights of Institutionalized Person Act*)、「精神障害者の保護及び権利擁護法」(*Protection and Advocacy for Mentally III Individuals Act of 1986*)、そして1988年に「公正住宅改正法」(*Fair Housing Amendments Act*)が制定されている。

26) 下院では403対20、上院では76対8であった (135 Congress Rec. 19903 (1998))。

27) だからこそ、人々はADAを「社会のマイノリティの保護に努める公民権」(P. Proctor, *Determining 'Reasonable Accommodation' under the ADA*, 33 SW. U. L. Rev. 51, 56 [2003])と捉える。

でより複雑である」²⁸⁾。第1点は、「障害」と資格づけられる個人だけがADAのもとで訴訟を提起する適格を有する²⁹⁾ことである。このことから、第7編が人種、皮膚の色、宗教、性、出身国というそれぞれの属性を同じくするグループに焦点を合わせているのに対して、ADAは障害をもつ個人に焦点を合わせているといえる²⁹⁾。ADAのこのような構造は、むしろ、特定のクラスの被用者、つまり40歳以上の被用者のみを保護する年齢差別禁止法³⁰⁾とより類似性を有するといえるであろう。

第2点は、雇用者が差別行為をしたか否かを確認する場合に、ADAは、被用者が「合理的配慮によって、あるいはそれなしに」職場の地位の本質的機能を遂行できる資格（101条(8)）があるか否かを問う。それに対して、第7編には、当初「合理的配慮」規定はなかった³¹⁾。差別禁止法制に初めて「合理的配慮」が導入されたのは、第7編の1972年改正（雇用機会均等法³²⁾）においてである。それは、宗教的行為に関して「合理的配慮」を図る義務を定めた。被用者の宗教的行為と就業規則との衝突が生じた場合、信仰の自由との関係で一方的に当該被用者に不利益を課すとすると、憲法上の問題が生じる。このような問題に対して、第7編改正法は、「雇用者の事業の遂行にとって不当な困難を伴うことなしには、被用者または被用者となることを期待する者の宗教的儀式または行為に対し合理的配慮を図ることができないことの証明がない限り」当該

28) J. Perry, Regulation and Dispute Resolution under the Americans with Disabilities Act, p.26 (1996).

29) S. F. Befort, The Most Difficult ADA Reasonable Accommodation Issue, 37 Wake Forest L. Rev. 439, 440 (2002). ADAの障害に基づいた差別の禁止は、かなり複雑になっており、4つの異なる部分からなる（本章2(3)参照）。

30) The Age Discrimination in Employment Act of 1967, 29 U.S.C. 621 et seq.

31) 1967年に、雇用機会均等委員会（EEOC）は、雇用者の業務の行為に「不当な負担」なしに被用者または被用者となることを期待する者の宗教的ニーズに対して「合理的配慮」を行なう雇用者の義務を宣言した（29C.F.R. 1605.1 [1968]）。しかし、このEEOCによる宣言は、いくつかの裁判所によって「基本的な誤り」として斥けられた（See J. M. Oleska, Jr., Federalism, Free Exercise, and Title VII, 6 U. Pa. J. Const. L. 525, 531-32 [2004]）。

32) Equal Employment Opportunity Act of 1972, 42 U.S.C.A. 2000e(i).

被用者の宗教的儀礼または行為を理由に不利益処遇を行なうことはできない、と定める³³⁾。

第7編改正法における宗教的行為に対する「合理的配慮」とADAにおける「合理的配慮」の性質の相違が問題になる³⁴⁾。そもそも、第7編とADAには、差別に対するアプローチの違いがある。第7編は、人種や性など一定の列挙された属性に基づく差別を禁止する。それは、平等な処遇 (equal treatment) アプローチといえる。それに対して、ADAは、平等処遇アプローチを超える定式を用いている。それは、法律の定める「資格」を満たす、障害をもつ人に「合理的配慮」措置を執ることによって機会の平等を確保しようとする、差異の処遇 (different treatment) アプローチといえる³⁵⁾。平等処遇アプローチのもとでも、過去の差別の影響による結果の不平等を阻止することはできない。平等処遇アプローチでは、そのような差別を解消するために、問題となっている属性を考慮した積極的差別是正措置が執られることになる。それに対して、差異処遇アプローチのもとでは、機会の平等の実質化のために、すなわち、公正な競争を可能にするために個別的に「合理的配慮」が求められる³⁶⁾。したがって、第7編改正法で宗教的行為に関してのみ導入された「合理的配慮」条項は、むしろ平等処遇アプローチにおける例外的対応といえるであろう。

第7編改正法とADAは、「合理的配慮」 - 「不当な困難」という構図のもとでの判断という点で類似している。しかし、他方で、両者の間には違いも見出せる。それは、宗教的行為への「合理的配慮」は各宗教 (宗派) ごとに定型化することができるが、前述したように、障害を持つ被用者への「合理的配慮」は個人化されていることである³⁷⁾。

33) 雇用機会均等法における「合理的配慮」については、Oleska, Jr., *supra* note 31, at 527-31 参照。

34) 小石原・前掲注9、114-15頁 注8参照。

35) See Befort & Donesky, *supra* note 12, at 1082-84.

36) See P.S. Karlan & G. Rutherglen, *Disabilities, Discrimination, and Reasonable Accommodation*, 46 *Duke L. J.* 1, 14 (1996).

(2) リハビリテーション法504条とADA

リハビリテーション法第5章のなかで、障害者（リハビリテーション法504条は、handicapped individualという言葉を使っている。）にとって重要な差別禁止条項は、501条（連邦職人の採用に指して、連邦政府に「非差別」を行なうことを命じる）、503条（連邦政府との間で2,500ドル以上の契約を結ぶ契約者に対して、差別の禁止ばかりでなく、積極的差別解消措置も求める）、そして504条である。504条は、政府機関の使用者、連邦政府から資金援助を受けているもの、および連邦政府と契約関係にあるもの連邦政府の財政的裏づけをもつすべての活動と企画における障害者個人に対する差別を禁止する³⁸⁾。リハビリテーション法504条は、しばしば「障害者の公民権章典」と称される³⁹⁾が、ADAは、1964年の公民権法と1973年のリハビリテーション法第5章を結合させたものと言えるであろう。

リハビリテーション法504条と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、私企業はまったく対象としてない。それに対して、ADAは、15名以上の私企業も適用対象とする⁴⁰⁾。

リハビリテーション法504条は、当初「合理的配慮」を含んでいなかった。504条に関する保険・教育・福祉省の行政規則で、「合理的配慮」という用語が使われた⁴¹⁾。この規則は、実質的なガイダンスを提供している。しかし、多くの裁判所は、当該規則が議会の意図を超えることをおそれたのか、規則を広く解釈することに消極的であった。その結果、裁判所の「狭い読み方が、とりわけ、504条のもとの合理的配慮義務の非常に狭い解釈に導いた」⁴²⁾。

37) See Befort & Thomas, *supra* note 20, at 78-80.

38) 29 U.S.C. 701 et seq.

39) See B. M. Sullenger, *Telecommuting*, 19 Regent U. L. Rev. 537, 538 (2006/2007).

40) 29 C.F.R. 1630.2(e)(1).

41) リハビリテーション法504条の「合理的配慮」については、Oleska, *supra* note 31, at 527-31, 小石原・前掲注9、第5章注7（113-16頁）参照。

42) See R. J. Kelley, Jr., *Reasonable Accommodation in the Federal Sector*, 29 How. L. J. 337, 341-42 (1986).

また、リハビリテーション法は、1992年以前は配置転換を「合理的配慮」として規定していなかった。1992年改正においても、リハビリテーション法は空位への配置転換を、それが雇用者の現在の施策のもとで利用できる場合のみ要求した⁴³⁾。しかも、その配置転換は、要求できるのではなく、許されうる配慮であった⁴⁴⁾。それに対して、ADAは、「空位への配置転換」を「合理的配慮」のリストに挙げている⁴⁵⁾。

(3) 1988年公正住宅修正法と「合理的配慮」

1968年に、議会は公正住宅法⁴⁶⁾を制定する。それは、人種、皮膚の色、出身国に基づく住宅差別を禁止するが、第7編では差別禁止の対象であった性が抜けているし、障害も挙げられていない。議会は、1974年に、性に基づく住宅差別を含める修正を行なう⁴⁷⁾。議会在、障害に基づく住宅差別を対象に含めたのは、1988年の改正法においてである。1988年改正法の目的は、障害をもつ人のメインストリームへの統合、そして障害をもつ人が自分の家で暮らす機会の増大である⁴⁸⁾。

1998年改正法のもとで問題となるのは、障害をもつ人が療養所や病院でではなく、グループホームで暮らすことを望む場合、ゾーニングとの関係である⁴⁹⁾。1998年改正法は、地主あるいは自治体に障害をもつ人に「合理的配慮」を行なうための積極的措置をとることを要求する⁵⁰⁾。

43) See Note, The Development of Reassignment to a Vacant Position in the Americans with Disabilities Act, 15 Hofstra Lab. & Emp. L. J. 635, 639 (1998).

44) See 42 U.S.C. 12111(9)(B) (1994).

45) 42 U.S.C. 12111(9)(B).

46) 42 U.S.C. 360 et seq.

47) 42 U.S.C. 3604.

48) See 42 U.S.C. 3601.

49) See e.g., Note, The Fair Housing Act, Oxford House, and the Limits of Local Control over the Regulation of Group Homes for Recovering Addicts, 36 Wm. & Mary L. Rev. 1467, 1482-98 (1995).

2. 「合理的配慮」の内容および性質

(1) 「合理的配慮」の内容および位置づけ

(a) 機会の平等の実質化としての「合理的配慮」

ADA法101条(9)でなされている定義のうち(B)が、本稿のテーマとかわる。それは事業主や他の適用対象事業者が求められる最も一般的な種類の「合理的配慮」の例として、①職務の再編成やパートタイム化または労働時間の変更、②空席の職位への配置転換、③機器または装置の取得または改造、④試験、訓練教材または方針の適切な調整または変更、④資格を有する朗読者または通訳の提供を挙げている⁵¹⁾。そして、「資格を有する障害をもつ個人」(qualified individual with a disability)の定義を示すADA法101条(8)から、そのような「合理的配慮」が「資格を有する障害をもつ個人」であるか否かという文脈にかかわる用語であることが分かる。つまり、「合理的配慮により又はそれによらずに、本人が現在就いているか又は希望する雇用上の職位の本質的機能を果たすことができる障害をもつ人」が「資格を有する障害をもつ個人」である⁵²⁾。

施行規則1630.2(o)は、配慮が「障害をもつ人が均等な雇用機会を享受できるようにするような、労働環境の変更又は慣行的に行なってきた事項の変更」としたうえで、「合理的配慮」の3つの種類（①応募のプロセスにおける平等な機会を保障するために必要とされる配慮、②事業主の障害をもつ被用者がついているか又は希望する職位の本質的機能を遂行可能にする配慮、③障害をもつ被用者が障害のない被用者と均等な雇用上の利益と特典を享受できるようにする配慮）を挙げ、さらにその具体例を法律よりもより多く挙げている⁵³⁾。

施行規則1630.2(o)から明らかなことは、「合理的配慮」が結果の平等ではなく、機会の平等を実質的に保障するための手段として位置づけられていること

50) 公正住宅法は、1991年にさらに改正され、共同住宅を建設する場合、障害をもつ人が利用可能であり、また改造可能なものとしなければならないとする建築基準を定めた。

51) 42 U.S.C. 12111(9).

52) 42 U.S.C. 12111(8).

53) 29 C.F.R. 1630.2(o).

である。

(b) 経済的合理性としての「合理的」

「合理的配慮」の「合理的」(reasonable)がどのような意味であるかも、問題となる。別稿で指摘した⁵⁴⁾ように、「合理的」という言葉には、大別して2つの意味がある。「合理的区別は、憲法上許容される」という場合の「合理的」は、理に適った、筋道の通った、道義に適った、という意味である。それ自体は、何をもって「理に適った」と判断するかの基準を与えていない。他方、法令の合憲性審査基準で語られる「合理性の基準」のもとでは、目的に「合理的」基礎が存在し、目的と手段の「合理的」関連性が存在することが求められる。しかし、そこでの「合理的」は、法律を制定した議会への謙譲を基礎にした、観念的・抽象的に想定しうる基礎と関係性の存在を意味する。とすると、「合理的配慮」を、障害をもつ被用者にとって理に適った配慮を意味すると解することも可能である。しかし、連邦最高裁判所は、「合理的配慮」を「適切な配慮」を意味するものではない、と判示している⁵⁵⁾。この判示は、連邦最高裁判所が「合理的配慮」を障害をもつ被用者の側からのみの視点でその具体的内容を引き出すことのできない観念と捉えていることを示している。

リハビリテーション法504条が定める「合理的配慮」に関する最初の判決である *Southeastern Community College v. Davis*⁵⁶⁾ において連邦最高裁判所は、「州に財政上および行政上の不当な負担をかけることなしに」⁵⁷⁾ と、「合理的配慮」に制限を付している。ADAは、条文上、「合理的配慮」を「不当な困難」とのバランスのもとで規定している。「不当な困難」の内容が、後述(本章3(1))するようなものであるので、より一層、「合理的配慮」における「合理的」

54) 青柳幸一「嫡出性の有無による法定相続分差別」憲法判例百選Ⅰ〔第5版〕64頁(2007年)。

55) See *U.S. Airways Co. v. Barnett*, 535 U.S. 391, 399-401 (2002).

56) 442 U.S. 397 (1979).

57) 442 U.S., at 412.

の中心となる内容は、経済的合理性を意味するものと捉えることができるであろう⁵⁸⁾。

(2) 「合理的配慮」と積極的差別解消措置

「合理的配慮」と積極的差別解消措置（affirmative action）との相違が、議論されてきた。

連邦最高裁は、リハビリテーション法504条をめぐる *Southeastern* 判決において積極的差別解消措置と「合理的配慮」の輪郭を描いたが、その判示⁵⁹⁾は「裁判所が配慮と積極的差別解消措置とを等値したことを強く示唆する」⁶⁰⁾ものであった。*Southeastern* 判決に対する評釈は、両者の等値を批判した⁶¹⁾。連邦最高裁判所は、*Alexander v. Choate*⁶²⁾において、504条は連邦資金の受領者に「プログラムの性質の根本的案変更」を求めるものではない⁶³⁾と解釈することによって *Southeastern* 判決での主張を狭めた。さらに、連邦最高裁判所は、*School Bd. of Nassau County v. Arlin*⁶⁴⁾において、504条のもとでの雇用者の義務は「障害をもつ被用者のために合理的配慮を行なう積極的な義務」⁶⁵⁾と位置づけた。

議会は、このようなりハビリテーション法504条に関する判例を踏まえて、ADAの「合理的配慮」は積極的差別是正措置の同義ではなく、むしろADAの反差別指令の不可欠の部分であることを明確にした⁶⁶⁾。

58) 小石原・前掲注9、第5章参照。

59) 442 U.S., at 410-11.

60) Cooper, *supra* note 4, at 1434, n.60.

61) See Note, Accommodating the Handicapped, 80 Colum. L. Rev. 171, 185 (1980); Note, Accommodating the Handicapped: The Meaning of Discremination Under Section 504 of Rehabilitation Act, 55 N.Y.U. L. Rev. 881, 885-86 (1980).

62) 469 U.S. 287 (1987).

63) 469 U.S., at 300 n.20 (quoting *Southeastern*, 442 U.S., at 410).

64) 480 U.S. 273 (1987).

65) 480 U.S., at 289 n.19.

「合理的配慮」を積極的差別解消措置と捉える見解⁶⁷⁾もある。しかし、多くの見解は、両者の違いを主張する⁶⁸⁾。確かに、両者は、共通の概念、すなわち、「ある人を平等に扱うために、私たちは彼らを異なって扱わなければならない」⁶⁹⁾から派生している。しかし、両者は、理論と実際において異なる。積極的差別是正措置は、理論上、救済的である⁷⁰⁾。そして実際面でも、それは、差別の犠牲者であるグループに対して、過去の差別の誤りの克服のために優先的な取扱いを行なうことを要求する⁷¹⁾。それに対して、「合理的配慮」は、理論上、救済的ではない。過去の差別の克服に着目するのではなく、個々の障害をもつ人の雇用に関する現在の障壁の克服に焦点を合わせており、個人化されている⁷²⁾。実際面でも、それは、雇用者が定めている基準の変更を要求するものではない⁷³⁾。そうではなくて、「合理的配慮」は、「雇用者が障害をもつ人の能力を認めること要求し」、当該被用者が雇用者の基準に適合することができるように「型にはまらない方法で、修正を行なうことを要求する」⁷⁴⁾。

(3) 闘う「剣」としてのADAの不十分さ

「障害をもつ人の権利および救済の劇的な拡大を象徴する」⁷⁵⁾ ADAは、障害

66) See H,R, Rep. No. 485, pt.2, at 56.

67) 同視説をとるものとして、C. R. Lawrence III & M. J. Matsuda, *We Won't Go Back*, 1997, p.108; S. R. Levitsky, *Reasonably Accommodation Race*, 18 *Law & Ineq.* 85, 85 (1999) がある。

68) 相違説をとるものとして、U. S. Commission on Civil Rights, *Accommodating the Spectrum of Individual Abilities*, at 156 (1983); Cooper, *supra* note 4, at 1431-41; Befort & Donesky, *supra* note 12, at 1081-86等がある。

69) *Regents of the Univ. of Cal. V. Bakke*, 438 U.S. 265, 407 (1978) (Blackmun, J., *concurring in part and dissenting in part*).

70) R.L. Brooks, *The Affirmative Action Issue*, 22 *Conn. L. Rev.* 323, 338-39 (1990).

71) See *Id.* at 335.

72) See Befort & Thomas, *supra* note 20, at 78-80; Cooper, *supra* note 4, at 1431-32.

73) Note, *supra* note 61, at 178.

74) Cooper, *supra* note 4, at 1431-32.

者にとって自分を差別から守る「楯」であるばかりでなく、雇用者と戦う「剣でもありえる」⁷⁶⁾、と思われた。そのように思われたからこそ、障害をもつ人による「訴訟の洪水」が心配されもしたのである⁷⁷⁾。確かに、多くの訴訟が提起された⁷⁸⁾が、しかし、訴訟の結果は、ADAは十分な「剣」とはなりえておらず、「期待したほど効果的ではない」⁷⁹⁾という印象を与えるものとなっている。その原因は、第7編との比較ですでに指摘した、ADAの規範構造の複雑さにある。その複雑さが、訴訟の場において雇用者側に抗弁の手段を与えている。さらに、その複雑な構造で用いられている「言葉の不明瞭さ」⁸⁰⁾が、難しさを一層増大させる。例えば、仕事の「本質的機能」(essential functions)や「不当な困難」といった観念は、「本来的に無限に解釈できる」⁸¹⁾用語である。また、ADAの趣旨や目的に関する多様な意見の存在が、司法の自己抑制的態度を生んでもいる⁸²⁾。それゆえ、ADAが「剣」ともなるためには、その規範構造を修正する必要があるともいえるであろう。

ADAのもとで障害をもつ人が「合理的配慮」を裁判の場で得るためには、少なくとも4つのテストにパスしなければならない。

75) W. J. McDevitt, Seniority Systems and the Americans with Disabilities Act, 9 St. Thomas L. Rev. 359, 360 (1997).

76) L. Graziano, Symposium Civil Rights for the Next Millennium, 10 St. John's J. L. Comm. 511, 518-519 (1995).

77) See e.g., Befort, *supra* note 29, at 439.

78) See EEOC, Americans with Disabilities of 1990 (ADA) Charges, FY 1992-FY 2000, available at <http://www.eeoc.gov/stats/ada-charges.html>.

79) S. A. Moss & D. A. Malin, Public Funding for Disability Accommodation, 33 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 197, 198 (1998).

80) 例えば、「障害」の定義に関する連邦最高裁判所の解釈の一貫性のなさについて、S. Stefan, The Americans with Disabilities Act, 52 Ala. L. Rev. 271, 297-98 (2000) 参照。用語の不明瞭さが挙証責任の問題にも影響を与えていることについては、Everly, *supra* note 3, at 53等参照。

81) R. K. Murphy, Note, Reasonable accommodation and Employment Discrimination under Title VII of the Americans with Disabilities Act, 64 S. Cal. L. Rev. 1607, 1627 (1991).

82) See Befort & Thomas, *supra* note 20, at 73-74.

まず、前述したように、「障害」⁸³⁾があり、「資格を有する」者でなければ、ADA訴訟を提起する適格を有しない⁸⁴⁾。「資格を有する」か否かは、2つの異なる、しかし関連する問いに答えなければならない。つまり、「本質的機能」を遂行できるか否か、そして「合理的配慮でもって、あるいはそれなしに」遂行できるか否か、が問われる⁸⁵⁾。「障害」と「資格を有する」という2つの要件は、多くの原告を困難な立場におく。なぜなら、原告は、自分が障害をもつ人であるといえるほど十分に損傷している (impair) が、しかし問題となっている業務を遂行できないほど損傷してはいないことを証明しなければならない⁸⁶⁾からである。そして、原告が「一応有利な」(prima facie) 訴訟であっても、原告は、障害をもち、資格を有しているにもかかわらず、障害を理由にした不利益な処遇に苦しめられていることを認めさせなければならない。この最後の要件に関しても、訴えられた雇用者は、障害をもつ被用者への不利益処遇は障害を理由とするものではない、と抗弁することができる⁸⁷⁾。

実体審理に入っても、訴えられた雇用者にはADAの規定に基づく2つの効果的な抗弁の途がある。第一に、求められた「合理的配慮」を行なうことは「不

83) 「障害」について、ADAは、リハビリテーション法の「障害」(handicapped individual) の、「身体的または精神的損傷」、「実質的制限」、そして「主要な生活活動」という3つの構成要素からなる定義 (29 U.S.C. 706(8)(B)) をそのまま用いている (42 U.S.C. 12102(2)(A))。そして施行規則は、「身体的または精神的損傷」(29 C.F.R. 1630.2(h)) を定義し、「主要な生活活動」の具体的例を挙げている (Id. 1630.2(i))。

本稿では、紙幅の関係で障害の定義の問題を論じることができない。障害の定義についての基本的方向性として、個人的な心身の不調や損傷 (impairment) にのみ求めるのではなく、社会に存在する様々な障壁との関わりの中で定義することが必要であると思われる。

84) 障害については、Bragdon v. Abbott, 524 U.S. 624, 642 (1998); Sutton v. United Air Lines, Inc. 527 U.S. 471 (1999); Albertson's Inc. v. Kirkingburg, 527 U.S. 555 (1999) 等、資格については、Cleveland v. Policy Management Systems Corp., 526 U.S. 795 (1999); Albertson's Inc. v. Kirkingburg, 527 U.S. 555 (1999); Chevron U.S.A. Inc. v. Echazabal, 122 S. Ct. 2045 (2002) 等参照。

85) 42 U.S.C. 12111(8).

86) S. S. Churchill, Legal Analysis, 46 B. B. J. 10, 12 (2002).

当な困難」を課するものである、という抗弁である。第二に、雇用者が採用する資格基準や選考基準は「仕事と関連し、職務の必要性と矛盾しない」⁸⁸⁾ という抗弁である。そして、立証責任の配分の問題⁸⁹⁾ とかかわるのであるが、第3に、雇用者は当該事案が「一応有利な」場合にはあたらぬ、という抗弁である⁹⁰⁾。障害をもつ被用者に「一応有利な」場合には、立証責任は雇用者にある。しかし、それに対する抗弁が認められれば、必要である「合理的配慮」が雇用者に「不当な困難」をもたらすものではないことを、原告が立証しなければならなくなる。

3. 「合理的配慮」と「不当な困難」の調整

(1) 「不当な困難」

「不当な困難」とは、ADA101条⁽³⁰⁾によれば、①配慮の性質と費用、②雇用者の財源、被用者数、支出と財源に及ぼす影響、施設の運営に及ぼすその他の効果、③事業者全体の財源、全体的事業規模、施設の数・種類・位置、④事業者の事業の種類、施設又は施設間の地理的な遠さ、支配又は財務上の関連性に照らして判断される「著しい支障又は費用を伴う措置」をいう⁹¹⁾。施行規則1630.2(p)が検討すべき要因として挙げているなかで注意をひくのは、「他の被用者の義務遂行能力への影響」である。解釈ガイダンスによれば、「不当な困

87) ADA 103条(a) (42 U.S.C. 12113(a)) は、障害をもつ人を排除もしくは排除する傾向のある資格基準、試験、選考基準を適用する場合でも、それが「職務に関連したものであって、業務上の必要性」に合致していれば差別の申し立てに対する抗弁となり得る、と規定している。

88) 42 U.S.C. 12113(a).

89) See Cooper, *supra* note 4, at 1463-1466; Note, Reasonable Accommodation and Employment Discrimination Under Title I of The Americans with Disabilities Act, 64 S. Cal. L. Rev. 1607, 1635-43 (1991).

90) See Befort & Thomas, *supra* note 20, at 37-38.

91) 42 U.S.C. 12111(30).

92) 29 C.F.R. 1630.2(p).

難」は、財政的な支障のみに限定されるものではなく、「過度のコストがかかる広汎で、重大で、あるいは破壊的な配慮であり、あるいは事業の性質や事業の運営を根本的に変化させるものである」⁹³⁾。しかし、このガイダンスでも、なお大幅な解釈余地があり、「不当な困難」であるか否かに関する明確な判断基準は見えない。「合理的配慮」と「不当な困難」の調整をめぐる事案から、個別的・具体的に分析し、検討する必要がある。ここでは、「合理的配慮」をめぐる2つのリーディング・ケースを見てみることにする。

(2) PGA Tour, Inc. v. Martin (532 U.S. 661 [2001])

本件では、トーナメント・プロの組織であるPGAツアーに出場する障害をもつゴルファーにカートの使用を許可することが「合理的配慮」に当たるか否か、が争われた⁹⁴⁾。連邦最高裁判所は、ADA第3編の「合理的配慮」と業務の「根本的変更」について初めての判断を示した。

本件での核心的な争点は、Martinにカートの使用を許容することがPGAトーナメントの性質に「根本的変更」をもたらすか否か、である。ADA第3篇は、「障害をもつ個人に商品、サービス、設備、特権、得点、便宜を提供するために、事業の方針、業務、手続に合理的な修正を加えることが必要な場合。そのような修正をしないこともまた差別に当たる」と規定する⁹⁵⁾。

PGAは、シニア・ツアー等ではカートの使用を認めているが、「最高レベルのゴルフ競技」であるPGAツアー等では、「徒歩」でプレーすることがルールであり、結果に影響する可能性のあるいかなるルールの変更も競技の性質を根本的に変えることになる、と主張した。

本判決は、PGAの主張を認めなかった。その理由は、ADA解釈と、そして事実認定・評価とからなる。前者に関して、本判決は、ADAは障害をもつ特

93) Interpretive Guidance on 1630. 2(p).

94) 本判決については、高橋一修「身障者プロ・ゴルファーとADA（障害をもつアメリカ人法）」ジュリスト1209号21頁（2001年）が紹介している。

95) 42 U.S.C. 12182(b)(2)(A)(ii).

定の個人のために特定の状況下で合理的か否か決定することを求めているが、PGAがMartinの状況を考慮することなく、一律にいかなるルールの変更も競技の本質を根本的に変更するとしたことは、ADAの目的と明文の規定に反する、と判示した。そして本判決は、ゴルフにおいて歩くことは重要ではないと評価し、Martinがカートを使用しても、カートの乗り降りや歩行（ショットをしたり、グリーン上でのパット）による疲労は障害のないプレーヤーよりも大きいと認定した。それゆえ、本判決は、Martinにカートの使用を認めるというルールの修正がトーナメントの性質を根本的に変更するとまでいうことはできない、と判示した。

本判決の事実認定・評価の当否を論じる能力はないが、本判決は、ADAにおける個人化した検討の必要性を確認している判決といえる。

(3) U.S. Airways Co. v. Barnett (535 U.S. 391 [2002])

航空会社U.S. Airwaysに務めるR. Barnettは、1990年に貨物取扱業務をしている間に背中を痛めた。それゆえ、Barnettは、より肉体的に楽な郵便室業務への配置転換を求めた。当該ポストは、先任者優先制（seniority system）のもとで定期的に（2年間）先任の被用者のために開かれたポストであった。なお、U.S. Airwaysにおける先任者優先制は、会社と労働組合との協議に基づく合意によるものではなく、会社が一方的に決めた制度であった。Barnettの要望は認められ、郵便室業務に配置転換された。1992年に、Barnettは、彼よりも先任である、すくなくとも2名の被用者が当該ポストへの配置転換を求めるつもりであることを知った。Barnettは、会社に、彼が郵便室業務を継続することを認める例外を作る便宜を求めた。しかし、会社は、結局、例外を作らないことを決定した。Barnettは、会社を相手取り、ADA違反訴訟を提起した。

Barnettは、郵便室業務の本質的機能を遂行できる障害をもつ個人であり、郵便室業務を行なうことは彼の障害にとって「合理的配慮」であるにもかかわらず、会社はそれを行わず、彼を違法に差別した、と主張した。それに対し、会社は、確立された先任者優先制に基づいてBarnettよりも先任で優先権

を有する被用者が郵便室業務に配置転換される、と主張した。

連邦地方裁判所は、正式事実審理を経ない判決によって、原告の訴えを斥けた。第9巡回連邦控訴裁判所は、2対1で地裁判決を支持した。しかし、第9巡回控訴裁判所〔全員法廷〕判決は、11対3で、先任者優先制の存在は単に「不当な困難」の分析における一要素に過ぎず、事件ごとの事実の徹底的な分析が「不当な困難」に該当するか否かを決定するとして、地裁判決を破棄し、正式事実審理を行う地裁法廷に差し戻した。

U.S. Airwaysが、連邦最高裁判所へ裁量上告を行った。連邦最高裁判所は、この上告を受理した。本件の争点は、先任者優先制と「合理的配慮」としての再任の調整問題である。上告人は、ある便宜が先任者優先制度に反する場合には当該便宜は常に「合理的配慮」ではない、と主張した。

連邦最高裁判所は、本件において、「合理的配慮」と「不当な困難」の調整問題に関して初めて判断を下した。判決（5対2対2）は、控訴審判決を破棄し、差戻した。

Breyer 裁判官が執筆した法廷意見⁹⁶⁾は、以下のように判示した。

ADAは、障害をもつ被用者にとって必要な「合理的配慮」を行なうことを要求する。ADAは空位となっているポストへの配置転換という便宜の要求を自動的に拒否する、と解することもできない。他方で、通常の英語では、「合理的配慮」は「適切な配慮」を意味しない。当該障害をもつ被用者にとって有効な便宜の要請が、同僚である他の被用者への影響のゆえに、不合理である場合もありえる。ADAは、雇用者が障害をもつ人の労働市場への参入を促進す

96) Rehnquist長官, Stevens, O'Connor, Kennedy各裁判官が同調した。なお、Stevens補足意見は、「それ自体が障壁」(per se bar)アプローチを拒否した点に同意しつつも、便宜を要求する被用者が当該便宜が合理的であることを立証する責任を負わなければならない、と述べる。O'Connor補足意見は、先任者優先制が合理的であるか否かは、先任者優先制が法的に執行可能なものであるか次第であると述べて法廷意見が採用するテストに疑問を呈する。しかし、法廷意見のテストは多くの場合正しい結果を導くであろう等として、法廷意見に同意する。

る積極的行為を行なうことを求める。しかし、それは合理性の範囲を超えた行為を要請するものではない。「合理的配慮」と「不当な困難」とを実践的な方法で調和させることが必要である。Barnettの再任要求は、それが先任者優先制に違反しない限り、合理的であると推定できる。先任者優先制と矛盾するという状況は、通常は、要求されている便宜が合理的ではないことを意味する。「合理的配慮」が常に先任者優先制に対する「切り札」であると解することは、合理的ではないと思われる。しかし、先例も先任者優先制の優越を肯定している。先任者優先制は、公正で統一的な処遇への被用者の期待を満たすことによって、被用者に重要な利益を与える。先任者優先制は、通常は、合理的である。したがって、先任者優先制に対する例外を求める被用者が、当該例外を正当化する「特別の状況」を立証する責任を負わなければならない。

Scalia裁判官（Thomas裁判官同調）の反対意見の結論は、原判決破棄である。その判断枠組が、法廷意見とは異なる。Scalia反対意見は、先任者優先制は障碍をもつ被用者への便宜に対して「それ自体が障壁」（per se bar）であるとする。したがって、Scalia反対意見によれば、先任者優先制と抵触する便宜は、そもそも「合理的配慮」ではないことになる。

Souter裁判官（Ginsburg裁判官同調）の反対意見の結論は、原判決維持である。Souter反対意見によれば、ADA制定史からすると、先任者優先制は余り大きな重みを有していない。団体交渉協定に基づく先任者優先制が、「合理的配慮」か否かを判断する際の考慮の一要素になるに過ぎない。しかし、雇用者によって一方的に決められた先任者優先制は、ADAのもとでは何ら特別な保護を受けない。したがって、本件における問題の解決は、比較衡量によって決せられる。先任者優先制を破ることが「不当な困難」をもたらすことの証明責任は、雇用者にある。被上告人は、2年間郵便室業務を行っていた。被上告人は、変更を求めているのではなく、むしろ現状維持を求めている。他の被用者を振り落としてもいないし、被上告人への当該便宜によって誰もポストを失うわけではない。

(4) 事実の内容に即した個別的・具体的検討

連邦最高裁判所は、*Bragdon v. Abbott* (542 U.S. 624 [1998]) では HIV 患者を ADA の適用対象とする画期的な判決を下した。しかし、その後は、*Cleveland v. Policy Management Systems Corporation* (526 U.S. 795 [1999]), *Murphy v. United Parcel Service, Inc.* (527 U.S. 516 [1999]), *Sutton v. United Air Lines, Inc.* (527 U.S. 471 [1999]), *Albetson's Inc. v. Kirkingburg* (527 U.S. 555 [1999]) と「障害をもつ人」の範囲を限定してきた。

「合理的配慮」に関する判例として、(1)で見た PGA Tour 判決を端緒として、2002年には *Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams*⁹⁷⁾ 判決、そして(2)で見た *Barnett* 判決がある。しかし、全員一致判決であった Toyota 判決の結論を左右した核心的争点は、「合理的配慮」論ではなく、被上告人（原告）の身体状態が悪化した後における「主な生活活動」への制約が「実質的」であるか否かに関する事実評価⁹⁸⁾ であった。したがって、*Barnett* 判決が、「合理的配慮」と「不当な負担」の実践的調整をめぐる最初の判決であり、「最も重要な」⁹⁹⁾ 判決といえる。

中立的で、確立された労働ルールであれば、「合理的配慮」を否定する正当化根拠となる。そのようなルールの代表的な例のひとつが、会社と労働組合との協議に基づいて合意された先任者優先制である。それは、「それ自体」(per se) 「合理的配慮」を否定する「切り札」となる¹⁰⁰⁾。しかし、本件は、労働組合との協議に基づき合意された先任者優先制ではなく、会社が一方的に決めた先任者優先制である。ということは、会社の意志で変更することも修正することもできるものである。そうであるとすると、そのような先任者優先制と「合理的配慮」との調整にあっては、前者が優越するものとはいえないであろう。

97) 534 U.S. 184.

98) 534 U.S., at 195-203.

99) Amar & Brownstein, Reasonable Accommodation under the ADA, 5 Green Bag 2d 361, 361 (2002).

100) See e.g., Befort & Thomas, supra note 20, at 59-61.

したがって、少なくとも、事実の内容に即した個別的・具体的検討によって答えを導き出すことが必要である。その際、考慮すべき一方のものは、Barnettの要求する便宜がもたらす影響である。Souter 反対意見は、Barnettが求めているのは、変更ではなく、現状維持であり¹⁰⁰⁾、また誰かのポストを奪うものでもない¹⁰¹⁾、と主張する。確かに、Barnettからすると、現状維持ではある。しかし、それは、当該ポストが2年任期であるという慣行を変更するものであり、他の被用者への影響はあるのであり、その影響が大きくないとは簡単には断定できない。さらなる事実認定・評価が求められる。

Ⅲ. ドイツ連邦共和国基本法3条3項2文

1. 1994年第42回基本法改正

1994年10月27日の第42回改正法律で、2項2文および3項2文が補填され（下線部）、基本法3条は以下のような規定となった。

基本法3条

1. すべての人は、法律の前に平等である。
2. 男性と女性は、同権である。国は、女性と男性の同権が現実的に達成されることを促進し、現に存する不利益の除去を目指す。
3. 何人も、その性別、生まれ、人種、言語、故郷及び家族、その信仰、宗教上又は政治上の見解を理由にして、不利益を受け、または優遇されてはならない。何人も、その障害を理由として不利益を受けてはならない。

(1) 州憲法における障害をもつ人に関する規定

1989年の「ベルリンの壁」の崩壊および1990年10月3日のドイツ再統一から1994年基本法3条3項2文補填までの間に、障害をもつ人の法的地位等に関する動きがあったのは、まずドイツ民主共和国側の州憲法においてであった。

101) 535 U.S., at 423.

ドイツ民主共和国の新しい憲法制定のための円卓会議案¹⁰²⁾には、障害者 (Behinderte) にかかわる規定が置かれている。例えば、23条1項2文 (共同体は「障害者を尊重する」)、23条2項 (「すべての市民は、……障害……の結果に対する社会保障の権利を有する」)、25条2項 (「国家は、特に……障害に適合した住居……の促進を義務づけられる」) である。この円卓会議案をモデルにして、1990年7月23日東ベルリン憲法および5つの州憲法 (1992年5月27日ザクセン自由州憲法、1992年7月16日ザクセン-アンハルト州憲法、1992年8月20日ブランデンブルク州憲法、1993年4月30日メッケルンブルク-フォアポンメルン州憲法、1993年10月25日テューリンゲン自由州憲法)¹⁰³⁾ 制定の際には、障害をもつ人の法的地位が一つテーマとなった。アメリカのADA制定の影響もあって、障害者ではなく障害をもつ人 (Menschen mit Behinderung [ブランデンブルク州憲法12条4項、29条3項2文、35条3項、48条4項；テューリンゲン自由州憲法2条4項]；behinderte Menschen [東ベルリン憲法6条4項、ザクセン州憲法17条2項1文]) という表現が採用されている。青少年と高齢者と並んで障害をもつ人への助成と支援が「国家およびすべての個人の責務である」(東ベルリン憲法6条4項)、「高齢者および障害のある人は、州の特別な保護のもとにある。州は、共同体における生活への平等な参加を促進する」(ザクセン-アンハルト州憲法38条)、「障害をもつ人は、自由州の特別な保護のもとにある。州および地域団体は共同体におけるその平等な参加を促進する」(テューリンゲン自由州憲法2条4項)、「才能のある人、障害をもつ人、そして社会的な不利な立場にある人は特別に支援される」(同20条)といった規定が置かれた。なかでも、障害をもつ人の法的地位に関しては、ブランデンブルク州憲法が多くの規定を置いている。障害をもつ人は、教育分野における特別な支援 (29条3項3文)、スポーツの際の障害をもつ人

102) Vgl. P. Häberle, Der Entwurf der Arbeitsgruppe Neue Verfassung der DDR des Runden Tisches, JöR n.F. Bd. 39 (1900), S. 319.

103) Vgl. M. Herdegen, Die Aufnahme besonderer Vorschriften zugunsten behinderter Personen in das Grundgesetz, VSSR 1992, 245 (254ff.).

の特別なニーズへの顧慮（35条3項）、社会保障の権利（45条1項1文）、労働関係における解約告知に対する特別な保護（48条4項）等、詳細に規定されている。さらに、ブランデンブルク州憲法12条2項は、優遇も不利益処遇も禁止する理由の一つとして「障碍」を明記しており、「差別禁止における障碍をもつ人への顧慮にとって直接的なモデル」¹⁰⁴⁾といえる。

なお、再統一後の1995年11月23日に制定されたベルリン憲法12条2項は、基本法3条3項2文よりも先へ行く。それは、女性および未成年者と並んで身体障碍をもつ人に労働関係における特別な保護請求権を認めた¹⁰⁵⁾。

(2) 3条3項2文補填の経過と要因

連邦議会は、1994年9月6日に、基本法3条3項2文の補充を含む基本法改正案を可決し、連邦参議院も9月23日に同意した。同法は、11月4日に公布され、11月15日に発効した¹⁰⁶⁾。

基本法3条3項2文が補填された要因として、次の3つのことを指摘できるであろう。

第1に、1990年の東西ドイツ統一である。障碍をもつ人の不利益処遇の禁止に関してみると、前節で見たように、旧東ドイツの州憲法で障碍をもつ人の差別禁止規定が定められていた。第2に、障碍者団体による差別禁止規定の基本法への補充推進運動である。それは、とりわけ、CDU/CSUの態度を変えさせるのに貢献したといえる。連邦議会・連邦参議院合同憲法委員会では、

104) M. Sachs, Das Grundrecht der Behinderten aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, RdJB 2/1996, 160.

105) 現行のベルリン憲法は、11条1文で障碍をもつ人への不利益処遇を禁止し、2文で「障碍をもつ人および障害のない人の平等な生活条件のために配慮する」ことを州に義務づけている。

106) 改正過程については、A. Jürgens, Der Diskriminierungsschutz im Grundgesetz, DVBl. 1997, 410 (411); G. Jürgens, Die verfassungsfrechtliche Stellung Behinderter nach Änderung des Gesetzes, ZfSH/SGB 7/1995. 353 (354f.) 参照。邦語文献としては、岡田俊幸「障害者の不利益処遇の禁止と特殊学校への転校処分」自治研究73巻12号111頁（1997年）参照。

CDU/CSUは、障害者不利益処遇禁止条項の導入に反対していた。SPDは、①基本法改正は公共において明確なシグナルを送り、住民の間での意識変革に対して一つの重大な推進力を与えること、②基本法3条3項は「憲法史的な意味」も有するが、ナチスによって迫害された他の集団は基本法3条3項で特別に言及されているのに対して、同じく迫害された障害者は考慮されていない等を主張し、補填を提案した。それに対して、CDU/CSUは、①障害者に対する国家共同体の責任は社会国家原理によってすでに確保されている、②障害者の不利益処遇の禁止は、病人や事故・犯罪の犠牲者といった社会の他の集団による同様の要求への先例となりかねないこと、③障害者の差別は、主として、日常生活における差別の問題であり、憲法では解決できないことを理由に反対した。結局、基本法3条3項2文の補充は、合同憲法委員会では2/3の多数を獲得できなかった。しかし、合同憲法委員会の勧告を受けて始まった連邦議会の審議で、障害者団体の障害者の不利益処遇禁止条項導入への粘り強い運動を受けてCDU/CSUが従来態度を変更し、基本法3条3項2文の補填に賛成した。

そして、第3に、1990年に制定されたアメリカのADAの影響を挙げることができるであろう。D. C. Umbachは、3条3項2文の「思想は、まず何よりも、80年代のアメリカの反差別運動によって表明され、そして1990年のADAに置き換えられた」¹⁰⁷⁾ものと指摘している。基本法3条3項2文の補填は、いわば「時代精神の認容」¹⁰⁸⁾といえよう。

2. 基本法3条3項2文の意味・内容

(1) 判例

連邦憲法裁判所は、1996年7月30日に、統合教育に関する不許可処分をめぐる憲法異議事件において、基本法3条3項2文の規範内容に関して初めて言

107) D.C. Umbach, in: Ders./Clemens, GG Bd. I (2002), Art. 3 III 2, Rdnr. 377. Vgl. ferner A. Jürgens, ib., DVBl. 1997, 410; Ders., Gleichstellungsgesetze für Behinderte?, ZRP 1993, 129 (130f.).

108) Umbach, id., Rdnr. 382.

及した¹⁰⁹⁾。

本件は、仮の権利保護手続で下された上級行政裁判所の却下決定に対する憲法異議であるが、普通学校での統合教育を求める障碍児に対する特殊学校への転校処分の合憲性が問題となった。連邦憲法裁判所は、上級行政裁判所の却下決定は「基本法3条3項2文に合致しない」として憲法異議を認めた。

本決定の基本法3条3項2文の内容に関する理解は、以下の判示部分から窺うことができる。

ニーダーザクセン州学校法は、「障碍のために特殊教育の促進を必要とする女子生徒および男子生徒に対して、原則として、特殊教育の促進の必要のない女子生徒および男子生徒との普通学校における共通の就学を求める優先的請求権を付与する」もので、それは「基本法3条3項2文において保障されているような、障碍を理由とする不利益処遇の特別な禁止を……法律上詳細に発展させている」。同法が定める普通学校における共通教育という「法律上の原則事例から離れることができるのは、個人の〔共通教育〕促進要求に普通学校では対応することができない場合、または組織的、人的および物的諸条件からして統合就学が不可能である場合だけである。基本法3条3項2文に照らして、この原則・例外関係から法適用者が法律上の原則事例を離れようとする場合には、法適用者に対して高度の根拠づけ義務が導かれる。それゆえ、ニーダーザクセン州学校法に基づく統合就学の可能性を、組織的および人的手段が限られている場合の普通学校の〔共通教育〕遂行能力について個々の点を問わずに一括した指摘によって否定するのでは、拒否理由として十分ではない」。そして上級裁判所の却下決定からは、障碍を理由として不利益を受けないという異議申立人の利益が基本法3条3項2文において憲法上保障されていることを、上級行政裁判所が意識していたと認識することができない。

特殊学校での教育は本人が希望しない場合には不利益処遇となりえることを

109) DVBl. 1996, S. 1369 = JZ 1996, S. 1073. 本決定については、岡田（前掲注106、108頁以下）が紹介している。さらに、BlérGE96, 288（1997）も参照。

肯定する本決定は、いわゆる派生的配分請求権¹¹⁰⁾を認めたものといえる。

(2) 学説

1994年の基本法改正までは、障害をもつ人に関して、基本法上明文規定はなかった。1994年改正以前は、障害をもつ人の基本法上の保護は、1条1項の人間の尊厳および20条1項の社会国家原理において語られていた。1条1項によって、障害をもつ人に対する差別も含めて、人間としての扱いを否定するすべての差別が禁止される¹¹⁰⁾。そして、障害をもつ人への配慮は、救済を必要とする人のための社会国家の配慮義務の一環として位置づけられる¹¹¹⁾。

基本法3条3項2文は、1条1項および社会国家原理を超える、どのような意識・内容をもつのであろうか。

【意義・目的】連邦議会・連邦参議院合同憲法委員会では、障害をもつ人を保護することの意義に関して2つの異なる見解が対立していた。一つは、全法秩序に放射されるべき価値決定と見る見解であり、他の一つは単なるアピール機能と見る見解であった¹¹²⁾。

学説は3条3項2文の意義を、社会国家原理における援助および統合使命の具体化と強化¹¹³⁾と捉え、そしてその使命を果たすために不利益処遇の禁止条項を補填したもの¹¹⁴⁾と見る。それゆえ、3条全体の構造のなかで3項2文は、

110) 派生的配分請求権については、青柳幸一「基本権の多次的機能」同『個人の尊重と人間の尊厳』76頁以下(1996年)、戸波江二「西ドイツにおける基本権解釈の新傾向(一)～(五)」自治研究54巻7号～11号(1978年)等参照。

111) ナチス支配への拒絶の表明である基本法1条1項の「人間の尊厳」は、まず第一に、甚だしい虐待、追放、そして差別に対する防壁を意味する(vgl. statt aller E. Benda, Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht, in: HdbVerfR, § 6 Rdnr. 15-21ff.)。

112) BVerfGE 40, 121 (133)。

113) Umbach, a.a.O. [Fn. 107], Rdnr. 380。

114) BT-Drs, 12/8165, S. 29; Herdegen, a.a.O. [Fn. 103], S. 247, 248ff.; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art.3, Rdnr. 42a; Sachs, a.a.O. [Fn. 104], S. 154ff.; Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl. 2007, Art. 3, Rdnr. 142。

「法と社会における障害者の地位を強化する保護目的を明確に際立たせる」¹¹⁵⁾ものと位置づけられる。したがって、3条3項2文は、とりわけ私法を制定する際に立法者を拘束する¹¹⁶⁾。

【享有主体】 享有主体は、自然人のみである¹¹⁷⁾。障害者団体は、3条3項2文の享有主体ではない¹¹⁸⁾。

【障害の定義】 3条3項2文は、障害について定義していない。障害の定義については議論があるが、ドイツの障害者法制が重度障害者中心であったことからすると、3条3項2文は少なくとも重度障害者に限定していない¹¹⁹⁾ことは指摘できる。

【1項・2項・3項1文との関係】

3条には、内容的重複が存在する。不利益処遇については、すでに3条1項が禁止している。障害をもつ人に対する国家共同体の責務は、前述したように、すでに20条1項の社会国家原理によって把握される¹²⁰⁾。しかし、これらが無駄な重複と見ることは、正しくない。前者について言えば、3条3項2文は、障害をもつ人に対する不利益処遇の禁止を条文上も明確にしたといえる。後者

115) Vgl. weiteres Hinweise Herdegen, a.a.O. [Fn. 103], S. 251ff.

116) BT-Drs. 12/8165, S. 29.

117) BVerfGE 99, 341 (356).

118) W. Heun, in: Dreier, GG I, 2. Aufl. 2004, Art. 3, Rdnr. 136; P. Reichenbach, Ist die medizinisch-embryopathische Indikation beim dem Schwangerschaftsabbruch nach § 218 a II StGB verfassungswidrig?, Jura 2000, 622 (625ff.); vgl. auch Herdegen, Das neue Diskriminierungsschutz für Behinderte, 1995, S. 53; Osterloh, in: Sachs, GG, 4. Aufl. 2007, Art. 3, Rdnr. 308; Jarass/Pieroth, a.a.O. [Fn. 114], Rdnr. 145; M. Gubelt, in: Münch/Kunig., GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Rdnr. 94a.

119) Heun, id., Rdnr. 136; Umbach, a.a.O. [Fn. 107], Rdnr. 404.

120) Heun, id., Rdnr. 135; Osterloh, a.a.O. [Fn. 118], Rdnr. 308; m.w. N. Rübner, in: Wannagat, SGB, AT §§ 10, 20, 29 Rdnr. 4; Mryozynski, SGB I, 2. Aufl. 1995, § 10 Rdnr. 12ff.; G. Jürgens, a.a.O. [Fn. 106], ZfSH/SGB 1993, S. 358f. なお、障害をもつ人の憲法上の概念については、V. Neumann, Der verfassungsrechtliche Begriff der Behinderung, NVwZ 2003, 897 参照。

に関しては、前述したように、3条3項2文によって障害をもつ人に対する国家共同体の責務が強化される。

3条3項1文と2文の重要な違いは、1文が「性別、生まれ、人種、言語、故郷及び家族、その信仰、宗教上又は政治上の見解を理由にして」優遇することを禁止するのに対して、2文は障害者の優遇を禁じていない点にある。この点で、3条3項2文は、障害を理由に優遇することも禁止するブランデンブルク州憲法12条2項とは異なる。3条3項2文は、立法者の「形成の自由」に委ねられる範囲において障害をもつ人に対する優遇を許容する¹²¹⁾。

【不利益処遇の禁止】

3条3項2文の不利益処遇の概念は、3条1項のそれと一致する。

基本法改正立法者は、3条3項2文は直接妥当する権利を保障する、と述べている¹²²⁾。不利益からの保護は何ら基本権ではなく、政治的な準則（基準値）にすぎない¹²³⁾とする異論もあるが、多数説は、主体的な基本権である防禦権を保障する¹²⁴⁾ものと捉えている。さらに、防禦権と並んで、より広い消極的な保障機能として障害者差別の特別な禁止を読み込み、さらに特に障害をもつ人に有利な処遇を促進する施策を是認する（積極的保障機能）見解¹²⁵⁾もある。

【障害をもつ人の地位の強化】

3条3項2文の不利益処遇の禁止を超える部分、すなわち、社会における障害をもつ人の地位の強化は、国家目標として位置づけられる¹²⁶⁾。一般的な価値決定として、3条3項2文は、特別な社会国家的国家目標としての作用を有す

121) Herdegen, a.a.O. [Fn. 103], S.256; Scholz, in: Maunz-Dürig, GG (1996), Art. 3 Abs. 3, Rdnr. 177.

122) Heun, a.a.O. [Fn. 118], Rdnr. 137; vgl. A. Jürgens, a.a.O. [Fn. 107], ZRP 1993, 130f.; Schmidt-Bleibtreu/Klein, a.a.O. [Fn. 114], Rdnr. 42a.

123) BT-Drucks. 12/8165, S. 29; H. G?nther, Rehabilitation 1997, 109 (210).

124) Modell/Müller, GG, Art. 3, Rdnr. 18.

125) Osterloh, a.a.O. [Fn. 118], Rdnr. 305.

126) Scholz, a.a.O. [Fn. 121], Rn.174.

る¹²⁷⁾。この作用に関しては配分請求権・給付請求権が問題になるが、3条3項2文も平準化する措置としての給付請求権を認めるものではない¹²⁸⁾。具体的給付請求権については、周知のように、学説も判例¹²⁹⁾も消極的であり、社会国家上かつ財政制度上の措置留保があることを認めている¹³⁰⁾。また、特別な平等原則として、2文は創造的配分請求権を根拠づけるものでもない¹³¹⁾。先に見たように、連邦憲法裁判所も2文を、派生的配分・給付請求権と抑制的に解釈している。

【第三者効力】

3条3項からは事実上の平等の確立への保護義務的要求を何ら導き出せないので、3条3項の客観的作用は、実践上もっぱら第三者効力に限定される¹³²⁾。そして、その第三者効力は、間接的効力である¹³³⁾。つまり、2文は、私法上の条文解釈と適用の際に放射作用を有する¹³⁴⁾し、立法者は私法において障害をもつ人の平等な処遇を求める規範を制定することができる¹³⁵⁾。

127) Ch. Starck, Mangoldt/Klein/Ders., GG I (2005), Art. 3 Abs. 3, Rdnr. 417; Osterloh, a.a.O. [Anm. 118], Rüdnr. 307; Scholz, a.a.O. [Fn. 121], Rdnr. 174; Rübner, BK (Stand: 2003), Art. 3 II u. III (1996), Rdnr. 872, 885. 反対説として、T.M. Spranger, Wen schützt Art. 3 III 2 GG?, DVBl. 1998, 1058ff. がある。

128) Scholz, a.a.O. [Fn. 121], Rdnr..174.

129) Herdegen, a.a.O. [Fn. 118], S. 29f., 35f ; Scholz, id., Rdnr. 177.

130) BVerfGE 33, 303 (333); 90, 107 (116).

131) Scholz, a.a.O. [Fn. 121], Rdnr. 177.

132) Umbach, a.a.O. [Fn. 107], Rdnr. 393.

133) Heun, a.a.O. [Fn. 120], Rdnr. 137; Starck, a.a.O. [Fn. 127], Rdnr. 342f. 反対説として、J.A. Frowein, Die Überwindung von Diskriminierung als Staatsauftrag, Art. 3 III GG, in: Festschrift für H. Zacher, 1998, S. 157 (160ff.) がある。

134) Scholz, a.a.O. [Fn. 121], Rdnr.174; Starck, a.a.O. [Fn. 127], Rdnr. 422; Heun, a.a.O. [Fn. 120], Rdnr. 138.

135) Starck, a.a.O. [Fn. 127], Rdnr. 422 ; G. Beaucamp, Das Behinderungsrecht (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) in System der Grundrechtsdogmatik, DVBl. 2002, 1000 m.w.N. in Anm. 43; Jarass/Pieroth, a.a.O. [Fn. 114], Rdnr. 132.; BT-Drs. 12/8165, S. 29.

(3) 社会法典第9編

ドイツの障害者法制¹³⁶⁾の特徴は、リハビリテーションの重視、一般就労促進（重度障害者雇用義務制度）の重視、福祉的就労の場としての障害者作業所の重視、障害者の当事者代表者による参加の重視に見出すことができる。

2001年に、従来のリハビリテーション給付調整法と重度障害者法を見直し、統合した「リハビリテーションおよび障害をもつ人の参加」(Rehabilitation and Teilhabe behinderter Menschen)が社会法典第9編¹³⁷⁾に規定された。この見直し・統合は、権利基底のパラダイムへの変換として特徴づけることができる。この見直し・統合は、4つの目標、すなわち、①障害をもつ人¹³⁸⁾の自己決定と社会参加の促進、②リハビリテーションの権利の一層の発展と不利益処遇の禁止の明文化、③障害をもつ人の雇用状況の優先的な改善、④ドイツ語手話の認知および平等処遇についての調査を挙げている¹³⁹⁾。

2001年の社会法典改正には、様々なものの影響を見出すことができる。81条2項が規定する使用者に対する不利益処遇の禁止は、基本法3条3項2文を

136) Starck, id., Rdnr. 422.

137) Sozialgesetzbuch Neuntes Buch (BGBl. I S. 606). なお、ドイツの障害者法制一般については、R. Wagner, Einführung in das Behindertenrecht, 2004; J. Castendiek/G. Hoffmann, Das Recht der behinderten Menschen, 2. Aufl. 2005; A. Frank, Das Schwerbehindertenrecht, 9 Aufl. 2006; T. Eissing, Behindertenrecht, 2007等参照。邦語文献としては、田中耕太郎「ドイツにおける障害者施策の展開と介護保険」<<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2003/08/s0826-2.d.html>>等参照。

138) 社会法典第9編2条は、障害を「身体的な機能、知的能力または精神の健康が、同じ年齢の者と比べてかなりかけ離れていて、その状態がおよそ6ヶ月以上続き、そのために社会生活への参加が困難となっている状態の人」と定義している。

なお、8条でバリア・フリーを定める障害をもつ人の平準化法 (Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen : BGBl. I S. 3024) は、そのほかに、公権力の運営主体に対する障害者の不利益処遇の禁止 (7条)、行政手続等におけるドイツ語手話その他の補助をつけるよう請求する権利の保障 (8条)、各種資格法規における欠格条項の全面的見直し (10条) 等を規定している。

139) 廣田久美子「障害者の雇用保障に関する法的課題」九大法学 83号 301-2頁 (2002年) 参照。

法律に置換するものである。障害者関連法において従来は「障害者（Behinderte）」と表記されていたが、それが「障害をもつ人（behinderte Menschen）」と改められた。この変更には、アメリカのADAの影響を見ることができであろう。さらに、本稿のテーマとの関係で興味深いのは、新たに挿入された社会法典81条で、雇用者の義務および重度障害をもつ人の権利を定めていることである。81条が定める内容は、ADAの影響というよりも、直接的には、2000年11月に出された欧州委員会の「雇用と職業における均等待遇の一般的枠組みを設定する指令」¹⁴⁰⁾を置換するためのものといえる。指令5条は、均等取扱原則の遵守を確保するために、当該措置が雇用者に不均衡な負担（a disproportionate burden）を課さない等の留保のもとではあるが、障害をもつ人に対して「合理的配慮」（reasonable accommodation）を供与することを規定している。

社会法典第9編81条は、1項で、雇用者に対して、重度障害をもつ人を空位および空位になるポストへ就労させることに関する審査義務を課す。2項は、前述したように、雇用者に対して障害を理由とした不利益処遇を禁止し、そしてその違反に対する損害賠償請求権を認める。3項は、適切な措置によって、一定数の重度障害をもつ人が可能な限り持続的で、障害に適合した職務を見つけられることを保障することを雇用者に義務づける。5項も、雇用者にパートタイム労働制度を促進する義務を課している。

そして、81条4項が、重度障害をもつ人の、雇用者に配慮（Beücksichtigung）を求める権利を保障する。重度障害をもつ被用者は、能力と知識を可能な限り十分に活用し、さらに発展することができるよう就労を割り当てられることを請求することができる（1項）。職場の内外での訓練や継続的形成に際して、重度障害をもつ被用者は優先的処遇を請求することができる（2号・

140) Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000. この指令については、竹中康之「ECにおける障害者差別禁止法制の展開と課題」ワールド・ワイド・ビジネスレビュー3巻2号47頁以下（2000年）、濱口桂一郎「EUの『年齢・障害等差別禁止指令』の成立と、そのインパクト」世界の労働51巻2号40頁以下（2001年）参照。

3号)。これらの権利は、訴求することを認める請求権として保障されている。そして、4号は、被用者に対して、重度障害をもつ被用者のポストおよび労働環境を障害をもつ人にとって適するように変更することを義務づける。ただし、これらの義務を具体化するための措置には、留保が付されている。当該義務の遂行が雇用者に期待し得ないか、あるいはそのために不均衡な出費（*unverhältnismaßige Aufwendung*）が必要な場合、労働の家庭および労働の成果に不利な影響を及ぼす場合、そして他の労働者に対して重大な不利益を生じる場合には、実施する必要はない（4項2文・3文）。

したがって、ドイツにおいても、「合理的配慮」の実施は、「不当な困難」とのバランスのもとにおかれている¹⁴¹⁾。

IV. 合理的配慮を求める憲法上の権利

1. 障害をもつ人の権利：条例と条約

(1) 千葉県条例と「合理的な配慮」

2006年10月11日、千葉県議会は、日本で初めて障害をもつ人に対する差別に関する規定を盛り込んだ「障害のある人もない人も共に暮らしやすい千葉県づくり条例」¹⁴²⁾を可決した。

本条例の最大の特徴は、2条2項の「差別」の定義規定に見出すことができる。それは、障害を理由とした不利益取扱ばかりでなく、「障害のある人が障害のない人と実質的に同等の日常生活又は社会生活を営むために必要な合理的な配慮に基づく措置（以下「合理的な配慮に基づく措置」という。）を行わないことを」差別と定義していることである。この点は、次節で見る障害をもつ

141) 「合理的配慮」を求める権利については、廣田・前掲注139、323-25頁；同「ドイツにおける障害差別禁止と『合理的配慮』をめぐる動向」NIRV87号129頁（2008年）；小西啓文「ドイツ重度障害者法における雇用政策の展開」三重法経125号42-51頁（2005年）等参照。

142) 本条例は、<http://www.pref.chiba.jp/reiki/4189010100520000000/41990101007800020000/41990101007800020000.html>で読むことができる。

人の権利条約と同様の位置づけとなっている。そして、8条で「何人も、障害のある人に対し、差別をしてはならない。ただし、不利益取扱いをしないこと又は合理的な配慮に基づく措置を行うことが、社会通念上相当と認められる範囲を超えた人的負担、物的負担又は経済的負担その他の過重な負担になる場合においては、この限りでない」と規定する。ここから、2つのことを指摘することができる。第1に、ADA等と異なり、「合理的な配慮に基づく措置を行うこと」が雇用の場だけに限定されていないことである。そして、第2に、ADAや障害をもつ人の権利条約と同様に、その「合理的な配慮」も「過重な負担」とのバランスが求められていることである。

(2) 障害をもつ人の権利条約と「合理的配慮」

第二次世界大戦後の国際社会が、障害をもつ人に対する差別問題に眼を向けたのは、1970年代になってからである。それまでの、障害をもつ人に対する差別への無関心は、1966年に採択された国際人権規約を見れば明らかである。差別を禁止するA規約2条2項、B規約2条1項、26条には、障害に基づく差別は挙げられていない。諸々の人権条約でも、子どもの権利条約¹⁴³⁾を除いて、差別を禁止する条項で障害は挙げられていない。条文に明記されていないだけでなく、「人権諸条約に基づく実行、活動、実践の中でも障害者の人権はほとんど取り扱われてきませんでした¹⁴⁴⁾」という状況であった。変化への動きは、1971年の「知的障害者権利宣言」から始まる。国連は、その後、周知のように、1975年には「障害者権利宣言」を採択し、1981年を「国連障害者年」とし、そして1983年から「国連障害者の10年」を開始する。1994年に、国連総会は「障害者の機会均等化に関する基準規則」を採択した¹⁴⁵⁾。

2006年12月13日、障害をもつ人の権利条約が第61回国連総会本会議におい

143) 子どもの人権条約2条には、差別禁止事由の一つとして障害が挙げられており、また23条には障害をもつ子どもの権利が規定されている。

144) 川島聡「障害者の国際人権保障」リハビリテーション研究130号4頁（2007年）。

て採択された。日本は、2007年9月28日に本条約に署名した。本条約は、2008年4月3日にエクアドル政府が20番目となる批准書を国連事務総長に寄託したことにより、条約45条の規定に基づき、2008年5月3日に発効した。

まず何よりも、障害をもつ人の権利条約¹⁴⁶⁾の特徴として指摘できるのは、障害に基づく差別の定義のなかで「合理的配慮の否定」が明記されている(2条)ことである。このことは、「障害分野の合理的配慮の発展のみならず、国際人権法全般の被差別概念にとっても意義深いものと」¹⁴⁷⁾いえよう。2条で定義されている「合理的配慮」の内容における主たるポイントは、次の3点である。第1に、「合理的配慮」を、障害者による「すべての人権及び基本的自由」の平等な享有と行使を確保するための「必要かつ適当な変更及び調整」と定義している。第2に、「合理的配慮」は、障害をもつ人の個別的具体的なニーズに配慮するために「特定の場合に必要とされるものである」。「特定の場合に必要とされる」という文言は、川島聡が正当に指摘しているように、合理的配慮が個人で異なる『個別化された概念』であることを意味する¹⁴⁸⁾。そして第

145) 国際的な障害者法の動向については、D. Driedger, *The Last Civil Rights Movement: Disabled Peoples' International* (1989) [ダイアン・ドリージャー (長瀬修編訳) 『国際的障害者運動の誕生』(2000年)]; Department of Economic and Social Affairs, *The United Nations and Persons with Disabilities: The First 50 Years* (2000); G. Quinn & T. Degener with A. Bruce et al., *Human Rights and Disability* (2002); W. Scott, *Guide to Sources in International and Comparative Disability Law*, 34 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 621 (2007) 等参照。邦語文献としては、長瀬修「障害分野の国際人権法」法学セミナー1999年2月号; 川島・前掲注144, 1頁以下; 同「障害者の国際人権保障の(1)~(5・完)」手話コミュニケーション研究41号(2001年)、43号60頁(2002年)、45号66頁(2002年)、49号44頁(2003年); 同「国際人権法における障害差別禁止法」高野真澄先生退職記念『これからの人権保障』231頁以下(2007年)等がある。

146) 本条約の外務省による仮訳文は、http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/shomei_32b.htmlで読むことができる。(なお、本条約についての詳細な研究書として、再校のときに、長瀬修・東俊裕・川島聡編『障害者の権利条約と日本』(2008年7月)が公刊された。川島聡=長瀬修による仮訳も、同書・207頁以下に収録されている。)

147) 川島・前掲注144, 40-41頁。

148) 同・38頁。

3に、「合理的配慮」の要求は、「変更及び調整」を行う側に対して「均衡を失した又は不当な負担」（disproportionate or undue burden）を課すものではないことである。障害をもつ人の権利条約も、「合理的配慮」と「不当な負担」とのバランスを求めている。

（3）憲法と条約

公害条例、情報公開条例、個人情報保護条例で明らかのように、条例が法律に先行し、やがて同様な法律が制定されることはありうる。しかし、国法秩序において、条例が憲法に優先することはありえない。他方で、条約と憲法の場合には、両者の優劣関係をめぐる問題が従来から存在する。筆者は、すでに別稿において、憲法と条約の優劣に関して簡単にではあるが、論じている¹⁴⁹⁾。それを再録（「 」内）しつつ、私見を述べておきたい。

「憲法と条約の優劣をめぐって、国民主権主義に立脚する憲法優位説と、国際協調主義に立脚する条約優位説が対立している。

憲法が国際協調主義に立脚していることは、前文および98条2項から明らかである。しかし、その国際協調主義の内容は必ずしも明確ではないし、現在の国際社会の状況を前提とする限り、国際協調主義という一般原則によって条約優位を正当化することは困難であろう。また、条約優位説が挙げる、憲法98条1項で条約が除かれており、しかも同条2項に条約を誠実に遵守することが謳われており、81条で違憲審査の対象から条約が除かれているという他の論拠も、説得力をもつとは言い難い。98条1項は国内法秩序における憲法の最高法規性を宣言した規定であるので、条約が除かれているのは当然である。同条2項は、違憲の条約まで遵守しなければならないという意味を含むものとは解しえない。また、81条に関しても、そもそも、条約と憲法の優劣の問題と、条約の違憲審査が許されるか否かという問題とは直接関係がない。憲法優位論をとっても、統治行為論などの別の理由で条約の違憲審査を否定する見解はあ

149) 青柳幸一「憲法と条約」法学教室141号47頁（1992年）。

りうるからである。憲法は、憲法改正に関して加重要件を付している（96条）。条約優位説をとると、法律よりも簡易な手続で成立する条約による憲法改正が認められることになってしまう。それは、硬性憲法性および国民民主主義をそごなうものである。したがって、一般的には、多数説である憲法優位論が妥当といえる」。

日本では、憲法と条約の効力関係をめぐる議論は、日米安全保障条約を念頭において論じられていた。それゆえに、いわば優劣がドグマティッシュに論じられていたように思われる。しかし、とりわけ近時、「人権の国際的保障の動きのなかで、人権の保障を内容とする条約や確立された国際法規が増えている。それらは、日本国憲法の最高法規性の実質的基礎である人権の保障と一致する。このような場合には、その優劣をドグマティッシュに決めるのではなく、基本的には等位の関係にあるものと捉え、個別的・具体的に検討することが必要であると思われる」。

日本も批准している、かつ国際人権条約における基本条約といえる国際人権規約に関してさえ、「国際人権規約の重要性を認識することができても、わが国の法体系の下では、憲法と並ぶかあるいは憲法よりも優先する効力を明確に与えない限り、同規約の真の重さは裁判所に伝わらない」¹⁵⁰⁾ 現状が、一方にある。そして、また、条約の国内法的効力については、条約の self-executing 性に代表される技術的困難を伴う問題もある¹⁵¹⁾。他方で、2008年6月4日に下された国籍法3条1項を違憲とする最高裁大法廷判決（最大判2008〔平成20〕年6月4日判時2002号3頁）は、国際的動向も踏まえて社会的事実の変化を検証し、国籍の付与に関して準正でない婚外子を別異に処遇することの「合理的関連性」を否定している。そうであるとする、少なくとも、日本政府が署名している、障害をもつ人の権利条約の内容を、日本国憲法のもとで障害をもつ

150) 園部逸夫「日本の最高裁判所における国際人権規約の最近の適用状況」国際人権11号4頁（2000年）。

151) 岩沢雄司『条約の国内適用可能性』（1985年）、齊藤正影『国法体系における憲法と条約』（2002年）等参照。

人の人権の内容を具体化するための解釈の基準として参考にすることは認められるであろう。

2. 日本国憲法と障害をもつ人

(1) 「かけがえのない個人」である障害をもつ人

人権の根拠は、とりわけ第二次世界大戦後、「人間の尊厳」に求められている¹⁵²⁾。問題は、「人間の尊厳」とは何かである。欧米の思想では、「尊厳」を理性に求める。「理性の発見」は、確かに、人々や制度に「光」をもたらした。しかし、他面で、「理性」主義は「影」ももたらしてもきた。そのひとつは、理性が不十分であるとされる人や欠けているとされる人を人権の享有主体である「すべての人」から排除してしまうことである。個々の人間のなかには、人類としての共通性と、そして他の人とは異なる個別性とが並存している。卑見によれば、人間の「尊厳」は、人類としての共通性に見出されるのではなく、個別性、すなわち、「かけがえのない」存在としての、一人ひとりの個人に見出される¹⁵³⁾。障害をもつ人も、言うまでもないことであるが、「尊厳」を有する個人である。

「新しい人権」としての自己決定権は、別稿¹⁵⁴⁾で論じたように、決定主体性を奪われている人が決定主体である自分を認めさせる文脈で、その「新しさ」を見出すことができる権利である。従来、障害をもつ人は自己決定できない人、と極めつけられてきた。それは、誤りである。障害をもつ人の憲法上の権利論は、この出発点における誤謬から正していかなければならない。身体に障害をもつ持つ人の場合、「その人は決定はできるのだが、(i)その決定の実行は他人が行う、(ii)その実行に関わる負担を他人が（他人も）負う。となると、自己決定した人の言うことは聞くのは負担であり、負担であることからする不利益が

152) 芦部信喜『憲法学Ⅱ』56-61頁（1994年）参照。

153) とりわけ、青柳幸一「ドイツ基本法1条1項『人間の尊厳』論の『ゆらぎ』」同（編）『融合する法律学 上巻』3頁以下（2006年）参照。

154) 青柳幸一「生殖補助医療における自己決定と憲法」法律時報79巻11号25頁以下（2007年）参照。

ありうる。だから、自己決定は実現されにくい¹⁵⁵⁾ にすぎない。知的障害をもつ人も、「周囲が自己決定できないと思い込んでいただけのことであって、実際には十分に自分の意志を持ち、決定できる場合がたくさんある」¹⁵⁶⁾ のである。確かに、支援は必要となるであろう。しかし、障害のない人も、自己に関するあらゆる事柄に関して自分だけで決定しているわけでも、自分の力だけでそれを実行しているわけでもない。

(2) 憲法14条1項と障害

障害をもつ人は、冒頭の「問題の所在」で述べたように、社会的偏見によって差別されてきた。したがって、障害をもつ人の憲法上の議論は、憲法14条の平等条項において論じられることになる。障害は、憲法14条1項の5事由に含まれていない。しかし、5事由は例示なので、そこに挙げられていなくとも障害に基づく差別が許容されるわけではない。

障害という属性は、どのように考えられるのであろうか。アメリカ連邦最高裁判所は、知的障害をもつ人たちのグループホーム建設をめぐる不許可処分¹⁵⁷⁾の合憲性が争われた *Cleburne v. Cleburne Living Center*¹⁵⁷⁾ において、障害という属性に関して判示した。White 裁判官が執筆した法廷意見は、障害が「疑わしい分類」でないばかりでなく、「準・疑わしい分類」でもないとしつつも、「威力のある (with teeth) 合理性の基準」でその合憲性を事案の内容に即して個別的・具体的に審査して、市の不許可処分を違憲とした。

本稿の問題関心からすると、障害という属性を「準・疑わしい分類」としなかった理由が問題となる。法廷意見は、障害者に関連して法律が制定されていることを理由に、障害者は政治的に無力ではない¹⁵⁸⁾、と判示した。しかし、

155) 立岩真也『私的所有』129頁 (1997年)。

156) 同・169頁注13。

157) 473 U.S. 432 (1985). 本判決については、青柳幸一『個人の尊重と人間の尊厳』412頁以下 (1996年) 参照。

158) 473 U.S., at 445..

この判断は適切とは言えないと思われる。なぜなら、制定されてきた障害者関連法は、「問題の所在」ですでに指摘したように、障害をもつ人の権利主体性を認めたとえでのものではなく、パターンリズムに基づいて制定された法律群といえるからである¹⁵⁹⁾。

平等に関するアメリカ判例の場合、中心の位置を占めるのは、そもそも合憲性が「疑わしい」とされる人種に基づく差別である。人種に基づく別異の取扱いは、不利益処遇の場合も優遇措置の場合にも、その合憲性は最も厳しい審査基準である「厳格審査の基準」で判定される¹⁶⁰⁾。人種が「疑わしい分類」とされる理由は、すでに別稿¹⁶¹⁾で分析しているように、3つある。それは、悲惨で長い差別の歴史、属性の不変性、そして分離し、孤立したマイノリティである。障害は、これら3つの要件を満たすであろうか。障害をもつ人は悲惨で長い差別の歴史に服させられてきたし、分離し、孤立したマイノリティでもあった。しかし、障害という属性は、すべてが先天的なものばかりではないし、すべてが不変というわけでもない。また、障害に基づいて別異に取り扱うことのすべてがそもそも憲法上許容されない、というわけではない¹⁶²⁾。そうであるとすると、障害という属性は、一般的に、人種と全く同じ性質の属性であると言うことはできないことになろう。

しかし、憲法14条1項において重要であるのは、憲法上求められる平等は、結果の平等を保障する実質的平等ではなく、形式的平等、すなわち、機会の平等を保障するものであることである。したがって、機会の平等を事実上奪われ

159) See Hahn, *supra* note 5, at 182-83.

160) See *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003). 本判決については、安西文雄「ミシガン大学におけるアファーマティブアクション」ジュリスト1260号122頁（2004年）等が紹介している。

161) 青柳幸一「国公立女子大学の憲法適合性」同『個人の尊重と人間の尊厳』365頁以下（1996年）、さらに戸松秀典『病度原則と司法審査』（1990年）参照。

162) See *Plyer v. Doe* (457 U.S. 202 [1972]). 本判決については、青柳幸一「アメリカ違法入国外国人の人権」磯部力（編）「欧米における不法就労取締り法制の研究調査」法務省平成5年度委託調査報告書70-74頁（1994年）参照。

ている場合には、それを是正しない限りは、障害をもつ人は機会の平等を奪われていることになり、憲法14条1項に反する状態に置かれていることになる。それゆえ、機会の平等を現実化するための「合理的配慮」が、憲法上求められる。つまり、機会の平等を現実化するための「合理的配慮」をしないことは、障害をもつ人への差別となる。このことは、障害以外の理由で機会の平等自体を奪われている場合にも、同様のことがいえる。このような「合理的配慮」は、機会の平等の実質化を求めるものなので、憲法14条の伝統的理解と矛盾するものではない。

さらに、憲法14条1項において、実質的平等を実現するために、積極的差別解消措置が障害をもつ人に対しても求められる。しかし、多数説は、憲法14条1項は実質的平等まで求めてはならず、実質的平等を目指した積極的差別解消措置を執ること自体は容認される、とするのにとどまる¹⁶³⁾。そして、すでに論じたように、積極的差別解消措置と「合理的配慮」とは同じ性質のものではない。むしろ、「合理的配慮」を一般化することは、機会の平等における差別の禁止としての「合理的配慮」の意味内容を曖昧にする危険性があるように思われる。

3. 障害をもつ人の「合理的配慮」を求める権利

(1) 憲法上の、一般的な「合理的配慮」請求権？

「合理的配慮」は、すでに見てきたように、配慮を義務づけられる側の「不当な困難」とのバランスのもとに置かれる。このことが、反面で、障害をもつ人の憲法上の権利すべてに関して一般的に「合理的配慮」請求権を結びつけることの問題性を浮き彫りにする。例えば、精神的障害をもつ人の投票権である。

身体的障害をもつ人の投票の機会については、周知のように、制度の変遷はあったが、在宅投票制、郵便投票制が法律上用意されてきた。しかし、精神的

163) 例えば、野中俊彦ほか『憲法I [第4版]』274-75頁（2006年）参照。

障害をもつ人は、在宅投票制や郵便投票制を利用することを法律上認められていなかった¹⁶⁴⁾。上告人は、1999年9月に成年に達したが、2000年初め頃から、完全に家庭内にひきこもるようになった。それゆえ、上告人は、2000年2月及び同年4月に行われた地方公共団体の長の選挙並びに同年6月に行われた衆議院議員総選挙において、各投票を棄権した。上告人は、精神的原因による投票困難者に対して選挙権行使の機会を確保することは憲法の命ずるところであるから、国会議員が本件各選挙までに上記機会を確保するための立法措置を執らなかったという立法不作為などが違憲であり、国家賠償法1条1項のもとで違法の評価を受けると主張して、国に対して、本件各選挙において選挙権を行使できなかったことによる慰謝料等の支払を求めた。2006年、最高裁第一小法廷は上告を棄却した（最一判2006〔平成18〕年7月13日最高裁判所裁判集民事220号713頁）。

本稿のテーマとの関係で問題となるのは、精神的障害をもつ人の選挙権-投票権に関する判決の判断枠組である。判決は、「憲法における選挙権保障の趣旨にかんがみれば、国民の選挙権の行使を制限することは原則として許されず、国には、国民が選挙権を行使することができない場合、そのような制限をすることなしには選挙の公正の確保に留意しつつ選挙権の行使を認めることが事実

164) 在宅投票制度廃止の合憲性については、最一判1985〔昭和60〕11月21日民集39巻7号1512頁）参照。この1960年判決は、立法不作為に即して言い直すと、「憲法の一義的な文言」が特定の内容の立法を求めている「にもかかわらず国会が当該立法を行」わない「というごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り」認められないと述べ、「立法不作為の違憲審査を否認するにひとしいほど厳しい制約を課した」（芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第4版〕』369頁〔2007年〕）。しかし、この項で言及している2005年の在外邦人の選挙権に関する上告審判決は、「憲法上保障されている権利を侵害するものであることが明白な場合」あるいは「権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには」立法不作為が国家賠償法1条1項のもとで違法の評価を受けることを認めた。この点で、2005年判決は、1960年判決が「以上と異なる趣旨をいうものではない」と述べているにもかかわらず、実質的な判例変更を行ったといえる。

上不可能ないし著しく困難であると認められるときでない限り、国民の選挙権の行使を可能にするための所要の措置を執るべき責務があるというべきである」。そして、「このことは、国民が精神的原因によって投票所において選挙権を行使することができない場合についても当てはまる」ことを認める。しかし、判決は、「精神的原因による投票困難者については、その精神的原因が多様であり、しかもその状態は必ずしも固定的ではないし、療育手帳に記載されている総合判定も、身体障害者手帳に記載されている障害の程度や介護保険の被保険者証に記載されている要介護状態区分等とは異なり、投票所に行くことの困難さの程度と直ちに結び付くものではない」ことを理由に、「精神的原因による投票困難者は、身体に障害がある者のように、既存の公的な制度によって投票所に行くことの困難性に結び付くような判定を受けているものではない」ことを正当化する。

この2006年判決の判断枠組および事実評価は、適切であろうか。この判決も引用する在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件（最大判2005〔平成17〕年9月14日民集59巻7号2087頁）は、「国民の代表者である議員を選挙によって選定する国民の権利は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹を成すものであり、民主国家においては、一定の年齢に達した国民のすべてに平等に与えられるべきものである」。憲法は、前文及び1条、15条1項、同条3項、43条1項、44条ただし書の規定からして、「国民主権の原理に基づき、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を国民に対して固有の権利として保障しており、その趣旨を確たるものとするため、国民に対して投票をする機会を平等に保障しているものと解するのが相当である」。そのような憲法「の趣旨にかんがみれば、自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである。そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確

保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえ、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するといわざるを得ない。また、このことは、国が国民の選挙権の行使を可能にするための所要の措置を執らないという不作為によって国民が選挙権を行使することができない場合についても、同様である」。

在外邦人の選挙権に関する最高裁判決の、上記の判断枠組は適切である。そうであるとすると、問題は、この判断枠組からして、精神的障害をもつ人の投票の機会を実質的に奪うことには、「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる」「やむを得ない事由」があるといえるか否か、である。

精神的障害をもつ人が投票できるようにする制度自体が選挙の公正を害するわけではない。では、精神的障害をもつ人が投票できるようにすることは、「事実上不能ないし著しく困難」であろうか。当該判決が挙げる「事実上不能ないし著しく困難である」事由は、「精神的原因による投票困難者については、その精神的原因が多種多様であり、しかもその状態は必ずしも固定的ではないし、療育手帳に記載されている総合判定も、身体障害者手帳に記載されている障害の程度や介護保険の被保険者証に記載されている要介護状態区分等とは異なり、投票所に行くことの困難さの程度と直ちに結び付くものではない。したがって、精神的原因による投票困難者は、身体に障害がある者のように、既存の公的な制度によって投票所に行くことの困難性に結び付くような判定を受けているものではないのである」ということである。しかし、本件の事実に関して上告審が認定したところによれば、「上告人は、外出先で他人の姿を見ると身体が硬直し身動きが著しく困難になるなどの症状が現れるため、公職の選挙の際に投票所に行くことが困難であり、現行選挙制度の下で選挙権を行使することが全く不可能と認めるには至らないが、公職選挙法44条1項所定の投票所における投票をすることが極めて難しい状態であると認められる。しかし、

上告人は、家庭内では、新聞を読み、テレビを見、親しい知人との間では電話をするなどしており、公職の選挙において、候補者を自己の判断で選び、投票用紙にその氏名を自署する能力を有するものと推認される」のである。「投票所における投票することがきわめて難しい状態であると認められる」精神的障害をもつ人に対して郵便投票制度の利用を認めることは、すべての有権者に投票の機会を実質的に保障することであり、郵便投票制度の利用要件を改正することは「事実上不能でも著しく困難」であるわけではない。

投票することができないならば、選挙権は実質的に保障されていないに等しい。選挙権・投票権の場合には、「合理的配慮」ではなく、権利そのものの性質から「やむを得ない事由」の有無を厳格に検討する必要がある。

(2) 教育・就職・労働における「合理的配慮」を求める権利

機会の平等が事実上奪われていることが実体的権利の実質的な侵害を惹起するのは、とりわけ、教育、就職（職業選択）、そして労働の権利である。それらの実体的権利は、障害をもつ人が現実の世界で生活するために重要な権利である。働くことなくして「自立」的な経済的生活を送ることは、そもそも困難である。働くことは、経済的生活にとって重要であるばかりではない。働くことは、「有意義な任務を遂行していることから生ずる満足と生産性の感覚、価値あるグループに属しているという感情、自己評価、そしてパーソナルなアイデンティティのための基礎を供給する」¹⁶⁵⁾。誰でもそうであろうが、とりわけ障害を持つ人が仕事のない場合、外部に取り残されていると、ひとりぼっちだと、そして自分は非常に無用な存在であると感じるのであろう¹⁶⁶⁾。

障害をもつ人も、前述したように、「かけがえのない個人」であり、人権享有主体である。その点で、障害をもつ人と障害のない人とは、何ら違いはな

165) S. J. Smits, Disability and Employment in the USA, Disability & Society, Vol. 19 No. 6, 2004, p.647 (quoting R. H. Moos, Work as human context, in: Pallak & Perloff (eds.), Psychology and Work, 1989, p.6.

166) Id. (quoting L. Harris, Inside America, 1987, p.195-96).

い。しかし、就労や雇用の場面では、障害をもつ人と障害のない人とは同じでない場合が多い。就労や雇用において競争関係におかれた場合、障害をもつ人は、一般に、不利な立場におかれ、就労の機会さえ得にくい現実がある。人権の保障は、現実的保障でなければならない¹⁶⁷⁾。したがって、憲法28条及び22条が保障する障害をもつ人の就労・雇用の権利は、機会の平等の実質化としての「合理的配慮」を求める権利を内包しているといえる。

国際人権規約B規約13条が規定するように、教育は「人格の尊厳についての意識の十分な発達」と密接不可分に結びつく。最高裁判所も、憲法26条の教育を受ける権利の背景に「子どもの学習権」を措定している¹⁶⁸⁾。教育は、その人の人格形成にとって重要であるばかりではなく、その人が選択する職業等、その人の人生にとって大きな意味を有する。

教育に関して言えば、基本的に、義務教育におけるインクルーシブ（切り離さない）教育が必要といえる。「子どもの教育が始まる場所であり、私たちそれぞれが一生持ち続ける価値を吸収し始める場所である」義務教育の場で、障害をもつ子どもと障害のない子どもがお互いに触れ合いながら学ぶことは、障害をもつ人への偏見をなくし、お互いを尊重しあい、配慮しあうためにも必要なことといえよう。なぜなら、「われわれの子ども達と一緒に学び始めなければ、われわれ人民がともに生きることを学ぶことはない」¹⁶⁹⁾ からである。

障害をもつ人の権利条約24条は、インクルーシブ教育の選択可能性を規定し、インクルーシブ教育において施設・設備といった物理的環境の調整、授業の伝達手段やコミュニケーション手段の便宜、といった「合理的配慮」の供与を規定している。さらに、「合理的配慮」を行っても平等が実現しない場合に

167) 現実的自由については、青柳幸一「基本権の多次元的機能」同『個人の尊重と人間の尊厳』132-138頁参照。

168) 旭川学力テスト事件（最大判1976〔昭和51〕年5月21日刑集30巻5号615頁）。

169) この言葉は、初等・中等教育における人種分離教育に関して、T. Marshall判事が反対意見で述べたことである（*Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717, 793 [1974]）。この言葉は、インクルーシブ教育の必要性に関しても当てはまると思われる。

は、差別を是正し実質的な平等を実現するための特別措置を執ることを定めている。

インクルーシブ教育の選択可能性に関しては、第2章で見たようなドイツ連邦憲法裁判所が示している判断枠組が重要である。選択に関しては、まず第一に、子ども・親側の希望が優先される。学校側がその希望を拒否する場合には、抽象的な理由では正当化されず、個別・具体的な正当化理由が必要となる¹⁷⁰⁾。

障害をもつ人にとっては、とりわけ、受ける（受けた）教育レベルが、障害をもつ人の就労と密接に関係する。その意味で、義務教育後の教育を受ける機会へのアクセスが、障害をもつ人の人生にとっても、雇用にとっても「より核心的である」¹⁷¹⁾といえる。

筋ジストロフィーに罹患している生徒が市立高等学校を受験し、調査書の学力評定および学力調査の合計点では合格点に達していた。にもかかわらず学校側は高校の全課程を履修する見込みがないと判定して、入学不許可の処分を下した。当該処分の取消し等を求めた訴訟において、神戸地方裁判所は、当該処分における裁量権の逸脱・濫用を認め、不許可処分を取り消した（神戸地判1992年4月13日行裁例集43巻3号309頁）。当該判決の以下の判示は、本稿で検討してきた憲法論からしても、極めて妥当なものとして評価できる。

「普通高等学校に入学できる学力を有し、かつ、普通高等学校において教育を受けることを望んでいる」障害をもつ生徒に対して、「普通高等学校への入学の道が閉ざされることは許されるものではない。健常者で能力を有するものがその能力の発達を求めて高等普通教育を受けることが教育を受ける権利から

170) 市教育委員会が、生徒と両親の希望と異なり、当該生徒を特殊学級に入級させた処分の合法性が争われた事件で、第一審判決（旭川地判1993年10月26日判時1490号49頁）も控訴審判決（札幌高判1994年5月24日判タ854号102頁）も、当該処分を合法とした。本稿で検討してきた憲法論からすれば、生徒本人や両親の希望がまず優先される。それを覆すには、普通学級で学ぶことが極めて困難であることを教育委員会側が事実として立証しなければならない。

171) Smits, *supra* note 165, p.651 (quoting Stodden & Dowrick, *Postsecondary education and employment of adults with disabilities*, *American Rehabilitation*, 25(3), p.20 [2000]).

導き出されるのと同様に、障害者とその能力の全面的発達を追求することもまた教育の機会均等を定めている憲法その他の法令によって認められている当然の権利である」。

V. むすびに

【ADAを超えて】

日本の場合には、先任権制度がないので、Barnett判決の事例自体は参考にならない。日本でもADAと同一の構造・内容を有する「障害をもつ人の差別を禁止する法律」が制定されたと仮定して、「合理的配慮」と「不当な困難」の調整問題をについて若干の検討をして、本稿を結びたい。

最も難しい問題は、空位への配置転換をめぐる問題である。その場合、想定される事例は、資格を有する障害をもつ被用者とより良い資格を有する人との競合である¹⁷²⁾。

① より良い資格を有する新規採用応募者との競合

この場合には、現在働いている人の方が優先する。現在の被用者の方が、新規採用応募者よりも雇用を保持するより重い利益があると思われるからである。新規採用応募者には、「合理的配慮」を求める権利はない。したがって、障害をもつ被用者の方が、優先される。

② より良い資格を有する、障害のない被用者との競合

この場合にも、障害をもつ被用者の方を優先することが「不当な困難」を課すことを雇用者が立証できない限り、障害をもつ被用者を優先すべきである。そうすることによって、ADAの条件を満たすことができる。雇用者は、より良い資格を有する障害のない被用者を当該ポストに配置転換できなかったとしても、次の配置転換のときには最善の人を選ぶことができる、そして、2年から3年ごとに若干の資格要件を満たす障害をもつ被用者を空位へ配置転換したとしても、それが多くの雇用者に重大な「困難」をもたらすとは思われない¹⁷³⁾

172) Befort & Donesky, *supra* note 12, at 1085-90.

からである。

ADAにおける「合理的配慮」には、前述したように、費用の点でも限界がある。それが、「不当な困難」による制約につながる。しかし、そもそも、ADAには根本的な批判も投げかけられている。それは、「合理的配慮」は社会目標であるので、そのコストを企業にのみ負わせるべきではなく、国が支えるべき費用である¹⁷⁴⁾、という批判である。

【「健康で文化的な最低限度の生活」の保障】

障害をもつ人は、機会の平等を実質化するために当然に「合理的配慮」を求めることができる。そのような「合理的配慮」を越えて、障害をもつ人にも憲法25条が保障する「健康で文化的な最低限度の生活」が保障されなければならない。「健康で文化的な最低限度の生活」を保障する具体的施策に関して、一般的には、「合理的配慮」と結びつけて語ることもできないわけではない。しかし、広汎な立法裁量を認める最高裁判決¹⁷⁵⁾からすると、「合理的配慮」論が立法裁量の限界づけとしてどれだけ機能しうるか、疑わしい。

生存権に関する社会的に望ましい政策を選択するために、そして「健康で文化的な最低限度の生活を営む」ことさえ脅かしかねない「障害者自立支援法」を改正し、真に自立を支援するための法律を作るためにも、資源配分の「公正性」に関する基準の構築が必要であるように思われる。このような議論は、裁判所に向けた議論であるよりも、主として国会や内閣に向けた議論である。しかし、政策形成に向けた議論が憲法学にとって無縁であるわけではないし、無縁であってよいわけでもない。憲法学からも、紙幅の関係でもはや詳論する余

173) See *Ransom v. Ariz. Bd. of Regents*, 983 F. Supp. 895, 903 (D. Ariz. 1997).

174) See R. Epstein, *Forbidden Grounds*, at 480-94 (1992). さらに批判論として、S. Rosen, *Disability Accommodation and the Labor Market*, in C. L. Weaver (ed.), *Disability and Work*, 18-30 (1991); M. A. Schuman, *The Wheelchair Ramp to Serfdom*, 10 St. John's J. Legal Comment, 495 (1995); R. A. Vassel, *The Americans with Disabilities Act*, 13 J.L. & Com. 397 (1994); Moss & Malin, *supra* note 79 等がある。

175) 堀木訴訟（最大判1982〔昭和57〕年7月7日民集36巻7号1235頁）。

裕はないが、資源の平等論¹⁷⁶⁾あるいはケイパビリティの平等論¹⁷⁷⁾等、平等に関する社会・政治哲学的あるいは経済学的理論と規範論である憲法論の架橋の可能性を含めて自覚的に検討することは、憲法25条論の充実に何がしか貢献できるように思われる。

176) R. Dworkin, *Sovereign Virtue*, 2000, Chap. 2（小林公・大江洋・高橋秀治・高橋文彦訳『平等とは何か』第2章 [2002年]）。Dworkinは、身体障害に伴う不遇に対する所得補償を行う資源配分政策を正当化する。

177) A. Sen, “Equality of What?”, in S. McMurrin (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, Vol.I, 1980, pp.194-220（大庭健・川本隆史訳『合理的な愚か者』225-62頁 [1989年]）； Sen, *Commodities and Capabilities*, 1985（鈴木興太郎訳『福祉の経済学』 [1988年]）； Sen, *Inequality Reexamined*, 1992（池本幸生・野上裕生・佐藤仁訳『不平等の再検討』 [1999年]）； Sen, *Capability and Well-Being*, in M. Nussbaum and A. Sen (eds.), *The Quality of Life*, 1993, pp.30-53. Senのケイパビリティの平等論は、なお哲学的概念の提示にとどまっているが、政策選択の優先順位を確定している点で興味深い。