

## 「わが国における『合理的配慮』のあり方について（論点整理）」 に対する意見

DPI 日本会議常任委員／弁護士 東 俊裕

### I. 総論

#### 1、合理的配慮が求められ、その不提供が差別とされる背景

社会のあらゆるシステムや慣行などが、一般化・標準化・画一化すればするほど、その基準となるのがいわゆる健常者であるため、その規格から外れた障害のある人は、その利用から排除され、そこで提供される機会が均等に保障されないことになる。これによって、障害のある人とない人の間に機会の均等という面で格差が発生する。

そこで、そのような格差を無くし、実質的な機会の均等を確保するためには、一般化されたシステム等を障害のある人に合わせて変更ないし調整することが求められる。

#### 2、合理的配慮の新規性（第1回議事録 p-5「わが国にはない概念」）

- ・既存の法体系の中でも2当事者間の格差の実質的是正を図るという意味で、労働法それ自体や女性や年少者の保護規定には類似の考え方が存在
- ・言葉としては新しいもの、しかし社会的実態は存在（モラルの世界）
- ・新規性はモラルの世界からルールの世界に転化（差別禁止法制への編入）した点

#### 3、合理的配慮の否定の差別禁止法制における位置づけ／整理

|   | 差別の形態                 | 差別か否かの判断対象 | 差別か否かのメルクマール                                    |
|---|-----------------------|------------|---|
| A | 直接差別                  | 作為         | 行為（取扱い）自体の別異性<br>(Disparate Treatment)          |
| B | 間接差別                  | 作為         | 中立的な基準などの適用によるその効果や結果の別異性<br>(Disparate Impact) |
| C | 合理的配慮の不提供<br>(行われぬこと) | 不作為        | 便宜提供がないことによる実質的な効果や結果の別異性                       |

|   | 法的評価  | 私法的効果            | 行政救済手段     |
|---|-------|------------------|------------|
| A | 作為違法  | 損害賠償、無効確認        | 差別是正の勧告・命令 |
| B | 作為違法  | 損害賠償、無効確認        |            |
| C | 不作為違法 | 損害賠償作、作為義務に基づく請求 |            |

#### 4、3 類型の重なり合いの問題

(これまであまり整理されていない分野であるが、私見としては、事実の持つ多面性よる評価規範の競合の問題として把握)

##### ●直接差別と合理的配慮の不提供

- cf. 点字による入社試験は行っていない会社が、視覚に障害が有るということに基づいて入社試験自体を断る
- cf. 従来、エレベーターのない三階のフロアで働いていた従業員が、労災で車いすになったことに基き、一階での勤務が可能であるにもかかわらず解雇

##### ●間接差別と合理的配慮の不提供

- cf. 昇級試験要綱中の職種とは無関係な英語ヒアリング試験の実施
- cf. 会社に駐車スペースが少ないことを理由に設けられた自転車通勤禁止規定に基づいて車いす利用者の採用を断る
- cf. 自力通勤、自力執行能力（他人に頼らない）、対話能力を採用条件とする（これを障害のある人だけに求めるのであれば、直接差別と合理的配慮の不提供の問題）

(直接差別と間接差別についてもあり得る)

\* 以上の事例は、直接差別や間接差別の禁止のみでは、合理的配慮を得られないため、実質的な機会の均等を確保できないことを示している。このような実態からも合理的配慮の不提供を差別として禁止する必要がある。

#### 5、合理的配慮の有用性

ADAが労働分野ではうまく機能しないという議論は、合理的配慮の規定の問題というより、おもに障害の定義の解釈によるものである（参考：<http://www.dinf.ne.jp/doc/japanese/law/anti/ada2008.html>）。それでも、EEOCのレベルでおおよそ8割くらいは解決されていると聞く。

#### 6、差別禁止法の必要性

- 「物差し」の必要性

- ・ 具体的な定義、基準の不存在→市民社会の行動規範たり得ない
- ・ 行政救済の規範や司法救済における裁判規範としての必要性
- ・ 障害者基本法は実際の裁判例でも裁判規範として機能していない

○独立した救済機関やモニタリング機関の必要性 (cf. 韓国の差別禁止法、国家人権委員会との2元的構造)

## 7、比較法的考察の是非

比較法的考察に基づいて、問題提起・論点整理がなされているが、いずれの国の既存立法も障害者の権利条約に基づいているものではなく、これらの既存立法が批准に向けて改正されることも十分考えられる（但し、アメリカは当初から批准はしないとってはいるが）。

従って、比較法的考察も大きな意味があるところではあるが、あくまで、判断の基準は障害者の権利条約でなければならない。

## II. 個別論点

### 1、合理的配慮の位置づけ

問題提起の趣旨が少し分かりづらいので、的外れの意見となるかもしれないが、権利条約は「denial of reasonable accommodation」を差別として位置づけている。従って、「合理的配慮の不提供」が差別として違法評価を受けることになる。

この「denial」を否定、もしくは拒否と訳して、単なる不作為の状態では足りず、積極的に否定もしくは拒否がなければ、差別にはならないという解釈もあろうが、あまり意味がないと思われる。

通常は、不作為状態に対して、改善の要望があがり、これを受け入れるか、拒否するかといった過程を経るのであるから、いつの時点から差別になるかといった点が問題となるだけであろう。しかも、不作為状態が違法として評価されるのは、具体的に作為義務が発生するのを催告（要望）があった時点からであるとすると、ほとんど変わりはないと思われる。

ADAも「not making」と「denying」をそれほど厳密に区別しているとは思えない。

従って、「拒否」という言わば、不作為についての積極的な確認行為を要件としても、改善しないという不作為が問題の核心なのであり、違法性の核心であることに変わりはない。

そして、一般に不作為が違法とされるためには、その前提として、作為義務

があることが要件とされている。従って、合理的配慮の問題に即していえば、合理的配慮の不提供という不作為が違法と評価されるということは、その前提として、合理的配慮を行うという作為義務が使用者側に存在し、合理的配慮を請求する権利が労働者側にあると構成すべきであろう。

その上で、民事訴訟上の司法救済としては、損害賠償、作為義務履行請求が考えられるが、後者は強制執行上、特定性に問題があり、司法救済には一定の限界がある。アメリカでは、衡平法 (equity law) に基づく裁判所の救済命令や懲罰的賠償制度がその担保となっている。日本においても懲罰的賠償を含めた何らかの担保制度が検討されなければならない。そのなかで、差別是正勧告・命令のような権限を有する障害問題に特化した労働に関する行政救済機関、もしくは、障害者の権利条約が言及する諸権利を包括する独立した国家救済機関を創設することが必要である。

## 2、「障害を理由とする」差別

### ① 訳の問題

女性差別撤廃条約第1条

on the basis of sex (原文)、性に基づく (政府訳)

人種差別撤廃条約第1条

based on race (原文)、人種・に基づく (政府訳)

障害者の権利条約第2条

on the basis of disability (原文)

なぜ、障害者の権利条約だけ「を理由とする」と訳するのか、狭く解釈される恐れがある。

### ② 差別の内容

障害の有無のみならず、実態として、障害の種別、軽重による差別が存在するので、当然、後者も含むべき。障害者の権利条約第5条2項は、「障害に基づくあらゆる差別を禁止するものとし、いかなる理由による差別に対しても平等のかつ効果的な法的保護を障害のある人に保障する。」としている。

## 3、間接差別

障害者の権利条約では、明文で記述されなかったものの、間接差別が含まれることについて、全体の合意があったことに留意すべきである。

EUの均等待遇枠組み指令においても、間接差別は合理的配慮の議論より先行した形で規定されており、世界の流れは、間接差別を法的に禁止する方向である。日本においても男女雇用機会均等法において間接差別の概念が取り入れられており、合理的配慮だけを規定して、間接差別の規定を設けないのは、不十分である。差別の実態としても間接差別は幅広い分野で存在する。

#### 4、差別と労働能力の関係

合理的配慮を提供した上で、労働能力と賃金の評価が真に釣り合うものであれば、その結果として賃金の格差まで否定することはできないであろう。

しかし、実態は、その評価が偏見に基づくものであったり、評価基準や賃金体系自体が、障害が有ること自体で不利益に働く（このような評価基準の適用が間接差別になることもある）ものであったりして、正当な評価がなされていないことの方が問題である（例えば、高等養護学校卒は一般の中学卒の基準を適用する。これは直接差別）。

また、障害のある人は、一定の部署にとどめおかれて、職務の全般的なスキルアップの機会が奪われている場合が多く、それによって、他の同期に入ったものとの格差が開くことが多い。これも直接・間接差別になりうる。

さらに、知的障害があるからといって一律に労働能力が低いと決めつけ、最低賃除外規定を適用することは極めて問題である。労基署の認定も、裁量の幅が大きくて、客観的な労働能力を測る合理的な基準によるものではない。一般就労で、最賃以上の賃金を取得していた知的障害のある人が、福祉工場に入社したとたん、最賃除外される例は多い。

しかも、一般就労している知的障害のある人は、療育手帳の最軽度のランクに位置づけされている場合が多く、障害基礎年金はもらえない。

これは、一方の労働行政では、労働能力が一般より落ちると判定されて最賃が除外され、他方の厚生行政では、労働能力があるということで年金の支給がなされないことによる。

その結果、軽度の知的障害のある人は、基礎年金以下の生活を強いられている。このような整合性のない制度設計は、障害の程度において、社会保障に差をもたらすものとして、制度上の直接差別といわざるを得ない。

#### 5、「あらゆる形態」の雇用

障害者権利条約は福祉的就労ないしは保護雇用というものが固定化することを恐れて、それらの用語を用いることを避け、一般雇用との垣根をできるだけ撤廃することを求めている。他人の指揮命令のもとに労働を提供するという本質は、一般就労であろうと福祉的就労であろうと変わらない。仮に、そこに福祉サービスという側面が付加されても、その本質が無くなるわけではない。

従って、就労継続の雇成型（A型）のみならず、非雇成型（B型）も一般に適用のある労働保護法規を原則として適用すべきである。最もネックになっているのは、賃金の問題であろうが、だからといって、雇用保険に基づく、労災、失業、年金といった労働者保護制度から、大枠としてこれを外すのは、制度的な直接差別と言わざるを得ない。

賃金の問題は、国家による賃金補填制度も視野に入れて、検討されるべき問題

である。たとえば、最低限でも

- ・一般就労で最賃除外を受け、かつ基礎年金も貰っていない場合、または、福祉的就労でも基礎年金を貰っていない場合は、実際の給料（作業工賃）支給額と生活保護で認められる金額との差額を、
- ・福祉的就労で基礎年金を貰っている場合は、基礎年金と作業工賃を合わせた額と生活保護で認められる金額との差額を

填補する制度を創設すべきであろう。

## 6、差別が禁止される「障害者」の範囲

### ① 差別禁止における障害の一般的定義の問題

- \* 差別禁止法はサービス給付法とは異なるので、医学モデルだけではなく、社会モデルの視点からの定義が必要
- ・仮に、障害者基本法の定義をベースにすると、形態障害、性同一性障害、手帳の取得が困難な難病の人、発達障害は排除されることになるのでは。

例えば、「障害」とは、差別の契機となる以下のいずれかの事項をいう。

#### 1（個人の属性）

機能障害、能力障害、形態障害、その他一般的とされない心身の特徴や状態、

#### 2（障壁の存在）

前号の属性を有する個人の受け入れを拒む物理的、社会的、制度的障壁の存在

#### 3（社会的態度）

1号にかかる属性そのものに対する無知、無理解、偏見

### ② 障害の定義に入る人の中で一部の障害だけを対象とすることの是非

そもそも、近代憲法以来、法の下での平等、その担保としての差別禁止は本来全ての人に保障されるものである。一部の人だけに保障されるものであるとすると、それ自体が差別であるからである。

とくに、平等及び非差別を規定する障害者の権利条約の第5条は、2項で、「締約国は、障害に基づくあらゆる差別を禁止するものとし、いかなる理由による差別に対しても平等のかつ効果的な法的保護を障害のある人に保障する。」とあるように、障害に基づくあらゆる差別、いかなる理由による差別をも禁止しているので、障害の有無、種類、程度など一切の差別を禁止している。従って、法的保護の対象となる者を程度により一部の障害だけに絞ることはできない（ADAの定義改正の問題は前述）。

現状として、障害のある人の中で一般就労しているのは、障害の程度が比較的軽度の場合が多く、その人達が対象とならなければ、そもそも労働分野において、差別を禁止する意味がない。

## 7、事業主の範囲

差別類型のうち、直接差別、間接差別の禁止対象として、事業主の範囲を限定する必要性は全く存在しない。なぜなら、その禁止に費用負担という問題は原則発生しないからである。

問題は、合理的配慮である。ADAは事業主の費用負担という面から、一定の以上の事業規模を有する事業者に限ったのであろう。しかし、それは、恐らく、ADA自体が合理的配慮にかかる費用に関して、国家の支援というものを想定していないからであろう（仔細は承知していない）。

しかし、障害者の権利条約は、合理的配慮を相手方の負担として実現させるということだけではなく、相手方が合理的配慮を提供できるように第4条（一般的義務）1項（e）では締約国が「いかなる個人、団体又は民間企業による障害に基づく差別をも撤廃するためのすべての適切な措置をとること」、第5条（平等及び非差別）3項では「締約国は、平等を促進し及び差別を撤廃するため、合理的配慮が行われることを確保するためのすべての適切な措置をとる」としており、この適切な措置の中には、合理的配慮を提供しようとする事業主に対する経済的支援も含まれる。小規模事業者を適用除外するのは、かような国家の義務を軽減するものでしかないとも言える。

したがって、条約の批准という観点からは、事業主を限定すべきではない。

## 8、差別が禁止される事項

各国の規定を検討の上で、我が国において、特に採用における差別を禁止すべき事項とするかが論点となっている。

しかし、条約で禁止事項になっているものを除外するのは条約違反のそしりを免れない。

東京地裁（平成12年（ワ）第12133号、平成13年（ワ）第20076号、平成15年5月28日判決、確定）は、警視庁が、警察官として採用した者に対してその条件付採用期間中に行ったHIV抗体検査は、本人の承諾を得ておらず、かつ、HIV感染者はその事実のみで当然に警察官職に不適であるとはいえないから、感染者を判別し排除する目的で検査を実施する必要性も認められないため、その者のプライバシーを侵害する違法な行為であり、また、検査で陽性反応が出た者に対して行った辞職勧奨行為も違法な公権力の行使だというべきだとして、国家賠償法1条1項に基づく都の損害賠償責任を認めている。

これは、使用期間中のものであるが、採用試験に合格後、認容前に検査をして、任用しない場合でも同様の結論であったと思われる。この判例は、プライバシーを根拠に違法性を導き出してはいるが、障害を理由にした差別でもある。

実際にこのような事例があるのであるから、採用自体を条約の明示の規定を無視して、差別禁止事由から排除するのは妥当でない。

採用や賃金についても、それが差別であるかどうかの立証は簡単ではない。しかし、だからといって、差別禁止事由から外すことは本末転倒である。

## 9、「合理的配慮」義務

### ① 具体的内容

障害者の権利条約の合理的配慮の定義において「特定の場合において」という要件を掲げているのは、障害の場合は、他のマイノリティに比べ、ひとりひとりの個別性が非常に強く、規格化された基準で割り切ることができないという事情と、同一人であっても職務の内容や職場の状況によって、配慮すべき事柄が異なるという事情があるためである。

このような点からすると、合理的配慮を一律の基準で律することはできないため、その内容を網羅することは困難である。そこで、できるだけ多く例示する以外にないと思われる。従って、大切なことは、制限列举であってはならないということである。

### ② 人的支援

特に人的支援について言及したい。ここで、人的支援という場合、会社内部の職員も含めることにする。

ところで、現行の障害者自立支援法は、一般就労している人の自立支援という問題に何ら触れていない。しかし、障害者の権利条約第19条からすると、障害のある人の自立もそうでない人の自立も同じ範囲が想定されているのであるから、一般就労中の障害のある人にも自立支援サービスを提供すべきである。

現状としては、労働行政側からの事業者への支援として、移動支援や職場介助者やジョブコーチの支援がなされている。

しかし、本来自立支援法が一般就労中の障害のある人へのサービスを提供すべきであるという観点に立つと、人的支援が事業者により合理的配慮として提供されるべきか、自立支援法による地域社会支援サービスとして提供されるべきか、振り分けて考えるべきである。

この振り分けに当たっては、考慮されるべき要素の第1は、支援の内容が職務に関連するものであるか、職務とは関連性の薄い個人の介助としての性格が強いかという点であり、第2は、介助者との人的信頼関係に、事業所の意向が介在してもいい場合であるか、事業所の意向ではなく、あくまで、障害のある人の立場で行動すべき場合であるのかという点である。

煮詰まった議論ではないので、確定的なことは言えないが、私見としては、主なものを挙げると、自宅から会社の入り口までの移動介助、ジョブコーチ（障害のある人の立場に立って、もっぱら職場環境と人間関係の調整を果たす）、職場内での身体介助などは、自立支援法上の支援サービスとして提供す

べきものであると考える。反面、職場介助者（現行制度上の範囲に限らず、もっぱら介助者として専念する者だけでなく、会社の同僚ではあるが一定のサポートをする人を含む）、手話・指文字等の通訳者、朗読者、ノートテイカーは、合理的配慮の範疇であると考ええる。

## ② 「不釣り合いな又は過重な負担」

合理的配慮が次に、どのような場合に「不釣り合いな又は過重な負担」に当たると言えるのか、どのような要素を考慮して判断するのかが問題となる。

一般論としてであるが、人権制約の正当化の際に用いられる人権相互の比較衡量論をベースにすれば、一方で、そこで問題となっている人権の性格や重要性、具体的に選択された手段の不可欠性、非代替性、そのことがないことによって被る権利侵害の程度などが判断の要素となると思われる。

他方、求められる相手方の要素として相手方の性格（個人か、団体か、公的機関か）、業務の内容、規模、業務の公共性、不特定性、事業規模から見た負担の程度、事業に与える影響などが判断の要素となると思われる。

しかし、それは両者の要素の単純比較であってはならない。障害のある人にとって見れば、合理的配慮がなければ平等な機会自体が奪われるという性格の問題であり、また、人権享有における格差自体は個人の力では変えようのない社会のあり方そのものによって生じているからである。

ちなみに、アメリカの雇用機会均等委員会が作成したガイダンスによると、ADAの雇用分野において求められる合理的配慮の免責事由である「過度な負担」(undue hardship)とは、「非常な困難や莫大な費用を指し、特定の『配慮』に伴う費用や困難性と関連して特定の雇用主が利用できる資源や状況を焦点としている。過度の負担は経済的負担のみを意味するのではなく、『配慮』が過度に大規模であるとか、根本的であるとか、混乱を伴うようなものであるとか、あるいは事業の性格や運営に変化をもたらすような事業の根幹にかかわる性格のものも指す」とされている。

## ③ 「不釣り合いな又は過重な負担」と助成制度

前述のように、障害者の権利条約第5条は、事業主が合理的配慮を提供できるよう、締約国に対して、合理的配慮を確保するための適切な措置をとるよう求めている。

したがって、障害者の権利条約では、国家による支援措置を前提にしているとも考えられるので、過度かどうかは、この支援措置の有無程度を考慮することにもなるが、支援措置がないという一事をもって、過度な負担であるという抗弁は成り立たない。あくまで、前述のとおり、その事業所の規模などが第1次的な判断要素となる。

## 10、権利保護（紛争解決手続き）のあり方

ここにおいて、特に問題なのは、公法上の行政救済システムをどうするかである。この問題は、労働分野だけの問題だけでなく、他の分野における分野においても重要な問題である。

障害者の権利条約第33条（国内的な実施及び監視）2項は「締約国は、その法律上及び行政上の制度に従い、この条約の実施を促進し、保護し及び監視するための枠組み（適切な場合には、1又は2以上の独立した仕組みを含む）を自国内で維持し、強化し、指定し又は設置する。締約国は、当該仕組みを指定し又は設置する場合には、人権の保護及び促進のための国内機関の地位及び機能に関する原則を考慮に入れる。」として、「保護」のための、独立した機関の存在を求めている。

そこで、労働の分野だけに特化した機関とするか、それとも、条約が言及するすべての権利に関する包括的な機関とするのか、特化した機関にするにしても、既存の機関に委ねるのか、別個に作るのかといったことが問題となる。

しかし、既存の様々な救済機関では障害問題に対して、ほとんど紛争解決の機能と能力を有していないことに鑑みると、新規の独立した国家救済機関を創設すべきである。

以上

### 追記 雇用促進法と障害者の権利条約

雇用促進法は、完全に障害者権利条約に合致しているとは限らない。

障害者の権利条約の第5条4項「障害のある人の事実上の平等を促進し又は達成するために必要な特定の措置は、この条約に定める差別と解してはならない。」という規定に合致する限度で許容されていると考えるべきである。

例えば、特例子会社制度は、賃金体系も身分体系も昇進体系も本体企業とは全く異なる世界を作ることになる。しかし、このような制度は、一般社会内において、新たな隔離を作り出し差別を固定化させる側面を有する。

また、ダブルカウント制度は、障害の軽重で別異の取り扱いをするものであるし、ダブルカウントされる側に二重の恥辱をあたえるものである。しかも、医学モデルで重度と判定されても、必ずしも、職務能力においても同様ではなく、実態を反映しているとは言い難いのである。

このように、事実上の平等を促進し又は達成するという視点から見ると、改正されるべき点が存在するのである。

※ 本資料作成において、障害者の権利条約に関しては、2008年5月30日付け川島聡＝長瀬修飯訳を使用した。