

# 「差別」の類型論を巡る論点(その2)

## に関する意見一覧

第1、合理的配慮	
1、合理的配慮をしないことは差別であるといった概念がなぜ必要なのか	1
2、合理的配慮の守備範囲	12
3、合理的配慮の内容	18
4、Reasonable accommodationの訳語	28
第2、禁止されるべき差別類型の特徴と関係	33
第3、正当化(例外)事由	
1、正当化(例外)事由	58
2、過度の負担か否かの判断にあたっての要素	64
第4、立証責任や推定規定	71
第5、差別の主観的要素	
1、差別の意図	78
2、いわば善意の差別	83
第6、差別禁止規定	87

## 「差別」の類型論を巡る論点(その2)

### 第1、合理的配慮

#### 1、合理的配慮をしないことは差別であるといった概念がなぜ必要なのか

本部会だけでなく障がい者制度改革推進会議や同総合福祉部会の会議に当たっては、手話通訳、触手話、指点字、要約筆記、ノートテイク、点字、テキストデータ、ふりがな、イエローカード、支援者など、様々な情報交換、意見交換のための手段や方法を合理的配慮として提供しております。これらがなければ、会議への参加や意見を述べる機会が均等に与えられているとは言えないからです。

これらは、合理的配慮のほんの一例にすぎませんが、そもそも合理的配慮は一定の行為を相手方に求めるものである以上、立法に当たっては、相手方に立ちうる事業者、団体、個人の方々の理解を得る必要があると思われま

す。また、合理的配慮は障害者だけを特別に優遇するものであるといったイメージも存在します。

そこで、改めて

①なぜ、合理的配慮を提供しなければ差別となるのか、

②なぜ、優遇措置ととらえるべきでないのか、

その背景や根拠についてどう考えるかについて、新たな立法をする上では、改めて公開の場で議論しておく必要があると思われま

す。つきましては、この点に関しての委員のご意見を伺いたと思います。なお、②の質問は、①の質問の裏返しで、①と②は別々の質問というわけではありませんが、同じことを違う切り口からご意見をいただければと思

①なぜ、合理的配慮を提供しなければ差別となるのか

②なぜ、優遇措置ととらえるべきでないのか

【池原委員】

①意見

既存の社会は、障害のある人が社会の構成員であることを見落とし、あるいは、無視して、物理的あるいは制度的構築物を構築してきたので、既存の構築物は障害のある人にとって不便であるか利用できないものとなっており、不便または利用不可能な状

態は、その部分において、障害のある人の社会参加を阻害し、社会的排除を引き起こすものとなり、社会参加の阻害と社会的排除は、人間の尊厳を損なわせ、各種の人権を享有しあるいは行使することを害しまたは無効にするものとなる。ここから逆に考えると人間の尊厳を損なわせている社会参加の阻害と社会的排除のもとにあるのは、既存の構築物を構築した際の構築主体の側の無配慮・無視にあったことになり、合理的配慮は、この無配慮・無視を許さず、本来すべきであった配慮をすること改めて求めるものにすぎない。比喩的にいえば、なすべき配慮を欠いた構築物は瑕疵ある構築物であり、その瑕疵について修補を求める権利が合理的配慮を求める権利ということになる。なお、構築当初において障害のある人の存在を無視してはならず、配慮に入れなければならない理由は、その無視・無配慮を是認することは、障害のある人を社会から排除することを是認することを意味することになり、そのような排除は平等規範上許容されないことに基づいていると考えられる。

合理的配慮をしないことがなぜ差別になるのかについて、実質的な理由を説明できることは重要ではあるが、障害者権利条約が存在し、過去20年を超える世界的な差別禁止法の制定の状況を前提にすると、障害者権利条約の批准を積極的に否定をする立場に立つのでない限り、国際人権規範の当然の要請として合理的配慮が認められるとすべきで、まったく法的根拠のない白紙の状態の議論としないことも重要だと思う。

## ②意見

合理的配慮を求める権利は、個々の障害のある人のインペアメントと社会の構築物との関係から個別的に発生する請求権であり、個々の障害のある人が権利主体となる個別の請求権である。これに対して、優遇措置は、社会的に不利な立場に立たされてきた集団の権利状態を底上げするために、その集団全体に対する政策として行われるものであり、個々の障害のある人が個別に権利を持つことになるものではない。また、合理的配慮は、ある具体的なインペアメントの状態に個別具体的な配慮をせずあるいは無視して構築物を作り上げたことに対して、本来なすべきであった配慮を改めて行わせるものであるから、インペアメントと配慮の関連性が強いが、優遇措置では、インペアメントと優遇措置の関連性は、必ずしも必然的には求められない。優遇措置の政策的目標は、社会的に劣位におかれていた被差別集団の社会内での地位を向上させ、対等化させることにあるので、社会に対して、その集団を劣位においてはならないことを認識させ、その集団の地位向上にインパクトの強いものであれば、インペアメントそのものと密接に関連しない政策であっても採用の可能性はある。

## 【太田委員】

### ①結論

「人間は生まれならに平等である」これは近代社会の法に貫かれた普遍的理念である。もし、合理的配慮が提供されず、差別が生じ、不本意な状況が作り出されるならば、この普遍的理念にのっとりた社会とは言い難い。現代社会は、技術的・科学的な発展を遂げている。それはともすれば障害のある人を置き去りにしたものとなっている。階段や、交通機関にしても、建築物にしても、組織のあり方にしてもそうである。人々の利便性を図る目的で発展した諸形態によって、障害のある人が差別されてしまうのであれば、合理的配慮の提供によって、平等性が担保されなければならない。

### JDF委員の意見

合理的配慮がなければ、障害者は障害者というだけで、あらゆる困難にあることをやむを得ないものとされ、結果的に不平等が生じるから、差別とされなければならない。

### ①理由

上記の理念は、人種、宗教、言語、性別、富の多寡、そして障害のあるなしに関わらず、適用されなければならない絶対的に近い概念である。

ある集会で大多数の人たちが、何を話されているのか理解できるにも関わらず、耳が聞こえないというだけで、その状況が理解できないというのは、全く不条理な話である。外国の人の講演を聞くときには、多くの人が通訳を通してというのが実情である。つまり、聴衆が多数であるか、少数であるかによって、そういう配慮が当たり前にも感じ、特別のものとも、私たちは認識してしまうのである。合理的配慮が正当化される根拠は、上記の情報保障だけにとどまることはない。必要な配慮を受け、他の市民と平等な営みが送れるとしたら、その配慮は合理的な範囲で正当化されるものである。法の下での平等、幸福追求権。

### JDF委員の意見

国際人権法、あるいは、日本においては憲法が保障する「平等」、すなわち、同一条件の下での均等(平等)取扱い(相対的平等)が、実質的には障害者に保障されてこなかった。上記均等取扱いの土台となる「同一条件」の「条件」を同一にするための配慮(実質的な機会の均等のための配慮)が保障されてこなかったためである。条件を同一に整備するための概念が「合理的配慮」であり、これがなされなければ、均等取扱いへ

の違反である、と考えられるため。

## ②結論

優遇措置というのは、言葉を変えればえこひいきのことであり、法の下での平等に反するのではないか。ただし、社会政策上、国家が必要と認めた時には、税制などの優遇措置を行なえる。

## JDF委員の意見

優遇措置とは、同じスタートラインに立っている者同士において使われる言葉であって、既に、不利益を受けてスタートラインにすら立てていない障害者に対して、使われる言葉ではないから。

## ②理由

合理的配慮は、他の市民との平等を図るための措置である。平等を前提としない優遇措置は、合理的配慮の考え方と本質的に異なる。

## JDF委員の意見

- ・工場労働が一般化するにつれて、効率を上げるために、働けない者を除外した。そして、最低限の保障を行い、施設の中に收容した。それが、障害者である。近代化・都市化する社会の中で、施設にいて社会にいない障害者に配慮した社会設計がなされず、結果的に障害者にとって不便な世の中が出来上がった。こうした歴史があって、今がある。その今については、障害者は既に障害者というだけで著しい不利益を受けている。「優遇」とは、同じスタートラインに立って、一方が優遇された場合に使われる。そもそも、スタートラインが違う障害者に対して優遇という言葉は相応しくない。よって、差別禁止は、優遇ではなく、同じスタートラインに立つことを目的とした是正に過ぎない。
- ・実質的な機会の均等(平等)を図るための義務となる合理的配慮は、いわば、様々な分野における競争や参画のスタートラインとそれらの過程における平等を図ること—競争や参画を行うための条件を同一にすること—を主眼にする概念であり、結果の平等を図るためのものではない。「優遇」とは、同一条件での競争や参画を行う際に、ある一方に対して有利となる特定の配慮ということであり、よって、合理的配慮概念とは本質的に異なるものであるため。

## 【川島委員】

### ①意見

国際法上の義務の観点から言えば、障害者権利条約が合理的配慮を行わなければ差別になると明記しているためである(第2条)。

### ②意見

合理的配慮が優遇措置(障害者だけを特別に優遇する不公平な措置)であるか否かという問いは、特定の価値判断を抜きに行うことはできない。この点、人間の尊厳、自己決定、社会参加、機会の平等、多様性(差異の尊重)といった価値は、障害者権利条約3条に定める一般原則であり、国際人権法の一般原則でもある。これらの価値に照らして、この問いを考えてみたいが、その際、差異の尊重と機会の平等に特に着目する(その他の価値も差別禁止法の文脈で重要な意味をもつが、それらをすべて考慮に入れると議論がやや複雑になるので、以下では基本的に省略する)。

障害者も、社会の一員として、機会の平等という価値を実質的に享受しうべきである、ということは言うまでもない。価値の実質的享受という観点に立てば、具体的な状況において、障害者はときに同一取扱を受け、ときに異別取扱を受ける必要がある。

そうした異別取扱のひとつの形態が合理的配慮であり、これは優遇措置とはみなされない。つまり、機会の平等という価値を実質的に享受できる条件を整備するために、障害者が一定の異別取扱を事業主や個人等に求めても、その異別取扱は公平であり、障害者のみを優遇するものとは言えない。もちろん、そうした異別取扱をおこなう側には一定の負担がかかる。そのため、その負担が合理的な範囲を越えて過重な負担を課すものであれば、異別取扱はもはや合理的配慮ではなく、不合理な配慮(不公平な措置)となり、相手側はこれをおこなう必要はない。

日本の社会では、いわゆる従来の支配的規範である抽象的個人像(大人、男性、非障害者)に近ければ近い人ほど、たとえば労働や教育、公共サービス等の場で、有利な立場に置かれていると言える。そうした人は、実のところ優遇措置を既に受けている存在だと言える。これに対して、抽象的個人像からかけ離れた人(障害者)のニーズは、たとえば労働や教育、公共サービス等の場で従来無視されてきたのであり、その人は実のところ「不利益処遇」を既に被っている存在だと言える。

そうした「不利益処遇」による機会の不均等を一定程度是正するために、障害者のニーズを充足する措置(合理的配慮)を、労働や教育、公共サービス等の場で相手側

に義務づけても、優遇措置だとは言えない(なお、設問第6に対する回答の中の有資格障害者の箇所も参照されたい)。むしろ、そうした措置は、多様な人間からなる社会において機会の平等を誰しもが享受しうるために不可欠な措置だと言える。なお、この「不利益処遇」による機会の不均等を一定程度是正するための措置には、合理的配慮のほかにポジティブアクションも挙げられるが、後述するように、この2つは性格を異にする(後述のポジティブアクションの箇所を参照されたい)。

従来の抽象的個人像は、きわめた多様性に富んだ人間の差異のうち、ごく一部の大変狭い範囲の人間の特徴を「普通」(規範)とみなす。その「普通」とされる心身の特徴を備えた人から外れている人は、その外れているがゆえに発生する負担を負っている。たとえば、「普通」とされる心身の特徴を備えた人を想定した職場環境や教育環境等では、「普通」に近い人は有利な立場に置かれるが、「普通」から遠い人は不利な立場に置かれる。すなわち、職場において機会の平等を実現しようとする場合、「普通」とされてきた心身の特徴を備えた人間像に近い人は、既に優遇されている状況から出発している。そのため、「普通」から離れている人に対する合理的配慮は優遇措置ではなく、機会の平等を実質化するための公平な措置なのである。

さらに留意すべきは、インペアメントの形態はきわめて多様であり、誰しもがインペアメントを持ちうる、ということである(後述のユニバーサルモデルの箇所を参照されたい)。インペアメントを持っている(あるいは持ちうる)人が平等に社会に参加する機会を得るためには、きわめて広い範囲の人間の差異を尊重する個別的措置である合理的配慮が不可欠である。そうした措置を認めなければ、「普通」とみなされている、きわめて狭い範囲の心身の特徴をもつ人だけが、むしろ優遇されたままになってしまうのである。

## 【竹下委員】

### ①結論

合理的配慮が欠落すると平等が実現しない。

### ①理由

コミュニケーションにおいて合理的配慮が欠落すると人間としての意思疎通が図れなくなる。合理的配慮が欠落すると個々の潜在的能力が発揮できなくなる。合理的配慮は、「障害」によって生じた障壁を取り除き、あるいは補充する者である。

## ②結論

基本的人権の尊重の結果として合理的配慮が必要となるだけだからである。

## ②理由

合理的配慮は障害によって生じた障壁の除去にすぎない。掲示物が平均的視力を前提に掲示されるのは、それが社会全体にとって合理的だからである。1.0以上の視力にしか見えない掲示物があるとすれば、それは社会的に合理的な掲示物とは言えない。そうであれば、社会を構成する全ての者に感得できる方法が存在する場合に、そのための掲示方法を採用することは、特定の者に対する「優遇措置」とは誰も言わないはずである。すなわち、合理的配慮は障害者をも含めた全ての人にとって感得可能な掲示方法と同視すべきものである。

## 【西村委員】

### ①結論

合理的配慮が提供されないと、障害の有無によって生じる社会生活等における格差、制限、制約、排除されている実態を改善できないため。

### ①理由

上記の情報提供に関する事例とされた視覚障害者やろうあ者には、すみ字や音声以外の方法(点字、手話通訳等々)で情報を提供しなければ、視覚や聴覚に障害のない人が、入手している情報を取得することが困難であるため、こうした合理的配慮は、当該対応を必要とする障害者が、そうでない人々と比較して有利な状況ではなく、同等な状況を確保するための措置にすぎない。

また、現在の社会システムや構造(建築物、交通機関及び情報提供方法等々)は、障害のない人々を基準として形成されてきた歴史的経緯があるため、障害者の存在やニーズは、想定されていない。その結果、障害者が、自らの機能障害を克服し、障害のない人に近づくことが美德とされてきたり、重度の障害者は施設での生活を余儀なくされてきた。権利条約は、こうした現状を転換し、障害があってもありのままの自分として地域で生活できるために社会が変化することを求めている。

### ②結論

障害児・者は、それぞれの状況に応じて必要とする合理的配慮が提供されてははじめ



て、障害のない人と同等の環境が確保されるだけである。

## ②理由

「優遇」とは、「手厚くもてなすこと」や「よい待遇をすること」と定義されているが、合理的配慮の確保によって生じている状況は、障害の有無によって、かたよりや差別がなく、みな等しい状況(平等)を確保するための措置であって障害者が障害のない人と比較し優遇されているわけではない。

<優遇措置ではなく平等な措置(機会均等)と思われる事例>

- ・テレビや映画を楽しむために視覚や聴覚障害者のために副音声や字幕を用意する。
- ・会議や講演会等で提供される情報を入手するために視覚や聴覚障害者のために点字資料や手話通訳と文字通訳等を配置する。
- ・車いす使用者が車いすを自家用車に横付けして乗降するために駐車場のスペースを拡大したり、車いすで使用可能な広い洋式で手すりのあるトイレを設置する。
- ・駅舎やバス等において文字や音声による案内と段差の解消等のバリアフリー対応を障害者が円滑に利用できるために整備する。

## 【松井委員】

### ①結論

合理的配慮をしなければ差別となる。

### ①理由

合理的配慮は、障害者が障害のない者と平等に社会参加ができていない主要な原因は、社会の側の障壁にあり、障害者の平等な社会参加を実現するために、その障壁をとりのぞく責務が社会の側にあるという理解から提供される。したがって、それを提供しないかぎり障害者の平等な参加が実現しないことから、その提供の拒否は、差別となるわけである。

### ②結論

合理的配慮の提供は、優遇措置ではない。

### ②理由

合理的配慮は、社会的障壁を除去することで、障害者が障害のない者と同じ土俵に

平等に立てるようにすることを意図したものであり、障害者を障害のない者よりも有利に取り扱うためのものではない。したがって、それは優遇措置とはいえない。

## 【棟居委員】

### ①結論

以下の理由により、合理的配慮を提供しなければ差別となる。

### ①理由

人種差別や性差別などと障害者差別は、社会的に繰り返されてきた差別であり、かつ、本人の努力ではいかんともし難い、という点において共通する。他方で、人種差別や性差別は、人種や性という属性を無視すれば(目をつぶれば)差別は解消される(入社試験で点数の高い方から採用すればよい)のに対して、障害者差別の場合には、属性を無視しても、機能障害による「別異取扱い」は解消されない(入社試験で四肢障害ゆえに筆記ができない、視覚障害があるなどの障害者は点数を理由に不採用となる)。そこで、障害者に対しては、その障害の態様に応じた一定の合理的配慮(試験であれば四肢障害者にパソコン入力を認める、視覚障害者に対しては口頭試問に切り替えるなど)をすることで、はじめて機会の平等が実質的に与えられることになる。機会の平等が実質的に保障されないかぎり、差別があるというべきである。ただし、合理性を逸脱した配慮までが要求されるわけではない。

### ②結論

合理的配慮は優遇措置ではない。

### ②理由

合理的配慮はあくまで{平等な機会}—{現状の機会}＝合理的配慮、として表現され、機会の平等が実質的に保障されるための補助的手段にとどまる。優遇措置とは、機会の平等という観念とは無縁で、結果の平等のみを指向しているから、この点で合理的配慮とは異なる。言い換えれば、合理的配慮はあくまで、本人の能力と努力によって成果が得られたり得られなかったりする自由競争に障害者を参加させるための手段であり、自由競争を否定する優遇措置となってはならない。

## 【山本委員】

### ①意見

ある属性(P)を除く他の条件が等しいとしたときに、その属性を持つ者(A)がその属性を持たない者(B)と異なった状態に置かれる場合に、両者(AB)の間には「不平等状態」がある。ある者(Y)が他の者(X)を「差別」したとされるのは、被差別者(X)について、不平等状態を(作り出してはいけないのに)作り出した場合、または、存在する不平等状態を(是正すべきなのに)そのままにした場合だと考えられる。障害者差別が問題になるのは、属性Pが「障害」であるときである。

このうち、存在する不平等状態を是正すべきなのにしない場合は、なすべき行為をしないという不作為による差別という意味で、消極的差別ということができる。これは、不平等状態を是正するという作為が命じられることが前提とされ、それをしない場合に認められる。障害者差別に即していうと、相手方(Y)が、当該障害者(X)に「合理的配慮」を提供しない場合は、この類型に属すると考えられる。

これによると、合理的配慮の不提供が差別にあたるというためには、存在する不平等状態を是正するという作為が命じられること、つまりその不平等状態が是正されるべきものであると評価されることが前提となる。

ここでいう不平等状態には、事実的な差異や結果における不平等もふくまれる。そのすべてを是正すべきだと考える完全平等主義とでもいうべき考え方はありうるとしても、それは個人の自律を尊重するという考え方と相容れないと考えられる。そうだとするならば、ここでは、是正すべき不平等状態をどのような考え方にしたがって特定するかということが問題とならざるをえない。

そうした考え方としてまず考えられるのは、いわゆる福祉国家思想である。しかし、これは、国家に対する是正命令を基礎づけることができるとしても、私人に対して同様の是正命令を導くことはできない。

私人に対して是正命令を基礎づけるとするならば、一種の連帯思想を持ち出すことが考えられる。各人は、同じ社会の構成員である以上、たがいに助け合わなければならない。したがって、他の構成員が不平等な状態におかれなくするために、たがいに配慮することが要請されると考えるわけである。もっとも、かりにこの考え方によっても、社会の構成員にどこまでの配慮を要請するかということが、そこからただちに出てくるわけではない。これは、究極的には、社会の構成員による合意に求められることになると考えられる。

以上のような、いわば他律的な基礎づけに対して、不平等状態の是正を市民の権利として基礎づけることも考えられる。基本的人権を国家に対する権利だけではなく、市

民相互の関係でも尊重されるべき権利と考え、さらに、市民に基本的人権の帰属を認めるだけではなく、その享有と行使の可能性も(可能なかぎり)保障すると考えるならば、そうした基本的人権の享有と行使について不平等な状態にある市民に対し、その相手方である市民はそれを是正することが — その市民の権利を過剰に制約しないかぎり — 求められることになる。これはもちろん、基本的人権の保障の意味と範囲について、伝統的な理解を改変するものであり、その意味で憲法ないしは社会契約を修正するものというべきかもしれないが、障害者権利条約が「合理的配慮」を「障害者が他の者と平等にすべての人権及び基本的自由を享有し、又は行使することを確保するための必要かつ適当な変更及び調整であって、特定の場合において必要とされるものであり、かつ、均衡を失した又は過度の負担を課さないもの」をいうと定めている基礎には、以上のような考え方があるのではないかと推察される。

もともと、かりにこのように考えるとしても、どのような基本的人権の・どのような享有ないし行使の可能性について、その不平等状態の是正が求められるかということは、ただちには出て来ない。これもまた、究極的には、社会の構成員による合意 — どのような基本的人権の・どのような享有ないし行使の可能性について、互いに合理的配慮を追い合うような社会が望ましいと考えるかということについてのコンセンサス — に求められることに変わりはないのかもしれない。

## ②意見

上記を参照。

## 2、合理的配慮の守備範囲

障害者の権利条約では、合理的配慮を差別の総則規定のなかに位置付けるとともに、従来から機会均等が特に求められる労働や教育の個別分野においても、合理的配慮を確保すべき旨の規定が存在します。

しかし、自立した生活に関する第19条など、社会保障に関する分野においては合理的配慮に関する言及はありません。ところが、日本の国内においては、合理的配慮は福祉サービスの分野などにおいても確保されるべきだとする見解もあるように思われます。

そこで、合理的配慮の概念がどこまでの範囲で検討されるべきか、委員のご意見を伺いたいと思います。

### 【池原委員】

#### 結論

福祉サービスをはじめ、すべての領域に合理的配慮は適用されるべきである。

#### 理由

障害者権利条約では、合理的配慮を行わないことを差別の一類型として総論的に定めている(2条)ので、労働や教育の規定で合理的配慮について再言しているのは、注意的な規定と理解すべきで、個別領域で合理的配慮についての定めがない場合には、合理的配慮を行う必要がないとしているものではないと解される。自立生活に関するパーソナル・アシスタンス(19条)なども、「合理的配慮」という概念の中から生まれてきたものではないが、概念的にはそれに含めて理解してもよいものと考えられる。

### 【太田委員】

#### 結論

主に障害のある個人と、その個人が関わるあるいは関わろうとする、公的・私的を含めた事業所や学校などの組織との間

#### JDF委員の意見

・裁判規範性のある私法、刑事訴訟法、監獄法、民事訴訟法、社会保障法ではない福祉の給付法、交通・建築・住宅法規一般、労働法、教育の法制度など、合理的配慮

自体は、あらゆる分野で検討されるべき。但し、法律論としては、裁判規範性のある私法上の合理的配慮の欠如と、国家責任の合理的配慮とを別けて考えなければならない。

- ・社会保障、障害者サービス分野について、手続き規定以外の分野については、現段階ではサービス自体を合理的配慮概念でとらえることは、今後慎重にけんとうすべきことである

#### 理由

差別を是正していく営みは、一般的な政策や措置だけでは解決が難しい。例えば女性について言えば、女性が抱える固有の問題を解決するためのアプローチとして、生理休暇というのが認められている。それは、取る人と取らなくてもすむ人がいるという、個別性の比較的高いものと言える。その人の持つ個別性に着目した措置が合理的配慮なのである。だから、バリアフリー一般や、労働政策一般、教育政策一般では拾い切れない個別のニーズに対してとり行われるのが、合理的配慮と言える。

では、社会保障ではどうか、ということになると、やはりここでも同じようなことが言えるのではないか。例えば、重度の障害者のある個人が地域で暮らすにあたって、一日24時間都合三人の介助が必要だとしよう。これは一般制度にない訳で、しかしそうした配慮をすることによって地域で生活できるという正当化される根拠があり、客観的にも合理性が存在するならば、一般制度の枠を超えて、上記の合理的配慮がなされるべきである、というのが、基本的な考え方である。

#### JDF委員の意見

- ・社会保障分野に限って言えば、合理的配慮概念の配慮における個別性、特定性をかんがみたとき、当該障害者と障害のない人、当該障害者と同じような障害者との関係で、何が平等で何が差別かを判断することが、それほどかんたんではないためである。

付言すると、権利条約から見た場合、第19条が保障する「特定の生活様式を義務付けられないこと」「どこで誰と住むかを選択する権利」は、「居住の自由」など自由権的権利にもかかわるものであり、権利の侵害が起きていたとするとこれは「差別」の問題ではなく、基本的自由の侵害の問題であり、過度な負担の抗弁を承認する同第2条の合理的配慮概念で取り扱うべきではない。

## 【川島委員】

障害のモデルから出発して、合理的配慮の守備範囲を考えれば、次のように言うことができる。

社会モデルは、インペアメントのある者を取りまく社会の問題を強調する視点である。いいかえれば、社会モデルは、障害の生物医学的次元ではなく、障害の社会政治的次元を重視する視点である。社会モデルにおいて「障害(ディスアビリティ)」は、インペアメントのある者と社会障壁との相互作用によって生じる不利を意味する。社会モデルは「相互作用」という表現を用いているが、医学モデルに対抗するモデルであるため、特に社会障壁の問題を強調する。

要するに、社会モデルとは、「インペアメントと社会障壁との相互作用で発生する当事者の不利に「障害」という言葉を与え」(形式)、かつ、「医学モデルに対抗するために社会障壁の問題を強調する」(実質)ものをいう(拙稿「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」松井彰彦ほか編『障害を問い直す』(東洋経済新報社)289-320頁)。

障害差別禁止法の下で禁止されるべき差別行為は、社会障壁のひとつである。したがって、差別行為を法的に規制することで、インペアメントのある者の不利が削減されることになる。差別行為以外にも、たとえば障害者の地域での自立生活に必要なサービスを国が提供しないことも、社会障壁のひとつである。インペアメントのある者を取りまく社会障壁を削減するための法的対応にはさまざまなものがある。

この点、障害者に限定して提供されている各種サービスは、障害福祉法により対処されるものであり、基本的には、障害差別禁止法により対処されるものではない。差別禁止法上の概念として誕生した合理的配慮を、障害福祉法上の概念として用いることは、無用な混乱をもたらす。

合理的配慮は差別禁止法の枠内で機能するものであるため、差別禁止法の適用対象全般に、基本的には、合理的配慮も適用される。もちろん、一般に提供されている各種サービスも、差別禁止法の適用対象であるので、基本的には、合理的配慮が適用される。

そもそも、日本において差別禁止法を作成する際には、差別禁止法の機能と限界に

留意しなければならない。すなわち、分配的正義(障害福祉法による障害者向けのサービス)の実現を差別禁止法に期待することは本来的に難しい。いかえれば、差別禁止法を作成する場合には、障害者法体系における差別禁止法の位置づけを常に意識しなければならない。

私見では障害者法体系は、(1)分配的正義(財・サービスの再分配)を目的とする法、(2)横軸の匡正的正義(不法行為・差別行為の禁止と救済)を目的とする法、(3)縦軸の匡正的正義(ポジティブアクション)を目的とする法の三つのタイプに分けられる。一般に、(1)分配的正義をめざす法令は、障害者のニーズの充足のために、資源分配を念頭に置く。(2)差別禁止・不法行為の禁止と救済のように、横軸の匡正的正義をめざす法令は、基本的には二者間の不均衡の是正を目指す。そして(3)縦軸の匡正的正義をめざす法令は、障害者集団に対する歴史的、構造的な差別の積極的な是正を目指す。合理的配慮は、(2)の中で機能する法概念である。

#### 【竹下委員】

##### 結論

質問の意味が正確には理解ない。

そもそも合理的配慮は障害のある人の日常生活及び社会生活の全てにおいて意識されるべき事項である。したがって、社会保障分野をも含めて合理的配慮という概念は妥当するものである。ただ、それが表れる場面や内容が異なるにすぎないのである。

##### 理由

労働や教育の場面においては、合理的配慮が「就労のために」とか、「教育を受けるために」として位置づけられているからこそ特段の規定が条約上も存在する。これに対し、自立や地域生活などの場面においては、それを成り立たせる支援そのものが合理的配慮としての位置づけを持っているから、それに重ねて合理的配慮という規定が不必要なだけである。

#### 【西村委員】

##### 結論

福祉サービスにおいても確保されることが必要である。



## 理由

- 1 総則に規定されていることは、個別規定にも反映されるため。
- 2 合理的配慮の確保は、障害児・者の「権利保障」及び「差別をなくすために必要な措置」とされていることから、「福祉サービス」も、「障害児・者の地域生活を確保するために必要な生活上の権利」と定義できるため。
- 3 教育や労働の場面で障害児・者が必要とする支援(介護等)を合理的配慮と想定した場合、同様の支援が、生活場面等の異なる分野において、合理的配慮とされないとしたら、大きな矛盾が生じる。

## 【松井委員】

### 結論

合理的配慮の提供は、必ずしも教育や労働及び雇用分野に限られるものではなく、社会保障関連分野も含む、あらゆる分野においても当然提供されるべきものである。

## 理由

福祉サービスについても障害の種別や程度によってそのアクセスの容易さは、かなり異なる。したがって、障害の種別や程度にかかわらず、すべての障害者が平等に福祉サービスにアクセスできるようにするには、個々の障害者の特性やおかれている状況に応じた、適切な合理的配慮の提供は不可欠である

## 【棟居委員】

### 結論

権利条約と同様に考えるべき。

## 理由

障害者の権利条約と同様に、機会均等を補うものとして合理的配慮を位置付けるべきである。したがって、機会均等が求められる労働や教育の分野について、合理的配慮をとくに明記すべきである。他方で、社会保障は機会均等の理念とは基本的に無関係であり、結果の平等に近い考え方に立脚しているのだから、社会保障分野で合理的配慮の概念は基本的に無用と考える。ただし、本人の自立を促すために、これまで社会保障で保護の対象とされてきた障害者に対して、機会を実質的に保障するかわりに

自立せよ、という観点から、合理的配慮を与えることが必要な場合もある。「保護から自立へ」という文脈であれば、社会保障の分野でも合理的配慮の概念が成立するということである。

**【山本委員】**

上述したように、これは、どのような基本的人権の・どのような享有ないし行使の可能性について、互いに合理的配慮を追い合うような社会が望ましいと考えるかという問題であり、そのような問題として、現在、どこまでのコンセンサスが可能か、慎重に検討する必要がある。

### 3、合理的配慮の内容

合理的配慮に関し、障害者の権利条約の政府仮訳では、

「合理的配慮」とは、障害者が他の者と平等にすべての人権及び基本的自由を享有し、又は行使することを確保するための必要かつ適当な変更及び調整であって、特定の場合において必要とされるものであり、かつ、均衡を失した又は過度の負担を課さないものをいう。」

とされており、また、障害者基本法改正案では

「社会的障壁の除去は、それを必要としている障害者が現に存し、かつ、その実施に伴う負担が過重でないときは、それを怠ることによつて前項の規定に違反することとならないよう、その実施について必要かつ合理的な配慮がされなければならない。」

との条項全体が合理的配慮を提供しない場合には差別に当たるとする趣旨であるとされており。

ただし、合理的配慮の定義自体については差別禁止部会で検討されるべき事項であるとされており。

そこで、障害者の権利条約の文言を分解すると、以下の4つの要素に分けられると思います。

- ① 障害者が他の者と平等にすべての人権及び基本的自由を享有し、又は行使することを確保する
- ② 特定の場合において必要とされるもの
- ③ 必要かつ適当な変更及び調整
- ④ 均衡を失した又は過度の負担を課さない

これらの要素のうち、①は、合理的配慮が何のために必要とされるかについて、その目的を述べております。②は、合理的配慮が、バリアフリーのための基準設定により全体をボトムアップする制度的なアクセシビリティの保障などとは異なり、個別具体的な特定の状況を前提としてその必要性が検討されるというような趣旨であろうと思われます。③は、合理的配慮として提供されるべき手段や方法についての記述です。そして、④は、相手方の負担が一定以上の場合には差別に該当しないことを示しております。

以上の4つの要素から定義化されてはいますが、これらの文言は日本語的には

分かりにくい表現となっており、そのままでは日本の法律文言として使いにくいのではないかと考えられます。

たとえば、要素①の関係で言えば、入口に段差のある喫茶店に、障害者の求めに応じてスロープをつけることは「合理的配慮」の一例として挙げられることがありますが、喫茶店に入ることが、「人権」や「基本的自由」の「行使」であることを、いちいち主張、立証することまで要求している趣旨なのではないでしょうか。いろいろな考え方があってはと思いますが、「人権」や「基本的自由」という表現より、端的に、例えば、障害のあるなしにかかわらず、実質的な平等な機会を確保するということが合理的配慮の目的とした方が日本語的にはその趣旨に合うのではないかと思います。

そこで、権利条約の直訳ではなく、上記の要素を維持しながら日本語的にわかりやすい合理的配慮の定義を新たに考える必要があるか、否かについて、委員のご意見を伺いたいと思います（他国の立法例に関しては、第6回に配布しました参考資料「各国差別禁止法における差別の一般的定義比較表」を参照ください）。

なお、均衡を失した又は過度の負担とは一体何かといった議論は、正当化事由に関する議論の中で、他の差別類型の場合も含めて一括して行いたいと存じておりますので、その内容についての議論は、あとでお願いします。

## 【池原委員】

### 結論

障害者が他の者と平等に権利利益を享受し又は行使するために、その者に必要となる現状の変更調整、社会的障壁の除去又はその他の人的、物的手段の提供

### 理由

明確な人権と呼べるものでなくても、何らかの権利または利益が公平に認められない場合に、その公平化を図ることが合理的配慮の内容であると考えれば、障害者基本法の用語例を借用して「権利利益」が平等に享受・行使できるようにするための規定ぶりが考えられる。「特定の場合」という要素は、個々の障害のある人のインペアメントと社会環境との個別具体的な相互関係の中で合理的配慮が検討されるべきであるとする含意であると考えられるので、「その者に必要となる」とか、「当該障害者において必要となる」などの規定ぶりでもその趣旨は同様になると考えられる。

## 【太田委員】

### 結論

誰にでも分かりやすい定義をすべきである。

### JDF委員の意見

- ・日本語的に捉えなおす必要はないとは言わないが、権利性を強めた文言にしなければ、権利条約以降の差別禁止法という国際的な期待に添わないものになってしまう危険性がある。
- ・日本語としてわかりやすい新たな定義をすべき

### 理由

分かりやすい定義にしなければ、実効性がない。

### JDF委員の意見

#### 障害者基本法など現行法制度との関係

権利条約の定義を使った場合、上記の立証に関する問題点、「過度な負担」を合理的配慮の定義そのものに入れるか入れないかの問題、「調整や変更」としたときの新設・創設的な性質の新たにつくられる配慮がはいるか、とか、人的支援などは入るのか、などのあいまいな点が出てきてしまうため。

## 【川島委員】

権利条約の直訳ではなく、最低限、権利条約の要素(1から4まで)を念頭に置きながら、日本語的にわかりやすい合理的配慮の定義を新たに考える必要性があると考ええる。なお、その際に留意すべき事柄について若干述べる。

### (1) 障害の普遍性と多様性

抑圧されてきたマイノリティ集団として障害者を捉える考え方を「障害のマイノリティモデル」という。他方で、障害者と非障害者を二項対立的に考えるのではなく、より柔軟な立場をとることもありうる。たとえばそれは、誰もが障害(インペアメント)を有するという意味での「障害のユニバーサルモデル」(障害の普遍性)である。「障害のユニバー

サルモデル」は、「障害のマイノリティモデル」とともに、米国の障害学では広く知られた考え方である。

「障害のマイノリティモデル」は、「障害のユニバーサルモデル」と両立しうる。つまり、インペアメントは誰しもが持ちうる普遍的な心身の特徴であるが、そのような特徴を持つ者のうち、社会障壁との関係で構造的な「不利」を歴史的に被ってきた者たちはマイノリティ集団を形成している、と考えられるのである。この意味で、マイノリティとユニバーサルという2つのモデルは相容れない関係にあるとは言えない。

米国障害差別禁止法(ADA)を支える障害観は、マイノリティモデルである。しかし、ユニバーサルモデルを、障害差別禁止法を支える障害観に据えることは、障害の法的定義との関係において、一定の妥当性があることが指摘されている(拙稿「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号(2008年)82-108頁)。

ユニバーサルモデルの考え方に立った差別禁止法は、現時点において障害を持っている特定の人びとのためだけではなく、ほぼすべての人びとのための差別禁止法としての意義をもつ。これと同様の趣旨で、身内や友人などを障害差別禁止法の保護対象に含めることで、この法律がもたらすベネフィットは、障害当事者のみならず、より広い範囲の人びとにまで及ぶことになろう。こうした考え方は、この法律の実現に向けて社会的合意を得る際に重要になると思われる。

また、そもそも単一の障害者集団が存在しているわけではないことに注意しなければならない。すなわち、障害の多様性に留意しなければならない。たとえば、目が見えない者と耳が聞こえない者との間にも障害差別は発生しうる。このように考えると、障害差別の概念は宗教差別に近い考えである、とすることができる。というのは、さまざまな宗教(障害)が存在し、どの宗教を信じようとも(どの障害を持っていても)差別を受けてはならない、という考え方が成り立つからである。

もちろん、宗教と障害とは性格や特徴が異なるので、宗教差別と障害差別とを同一視することはできない。しかし、ひとつの思考実験として、こうした類推を通して両者の異同を明らかにすることにより、障害差別の特質をよりよく明らかにすることができるであろう。

合理的配慮の概念は、宗教差別の文脈から発展したものであり、ルールに「例外」を設けさせる機能を有する。宗教差別の場合と比べて、障害差別の文脈における合理的配慮は、「過重な負担」という側面が強調される。しかし、ルールに「例外」を設けるといふ点では、合理的配慮は宗教差別の文脈においても、障害差別の文脈においても同じ機能を果たす。

## (2) 合理的配慮とポジティブアクション

しばしば、直接差別は同一取扱を求め、合理的配慮は異別取扱を求める、と言われる。現象的に見れば、このような理解は間違いではない。しかし、差別禁止法にとってより重要なのは、何のための同一取扱か、何のための異別取扱か、という問いである。

この点、人間の尊厳、自己決定、社会参加、機会の平等、多様性といった価値を、障害者が実質的に享受すべきであるという観点に立てば、具体的な状況において、障害者は、ときに同一取扱が必要となり、ときに異別取扱が必要となる(つまり、両方が必要となる)。

もちろん、これらの価値を一定程度具体化した諸権利(障害者権利条約の実体規定に含まれている諸権利)を障害者が享受する際にも、同一取扱と異別取扱の両方が必要となる。なお、付言すれば、障害者権利条約2条に定める差別の定義によれば、「障害に基づくあらゆる区別、排除又は制限」は、それだけでは差別にならない。つまり、区別はそれ自体では差別にならず、人権の享受を妨げる目的・効果を持つような区別が差別になるのである。

すべての者を同一に扱いさえすれば、これらの価値はおのずと実現される、という考え方を、古典的な平等概念(無差別概念)は採用していた。しかし、同一取扱については、いったい誰と同一に扱うべきかという問題が従来指摘されてきた。いわゆる従来の支配的規範である抽象的個人像(大人、男性、非障害者)を想定した上で、同一の扱いをしても、障害者は不利を被ってしまう。この抽象的個人像とは、きわめて狭い範囲の心身の特徴をもった者たちのことだと言うことができる。彼らのニーズのみに配慮して構築されてきたこの社会は、障害者のニーズをほとんど無視してきたので、そもそも非障害者に有利な条件が整っているのである。

そうした社会において、人間の尊厳、自己決定、社会参加、機会平等、多様性といった価値を、障害差別禁止法という枠組みの下で、実質的に実現するという観点に照らせば、同一取扱と異別取扱の両方が同時に必要となる(なお、障害福祉法という枠組みで、これらの価値の実現を目指す方法は、本部会で検討する事柄ではない)。

別異取扱の形態は、(1)分配的正義(障害関連のサービス)、(2)横軸の矯正的正義(合理的配慮)、(3)縦軸の矯正的正義(ポジティブアクション)という障害者法体系の三つの枠組を用いて整理しなければならない(上述の障害者法体系の箇所を参照されたい)。以下においては、(2)合理的配慮と(3)ポジティブアクションとの違いを述べる。

障害者集団というマイノリティ集団のために講ぜられる特別措置がポジティブアクション(アファーマティブアクション)である。マイノリティ集団の中には下位集団(sub-group)が存在する。これには、知的障害者、発達障害者、精神障害者、身体障害者、ろう者、盲人、盲ろう者等が含まれうる。また、女性障害者や障害児も下位集団に含めてよい。これらの複数の下位集団から成るマイノリティ集団として障害者を捉える視座が、「障害のマイノリティモデル」である(拙稿「障害者権利条約と「既存の人権」」発達障害研究 35 巻 5 号(2010 年)4-15 頁)。

そもそも、インペアメントの種類(ろう、盲、盲ろう、知的障害、発達障害、肢体不自由など)は異なり、インペアメントと社会環境との関係性の中で生ずる不利の形態も異なる。多様な下位集団は、それぞれ特有の構造的な「不利」を歴史的に被ってきたと考えるのが、現実に即した理解だといえる。そして、それぞれの構造的な「不利」の形態に適切かつ柔軟に対応するために、ポジティブアクションも多様な形態をとるべきだと言える。つまり、ポジティブアクションは、傘概念としての障害者集団一般の地位向上を目指しつつも、さまざまな下位集団の特徴を考慮に入れる必要がある。

ポジティブアクションは、障害者権利条約の下では、たんに許容されているものではなく、奨励されているものであり、その実施を義務づけられているものだと解することができる。もっとも、ポジティブアクションを義務づける具体的な規定が、日本の障害差別禁止法の機能と射程の中に入ってくるかどうかは別の問題である(今後の検討課題である)。

他方で、個人の具体的権利としての合理的配慮の権利は、差別禁止法の枠内に明確に位置づけられるものであり、ポジティブアクションとは概念的に区別される。ポジティブアクションは、事業主等の責任とイニシアティブに基づいて行われるものである。ポジティブアクションが存在しない場合に個人はそれを求めて司法に訴えることはできない。これに対して、合理的配慮の場合は、それを否定された個人は、自己のイニシアティブに基づき、司法に訴えることができる。

個々人の障害は多様であり、社会環境との関係で被る不利も個々人で異なるため、必然的に、合理的配慮は個別化、多様化したものとなる。障害者権利条約2条の定義によれば、合理的配慮とは、障害者のニーズを個別具体の文脈で充足するための調整措置で、相手側に過重な負担を課さないものを意味し、その「否定」は差別となる。そして本条によれば、この調整措置は、「人権(価値)の実現にとって必要かつ適切な変更及び調整」でなければならない。

なお、障害者権利条約の第1次草案(2004 年)の脚注27(合理的配慮という語に付された脚注)は、「合理的配慮」なるものを決定する過程は、(それが個人に特有な配



慮の必要について自覚的に取り組むべきであるという意味で)個別化される (individualized) べきであるとともに、その過程では個人と関係主体とが話し合いをする (interactive) べきである」と記している。この第1次草案は「作業部会草案」と呼ばれているものであり、そこに付された数多くの脚注には、障害者権利条約特別委員会作業部会での議論状況が記されている。

#### 【竹下委員】

##### 結論

このままでよいと思う。

##### 理由

言葉を置き換えることは、その内容を時には曖昧にし、時にはその範囲を変更することになってしまうからです。したがって、あくまでも「て、に、を、は」などの工夫は必要とされていても、言葉を大きく入れ替えるべきではないと考える。

#### 【西村委員】

##### 結論

新たに考える必要がある。

##### 理由

権利条約の理念の社会化及び実効性を確保するためには、法整備も必要であるが、併せて、国民的なコンセンサスを得るための取り組みも必要である。

#### 【松井委員】

##### 結論

合理的配慮について日本語的にわかりやすい定義を新たに考える必要があるという意見には賛成である。

##### 理由

合理的配慮は、わが国では新しい概念であり、それがひろく受け入れられ、実施されるようになるためにも、日本語としてわかりやすい表現にすることが求められよう。

障害者基本法改正案では、第4条2項に「社会的障壁の除去は、それを必要としている障害者が現に存し、かつ、その実施に伴う負担が過重でないときは、それを怠ることによって前項の規定（つまり、「何人も、障害者に対して、障害を理由として、差別することその他の権利利益を侵害する行為をしてはならない。」）に違反することとならないよう、その実施について必要かつ合理的な配慮がなされなければならない。」という合理的配慮にほぼ沿った規定があるが、この規定は、障害者権利条約の合理的配慮の定義とくらべて、決してわかりやすいものとはいえない。

## 【棟居委員】

### 結論

賛成

### 理由

合理的配慮とは、「機会の平等を実質的に確保するために要請される措置」と解すべきです。

なお、だれに対して要請されるか、という合理的配慮義務の主体は、第一次的には障害者が機会の平等を実質的に確保することを阻んでいる制度や設備の設置・管理主体ということになりますが、第二次的には、国や自治体に補助金を含めた条件整備義務が課されると考えます。

## 【山本委員】

上述したように、「合理的配慮の不提供」で問題となるのは、存在する不平等状態を是正すべきなのにしないという消極的差別の場合である。ここでは、存在する不平等状態を是正するために「合理的配慮」が求められるのに、それをしないことが、差別としてとらえられることになる。

このような差別が認められるかどうかを判断する際には、次の3つの点が問題になると考えられる。

### (1) 是正されるべき不平等状態の存在

まず問題になるのは、是正されるべき不平等状態が存在するかどうかである。これについては、第1の1で述べたことがあてはまる。

かりに障害者権利条約の基礎にあると推察される考え方、つまり基本的人権の享有または行使の可能性を保障するという考え方によるならば、ここでは、コンセンサスが得られた所定の基本的人権の所定の享有または行使の可能性について、当該障害者が非障害者と異なった状態(不平等状態)にあることが必要となる。

## (2)相手方に要請される是正措置の確定

次に問題となるのは、以上により特定された不平等状態を是正するために相手方にもどのような措置をとることが要請されるかである。

相手方には是正措置をとることを要請するならば、そのかぎりでは相手方の権利・自由が制約されることになる。それにより相手方の権利・自由が過剰に制約されるならば、そのような是正措置を命ずることは、むしろ相手方の権利・自由に対する不当な介入にあたり、認められない。そうすると、ここでは、いわゆる比例原則にしたがい、次の3つの点が問題になると考えられる。

### (a)適合性の原則

第一は、とられる手段、つまりその是正措置が、不平等状態を是正するという目的に適した措置かどうかである。当該措置をとったとしても、不平等状態を是正することができないならば、そのような措置は相手方の権利・自由を過剰に制約するものであり、許されないといえることができる。

「合理的配慮の不提供」に即していえば、これによると、当該配慮が、障害者と非障害者の不均衡状態を是正することに役立つものであるかどうかの問題となる。そもそも不均衡状態を是正することに役立たないものであれば、それは「合理的配慮」にはあたらないと考えられる。

### (b)必要性の原則

第二は、とられる手段、つまりその是正措置が、不平等状態を是正するという目的に必要な措置かどうかである。ほかに、相手方の権利・自由を制約する程度が低い措置があり、それによっても同じ結果をもたらすことができるのであれば、それにもかかわらず当該措置を命ずることは、相手方の権利・自由を過剰に制約するものであり、許されないといえることができる。

「合理的配慮の不提供」に即していえば、これによると、当該配慮が、障害者と非障害者の不平等状態を是正するのに必要不可欠なものかどうかの問題となる。ほかに、相手方の権利・自由を制約する程度が低い配慮方法があり、それによっても不平等状態を同じ程度に是正できるときは、そのような配慮を求めることは許されないといえることができる。

### (c) 均衡性の原則

第三は、とられる手段、つまりその是正措置(手段)が、不平等状態を是正するという目的と不均衡なものでないかどうかである。ここでは、とられる是正措置が、相手方の権利・自由を制約する程度が大きければ大きいものであるほど、不平等状態を是正するという目的がそれを正当化するに足りるだけの重要性を持つものでなければならず、そうでなければ、そのような是正措置をとることは許されないといえることができる。

「合理的配慮の不提供」に即していえば、これによると、当該配慮が、相手方の権利・自由を制約する程度が大きければ大きいものであるほど、不平等状態を是正するという目的がそれを正当化するに足りるだけの重要性を持つものでなければならず、そうでなければ、そのような配慮を求めることは許されないといえることができる。その判断に際しては、次の二つの点がポイントになると考えられる。

一つは、当該配慮が、相手方の権利・自由をどの程度制約するものであるかである。ここでは、制約される相手方の権利・自由がどの程度重要なものであるか、その相手方の権利・自由がどこまで制約されるかが問題になると考えられる。

もう一つは、不平等状態を是正するという目的がどの程度重要であるかである。ここでは、不平等状態が問題となる事柄が障害者にとってどの程度重要であるか、その不平等がどの程度のものであるかが問題になると考えられる。

### (3) 是正措置の不履行

最後に問題となるのは、以上により特定された是正措置を相手方が履行しているかどうかである。「合理的配慮の不提供」に即していえば、まさに以上により特定された「合理的配慮」を相手方が提供しているかどうか、ここでの問題である。

#### 4、Reasonable accommodation の訳語

合理的配慮と訳されておりますが、果たしてこのような訳でいいのか、配慮というのは恩恵的なイメージがあるという意見もあります。合理的という言葉それ自体に利益調整的な意味合いがあるのでは、といったご指摘もあります。このような訳でいいのか、それとももっと適切な訳があるのか、この点に関して委員のご意見を伺いたいと思います。

##### 【池原委員】

###### 結論

用語変更の必要性は高くないが、公平化のための作為、公平化のための改善、公平化のための対処平等化のための作為、平等化のための改善、平等化のための対処なども検討の余地はある。

###### 理由

「合理的配慮」は相当程度定着している用語であるので、定義規定が置かれるのであれば、あえて新しい用語を作り出す必要性は大きいとはいえない。また、新たな用語が、従来、用いられてきた「合理的配慮」と同じなのか違うのかという議論も起こりえるなどのマイナス面も考慮する必要がある。あえて用語を変更するとすれば、「合理的」という語を入れることで、合理性が要件の一つとなる印象を与えやすいので、「合理的」はつかわず、「配慮」も「安全配慮義務」などの法律用語としての使用例はあるが、主観面に重点があるかの印象や、恩恵的イメージもありうるとすれば、「合理的」は、「公平化のための」、「平等化のための」などに変え、「配慮」は、「作為」、「改善」、「対処」などに変えることも考えうる。

##### 【太田委員】

###### 結論

確かに配慮という言葉は恩恵的な印象を受けるが、普及しつつある言葉でもあるので、このままでもいいように思う

## JDF委員の意見

- ・合理的配慮という訳が一般的であるからそれでいいと思うが、合理的配慮という言葉に関係者ですら誤解があるようなので、訳として適切なものとは思わない。
- ・合理的配慮という言葉が定着しているのでそれでかまわないが、「合理的調整」という文言の使用も検討されてよい。

## 理由

私は言葉にあまりとらわれない立場をとる。中身をどうつくっていくか、そこにおいて権利性を具体的にどう担保できるかが問題なのである。

## JDF委員の意見

- ・Accommodation を「調整」と訳せるかについては、権利条約のフランス語正文とスペイン語正文が第2条の定義で英語のadjustmentに対応する単語を使用していること、並びに、イギリスの以前の障害者差別禁止法(DDA)が、合理的配慮と同等の概念を「reasonable adjustment」(合理的調整)という文言で表していたことが理由である。

## 【川島委員】

障害者権利条約、均等待遇指令 2000/78/EC(EU指令)、米国障害差別禁止法(ADA)で用いられている“reasonable accommodation”の訳語については現在のところ確立したものはない。

障害者権利条約の政府仮訳や研究者仮訳(川島聡＝長瀬修仮訳)は、「合理的配慮」という訳語を用いている。ADAの文脈においては、たとえば“accommodation”に「便宜供与」や「便宜」などの語をあてる例がある。また、英米の哲学思想文献を念頭に置いて、“reasonable”に「理に適った」という語をあてる例もある。さらに、EU指令で用いられている“reasonable accommodation”に対応する仏語が“aménagements raisonnables”とされており、“aménagements raisonnables”に「合理的調整」という訳語をあてる例もある。またそのほかに、EU指令の“reasonable accommodation”には、「合理的な便宜」「合理的設備」「合理的配慮」といった訳語をあてる例が見られる(拙稿「国際人権法における障害差別禁止—障害のモデルと合理的配慮」松本健男ほか編『これからの人権保障』(有信堂高文社、2007年)231-258頁)。

私見では、少なくとも障害者権利条約の文脈においては、「合理的調整」という言葉

を用いることに一定の妥当性があると考え。その理由として、第1に、障害者権利条約の正文では、“reasonable accommodation”（英）と“aménagements raisonnables”（仏）と“ajustes razonables”（西）が用いられている。第2に、英国の2010年平等法（また1995年DDA）は“reasonable adjustments”という言葉を用いているが、これは基本的にADAの“reasonable accommodation”と同じ概念である（障害者権利条約の“aménagements raisonnables”（仏）と“ajustes razonables”（西）に対応する言葉が、英国の“reasonable adjustments”だと見ることもできよう）。第3に、障害者権利条約では、“reasonable accommodation”という言葉は、「…必要かつ適当な変更及び調整…」のことを指している。つまり、この言葉は、障害者の要求に応じて相手側が合理的な範囲で「調整」を行うことを意味している。

日本の障害差別禁止法で用いる言葉の候補に関しては、「合理的調整」という言葉以外の可能性として、日本で比較的定着してきている「合理的配慮」という言葉も、次のような意味において比較的穏当な言葉であり、一定の妥当性をもつように思われる。

そもそも、障害者か否かを問わず、誰もがそれぞれの事情をもち、相手側の「配慮」を必要としていることは言うまでもない。実際、雇用や教育の現場などで、さまざまな事情に応じて「配慮」が広く行われていることからみれば、「配慮」という日本語を、特に障害者だけに限った恩恵的なものだと非難する必要はないだろう。むしろ、「配慮」という日本語は、さほど抵抗感を与えず、広く社会の合意を得られやすいものであるように思われる。たとえば、「障害差別禁止法の下で、合理的な範囲で配慮をするのが、社会の構成員としての法的義務だ」というメッセージは、社会に比較的受け入れられやすいであろう。

なお、「便宜供与」という表現は、一般的に否定的なニュアンスを伴って用いられることがしばしばあるため、障害者に対するスティグマ化を強めるおそれがある。

## 【竹下委員】

### 結論

合理的配慮のままでよい。

### 理由

すでに、合理的配慮という言葉が定着しつつあるからである。「合理的」とか「配慮」という言葉に対し否定的議論があるとしても、今後その内容を法律や指針によって確定さ

せ、社会に浸透させることが重要である。どのような言葉を使っても否定的要素は入ってくる。

#### 【西村委員】

##### 結論

新たに考える必要がある。

##### 理由

合理的配慮に関する概念や定義を的確かつ、広く国民的に共有できる表現を採用することによって、権利条約の理念の社会化につながる。なお、具体的な文言については、一層の検討を要する。

#### 【松井委員】

##### 結論

合理的配慮という訳語は、ベストではないかもしれないが、別の訳語に変える必要はないと思われる。

##### 理由

欧米でもreasonable accommodationと同義のものとしてreasonable adjustmentやreasonable adaptationあるいはappropriate measureという表現が使われるなど、必ずしもreasonable accommodationに統一されているわけではないが、障害者権利条約でreasonable accommodationが使われて以来、それが定着化してきている。それと同様に、reasonable accommodationの訳語として「合理的便宜」などがより適当という意見もあるが、公定訳で合理的配慮という訳語が使われるなど、それがある程度定着化しているので、新たな訳語に変えるよりは、むしろ合理的配慮の概念がひろく受け入れられるよう、その普及に努めることの方が重要と思われる。

#### 【棟居委員】

##### 結論

内容の理解をつめることを条件に、合理的配慮のままでもよい。言葉としての明確化



の観点からは、「適切な措置」「必要かつ合理的な措置」なども考えられる。

#### 理由

平等＝「不合理な差別の禁止」、その裏返しで「合理的な区別(差別)」＝合憲・適法という図式が確立されているわが国では、「合理的配慮」が「合理的な区別」の合理性と同様に、広大な裁量の幅に飲み込まれてしまうことが危惧されます。障害者にとっても、「合理的配慮」を実施する側にとっても、もう少し客観的なニュアンスが出た方がよいということができます。

#### 【山本委員】

#### 結論

現代の日本語でいえば、「相当な支援」という意味合いではないか。

## 第2、禁止されるべき差別類型の特徴と関係

障害者の権利条約の策定過程の中で議論された差別の類型としては、直接差別、間接差別、合理的配慮の不提供といったものがあります。

また、諸外国の立法を見ると、これに加え、障害に起因する差別という類型を設ける立法例(英 2010 年平等法)、さらに直接差別や間接差別のそれぞれの要素に合理的配慮の不提供を入れ込むといった類型を設けている立法例(豪 2009 年改正障害者差別禁止法)もあります。

このような状況を前提として、日本における差別禁止法を考えると、まずは、これらの類型の特徴や相互の関係を把握しておく必要があるかと思えます。

たとえば、これらの特徴を明らかにするために、差別の理由、相手方の行為態様、行為の効果等の視点で分析すると、下記のように分類することも可能ではないかと思われます。

差別類型	相手方が持ち出す理由	相手方の行為態様		効果
直接差別	障害そのもの	異別取扱	作為	不利益
関連差別	障害そのものではない	異別取扱	作為	不利益
間接差別	が障害に関連する事由	同一取扱(同一基準の適用)	作為	不利益
合理的配慮の不提供	「障害を理由とする」といえるか?	形式的には同一取扱	不作為	不利益

これは、議論のための一つの試論でしかありません。異なる見解も当然あり得るところですが、いずれにしても、複数の差別の類型を設ける場合には、それぞれの適用範囲を議論しておく必要があります。

そこで、①、禁止されるべき差別類型の特徴や相互の関係について論じていただいたうえで、②、日本における差別禁止法として、どのような差別禁止の類型を設けるべきかについて、委員のご意見を伺いたいと思えます。

問題点も含め、共通理解ができればと思っています。なお、差別類型という言い方では、なかなかイメージがわきにくいかと思えますので、一つの例として、仮の定義を置いてみました。これがいいかどうかということではなく、議論のたたき台として利用していただければと思います。

■ 直接差別とは、

「障害を理由とする区別、排除、制限又はその他の不利益取扱」をいう。

(+正当化事由の不存在又は例外事由の存在)

■ 関連差別とは、

「障害に関連する事由を理由とする区別、排除、制限又はその他の不利益取扱」をいう。 ( + 正当化事由の不存在又は例外事由の存在)

■ 間接差別とは、

「外形的に中立的な規定、基準又は慣行を障害者に適用することにより、その障害がなかったであろう場合と比較して不利益をもたらす取扱」をいう。

(+正当化事由の不存在又は例外事由の存在)

■ 合理的配慮とは、

「障害者が他の者と平等に特定の機会に参加し又はこれを利用する上で必要となる現状の変更調整、社会的障壁の除去又はその他の人的、物的手段の提供」をいい、これを怠ることは差別となる。

(+正当化事由の不存在又は例外事由の存在)

\* 以上に使用している「障害」は「機能障害」をイメージしたものです。また、障害に関しては、過去に障害歴がある場合、将来発生する可能性がある場合、障害があるとみなされている場合をどうするのか、といった問題もありますが、ここでは触れておりません。

①、禁止されるべき差別類型の特徴や相互の関係について

②、日本における差別禁止法として、どのような差別禁止の類型を設けるべきか

【池原委員】

①結論

直接差別は、区別・排除・制限等(以下「区別等」)が障害のある人にだけ課される場合であって、障害が明示的に区別等の基準とされている場合又は障害が明示的な区別等の基準とされていない場合にあっては、当該基準を適用した場合に障害のある人にだけ不利益な結果を生じさせる場合をいう。例外は最も厳格な基準を用いる(重要な目的に不可欠であること)。

間接差別は、障害が明示的な区別等の基準とされていない場合であって、当該基準を適用した場合に障害のない人に比べて障害のある人に多く不利益な結果を生じさせる場合をいう。例外は中間的な基準を用いる(正当な目的との実質的合理的関連性又は比例原則)。

関連差別は、障害が明示的な区別等の基準とされていない場合であって、当該基準を適用した場合に特定の障害のある人にその障害に関連して不利益な結果を生じさせる場合をいう。例外は中間的な基準を用いる(正当な目的との実質的合理的関連性又は比例原則)。

合理的配慮は作為を求める点で上記3類型とは位相を異にする。

(後出:図解参照)

#### ①理由

差別類型を明示する意義は、第1に差別類型によって差別的な行為が例外的に許容される実体的・手続的要件の寛厳に相違があるか否かにかかっており、第2に、行政・司法の有権解釈によって禁止さるべき差別行為の領域が解釈上縮小されることを防止するとともに、行為規範として禁止さるべき差別行為の基準を広く市民に明確化することにあると考えられる。

類型としては、障害者権利条約が依拠していると解される3類型(直接差別・間接差別・合理的配慮の欠如)と英国法の4類型(3類型に関連差別を加える)があるが、行為規範としての簡明さの観点では、4類型論はやや煩雑で、関連差別が直接差別または間接差別と競合することがあるのかどうか、「障害を理由とする」場合と「障害に関連する事由を理由とする」場合を明確に区別できるのか、ややわかりにくさがあるように思う。英国法の説明では、視覚障害のある従業員が障害のない従業員と同程度の業務量をこなせないことを理由に解雇された場合、業務目標を達成できなかったことを理由に低い職務評価を受けたが、業務目標を達成できなかったのは、多発性硬化症の治療と易疲労性によっていた場合などが挙げられている。これらの事例は、「障害を理由とする差別」という文言の射程範囲でも包摂されると解することもできそうである。

しかし、直接差別では、典型的には障害が明示的な別異取り扱いのメルクマールとされる(仮に、「明示的直接差別」という)ので、障害のある者だけが他の者と異なる取り扱いをうけるという関係が一義的関連性を有する。これに対して、関連差別では一見すると障害以外の事由(例 欠勤がち、職務の能率が悪いなど)を別異取り扱いのメルクマールにしているように見え、別異取り扱い者側が、本当に障害を知ることができないで、障害以外の理由(例 欠勤がち)で別異取り扱いをしたが、実際にはそれが障害

によって生じたものだったという場合が含まれる。この場合、障害のある者だけが他の者と異なる取り扱いを受けるとは限らず(例 同程度の欠勤日数の非障害者も同じに取り扱われる)、また、同種の障害(例 多発性硬化症)を持つ者が同様の別異取り扱いを受けるとも限らない(例 欠勤日数が相対的に少なく容認範囲内の者もありうる。)。従って、関連差別では障害と差別の関連性が一義的関連性を持っていない。この点では、障害を別異取り扱いのメルクマールとして明示せず、一見すると中立的な規定ぶりをとる間接差別は、関連差別と形式的には似ている。しかし、間接差別は一見すると中立的な基準を適用した場合、その基準が相対的に特定集団に不利益な結果を生じる場合(例 パートタイム労働者の雇用条件をフルタイム労働より不利に定めている場合に、パートタイム労働の87%が女性で占められているとした時、その定めは相対的少数なパートタイム労働の男性にも不利益に作用するが女性の大半に不利益に作用している)であり、中立的な基準を適用した結果が比較対照群に対して相対的に不利益な状況をもたらしていることを証明する必要がある。従って、間接差別では障害と差別との関連性は一義的関連性はないが相対的関連性が認められる。間接差別をこのように理解すると、形式上は一見中立的な規定であってもそれを適用した結果が、特定集団(例 障害のある人や女性)と比較対照集団(例 非障害者、男性)を例外なく分別してしまう場合(例 識字率100%の社会で活字印刷物判読可能なことを採用条件にするなど、視覚障害を有する特定集団だけに不利に作用する)は、障害と差別の関連性が一義的関連性を持つことになるので、直接差別になると理解すべきである(仮に、「黙示的直接差別」という)。黙示的直接差別は欧州司法裁判所のMaruko事件(Case C-267/06)以降、議論がなされているようであるが、差別の例外的許容をできるだけ限定していく方向から考えると、直接差別の妥当領域を広くとることは望ましく、その分類法には参考にすべき点があると思われる。

間接差別と関連差別の違いは、間接差別では自分と同様の立場に立つ人たちが、比較対照群に対して相対的に不利益な結果を被ることを示す必要があるが、関連差別では比較対照は不要であり、当該基準が自分に適用されるとその人の障害に関連して不利益な状況になる(例 障害のために通院を要し欠勤が増え、職務評価が落とされること)という個別的関連性を証明すべきことになる。間接差別では、中立的な基準は、相対的に多数の障害のある人に不利に作用していなければならない(いわば社会的な差別事象が生じる状況であること)が必要だが、関連差別では、中立的な基準が非障害者にも障害者にもおおむね同じくらい不利益を受ける者を生じさせる場合であっても、特定の障害の状態との個別的関連性が示されれば関連差別となりうる。しかし、ある中立的な基準がたまたま個別的な障害の状態に対して不利に働く場合は、障害のある

人たちに対する歴史的経験的な社会的差別事象とは位相が異なる。これに対して、別異取り扱い者側が対象者に障害があることを知り又は知りうべかりし場合に、基準は中立的だがそれを適用すればその者に不利益を生じることを知りうるのにそれをあえて適用したとすれば、それは、無知や無配慮や他の理由を口実にした別異取り扱いが障害差別の温床となってきた歴史的経験的事実と一致する。そのため、関連差別では別異取り扱い者側に規範的に求められる障害の認識可能性が要件として加えられることになる。これに対して、間接差別では相対的な不利益集団を発生させているので、それ自体を社会的差別事象と認めることができ、関連差別のような認識可能性は求められない。

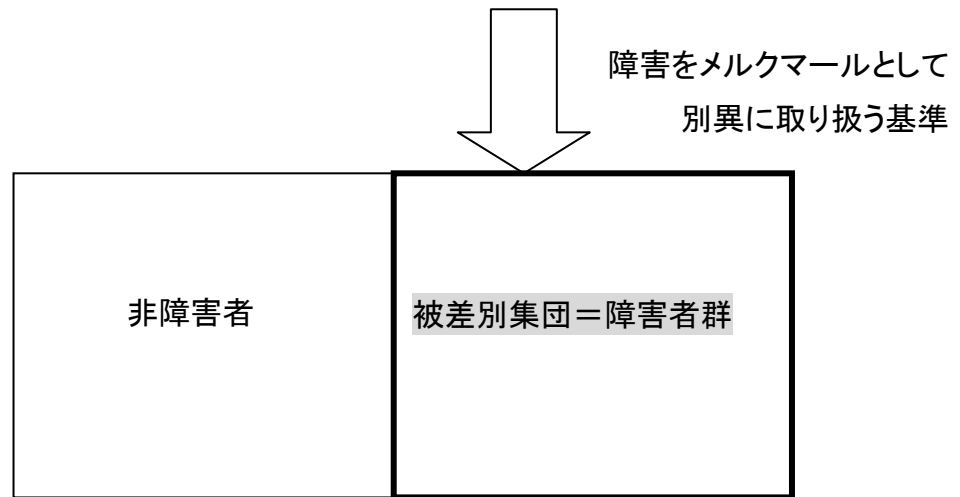
以上のように考えると、中立的な基準を適用した結果、比較対照群との関係で不利益は性が散発的で相対的な不利益性が示せず、個別的には障害によって不利益を受けることは示せるものの、差別者の認識可能性が証明できない場合には、違法な差別とすることができなくなる。合理的配慮はこのような間隙を埋めるうえでとりわけ効果的と考えられる。障害のある人が、ある中立的な基準(例

1カ月に3日以上欠勤は賃金減額とする)が自己の障害との関係で不利益を生じさせる(例 障害に関する通院治療のため1カ月に4日は欠勤せざるを得ない)ので、その基準を修正すること(例 障害に関する通院治療のための欠勤は欠勤として数えない)を求めたのに対して、その配慮がなされなければ差別となる。また、このプロセスの中で差別者は対象者の障害を認識できることになるので、関連差別によれば、当該既存の基準はその障害のある人に適用される限りにおいて違法・無効になる。

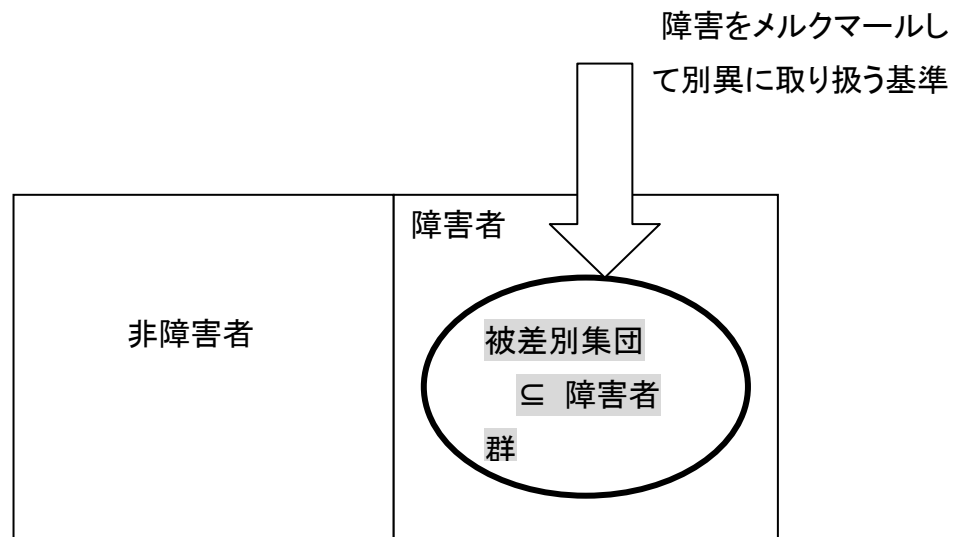
合理的配慮は作為を求めることができる点で、他の差別類型とは局面を異にしている。他の差別類型では、規定や基準自体の無効化や当該事例への適用無効化又は損害賠償などは求めうるが、作為を求めることはできない。例えば重度障害のある車いす利用者は単独で航空機への単独搭乗を認めないという規定が直接差別として無効とされても、搭乗にあたっての支援がなければ搭乗ができない状態は改善されない。こうした場合に搭乗に必要な対処を求めることができるのが合理的配慮である。伝統的な司法権が積極的に作為命令をだすことができるようにするには合理的配慮の規定は必要になる。

以上を集合図で簡略に示すと下図のようなイメージになる。

障害を明示的なメルクマールとした別異取り扱い(明示的直接差別)・障害と別異扱いの一義的関連性



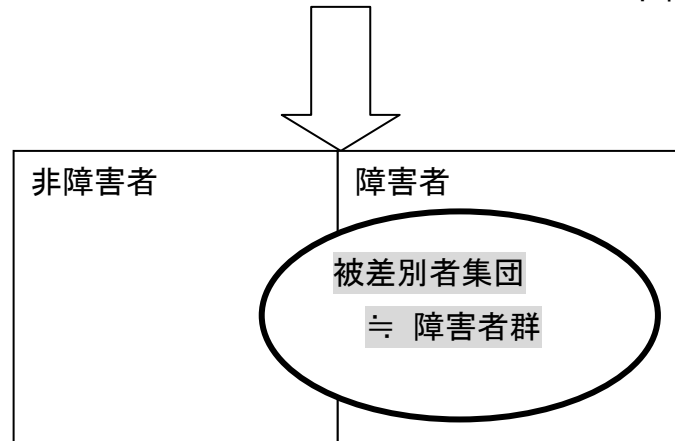
例 精神障害者には免許を与えない



例 精神障害者であって自傷他害のおそれのある者は措置入院にする

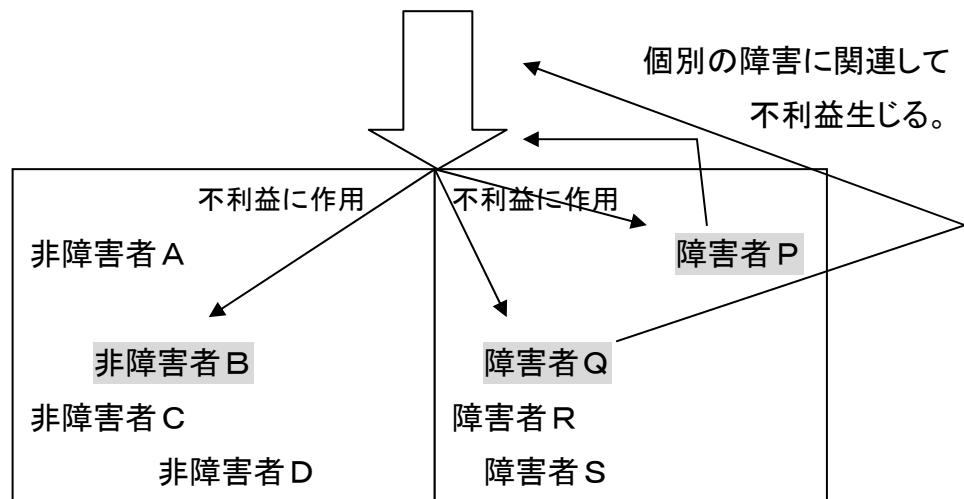
中立的メルクマールによる別異取り扱い(間接差別)・障害と別異扱いの相対的関連性

相対的に障害者群に  
不利益に作用する基準



例 英語での電話面談対応が可能なこと、運転免許があること

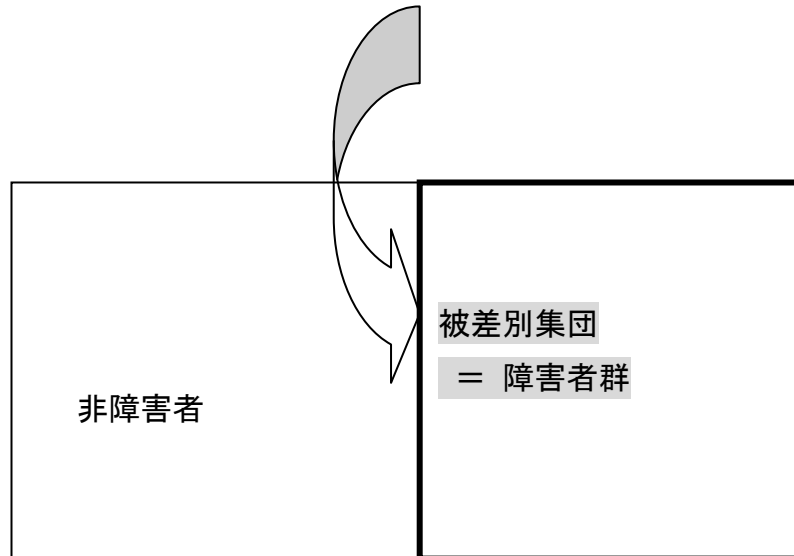
中立的なメルクマールの適用(関連差別)・障害と別異扱いの個別的関連性



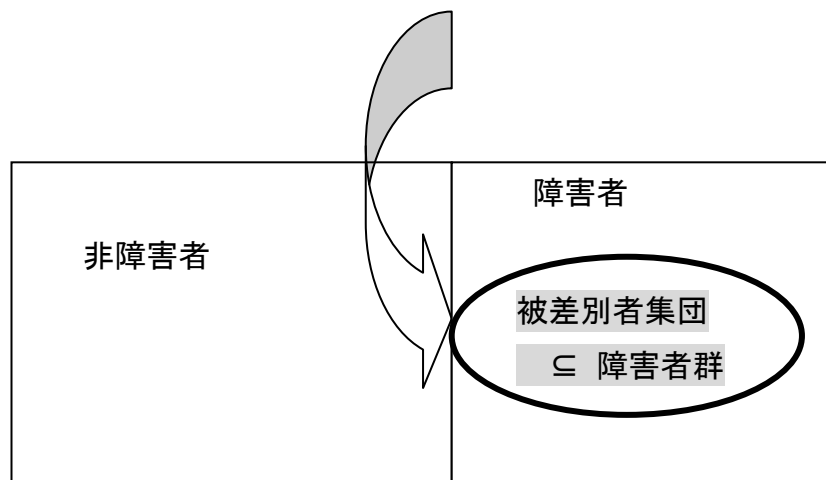
例 1カ月3日以上の欠勤者は減俸とする



中立的メルクマールだが障害者群だけ作用する別異取り扱い(黙示的 direct 差別)・障害と別異扱いの一義的関連性



例 活字印刷物の判読が可能なこと(識字率100%前提)



例 一般公共交通機関で通勤できること

## ②結論

例外的許容要件と連動させて4類型を法定することが望ましい。

## ②理由

間接差別や関連差別についての理解はまだ十分に社会に浸透しておらず、司法機関の判断も限定的になる危険性があるので、差別類型を示すことが必要だと思う。また、少なくとも、直接差別とそれ以外の差別では、例外の許容要件が異なるので、そのための類型化をしておく必要もある。

## 【太田委員】

### ①結論

間接差別の中には、不作為のものもあるのではないか。上記の分類表で作為、または不作為を持ち出す意図が理解しづらい。

### ①理由

駅に階段があるため車イスの人が鉄道を利用できないという場合、もしかしたら鉄道会社はその必要性の認識を持っていないか、実は認識はあっても見て見ぬふりをしていても想定される。作為的といえるのだろうか。

### ②結論

上記の分類は、法制上の極めて技術的な問題である。技術的なものを軽視するものはないし、そのような分類によって差別の是正が行われるのであれば、重要なことである。しかし、あまりテクニカルな問題に今深入りすべきではないように思える。基本的な道筋をたてる論議が必要と考える。

私はあえて分類するとしたら、関連差別を含む直接差別、間接差別、合理的配慮の欠如の3類型から出発してもよいと考える。

## JDF委員の意見

- ・①「直接差別」「障害関連差別」「間接差別」「合理的配慮の欠如」の4つの類型がすべて含まれる4類型規定
- ②「障害を理由とした」に直接差別と関連差別を
- ③「」関連差別を間接差別の一部として規定

の3つの方法のどれかと考えられる。

①は一番わかりやすいが、イギリス平等法における差別概念の変化から、「障害を理由に」を関連も入れ込んだ形で②も考えられる。

## ②理由

差別の定義化の必要性は、様々な局面の差別に対して有効性をもって禁止、あるいは救済していくことにある。いろいろな場面を想定した定義化は必要である。

## 【川島委員】

### ①意見

#### (1)差別類型論

障害差別禁止法で禁止される差別の基本形態として、直接差別、間接差別、合理的配慮の否定が挙げられる。これらの3つの差別形態は、諸々の実体法・判例・学説によって定義や概念が異なり、日本の関係者にとって理解が難しいものとなっている。この点、「差別の機能」に着目して、3つの差別形態を整理すれば、次のとおりとなる。

(1)直接差別とは、障害に直接言及した異別取扱(や異なるルール等)によって、ある者に不利をもたらすときに生ずる。

(2)間接差別とは、障害に直接言及しない取扱やルール等によって、ある者に不利をもたらすときに生ずる。言い換えれば、間接差別は、障害に直接言及しないけれども、「障害に関連した事柄」に言及した取扱によって、ある者に不利をもたらすものをいう。間接差別は、後述する「準直接差別」と同じ概念である。

(3)合理的配慮の否定は、過重な負担を伴わないにもかかわらず、取扱やルール等に「例外」を設けないことによって、ある者に不利をもたらすときに生ずる。この「例外」は、「人権(価値)の実現にとって必要かつ適切な変更及び調整」でなければならない。間接差別が特定のルールそのものを違法だとしているのに対して、合理的配慮の否定は特定のルールに例外を設けないことを違法だとする。

なお、本意見では、“treatment”を意味する言葉として、「処遇」「取扱」「扱い」「待遇」を区別せずに用いている。

## (2) 準直接差別(疑似直接差別)と間接差別との関係

上記の差別類型のうち、(1)直接差別および(2)間接差別に関係する論点として、「準直接差別」(疑似直接差別)の概念を以下において説明する。まず、障害差別の理由づけとして、(A)障害それ自体(the disability itself)を理由とする差別と、(B)障害に関連する事柄(something connected with his disability)を理由とする差別とを区別することができる。この(B)は、障害に起因する事柄(something arising from his disability)を理由とする差別を含めた広い意味で、ここでは用いる。準直接差別は、質問事項の「関連差別」に該当する言葉である。

この(B)は、障害に実質的に関連する事柄に基づいた差別のことを指しているという意味では、「準(疑似)直接差別」(quasi direct discrimination)だと言うことができる。しかし他方で、(B)は、障害に直接言及していないという意味では、「間接差別」(indirect discrimination)だと言うこともできる。

「間接差別」とは、表面上は障害に直接言及していない処遇やルール等であるけれども、「障害となんらかの関連のある事柄」によって、障害者に不利を生じさせるものをいう。つまり、「間接差別」の意義とは、障害に直接言及していない事由に基づく差別を、障害に基づく差別として法律が規制することを可能にする点にある(Cf. Doyle, O., 2007, “Direct Discrimination, Indirect Discrimination and Autonomy,” 27(3) Oxford Journal of Legal Studies 537)。このような間接差別の意義を考えると、機能的にみて準直接差別と間接差別とは同義だと言える。

この点について、もう少し補足的に述べておきたい。「障害に直接言及した差別ではなく、障害に関連する事柄を理由とする差別」(準直接差別)は、「外形的に障害それ自体に明示的に言及しない不利益処遇」という意味では、「間接差別」である。その一方で、「障害に関連する事柄」は、実際のケースでは、「障害それ自体」とほとんど同視することができる場合があるかもしれない。この意味で、「障害に関連する事柄」に明示的に言及した不利益処遇は「間接差別」であると同時に、「ある種の直接差別」(「純粋な直接差別」とまでは言えないが)だと言うことができる。その意味で、「障害に関連する事柄を理由とする差別」は、「準直接差別」と呼びうるし、「間接差別」とも呼びうるのである。

レストランで盲導犬を連れた視覚障害者が入店を断れた場合は、直接差別と間接差別のどちらに該当するか、という問題が知られている。あるレストランが、犬それ自体の

入店を一律に禁止しているルールを採用しているのであれば、そのルールは盲導犬を連れた視覚障害者に対する間接差別となるだろう。他方で、盲導犬は、視覚障害者が（必ずではないが）当然利用するものであることを考えれば、犬の入店を一律に禁止することは、視覚障害者に対する直接差別とほとんど同じような不利益処遇だと見ることもできる。しかし、これを「純粋な直接差別」だと言うのは言い過ぎである、という主張も成り立つ。そこで主張されるのが、上記の「障害に関連する事柄を理由とする差別」（準直接差別）である。視覚障害のある人びとにとって、盲導犬を連れて歩くことは「障害に関連する事柄」だと言える。

このように、犬の入店の一律禁止は、「障害に関連する事柄（盲導犬を連れて歩くこと）」を理由とする不利益処遇になりうると言える。そして、このような不利益処遇は、準直接差別と呼んでもよいし、間接差別と呼んでもよいことになる。

なお、2010年英国平等法は、間接差別と準直接差別とを概念的に区別して、これらを異なる差別類型にしている。しかし、それに従う必要はない。むしろ、間接差別と準直接差別は機能的に同型であるため、これらを異なる差別類型にすれば、実際の運用において混乱をもたらさうだろう。

### (3) 直接差別と間接差別との関係

障害者権利条約2条は、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（準直接差別）の両方を禁止している。

よく知られているように、表面上中立的なルール（慣行・要件・規定を含む）でも、実質的に障害者に不利をもたらすものは、間接差別として違法の評価を受ける場合がある。ここでいう「表面上中立的な」とは、障害に直接言及していないことを意味する。低身長を要件とするルールは、女性に対する間接差別になりうるが、低身長症の人びとにとっては直接差別になりうる。

繰り返しになるが、間接差別と直接差別の違いは、機能的にみれば次のように言うことができる。直接差別とは、障害（インペアメント）に直接言及する異別取扱で、障害者に不利な結果をもたらすものをいう。他方、間接差別とは、障害（インペアメント）に直接言及しない処遇やルール等で、障害者に不利な結果をもたらすものをいう。

ここでいう「不利な結果」とは、観念的・抽象的には、人間の尊厳、自己決定、社会参加、機会平等、多様性といった価値の観点から評価しうる。間接差別は「結果」に注目し、直接差別は「行為」に注目するという理解もあるが、これは妥当ではない。なぜなら、直接差別と間接差別のいずれの場合も、「不利な結果」(あるいは損害)が生じているかどうか、まずは問題となるからである。

直接差別と間接差別の違いは、ある処遇にあたり障害に直接言及しているかどうかの違いである。上記のとおり、間接差別の意義とは、ある処遇に際して障害に言及していないけれども、障害者に不利をもたらす処遇やルール等(基準・規定・慣行を含む)を差別だとして法的救済の対象に加えたことにある。ここでいう間接差別は、これも上記のとおり、「準直接差別」と同じ概念である。論理的にみれば、差別意図を伴った直接差別のみならず、差別意図を伴った間接差別も存在しうる。

間接差別は、直接差別と重なり合う概念である。このことを明らかにするために、まず、(A)「障害それ自体を理由とする差別」(直接差別)と(B)「障害に関連する事柄を理由とする差別」(間接差別)という二類型を用いて、第7回部会用の質問用紙に記された(1)から(9)までのケースを(それぞれの具体的な状況には不明瞭な部分があるが)検討すれば、次のように言うことができる。

(A)には、(1)養護学校強制(障害を理由とする異別取扱)、(5)搭乗拒否(重度障害を理由とする異別取扱)、(7)入店拒否(障害を理由とする異別取扱)、(9)傍聴拒否(精神障害を理由とする扱い)、のケースが該当する。

他方で(B)には、(2)歯科治療拒否(付随運動を理由とする異別取扱)、(3)レストラン入店拒否(多動を理由とする異別取扱)、(4)アルコール禁止(電動車いすを理由とする異別取扱)、(6)中学卒賃金(学歴を理由とする異別取扱)、(8)レストラン入店拒否(車椅子を理由とする扱い)のケースが該当する。

このように、(A)と(B)を区別して、具体的なケースをどちらか一方に落とし込むことには、しかしながら、大きな無理がある。なぜならば、(A)と(B)とを明確に区別することができないケースがあるからである。たとえば、(2)の歯科治療拒否のケースは、(A)障害それ自体(脳性まひ)を理由とする不利益処遇だと言いうるし、(B)障害から発生する症状(不随運動)を理由とする不利益処遇だとも言いうる。また、(3)のレストラン入店拒否は、(A)障害それ自体(発達障害)を理由とする不利益処遇だとも言いうるし、(B)障害と関連する状態(多動)を理由とする不利益処遇だとも言いうる。さらに、(8)の

レストラン入店拒否は、(A)障害それ自体(身体の障害)を理由とする不利益処遇だと言いうるし、(B)障害と関連する状態(車椅子の利用)を理由とする不利益処遇だとも言いうる。

このように、(A)と(B)とは相互に密接に関係し、重なり合いながら、ある者が差別(不利益処遇)を受ける根拠になりうると考えられる。すなわち、障害(者)に対する偏見、ステレオタイプ、無知(無理解)を背景にして、(A)と(B)が相俟ってひとつの不可分の理由づけとなり、ある者は障害差別を受けうると考えられるのである。

なお、(2)歯科治療拒否、(4)アルコール禁止、(5)搭乗拒否の各ケースは、たとえば健康・安全という理由(合理的な理由)に基づいた合理的処遇であるとも言いうる。つまり、個別具体的のケースに応じて、目的の正当性(妥当性)と、その達成手段の適切性・必要性とが客観的に証明されれば、(2)(4)(5)の各処遇は障害差別にはならない。ただし、それでもなお、(2)(4)(5)の各処遇は、場合によっては障害差別だと言うこともできる。たとえば、(2)(4)(5)の各ケースにおいて、合理的配慮を否定した場合には障害差別が認定されうる。

#### (4) 合理的配慮の否定と間接差別との関係

合理的配慮と間接差別との機能について、具体例を挙げて考えてみよう。たとえば、(a)音声言語による面接試験、(b)墨字による資料提供、(c)休暇取得に係る社内規則、という既存のルールはそれぞれ、障害に表面上直接言及していないが、障害者に不利をもたらす。そこで、障害者は次の二つの差別概念を用いて、この不利な状況を打開することができる。

ひとつは間接差別である。すなわち、(a)(b)(c)のようなルールは、障害に直接言及していないが、障害に関連した事柄によって障害者に不利をもたらしているため、障害者に対する一応の間接差別が発生していると見ることができる。ただし、このルールの目的が正当(妥当)であり、その目的を達成する手段に必要性和適切性があることを相手側が証明すれば、そのルールは「許容される間接差別」になりうる。

もうひとつは合理的配慮の否定である。すなわち合理的配慮の概念の下で、障害者は、(a)(b)(c)のようなルールに「例外」を設けること、すなわち手話や点字や特別休暇を提供することを相手側に要求しうる。ルールに「例外」を設ける際に「過重な負担」を

相手側に課してしまう場合には、その「例外」を設ける必要はない。すなわち、「過重な負担」を課す場合には、「合理的配慮」ではなく、「不合理な配慮」になるため、ルールに「例外」を設ける必要はないことになる。しかし、「過重な負担」を課さないにもかかわらず、ルールに「例外」を設けないのであれば、それは差別となる。

間接差別と合理的配慮の否定とは、現実の差別現象においては密接に関連している。たとえば、入社時の墨字のみによる筆記試験は、障害に表面上直接言及しないルールであるけれども、「障害に関連する事柄」(点字や音声の不使用)を理由に障害者に不利をもたらすという意味では「間接差別」(準直接差別)だと解されうる。さらに、入社時の墨字のみによる筆記試験は、視覚障害者に対し、点字や音声による情報提供という「例外」を設けなければ、「合理的配慮の否定」だと解されうる。

ちなみに、第7回部会用の質問事項では、一般採用試験での要件として、(1)一般公共交通機関を利用すること、(2)活字印刷物の判読が可能であること、(3)電話対応、面談が可能であること、(4)自家用車通勤が不可であること、(5)試験申込書・受験票の記入は自書であること、という諸規定を障害の有無にかかわらず適用することは間接差別かどうか、という問いがあった。これらの例はすべて、上で述べた入社時の墨字のみによる筆記試験の場合と同じように考えることができる。

なお、EU指令の下では、間接差別は合理的配慮があれば許容される。そのためEU指令の下では、たとえば(a)音声言語による面接試験、(b)墨字による資料提供、(c)休暇取得に係る社内規則、という既存の諸ルールは、合理的配慮が実効的に保障されていれば、間接差別にはならない。もっとも、日本の障害差別禁止法は、このようなEU指令の規定に従う必要はない。

#### (5) 合理的配慮の否定と直接差別との関係

直接差別と合理的配慮の否定とは、個別具体的な場面では、密接に関係しうる。すなわち、あるケースを、直接差別だと解することもできるし、合理的配慮の否定だと解することもできる。第7回部会用の質問事項に記された例として、ここでは、「重度障害のある車いす利用者は、緊急時の安全上、当社の航空機には単独搭乗できません」という(5)のケースを考えてみよう。

まず、重度障害者は単独搭乗できないというのは、障害を理由とする「直接差別」に



なりうる。また、別の見方として、航空会社が一定の配慮をすれば重度障害者も単独搭乗できる可能性が十分あるにもかかわらず、そうした配慮をしなければ、「合理的配慮の否定」になりうる。さらに、この合理的配慮は、直接差別の問題と関係している。すなわち、相手側が、合理的配慮という名の下に、障害者に不利益処遇を課す場合(たとえば、単独搭乗させるための措置が当該障害者の尊厳を傷つける場合)には、その不利益処遇は「直接差別」として認定されうる。

繰り返しになるが、そもそも合理的配慮は、あるルールに「例外」(exception)を設けさせる機能を果たす。ここでいう例外は、人間の多様性という客観的事実を前提に、個々人の差異を尊重したうえで、個人の自律と参加を実質的に可能とするために設けられるものである。この意味において、この例外措置は、人権を支えている価値の実現に資する。逆にいえば、尊厳や自己決定や社会参加といった価値に支えられていない例外扱い(特別扱い)は、もはや合理的配慮とはいえず、ときに劣等処遇(直接差別)になりうる(拙稿「障害者と国際人権法—「ディスアビリティ法学」の構築」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法 第4巻』(信山社、2011年)479-494頁)。このように、「直接差別」と「合理的配慮の否定」とは、実際の事案においては、相互に関連し合いながら発生しうる。

なお、障害者権利条約の第1次草案の脚注27(「合理的配慮」という言葉に付された脚注)は、「特定の「合理的配慮」を受け入れるよう、ある主体が個人に強要することは許されないと解される」と記している。

## ②意見

言うまでもなく、法的に規制される「差別」とはどのようなものかを明確にする作業は、日本で障害差別禁止法を作る際に不可欠である。差別の法的概念を明確にするためには、「傘概念としての差別概念」を構成する3つの要素(直接差別、間接差別、合理的配慮の否定という3つの差別概念)を整理し、それぞれの機能を明らかにしておくことが有益である。そうすることで、現実の複雑な差別現象を、法的観点から分析することができて、どのような行為(作為・不作為)が法的に禁止される差別かを明確にすることができるのである。

上記①で記したように、私見では、3つの差別概念はそれぞれ異なる機能を果たし、それぞれ固有の意義をもつ。また私見では、「差別」の法的概念を明確にするために、3つの差別概念を機能的にいったん区別する意義を認めるべきであるが、その一方で

、現実の差別事象においては個々の差別概念が相互に関連性をもっていることも認められる。

3つの差別概念の機能(意義)をそれぞれ効果的に確保するためには、日本の障害差別禁止法では、それぞれの概念を区別して、すべて明記する必要がある。このことは、日本で創設される差別禁止法制を、誰にでも利用しやすく、なるべく分かりやすくするという観点からも、一定の妥当性をもつと考えられる。

#### 【竹下委員】

##### ①結論

差別禁止法においては、差別の類型化をすべきではないと考える。

##### ①理由

1 わが国には未だ間接差別や障害に起因する差別といった概念が定着していない。したがって、直ちに4類型を立法することは困難であるし、混乱を引き起こすことになる。

2 差別の内容を明確にし類型化することは、当初は付属文書(指針など)で行うべきである。指針などによって議論を深め、弾力的にバージョンアップができる可能性を残しておくことが国民の理解を深めることになる。

##### ②結論

権利条約2条を基本に置いた表現にすべきである。

##### ②理由

現時点では権利条約2条の表現がもっともわかりやすく混乱を招かないと思われる。

- 1 不利益取扱いの禁止
- 2 合理的配慮の欠如による差別の禁止
- 3 合理的理由のない区別の禁止
- 4 主観主義の排除(差別を意図していない場合であって結果としての差別の排除)

#### 【西村委員】

### ①結論

直接、関連、間接差別及び合理的配慮の不提供を、禁止すべき差別として定義するか、関連差別を間接差別の類型に含める。

### ①理由

障害児・者及びその家族等が、現実を受けてきた生活上の制限や制約及び排除は、機能障害に直接起因するものだけではなく、障害と関連している場合もあることから、こうした現実を改善するためには、差別の類型を広く定義することが必要である。

<直接差別と思われる事例>

私の実体験であるが、1991年に就職活動と就職試験の時の話である。

当時、私は免許保有者数が少ない陸上無線技術士の免許を保有しており、大手のT放送の採用試験の要綱をもらいに行った時と同じく大手のM放送の採用試験を受けに行った時に辛い経験をしている。

T放送においては、新規採用があるのを確認した上で、要綱をもらいに行ったのであるが、受付の職員が私が障害者であるのを見て「来年度の新規採用はありません」と門前払いされた。M放送においては、最初に受験者全員に1対1の面接があり、その放送局のアナウンサーが、私が椅子に座るなり、「あんたは障害者なので、ダメです」と、面接試験をすることなく門前払いされた。

(奈良県在住 男 43歳 脳性麻痺)

### ②結論

上記と同じ

### ②理由

上記と同じだが、日本の法律体系や裁判の規範性等といった面との整合性を確保することが必要である。

## 【松井委員】

### ①結論

さまざまな類型の差別が存在することは、概念としてはわかるが、それぞれの類型ごとに具体的にどのように違うのかは、必ずしも明らかではない。

### ①理由

たとえば、普通校で就学している障害児が、必要かつ適切な支援が十分に得られないため、本人や家族の願いに反して、特別支援学校に転校せざるをえなくなるといった場合、直接差別や合理的配慮の否定に当たるのか、あるいはこうした事例はそもそも差別に該当しないのかといった、具体的場面では判断に迷うことが少なくないと思われる。

### ②結論

差別は、「直接差別」(関連差別も含む。 )、「間接差別」および「合理的配慮の否定」の3類型に整理してよいと思われる。

### ②理由

差別理由や行為態様の違いから、3類型に整理できよう。そのうち直接差別については障害を理由とするだけに差別行為として認識されやすいが、障害を直接的な理由としない間接差別や、国内的には新しい概念といえる合理的配慮の否定が差別に該当するということについては、ひろく市民の理解と協力が得られるような積極的な周知活動の展開が必要であろう。

## 【棟居委員】

### ①結論

上記4つの概念はいずれも有用だが、関連差別は直接差別の派生形態であるから、障害者側が相手方の「隠れた差別意図」を立証することで、直接差別と同一視しうる。また、間接差別は、「合理的配慮を行うべきであるにもかかわらず、合理的配慮を行うことなく、単に機能障害に起因する能力差のみを理由としてなされる区別」として定義できるとと思われる。合理的配慮は、この定義文のように、間接差別(「合理的配慮を欠いた取扱い」といった名称を付与しうる)の定義のなかに含めて捉えることも可能である。

つまり、直接差別(+関連差別)と間接差別(=合理的配慮を欠いた取扱い)の二つに集約しうると思う。

### ①理由

憲法14条1項の平等原則の規定は、(A)前段「すべて国民は、法の下に平等であつて」という【不合理な差別の禁止の一般原則】の部分と、(B)後段「人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない

」という、偏見に基づいて歴史的に繰り返されてきた差別類型に関して、特に強く差別を禁止する趣旨で項目を【特別に列挙】した部分との、二つの規範から成り立っている。

「直接差別」は、障害者に対する偏見に基づく「社会的排除」そのものであり、障害そのものを別異取扱いの理由として相手方が持ち出す場合であるから、上記(B)に該当する。障害者の「機能障害」に着目しているだけで、偏見や社会的排除の意図はない、という反論が相手方からはありうるが、障害者という類型を初めから排除する(機会を与えない)のは、「障害者は社会に参加する能力を欠いている」という社会的偏見を増幅させるから、こうした類型的差別自体を上記(B)に含めて原則として違法と捉えるべきである。

「関連差別」はやはり社会的排除であり、直接差別の意図が隠されている(差別している側が気づいていない場合も含む)だけであるから、直接差別に帰着させるべきである。

「間接差別」は、直接差別が隠されているだけの「関連差別」に他ならない場合もあるであろうが、そのような場合は、間接差別ではなく関連差別に位置付けることにすればよい。したがって、ここでは「間接差別」は、上記(A)に該当する場合、つまり障害者の偏見に基づく類型的な社会的排除でなく、個別の事情に応じて、個々人に一定の機能や能力を要求した結果として障害者が不利に扱われる場合をもっぱら意味することにする。この場合には、不利益取扱いが違法であるかは、障害者個人の機能と、レストランなど相手方が提供するサービスや財、あるいは雇用主など相手方が求める労働者の能力といった要素との総合考慮で決まることになる。その際、「合理的配慮」が提供されるとすれば、障害者側の機能障害が比較的容易に克服されうるのであれば、そのような「合理的配慮」を相手方が提供したか、またそれを相手方に求めることが、障害者と相手方との関係、相手方の性質や規模等の事情において、相手方に過大なものとならないか、も考慮要素に含まれる。

「合理的配慮」は、上記のように、間接差別が違法であるかを個別事情を総合考慮して判定する際の、一材料として、間接差別に組み込むことが考えられる。

## ②結論

- ・ 直接差別＝ことさらに障害者であることを理由として、社会的に排除することにつながる差別＝違法性が強く推定される。
- ・ 間接差別＝障害者の個別の機能障害を理由とする不利益取扱いであり、「不合理な差別の禁止」の一例であるから、「合理的な区別」であれば許される。ただし、「合理的な配慮」によって容易に機能障害が克服ないし低減されうるのであれば、「合

理的な区別」か否かの判定には「合理的な配慮」を行ったか否かも一要素として組み込まれ、合理的な配慮を欠いた間接差別は違法となりうる。

## ②理由

前述の日本国憲法の構造に忠実に、障害者差別を整理すれば、このようになると思われる。

### 【山本委員】

#### ①意見

##### 1)差別の意味

ある属性(P)を除く他の条件が等しいとしたときに、その属性を持つ者(A)がその属性を持たない者(B)と異なった状態に置かれる場合に、両者(AB)の間には「不平等状態」がある。ある者(Y)が他の者(X)を「差別」したとされるのは、被差別者(X)について、①不平等状態を(作り出してはいけないのに)作り出した場合、または、②存在する不平等状態を(除去ないし是正すべきなのに)そのままにした場合だと考えられる。

障害者差別が問題になるのは、以上のうち、属性Pが「障害」であるときである。

##### 2)積極的差別

###### (1)意味

以上のうち、①は、不平等状態を積極的に作り出したという意味で、積極的差別といえることができる。これは、相手方(Y)が、当該の属性Pを持つ者(X)を属性Pを持たない者と異なって扱う場合に認められる(不平等取扱いによる不平等状態の作出)。障害者差別に即していうと、相手方(Y)が、当該障害者(X)を、非障害者(当該障害という属性を除く他の条件が等しい者)と異なって扱う場合に、積極的差別が認められる。

###### (2)判断基準と類型

これによると、問題は、「当該障害者を非障害者と異なって扱っている」かどうかである。

これは、非障害者に認められる扱いが当該障害者に認められない場合に存在する。もっとも、ここでいう「非障害者」とは、当該障害という属性を除く他の条件が等しい者であり、一般的・抽象的な存在である。そのような非障害者に一定の扱いが認められているとするならば、それは、「ある要件がみたされる場合には、一定の扱いを認める」と

いうルールによると考えられる。したがって、積極的差別があるというためには、その前提として、このようなルールを確定する必要がある。

その上で、このようなルールに照らして「当該障害者を非障害者と異なって扱っている」と評価される場合に、積極的差別があるということになる。こうした評価は、次の二つの基準にしたがっておこなわれると考えられる。

#### (a) ルール適用の差別 — 直接差別・関連差別

第一は、障害者と非障害者とで、ルールを等しく適用しているかどうかである。

(ア)これによると、あるルールを非障害者にはそのまま適用するのに、障害者には適用しない場合は、障害者と非障害者を異なって扱っているということができる。たとえば、相手方Yがルール甲(T1 にあたるときはRが認められる)にしたがって行動し、または行動すべきであるときに、障害者Xがルール甲の要件T1 をみたしているにもかかわらず、Rという扱いが認められない場合は、障害者Xが非障害者と異なって扱われている、つまり差別されているということができる。

一般に「直接差別」といわれるのは、この類型に属すると考えられる。また、「関連差別」といわれるものも、結果として、障害者もしくは障害者と関連を有する者がルール甲の要件T1 をそなえているにもかかわらず、Rという扱いが認められない点で、この類型に属すると考えられる。

(イ)この場合でも、相手方Yが、ルール甲に対する例外ルール乙(「ただし、T2 にあたるときは、その限りでない」)にしたがって行動し、または行動すべきであり、障害者XにRという扱いを認めなかったのは、この例外ルール乙を適用した結果であるときは、差別が正当化される可能性がある。もっとも、障害者Xと同じ障害を持つ者は通常この例外ルール乙の要件T2 をみたすことができない場合は、次の第二類型と同じことが問題となる。

#### (b) ルール設定の差別 — 間接差別

第二は、障害者と非障害者を等しく扱うルールを設定しているかどうかである。ここでは、設定されたルール自体が「当該障害者を非障害者と異なって扱う」ことを内容としているかどうかの問題となる。

(ア)これは、相手方Yがルール甲(T1 にあたるときはRが認められる)にしたがって行動しているときに、障害者Xがルール甲の要件T1 という属性を持っていないので、Rという扱いを認めなかった場合において、障害者Xと同じ障害を持つ者は通常ルール甲の要件T1 をみたすことができないときに問題となる。この場合は、障害者と非障害者を

等しく扱わないルール甲を設定することにより、障害者Xには、非障害者ならば受けられるRという扱いを受ける機会が与えられないことになる。一般に「間接差別」といわれるのは、この類型にあたると考えられる。

(イ)この場合でも、このような内容のルール甲を設定すること自体が正当と評価できる場合は、差別が正当化される可能性がある。そこでは、Rという扱いを認めるために、要件T1を設定することに正当な理由があるかどうかの問題とされることになる。

### 3) 消極的差別

#### (1) 意味

以上に対し、上記1)の②のように、存在する不平等状態を是正すべきなのにしない場合は、なすべき行為をしないという不作為による差別という意味で、消極的差別といえることができる。これは、不平等状態を是正するという作為が命じられることが前提とされ、それをしない場合に認められる。障害者差別に即していうと、相手方(Y)が、当該障害者(X)に、「合理的配慮」を提供しない場合が、この類型に属すると考えられる。

#### (2) 判断構造

以上のような消極的差別が認められるかどうかを判断する際には、次の3つの点が問題になると考えられる。

##### (a) 是正されるべき不平等状態の存在

まず問題になるのは、是正されるべき不平等状態が存在するかどうかである。これについては、第1の1および3で述べたことがあてはまる。

##### (b) 相手方に要請される是正措置の確定

次に問題となるのは、以上により特定された不平等状態を是正するために相手方にどのような措置をとることが要請されるかである。これについては、第1の3で述べたことがあてはまる。もう一度敷衍すると、次のとおりである。

相手方に是正措置をとることを要請するならば、そのかぎりでは相手方の権利・自由が制約されることになる。それにより相手方の権利・自由が過剰に制約されるならば、そのような是正措置を命ずることは、むしろ相手方の権利・自由に対する不当な介入にあたり、認められない。そうすると、ここでは、いわゆる比例原則にしたがい、次の3つの点が問題になると考えられる。

##### (ア) 適合性の原則



第一は、とられる手段、つまりその是正措置が、不平等状態を是正するという目的に適した措置かどうかである。「合理的配慮の不提供」に即していえば、当該配慮が、障害者と非障害者の不均衡状態を是正することに役立つものであるかどうかの問題となる。そもそも不均衡状態を是正することに役立たないものであれば、それは「合理的配慮」にはあたらないと考えられる。

#### (イ) 必要性の原則

第二は、とられる手段、つまりその是正措置が、不平等状態を是正するという目的に必要な措置かどうかである。「合理的配慮の不提供」に即していえば、当該配慮が、障害者と非障害者の不平等状態を是正するのに必要不可欠なものかどうかの問題となる。ほかに、相手方の権利・自由を制約する程度が低い配慮方法があり、それによっても不平等状態を同じ程度に是正できるときは、そのような配慮を求めることは許されないといえることができる。

#### (ウ) 均衡性の原則

第三は、とられる手段、つまりその是正措置(手段)が、不平等状態を是正するという目的と不均衡なものでないかどうかである。「合理的配慮の不提供」に即していえば、当該配慮が、相手方の権利・自由を制約する程度が大きければ大きいものであるほど、不平等状態を是正するという目的がそれを正当化するに足りるだけの重要性を持つものでなければならず、そうでなければ、そのような配慮を求めることは許されないといえることができる。その判断に際しては、次の二つの点がポイントになると考えられる。

一つは、当該配慮が、相手方の権利・自由をどの程度制約するものであるかである。ここでは、制約される相手方の権利・自由がどの程度重要なものであるか、その相手方の権利・自由がどこまで制約されるかが問題になると考えられる。

もう一つは、不平等状態を是正するという目的がどの程度重要であるかである。ここでは、不平等状態が問題となる事柄が障害者にとってどの程度重要であるか、その不平等がどの程度のものであるかが問題になると考えられる。

#### (c) 是正措置の不履行

最後に問題となるのは、以上により特定された是正措置を相手方が履行しているかどうかである。「合理的配慮の不提供」に即していえば、まさに以上により特定された「合理的配慮」を相手方が提供しているかどうか、ここでの問題である。

#### (3) 間接差別と合理的配慮の不提供との関係

上述したように、相手方が「当該障害者を非障害者と異なって扱う」ことを内容とした

ルールを設定している場合は、間接差別が問題となる。この場合に、そうしたルールを設定することの当否を問題とするのが、間接差別にほかならない。

これに対して、そのようなルールが適用されることを前提とすれば、それにより、当該障害者が非障害者と異なった状態に置かれることになる。相手方が、こうした不平等状態を是正することが要請されるとするならば、その是正措置をとらないことは、まさに消極的差別にあたる。その意味で、同じ前提のもとで、「合理的配慮の不提供」も問題とすることができる場合があると考えられる。

もともと、いずれを問題にするかにより、判断のポイントは異なってくる。つまり、間接差別を問題にするときは、そこで適用されるルールを設定することが正当化されるかどうか問題となる。これに対して、合理的配慮の不提供を問題にするときは、そこで適用されるルールを前提とした上で、それによりもたらされる不平等状態を是正することが要請されるかどうか、されるとして相手方に要請される是正措置はどのようなものか、その是正措置を相手方が履行していないといえるかどうか問題となる。

## ②意見

①にあげたもののうち、積極的差別(直接差別・関連差別、間接差別)と消極的差別(合理的配慮の不提供)は、意味と判断構造が大きく異なる。これらをひとまとめにして、一般的に「差別」を禁止するといっても、その内実は一様ではない。そうだとするならば、さしあたり、積極的差別を一般的に禁止されるものとして定め、合理的配慮の不提供は、それとは別に定めることも考えられる。少なくとも、そうした可能性も含めて、慎重に検討する必要がある。

### 第3、正当化(例外)事由

#### 1、正当化(例外)事由

差別の種類としてどのようなものを想定するのかといった議論が前提とはなりません。想定される類型ごとに正当化(例外)事由も異なるものと思われます。そこで、委員が必要と考える類型ごとに、どのような正当化(例外)事由を設ける必要があるのか、ご意見を伺いたいと思います。

#### 【池原委員】

##### 結論

直接差別 必要不可欠な公共的利益を実現するためにその区別等が必要不可欠な手段であることを、区別者側が証明すること

間接差別・関連差別 重要かつ正当な目的を実現するために、その区別等について障害のある人に対してより不利益の少ない選択肢がないことを、区別者側が証明すること

合理的配慮 当該配慮を行うことが配慮者側に過度の負担を課すものとなることを、配慮者側が証明すること

##### 理由

直接差別は、障害と区別等が一義的関連性を有し、歴史的経験的に障害のある人に対する差別の典型となってきた、もともと差別の疑いの高い類型であり、強力な社会的排除をもたらすものであるから、基本的に例外を許さない極めて厳格な要件が求められる。

間接差別・関連差別は、障害と区別等が相対的関連性または個別的関連性を有するにとどまるため、障害のある人を狙い撃ちにして社会から排除するという場合とは異なるため、例外はある程度許容される。しかし、不利益や制約を受ける障害のある人の権利は究極的には民主主義社会の基本を構成する平等権に関するものであり、巧妙に他の理由を口実に差別がおこなわれる実態もあるので、その審査基準は厳格なものであることを要する。

合理的配慮は、作為を求めるものであり、第三者機関の私人間への積極的介入がなされるものであるため、作為を禁止する上記の3つの類型よりは例外を許容する基準はやや緩やかであることもありえる。

## 【太田委員】

### 結論

偏見による差別（直接差別・間接差別）については、正当化事由は認められないものとする。原因が偏見に基づくものではない場合については、目的と方法において、客観的に正当性が証明される場合は、正当化される場合がある。

また合理的配慮の欠如による差別については、過度の負担を強いられるかどうか、ということが、正当化の争点となる。

### JDF委員の意見

差別に例外を設けることは、新たな差別を生むだけで、根本的な誤りである。積極的差別是正措置は、差別に当たらないし、ユニバーサルデザインもそうであるため、条約に準拠すれば、例外的に差別が認められるようなことは考えられない。但し、裁判規範性をもった私法としての差別禁止規定は、私法という法律の性質上、他の法律との関係で難しい場合もあるだろうが、関係法律を改正するなど、積極的に立法上の差別をなくしていく必要があるはずだ。

### 理由

偏見による差別は、絶対禁止していかなければならない。その他の理由による差別については、社会生活の成立という現実的視点が必要になる。ただ立法する過程において、正当化事由を極力狭めていかないと、差別禁止法の実効性も薄らいでしまう危険性もあり、慎重な検討が必要である。

## 【竹下委員】

### 結論

正当化事由の具体化は立法段階ではすべきではない。

### 理由

差別の類型化そのものも当初は付属文書等において（例示）行うべきであるし、したがって正当化事由も同様である。しかも、正当化事由は経済状態や社会的思想の発展によっても変化する内容であるから、法文としては解釈の余地を残すべきである。

## 【西村委員】

### 結論

- 1 直接差別については、正当化(例外)事由は、不要と思われる。
- 2 関連、間接差別については、正当化(例外)事由は、法制上必要とされているようであるが、「合理的配慮との整合性」と「客観性の基準(医学モデル? 社会モデル?)」との関係で慎重な検討が必要である。
- 3 合理的配慮の場合は、その提供にともなう負担が、過度な場合のみとする。

### 理由

- 1 直接差別は、「障害者は、〇〇〇をしてはならない」という明確に障害を理由として制限、制約及び排除することから許容できない。
- 2 関連、間接差別は、正当化(例外)事由に基づき、様々な場面(就学、就業、公共交通機関の利用等)で障害児・者が排除されてきた事実がある。こうした実態を改善するための新たな概念として合理的配慮を提供しないことを条約は、差別と定義した。また、障害の概念についても障害者制度改革においては、「医学モデル」から「社会モデル」へ転換しようとしている。こうしたことから、正当化(例外)事由の根拠とされる客観性の基準自体を合理的配慮の提供等を加味することが必要である。従って、正当化(例外)事由と併せて、その正当性と客観性を条約理念に基づき判断する機関や仕組み等に関する検討が必要である。

～事例 採用要件(=求められる職務能力)～

- ・運転職: 2種免許取得者、荷物の車両への積み込みに支障のない者、事故発生時等の連絡及び救急対応可の者
- ・秘書職: 電話、応談、案内、誘導、茶菓子提供に関する対応が可能な者
- ・事務職: 電話対応、活字印刷物の判読及び自筆が可能な者。

～事例 合理的配慮と思われるもの～

- ・担当用務と業務分担、連絡及び危機管理体制の見直し。
- ・ワークアシスタント、ジョブコーチ、職場介助者等の配置。
- ・OA機器等やシステム等の活用。

- 3 合理的配慮については、権利条約に規定があるため。

## 【松井委員】

### 結論

差別の種類によって正当化事由が異なることから、類型ごとに正当化事由を設ける必要がある。

#### 理由

直接差別が正当化されうるのは、障害者を他の者と区別したり、排除することなどに正当な事由があること、間接差別が正当化されうるのは、結果的に障害者が他の者よりも不利になることがあるとしても、同じルールを適用することに正当な事由があること、また、合理的配慮の否定が正当化されうるのは、合理的配慮の提供が、たとえば、当該企業などにとって過度の負担になるなどの正当な事由があることなど、が考えられる。

#### 【棟居委員】

##### 結論

直接差別：差別の正当化はありえない。ただし、障害者を類型的に社会的に排除する直接差別ではなく、個々の障害者の機能障害に着目した間接差別にすぎない、という正当化はありうる。

間接差別：「不合理な差別」ではない、という正当化の論証のために、相手方が障害者の機能の程度や内容、相手方の規模や性質、障害者と相手方との関係など、諸事情を指摘し、場合により立証することが求められる。「合理的配慮」を行った、あるいは必要な合理的配慮を提供することは困難であることを相手方が論証すれば、これも正当化事由にあたる。

#### 理由

「第二」での私見から。

#### 【山本委員】

##### 1) 直接差別

上述したとおり、直接差別の場合は、相手方Yが、ルール甲に対する例外ルール乙（「ただし、T2 にあたるときは、その限りでない」）にしたがって行動し、または行動すべきであり、障害者XにRという扱いを認めなかったのは、この例外ルール乙を適用した結果であるときは、差別が正当化される可能性がある。

しかし、障害者Xと同じ障害を持つ者は通常この例外ルール乙の要件T2 をみたすことができない場合は、相手方Yがこの例外ルール乙を採用することを正当化する理由があることが求められると考えられる。

この正当化理由が認められるかどうかを判断する際には、前回会議でも述べたように、次のような要因を比較衡量することになるのではないかと考えられる(ただし、この点については、さらに詰める必要があると考えている)。

①相手方Yが例外ルール乙を採用することにより得られる利益の大きさ、および、例外ルール乙を採用しないときに生ずる弊害の重大性

②当該障害者Xにとって相手方YからRを受けられることにより得られる利益の大きさ、および、当該障害者Xにとって相手方Yから受けられないことにより生ずる弊害の重大性

## 2)間接差別

上述したとおり、間接差別の場合は、相手方Yがルール甲(「T1 にあたるときは、R」)にしたがって行動し、障害者XはT1 にあたらない場合でも、当該障害者Xと同等の障害を持つ者は通常このルール甲の要件T1 をみたすことができないときは、相手方Yがこのルール甲を採用することを正当化する理由があることが求められると考えられる。

この正当化理由が認められるかどうかを判断する際には、前回会議でも述べたように、次のような要因を比較衡量することになるのではないかと考えられる(ただし、この点については、さらに詰める必要があると考えている)。

①相手方Yがルール甲を採用することにより得られる利益の大きさ、および、ルール甲を採用しないときに生ずる弊害の重大性

②当該障害者Xにとって相手方YからRを受けられることにより得られる利益の大きさ、および、当該障害者Xにとって相手方Yから受けられないことにより生ずる弊害の重大性

## 3)合理的配慮の不提供

上述したように、「合理的配慮の不提供」で問題となるのは、存在する不平等状態を是正すべきなのにしないという消極的差別の場合である。ここでは、存在する不平等状態を是正するために「合理的配慮」が求められるのに、それをしないことが、差別としてとらえられることになる。

この場合は、上述したように、①合理的配慮が求められるような不平等状態があるか

どうか、あるとして、②どのような配慮が求められるか、③そのような配慮を相手方が履行したかが問題となる。したがって、ここでは、原則に対する正当化理由が問題となるのではなく、①②③、とくに②において、相手方の権利・自由に対する過剰な制約にならないようにするために、比較衡量がおこなわれるとみることができる。その詳細については、上記第2を参照。



## 2、過度の負担か否かの判断にあたっての要素

合理的配慮に関して言及されるいわゆる過度な負担において、何が過度であるのかを判断するにあたって、どのような要素、どのような視点で判断していくかの一定の基準を示すべくについて、ご意見を伺いたいと思います。

また、その際、公的支援を要素に入れ込むか、若しくは、公的な支援がないことをもって抗弁できるのかといった点について、ご意見のある方はご意見ください。

ちなみに、正当化(例外)事由に関する諸外国の立法例は以下の通りです。

なお、該当部分だけの抜粋ですので、分かりにくいかもしれません。その際は第6回差別禁止部会で配布された参考資料「各国差別禁止法における差別の一般的定義比較表」を参照ください。

### ■ 直接差別に関して

- 障害者の取扱いが第5項における直接的差別に該当する場合には、当該取扱いは、第3項に基づいて正当化することができない。

(障害者差別禁止法第3A条4項 英、1995)

- 絶対的禁止 (2010年平等法第13条 英)
- 正当な事由(過度な負担や著しく困難な事情などがある場合、特定の職務や事業遂行の性質上、不可避な場合)なしに、

(2007年障害者差別禁止及び権利救済等に関する法律第4条 韓国)

### ■ 関連差別に関して

- 問題とされる当該取扱いを正当化する理由を示すことができない場合。  
(当該取扱いの理由が当該事例において重要かつ相当である場合に限り、当該取扱いは正当化される。)

(1995年障害者差別禁止法第3A条1項(b)と3項 英)

- Aがこの取り扱いが適法な目的を達成するため均衡の取れた手段であることを証明することができない場合。

前項は、AがBに障害があることを知らず、かつ、合理的に見て知ることを期待することができなかったことをAが証明した場合には、適用しない。

(2010年平等法第15条 英)

### ■ 間接差別に関して

- ただし、次の場合は、この限りでない。
  - (i) 当該の規定、基準又は慣行が、妥当な目的により客観的に正当化され、かつ、その目的を達成する手段が適当かつ必要である場合
  - (ii) 特定の障害をもつ人びとに関しては、この指令が適用される雇用主又はあらゆる者若しくは団体が、当該の規定、基準又は慣行から生ずる不利を除去するために、第 5 条に定める原則に即して適当な措置をとる義務を国内法令に基づいて負う場合。
 

(EU 指令 2000/78/EC 第条(b)但し書き)
- Aがこれらが適法な目的を達成するため均衡の取れた手段であることを証明することができない場合。 (2010 年平等法第 19 条(d) 英)
- この規定、基準、又は、慣行は、正当な目的によって客観的に正当化され、かつ、この目的に到達する方法が必要かつ適切である場合を除き、
 

(2008 年法第 1 条 2 項 仏)
- ただし、当該規定、基準又は手続が、法に適った目的により客観的に正当性が認められ、その手段がこの目的の達成のために相当かつ必要である場合はその限りではない。 (2006 年一般平等取扱法 3 条 2 項 独)
- 正当な事由(過度な負担や著しく困難な事情などがある場合、特定の職務や事業遂行の性質上、不可避な場合)なしに、
 

(2007 年障害者差別禁止及び権利救済等に関する法律第 4 条 韓国)

■ 合理的配慮に関して

- 均衡を失した又は過度の負担を課さないもの
 

(障害者の権利に関する条約第 2 条)
- 不釣り合いな負担を課す場合は、この限りでない。この負担は、関係加盟国の障害政策の枠内に存する措置により十分に改善される場合には、不釣り合いではないものとする。 (EU 指令 2000/78/EC 第 5 条)
- 正当な事由(過度な負担や著しく困難な事情などがある場合、特定の職務や事業遂行の性質上、不可避な場合)なしに、
 

(2007 年障害者差別禁止及び権利救済等に関する法律第 4 条 韓国)

【池原委員】

結論

諸外国の判決例を資料としてもう少し補充したうえで検討すべきであるが、何が過度

であるかは、その配慮を行うと、やむを得ない事情から、財政上・組織運営上、当該組織体の財政ないし組織運営が不可能または著しく困難になることを基本にし、その組織体の公共的性格の濃淡によって、ある程度の寛厳を認める余地を残すべきではないかと思われる。

合理的配慮が行われやすくするために政策的に公的支援を行うことは望ましいが、それがないことを過度の負担要素あるいは、抗弁として認めるべきではない。

## 理由

合理的配慮は本来すべきであった配慮を怠っていた場合に、その配慮をすべきことを求めるものであり、なすべき配慮をしないまま組織運営を続けることは本来許されるべきでない事態(危険な工作物を放置することと類比できる)である。この社会から排除や差別をなくしていくという法の理念からすれば、極論すれば財政的理由から本来必要とされる配慮ができないような組織は健全な市民社会の組織として認められる資格がない、といっても過言ではない。当初から配慮のための財政的手当を無視して組織を立ち上げ、配慮を行うと財政が立ち行かないから配慮の義務はないとするのでは、法の目的は達成できない。例えば障害のある人が利用・参加等をするを予測しうべき(規範的観点から)組織や事業であるのに、それを無視して組織を立ち上げ、あるいは新年度予算や事業計画を立てるに際して、障害のある人が利用・参加等する場合について財政上・運営上まったく考慮しないまま事業を進め、後に合理的配慮の求めがあった場合に、財政上・運営上の不可能性を理由に配慮を拒否できるとすることは許されるべきではない。こうした点で、単に財政上・運営上の不可能等は、事実的な問題ではなく、それが「やむを得ない」と認められる事情に裏づけられたものでなければならぬと考えるべきである。

また、合理的配慮の欠如は差別であるという法の建前からすると、合理的配慮のために公的支援を行うということは、差別＝違法行為をさせないために金を払うという側面を持つので、安易に認めるべきではない。ただ、合理的配慮が必要なのは、社会の全体構造が障害のある人を無視してきたという側面もあるので、社会の共同責任として合理的配慮義務の分担をするという説明もできないわけではない。しかし、合理的配慮義務は本来は個別の組織体等の義務であり、それを行わないことは差別になるというのが法の前提であるから、差別者となる無配慮者が、公的支援がないことを自己の違法行為の責任を否定する抗弁事由にすることは許されない。なお、整理のためには合理的配慮に対する公的支援は差別禁止法の本体に規定しない方がよいのではないかと。別法令に規定するほうがよいだろう。

## 【太田委員】

### 結論

公的支援がないことをもって正当化事由の抗弁になるとは考えない。

### JDF委員の意見

公的支援がないことを持って抗弁となるかについては、本質的にはすこし異なる問題であるので、過度な負担の有無を斟酌する際にももちろん参考にすべきではあるが、それ自体が抗弁とならないのではないかと考える。

作られる法律に、公的機関(政府・自治体)の合理的配慮に関する義務に、民間事業者の合理的配慮への支援義務規定が明記されていれば別である。

### 理由

合理的配慮を提供しなければならない事業者をはじめ、組織の財政力が基本である。ただその組織が国・自治体、あるいはその関連団体であった場合は、正当化事由は認められるべきではない。

### JDF委員の意見

障害者権利条約の議論においては、公的支援の有無が抗弁となるという議論もされていたため、慎重に検討をすべきであるが、公的支援がない分野がある場合、合理的配慮義務の実効性がかなり薄れる恐れがある。

配慮義務をだれに課すか、という点で、上記結論に述べたとおり、政府・自治体などからの公的支援を抗弁の要件自体とするのであれば、法律に政府・自治体の相応の義務を書き込むべきである。

## 【川島委員】

障害者権利条約の第1次草案の脚注27は、「使用者及びサービス提供者が合理的配慮を行わない理由として「不釣り合いな負担」を援用することは、公的資金の利用可能性によって制約されるべきであるとの一般的な合意が得られた」と記している。この点について当部会で検討する必要がある。

さらに、当部会では、ポジティブアクションと差別禁止法との交錯という論点について

も検討する必要がある。たとえば雇用分野では、差別禁止法アプローチと割当雇用アプローチとのより良い関係を模索する必要がある。この点、割当雇用制度の納付金制度を活用して、合理的配慮を行う企業に財政的支援を行うことは、合理的配慮の実効性を高めうるという観点から、検討に値する。

#### 【竹下委員】

##### 結論

- 1 経済的負担における妥当性
- 2 技術的実現性ないし困難性

##### 理由

過度か否かの判断は、主観的なものであってはならない。

経済的負担の妥当性を判断する要素として企業規模(負担能力)、公的支援としての助成、負担の軽減としての租税措置なども考慮することになる。

#### 【西村委員】

##### 結論

- 1 過度な負担の基本的な考え方と基準を示すことが必要である。
- 2 公的支援を要素として入れ込む必要がある。
- 3 公的支援がないことのみを抗弁とすることは、不適當である。

##### 理由

- 1 過度な負担が合理的配慮を提供しない正当な理由とするのであれば、その具体的な考え方や基準及び事例を示さなければ、合理的な配慮の提供の可否についての混乱が生じ、結果として権利条約の理念の実現に支障をきたすと思われる。具体的な内容については、別途、検討が必要であるが、事例として、以下の項目等を考慮することが必要と思われる。

##### 事例 障害者雇用の場合

- ・ 当該企業の財政状況等と合理的配慮の提供にともなう経済的負担等
  - ・ 合理的配慮の提供にともなう公的支援等の有無等に関する状況
- 2 権利条約の条文に条約の締約国に求められているため。また、現行の障害者雇用

においても、障害者雇用促進法に基づく支援メニューによって障害者を雇用する企業の経済的負担等が軽減され、障害者雇用の促進に寄与している。

- 3 公的支援の有無は、その過度な負担との関係で大きな要件ではあるが、その企業の規模ともとめられる合理的配慮の提供にともなう負担等を比較することも必要であることから公的支援の有無のみをもって、抗弁とすることは不適當である。事実、現行の障害者雇用においては、行政に対する支援メニューがないが、小規模自治体も含めて多くの自治体が法定雇用率を達成している。

#### 【松井委員】

##### 結論

過度の負担かどうかを判断するための一定の基準やガイドラインを示す必要がある。事業者などの過度の負担を軽減するための公的支援があることは合理的配慮の提供を推進するうえで、望ましいことではあるが、すべての事項について公的支援が確保されるわけではないので、公的支援がない場合でも合理的配慮の提供は免除されるべきではない。

##### 理由

合理的配慮が提供されない理由として、過度の負担が安易に使われないためにも、過度の負担かどうかを判断するための一定の基準やガイドラインは策定されるべきである。こうした一定の基準やガイドラインの設定は、合理的配慮提供について事業者等の理解を深め、その取り組みを推進することにもなると思われる。

#### 【棟居委員】

##### 結論

直接差別・関連差別における正当な事由：原則として存在しない。イギリス2010年法に同じ。

間接差別における正当な事由：障害者の機能の程度や内容、相手方の規模や性質、障害者と相手方との関係、さらに「合理的配慮」を行うことが比較的容易であり、かつその費用分担が相手方と公的機関(さらに場合により障害者自身)との間で適切になされうることの一切の総合考慮。

理由

上記第二で述べた私見による。

【山本委員】

上記第2で述べたとおり。

#### 第4、立証責任や推定規定

正当化(例外)事由との関係で立証責任に関する規定や推定規定を設けるべきか、議論が必要であると思われます。それは差別の定義の書き振りにも影響があると思われませんが、この点に関して、上記の記載例も参照しながら、委員のご意見を伺いたいと思います。

##### 【池原委員】

##### 明示的直接差別

##### 【原告】

障害を明示的に区別等の基準とする規定等が存在すること

その基準を適用することに、他の者との平等を基礎とした権利利益の享受・行使等を阻害する目的および効果は推定する(明示的直接差別の場合は規定の文面上の明白性から目的および効果について、ほぼ反証を認めない強力な推定が働くとしてよい。)

##### 【被告】

その基準を適用することに、他の者との平等を基礎とした権利利益の享受・行使等を阻害する目的も効果もないこと

厳格な例外基準(不可欠な公共目的と不可欠な手段性)に基づいて例外が認められること

##### 【原告】

原告の障害との関係では、合理的配慮によって当該基準による不利益を解消・軽減できること(例「精神障害+判断能力の欠如+入院医療の必要性」を要件とする自由剥奪基準が全面的には違法な直接差別規定とはされないとしても、当該原告について必要な社会資源の支援(合理的配慮)があれば、判断能力の欠如や入院医療の必要性が否定され、自由剥奪という不利益が解消される。ただ、その場合、翻って、自由剥奪規定が必要不可欠な手段といえるかが問題になる。)

##### 【被告】

合理的配慮が過度の負担となること

##### 黙示的直接差別

##### 【原告】

その基準を適用した場合に障害のある人に不利益な結果を生じること

##### 【被告】



その基準を適用した場合に障害のない人にも不利益を生じる場合があること(→間接差別の請求原因へ)

厳格な例外基準(不可欠な公共目的と不可欠な手段性)に基づいて例外が認められること

【原告】

原告の障害との関係では、合理的配慮によって当該基準による不利益を解消・軽減できること

【被告】

合理的配慮が過度の負担となること

間接差別

【原告】

その基準を適用した場合に障害のない人に比べて障害のある人に相対的に多数の不利益な結果を生じさせること(この証明に失敗した時は→関連差別の請求原因へ)

【被告】

中間的な例外基準(重要で正当な目的の存在・より不利益の少ない他の選択肢の不存在)。

【原告】

原告の障害との関係では、合理的配慮によって当該基準による不利益を解消・軽減できること

【被告】

合理的配慮が過度の負担となること

関連差別

【原告】

その基準を適用した場合に障害のある原告自身に自己の障害に関連して不利益な結果を生じさせること

【被告】

被告は原告の障害を知らず、また、知らなかったことに合理的な理由があること(この場合、原告は、専ら障害のある人に、または、障害のない人に比べて障害のある人に相対的に多数の、不利益な結果を生じさせることに立証命題を変えて、直接差別・間接差別を証明する余地はある)

中間的な例外基準(重要で正当な目的の存在・より不利益の少ない他の選択肢の

不存在)。

【原告】

原告の障害との関係では、合理的配慮によって当該基準による不利益を解消・軽減できること

【被告】

合理的配慮が過度の負担となること

【太田委員】

結論

現状は、差別を受けた人たちが、泣き寝入りしてしまうことが多い。基本的には差別をしたとされる側が立証責任を負うべきである。なお差別の定義の中に正当化事由を書き込むべきではないと考える。

JDF委員の意見

・(1)立証について

差別があったことの証明は原告がし、それがなかったこと、あるいは、正当化事由は被告が証明する、という形がよいと思われる。(立証責任の配分)

(2)損害賠償請求の場合における故意・過失の有無の立証責任は転換すべきである。損害額の算定については、推定規定を設けるべきである。

理由

組織と個人においては、組織が多くの情報力、財力、人力を持ち合わせており、個人はそれに比べて弱い立場にある。もちろん差別を受けたとされる側についても、事実を説明し自らが不当な取り扱いを受けたことを明らかにする責任があることはいうまでもない。しかし、上記の力関係の相違をみたときに、差別をしたと訴えられた側にその正当性を立証することが第一に求められよう。

JDF委員の意見

・(1)について

①立証責任の配分としたときには、

1)申立て側(原告側)が、ある行為がある時にあって、それが、この点で障害に関係する、あるいは、障害を直接理由としたあるいは関連した差別であるとい

う証明をする。関連の程度や合理的配慮義務については、合理的配慮を求めたのに行われなかったことを証明する。

2) 被告側が、差別ではない、あるいは、それが障害に関係しない、あるいは、目的や方法が客観的に正当化されることを証明する。合理的配慮については、手続き上の不備があったことやそれが過度な負担となることを被告側が証明するという手順が考えられる。

## ②原告の証明の程度など

原告の証明の程度や推定については、原告側の負担を軽減する工夫が必要である。

## (2)について

申立て側(原告側)が、損害賠償請求に当たり、相手方に故意・過失があったことを証明することは現実的には非常に困難であり、この点を踏まえた制度設計がされないと、差別禁止法の目的が果たせない恐れがある。また、損害をどれだけこうむったかの証明も困難であるため、どの程度の損害を被ったかの推定規定が必要である。

## 【竹下委員】

### 結論

障害者は不利益な取扱いを受けたこと、求めた合理的配慮が実施(実現)されなかったこと、区別されたことを主張立証することで足り、差別をしたとされる側が正当化事由の存在を主張立証すべきである。

### 理由

障害者は差別をした者の主観的要素を立証したり、正当化事由の存在を主張立証することは困難であり、時には悪魔の証明になりかねない。

## 【西村委員】

### 結論

1 正当化(例外)事由を設ける場合は、その立証責任に関する規定等を独自の項目として設ける必要がある。

- 2 立証責任については、差別を受けた者は、その事実を、差別したとされる立場の者は、その事実についての正当性(例外)事由の根拠を明らかにする。

#### 理由

- 1 立証責任が無いままに間接差別等に関する正当化(例外)事由とすることは不可能なため。
- 2 差別行為を受けたとする者が立証する内容は、その者が、受けた行為の具体的な内容(採用試験や公共交通機関の利用時の対応状況等)を報告する。差別したとされる立場の者は、報告された内容に関する自らの対応等が正当であるという理由と根拠を示さなければ問題の改善等に取り組むことができない。

#### 【松井委員】

##### 結論

正当化(例外)事由との関係で立証責任に関する規定や推定規定をもうけるべきである。

##### 理由

とくに差別に該当するかどうかの立証責任がどこにあるのかを明らかにすることは、差別的行為を防止したり、抑制するうえでも不可欠と思われる。

#### 【棟居委員】

##### 結論

(イ) 「障害者は、障害を有するというだけの理由(直接差別)で、政治的、経済的、社会的関係において差別されない。もっぱら障害に密接に関連した事項に基づいて(関連差別)、一定の事情を有するというだけの理由による場合も同様である。」

→(直接差別)「障害を有するというだけの理由」であることの疎明＝障害者、そうでないことの立証責任＝相手方

→(関連差別)「もっぱら障害に密接に関連した」の疎明＝障害者、そうでないことの立証責任＝相手方

(ロ) 「①政令で定める一定の事業者は、障害者に対して、障害を有するというだけの理由で、障害がなければ享受しえたであろう受験等の機会やサービスの提供等の社会的利益の提供を拒んではならない。ただし、障害者に対する当該社会的利益の提供が、事業者の規模や性質、障害者と事業者との関係などの諸事情に照らして著しく困難である場合は、このかぎりでない。

→(間接差別)「社会的利益の提供の拒否」の疎明＝障害者。ただし書き＝事業者。

② 前項ただし書きの場合に該当するか否かは、事柄の性質に応じて一定の合理的な配慮を事業者が障害者に対して行うことで、当該社会的利益の提供が比較的容易になされうるか、をも考慮して判断されるべきものとする。

→「合理的配慮」＝存在と比較的容易であることの立証責任＝障害者。

③ 前項の合理的な配慮の提供義務の判断に際しては、国ないし地方公共団体が差別の合理的解消施策のための一定の条件整備を行うべきであると考えられるか否かをも考慮すべきものとする。

→「合理的配慮」を国や地方公共団体が施策として行うべき＝事業者の立証責任。

## 理由

(イ) で総則的に、障害者という類型に対する差別禁止を掲げる(憲法14条1項後段に準じた扱い)。しかし、障害者差別は人種差別などとは異なり、目をつぶっても機能障害という個別事情に基づく差別は残りうる。

したがって、(イ)ではあからさまな私人間の障害者の人格権侵害的な差別を不法行為として慰謝料がとれる程度の規定を目指す。

ほとんどのケースでは相手方が一応もってもらしい個別の機能障害を理由とする正当化事由を持ち出すので、実際には(ロ)が主な適用条文になる。(ロ)はすべての私人でなく、一定の事業者に限定している。それは、事業者の場合には偏見に基づくのではなく機能障害という個別事情を理由とする(少なくとも表向きは)、障害者が必要とする社会的利益は事業者が提供するものがほとんどである、悪質な個人による差別は(イ)で不法行為として慰謝料等で処理すればよい(それ以上の建設的な関係はこのような個人とは構築できない)、前回の山本委員のご示唆にもある程度沿うことになる、などの理由からである。

(ロ)①のただし書きで社会的利益の提供が著しく困難であることの立証責任を事業者に負わせ、③で国等が合理的配慮を提供すべきであることの立証責任を事業者に

負わせている。

②で「合理的配慮」が容易であることの立証責任を障害者に負わせるのは酷であるとの指摘があるかと思われるが、障害者が個別の障害の程度等を最もよく知っており、それにどのような合理的配慮がなされれば、社会的利益を健全者（自分が障害者でない状態）と同等に享受しうるかを示すことは、さほど大きな負担とは思われない。

【山本委員】

上記第2を参照。

## 第5、差別の主観的要素

### 1、差別の意図

差別の意図を巡って、議論が必ずしも整理されていないように思われます。差別の意図が直接差別には必要だが、間接差別には不要だというような言い方もありますが、必ずしもその意味がはっきりしていません。

差別の意図が何を指すのか、差別にあたる行為の認識をいうのか、その認識を超えた積極的な意欲の部分指すのか、その点を区別しながら、差別の意図の要否について、委員のご意見を伺いたいと思います。

### 【池原委員】

#### 結論

関連差別においてのみ規範的観点から障害の存在を認識すべき状況が求められるが、それ以外の差別類型では、差別的意図は不要といってよい(明示的直接差別では差別目的がないことは反証事項ではあるが高度の証明を要する)。

#### 理由

差別の意図は、歴史的経験的に行われてきた社会的事象としての障害者別について、別異取り扱いと障害との関連性を基礎づける一要素としての意味があり、関連差別では個別的関連性を基礎づけるために、規範的な観点から別異取り扱い者が対象者の障害の存在を知りうべきばあいであることが求められる。また、合理的配慮においては、障害の存在は交渉の前提にされているので、差別的意図を問題にする余地はない。明示的直接差別では、不利益が生じていなくても、他の者との平等を基礎として権利利益等の享有・行使等を阻害する認識があれば、差別意図(目的)があるものとして、直接差別の成立を認めるべき場合があるが、明示的直接差別では、文面上の明白性から極めて強い推定が働き、基本的に目的を有しないとの抗弁は認めるべきではない。

その他の差別類型では不利益結果が生じていることを前提にするので差別意図があるか否かにかかわらず差別となる(障害者権利条約は区別等であって目的または効果を有するとしているので、効果を生じていれば目的はなくてもよい)。

### 【太田委員】

## 結論

直接差別、間接差別においては、その差別の意図があったかなかったかではなく、基本的には行為の結果に着目すべきである。

## JDF委員の意見

・直接差別においても間接差別においても差別の意図のある場合と無い場合があると思われる。差別の成立要件自体に意図の有無は含めるべきではない。

## 理由

最近あからさまな差別は少なくなっている。しかし何か問題があると「別に差別するつもりはなかったけど・・・」という言葉が相手から返ってくる。その真偽は別として、行為の結果を問題としていかなければならない。

## JDF委員の意見

・障害当事者や関係者が感じる不快さ、いやなことは、その行為を行った者が意図していない場合が多いという実態がまずあるため、意図の有無が差別の有無に直結すると、多くの場合、差別行為そのものが成り立たなくなるため

## 【竹下委員】

### 結論

差別の禁止においては、差別をする側の主観的要素は原則として考慮されるべきではない。

### 理由

差別禁止においては、差別者の意図はそれが認識の問題であれ、悪意であれ、障害者の基本的人権が侵害されるという点では同じだから、主観的要素は排除されるべきである。しかし、差別をした側に合理的配慮を求めたり、不利益取扱いを是正することに加えて、損害賠償というサンクションを加える場合は主観的要素が問題となる。

## 【西村委員】

### 結論



- 1 差別については、その意図の要否は、問わないものとする。
- 2 しかし、差別の類型に関わりなくその行為が、障害児・者等に対する差別や排除であることを認識した意図的なものである場合は、そのことを加味した罰則規定等を、他の法令等との整合性等も考慮しながら、規定することが必要である。

#### 理由

- 1 差別とされる行為や対応及び規定等は、差別の意図の有無に関わりなく、差別と定義しなければ法令を制定する意義と実効性の担保がとれない。また、障害児・者が受けたと思われる差別的行為の多くが、意図的に行われたものであるとはいえない。
- 2 人権侵害行為の大きな分野である対人犯罪もその意図によって処分内容に影響が生じることから、差別禁止法で規定するであろう罰則については、その意図を加味することが適当である。

#### 【松井委員】

##### 結論

差別の意図は、差別にあたる行為であることを認識しながら、あえてその行為をする、積極的な意欲を指すと思われる。

##### 理由

多くの場合、差別にあたる行為であると認識すれば、具体的な行為は抑制されると思われる。差別の意図は、差別にあたることを承知のうえで、あえてその行為をするという積極的な意欲(意思)のあらわれといえるからである。

#### 【棟居委員】

##### 結論

必要。ただし差別の意図とは、次のような思考回路を指す。

「個々の障害者a=「障害者」Aという集団に属するもの=劣った集団だから社会的に排除すべきもの→ よって個々の障害者aに対して社会的利益を提供しない。」

##### 理由

間接差別の場合は、次のような思考回路をとる。

「個々の障害者a=事業者等が要求する機能を有していない者→よって個々の障害者aに対して社会的利益を提供しない。」

すなわち、直接差別は障害者を集団として捉え、集団に対するネガティブな評価が介在して個々の差別に至るのに対して、間接差別にはそのような集団に対する評価が介在していない。

「差別の意図」を書き込むかは、このような集団に対するネガティブな評価が介在していることをどう書き表すかの問題。よって、別の表現でもよいと考える。上記第四の(イ)は、「ある障害者が、障害を有する者の一員であるというだけの理由で…」と書くことも可能であり、そのようにすれば、「差別の意図」をことさらに明記する必要はなくなる。

#### 【山本委員】

1)これは、まず、差別禁止の目的をどこに求めるかによって違ってくる。考えられる目的として、次のようなものがある。

第一は、障害者が平等に取り扱われることを実現するという目的である。これによると、障害者が平等に取り扱われていない場合を「差別」としてとらえることが要請され、相手方の主観的態様は問題とすべきではないと考えられる。

第二は、障害者の人格をその侵害から保護するという目的である。

この場合も、障害者が差別的に取り扱われることにより、障害者の人格が客観的に害されれば、「差別」があると考えられる可能性がある。障害者の人格が侵害されていない状態を回復することが目的とされる場合には、このように、相手方の主観的態様は問題とされないことになると考えられる。

これに対して、それだけではなく、相手方に障害者の人格をおとしめる意図があった場合に、「差別」があったと考える可能性もある。障害者の人格が侵害されていない状態を回復しようとする、相手方の行動の自由に制約を課すことになる。相手方に障害者の人格を害する意図があった場合には、相手方もそのような制約を課されてもやむをえない(そのような意図をもって障害者の人格を害してはならないという制約を課されても、仕方がない)と考えるわけである。これは、加重された過失責任原則と同様の意味を持つ。

第三は、社会連帯の精神から、人々に障害者を平等に扱うことを求めるという目的である。これによると、障害者を意図的に差別する行為が社会連帯の精神に反する行為として禁止される可能性がある。

2)以上のほか、差別禁止違反の効果に応じて、主観的要件が設定される可能性もある。

第一に、差別禁止違反の効果として、違反行為の差止めを認める場合は、違反状態が除去されなければ、差止めを認める意味がないため、相手方(加害者)の主観的意図は特に要件とされないと考えられる。

第二に、差別禁止違反の効果として、損害賠償を認める場合は、損害賠償に関する一般原則として過失責任原則がここでもそのまま妥当すると考えるならば、相手方(加害者)の主観的要件として、故意だけでなく、過失も要件となると考えられる。

## 2、いわば善意の差別

また、この関係で本人に不利益を与えるつもりではなく、本人のためににやったことだといった反論がよくありますが、このような場合に、差別の認識との関係でどう考えるか、委員のご意見を伺いたいと思います。

### 【池原委員】

#### 結論

本人のための行う意思であったことは、差別の成否に関係しない。

#### 理由

そもそも行為者の主観は、関連差別と明示的 direct 差別においてしか問題にならない。関連差別においても、行為者が対象者の障害の存在を知っていたのであれば、それについて善意で不利益を生じさせたとしても、関連差別を免れない。明示的 direct 差別においても、一面での善意(例 障害のある人を冷淡な社会から保護してあげたい)は、反面で生じさせている社会的排除と自己決定・自由の制約という不利益をそのまままで正当化することはできず、厳格なあるいは中間的な例外基準を満たす場合のみ許容される。

### 【太田委員】

#### 結論

基本的には善意を含めた意図を考慮するべきではない。

#### JDF委員の意見

・差別の成立に際して、不利益を要件とする場合、本人に不利益をもたらすという予想をしなかった場合が問題になるが、善意であってもその人の不利益になった場合は差別行為は成立する、とすべきである。

#### 理由

歴史的に見て「本人のために」という名目で、特別支援学校に入れられ、あるいは施設に入れられ、隔離・差別されてきたのである。善意の差別も基本的には許されない。それが合理的配慮ならば別の話である。

## 【川島委員】

差別の主観的要素、また善意による差別という問題は、差別の救済措置と関連して重要な論点になりうる。障害差別は、偏見やステレオタイプによって発生する場合のほか、無知・無理解によって発生する場合もある。そのようにして発生する障害差別に対応する場合には、偏見やステレオタイプを解消させたり、無知・無理解を解消させたりすることが、重要な意味をもつ。そのため、司法救済(これは最後の手段として必要不可欠であるが)の前に、当事者間の話し合いの場、そして行政救済の場を整えておく必要がある。

ちなみに、ADAでは、どのような合理的配慮を行うべきかを決める過程で、当事者間の話し合い(インターラクティブ・プロセス)が実質的に要請されており、判例においても、学説においても、それはきわめて重要なものだと考えられている(Arnold-Richman, R. 2007, "Public Law and Private Process: Toward an Incentivized Organizational Justice Model of Equal Employment Quality for Caregivers," 1 Utah Law Review 25)。

この話し合いは、基本的には、障害者が要求することで開始される。合理的配慮は、米国の経験では、必ずしも障害者の要求通りの配慮が行われるわけではなく、たとえば事業主は、話し合いの中で、効果的な配慮であれば、当事者が希望する配慮とは別の配慮を提案し、行うことができる(EEOC, 2002, Enforcement Guidance: Reasonable Accommodation and Undue Hardship under the Americans with Disabilities Act, No. 9)。

この点については、日本では慎重な検討を必要とする。たとえば、障害者の尊厳や自己決定という価値を実現するという観点に照らして考えれば、事業主が当事者の希望する配慮を行うことが十分可能であるにもかかわらず、嫌がらせ(ハラスメント)として、あえてそのような配慮をしない場合もありうるからである。

## 【竹下委員】

### 結論

差別の禁止においては差別者の意図は問題とならないからたとえそれが善意であっても排除の対象となる。

### 理由

差別禁止においては、差別者の意図はそれが認識の問題であれ、悪意であれ、障害

者の基本的人権が侵害されるという点では同じだから、主観的要素は排除されるべきである。しかし、差別をした側に合理的配慮を求めたり、不利益取扱いを是正することに加えて、損害賠償というサンクションを加える場合は主観的要素が問題となる。

#### 【西村委員】

##### 結論

差別ととらえ、その内容によって差別類型に分類する。

##### 理由

- 1 障害児・者は、本人の意見や考えを聞くことなく本人のためという理由で、寄宿舎生活や施設入所及び長期にわたる社会的入院等、障害児・者の進路や生活、ときに人生そのものが決められてきた事実がある。条約は、こうした事実を改善することを求めている。
- 2 また、妊婦に対する出生前診断についても同様と思われることから、本部会において、出生前診断についても検討が必要である。

#### 【松井委員】

##### 結論

「善意」の差別は、相手方にとって差別となっているという認識が欠けている（あるいは感受性の欠如の）ために生じるものと思われる。

##### 理由

「善意」の差別は、差別の認識の欠如や感受性の欠如など、差別を受ける側の立場に立てないために生じるか、あるいは単なる言い訳に使われていることが少なくない。

かりに差別の認識がないか感受性の欠如の場合は、「悪意」の差別よりも、御しがたいかもしい。

#### 【棟居委員】

##### 結論

障害者集団の一員だから、「特別支援学校が本人のため」といった思考回路は、前

述のように、直接差別に他ならず、例外的に、本人の利益が「別異取扱いをされた」こと自体の不利益をも上回るものである場合にはじめて正当化されうる。

#### 理由

「障害者」というグルーピング自体が社会的排除につながり、偏見を増幅してゆくから、善意であっても極力なくす方向が望ましい。そのために、善意の「別異取扱い」自体をも基本的にはマイナスと捉えて、しかしそれ以上のプラスがある場合にのみ、正当化されうると考える。

#### 【山本委員】

上記1にしたがい、差別の意図が要件とされる場合は、「善意」の差別は、禁止される「差別」にあたらないとされることになるはずである。

差別禁止違反の効果として、損害賠償を認める場合に、上記1のとおり、過失責任原則を採用するならば、「善意」の差別の場合でも、自己の行為が客観的に「差別」にあたることを認識すべきだったのにしなかったときは、「過失」があるとして、責任が認められる可能性があると考えられる。

## 第6、差別禁止規定

差別類型ごとの定義がどのような形になるにせよ、差別にかかる定義の存在を前提としたうえで、それらの差別を禁止する規定を総則規定に盛り込むこととなります。

そして、その既定の仕方としては、「何人も差別をしてはならない」とか「差別は禁止される」など、行為を禁止する書き振りとともに、「何人も差別は受けない」という差別を受ける側を主体にした書き振りもあると思われます。もちろん併用するといったこともあり得ると思われます。

そこで第1点目として、複数の差別類型があることを想定すると、それらの複数の類型をまとめた言葉があれば、シンプルな規定を作ることが可能となります。また、第2点目として、一般平等法を作るわけではないので、何らかの形で障害と関係する差別であることが明示できるような用語であることが求められると思われます。

ちなみに、障害者権利条約第2条で差別の定義がありますが、その定義自体は複数の差別類型を包含したものです。そして、同条約第2条ではこれらをまとめて、Discrimination on the basis of disability(これを素直に訳すと障害に基づく差別)と呼んでいます。

そこで、例えば、「障害に基づく差別」とは、「直接差別、関連差別、間接差別、合理的配慮を提供しないこと」を意味する旨の包括的な差別の定義規定を置くことができれば、差別禁止規定としては、「何人も障害に基づく差別をしてはならない」とか「何人も障害に基づく差別を受けない」という形で、複数の差別類型を包括したシンプルな差別禁止規定ができるように思われます。

以上は、一つの試案でしかありませんが、差別禁止規定の在り方について、委員のご意見を伺いたいと思います。

### 【池原委員】

#### 結論

障害に関する差別とは、直接差別、間接差別、関連差別及び合理的配慮を行わな



いことを含む。

直接差別とは、区別・排除・制限等(以下「区別等」)が障害のある人にだけ課される場合であって、障害が明示的に区別等の基準とされている場合又は障害が明示的な区別等の基準とされていない場合にあつては、当該基準を適用した場合に障害のある人にだけ不利益な結果を生じさせる場合をいう。例外は最も厳格な基準を用いる(必要不可欠な公共目的に必要不可欠な手段であること)。

間接差別は、障害が明示的な区別等の基準とされていない場合であつて、当該基準を適用した場合に障害のない人に比べて障害のある人に多く不利益な結果を生じさせる場合をいう。例外は中間的な基準を用いる(重要で正当な目的とより不利益性の少ない選択肢の不存在)。

関連差別は、障害が明示的な区別等の基準とされていない場合であつて、当該基準を適用した場合に特定の障害のある人にその障害に関連して不利益な結果を生じさせる場合をいう。例外は中間的な基準を用いる(重要で正当な目的とより不利益性の少ない選択肢の不存在)。

合理的配慮は、障害者が他の者と平等に権利利益を享受し又は行使するために、その者に必要となる現状の変更調整、社会的障壁の除去又はその他の人的、物的手段の提供をいう。ただし、合理的配慮を行う者にとって、それを行うことが過度の負担となり、合理的配慮を提供できないことがやむを得ないと認められる事情があるときはこの限りでない。

理由

障害者権利条約の規定方法と同様に、差別の一般規定に4類型を含むとし(限定する趣旨でなく)、4類型についての基本定義を示すことで、差別禁止規範を明確化することが必要だと思ふ。

【太田委員】

結論

「障害に基づく差別」とは、「直接差別、間接差別、合理的配慮を提供しないこと」を意味する旨の包括的な差別の定義規定を置き、「何人も障害に基づく差別をしてはならない」という、複数の差別類型を包括したシンプルな差別禁止規定を置くことに賛成。

理由

包括的な差別定義規定と各差別類型の定義、シンプルな差別禁止規定を置くことで、何が禁止される差別なのかを概念的に明解に整理できる。あとは、各則となる各個別分野において、その類型別に、差別のリストを作るべきである。

## 【川島委員】

### (1) 差別

総則において、「何人も、障害に基づく差別を受けない」という表現を入れることは一応同意する。より詳しくは、「誰が」「誰に」「どの領域で」「障害」「に基づく」「差別を」「禁止する」という7要素をすべて含めた表現のほうが、より明確でよいだろう。もっとも、これらの7要素は、やや細分化されすぎたものなので、法律文を作成する場合には、「誰が」「誰に」「どの領域」「障害」「差別」という5要素に注目するのが、基本的に重要となろう。

これらの要素のうち「差別」に関しては、先に述べたように、基本的には3つの形態がある。そのため総則では、「差別には、直接差別、間接差別及び合理的配慮の否定が含まれる」という旨の包括的な差別の定義規定を置いても良いであろう。ここで「基本的には」と述べているのは、他の差別形態を含める可能性があるからである。たとえば、ハラスメントを障害差別禁止法に規定すべきかどうかを検討する必要がある。

差別禁止領域は、雇用や教育等に分けて各則に規定されることになる。各則では、「誰が」「誰に」「障害」「差別」という内容を一定程度具体的に記す必要がある。これについて検討すべき論点として、少なくとも次の4点が挙げられる。

第1に、差別禁止領域をどこに設定するかである。雇用、教育、公的・民間サービス等さまざまなものが挙げられようが、その範囲を確定する必要がある。

第2に、雇用、教育、サービス等の分野ごとに、「誰が」「誰に」「障害」「差別」の具体的内容を一定程度明確にする必要がある。これらの概念の明確化は国会制定法レベルで一定程度行うことができるが、その詳細は行政制定法規レベルで行うことができよう。

第3に、「障害に関連する事柄」を理由とする差別である「間接差別」(準直接差別)については、その事柄がどの程度まで障害と関連している必要があるか、を一定程度明確にしておかなければ、混乱をもたらすであろう。

第4に、合理的配慮に関する具体的内容を記したガイドラインを検討する必要がある。特に、「合理的」が何を意味するのか、また「配慮」が何を意味するのか、という点を一定程度明確にしておかなければ、混乱をもたらすであろう。

なお、日本の障害差別禁止法では、「障害を理由にする」と「障害に基づく」とを区別せずに同じ意味で用いてもよいが、解釈上の混乱や誤解を避けるという観点からは、どちらかの表現に統一してもよいだろう。また、「障害に基づく差別」は「障害差別」と略してもよいであろう。

## (2) 障害

今回の質問事項では、「障害」そのものについての意見を求められていないが、障害差別禁止法においては、「障害」と「差別」とは密接に関連し組み合わさった、ひとつの概念(障害差別)となりうる。「障害」と「差別」とをいったん分析的に切り離して考えることは有益であるが、それを組み合わせて考えることも必要となる。この点についての包括的な分析を行うことは現時点では難しいため、以下においては、その準備作業として「障害」の概念について、5点(ア・イ・ウ・エ・オ)指摘しておきたい。なお、以下の記述は、以前の部会に提出した意見と重複する部分がある。

### (ア) 障害の法律学的定義と障害学的定義

障害者権利条約前文(e)によれば、「障害(ディスアビリティ)は、インペアメントのある者と態度・環境の障壁(社会障壁)との相互作用であって、彼らが他者と平等に社会に完全かつ効果的に参加することを妨げるものから生ずる」。この文言が意味しているのは、「障害」とはインペアメントのことも、社会障壁のことも、インペアメントと社会障壁との相互作用のこともなく、平等な社会参加を妨げる相互作用から生じるもの(相互作用の結果)だということである(拙稿「障害者権利条約と「既存の人権」」発達障害研究35巻5号(2010)4-15頁)。

前文(e)は、「インペアメント」と「障害」とを概念的に区別している。では、これらの二つの言葉はどのような意味で異なるのであろうか。結論のみ記せば、「インペアメント」は心身の次元の事柄で、「障害」は社会政治的次元の事柄である。この場合の「障害」という言葉は、いわゆる「障害の障害学的定義(社会学的定義)」を採用したものである。

「障害の障害学的定義」を、法令文における「障害」の定義の中に、そのまま代入することはできない(だからこそ、障害者権利条約は、第2条の定義の中ではなく、前文の中で「障害の障害学的定義」を記しているのである)。法令文には「障害の法律学的定義」を代入する必要がある。「障害の法律学的定義」とは、基本的には、「インペアメント」の定義をいう。障害とインペアメントとをイコールで結ぶことは、障害学の世界では医学モデルだと言われているが、法律の世界では必ずしも医学モデルにはならない。す

なわち、差別禁止法の文脈では、両者をイコールで結んでも、医学モデルにはならない。

そもそも医学モデルとは、障害問題(障害者の不利)の所在をインペアメント(インペアメントのある個人)に置く立場である。つまり、「障害問題とはインペアメントを持つことである」という見方が医学モデルである。この意味で、障害問題とインペアメントとをイコールで結ぶことは、医学モデルなのである。しかし、法律用語として、障害とインペアメントとをイコールで結んでも、差別禁止法の文脈において、障害問題の所在がインペアメントに置かれることには必ずしもならない(拙稿「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」松井彰彦ほか編『障害を問い直す』(東洋経済新報社、2011年)289-320頁)。

このような理解を踏まえずに、医学モデルや社会モデルという言葉を用いることは、建設的な議論を妨げるという意味において有害である。もちろん、医学モデルや社会モデルの意味内容は、当事者や研究者により異なる。そのため、この部会において医学モデルや社会モデルという言葉を用いる際には、その意味を明確にしておく必要がある。

#### (イ) 差別禁止法における障害の定義

社会モデルの視点を差別禁止法の文脈で活かすのであれば、差別禁止法によって障害(インペアメント)のある者の不利をできる限り削減させるという観点から、障害(インペアメント)を法的に定義する必要がある。いいかえれば、「障害」と呼びうる心身の特徴(インペアメント)に基づく差別を被った者が存在しているにもかかわらず、差別禁止法における「障害」の定義の範囲が狭いことで、その者が法的救済の対象になりえない場合があることに十分留意しながら、「障害」を法的に定義すべきである。

繰り返しになるが、差別禁止法における障害の定義は、心身の特徴を意味するインペアメント(障害の法律学的定義)が基本となる。インペアメントはある種の社会的構築物であり、ここではさしあたり「普通とみなされていない心身の特徴」と広く理解する。障害差別禁止法を作成する際には、その趣旨・目的に照らして、インペアメントの内容をある程度明確にしておく必要がある。ちなみに、障害の定義は、法令の趣旨・目的に応じて一般に異なり、また異なるべきものである、ということについて十分留意しておかなければならない。

インペアメントと機能制約(活動制限)とは概念的に区別される。ADAの場合、インペアメントは、一定の機能制約を伴ってはじめて「障害」(disability)になる(障害=インペアメント+一定の機能制約)。つまり、一定の機能制約を伴わないインペアメントは、A

DAの保護対象にならない。

ADA訴訟で問題となったのは、たとえインペアメントがあっても、それが「ひとつ以上の主要な生活活動を実質的に制約する」と裁判所で認められず、したがって「障害」と認められなかったことである。つまり裁判所は、一定の機能制約を意味する「ひとつ以上の主要な生活活動を実質的に制約する」という文言を狭く解釈することで、ADAの保護対象となる障害(者)を認定しづらくした。

機能制約をどのように考えるかがひとつの論点になる。機能制約の程度がかなり重い場合にのみ「障害」と認定するのであれば、法令上の保護対象となる「障害」の範囲はそれだけ狭くなる。この問題を回避する方策として、機能制約の有無を問わず、インペアメントの存在をもって即座に「障害」と認定することも十分にありうる(拙稿「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)。

ちなみに、2007年ADA回復法案(S. 1881)は、結局実現しなかったが、インペアメントと「障害」とを等号で結ぶという興味深い視点を提示した。この法案4条(1)によれば、「障害」(disability)とは、(1)心身のインペアメント、(2)心身のインペアメントの経歴、(3)心身のインペアメントを持つとみなされること、のいずれかをいう。

こうしたADA回復法案の立場(障害=インペアメント)には、一定の妥当性があると思われる。ただし、これでは差別禁止法の対象が広すぎるのではないか、という批判が生じうるであろう。差別禁止法における障害(者)の範囲をなるべく広げたくない、という主張の背景には、特に、合理的配慮を提供する対象範囲を広げたくないという考え方がある。

この点、注目される米国の調査結果として、合理的配慮を受けた労働者の43%以上が、ADAの定める障害に該当しない人びと(ひとつ以上の主要な生活活動を制限されていない人びと)であった、というものがある(Schartz, H.A., et al., 2006, "Workplace Accommodations: Empirical Study of Current Employees," 75 Mississippi Law Journal 917)。このように、米国において、法的意味での障害に該当しない人びとに合理的配慮が実際に提供されていることを念頭に置いた上で、障害の定義を今後検討する必要がある。

日本で障害差別禁止法を作成する場合、ADA回復法案のように障害の定義を広くとる立場が考えられる一方で、身体障害者手帳・療育手帳・精神障害者手帳をもっている者のみを障害差別禁止法の対象者とすれば、それは狭すぎるといわざるをえない。とはいえ、手帳保持者は当然のことながら障害差別禁止法の対象者になることに鑑み、手帳保持者を出発点にして、障害差別禁止法の対象者を広げていく、というアプロー

チをとることが現実的(实际的)であるかもしれない。

このアプローチをとる際には、まず上記のとおり「機能制約」の要件を障害の定義から外すことを検討すべきである。そのほかに、諸国の良い経験を参考にすることも必要である。たとえば障害者法の研究者テレジア・デゲナーは、比較法的考察を踏まえて、障害差別禁止法における障害(慢性病や機能不全を含む)の定義には、「過去」(過去の障害の経歴)、「現在」(現在有している障害)、「将来」(障害を将来持つ蓋然性)、「みなし」(他者からみなされた障害)、「関係者」(障害者の関係者)の諸相を含むべきであるという(Degener, T., 2004, “Definition of Disability,” in Baseline Study: Disability Discrimination Law in the EU Member States (EU Network of Independent Experts on Disability Discrimination))。

なお、「現在」「過去」「認識」という障害の諸相を「障害の定義」の中には入れないで、「差別の定義」の中に組み込む例として、韓国の「障害者差別禁止及び権利救済等に関する法律」が挙げられる。この法律は、第2条(障害と障害者)ではなく第6条(差別禁止)において、「何人も、障害、過去の障害経歴又は障害があると推測されることを理由に差別をしてはならない」と定める。

#### (ウ)有資格障害者

ADAでは、雇用分野のみならず、サービス分野においても「有資格」(otherwise qualified)の概念が用いられている。「有資格」の規定は、合理的配慮の対象範囲を限定するために挿入されたと考えられうるが、論理的にみてこの規定は必ずしも必要ない。

なぜなら、「有資格」の問題は、「障害者」であるかどうかを審査する場面ではなく、むしろ「差別行為」があったかどうかを審査する場面で個別具体的に扱うことができるからである。すなわち、障害者が事業主に配慮を求めた場合に、もし障害者が(たとえ配慮を受けても)職務の本質的機能を遂行できないようなときは、事業主はその配慮を行う必要はない。このケースでは、合理的配慮の否定は「差別行為」にはならないと認定されることになる。

たとえば、ある会社では、職務の本質的機能を遂行するために、(A)(B)(C)の要件を満たす必要があるとする。車椅子を利用する障害者が、(A)(B)(C)の要件を満たしているのに、会社が障害(車椅子)を理由として採用を拒否すれば、障害差別となりうる。

車椅子を利用する障害者が、(A)(B)(C)の要件を満たすために必要となる配慮を会社側に要求した場合に、その配慮を受け入れるかどうかは基本的には会社側の裁量に委ねられている、というのが伝統的な差別概念であった。今日的な差別概念では

、この配慮を過重な負担のない範囲で行う法的義務が会社側に課せられることになる。もっとも、会社側は、合理的配慮を行ったとしても、(A)(B)(C)の要件を満たせない障害者に対しては、配慮をせず、採用を拒否することができる。この場合には、障害差別は生じない。

このような例が示しているように、「有資格」の問題は、差別か否かの段階で判断することができる。「有資格」に関しては、日本の障害差別禁止法は、ADAの規定に従う必要はないだろう。たとえば、日本の障害差別禁止法では、「有資格の障害者は障害を理由に差別されてはならない」という書きぶりではなく、「何人も障害を理由に差別されてはならない」という書きぶりにすればよい。

#### (エ)非障害者に対する差別・1

ADAは、非障害者に対する障害差別を禁止していない。なお、女性差別撤廃条約は男性を保護対象にしていないが、平成19年4月に施行された改正男女雇用機会均等法は、女性のみに対する差別の禁止という従来の立場を改め、男女双方に対する差別を禁止した。

障害者のみが差別禁止法の保護対象になるべきか(片面)、それとも、非障害者も障害差別禁止法の保護対象になるべきか(両面)、という論点は日本の現状に即して考えるべき課題である。この点、「何人も障害を理由に差別されてはならない」という書きぶりにするのであれば、基本的には、非障害者も障害者も、障害を理由に差別されないことになる(両面)。もっとも、この書きぶりをを用いても、片面にしたいのであれば、但し書きを設ければよい。

#### (オ)非障害者に対する差別・2

非障害者に関連する論点であるが、上記とは異なる次元に位置する論点として、障害者の身内や友人等の関係者を、差別禁止法の下で保護される対象に加えるべきか否か、という問題がある。

この点、「障害に基づく差別」を実際に被っているにもかかわらず、障害者自身ではないということで、法的救済を得られない者が出てきてしまうのは、問題があろう。また、関係者をこの法律の適用範囲に入れることで、障害差別禁止法の保護対象が広がり、この法律に対する社会的支持もそれだけ得られやすくなりうると言える。

関係者を保護対象に入れる場合、2つの規定の仕方が考えられる。(1)ひとつは「障害者に対する差別には、身内、友人その他の関係者に対する差別が含まれる」という表現をとることである。(2)もうひとつは、「障害者に対する差別」ではなく、「何人も障害

を理由に差別されてはならない」という表現をとることである。この(2)を選択する場合、障害差別禁止法の中に「障害には身内、友人その他の関係者の障害が含まれる」と明記することが考えられる。

ちなみに、ADAは「差別の定義」の条項において、「関係者」の障害を理由とする差別を禁止している(42 U.S.C. § 12112(b)(4))。

#### 【竹下委員】

##### 結論

差別禁止規定は権利条約2条の文言をできるだけ尊重し、法文化すべきである。

##### 理由

現時点では直接差別や間接差別という表現は避けるべきだからである。

#### 【西村委員】

##### 結論

「何人も障害に基づくあらゆる差別をしてはならない。」と規定する。

##### 理由

障害児・者及び家族等に対する直接、間接、関連する差別を無くし、合理的配慮の提供を確保するための規定とし、その実効性を確保するため。

#### 【松井委員】

##### 結論

「何人も障害に基づく差別をしてはならない」という差別禁止規定がシンプルでよいと思われる。

##### 理由

障害者基本法(改正法)で「何人も、障害者に対して、障害を理由として、差別することその他の権利利益を侵害する行為をしてはならない。」(第4条第1項)とすでに規定されていることから、それとの整合性をとるためにも同様な規定が望ましいと思われる。



ただし、基本法では定義されていない差別について、差別禁止法では明確に定義することが求められる。

## 【棟居委員】

### 結論

第イ条(障害者差別の禁止)「障害者は、障害を有するというだけの理由(直接差別)で、政治的、経済的、社会的関係において差別されない。もっぱら障害に密接に関連した事項に基づいて(関連差別)、一定の事情を有するというだけの理由による場合も同様である。」

第ロ条(事業者の義務)「①政令で定める一定の事業者は、障害者に対して、障害を有するというだけの理由で、障害がなければ享受しえたであろう受験等の機会やサービスの提供等の社会的利益の提供を拒んではならない。ただし、障害者に対する当該社会的利益の提供が、事業者の規模や性質、障害者と事業者との関係などの諸事情に照らして著しく困難である場合は、このかぎりでない。

②前項ただし書きの場合に該当するか否かは、事柄の性質に応じて一定の合理的な配慮を事業者が障害者に対して行うことで、当該社会的利益の提供が比較的容易になされうるか、をも考慮して判断されるべきものとする。

③ 前項の合理的な配慮の提供義務の判断に際しては、国ないし地方公共団体が差別の合理的解消施策のための一定の条件整備を行うべきであると考えられるか否かをも考慮すべきものとする。」

### 理由

集団に対する差別と、個人の機能障害に対する別異取扱いとは区別すべきであり、このような二本立ての構造は日本国憲法14条の構造にもマッチしている。そこで、上記のように、二箇条に書き分けるのがよいと考える。

第イ条は一般原則としての障害者差別の禁止規定であるが、同時に、集団としての障害者の社会的排除の一例といえる差別事例に特化している。(憲法14条1項後段に相当)

第ロ条は、事業者の名宛人を絞ったうえで、間接差別の禁止、ならびに合理的配慮について規定するものであるが、こちらは個々の障害者の機能障害を理由とする間接差別の場合に、具体的にどのような場合が差別であり、また合理的配慮の立証責任や費用負担を誰が負うかについて規定する。憲法14条1項前段に相当するが、そこでは

「不合理な差別の禁止」(合理的な区別なら許される)となっているところを、事業者にかぎり、差別解消のために「何が差別か、どうすれば差別を解消しうるか、そのための合理的手段はないか」を当事者に立証責任を振り分けて細かく詰めてゆこうとするものである。一般私人との関係では、差別は内心の問題でもあり、また、悪質な場合はイ条で不法行為として慰謝料請求などが可能であるので、間接差別は事業者に限定している。

#### 【山本委員】

上記第2の②で述べたとおり、積極的差別(直接差別・関連差別、間接差別)と消極的差別(合理的配慮の不提供)は、意味と判断構造が大きく異なる。これらをひとまとめにして、一般的に「差別」を禁止するといっても、その内実は一様ではない。そうだとするならば、さしあたり、積極的差別を一般的に禁止されるものとして定め、合理的配慮の不提供は、それとは別に定めることも考えられる。少なくとも、そうした可能性も含めて、慎重に検討する必要がある。