

中央学院大学法学論叢

第十九卷 第一・二号

(通巻第三一号)

2006年

論 説

原因において自由な行為

——実行行為時規範的考察説の主張——……………山本雅子 (1)

国民国家と市民社会と公共性の変容

——資本の帝国の出現のなかで——……………土橋 貴 (23)

東アジア経済圏の構築と地域共同体の構想 ……臧 世俊 1(156)

障害者の就労環境に対する使用者の調整措置の範囲

——イギリス障害者差別禁止法の
調整義務の概念を素材として——……………長谷川 聡 (53)

資料研究

ローザ・ルクセンブルク著『ポーランドの産業発展』

の出版と使用文献目録について(2)

……………Barbara Skirmunt (バーバラ・スキルムント)

小林 勝39(118)

中央学院大学法学部

障害者の就労環境に対する使用者の調整措置の範囲

——イギリス障害者差別禁止法の調整義務の概念を素材として——

長谷川 聡

- 一 はじめに
- 二 調整義務の概要
 - 1 調整義務の位置付け
 - 2 調整義務の発生要件
 - 3 調整措置の具体例
- 三 調整措置の合理性
 - 1 合理性の判断要素
 - 2 合理性の判断枠組み
 - 3 安全衛生に関する事案における合理性判断
- 四 むすびにかえて

一 はじめに

日本では、障害者の雇用保障について行政が中心的な役割を担っている⁽¹⁾。職業指導や職業訓練などの職業リハビリテーションを行うことで障害者本人の職業能力を高める総合的支援を行い、一方で授産施設や小規模作業所などにおける福祉的就労への道を開き、他方では障害者の雇用の促進等に関する法律（以下、「障害者雇用促進法」という）に基づいて一定の要件を満たした使用者に一定割合での障害者雇用を義務付けることで（一四条一項）、一般就労への門戸を広げている。後者の制度は、この義務に違反した使用者に納付金の納入を課すことや（二六条）、障害者を雇用した使用者に助成金を給付することによって実効性を高められており、障害者の実雇用率は制度発足以降全体的に上昇傾向にある⁽²⁾。現行の障害者雇用保障制度は一定の成果をあげていると評価することができよう。

しかし現行制度が残す不備の一つとして、就労後の障害者の取扱いについて実効性のある法的規整を有していない点を指摘することができる。障害者に対する偏見が少なからず残る今日、たとえ採用されたとしても、障害者が労働条件について不合理な差別的取扱いを受ける可能性は十分に考えられるし、⁽³⁾障害者の状態によっては、非障害者と対等に業務を遂行するために、非障害者とは異なる配慮が使用者に要請されるべき場面も存在する⁽⁴⁾。これらの問題の解決は、障害者雇用の質を高め、障害者の働く権利を実質化する手段の一つであるが、障害者雇用促進法は障害者の採用や雇用の安定について使用者に努力義務を課すのみであり（五条）、障害者基本法も同様の趣旨の理念を規定するにとどまり（三条三項、一六条二項）、いずれも問題解決への決定的な法的根拠にはならない。憲法一四条の平等原則を直接あるいは間接適用する余地もあるかもしれないが、障害を理由とする差別の禁止が公序として成立していると判断した裁判例はいまだ存在しない。仮に成立していると言えたとしても、障害者が非障害者

と比較して何らかの能力的不利を有し、非障害者には不要な特別な配慮を必要とする場合があることをいかに評価するかという困難な課題が残されることになる。

諸外国には、障害者の就労環境の確保を目指す様々な法的規程が存在するが、その一例としてイギリスの障害者差別禁止法 (Disability Discrimination Act 1995、以下「DDA」という) が規定する「調整義務」という概念がある。この概念は、障害者が非障害者と比較して契約条件や職場環境から不利益を受けている場合に、合理的な範囲でこの不利益を除去することを使用者に義務付けるものである。DDAはこの義務の不履行を禁止の対象となる差別として位置付け、障害者と非障害者との機会均等を実現する手段の一つとしている⁽⁵⁾。日本においても、千葉県において制定が試みられている「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」の条例案が、障害を理由とする不利益な取扱いの禁止を規定したうえ、十六条において「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を行わないこともまた差別であるとの認識に立ち、当該差別の状況に応じて必要な合理的な配慮に基づく措置を行わなければならない」と指摘しており、調整義務の概念に類似する内容を定めている。条例案の概念は主に行政による救済を予定するものであるが、平等原則を掲げながら障害者の就労環境の確保について右のような課題を有する日本にとり、調整義務の概念を活用する可能性の広がり⁽⁶⁾を示すものといえよう。

調整義務の概念が障害者の就労環境の改善に資することに疑いは少ないであろうが、問題はこれに基づいて使用者が講じるべき調整措置の範囲である。障害者に必要な調整措置をすべて行うことは望ましいが、調整措置は障害者に対する一種の優遇措置であり、その実施に非障害者に対しては不要な負担が使用者に生じる可能性があるため、使用者にこれを義務付ける範囲に限界が存在することは否定できない。前掲の条例案も十七条において「合理

的な配慮に基づく措置を行うことが過重な負担になる場合」には十六条の適用を除外することを指摘する。もっとも、この点を過度に強調することは、この義務を骨抜きにする意味を有することも確かであり、これらの要請を調和させる視点を検討することが課題となる。

本稿は、以上の問題意識の下に、DDAの調整義務が使用者に求める障害者の就労環境に対する調整措置の範囲を検討するものである。まずDDAにおける調整義務の位置付けとその概要を明らかにすることで、議論の所在を明らかにする。そして、この概念が使用者に義務付ける調整措置の範囲を分析し、使用者が講じるべき調整措置の範囲と障害者雇用に対するイギリスの視点を検討する。最後に、以上の検討が日本における障害者の就労環境の確保について提示する論点を示すことにしたい。⁽⁷⁾

二 調整義務の概要

1 調整義務の位置付け

DDA三条二項は、使用者が障害者との関係において負う合理的な調整を講じる義務 (duty to make reasonable adjustments)⁽⁸⁾ を履行しなかった場合、当該障害者を差別したものとする。DDAは、他に障害を理由とする直接差別 (direct discrimination)⁽⁹⁾ および障害に関連する事由に基づく (for a reason which relates to the disabled person's disability)⁽¹⁰⁾ 差別を禁止の対象としており、これら複数の差別概念を組み合わせて障害者の機会均等の実現を図っている。これらはすべて異なる差別概念であるが、使用者が障害に関連する事由に基づく差別を正当化しようとする場合、同時に調整義務を負う場合にはこれが履行済みであることが前提とされており (DDA三条六項)、調整義務の概念はDDAの差別禁止枠組みにおいて複数の差別概念に関連する中核的な位置を占めている。

調整義務について、DDA四A条一項は、(a)使用者によってあるいは使用者のために適用される規定 (provision)」、基準 (criterion) または取扱い (practice)」、もしくは(b)使用者が占有している建物の物理的な特徴 (physical feature) が、当該障害者に対して障害者でない者と比較して実質的な (substantial) 不利益を与えている場合、使用者は、当該事件のあらゆる状況において規定、基準または取扱い、および特徴がこの効果を有することを防ぐために講じることが合理的である措置を講じる義務を負うことを規定する。条文の前半部分は調整義務の発生要件、後半部分は発生した調整義務に基づいて講じられる調整措置の合理性の要件について規定している。本稿が検討課題とする使用者が講じるべき調整措置の範囲および限度の問題は、主に後者の要件の解釈に関連するため、ここでは以降の議論を進めるために必要な限りで、前者の要件を概観することにした。

2 調整義務の発生要件

DDA四条一項に規定される調整義務の発生要件は、①障害者が、②非障害者と比較して実質的な不利益を受けしており、③この不利益が使用者による「規定、基準または取扱い」や「物理的な特徴」から生じている場合、という要件に細分類することができる。各要件の内容は、後述する調整措置の合理性の問題と同様に、審判所・裁判所の判断のほか、法律ではないがこれらの判断に影響力を有する、⁽¹⁾障害者人権委員会 (Disability Rights Commission) によって作成された雇用および職業に関する行為準則 (Code of Practice: Employment and Occupation) 以下「行為準則」という) によって具体化されているため、これらを併せて分析の対象とする必要がある。

まず、調整措置の適用を受ける障害者の意味について、DDA一条は、通常の日常生活を行う能力に対して、実質的かつ長期的に悪影響を及ぼす身体的あるいは精神的な損傷を障害と定義し、これを有する者を障害者と規定す

る。この障害の概念は、身体障害をはじめ、知的障害や精神障害も含む概念であり、過去に障害を有していたことを理由とする差別も禁止の対象となる（DDA二条）。障害概念を構成する各要件の解釈については、二〇〇三年の改正以前のDDAを基礎としているが、「障害の定義に関連する問題の判断にあたって考慮すべき事項に関する指針（Guidance on matters to be taken into determining questions relating to the definition of disability）」が判断基準を提供している⁽¹²⁾ほか、審判例・裁判例において展開が見られる。

次にこの障害者が被る不利益は、「実質的な」ものである必要がある。この文言について行為準則五・一は、不利益が実際に発生している必要があるものの、程度についてはそれが重要性の低いあるいはささいなものでないこと（minor or trivial）を証明すれば足りることを意味すると規定しており、不利益の程度が非常に重大であることまでは要求していない。この不利益は、当然障害者の障害に関連して発生したものである必要があるが、使用者にこの因果関係を積極的に否定する責任が課されており、⁽¹³⁾障害者側の立証責任は重くない。

そしてこの不利益の原因が、「規定、基準または取扱い」および「物理的な特徴」にあることを証明することに「規定、基準または取扱い」には、採用条件や昇進対象者を決定するための試験の実施方法や解雇要件など、障害者の処遇に影響を与える様々な契約や労働条件などの取り決め（arrangements）が（行為準則五・八）、「物理的な特徴」には、一時的か永続的かを問わず、建物を構成するデザインや構造などのあらゆる物理的な要素が含まれる（DDA一八D条二項、行為準則五・九）。行為準則は前者の具体例として、貧血症による痛みと疲労のために長時間労働が困難な女性に対するフルタイム勤務要件や、移動する能力に障害のある女性に対する上級管理者のみに職場近くの駐車場の利用を認める取り決めを、後者の具体例として、聴覚障害者に対するオープンプランの職場や、視覚障害者に対する通路に設置された透明なガラスのドアをあげている。

これらの要件を満たした場合に調整義務が発生するが、使用者は当該人物が障害者であることを知らず、知るところを合理的にみて期待できなかった場合には調整義務を免れる（DDA四A条三項⁽¹⁴⁾）。そのため障害者が確実に調整措置を受けようとするれば、自身が障害者であるという事実を使用者に予め通知することが必要になる。

3 調整措置の具体例

調整義務を負う使用者は、当該障害者が被る不利益を除去するために必要とされる合理的な調整措置を講じない限り、差別を行ったものと判断される。DDA一八B条二項は、使用者の調整措置の実施に指針を与えることを目的の一つとして、次のような調整措置の例を規定している。

- (a) 施設に調整を行うこと
- (b) 障害者の職務の一部を他の従業員に配分すること
- (c) 空きポストに障害者を異動すること
- (d) 障害者の勤務あるいは教育訓練の時間を変更すること
- (e) 障害者を他の職場あるいは教育訓練の場所へ配置すること
- (f) リハビリテーションや検査あるいは治療のために勤務や教育訓練を離れることを認めること
- (g) 障害者を教育訓練するあるいは障害者やその他の者に助言を与えること、これらを受けることができるように調整すること
- (h) 施設を整え、調整すること
- (i) 指導マニュアル、手引き書を修正すること

- (j) 試験や評価の手続きを修正すること
 - (k) 朗読者または手話通訳者を配置すること
- (1) 監督者、その他の補助を配置すること
- 行為準則五・一八以下は、これらの各項目ごとに具体例を示して説明を加えたい、次の具体例を追加的に規定する。

- ・ どのような合理的な調整が必要とされているか適切な調査を行うこと
- ・ フレキシブルな労働を認めること
- ・ 障害休暇の取得を認めること
- ・ 障害者雇用を援助する制度を利用すること
- ・ 障害者を援助するための補助労働者を雇うこと
- ・ 規律・苦情手続を修正すること
- ・ 剩員解雇対象者の選出基準を調整すること
- ・ 業績に基づく (performance-related) 賃金支払い制度を修正すること

これらは例示列挙であり、これら以外の調整措置やこれらを組み合わせた調整措置が合理的であると判断される場合もある（行為準則五・一八）。DDAの「障害」は広がりのある概念であり、障害を理由とする差別は多様な問題状況を含む。調整義務の程度も、障害者が被用者かあるいは採用応募予定者か、現在の被用者か以前勤めていた者かなど、当該障害者を取りまく事実関係に依存するため（行為準則五・一六）、調整義務を負う使用者は、障害者が一般に必要とすると予想される措置を講じてもこの義務の不履行を免れず、当事者である障害者にとって何が合理

的な調整措置であるかを事案ごとに検討することを要請されることになる。この合理性の要件をどのように解するかが、調整措置の範囲を画定する意味を持つといえよう。

三 調整措置の合理性

1 合理性の判断要素

調整義務は使用者の義務であり、使用者はこれにかかる費用を障害者に請求することはできないし（行為準則五・三九）、講じるべき具体的な調整措置を障害者が主張していなくても調整義務を免れない。⁽¹⁶⁾ 逆に障害者が、講じるべき具体的な調整措置を主張した場合には、使用者はこれが不利益を減少させる合理的な措置であるかを検討しなければならぬ（行為準則五・二四）。使用者が、調整措置の合理性を判断するときに特に検討すべき事項として、DDA一八B条一項は次の七項目を規定する。

- (a) 措置が問題となっている不利な効果を防ぐ程度
 - (b) 使用者が当該措置を実施可能な程度
 - (c) 措置の実施が使用者に与える財政その他の負担および使用者の活動を阻害する程度
 - (d) 使用者の財産その他の財源の規模
 - (e) 措置の実施に関して使用者が利用できる財政その他の援助
 - (f) 使用者の企業活動の性質および企業の規模
 - (g) 調整措置が個人の家屋に対して行われる場合、家屋を損壊する程度、その居住者に対して迷惑をかける程度
- 行為準則は、これらの各項目ごとに具体的な検討例を指摘するほか、同五・四二において、状況に応じて考慮す

べき要素として調整措置が他の被用者に及ぼす影響、他の障害者に対して講じられた調整措置、調整措置に対して障害者が協力的である程度を規定する。

DDA一八B条一項に列挙された事項は、特に検討すべき事項として規定されているものの、列挙されていない事項との判断要素としての優劣関係を規定する条文はDDAに存在しない。同様に、列挙された事項相互間の優劣関係を規定するものも無いため、DDAを見る限り、これらの要素は調整措置の合理性の判断における例示的な判断要素であり、当該事件の事実関係を総合判断して検討が行われているといえる。

もつとも合理性の検討指針を規定する行為準則五・二七に、判断要素としての性質に応じた重要性の違いを示唆する記述が見られる。すなわち行為準則五・二七は、合理性の判断にあたり、第一に調整措置の有効性と実行可能性が検討されるべきであり、これらが認められた場合に、当該調整措置にかかる費用やそれを講じるために利用可能な財源などの金銭的側面が全体的に検討され、同時に行為準則が規定するその他の判断要素も考慮に入れるべきものと規定する。右に記述したDDA一八B条一項の検討要素には、障害者の障害を軽減させる程度に関連する(a)と、調整措置にかかる費用や企業の財政規模などの主に使用者側の経済的事情に関連するその他の(b)～(f)が含まれているが、これによれば、後者の経済的要素に関する条項は前者よりも二次的な判断要素として位置付けられていると評価できよう。

2 合理性の判断枠組み

(1) 使用者が負う負担の評価

DDA一八B条一項に列挙された判断要素やこれを補足する行為準則が、調整措置の効率性と使用者側の負担の

比較を合理性検討の基礎に置くように、調整措置の合理性の判断における基本的な判断要素の一つは、調整措置を講じることにより使用者が被る負担の程度である。一般に差別禁止法においては、経済的負担の増大を理由とする差別の正当化は否定的に理解されているが、これらとは対照的に障害者に対する不利益を使用者の経済状態を理由に合理化できる枠組みを明確に採用したことは、DDAに特徴的である。調整義務の不履行を理由とする差別の概念は、調整措置の実施主体の財政状態によって変化する相対的な概念として位置付けられているといえよう。

調整措置の実施にあたり使用者が負うべき人的・物的な負担の限度について検討するときに考慮すべき要素として、行為準則が使用者の財産その他の資源の規模を規定していることは前述のとおりである。行為準則五・三六も、財政的基盤が小さいことを理由に調整義務が免除されることを否定しつつ、財政的基盤が充実している使用者ほど調整措置に多くの費用をかけることが合理的であることを規定する。

だが他方で、被用者の経験と専門性が使用者に対して有する価値も負担の限度を決定する際に考慮すべき要素として指摘されている（行為準則五・三三）。その具体例として、使用者によって当該個人に対して投下された教育訓練などの資源の量、被用者の勤続期間、被用者の技術および知識のレベル、被用者の顧客との関係の質、被用者の賃金水準が規定され（行為準則五・三三）、項を分けて当該被用者がその後長期的に勤務する予定であるかという判断要素が掲げられている（行為準則五・三四）。DDAが結果の平等を目指す法律ではない以上、職業能力や勤続状況などの要素も考慮に入れる必要があらうが、DDAはこれを調整義務の発生要件ではなく、使用者が負うべき負担の軽重を判断するバランス判断の要素として位置付けている。DDAの枠組みは、不利益を被るあらゆる障害者に調整措置を講じられる可能性を認め、諸事実を証明して調整措置が合理的であることを立証する責任を使用者に負わせるものといえる。

右のバランス判断の観点からすれば、使用者にほとんど負担がかからない調整措置については、障害者の人的要素を厳密に検討することなく合理性が広く認められることになろう。行為準則五・三九は、障害者が自前の障害補助器具を職場に持ち込むことを許可することは、これの実施に特別な投資が不要である点で合理的な調整措置であることを指摘している。

また、外部から補助金やボランティアの派遣などの援助を受けることができる場合にも、使用者のコスト負担の主張は説得力を欠くことになる。この点につき行為準則が活用すべきことを指摘している制度として、職業アクセス制度 (Access to Work) がある。この制度は、行政が使用者に対して建物や設備、就業環境の整備のために必要な費用を一定額補助したり、障害者が就業などに必要な手話通訳者や労働者などの介助者を利用する際に補助を提示したりするなど、労使に対する様々な行政援助を設けている。⁽¹⁸⁾ 調整義務は使用者に負担を要請する概念であるため、この導入時に職業アクセス制度が負っていた負担は使用者に転嫁されたとして同制度の存在意義が問われたが、イギリスはこれらを両立させることを選択した。調整義務との関係において見た場合、使用者の負担を軽減するこの制度は、障害者が受けられる調整措置の範囲を広げることはもちろん、調整義務の不履行を理由とする差別の概念の相対性を緩和し、障害者間の公平を担保する役割も担っているといえよう。

(2) 契約内容と調整措置の範囲

調整措置が不利益を除去する程度については、これが高ければ高いほど合理的であることはいうまでもない。だが障害者を優遇する程度を高めることが、特定のグループに対する保護は均等待遇の実現と一般に相容れないという差別禁止法の基本理解から逸脱する程度を高めるのは確かであるし、障害者と契約を通じて権利義務関係を構成する使用者に、この合意の内容を超える調整措置の実施を義務付けることが法的に可能であるかは議論のあるところ

ろであろう。非障害者の雇用には存在しないリスクをどこまで義務的に負担させることができるか、という前述の実際のな限界に関する議論とは別の観点から、当該障害者と使用者との関係に依拠して使用者が義務付けられる調整措置の範囲について法的限界が存在するかが議論されてきた。

この点について、義務付けられる調整措置の範囲が業務に関連する (job-related) ものに限定されると理解した *Kenny v Hampshire Constabulary*⁽²⁰⁾ がある。脳性小児麻痺のために排尿時に介助者が必要な障害者にこれを配置しなかったことが調整義務の不履行に該当するかが争われたこの事件において、雇用上訴審判所 (Employment Appeal Tribunal) は、障害者が用意した介助者の利用を援助することは調整措置に該当すると判断する一方で、排尿という業務と関連しない事項について介助者が必要であることは個人的な必要性にすぎないと指摘して義務の不履行を否定した⁽²¹⁾。もともとこの審判例が根拠とした旧 DDA の条文の文言は改正法において削除されており、今日同様の論理が採用可能かは検討の余地がある。

この争点に関する裁判所の立場を明確にした *Archibald v Fife Council* 貴族院 (House of Lords) 判決は⁽²³⁾、調整措置の範囲を比較的広く理解し、いくつかの注目すべき判断をしている。この事件は、手術の後遺症で歩行困難になったために現在の仕事である道路清掃を行うことができずに解雇された者が、調整義務の不履行を理由とする差別を訴えた事件である。この事件の申立人が勤務していた清掃業は最低のグレードに格付けられており、グレードの上昇を意味するその他の職への配転については、公務員の能力主義制度 (merit system) に基づいて面接試験に合格することが義務付けられていた。被申立人は申立人に対して三ヶ月程度教育訓練を行ったが申立人は面接に合格することができなかったため、申立人が競争面接を免除するなどの調整措置を被申立人に要求していた。

この事実において民事上級裁判所 (Court of Session) は、当該雇用の業務遂行において障害者が不利益を被り、

この不利益を減少させることができる場合に使用者は調整義務を負うとしたうえで、歩行困難な申立人が歩行が必要な清掃業務において被る不利益を減少させる調整措置は存在せず、当該雇用の性質を本質的に変化させる他の雇用への異動は契約の範囲を超える過剰な優遇措置であることを理由に、調整義務の発生を否定した⁽²⁴⁾。この調整措置の範囲に関する議論は、「合理的な便宜を講じたとしても、当該職務の本質的な機能 (essential functions) を遂行することができない者に対しては」このような義務を負わないものとするEC指令の立場と基本的に共通するものである⁽²⁵⁾。

これに対し貴族院は、DDAにおける差別概念の解釈について次のような基本的視点を提示して、これと異なる立場を採用した。

「DDAは性差別禁止法 (Sex Discrimination Act) や人種関係法 (Race Relations Act) とは異なり、障害者を援助する措置を講じることを要求するが、障害者でない者に対してそのような措置を講じることを要求しない。DDAは、障害者と障害者でない者との間の取扱いの差異を根拠のないものとはみておらず、逆に同様に取扱うことを期待していない。調整義務は、障害に起因する不利な影響を除くために障害者を有利に扱うことを使用者に要求する義務であり、必然的に積極的差別 (positive discrimination) の基準を伴う。」

この判示部分は、DDAは他の差別禁止法とは異なる解釈基準の下にあり、同法においては障害者を優遇する積極的差別が均等待遇達成のための基本理念となることを指摘したものと見える。貴族院はこの論理を利用することで、差別の有無を判定するために利用される比較対象者の決定方法について民事上級裁判所とは異なる考え方を導き、調整義務の範囲を同裁判所よりも広く判示した。すなわち民事上級裁判所の判断は、比較対象者との間に存在する格差を是正することを調整義務の役割としたうえで、この比較対象者は、能力を含めて「似た者同士」(26)

with like) である必要はないが、⁽²⁶⁾ 少なくとも雇用契約の本質が共通する者であることは必要であり、この比較対象者を超えて優遇する調整措置を義務的ではない過剰な優遇と理解するものであった。しかし貴族院は、比較対象者との格差を是正するという視点は引き継ぐものの、右の観点からDDAには比較対象者を限定する条文がないことをふまえて、調整義務における比較対象者は被差別者との雇用契約の本質が共通することも必要とされないより緩やかな概念であって、契約の範囲外の職への配転や、競争面接試験の免除、現在よりもやや上級の職への配転などの措置もこの緩やかな比較対象者との格差を是正するために法的に要請されている措置であると判断した。貴族院の論理は、合理性の要件という限定を付けるものの、これに反しない限り、使用者に想定しうるあらゆる調整措置を要求するものであり、EC指令の基本理解に止まらない役割を調整義務に求めているといえよう。

この論理は、他面では、調整措置を講じても十分に職務を遂行できないことを理由に調整措置を講じなかった場合に差別の成立を認めるか否かの理解にも関連すると思われる。他の差別禁止法で行われている同程度の職業能力を有する者同士の比較を放棄したことは、障害者の職業能力が非障害者よりも劣ったとしても差別が成立しうること、すなわち調整措置によって十分に職務をこなせる程度まで職業能力を補正することができなくても、使用者はこれの実行を要請されることを意味することになる。調整措置の合理性判断における障害者の職業能力に関する要素も、行為準則において使用者の財政状態との関係でその重要性を増減させるものとされており、業務遂行可能性の判断要素としての重要性はその分薄められている。同様の視点は、事故で障害を負ったために現職である事務員で働くことが今後不可能であるという診断がなされたことを主たる理由として調整措置を考慮せずに退職させた⁽²⁷⁾ことが、調整義務の不履行を理由とする差別に該当するかが争われたFu v London Borough of Camdenにも見られる。この事件は、右の貴族院判決よりも前の事件であるが、雇用上訴審判所は、就労が困難であり、障害が回

復する見込みもないとの医師の診断があっても、使用者は障害者が要求している調整措置やその他の調整措置によって、障害によって生じる仕事への不利益をどの程度軽減し、極小化することができるかを検討する必要があるとし、従前の職業能力を回復することを必ずしも重視しない判断をしている。

(3) 調整措置の実施手続

障害者の存在を知らない使用者は調整義務を負わないが、知ることを合理的にみて期待される場合にはこれを負うため、差別を回避しようとすれば障害者の存在を把握する何らかの対応が必要とされることになる。そして調整措置が必要な障害者の存在を知った使用者は、合理的な調整措置を検討することになるが、これを十全に行うためには予め当該障害者に関する情報を得る必要がある。右に論じた二つの判断要素は、使用者と障害者の状態をふまえて実体面から調整措置の合理性を論じるものであったが、手続面からアプローチする方法も行為準則や審判例において展開されている。

障害者の存在を把握するための手続きについては、すべての従業員に障害の有無とそれによって被る不利益の内容容について詳細な調査を行うような一般的な調査義務までは使用者に課されていない。⁽²⁸⁾ 障害を理由とする差別を恐れる障害者に障害の内容を詳細に説明させることは酷であり、使用者に対しても労働者に障害の有無やそれによる不利益の有無を詳細に問う義務を課すことは現実的でないことが審判所によって指摘されている。

もっとも行為準則五・一二は、このような一般的な調査義務を肯定しないまでも、合理的にみて知ることを期待できないというためには、使用者は障害者であるかを判断するために合理的に期待されるすべての対応を行わなければならないものとする。その具体例として、問題を起したことを理由に処分を行う際にこれが障害によって生じたのかを説明する機会を設けたり、障害やそれによる不利益の存在を定期的に使用者に伝えることができる制度

を構築したりすることを指摘している。また、職場の管理者や職業健康アドバイザー (occupational health adviser) が障害の事実を知ったときは使用者は調整義務を免れず、これらの者からその情報を入手する制度を構築すべきことも指摘する (行為準則五・一五)。この議論は調整義務の発生要件に関するものであるが、これにより使用者が得る認識の程度が合理性の判断要素となるため (行為準則五・六)、結果的に合理性の判断にも影響を与えると考えられる。

障害者の存在を認識している場合については、Mid Staffordshire General Hospitals NHS Trust v Cambridge⁽²⁹⁾において、調整措置を講じる際に調査すべき事項として、(a)当該人物の健康状態および経過予想、(b)障害が当該人物に与える影響、(c)障害が当該人物の職務上の義務を遂行する能力に与える影響、(d)職場の物理的特徴が当該人物および当該人物の職務上の義務を遂行する能力に与える影響、(e)当該人物が被る不利益を減少あるいは除去しようとする措置があげられている。雇用上訴審判所は、いかなる調整措置が必要とされているかについて適切な調査を行うことは、合理的な調整措置を講じる不可欠の前提であり、この調査を行わなかったことを義務違反としないことは調整義務の不履行を理由とする差別を機能不全にすることを意味すると指摘して、これを調整義務の必要的部分を構成すると判断している。

3 安全衛生に関する事案における合理性判断

障害者が被る不利益の性質が安全衛生に関わる場合、同時に職場における安全衛生の確保に関する法律である職場安全衛生法 (Health and Safety at Work Act 1974) の適用を受ける。同法は、使用者に合理的にみて実行可能な範囲で (as far as reasonably practicable)、労働者が被る危険を減少させるための対応をする義務を課しており、障

害者を雇用する使用者は同法によっても対応措置を講じることが義務付けられることになる。同法は、基本的に民事責任を基礎付けない刑事法規としての性質を有しているが（四七条）、同法の「合理的にみて」は危険を減少させるためのコストと生じる危険の比較に基づいて判断されており、調整義務の合理性の判断と類似する判断枠組みを採用していることから⁽³⁰⁾、これが要求する対応措置の実質は、調整義務が要請するそれと事実上重複するといえよう。

行為準則五・二六もDDAの調整措置の合理性判断にあたり、職場安全衛生法上の措置を講じる際に利用される職場安全衛生管理規則（Management of Health and Safety at Work Regulations 1999）三条に規定されるリスクアセスメントを利用すべきものとしている。安全衛生庁（Health and Safety Executive）が作成した「五段階法によるリスクアセスメントの実施（Five steps to risk assessment）」によれば、このリスクアセスメントは、①危害を発生させる原因を探し出す、②誰がどのようにして危害を受けるおそれがあるかを検討する、③リスクを評価し、今ある防止対策が適切であるか、さらに対策が必要かどうかを検討する、④調査結果を記録する、⑤アセスメントを見直し、必要に応じてアセスメントを修正する、という五段階の判断手順によって実施される。この指針はさらに判断手順②において特別なリスクがある者として若年労働者や妊産婦と並んで障害者をあげ、安全の確保について特別な注意を行うべきことを規定している。

もともと職場安全衛生法における対応措置の合理性判断においては、使用者の財政的狀態を合理性を肯定する要素として利用することについてDDAとは逆に慎重な態度が採用されており⁽³¹⁾、同法の合理性はDDAのそれよりも厳格に解されていると評価されている⁽³²⁾。具体的な相違についてはより詳細な検討が必要であるが、この評価に従えば、障害者が被る不利益の内容が安全衛生に関わる場合には、使用者はその他の場合よりも事実上高い水準の調整

措置を講じることが必要となると考えられる。

四 むすびにかえて

調整義務の概念は、これの不履行が差別として位置付けられ、日本では主に行政が担っている障害者雇用の福祉的要素の一部を使用者が担うなど、日本の現行制度の枠組みと一致しない点も少なくない。とはいえ、これの背景にある均等待遇原則は日本でも共有されており、平行して福祉行政を実施することで効率性を増す概念である点からすると、直接的にイギリスの議論を援用することは困難であるにせよ、この概念が使用者に求める就労環境の確保に対する考え方は、日本に対しても示唆的な部分が少なくないと考えられる。

例えばこの概念が、障害を理由とする差別における片面性と積極的差別的解釈を認めつつ、調整措置を均等待遇原則に基礎付けている点は注目されよう。この枠組みは、本稿の冒頭に示した障害者差別の特殊性に対するイギリスの解答であり、日本の法的枠組みの下でも他の差別理由における均等待遇を検討する場合は異なる解釈方法を採用しうる余地を示唆するものといえる。本稿は主にイギリスの議論について検討したが、障害者差別について他の差別とは異なる法的枠組みを認めることは、他の国々にも見られる共通認識になりつつある。⁽³³⁾

また、調整義務が障害者の能力的不利を使用者が一定限度で許容することを前提として構成されている概念であることも新たな視点を提供しよう。日本には、雇用契約締結後に私傷病を負った事件ではあるが、障害を負って現在の業務を遂行できなくなった労働者に対して、当該労働者が雇用契約の債務の本旨を履行することが可能な限り⁽³⁴⁾で、使用者は配転や業務内容変更などの措置を講じるべきものとする判例があり、債務の本旨の履行可能性が使用者の対応範囲を決定する判断基準の一つとされている。この判断枠組みは、使用者の財政的状态や障害者雇用に必

要な設備の調整や職場介助者の配置について各種助成金が用意されている現状において、均等待遇原則による修正を受けうるのか、調整義務の役割を位置付ける点で検討の余地があらう。

もちろん以上の検討からは、調整義務の概念が有する課題についても指摘できると思われる。

調整措置が一般的な均等待遇原則から逸脱するものである以上、このような「例外」を認める対象範囲を画定する必要が生じる可能性がある。本稿では議論を避けたが、調整義務の発生要件である障害概念についても争いがあり、誰に対して調整措置を講じる義務を負うかは必ずしも明らかではない。行為準則五・七が、調整義務の不履行を理由とする差別を回避するためには、法定の障害者の要件を厳密に検討するのではなく、各被用者や応募者の必要性に合致する対応を心掛けることが必要であることを指摘しているように、截然と区別されていない障害者と非障害者とを連続的に把握する枠組みもありうることも検討の視野に入れる必要があるらう。

また、調整措置の合理性は最終的に裁判所などで判断される複雑な課題であり、講じるべき調整措置の内容を使用者が予見することは必ずしも容易ではない。多様な要素が総合判断され、使用者の状態に影響を受ける相対的な概念である以上、ある程度の内容の不明確さは不可避であるが、無用な不明確さは障害者雇用に対する萎縮的効果や制度の実効性の低下を招く可能性があるらう。この点についてイギリスは、行為準則や審判例・裁判例において調整措置の具体例や判断指針を提示するほか、主に審判例において調整措置の内容を検討するための手続を明確化する対応をとっている。類する対応は、日本において障害者の就労環境の確保に関するコンセンサスの成立を促すことにならうし、特に後者は前者よりも内容を一般化しやすい点で注目される。

そしてより根本的には、調整義務の法的根拠をどこに求めるかが課題とならう。調整義務もDDAの制定によってもたらされた概念であり、これ以前の使用者は、黙示的条項 (implied terms) や前述した安全衛生に関する制定

法などによって限定的に対応を迫られるにすぎなかった。千葉県条例案のように立法的な対応がとられることが望ましいことは言うまでもないが、調整義務の概念が示唆する均等待遇原則あるいは配慮義務を基礎付ける信義則などからこのような義務を導くことが可能であるか、検討が必要であろう。⁽³⁵⁾

- (1) 「障害者」という用語は差別的なイメージを有するとして、「障がい者」や「チャレンジド」などの他の用語を利用すべきとの議論があるが、本稿では紙幅の関係上この議論をひとまず措き、社会的コンセンサスを得られている「障害者」の用語を便宜上使用することにした。
- (2) 現在一・八%の法定雇用率を課されている一般の民間企業の実雇用率は、昭和五二年六月の時点で一・〇九%であったのに対し、平成一六年六月時点の実雇用率は一・四六%まで上昇している（厚生労働省「身体障害者および知的障害者の雇用状況について」）。
- (3) 例えばサン・グループ事件（大津地判平一五・三・二四判時一八三二号三頁）。
- (4) 例えば知的障害者に対する使用者の安全配慮義務が争われた事件として、小西縫製工業事件（大阪高判昭五八・一〇・一四判四一九号二八頁）、Aサプライ（知的障害者死亡事故）事件（東京地裁八王子支判平一五・一二・一〇判八七〇号五〇頁）。
- (5) *Ridout v T C Group* [1998] IRLR 628 EAT.
- (6) 要綱案の詳細について、同時に提出された報告書である「障害者差別をなくすための研究会最終報告―障害のある人に対する理解を広げ、差別をなくすために―」（二〇〇五年）。
- (7) DDAの成立過程や全体構造については、Brian Doyle, *Enabling Legislation or Disabling Law? The Disability Discrimination Act 1995*, 60 *Modern Law Review* 64 (1997), Malcolm Sargeant (ed), *Discrimination Law* 130-162 (2004), Aileen McColgan, *Discrimination Law* 559-629 (2005)、邦語文献としては、鈴木隆「イギリス一九九五年障

害者差別禁止法の実効性―雇用を中心として(一)』島大法学第四六卷第二号一頁(二〇〇二年)、『同論文(二)』島大法学四六卷三号五九頁(二〇〇二年)、『同論文(三・完)』島大法学四六卷四号一六一頁(二〇〇二年)、日本弁護士連合会人権擁護委員会編『障害のある人の人権と差別禁止法』五三頁以下(明石書店、二〇〇二年)など。

(8) DDA三A条五項「障害者の障害に基づいて、当該障害者を、能力を含む関連する状態が当該障害者のそれと同一あるいは実質的に異ならないその特定の障害を有さない者を取扱うあるいは取扱うであろうよりも不利益に取り扱った場合、当該障害者を直接的に差別したものとす。」

(9) DDA三A条一項「(a)障害者の障害に関連する理由によって、当該障害者をこの理由が適用されないあるいは適用されないであろう者を取扱うあるいは取扱うであろうよりも不利に取扱う場合であり、かつ(b)当該取扱いを正当化することができない場合。」後述する行為準則は、「この差別概念を「障害に関連する差別(disability-related discrimination)」と名称付けている。

(10) 他に、補足的に報復的差別(victimisation、DDA五五条)の禁止を規定する。

(11) Ridout v T C Group, supra note 5.

(12) DDAは、二〇〇三年障害者差別禁止法(改正)規則(The Disability Discrimination Act 1995 (Amendment) Regulations 2003)によって、雇用および職業における平等取扱いの一般的な枠組みの構築に関するEC指令(Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation、以下「枠組み指令」という)の内容に合致するよう改正された。調整義務もこの改正によっていくつかの修正を受けているが、基本的な枠組みや判断要素の解釈については改正前後で共通する部分も多い。改正前の調整義務の構成要件に関する裁判例および改正による変化の意味については、長谷川聡「障害者雇用における使用者の調整義務―一九九五年イギリス障害者差別禁止法の観点から―」中央大学大学院研究年報三三三五頁(二〇〇四年)。

(13) Edwards v Mid Suffolk District Council [2001] IRLR 69 EAT.

- (14) 逆に調整義務を負っていることを認識していなくても、合理的な調整措置と評価される対応を事実上講じていれば、調整義務の不履行を免れる (British Gas Services Ltd v McCaull [2001] IRLR 60 EAT)。
- (15) Morse v Wiltshire County Council [1998] IRLR 352 EAT.
- (16) Cosgrove v Caesar & Howie [2001] IRLR 653 EAT.
- (17) 例えは、性を理由とする賃金差別の正当化にすぎず Clay Cross (Quarry Services) v Fletcher ([1978] IRLR 361 CA)、性を理由とする間接差別の正当性の抗弁にすぎず Cross and others v British Airways plc ([2005] IRLR 423 EAT)。
- (18) この制度およびその他の就労支援の概要について、日本障害者雇用促進協会障害者職業総合センター『諸外国における障害者雇用対策』(二〇〇一年)六五頁以下。
- (19) Brian Doyle, Disabled Workers' Rights, the Disability Discrimination Act and the UN Standard Rules, 25 Industrial Law Journal 1, 7 (1996).
- (20) [1999] IRLR 76 EAT.
- (21) 排尿は生命活動に不可欠であることから、この判断に対する批判も強い (Michael Rubenstein [1999] IRLR 75)。
- (22) 審判所は、調整義務の発生要件である「取り決め」の意味について、旧DDA六条二項が、この要件の範囲を同条に規定するもの「のみ (only)」とする限定的な表現を用いていたことを根拠としていた。現行法は、この文言を削除し、旧法よりも適用範囲を拡大する傾向にある (前掲註二三、長谷川六五頁)。
- (23) [2004] IRLR 651 HL. 同判決について、長谷川聡「障害者に対する使用者の「調整義務」の範囲」労働法律旬報 一五八七号一二頁(二〇〇五年)。
- (24) [2004] IRLR 197 CS.
- (25) Explanatory Memorandum, Sections 5, COM(1999) 0565 final. 枠組み指令においては、前文第一七に同様の記述

が見られる。この規定の問題性および枠組み指令のDDAに対する影響については、Katie Wells, *The Impact of the Framework Employment Directive on UK Disability Discrimination Law*, 32 *Industrial Law Journal* 253 (2003)。

(26) 例えは性差別禁止法五条三項は、人種や性などの差別理由を除く (but for) 取扱いの決定に関連した申立人のすべての特徴を有する者との比較を要求する (Pearce v Governing Body of Mayfield Secondary School [2003] IRLR 512 HL)。障害に関連する理由に基づく差別においては、このような比較対象者の決定基準を利用しなことがすでに明らかであった (Clark v TDG Ltd (t/a Novacold) [1999] IRLR 318 CA)。

(27) [2001] IRLR 186 EAT.

(28) Ridout v T C Group, supra note 5.

(29) [2003] IRLR 566 EAT.

(30) Edwards v National Coal Board [1949] 1 All ER 743.

(31) Guide to the Health and Safety at Work Act, Health and Safety series booklet HS (R) 6 (HMISO).

(32) Jackie Davies and William Davies, *Reconciling Risk and the Employment of Disabled Persons in a Reformed Welfare State*, 29 *Industrial Law Journal* 347, 359 (2000).

(33) 例えは前述したECの枠組み指令のほか、障害を持つアメリカ人法 (Americans with Disabilities Act) 'ILO - 五九号「障害者の職業リハビリテーション及び雇用に関する条約」四条など。

(34) 最一小判平一〇・四・九労判七三六号一五号。

(35) 例えは障害をもつアメリカ人法の観点から、憲法一四条一項の平等原則に基づく障害者に対する便宜の義務づけを指摘する論考として、植木淳「障害のある人の憲法上の権利についての一考察——障害をもつアメリカ人に関する法律 (ADA)」における「反差別 (anti-discrimination)」と「便宜 (reasonable accommodation)」を素材として——北

九州大学法政論集第三二巻第二・三・四合併号四三頁、七七頁 (二〇〇四年)

THE CHUO-GAKUIN UNIVERSITY REVIEW OF FACULTY OF LAW

Vol. 19

June 2006

No. 1·2

CONTENTS

ARTICLES

- Theorie vom actio libera in causa*Masako YAMAMOTO*
- Transfiguration of the Nation State and the Civil Society and
the Idea of the Public-the Private
—In the face of the Empire of Capital—*Tadashi DOBASHI*
- Construction of the East Asia Economy Zone and
a Design of a Local Community.....*ZANG shi jun*
- Range of Employer's Duty to Make Reasonable Adjustments to
Working Condition of a Person with a Disability*Satoshi HASEGAWA*

MATERIAL

- Eine Untersuchung zur Herausgabe der Dissertation "Die industrielle
Entwicklung Polens" von Rosa Luxemburg*Masaru KOBA YASHI*
und deren originellen Literaturquellen (2)*Barbara SKIRMUNT*
-

THE FACULTY OF LAW
CHUO-GAKUIN UNIVERSITY
ABIKO, CHIBA, JAPAN