

タイトル	<論説>障害者に対する雇用上の「便宜的措置義務」とその制約法理：アメリカ・カナダの比較研究(一)
著者	中川，純
引用	北海学園大学法学研究，39(2)：185-238
発行日	2003-09-30

# 障害者に対する雇用上の「便宜的措置義務」とその制約法理—— アメリカ・カナダの比較研究(一)

中 川 純

## 第一章 はじめに

歴史は、時と洋の東西とを問わず、障害者が社会の中で過酷な状況におかれてきたことを示す。植民地時代のアメリカでは、身体および精神障害者の入植を禁じていたし、一九世紀にいたっても障害者はその多くが救貧院に収容されていた<sup>(1)</sup>。ドイツにおいても、ナチスは一九三九年から一九四五年にかけてのべ約一〇万人を、国家にとって無意味な存在として殺害したといわれている<sup>(2)</sup>。また、収容所の毒ガス実験室の実験台として障害者が用いられたともいわれている<sup>(3)</sup>。わが国においても、障害者を、家の恥として、裏庭の狭い納屋や蔵に隠していたことが広く知られている。現在においても、障害者は困難な状況におかれていることに変わりはない。障害者の社会参加の機会は著しく制限されている。最近わが国では、バリア・フリーという言葉が流行語になり、また交通バリア・フリー法<sup>(4)</sup>やハートビル法<sup>(5)</sup>

なども制定されているが、障害者にやさしい街づくりはその端緒についたにすぎず、各施設、交通機関などへのアクセスは未だ十分とはいえない。さらに、障害者と地域とのふれあいや社会活動への参加が重視される昨今においても、自立支援施設を街中につくることが許されず、山奥の施設に併設されていることが多い。障害者は未だ社会の裏庭に隠されているとするのは考えすぎであろうか。

社会参加のひとつである障害者の雇用への参加も非常に厳しい状況にある。<sup>6</sup>雇用の機会の欠如は、障害者に二重に重くのしかかる。第一に障害者の自己実現の機会を失わせ、第二に障害者を貧困に追い込む。障害者の貧困は、自らの生活を国家の社会保障制度に対する依存を余儀なくさせる。<sup>7</sup>就業能力を有する障害者に対する雇用の機会の少なさは、第一に障害者の就業能力に対する認識不足からもたらされていると考えられる。障害者のすべてが十分な就業能力（生産性）を有していないことが、ステレオタイプとして受け入れられ、障害者＝就業能力を持たない人という偏見を作り上げている。このような偏見や誤解が、障害者を包括的に就業能力のない人とみなす結果、個別の能力評価を許さない差別を生み出す。雇用機会が少ないことの理由と考えられる第二の要因として、職場における障害者の受け入れ体制の問題がある。就業能力があつたとしても、職場の施設、機器の使用が障害者に適していないと判断する場合、そして障害者に特別な労働条件を適用することが健常労働者との間に不均衡をもたらし、また不穏な空気を醸成することを危惧する場合、雇い入れを断念することもあろう。その他にも、障害者に対する安全、生活面への配慮なども、使用者にとって障害者を雇い入れる上での阻害要因となっている。このような問題の解決のためには、偏見の解消と障害者を受け入れる気持ちと諸策（寛容）が第一義的に問題となろう。

わが国においても、障害者雇用を促進するための法制度が存在し、いくつかの手段が講じられている。障害者雇用促進法は、第一に第二条六号において、「障害者に対して職業指導、職業訓練、職業紹介その他この法律に定める措置

を講じ、その職業生活における自立を図る」と定めている。具体的には、求職登録、職業評価、職業指導、職業訓練、職業準備訓練、職域開発援助事業、職業講習、職業紹介、職場適応指導、事業主に対する障害者の職場適応等に関する指導がそのサービスの内容とされている。これらは、公共職業安定所を中心として、特に職業指導や訓練に関しては障害者職業センター、障害者職業能力開発校、障害者雇用支援センターなどによって行われている。第二に、促進法は、障害者雇用率制度を設けており、事業主に対して、その雇用する労働者中に占める身体及び知的障害者の割合を一定率以上にすることを義務づけている。これらの二本柱体制の下で、公共職業安定所が、就職を希望する障害者と使用者の間に立ち、雇用機会の拡大、雇用の維持という役割を担っている<sup>(8)</sup>。しかし、現実問題として寛容の要請は事業主の理解と協力を拠る他がないというのが現状のようである<sup>(9)</sup>。また偏見の解消については、事業主に対する啓発活動等、わずかな機会をのぞいては、積極的に取り組まれているとはいえない<sup>(10)</sup>。

一方、アメリカやカナダにおいては、障害者に対する偏見や差別を許さない法制度を通じて、力づくで使用者を障害者とむかい合わせ、寛容を要請、養成している。ADAや人権法などの障害者差別を禁止する法は、障害者の障害を考慮せず、就業能力によって適格性を評価すること(偏見からの開放)、そして就業能力のある障害者が円滑に業務を遂行するために、必要に応じて職場の施設や機器や労働時間、労働環境を変更すること(障害者に対する職場の開放)、またその実現のために合理的なステップを踏み、最大限の努力をすること、を使用者に負わせる。後者、つまり就業能力のある障害者を雇用するためにその障害者の個別のニーズに対応しなければならない使用者の義務を「便宜的措置(便宜供与、措置、便宜)<sup>(11)</sup>義務——the duty of reasonable accommodation」という。便宜的措置義務は、障害者に対する実質的平等を保障するという観点から、使用者、労働組合、同僚労働者に対し金銭的、物理的、精神的配慮を要請する。障害者を健常者と同じスタートラインにつけるために、障害やそれに伴う不都合を考慮せず、むしろ

ろ彼らの雇用に際し生ずる問題を積極的に解決する義務を負わせる。しかし、使用者の便宜的措施義務は無限であるわけではない。そのような措置を講ずることが「過大な負担(過大な困難、不当な困難、重大な支障、過度な負担——undue hardship)」となる場合、そしてその程度および便宜的措施を講じないことが「合理的」である場合には、便宜的措施義務は免除される。これらは、便宜的措施義務を講ずることによって生ずる金銭的負担(使用者の企業規模に対応)、障害を有する労働者、同僚、第三者の安全性、労働組合における先任権の優越性、他の労働者のモラルの崩壊、当事者の手続き等により、多面的に決定される。<sup>(13)</sup> 便宜的措施の制約法理は、単に便宜的措施義務の限界点を示すだけでなく、障害者とそれを取り巻く社会それぞれの法的評価と両者の関係に関する理論構成を明らかにする。障害者の負担を増大させるのも、軽減するのも彼らを取り巻く環境の許容能力しだいであり、他の差別原因に比して負担の増減の程度に与える影響力は極めて大きいといわれている。<sup>(14)</sup> もしそれが正しく、便宜的措施義務の制約法理が障害者を取り巻く環境の許容能力の一つであるとすれば、その法理を明らかにすることは、その社会が有する障害者に対する寛容の程度を示すことの手がかりの一つとなろう。

本稿は、その大部分をカナダとアメリカにおける「便宜的措施義務」、特にその制約法理である「過大な負担」および「合理性」の紹介にあてる。第二章では、アメリカ、カナダにおける便宜的措施義務の沿革を紹介する。そもそも便宜的措施義務はアメリカにおいて宗教上の差別の緩和策として生じたものであること、またアメリカでは制定法上の義務であるのに対し、カナダでは差別禁止法の解釈によりもたらされていることなどを述べる。第三章では、アメリカのADA、カナダの人権法における、障害者に対する便宜的措施義務の法的構成について、特にその立証要件に関して説明する。第四章では、便宜的措施義務の制約法理の検討に入り、「過大な負担」および「合理性」の法理論構成に関する両国の相違について考える。

## 第二章 障害者に対する便宜的措置義務の沿革と法制度

便宜的措置義務は、アメリカにおいて宗教上の差別に関するEEOCのガイドラインに始まり、一九七八年にリハビリテーション法 (Rehabilitation Act of 1973) に組み入れられたことにより障害者に対して適用されることとなった。そして、一九九〇年、障害をもつアメリカ人法 (Americans with Disabilities Act of 1990、以下、ADA) が制定されたことにより、その適用範囲が大幅に広がった。アメリカにおいて便宜的措置義務は、差別の類型を問わず、制定法上の義務として存在している。一方、カナダにおいて便宜的措置義務は差別禁止法の解釈によってもたらされている。すべての法管轄において便宜的措置義務が認められているが、差別禁止法たる人権法に便宜的措置義務が規定されているのは、オンタリオ州とマニトバ州にすぎない。本章では、便宜的措置義務の創設、発展に焦点をあて、宗教差別の概念から障害者へ適用が拡大されていった経緯について簡単に紹介する。

### 一節 アメリカにおける便宜的措置義務の沿革

#### 一、アメリカにおける宗教上の便宜的措置義務

便宜的措置義務<sup>15)</sup>は、一九六六年のEEOC (Equal Employment Opportunity Commission 雇用機会平等委員会) によるガイドライン<sup>16)</sup>に始まる。このガイドラインは宗教差別を対象としたものであった。宗教差別の問題の典型として、キリスト教の安息日である日曜日を休日と定める労働条件について、金曜日の日没から土曜日の日没を安息日と定める原始的なキリスト教やユダヤ教を信仰する労働者がこの労働条件に従うことができず、解雇され、また失業給付が支給されないといった事例が数多くあった。このようなケースについて、使用者の理解を高め、特別の労働条件

を認めさせることを目的としたのがこのガイドラインであった。一九六六年のガイドラインは、使用者に対して積極的に、「被用者の合理的な宗教上の必要事項に対し便宜を図ることを」求めた。ただしその要請は「業務の遂行に対し重大な問題なく (without serious in convenience to the conduct of business) 便宜的措置が講じられうる場合」に限られていた。翌一九六七年、雇用機会平等委員会は一九六六年のガイドラインを変更し、現在の法理の基本形をつくりだした。一九六七年ガイドライン<sup>(17)</sup>は、「便宜的措置が、使用者の業務の遂行に対し過大な負担なく、講じられる場合に」、使用者に「被用者および志願者の宗教上の必要事項に対し合理的な便宜的措置 (reasonable accommodation)」を求めた。一九六六年ガイドラインでは不鮮明であった便宜的措置の内在的な制約法理として「合理性」そして「過大な負担」という用語を用いたことがこの変更の注目すべき点であろう。

便宜的措置義務は、一九六七年ガイドラインに対応して、一九七二年、公民権法第七編に加えられた。公民権法七〇一条(j)項<sup>(19)</sup>は、「『宗教』という用語は、使用者が、自らの業務の遂行にとって過大な負担なく、被用者または志願者の宗教信仰および宗教活動に対し合理的に便宜をはかることができなことを立証できない限り、宗教信条と同様に、宗教信仰および宗教活動のすべての諸相を包括する。」と規定し、宗教上の差別を禁止する公民権法第七編七〇三条(a)(1)項に対応させた。第七編への組み込みにより、便宜的措置義務は制定法上の義務となった。しかし、公民権法におけるこれらの条項は、便宜的措置義務とは何か、その合理性とは何か、過大な負担とは何か、これらの関係はどのようなものかについて、具体的な言及をしていなかった。その結果、後に詳しく述べるが、宗教上の便宜的措置義務の法理、特にその中心である過大な負担法理は、政教分離原則、労働協約法理、法文上の文言の解釈などにより大きな制約を受け、合衆国最高裁の判断をみる限り、それほど高度な要求ではない<sup>(20)</sup>という結果を導くこととなった。端的に言えば、第一に宗教上の過大な負担は、使用者や労働組合にとって「無視できる程度 (de minimis)」であればよく、

第二に使用者が一定の便宜的措置を講じている場合は、それを超えて便宜を図らないことにより差別を構成しない<sup>(21)</sup>という程度であった。

## 二、便宜的措置義務のリハビリテーション法への組み込み

宗教差別に関連して発達した便宜的措置義務の法理は、一九七八年に入り障害者差別の領域においても適用されることとなった。しかし、その適用は連邦と連邦と一定額以上の契約を有する企業に限られていた。

合衆国では、一九七三年に念願のリハビリテーション法（以下、リハ法<sup>(22)</sup>）が制定された<sup>(23)</sup>。リハ法は一定のレベルで障害者に対する差別の禁止や特別措置を連邦諸機関に要請する条項を有していた。例えばリハ法五〇一条は、差別の禁止を明示しているわけではないが、障害を有する個人が採用される場合における連邦政府機関の義務について定めており、「積極的是正措置 (affirmative action)」を採用することを規定していた。同様に、リハ法五〇三条は、連邦政府との一定額以上の契約者に対し、障害者に対する積極的是正措置を規定している。一方、リハ法五〇四条<sup>(24)</sup>は、前記の「積極的是正措置」に一切触れることなく、雇用上をはじめとして、教育、公共施設、公共交通機関、保健・福祉サービスにおいて障害者に対する差別を禁じていた。リハ法において、五〇四条だけが障害者に対する反差別を要請するものであった。一九六四年公民権法の差別理由に障害者が含まれていないことから、これらの規定が明示されたことは非常に意義のあることであったといえよう。リハ法のこれらの条項は、障害者の社会参加を大きく進展させたことは確かであったが、特に便宜的措置を義務づけていなかった点において、数多くの障害者にとって機能的でなかったことも同様に確かであった。その理由は、第一に、リハ法の法文の抽象的な表現と立法上の議論のなさは、議会が意図するところを全く明確にしていなかったこと、第二に、その文言の抽象性に対応して、議会の意図する範囲を超え



るのを恐れて、裁判所の多くが限定的な解釈しかできなかったこと、第三に、リハ法の適用が、連邦政府とその契約者に限られていたこと、であった。<sup>(25)</sup>

第一と第二の要因は特に五〇四条の解釈において顕在化した。裁判所は、厳格な立場を採ったので、五〇四条に基づき便宜的措置義務を認めなかった。また、五〇一条も、障害者差別に対応していないところから、便宜的措置義務を認めることができなかった。一九七六年まで、五〇四条は中途半端な立場にあったが、Cherry v. Mathews事件<sup>(26)</sup>によつてその状況は一変した。この事例では、原告が、五〇四条の反差別的要請に実効性を付与することを求める規則を盛り込むことを連邦の保健・教育・福祉局 (HEW — Department of Health, Education, and Welfare) に求めて訴えた。地方裁判所は、原告を支持し、「議会は、一連の包括的な規則を通じて五〇四条の迅速な実効を意図している」とした。<sup>(27)</sup> この判決に対応するかたちで、フォード大統領は、大統領令を出し、局に連邦政府の範囲内で五〇四条の一貫した実効性を付与するために規則を制定することを求めた。局は、局内の市民課に規則作成を要請し、一九七七年四月に新規則は発布された。<sup>(28)</sup> この規則の作成者は、障害者を単に平等に取扱うことが、差別を根絶することにならないと信じており、それ故便宜的措置の要請をこれに組み込んだ。<sup>(29)</sup> その結果、規則草案において、五〇四条における「就業能力を有する障害者 (qualified handicapped person)」とは、「合理的な便宜的措置により、当該業務の本質的な機能 (the essential functions of the job) を遂行できる」者を意味し、「使用者が合理的な便宜的措置がその遂行に対し過大な負担を負わせることを立証しない限り、就業能力のある被用者または志願者の既知の身体または精神的な制限に対して」便宜的措置を講ずることを使用者に求めた。<sup>(30)</sup> この一九七八年の改正により、リハ法五〇五条は、五〇一条の申立てを行う被用者は公民権法の手続きに従つて、救済と権利を求められること、そして同条(a)(1)項は、職場における必要な便宜的措置と採るコストの合理性、および代替措置の有効性や他の適正な救済を考慮するために、

五〇一条違反に対し「平等なもしくは積極的な措置による救済 (an equitable or affirmative action remedy)」を講ずるよう示すことを裁判所に認めることとなった。しかし、合理的な便宜的措置の要請については、具体的な指針がなかったため、制定当時から議論が多く、混乱を招いていた。

### 三、ADAの立法経緯と障害者に対する便宜的措置義務

合衆国にはリハ法をはじめとして数多くの障害者保護法が存在していた。一九七五年には、障害児に対し自由かつ適正な公教育の平等な機会を保障し、その実現のための手続き上の救済や行政システムを有していた「障害児教育法 (Education of All Handicapped Children Act)」<sup>(31)</sup>、障害者に有効な権利やプログラムを拡大することを規定した「回復しつつある障害者の保護および権利に関する法律 (Developmental Disabled Assistance and Bill of Rights Act)」<sup>(32)</sup>が制定されている。また、一九八六年には、障害者の投票権や航空機の利用に関する法律<sup>(33)</sup>、また自由かつ適正な公教育の機会を否定された障害児の親に効果的な救済を与える「障害児保護法 (Handicapped Children's Protection Act of 1986)」<sup>(34)</sup>が制定されている。一九八七年には、リハ法五〇四条が適用される「プログラムおよび活動」の内容を定義し、拡大した「公民権復興法 (Civil Rights Restoration Act of 1987)」<sup>(35)</sup>が、一九八八年には障害者のアクセスが困難で、合理的な便宜的措置を講じていない建造を差別であるとした「公正住宅改正法 (Fair Housing Amendments of 1988)」<sup>(36)</sup>が制定された。しかし、このような数多くの法律によっても、障害者は、私企業、公共施設の利用、公共交通機関の利用において十分な保護が与えられていたとはいえない状況であった。また、一九七七年には、ホワイトハウスで催された障害者に関する会議に出席した全米三七〇〇人も代表が、公民権法に身体障害、知的障害を含ませることを要請する合意がなされたが、結局実現しなかった。このような状況を背景に、障害者差別に対し、適用範囲

が広く、明確で、一貫した、そして施行上において機能的な基準を有し、平等の機会を保障する包括的な法律に対する必要性が高まった。レーガン政権下での一九八六年における「自立へ向けて (Toward Independence)」<sup>(37)</sup> という報告に始まり、一九八八年における「自立への入り口 (Threshold of Independence)」<sup>(38)</sup> と題される第二次報告、上下院における数多くの審議会を経て、一九九〇年に ADA が制定された<sup>(39)</sup>。

障害者の雇用機会の平等に関して、リハ法との関係から、ADA の特徴について二点を指摘できるだろう。第一に、リハ法の適用対象が連邦および連邦と一定額以上の契約をしている企業に限られていたのに対し、ADA は、プライベートクラブや宗教団体を除き、一九九四年以降、一五人以上を有する私企業に適用されていることである。つまり、障害者差別の禁止が私企業にも適用されることである。第二に、ADA は、リハ法五〇四条の下で裁判所、規則などによって発展された法理、理論を取り込み、それらを整理していること、である。

ADA における便宜的措置義務は、リハ法五〇四条の解釈および規則制定の経緯から、そして ADA 一二〇条(a)項における差別禁止規定から、また障害者に対する差別禁止、平等法制の一つとして、さらにはその中心的法理として、位置付けられている。立法過程において、「便宜的措置義務の要請は、特定個人の平等な雇用機会に対する障壁を取り除くプロセスとして最もよく理解される」と述べられており、その重要性がうかがえる。ADA は、使用者に対し、就業能力を有する障害者に対し「合理的な便宜的措置」が使用者の業務にとって「過大な負担」とならない限り、そのような便宜的措置を講ずるために積極的なステップを踏むことを要請している。

## 二節 カナダにおける便宜的措置義務の沿革

### 一、カナダにおける宗教上の便宜的措置義務

カナダにおいて便宜的措置義務は、私人間における差別を禁止する法である人権法の解釈<sup>(40)</sup>からもたらされた。これは、アメリカにおいて便宜的措置義務がガイドラインや制定法によっていることと対称的である。しかし、裁判例等での多くの引用が物語っているように、カナダにおける便宜的措置義務は、アメリカから輸入された法概念と考えられ、それに大きな影響を受けている。また、アメリカと同様に、カナダにおいても、宗教差別に関連してその法理が発展してきたといえる。

カナダにおいて最初に明確なかたちで便宜的措置義務の概念が用いられたのは一九七七年である。宗教差別の事例において、オンタリオ州人権審判所(the Ontario board of inquiry)<sup>(41)</sup>が、*Ishar v. Security and Investigations Services Ltd.*事件<sup>(42)</sup>において用いた。本件は、会社が髭を剃り、散髪し、ヘルメットを装着することを規則として労働者全員に求めていたのに対し、シーク教徒の労働者が、信仰上髭剃りやターバンを巻くことができないことから、宗教差別であるとして申立てた事案である。オンタリオ人権審判所は、合衆国のHardison事件判決<sup>(43)</sup>に拠りつつ、差別の構成について意図よりもその結果が重要であり、このような事案は*prima facie*事件として立証責任が会社に移り、過大な負担とならない限り、会社は労働者の進行に便宜を講じなければならないと判断した。その後も人権審判所、下級審などにおいて宗教差別に関連してアメリカ法概念に基づく判断がなされている。

アメリカの概念を用いた便宜的措置義務の登場は、*Ishar*事件の端を発するが、*J. D. Gardner*によれば、それ以前にも実質的に宗教上の便宜的措置を求めた審決がある。*Williams v. Department of Transport and Communications*

事件<sup>(44)</sup>、およびAnthony v. Dominion Distributors(1962) Ltd.事件<sup>(45)</sup>である。Williams事件は、宗教上の安息を守る為に土曜日に勤務できないことから解雇された労働者が、同僚と土曜日勤務を代わったが、会社がそれを認めず、解雇されたという事案であった。ニューファウンドランド州人権審判所は、アメリカのEEOC規則や判決などを引用することなく、使用者の柔軟な対応のなさを問題視して、現職復帰と未払い賃金の支払を命じる審決を下した。Anthony事件は、宗教上の安息を守るために金曜日に早退していたが、休憩時間中の労働または所定時間外労働をおこなうことにより不足する時間を補っていた労働者が、労働協約による労働時間の設定（午前八時から午後五時）により使用者がそれをできないとしたことから、解雇された事案である。ニューファウンドランド州人権審判所は、その労働者が安息に関係なく早退したこともあるところから人権法違反にはいたらないとしながらも、アメリカの判決などに拠ることなく、さらにはWilliams事件を引用することなく、今回の採用の際当該労働者を再雇用するあっせんによる解決を図った<sup>(46)</sup>。しかし、これらの事件から、現行の便宜的措置義務法理がもとカナダに存在していたということはできないであろう。Ishar審決以後の審決、判決がアメリカの判決を多く引用していること、そして便宜的措置や過大な負担という用語を用いていることから明らかである。しかし、カナダにおいても便宜的措置が必要であり、その後アメリカ法の影響を受け便宜的措置を取り入れるための土壌があったことは、確かであったといえよう。

一九八五年にカナダ最高裁は、O'Malley v. Simpson-Sears Ltd.<sup>(47)</sup>において「便宜的措置義務」の存在とその法源を明らかにした。この事例において原告は、原始的なキリスト教に改宗した結果、安息を守るために、繁忙日である金曜日に就業できなくなった。彼女は、使用者との相談の末、フルタイムからパートタイムへ変更をされたが、使用者は労働時間の減少や福利厚生の権利を喪失したことを憂慮して、なるべく多くの残業を彼女に割り振った。そして、彼女は、結婚により自主退職をするまでの九ヶ月間そのシフトで働いていた。しかし、彼女は、そのパートタイムへ

の変更が宗教に基づく差別であり、九ヶ月分の給与の差額を求めて訴えた。カナダ最高裁のMcIntire判事は、差別意図のない行為が差別を構成し、人権法の下で禁止されることを明らかにする中で、このような結果差別(adverse effect discrimination)の事例においては使用者には被用者の差別効果を軽減するために合理的なステップを踏む義務が負わされるとした。そして、便宜的措置義務は、制定法つまり人権法上の明示の規定がなくとも、差別禁止法たる人権法の性質や立法意思に基づく当然かつ絶対的な帰結であり、社会に受け入れられなければならない、と判示した。

その後も、カナダでは宗教差別の事例に関連して便宜的措置義務の法理は発展したが、その法理を要約すれば以下のようになる。便宜的措置義務は、第一に、「差別から自由である権利と調和する」人権法の性質や目的からの帰結であり、「特定の理由ゆえに参加への深刻な障壁に直面するであろう人々に対し職場への平等なアクセス」を保障するものであること。<sup>(48)</sup> 第二に、それ故、カナダにおいて便宜的措置義務は、制定法に明文の規定がなくとも、人権法の目的や性質により解釈されるところから、すべての法管轄において認められること。第三に、便宜的措置義務は、「使用者が、純粋に業務上の理由から、表向き中立であり、被用者全員に適用される規則や基準を採用したが、それが、被用者個人または集団の特性故に、職場のその他のメンバーには負わされない義務、罰則または制限的な条件を負わせる、つまり差別原因に基づき、被用者個人またはその集団に差別効果を有する場合に発生する」<sup>(49)</sup>結果差別にのみ適用されること。<sup>(50)</sup> 第四に、便宜的措置義務は、使用者だけでなく、労働組合も負う場合があること。<sup>(51)</sup> 第五に、便宜的措置義務においては、当事者の問題解決に向けた協力関係、努力が重要であること、<sup>(52)</sup>が指摘できる。

## 二、カナダにおける障害者に対する便宜的措置義務の沿革

前述のごとく、カナダにおける便宜的措置義務は、差別禁止法たる人権法の解釈からの帰結である。アメリカでは

制定法上のコマンドとして便宜的措置義務が負わされることから、その適用が宗教差別と障害者差別に限定されているのに対し、カナダでは、結果差別が生じた場合には、どのような差別事由であれ、使用者は便宜的措置義務を負うこととなる。<sup>(53)</sup>したがって、人権法の差別原因に列挙される「身体障害」「知的・精神障害」<sup>(54)</sup>について、便宜的措置義務が適用されることとなる。

カナダでは一九六二年でのオンタリオ州を皮切りに一九七〇年代後半にかけて、各州および連邦において、雇用上、公共施設、公共交通機関の利用上等における私人間差別を禁止する法律が制定された。<sup>(55)</sup>人権法と呼ばれる差別禁止法は、人種、信条、性別、年齢などを理由とする差別を禁止しているが、当初「障害」はその差別原因に含まれていなかった。一九七六年、ニューブラウンズウィック州が最初に「身体障害 (physical disability)」を差別原因として人権法に組み込んだ。一九七七年マントバ州人権法も身体障害 (physical handicap) を加えた。また同じ年に施行された連邦人権法も最初から障害を差別事由としていた。そして国際障害者年であった一九八一年までに、すべての法管轄において、障害は差別事由となった。現在においては、ノースウェスト準州<sup>(56)</sup>を除いて、すべての法管轄において「身体障害 (physical disability)」および「知的・精神障害 (mental disability)」が差別原因として各人権法に規定されている。<sup>(57)</sup>さらに、連法人権法においては、薬物、アルコール依存症をも差別原因として列挙している。

カナダでは一九八〇年前後から障害者に対する便宜的措置が問題となっていた。<sup>(58)</sup>例えば、人権法に関する事例ではないが、一九八〇年 Kelly v. VIA Rail 事件<sup>(59)</sup>において、カナダ輸送委員会における旅客鉄道委員会<sup>(60)</sup>の決定により、障害者に対する便宜的措置を認めた。車椅子を利用する障害者が、鉄道法が車椅子の利用者に対し鉄道を利用する際には補助者の同行を定めていたことを理由に、切符の購入を拒否された。彼女は、補助者を利用の要件とする規定が「公益に対する偏見である」として委員会に申し立てた。彼女は、必要とする補助は鉄道への乗降時のみであり、補助

者は必要でないとしたのに対し、会社は職員が乗降時に補助することより運行上の問題が生ずるとした。結局、委員会は彼女の考えを支持し、障害者を有する利用者に対する補助を行うように規則を変更するように求めた。一方、人権法の下での便宜的措置の要請については、一九八一年以来、Huck v. Canadian Odeon Theatres Ltd. 事件に関する一連の判断<sup>(60)</sup>がある。これは、車椅子を利用する障害者が、映画館の利用する際、すべてのシートが床に固定されていることから、車椅子から最前列のシートへの移動を求められたが、それを拒否した結果、映画を見られず、身体障害を理由とする差別として人権委員会に申し立てたという事例である。人権審判所は原告を支持したが、サスカチュワン州女王座裁判所は、人権法はそのような必要性に対し便宜を図る義務を負わせていないとして退けた。サスカチュワン州控訴院の多数意見は、宗教差別の事例と同じ論法で、障害者に対する便宜的措置を認めた。多数意見は、差別意図なく、差別効果を有するある行為は、「生来の尊厳および平等不可侵の権利の向上」を目的とする人権法の観点から、差別となり、それ故車椅子の利用者に施設を利用しやすくさせるという便宜的措置は人権法上の義務である、と判断した。この判断から明らかなのは、障害者に対する便宜的措置義務は、第一に人権法の性質、目的からの帰結であること、第二に、それ故、制定法上に明文の規定がなくとも、認められること、である。

その後、宗教差別に関する便宜的措置義務の最高裁判決などを受け、明確な制定法上の規定が要請された。その結果、オンタリオ州では一九八六年に人権法に便宜的措置義務が組み込まれたが、障害者に便宜的措置に対するガイドライン<sup>(61)</sup>を作成しており、人権審判所等における解釈の準則となっている。現行のオンタリオ州人権法<sup>(62)</sup>とマニトバ州人権法<sup>(63)</sup>には便宜的措置義務が規定されている<sup>(64)</sup>。オンタリオ州人権法その一七条(1)および(2)項は、障害者に対する便宜的措置義務が規定している。一七条(1)項は、就業能力のある労働者に対する差別の禁止を規定し、一七条(2)項は、使用者等に対し、過大な負担の程度まで、便宜的措置を講ずる義務を負わせている。



### 三節 小括

便宜的措置義務は、アメリカで生まれた法概念であり、宗教差別に関連して発展した。公民権法に基礎を置くこの法概念は、リハ法五〇四条の規則により、連邦政府等だけに適用されていたが、さらに、ADAにより一般私企業にも適用されることとなった。一方、カナダにおけるこの法概念は、アメリカからの輸入物であったと考えられるが、独自の発展を遂げた。差別禁止法に特定の規定が存在しない場合にも、その目的と性質から認められ、宗教差別だけでなく、障害者差別、性に関する差別にも及んでいる。米加における便宜的措置義務の沿革に関する特徴としては、第一に両者とも差別禁止法制の一環として存在、発展していること、第二に両者とも宗教差別に端を発し、後に障害者差別にも拡大されたこと、第三に両者とも原則として結果差別を対象としていること、が指摘できる。

## 第三章 米加における障害者に対する便宜的措置義務の構成と立証要件

### 一節 アメリカにおける障害者に対する便宜的措置義務の構成と立証要件

#### 一、ADAにおける便宜的措置義務の位置付け

「便宜的措置義務を講ずる責務は、差別をなくするための一つの方法である。」<sup>65</sup>と明言されているように、便宜的措置義務は差別禁止法制の一環として存在している。これは、公民権法の宗教差別禁止規定やリハ法五〇四条の障害者差別禁止規定に便宜的措置義務が組み込まれてきた経緯からも明らかである。ADAは、障害者が過去、現在において分離され、孤立したマイノリティであり、それ故現存する差別と偏見が平等な立場での競争を阻害しているとの認

識の下で、障害者に対する差別を禁止することを目的としている。ADA一〇二条(a)は以下のように規定している。

(ADAの)いかなる適用対象事業体<sup>66</sup>も、被用者の採用応募段階、採用、昇進または解雇、被用者補償、職業訓練、もしくはその他の労働条件、特権に関して、就業能力を有する障害をもつ個人の障害を理由として、その個人を差別してはならない。

ADAにおける差別は、障害を理由とする制限、分離そして排除、障害者に対し差別効果を有する契約および労働協約等の締結、障害を理由として差別効果を有する基準および方法の採用、障害者を排除するための採用試験や選考基準の設定、障害者の障害に配慮しない採用試験や選考基準の設定と並んで、合理的な便宜的措置を講じないことも含んでいる。

差別という用語は、以下を含む、

五(A)合理的な便宜的措置がその事業体の業務の遂行に対し過大な負担を負わせることを立証しない限り、適用対象事業体が、応募者または被用者である就業能力を有する障害をもつ個人の既知の身体的、知的・精神的な制限に対して便宜的措置を講じないこと、

障害者に対する差別の根絶というADAの目的を実現する諸装置は、第一編の規定の中にみいだせるが、合理的な便宜的措置はその中核をなすものと考えられる。ADAは就業能力を有する障害者に健常者と同じ雇用機会を享受させることを妨げる障壁を除去するために立法されたが、EEOCのガイドラインが示すように、便宜的措置義務は障害者に課せられた特殊な制約——つまり、偏見、差別、そしてそれらからもたらされる社会における弱者、少数者た

る地位——の克服を補助するものである。便宜的措置義務は、もつとも大規模に、効率的にADAの目的を実現することを、つまり就業能力を有する障害者を労働市場で受け入れさせるため偏見や差別を排除し、障害者を受け入れられる労働環境を整備することを求めている。ADAの立法起草者は、合理的な便宜的措置の意義を、第一に障害者を有する個人に対する雇用機会を付与し、第二に、ほとんど余分なコストを要せず、より多くの労働力をアメリカ労働市場へ提供することに貢献することである、としている。

ADAは、一〇一条(9)項において合理的な便宜的措置の内容について以下のように規定している。

- (A) 被用者によって利用される現存する施設を、障害者に容易にアクセスでき、利用できるようにすること、
- (B) 業務の再構成、パートタイムまたはシフトの変更、空席となつているポジションへの配置転換、機器または器具の設置または改造、試験の適正な修正または変更、トレーニング機器またはポリシー、資格を有する補助者または通訳者による補助、もしくは障害者に対するその他同様な便宜的措置<sup>67)</sup>

ADAにおける便宜的措置とは、第一に障害者にとってアクセスを容易にするために、職場施設を変更、改造することである。例えば、車椅子の利用者を受け入れるために、ドアを大きくしたり、廊下を広くしたり、手すりをついたり、エレベーターを設置したりすることであると考えられる。第二に職場における障害者の労働の提供を容易にし、十分な労務の提供を可能にし、雇用の機会を確保するための措置である。具体的には、業務内容全体を見直し、軽作業を割り当てること、労働時間を短縮したり、障害者が労務の提供ができるようなポジションに空席がある場合には配置転換すること、コンピューター機器、ハンドセットなどの機器を設置、改造すること、採用・昇進試験を障害者

にとって不利ならないように変更すること、トレーニングの機会を付与すること、業務補助者、手話通訳者などを付けること、等である。しかし、各人の障害によって要請される便宜的措置が自ずと異なるところから、ケース・バイ・ケースの対応が要請される。したがって、上記の規定は限定的なリストでなく、例示と理解されている。これらの規定に該当しない便宜的措置は、「その他同様な便宜的措置」に含まれるか否かによって判断されることとなる。

## 二、ADAにおける立証責任と立証内容

ADAの申立てを立証するためには、原告は二つの要件を立証する必要がある。原告は、第一に、原告がADAにおける障害を有しているか否か、第二に合理的便宜の有無に関わりなく、原告が、業務の本質的な機能を遂行できる、つまり就業能力を有するか否か、を立証しなければならない。これらを立証すれば、差別の存在が推定され (*prima facie*)、立証責任は使用者へ移る。使用者は、差別効果を有するとみなされる労働条件などが、合理的であること、または過大な負担であることを反証することとなる。第二に要件については、業務の本質的な機能の遂行能力、合理的な便宜的措置による就業能力の保持についてみていく。<sup>(68)</sup>

### (一) ADAにおける「障害」

ADAの下での申立てを維持するための最初の要件は、差別の存在を申し立てる者が、ADAが意味する「障害 (disability)」を原告が有していなければならないことである。この障害は、リハ法の下での「障害 (handicap)」と、用語は違うが、ほぼ同義であると考えられている。<sup>(69)</sup> ADAの下での障害の定義とは、第一に当該個人の日常生活の主要な部分の一つまたはいくつかを実質的に妨げる身体の損傷もしくは知的・精神的な制約 (a physical or mental

impairment) 第二にそのような損傷・制約の記録 (a record) の存在、第三にそのような制約を有するとみなされる (regarded as) こと、である。

第一に、EEOCは、ADAにおける「身体もしくは知的・精神的障害」を以下のように定義している。

いかなる身体機能障害または身体的制限、美観を損ねる外傷、または以下の身体機能のひとつまたはいくつかに影響を与える解剖学上の損失…神経器官…神経筋肉器官…特殊感覚器官…言語器官を含む呼吸器官…血管疾患…生殖機能、消化器官…泌尿器官…血液、リンパ腺…皮膚もしくは内分泌腺、または

いかなる知的障害または心身性障害、例えば精神遅滞、器質性脳障害、情緒障害または精神疾患、もしくは特異な学習能力障害。<sup>(70)</sup>

この例示は限定的なものでないと明示されている。このADA規則は特定の障害や病気を例示していないが、これは、むしろ、ある個人が障害を有するか否かが、その個人の生活に対するある身体的損傷または知的・精神的制約による影響により判断されることを示している。したがって、この判断は、病気や損傷の程度、それを障害とする上で協働するその他の損傷・制約の存在に拠ることとなる。<sup>(71)</sup> このようなアプローチを採りながらも、ADAは、障害を構成する一般的損傷・制約として、身体的形態、視覚能力、言語能力、聴覚能力の制約、結核、HIVウイルスへの感染、AIDS、脳性麻痺、てんかん、筋ジストロフィー多発性硬化症、癌、心臓病、糖尿病<sup>(72)</sup>を挙げている。また、眼の色、髪の色、左利き、体重、筋肉を、通常の状態である限り、そして身体的制約の結果として存在しない限り、制約を構成しない要素として、例示している。

しかし、すべての身体的、知的・精神的損傷または制約が、ADAにおける「障害」となるわけではない。EEO

Cも、「多くの損傷・制約が、障害を構成する程度に、個人の生活に影響を与えていない<sup>(73)</sup>」としている。ある身体的、精神的制約がADAにおける「障害」となるためには、それが「日常生活の主要な部分を相当程度制限するもの<sup>(74)</sup>」でなければならず、「日常生活の主要な部分」とは、身体的なものに関しては、自身のまわりの世話、手作業、歩くこと、みること、聞くこと、しゃべること、呼吸をすること、学習すること、労働すること、<sup>(75)</sup>さらには、座ること、立つこと、持ち上げること、届くこと、知的・精神的なものに関しては、集中すること、他者とコミュニケーションをとること、眠れること<sup>(76)</sup>、を指す。しかし、これも包括的なリストを規定することは、不可能であり、実際には下級審レベルにおいて非常に緩やかな基準で判断されてきた。

また、「相当程度制限すること」については、まずEEOCの規則に拠れば、

損傷・制約の性質と程度、

損傷・制約の期間、または予想される損傷・制約の期間

損傷・制約またはその結果として発生する永続的または長期にわたる影響、または予想される永続的または長期にわたる影響、

により判断されるとする。<sup>(77)</sup>しかし、裁判所は、「相当程度制約すること」が相対的な概念であり、「極端な無能力」と同視されてはならない<sup>(78)</sup>としているにすぎなかった。しかし、HIVウイルス感染者が、自分自身の出産行為にはなんの問題もないが、性交渉を持つ上でパートナーと生まれてくる子どもが感染するおそれがあることについて、最高裁は、感染の可能性がそれほど大きくないにもかかわらず、彼女にとっては「相当程度の制約<sup>(79)</sup>」となると判断している。

また、「相当程度の制約」を考える上で、補助器具や軽減手段をとる場合には、その制約の程度も軽減されるのかと

いう問題があるが、その場合には、制約の程度も軽減されることとなる。従前、EEOCは、個人の損傷・制約は、ある軽減措置が身体的損傷または知的・精神的制約の程度を緩和するか否かを考えることなく、判断されなければならないという立場を採っていたが、裁判所はそれを否定している。たとえば、Sutton v. United Air Lines, Inc. 事件において、近視のパイロットが、裸眼での視力が会社の要求する基準に合致しなかったことから、採用されず、障害を理由とする差別として提訴したが、最高裁は、ADA上の障害について、「現時点」でその個人の日常生活を相当程度制約しているかを問題にしなればならず、眼鏡など補助器具があれば、その効果を考慮にいれなければならない、と判断した。また、Murphy v. United Parcel Service 事件<sup>80</sup>においては、トラック整備士が、高血圧症に罹患していることを理由に解雇されたが、服薬しない状態での血圧は高いものの、服薬していれば、通常より高いが、働くことは可能であるとした。

「日常生活の主要な部分」とそれを「相当程度制約すること」に関しては、Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams 事件<sup>81</sup>において、新たな基準を示している。トヨタの工場で働く女性労働者が、集中神経の圧迫により手や指に異常や痛みを感じる手根管症候群に罹患したところ、一〇ポンドを超えるものを持つてなくなったことから、トヨタは配置転換をしたが、また首や肩に痛みがあったことから、元の職場に復帰したい旨を会社に伝えた。しかし、トヨタは、その要望をかなえない決定を下し、彼女を解雇した。問題は、手根管症候群が軽微な損傷・制約であり、これまではADA上の障害と考えられなかったものが、日常生活の主要な部分を相当程度制限するものであるか、いかにすればADA上の「障害」であるかであった。最高裁は、ADAにおける「障害」には、就業能力を有する障害者としてある作業の遂行をわずかに妨げる損傷や制約が含まれないと判断した。そして、「日常生活の主要な部分」とは、「日常生活にとって中心的な重要性を有する活動」であるとし、問われるべき中心的な問題は、第六巡回控訴裁判

所が示した特定の業務に関連する職務を遂行できるか否かではなく、ほとんどの人の日常生活において中心的なさまざまな行為を行うことができるか否かであるとした。また、その制約については、障害者の就業能力に対し要求される基準を創設する際には厳格な解釈を要するとしつつ、損傷・制約の程度については個別の査定が必要であるとした。

第二に、「身体または精神的な制約の記録」とは、かつてそのような制約を有しており、もはやそのような制約がないが、その記録が残っている者をいう。そのような記録を有する者も障害をもつ個人とみなされる。

第三に、「身体的または精神的制約を有するとみなされること」とは、「日常生活の主たる部分の一つまたはいくつかを実質的に妨げるものではないが、適用対象事業体によりこのような制限を構成するとして取扱われている個人・制約に対する他人の態度の結果としてのみ、日常生活の主たる部分を実質的に妨げる身体または精神的な制約を有する個人・身体的または精神的制約を有していないが、適用対象事業体により制約を有するものと取扱われている個人」をさす。この類型の「障害」は厳密に言えば、第一の類型である「日常生活の主たる部分の一部またはいくつかを妨げる身体的または精神的障害」に該当しないが、リハ法の下での事例で、「障害」であることが明らかにされている。School Board of Nassau, Florida v. Arline<sup>(83)</sup>において、裁判所は「障害」には実際に身体的に損傷・制約を受けている者だけでなく、そうみなされる者、その結果として日常生活を相当程度制約される者を含まると判断した。その理由として、「このような制約はある個人の身体的または精神的能力を縮減するものではないが、この制約に対する他人の消極的な対応の結果として個人の業務遂行能力を、それにもかかわらず、相当程度制約しうる。」<sup>(84)</sup>ことを挙げている。



## (二) ADAにおける「就業能力」を有する障害を有する個人

原告が立証しなければならぬ第二の要件は、障害者が「就業能力」を有していることである。この要件を満たすためには、第一に原告が、必要な技術、経験を有し、教育を受けおよび業務に関連する他の必要事項を満たすものでなければならぬとする。そして第二に、合理的な便宜の有無に関わりなく、担当すべきポジションの「本質的な機能」を遂行できることを立証しなければならない<sup>(85)</sup>。ここでは、第二の要件についてみていくこととする。

ADAにおいて「就業能力を有する障害を有する個人」は「合理的な便宜的措施に有無にかかわらず、当該個人が欲する雇用内容の本質的な機能を遂行できる個人<sup>(86)</sup>」と定義されている。ここで問題となるのは「本質的な機能」についてである。このADAの規定は、リハ法五〇四条に関するHEW規則に基づくが、それによれば、「障害を有する個人は、当該個人が特定の業務に対する周辺的な関係のみを提供する職務を遂行する上で困難となるであろうという理由からのみ、就業能力を有しないとされてはならない。」とされる。これを前提として、ADAの立法過程において、「本質的な機能」を、二つの場合について説明した。第一に業務上の要請が周辺的であり、付随的である場合である。例えば、グループカウンセラーに応募したてんかんを有する男性が、運転免許を有しないことを理由として、採用を拒否された場合、グループカウンセラーにとって車の運転が非日常的であり、通常緊急時以外考えられないこと、また車の運転が必要な場合でも他のカウンセラーがそれを遂行できれば足りることから、車の運転免許証は業務の「本質的な機能」とはみなされないとしている。第二に被用者が通常とは異なった方法で、または特別な機器を用いて業務を遂行することを希望した場合である。例えば、コンピュータを使用する業務において、「本質的な機能」はコンピュータか他の情報にアクセスし、入力し、整理する能力であり、キーボードを打てないことやモニターからの情報を読めない個人は本質的な機能を果せないとされる。しかし、補助機器がそれを補える場合には本質的な機能を有すると

考えられなければならないとしている。ADAは、就業能力を決定する上で、採用の際に用いた基準が当該業務における職務内容に適切に関連し、業務上の必要性と一致しない限り、障害をもつ個人を排除する基準を用いることを禁止している。<sup>(87)</sup>

ADAおよびリハビリ法に関する裁判所の判断のレベルにおいて「本質的な機能」は、第一に特定のポジションにおけるすべての被用者に例外なく求められる職責を意味する。たとえば、警察官の障害ゆえに、逮捕する能力や緊急対応する能力、車を運転する能力がない場合には、警察官のポジションの本質的な機能を欠くことになる。<sup>(88)</sup> また、消防士が、腰痛から消防活動ができないことから解雇されたことに対し、消防車の運転ができるから解雇は差別であると出張したが、消防活動ができないことは消防士としての本質的な機能を欠くことになる<sup>(89)</sup>。第二に、裁判所は、通常出勤できること、通常のシフトを守れること、時間外労働をすることも、一貫して、本質的な機能と判断している。<sup>(90)</sup> 例えば、*Jovanovic v. In-Sink-Erator* 事件<sup>(91)</sup>において、第七巡回控訴裁判所は、通常出勤できることはほとんどすべての職場において、通常本質的な機能とみなされると判断している。

しかし、就業能力を有する障害者が本質的な機能を果たせるとしても、本人もしくは他人の健康や安全を脅かす場合には、この要件を満たすことができない。「本人もしくは他人の健康や安全を脅かす重大な危険」は「直接的な脅威」と呼ばれ、障害を有する個人に危険がないことを立証する責任がある。「直接的脅威」に関しては、*Daugherty v. City of El Paso* 事件<sup>(92)</sup>において、明確に述べられている。この事件は、パート・タイムのバス運転手が、インシュリンに依存しなければならぬ糖尿病に罹患したため、無給休暇を取らされ、事実上運転手としての職を奪われたが、その病気とバス運転手としての資格喪失との関係に問題があるとして、市を提訴したというものである。第五巡回控訴院裁判所は、この種の糖尿病の患者が高速道路でバスを走らせる上で重大な危険があるとして、その運転手は、就業能力

を有する障害者ではないと判断した<sup>(93)</sup>。

本質的な機能を果せない場合でも、障害を有する個人が合理的な便宜的措置により本質的な機能を果せることを立証できるならば、その個人は就業能力を有するとみなされる。しかし、使用者が、ただちに回復の見込みがない、またはそれが不明であることにより、病気の回復まで休暇を延長するという便宜的措置を講じることを拒否した場合、ADA違反とならない。例えば、*Duckett v. Dunlop Tire Corp.* 事件<sup>(94)</sup>において、そう判断している。Duckett氏が、高血圧のため、一〇ヶ月にわたり有給の病気休暇を取得していたが、従前のポジションからの配転と病気休暇の延長を求めて提訴した。第十一巡回控訴裁判所は、病気休暇の延長について、働けることを証明できない場合、休暇を延長することは、ADAの範囲内において合理的とはいえないと判断した。また、第四巡回控訴裁判所は、ADAにおける便宜的措置により就業能力を有する障害者の中には、便宜的措置により業務の本質的な機能を遂行することができるようになる「将来」の能力を含まず、現在における能力を問題とし、便宜的措置が、職務の本質的な機能を被用者に遂行させることが、現時点または近い将来に、可能でなければならぬと判断している<sup>(95)</sup>。

障害を理由として差別を被ったとする者が、以上の要件を満たした場合には、立証責任は使用者に移り、便宜的措置を講じなかったことについて反証しなければならぬ。

### 三、ADAの便宜的措置における「合理性」と「過大な負担」——使用者の反証

ADAの規定によれば、使用者は被用者に求められた便宜的措置を拒否した場合に、二つの要件を満たせば、障害者差別をしたこととならない。その一つは「合理性」の要件であり、もう一つが「過大な負担」の要件である。

第一に、ADAは、講ずべき便宜的措置は「合理的」でなければならぬとしている。ある措置が合理的であるこ

とを判断する上で、EEOCは、それが障害を有する個人が平等な雇用機会を享受させることを可能にする上で効率的であるか否かを検討している。つまり、「合理性」の要件は、就業能力を有する障害者に対してなされるべき変更や改造などが、その障害者の能力を高める上で十分か否かを問うことになる。その場合、「合理性」の要件は、便宜的措置のコストの問題を含まないとしており、それは「過大な負担」の領域で判断すべきとしている。

一方、最近では、この「合理性」の概念は、むしろ、使用者が障害を有する被用者の問題解決のために合理的な努力をしたか否かの判断基準となつてきているようである。使用者はADAの規則上便宜的措置を講ずるため合理的な努力をすることが要請されており、それをしなかった場合にはその障害者を差別したとみなされることとなる。実際には障害を有する被用者自身が、障害を要していること、便宜的措置が有効であること、便宜的措置が提供されれば就業能力があることを、使用者に伝えていない限り、使用者が協議義務を負う必要はないが、被用者が自らの状況を適正に伝えている限り、その被用者のニーズを把握し、それに応える、つまり便宜的措置を講ずるために最善の努力をしなければならぬ。法的問題となつた場合にはその努力が客観的に判断されることとなる。いわゆる「便宜的措置に関する協議 (Interactive Process)」の問題である。<sup>96)</sup>

第二に、ADAは、便宜的措置が「過大な負担」となる場合には、その義務を免除するとしている。使用者および労働組合が負うべき便宜的措置義務の範囲、程度は、第一に便宜的措置の性質、それにかかるコストが使用者にとって過大な負担となるか否かによって決定されることとなる。つまり、ある便宜的措置が「適用事業体によって被らるる相当程度の困難または出費」となる場合、いいかえれば「不当に高い費用を要」することとなる場合には過大な負担と解される。ただし、その程度自体は企業規模などによって変わりうる。第二に過大な負担は企業の財政問題に限定されるわけではなく、便宜的措置が「不当に包括的で、本質的なまたは企業活動の機能を妨げる行為」となる場合

や「企業のプログラムの性質を基本的に変更する行為」となる場合には、過大な負担となる。それらを判断する上で、事業場の性質、使用者の特徴、使用者の経営方針などが考慮される。

EEOCは、使用者が便宜的措置を拒否することの合理性は、「合理性」と「過大な負担」という二要件によって判断されると考えているようである。しかし、裁判所は、必ずしも上記のような分類をしていくわけではなく、「合理性」を考へる場合にコストの考慮を欠くことができないとしている。例えば、*Vande Zande v. Wisconsin Dept of Admin.* 事件<sup>(97)</sup>において、第七巡回控訴裁判所は、ある措置が合理的であるというためには、便宜的措置のコストが欲せられる利益と不均衡にはなりえないとし、「合理性」と「過大な負担」を不可分の関係であると判断している。また、第二巡回控訴裁判所も、*Borkowski v. Valley Central School Dist.* 事件<sup>(98)</sup>において、「合理性」の要件は、便宜的措置による効果だけでなく、コストについても審査することを要請していると判断している。

これらを見れば、アメリカにおいて「合理性」の概念は、便宜的措置の「効率性」、「コスト」そして使用者と被用者の「協議」、の争点を包括しているともいえる。しかし、「過大な負担」と「合理性」の要件が質的に同質か、異質かについては検討の余地がある。便宜的措置の「合理性」および「過大な負担」については、次章以下で詳しく論ずることとする。

## 二節 カナダにおける障害者に対する便宜的措置の構成と立証要件

### 一、人権法と便宜的措置義務

前述のごとく、カナダにおいて便宜的措置義務は人権法解釈からの帰結である。人権法は、「人類の生来の尊厳もしくは平等かつ不可侵の権利の認識が世界における自由、正義もしくは平和の基礎である<sup>(99)</sup>」との立場から、私人間にお

ける「差別の根絶を目的としている」<sup>(100)</sup>。そして、人権法における差別とは、ある行為の「効果が、コミュニティの他の構成員に負わされない義務、罰則、または制限的な条件をある個人または集団に負わせること」<sup>(101)</sup>を意味している。この認識の下に差別意図のない行為が結果差別を構成するとした。その場合差別意図のない労働条件を、直接差別の場合のように、無効にする必要がなく、差別による効果を低減するように努めるべきであり、もし人権法の目的が結果としての効果を問題としなければならぬならば、「何らかの便宜的措置が使用者に要請されなければならない」とする。便宜的措置義務の法理は、「参加する上で重大な障壁に直面する人々にとって、職場での平等なアクセスを提供することを試みている」<sup>(103)</sup>のである。そして、その際の立証責任は、原告が差別の存在を推定できる証拠を示せば、その後は使用者に移り、適切な便宜的措置を講じたこと、要請される便宜的措置が使用者にとって過大な負担となること等を正当化することが求められる<sup>(104)</sup>。

これらの法理は宗教差別の事例で明らかにされたが、「同様の配慮や要因が身体障害に基づく差別のコンテクストの範囲でも適切かつ意義あるものようだ」<sup>(105)</sup>と説明されているように、障害者差別にも適用される。オンタリオ州人権法の「障害者に対する便宜的措置の要請に関するガイドライン」においても上記に示した内容が明確化されている。ガイドラインは、「障害をもつ個人のニーズは、そうすることが過大な負担を構成しないならば、障害者の尊厳をもつとも尊重する方法で便宜的措置が講じられなければならない」<sup>(106)</sup>としている。そして、その「障害者を尊重する」というフレーズは、「障害を有する人々のプライバシー、秘密、安心、自律もしくは自尊心を認識する方法において、障害者の統合を最大限にし、社会における完全参加を向上する方法において行為すること」<sup>(107)</sup>を意味する。

## 二、カナダにおける便宜的措置義務

便宜的措置義務はカナダ最高裁によって以下のように定義されている。

便宜的措置義務は、被用者が労働条件により差別を被るとき、または被りうる<sup>(108)</sup>とき、または被りうる<sup>(108)</sup>とき、過大な負担を負わせることなく、使用者にその被用者の信仰に対し、合理的なステップを追わせる義務である<sup>(108)</sup>。

この定義は宗教差別に基づくものであるが、人権法には「障害」が差別事由として規定されているので、便宜的措置義務は障害者差別にも適用される。障害者に対する便宜的措置義務については以下のように述べられている。

その他の健常被用者が取扱われるのと同じ方法で障害を有する被用者を取扱うことは十分でなく、使用者にとって過大な負担を構成しないならば、さらなるステップが便宜的措置義務に合致するために要請される<sup>(109)</sup>。

これ「便宜的措置義務——引用者注」が、述べられた制限「過大な負担——引用者注」の範囲内で、「障害を有する被用者が——引用者注」雇用を継続できるように、会社がその業務を遂行する通常の方法を変更するように義務づけられることを意味していることは明らかである<sup>(110)</sup>。

一方、オンタリオ州人権法一七条(1)(2)は、制定法として、以下のように障害者に対する便宜的措置義務を規定している。

§17(1)本法（オンタリオ州人権法）の下における個人の権利は、その個人が障害ゆえに自らの権利の行使に参加する本質的な義務また

は要請を遂行する、または満たす能力がないという理由以外で、侵害されてはならない。  
§17(2) (オンタリオ州) 人権委員会、人権審判所、裁判所は、個人のニーズに便宜を図り、財源に関する事項以外でコストもしくは安全衛生を斟酌することに対し責任を有する個人にとって過大な負担なく、個人のニーズに便宜的措置が図られないことが満たされない限り、その個人を能力がないと認定してはならない。

便宜的措置の内容に関しては、提供すべき労働義務の変更つまり配置転換、シフトの変更、フルタイムからパートタイムへの変更、休暇の付与、コンピューター機器の採用、労働施設の改善などが考えられる。アメリカと同様に、障害者の障害に応じた取扱いが要請されるため、便宜的措置は、包括的なりストはありえず、ケース・バイ・ケースの対応が求められている。

### 三、カナダの便宜的措置義務における立証要件と立証責任

カナダの便宜的措置義務における立証責任は、人権法上の他の事案と同様に、原告が差別の存在を信じるに足る立証をすれば、差別の存在が推定され (*prima facie*)、差別でないことを立証する責任が使用者に転嫁することとなる。

#### (一) 結果差別の推定——被用者の立証責任

カナダにおいては、一応差別の種類として直接差別と結果差別があるが、直接差別の事件では、Ontario Human Rights Comm. v. Etobicoke事件<sup>(10)</sup>においてカナダ最高裁が差別推定事件における立証責任の転嫁を認めている。一方、結果差別の事件においても、O'Malley事件最高裁判決が、「立証責任に関するEtobicoke判決の原則の下では、差別推



定事件として立証することが結果差別の事件に適用されるべきでないと考え理由がない。」としてそれを認めている。立証責任の転嫁の要件として、まず、人権審判所の前における原告は、自らの主張の範囲内で、原告に有利な判決がなされることを正当化すること、またはそれを信じるに十分であることを立証しなければならぬ<sup>(15)</sup>。立証責任が使用者に転嫁する根拠は、過大な負担を立証する上で必要な情報を使用者が保持しており、被用者がそれを立証することが困難なことが多いからであると説明されている<sup>(16)</sup>。

最高裁はある程度被用者の立証責任について述べているものの、立証内容について具体的な要件を示しているわけではない。また下級審も、障害に関する事件では明確な要件を設定しているわけではない。ADAが、障害を有していること、就業能力を有すること、という二要件を満たす必要があるとし、またそれらを明らかにするための下部要件を整えているのは対照的である。カナダにおける差別の推定要件は、一貫していない<sup>(17)</sup>が、アメリカ法に類似するものであるといえよう。例えば、第一に *McConnell v. Yukon (Public Service Comm)* 事件においては、法務省に勤務する公務員がうつ病に罹患し、二年間病気休暇を取得したが、復職時に再雇用されなかった事案について、ユークン準州人権審判所は、結果差別の推定要件として、原告が、障害者差別を禁止する人権法の条項に違反したこと、自分の障害について使用者に伝え、協力したかを要件とすることを立証することを求めた<sup>(18)</sup>。人権法違反の要件として、具体的には、うつ病が人権法上の障害に該当するか、申立人がうつ病から復職を考えられる程度に回復しているか、復職を考えられる程度に回復している労働者に対する解雇が正当なものか、を判断した。第二に、*Handfield v. North Thompson School District No. 26* 事件においては、学区の教育委員長が、過度の飲酒と糖尿病を有しており、それを告白したところ、二ヶ月間有給の禁酒プログラムへの参加を求められたが、数ヶ月後再び飲酒をはじめ、さらに暴言を吐き、会議を退席したため解雇された事案について、ブリティッシュ・コロンビア州人権審判所は、アルコール

中毒が人権法上での障害に該当するか、アルコール中毒および糖尿病が解雇を決定する要因であったか、を判断基準としている。<sup>(16)</sup> これらを一応総合すれば、第一にある損傷・制約が人権法の差別事由としての「障害」に該当すること、第二に人権法違反を前提としているとすれば、その障害により被用者がなんらかの不利益を被っていること、第三に、第二の一部であるが、完全に回復していなくても、復職を考えられるような状態にあれば、復職できること、第四に復職のために自分の障害について使用者に伝え、協力していることを立証することが、差別の推定には必要であるといえる。

人権法における「障害」については、法管轄によって異なるが、“physical or mental disability”と“physical or mental handicap”等の一般的な用語が用いられている。<sup>(17)</sup> この、一般的かつ包括的な用語にもかかわらず、人権法の下で何が「障害」であるかについての紛争は意外にも少ない。一般的に、幅広く認められているようである。ある論者は、これまでの判例から、事故または以前の怪我を原因とする身体的制約、ぜんそく、てんかん、言語障害、高血圧症または高血圧、うつのような精神状態、読書障害、最後に肥満が障害者差別の事由になりうるとしている。<sup>(18)</sup> また別の論者は、これまで労働関係局の仲裁において便宜的措置が問題となった障害について、ニコチン中毒、盗癖、腕や手先の障害、握力の異常な低下、腰痛、心臓疾患、慢性疲労症候群、動脈硬化、右肘損傷、膝部損傷、偏頭痛、てんかん、糖尿病、アルコール中毒、薬物中毒を挙げている。<sup>(19)</sup> これらは当然に限定的な定義であると考えられていない。<sup>(20)</sup>

人権法上の「障害」に関する周辺の問題について、人権審判所および裁判所がそのいくつかを明らかにしている。例えば、「声枯れ」も、人権法上の「障害」とされている。<sup>(21)</sup> *Conte v. Rogers Cablesystems Ltd.* 事件において、業務内容を顧客に電話で説明する業務を担っていた被用者が、喉の痛みを覚え、慢性的に声が枯れたことから、解雇された。それを不服として申立てた審判において、被告会社も申立人の声の枯れについては人権法上の「障害」であるこ

とを問題とせず、人権審判所もそれを認めている。また、*Green v. Canada (Public Service Comm.)* 事件<sup>(123)</sup>においては、「学習障害」も「障害」であるとされている。英語を第一言語とする連邦公務員が、昇進のため、フランス語の言語能力を求められ、テストを受けたが、不合格となった。その結果は、学習障害によることが明らかになったことから、彼女が所属する部課は、上級部局に対し、フランス語の個人教師をつけ、フランス語のナイトクラスに参加させる等という便宜的措置を求めたが拒否された。しかし、連邦人権審判所は、学習障害を人権法上の障害と認め、便宜的措置を命じた。さらに、*Bielecky v. Young, MacNamara* 事件<sup>(124)</sup>においては、「処女性乳房肥大」も「障害」であるとされている。彼女は、法律事務所で秘書として働いていたが、胸が極度に大きく、痛みを覚えていたことから、一部を切り取るために休暇を請求したが、それが拒否され、解雇された事件である。オンタリオ州人権審判所は、慢性的な痛みをかかえることなく働くことができないこと、彼女の症状が遺伝に基づくものであると考えることができることから人権法上の障害にあたり、法律事務所は便宜的措置を講ずるべきであったとして、損害賠償および慰謝料の支払を命じた。

また「障害がある」とみなされる<sup>(125)</sup> 場合にも、人権法違反を構成することがある。*Via Rail Canada Inc. v. Canada (Human Rights Comm.)* 事件<sup>(126)</sup> において、被用者の障害を実際よりも重く理解していた結果適切な処置ができなかった場合にも差別を構成する可能性があるとした。列車で調理師などをしていた被用者が、背中を痛めて短期の障害休暇を取っていたところ、会社に復職しようとしたが拒否され、組合の協力によってみつけたフルタイムでない別の業務に就かなければならず、職場自体も変わらなくてはならなかったことから、障害を理由とする差別であるとして申立てた。この事案において、連邦事実審理裁判所は、人権法が差別的「効果」を抑制することを目的としているので、会社が障害を有する被用者の症状が実際より重いと思っていたことから、適切な判断ができない場合にも、差別を構

成する可能性があるとした。

カナダにおいては「障害」の概念は広く理解されているようであるが、これは人権法の解釈によるところが大きい。Ede v. Canada(Armed Forces)事件<sup>(126)</sup>において、連邦人権審判所は、人権法が社会的弱者に対する救済を目的としているところから、人権法を公平、拡大、自由に解釈することを求める人権法の合目的アプローチに基づき、障害の要素を「個人を拒否するために用いられるすべての身体的特性<sup>(127)</sup>」としている。Via Rail Canada Inc.事件では、これを踏まえて、「障害は、程度の問題であり、周辺状況によって量られなければならない。……その雇用関係に固有の要請や制約が(障害の)認定には重要である<sup>(128)</sup>」としている<sup>(129)</sup>。これらによれば、カナダにおける「障害」は、第一に合目的アプローチから非常に広く身体的、精神的損傷・制約を捉え、第二にその制約が障害を構成するためには雇用環境や条件との関係でその程度が問題とされるとする。これに対して、合目的アプローチよりも限定的な立場を採り、症状と業務との関係や症状の遺伝的傾向により「障害」を判断するものもある<sup>(130)</sup>。

「障害による不利益」については、障害と復職拒否、解雇との間の因果関係が問題となる。例えば、McConnell事件においては、復職できる状態にあったのに復職を認めなかったことが、その障害を理由とする不利益であるとしている。Handfield事件においては、怒って会議を退席したことが直接の解雇事由であり、糖尿病やアルコール中毒であったことが解雇事由でないから、人権法上の差別を構成しないと判断している。

「便宜的措置に対する協力」とは、使用者に便宜的措置義務を負わせるために、被用者が自分の障害について使用者や労働組合と相談し、適切な便宜的措置を講ずることを求めることをさす。これは、「便宜的措置義務の要請」と呼ばれ、行わない場合には、使用者は義務を免れることとなる。

## (二) 使用者の反証

原告が上記について立証すれば、立証責任は使用者に移り、使用者は以下のような反証をしなければならない。O'Malley事件の最高裁判決によれば、使用者は、まず、差別的効果を有する労働条件などが、「業務の遂行に実質的に関連している」<sup>(131)</sup>ことを立証する必要がある。この「実質的関連性」は、その労働条件が「純粹に業務上の理由から、表向き中立であり、被用者全員に適用されるルール」<sup>(132)</sup>であることを確かめるものである。この要件は、結果差別が差別の成立に差別意図を要求しないため、労働条件の一般的正当性を問うだけで十分である。しかし、訴訟中にすでに結果差別であることが示され、問題となる労働条件が「業務の遂行に実質的に関連している」場合には、使用者はあらためてそれを正当化する必要はない。<sup>(133)</sup>「実質的関連性」の後に、使用者は、被用者に対する便宜的措施を講ずる上で合理的なステップを踏んだこと、そして講ずべき便宜的措施が過大な負担となることを立証しなければならない（これらは、以下に示すとおり近時修正された）。

カナダにおいても、使用者は、被用者から求められた便宜的措施を講じないことを正当化するために、「過大な負担」となることを立証しなければならない。それに加えて、裁判では「合理性」という用語も判断基準として用いられることがある。特に、裁判所は、使用者には、被用者との協議に関して、便宜的措施を講ずるために合理的なステップを踏むことを求められるという表現を頻繁に用いている。カナダ最高裁は、O'Malley事件において「合理性」と「過大な負担」について以下のような表現を用いている。

結果差別における（略）便宜的措施義務は、過大な負担なく、申立人に便宜的措施を講ずるために合理的なステップを踏むことである。いいかえれば、そのようなステップを踏むために、使用者の業務の遂行に対し不当に干渉することなく、使用者に過大な出費を

負わせることなく、便宜を図ることが合理的である。<sup>(134)</sup>

この表現は、「過大な負担」と「合理性」が別の概念とも、互換性のある概念とも読むことができる。しかし、カナダ最高裁は、*Renaud v. Central Okanagan School Dist. No. 23*事件<sup>(135)</sup>において、「合理性」と「過大な負担」の要件が同一のものであると明言している。

差別を行う者が便宜的措置を講じなければならない程度は「合理的」および「過大な負担なく」という用語によって制限される。これらは、独立した基準ではなく、同じ概念を違う表現で表したものである。<sup>(136)</sup>

しかし、カナダにおいては便宜的措置についての協議に関すること以外で「合理性」という用語を用いることはほとんどなく、「過大な負担」の要件が一手に便宜的措置の正当性判断の役割を担っている印象がある。つまり、カナダにおいては「過大な負担」が、包括的に便宜的措置義務の合理性を量る概念と理解されているようである。

### (三) 結果差別と直接差別の統一テスト——新たな流れ

カナダにおいては、労働条件が特定の個人や集団を排除し、差別的取扱いを認める直接差別の事件と、純粹に業務上の理由から、表向き中立であり、被用者全員に適用される労働条件でありながら、特定の個人や集団に差別的効果を有する結果差別の事件において、使用者の抗弁に関してそれぞれ別のテストを適用してきた。結果差別が上記のような立証要件を求めているのに対し、直接差別事件においては、差別だとされる労働条件が「真正なる職業適格 (*bona*

*fide occupational qualification or requirement, BFOQ or R)*」であることを使用者が立証できた場合には差別ではないとされた。つまり、ある労働条件が特定の業務の安全かつ効率的な遂行に必要な要件である場合には、それが差別的取扱いをしても差別にはならないとする抗弁基準である。カナダにおける真正なる職業適格は、Ontario Human Rights Comm. v. Etobicoke事件<sup>(137)</sup>で明らかにされており、二つの要件、主観的テストと客観的テストを満たさなければならぬ。主観的テストとは、差別であると主張される労働条件が、人権法の目的に合致する範囲内において処理の合理性、安全性および経済性に関連しつつ業務の適正な遂行というのために「誠実」かつ「善意」に負わされているか否かを確かめるものである。そして、客観的テストとは、そのような労働条件が、被用者本人、同僚、そして第三者を危険な目にあわせることなく、業務の効率的かつ経済的な遂行を確保するために合理的に必要なか否かを確かめるものである。つまり、労働条件に差別意図があるか否か（主観的要件）と労働条件は業務の安全かつ効率的な遂行に合理的に必要なか（客観的要件）によって問われる。直接差別には「真正なる職業適格」、結果差別には「過大な負担」という抗弁を採用したのは、一九九〇年のCentral Alberta Dairy Pool v. Alberta事件<sup>(138)</sup>の最高裁判決である。このような分類は、一九八五年の二つの最高裁判決（O'Malley事件とRhinder v. CN Rail事件<sup>(139)</sup>）の間に生じた理論的混乱を解決するために考案されたものであった。しかし、結果差別と直接差別の区別が非常に曖昧であり、主観的になされうること、両者の立証方法が類似していることから、この単純な区別は批判されてきた<sup>(140)</sup>。

このような状況に対し、カナダ最高裁は、一九九九年British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.E.U. (以下、Meiorin) 事件<sup>(141)</sup>において、直接差別、結果差別に共通のテストを採用することとした。Meiorin事件は以下のようなものであった。Meiorin氏は、女性森林消防士として三年間勤務しており、なんの問題もなく働いていたが、州政府が採用した森林消防士に対する有酸素消費量のテストに合格できず、解雇された。

苦情処理委員会に訴えたが、委員会は、その基準は、男女に関係なく適用されるが、普通の女性がクリアすることが難しかったこと、そして現実には彼女がテストに合格しなかったことにより、本人、同僚、第三者に危険な目にあわせることもなかったことから、性を理由とする結果差別にあたり、さらに州政府は過大な負担の程度まで彼女に便宜を図ったことを立証していないとして、損害賠償および現職復帰という仲裁裁定を出した。この裁定がブリティッシュ・コロンビア州控訴院で覆されたことから、B.C.G.E.U. (ブリティッシュ・コロンビア州公務員組合) が上告した。カナダ最高裁は、結果差別のそれまでの技術を使う苦情処理委員会の裁定を支持しつつも、差別類型を問わない統一テストが必要であると判断した。この統一テストは、差別的な労働条件などの基準が「真正なる職業適格」か否かを判断する上で三つの要件に分かれる。使用者は、

- 一. 問題となる基準が、業務の遂行に実質的に関連する目的のために採用されたこと、
- 二. 問題となる特定の基準が、正当な就業目的を満たす上で必要であることから、誠実かつ善意に採用されたこと、
- 三. 問題となる基準が、その正当な目的を成就するために合理的必要性があること、その基準が合理的に必要であることを示すために、使用者に過大な負担を負わせることなく、被用者に対し便宜的措置を講ずることが不可能であったこと、

を立証しなければならぬ。カナダ最高裁は、第一にMeiorin氏は、推定要件として、有酸素消費量に関するテストによる解雇などの基準が女性を差別していることを立証しているから、その後の立証責任は使用者に移るとした。第二にこの統一テストによれば、州政府は、第一、第二の要件は満たすものの、その基準が合理的に必要であることを証明しておらず、別の基準が用いられる場合にその基準が過大な負担であることを立証していない、と判断した。



## 三節 小括

アメリカとカナダにおける障害者に対する便宜的措置義務は、そのフレームワークについて極めて類似の性質を有するといえる。第一に両国における障害者に対する便宜的措置義務は、雇用の分野における平等な機会の保障することを目的としており、障害者差別禁止法制の一環として存在している。第二に、個別に検討する必要があるが概観する限り、両国の「障害」には、身体的障害、知的障害、そしてうつ病、アルコール中毒、薬物中毒等の精神障害が含まれている点について共通する。第三に両国において、個々の障害者の要請により便宜的措置が決定されることから、使用者や労働組合には、他の健常被用者とは異なったケース・バイ・ケースの対応が求められる。第四に、便宜的措置を講ずるために使用者と協議するなど、合理的なステップを踏むことが要請される。第五に便宜的措置義務を制約する要件、つまり使用者の反証要件として「過大な負担」、「合理性」が用いられ、ほぼ同様の機能を担っている。しかし、若干の相違点もある。推定要件を立証するために、合衆国では個別の要件が精緻に整えられているのに対し、カナダでは統一した要件がない。さらに、「障害」の概念についても、合衆国では日常生活において中心的なさまざまな行為を行うことができるか否かを問題とするのに対し、カナダでは制約を雇用上の特性との関係で理解している。

上記のように、非常に類似したフレームワークをとっているにもかかわらず、理論的には異なっている部分もある。次章では、「過大な負担」と「合理性」について、その程度および理論的な枠組みの類似性、異質性を検討することとする。

注

- (1) S. Rep. No. 116, 101<sup>st</sup> Cong., 1<sup>st</sup> Sess. 8 (1989).
- (2) J. Noakes & G. Prindham, *Documents on Nazism, 1919-1945* (New York: Viking Press, 1975) at 613-615.
- (3) マイケル・ウインター「障害者の独立宣言」、八代＝富安編『ADAの衝撃』(学苑社、一九九二)一九頁。
- (4) 正式には「高齢者、身体障害者などの公共交通機関を利用した移動の円滑化の推進に関する法律」という。交通バリアフリー法に關しては、遠藤健二「高齢者、身体障害者等の公共交通機関を利用した移動の円滑化の促進に関する法律(通称『交通バリアフリー法』)と交通安全特定事業」警察公論五五巻八号(二〇〇〇)三五頁、を参照のこと。
- (5) 正式には「高齢者、身体障害者が円滑に利用できる特定建築物の建築の促進に関する法律」という。ハートビル法に關しては、高橋儀平「福祉のまちづくり法制の展開と課題」荒木＝中野＝定藤編『講座障害をもつ人の人権2(以下、講座2)』(有斐閣、二〇〇〇)六五頁以下、同「ハートビル法施行の現状と課題」月刊自治フォーラム四四七号(一九九六)が詳しい。
- (6) カナダでは障害者の数が約四〇〇万人いるとされ、それは全人口の一五・五%、稼働年齢者の二二・九%とされている(Statistic Canada 1994)が、障害者の失業率は五二%とされる(Ministry of Human Resources Development, *Persons with Disabilities: A Supplementary Paper* (Hull: Ministry and Supply & Service Canada, 1994))。また健常者に比べて、失業期間が長く(健常者平均一五・七週に対し、障害者平均二二・九週)、転職率が低く(健常者平均一六・三%に対し、障害者平均一一・六%)、年間労働時間が短く(健常者平均三八・六週に対し、障害者平均二五・五週)、年間所得も低く(健常者平均一六三四八カナダ・ドルに対し、障害者平均一〇二八二カナダ・ドル)になっている。以上の数値に關しては、1989 LMAS, 1989 Labour Market Activity Master File, Labour Market Activity Indicators for Canadian Aged 15 to 64 by Disabilities Status, 及び上記資料を再構成したD. Hum & W. Simpson, "Canadians with Disabilities and the Labour Market," 22 Canadian Public Policy No. 3 (1996) at p. 288-から引用している。アメリカではADA制定当時障害者約四三〇〇万人いるといわれていた。一方、障害者の雇用率は、一九九四年が五〇・四%、一九九七年には四八・一%であった。重度の障害者の雇用率は、一九九四年三四・一%、一九九七年二九・四%であり、軽度の障害者の雇用率は、一九九四年に六一・六%、一九九七年には六三・九%であった。雇用上の障害を有する者は、一九九四年に二〇三〇万人、一九九七年に二一六〇万人いるとされている。そのうち、就労可能な障害者は一九九四年に八六〇万人、一九九七年に九四〇万人おり、就労可能な障害者は、一九九四年に一一七〇万人、一九九七年に六七〇万人いるとされている。以上については、J.M. McNeil, "Employment, Earnings, and Disability," p. 9 (U.S. Bureau of the Census, 2000)を参照しよう。詳しくは、<http://stats>.

Dis.gov/を見よ。日本では、平成一四年度の内閣府編『障害者白書』(二〇〇二)四二頁の表によれば、障害者雇用を義務付けられる民間企業における常用の重度障害者及び重度障害者以外の障害者の数は、一八六五七七人で、常用労働者数に占める障害者の実際の割合(促進法上の実雇用率ではない)が、一・二〇%と計算される。また、企業規模に応じた障害者の割合(小数点第三位四捨五入)として、五六一九九人の企業で一・二五%、一〇〇一八九九人の企業で一・〇四%、三〇〇一四九九人の企業で一・〇五%、五〇〇一九九九人の企業で一・〇七%、一〇〇〇人以上で一・一三%と計算される。わが国における雇用されている障害者の実数および割合が非常に少ないようにみえるが、アメリカやカナダとは「障害」の概念が異なることから、実際の雇用率の相違については定かではない。

(7) カナダについては、Department of Finance, *Tax Measures for People with Disabilities: Background Information* (21 June 1996)を参照のこと。アメリカについては、一七三〇万人いる重度障害者のうち、六九〇万人がMedicareもしくはその他の社会保障制度によってカバーされており、残りの一〇四〇万人のうちの一三〇万人が、Medicareにカバーされていないが、なんらかの社会保障制度の下に置かれている。したがって、八二〇万人の重度障害者がなんらかの社会保障制度下に置かれ、九二〇万人がそうでない。社会保障制度下でない九二〇万人の重度障害者の雇用率は四七・五%である。McNeil, 上掲 at 6.

(8) 公共職業安定所は、求職申込みを行うすべての障害者を登録、管理、適職の紹介から、就労をはじめた後のアフターケアまでを一貫しておこなっている。障害者の求職に対し、その就業能力を中心とした個人の能力の総合評価に基づき、適職を紹介する。しかし、例えば北海道では、常に企業側からの求人があるわけではなく、障害者の求職に対し、適職を探し始めるようである。この他にも、都道府県の障害者職業センター、障害者雇用支援センターによる職業訓練、委託訓練、職場適用訓練(職場適応援助者付雇用)、「障害者試行雇用事業」による試行期間を経て常用雇用を目指す制度等、さまざまな制度が、障害者の雇用の維持、拡大のために存在している。障害者の就労支援サービスについては、工藤正「障害者の就労支援サービスの現状と課題」地域福祉情報一九九九年六月号一〇頁以下、山田耕造「障害を持つ雇用機会の平等を支えるシステム」『講座2』二一三頁、二一七頁以下、和歌山障害者職業センター「障害者雇用にかかる社会資源の活用法」働く広場二七八号(二〇〇〇)、一〇頁以下が詳しい。また、障害者支援センターについては、村岡正次「障害のある人と企業を結ぶ支援システム——大阪市障害者就労(雇用)支援センターを訪ねて——」『あっせん型雇用支援センター』働く広場二七〇号(二〇〇〇)、一二頁以下を参照のこと。

(9) 都道府県労働局職業安定部などでも、開拓推進委員、開拓推進月刊(毎年九月)、障害者雇用促進協会雇用促進セミナー、就労機器の展示会などを設定し、事業者の理解、新規雇用機会の開拓に取り組んでいるが、事業主の理解と協力を求めていると考えるべきだ

ろう。実際、障害者を雇用する事業者の新規開拓は難しく、思うようにはかどっていないのが現状である。

- (10) 障害者に対する雇用上の差別を具体的に規定する法規が存在しないことが、偏見に対する取り組みを進展させることを妨げている原因の一つであろう。障害者の差別禁止に関しては、労基法三条の社会的身分に障害者が含まれると解する見解、また労基法三条とほぼ同規定の地方公務員法一三条により聴覚障害者の昇進差別さらには年金総額の減少について原告の訴えを認める判決（京都地裁平二・七・一八、判例タイムズ七四六号（一九九一）一三七頁）——但し、社会的身分については言及がない——がある。しかし、これらには問題があるろう。第一に社会的身分に障害者が含まれるのかについては議論の余地がある。社会的身分の定義に混乱があり、この議論から出発しなければならないことから、現在において障害者が労基法三条、地公法一三条の社会的身分に含まれるとはいえない。第二に、労基法三条違反には罰則の適用があり、罪刑法定主義に準じなければならないことから、差別原因を拡大する解釈には問題がある。また、民事において罪刑法定主義に準じて解釈する必要がなく、北米の差別禁止法のように差別理由はリベラル、公平、拡大的に解釈されてもよい（労基法三条の二元的解釈）と解しても、労基法三条の障害者への拡大については十分な説明が要求されるはずである——通常は類似の条項がある場合に拡大されるに過ぎない。アメリカの公民権法第七編の下では、差別原因として列挙されていない障害者差別の申立てが一九七〇年代後半から一九八〇年代前半にかけて雇用機会平等委員会にもたらされたが、実際それらはいっさい認められていない。

- (11) “Accommodations”を「便宜供与」と訳すものとして、例えば関川芳孝「障害をもつ人に対する雇用平等の理念」『講座2』一六八頁、一七九頁以下、がある。単に「(合理的)便宜」と訳すものとして、小石原尉郎「障害差別禁止の法理論」(信山社、一九九四)一一一頁以下、中窪裕也『アメリカ労働法』(弘文堂、一九九五)二一〇、二三〇頁、長谷川珠子「障害をもつアメリカ人法における『合理的便宜 (reasonable accommodation)』——障害をもつ者の雇用と平等概念』法学(東北大学)六七巻二号(二〇〇三)七八頁がある。また、「(合理的)措置」と訳すものとして、永野秀雄「障害のあるアメリカ人法における『精神的障害をもつ人』に対する雇用差別規制法理(以下、精神的障害)」法学志林九八巻一号(二〇〇〇)四一頁、七一頁以下。この他に、障害者に対する便宜的措置義務の研究としては、丸山英二「重症障害新生児に対する医療とアメリカ法(上)(下)」ジュリスト八三五号一〇頁、八三六号八八頁(一九八五)、関川芳孝「アメリカ障害者差別の判断基準」琉大法学四五号一三七頁(一九九〇)、藤倉皓一郎「アメリカにおける障害者法」ジュリスト九七〇号二六頁(一九九〇)、瀧澤仁唱「障害者差別禁止と社会福祉の権利——障害をもつアメリカ人法におけるADA」に関する一考察」桃山学院大学社会学論集二五巻一号二頁(一九九一)、矢嶋里恵「米国におけるADA法の成立とその課題(上)(下)」早稲田大学大学院法研論集六一号二〇九頁、六三三号二九九頁(一九九二)、定藤丈弘「アメリカにおける障害者の機会平等法——

障害をもつアメリカ人法を中心に」部落解放三五〇号一八頁（一九九二）、竹中康之「ADA（アメリカ障害者法）における雇用関連規定について（障害者の雇用対策）——開かれた企業社会と働きやすい環境をめざして」労働法学研究会報四四卷三三三号「二七頁（一九九三）、久保耕造「障害をもつアメリカ人法の制定と今後のわが国の障害者問題における課題」社会福祉研究五六号一八頁（一九九三）、田中邦夫「障害をもつアメリカ人法に関する法律施行後の反響と対応」レファレンス四四卷三三三号八八頁（一九九四）、矢嶋里恵「『精神障害者』とADA」人文学報（社会福祉学）二六一号一七七頁（一九九五）、久保耕造「ADA（障害をもつアメリカ人法）に関する判例について」ノーマライゼーション一七卷四号四六頁（一九九七）、永野秀雄「障害のあるアメリカ人法における『障害』の有無に関する判断基準——Sutton v. United Air Lines, Inc., 119 S. Ct. 2139 (1999)」労働法律旬報一四七八号二三頁（二〇〇〇）」などがある。一方、カナダにおける宗教学上の便宜的措置義務については、拙稿「カナダにおける便宜的措置義務の法理」愛知学院大学大学院法学研究科法研究会論集一二卷二号（成文堂、一九九七）二三〇頁以下がある。

(12) 「Undue hardship」を「過大な困難」「不当な困難」と訳すものとして、中窪、前掲注11、二二〇、二三〇頁がある。中窪教授は、厳格さの観点から、公民権法上とADA上の概念を峻別したものと考えられる。「過度な負担」と訳すものとして、関川、前掲注11、長谷川、前掲注11、九五頁、がある。また、「重大な支障」と訳すものとして、永野「精神的障害」、前掲注11、八〇頁、がある。

(13) これらの判断基準をアメリカ、カナダ両国で採用されている。これを明示するカナダ最高裁の判決として、Central Alberta Daily Pool v. Alberta, 12 Canadian Human Rights Reporter (以下、CHRR) D/417(1990), at paragraph 63, D/438がある。

(14) これを指摘する見解として、Eaton v. Brant County Bd. of Education, (1997) Dominion Law Report(以下、DLR) (4th) 385において、カナダ最高裁Sopinka裁判官は、「禁止されるべき差別原因としての障害は、例えば人種や性別のような他の根拠についていえば個人的な多様性が存在しないため、これらの根拠とは異なるということになる。一方、障害に関していえば、これは個人とその個人を取り巻く環境(the context)にしたがって非常に異なった状況を示す。(at 406)」と述べている。これに従う見解として、M. Lynk, “Accommodating Disabilities in the Canadian Workplace,” 7 Canadian Labour and Employment Law Journal (以下、CLELJ) (2000) 182 at 185がある。

(15) “Accommodation”は宗教に関する憲法の事例で登場した概念である。合衆国最高裁は、Zorach v. Clauson, 343 U.S. 306, 315 (1952)においてこの概念について検討している。その後、憲法上の概念は、Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398(1963), Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972)等の判決により発展、確立されている——但し、憲法上の宗教に対する便宜は、Yoderの事例と比べるとの失業補償の事例を除いて認められていない（この点について、花見常幸「アメリカにおける信教の自由に関する判例法の展開——

最近の最高裁判決とこれに対する議会の立法的対応を中心として「宗教法一四号一六五頁(一九九五)が詳しい)。憲法上のこの概念の基本的な枠組みは、便宜は、不利益を被る個人の(狭義の)宗教の自由(自由条項—the free-exercise clause)から要請されるが、特定の宗教に対する特別な取扱いとなりうるところから政教分離(the establishment clause)の原則からその限界が量られる、とらうものである。これを示すものとして、R.D. Rotunda & J.E. Nowak, *Treatise on Constitutional Law: Substance and Procedure* 5 (3rd)(St. Paul, Minnesota: West, 2000) 2-, L.H. Tribe, *American Constitutional Law* (2nd)(Mineola, New York: The Foundation Press, 1988) 1154-, T. F. LaMacchia, “[Note] Reverse Accommodation of Religion,” 81 *Georgetown L.J.* 117 (1992-93) at 119, S.G. Gey, “Why Is Religion Special?: Reconsidering the Accommodation of Religion under the Religious Clauses of the First Amendment,” 52 *U. Pitts. L.R.* 75 (1990), D. Laycock, “The Remnants of Free Exercise,” 1990 *Supreme Court Review* 1 (1990), M.W. McConnell, “Accommodation of Religion,” 1985 *Supreme Court Review* 1 (1985)がある。この憲法上の概念は、公民権法における宗教上の便宜的措置に対して大きな影響を与えているが、公民権法が平等の理念を想定していると考えられるのに対し、平等のフレームワークを用いず、第一修正条項における二つの原則の下で専ら考察、検討されている。一方、カナダにおいては、平等の問題として捉えられていないわけではない——*Adler v. Ontario*, (1996)140 *DLR*(4th) 385の少数意見を参照。しかし、憲法上「政教分離」条項を持たないカナダとそれを有するアメリカでは法理に差があるのは当然であるかもしれない。

(16) 1966 *EEOC Guideline on Racial Discrimination of Religion*(29 C.F.R. §1605.1(a)(2), 31 Fed. Reg. 8370 (1967)). 一九六七年ガイドラインは、「雇用機会平等委員会は、宗教を理由として差別をしない義務は、便宜的措置義務が使用者の業務の遂行に対し重大な問題なく講じられうる場合には、使用者の側が、被用者および場合によっては志願者の合理的な宗教上の必要事項に対して合理的な便宜的措置を講ずる責務をも含む」と信ずる。」としている。

(17) 1967 *EEOC Guidelines on Discrimination Because of Religion* (29 C.F.R. §1605.1(b), (1980)). また一九六七年ガイドラインは、「EEOCは、一九六四年公民権法第七編七〇三条(a)(1)によって要請される宗教を理由として差別をしない義務は、便宜的措置義務が使用者の業務上の行為に対し過大な負担なく講じられうる場合には、使用者の側が被用者および志願者の宗教上の必要事項に対し便宜的措置を講ずる責務を含む」と信ずる。」としている。

(18) EEOCのガイドラインに対して、裁判所は、第七編七〇三条(a)(1)の解釈において、使用者に積極的な差別是正義務を負わせなかった。むしろ、これらの裁判所は、この条項を、使用者が意図的に差別的な雇用条件を採用しないために規定されていると理解していたようである。これを指摘するものとして、P. Zablaosky, “After the Fall: The Employer’s Duty to Accommodate Employee

Religious Practices under Title VII after *Ansonia Board of Education v. Philbrook*,” 50 U. of Pitts. L. R. 513 (1989) at 514-515 がある。後に合衆国最高裁で指しおられる (402 U.S. 689(1971)) が ‘Dewey v. Reynolds Metals Co., 429 F. 2d 324(2nd Cir. 1970) (第七編の) 条項は、使用者が、裁判所が救済しようる以前に、不法な雇用慣行に意図的に関与してきたという事実認定を要求する (at 331)。」と述べらるる。

- (19) 42 U.S.C. §2000e(f) (1982).
- (20) 中窪裕也『アメリカ労働法』(弘文堂、一九九五)二二〇頁。
- (21) 宗教上の便宜的措置義務の展開については ‘Zablaosky’ 前掲注19’ at 513-517を参照しようる。
- (22) Rehabilitation Act of 1973, Pub. L. No. 93-112, 87 Stat. 355 (codified at 29 U.S.C. §§791, 793, 794 (1988)).
- (23) リハビリテーション法の成立過程においては、小石原、前掲注11’ 三二二頁を参照しようる。
- (24) リハビリテーション法五〇四条は ‘アメリカにおける就業能力を有する障害をもつ個人は、その個人の障害のみを理由として、連邦財政援助を受けるいかなるプログラムや活動への参加から排除されてはならぬ、それらによる利益を否定されてはならぬ、それらの下で差別を受けはならぬ。」と規定しようる。
- (25) 以上の指摘が、J.O. Cooper, “Overcoming Barriers to Employment: The Meaning of Reasonable Accommodation and Undue Hardship in the Americans with Disabilities Act,” 139 U. Pa. L.R. 1423 (1991) at 1424-1425, 2244 である。
- (26) *Cherry v. Mathews*, 419 F. Supp. 922 (D.D.C. 1976)
- (27) 上掲’ 924.
- (28) この事例については、S.B. Epstein, “In Search of a Bright Line: Determining When an Employer’s Financial Hardship Because” Undue “Hardship under the Americans with Disabilities Act,” 48 Vand. L. Rev. 391 (1995) at 411, 444 を註しようる。
- (29) R.K. Murphy, “Notes: Reasonable Accommodation and Employment Discrimination under Title I of the Americans with Disabilities Act,” 64 S. Cali. L.R. 1607 (1991) at 1616.
- (30) 上掲’ 1616.
- (31) Pub. L. No. 94-142, 89 Stat. 773 (1975). 後述 ‘教育手帳法 (Education of Handicapped Act of 1990, Pub. L. No. 101-476, 104 Stat. 1103)』を註しようる。
- (32) Pub. L. No. 94-103, 89 Stat. 486 (1975).

- (33) Voting Accessibility for the Elderly and Handicapped Act, Pub. L. 98-435, 89 Stat. 1678 (1986), Air Carrier Access Act of 1986, Pub. L. 98-435, 100 Stat. 1080 (1986).
- (34) Pub. L. No. 99-372, 100 Stat. 796 (1986).
- (35) Pub. L. No. 100-259, 102 Stat. 28 (1987).
- (36) Pub. L. No. 100-430, 102 Stat. 1619 (1988).
- (37) *National Council on the Handicapped, Toward Independence* (1986).
- (38) *National Council on the Handicapped, On the Threshold of Independence 20* (1988).
- (39) ADAの立法過程については、D. Thronburgh, *The Americans with Disabilities Act: What It Means to All Americans*, 64 Temp. L.R. (1991) 375, L.P. Weicker Jr., "Historical Background of the Americans with Disabilities Act," 64 Temp. L. R. 387 (1991), T.M. Cook, "The Americans with Disabilities Act: The Move to Integration," 64 Temp. L.R. (1991) 393,等が詳しい。邦文の文献では、前掲注3『ADAの衝撃』に掲載されている各論文、小石原、前掲注11、一九五頁以下、等において述べられている。
- (40) 人権法(通常、Human Rights Code, Human Rights Actと呼ばれる)は、使用者または使用者のために行為する者は、個人または他のいかなる個人の、民族、肌の色、信条、年齢、性、家族における地位、婚姻上の地位、身体および知的(精神的)障害、酒、薬物の依存症、収入源、犯罪歴、祖先、起源、門地、社会的条件、居住地などを理由として、その個人の雇用を拒否し、または雇用の継続を拒否してはならない、またはその個人に対して、雇用または雇用の条件について差別してはならない、と規定する。カナダの各法管轄における差別事由については、連邦人権委員会による一覧(Canadian Human Rights Commission, *Employment: Prohibited Grounds of Discrimination* (1996 version))がある。邦文の差別事由の紹介として、木村愛子「カナダにおける男女同一価値労働同一賃金法制の展開と課題(1) 季刊労働法一七八号八二頁(一九九六)、八七頁、拙稿「カナダにおける人権委員会の機能——アルバータ州、ブリティッシュ・コロンビア州、連邦人権委員会の比較」愛知学院大学大学院法学研究科法研会論集第一二巻一号二六二頁(一九九六)、二五七頁などがある。
- (41) 人権審判所とは、人権法違反に関する申立てを審理し、審決を下す行政審判所をさす。人権法の申立ては、差別を受けたと感じた個人が、人権委員会へ申立てることから始まる。人権委員会は、差別の存在の可能性のある申立てについて調査し、そしてあつせんを行う。人権委員会によるあつせんが成功しなかった場合に、その申立ては人権委員会に付随する人権審判所により審理されることとなる。人権審判所は、board of inquiryの他、human rights tribunal, board of adjudicationと称される。詳しくは拙稿、上掲、



を参照のしよう。

- (42) *Ishar v. Security and Investigations Services Ltd.*, [unreported] (May 31 1977).
- (43) *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977).
- (44) *Williams v. Department of Transport and Communications*, (1974) [unreported].
- (45) *Anthony v. Dominion Distributors* (1962) Ltd., (1977) [unreported].
- (46) *W.S. Tarnopolsky, W.F. Pentney, & J. D. Gardner, Discrimination and the Law* (Toronto: Carswell, 2000) at C. 6-29-30.
- (47) *O'Malley (Vincent) v. Simpson-Sears Ltd.*, 7 CHRR D/3102 (1985)。カナダにおける宗教上の便宜的措置義務に関しては、拙稿、前掲注11を参照のしよう。
- (48) *Central Okanagan School District No.23 v. Renaud*, 16 CHRR D/425 (1992) at para. 18, D/432.
- (49) *O'Malley*, 前掲注47 at para. 24772, D/3106.
- (50) *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta*, 前掲注31。この事例でカナダ最高裁は便宜的措置義務が「結果差別」においてのみ適用されることを明言した。その一方で、「直接差別」に関しては「真正なる職業適格 (BFOQ)」が用いられると判断した。
- (51) *Renaud*, 前掲注48の他、*Gohm v. Dometar Inc. and OPEIU, Location 267*, 12 CHRR D/248 (1992), *Drager v. IAM, & AW*, 20 CHRR D/119 (1994)などにおいて、労働組合の便宜的措置義務の内容、手続きが明らかになされている。
- (52) いわゆる「便宜的措置の手続き上の要請 (the search for accommodation)」の問題である。前掲注51に挙げたものの他、*Straus v. Ontario*, 22 CHRR D/169 (1995), 等がある。これらの判例については、拙稿、前掲注11、一八〇頁以下を参照のしよう。
- (53) 例えば、*Emrick Plastics v. Ontario* (Human Rights Commission), 16 CHRR D/300 (1992)では、「妊娠 (pregnancy)」に対する便宜的措置義務が認められている。妊娠した女性被用者が、母子の健康を憂慮して一時期、本来の職場であるスプレー塗装部門から包装部門への配転を希望する便宜的措置を求めたが、会社に拒否され、オンタリオ州人権審判所、オンタリオ地方裁判所は、原告の訴えを認めた。一方、「家族の状況 (family status)」に対する便宜的措置も認められている。*Brown v. Dept of National Revenue*, 19 CHRR D/39 (1993)では、空港で三交替制のシフトで働いていた女性被用者が、子育てのため、昼間のみの勤務を求めたが、その便宜的措置が認められた。
- (54) カナダにおける「mental disability」には、知的障害に加えて、うつ病、精神病なども含まれる。例えば、*Williams v. Eity Publications*

Ltd., 20 CHRR D/52 (1994)においては、アルコール依存症の再発に対する危惧からうつ病になったことはブリティッシュ・コロンビア州人権法の精神障害に該当すると判断されている——但し、便宜的措置義務に関しては、必要とされる便宜について使用者に対し適切に伝えることを怠ったとして、否定されている。一方、Zaryski v. Lafsgard, 22 CHRR D/256 (1995)においても、精神病を人権法上の障害と判断している。

- (55) 人権法の管轄は、各州にある。これは、判例法により明確にされているわけではないが、一八六七年カナダ憲法法(*Constitution Act, 1867, U.K., 30 & 31 Victoria, c. 3, 田 BNAA, British North America Act*) 九二条一三項に規定される州の独占権限である。「州における財産権と市民権」に含まれるとされている。おそらく、人権法が労働法と非常に深い関係を有することから、労働法が、判例により、州の法管轄であるとされたことが大きく影響しているものと考えられる——労働法の法管轄に関しては、P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada (2002 version)* (Toronto: Carswell, 2002) at 512. 邦文でこの問題に触れているものとして、国武輝久「カナダの労使関係と法」(同文館、一九九二)一二頁以下)。一方、人権法の母法のひとつである「Ontario Fair Accommodation Acts」の管轄権が州にあるとの判決があることも影響していると考えられる (See, *Canadian Encyclopedic Digest (third edition)* Vol. 16, Title 75 (Toronto: Carswell: 1994) 75-43, 44)。したがって、人権法は、各州ごと、および連邦によって制定されている。カナダでは州の立法権限が強く、合衆国の公民権法のように、連邦法が州法を「pre-empt」することはない。連邦人権法 (*Canadian Human Rights Act, R.S. 1985, c. H-6*) の法管轄は、鉱業、海上運輸、州際陸上運輸、鉄道、航空、運河、電信電話、放送、郵便、金融などの職種に限定されている。

(56) ノースウェスト準州では「disability」とだけ規定されている。

- (57) W.S. Tarnopolsky, W.F. Pentney, & J. D. Gardner, *Discrimination and the Law* (Toronto: Carswell, 2000) at, Chapter 7A, -2, 3.

(58) Ms. Linda Sproule-Jones (元ブリティッシュ・コロンビア州人権委員会あつせん員、現ビクトリア大学エクイティオフィス・ディレクター)によれば、ブリティッシュ・コロンビア州では一九七七年ごろすでに障害に基づく便宜的措置の事案があったという。その事案は、審判所にはもたらされず、あつせんにより問題の解決が図られたようである(二〇〇二年九月五日ビクトリア大学においてインタビュー)。

(59) Kelly v. VIA Rail, Railway Transport Commission Order No. R-30742 of 24 April, 1980, 1 CHRR D/97(1980).

(60) Huck v. Canadian Odeon Theatres Ltd., 2 CHRR D/521 (1981) (Sas. B. 1.), Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Huck, 3 CHRR

- D/985 (1983) (Sas. Q.B.), *Huck v. Canadian Odeon Theatres Ltd.*, 6 CHRR D/2862 (1985) (Sas. C. A.)
- (61) Ontario Human Rights Commission, "Guideline for Assessing Accommodation for Persons with Disabilities under the Ontario Human Rights Code, 1981, as Amended," reprinted 1 CLELJ 186 (1991).
- (62) Ontario Human Rights Code (R. S. O. C. H. 19).
- (63) Manitoba Human Rights Code (C.C.S.M., c. H175).
- (64) オンタリオ州人権法は、後述する第一七条(1)、(2)項以外にも、第一一条(1)、(2)項、第二四条(1)、(2)項において、便宜的措置を規定している。
- (65) 29 C.F.R. app. §1630. 9.
- (66) 「適用対象事業体 (covered entity)」は、使用者、職業紹介機関、労働組合もしくは労使協議会をさす。
- (67) 42 U.S.C.A. §12111(9).
- (68) 以下の部分に関し、A. Mayerson, "Title I — Employment Provisions of the Americans with Disabilities Act," 64 Temp. L.R. 499 (1991) at 502-513を参照している。また、永野「精神的障害」、前掲注11、第一章四六頁以下、小石原、前掲注11、二四頁以下、が邦文で紹介している。
- (69) 上院報告は、ADAがなぜ「disability」を用いるかについて、「handicap」がやや時代遅れな表現として受け取られていることを背景に、障害をもつアメリカ人に配慮した」と述べている。ただし、この用語の変更が、内容を本質的に変えるものでないことも同時に説明している。S. Rep. No. 116, 101<sup>st</sup> Sess. 21 (1988)
- (70) 29 C.F.R. 1630.3(h), 56 Fed. 35, 726, 35, 735 (1991). リン法規則の下においても、同様の定義がなされていた。医学的、心理学的な見地から「mental or psychological disorder」の定義は、「精神障害」との境界線である「emotional or mental illness」を除いて、わが国における「知的障害」に属するもののようにある。
- (71) 29 C.F.R. App. §1630.2(j), 56 Fed. Reg. 35, 726, 35, 741 (1991).
- (72) 56 Fed. Reg. 8,578, 8,594 (1991).
- (73) 29 C.F.R. App. §1630.2(j), 56 Fed. Reg. 34, 726, 35, 741 (1991).
- (74) 42 U.S.C. §12102(2)(A), ADA§3(2)(A).
- (75) 29 C.F.R. §1630.2(i), 56 Fed. Reg. 35,726, 37,535 (1991).

- (76) J.R. Mook, *Americans with Disabilities Act: Employee Rights and Employer Obligations* (Lexis Nexis, Dec. 2002) at C.-24, 25.
- (77) 29 C.F.R. §1630. 2(f), 56 Fed. Reg. 35,726, 35,735 (1991).
- (78) Sutton v. United Air Lines, Inc., 527 US 471 (1999), Albertsons, Inc. v. Kirkingburg, 527 US 555 (1999).
- (79) Brandon v. Abbott, 524 US 624, at 627.
- (80) Murphy v. United Parcel Service, 527 US 516 (1999).
- (81) Toyota Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams, 534 US 184 (2002).
- (82) S. Rep. 116, 101st Cong., 1st Sess. 23.
- (83) School Board of Nassau County, Florida v. Arline, 480 US 273 (1987).
- (84) 土曜' at 283.
- (85) Cleveland v. Policy Mgmt Sys. Corp., 526 U.S. 795 (1999), Garcia-Ayala v. Lederle Parentals, Inc., 212 F. 3d 638 (1st Cir. 2000).
- (86) 42 U.S.C.A. §12111(8).
- (87) 42 U.S.C.A. §12112(b)(6).
- (88) Simon v. St. Louis County, Missouri, 735 F. 2d 1082 (8th Cir. 1984), Champ v. Baltimore County, 884 F. Supp. 991 (D. Md. 1995).
- (89) Burch v. City of Nacogdoches, 174 F. 3d 615 (5th Cir. 1999).
- (90) Mook, 前掲書9' at C.4-15.
- (91) Jovanovic v. In-Sink-Erator, 201 F. 3d 894 (7th Cir. 2000).
- (92) Daugherty v. City of El Paso 56 F.3d 695 (5th Cir. 1995).
- (93) 上掲判決によれば、リン法におけるインシュリン依存型の糖尿病患者とバスなどの運転手の問題はいくつもあるが、一貫して、その種の糖尿病患者がバスの運転をすることが危険であり、就業能力がないと判断されている。例えば、Chandler v. City of Dallas, 2 F. 3d 1385 (5th Cir. 1993), Chiari v. City of League City 920 F. 2d 311 (5th Cir. 19919).
- (94) Duckett v. Dunlop Tire Corp., 120 F. 3d 1222 (11th Cir. 1997).
- (95) Meyer v. Hose 50 F. 3d 278 (4th Cir. 1995).
- (96) 奥河空博『職權の範囲』103頁。S. Silverman, "The ADA Interactive Process: The Employer and Employee's Duty to Work Together to Identify a Reasonable Accommodation is More than a Game of Five Card Stud," (1998) 77 Nebraska L. R. 281,

Mook, 前掲書 69 at C.6-17-, 等を註する。

- (67) Vande Zande v. Wisconsin Department of Administration, 44 F. 3d 538 (7th Cir. 1995).
- (68) Borkowski v. Valley Central School District, 63 F. 3d 131 at 138 (2d Cir. 1995).
- (69) The Preamble to Ontario Human Rights Code (R.S.O.C.)
- (70) O'Malley, 前掲法 5 at para.24766, D/3105.
- (71) 上掲 at para. 24766, D/3105.
- (72) 上掲 at para. 24774, D/3106.
- (73) Renaud, 前掲法 89 at para. 18, D/432.
- (74) O'Malley, 前掲法 5 at para. 24779, D/3108.
- (75) Re Manitoba and MGEU, (1996) 42 Labour Arbitration Case (2d LAC) (4<sup>th</sup>) 86 (Tesky) at 106.
- (76) *Ontario Guideline*, 前掲法 5 at 190.
- (77) 上掲 at 190.
- (78) Bhinder v. CN Rail, 7 CHRR D/3093 (1985) at para. 24722, D/3096.
- (79) Province of Manitoba and MGEU, 前掲法 5 at 109.
- (80) Boise Cascade Canada Inc and UPTU, Local 1330, (1994) 41 LAC (4<sup>th</sup>) 291 (Palmer) at 298.
- (81) Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke, [1982] 1 SCR 202 at 208.
- (82) O'Malley, 前掲法 5 at para. 24782, D/3108.
- (83) 上掲 at para. 24782, D/3108.
- (84) 立法や最高裁により要件が具体化されていないため差別の推定についてそれぞれの審判所や裁判所が独自のテストを採用している。また、審決、判決上で問題とせず、審判および裁判の過程において要件を満たしていると思われる場合(例えば、*Via Rail Canada Inc. v. Canada (Human Rights Comm.)* 35 CHRR D/127 (1999) at para. 42, D/134.)、差別の推定要件について特別言及せず過大な負担を論ずる場合もあるが、何をもちいて差別の推定要件を満たすかという要件については述べられておらず、定かではない。
- (85) *McConnell v. Yukon (Public Service Comm.)*, 34 CHRR D/26 (1998).
- (86) *Handfield v. North Thompson School District No. 26*, 34 CHRR D/36 (1999).

- (117) 例えば、ブリティッシュ・コロンビア州人権法 (British Columbia Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210) は、その第一三条 (1)において、障害者に対する差別禁止を以下のように規定している。  
個人は、(略) 身体的または知的・精神的な障害 (physical or mental disability) (略) を理由として、  
(a) 他の個人の雇用を拒否し、または他の個人の雇用の継続を拒否してはならない、  
(b) 雇用に関して、または労働条件に関して他の個人を差別してはならない。
- (118) 『肥満 (obesity)』に関しては、Ontario Human Rights Commission v. Vogue Shoes, 14 CHRR D/425 (1991)において、オンタリオ州人権審判所は、肥満が、先天的かつ慢性で、個人のコントロールを超え、個人の能力を制約するものとみなされる状態にない限り、身体的障害に該当しないとしている。
- (119) Tarnopolsy et al., 前掲注57 at c. 7-A-8.
- (120) N.A. Eber, "Disability and the Duty to Accommodate: A Management View Point," Labour Arbitration Yearbook 1998 (Toronto, Lancaster House: 1998) 105 at 106-107.
- (121) 障害が外部からあきらかでない場合の『明白でない障害 (invisible disability)』に関しては、一九八〇年代の初旬には、私立学校の授業料に関する事例において、人権法の下で障害差別の根拠とされた (Alberta (Dept of Education) v. Deyall, 8 CHRR (1984) D/3668)。
- (122) Conte v. Rogers Cablesystems Ltd., 36 CHRR D/403 (1999).
- (123) Green v. Canada (Public Service Comm.), 34 CHRR D/166 (1998).
- (124) Bielecky v. Young, MacNamara, 20 CHRR D/215 (1992).
- (125) Via Rail Canada Inc. v. Canada Human Rights Comm.), 30 CHRR D/212 (1997).
- (126) Ede v. Canada (Armed Forces), 11 CHRR D/439.
- (127) 上掲at para. 9, D/444.
- (128) Via Rail Canada Inc., 前掲注128 at para. 27, D/221.
- (129) 上掲at para. 17, D/221. Cameron v. Nel-Gor Castle Nursing Home, 5 CHRR D/2170 (1984), Ouimette v. Lily Cups Ltd., 12 CHRR D/19 (1990) 同前。
- (130) Bielecky, 前掲注127 at para. 18-20, D/218.

- (131) O'Malley, 前掲注47 at para. 24782, D/3108.
- (132) 上掲 at para. 24772, D/3106.
- (133) 上掲 at para. 24782, D/3108.
- (134) O'Malley, 前掲注47 at para. 24777, D/3107.
- (135) Renaud, 前掲注89。
- (136) 上掲 at para. 18, D/432.
- (137) 前掲注11 at 208.
- (138) 前掲注13。
- (139) Bhinder v. CN Rail, 7 CHRR D/3093 (1985).
- (140) ハの議論は「腰つばげ」M.C. Crane, “Human Rights, Bona Fide Occupational Requirement and the Duty to Accommodate: Semantics or Substance,” 4 CLELJ 208 (1996), S. Day & G. Brodsky, “The Duty to Accommodate: Who Will Benefit?” 75 Ca. Bar Rev. 433 (1996), B. Etherington, “*Central Alberta Daily Pool*: The Supreme Court’s Latest Word on the Duty to Accommodate,” 1 CLELJ 335 (1991), B. Vizkelety, “Human Rights — Discrimination in Employment — Reasonable Accommodation Revised: *Alberta Human Rights Commission v. Central Alberta Daily Pool*,” 70 Ca. Bar. Rev. 335 (1991)を参照のべし。また拙稿「前掲注11」二一六頁以下がハの問題を取扱っている。
- (141) British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.E.U. 35 CHRR D/257 (1999).

(付記)

東北大学大学院法学研究科博士課程の長谷川珠子氏には、本稿の草稿をお読みいただき、同じ分野を研究する立場から、貴重かつ有意義なご意見を賜った。未筆ながら、謝意を表したい。