

憲法14条1項が禁止する障害者差別

－形式的平等と社会構造の再検討の要請の関係を中心に－

杉 山 有 沙*

1. はじめに

第183回通常国会は、“障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律案”（以下、障害者差別解消法）を可決した。同法は、障害を理由とする差別の解消の推進に関する基本的な事項や、また行政機関等及び事業者による障害を理由とする差別を解消するための措置等を定めることにより、障害を理由とする差別の解消を推進するものである（1条）。同法が定める障害者とは、身体障害、知的障害、精神障害（発達障害を含む）その他の心身の機能の障害がある者であって、障害及び社会的障壁⁽¹⁾により継続的に日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける状態にある者をいう（2条1項）。

障害者差別解消法は、障害を理由とした障害者への不当な差別的取扱いを、行政機関等と事業者ともに禁止する（7条1項、8条1項）。一方で「障害者から現に社会的障壁の除去を必要としている旨の意思の表明があ」り、その実施に伴う負担が過重でない場合における社会的障壁の除去のための「必要かつ合理的な配慮」に関しては、行政機関等は義務付けをされているのに対して（7条2項）、事業者は努力義務

に留まっている（8条2項）。

この障害者差別解消法は、6年間にも渡る障害者差別の緩和・解消に資する法制定を目指した議論の上に成り立っている。2009年12月8日の閣議決定に基づいて障がい者制度推進会議が設置された。同会議は、下位組織として障がい者制度推進会議差別禁止部会を設けた。2011年の障害者基本法改正を受けて2012年7月23日に推進会議は廃止され、その事業が障害者政策委員会に引き継がれた。そして推進会議内の組織であった差別禁止部会も、同日、障害者政策委員会内の組織として再設置された。差別禁止部会は、2009年以降積み重ねてきた議論の成果を2012年9月14日に『「障害を理由とする差別の禁止に関する法制」についての差別禁止部会の意見』（以下、意見書）で報告した。

しかし障害者差別解消法は、差別禁止部会の意見を十分に反映したものとは言い難い。2013年4月26日に内閣が国会に提出した障害者差別解消法案は、最終段階で大幅に独自の観点を織り込まれたものであり、差別禁止部会の議論の蓄積と一線を画するものになった。「様々に内容的な調整が図られた結果、当初期待されてきたものよりもかなり後退を余儀なくされた内容

* 早稲田大学社会科学総合学術院 助手（博士後期課程4年）

となったことは否めない」と差別禁止部会の委員であった浅倉むつ子が指摘するように〔浅倉2013: 8〕、障害者差別解消法が差別禁止部会の目指した水準を下回ったのは事実であろう。しかし「日本ではじめて、障害という事由を理由とするあらゆる分野を対象とする具体的な差別禁止法が生まれ」という意味で障害者差別解消法の意義は小さくない〔浅倉2013: 8〕。

ここで制定されたばかりの障害者差別解消法に対する具体的な評価を行うのは本稿の課題ではない。たしかに差別禁止部会が一連の議論を通じて目指した“障害者差別禁止”の水準に達しなかったとしても、障害者差別への問題意識は、障害者差別解消法成立により立法レベルで日本国において共有されたと言え評価に値する。

このような意味で障害者差別解消法制定は意義あるものと言えるが、そもそも同法制定以前は、障害者差別が認められていたというわけではない。日本国憲法14条1項に基づいて障害者差別も当然禁止されてきた。では、日本国憲法がこれまで禁止してきた障害者差別とはどのようなものだったのだろうか。

障害者差別解消法が制定された日本の障害者法制は事実上新たな道を歩き出した。このような転換期を迎えた日本において憲法で禁止してきた障害者差別を確認することは喫緊の課題である。

2. 障害者差別の構造と事例

2.1 障害者政策委員会差別禁止部会意見書

障害者差別解消法が定める“障害を理由とした差別的取扱い”や“合理的配慮”とはどのようなものなのだろうか。判例がまだ存在してい

ない現段階において、これらは障害者差別解消法の条文から明らかにすることは困難である。そこで同法の下絵とも言える差別禁止部会の意見書を参照してみよう。

差別禁止部会は、公共的施設・交通機関、商品・役務・不動産、教育、雇用などの障害者差別の日本における現状を踏まえて、直接差別、間接差別、関連差別そして合理的配慮義務の不履行という4つの差別類型を検討の俎上に挙げた。この4つの差別類型を差別行為者と差別被害者（障害者）の関係で整理すると、差別行為者による障害者への不利益取扱いを問題にするのが、直接差別、間接差別そして関連差別である。そこでこれら3つの差別類型を差別解消法が7条1項と8条1項で禁止する“障害を理由とした差別的取扱い”（不平等取扱）と本稿では捉える⁽²⁾。そして差別解消法が7条2項と8条2項で規定する“合理的な配慮”を意見書で挙げられた“合理的配慮”とする。

a) 不均等待遇

差別禁止部会は、直接差別、間接差別そして関連差別を一本化して、不均等待遇として扱った。直接差別とは「障害を理由とする区別、排除、制限等の異なる取扱いがなされる場合」であり、例えば「精神障害者は、原則として飛行機の搭乗はでき」ないという場合を指す。この差別は「障害又は障害者に対する無理解や偏見又は固定化した概念やイメージが根底にあり、それが、障害を理由とする異なる取扱いという行為になって現れる」ことを問題視する。

間接差別は「外形的には中立の基準、規則、慣行ではあってもそれが適用されることにより結果的には他者に比較し不利益が生じる場合」であり、例えばマイカー通勤を禁止する勤務先

に身体障害ゆえにマイカー通勤を申請したところ、勤務先に拒否され、結果的に退職を余儀なくされる事態が想定される。「マイカー通勤禁止という就業規則の文言は障害者の就業を直接排除するものではなく、外形的には中立的であるといえる」。

最後に関連差別とは「障害に関連する事由を理由とする区別、排除又は制限等の異なる取扱いがなされる場合」であり、例えば、車椅子利用障害者に対してレストラン入店を店側が車椅子を理由に拒否する場合がある〔差別禁止部会 2012: 16-18〕。

このうち間接差別と関連差別の関係は、実務上、「基本的な部分で重なり合うものと評価できる」。先の例から明らかなように間接差別は、問題となる事由から見れば、「障害に関連した事由を理由とする差別の形態と評価すること」が可能である。その上で直接差別との関係を検討すると、実務上、「障害そのものを理由とする場合であるのか、それとも障害に関連する事由を理由とする場合であるのか、その区別が困難な場合もある」。以上の議論を経て差別禁止委員会は、直接差別、間接差別、関連差別を不均等待遇として一本化した〔差別禁止部会 2012: 19-20〕。

この一連の議論を踏まえて差別禁止部会は、不均等待遇の関連する事由を「障害のみならず障害に関連する事由を理由とする場合も含む」と説明した。ただここでの関連する事由とは「性別や人種と異なり、障害という属性はその種別、程度又は態様において多様性に富む」ものである。したがって「あらかじめ関連する事由を類型化し、又はその関連の程度を法定化することは困難である」。そこで「不均等

待遇に当たるかの判断に当たって、問題とされている事由が客観的に障害に関連すると認定されれば、関連差別に該当すると考えるのが妥当である」。代わりに差別の正当化の余地を残し、問題となる行為が「異なる取扱いであるかどうか、正当化事由があるかどうかの判断を経た上で、最終的に差別に該当するか否かの判断」がなされる〔差別禁止部会 2012: 20-23〕。

以上から明らかなように、差別禁止部会が提示する不均等待遇の枠組みとは、差別の存在を広汎に認める代わりに、この差別の正当化の余地も残すものである。

b) 合理的配慮義務の不履行

差別禁止部会によると合理的配慮義務の不履行とは、「障害者に他の者と平等な、権利の行使又は機会や待遇が確保されるには、その者の必要に応じて現状が変更されたり、調整されたりすることが必要であるにもかかわらず、そのための措置が講じられない場合」をいう。この義務の背景には、「人権及び基本的自由の享有や行使が形式的に認められても、障害者の場合は、個々の状況を考慮した必要かつ適当な変更及び調整の措置がなければ、実質的に見るとその享有や行使が困難」だという問題認識がある。そもそも非障害者も日常生活や社会生活を営む上で、様々な場面で人的サービスや社会的インフラなどを利用している。しかしこれらは非障害者を基準に構築されており、この基準から大きく外れる障害者には利用できない構造になっている。このように「一般には利用できる形で提供する反面、障害者には利用できない形でしか提供しないこと、言葉を換えれば障害者が利用できるように合理的配慮を提供しないことは、実質的には、障害のない者との比較にお

いて障害者に対して区別、排除又は制限といった異なる取扱いをしている」ことになる。この義務は「相手側の負担でその実施を求めるものであるが、無制限の負担を求めるものではない」[差別禁止部会 2012: 23-28]。

このように差別禁止部会がいう合理的配慮義務の不履行とは、社会構造が非障害者を基準に構築されていることを前提に、非障害者が利用できるインフラを障害者が利用できない事態を問題視する。そして非障害者のみしか利用できないことが差別である、という論理から、障害者も問題となるインフラを利用できるように合理的な範囲内で配慮を要請するものである。

c) 小括

差別禁止部会は、“不均等待遇”と“合理的配慮義務の不履行”の2つを禁止する差別類型として掲げた。しかし差別禁止部会が、このような差別構造を新たに作り出したわけではない。既に憲法14条1項が禁止していた障害者差別を整理し、意見書において言語化したものと言える。

不平等取扱は、差別を正当化する余地があるものの、差別行為者の不平等取扱の禁止を要請するので、憲法14条1項が要請する形式的平等と言って差し支えがないだろう。しかし合理的配慮義務は、差別行為者に差別の緩和・解消のために積極的措置を義務付けるものである。これは従来の形式的平等——等しい者は等しく、等しくない者は異なると一致しているとは言い難い。そこで憲法14条1項における合理的配慮義務の位置付けを検討するために、判例から合理的配慮義務の構造を確認しておこう。

2.2 判例

合理的配慮の要請をした判決は労働⁽³⁾、参政権行使⁽⁴⁾、教育⁽⁵⁾など複数の領域で出されている。この中で特に教育領域は、障害児の教育の在り方を巡って多くの議論がなされ、裁判で争われてきた。特に通常学校に就学する学力があり、本人や家族の希望があるにも拘わらず、身体障害を理由に通常学校への入学が拒否される事件が相次いだ。これら事件において合理的配慮義務の観点から社会構造ゆえの障害者差別について議論がなされており、この義務を分析する上で有益な示唆を期待できる。そこで本稿では、特に教育領域の合理的配慮義務の問題を検討していこう。

ただし、次に取り上げる2つの事件では、憲法14条1項を直接根拠としているわけではない。しかし進学・就学の際の学校長又は教育委員会の裁量権について憲法14条1項を間接的に適用することで統制している。

(1) 筋ジストロフィー疾患を理由とする高校入学不許可処分取消訴訟判決

1992年3月13日に出された筋ジストロフィー疾患を理由とする高校入学不許可処分取消訴訟判決⁽⁶⁾がある。本件は、進行性の筋ジストロフィー症に罹患していた申立人が、1991年度の尼崎市立尼崎高等学校の入学を志願し、学力検査を受検したところ、調査書の学力評定及び学力検査の合計点において合格点に達していたにも拘わらず、高等学校の全課程を無事に履修する見込みがないと判定されて、入学不許可の処分を受けた事件である。申立人が、被申立人尼崎高等学校長に対し、本件処分が身体的障害を唯一の理由としたもので、憲法26条1項、14条、

教育基本法3条1項などに反し違法であるとして、その取消しを求めた。神戸地裁は、被申立人が1991年3月19日申立人に対して行った入学不許可の処分を取り消した。

判決は、『『高等学校の全課程を履修する見通しがある』ことを合否判定の基準とすることができるとしても、「障害のため単位認定が困難という理由で不合格の判断をするなど、障害者に対する不当な差別を招来することのないよう留意しなければならないことはいうまでもない」とする学校側の配慮義務をまず踏まえる。そして過去に車椅子生活を送った生徒が無事に本件高校を卒業したことを引き合いに出して「本件高校における原告受入れ態勢は、従来障害者の受入れを目的としていないから十分とはいえないが、原告を受け入れるための必要最小限の態勢としては整っている」ことを確認した。

そして「養護学校の方が、障害者の介護、介助のための諸設備を備えていることはたしかであり、他方、本件高校のそれは、身体に障害を有する者にとって、必ずしも十分な設備が完備されているということとはできない」という被申立人らの主張を認めつつも、「障害者を受け入れたときには、その障害者の障害の程度、当該学校の実状にあわせて、介護、介助のための諸設備を整えていけばよいのであって、現在不十分であるならば、それを改善するためにはどのような諸方策が必要であるかを真剣に検討する姿勢に立つことが肝要であり、現在の施設、設備が不十分なことは、入学を拒否する理由とならないことはいうまでもない」と判示した。

本件は、障害者の高校入学不許可処分を扱った初めての判決である〔横田 2000: 305〕。長岡

徹は、本件を形式的平等が貫徹された判決と理解した。まず「普通高校における障害者の履修可能性の判断が学校長の裁量に委ねられる」ことを確認した上で、本件の意義を裁量権行使の際に、専門医の医学的判断、改善可能であることを前提にした学校側設備等の判断、教科・科目の選択や必要な配慮を当然の前提とすべきことを要求し、これらを裁量審査の基準にしたことに見出した〔長岡 1992: 15〕。

校長の裁量権行使の基準として個別具体的に申立人の進学の可能性を検討したことは、申立人の障害が法的な意味で進学に関係するか否かを確認した行為と言える。つまり長岡の指摘は、法的な意味で申立人の障害と無関係にも拘わらず、排除的な社会構造を理由に進学を拒否することは、正当化できないというものである。長岡が指摘するように、能力差があると色眼鏡的に想定されがちな障害者差別に対して、丁寧な個別具体的な検討を行うことで偏見を払拭し、根拠のない別異取扱いがなかったのかを検討した裁判所の姿勢は評価に値すると言えよう。

(2) 奈良肢体不自由児中学校入学に関する仮の義務付け申立事件

合理的配慮について尼崎高等学校事件の神戸地裁判決より積極的に解釈した判決がある。2009年6月26日の奈良肢体不自由児中学校入学仮の義務付け申立判決である⁽⁷⁾。本件は、肢体不自由者である申立人が地元の中学校に就学したいと希望しているにも拘らず、奈良県教育委員会が申立人を認定就学者ではないとして就学先を特別支援学校としたことに対して、申立人の就学先として中学校を指定することの義務付けを求めた事件である。

奈良地裁は、申立人の主張を認めた。本件の論点の1つとして、現状の相手方中学校の施設、設備等は、申立人の障害には対応することができないのではないかという点があった。判決は、「当該生徒が認定就学者に該当するか否かの判断については、当該市町村の教育委員会に一定限度の裁量の余地が認められる」としつつも、「当該生徒及び保護者の意向、当該市町村の設置する中学校の施設や設備の整備状況、指導面で専門性の高い教員が配置されているか否か、当該生徒の障害の内容、程度等に応じた安全上の配慮や適切な指導の必要性の有無・程度などを総合考慮した上」で慎重に就学先が判断されなければならないとした。

奈良地裁は、「中学校は山間部に位置するため、校舎等には階段や段差が多く、直ちにエレベーターを設置するための財政的な措置をとることも困難である」という被申立人の主張を認めつつも、「平成21年度一般会計予算に日々雇用職員賃金（長期）を計上している」事実から介助員の雇用が可能であるとした。さらに相手方中学校の施設、設備等に対して奈良地裁は、「そもそも申立人が教室等を移動する際、他の生徒らと同じ経路を通る必要性はなく、階段や段差を回避して移動する方法も考えられる上、現在、1年生の教室が4階にあることに固執する必要性も認められない」として、設備、施設、そして制度の積極的は変更、改善をすることで、申立人が相手方中学校に就学することが可能であると指摘した。さらに奈良地裁は、教育委員会の判断は「相手方の主張はいずれも抽象的な危険のおそれをいうに」過ぎず、「中学校の現状の施設、設備及び教員の配置に固執したまま、現状においてとりうる手段や改善の余地

等を検討することなく」なされたものとした。

本件決定の内容の合理性を導いたのは、奈良地裁が実際に中学校を視察したことにある〔田中 2010: 36〕。本件の担当弁護士も「この種の裁判において『理論や理念といった抽象的な観点から勝負を挑んでは勝ち目がない』と判断した」と述べている。「細やかな事実を1つ1つ積み上げなければ、『裁量の範囲を逸脱している』という認定は勝ち取れない」という意識のもとに弁論が行われた〔兒玉、西木 2009: 35〕。

たしかに本件は、申立人とその他の生徒の身体的特徴等の差異を考慮して、通常学校に就学するために、実質的な配慮を求めた判決である。しかしこの判決にあるのは、“申立人を通常学校に就学させるために積極的な措置を行う”という姿勢というより、“そもそも当該中学校の施設、設備等が申立人の存在を考慮しないで築き上げられたものであることを出発点として、これら施設、設備等は変更、改善可能であるという認識のもと、できる配慮を行わないことを問題とした”判決であると言えよう。だからこそ社会構造側に問題があり、就学拒否は本人の障害とは無関係であることを証明する必要があったのである。

2.3 小括

ここまで障害者差別の構造と事例を障害者政策委員会差別禁止部会の意見書と判決を通じて見てきた。障害者差別は、不平等取扱と合理的配慮義務の不履行という2つの差別類型に集約される。

不平等取扱は、“等しい者は等しく、等しからざる者は異なつて”というような平等取扱原則に反する差別と言えるが、差別存在が認めら

れたとしても、その差別の正当化の抗弁を残す余地があるものである。一方の合理的配慮義務は、障害者を排除するような社会構造に対して積極的措置を講じることでその不利益の緩和・解消を求めるものである。しかしこの義務は、障害者と非障害者を問題となっている事柄に対して同等な結果を得るように調整するための措置の義務付けというより、現状の社会構造の再検討をし、その社会構造側に問題があると認められた場合に、できる配慮を行わないことが問題とされるものである。

差別禁止部会の障害者差別に関する見解も、一連の判決による障害者差別法理も、憲法14条1項における差別禁止規定が——直接的な言明がなかったとしても——根底にある。では、ここで導出された障害者差別が、具体的に憲法14条1項においてどう位置付けられるかを確認していこう。

3. 形式的平等の要請としての障害者差別の禁止

障害者差別は、個人的な問題ではなく社会構造的な問題である。青柳幸一は、障害者を「自己の個人的能力に関する誤った固定観念や偏見に基づいて意図的に不平等取扱の歴史に服され、そして政治的無力の地位に追いやられてきた」存在と言う。障害者への差別的態度は必ずしも積極的な攻撃として現れるのではない。むしろ彼らへの「社会的偏見やニーズへの理解不足は、無視、無関心として現れる」〔青柳 2008: 55-56〕。

青柳が障害者差別の問題を無視、無関心に見出したことは注目に値する。つまり障害者の存

在を無視し、社会を構築し続けた結果、彼らは政治的無力の地位に追い遣られたのである。ここには、個人的な敵視には留まらない、社会構造的な暴力そして排除がある。この指摘からも明らかなように障害者差別には当人の身体的特徴等——身体、知的、精神的機能障害（以下、インペアメント）——を理由にした差別と、このインペアメントを持つ個人と社会との関係で生じる障害（以下、社会から生じる障害）を理由にした差別の二重構造で存在している⁽⁸⁾。

3.1 不平等取扱の正当化の余地

このような社会構造的な問題であることを踏まえて、先述の障害者差別の構造と事例から明らかになった特徴を憲法14条1項の構造に当てはめて検討していこう。第一の論点として、なぜ障害者差別の種類の1つである不平等取扱は正当化の余地を残しているのだろうか。

この問いに答える1つの可能性として、現在の日本社会において障害者に対する不平等取扱が一定程度合理的と見なされているという仮説が成り立ち得る。例えば、重度知的障害者が公立普通高校に進学したいという意思があるにも拘わらずその高校への進学が学力不足を理由に拒否される場合、入学拒否は合理的であると見なされるだろう。

a) 障害の法的分類目的の関係

問題となる差別事由によって生じた比較対象者との差異が、問題となる法的分類目的に関係するか否かは重要な論点である。西原博史は、憲法上の差別禁止規定の中に、差別禁止事由が法的目的にとって無関係だとする規範的な推定を読み込み、「無関係性のテーゼ」という言葉で表現する〔西原 2003: 189〕。これは性差別禁

止の文脈で用いられた説明だが、性別や人種などの典型的な差別禁止事由に関しては、その事由が法的な分類目的にとって原則として無関係だという点から出発できる。

この無関係性テーゼを障害者差別の領域で維持しようとするならば、領域の限定が必要になることが知られている。2010年平等法の制定前にイギリスで障害者差別禁止を定めていたDDA（障害者差別禁止法）は、2003年改正以降、平等取扱いに関わる禁止内容として、正当化の余地が最初から認められない直接差別と、正当化の余地を残した関連差別という二つの類型を用意していた〔杉山 2013a: 178〕。ここで関連差別において正当化が可能だとされていたのは、障害の結果として生じる能力差を考慮することそれ自体が関連差別の範囲内のものと位置付けられていたからだだった。それに対して直接差別は、純粋に障害者であるという事実のみを理由とするものであり、原理的にステレオタイプのな認識に基づく偏見の取扱でしかないものと断定可能だとされた。

このような障害者差別を考えるにあたっては、インペアメントに起因する能力差が法的な分類目的にとって意味を持ち得ることを踏まえざるを得ない。仮に無関係性の推定が成り立つ余地があるとしても、それは能力さとの関係を遮断した、限られた場面のことである。

日本の障害者差別解消法のように“不当な差別的取扱い”の禁止という包括的な言葉遣いを選択するのであれば、不当でない差別的取扱が存在し得ること、換言すれば比較対象者との間で確認できる障害に関連した取扱の差が正当化可能であり得るとする立場を取らざるを得ない。

b) 障害者差別の違憲審査基準

この障害の法的分類目的の關係は、憲法14条1項の違憲審査基準に關係する。つまり障害が法的な意味で關係する場面ある以上、障害者差別の違憲審査基準として一律に“厳格審査”を採用することは妥当ではないということになる。

しかし“障害は憲法14条1項の列举事由である”として、障害者差別の違憲審査基準に厳格審査の採用を主張する論者がいる。植木淳は、障害者差別を列举事由の1つである“社会的身分”に基づく差別と捉える〔植木 2003: 76-77〕。彼は、アメリカの“疑わしき区分論”を踏まえて、憲法14条1項の後段列举事由に共通する特徴を生来性・不変性、自尊侵害性、政治的無力性、そして差別の歴史性という4つの点に見出す。そしてこれら全ての特徴障害者差別は合致すると、彼は続ける〔植木 2011: 169-170〕。

彼が障害者差別を14条1項の列举事由に位置付ける背景には、通説における平等の審査基準が、特に別異取扱の合理性に注目するものなので、障害者差別は、合理的区別と判断されやすい傾向にあることへの恐れがある。その上で植木は「近代憲法における平等原則とは、何らかの目的にてらして合理的なものであっても、それが正義の観念に反するといえるものであれば禁止されるというものではない」と主張する⁽⁹⁾〔植木 2003: 45-46〕。

たしかに障害者差別を列举事由に含めないことで容易に合憲判断に陥る可能性は否定できない。しかし憲法14条1項の後段列举事由である人種や性別等と異なり、障害は個別性が強く、問題となる能力に影響を与える例も少なく

ない。これに関して障害を人種と全く同じ性質の属性とすることに異議を唱える論者として青柳がいる。青柳は、植木同様、アメリカの議論を参考にして「障害をもつ人は悲惨で長い差別の歴史に服せられてきたし、分離し、孤立したマイノリティでもあった」としつつも、「すべてが先天的なものばかりではないし、すべてが不変というわけでもない」と指摘する〔青柳 2008: 96〕。

たしかに障害を社会的身分として憲法14条1項の列举事由に含める意義はあるものの、障害は法的な分類目的に関係する可能性があるし、またそもそも生来的な特徴とも言い切れず、さらに可変性という特徴を有している。それにも拘わらず、14条後段列举事由に含めることは乱暴だという印象を拭いされない。

では、障害者差別は、一律に合理性審査で判断すべきなのだろうか。前述DDAの直接差別のように、法的目的分類には無関係で、かつステレオタイプ的な認識に基づく偏見の取扱により障害者が差別を被る場面は存在する。したがってこの場面——直接差別——では厳格な合理性審査が求められるだろう。つまり障害者差別は、法的目的分類に関係する場面と無関係な場面が存在するので、その問題となる差別類型に応じて審査基準を変える必要があるといえよう。

3.2 障害者差別としての合理的配慮義務の不履行

もう1つの特徴である合理的配慮義務に対して憲法14条1項はどのように受け止めてきたのだろうか。合理的配慮義務は、障害者を排除するような社会構造に対して積極的措置を講じることでその不利益の緩和・解消を求めるもので

ある。この積極的措置請求という構造は、従来の“等しい者は等しく、等しからざる者は異なつて”を求める形式的平等の枠組みとは一線を画するように見える。

これに関して植木は、従来の憲法学の通説によれば合理的配慮義務は憲法14条1項から導出することはできない、と指摘する。そこで彼は、この義務を間接差別との相互補完的な存在として位置付け、「表面上中立な法律・規則による障害のある人に対する不利益を矯正する機能」を有するものと説明する〔植木 2011: 173〕。植木の議論は、憲法14条1条を障害などに基づく「不利益から個人を解放することを目指すもの」と位置付けることから出発する。そしてこの前提に基づけば直接に障害による別異取扱い（直接差別）でなくても、障害による不利益に直結するような効果を及ぼしている場合（間接差別）、「国・公共団体による『差別』であると評価される必要がある」ことになる。続けて彼は、障害者を考慮せずに形成された社会構造が障害者の被る不利益を積極的に創出したと指摘する。そして障害者に対する間接差別は、「形式的には平等な、国家の一定の作為が社会内で不平等な結果をもらす」ものであるという。これを踏まえて「表面上は障害を理由とした別異取扱いではなくとも、障害のある人に『障害』に起因する不利益な効果をもたらすような法令に関しては、政府の側が当該法令の正当性を証明する責任がある」と主張する。合理的配慮義務は、「諸個人間に自然に存在する格差の是正を求めるものではなく」、人為的に形成された社会的不利益に対して、障害を理由とする差別を受けないための措置を要求するものであると植木は説明した〔植木 2011: 170-172〕。

植木が間接差別と合理的配慮義務を相互補完関係と位置付け、社会構造を人為的なものであると整理した点は評価に値する。しかし“憲法14条1項は障害者差別から個人の解放を含む”という規範命題から出発する植木の議論は、結論ありきの議論という印象を受ける。たしかに障害者差別は許されないものである。しかしこれは、憲法14条1項において障害者差別が許されない規範構造があるから、差別救済がなされるわけである。

そこで合理的配慮義務の憲法14条1項での位置付けを確認するために、先に間接差別の受け止め方を構造的に検討していこう。

(1) 間接差別という差別構造

a) 実質的平等の要請としての間接差別禁止？

特に性差別を意識して大藤紀子は、間接差別禁止を実質的平等の要請として位置付けている。まず彼女は、平等の要求を「不平等＝差別的状态と常に表裏一体の関係」と捉え、「国家の法的行為は、平等取扱いを保障すると同時に、不平等＝差別的な措置を決定する行為」であると述べる[大藤 2008: 160]。その平等—差別観を背景に、「形式的な差別が存在しない場合であっても、実質的な差別は生じうる」と説明する。形式的平等とは「恣意的な区別を禁止するだけではなく、恣意的に区別しないことをも認めない」ものであり、間接差別は「直接的には、禁止されている事由による差別に該当しなくても、他の事由による区別が、間接的に、あるいは事実上、禁止されている事由による差別を生む効果がある場合」をいう。彼女の実質的平等の枠組みは「形式的には差別が存在しないにもかかわらず」、差別的な意図や目的を含

むために差別とみなされる状態が、「現実（実質的）に存在し、禁止措置は、その現在の差別的状況を現時点で解消することを目的とする」ものなので、間接差別の禁止を実質的平等の要請と位置付ける[大藤 2008: 173-174]。

植木も“間接差別を異なる効果型差別”と捉えており、両者の間接差別構造には類似性を見出すことができる。しかし間接差別は直接差別と違い、国家に別異取扱いを要請するものなのだろうか。

直接差別は、差別行為者の障害者に対して行った行為が、比較対象者とは異なり、かつその行為が不利益の行為であることを問題にする（差別行為者→障害者）。一方の間接差別は、差別行為者の障害者に対して一見中立的な基準等を通じて行った行為が、比較対象者と同じ基準等を踏まえるにも拘らず、結果的に障害者のみに対して不利益の行為となることを問題にする（差別行為者→一見中立的な基準等→障害者）。大藤と植木は、差別行為者の事実上の行為——一律に一見中立的な基準等を適用する行為——に着目して分類するので、直接差別は別異取扱いを問題にし、間接差別は同じ取扱いを問題にしていると判断した。

b) 変数としての“一見中立的な基準等”

しかし、そもそも“一見中立的な基準等”を差別行為者から障害者への行為の間に媒介物として置かれていることに注意すべきである。そこでこの変数——一見中立的な基準等——の中身が問題になる。

ここで2つの変数の中身が想定される。1つは純粹に問題となる能力の有無に基づいて分類される基準等であり、もう1つは一見問題となる能力の有無を分類する基準に見せて、実際は

一定の差別事由を排除する構造を組み込んだ基準である。これに関して差別禁止部会は、中立的であるはずの基準等の適用が障害者のみに不利益を与えるのは、問題となる基準等に「実質的に障害者を排除する結果（効果）を生じさせる」ものが組み込まれているからと説明する〔差別禁止部会 2012: 19〕。

前者の純粋な能力の有無を分類する基準に関しては、必要な判断基準なので正当なものとなるであろう（例えば重度知的障害者の公立高校入学試験）。問題は後者の排除構造を有する基準等である。この排除構造を持つ基準等は、さらに差別意図があるか否かで分けることができる。まず差別意図を持つ差別行為者が、排除構造を有する基準等を用いて障害者を不利益的に取り扱ったとしよう。ここには明らかな差別意図にも拘わらず、一見比較対象者と同じ扱いを装って取扱いをしたことになる。差別意図があり意図的に排除する手段として一見中立的な基準等を用いたにも拘わらず、この差別的行為は別異取扱いではないといえるのだろうか。

次に排除構造をもつ基準等を無意識的に用い、結果として障害者に不利益取扱いをするようになった差別加害者の行為を検討していこう。

c) 社会構造の再検討の要請

黒岩容子は、欧州司法裁判所による性差別領域における間接差別に関する判決において、間接差別法理は、性別役割分業等をもとにした社会構造から女性が被る不利益を是正する法理として機能してきたと説明する〔黒岩 2009: 194〕。そして「外形のみならず、真意としても性を基準にして取扱いを行ったわけではない事案」に対して間接差別と認定されると説明す

る。つまり「女性がおかれた状況ゆえに、当該性中立的規定による不利益扱いが女性に対する障害として働いて、そのために女性に差別的効果が生じ」ることを問題とするのである〔黒岩 2009: 201〕。

黒岩が提示する間接差別構造では、必ずしも差別的意図は必要ではない。特定のカテゴリーに属する者を排除する構造がある時点で差別的効果を指摘できるのである⁽¹⁰⁾。

先に障害の二重構造を挙げたように、そもそも障害者は社会から生じる障害をも抱えている。つまり障害者の存在を考慮しないで形成された法律、制度、建物の物理的特徴ゆえに、障害者は、自身を排除する構造を有する社会での生活を余儀なくされているのである。ここでは形式的平等が問題になるより前の段階において、そもそも秤が傾いているのである。既存の社会構造の優位性を絶対視し現行の構造を再検討せずに実際に行われた行為のみで差別存在の有無を判断することは、障害者差別が社会構造的な差別である以上妥当ではない。行為者は行為を行う前に、所属する社会構造に障害者を排除する構造があるか否か——秤が傾いていないかどうか——を確認しなければならない。それを怠ることは、例え無意識的であったとしても、社会構造を利用した差別行為と言わざるを負えない。

たしかに従来の憲法14条1項が要請する一律取扱いの形式的平等とは、ここで挙げた間接差別は異なる構造である。しかし不当な基準等を用いている時点で、間接差別を“比較対象者と同じ扱いをしたにも拘わらず結果的に不利益的取扱いになったもの”と評価し、実質的平等として間接差別を捉えることは適切ではないだろう。

(2) 間接差別と合理的配慮義務の不履行の構造的異同

間接差別の位置付け方は異なるものの、合理的配慮義務を間接差別と相互補完関係にあるものと位置付ける植木の見解は本稿も共有している。そもそも合理的配慮義務の不履行の構造とは、差別行為者によって形成された社会構造が、比較対象者にも同様に適用されるにも拘わらず、障害者に不利益な影響をもたらすという事態を受けて、差別行為者が合理的な配慮を講じないことをいう。この構造把握から明らかのように、障害者に不利益を与える過程が間接差別と類似する（差別行為者→社会構造→障害者）。両者の違いは、障害者へ不利益を与える手段が、差別行為者による行為か、それとも差別行為者が依拠した社会構造なのかという点である。これに伴い合理的配慮義務は、社会構造による障害者への不利益の緩和・解消のための積極的な配慮を義務付けている。

先述した間接差別の構造分析に照らし合わせると、合理的配慮義務の不履行が問題にする社会構造は、間接差別の一見中立的な基準等と重なる。つまり問題となるのは、社会構造が障害者を排除する構造を含むか否かである。間接差別における一見中立的な基準等と同様に、不当な社会構造の存在ゆえに障害者が不利益を被っている可能性を無視してはいけない。社会構造を再検討して社会側に問題があった場合、この社会構造を形成した責任を負うという意味で、依拠した者が配慮を講じるよう義務付けられたものが合理的配慮義務と位置付けられる。

(3) 合理的配慮義務の限界

しかし仮に排除的構造が含まれている場合で

も、障害者側が要請できる配慮は無制限ではない。あくまで合理的な範囲に留まる。これが意味していることは何であろうか。

a) 合理的配慮義務における“問題となる社会構造”

合理的配慮義務における“問題となる社会構造”と間接差別の“一見中立的な基準等”が重なりと指摘した通り、ここでも2つの“問題となる社会構造”の中身が想定される。1つは、障害が法的な意味で関係するために障害者を排除する社会構造である。この場合、障害者本人の希望に反して社会構造ゆえに排除されたとしても、配慮義務は生じない。つまり就学の条件に見合う学力がない知的障害者が、彼の障害を理由に就学を拒否されることは、合理的な区別と判断されるだろう。合理配慮義務の対象となるのは、障害者の抱える障害が法的な意味で無関係な場面において、排除的な社会構造ゆえに差別を被る場合に限られる。

ではこの排除的な社会構造ゆえの差別の場合は、無制限に配慮を要求できるのだろうか。例えばいかなる機関からも財政支援を受けられない小規模企業が、入社を希望する車椅子の身体障害者のために階段昇降機を設置しないことは、過度に使用者に負担をかけるとして認められるか。一般にこれは認められると位置付けられるだろう⁽¹¹⁾。つまり障害者が法的に無関係である排除的な社会構造であっても合理的配慮義務は無制限ではない。これはなぜなのだろうか。

b) 社会形成の責任の所在

この要請できる配慮の限界は、社会形成の責任の所在の議論に還元される。合理的配慮義務は、当該社会の構造自体を問題にする。した

がってこの構造を根本的に変えない限り、障害者を排除する構造が解消されない可能性がある。社会構造を変えることは、当該社会の構成員に多大な不利益を課す可能性がある。だから差別救済をすることで得られる障害者の利益と比較較量した場合に、社会構造の維持を優先した方が社会全体の利益が大きいという理由で、正当化の抗弁を認める観点が一つは想定できる。しかしこの多数派のために個人を犠牲にすることを許容する考え方は権利論の観点から見ても否定すべきである。

そもそも障害者差別は、先述の通り社会構造的な暴力・排除の性質を有するものである。すなわち社会が障害者の存在を無視して形成されたことによって、障害者は不利益を被っているのである。したがってまず社会構造を再検討して社会側に問題があった場合、この社会構造を形成した責任を負うという意味で、形成した者が配慮を講じるよう義務付けられる。ただここでの社会構造には、直接的に問題となっている基準等だけではなく、それを取り囲む広い意味での社会的な仕組みが含まれる。そしてこのような社会を形成・維持している者には障害者本人も含まれる〔杉山 2013c: 印刷中〕。

ここから障害者も社会形成者の一人として、現行社会構造による不利益の一部を請け負うことが正当化される。だからこそ社会構造の再検討の際に、障害者が負担する不利益の一部が不当に加重なものにならないように慎重に配慮の限界を判断しなくてはならない。奈良の中学校入学事件で示されたように、あらゆる実現可能な手段を検討したか否かが、この義務に関する判断のメルクマールとなると言えよう。

（４）権利としての合理的配慮義務

社会構造による不利益を解消するために積極的措置を講じるという構造は、ポジティブ・アクション（以下、PA）と同じである。そこで合理的配慮義務とPAの異同を確認しておこう。

a) ポジティブ・アクションの基本構造

PAとは「人種や性別などに由来する事実上の格差がある場合に、それを解消して実質的な平等を確保するための積極的格差是正措置ないし積極的改善措置」を指す〔辻村 2011: i〕。PAは、従来から過去の社会的・構造的な差別によって不利益を被っている集団に対する格差是正を目的とされてきた。しかし今日、過去の救済目的ではなく、将来に向かって多様性を確保するためのものと解されるようになってきた〔辻村 2012a: 114〕。ただし「差別禁止を超えて、いかなる場合にもPA請求権が含まれると解することまでは困難であり、あくまで実質的平等及び事実上の平等を保障するための例外的措置としてのPAの合憲性を具体的措置に即して判断することが求められる」〔辻村 2012a: 118〕。

b) 合理的配慮義務とPAの異同

合理的配慮義務とPAの異同として、合理的配慮義務はあくまで個人の権利救済であるのに対して、PAは差別被害者集団の差別救済という点を挙げることができる⁽¹²⁾。この点について青柳は、PAは「差別の犠牲者であるグループに対して、過去の差別の誤りの克服のために優先的な取扱を行うことを要求する」ものだと位置付ける。これに対して合理的配慮義務は障害者の「現在の障壁の克服に焦点を合わせており、個人化されている」と説明し、障害者の持つ能力を認めることを要求するもので、個別具

体的に問題となる基準を修正することを要請するものと説明する〔青柳 2008: 69〕。

この青柳の構造把握は適切である。合理的配慮義務もPAも社会構造が抱える差別的構造を問題視して、従来の社会構造の再評価を必要とするものである。しかし実現すべき平等の受け取り手の違い——個人か、それとも集団か——は、両者の法構造を大きく変える。

集団としての平等を実現するという命題の根底には、当該集団が共通利害を有しているという認識がある。ここでの救済対象は、個人の不利ではなく、あくまで集団としての不利であって、救済としての底上げである〔杉山2012a: 225-227〕。したがってPAは、憲法14条1項で法的に義務付けられたものではなく、社会経済的条件によって特定者の権利実現が著しく制約されている場合、あるいは結果の平等を実現する要請が強い場合など、根拠や目的・手段が合理的な範囲で政策的に要請されるに留まり、その範囲で差別禁止の例外として正当化されるに留まる〔辻村 2012b: 173〕。

c) 個人的権利としての合理的配慮義務

このようなPAに対して合理的配慮義務は、法的に無関係であるにも拘らず障害者個人が差別的構造に直面した場合、個人的権利として合理的な範囲でこの構造の解消／再検討を要請するものである。すなわちこの義務は、障害者を取り巻く社会構造が差別的であるために問題となる能力の評価を正確に行うこと自体が不可能な場面で、社会構造形成の責任を追及する意味で社会形成者に合理的な範囲でその障壁を除去することを要求する権利と位置付けられる〔杉山 2012a: 232〕。

4. むすびに代えて

ここまで憲法14条1項が禁止する障害者差別について論じてきた。これまでの憲法14条1項論は、現存の社会構造を根本的に問うことなく、問題となっている不利益取扱いの違憲性を審査するものとして発展してきた。しかし社会から生じる障害を抱える障害者の対等な個人としての権利問題が顕在化するに伴い、社会構造それ自体に根本的な疑義が向けられるようになった。この点に関して内野は、従来の憲法14条1項の枠組みにおいて一部の障害者らが利用できない制度があった場合、障害者に対して特別な配慮をしないことを形式的平等と呼び、利用できない障害者のために改善されれば実質的平等が実現したことになると論じられてきたと指摘する。しかしこの検討は無意識のうちに非障害者の視点で行っているものだとは主張する。つまり多数派である非障害者のみに「適した制度を、障害者を含むすべての人に対して利用させようとする、ということが形式的平等などの美名の下に正当化されて」いるのである〔内野 2012: 144-145〕。

また西原も多数派に有利な制度枠組みは、その多数派に属さない孤立した個人にとって重石として押し掛かると指摘する。彼は「障壁を前にして対等な個人としての尊重と評価を受けられなくなっていること」を問題とし、「社会構造や制度や建築物の設計が当然のものではなく、正当化の必要なものである」ことを意識することが重要だと主張する〔西原 2012: 54-55〕。

内野と西原の指摘はもっともである。障害者を排除するような構造が社会に組み込まれてい

る可能性がある以上、平等を測る天秤がはじめてから一方に傾いていないかを確認する必要があると言えよう。間接差別や合理的配慮義務の不履行のような社会構造を問題とする差別類型は、伝統的な形式的平等の枠組みから大きく逸脱しているように見える。しかし構造的には、違憲審査する前に、問題となる社会構造自体に障害者を排除するような構造がはじめてから組み込まれていないか再検討する必要性が顕在化しただけとは言えないだろうか。

障害者差別解消法は、憲法14条1項における障害者差別禁止を言語化させたと言える。一連の検討で明らかのように障害者差別は、社会から生じる障害の存在ゆえに、常に社会構造の再検討を迫られる。同法制定により、この再検討の必要性が改めて強調されたと言えよう。

本稿は、憲法14条1項と障害者差別の関係を論じるので終始し、憲法14条1項の対象となる障害の定義、各差別の具体的な構造分析並びに限界等の評価をすることができなかった。これらの検討については他日を期したい。

付記

本研究は、早稲田大学日欧比較基本権理論研究所2013年度研究プロジェクトの成果の一部である。

[投稿受理日2013.8.23／掲載決定日2014.1.23]

注

- (1) 障害がある者にとって日常生活又は社会生活を営む上で障壁となるような社会における事物、制度、慣行、観念その他一切のものをいう（障害者差別解消法2条2項）。
- (2) 差別禁止部会の文脈においてのみ本稿は不平等取扱を“不均等待遇”と称する。
- (3) オリエンタルモーター（賃金減額）事件（東京

地裁平成19年4月26日判決・労働判例940号33頁）等。その他の雇用領域における合理的配慮義務の要請については小西〔2009〕。

- (4) 在宅投票制度訴訟上告審判決（最高裁昭和60年11月21日判決・民集39巻7号1512頁）、ALS患者選挙権訴訟（東京地裁平成14年11月28日判決・判例タイムズ1114号93頁）、不安神経症患者による選挙権訴訟（最高裁平成18年7月13日判決・判例時報1946号41頁）等があるが、いずれも主に選挙権行使として争われているため、本件で立ち入った検討は行わない。
近時の合理的配慮に関連する参政権行使の判決として、市議会の議員代読発言要請拒否損害賠償請求控訴事件（中津川市）（名古屋高裁平成24年5月11日判決・判例時報2163号128頁）。
- (5) 教育に関しては、他に特殊学級入級処分取消訴訟判決（札幌高裁平成6年5月24日判決・判例時報1490号49頁）、保育園入園承諾義務付等請求事件（東京地裁平成18年10月25日判決・判例時報1956号62頁）等。
- (6) 神戸地裁平成4年3月13日判決・判例時報1414号26頁。
- (7) 奈良地裁平成21年6月26日判決・判例地方自治328号21頁。被申立人は、奈良地裁の仮の義務付け決定に対して、大阪高裁に申し立てていた特別抗告を取り下げ、普通中学校への就学通知を行っている（それに伴い申立人は本案の訴えを取り下げた）[大島2010:89]。
- (8) 障害モデルについては、杉山2010、植木2011:162-163、差別禁止部会2012:14-15等参照。
- (9) 植木の平等概念の根底には、被差別者へのステイグマの押しつけに伴う問題意識がある。これはアメリカにおける平等の判例法理が導出された問題認識である〔詳しくは安西1994:85-87〕。
- (10) 差別認定するには、あくまで差別感情を必要要件として捉える論者に木村草太がいる。差別感情を含まない区別は、あくまで“誤解”であると彼は主張する〔木村2008:188〕。しかし障害が社会構造から形成される以上、妥当とは言えないだろう。
- (11) イギリス障害者差別禁止法理における合理的配慮義務の限界に関しては、杉山2012b:161-165。
- (12) 合理的配慮義務には、反応型合理的配慮義務と予測型合理的配慮義務がある〔杉山2013b:171〕。

しかし障害者差別解消法が反応型合理的配慮義務のみしか対応していないので、本稿は反応型合理的配慮義務のみ扱う。

引用文献

青柳孝一 [2008]「障害をもつ人の憲法上の法理と『合理的配慮』」『筑波ロー・ジャーナル』4号55-106頁。

浅倉むつ子 [2013]「障害者差別禁止立法の課題と展望」『労働法律旬報』1794号6頁。

植木淳 [2003]「障害のある人の憲法上の権利についての一考察」『北九州市立大学法政論集』31巻2, 3, 4合併号43頁。

植木淳 [2011]『障害のある人の権利と法』（日本評論社）。

内野正幸 [2012]『人権の精神と差別・貧困』（明石書店）。

大島佳代子, 織原保尚 [2010]「障害のある子どもの教育を受ける権利と仮の義務付けの訴え」『同志社政策研究』4号76頁。

大藤紀子 [2008]「『平等』／『差別禁止』原則について」『独協法学』77号159-187頁。

木村草太 [2008]『平等なき平等条項論』（東京大学出版会）。

黒岩容子 [2009]「EC法における間接性差別禁止法理の形成と展開（2・完）」『早稲田法学会誌』59巻2号173頁。

兒玉修一, 西木秀和 [2009]「車椅子の生徒の中学校入学を命じた仮の義務付け決定」『賃金と社会保障』1504号33頁。

小西啓文 [2009]「日本における障害者雇用にかかる裁判例の検討」『季刊労働法』225号70頁。

障害者政策委員会差別禁止部会（差別禁止部会）[2012]『「障害を理由とする差別に関する法制」についての差別禁止部会の意見」（障害者政策委員会）。

杉山有沙 [2010]「障害者差別禁止法理の形成と『障害』モデル」『社会学論集』16号220頁。

杉山有沙 [2012a]「障害者差別禁止法理における合理的配慮義務と公的支援制度の関係」『ソシオサイエンス』18号161頁。

杉山有沙 [2012b]「障害者差別禁止法理が使用者に求める合理的配慮義務の射程と審査枠組」『社会学論集』19号153頁。

杉山有沙 [2013a]「障害者差別禁止法理における平等取扱原則の意味」『ソシオサイエンス』19号174頁。

杉山有沙 [2013b]「1995年障害者差別禁止法（DDA）から2010年平等法に引き継がれたもの」『社会学論集』21号161頁。

杉山有沙 [2013c]「なぜ障害者差別は救済されないといけないのか？」『社会学論集』22号（印刷中）。

田中孝男 [2010]「四肢機能に障害のある申立人が就学すべき中学校について、仮の指定（仮の義務付け）の申立てを認めた事例」『速報判例解説』6号33頁。

辻村みよ子 [2011]『ポジティブ・アクション』（岩波新書）。

辻村みよ子 [2012a]「ポジティブ・アクションの合憲性」憲法理論研究会『危機的状況と憲法』（敬文堂）。

辻村みよ子 [2012b]『憲法〔第4版〕』（日本評論社）。

長岡徹 [1992]「身体障害者に対する入学拒否の違法性」『法学教室』150号15頁。

西原博史 [2003]『平等取扱の権利』（成文堂）。

西原博史 [2012]「社会的排除の構造と形式的平等論の新たな理論的可能性」樋口陽一, 森英樹, 高見勝利, 辻村みよ子, 長谷部恭男編『国家と自由・再論』（日本評論社）。

安西文雄 [1994]「平等」樋口陽一編『講座憲法学第3巻権利の保障』（日本評論社）。

横田守弘 [2000]「身障少年の教育を受ける権利」『ジュリスト』155号304頁。