

意見書：障害者に対する不当な差別的取扱いとは何か

2019 年 12 月 3 日

川 島 聡

(岡山理科大学)

<目次>

- 一 はじめに
- 二 不当な差別的取扱いをめぐる諸論点 (①②③の論点)
- 三 比較対象者 (④の論点)
 - 1 制限差別除外説と制限差別包含説
 - 2 比較対象者の概念
 - (1) 制限差別除外説
 - (2) 制限差別包含説
 - 3 「等しいものを等しく扱え」と「異なるものを異なっ
て扱え」
 - (1) 「レラバントな点」で「等しいものを等しく扱え」
 - (2) 合理的配慮の概念
 - (3) 合理的配慮と不当な差別的取扱いとの関係
 - (4) 「レラバントな点 (能力)」と「イレラバントな点 (能
力)」
- 四 「障害を理由として」(⑤の論点)
 - 1 「障害」(差別禁止事由) の概念——制限差別除外説と
制限差別包含説
 - 2 「を理由として」(「結び付き」) の概念
 - (1) 主観説
 - (2) 客観説
 - (3) 統合説
- 五 差別類型 (⑥の論点)
 - 1 「直接差別」と「間接差別」を区別する意義
 - 2 「直接差別」と「間接差別」を区別する視点
 - 3 制限差別包含説の問題点
 - 4 「間接差別」の規制可能性
 - 5 小括：不当な差別的取扱い(「直接差別」)とは何か
- 六 本件の検討
 - 1 原判決の判断枠組みと「直接差別」の認定
 - 2 「レラバントな点」と「イレラバントな点」
 - 3 無知・偏見・ステレオタイプによる差別
 - 4 東京高裁判決の判断枠組みに基づく本件の検討
- 七 むすびに

一 はじめに

本意見書は、被控訴人代理人の要請により、障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律（以下、差別解消法¹⁾）7条1項において禁止される不当な差別的取扱いに関して、意見を申し述べるものである。

高知地方裁判所判決（以下、**原判決**）は、職業訓練を受験した原告が、被告県による自身の不合格処分を、発達障害を理由とした違法なものだと主張し、同処分の取消しとともに慰謝料等の支払を被告県に求めた本件²⁾について、「本件不合格は、原告の発達障害を理由とした直接差別であり、国家賠償法上違法である」と判断した³⁾。

これに対して、**本件の控訴人**は、高松高等裁判所への控訴理由書において、「障害者差別解消法は、本件選考が実施された平成 25 年 5 月 22 日から約 3 年後の平成 28 年 4 月 1 日に施行されているが、本事案は、まさに障害者差別解消法 7 条 1 項が想定するような事案であって、直接差別があったか否かの観点ではなく、被控訴人が不当な差別的取扱いを受けたか否かの観点から捉えた方が本件事案に適合する」と主張している⁴⁾。

こうした控訴人の主張にもあるように、本事案に向き合う際には、被控訴人が、差別解消法 7 条 1 項の禁止する不当な差別的取扱いを受けたか否かを主として検討する必要がある、と思われる⁵⁾。ただ、そこでいう不当な差別的取扱いの概念それ自体が何を意味するかは、実のところ曖昧である。そこで、本意見書は、不当な差別的取扱いとは何かを明らかにしたうえで、本件不合格が当該取扱いにあたるか否かを明らかにすることを目的とする。

以下においては、まず、障害者に対する不当な差別的取扱いをめぐる諸論点を検討し、その概念を明らかにする（二、三、四、五）。次に、原判決について検討を加えつつ、本件不合格が当該取扱いにあたる、ということ

論証する(六)⁶⁾。なお、本件では、民間事業者による差別的取扱いは問題となっていないが、論述の便宜上、本意見書で取り上げる差別例には、行政機関等と民間事業者の両方によるものを含めている⁷⁾。

二 不当な差別的取扱いをめぐる諸論点 (①②③の論点)

差別解消法7条1項は、「行政機関等は、その事務又は事業を行うに当たり、障害を理由として障害者でない者と不当な差別的取扱いをすることにより、障害者の権利利益を侵害してはならない」と定める。このように、差別解消法は不当な差別的取扱いを禁止しているのであるが、この概念について政府の基本方針は以下のように説明している⁸⁾。

「法は、障害者に対して、正当な理由なく、障害を理由として、(中略)障害者の権利利益を侵害することを禁止している。」

「不当な差別的取扱いとは、正当な理由なく、障害者を、問題となる事務・事業について本質的に関係する諸事情が同じ障害者でない者より不利に扱うことである点に留意する必要がある。」

これらの記述や差別解消法7条1項を見ると、不当な差別取扱いの概念を明らかにするためには、少なくとも、①障害者、②正当な理由、③権利利益の侵害、④「問題となる事務・事業について本質的に関係する諸事情が同じ障害者でない者」(比較対象者)、⑤「障害を理由として」、といった概念を検討する必要がある、ということがわかる。加えて、⑥直接差別や間接差別といった差別類型も、不当な差別的取扱いにおける重要な論点として知られている。

そのため、本意見書においては、不当な差別的取扱いとは何かを明らかにするために、①～⑥の論点を検討する。ただし、①②③の論点は、④⑤⑥の論点と比べて、そこまで難しい問題を提起しない。よって、④⑤⑥については、節を改めて詳しく検討することとし、①②③については、この節において簡単に説明するにとどめる。

まず、**障害者の概念**(①の論点)に関して、差別解消法2条1号は、「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(以下「障害」と総称する。)がある者であって、障害及

び社会的障壁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ものをいう」と定める。

この定義からわかるように、本号を支える三本柱は、「障害(心身の機能の障害)」、「社会的障壁」、「制限(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)」である。そして、本号は、障害者を、「障害」(心身の機能障害)のみならず「制限」をも有する者だとしていっているところに特徴がある。また、本号は、その「制限」が「障害」と「社会的障壁」とから生じうる、としているところにも特徴がある。この点、差別解消法は、障害者に対する否定的なりアクション(不当な差別的取扱いや合理的配慮の不提供を含む社会的障壁)に問題の所在を見出しているわけであるので、「障害」(機能障害)を治療・克服することを通じて「制限」を解消・軽減しようとするものではなく、むしろ「社会的障壁」(差別を含む)を除去することによって「制限」を解消・軽減しようすることに主眼がある。その意味で、差別解消法は「社会的障壁による制限」を重視していると言える⁹⁾。

次に、「**正当な理由**」が何を意味しているか(②の論点)を簡単に説明する。この文言は、差別解消法自体には明記されていないものであるが、上記のように政府の基本方針に記されている。また、内閣府のQ & Aは、「不当な差別的取扱い」の「不当な」は、「当該取扱いに正当な理由がある場合には、本法により禁止される不当な差別的取扱いには該当しないという趣旨である」、とする¹⁰⁾。そして、政府の基本方針は、「正当な理由に相当するのは、障害者に対して、障害を理由として、財・サービスや各種機会の提供を拒否するなどの取扱いが客観的に見て正当な目的の下に行われたものであり、その目的に照らしてやむを得ないと言える場合である」、と記す¹¹⁾。

ここで注意したいのは、「正当な理由」は「客観的」に判断されなければならない、「主観的」に判断されてはならない、ということである¹²⁾。「主観的」——いいかえれば一般的・抽象的——に判断されれば、実のところ、偏見やステレオタイプによる判断と変わらない結果となりうるからである。たとえば、視覚障害者が一人暮らしをするのは安全面に不安があるため、事業者がアパートを紹介しない¹³⁾、という判断は「主観的」(一般的・抽象的)なものである。このような判断は、偏見やステレオタイプによって障害や障害特性を過大評価したものであり、「正当な理由」にはなりえない。

最後に、「**権利利益の侵害**」が何を意味するか(③の論点)を簡潔に述べる。先にみたように、差別解消法7条1項は、「不当な差別的取扱いをすることにより、障害者

の権利利益を侵害してはならない」と定める。そのため、不当な差別的取扱いと「権利利益の侵害」は、どちらも7条1項の違反が成立するための要件になっている¹⁴⁾。

ただし、ここでいう「権利利益の侵害」の内容には、障害者の生命、身体、財産などの侵害のほか差別も含まれるため、「不当な差別的取扱い」が認定されれば、特段の証明を要することもなく、「権利利益の侵害」も認定される、ということが出来る¹⁵⁾。実際、障害者基本法4条1項は、「差別することその他の権利利益を侵害する行為をしてはならない」と定め、「権利利益の侵害」には差別が含まれることを明示している。この障害者基本法を具体化した法律たる差別解消法にいう「権利利益の侵害」の中にも、機会の提供の拒否などの差別（不当な差別的取扱い）を含めることが素直な解釈である、と言える¹⁶⁾。

三 比較対象者（④の論点）

1 制限差別除外説と制限差別包含説

上記のとおり、差別解消法において、障害者とは、障害（機能障害）と「制限」の両方を有する者である、と定義されている。つまり、障害者の法的定義には、機能障害と「制限」のふたつが含まれている。そして、ここでいう「制限」は、日常生活・社会生活における「制限」を意味する、きわめて広い概念である。「制限」を理由とする差別は障害者差別の重要な特徴をなす。とすれば、差別解消法の禁止する不当な差別的取扱いには、機能障害と「制限」を理由とする差別の両方が含まれると解するのが素直な解釈であろう。

だが、にもかかわらず、不当な差別的取扱いの中に、特に「制限」を理由とする差別を含めない、とする解釈がなされる余地もある。たとえば、不当な差別的取扱いは、後述するように「直接差別」を意味するのであるが¹⁷⁾、この「直接差別」（不当な差別的取扱い）を英国平等法に沿って理解するのであれば、それは「制限」を理由とする差別を含まない、と解されるであろう¹⁸⁾。そして、機能障害を理由とする差別は「直接差別」（不当な差別的取扱い）であり、「制限」を理由とする差別は「間接差別」（他の形態の差別）である、という二分法が用いられるかもしれない。その上で、差別解消法は「間接差別」を規制していないので、「間接差別」の問題は合理的配慮で対応する、という解釈も付加される可能性もある。

では、このような解釈を含め、複数の解釈の可能性が残されている中で、いったい不当な差別的取扱いの意味内容は、どのように理解されるべきか。この点、不当な

差別的取扱いが「制限」を理由とする差別を含むかどうかは、差別解消法の規定、政府の基本方針、内閣府のQ&A、各省庁の指針を表面的に見るだけでは、実のところ判断することはできない。障害者の抱える「制限」（典型的には、能力の「制限」）を理由とする差別が、不当な差別的取扱いの射程に含まれるかどうかは、さまざまな観点から掘り下げて丁寧に検討しなければならない。

この検討のために、ここでは、特に「制限」の有無に着目して障害者差別とはどのようなかたちのものであるかを区別すると、大きく分けて次の2つのかたちがある、ということがわかる¹⁹⁾。

④ひとつは、ある特定の状況（例：障害者がレストランに行くとか、アパートを借りに行くなど）で、障害者に能力面などの「制限」が実際に存在していなくても、障害者（機能障害と「制限」を有する者）に対する無知・偏見・ステレオタイプ・嫌悪を背景に、相手方が障害者に対して差別的取扱いをする場合である。すなわちそれは、女性差別や人種差別などの分野においても広く認められてきた、無知・偏見・ステレオタイプ・嫌悪による差別的取扱いであり、たとえば、相手方が障害者を嫌悪して当該取扱いをする（例：店員が障害者のことを嫌って、入店を拒否する）場合や、相手方が障害者に「制限」が存在していると思込んで当該取扱いをする（例：事業者が障害者には一人暮らしは無理だと思込んで、アパートを紹介しない²⁰⁾）場合が含まれる。

⑤もうひとつは、女性差別や人種差別などの文脈においては基本的には見られなかった、「制限」（典型的には能力の「制限」）による障害者差別である。すなわち、ある特定の状況で、障害者が実際に「制限」を有しており、相手方が、その実際上の「制限」を理由に、障害者に対して差別的取扱いをする場合である。この例として、車いす利用者が、自力でバスに乗車する能力に「制限」を抱えており、運転士が、それを理由にバスの乗車を認めないこと（以下、「バスの例」という）が挙げられる。ここで問題となっているのは、無知・偏見・ステレオタイプ・嫌悪ではなく、バスの乗車という特定の状況における実際の「制限」である。

④と⑤は、現実には、ひとつの事例の中で同居することもありうるが、概念的に区別されうる。そして、障害者差別解消法の下で禁止される不当な差別的取扱いの射程に④のみを含めて、⑤を含めないとする考え方（すなわち、不当な差別的取扱いの射程から、「制限」を理由とする差別を除外する立場）を、さしあたり本意見書では、**制限差別除外説**と呼ぶことにする。これに対して、不当

な差別的取扱いの射程に④と⑤の両方を含める考え方（すなわち、不当な差別的取扱いの射程に、「制限」を理由とする差別も包含されるとする立場）を、本意見書では**制限差別包含説**と呼ぶことにする。

では、制限差別除外説と制限差別包含説ではそれぞれ、比較対象者の概念（④の論点）がどのように捉えられているのであり、また「障害を理由として」という文言（⑤の論点）がどのように捉えられているのであろうか。まず、本節では、比較対象者の概念について検討し、これらの説でそれぞれ比較対象者がどのように捉えられているかを明らかにする²¹⁾。

2 比較対象者の概念

まず、指摘しておきたいのは、制限差別除外説と制限差別包含説のどちらをとっても、上記④（「制限」が問題となっていない状況で、無知・偏見・ステレオタイプ・嫌悪により障害者差別が生じている場合）は、障害者差別解消法の禁止する不当な差別的取扱いの射程に含まれる、ということである。ここでは、上記④の例として、ある障害者が、カフェの入口までの階段を上る能力についての「制限」はまったくなかったものの、精神保健福祉手帳の保持（に対する偏見や嫌悪）ゆえに、カフェへの入店が認められなかった状況（以下、「カフェの例」という）を考えてみる。

この「カフェの例」のように、障害者が何らの「制限」も受けていない状況では、制限差別除外説と制限差別包含説のどちらをとっても、その障害者にとっての**比較対象者**（「問題となる事務・事業について本質的に関係する諸事情が同じ障害者でない者」となるのは、「制限」を同じく抱えていない非障害者である。なぜなら、障害者に「制限」が実際にはない以上は、どちらの説にたっても、そもそも比較対象者の特定に当たって、「制限」が問題となることはないからである。

このように「カフェの例」（上記④）では、どちらの説をとっても、精神障害の存在を示す手帳を保持している障害者が、当該手帳を保持していない非障害者（比較対象者）と比べて、入店拒否という不利な取扱い（差別的取扱い）を受けていることになる。つまり、障害者は、何らかの「制限」を理由に差別的取扱いを受けている（カフェへの入店が認められない）わけではなく、手帳保持者への無知・偏見・ステレオタイプ・嫌悪ゆえに差別的取扱いを受けているのであり、当該取扱いに「正当な理由」が認められることはない。

これに対して、制限差別除外説と制限差別包含説のど

ちらをとるかによって、上記④が障害者差別解消法の禁止する不当な差別的取扱いの射程に含まれるか否か、は異なることになる。以下においては、上記④の場合に、それぞれの説が比較対象者をどのように捉えているかを説明する。

(1) 制限差別除外説

上記④で言及した「バスの例」を用いて、まず、制限差別除外説の想定する比較対象者について説明すると、バスの乗車に実際に支障をもたらす「制限」（例：自力で乗車ができないという「制限」）を有する障害者（X）が、バスへの乗車を認められなかった場合に、どのような者が比較対象者に据えられるかと言えば、それは同様の「制限」を有する非障害者である。

「制限」の典型例は、能力の「制限」である。たとえば障害（機能障害）があり、かつ、移動面の「制限」もあるXが、その「制限」を理由として、バスへの乗車を認められなかった、という「バスの例」において比較対象者となるのは、制限差別除外説をとると、Xと同様の障害（機能障害）を持たず、かつ、Xと同様の「制限」を抱えている非障害者である。

制限差別除外説をとると、Xは比較対象者と比べて、より不利（差別的）に取り扱われていない、という評価になるところが重要である。すなわち、移動面の「制限」を抱えているXのみならず、移動面の「制限」を同様に抱えている比較対象者も、その「制限」を理由として、バスへの乗車を等しく認められないはずであり、この意味では、Xが比較対象者と比べて差別的取扱い（より不利な取扱い）を受けている、ということにはならない。そして、この場合、Xは差別的取扱いを受けていないので、「正当な理由」の有無が問題となることはない。

このように、制限差別除外説をとると、障害者が、問題となっているある特定の状況で、実際に「制限」を抱えている場合に、その比較対象者（「問題となる事務・事業について本質的に関係する諸事情が同じ障害者でない者」となるのは、**同様の「制限」を抱えている非障害者**となる。つまり、同説をとった場合、「問題となる事務・事業について本質的に関係する諸事情」には、障害者の抱える実際の「制限」が含まれることになる。

だが、この制限差別除外説には、基本的な問題がある。それは、障害者の法的概念と関係する。すなわち、障害者の法的概念が示すように、障害者は、基本的に、障害（機能障害）とともに、何らかの「制限」を抱えた者である。この「制限」は、先にも述べたように、障害者の概

念の重要な特徴をなすものだといってよい。にもかかわらず、制限差別除外説は、障害者が「制限」を理由に不利に取り扱われたとしても、その比較対象者と比べて不利（差別的）な取扱いを受けていないものとし、よって、相手方に「正当な理由」を求めることさえしない。

このように、障害者の定義に「制限」が含まれている以上は、障害を理由とする不当な差別的取扱いには、「制限」を理由とするものも当然含まれるはずであるため、制限差別除外説は、障害者に対する不当な差別的取扱いの射程をあまりにも狭くし過ぎており、妥当性を大きく欠いている。

(2) 制限差別包含説

以上のような制限差別除外説の問題を克服しているのが、制限差別包含説である。後者の説では、障害者が「制限」を実際に抱えていた場合は、その比較対象者は同様の「制限」を抱えていない非障害者となる。ここで「バスの例」（上記⑥の例）を用いると、制限差別包含説では、障害者（X）がバスへの乗車を認められなかった場合には、その比較対象者は、Xと同様の障害（機能障害）を持たず、かつ、Xと同様の「制限」を持たない非障害者となる。「制限」を実際に抱えるXは、その「制限」ゆえにバスへの乗車を認められていないので、同様の「制限」を抱えていない非障害者（比較対象者）と比べると、差別的取扱いを受けていることになる²²⁾。

この差別的取扱いに「正当な理由」（正当な目的に照らして、やむを得ない事情）がなければ、冒頭で述べたように、法の下で禁止される「不当な」差別的取扱いが発生する。そして、「正当な理由」の有無は、主観的（一般的・抽象的）に判断されてはならず、合理的配慮等によって「制限」を取り除くことができるか否かが考慮に入れられつつ、客観的に検討される必要がある。

ここで合理的配慮「等」と記したのは、「正当な理由」の有無が判断される際には、合理的配慮のみならず、それとは別の措置が講じられたか否かも問題となりうるからである。従来、制限差別包含説をとっているとされる立場において、不当な差別的取扱いの文脈において「制限」を取り除く手段として念頭に置かれていたのは、合理的配慮であった。もちろん、そのとおりであるが、加えて合理的配慮とは異なる措置が講じられたか否かも、「正当な理由」の有無を判断する際には、考慮に入れることができるし、そうすべきであろう²³⁾。

合理的配慮の内容は、たとえば、その本来の業務に付随したものに限られるため（後述）、特定行為以外の医療

的ケアが普通学校の本来の業務に付随するか否か、という問題なども生じる。もしも、こうした医療的ケアが、普通学校の本来業務に付随しないと判断された場合であっても、その普通学校が医療的ケアを提供すること（合理的配慮とは異なる措置）が、諸般の事情に照らして合理性を有している場合があり、そのことは「正当な理由」が判断される際に検討されるべきであろう²⁴⁾。

以上で述べたことをまとめれば、まず、制限差別除外説と制限差別包含説は、障害者に「制限」が実際にある場合に、比較対象者を異にする。つまり、前者は「制限」をもつ者を、後者は「制限」をもたない者を、それぞれ比較対象とする。そして、制限差別包含説をとれば、不当な差別的取扱いの射程に上記⑥（「バスの例」にあるように実際の「制限」を理由とした差別）が含まれるのであり、不当な差別的取扱いと合理的配慮等が大いに接点をもつ余地が出てくる²⁵⁾。だが、制限差別除外説をとると、この射程に上記⑥は含まれず、不当な差別的取扱いと合理的配慮等とは、基本的に接点をもたない。このように、制限差別包含説は、制限差別除外説とは異なり、合理的配慮等と不当な差別的取扱いとが大いに重なりうる、という帰結をもたらす点にひとつの重要な特徴がある。

3 「等しいものを等しく扱え」と「異なるものを異なって扱え」

以上において、制限差別除外説と制限差別包含説それぞれにおける比較対象者の概念を検討してきた。このことを踏まえつつ、以下においては、「等しいものを等しく扱え」（同一取扱い）と「異なるものを異なって扱え」（別異取扱い）という観点から、比較対象者の概念をより詳しく論じる。

(1) 「レラバントな点」で「等しいものを等しく扱え」

従来、「等しいものを等しく扱え」と「異なるものを異なって扱え」、というアリストテレス的な正義の定式は、差別禁止法体系においても、きわめて重要な法格言として知られてきた。では、差別解消法において禁止される不当な差別的取扱いは、「等しいものを等しく扱え」や「異なるものを異なって扱え」という法格言と、どのように関係してくるのだろうか。

この問いを検討するために、以下においては、繰り返しになるが、まず、比較対象者についての理解を確認することから始めたい。「バスの例」を用いて考えると、制限差別除外説をとれば、X（「制限」がある障害者）は、

比較対象者（同じく「制限」がある非障害者）と同じように乗車が認められていないだけなので、比較対象者と比べて不利な取扱い（差別的取扱い）を受けていない。このように、制限差別除外説をとると、たとえ障害者がバスへの乗車を認められなくても、等しいものが等しく扱われている、という評価が得られる。

そして、ここで注意しなければならないのは、「等しいものを等しく扱え」といった場合、それは「**レラバント relevant な点（関連的重要性のある点）あるいは本質部分**」で²⁶⁾、ということである。「レラバントな点」とは、バスの乗車や特定の職務の遂行など、個別的・具体的なコンテキストにおいて関連的な重要性がある点を意味する。そして、ある特定のコンテキストにおいて、何が「レラバントな点」となるかは、以下のように制限差別除外説と制限差別包含説によって異なることがある。

この点、制限差別除外説をとると、バスの利用にとってレラバントな点——バスの利用と関連的な重要性がある点——には、バス運賃の支払いに加えて、自力での乗車ができないという「制限」が含まれる。そのため、制限差別除外説では、バス運賃を支払うけれども自力で乗車ができないという「制限」を抱える X と比較される者（比較対象者）は、同じくバス運賃を支払い、かつ、同じく自力で乗車ができないという「制限」を抱える非障害者となる。そして、制限差別除外説をとると、バス運賃の支払い能力がある点及び自力乗車する能力に「制限」がある点において等しいものたち（X と非障害者）が、等しく取り扱われている（同じくバスへの乗車が認められない）としたら、両者の間では、当然、差別的取扱いは生じていない。

これに対して、制限差別包含説をとると、X が自力乗車能力に「制限」を抱えていることは、バスの利用にとって「**レラバントな点**」ではなく、「**イレラバント irrelevant な点（関連的重要性のない点）あるいは非本質部分**」となる。そして、制限差別包含説に関しても、やはり注意しなければならないのは、「等しいものを等しく扱え」といった場合、それは「**レラバントな点**」で、ということである。「バスの例」でいうと、バス運賃を支払うということが「**レラバントな点**」となるため、バス運賃を支払う X と比較される者（比較対象者）は、同じくバス運賃を支払う非障害者ということになる。そして、バスの運転士には、「**レラバントな点**」（バス運賃の支払いの点）で等しい両者（X と比較対象者）を等しく扱う（どちらも同じようにバスに乗車させる）ことが求められるのである。もしも同じくバス運賃を支払っているにもかかわらず

ず、X（「制限」がある障害者）が、比較対象者（「制限」がない非障害者）とは異なり、乗車ができないのであれば、X は差別的取扱いを受けていることになる。

さて、ここで注意しなければならないのは、バスの運転士が、「**レラバントな点**」（バス運賃の支払いの点）で等しいものたちを等しく扱うためには、「**イレラバントな点**」（自力乗車能力の「制限」の点）では異なるものたちを異なって扱う（合理的配慮等を行う）ことが必要になることがある、ということである。これは、「**イレラバントな点**」で異なる取扱いがなされないことにより、「**レラバントな点**」で等しいものたちが、等しく扱われなくなってしまい、という事態を避けるためである。

以下においては、「**レラバントな点**」で「等しいものを等しく扱え」という法格言と、「**イレラバントな点**」で「異なるものを異なって扱え」という法格言との関係を検討する。後者にいう異なる扱いには、合理的配慮のみならず、それ以外の措置も含まれるが²⁷⁾、ここでは議論が複雑になりすぎないように、合理的配慮に限定して論じる。

(2) 合理的配慮の概念

繰り返しになるが、制限差別包含説をとると、「**レラバントな点**」で等しいものを等しく扱うために、「**イレラバントな点**」において異なるものを異なって扱うことが必要となる場合——不当な差別的取扱いをしないために、合理的配慮を提供しなければならない場合——が生じうる。以下においては、「等しいものを等しく扱え」（不当な差別的取扱いをしてはならない）と「異なるものを異なって扱え」（合理的配慮をしなければならない）とが、どのような関係にあるかを明らかにするための前提として、まず、合理的配慮の概念を押さえておきたい。

条文を確認すると、差別解消法 7 条 2 項は、「行政機関等は、その事務又は事業を行うに当たり、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った場合において、その実施に伴う負担が過重でないときは、障害者の権利利益を侵害することとならないよう、当該障害者の性別、年齢及び障害の状態に応じて、社会的障壁の除去の実施について必要かつ合理的な配慮をしなければならない」と定める²⁸⁾。この合理的配慮義務について、政府の基本方針は以下のように記す²⁹⁾。

「合理的配慮は、……障害者の権利利益を侵害することとならないよう、障害者が個々の場面において必要としている社会的障壁を除去するための必

要かつ合理的な取組であり、その実施に伴う負担が過重でないものである。」

「合理的配慮は、行政機関等及び事業者の事務・事業の目的・内容・機能に照らし、必要とされる範囲で本来の業務に付随するものに限られること、障害者でない者との比較において同等の機会の提供を受けるためのものであること、事務・事業の目的・内容・機能の本質的な変更には及ばないことに留意する必要がある。」

「過重な負担については、行政機関等及び事業者において、個別の事案ごとに、以下の要素等〔事務・事業への影響の程度、実現可能性の程度、費用・負担の程度、事務・事業規模、財政・財務状況——引用者による〕を考慮し、具体的場面や状況に応じて総合的・客観的に判断することが必要である。行政機関等及び事業者は、過重な負担に当たると判断した場合は、障害者にその理由を説明するものとし、理解を得るよう努めることが望ましい。」

これらの記述から理解できるように、合理的配慮とは、(1) 障害者個人のニーズが現実に存在する場合に、(2) 過重負担のない範囲で、(3) 社会的障壁を実際に除去する、ということの意味する。さらに詳しく言うと、そのような合理的配慮は、(4) 障害者の意向を最大限に尊重し、(5) 非障害者との機会平等を実現するものでなければならず、(6) 事業者の本来の業務に付随する範囲で提供されるものであり、(7) 事務・事業の本質（「レラバントな点」）を変更するものではない。

以上の7つの要素を有する配慮が「合理的配慮」と呼ばれるものである。なお、形式的な位置づけの問題ではあるが、上記の(1)から(7)のうち、(1)の要素の中に(4)や(5)の要素を含めることができるし、(2)の要素の中に(5)や(6)、(7)の要素を含めることができる。あるいは、(3)の要素の中に(5)の要素を含めることもできる。いずれにせよ、合理的配慮の実体（内容）は上記の7つの要素からなる³⁰⁾。

(3) 合理的配慮と不当な差別的取扱いとの関係

さて、上記のとおり、「バスの例」においては、制限差別除外説にたてば、そもそも差別的取扱いという問題が生じることがないため、「正当な理由」の有無を判断する必要もない。よって、「正当な理由」の有無の判断に際し

て考慮される、合理的配慮を提供したかどうかという問題も、検討する必要がない。しかし、制限差別包含説にたつのであれば、「バスの例」では、「正当な理由」の有無を判断する必要が生じるのであり、その文脈において合理的配慮が提供されたかが問題となる。

このように、制限差別除外説をとると、基本的に、合理的配慮と不当な差別的取扱いとは関係をもたないのであるが、これに対して、制限差別包含説をとった場合には、これらは大いに関係をもつことになる。では、具体的に、これらはどのような関係にあるのだろうか。

そもそも合理的配慮は、非障害者と等しく「レラバントな能力」（職務の本質部分の遂行能力など）を有する障害者が、それにもかかわらず、非障害者と等しい機会を奪われているということ、差別の問題（つまり「等しいものを等しく扱え」という法格言に反するもの）として理解すべきである、として提起されたものである。そのため、合理的配慮は、上記のとおり、機会の平等（⑤）や本質変更不可（⑦）といった要件を満たすものに限られる。ここからもわかるように、「レラバントな点」における同一の機会（機会の平等）を実現するための手段として、合理的配慮は位置づけられるべきものである。いいかえれば、「レラバントな点」について「等しいものを等しく扱え」という枠組み（不当な差別的取扱いの禁止）の中で、「イレラバントな点」について「異なるものを異なって扱え」という法格言（合理的配慮）を捉えることができるのである³¹⁾。

そもそも「異なるものを異なって扱え」という法格言は、それ自体、異なるものをいかようにも異なって扱えることを許容しかねず、恣意的な運用がつきまとうものである。そのため、「レラバントな点」において「等しいもの（障害者）を等しく扱え」という大きな枠組みの中で、そこから外れない合理的な範囲で、「イレラバントな点」において「異なるもの（障害者）を異なって扱え」と命ずることに重要な意義がある。つまり、同一取扱いの内容・態様は「同一」という1つのものしかないのだが、別異取扱いの内容・態様には、無数のものがありうるため、そこには枠づけが必要となるのである。

以上において述べてきた考え方は、「レラバントな点」において「等しいものを等しく扱え」と、「レラバントな点」において「異なるものを異なって扱え」という両格言を平板に並べて、不当な差別的取扱いを前者に、合理的配慮を後者にそれぞれ位置付ける、という考え方は異なる³²⁾。再三の繰り返しになるが、本意見書において支持する考え方とは、「レラバントな点」において「等し

いものを等しく扱え」(不当な差別的取扱いの禁止)という法格言に従属するかたちで、「イレバントな点」において「異なるものを異なって扱え」(合理的配慮)という法格言が位置付けられる、というものである³³⁾。

(4) 「レバントな点(能力)」と「イレバントな点(能力)」

ここまで述べてきたことから、「等しいものを等しく扱え」と「異なるものを異なって扱え」という法格言の意義を捉えるためには、「レバントな点」と「イレバントな点」とを区別しておくことがきわめて重要となる、ということがわかるであろう。では、「レバントな点」と「イレバントな点」は、どのような関係にあるのか。以下においては、この関係について簡単に整理するが、その際、「レバントな点」と「イレバントな点」が、しばしば能力と関係することに鑑みて、それぞれ「レバントな能力」と「イレバントな能力」という表現を用いる。

まず、[1]「イレバントな能力」の「制限」と、「レバントな能力」の「制限」とが、相互に関係・連動しない場合がある。この場合は、大別すると次の2つに分けられる。[1-1]「イレバントな能力」に「制限」が存在しても、「レバントな能力」には「制限」がない場合がある。その例として、在宅雇用によるパソコン業務に従事する車いす利用者に、たとえ歩行移動能力(イレバントな能力)の「制限」が存在しているにせよ、その「制限」とは関係なく、職務の本質部分の遂行能力(レバントな能力)に「制限」がない場合が挙げられる。

また、これとは逆に、[1-2]「イレバントな能力」に「制限」が存在しなくても、「レバントな能力」には「制限」が存在する場合がある。その例として、バスに自力で乗車する能力(イレバントな能力)に関する「制限」が、合理的配慮により解消・軽減されたにせよ、そのこととは関係なく、バス運賃の支払い能力(レバントな能力)の「制限」がなお解消されない場合が挙げられる。

次に、以上の[1]の場合とは異なり、[2]「イレバントな能力」の「制限」と、「レバントな能力」の「制限」とが、相互に関係・連動する場合がある。この場合は、少なくとも次の4つに分けられる。まず、[2-1]「イレバントな能力」の「制限」を解消・軽減できることにより、「レバントな能力」の「制限」も解消できるようになる場合がある。この例として、職場への入室に際して必要となる階段を上る能力(イレバントな能力)の「制限」を合理的配慮によって解消・軽減できることにより、職務の本質部分の遂行能力(レバントな能力)の

「制限」も解消されうる場合が挙げられる。

また、これとは逆に、[2-2]「イレバントな能力」の「制限」を解消・軽減できないために、「レバントな能力」の「制限」も解消できないままとなる場合がある。この例として、合理的配慮等を尽くしてもなお職場への入室に際して必要となる階段を上る能力(イレバントな能力)の「制限」を解消・軽減できず、それゆえ、職務の本質部分の遂行(「レバントな職務」)能力の「制限」を解消できないままとなる場合が挙げられる。

これらの[2-1]と[2-2]は、実際に存する「制限」の解消可能性(改善可能性)が問題となっている。これらとは異なり、そのような「制限」の解消可能性が問題となっていないのが、[2-3]無知・偏見・ステレオタイプ・嫌悪により、「イレバントな能力」の「制限」が、「レバントな能力」の「制限」とされてしまう場合である。この例として、モノを見る能力(イレバントな能力)に「制限」がある者が、一人暮らしをする能力(レバントな能力)に「制限」があると判断されて、一人暮らし用のアパートの紹介を断られてしまう場合が挙げられる(後述するように、本件不合格処分はこの類型に該当する)。その一方で、[2-4]「レバントな能力」の「制限」が、無知・偏見・ステレオタイプにより、「イレバントな能力」の「制限」とされてしまう場合もあるかもしれない。ただし、これは実際にはあまり問題にはならない、と思われる。

四 「障害を理由として」(⑤の論点)

以上のような比較対象者の検討を通じて、ひとまず制限差別除外説よりも制限差別包含説のほうが妥当性を有する、ということを目指した(制限差別包含説の問題性は、五において再検討する)。その上で、不当な差別的取扱いと合理的配慮との関係が、「レバントな点」において「等しいものを等しく扱え」と、「イレバントな点」において「異なるものを異なって扱え」との関係にあたる、ということを示した。また、「レバントな点(能力)」と「イレバントな点(能力)」との関係をおおまかに整理した。これらのことを前提として、以下においては、制限差別除外説と制限差別包含説において「障害を理由として」という文言が何を意味するかを検討する。

1 「障害」(差別禁止事由)の概念——制限差別除外説と制限差別包含説

「障害を理由として」不当な差別的取扱いをしてはなら

ない、という文脈における「障害」は、しばしば「差別禁止事由」と言われるものであるが、この「障害」の意味については、障害者の法的定義にあるように、「心身の機能の障害」を意味する、と解する論者もいるであろう。だが、「障害を理由として」という「障害」という文言を、そのまま機能障害の意味に限定して捉えるべきだという単純な解釈に落ち着く前に、いったん不当な差別的取扱いの構造全体に照らして、また各省庁の指針との整合性を踏まえて、当該文言を検討する必要がある³⁴⁾。

この点、「障害を理由として」という文脈における「障害」の意味内容は、特に制限差別包含説をとる場合には、きわめて重要な意味をもってくる。制限差別包含説をとれば、「制限」は「レラバントな点」ではない。そして、「制限」を抱える障害者の比較対象者は、「制限」を抱えていない非障害者となる。ここでは、障害者は、比較対象者と比べて、その「制限」を理由として不利な取扱いを受けており、その「制限」は障害に含まれることになる。すなわち、この説によれば、**自力乗車の点で「制限」がある障害者が、自力乗車の点で「制限」がない非障害者（比較対象者）と異なり、その「制限」（障害）を理由に乗車が認められないのであり、前者は後者と比べて、「制限」（障害）を理由に不利な取扱い（差別的取扱い）を受けていることになる。**ここでは、障害（差別禁止事由）の中に——機能障害のみならず——「制限」も含まれていることが決定的に重要となる。障害者は、機能障害があるからというよりは、むしろ「制限」があるから、乗車が認められないのである。もしも「正当な理由」がなければ、その差別的取扱いは、「不当な」差別的取扱いとなる。

これに対して、制限差別除外説をとると、障害者の抱える「制限」は「レラバントな点」であり、その障害者の比較対象者は、同じく「制限」を抱える非障害者となる。同じく「制限」がある者たち（自力で乗車できないという「制限」を抱える障害者と、同様の「制限」を抱える非障害者）が、同じように乗車を認められなかったとしても、そもそも不利な取扱い（差別的取扱い）は生じていない。

そして、制限差別除外説をとるのであれば、「障害を理由として」不当な差別的取扱いをしてはならないという場合の「障害」（差別禁止事由）が、機能障害を意味しても、「制限」を意味しても、障害者が比較対象者と比べて不利な取扱いを受けていないことに変わりはない。つまり、「制限」を抱える障害者と、同じ「制限」を抱える非障害者は、どちらもバスに乗車できないのであり、前者

は後者と比べて、「制限」（あるいは機能障害）を理由に不利な取扱い（差別的取扱い）を受けていない、ということになり、「制限」を障害に含まれるかどうかは決定的な問題にはならない。

2 「を理由として」（「結び付き」）の概念

以上においては、制限差別除外説と制限差別包含説それぞれについて、「障害を理由として」という「障害」（差別禁止事由）の概念が、どのようなものであるかを指摘した。ここからは、「障害を理由として」という「を理由として」の部分を取り上げる。

まず、確認すべきは、「を理由として」という文言は、「障害」と「不当な差別的取扱い」との間の「結び付き」（連結、つながり、関係、connection、link、nexus）を意味する、ということである³⁵⁾。では、この「結び付き」は、主観的な「結び付き」（主観説）を意味するか、客観的な「結び付き」（客観説）を意味するか、あるいは、主観的か客観的かを問わない「結び付き」（統合説）を意味するだろうか。以下、それぞれの説を検討する。

(1) 主観説

そもそも、不当な差別的取扱いの成立には、障害と不当な差別的取扱いとの「結び付き」が必要となるが、**主観説は、それを主観的な「結び付き」（差別意思、差別意図）とする³⁶⁾。**この主観説は、たとえば雇用促進法のQ&Aに見られる考え方であり³⁷⁾、後述するように、本件の原判決も採用している。以下、主観説の特徴と思われるものを、4点列記しておきたい。

第1は、差別意思の証明に関わる。具体的には、障害と差別的取扱いとの主観的な「結び付き」（差別意思）を直接に示す客観的な事実が存在しない場合には、障害者が比較対象者よりも不利（差別的）に取り扱われたことの客観的な事実（間接事実）の証明によって、差別意思が推認されることがある。この場合に該当する例として、上記の「カフェの例」と「バスの例」が挙げられる。

「カフェの例」では、障害者手帳を保持している者（障害者）が、障害者手帳を保持していない者（比較対象者）と比べて、差別的（不利）に取り扱われたという客観的な事実（間接事実）が証明されれば、「障害」（を示す手帳）と差別的取扱いとの間に主観的な「結び付き」がある、ということが推認される。

次に、「バスの例」では、障害者の抱える「制限」が問題となる。この例においても、運賃を支払い、かつ、自力乗車に「制限」を持つ障害者が、同じように運賃を支

払うが自力乗車に「制限」を持たない非障害者（比較対象者）と比べて、差別的に取り扱われたという客観的な事実（間接事実）が証明されれば、障害（特に「制限」と差別的取扱いとの間に主観的な「結び付き」があることが推認されうるのである。

第2は、差別の認識（表象）と意欲（積極的に望むこと）に関わる。まず、相手方の差別意思が認められるためには、障害（ないし障害者であること）を理由として差別的取扱いをしている、ということへの認識・意欲が必要である、と解する説（狭義の主観説）がある。そのような認識・意欲には、たとえば、相手方が、障害者の存在を認識し、その障害者を嫌悪・忌避して、不利な取扱いを意欲して行うような場合（嫌悪的動機）も含まれるのみならず、たとえ嫌悪的動機がなくても、無知・偏見・ステレオタイプを背景に障害者を差別的に取り扱うことを認識し意欲するような場合も含まれる³⁸⁾。

後者の例として、ある教員が、聴覚障害のある学生に配慮をしようとして、よかれと思って、その学生に対してのみ授業中に質問をしないという特別な取扱いをしたところ、実は、その学生は他の学生と同じように教員から質問をしてほしかった、という状況が挙げられる³⁹⁾。また、事業者が、視覚障害者に一人暮らしは無理だと思いついて、アパートを紹介しない状況も挙げられる。

第3に、誤信（誤認）の問題がある。まず評価の誤信がある。その例として、相手方が、障害者や盲導犬の存在を認識した上で、障害者が盲導犬を帯同して入店することを認めないこと（への認識・意欲）は、法律で禁止されていない、と誤信していた状況が挙げられる。「法の不知はこれを許さず（Ignorantia legis neminem excusat）」という法格言にあるように、この場合には差別意思が認められるであろう。

次に、事実の誤信に関する問題がある。事実の誤信には、相手方が差別的取扱いをした際に、「障害」があると思っていたけれども、実際には「障害」がなかった場合（例：大声を出した非障害者を障害者と勘違いした場合や、日本語に難がある外国人を障害者と勘違いした場合）と、差別的取扱いをした際に、「障害」がない者だと思っていたけれども、実際には「障害」があった場合（例：吃音者や脳性まひ者を飲酒者と勘違いする場合⁴⁰⁾）がある。

前者のように、非障害者を障害者と誤信し、差別的取扱いをした場合には、「障害者に対する差別的取扱い」についての認識・意欲がある、と考えられる。だが、他方で、後者のように、障害者を非障害者と誤認し、差別的

取扱いをした場合には、「障害者に対する差別的取扱い」についての認識・意欲はない、と言える。そのため、主観説では、後者の誤認は差別解消法の対象に含まれないことになる。

第4に、相手方が、たとえ以上で述べた認識・意欲がなくても、障害者に対する差別的取扱いを認識し、認容する（かまわない、又は仕方がないとする）場合がある⁴¹⁾。本意見書では、障害を理由として差別的取扱いをしているということへの認識・意欲と認識・認容のどちらかがあれば、差別意思が認められるとする説を、広義の主観説と呼ぶことにする。

広義の主観説の下で、差別意思が認められる例として、バスの停留所で、言語面と認知面に障害がある車いす利用者が、多くの人とともに並んでおり、運転士がその車いす利用者に声をかけることなく、そのままバスを発車させた場合が挙げられる。つまり、運転士が、その車いす利用者に声をかけずに出発すれば、バスに乗れなくなってしまったということを認識しつつも、それならそれでよい（かまわない、又は仕方がない）と認容して、その車いす利用者を放置すれば、障害者に対する不利な取扱いについての差別意思が認められることになる⁴²⁾。国土交通省の対応指針も、「車いす使用者、白杖使用者等外見上障害者と認識して止まることなく、乗車を拒否すること」を不当な差別的取扱いにあたるとしている⁴³⁾。

さらに、理論的には、このような広義の主観説とは異なり、認容も不要であり、認識さえあれば差別意思が認められると解する説（ここでは最広義の主観説と呼ぶ）もありうるだろう⁴⁴⁾。この最広義の主観説をとっても、上記のバスの停留所の例においては、当然、差別意思が認められる。だが、これに対して、狭義の主観説では、このバスの停留所の例において差別意思は認められない。

狭義、広義、最広義と、いずれの主観説が妥当であるかは議論がありうるが、この問題は、差別解消法の目的と機能に照らして検討される必要がある。この点、差別解消法は、差別禁止部会意見にもあるように、差別を行った行為者への非難に重点を置いて、差別する者と差別される者との間の敵対的關係を作り出す、というのではなく⁴⁵⁾、むしろ相互理解による差別（社会的障壁）の解消⁴⁶⁾を通じて共生社会を実現することを目的⁴⁷⁾とし、その機能は、政府の作成する基本方針や主務大臣の作成する指針などを通して、差別解消のための行為規範を設け⁴⁸⁾、その実効性を行政指導により確保するところにある⁴⁹⁾。

このような目的と機能に照らしていえば、先のバスの

停留所の場面でのバスの運転士による認識・認容も、当然、法規制を及ぼすべきものである、と考えられる。また、そう考えることは、上記の国土交通省の指針とも整合的である。とすれば、狭義の主観説は妥当ではなく、広義又は最広義の主観説をとるべきであろう。そのため、以下において主観説という言葉を用いる場合には、特に断りがない限り、それは広義又は最広義の主観説を念頭に置くことにする。

(2) 客観説

以上でみた主観説とは異なり、客観説では、障害を理由とする不当な差別的取扱いの成立に、相手方の差別意思（認識、意欲、認容のいずれも）不要となる。つまり、**客観説とは、障害と差別的取扱いとの「結び付き」を、客観的なそれ（因果関係）とする考え方をいう。**

そして、客観説では、やはり障害者が比較対象者と比べて不利に取り扱われたという客観的な事実が証明されれば、障害者が「障害を理由として」不利な取扱いがなされたこと（すなわち客観的な「結び付き」）も認定される。すなわち、客観説は、嫌悪的・忌避的動機であろうと、あるいは相手方の善意や無意識・無自覚の取扱いであろうとも、客観的な「結び付き」があれば、「障害を理由として」差別的取扱い——よって、障害者に対する「権利利益の侵害」——があったとする考え方である。

そのため、客観説をとるのであれば、相手方が障害者を非障害者と誤認した場合に、その障害者が比較対象者と比べて不利に取り扱われたことの実事が証明されれば、無知・偏見・ステレオタイプにより障害者とみなされなかった障害者（すなわち、「健常者」とみなされた障害者）と、差別的取扱いとの客観的な「結び付き」（因果関係）が認定されることになり、障害を理由とした差別的取扱い（障害者に対する差別的取扱い）が成立するのである。

では、このように理解される客観説をとった場合と、主観説をとった場合では、実際の結論として、どのような違いが生じるのであろうか。主観説は、主観的な「結び付き」（差別意思）を示す直接的な事実を証明することがきわめて難しいがゆえに、原告側の立証責任を軽減しようとするので、間接事実による推認という判断作用を認めている。このように、障害者が比較対象者と比べて差別的に取り扱われたという事実（間接事実）から差別意思を推認することを認める主観説と、その事実から因果関係の存在を認定する客観説とは、実際の結論としては、それほど異なるものとなるが、いくつかの重要な違

いがある。

両者の違いとして、第1に、店員が障害者（来店者）を飲酒者と間違えて、その来店者の入店を拒否した場合に、主観説をとると、店員はその来店者を障害者と認識していなかったため、障害と入店拒否との間に主観的な「結び付き」は存在しないことになる。だが、客観説をとると、その障害者（無知やステレオタイプにより店員には障害者だと分からなかったが）と差別的取扱い（入店拒否）との間に、客観的な「結び付き」が認定される余地がある。

第2に、店員が、日本語が苦手な外国人を障害者と間違えて、障害者の入店を拒否するつもりで、その外国人の入店を拒否した場合に、客観説をとると、障害と入店拒否との間に客観的な「結び付き」は存在しない（ただし、外国人差別は認定されうる余地はある）。しかし、主観説をとると、障害者の入店を拒否しようとする店員の認識・意欲（差別意思）そのものを示す事実——あるいはその差別意思を推認させうる間接事実——が証明されれば、主観的な「結び付き」が認められることになるので、障害者に対する差別的取扱いは生じうる。

第3に、障害者がマイカー参加の禁止規定によって集会への参加が認められない場合には、「マイカー禁止」（障害者と非障害者のどちらにも関係する事柄）と「集会への参加が認められないこと」（差別的取扱い）との間の「結び付き」が存在するにすぎない。この場合、後述するように、「障害」（障害者のみに関係する事柄）と差別的取扱いとの（客観的又は主観的な）「結び付き」は、基本的に存在しない。ただし、たとえば主催者側の（隠された）障害者に対する差別意思を直接示す事実などが証明されれば、「障害」と差別的取扱いとの間の主観的な「結び付き」が認定されることになる⁵⁰⁾。

(3) 統合説

では、差別解消法において「結び付き」を考える場合には、主観説と客観説のどちらが妥当であろうか。この点、そもそも主観的な「結び付き」（差別意思）を必要とする根拠として、第1に、たとえば性差別禁止のように、日本における差別禁止法制では、差別意思が必要とされていたことが挙げられるであろう⁵¹⁾。第2に、不当な差別的取扱いをした行為者への非難（行為者への帰責）を可能にするためには、主観的な差別意思が必要となる、ということが挙げられよう。

もっとも、第1の点については、従来、差別の成立要件に差別意思が必要であったからといって、障害差別に

差別意思が必要だと考える論理的必然性は存在しない。むしろ、日本法では、妊娠差別のように差別意思が不要とされる場合もあり、すべての差別が必ずしも差別意思を中心に構成されているわけではない。差別意思が独立した要件として必要であるかどうかは、差別解消法の目的に照らして吟味すべきである。

第2の点についても、結局のところ、差別解消法の目的から検討する必要があるだろう。この点、差別解消法は、上記のとおり、差別者と被差別者という分断を作るのではなく、相互理解を通じた差別解消（ある種の社会的障壁の除去）による共生社会の実現をその目的に据えた法律である。このような目的に照らして考えれば、差別解消法の下で、障害者差別（社会的障壁）は、そこに差別意思（帰責性）がなくても、将来志向性をもって解消されるべき——障害と不当な差別的取扱いとの「結び付き」は認められるべき——ものでもある、と言える。よって、差別意思（帰責性）は、解消されるべき障害者差別の成立にとって必ずしも必要とならない、と解されるべきである⁵²⁾。

そのため、統合説（主観説と客観説の両要素を兼ね備えた説）が、「を理由として」という文言の解釈としては妥当であろう。この統合説では、「結び付き」という要件の充足のために、差別意思が必ず必要となるわけではない（つまり、差別意思は**必要条件**とならない）。むしろ、差別意思が証明されれば、障害と差別的取扱いとの「結び付き」は当然存在すると考えられるのであり、その意味で、差別意思（統合説における主観説的要素）は、「結び付き」が存在することを認定するための**十分条件**といえる。

また、この統合説をとると、同法の規制対象となる差別には、障害者に対する嫌悪的態度による悪質な差別は当然含まれるが、そのみならず、無知・偏見・ステレオタイプにより障害者を非障害者と勘違いして行った差別も含まれる、と考えられる。つまり、障害者を非障害者と思い違いして差別する場合であっても、実際に存在している障害者を差別していることに違いはなく、障害者と差別的取扱いとの客観的な「結び付き」（統合説における客観説的要素）が認定される余地がある。

このように、統合説では、實際上・認識上の障害を理由とした差別が、広く差別解消法の規制対象となる。なお、ここで最後に指摘しておきたいのは、ある差別的取扱いがなされた際の原因（理由）として、障害（「制限」を含む）と他の事由とが複数混在している状況（理由の競合）もある、ということである。障害以外の理由が（複

数）存在する場合には、差別意思を推認したり、客観的な因果関係を認定したりするのが難しくなる場面もあろう。

この点については、いわゆる決定的原因（動機）説や相当因果関係説といった考え方などの妥当性も検討される必要があるだろうが、とりあえずの結論としては、障害が、差別的取扱いにおける「唯一の原因（理由）」である必要はないであろうし、あるいは「主たる原因（理由）」となっている必要もなく、障害が差別的取扱いにとっての「実質的な原因（理由）」となっていれば、差別解消法の目的と機能に照らして、「結び付き」を認定するには十分だと言えよう⁵³⁾。

五 差別類型（⑥の論点）

ここまでの検討において、障害者を「比較対象者」と比べて「障害を理由として」差別的に取扱うことを禁止する差別解消法の規定のうち、「比較対象者」及び「障害」（差別禁止事由）の概念については、制限差別除外説よりも制限差別包含説のほうをとるべきであり、「を理由として」（障害と差別的取扱いとの「結び付き」）の解釈については主観説又は客観説よりも統合説のほうをとるべきである、ということを明らかにしてきた。

だが、実のところ、制限差別包含説は——たしかに制限差別除外説の問題点を克服しているのではあるが——不当な差別的取扱いの概念としては、大きな問題を抱えているところがある。以下においては、この問題も念頭に置きながら、差別類型の観点から不当な差別的取扱いの概念を検討する。

1 「直接差別」と「間接差別」を区別する意義

差別類型の論点に関しては、まず、内閣府のQ&Aが次のように記していることを確認しておきたい⁵⁴⁾。

「差別禁止部会で提起されたのは「直接差別」「間接差別」「関連差別」「合理的配慮の不提供」の4類型であるが、本法においては、「不当な差別的取扱い」及び「合理的配慮の不提供」を差別としている。」

「直接差別」に関しては、基本的には「不当な差別的取扱い」に含まれる。その上で、「間接差別」「関連差別」については、具体的にどのような事例が該当するのか必ずしも定かではなく、現時点で

一律に判断することは困難であるため、具体的な相談事例や裁判例の集積等を踏まえた上で対応することとしている。」

この記述は、「間接差別」や「関連差別」の概念は不明瞭であるが、「直接差別」の概念は明瞭である、と言わんとしているようである。だが、実のところ、直接差別の概念も、必ずしも明らかになっているとはいえない。また、そもそも「直接差別」と「間接差別」と「関連差別」とを区別する意義が何であるか、も明らかになっていないわけではない。

これらの課題に留意しつつも、あまりにも議論が複雑にならないように、本意見書では「直接差別」と「間接差別」のみを念頭に置いて、まず、それらを区別する意義について指摘しておきたい。

上記のとおり、内閣府のQ&Aによれば、不当な差別的取扱いが「直接差別」を含むということは、明らかに認められる。だが、「間接差別」が差別解消法の規制対象に入るかどうかは、現時点では基本的に認められていない。とすれば、法律の規制対象に入るか否かという観点から、「直接差別」と「間接差別」とを区別することには重要な意義がある。また、一般に、「直接差別」と「間接差別」とは成立要件が異なるため、両者を区別する意義が生じうる。なかでも、たとえば英国平等法などの場合は、「直接差別」はごく一部の例外を除いて正当化されないが、「間接差別」は正当化の余地が比較的広く認められているため⁵⁵⁾、特に正当化の余地という観点から、「直接差別」と「間接差別」とを区別する意義が出てくる。

少なくとも、これらの諸点において「直接差別」と「間接差別」とを区別する意義がある。そして、上記のQ&Aを見る限りでは、「間接差別」が不当な差別的取扱いの中に含まれること（差別解消法の規制対象に入ること）には相当な異論があるため、現時点で確実に言えることとして、**不当な差別的取扱いは「直接差別」を意味し、「間接差別」を含まない**、と解される。そして、不当な差別的取扱いが、「直接差別」よりも相当曖昧とされる「間接差別」の概念を含むと解することは、たとえ「障害者の権利に関する条約」（以下、障害者権利条約）⁵⁶⁾に適切な解釈を試みたとしても、現時点での差別解消法の解釈としては難しいと思われる⁵⁷⁾。とすれば、少なくとも、差別解消法の規制対象に入るか否かという観点から、「直接差別」（不当な差別的取扱い）と「間接差別」（他の形態の差別）を区別する意義は大きいといえる⁵⁸⁾。

以上のことを踏まえて、次に検討すべき重要な問いと

は、差別解消法において禁止されている不当な差別的取扱い（「直接差別」）と、同法において禁止されていない他の形態の差別（「間接差別」）をどのように区別すべきか、である。そのため、以下においては、両者を区別する視点を検討する。

2 「直接差別」と「間接差別」を区別する視点

先に述べたように、「障害を理由として」という文言のうち、「を理由として」（「結び付き」）については統合説が妥当である。その上で、「直接差別」と「間接差別」を区別する視点として、障害と差別的取扱いとの「結び付き」の媒介性を指摘できる。すなわち、「直接差別」は無媒介的性格（「結び付き」が直接的（無媒介的）なものであるという性格）を、「間接差別」は媒介的性格（「結び付き」が間接的（媒介的）なものであるという性格）をそれぞれ有する、というのが**媒介性の視点**である⁵⁹⁾。

このような「直接差別」の無媒介的性格（直接的な「結び付き」）をもう少し詳しく説明すると、次のようなものとなる。すなわち、障害者（P）が、差別的取扱いを受けた直接の理由が、その障害であるという場合には、その障害とPへの差別的取扱いの間には、直接的な「結び付き」がある。この場合、Pは、その障害を直接理由として差別的取扱いを受けたことになる。言い換えれば、障害と差別的取扱いの間には、なんら介在するものがなく、これらは直（無媒介的）に結び付いている。このような、障害（Pが障害者であること）を直接理由とする差別的取扱いが、「直接差別」である。

こうした説明は、たしかに妥当性を有するかもしれないが、結論を言えば、それだけでは「直接差別」と「間接差別」を適切に区別することはできない。なぜなら、「障害を理由として」という文言にそくして言えば、直接差別と間接差別を区別する視点としての媒介性は、「を理由として」という部分（「結び付き」）に関するものであり、「障害」という部分（差別禁止事由）に関するものではないからである。後者の部分についても、両差別を区別する視点を特定しなければならない。

結論から言えば、後者の部分に関して両差別を適切に区別する視点とは、**排他性の視点**である。そもそも障害者差別とは、障害者が非障害者と比べて不利な取扱いを受けたことを意味しているため、ひとつの「比較概念（a comparative concept）」⁶⁰⁾である。このことを想起すれば、差別禁止事由としての「障害」（障害者であること）の概念は、「基本的に障害者のみに関係するもの」（たとえば、自力乗車能力の「制限」、障害者手帳の保持、盲導

犬の帯同、車いすの利用など)と、「基本的に非障害者にも関係するもの」(たとえば、マイカー参加禁止や自動車免許取得など)に区別することができよう。そして、前者を直接理由とする差別が「直接差別」であり、後者を直接理由とする差別が「間接差別」であるとするのが、**排他性の視点**である⁶¹⁾。「直接差別」と「間接差別」を区別するには、無媒介性の視点とともに、この排他性の視点が決定的に重要となる。

要するに、本意見書の支持する理解によれば、「**障害者に対する直接差別(不当な差別的取扱い)**」は、「**障害者のみに関係するもの**」を直接理由とした差別を意味する(無媒介的・排他的性格)。いくつか例を挙げれば、まず、「バスの例」は、自力でのバス乗車に「制限」があることが問題となった事例であるが、そこでいう「制限」は、基本的に、「障害者のみに関係するもの」であり、非障害者(機能障害をもたない者)が抱えるものではない。また、「カフェの例」で問題となった障害者手帳は、「障害者のみに関係するもの」である。非障害者(機能障害をもたない者)は、障害者手帳を有していない。

加えて、車いすや盲導犬も、基本的に、「障害者のみに関係するもの」である。すなわち、盲導犬を帯同した者が、盲導犬を帯同しない者とは異なり、(機能障害を理由とするのではなく)盲導犬を直接理由として入店を断られれば、「直接差別」が生じる。また、車いすを利用する者が、車いすを利用しない者とは異なり、(機能障害を理由とするのではなく)車いすを直接理由に乗車を断られたりすれば、「直接差別」が生じうる⁶²⁾。

次に、「間接差別」の例を考えてみたい。たとえば、自動車の運転免許を採用の条件としている企業が、ある視覚障害者を運転免許の不取得を理由に採用しなかった状況を考える。この例では、免許がない者が、免許がある者とは異なり、運転免許がないことを理由に採用されなかった、ということが問題となっている。ここで差別の理由として問題となるのは、免許不取得の有無であり、視覚障害の有無ではない。そして、免許不取得は、「非障害者にも関係するもの」である。なぜなら、視覚障害を有しているため、運転免許を取得していない障害者もいれば、別の理由から運転免許を持たないという非障害者もいるためである⁶³⁾。

このような、自動車免許の有無を理由とする不採用は、排他性の視点から言えば、「非障害者にも関係するもの」を理由とする差別であるため、「直接差別」にあらず、「間接差別」にあたる、と言える。この「間接差別」は、「非障害者にも関係するもの」を理由とする差別を意味す

るため、「非排他的性格」を有する。そして、不当な差別的取扱いとは、このような意味での「間接差別」を含まない。

以上をまとめるのであれば、「直接差別」(不当な差別的取扱い)と「間接差別」(他の形態の差別)という二つの差別概念を区別する視点として、媒介性の視点を前提した排他性の視点が妥当である。以下においては、制限差別包含説の批判的検討を通じて、この排他性の視点の妥当性をさらに掘り下げて検証する。

3 制限差別包含説の問題点

改めて言うのであれば、障害(者)差別という問題を考えるには、当然、障害者の定義を参照する必要がある。この定義には、機能障害と「制限」の両方が含まれている。だが、本意見書の三及び四で述べたとおり、特に「制限」を理由とする差別が不当な差別的取扱い(「直接差別」)の中に含まれるかどうかをめぐり、制限差別除外説と制限差別包含説という二つの立場がある。無媒介性の視点を前提とすれば、前者は、不当な差別的取扱い(「直接差別」)の中に、「制限」を直接理由とする差別を「含めない」という立場であり、後者は「含める」という立場である(なお、以下では、煩雑となるため、「直接」という言葉は省略することがある)。

制限差別除外説は、「障害」を機能障害と捉えた上で、「障害」(機能障害)を理由とする差別をもって、不当な差別的取扱い(「直接差別」)とする。この説は、「障害」の中に「制限」を含めず、「制限」を理由とする差別を当該取扱いの中に含めない。

だが、これもすでに述べたように、障害者の定義の本質部分には「制限」が含まれているため、障害者差別のきわめて重要な特徴の1つが、「制限」を理由とする差別であることに違いはない。そうである以上は、不当な差別的取扱い(「直接差別」)の中から、「制限」を理由とする差別を一切取り除くという制限差別除外説は、当該取扱いの範囲をあまりにも矮小化していることになる。そのような矮小化は、差別解消法の目的に照らして、著しく妥当性を欠く。

これらの問題を克服しているのが、制限差別包含説である。なぜなら、この説は、ある状況において実際に問題となっている「制限」を理由とする差別を、不当な差別的取扱い(「直接差別」)の中に含めているからである。だが、この説にも、実のところ以下のような二つの大きな難点がある、ということをご指摘しておきたい。

第1は、**過小包摂**の問題である。この問題を考える際

にまず確認したいのが、国土交通省の対応指針が、「宅建業者が、車いすでの物件の内覧を希望する障害者に対して、車いすでの入室が可能かどうか等、賃貸人との調整を行わずに内覧を断る」ことや、「身体障害者補助犬法に基づく盲導犬、聴導犬、介助犬の帯同を理由として乗車を拒否する」ことを、不当な差別的取扱いの例に挙げている、ということである⁶⁴。ここで挙げられている車いすや補助犬は、それ自体、必ずしも「制限」の概念の中に含まれない。たしかに、車いすや補助犬は、身体上の「制限」ゆえに必要となるものであり、「制限」と密接に関連するものであるかもしれない。だが、「制限」そのものと、「制限」ゆえに必要となるものとは、概念的には区別される。障害による「制限」を抱えている場合に、補助犬を必ず伴うわけではない。

とすれば、国土交通省の対応指針と整合的に、不当な差別的取扱い（「直接差別」）の概念を理解するのであれば、当該取扱いの理由とされる「障害」の意味内容には、「制限」に限らずに、広く「障害者に関係するもの」を含めていく必要がある。よって、制限差別包含説は、差別禁止事由としての「障害」の概念を、機能障害及び「制限」に限定している点で、過小包摂になっている。つまるところ、差別禁止事由としての「障害」の概念には、機能障害と「制限」のほかに、両者を含めることが難しいもの（盲導犬、車いす）も含まれるべきである。さらに言えば、「障害」の概念には、「制限」と部分的に重なる広い概念である「障害特性」と言われるものや、「制限」の原因のひとつである社会的障壁も含められるべきである⁶⁵。

第2に、制限差別包含説は、「障害」の概念を「制限」全般に及ぼすものであり、過剰包摂の問題を抱えている。すなわち、障害者が直面しうる「制限」には、非障害者も直面しうるものがあるため、そのような「制限」に基づく差別すべてを障害者に対する「直接差別」に含めてしまう制限差別包含説は、明らかに過剰だといえよう⁶⁶。また、「障害」の概念に、「制限」を含めるのみならず、上記のように盲導犬や車いす、「障害特性」、さらには社会的障壁も含めて、それらを理由とする差別すべてを「直接差別」だと言うのであれば、実のところ、当該差別の概念はあまりにも広すぎるといえる。

ひとつの例として、視覚障害があり、運転免許取得に「制限」がある者が、当該制限を理由に差別的取扱いを受けたとする。ここでは、（現実存在する社会的障壁を所与のものとする）視覚障害ゆえに運転免許取得に「制限」が生じているのであるが、当該制限が生じる理由と

しては、視覚障害を有すること以外にも、他の様々な事柄（公共交通機関の利便性が良いために運転免許を不要だと考えているとか、環境汚染につながるため運転自体を避けたいなど）が挙げられる。このため、運転免許取得の「制限」を理由とする差別は、障害者以外の者に対しても不利をもたらす。よって、なんらかの「制限」がある者が、その「制限」がない者（比較対象者）と比べて差別的取扱いを受けたとしても、必ずしも「障害者に対する直接差別」が発生しているとは言えない。

制限差別包含説には、以上のような過小包摂と過剰包摂という問題——差別解消法の指針との整合性を欠くという問題を含む——がある。これらの問題を超克しているのが、上記で述べた**排他性の視点**であり、本意見書では、統合説を採用した上で、排他性の視点から、「直接差別」と「間接差別」を区別すべきである、と考える⁶⁷。そして、この視点に照らして、「障害者のみに関係するもの」を理由とする差別（排他的性格をもった差別）として、不当な差別的取扱い（「直接差別」）を捉える考え方を、**排他説**と呼びたい。

以上からわかるように、つまるところ、差別解消法の禁止する不当な差別的取扱いの概念を適切に捉えるためには、視点を変える必要があったということである。すなわち、制限性の有無の視点に基づいた考え方そのものが（制限差別除外説と制限差別包含説のいずれも）妥当ではなく、排他性の有無の視点に基づいた考え方をとるべきである。たしかに「制限」の視点に基づくことは障害者の定義に照らすと議論の出発点としては妥当であり、また制限差別除外説の問題性を明らかにすることは、今日においては、きわめて重要な意義を有するのであるが、それに代わる制限差別包含説にも大きな限界があった。そこで、その視点自体を変えてみて、排他性の視点に依拠する必要があったのである。

ちなみに、排他性の視点は、もともとはグループへの潜在的なインパクトの排他性に着目した差別類型論を展開したトブラーの議論にすでにみられるものである⁶⁸。この視点に依拠することにより、差別解消法の目的に照らして妥当であり、かつ行政解釈とも整合性をとれる、不当な差別的取扱い（「直接差別」）の概念を掴みだすことができるのである。

4 「間接差別」の規制可能性

以上においては、「直接差別」（不当な差別的取扱い）と「間接差別」（他の形態の差別）を区別する視点を示して、差別解消法は前者を禁止し、後者を禁止していないとし

た。では、後者は、障害者差別解消法の下で、まったく禁止されていないのであろうか。つまり、「間接差別」が問題となりうる事例に対して、差別解消法の規制は一切及ばないのであろうか。

ここでは、ある集会の主催者が、マイカーで集会に参加することを禁止するルール（表面上は障害者にとって中立的なルール）を設けたために、マイカーで集会に参加することを希望する障害者（Y）が、実際に集会に参加することが著しく困難になった例（以下、「マイカーの例」という）を素材に、この問いを検討する。

まず、上記の排他性の視点から「マイカーの例」で着目すべきは、マイカー参加禁止のルールが、「障害者のみに関係するもの」であるか、あるいは「非障害者にも関係するもの」であるか、ということである。マイカー参加禁止のルールは、非障害者にも影響を及ぼし得るものであるため、ここでのマイカー参加禁止のルールは、「非障害者にも関係するもの」を意味する（「**間接差別**」の**非排他的性格**）。

改めて確認すれば、「マイカーの例」では、Yは、（車いすを利用し、公共交通機関の利用に「制限」があるため）マイカーで集会に参加することを希望している。そのようなYの比較対象者の候補となる者には、（たとえば公共交通機関の便が悪い地域に住んでいるがゆえに）マイカーを使った集会参加を同じく希望する非障害者が含まれる⁶⁹⁾。Yと比較対象者とは、それぞれの理由は異なるけれども、同じようにマイカー参加を希望しており、どちらも（マイカー禁止のルールゆえに）同じように集会への参加が認められていない。よって、この例では、マイカー利用（「非障害者にも関係するもの」）を直接の理由とした差別的取扱いが発生しており⁷⁰⁾、当該取扱いは、それ自体、「障害者に対する直接差別」とはいえないが、非障害者集団と比べて障害者集団に特に不均衡に大きな不利をもたらすようであれば、「障害者に対する間接差別」が生じる余地がある。

すなわち、マイカー禁止のルール（「非障害者にも関係するもの」という意味で、表面上は障害者中立的なルール）が、非障害者集団と比べて障害者集団に不均衡に大きな不利益をもたらす、ということが統計的資料等によって証明され、そこに「正当な理由」がないのであれば、その障害者集団に含まれるYが、非障害者集団と比べて、違法な差別（「間接差別」）を受けたことになる、と考えられる⁷¹⁾。だが、上記のとおり、こうした「間接差別」が、差別解消法の不当な差別的取扱いに含まれるということは、基本方針・指針・Q&Aを見ると、現時点では難

しいと思われる。

そうとはいえ、差別解消法が、マイカー禁止のルールにまったく規制を及ぼせないわけではない。第1に、このルールの背後に、もしも主催者側に障害者を排除しようとする差別意思が介在しているようであれば、不当な差別的取扱いが生じうる（**統合説の主観的要素**⁷²⁾）。つまり、そのような隠された差別意思を直接示す事実が証明されれば、あるいは差別意思を推認させる事実（間接事実）が証明されれば、障害と不利な取扱いとの主観的な「結び付き」（差別意思）は認定される。ただ、実のところ、この場合、「マイカーの例」は、「間接差別」というよりも、むしろ「直接差別」にあたるため、厳密に言えば「間接差別」の事例とは言えなくなる。

これに対して、差別解消法の下で、言わば純然たる「間接差別」の事例は、合理的配慮の不提供（という形態の差別）の禁止を通じて規制されることが予定されている。すなわち、差別解消法の下では、マイカー禁止のルールを変更して、障害者のために適切な例外を設ける（障害者のみにマイカー参加を認める）という意味での合理的配慮の提供義務が存在する。

こうした合理的配慮義務の存在により、「間接差別」の問題に一応対処することができる⁷³⁾。この合理的配慮には、さまざまな態様がある。たとえば、障害者側が、マイカー禁止のルールについての変更を求めた場合に、主催者側が、マイカー禁止のルールを全面的に撤廃するようなかたちをとる場合もあれば、あるいは、そのルールを保持したままで、当該障害者に対してのみマイカーの使用を認める（ルールの例外を設ける）かたちをとる場合もあろう。この点、合理的配慮は、個々の障害者のニーズに必ずものであるため、しばしば後者のようなルールの例外の意義（機能）が強調される。

なお、合理的配慮は、「バスの例」にあるように、「直接差別」の文脈においても問題となりうる。要するに、合理的配慮は、「障害者のみに関連するもの」を理由とする差別（直接差別）と、「非障害者のみに関連するもの」を理由とする差別（間接差別）のどちらもとも接点を持ちうるのである。

5 小括：不当な差別的取扱い（「直接差別」）とは何か

以上で述べてきたことを、ここで整理しておきたい。まず、差別解消法の目的（差別者と被差別者との分断を作るのではなく、むしろ相互理解を通じた差別解消による共生社会を実現すること）と機能（行政指針による行為規範の設定と、行政指導による実効性の担保）に鑑みる

と、不当な差別的取扱いにおける「結び付き」の概念は、広義又は最広義の主観説と客観説とを包摂した**統合説**をとるべきである⁷⁴⁾。

次に、内閣府のQ&Aを見ると、不当な差別的取扱いは「直接差別」を意味すると解される⁷⁵⁾。そして、障害者の定義に「制限」が含まれていることに着目すれば、**制限差別除外説**は妥当ではなく、「制限」を理由とする不当な差別的取扱いの概念は、差別解消法の下で禁止されるはずだと言える⁷⁶⁾。だが、各省庁の指針との整合性をも十分に考慮に入れると、**制限差別包含説**には過小包摂と過剰包摂という問題がある⁷⁷⁾。そのような問題を伴わないためには、制限性の有無から排他性の有無へと視点を変えて**排他説**にたち、不当な差別的取扱いを、「障害者のみに関係するもの」を直接理由とした差別（排他的性格をもった差別）と捉える必要がある⁷⁸⁾。

このように排他説に依拠するのであれば、不当な差別的取扱いは、「障害」（障害者のみに関係するもの）がある者が、主観的又は客観的に「障害」（障害者のみに関係するもの）を直接理由として、比較対象（障害者のみに関係するものがない者）と比べて、より不利に取り扱われた場合に——もし「正当な理由」がなければ——発生することになる。そして、この意味での不当な差別的取扱いは、障害者差別解消法の目的・機能、障害者の定義、「比較概念」としての差別概念といった諸点に照らして妥当性を有するのみならず、内閣府のQ&Aや各省庁の指針との整合性をも有する。

ちなみに、以上のように本意見書が支持する、「直接差別」としての不当な差別的取扱いの概念は、英国平等法にいう「直接差別」⁷⁹⁾を超える射程をもち、英国平等法にいう「間接差別」や「起因差別」の射程と一部重なる部分が生じうるため、比較的広いものである。もっとも、不当な差別的取扱いの概念は、英国平等法で禁止される「間接差別」や「起因差別」の範囲すべてを含むことはできない。これらを含めるためには、障害者権利条約の誠実遵守という観点からの立法的対応が必要になると考えられる。

六 本件の検討

以上において、差別解消法における不当な差別的取扱い（「直接差別」）の概念を包括的に明らかにしてきた。ここでは、本件不合格処分が当該取扱いにあたるか否かを検討する。

1 原判決の判断枠組みと「直接差別」の認定

原判決は、「直接差別は、障害者に対する主観的差別意思を伴った差別であるところ、差別意思についての直接証拠があることはまれであり、間接事実から差別意思を推認するほかない。本件職業訓練の選考に関していえば、少なくとも、原告が、①原告が障害を有していたこと、②原告が職業訓練の専攻に応募したこと、③原告がその受講に必要な資格要件を満たしていたこと、④それにもかかわらず、原告が受講を拒否されたこと、⑤受講者枠は空いたままで残っていたこと等の間接事実が客観的に立証されれば、反証がない限り、差別意思が推認されるというべきである」、とする⁸⁰⁾。

このように、原判決は（②受講者枠が空いた状況下で、③職業訓練に応募し、⑤資格要件を満たしている）障害者が、比較対象者（②同じく受講者枠が空いた状況下で、③同じく職業訓練に応募し、⑤同じく資格要件を満たしている非障害者）と比べて、①障害を有していることを理由として、④受講拒否という不利な取扱いを受けた、という事実を客観的に立証する、ということ原告に対して求めている。職業訓練の選考にとって、②③⑤は「レラバントな点」であり、①は「イレラバントな点」である。そして、原判決は、①～⑤の事実（間接差別）が客観的に立証されれば、反証がない限り、差別禁止事由（①）と差別的取扱い（④）との間の主観的な「結び付き」（差別意思）が推認されるとしている。この意味で、原判決は、「結び付き」についての**主観説**をとっていることになる。

そして、原判決は、上記の①②④⑤の事実を認定した上で、特に③資格要件の充足については、平成9年3月11日付け労働省職業能力開発局長通達能発第55号「公共職業訓練を受講する者の選考について」に定める3つの標準（㉞熱意、㉟学力、㊱職業訓練の受講・修了における支障）を充足すれば認定しうるとした⁸¹⁾。この点について、原判決は、原告が㉞熱意と㉟学力を有していることは明らかであるとし⁸²⁾、以下のように、㊱職業訓練の受講・修了における支障の有無を検討している。

まず、原判決は、職業訓練の受講・修了における支障の有無の判断枠組みとして、「原告に対してその該当性について客観的な立証をすることを求め、そのような立証がなされた場合に、試験当時の事情からは当該要件を充たしたとは評価できなかったことを被告県において反証させる方法で検討するのが相当である」とした⁸³⁾。

また、原判決は、「本件職業訓練は介護職の初歩の訓練であって、当該訓練の修了認定の場面ではなく、必ずし

も現実に介護職に就職できる見込みを判定するものではないこと、当該訓練の受講開始前の段階で拒まれることは、およそ介護職に適さないとの評価を受けたものと捉えられかねないものであって、最初から門戸を閉ざすに等しいことになること、雇用契約における採用のように、本来的に契約自由の原則に基づき採用の自由が尊重されるべき場面とは異なることに留意すべきである」と説示した⁸⁴⁾。

そして、このような判断枠組みの下で、原判決は次のように判断した⁸⁵⁾。

「本件においては、原告は、本件不合格後さほど間隔を開けずに、実務者研修を受講して、皆勤により成績優秀者としての評価を得た。実務者研修は（中略）目標及び内容において本件職業訓練と相当共通しているところ、原告は同研修を修了したばかりか、皆勤により成績優秀者として推薦状を授与されたことが立証されている（甲14、15）。この事実からすれば、原告が本件職業訓練を受講・修了するのに支障がない能力を有していたことが客観的に立証されたというべきである。」

これに対する反証として、被告県は、「面接試験時に明らかになった事情として、①目線が合わないこと、②面接会場に車で来たこと、③面接に軽装で臨んだこと、④健康面に不安があること、⑤臨機応変に対応することができないので訓練に当たって第三者への加害のおそれがあり、原告が本件職業訓練を受講・修了するのに支障があったと面接時に評価したことは適正であると反論」した。

しかし、原判決は、

「①ないし③の事情については、原告が本件職業訓練を受講・修了するのに支障がある事由とは考え難い。④については、上記の認定によれば、原告は、本件面接の際、発達障害があり、通院していることを申告したものの、それ以外に健康状態について不安を抱かせるような申告はしていないこと、現に健康状態に不安はなかったことが認められ、これらの事実によれば、原告の面接評価シートでの0評価の判断理由欄に記載された健康との文言は、原告の精神面の不調、すなわち発達障害を指していると理解するほかはない。このことは、むしろ、差別意思を推認できるとする上記の認定に

沿うものともいえる。⑤については、それ自体抽象的な評価にとどまる上、面接担当者らが、原告は臨機応変に対応することができないと評価した根拠は、原告自身が自らの短所と問われた際に臨機応変に対応できないと述べたことであるというのであり、合理的根拠があるとはいえない。したがって、差別意思があったとの認定を妨げることはできないというべきであり、非障害者であれば合格し得たにもかかわらず、原告は、障害を理由に必要以上に厳しい評価をされたものと認めるほかない。」

と説示し、本件不合格は発達障害を理由とした直接差別であり、国家賠償法上の違法である、と結論づけた⁸⁶⁾。

2 「レラバントな点」と「イレラバントな点」

以上のような原判決の特徴をなすのが、「直接差別」という概念である。原判決は、職業訓練の受講・修了における支障を検討するにあたり、次のような説明もしていた⁸⁷⁾。

「ここでは合理的配慮の提供を前提としておらず、純然たる直接差別の有無を問題としているから、非障害者に課せられたのと同じ標準を、障害者においても充足したかを論ずべきこととなる（仮に障害者差別解消法が施行された後の時点での選考であれば、職業訓練の過程で合理的配慮の提供が行われることを想定して資格要件を判定することはありうところであり、直接差別の判断枠組みが変容を迫られる可能性も否定できないが、ここではそのように変容された資格要件の充足性を問題とするものではない。）。そのため、例えば、障害がある結果の能力では、職業訓練を受講・修了するのに支障があるという場合に、資格要件を充足しないと判定することは直接差別にあたるとはいえないが、障害の程度を殊更重く見るなどして能力を実際以下に著しく低く評価し、職業訓練を受講・修了するのに支障がないのに、支障があると判定することは直接差別に該当することとなる。」

この説明の中で注目できるのが、本件では「純然たる直接差別」が問題となっており、これは合理的配慮の提供を前提としないものを意味する、という箇所である。原

判決は、このように「純然たる直接差別」の概念を用いることにより、いわば**制限差別除外説**をとっている、と解することができる。

また、原判決は、先に述べた5つの点、すなわち、①目線が合わないこと、②面接会場に車で来たこと、③面接に軽装で臨んだこと、④健康面に不安があること、⑤臨機応変に対応することを逐一検討し、これらのことをもって、「差別意思があったとの認定を妨げることはできないというべきであり、非障害者であれば合格し得たにもかかわらず、原告は、障害を理由に必要以上に厳しい評価をされたものと認めるほかない」、としている。

そして、先に引用したとおり、原判決が、「健康との文言は、原告の精神面の不調、すなわち発達障害を指している」と理解するほかはない」としているように、④については発達障害を意味していることに違いはなかろう。実際、控訴人は、本件選考の過程で、被控訴人が発達障害者であることを認識している⁸⁸⁾。次に、①②③⑤は、障害特性（ないし「制限」）だと言えるかもしれないが、いずれにしても、ここで重要なのは、①②③④⑤は、「職業訓練を受講・修了する」能力の本質部分に決定的な負の影響を及ぼすものではなく、当該能力にとって「イレバントな点」である、ということである。にもかかわらず、控訴人は、①②③④⑤という「イレバントな点」を——発達障害者に対する無知・偏見・ステレオタイプを背景に——言わば「過大評価」し、職業訓練の受講・修了（レバントな点）に支障をもたらすものだと判断してしまい、被控訴人を不合格にしたのだと考えられる。

では、本件においては、当該能力にとって何が「レバントな点」である、と言えるだろうか。それは、改めて説明する必要もないかもしれないが、本件職業訓練を受講・修了する能力（上記⑥）である。この点、原判決は、原告（被控訴人）が、「目標及び内容において本件職業訓練と相当共通している」実務者研修を修了し、「皆勤により成績優秀者として推薦状を授与されたこと」等から、「本件職業訓練を受講・修了するのに支障がない能力を有していたことが客観的に立証された」、と判断している。

そして、原判決は、主観説をとり、障害者である被控訴人が、「レバントな点」（職業訓練を受講・修了する能力）において等しい非障害者（比較対象者）と比べて、不利に取り扱われた（不合格処分を受けた）との事実（間接事実）の証明から、控訴人の差別意思を適切に推認している。しかも、そのような差別意思（発達障害と不合格処分との主観的な「結び付き」）の推認には、高い蓋然

性が認められる、と思われる。なぜなら、①②③⑤という「障害特性」（ないし「制限」）は、たしかに発達障害者のみに関連するものではないが、一般的に発達障害者と密接に関連する事柄であるからである。よって、発達障害は不合格処分の「実質的な原因（理由）」をなしている、と考えることができる。

さて、以上で述べたことからわかるように、原判決は、いわば**制限差別除外説及び主観説**を採用した上で、間接事実から差別意思を推認することにより、「直接差別」を認定している。これに対して、本意見書は、**排他説及び統合説**を支持する。では、説を異にする原判決と本意見書は、本件についての結論も異にするのであろうか。

この問いについては、まず、本意見書のいう「直接差別」（不当な差別的取扱い）の範囲は、原判決のいう「直接差別」（純然たる直接差別）の概念を包含する、ということを描きしておく必要がある。つまり、**原判決のいう「純然たる直接差別」は、本意見書の支持する不当な差別的取扱い（「直接差別」の部分集合となっている**。なぜなら、比較対象者及び差別禁止事由にいう障害の概念については、排他説は制限差別除外説の範囲を包含しており、「結び付き」の概念については、統合説は主観説の範囲を包含しているからである。そして、原判決が行った差別意思の推認は基本的に適切なものであり、本意見書も、その推認自体は支持する。よって、原判決がとる説からみても、本意見書がとる説からみても、本件不合格は「直接差別」にあたる、と考えられる。

3 無知・偏見・ステレオタイプによる差別

このように「直接差別」にあたると思われる本件に関して、ここで改めて確認しておきたいことは、本件は、無知・偏見・ステレオタイプによる差別にあたる、ということである。すなわち本件は、控訴人が、無意識下の偏見・ステレオタイプにより、発達障害者である被控訴人の障害特性である視線・服装・態度（「イレバントな点」）を、職業訓練の受講・修了の適格性（「レバントな点」）に支障をもたらすものだと思い込んでしまって、被控訴人を不合格とした事案である。

よって、本件は、本意見書の三1(4)において記した[2-3]に該当する。すなわち、本件の不合格処分は、たとえば、視覚障害をもち、モノを見る能力（「イレバントな点」）に「制限」がある者が、無知・偏見・ステレオタイプにより、アパートで一人暮らしをする能力（「レバントな点」）に「制限」があると判断され、アパートの紹介を断られてしまったという差別例（原判決のいう「純

然たる直接差別」と、本質的なところでは同様の事案である。

さらに、本件により近いかもしれない別の例を挙げると、ある職業訓練の面接試験を受けに来た女性が、職務の本質部分（「レバントな点」）の能力・技能を客観的に有するにもかかわらず、面接者が、無知・偏見・ステレオタイプによって、その長髪や化粧、ネイルアート、ピアス、話し方など（「イレバントな点」）から、職業訓練の適格性に支障があると思込んでしまい、その女性を不合格処分とした、というものが考えられる。この例は、典型的な性差別事例（すなわち「純然たる直接差別」）だと言えるが、本質的な部分では、本件における被控訴人への不合格処分となら変わらない。

この例では、面接者は、女性に対する偏見やステレオタイプにより、その長髪・化粧・ネイルアート・ピアス・話し方を不必要なほどに重視して、その女性の能力を実際以上に著しく低く評価し、職業訓練の適格性に支障がある、と判断している。そして、その女性が、比較対象者（同じく受講者枠が空いた状況下で、同じく職業訓練に応募し、同じく資格要件を満たしている男性）と比べて、受講拒否という不利な取扱いを受けたという事実が客観的に証明されれば、差別意思（性別と差別的取扱いとの主観的な「結び付き」）が高い蓋然性をもって推認されるであろう。そのような高い蓋然性が認められるのは、長髪やピアスなどは、たしかに女性のみに関連するものではないが、一般的に女性と密接に関連する事柄であるからである。

本件において、控訴人がなすべきであったことは、発達障害者に対する偏見・ステレオタイプを持たずに、その職業訓練の適格性を評価する、という当然のことであった。すなわち、控訴人に求められていたのは、発達障害者（控訴人）と非発達障害者（比較対象者）が、本件職業訓練の受講・修了に関する適格性を等しく有していれば（両者が「レバントな点」で等しいのであれば）、どちらも等しく合格させること（両者に等しい評価を与えること）であった。

この点、本件では、被控訴人は、本件職業訓練と相当共通している実務者研修で成績優秀者として評価されているのであり、本件職業訓練の受講・修了における「レバントな能力」を有していることは明らかである。ところが、控訴人は、まさしく発達障害者への無知・偏見・ステレオタイプにより、被控訴人の視線・服装・態度（「イレバントな点」）をあまりにも偏って重視して、極端に低い点数をつけ、本件職業訓練の受講・修了に支障があ

る（「レバントな能力」がない）、と判断した。このような判断に基づく本件不合格処分は、原判決の表現を用いれば、いわゆる「純然たる直接差別」（制限差別除外説に基づく差別概念であり、合理的配慮の不提供とは関係がないもの）にあたるが、本意見書の理解する、差別解消法の禁止する不当な差別的取扱い（「直接差別」）にも該当する。

本件の控訴人は、「本事案は、まさに障害者差別解消法7条1項が想定するような事案で」と指摘した上で⁸⁹⁾、「本件不合格の判定は〔中略〕差別的取扱いではなく、仮に差別的取扱いであったとしても、不当な差別的取扱いには該当しないと言うべきである」と主張する⁹⁰⁾。だが、上記の検討から明らかのように、この控訴人の主張は失当である。

4 東京高裁判決の判断枠組みに基づく本件の検討

なお、本意見書の目的からはやや外れるかもしれないが、本件における重要な論点として、ここで若干言及しておきたいことがある。それは、本件の控訴人が、「本事案に近似する事案として東京高等裁判所 H19・3・29 判決（判例タイムズ No.1273 の 310 頁。以下「東京高裁判決」という。）がある」⁹¹⁾と指摘し、「本事案の問題は、本件不合格の判定において他事考慮がなされたか否か、他事考慮がなされたとして、合理的理由がないまま他事考慮がなされたか否かの点に尽きる」⁹²⁾と主張していることについてである。

控訴人は、この東京高裁判決の枠組みに基づいて本事案を検討し、次のように述べている⁹³⁾。

「試験実施機関となる面接担当者や高知技術学校の学校長は、本件不合格の判定をするに際して、被控訴人の状態を重視しこれを考慮しているが、被控訴人の精神面の不調や発達障害を考慮しているものではない。被控訴人の状態は、合格後に実施する実技実習の安全性や介護職の仕事を行う場合の安全性を確認するための重要な要素であって、まさに本件選考で十分に考慮されるべき対象に他ならない。」

ここで控訴人が指摘している「安全性」は、明らかに一般的・抽象的なものである。そのような一般的・抽象的な安全性の概念は、往々にして偏見・ステレオタイプによる恣意的なものとなりうるため、本件選考では考慮に入れられるべきものではない。

ただし、もしも個別的・具体的な判断に基づいて、職

業訓練の受講・修了の適格性に支障をもたらす「安全性」の欠如が、客観的に認められるのであれば、合理的配慮の提供などによって当該支障の解消可能性（ないし「安全性」の確保）を検討する必要があることもあろう。だが、控訴人は、被控訴人の実際の状況に応じた個別的・具体的な検討（合理的配慮の提供可能性のための対話を含む）を試みていない以上、合理的配慮はここでは全くとっていない、というほかない⁹⁴⁾。

また、控訴人は、「被控訴人の状態が被控訴人の精神面の不調や発達障害に関係するものがあっても、その状態自体は考慮せざるを得ないものであり、他事考慮にはあたら⁹⁵⁾ず、「仮に他事考慮があるとしても、それは、事業者や利用者の権利・利益との関係を重視したものに他ならず、合理的理由が認められる」、とも指摘する。

たしかに、控訴人のいうように、被控訴人の発達障害に関係する状態が、客観的にみて、もしも「レバントな点」となっている場合には、異なる取扱いの根拠として当該状態を考慮したとしても、合理的理由のない他事考慮にはあたらない。もっとも、控訴人が本件で実際に行った当該考慮は、客観的なものではなく、一般的・抽象的なものにとどまっている。また、控訴人のいう権利・利益もまた、一般的・抽象的なものにとどまっている。そして、このような一般的・抽象的な判断・考慮は、上記のとおり、偏見・ステレオタイプによる判断と同じく、重視すべきでない状態を重視（過大評価）することを招くことになり、「イレバントな点」を（誤って）「レバントな点」にしてしまっている。よって、本件不合格の判定においては、合理的理由のないままに他事考慮がなされた（本件職業訓練の受講・修了の適格性とは直接関係のない事柄によって、合否の判定が左右された）ものと考えられる⁹⁶⁾。

以上のことから、本件においては、「憲法及び法令に反する判定基準、例えば、合理的な理由なく、年齢、性別、社会的身分〔発達障害——引用者補〕等によって差別が行われたことが明白である」、とすることができる。よって、本件において、面接官及び学校長は、その裁量権を逸脱、濫用した、と結論付けることができる。

なお、本意見書で詳しく述べることはできないが、ここでいう法令には、本件選考が実施された平成25年5月22日に既に国内的効力を有していた障害者権利条約も当然含まれる、と解される。原判決は、この条約を「基本理念を定めたものにすぎない」とするが⁹⁷⁾、それは間違いである。この条約の規定（とりわけ差別禁止規定）は、裁判所においてこれを解釈し、直接適用することができ

る⁹⁸⁾。

七 むすびに

以上において検討してきたように、差別解消法の目的及び機能、障害者の定義、「比較概念」としての差別概念、障害者基本法及び雇用促進法の関係規定、障害者権利条約の関係規定、基本方針、指針、Q&Aなどに総合的に鑑みて、本意見書が支持する不当な差別的取扱いの概念（「直接差別」とは、「障害」（「障害者のみに関係するもの」）がある者が、主観的又は客観的に「障害」（「障害者のみに関係するもの」）を直接理由として、比較対象者（「障害者のみに関係するもの」がない者）と比べて、「正当な理由」なく、より不利（差別的）に取り扱われる、ということの意味する。

本件の控訴人は、本件不合格処分は、まさに差別解消法の禁止する不当な差別的取扱いに該当するか否かが問題となる事案である、と言う。そうだとすれば、本件不合格は、本文で述べたように、明らかに不当な差別的取扱いにあたる、と考えられる。また、本件の控訴人は、東京高等裁判所 H19・3・29 判決の判断枠組みにも言及するが、この判断枠組みを用いると、本件では、合理的理由がないままに他事考慮がなされたと言うことができる。どちらにしても、本件不合格処分は、違法な差別にあたる、と結論づけられる。

※本誌再録にあたり若干の誤字脱字を修正した。本意見書の圧縮版は『賃金と社会保障』1759・1760号（2020年）に所収されている。

注

- 1) 平成25年法律第65号。
- 2) 原告は、公共職業安定所を設置する被告国に対しても、慰謝料等及び遅延損害金の支払を求めたのだが、この論点については本意見書では省略する。
- 3) 高知地方裁判所平成30年4月10日判決。
- 4) 控訴理由書（平成30年6月11日）31-32頁。
- 5) 本意見書は、差別解消法に定める不当な差別的取扱いを主たる検討対象に据えて、その文脈において「直接差別」の概念を取り上げる。ただし、後に述べるように、差別解消法の禁止する不当な差別的取扱いは、実のところ、差別解消法の禁止する「直接差別」を意味するため、その意味で、本件において、「直接差別」があったか否かを検討することは、不当な差別的取扱いがあったか否かを検討することと同義となる。
- 6) 本意見書では、差別解消法のみならず、障害者基本法（昭和45年法律第84号）と障害者の雇用の促進等に関する法律（昭和35年7月25日法律第123号、以下、雇用促進法）も適宜参照する。

- 池原毅和「差別禁止」長瀬修・川島聡編『障害者権利条約の実施——批准後の日本の課題』（信山社、2018年）130頁は、「障害者差別禁止3法〔障害者基本法、雇用促進法、差別解消法——引用者〕の差別禁止および合理的配慮に関する規定には少なからず文言上の異同がある。しかし、法解釈上は上位規範および基本となる規範から統一性のある解釈を行うべきである」と指摘する。浅倉むつ子「改正障害者雇用促進法に基づく差別禁止」部落解放研究201号（2014年）93頁は、「雇用促進法の差別禁止規定部分は、一般法である障害者差別解消法の特別法であり、雇用分野については雇用促進法の規定が優先されるが、そこに規定されない部分については、一般法である障害者差別解消法が適用されるということになろう。それだけに、二つの法律は、統一的に解釈されねばならない」という。
- 7) 不当な差別的取扱いは、7条1項と8条1項において禁止されている。7条1項は行政機関等を、8条1項は事業者をそれぞれ対象とする。
- 8) 障害を理由とする差別の解消の推進に関する基本方針（平成27年2月24日閣議決定、<https://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/sabekai/kihonhoushin/honbun.html>, as of 23 October 2019）。
- 9) これは、いわゆる障害の社会モデルに沿った理解である。差別解消法における同モデルの意義については、川島聡「差別禁止法における障害の定義——なぜ社会モデルに基づくべきか」松井彰彦・川島聡・長瀬修編『障害を問い直す』（東洋経済新報社、2011年）289-320頁。差別解消法2条2号は、「社会的障壁」を「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」と定義する。そして、同法7条2項は、「社会的障壁の除去の実施について必要かつ合理的な配慮」（合理的配慮）を提供する義務を行政機関等に課している（民間事業者の提供する合理的配慮は8条2項の下で努力義務となっている）。障害者政策委員会差別禁止部会「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（平成24年9月14日、以下、差別禁止部会意見、https://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/seisaku_iinkai/pdf/bukai_iken1-1.pdf, as of 23 October 2019）が、差別禁止法の理念の1つとして、「障害者の完全参加と平等に大きな制約をもたらす見えざる社会的障壁としての差別は早急に解消されなければならないこと」を挙げているように、差別それ自体も社会的障壁に含まれうる。なお、社会的障壁と「制限」とは、ある1つの事案の中で、複数の意味内容を持ちながら、因果関係をもつことがあるため、注意が必要となる。たとえば、(a) 公共交通機関のバリアフリーの不十分さ（社会的障壁）のために、障害者が公共交通機関を利用して集会に参加する際に「制限」を受けていることと、(b) マイカーによる集会への参加の禁止というルール（社会的障壁）によって、マイカー利用を希望する障害者が集会に参加することに「制限」を受けていることとは、障害者の集会参加という1つの事案の中で、同時に問題となりうる。(a)と(b)では、社会的障壁及び「制限」の意味内容が異なる。
- 10) 内閣府「障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律 Q & A 集<地方公共団体向け>」(https://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/law_h25-65_ref2.html, as of 23 October 2019)。
- 11) 基本方針・前掲注(8)。
- 12) 差別禁止部会意見・前掲注(9)は、次のように記す。「差別をしてはならないことは公序として守られなければならない社会の基本的なルールであること、往々にして差別を受ける少数派に対して多数派の利害が優先されがちであることに鑑みると、当該取扱いが客観的に見て、正当な目的の下に行われたものであり、かつ、その目的に照らして当該取扱いがやむを得ないといえる場合においては、不均等待遇は例外的に是認されることが妥当である。（改行）ここで、「客観的に見て」とは、正当化事由の存否の判断は、相手方の主観的な判断に委ねられるのではなく、相手方の主張が客観的な事実によって裏付けられるもので、それが第三者の立場から見ても納得を得られるような客観性を備えたものでなければならないといったことを意味するものである。（改行）なお、このような場合において、正当化事由の存否について、最終的な立証責任を行為者に負わせるなど、当事者間の訴訟遂行能力や証拠へのアクセスの可否等を踏まえ、立証責任の配分が考慮されなければならない。」
- 13) 国土交通省「国土交通省所管事業における障害を理由とする差別の解消の推進に関する対応指針」（平成27年11月）は、「正当な理由がなく、不当な差別的取扱いにあたりと想定される事例」として、「宅建業者が、障害者に対して、「火災を起こす恐れがある」等の懸念を理由に、仲介を断る」とか、「宅建業者が、一人暮らしを希望する障害者に対して、一方的に一人暮らしは無理であると判断して、仲介を断る」といった例を挙げる。
- 14) 民間事業者による不当な差別的取扱いを禁止する障害者差別解消法8条1項についても、このことと同様のことがいえる。
- 15) 障害者雇用促進法35条は、「事業主は、賃金の決定、教育訓練の実施、福利厚生施設の利用その他の待遇について、労働者が障害者であることを理由として、障害者でない者と不当な差別的取扱いをしてはならない」と定めており、権利利益の侵害に言及せず、ただ不当な差別的取扱いをすることを禁止している。
- 16) 川島聡「差別解消法と雇用促進法における合理的配慮」川島聡・飯野由里子・西倉実季・星加良司『合理的配慮』（有斐閣、2016年）58頁。池原・前掲注(6)133頁も参照。ちなみに、合理的配慮の義務規定も、「権利利益の侵害」に言及している。すなわち、差別解消法7条2項は、行政機関等は、「障害者の権利利益を侵害することとならないよう」、合理的配慮をしなければならない、と定める。ここでいう「権利利益の侵害」も、上記と同様、機会の提供の拒否などの差別（不当な差別的取扱い）を含むものと解されうる。つまり、相手方は、「権利利益の侵害」（不当な差別的取扱いを含む）とならないように、合理的配慮を障害者に提供しなければならない。このような解釈は、後に、後述する制限差別包含説や排他説とも整合的である。
- 17) 本意見書五1、五2を参照。ちなみに、原判決は、「不当な差別的取扱い」という概念を用いていないが、「直接差別」（「純然たる直接差別」）の中に「制限」を理由とする差別を含めていない、と思われる（本意見書六2参照）。
- 18) 英国平等法に禁止する直接差別は、相手方が、障害を理由として、障害者を他の者たちよりも不利に取り扱う又は取り扱うで

- あろう場合に生じうる。ここでの比較対象者の概念は、「能力」の有無を含めて、障害者と同様の状況にある者が想定されているので、基本的には、本意見書にいう制限差別除外説に依拠していると考えられる。英国平等法の直接差別の概念については、川島聡「英国平等法における障害差別禁止と日本への示唆」大原社会問題研究所雑誌（2012年）641号32-35頁。
- 19) 本意見書三2で述べるように、「制限」は、「レラバントな点」での「制限」と「イレラバントな点」での「制限」とに区別される。ただ、ここでは議論が複雑となるため、とりあえず、「レラバントな点」と「イレラバントな点」という区別を設けずに「制限」について論じる。
- 20) 国土交通省・前掲注（13）。
- 21) きわめて簡潔なものではあるが、川島聡「合理的配慮と不当な差別的取扱い」日本教育行政学会第54回大会（埼玉大学、2019年10月20日）は、ここでの検討の基礎の一部となっている。
- 22) 本意見書五で述べるように、ここでいう「制限」は、障害者のみに関連する「制限」（「バスの例」を含む）と、非障害者にも関連する「制限」とに区別される。結論としては、不当な差別的取扱い（直接差別）の対象となるのは、前者の「制限」のみである。後者の「制限」は、「間接差別」の対象となる。
- 23) 「正当な理由」の存否を判断する際には、たとえば、個別的・事後的な性格をもつ合理的配慮が尽くされた否かのみならず、集団的・事前的な性格をもつ事前の改善措置が講じられたか否かも考慮に入れうる余地はあると思われるが、この点に関しては、英国平等法の予測型合理的配慮の概念などを考慮に入れつつ、今後の検討課題としたい。
- 24) 川島・前掲注（21）。大谷恭子「保護者の意向に反して特別支援学校を就学強制できるか——川崎医療的ケア児の就学裁判から」『福祉労働』161号（2018年）127-137頁を比較参照。
- 25) 制限差別包含説をとれば、たとえば、バス乗車能力の「制限」がある障害者は、同様の「制限」がない非障害者（比較対象者）と比べて、「制限」を理由に差別的取扱いを受けている（つまり、障害者のみ乗車が認められない）。そして、当該取扱いに「正当な理由」があるか否かを判断する際には、その「制限」を除去するための合理的配慮を尽くしたかどうかかが問題となる。この意味で、不当な差別的取扱いと合理的配慮（等）とが接点をもつ。これに対して、制限差別除外説をとると、バス乗車能力に「制限」がある障害者は、同様の「制限」がある非障害者（比較対象者）と比べて、差別的取扱いを受けていない（つまり、障害者も非障害者も等しく乗車が認められない）。ここでは、そもそも差別的取扱いが発生していないため、「正当な理由」が問題となることはなく、不当な差別的取扱いと合理的配慮は接点をもたない。要するに、制限差別除外説をとると、不当な差別的取扱いと合理的配慮との棲み分けがなされることになり、バス乗車能力に「制限」がある場合には、不当な差別的取扱いが問題とならず、合理的配慮が問題となるが、その一方で、バス乗車能力に「制限」がない場合には、合理的配慮は問題とならず、不当な差別的取扱いが問題となる。
- 26) 本意見書では、「レラバントな点」や「レラバントな能力」という表現を用いているが、これらは「本質部分」や「本質能力」と表現することもできる。さしあたり、本意見書では「本質」ではなく「レラバント」という表現を基本的に用いる。「レラバントな点」とは、本意見書本文で述べているように、個別的・具体的な文脈において関連の重要性がある点を意味する。制限差別包含説では、バスの乗車賃を支払えることが「レラバントな点」（レラバントな能力）であり、タクシーの運転士という職業では運転できるということが「レラバントな点」（レラバントな能力）となる。これらのことを「本質」という言葉を用いていえば、バスの乗車や特定の職務における本質（本質部分、本質的能力）は、運賃の支払能力や運転能力ということになる。良く知られているように、今日、合理的配慮の文脈において「本質」（中核）や「非本質」（周辺）が重要な課題として広く議論されているのは、米国障害者差別禁止法（The Americans with Disabilities Act）の1990年成立を端緒とするものであろう。同法第I編は、「適格性のある障害者」（qualified individuals with disabilities）を雇用差別から保護しているが、ここでいう「適格性のある障害者」は、合理的配慮が提供されなくても提供されても、“the essential functions of the job”といわれる本質的職務を遂行するのに適した障害者を意味する（See, The U.S. Equal Employment Opportunity Commission, *The ADA: Your Responsibilities as an Employer*, <https://www.eeoc.gov/facts/ada17.html>, as of 1 December 2019）。日本の障害者差別解消法に定める合理的配慮が本質変更不可の原則に基づいていることについては、川島・前掲注（16）。
- 27) 本意見書三2（2）を参照。
- 28) 行政機関等は、合理的配慮を法的義務として提供しなければならないが、以下のように、民間事業者は合理的配慮について努力義務を負う。すなわち、差別解消法8条2項は、「事業者は、その事業を行うに当たり、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った場合において、その実施に伴う負担が過重でないときは、障害者の権利利益を侵害することとならないよう、当該障害者の性別、年齢及び障害の状態に応じて、社会的障壁の除去の実施について必要かつ合理的な配慮をするように努めなければならない」と定める。
- 29) 基本方針・前掲注（8）。
- 30) 川島・前掲注（16）。
- 31) 障害者権利条約の条約体（障害者権利委員会）は、ある個人通報事例の見解の中で、「この条約の下で保障される権利の享受に関して差別されない権利は、国家が、著しく異なった状況にある人びとを客観的かつ合理的な正当化なしに異なって扱わないときに侵害されうる」（H.M. v. Sweden, Communication No. 3/2011, UN Doc. CRPD/C/7/D/3/2011, 19 April 2012), para. 8.3) と説示した。この一文は、欧州人権裁判所のスリメノス事件判決の判断枠組みを踏襲したものである（川島聡「権利条約における合理的配慮」川島ほか前掲注（16）31頁）。この事件で、欧州人権裁判所は、「これまでのところ裁判所は、欧州人権条約の下で保障される諸権利の享有に当たり差別されない、という第14条に定める権利は、国家が類似した状況における人々を合理的かつ客観的な正当化なしに別異に取扱う場合には侵害される、としてきた。（中略）しかしながら、これは14条にお

ける差別禁止の唯一の面ではない、と裁判所は判断する。この条約が保障する諸権利の享有に当たって差別されない権利は、著しく異なった状況にある人々 (persons whose situations are significantly different) を合理的かつ客観的な正当化なしに別異に取扱わない場合にも侵害される」とした (Thlimmenos v. Greece, Application No.34369/97 (2000), ECHR 2000-IV, para.44)。本意見書の理解に沿ってこの判決を読むのであれば、「レラバントな点」について「国家が類似した状況における人々を合理的かつ客観的な正当化なしに別異に取扱う場合」と、「イレラバントな点」について「著しく異なった状況にある人々を合理的かつ客観的な正当化なしに別異に取扱わない場合」ということになる。

- 32) 「レラバントな点」において「等しいものを等しく扱え」が差別禁止の体系 (差別禁止モデル) であるのに対し、「レラバントな点」において「異なるものを異なって扱え」は社会福祉の体系 (社会福祉モデル) である。これらのモデルから「障害法」の構造を理解するものとして、川島聡「転換期の障害法」障害法1号 (2017年)。「異なるものを異なって扱え」という法格言が恣意的に運用されるおそれがあるため、この社会福祉モデルは、障害者権利条約等に定める人間の尊厳、個人の自律、社会参加 (社会包摂) などの実質的な価値 (原則) によって枠づけられることになる。
- 33) 合理的配慮は、不当な差別的取扱いの枠組みから離れて、単独で問題にすることもできるが、その際にも恣意的な判断に委ねられないように、やはり内在的な制約がかけられている。すなわち、機会の平等 (⑤) や本質変更不可 (⑦) といったその要件に見られるように、合理的配慮は、それ自体、「レラバントな点」について「等しいものを等しく扱え」という枠組みを内在的に与えられているのである。
- 34) ここで留意すべきは、雇用促進法 35 条 (前掲注 (16) 参照) である。本条では、「障害者であることを理由として」という文言が用いられている。この文言と、差別解消法における「障害を理由として」という文言とは、基本的には同じ趣旨であると解される。そして、雇用促進法において「障害者」が機能障害と「制限」を有する者であると定義されている以上、「障害者であることを理由として」にいう「障害者」は、機能障害と「制限」の両方を射程に入れたものだと考えられる。とすれば、「障害を理由として」の射程にも機能障害と「制限」の両方が含まれる、という解釈は成立する。
- 35) 富永晃一「差別概念」永野仁美・長谷川珠子・富永晃一編『詳説 障害者雇用促進法——新たな平等社会の実現に向けて <増補補正版>』(弘文堂、2018年) 175頁は、日本の雇用差別禁止法で禁止される差別は、「差別禁止事由」と「差別的取扱い」の「結びつき」(差別意思、因果関係、効果関係等) であるという。
- 36) 富永・前掲注 (35) 176頁は、「差別禁止事由と取扱いとの直接的な主観的結びつきは、条文上は、「……を理由として」「……の故をもつて」等と表現され、労働法上は、「差別意思」と呼ばれたりしている」という。
- 37) 厚生労働省「障害者雇用促進法に基づく障害者差別禁止・合理的配慮に関する Q&A【第二版】」(<https://www.mhlw.go.jp/>

tenji/dl/file13-04.pdf, as of 23 October 2019) は、以下のように記す。「A2-3. 単に結果として異なる取扱いをしたというだけでは、直ちに禁止される差別には当たりません。禁止される差別は、障害者であることを理由とする差別 (いわゆる「直接差別」をいい、車いす、補助犬その他の支援器具等の利用、介助者の付添い等の社会的不利を補う手段の利用等を理由とする不当な不利益取扱いを含みます。) であり、事業主に差別意図があるものです。したがって、いわゆる「間接差別」は禁止される差別に該当しません。」

- 38) 富永・前掲注 (35) 175-176頁は、「差別意思の内容は、差別禁止事由を取扱いに影響を与える要因とすることの認識・認容である (差別禁止事由が、その取扱いの「動機」となっているもの、といってもよい)。……差別禁止事由を知って、その差別禁止事由のため、本来とは違う取扱いをしている、と認識していれば、ここでいう差別意思は認められる。差別禁止事由を有する者に対する嫌悪の情や害悪があることは、差別意思を認める「十分条件」であるが、「必要条件」ではないといってもよい」とする。
- 39) 川島聡「合理的配慮と対話」『教育と医学』2018年11月号参照。
- 40) See, e.g., Website on Stammering and UK Disability Discrimination Law (<https://www.stammeringlaw.org.uk/disability-equality-law/discrimination/knowledge/> as of 20 October 2019). See also, *Explanatory Notes to the Equality Act 2010: Commentary on Section 15* (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/15/notes> as of 20 October 2019).
- 41) 富永・前掲注 (35) 176頁は、「差別意思は行為者の頭の中の状態 (主観的なもの) であるが、客観的な事実 (差別的取扱いの事実・態様等) から立証することは可能である」という。
- 42) ちなみに、認識・許容による差別意思は、この例のように不作為による差別的取扱いのときに典型的に見られるであろうが、これに対して、認識・意欲による差別意思は、作為による差別的取扱いのときに典型的に見られるであろう。
- 43) 国土交通省・前掲注 (13)。
- 44) 差別禁止部会意見・前掲注 (9) は、最広義の主観説をとり、次のように記す。「不均等待遇というためには、行為者が障害又は障害に関連した事由を理由として区別、排除又は制限その他の異なる取扱いを行っていることを認識していれば (あるいは認識すべきであれば) 足り、積極的に相手に害を加えようとする意図までは必要とされないとすべきである。(改行) もっとも、完全参加と平等の実現といった観点から考えれば客観的に差別状態が発生していれば、相手方の認識の有無にかかわらずこれを差別とした上で、なくしていくということが求められる。そうした観点からすると差別が成立する上では積極的な害意だけでなく相手方の認識も不要であるとする考え方も成り立ちうると思われる。(改行) しかし、本法が行為規範を提供することの重要性を謳い、相互の理解の下で差別をなくしていくべきという基本的なスタンスを取っていることに鑑みると、不均等待遇に当たると認識し又は認識し得たにもかかわらず、それに該当する行為に及んだ場合には、差別に当たるとして本法を適用する必要があるが、全く認識し得なかった場合にまで責任を問

- うべきではない。(改行)ただ、その際においても、本法は今後の適切な認識を求め、同じ行為の繰り返しを回避することを求める契機として機能するものであり、同種事案の発生防止に効果を発揮することが期待される。(改行)なお、障害又は障害に関連する事由を理由として区別、排除又は制限その他の異なる取扱い(不均等待遇)が行われた場合に、それ以外にも異なる取扱いの理由が存在することは本法の適用の妨げとならない。」
- 45) 差別禁止部会意見・前掲注(9)は、差別禁止法の理念の1つとして、「この差別をなくそうとする試みは、人類普遍の原理を希求するものであり、障害の有無にかかわらず個人の尊厳を認め合う社会の実現に資するものである。ゆえに、本法は、差別者・被差別者という形で国民を切り分けてこれを固定化し、相手方を一方的に非難し制裁を加えようとするものであってはならず、今後、差別者・被差別者を作り出さないためにも、国民誰もが理解し得る共生社会の実現に向けた共通のルールとして機能することが重要であること」、を挙げる。
- 46) 差別解消法の下では、合理的配慮の不提供も差別の一形態とされる。差別は、社会的障壁の1つである(前掲注(9)参照)。そして、基本方針・前掲注(8)は、その合理的配慮を「双方の建設的対話による相互理解を通じて」なされるべきであるとする。
- 47) 差別解消法1条は、次のように定める。「この法律は、障害者基本法(昭和四十五年法律第八十四号)の基本的な理念にのっとり、全ての障害者が、障害者でない者と等しく、基本的人権を享有する個人としてその尊厳が重んぜられ、その尊厳にふさわしい生活を保障される権利を有することを踏まえ、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、行政機関等及び事業者におけ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し、もって全ての国民が、障害の有無によって分け隔てられることなく、相互に人格と個性を尊重し合いながら共生する社会の実現に資することを目的とする。」
- 48) 差別禁止部会意見・前掲注(9)は、「本法において目的規定を設けるに当たっては、以下の視点が重要である」として、4つの視点を挙げる。その1つが「行為規範(人々が行動する際の判断基準)の提示」である。具体的には、「我が国において悪意を抱いて差別するといった事案は少ないと思われる。観念的には差別はしてはならないという思いを抱きつつも、障害又は障害者についての無理解や偏見又は固定化した概念やイメージにより差別的な行為に出してしまうことが多いことに鑑みると、本法は、国、地方公共団体及びこれに従事する公務員のほか、民間事業者、私人も含めた社会全般に対して、何が差別に当たるのかの判断の物差しを提供することが求められる。このことを本法の目的に明示すべきである」と同意見に記されている。他の視点は、「差別からの法的保護」、「国等の責務」、「共生社会の実現」、である。
- 49) 差別解消法Q&Aは、次のように記す。「本法においては、損害賠償請求権、契約の無効等の私法上の効果については規定しておらず、本法の私法上の効力については、民法等の一般規定に従い個々の事案に応じて判断されることになる。(改行)一方、本法においては、主務大臣が特に必要があると認めるときは、報告の徴収、助言、指導、勧告といった措置を講ずることができることとしており、これらの権限が適切に行使されることにより、実効性が確保されるものと考えている(内閣府・前掲注(10))。
- 50) この問題は、合理的配慮にも関わってくる。詳しくは、本意見書五3を参照。
- 51) ちなみに、富永・前掲注(35)177頁は、雇用差別禁止法を念頭に「直接差別」を検討した文脈において、「学説によっては「直接差別」を「差別意思のある差別」とする定義をとらない整理をするものもみられる(簡単にいえば、「直接差別には、差別意思がないものも含まれる」という説など)。定義の問題であり、理論的にはそのような整理も十分にありうる考え方であるが、日本法のオーソドックスな見解では、文言解釈として「……を理由として」「……の故をもって」は差別意思を意味するとされてきた」という。
- 52) 不法行為法・国家賠償法においては、もちろん帰責性(故意・過失)が必要となる。池原・前掲注(6)136-138頁は、「直接差別に差別意思を要するか否かについては検討が必要である」として、「[差別が——引用者]障害を理由としているか否かは、差別者側の意図から証明しても、被差別者側の権利利益に対する影響(効果)から証明してもよい。差別者の主観は差別が差別禁止事由(障害)に基づいていることの一つの証明方法にはなるが差別の成立要件ではない。したがって、障害者差別解消法および障害者雇用促進法においては事業者等において差別意思がない場合であっても、行政庁の助言、指導または勧告は行われる必要がある」と述べるとともに、「不法行為法(民法709条以下)においては、差別者側に損害賠償責任を負わせるために、「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害」したこと(違法性)に加えて「故意または過失」があることという主観的要件(帰責性)が満たされることが必要である(709条)。違法性については民法90条と同様の判断枠組を用いたうえで、差別者側に故意(障害を取り扱いに影響を与える要因とすることの認識・認容)または過失(障害によって取り扱いに影響を与えることがないようにする注意を怠ること)が認められることが必要である(原注略)」という。
- 53) *See, O'Neill v Governors of St Thomas More Upper School* (1996) IRLR 372, 375. *See also, Equality and Human Rights Commission, Equality Act 2010 Code of Practice: Employment Statutory Code of Practice* (2011), para. 3.11.
- 54) 内閣府・前掲注(10)。
- 55) *See, e.g. Equality and Human Rights Commission, supra* note 49.
- 56) *Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (46 I.L.M. 443). 国連障害者権利委員会による障害者権利条約の差別禁止規定の解釈については、川島聡「障害者権利委員会——個人情報制度」長瀬・川島編・前掲注(6)79-121参照。
- 57) もし差別解消法が「間接差別」を禁止するのであれば(不当な差別的取扱いの中に「間接差別」を含めるのであれば)、たとえば、表面上は障害にとって中立的なルール(規定・基準・慣行)が、非障害者(集団)と比べて障害者(集団)に不均衡に大きな不利をもたらすものである、ということの客観的な証明が必

- 要となろう。このような意味での「間接差別」が不当な差別的取扱いに含まれている、と解することは現時点では難しい。
- 58) なお、不当な差別的取扱いの文脈において「正当な理由」を類型化し、正当化の審査密度を変えることも検討してよい。たとえば、不当な差別的取扱いの範囲の中で、英国平等法の「直接差別」に相当する部分については、「正当な理由」はきわめて限られた例外を除き一切認められず、英国平等法の「起因差別」に相当する部分については、「正当な理由」がそれよりも比較的広い範囲で認められる、ということになる。この枠組みを用いるのであれば、本件の不合格処分は、英国平等法の直接差別に該当するため、基本的には、「正当な理由」は一切認められないことになろう。
- 59) ちなみに、富永・前掲注 (35) 174-175 頁は、差別禁止事由と差別的取扱いとの「結びつき」を「差別の核心」とし、「この『結びつき』を主観的な観点から分類すると、(ア) 差別禁止事由を認識して、それを動機として（直接的な理由として）ある不利益取扱いをとった、という直接的な結びつきが立証できる場合（これを「直接差別」という）と、(イ) 差別禁止事由以外の事由を理由としてある不利益取扱いをとったとされるが、『差別禁止事由以外の事由』と差別禁止事由とが統計的に強く結びついており、かつその取扱いをするのに合理的な理由がないため、結果的にみて差別禁止事由を理由とする差別となるおそれがある場合（これを「間接差別」という）とがある」という。
- 60) Cf. Dianne Pothier, "Equality as a Comparative Concept: Mirror, Mirror, on the Wall, What's the Fairest of Them All?," 33 *Supreme Court Law Review* (2d), 2006, pp. 135-150, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2135156>.
- 61) 前者を理由とする差別は、非障害者（集団）に不利益をもたらすものではなく、障害者（集団）のみに不利益を与えうる。これに対して、後者を理由とする差別は、非障害者（集団）と障害者（集団）の双方に不利益を与えうる。このような観点から直接差別と間接差別を区別することが可能である。See, Christa Tobler, *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*, European Commission (2008). See also, Satoshi Kawashima, "Two Equality Models and the Japanese Disability Discrimination Act," *Disability and Disciplines: The International Conference of Educational, Cultural and Disability Studies* (Liverpool Hope University, 2015).
- 62) 国土交通省・前掲注 (13) は、「正当な理由がなく、不当な差別的取扱いにあたり想定される事例」として、「身体障害者補助犬法に基づく盲導犬、聴導犬、介助犬の帯同を理由として乗車を拒否する」という例を挙げる。また、この対応指針は、「障害を理由としない、又は、正当な理由があるため、不当な差別的取扱いにあたらなと考えられる事例」として、「低床式車両やリフト付きバスでない場合、運転者ひとりで車いす使用者の安全な乗車を行うことは無理と判断し、他の利用者に車内マイクを使って協力をお願いしたが、車内で利用者の協力が得られず乗車できない場合、説明をした上で発車する」という例を挙げる。ちなみに、障害者雇用促進法に関しては、厚生労働省・前掲注 (37) が、「直接差別」の中に、「車いす、補助犬その他の支援器具等の利用、介助者の付添い等」を理由とする差別を含めている。
- 63) 「間接差別」（「非障害者にも関係するもの」を直接理由とする差別）では、たとえば障害者が運転免許不取得を直接の理由に差別を受けた場合に、運転免許を取得していない者と、運転免許を取得している者との比較がなされることになる。ここでは、運転免許の有無は問題（差別の理由）となっているが、機能障害の有無は問題となっていない。しかも、運転免許を取得していない者は、必ずしも機能障害を有している者だけではないだろう。これに対して、「直接差別」（「障害者のみに関係するもの」を直接理由とする差別）では、たとえば、障害者が盲導犬を理由に差別を受けた場合に、盲導犬を帯同している者と、盲導犬を帯同していない者との比較がなされることになる。この場合、やはり機能障害の有無が問題（差別の理由）とはならず、盲導犬の有無が問題となっている。だが、盲導犬は、基本的に、「障害者のみに関係するもの」である。
- 64) これらのほかにも、国土交通省・前掲注 (13) は、「運転者が、乗車スペースがあると認識していたにもかかわらず、介助者や他の乗客への協力を依頼することなく車いす使用者だけ乗車を拒否する」ことを不当な差別的取扱いにあたりとしている。また、厚生労働省「障害者差別解消法 福祉事業者向けガイドライン：福祉分野における事業者が講ずべき障害を理由とする差別を解消するための措置に関する対応指針」（平成 27 年 11 月、厚生労働大臣決定）も、不当な差別的取扱いの例として「身体障害者補助犬の同伴を拒否すること」を挙げている。
- 65) 前掲注 (9) で述べたように、差別解消法における障害者の定義は、「社会的障壁による制限」を強調する社会モデルを採用している。そして、そこで挙げた (α) と (β) の例にあるように、社会的障壁と「制限」とは、きわめて密接な（因果）関係を有する。そのため、差別禁止事由としての「障害」の意味内容を考える場合には、「制限」と社会的障壁の双方を視野に入れる必要が出てくる。
- 66) 同様に、「障害者に関係するもの」を理由とする差別すべてが「直接差別」に含まれる、と解することも、現実的妥当性を明らかに欠くであろう。「障害者に関係するもの」という概念には、広く捉えると、障害者と少しでも関係していれば、すべての事柄が含まれるからである。これに対して、「障害者のみに関係するもの」を理由とする差別すべてが「直接差別」に含まれると解するのが、本意見書の支持する考え方である。
- 67) 特に障害者分野において、「直接差別」（不当な差別的取扱い）と「間接差別」（他の形態の差別）をどのように区別すべきかが難しい理由のひとつとして、障害者の法的定義（機能障害と「制限」）に沿って、無媒介性の視点に基づいて、障害者への「直接差別」を定義しようとしても、それだけでは基本方針や各省庁の指針との整合性を欠くことが挙げられる。そこで、排他性の視点も必要となるのである。
- 68) 前掲注 (61) 参照。
- 69) バスに一人で乗車する能力の点で「制限」を抱えている非障害者、という存在を現実的に観念することは、先述のとおり、基本的には難しいであろう（三 1 (1) 参照）。これに対して、公共

- 交通機関の便が悪い地域に住んでいるがゆえに、マイカーによる集会参加を希望する非障害者、という存在（Yの比較対象者）を現実的に観念することは容易であろう。
- 70) マイカーを希望する者とそうでない者との間の差別的取扱いに関する事実が客観的に証明された場合、そこから推認される主観的な「結び付き」（差別意思）は、障害と差別的取扱いとの間にあるものではなく、マイカー禁止と差別的取扱いとの間にあるものである。
- 71) マイカー禁止のルール（表面上は障害にとって中立的なルール）は——とりわけ障害者集団に対する構造的差別性を背景に——非障害者集団と比べて障害者集団に不均衡に大きな不利をもたらす要素を内在させているが、その要素は上記のような集団間比較を経由することによって表出することになる。そのため、集団間比較をしない段階で、マイカー禁止のルールだけを見ても、それが「間接差別」の問題となりうるかどうかは判断ができない。
- 72) 厚生労働省・前掲注（37）は、「Q3-1-2. 募集に際して『〇〇』の資格を有すること』というように、一定の能力を有することを条件とすることがあり、これによって特定の障害者が排除される場合も考えられます。これも差別になりますか？」という問いに対して、次のように答えている。「A3-1-2. その条件が業務遂行上特に必要なものと認められる場合には、障害者であることを理由とする差別に該当しませんが、業務遂行上特に必要でないにもかかわらず、障害者を排除するためにあって条件を付している場合は、障害者であることを理由とする差別に該当します。（改行）なお、「業務遂行上特に必要」とは、当該措置を講じなければ業務遂行上不都合が生じる場合であり、単にあった方が望ましいという程度のものではなく、客観的にみて真に必要である場合をいいます。」という。
- 73) ここで「一応」としたのは、合理的配慮が「間接差別」の問題すべてに対応できるわけではなく、「間接差別」そのものを規制する独自の意義もあるためである。ただ、この点は、本意見書では十分に論じることはできない。
- 74) 本意見書四2参照。
- 75) 同上五1参照。
- 76) 同上三2（1）参照。
- 77) 同上五3参照。
- 78) 同上五2参照。
- 79) 川島・前掲注（18）参照。
- 80) 原判決44頁。
- 81) 同上45頁。
- 82) 原判決は、「被告県も、原告が能発55号の上記①②の標準を充足したことは争っていないものと考えられるが、念のため述べれば、原告は本件不合格後間もなく、実務者研修を受講して、皆勤により成績優秀者としての評価を得て、その後に介護助手として就労しているのであるから、上記①の熱意を有していたことは明らかであり、本件選考の筆記試験では3位であったのであるから、上記②の学力の要件を有していたことも明白である」、とする（同上46頁）。
- 83) 同上46頁。
- 84) 同上47頁。
- 85) 同上47-48頁。
- 86) なお、原判決は、面接担当者を含む選考実施主体の裁量に関しては、「直接差別の有無が問題となっている以上、全く司法審査が及ばないということはず、合理的な裁量があることが尊重されるべきとしても、客観的な観点から、裁量の逸脱・濫用があったといえるかについては審査の対象となる」として、「上記の検討のとおり、直接差別があると間接事実により推認できるところであるし、これに付け加えるならば、2名の面接担当者の採点合計で、受講意欲について20点満点中2点、就職意欲につき40点満点中9点という採点がなされており、受講・修了することに支障がないか（修了見込）という採点項目（40点満点中1点）以外においても極端な成績評価がなされていることに徴しても、裁量の逸脱・濫用があったと見ざるを得ない」、とする。また、原判決は、「上記に説示したとおり、本件不合格は、原告の発達障害を理由としてされた直接差別によるものであり、被告県が主張するような本件選考における時間的制約があったからといって直接差別が許容されるわけではないから、被告県の主張は採用することができない」、とした。
- 87) 原判決45-46頁。
- 88) 原判決の認定事実によれば、「原告は、直近1年間の就職活動について質問された際、発達障害の診断を受け、障害者手帳を取得し、障害者枠での就職を模索したが採用には至らなかったことを説明した。E及びDは、原告の発達障害について、更に質問をすることはなかった。原告は、自らの長所について、正直でまじめで一つのことをやり出したら集中力があることを挙げ、短所について、忙しい状況での臨機応変な対応が苦手であることを挙げた。原告は、最後に、選考会場までの交通手段を問われ、車で来た旨答えた。Dは、発達障害についてよく知らなかったが、プライバシーの問題があると考え、原告の発達障害の内容などについては質問しなかった。Eも原告の発達障害について質問することはなかった（証人D175）」。
- 89) 原判決は、「被告県が実施した職業訓練の選考における差別の違法性を基礎づける規範としては、行政機関等をも名宛人としている障害者差別解消法が適すると解されるが、同法は平成25年に制定されたとはいえ、平成28年4月1日施行であり、本件の不合格判定が、平成26年5月1日であることに鑑みると、直接的に同法に違反することをもって国家賠償法上の違法性を基礎づけることは容易ではない。」と指摘しつつも、「他方で、直接差別の禁止については、必ずしも格別に新しい概念ではなく、また、基本理念を定める法規ではあるものの、障害者権利条約が国連総会で採択される以前である平成16年の段階において、既に、障害者基本法が改正され、障害者に対する差別の禁止規定が追加されていたこと、平成26年2月には障害者権利条約が国内的効力を発していること、施行前とはいえ平成25年に障害者差別解消法が制定、公布されたことに照らすと、本件不合格の判定がなされた平成26年5月1日においては、障害者に対する直接差別の禁止が、不法行為法上（国家賠償法上）の違法性を基礎づけるだけの規範的意義を有していたと認めることが可能であると解する。」という。これに対して、本意見書の冒頭で引

用したように、被控訴人は、「障害者差別解消法は、本件選考が実施された平成 25 年 5 月 22 日から約 3 年後の平成 28 年 4 月 1 日に施行されているが、本事案は、まさに障害者差別解消法 7 条 1 項が想定するような事案であって、直接差別があったか否かの観点ではなく、被控訴人が不当な差別的取扱いを受けたか否かの観点から捉えた方が本件事案に適合する」と主張する(控訴理由書・前掲注 (4))。

- 90) 控訴理由書・前掲注 (4) 31-32 頁。
- 91) 同上 3 頁。
- 92) 同上 30 頁。この東京高裁判決は、入試の合否判定については、本来的には司法審査の対象から外れるが、他事考慮がなされたかどうかは、裁判所が具体的に法令を適用して審判しうる事柄であるとしている。
- 93) 同上 30 頁。
- 94) このため、本件では、考慮不尽の問題は発生していないと言うこともできる。
- 95) 同上 30-31 頁。
- 96) このように、偏見やステレオタイプがある控訴人が、「安全性」や「他者の権利・利益」が害されると観念的に主張することは、繰り返しになるが、「視覚障害者には、火の不始末のおそれがあるから、アパートを貸せない」という偏見・ステレオタイプによる典型的な差別と本質的には何ら変わるものではなく、また女性の外見や話し方から職業訓練の不適格性を判断するのと同じことである。
- 97) 原判決 51 頁。
- 98) 申恵丰『国際人権法——国際基準のダイナミズムと国内法との協調』(信山社、2013 年) 486 頁以下参照。