

タイトル	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(五)
著者	中川，純
引用	北海学園大学法学研究，43(2)：403-467
発行日	2007-09-00

論 説

障害者に対する雇用上の「便宜的措施義務」とその制約法理 — アメリカ・カナダの比較研究(五)

中 川 純

第五章 アメリカのリハビリテーション法における便宜的措施義務と「過大な負担」および「合理性」

はじめに

アメリカ、カナダにおいては、被用者、求職者が何らかの障害を有する場合、または有するにいたった場合、使用者は、場合によっては労働組合も、被用者らの要請に応じて、職務内容やシフトの変更、職場施設や機器の改良、採用、昇進試験などの見直しなどの便宜的措施を講ずる義務を負う。ただし、障害者に対してそのような措置を講ずることが使用者等にとって「過大な負担」となる場合、および使用者が講じた便宜的措施が「合理的」である場合には、

便宜的措施義務を負う必要はなくなる。本研究は、米加における障害者に対する便宜的措施の制約法理を通じて、その社会が有する障害者に対する寛容の程度を探ることを目的とする。

障害者差別との関連における便宜的措施義務は、一九七三年リハビリテーション法およびその施行規則により登場した。その後ADAに受け継がれることとなる制約法理もリハビリテーション法の下で発展したといえる。そこで、本章ではアメリカのリハビリテーション法における便宜的措施義務の制約法理について検証する。すでに障害者の便宜的措施の根拠となる一九七三年リハビリテーション法第五〇四条制定の経緯、第五〇四条施行規則（保健・教育・福祉省施行規則、以下HEW規則）以前における第五〇四条の司法的効力（北海学園大学法学研究第四一巻四号）、第五〇四条HEW規則および一九七八年リハビリテーション法第五〇一条および第五〇五条およびそれらの施行規則の内容、第五〇四条の民事訴訟の訴権および差別的効果法理の適用の可否、一九七八年から一九八三年頃までにおける第五〇一条および第五〇四条をめぐる判例法理（北海学園法学研究第四三巻一号）について検討しており、本稿では一九八三年以降一九九五年までのリハビリテーション法第五〇一条および第五〇四条に基づく便宜的措施義務をめぐる判例法理を検証する。具体的には、リハビリテーション法における「障害者」、「能力を有する障害者」、「過大な負担」、「過大な負担」と「合理性」の関係、便宜的措施の手続的要件などについて分析する。判例法理を概観すれば、第一にリハビリテーション法の意義から障害者に広く便宜的措施を認めることによりその障害を有する個人の能力または障害による制約を超えて職業機会を保障しようとする立場、と第二に個人の能力と職業獲得の可能性が相関関係にあり、原則としてすべての個人に平等な機会を保障すべきであるとの理解から、障害者を過度に有利に取り扱うべきではないとの立場で対立があった。そもそも便宜的措施は障害者に特別扱いを認めるものであるから、障害者に便宜的措施を広く認めれば認めるほどリハビリテーション法上の障害者と健常者を含むその他の個人との間の機会の平

等が保障されないこととなる。したがって便宜的措置をどの程度認めるかは、リハビリテーション法の意義と機会の平等におけるバランスの上で議論されることとなる。裁判所は、リハビリテーション法の意義と機会の平等、いいかえれば個人の能力を前提とする競争の保障、との間で苦悩しつつ、便宜的措置義務を否定しないものの、機会の平等を重視した枠組みを採用している。

八節 リハビリテーション法における「能力を有する障害者」の概念の展開

一、リハビリテーション法上の「障害者」の概念

(一) *E. F. Black* 事件判決

一九八〇年前後における便宜的措置をめぐる立証手続の中心的な問題は、「能力を有する障害者」の要件であり、「障害」または「障害者」の要件それ自体が問題とされることは少なかった。しかし、障害または障害者の概念が、従来常識的に障害とみなされるものを超えて、際限なく広がりをもせる可能性があったため、裁判所はリハビリテーション法の障害者について判断する必要性に迫られた。リハビリテーション法上の障害者か否かを線引きすることが、個人の能力と機会の保障を合理的に合致させるために、機会の平等と個人間の競争を保障するために、そして障害者に対する特別な待遇を周囲の人々が受け入れるために、必要であると考えられたからである。したがって、一九八〇年代中盤以降リハビリテーション法の差別の立証においては、「障害者」の概念が問題となる。リハビリテーション法は、個人の能力と選択との間に相関関係が存在することを前提とし、障害者に職業の選択を保障することを意図している。しかし、その適用範囲は無限定なものではなく、一定の障害者にのみその保護を与えるにすぎない。

リハビリテーション法における障害者か否かは、リハビリテーション法第七条(7)に基づき個人の日常生活の主要な

活動のひとつまたはいくつかを相当程度妨げる身体的または精神的な損傷を有する個人か否か、そのような損傷の記録を有する個人か否か、そのような損傷を有するとみなされる個人か否かにより決定される。リハビリテーション法施行規則は、身体的損傷の定義として、

いかなる身体的機能障害または身体的制限、美観を損ねる外傷、または以下の身体的機能のうちひとつまたは複数に影響を与える解剖学上の損失・神経器官、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、泌尿器間、血液、リンパ腺、皮膚または内分泌腺

と規定し、さらに「日常生活の主要な活動」については、

たとえば、自身の身のまわりの世話、手作業、歩くこと、聴くこと、しゃべること、呼吸すること、学習すること、そして働くことのような機能

としている。

リハビリテーション法における障害者の概念について初めて詳細に検討したものとして *E. E. Black v. Marshall* 事件がある。⁽³⁶⁵⁾ 大工の見習い工（見習い期間は八〇〇〇時間であり、そのうち三六〇〇時間をすでに終えていた）として働いていた Crosby が、重いものを運んでいたときに腰に違和感を覚え、医師に診察してもらったところ、腰仙関節異常と二分脊椎と診断され、大工の業務に必要な重いものを運ぶという作業ができないことから解雇された事案であ

る。訴えは、Administrative Law JudgeおよびAssistant Secretaryによる判断を経て、地方裁判所へ訴えがもたらされた。主な争点は、Crosbyがリハビリテーション法第五〇三条における障害者であるか否か、つまりリハビリテーション法第七条(7)に該当するか否かであった。King裁判長は、第一に、「損傷」の意味がまったく定義されていないことから、それを「個人の健康、身体的あるいは精神的活動を弱め、逡減し、制約し、またはそうでなければ害する状態」であると定義した。⁽³⁶⁶⁾ 第二に、「相当程度制限する (substantially limits)」の意味について、Administrative Law Judgeがそれを、多くのまたはほとんどの業務に関連する行動を妨げることとし、損傷が雇用可能性に全般的に影響を与えない場合にはそのような症状を有する個人は障害者ではないとしたのに対し、King裁判長は、その判断では適用範囲が狭すぎ、法の意義を失わせるとした。⁽³⁶⁷⁾ 一方、Assistant Secretaryが、リハビリテーション法により保護を受ける個人を、正当な業務上の要請を満たす能力を有し、かつ身体的または精神的な損傷自体により、またはそうである⁽³⁶⁸⁾とみなされることにより特定の業務に就くことを拒否される個人であるとしたことについても批判している。King裁判長は、そのように解する場合、高所恐怖症の個人が、ある仕事ビルの三十七階で行なわれることから、業務に就くことができない場合、高所恐怖症もリハビリテーション法の障害となるとする。そして、このような症状にまで適用するとすれば、議会は「相当程度制約する」という用語ではなく、「雇用に関するすべての障害者」という用語を使用するはずであり、広すぎるとした。⁽³⁶⁹⁾ そして、本件裁判所が採用するものとして「障害を有する個人とは、個人にとつて雇用を相当程度制約することを構成する、またはそのような結果に導く身体的または精神的障害を有する個人であり、その検討は個別の事案ごとにおこなわれなければならない」とする。⁽³⁷⁰⁾ そして、その検討の際に必要な要因として、同様または類似の業務を提供する使用者が、採用または試用期間における適格性判断において同様の基準を用いることを前提に、一定の地域における使用者の数を挙げる。⁽³⁷¹⁾ つまり、一定の損傷を有する求職者などが、たとえひとつの

会社から採用を拒否されたとしても、合理的にアクセス可能な地域において同様または類似の業務を得られる可能性がある場合、その損傷はリハビリテーション法における障害者ではないとする。一方、その損傷ゆえに合理的にアクセス可能な地域内で同様または類似の業務を提供できる使用者の多くが採用を拒否する場合には、それはリハビリテーション法上の障害者であることとなる。一方、高所恐怖症で三十七階では働くことができない被用者は、合理的にアクセス可能な地域に同様または類似の業務を提供できる使用者が存在し、その使用者が事務所を一階に持ち、そこに勤務できるならば高所恐怖症がリハビリテーション法における障害ではないこととなる。⁽³⁷²⁾

King裁判長は、まずCrosbyの腰の症状が上記損傷の定義に合致すること、⁽³⁷³⁾その損傷ゆえに、使用者から見習い期間中に解雇されたこと、同様または類似の業務を提供する使用者が同じ基準を採用したとしたら見習い期間を満了することが困難なこと、そして一人前の大工になることが難しいことを認めた。そして別の使用者がBeck社と同じ基準を採用したとしたら、Crosbyにとって有効である同様のポジションが存在することについて立証がなく、またHawaii州という限定された地域内において同様または類似の業務を遂行するポジションが有効であるとは思えないことから、Crosbyをリハビリテーション法上の障害者であるとした。⁽³⁷⁴⁾それに加えて、見習い工としてその業務を遂行できる能力を有していることから、同時に「能力を有する障害者」であることを推定できるとした。⁽³⁷⁵⁾ただし、業務上の必要性の要件において、Crosbyの身体の状態が悪化する可能性があり、それが立証されれば見習い期間中の解雇が有効であるが、それが立証されていないとして再審を命じた。⁽³⁷⁶⁾

1) E. E. Black理論の変更と適用

E. E. Black事件判決は、その後の下級審判決に大きな影響を及ぼした。しかし、E. E. Black理論はさらに修正さ

れ、適用されることとなった。一定の損傷を有する個人が一定地域内で同業種の他の使用者の下で業務を提供できないならばその個人はリハビリテーション法における障害者になるという *E. E. Black* 判決の論理は、ひとつの業務を拒否されただけの個人ではリハビリテーション法上の障害者ではないという用語に読み替えられることとなった。たとえば、*Tudman v. United Airlines* 事件判決⁽³⁷⁷⁾においてそのような法理が採用されている。本件は、航空機の客室乗務員がボディビルディングにより体重が社内規定よりも増えたことから解雇され、体重制限規定がリハビリテーション法第五〇四条に違反するとして提訴した事案である。争点は、体重超過がリハビリテーション法における障害に該当するか否かであった。*Rafedie* 判事は、日常生活の主要な部分に労働が含まれる⁽³⁷⁸⁾として、「当該裁判所は、ひとつの職を得ることに対する能力の欠如を障害でないとする *E. E. Black* 事件決定に同意する⁽³⁷⁹⁾」とした。さらに「ボディビルダーであることから *United Airlines* の客室乗務員として体重制限を超過した個人は、日常生活の主要な部分において制限を受けていない——彼は、ひとつの職からのみ拒否されたにすぎない⁽³⁸⁰⁾」としている。判事は、被告航空会社が体重により解雇したとしても、それはひとつの業務に就くことを拒否されたにすぎず、他の雇用機会を奪われたわけではないとする。つまり個人の日常生活の主要な活動のひとつまたはいくつかを相当程度制限することにはならないので、リハビリテーション法上の「障害」に該当しないとされた。これにより、ひとつの業務に就くことをその損傷により拒否され、その個人が合理的にアクセス可能な地域における同業種の他の使用者が採用する基準によっても採用を拒否される場合にリハビリテーション法の障害者となるという *E. E. Black* 事件判決の原則が、変更されることとなった。つまり合理的にアクセス可能な同業種の他の使用者の基準を考慮することなく、ふたつ以上の業務を拒否される場合にリハビリテーション法における「障害」になるとした。

このような理論の採用は、*Jasany v. United States Postal Service* 事件⁽³⁸¹⁾においてもみられる。本件は、斜視を有する

郵便局の仕分け担当者が、仕分機を用いてその業務（職務の限定あり）をおこないはじめたところ、しばらくしてから目の痛み、涙目、頭痛などに襲われ、その業務を拒否し、結果として解雇された原告の事案である。彼は、合衆国郵政の解雇という決定がリハビリテーション法第五〇四条に違反するとして提訴した。第六巡回控訴裁判所の Kennedy 判事は、*E. E. Black* 事件決定を引用して、⁽³⁸²⁾「特定の業務をおこなう個人の能力を侵害するものの、他の就業機会を得る個人の能力を相当程度遮断させない損傷は、第五〇四条の意味において相当程度制限するものであるとはいえない」としている。その他にこの原則を採るものとして、*de Torres v. Bolger* 事件⁽³⁸³⁾がある。

Tudyan-Jasany 法理を採用する場合、より多くの障害者がリハビリテーション法上の障害者でないこととなる。たとえば業種を限定しない場合には、腰痛のため重い物を持ち上げられない個人は、*E. E. Black* 法理の下では障害者となりうるが、*Tudyan-Jasany* 法理の下では重い物を持つ必要のない他の業務に就くことは理論上可能であるので障害者でないということになる。

(三) *School Board of Nassau County v. Arline* 事件連邦最高裁判決

リハビリテーション法上の障害者の概念をめぐる理論の錯綜は、連邦最高裁により解決が図られた。*School Board of Nassau County v. Arline* 事件⁽³⁸⁴⁾において連邦最高裁は、障害者の概念を明示した。

本件は、二十年前に結核に感染した小学校教師が、その後三度結核を再発したことにより、教育委員会から解雇され、その解雇がリハビリテーション法第五〇四条に違反するとして提訴した事案である。主な争点は、結核へ感染しやすいという特性を有する原告がリハビリテーション法における障害者に該当するかであった。

連邦最高裁の Brennan 判事は、*Arline* が結核により呼吸器官を侵され、呼吸器官に影響を与える身体的機能障害また

は制限があり、その症状は入院を必要とする程度であるから、この損傷は日常生活の主要な活動のひとつまたは複数を相当程度妨げているとするに十分であるとしていた。⁽³⁸⁵⁾ また、一九五七年に彼女が結核で入院したことは過去の損傷の記録とみなすことができるとし、彼女がリハビリテーション法における障害者であるとした。⁽³⁸⁶⁾

最高裁の障害者の判断基準は、結核が業務上認められないという基準が他の学校または他の職場においても適合するかではなく、結核が彼女の身体的機能に影響を与えているか否か、そしてその程度を問題としている。⁽³⁸⁷⁾ この判決により、一連の上記判決の枠組みは修正されたかと思われた。

四下級審における *Tudymann-Jasany* 法理の継承

Arlene 事件最高裁判決によって *Tudymann-Jasany* 法理は修正されたかに思われた。しかし、ひとつの業務を遂行できないだけでは日常生活の主要な活動を相当程度妨げていないからその場合にはリハビリテーション法の障害者ではないとする *Tudymann-Jasany* 法理が、多くの下級審で採用されている。たとえば、*Byrne v. Board of Education, School of West Allis-West Milwaukee* 事件⁽³⁸⁸⁾ では、アスペルギン系のカビによるアレルギーにより呼吸困難になった教員が解雇されたが、裁判所は、“*Byrne* 氏（原告）は、二つの学校でのみ働けないこと、他の雇用機会を得られたこと、または業務以外の活動に関与できたことが示されているから”、“*Byrne* 氏の損傷は、仕事を行なう能力を相当程度侵害するものでない”⁽³⁸⁹⁾ としている。

また、*Heilweil v. Mount Sinai Hospital* 事件⁽³⁹⁰⁾ でも同じ基準が採用されている。本件は、病院の別館でマネージャーとして勤務していた原告が、血液バンクで勤務をはじめたところ喘息を再発し、別の部屋での勤務を求めた事案である。Cardamone 判事は、“原告は、病院のたったひとつの場所（血液バンク）でのみ働くことを医学上制約されている”

にすぎず、「彼女の喘息の状況は、日常生活の主要な活動を相当程度侵害していない⁽³⁹⁾」と判断している。

(五) 一連の判決におけるリハビリテーション法の「障害者」の解釈における問題点

なによりリハビリテーション法における障害であり、誰が障害者であるかは非常に困難な問題である。上述のように、特にこれが困難となるのは、その損傷がささいかまたはまったく深刻でないと考えられる場合、または一般的に障害とは受け入れがたい場合である。たとえば、平均的な能力を有するが、数学が苦手なゆえにエンジニアになれない個人が、エンジニアになるために使用者に対して数学の得意な別の個人の補助を便宜的措置として求める場合を考えてみよう。上記の「損傷」に基づく「障害者」概念を前提とすれば裁判所は、自分の目標からすれば損傷を有する個人をリハビリテーション法の障害者とみなさないだろう。その理由は、個人の能力とその個人の選択の自由および実現可能性が相関関係にあり、能力を超えて障害者に対してのみ選択を保障する必要がない、またはそれが社会にとって不合理であると考えているからである。裁判所が考慮しようとしているのは、どのような障害を有する個人がリハビリテーション法上の保護に値するかということである。裁判所が「損傷は、質、価値、卓越さまたは強さの逡減に関する用語および常識的内容から離れることがあつてはならない⁽³⁹⁾」と述べていることは、この点に配慮していることのあると考えられる。個人の能力と選択が相関関係にあるとしてもなお障害者に対し選択を保障しなければならなるところに障害者の概念またはその前提となる損傷の概念の難しさがある。

しかし、個人の能力と選択の関係を前提とし、どのような障害者に選択を保障するかを決定する方法として、上記判断には大きな問題があるといえる。上記判断の根本的な問題は、第一に「日常生活の主要な活動」を「働くこと」に限定したこと、第二に日常生活の主要な活動を「相当程度妨げる」損傷における「相当程度」の要件を業務上の基

準の適合性の回数で量ったことである。

“日常生活の主要な活動”を“働くこと”に限定することは、リハビリテーション法上の“障害者”か否かを判断する上で、実質的に就業能力などの業務上必要な基準で量ることを求めること意味している。そのように考える場合、“障害者”の要件で能力を量り、“能力を有する障害者か否か”でも再び能力を量ることとなり、矛盾が生ずることとなる。また、施行規則を合理的に読むならば、“日常生活の主要な活動”は、日常生活を可能にする身体的または精神的機能のことであり、“学習すること”や“働くこと”はその結果としての状態であるといえる。したがって、この要件は、結果としての様態である“働くこと”を前提とするのではなく、日常生活を可能にする身体的または精神的機能と理解し、その結果として“働くこと”に支障がでていることとすべきであろう。そうでなければ、たとえば健康者と変わらない就業能力を有するが、車イスを利用して個人は、複数の業務の業務上の基準を満たす可能性が高いので、リハビリテーション法の障害者ではないこととなるからである。

つぎに“相当程度”について、それが原則量的なものと質的なもので判断されるべきものであるにもかかわらず、業務上の基準の適合性の回数またはその推定により質的要件を満たすとしている。日常生活の主要な活動を、日常生活を可能にする身体的または精神的機能とする場合、それを“相当程度”妨げることは、業務上の基準の適合性の回数またはその推定とは異なり、外的環境に基づく身体的または精神的機能不全の状態が一定程度以上の場合をいうと考えられる。このように理解すれば、裁判所が繰り返し問題にしている、ささいなまたはまったく深刻でない損傷を有する個人をリハビリテーション法の保護の範囲に含ませないことが可能である。

裁判所は、障害者の概念を広く解するとさまざまな症状がリハビリテーション法上の“障害”となってしまう、その場合使用者に際限なく便宜的措置を講ずる義務を負わせることになることを懸念しているようである。また、その

結果として障害者に対して健常者が不利益に取り扱われること、またその傾向を助長することになることを認識しているようである。その認識を前提として、リハビリテーション法に基づく障害者の利益と常識との間、そして機会の平等との間でバランスを、“障害者”の概念を狭く解することにより、取っていると思われる。それゆえ誰しもがリハビリテーション法の保護を与えるにふさわしいと考えられる障害者を判断するために、また他の雇用機会を得られるのであればリハビリテーション法の保護に値しないと考えられるために、ある損傷が二つ以上の職業機会を妨げることとを基準にしている。しかし、上述のごとく、この理論を採用する場合、就業能力に問題のない車イスユーザーが障害者でないとされる可能性が高いなど、リハビリテーション法の目的にそぐわない結果を導くこととなる。

また、この法理を採用するとすれば、損傷を有しているにもかかわらず、便宜的措置が講じられれば就業能力を十分有していると考えられる場合でも、障害者ではないためリハビリテーション法の保護を受けられなくなる結果を導く。たとえば、*Heilwel*事件では、十分な就業能力を有するにもかかわらず、リハビリテーション法上の障害者ではないため、便宜的措置が認められなかった。本件は、喘息を有する原告が、空気が悪い血液バンクではなく、別室で業務を遂行したいという便宜的措置を求めた事案である。裁判所は、彼女の症状がリハビリテーション法の障害者概念の前提となる損傷ではないとし、業務成績がよいと考えられていたにもかかわらず、解雇を正当化している。

私見としては、ある個人が自らの身体または精神の状態により、またはそれを受け入れる職場環境および労働条件ゆえに、一定程度以上の不都合を有することが立証されれば、その個人を“障害者”とすることに問題はないのではないかと考える。障害者の概念を厳格に解し、スクリーニングしてしまうと、便宜的措置が講じられれば十分な就業能力を有する障害者が、その可能性を考慮されることなく、排除されることになるからである。“障害者”の要件はリハビリテーション法に基づく障害者の利益と常識との間、機会の平等との間のバランスをいかに保つかということを

考慮している。しかし、そのバランスは、むしろ「能力を有する障害者」、「過大な負担、合理性」などの別の要件の下で検討するほうがいいのではないかと考える。たしかにこの考えは、既在の常識的な障害の概念からはずれるものを障害としかうることとなるから、障害者の利益と常識との間のバランスを図ることはできないかもしれない。しかし、障害者の能力を適正に評価し、雇用の機会を与えるとすれば、また提供される便宜的措置がコストによって制約されているとすれば、障害者の利益と機会の平等の間に大きなバランスの崩れはないだろう。

(六) 障害者を判断するその他の基準

障害者を判断する基準として、上記の「日常生活の主要な活動」および「相当程度の制約」のほかに、症状の「安定性 (mutability)」、「自発性 (voluntariness)」が問題とされることがある。

症状の安定性の要件においては、リハビリテーション法が、症状が固定せず改善の見込みがある場合にはそのような損傷を有する個人を障害者とみなしていないことから、症状が固定しているか否かが問題となる。Cook v. State of Rhode Island, Department of Mental Health, Retardation, and Hospitals事件⁽³⁹⁴⁾においては、使用者が、肥満が個人の努力によって改善可能であるために、損傷に該当しないと主張したのに対し、裁判所は、肥満は代謝機能の不全が原因であり、その症状は固定的なものであるとした。また、腎臓病やてんかんが薬でコントロール可能な場合のように症状に安定性がない場合でも、障害者とみなされていることから、同様に考えることができる⁽³⁹⁵⁾とした。

自発性の要件においては、自ら損傷を招いた場合には第五〇四条の保護を受ける障害とみなされないことを前提として、損傷に寄与する個人の貢献の程度を問題にするものである。Tudymann事件⁽³⁹⁶⁾においてRafedie裁判事は、原告であるTudymannの「体重と脂肪の少なさは、自分ですすんでおこなったものであり、自発的なものである」とした。そし

て、一九七八年リハビリテーション法が自発的に損傷を得ることになった個人には保護を適用しないとしていることから、原告が実際に求めているものは、ボディビルダーと客室乗務員の両方に対する権利であるが、第五〇四条はそのような権利を保護することを意図していない⁽³⁹⁷⁾とした。一方、Cook事件判決は、肥満が自ら招いた損傷であるから、第五〇四条が適用されないという被告の主張に対し、リハビリテーション法は、その保護が、ある個人がどのようにに損傷を得るにいたったか、また個人が損傷に対して寄与したか否かについてはまったく述べていないとした。さらにアルコール依存症、AIDS、糖尿病、喫煙を理由とするガンなど、ある症状が個人の生活習慣を反映する場合にも、裁判所がそのような症状を有する個人をリハビリテーション法の保護の適用を受ける障害者であると判断してきたことを述べた。そして、自発性が問題となるのは、その症状が日常生活の主要な活動を相当程度制約する効果を有しているか否かを決定する場合にだけ問題となるとした⁽³⁹⁸⁾。

また、通常的能力を有しているにもかかわらず、特定の業務の要件を満たせないことも損傷ではないというものがある。Jasany事件においてKennedy判事は、ある個人に特定の業務を遂行する能力を与えない平均的な身長や強さなどの性質は、損傷ではないので、第五〇四条による適用を受けない⁽³⁹⁹⁾としている。

(七) 障害のみを理由とする不利益

ある損傷を有する個人が、リハビリテーション法の障害者であるとしても、一応の推定の要件を満たすためには、障害のみを理由として不利益を被ったことを立証しなければならない。いいかえれば解雇などのある不利益が障害以外の理由である場合には、一応の推定要件を満たせないこととなる。障害のみを理由とする不利益とされなかった事件として以下のようなものがある。

まず、障害を有する原告よりも経験を有し、よい労働記録を有する個人を雇い、原告が採用されないことは、障害を理由とする解雇ではないとされている。*Norcross v. Sneed* 事件⁽⁴⁰⁰⁾は、先天性の視覚障害を有する原告が、小学校の図書館職員に応募したが、原告よりも多くの経験を有する他の志願者が採用され、自らが採用されなかったことから、障害を理由とする差別であり、リハビリテーション法第五〇四条に違反するとして提訴した事案である。*Franklin* 判事は、使用者である教育委員会が、原告を障害を理由に差別した証拠がないと判断した。教育委員会が他の志願者を採用した理由が正当かつ差別意図に基づかないことを立証していることから、第一に教育委員会が、実際に採用担当であった個人とともに原告に対して取った(原告が不適切であったと考える)態度を共有していること、そしてその態度が障害の結果であることについて、第二に教育委員会が原告と採用された志願者との相対的な能力評価を完全に無視していることについて、第三にそれ故原告が彼女の障害のみを理由として採用を拒否されたことについて説得責任を原告が負うとしつつ、それを果たしていないとした。⁽⁴⁰¹⁾

また、睡眠発作を有する原告が解雇された理由が、職場内での彼女の問題行動であると認められる場合、その解雇は障害を理由とするものではないとされている。*Ross v. Beaumont Hospital* 事件⁽⁴⁰²⁾は、病院で働く原告が、使用者から睡眠発作を理由に解雇されたことから、障害を理由とする差別であるとしてリハビリテーション法第五〇四条に基づき提訴した事案である。*Cook* 判事は、解雇の本当の理由を、証言に基づき彼女が患者の家族、看護師に暴言を吐き、またミスの指摘を無視するなどの問題が行動あったこと、また解雇を通告した手紙には睡眠発作に加えて、適切な行動パターンを維持する能力が欠如し、またそうするつもりがないと書かれていたこと⁽⁴⁰³⁾から、睡眠障害のみを理由とする解雇ではないとした。

一方、障害と解雇などの不利益の因果関係が問題になることがある。たとえば、*Langon v. Department of Health*

and Human Services 事件においては障害と不利益の因果関係が証明されれば便宜的措置を要請することは可能であるとしている。本件は、多発性硬化症により就業や通勤に困難が生じた原告が昇進を拒否されたところ、それが障害を理由とする差別意図に基づいていると提訴した事案である。Randolph判事は、彼女の能力がG-12(高校三年生教育を實踐する)レベルに到達していないことから昇進を拒否したという記録を採用した下級審を支持した⁽⁴⁶⁾。しかし、もし原告が使用者である省が彼女に便宜的措置を講ずることに失敗したこと、彼女の昇進要請の否定を導く能力の十分さとの間における因果関係を立証できるのであれば、それが認められうると述べている。ただし、それについて証拠を提出していないとして棄却した⁽⁴⁶⁾。

上記に対し、因果関係を認めている判断もある。*Teahan v. Metro-North Commuter Railroad Company* 事件⁽⁴⁶⁾は、アルコールおよび薬物依存症の原告が長期欠勤を理由として解雇されたが、使用者は障害ではなく長期欠勤を理由とする解雇であるからリハビリテーション法の適用がないと主張した事案である。Cardamone判事は、解雇が仮に長期欠勤を理由としていたとしても、長期欠勤がアルコールおよび薬物依存症と因果関係にあることが立証される限り、解雇は障害を理由としてなされたものとみなすとした⁽⁴⁶⁾。*Borkowski v. Valley Central School District* 事件⁽⁴⁶⁾においても、同様に因果関係を認めている。本件は、図書館教員として採用された原告が、以前交通事故により脳と神経系にダメージを受けており、治療して相当改善したものの、完全な回復が困難であったところ、授業中学生徒をうまく管理できないことから、仮採用から三年後に終身雇用権付きの本採用⁽⁴⁶⁾を拒否された事案である。Calabresi判事は、障害を有する被用者といえども、差別的な方法によらない限りにおいて、景気の低迷によりレイオフされる対象からはずれるわけではないと一般論を示した後で、終身雇用権付き本採用の拒否が障害のみを理由としてなされたか否かを検討した。本採用の拒否の理由が彼女の障害ではなく、業務能力にあるとの使用者の主張に対し、原告が採用時および終身雇用

権の決定時自らの障害について担当者に伝えており、それゆえ「教育委員会は、これらの認知された障害に対し合理的な便宜的措置を講ずるアフーマティブな義務を負っていた」⁽⁴⁰⁾とした。そして「このような障害に対し合理的な便宜的措置の可能性を考えることに失敗することは、もしそれが障害からもたらされる非適正な就業能力に基づく解雇を導く場合には、障害のみを理由とする解雇となる」⁽⁴¹⁾とした。

二、便宜的措置と「能力を有する障害者」の概念

(一) 便宜的措置を前提とする「能力を有する障害者」

リハビリテーション法の下で便宜的措置を考慮しなければならないとした *Prewitt* 事件判決は、「能力を有する障害者」の概念を大きく変えることとなった。第一に、一応の推定の要件において「能力を有する障害者」であることを立証する上で便宜的措置を講ずることを前提として判断されることとなった⁽⁴²⁾。第二に、かつては使用者が反証として当該障害者が能力を有しないことを立証するか、または適用される基準が業務上必要である要件、または職務関連性の要件を満たしていれば、その時点で審理が終了していたが、便宜的措置を前提とする場合、たとえ適用される基準が業務上必要なもの、または職務関連性を有するものであったとしても、便宜的措置が要請されている限りにおいてその可能性を考慮しなければならなくなった。したがって、原告による一応の証明がなされた場合、使用者は、第一に当該障害者に適用される基準が業務上の必要性または職務関連性を有すること、第二にそれを証明した場合、当該障害者が便宜的措置を講じたとしても、業務の本質的機能を遂行できないこと、また業務上の必要性から便宜的措置を講じられないことを立証しなければならなくなった。

裁判所は、ある個人が「能力を有する障害者」か否かを判断する場合、第一に障害の内容とそれがその個人が担当

する職務に与える影響、第二にその状況を改善するために必要な便宜的措施の内容、そして第三に使用者が講じうる便宜的措施の許可可能性という三段階の評価をおこなっている。⁽⁴³⁾ここでは、使用者が便宜的措施義務を負うことを前提として、どのような場合にその個人が、「能力を有する障害者」とみなされるのか、またはみなされないのか、そしてその判断基準である「職務遂行能力」と「本人、同僚、第三者に対する安全」についてみていくこととする。

(二)便宜的措施と業務の本質的な機能の遂行

「能力を有する障害者」は、便宜的措施の有無にかかわらず、「業務（または当該職務）の本質的な機能を遂行」できなければならない。いいかえれば便宜的措施を講じたとしても「業務の本質的な機能を遂行」できない場合には、「能力を有する障害者」とは認められず、リハビリテーション法の保護を受けられないこととなる。「業務の本質的な機能」を厳格に解する立場によれば、障害ゆえに復職時に従前の職場に戻ることができず、別の業務への配転することを便宜的措置として求める場合も、復職時に休職または退職以前に従事していた「業務の本質的な機能」を遂行できないことから配転を拒否されることとなる。また、障害ゆえに業務の一部が遂行できず、便宜的措施として業務の一部を免除することを求める場合があるが、業務の本質的な機能の「すべて」を遂行することができないことから業務の一部免除という便宜的措施が拒否され、解雇されることがある。そこで、本款では、便宜的措施が講じられる場合にどの程度「業務の本質的な機能」を遂行できないのかについてみていくこととする。「業務の本質的な機能」において問題となる職務遂行能力の程度は、どの職務を対象として、どの程度それを遂行できるかという要件により判断される。

第一に「業務の本質的な機能」を判断する際にどのような職務内容を対象とするか、そしてどの程度その職務を遂行

できなければいけないのが問題となる。Treadwell v. Alexander 事件⁽⁴⁴⁾においては周辺の職務も業務の本質的な機能に該当し、その機能を遂行できない場合には「能力を有する障害者」であるとはいえないとしている。本件は、ペースメーカーをつけている原告が、パークテクニシヤンの職に応募したところ障害を理由として採用を拒否された事案である。原告は、その職務のほとんどが料金の徴収であり、労働時間の九〇パーセントが公園内のキャンプ場からキャンプ場への移動であるから、一人でモーターボートを運転できるといふ身体的基準が職務との関連性が薄い（原告は心臓ペースメーカーを装着しているがゆえに一人でモーターボートの運転ができない）と主張した。それに対し、Roney 判事は、「特定業務の機能の本質的な性格は、それに費やした時間の合計によって決定されるわけではない。パークテクニシヤンがごく稀に一人でモーターボートを運転するよう求められるかもしれないことが、その業務を本質的なものでないとするわけでも、職務に関連していないとするわけでもない」とした。つまり、ごく稀に命じられるかもしれないものを含めて遂行しなければならない職責すべてを「能力を有する障害者」の要件が求めるものとしている。そして、原告が業務の本質的な機能を遂行するために補助人をつけることが唯一の有効な便宜的措置であるが、そのような措置は過大な負担になるとした。本件の場合には、一人でモーターボートを運転するほか特定の職責を免除すれば、就業が可能な事案であるが、業務の本質的な機能をパークテクニシヤンのすべての業務としたがために、そのような措置を便宜的措置として認めなかった。

その後、どのような職務が「業務の本質的な機能」の要件を満たすために求められるかについて現職で要求される職務、または求職者においては応募した職務であるとする判断が登場する。Dancy v. Kline 事件⁽⁴⁵⁾において Leinenweber 判事は、第五〇一条施行規則が「当該職務の本質的な機能 (the essential functions of position in question)」と規定していることから、この「当該職務」の意味を検討した。「当該職務」を結果的に雇用上における不利益な決定として

拒否されたポジション、また求職者の場合は応募したポジションと理解した。そして、便宜的措置が対象とするのは「当該職務」に限定されるから、他の業務を意味しないとして、「当該職務」以外のポジションへの配転を拒否した。⁽⁴⁶⁾

また、*Jasany* 事件においても「業務の本質的な機能」として現職で要求される職責と理解している。第六巡回控訴裁判所のKennedy判事は、職務として中心的に行なっていた作業を「業務の本質的な機能」のひとつであるとした。本件は、郵便局で手紙の仕分機を使用していたところ体に変調をきたし、業務の遂行を拒否し、解雇された原告が、解雇がリハビリテーション法に違反するとして提訴した事案である。裁判所は、いくつかの職責の中でもっとも中心的な仕分機の操作ができないこと、また職務が仕分機の操作に限定されていることから、「郵便局は、彼の業務の本質的な機能のひとつを排除する方法でJasanyに便宜的措置を講ずることを求められていない」とし、便宜的措置としての配転を認めなかった。本件では、仕分機の操作をおこなうことを条件として採用された個人に対し、その職責を遂行しないことを前提に配転という便宜的措置を講ずる必要はないとした。⁽⁴⁸⁾

一九八〇年代中盤までの判決からいえることは、第一に「業務の本質的な機能」を現職で求められる職務、または求職者においては応募した職務と考えられていること、第二に「業務の本質的な機能」が少なくとも職責の中心的部分をいうこと、またはそれを超えてごく稀にしか命じられない職責までを含みうること、第三に「業務の本質的な機能」を遂行できるか否かは個別の事案ごとに測られることになることである。

一方、一九八〇年代後半になると「業務の本質的な機能」において求められる職務内容を休職、自主退職する以前の職責に限定せず、配転先の職責を遂行できる場合に使用者に障害を有する被用者を配転することを認める判断が登場する。たとえば、*Coley v. Secretary of Army* 事件⁽⁴⁹⁾においてHoward判事は、復職拒否事案において、施行規則における「当該職務の本質的な機能」の「当該職務」を検討した。「連邦人事マニュアル」が配置転換を使用者の義務とし

ていること、そしてEEOC（雇用機会均等委員会）規則の“当該職務”の基準が、“職務”または“当該職務”の概念を、“被用者が在籍していた、または所属していた職務に限定されないだけでなく、当該被用者が便宜的措置の結果として働くことができるいかなる職務を含む⁽¹²⁰⁾”としていることから、従前の業務に限定しない判断をおこなった。“業務（当該職務）の本質的機能”を従前の職務とすると、従前の職務を遂行できない場合には、便宜的措置として軽作業への配置転換を求めることができなくなるのに対し、本件裁判所は、便宜的措置としての軽作業への配転を根拠付ける理論を連邦政府および省庁の規則に求めることにより、それを明確に拒否している。ただし、配転義務がなんらかの規則に規定されることを前提としていえるならば、“当該職務の本質的機能”を拡大的に解釈する方法に一般性はないといえるかもしれない。

判例の多くは、従前の業務を遂行できることを“業務の本質的な機能”としているが、実際には、便宜的措置が講じられた場合でも必ずしも従前の業務を遂行する完全な能力を求めているわけではない。たとえば、いくつかの事案では業務の軽減などの便宜的措置がすでに講じられている場合がある⁽¹²¹⁾。また、*Dexler v. Tisch*事件⁽¹²²⁾では、小人症を有する個人が、その障害ゆえにいくつかの職責を遂行できないが、踏台を置くことにより九〇パーセントの業務を遂行できると主張していることについて、裁判所はその点について特に言及していない。そして、踏台を置くことにより生ずる生産性の低下と安全に対する危険により“業務の本質的な機能”を遂行できるか否かを判断している⁽¹²³⁾。したがって、“業務（当該職責）の本質的な機能”の概念は、従前の職責を遂行できるか否かが問題となるものの、現実には幅をもった対応がなされている、または必ずしも厳密に審査されているわけではないということがいえるかもしれない。

一九九〇年前後になると“業務の本質的な機能”を本質的なものとそうでないものを分ける議論が登場する。*Davis v. Frank*事件⁽¹²⁴⁾は、生まれつき聴覚障害を有し、補聴器などによっても聴覚を有しない郵便局員が、被用者に対し人事に関

する説明をしたり、質問に答えなければならぬ人事管理課への配転希望を出したところ、その障害ゆえに電話対応できないことから、配転を拒否された事案である。Alesia判事は、人事管理課の職務の本質的機能は、文章作成、郵便局職員の労働時間管理、時間労働者の管理などであり、総務課で受け入れられる電話対応をおこなうことが「人事課の職務の本質的機能」ではないとした。そして便宜的措置が講じられれば上記の本質的な機能を遂行することが十分可能であり、またそれらは業務の本質的な変更にも重大な調整にも該当しないとした。⁽⁴²⁵⁾ Overton v. Reilly事件は、感情障害を有し、他人と話すなどのコミュニケーションに問題があり、また就業時間中に居眠りをする原告が連邦政府の環境保護局に採用され、労務を提供していたところ、彼のコミュニケーション能力が足りないと上司が判断したことから解雇された事案である。Cudahy判事は、たとえ他人と接することが業務の本質的機能であるとしても、すべての業務の五%にすぎず、また手紙であれば対応できるとした。さらに、電話での対応が必要である場合にも使用者が原告の代わりに電話対応できる人を探す責任を負うとした。そしてこのような便宜的措置があれば業務の本質的機能を遂行できるとした。⁽⁴²⁷⁾ また、居眠りについては、居眠りは薬の副作用であることを前提としつつ、居眠りがあつたとしても彼が自らの業務を十分に遂行していることを認め、たとえ居眠りが彼の障害であつたとしても、業務の本質的な機能を遂行できているとすれば、彼はリハビリテーション法において「能力を有する」個人とみなされうると判断した。⁽⁴²⁸⁾

一方、便宜的措置を考慮する必要なく、能力を有する障害者でないとする判決もある。このような判断のひとつには、「業務の本質的機能」に、当該業務の性質上高度な必要性が認められる要件については便宜的措置を検討する必要があるとするものがある。まず、業務の根幹にかかわる機能を遂行できない場合には、警察官という業務の特質上、便宜的措置として配転をおこなうことが不可能であるとするものがある。Simon v. St. Louis County事件は、警察官⁽⁴²⁹⁾

が、業務遂行中に銃弾を受けた傷により、警察官に求められる逮捕可能要件（警察官は被疑者を逮捕できる身体的、精神的能力を有していなければならない）を満たすことができず、解雇されたところ、便宜的措置として他の職種への配置転換が可能であることから、本件解雇がリハビリテーション法第五〇四条に違反するとして提訴した事案である。Filippine判事は、第一に逮捕可能要件が公共の安全や法の実施など警察業務の中枢を構成していること⁽⁴³⁰⁾、第二にその他の職責には逮捕可能要件を必要としないとの原告の主張に対しては、逮捕可能要件が適用されない職責があるが、それが文民の職責であり、原告のような警察官とは職責が異なることから配置転換が不可能であること、また上級警察官など実際には被疑者を逮捕しない職責もあるが、だからといって逮捕可能要件が不合理であるとはいえないことから、事実上能力を有する障害者であるとはいえないとした。

次に職務内容として求められている業務の遂行が不可能である場合には、便宜的措置について考慮することなく、能力を有する障害者であるとはいえないとする場合もある。たとえば、*Alderson v. Postmaster General of United States*事件⁽⁴³¹⁾は、郵便局でパートタイムの配達人として採用された原告が、配達中に犬に吠えられ、犬を避けようとしたときに膝を怪我したこと（それが事実か否かについて裁判所は認定を保留）、そしてどの痛みにより数日欠勤したと（裁判所は、のどの痛みが郵便局の規則上業務遂行が困難なレベルでないとされていることを支持した）により解雇され、それがリハビリテーション法第五〇四条に違反するとして提訴した事案である。Daugherty判事は、解雇の理由は通常一時間に一〇〇軒以上配達できるにもかかわらず、原告は四時間弱の間に一〇〇軒しか配達できなかったことが解雇理由であり、障害が理由ではないことから、能力を有する障害者とはいえず、それゆえ便宜的措置を講ずる必要がないとしている⁽⁴³²⁾。本件において裁判所は原告の仮病を強く疑っており、非常に特殊な判断であると考えられる。また、*Wimbley v. Bolger*事件⁽⁴³³⁾では、精神病を理由とする長期欠勤中には実際に労務を提供していないことから、業務

の本質的機能を遂行するものではないとしている。長期欠勤している原告を郵便局が解雇したところ、彼がメリット・システム保護委員会に提訴したが棄却されたことを不服として、また解雇がリハビリテーション法に違反するとして提訴した事案である。原告が退役軍人行政基準に基づく判断によれば、三〇パーセント就業能力に障害を有し、また精神病そして糖尿病を有している個人であるとしてしていると主張したのに対し、McRae判事は、それらの損傷によりただちにリハビリテーション法上の障害者となるわけではないとした。さらに欠勤する場合本質的か否かを問わず業務を遂行することができないことから、あきらかに能力を有する障害者ではないとした。⁽⁴³⁵⁾

また、業務上の要請から便宜的措施の可能性を制約すべきとするものがある。Davis v. U.S. Postal Service事件⁽⁴³⁶⁾は、血友病による関節炎を有する被用者が配転を希望した事案である。Nealon裁判長は、原告の試用期間中という職位で配転できるポジションが、働いている職場または近郊にあるものの、空席の補充は内部の被用者から優先的に検討され、そして候補者が十分に業務を遂行できない場合公募にかけ、それでも候補者がいない場合のみ、原告のような、障害が一定程度遂行すべき職責に影響を与えている被用者に対し、配転が考慮されるにすぎないとする郵政の方針を事実上支持し、配転の可能性を業務上の要請により低く評価している。⁽⁴³⁷⁾

(三) 障害を有する個人、同僚、第三者の安全の確保と本質的機能の遂行

ある障害者が「能力を有する障害者」とみなされるためには、その個人は、障害者本人、同僚、第三者の安全を脅かすことなく、業務の本質的機能を遂行できなければならない。

ある障害者が「能力を有する」か否かを判断する上で、障害を有する被用者本人に対する健康または安全を脅かすことなく、業務を遂行できるかが問題となる。若い原告が高血圧症を理由に郵便局への復職を拒否された事案である

Bay事件において、Bechtel判事は、原告が軽作業への配転という便宜的措置を講ずることを求めたのに対し、“たとえばそのようなポジションが用意されたとしても、原告は、コントロールが困難な高血圧症と心臓血管障害ゆえに彼自身の健康および安全を脅かすことなく軽作業の本質的な機能を遂行することが困難である”⁽⁴³⁸⁾とした。その他、*Daubert v. United States Postal Service*事件⁽⁴³⁹⁾においてもその業務に就かせることによる症状の悪化を問題としている。Daubert事件は、腰痛により手紙を乗せた重い台車を運ぶことができない女性が、その損傷を理由に解雇され、それがリハビリテーション法第五〇四条に違反するとして提訴した事案である。裁判所は、重い物を運ぶこと以外の業務を遂行できるとの主張に対し、その他の業務も症状を悪化させるかもしれないとして能力を有する障害者ではないとした。⁽⁴⁴⁰⁾

障害者本人の症状の悪化に加えて、障害者が同僚、第三者に対する安全を脅かすことなく業務を遂行できるか否かによって“能力を有する障害者”を判断することがある。*Davis v. Messe*事件⁽⁴⁴¹⁾は、インシュリン依存型の糖尿病に罹患するFBI事務職員が、諜報員および捜査官の職に応募したが、病状を理由に採用を拒否された事案である。*Van Arsdale*判事は、この二つの理由から採用拒否を正当なものとした。第一にインシュリン依存型の糖尿病に罹患する個人は予測が困難な低血糖症におそわれることがあり、病状を安定させるには規則正しい食習慣が重要であるが、FBI諜報員、捜査官の業務は不規則かつ食事を取る余裕もない場合があるので、本人に意識を失わせる、または死にいたらせるという危険があるとした。第二に刑事事件の容疑者の調査をするという業務内容から、そのような症状を有する個人をFBIが排除することは“(略)同僚、または容疑者、被害者、まわりにいる個人などその他の個人(略)に対する健康および安全に合理的に基づいている”⁽⁴⁴²⁾とした。また、けんか、自動車事故などを引き起こしたFBIの諜報員が、その原因であるアルコール依存症を理由に解雇された*Butler v. Thornburgh*事件⁽⁴⁴³⁾においても、同様に同僚、第三者への安全を理由に解雇が正当化されている。*Gee*判事は、FBIの諜報員が業務を遂行する上で銃器を携帯し、

車の運転を必要とし、一日二十四時間、一週間七日体制での勤務を求められることから、アルコールに依存しなければならぬことは、財産および生命の安全管理とは相容れないとした。したがって裁判所は、原告が「当該個人または他の個人の健康および安全を脅かすことなく当該職務の本質的機能を遂行できない」⁽⁴⁶⁾とのFBIの主張に「非常に説得力がある」としている。

どの程度の危険がある場合に障害者が「能力を有する障害者」でないとみなされるかについても判断がなされている。Arline事件最高裁判決は、「職場において他人に伝染病を感染させる重大な危険を伴う個人は、もし合理的な便宜的措施がその危険を除去していない場合、彼または彼女の業務に対し能力を有するとはいえない」⁽⁴⁶⁾として基本的な枠組みを示している。一方、下級審は、障害の程度と能力の関係について厳格な立場を採っている。たとえば、大学病院の手術補助者が、HIVの陽性反応がたことを理由に配転され、その措置がリハビリテーション法第五〇四条に違反するとして提訴したBradley v. University of Texas M.D. Anderson Cancer Center事件⁽⁴⁷⁾において、同僚や患者に対する危険可能性が低い場合でも、危険が甚大である場合には能力を有するとみなさない基準を採用している。HIVウイルスが他人に感染する危険は非常に低いとしつつ、「危険が少ない反面、感染するような事故により発生する悲劇的な結果を無視できるほど低いものではない。永続的に死に至る結果を導くかもしれない危険は、手術補助者としてのBradleyが「能力を有する」とすることができないというに十分である」⁽⁴⁸⁾とした。

上記の判断からいえることは、第一にある障害、病気が危険か否かはその業務内容との関連性にかかっていることである。たとえば、Davis v. Messe事件においては、まずインシュリン依存型の糖尿病に罹患している個人が血糖値を正常に保つために、規則正しい食生活が必要であるにもかかわらず、諜報員または捜査官業務の遂行上それが困難であること、つぎに業務上危険にさらされる可能性があり、またそれゆえ銃器を携帯することが要求されるのに対し、

予測困難な低血糖症が発症した場合、意識を失うまたは死にいたる場合があり、本人、同じ業務を遂行している同僚、その捜査の当事者、第三者の安全を脅かすことから、“能力を有する障害者”でないとしている。また、同じくインシュリン依存型の糖尿病に罹患している個人の事案である *Serrapica v. City of New York* 事件⁽⁴⁰⁾においても、同様の判断がなされている。清掃員に応募した糖尿病の個人の採用を拒否した理由を、その病気が意識を失わせることがあることを前提として、第一に清掃車でゴミを回収する過程、特に冬期間塩をまき、除雪する作業において、その作業車が三輪で安定せず、ゴミを回収する過程においてバランスをとらなければならないこと、第二に運転手は常に一人であることから、発作が起こった場合の安全を確保できないことに求めている。したがって、インシュリン依存型の糖尿病だから“能力を有する障害者”となるのではなく、その病気から発生する症状が、FBIの諜報員、捜査官として、また清掃員の職業上の要件を充足させないため、能力を有しないとされることとなる。

また、病気の症状それ自体だけではなく、病気の程度および症状の管理も問題となる。病気の程度と他人への危険に関しては、*School Board of Nassau County v. Arline* 事件⁽⁴¹⁾において示されている。合衆国連邦最高裁は、結核を理由に解雇された教員が“能力を有する障害者”であるかを判断するには、個人の病気の期間および程度、その個人がその病気を他人に感染させる蓋然性に関する認定が必要であり、実際にその教員が解雇されたときに結核に感染していたか否か、また教育委員会は彼女に合理的な便宜的措置を講じることができたか否かを判断しなければならないとした⁽⁴²⁾。症状の管理と本人および同僚に対する危険の関係は、*Davis v. Messer* 事件⁽⁴³⁾においても示されている。本件においては、多くのインシュリン依存型の糖尿病患者がFBIの諜報員、捜査官の職から排除されることとなるが、たとえばインシュリン依存型の糖尿病に罹患していても食事などにより血糖値をコントロールできるような状態である場合には、その業務を遂行することが可能であるとしている⁽⁴⁴⁾。*Serrapica* 事件⁽⁴⁵⁾においても同様に、糖尿病に罹患する原告が

食事などの自己管理によりどの程度血糖値をコントロールできているかが大きな争点となっており、「インシュリン依存型の糖尿病患者は、血糖値のコントロールが安定しているか、改善していることを証明できれば清掃局に採用される」とし、本件では原告がまったく血糖値のコントロールをできていないことから採用拒否が正当なものとされている。

第二に、障害者本人、同僚、第三者の安全が問題となっており、障害者が採用されること、または雇用を維持されることにより発生する危険は、どの事案においても差し迫ったものであるとはいえないことである。たとえば、*Butler v. Thornburgh* 事件においても原告は、アルコール依存症となつてから、少なくとも数年間から十数年は諜報員として特別な問題なく業務を遂行しており、自動車を運転中に壁にぶつかったこと以外は、本人、同僚、第三者に危険をあたえるような具体的な出来事があつたわけではなかった。解雇理由は、アルコール依存症が関連する度重なる事故であり、アルコール依存の状態が続いた場合に将来重大な危険があるかもしれないという、あくまでの将来の蓋然性の問題である。

また、たとえある障害により危険が発生する可能性が低くても、その危険が致命的であるなど重大である場合には、その障害を有する個人は「業務の本質的機能を遂行」することができないとみなされる。これは、*Bradley* 事件においてあきらかである。本件で裁判所は、HIVウイルスへの感染の可能性が、たとえ手術補助者という業務についていたとしても、非常に低いことを認めている。HIVウイルスへの感染の可能性が低くても、感染した場合に死にいたる可能性があることから、HIVウイルスに陽性反応を示した原告は、同僚および患者へ感染の危険性があり、安全に業務の本質的な機能を遂行できないとしている。また、*Davis v. Messe* 事件においても、FBIの諜報員または捜査官が業務遂行中に低血糖症となる可能性は低い、それが発症した場合には、本人、同僚、第三者そしてFBIの

業務の遂行にとって重大な危険の緊急の可能性 (the very real danger of serious harm) があるとしている。⁽⁴⁵⁾

上記のように将来の危険の蓋然性と障害がもたらす危険の重大さとをあわせ読む場合、「能力を有する障害者」の概念は多くの障害者を排除することになる。障害または病気の多くが本人または同僚、第三者の死亡や大きな怪我に關連する可能性があるとするれば、たとえ業務内容による制約を要件としたとしても、危険の蓋然性を大きく増幅することは容易であり、理論上安全の確保の要件を際限なく厳格なものにすることが可能である。その場合、多くの障害者は、健常者に比べれば安全に対する危険度が高いことから「能力を有する障害者」とみなされないこととなる。しかし、かつての判断にはこのような点に配慮するものがあつた。Montolete v. Bolger 事件⁽⁴⁶⁾は、てんかんを有し、大きな発作を起こす可能性のある原告が、郵便局の仕分機の操作担当に応募したところ、機械操作の過程で発生するフラッシュなどによりてんかんの発作を起こすかもしれないこと理由に採用拒否された事案である。第九巡回控訴裁判所のTang判事は、彼女が彼女本人または同僚を危険にさらすことなく業務が遂行できるかを判断した。特定の業務上の資格要件と業務上の必要性および安全な業務の履行の要因との間で直接的な関連性を立証することを求めたBentuegna v. U.S. Department of Labor 事件判決⁽⁴⁷⁾に基づき、「われわれは、このような(障害を有する)個人を排除するために、相当程度の損害の合理的蓋然性を立証しなければならない」とした。さらに「その判断は、使用者の主観的な評価、もつともあきらかなものを除いて、単に医学上そう信じられていることを根拠とすることができない。問題は、当該障害者の職歴、医療記録の観点から、その個人を雇用することが相当程度の損害の合理的蓋然性をもたらすか否かである。」⁽⁴⁸⁾とした。そして、実際には原告の健康状態、職歴の観点から、フラッシュが仕分機械から一秒間に約一回点滅することその他の業務によりてんかんの発作を起こす可能性が低いことを暗に述べつつ、上記の点について判断がないとして原審に差戻した。⁽⁴⁹⁾

また、*Gardner v. Morris*事件⁽⁴⁵⁸⁾においては“相当程度の損害の可能性”という用語を用いないものの、障害を有する被用者の安全が確保されるかについて慎重に判断している。本件は、躁うつ病に罹患している原告が、サウジアラビアのAl Batinへの配転を伴う昇進人事に応募した技師がその病状を理由に拒否されたことがリハビリテーション法第五〇一条に違反するとして提訴した事案である。McMillan判事は、安全が確保されないことから原告を能力を有する障害者であるといえないとしている。その理由として、第一に原告が一九七八年当時サウジアラビアのAl Batinで働くことによる病状とその対応について、詳細な医療計画があったとしても、それは医師によって処置がなされなければならぬにもかかわらず、Al Batinの診療所には看護師しかいないこと、第二に血液中のリチウム濃度（血液中のリチウム濃度が高くなると発作を起こす可能性があり、暑い地域で汗をかくと血液濃度が濃くなることから危険となる）を確かめる必要があるにもかかわらず、そのような血液検査ができるようになったのは一九八〇年になってからであること、第三に電話で医師に処置の判断を仰ぐこともコミュニケーション手段がその当時発達しておらず、困難であること、第四に入院が必要な場合に近郊の病院まで搬送を求めたことについてはもっとも近くの病院まで車で十三時間かかり、また砂嵐により三日かかる場合があり、発作が起きた場合には迅速な対応が求められるにもかかわらず、それが困難であること、第五にそれが可能だとしても途中襲われる可能性、飛行機も墜落する可能性があること、さらにその病院が西洋基準の医療を提供できないこと、第六に、したがって、発作が起きた場合、西ドイツの医療機関に搬送しなければならぬが、飛行機が二週間に一便しかないので、迅速な対応が求められる原告本人に対して危険であること⁽⁴⁵⁹⁾を挙げている。

三、リハビリテーション法における便宜的措置と過大な負担の法理

障害を有する被用者は多くの場合、便宜的措置が講じられなければ、業務の本質的な機能を遂行することができない。したがって、便宜的措置が可能か否かが判断されなければならないが、その際考慮されるべき最も重要な要素のひとつとして考えられるのが、過大な負担⁽⁴⁶⁾の要件である。便宜的措置が過大な負担となる場合には、使用者は障害を有する被用者に対してその義務を履行する必要はない。過大な負担の要件においては、便宜的措置が、基準の重大な変更となるか否か、労働協約の先任権条項に違反するか否か、コストが大きいかな否か、他の被用者のモラルを低下させるかなどが検討されている。

(一) 基準の重大な変更

過大な負担の要件を「基準の基本的または重大な変更」かなかで量ることは、Davis事件最高裁判決で用いられ、さらにその他の判決でも採用されている。たとえばAlexander事件においてMarshall判事は、Davis事件判決を引用して「プログラムの性質を本質的に変更することは、制定法またはその施行規則が求める合理的な変更から遠くかけはなれたものである」⁽⁴⁷⁾、連邦補助金受給者は、障害者に便宜的措置を講ずるため「基本的な」または「重大な」変更をおこなうことを求められていないのに対し、「合理的な」措置をおこなう必要があるだろう⁽⁴⁸⁾としている。また、Arline事件においても便宜的措置が「補助金受給者に財政的または管理上の負担を負わせる場合(略)またはプログラムの性質を基本的に変更することを要請する場合には不合理なものになる⁽⁴⁹⁾」としている。

しかし、下級審レベルでは便宜的措置が「基本的または重大な変更」を招く理由で不合理とする例は少なく、むしろ限定的に理解し、業務上高度な必要性を有する基準を変更する場合にそれらを用いることが多いようである。業務

上高度に要求される要件を変更する場合に適用されているようである。上述した *Simon* 事件において *Filippine* 判事は、便宜的措施が基準の重大な変更となるかを検討する中で、「本裁判所は、逮捕可能要件と配転要件がその課の公務を遂行する警察官の職責にとって合理的、正当かつ必要であると判断する。それ故、それらの廃止を求めることは、非合理的な便宜的措施を求めることになるだろうと考えることが論理的に整合する⁽⁴³⁾」としている。また、*Davis v. Messer* 事件⁽⁴⁴⁾は、第一に新しく諜報員となった個人が担当可能な軽作業は存在せず、そのようなカテゴリーを創設することは、FBIの基本的な機能を相当妨げることとなることから、過大な負担となるとした。第二にFBIの諜報員または調査官の業務の本質的機能は、すべての職責を果たすことであり、アメリカ全土においていつでも業務を遂行しなければならぬにもかかわらず、職責を限定することは、「諜報員そして調査官の職責における性質と内容に重大な変更を求めることになる」としている。

(二) 労働協約違反の配置転換

労働協約における先任権条項と、リハビリテーション法における便宜的措施が抵触するのは、ほとんどの場合障害者が軽作業または別の部署へ配置転換を希望する場合である。労働協約に規定される先任権条項は通常、その職場での勤続年数が長くなればなるほど、自らが希望する休日、シフト、配転先などを選ぶことができる優先順位が高くなることを規定している。障害を有する被用者が、十分な先任権を有していない場合、軽作業などへの配転の希望が労働協約に抵触することになるが、裁判所は先任権条項が労働協約に抵触することを過大な負担とし、そのような便宜的措施を認めないことがある。また、労働協約の先任権条項に違反するかたちで配置転換をする便宜的措施は、基準の重大な変更と理論構成される場合もある。

労働協約の先任権条項に違反することにより裁判所が配置転換を認めない判断は、*Previtte*事件控訴審判決直後から存在する。たとえば、*Bay*事件は、軽作業への配置転換という便宜的措置の要請に対し、配置転換を要求するためには五年間の勤務要件を満たさなければならぬ⁽⁴⁶⁵⁾としてその先任権を満たさない原告の解雇を正当であるとしている。また、*Daubert*事件も同様に、原告は、試用期間を終えたばかりで配置転換を求められるだけの先任権を有しておらず、軽作業へ配転することが不可能であることから解雇が正当であるとしている⁽⁴⁶⁶⁾。裁判所が障害者に対して配置転換を便宜的措置として認めない根拠は、第一に公民権法が労働協約における真正なる先任権条項を適用除外としていることである。*Hurst v. U.S. Postal Service*事件⁽⁴⁶⁷⁾におけるVining判事は、”リハビリテーション法の下で能力を有する障害者に与えられる権利は、労働協約に基づく先任権に優先することはない”⁽⁴⁶⁸⁾とした。その理由として、*Carty v. Carlin*事件において述べられているように第Ⅶ編の適用除外条項がリハビリテーション法にも適用されることから、公民権法第Ⅶ編が真正なる先任権条項の適用除外とすることを述べる。第二に労働協約の適用に例外を設けることは他の健全労働者および高い先任権を有する労働者に対して大きなインパクトを与えること、そして被用者間での競争を排除することを挙げる。*Northrop*判事は、”もし、原告が他の部署へ自動的に配転される場合、これは他の能力を有する被用者と競争するという彼のニードを排除することとなるだろう。このような配置転換は、また合衆国郵政と組合の間で締結された労働協約によつて保護される他の被用者の権利をも侵害することとなるかもしれない”⁽⁴⁶⁹⁾としている。上記のような判断をおこなう裁判所は、十分な先任権を有しない障害者が、便宜的措置として労務が提供できる職場へ配置転換されることを要求することは、先任権の低い障害者を他の先任権の高い被用者に優先させることを意味することになり、また高い先任権を得るために被用者同士が競争しあう状況をも変えてしまうことになることから、それらに配慮しているものと考えられる。

第三に労働協約の先任権に例外を設けることによる方法以外に、実現不可能な配置転換が、事業の運営の妨げとなることである。たとえば、*Boj* 事件は「(労働協約の先任権に例外を設ける)このような結果は、(略)郵政事業の運営を妨げるだろう」としている。⁽⁴⁰⁾

上述のように、十分な先任権を有していない障害者が、先任権を越えて配置転換を求めることは、合理的な便宜的措施でなく、また過大な負担となるという判断が、従来一般的であった。またその解釈は、「本質的機能」を担う職責を従前の職務に限定する解釈により補強されていた。⁽⁴¹⁾しかし、限定的ながら、配置転換を可能であるとする判断が存在する。配転義務が規則などで明確に規定されており、その規定の適用を受ける場合には、配転義務を負うとするものがある。*Rhone v. U.S. Department of Army* 事件は、ベック病によりリンパ、肺、眼に影響を受ける男性の事案である。彼は、陸軍の二つの課の統合により夜間シフトに変わったところ、夜間シフトで働くことと疲れやすいことから昼間シフトへの変更を求めた。しかし、障害者コーディネーターサービスが昼間で適当な職務を探すことができず、配転を拒否され、解雇された。それに対し、配転が可能であったとして提訴した。Limbaugh 判事は、連邦政府のハンドブックに基づき配転を便宜的措施としておこなうことを認めている。⁽⁴²⁾連邦政府の人事管理局が作成した「便宜的措施ハンドブック」の中に代替措置として配置転換が規定されていること、⁽⁴³⁾「連邦人事マニュアル (FPM)」が連邦政府の省庁に便宜的措施として配置転換をおこなうことを要求していることから、⁽⁴⁴⁾「合理的な便宜的措施は、通常配置転換を含むものであり、それは強制的なものである」としている。⁽⁴⁵⁾

Coley v. Secretary of Army 事件は、さらに詳細な議論を展開し、配転義務がある場合には協約の先任権条項を超えて配置転換をおこなわなければならないとしている。復職拒否事案において、Howard 判事は、施行規則における「当該職務の本質的機能」の「当該職務」を検討し、「連邦人事マニュアル」が配置転換を使用者の義務としていること、

そしてEEOC規則の“当該職務”の基準から、“職務”または“当該職務”は、“被用者が在籍していた、または所属していた職務に限定されないだけでなく、当該被用者が便宜的措置の結果として働くことができるいかなる職務を含む”⁽⁴⁷⁷⁾とした。さらに、“配置転換を妨げる労働協約が存在することは、労働協約の条項がリハビリテーション法⁽⁴⁷⁸⁾によって違法なものとなり、また効力を有しなくなるため、過大な負担を立証するためには不十分なものである”という軍の規則を支持し、配転を便宜的措置として肯定している。

合衆国連邦最高裁は、労働協約には言及していないものの、配置転換が便宜的措置のひとつであることを認め、可能な場合には配置転換をすべきとしている。Arline事件においてBrennan判事は、“使用者は、障害を有する被用者に対し合理的な便宜的措置を講ずるアフーマティブな義務を負う。使用者は、被用者が現在遂行している業務に対し能力がない個人に別の業務を割り当てることを求められないが、使用者の現行の方針の下で合理的に有効な代替的雇用機会を被用者に与えることを否定してはならない”⁽⁴⁷⁹⁾と述べている。

(三) コスト

障害者のために講じられた便宜的措置が使用者にとって過大な負担となる場合における主要な要因のひとつとしてコストの問題がある。コストが考慮されるのは、そのほとんどが障害ゆえに十分な職責を遂行できないとき、その職責を遂行するために補助人が必要な場合である。

補助人をつけることがコストの面から過大な負担を構成することについて明確な判断を示したものとして、Treadwell事件がある。本件は、心臓ペースメーカーを装着している原告がその障害ゆえにモーターボートを一人で運転できないことからパークテクニシャンとしての採用を拒否された事案である。裁判所は、その中で原告が業務を完

全に遂行するためには原告の職務を補助するもう一人のパークテクニシャンが必要であり、二倍のコストがかかるが、当局の限られた予算では一五〇〇〇エーカーもの広大な土地をパトロールする担当者を二―四名しか採用できないとすれば、その二倍の負担(doubling up)は、被告にとって過大な負担を負わせることとなる⁽⁴⁸⁰⁾としている。Dexler事件は、小人症を有する原告が業務の本質的機能を遂行するためには背の高い人を補助としてつけることが便宜的措施のひとつとして考えられるが、Treadwell事件を引用しつつ、⁽⁴⁸¹⁾「そのような便宜的措施は、さまざまな職務に二倍の負担」を求めることになるので、過大な負担をうみだすことになる⁽⁴⁸²⁾としている。その他にも、サウジアラビアの医療アクセスの悪い地域への配転を拒否されたGardner事件は、原告のために現地でフルタイムの医師を雇うコストは「非合理的」であるとしている⁽⁴⁸³⁾。

一方、補助をつける場合でも、パートタイムであるなどコストがそれほどかからない場合には過大な負担とならないと判断されることがある。コストがかからない場合についてNelson v. Thornburgh事件がある。本件は、視覚障害者(全盲)を有する、三人のケース・ワーカー(Income Maintenance Worker)の事案である。彼らは、業務に必要な文章を読むために、自らパートタイムの読み手を採用(月額四八〇ドル)し、職務をおこなっていた。しかし福祉局は、相談件数の増加と予算の削減に際し、コンピューターなどの機器を導入することを決定し、それらと同時に原告らに支払っていた三一六ドルの補助を廃止することにした。その結果彼らは、職務を遂行できなくなり、解雇された事案である。Pollak判事は、原告のような個人を専門職の追求から排除することからもたらされるコストを考えれば、小⁽⁴⁸⁴⁾さなものである⁽⁴⁸⁵⁾と判断した。

また、Arneson v. Heckler事件⁽⁴⁸⁶⁾は、パートタイムの補助人であれば過大な負担とならない可能性があるとしている。

本件は、社会保障局で働いていたが、神経系疾患の一種である失行症に罹患し、従来どおり勤務できなくなった原告の事案である。彼は、使用者からさまざまな便宜的措置が講じられたものの、それでも就業能力が落ちたことから解雇された。しかし、さらなる便宜的措置が講じられれば能力を有していたはずであるとしてリハビリテーション法第五〇四条に違反するとして提訴した。Bean判事は、補助人をつければ就業が可能であるとの主張に対して、「社会保障局にArnesonが職務を適正に遂行することを可能にするために別の個人を採用することを求めることは、あきらかにリハビリテーション法の想定を超えるものである」とした。その一方で、「必要とされる確認作業は、パートタイムの労働者、たとえば学生、によっておこなわれることが可能である」とした。そして、このような便宜的措置が可能であったか否かを原審が確認していないとして差戻しを命じている。

その他コストが問題となっているものとして施設の設置がある。Gardner事件は、原告がサウジアラビアのAl Batimで働くことを可能にするための便宜的措置のひとつとして原告のために現地に血液検査施設を設置することを求めた事案である。裁判所は、「このような便宜的措置のコストは、建築プロジェクトが初期の段階においては、合理的なものとはいえない」と判断している。

(四) 過大な負担で考慮されるその他の要因

過大な負担の要件では、上記した「基準の重大な変更」、「労働協約との抵触」そして「便宜的措置のコスト」に加えて、「怪我発生の重大な危険」、「生産効率の低下」、「他の被用者のモラル（士気、やる気）の低下」、「機械・装置などの大幅な修繕」の要因が考慮される。

Dexler事件では、原告本人または他の個人の怪我に対する重大な危険が過大な負担となっている。本件では、

原告が、小人症ゆえに一部の職務を履行できないことから、移動式の踏台の使用を認めること、より大きな昇降台を設置することを便宜的措置として要請した。Blumenfeld判事は、便宜的措置の性質またはコストが過大な負担となるかを検討する中で、同様の機器の設置により過去に重大な怪我が発生したことから、⁽⁴⁸⁷⁾これらの機器の使用は、Dexler本人または他の個人に怪我の重大な危険を生み出すことになる⁽⁴⁸⁷⁾とした。上記のごとく、本来、怪我の危険は、通常安全性の要件で量られるが、稀に過大な負担でも審査されることがある。また、Dexler事件では生産効率の低下についても述べられている。判事は、移動式踏台を動かし、乗り降りする余分な時間について、⁽⁴⁸⁷⁾このような効率性の重大な損失は、リハビリテーション法の下で合理的な便宜的措置のひとつとして求められない⁽⁴⁸⁷⁾としている。

モラルの低下については、インシュリン依存型の糖尿病に罹患する個人がFBIの諜報員または調査官に応募した事案である、*Davis v. Messe* 事件において述べられている。裁判所は、障害を有する個人の職務を軽減することは他の諜報員または調査官の職務を増やすことになるが、それは「FBIの諜報員および調査官としてFBI全体の全体的なモラルに悪影響を与える⁽⁴⁸⁸⁾」としている。また、*Barth v. Gelb* 事件地方裁判所⁽⁴⁸⁹⁾でも、モラルが過大な負担で考慮される要素となるとしている。本件は、インシュリン依存型の糖尿病に罹患する原告が、職員数が非常に少ない外国への配転を希望したところ、病状を理由に拒否された事案である。地方裁判所のGesell判事は、⁽⁴⁸⁹⁾原則負担の少ないポジションで働くことしかできない志願者を認めることは、他の同じ業務を遂行する被用者にとって不公平であり、モラルとそのプログラムの成功にとって有害となると考えられる。本裁判所はしたがって、(略)法的な問題としてそのような便宜的措置が、VOA (Voice of America) のプログラムにとって過大な負担を与えるものになるだろうと判断する⁽⁴⁸⁹⁾とした。一方、*Barth v. Gelb* 事件高裁判決は、⁽⁴⁹⁰⁾状況によってはモラルの低下が考慮の対象となるとする。Buckley判事は、たとえば目が極度に敏感なため地下での業務の遂行を求めるような便宜的措置を考慮する場合に

は、その障害者に対する他の被用者の悪意または障害者の法的保護を受ける地位に対する敵意を適正に考慮に入れることができないものの、⁽⁴⁹²⁾これは、省庁が、地下で働くという状況が他の被用者のモラルに対し与える影響を無視しなければならぬことではない⁽⁴⁹²⁾としている。

上記に対し、障害者に便宜的措置を講ずることにより生ずる他の被用者のモラルの低下が過大な負担とは関係がないとするものもある。⁽⁴⁹³⁾*Davis v. Frank*事件は、聴覚障害を有する郵便局員が、人事課への配転希望を出したところ、障害があるがゆえに電話対応できないことから、拒否された事案である。被告が電話対応できない被用者を人事課に配置すると同じ業務を遂行する健常者のモラルが低下すると主張したのに対し、*Alesia*判事は、電話対応できることが「人事課の職務の本質的機能」ではなく、「いずれにせよ、モラル低下の可能性が「過大な負担」を構成するに⁽⁴⁹⁴⁾はいたらない」とした。

その他には、機械の修繕が重大な基準の変更とみなされていることがある。⁽⁴⁹⁵⁾*Jasany*事件地方裁判所判決においては、手紙の仕分機を原告の状態にあわせることは、「非常に非現実的」かつ郵便局に「過大な負担を負わせる」としている。⁽⁴⁹⁵⁾これらの要因のひとつが過大な負担を構成するために不十分であるとしても、いくつかをあわせて考慮する場合に過大な負担を構成することがあるとする。*Dexler*事件は、「上記のいくつかの負担が決定的でも説得的でもないとしても、あわせて読めばそれらの負担は、*Dexler*に便宜的措置を講ずることがNew Britain郵便局の業務に過大に干渉することになることを立証する⁽⁴⁹⁶⁾」としている。

四、リハビリテーション法における便宜的措置義務のその他の法理

(一) 便宜的措置における被用者および使用者の手続的義務

便宜的措置を要求する過程において、障害を有する被用者そして使用者の双方に手続きの要件が求められる場合がある。

障害を有する被用者に求められる手続きとして、第一に症状に関する診断書または医師による就業能力診断の受診または診断書の提出がある。障害を有する被用者は、便宜的措置を要請する場合に、使用者に自らの症状を伝えなければならぬ。被用者の症状がわからないと適正な便宜的措置を講ずることができないからである。それ故、被用者は、診断書などを提出する義務を負う。*Matzo v. Postmaster General*事件⁽⁴⁹⁷⁾は、躁うつ病により欠勤または早退が多くなり、また就業自体にも問題が発生するようになった原告の事案である。原告は、再三にわたり就業能力診断書の提出を求められたが、提出しなかったことについて、裁判所は、診断書を提出しなかったことが便宜的措置の内容において原告に不利に働くことを暗示した。また、提出しない場合、使用者が提示した便宜的措置といたえないような十分な解決案を原告が拒否することが、便宜的措置を受ける権利を放棄しているとみなされると判示した。⁽⁴⁹⁸⁾

被用者の診断書提出義務は、EEOC規則に規定され、一九八九年に連邦人事マニュアルにも規定されている。これにより、便宜的措置の要請過程における被用者が自らの症状を使用者に伝えることは義務として確立したといえる。しかし、一九八九年以前に事案においてはそのような義務を被用者は負わないとするものがある。*Langon v. Department of Health and Human Services*事件⁽⁴⁹⁹⁾においてそれが明言されている。本件は、多発性硬化症に罹患した原告の事案である。原告は、その障害により、疲れやすく、また精神的に不安定になり、その結果業務においてもミスが目立つようになった。特に通勤に支障がでるようになり、労働時間の変更そして在宅勤務を使用者に求めた。しかし、

省の方針から在宅勤務が認められなかったこと等から提訴した事案である。争点のひとつは、彼女が上司に対し彼女の症状を示す医学上の書類を提出しなかったこと（また、解雇後彼女の医療上の情報を収集しようとしたが原告がそれを拒否している）から、使用者が、通勤が困難であるほど原告の症状が深刻であることを知ることができず、それゆえ適正な便宜的措置を講ずることができなかったか否かであった。Randolph判事は、まず彼女の症状は誰もが認識していること、症状については彼女が使用者に伝えていること、また便宜的措置の要請の際にも数度メモを渡しており、さらに使用者が彼女の解雇に際し彼女の症状を考慮に入れていることから、症状については使用者が認識しているはずであるとした。それゆえ、便宜的措置を要請する被用者は必ずしも医学上の記録を使用者に提出する必要はないとした。⁽⁵⁰⁰⁾ つぎに一九八二年夏に原告が診断書の提出に応じなかったことについて、連邦人事マニュアルに診断書の提出義務が一九八九年に規定されたことから、提出義務に違反しているとの主張に対しては、診断書の提出義務が規定される数年前の出来事であることから連邦人事マニュアルの適用を拒否し、提出義務はないとした。⁽⁵⁰¹⁾

第二に、障害者が配置転換を求める場合には、その配転が、彼または彼女の先任権に基づき、可能かについて使用者に確認する必要があるとしている。Wimbley事件は、原告が、彼の先任権に基づき便宜的措置として配置転換を要請できたかもしれないにもかかわらず、上司にその旨を伝えることもなかったとした。つまり、郵便局が便宜的措置を講ずることができなかったのは原告が便宜的措置の要請をしなかったことに原因があるとした。⁽⁵⁰²⁾ また、Hurst事件では、原告の先任権からすれば軽作業への配置転換の申請（あくまでも申請ができたということであり、希望職種へ配転される権利ではない）ができ、またそれを勧められたにもかかわらず、しなかったことが認定されている。⁽⁵⁰³⁾

第三に、障害者をめぐる便宜的措置の場合に障害者がどのような便宜的措置を必要としているかを使用者に伝える義務があるかの存否はあきらかになっていない。宗教差別をめぐる便宜的措置義務では、特定の信仰を有する被用者

が中立な労働条件が彼または彼女に不利に働く場合、そのような問題を抱える被用者は、使用者にどのような便宜的措施が必要かを伝える義務を負うの⁽⁵⁰⁴⁾のに対し、この点について言及する判決はない。

一方、使用者の手続的義務も存在する。第一に使用者の協議義務についてである。便宜的措施の可否を決定するための使用者の調査義務については、*Mantoliete*事件で述べられている。*Tang*判事は、使用者が、原告に安全な労務の提供を可能にする便宜的措施を講ずる場合、それを判断するための十分な証拠を、本人そして専門家から集める義務を⁽⁵⁰⁵⁾リハビリテーション法上負うとしている。

使用者の手続上の義務が組合との協議にまで及ぶことは、*Rhone*事件において詳しく述べられている。上述のように本件は、配転義務の存在が前提となっているが、使用者の義務を広く認めている。*Limbaugh*判事は、彼の職位に相当する希望職種に空席がありながら、別の被用者の先任権が高かったため配転しなかったことについて、⁽⁵⁰⁶⁾「組合との交渉は、この種の紛争を解決するメカニズムとして適切である」⁽⁵⁰⁷⁾にもかかわらず、被告は組合にこの件を伝えたこともなく、この件について交渉を試みることもなかったとした。使用者は少なくとも配転可能性があるかを組合に確かめる必要があったとしている。⁽⁵⁰⁸⁾加えて、⁽⁵⁰⁹⁾「連邦政府の使用者は、障害を有する被用者にとって適切な職務をみつけるために無限に職務を探すことを求められない」⁽⁵¹⁰⁾として、使用者の適職探索義務または組合との協議義務が無限定なものでないことを示しているが、それでも「省庁は、その被用者に便宜的措施を講ずる重大な義務の下にある⁽⁵¹¹⁾」としている。

第二に、使用者が講ずる便宜的措施は、障害者に対し、業務の本質的機能を遂行することを可能にするものでなくてはならない。*Carr v. Reno*事件⁽⁵¹²⁾は、メニエール病に罹患し、障害者枠で司法省で働いていた原告が、その病気を原因として通勤困難となったこと、欠勤することを上司に伝えることが困難になったこと、また診断書を提出しないことがあったことから解雇された事案である。*Milkva*裁判長は、「リハビリテーション法規則は、合理的な便宜的措施が

Carrに、省に過大な負担を負わせることなく、業務の本質的な機能のすべてを遂行させるものであったか否かだけを尋ねることをわれわれに求めている⁽⁵²⁾”として、便宜的措置が被用者の就労を可能にするものでなければならぬことを求めている。そして、これまで彼女に対して講じられた便宜的措置（フレキシブルな始業時間、医師の診断書に基づき業務免除、期限が決まっている業務を配置しないこと、医療機関へのアクセスの保障、事務所の近くにソファを設置すること）が、彼女に業務の本質的な機能を遂行させるに十分なものであったかについて、さらに第五〇一条が重い責任を課していることから、在宅勤務、パートタイムへの配転の可能性についても検討した。しかし、それでも十分な時間、業務を遂行できないとして、解雇を正当なものとしている⁽⁵³⁾。

使用者は、障害者に業務の本質的な機能を遂行させなければならない程度の便宜的措置を講じなければならないが、どの程度までその義務を負うかが問題となる。これについては判断が分かれている。使用者の便宜的措置義務の範囲を狭く解するものとして、*Carter v. Bennett*事件⁽⁵⁴⁾がある。本件は、教育省で働く視覚障害者である原告が、職務を遂行するために二人のパートタイム（一週間に十八時間）の読み手を用意され、機器も設置され、職責も軽減されていたが、職務を十分に履行できなかったことから解雇された事案である。彼は、フルタイムの読み手をつけ、さらに補助機器を使ったとしても健常被用者と同様に働くことができないが、すべての資料を点字にすれば十分な職務を遂行できると主張した。しかし、Wald裁判長は、“政府は、原告に彼が望むすべての便宜的措置を供与することをリハビリテーション法上義務付けられていない”とした。そして、“政府は彼が業務の本質的な機能を遂行することを可能にするために必要なものとして、最低限の合理的便宜的措置を講じなければならない”⁽⁵⁵⁾”という地裁判決を支持した。使用者は被用者の望むすべての便宜的措置を講ずる必要はなく、職務の遂行が可能になる程度で十分であるとしている。

一方、使用者の便宜的措置の範囲を広く捉えるものとして*Arneson*事件がある。Beam判事は、“われわれは、連邦

政府が障害を有する個人のモデル使用者であるべきであり、合理的な便宜的措施が有効である場合どんな措置であってもおこなうことを求められている⁽⁵¹⁶⁾”として、多様な便宜的措施の可能性を考慮すべきことを求めている。

上記の判断をみたとしても、便宜的措施の被用者および使用者双方の手続的義務がどのようなかたちで使用者の便宜的措施を免除または制約するかは不明である。とくに、障害を有する被用者の診断書提出義務、必要な便宜的措施を使用者に伝える義務、使用者の調査義務、組合との協議義務が、便宜的措施においてどのように位置づけられているのか、いいかえれば過大な負担となるのか、非合理的なものとなるのかがあきらかでない。裁判所は、これらについて“過大な負担”という用語を用いず、“合理的便宜的措施”という用語を用い、検討している場合が多い印象を受けるが、手続的義務と“合理性”の関係はまったく判然としない。また、後述するように過大な負担と合理性を一元的に理解する場合にはさらに理解が困難になる。

(二) リハビリテーション法第五〇一条と“モデル使用者”理論

障害を有する被用者が便宜的措施を要求する場合には、リハビリテーション法第五〇一条、第五〇三条および第五〇四条に基づき訴えを提起することができる⁽⁵¹⁷⁾。典型的なものとして、第一に第五〇一条に基づき提起する場合、第二に第五〇四条に基づき提起する場合、第三に第五〇一条と第五〇四条の両方の基づき提起する場合がある。なぜ訴えの根拠が異なるのかについては、上述のように第五〇一条と第五〇四条では適用対象および救済の方法が異なることが挙げられるが、その一方で第五〇一条と第五〇四条の実質的效果の違いに求めることができる⁽⁵¹⁸⁾。以下、第五〇一条と第五〇四条の異同とその根拠のひとつと考えられるものについてみていくこととする。

第五〇一条および第五〇四条の便宜的措施に関する用語は非常に類似している。用語の類似性については、“能力を

有する個人”を、第五〇一条EEOC規則が“便宜的措置の有無にかかわらず、障害者本人および他人の健康と安全を脅かすことなく当該職務の本質的機能を遂行することができる個人”としているのに対し、第五〇四条HEW規則は“便宜的措置の有無にかかわらず、業務の本質的機能を遂行することができる個人”としている。相違点は、“本人および他人の健康と安全を脅かすことなく”というフレーズがあるか否か、“当該職務の本質的機能”とするか“業務の本質的機能”とするかである。上述のように、“本人および他人の健康と安全を脅かすことなく”については第五〇四条に基づく事案においてもそのようなたちで判断されていること、また判例をみる限り“当該職務の本質的機能”と“業務の本質的機能”の内容には違いがないことから、これらの点において二つの実質的意義の違いを導くことはできない。また、便宜的措置をめぐる用語に関して第五〇一条が“アフアーマティブ・アクション”を用いているのに対し、第五〇四条が用いていないことがある。ただし、施行規則が両方とも“便宜的措置”という用語を用いていることから、第五〇一条が示す“アフアーマティブ・アクション”の意味は、少なくとも“便宜的措置”と規定する施行規則においてはまさに便宜的措置であると考えることができることから、ただちに違いをみつけることは困難である。

しかし、実際には保護の範囲および立証責任の配分から第五〇一条で与えられる救済が第五〇四条に対して同等かそれ以上であるとする判断や第五〇一条と第五〇四条違反を同時に提起した事案において、リハビリテーション法第五〇四条がより限定された状況において救済を提供しているとする判断がある。判例をみる限りにおいて裁判所は、第五〇四条よりも第五〇一条に基づく訴えに対して寛容な態度を示している。⁽⁵⁰⁾その根拠として考えられるものが、“モデル使用者”理論である。“モデル使用者”理論は、*Prewitt*事件において裁判上はじめて登場した概念である。その起源は、一九七八年の法改正の議論における“連邦議会は障害者の雇用問題について連邦政府がリーダーとなることを

期待している」というCranston上院議員の発言、「連邦政府が障害者のモデル使用者として行動し、障害者の採用および昇進のためにアフアーマティブ・アクションをおこなうことを求めるために」連邦議会は第五〇一条を起草したというWilliams上院議員の発言にある。Prewitt事件判決では、モデル使用者理論を根拠として民事訴訟の訴権、結果差別の訴権、便宜的措施義務そして第五〇一条と第五〇四条の性質の違いを導いている。

「モデル使用者」理論は、第五〇一条に基づき提訴された事案において必ずしも言及されているわけではなく、その意味するところは明確ではない。しかし、いくつかの事案において第五〇一条の性質に関連して引用され、使用者の義務を拡大する根拠とされている⁽⁵²⁾。まず、上述のようにAmeson事件においてBeau判事は、「われわれは、連邦政府が障害を有する個人のモデル使用者であるべきであり、合理的な便宜的措施が有効である場合どんな措置であつてもおこなうことを求められている⁽⁵³⁾」とし、多様な便宜的措施の可能性を模索することを使用者に義務づけている。また、Carr v. Reno事件においても、モデル使用者について言及した後で、「われわれは、第五〇一条が便宜的措施の方法において連邦使用者に相当程度の配慮を要求することを留意している⁽⁵⁴⁾」としている。結果として便宜的措施を講じたとしても業務の本質的機能を遂行できないとしたものの、在宅勤務の可能性やパートタイム被用者への配転の可能性について検討している。これらからいえることは、「モデル使用者」理論が多様な便宜的措施の可能性について検討させることを使用者に負わせているかもしれないことである⁽⁵⁴⁾。また、Gardner事件においても、原告に対し便宜的措施を認めなかったにもかかわらず、「モデル使用者」という用語を用い、多様な便宜的措施を慎重に検討している。

(三) 一九九〇年代における立証要件の混乱

第五巡回控訴裁判所は、Prewitt事件判決において立証責任の配分について詳しく検討した。しかし、それは、使用

者に「証拠提出責任」と「説得責任」の両方をおこなわなければならないという非常に重い、二重の立証責任を負わせるものであった。この判決は、過大な負担および合理性の要件についてまず使用者に、証拠提出責任を、原告に便宜的措置を講ずることが合理的に可能でないことを示す程度で求めた。つぎに、原告である障害者が抗弁として、適正な便宜的措置が可能であることについて障害を有する個人の能力と便宜的措置の適用可能性に関する証拠を提出しなければならぬとした。その後、使用者は再度反証をしなければならず、最終的な説得責任を使用者が負うこととなった⁽⁵²⁵⁾。その上、説得責任を果たす場合提出された証拠に優位性があるため、説得責任を負う当事者の負担がさらに大きくなる結果をもたらした。

しかし、一九九〇年代に入ったところから、一応の証明要件において、原告により重い立証責任を課す判決が下されるようになった。Teahan事件において第二巡回控訴裁判所は、使用者の説得責任を特定の場合のみに制限している。これによれば使用者は、職務関連性の要件を立証している場合、職務関連性が不適切に考慮されたという原告の反証に対してのみ反証する説得責任を負うとした⁽⁵²⁶⁾。これは、おそらくPrewitt判決が二重の立証責任を使用者に課していることが公平さに欠けることから採用されたと考えられる。しかし、障害者が、過大な負担または合理的な範囲で便宜的措置を講じられることについて証拠提出責任を果たさなければならないこととなり、情報に関して制約が大きい原告に対し重い責任を負わせる結果を導くこととなった。

また、コロンビア特別区巡回控訴裁判所はさらに重い立証責任を原告に負わせる判断を行なっている。Carr事件においてMikva裁判長は、便宜的措置が原告に当該職務の本質的機能を遂行させること、つまり便宜的措置が効果的でなければならぬことを、原告が立証する責任があると⁽⁵²⁷⁾した。さらに、Barth事件においてBuckley判事は、原告が、自ら申し入れた便宜的措置がその業界において典型的な使用者に非合理的な負担を負わせるものでないことを立証し

なければならぬとした。⁽⁵²⁸⁾

これらに対し、*Borkowski*事件において第二巡回控訴裁判所のCalabresi判事は、従来の第二巡回控訴裁判所の枠組みとコロンビア特別区巡回控訴裁判所の枠組みの折衷的な枠組みを採用した。これは、原告に証拠提出責任と説得責任を負わせるものである。⁽⁵²⁹⁾ 具体的には、能力を有する障害者であることの立証に関連して便宜的措施が必要な場合には、原告が、説得責任として、彼または彼女に能力を付与する効果的な便宜的措施が存在することを、そして証拠提出責任として便宜的措施にかかるコストが明確にベネフィットを超えないことを立証しなければならぬとした。⁽⁵³⁰⁾

一九九〇年代に入り、立証内容について、事実に基づく判断が求められる場合と推論でよいとするものとの間で混乱があった。使用者の主観に基づく証拠を排除するものとして、たとえば、*Borkowski*事件がある。本件においては、原告が業務の本質的機能を遂行できるか否かについて、使用者側は、教員である原告が授業中生徒をうまく管理できないことを挙げ、業務の本質的機能を遂行できないと主張した。Calabresi判事は、「われわれは直感的にそう考えるかもしれない。しかし、第五〇四条は、われわれが直感に基づき判断することを認めていない。どのような業務が遂行されるべきであるかに関して、またどのように個人の障害がそれらの方法に関係しているかに関して熟慮のない直感への依拠は、リハビリテーション法が克服することを意図している障壁のひとつである。(略)。画一的な推量への根拠のない依拠を避けるため、業務の本質的機能の判断は、使用者の業務内容およびどのようにその業務が現実に遂行されたかの両方について事実に基づく審査を求める」とした。⁽⁵³¹⁾

*Borkowski*事件では同時に、過大な負担および合理性の判断において、「われわれは、使用者が、障害を有する被用者から申し出のあった便宜的措施の合理性に対し説得責任を果たそうとする際、そして過大な負担の立証をおこなう際に、数学的な正確さをもってその便宜的措施のコストとベネフィットの分析をおこなわなければならないというつ

もりはまったくない。(略)規則に挙げられた要因の見地からコストとベネフィットの常識的な比較考量が、期待されるすべてである⁽⁵³²⁾としている。つまり、便宜的措置によるコストとそれにより障害者を有する被用者が得るベネフィットを比較考量する必要があるが、それを判断する根拠には数学的な正確さを求められないとする。「数学的な正確さ」の意味はあきらかではないが、使用者である教育委員会が合理性の要件において立証すべきこととして、補助教員を提供することによるベネフィットがコストに比べて小さいこと、補助教員を提供することが学校の予算に大きな影響を与えることなどをあげている。さらに裁判所が使用者の証拠を認めていないことからすれば、一応裁判所を納得させるだけに十分な証拠、いいかえれば蓋然性の高い推量的証拠を求めているといえるかもしれない。

一方、過大な負担において推量的な判断で十分であるとするものがある。Bath事件は、原告が、公民権法第Ⅶ編に基づく宗教差別の判例を引用して便宜的措置が使用者の生産性と他の被用者のモラルを低下させるというためには推量的な主張では十分でないとしたのに対し、「われわれは、これらの事案において、証拠が推量的であればあるほど、説得力がなくなるという点以上に重要なものをみいだすことができない」として事実上推量に基づく使用者の過大な負担の主張を認めている。

六、リハビリテーション法の便宜的措置における「過大な負担」と「合理性」の関係

(一)「過大な負担」と「合理性」の関係の種類

リハビリテーション法の下でも、公民権法の宗教差別禁止の場合と同様に、障害者に対する使用者の便宜的措置義務を制約する用語として「過大な負担」と「(非)合理(性)」が用いられている。この二つの用語がどのようなものであるか、そしてどのような関係にあるかをみることにする。

“過大な負担”と“(非)合理性”を同じものと解する場合(一元的構成)と異なったものとして解する場合(二元的構成)が考えられうる。⁽⁵³³⁾ 一元的構成は、まさに両概念が符号すると理解する場合である。二元的構成は多様な可能性がある。第一に両概念を実体的なものとして区別することが可能である。これは宗教差別に関する便宜的措施義務における両概念の関係性と同じ理解であり、特に“合理性”を、第一に障害を有する被用者、使用者双方の協議義務という手続的要件、または一定程度(被用者が望むレベルではない)被用者の問題を解決するなんらかの便宜的措施が講じられているか否かという便宜的措施の適正さの要件として理解するものである。その場合、宗教差別問題と同様に、両者の関係は、“平等寄与アプローチ”、“過大な負担を優先するアプローチ”、“合理性を優先するアプローチ”のどれかにあてはまることとなる。⁽⁵³⁴⁾ 第二に“過大な負担”が“合理性”を包摂するという考え方も可能であり、また第三に、“合理性”が“過大な負担”を包摂するという考え方も可能である。

(二)リハビリテーション法における“過大な負担”と“合理性”の関係の評価

リハビリテーション法において“過大な負担”と“(非)合理性”の関係がどう評価されているかみていくこととする。ただし、二つの概念があまりにもあいまいに論じられ、⁽⁵³⁵⁾ またその関係性についても一九九〇年代中盤までほとんど論じられたことがなかったため、その評価を下すのは簡単なことではない。

第一に、判例をみる限り基本的に“過大な負担”と“合理性”は一元的に理解されているということができる。たとえば、*Arlene*事件において合衆国連邦最高裁のBrennan判事は、“便宜的措施は、補助金受給者に“過大な財政的および管理上の負担”を負わせる場合、合理的でない”⁽⁵³⁶⁾としてゐる。下級審においても同様の表現がみられる。たとえば、*Bay*事件判決は、“そのような便宜的措施が、郵便局の運営、労働力の配置および便宜的措施義務の性質とコスト

により過大な負担となるがゆえに合理的になされなかった⁽⁵³⁷⁾という表現を用いている。このような判断の理由として、第五〇四条施行規則において、二つの対象が異なるとしながら、「合理的な便宜的措置が過大な負担となる場合」という表現が用いられていることがある。しかし、「過大な負担」と「合理性」のそれぞれの用語について施行規則の表現を超えて意味を考えられているケースがほとんどないことから、むしろ非常にあいまいなかたちで似たようなものと理解されているといえるかもしれない。

さらに混迷を深めさせるのは、第五〇四条において「過大な負担」となるか否かを判断されるコストの要因が、第五〇一条に基づき提訴されている事件においてはリハビリテーション法第五〇五条に基づき「合理的なコスト」であるか否かで判断するとされていることである。これにより、二つの境界線はさらにあいまいなものとして理解されることとなっている。たとえば、*Gardner* 事件⁽⁵³⁸⁾では、「このような便宜的措置のコストは、建築プロジェクトが初期の段階においては、合理的なものとはいえない⁽⁵³⁹⁾」として、施行規則上は過大な負担で考慮されるコストを合理的か否かで判断している⁽⁵³⁹⁾。その他、*Dexler* 事件⁽⁵⁴⁰⁾において、便宜的措置のコストが過大な負担となるか否かを判断している中で、「合理的⁽⁵⁴⁰⁾」という表現を用いている⁽⁵⁴⁰⁾。上記事件では、「過大な負担」、「合理性」の用語の違いを問わず、実体的な判断のために二つの概念が用いられている。

また別の観点から両概念を一元的なものとして捉えると思われる判断もある。第二巡回控訴裁判所は、*Borkowski* 事件⁽⁵⁴¹⁾において「過大な負担」と「合理性」の内容と両概念の関係性について詳細な判断を下した。本判決は両概念が相対的な関係にあるものの、実際、便宜的措置の合理性に関する原告の証拠提出責任に合致することと、便宜的措置が過大な負担を負わせることを立証する使用者の説得責任とはおなじものとなるとして、一元的なものであるとしている⁽⁵⁴¹⁾。「合理性」の概念については、「(合理性)は、便宜的措置が生み出している結果に対応して特定の便宜的措置の適

正さを評価する。これは、便宜的措置のベネフィットだけでなく、そのコストも同様に審査することを求める。(略) 要するに、便宜的措置は、もしそのコストが生み出すベネフィットに対して明確に不均衡なものである場合のみ、合理的なものとなる⁽⁵⁴²⁾とする。さらに、便宜的措置が合理的であるという要件について、われわれは、原告が証拠提出責任のみを負うと判断してきた⁽⁵⁴³⁾とした。一方、「過大な負担」は、「使用者が推定することを求められるコストだけでなく、その結果が与える他人へのベネフィットもみている。したがって、使用者の立証責任は、コスト・ベネフィット分析をおこなうことである⁽⁵⁴⁴⁾」とした。いいかえれば、原告が証拠提出責任としてコストとベネフィットに基づき便宜的措置が可能であると述べる要因が「合理性」であり、使用者がそれに対し説得責任としてコストとベネフィットに基づき便宜的措置が不可能であると述べる要因が「過大な負担」である。したがって、「原告が申し出た便宜的措置が非合理的であることを事実認定者に認めさせる被告の立証責任は、実際、その便宜的措置が使用者に過大な負担を負わせることを立証することと同じものとなる⁽⁵⁴⁵⁾」ことになる。

第二に、二元的構成を採用していると思われる判断も存在する。Carter 事件は、二つの概念を二元的構成、さらに「合理性」を手続的な要件と理解し、「合理性を優先するアプローチ」に基づき判断しているといえる。本件においては「政府は、彼が業務の本質的機能を遂行することを可能にするために必要なものとして、最低限の合理的便宜的措置を講じなければならない⁽⁵⁴⁶⁾」として、「合理性」を、障害を有する被用者に業務の本質的機能の遂行を可能にさせる要件と理解している。さらに、「政府は、原告に彼が望むすべての便宜的措置を供与することをリハビリテーション法上義務付けられていない⁽⁵⁴⁷⁾」としており、障害者に業務の本質的機能の遂行を可能にさえしていれば十分であり、被用者の希望をすべてかなえるものでないとして理解できる。これらから、この判断は、宗教差別における便宜的措置をめぐる *Ansonia Board of Education v. Philbrook* 事件⁽⁵⁴⁸⁾において合衆国連邦最高裁が採用した「合理性を優先する

アプローチ”と同一であるといえよう。

第三に、“合理性”を主として手続的要件としつつ、手続的要件の中で“過大な負担”を考慮すべきとするものがある。この場合、“合理性”が“過大な負担”を包摂することとなる。Ameson事件においては、“われわれは、どのような種類の便宜的措置が求められるのか、そしてそれらが合理的か否かを検討しなければならない”として“合理性”の要件を審査の中心に置いている。合理性の要件の一つとして原告を就労可能にする便宜的措置か否かを判断する上で、実質的に“過大な負担”(第五〇一条違反の訴訟であることから、表現上は便宜的措置のコストの合理性を)を考慮しなければならぬとしている。⁽⁵⁰⁾

“過大な負担”と“合理性”の概念および両者の関連性について一貫した判断は、一九九〇年代中盤までを見る限り、ないといっているかもしれない。初期の判断においては“過大な負担”を中心として実体的な要素の考慮が中心であり、両概念を一元的捉えているといえた。しかし、一九八〇年代中盤以降は便宜的措置の手続き的要件を考慮するようになり、結果として両概念の関係自体が途中で変化し、多様な解釈がなされるようになった。とくに“合理性”は、“過大な負担”と一致する概念、手続的要件、または“過大な負担”を含む一般的制約条項と便宜的にかつ多様に解釈されるようになった。その結果、障害者に対する便宜的措置においては“合理性”概念に一貫性がなく、共通の理解に欠け、両者の関係に関する判断も流動的にならざるをえなかったと考えられる。この傾向は一九九〇年代中盤においても解消されていない。これは、宗教差別をめぐる便宜的措置においては“合理性”が、当事者の便宜的措置の継続が適正か否か、便宜的措置が問題を解決しうるか否かを判断するものと考えられ、事実上、二元的な解釈がなされていたのと対照的である。

注

- (365) *E. E. Black v. Marshall*, 497 F.Supp. 1088 (D. Hawaii, 1980).
- (366) *E. E. Black*, *supra* note 365 at 1097.
- (367) *E. E. Black*, *supra* note 365 at 1099.
- (368) *E. E. Black*, *supra* note 365 at 1099.
- (369) *E. E. Black*, *supra* note 365 at 1099.
- (370) *E. E. Black*, *supra* note 365 at 1100.
- (371) *E. E. Black*, *supra* note 365 at 1101.
- (372) *E. E. Black*, *supra* note 365 at 1101.
- (373) *E. E. Black*, *supra* note 365 at 1102.
- (374) *E. E. Black*, *supra* note 365 at 1102.
- (375) *E. E. Black*, *supra* note 365 at 1103.
- (376) *E. E. Black*, *supra* note 365 at 1104.
- (377) *Tudynman v. United Airlines*, 608 F.Supp. 739 (D.C.Cal., 1984).
- (378) *Tudynman*, *supra* note 377 at 745.
- (379) *Tudynman*, *supra* note 377 at 745.
- (380) *Tudynman*, *supra* note 377 at 746.
- (381) *Jasany v. United States Postal Service*, F.2d 1244 (6th Cir., 1985).
- (382) *Jasany*, *supra* note 381 at 1248.
- (383) *de Torres v. Bolger*, 610 F.Supp. 593 (D.C.Tex., 1985).
- (384) *School Board of Nassau County v. Arline*, 480 U.S. 273, 94 L.Ed. 307 (1987).
- (385) *School Board of Nassau*, *supra* note 384 at U.S. 281, L.Ed. 317.
- (386) *School Board of Nassau*, *supra* note 384 at U.S. 281, L.Ed. 317.
- (387) *School Board of Nassau County v. Arline* 事件において合衆国連邦最高裁は、便宜的措施義務について、

「雇用の分野において、就業能力を有する者は当該業務の「本質的な機能」を遂行できる者をいう。ある障害者が業務の本質的な機能を遂行できないとき、裁判所は、使用者による「合理的な便宜的措置」が障害者にこれらの機能を遂行させるかどうか否かを考慮しなければならない。便宜的措置は、もしそれが連邦機関に「財政的にまたは行政上過大な負担」を負わせるか、またはプログラムの性質において本質的な変更を求める場合、合理的なものといえない。」

と述べている。さらに「合理的な便宜的措置が使用者にとって過大な負担を引き起こす場合、障害者の採用または昇進に対する不利益取扱いは差別とみなされないだろう。(Supra note 384 at U.S. 287-288, L.Ed. 321)」と述べている。

- (388) *Byrne v. Board of Education, School of West Allis-West Milwaukee*, 979 F.2d 560 (7th Cir. 1992).
- (389) *Byrne*, supra note 388 at 566.
- (390) *Heilweil v. Mount Sinai Hospital*, 32 F.3d 718 (2d Cir. 1994).
- (391) *Heilweil*, supra note 390 at 724.
- (392) *de Torres*, supra note 383 at 596.
- (393) *Heilweil*, supra note 390 at 720.
- (394) *Cook v. State of Rhode Island, Department of Mental Health, Retardation, and Hospitals*, 10 F.3d 17 (1st Cir. 1993). 本件で、身長五フット二インチ(約一五八・六センチ)に対し三二〇ポンド(約一四五・三キロ)の体重を有する女性が、病的肥満(morbidly obesity)を理由に解雇された事案である。
- (395) *Cook*, supra note 394 at 23-24.
- (396) *Tudymann*, supra note 377 at 746.
- (397) *Tudymann*, supra note 377 at 746.
- (398) *Cook*, supra note 394 at 24.
- (399) *Jasany*, supra note 381 at 1249.
- (400) *Norcross v. Snead*, 573 F.Supp. 553 (W.D. Ark. 1983).
- (401) *Norcross*, supra note 400 at 545.
- (402) *Ross v. Beaumont Hospital*, 687 F.Supp. 1115 (E.D. Mich. 1988).

- (403) Ross, *supra* note 402 at 1119-1120.
- (404) Langon v. Department of Health and Human Service, 959 F.2d 1035 (D.C. Cir. 1992) at 1061.
- (405) Langon, *supra* note 404 at 1061-1062.
- (406) Teahan v. Metro-North Commuter Railroad Company, 951 F.2d 511 (2d Cir. 1991). 本件ではもうひとつの大きな争点として、“現在の使用 (current use)” の概念が問題とされた。リハビリテーション法が、アルコールまたは薬物を現在使用している場合には、その個人に保護を適用しないこととしているため、どの時点で“現在使用 (current use)” しているか判断の分水嶺となった。解雇が障害を理由とするとしても、アルコールまたは薬物を現在使用している場合には、リハビリテーション法の適用が除外されるため、因果関係の発生時期が問題となり、どの時点での因果関係を認めるかによって結果が異なることとなる。本件では、解雇の時期が、アルコールおよび薬物依存症による長期欠勤の時期から四ヶ月（原告は一九八七年十二月に十日、十一日、十七日に無断欠勤し、使用者が十二月二十八日に欠勤に対する警告を文章で行ったが、その文章を受け取る以前にすでに自発的にリハビリテーションプログラムに参加し、一九八八年一月二十八日までに欠勤することなく、通常勤務に復帰していた。実際に解雇がなされたのは、一九八八年四月十一日）ほど経過していたため、“現在” がいつであるかが問題となった。被告が、解雇の決定がなされたときに“現在” であり、本件では長期欠勤をしていた時期と密接に関連する一九八七年十二月二十八日に解雇が決定されたと主張したのに対し、Car-damone判事は、実際に解雇された時点が“現在” であり、本件の場合是一九八八年四月十一日の時点で“現在使用” している場合には“リハビリテーション法が適用除外になるとした (p.518)”。
- (407) Teahan, *supra* note 406 at 516-517.
- (408) Borkowski v. Valley Central School District, 63 F.3d 131 (2nd Cir. 1995).
- (409) New York州法では、三年の仮採用期間の後（延長は可能）、終身雇用権付きの本採用をおこなうか否かが決定され、終身雇用権が与えられない場合は雇用関係が終了することとなっている。
- (410) Borkowski, *supra* note 408 at 143.
- (411) Borkowski, *supra* note 408 at 143.
- (412) Carty v. Carlin事件は、郵便局で働いていた原告が、在職中にうつ病、心筋梗塞、ヘルニアなどで数度入院をした結果、業務を遂行できないとして解雇され、それがリハビリテーション法に違反するとして提訴した事案である。Northrop判事は、彼が“能力を有する障害者”かを推定できるか否かを判断する上で、彼がヘルニアであるがゆえに重いものを持つて長い間立ってられないこと、

うつ病であることから従前の業務に戻れないことを前提として判断すべきであった。本件における原告の立場は、*Jasany* 事件と異なり、職務が従前のものに限定されず、配置転換の可能性という便宜的措置が存在しうることから、本裁判所は、(略) 彼がリハビリテーション法における障害者の定義に合致しないとはいえない、としている。*Carty v. Carlin*, 623 F.Supp. 1181 (D.C.Md., 1985) at 1185. ただし、結論としては配置転換という便宜的措置を使用者に負わせる必要はないと判断している。

- (413) 明確にこのようなかたちで審査している事件として、*Dexler v. Tisch*, 660 F.Supp. 1418 (D.Conn. 1987) がある。Blumenfeld 判事は、小人症を有する原告が、郵便局の仕分業務を担当する職に仮採用されたが、身長が足りないことにより業務に支障があるとして本採用を拒否された事案において、第一に彼の身体的障害が業務に与える影響を評価し、第二に考えられうる便宜的措置とそれが原告個人の就業能力に与えるおおよび業務全体に与える影響を評価し、第三に便宜的措置が過大な負担か否かを評価している。

- (414) *Treadwell, v. Alexandu*, 707 F.2d 473 (1983).

- (415) *Dancy v. Kline*, 639 F.Supp. 1076 (N.D.Ill. 1986).

- (416) *Dancy*, *supra* note 415 at 1179.

- (417) *Jasany*, *supra* note 381 at 1250.

- (418) 従前の職務に復職できるかの判断する方法について実際の業務との関連で能力を確認しなければならないとある。*Hall v. U.S. Postal Service* 事件において第六巡回控訴裁判所の Jones 判事は、郵便物の配達中に自動車事故に遭い、休職後復職を申し出た七十パウンドの袋を持ち上げることができなかったことから復職を拒否された事案において、使用者は、(略) 業務の本質的機能のひとつを排除する方法で障害者に便宜的措置を講ずることを求められていないとした。また、業務の本質的機能のひとつが排除される便宜的措置は合理的でない、として従前の業務を遂行できることを要件としつつ、それを量る方法として個別の審査が必要であり、使用者が主張する七十パウンド持ち上げるといふ条件が現実の業務に合致しているとはいえないとした。*Hall v. U.S. Postal Service*, 857 F. 2d 1023 (6th Cir. 1988) at 1079-1080.

- (419) *Coley v. Secretary of Army*, 689 F.Supp. 519 (D.Md. 1987).

- (420) *Coley*, *supra* note 419 at 523.

- (421) *Carter v. Bennett*, 840 F.2d 63 (D.C. Cir. 1988), *Arneson v. Heckler*, 879 F.2d 393 (8th Cir. 1989).

- (422) *Dexler v. Tisch*, 660 F.Supp. 1414 (D.Conn. 1087).

- (423) *Dexler*, *supra* note 422 at 1423-1424.

- (424) *Davis v. Frank*, 711 F.Supp. 447 (N.D.Ill. 1989).
- (425) *Davis*, *supra* note 424 at 454.
- (426) *Overton v. Reilly*, 977 F.2d 1190 (7th Cir. 1992).
- (427) *Overton*, *supra* note 426 at 1194-1195.
- (428) *Overton*, *supra* note 426 at 1195.
- (429) *Simon v. St. Louis County*, 563 F.Supp. 76 (E.D.Missouri, E.D., 1983).
- (430) *Simon*, *supra* note 429 at 79.
- (431) *Simon*, *supra* note 429 at 79.ただし、本件においては、なぜ警察官すべてに逮捕可能要件が適用されなければならないかの合理性について説明がなべ、その理由が判然としな。
- (432) *Alderson v. Postmaster General of United States*, 598 F.Supp. 49 (W.D. Okla., 1984).
- (433) *Alderson*, *supra* note 432 at 53-54.
- (434) *Wimbley v. Bolger*, 642 F.Supp. 481 (W.D.Tenn., 1986).
- (435) *Wimbley*, *supra* note 434 at 485.
- (436) *Davis v. U.S. Postal Service*, 675 F.Supp. 225 (M.D.Pa. 1987) at 236, 237.
- (437) *Davis*, *supra* note 72 at 231.
- (438) *Bej, v. Bolger* 540 F.Supp. 910 (E.D. Penn., 1982) at 926.
- (439) *Daubert v. United States Postal Service*, 733 F.2d 1367 (10th Cir. 1984).
- (440) *Daubert*, *supra* note 439 at 1372.
- (441) *Davis v. Messe*, 692 F.Supp. 505 (E.D.Pa., 1988).
- (442) *Davis*, *supra* note 441 at 518.
- (443) *Butler v. Thornburgh*, 900 F.2d 871 (5th Cir. 1990).
- (444) *Butler* *supra* note 443 at 876.
- (445) *Butler* *supra* note 443 at 876.
- (446) *School Board of Nassau*, *supra* note 384 at at U.S. 287, L.Ed. 320.

- (447) *Bradley v. University of Texas M.D. Anderson Cancer Center*, 3 F.3d 925 (5th Cir. 1993).
- (448) *Bradley*, *supra* note 447 at 924.
- (449) *Serapica v. City of New York*, 708 F.Supp. 64 (S.D.N.Y. 1989).
- (450) *School Board of Nassau*, *supra* note 384 at U.S. 288-289, L.Ed. 321.
- (451) *Davis*, *supra* note 441 at 510.
- (452) *Davis*, *supra* note 441 at 520.
- (453) *Montolete v. Bolger*, 767 F.2d 1416 (9th Cir. 1985).
- (454) *Bentivegna v. U.S. Department of Labor*, 694 F.2d 619 (9th Cir. 1982) at 623.
- (455) *Montolete*, *supra* note 453 at 1422.
- (456) *Montolete*, *supra* note 453 at 1422.
- (457) *Montolete*, *supra* note 453 at 1424. 私見としては、「相当程度の損害の合理的蓋然性」を要件とすれば、障害者本人、同僚、第三者に対する危険がより少ないかたちで業務の本質的な機能を遂行できる個人を判断することと、障害者の雇用機会を確保することの間でよりよいバランスが保てるのではないかと考える。しかし、「相当程度」そして「合理的蓋然性」の内容および基準が判然としなため、また具体的基準を裁判所が示していないため、問題が残るといえよう。
- (458) *Gardner v. Morris*, 752 F.2d 127 (8th Cir. 1985).
- (459) *Gardner*, *supra* note 458 at 1281-1283.
- (460) 多くの事件において便宜的措置を制約する概念としては過大な負担および合理性(的)という用語が使われてきた。しかし、一九九〇年代に入ってもリハビリテーション法に関する限り、裁判所は基本的にこの二つの概念が同じものであると意識しており、結果として別概念であるといっている場合がある程度である。したがって、以下では、一応過大な負担と合理性を一元的に理解することの当時の主流な議論に基づき、過大な負担か合理性かを区別せず、問題を整理することとする。
- (461) *Alexander v. Choate*, 469 U.S. 287 (1985) at 300.
- (462) *School Board of Nassau*, *supra* note 384 at U.S. 288, L.Ed. 321.
- (463) *Simon*, *supra* note 429 at 79.
- (464) *Davis*, *supra* note 441 at 519-520.

- (465) *Bey, supra* note 438 at 927.
- (466) *Daubert, supra* note 439 at 1370-1371.
- (467) *Hurst v. U.S. Postal Service*, 633 F.Supp. 263 (W.D.N.Y. 1986).
- (468) *Hurst, supra* note 467 at 261-262.
- (469) *Carty, supra* note 412 at 1189.
- (470) *Bey, supra* note 438 at 927.
- (471) *Davis, supra* note 436 at 236, 237.
- (472) *Rhone v. U.S. Department of Army*, 665 F.Supp. 734 (E.D.Mo. 1987).
- (473) “Handbook on Reasonable Accommodations” は、代替措置のひとつとして「配置転換」を、「当該被用者の職歴、教育歴が、彼または彼女が他のポジションを十分に遂行できることを示しうる一定の状況の下で、配置転換を可能にするために通常的能力基準に例外が設定されうる。」と規定している。
- (474) “Federal Personnel Manual” の八三二章は、連邦政府の省庁は、「相談に來た被用者が障害により退職する前に、また彼または彼女の退職の決定を支持する前に、便宜的措置および（または）配置転換を通じてサービスの不足を補うためにすべての合理的な努力をしなければならない」とし、さらに「被用者が障害による退職の手続きを開始しようとするとき、使用者として省庁は、その管轄における空席のポジションを確認しなければならない（略）」としている。
- (475) *Rhone, supra* note 472 at 744.
- (476) *Coley v. Secretary of Army*, 689 F.Supp. 519 (D.Md. 1987).
- (477) *Coley, supra* note 476 at 523.
- (478) *Coley, supra* note 476 at 523.
- (479) *School Board of Nassau, supra* note 384 at at U.S. 289, L.Ed. 321.
- (480) *Treadwell, supra* note 414 at 478.
- (481) *Dexler, supra* note 422 at 1428.
- (482) *Gardener, supra* note 458 at 1284.
- (483) *Nelson, supra* note 359 at 382.

- (484) *Arneson v. Heckler*, 879 F.2d 393 (8th Cir. 1989).
- (485) *Arneson, supra* note 484 at 397.
- (486) *Arneson, supra* note 484 at 398.
- (487) *Dexler, supra* note 422 at 1428.
- (488) *Davis, supra* note 441 at 516.
- (489) *Barth v. Gelb*, 761 F.Supp. 830 (D.D.C. 1991).
- (490) *Barth, supra* note 489 at 838.
- (491) *Barth v. Gelb*, 2 F.3d 1180 (D.C.Cir. 1993).
- (492) *Barth, supra* note 491 at 1190.
- (493) *Davis v. Frank*, 711 F.Supp. 447 (N.D.Ill. 1989).
- (494) *Davis, supra* note 493 at 455.
- (495) *Jasany, supra* note 381 at 1251.
- (496) *Dexler, supra* note 422 at 1429.
- (497) *Matzo v. Postmaster General*, 685 F.Supp. 260 (D.D.C. 1987).
- (498) *Matzo, supra* note 497 at 263-264.
- (499) *Langon, Supra* note 404.
- (500) *Langon, supra* note 404 at 1058-1059.
- (501) *Langon, supra* note 404 at 1059-1060.
- (502) *Wimbley, supra* note 434 at 486.
- (503) *Hurst, supra* note 467 at 260, 263.
- (504) 拙稿「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(2)」北海学園大学法学研究四十一—二(二〇〇四)三〇二—三〇三頁。
- (505) *Mantolere, supra* note 453 at 1423.
- (506) *Rhone, supra* note 472 at 746.

- (507) *Rhone, supra* note 472 at 746.
- (508) *Rhone, supra* note 472 at 746-747.
- (509) *Rhone, supra* note 472 at 745.
- (510) *Rhone, supra* note 472 at 45.
- (511) *Carr v. Reno*, 23 F.3d 525 (D.C. Cir. 1994).
- (512) *Carr, supra* note 511 at 529.
- (513) *Carr, supra* note 511 at 529-530.
- (514) *Carter v. Bennett*, 840 F.2d 63 (D.C. Cir. 1988).
- (515) *Carter, supra* note 514 at 67.
- (516) *Arneson, supra* note 120 at 398.
- (517) 一九七八年リハビリテーション法第五〇一条は、連邦政府の各省庁、部局、機関を障害者雇用について見習うべきモデル使用者とすることを意図し、それらの機関に障害者に対するアフアーマティブ・アクションプログラムを実施すること、そしてその具体的な計画を管轄する委員会に提出することを義務付けている。第五〇一条EEOC施行規則が、便宜的措施義務を規定している。また、第五〇三条は、労働省の管轄であるが、その施行規則が便宜的措施を規定している。
- (518) リハビリテーション法第五〇一条および第五〇四条の異同に関するわが国における先行研究として、小石原尉郎『障害差別禁止の法理論』（信山社、一九九四年）五十七頁以下、がある。ただし、後述のように本研究とは結論が異なる。
- (519) *Gardner, supra* note 458 at 1277. *Gardner* 事件では、第五〇一条と第五〇四条の両方に基つき提訴されたが、適応範囲の広い第五〇一条のみについて審査を行なっている。
- (520) *Dexley, supra* note 422 at 1425.
- (521) この点は、小石原氏の見解と異なる点である。小石原氏は、「現実の訴訟では裁判所の認定は、むしろ第五〇四条より第五〇一条関連事件に、より厳しい判断が下される傾向がある」（小石原、前掲書（518）、六十二頁）としている。またその根拠として、第五〇四条が「合理的便宜的措施」という用語を、そして第五〇一条が「アフアーマティブ・アクション」という用語を使っており、便宜的措施が、過去の差別ではなく、現在の差別に対して機会の実質的平等を確保するために存在することを挙げる。しかし、上述のように第五〇一条は条文に「アフアーマティブ・アクション」という用語を、そしてその施行規則において「便宜的措施」という用語を

用いている。第五〇四条は本文中には障害者差別禁止のフレーズがあるだけで、施行規則において「便宜的措置」という用語を用いているとすれば、両条項における「便宜的措置」の位置関係は同じであり、第五〇四条が「便宜的措置」を志向し、第五〇一条が「アフーマティブ・アクション」を志向していることを前提に二つを比較することは適切であるとはいえないだろう。あえてもしこの状況でアフーマティブ・アクションと便宜的措置の違いを強調するとすれば、Tateが述べるように、アフーマティブ・アクションが便宜的措置を包摂する概念であるとする場合だけだろう。また、「便宜的措置」と「アフーマティブ・アクション」の相違を強調するのは、上述のようにDavis事件最高裁判決が実質的に便宜的措置である措置に対して「アフーマティブ・アクション」という用語をあてたことに対し、連邦最高裁が便宜的措置の意義を見誤ったという批判のためのコンテクストであり、第五〇一条と第五〇四条の相違をあきらかにするためではない。

- (522) 「モデル使用者」という用語を使っても裁判所は、使用者に対し特定の義務を求めない場合もある。また、「モデル使用者」という用語を用いて、使用者の義務を広く捉えている場合であっても、Ameson事件判決を除き、「モデル使用者」理論と広範な義務について明確な関連性が必ずしも示されているわけではない。

(523) Ameson, *supra* note 484 at 398.

(524) Carr, *supra* note 511 at 530.

(525) Prewitt, v. United States Postal Service, 662 F.2d 292 (5th Cir., 1981) at 308. 第九巡回控訴裁判所も同じ構成を採用する。たとえば、Montolete事件を参照のこと。Montolete, *supra* note 453 at 1423-1424.

(526) Teahan, *supra* note 406 at 514-515. その他に第二巡回控訴裁判所が、同じ論理構成を採用するものとして、Heiloveil, *supra* note 26 at 722, Gilbert v. Frank, 949 F.2d. 637 (2nd Cir. 1991) at 642.

(527) Carr, *supra* note 511 at 529.

(528) Barth, *supra* note 491 at 1190.

(529) Borkowski, *supra* note 408 at 137.

(530) Borkowski, *supra* note 408 at 139.

(531) Borkowski, *supra* note 408 at 140.

(532) Borkowski, *supra* note 408 at 140.

(533) 必ずしも「過大な負担」と「合理性」という二つの用語が用いられるわけではない。「過大な負担」のみに言及するものとして、

Treadwell, *supra* note 414 at 478, がある。

(534) “過大な負担”と“(非)合理性”の一元的構成と二元の構成については、拙稿、前掲論文(504)、三三二頁以下を参照のこと。

(535) 一九九〇年代前後において“過大な負担”および“合理性”の概念は、裁判所の見解を見る限り、施行規則の説明を超えて詳細に検討されていない。それに対し、小石原氏は、過大な負担を「費用がかかりすぎ、会社としてはやっていけない」程度であり、合理性を「効果の割りに費用がかかりすぎでない(一一七頁)」としている。しかし、このような違いが示されたことは、小石原氏が著書を発表した一九九〇年前後においては存在しないようである。小石原氏は、“合理性”の持つ多彩かつ多様な性格を一貫性のあるものと深読みしすぎたのではないかと思われる。

(536) *School Board of Nassau, supra* note 384 at U.S. 288, L.Ed. 321.

(537) *Bey, supra* note 438 at 927.

(538) *Gardner, supra* note 94 at 1284.

(539) *Gardner* 事件判決においては、過大な負担の要因を確認した後で、なにが“合理的”な便宜的措施かを検討している。*Gardner, supra* note 94 at 1283.

(540) *Dexler, supra* note 422 at 1428.

(541) *Borkowski, supra* note 408 at 138.

(542) *Borkowski, supra* note 408 at 138.

(543) *Borkowski, supra* note 408 at 138.

(544) *Borkowski, supra* note 408 at 139.

(545) *Borkowski, supra* note 408 at 138.

(546) *Carter, supra* note 514 at 67.

(547) *Carter, supra* note 514 at 67.

(548) *Ansonia Board of Education v. Philbrook*, 107 S.Ct. 367 (1986), 479 U.S. 60 (1986). この判決については、拙稿、前掲注一四〇、

三二八頁以下を参照のこと。

(549) *Ameson, supra* note 484 at 397.

(付記)

北星学園大学社会福祉学部福祉計画学科准教授の木下武徳氏にはアメリカの福祉制度の専門家としての立場から、札幌市社会福祉協議会の竹田紘子氏（北星学園大学大学院社会福祉学研究科博士課程前期修了）にはオーストラリアの障害者差別の研究者としての立場から、北星学園大学社会福祉学部実習助手の中沢さやか氏（北星学園大学大学院社会福祉学研究科博士課程前期修了）にはカナダの福祉制度の研究者としての立場から、本稿の草稿をお読みいただき、有益なご意見を賜った。末筆ながら謝意を申し上げる次第である。