

# 筑波ロー・ジャーナル

4号

2008年9月

## 論 説

商事法における会計基準の受容(1)ーオーストラリアー .....	弥永真生	1
公正取引委員会の審判廃止がもたらすもの.....	平林英勝	35
障害をもつ人の憲法上の権利と「合理的配慮」.....	青柳幸一	55
アマチュア・スポーツ規制をめぐる法的問題 ーその後の <i>Brentwood</i> 事件を手がかりにー .....	藤井樹也	107



# 目 次

## 論 説

商事法における会計基準の受容(1)——オーストラリア—— .....	弥永真生	1
公正取引委員会の審判廃止がもたらすもの .....	平林英勝	35
障害をもつ人の憲法上の権利と「合理的配慮」 .....	青柳幸一	55
アマチュア・スポーツ規制をめぐる法的問題 ——その後の <i>Brentwood</i> 事件を手がかりに—— .....	藤井樹也	107



# 商事法における会計基準の受容(1)

——オーストラリア——

弥 永 真 生

- 1 会計専門職業人による会計基準の設定
- 2 1981年会社法制定前の会社法と会計基準
- 3 会計専門職業人の行動規範と会計基準
- 4 1981年会社法制定前の証券取引所の規制と会計基準
- 5 1981年会社法と会計基準
- 6 1983年会社法改正と会計基準再検討審議会
- 7 1989年会社法
- 8 1991年会社法改正
- 9 会社法経済改革プログラム(CLERP)とオーストラリア会計基準審議会

## 1 会計専門職業人による会計基準の設定

イングランド・ウェールズ勅許会計士協会が1942年に公表したものに基づいて、1946年にオーストラリア勅許会計士協会（Institute of Chartered Accountants in Australia, ICAA）は6つの会計原則勧告書（Recommendations on Accounting Principles）を公表し<sup>1)</sup>、1948年には棚卸資産の評価に関する勧告書を公表した（Zeff [1973] p.4）<sup>2)</sup>。そして、1964年にはイングランド・ウェールズ勅許会計士協会が1958年から1960年の間に公表した勧告書に基づい

---

1) 5月に5つの会計原則勧告書が承認され、「固定資産の減価償却」は11月になってから承認された。

て3つの会計原則勧告書を公表した (Zeff [1973] p.9; Birkett and Walker [1971] p.110)<sup>3)</sup>。また、オーストラリア勅許会計士協会はオーストラリア勅許会計士研究・サービス財団 (Australian Chartered Accountants Research and Service Foundation, ACARSF) を設立し、ACARSFは1957年から1963年にかけて7つのテクニカル・ブリテンを公表した (Graham [1978] p.57)。さらに、1969年から1970年にかけて、会計原則委員会が5つの草案を公表し、いずれも、評議会の承認を得た (Zeff [1973] pp. 16-19; Graham [1978] p.58)。

他方、1952年にオーストラリア会計士協会 (Australian Society of Accountants, ASA)<sup>4)</sup> が設立され、オーストラリア会計士協会は、1956年に、会計実務書 (Statements of Accounting Practice) 及びテクニカル・ブリテンの作成に着手し、1956年から1965年の間に9つの会計実務書を公表したが、いずれも、評議会の承認を得たものではなかった (Zeff [1973] p.35; Birkett and Walker [1971] p.117)。また、1965年から1968年にかけて、4つのテクニカル・ブリテンを公表したが (Zeff [1973] pp.35-36)、これも評議会の承認を得たものではなく、この段階までの公表物は会員の実務に影響を与えるという趣旨を有していなかったようである。もっとも、1967年になってはじめて、評議会の承認を得た権威を有する公式文書 (*The Valuation of Book Debts, Bad Debts, and Provision for Doubtful Accounts*) が公表されたが (cf. Zeff [1973] p.38)、オーストラリア会計士協会が単独で公表した会計原則に関する権威を有する公式文書はこれだけであった。

---

2) 他方、コモンウェルス会計士協会は会計原則委員会及び会計用語委員会を1938年に設置し (Zeff [1973] p.29)、会計原則委員会はイングランド・ウェールズ勅許会計士協会及びオーストラリア勅許会計士協会が公表した実務勧告書を検討し、1946年から1947年にかけて、いくつかの草案を作成したが、評議会ではいずれも承認を得ることができなかった (Zeff [1973] pp.31-32)。

3) 1965年には「会計原則書及び会計実務勧告書」と名称を変更した (Zeff [1973] p.11; Graham [1978] p.58)。

4) 1990年7月にオーストラリア公認会計士協会 (Australian Society of Certified Practicing Accountants, ASCPA) となった。

なお、オーストラリア勅許会計士協会及びオーストラリア会計士協会のいずれにおいても、公表した公式見解が会員を拘束するものとは考えられてはいなかったものの (Zeff [1973] p.4)、そのような文書があることを会社の取締役には気づかせる必要があるとは考えられていた (Zeff [1973] p.4; The Institute of Chartered Accountants in Australia [1948a] p. 606; The Institute of Chartered Accountants in Australia [1948b] p.448 [Heily, T.A.] ; Trigg [1950] p. 204)。ただし、「早くも1948年には、オーストラリア勅許会計士協会の勧告書が遵守されていない度合いが高いことについての懸念が表明されたが、何の方策もとられなかった」(Godfrey, Hodgson and Holmes [2000] p. 363)と指摘されており (See also Craig and Clarke [1993] p.51)、会計専門職業人が策定する会計原則の規範としての性質が弱かったことがうかがえる。

## 2 1981年会社法制定前の会社法と会計基準

1896年ビクトリア会社法 (Companies Act 1896 (60 Vict. No.1482)) は、会社の取引及び業務の状況を「真実かつ完全 (true and complete)」に描写するように、適切な会計帳簿及び計算書類を作成することを要求したが (24条(1)(A))、「真実かつ正確 (true and correct)」という表現が用いられたことを別とすれば、1930年代には、他の州も同様の規定を会社法に設けるに至った<sup>5)</sup>。その後、イギリスのコーエン委員会報告書の勧告 (Committee on Company Law Amendment [1945] p.68) をふまえて立法された1948年イギリス会社法を参考に制定された1958年ビクトリア会社法 (Companies Act 1958 (Act No.6455/1958)) をもとに作られた1961年統一会社法<sup>6)</sup> が各州<sup>7)</sup> 及び連邦

---

5) New South Wales: Companies Act 1936 (No.33, 1936), s. 115(1)(B); Queensland: Companies Act of 1931 (22 Geo. V. No.53), s. 144(1)(b); South Australia: Companies Act 1934-1935 (No. 2199 of 1935), s. 155(1)(b); Tasmania: Companies Act, 1920 (11 Geo. V. No.66), s. 122(3)II. なお、ウェスタン・オーストラリア州では、Companies Act, 1893 (56 Vic., No.8) の42条が真実な (true) 計算書類を作成する義務を取締役に課しており、1930年代には他の州と規定が若干異なっていた。

(首都特別地域, ノーザンテリトリー 及びパプア・ニューギニアのため)<sup>8)</sup> で採択されたが、1961年統一会社法は損益計算書及び貸借対照表は会社の損益及び業務の状況について「真実かつ公正な概観」を提供するものでなければならぬと定めていた(162条)。

そして、「真実かつ公正な概観」の要求との関係では、「真実かつ公正」という表現が意味するところは、会計専門職業人によって設定された現在の会計基準を参照して判断せざるを得ない<sup>9)</sup> というのがオーストラリアの裁判所の立場であった<sup>10)</sup>。会社の計算について生じた問題について判断を下す際に、裁判所が会計専門職業人団体による権威ある原則書に従うことはほとんど確実(virtually certain)であるという指摘もあった(Peterson and Ednie [1972-] p.2234.3 (10 April 1978))。

しかし、会計専門職業人団体が作成した会計実務勧告書あるいは会計原則書

---

6) これは、連邦といくつかの州の法務長官がカンファレンスを開催しつつ策定したモデル法であった。詳細については、Editorial [1961] pp.245-246, Rylah, Bowen and Fox [1961] pp.53-54 参照

7) New South Wales: Companies Act 1961 (1961 No. 71) ; Queensland: Companies Act 1961 (No. 55 of 1961); South Australia: Companies Act, 1962 (No. 56 of 1962); Tasmania: Companies Act 1962 (No. 66 of 1962); Victoria: Companies Act of 1961 (No.6839/1961); Western Australia: Companies Act 1961 (Act No. 82 of 1961)。

8) 首都特別地域についてはCompanies Ordinance 1962 (No. 7 of 1962) が、ノーザン・テリトリーについてはCompanies Ordinance 1963 (No.43 of 1963) が、パプア・ニューギニアについてはCompanies Ordinance 1963 (No. 1 of 1964) が、それぞれ定めていた。

9) たとえば、Slater [1986] p.109 参照。とりわけ、「公正な表示と会計専門職業人によって採用されている現在の会計基準との間の関係を明示的に認識することは必ずしも望ましくないことではない。実際、基準が注意深く検討されて作成され明確に記述しているのであれば、かえって、かなり有力に (with no little force)、そのような承認は公正性を確保する最善の方法であるという余地はある」と述べている。また、たとえば、Johnston, Jager and Taylor [1979] pp.14-15 は、何が会社の損益の真実かつ公正な概観なのかといった問題に対する答えを見出すにあたっては、通常、一般的な商業上及び会計上の用法と慣行に依拠せざるを得ないとし、商業上及び会計上の用法と慣行に関する証拠の源泉には、口頭で表明され、または記事やテキストとして出版された、経験を有する実務家の意見、一流の会計人団体の公式見解及び出版物が含まれるとしている。

は何が望ましいのか (desirable) を示し、年度計算書類の表示を改善しようとする取締役や役員に指針を提供するものかもしれないが<sup>11)</sup>、1961年統一会社法の第9附則に定められた最低限の要求事項のみが多くの方にとっては権威を有するものであるという見解がむしろ有力であったようである (See Johnson, Jager and Taylor [1979] p. 15)<sup>12)</sup>。これは、たとえば、オーストラリア勅許会計士協会が1970年以前には、会計実務書が「適切な事案において、何が最善の実務であるかを助言する上で会員の助けとなること」を期待するとしていたにすぎなかったことなどを背景とする<sup>13)</sup>。

もっとも、ニュー・サウス・ウェールズ州の会社問題委員会は1976年にオーストラリア会計士協会及びオーストラリア勅許会計士協会によって公表された会計基準の会社による不遵守は計算書類が真実かつ公正な概観を示していな

---

10) たとえば、*Commissioner of Taxation (S.A.) v. Executor Trustee and Agency Co. of S.A. Ltd.* (1938) 63 C.L.R. 108において、Dixon 判事は、「裁判所の判断の傾向は、ますますビジネスの観念と企業会計の原則に依存するようになってきた」と述べ、「ビジネスまたは一般的な事柄において発展した原則と実務が裁判所に提出された問題の解決のために参考にされる過程は、必然的に、法そのものの発展につながる。先例に基づくわれわれのシステムの下では、いかなる会計原則または原則の適用を確立し、またはそれらに依拠した裁判は将来にわたって遵守されるべきルールをおおむね固定することになり、その結果、そのルールは法原則に非常に似たものに見えることになる」と述べた。

11) たとえば、Fitzgerald and Fitzgerald [1960] p.73は、法律によって詳細な基準を課すよりも、公表財務諸表の様式と内容の継続的かつ累積的な改善を模索するという道義上の義務を自主的に会計専門職業人及び会社の取締役が受け入れることの方がより成果を上げられる可能性が高いと述べていた。

12) オーストラリア勅許会計士協会などが公表した「会計実務勧告書や会計基準書はイギリスのジェンキンス委員会報告書や一部の会計士が示唆するほどの権威と影響力を有していないことは明らかである。それらは何が望ましいかを示し、そして、年度計算書類の表示を改善することを望む取締役や役員にとっての指針を提供するかもしれない。しかしながら、大多数の方にとっては、[1961年統一会社法の一筆者] 第9附則が定める最低限度の要求事項のみが権威を有してきたのである、年度計算書類は「真実かつ公正な概観」を示さなければならないという一般的な要求事項とその専門職業人団体によって推奨されているより高度な基準を強く主張する多くの監査人の努力にもかかわらず。」と指摘されている。

13) たとえば、会計実務基準書D1.1「貸借対照表の表示」のIntroduction。

いことの一応の (*prima facie*) 証拠となるの方針を示した<sup>14)</sup>。ただし、ニュー・サウス・ウェールズ州の会社の取締役の中には、会計専門職業人の作成した会計基準は一般に受け入れられているとはいえないし、法的効力を有しないとして、この方針を明示的に拒むものも少なくなかったと指摘されている (Morley [1978] pp.33-34)。

### 3 会計専門職業人の行動規範と会計基準

#### 3.1 会員との関係での会計基準の位置づけ

オーストラリア勅許会計士協会は、1971年5月に、基準書K1「協会の専門的基準書の遵守 (Conformity with Institute Technical Statement)」を公表し、会員に対して会計基準を支持するよう求め、基準の不遵守を開示することを確保するため最大限の努力をするよう求めた。もっとも、1972年には改訂し、教育的なものであり、本来は規律的なものではないことを明らかにするなど、表現を和らげた。

その後、オーストラリア会計士協会も、1972年にはその評議会がオーストラリア勅許会計士協会の基準書の一部を指針として認め<sup>15)</sup>、1973年7月にK1と同様の内容の基準書を定めた (基準書300「協会の会計基準書の遵守

---

14) たとえば、「会社問題委員会の委員長は、会員に、オーストラリア勅許会計士協会及びオーストラリア会計士協会の公表した会計基準を遵守しないことは計算書類が真実かつ公正な概観を示していないことの一応の (*prima facie*) 証拠となるの方針を委員会は採用しているということへの注目を求めたい。委員会は、計算書類の点検から基準の不遵守が明らか場合には取締役に対して説明を求める。そのような場合に監査報告が限定付でない場合には会社の監査人に対しても同様の問い合わせを行う。真実かつ公正な概観を与えるために会計基準からの逸脱が必要であると取締役が考える場合には、計算書類の注記として示されていれば、委員会からの問い合わせを多くの場合は避けることができるであろう」と述べられていた (Newsletter No.9, inserted to *The Australian Accountant*, vol.47, no.9 (1977))。

15) 1972年4月には、評議会が2つのオーストラリア勅許会計士協会の会計基準書を「一般的な指針」として公式に受け入れた (Zeff [1973] p.40; Australian Society of Accountants [1973] p. 341)。

(Conformity with Society Statements of Accounting Standards) 』)。

そして、両団体は、1976年9月に共同して、K1/300「会計基準の遵守」を公表し、これが両団体の会員を拘束するものとなった。すなわち、オーストラリアの会計専門職業人は、どのような資格であれ財務諸表に関する責任を引き受ける会員に専門職業人によって公表された会計基準を支持することを求めるとされ（パラグラフ4）、財務諸表の作成にあたって、オーストラリアの会計専門職業人が公表した会計基準からの逸脱があり、それが重要な影響をもたらす場合には、そのような逸脱について財務諸表またはその注記において適切に開示しなければならないものとされた（パラグラフ5）。また、監査人は、適用されうる会計基準からの逸脱があり、それが重要な影響をもたらす場合には、その逸脱に同意するか否か、及びその逸脱が正しく計算書類に開示されているか否かについて監査報告書に記載しなければならず（パラグラフ8）、もし会計基準からの逸脱が正当化できず、計算書類が示すべき真実かつ公正な概観を損なっていると考えるときには、監査人は限定付意見を表明しなければならないものとされていた（パラグラフ9）。他方、会計基準に従うことが、取締役の意見によれば、真実かつ公正な概観を示さない結果になるというきわめてまれな場合（パラグラフ6）において、計算書類の作成にあたって、真実かつ公正な概観を示すためには会計基準からの逸脱が必然的に生ずると監査人が考える場合であっても、監査人は監査報告書においてその逸脱に言及し、それに賛成する旨を記載しなければならない（パラグラフ10）。また、監査人の意見によれば、計算書類の作成にあたって会計基準に従うことが真実かつ公正な概観を示さないことになるというきわめてまれな場合には、監査人は限定付意見を表明しなければならない（パラグラフ11）。そして、それぞれの評議会は、それぞれの会員が会計基準を遵守することまたは会計基準からの逸脱を開示することを明らかに怠った場合には調査をし、その明らかな懈怠についての会員の説明に納得しない場合には、適切と考える処分を行なうものとされていた（パラグラフ13）。

1979年には、両団体が共同して、「職業基準書第1号 会計基準書の遵守

(APS 1 Conformity with Statements of Accounting Standards)」<sup>16)</sup> を定めた。APS1は、基準書K1/300と同様の規定を置くとともに、会計基準書に定められた基準は強制的であって (mandatory)、会員が従うべき原則を定めるものであるとした。また、会員は、計算書類の作成または監査にあたって、重要な影響を有する会計基準の不遵守を開示することを確保するため最大限の努力をしなければならないこと、監査人である会員はもし会計基準からの逸脱が真実かつ公正な概観を損なうようなものである場合には監査報告書において限定付意見を表明しなければならないこと、APS1が会員によって遵守されない場合には、オーストラリア会計士協会またはオーストラリア勅許会計士協会の評議会は調査し、その会員に対して懲戒処分を行なう権限を有することを定めていた<sup>17)</sup>。

もともと、会員は会計基準に従うことを強制されているのではなく、会計基準の不遵守を開示することを強制されているにすぎず、APS1に会員が従ってもそれは必ずしも会計基準を遵守することにはならないという欠点があった<sup>18)</sup>。しかも、現実には、1980年代前半まで、APS1の不遵守を理由として会員に対

---

16) その後、APS 1 は、改訂の上、1990年11月に「会計概念書及び会計基準書の遵守 (Conformity with Statements of Accounting Concepts and Accounting Standards)」とされ、1993年12月には「会計基準書の遵守 (Conformity with Accounting Standards)」、1995年6月30日以降は「会計基準書及び緊急問題グループによる合意見解の遵守 (Conformity with Accounting Standards and UIG Consensus Views)」とされた。

17) オーストラリア会計士協会及びオーストラリア勅許会計士協会の職業行動規程も会計基準の遵守について規定していた。まず、オーストラリア会計士協会の職業行動規程 (Code of Professional Conduct) B.5「会計基準及び監査基準の遵守」は会員は専門職業人の会計基準及び監査基準に従わなければならないと定めていた (専門職業人が作成した会計基準の遵守を要求するにとどまっていたAPS1とは異なり、1983年会社法をうけて、法令の下で承認された会計基準にも従わなければならない旨が定められた)。同様に、オーストラリア勅許会計士協会の倫理的行動規則 (Rules of Ethical Conduct (REC 1)) のパラグラフ54も会計のさまざまな側面に関連する専門的基準は全国評議会の承認によって会員に発せられる基準書に含まれ、これらの基準書は強制的に適用される (mandatory in application) と定めていた (こちらには、会計基準再検討審議会の承認した会計基準に対する明示的な言及がなかった)。

して懲戒処分がなされることはほとんどなかったようである<sup>19)</sup>。また、会計基準からの逸脱があった場合に、どのような開示を求めるかということについても議論が分かれていた (See Stokes [1982])。

### 3.2 会社との関係での会計基準の位置づけ

K1/300などの規定は、会員のみを拘束するため、取締役が非会員である場合には実効性がないことが指摘されていたが<sup>20)</sup>、実務上は、会社法上の主任会計役員 (principal accounting officer) の規定を通じて、会計基準の会社に対する浸透が試みられていた。すなわち、1961年統一会社法の1971年改正により、主任会計役員制度が各州の会社法に導入されており<sup>21)</sup>、会社の主任会計役員は計算書類に含めるべき事項につき真実かつ公正な概観を計算書類は示しているかどうかについて意見を述べなければならないこととされていた(162条)。そして、主任会計役員であるオーストラリア勅許会計士協会やオーストラリア会計士協会の会員がK1/300などの下で、会計基準からの離脱がある場合にはそれを開示しなければならない義務を負うことを通じて、会計基準の遵守が実現されることが期待されていた。また、APS1のパラグラフ7では、「会社の主任会計役員または会社の計算書類を作成する責任を負う者は、その権限の範囲内で、重要な影響を与える会計基準書からの離脱、そのような離脱

---

18) Ryan [1977] p.560は、この点をとらえて、「まさに時宜にかなっていない」と評していた。

19) See Peirson and Ramsay [1983] p.296; Walker [1987] p.270. もっとも、会社法の1983年改正後は、わずかながら懲戒処分の事案が現れるようになった (See *The Chartered Accountant in Australia*, vol.58, no. 8, p.74 and vol. 59, no.3, p. 62; *Chartered Accountant*, vol. 60, no.5, p.73 など)。

20) そこで、会計専門職業人団体が開発した会計基準に自動的に法的裏づけを与えるべきであるという主張を行なった。たとえば、Bishop [1978] p.3; Professional Standards Review Committee, Institute of Chartered Accountants in Australia [1979] pp.66-67; Kelly [1982] p.1.

21) 1981年会社法においては、主任会計役員制度は廃止された。

の理由及びその財政的影響が計算書類またはその注記において開示されかつ説明されていることを（そのようにすることが実行可能でなくまたは真実かつ公正な概観に照らしてミスリーディングであるというまれな場合<sup>22)</sup>を除き）確保しなければならない」と定めていた。

もっとも、主任会計役員制度が会計基準書の遵守との関係で十分な実効性を有していたかどうかについては疑問が残ると指摘されている（McKeon [1976] p.423; Rahman [1992] p.303）。

#### 4 1981年会社法制定前の証券取引所の規制と会計基準

証券取引所の上場規則は上場している会社または上場しようとしている会社にとっては、制定法と同様に権威を有するものであるが、オーストラリアの証券取引所の上場規則は、通常の場合、公表計算書類はオーストラリア勅許会計士協会とオーストラリア会計士協会の公表した会計基準書に従って作成することが求められる（required）と勧告していた<sup>23)</sup>。しかも、州際会社問題委員会（Interstate Corporate Affairs Commission）<sup>24)</sup>に参加していたニュー・サウス・ウェールズ州、クイーンズランド州、ヴィクトリア州及びウェスタン・オーストラリア州の1975年証券業法（Securities Industry Act 1975）<sup>25)</sup>の31条<sup>26)</sup>は、

---

22) 「まれな場合」とはどのような場合なのかは明確ではないという指摘があった（Stokes [1982] p.9）。

23) Australian Associated Stock Exchanges, *Official List Requirements* (as of 1 July 1978), s. 8 (10)。

これは、1974年改正後公式上場規則の文言である。改正前には、オーストラリア勅許会計士協会とオーストラリア会計士協会が公表した勧告書及び会計実務基準書に「準拠して作成されるものとする（are to be prepared in conformity with）」というやや弱い表現であった（Balmford [1974] pp.6-7 参照）。

24) これは、1974年にニュー・サウス・ウェールズ州、ヴィクトリア州及びクイーンズランド州によって組織され、1975年にウェスタン・オーストラリア州が加入したというものである。Johnston, Jager and Taylor [1979] p.13; Redmond [1992] pp.57-58を参照。

25) New South Wales: 1976 No.3, 1975; Queensland: No.78 of 1975; Victoria: No.8788 /1975; Western Australia: No.99 of 1975.

証券取引所の業務規則または上場規則の遵守、実行または実施 (the observance or enforcement of, or the giving effect to, those business rules of listing rules) を裁判所が命ずることができるとしていた。

## 5 1981 年会社法と会計基準

1961年統一会社法と同様、1981年会社法269条1項及び2項も損益計算書は会社の損益について、貸借対照表は会社の業務の状況について「真実かつ公正な概観」を提供するものでなければならない旨を定めていた。

どのような場合に、「真実かつ公正な概観」を提供することになるのかについては、議論の対立があったが<sup>27)</sup>、ニュー・サウス・ウェールズ州会社問題委員会の委員長であった Ryan は、適切な会計原則なしに真実かつ公正な概観を示す計算書類の作成を要求することは無意味であり、もし、そのような会計原則が会計専門職業人によって作成されなければ、政府がそれを導入するために立法をする必要があるかもしれないと示唆した (Ryan [1967])。また、「真実かつ公正な概観」の提供を要求することは、真実かつ公正な概観がそれによって確保されるような基準を専門的職業人に設定することを許すことによって、「立法的職務 (legislative function)」を誤って会計士に与えることになる<sup>28)</sup>と論じた (Ryan [1967] [1974])。たしかに、裁判所は、何が「真実かつ公正」であるか、あるいは適切な企業会計の基準が何かを決定する権限を有するが、裁判所の判断は専門家である会計士の証言を評価し、その中から選択するという結果にならざるをえないからである<sup>28)</sup>。

26) 1975年証券業法に代わるものとして制定された1980年証券業法42条1項も同様に規定した。

27) たとえば、Baxt [1970], Heazlewood [1971], Walker [1984], Chambers, Ramanathan and Rappaport [1978] など参照。

28) *Duple Motor Bodies Ltd. v. Ostime* [1961] 1 W.L.R. 739; *Odeon Associated Theatres Ltd. v. Jones* (1972) 48 T.C. 257; *Heather v. P E Consulting Group Ltd.* (1973) T.C. 293; *EEC Quarries v. Watkis* [1975] 3 All E.R. 843. See also *Pacific Acceptance Corporation Ltd. v. Forsyth* (1970) 92 W.N. (N.S.W.) 29.

## 6 1983年会社法改正と会計基準再検討審議会

1981年会社法は1982年7月1日に施行されたが、会計基準の会社法における位置づけとの関係では、1983年会社・証券法制（雑改正）法（Companies and Securities Legislation (Miscellaneous Amendments) Act 1983 (No. 108 of 1983)）の78条により1981年会社法266条が改正され、79条により266B条以下が、80条により269条に8A項及び8B項が新設されたことなどが重要な意義を有した。このような改正が行われたのは、財務報告の質を向上させ、より意味のある情報が投資者、債権者及び労働者に提供されるようにすることを目的としていた<sup>29)</sup>。

### 6.1 審議会と承認された会計基準

266条1項に「承認された会計基準 (approved accounting standard)」及び「審議会 (Board)」の定義が追加された。「承認された会計基準」とは、266B条3項bの下でそれに関する通知の写しが公表されたものを除き、266B条1項の下で審議会によって承認された会計基準をいうものとされ、「審議会」とは会計基準再検討評議会 (Accounting Standards Review Board) として知られる関係閣僚評議会 (Ministerial Council for Companies and Securities)<sup>30)</sup>によって設立された主体をいうものとされた。

また、承認された会計基準は会社の計算書類または「他の会社の親会社である会社」(holding company)の連結計算書類を作成する時点で、承認された会計基準が(a)それらの計算書類または連結計算書類が関係する会社または「他の会社の親会社である会社」の会計年度との関連で適用される場合であって<sup>31)</sup>、

---

29) Commonwealth of Australia, *Parliamentary Debates*, 1983 Senate, Vol. S. 99, The Commonwealth Government Printer, 1983, p.1081 [Gareth Evans].

30) 関係閣僚評議会は「公式合意」によって設けられたものであり、連邦と6つの州（1986年7月1日からは、さらにノーザン・テリトリー）の会社法と証券業の規制についての行政について責任を負っている大臣によって構成されていた。

かつ、それらの計算書類または連結計算書類にとって有用である (relevant) 場合には、それらに適用されるものとされた (266条2項)。

266B条は、「審議会は、官報に公告することによって本節にいう会計基準を承認することができる。」とし (第1項)、「審議会は、第1項に基づく公告において、その公告が関連する会計基準の写しを購入できる場所を特定しなければならないが、審議会がそうしなかったことによっては公告の有効性は影響を受けない」(第2項)と定めた。

他方、第3項は、「関係閣僚評議会は、第1項に基づいて会計基準が承認された後60日以内に、その会計基準を許容しないことができ、関係閣僚評議会が会計基準を許容しないときは、(a)2営業日以内に審議会に対して会計基準が許容されなかった旨を書面で通知し、会計基準を許容しなかった後、実務上できるだけ速やかにパラグラフ(a)の下で審議会に対して行なった通知の写しを官報に掲載しなければならない」と定めた。

なお、審議会は、官報に公告することによって、承認した会計基準を撤回することができるが (第4項)、その場合には、関係閣僚評議会は、承認された会計基準が撤回された後60日以内に、その撤回を許容しないことができ、関係閣僚評議会が許容しないときは、(a)2営業日以内に審議会に対して撤回が許容されなかった旨を書面で通知し、撤回を許容しなかった後、実務上できるだけ速やかにパラグラフ(a)の下で審議会に対して行なった通知の写しを官報に掲載しなければならないものとされた (第5項)。

このように、関係閣僚評議会に許容しない権限を認めたのは、協働スキームを前提としたためであるが、連邦議会の審議においては、議会ではなく、関係閣僚評議会にそのような権限を認めることについて、野党側から疑義が表明された。すなわち、関係閣僚評議会にそのような権限を与えることは、この分野における議会の役割を完全に放棄することになる、この全体のスキームに対し

---

31) 266C条及び266D条として、承認された会計基準の適用時期について、会計基準の承認があった場合と承認が撤回された場合とに関して規定が設けられた。

て議会のコントロールのようなものは一切要求しないということでのよいのかという疑問を呈し<sup>32)</sup>、このスキームの下で、とりわけ関係閣僚会議によって行われることについて緊密にかかわることこそが議会の責任であるとして、会計基準を許容しない権限を関係閣僚評議会ではなく議会有するものとする内容を内容とする修正案がDurack上院議員から提出された<sup>33)</sup>。

これに対して、政府側からは、そのようなことはすでに証券取引所について妥当している<sup>34)</sup>、というような反論がなされ、結局、法案の修正案は否決された<sup>35)</sup>。

## 6.2 承認された会計基準と真実かつ公正なる概観

会社・証券全国委員会とニュー・サウス・ウェールズ州の会社問題委員会の報告書においてなされた会社法改正提案をふまえた<sup>36)</sup> NCSCの通牒405が示し

---

32) Commonwealth of Australia, *Parliamentary Debates*, 1983 Senate, Vol. S. 100, The Commonwealth Government Printer, 1983, p.2682 [Peter Drew Durack].

33) Commonwealth of Australia, *Parliamentary Debates*, 1983 Senate, Vol. S. 100, The Commonwealth Government Printer, 1983, pp.2683, 2699-2700 [Peter Drew Durack].

34) Commonwealth of Australia, *Parliamentary Debates*, 1983 Senate, Vol. S. 100, The Commonwealth Government Printer, 1983, p.2682 [Gareth Evans, Peter Rae].

35) Commonwealth of Australia, *Parliamentary Debates*, 1983 Senate, Vol. S. 100, The Commonwealth Government Printer, 1983, p.2703.

36) もっとも、会社・証券全国委員会及びニュー・サウス・ウェールズ州会社問題委員会の報告書では、承認された会計基準に従うことにより計算書類が真実かつ公正な概観を示さないことになることを取締役が立証しない限り、承認された会計基準に従わないことは違法である旨を会社法に定めるべきであるとしていたが、そのような明示的な規定は設けられなかった。すなわち、報告書では、取締役に立証責任があるとすべきであるとされ、現在の状況の下では複数の真実かつ公正な概観が存在しうるので、取締役としては、承認された会計基準と整合性を有する真実かつ公正な概観を選択する義務を負うことになると指摘されていた(パラグラフ42)。同様に、承認された会計基準に従わずに作成された計算書類につき限定付意見を付さない場合には、監査人が承認された会計基準に従うことにより計算書類が真実かつ公正な概観を示さないことになることを立証する責任を負うものとすることとされていた(パラグラフ49)。

た見解に沿って、1983年会社法改正はなされた。

すなわち、1983年会社・証券法制（雑改正）法80条による改正後269条8A項は、取締役は、計算書類、会社が連結計算書類を作成しなければならない「他の会社の親会社である会社」である場合には計算書類または連結計算書類を、適用されうる承認された会計基準に従って作成しなければならないと定め、同条8B項は、8A項にかかわらず、会社の計算書類または「他の会社の親会社である会社」の連結計算書類を特定の適用されうる承認された会計基準に従って作成すると計算書類または連結計算書類に含めることが要求されている事項の真実かつ公正なる概観を示さなくなるときには、会社または「他の会社の親会社である会社」の取締役は、その会計基準に従って計算書類または連結計算書類を作成することを要しないと定めた<sup>37)</sup>。

さらに、85条による改正後1981年会社法285条3項(aa)は、監査人は、監査人の意見によれば、計算書類、会社が連結計算書類を作成しなければならない「他の会社の親会社である会社」である場合には計算書類または連結計算書類が、それぞれ、特定の適用されうる承認された会計基準に従って作成されていないときには、(i)その計算書類または連結計算書類が、従わなかった承認された会計基準に従って作成されたとすれば、監査人の意見によれば、計算書類または連結計算書類に含めることが要求されている事項の真実かつ公正な概観を示すことになったか否かを、(ii)監査人の意見によれば、従って作成しても、計算書類または連結計算書類がそれらの事項についての真実かつ公正な概観を示さなかったであろうときにはそのような意見をとる理由を、(iii)取締役が計算書類または連結計算書類に承認された会計基準に従うことによって真実かつ公正な概観を示すことができなくなるとして会計基準に従って作成しないことによる計算書類または連結計算書類に対する影響額を注記したときにはその事項に

---

37) 真実かつ公正な概観という概念の不確実性あるいは財務報告の概念の性質の把握の困難性のため、承認された会計基準を遵守しなかったことを理由として公訴を提起し、あるいは刑事罰を課すことは困難になったと認識されていた (Langfield-Smith [1990] p.25. See also National Companies and Securities Commission [1983] pp. 22-27)。

関する監査人の意見を、(iv)、(ii)にも(iii)にもあたらないときには、会計基準に従って作成しないことによる計算書類または連結計算書類に対する影響額を、それぞれ、監査報告書に記載しなければならないとした。

以上に加えて、85条による改正後1981年会社法285条11項は、会社または「他の会社の親会社である会社」の監査人は、会社の計算書類または「他の会社の親会社である会社」の連結計算書類が特定の適用されうる承認された会計基準に従って作成されていることが適当でないと考えられる場合または会社の計算書類または「他の会社の親会社である会社」の連結計算書類が特定の適用されうる承認された会計基準に従って作成されていない場合<sup>38)</sup>には、会社または「他の会社の親会社である会社」の取締役は会社法の規定により監査報告を提供してから7日以内に、審議会に対して監査報告書の写しを郵便で送付しなければならないものと定めた。

この場合には、審議会は、書面によって、当該会社または当該「他の会社の親会社である会社」に対して、通知を受けた後7日以内に、その計算書類または連結計算書類の写しを審議会に対して提供することを求めることができるものとされた(79条により新設された266F条1項)。

しかし、不遵守に対する制裁は会社・証券全国委員会が担うことが予定されており(Parker, Peirson and Ramsay [1987] pp. 243-244; Langfield-Smith [1990] pp. 19-25)、会社・証券全国委員会は、承認された会計基準の不遵守が会社法に違反する場合には、公訴を提起し、または1980年証券業法40条または1981年会社法574条に基づき差止めを請求できることとされていた<sup>39)</sup>。もっ

---

38) 承認された会計基準に従っていないにもかかわらず、真実かつ公正な概観を示しているという意見を監査人が有していても、この送付義務を監査人は負う。NCSC Media Release 47/87, *Auditors' Duties? Non-compliance with Approved Accounting Standards* (11 September 1987), reproduced in: *Butterworths Company Law Bulletin*, No.11, 1987, p.163.

39) 会計専門職業人団体による懲戒処分の対象となるだけでなく、会社・証券全国委員会またはその受任者の申立てにより、会社監査人・清算人懲戒審議会(CALDB)による監査人に対する懲戒処分の事由ともなった(Companies Code, s. 30D)。詳細については、たとえば、Langfield-Smith [1990] pp.19-21参照。

とも、会社・証券全国委員会は、まず、取締役に対して不遵守の事情についての説明を求め、その説明に満足しない場合であっても、会社の取締役が、これからは会社法の要求に従う旨を書面で約束し、会社法に従った計算書類を会社の株主に配布し、かつ、会社・証券全国委員会の受任者 (Delegate)<sup>40)</sup> にその計算書類を提出した場合には、刑事訴追を行わないという方針をとっていた<sup>41)</sup>。

### 6.3 「承認された会計基準」ではない会計基準

会計基準再検討審議会の求めに応じて、会社・証券全国委員会は、「承認された会計基準」ではない会計基準（会計専門職業人が公表した会計基準のうち、承認の手続きを経していないか、承認の手続きを経ている過程にあるもの）の法的位置づけを示した<sup>42)</sup>。すなわち、契約上の義務としては、会計基準再検討審議会の承認を受けたものであるか否かにかかわらず、オーストラリア会計士協会またはオーストラリア勅許会計士協会の会員である会計士、監査人、取締役及び会社秘書役はオーストラリア会計基準に従うべきであるとされていた。

もっとも、会計専門職業人が遵守すべきであると考えている会計基準書に含まれるある会計基準を会計基準再検討審議会が承認しないと決定する場合があります。McGregor [1985] p.68)、また、会計基準再検討審議会が承認した会計基準が指示する会計処理方法が会計専門職業人団体によって会計専門職業人が従うことを要求されている基準が指示する会計処理方法と異なることがありうるという問題点が指摘されていた (Peirson and Ramsay [1987] p.243)。

### 6.4 会計基準再検討審議会

会社・証券全国委員会からの報告書（通牒 405）をうけて、関係閣僚評議会

---

40) 具体的には、各州の会社問題委員会。

41) See NCSC Media Release 66/87, *Non-compliance with Approved Accounting Standards* (7 December 1987), reproduced in: *Butterworths Company Law Bulletin*, No.1, 1988, pp.4-5.

42) NCSC Media Release 10/84, *Status of Accounting Standards* (4 April 1984). See Coombe [1984] p.55; Editorial [1984] p.15.

は、1983年7月14日の決議により、会計基準再検討審議会を1984年1月1日付で設立することとし<sup>43)</sup>、審議会は、1人の非常勤の会長及び6人の非常勤の委員から成り、スタッフとしてのディレクターを1人置くものとされた(National Companies and Securities Commission [1985] p.58)。

オーストラリア会計士協会及びオーストラリア勅許会計士協会が推薦した名簿から、それぞれ、1人ずつ選任されることになっていたが、現実には、当初、選任された会長と6人の委員はすべてオーストラリア会計士協会またはオーストラリア勅許会計士協会の会員であり、会長として選任されたBottrill氏はオーストラリア会計士協会の会員であり、かつ、オーストラリア会計研究財団の役員であった<sup>44)</sup>。会社役員である者が5人、監査人が1人<sup>45)</sup>、学界関係者が1人という構成であったが、オーストラリア会計士協会のその時点での会長及び元会長及びオーストラリア勅許会計士協会の元会長(合わせて3名)含まれていた。学界は会計基準再検討審議会が政治的な影響を強く受けることを(Jager, Taylor and Craig [1982] p.2)、会計専門職業人は研究者が理想論を述べる場になることを、それぞれ、おそれていたため(cf. Walker [1987] p.272)、この構成を好意的に受け止めた(McKeon [1984] p.6)<sup>46)</sup>。

そして、会社・証券全国委員会の通牒401で想定されていたよりもはるかに広い役割を会計基準再検討審議会に与えられた<sup>47)</sup>。すなわち、会計基準再検

---

43) なお、1983年改正後1981年会社法は会計基準再検討審議会の存在を前提としてはいたものの、審議会の設立については定めていなかった。そこで、審議会を法律に基づいて設立すべきであったという批判も加えられた。Commonwealth of Australia, *Parliamentary Debates*, 1983 Senate, Vol. S. 100, The Commonwealth Government Printer, 1983, p.2682 [Peter Drew Durack]

44) 1987年1月1日以降の構成も同様のものであり、会長及び委員はすべてオーストラリア会計士協会またはオーストラリア勅許会計士協会の会員であり、会長のDroderはオーストラリア勅許会計士協会の会員であって、かつ、オーストラリア会計研究財団の役員であった。

45) 1986年1月1日以降は、監査人が2人、証券取引所関係者が1人、会社役員が3人、学界関係者が1人という構成になった。

討審議会には、会計基準の再検討及び承認の優先順位を決定する<sup>48)</sup>、会計基準の開発を後援する、付託された会計基準を再検討する、専門家の助言を求め、提案されている会計基準を承認すべきか否かについて公聴会を開催する、パブリック・コメントを求める、及び、会計基準を承認するという権限が与えられた (Accounting Standards Review Board [1984] p.4; Accounting Standards Review Board [1985] p.4)。

## 7 1989年会社法

1989年会社法9条a号は、3.6節及び3.7節において「審議会」とは会計基準再検討審議会をいうものと定め、283条は、審議会は、会社法と整合しないものではない、3.6節及び3.7節にいう成文化された会計基準 (written accounting standard) を策定することができるものと定めていた (ただし、議会による不許容に服する。同条2項。後述8.3参照)。

297条により会社規則に従うことが要求されることに加え、1981年会社法と同様、1989年会社法298条1項が、会社の取締役は適用される会計基準に従って会社の年度財務諸表が作成されるようにしなければならないと定める一方で、2項では、第1項にかかわらず、会社の年度財務諸表が、特定の適用される会計基準に従って作成したとしたら、財務諸表が対象とすべき事項につき真実かつ公正な概観を示すことができない場合には、取締役はその会計基準に

---

46) 関係関係評議会が会計基準再検討審議会を創設するにあたっては、幅広い層を代表する者から構成されることを予定していたが (6.1参照)、結局、それは実現されなかったと評価されている (たとえば、Walker [1987] pp.269 and 284; Craig and Clarke [1993] pp.54 and 57)。

47) Walker [1987] p.271. なお、Walkerは「関係関係評議会の最終決定は初期の提案で示されていたよりもASRBのより行動家的な役割を想定していたように思われる。」と評している (Walker [1987] p.272)。

48) 会計専門職業人団体は、会計基準再検討審議会が会計基準設定の優先順位を定める権限を有すべきではなく、オーストラリア会計研究財団が合意した優先順位によるべきであると主張していた (Walker [1987] p.272)。

従って財務諸表を作成するようにする必要はないと定められていた。

これを前提として、301条6項は、取締役は財務諸表の添付書類に計算書類がすべての適用されうる会計原則に従って作成されたか否かを記載しなければならないとし、同条8項は、計算書類が特定の適用されうる会計原則に従って作成されなかった場合には、取締役は財務諸表の添付書類に、その会計基準に従って作成すると計算書類が対象とすべき事項につき真実かつ公正な概観を示さないことになる理由を記載し、かつ、その会計基準に従って作成しなかったことによる財務的影響額を示さなければならないと定めていた。

また、332条3項は、監査人は、監査人の意見によれば、計算書類、及び、会社が連結計算書類を作成しなければならない会社である場合には連結計算書類が、それぞれ、対象とすべき事項についての真実かつ公正な概観を示すように、会社法及び適用されうる会計原則に従って、計算書類・連結計算書類が正しく作成されているか否か（a号）、特定の適用されうる会計基準に従って作成されていないときには、(i)その計算書類または連結計算書類が、その会計基準に従って作成されたとすれば、監査人の意見によれば、計算書類または連結計算書類が対象とすべき事項につき真実かつ公正な概観を示すことになったか否かを、(ii)監査人の意見によれば、従って作成しても、計算書類または連結計算書類がそれらの事項についての真実かつ公正な概観を示さなかったであろうときにはそのような意見をとる理由を、(iii)取締役が計算書類または連結計算書類にその会計基準に従うことによって真実かつ公正な概観を示すことができなくなるとして会計基準に従って作成しないことによる計算書類または連結計算書類に対する財務的影響額を注記したときにはその財務的影響額に関する監査人の意見を、(iv)、(ii)にも(iii)にもあたらないときには、会計基準に従って作成しないことによる計算書類または連結計算書類に対する財務的影響額を、それぞれ、監査報告書に記載しなければならないとした（b号）。そして、正しく作成されていないあるいは特定の適用されうる会計基準に従って作成されていないと考える場合には、監査報告書にその理由を示さなければならないとされた（e号）。

以上に加えて、1983年改正後1981年会社法と同様、332条11項は、会社の監査人は、会社の計算書類または連結計算書類が特定の適用されうる会計基準に従って作成されていることが適当でないと考えられる場合または会社の計算書類または連結計算書類が特定の適用されうる会計基準に従って作成されていない場合には、会社の取締役が会社法の規定により監査報告を提供してから7日以内に、審議会に対して監査報告書の写しを郵便で送付しなければならないものと定めていた。また、この場合には、審議会は、書面によって、当該会社に対して、通知を受けた後7日以内に、その計算書類または連結計算書類の写しを審議会に対して提供することを求めることができるものとされていた（287条）。

## 8 1991年会社法改正

### 8.1 会計基準からの離脱の禁止

1991年会社法改正法（Corporations Legislation Amendment Act 1991）により、1989年会社法298条及び299条が改正され、真実かつ公正な概観を示すために承認された会計基準から離脱することは認められないものとされた<sup>49)</sup>。すなわち、298条2項は削除され、299条1項は、297条及び298条にしたがって作成された、ある会計年度の会社の財務諸表がそれでは本節により対照とすることが求められる事項につき真実かつ公正な概観を示さない場合には、取締役はそれらの事項の真実かつ公正な概観を示すように、情報及び説明を追加しなければならないと定めるにいたった<sup>50)</sup>。

また、改正前332条3項に相当する規定として、331B条が新設されたが、改正前332条3項(b)に相当する規定は設けられなかった。すなわち、監査報告書には、監査人の意見によれば、対象とすべき事項についての真実かつ公正な概

---

49) Soh [1989] p.1. *See also* Tweedie [1988]. なお、Walker [1993] p. 107によると、オーストラリア証券委員会は1992年に16の会社または信託を調査し、複数の取締役が真実かつ公正な概観の要求に違反したとされた。

50) これに伴って、301条6項及び8項によって要求されていた記載・説明は不要とされた。

観を示すように、会社法及び適用されうる会計原則に従って、財務諸表が正しく作成されているか否かを記載しなければならないとしていた（改正後331B条1項）。そして、監査人の意見によれば、財務諸表が特定の適用されうる会計基準に従って作成されていない場合には、監査報告書には、その会計基準に従って作成されていないことによる財務的影響額を示さなければならないとされ（同条2項）、正しく作成されていないあるいは特定の適用されうる会計基準に従って作成されていないと考える場合には、監査報告書にその理由を示さなければならないとされた（同条3項）。

これは、会計基準に従うことによって真実かつ公正な概観を示すことができなくなる場合には取締役は会計基準に従って財務諸表を作成することを要しない旨を定める改正前298条は、一部の会社に、適用されるべき適切な会計基準に従うより、より一般的でよりあいまいな「真実かつ公正」テストに依拠して、うさんくさい会計処理方法を適用する余地を与えていたという認識<sup>51)</sup>に基づくものである（趣旨説明書のパラグラフ32)<sup>52)</sup>。

## 8.2 オーストラリア証券・投資委員会による適用除外の許可

1989年会社法313条1項は、会社の取締役は、オーストラリア証券委員会に対して、その取締役、その会社またはその会社の監査人について、計算書類もしくは連結計算書類またはその監査または会社法上要求されている報告書に関

---

51) See also Peirson and Ramsay [1987] p.243; McGregor [1992] pp.69-70 ; Deegan et. al [1994]. なお、会社・証券全国委員会の議長であった *Bosch* は、「会社の取締役会が、その見解によれば、ある会計処理が真実かつ公正な概観を示すという決定を行い、公認された監査人がその計算書類に署名するというのであれば、裁判所は取締役会のビジネス・ジャッジメントを覆すことには躊躇するであろう」と指摘していた (*Bosch* [1990] p.122)。

52) このような立法に対しては、離脱規定がスケープゴートとされたと評価する見解も有力である (*Craig and Clarke* [1993] p.59)。また、*Clarke and Craig* [1992] p.129 は、この改正により、「会社はいまや定められた会計基準に従わなければならない。そうすることが真実でも公正でもない、説明できるものでもなく役に立つものでもない結果を生じさせるとしても、いまや創造的会計が強制されているのだ！」と指摘している。

する会社法の特定の要求事項に従わないことを認める命令を発することを申請することができるものと定めていたし、2001年会社法340条1項も同様に定めている。したがって、オーストラリア証券委員会<sup>53)</sup>の命令を得れば、会計基準再検討審議会（現在ではオーストラリア会計基準審議会）の公表した特定の承認された会計基準（現在では会計基準）に従わずに計算書類または連結計算書類を作成することができたし、できる。

会社の取締役がそのような申請をすることは少なくなく、たとえば、1991年及び1992年には、QBE保険グループ及びNRMAが、それぞれ、それに従うと計算書類がかえってミスリーディングになることを理由に、AASB1023「一般保険事業の財務報告」のパラグラフ23<sup>54)</sup>の適用除外を求めたという事案がある。もっとも、オーストラリア証券・投資委員会がそのような命令を発することはまれである<sup>55)</sup>。

### 8.3 議会による会計基準の不許容

会計ルールに対する民主主義的統制という観点から（前述6.1と対照）、1989年会社法283条2項<sup>56)</sup>は、会計基準再検討審議会がある会計基準を会社法と整合しないものではないとしたときは、その会計基準を1901年法律の解釈に関する法律46A条（当時）<sup>57)</sup>にいう許容されないものとするのできる文書（disallowable instruments）であると定めた。すなわち、会計基準再検討審議会はその会計基準を連邦の官報で公告し、そのようにして発行された会計基準は公告の日または会計基準再検討審議会が定めた別な日から適用されるが、その会計基準は連邦議会の両院において15会議日にわたって検討の対象とされ、上院または下院はその期間内にその基準を許容されないものとする旨

53) 当然のことながら、オーストラリア証券委員会がオーストラリア証券・投資委員会とされた後は、オーストラリア証券・投資委員会に対して命令の申請をすることとされている。

54) 会社または会社グループの一般保険事業に不可欠な投資は貸借対照表日における純市場価値で測定しなければならない、そのような投資の測定額の変動はその変動が生じた会計年度の損益計算書に収益または費用として計上しなければならないとするものである。

の決議をすることができる」とされていた。

現実にも、2000年2月17日には上院はAASB1015「資産の取得」のうちの一部の条項（パラグラフ6.3及び6.4）の適用を認めないものとした<sup>58)</sup>。すなわち、AASB1015は、内部的な再編による資産の取得の際に公正価値で記録しても、帳簿価額で記録してもよい<sup>59)</sup>という選択肢を認めていたが、公正価値による記帳のみを認めるとしたものである<sup>60)</sup>。

---

55) QBEの事案においては、オーストラリア証券委員会がそのような適用除外を認めなかったため、行政不服審査法（Administrative Appeals Tribunal Act）に基づいて、ASCの判断を再検討することを求めて連邦裁判所にQBE保険グループ等が訴えを提起したが、連邦裁判所はその請求を棄却した（*QBE Insurance Group Ltd. v. ASC* (1992) 110 A.L.R. 301）。その理由としては、AASB1023のパラグラフ23に従って作成された財務諸表は会社法との整合性を欠くものではなく、虚偽でもミスリーディングでもないこと、会社の取締役は真実かつ公正な概観を示すために説明あるいは注記をすることができること、裁判所としては、AASB1023に含まれている会計実務が最も広く受け入れられているかどうか、あるいは最も賢明な基準であるかどうかは検討しておらず、それが法において有効であるか否かのみを判断していること、未実現損益を認識する会計処理が望ましいか否かについては意見が分かれうるが、そのことから直ちに会計基準が会社法の要求に反するものであるということにならないこと、AASB1023はある者の目には急進的であると映るかもしれないが、そのことがこの会計基準を法において無効なものとする（vitiate）ことにはならないこと、発展しつつある、それによって「利益」が決定される会計基準に会計上の概念やビジネスのニーズの変化は反映されること、QEBが主張する7年間で平準化するという方法自体も、未実現損益を操業損益に含めるという点では1年か7年かの差があっても違いがないこと、などが指摘されていた。

これは、裁判所も、会社法の下での財務報告の枠組みにおいては、会計基準を重視するという姿勢を採用していることの表れであると評価できる。

56) 1990年会社法改正法により、首都特別地域については1989年会社法32条2項、それ以外の法域については1989年会社法82条が定めるCorporations Lawの283条2項。

57) 2003年法律第140号により、46B条が許容されないものとすることができる「立法的でない（non-legislative）」文書（instruments）について定めるようになった。

58) See Commonwealth of Australia, *Parliamentary Debates*, 2000 Senate, Vol. S. 201, The Senate, 2000, pp.11967-11974. これは、会計基準との関係で、議会在初めて権限を行使したものである。

## 9 会社法経済改革プログラム (CLERP) とオーストラリア会計基準審議会

### 9.1 1999年会社法経済改革プログラム法

1999年会社法経済改革プログラム法 (Corporate Law Economic Reform Program Act 1999) では、オーストラリア会計基準委員会という表現が採用されなかったなど、ディスカッション・ペーパー第1号「会計基準—オーストラリア企業にとっての国際的機会の構築 (Accounting Standards ? Building International Opportunities for Australian Business)」(Commonwealth of Australia [1997]) とは若干異なる規定ぶりになったものの、財務報告評議会 (FRC) が創設され、オーストラリア会計基準審議会は政府の一機関という位置づけになった。すなわち、1999年会社法経済改革プログラム法によって、1989年オーストラリア証券・投資委員会法の Part 12 が改正された。

#### 9.1.1 財務報告評議会

オーストラリアにおける会計基準の設定過程を監視し、国際的な会計基準設定においてオーストラリアが関与することを任務とする財務報告評議会 (FRC) が創設されるものとされた (225条1項)。すなわち、オーストラリア会計基準審議会は一般的に財務報告評議会の指示に従うものとされ、財務報告評議会は、オーストラリアにおける会計基準設定の過程を後半に監視し、設定過程について大臣に報告し、助言するほか、オーストラリア会計基準審議会の委員 (会長

---

59) 会計基準において、このような選択肢が認められた背景には、経済界からのロビイングと大会計事務所が帳簿価額法を支持していたことがある (Ravic [2000] p.17)。

60) もっとも、帳簿価額法を選択肢として認めることについては、公開草案の段階で、証券・投資委員会が反対していた。また、AASB1015は、会計基準審議会 (AASB) において、5対4で採択されたものであり、公表された詳細な反対意見 (このような詳細な反対意見が公表されたことは始めてであった) が理論的には妥当であると上院が判断したというかなり特殊なケースであった。

を除く)を選任すること、オーストラリア会計基準審議会の優先順位、事業計画、予算及びスタッフについての取決めを承認し、モニターすること、オーストラリア会計基準審議会の広範な戦略的方向を決定すること、オーストラリア会計基準審議会にその戦略的方向について指示を与え、オーストラリア会計基準審議会の一般的な方針及び手続きに関する事項について助言し、フィードバックすること、国際的な会計基準及び主要な国際的な金融センターにおいて適用される会計基準の発展をモニターし、国際的な発展に適切に考慮を払いつつ世界的に用いられる1組の会計基準の開発を促進すること、オーストラリア会計基準審議会のために資金調達の状態、資金調達の取決めをモニターし、定期的に再検討すること、コメントを得る適切な仕組みの実効性を確立することなどを任務とするものとされた(225条2項)。他方、会計基準の作成に関しては、オーストラリア会計基準審議会に対する財務報告評議会の権限は制約され、財務報告評議会は特定の会計基準の開発または策定に関してオーストラリア会計基準審議会に指示を与える権限を有しないし、オーストラリア会計基準審議会が策定または推奨した会計基準に対して拒否権は有しないものとされた(225条5項6項)。このような制約は、会計基準の設定過程におけるオーストラリア会計基準審議会の独立性を担保するためである<sup>61)</sup>。したがって、このような制約とオーストラリア会計基準審議会の広範な戦略的方向を設定する権限<sup>62)</sup>との折り合いをどのように図るのかは問題として残っている(Brown and Terca [2001] p.286)。

### 9.1.2 オーストラリア会計基準審議会の改組

オーストラリア会計基準審議会は、「会計基準としての効力を有しない」概念フレームワークを提案された会計基準及び国際的基準を評価するために開発

---

61) See Financial Reporting Council and Australian Accounting Standards Board [2002] p.14.

62) この権限に基づいて、オーストラリアは2005年1月までに国際的な会計基準を採用するという方針を財務報告評議会は示した。

すること、全国スキームのために会社法334条の下で会計基準を作成し、また他の目的のために会計基準を策定すること<sup>63)</sup> <sup>64)</sup>、及び、世界中で用いられる1組の会計基準の開発に参加し、貢献することなどを任務とする<sup>65)</sup> 法人とされた(226条・227条1項)。これによって、オーストラリア会計研究財団は会計基準設定過程に直接的な影響を及ぼすことがなくなり、公会計基準審議会が廃止され、かつ、緊急問題検討グループは財務報告審議会・オーストラリア会計基準審議会がコントロールすることとなったため、会計基準設定過程における専門職業人の役割は大幅に減少した。

## 9.2 2001年会社法及び2001年オーストラリア証券・投資委員会法の下での会計基準の法的地位

高等法院の判決 (*Re Wakim; ex parte McNally* (1999) 163 A.L.R. 270; *The Queen v Hughes* (2000) 171 A.L.R.155) に対応するため、各州において、Corporations (Commonwealth Powers) Act<sup>66)</sup> が制定され<sup>67)</sup>、この授権に基づ

---

63) 229条は、オーストラリア会計基準審議会によって作成されまたは策定される会計基準が一般的に適用されることも限定的にあるいは時と場所と状況によって異なって適用されることもあるとし、オーストラリア会計基準審議会は会計基準の作成及び策定にあたって異なったタイプの事業体へのその基準の適合性を考慮に入れなければならないと定め、異なった事業体には異なった会計上の要求事項を適用することができると定めている。また、231条は、国際的な会計基準を公表する場合を除き、費用・便益分析をしなければならないと定めている。

64) 227条4項は、オーストラリア会計基準審議会は国際的な会計基準を公表することによって、会計基準を作成または策定ができると定めている。

65) 227条6項は、連邦の立法権を超えない範囲において、役割と権限を本節は付与すると定めている。

66) New South Wales: Corporations (Commonwealth Powers) Act 2001 (Act 1 of 2001); Queensland: Corporations (Commonwealth Powers) Act 2001 (No.43 of 2001); South Australia: Corporations (Commonwealth Powers) Act 2001 (No.21 of 2001); Tasmania: Corporations (Commonwealth Powers) Act 2001 (Act 39 of 2001); Victoria: Corporations (Commonwealth Powers) Act 2001 (No. 6 of 2001); Western Australia: Corporations (Commonwealth Powers) Act 2001 (7 of 2001).

いて、連邦法として2001年会社法が制定され、かつ、1989年オーストラリア証券・投資委員会法に代わるものとして2001年オーストラリア証券・投資委員会法が制定された。

1989年会社法と同様、2001年会社法のPart 2M.3は一定の事業体に対して財務報告を作成することを義務付け、一定の会社を除き、その財務報告は会計基準に従わなければならないものと定められている(296条1項)。財務諸表及びその注記は、会社等の財務状況及び業績、及び、連結財務諸表の作成が求められる場合には連結対象事業体の財務状況及び業績について会計年度における真実かつ公正な概観を示すものでなければならないとされているが(297条)、297条は、財務報告は会計基準を遵守してなされなければならないという296条の下での義務には影響を与えないとされている<sup>68)</sup>。

そして、2001年会社法334条は、オーストラリア会計基準審議会が、立法的文書という形式で(後述9.3参照)、会社法にいう会計基準を作成する権限を有するものとしている。もっとも、335条は、Part 2M.5は会計基準に持分法会計(equity accounting)の原則を反映させることを妨げるものではないと明示的に規定している。また、会計基準が会社法と首尾一貫しないように解釈される場合であっても、それ以外の部分は有効であると規定されている(338条)。

### 9.3 議会による会計基準の不許容

議会の議決により、会計基準が法的な効力を有しないものとする事ができるのは、1989年会社法の下と同じである。すなわち、1989年会社法283条2項に相当する条文は、2001年会社法の下でも維持されていたが、Financial Sector Legislation Amendment (Simplifying Regulation and Review) Act 2007(2007年法律第154号)のSchedule 4の18によって削除され、16及び17によ

---

67) 詳細については、たとえば、Williams [2002] p.166参照。

68) 会計基準に従って作成した財務諸表及びその注記が真実かつ公正な概観を示さない場合には、追加的情報を注記において開示しなければならないものとされていることも(295条3項c号)、1991年改正後1989年会社法と同じである。

って334条1項が、“The AASB may, *by legislative instrument*, make accounting standards for the purposes of this Act.”（斜体部分が変更箇所）と定めるにいたった。これは、趣旨説明書では、「改正は、「1901年法律の解釈に関する法律46A条にいう許容されないものとすることができる文書（instrument）」、「書面で行わなければならない」、「書面による決定」を「立法的文書（legislative instrument）」と置き換えるものであって、「立法的文書」には1901年法律の解釈に関する法律よりも2003年立法的文書法が定める要件が適用される。これらは、1901年法律の解釈に関する法律を2003年立法的文書法と置き換えるものである」と説明されている（para.4.3）。なお、2003年立法的文書法5条1項が「立法的文書」を定義しており、書面による文書であって、立法性格を有し、議会によって授権された権限の行使によって作成され、または作成されるものをいうとされている。そして、同条2項は、ある特定の事案における法の適用ではなく、法を決定しまたは法の内容を決定し、かつ、特権または利益に影響を与え、義務を課し、権利を創設し、権利義務を変更しまたは消滅させる直接または間接の効果をもつ場合には立法性格を有すると解されるとする<sup>69)</sup>。この改正により、2005年1月1日以降、会社法334条に基づき、オーストラリア会計基準審議会が作成した会計基準は2003年立法的文書法の適用を受けることになり、会計基準は立法的文書の連邦登録簿に立法的文書として登録されなければならない（24条）、会計基準はあらかじめ定められた日（通常は登録日前の日ではない）または会計基準が登録された翌日から効力を有することになり（12条）、会計基準が登録された後6会議日にわたって上院と下院において検討の対象とされなければならない（38条）。そして、会計基準は上院または下院において許容されないものとされる可能性があり、会計基準の撤回、差し替えまたは修正が許容されないものとされたときには、以前の会計基準が法的効力を有することになる。

---

69) 詳細については、たとえば、Pearce and Argument [2005] pp.141-144（[13.34]-[13.39]）参照。

## 引用文献一覧

- Accounting Standards Review Board [1984] *Release 400: Accounting Standards Criteria*
- Accounting Standards Review Board [1985] *Release 200: Procedures for the Approval of Accounting Standards*
- Australian Society of Accountants [1973] Pronouncement of General Council, *The Australian Accountant*, vol. 43, no. 6: 341
- Balmford, J.D. [1974] Accounting Standards, *The Chartered Accountant in Australia*, vol. 44, no. 11: 4-10
- Baxt, R. [1970] True and Fair Accounts ? A Legal Anachronism, *Australian Law Journal*, vol.44, no. 11: 541-551
- Birkett, W.P. and R.G. Walker [1971] Response of the Australian Accounting Profession to Company Failure in the 1960s, *Abacus*, vol. 2, no.2: 97-136
- Bishop, J. [1978] "A Challenging Year", *The Chartered Accountant in Australia*, vol.46, no.6: 3
- Bosch, A. [1990] *The Workings of Watchdog*, William Heinemann Australia
- Brown, P. and A. Terca [2001] Politics, Processes and the Future of Australian Accounting Standards, *Abacus*, vol. 37, no.3: 267-296
- Chambers, R. J., T. Sri Ramanathan and H.H. Rappaport [1978] *Company Accounting Standards. Report of the Accounting Standards Review Committee*, NSW Government Printer.
- Clarke, F.L. and R.J. Craig [1992] Are Current Accounting Practices Ready for Workplace Bargaining?, in: Australian Centre for Industrial Relations Research and Teaching (ACIRRT), University of Sydney and Centre for Economic Policy Research (CEPR), Australian National University (eds.), *National Wages Policy and Workplace Wage Determination - the critical issues* (Proceedings from National Wages Policy and Workplace Wage Determination - the Critical Issues Conference, held in Melbourne, May 28th and 29th 1992, organised by ACIRRT & CEPR), University of Sydney, ACIRRT
- Commonwealth of Australia [1997] *Accounting Standards ? Building International Opportunities for Australian Business*  
< <http://www.treasury.gov.au/documents/281/PDF/full.pdf>>
- Coombe, B. [1984] NCSC Outlines Accountants' Obligations, *Australian Financial Review*, April 5: 1 and 6
- Craig, R.J. and F.L. Clarke [1993] Phases in Australian Accounting Standards Setting: Control, Capture, Co-existence and Coercion, *Australian Journal of Corporate Law*, vol. 3, no. 1: 50-66
- Deegan, C., P. Kent and C. J. Lin [1994] The True and Fair View: A study of Australian auditors' application of the concept, *Australian Accounting Review*, vol. 4, no. 1: 2-12
- Editorial [1961] Current Topics, Uniformity in Company Law, *Australian Law Journal*,

- vol.34, no. 9 :245-246
- Editorial [1984] Status of Accounting Standards, *The Chartered Accountant in Australia*, vol. 54, no. 10: 15
- Financial Reporting Council and Australian Accounting Standards Board [2002] *Annual Reports 2001-2002*
- Fitzgerald, A.A. and G.E. Fitzgerald [1960] *Form and Content of Published Financial Statements*, 2nd ed., Butterworths
- Godfrey, J., A. Hodgson, and S. Holmes [2000] *Accounting Theory*, 4th ed., John Wiley & Sons
- Graham, A.W. [1978] *Without fear or favour : a history of the Institute of Chartered Accountants in Australia, 1928-1978*, Butterworths
- Heazlewood, C.T. [1971] True and fair and the Companies (Amendment) Bill 1970, *The Chartered Accountant in Australia*, vol. 41, no.10: 12-14.
- The Institute of Chartered Accountants in Australia [1948a] Accounting Principles, *The Chartered Accountant in Australia*, vol. 18, no.9: 606
- The Institute of Chartered Accountants in Australia [1948b] Annual Meeting of Members, *The Chartered Accountant in Australia*, vol. 19, no.6: 447-452
- Johnston, T.R., M.O. Jager and R.B. Taylor [1979] *The Law and Practice of Company Accounting in Australia*, 4th ed., Butterworths
- Kelly, K. [1982] Accountants Hit Back against Govt Controls, *Australian Financial Review*, October 5: 1 and 6
- Langfield-Smith, I. [1990] Enforcing Accounting Standards in Australia, *Company and Securities Law Journal*, vol.8: 5-25
- McGregor, W.J. [1985] New ASRB approved accounting standards, Legal Backing for the Profession's Standards, *The Australian Accountant*, vol. 55, no. 11: 67
- McKeon, A. [1976] Communication in Annual Reports, *The Australian Accountant*, vol. 46, no. 7: 420-423
- Morley, B.A. [1979] Administering the Law on Company Accounts: Current Policy and Trend, *The Chartered Accountants in Australia*, vol. 50, no. 6: 29-36
- National Companies and Securities Commission (NCSC) [1983] *'A True and Fair View' and the Reporting Obligations of Directors and Auditors*, Australian Government Publishing Service
- National Companies and Securities Commission [1985] *Fifth Annual Report and Financial Statements, 1 July 1983 to 30 June 1984*, Australian Government Publishing Service
- Parker, R.H., C.G. Pierson and A.L. Ramsey [1987] Australian Accounting Standards and the Law, *Company and Securities Law Journal*, vol.5, 231-246
- Pearce, D.C. and S. Argument [2005] *Delegated Legislation in Australia*, 3rd ed.,

LexisNexis Butterworths

- Pierson, G. and A.L. Ramsey [1983] A Review of the Regulation of Financial Reporting in Australia, *Company and Securities Law Journal*, vol.1: 286-300
- Paterson, W.E. and H.H. Ednie [1972-] *Company Law*, 2nd ed., Butterworths
- Professional Standards Review Committee, Institute of Chartered Accountants in Australia [1979] Criticism, Independence and Discipline. The Report of the Professional Standards Review Committee, *The Chartered Accountant in Australia*, vol. 49, no. 9: 65-73
- Rahman, A. [1992] *The Australian Accounting Standards Review Board: The Establishment of Its Participative Review Process*, Garland Publishing
- Ravlic, T. [2000] When politicians step in, *Accounting & Business*, vol. 3, no.4 : 16-17
- Redmond, P. [1992] *Companies and Securities Law*, 2nd ed., Law Book Company
- Ryan, F.J.O. [1967] A True and Fair View, *Abacus*, vol. 3, no. 3: 95-108
- Ryan, F.J.O. [1974] A True and Fair View Revisited, *The Australian Accountant*, vol. 44, no. 1: 8-16
- Ryan, F.J.O. [1977] A Commentary on John D. Balmford's 'Accounting Standards - Developments and Prospects since 1972', *The Australian Accountant*, vol. 47, no. 9: 556-561
- Rylah, A.G., N.H. Bowen and R.W. Fox [1961] Correspondence, Uniform Company Law, *Australian Law Journal*, vol.35, no.2: 53-54
- Slater, A.H. [1986] The Accounts Provisions and Accounting Standards, in: Austin, R.P. and R.Vann (eds.), *Law of Public Company Finance*, Law Book Co.: 100-111
- Soh, D. [1989] AARF hits out at NCSC's 'veto power', *New Accountant*, 18 May 1989: 1
- Stokes, D.J. [1982] Ensuring Adherence to Accounting Standards in the Accounts, *Company and Securities Law Journal*, vol.1: 7-15
- Trigg, F.E. [1950] The Profession's Attitude to Disclosure, *The Chartered Accountant in Australia*, vol.21, no.4: 201-219
- Tweedie, D. [1988] True and Fair v. The Rule Book: Which is the Answer to Creative Accounting, *Pacific Accounting Review*, vol. 1, no. 1: 1-21
- Walker, L.R. [1984] *A 'True and Fair' View and the Reporting Obligations of Directors and Auditors*, Australian Government Publishing Service
- Walker, R.G. [1987] Australia's ASRB - a case study of political activity and regulatory 'capture'. *Accounting and Business Research*, vol.17, no. 67: 269-286
- Walker, R.G. [1993] A Feeling of Déjà Vu: Controversies in Accounting and Auditing Regulation in Australia, *Critical Perspectives on Accounting*, vol. 4, issue 1: 97-109
- Williams, G. [2002] Cooperative federalism and the revival of the Corporations Law: Wakim and beyond, *Company and Securities Law Journal*, vol. 20, no. 3: 160-171
- Zeff, S.A. [1973] *Forging Accounting Principles in Australia*, Society Bulletin No.14, Australian Society of Accountants

科学研究費補助金基盤研究(B)「商事法における会計基準の受容」(平成19年度～平成20年度)(課題番号19330019)による研究成果の一部である。なお、フル・ペーパーは<http://www.sakura.cc.tsukuba.ac.jp/~kigyoho/australia.pdf>において公開している。



## 論説

# 公正取引委員会の審判廃止がもたらすもの

平 林 英 勝

はじめに

- 1 審判制度の意義と性質の変更に伴う問題点
    - ア 審判制度の意義と性質の変更の経緯
    - イ 事前手続としての審判へすべて復帰すべきこと
    - ウ 排除措置命令によって違反行為を早期に排除できるか
    - エ 「裁判官と検察官との一人二役」論について
  - 2 審判廃止に伴う問題点
    - ア 事件審査能力の低下
    - イ ルール形成（法創造）機能の喪失
    - ウ 法施行体系全体への影響
  - 3 公正取引庁へ？
- おわりに

はじめに

日本経団連は、昨年11月、公正取引委員会（以下「公取委」という。）の審判の廃止を提言した。その趣旨は、公取委が自ら行った行政処分の当否を自らの審判において判断するのは公正な審理ができないから、公取委の処分に対して直接地方裁判所に提訴できるようにすべきであるというものである<sup>1)</sup>。

---

1) (社)日本経済団体連合会「独占禁止法の抜本改正に向けた提言—審査・不服申立ての国際的イコールフットィングの実現を」（2007年11月20日）（日本経団連HP参照）。

日本経団連の提言は、自由民主党独禁法調査会によって支持され<sup>2)</sup>、公取委もこのような批判を受けて、一部の違反行為について審判を事前手続として残すものの、審判手続を廃止することとし、今次独占禁止法改正案に審判制度の改正を盛り込む方針を固めたことが伝えられた<sup>3)</sup>。

独占禁止法改正法案は、与党との調整を経て、平成20年3月11日閣議決定され、国会に提出されたが、審判制度に関しては、附則19条に次のように規定された。

「政府は、私的独占及び公正取引の確保に関する法律の審判手続に係る規定について、全面にわたって見直すものとし、平成二十年度中に検討を加え、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものとする。」

これにより、本年度中に政府によって審判手続の全面的な見直しが行われることになったが、既に与党や民主党は審判の一部または全部の廃止を主張している<sup>4)</sup>。そこで、本稿では、審判の廃止が独占禁止法の施行や公取委にどのような影響をもたらすと考えられるか検討することとする。その際、審判廃止と密接に関連する審判手続の事後化や排除措置命令の導入を図った平成17年法改正の問題点も検討しなければならない。

## 1 審判制度の意義と性質の変更に伴う問題点

### ア 審判制度の意義と性質の変更の経緯

はじめに審判制度の意義について、簡単に触れておこう。公取委の審判制度は、独禁法制定以来長い間、行政処分の手前手続としての審判であった。

事前手続としての審判制度を独禁法が採用したのは、もともと独禁法が複雑

---

2) 平成19年12月12日付朝日新聞夕刊記事「公取委審判「廃止」を」、同日付日本経済新聞夕刊記事「公取委の審判制度廃止で合意」。

3) 平成20年1月25日付日本経済新聞記事「公取委、不服審判を廃止」、同2月15日付日本経済新聞記事「独禁法改正案 課徴金、不当表示も対象」。

4) 民主党が審判全廃を検討していることについて、平成20年3月12日付日本経済新聞記事「消費者・中小企業保護に軸足」。

な経済現象を対象とし企業活動に多大の影響を及ぼすことから、相手方の主張も十分聞くよう、裁判類似の審判という慎重な手続（準司法的手続）を経て、公正な判断をすることにしたからである<sup>5)</sup>。それによって、政策形成に配慮しつつ<sup>6)</sup>、経済活動のルールを形成していくことをめざしている。

のみならず、公取委という合議制の専門機関を設け、専門機関としての公取委の判断（審決）を尊重するため、公取委の審決に対する不服は東京高裁に提訴することとした（法85条。審判は第一審相当）。かつ審決の事実認定に実質的証拠があるときは、裁判所を拘束するものとし（実質的証拠の法則、法80条）、審判に提出しなかった新証拠は原則として裁判所に提出できないこととした（証拠提出の制限、法81条）。独禁法は、公取委に専門機関として他の行政庁にはみられない高い地位を与えたのである<sup>7)</sup>。

公取委は、平成17年の独禁法改正の際、専門機関としての地位を維持しつつ、審判をこのような事前手続から事後手続に性質を変更した。その理由としては、事業者が勧告に応諾しない場合審判が開始されるが、審判が終了し審決が行われるまで当該事業者による違反行為が継続することに対処するためであると説明された<sup>8)</sup>。すなわち、従来の勧告審決制度に代えて、早期に排除措置がとりうる行政処分として執行力のある排除措置命令制度を新たに導入するとともに、審判はその排除措置命令に不服がある場合に行われることになったの

---

5) 石井良三「独占禁止法（改訂再版）」（昭和23年）350頁。

6) たとえば、平成に入ってから、公取委は、入札談合を含むハードコア・カルテルや競争者排除行為に厳しい姿勢を採り、他方、合併や（再販を除く）垂直的制限に対しては比較的ゆるやかになっているといえよう。これは、経済の停滞に対する市場原理の強化の必要や経済のグローバル化などを反映した公取委の政策の変化とみることができる。

7) 公取委が専門機関であることは、裁判所も認めている。郵便区分機事件最高裁判決（平成19年4月19日）は、既往の違反行為に対する排除措置の必要性に関して「独禁法の運用機関として競争政策について専門的知見を有する上告人〔公取委―筆者注〕の専門的裁量が認められるものというべきである」と述べている（ビームス事件東京高裁判決（平成19年10月12日）も同旨）。

8) 諏訪園貞明「平成17年改正独占禁止法」（平成17年）31頁。

である。また、この頃審判が増大したことから、事後手続化によって公取委の負担を回避することもねらいとしていた。

今回審判廃止の主張が行われるようになったのは、平成17年法改正による審判の事後手続化に起因している<sup>9)</sup>。

### イ 事前手続としての審判へすべて復帰すべきこと

審判廃止論は、冒頭に記したように、公取委が行った排除措置命令を自ら再審査する事後手続では公正な審理を期待できないというものである。とはいえ、事案の究明及び手続的権利の保障の面からみて、事後手続よりも事前手続としての審判のほうが優れているのはいうまでもない。企業にとっても簡易な意見申述・証拠提出の手続のみでいきなり執行力のある行政処分を受ける現行事後審判手続よりもはるかに好ましい。とりわけ、排除措置の内容は企業にとり重大な影響を及ぼすことがあるし、課徴金も極めて高額なものとなることを考えればなおさらである<sup>10)</sup>。審判の事後手続化は、適正手続の後退として問題があったことは否定できない<sup>11)</sup>。

昨年之内閣府の独禁法基本問題懇談会報告書が指摘するように<sup>12)</sup>、事前手

---

9) 事後手続化の問題点については、拙稿「手続規定に関する見直しについての問題点—適正手続の保障の後退」判タ1140号（平成16年）27頁（拙著「独占禁止法の解釈・施行・歴史」（平成18年）第3章第2節所収）。

10) 排除措置命令・課徴金納付命令の重大性にかんがみると、現行の意見申述・証拠提出手続は行政手続法が求める水準すら満たしていないとも指摘されている（常岡孝好「独禁法の排除措置命令・課徴金納付命令と審判手続きの在り方（上）」ジュリ1342号（平成19年）62頁）。ちなみに、公取委は、平成19年3月13日、ごみ処理施設入札談合事件に関与した5社に約269億円の課徴金納付命令を行っているが、これは平成17年法改正による課徴金額の引上げ以前の行為に対するものである。

11) 「事前・事後を通じて総体としての手続的保障」をみれば、適正手続を弱めるものとはいえないとの見解があった（宇賀克也「審判手続等の見直し」ジュリ1270号（平成16年）57頁。これを擁護するものとして、岸井大太郎「審判制度のあり方、違反金と刑事罰の関係」公正取引683号（平成19年）14頁）。このような見解は、対審型事前手続の意義を没却するものといえよう。

続としての審判に復帰させるべきであり、そうすれば日本経団連が指摘する問題は早急に解消する。公取委は企業結合等の違反行為に対しては事前手続に戻すと伝えられたが、そのかぎりで妥当である。

しかし、公取委が談合や価格カルテルなどその他の違反行為に対して審判を廃止するというのは、問題がある。というのは、これらのハードコア・カルテル事件についても、法解釈が問題となることがもちろんあるし、状況証拠に基づく認定など、専門的知識に基づく慎重な判断が必要になるから、審判手続が不要とはいえない。違反事件の大多数はこれらの事件であるから、これらの事件について審判をなくすことは実質的に審判を廃止するのに等しく、適正手続を重視するのであれば、すべての違反事件について事前手続に復帰すべきである。

とはいえ、事前手続としての審判に対しては、次のような批判がありうる。

第一に、事前手続としての審判では、排除措置や課徴金の額について審判で争えないのではないかということがある。この点については、審判開始決定書に排除措置案や課徴金額案を添付することにより審判の審理の対象とすることが可能である。

排除措置についていえば、審判官および委員会は、審判の結果および専門的知見に基づいて柔軟かつ妥当な排除措置を設計できる<sup>13)</sup>。審判廃止論に従うと、公取委は審判を経ることなく排除措置命令を下すことになる上、排除措置命令の取消訴訟において、裁判所は、公取委の裁量の濫用となる場合に排除措置命令の全部または一部の取消しを命じることができるだけである。排除措置

---

12) 「独占禁止法基本問題懇談会報告書」(平成19年6月26日)30頁。

13) 従来、排除措置が審判の対象とされなかったのは、排除措置は専門機関である公取委の専属的権限と考えられたからである。行政手続法は聴聞または弁明の機会の付与において予定される不利益処分の内容を通知し聴聞または弁明の対象としているのであるから、独禁法上の審判においても排除措置案を審理の対象とすべきであろう。もちろん審判官または委員会は、審判の結果に基づいて当該排除措置案を修正変更することができる。なお、米国の連邦取引委員会は違反事実が認められかつ可能な場合 (where practical) に命ずべき主文を審判開始決定書に記載することになっている (16 CFR § 3.11 (b)(3))。

の適切な設計という観点からみても、審判を維持した方がすぐれている。

第二に、排除措置や課徴金の納付について、審判手続が終了し審決が下されるまで行政処分が遅延するのではないかということがある。これに対しては、従前の同意審決制度を復活させたり<sup>14)</sup>、公取委が東京高裁に申し立てる緊急停止命令の制度（法70条の13）を活用すればよいと考えられる。

他方、課徴金の納付に関しては、平成17年法改正前のように事業者が課徴金の納付を先送りするために審判が増大するおそれがあるとの懸念がありうる。とはいえ、もともと課徴金の納付は緊急を要する行政処分とは言えず、かつ事業者には争う権利があるのであるから、納付の先送りのための審判増大に対しては、審判の迅速化などで対応すべきである。

いずれにせよ、具体的な処分の手続は、これまでの経験を踏まえ、今後慎重に検討されなければならないが、基本は事前手続としての審判制度であるべきである<sup>15)</sup>。

#### ウ 排除措置命令によって違反行為を早期に排除できるか

現行の排除措置命令制度は、違反行為の早期排除を目的として、平成17年法改正によって導入された。果たしてそれによって改正法が意図したような違反行為の早期排除が真に可能になったのであろうか。

もともと、ハードコア・カルテルなどは、公取委の立入り検査と同時に違反行為をとりやめることがほとんどで、今後の同種の違反行為の予防等のために

---

14) 筆者は、課徴金は交渉に適さないから同意審決になじまない（平成17年法改正前は課徴金に関して同意審決制度はなかった）と考えていたが、課徴金納付命令案が審判開始決定書に添付されかつ同意審決の手続の透明性が確保されるのであれば、課徴金に関しても同意審決を認めてよいかもしれない。

15) 平成17年法改正前には、簡易迅速な手続に基づく公取委の行政処分として、景品表示法上の排除命令と独占禁止法上の課徴金納付命令があったが、これらはいずれも略式手続に基づく処分であって、相手方の審判手続開始請求による審決または審判開始決定によりそれぞれ失効することになっており、正式かつ事前手続としての審判手続が基本となっていた。

排除措置をとる緊急性がそれほど高かったわけではない。現行法の下において、違反行為の早期排除が必要になるとすれば、不公正な取引方法や私的独占の事件について、排除措置命令に不服があって事業者が主文の履行に応じようとはしない場合であろう。それでも公取委が早期履行を求めるなら、未確定の排除措置命令違反（法97条）として裁判所に過料の通知をする覚悟がなければならぬ<sup>16)</sup>。

ところが、排除措置命令の相手方は、保証金または有価証券を供託して命令の執行免除を裁判所に申し立てることができ、申立てが認容されれば当該命令の確定まで執行の免除を受けることができる（法70条の6）のである。これまで裁判所は、ほとんどの申立てについて、保証金等の供託により簡単に執行免除を認めてきているのが実情である<sup>17)</sup>。平成17年法改正の際に、違反行為の早期排除を言いながら、何故執行免除制度を廃止しなかったのか不可解である。

のみならず、未確定排除措置命令は、審判または訴訟の結果によって取消される可能性があるが、それにもかかわらず公取委が執行した場合、相手方からそれに伴う損害について国家賠償請求をされるリスクもある。それゆえに、少

---

16) 公取委が未確定審決または排除措置命令違反に対して過料の通知をした事件は2件ある。ひとつは、石油価格協定事件勧告審決不履行事件（昭和52年4月13日最高裁決定、審決集24巻234頁）であり、もうひとつは、㈱ビームスによる排除措置命令不履行事件（平成20年3月6日最高裁決定、過料に処さないこととした東京高裁決定を支持）である。前者は相手方が勧告に応諾して審決となったケースであり、後者は排除措置命令が不服審判によって是認されたケースで、いずれも公取委レベルで処分が確定した場合に公取委が過料の通知をしたものである。

17) 執行免除の申立てが認容されたのが15件あるのに対し、却下されたのは観音寺三豊郡医師会事件決定（平成12年1月31日、審決集46巻601頁。審決執行によって原状回復が極めて困難となる事態が生じるとは認められないことを理由とする）1件のみである（鈴木恭蔵「独占禁止法の執行停止規定導入の経緯、その運用状況および課題（下）」法時79巻11号（平成19年）96頁の決定一覧表参照）。諏訪園前掲注8）141頁は、裁判所が行政事件訴訟法25条2項本文の「処分の執行又は手続の続行により生ずる重大な損害を避けるための緊急の必要があるとき」を免除の要件とすることを期待しているが、それなら当該要件を明文化すべきであった。

なくとも公取委レベルで審判により違反事実を確定していなければ、公取委としては自信が持てず排除措置命令の執行は実際上困難となる。

違反行為の早期排除のためには、前記のように同意審決と緊急停止命令を活用すれば足りる<sup>18)</sup>。緊急停止命令の活用に対しては、緊急の必要性の疎明を要することが難点として指摘されている。しかし、緊急性の疎明もできないようでは、果たして違反行為の差止めの緊急の必要性が真にあるのか疑わしいことになるう。

このように排除措置の早期執行という平成17年法改正の目的が、排除措置命令の導入によってどこまで実現できるのか疑わしいものがある（この度の改正法案も、排除措置命令の執行免除制度を依然として維持している）。そうであるとすると、もともと必要性が乏しく実効性の薄い排除措置命令のために、審判手続の事後化を図ったのは基本的な問題があったといえる<sup>19)</sup>。

## エ 「裁判官と検察官の一人二役」との批判について

公取委の手続に対する不信は事後手続としての審判にとどまらず、「裁判官と検察官の一人二役」などと批判されている<sup>20)</sup>。しかし、公取委は行政機関であるし、その審判は裁判ではなく、裁判の形をとった行政手続にすぎない（それゆえに、準司法手続と呼ばれる）。

従前の事前手続としての審判についていえば、公取委が訴追・判定という両機能を兼ねるのは、政策的配慮をしつつ自ら事件を取り上げてルールを形成す

---

18) 米国では、緊急停止命令に相当する予備的差止命令で事実上事件の決着がつくことを例に、審判廃止を説く見解がある（村上政博「行政審判より直接訴訟で」平成19年11月29日付日本経済新聞経済教室）。しかし、審判という基本手続があつての緊急停止命令であり、そのような見解は本末転倒である。

19) 入札談合事件の違反事業者が指名停止を回避するため勧告に応諾せず審判が増大することをなくすために勧告審決制度を廃止する必要が指摘されたが、契約の当事者として発注者が裁量で行っている指名停止のために、審判手続を事後化するということも奇妙なことであった。

20) 平成20年1月5日付朝日新聞記事「公取委の二役 公正さは」。

必要があるという、前記のような独禁法の性質に基づくものである。裁判所は、もっぱら紛争解決を役割とし、公取委のような政策形成に配慮する機能はない。

そして、実際の審判は、組織上明確に分離された審判官と審査官によって行われ、当該事件の審査に関与したことのある者は審判官たりえない（法56条但し書）。被審人は審判において自己の主張立証を行うことができ、審判官が違反事実なしとした事例がある<sup>21)</sup>し、審判官が審査官の主張を否定することもしばしばみられる。

委員会は、審判官から提出された事件記録・審決案、被審人から提出された審決案に対する異議の申立書および被審人から聴取した陳述の結果に基づいて、最終的な審決を行う。委員会は学識経験のある専門家によって構成される（法29条2項）のであるから、委員会が訴追機能を有するからといって、委員長および委員が偏見を有し公正さを欠くということはない<sup>22)</sup>。審決は委員会の合議によることになっており（法69条1項）、この点が迅速性を旨とする独任制の行政庁とは異なる行政委員会の特色である。

---

21) 三菱電機ビルテクノサービス株式会社ほか5名に対する件（平成6年7月28日審判審決、審決集41巻46頁）、技研システム株式会社に対する件（平成12年8月8日審判審決、審決集47巻224頁）。一部取消したものとして、ニプロ株式会社に対する件（平成18年6月5日審判審決、審決集53巻195頁、第二の行為について）。

22) この点について、FTC v. Cement Institute, 333 U.S. 683,700 (1948) 参照。本件において、最高裁は、連邦取引委員会が以前にセメント業界の慣行を調査したことがありシャーマン法違反に相当するとの見解を有していたとしても、「委員会のメンバーの心が解消できないほど閉じられていることを必ずしも意味しない」、業界は審判において証拠を提出し反論できる、と述べた。

委員会の構成員が「開かれた心を持つだけでなく、空っぽの頭（empty headed）であってはならない」として、専門家であることを裁判所が認識していることを指摘するのは、Ernest Gellhorn & Ronald M. Levin, *Administrative Law and Process*, 4th Ed. (1997), p.277.

公正取引委員会は、独占禁止法の目的を達成することを任務とし（法27条）、個別事件に関して審査・審判を行うことのほか、競争政策を推進する権限も有しているのであるから、そのかぎりで他の行政庁と同様「本来的な偏見（a built-in bias）」（Gellhorn & Levin, *supra note*, p.277）を有しているといえはいるが、これは当然のことである。

そしてもちろん、審決に不服があれば、名宛人は司法審査を求めることができる。

審判官・審査官という機能分離は、米国の独立行政委員会の内部における職員の分離をモデルとしたものであり、米国においてはこのような方法によって公正さを確保することが1946年の行政手続法<sup>23)</sup>と判例<sup>24)</sup>によって確立している<sup>25)</sup>。公取委の手続が国際的にみて不公正ということはまったくないし、問題にされたこともない。むしろ、審判を廃止することのほうが、問題とされる可能性がある<sup>26)</sup>。わが国の裁判所もこのような仕組みを適正手続上問題があるとしたことはないのである<sup>27)</sup>。

---

23) 行政手続法 (Administrative Procedure Act) 5条 (5U.S.C. § 554) (d)。

24) *Withrow v. Larkin*, 421 U.S.35 (1975)。米国の議会も裁判所も、行政委員会の機能の併有を適正手続違反としない理由として、①刑事司法でとられるような厳格な機能分離は非効率であること、②行政手続の対象となっているのは刑事手続の人身拘束のようなものでないこと、③委員会内部の職員レベルで機能分離が可能であること、が挙げられている (R.J. Pierce, *Administrative Law Treatise*, Fourth Edition, 2002, p.680)。なお、わが国においても、民事訴訟では、差戻審において差戻前の原判決に関与した裁判官、再審において取消対象となっている確定判決に関与した裁判官、または保全手続に関与した裁判官は、それぞれ除斥の対象となる「前審の裁判に関与した」(民事訴訟法23条1項6号) ことにならないとされている (中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義 [第2版補訂版]』(平成19年) 65頁) ことも注意が必要である。

25) 村上前掲注18) は、行政審判を採用しているのは日米2国のみであり、「取消し訴訟型が国際標準」であるとして審判廃止を主張する。世界の独禁法をリードし手続の公正さにも最も敏感な米国法を無視した「国際標準」なるものは、疑問である。なお、聴聞手続を含めた実質的な審判機能を含めれば日米2国だけではないことを指摘するものとして、岸井前掲注11) 21頁。

26) 「準司法手続が自由で公正な競争秩序の維持にかかる国際的な信認の装置として重要である」と指摘する見解がある (高橋滋ほか座談会「準司法手続・特例的行政手続の現状と課題」ジュリ1352号 (平成20年) 29頁 (本多滝夫発言))。

27) 古くは新聞販路協定事件東京高裁判決 (昭和28年3月9日、審決集4巻145頁)、最近では、東芝ケミカル事件東京高裁判決 (平成6年2月25日、審決集40巻41頁。ただし、審査部長として事件の審査に関与した職員が委員として当該事件の審決に関与することを違法とした)。

とはいえ、米国では連邦政府の人事管理局にプールされ、各行政機関に派遣される、独立性の強い行政法判事（administrative law judge）によって審判が主宰される。公取委以外に本格的な準司法手続がほとんど見当たらないわが国の現状において、行政法判事のような制度を導入できるかは検討しなければならない<sup>28)</sup>が、公取委についていえば、とりあえず審判官の独立性を高めることで解決できる<sup>29)</sup>。たとえば、審判官の職権行使の独立性（審判規則13条2項）や身分の保障、手続外での委員長・委員または審判官との接触禁止、除斥・忌避・回避等について、規定を整備・拡充して法定化することが考えられる。審判官の質も法曹有資格者を充てることにより高めることができる。

このよう考えると、高度に発展したデュー・プロセスである対審型行政手続としての審判手続を、「一人二役」論をもって否定するのは性急すぎる。

## 2 審判廃止に伴う問題点

審判を廃止することは、実質的証拠法則を消滅させ、審判が第一審相当であることをとりやめることである。公取委は、独禁法の審判機関でも専門機関でもなくなり、通常の行政機関となることを意味する。

### ア 事件審査能力の低下

事前手続としての審判は、委員会が発した審判開始決定書記載の違反事実の有無が審理の対象であり、審査官と被審人がそのための攻撃防御を尽くす。審査官についていえば、審査官は審判開始決定書を維持する任務があり、当該事

---

28) なお、行政審判庁構想に消極的な見解として、高橋滋ほか座談会前掲注26) 27・28頁（常岡孝好、本多滝夫、山本隆司発言）。

29) 屋宮憲夫「公取委・審判官制度改善への一提言——米国におけるALJ制度との比較検討」商事法務1051号（昭和60年）24頁、村上政博・栗田誠編「独占禁止法の手続」（平成18年）86頁（栗田執筆）、多田敏明「独占禁止法における不服審査手続の在り方」ジュリ1342号（平成19年）72頁等参照。その他、審決案と審決の関係についての規定の整備も必要である。

実を立証するために証拠を収集し審判廷に提出する。審判が事後手続となり、命令に不服がある者の請求により審判が開始されても、違反事実を立証する責任は審査官にあるから、審判は刑事訴訟と類似の構造を持ち<sup>30)</sup>、審査官は検察官に相当する。

公取委には、立入り検査等を行って証拠を収集し、審判に立ち会う審査官約300名とその補助をする職員がいる。これらの職員が違反事件摘発の実働部隊である。審査官は事件の審査段階においても、争われた場合の審判を想定し、違反事実を立証できるように多数の証拠を収集する。もちろん想定される法解釈上の争点についても検討する。そのような証拠と法令解釈を吟味した上で、審判に耐えられると判断する場合、審査局長が審査の結果を委員会に報告する（審査規則23条）。委員会は、提出された証拠や法令解釈について審議し、法的措置をとるかどうかを決定する。

このように審判があることによって、事件審査に緊張をもたらし、審査官を規律する。審判をなくすことは、審査官の審査能力を衰弱させ、事件審査の質を低下させる。その結果、審査官は審査にあたり過度に萎縮したり、逆に無理な摘発をするなど、的確な審査が行えなくなるおそれがある。

審判廃止により、審判に代わるものとして公取委の処分取消訴訟という地裁レベルの訴訟の場が設けられることになる。しかし、取消訴訟において、公取委は、民事訴訟の被告と同様、争点について受身の対応をするにとどまり、取消訴訟をもって刑事訴訟的な審判に代替することはできない。審判は行政手続であるから行政職である審査官が審判に立会う当事者になりうるが、訴訟は法曹資格を有する職員（主として出向検事）が公取委の主たる代理人となるのであって、審査官が一代理人に名を連ねることはあっても一訴訟を進行するこ

---

30) 平成17年法改正後においても、冒頭手続終了後審査官は証拠調べのはじめに事件の審判に必要な証拠の申し出をすることになっており（審判規則39条）、証拠の申出や手続は審判が事後手続化しても実質的に変わっていないようである（白石忠志監修・西村ときわ法律事務所/長島・大野・常松法律事務所編「独占禁止法の争訟実務」（平成18年）271頁）。

とはならない。

公取委の事件審査能力の低下は、とりもなおさず独禁法の執行力の低下である。

### イ ルール形成（法創造）機能の喪失

審判は、審判官が審査官、被審人双方の主張を聞いた上で、的確な法解釈を見出す場でもある。委員会は、審判官が作成した審決案に基づいて、審決を行う。大部分の審決は審決案を了承し審決案を添付する形をとっているが、委員会は審決案を変更することも審判官に事件を差戻すことも可能である。

審判をなくすことは、公取委が審判を通じて法解釈を明らかにし、独禁法に関するルールを宣言する機会をなくすことである。公取委から法創造機能を奪うといってもよい。現行の排除措置命令や課徴金納付命令は、命令を行うに必要な要件事実および法令の適用と主文を記載すれば足り（法49条1項および50条1項）、相手方の主張に答えて公取委の法解釈が明らかにされるわけではない。

公取委が審判を通じて法解釈を明らかにした事例は必ずしも多くはない。入札談合は基本合意と個別調整という二重構造からなるが、現在、公取委は、そのような構造を踏まえて、基本合意をとらえて排除措置の対象とし個別調整の対象となった物件をとらえて課徴金の対象とすることを法施行の基本的な柱としている。これは公取委が長い間積み重ねて形成された慣行であり、その過程で自火報設備工事事件<sup>31)</sup>や協和エクシオ事件<sup>32)</sup>の審判審決が少なからず貢献している<sup>33)</sup>。

独占禁止法上の基礎概念の解釈についても、たとえば、私的独占の一定の取引分野、競争の実質的制限について判断を示す審決例も現れ<sup>34)</sup>ており、今後

31) 能美防災工業(株)に対する件（昭和60年8月6日審判審決、審決集32巻14頁）。

32) (株)協和エクシオに対する件（平成6年3月30日審判審決、審決集40巻49頁）。

33) 拙稿「最近の入札談合事件審判決の検討—談合破りに対する課徴金賦課・損害賠償請求は妥当か?」判タ1222号（平成18年）46頁参照。

審判審決の蓄積が期待される状況にある。

公取委には不公正な取引方法を指定する権限（法2条9項）などいわゆる準立法的権限がある。たとえば、小売業における優越的地位の濫用事件の多数の摘発が大規模小売業における特殊指定（平成17年告示第11号）につながったとみられるが、準司法的権限の行使の結果を通じてまさにルール形成（rule-making）を行うことも法が予定しているところである。

これまで、公取委のルール形成機能は、審判や訴訟が少ないわが国の風土を反映し、むしろガイドラインを公表することで、発揮されてきた。公取委は、審決例や事件審査・実態調査の結果に基づき、流通・取引慣行、企業結合、知的財産権等に関する種々のガイドラインを作成し、審判決によるルール形成を補ってきた。裁判所も公取委のガイドラインをしばしば参照するし、高く評価した判決もある<sup>35)</sup>。

独禁法の審判機関でも専門機関でもなくなれば、こうした公取委の活動も鈍くならざるを得ず、ガイドラインの価値も低下することはいうまでもない。

## ウ 法施行体系全体への影響

審判廃止は、独禁法の施行を行政機関から裁判所に移そうとする試みの一環である。しかし、公取委には裁判所にはない特色がある<sup>36)</sup>。

行政機関であるから、法施行に関して、経済の変化に応じて重点的に対応できる。法施行の統一性・効率性も確保できる。委員会には立法の提案権や準立法的権限があるし、国会への説明責任も負っている。要するに、公取委は競争

---

34) NTT東日本私的独占事件審決（平成19年3月26日、審決集53巻776頁）。

35) 不当廉売ガイドラインを高く評価した例として医薬品不当廉売事件東京高裁判決（平成16年9月29日）。その他参照した例として、ヤマダ対コジマ事件東京高裁判決（平成16年10月19日。価格表示ガイドライン）、パチスロ機パテントプール事件東京高裁判決（平成15年6月4日）・日之出水道機器事件知財高裁判決（平成18年7月20日）（いずれも特許・ノウハウガイドライン）、輸入ズボン原産国表示事件東京高裁判決（平成19年10月12日。原産国表示ガイドライン）など。

政策全般を遂行する責任を負っている。審判廃止論は、総じて手続の公正さのみを取り上げて論じているが、独禁法全体の施行や競争政策の遂行という観点を忘れることはできない。

公取委の委員長または委員には、裁判所と異なり、経済について知見のある者が含まれるし、審判官は法律だけでなく経済についての知見も有することが求められる<sup>37)</sup>。委員会は、多数の事務総局スタッフにも支えられている。

公取委が従来十分専門性を発揮してきたとはいえないが、今後、企業結合、知的財産権、国際取引など、公取委が法的経済的な専門知識を発揮することが期待される分野は多い。専門機関であることをとりやめる理由はなく、複雑多様化する経済社会に対応すべくむしろ専門性を強化すべきである。企業にとっても、経済の変化に応じた柔軟な法施行が可能なシステムの衰退が好ましいとは考えられない。

公取委が専門機関としての地位を失うことは、独禁法の施行体系全体にも影響することは避けられない。独禁法は、公取委による専門的判断を前提として、専属告発権や25条訴訟（公取委の確定した排除措置命令または審決の存在があれば無過失損害賠償請求を認める）といった独特の制度を導入している。公取委が専門機関でなくなれば、このような制度を見直しする必要が生じることになる。

公取委には、不公正な取引方法の指定や規則制定権など準立法的権限が認め

---

36) もともと米国で公取のモデルとなった連邦取引委員会が1914年に設立されたのは、裁判所の硬直的かつ消極的なシャーマン法の運用に対する世論の不満に議会が応えたことによる。議会は専門機関としての独立行政委員会を設立して反トラスト法の行政的施行を期待したのである。

地方裁判所に審決取消訴訟を提起する方式の問題点を指摘するものとして、岸井前掲注11) 12頁以下。また、裁判所に独占禁止政策を十分展開できるか疑問を投げかける見解として、高橋滋ほか座談会前掲注26) 24頁（本多滝夫、高橋滋発言）。

37) 委員長および委員は「法律又は経済に関する学識経験のある者」（法29条2項）であることを要し、審判官は「審判手続を行うについて必要な法律及び経済に知識経験を有」（法35条9項）する者であることを要する。

られているが、専門機関でなくなればこのような準立法的権限の存在にも影響する。とりわけ、経済社会の進展に応じ、公取委は専門的知見に基づいて公正な取引方法の指定を行う<sup>38)</sup> ことになっているが、これも見直しを迫られることになろう。

### 3 公正取引庁へ？

公取委が裁判類似の審判を廃止し専門機関であることをやめるのなら、学識経験者による合議制の委員会である必要はない。準司法的権限を失った行政委員会は、本来の行政委員会とはいえないからである<sup>39)</sup>。合議制の委員会として残っていると内面的な論理によるものではなく、政策的必要性によることになる<sup>40)</sup>。しかも、その政策的必要性すら疑わしくなる。

というのは、わが国の伝統的な行政組織のありかたからすれば、むしろ国務大臣の下に置かれる独任制の行政一部局となるのが通常であるし、そのほうが効率的であるからである。それゆえに、審判の廃止が独立行政委員会の解体・廃止を招くというのは、決して杞憂<sup>41)</sup> ではないし、独立行政委員会＝審判がドグマ<sup>42)</sup> でもない。

要するに、審判廃止の次に来るのは、公取委を公正取引庁に代える構想であ

---

38) 不公正な取引方法の指定を「専門的行政機関である公取委」に委ねたとするものとして、第1次育児用粉ミルク（和光堂）事件東京高裁判決（昭和46年7月17日、審決集18巻214頁）。

39) 行政委員会が一般の行政庁と異なるのは、①数人の委員からなる会議体であること、②一般行政権から職権行使の独立性を有すること、③通常準立法的及び準司法的権限を併有すること、にあるとされる（和田英夫『行政委員会と行政争訟制度』（昭和60年）10頁）。

40) 中川寛子「平成17年度シンポジウムの記録」日本経済法学会年報第27号（平成18年）143頁（厚谷襄児発言）。

41) 村上前掲注18)は、韓国などアジアの例を挙げて、「行政審判の廃止が公正取引委員会の廃止につながるというのは、杞憂にすぎない」という。外国の例を参考にすれば、行政委員会制度について長い経験を有し理論的な蓄積もあって、わが国の公取委がモデルとした米国法を参考にすべきである。

42) 多田前掲注29) 72頁。

る。

公取委は、平成17年法改正により、課徴金の額の引上げ・対象範囲の拡大や犯則調査権限の導入など、権限強化を行い、今回課徴金対象範囲の更なる拡大などを旨とした法改正方針を発表している。審判廃止がこのような権限強化に道を開くものとして、歓迎する見解もある<sup>43)</sup>。

しかし、そのような権限強化は、審判機関である公取委をますます訴追機関化させ、委員会制度を廃止し、公正取引庁とする論拠となる。筆者は、犯則調査権限を得たことで、公取委が事実上刑事訴追機関となることを懸念したことがある<sup>44)</sup>。最近になり、独禁法が制裁法化したとして、訴追機関化した公取委の審判廃止に賛成する見解も現れている<sup>45)</sup>。

公正取引庁長官を国務大臣にすれば、独禁法の強化につながるという意見があるかもしれない。しかし、それでは、職権行使の独立性の保障は失われることになる。独禁法は経済の基本法であり、その公正かつ中立的な法運用が根幹をなす。法施行が政治の道具と化すならば、国民の信頼は一挙に失われるであろう<sup>46)</sup>。もともと公取委は競争政策になじみのないわが国において独禁法を活発に施行するために高いレベルでかつ独立の機関として設立されたものである<sup>47)</sup>。そして、公取委が過去しばしば職権行使の独立性を脅かされそうにな

---

43) 平成20年2月1日付朝日新聞記事「公取委、今がチャンス」。

44) 拙稿前掲注9) 31頁(拙著前掲注9) 270頁)。筆者は、独占禁止法違反の刑事事件の調査は、行政機関である公取委ではなく、逮捕・勾留の権限を有する捜査機関が本来行うべきであると考えている。

45) 多田前掲注29) 73頁。

46) 公取委に置かれた研究会が「21世紀における競争政策と公正取引委員会」(平成13年11月)と題する提言書を公表し、規制改革を推進するためには、「強力な政治的リーダーシップを必要とするが、委員会制の下でそれが可能であるのかについて、これまで独立行政委員会という形を採ってきた趣旨・経緯、競争政策を担う機関の独立性・中立性等を踏まえつつ慎重に検討する必要がある」と述べたことがある。これに対して、「これ[独任制または担当大臣制—筆者注]を行えば公正取引委員会の信頼が一挙に崩れるということだけはほぼ確実」であるとの意見があった(座談会「21世紀にふさわしい競争政策を考える懇談会」公正取引614号(平成13年)13頁(正田彬発言))。

った歴史を想起すべきである<sup>48)</sup>。

おわりに

公取委の審判廃止は、昨今の行政不信<sup>49)</sup>と司法制度改革の流れを反映したもの<sup>50)</sup>である。このことは、独禁法を施行しわが国において定着を図るといふ公取委に与えられた歴史的使命が終わったことを意味するのであろうか。

しかし、わが国においては、大企業による入札談合・価格カルテルが依然として頻発し、また与野党一致で不当廉売の規制強化を要請しているのが実情である。これをみても、独禁法に対する理解が成熟し、消費者利益の保護が確立しているとは、到底いえない。

他方で、公取委が取り組むべき課題は山積し、今後その専門機関として果たすべき役割が期待されている。公取委の使命が決して終わったわけではない。

公取委は、今次独禁法改正により、厳罰主義を追求し、更なる権限強化を図ろうとしている。しかし、公取委は、審判廃止がもたらす手続的組織的帰結に無頓着であるわけにはいかないはずである<sup>51)</sup>。

---

47) 拙稿「独占禁止法の起草過程にみる公正取引委員会—独立行政委員会の誕生」神奈川法学41巻1号波光巖教授退職記念号（平成20年）掲載予定。

48) 公取委の職権行使の独立性が脅かされた例としては、八幡・富士製鉄合併事件（昭和44年10月30日同意審決）の際与党が合併を実現させるため公取委の経済企画庁への吸収統合案を発表して圧力をかけたことや、埼玉土曜会事件の際与党有力議員が業界の依頼を受けて委員長に対し告発しないよう執拗に要求したこと（平成15年1月14日最高裁決定およびその下級審判決参照）などがある（拙稿「公正取引委員会の職権行使の独立性—事例の検討と法的分析」筑波ロー・ジャーナル第3号（平成20年）67頁）。

49) しかし、審判がなくいきなり行政処分を行う大陸型手続のほうが、審判手続を経て行政処分を行う米国型手続よりも、官僚主義的権威主義的なことは明らかである。

50) 司法制度改革の延長として、準司法手続全般の改革を提言するものとして、自由民主党政務調査会司法制度調査会「21世紀社会にふさわしい準司法手続の確立をめざして」（平成19年3月20日）、同経済活動を支える民事・刑事の基本法制に関する小委員会「緊急提言 準司法改革の成果と今後の指針」（平成19年12月14日）参照。

追記 本稿脱稿後、平成20年6月20日、第169回国会に提出された独占禁止法改正法案は、衆議院本会議において閉会中審査となった。

---

51) 審判廃止に懸念を示す見解として、根岸哲「公取委の審判制度廃止は独禁法の命取り」時事トップコンフィデンシャル平成20年2月5日号、経済法学者有志「独占禁止法等の改正法案に関する意見」法時平成20年5月号94頁。



# 障害をもつ人の憲法上の権利と「合理的配慮」

青 柳 幸 一

- I. 問題の所在：無視・排除の歴史から権利の主体へ
- II. 障害をもつアメリカ人法：合理的配慮と不当な困難
- III. ドイツ連邦共和国基本法3条3項2文
- IV. 合理的配慮を求める憲法上の権利
- V. むすびに

## I. 問題の所在：無視・排除の歴史から権利の主体へ

障害をもつ人は、自己の個人的能力に関する誤った固定観念や偏見に基づいて「意図的に不平等処遇の歴史に服させられ、そして政治的無力の地位に追いやられてきた」<sup>1)</sup>。その意味で、障害をもつ人に対する差別は、個人的問題ではなく、「重大で、かつ広範囲にわたる社会的問題」<sup>2)</sup>である。また「障害のない人が障害をもつ人に出会ったときに感じるおそれ、あるいは不安」<sup>3)</sup>が、

---

1) American with Disabilities Act of 1990 [codified at 42 U.S.C. 12101(a)(7) (1994)]. なお、本稿では、「障害」という言葉のなかでも「害」という漢字がそもそも否定的意味を有するので、日本の法律名で使われている場合以外は、「障害」という表記は使用しない。基本的に、「障害をもつ人」と表記している。「障害者」と表記しているのは、従来の法制度等の説明等の場合である。

2) 42 U.S.C. 12111(a)(2).

3) K. Everly, A Reasonable Burden, 29 Dayton L. Rev. 37, 37-38 (2003).

それらと偏見とが相互に作用しながら、差別的態度を増大させ、強める<sup>4)</sup>。障害をもつ人のニーズへの理解不足や社会的偏見から生じる差別的態度は、必ずしも積極的な敵対的行為という形をとるわけではないし、そうである必要もない。むしろ、社会的偏見やニーズへの理解不足は、無視、無関心として現れる傾向がある。問題は、そのような無視や無関心の背後にある「隠された敵意、そしてパターンリズムによって、障害をもつ人への差別は永続化される傾向がある」<sup>5)</sup> ことである。勿論、障害をもつ人に関する政策がまったく執られなかった、というわけではない。時には、障害をもつ人に特別な学校や安全な作業場等が与えられることもあった。しかし、それらは、基本的に、障害者問題＝特殊な問題という位置づけのもとでの政策であり、偏見やパターンリズムに基づいて障害をもつ人を福祉や健康や慈善プログラムの客体として位置づけるものであった。このような政策は障害をもつ人を、結局、障害のない人から切り離し、そして社会の「メインストリームから分離し、排除した」<sup>6)</sup>。

障害をもつ人に対する差別の禁止を憲法に規定した最初の国は、カナダである。1982年カナダ憲法は、平等権にかかわる15条1項で、「精神的又は身体的障害」による差別の禁止を明記している<sup>7)</sup>。そして、1990年代には、1983年に始まった「国連障害者の10年」とも相俟って、世界の多くの国が障害をもつ人に関する法制度を構築していく<sup>8)</sup>。各国の障害者法に影響を及ぼし、「新

---

4) See United States Commission on Civil Rights, *Accommodating the Spectrum of Individual Abilities*, 23-27 (1983). さらに、障害をもつ人に対する差別の原因については、C. J. Peck, *Employment Problems of the Handicapped*, 16 U. Mich. J. L. Ref. 343, 349-50 (1983); Note, *Employment Discrimination against the Handicapped and Section 504 of the Rehabilitation Act*, 97 Harv. L. Rev. 997, 1001 (1984); J. O. Cooper, *Overcoming Barriers to Employment*, 139 U. Pa. L. Rev. 1423, 1427 (1991); G. B. Melton & E. G. Garrison, *Fear, Prejudice, and Neglect*, 42 Am. Psychologist 1007, 1015 (1987) 等参照。

5) H. Hahn, *Accommodations and the ADA*, 21 Berkeley J. Empl. & Lab. L. 166, 167 (2000).

6) T. Degener, *International Disability Law*, 28 Berkeley J. Int'l L. 180, 180 (2000). ADAも、「障害をもつ人は、分離し、孤立したマイノリティである」と位置づけている (42 U.S.C. 2111(a)(7))。

しい時代」を牽引したのは、周知のように、1990年にアメリカで制定された「障害をもつアメリカ人法」(American with Disabilities Act: ADA)<sup>9)</sup>である。ADAは、障害をもつ人に関する伝統的なパラダイムを変えた。伝統的パラダイムは、前述したように、障害をもつ人をめぐる問題を「特殊な問題」と位置づけ、偏見とパターンリズムに基づき保護の客体としてのみ位置づけていた。それに対して、ADAは、障害をもつ人の「機会の平等、完全な参加、自立した生活、そしてその個人にとっての経済的な自給自足」<sup>10)</sup>を目指し、障害をもつ人を人権享有主体と位置づける。この「新しいパラダイム」である権利基底的

---

7) 15条1項の条文は、1982年に制定された「権利と自由に関する憲章」(The Canadian Charter of Rights and Freedom)で規定されていたものであるが、その「憲章」がカナダ憲法第1章として編入された。カナダでは、1980年代に、「雇用均等法」(1986年; 1991年改正)、「障害者職業リハビリテーション法」(1987年改正)、「全国交通法」(1988年)等の法律が制定されている。

8) 1990年代に各国で制定された障害をもつ人の差別禁止法については、田中邦夫訳「各国の障害者差別禁止法」外国の立法212号65頁以下(2002年)参照。なお、2000年11月には、EU議会は、「雇用と職業における均等待遇の一般的枠組みの設定」を決議している。

9) 42 U.S.C. 12101-12213. ADAに関する邦語書籍として、八代英太・富安芳和編『ADAの衝撃』(1991年)、斎藤明子訳『アメリカ障害者法 全訳・原文』(1991年)、全国社会福祉協議会編『ADA 障害をもつアメリカ国民法 完訳・解説』(1992年)、小石原尉郎『障害者差別禁止の法理論』(1994年)、R. Scotch, 竹前栄治監訳『アメリカ初の障害者差別禁止法はこうして生まれた』(2000年)、中野善達ほか編『障害をもつアメリカ人に関する法律』(2001年)等がある。ADAに関する論稿としては、藤倉皓一郎「アメリカにおける障害者法」ジュリスト970号26頁(1990年)、関川芳彦「アメリカ障害者差別の判断基準——新たな雇用平等法理の形成に向けて」琉球法学45号(1990年)、D. H. Foote, 水町勇一郎訳「能力障害をもつアメリカ人に関する法律(ADA)とアメリカ法における差別の概念」日本労働研究雑誌33巻12号3頁(1991年)、滝沢仁唱「障害者差別禁止と社会福祉の権利——障害をもつアメリカ国民法(ADA)に関する一考察」桃山学院大学社会学論集25巻1号1頁(1991年)、石川球子「米国における障害者差別禁止と合理的配慮をめぐる動向」NIVR87号57頁(2008年)等数多くあるが、憲法研究者による論稿としては、武川真固「アメリカにおけるADAと機会平等の思想」高田短期大学紀要17号41頁(1999年)、植木淳「障害のある人の憲法上の権利についての一考察」北九州市立大学法政論集31巻2-4号155頁(2004年)、同「修正11条『州の主権免責』と『障害をもつアメリカ人に関する法律』(ADA)」北九州市立大学法政論集35巻1号1頁(2008年)がある。

パラダイムを象徴するのが、バリア・フリー<sup>11)</sup>であり、そして、本稿のテーマにかかわる、「障害者法にとってユニーク」<sup>12)</sup>な義務、すなわち、障害をもつ被用者に「合理的配慮」(reasonable accommodation)<sup>13)</sup>を行なう雇用者の義務である。ADAは、障害をもつ人の権利保障にとって十分な車輪というにはなお問題を残しているが、障害をもつアメリカ人を「アメリカ人の生活の経済的及び社会的メインストリーム」に導く車輪になることが望まれた<sup>14)</sup>。

ADAが与えた大きな影響のなかでも、憲法学から注目されるのは、障害を

---

10) 42 U.S.C. 12101 (a)(8).

11) 周知のように、ADA第2編（交通・運輸）と第3編（不特定多数が利用する施設）においてバリア・フリーが規定されている。

12) A. F. Befort & T. H. Donesky, Reassignment under the American with Disabilities Act, 57 Wash & Lee L. Rev. 1045, 1050 (2000).

13) 各国の法律等が用いている用語は、同一ではない。例えば、オーストラリアで1992年に制定された障害をもつ人の差別禁止法（Disability Discrimination Act）では、「合理的調整」(reasonable adjustment)と「正当化できない困難」(unjustifiable hardship)である。イギリスで1995年に制定された障害をもつ人の差別禁止法（Disability Discrimination Act）も「合理的調整」(reasonable adjustment)という用語を使っており、そして6条4項でその合理性を判断する際の考慮要素を定めている。文言は違っても、その内容には基本的に違いはないように思われる（EU、条約、アメリカ、イギリス、ドイツ、フランスにおける「合理的配慮」については、障害者職業総合センター「障害者雇用における『合理的配慮』に関する研究」NIVR87号〔2008年〕参照）。なお、オーストラリアの障害をもつ人の差別禁止法の「合理的配慮」規定については、竹田絃子「オーストラリア障害者差別禁止法（DDA）における雇用上の『合理的調整』（Reasonable Adjustment）と『過度の負担』（Unjustifiable Hardship）」北星学園大学大学院論集10号1頁（2007年）参照。イギリスの障害をもつ人の差別禁止法の「合理的配慮」規定については、鈴木隆「イギリス一九九五障害者差別禁止法の実効性（三・完）」鳥代法学46巻4号163頁（2003年）；長谷川聡「障害者雇用における使用者の調整義務」中央大学大学院研究年報（法学研究科）33号55頁（2004年）、澤澄みさ子「英国における障害者差別禁止と合理的配慮をめぐる動向」NIVR87号109頁（2008年）等参照。

なお、reasonable accommodationは、「合理的配慮」という訳語が定着してきているので、この場合の「配慮」は恩恵的という意味を含まないことを留保したうえで、本稿でも「合理的配慮」という訳語を使う。「便宜」を供与することが「配慮」の内容であるので、個別の配慮措置に関しては「便宜」という訳語をあてている。

理由とする不利益処遇を禁止した1994年のドイツ連邦共和国基本法3条3項2文の補充である。そして、2006年12月13日に第61回国連総会本会議が採択した障害者権利条約は、「憲法と条約」という観点からも注目される。

日本にも、ADAは影響を与えた<sup>15)</sup>。1993年11月に、「心身障害者法」(1970年)の改正として「障害者基本法」が制定された。しかし、「障害者基本法」にも、その後に制定された「障害者」関連法にも、障害をもつ人への「合理的配慮」を義務づける規定は存在しない。そればかりでなく、それらの法律は、「積極的差別禁止までにはいたらず、またその規定も抽象的、宣言的で、具体的保障規定ではなかった」<sup>16)</sup>。他方で、地方自治体に目を転ずると、千葉県が、障害をもつ人の権利条約の採択よりも約2ヶ月早い2006年10月に、雇用の場に限定することなく、一般的に障害をもつ人への「合理的配慮」規定を定める「障害のある人もない人も共に暮らしやすい千葉県づくり条例」を可決している。

日本の憲法学において、これまで障害をもつ人の憲法上の権利は、「基本的人権レベルで自覚的に研究対象として普遍化されてこなかった」<sup>17)</sup>。本稿では、障害をもつ人の憲法上の権利と「合理的配慮」の結びつきを検討する。「合理的配慮」は、「我が国にとって新しい概念である」<sup>18)</sup>り、障害をもつ人への「合理的配慮」を義務づけ、そして「合理的配慮」をしないことを障害をもつ人に対する差別とする法令は存在しない。障害をもつ人の憲法上の権利と「合理的配慮」とを理論上結びつけることができたとしても、それだけでは障害をもつ人の憲法上の権利論は十分なものとはいえない。なぜなら、ADAで明らかな

---

14) See Senate Report, No. 101-116, at 20 (1989).

15) ADAの影響については、八代英太「インタビュー・障害者基本法」法令解説資料総覧147号4頁(1994年)、長田えりか「心身障害者対策基本法の一部を改正する法律」法令解説資料総覧147号7頁、中山和之「障害基本法について」ジュリスト1043号57頁(1994年)、富岡悟「障害基本法の制定過程と概要」法律のひろば47巻4号48頁(1994年)参照。

16) 高藤昭「障害者差別禁止の考え方とわが国における『障害者権利擁護制度』」リハビリテーション研究104号17頁(2000年)。

ように、「合理的配慮」は雇用者側に「不当な困難」(undue hardship)<sup>19)</sup>を与えない限りで義務づけられるものだからである。したがって、「合理的配慮」と「不当な困難」の調整という「広範囲に司法上の解釈を必要とする」<sup>20)</sup>実践的問題についても、検討する必要がある。

本稿で、「合理的配慮」に関するADAの目的・内容等や判例を（第Ⅱ章）、次いで障害に基づく不利益処遇の禁止規定に関してドイツ連邦共和国基本法3条3項2文の目的・法的意味等を（第Ⅲ章）、さらには障害をもつ人の権利条約の意義を（第Ⅳ章2(2)）確認したうえで、日本国憲法における障害をもつ人の権利をめぐる理論的問題および実践的問題について若干の検討を試みたい。

## Ⅱ. 障害をもつアメリカ人法：合理的配慮と不当な困難

### 1. 差別禁止法とADA

#### (1) 公民権法第7編とADA

アメリカ合衆国憲法修正14条は、周知のように、平等保護条項を定めてい

---

17) 武川真固「障害者の人権と憲法学」高田短期大学紀要14号31頁（1996年）。障害者の権利に関して憲法学からの考察を積み重ねているのは、武川である（武川「障害者の人権の現状とその課題」高田短期大学紀要13号29頁〔1995年〕；同「憲法の歴史性と『人間像』(1)(2)」高田短期大学紀要15号1頁（1997年）、16号1頁〔1998年〕；同「障害をもつ人々の社会参加の現状と課題(1)(2)」高田短期大学紀要20号37頁〔2002年〕、21号1頁〔2003年〕；同「障害をもつ人々の人権・社会参加と『欠格条項』」高田短期大学紀要22号39頁〔2004年〕；同「障害をもつ人の移動の権利と福祉まちづくりの課題」高田短期大学紀要24号33頁〔2006年〕；同「障害者自立支援法と障害をもつ人々の人権」憲法理論研究会編『憲法の変動と改憲問題』145頁〔2007年〕；同「障害者自立支援法と『格差』・『貧困』・『不平等』の構造」高田短期大学紀要26号27頁〔2008年〕）。

18) 足木孝「国連における障害者権利条約について」国際人権16号102頁（2005年）。

19) undue hardship もいろいろな訳語が、あてられている。undueには「不当な」、「過度の」、「過重な」等が、そしてhardshipは「困難」、「支障」、「負担」等である。中絶をめぐるアメリカ判例で“undue burden”ということが言われるが、それを「不当な負担」と訳している（青柳幸一「生殖補助技術における自己決定と憲法」法律時報79巻11号27頁〔2007年〕）ので、undue hardshipには本稿では「不当な困難」という訳語をあてることにしたい。

る。しかし、連邦最高裁判所は差別に苦しむ人々に、1954年に至るまで<sup>21)</sup> この基本的な保護を与えてこなかった。議会は、1964年に公民権法第7編<sup>22)</sup>（以下「第7編」と略称。）を制定することによって、差別に対してより多くの保護を与えようとした。ただし、第7編の対象は、人種、皮膚の色、宗教、性、出身国に基づく差別<sup>23)</sup>であり、障害を理由とした差別を保護の対象としてはいなかった。障害に基づく差別への法的対応は、1973年のリハビリテーション法<sup>24)</sup>に始まる。リハビリテーション法制定後も、議会は障害をもつ人に対する保護を拡大していく<sup>25)</sup>。そのなかでも新しい時代を画した法律が、周知のように、1990年7月26日に議会の圧倒的多数の賛成<sup>26)</sup>で制定されたADAである。

第7編もADAも、平等保護の観念から派生した。第7編は、社会的マイノリティの差別を禁止するものとして、ADAの先駆けとなる差別禁止法と位置づけられる<sup>27)</sup>。しかし、ADAと第7編は規範内容や構造が同一ではない。ここで指摘しておきたい相違は、ADAの方が第7編の反差別定式よりもより複雑な定式を組み込んでいることである。ADAの反差別定式の方が「2つの重要な点

20) S. F. Befort & H. L. Thomas, *The ADA in Turmoil*, 78 Or. L. Rev. 27, 79 (1999).

21) *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955).

22) *Civil Rights Act of 1964*, 42 U.S.C. 20003-2 (1994).

23) 42 U.S.C. 2000 e-2.

24) *Rehabilitation Act of 1973*, 29 U.S.C. 701-96 (1994).

25) リハビリテーション法からADA制定までの間に、1975年に「全障害児教育法」(*Education for All Handicapped Children Act*)および「発達障害者支援及び権利法典」(*Developmental Disabilities Assistance and Bill of Rights Act*)、1980年に「施設入所者の公民権法」(*Civil Rights of Institutionalized Person Act*)、「精神障害者の保護及び権利擁護法」(*Protection and Advocacy for Mentally III Individuals Act of 1986*)、そして1988年に「公正住宅改正法」(*Fair Housing Amendments Act*)が制定されている。

26) 下院では403対20、上院では76対8であった (135 Congress Rec. 19903 (1998))。

27) だからこそ、人々はADAを「社会のマイノリティの保護に努める公民権」(P. Proctor, *Determining 'Reasonable Accommodation' under the ADA*, 33 SW. U. L. Rev. 51, 56 [2003])と捉える。

でより複雑である」<sup>28)</sup>。第1点は、「障害」と資格づけられる個人だけがADAのもとで訴訟を提起する適格を有する<sup>29)</sup>ことである。このことから、第7編が人種、皮膚の色、宗教、性、出身国というそれぞれの属性を同じくするグループに焦点を合わせているのに対して、ADAは障害をもつ個人に焦点を合わせているといえる<sup>29)</sup>。ADAのこのような構造は、むしろ、特定のクラスの被用者、つまり40歳以上の被用者のみを保護する年齢差別禁止法<sup>30)</sup>とより類似性を有するといえるであろう。

第2点は、雇用者が差別行為をしたか否かを確認する場合に、ADAは、被用者が「合理的配慮によって、あるいはそれなしに」職場の地位の本質的機能を遂行できる資格（101条(8)）があるか否かを問う。それに対して、第7編には、当初「合理的配慮」規定はなかった<sup>31)</sup>。差別禁止法制に初めて「合理的配慮」が導入されたのは、第7編の1972年改正（雇用機会均等法<sup>32)</sup>）においてである。それは、宗教的行為に関して「合理的配慮」を図る義務を定めた。被用者の宗教的行為と就業規則との衝突が生じた場合、信仰の自由との関係で一方的に当該被用者に不利益を課すとすると、憲法上の問題が生じる。このような問題に対して、第7編改正法は、「雇用者の事業の遂行にとって不当な困難を伴うことなしには、被用者または被用者となることを期待する者の宗教的儀式または行為に対し合理的配慮を図ることができないことの証明がない限り」当該

---

28) J. Perry, Regulation and Dispute Resolution under the Americans with Disabilities Act, p.26 (1996).

29) S. F. Befort, The Most Difficult ADA Reasonable Accommodation Issue, 37 Wake Forest L. Rev. 439, 440 (2002). ADAの障害に基づいた差別の禁止は、かなり複雑になっており、4つの異なる部分からなる（本章2(3)参照）。

30) The Age Discrimination in Employment Act of 1967, 29 U.S.C. 621 et seq.

31) 1967年に、雇用機会均等委員会（EEOC）は、雇用者の業務の行為に「不当な負担」なしに被用者または被用者となることを期待する者の宗教的ニーズに対して「合理的配慮」を行なう雇用者の義務を宣言した（29C.F.R. 1605.1 [1968]）。しかし、このEEOCによる宣言は、いくつかの裁判所によって「基本的な誤り」として斥けられた（See J. M. Oleska, Jr., Federalism, Free Exercise, and Title VII, 6 U. Pa. J. Const. L. 525, 531-32 [2004]）。

32) Equal Employment Opportunity Act of 1972, 42 U.S.C.A. 2000e(i).

被用者の宗教的儀礼または行為を理由に不利益処遇を行なうことはできない、と定める<sup>33)</sup>。

第7編改正法における宗教的行為に対する「合理的配慮」とADAにおける「合理的配慮」の性質の相違が問題になる<sup>34)</sup>。そもそも、第7編とADAには、差別に対するアプローチの違いがある。第7編は、人種や性など一定の列挙された属性に基づく差別を禁止する。それは、平等な処遇 (equal treatment) アプローチといえる。それに対して、ADAは、平等処遇アプローチを超える定式を用いている。それは、法律の定める「資格」を満たす、障害をもつ人に「合理的配慮」措置を執ることによって機会の平等を確保しようとする、差異の処遇 (different treatment) アプローチといえる<sup>35)</sup>。平等処遇アプローチのもとでも、過去の差別の影響による結果の不平等を阻止することはできない。平等処遇アプローチでは、そのような差別を解消するために、問題となっている属性を考慮した積極的差別是正措置が執られることになる。それに対して、差異処遇アプローチのもとでは、機会の平等の実質化のために、すなわち、公正な競争を可能にするために個別的に「合理的配慮」が求められる<sup>36)</sup>。したがって、第7編改正法で宗教的行為に関してのみ導入された「合理的配慮」条項は、むしろ平等処遇アプローチにおける例外的対応といえるであろう。

第7編改正法とADAは、「合理的配慮」－「不当な困難」という構図のもとでの判断という点で類似している。しかし、他方で、両者の間には違いも見出せる。それは、宗教的行為への「合理的配慮」は各宗教 (宗派) ごとに定型化することができるが、前述したように、障害を持つ被用者への「合理的配慮」は個人化されていることである<sup>37)</sup>。

---

33) 雇用機会均等法における「合理的配慮」については、Oleska, Jr., *supra* note 31, at 527-31 参照。

34) 小石原・前掲注9、114-15頁 注8参照。

35) See Befort & Donesky, *supra* note 12, at 1082-84.

36) See P.S. Karlan & G. Rutherglen, *Disabilities, Discrimination, and Reasonable Accommodation*, 46 *Duke L. J.* 1, 14 (1996).

(2) リハビリテーション法504条とADA

リハビリテーション法第5章のなかで、障害者（リハビリテーション法504条は、handicapped individualという言葉を使っている。）にとって重要な差別禁止条項は、501条（連邦職人の採用に指して、連邦政府に「非差別」を行なうことを命じる）、503条（連邦政府との間で2,500ドル以上の契約を結ぶ契約者に対して、差別の禁止ばかりでなく、積極的差別解消措置も求める）、そして504条である。504条は、政府機関の使用者、連邦政府から資金援助を受けているもの、および連邦政府と契約関係にあるもの連邦政府の財政的裏づけをもつすべての活動と企画における障害者個人に対する差別を禁止する<sup>38)</sup>。リハビリテーション法504条は、しばしば「障害者の公民権章典」と称される<sup>39)</sup>が、ADAは、1964年の公民権法と1973年のリハビリテーション法第5章を結合させたものと言えるであろう。

リハビリテーション法504条とADAの違いとしてまず挙げられるのは、規制対象範囲の違いである。前者は、私企業はまったく対象としてない。それに対して、ADAは、15名以上の私企業も適用対象とする<sup>40)</sup>。

リハビリテーション法504条は、当初「合理的配慮」を含んでいなかった。504条に関する保険・教育・福祉省の行政規則で、「合理的配慮」という用語が使われた<sup>41)</sup>。この規則は、実質的なガイダンスを提供している。しかし、多くの裁判所は、当該規則が議会の意図を超えることをおそれたのか、規則を広く解釈することに消極的であった。その結果、裁判所の「狭い読み方が、とりわけ、504条のもとの合理的配慮義務の非常に狭い解釈に導いた」<sup>42)</sup>。

---

37) See Befort & Thomas, *supra* note 20, at 78-80.

38) 29 U.S.C. 701 et seq.

39) See B. M. Sullenger, Telecommuting, 19 Regent U. L. Rev. 537, 538 (2006/2007).

40) 29 C.F.R. 1630.2(e)(1).

41) リハビリテーション法504条の「合理的配慮」については、Oleska, *supra* note 31, at 527-31, 小石原・前掲注9、第5章注7（113-16頁）参照。

42) See R. J. Kelley, Jr., Reasonable Accommodation in the Federal Sector, 29 How. L. J. 337, 341-42 (1986).

また、リハビリテーション法は、1992年以前は配置転換を「合理的配慮」として規定していなかった。1992年改正においても、リハビリテーション法は空位への配置転換を、それが雇用者の現在の施策のもとで利用できる場合のみ要求した<sup>43)</sup>。しかも、その配置転換は、要求できるのではなく、許されうる配慮であった<sup>44)</sup>。それに対して、ADAは、「空位への配置転換」を「合理的配慮」のリストに挙げている<sup>45)</sup>。

### (3) 1988年公正住宅修正法と「合理的配慮」

1968年に、議会は公正住宅法<sup>46)</sup>を制定する。それは、人種、皮膚の色、出身国に基づく住宅差別を禁止するが、第7編では差別禁止の対象であった性が抜けているし、障害も挙げられていない。議会は、1974年に、性に基づく住宅差別を含める修正を行なう<sup>47)</sup>。議会在、障害に基づく住宅差別を対象に含めたのは、1988年の改正法においてである。1988年改正法の目的は、障害をもつ人のメインストリームへの統合、そして障害をもつ人が自分の家で暮らす機会の増大である<sup>48)</sup>。

1998年改正法のもとで問題となるのは、障害をもつ人が療養所や病院でではなく、グループホームで暮らすことを望む場合、ゾーニングとの関係である<sup>49)</sup>。1998年改正法は、地主あるいは自治体に障害をもつ人に「合理的配慮」を行なうための積極的措置をとることを要求する<sup>50)</sup>。

---

43) See Note, The Development of Reassignment to a Vacant Position in the Americans with Disabilities Act, 15 Hofstra Lab. & Emp. L. J. 635, 639 (1998).

44) See 42 U.S.C. 12111(9)(B) (1994).

45) 42 U.S.C. 12111(9)(B).

46) 42 U.S.C. 360 et seq.

47) 42 U.S.C. 3604.

48) See 42 U.S.C. 3601.

49) See e.g., Note, The Fair Housing Act, Oxford House, and the Limits of Local Control over the Regulation of Group Homes for Recovering Addicts, 36 Wm. & Mary L. Rev. 1467, 1482-98 (1995).

## 2. 「合理的配慮」の内容および性質

### (1) 「合理的配慮」の内容および位置づけ

#### (a) 機会の平等の実質化としての「合理的配慮」

ADA法101条(9)でなされている定義のうち(B)が、本稿のテーマとかわる。それは事業主や他の適用対象事業者が求められる最も一般的な種類の「合理的配慮」の例として、①職務の再編成やパートタイム化または労働時間の変更、②空席の職位への配置転換、③機器または装置の取得または改造、④試験、訓練教材または方針の適切な調整または変更、④資格を有する朗読者または通訳の提供を挙げている<sup>51)</sup>。そして、「資格を有する障害をもつ個人」(qualified individual with a disability)の定義を示すADA法101条(8)から、そのような「合理的配慮」が「資格を有する障害をもつ個人」であるか否かという文脈にかかわる用語であることが分かる。つまり、「合理的配慮により又はそれによらずに、本人が現在就いているか又は希望する雇用上の職位の本質的機能を果たすことができる障害をもつ人」が「資格を有する障害をもつ個人」である<sup>52)</sup>。

施行規則1630.2(o)は、配慮が「障害をもつ人が均等な雇用機会を享受できるようにするような、労働環境の変更又は慣行的に行なってきた事項の変更」としたうえで、「合理的配慮」の3つの種類（①応募のプロセスにおける平等な機会を保障するために必要とされる配慮、②事業主の障害をもつ被用者がついているか又は希望する職位の本質的機能を遂行可能にする配慮、③障害をもつ被用者が障害のない被用者と均等な雇用上の利益と特典を享受できるようにする配慮）を挙げ、さらにその具体例を法律よりもより多く挙げている<sup>53)</sup>。

施行規則1630.2(o)から明らかなことは、「合理的配慮」が結果の平等ではなく、機会の平等を実質的に保障するための手段として位置づけられていること

---

50) 公正住宅法は、1991年にさらに改正され、共同住宅を建設する場合、障害をもつ人が利用可能であり、また改造可能なものとしなければならないとする建築基準を定めた。

51) 42 U.S.C. 12111(9).

52) 42 U.S.C. 12111(8).

53) 29 C.F.R. 1630.2(o).

である。

(b) 経済的合理性としての「合理的」

「合理的配慮」の「合理的」(reasonable)がどのような意味であるかも、問題となる。別稿で指摘した<sup>54)</sup>ように、「合理的」という言葉には、大別して2つの意味がある。「合理的区別は、憲法上許容される」という場合の「合理的」は、理に適った、筋道の通った、道義に適った、という意味である。それ自体は、何をもって「理に適った」と判断するかの基準を与えていない。他方、法令の合憲性審査基準で語られる「合理性の基準」のもとでは、目的に「合理的」基礎が存在し、目的と手段の「合理的」関連性が存在することが求められる。しかし、そこでの「合理的」は、法律を制定した議会への謙譲を基礎にした、観念的・抽象的に想定しうる基礎と関係性の存在を意味する。とすると、「合理的配慮」を、障害をもつ被用者にとって理に適った配慮を意味すると解することも可能である。しかし、連邦最高裁判所は、「合理的配慮」を「適切な配慮」を意味するものではない、と判示している<sup>55)</sup>。この判示は、連邦最高裁判所が「合理的配慮」を障害をもつ被用者の側からのみの視点でその具体的内容を引き出すことのできない観念と捉えていることを示している。

リハビリテーション法504条が定める「合理的配慮」に関する最初の判決である *Southeastern Community College v. Davis*<sup>56)</sup> において連邦最高裁判所は、「州に財政上および行政上の不当な負担をかけることなしに」<sup>57)</sup> と、「合理的配慮」に制限を付している。ADAは、条文上、「合理的配慮」を「不当な困難」とのバランスのもとで規定している。「不当な困難」の内容が、後述(本章3(1)) するようなものであるので、より一層、「合理的配慮」における「合理的」

54) 青柳幸一「嫡出性の有無による法定相続分差別」憲法判例百選Ⅰ〔第5版〕64頁(2007年)。

55) See *U.S. Airways Co. v. Barnett*, 535 U.S. 391, 399-401 (2002).

56) 442 U.S. 397 (1979).

57) 442 U.S., at 412.

の中心となる内容は、経済的合理性を意味するものと捉えることができるであろう<sup>58)</sup>。

## (2) 「合理的配慮」と積極的差別解消措置

「合理的配慮」と積極的差別解消措置（affirmative action）との相違が、議論されてきた。

連邦最高裁は、リハビリテーション法504条をめぐる *Southeastern* 判決において積極的差別解消措置と「合理的配慮」の輪郭を描いたが、その判示<sup>59)</sup>は「裁判所が配慮と積極的差別解消措置とを等値したことを強く示唆する」<sup>60)</sup>ものであった。*Southeastern* 判決に対する評釈は、両者の等値を批判した<sup>61)</sup>。連邦最高裁判所は、*Alexander v. Choate*<sup>62)</sup>において、504条は連邦資金の受領者に「プログラムの性質の根本的案変更」を求めるものではない<sup>63)</sup>と解釈することによって *Southeastern* 判決での主張を狭めた。さらに、連邦最高裁判所は、*School Bd. of Nassau County v. Arlin*<sup>64)</sup>において、504条のもとでの雇用者の義務は「障害をもつ被用者のために合理的配慮を行なう積極的な義務」<sup>65)</sup>と位置づけた。

議会は、このようなりハビリテーション法504条に関する判例を踏まえて、ADAの「合理的配慮」は積極的差別是正措置の同義ではなく、むしろADAの反差別指令の不可欠の部分であることを明確にした<sup>66)</sup>。

---

58) 小石原・前掲注9、第5章参照。

59) 442 U.S., at 410-11.

60) Cooper, *supra* note 4, at 1434, n.60.

61) See Note, Accommodating the Handicapped, 80 Colum. L. Rev. 171, 185 (1980); Note, Accommodating the Handicapped: The Meaning of Discremination Under Section 504 of Rehabilitation Act, 55 N.Y.U. L. Rev. 881, 885-86 (1980).

62) 469 U.S. 287 (1987).

63) 469 U.S., at 300 n.20 (quoting *Southeastern*, 442 U.S., at 410).

64) 480 U.S. 273 (1987).

65) 480 U.S., at 289 n.19.

「合理的配慮」を積極的差別解消措置と捉える見解<sup>67)</sup>もある。しかし、多くの見解は、両者の違いを主張する<sup>68)</sup>。確かに、両者は、共通の概念、すなわち、「ある人を平等に扱うために、私たちは彼らを異なって扱わなければならない」<sup>69)</sup>から派生している。しかし、両者は、理論と実際において異なる。積極的差別是正措置は、理論上、救済的である<sup>70)</sup>。そして実際面でも、それは、差別の犠牲者であるグループに対して、過去の差別の誤りの克服のために優先的な取扱いを行なうことを要求する<sup>71)</sup>。それに対して、「合理的配慮」は、理論上、救済的ではない。過去の差別の克服に着目するのではなく、個々の障害をもつ人の雇用に関する現在の障壁の克服に焦点を合わせており、個人化されている<sup>72)</sup>。実際面でも、それは、雇用者が定めている基準の変更を要求するものではない<sup>73)</sup>。そうではなくて、「合理的配慮」は、「雇用者が障害をもつ人の能力を認めること要求し」、当該被用者が雇用者の基準に適合することができるように「型にはまらない方法で、修正を行なうことを要求する」<sup>74)</sup>。

### (3) 闘う「剣」としてのADAの不十分さ

「障害をもつ人の権利および救済の劇的な拡大を象徴する」<sup>75)</sup> ADAは、障害

---

66) See H,R, Rep. No. 485, pt.2, at 56.

67) 同視説をとるものとして、C. R. Lawrence III & M. J. Matsuda, *We Won't Go Back*, 1997, p.108; S. R. Levitsky, *Reasonably Accommodation Race*, 18 *Law & Ineq.* 85, 85 (1999) がある。

68) 相違説をとるものとして、U. S. Commission on Civil Rights, *Accommodating the Spectrum of Individual Abilities*, at 156 (1983); Cooper, *supra* note 4, at 1431-41; Befort & Donesky, *supra* note 12, at 1081-86等がある。

69) *Regents of the Univ. of Cal. V. Bakke*, 438 U.S. 265, 407 (1978) (Blackmun, J., *concurring in part and dissenting in part*).

70) R.L. Brooks, *The Affirmative Action Issue*, 22 *Conn. L. Rev.* 323, 338-39 (1990).

71) See *Id.* at 335.

72) See Befort & Thomas, *supra* note 20, at 78-80; Cooper, *supra* note 4, at 1431-32.

73) Note, *supra* note 61, at 178.

74) Cooper, *supra* note 4, at 1431-32.

者にとって自分を差別から守る「楯」であるばかりでなく、雇用者と戦う「剣でもありえる」<sup>76)</sup>、と思われた。そのように思われたからこそ、障害をもつ人による「訴訟の洪水」が心配されもしたのである<sup>77)</sup>。確かに、多くの訴訟が提起された<sup>78)</sup>が、しかし、訴訟の結果は、ADAは十分な「剣」とはなりえておらず、「期待したほど効果的ではない」<sup>79)</sup>という印象を与えるものとなっている。その原因は、第7編との比較ですでに指摘した、ADAの規範構造の複雑さにある。その複雑さが、訴訟の場において雇用者側に抗弁の手段を与えている。さらに、その複雑な構造で用いられている「言葉の不明瞭さ」<sup>80)</sup>が、難しさを一層増大させる。例えば、仕事の「本質的機能」(essential functions)や「不当な困難」といった観念は、「本来的に無限に解釈できる」<sup>81)</sup>用語である。また、ADAの趣旨や目的に関する多様な意見の存在が、司法の自己抑制的態度を生んでもいる<sup>82)</sup>。それゆえ、ADAが「剣」ともなるためには、その規範構造を修正する必要があるともいえるであろう。

ADAのもとで障害をもつ人が「合理的配慮」を裁判の場で得るためには、少なくとも4つのテストにパスしなければならない。

---

75) W. J. McDevitt, Seniority Systems and the Americans with Disabilities Act, 9 St. Thomas L. Rev. 359, 360 (1997).

76) L. Graziano, Symposium Civil Rights for the Next Millennium, 10 St. John's J. L. Comm. 511, 518-519 (1995).

77) See e.g., Befort, *supra* note 29, at 439.

78) See EEOC, Americans with Disabilities of 1990 (ADA) Charges, FY 1992-FY 2000, available at <http://www.eeoc.gov/stats/ada-charges.html>.

79) S. A. Moss & D. A. Malin, Public Funding for Disability Accommodation, 33 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 197, 198 (1998).

80) 例えば、「障害」の定義に関する連邦最高裁判所の解釈の一貫性のなさについて、S. Stefan, The Americans with Disabilities Act, 52 Ala. L. Rev. 271, 297-98 (2000) 参照。用語の不明瞭さが挙証責任の問題にも影響を与えていることについては、Everly, *supra* note 3, at 53等参照。

81) R. K. Murphy, Note, Reasonable accommodation and Employment Discrimination under Title VII of the Americans with Disabilities Act, 64 S. Cal. L. Rev. 1607, 1627 (1991).

82) See Befort & Thomas, *supra* note 20, at 73-74.

まず、前述したように、「障害」<sup>83)</sup>があり、「資格を有する」者でなければ、ADA訴訟を提起する適格を有しない<sup>84)</sup>。「資格を有する」か否かは、2つの異なる、しかし関連する問いに答えなければならない。つまり、「本質的機能」を遂行できるか否か、そして「合理的配慮でもって、あるいはそれなしに」遂行できるか否か、が問われる<sup>85)</sup>。「障害」と「資格を有する」という2つの要件は、多くの原告を困難な立場におく。なぜなら、原告は、自分が障害をもつ人であるといえるほど十分に損傷している (impair) が、しかし問題となっている業務を遂行できないほど損傷してはいないことを証明しなければならない<sup>86)</sup>からである。そして、原告が「一応有利な」(prima facie) 訴訟であっても、原告は、障害をもち、資格を有しているにもかかわらず、障害を理由にした不利益な処遇に苦しめられていることを認めさせなければならない。この最後の要件に関しても、訴えられた雇用者は、障害をもつ被用者への不利益処遇は障害を理由とするものではない、と抗弁することができる<sup>87)</sup>。

実体審理に入っても、訴えられた雇用者にはADAの規定に基づく2つの効果的な抗弁の途がある。第一に、求められた「合理的配慮」を行なうことは「不

---

83) 「障害」について、ADAは、リハビリテーション法の「障害」(handicapped individual) の、「身体的または精神的損傷」、「実質的制限」、そして「主要な生活活動」という3つの構成要素からなる定義 (29 U.S.C. 706(8)(B)) をそのまま用いている (42 U.S.C. 12102(2)(A))。そして施行規則は、「身体的または精神的損傷」(29 C.F.R. 1630.2(h)) を定義し、「主要な生活活動」の具体的例を挙げている (Id. 1630.2(i))。

本稿では、紙幅の関係で障害の定義の問題を論じることができない。障害の定義についての基本的方向性として、個人的な心身の不調や損傷 (impairment) にのみ求めるのではなく、社会に存在する様々な障壁との関わりの中で定義することが必要であると思われる。

84) 障害については、Bragdon v. Abbott, 524 U.S. 624, 642 (1998); Sutton v. United Air Lines, Inc. 527 U.S. 471 (1999); Albertson's Inc. v. Kirkingburg, 527 U.S. 555 (1999) 等、資格については、Cleveland v. Policy Management Systems Corp., 526 U.S. 795 (1999); Albertson's Inc. v. Kirkingburg, 527 U.S. 555 (1999); Chevron U.S.A. Inc. v. Echazabal, 122 S. Ct. 2045 (2002) 等参照。

85) 42 U.S.C. 12111(8).

86) S. S. Churchill, Legal Analysis, 46 B. B. J. 10, 12 (2002).

当な困難」を課するものである、という抗弁である。第二に、雇用者が採用する資格基準や選考基準は「仕事と関連し、職務の必要性と矛盾しない」<sup>88)</sup> という抗弁である。そして、立証責任の配分の問題<sup>89)</sup> とかかわるのであるが、第3に、雇用者は当該事案が「一応有利な」場合にはあたらぬ、という抗弁である<sup>90)</sup>。障害をもつ被用者に「一応有利な」場合には、立証責任は雇用者にある。しかし、それに対する抗弁が認められれば、必要である「合理的配慮」が雇用者に「不当な困難」をもたらすものではないことを、原告が立証しなければならなくなる。

### 3. 「合理的配慮」と「不当な困難」の調整

#### (1) 「不当な困難」

「不当な困難」とは、ADA101条<sup>(30)</sup>によれば、①配慮の性質と費用、②雇用者の財源、被用者数、支出と財源に及ぼす影響、施設の運営に及ぼすその他の効果、③事業者全体の財源、全体的事業規模、施設の数・種類・位置、④事業者の事業の種類、施設又は施設間の地理的な遠さ、支配又は財務上の関連性に照らして判断される「著しい支障又は費用を伴う措置」をいう<sup>91)</sup>。施行規則1630.2(p)が検討すべき要因として挙げているなかで注意をひくのは、「他の被用者の義務遂行能力への影響」である。解釈ガイダンスによれば、「不当な困

---

87) ADA 103条(a) (42 U.S.C. 12113(a)) は、障害をもつ人を排除もしくは排除する傾向のある資格基準、試験、選考基準を適用する場合でも、それが「職務に関連したものであって、業務上の必要性」に合致していれば差別の申し立てに対する抗弁となり得る、と規定している。

88) 42 U.S.C. 12113(a).

89) See Cooper, *supra* note 4, at 1463-1466; Note, Reasonable Accommodation and Employment Discrimination Under Title I of The Americans with Disabilities Act, 64 S. Cal. L. Rev. 1607, 1635-43 (1991).

90) See Befort & Thomas, *supra* note 20, at 37-38.

91) 42 U.S.C. 12111(30).

92) 29 C.F.R. 1630.2(p).

難」は、財政的な支障のみに限定されるものではなく、「過度のコストがかかる広汎で、重大で、あるいは破壊的な配慮であり、あるいは事業の性質や事業の運営を根本的に変化させるものである」<sup>93)</sup>。しかし、このガイダンスでも、なお大幅な解釈余地があり、「不当な困難」であるか否かに関する明確な判断基準は見えない。「合理的配慮」と「不当な困難」の調整をめぐる事案から、個別的・具体的に分析し、検討する必要がある。ここでは、「合理的配慮」をめぐる2つのリーディング・ケースを見てみることにする。

(2) PGA Tour, Inc. v. Martin (532 U.S. 661 [2001])

本件では、トーナメント・プロの組織であるPGAツアーに出場する障害をもつゴルファーにカートの使用を許可することが「合理的配慮」に当たるか否か、が争われた<sup>94)</sup>。連邦最高裁判所は、ADA第3編の「合理的配慮」と業務の「根本的変更」について初めての判断を示した。

本件での核心的な争点は、Martinにカートの使用を許容することがPGAトーナメントの性質に「根本的変更」をもたらすか否か、である。ADA第3篇は、「障害をもつ個人に商品、サービス、設備、特権、得点、便宜を提供するために、事業の方針、業務、手続に合理的な修正を加えることが必要な場合。そのような修正をしないこともまた差別に当たる」と規定する<sup>95)</sup>。

PGAは、シニア・ツアー等ではカートの使用を認めているが、「最高レベルのゴルフ競技」であるPGAツアー等では、「徒歩」でプレーすることがルールであり、結果に影響する可能性のあるいかなるルールの変更も競技の性質を根本的に変えることになる、と主張した。

本判決は、PGAの主張を認めなかった。その理由は、ADA解釈と、そして事実認定・評価とからなる。前者に関して、本判決は、ADAは障害をもつ特

---

93) Interpretive Guidance on 1630. 2(p).

94) 本判決については、高橋一修「身障者プロ・ゴルファーとADA（障害をもつアメリカ人法）」ジュリスト1209号21頁（2001年）が紹介している。

95) 42 U.S.C. 12182(b)(2)(A)(ii).

定の個人のために特定の状況下で合理的か否か決定することを求めているが、PGAがMartinの状況を考慮することなく、一律にいかなるルールの変更も競技の本質を根本的に変更するとしたことは、ADAの目的と明文の規定に反する、と判示した。そして本判決は、ゴルフにおいて歩くことは重要ではないと評価し、Martinがカートを使用しても、カートの乗り降りや歩行（ショットをしたり、グリーン上でのパット）による疲労は障害のないプレーヤーよりも大きいと認定した。それゆえ、本判決は、Martinにカートの使用を認めるというルールの修正がトーナメントの性質を根本的に変更するとまでいうことはできない、と判示した。

本判決の事実認定・評価の当否を論じる能力はないが、本判決は、ADAにおける個人化した検討の必要性を確認している判決といえる。

### (3) U.S. Airways Co. v. Barnett (535 U.S. 391 [2002])

航空会社U.S. Airwaysに務めるR. Barnettは、1990年に貨物取扱業務をしている間に背中を痛めた。それゆえ、Barnettは、より肉体的に楽な郵便室業務への配置転換を求めた。当該ポストは、先任者優先制（seniority system）のもとで定期的に（2年間）先任の被用者のために開かれたポストであった。なお、U.S. Airwaysにおける先任者優先制は、会社と労働組合との協議に基づく合意によるものではなく、会社が一方的に決めた制度であった。Barnettの要望は認められ、郵便室業務に配置転換された。1992年に、Barnettは、彼よりも先任である、すくなくとも2名の被用者が当該ポストへの配置転換を求めるつもりであることを知った。Barnettは、会社に、彼が郵便室業務を継続することを認める例外を作る便宜を求めた。しかし、会社は、結局、例外を作らないことを決定した。Barnettは、会社を相手取り、ADA違反訴訟を提起した。

Barnettは、郵便室業務の本質的機能を遂行できる障害をもつ個人であり、郵便室業務を行なうことは彼の障害にとって「合理的配慮」であるにもかかわらず、会社はそれを行わず、彼を違法に差別した、と主張した。それに対し、会社は、確立された先任者優先制に基づいてBarnettよりも先任で優先権

を有する被用者が郵便室業務に配置転換される、と主張した。

連邦地方裁判所は、正式事実審理を経ない判決によって、原告の訴えを斥けた。第9巡回連邦控訴裁判所は、2対1で地裁判決を支持した。しかし、第9巡回控訴裁判所〔全員法廷〕判決は、11対3で、先任者優先制の存在は単に「不当な困難」の分析における一要素に過ぎず、事件ごとの事実の徹底的な分析が「不当な困難」に該当するか否かを決定するとして、地裁判決を破棄し、正式事実審理を行う地裁法廷に差し戻した。

U.S. Airwaysが、連邦最高裁判所へ裁量上告を行った。連邦最高裁判所は、この上告を受理した。本件の争点は、先任者優先制と「合理的配慮」としての再任の調整問題である。上告人は、ある便宜が先任者優先制度に反する場合には当該便宜は常に「合理的配慮」ではない、と主張した。

連邦最高裁判所は、本件において、「合理的配慮」と「不当な困難」の調整問題に関して初めて判断を下した。判決（5対2対2）は、控訴審判決を破棄し、差戻した。

Breyer 裁判官が執筆した法廷意見<sup>96)</sup>は、以下のように判示した。

ADAは、障害をもつ被用者にとって必要な「合理的配慮」を行なうことを要求する。ADAは空位となっているポストへの配置転換という便宜の要求を自動的に拒否する、と解することもできない。他方で、通常の英語では、「合理的配慮」は「適切な配慮」を意味しない。当該障害をもつ被用者にとって有効な便宜の要請が、同僚である他の被用者への影響のゆえに、不合理である場合もありえる。ADAは、雇用者が障害をもつ人の労働市場への参入を促進す

---

96) Rehnquist長官, Stevens, O'Connor, Kennedy各裁判官が同調した。なお、Stevens補足意見は、「それ自体が障壁」(per se bar)アプローチを拒否した点に同意しつつも、便宜を要求する被用者が当該便宜が合理的であることを立証する責任を負わなければならない、と述べる。O'Connor補足意見は、先任者優先制が合理的であるか否かは、先任者優先制が法的に執行可能なものであるか次第であると述べて法廷意見が採用するテストに疑問を呈する。しかし、法廷意見のテストは多くの場合正しい結果を導くであろう等として、法廷意見に同意する。

る積極的行為を行なうことを求める。しかし、それは合理性の範囲を超えた行為を要請するものではない。「合理的配慮」と「不当な困難」とを実践的な方法で調和させることが必要である。Barnettの再任要求は、それが先任者優先制に違反しない限り、合理的であると推定できる。先任者優先制と矛盾するという状況は、通常は、要求されている便宜が合理的ではないことを意味する。「合理的配慮」が常に先任者優先制に対する「切り札」であると解することは、合理的ではないと思われる。しかし、先例も先任者優先制の優越を肯定している。先任者優先制は、公正で統一的な処遇への被用者の期待を満たすことによって、被用者に重要な利益を与える。先任者優先制は、通常は、合理的である。したがって、先任者優先制に対する例外を求める被用者が、当該例外を正当化する「特別の状況」を立証する責任を負わなければならない。

Scalia裁判官（Thomas裁判官同調）の反対意見の結論は、原判決破棄である。その判断枠組が、法廷意見とは異なる。Scalia反対意見は、先任者優先制は障碍をもつ被用者への便宜に対して「それ自体が障壁」（per se bar）であるとする。したがって、Scalia反対意見によれば、先任者優先制と抵触する便宜は、そもそも「合理的配慮」ではないことになる。

Souter裁判官（Ginsburg裁判官同調）の反対意見の結論は、原判決維持である。Souter反対意見によれば、ADA制定史からすると、先任者優先制は余り大きな重みを有していない。団体交渉協定に基づく先任者優先制が、「合理的配慮」か否かを判断する際の考慮の一要素になるに過ぎない。しかし、雇用者によって一方的に決められた先任者優先制は、ADAのもとでは何ら特別な保護を受けない。したがって、本件における問題の解決は、比較衡量によって決せられる。先任者優先制を破ることが「不当な困難」をもたらすことの証明責任は、雇用者にある。被上告人は、2年間郵便室業務を行っていた。被上告人は、変更を求めているのではなく、むしろ現状維持を求めている。他の被用者を振り落としてもいないし、被上告人への当該便宜によって誰もポストを失うわけではない。

(4) 事実の内容に即した個別的・具体的検討

連邦最高裁判所は、*Bragdon v. Abbott* (542 U.S. 624 [1998]) では HIV 患者を ADA の適用対象とする画期的な判決を下した。しかし、その後は、*Cleveland v. Policy Management Systems Corporation* (526 U.S. 795 [1999]), *Murphy v. United Parcel Service, Inc.* (527 U.S. 516 [1999]), *Sutton v. United Air Lines, Inc.* (527 U.S. 471 [1999]), *Albetson's Inc. v. Kirkingburg* (527 U.S. 555 [1999]) と「障害をもつ人」の範囲を限定してきた。

「合理的配慮」に関する判例として、(1)で見た PGA Tour 判決を端緒として、2002年には *Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams*<sup>97)</sup> 判決、そして(2)で見た *Barnett* 判決がある。しかし、全員一致判決であった Toyota 判決の結論を左右した核心的争点は、「合理的配慮」論ではなく、被上告人（原告）の身体状態が悪化した後における「主な生活活動」への制約が「実質的」であるか否かに関する事実評価<sup>98)</sup>であった。したがって、*Barnett* 判決が、「合理的配慮」と「不当な負担」の実践的調整をめぐる最初の判決であり、「最も重要な」<sup>99)</sup> 判決といえる。

中立的で、確立された労働ルールであれば、「合理的配慮」を否定する正当化根拠となる。そのようなルールの代表的な例のひとつが、会社と労働組合との協議に基づいて合意された先任者優先制である。それは、「それ自体」(per se) [合理的配慮] を否定する「切り札」となる<sup>100)</sup>。しかし、本件は、労働組合との協議に基づき合意された先任者優先制ではなく、会社が一方的に決めた先任者優先制である。ということは、会社の意志で変更することも修正することもできるものである。そうであるとすると、そのような先任者優先制と「合理的配慮」との調整にあっては、前者が優越するものとはいえないであろう。

---

97) 534 U.S. 184.

98) 534 U.S., at 195-203.

99) Amar & Brownstein, Reasonable Accommodation under the ADA, 5 Green Bag 2d 361, 361 (2002).

100) See e.g., Befort & Thomas, supra note 20, at 59-61.

したがって、少なくとも、事実の内容に即した個別的・具体的検討によって答えを導き出すことが必要である。その際、考慮すべき一方のものは、Barnettの要求する便宜がもたらす影響である。Souter 反対意見は、Barnettが求めているのは、変更ではなく、現状維持であり<sup>100)</sup>、また誰かのポストを奪うものでもない<sup>101)</sup>、と主張する。確かに、Barnettからすると、現状維持ではある。しかし、それは、当該ポストが2年任期であるという慣行を変更するものであり、他の被用者への影響はあるのであり、その影響が大きくないとは簡単には断定できない。さらなる事実認定・評価が求められる。

### Ⅲ. ドイツ連邦共和国基本法3条3項2文

#### 1. 1994年第42回基本法改正

1994年10月27日の第42回改正法律で、2項2文および3項2文が補填され（下線部）、基本法3条は以下のような規定となった。

#### 基本法3条

1. すべての人は、法律の前に平等である。
2. 男性と女性は、同権である。国は、女性と男性の同権が現実的に達成されることを促進し、現に存する不利益の除去を目指す。
3. 何人も、その性別、生まれ、人種、言語、故郷及び家族、その信仰、宗教上又は政治上の見解を理由にして、不利益を受け、または優遇されてはならない。何人も、その障害を理由として不利益を受けてはならない。

#### (1) 州憲法における障害をもつ人に関する規定

1989年の「ベルリンの壁」の崩壊および1990年10月3日のドイツ再統一から1994年基本法3条3項2文補填までの間に、障害をもつ人の法的地位等に関する動きがあったのは、まずドイツ民主共和国側の州憲法においてであった。

---

101) 535 U.S., at 423.

ドイツ民主共和国の新しい憲法制定のための円卓会議案<sup>102)</sup>には、障害者 (Behinderte) にかかわる規定が置かれている。例えば、23条1項2文 (共同体は「障害者を尊重する」)、23条2項 (「すべての市民は、……障害……の結果に対する社会保障の権利を有する」)、25条2項 (「国家は、特に……障害に適合した住居……の促進を義務づけられる」) である。この円卓会議案をモデルにして、1990年7月23日東ベルリン憲法および5つの州憲法 (1992年5月27日ザクセン自由州憲法、1992年7月16日ザクセン-アンハルト州憲法、1992年8月20日ブランデンブルク州憲法、1993年4月30日メッケルンブルク-フォアポンメルン州憲法、1993年10月25日テューリンゲン自由州憲法)<sup>103)</sup> 制定の際には、障害をもつ人の法的地位が一つテーマとなった。アメリカのADA制定の影響もあって、障害者ではなく障害をもつ人 (Menschen mit Behinderung [ブランデンブルク州憲法12条4項、29条3項2文、35条3項、48条4項；テューリンゲン自由州憲法2条4項]；behinderte Menschen [東ベルリン憲法6条4項、ザクセン州憲法17条2項1文]) という表現が採用されている。青少年と高齢者と並んで障害をもつ人への助成と支援が「国家およびすべての個人の責務である」(東ベルリン憲法6条4項)、「高齢者および障害のある人は、州の特別な保護のもとにある。州は、共同体における生活への平等な参加を促進する」(ザクセン-アンハルト州憲法38条)、「障害をもつ人は、自由州の特別な保護のもとにある。州および地域団体は共同体におけるその平等な参加を促進する」(テューリンゲン自由州憲法2条4項)、「才能のある人、障害をもつ人、そして社会的な不利な立場にある人は特別に支援される」(同20条)といった規定が置かれた。なかでも、障害をもつ人の法的地位に関しては、ブランデンブルク州憲法が多くの規定を置いている。障害をもつ人は、教育分野における特別な支援 (29条3項3文)、スポーツの際の障害をもつ人

102) Vgl. P. Häberle, Der Entwurf der Arbeitsgruppe Neue Verfassung der DDR des Runden Tisches, JöR n.F. Bd. 39 (1900), S. 319.

103) Vgl. M. Herdegen, Die Aufnahme besonderer Vorschriften zugunsten behinderter Personen in das Grundgesetz, VSSR 1992, 245 (254ff.).

の特別なニーズへの顧慮（35条3項）、社会保障の権利（45条1項1文）、労働関係における解約告知に対する特別な保護（48条4項）等、詳細に規定されている。さらに、ブランデンブルク州憲法12条2項は、優遇も不利益処遇も禁止する理由の一つとして「障害」を明記しており、「差別禁止における障害をもつ人への顧慮にとって直接的なモデル」<sup>104)</sup>といえる。

なお、再統一後の1995年11月23日に制定されたベルリン憲法12条2項は、基本法3条3項2文よりも先へ行く。それは、女性および未成年者と並んで身体障害をもつ人に労働関係における特別な保護請求権を認めた<sup>105)</sup>。

## (2) 3条3項2文補填の経過と要因

連邦議会は、1994年9月6日に、基本法3条3項2文の補充を含む基本法改正案を可決し、連邦参議院も9月23日に同意した。同法は、11月4日に公布され、11月15日に発効した<sup>106)</sup>。

基本法3条3項2文が補填された要因として、次の3つのことを指摘できるであろう。

第1に、1990年の東西ドイツ統一である。障害をもつ人の不利益処遇の禁止に関してみると、前節で見たように、旧東ドイツの州憲法で障害をもつ人の差別禁止規定が定められていた。第2に、障害者団体による差別禁止規定の基本法への補充推進運動である。それは、とりわけ、CDU/CSUの態度を変えさせるのに貢献したといえる。連邦議会・連邦参議院合同憲法委員会では、

---

104) M. Sachs, Das Grundrecht der Behinderten aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, RdJB 2/1996, 160.

105) 現行のベルリン憲法は、11条1文で障害をもつ人への不利益処遇を禁止し、2文で「障害をもつ人および障害のない人の平等な生活条件のために配慮する」ことを州に義務づけている。

106) 改正過程については、A. Jürgens, Der Diskriminierungsschutz im Grundgesetz, DVBl. 1997, 410 (411); G. Jürgens, Die verfassungsfrechtliche Stellung Behinderter nach Änderung des Gesetzes, ZfSH/SGB 7/1995. 353 (354f.) 参照。邦語文献としては、岡田俊幸「障害者の不利益処遇の禁止と特殊学校への転校処分」自治研究73巻12号111頁（1997年）参照。

CDU/CSUは、障害者不利益処遇禁止条項の導入に反対していた。SPDは、①基本法改正は公共において明確なシグナルを送り、住民の間での意識変革に対して一つの重大な推進力を与えること、②基本法3条3項は「憲法史的な意味」も有するが、ナチスによって迫害された他の集団は基本法3条3項で特別に言及されているのに対して、同じく迫害された障害者は考慮されていない等を主張し、補填を提案した。それに対して、CDU/CSUは、①障害者に対する国家共同体の責任は社会国家原理によってすでに確保されている、②障害者の不利益処遇の禁止は、病人や事故・犯罪の犠牲者といった社会の他の集団による同様の要求への先例となりかねないこと、③障害者の差別は、主として、日常生活における差別の問題であり、憲法では解決できないことを理由に反対した。結局、基本法3条3項2文の補充は、合同憲法委員会では2/3の多数を獲得できなかった。しかし、合同憲法委員会の勧告を受けて始まった連邦議会の審議で、障害者団体の障害者の不利益処遇禁止条項導入への粘り強い運動を受けてCDU/CSUが従来態度を変更し、基本法3条3項2文の補填に賛成した。

そして、第3に、1990年に制定されたアメリカのADAの影響を挙げることができるであろう。D. C. Umbachは、3条3項2文の「思想は、まず何よりも、80年代のアメリカの反差別運動によって表明され、そして1990年のADAに置き換えられた」<sup>107)</sup>ものと指摘している。基本法3条3項2文の補填は、いわば「時代精神の認容」<sup>108)</sup>といえよう。

## 2. 基本法3条3項2文の意味・内容

### (1) 判例

連邦憲法裁判所は、1996年7月30日に、統合教育に関する不許可処分をめぐる憲法異議事件において、基本法3条3項2文の規範内容に関して初めて言

107) D.C. Umbach, in: Ders./Clemens, GG Bd. I (2002), Art. 3 III 2, Rdnr. 377. Vgl. ferner A. Jürgens, ib., DVBl. 1997, 410; Ders., Gleichstellungsgesetze für Behinderte?, ZRP 1993, 129 (130f.).

108) Umbach, id., Rdnr. 382.

及した<sup>109)</sup>。

本件は、仮の権利保護手続で下された上級行政裁判所の却下決定に対する憲法異議であるが、普通学校での統合教育を求める障碍児に対する特殊学校への転校処分の合憲性が問題となった。連邦憲法裁判所は、上級行政裁判所の却下決定は「基本法3条3項2文に合致しない」として憲法異議を認めた。

本決定の基本法3条3項2文の内容に関する理解は、以下の判示部分から窺うことができる。

ニーダーザクセン州学校法は、「障碍のために特殊教育の促進を必要とする女子生徒および男子生徒に対して、原則として、特殊教育の促進の必要のない女子生徒および男子生徒との普通学校における共通の就学を求める優先的請求権を付与する」もので、それは「基本法3条3項2文において保障されているような、障碍を理由とする不利益処遇の特別な禁止を……法律上詳細に発展させている」。同法が定める普通学校における共通教育という「法律上の原則事例から離れることができるのは、個人の〔共通教育〕促進要求に普通学校では対応することができない場合、または組織的、人的および物的諸条件からして統合就学が不可能である場合だけである。基本法3条3項2文に照らして、この原則・例外関係から法適用者が法律上の原則事例を離れようとする場合には、法適用者に対して高度の根拠づけ義務が導かれる。それゆえ、ニーダーザクセン州学校法に基づく統合就学の可能性を、組織的および人的手段が限られている場合の普通学校の〔共通教育〕遂行能力について個々の点を問わずに一括した指摘によって否定するのでは、拒否理由として十分ではない」。そして上級裁判所の却下決定からは、障碍を理由として不利益を受けないという異議申立人の利益が基本法3条3項2文において憲法上保障されていることを、上級行政裁判所が意識していたと認識することができない。

特殊学校での教育は本人が希望しない場合には不利益処遇となりえることを

---

109) DVBl. 1996, S. 1369 = JZ 1996, S. 1073. 本決定については、岡田（前掲注106、108頁以下）が紹介している。さらに、BlérGE96, 288（1997）も参照。

肯定する本決定は、いわゆる派生的配分請求権<sup>110)</sup>を認めたものといえる。

## (2) 学説

1994年の基本法改正までは、障害をもつ人に関して、基本法上明文規定はなかった。1994年改正以前は、障害をもつ人の基本法上の保護は、1条1項の人間の尊厳および20条1項の社会国家原理において語られていた。1条1項によって、障害をもつ人に対する差別も含めて、人間としての扱いを否定するすべての差別が禁止される<sup>110)</sup>。そして、障害をもつ人への配慮は、救済を必要とする人のための社会国家の配慮義務の一環として位置づけられる<sup>111)</sup>。

基本法3条3項2文は、1条1項および社会国家原理を超える、どのような意識・内容をもつのであろうか。

【意義・目的】連邦議会・連邦参議院合同憲法委員会では、障害をもつ人を保護することの意義に関して2つの異なる見解が対立していた。一つは、全法秩序に放射されるべき価値決定と見る見解であり、他の一つは単なるアピール機能と見る見解であった<sup>112)</sup>。

学説は3条3項2文の意義を、社会国家原理における援助および統合使命の具体化と強化<sup>113)</sup>と捉え、そしてその使命を果たすために不利益処遇の禁止条項を補填したもの<sup>114)</sup>と見る。それゆえ、3条全体の構造のなかで3項2文は、

110) 派生的配分請求権については、青柳幸一「基本権の多次的機能」同『個人の尊重と人間の尊厳』76頁以下(1996年)、戸波江二「西ドイツにおける基本権解釈の新傾向(一)～(五)」自治研究54巻7号～11号(1978年)等参照。

111) ナチス支配への拒絶の表明である基本法1条1項の「人間の尊厳」は、まず第一に、甚だしい虐待、追放、そして差別に対する防壁を意味する(vgl. statt aller E. Benda, Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht, in: HdbVerfR, § 6 Rdnr. 15-21ff.)。

112) BVerfGE 40, 121 (133)。

113) Umbach, a.a.O. [Fn. 107], Rdnr. 380。

114) BT-Drs, 12/8165, S. 29; Herdegen, a.a.O. [Fn. 103], S. 247, 248ff.; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art.3, Rdnr. 42a; Sachs, a.a.O. [Fn. 104], S. 154ff.; Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl. 2007, Art. 3, Rdnr. 142。

「法と社会における障害者の地位を強化する保護目的を明確に際立たせる」<sup>115)</sup>ものと位置づけられる。したがって、3条3項2文は、とりわけ私法を制定する際に立法者を拘束する<sup>116)</sup>。

【享有主体】 享有主体は、自然人のみである<sup>117)</sup>。障害者団体は、3条3項2文の享有主体ではない<sup>118)</sup>。

【障害の定義】 3条3項2文は、障害について定義していない。障害の定義については議論があるが、ドイツの障害者法制が重度障害者中心であったことからすると、3条3項2文は少なくとも重度障害者に限定していない<sup>119)</sup>ことは指摘できる。

#### 【1項・2項・3項1文との関係】

3条には、内容的重複が存在する。不利益処遇については、すでに3条1項が禁止している。障害をもつ人に対する国家共同体の責務は、前述したように、すでに20条1項の社会国家原理によって把握される<sup>120)</sup>。しかし、これらが無駄な重複と見ることは、正しくない。前者について言えば、3条3項2文は、障害をもつ人に対する不利益処遇の禁止を条文上も明確にしたといえる。後者

---

115) Vgl. weiteres Hinweise Herdegen, a.a.O. [Fn. 103], S. 251ff.

116) BT-Drs. 12/8165, S. 29.

117) BVerfGE 99, 341 (356).

118) W. Heun, in: Dreier, GG I, 2. Aufl. 2004, Art. 3, Rdnr. 136; P. Reichenbach, Ist die medizinisch-embryopathische Indikation beim dem Schwangerschaftsabbruch nach § 218 a II StGB verfassungswidrig?, Jura 2000, 622 (625ff.); vgl. auch Herdegen, Das neue Diskriminierungsschutz für Behinderte, 1995, S. 53; Osterloh, in: Sachs, GG, 4. Aufl. 2007, Art. 3, Rdnr. 308; Jarass/Pieroth, a.a.O. [Fn. 114], Rdnr. 145; M. Gubelt, in: Münch/Kunig., GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Rdnr. 94a.

119) Heun, id., Rdnr. 136; Umbach, a.a.O. [Fn. 107], Rdnr. 404.

120) Heun, id., Rdnr. 135; Osterloh, a.a.O. [Fn. 118], Rdnr. 308; m.w. N. Rübner, in: Wannagat, SGB, AT §§ 10, 20, 29 Rdnr. 4; Mryozynski, SGB I, 2. Aufl. 1995, § 10 Rdnr. 12ff.; G. Jürgens, a.a.O. [Fn. 106], ZfSH/SGB 1993, S. 358f. なお、障害をもつ人の憲法上の概念については、V. Neumann, Der verfassungsrechtliche Begriff der Behinderung, NVwZ 2003, 897 参照。

に関しては、前述したように、3条3項2文によって障害をもつ人に対する国家共同体の責務が強化される。

3条3項1文と2文の重要な違いは、1文が「性別、生まれ、人種、言語、故郷及び家族、その信仰、宗教上又は政治上の見解を理由にして」優遇することを禁止するのに対して、2文は障害者の優遇を禁じていない点にある。この点で、3条3項2文は、障害を理由に優遇することも禁止するブランデンブルク州憲法12条2項とは異なる。3条3項2文は、立法者の「形成の自由」に委ねられる範囲において障害をもつ人に対する優遇を許容する<sup>121)</sup>。

#### 【不利益処遇の禁止】

3条3項2文の不利益処遇の概念は、3条1項のそれと一致する。

基本法改正立法者は、3条3項2文は直接妥当する権利を保障する、と述べている<sup>122)</sup>。不利益からの保護は何ら基本権ではなく、政治的な準則（基準値）にすぎない<sup>123)</sup>とする異論もあるが、多数説は、主体的な基本権である防禦権を保障する<sup>124)</sup>ものと捉えている。さらに、防禦権と並んで、より広い消極的な保障機能として障害者差別の特別な禁止を読み込み、さらに特に障害をもつ人に有利な処遇を促進する施策を是認する（積極的保障機能）見解<sup>125)</sup>もある。

#### 【障害をもつ人の地位の強化】

3条3項2文の不利益処遇の禁止を超える部分、すなわち、社会における障害をもつ人の地位の強化は、国家目標として位置づけられる<sup>126)</sup>。一般的な価値決定として、3条3項2文は、特別な社会国家的国家目標としての作用を有す

---

121) Herdegen, a.a.O. [Fn. 103], S.256; Scholz, in: Maunz-Dürig, GG (1996), Art. 3 Abs. 3, Rdnr. 177.

122) Heun, a.a.O. [Fn. 118], Rdnr. 137; vgl. A. Jürgens, a.a.O. [Fn. 107], ZRP 1993, 130f.; Schmidt-Bleibtreu/Klein, a.a.O. [Fn. 114], Rdnr. 42a.

123) BT-Drucks. 12/8165, S. 29; H. G?nther, Rehabilitation 1997, 109 (210).

124) Modell/Müller, GG, Art. 3, Rdnr. 18.

125) Osterloh, a.a.O. [Fn. 118], Rdnr. 305.

126) Scholz, a.a.O. [Fn. 121], Rn.174.

る<sup>127)</sup>。この作用に関しては配分請求権・給付請求権が問題になるが、3条3項2文も平準化する措置としての給付請求権を認めるものではない<sup>128)</sup>。具体的給付請求権については、周知のように、学説も判例<sup>129)</sup>も消極的であり、社会国家上かつ財政制度上の措置留保があることを認めている<sup>130)</sup>。また、特別な平等原則として、2文は創造的配分請求権を根拠づけるものでもない<sup>131)</sup>。先に見たように、連邦憲法裁判所も2文を、派生的配分・給付請求権と抑制的に解釈している。

### 【第三者効力】

3条3項からは事実上の平等の確立への保護義務的要求を何ら導き出せないので、3条3項の客観的作用は、実践上もっぱら第三者効力に限定される<sup>132)</sup>。そして、その第三者効力は、間接的効力である<sup>133)</sup>。つまり、2文は、私法上の条文解釈と適用の際に放射作用を有する<sup>134)</sup>し、立法者は私法において障害をもつ人の平等な処遇を求める規範を制定することができる<sup>135)</sup>。

---

127) Ch. Starck, Mangoldt/Klein/Ders., GG I (2005), Art. 3 Abs. 3, Rdnr. 417; Osterloh, a.a.O. [Anm. 118], Rüdnr. 307; Scholz, a.a.O. [Fn. 121], Rdnr. 174; Rübner, BK (Stand: 2003), Art. 3 II u. III (1996), Rdnr. 872, 885. 反対説として、T.M. Spranger, Wen schützt Art. 3 III 2 GG?, DVBl. 1998, 1058ff. がある。

128) Scholz, a.a.O. [Fn. 121], Rdnr..174.

129) Herdegen, a.a.O. [Fn. 118], S. 29f., 35f ; Scholz, id., Rdnr. 177.

130) BVerfGE 33, 303 (333); 90, 107 (116).

131) Scholz, a.a.O. [Fn. 121], Rdnr. 177.

132) Umbach, a.a.O. [Fn. 107], Rdnr. 393.

133) Heun, a.a.O. [Fn. 120], Rdnr. 137; Starck, a.a.O. [Fn. 127], Rdnr. 342f. 反対説として、J.A. Frowein, Die Überwindung von Diskriminierung als Staatsauftrag, Art. 3 III GG, in: Festschrift für H. Zacher, 1998, S. 157 (160ff.) がある。

134) Scholz, a.a.O. [Fn. 121], Rdnr.174; Starck, a.a.O. [Fn. 127], Rdnr. 422; Heun, a.a.O. [Fn. 120], Rdnr. 138.

135) Starck, a.a.O. [Fn. 127], Rdnr. 422 ; G. Beaucamp, Das Behinderungsrecht (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) in System der Grundrechtsdogmatik, DVBl. 2002, 1000 m.w.N. in Anm. 43; Jarass/Pieroth, a.a.O. [Fn. 114], Rdnr. 132.; BT-Drs. 12/8165, S. 29.

(3) 社会法典第9編

ドイツの障害者法制<sup>136)</sup>の特徴は、リハビリテーションの重視、一般就労促進（重度障害者雇用義務制度）の重視、福祉的就労の場としての障害者作業所の重視、障害者の当事者代表者による参加の重視に見出すことができる。

2001年に、従来のリハビリテーション給付調整法と重度障害者法を見直し、統合した「リハビリテーションおよび障害をもつ人の参加」(Rehabilitation and Teilhabe behinderter Menschen) が社会法典第9編<sup>137)</sup>に規定された。この見直し・統合は、権利基底のパラダイムへの変換として特徴づけることができる。この見直し・統合は、4つの目標、すなわち、①障害をもつ人<sup>138)</sup>の自己決定と社会参加の促進、②リハビリテーションの権利の一層の発展と不利益処遇の禁止の明文化、③障害をもつ人の雇用状況の優先的な改善、④ドイツ語手話の認知および平等処遇についての調査を挙げている<sup>139)</sup>。

2001年の社会法典改正には、様々なものの影響を見出すことができる。81条2項が規定する使用者に対する不利益処遇の禁止は、基本法3条3項2文を

---

136) Starck, id., Rdnr. 422.

137) Sozialgesetzbuch Neuntes Buch (BGBl. I S. 606). なお、ドイツの障害者法制一般については、R. Wagner, Einführung in das Behindertenrecht, 2004; J. Castendiek/G. Hoffmann, Das Recht der behinderten Menschen, 2. Aufl. 2005; A. Frank, Das Schwerbehindertenrecht, 9 Aufl. 2006; T. Eissing, Behindertenrecht, 2007等参照。邦語文献としては、田中耕太郎「ドイツにおける障害者施策の展開と介護保険」<<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2003/08/s0826-2.d.html>>等参照。

138) 社会法典第9編2条は、障害を「身体的な機能、知的能力または精神の健康が、同じ年齢の者と比べてかなりかけ離れていて、その状態がおよそ6ヶ月以上続き、そのために社会生活への参加が困難となっている状態の人」と定義している。

なお、8条でバリア・フリーを定める障害をもつ人の平準化法 (Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen : BGBl. I S. 3024) は、そのほかに、公権力の運営主体に対する障害者の不利益処遇の禁止 (7条)、行政手続等におけるドイツ語手話その他の補助をつけるよう請求する権利の保障 (8条)、各種資格法規における欠格条項の全面的見直し (10条) 等を規定している。

139) 廣田久美子「障害者の雇用保障に関する法的課題」九大法学 83号 301-2頁 (2002年) 参照。

法律に置換するものである。障害者関連法において従来は「障害者（Behinderte）」と表記されていたが、それが「障害をもつ人（behinderte Menschen）」と改められた。この変更には、アメリカのADAの影響を見ることができであろう。さらに、本稿のテーマとの関係で興味深いのは、新たに挿入された社会法典81条で、雇用者の義務および重度障害をもつ人の権利を定めていることである。81条が定める内容は、ADAの影響というよりも、直接的には、2000年11月に出された欧州委員会の「雇用と職業における均等待遇の一般的枠組みを設定する指令」<sup>140)</sup>を置換するためのものといえる。指令5条は、均等取扱原則の遵守を確保するために、当該措置が雇用者に不均衡な負担（a disproportionate burden）を課さない等の留保のもとではあるが、障害をもつ人に対して「合理的配慮」（reasonable accommodation）を供与することを規定している。

社会法典第9編81条は、1項で、雇用者に対して、重度障害をもつ人を空位および空位になるポストへ就労させることに関する審査義務を課す。2項は、前述したように、雇用者に対して障害を理由とした不利益処遇を禁止し、そしてその違反に対する損害賠償請求権を認める。3項は、適切な措置によって、一定数の重度障害をもつ人が可能な限り持続的で、障害に適合した職務を見つけられることを保障することを雇用者に義務づける。5項も、雇用者にパートタイム労働制度を促進する義務を課している。

そして、81条4項が、重度障害をもつ人の、雇用者に配慮（Beücksichtigung）を求める権利を保障する。重度障害をもつ被用者は、能力と知識を可能な限り十分に活用し、さらに発展することができるよう就労を割り当てられることを請求することができる（1項）。職場の内外での訓練や継続的形成に際して、重度障害をもつ被用者は優先的処遇を請求することができる（2号・

---

140) Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000. この指令については、竹中康之「ECにおける障害者差別禁止法制の展開と課題」ワールド・ワイド・ビジネスレビュー3巻2号47頁以下（2000年）、濱口桂一郎「EUの『年齢・障害等差別禁止指令』の成立と、そのインパクト」世界の労働51巻2号40頁以下（2001年）参照。

3号)。これらの権利は、訴求することを認める請求権として保障されている。そして、4号は、被用者に対して、重度障害をもつ被用者のポストおよび労働環境を障害をもつ人にとって適するように変更することを義務づける。ただし、これらの義務を具体化するための措置には、留保が付されている。当該義務の遂行が雇用者に期待し得ないか、あるいはそのために不均衡な出費（*unverhältnismaßige Aufwendung*）が必要な場合、労働の家庭および労働の成果に不利な影響を及ぼす場合、そして他の労働者に対して重大な不利益を生じる場合には、実施する必要はない（4項2文・3文）。

したがって、ドイツにおいても、「合理的配慮」の実施は、「不当な困難」とのバランスのもとにおかれている<sup>141)</sup>。

#### IV. 合理的配慮を求める憲法上の権利

##### 1. 障害をもつ人の権利：条例と条約

###### (1) 千葉県条例と「合理的な配慮」

2006年10月11日、千葉県議会は、日本で初めて障害をもつ人に対する差別に関する規定を盛り込んだ「障害のある人もない人も共に暮らしやすい千葉県づくり条例」<sup>142)</sup>を可決した。

本条例の最大の特色は、2条2項の「差別」の定義規定に見出すことができる。それは、障害を理由とした不利益取扱ばかりでなく、「障害のある人が障害のない人と実質的に同等の日常生活又は社会生活を営むために必要な合理的な配慮に基づく措置（以下「合理的な配慮に基づく措置」という。）を行わないことを」差別と定義していることである。この点は、次節で見る障害をもつ

---

141) 「合理的配慮」を求める権利については、廣田・前掲注139、323-25頁；同「ドイツにおける障害差別禁止と『合理的配慮』をめぐる動向」NIRV87号129頁（2008年）；小西啓文「ドイツ重度障害者法における雇用政策の展開」三重法経125号42-51頁（2005年）等参照。

142) 本条例は、<http://www.pref.chiba.jp/reiki/4189010100520000000/41990101007800020000/41990101007800020000.html>で読むことができる。

人の権利条約と同様の位置づけとなっている。そして、8条で「何人も、障害のある人に対し、差別をしてはならない。ただし、不利益取扱いをしないこと又は合理的な配慮に基づく措置を行うことが、社会通念上相当と認められる範囲を超えた人的負担、物的負担又は経済的負担その他の過重な負担になる場合においては、この限りでない」と規定する。ここから、2つのことを指摘することができる。第1に、ADA等と異なり、「合理的な配慮に基づく措置を行うこと」が雇用の場だけに限定されていないことである。そして、第2に、ADAや障害をもつ人の権利条約と同様に、その「合理的な配慮」も「過重な負担」とのバランスが求められていることである。

## (2) 障害をもつ人の権利条約と「合理的配慮」

第二次世界大戦後の国際社会が、障害をもつ人に対する差別問題に眼を向けたのは、1970年代になってからである。それまでの、障害をもつ人に対する差別への無関心は、1966年に採択された国際人権規約を見れば明らかである。差別を禁止するA規約2条2項、B規約2条1項、26条には、障害に基づく差別は挙げられていない。諸々の人権条約でも、子どもの権利条約<sup>143)</sup>を除いて、差別を禁止する条項で障害は挙げられていない。条文に明記されていないだけでなく、「人権諸条約に基づく実行、活動、実践の中でも障害者の人権はほとんど取り扱われてきませんでした<sup>144)</sup>」という状況であった。変化への動きは、1971年の「知的障害者権利宣言」から始まる。国連は、その後、周知のように、1975年には「障害者権利宣言」を採択し、1981年を「国連障害者年」とし、そして1983年から「国連障害者の10年」を開始する。1994年に、国連総会は「障害者の機会均等化に関する基準規則」を採択した<sup>145)</sup>。

2006年12月13日、障害をもつ人の権利条約が第61回国連総会本会議におい

---

143) 子どもの人権条約2条には、差別禁止事由の一つとして障害が挙げられており、また23条には障害をもつ子どもの権利が規定されている。

144) 川島聡「障害者の国際人権保障」リハビリテーション研究130号4頁（2007年）。

て採択された。日本は、2007年9月28日に本条約に署名した。本条約は、2008年4月3日にエクアドル政府が20番目となる批准書を国連事務総長に寄託したことにより、条約45条の規定に基づき、2008年5月3日に発効した。

まず何よりも、障害をもつ人の権利条約<sup>146)</sup>の特徴として指摘できるのは、障害に基づく差別の定義のなかで「合理的配慮の否定」が明記されている(2条)ことである。このことは、「障害分野の合理的配慮の発展のみならず、国際人権法全般の被差別概念にとっても意義深いものと」<sup>147)</sup>いえよう。2条で定義されている「合理的配慮」の内容における主たるポイントは、次の3点である。第1に、「合理的配慮」を、障害者による「すべての人権及び基本的自由」の平等な享有と行使を確保するための「必要かつ適当な変更及び調整」と定義している。第2に、「合理的配慮」は、障害をもつ人の個別的具体的なニーズに配慮するために「特定の場合に必要とされるものである」。「特定の場合に必要とされる」という文言は、川島聡が正当に指摘しているように、合理的配慮が個人で異なる『個別化された概念』であることを意味する<sup>148)</sup>。そして第

145) 国際的な障害者法の動向については、D. Driedger, *The Last Civil Rights Movement: Disabled Peoples' International* (1989) [ダイアン・ドリージャー (長瀬修編訳) 『国際的障害者運動の誕生』(2000年)]; Department of Economic and Social Affairs, *The United Nations and Persons with Disabilities: The First 50 Years* (2000); G. Quinn & T. Degener with A. Bruce et al., *Human Rights and Disability* (2002); W. Scott, *Guide to Sources in International and Comparative Disability Law*, 34 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 621 (2007) 等参照。邦語文献としては、長瀬修「障害分野の国際人権法」法学セミナー1999年2月号; 川島・前掲注144、1頁以下; 同「障害者の国際人権保障の(1)~(5・完)」手話コミュニケーション研究41号(2001年)、43号60頁(2002年)、45号66頁(2002年)、49号44頁(2003年); 同「国際人権法における障害差別禁止法」高野真澄先生退職記念『これからの人権保障』231頁以下(2007年)等がある。

146) 本条約の外務省による仮訳文は、[http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/shomei\\_32b.html](http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/shomei_32b.html)で読むことができる。(なお、本条約についての詳細な研究書として、再校のときに、長瀬修・東俊裕・川島聡編『障害者の権利条約と日本』(2008年7月)が公刊された。川島聡=長瀬修による仮訳も、同書・207頁以下に収録されている。)

147) 川島・前掲注144、40-41頁。

148) 同・38頁。

3に、「合理的配慮」の要求は、「変更及び調整」を行う側に対して「均衡を失した又は不当な負担」（disproportionate or undue burden）を課すものではないことである。障害をもつ人の権利条約も、「合理的配慮」と「不当な負担」とのバランスを求めている。

### （3）憲法と条約

公害条例、情報公開条例、個人情報保護条例で明らかのように、条例が法律に先行し、やがて同様な法律が制定されることはありうる。しかし、国法秩序において、条例が憲法に優先することはありえない。他方で、条約と憲法の場合には、両者の優劣関係をめぐる問題が従来から存在する。筆者は、すでに別稿において、憲法と条約の優劣に関して簡単にではあるが、論じている<sup>149)</sup>。それを再録（「 」内）しつつ、私見を述べておきたい。

「憲法と条約の優劣をめぐって、国民主権主義に立脚する憲法優位説と、国際協調主義に立脚する条約優位説が対立している。

憲法が国際協調主義に立脚していることは、前文および98条2項から明らかである。しかし、その国際協調主義の内容は必ずしも明確ではないし、現在の国際社会の状況を前提とする限り、国際協調主義という一般原則によって条約優位を正当化することは困難であろう。また、条約優位説が挙げる、憲法98条1項で条約が除かれており、しかも同条2項に条約を誠実に遵守することが謳われており、81条で違憲審査の対象から条約が除かれているという他の論拠も、説得力をもつとは言い難い。98条1項は国内法秩序における憲法の最高法規性を宣言した規定であるので、条約が除かれているのは当然である。同条2項は、違憲の条約まで遵守しなければならないという意味を含むものとは解しえない。また、81条に関しても、そもそも、条約と憲法の優劣の問題と、条約の違憲審査が許されるか否かという問題とは直接関係がない。憲法優位論をとっても、統治行為論などの別の理由で条約の違憲審査を否定する見解はあ

---

149) 青柳幸一「憲法と条約」法学教室141号47頁（1992年）。

りうるからである。憲法は、憲法改正に関して加重要件を付している（96条）。条約優位説をとると、法律よりも簡易な手続で成立する条約による憲法改正が認められることになってしまう。それは、硬性憲法性および国民主義をそごうものである。したがって、一般的には、多数説である憲法優位論が妥当といえる」。

日本では、憲法と条約の効力関係をめぐる議論は、日米安全保障条約を念頭において論じられていた。それゆえに、いわば優劣がドグマティッシュに論じられていたように思われる。しかし、とりわけ近時、「人権の国際的保障の動きのなかで、人権の保障を内容とする条約や確立された国際法規が増えている。それらは、日本国憲法の最高法規性の実質的基礎である人権の保障と一致する。このような場合には、その優劣をドグマティッシュに決めるのではなく、基本的には等位の関係にあるものと捉え、個別的・具体的に検討することが必要であると思われる」。

日本も批准している、かつ国際人権条約における基本条約といえる国際人権規約に関してさえ、「国際人権規約の重要性を認識することができても、わが国の法体系の下では、憲法と並ぶかあるいは憲法よりも優先する効力を明確に与えない限り、同規約の真の重さは裁判所に伝わらない」<sup>150)</sup> 現状が、一方にある。そして、また、条約の国内法的効力については、条約の self-executing 性に代表される技術的困難を伴う問題もある<sup>151)</sup>。他方で、2008年6月4日に下された国籍法3条1項を違憲とする最高裁大法廷判決（最大判2008〔平成20〕年6月4日判時2002号3頁）は、国際的動向も踏まえて社会的事実の変化を検証し、国籍の付与に関して準正でない婚外子を別異に処遇することの「合理的関連性」を否定している。そうであるとする、少なくとも、日本政府が署名している、障害をもつ人の権利条約の内容を、日本国憲法のもとで障害をもつ

150) 園部逸夫「日本の最高裁判所における国際人権規約の最近の適用状況」国際人権11号4頁（2000年）。

151) 岩沢雄司『条約の国内適用可能性』（1985年）、齊藤正影『国法体系における憲法と条約』（2002年）等参照。

人の人権の内容を具体化するための解釈の基準として参考にすることは認められるであろう。

## 2. 日本国憲法と障害をもつ人

### (1) 「かけがえのない個人」である障害をもつ人

人権の根拠は、とりわけ第二次世界大戦後、「人間の尊厳」に求められている<sup>152)</sup>。問題は、「人間の尊厳」とは何かである。欧米の思想では、「尊厳」を理性に求める。「理性の発見」は、確かに、人々や制度に「光」をもたらした。しかし、他面で、「理性」主義は「影」ももたらしてもきた。そのひとつは、理性が不十分であるとされる人や欠けているとされる人を人権の享有主体である「すべての人」から排除してしまうことである。個々の人間のなかには、人類としての共通性と、そして他の人とは異なる個別性とが並存している。卑見によれば、人間の「尊厳」は、人類としての共通性に見出されるのではなく、個別性、すなわち、「かけがえのない」存在としての、一人ひとりの個人に見出される<sup>153)</sup>。障害をもつ人も、言うまでもないことであるが、「尊厳」を有する個人である。

「新しい人権」としての自己決定権は、別稿<sup>154)</sup>で論じたように、決定主体性を奪われている人が決定主体である自分を認めさせる文脈で、その「新しさ」を見出すことができる権利である。従来、障害をもつ人は自己決定できない人、と極めつけられてきた。それは、誤りである。障害をもつ人の憲法上の権利論は、この出発点における誤謬から正していかなければならない。身体に障害をもつ持つ人の場合、「その人は決定はできるのだが、(i)その決定の実行は他人が行う、(ii)その実行に関わる負担を他人が（他人も）負う。となると、自己決定した人の言うことは聞くのは負担であり、負担であることからする不利益が

---

152) 芦部信喜『憲法学Ⅱ』56-61頁（1994年）参照。

153) とりわけ、青柳幸一「ドイツ基本法1条1項『人間の尊厳』論の『ゆらぎ』」同（編）『融合する法律学 上巻』3頁以下（2006年）参照。

154) 青柳幸一「生殖補助医療における自己決定と憲法」法律時報79巻11号25頁以下（2007年）参照。

ありうる。だから、自己決定は実現されにくい<sup>155)</sup> にすぎない。知的障害をもつ人も、「周囲が自己決定できないと思い込んでいただけのことであって、実際には十分に自分の意志を持ち、決定できる場合がたくさんある」<sup>156)</sup> のである。確かに、支援は必要となるであろう。しかし、障害のない人も、自己に関するあらゆる事柄に関して自分だけで決定しているわけでも、自分の力だけでそれを実行しているわけでもない。

## (2) 憲法14条1項と障害

障害をもつ人は、冒頭の「問題の所在」で述べたように、社会的偏見によって差別されてきた。したがって、障害をもつ人の憲法上の議論は、憲法14条の平等条項において論じられることになる。障害は、憲法14条1項の5事由に含まれていない。しかし、5事由は例示なので、そこに挙げられていなくとも障害に基づく差別が許容されるわけではない。

障害という属性は、どのように考えられるのであろうか。アメリカ連邦最高裁判所は、知的障害をもつ人たちのグループホーム建設をめぐる不許可処分<sup>157)</sup>の合憲性が争われた *Cleburne v. Cleburne Living Center*<sup>157)</sup> において、障害という属性に関して判示した。White 裁判官が執筆した法廷意見は、障害が「疑わしい分類」でないばかりでなく、「準・疑わしい分類」でもないとしつつも、「威力のある (with teeth) 合理性の基準」でその合憲性を事案の内容に即して個別的・具体的に審査して、市の不許可処分を違憲とした。

本稿の問題関心からすると、障害という属性を「準・疑わしい分類」としなかった理由が問題となる。法廷意見は、障害者に関連して法律が制定されていることを理由に、障害者は政治的に無力ではない<sup>158)</sup>、と判示した。しかし、

---

155) 立岩真也『私的所有』129頁 (1997年)。

156) 同・169頁注13。

157) 473 U.S. 432 (1985). 本判決については、青柳幸一『個人の尊重と人間の尊厳』412頁以下 (1996年) 参照。

158) 473 U.S., at 445..

この判断は適切とは言えないと思われる。なぜなら、制定されてきた障害者関連法は、「問題の所在」ですでに指摘したように、障害をもつ人の権利主体性を認めたとえでのものではなく、パターンリズムに基づいて制定された法律群といえるからである<sup>159)</sup>。

平等に関するアメリカ判例の場合、中心の位置を占めるのは、そもそも合憲性が「疑わしい」とされる人種に基づく差別である。人種に基づく別異の取扱いは、不利益処遇の場合も優遇措置の場合にも、その合憲性は最も厳しい審査基準である「厳格審査の基準」で判定される<sup>160)</sup>。人種が「疑わしい分類」とされる理由は、すでに別稿<sup>161)</sup>で分析しているように、3つある。それは、悲惨で長い差別の歴史、属性の不変性、そして分離し、孤立したマイノリティである。障害は、これら3つの要件を満たすであろうか。障害をもつ人は悲惨で長い差別の歴史に服させられてきたし、分離し、孤立したマイノリティでもあった。しかし、障害という属性は、すべてが先天的なものばかりではないし、すべてが不変というわけでもない。また、障害に基づいて別異に取り扱うことのすべてがそもそも憲法上許容されない、というわけではない<sup>162)</sup>。そうであるとすると、障害という属性は、一般的に、人種と全く同じ性質の属性であると言うことはできないことになろう。

しかし、憲法14条1項において重要であるのは、憲法上求められる平等は、結果の平等を保障する実質的平等ではなく、形式的平等、すなわち、機会の平等を保障するものであることである。したがって、機会の平等を事実上奪われ

---

159) See Hahn, *supra* note 5, at 182-83.

160) See *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003). 本判決については、安西文雄「ミシガン大学におけるアファーマティブアクション」ジュリスト1260号122頁（2004年）等が紹介している。

161) 青柳幸一「国公立女子大学の憲法適合性」同『個人の尊重と人間の尊厳』365頁以下（1996年）、さらに戸松秀典『病度原則と司法審査』（1990年）参照。

162) See *Plyer v. Doe* (457 U.S. 202 [1972]). 本判決については、青柳幸一「アメリカ違法入国外国人の人権」磯部力（編）「欧米における不法就労取締り法制の研究調査」法務省平成5年度委託調査報告書70-74頁（1994年）参照。

ている場合には、それを是正しない限りは、障害をもつ人は機会の平等を奪われていることになり、憲法14条1項に反する状態に置かれていることになる。それゆえ、機会の平等を現実化するための「合理的配慮」が、憲法上求められる。つまり、機会の平等を現実化するための「合理的配慮」をしないことは、障害をもつ人への差別となる。このことは、障害以外の理由で機会の平等自体を奪われている場合にも、同様のことがいえる。このような「合理的配慮」は、機会の平等の実質化を求めるものなので、憲法14条の伝統的理解と矛盾するものではない。

さらに、憲法14条1項において、実質的平等を実現するために、積極的差別解消措置が障害をもつ人に対しても求められる。しかし、多数説は、憲法14条1項は実質的平等まで求めてはならず、実質的平等を目指した積極的差別解消措置を執ること自体は容認される、とするのにとどまる<sup>163)</sup>。そして、すでに論じたように、積極的差別解消措置と「合理的配慮」とは同じ性質のものではない。むしろ、「合理的配慮」を一般化することは、機会の平等における差別の禁止としての「合理的配慮」の意味内容を曖昧にする危険性があるように思われる。

### 3. 障害をもつ人の「合理的配慮」を求める権利

#### (1) 憲法上の、一般的な「合理的配慮」請求権？

「合理的配慮」は、すでに見てきたように、配慮を義務づけられる側の「不当な困難」とのバランスのもとに置かれる。このことが、反面で、障害をもつ人の憲法上の権利すべてに関して一般的に「合理的配慮」請求権を結びつけることの問題性を浮き彫りにする。例えば、精神的障害をもつ人の投票権である。

身体的障害をもつ人の投票の機会については、周知のように、制度の変遷はあったが、在宅投票制、郵便投票制が法律上用意されてきた。しかし、精神的

163) 例えば、野中俊彦ほか『憲法I [第4版]』274-75頁（2006年）参照。

障害をもつ人は、在宅投票制や郵便投票制を利用することを法律上認められていなかった<sup>164)</sup>。上告人は、1999年9月に成年に達したが、2000年初め頃から、完全に家庭内にひきこもるようになった。それゆえ、上告人は、2000年2月及び同年4月に行われた地方公共団体の長の選挙並びに同年6月に行われた衆議院議員総選挙において、各投票を棄権した。上告人は、精神的原因による投票困難者に対して選挙権行使の機会を確保することは憲法の命ずるところであるから、国会議員が本件各選挙までに上記機会を確保するための立法措置を執らなかったという立法不作為などが違憲であり、国家賠償法1条1項のもとで違法の評価を受けると主張して、国に対して、本件各選挙において選挙権を行使できなかったことによる慰謝料等の支払を求めた。2006年、最高裁第一小法廷は上告を棄却した（最一判2006〔平成18〕年7月13日最高裁判所裁判集民事220号713頁）。

本稿のテーマとの関係で問題となるのは、精神的障害をもつ人の選挙権-投票権に関する判決の判断枠組である。判決は、「憲法における選挙権保障の趣旨にかんがみれば、国民の選挙権の行使を制限することは原則として許されず、国には、国民が選挙権を行使することができない場合、そのような制限をすることなしには選挙の公正の確保に留意しつつ選挙権の行使を認めることが事実

---

164) 在宅投票制度廃止の合憲性については、最一判1985〔昭和60〕11月21日民集39巻7号1512頁）参照。この1960年判決は、立法不作為に即して言い直すと、「憲法の一義的な文言」が特定の内容の立法を求めている「にもかかわらず国会が当該立法を行」わない「というごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り」認められないと述べ、「立法不作為の違憲審査を否認するにひとしいほど厳しい制約を課した」（芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第4版〕』369頁〔2007年〕）。しかし、この項で言及している2005年の在外邦人の選挙権に関する上告審判決は、「憲法上保障されている権利を侵害するものであることが明白な場合」あるいは「権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには」立法不作為が国家賠償法1条1項のもとで違法の評価を受けることを認めた。この点で、2005年判決は、1960年判決が「以上と異なる趣旨をいうものではない」と述べているにもかかわらず、実質的な判例変更を行ったといえる。

上不可能ないし著しく困難であると認められるときでない限り、国民の選挙権の行使を可能にするための所要の措置を執るべき責務があるというべきである」。そして、「このことは、国民が精神的原因によって投票所において選挙権を行使することができない場合についても当てはまる」ことを認める。しかし、判決は、「精神的原因による投票困難者については、その精神的原因が多様であり、しかもその状態は必ずしも固定的ではないし、療育手帳に記載されている総合判定も、身体障害者手帳に記載されている障害の程度や介護保険の被保険者証に記載されている要介護状態区分等とは異なり、投票所に行くことの困難さの程度と直ちに結び付くものではない」ことを理由に、「精神的原因による投票困難者は、身体に障害がある者のように、既存の公的な制度によって投票所に行くことの困難性に結び付くような判定を受けているものではない」ことを正当化する。

この2006年判決の判断枠組および事実評価は、適切であろうか。この判決も引用する在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件（最大判2005〔平成17〕年9月14日民集59巻7号2087頁）は、「国民の代表者である議員を選挙によって選定する国民の権利は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹を成すものであり、民主国家においては、一定の年齢に達した国民のすべてに平等に与えられるべきものである」。憲法は、前文及び1条、15条1項、同条3項、43条1項、44条ただし書の規定からして、「国民主権の原理に基づき、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を国民に対して固有の権利として保障しており、その趣旨を確たるものとするため、国民に対して投票をする機会を平等に保障しているものと解するのが相当である」。そのような憲法「の趣旨にかんがみれば、自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである。そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確

保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえ、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するといわざるを得ない。また、このことは、国が国民の選挙権の行使を可能にするための所要の措置を執らないという不作為によって国民が選挙権を行使することができない場合についても、同様である」。

在外邦人の選挙権に関する最高裁判決の、上記の判断枠組は適切である。そうであるとすると、問題は、この判断枠組からして、精神的障害をもつ人の投票の機会を実質的に奪うことには、「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる」「やむを得ない事由」があるといえるか否か、である。

精神的障害をもつ人が投票できるようにする制度自体が選挙の公正を害するわけではない。では、精神的障害をもつ人が投票できるようにすることは、「事実上不能ないし著しく困難」であろうか。当該判決が挙げる「事実上不能ないし著しく困難である」事由は、「精神的原因による投票困難者については、その精神的原因が多種多様であり、しかもその状態は必ずしも固定的ではないし、療育手帳に記載されている総合判定も、身体障害者手帳に記載されている障害の程度や介護保険の被保険者証に記載されている要介護状態区分等とは異なり、投票所に行くことの困難さの程度と直ちに結び付くものではない。したがって、精神的原因による投票困難者は、身体に障害がある者のように、既存の公的な制度によって投票所に行くことの困難性に結び付くような判定を受けているものではないのである」ということである。しかし、本件の事実に関して上告審が認定したところによれば、「上告人は、外出先で他人の姿を見ると身体が硬直し身動きが著しく困難になるなどの症状が現れるため、公職の選挙の際に投票所に行くことが困難であり、現行選挙制度の下で選挙権を行使することが全く不可能と認めるには至らないが、公職選挙法44条1項所定の投票所における投票をすることが極めて難しい状態であると認められる。しかし、

上告人は、家庭内では、新聞を読み、テレビを見、親しい知人との間では電話をするなどしており、公職の選挙において、候補者を自己の判断で選び、投票用紙にその氏名を自署する能力を有するものと推認される」のである。「投票所における投票することがきわめて難しい状態であると認められる」精神的障害をもつ人に対して郵便投票制度の利用を認めることは、すべての有権者に投票の機会を実質的に保障することであり、郵便投票制度の利用要件を改正することは「事実上不能でも著しく困難」であるわけではない。

投票することができないならば、選挙権は実質的に保障されていないに等しい。選挙権・投票権の場合には、「合理的配慮」ではなく、権利そのものの性質から「やむを得ない事由」の有無を厳格に検討する必要がある。

## (2) 教育・就職・労働における「合理的配慮」を求める権利

機会の平等が事実上奪われていることが実体的権利の実質的な侵害を惹起するのは、とりわけ、教育、就職（職業選択）、そして労働の権利である。それらの実体的権利は、障害をもつ人が現実の世界で生活するために重要な権利である。働くことなくして「自立」的な経済的生活を送ることは、そもそも困難である。働くことは、経済的生活にとって重要であるばかりではない。働くことは、「有意義な任務を遂行していることから生ずる満足と生産性の感覚、価値あるグループに属しているという感情、自己評価、そしてパーソナルなアイデンティティのための基礎を供給する」<sup>165)</sup>。誰でもそうであろうが、とりわけ障害を持つ人が仕事のない場合、外部に取り残されていると、ひとりぼっちだと、そして自分は非常に無用な存在であると感じるのであろう<sup>166)</sup>。

障害をもつ人も、前述したように、「かけがえのない個人」であり、人権享有主体である。その点で、障害をもつ人と障害のない人とは、何ら違いはな

165) S. J. Smits, *Disability and Employment in the USA*, *Disability & Society*, Vol. 19 No. 6, 2004, p.647 (quoting R. H. Moos, *Work as human context*, in: Pallak & Perloff (eds.), *Psychology and Work*, 1989, p.6.

166) Id. (quoting L. Harris, *Inside America*, 1987, p.195-96).

い。しかし、就労や雇用の場面では、障害をもつ人と障害のない人とは同じでない場合が多い。就労や雇用において競争関係におかれた場合、障害をもつ人は、一般に、不利な立場におかれ、就労の機会さえ得にくい現実がある。人権の保障は、現実的保障でなければならない<sup>167)</sup>。したがって、憲法28条及び22条が保障する障害をもつ人の就労・雇用の権利は、機会の平等の実質化としての「合理的配慮」を求める権利を内包しているといえる。

国際人権規約B規約13条が規定するように、教育は「人格の尊厳についての意識の十分な発達」と密接不可分に結びつく。最高裁判所も、憲法26条の教育を受ける権利の背景に「子どもの学習権」を措定している<sup>168)</sup>。教育は、その人の人格形成にとって重要であるばかりではなく、その人が選択する職業等、その人の人生にとって大きな意味を有する。

教育に関して言えば、基本的に、義務教育におけるインクルーシブ（切り離さない）教育が必要といえる。「子どもの教育が始まる場所であり、私たちそれぞれが一生持ち続ける価値を吸収し始める場所である」義務教育の場で、障害をもつ子どもと障害のない子どもがお互いに触れ合いながら学ぶことは、障害をもつ人への偏見をなくし、お互いを尊重しあい、配慮しあうためにも必要なことといえよう。なぜなら、「われわれの子ども達と一緒に学び始めなければ、われわれ人民がともに生きることを学ぶことはない」<sup>169)</sup> からである。

障害をもつ人の権利条約24条は、インクルーシブ教育の選択可能性を規定し、インクルーシブ教育において施設・設備といった物理的環境の調整、授業の伝達手段やコミュニケーション手段の便宜、といった「合理的配慮」の供与を規定している。さらに、「合理的配慮」を行っても平等が実現しない場合に

---

167) 現実的自由については、青柳幸一「基本権の多次元的機能」同『個人の尊重と人間の尊厳』132-138頁参照。

168) 旭川学力テスト事件（最大判1976〔昭和51〕年5月21日刑集30巻5号615頁）。

169) この言葉は、初等・中等教育における人種分離教育に関して、T. Marshall判事が反対意見で述べたことである（*Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717, 793 [1974]）。この言葉は、インクルーシブ教育の必要性に関しても当てはまると思われる。

は、差別を是正し実質的な平等を実現するための特別措置を執ることを定めている。

インクルーシブ教育の選択可能性に関しては、第2章で見たようなドイツ連邦憲法裁判所が示している判断枠組が重要である。選択に関しては、まず第一に、子ども・親側の希望が優先される。学校側がその希望を拒否する場合には、抽象的な理由では正当化されず、個別・具体的な正当化理由が必要となる<sup>170)</sup>。

障害をもつ人にとっては、とりわけ、受ける（受けた）教育レベルが、障害をもつ人の就労と密接に関係する。その意味で、義務教育後の教育を受ける機会へのアクセスが、障害をもつ人の人生にとっても、雇用にとっても「より核心的である」<sup>171)</sup>といえる。

筋ジストロフィーに罹患している生徒が市立高等学校を受験し、調査書の学力評定および学力調査の合計点では合格点に達していた。にもかかわらず学校側は高校の全課程を履修する見込みがないと判定して、入学不許可の処分を下した。当該処分の取消し等を求めた訴訟において、神戸地方裁判所は、当該処分における裁量権の逸脱・濫用を認め、不許可処分を取り消した（神戸地判1992年4月13日行裁例集43巻3号309頁）。当該判決の以下の判示は、本稿で検討してきた憲法論からしても、極めて妥当なものとして評価できる。

「普通高等学校に入学できる学力を有し、かつ、普通高等学校において教育を受けることを望んでいる」障害をもつ生徒に対して、「普通高等学校への入学の道が閉ざされることは許されるものではない。健常者で能力を有するものがその能力の発達を求めて高等普通教育を受けることが教育を受ける権利から

170) 市教育委員会が、生徒と両親の希望と異なり、当該生徒を特殊学級に入級させた処分の合法性が争われた事件で、第一審判決（旭川地判1993年10月26日判時1490号49頁）も控訴審判決（札幌高判1994年5月24日判タ854号102頁）も、当該処分を合法とした。本稿で検討してきた憲法論からすれば、生徒本人や両親の希望がまず優先される。それを覆すには、普通学級で学ぶことが極めて困難であることを教育委員会側が事実として立証しなければならない。

171) Smits, *supra* note 165, p.651 (quoting Stodden & Dowrick, *Postsecondary education and employment of adults with disabilities*, *American Rehabilitation*, 25(3), p.20 [2000]).

導き出されるのと同様に、障害者とその能力の全面的発達を追求することもまた教育の機会均等を定めている憲法その他の法令によって認められている当然の権利である」。

## V. むすびに

### 【ADAを超えて】

日本の場合には、先任権制度がないので、Barnett判決の事例自体は参考にならない。日本でもADAと同一の構造・内容を有する「障害をもつ人の差別を禁止する法律」が制定されたと仮定して、「合理的配慮」と「不当な困難」の調整問題をについて若干の検討をして、本稿を結びたい。

最も難しい問題は、空位への配置転換をめぐる問題である。その場合、想定される事例は、資格を有する障害をもつ被用者とより良い資格を有する人との競合である<sup>172)</sup>。

#### ① より良い資格を有する新規採用応募者との競合

この場合には、現在働いている人の方が優先する。現在の被用者の方が、新規採用応募者よりも雇用を保持するより重い利益があると思われるからである。新規採用応募者には、「合理的配慮」を求める権利はない。したがって、障害をもつ被用者の方が、優先される。

#### ② より良い資格を有する、障害のない被用者との競合

この場合にも、障害をもつ被用者の方を優先することが「不当な困難」を課すことを雇用者が立証できない限り、障害をもつ被用者を優先すべきである。そうすることによって、ADAの条件を満たすことができる。雇用者は、より良い資格を有する障害のない被用者を当該ポストに配置転換できなかったとしても、次の配置転換のときには最善の人を選ぶことができる、そして、2年から3年ごとに若干の資格要件を満たす障害をもつ被用者を空位へ配置転換したとしても、それが多くの雇用者に重大な「困難」をもたらすとは思われない<sup>173)</sup>

---

172) Befort & Donesky, *supra* note 12, at 1085-90.

からである。

ADAにおける「合理的配慮」には、前述したように、費用の点でも限界がある。それが、「不当な困難」による制約につながる。しかし、そもそも、ADAには根本的な批判も投げかけられている。それは、「合理的配慮」は社会目標であるので、そのコストを企業にのみ負わせるべきではなく、国が支えるべき費用である<sup>174)</sup>、という批判である。

### 【「健康で文化的な最低限度の生活」の保障】

障害をもつ人は、機会の平等を実質化するために当然に「合理的配慮」を求めることができる。そのような「合理的配慮」を越えて、障害を持つ人にも憲法25条が保障する「健康で文化的な最低限度の生活」が保障されなければならない。「健康で文化的な最低限度の生活」を保障する具体的施策に関して、一般的には、「合理的配慮」と結びつけて語ることもできないわけではない。しかし、広汎な立法裁量を認める最高裁判決<sup>175)</sup>からすると、「合理的配慮」論が立法裁量の限界づけとしてどれだけ機能しうるか、疑わしい。

生存権に関する社会的に望ましい政策を選択するために、そして「健康で文化的な最低限度の生活を営む」ことさえ脅かしかねない「障害者自立支援法」を改正し、真に自立を支援するための法律を作るためにも、資源配分の「公正性」に関する基準の構築が必要であるように思われる。このような議論は、裁判所に向けた議論であるよりも、主として国会や内閣に向けた議論である。しかし、政策形成に向けた議論が憲法学にとって無縁であるわけではないし、無縁であってよいわけでもない。憲法学からも、紙幅の関係でもはや詳論する余

173) See *Ransom v. Ariz. Bd. of Regents*, 983 F. Supp. 895, 903 (D. Ariz. 1997).

174) See R. Epstein, *Forbidden Grounds*, at 480-94 (1992). さらに批判論として、S. Rosen, *Disability Accommodation and the Labor Market*, in C. L. Weaver (ed.), *Disability and Work*, 18-30 (1991); M. A. Schuman, *The Wheelchair Ramp to Serfdom*, 10 St. John's J. Legal Comment, 495 (1995); R. A. Vassel, *The Americans with Disabilities Act*, 13 J.L. & Com. 397 (1994); Moss & Malin, *supra* note 79 等がある。

175) 堀木訴訟 (最大判1982 [昭和57] 年7月7日民集36巻7号1235頁)。

裕はないが、資源の平等論<sup>176)</sup>あるいはケイパビリティの平等論<sup>177)</sup>等、平等に関する社会・政治哲学的あるいは経済学的理論と規範論である憲法論の架橋の可能性を含めて自覚的に検討することは、憲法25条論の充実に何がしか貢献できるように思われる。

---

176) R. Dworkin, *Sovereign Virtue*, 2000, Chap. 2（小林公・大江洋・高橋秀治・高橋文彦訳『平等とは何か』第2章 [2002年]）。Dworkinは、身体障害に伴う不遇に対する所得補償を行う資源配分政策を正当化する。

177) A. Sen, “Equality of What?”, in S. McMurrin (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, Vol.I, 1980, pp.194-220（大庭健・川本隆史訳『合理的な愚か者』225-62頁 [1989年]）； Sen, *Commodities and Capabilities*, 1985（鈴木興太郎訳『福祉の経済学』 [1988年]）； Sen, *Inequality Reexamined*, 1992（池本幸生・野上裕生・佐藤仁訳『不平等の再検討』 [1999年]）； Sen, *Capability and Well-Being*, in M. Nussbaum and A. Sen (eds.), *The Quality of Life*, 1993, pp.30-53. Senのケイパビリティの平等論は、なお哲学的概念の提示にとどまっているが、政策選択の優先順位を確定している点で興味深い。

論説

# アマチュア・スポーツ規制をめぐる法的問題

——その後の *Brentwood* 事件を手がかりに——

藤井 樹 也

はじめに

- 1 その後の *Brentwood* 事件
  - 2 アマチュア・スポーツ規制をめぐる法的問題
- おわりに

はじめに

2007年6月にアメリカ連邦最高裁は、*Tennessee Secondary School Athletic Association v. Brentwood Academy* 判決（以下、*Brentwood II* 判決）<sup>1)</sup>を下した。この事件は、2001年2月に連邦最高裁が下した *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association* 判決<sup>2)</sup>（以下、*Brentwood I* 判決）の後に、いったん連邦地裁まで差し戻された事例であり、6年余りをかけて再び連邦最高裁に戻りその判断が下されたものである。*Brentwood I* 判決は、州規模の非営利スポーツ協会の行為が、政府と私人の関わりあい（*entwinement*）の基準を満たすとして、ステイト・アクションに該当すると認定した<sup>3)</sup>。そこで差戻審では、スポーツ協会をステイト・アクターであるとした最高裁の判断を前提に、具体的な処分がメンバーの連邦憲法上の権利を侵害することになるかとい

---

1) *Tennessee Secondary School Athletic Association v. Brentwood Academy*, \_\_ U.S. \_\_, 127 S.Ct. 2489 (2007) (*hereinafter Brentwood II*).

2) *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*, 531 U.S. 288 (2001) (*hereinafter Brentwood I*).

う、実体問題が問われることになったのである。

*Brentwood II*判決は、*Brentwood I*判決の後日談的な意義をもつにとどまると考えられたせいか、判決後の評釈等によってもさほど大きく取り扱われておらず、実際にこの判決自体に関する判例評釈の数は多くないようである。しかし私見によると、この事例は*Brentwood I*判決で争点となった問題のほか、いくつかの重要問題と複合的に関連しており、その点で極めて興味深い事例であったように思われる。

第一に、この事例はいうまでもなく、*Brentwood I*判決で問題とされたステイト・アクション論に関する重要事例であった。*Brentwood II*判決は、ステイト・アクションの存在が認められた場合であっても、その判断がただちに憲法違反という実体的結論とは直結しないことを明らかにした。

第二に、*Brentwood II*事件で争点となった実体問題は、主として連邦憲法修正1条・14条によって保障される表現の自由に関するものであった。そして、この事例はとりわけ、個人相手の勧誘行為が表現の自由として保障されるのか、保障される場合どの程度保障されるのかという問題について、興味深い論点を含んでいた。

第三に、この事例は、アマチュア・スポーツ規制の必要性・合理性という、スポーツ法の分野における興味深い問題を含んでいた。後述のように*Brentwood II*判決は、青少年の搾取、公正な競技の阻害、学業軽視等の弊害を阻止するという目的によって、問題となったアマチュア・スポーツ規制を合憲

---

3) 安部圭介「ステイト・アクション法理の現在—高校体育連盟の法的位置づけ」ジュリスト1207号156頁(2001)、藤井樹也「ステイト・アクション法理—州規模の非営利スポーツ協会の行為はステイト・アクションとなるか」ジュリスト1239号140頁(2003)、木下智史「最近の判例 *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*, 531 U.S. 288 (2001) —学校間運動競技を規律する州中等学校体育連盟による処分は、合衆国憲法第14修正の適用をうけるステイト・アクションとみなしうる」アメリカ法2002-1号151頁(2002)、木下智史『人権総論の再検討—私人間における人権保障と裁判所—』131～132頁(2007)、榎透『憲法の現代的意義—アメリカのステイト・アクション法理を手掛かりに—』57～58頁(2008)を参照。

と判断した。政府によるアマチュア・スポーツ規制がいかなる理由により許されるのか、いかなる内容の規制が許されるのかという問題の背後には、アマチュア・スポーツはいかにあるべきかという、スポーツ法学・スポーツ倫理学上の根源的な課題が横たわっていると考えられるのである。

以上に加えて、この事例では、手続的デュー・プロセス保障のあり方も問題になっている。また、連邦最高裁によるステイト・アクションの認定→連邦地裁からの実体判断のやり直し→連邦最高裁による実体判断による原告敗訴という訴訟経過をたどったこの事例は、原告にとって徒労感の多い結果をもたらしており、訴訟当事者の手続保障や訴訟経済といった訴訟制度論上の問題も含んでいる。

上記諸問題のうち、第一のステイト・アクション理論、第二の表現の自由法理の問題との関わりについては、すでにきわめて不完全な形ではあるが、他の論考で取り扱ったことがある<sup>4)</sup>。そこで本論文では、以上のように様々な問題を複合的に含んでいる *Brentwood* 事件を素材にして、とくに上記第三のアマチュア・スポーツ規制をめぐる法的問題を中心に考察してみたい。以下、1では、*Brentwood II* 判決にいたるその後の *Brentwood* 事件を簡単に紹介する。それを踏まえて、2では、*Brentwood* 事件とステイト・アクション理論および表現の自由法理との関係を簡単に考察した後、*Brentwood* 事件のスポーツ法的側面を手がかりに、アマチュア・スポーツ規制をめぐる法的問題を考察することにする。

---

4) ステイト・アクション理論との関わりについては、*Brentwood I* 判決について考察した、藤井樹也「非営利法人の権利侵害行為とステイト・アクション法理」国際公共政策研究7巻2号15頁(2003)、藤井・前掲注3)を参照。また、表現の自由法理との関わりについては、*Brentwood II* 判決について論じた、浅香吉幹=川岸令和=平澤英明=東川浩二=藤井樹也=安部圭介(司会)「座談会 合衆国最高裁判所2006-2007年間延期重要判例概観」アメリカ法2007-2号159頁、193~196頁(2008)(藤井樹也発言)のほか、ヘイト・スピーチ規制について考察した、藤井樹也「ヘイト・スピーチの規制と表現の自由—アメリカ連邦最高裁の *R.A.V.* 判決と *Black* 判決」国際公共政策研究9巻2号1頁(2005)、藤井樹也「IT化時代における表現の自由と差別規制—オーストラリアにおけるサイバー・レイシズム問題を素材に—」筑波ロー・ジャーナル創刊号95頁(2007)を参照。

## 1 その後の *Brentwood* 事件

### (1) *Brentwood II* 判決にいたる経過

*Brentwood* 事件は、以下のような事例であった<sup>5)</sup>。Tennessee州の高校間スポーツを規制する非営利団体である Tennessee Secondary School Athletic Association（本件被告、公立290校・私立55校が加盟、以下、TSSAA）は、その規則において中学生のリクルートに際しての“undue influence（不当な影響力）”の行使を禁止していた。問題となったのは、1997年にTSSAA加盟校である Brentwood Academy（私立高校）のフットボール・コーチが中学生に春期練習への招待状を送付し、用具が支給されることを説明し、すぐ参加すると有利だと記載し、“Your Coach”とサインした行為であり、それによる入学者はいなかったが、全員が春期練習に参加した。この行為が上記TSSAA規則に違反するとして、TSSAAがBrentwoodに対して、2年間の出場停止、4年間の監視、制裁金3000ドルの処分を科したのに対して、BrentwoodがTSSAA内の再審査手続を経たのち、TSSAAと執行役員2名を相手に§1983訴訟を提起して、修正1条・14条違反とデュー・プロセス侵害を主張したというものである。

裁判の経緯は以下のとおりであった。まず、連邦地裁がBrentwood勝訴の summary judgmentを下したのに対して<sup>6)</sup>、連邦控訴裁はTSSAAを私的結社であると認定し、原判決を破棄した<sup>7)</sup>。連邦最高裁は5対4で、TSSAAをステイト・アクターであると認定し、原判決を破棄し事案を差し戻した（*Brentwood I*判決<sup>8)</sup>）。Souter 法廷意見（Stevens, O'Connor, Ginsburg, Breyerが同調）は、

---

5) 事実関係の詳細については、*Brentwood I*判決に関する前掲注3)の諸文献および藤井・前掲注4)を参照。

6) *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*, 13 F.Supp.2d 670 (M.D.Tenn 1998).

7) *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*, 180 F.3d 758 (6th Cir. 1999).

州と私人の緊密な結びつき（close nexus）がある場合にのみステイト・アクションを認定できるとし、それを、①州による強制的権力の行使、②州による相当程度の奨励、③私人と州の共同行為または州の代理人としての行動、④州の機関による私人のコントロール、⑤州による私人への公的機能の委任、⑥私人と政府の政策の関わり合いまたは政府と私的団体の関わり合いが認められる場合に類型化し、TSSAAと州との広範な関わり合いがあるとして、TSSAAをステイト・アクターであると認定した。これに対して、Thomas 反対意見（Rehnquist, Scalia, Kennedy が同調）は、ステイト・アクションを認定できるのは、①私的団体による公的機能の遂行、②政府による創設・強制・奨励、③政府との共生関係が認められる場合に限り得られるとして、TSSAAはステイト・アクターではないと主張したのである。

差戻後の連邦控訴裁は、事案をさらに連邦地裁に差し戻し<sup>9)</sup>、連邦地裁は、再び Brentwood 勝訴の判断を下した<sup>10)</sup>。そして連邦控訴裁は、①リクルート禁止規則は言論内容規制にあたり、許容される目的のため狭く限定されているとはいえないから修正1条違反であり、②TSSAAは一方当事者に偏した証拠だけしか考慮しておらず、Brentwoodのデュー・プロセス権を侵害したと判断した<sup>11)</sup>。

---

8) *Brentwood I*, *supra* note 2. Souter 法廷意見および Thomas 反対意見の詳細については、前掲注3) の諸文献および藤井・前掲注4) を参照。

9) *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*, 262 F.3d 543 (6th Cir. 2001).

10) *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*, 304 F.Supp.2d 981 (M.D.Tenn 2003).

11) *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*, 442 F.3d 410 (6th Cir. 2006). なお、Rogers 判事の反対意見は、Brentwood が言論の自由を放棄したこと、そのことは禁止される違憲の条件に該当しないこと、Brentwood の手続的デュー・プロセス権も侵害されていないこと、州の代理人である TSSAA が州の反トラスト法上の免責 (antitrust immunity) をうけることなどを理由に、合憲判断をすべきだと主張している。*Id.* at 444-456.

## (2) *Brentwood II*判決

連邦最高裁は、結論的には9対0の全員一致で *Brentwood* による表現の自由侵害の主張およびデュー・プロセス侵害の主張をしりぞけたが、理由の一部については以下のように4対5に分裂し、その部分については *Stevens* グループが多数派形成に失敗する結果となった。

(a) *Stevens* 法廷意見 *Stevens* 意見の主要部分（I, II-B, III, IV）には他の7判事が同調して法廷意見を形成したが、その一部（II-A）には3判事（*Souter*, *Ginsburg*, *Breyer*）のみが同調し、判決となる意見（*judgment of the Court*）を形成するにとどまった。その概要は以下のとおりである。

第一に、リクルート活動の禁止ルールが修正1条違反にあたるかという争点について、修正1条が *Brentwood* による情報提供や勧誘活動を保護するが絶対的ではないこと、*Brentwood* は自主的に TSSAA へ加盟したこと、TSSAA が子供を食いものにする行為の阻止、勉学をおろそかにしない保障、公正な競技の促進を目的とするステイト・アクターであることを前提に、当該規則は修正1条違反ではないとする。

まず、弁護士による個人相手の顧客勧誘の禁止を合憲とした *Ohralik* 判決<sup>12)</sup> が、法曹サービスの利用可能性・条件についての真実広告の禁止を違憲とした *Bates* 判決<sup>13)</sup> を区別し、個人相手の勧誘の禁止は言論制限よりも行為規制に近いとしていたことを指摘し、先例が一般公衆へのアピールの禁止と直接個人に向けられたコミュニケーションの禁止とを区別していること、弁護士による個人相手の勧誘は禁止しても修正1条の問題がほとんど生じないビジネス取引にあたること、直接勧誘には熟考の機会を奪う弊害があることを指摘する。そして、本件では真実の情報提供は禁止されておらず、コーチのリクルート活動が制限されたにすぎないこと、高校のコーチが中学生に接触する行為にも、*ambulance chasing* と同様の不当な影響力行使と行き過ぎの危険があること、

---

12) *Ohralik v. Ohio State Bar Association*, 436 U.S. 447 (1978).

13) *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350 (1977).

練習への招待も不当な圧力となること、高校には他の宣伝方法があることなどから、TSSAA規則は修正1条に反しないとする。ただし、この判示事項は3判事が同調するにとどまる部分である。

つぎに、政府利益が公務員の言論の権利に優越する場合があるのと同様、体育協会の利益により加盟者の言論制限が正当化される場合があるとして、政府被用者の言論の自由に関する *Pickering* 判決<sup>14)</sup> を引用する。そして、TSSAAには憲法上の権利の放棄を条件づける無制限の権限はなく、運営に必要な条件を課すことができるにすぎないが、本件ではこの必要性の存在が明白であるという。すなわち、中学生を食い物にする、競技を歪める、学業より体育を重視する等の弊害が強引な勧誘から生じるという結論が、経験的データを要しないほど常識的であり、TSSAA規則がこれらの弊害を生む行為を阻止するのだとして、修正1条違反の主張を否定した。そして、「ゲームにはルールがある」という原審反対意見の一節を引用し、それに従うのがフェアであるとしたのである。

第二に、本件処分に関して公正なヒアリングがあったかという争点について、TSSAAはBrentwoodのデュー・プロセス権を侵害していないという。その根拠として指摘されているのは、本件処分前に、調査、数度の会合、書簡のやりとり、執行役員による文書による決定、3人委員会でのヒアリング、全体委員会による *de novo* 審査が実施されたこと、Brentwoodはあらゆる処分原因を通知され、ヒアリングの際には弁護人の代理をうけ、証拠を提示され、提出した証拠で排除されたものがなかったこと、TSSAA全体委員会での審査の際にコーチによる証言が求められなかったが、当該コーチの違反行為により処分が重くなったとはいえないこと、執行役員および調査委員2名に対する反対尋問とメモの検討の機会があればもっと効果的な戦術を採用できたとはいえないこと、ヒアリングから10年近く経過しても新たな証拠が提示されていないこと

---

14) *Pickering v. Board of Education of Township High School District 205, Will County*, 391 U.S. 563 (1968).

などである。

(b) Kennedy 一部同意・一部結論同意意見 Kennedy 意見（Roberts, Scalia, Alito が同調）は、Stevens 意見が *Ohralik* 判決に依拠する点に同意しないという。その理由とされるのは、*Ohralik* 判決が弁護士と顧客間のコミュニケーション、弁護士による事故被害者への個人的勧誘に関する事例であり、弁護士・顧客関係以外への拡張に消極的であること、会計士による勧誘禁止を違憲とした *Edenfield* 判決<sup>15)</sup> が *Ohralik* 判決によって個人相手の勧誘がすべて修正1条の保護を受けなくなったわけでないことを明らかにし、*Ohralik* 判決の射程を限定したことである。そして、本件に *Ohralik* 判決を適用すると、学校が体育協会に自発的に加盟するしないにかかわらず、本件言論が州の規制を受けることになってしまう点でも問題だというのである。

(c) Thomas 結論同意意見 Thomas 意見によると、法廷意見が引用する *Pickering* 判決は政府の被用者および契約者の言論の権利の制限に関する先例であり、*Pickering* 判決をコンテキストから切り離し、私的体育協会のメンバーである私立学校の言論の権利に適用するのは問題だという。そして、そもそもこのような問題は TSSAA がステイト・アクターだという判断によって生じたのだから、修正1条理論を拡張するのではなく *Brentwood I* 判決を変更すべきだと主張する（上述のように Thomas は、*Brentwood I* 判決でステイト・アクションを否定すべきだという反対意見を執筆していた）。また、*Ohralik* 判決を本件に適用すべきでないことについては、Kennedy 意見に同調している。

## 2 アマチュア・スポーツ規制をめぐる法的問題

### (1) アマチュア・スポーツ規制の判断枠組

(a) スポーツ競技団体の法的地位とステイト・アクション理論 連邦最高裁は従来、いくつかの事例において、スポーツ競技団体とステイト・アクション理論の関係について判断してきた。1987年の *San Francisco Arts & Athletics* 判決

---

15) *Edenfield v. Fane*, 507 U.S. 761 (1993).

は、全米オリンピック委員会（USOC）が「ゲイ・オリンピック」の名称を使用した団体に対して、「オリンピック」の名称の使用差止などを請求した事例で、連邦法（Amateur Sports act of 1978）によってオリンピックに関する排他的権限を承認されていても、USOCは政府アクター（governmental actor）にあたらないと判断した<sup>16)</sup>。また、1988年の *Tarkanian* 判決は、全米大学体育協会（NCAA）の加盟校である州立大学（UNLV）が、NCAAの勧告を受けてNCAA規則に違反したコーチに不利益処分を科した事例で、NCAAをステイト・アクターであるとは認めなかった<sup>17)</sup>。

以上に対して、*Brentwood I*判決は、州規模のスポーツ協会をステイト・アクターと認定し、それによるアマチュア・スポーツ規制に連邦憲法の規律を及ぼした点で、注目に値する。もっともその結果、一方では、州規模で活動するTSSAAがステイト・アクターであると認定されたのに対して、他方では、

---

16) San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. United States Olympic Committee, 483 U.S. 522 (1987). このほか、*DeFrantz v. United States Olympic Committee*, 492 F.Supp. 1181 (D.D.C. 1980) では、USOCによるモスクワ・オリンピックへのボイコット決定の是非をスポーツ選手25名が争った事例において、連邦地裁は、USOCの決定はステイト・アクションであると認められず、かりにそれがステイト・アクションであったとしても、原告が主張する自由、自己表現、旅行、職業遂行に対する憲法上の権利に対する侵害も認められないとして、差止等の請求を斥けた。アメリカにおけるUSOCをめぐる諸事例については、以下の文献を参照。MATTHEW J. MITTEN, TIMOTHY DAVIS, RODNEY K. SMITH & ROBERT BERRY, SPORTS LAW AND REGULATION: CASES, MATERIALS, AND PROBLEMS ch.4 (2005). なお、アメリカにおける連邦アマチュア・スポーツ法とUSOCの関係については、井上洋一「アメリカのスポーツ政策」諏訪伸夫＝井上洋一＝齋藤健司＝出雲輝彦編『スポーツ政策の現代的課題』151頁、152～156頁（2008）を参照。

17) *National Collegiate Athletic Association v. Tarkanian*, 488 U.S. 179 (1988). このほか、*National Collegiate Athletic Association v. Smith*, 525 U.S. 459 (1999) は、当該事例がTitle IXをNCAAに適用する条件を満たしていないと判断した。また、*National Collegiate Athletic Association v. Miller*, 10 F.3d 633 (9th Cir. 1993) は、NCAAに対して適正手続の保障を義務づける州法が州際通商条項に違反すると判断している。アメリカにおけるNCAAをめぐる諸事例については、以下の文献を参照。MITTEN, DAVIS, SMITH & BERRY, *supra* note 16, at ch.3.

TSSAAよりも強力かつ著名な組織であり、州域を越えて活動する大規模組織であるUSOCやNCAAが、政府アクターまたはステイト・アクターであると認定されなかったという、一見して逆説的な結論となった<sup>18)</sup>。このような帰結をもたらす*Brentwood I*判決のステイト・アクション判断の基準には異論もあり得よう<sup>19)</sup>。

また、*Brentwood*事件を全体として見ると、*Brentwood I*判決がTSSAAをステイト・アクターと認定したことは、TSSAAが連邦憲法による拘束をうけることを意味し、いったんは原告にとって有利な判断が下されたにもかかわらず、*Brentwood II*判決がTSSAA規則を合憲と判断したため、結局は原告にとって不利な結果となった。結論だけをみれば、この点を矛盾した態度とみる評価があるかもしれない。ただし、*Brentwood II*判決に関与した9判事のうち3判事(Kennedy, Scalia, Thomas)は、*Brentwood I*判決でステイト・アクションを否定する立場にたっていた。また、*Brentwood I*判決で法廷意見に同調したO'Connorが退任したので、ステイト・アクションを認めておきながら違憲としない態度を批判される余地があるのは、厳密には4判事(Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer)にとどまるといえよう。

この点について筆者は、政府か私人かという二者択一判断にとらわれることなく、憲法上の権利侵害の有無を、「政府との結びつきの程度に応じて権利侵害の成立可能性が異なると考え、政府との結びつきの程度と利益侵害の重大性

---

18) Dionne L. Kollerは、連邦最高裁判決の結果、USOCとNCAAが私的主体であるという観念が固定してしまったことが問題だという。Dionne L. Koller, *Frozen in Time: The State Action Doctrine's Application to Amateur Sports*, 82 ST. JOHN'S L. REV. 183, 204-206 (2008).

19) かりに、国際オリンピック委員会 (IOC) のように、さらに広域規模で活動する強大な国際組織による処分等の連邦憲法適合性が争われた場合にも、同様の逆説的結果が生じる可能性がある。もっとも、オリンピック組織の場合、1984年のロサンゼルス五輪以降、オリンピックの商業主義化やオリンピック組織の企業化などの現象が指摘されており、「世界で一番大きな企業」がIOCであるとの評もある。友添秀則=近藤良亨『スポーツ倫理を問う』199頁(友添秀則執筆)(2000)。このような特徴は、IOCの公的性格を緩和する要素として考慮されることとなる。

の相関関係によって判断」すべきことを提案してきた<sup>20)</sup>。つまり、「政府との結びつきの程度には強弱があることに着目し、政府との結びつきの度合いが強ければ強いほど、侵害度が小さくても憲法違反となる可能性がある一方で、政府との結びつきが薄まるにつれ、侵害度が大きくなければ憲法違反とはいえないと考え、「侵害者が政府でない（私人である）」という事実が、憲法の規律をはじめから否定する効果を生じさせる」のではなく、「権利侵害が成立するかどうかを判断する具体的考慮要素の一つにとどめる」考え方である<sup>21)</sup>。

間接効力説を通説としてきた従来の学説の最大の問題点は、直接効力説が違憲の結論に直結すると想定し、その不合理な結論ゆえに理論の妥当性を否定するという発想にあったように思われる<sup>22)</sup>。すなわち、「従来の議論（直接効力説およびそれに対する批判）は、直接効力説がつねに権利侵害成立の結論に直結するとみなしてきた点で硬直的であった」と考える<sup>23)</sup>。このような立場からは、*Brentwood II*判決がステイト・アクションを認定しつつ、直ちに違憲の結論を導かなかったことには重要な意味があったように思われる<sup>24)</sup>。

もっとも連邦最高裁が、政府自身による行為の違憲性と政府と同視できる私人（ステイト・アクターまたは政府アクター）による行為の違憲性とを、異なる基準によって判断しているのかどうかはなお不明である。2007年4月18日に実施された*Brentwood II*事件の口頭弁論において、TSSAA側の *amicus curi-*

---

20) 藤井・前掲注3) 144頁。

21) 君塚正臣＝藤井樹也＝毛利透『VIRTUAL憲法』104～105頁（藤井樹也執筆）（2005）。

22) もっとも、近年の高橋和之教授の問題提起により、無効力説をタブー視する空気が薄れてきたように思われる。高橋和之『『憲法上の人権』の効力は私人間に及ばない一人権の第三者効力論における『無効力説』の再評価』ジュリスト1245号137頁、144～146頁（2003）を参照。近時における学説の展開については、君塚正臣「いわゆる憲法の第三者効力論・再論—諸学説を検討し、『新間接効力説』もしくは『憲法の最高法規性重視説』への批判に答えて、憲法の私人間効力論を考え直す」季刊企業と法創造4巻1号75頁（2007）、三並敏克『私人間における人権保障の理論』295～331頁（2005）、小山剛『基本権保護の法理』第6章（1998）、木下『人権総論の再検討』前掲注3) 25～62頁と、これらの文献が引用する諸文献を参照。

23) 藤井「非営利法人の権利侵害行為とステイト・アクション法理」前掲注4) 30頁。

aeとして参加した連邦政府の代理人 Dan Himmelfarb 弁護士は、政府が権力的活動と非権力的活動を区別し、非権力活動に関しては修正1条違反の有無をゆるやかに審査すれば足りると主張した<sup>25)</sup>。また、差戻後の控訴裁判所が、Brentwoodの自主的加盟によって修正1条違反を争う権利は放棄されていないと判断したのに対して<sup>26)</sup>、TSSAA側の amicus curiaeである他州学校体育協会によって提出された上訴趣意書は、Brentwoodが自主的に加盟した事実が修正1条違反の審査に無関係であるというのは誤りだと主張した<sup>27)</sup>。しかし、*Brentwood II*判決のStevens意見は、政府の権力的活動と非権力的活動との区別を明示的に採用せず、Brentwoodが自主的にTSSAAに加盟した事実を根拠にゆるやかな審査を明示的に適用しなかった。法廷意見はむしろ、*Pickering*判決を引用して政府規制の場合と同様の基準で判断しているようにみえるのである。しかし、Brentwoodが本来政府ではないが政府と同視された存在であったことが、*Brentwood II*判決の合憲判断に全く影響していないのか、かりに州政府が直接州法によってリクルートを禁止しても同様の合憲判断が下されると断定できるのかは、なお不透明である。この点で、*Ohralik*判決を本件に及ぼ

---

24) ただし、訴訟当事者とくに原告にとっては、*Brentwood I*判決後に約6年間余計に訴訟への従事を余儀なくされたのち、*Brentwood II*判決で実体問題において敗訴の結果となっており、ここには手続保障や訴訟経済といった訴訟制度論上の問題が含まれている。かりに*Brentwood I*判決が先例として確立するのであれば、前記の問題ははじめてのケースであったがゆえの例外的な不運といえようが、今後先例理論が再び動揺するようなことがあれば、同様の問題が生じる余地がないわけではない。とりわけ、*Brentwood I*判決で反対意見に同調しステイト・アクションを否定すべきだという立場をとっていたKennedyが、近時の連邦最高裁においてキャストイング・ヴォウトを握っていることと、*Brentwood II*判決においてRobertsとAlitoがKennedyに同調していることは、ステイト・アクション理論に関しては不安定要因となりうると考えられる。

25) 2007 U.S. TRANS LEXIS 31, at 15-16. この主張に対してKennedy判事が、Brentwoodの加盟が自由意思に基づくことを考慮することは、TSSAAがステイト・アクターであると認定した前提と矛盾するのではないかという質問を發している。Id. at 22.

26) *Brentwood*, *supra* note 9, 262 F.3d at 549-551.

27) Brief of Amici Curiae Arizona Interscholastic Association, Inc., et al. in support of petitioner, 2006 U.S. Briefs 427C, at 7-16 (No.06-427).

すと Brentwood が TSSAA に自主的に加盟した事実が無意味になるとして、Stevens 意見に同調しなかった Kennedy 意見が注目される。*Brentwood I* 判決において Kennedy がステイト・アクションを否定すべきだとする反対意見に同調していたことから、Kennedy が TSSAA に含まれる私的人格をなお重視していた可能性を否定できない。連邦最高裁のステイト・アクション理論にはなお一層の明確化が必要であるように思われる。

(b) リクルート活動の規制と表現の自由法理 *Brentwood II* 判決の Stevens 意見のうち、法廷意見とならなかった判示部分は、一般公衆に向けられた言論と直接個人に向けられた言論とを区別するという枠組を示している。そこでは、アマチュア・スポーツ選手のリクルート活動が、弁護士による ambulance chasing と同様、後者の類型に該当する行為であると考えられた。もっとも、この理論が具体的にいかなる内容をもつのかは、必ずしもはっきりしていない。つまり、Stevens 意見の言わんとするところが、①一般向け言論は修正1条によって保護されるのに対して、個人向け言論は修正1条による保護を全くうけないという意味なのか、②一般向け言論の規制は厳格審査に服するのに対して、個人向け言論の規制はそれよりもゆるやかな審査で足りるという意味なのか判然としない。

かりに、Stevens 意見が①の意味なのであれば、判例理論の表現の自由法理に対する根本的変更ともなりかねない重大な意味を含んでいるように思われる。なぜなら、いわゆるヘイト・スピーチ規制の多くも直接個人に向けられた言論の規制であり、①を前提とするなら、ヘイト・スピーチは完全に修正1条の保護範囲の外に放出され、ヘイト・スピーチ規制は政府の自由裁量に委ねられることになるからである。

しかし、このような帰結は明らかに連邦最高裁の先例と矛盾する。連邦最高裁は、*R.A.V.* 判決において、猥褻表現、名誉毀損表現、喧嘩を売る言葉など、社会的価値が小さいため内容規制が許されてきた表現も、憲法上保護されないのではなく規制できるととどまるとして、問題とされた条例が内容差別にあたり目的達成のために必要な手段だとはいえないとして違憲判断を下した<sup>28)</sup>。

また、*Black* 判決では、問題となった州法のうち十字架焼却を禁止する部分に関して、3名の判事（Souter 意見）が *R.A.V.* 判決にしたがって違憲判断を示し、6名の判事が合憲判断を示したが、表現でなく行為を禁止する州法だから修正1条違反の問題が生じないという Thomas を除く5名の判事（O' Connor 意見）は、当該州法が修正1条違反に該当するかどうかを検討したうえで、内容差別が許される例外的場合にあたるから修正1条に反しないという結論を示したのである<sup>29)</sup>。

この点について筆者は、「ヘイト・スピーチの規制に対しても厳格審査を適用してその合憲性を判断すべきである」と主張してきた<sup>30)</sup>。とりわけ日本では、侮辱罪（刑法231条）や脅迫罪（222条）など、個人に直接向けられた言論行為がその有害性のゆえに刑事処罰の対象とされている場合、それを表現の自由の問題だとは考えられてこなかっただけに、個人向け言論の規制に関わる問題を表現の自由の問題として再検討すべき必要性がさらに大きいように思われる。日本において、アメリカでの十字架焼却に相当する行為としては、カミソリや短刀等を送付する行為、建造物等に銃弾を撃ち込む行為などが考えられよう。従来、これらの行為が表現の自由の保護対象から除外されてきた背後には、害悪が明白な行為（いわば「論外の」行為）はいったん憲法による保護範囲に含めておいてから公共の福祉のための制約としてその規制を許容するのではなく、はじめから保護される行為類型の外に排除しておく、という発想があったように思われる<sup>31)</sup>。しかし、一部の行為を論外の行為であると決めつけて当初から憲法による保護外に投げだし、規制目的の正当性と規制手段の必要最小限度性の審査を省略する論理には、大きな危険がともなうといわなければ

---

28) *R.A.V. v. City of St Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

29) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003). *R.A.V.* 判決および *Black* 判決の詳細については、藤井「ヘイト・スピーチの規制と表現の自由」前掲注4) 2～7頁、藤井樹也「最近の判例 *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003) —十字架焼却を禁止する州法が違憲とされた事例」アメリカ法2005-1号111頁（2005）を参照。

30) 藤井「ヘイト・スピーチの規制と表現の自由」前掲注4) 14頁

ならない。私見では、これらの行為を脅迫罪等に該当するとして処罰することが表現の自由の侵害にならないかを検討し、処罰が許される場合があれば、それはまさしく厳格審査を充足する場合として説明すべきであると考ええる。

## (2) アマチュア・スポーツ規制の許容性

以上のような理論的な判断枠組を前提に、具体的なアマチュア・スポーツ規制の許容性をどのように考えればよいだろうか。現在、各種スポーツ競技団体によって実施されている多様なアマチュア・スポーツ規制に、その必要性または合理性を欠くとして憲法違反とすべき場合があるのだろうか。日本でも、2007年にプロ・スポーツチームがアマチュア・スポーツ選手のスカウティング活動に際して選手や関係者に金銭等を供与するいわゆる「裏金問題」と、高等学校が有力なスポーツ選手を入学させるために優遇措置を講じる「スポーツ特待生制度」の存在が発覚し大きく報道されたが<sup>32)</sup>、これらの行為は「日本学生野球憲章」(13条、19条)<sup>33)</sup>による禁止行為に該当した。このようなケースを念頭に、ここでは政府またはスポーツ競技団体によるアマチュア・スポーツ規制がいかなる理由により許されるのか、いかなる内容の規制が許されるのかを考えてみる。

(a) アマチュア・スポーツ規制の内容 まず、アマチュア・スポーツ規制の許容性を考察する手がかりとして、*Brentwood*事件で問題になったTSSAAによる規制内容を再確認してみよう。

---

31) 幸福追求権(13条)の問題をテーマに、このような発想の存在を指摘したものとして、内野正幸『憲法解釈の論理と体系』323～326頁(1991)を参照。また、ドイツにおける保護領域論にも、同様の発想があるように思われる。ドイツにおける基本権理論については、松本和彦『基本権保障の憲法理論』19～24頁、203～211頁(2001)、小山剛『基本権の内容形成—立法による憲法価値の実現』128～130頁(2004)を参照。

32) これら事件の概要については、生島淳『アマチュアスポーツも金次第』20～36頁(2007)を参照。

33) <http://www.student-baseball.or.jp/kenshou/kenshou.html>を参照(2008年5月21日最終確認)。

TSSAA 規約<sup>34)</sup>によると、TSSAAの目的は、TSSAA規則が定める基準にしたがって加盟校間のスポーツ競技を促進し規律することであるとされる。（規約1条2節）そしてその使命は、学校間スポーツ運営の統率と調整をおこなってメンバーに奉仕することであるとされ、TSSAAは、良き市民の育成のため参加とスポーツマンシップを奨励し、公平な機会と、積極的な評価、学習の経験を提供するという（1条3節）。規約にはこのほか、TSSAAの運営組織に関する規定があるほか（3～5条）、規則違反による不利益処分の際して、告知とヒアリングの機会を保障し不服申立手続を定める規定がある（4条1～4節）。

TSSAA規則<sup>35)</sup>は、まず、加盟資格に関する諸規定をおいている（規則1条）。そこには、加盟校の資格や年会費などの加盟条件に関する規定（1条1・2節）、コーチの資格に関する規定（1条9節）などが含まれる。

つぎに、競技等への参加資格に関する諸規定がある（2条）。そこには、在学条件（2条1～8節）、年齢制限（2条9節）、健康状態に関する条件（2条10節）に関する諸規定があるほか、転校生の参加資格に関する制限に関する規定（2条11～13節）には、親による正当な転居（*bona fide change of residence*）によらない転校生の参加資格を12ヶ月間停止する条項が含まれる（2条13節a）。また、在学費用を60日以上滞納した生徒の参加資格は否定される（2条16節）。そして、“*undue influence*”の行使をリクルート規則違反とする規定があり（2条17節）、これが*Brentwood*事件で問題となった。また、スポーツの対価を受領せず自己の名前で競技する者を「アマチュア」とし、アマチュア規則に違反した生徒の参加資格を12ヶ月間停止する規定がある（2条18節）。さらに、メダル、トロフィー等正当と認められた賞品を除くほか、商業的価値を有する金品を受領することを禁止し、違反者の参加資格を12ヶ月間停止する規定がある（2条19節）。

---

34) Tennessee Secondary School Athletic Association Constitution, on <http://www.tssaa.org/Handbook/handbook.pdf>, at 1-7 (2008年5月21日最終確認)。

35) Tennessee Secondary School Athletic Association Bylaws, on <http://www.tssaa.org/Handbook/handbook.pdf>, at 8-33 (2008年5月21日最終確認)。

以上に加え、違反行為に対する制裁等に関する諸規定がある（3条）。加盟は自由意思によるものとされ、加盟校はすべての規則を遵守することに同意したものとみなされる（3条1節）。そして、TSSAAの理事長（Executive Director）と管理委員会（Board of Control）は、規約・規則に違反した加盟校に出場停止、制裁金その他の制裁を科す権限を有するとされる（3条3節）。また、“unsportsmanlike conduct（スポーツマンにふさわしくない行為）”は許されないとされ、選手やコーチが退場処分となった場合の措置が規定されている（3条7～9節）。このほか、無資格選手を出場させた競技に関して勝利の剥奪等の制裁が規定されている（3条10～15節）。

なお、雑則（4条）には、TSSAAの公式イベントにおいて、コーチ、運営委員、選手による喫煙を禁止する規定がある（4条14節）。

以上の規約および規則の内容を明確化するため、各規定の解釈に関する詳細なFAQが添付されている<sup>36)</sup>。例えば、金銭的援助に関する第四のQ&Aは、生徒の授業料を支払う者は、両親、正当な後見人、または他の家族構成員でなければならないとしている。また、リクルート規則に関する第一のQ&Aは、違反行為とされる“undue influence”の具体例として、入学前のスポーツ選手に試験や面接のために送迎等の便宜を図る行為、学校を宣伝するための物品の供与などをあげ、第四のQ&Aは、入学前の生徒に対するコーチによる一切の事前接触が許されないとしている。

以上のように、TSSAAは加盟校間のスポーツ競技に関して、非常に広範にわたる規制を実施している。ちなみに、大学間スポーツ競技を規律しているNCAAは、前述の*Tarkanian*判決でステイト・アクターではないとされたが、その規則には、参加資格をアマチュア選手に限定する規定（規則12.01.1条）や、リクルート活動に対する詳細な制限規定（13条）が含まれている<sup>37)</sup>。こ

---

36) Tennessee Secondary School Athletic Association Constitution Frequently Asked Questions & Tennessee Secondary School Athletic Association Bylaws Frequently Asked Questions, *on* <http://www.tssaa.org/Handbook/handbook.pdf>, at 38, 39-58（2008年5月21日最終確認）。

れに対して、日本における例として前述の日本学生野球憲章をみていると、比較的簡潔な内容であるが、大学野球に関して、「学費、生活費その他の金品」の受領を禁止する規定（憲章13条1項）、職業野球団への入団等の条件とする金品等の支給を禁止する規定（2項）がおかれ、これらは高等学校野球にも準用されている（19条）。

(b) アマチュア・スポーツ規制の必要性と合理性 以上に例示されるような、政府または各種スポーツ団体によるアマチュア・スポーツ規制は許容されるのだろうか。かりにそれが許容されるとしても、どのような条件の下で規制が許されるのだろうか。最後に、以上を手がかりにしてアマチュア・スポーツ規制の必要性と合理性について若干の考察を加えてみたい。

*Brentwood II* 判決が規制を正当化するに根拠として認めたのは、中学生に対する強引な勧誘手法が、①青少年の搾取を招く、②高校チーム間の競技を歪曲する、③体育を勉学よりも重んじる空気を醸成する、という TSSAA の認定であった<sup>38)</sup>。しかし、ここで指摘されている諸弊害は、かならずしも一様な性質を帯びるものではない。すなわち、①は青少年保護、②はスポーツ競技の公正性の確保、③は適正かつ効果的な教育の実施と、それぞれ言い換えることが可能である。したがって、連邦最高裁は、異なる複数の目的を正当な規制目的として想定しているということができる。このほか、学業成績不良の選手を原則として出場停止とすることを定めた Texas 州法のいわゆる “no pass, no play

---

37) [http://www.ncaa.org/library/membership/division\\_i\\_manual/2007-08/2007-08\\_d1\\_manual.pdf](http://www.ncaa.org/library/membership/division_i_manual/2007-08/2007-08_d1_manual.pdf), [http://www.ncaa.org/library/membership/division\\_ii\\_manual/2007-08/2007-08\\_d2\\_manual.pdf](http://www.ncaa.org/library/membership/division_ii_manual/2007-08/2007-08_d2_manual.pdf), [http://www.ncaa.org/library/membership/division\\_iii\\_manual/2007-08/2007-08\\_d3\\_manual.pdf](http://www.ncaa.org/library/membership/division_iii_manual/2007-08/2007-08_d3_manual.pdf) (2008年5月21日最終確認)。なお、*Shelton v. National Collegiate Athletic Association*, 539 F.2d 1197 (9th Cir. 1976) は、プロ・チームとの選手契約を済ませた学生の出場資格を否定する NCAA 規則が平等保護条項違反であるという主張を斥けた。このほか、*English v. National Collegiate Athletic Association*, 439 So.2d 1218 (La.Ct.App. 1983) は、転校生の出場資格を1年間停止する NCAA 規則が州法違反であるという主張を斥けている。

38) 127 S.Ct. at 2495-2496.

rule”が問題とされた事例で、Texas州最高裁 *Spring Branch* 判決<sup>39)</sup>は、生徒が課外活動に参加する権利は基本的権利にあたらぬとして州憲法の平等保護条項違反の主張を斥けるとともに、当該規制は生徒の学業促進という正当目的に合理的に関連しているとして、課外活動に参加する権利が連邦および州憲法のデュー・プロセス条項による保護をうけないと判断している。ここで正当化根拠とされている生徒の学業促進という規制目的は、前記③の共通する教育目的だと考えられよう。

前記の諸目的のうち、第一の青少年保護に関しては、コーチや学校関係者などの行為が規制対象となる場合には他者加害の防止がその目的となる。Stevens 意見が学生スポーツ選手のリクルート活動を弁護士による顧客勧誘と同視していることから、本件規制に弱者保護的な意味合いが認められていることがうかがえる。他方で、スポーツ選手である青少年自身の行為が規制対象となる場合には本人保護がその目的となるため、パターンリズムに基づく自由の制限が許容されるかどうか問われることになろう。また、リクルート活動のように、一方で、規制の対象となる行為と青少年に及ぶ害悪との間になんらかの因果関係が認められるが、他方で、行為自体が本質的に有害な行為であると必ずしもいえず、一面ではスポーツ選手の利益にもなっている種類の行為が規制対象になる場合がある。このような行為に対する規制手段の許容性については、目的の正当性からただちに規制手段の妥当性を結論づけるのは不適切であり、被侵害利益の重大性に照らして、適用される審査基準のもとで規制目的と規制手段との関連性を適切に審査し、不必要な規制を招くことのないよう注意が必要である。さらに、ドーピング規制のように、本人の利益を保護するた

---

39) *Spring Branch I.S.D. v. Stamos*, 695 S.W.2d 556 (Tex. 1985). なお、同州最高裁の先例である *Sullivan v. University Interscholastic League*, 616 S.W.2d 170 (Tex. 1981) は、転校後1年の出場停止を定めるルールは、リクルート活動を防止する目的との合理的関連性を欠くので、連邦憲法の平等保護条項違反だとしていた。このほか、*Parish v. National Collegiate Athletic Association*, 361 F.Supp. 1220 (W.D.La. 1973) は、出場資格として GPA 1.600 を要求する NCAA 規則が平等保護条項違反であるという主張を斥けている。

めの規制なのか、スポーツ競技の公正性という公益ないし他者の利益を保護するための規制なのかという、規制目的自体をめぐって議論がある類型の規制がある<sup>40)</sup>。このような類型の規制についても、それを本人保護のための規制として正当化しようとするのであればパターンリズムに基づく自由制限の許容性が問題となり、かりにそれが一般には許容されないとしても、スポーツ選手が青少年である場合には、青少年保護のため例外的にパターンリズムに基づく自由制限が容認されるかどうかさがさらに問われることになる<sup>41)</sup>。

第二に、スポーツ競技の公正性の確保という規制目的に関しては、Stevens 法廷意見が言及した高校チーム間の競技の歪曲という具体的な弊害の背後に、なんらかのあるべき公正なスポーツ競技観が前提とされていたと考えることができるので、ここではより一般的な意味でのスポーツ競技の公正性について考えてみる。まず、それが諸個人の利益に分解・還元できない公益または社会的利益なのか、それともスポーツ競技への参加者や競技の運営者などの個人的利益なのかという点が問題になる。そして、かりに公益または社会的利益の保護を目的とする規制が問題になるのであれば、そもそもこのような抽象的な公益によって個人の自由を制限することができるのか、かりにそれが可能であるとしても、適用される審査基準のもとでこの利益が個人の自由を制限する根拠としてどの程度の重みをもつものなのかを考える必要がある<sup>42)</sup>。また、ここでスポーツ競技の公正性という観念を一応想定しているが、その具体的意味を

---

40) ドーピング規制の目的に関する議論については、Robert L. Simon（近藤良亨＝友添秀則代表訳）『スポーツ倫理学入門』93～118頁（1994）、友添＝近藤・前掲注（18）56～64頁（友添秀則執筆）、近藤良亨編著『スポーツ倫理の探求』41～49頁（近藤良亨執筆）（2004）、小笠原正監修『導入対話によるスポーツ法学（第2版）』133頁（齋藤健司執筆）（2007）を参照。

41) なお、ドーピング規制の許容性を判断する際には、プライバシーの権利、信教の自由、身体の自由などの個人的権利との調整も必要でなる。佐藤千春「ドーピング」伊藤堯＝濱野吉生＝浦川道太郎＝菅原哲朗編『スポーツの法律相談』85頁（2000）、富島智雄「ドーピング検査とプライバシー」スポーツ問題研究会編『Q & A スポーツの法律問題（改訂増補版）』46～49頁（2003）を参照。

どのようにとらえるのかという点も問題になる。たとえば、これがフェア・プレイ精神やスポーツマンシップに則ったスポーツ競技を意味するのだとしても、何がフェアだと考えるのか、何がスポーツマンシップにかなうのか、勝利の追求と正々堂々とした手段のいずれを優先すべきなのか、といった点についてはなお意見が分かれうる<sup>43)</sup>。その内容として道徳性・倫理性が強調される場合には、政府による規制によって特定の道徳観・倫理観を強制することが許されるかという問題が生じることとなろう。また、リクルート活動の規制に関しては、リクルート活動がなぜフェア・プレイ精神やスポーツマンシップを害することになるのかという点を、説得的に論証する必要も生じよう。さらに、アマチュア・スポーツ規制に関しては、スポーツ競技の公正性の具体的意味として、アマチュア・スポーツは金銭的利得や賞金の獲得を目的とするべきではない、アマチュア・スポーツは商業主義に害されてはならないという、「アマチュアリズム」を観念することもできる<sup>44)</sup>。しかし、そもそもアマチュアリズムという観念そのものの妥当性に疑問があるほか<sup>45)</sup>、かりにスポーツ選手のリクルート活動とアマチュア・スポーツの商業主義化との間に因果関係があ

---

42) 男女別のスポーツ競技が性差別にあたらないことを、「競技・試合の公正」という観念によって正当化しようとするアメリカでの議論については、加藤英俊「スポーツ参加の機会と男女平等」新正幸＝早坂禧子＝赤坂正浩編『公法思想と制度 菅野喜八郎先生古稀記念論文集』145頁、160～161頁（1999）を参照。なお、アメリカにおけるスポーツと男女差別をめぐる諸事例については、以下の文献を参照。MICHAEL J. COZZILLO, MARK S. LEVINSTEIN, MICHAEL R. DIMINO, SR. & GABE FELDMAN, SPORTS LAW: CASES AND MATERIALS 902-963 (2d ed. 2007)。

43) スポーツマンシップの具体的内容をめぐる議論については、川谷茂樹『スポーツ倫理学講義』13～104頁（2005）を参照。

44) アマチュアリズムの意味については、井上春雄『アマチュアリズム』178～179頁（1961）、影山健著者代表『国民スポーツ文化』385～388頁（森川貞夫執筆）（1977）、清川正二『オリンピックとアマチュアリズム』17～22頁（1986）を参照。これに関連して、アメリカにおけるメディアと結合したスポーツのビジネス化とその問題点については、多木浩二『スポーツを考える』94～106頁（1995）、大野晃『現代スポーツ批判—スポーツ報道最前線からのレポート』85～92頁（1996）を、アマチュア・スポーツの商業主義化の実情については生島・前掲注（32）をそれぞれ参照。

るとしても、他の職業等への勧誘活動と区別してスポーツだけが特に非商業主義的であることを政府規制によって強制するのであれば、そのことの合理的根拠が問われなければなるまい。また、商業主義が青少年に与える悪影響の防止が規制目的だと把握する場合には、前記第一の青少年保護目的の問題として考える必要がある。

第三に、適正かつ効果的な教育の実施という規制目的は、とくに学校スポーツに妥当する教育目的だと考えられる。すなわち、日本では知育、徳育、体育、食育などに分類される（食育基本法前文）教育諸分野の適正な配分を通じて、学校において効果的な教育を実施する利益だと言い換えることができよう<sup>46)</sup>。もっとも、前記のTexas州における“no pass, no play rule”のように教育との因果関係が明確な規制と異なり、リクルート活動が教育に及ぼす悪影響は必ずしも自明ではないことから、適用される審査基準のもとで規制目的と規制手段との関連性を適切に審査し、不必要な規制を招くことのないよう注意することがここでも必要である。

以上、*Brentwood II*判決が指摘した①～③の規制目的に関しては、それぞれについて個別に考慮すべき事柄が多々あると考えられる。したがって、*Brentwood II*判決がこれらの規制目的をまとめて指摘し、それによって一括して規制を正当化した論法には問題があったように思われる。とりわけ、Stevens 法廷意見が適用した審査基準がどの程度の厳格度を有するものなのか判然としない（少なくとも、“compelling interest”のために“narrowly tailored”でなければならないという厳格審査基準の決まり文句が使用されてい

---

45) アマチュアリズムの差別思想としての側面については、E. A. グレーダー（四国スポーツ研究会）『アマチュアリズムとスポーツ』15～19頁（1986）、玉木正之『スポーツとは何か』25～31頁（1999）を参照。アマチュアリズムとナショナリズムの結合については、内海和雄『アマチュアリズム論』98～119頁、179頁（2007）を参照。

46) 学校におけるスポーツ教育の意義については、中村敏雄著者代表『スポーツ教育』410～420頁（中村敏雄執筆）（1978）を参照。また、日本における「部活」中心の学校スポーツがかかえる問題点については、中村敏雄『日本的スポーツ環境批判』89～197頁（1995）を参照。

ないことから、厳格審査基準よりもゆるやかな基準が適用されたと推測されるにとどまる) 点は、説明不足だったと言わざるをえまい。

他方で、規制を受ける側の利益として、表現の自由、デュー・プロセス、平等保護(法の下での平等)など、憲法によって保障される権利が問題となっている場合には、制限される権利の性質に応じて厳格審査や合理性審査などの適切な審査基準に照らし制限の合憲性が判断されなければならない。このほか、生徒が課外活動に参加する権利<sup>47)</sup>、旅行の権利<sup>48)</sup>、結婚の自由<sup>49)</sup>などが問題にされた事例がある。また、政府と個人との間にスポーツ競技団体が介在する場合には、団体の自律権の保護が問題となる<sup>50)</sup>。さらに、スポーツ活動そのものを独自の権利であるとして把握できないかが問題となる。日本における学説上は、自由権、社会権、健康権など、さまざまな角度から「スポーツ権」を理論化しようとする試みがなされてきた<sup>51)</sup>。もっともこの権利は、個人の具体的な法的権利としてではなく、国民全体の政治的権利として把握され、スポーツ政策に関する主張を支える機能を期待されてきた面があったと考えられ、スポーツ規制をスポーツ権侵害ゆえに無効というにはなお、越えなければならない理論的なハードルがあるように思われる。

## おわりに

現代社会において政府がスポーツ政策を推進するに際して、国民の自由や健

---

47) *Spring Branch, supra* note 39.

48) *DeFranz, supra* note 16.

49) *Bell v. Lone Oak Independent School District*, 507 S.W.2d 636 (Tex.Ct.App. 1974) (結婚した生徒の課外活動への参加を禁止する学校規則は、婚姻上の地位を理由とする差別であり平等保護条項に反するとした)。このほか、*Pottgen v. Missouri State High School Activities Association*, 40 F.3d 926 (8th Cir. 1994) は、競技参加者の年齢制限規定が *Rehabilitation Act* および *Americans with Disabilities Act* に違反しないと判断している。

50) 平等原則の適用に際して団体の自律権への配慮という問題が存在することを指摘するものとして、井上典之「スポーツにおける平等の諸次元」日本スポーツ法学会年報13号『スポーツにおける法の下での平等』7頁、18～20頁(2006)を参照。

康を保護するための消極的規制にとどまらず、文化<sup>52)</sup>に対する振興・助成などの積極的関与に乗りだす場合、一定の道德観・倫理観に対する積極的評価を前提とせざるをえず、価値中立的な態度を維持することが困難になる。これは、芸術や学問に対する助成措置に際して生じるのと同様の問題でもある<sup>53)</sup>。アメリカ連邦最高裁の *Brentwood II* 判決は、ステイト・アクション理論、表現の自由法理にかかわる憲法学上の論点に加え、スポーツ法学上の論点を含んでおり、スポーツ倫理の問題、さらには、国家と文化の関係という根源的な課題ともかかわっている。この点で *Brentwood II* 判決は、単に *Brentwood I* 判決の

---

51) スポーツ権の観念については、川口智久著者代表『現代スポーツ論序説』267～274頁(影山健執筆)(1977)(自由権と社会権の両面に加え、休息権・余暇権、健康権、文化権発達権などの諸権利との関連で理論構成する)、濱野吉生『体育・スポーツ法学概論』54～60頁(1988)(自由権と社会権の両面から体育・スポーツ権を理論構成する)、松元忠士「スポーツ権」法時65巻5号60頁(1993)(自由権と社会権の両面から理論構成する)、森川貞夫「スポーツ法学への期待」法時65巻5号64頁(1993)(憲法25条の「健康で文化的な……生活」の内容として理論化しようとする)、濱野吉生「スポーツ権をめぐる諸問題」日本スポーツ法学会年報1号『スポーツにおける当事者関係の特質』53頁(1994)(自由権と社会権の両面から理論構成する)、千葉正士＝濱野吉生編『スポーツ法学入門』114～126頁(永井憲一執筆)(1995)(教育を受ける権利としてのスポーツ権を基礎に、スポーツ権の人格権(自由権)、要求権(社会権)、文化権(新しい人権)としての側面を承認する)、入澤充『スポーツの法律入門』143～146頁(2004)(教育を受ける権利を中心にスポーツ基本権を理論構成する)、森克己「教育人権とスポーツ権」永井憲一編著『憲法と教育人権』239頁、251～262頁(2006)(教育人権論による理論化を評価しつつ、13条により「新しい人権」として承認されるための条件を検討する)、小笠原監修・前掲注(40)28～36頁(濱野吉生執筆)(自由権と社会権の両面から理論構成する)を参照。

52) ドイツにおける文化としてのスポーツと基本法とのかわりについては、井上典之「スポーツ・個人・立憲国家—ドイツ・ヨーロッパにおける人権問題の一片—」神戸法学雑誌49巻1号1頁、12～24頁(1999)を参照。また、文化としてのスポーツの意義については、影山健執筆代表・前掲注(44)27～33頁(今村浩明執筆)を参照。

53) 芸術や文化に対する給付が生じさせる困難な憲法問題については、阪口正二郎「芸術に対する国家の財政援助と表現の自由」法時74巻1号30頁、33～34頁(2002)、駒村圭吾「国家助成と自由」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究憲法』168頁、169～171頁(2005)、石川健治「文化・制度・自律—「l'art pour l'art」と表現の自由」法学教室330号56頁、59～63頁(2008)を参照。

後日談にとどまらない興味深い意義を有していたと感ずるのである<sup>54)</sup>。

---

54) 本稿校正段階の2008年7月19日に、憲法訴訟研究会（於・学習院大学）において報告の機会（藤井樹也「高校のスポーツ選手をリクルートする行為の禁止と修正1条」）を与えられ、出席の先生方から貴重なご意見をいただいた。ここにお礼申しあげる。



### 執筆者紹介 (掲載順)

弥 永 真 生	筑波大学大学院ビジネス科学研究科 企業法学専攻教授
平 林 英 勝	筑波大学大学院ビジネス科学研究科 企業法学専攻教授
青 柳 幸 一	筑波大学法科大学院教授
藤 井 樹 也	筑波大学法科大学院准教授

## 筑波ロー・ジャーナル 4号

2008年9月発行

発行者 筑波大学大学院  
ビジネス科学研究科企業法学専攻  
〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1  
TEL 03-3942-5433

筑波大学法科大学院  
〒101-0021 東京都千代田区外神田1-18-13  
秋葉原ダイビル14階  
TEL 050-5518-2645

教授 青山 慶二  
池田 雅則  
江口 隆裕  
大野 正道  
潮海 久雄  
肥後 治樹  
平林 英勝  
弥永 真生

准教授 大淵 真喜子  
川田 琢之  
平嶋 竜太  
柳 明昌

教授 青柳 幸一  
秋山 幹男  
新井 誠  
植草 宏一  
大塚 章男  
小幡 雅二  
北 秀昭  
藤村 和夫  
藤原 静雄  
宮城 啓子  
山浦 善樹

准教授 上山 泰  
徳本 穰  
藤井 樹也

編集者  
制作  
印刷所

筑波ロー・ジャーナル編集委員会  
株式会社TKC  
倉敷印刷株式会社

# TSUKUBA LAW JOURNAL

No.4 September 2008

## Articles

- Legal Status of Accounting Standards (1): Australia  
.....Masao Yanaga 1
- What would come about if Hearing Procedure by Fair Trade  
Commission is abolished..... Hidekatsu Hirabayashi 35
- Constitutional Rights of Persons with Disabilities and "Reasonable  
Accommodation" .....Koichi Aoyagi 55
- Some Legal Problems about Regulations of Amateur Sports: *Brentwood  
Case* Revisited .....Tatsuya Fujii 107

ISSN:1881-8749

---

Edited by Tsukuba Law Journal Editorial Board  
University of Tsukuba, Tokyo, Japan