

障害者差別禁止法理における平等取扱と 合理的配慮義務の関係

— イギリス障害者差別禁止法（DDA）で禁止する差別に関する議論を参考に —

杉山有沙*

1. はじめに
2. イギリス障害者差別禁止法理で禁止する差別概念の基本的位置づけ
 - 2.1 障害者差別禁止法理で禁止する差別概念
 - 2.2 障害者差別の特殊性に関する再検討
3. 合理的配慮義務の法的性格
 - 3.1 グループとしての平等と個人としての平等
 - 3.2 合理的配慮義務の責任の所在
 - 3.3 小括
4. 平等取扱と合理的配慮義務の関係
5. むすびにかえて

1. はじめに

現在日本の障害者法制は、障がい者制度改革推進会議（以下、推進会議）が先頭に立ち、飛躍的な一歩を踏み出そうとしている。「障害者権利条約の締結に向け、国内法制をその理念・趣旨に沿う形で整備」し、「障害の有無にかかわらず、それぞれの個性の差異と多様性が尊重され、それぞれの人格を認め合う『共生社会』を実現」するために〔推進会議 2010a: 6〕、推進会議は障害者基本法の抜本改正、障害者差別禁止法の制定、そして障害者総合福祉法（仮称）の制定に向けて取り組んでいる〔推進会議

2010b: 2-3〕。本稿で扱う障害者差別禁止法について、推進会議は障がい者制度改革推進会議差別禁止部会（以下、差別禁止部会）を開催し、2013年に同法案を提出できるよう検討している。

2011年5月13日に行われた第4回差別禁止部会の参考資料において、今後の基本論点として障害の定義、適用対象、差別の定義などがあげられた。確かに障害者差別禁止法はその対象となる障害者の定義から問題となるし、検討しなければならない議題が多岐に渡るが、特に差別概念については慎重な議論が必要となる。なぜなら差別概念は、訴訟の場面において、障害者の権利侵害に関する判決に直接的に影響するからである。たとえば同資料では禁止する差別を直接差別、間接差別、合理的配慮義務の不履行と記載するが、各差別概念の定義ならびにそれぞれの差別の関係が判決の判断材料となるといえよう。

障害者差別禁止法制定に向けて邁進する日本において、同法で禁止する差別概念の判例を踏まえた議論の蓄積は当然ながら存在しない。したがって本稿は1995年に障害者差別禁止法（以

*早稲田大学大学院社会科学研究所 博士後期課程2年（指導教員 西原博史）

下、DDA)を制定し、数多くの判例を輩出してきたイギリスを比較対象国に据え、障害者差別禁止法理が禁止する差別概念を、特に同法理で禁止する差別類型(直接差別、障害に関係する差別、合理的配慮義務の不履行)の關係に注目しながら検討する。

2. イギリス障害者差別禁止法で禁止する差別概念の基本的位置づけ

2.1 障害者差別禁止法で禁止する差別概念

イギリス障害者差別禁止法理はDDAに端を発し、同法の改正を通じて発展してきたが、2010年には、社会経済的な不平等を緩和させるために年齢、障害、性別再指定、婚姻・民事パートナーシップ、妊娠・出産、人種、宗教・信条、性別、性的指向という特徴に基づく差別を包括して禁止する平等法が制定された。この平等法は障害者に関しても、雇用、商品ならびにサービス提供、不動産取引等の場面における差別を禁止する。これによりDDAは全面廃止され、平等法が今まで築きあげてきたDDA法理を引き継ぐこととなった(附則27, 211条)⁽¹⁾。だが、平等法が制定されて日も浅く、議論の蓄積も少ないため、本稿ではDDAを中心に検討する。

DDAは、他者依存的で特別な存在として障害者を位置づけてきた——従来の障害者法制をはじめとする——社会構造を克服の対象とし、主体的な個人としての平等を求める一連の障害者運動を通じて制定された。この障害者運動は、「特別な存在」として恩恵的に守られるべき存在としての障害者観を拒絶し、非障害者と同等の主体的な個人として地位を要求した。そうした背景を受け、DDAの前提とする「障

害者」観は、障害の責任を障害者本人に求める医学モデルではなく、インペアメント考慮型社会モデルとなっている。このモデルは障害を単に身体的／知的／精神的機能障害(以下、インペアメント)として捉えるのではなく、インペアメントと法律、制度、環境などの社会から生じる障害の二重構造として障害を捉えるもので、障害による生きにくさに対する社会の側の責任をも認める点に特徴がある[杉山 2010: 230]。

このDDAは障害者差別として、直接差別、障害に関係する差別、合理的配慮義務の不履行という3つの性格の差別を禁止する。ここでいう直接差別とは、障害を理由にして障害者を、関係する諸事情が当該障害者と同じもしくは実質的に異ならない非障害者よりも不利に扱うことを指す(3A条5項)。たとえば雇用の場面という、直接差別は使用者の障害者に対する取り扱いに依拠するもので、障害者が当該障害をもたなければ不利な取り扱いは存在しなかったと判断できる場合に認められる。不利な取り扱いの原因としては、使用者の当該障害に対するステレオタイプの推定や使用者の偏見等があげられる(行為準則 2004: 32-34)。したがって直接差別では、本質的には対象者の関係する労働能力が等しい場面で、障害者が障害をもつがゆえに不当に扱われることが違法とされる。この直接差別禁止法理が求めるのは、使用者がもつステレオタイプの障害観や偏見を取り除き、正当な再評価に基づく取扱いが実現することである。

次に障害に関係する差別とは、障害に関係した理由——障害に関係するが当該障害そのものではない(行為準則 2004: 44)——によって

当該障害を持たないもしくは持たないだろう者よりも障害者を不利に扱った場合をいう。たとえば以前傷害事件を起こした統合失調症患者が職を得ようと志願したが、傷害事件を理由に採用拒否をされた事件において、傷害事件を引き起こした原因はその障害にあるとして障害に関する差別が認められた⁽²⁾。だが、かりに当該差別的行為の正当性を証明できれば、たとえ障害者を不利に扱ったとしても当該行為は許容される(3A条1項)。障害に係る差別は、障害に基づいて直接的に行われた行為の適法性を問題にする点で直接差別と比較的近い構造をもつ[長谷川 2009: 51]といえ、求められるのは直接差別と同様に障害者の正当な労働能力の評価であり、それに基づく適切な取扱いである。

最後の合理的配慮義務の不履行においては、DDAが義務づける障害者のために合理的な配慮を履行しなかった場合に当該障害者に対して差別を行ったものとされる(3A条2項)。特に雇用場面では、使用者によって、または使用者に有利に定められた規定practice、基準criterionまたは慣行practice(以下、規定等)、もしくは使用者が占有する建物の物理的特徴によって、障害者が当該障害をもたない者と比較して相当程度の不利を被っている場合には、使用者は合理的な範囲で当該規定等と物理的特徴に関して障害者に不利な影響を与えないように措置を講じることを義務付けられる(4A条1項)。具体的には、通常フルタイム労働者にコールセンターの監督者を任せる企業において、鎌状赤血球貧血の女性のために労働時間をパートタイム労働でも可能とするように調整することがあげられる(行為準則 2004: 59-60)。なお、当該個人が障害者であることを使用者が認識し

ていなかった場合は、同義務は免除される(4A条3項)。

以上から、DDAが禁止する差別は、その法的性格に基づいて2つに分類できることが明らかとなった。直接差別・障害に係る差別(以下、平等取扱原則に反する差別)と、合理的配慮義務の不履行である。これほどまでに法的性格が違うにも拘わらず、DDAでは両者ともに——一方を法規範、もう一方をプログラム規範のように区別することなしに——禁止すべき差別として併記する。なぜDDAではまったく性格の異なる差別を同列に扱うのだろうか。

2.2 障害者差別の特殊性に関する再検討

DDAが平等取扱原則に反する差別と合理的配慮義務の不履行を同様に禁止すべき差別として位置づける理由として、しばしば障害者差別の特殊性が指摘される。こうした説明は判例通説において広く用いられている。

(1) 判例

1975年性差別禁止法や1976年人種関係法⁽³⁾からわかるように、平等取扱原則は重要な価値と認識され、この原則に反する差別の解消は一貫して差別禁止法理の最重要の課題とされてきた。それに対して合理的配慮義務は、DDAではじめて導入された概念であり、障害者差別禁止法理にしか存在しない。その結果、裁判所や多くの法律家等はその法的性格ならびに位置づけについて居心地の悪さを覚えた。

裁判所は、合理的配慮義務を障害者のみに認められた優先的取扱いであると捉え、障害から生じる不利を克服するために積極的措置を使用者に求めるものと位置づける。これに関する判

例として Archibald v. Fire Council 事件 貴族院判決⁽⁴⁾がある。同判決において、貴族院は法的構造に関して「DDAは性差別禁止法や人種関係法と違う」と述べた。その理由として、「〔性差別禁止法と人種差別禁止法では——引用者注〕女性と男性、または白人と黒人は同じ方法で取り扱われ」、「女性を男性より優遇して扱うことは男性に対する差別とな」り「妊娠の事案を除いて、ジェンダー間の違いは通常無意味とされる」のに対し、「DDAは障害者と非障害者の違いを無意味であるとみなさない」し、「障害者を非障害者と同じように扱うことをDDAは求めている」と説明する。DDAは「障害者の特別なニーズを満たすための合理的配慮を要求し、これは必然的に優先的取扱いの要素を生じさせる」ものだとされる [para.47] [参照, para.64]⁽⁵⁾。

ここで注目すべきは、この判例理論が障害者を「特別なニーズ」をもつものと捉えながら障害者差別禁止を他の差別領域とは異なる特殊なものとして把握し、合理的配慮義務の法的性格を障害者のみに認められた優先的取扱いと位置づける点である。ある観点において「優先的取扱い」に見える部分は否定できないにせよ、合理的配慮義務が特別なニーズに配慮して保護を提供するものだという発想は、前述したDDAの目指す主体的な個人としての障害者観と袂を分かつもので、懐疑的な検討が必要となろう。

Archibald判決を引き継ぎ、さらに優先的取扱いとしての性格について詳述した判決として O'Hanlon v. Comissioners for HM Revenue & Custom 事件 雇用控訴審判所（以下、EAT）判決⁽⁶⁾がある。EATは、障害から生じる不利の克服を促すために使用者は積極的な措置を講じ

る法的責任があるとした [para.22] 上で、合理的配慮義務の「前提は、障害をもつ労働者は全労働者に対して適用される共通のルールによって不利を被る可能性があることである。ほかの差別の形式と違って、使用者は、障害によって生じる不利を解消したり、緩和させたりするために、非障害者が取り扱われるより優先的に障害者を取り扱うような積極的措置を講じることが義務づけられるかもしれない」という見解を示した [para.56]。この判決も障害者が「特別な存在であることを印象づけた判決と評価できる。

(2) 学説

障害者差別は特別なものと位置づける裁判所の立場は学説にも反映する。たとえば平等の一般理論の枠内で障害者差別禁止法理を位置づけるマックコーガンは、障害者差別は他の差別領域と似ているものの、平等を獲得するための試みは法的な意味で他の差別領域より複雑だと指摘する [McColgan 2005: 559]。彼女は、障害者差別以外の差別を解消するためには平等取扱原則に基づくアプローチが有効だが、障害者差別に限っては当該アプローチでは逆に差別を助長させる可能性があるとは指摘した上で、障害者のみに適用される合理的配慮義務の必要性を強調する。さらに彼女は、非障害者に対する逆差別となっても障害者差別禁止が非対称的にDDAの範囲内の障害者に有利にしか適用されない点がほかの差別禁止法理とは明らかに異なるとする [McColgan 2005: 560-561]。

障害者差別禁止法理が「障害」というものの性質上ほかの差別禁止法理とは求められる差別解消アプローチが異なるという見解は、障害者

差別禁止法理を差別禁止法理全体の中で「特殊なもの」だとする位置づけにつながる。差別禁止法全般に関する体系書の中でバムフォースらは、障害者差別がほかの差別禁止基準から異なることを背景にして法律家が一般に障害者差別禁止法理や障害者の諸権利を差別禁止法の主流には属さない、単なる傍流とみなす傾向があると指摘する [Bamforth / Malik / O'Connell 2008: 974]。

マックコーガンやバムフォースらの見解の前提にあるのは、「障害者差別」という特異な差別領域において平等取扱原則に基づく差別解消アプローチでは逆に差別を助長させる場面があるから、障害者の平等実現を達成するためには、平等取扱原則に基づく差別解消アプローチとは真逆の性格の積極的措置としての合理的配慮が必要となるという把握である⁽⁷⁾。こうした把握は、障害者がグループとして共通の利害関係を有するという認識を踏まえたときに初めて成り立つものであり、その意味ではグループ全体の底上げという目的に差別禁止を結びつけるものである。さらにいうと、「障害者差別禁止法理が特殊な法理である」という命題の裏には、その対象となる障害者がほかの差別禁止属性保有者と異なり、障害者の平等は積極的保護措置としての合理的配慮によってはじめて実現されるという考えが読み取れる。先にDDAは主体的な個人としての平等を実現するためのものであると述べたが、この認識はここであげたマックコーガンやバムフォースらの見解とは矛盾する。

障害者差別禁止法理が特殊と位置づけられる所以は合理的配慮義務の存在にあるといえるが、そもそも合理的配慮義務のような積極

的措置を講じる義務は決して障害者差別禁止法理に固有なものではないという指摘がある。平等法に関する教科書の中でモナハン、イギリス差別禁止法理において障害者差別領域のみが合理的配慮義務を採用していることについて、この義務が有形もしくは無形の平等な参加に関わる障壁を緩和させるために積極的な責務を課すものであることに注意喚起し、差別禁止法理の目的を達成するために平等のより実質的な観念を採用することはほかの差別領域でもありうることを他国の事例を用いて正当化した [Monaghan 2007: 280, 375-376]。

確かに求められる積極的措置の程度や名称の違いがあるとしても、差別を解消するために合理的配慮を講じる必要があるのは、なにも障害者差別禁止法理だけに限ったことではない。本稿では障害者差別禁止法理に関してしか述べる術はないが、平等取扱原則と合理的配慮義務の関係を障害者差別禁止法が特殊だから特別に成り立つ法構造だと断定することには違和感を覚える。そこで本稿では、障害者差別禁止法理特殊論を導き出した要因の1つである平等取扱原則に反する差別と合理的配慮義務の関係について構造的に論じる。その際の分析視角は、第1にそもそもなぜ合理的配慮義務は必要なのか、第2に合理的配慮義務を行う責任はどこにあるのか、そして第3に平等取扱と合理的配慮義務の関係とはどのようなものなのか、の3点に置かれる。

3. 合理的配慮義務の法的性格

3.1 グループとしての平等と個人としての平等

合理的配慮義務の意義を把握するための理論

モデルについて大別すると、目指しているのがグループとしての平等なのか（グループ的平等論）、個人としての平等なのか（個人的平等論）によって2つの立場に分かれる。本稿では障害者差別禁止の法理論を提供しようとする論者の中から、グループ的平等論としてドイルを、そして個人的平等論としてローソンを取り上げる。双方の見解の対立点を明らかにするために、はじめに両者の共通項を確認しておこう。

両者とも、合理的配慮義務は従来の社会構造の再評価を必要とすると述べる。従来の社会構造は障害者を十分に考慮に入れずに構築されたため、結果として障害者は——使用者やサービス提供者等による差別的行為を受ける以前に——社会構造ゆえの不利を被ることになると指摘される。ドイルは、雇用の場面で「使用者に労働規約もしくは業務規定の調整、または建物の物理的な特徴の改修を求めることなしでは、障害者は潜在的に労働市場の間接差別⁽⁸⁾に直面してしまう」と述べ、「主流派の社会または文化（健常者の世界）を念頭において形成されてきた基準と規範の再検討」を使用者に求める [Doyle 2003: 72; Doyle 1996b: 64]。一方のローソンも合理的配慮を行うにあたって「標準的とされている要求や制度をあてはめることによって、特定の特徴（たとえば、身体的、感覚的、知的または心理的なインペアメントまたは特定の信仰）を持つ個人が不利を被るかもしれないという認識」を持つ必要性を強調し、さらに「前述の特定の特徴を持つ個人と当該特徴を持たない他者を同じように扱うことによって生じる不利の存在」をも認識するよう求める [Lawson 2008: 1-2]。

このようにドイルとローソンが従来の社会

構造の再評価を求めた背景には、両者とも前述のような障害者自身を主体とする運動の結果であるDDA制定の経緯を踏まえ、社会側に障害の責任を求める社会モデルを合理的配慮義務の理論的基盤として採用している事実がある [Doyle 1999: 217; Lawson 2006: 4-5]。この結果両者とも従来の社会構造が抱える差別的構造に注目することになったのだが、合理的配慮義務を通じて実現すべき平等の受け取り手に関して2人は完全に袂を分かたず。ドイルは、一見障害者個人を対象にするかのように論を進めるが、あくまで障害者グループを想定しており、一方のローソンは終始一貫して障害者個人に着目し続ける⁽⁹⁾。

ドイルが見る合理的配慮義務の根幹的な理由は、それがなければ「歴史的差別と機会の不平等は維持され続ける」ことへの危機感にある [Doyle 2003: 72; Doyle 1996b: 64]。この点についてドイルは、障害者が「労働市場に入ること、または参加することは、非障害者の基準や過去の差別の後遺症によって選択された構造的・制度的障壁によって妨げられる」と指摘し、「女性や人種集団のように、障害を持つ労働者は、就労中の権利の制限や雇用の減少など、不平等な雇用機会をしばしば経験する」ので「使用者が障害を持つ雇用志願者や労働者に配慮する合理的な措置を用意しない限り、障害者は不利を被り続ける」と警告する [Doyle 1995: 2]。

ドイルは個人としての平等を求めた障害者運動を踏まえた上でDDAが制定されたことと位置づけるものの、歴史的差別の是正を合理的配慮義務の目的として据えた点に現れるとおり、グループとしての平等を念頭に置いていると評価できる。なぜなら歴史的差別を是正するために

は、あるグループが共通利害を有していることを前提に、過去にそのグループのメンバーに与えられた不正を現在のメンバーに対する優遇で埋め合わせることを求められるからである。救済対象は個人の不利ではなく、あくまでグループとしての不利であって、救済手段はグループとしての底上げであり、個人としての権利救済ではない。障害者法制全体の中においてグループとしての底上げを図ることが障害者の生活を守るため必要な場面があるかもしれないが、こと障害者差別禁止法理に限っては、グループとしての不利に着目することは個人の存在を見えにくくし、差別の所在を不明確にする危険性を孕む⁽¹⁰⁾。そうである以上、合理的配慮義務の説明原理を解明する際にもあくまで現在の社会構造、そして現存する個人に焦点を当てるべきである。結局ドイルの合理的配慮義務のロジックはDDAの趣旨と合致しているとはいえ、この義務の目的構造を説明するものとしては不十分であると評価せざるを得ない。

このグループとしての平等を唱えたドイルの見解と対照的なのが、個人を強調したローソンの見解である。ローソンは、差別禁止と個人の権利保障は密接な関係にあると捉え、合理的配慮義務は平等と個人の尊厳という基本原理に根拠づけられると説明する [Lawson 2008: 60]。彼女は、市民的・政治的権利と経済的・社会的・文化的権利で形成される現代人権レジームが戦後成立したにも拘わらず、障害者はそれらの権利を十分に享有しておらず、そればかりか排除、ネグレクト、そして屈辱の対象とされてきたと指摘する。この悲惨な障害者の状況を打破し、平等な地位を実現するために障害者運動が展開したと位置づける彼女は、運動の主体と

してのグループが存在したことは認め、社会学的状況認識としてはグループ的平等の視点も取り込む。が、障害者運動が障害者について「教育や雇用に参加できず、生きるために社会福祉や慈善行為に依存し続ける、という〔社会の側が想定する — 引用者注〕前提に懸命に異議を唱え続け」ることによって平等な個人としての障害者像を主張したと位置づけ、障害者は「かわいそうで慈善の対象となるお荷物的な存在としてではなく、非障害者と同様に基本的な権利を享受する存在として見なされるべきである」と述べて、法的構成の中において個人的平等が軸となることを強調する [Lawson 2008: 17-18]。

その際ローソンは、障害者差別禁止法理においてもっとも重要な価値は人間の尊厳にあるという。人間の尊厳を尊重するためには個人としての幸福に注目することが求められ、その結果「ときにまったく同じ取り扱いではなくてむしろ異なった取り扱いが求め」られると述べ、合理的配慮義務の意義を説明する [Lawson 2008: 20-21]。この背景には「各障害者の異なった背景やニーズが承認され、そして合理的な範囲で調整されてはじめて、障害者の権利は効果的に享受され、そして保障される」という彼女の見解がある [Lawson 2008: 24]。

このようにローソンが障害者の権利と個人として平等の観点から人間としての尊厳を守るための手段として合理的配慮義務を説明したことは妥当であるといえよう。そもそもDDAの背景には、障害者が他者依存的で特別な存在だと認識されてきたことによって個人の人間としての尊厳が侵されてきたことを背景に、それを克服して個人としての平等を獲得するために奮闘

した障害者運動の経験があり、DDA制定以前の障害者の立場に逆行しないように「個人」の観点を障害者差別禁止法理に組み込むものと見る必要がある。

3.2 合理的配慮義務の責任の所在

(1) 社会的包摂と合理的配慮義務の責任

ここまでの考察で合理的配慮義務が平等——それも、DDAの成立経緯や理念構造を考えるならば本来、グループとしての平等ではなく個人としての平等——を実現するためのものだという一応の目的構造が明らかになった。しかし、この目的構造は、合理的配慮を行う責任を説明するものではない。DDAでは使用者やサービス提供者等に合理的配慮を義務付けるが、それに要する費用の負担は障害者ではなく当該使用者やサービス提供者等に求められる。なぜそれが正当化されるのだろうか。ドイツのようにグループ的平等の枠組で考えるなら、グループとしての障害者に生じた歴史的不利を、非障害者が主流となる社会の側が責任をもって除去するのはいわば当然のこととなる。それに対し、個人的平等の観点で障害者差別を問題にする場合、合理的配慮に関する責任の所在は単純な問題ではない。

先に取り上げたローソンは、「障害者が直面する分離と排除は当該特定の個人における制限というよりむしろ社会における制限から生じる」という見解に基づき、たとえば雇用でいうと障害者の就業のために労働環境等を合理的な範囲で配慮・調整する責任が使用者側に存在することを使用者自身が認める必要があると述べる [Lawson 2006: 13-14]。そもそも「法律 [= DDA — 引用者注] は、障害者への社会の態

度や返答を形づくる基本的な部分を担って」おり、障害者が社会に参加する際に生じる障壁を壊すための強力な手段となると彼女はいう [Lawson 2005: 281]。このようにローソンは障害者の社会参加のための障壁を解消する合理的配慮義務の責任の所在は社会側にあると強調するが、あくまで障害者個人としての平等の実現に主眼が置かれているため、なぜ使用者やサービス提供者等が同義務のコストを負担しなければならないのかという問いに十分に答えているとはいえない。

しかし、だからといって個人的平等の実現が合理的配慮義務の目的だとする枠組が成立不可能だというわけではない。ローソンが個人的平等の観点を前面に押し出し続ける背景には、障害者が社会の主流から排除され、その結果障害者は特別で他者依存的な性格とラベル貼りされることによる障害者の個人としての人格権の侵害に対する問題意識がある。この問題は、1990年代以降のイギリスで影響力を増している社会的包摂論に刺激された平等論の変容と直結しているといえる⁽¹¹⁾。そこでここでは、平等論への帰結を意識した労働法学者コリンズの社会的包摂論を取り上げ、合理的配慮に関する使用者等の責任を基礎づける理論モデルを完成させる上でローソンの主張するような個人的平等論を補填するものとして役立つかどうかを検討していきたい。

そもそもコリンズは、差別禁止法は労働者が性や人種、そして障害などの特徴の一つを持つことを理由に「労働市場において人々に故意に不利益を与え、あるいは意図せずに正当化できない不利益な効果を生じさせるルールや取り扱いを使用者が適用することを禁止する」と説明

する [Collins 2003a: 54 = 訳 2008: 61]。コリンズの議論が目指すのは、特徴をもつがゆえに被る雇用への参加の障壁を取り除き、すべての特徴を持つ者等の雇用機会を促進させることである。つまり彼は差別禁止法の目的に社会的包摂の追求を据える [Collins 2003a: 55 = 訳 2008: 62]。こうした上位の目的のもとで彼は、差別禁止法で解消すべき問題として、平等取扱原則の対象となるものと平等取扱原則から逸脱するものの両方があると説明する。ここでいう平等取扱原則の問題とは、ある人を性別、人種、もしくはほかの疑わしい分類に基づいて不当に異なって扱う直接差別として狭義に位置づける。しかしコリンズは、障害や性別など特定の特徴をもつ者に対する構造的・制度的不利は社会的排除という形で顕在化すると捉え、単に平等取扱を行うだけでは解消されない問題があるとする。これを彼は平等取扱原則からの逸脱という [Collins 2003b: 26]。このようにコリンズは、差別禁止法には平等取扱原則を求める場面と、特定の特征をもつ個人のための積極的措置を求める場面の両方があることを認めた上で、「社会的包摂の観念は差別禁止法の優れた正当化理由となる」ことを示唆する [Collins 2005: 898]。社会的包摂は、平等取扱はもちろん平等取扱原則からの逸脱が公正である、という際の正当化根拠を提示することができるからである。

合理的配慮義務は、ここで平等取扱原則から逸脱しながら社会的排除を克服するための重要な手段となる。コリンズは、「福祉の本質的な要素からの排除を減らし、または除去するために異なった取扱いが必要とされる際、社会的包摂は平等取扱原則からの逸脱を求める」と述

べ、「社会的包摂のためのポジティブアクションは、排除されたグループが自身のスキルや能力に見合った仕事を得る際に直面する障害を克服するために、使用者に〔労働者の — 引用者注〕違いに敏感になること、そして合理的配慮を行うことを求める」と説明する。このポジティブアクション⁽¹²⁾の一つがDDAの規定する合理的配慮義務である⁽¹³⁾ [Collins 2005: 914; Collins 2003b: 36-37]。

ここでコリンズがいう社会的排除⁽¹⁴⁾とは、単に経済的な貧困だけに限定されず、シティズンシップの利益への参加が妨げられることを指す [Collins 2003b: 22]。したがって社会的包摂の目的とは、「シティズンシップに伴う利益への参加に対して生じる障害の除去を保障し、そしてこのことが〔障害者や女性など構造的な不利益を受けるようなグループをはじめとする — 引用者注〕すべてのグループに同様に担保される」ことである [Collins 2005: 913]。

このようにコリンズは、多様な個人が所属する社会において一部の個人を何らかの特徴（障害や性別、人種など）に基づいて排除することは許されない、という規範を前提に据え、差別禁止法の目的を社会的包摂に求める。そして社会的包摂を追求するための手段として、平等取扱と、合理的配慮義務のような平等取扱からの逸脱があるとする。

このコリンズの社会的包摂論は、社会との関係から生じた不利の責任を社会側に見出す理論枠組みへと展開される。西原はコリンズの見解を踏まえて「社会的包摂という観点を組み込んだ場合、個人にとって不利な社会的仕組みを採用している社会側が有する、個人の自由を妨げることに対する社会的責任が意識される」と述

べ、ある個人の前に立ちふさがる不利な排除構造は個人の責任であるというより、往々にして多様性を考慮に入れずに社会を設計した国家の側に根本的な責任がある場合が少なくない、と指摘する。不利を被った個人は、そのように設定された障壁に合理的根拠があるかどうかに対する吟味を要求できると西原は主張する〔西原 2010a: 88〕。社会構造から生じた不利は不利を被った個人ではなく、その社会構造そのものに責任があるとした西原の見解は妥当であろう。ここでいう「社会側」とはもちろん国家に限定されない。使用者やサービス提供者等不利を被る個人に関係する人、そしてその関係する人の行為や態度、さらには関係する人によって作られた制度や建築物など非常に広範な範囲が想定されるべきである。ここで示した「社会側」は、DDAで規定する合理的配慮義務の担い手と大部分で重なる。

さらに西原は社会側の責任を追及することは、結果として個人の側の権利主体性の保障にもつながると指摘する。彼は「特定の負担を負った人々の立場を十分に考慮しないことによって、その負担を抱えた個人の自由を妨げていることに対する社会的責任が意識される」ことにより、「社会的な苦境に陥ったことに対する個人の責任が前提とされがちな国家給付による救済の場合と異なり、排除に対抗する個人の側の権利主体性が視野から抜け落ちることはない」と説明する〔西原 2010b: 141〕。西原の個人の側の権利主体性を根幹に据えた不利に関する社会側の責任論は個人としての平等に主眼を置いた前述のローソンの合理的配慮論とも親和的であるといえ、彼の見解を用いることによってローソンの見解だけでは説明できなかつた

“なぜ使用者やサービス提供者等が合理的配慮義務のコストを負担しなければならないのか”という問いに“そもそも合理的配慮義務を必要とするような不利は社会側によって作られたもので、したがって社会がその責任を果たすのは合理的である。ここでいう社会側には使用者やサービス提供者等も含まれる。”と答えられるようになる。

ただコリンズも西原もあくまで「差別禁止法理」について述べたのであって、「障害者差別禁止法理」の枠組みを提示したわけではない。障害者差別の文脈で社会側の責任論を位置づけるためには、そもそも障害者差別の文脈にある排除の正体と、その解消・緩和措置を使用者やサービス提供者等に求める論理的正当性を証明する必要がある。

(2) 障害の責任

前述の問いに答えるために、まず障害とは何かを再度確認する。DDAはインペアメント考慮型社会モデルを採用し、障害をインペアメントと社会から生じる障害の二重構造として捉え、障害の責任を当事者のみならず、社会側にも存在すると位置づけた〔杉山 2010: 225-228〕。同モデルの構成要素であるインペアメントとは手足の一部もしくはすべての欠損、または手足の欠陥、身体の組織または機能の欠陥と定義され、一方の社会から生じる障害とは障害の存在をほとんど考慮しないために社会活動の主流への参加から障害者を排除する現在の社会体制によって生じる活動への不利もしくは制限と定義される〔UPIAS 1976: 14〕。

インペアメントは医学的専門家による診断によって認められたものでなくても〔杉山 2011:

149-150], 本人がもつ身体的／知的／精神的機能障害である以上, 本人に負担が生じてくるのは回避できない。したがってインペアメントを解消・緩和させるためには, たとえば治療やリハビリなどが中心となる。だが社会から生じる障害は, インペアメントとは責任の所在, そして解消・緩和する方法が大きく異なる。社会から生じる障害は, 社会との関係において当該個人を取り巻く制度や建築物, 法律, そして周囲の人間の態度などが障害者を考慮に入れない社会枠組みを形成したことにより生じる問題であり, 社会側に——社会構造自体に——その責任がある。したがって, 社会から生じる障害を解消・緩和させるためには, 社会構造自体の再構成が必要であり, それが不可能であったとしてもその責任を果たすことに向けた個別措置, たとえば労働の場面でいうなら配置転換, 雇用環境の調整, ステレオタイプ化された障害者像ではなく個人に着目した正確な労働評価, などが求められるだろう。

このような性格をもつ社会から生じる障害は障害者を排除する場面で表面化する。雇用場面でいうと, たとえばHIV感染者である者が職務上, 利用者に引っかけられる可能性があるとして解雇されたこと⁽¹⁵⁾, 脊髄の周りの軟部組織に障害を持つ者がその障害を理由に病欠を長期間取得したため解雇されること⁽¹⁶⁾, 視覚障害者がある労働の適格試験を受ける際に自らのPCの持ち込みを会社側に拒否され, 十分な合理的配慮をなされないこと⁽¹⁷⁾, などである。これらは, イギリス障害者差別禁止法理において, それぞれ直接差別, 障害に関係する差別, 合理的配慮義務の不履行, として扱われる。

障害の構造上, その障害の責任を担う対象が

個人側と社会側に分かれるといえるが, ここでいう「社会側」とはたとえば障害者の就労環境を整備する使用者である。ただこの「社会側」に障害者本人も含まれる場合があることに注意せねばならない。たとえば排泄をする際に補助を必要とする障害をもつ雇用志願者の支援者を探すのは, 職務内容に直接関係がないので使用者ではなく障害者本人の責任だとする判例がある⁽¹⁸⁾。

3.3 小括

ここまでの考察から, 合理的配慮義務は障害者個人の権利としての平等を図るものであること, そして障害者が被る社会から生じる障害の原因は社会側にあり, これを達成する差別解消手段——ここでは合理的配慮——を講じる責任は社会側に求められること, が明らかになった。こうした認識を踏まえて, 最後に本稿の主題である平等取扱と合理的配慮義務の関係について検討したい。

4. 平等取扱と合理的配慮義務の関係

障害の社会側の責任の所在について, 本稿では社会的包摂の観点から論じてきた。これはコリンズの社会的包摂論を基盤にすることによって, 社会から生じた障害(コリンズの言い方では, 社会的排除)が社会側に責任があり, その障害の緩和・解消は——それが個人に対して生じている不利に過ぎないとしても——社会側が引き受けるべきであるとする認識をローソン型の個人的平等論に基づく合理的配慮義務理解に結びつける可能性を探るためであった。そもそもイギリスでは, T. マーシャルのシティズンシップ論⁽¹⁹⁾に代表されるように, 個人が

完全な社会のメンバーとなるために平等に権利と義務をもつ、と認識されている。実際にイギリス障害者運動は障害者が主流から排除されたことにより人格侵害が行われたことへの抵抗であったし、DDAもそれに影響を受けている〔杉山 2010: 223〕⁽²⁰⁾。

しかし社会的包摂、もしくは社会に参加することを差別禁止法理の目的とする際には慎重さも必要である。国家が法律を通して社会的包摂もしくは社会への参加という目的を取り入れることは、国家として“社会的包摂もしくは社会への参加は不可欠である”という価値判断が行われたことになる。自らの意思で社会に参加することを拒否したい人の選択は国家に価値のないものとして否定されるのだろうか。実際に社会に全く参加しないで生活するには恵まれた環境が必要だが、社会的弱者が社会に参加しないという選択をすることは認められないというのだろうか。そうだとすれば差別禁止法理は、差別的な価値基準が根底にある法理となりかねない⁽²⁰⁾。

結論先取的にいうと本稿は、障害者差別禁止法理は「障害」というカテゴリーに伴う事前評価なしに個人として正当に能力評価され、それに基づいて選択・実行する権利を障害者ももつ、という権利論を根底に据える。そしてこの権利を保障する手段として平等取扱と合理的配慮を位置づける。

こうした本稿の立場は、前章で示したコリンズの社会包摂論から導かれる障害者差別禁止法理の構図とは——そして同じ参加論を踏まえている限りにおいてローソンの合理的配慮義務論とも——平等取扱や合理的配慮義務の意味づけ、そして同法理が達成すべき射程に関して

理解を異にする。コリンズは差別禁止法理の目的を「社会的包摂」と位置づけ、平等取扱を直接差別、そして平等取扱からの逸脱として合理的配慮義務を無配慮による排除に対する救済と位置づける。ここでいう排除に対する救済とは主流に包摂・参加することに向かう。したがって社会的包摂を基底にすえた障害者差別禁止法理は、第1に障害者を排除する障壁の緩和・解消、第2に障害者を社会の主流に参加させる、という2つの段階から成り立っているといえる。第1の障壁の緩和・解消は差別構造の是正という意味で説得的だが、第2の社会への参加は国家の恣意的な価値決定を含み、パターンリステックな介入に対する懸念を惹起させる。必要なのは障害者を社会に参加させることよりも、個人として自らの意思で職業やサービス等を選択できるような枠組みを構築することにあるのではないだろうか。

西原は、性差別分野において性別によって区別されない権利としての平等取扱の権利を語り、区別されること自体を権利侵害と主張する。西原は「個人に責任のないメルクマールに従って個人を特定集団の成員に解消するような取扱に対する防禦権の保障」として平等取扱を説明する〔西原 2003: 330〕。ここで西原が想定するのは性差別分野における平等取扱であるが、その構造には社会や国家が当該個人に対して個人には責任のないメルクマールに基づいて、当該個人の能力等を純粋な評価対象にすることなしに特定の集団の一員として位置づけることへの拒絶がある。裏を返せば、個人としての正当な評価、そしてそれに基づく適切な取扱への渴望を読み取れる。

この西原の指摘は障害者差別禁止分野にも応

用可能だろう。雇用の場面でいうと、平等取扱（直接差別・障害から生じる差別）は、障害者がステレオタイプ化された障害者像や偏見などによって問題となる労働能力を不当に評価される事態に対して、特定の特徴に依拠したカテゴリー化に抗する権利として位置づけられる。つまり平等取扱は、当該障害者の個人としての正当な労働能力の再評価、そしてそれに基づく取扱を求める。一方の合理的配慮義務も基本的な発想は平等取扱と同じである。平等取扱にあっては使用者の行為が問題であったが、合理的配慮義務では使用者の行為というより、使用者によって定められた規定等や建造物の物理的特徴等が問題となる。すなわち障害者を取り巻く社会構造が差別的であるために当該障害者の問題となる労働能力の再評価を正確に行うこと自体が不可能となっている場面で適用される。したがって合理的配慮義務は、合理的な範囲でその障壁を除去して、その上で平等取扱と同様に特定の特徴に依拠したカテゴリー化に抗する権利と位置づけられる。

この合理的配慮義務の特徴は、直接差別、障害に関係する差別、そして合理的配慮義務の不履行が構造的に連続している現われともいえる。すなわち、障害を原因とした使用者の違法行為が直接差別の枠内で処理できるならば直接差別で、そうでないなら障害に関係する差別で、それでも無理なら合理的配慮義務で処理される。そして直接差別と障害に関係する差別に関しては使用者に平等取扱原則に基づいた取り扱いを求め、合理的配慮義務に関しては合理的な範囲で積極的措置までもを求めるのである。

5. むすびにかえて

本稿では、DDAを比較対象法として同法が禁止する差別間の関係を検討してきた。その結果、直接差別、障害に関係する差別、そして合理的配慮義務は構造的に連続する関係にあることがわかった。この帰結はイギリス障害者差別禁止法特有のものではなく、現在障害者差別禁止法の制定に向けて鋭意取り組む日本の議論にも意義のある示唆を提示できるといえよう。

本稿は主体的な個人としての平等の観点から障害者差別禁止法を検討してきたが、障害者の福祉や生活の安定を保障する障害者福祉法理も、障害者法制において重要な役割を担っていることはいうまでもない。そこで本稿で示した帰結がどの範囲で適用可能なかを把握するために障害者差別禁止法理と障害者福祉法理の境界を検討する必要がある。これについては、他日を期したい。

付記：本研究は、日欧比較基本権法理論研究所
研究プロジェクトの成果の一部である。

〔投稿受理日2011.6.18／掲載決定日2011.6.30〕

注

- (1) 2010年平等法に関する詳しい説明は、Doyle / Casserley / Cheetham / Gay / Hyams [2010], *Employment Law Guide* [2010] 参照。
- (2) *Murray v. Newham Citizens Advice Bureau Ltd* [2003] IRLR 340.
- (3) 両法はDDA同様2010年平等法に統合された。
- (4) [2004] IRLR651. = 貴族院2004/7/1 判決【事案】Archibaldは1997年5月から雇用されてきたが、1999年4月に外科手術をして身体的な障害を負った。使用者は彼の復職させるために合理的配慮の可能性を探したが適切な仕事を見つけることができず、結局2001年3月に解雇された。彼女は合理

- 的配慮義務違反と障害に関係する差別として提訴した。【判旨】雇用審判所, EAT, 上告裁判所のいずれも申立棄却。貴族院判決にて合理的配慮義務違反が認められ, 雇用審判所に差し戻された。
- (5) 詳しくは, Renton 2006; 野村 2008, 参照。
- (6) [2006] IRLR840. = EAT 2006/8/4 判決【事案】O'Hanlonは1985年9月から雇われ, DDA適用範囲内の障害者であった。2002年10月15日より前の4年間で, O'Hanlonは365日病欠(うち320日は障害関連)した。これにより年金を満額もらえなくなった。彼女は障害関係の休みを疾病年金の算定の際に考慮に入れるべきではないと述べ, 会社側の疾病年金の規則により相当程度の不利を被ったこと, そして合理的配慮義務違反として提訴した。【判旨】雇用審判所, EAT, 上告裁判所(=[2007] IRLR404.)のいずれも申立を棄却。
- (7) 同旨として, Howard 2005: 183。これに関連してディッケンズは合理的配慮義務をDDAに組み込んだことにより, 単なる差別禁止から平等の促進に移行したと分析する [Dickens 2007: 473]。
- (8) ドイルは, 間接差別についてDDAにて禁止されていないものの, DDA 4条と合理的配慮義務によってカバーされる, と捉える [Doyle 1996a: 6]。
- (9) ローソンは, 2006年の論文と2008年の論文の間で平等観の違いが見られ何らかの理論体系の変化があると推測されるが, 本稿ではそれを追究せず指摘するに留めたい。
- (10) 個人を埋没される障害者法制の構造上の問題を克服するためにDDAが制定 [杉山 2010: 223-225]。
- (11) ローソンの個人的平等論との関係では, 社会的排除を分析するにあたり, 剥奪が個人において生じるという点と, その剥奪の原因が社会的なものだという認識を併せ保持すべきだと主張する厚生経済学者センの分析視覚が想起される [Sen 2000: 8]。
- (12) ポジティブアクションという用語は, 人種差別や性差別の領域に由来する形で, グループ的平等論を踏まえながら被従属的地位にあるグループに対等な地位を確保するための手段と位置付けられ, 割当定員制を要請したりするものとして用いられている。にもかかわらずコリンズは, 割当定員制などの伝統的ポジティブアクションを社会的包摂の観点からむしろ非生産的と位置付けながら
- も, それでも合理的配慮義務を説明するための枠組みとしてポジティブアクション概念を用いる [Collins 2005: 914-915]。ここでは, ポジティブアクションの概念史およびその中のコリンズの位置付けには踏み込む余裕はない。この概念がコリンズ固有の意味で用いられている点の注意喚起にとどめたい。
- (13) コリンズの雇用法学はニュー・レーバーの第三の道と重なる部分と重ならない部分があるが, その正確な位置づけならびに評価は本稿では扱わない。これに関しては, 唐津 [2007], 古川 [2005], Collins [2002] 参照。
- (14) 社会的排除に関する詳しい説明は福原 [2007], Levitas [2005] 参照。
- (15) High Quality Lifestyle Ltd v. Watts [2006] IRLR850.
- (16) Clark v. TDG Ltd t/a Novacold [1999] IRLR319.
- (17) Project Management Institute v. Latif [2007] IRLR579.
- (18) Kenny v. Hampshire Constabulary [1999] IRLR76.
- (19) 「シティズンシップとは, ある共同社会の完全な成員である人びとに与えられた地位身分である。この地位身分を持っているすべての人びとは, その地位身分に付与された権利と義務において平等である。」 [Marshall 1992= 訳 1993: 37]
- (20) 植木は障害者の社会参加が阻まれていることに対し危機感を覚え, 憲法学の観点から警告する。彼は, 障害者の権利保障の問題を「市民権」として捉え, 障害者の社会参加を実現すべき価値と位置づけ, 「『障害』を『できない人』の問題としてではなく, 『できなくさせている社会』の問題だと捉える理解を前提として, 障害のある人の直面する不利益の多くが社会によって形成された『差別』であるという」認識する。そして, 「日本国憲法14条から見て, 障害のある人の完全で平等な社会参加が否定されている状態が, 国・公共団体・私人の積極的作為によって形成される『差別』と位置づける見解は, 「障害のある人に対する『保護』を強調することによって, 社会生活からの排除を正当化するような論理に対抗するものとなる」と述べる [植木 2011: 166-167]。さらに合理的配慮義務については, 「諸個人間に自然に存在する格差の是正を求めるものではなく…国・公共団体の提供する権利・利益などに関して, 『障害』を理由とす

る『差別』を受けないための措置を要求する」ものとする [植木 2011: 173]。ただ、純粋に障壁除去でなく社会参加をも保障することまで障害者差別問題の射程が及ぶ [植木 2011: 172] というのであれば、その評価については本文記載の観点から慎重にせねばなるまい。

引用文献

- Bamforth, Nicholas / Malik, Maleiha / O'Connell, Colm [2008] *Discrimination Law*, Sweet & Maxwell.
- Collins, Hugh [2002] *Labour Law in An Era of Globalization*, Oxford.
- Collins, Hugh [2003a] *Employment Law*, Oxford University Press (イギリス労働法研究会訳『イギリス雇用法』[成文堂, 2008年])。
- Collins, Hugh [2003b] Discrimination, Equality, and Social Inclusion, *The Modern Law Review*, vol. 66, pp. 66.
- Collins, Hugh [2005] Social Inclusion: A Better Approach to Equality Issues ?, *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 14, pp. 897.
- Disability Rights Commission (行為準則) [2004]: *Code of Practice: Employment and Occupation*, The Stationery Office.
- Dickens, Linda [2007] The Road is Long, *British Journal of Industrial Relations*, vol. 43, no. 3, pp. 463.
- Doyle, Brian [1995] *Disability, Discrimination and Equal Opportunities: A Comparative Study of the Employment Rights of Disabled Persons*, Mansell.
- Doyle, Brian [1996a] Disabled Worker's Rights, the Disability Discrimination Act and the UN Standard Rules, *Industrial Law Journal*, vol. 25, no. 1, pp. 1
- Doyle, Brian [1996b] *Disability Discrimination*, Jordans.
- Doyle, Brian [1999] From Welfare to Right? Disability and Legal Change in the United Kingdom in the Late 1990s, in Jones, Melinda / Marks, Lee: *Disability, Diversity - Ability and Legal Change*, Marinus Nijhoff Publishers.
- Doyle, Brian [2003] *Disability Discrimination*, Jordans.
- Doyle, Brian / Casserley, Catherine / Cheetham, Simon / Gay, Vivienne / Hyams, Oliver [2010] *Equality and Discrimination*, Jordans.
- Employment Law Guide [2010] *The Equality Act 2010*, Income Data Services.

- 福原宏幸 [2007] 「社会的排除／包摂論の現在と展望」 福原宏幸編『社会的排除／包摂と社会政策』(法律文化社)。
- 古川陽二 [2005] 「ニュー・レーバーの労働立法政策とその特質」季刊労働法211号157頁。
- 長谷川聡 [2009] 「イギリス障害者差別禁止法の差別概念の特徴」季刊労働法225号49頁。
- Howard, Marilyn [2005] Disability and Work, *Public Policy Research*, pp.183.
- 唐津博 [2007] 「イギリスにおける新たな労働法パラダイム論」季刊労働法216号147頁。
- Lawson, Anna [2005] Mind the Gap! Normality, Difference and the Danger of Disablement Through Law, in Lawson, Anna / Gooding, Caroline, *Disability Rights in Europe*, Hart Publishing.
- Lawson, Anna [2006] The EU Rights Based Approach to Disability: Some Strategies for Sharpening an Inclusive Society, *Gladnet Collection, Paper. 310*.
- Lawson, Anna [2008] *Disability and Equal Law in Britain*, Hart Publishing.
- Levitas, Ruth [2005] *The Inclusive Society?*, Basingstoke.
- Marshall, Tom [1992] Citizenship and Social Class, in Marshall, Tom / Bottomore, Tom, *Citizenship and Social Class*, Pluto Perspectives (岩崎信彦 / 中村健吾訳『シティズンシップと社会的階級』『シティズンシップと社会的階級——近現代を総括するマニフェスト』[法律文化社, 1993年])。
- McColgan, Aileen [2005] *Discrimination Law*, Hart Publishing.
- Monaghan, Karon [2007] *Equality Law*, Oxford.
- 野村晃 [2008] 「イギリス障害者差別禁止法における使用者の合理的調整義務と法的・実践的争点 (2)」日本福祉大学社会福祉論集119号75頁。
- 西原博史 [2003] 『平等取扱の権利』(成文堂)。
- 西原博史 [2010a] 「自治と自律と社会権」早稲田大学グローバルCOE『企業と法創造』21号 pp. 80-92。
- 西原博史 [2010b] 「自律・社会的包摂・潜在能力」戒能通厚・石田眞・上村達男編『法構造の比較法学』(日本評論社) pp. 116-150。
- Renton, David [2006] A new era for equality law? Archibald v Fife Council reconsidered, *Disability and Society* vol. 21, no. 7, pp. 709.
- Sen, Amartya [2000] *Social Exclusion: Concept, Application,*

and Scrutiny, Asian Development Bank.

障がい者制度改革推進会議（推進会議）[2010a]「障害者制度改革の推進のための基本的な方向（第一次意見）」（障がい者制度改革推進本部）。

障がい者制度改革推進会議（推進会議）[2010b]「障害者制度改革の推進のための第2次意見（案）」（障がい者制度改革推進本部）。

杉山有沙 [2010]「障害者差別禁止法理の形成と『障害』モデル」早稲田大学社会学研論集16号 pp. 220-234。

杉山有沙 [2011]「障害者差別禁止法理における『障害』と『障害者』の意味」早稲田大学社会学研論集17号 pp. 145-160。

植木淳 [2011]『障害のある人の権利と法』（日本評論社）。

Union of the Physically Impaired Against Segregation (UPIAS) [1976]: *Fundamental Principles of Disability*, UPIAS.