

# 障害者差別禁止法理における平等取扱原則の意味

－イギリス障害者差別禁止法（DDA）の直接差別と  
関連差別に関する議論を中心に－

杉山有沙\*

## 1. はじめに

現在日本において、障害者政策委員会差別禁止部会（以下、差別禁止部会）が先頭に立ち、2013年障害者差別禁止法案提出に向けた取組みが進んでいる。この障害者政策委員会は、2009年12月8日に内閣府に設置されて以降、障害者法制の見直しを進めてきた障がい者制度改革推進会議が2011年の障害者基本法改正を受けて2012年7月23日に廃止されたことに伴い、その事業を引き継いだものである。

差別禁止部会は、これまで障害の定義や救済制度をはじめ、多くの論点について議論してきた。その論点の1つとして、差別禁止法が禁止する差別とは何かを取り上げられ、2012年7月13日開催の部会に部会三役原案で取りまとめの方向性が示された。そこで障害者権利条約や諸外国の立法例を参考にして検討した結果として組上に上がったのは、直接差別、関連差別（起因差別）<sup>(1)</sup>、間接差別、そして合理的配慮義務の不履行の4類型であった。その上で関連差別と間接差別は基本的な適用領域が重なり合うも

のとされ、間接差別は関連差別に統合するのが適切であるとされた。さらに、直接差別と関連差別に関しても、救済申立の際に区別することは事実上困難であるとされた。こうした議論を経て、差別禁止部会の推奨する差別禁止法で禁止すべき差別とは、不均等待遇と合理的配慮義務の不履行の2類型に落ち着いた〔差別禁止部会2012:4-6〕。

この不均等待遇として問題になっているものにおいては、実際には様々な要素が複雑に絡み合っている。障害者差別禁止法案の検討途中である日本の現状において、不均等待遇禁止の具体的な運用例を検討することは有益であろう。本稿では、差別禁止部会が法案検討に際して参考にしたイギリスを比較対象国に据え、特に1995年障害者差別法（Disability Discrimination Act. 以下、DDA）の平等取扱（差別禁止部会の資料でいう不均等待遇）原則に焦点を当て、検討する。

---

\*早稲田大学大学院社会科学研究所 博士後期課程3年

## 2. イギリス障害者差別禁止法（以下、DDA）の基本構造

DDAは、雇用、商品・施設・サービスの提供、そして不動産の売却や管理に関連する障害者差別を禁止する法律として、1995年11月8日に制定された。イギリス障害者差別禁止法理は、このDDAの改正を通じて発展してきた。最終的に2010年平等法（Equality Act）制定によってDDAは全面廃止されたが、事実上、DDAが構築してきた障害者差別禁止法理は平等法に引き継がれている<sup>(2)</sup>。

平等法によって廃止される前の時期のDDAは、直接差別（DDA3A条5項）、障害に関連する理由に基づく差別（disability-related discrimination、以下、関連差別。同法3A条1項<sup>(3)</sup>）、そして合理的配慮義務の不履行（3A条2項）という3種の差別類型を禁止していた。これは、関連差別と合理的配慮義務の不履行のみを禁止していた制定当初の文言に、2003年DDA改正法（Disability Discrimination Act 1995（Amendment）Regulations 2003、以下、2003年法）によって直接差別を加えたものである。ここでは、各差別類型の関係を分析するに先立って、それぞれの差別類型の内容とするものを概観しておこう。

直接差別とは、本人の障害を根拠として（on the ground of the disabled person's disability）、同じ障害を持たない者で関係する諸事情が同じ、もしくは実質的に異なる者よりも障害者を不利に扱うことを指す（3A条5項）。直接差別は、障害を理由に行われた障害者に対する使用者の取扱いに依拠し、また使用者が適切な比較対象者に対する取扱いの比較にも依拠する（行

為準則 2004: 4.6）。

次に関連差別とは、障害者の障害に関連する理由（which related to the disabled person's disability）によって、この理由が当てはまらない、または当てはまらないだろう者よりも不利に取扱い、そして問題となる取扱いを正当化することができない場合に生じる（3A条1項）。具体的には、障害を持つために車椅子を必要とする女性が就職願いを出した際に、職務遂行能力があるにも拘わらず、車椅子を理由に彼女を不採用とした場合が挙げられる。この場合、使用者がその対応を正当化できなければ、関連差別が生じたと判断される（行為準則 1996: 4.2）。

最後に合理的配慮義務の不履行は、障害者に関係して課された合理的配慮義務を履行しなかった場合、使用者が障害者を差別したと見なすものである（3A条2項）[詳しくは、杉山 2011b; 2012a; 2012b 参照]。この合理的配慮義務の不履行は、平等取扱原則とは——連続性があるものの——区別された基本原理に基づくものであるため、本稿の対象からとりあえず除外する<sup>(4)</sup>。

## 3. DDAにおける平等取扱原則規定の変遷

直接差別、関連差別、合理的配慮義務の不履行を禁じられた差別類型とするDDAの基本枠組は、性差別禁止法（Sex Discrimination Act、以下、SDA）など、他の領域で確立してきた差別禁止法理とは異なった構造を採用するものであった。従来の差別禁止法理は、直接差別と間接差別を禁止する（SDA 1条1項）。それに対し、DDAが独自の枠組を採用したのはなぜ

だったのだろうか。

### 3.1 関連差別概念の誕生

障害者差別禁止法理の構想自体は1970年代末から既に存在していたが、福祉財源縮減を狙う保守党による抵抗を受け、DDA制定までに約15年の時間を要した〔杉山 2010: 222〕。この間に労働党議員主導で何度も「市民権（障害者）法案（Civil Rights (Disabled Persons) Bill. 以下、CRB）」が提出された。DDAは、後述する差別類型の相違を除けば、CRBから骨格を受け継いでいるといえる〔寺島 2002: 27〕。

しかしCRBには関連差別に関する規定は存在しなかった。関連差別概念が初めて現れるのは、1995年1月12日に保守党政府により下院議事に提出された最初のDDA草案においてである。

CRBは3つの差別類型を禁止する<sup>(5)</sup>。第1に「インペアメントを持つ障害者をインペアメントを持たない人よりも不利に取扱った場合」であり、これは直接差別にあたる。第2に「インペアメントを持たない、ある要求に応じることができる人の割合が、インペアメントを持つ、その要求に応じることができる障害者の割合よりもかなり高く」なるような場合に、「要求に応じない、または応じることができないことを理由に、インペアメントを持つ障害者をインペアメントを持たない人よりも不利に取り扱い、そして「この要求をすることの正当性を証明することができない」場合である。これは間接差別にあたる。最後に「障害者に対する合理的配慮義務を履行しなかった場合」であり、合理的配慮義務の不履行を指す（CRB 2条）。このCRBが採用した差別類型は、他の領

域における差別禁止法の影響を強く見ることができる<sup>(6)</sup>。

それに対しDDA草案は、禁止する差別類型として関連差別と合理的配慮義務の不履行という2種を提示した（DDA草案4条）。これは独自の差別類型であり、制定者が他の領域における差別禁止法理とは異なる構造の差別禁止法理を作り出そうとしていたことを示唆する。

この選択肢の中から、CRBではなくDDA草案が採用された。その理由として保守党政府は、CRBを採用した場合に使用者側にかかる過度な財政負担を挙げた。CRBは企業に対して導入開始から5年間で2,170億ポンド、その後も年21億ポンドの負担をかけ続けるとされ、そのような莫大な費用負担を産業界に課すことは競争力に悪影響をもたらすだけでなく、使用者らの反感を買い、結果的に障害者に被害を加える可能性があると考えられた〔IRS 1995: 2〕。これに加えて鈴木は、保守党内からもCRBの賛同者が出ていた中、与野党間の議席数が接近している政治状況においてDDA草案を可決しないと政府の指導力に悪影響が生じかねなかったという政治的理由を挙げる〔鈴木 1997: 44〕。

DDAにおける平等取扱原則の意義を探る本稿において特に注目すべきなのは、関連差別概念の形成過程である。時期的にCRBが先行し、DDA草案を作成する際にはCRBの差別類型が意識されていた。それではなぜ、直接差別・間接差別の禁止ではなく、関連差別という類型がDDAで選択されたのであろうか。

間接差別の不採用に関して障害者担当大臣であったHague下院議員は、障害者差別禁止の領域においては直接差別と同様の方法で間接差別にも対応できると述べた。彼は、DDA草案の

直接差別の定義で障害者自身に直接的に関わらない類の問題をも解決できるとする。具体的には、犬同伴の入店を拒否するカフェに盲導犬を連れた視覚障害者が入店できないケースが想定されるが、DDA草案の枠組でも違法な障害者差別の推定（prima facie case）が基礎づけられる [HC Deb 24 January 1995 vol. 235 cc. 150]。また当時発行された白書において、そもそも障害者はインペアメントの違いから様々な問題を抱えているので、障害者に対する間接差別の一般的に禁止しても、職務に関する不公正な負担という結果は予見できないと指摘されている [White Paper 1995: 4.5]。

確かに、障害者が抱える“障害”の種類・程度は極めて個別具体的であり、さらに障害概念は本人の生活する環境に影響を受けるので、CRBの間接差別枠組にあるような障害者に一定程度共通した利害関係があることを前提とした“割合”を基準に不当な差別があるか否かを判断するのは難しい。この意味で間接差別をDDA草案が採用しなかったことは頷ける。

結局DDA草案は、平等取扱原則違反の差別類型として、使用者による正当化の余地が残された関連差別の禁止を採用した。どのような理解を経てCRBにあった直接差別禁止から関連差別禁止へと変化したのだろうか。この点、Inglewood貴族院議員は、障害者差別解消のためには単に不利な取扱いを禁止するだけでは不十分で、障害者のインペアメントに基づく制約を克服するための措置として合理的配慮を位置づけるが必要があると指摘するが、それでも障害者の何人かが特定の仕事に就けない可能性を想定する。そうした場合には「残念ながら不利な取扱いも完全に正当化可能であることを認め

ざるを得ない」と述べた [HL Deb 13 June 1995 vol. 564 cc. 1750]。ここに現れるように、正当化の余地のない直接差別の概念は障害者差別の文脈では不相当だとする意識があり、その結果、正当化の余地を残した関連差別の禁止という枠組が採用され、そこに他の領域なら間接差別で扱われる差別事案が含み込まれることになった。ただ、このような独自の差別概念を採用したことは、DDA制定後に多くの専門家の混乱を招くことになる。

### 3.2 1995年制定当時の差別規定

保守党政府と労働党の間の約15年にも渡る攻防戦の末に成立したDDAが結果的に採用した禁じられた差別の類型は、関連差別と合理的配慮義務の不履行だった<sup>(7)</sup>。関連差別を禁止する条文の文言は、1995年DDA制定から2010年平等法の制定に伴うDDAの全面廃止まで、修正・変更はない。

だがSDAなど従来の差別禁止法で禁止されたような“純粋な直接差別”——すなわち正当化の余地なしで不平等取扱を違法とする差別禁止——が存在しないDDAの下で、関連差別の正体はしばしば議論の対象となった。前述の関連差別概念の形成過程における議論でも見られるように、基本的に関連差別は、“純粋な直接差別”ではないものの、“直接差別”の延長線で捉えられるものとされていた。例えばCollinsらは、関連差別を「障害に関連する直接差別」と記述し、この差別が正当化可能なのはイギリス差別禁止法において特異なものであると指摘した [Collins, Ewing and McColgan 2001: 246]。またMonaghanは、DDA制定当初の関連差別は障害そのものを理由（on the ground of

disability) とする必要がなく、障害者の障害と取扱いの因果関係を問題にするので、直接差別領域をカバーするものと捉えられていたと分析する [Monaghan 2007: 277, 355]。両者が描き出す1995年制定当時の関連差別の適用範囲は、“純粋な直接差別” 領域を内包する広範なものであった。これに対し、関連差別が従来の直接差別と間接差別を明確に分けずに扱っているものだと位置づけたのはDoyleだった [Doyle 2003: 39]。彼は、関連差別の定義は従来の差別禁止法で用いられてきた“純粋な直接差別” の定義と非常に似ていることを指摘した上で、異なる点として、通常は間接差別で用いられる正当化の抗弁の余地が加えられている点にある、と説明した [Doyle 1997: 73]。

制定者が間接差別をもDDAの差別枠組で対応できると考えていたことは先の分析から明らかだが、障害の性質が個別具体的であることから不利の生じる割合に依拠して認定される間接差別の禁止が採用できなかった事実を踏まえると、関連差別禁止の規範構造の中に間接差別禁止と同じものを読み込むことは適切ではないだろう。

いずれにせよ関連差別は“純粋な直接差別” の延長線にある差別概念であるが、その関連差別にDDA特有の正当化の抗弁の余地を加えた理由は、先のInglewood貴族院議員の発言と同様に、原則として性別などは人の職務遂行能力に無関係であるが、障害は関係するからであると説明されることが多い [Whittle 2001: 9; 日本弁護士連合会人権擁護委員会 2002: 62]。

だが、この“障害者と非障害者の間には能力差がある” という命題の根底には、障害者と非障害者は対等な力関係にはないというメッセージ

が横たわっているが、これはDDA制定に向けて尽力した障害者団体が切望した“障害者と非障害者の平等な地位の獲得” [杉山 2010: 225] を根本から否定しかねないものである。従ってどのような場合に関連差別の正当化が認められるのかについては、慎重な検討が要求される。

### 3.3 2003年法による直接差別概念の導入

このような不明瞭な関連差別の位置づけは、正当化の余地を残さない直接差別規定 (DDA3A条5項) の2003年法による導入で幾分かの明確さを獲得した。だがこの改正法は、代わりにDDAにおける直接差別と関連差別の関係という新たな論点を浮上させた。

そもそも2003年法は、EUの2000年雇用及び職業における平等取扱いのための一般枠組確立する雇用枠組指令 (以下、雇用枠組指令)<sup>(8)</sup> の規定を実行したものである [2003年法 Explanatory Note]。当時の政府によると、2003年法で新たに導入された直接差別とは、使用者がある人の能力を考慮するのではなく、障害を持つことを理由に不利な取扱いをする場合に生じるもので、この差別を禁じる規定の導入意図は、特定の障害を持つ人の雇用に関する“全面禁止 (blanket ban)” のように純粋に障害者であるという事実のみを理由としてなされる偏見的取扱いを違法とすることにあるとされる<sup>(9)</sup>。従って、不利な取扱いが使用者の一般化されたステレオタイプ的な障害観とその障害による影響の想定を理由に生じた場合、直接差別が生じる可能性がある (行為準則 2004: 4.8-4.9)。

後述するように、直接差別禁止と関連差別禁止の関係については、重要判例の影響で、位置づけに大きな変化が生じることになる。しか

し、少なくとも導入時点では、直接差別と関連差別は同一線上にある差別類型だと認識されていた。例えばMonaghanは、関連差別を直接差別より広い概念として捉え、両者には明らかに重なる部分があると指摘する〔Monaghan 2007: 356, 359〕。

ただし、これはあくまで重なる領域があるということではかない。例えば“視覚障害者が盲導犬を連れることである店舗で働けない”という事例のように、関連差別では救済される可能性があるが、直接差別ではその可能性はないような事案の存在は当時から認識されていた<sup>(10)</sup>。

### 3.4 小括

1995年制定当初、DDAにおける平等取扱原則は関連差別のみを指していた。当時、関連差別は従来の差別禁止法という直接差別の一変種と認識されていた。その変種が導入されたのは、“障害者と非障害者の間には能力差がある”という障害者像を踏まえて、使用者による正当化の抗弁の余地を認める選択を制定者がしたからだった。ただDDAは、障害者自身が他者依存的な存在としての障害者像を否定し、主体的な個人としての障害者像を主張する文脈で形成された法律である。そのため、一般的に能力差を想定することは、本来は整合性を欠くものだった。

それに対し、2003年法で直接差別が導入されてから、DDAにおける平等取扱原則の規範構造は大きく変貌を遂げる。障害者差別禁止法理に偏見に基づく差別の絶対的禁止の枠組みを入れた2003年法以降のDDAは、先の“障害者と非障害者の間には能力差がある”という前提に異議を唱え、能力差がない障害者がステレオ

タイプのな障害者像によって不利な取扱いを受けることは許されないという裁判規範を打ち立てることになった。

## 4. DDAで禁止する平等取扱原則違反とその限界

ここまでDDAにおける直接差別禁止と関連差別禁止の位置づけを、法制定・改正の経緯を追うことによって見てきた。しかしこの2つの差別禁止の関係は、実際には法運用の過程で、判例変更を通じて更に変化を重ねていった。

### 4.1 関連差別

関連差別禁止の位置づけがしばしば議論の対象とされたのは、障害者が比較対象者よりも障害を理由として不利な取扱いを受けていることを法的に認めた上で、その不利益取扱いを使用者側の理由で正当化できる点が従来の差別禁止法と比較して異質であったことに端を発する。だが、“正当化”の余地が必要になるのは、障害者差別に関して——まさに障害が一人ひとり異なる個別具体性を持つことを背景に——比較対象者の特定が困難な問題を提起することと密接に関連する。この二つの観点は、車の両輪の関係にある。ここでは特に、比較対象者の特定方法という観点から関連差別禁止の規範構造を分析していきたい。

#### (1) 比較対象者

比較対象者の特定方法が緩やかであれば関連差別が認定され易く、逆に制限的であれば差別認定が困難となる。関連差別の比較対象者の特定方法は、“緩やかなもの”から“制限的なもの

の”へと2度の判例変更を経て転換した。

比較対象者の特定方法に関する初期の枠組を築いたのは、1999年Clark v. Novacold Ltd事件控訴院判決<sup>(11)</sup>である。1995年より雇用されていた申立人Clarkは、1996年8月勤務中に背部を損傷し、脊髄の周りに軟部組織損傷があると診断された。彼は同年9月から解雇される1997年1月まで有給休暇を取得した。使用者は、解雇前に2度に渡り職場復帰時期が不明だとする診断書を受け取り、結局解雇した。これに対し、DDAに基づく不当解雇だとする申立てが行われた。

関連差別を認定するにあたって労働審判所とEATは、比較対象者は“障害を理由とせずに申立人と同期間休職した者”であるとし、この比較対象者も解雇されるので、関連差別は生じていないと判断した<sup>(12)</sup>。これに対して控訴院は、これら判決において比較対象者の特定方法が誤っており、不利益取扱が存在していた可能性を認めて、正当化されるか否かを判断するために事件を差し戻した。

まず控訴院は、他の差別禁止法と異なってDDAの差別の定義には、同じ、または実質的な違いがない人を比較対象者として要請する明確な規定が存在しないことを指摘した。そして不利な取扱の有無に関する審査は、障害の事実よりもむしろ、障害者への取扱に対する理屈に基づいて行われるとし、比較対象者は“申立人と異なる状況にいたとしても、その理由があてはまらない、またはあてはまらないだろう人”になる、とした。本件でいうと“申立人と同じ仕事をする人”が、障害を理由に不利益取扱を受けていない人になる。

このClark判決で提示された比較対象者の特

定方法は非常に緩やかなもので、長年、関連差別の比較対象者の特定方法として機能してきた。しかし2008年London Borough of Lewisham v. Malcom and Equality and Human Rights Commission事件貴族院判決でClark判決の枠組は否定され、新たな特定方法として制限的な基準が要求されることになる<sup>(13)</sup>。

Malcom判決は、雇用差別に関わるものではなく、同じくDDAが対象とする不動産分野に関わるものであった。統合失調症で苦しむMalcomは、被申立人からアパートを借りていたが、賃貸契約違反である又貸しを行った。被申立人は申立人の又貸し行為を知った時にやめるようにいったが、申立人がこれに応じなかったため、被申立人は県裁判所に占有手続を行った。これに対して、障害者差別として提訴した。

県裁判所は関連差別を否定したが、控訴院は障害と申立人の行為の因果関係を認め、関連差別の存在を認定した<sup>(14)</sup>。これに対して貴族院の多数判事（5名中4人）は、Clark判決の比較対象者の特定方法を否定して、関連差別の存在を認めなかった<sup>(15)</sup>。

Clark判決を否定した判事の1人であるScott判事は、障害者に対する不利な取扱を受ける理由と関係ない者を比較対象者にするClark判決で用いられた認定基準——本件に当てはめると、“又貸しをしない賃借者”と比較する手法——は意味がないと指摘し、本件における適切な比較対象者が“精神障害をもたない又貸しをした賃借者”であるとした。

このように比較対象者の特定方法を制限的にしたMalcom判決の枠組は、雇用領域を扱う論者たちによって批判の対象とされた。例え

ばHortonは、Malcom判決以前の関連差別は通常ならば間接差別として扱われる被用者の救済の要請をも含んでいたが、同判決により救済できない多くの潜在的な申立人を生み出されたと述べ、同判決は制度的な差別と戦うDDAの裁判規範性を弱体化させたと批判した[Horton 2008: 378, 383]。

確かにHortonが指摘する通り、Malcom判決の枠組の方がDDAによる救済対象者の範囲を狭める。だが前述のように、比較対象者の特定方法は、関連差別禁止の規範構造の中であって、正当化の抗弁の成立範囲に関わる問題と表裏一体の関係にある。そのため、Malcom判決による比較対象者の特定方法の変化は、“正当化”の枠組を検討した上でなければ評価できないであろう。

## (2) 正当化される関連差別

いったん存在が認められた関連差別の違法性が、正当化の要件を使用者側が満たすことによって阻却されるとは、何を意味するのだろうか。DDA3A条3項によると、関連差別の理由が特定の事案の状況において実質的(material)であり、かつ重大(substantial)である場合のみ、取扱いは正当化される、とある。また「実質的」とは、取扱いの理由と特定の事案の状況の間に合理的な意味で強い関係があることを指し、「重大」とは、正当化の文脈において、その理由が実際の重点であり、本質であることを意味する(行為準則 2004: 6.3)。

この関連差別の正当化の抗弁が使用者にとってどのような存在であるのかを論じた判決に、1999年H J Heinz Co Ltd v Kenrick事件EAT判決がある<sup>(16)</sup>。申立人Kenrickは、1996年5月か

ら解雇された1997年4月まで疾病休暇を取得していた。この期間、申立人の症状の原因は不明であった。解雇された後に慢性疲労症候群であるとの診断が下った。申立人は、本件を不当解雇と障害者差別として申立てた。

雇用審判所は、解雇時点で正式な診断が下っていなかったとしても、使用者には申立人の不具合の状況は医療関係者から伝わっており、それにも拘わらず不利益取扱をしたことに対して関連差別が認定できるとし、更に正当化の要件も満たないとされないと判断した<sup>(17)</sup>。EATも雇用審判所の判断を支持した。

本件関連差別は結局、正当化できないとされたが、この判断を導き出すにあたってEATは、関連差別の正当化の要件が非常に低い数居でしかないと述べた。旧DDA 5条3項(改正後は3A条3項に変更)にある“特定の事案の状況において実質的であり、かつ重大”とは、ある問題となる理由が個人的な状況に関係し、そして軽微でも些細でもないことを意味するのであって、正当化の要件は十分条件というより必要条件を構成するに過ぎないものと位置づけられた。さらにEATは、正当化を審査するにあたって雇用審判所は障害を持つ被用者と使用者の利益衡量を行わなければならないとし、旧DDA 5条3項にいう「特定の事案の状況」とは使用者の状況も含むと説明した。

このように“低い数居”でしかない“正当化の抗弁”の立証責任はあくまで使用者側にあることを強調したのが、Jones v. Post Office事件控訴院判決である<sup>(18)</sup>。郵便配達員である申立人Jonesは、1979年に糖尿病と診断され、1997年からインシュリン治療が始まった。申立人の職務には運転が必要であったが、社内基準としてイ



ンシュリン投薬者の運転は全面的に禁じられていた。その後使用者は、社内基準を見直し、申立人に対して1日に2時間だけ運転を認めたが、申立人はこの使用者側の申し出を不服として、障害者差別を申立てた。

雇用審判所は、使用者側の提示した社内基準の医学的根拠は正しくないため、運転の制限は正当化されないと判断して関連差別を認めた。これに対してEATは、雇用審判所が医学的根拠の正否を判断した点を非難し、使用者側の正当化の抗弁を認めた<sup>(19)</sup>。控訴院もEATと同様に申立人の主張を退けた。

雇用審判所の権限の範囲に関して控訴院は、旧DDA 5条3項（改正後は3A条3項に変更）が雇用審判所に要請するのは、不利な取扱いの理由が特定の事案の状況に対して“実質的”であるか、そして“重大”なものかの検討に限られると述べた。本件における不利な取扱いとは運転制限であり、この理由は長時間運転に伴うリスクであるが、リスク評価にあたって被申立人が医学的専門家の意見を聞いた事実が認められた。使用者は、理由が正当化の要件を満たすことを証明する必要があるが、適切に行われたリスク評価は使用者が直面する実質的かつ重大な理由となり、それに矛盾がない場合は、審判所は使用者が行った評価に代えて自らの判断を通用させることはできない、と控訴院は判断した。

この判決は、関連差別の正当化の抗弁を極めて容易なものにしたといえよう [Lawson 2008: 142]。このように使用者側に有利な関連差別の正当化の審査手順は、Murray v. Newham Citizens Advice Bureau Ltd事件EAT判決で改めて説明された<sup>(20)</sup>。ボランティアを志願した申立人Murrayは、事前面接の際、自分が妄想型

統合失調症ゆえに隣人を刺し刑務所にいたことを告げた。これを受けて被申立人は申立人を不採用にした。それに対して申立人はDDA違反として差別救済を申立てた。

雇用審判所は、関連差別の存在を認めなかったが、仮に正当化の抗弁を検討したとしても暴力の潜在的危険性から正当化可能だと判断した<sup>(21)</sup>。これに対してEATは、正当化の抗弁に関して十分な検討がないとして、事件を差し戻した。

EATは正当化の判断をする際に雇用審判所が取るべき手順を以下のように定めた。雇用審判所はまず、被申立人が採用不可の決定を正当化するために面接当時どのような資料を有していたかを検討しなくてはならない。次に審判所は、被申立人は申立人の医師から追加的な情報を適切に得ていたか否かを判断する。もし情報が適切に得られていたならば、雇用審判所は、その情報をもとにした採用拒否の決定は実質的で重大のものかを検討する、という手順である。

正当化の抗弁の立証責任は使用者側にあり、使用者には常に、問題となった差別的取扱いが申立人の障害に関連していないとして正当化する余地が残されている。これは、DDAの枠組において使用者が特定人物の障害を考慮に入れても適法である可能性が残されていることを意味するものであると説明される [Doyle 2003: 65]。

### (3) 小括

正当化の抗弁は、使用者側の状況を考慮に入れやすいもので、使用者にとっての敷居は低い。だが同時に関連差別の存在に関する障害者

に課された立証責任も、Clark判決以前については比較対象者の幅を広く捉えるもので、容易なものだった。すなわち関連差別においては、申立人となる障害者の差別の立証を簡単にする代わりに、使用者による正当化の抗弁をも容易にできる構造があったといえる。そして関連差別で使用者による正当化の余地が広く認められているのは——障害者と非障害者の間にある能力差よりむしろ——比較対象者の緩やかな特定を通じて本来ならば実質的な根拠があったはずの異なった取り扱いが推定上違法とされてしまう事態にも対応するためのものといえよう<sup>(22)</sup>。だとすれば、これは実体的な差別の認定基準というよりも、立証責任に伴う技術論的な側面に関わる。だがこの——ある意味均衡が取れていた——差別構造は、Malcom判決によって崩れることになる。すなわち正当化の抗弁の基準は緩いまま、比較対象者の証明が困難になった。

2008年Malcom判決以前の関連差別の枠組を踏まえて2003年に直接差別が導入された意義を見直すと、関連差別が緩やかな基準による正当化の余地を組み込んでいることで相対化されるおそれがあったために、絶対に許されない差別領域を確保する目的で直接差別という差別類型が導入されたものと理解することができる。

#### 4.2 直接差別

関連差別と直接差別の違いは、“正当化の余地”に還元できると捉えてよいのだろうか。この問題を考えるにあたって、まず直接差別禁止の規範構造を確認する必要があるだろう。

ここでいう直接差別とは、障害を理由にその障害を持たない者よりも障害者を不利に取扱っ

た場合、この使用者の取扱いを違法とする差別類型である（行為準則 2004: 4.5）。この差別における比較対象者は、関係する諸事情が同じ、もしくは実質的に異なる者であり、つまり“問題となる障害者が抱える同じ障害をもっていない者”となる（行為準則 2004: 4.13）。この直接差別の枠組自体は、SDAなど従来の差別禁止法と等しい。そうであるなら、直接差別の枠組においては、障害が個人的・個別的な事情としてしか存在しないことによる特殊性は特に存在しないようにも思われる。

だが、この直接差別においても、障害者差別禁止にあっては、他の差別禁止法には見られない特徴が存在する。従来の差別禁止法においては、逆に直接差別が絶対に正当化されないわけではない。人種や性別に関わる差別禁止法においては、直接差別を許容する本質的な職業能力（genuine occupational qualifications）規定や、直接差別を正当化しないまでも責任阻却する例外規定が存在する〔Collins, Ewing and McColgan 2001: 309〕。それに対してDDAの直接差別には、そのような例外規定は存在しない。これが意味することは何であろうか。

##### (1) 合理的な区別としての不平等取扱

DDAの直接差別では“本質的な職業能力”による例外はない代わりに、制限的な比較対象者の特定方法によって、職場の安全・健康という名目の下で“本質的な職業能力”に関係するような不利益取扱が同法対象の差別ではないと判断される枠組が用意されている。

政府見解によると、障害を持つという事実は必ずしもその人には健康上・安全上の意味で追加的リスクがあることを意味するわけではな

く、障害の健康上・安全上の含意に関するステレオタイプのな想定に基づく取扱いは直接差別にあたりとされる（行為準則 2004: 6.7）。しかし使用者は、全ての被用者の勤務中の健康、安全、福祉に関する合理的な施策を確保する義務を有し（行為準則 2004: 6.8）、健康・安全に関してどのような施策をとるかを決めるのは使用者である（行為準則 2004: 6.9）。

一見するとこの政府見解は妥当のように思われる。だがDDAがインペアメント考慮型社会モデルを採用したことを忘れてはならない<sup>(23)</sup>。このモデルでいうインペアメントとは、身体的／知的／精神的機能が健康状態にないために障害者本人に不利が生じる障害である。この障害が実体として存在すると考えることは、例えば雇用領域において本人の職務遂行能力に関係しない部分で、インペアメントを理由に健康上・安全上の弊害が生まれる可能性の——現実的なリスクだけでなく偏見に基づくものも含めた——想定につながる危険がある。

この問題に関連して、HIV陽性の障害者に対する差別が比較対象者の制限的な特定方法によって否定されたケースがある。2006年High Quality Lifestyles ltd v. Watts事件EAT判決である<sup>(24)</sup>。HIV陽性の申立人Wattsは、利用者とともに生活して学習障害や自閉症者などへの支援を行う仕事をしていた。当初申立人は自身の障害を使用者側に伝えていなかかったが、昇進の際に告知した。産業医は、仕事上で起こりうることによってHIVが伝染する可能性は少ないと診断した。更に申立人の仕事振りはよかったのだが、結局申立人の障害の状況はリスク査定を理由にして受け入れがたいとされ、解雇された。申立人は、解雇は障害者差別であるとして

救済を申立てた。

直接差別に関して雇用審判所は、比較対象者を“申立人と同じ立場にいる障害を持たない者”とし、解雇理由を“リスク査定の結果”としたが、障害と解雇の因果関係は切り離せないとして、直接差別があったと判断した<sup>(25)</sup>。これに対してEATは、直接差別は生じていないとし、使用者側の主張を認めた。

EATは、直接差別の対象となる障害に基づく取扱いは、関連差別の対象となる障害に関連する取扱いの射程と同じ、もしくは後者よりも狭いと考えた。そして直接差別の比較対象者は“申立人と同じ、もしくは実質的な違いがない者”であり、本件では“HIV陽性ではないものの、医学的状況などによって同じようリスクを抱える者”、具体的には“肝炎患者である外科医”や“結核患者の歯科医”が挙げられた。そのような医療従事者が解雇されるのであれば、申立人が解雇されても不利な取扱いは存在していないとEATは判断した。

また直接差別の立証責任に関してEATは、被申立人にとって正当化の抗弁の余地がないからこそ、申立人の側が有効な比較対象者が存在することだけでなく、その比較対象者であるなら不利な取扱いを受けなかったことをも証明しなければならない、とした。

このように、他の差別禁止法では許容されている本質的な職業能力による例外が障害者差別の領域で認められていないことは、Watts判決が直接差別を否定したことに明らかのように、極めて制限的な比較対象者特定のアプローチを採用して障害者に対する直接差別の範囲を限定するよう判決に促すことになった [Lawson 2008: 154]。Watts判決で比較対象者を限定した

際のEATの問題設定は、まさしく本質的な職業能力の問題を考慮したものといえよう。他の差別禁止法領域であれば本質的な職業能力の問題として適用除外されていたところ、DDAの直接差別にはその規定が存在せず“直接差別が生じたら即違法”という枠組があるために、比較対象者の特定方法を極めて制限的にすることで問題が処理された。

## (2) 小括

勤務中の被用者の安全・健康の確保、そして被用者だけに限らず職務に関係する者たちの安全・健康の確保という使用者に課された責務の観点から考えると、使用者がリスクを最小に抑えるために予防を過剰に行う可能性があると思定することはたやすい。だが、この過剰予防の可能性は、DDAにおいては厄介な問題を投げかける。すなわちインペアメント考慮型社会モデルに基づいてインペアメントの存在を認めたDDAは、特に伝染病のようなインペアメントが周囲の安全・健康を脅かすという強迫観念を使用者に植え付ける可能性がある。その使用者者の考えが偏見に基づくものであるのか否かを判断することは難しいし、また顧客が強い偏見を持っていた場合には使用者にはそれに対応するインセンティブが生じる。

このような難しさはあるが、それでもDDAは差別禁止法である以上、純粋な能力評価以外の偏見を排除するための規範枠組として機能しなければならない。先述の伝染病のケースに限らず、インペアメントの存在は、他者に能力差があるような印象を与えがちである。Watts判決では——EATは事実上本質的な職業能力の問題と同様な論理を用いて判断したが——仕事

振りが良かった点、そして仕事をするだけではHIVが感染する可能性が低いという客観的データがあった点を考えると、実際には本件において純粋な能力評価はなされなかったのであり、EATの判決の中にさえステレオタイプのな差別があったと考えられる。

## 4.3 判決における直接差別と関連差別の関係

個別具体的な障害を持つ者に対する差別を禁止するために、関連差別の禁止には、純粋な直接差別と間接差別の特徴を一気に引き受ける役割が期待された。しかしこの関連差別には、正当化の余地があるために裁判規範として相対化されるおそれがあり、新たに絶対的な差別禁止領域を画する直接差別禁止による補完が必要とされるに至った。この2つの差別類型の禁止は、重複する領域がありながらも、基本的には使い分けられてきた。しかしこの両差別の関係は、関連差別を認定する際の比較対象者を特定する方法を直接差別と同様に制限的なものにした2008年のMalcom事件貴族院判決で崩れた。

2011年JP Morgan Europe Ltd v. Chweidan事件控訴院判決<sup>(26)</sup>は、Malom判決によって直接差別禁止と関連差別禁止が事実上同じ構造のものとなったと判断した。控訴院は、Clark判決以降、関連差別が長い間、直接差別とは違う差別類型と見なされていたことを確認しつつ、しかしMalcom事件の影響により、独立の差別類型としての関連差別という観念はなくなったものとした。

このように2008年Malcom判決により独立した差別類型としてのDDAにおける存在意義を失った関連差別であるが、2010年平等法で、障害に起因する差別 (Discrimination arising from

disability. 以下、起因差別)として再び復活することになる(平等法15条)<sup>(27)</sup>。この差別類型は、Malcom判決で確立した比較対象者の新たな特定方法によって関連差別にもたらされた混乱を受け、救済申立の際に障害者側に“比較対象者と比べて不利益取扱いを受けた”という立証責任を課さず、あくまで“障害の結果生じたものを理由に不利益取扱いを受けた”ことを証明すれば事足りる枠組を採用した。これにより平等法は、Malcom判決の主な問題を回避した[Incomes Data Services 2010: 41-42]。

## 5. 障害者差別禁止法理における「平等取扱原則」の意味

ここまでDDAにおける平等取扱原則として直接差別禁止と関連差別禁止を検討してきた。ここで、この2つの差別禁止から浮かび上がる「不合理な差別」とは何かを確認してみよう。

まず出発点として、DDAにおいても、障害者と比較対象者の間において不平等な取扱いがあった場合には平等取扱原則に対する違反があったかどうかの問題となる。このとき、平等取扱原則に反する差別の存在を否定するために、2つの方法が想定できる。第1に平等取扱原則違反が生じたことを認めた上で、正当化によって違法性を阻却する方法である。続いて第2に、比較対象者の特定方法を制限的にすることで、そもそも平等取扱原則違反が存在しなかったとする方法である。

第1の正当化の抗弁による違法性の阻却に関していうと、確かに使用者の立証責任が果たされれば低い敷居で不利益取扱いが正当化されるが、しかしだからといって判例上、障害を理由

とした不当な差別が許されているわけではない。立証責任を果たす上では、前述のKenrick判決の場合のように、使用者による適切な情報収集がなされていないときには正当化の抗弁を遮断するメカニズムが機能することがある。

第2の比較対象者の特定方法を通じた違法差別の認定回避は、主に直接差別の文脈で用いられる。適切な比較対象者の選定に基づいて平等取扱が否定されることは、それ自体非難すべきものではない。だが前述のWatts判決で見られたように、慎重に比較対象者を判別しなければ、一見インペアメントの性格から仕方がないことのように見える不利益取扱いが、実際には偏見に基づく不利益取扱いである危険性に注意する必要がある。

このように、確かに平等取扱原則違反が許容される場面があるものの、差別認定を回避する方法は両者とも、障害者本人の個人としての正当な能力評価の歪曲を許容するものではない。その点を考えると、DDAにおける平等取扱原則は、障害者がステレオタイプや偏見に基づいて問題となる能力を正当に評価されない事態、あるいは本人に責任はないのに障害を持つことを理由に不当に取り扱われる事態に対して、特定の特徴に依拠したカテゴリー化に対抗する権利として位置づけられる。

関連差別の形成過程の議論で見られたように、個別具体的な特徴である“障害”ではなく“障害者”に着目することは、正当な能力の評価をせずに“障害者と非障害者の間には能力差がある”という帰結に繋がりやすい。これはまさにステレオタイプや偏見であり、まさしく他者依存的で保護の対象としての生き方を障害者に迫る医学モデル的な見解である。主体的な個

人としての障害者の正当な能力評価を求める障害者差別禁止法理が“差別禁止”を主張し続ける意義は、障害を持つことによって常に他者による恩恵がなければ生きられない他者依存的な地位に転落する危険性を抱える障害者の、“平等な地位”を保持することにあるといえよう。

## 6. むすびにかえて

本稿では障害者差別禁止法理における平等取扱原則の意味を検討するために、DDAの直接差別と関連差別を素材に考察した。この結果、同法理における平等取扱原則とは、“障害者”という特定のカテゴリーに基づいて事前に評価されるのではなく、障害者本人の能力を正当に評価した上で、適切な取扱いを要請するものであることが明らかになった。

DDAは2010年平等法により全面廃止となったのだが、このDDAの法理を引き継いだ平等法に関して十分に検討することができなかった。これについては他日を期したい。

付記 本研究は、早稲田大学日欧比較基本権理論研究所2012年度研究プロジェクトの成果の一部である。

[投稿受理日2012.8.24/掲載決定日2013.1.24]

### 注

- (1) ここでいう関連差別とは、障害に関連する事由を理由とする区別、排除または制限というような異なる取扱いを問題とする差別であり[差別禁止部会 2012: 4]、本稿で検討する関連差別と同義である。
- (2) 平等法では、障害以外にも、年齢、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、性的指向に関わる差別領域を

も対象とし、これらの特徴に基づく差別を労働、不動産取引、教育など包括的な場面において禁止する[詳しくは、川島:2012参照]。

- (3) 筆者は、論文において“関連差別”を“関係差別”と記述してきたが、障害者政策委員会差別禁止部会の用語選択に習い、今後“関連差別”という呼称に統一する。
- (4) 本稿においては合理的配慮義務の不履行を検討しないが、ここで関連差別禁止と合理的配慮義務の関係について簡単に説明する。合理的配慮義務は、独自の権利として存在する(行為準則 2004: 4.25)。これに関して本文にあるClark事件控訴院判決 [1999] IRLR319は、関連差別と合理的配慮義務の不履行は切り離された存在であるが、重なる領域もあると述べた。
- (5) CRBは議会に何度も提案されたが、本稿ではDDA草案と時期に近いH.バーンズ下院議員のCRB (1995年1月7日提出)を検討対象とする。
- (6) 例えば1975年11月12日に制定されたSDAは、使用者が性別を理由に男性が取扱われるよりも女性を不利に取扱った場合、あるいは使用者が男性と同様に女性に対してもある要求または条件をあてはめるが、それらに応じられる女性の割合がそれに応じられる男性の割合よりもかなり低く、そしてその要求または条件が性別に関係しないことを証明できずに女性に損失を与えた場合、その使用者は性差別を行った、とする規定を置く(SDA 1条1項)。これはCRBの差別禁止規定と似ている。
- (7) 便宜上、本稿では2003年法以前のDDAの条文を旧DDAと表記する。関連差別禁止は旧DDA 5条1項において、合理的配慮義務は旧DDA 5条2項において規定された。
- (8) Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.
- (9) The (Draft) Disability Discrimination Act 1995 (Amendment) Regulations 2003—Explanatory Notes and Supplementary Questions.
- (10) 正当化の余地を認めない直接差別禁止概念は、合理的配慮義務のような積極的措置の妥当性を巡る議論を生じされた。例えばBamforthらは、DDAが片面的な差別禁止法理であるため、DDAの法対象者は障害者だけで、非障害者はDDAの救済対象となりえないと指摘した[Bamforth, Malik and O' Cinneide 2008: 1051]。更にDearkinらも、DDAの

- 直接差別規定とSDAの直接差別規定は文言上似ているが、DDAの差別救済対象は障害者に限定しており、これによりDDAは障害者に対する積極的措置の余地を認めている、と指摘した [Deakin and Morris 2005: 716]。
- (11) [1999] IRLR319. = 1999年3月25日控訴院判決。
- (12) 控訴院判決によるものを引用。
- (13) [2008] IRLR700. = 2008年6月25日貴族院判決。  
[詳しくは、鈴木 2009: 78-80参照]
- (14) 貴族院判決によるものを引用。
- (15) Malcom事件で問題となった条文はDDA24条1項であるが、この規定は3A条1項と全く同じ規定である。本件は、雇用領域にも類推適用する (Child Support Agency v. Truman事件EAT判決 [2009] IRLR277)。
- (16) [2000] IRLR144. = 1999年12月3日EAT判決。
- (17) EAT判決によるものを引用。
- (18) [2001] IRLR384. = 2001年4月11日控訴院判決。
- (19) 控訴院判決によるものを引用。
- (20) [2003] IRLR340. = 2003年3月20日EAT判決。
- (21) EAT判決によるものを引用。
- (22) 長谷川は、多くの場合において関連差別の申立がなされたという事実は障害が労働能力に何らかの影響を与えていることを意味すると指摘した [長谷川 2009: 52] が、その評価は本文記載の観点から慎重にせねばならない。
- (23) インベアメント考慮型社会モデルとは、障害者が抱える障害をインベアメントと社会から生じる障害の二重構造で捉えるモデルである。このモデルは障害者が被る障害の社会側の責任を強調し、障害者を“他者依存的な存在”ではなく“主体的な個人”として再定義するもので、障害者と非障害者の“平等な地位”の実現を切望する障害者運動の文脈で生成された [杉山 2010: 225-229]。
- (24) [2006] IRLR850. = 2006年4月10日EAT判決。
- (25) EAT判決によるものを引用。
- (26) [2011] IRLR673. = 2011年2月27日控訴院判決。
- (27) 個人Aが障害者Bの障害の結果生じるものを理由にBを不利に取扱い、そしてAが法的目的の達成の意味で問題となる取扱いが適切だったことを証明できなかった場合、Aは障害者に対して差別したとする (平等法15条1項)。

#### 参考文献

- Bamforth, Nicholas, Malik, Maleiha and O' Cinneide, Colm [2008] *Discrimination Law*, Sweet and Maxwell.
- Collins, Hugh, Ewing, K, D and McColong, Aileen [2001] *Labour Law*, Hart Publishing.
- Dearkin, Simon and Morris, Gillian [2005] *Labour Law*, Hart Publishing.
- Department of Education and Employment (行為準則) [1996] *Code of Practice: for the elimination of discrimination in the field of employment against disabled persons or persons who have had a disability*, Her Majesty's Stationary Office (日本障害者雇用促進協会障害者職業総合センター [1999] 『諸外国における職業上の障害に関する情報』(日本障害者雇用促進協会障害者職業総合センター))。
- Disability Rights Commission (行為準則) [2004] *Code of Practice: Employment and Occupation*, The Stationery Office.
- Doyle, Brian [1997] 'Enabling Legislation or Disabling Law? The Disability Discrimination Act 1995,' *Modern Law Review*, Vol.60, No.1, pp.64-78.
- Doyle, Brian [2003] *Disability Discrimination (Fourth Edition)*, Jordans.
- 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。
- Horton, Rachel [2008] 'The End of Disability-Related Discrimination in Employment?,' *Industrial Law Journal*, Vol. 37, pp.376-383.
- Incomes Data Services Ltd (IDS) [2010] *The Equality Act 2010: Employment Law Guide*, Incomes Data Services Ltd.
- Industrial Relations Services (IRS) [1995] *Industrial Relations Law Bulletin*, 516, March, IRS.
- 川島聡 [2012] 「英国平等法における障害者差別禁止と日本への示唆」『大原社会問題研究所雑誌』641号28頁。
- Lawson, Anna [2008] *Disability and Equality Law in Britain*, Hart Publishing.
- Monaghan, Karon [2007] *Equality Law*, Oxford University Press.
- 日本弁護士連合会人権擁護委員会 [2002] 『障害のある人の人権と差別禁止法』(明石書店)。
- Parliament by the Minister for Disabled People (White Paper) [1995] *Ending Discrimination Against Disabled People*, HMSO, Cm2729.

- 差別禁止部会 [2012] 『「障害を理由とする差別の禁止に関する法律の制定等」に関する差別禁止部会の意見』（障がい者制度改革推進会議）。
- 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220頁。
- 杉山有沙 [2011a] 「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145頁。
- 杉山有沙 [2011b] 「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」『早稲田大学社会学研論集』18号220頁。
- 杉山有沙 [2012a] 「障害者差別禁止法理における合理的配慮義務と公的支援制度の関係」『ソシオサイエンス』18号161頁。
- 杉山有沙 [2012b] 「障害者差別禁止法が使用者に求める合理的配慮義務の射程と審査枠組」『早稲田大学社会学研論集』19号153頁。
- 杉山有沙 [2012c] 「障害者差別禁止法理の対象としての『障害者介護者』」『早稲田大学社会学研論集』20号（印刷中）。
- 鈴木隆 [1997] 「イギリス1995年障害者差別禁止法の成立と障害者雇用（1）」『島大法学』40巻4号39頁。
- 鈴木隆 [2009] 「最近のイギリス障害者差別判例の展開とその影響」『島大法学』53巻1号77頁。
- 寺島彰 [2002] 「イギリス『障害者差別禁止法』と『公民権（障害者）法案』の比較」『国立リハビリテーション研究所紀要21号』19頁。
- Whittle, Richard [2001] 'The Concept of Disability Discrimination and Its Legal Construction,' *Sheffield Hallam University Research Archive*.