

## 論 文

# 1995年障害者差別禁止法（DDA）から 2010年平等法に引き継がれたもの

— 平等法制定の際に行われたDDAに対する総括的評価を参考に —

杉 山 有 沙\*

## 1. はじめに

現在日本では、障害者政策委員会が、障害者差別禁止法制定に向けた議論を行っている。この取り組みは、障害者福祉法理中心の障害者法制の中に障害者差別禁止という新たな法理を加えることを意味する。これは障害者法体系の変革であり、障害者法制史に大きな衝撃を与える。

しかし、障害者差別禁止法は、最近生まれた法理というわけではない。1990年にアメリカで制定された“障害のあるアメリカ人のための法律（Americans with Disabilities Act of 1990）”を皮切りに、オーストラリア、ニュージーランド、イギリス等の諸外国において、障害者差別禁止法は既に制定されている。

特に、イギリスでは、1995年に障害者差別禁止法（Disability Discrimination Act以下、DDA）が制定されたが、2010年に平等法（Equality Act）の制定に伴い、DDAは廃止され、DDAが禁止した障害者差別は、平等法に引き継がれた。その際、イギリスでは、障害者差別禁止法理の第2時代（平等法）のスタートに先立って、第1

時代（DDA）の総括はどのように行われたのだろうか。新たに障害者差別禁止法を制定しようと試みる日本にとって、既に第2時代を迎えたイギリスの議論は、参照に値するだろう。

これまで筆者は、障害者差別禁止法理の規範構造を明らかにするために、DDAが対象とした障害の定義と禁止する差別類型の内実を検討してきた。そこで、本稿は、平等法制定に際して行われた“障害の定義”と“禁止する差別”に関する議論を検討することで、“DDAが果たした社会的役割”について考察する<sup>(1)</sup>。

## 2. 障害者差別禁止法理の法枠組

平等法制定時の議論を検討するに先立って、本稿で扱うDDAと平等の基本構造を条文レベルで確認しておこう。

### 2.1 DDA

イギリスにおいて、障害者差別禁止法理は、DDAに端を発する。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である。

\*早稲田大学大学院社会科学研究所 博士後期課程3年（指導教員 西原博史）

### (1) 狙い

DDA以前、障害者は、特別な保護と福祉が必要で社会生活への参加が大部分できない他者依存的な存在であると位置付けられてきた[Bamforth, Malik and O'Connell 2008: 975-976]。この他者依存的な障害者像に異議を唱え、“非障害者との対等な地位”を要求したのが、障害者運動である。この運動の影響を受けて、DDAは制定された[杉山 2010]。しかし、だからといって、従来の福祉的に障害者を支援する法枠組が全否定されたわけではない。つまり、DDAは、他者依存的な性格を押し付けてきた従来の福祉法理中心の障害者法制から、差別禁止法理の領域を切り出した法律なのである[杉山 2012: 173]。

DDAは、1995年に制定されてから、2003年DDA法(Disability Discrimination Act 1995 (Amendment) Regulations 2003)や2005年法(Disability Discrimination Act 2005)などを通じて、何度も改正がされた。

### (2) 障害の定義

DDAが、障害者差別があったとして申立人となる障害者を救済するためには、審判所または裁判所により、第1に“申立人が、同法の対象となる障害者であり”、第2に“申立人が受けた取扱いは、DDA違反である”を判断される必要がある。

DDAが指す“障害”とは、日常生活活動を行う能力に、実質的かつ長期に渡り不利な影響を与える身体的もしくは精神的インペアメントである(1条)。ここにある“インペアメント”、“長期的な影響”、“重度の傷”、“日常生活活動”、“実質的に不利な影響”、“医学的取扱の

影響”、“障害者と判断された人”そして“進行性の症状”は、附則1で定義された。

DDAが対象とするのは、基本的に同法1条の障害を持つ者であるが、雇用場面で発生した直接差別とハラスメントに限っては、障害者に関連する者も対象となる[詳しくは、後述4.1]。

### (3) 禁止する差別

DDAでは、差別類型が、雇用とその他の領域とで異なる。本稿は、雇用に焦点を当てる。

DDAは、直接差別(3A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。3A条1項)そして合理的配慮義務の不履行(3A条2項)を禁止する。

直接差別とは、障害を理由(on the ground of the disabled person's disability)に、問題となる障害を持たない者で、かつ関係する諸事情が同じ、あるいは実質的に異ならない者よりも不利に扱うことを指す(3A条5項)。

次に、関連差別は、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者よりも不利に取扱い、そしてこの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)。

最後に、合理的配慮義務の不履行とは、障害者に関して課された合理的配慮義務を履行しないことをいう(3A条2項)。合理的配慮義務は、使用者が定めた規定(provision)、基準(criterion)そして慣行(practice)、もしくは使用者が占有する建物の物的特徴に、非障害者と比較して障害者に対する相当程度の不利益があると認められた場合に、合理的な範囲内

で、この不利益の緩和・解消する措置を講じることをいう（4 A条1項）。合理的配慮義務との関係で請求できる範囲は、雇用促進・確保の実質的保障ではなく、あくまで正当な能力評価を妨げる障壁の再検討に留まる〔杉山 2011b; 2012a; 2012b 参照〕。

## 2.2 平等法

DDAは、1995年制定から15年間、障害者差別を禁止する法律として機能してきた。しかし、2010年の平等法制定に伴い、DDAは廃止された。平等法は、9つの保護特徴（障害、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）を理由とした、労働、不動産取引、教育など包括的場面における差別、ハラスメント、報復的取扱いを禁止する法律である<sup>(2)</sup>。

### (1) 狙い

平等法制定の背景には、幾度も平等立法と差別禁止立法の変遷過程がある。B. Heppleは、この過程を5つの世代に分けて説明する。第1世代は、形式的平等——等しい者は等しく扱う——概念を基礎に据え、移民・人種政策を中心に展開された。この世代で制定されたのは1965年人種関係法（Race Relations Act）である。

第2世代は、第1世代と同様に、形式的平等に基づきながら、適用領域が、雇用、住宅、商品そしてサービス提供まで広がった世代である。この世代で、1968年人種関係が制定された。

第3世代では、対象者の範囲が広がった。この世代では、性別の観点から1970年同一賃金法（Equal Pay Act）と1975年性差別禁止法（Sex Discrimination Act）が制定され、また障害の観

点から1995年DDAが制定された。さらに、形式的平等だけでなく実質的平等に目を向け始めたことも、この世代の特徴である。

第4世代では、さらに、差別救済の対象者の範囲が広がった。1997年調印、1999年発行のアムステルダム条約によって改正されたEC条約13条<sup>(3)</sup>を受け、包括的な対象者の平等実現手段として新たな法制定の必要性が顕わになったのが、この世代である。

これら一連の世代的流れを受けて、第5世代は、包括的かつ単一の平等実現枠組を築くことが求められた。この要請に応えたのが、平等法である〔Hepple 2011: 7-11〕。

平等法制定の狙いをもっと詳しく見てみよう。平等法は、別々に制定されたDDAや性差別禁止法など各種平等立法を統一・調和し、そしていくつかの点で拡大した法律である。ここには、公正な社会を実現する手段として、差別被害者の容易な権利救済枠組の必要性が認められたことが背景にある。これを達成するために、乱立する各法を、一貫性があり、明確で、簡素なものにすることが要請されたのである〔Government Equality Office 2010: 3〕。そのため平等法の目的は、2つに集約できる。差別禁止立法の調和と平等の促進を支援する法律の強化である〔Keter and Business & Transport Section 2009: 11〕。つまり、平等法は、個人の権利を守り、そして全ての人の平等な機会を促進するために、より簡素で調和のとれた法的枠組を担った〔Lee 2010: 621〕。

このように見ると、平等法は、平等実現のために有効な法律のように見える。しかし、同法の根底には、この法律による保護措置がなければ、不利を被った集団の構成員は、平等な機会

を得られないし、また平等な存在として尊重されない、という見解があることを見過ごしてはならない [Hepple 2011: 186]<sup>(4)</sup>。

## (2) 対象者

平等法は、4条で、同法が対象とする保護特徴を規定する。この保護特徴の1つが“障害”である。平等法の対象となる障害者とは、「身体的または精神的インペアメントがあり」、そして「そのインペアメントが通常の日常生活活動を遂行する能力に相当程度かつ長期の不利な影響を及ぼす」ような障害を持つ者を言う（6条1項、2項）。本条にある“インペアメント”、“長期的な影響”、“重度の傷”、“医学的取扱いの影響”、“特定の医学的症候”、“判断された障害”、“進行性の症候”、そして“過去の障害”は、附則1で説明されている。ここで注目すべき点は、DDAに規定された“日常生活活動”の項目の説明がなくなった点である。

## (3) 禁止する差別

平等法は、障害差別として、直接差別（13条）、障害に起因する差別（discrimination arising from disability. 以下、起因差別。15条）、間接差別（19条）、そして合理的配慮義務の不履行（21条）を禁止する（25条2項）<sup>(5)</sup>。

直接差別とは、個人Aが、障害を理由（because of a protected characteristic）に、個人Bを他の者より不利に扱うことを言う（13条1項）。しかし、保護特徴が障害であり、Bが障害者でない場合において、AがBを扱うよりも障害者を有利に取扱ったことだけでは、AはBを差別したことにはならない（同条3項）。本項は、障害者に対する優遇取扱いを認めたことを意味す

る。

起因差別は、個人Aが、個人Bの障害に起因する何らかの事柄を理由（because of something arising in consequence of B's disability）に、AがBを不利に取扱い、かつこの取扱いが適法な目的達成に適う均衡のとれた方法であることを、Aが証明できない場合に生じる（15条1項）。この差別は、Bが障害を持つ事をAが知らなかったこと、または知っていることが合理的に予測できなかったことをAが証明する場合には、成立しない（同条2項）。

間接差別は、個人Aが、個人Bの障害に関連して差別的な規定、基準または慣行をBに適用する場合に発生する差別である（19条1項）。ここで言う“差別的”とは、(1) その規定、基準または慣行を、AがBの障害を持たない者に適用し、かつ(2) それが、Bの障害を持たない者たちと比較した際に、Bと同様の障害を持つ者たちに、特定の不利を与える場合で、(3) それが、Bに不利に働き、かつ(4) Aがそれを適法な目的達成に適う均衡のとれた方法であることを証明できない場合、を指す（同条2項）。

起因差別と間接差別の違いとして、障害者の障害を差別行為者が知っていたか否か、で差別発生をも左右される点に現れる。起因差別は、差別行為者が障害者の障害を知らなかった時点は、そもそも発生しない（行為準則 2011: 5.4）。

最後に、合理的配慮義務の不履行とは、義務付けられた個人Aが、合理的配慮を障害者に講じない場合に発生する（21条2項）。本条で挙げる合理的配慮義務とは、次の3つの要求で構成される（20条2項）。第1の要求として、Aが定める規定、基準、慣行が非障害者と比較し

て、関係する事柄に関して、障害者を相当程度の不利に立たせる場合、その不利を避けることが合理的であるような措置をとらなくてはならない（同条3項）。第2に、物理的な特徴が、非障害者と比較して、関係する事柄に関して、障害者を相当程度の不利に立たせる場合、その不利を避けることが合理的であるような措置をとることを要求する（同条4項）。そして第3の要求として、非障害者と比較して、補助的支援<sup>(6)</sup>がなければ、関係する事柄に関して、相当程度の不利な立場に立たされる場合、この不利を避けるために合理的であるような手段をとらなければならない（同条5項）。合理的配慮を行う義務を有する者は、障害者に、この配慮にかかる費用の支払いを求めることはできない（同条7項<sup>(7)</sup>）。

### 2.3 小括

このようにDDAと平等法の条文をテーマ別（対象者と禁止する差別）に見比べると、法対象者の範囲に微妙な変化が生じた点と、関連差別が起因差別・間接差別に変わったことを除き、両法の基本構造の類似性を指摘できるだろう。

では、続いて、両法の違いに注目して、より丁寧に検討してみよう。

### 3. 法対象者

DDAと平等法の違いとして、“通常の日常生活活動リスト”に関する規定の有無がある。両法ともに、附則で、差別救済の対象者となる障害者の要件について詳しく規定している。DDAは、ここに“日常生活活動”という項目を設けた。そして、(a) 移動能力、(b) 手先の

器用力、(c) 身体の調整能力、(d) 自制力、(e) 日用品を持ち上げ、運び、そして動かす能力、(f) 言語力・聴力・視力、(g) 記憶力・集中力・学習能力・理解力、(h) 物理的危険の察知能力に関わる活動を“通常の日常生活活動”と説明した（附則1の4）。

平等法の起草段階において、政府は、“通常の日常生活活動リスト”を不要な存在として位置付けた。DDAの枠組で救済を申立てる場合、障害者は、通常の日常生活活動リストにある能力に影響を与えるインペアメントを持つことを証明しなければならなかった。この証明責任は、障害者に余計なハードルを課すと政府は捉えた。そもそもこの活動リストは、度々、混乱を招いた、と政府は指摘した [Seal 2008: 148]。

政府が指摘した“余計なハードル”は、特に精神障害者にとって深刻なものだった [Malik 2007: 78]。例えば、アスペルガー症候群や高機能自閉症といった精神的インペアメントは、DDAが定める通常の日常生活活動リストに不利な影響を与えるとは限らない。従って、このような精神的インペアメントを持つ障害者は、差別救済の対象外とされてきた [Adamou, Wadsworth, Tullett and Willams 2011: 454]。

通常の日常生活活動リストによって、救済対象外とされたのは、前述の精神障害者だけではない。遺伝的疾患資質のような将来に影響を与えるインペアメントや、日常生活に軽微な影響を与える程度のインペアメントを持つことによって不利益取扱いを受ける者も、DDAの救済対象外として扱われてきた [Lawson 2011: 363]。

このような通常の日常生活活動を定義する制定法上のリストを廃止することは、事実上、通

常の日常生活活動の解釈の幅を柔軟で広範なものにする。そして、障害者の申立要件を容易にした [Wadham, Robinson, Ruebain and Uppal 2010: 19]。そのため平等法の下で申立人は、DDAよりも法的保護を受けやすくなった、と評価できる [川島 2012: 29]。

平等法制定のために行われた議論で問題となった論点として、“適用除外と見なされる障害”も挙げられる。DDAは、1996年規則 (Disability Discrimination (Meaning of Disability) Regulation 1996) に基づいて、アルコール中毒・ニコチン中毒・ドラッグ中毒を適用除外とした。これに対して、特にアルコール中毒とドラッグ中毒を、平等法の対象外とすることに異議が唱えられたのである [Flacks 2012: 2]。結局この主張は採用されず、DDAの適用除外規定は、平等法に引き継がれた。

通常の日常生活活動リストは削除されたものの、DDAが採用した“障害”概念の大半が、平等法に引き継がれた<sup>(8)</sup>。これは、DDAが築き上げた“障害”の定義に関する法理が、障害者差別の緩和・解消に有効だった、と評価されたことを意味する。

通常の日常生活活動リスト削除の目的は、障害者が申立てる際の敷居を低くし、より広範な差別救済枠組の構築にあると言えるだろう。ただ、この申立てる敷居を低くする行為は、法律が対象とする障害者の特定に関して、裁判所の裁量に依存することを意味する。DDA判例法理が引き継がれるとしても、対象者が拡大する以上、混乱が生じる可能性は否定できない。これの評価は、今後の判例動向を待つより他ない。

#### 4. 禁止する差別

DDAと平等法は、禁止する差別の種類が異なる。DDAは、直接差別、関連差別、合理的配慮義務の不履行を禁止する。これに対して、平等法は、直接差別、起因差別、間接差別、合理的配慮義務を禁じる。この違いは、なぜ生まれたのだろうか。

前提として、禁止される差別類型に関しては、DDAでも平等法においても、他の差別禁止特徴とは異なる状況がある。第1に、DDAは、雇用や不動産などといった法適用領域ごとに、異なる種類の差別を禁止した。第2に、平等法は、9つの保護特徴の中で“障害”のみに適用する独自差別概念を採用した。平等法は、乱立する差別禁止立法・平等立法の統一し、差別被害者にとって簡素な救済枠組の形成を目指す法律である。従って、保護特徴ごとに異なる差別を採用するには、相当な理由が必要である。同じ保護特徴内で、適用領域ごとに異なる差別を採用することに対しては、なおさらである。

DDAが適用領域ごとに禁止する差別が異なる理由の1つとして、差別概念の変遷の歴史がある。1995年DDA制定時点において、DDAは適用領域に拠らない、一貫した差別類型 (関連差別と合理的配慮義務の不履行) を採用していた。しかし、2003年DDA法により雇用領域のみに対して直接差別概念が導入された<sup>(9)</sup>。

このような領域ごとに異なる差別概念の採用は、障害者にとって、救済をより複雑で困難なものにしたと批判された。この批判を受けて政府は、平等法において法律内の障害差別を統一することを試みた [Seal 2008: 137]。

概して、平等法は、各保護特徴に対して同じ差別類型を禁止する。この一般原則の中に存在する障害差別の異質性は、専門家に違和感を与えた。J. Wadhamらは、この異質性を“障害差別の特殊性”から生じるものと捉えた。保護特徴に拠らない、一貫した差別概念の採用が、平等法の目的に沿うが、特定の保護されるグループのニーズに応じて例外を認めることも重要である、と彼らは分析した [Wadham, Robinson, Ruebain and Uppal 2010: 31]。

Wadhamらの分析で注目すべき点は、“障害差別は特殊だから、特別な差別救済が必要である”という論理にある。“特別な存在”を根拠とした、恩恵的な保護の対象という障害者像に異議を唱えたことにDDAの意義があるとすると [杉山 2011b: 231]、Wadhamらの分析は、この意義を無意味なものにしかねない。

筆者は、一連のDDA研究を通じて、“障害差別の特殊性”を否定してきた。“障害”が社会関係で左右される相対的な存在である以上 [杉山 2011a: 157-158]、差別概念の認識も社会構造を考慮にいれないといけない場面が存在するのは事実だ<sup>(10)</sup>。だが、この事実を受けて、単純に“障害差別=特殊”と捉えるのは、短絡的すぎる。“障害”というカテゴリーに伴う事前評価なしで、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は持つ、という権利論に基づいて、DDAは禁止する差別構造を選択した。この権利論には、障害差別の特殊性は存在しない [杉山 2011b: 231]。

このような点を踏まえ、以下において、DDAと平等法の禁止する差別の種類が異なる点を考察し、その考察結果を踏まえて、“障害

差別の特殊性”の真偽を検討してみよう。

#### 4.1 直接差別

平等法で新たに定義された直接差別概念に関連して特筆すべき点は、次の2点である。第1に、直接差別対象者の拡大、第2に、障害者のみを救済する片面的性質、である<sup>(11)</sup>。

平等法の直接差別概念は、保護特徴を持つ者に関係する者に対する不利益取扱い (associative discrimination) と保護特徴を持つと誤解される事を理由とした不利益取扱い (perceptive discrimination) をも禁止する。

条文解釈レベルで言うと、DDAは、障害者の障害を理由とした (on the ground of the disabled person's disability) 直接差別を禁じていた。これに対して、平等法は、保護特徴が理由 (because of a protected characteristic) の直接差別を禁止する。この申立人自身の障害に限定しない直接差別認定方法の変更が、直接差別適用者の拡大につながる [Incomes Data Services 2010: 31]。

この適用者の拡大は、2008年7月17日に下されたColeman v. Attridge Law and another事件ECJ (現Court of Justice of the European Union, ヨーロッパ連合司法裁判所) 判決<sup>(12)</sup>を反映させたものである [Keter, Employment & Equality and Business & Transport Section 2009: 2]。

この事件は、申立人Colemanが、先天性喉頭軟化症を患う息子の主たる介護者 (primary carer) だったことを理由に、不当な差別とハラスメントを受け、結果として余剰整理に応じざるを得なかったことに対して、平等取扱違反と差別による不当解雇を申立てた事件である。

ECJは、直接差別禁止の対象者は、障害者本

人に限らないと解釈すべきである、と述べた。

(1) 使用者が、障害者に関係する者を、障害を理由に比較可能な状況において他者より不利に取扱い、そして(2) 障害者に関係する者が、使用者による不利益取扱いが違法であったことを証明した場合、直接差別は成立するとECJは判断した (para. 56)。

このColeman判決は、DDAの直接差別概念に組み込まれた [詳しくは、杉山 2012c: 248-251参照]。平等法が、直接差別の適用対象者の範囲に、保護特徴を持つ者に関連する者をも含めたのは、このDDAの判例法理を引き継いだ結果である。性差別禁止法など、保護特徴を救済する従来の差別禁止法が直接差別を禁止していた中で、DDAの判例法理が採用されたのは、注目に値すると言えよう<sup>(13)</sup>。

続いて、第2の特徴である“片面的性質”を見てみよう。平等法は、13条3項で、障害者に対する優遇取扱いを認める。これは、障害差別の問題意識が、障害者が経験した実際の不利益取扱いを救済することにあるから、と説明される。これにより、非障害者に対して、障害差別による権利救済の可能性を排除したのである [Bell 2011: 216]。

また、B. Doyleらは、障害者に対する優遇扱いの正当性を2004年 Archibald v. Fire Council 事件 貴族院判決<sup>(14)</sup>から導き出す [Doyle, Casserly, Cheerham, Gay and Hyams 2010: 32]。本件において貴族院は、「DDAは障害者と非障害者の違いを無意味だと見なさない」し、「障害者を非障害者と同様に扱うことを求めている」と述べた。

このように障害差別の片面的性質が許容されるものの、その射程は、無限ではない。障害差

別禁止の目的が、障害者の生活水準の底上げを狙うものではなく、あくまで権利救済にあることを軽視してはならない。つまり、障害差別のみに認められる優遇取扱いの射程は、“正当な能力評価の再検討に必要な程度”と捉えるべきである [杉山 2012b: 163]。

以上から、平等法の直接差別概念は、DDAで築き上げた法理を基本的に引き継いだものと受け止めることができるだろう。

## 4.2 関連差別

### (1) 背景

DDAから平等法に移行する際に、最も大きな構造上の変化を遂げたのは、関連差別である。すなわち、平等法は、DDAの関連差別の適用対象を起因差別と間接差別に分け、それぞれ別個に救済する法枠組を形成したのである。しかし、だからといって、DDAの関連差別の法理が否定されたわけではない。むしろDDAの法理を継承するために、この構造変更が行われたと言っても過言ではない。

関連差別の特徴は、直接差別のように、平等取扱いを通じて差別救済を要求するにも拘わらず、差別行為者の正当化の余地を認めた点にある。この特徴を潤滑に機能させるために、DDAは、申立人となる障害者の差別の立証要件を簡単にしていた。差別立証要件の鍵となるのは、比較対象者の特定方法である。

1999年 Clark v. Novacold ltd 事件<sup>(15)</sup>において、控訴院は、比較対象者を“申立人と異なる状況にいたとしても、その理由が当てはまらない、または当てはまらないだろう人”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いを受けていない人に

なる。この判決で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、間接差別の比較対象者の特定方法として機能してきた。

だが、2008年 London Borough of Lewisham v. Malcom and Equality and Human Rights Commission 事件 貴族院判決<sup>(16)</sup>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た。具体的には、一般ルールを障害者である申立人に当てはめることが差別になる（本件で、不動産転貸禁止を障害のために守れない者に禁止違反の制裁を課すのは差別だとする主張）という申立てを受けて、貴族院は、比較対象者を“他の点で同じ事情の、障害を持たない者”（本件では、転貸をして制裁を受ける者）と位置付けた。その結果、問題となるルールの適用は、常に正当化されることになる。Malcom判決によるこの比較対象者の制限的な特定方法の採用は、事実上、関連差別の存在意義を奪うものとなった。2011年 JP Morgan Europe Ltd v. Chweidan 事件 控訴院判決<sup>(17)</sup>は、Malcom判決によって、直接差別禁止と間接差別禁止が、事実上、同じ構造を持つものになったと判断した〔判例動向につき、杉山 2013参照〕。

このMalcom判決による判例変更は、批判の対象とされた。平等法を審議する際に、政府は、障害者の権利に重大で根幹的な影響を与えたMalcom判決を問題視し、Clark判決の水準に戻すことを試みた〔Keter, Employment & Equality and Business & Transport Section 2009: 1〕。

## (2) 起因差別概念と間接差別概念の形成

労働年金省（Department for Work and Pensions）の一部門である障害問題担当局（Office for

Disability Issues）は、障害領域に間接差別概念の導入を目指して作った調査報告書において、Malcom判決によって関連差別の救済枠組が弱体化した、と指摘した。

この報告書によると、関連差別は、DDAを特徴づけるものとして機能してきた。当初、政府は、関連差別を直接差別と間接差別の双方をカバーするものとして捉えていた。Clark判決で構築した比較対象者の緩やかな特定方法によって、関連差別は適切に機能してきたが、Malcom判決により、関連差別は機能不全に陥った。このMalcom判決が提示した特定方法は、政府が意図したものと異なるとされる。障害問題担当局は、この判決を疑問視し、差別から障害者を保護する最も適切な方法を提供するために、平等法案にどのような差別類型を採用するかを検討した。その検討を受けて障害問題担当局が試みたのは、間接差別によって関連差別を置き換えることによって、Malcom判決の問題を解決することだった〔Office for Disability Issues 2008: 7-26〕<sup>(18)</sup>。

しかし、この報告書に対して、平等人権委員会（Equality Human Rights Commission）<sup>(19)</sup>は、間接差別だけではMalcom判決以前の関連差別の水準を取り戻せないと指摘した。

まず委員会は、Malcom事件判決を予期しない、そして期待はずれのものだったと評価した。関連差別は、正当化の抗弁を設けることで、直接差別より広範な範囲の救済を行ってきた。しかし、比較対象者の特定方法を厳格なものにしたMalcom判決により、この関連差別概念は弱体化した。こうしたMalcom判決の弊害を踏まえて、平等法の障害領域に、間接差別規定を導入することを歓迎する、という見解がまず委

員会によって表明された [Equality and Human Rights Commition 2009: 1-2]。

だが一方で、間接差別のみでは、Malcom 判決以前に差別救済の水準を戻すことが難しいと委員会は指摘する。委員会は、平等法の目的である“救済対象の差別の調和”を支援する。しかし、これは単純に重要で不可欠な違いを無視してまでも、同じにすることを求めているわけではない、と委員会は述べた [Equality and Human Rights Commition 2009: 1-3]。

この問題提起に対応する方策として練られたのは、起因差別概念の導入という手段だった。

### (3) 起因差別

起因差別は、Malcom 判決以前の関連差別概念と同等の差別救済枠組を平等法に組み込むものである [Keter and Business & Transport Section 2009: 26]。申立人による障害を理由に受けた不利益取扱いの証明責任と、使用者によるこの取扱いに対する正当化の抗弁の証明責任のバランスを適切にすることが、この差別禁止類型の狙いであるとされる [Explanatory Note: 70 = 鈴木 2010: 168]。

平等法制定に際して、庶民院が設置した、労働年金委員会 (Work and Pensions Committee) の報告書は、障害領域に Malcom 事件の応答として間接差別概念を導入しても、Malcom 判決以前の関連差別の質を保つことはできない、いう認識を示した。報告書は、Malcom 判決以前の関連差別を、使用者にとっても被用者にとっても同様に親和的な差別概念だったと高く評価する。そして、性差別領域の妊娠女性のように、比較対象者の審査を要しない起因差別概念を導入すべきである、と主張した [Work and

Pensions Committee 2009]。

このように比較対象者を必要としない起因差別構造を導入した背景には、Malcom 判決に対する拒絶がある。再び Malcom 判決の帰結に陥る可能性を完全になくすことが、ここで企図されていた。ここには、起因差別がなければ障害者の差別救済が適切に行われぬ、という法定者の意識があると言える。では、関連差別から生まれたもう 1 つの差別概念である間接差別は、法定者にどう位置付けられたのだろうか。

### (4) 間接差別

間接差別は、障害領域では、Malcom 判決を受けて導入された、新たな差別である。しかし、この差別概念は、性差別領域などでは目新しいものではなく、この差別の規定自体も、従来の差別禁止法の規定を置き換えたものである [Explanatory Note: 81 = 鈴木 2010: 171]。

A. Lawson によると、間接差別の意義は、障害差別の集団的特性の存在を認めた点にある。DDA 雇用領域において、障害者差別の集団的特性は気づかれていなかった、と Lawson は指摘する。しかし、平等法への間接差別概念導入により、障害の集団的特性が顕在化した。間接差別概念は、特定の集団に対して成り立つ構造的障壁を壊すのに効果的である、と Lawson は評価した [Lawson 2011: 376]。確かに DDA の関連差別は、生じた差別を個別的に救済することを求めるタイプの差別禁止規範である。また同様に、起因差別も、個別具体的な権利救済を求める。従って、“障害の集団的特性”を顕在化させた間接差別は、一定の評価に値するかもしれない。しかし、障害が個体的な存在である

以上、そもそも集団的特性があること自体が疑わしい。この意味で、障害領域における間接差別の機能性を慎重に見極める必要がある [Incomes Data Services 2010: 58]。

前述の間接差別概念の導入過程にも現れているが、集団的特性を前提にする間接差別の機能性に対して、法制定者は疑義を抱いていた。つまり、間接差別の導入は歓迎するが、この差別類型だけでは障害者に対する適切な差別救済をできないと彼らは捉えたと言えよう。むしろ間接差別より起因差別に期待を寄せた法制定者の姿勢さえ見て取ることができるだろう。

#### (5) 小括

関連差別概念から起因差別概念と間接差別概念が生まれた過程と、各差別類型の特徴を見てきた。その結果、平等法制定者による Malcom 判決以前の関連差別概念への高い評価が明らかになった。この判決によって壊された関連差別概念を再構築するための試行錯誤が伺える。

確かに平等法で禁止する差別の種類は、DDA のときとは異なる。しかし、平等法が狙ったのは、(Malcom 判決以前の) 関連差別概念水準の差別救済枠組である。従って、起因差別と間接差別は、規範構造的観点から見て、DDA を引き継いだものと判断できるだろう。

#### 4.3 合理的配慮義務の不履行

DDA から平等法へ移行するに当たって、特筆すべき点は、領域ごとに異なっていた合理的配慮義務発生の敷居を統一した点である。すなわち、DDA において、雇用・教育領域では、“非障害者と比較して、障害者が相当程度の不利益がある (substantial disadvantage)” 場合、義務

が発生したが (4 A 条)、その他の領域では、障害者がサービス等を利用することが“不可能または不当に困難 (impossible or unreasonably difficult)” な場合、この義務が生じるとしていた (21 条)<sup>(20)</sup>。

平等法制定に向けた庶民院の2009年発行の報告書は、合理的配慮義務を DDA のコーナーストーンとして位置付けた。そして、この対象領域ごとで義務発生の敷居が異なることを問題視した。報告書は、雇用・教育領域が用いる合理的配慮義務の発生の敷居を、平等法に採用すべきである、という見解を示した [Seal 2008: 143-144]。

平等法における合理的配慮義務の不履行の差別規範は、前述の通りだが、実際の運用形態は適用領域ごと (サービス提供・公共サービス提供、不動産、労働、教育、組合) で異なる<sup>(21)</sup>。本稿は、労働領域に注目する。

DDA では、合理的配慮義務の運用形態として、反応型合理的配慮義務 (reactive reasonable adjustment duties) と、予測型合理的配慮義務 (anticipatory reasonable adjustment duties) が存在した [Lawson 2008: 64-121]<sup>(22)</sup>。反応型合理的配慮義務とは、実際に生じた差別を事後的に救済するものがある。従って、使用者等が、被用者が障害を持つこと、そして使用者等による規定、基準、慣行と建物の物理的特徴によって不利益を被ることを知らない場合には、この義務は生じない (DDA 4 A 条 3 項)。これに対して、予測型合理的配慮義務は、障害者一般のニーズを予測し、特定の障害者が要請する前に、合理的な配慮を要求するものである [川島 2012: 39]。この義務は、予測的要素が強いが、実際に生じた差別に対応する配慮 (反応的合理的配

慮義務)を、追加的に要請する可能性を否定するものではない [Lawson 2008: 92]。

ここで“予測的要素が強い”という意味を考えてみよう。配慮の必要性を予測できる、ということは、“障害者の必要性が予測できる”ことを前提にする。これは、障害者とは想定できる共通の利害を持つ集団的存在である、という認識を持つ場合に、成り立つ構図である。実際に、条文規定上の配慮対象は、障害者 (disabled person) ではなく、障害者たち (disabled persons) であった (DDA21条)。

平等法は、労働領域に予測型合理的配慮義務を導入することも可能だったのにも拘わらず、DDAと同様に、反応型合理的配慮義務のみの導入にした。前述報告書は、この理由を、使用者—被用者の関係とサービス提供者—消費者の関係の違いから説明した。報告書によれば、被用者は、自身の労働環境の中で生活の大部分を過ごす。従って、使用者は、被用者の個人的性格に寛容であり、また特定の仕事の要請や構造に寛容であるような配慮を講じることが求められる。予測性配慮は個人の能力に注目しているのではない。法的な予測性の要請は、被用された障害者に合うとも限らない配慮に費用負担をかけさせる虞がある [Seal 2008: 147]。

以上から明らかのように、労働場面における合理的配慮義務は、DDA法理を引き継いだと判断できるだろう。

#### 4.4 小括

ここまで、禁止する差別という観点から、DDAと平等法の異同を確認してきた。その結果、基本的に、平等法はDDAを引き継いだことが明らかになった。これを踏まえて、平等

法における障害差別の特殊性を確認しておく。前述の通り、他の差別禁止法には存在しなかった関連差別と合理的配慮義務をDDAは採用していたが、障害者差別を特殊な差別だと位置付ける根拠になるものではなかった [杉山 2011b; 2012a; 2012b; 2013参照]。

従って、仮に平等法における障害差別が特殊なら、DDAにはなかった部分が特殊だということになるだろう。平等法において、DDAにはない、かつ障害差別のみに存在する特徴とは、何だろうか。

これに対する回答として、2つの特徴を挙げられる。第1に、直接差別の片面的特性と、第2に、起因差別である。直接差別の片面的特性を規定する条文は、DDAには存在しなかった。これは、DDA規定の対象者が常に“障害者”だったからである。平等法は、保護特徴としての“障害”を対象としているので、片面的特性を認める規定がなければ、いかなる積極的措置も許容されない。では、あえて規定を設けてまで必要とされる優遇取扱いとは何であろうか。

これは、合理的配慮義務と言えよう。この義務は、社会構造により正当な能力評価が困難である障害者の権利救済として必要な差別規範である。この義務は、積極的措置ではあるが、下駄履かせではない。前述の通り、片面的性質の正当性をArchibald判決に求めるなら、なおさら優遇取扱いの射程を厳格にする必要がある。

また、起因差別は、間接差別だけではMalcom判決以前の関連差別の水準を確保できないことから、導入された差別概念である。間接差別は集団的特性を前提とするが、障害は個別具体的であることにある。そのため、特に起因差別による補填が重要視されたのである。

そもそもDDA制定の背後に、特別な存在として位置付けられたことで、他者依存的な性格を押し付けられたことに反発した障害者運動がある以上、“障害差別の特殊性”を強調することには、慎重になる必要がある。

確かに、障害差別において、他の保護特徴と同様に扱っても、差別救済が適切になされない場面が存在する。しかし、これは“障害”という性格が、極めて個別具体的な性格だからである。では、この個別具体的な性格とは、そもそも障害だけに限られるのだろうか。個人は、本来、極めて多様な性質を有している。従って、安易に集団化し、その集団から共通の利害を想定することは、本来、乱暴な行為と言える。

差別救済の効率性から集団的利益に基づく救済枠組を否定しないとしても、個別具体的な性格に合わせた障害差別を“特殊なもの”と位置付けることには、検討の余地があるだろう。

## 5. むすびにかえて

DDAは、1995年制定時から、2003年法、2005年法など法改正、そして重要判例の影響を受けて、法構造の変遷を経てきた。しかし、一貫して基本的方向性は、主体的な個人としての障害者の、非障害者との対等な地位の実現を目指したものだ。一連のDDA変遷は、これを実現するための過程だったと位置付けられる。

本稿では、“障害の定義”と“禁止する差別概念”の観点から検討してきた。その結果、いずれもDDAで形成した法理を覆す変更は見られなかった。特に起因差別と間接差別は、2008年Malcom判決による判例変更を否定し、長年かけて築いた水準を取り戻すために形成された。

以上より、平等法は、DDA法理を好意的に引き継いだものと評価できる。そして、一連の平等法の変更点は、障害者の権利救済の範囲を広げるために、申立要件の簡素化、そして禁止する差別領域（差別類型という意味で）の拡大を重要視したことの結果と言える。

「DDAは、パブリック・オピニオンである[Scott-Parker, Examination of Witnesses (Question 125-139)]」という労働年金委員会発言に象徴されるように、DDAは、社会の声を反映したものである。

DDA以前、保護の対象者としてしか見なされなかった障害者が、障害者運動を通じて、主体的な個人としての権利主張をした。そして、これを実現するためにDDAが制定された。そして、DDAが廃止されても、平等法が、障害者の権利を、主要な保護特徴の権利として維持し続けた。この事実を、イギリス社会がDDAを受けて、障害者を単なる福祉の対象ではないことを認めた現われと言える。この意味で、DDAが果たした社会的役割は大きかった、と評価できる。

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2012.12.22 / 掲載決定日2013.1.24]

## 注

- (1) 本稿は、障害（者）に対する差別を、DDAの文脈では“障害者差別”、平等法の文脈では“障害差別”と使い分ける。これは、両法の差別禁止の視点が異なるからである。DDAは“障害者の障害”を基軸に据え、一方の平等法“保護特徴である障害”を基準にする。この使い分けは、あくまで便宜上のものである。従って、本稿は障害者差別禁

- 止法理が禁止するのは、“障害に基づく差別なのか”，それとも“障害者に対する差別なのか”という問題に解答を示すものではない。
- (2) 内閣府が、2010年平等法の一部を翻訳している (<http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/tyosa/h23kokusai/12-eng1.html>)。
- (3) (EC条約13条1項) 本条約の他の規定を害することなく、共同体に与えられた権限の範囲内で、理事会は、委員会からの提案、そして欧州議会の協議を経た後に、全会一致を得て、性別、人種・民族的出身、宗教・信条、障害、年齢又は性的指向が理由の差別と戦うための適切な措置を講じることができる(内容修正後、現EU機能条約10条)。
- (4) 本稿はDDAが果たした社会的役割を検討するものであり、平等法の評価を十分にすることはできない。だが平等法とは、単純な差別禁止だけではなく、平等実現のために保護対象の底上げという役割をも担うものである点は確認できる。というのも、平等法は、公的部門に社会経済的な不平等の軽減に役立つ配慮を義務付ける(1条)。つまり、純粋な差別救済だけでは、目的を達成することができないという認識が、平等法にはある。
- (5) “障害”に関係する差別として、結合差別もある。この差別は、2つの保護特徴に基づいた直接差別を禁止する(14条)。差別構造自体は、直接差別と同型であるので、本稿では省略する。
- (6) 補助的支援とは、障害者をサポート・アシストするためのものである。具体的には、テキスト読み上げソフトの提供や手話通訳者の手配などがある(行為準則 2011: 6.13)。
- (7) 労働領域では、労働志願者・被用者が障害者であることを知っている、もしくは知っていることが合理的に期待される場合のみ、使用者は合理的配慮義務を課される(行為準則 2011: 6.16)。
- (8) 法対象となる“障害”を説明するガイダンス(Guidance on matters to be taken into account in determining questions relating to the definition of disability)の大半が、DDA版と平等法版ともに同旨である(Equality Act 2010 (Guidance on the Definition of Disability) Appointed Order 2011 [Explanatory Note])。
- (9) 2003年法は、EUの2000年雇用及び職業における平等取扱のための一般枠組確立する雇用指令の規定を実行したもの[詳しくは杉山 2013参照]。
- (10) 例えば、合理的配慮義務の不履行を挙げられる。イギリスでは、この義務が障害者差別のみに適用される差別概念であるが、だからといって、障害者差別のみしか適用できない差別概念ではない[Monaghan 2007: 375-376]。
- (11) 他にも条文上の文言が、“on ground of”から“because of”へと、変更されたことも指摘できる。この変更は直接差別被害者が容易に救済申立を可能にすることを狙いとする[Explanatory Note: 61 = 鈴木 2010: 163-164]。
- (12) Case C-303/06. = 2008/7/17ECJ判決。
- (13) C. O'Brienは、Carerに対して、直接差別とハラスメントだけではなく合理的配慮義務の不履行をも救済枠組を広げるべきと指摘する[O'Brien 2012: 6]。筆者も、合理的配慮義務の不履行をCarerに対する差別として認める可能性は否定できない、という立場である[杉山 2012c: 255]。
- (14) [2004] IRLR651. = 2004/7/1 貴族院判決。手術によって身体障害を負った申立人Archibaldの復職に際して、使用者が手術前と同等の仕事を用意できず、申立人を解雇した事件。雇用審判所、EAT、上告裁判所のいずれも申立棄却。貴族院は、合理的配慮義務の不履行が認め、雇用審判所に差した。
- (15) [1999] IRLR319. = 1999年3月25日控訴院判決。背部を損傷した申立人Clarkが、有給休暇を取得したものの、職場復帰時期が未定であることを理由に解雇された事件。労働審判所とEATは関連差別の存在を否定した。控訴院は、間接差別の存在の可能性を認めて、差し戻し判決をした。
- (16) [2008] IRLR 700. = 2008年6月25日貴族院判決。本件は、不動産分野での判決である。統合失調症患者の申立人Malcomは、賃貸契約違反である転借を行った。被申立人は、申立人に転借行為を止めるように言ったが、申立人がこれに応じなかったため、占有手続を行った事件。県裁判所は関連差別を否定したが、控訴院はこの差別の存在を認めた。これに対して貴族院は、関連差別を否定した。
- (17) [2011] IRLR673. = 2011年2月27日控訴院判決。
- (18) 平等法に間接差別を導入しない、という選択は、EU指令との関係で、採用されなかった[詳しくは、川島 2012: 36-37; 長谷川 2008: 53参照]。
- (19) 平等人権委員会は、2006年平等法によって設置された。人種平等委員会、機会均等委員会そして障害者権利委員会の役割を引き継ぐものである。

- 20 (DDA21条) 障害者たちにとって、他の公衆も対象としたサービスを利用することが、不可能または不当に困難となるような営業、方針又は手続を講じた場合、この不利な影響をなくすように、営業、方針又は手続を変える措置を、合理的な範囲内で講じる義務がサービス提供者にはある（1項）。また、障害者たちに不利を与えるのが、建物などの物理的特徴であっても、同様である（2項）。補助的支援が、障害者たちにサービス利用を可能にするまたは促進する場合、サービス提供者は合理的範囲内でこの支援を行う義務を持つ（4項）。
- 21) 詳しくはサービス提供・公共サービス（附則2）、不動産（附則4）、労働（附則8）、教育（附則13）、組合（附則15）。
- 22) これまで筆者の論文では、反応型合理的配慮義務のみを扱ってきた。

#### 引用文献

- A Lawson [2008] *Disability and Equality Law in Britain*, Hart Publishing.
- A Lawson [2011] 'Disability and Employment in the Equality Act 2010: Opportunities Seized, Lost and Generated,' *Industrial Law Journal*, Vol. 40, pp. 359-383.
- B Doyle, C Casserley, S Cheetham, V Gay, O Hyams [2010] *Equality and Discrimination: The New Law*, Jordans.
- B Hepple [2011] *Equality*, Hart Publishing.
- C O'Brien [2012] 'Confronting the Care Penalty: the Case for Extending Reasonable Adjustment Rights along the Disability/Care Continuum,' *Journal of Social Welfare & Family Law* Vol. 34, No. 1, pp. 5-30.
- Explanatory Notes [2010] *Equality Act 2010*（訳＝鈴木隆 [2010]「イギリス2010年平等法注釈（1）」『島大法学』54巻1、2号 145頁）。
- Equality and Human Rights Commission (EHRC) [2010] *Response of the Equality and Human Rights Commission to the Office of Disability Issues consultation "Improving protection from Disability Discrimination"*, Equality and Human Rights Commission.
- Equality and Human Rights Commission（行為準則） [2011] *Employment Statutory Code of Practice*, Equality and Human Rights Commission.
- Government Equality Office [2010] *Equality Act 2010: What Do I Need to Know? Disability Quick Start Guide*,

- Government Equality Office.
- 長谷川聡 [2008]「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 pp. 49-57.
- J Wadham, A Robinson, D Ruebain and S Uppal [2010] *Blackstone's Guide to The Equality Act 2010*, Oxford University Press.
- Incomes Data Services [2010] *The Equality Act 2010*, Incomes Data Services Ltd.
- K Monaghan [2007] *Equality Law*, Oxford.
- 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 pp. 28-43.
- M Adamou, A Wadsworth, M Tullett and N Williams [2011] 'Hidden Impairment, the Equality Act and Occupational Physicians', *Occupational Medicine*.
- M Bell [2011] 'British Developments in Non-Discrimination Law: the Equality Act', in R Schulze, *Non Discrimination in European Private Law*, Mohr Siebeck.
- M Malik [2007] '“Modernising Discrimination Law”: Proposals for a Single Equality Act for Great Britain', *International Journal of Discrimination and the Law*, Vol. 9, pp. 73-94.
- N Bamforth, M Malik and C O'Conneide [2008] *Discrimination Law*, Sweet and Maxwell.
- Office for Disability Issues [2008] *Consultation on Improving Protection From Disability Discrimination*, Office for Disability Issues.
- P Lee [2010] 'Has Disability Discrimination Legislation Changed the Legal Framework for Epilepsy in the United Kingdom?', *Seizure* 19 pp. 619-622.
- P Seal [2008] *The Equality Bill: Government response to the Consultation*, Cm 7454.
- S Flacks [2012] 'Deviant Disabilities: The Exclusion of Drug and Alcohol Addiction from the Equality Act 2010', *Social & Legal Studies*, pp. 1-18.
- 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』早稲田大学社会学研究科16号 pp. 220-234.
- 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』早稲田大学社会学研究科17号 pp. 145-160.
- 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』早稲田大学社会学研究科18号 pp. 220-

235。

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』早稲田大学社会科学研究科18号 pp. 161-175。

杉山有沙 [2012b] 「障害者差別禁止法理が使用者に求める合理的配慮義務の射程と審査枠組み」『早稲田大学社会学研論集』早稲田大学社会科学研究科19号 pp. 153-168。

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』早稲田大学社会科学研究科20号 pp. 244-259。

杉山有沙 [2013] 「障害者差別禁止法理における平等取扱原則の意味」『ソシオサイエンス』19号 (印刷中)。

V Keter and Business & Transport Section [2009] *Equality Bill: Bill 85 of 2008-2009: Reserch Paper 09/42*, House of Commons Library.

V Keter, Employment & Equality and Business & Transport Section [2009] *Equality Bill Committee Stage Report: Bill No 131 of 2008-09: Reserch Paper 09/83*, House of Commons Library.

Work and Pensions Committee [2009] *Third Report The Equality Bill: how disability equality fits within a single Equality Act*, House of Commons (Publication on the internet)