

論文

なぜ障害者差別は救済されないといけないのか？

— イギリス障害者差別禁止法（DDA）の対象となる障害と差別の関係を素材にして —

杉山 有沙*

1. はじめに

現在日本では、障害者差別禁止法制定に向けた議論が行われている。これまで日本の障害者法制は、障害者基本法を中心に身体障害者福祉法などの障害者福祉法理を軸に構成・運用されてきた。しかし障害者権利条約に日本政府が署名したことに伴い、同条約の批准のために国内法を整備する必要性に迫られた。この整備の1つとして、障害者差別禁止法の制定が掲げられた〔障害者政策委員会 2012: 1〕。障害者差別禁止法案は、2013年通常国会に提出予定である。

障害者政策委員会⁽¹⁾は、様々な分野において存在する差別によって障害者の尊厳が害されており、その権利救済が求められることに、障害者差別禁止法の必要性があると指摘する〔障がい者制度改革推進本部差別部会 2012: 2-4〕。“個人の権利を侵害する行為又は環境は許されるべきではない”という命題は、現代社会における基本的人権の保障の文脈でコンセンサスを得ているといえよう。しかし、そもそも“差別が個人の尊厳を侵害する”のは、なぜだろうか。

差別とは、人格の価値がすべて人間について

平等にも拘わらず、各人の年齢、自然的資質、職業等の各事情を考慮して、問題となる別異の取扱いが合理的ではない場合に生じる〔佐藤 2011: 208〕。この差別構造は、障害者の文脈のみで生じるものではない。性差別分野を担うために1972年に制定された雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律から明らかであるように、様々な分野の差別はこれまでも問題視されてきた。

そこで本稿は、日本の現状を受け、障害者差別禁止法理を“差別救済の意義”の観点から検討する。議論を進めるにあたって、イギリスで1995年に制定された障害者差別禁止法（Disability Discrimination Act. 以下、DDA）を比較対象法に据える。DDAは、主体的な個人として非障害者との対等な地位を要求する障害者運動の主張に応じるために形成された〔杉山 2010: 223-225〕。従って、同法の理念には、先述障害者政策委員会の主張にある“障害者差別による権利侵害の救済”が組み込まれているといえ、現在障害者差別禁止法の制定に向け取り組んでいる日本に対して意義ある示唆を期待できよう。これまで筆者は責任の所在から障害者

* 早稲田大学大学院社会科学研究所 博士後期課程4年（指導教員 西原博史）

早稲田大学社会科学総合学術院 助手

差別禁止法理の存在意義を整理してきたが〔杉山 2010; 2011b; 2012a; 2012c; 2013a〕, 本稿では特に“障害者の権利”の観点から“なぜ差別救済をしないとイケないのか”を検討する。

2. DDAが対象とする障害と差別

DDAは、雇用、不動産、商品・サービス提供等、包括的な領域における差別・ハラスメントを禁止する法律である。2010年に平等法が制定された際にDDAは廃止されたものの、DDAが築き上げた障害者差別禁止法理は平等法に引き継がれている〔杉山 2013b: 172〕⁽²⁾。

DDAの申立手続の流れは、申立人である障害者が、同法の対象者となることを主張し、その主張が審判所・裁判所に認められたならば、続いて差別が存在したことを主張するというものである。このようにDDAの枠組で差別救済を求めるためには「障害」と「差別」の証明が不可欠となる。では、両者は、どのような関係にあるのだろうか。

後述するが、DDAは、障害認定をする際に、身体的、知的、精神的機能障害（以下、インペアメント）と社会から生じる障害の2つの基準から判断する。DDAの救済手続——法対象者認定の後に、差別認定をする——では、各差別類型の対象としているのが、どの障害——インペアメントなのか、社会から生じる障害なのか、それとも両方なのか——であるのかを明らかにすることは難しい。なぜなら、一旦法対象者と認定されたならば、問題となる差別の原因がインペアメントなのか、社会から生じる障害なのか、は、申立手続の審議においてもはや議論の対象にならないからだ。

しかし、障害者差別構造を把握するために各

差別類型が対象にする障害の性質を明らかにすることは、各差別類型のDDAで担う役割を理解する意味で重要といえよう。そこで、ここからは差別の存在があることを前提に、ここで問題となる“障害”は何か、という——通常の申立手続とは逆の——発想で検討していこう。

DDAは、雇用や不動産を始め包括的な領域における障害者差別を禁止しているが、本稿は雇用領域を対象にする。

2.1 DDAが禁止する差別

DDAは、雇用領域における直接差別、障害に関連する理由に基づく差別（disability-related discrimination. 以下、関連差別）、合理的配慮義務の不履行を禁止する⁽³⁾。

直接差別とは、使用者が、障害を理由に障害者を関係する諸事情が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（DDA 3A条5項）。従って直接差別は、使用者の取扱いを問題にする。比較対象者よりも障害者の障害を理由に不利に取り扱った場合、直接差別が使用者が行ったと判断される（行為準則 4.6）。特に、不利な取扱いが使用者の一般化されたステレオタイプの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 4.8-4.9）。比較対象者は、問題となる障害を持たない、問題となる障害者と同じ又は重大な違いはない者であればよく、非障害でも他の障害を持つ者でも構わない（行為準則 4.13-4.14）。

枠組自体は、1976年性差別禁止法（Sex Discrimination Act. 以下、SDA）など従来の差別禁止法と等しいが、他の差別禁止には見られない特徴が存在する。SDAには、直接差別

を許容する真正な職業上の資格規定 (genuine occupational qualification) 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。しかしDDAには、そのような例外規定は存在しない。DDAの直接差別は、真正な職業上の資格による例外がない代わりに、比較対象者の特定方法を制限的にすることで、直接差別の範囲を限定している [杉山 2013a: 183-185]。

次に関連差別とは、障害に関係した理由によって、障害を持たない又は持たないだろう者よりも、使用者が障害者を不利に扱ったのにも拘わらず、その取扱いを正当化することができない場合、生じる (DDA 3A条1項)。直接差別も関連差別も使用者による不平等取扱いを問題にするが、両者の違いは、この不平等取扱いの理由——直接差別は障害者の障害それ自体を理由とし、関連差別は障害者の障害に関連を理由とする——にある (行為準則 4.29)。

関連差別の比較対象者は、1999年Clark v. Novacold Ltd事件控訴院判決⁽⁴⁾以降、問題となる障害者の障害に関係する理由に当てはまらない者と位置付けられてきた (行為準則 4.30)。しかし、2008年London Borough of Lewisham v. Malcolm and Equality and Human Rights Commission事件貴族院判決⁽⁵⁾で、この特定基準は否定され、障害に関係する理由に当てはまらず、かつ申立人である障害者と同じ又は重大な違いを持たない者が比較対象者と捉えられるようになった [杉山 2013a: 179-181]。このMalcolm判決により、直接差別と関連差別が事実上同じ構造になったといえる (JP Morgan Europe Ltd v. Chweidan事件控訴院判決⁽⁶⁾)。

関連差別は、障害に関連する理由に基づく不平等取扱いがあったとしても、使用者がその取扱

いの正当性を証明することができれば違法性が阻却される。すなわち、関連差別の理由が問題となる状況において実質的 (material) かつ重大 (substantial) の場合のみ、使用者による不平等取扱いが正当化される (DDA 3A条3項)。

最後に合理的配慮義務の不履行とは、使用者に課された障害者のための合理的配慮義務を履行しなかった場合、この使用者は障害者を差別したと判断される (DDA 3A条2項)。この義務は、使用者による又は使用者に有利な規定 (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理的特徴が、非障害者よりも障害者に相当の不利益を課す場合に、使用者に対して生じる。使用者は、この損害を防ぐために合理的だと判断されるあらゆる措置を講じることを要求される (行為準則 5.3)。

以上のようなDDAで禁止する差別類型は、差別構造上、2つに分けることができる [杉山 2011b]。第1に使用者の不平等取扱を禁止する平等取扱原則に反する差別として直接差別と関連差別を挙げられる。次に、使用者に積極的措置を要求する合理的配慮義務である。

2.2 DDAにおける「障害」

直接差別と関連差別は障害者の“障害”を原因とした使用者の不平等取扱を禁止し、合理的配慮義務の不履行も障害者の“障害”を考慮に入れないで設けられた規定等や建物の物理的特徴を問題視する。では、各差別が問題としている“障害”とは、そもそもどのような性質のものだろうか。

(1) インペアメント考慮型社会モデル

DDAは障害者を差別から守る法律であるが、この法対象となる“障害”は自動的に判断されるわけではない。ここでいう“障害”は、障害者が所属する社会や環境を考慮して判断される[Monaghan 2007: 231]。

DDAが対象にする障害者とは、「日常生活活動の遂行能力に相当程度かつ長期間の不利な影響を及ぼす身体的または精神的インペアメントを持つ」者を指す（1条1項⁽⁷⁾）。これは、次の4つの条件から判断される。第1に、身体的又は精神的インペアメントを有するのか。第2に、このインペアメントは、相当程度に不利な影響を与えるのか。第3に、この相当程度不利な影響とは、長期間継続するものか。そして第4に、この長期的で不利な影響は通常の日常生活活動に影響を与えるのか、である（指針A2）⁽⁸⁾。

このDDAの法対象となる障害認定の条件は、大きく2つの要素があるといえよう。第1に、身体的又は精神的インペアメントという個人の身体的、知的、精神的機能に障害者が被る不利を見出す要素である。そして、第2に、社会との関係で障害者が被る不利を把握する要素である[杉山 2011a: 157]。第2の障害者が被る不利を本稿では“社会から生じる障害”と称する。このように障害をインペアメントと社会から生じる障害という二重構造で捉える障害モデルを“インペアメント考慮型社会モデル”という。

(2) インペアメント

DDAがインペアメントと社会から生じる障害の2つの要素で障害を捉えているが、ここで

いうインペアメントとはどのような性質のものなのだろうか。DDA対象の障害者であるか否かは、通常、インペアメントが日常生活活動に関して影響を与えるかによって決まる。しかし、本法には、対象と認定されるためのインペアメントの資格要件リストが事前にあるわけではない。従って、問題となるインペアメントが同法の対象内かを自動的に判断することは困難である。視覚的に容易に判断できるようなものは簡単にインペアメントとして判断することができるが、多くのものは直ちに判断できるわけではない（指針A4-A5）。

DDAにおけるインペアメントとは、疾患そのものではなく、疾患から生じるものである。従って、原因とも作用ともなりうる（College of Ripon & York St John v. Hobbs事件EAT判決⁽⁹⁾）。また、身体的インペアメントか精神的インペアメントかのように、カテゴリー分けが常にできるわけではないし、する必要もない。更に、インペアメントの医学的な原因を診断する必要もない（指針A7）。つまり、医学的な診断でなくても教師など専門性の高い第三者による証拠の提示があれば、DDA対象のインペアメントになる[杉山 2011a: 150]。

(3) 社会から生じる障害

社会との関係で生じる障害者が被る不利で、DDAの対象と位置付けるものとは何だろうか。障害者が被る社会から生じる不利は、人々の間で存在する能力の間の通常の違いを超える程度として想定される。これが、同法の示す「相当程度の影響」であり、具体的には軽微又は些細以上な影響を指す（指針B1）。不利益が相当程度であることを証明する唯一の適切なアプロー

チは、当人の障害の影響を比較することにある。これは、仮にその障害がなかった場合、本人はどのように日常生活活動を行うかに関係する。もしその違いが社会の構成員間で生じる違い以上のものだった場合、その違いは相当程度のものとなる（Paterson v. Commissioner of Police of the Metropolis 事件 EAT 判決⁽¹⁰⁾）。

DDA が示す「長期間」は、少なくとも12か月以上を指し（指針 C1）、「通常の日常生活活動」とは、「可動性」、「手先の器用さ」、「身体の協調」、「自制」、「日用品を持ち上げ、運び、そして動かす能力」、「言語、聴力、または視力」、「記憶力、集中力、学習力、理解力」そして「身体的危険リスクについての知覚力」のことである（指針 D1）。通常の日常生活活動は、特定の人又は小さなグループに属する人にものみ適用される通常の活動を含まない。ある活動が日常生活活動か否かを判断する際、多くの人々が行うこと、または日常的に頻繁に行われることを指す。この文脈において、通常とは、日常、毎日を意味する（指針 D5）。多数派が行う必要はなく、例えば女性の化粧なども含む（指針 D6）。

DDA が対象とする社会から生じる障害とは、あくまで障害者と一般的な仕事に就く非障害者との平等を妨げるもので、一部の特殊な仕事に就いている非障害者を対象にするものではない。つまり、そもそも全ての人がプロスポーツ選手になれないのと同様に、専門職に就けないことが障害者差別になるわけではない [杉山 2011a: 154-155]。

2.3 DDA が対象とする障害と差別の関係

DDA は、障害を二重構造で捉えていること

が明らかになった。では、各差別類型——直接差別、関連差別、合理的配慮義務の不履行——は、どの障害——インペアメントか、社会から生じる障害か——を原因として発生しているのだろうか。

(1) 直接差別

はじめにインペアメントと直接差別の関係を見てみよう。直接差別は、障害を理由に比較対象者よりも不利に取り扱われた場合に生じる。例えば、視覚障害者はコンピューターを扱うことができないという使用者の偏見のな見解に基づき、個別査定することなく視覚障害者の採用を拒否した場合、この使用者は直接差別をしたと判断される（行為準則 4.8）。ここにある「障害」とは「視覚障害」であり、障害者のインペアメントである。この例から明らかのように、直接差別が問題視する障害にインペアメントが含まれる。

では、社会から生じる障害と直接差別の関係はどうだろうか。インペアメントそれ自体ではなく、インペアメントに関係して生じる障害を理由に差別が生じた場合、DDA は、この差別を関連差別の枠組で処理する。また、DDA の直接差別は、SDA にあるような真正な職業上の資格に関する例外規定や正当化の余地を残さない代わりに、法対象者の認定を極めて厳格にし、その差別存在の射程を限定している。法対象者を厳格にするためには、比較対象者の特定方法も限定する必要がある。その意味で、社会から生じる障害は相対的・環境依存的な構造があることから、第三者によって客観的に認定できるインペアメントのみを直接差別の対象にしたほうが合理的であると思われる。

しかし、直接差別には、障害に直接起因する差別のみではなく、使用者の偏見、ステレオタイプの的な取扱いも含まれる。つまり、インパメントであるのか、それとも社会から生じる障害であるのか、を問わず、“障害”それ自体を理由に不平等取扱いがあったのか否か、が問題になる。では、社会から生じる障害を理由に、直接差別が生じる事案として、どのようなケースがあるだろうか。

これに関して、2つの場面が想定できる。第1に、障害者本人ではないが、障害者に関係することで直接差別を受ける場面（障害者に関係する者に対する差別、associative discrimination）と、第2に、障害を持っていないにも拘わらず、障害者であるとの認識に基づいて直接差別を受ける場面（認知差別、perceptive discrimination）である。

障害者に関連する者に対する差別は問題視されていたものの、DDAは、彼らに対する障害者差別の救済枠組を有していなかった〔Doyle 2003: 64〕。障害者に関連する者に対する直接差別の救済枠組がDDA上に確立したのは、2008年7月17日に下されたColman v. Attridge Law and another事件ECJ判決⁽¹¹⁾を契機とする。この事件は、先天性喉頭硬化症を患う息子を持つ申立人Colemanが、息子の主たる介護者（primary carer）であることを理由に不平等取扱いを受け、結果として余剰整理に応じたことに対して、不当解雇と障害者差別の存在の確認を争った事件である。ECJは、先決判決で、雇用場面における直接差別は障害者に関連する者をも含むと判断した。Colman判決で差別救済対象とされたのは、障害者本人のインパメントではなく、障害者に関連する者が被った障

害——社会から生じる障害——である〔杉山 2012c: 248-250〕。

第2の認知差別として、具体的に肝炎ではないにも拘わらず、肝炎と誤って認識された外科医が、患者への感染リスクを理由に勤務病院から解雇されるケースが想定される。このような認知差別は、DDAの枠組では救済対象にはならない。しかし、2010年平等法では、障害差別として救済対象になっている〔Incomes Data Services 2010: 31-32〕。

以上から、直接差別は、観念上は、インパメントと社会から生じる障害の両方に対する不平等取扱を禁止するものと構成し得ることが明らかになった。DDA下では構造上未完成であり、認知差別に関わる実務上の欠落を克服する課題は、平等法へ引き継がれることになった。

（2）関連差別

直接差別と関連差別は、双方とも、平等取扱原則に反する差別と位置付けられる。両者の違いを特に不平等取扱の原因となる“障害”に着目した場合、直接差別は、障害を持たないが、障害者と同じ又は重大な違いがない能力の比較対象者よりも、障害者が不利な取扱いを受けることを問題にし、関連差別は、問題となる障害の結果又は障害が個人の能力に与える影響に関連する不利益取扱いを問題にするものである〔Bamforth, Malik and O' Cinneide 2008: 1052〕。

これを踏まえて、いったん関連差別ではなく、平等取扱原則に反する差別が生じる場面を構造的に見てみると、次の3つの場面が想定される。第1に、インパメントそれ自体を理由（「手がない」）に不平等取扱いを受ける場面である。第2に、インパメントがあるがゆえに

労働活動において何か問題が生じ（手がないから「キーボードが打てない」）、これにより不平等取扱いを受ける場面である。第3に、インペアメントがあるがゆえに労働活動において何か問題が生じたので、その問題を解決するために自ら措置を行ったら（手がないので、キーボードが打てないから、「義手を使った」）、その措置を理由に不平等取扱いを受ける場面である。

第1の場面は、インペアメントそれ自体に対する差別なので、先述直接差別の問題となる。そもそも関連差別は、問題となる障害が、社会構造を媒介にして不利益の原因となった場合の不平等取扱を問題にするものといえる。こうした関連差別の構造において、社会的要因を含まず、本人の帰属するインペアメントが、関連差別の理由となることを想定するのは難しい。

それに対し、第2と第3は、社会——ここでは労働環境——にインペアメントが反射することによって生じるものであり、インペアメントそのものとは言えない。このインペアメントが社会に反射して生じる障害は、“社会から生じる障害”である。つまり、インペアメントを持つことにより、「できない」場面が生じ、これに対する使用者の不平等取扱を問題にするのが、関連差別といえよう。

関連差別の特徴として、使用者による正当化の抗弁の余地を残すことを挙げられる。問題となる不平等取扱の理由が、実質的かつ重大である場合には使用者の取扱いは正当化される。このように正当化の余地があるのはなぜだろうか。

関連差別が、社会から生じる障害を相手にする以上、不平等取扱を解消するために社会構造を変える必要がある可能性がある。社会構造を

変えるということは、当該社会の構成員に多大な不利益を課す可能性がある。これを考慮し、差別救済をすることで得られる障害者の利益と比較較量した場合に、社会構造の維持を優先した方が得られる利益が大きい場面が想定できる。これが正当化の抗弁を成り立たせているものなのだろうか。

筆者は、以前、責任の観点から障害者本人であっても社会から生じる障害の責任を担う可能性があることを指摘した。すなわち、社会から生じる障害の“社会”とは、障害者の就労環境を整備する使用者をはじめとする障害者を取り囲む社会構造だけではなく、障害者本人をも含む、というものである〔杉山 2011b: 230〕。この見解に立てば、社会から生じる障害の責任の一部が、障害者本人にも課されるから、そもそも社会から生じる障害の解消には限界がある、ということになる。

(3) 合理的配慮義務

合理的配慮義務は、使用者による規定、基準、慣行、又は使用者が占有する建物の物理的特徴が、障害者を相当程度の不利を課す場合に生じるもので、この不利を緩和・解消させるために、使用者に合理的な範囲で積極的措置を義務付ける。この義務で求められる措置は、具体的に施設に関する配慮を行うこと、障害者の義務の一部を他者に割り当てること、現在の欠点を補充するために障害者を移動させること、等がある（DDA 18B条2項）。

この条文と具体例から明らかなように、合理的配慮は、障害者の社会から生じる障害に対応する措置といえよう。合理的配慮の担い手が使用者である場合、障害者本人と使用者の関係を

踏まえた措置となる。つまり、合理的配慮は2者以上の存在があつてはじめて成り立つ概念(措置)である。

では、インペアメントによる不利を緩和・解消するために、使用者は合理的配慮を義務付けられることはないのだろうか。そもそもインペアメントは障害者本人の身体的、知的、精神的機能に関する障害である。このインペアメントに対応する積極的措置として、例えば視覚障害者にメガネを提供するという例が想起される。これは、雇用環境の在り方に依存しない。このようなインペアメントに対して、使用者が合理的配慮を負う義務は生じないと言えよう。従つて、インペアメントに起因した合理的配慮は存在する可能性は極めて低いといえる。

合理的配慮義務が、社会から生じる障害に対応する差別救済枠組だとしても、その範囲は“合理的な範囲”に限られる。この合理性の判断基準として、(a) 措置を講じることで防げる不利の程度、(b) 措置を講じることが実行可能な程度、(c) 措置の実施が義務づけられた者に与える財政その他の負担および義務づけられた者の活動を乱す程度、(d) 義務づけられた者の財源その他の財源の規模、(e) 措置の実施に関する義務づけられた者の利用できる財源またはほかの援助、(f) 義務づけられた者の活動の性質と事業規模、(g) 措置が私的な家屋に対して行われる場合には (i) 家屋を損壊する程度、(ii) 家屋の居住者に迷惑をかける程度が挙げられている (DDA 18B 条 1 項)。

これが意味することは、この合理性の範囲外であれば、例えば使用者による規定等や使用者が占有する建物の物理的特徴が障害者に不利益を課しても、使用者はこの不利益に対する措置を

講じなくても許されるということである。この根底には、関連差別の正当化の議論と同様に、社会から生じる障害でいう“社会”に障害者も含まれるから、その社会構造によって生じる不利益の責任は障害者にもあるという考え方がある。

2.4 小 括

以上から、直接差別が救済対象としているのは、インペアメントと社会から生じる障害の両方、関連差別と合理的配慮義務の不履行の対象は、社会から生じる障害であることが明らかになった。そして、社会から生じる障害に対しては、一定程度の障害者が被る不利を許容する構造があることも確認できた。社会から生じる障害を原因とした差別は、その社会を作った構成員に障害者本人が含まれることから、許容される余地がある。

3. 個人的な権利救済枠組としての差別禁止の意味

障害者本人が実際に生じた障害に対して差別救済を主張するという構造は、個人としての障害者に焦点を当てたものである。しかし、雇用領域において障害者が被る障害の解消方法は、差別救済が唯一ではない。差別禁止が個人的な権利救済方法というなら、グループとしての障害者に注目して、その障害者グループ共通ニーズを緩和・解消する方法もある。

そもそもなぜ障害者が被る不利の解消方法として差別救済が求められるのだろうか。以前筆者は、障害者運動から差別救済の必要性を論じた [杉山 2010: 223-225]。本稿では、特にグループとしての障害者の不利益救済方法を構造

的に見ることで、個人としての権利救済の重要性を検討してみよう。

グループとしての障害者の不利益解消方法として、使用者に一定程度の障害者雇用を義務付ける雇用割当制度がある。雇用割当制度は、1944年障害者雇用法 (Disabled Persons (Employment) Act. 以下、DP(E)A) で導入され⁽¹²⁾、DDA制定と同時に廃止された。同法は、第1次世界大戦と第2次世界大戦で負傷することで障害者となった人々を守るために制定された [HC 1995: vii]。

DP(E)Aの定義⁽¹³⁾に6ヶ月間以上継続して当てはまる障害者は、雇用大臣によって認定された場合、雇用促進プログラムを利用することができた (7条2項)。これが任意登録制度である。この制度において障害者は、現実的な就職の可能性に応じて、第1種または第2種に分類された。第1種登録障害者とは職業訓練などを受ければ一般就職が可能と思われる者であり、第2種登録障害者は職業訓練を受けたとしても就業が困難であると思われる者である。そして第1種登録障害者の就職枠を確保するために、使用者に雇用割当制度を採用された (9条)⁽¹⁴⁾。

雇用割当制度は、時間の経過に伴い、就労能力がない者としての障害者像を強調する制度と指摘されるようになる。例えばバムフォースらは、社会参加ができないと見なされた障害者のために雇用枠を特別に確保するという意味が、同制度には含まれると指摘した。つまり障害者は、インペアメントを持つから就労機会を得ることが困難である。だから特別な保護と福祉として同制度が要求されたというのである [Bamforth, Malik and O' Cinneide 2008: 975-

976]。

確かにグループとしての障害者の“就労難”という共通ニーズに対応するのが同制度であると位置付けた場合、この制度が定着するということは、周囲がこの共通ニーズを認識し受容したことを意味する。障害者のために特別に雇用枠を確保する雇用割当制度は、構造上、同制度がなければ就職できないというメッセージを含むものと言えよう。

本稿は、雇用割当制度の是非を論じるものではない。ここで指摘したいのは、障害者の就労難を改善するというのが同制度導入の目的だったにも拘わらず、この制度を利用することで“障害を持つ個人”が“障害者”とカテゴリー分けされ、周囲に“保護の対象”という印象を与えるようになったということである。現実的に存在する障害者の就労難を改善する意味で同制度の必要性は認められるが、障害者というだけで“就労能力がない者”と見なされる事態を見過ごすわけにはいかない。障害者自ら被った差別を個別に救済申立てするDDAの枠組は、カテゴリーに基づく印象を周りに与えることなく適切に差別救済を要求できる意味で、意義があると言えよう。

ここまでDDAの差別救済制度を法構造の観点から見てきた。続いて障害者本人にとって、差別救済を主張するとは何を意味するのか、検討していこう。

4. “差別救済”を主張するということ

人格の価値が等しいにも拘わらず不当に別異取扱いを受けた場合、差別救済を申立てることが可能になる。つまり差別救済を申立てるためには、申立人が問題となる事案において“比較

対象者と等しい価値がある”ということを確信していなければならない。

近代立憲主義的憲法の文脈において形成された“人間は生まれながらにして自由かつ平等な存在である”という考え方は、いまや広く世界に普及し、各国の法枠組みに取り入れられた。DDAによっても先の法対象者と差別の構造分析から明らかなように、障害者と非障害者の能力などが“等しい”にも拘わらず、“障害”というカテゴリーに基づいて不合理に別異に取扱ひ、又はそのような環境を形成した場合、差別と判断される。従って法的領域において、人は生来的に自由かつ平等であるという認識は、コンセンサスを得ているといえよう。

しかし法律を利用する個人の認識も、人は生来的に自由かつ平等な存在だとされているのだろうか。差別加害者がそのような認識を持っていなくても、差別被害者は、この認識さえ持っていれば、申立を通じて差別救済を要求することができる。最も問題となるのは、差別被害者の認識だろう。すなわち、例え差別を被ったとしても差別被害者本人が、“社会において自由で平等な存在である”という確信がなければ、差別救済を申立てることなどできるだろうか。

4.1 自身自身からの排除と潜在能力

社会において自由で平等な存在であることを主張するためには、そもそも、本人が所属する社会において“自由”でかつ“他者と平等”な価値を有する存在であると信じていることが前提である。このことは当然のように見えて、例えば社会において劣位に置かれてきた者にとっては決して当然なことではない。

湯浅は、貧困の文脈で「5重の排除」を指

摘する。第1に教育課程からの排除、第2に企業福祉からの排除、第3に家族福祉からの排除、第4に公的福祉からの排除、そして第5に自分自身からの排除である。第5の自分自身からの排除とは「何のために生き抜くのか、それに何の意味があるのか、何のために働くのか、そこにどんな意義があるのか。そうした『あたりまえ』のことが見えなくなってしまう状態」を指す。「第1から第4の排除を受け、しかもそれが自己責任論によって『あなたのせい』と片付けられ、さらに本人自身がそれを内面化して『自分のせい』と捉えてしまう場合、人は自分の尊厳を守れずに、自分を大切に思えない状態まで追い込まれる」[湯浅 2008: 60-61]。

第1から第4の排除は、他者又は制度と当人の関係で生じる排除であり、この意味で社会構造からの排除と言い変えることができる。教育や企業、家族関係、社会保障制度などの社会構造から排除され続けると、自分自身の存在を認めることができなくなり、結果として当人は自らを“価値ある存在”と認識できなくなる、というのだ。この湯浅の指摘は、自由で平等な個人を自明の理として主張する現行の法体系に対して、その個人像を内面化できるのは排除されていない恵まれた人間だけである、という痛烈な批判ともいえるだろう。

対等な個人として権利主張をするために、当人が自身には権利主張をするだけの価値があると信じるのが必須であるとした場合、そもそも当人には“何ができるのか”という潜在的な選択肢が問題となる。この選択肢は、人の内面に関わる。例えば雇用機会があったとしても、本人に働く意欲がなければ、この機会を活用することができない。これは、“何ができるのか”

という自らを肯定的に捉えた上での選択とともに、“何をしてでも許されるのか”という自らを否定的に捉えた上での選択をも同時に含む。

このような個人の潜在能力を強調したのは、センである。彼は、潜在能力を「ある人の『潜在能力』とは、その人にとって達成可能な諸機能の代替的組み合わせを意味する」と説明する[セン 2000: 84]。個人の福祉 (well-being)⁽¹⁵⁾を生活の質と見た場合、ここにある“生活”とは、「相互に関連した『機能』(ある状態になったり、何かをすること)の集合からなっていると見なすことができる」とセンはいう。具体的な機能として、「適切な栄養を得ているか」「健康状態にあるか」という基本的なものばかりではなく、「幸福であるか」「自尊心を持っているか」などといった複雑なものまで挙げることができる。この機能の概念と密接に関連しているのが、潜在能力である。潜在能力は、「どのような生活を選択できるかという個人の『自由』を表している」[セン 1999: 59-60]。例えば、「断食をする金持ちの人間は、食べるとか栄養摂取という面では、飢えることを強いられる貧乏人と同じことをやっているかもしれない。しかし前者は後者とは異なった『潜在能力の組み合わせ』を有しているのである(前者は後者ではできないやり方で十分に食べ、栄養を摂取することを選択できるのだ)」[セン 2000: 84]。

この機能と潜在能力の関係を差別救済の枠組に应用すると、機能として救済枠組があったとしても、当人がこの救済枠組を利用できる潜在能力を有していないと画餅に過ぎないと言えるだろう。さらにセンは、潜在能力の剥奪と社会的排除の関係を非常に密接なものとして捉えている。彼は、社会的排除は多様な潜在能力の欠

損を生じさせる原因となるだけではなく、構造的に潜在能力の剥奪の一部になると述べる [Sen 2000: 5]。

社会的排除⁽¹⁶⁾とは、端的に言って、社会の主流派から排除されることを指す。この概念の定義は、各論者だけでなく各国間においても微妙に異なる。本稿は、DDAを検討対象にするのでイギリスで用いられる社会的排除概念を参照する。社会的排除は所得の不足だけに限らず、失業、差別、低いスキル、低所得、粗末な家、高い犯罪率、不健康、そして家庭崩壊のような問題を多重に抱えることを指す。この具体例としてイギリス政府は、低所得者などと一緒に精神の健康に問題を抱えている人や、障害者などをあげる [Social Exclusion Unit Report 2001: 10-11]。

このように社会的排除は、社会との関係で、一部の人が多元的な不利益を被ることを問題にする。このような多元的不利益が生じる原因は、排除対象者の存在を考慮せずに形成された社会構造にあると言えるだろう。この対象者として、障害者が位置付けられることがあり得る。

4.2 “社会的弱者”としての障害者

自分自身からの排除と社会的排除の関係を論じてきたが、ここでは、社会において障害を持つとは何を意味するのか、そこから生まれる障害者への影響をもう少し丁寧に見ていこう。

障害学においても、障害者が所属する社会構造が障害者の内面に影響するということは、既に指摘されている。そもそも障害は、対象とする社会的・文化的文脈で現れるものであり、普遍的な性格を有するものではない [Barnes,

Mercer and Shakespeare 1999: 14]。これはつまり、社会から生じる障害を有する障害者は、社会構造からの影響を深く受ける存在であることを意味する。

では、ここで問題となる社会とはどのような場所なのだろうか。松井彰彦は、社会を人のために作られてきたが、全ての人を等しく考慮するように作られてきたわけではない場所であると位置付ける。各個人間で、性格、能力、資産等において大きく異なっているため、全ての人に便利な建物やきまりというのはなかなか存在しない。そこで社会は、平均的な人を基準にして形成される。人はみな「平均」から多かれ少なかれずれているものではあるが、どんなに努力しても、平均に合わせて作られた建物やしくみに適用できない人がいる。この“適用できない人”が障害者である、と松井は説明した〔松井 2011: 2-3〕。

このような社会構造は、障害者を無力な存在に押しやる。オリバーは、この障害者を無力化（disable）させる社会構造の形成を聴覚障害者が多数派を占める社会を例に出し説明した。遺伝を理由に聴覚障害者が非常に多い島において、島民全員が手話で話すことができた場合、聴覚障害者が社会から排除されることはない。このような社会では、聴覚障害者への社会的制約はほとんど存在せず、彼らは社会へ多大な貢献を果たすことができる。つまり「障害者が聴者とコミュニケーションをとる能力がないからではなく、聴者が彼らとコミュニケーションをとる方法を身につけていないため、聴覚障害者が無力化させられるのである」〔Oliver 1990: 16-17=オリバー 2006: 45-46〕。

抽象的な存在として平均的な人間を生みだ

し、その人に基づいて社会を形成した結果、社会に適合できない人間をつくる。そして、それによって適合できない人間を無力化させるという構造は、DDAの文脈では、同法が対象とする“社会から生じる障害”として顕在化する。言い換えれば、社会から生じる障害とは、障害者を関係する社会——雇用領域においては、雇用環境等——において無力化させるものと言えよう。

この障害者を社会の無力な存在にする構造は、障害者の内心に影響を与えることにつながる。ジョンストンは、“障害”というレッテルを貼られることが、その本人の感情に何の影響も与えないと考えることは困難であると述べる。彼は、「レッテルを貼ることは、潜在的な非難と『無価値である』という考え方から生じる」とし、これは「何が標準からはずれていて、何が逸脱として障害であるかを社会的に判断することが中心となっている」という。そして「この文脈での逸脱とは、ふつうではないと解釈される行動で、それゆえ、文化的な集団や社会からは受け入れられない」ものと見られていると説明した〔ジョンストン 2008: 19〕。

自らには差別救済されるだけの価値があると確信する障害者は、自身を所属社会において無力化させる差別に対して異議を唱え、救済を求めることができる。その意味で、差別救済を法的枠組として用意するDDAは意義深いものであると言えよう。では、平均を基準にした社会構造から排除され続けることによって内心に影響を受け続け、結果、自分自身から排除された障害者にとって、このDDAの差別救済枠組は、どのような意味を有するのであろうか。

5. 差別はなぜ悪いのか？

5.1 差別禁止の意義

自身の価値の捉え方に着目して、障害者差別を見た場合、障害者を2つのタイプに分けることができる。第1に、始めから自らには自由で平等な価値があると信じることができる障害者である。そして第2に、自分自身から排除したために、自らには自由で平等な価値があるとは信じることができない障害者である。第1タイプの障害者にとって、DDAは、差別救済を通じて、非障害者と対等であり、主体的な個人としての生き方を獲得する法的枠組を担う存在であると位置付けられる。

しかしDDAは、言うまでもなくイギリスに住まう全ての障害者に適用する法律である。そこで第2タイプの障害者——自らの価値に確信を持ってない者——にとって、DDAはどのような意味を持つのか、を検討していこう。

結論先取的に言うとDDAは、個人として対等な存在であることを障害者本人に認識させ、自分自身からの排除を終わらせ、そして社会の構成員として自分が“そこ”に存在することを許す役割をも担っていると言えよう。DDAは、非障害者との対等な地位を目指す障害者運動によって制定された。その障害者運動において、障害者が障害を被る責任は社会にあると主張された。つまり障害者本人が悪いのではなく、社会構造が障害者を排除するから障害者は不利益を被る。ここにあるのは、社会で生きにくいのは障害者本人が悪いわけではないと信じる姿勢である。

しかし、いくら当事者による障害者運動だと言っても、全ての障害者が参加したわけではな

い。一部の自分の価値を信じることができた障害者が、運動を展開したに過ぎない。だからこそ、障害者運動を契機に作られたDDAは、その差別禁止枠組を内在し続ける限り、障害者に「あなたは悪くない」と言い続ける役割があるのではないだろうか。人が法律を作る。そして、その法律が社会で機能することで、社会に影響力を持つ。そして、その法律が、社会を通じて、新たな人の人格形成に影響を与える。その意味で、DDAにおける差別禁止は、社会と自分からの排除で苦しむ障害者に、“自分の存在することを許す”という点でも意義があるのではないだろうか。だからこそDDAが想定する障害者像は、“自らの価値を信じ、主体的に対等な存在”であり続ける必要がある。自分自身からの排除をした障害者を、そのままの状態でも法的に把握した方が、本人に対する負担が軽減でき、より実効的な差別救済ができると思われるかもしれない。しかし少なくとも差別禁止の文脈では、自分自身からの排除をした状態をそのまま認めてしまうと、自分自身をそこで縛りつける可能性がある。つまり「自分が悪いから、障害を負っている。こんな自分には、差別救済を要求する価値はない」と考える余地を残してしまうのである。主体的に対等な個人像を強調することで、障害者自身にそのような人格になることを——乱暴な方法ではあるかもしれないが——許すことにつながるのではないだろうか。

一連の考察において、障害者は社会構造から排除されることで、自分自身からの排除も行われることを強調してきた。比較対象者と比較して不当に不平等に扱うことを差別とした場合、そこには差別加害者—差別被害者とい

う対人構造以外にも、差別を行う場所——言い換えれば社会——をも見出すこともできよう。社会に障害者当人も含むことは先述の通りだが、これはすなわち、社会に障害者の“居場所”があることを意味する。しかし、そもそも自分自身から排除している人間は、差別を受けても、自ら差別救済を主張できないため、その社会の居場所から追いやられることを余儀なくされる。自分に価値がないと思っている障害者から、さらに存在が許される場所をも奪う行為を障害者差別と言えるのではないだろうか。

5.2 社会から生じる障害に対する差別を許容することの意味

DDAが対象とする社会から生じる障害の解消を求める主張は、社会構造によって障害を持つことになった障害者が、その社会構造を変えることで、社会に参加しようとする要求であると言い換えられるだろう。社会から生じる障害を理由とした差別——関連差別——を正当化できる、又は不合理であるとして合理的配慮義務の不存在を認めることは何を意味するだろうか。

社会から生じる障害が正当化されるのは、その社会を形成した構成員として障害者本人も含まれるからである。つまり社会を作った責任は障害者にもあるわけだから、全ての差別を解消できなくても許容される、というものである。確かに、例えば雇用領域に限定されたものであったとしても、当該社会構造に則り雇用環境等を形成・維持している場合、障害者が受ける全ての社会から生じる障害を解消する責任を使用者等に課す事は、そもそも社会構造それ自体を変えない限り不可能である可能性もある。従って社会から生じる障害に対する差別の正当化の余地

を残すのは、不可避と言えよう。

しかし、社会から生じる障害に対する差別が正当化されたからと言って、障害者が社会構造から不利益を被った、という事実が変わるわけではない。一連の考察から明らかであるように、そもそも障害者という存在自体が社会の主流派から外れた者たちであり、そんな彼らに対する社会から生じる障害に起因する障害を正当化するということは、社会構造からの排除を正当化することを意味する。だからこそ、関連差別における差別加害者の行為に関する正当化と合理的配慮義務の合理性は、障害者の権利保障の観点から厳格に審査すべきである。

6. むすびに変えて

本稿は「なぜ障害者差別は救済されないといけないのか」を問いに挙げ、DDAが対象とする障害と差別の関係を素材にして構造的に検討してきた。その結果、障害者が社会構造から排除を受け続けることにより自分自身からも排除をするようになった場合、差別は“自らの存在が許される場所をも奪うこと”と指摘できた。

筆者は、これまで障害者差別禁止法理の法構造を理解するために、DDAの法対象者と差別を構造的に検討する研究を進めてきた。しかし、そもそも本研究で差別禁止法理が、日本の文脈でどのように位置付けられるのか、を十分検討することができていない。これについての検討は他日に期したい。

付記 本研究は、早稲田大学日欧比較基本権理論研究所2013年度研究プロジェクトの成果の一部である。

〔投稿受理日2013.5.25／掲載決定日2013.6.27〕

注

- (1) 障害者政策委員会は、2011年の障害者基本法改正に伴い内閣府に設置された機関である（障害者基本法32条）。同委員会が設置される前は、2009年12月8日に内閣府に設置された障がい者制度改革推進会議が障害者差別禁止法を検討していた。
- (2) 平等法の詳しい説明は、杉山: 2013b, 川島: 2012。
- (3) 直接差別の詳しい説明は、杉山 2012c; 2013a, 関連差別は杉山 2013a, 合理的配慮義務は杉山 2011b; 2012a; 2012b。
- (4) [1999] IRLR319. = 1999年3月25日控訴院判決。
- (5) [2008] IRLR700. = 2008年6月25日貴族院判決。
- (6) [2011] IRLR673. = 2011年2月27日控訴院判決。
- (7) 附則1において、「インペアメント」「長期的影響」「重度の傷」「日常生活」「相当程度の不利な影響」「医療的処置の影響」「障害者と判断された者」そして「進行性の症状」を規定する。またこの障害の認定基準を補足するものとして、1996年障害者差別（障害の意味）規則やDDA 3条に基づいて所轄大臣は発行した『障害者差別禁止法: 障害の定義に関係する問題を判断する際に考慮すべき事柄に関する指針（Guidance on Matters to be taken into Account in Determining Questions Related to the Definition of Disability）』がある [Bamforth, Malik and O'Cinneide 2008: 1012]。
- (8) Guidance on Matters to be taken into Account in Determining Questions Related to the Definition of Disability (London: HMSO, 2005)
- (9) [2002] IRLR185. = 2001年11月14日 EAT 判決。
- (10) [2007] IRLR765. = 2007年7月23日 EAT 判決。
- (11) Case C-303/06. = 2008年7月17日 ECJ（ヨーロッパ連合司法裁判所）判決。詳しくは、杉山 2012c。
- (12) 職業訓練やリハビリテーションが中心だった障害者支援の中で雇用割当制度が新たに導入された [Malisoff 1952: 249, Gladstone 1985: 101-103]。
- (13) 1944年障害者雇用法で規定する障害者とは、「傷害、疾病（器官の未発達によって生じる身体的／精神的な病気も含む）、または先天的な奇形のために、当該個人の年齢、経験、および技能から鑑みて得られるだろう職業に就き、それを維持すること、もしくは自営することにおいて実質的な不利を被っている者」である（1条）。
- (14) 詳しくは、Doyle 1996: 1, 松井 1987: 282。

- (15) ここでいう福祉（well-being）は、「暮らしぶりの良さ」を表す言葉であって、福祉政策や福祉サービスを指すものではない [セン 1999: v]。
- (16) 詳しい説明は、福原 2007, Levitas 2005。

引用文献

- B Doyle [1996] Disabled Worker's Rights, the Disability Discrimination Act and the UN Standard Rules, *Industrial Law Journal*, vol. 25, No. 1, pp. 1-14.
- B Doyle [2003] *Disability Discrimination (fourth edition)*, jodans.
- C Barnes, G Mercer and T Shakespeare [1999] *Exploring Disability*, Polity Press
- D Gladstone [1983] Disabled People and Employment, *Social Policy and Administration*, pp. 101-111.
- デビッド・ジョンストン（小川喜道、於保真理、曾根原純、高橋マリア美弥子、麦倉泰子訳）[2008]『障害学入門』（明石出版）。
- 福原宏幸 [2007]「社会的排除／包摂論のパーспекティブ」福原宏幸編『社会的排除／包摂と社会政策』（法律文化社）。
- H Malisoff [1952] The British Disabled Persons (Employment) Act, *Industrial and Labor Relations Review*, 5: 2, pp. 249-257.
- House of Commons (HC) [1995] *Employment Committee Second Report The Operation of the Disabled Persons (Employment) Act 1944*, House of Commons.
- Incomes Data Services [2010] *The Equality Act 2010*, Incomes Data Services Ltd.
- K Monaghan [2007] *Equality Law*, Oxford University Press.
- 川島聡 [2012]「英国平等法における障害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。
- Levitas, Ruth [2005] *The Inclusive Society?*, Basingstoke.
- M Oliver [1990] *The Politics of Disablement*, Macmillan（三島亜紀子、山岸倫子、山森亮、横須賀俊司訳『障害の政治 イギリス障害学の原点』[明石書店、2006年]）。
- 松井彰彦 [2011]「社会の中の障害者」松井彰彦、川島聡、長瀬修編『障害を問い直す』（東洋経済新報社）。
- 松井亮輔 [1987]「障害者福祉サービス」社会保障研究所『イギリスの社会保障』（東京大学出版会）。

- N Bamforth, M Malik and C O'Cinneide [2008] *Discrimination Law*, Sweet & Maxwell.
- 佐藤幸治 [2011]『日本国憲法論』(成文堂)。
- セン・アマルティア (池本幸生, 野上裕生・佐藤仁) [1999]『不平等の再検討』(岩波書店)。
- セン・アマルティア (石塚雅彦訳) [2000]『自由と経済開発』(日本経済新聞出版社)。
- Sen, Amartya [2000] *Social Exclusion: Concept, Application, and Scrutiny*, Asian Development Bank.
- 障がい者制度改革推進会議差別禁止部会 [2012]『障害を理由とする差別の禁止に関する法制の制定に向けて ― 論点に関する中間的な整理 ―』(障がい者制度改革推進会議)。
- 障害者政策委員会差別禁止部会 [2012]『「障害を理由とする差別の禁止に関する法制」についての差別禁止部会の意見』(障害者政策委員会)。
- Social Exclusion Unit Report [2001] *Preventing Social Exclusion*, Office of the Deputy Prime Minister.
- 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』早稲田大学社会科学研究科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』早稲田大学社会科学研究科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』早稲田大学社会科学研究科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 [2013a]「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 pp. 174-189。
- 杉山有沙 [2013b]「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」『社会学研論集』21号 pp. 161-176。
- 湯浅誠 [2008]『反貧困』(岩波書店)。