

早稲田大学大学院社会科学研究所

# 博士学位申請論文審査要旨

申請学位名称	博士（学術）
申請者氏名	杉山 有沙
専攻・研究指導	政策科学論専攻 比較憲法論研究指導
論文題目	障害差別禁止法理とは何か What is Disability Discrimination Doctrine?
論文副題	障害差別禁止法理における主体的な個人としての個人像に立脚した平等権保障の規範的構造 Normative Structure of Equality Right based on Conception of Independent Individual in Framework of Disability Discrimination Doctrine in UK and Japan

## 博士（学術）学位申請論文審査要旨

杉山有沙『障害差別禁止法理とは何か——日英障害差別禁止法理における  
主体的な個人としての個人像に立脚した平等権保障の規範的枠組——』

### 1 本論文の主題

本論文は、差別禁止法制の中で「障害差別」と呼ばれる領域を扱い、禁止・被害救済の対象となる「差別」の認定方法に関わる法規範の構造と射程をイギリスとの比較研究を踏まえて明らかにしようとするものである。具体的には本論文は、障害差別とは何か、どのような体系の規範複合に基づいてそれが違法とされるか、特に、禁止される差別の中に障害を持つ者のための特別措置を認めないことが含まれるのは一体いかなる意味なのか、などの問いに答えることを目標とする。

「平等」の権利と原則をめぐっては、近時、世界の道徳哲学・政治哲学に関わる議論をはじめ、様々な文脈で、その意義が再評価され、規範としての内容と射程が問い直される機会が多くなっている。その影響は、日本の憲法運用における平等の地位変化にまで及んでいる。日本の最高裁判所が2008年6月4日判決で国籍法3条1項を、2013年9月4日判決で民法900条4号但し書を憲法違反としたのは、いずれも法の下での平等を保障する憲法14条1項に反するものと認めたためだった。こうした平等に関する意識の高まりは、世界の多くの法システムにおいて見られる。本論文の比較対照国であるイギリスでも、2010年には平等法が制定され、差別禁止に関わる法体系の刷新が実現された。さらに、本論文の対象領域を構成する障害差別に関しても、2006年12月13日に国連総会で採択された障害者権利条約（Convention on the Rights of Persons with Disabilities）が2008年5月3日に発効し、日本でも2013年6月に障害者差別解消法等が成立し、同年12月に障害者権利条約の批准が国会により承認されている。

このような世界的な動向自体が、理論的解明の必要な事象である。この文脈において本論文は、人種差別や性差別を標準として組み立てられてきた20世紀型の差別論を一段階高い次元へと理論的に発展させる上で、世界的な障害者による権利運動が果たした役割に注目する。20世紀型の差別論においては、目に見える生得的カテゴリーに基づく集団間の区別・従属化という指標に重きを置いて禁止対象を特定しようとしてきたが、そこでは、性質上「個別具体的」（本論文47頁）であり、生得的であるとも限らない障害差別は差別禁止の傍流と位置づけられがちであった。障害者の生活福祉を実現するための恩恵的・福祉的措置として擬制的に差別禁止法理の準用が行われる、という理解さえ散見される状況だった。それに対して、1980年代以降に高まりを見せた障害者の差別禁止を求める運動は、障害が個人の不運として発生するリスクと捉えてきた医学モデルを克服し、障害によって生活上の不利が生じること自体が社会制度構築の結果であり、社会の責任に属する問題であることを認識する。そのことによって障害者運動は、障害を持たない者の便益を標準に

採用された制度設計の排他的効果に無反省に依拠することが差別であり得ることを明らかにしていった。そして、この運動を支えていた、差別される側の視点を内面化する法的評価枠組を法制度の上で取り込もうとしたのが、各国の障害差別禁止法制であり、上記の障害者権利条約などであった。本論文による比較検討の対象外であるが、1990年のアメリカADA (Americans with Disabilities Act: 障害を持つアメリカ人法) が一つの嚆矢となっている。

非常に高い理論的水準で起草されたが、裁判上の実現過程で思うような実効性を発揮できなかった ADA に対し、イギリスの障害者運動を契機に 1995 年に制定された DDA (Disability Discrimination Act: 障害差別法) は、権利保護委員会の活動や裁判を通じた差別禁止の実効化に関しても、一定の役割を果たしてきたことが知られている。こうした意義に基づいて DDA は、日本における障害者差別解消法の立法準備段階においても、主要な障害差別禁止法モデルとして参照された。

本論文は、この DDA の規範内容に関わる立法過程、判例法理や学説上の評価を分析対象とすることにより、DDA が踏まえる「差別」理解に関する体系的理論モデルを明らかにし、その——憲法典による議会の拘束を採用しないイギリスにおいては問題になりにくい——差別禁止の「人権」的性格を正確に読み取りながら、共通した平等理解が日本国憲法 14 条の中にどこまで基礎づけられているかを明らかにしようとするものである。

## 2 本論文の構成

上記のような目的を達するために本論文は、序、第 1～4 部の本論および結から構成される。

まず、「序」において、障害差別の問題にアプローチする様々な手法の中から憲法学の方法を選択する意味を明らかにするとともに、イギリスにおける DDA に関する学説・実務の検討がこの憲学的アプローチにとって有意義であり得る理由を確認する。その上で、「第 1 部」(第 1～2 章)においては、差別禁止の対象となる「障害」概念の捉え方に関わるモデルの変遷と現状が、「第 2 部」(第 3～6 章)では DDA が改正されていく中で体系的に——一部の機能不全領域を作り出しながら——完成されていった障害差別禁止を構成する個別一 (直接差別禁止、関連差別禁止、合理的配慮義務不履行の禁止) の構造と内容が提示される。さらに「第 3 部」(第 7～9 章)では、その機能不全領域を克服する意味をも伴って 2010 年平等法へと再編成されていく時期を意識して、「障害」概念の拡張や個別一 の組み替えといった、実務的・立法的に生じた発展を主たる考察の対象とすることにより、DDA 下で構築された差別禁止規範体系の連続性と、それを保障する法制度枠組における発展の必要性が確認される。それに続けて「第 4 部」(第 10～11 章)は、イギリスを参照することによって体系的に構築可能であることが明らかになった障害差別禁止法理の枠組が日本で実現可能であるかどうかを問い、現在の立法段階における方向性の妥当さと欠落部分の補完において憲法 14 条の正しい解釈が果たすべき役割が指摘される。最後に「結」

において、人権としての差別禁止が保障しようとするものの実体に関して、障害差別を考慮に入れることによって得られる新しい地平が確認される。

本論文の章建ては以下の通りである。

序 なぜ、今、障害差別禁止法理なのか？

1. なぜ、障害差別なのか？
2. なぜ、本研究の比較対象法が 1995 年障害差別禁止法なのか？
3. 本研究の構成

## 第 1 部 イギリス障害差別禁止法理の形成と“障害”の定義

第 1 章 どのように障害差別禁止法理は形成されたのか？

1. 1995 年障害差別禁止法（以下、DDA）の基本構造と制定史
2. DDA の制定を促した障害者運動
3. 障害モデル の分類
4. DDA に対する障害モデル の影響
5. 小括

第 2 章 障害差別禁止法理における“障害”とは何か？

1. DDA における“障害”の構成要件
2. 障害の責任の所在
3. DDA 障害特定の際における社会とは？
4. それでも医学モデル なのか？
5. 特定方法としての“2つの基準アプローチ”
6. 小括

小括

## 第 2 部 障害差別禁止法理が禁止する差別構造

第 3 章 平等取扱原則に反する差別に対する個性的な禁止規範

1. DDA が禁止する差別の基本的な位置付け
2. DDA における平等取扱原則規定の変遷
3. DDA で禁止する平等取扱原則違反とその限界
4. 障害差別禁止法理における「平等取扱原則」の意味
5. 小括

第 4 章 障害差別禁止法理が禁止する合理的配慮義務の不履行とは？

1. 障害差別の特殊性に関する再検討
2. DDA と合理的配慮義務
3. 合理的配慮義務の規範的構造
4. 合理的配慮義務の内容と射程に関する判例
5. 合理的配慮義務の履行／不履行に関する審査枠組

## 第5章 なぜ合理的配慮義務の不履行は差別禁止法理の要請として禁止されるのか？

1. 合理的配慮義務とインペアメント考慮型社会モデル
2. 合理的配慮義務の法的性格
3. 合理的配慮義務の責任の所在
4. 平等取扱と合理的配慮義務の関係
5. 小括

## 第6章 合理的配慮義務と公的支援制度は違うのか？

1. DDA の狙いと合理的配慮義務
2. 合理的配慮義務と労働へのアクセス支援制度（以下、AtW）の関係
3. 合理的配慮義務と AtW の規範構造の異同
4. 障害差別禁止法理の要請としての合理的配慮義務
5. 小括

小括

## 第3部 “障害” と “差別” からみるイギリス障害差別禁止法理

### 第7章 障害差別？ それとも障害 “者” 差別？

1. DDA における当事者適格という問題の発見
2. 障害者介護者が有する法的権利
3. DDA の対象者としての障害者介護者の差別構造
4. 障害者介護者も障害差別禁止法理の対象と位置づける規範構造
5. 小括

### 第8章 DDA はどのように評価されたのか？

1. 障害差別禁止法理の法枠組
2. 法対象者
3. 禁止する差別
4. 小括

### 第9章 障害差別は “何” から生じるのか？

1. DDA が対象とする障害と差別
2. DDA が対象とする障害と差別の関係
3. 小括

小括

## 第4部 日本への応用可能性

### 第10章 現在日本の障害差別禁止法理はどのような課題を抱えているのか？

1. 障害差別禁止法理の基本構造
2. 障害と差別の意味
3. 障害者基本法の具体化としての障害差別禁止立法が抱える課題
4. 小括

## 第 11 章 日本における障害差別禁止法理とは何なのか？

1. 障害差別の構造と事例
2. 形式的平等の要請としての障害差別の禁止
3. 小括

小括

結 なぜ障害差別は救済されないといけないのか？

1. “差別救済”を主張するということ
2. 差別はなぜ悪いのか？
3. 自己価値を否定する障害者と法的な意味での差別禁止規範の関係  
むすびにかえて

### 3 本論文の内容

序においては、本論文の全体にわたる問題提起が行われ、具体的な検討素材の特定が行われる。すなわち、「障害差別とは何か」という問題を考えるにあたって憲法学的なアプローチを採用することが明示される。これは、差別をなくしていくために何をすべきか、という立法論的な議論の前段階として、そもそも禁止すべき差別を特定する観点が必要であることを意識するものであり、背景において、日本の従来における障害者立法において指導的であった福祉理念を差別禁止法理の上位原理にすべきか否かに関する深刻な疑念を背景とする問題設定である。それに続き、具体的な比較対照素材としてのイギリス 1995 年 DDA を選択する旨が明らかにされる。これは、判例法理を通じて差別禁止を実効的に保障することに一定範囲において成功した DDA 体系を参照することにより、その実効性を支えたであろう規範要素の抽出が可能であることを意識した選択として説明される。

**第 1 部** 本論の最初となる第 1 部においては、差別禁止の対象となる「障害」概念の捉え方に関わる問題がまず扱われる。**第 1 章**は、DDA 制定過程の中で障害者運動と、その理論的基盤となった社会モデルに基づく障害認識スキームが果たした役割を分析する。ここでは、障害差別を禁止する法制度の確立に向けて働きかけた障害者運動が、非障害者による保護の対象とされて自立能力を否定された弱者としての障害者像の克服こそ差別禁止の第一歩と位置づけていたことが描き出される。そこで意識される障害モデルは、本人個人にとっての不幸な事故としての医学モデルに基づく障害ではなく、生活上の不利が社会的に構築されたものだとする社会モデルの知見を取り込んだものであった。こうした背景に基づき、DDA の基本性格が医学モデルを基礎に置きつつ、決定的な形で社会モデルの認識を取り込んだものとして描き出される。

DDA の性格規定において軸とされる「インペアメント考慮型社会モデル」という基礎構造が制定後の判例において具体的に展開してきたことを描き出すのが**第 2 章**である。DDA の構造の下では、差別禁止の対象と認められるにはインペアメントを持つ者の認定が必要となる。しかし判例は、そのインペアメントの範囲を拡大する道を選び、純粹医学的に特

定可能なものに限定することを回避した。さらに、「社会的不利」の存在——すなわち、「日常生活活動」への「重大な不利」——の方を障害認定の上で重視していくことになり、純粋な医学モデルから離脱して、障害者が蒙る不利の原因者である社会の側の責任を認識し得る「インペアメント考慮型社会モデル」が形成されてきたことが明らかになる。

**第2部** このインペアメント考慮型社会モデルを採用した DDA が、それでは「障害差別」をどのような事象として捉え、禁止しようとしていたのか。この差別禁止法理の規範内容を扱うのが第2部各章である。

まず**第3章**において、直接差別・関連差別・合理的配慮義務不履行の三者によって構成される DDA の差別禁止法理の基本構造が示される。このうち関連差別と合理的配慮義務不履行の二要素が制定時における差別禁止法理の内容だったが、この関連差別の認定に関わる混乱を緩和するために、ヨーロッパ連合（EU）法において用いられることの多い正当化の可能性を排除した直接差別という観念が 2003 年改正によって導入された。直接差別と関連差別が、個別事例の中で具体的な能力差等の実質的差異に基づかない不平等取扱を排除する、不合理な差別禁止の類型と整理される。ここにおいて EU 法上の間接差別に関わる問題事象は、関連差別の一類型と位置づけられた。

続く**第4章**は、障害差別の問題に関わって最も位置づけの困難な要素とされる合理的配慮義務の規範内容を分析する。これは、差別者側が用いる規定・基準・慣行もしくは建物の物理的特徴が障害者に不利な影響を与える場合に、その規定等の再検証に関わる義務が発生するものであり、その義務が過度な負担に至らない限りの「合理的」範囲であることに特色がある。性差別禁止法や人種差別禁止法においては、こうした合理的配慮義務が要請されることはない。そこから、障害差別禁止法は差別禁止法の中で傍流であり、障害者の生活福祉を目的とする福祉立法としての性格を併せ持つとの理解が唱えられることもある。しかしここでは、合理的配慮義務の法理——特に、雇用分野で使用者の義務の中核を成す個別的な特別措置の要求に関わる対応的な合理的配慮義務——が社会モデルの視点に基づき、障害者に対して不利を課すことに関する社会の側の責任に対応する制度修正義務を一定範囲で制度運用者に求めるものであることが明らかになる。

この制度運用者に対して制度の再吟味を求める合理的配慮義務の構造は、それでも、従来の差別禁止法理で認められてきた、具体的理由を欠いた不合理な差別の禁止とは異なるようにも思われる。そこで、合理的配慮義務が差別被害者の事実レベルにおける不利の解消を狙った「実質的平等」という視点から正当化されたものなのか、それとも狭い意味において各事例の実態の中に理由を有しない不合理な不平等取扱を問題視し、差別行為者の差別行為を違法化することを狙った「形式的平等」の法理の枠内にあるものかを検討するのが**第5章**の考察である。その意味で本章は、合理的配慮義務の位置づけをめぐって理論体系を全体的に整理しなおす中間考察的な役割を果たす部分となっている。そこにおいては、社会モデルを採用することにより、社会的排除に関わる排除者の責任を視野に取り込むことを可能にした DDA の差別禁止法理が、まさにグループ・ライツ的な発想で従属性の

解消を目指す実質的平等の道を拒絶しつつ、伝統的な差別禁止論の射程を越えて、差別禁止において真に救済されるべき排除事象に対して救済の手を広げたものとして合理的配慮義務の構造が描き出される。障害において同じ状態にある者がいないという障害の個別性に対応する必要を意識する障害差別禁止法理だからこそ、新たな排除構造の原因に目を向け、それを取り除く形における救済まで射程に収めることになる。

**第6章**では、前章の結論を確認するために、障害者福祉のために望まれる積極的な就労支援のための公的支援制度との比較を行い、機能として公的支援制度が合理的配慮義務の履行範囲を拡大するために有効な補完的制度となっているが、合理的配慮義務の成立範囲は支援制度の利用可能性をも取り込んで決定されるものであって、福祉措置として支援を行うかどうかと、合理的配慮義務が成り立つかどうかは、全く別個の基準によって、相互に完全に独立して判断されることが明らかにされる。これによって、合理的配慮義務には障害者福祉の目的で実質的平等促進策として実施されるというような理論要素は帰属しておらず、純粹に社会的排除の防止という観点から形式的平等を貫徹させようとする法枠組であることが明らかになる。

**第3部** それに続く第3部では、DDAで形成された障害差別禁止法理が、判例上組み込まれた機能不全領域を克服する意味をも伴って2010年平等法へと再編成されていく時期を意識して、「障害」概念の拡張や個別一 の組み替えといった、実務的・立法的に生じた発展を主たる考察の対象とする。

まず**第7章**においては、EU裁判所の影響で生じたDDA期の末期におけるDDA適用対象の拡大がもたらしたものの意義を検討する。その時期の新しい判例法理において、障害者介護者が差別を受けた場合に、DDA上の当事者適格を有することが確認された。これは、医学モデルを強く意識する「障害者」差別禁止法としての制定当時のDDAの位置づけが、社会モデルをより強く踏まえたものへと発展していく上でも重要な契機となった。

そしてDDAは、最終的には2010年平等法の制定に伴い、規範内容としては平等法の中に取り込まれ、歴史的役割を終えて廃止される。**第8章**では、DDAを構成してきた規範が平等法の制定過程においてどのように評価され、どのような形に変形されて平等法に取り込まれていったのかを確認する。差別類型に関して平等法は、直接差別・起因差別・間接差別・合理的配慮義務という四者による構造を選択する。DDAで関連差別と呼ばれてきたものは、起因差別と間接差別に分解された。ここでは、DDA下で関連差別を認定する際の比較対象者の特定に関して誤った判例法理が形成されたことにより、関連差別禁止が法的に無意味化されてきた実務上の失敗があり、むしろ差別類型に関してはDDAの下で——判例を批判しながら——学説によって理論的に確立されてきた差別禁止法理をよりの確に表現する枠組として四者構造が選ばれたこと、その点においてDDA下での理論的發展は平等法において肯定的に評価されていることが確認された。

イギリスを対象とする比較研究のまとめとして**第9章**は、障害モデルと差別類型の対応関係の整理をもう一度行い、インペアメントへの依拠を違法要素として強く意識する直接



差別と、社会的不利を踏まえた排除構造に対する有責な差別者の対応義務に関わる合理的配慮義務不履行を両極に、医学モデルで認識される差別から社会モデルで認識される差別まで複合的な問題への対処を目指した法体系として DDA の特徴が再度描き出される。

**第 4 部** こうしたイギリスにおける障害差別禁止法理の規範分析を経て、日本における憲法学的な差別に対するアプローチにおいて、このモデルがどこまで有効に受容可能であるのかが検討される。

まず**第 10 章**は、現在の日本において実現されている障害差別禁止法理の立法上の現状を探る。障害者権利条約の批准を国会承認するために、2013 年に障害差別解消法が制定され、2011 年に改正された障害者基本法とともに、一応の障害者差別禁止に向けての法整備がなされている。また、そこにおいては、社会モデルに基づく障害概念が意識されるに至っている。しかし、不当な差別があった場合に救済の必要性があることを指摘するに留め、具体的な禁止されるべき差別類型とその具体的な内容を固定化しない現行法は、差別禁止を無限定に相対化し、様々な差別正当化の抗弁を受け容れる可能性を開くものでもある。また、合理的配慮も行政機関に対して一定範囲において義務づけられるものの、その範囲は明確化されていない。こうした点において現行法は、今後の適正な運用を妨げかねない「躓きの石」を組み込んだ形で制定されていることが確認され、そうした石によって救済が妨げられることのない慎重な運用の必要性が指摘される。

特に国家機関による差別に関しては、障害差別を受けない権利に基づく差別禁止規範は、もともと憲法 14 条の規範内容に含まれており、従って立法的に内容を具体化することになったとしても、それは憲法 14 条による権利保障を明確化するだけのものと評価されることになる。こうした憲法 14 条に基づく憲法上の権利保障と障害差別禁止立法との関係、そして立法の欠落部分における裁判所の役割については、**第 11 章**で分析される。特に違憲立法審査基準との関係では、直接差別に関しては厳格審査、関連差別については法的目的分類との関連性についての審査を先行させた厳格な合理性の基準が提唱される。また、合理的配慮義務不履行についても、基本的には間接差別禁止法理の救済手段に関わる方策という次元に位置付けられ、形式的平等に基づく推論の枠内において憲法規範化可能であることが論じられていく。

**結**では、以上の考察を経て、なぜ障害差別が救済の必要のあるものなのかを問う。差別に対する救済を訴える力を持つ強者以外——特に、障害を持つことにより自身からも排除されてきた者——にも権利保障の枠組を確保していくべきことが確認されるが、そのためにこそ、社会構造が障害者を排除することの責任が社会構造を作る側にあることを基軸にした差別禁止規範の構造を明確化していく必要性が指摘され、隣接する福祉法理といったん切り離れた上での総合など、今後の発展に向けた残された課題が指摘されて考察が閉じられる。

#### 4 公聴会における質疑応答

公聴会においてはまず、申請者から、用語法の統一に関わる字句修正の申し出があった。すなわち、差別禁止の手がかりという意義において定義される「障害」概念を個別具体的・関係依存的であることを踏まえた用語で一貫させ、規範的理念についても個別事例における根拠なき能力差の推定の排除を軸に整理し、さらに障害「者」差別禁立法理も個別事例における障害差別の救済という目的を共有する範囲において参照される旨を明示する形で、用語の統一と注記を行いたい旨の説明があった。

それに続き、質疑応答が行われた。

まず問われたのが、「障害」および「医学モデル」の概念につき、その認識方法の一貫性であったが、申請者は、本論文が「障害」を福祉の対象問題としてではなく、あくまで国家が救済すべき差別を識別する際の手がかりとして具体的関係において無関係な排除要素を特定するものであり、その限りで上記定義に基づく「障害」の把握が可能であること、「医学モデル」については社会生活上の不利を本人の責任に帰せしめる責任分配基準に関わるモデルとして提示されていることが明らかにされた。

次に問われたのが、具体的関係の中で障害を持つ人と持たない人の間の「能力差」につき、「ある」という前提なのか「ない」という前提なのかに関わる、形式的平等を主張する認識基盤についてだった。「能力差が『ない』のに『ある』かのように扱われることが差別だ」とする規範的な枠組を踏まえ、その規範が成り立たない場面として能力差が実質において存在する事例を意識しながら切り分けを問題にしている旨の説明があった。

その回答を踏まえて、能力差が実質として肯定される領域を先に除外すると、特に精神障害・知的障害などの事例において、救済される範囲が極めて限られることにならないかが問われた。申請者は、障害の種類にかかわらず同じ認定基準で差別が特定されるものと説明し、そこで救済される対象が極めた限られたものであることには同意しつつ、福祉法理を混在させずに平等に基づく権利として当然に救済を得られる領域の画定を目指した本論文の目的から、一定の救済範囲の限定は不可避である旨を述べた。その指摘に対して審査員側から、「ここは絶対に譲れない形式的平等の領域を見つけ出す」という狙いは理解したが、権利による切り分けではこぼれ落ちるものがあるので、考え続けて欲しい旨のコメントがあり、福祉法理の適用方法とともに検討し続けたい旨の申請者からの表明があった。

さらに、合理的配慮義務が成り立つ範囲の特定方法につき、予測型あるいは環境配慮型と呼ばれる類型が排除されていることの意味につき、それが上述の権利侵害を特定する考察方法の帰結であることが確認された後、企業規模等を勘案した比較衡量的な合理的配慮義務の成立範囲認定手法を排除していることの意味が問われ、「できるのにやらない」ことが合理的配慮義務違反を差別と捉える際の基本構造であり、企業規模等は「できる」かどうかを採知する上で参照されるが、比較衡量は決定要因ではないという構造の説明が行われた。合理的配慮義務で救済可能な範囲が限定的ではあるが、その点は自覚的であること

も明らかになった。

その回答との関係で、社会的不利に対する救済を担う責任が（雇用関係では）使用者と障害を有する個人本人に分有され、結局は本人負担が過大でないのかが問われ、申請者から、本人責任という理論要素の危険性は認識しているが、裁判における二者間関係を想定した場合の必然性から本人責任を考えざるを得なかった旨の回答があった。なお、別の責任の担い手としての国家の合理的配慮義務の範囲については、なおも検討を続ける必要がある点が審査員側から指摘され、その点については考察を続けたい旨の申請者による表明があった。

さらに、直接差別が認定される範囲につき、Watts 判決を手がかりに、顧客の選好による営業上の不利を使用者が考慮することを直接差別の下で禁じてよいのかが問われた。申請者からは、直接差別が「能力差による理由がないにもかかわらず障害を理由に排除」するケースを違法認定するための基準であることが強調され、そこに正当化の余地がないのは構造的必然だとの説明が行われた。直接差別と関連差別という差別類型の立て方を含め、禁じるべきものの実体と、それを説明するための理論枠組を厳密化するための作業になお残された課題があるとの認識は申請者も共有しており、今後、日本でも増えていくであろう個別事例の中で、各差別類型の具体的な適用基準を発展させていくべきことが明らかにされた。

## 5 本論文の評価

冒頭に記したとおり、差別禁止法理をどのように体系的な形で理論的に把握すべきかという問題は、21 世紀における人権体系のあり方をめぐる問題として、世界の道徳哲学・政治哲学に関わる議論に始まり、人権理論にとって、そして憲法学にとって共通の問題となっている。そうした理論的な困惑状況の中で、本論文は、極めて着実なイギリス DDA の規範分析を通じて理論モデルを形成し、そのモデルを日本国憲法 14 条における法の下での平等保障の枠内において従来の人権体系と齟齬を来さず、その上で社会的排除による人権侵害をも直接に人権論的な問題射程に含みこむことができる理論枠組へと発展させて提唱するオリジナな研究であり、非常に高い学術的意義を有する。

本論文の第一の特徴として、比較法的な作業が非常に丹念になされていることと、それにもかかわらずイギリス法解釈を踏まえて構築される理論がイギリスの文脈の中でも十分に意識されていない形における一貫的把握を提唱する独創的な分析枠組となっている点が指摘できる。前者の点に関しては、本論文において参照される DDA の制定過程における議論や立法資料、その後の運用に関わる判例や学説、そして平等法の制定過程に関わる資料などにつき、少なくとも代表的といえるものはすべて網羅した、極めて丹念で包括的な文献学的探究を踏まえたものとなっている。各論者や立法過程における議員発言などは、その背景的理論を踏まえて正確に位置づけられ、その理論的射程に関わる評価の対象とされている。そうした点において、外国法紹介として踏まえないと学術的な要件は

すべて満たされている。

にもかかわらず本論文は、単にイギリスにおいて唱えられている最も良質な議論をそのまま紹介するものではない。本論文は、イギリス法解釈としても、伝統的パラダイムに固執することによって組み込まれた不純物が、イギリス障害者運動の意図を踏まえつつ外国から分析する視点によって整理され、一貫性の高い説明枠組が理論的に構築されており、その点においてオリジナリティの高い理論研究としての成果を挙げることに成功している。これは、日本語で発表することによって必ずしも本来の意義を発揮し得るものではないため、今後、DDA や平等法を意識しつつ、それらを抽象化した上で得られる包括的理論として、英語でもって世界に向けて発信していくことが望ましいものであろう。

さらに本論文の第二の特徴として、これまで極めて手薄であった障害差別の分野において憲法 14 条の持ち得る法的意味を包括的に提示する、人権各論の分野における独創的な業績としての意義が指摘できる。同程度の体系性をもった先行研究としては、本論文にも引用される植木淳による ADA 研究を踏まえた体系が意識されるが、比較対照国の違いや障害者運動の軌跡に関する位置づけの違いなどがあり、本論文においては福祉法理からの切り離しを強調して形式的平等論に傾斜した一貫性の高い理論が提示されている。その理論水準は先人の及ぶところではなく、理論としての包括性においても、政策論の影響を受けない権利論としての固定的内容を描き出す際の手法の確かさにおいても、卓越した研究となっている。純粋に法学研究として見た場合に、極めて高度な理論であると評価できる。

そして本論文の第三の特徴として、単に法学研究として優れているだけでなく、総合的な社会科学としての考察枠組の広さと射程の大きさが指摘できる。障害差別禁止法理に関わる規範的分析は、それに先立つ認識枠組として「障害」をどう捉えるべきかに関する障害学との学際的融合を必要とする。医学モデ / 社会モデ という、もともと障害学に由来する議論が本論文においては正確に位置づけられた上で、規範的観点に基づく法学的理論選択として構造化されることにより、障害学への逆照射が可能になっている。さらに、基本財の配分における平等を求めるリベラリズムの政治哲学の立場が伝統的権利論の基礎として参照されるのは当然として、アマ ティア・センの *capability* アプローチなど厚生経済学の知見を踏まえ、またフランス社会学由来の「社会的排除」概念を意識しながら、その「社会的排除との闘い」を条約上の目的に掲げる EU の福祉政策に関わる理念構造も考察に取り込まれている。こうした点に関わって、本論文は独自の立場から理論的貢献をなすものであり、社会科学の総合という本研究科の理念に適った研究成果を構成している。

もともと、上記のような広範な射程を持つ新しい差別禁止論を緻密な比較法的対象分析に基づいて規範的に打ち立てるといふ本論文のあり方は、その裏面として、一定の欠落を生じさせていることも否めないところである。

第一に、イギリスにおける障害差別禁止法制が障害者運動によるインパクトを手掛かりに、あたかも完結的な立法動向を踏まえたものとして記述されているような印象があるが、実際には DDA は雇用割当制を廃止し、障害者法制全般の方針転換を実現した総合的な意義

をもつものである。確かに雇用割当制の踏まえる障害者登録制度がラベリング機能によって批判されたことは事実だとしても、差別禁止によって救済され得るのが具体的な障害者が直面する社会経済的な不利のごく限られた範囲であることに鑑みれば、福祉切り捨てとも特徴づけられる当時の保守党の政策体系の中における DDA の位置づけについては、もう少し複合的な検討が必要であつたらう。

第二に、上記の福祉的措置の切り捨てを補う形で導入された雇用促進制度 *Access to Work* が、雇用関係における合理的配慮義務の補完機能において紹介されるに留まり、国としての合理的配慮としての側面において検討されていないことの問題が指摘される。特に雇用関係における障害差別の実効的な禁止を進めるためには、社会モデルによって生じる「社会的責任」の使用者と国との間における分有が必要なはずであり、国としての合理的配慮が総合的かつ予防的に求められる場面が考えられる。この点で合理的配慮義務の名宛人を使用者に限定したことは、本論文が憲法学の枠組で国に対する義務を踏まえて検討していることからすれば、不十分であるようにも思われる。

第三に、本論文が個人の差別されない権利を軸に差別禁止法理を検討することにより、本論文の枠組で差別と認定されない事例において障害を持つ者が直面する様々な排除に対して目を閉ざしているとの批判が想定できる。実際には、グループ・ライツ的な発想に基づく障害者集団に対する支援は、上記の雇用促進制度の例や、重きを置き過ぎると個別救済の妨げだと本文中で指摘される予防的合理的配慮の例に見られるとおおり、実際の差別禁止の実効性を確保するための補完として重要な役割を果たすことが期待できる。その意味で、障害者集団を主体に想定する権利には個人を主体とする権利を補完する役割が考えられる。にもかかわらず、グループ・ライツ的な視点は本論文にあつては克服の対象たる福祉的配慮にしかつながらないものとして切り捨てられている。本論文のように個人を主体とする差別を受けない権利と、障害者集団の非従属的地位を求める権利とを、二者択一的な対立的関係において捉える立場を一貫させることが望ましいのかどうか、総合的な障害者政策の枠組の中において検証される必要があるらう。

第四に、このグループ・ライツ的な観点による補完可能性如何という論点に現れるのは、過去に女性差別や人種差別などを標準的な差別禁止事項とすることによって組み立てられてきた差別禁止論の規範体系に関する重要な蓄積に対する、本論文による必ずしも十分とは言えない配慮であると言える。本論文が差別禁止事項としての「障害」を切り出すにあたり、障害の個別性・関係依存性という観点を組み込んだことの意義は重要であるが、そうした観点を強調するあまり、従来の差別禁止法理において重要な役割を果たしてきた視点が失われている可能性があり、障害差別が、他の差別禁止事項をも組み合わせた差別禁止法理全体の中でどのような場所に位置づき、障害の個別性・関係依存性に基づく規範的帰結がどこまで障害差別固有の現象なのか、それとも差別禁止法理全般に対して影響を持つものなのかが明らかにされていない。

総じて、障害者福祉法理と組み合わせた障害者法制全般の中における障害差別禁止法理

の位置づけ、および、他の差別禁止事由を踏まえたものを含む差別禁止法理全般における障害差別禁止法理の位置づけを明確化する点において、本論文は、なお期待される帰結を引き出すに至っていないものと思われる。

しかし、この欠落点は、現時点において障害差別禁止法理の規範内容を閉じた体系として夾雑物なく理論化し、個人を主体とした平等権の帰結として救済に対する絶対的な法的必然性の成り立つ領域を浮き立たせることを目的とした本論文の目的設定からして、ある意味では必然的に抱え込まざるを得ない限定に基づくものだとも評価できる。すなわち、本論文は、障害を持つ個人の差別を受けない「形式的平等」の原理に基づく権利がどこまで純粋な形で成り立つかを突き詰めて問い、その際に社会モデルを取り込んだ障害概念を踏まえることによって——従来は形式的平等として整理することは無理だと考えられてきた——合理的配慮義務をも規範体系に取り込む理論モデルを打ち立てる点において重要な貢献を成すものである。そのため本論文は、純粋な権利保障の対象とはならない福祉法理との境界領域、あるいは、同じ規範モデルが通用しにくい他の差別禁止事由との体系的整合性について包括的な説明枠組を提示することを目指すものではない。そして、まさに障害差別禁止法理の固有の規範体系を純粋な形で描き出すことに成功したことが、本論文の持つ学術的意義の基本であることに鑑みれば、周辺領域と併せ検討した場合の体系化については、今後の研究の進展に期すべき課題であって、まずは純粋に障害差別禁止法理の閉じた体系を完成させた後で初めて余裕をもって取り組むことのできる課題であるとさえ位置づけられる。その点において、上記の第1から第4を中心とする本論文の欠落点は、本論文で完成された理論の射程を拡大して一般化する際の要考慮点が見えてきているに過ぎないものとも考えられる。そうした普遍的理論化に向けての要考慮点が見えてきていることは、むしろ本論文が本来の目的とした範囲を超えた射程を持つ理論を打ち立てていることの証左であり、本論文の意義を裏書きするものでこそあれ、本論文の意義を損なうものではまったくないと考えられる。

このような点を総合的に考慮すると、本論文は、正確な比較法的な分析に基づき、独創性が高く射程の大きい新しい理論体系を強い説得力をもって構築し、もって憲法学・社会法学・差別法学などの法学的分野における平等論のパラダイム転換に大きく貢献するとともに、政治哲学・道徳哲学や隣接社会科学分野における差別と平等をめぐる規範的議論や障害学の基本的アプローチにも貴重なインパクトをもたらす重要な研究であると認められる。これは、「社会科学研究科博士学位審査基準」にいう観点、すなわち、①着眼点、方法、内容、結論等におけるアイディア、独創性、②論文のテーマ設定の妥当性、重要性、③テーマに応じた論文の構成の妥当性、④先行研究のサーベイをふまえた専門分野における貢献度、⑤データや資料に裏付けられた実証性、⑥論旨展開における論証力、説得力、⑦専門用語や概念の使い方における正確さ、妥当性、充分性、⑧引用の仕方、注の付け方、資料の利用の仕方、文献リストの作り方における正確さ、妥当性、充分性、⑨社会科学研究科の独自性から要請される学際性、実践性、⑩論文全体としての卓越性、のすべての点を

極めて卓抜した理想的な形で充足するものである。以上のことから、本論文は博士（学術）を授与するに値する高い学術性と学際性を備えた重要な価値があると評価できる。

## **6 結論**

以上の所見と評価に鑑み、審査委員は全員一致で、本論文の著者が「博士（学術）」の学位を受けるに値すると認める。

2014年6月21日

審査委員

主任審査員 早稲田大学社会科学総合学術院教授

審査員 早稲田大学社会科学総合学術院教授

審査員 早稲田大学社会科学総合学術院教授

審査員 早稲田大学法学学術院教授

博士（法学） 早稲田大学

博士（法学） 早稲田大学

西原 博史

清水 敏

久塚 純一

浅倉 むつ子