

# 障害差別禁止法理における間接差別の構造的位置づけ

——イギリス1995年障害差別禁止法と2010年平等法における  
間接差別概念を素材にして——

杉 山 有 沙

## 1. はじめに

### 1.1 日本の障害差別禁止法理における間接差別の現状

a) 障害差別禁止立法の現状 2013年6月に“障害を理由にする差別の解消の推進に関する法律”(以下、差別解消法)が制定され<sup>1)</sup>、同月、“障害者の雇用の促進に関する法律”(以下、雇用促進法)が改正された<sup>2)</sup>(2016年4月施行予定)。両法の関係は、雇用領域における障害差別を雇用促進法が担い、それ以外の領域における差別問題を差別解消法が対応するという関係にある(差別解消法13条)<sup>3)</sup>。

b) 禁止する差別類型 差別解消法と雇用促進法は、“不当な差別的取扱い”と“合理的配慮義務の不履行”を禁止する差別として規定する。本稿が特に注目するのは、“不当な差別的取扱い”の意味である<sup>4)</sup>。不当な差別的取扱いについて差別解消法は、行政機関等に対しては7条1項で、事業者に対しては8条1項において「障害を理由として障害者でない者と不当な差別的取扱いをすることにより、障害者の権利利益を侵害してはならない」と規定する。これに対して雇用促進法は、34条で「事業主は、労働者の募集及び採用につ

1) 差別解消法は、障害者基本法の基本理念にのっとり、障害者が非障害者と等しく、「基本的人権を享有する個人としてその尊厳が重んぜられ、その尊厳にふさわしい生活を保障される権利を有することを踏まえ、障害を理由とする差別の解消の推進に関する基本的な事項、行政機関等および事業者における障害を理由とする差別を解消するための措置等を定める」法律である(1条)。

2) 雇用促進法は、「障害者の雇用義務等に基づく雇用促進等のための措置、雇用の分野における障害者と障害者でない者との均等な機会及び待遇の確保並びに障害者がその有する能力を有効に発揮することができるようにするための措置、職業リハビリテーションの措置」等を通じて、職業生活において自立することを促進するための措置を総合的に講じ、障害者の職業の安定を図ることを目的とする法律である(1条)。障害者権利条約に批准するための国内法整備の一貫として、2013年改正で差別禁止規定が加えられた。

3) 日本の障害差別禁止立法の現状と課題については杉山有沙『障害差別禁止の法理』(成文堂、2016年)第10章。

4) 雇用促進法における合理的配慮義務の意味については、杉山有沙「障害者に対する応募・採用時における合理的配慮義務の憲法的意味」ジェンダー法研究2号(2015年)。

いて、障害者に対して、障害者ではない者と均等な機会を与えなければならない」とし、35条では「事業主は、賃金の決定、教育訓練の実施、福利厚生施設の利用その他の待遇について、労働者が障害者であることを理由として、障害者でない者と不当な差別的取扱いをしてはならない」とする。このように差別解消法と雇用促進法は、障害を理由とした不当な差別的取扱いを禁止しているが、具体的にどのような差別類型を禁止しているのかは明らかではない。

c) 法案作成時の議論 障害差別禁止法理の立法化に際して中心的に法案内容を検討してきた障害者政策委員会差別禁止部会は、同法が禁止すべき差別類型として、直接差別、関連差別（起因差別）、間接差別、そして合理的配慮義務の不履行の4類型を議論の俎上に載せた。その上で同委員会は、関連差別と間接差別は適用領域が基本的に重なり、また関連差別と直接差別も実用場面において区別することが困難であるとし、不均等待遇という形で一本化することが望ましいと進言した<sup>5)</sup>。これに対して政府は、差別解消法で“障害を理由とする差別”の定義規定を置かない理由に関して、「それぞれの事案に応じて個別具体的に判断されるものである」ので、あらかじめ一律に規定しないと説明した<sup>6)</sup>。2015年2月24日に閣議決定された同法の基本方針においては、“不当な差別的取扱い”の内容を構成する差別類型について説明されていない<sup>7)</sup>。

また、雇用促進法改正にあたり議論してきた労働政策審議会障害者雇用分科会も、障害を理由とする差別として直接差別、間接差別、合理的配慮義務の不履行、ハラスメント等を意見書で提示した。直接差別については禁止すべきであるとしつつも、間接差別に対しては、「どのようなものが間接差別に該当するのか明確ではないこと」と「直接差別に当たらない事案についても合理的配慮義務の不提供で対応が図られる」ことから、「現段階では間接差別の禁止規定を設けることは困難である」と進言した<sup>8)</sup>。厚生労働省による雇用促進法の『障害者差別禁止指針』においても、禁止される差別として直接差別のみを位置づけている<sup>9)</sup>。

このように政府は、直接差別や間接差別などの差別類型の存在を知りつつも、“よくわからない”という理由で、直接差別は法対象に含めるものの、間接差別は含めないで解釈する。このような政府の姿勢に対して、浅倉むつ子は「予測可能性の低さを補うための努

5) 障害者政策委員会差別禁止部会『「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』（2012年9月14日）16-20頁。

6) 内閣府障害者施策担当『障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律Q&A集』（2013年）15頁。

7) 内閣府『障害を理由とする差別の解消の推進に関する基本方針（平成27年2月24日閣議決定）』（2015年）3-4頁。

8) 労働政策審議会障害者雇用分科会意見書『労働政策審議会障害者雇用分科会意見書～今後の障害者雇用施策の充実強化について～』（2013年3月14日）2頁。

9) 平成27年厚生労働省告示第116号。

力をいかにすべきかを議論すべきであって、はじめから間接差別禁止を設けないという結論に至るのは、努力を放棄している」と批判する<sup>10)</sup>。

後述するようにイギリスやアメリカをはじめとした諸外国では間接差別に関して議論と判例の蓄積はあるし、日本においても特に雇用領域における間接性差別について活発な議論がなされてきた。それにもかかわらず、この政府の姿勢は、浅倉の指摘通り、努力の放棄と評価せざるを得ないだろう。しかし、そもそも政府が提出した対応指針において間接差別概念を含む「不当な差別的取扱い」を禁止したものとは解釈していない姿勢を示されただけであって、法的には、当該条文から「間接差別」の禁止を導きだせないわけではない。

## 1.2 日本における間接差別の位置づけ

**a) 男女雇用機会均等法と間接差別** 間接差別が条文上に明記されている法律として、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（以下、男女雇用機会均等法）がある<sup>11)</sup>。同法は、2006年に女性差別撤廃条約に後押しされることで、間接差別を新たに明文で禁止した<sup>12)</sup>。同法における間接差別とは、募集及び採用等に関する措置で、労働者の性別以外の事由を要件とするもののうち、要件を満たす男女の比率その他の事情を勘案した結果、実質的に性別を理由とする差別のおそれがある措置のうち省令で定めているものについて、合理的な理由がある場合以外、禁止するというものである（7条）。

**b) 間接差別の対象** ここでいう措置の射程は、厚生労働省令で定められる。同法施行規則2条により2006年に間接差別が同法に導入された時点では、間接差別の対象は、「①募集・採用時の身長・体重・体力要件、②総合職募集・採用の全国転勤要件、③昇進時の転勤経験要件の3ケース」とされた。このように当時の間接差別の対象は、直接差別と同じ5条と6条に掲げる事項に関する差別に限定され、賃金については適用されなかった。さらに、コース制のような雇用管理区分自体が間接差別に当たるかどうかといった問題は問われなかった<sup>13)</sup>。こうした状況において、男女雇用機会均等法の間接差別概念は、対象が狭すぎるとして批判された<sup>14)</sup>。

10) 浅倉むつ子「障害差別禁止をめぐる立法課題」広瀬清吾・浅倉むつ子・今村与一編『日本社会と市民法学』（日本評論社、2013年）607-608頁。

11) 男女雇用機会均等法は、「雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保を図るとともに、女性労働者の就業に関して妊娠中及び出産後の健康の確保を図る等の措置を推進することを目的」とした法律である（1条）。

12) 長谷川聡「女性差別撤廃条約による間接差別法理の展開における課題と可能性」法律時報84巻5号（2012年）66頁。

13) 和田肇「雇用分野での間接差別・複合差別」ジェンダー法学会『講座ジェンダーと法 第4巻ジェンダー法学が切り拓く展望』（日本加除出版株式会社、2012年）61頁。

14) たとえば、長谷川聡「2006年男女雇用機会均等法の間接差別概念の位置づけ」労働法律旬法1644

2013年に施行規則と指針等が改正されることによって、同法の間接差別の射程が広がった。この改正によって、総合職の限定が削除され、「募集、採用だけでなく、昇進、職種の変更を措置の対象に追加したことで、すべての労働者の募集、採用、職種の変更にあたって、合理的な理由なく住居の移転に伴う配置転換に応じることができるという要件（いわゆる転勤要件）を設けることは間接差別に該当すること」になった<sup>15)</sup>。だが、本質的に定義や位置づけは変更されていない。

**c) 間接差別の基本構造** 長谷川聡は、アメリカやEUの定義を参照しつつ、性別を理由とした間接差別の構造について、「原告労働者が性中立的な基準等を指摘して、これが特定の性別に対して差別的影響を有することを証明し」、「この証明が成立した場合に、使用者が当該基準等を利用することについて正当性を主張することを要求される」と説明し、その上で間接差別法理を「使用者の差別的意図の有無を問題にせず、集団的な比較方法を用いて差別を証明する法理である」と位置づけた<sup>16)</sup>。

長谷川の説明によると、間接差別は、結果として生じた差別的効果についてグループ間比較をすることで証明し、法的救済を求める差別類型ということになる。この構造は、障害差別の文脈でも適用可能なのだろうか。

### 1.3 間接差別をめぐる判決

日本において間接差別について明示的に扱われた判決として以下のようなものがある。

**a) 神戸震災被災者自立支援金請求事件** まず、間接差別の存在を認めた判決として、2002年7月3日の神戸震災被災者自立支援金請求事件大阪高等裁判所判決がある<sup>17)</sup>。本件は、阪神・淡路大震災で被災した女性である被控訴人（第一審原告）が、被災者自立支援金制度（支援金制度）を申請したところ、「世帯主が被災している」（世帯主被災要件）という要件を満たしていないとして、その申請が却下された事件である。

1995年当時、神戸市で一人暮らしをしていた被控訴人は、世帯主として被災した。その後、1997年に婚姻し、被災していない配偶者の戸籍に入籍した。1998年に支援金制度が開始されたが、世帯主が被災したわけではなかったので被申立人による支援金の申請は却下された。

これに対して大阪高等裁判所は、世帯主被災要件を性別に基づく間接差別であると判断した。一般的に結婚した場合、男性が住民表上の世帯主となることが圧倒的に多い。このような社会の実体において世帯主被災者要件を置くことは、事実上、女性を不利な立場に

号（2007年）21頁。

15) 岡崎教行「消える『転勤の壁?』間接差別の広範化」ビジネス法務（2014年7月）38頁。

16) 長谷川聡・前掲注（14）16頁。

17) 大阪高裁平成14年7月3日判決・判時1801号38頁。

立たせるものであるとした。

本件は、世帯主の性別に関する男女の割合となる社会構造に組み込まれた性差別の存在を認め、世帯主被災要件によって構造的に女性が不利益を被る差別構造に対して、性差別の観点から救済をはかった判決であると言える。

**b) 京都市女性協会事件** しかし一方で、間接差別の存在を明示的に否定した判決に、京都市女性協会事件大阪高等裁判所判決などがある<sup>18)</sup>。本件は、控訴人（第一審原告）が、嘱託職員として被控訴人（財団法人京都市女性協会）と雇用契約を締結し、業務に従事していたところ、一般職員と同一の労働であるにもかかわらず、賃金に差があることは憲法13条、14条及び労働基準法3条、4条に反するので違法無効であり、実際に受領した差額相当の損害を被ったとして賃金の支払等を求めて、申立てた事件である。

本件について大阪高等裁判所は、そもそも本件は私人間の問題であるので憲法は直接適用されないとしつつ、労働基準法3条についても、嘱託職員という地位は自己の意志によって逃れられない身分ではないので、同条の「社会的身分」に含まれないとした。また、控訴人の労働価値の点も、一般職員の労働と同一または同一価値ではないとし、賃金格差の主張も棄却した。

間接差別について控訴人は、被控訴人の嘱託職員は京都市退職者を除いて全員女性である旨及び非正規職員のうち女性が多数であり、非正規職員に対して一般職員より低い処遇をすることは女性の待遇を低くするものにつながるので、間接差別であると主張した。これに対し、裁判所は、京都市女性協会である被控訴人の業務内容、業務運用の利便性及び10人の一般職員のうち8人が女性であることから、嘱託職員の待遇それ自体が、間接的に女性を差別するものになっているとは認めがたいと判示した。

本件では、被控訴人の業務内容及び利用者である女性から見た場合に女性が被控訴人の業務を行う方が利用しやすいなどの理由で、被用者の割合として女性が多かったので、“嘱託職員”という地位に片方の性に対する差別構造を見出すことができなかったことが、申立棄却につながった。神戸震災被災者自立支援金請求事件も合わせて考えると、間接差別は、男女ともに同じように適用される要件・条件において、片方の性に対してのみに不利益を与える構造が法的に認められた場合に、間接差別が認定されるといえるだろう。

#### 1.4 問題提起

以上のように日本における間接差別法理は、性差別領域では議論されてきたが、障害差別領域には十分な蓄積があるとはいえない。そのため、2016年4月に差別解消法と雇用促進法の施行が控えた今、障害を理由とした間接差別を実効的に禁止していくために、政府

---

18) 大阪高裁平成21年7月16日判決・労判1001号77頁。



が“よくわからない”と評価した間接差別概念の規範構造を明らかにすることは早急に取り組むべき課題である。

この日本の状況に対してイギリスは、早い時期から間接差別を禁止すべき差別としてとらえてきた。イギリスにおける間接差別法理の形成は、1975年に性差別禁止法（Sex Discrimination Act. 以下、SDA）の制定に端を発する。また、性差別領域だけではなく、障害差別領域においても、2010年に制定された平等法（Equality Act）が明文で禁止している。そこで、本稿は、イギリス障害差別禁止法理として1995年障害差別禁止法（Disability Discrimination Act. 以下、DDA）と2010年平等法を検討素材に間接差別の規範構造を検討する。

## 2. イギリス障害差別禁止法理の基本構造

**a) 障害差別禁止法理の形成と現在** 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差別を禁止する法律として1995年に制定された。その後、幾度に渡る改正を経て、障害差別禁止法理を発展させたが、2010年平等法制定に伴い廃止された（2010年平等法附則27）。それでもDDAで構築された障害差別禁止法理は2010年平等法が引き継いでいる<sup>19)</sup>。

2010年平等法は、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、性的指向に関わる保護された特徴（protected characteristics. 以下、保護特徴）も対象としており、それらの特徴を理由としたサービス・公的機関、不動産取引、労働、教育などの包括的な場面における差別を禁止し、また、平等促進を規定する法律である。2010年平等法制定以前、1995年DDAを始めとして1975年SDA、1976年人種関係法（Race Relations Act. 以下、RRA）、宗教・信条及び性的指向を理由とした差別について規定する2006年平等法など、イギリスの差別禁止法は別々に制定されていた。こうした事態において2010年平等法、公正な社会を実現するために、乱立する各差別禁止立法を一本化させることで調整し、いくつかの点で法律の役割を拡大させることを使命として制定された<sup>20)</sup>。そのため2010年平等法の目的は、各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という2つに集約できる<sup>21)</sup>。

**b) 障害差別禁止法理における「障害」** 障害差別禁止法理を通じて差別救済を求めるためには、まず、申立人が同法理の対象とする障害を有しているかが問題になる。その

19) 杉山・前掲注（3）第8章。

20) Government Equality Office, *Equality Act 2010: What do I need to know? Disability Quick Start Guide* (Government Equality Office, 2010) p. 3.

21) Equality Act 2010: Explanatory Notes, p. 2.

先ではじめて、同法理の対象者と認められた場合に、問題となる行為が差別に値するかどうかを検討される。

2010年平等法の「障害」の定義の大部分はDDAの定義を引き継いだ<sup>22)</sup>。DDAは、障害を通常の日常生活活動を行う能力に重大でかつ長期に渡り不利な影響を及ぼすような身体的もしくは精神的インペアメントと規定し、この障害を有する者を障害者と定義した(1条)。DDAは障害を身体的、知的、精神的機能障害(インペアメント)と社会から生じる障害という2つの視点から障害特定を行っている。インペアメントの程度・質、当人が置かれている環境によって、実際に「障害者」が被る不利の様相も個人毎で異なる。つまり、たとえ同じインペアメントを有していたとしても、利害を共有するグループとして捉えることは困難である。DDAは、客観的な基準としてのインペアメントと主観的な基準としての社会から生じる障害を障害特定の評価基準に据えることで、こうした障害の性質を受け止めている<sup>23)</sup>。

c) 禁止する差別類型 DDAと2010年平等法では、禁止する差別類型が異なる。DDAは、禁止する差別として間接差別を位置づけておらず、直接差別(3A条5項)と障害に関連する差別(disability-related discrimination. 以下、関連差別。3A条1項)、合理的配慮義務の不履行(3A条2項)を採用していた。一方で2010年平等法は、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)。

このようにイギリスにおける障害を理由にした間接差別は2010年に新たに導入された差別類型であるが、間接差別の導入可能性はDDA改正を行う際に幾度も議論の俎上に上がっていた。では、なぜDDAは間接差別を最後まで採用しなかったのだろうか。また、なぜ2010年平等法は障害差別領域に間接差別を導入したのだろうか。

たしかに2010年平等法では、乱立していた差別禁止・平等立法を統合・調整することが求められた。そこで差別類型の選択においても、9つの保護特徴の統一が目指されたというのも1つの理由であろう。しかし、たとえば起因差別と合理的配慮義務の不履行は障害差別領域だけで採用されるなど、禁止する差別類型は、9つの保護特徴ごとで異なる。実際に間接差別は、妊娠・出産という保護特徴には適用されない(19条3項)。したがって、2010年平等法に障害差別禁止法理が移行したからといって、間接差別を禁止する必然性は存在しない。以下では、2010年平等法における間接差別の導入経緯そのものも分析対象とする。

22) 杉山有沙「差別禁止・平等法理の変動と現代化」元山健・松井幸夫・倉持孝司編『憲法の「現代化」—ウェストミンスター型憲法の変動—』(敬文堂、2016年)429頁。

23) 杉山・前掲注(3)第1章、第2章。

**d) 平等促進措置** 平等促進措置としてDDAは公的セクター平等促進義務（public sector equality duty. 以下、PSED）を規定している（49A条）。2010年平等法は、1条1項で、公的セクターに対して「どのように権限を行使するのかについて決定する際に、社会経済的不利益によって生じる結果の不平等を緩和させるような方法で、その権限の行使の望ましいあり方を考慮しなくてはならない」と規定し、その具体的な内容として149条でPSEDを定めている。そしてさらに、平等促進のために158条でポジティブ・アクション（positive action. 以下、PA）も認めている。このように2010年平等法は、社会経済的不利益ゆえに生じる不平等に対して平等促進措置を通じて救済しようと企図しているが、間接差別とどのような関係にあるのだろうか。

### 3. 2010年平等法における障害を理由とした間接差別

ここまで本稿は、イギリス障害差別禁止法理の間接差別概念を定義することなく用いてきた。そこで、改めて同法理における間接差別概念を2010年平等法に基づいて確認していこう。

#### 3.1 2010年平等法制定以前のイギリス間接差別概念

**a) イギリス間接差別法理の多義性** B. Heppleは、2010年平等法制定以前、少なくとも4種類の間接差別の定義がイギリスには混在していたと指摘する。1つ目は、制定時点のSDAとRRAである<sup>24)25)</sup>。Heppleは、この差別概念について、要件・条件が適用者の裁量の余地がない使用者による命令であるというように限定的に解釈されていたこと、「差別的効果」（disparate impact）を証明する方法が相当程度不確定的であったこと、また「相当程度低い」の基準も論争的であったことを指摘した。さらに、この間接差別の定義は、裁判所に統計データに重きを置くことを求めたと評価した<sup>26)</sup>。2つ目は、EU法である1997年性別に基づく差別に際しての举证責任に関する指令<sup>27)</sup>によってSDAに導入された概念である<sup>28)</sup>。ここでは、1975年時点のSDAで求められた要件・条件の証明ではなく

24) Bob Hepple, *Equality: The Legal Framework 2<sup>nd</sup> edition* (Hart Publishing, 2014) p. 82.

25) 制定当初のSDAは、「個人Aが男性にも同様に適用する、または適用するであろうと同じように要求・条件を女性に対しても適用するが、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相当程度低く、そしてその要求・条件が性別に関係しないことの正当化を証明できずに、女性に損失を与えた場合」、Aは性差別を行ったとなる（1条1項b号）。

26) Hepple・前掲注（24）pp. 82-83.

27) Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex.

28) 2001年性差別（間接差別並びに举证責任）規則（Sex Discrimination (Indirect Discrimination and Burden of Proof) Regulations）3条によって、1975年SDAの規定が次の規定が加わった。「男性にも同様に適用する、または適用するであろう基準、規定、慣行を女性にも適用するが、男性以上に女



「一見中立的な規定、基準、慣行」という用語が適用されるようになり、また、ある性が要件等に“応じられるか否か”といった統計データに基づくアプローチが不要になった<sup>29)</sup>。3つ目は、EU法の2000年雇用および職業における平等取扱のための一般枠組を確立する枠組指令（以下、雇用枠組指令<sup>30)</sup>）によって採用された間接差別概念である<sup>31)</sup>。これは、申立人が属するグループの相当程度の割合に対する影響を証明する必要がなくなり、“特定の不利益”という基準を導入した<sup>32)</sup>。そして最後に4つ目は、2006年平等法で導入された間接差別概念であり、雇用領域以外で宗教・信条を理由とした間接差別概念に適用された<sup>33)</sup>。これは3つ目の定義に近いものの、比較対象が申立人以外のいくつか、またはすべての宗教・信条となる点で異なる<sup>34)</sup>。こうした多義的な間接差別の状況把握を経て、2010年平等法は、別々に存在していた従来の間接差別規定を全て廃止し、単一で調整された間接差別概念を採用したとHeppleは指摘した<sup>35)</sup>。

以上から、2010年平等法以前の間接差別は多義的な存在であったことが明らかになった。このようなイギリス間接差別法理の形成・変遷過程には、EU法の影響が強く及んでいたことをみることができる。

**b) EU法と間接差別** EU法の間接差別の規制特徴について黒岩容子は、性差別の観点から、「第一に、性中立的な『社会システム』に性差別の観点から検証を迫り、女性にとって障害となっている社会システムを是正させるという機能を果たしてきた点」をあげる。さらに彼女は、「第二の特徴として、EC法の間接性差別禁止法理が『差別を探し出す』構造を有している」と分析する<sup>36)</sup>。そして、間接差別概念は、「性差別的な効果の発生という結果に着目し、発生した結果からその原因となった制度や取扱いに遡って性差別

---

性の相当程度の割合に損害を与え、それが性別に無関係であることを証明できず、さらに彼女が損害を被った場合」、間接差別があったことになる。

29) Hepple・前掲注(24) p. 83.

30) Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

31) これは、たとえば2003年雇用平等（宗教・信条）規則（Employment Equality (Religion or Belief) Regulations）に反映された。同規則3条1項b号によると、「個人Aが、Bと同じ宗教・信条ではない人たちにも同様に適用する、または適用するであろう規定、基準、慣行をBに適用するが、しかし、他者と比較するとBと同じ宗教・信条の人たちに特定の不利を課すであろうまたは課し、そしてBにその不利を課し、さらにAが合法的な目的を実現する適切な手段であることを証明できない場合」、間接差別をしたということになる。

32) Hepple・前掲注(24) p. 83.

33) 2006年平等法45条3項は、「個人Aが、個人Bの宗教・信条ではない人たちにも同様に適用する、または適用するであろう規定、基準、慣行をBに適用し、Bの宗教・信条ではない他の人、または他のすべての人たちと比較してBの宗教・信条の人たちに不利をBに課し〔……〕、その上で、Bに彼の宗教・信仰と同じではない他の人、または他のすべての人たちと比較し不利を与え〔……〕、そしてBの宗教・信条ではない別の事柄によって合理的に正当化できない場合」、差別をしたということになると規定する（45条3項）。

34) Hepple・前掲注(24) pp. 83-84.

35) Hepple・前掲注(24) p. 84.

36) 黒岩容子「EC法における間接性差別禁止規制」世界の労働58巻3号（2006年）17-18頁。

的な効果をもたらす制度や取扱いを禁止し除去するという意味で、結果の平等と密接な関係性を有するアプローチである」としつつも、間接差別法理は、「男女の平等な機会の実質的な障害を禁止し除去する法理であり、法的性格としては、機会の平等を保障する法理」であると黒岩は位置づける<sup>37)</sup>。

このように黒岩は、EU法における間接差別法理を、社会構造に組み込まれた差別構造を顕在化する役割を果たすという。その上で、彼女は、前述の長谷川と同様に“性差別的な効果の発生という結果”を強調し、間接差別を実質的平等の保障（特に、機会の平等）のための法理と位置づける<sup>38)</sup>。これは、彼女が特に直接差別との対比で間接差別を描き出していることに起因する。

黒岩のように、間接差別を直接差別との関係で構造分析するものとして、イギリス法の文脈ではあるが、たとえばWadhamらによるものがある。彼らは、直接差別は取扱いの形式的平等を保障するものであって、間接差別はより実質的な結果（たとえば結果の平等）を実現するものであると位置づける<sup>39)</sup>。ほかにも、Heppleも直接差別と間接差別は相互に排他的な関係であるとし、直接差別は取扱いの形式的平等を達成することが目的で、間接差別は実質的平等を実現するものと位置づける<sup>40)</sup>。ここでは紙幅の関係から、形式的平等・実質的平等や機会の平等・結果の平等の平等法学における位置づけをめぐる議論には立ち入らない。しかし、日本の文脈では、特に憲法学において、形式的平等を原則禁止、実質的平等を形式的平等に抵触しない範囲で容認するものと位置づけている以上、実質的平等を保障する間接差別は直接差別より法的拘束力が弱いものということになり、その帰結には疑問の余地がある<sup>41)</sup>。

これに対して西原博史は、間接差別を直接差別と同等に禁止すべき差別として主張する。彼は、EU法における間接差別について「事実上の機会の平等を作り出していく上でこの原理を有している意義こそ、繰り返して強調する必要がある」という。「間接的差別の禁止は、まさに今の社会で女性が紋切り型の偏見に基づいて自己実現機会を奪われる場面となる——意図的あるいは無意識の——隠蔽された差別という点に働きかける」とし、「あらゆる個人が性別にかかわらず個人として取扱われることに男女の法的平等の核心を見出すならば、間接差別は、直接差別と同様にこの権利に対するひどい侵害を意味することになる」と強調する<sup>42)</sup>。

37) 黒岩容子「EC法における間接性差別禁止法理の形成と展開（2・完）」早稲田法学会誌59巻2号（2009年）192頁。

38) 黒岩容子・前掲注（37）204頁。

39) John Wadham, Anthony Robinson, David Ruebain and Susie Uppal, *Blackston's Guide to The Equality Act 2010* (Oxford University Press, 2010) p. 43.

40) Hepple・前掲注（24）pp. 81-84.

41) 障害差別禁止法理における形式的平等と実質的平等に関して、杉山・前掲注（4）。

42) 西原博史『平等取扱の権利』（成文堂、2003年）323-324頁。

西原の主張は、注目に値する。彼は、間接差別について構造を利用することで隠蔽された差別に働きかけるものとして位置づける。そしてその上で彼は、差別禁止・平等保障の核心を“何らかの特徴で区別されることなく個人として正当に取扱われること”と見なすことで、隠された差別としての間接差別も、そのような差別的な構造を利用したという意味で直接差別とは異なる構造を有するものの、直接差別と同様に厳しく禁止する必要があると強調した。

c) 小括 2010年平等法によってイギリス国内の間接差別概念は統一されたものの、間接差別はEU法の影響を受け、多義的に定義されてきた。しかし、間接差別が社会構造によって“隠された”差別であるという意味では、コンセンサスを得ているといえるだろう。この隠された差別を、差別的効果が出た時点で差別として見なすか、そのような構造を利用した時点で差別として見なすのかは議論が分かれるところである。前述の黒岩と西原の対立に照らすと、間接差別を実質的平等の保障であり機会の平等として位置づける黒岩は結果として生じる差別的効果に注目し、他方、西原は差別構造を利用して差別を行ったことに問題を見いだす。

黒岩と西原の議論対立を障害差別禁止法理の文脈に落とし込んでみよう。障害は個別具体的であり、文脈依存적である。これは、社会が障害者の存在を考慮しないで形成されたことにより、障害者が不利を被る構造的な差別の存在（社会から生じる障害）を強く意識するからである（社会モデル）。障害者が被る不利をインペアメントに見だし、その不利の責任を障害者本人に見いだすこと（医学モデル）に抵抗し、社会構造の形成過程に強い問題意識を覚える障害差別禁止法理の意義を踏まえると、結果として生じる差別的効果ではなく、その“差別的構造の利用”を摘発する西原の間接差別概念の位置づけのほうが、障害差別禁止法理の文脈では適切であるといえる。

### 3.2 2010年平等法における間接差別の条文構造

a) 条文 2010年平等法は、個人Bの関連した保護特徴について差別的である規定（provision）、基準（criterion）、慣行（practice. 以下、PCP）を個人AがBに適用した場合、AがBに間接差別をしたことになる」と規定する（19条1項）。ここでいうPCPは、Bが共有しない特徴を持つ人たちに、Aがそれらを適用するであろうまたは適用し（a号）、Bと同様の特徴を持たない人たちと比較した際、それらが、Bと同様の特徴を持つ人たちに特定の不利を与えるであろうまたは与え（b号）、それらが、Bに不利に働であろうまたは働き（c号）、そして、Aが、それらは、合法的な目的と釣り合うものであることを証明できない場合（d号）、Bの関連した保護される特徴について差別的であることになる（2項）。

b) 政府による説明 Explanatory Notes<sup>43)</sup>によると、間接差別は、すべての人に同じように適用される方針が、保護特徴を持つ特定の人に不利を与える場合に生じるもので、

特定のグループがこの方法において不利益を受けている場合、このグループに所属する個人は、正当化がなされない限り、間接的に差別されたことになる（78）。

さらに行為準則<sup>44)</sup>によると、申立ての際に間接差別はまず関連するPCPを特定するが、このPCPは法律で規定されているわけではない。公式・非公式の方針、ルール、実務、取決めなどを含めて広く捉えられる（4.5）。また、PCPは、問題となる保護グループだけでなく、すべてのグループに適用されるものをいう。特定の保護グループだけに対して明確に不利なものは、直接差別となる可能性がある（4.6）。不利益には、2010年平等法で規定されていないものの、機会や選択の否定、抑止、拒否、排除が含まれる（4.9）。統計データは、PCPと不利益の関係を示してくれるものの（4.12）、しかし常にそういうわけではない。この場合、審判所が、専門家の見解を踏まえて決定する（4.13）。2010年平等法では、PCPが特定のグループに不利に働くだけの証明では不十分であり、関係する個人への影響を持つことを証明する必要がある（4.14）。また、行為者が無意識的だったとしても、客観的な正当性を証明しない限り、差別と認定される（4.24）。

c) 評価 このような間接差別概念を障害差別領域に導入することに、“障害”と“間接差別”の性質からして困難であるという指摘がある。Incomes Data Servicesは、間接差別が特定の保護特徴を持つ人への使用者によるPCPがほかの人よりも不利益を与えるときに生じるものであるという。つまり間接差別は、特定の障害を持つ人に影響を与えることの証明を求めることになる。しかし、障害は多様である。よって、障害者はグループとしての不利益の証明に馴染まないとした<sup>45)</sup>。

たしかに間接差別を結果として生じさせた差別的効果に対応し、グループ間比較の差別禁止を担うものとして位置づければ、個別具体的で文脈依存的な“障害”には馴染まない。しかし、先述の西原がいうように、間接差別を差別構造の利用による問題摘発として捉えれば、社会から生じる障害を救済対象として位置づける障害差別禁止法理にとって親和的なものとなる。

d) 小括 2010年平等法における間接差別概念を構造的に見ると、差別行為者が、一見中立的なPCPを媒介にして、差別被害者に不利益取扱いを行うものと定義できる（差別行為者→一見中立的なPCP→差別被害者）。“障害”の個別具体的・文脈依存的な性質を踏まえると、障害差別禁止法理の文脈では、同一の障害による不利を被るグループを想定して、そのグループ以外の者たちと比較した上で発生した不利（差別的効果）に焦点を当てる型の間接差別概念では、画餅と帰す可能性が高くなる。したがって、障害差別禁止法

43) 日本語訳として、鈴木隆「イギリス2010年平等法注釈（1）」島大法学54巻1・2号。

44) Equality and Human Rights Commission, *Equality Act 2010 Code of Practice: Employment Statutory Code of Practice* (EHRC, 2011).

45) Incomes Data Services, *The Equality Act 2010: Employment Guide* (Incomes Data Services, 2010) pp. 57-58.



理における間接差別は、ある特徴を引き起こすような障害を持つ者に不利益を与える差別的な“一見中立的なPCP”を利用した点に問題を見いだし、その利用を否定することで、同差別の救済を行うべきといえるだろう。

### 3.3 障害を理由とした間接差別をめぐる裁判例

19条1項b号から読み取れる“グループ間比較”は、比較対象者の特定方法に関わる問題につながる。しかし、障害は個別具体的であり、文脈依存적であるので、障害者を単一の集団として捉えるのは困難である。そもそも障害差別禁止法理における間接差別の比較対象者とは、誰を指すのだろうか。障害を理由とした間接差別を認めたEU法レベルの判決として、2013年4月11日のHK Danmark (acting on behalf of Ring) v Dansk almennyttigt Boligselskab; HK Danmark (acting on behalf of Skouboe Werge) v Dansk Arbejdsgiverforening (acting on behalf of Pro Display A/S) 事件CJEU<sup>46)</sup>判決がある<sup>47)</sup>。

a) 事件概要 CJEUは2つの類似した事件を同時に扱った。前者の事件では、治療が出来ない慢性的な腰痛によって何度も欠勤し、フルタイムの仕事に復職できる見込みがないと診断された申立人が解雇された。後者の事件の申立人は、交通事故に遭って頸部傷害を負い、しばしば欠勤していたところ、結果として解雇された。両事件ともに、労働時間が短縮されれば働くことができた。本件らは、被用者が12カ月間で給料を受け取りつつ、病気を理由に120日間欠勤した場合に、1カ月の通告期間を経て解雇できるという雇用契約の終了に関する国内法（以下、120日ルール）に基づいて解雇された。デンマークでは、通常、解雇通告は雇用期間によって異なり、6カ月以上雇用されていたら解雇通知は3か月前になされる。したがって、120日ルールは通常の解雇通知期間を短縮させるものである。HK Danmarkは、申立人らが雇用枠組指令における障害者の認定、5条の合理的配慮義務、そして2条2項の直接差別・間接差別の観点からCJEUに先決判決を求めた(para.15-27)<sup>48)</sup>。

b) Kokott法務官の見解 先決判決に先立って意見を述べたKokott法務官は、国内法に間接差別があったと指摘する。彼は、問題となる疾病が障害に関連する限りにおいて、不平等な事態が生じるという。それは一般的に、障害を持つ被用者は、障害を持たない被

46) Court of Justice of the European Union.

47) Jointed Case C-335/11 and C-337/11, [2013] IRLR 571.

48) CJEUに付された先決判決を求める質問の内容は、次の通りである。第1に、身体的、精神的、心理的インペアメントを理由に、特定期間、仕事ができない、または制限がかかる人は、障害を持つと解されるか。その状態が治療不可能と医学的に判断された場合は雇用枠組指令の障害になるのか。それが一時的な疾病による場合も同指令の障害と認定されるのか。第2に、特別な支援は必要ではないが、フルタイムの仕事ができない機能能力の恒久的な低下は、同指令の障害と見なされるか。第3に、作業時間の縮減は、指令5条の合理的配慮の保障範囲か。第4に、障害が理由で、12カ月間に有給で病気の期間が120日間あった場合に、通常より短い通知期間で解雇できるとする国内法は、雇用枠組指令で禁止されるか。このとき、使用者が適切な措置を講じなかった場合はどうか。



用者よりも、障害に関連する疾病を持つという高いリスクを抱えるからである。後者は一般的な疾病のみを持つことになるが、障害者は障害に追加して一般的な疾病をも抱えることになる。それゆえ国内法の規定は、障害を持つ労働者に、障害を持たない労働者よりも不利益を間接的に強いることになる (para. 67)。正当化について120日ルールは、使用者と長期間休職する被用者の利害のバランスを図るためであり合目的である (para. 73-74)。しかし、目的達成の手段としては、障害の重症度や問題となる障害者の再雇用の困難さを踏まえると適切ではない (para. 75)。したがって当該国内法の規定は、雇用枠組指令違反であるとしたのである (para. 76)。

**c) 先決判決** Kokott法務官の見解を受けて先決判決も、120日ルールを雇用枠組指令2条2項b号の障害を理由とした間接差別と見なした (para. 92)。そして正当化の点も、目的は合目的であるが (para. 83)、非障害者と比較して障害者の再雇用の難しさを踏まえると、目的達成の手段としては適切ではないとした (para. 91)。

**d) 小括** 本件は、障害者は非障害者よりも、疾病によって病欠を取得する割合が高いにもかかわらず、120日ルールを設けることで、障害者の解雇を容易にすることが社会構造を利用した差別と判断された事件といえる。たしかに、障害には、視覚障害や聴覚障害など、インペアメントの種類や程度によって仕事を休むリスクが低いものもたくさんある。しかし、本件が問題視したのは、障害の種類や程度ではなく、不利益を被る障害者の存在を生み出す差別的な構造の利用である。その文脈では、特定の障害の種類や程度の具体的な内容は意味を持たない。障害を持つことをメルクマールにして、この構造を利用しても当該障害者とは異なり不利益を被らない者たちが比較対象者（グループ）となるといえるだろう。

#### 4. 障害差別禁止領域における間接差別概念の変容

たしかに障害差別禁止法理に間接差別概念が禁止すべき差別として採用されたのは、2010年平等法制定時であり、障害差別禁止法理において間接差別概念は新しい差別概念といえる。しかし、DDA制定当初から、間接差別概念は常に意識されてきた。

##### 4.1 DDA制定時

DDAに端を発するイギリス障害差別禁止法理において最初に間接差別概念を示したのは、DDAの下絵であった市民権（障害者）法案（Civil Rights (Disabled Persons) Bill. 以下、CRB）である。CRBは、野党・労働党から提出された法案であり、禁止する差別として直接差別と間接差別と合理的配慮義務の不履行を掲げていた。制定当初のDDAは関連差別と合理的配慮義務の不履行を禁止する差別として位置づけていた点などに違いがあ

るものの、DDAは基本的にCRBから骨格を受け継いでいる<sup>49)</sup>。

結局、CRBではなく与党・保守党が提出したDDA草案がイギリスにおける最初の障害差別禁止立法として制定された<sup>50)</sup>。DDAが間接差別を採用しないことに関して社会保障並びに障害者担当大臣であったHague庶民院議員は、DDA草案の定義で直接差別と同様に間接差別も対応できると説明した。これは、障害者が直面する現実的な問題を実用的に解決できるからである。彼は、具体例として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を挙げた<sup>51)</sup>。さらに、当時発行された白書でも、障害は極めて多様な存在であり、これに比例して障害者グループも多くなるので、障害者に対して間接差別を適用しても適切な機能を期待できないと指摘された<sup>52)</sup>。

こうした一連の議論を経て、DDAは間接差別を、「障害者の障害に関連した理由に基づいて、この理由が適用しないまたは適用しないであろう者よりも、この障害者を不利に扱い、そして、行為者が問題となる取扱いを正当化することができない場合」、差別認定を行うものとしての「関連差別」に含まれる概念として位置づけた（旧5条1項<sup>53)</sup>。

ここから明らかなように1995年DDA制定時点において間接差別は、関連差別に含まれる差別概念とされた。これは、障害が個別具体的で文脈依存的な存在であるので、CRBにあるように障害者に一定程度共通した利害関係があるグループと捉え、差別的効果を問題視する間接差別法理では救済が困難であるとされたからである。また当時、関連差別を、障害それ自体を含めた、「障害に関連した理由」による差別と捉えることで、差別の存在を容易に認め、代わりに被申立人に正当化の余地を残すという構造で捉えてきた。この関連差別概念の捉え方により、Hague議員の例にあるように、犬同伴禁止を間接差別違反と捉えなくても、盲導犬は視覚障害に関連するものだと捉えることで、関連差別で救済可能だとされた。

#### 4.2 2003年DDA規則と雇用枠組指令の影響

このようにDDA制定当初、間接差別は、関連差別で対応できると見なされていた。しかし、2003年DDA規則（Disability Discrimination Act 1995 (Amendment) Regulations 2003）の制定に伴った議論において間接差別は、合理的配慮義務の不履行で賄われる存在と見なされるようになった<sup>54)</sup>。2003年DDA規則は雇用枠組指令を実施するために制定されたも

49) 寺島彰「イギリス『障害差別法』と『公民権（障害者）法案』の比較」国立リハビリテーションセンター研究紀要（2002年）27-28頁。

50) 杉山・前掲注（3）23-25頁。

51) HC Deb 24 January 1995 vol. 235 cc. 150.

52) Parliament by the Minister for Disabled People, *Ending Discrimination Against Disabled People*, HMSO, Cm2729 (1995) 4.5.

53) 本条は、2003年DDA規則によって置き換わったものの、関連差別の条文規定にはほとんど変更点はない。

ので<sup>55)</sup>、この規則により直接差別概念が新たにDDAに導入された。

このとき内閣府は、DDAへの間接差別概念の導入を検討していた。そしてDDAについて、すでに障害者に対する直接差別と間接差別に対応しているとしつつも、そのアプローチ方法はSDAやRRAとは異なった方法であると説明した。これは、障害が個別具体的なものであり、それぞれの障害を持つ個人の環境を考慮したためである。したがって基本的にDDAは雇用枠組指令の要請をクリアしているが、しかし、いくつかの点で改正を加えないといけないと現状評価をした。そこで、直接差別概念は新たにDDAに規定する必要があることを認めたものの、間接差別概念はDDAに新たに加える必要はないと判断した。なぜならばDDAにおける合理的配慮義務が障害者に対する間接差別にも対応するからである。たとえば、PCを使える者のみ雇用するとした場合、視覚障害者は不利を被るであろう。この場合、合理的配慮義務として、読み上げ機能を持つPCを使用者に要求できると説明した<sup>56)</sup>。

合理的配慮義務は、差別構造に対応するものであり、かつ社会から生じる障害を問題視するものである。間接差別を“差別的構造の利用”を問題視するものとして捉えた場合、この合理的配慮義務とは極めて親和的な関係になる。そもそも、直接差別、関連差別、合理的配慮義務の不履行の関係は、連続している<sup>57)</sup>。この意味で、間接差別の役割を合理的配慮義務で対応可能だとした政府の見解は説得的であり、1995年時点とは間接差別の位置づけが変わったものの、連続した差別類型上での移動であるといえる。

#### 4.3 Malcolm判決と2010年平等法制定

このように間接差別は、合理的配慮義務の不履行と重なるものという位置づけにいったん変化した。しかし、2010年平等法制定にあたってなされた議論において、再び間接差別は関連差別の一部という位置づけに戻る。

2010年平等法における間接差別は起因差別とともに、DDAの関連差別から派生したものである。もともとDDAにおける関連差別の特定枠組は、1999年Clark v. Novacold Ltd事件控訴院判決<sup>58)</sup>で示された比較対象者を広く捉え、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という構造を有するものだった。しかし、2008年London Borough of Lewisham v. Malcolm and Equality and Human Rights Commission事件貴族院判決<sup>59)</sup>で、このClark判決の枠組は否定され、新たな特定

54) 間接差別の役割を合理的配慮義務が担ってきたとする論者としてAileen McColgan, *Discrimination, Equality and the Law* (Hart Publishing, 2014) p. 126.

55) 2003年DDA規則: Explanatory Notes.

56) Cabinet Office, *Towards Equality and Diversity: Implementing the Employment and Race Directive* (Cabinet Office, 2001) pp. 45-47.

57) 杉山・前掲注(3) 137-139頁。

58) [1999] IRLR319.=1999年3月25日控訴院判決。

方法として比較対象者を制限的に特定する基準が要求された。Malcolm判決を受けて2011年JP Morgan Europe Ltd v. Chweidan事件控訴院判決<sup>60)</sup>は、事実上、直接差別と関連差別が同じものになったとした<sup>61)</sup>。

このMalcolm判決による比較対象者の特定方法の変更は批判された。政府は、Malcolm判決は障害者の権利に重大で根幹的な影響を与えたと評価し、障害差別禁止の権利保障の弱体化を導いたと述べた<sup>62)</sup>。障害問題担当局は、2010年平等法案制定に向けて検討された調査報告書において、EU法の雇用枠組指令により間接差別と合理的配慮義務の導入を求められていたことを背景に、同局は間接差別を関連差別に置き換える可能性を検討し、間接差別導入によってMalcolm判決の問題の解決を試みた<sup>63)</sup>。この報告書を受けて、平等人権委員会は、関連差別を間接差別に置き換えるだけではMalcolm判決以前の関連差別の水準を取り戻せないと進言した<sup>64)</sup>。この問題提起に対応するために、起因差別も2010年平等法で採用されることになった。

1995年時点では関連差別の比較対象者を広く捉えていたために、障害に対して差別的な構造の利用も“障害に関連した理由”に含めることができた。しかし、Malcolm判決で比較対象者が制限的になったので、間接差別の救済には対応できなくなった。たしかにEU法による圧力によって間接差別を導入する必要があったのだが、それでも、2010年平等法で障害差別領域に間接差別概念が導入されたのは、2003年DDA規則に際して行われた議論における合理的配慮義務で間接差別のすべてを対応できるという発想が否定されたことを意味しているといえる。そして、2010年平等法において間接差別だけでなく、合理的配慮義務の不履行も禁止すべき差別として規定された事実から、間接差別と合理的配慮義務の不履行は重なる部分があるものの、独立した差別類型として採用するに値するそれぞれ別個の領域があるといえる。

## 5. 障害差別禁止法理における間接差別の構造的位置づけ

### 5.1 直接差別・起因差別と間接差別の関係

#### a) 直接差別と間接差別 1995年制定時点では平等取扱原則に反する差別は関連差別

59) [2008] IRLR 700.=2008年6月25日貴族院判決。

60) [2011] IRLR673.=2011年2月27日控訴院判決。

61) 杉山・前掲注(3) 94頁。

62) Keter, Vincent, Employment & Equality and Business & Transport Section, *Equality Bill Committee Stage Report: Bill No 131 of 2008-09: Research Paper 09/83* (House of Commons Library, 2009) p. 1.

63) Office for Disability Issues, *Consultation on Improving Protection From Disability Discrimination*, (HM Government, 2008) p. 21 and pp. 26-27.

64) Equality and Human Rights Commission, *Response of the Equality and Human Rights Commission to the Office of Disability Issues consultation "Improving protection from Disability Discrimination"* (EHRC, 2010) pp. 1-3.

だけだったが、2003年DDA規則で直接差別が関連差別から分裂する形で新たにDDAに規定された。関連差別から派生した事実を踏まえると、関連差別を媒介にして、直接差別と間接差別は、連続した概念であるといえる。

**b) 起因差別と間接差別** 2010年平等法における起因差別とは、「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」に生じるものをいう（15条1項）。起因差別の特徴として、比較対象者を必要としない点にある。

Malcolm判決以前の関連差別構造を色濃く引き継いだのは、比較対象の有無程度しか関連差別と違いがない起因差別である。しかし、間接差別と起因差別も関連差別から派生し、かつ、起因差別も関連差別と同様に差別認定を容易にしているので、間接差別と起因差別には重なる領域があるといえるだろう。

では、起因差別と間接差別の違いはどこにあるのだろうか。それは、“差別的構造の利用”という問題に対応できる度合いであるといえる。1995年の関連差別導入の議論から明らかにのように、当時の関連差別構造と同じように比較対象者を広く捉える起因差別も、間接差別に対応できるといえるかもしれない。しかし、差別存在の場所としてPCPに着目し、申立人と同じ障害を理由としたPCPに対する不利を被る者を想定して、非障害者（正確には問題となる障害を持たない者であり、当該障害を持たない障害者も含まれる）と比較し、構造的な差別を見つけ出す間接差別は、その差別認定視点から差別的構造を利用したことに注目するので、起因差別より社会構造に組み込まれた差別に対して機能的に対応できるといえる。

## 5.2 合理的配慮義務の不履行と間接差別の関係

A. Lawsonは、合理的配慮義務を反応型配慮と予測型配慮に区別することで、間接差別と合理的配慮義務の不履行の関係を構造的に説明する。Lawsonがいう反応型配慮とは、雇用領域でいえば申立人である障害者が、使用者によるPCP等によって実質的に不利益を受けた場合に生じるものであり<sup>65)</sup>、事後的に申立人の不利益に対応するものをいう<sup>66)</sup>。一方の予測型配慮とは、障害者が被る不利を緩和・除去するために、必要な合理的配慮を予測して障害者らに対して講じることをいう<sup>67)68)</sup>。

65) Anna Lawson, *Disability and Equality Law in Britain* (Hart Publishing, 2008), p. 67.

66) 反応型配慮はDDA4A条1項である。「使用者によってまたは使用者に有利に定められた規定、基準、または慣行が、もしくは、使用者が占有する建物の物理的特徴によって、障害者がこの障害を持たない者と比較して重大な不利を被る場合、当該事例のすべての場面において合理的だとされるような範囲で、問題となる規定、基準または慣行、もしくは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使用者は講じる義務がある」。

67) Lawson・前掲注(65) p. 92.

68) 予測型配慮はDDA21条である。「サービス提供者が、障害者たちにとって、他の公衆も対象とし



このように合理的配慮義務を2つに区別した上で、Lawsonは、予測型配慮と間接差別は親和的な関係にあるという。まず、両概念ともに、グループ的不利益を問題にしており、予測型配慮のほうが、間接差別より、グループ的不利益を証明することを求められる。また、両概念ともに、個人への不利益の証明を求め、さらに、差別的効果を生じさせる潜在的な問題に注意を向け、その効果を軽減する方法を考慮することを求める。一方、予測型配慮と間接差別の異なる点は、間接差別は、既存のPCPを保有することを問題視するのに対して、予測型的配慮は措置を講じていないことを問題にする。次に、予測型配慮は、間接差別以上に、申立人個人の必要性や環境よりも申立人への影響を考慮する。最後に予測型配慮は、間接差別より、予見性を重視する<sup>69)</sup>。

これに対して反応型配慮は、予測型配慮ほど間接差別に関係しないとLawsonは指摘する<sup>70)</sup>。反応型配慮は、個人救済を規定しているものの、間接差別は、潜在的に構造的障壁と制度的差別を解消するものである。この意味で、間接差別はグループ由来であり、反応的配慮は、個人由来であると彼女はいう。雇用領域に対応するDDAは、障害差別のグループ的不利益を法的に認識しておらず、PSEDがあっただけだったとLawsonは分析し、その上で、間接差別は反応型配慮より、グループとしての差別に対応できると彼女は説明した<sup>71)</sup>。

Lawsonの指摘は示唆に富む。彼女は、間接差別、反応型配慮、予測型配慮のいずれも個人への不利益の証明を求めるとする。その上で、それぞれの発生のトリガーを個人由来とグループ由来と見なした場合、反応型配慮が一番個人由来、予測型配慮を一番グループ由来、そして間接差別をその中間に位置づける。そして、反応型配慮を個人救済とし、予測型配慮と間接差別を構造的障壁や制度的差別の解消に資するものと位置づける。反応型配慮と予測型配慮を描き出したLawsonが前提にしていたのはDDAである。2010年平等法は、DDAの雇用領域と同様に反応型配慮のみを規定している<sup>72)</sup>。

本稿がここまで検討してきたように間接差別は“差別的構造を探し出し利用すること”を問題視する。その意味で、Lawsonの分析と同様に、間接差別は、潜在的な差別的障壁

---

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、方針また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、方針または手続を変える措置を、当該事例のすべての場面で合理的とされる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、同じである(2項)。補助的支援またはサービスが、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、当該事例のすべての場面において合理的だとされるような範囲で、サービス提供者はこの支援・サービスを行う義務を持つ(4項)。

69) Lawson・前掲注(65) pp. 164-170.

70) Lawson・前掲注(65) p. 172.

71) Anna Lawson, Disability and Employment in the Equality Act 2010, *Industrial Law Journal* vol. 40 Issue. 4 (2011) pp. 375-376.

72) これに対してLawsonは、DDAが予測型配慮で対応してきた領域は2010年平等法では間接差別規定で救済されることになったと説明した。Lawson・前掲注(71) p. 369.

や制度的差別の存在を見つけ出し、解消するものといえる。しかし、間接差別発生のトリガーとしては、2010年平等法では個人への不利益に焦点を当てるので、個人由来と捉えるべきである。

また、合理的配慮義務は、社会から生じる障害に対応するものである。その意味で、反応型配慮も、使用者をはじめとする差別行為者による差別的な制度や建造物など（差別的障壁や制度的差別）を無反省に利用することで生じる不利益に対して、合理的な範囲での積極的措置を行うことで、障害者の権利保障を担う性格を持つといえるだろう。そうであるならば、反応型配慮と間接差別の違いは、差別的障壁や制度的差別を解消するために講ずる手段として前者は合理的配慮を通じて問題となる差別的障壁等を変更することを求め、後者が問題となる行為者の取扱い自体の否定にあるといえるだろう。

### 5.3 平等促進措置と間接差別の関係

ここまで障害差別禁止法理で禁止される差別類型との関係を見てきた。そこで、次に、平等促進措置としてのPSEDと間接差別との関係を検討していこう。2010年平等法は、公的機関は、本法に基づいて、(a) 本法が禁止する差別、ハラスメント、報復的取扱い、そしてその他の行為の除去、(b) 障害を有する者と有さない者の間の機会の平等促進<sup>73)</sup>、(c) 障害を有する者と有さない者の間の良好な関係の助成の必要性を考慮して、機関を運営しなければならないと定める(149条1項)。行為準則によると、PSEDは、いかにして特定の保護特徴を持つ人たちに与える差別的構造や不利益を緩和・解消するかということ considering 事業を運用することを公的セクターの義務とすることで、すべての人の平等を促進することを目的としている(2.10)<sup>74)</sup>。

このようなPSEDと間接差別の関係についてS. Fredmanは両者の連続性を指摘する。まず彼女は、間接差別を多様性の確保に資するものと位置づけ、一見して中立的なPCPを差別存在の検証の対象とすることで、間接差別概念は、当該社会の支配的な文化・宗教観等の存在を暴露すると指摘する。そういった社会は変えていくべきであるが、現実的に限界がある。この限界を担うのが間接差別における正当化の余地である<sup>75)</sup>。そしてさらに間接差別を、取扱い自体よりも効果を強調し、個人とグループの関係を意識し、そして申立による救済をしつつも事前の救済措置の企図したものと説明する<sup>76)</sup>。そしてこのような間接差別は、直接的に、いかにその差別的効果をなくすのか、という問題につながる。こ

73) 条文は保護特徴を有する者と有さない者の比較で規定している。

74) Equality and Human Rights Commission, *Equality Act 2010: Technical Guidance on the Public Sector Equality Duty England* (2015) p. 17.

75) Sandra Fredman, *Discrimination Law 2<sup>nd</sup> edition* (Oxford University Press, 2011) pp. 180-182.

76) Sandra Fredman, Addressing Disparate Impact: Indirect Discrimination and the Public Sector Duty, *Industrial Law Journal* vol. 43 Issue. 3, 2014, p. 349.

の問題は、差別が起きる前に、そのような差別的効果が防ぐにはどうすべきか、という問題認識を展開することになる。これがPSEDにつながる<sup>77)</sup>。

間接差別の性質を個人救済としつつも、差別的効果の解消を重視するFredmanの間接差別構造の把握は、本稿とは異なるものである。しかし、間接差別の差別的構造を発見する機能に着目し、その差別的構造が実際に被害者を生み出すことを未然に防ぐためにPSEDを位置づける点は、説得的な構造把握と評価できる。

## 6. 障害差別禁止法理における間接差別の構造的意味

社会構造によって生じる不利益の存在を強く意識し構造把握されてきた“障害”と、差別的構造を利用することで障害者に差別行為を働く“間接差別”は、構造的に同じように、障害者に不利益を課す構造的な問題を敵視する。その意味で2010年平等法制定によって初めて間接差別概念を導入したものの、DDAが制定する以前から障害差別禁止法理の文脈で、何度も議論の俎上に上がったのは、極めて自然の流れといえるだろう。

障害は、インペアメントの種類、程度、周囲の環境などにより、同一のものは存在しない。それゆえ、2010年平等法における間接差別規定にある“グループ間比較”の要件（19条2項b号）が障害と構造的に馴染まないとしばしば位置づけられてきた。しかし、HK Danmark事件CJEU判決で示されたように、2010年平等法における間接差別がグループとして想定するのは、同法で障害者と認定された申立人を排除する社会構造を利用することで、同様に排除されるであろう“障害者”たちである。その意味で、インペアメントの種類、性質、程度や社会から生じる障害の具体的な内容は意味をなさない。

このような間接差別は、対象は広範であるものの差別的構造に特化していない起因差別や、積極的措置を通じて正当な能力評価を行う程度に差別的構造の解消を担う合理的配慮義務とは異なる働きを期待することができるので、障害差別禁止法理においても意義のある差別類型と評価できる。

## 7. むすびにかえて

本稿は、イギリス障害差別禁止法理における間接差別概念の位置づけについて検討してきた。その結果、間接差別は、他の差別類型とは異なる機能を期待できるので、同法理において意義のある差別類型であることが明らかになった。

本稿による知見を冒頭の日本の文脈に落とし込むと、日本でも差別解消法と雇用促進法

---

77) Fredman・前掲注(76) p. 354.

の条文から積極的に間接差別を導く姿勢が必要だと言えるだろう。しかしかりに、“間接差別概念”を“間接差別”という差別類型に直接的に当てはめなくても、DDAのように“差別的取扱い”と“合理的配慮義務”の双方に組み込むことが可能である。2016年に施行される差別解消法と雇用促進法が、より実効的に機能するように、障害を理由にした間接差別による差別被害も障害差別として積極的に救済していくことが必要である。

#### 付記

本研究は、早稲田大学日欧比較基本権理論研究所 2015 年度研究プロジェクトの成果の一部である。