

論文

イギリス2010年平等法における直接差別，障害起因差別，
間接差別の関係と平等観

杉山 有沙

アブストラクト：本稿は，平等法における平等観について，S. Fredmanの理解を背景に，形式的平等を平等取扱，実質的平等を機会の平等と結果の平等として位置づけた。そして，さらに検討を深めた結果，形式的平等は過程着目型の平等保障であり，実質的平等は結果指向型の平等保障であることを明らかにした。そして，平等法における差別類型の関係を条文，判例，学説等を通じて検討した結果，非障害者基準の偏頗的な社会構造を問題視する「社会から生じる障害」を考慮すれば，直接差別，起因差別，間接差別は連続する関係性にあることが明らかになった。これを踏まえ，最後に差別発生構造を合わせて検討すれば，直接差別，起因差別，間接差別はいずれも過程着目型の平等保障となるので，形式的平等（または，その延長線上）の保障の差別類型であると結論づけた。

1 はじめに

現在，イギリスでは，差別禁止や平等促進の保障について，2010年平等法（Equality Act）が定めている。同法は，9つの保護特徴（年齢，障害，性別再指定，妊娠・出産，婚姻・民事パートナーシップ，人種，宗教・信仰，性別，性的指向）を理由とした差別，ハラスメント，報復的取扱の禁止，そして平等促進措置を規定している。この9つの保護特徴のうち，本稿は，「障害」を検討対象にする。

平等法が禁止する差別類型とは，直接差別（13条），障害起因差別（discrimination arising from disability. 以下，起因差別. 15条），性別再指定差別（16条），妊娠出産差別（17条・18条），間接差別（19条），そして，合理的配慮義務の不履行（21条）である。ただし，平等法は，これら全ての差別類型を前述の9つの保護特徴に対して一

律に禁止しているわけではない。例えば，直接差別規定は9つの保護特徴に対して原則として適用されるが，間接差別規定は妊娠・出産に対して適用されない（25条）。このように保護特徴ごとで禁止する差別類型を変える平等法は，「障害」に対して，直接差別，起因差別，間接差別，合理的配慮義務の不履行を禁止する。

また，平等法の適用対象領域は，サービス・公的機能（第3編），不動産（第4編），労働（第5編），教育（第6編），結社（association. 第7編）である。そして，前述の差別類型の内容は，各領域で条文ごとに変更が加えられ，調整される。

前述の通り平等法は，9つの保護特徴を差別禁止の対象としており差別一般を禁止しているわけではない。つまり平等法は，定められた保護特徴に対する差別のみを救済対象にしている⁽¹⁾。こ

(1) Monaghan 2013: 150.

れは、平等法の制定以前、人種や性別をはじめとして、保護特徴ごとに個別に差別禁止立法が制定されていたことに由来する。イギリスでは、まず1965年に人種関係法（Race Relations Act. 以下、RRA）が制定され、1975年に性差別禁止法（Sex Discrimination Act. 以下、SDA）、1995年に障害差別禁止法（Disability Discrimination Act. 以下、DDA）と、次々と差別禁止立法が制定された。このように保護特徴ごとの差別禁止立法が乱立する中で、各差別禁止立法間の調整と平等促進の強化を図るために、平等法が2010年に制定された⁽²⁾。

2 直接差別と間接差別の関係性に関する議論状況

一言で障害を理由とした差別類型といっても、被差別者となる障害者に対する行為者による取扱を問題にするものと（直接差別、起因差別、間接差別）、障害者のために積極的措置を行為者に要求するもの（合理的配慮義務の不履行）に区分できる。そこで、本稿では、より緻密な議論を行うために、前者である行為者の取扱を問題にする差別類型だけを議論の対象にする。すなわち本稿では、障害を理由とした直接差別、起因差別、間接差別の関係性を検討する⁽³⁾。

2.1 形式的平等と実質的平等

①平等観と直接差別・間接差別 直接差別と間接差別の関係性に関する議論は、すでに多く

の論者によってなされている。原則として直接差別と間接差別は区別されるとされ⁽⁴⁾、一般的に、直接差別は形式的平等の保障、間接差別は実質的平等の保障と説明される。そこで、はじめに、形式的平等と実質的平等の意味について確認していこう。

②S. Fredman 平等法制定に影響を与えた『イギリス差別禁止立法実現に関する独立報告書』⁽⁵⁾を執筆した主要メンバーであるB. Heppleの平等理解に影響を与えた人物として⁽⁶⁾、S. Fredmanがいる。まずFredmanは、形式的平等を「等しいものは等しく」という平等取扱と位置づける。これは、国家の中立性、個人主義、そして個人の自律の促進に基づいて要求され、伝統的に差別禁止法理を通じて確立されてきた。この形式的平等は、一貫性の平等（equality as consistency）でもある⁽⁷⁾。

これに対して実質的平等とは、機会の平等と結果の平等（equality of result）を意味する⁽⁸⁾。ここでいう結果の平等とは、平等取扱は過去の差別によって生じた不平等を事実上強化するという認識に基づき、利益（benefit）の公平な再分配を実現することに焦点を当てるものである。これに対して、機会の平等とは、平等取扱と結

(2) 注釈：para.10. 平等法の制定過程について、杉山2016b: 426-427.

(3) 合理的配慮義務の不履行禁止について、杉山2016d.

(4) Fredman 2016: 231.

(5) The independent Review of the Enforcement of UK Anti-Discrimination Legislation. Doyle, Casserley, Cheetham, Gay and Hyams 2010: 2-3, Keter and Business & Transport Section 2009: 13.

(6) 特にHeppleの実質的平等理解に影響を与えた。

(7) Fredman 2011: 8, Fredman 2005: 165, Fredman 2001: 223-224.

(8) Fredman 2011: 8, Fredman 2005: 167. このような位置づけ方は、イギリスでは一般的である（例えば、Butler 2016: 26-27; McColgan 2014: 20-23）。

果の平等の中間にあたるものである。過去の差別や構造的差別がある中で平等取扱は損害を生み出すとしつつも、完全な結果の平等は行き過ぎであるとし、スタート地点の平等を強調するものである。そして、このような実質的平等の核となるものとして人間の尊厳の保障がある。このような実質的平等の目的とは、①特定集団が抱える損害の悪循環の克服、②尊厳と人間としての価値の尊重、③社会構造の是正を目指した差異の調整、④社会への完全参加の促進であると Fredman は説明した⁽⁹⁾、⁽¹⁰⁾。

③ B. Hepple この Fredman による平等理解に影響を受け、Hepple も、形式的平等は平等取扱という手続的保障であり、結果までを求めるものではないとして、比較対象者とともにレベルダウンを許容することも認めるものとし、形式的平等の限界から、実質的平等が求められるようになったと説明した⁽¹¹⁾。

このような実質的平等は、「結果指向型」といえる。つまり、平等取扱を意味する形式的平等とは異なり、実質的平等は、実現された結果がまずイメージされ、そこから逆算的に算定さ

れた必要な事項について立法等を通じて実現される⁽¹²⁾。とすると、手続的保障を重視する形式的平等は、「過程着目型」といえるだろう。

以上より、本稿において平等法が前提にする「平等」とは、形式的平等＝過程着目型（手続的保障）、実質的平等＝結果指向型、を意味する。

2.2 直接差別と間接差別の関係性

このような形式的平等と実質的平等の理解を前提に、イギリスでは、直接差別禁止は形式的平等の要請であり、また、間接差別禁止は実質的平等の要請、特に結果の平等保障であると一般的に位置づけられる⁽¹³⁾。

平等法における直接差別と間接差別の定義は後述するが、端的に言えば、直接差別は、特徴を理由にして異なった取扱を問題にし、間接差別は、特定の集団に不均衡な影響を与える一見中立的な何か（例えば、基準）を媒介に行われるものである⁽¹⁴⁾。このような直接差別と間接差別は、異なった救済方法を要求する。すなわち、直接差別は平等取扱を差別救済として手続的に求めるのに対し、間接差別は、これを超えて、過去の損害や不平等な機会といった効果を生む基準等に挑戦することを要求する⁽¹⁵⁾。そして、異なった構造を持つ直接差別と間接差別の救済方法は、相互に排他的であると説明される⁽¹⁶⁾。

(9) Fredman 2011: 8, 14-33, Fredman 2005: 167-168, Fredman 2001: 225-227.

(10) Fredman は、実質的平等について、形式的平等（平等取扱）の限界が認識された後に要求されたものと位置づける。ここでいう限界とは、例えば、形式的平等は抽象的な個人に焦点を置き、平等取扱を求める代わりに、構造に組み込まれたような社会的損害を適切に解消することはない。そこで、資源の再分配を図るなどして平等を促進する実質的平等が求められるようになった（Fredman 2005: 163-166）。

(11) Hepple 2014: 68, 81; Barnard and Hepple 2000: 563-564.

(12) 西原 2016 : 34.

(13) Wadham, Robinson, Ruebain and Upple 2016: 41, Hepple 2014: 81 等.

(14) Bamforth, Malik and O' Cinneide 2008: 291.

(15) McColgan 2005: 73.

(16) Hepple 2014: 81.

このようにイギリスでは、一般的に、形式的平等（平等取扱）＝直接差別禁止、実質的平等（特に結果の平等）＝間接差別禁止という構図で整理されている。

2.3 DDAにおける障害関連差別の異質性

(1) 障害特殊理論を背景にした禁止する差別類型の選択

こうした直接差別と間接差別の関係性把握が主流の中で、障害差別禁止法理だけが、この構図から逸脱する直接差別と間接差別の関係性の把握を、同法理形成当時から行っている。イギリスで障害差別禁止法理として初めて立法化されたのは、前述の1995年制定のDDAである。同法制定前から運用されていたRRAとSDAは直接差別禁止と間接差別禁止を規定していた。にもかかわらず、DDAは、意識的に、障害関連差別（disability-related discrimination. 以下、関連差別）と合理的配慮義務の不履行を禁止する差別類型として定めた。このような選択をした背景には、DDAの立法者が、関連差別は直接差別と間接差別を包括できると、意識的に判断したことがある。

(2) 直接差別と間接差別の要素を持つ「関連差別」

1995年DDA制定当初に採用された関連差別とは、行為者が障害者の障害に関連する理由に基づいて、障害者を、その理由が適用されない（または適用されないであろう）者よりも不利に取扱い（less favourably）、かつ、その取扱を正当化できない場合を指す⁽¹⁷⁾。DDA制定の際の

(17) 関連差別についてDDAは、定義は同じであるが、

議会答弁において、W. Hague庶民院議員（当時・障害者担当大臣）は、関連差別について、障害者が直面する現実的な問題を解消するために適しており、また、間接差別にも直接差別にも対応できるものであると説明した。例えば、犬を連れて入店することを禁止するカフェを想定した場合、盲導犬を連れてきた視覚障害者の入店は拒否されるし、また、このルールは障害者と非障害者の両方に適用されるので間接差別でもあるとした。このような事態を問題視する関連差別は、直接差別にも間接差別にも同時に対応できるものであると説明された⁽¹⁸⁾。

前述の通り、救済方法について直接差別と間接差別は相互に排他的であるはずである。しかし、障害差別の文脈において、両者は、少なくとも法案作成段階では包括できるものと認識され⁽¹⁹⁾、正当化の余地がある平等取扱として⁽²⁰⁾、実際にDDAで制定・運用された。DDA廃止後、関連差別は、起因差別と間接差別に分裂したものの、平等法に引き継がれた。

(3) 障害差別禁止法理が「例外」か？

①障害差別は例外？ 直接差別と間接差別を包括する差別類型として関連差別を生み出し採用した障害差別禁止法理は、「例外」的な差別禁止法理であると単純に考えて良いのだろうか

正当化の審査の内容を適用領域ごとに変えていた。

(18) HC Deb 24 January 1995 vol. 235 cc. 150, Lawson 2008: 132, 杉山 2016a: 78-81.

(19) 関連差別は、射程が直接差別より広いもので、かつ、間接差別をも包摂すると認識されている (Monaghan 2007: 277, 355-356)。

(20) Doyle 1997: 73, 杉山 2016a: 81-82.

か。人種や性別などの他の保護特徴に対する差別禁止法理と異なって、DDAが、関連差別を採用した背景には、同法の「障害」の捉え方に理由がある。そこで、DDAの障害定義に大きな影響を及ぼした、障害モデルについて確認していこう。

②インペアメント考慮型社会モデル DDAと平等法が採用する障害モデルは、インペアメント考慮型社会モデルである。これは、社会モデルの分類型であり、障害を身体的・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つの要素で捉え、障害者が抱える不利の責任を障害者本人と社会の両方に見出すモデルである⁽²¹⁾。社会モデルは、障害をインペアメントとして捉えて、不利の責任を障害者本人のみに見出す医学モデルを克服するモデルとして、1970年代の障害者運動で顕在化された。そこで、社会モデルの理論構築を行い、DDAに強い影響を与えた障害者運動の理論的支柱として活躍した障害者団体である隔離に反対する身体障害者連盟（Union of the Physically Impaired against Segregations, 以下、UPIAS）による障害の定義を確認していこう。

UPIASによると、障害者は、完全な社会参加から切り離し排除されることによって、インペアメントだけではなく、さらに社会から生じる障害が課されることになることと主張した⁽²²⁾。ここでいう社会から生じる障害とは、障害者の存在をほとんど考慮しなかったために、主流な社会活動への参加から障害者を排除するような、現在の社会体制から生じる障害者に課す活動へ

(21) インペアメント否定型社会モデルについて、杉山 2016a: 35-37.

(22) UPIAS 1976: 14.

の損害または制限を意味する⁽²³⁾。

③差別的な天秤 このインペアメント考慮型社会モデルを採用するDDAと平等法は、障害認定の際に、インペアメントと社会から生じる障害という2つの要素から判断する⁽²⁴⁾。ここで特に注目すべきは、「社会から生じる障害」である。この社会から生じる障害は、非障害者基準の偏頗的な社会構造自体が、障害者に差別的に働くことを問題視している。これはつまり、例えば「等しいものは等しく、等しくないものは異なって取扱う」という平等取扱を想定した場合、この「等しい」を測る天秤に、すでに差別構造が組み込まれていることを問題にしている。このようにインペアメント考慮型社会モデルを採用した障害差別禁止法理（DDAと平等法）は、差別的な天秤で「等しい」を測っても、正しい値が出てこないことを前提に差別類型を選択したため、人種や性別などの他の保護特徴とは異なる差別類型を採用したといえる。

3 2010年平等法における差別構造

ここまで差別類型について、定義を行わずに議論を進めてきた。そこで、続いて、平等法における差別類型の定義と構造を確認していこう。

(23) 杉山 2016a: 33-38.

(24) DDAにおける障害者とは、通常の日常生活活動を行う能力に、重大かつ長期に渡り不利な影響を及ぼす身体的もしくは精神的インペアメントを持つ者を指す（1条）。この条文は、ほぼ同じ文言で、平等法も引き継いだ（平等法6条）。平等法の障害認定について、杉山 2018b.

3.1 直接差別

(1) 基本構造

①条文 平等法における直接差別とは、障害⁽²⁵⁾を理由として (because of), 行為者が他者を扱う (もしくは扱うであろう) よりも個人を不利に取扱った場合、行為者は差別したことになる (13条)。同法における直接差別の被差別者は、障害者本人 (保護特徴を有する本人) に限定されない。妊娠出産を除いて、障害者に関係する者 (関係者差別) や障害を持つと誤って認知された者 (認知差別) も、直接差別の対象になる⁽²⁶⁾。

②問題になる障害 先のインペアメント考慮型社会モデルと照らし合わせた時、直接差別が問題にするのは、インペアメントであろうか、それとも社会から生じる障害であろうか。まず、視覚障害 (インペアメント) それ自体を理由に不利な取扱をされる事態が想定できるので、インペアメントが対象といえる。さらに、関係者差別や認知差別も直接差別の救済対象になることから、本人のインペアメントだけではなく、社会を媒介にして生じる障害も問題になるので、社会から生じる障害も、直接差別の対象になる⁽²⁷⁾。続いて、①比較対象者、②原因 (理由にして)、③不利な取扱、の3点を詳しくみていこう。

(2) 比較対象者

直接差別の比較対象者は、問題になる事例に

(25) 平等法が規定しているのは、障害ではなく、保護特徴である。しかし、便宜上、ここでは障害と言ひ換える。

(26) 行為準則 2011: paras.4.19-4.20.

(27) 杉山 2016a: 209-211.

において、重大な違いがない者である。ここには、本人の能力も含まれる (23条1・2項)⁽²⁸⁾。しかし、この比較対象者は、必ずしも現実の相手である必要はなく、仮想の相手でも構わない⁽²⁹⁾。

比較対象者に関して、High Quality Lifestyles Ltd v. Watts 事件 EAT 判決において、直接差別の比較対象者は“申立人と同じ、もしくは実質的な違いがない者”であると説明した。原告は知的障害・自閉症患者の入居施設で雇用されていた HIV 感染者だったが、本件における比較対象者は、“HIV 陽性ではないものの、医学的状況などによって同じようなリスクを抱える者”とした。また、直接差別の立証責任に関して、被告に正当化の余地がない代わりに、原告が有効な比較対象者だけでなく、その比較対象者なら不利な取扱を受けなかったであろうことをも証明しなければならないとした⁽³⁰⁾。

このように、直接差別における比較対象者は、正当化の抗弁の余地がないからこそ、原告である障害者と重大な違いがない者というように、厳格に特定される。この比較対象者の特定の厳格さと正当化の余地の関係は、起因差別 (または、DDA の関連差別) にも関わる。

(3) 原因 (理由にして)

①原因の審査 因果関係を証明するために、不利な取扱が障害を理由にしたものであるかどうかの審査は、原因の客観性審査で行われる。ここでは、取扱の背景にある基準や事実障害の存在があったかどうかという点が問題にな

(28) 行為準則 2011: paras.4.22, 4.29.

(29) 行為準則 2011: para.4.23.

(30) [2006] IRLR 850 (10 April 2006), paras.46, 48

る⁽³¹⁾。これに関連して、差別的意図や害意、動機の有無は、直接差別の差別認定に無関係である⁽³²⁾。前述の通りイギリスにおいて直接差別は、形式的平等の保障であり、平等取扱を要求するものである。したがって、ここで問題となるのは、比較対象者との間に不利な取扱があるかどうかである。Heppleは、差別禁止法理の主要な目的の一つは、保護特徴に対するステレオタイプや思い込みを克服することであるとして、これらは意図的な場合もそうではない場合も生じると説明した⁽³³⁾。

このように、原因の審査は客観性審査で行われるが、このときの判断対象には、差別的意図や動機は含まれない。

②従来法との関係 平等法では原因を表す用語としてbecause ofを採用したが、従来法ではon the ground ofやon groundsというようにSDAやRRAといった法律ごとで異なる用語を使用していた。この変更について、注釈、行為準則、そして学説のいずれにおいても、意味は変わっておらず、申立の際に、利便性を向上させたものであると説明している⁽³⁴⁾。

しかし、もともとon the ground ofとon groundsは異なる内容と構造のものとしていた。具体的には、SDAは申立人本人の性別を原因とする取扱（on the ground of her sex）と規定し、RRAは人種を理由とした取扱（on racial grounds）を定めていた。この条文の文言の違いは、SDAと

は異なり、RRAはある人が関係者の人種を理由に差別を受けた場合（関係者差別）も、直接差別として申立てを行う余地を残すことにつながった⁽³⁵⁾。

以上を踏まえると、そもそも従来法のon the ground ofとon groundsは異なる概念であるので、平等法が採用したbecause ofが従来法と同じ意味であると捉えることは無理がある。とすると、この用語変更は、関係者差別、認知差別、抑止的差別（deterred discrimination）⁽³⁶⁾を含むものというように、より広範になったと解釈すべきであるといえる⁽³⁷⁾。

(4) 不利な取扱

直接差別となる不利な取扱とは、どのようなものだろうか。これは、比較対象者と比較して、明確な損害がある場合（例えば、選択の剥奪や機会からの排除が関係している場合やサービスの質が粗末である場合）を指す。ここで問題となる不利な取扱は、実際に損害を経験している必要はない。合理的に証明が出来ればよい⁽³⁸⁾。この直接差別の不利な取扱とは、些細以上のものである⁽³⁹⁾。

(31) Wadham, Robinson, Ruebain and Upple 2016: 33.

(32) 行為準則 2011: para. 4.15. Wadham, Robinson, Ruebain and Upple 2016: 34等.

(33) Hepple 2014: 70.

(34) 注釈61. 行為準則 2011: para. 4.12. Hepple 2014: 75, Monaghan 2013: 250等.

(35) Forshaw and Pilgerstorfer 2008: 2-3, 杉山 2016a: 172-174.

(36) 例えば、サービス提供の際に、黒人お断りと言った広告を出すような、明確な差別的意図があるが、特定される被差別者は存在しないケースがある（行為準則 2011: para.4.32）。

(37) Butler 2016: 40.

(38) 行為準則 2011: paras.4.5-4.6.

(39) JP Morgan Europe Ltd v Chweidan事件控訴院判決. [2011] EWCA Civ 648, [2011] IRLR 673 (27 May 2011). para.5.

(5) 小括

以上のように、障害を理由に行為者が被差別者である障害者を比較対象者よりも不利に取扱うことを問題視する直接差別は、形式的平等保障である平等取扱の形式を堅持している。特に、差別認定の際に、差別的意図や動機を考慮に入れない姿勢は、手続きとしての平等取扱の保障の象徴ともいえるだろう。

3.2 起因差別

(1) 関連差別から起因差別と間接差別へ

少なくとも、障害を理由にした間接差別の禁止が、実質的平等保障として位置づけられていないことを確認するためには、DDAで禁止されてきた関連差別が、起因差別と間接差別に分裂した経緯をみる必要がある⁽⁴⁰⁾。

関連差別の条文は、すでに前述したので、ここでは繰り返さない。この差別は、正当化の余地を残す代わりに、比較対象者を問題となる不利な取扱の理由が当てはまらない者というように、その特定方法を緩やかに（広範に）設定していた⁽⁴¹⁾。しかし、2008年のLondon Borough of Lewisham v. Malcolm and Equality and Human Rights Commission事件貴族院判決で、比較対象者について障害を持たない重大な違いがない者に変更され、特定方法が厳格になった⁽⁴²⁾。この判決により、差別認定がされにくくなり、実質的に関連差別が十分に機能しなくなり、関連

差別は弱体化したと障害当事者や政府等から問題視された⁽⁴³⁾。

こうした事態を背景に、平等法制定に向けた議論において、労働年金省の一部門である障害問題担当局は、EU法の雇用枠組指令による間接差別の導入要請も踏まえて、関連差別を間接差別に置き換えることを検討した⁽⁴⁴⁾。しかし、庶民院労働年金委員会は、間接差別の導入は歓迎するものの、間接差別だけではMalcolm判決以前の関連差別の水準を取り戻せないと指摘した。そして、この問題を解決するために、比較対象者の審査を必要としない起因差別を新たに導入すべきだと進言した⁽⁴⁵⁾。

このように障害をめぐった間接差別は、DDAの法案作成段階で間接差別が関連差別に包摂されるという理解もあり、実質的平等を意識することなく、平等取扱の保障の1つでもある関連差別から、起因差別とともに分離された。

(2) 基本構造

①条文 平等法における起因差別とは、障害者の障害の結果生じた事柄を理由に、行為者が障害者に対して不利益取扱（unfavourably）をした場合、そしてこの取扱が、正当な目的のための適切な手段に適う意味であることを証明できなかった場合を指す（15条1項）。しかし、

(40) 杉山 2016a: 198-203, 杉山 2016b: 431-432.

(41) Clark v TDG Ltd事件控訴院判決. [1999] EWCA Civ 1091, [1999] IRLR 319 (25 March 1999). paras.60-62, 91.

(42) [2008] UKHL 43, [2008] IRLR 700 (25 June 2008). paras.13, 15-16.

(43) Hepple 2014: 92-93, Monaghan 2013: 305-307, 杉山 2016a: 199-203.

(44) Office for Disability Issues 2008: 10, 21-26. Hepple 報告書でも間接差別を障害領域へ導入を進言された (Hepple, Coussey and Choudhury 2000: 32)。

(45) The House of Commons Work and Pensions Committee 2009: 16-17.

行為者が、問題となる障害者が障害を持っていたことを知らなかった（または知ることが合理的にみて期待できない）場合、1項は適用されない（2項）⁽⁴⁶⁾。

②問題になる障害 起因差別は、障害そのものではなく、「障害の結果生じた事柄」を対象にする。したがって、障害の構成要素の観点から分析すると、「社会から生じる障害」を対象にしているといえる。つまり、障害者本人のインペアメントではなく、非障害者基準の偏頗的な社会構造が、行為者の取扱によって、障害者に損害を与えることを問題にしているのである。

(3) 障害の結果生じた事柄

起因差別の原因となる「障害の結果生じた事柄」とは、不利益取扱を生み出す事柄と障害の間に関連があるものを指し、これは障害者の障害に係る結果や影響を含むものである。また、障害者の障害の個人的な影響に依存し、さらに、一見してわかるものとそうではないものがある⁽⁴⁷⁾。

このように、起因差別では、発生の原因となるものを直接差別よりも広く捉えるので、差別救済の射程も直接差別よりも広範であるといえる。

(4) 不利益取扱

起因差別は、比較対象者を明文で規定していない。では、起因差別には、比較対象者は完全に不要なのだろうか。これを検討する前に、不利益取扱の意味を確認していこう。

起因差別における不利益取扱とは、障害に起因する事柄を理由に、問題となる人にハードルを課す、または特定の困難を与える、または損害を与えることを意味する⁽⁴⁸⁾。とするならば、直接差別と異なり、比較対象者の条文規定が存在しない以上、裁判場面において比較対象者の特定は不要であるといえるが、障害に起因する理由でハードルを課すこと等が起因差別であるならば、障害に起因する理由がないのでハードルを課されなかった者との比較がなければ、損害や困難が存在しているのか、また、その損害や困難が障害に起因するものなのか、を判断することは難しい。したがって、差別発見をするためには、特定方法は極めて緩いものではあるが、必然的に比較対象者が存在しているといえるだろう。

このようにみると、比較対象者の特定の審査基準の厳格さは異なるが、基本構造は、平等取扱を求める直接差別と同じものになる。そして、申立の際に比較対象者の特定が不要というように、比較対象者を重視しないからこそ、原告である障害者に課された起因差別の立証責任が軽く、一方で差別存在の認定がされやすいため、被告による正当化の余地が残された。

(5) 正当化の審査

起因差別の正当化の審査は、間接差別の客観的正当化審査（objective justification test）と同じものである⁽⁴⁹⁾。この審査は①問題となる行動の目的が合法で適切であり、それは事実と客観

(46) 起因差別の詳しい説明は、杉山 2018a。

(47) 行為準則 2011: paras.6.9-6.10。

(48) Trustees of Swansea University Pension & Assurance Scheme and another v. Williams 事件EAT判決。[2015] IRLR 885, (21 July 2015). paras.27-28。

(49) 行為準則 2011: paras.6.12, 5.25。

的考慮で証明されているか、②その手段は適当か、という二段階の審査で行われる（目的手段審査）⁽⁵⁰⁾。費用の問題は、考慮要素の一つではない⁽⁵¹⁾。

(6) 小括

このように起因差別とは、社会から生じる障害を問題視し、障害に起因する理由により、障害者にハードルを課すような正当化できない平等取扱違反を差別と見なしているのである。この社会から生じる障害を問題視している点は、特に注視すべきである。つまり、社会から生じる障害は、障害者の存在を考慮しないで形成した非障害者優位の偏頗的な社会構造を問題視している。したがって、ここにある構造とは、行為者→社会から生じる障害に起因した取扱→被差別者、である。そして、社会から生じる障害を解決すべき対象とした時点で、起因差別には、問題の社会構造の是非の再検討が要請される。これが正当化の余地に反映されていると解釈できる⁽⁵²⁾。

3.3 間接差別

(1) 基本構造

①条文 DDAの関連差別の分裂先の1つとして位置づけられた平等法における間接差別とは⁽⁵³⁾、障害者の障害について差別的である規定（provision）、基準（criterion）、慣行（practice、以下、PCP）を行為者が問題の障害者に適用した場合を指す（19条1項）。ここでいう差別的

なPCPは、①問題の障害者の障害を共有しない人たちに、行為者がそのPCPを適用し（または適用するだろう）、②問題の障害者と同様の障害を持たない人たちと比較した際に、そのPCPが、問題の障害者と同様の障害を持つ人たちに特定の損害（disadvantage）を与え（または与えるであろう）、③そのPCPが、問題の障害者本人に損害を与え（または与えるであろう）、その上で、④行為者が、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ものをいう⁽⁵⁴⁾（同条2項）⁽⁵⁵⁾。

②問題になる障害 間接差別は、差別的なPCPを問題にしている。これはつまり、意図的かどうかを別にして、問題の障害者と同様の障害を持たない人たちに優位となる構造を持つPCPが、障害者本人に損害を課すことを問題にしている。したがって、間接差別は、社会から生じる障害を問題視している。ただし、間接差別が問題にしているのはPCPなので、正確には、社会から生じる障害の一部を限定的に対応しているといえる。

(2) 差別的なPCP

①PCP 平等法は、PCPについて定義づけているわけではない。しかし、例えば、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。またPCPは、適用される予定（まだ適用されていない）のものや、1回だけのもの、そして任意のものも対象になる⁽⁵⁶⁾。

(50) 行為準則 2011: para.5.27.

(51) 行為準則 2011: para.5.32.

(52) 杉山 2018a.

(53) 注釈: para.81.

(54) 本文中の起因差別の構造説明にあるように、正当化の審査は、起因差別と同じである。

(55) 間接差別の詳しい説明については、杉山 2016c.

(56) 行為準則 2011: para.5.6.

②損害 平等法は、間接差別が問題にする損害も、定義づけしていない。しかしこれは、機会や選択の否定、抑止、拒否、排除が含まれる。保護特徴である障害と損害の因果関係が明白な場合とそうではない場合がある。こうした場合、統計的分析の活用が有益となるであろう。しかし、統計的分析でなくても、専門性のある見解に基づいて間接差別の認定を行ってもよい⁽⁵⁷⁾。

これに関連した判決としてRegina (H and others) v Ealing London Borough Council事件高等法院判決がある。本件は、住宅申請の際に課される、過去18か月の中で12か月間は週に少なくとも24時間以上働いた世帯を要件とする勤労世帯要件が問題になった。シングルマザーとその子ども、障害者や高齢者夫婦などの原告らが、この要件に対して、間接差別などとして申立てた。高等法院は、勤労世帯条件について、女性や障害者、高齢者は労働市場における不利な立場などが原因で不公平な不利益を被るとし、被告は原告らに19条項の間接差別を行ったと判断した^{(58), (59)}。

(57) 行為準則 2011: paras.5.10-5.15.

(58) EWHC 841 (Admin), [2016] PTSR 1546 (18 April 2016). paras.3, 36, 50, 57. 正当化審査では、目的は正当だが手段が適切ではなかったとして正当化できないとされた (paras.61-62)。

(59) 障害領域において間接差別は、ほとんど機能しないと思われてきた (Jackson and Banerjee 2013: 61)。しかし、他にもGovernment Legal Service v Brookers事件EAT判決で、アスペルガー症候群を抱える原告に採用試験で多項選択式の状況判断試験を課すことが、アスペルガー症候群を持たない人たちよりも持つ人たちに不利を与え、実際に原告に損害を課したとして間接差別に当たるとされるなど (UKEAT/0302/16/RN, [2017]

③比較アプローチ いったんPCPが保護特徴を持つ人たち (本稿では、問題の障害者の障害を持つ人たち) に損害を与えることが明らかになったら、続いて、保護特徴を持つ人たちとそうではない人たちの間で損害の有無について比較検討される⁽⁶⁰⁾。そして、その上で、原告本人への損害の存在が必要となる⁽⁶¹⁾。また、間接差別認定において、行為者の意図は直接差別と同様に無関係である⁽⁶²⁾。

(3) 小括

①西原説 間接差別は、差別的効果を見た後に、逆算的に差別的なPCPを割り出し、差別認定をしているように見える (結果指向型)。しかし、西原博史は、間接差別を過程着目型の差別類型であると説明する。

西原は、間接差別について、直接差別禁止を越えて、「侵害された個人の側の権利を手がかりにして、結果ではなく侵害の過程に着目することで」権利侵害として認定するものとして捉える⁽⁶³⁾。まず、西原は、差別禁止を「個人に責任のないメルクマールに従って個人を特定集団の成員に解消するような取扱に対する防禦権」と位置づけ (平等権)⁽⁶⁴⁾、個人の防禦権であることを強調する。その上で、この平等権を行使する際に、社会多数派が構築した社会の仕組みに不適合であるために、障壁としてたちはだかる

IRLR 780 (28 March 2017), para.18-19), 間接差別救済も順調に行われている。

(60) 行為準則 2011: paras.5.16-5.17.

(61) 行為準則 2011: para.5.23.

(62) 行為準則 2011: para.5.24.

(63) 西原 2016: 35.

(64) 西原 2003: 330.

場面があることを指摘する。そうした場面において、西原は侵害の過程に着目し、ルール運用者に対して、無反省に社会構造に依拠し、ルールに服する者に不当に障壁を課すことがないように義務づけを行うものと間接差別を解釈する。つまり、行為者が差別的なPCPを利用して差別をすることがないように、そのPCPに内在する差別構造に、ルール運用者が気づく義務があるという。そして、これを認識すべき立場なのに、認識しない（または、認識しようとしな）いに違法な差別が認定される。以上を踏まえ、西原は、間接差別を、被差別者に対して謂れない負担を課し、個人にとっての機会を閉ざす過程と見なし、これは過程着目型の個人の平等権侵害に他ならないと結論づける⁽⁶⁵⁾。

②社会から生じる障害と間接差別 本稿は、西原説に同意する。西原がいう社会多数派基準の社会の仕組みに不適合ゆえに生じる障壁は、社会から生じる障害にあたる。そもそも社会から生じる障害は、非障害者基準の社会構造が障害者に損害を課すことを敵視することから始まる。つまり、結果を見るまでもなく、問題のPCPには差別構造があることを疑っているのである。これはつまり、実現されるべき状態からの逆算ではなく、差別被害発生の過程に着目しているため過程着目型と位置づけられる。したがって、間接差別を構造的に見ると、行為者が、差別的なPCP（社会から生じる障害の一部）を利用して、被差別者に不利益取扱を行うものと定義できる（行為者→社会から生じる障害の一部（差別的なPCP）利用→被差別者）⁽⁶⁶⁾。

社会から生じる障害の存在がDDAの関連差別を生み出し、その関連差別が、平等法で起因差別と間接差別に分裂した。起因差別の基本構造が直接差別と同様の平等取扱であるのにもかかわらず、間接差別が共存できたのは、障害者を差別するのは、非障害者基準の社会構造が存在しているからという構造的な視点が社会から生じる障害に始めから組み込まれていたことに他ならないからといえるだろう。

3.4 3つの差別類型の関係

(1) 直接差別と起因差別

①基本構造の関係 ここまで、平等法における直接差別、起因差別、そして間接差別の構造を確認してきた。そこで、これら3つの差別類型の関係について検討していこう⁽⁶⁷⁾。このとき、特に、平等法が採用したインペアメント考慮型社会モデルの構成要素であるインペアメントと社会から生じる障害との関係に注目しながら論じる。

まず、直接差別と起因差別について、両者とも、平等取扱違反であることを問題にする。しかし、比較対象者の認定が、直接差別は厳格であるのに対し、起因差別は緩やかである。言い換えると、差別の存在の認定について、直接差別より、起因差別の方が容易であるといえる。これは、正当化の可否にも影響を与える。つまり、起因差別は、差別の認定が容易である代わ

(65) 西原 2016: 37-38.

(66) 杉山 2016c: 84-85.

(67) ①比較対象の必要性、②正当化の可能性、③障害認知の必要性、④保護対象の範囲という観点から、直接差別、起因差別、間接差別の關係性を検討したものとして、川島 2012: 38。いずれの論点も、本稿で、すでに取り上げたので、ここでは繰り返さない。

りに、正当化の余地がある。

②問題となる障害との関係 この直接差別と起因差別の関係分析に、問題となる障害の種類もあわせて検討してみよう。直接差別は、インペアメントと社会から生じる障害を問題にする。しかし直接差別が、社会から生じる障害が問題となる場面として想定するのは、障害者に関係する者や障害者と誤認された者に対してなされる差別である。とすると、実際の障害者本人に対してなされる直接差別は、インペアメントに対してなされるといえる。

これに対して、起因差別が問題にするのは、社会から生じる障害である。そして、社会から生じる障害が問題にするのは、非障害者基準の偏頗的な社会構造によって障害者に課される不利益だとすると、これは、社会構造に組み込まれたものとなる。つまり、社会から生じる障害を問題にする起因差別は、社会構造に組み込まれた差別構造を問題にするもので、問題の社会構造の是非の再検討を担うものといえる。しかし、多種多様である障害の中で、差別被害を受けた原告である障害者一人のために、社会構造全てを違法だと認定することが困難である場面が想定できる。例えば、ペット同伴禁止のカフェに盲導犬を連れた視覚障害者が入店できないのは差別といえるだろうが、犬アレルギーの人の存在を考えると、一律的に違法と認定するわけにはいかない。これを調整するものが、起因差別の正当化の余地といえる。

とすると、起因差別の正当化の余地とは、単に、容易な比較対象者認定のバスターとして機能する以上に、問題となる社会構造の是非の再検討の調整機能を担うものといえる。

(2) 起因差別と間接差別

①共通点 DDAの関連差別を生みの親として持つ、起因差別と間接差別の関係はどのようなものだろうか。まず前提として、起因差別も間接差別も、社会から生じる障害を問題にしている。より正確に言うと、起因差別は社会から生じる障害（障害の結果生じる事柄）を理由に生じた平等取扱違反を問題にし、間接差別は社会から生じる障害の一部（差別的なPCP）の利用を問題にしている。特に間接差別については、結果指向的に差別的なPCPの特定を行っているように見える。しかし、障害差別禁止法理は、そもそも社会構造それ自体に差別構造があると確信し、既存の平等取扱の「等しい」を測る天秤を無反省に信用していない。とすれば、一見中立的であったとしても、問題のPCPに差別構造があることを想定しており、無反省に受け入れることは許されない。つまり、結果指向的に逆算するのではなく、直接差別と同様に、権利侵害過程に着目しているのである。

このように解釈すると、起因差別は、行為者→社会から生じる障害を理由にした取扱→被差別者となり、間接差別は、行為者→社会から生じる障害の一部（差別的なPCP）の利用→被差別者となる。このように起因差別と間接差別は、社会から生じる障害を強調すれば、近い構造にあるといえる。

②違い このような起因差別と間接差別の違いは、差別救済の対象の射程と、申立の際の原告の立証責任の内容、そして、障害者の障害の認知という要件の有無に現れる。まず、差別救済の射程について、起因差別は特に制限を設けていないが、間接差別はあくまでPCPが問題になる場面に限定される。また、起因差別では

立証責任として原告は、障害の結果生じた事柄で不利益を被ったことを証明すれば事足りるが、間接差別では、前述の条文に即して4つの要件の観点から差別的なPCPを証明する必要がある。つまり、起因差別の存在の証明のほう容易といえる。そして、最後に、起因差別は障害者の障害の存在を知らなければ発生しないが、間接差別は、認知も差別的意図も動機も、無関係である。

(3) 直接差別と間接差別

一般的に、直接差別と間接差別は異なった救済方法を要求し、相互に排他的であると位置づけられることは前述の通りである。しかし、障害差別禁止法理において、社会から生じる障害を考慮することで、差別的な天秤の存在を意識する以上、間接差別は過程に着目して権利侵害を発見することが要求される。前述の通り、直接差別が手続きとしての平等取扱を保障していることを踏まえると、直接差別と間接差別は、同じ過程着目型の差別類型であるといえる。

(4) 小括

このように直接差別、起因差別、間接差別の関係性を並べて確認すると、問題となる障害の種類や、差別救済の対象、差別存在の立証責任の内容に、違いがあるものの、基本構造が近く、いずれも過程着目型であり、連続していることが明らかになる。たしかに、このような差別類型の構造把握は、平等法が採用したインペアメント考慮型社会モデルを前提にした解釈方法である。しかし、特に、起因差別と間接差別に強く影響を与える「社会から生じる障害」とは、多数派基準の偏頗的な社会構造ゆえに少数派に

かかる損害と言い換えることができるので、問題となるのは「障害」だけではないはずである。とするならば、本稿が明らかにした直接差別、起因差別、間接差別の関係は、他の保護特徴にも普遍的に応用可能であるといえるだろう。

4 3つの差別類型と平等観

本稿は、冒頭で、平等法における平等観について、Fredmanの理解を背景に、形式的平等を平等取扱、実質的平等を機会の平等と結果の平等として位置づけた。そして、さらに検討を深めた結果、形式的平等は過程着目型の平等保障であり、実質的平等は結果指向型の平等保障であることを明らかにした。そして、差別類型の関係を検討した結果、直接差別、起因差別、間接差別は連続する関係性にあることが明らかになった。そこで最後に、これらの差別類型と平等観の関係を確認しよう。

前述の通り間接差別を位置づけた西原は、さらに、同差別類型を、「形式的平等の論理の延長線上に見られる法的な評価といえる」と説明した⁽⁶⁸⁾。西原が「延長線上」という言葉を用いることから明らかのように、間接差別禁止は、平等取扱を意味する純粋な形式平等保障とはならない。しかし、一方で、権利侵害過程を意識するため、結果指向的に認識される実質的平等とも一線を画する。そうであるなら、どのような間接差別をどのような平等の要請と解釈すれば良いのであろうか。

西原がいう社会多数派基準の社会の仕組みに不適合ゆえに生じる障壁によって問題の個人の

(68) 西原 2016: 38.

機会が閉ざされるという間接差別の問題把握は、本稿の平等取扱の「等しい」を測る天秤に差別構造があるという指摘に直結する。つまり、差別的な天秤で平等取扱を測って、それに即して取扱を行っても、不当な別異取扱になってしまうという事態である。言い換えると、社会から生じる障害が原因で生じる問題は、構造上、当事者と比較対象者の双方の間で、一見同じ取扱いをしたように見えても（平等取扱）、そもそも「等しい」を測る天秤に差別構造が組み込まれているので、表面化するのは、例えば、片方の当事者のみの機会を喪失させるような不均等な「結果」になる。とするならば、間接差別が社会から生じる障害を原因として発生すると捉える場合、構造を厳密に見れば、問題の所在は、平等取扱の「前提」部分にあることが明らかになる。そうであるとする、社会から生じる障害の存在を法的に認めた平等法における間接差別の役割は、天秤に内在する差別構造に、ルール運用者が気づく義務と言える。これは、権利侵害の過程に着目することで、差別的な天秤の是正を通じて、平等取扱を求めたためのものであるから、形式的平等（平等取扱）の延長線上にあるものといえるであろう。

以上より、平等取扱を測る天秤に差別構造がある可能性を想定する平等法における直接差別、起因差別、そして間接差別という差別類型の禁止は、過程着目的に認識されるものであり、形式的平等（または、その延長線上にある概念）の保障から要請されるものだとはいえる。

付記 本研究は、平成29年度科学研究費（若手研究（B）・17K13614）の成果の一部である。

[投稿受理日2018.5.24/掲載決定日2019.1.18]

引用文献

- ※本稿ではEquality and Human Rights Commission (EHRC) (2011) *Equality Act 2010 Code of Practice: Services, Public Functions and Associations, Statutory Code of Practice*, EHRCを行為準則2011と表記する。
- 川島聡 (2012年)「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。
- 杉山有沙 (2016a)『障害差別禁止の法理』成文堂。
- 杉山有沙 (2016b)「差別禁止・平等法理の変動と『現代化』」倉持孝司・松井幸夫・元山健編著『憲法の「現代化』』敬文堂。
- 杉山有沙 (2016c)「障害差別禁止法理における間接差別の構造的位置づけ」『早稲田社会科学総合研究』16巻2・3号。
- 杉山有沙 (2016d)「障害差別禁止法理における予測型配慮義務の法的性格」『早稲田社会科学総合研究』17巻1号。
- 杉山有沙 (2018a)「イギリス2010年平等法における起因差別の規範構造と意義」『ソシオサイエンス』24号。
- 杉山有沙 (2018b)「無力化された個人としての障害者の認定方法」『白鷗法政策研究年報』11号。
- 西原博史 (2003)『平等取扱の権利』(成文堂)。
- 西原博史 (2016)「社会的排除と差別」浅倉むつ子・西原博史編著『平等権と社会的排除』(成文堂)。
- Bamforth, Nicholas, Malik, Maleiha and O'Conneide, Colm (2008) *Discrimination Law: Theory and Context 1st edition*, Sweet and Maxwell.
- Barnard, Catherine and Hepple, Bob (2000) "Substantive Equality", *Cambridge Law Journal*, vol.59, issue 3.
- Butler, Mark (2016) *Equality and Anti-Discrimination Law*, Spiramus Press Ltd.
- Doyle, Brian (1997) "Enabling Legislation or Dissembling Law? The Disability Discrimination Act 1995", *The Modern Law Review* vol.60, issue 1.
- Doyle, Brian, Casserley, Catherine, Cheetham, Simon, Gay, Vivinne and Hyams, Oliver (2010) *Equality and Discrimination: The New Law*, Jourdans.
- Forshaw, Simon and Pilgerstorfer, Marcus (2008) "Taking Discrimination Personally? An Analysis of the Doctrine of Transferred Discrimination", *King's Law Journal* vol.19 no.2.
- Fredman, Sandra (2001) "Equality: A New Generation", *Acta Juridica* 214.

- Fredman, Sandra (2005) "Providing Equality: Substantive Equality and the Positive Duty to Provide", *South African Journal on Human Rights* vol.21, issue 2.
- Fredman, Sandra (2011) *Discrimination Law 2nd edition*, Oxford University Press
- Fredman, Sandra (2016) "The Reason Why: Unravelling Indirect Discrimination", *Industrial Law Journal* vol.45, no.2.
- Hepple, Bob, Coussey, Mary and Choudhury, Tufyal (2000) *Equality: A New Framework Report of Independent Review of the Enforcement of UK Anti-discrimination Legislation*, Hart Publishing.
- Hepple, Bob (2014) *Equality: The Legal Framework 2nd edition*, Hart Publishing.
- Jackson, Karen and Banerjee, Lydia (2013) *Disability Discrimination: Law and Case Management*, The Law Society.
- Keter, Vincent and Business & Transport Section (2009) *Equality Bill. Research Paper 09/42*, House of Commons Library.
- Lawson, Anna (2008) *Disability and Equality Law in Britain*, Hart Publishing.
- McColgan, Aileen (2005) *Discrimination Law: Text, Cases and Materials*, Hart Publishing.
- McColgan, Aileen (2014) *Discrimination, Equality and the Law*, Hart Publishing.
- Monaghan, Karon (2007) *Equality Law*, Oxford University Press.
- Monaghan, Karon (2013) *Mognaban on Equality Law*, Oxford University Press.
- Office for Disability Issues (2008) *Consultation on Improving Protection From Disability Discrimination*, HM Government.
- The House of Commons Work and Pensions Committee (2009) The Equality Bill: how disability equality fits within a single Equality Act (HC 158-I), the House of Commons.
- The Union of The Physically Impaired Against Segregation (UPIAS) (1976) *Fundamental Principles of Disability*, UPIAS and DA.
- Wadham, John, Robinson, Anthony, Ruebain, David and Upple, Susie (2016) *Blackstone's Guide to The Equality Act 2010 3rd edition*, Oxford University Press.