

英国平等法における障害差別禁止と日本への示唆

川島, 聡 / KAWASHIMA, Satoshi

(出版者 / Publisher)

法政大学大原社会問題研究所

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

The Journal of Ohara Institute for Social Research / 大原社会問題研究所雑誌

(巻 / Volume)

641

(開始ページ / Start Page)

28

(終了ページ / End Page)

43

(発行年 / Year)

2012-03-25

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00008878>

英国平等法における 障害差別禁止と日本への示唆

川島 聡

はじめに

1 平等法における障害（者）の概念

2 平等法における障害差別の4概念

むすびに

はじめに

英国で2010年平等法（以下、平等法）⁽¹⁾が2010年4月8日に成立した。平等法は、性差別禁止法（SDA）や人種関係法（RRA）、障害差別禁止法（DDA）等の関係法令を統合したもので⁽²⁾、年齢、障害、性転換、結婚（同性婚）、妊娠（出産）、人種、宗教（信条）、性別、性指向という9つの「保護特徴」（protected characteristics）を定める⁽³⁾。

平等法が規制する「禁止行為」（prohibited conduct）で、障害差別の基本構造という観点から特に重要なものは、直接差別、「障害に起因する差別」（以下、起因差別）、間接差別、合理的調整義務の不履行である。本稿は、この4概念を明らかにすることで、障害差別禁止法の制定を検討している日本への示唆を得ることを目的とする⁽⁴⁾。

以下においてはDDAとの異同に着意して、平等法における障害（者）の概念を概観した後、こ

(1) 本稿の脚注では、平等法（Equality Act 2010）をEA、平等法とDDAの条項（section）をs.、平等法とDDAの附則（Schedule）をSch.、附則の段落（paragraph）をpara.、平等法の解説書（Explanatory Notes）をENと記す。また障害者権利委員会（Disability Rights Commission）をDRC、平等人権委員会（Equality and Human Rights Commission）をEHRCと記す。EHRCは、DRCと人種平等委員会と機会均等委員会の各機能を統合した委員会であり、2006年平等法（Equality Act 2006）によって設置された。

(2) 平等法の成立によってDDAやSDAやRRA等の関係法令は廃止された（EA, s. 211（2）；EA, Sch. 27）。

(3) EA, s. 4.

(4) この4概念以外の「禁止行為」で、障害との関係で特記すべきものは結合差別（combined discrimination）、いやがらせ（harassment）、法利用者・法関与者への不利益処遇（victimisation）である（ss. 14, 26 and 27）。これらのうち、本稿では紙幅の制約のゆえ、DDAには存在しなかった結合差別にのみ言及する。なお、平等法における障害関係の他の重要な規定で、本稿で言及しないものは、さしあたり次の文献の簡潔な記述を参照されたい。Bob Hepple, *Equality: The New Legal Framework*（Hart, 2011）, p. 33.

の4概念を検討する。そして最後に日本への示唆を指摘する⁽⁵⁾。

1 平等法における障害（者）の概念

平等法で「障害者」(a disabled person)とは「障害を持つ者」(a person who has a disability)を意味する⁽⁶⁾。そして、ある者(P)が障害を持つことになるのは、「Pが身体的又は精神的なインペアメントを持ち、かつ当該インペアメントが普通の日常活動を行うPの能力に実質的かつ長期的な悪影響を及ぼす場合である」⁽⁷⁾。この定義における「長期的」(long-term)とは「インペアメントの影響」が「最低12カ月継続している」場合か「最低12カ月継続する見込みがある」場合か、あるいは「残りの人生の間継続する見込みがある」場合をいう⁽⁸⁾。また、「実質的」(substantial)という言葉は「軽微又は些細」(minor or trivial)を超えたものを意味する⁽⁹⁾。こうした平等法の規定はDDAの関係規定⁽¹⁰⁾と同様である。ただし、「軽微又は些細」という文言はもともとDDAのガイダンスに規定されていたもので、DDA本文には存在しない⁽¹¹⁾。

障害（者）の概念に関するDDAと平等法の違いとして、たとえば次の2つがある。第1に、平等法はDDAと異なり、障害者だと誤認された者、障害者と関係がある者を直接差別の文脈で明確に保護している。第2は、いわゆる「能力一覧」の削除である。DDAの附則1によれば、インペアメントが「普通の日常活動」(normal day-to-day activities)に悪影響を及ぼす場合とは、インペアメントが次のどれかに悪影響を及ぼす場合である⁽¹²⁾。すなわち(a)移動力、(b)指先の器用力、(c)身体の調整力、(d)自制力、(e)日用品の可動力、(f)言語力・聴力・視力、(g)記憶力・集中力・学習力・理解力、(h)危険察知力である。しかし平等法はこの「能力一覧」に言及していないので、申立人はもはやインペアメントが「能力一覧」に悪影響を及ぼすことを証明する必要はない。そのため平等法の下で申立人はDDAの場合よりも法的保護を得られやすくなる⁽¹³⁾。

これらの変更等により、平等法は障害（インペアメント）を理由に差別を受けているにもかかわらず法的救済を受けられない者たちの範囲をある程度狭めている。この意味で、社会モデルの因果

(5) DDA又は平等法に関する邦語文献として、たとえば大学紀要では鈴木隆（島大法学）、野村晃（日本福祉大学社会福祉論集）、長谷川聡（中央大学大学院研究年報、中央学院大学法学論叢）、杉山有沙（早稲田大学社会学研究集）らの仕事がある。そのほか、労働法各誌（季刊労働法、労働法律旬報、日本労働法学会誌）所収の諸文献がある。障害者職業総合センター、内閣府、日本弁護士連合会、日本貿易振興機構の主導又は委託の調査結果もある。

(6) EA, s. 6 (2).

(7) EA, s. 6 (1).

(8) EA, Sch. 1, para. 2.

(9) EA, s. 212 (1).

(10) DDA, s. 1 ; DDA, Sch. 1, para. 2 (1).

(11) Department for Work and Pensions, *Disability Discrimination Act: Guidance on Matters to be Taken into Account in Determining Questions Relating to the Definition of Disability* (2006), para. B1.

(12) DDA, Sch. 1, para. 4 (1).

(13) See, e.g., Hepple, *supra* note 4, p. 35 ; Michael Connolly, *Discrimination Law* (2nd edition, Sweet & Maxwell, 2009), p. 394.

関係的視座（障害者の不利の原因として社会の問題を特に強調する視座）に照らし、平等法は一定の評価に値する。ちなみに、DDAの場合と同様、平等法が外貌に重度の損傷がある者、HIV陽性の者、障害の経歴がある者などを障害者とみなし、法的保護の対象にしていることも、この視座からみて評価してよい⁽¹⁴⁾。ただし、この視座から障害者の法的定義をさらに突き詰めて考えれば、たとえば「一定の活動制限」（普通の日常活動に及ぼすインペアメントの悪影響）の要件を当該定義から取り除くべきだと言えよう⁽¹⁵⁾。そうすれば、障害差別を被っているのに法的保護を受けられない者たちの範囲をより狭くできるからである。

そもそも微視的に見れば、障害（インペアメント）は多様性、可変性、普遍性を持つ。障害の態様はきわめて多様であり、それは時とともに変容しうるもので、障害がある状態とない状態とは截然と区別しえず、誰でも障害を持ちうる⁽¹⁶⁾。障害と社会との関係のなかで生じる不利（disadvantage）も多様であり、諸個人で異なる。他方で中間視的に見れば、比較的類似した障害（不利）種別ごとに障害者諸小集団が多数存在し、さらに巨視的に見れば、それらの諸小集団から成る包括的な障害者集団（マイノリティ集団）が健常者集団（マジョリティ集団）との関係で立ち現れる⁽¹⁷⁾。このように、障害は人種や女性と比べて捉えにくい概念であるがゆえに、しばしば障害者と健常者との境界線にいる者たちは法的保護の対象から零れ落ちてしまう。この問題に注意を喚起するのが、上述した社会モデルの因果関係の側面である。

さらに社会モデルに関して留意しておかねばならないのは、社会モデルが因果関係の側面のみならず用語法の側面をも持っているということだ。社会モデルの用語法は英米で異なる。「障害」（disability）という言葉は英国社会モデルでは「社会障壁又は社会障壁から生じる不利」を、米国社会モデルでは「インペアメントと社会障壁との相互作用で生じる不利」を意味する。社会モデルの用語法は、英米のどちらであっても、ある種のシンボリック・メッセージとして、たしかに重要な社会政治的意味を持ちうる。しかし、その用語法は法的文脈では不毛な議論を招くことになりうるので、注意が必要である。

平等法とDDAは、先に触れたとおり、「障害を持つ者」（a person who has a disability）を意味する言葉として“disabled person”を用いる。“disabled person”は英国の社会モデルに特有の言葉として知られており、その意味は「社会障壁によって不利を負わせられた者」である。しかし平等法と

(14) EA, Sch. 1, ss. 3, 6 and 9.

(15) 川島聡「差別禁止法における障害の定義—なぜ社会モデルに基づくべきか」松井彰彦ほか編『障害を問い直す』（東洋経済新報社、2011年）289-320頁。Cf. Anna Lawson, “Disability and Employment in the Equality Act 2010: Opportunities Seized, Lost and Generated,” *Industrial Law Journal*, Vol. 40 (2011), hereinafter, “Lawson, Act 2010,” p. 363; Sara Fraser Butlin, “The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Does the Equality Act 2010 Measure up to UK International Commitments?,” *Industrial Law Journal*, Vol. 40 (2011), pp. 432-433.

(16) Cf. Irving K. Zola, “Toward the Necessary Universalizing of a Disability Policy,” *Milbank Quarterly*, Vol. 67 (1989), pp. 401-428; Jerome E. Bickenbach, et al., “Models of Disablement, Universalism and the International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps,” *Social Science and Medicine*, Vol. 48 (1999), pp. 1173-1187; Bickenbach, “Minority Rights or Universal Participation: The Politics of Disablement,” in Melinda Jones and Lee Ann Basser Marks, eds., *Disability, Diversity and Legal Change* (Martinus Nijhoff, 1999), pp. 101-115.

(17) 川島聡「障害者権利条約と「既存の人権」」発達障害研究32巻5号（2011）394-405頁。

DDAは、“disabled person”を「一定の活動制限を伴うインペアメントのある者」を意味する言葉として用いる。そして、このような言葉の使い方は社会モデルの用語法を反映していないので問題がある、と批判されることがある。もっとも、このような類の批判は、そもそも社会モデルの用語法と法律学の用語法との混同に基づいており、法的文脈では有効な批判になりえない⁽¹⁸⁾。社会モデルの用語法を障害の法的定義にそのまま代入しても、法的には意味をなさないのである。

障害の法律学的用語法によれば、「障害」という言葉は「インペアメント」又は「一定の活動制限を伴うインペアメント」を意味する。また、「障害を持つ者」はそのようなインペアメントを持つ者を意味する。こうした法律学的用語法それ自体を否定しても、障害の法的定義に関する議論は不毛なものとなる。法的文脈で建設的な議論をするためには、社会モデルの用語法に拘泥してはならない。実りのある議論をするためには、障害の法律学的用語法を採用した上で、社会モデルの因果関係の側面に着目し、洞察を深める必要がある。その結果、先に述べたように平等法の障害者の定義に関する課題も見えてくるのである。

2 平等法における障害差別の4概念

SDAやRRAとは異なり、DDAは間接差別を定めず、また直接差別の適用分野を限定していた。さらに、SDAやRRAには存在しない規定として、DDAは合理的調整を義務づけ、「障害に関連する差別」（以下、関連差別）を禁止していた。これに対し、平等法は障害の文脈で直接差別を全面的に禁止し、合理的調整義務を維持し、関連差別の代わりに起因差別と間接差別の両方を新設した。この障害差別の4概念のうち、直接差別と間接差別は障害以外の「保護特徴」にも適用されるが、その一方で、起因差別と合理的調整義務は障害だけに適用される。

結論を先に言えば、平等法における障害差別の4概念は、DDA時代の経験を踏まえた上で、少なくとも次の5つの必要を可能なかぎり充足するように形成されたものである。すなわち（a）英国における差別禁止規範の遵守と理解をさらに進めるために、DDAやSDAやRRA等の差別関係諸法を統合し、簡素にし、調和させ、強化する必要、（b）雇用以外の分野において宗教（信念）、障害、年齢、性指向に基づく差別を禁止することを目的とするEU指令案（2008年）⁽¹⁹⁾を将来国内法に置き換える必要、（c）後述のマルコム事件判決によって骨抜きにされた関連差別の規定を別の差別概念に差し替える必要、（d）障害者の権利と相手側の義務（又は利益）との適正なバランス——障害者の「一応の証明」（*prima facie case*）と相手側の正当化との適正なバランスを含む——を確保する必要、（e）「4つの次元の障害者の不利」（①健常者集団と比べた障害者集団の構造的不利、②障害者諸小集団で異なる不利、③障害者諸個人で異なる不利、④障害と他の特徴の結合に応じて異なる不利）に対処する必要、である。

(18) Satoshi Kawashima, “The Term ‘Disability’ in Discrimination Law,” in Akihiko Matsui *et al.*, eds., *Creating a Society for All: Disability and Economy* (The Disability Press, 2012), pp. 107-116.

(19) European Commission, *Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation*, COM (2008) 426 final (2008).

たしかに実際には、障害差別の4概念すべてが(a)から(e)を万遍なく満たしているわけではない。たとえば起因差別と合理的調整は障害だけに適用されるため(a)を充足していない。また、たとえば起因差別の文脈では特に(c)と(d)が強調されているように、個々の差別概念に応じて(a)から(e)の充足の度合いに濃淡の差がある。とはいえ平等法に定める障害差別の4概念は、総体として見れば、(a)から(e)を可能なかぎり充足するという要請を満たそうとした痕跡を残している。さらにここで注記しておきたいのは、(a)から(d)は本稿で参照する関係文献に相当はつきりと明示されているが、その一方で、(e)はそうではないということである。しかし平等法の規定を見る限り、英国政府が(e)に対する認識を実質的に欠いていたとは考えられず、本稿では重要な独立項目として(e)を挙げることにする。

以上に留意して、これから障害差別の4概念をそれぞれ検討する。その際、間接差別と起因差別は、どちらも特にDDAに定める関連差別の代替物として提起されたものなので、まとめて取り上げる。

(1) 直接差別 (direct discrimination)

DDAは直接差別を当初禁止していなかった。しかし英国政府は、雇用分野の差別を規制するEU指令78号(2000年)⁽²⁰⁾を国内法に置き換えるため、直接差別の禁止を雇用と高等教育の分野に導入した⁽²¹⁾。その際、DDAの次の定義から分かるように、障害を理由に直接差別を被りうる者は基本的に「障害者」に限定された。すなわちDDAにおいて直接差別は、相手側(甲)が障害者(乙)の障害を持たない者(丙)を扱うか又は扱うであろうときと比べて、当該障害を理由に(on the ground of)乙を「より不利に」扱う場合に生ずる(丙(比較対象)は、乙と関係事項(能力を含む)が同じであるか又は実質的に異なる者という)⁽²²⁾。

このようなDDAの規定とは異なり、平等法は障害を理由とする直接差別の禁止をすべての分野に導入した。このことは、「保護特徴」ごとに異なる差別禁止諸法を調和させる必要とか、EU指令案(2008年)を将来国内法に置き換える必要を充足するという観点等から見て当然の帰結だと言えよう。平等法は障害の文脈で直接差別をこう定義する。「ある者(A)の別の者(B)に対する差別は、Aが他の者たちを扱うか又は扱うであろうときと比べて、障害を理由に(because of)Bをより不利に扱う場合に生ずる」⁽²³⁾。この定義における「障害」には、関係者の障害、誤認された障

(20) Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L303/16 (2000).

(21) Disability Discrimination Act 1995 (Amendment) Regulations 2003 (SI 2003/1673). See also DRC, *Code of Practice Post-16* (Revised, 2007), Chap. 4; DRC, *Code of Practice Employment and Occupation* (2004), hereinafter, “DRC, Employment,” Chap. 4.

(22) この定義における「甲」に入る言葉は、雇用分野は“A person”で(s. 3A (5)), 高等教育分野は“A responsible body”である(s. 28S (10))。

(23) EA, s. 13 (1). 直接差別の定義の中で、DDAで用いられていた“on the ground of” (s. 3A (5))が、平等法では“because of” (s. 13 (1))になった。どちらも法的な意味に違いはないので(EN, para. 61), 本稿では特に訳し分けない。

害が含まれうる⁽²⁴⁾。

直接差別の特徴として特に指摘しておきたいのは、相互に関係する次の4点である⁽²⁵⁾。第1に、直接差別とは「同様の者たちを別異に扱ってはならない」という規範からの逸脱を意味する。ふたりの者が異なる立場にあるならば、その者たちの間に直接差別は発生しない。第2に、直接差別の発生には比較対象の特定が必要となる。比較対象は社会における支配的規範を体現した者（健常者）がしばしば想定される。第3に、直接差別の禁止は、障害を判断の考慮に入れないことを求め、比較対象との同一扱いを命ずる。すなわちそれは、障害を理由とする異別扱いの禁止を意味する。第4に、直接差別の禁止は事後的・個別的な性格を持つ。直接差別が生じうる契機は、ある個人が障害を理由に「より不利に」扱われたと申し立てるときである。

直接差別の禁止は、いわゆる形式的平等を意味する。たとえば「欠格条項」の存在のように、国会制定法のレベルでさえ障害者が社会における自由で平等な主体として観念されていない現実を見ても容易に分かるように、もとより形式的平等は障害者が「福祉の客体から人権の主体への転換」を成し遂げる上で基本的な重要性を持つ。また直接差別の禁止は、障害に対する偏見やステレオタイプや無知（認識不足）のせいで個人が「より不利に」扱われたときには、比較的よく機能しうるであろう⁽²⁶⁾。もっとも、そうした偏見等を生み出す土壌である社会構造は、ただ事後的・個別的に直接差別を匡正しても、変更しえない⁽²⁷⁾。直接差別の限界はこの点にある。

障害者をとりまく社会構造は、そもそも「標準とされる心身の特徴」を持つ者たち（健常者集団）が自分たちの利益になるように作り上げてきたものである。そのような社会構造の下では、健常者集団は障害差別禁止法の実現目標に据えられるはずの「基本的価値」（人間の尊厳、差異の尊重、個人の自律、機会平等、社会参加）⁽²⁸⁾を当然実現しやすいので、その意味において優位な立場に置かれることになる。他方で、社会構造の形成過程から排除された「標準とされる心身の特徴から

(24) John Wadham, *et al. eds., Blackstone's Guide to the Equality Act 2010* (OUP, 2010), pp. 33-34. See also EN, para. 59. 平等法における直接差別の定義は、関係者の障害を理由とする差別（息子の障害を理由とする母親への差別）は障害差別であるとの判断を下した欧州司法裁判所判決（*Coleman v Attridge Law and Steve Law* (C-303/06) [2008] ECR. I-5603）の遵守を可能にする。

(25) See, e.g., Sandra Fredman, *Discrimination Law* (2nd edition, OUP, 2011), hereinafter, "Fredman, Law," pp. 8-14; Fredman, "The Age of Equality," in Sandra Fredman and Sarah Spencer, eds., *Age as an Equality Issue: Legal and Policy Perspectives* (Hart, 2003), hereinafter, "Fredman, Age," pp. 38-39, 55-56; Fredman, "Combating Racism with Human Rights: The Right to Equality," in Fredman, ed., *Discrimination and Human Rights: The Case of Racism* (OUP, 2001), pp. 16-19; Fredman, "Disability Equality: A Challenge to the Existing Anti-Discrimination Paradigm," in Anna Lawson and Caroline Gooding, eds., *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice* (Hart, 2005), hereinafter, "Fredman, Disability," pp. 202-203; Christopher McCrudden and Sacha Prechal, *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A Practical Approach* (European Commission, 2009), pp. 28-29.

(26) See, e.g., DRC, Employment, *supra* note 21, paras. 4.8-4.11.

(27) See, e.g., Fredman, Law, *supra* note 25, p. 14.

(28) 人間の尊厳、差異の尊重、個人の自律、機会平等、社会参加は、障害者権利条約の第3条（一般原則）に列記されているものである。これらの基本的価値は、EHRCの一般的義務（Equality Act 2006, s. 3）の中にはほぼ明示されており、また平等法の規範内容を純化しても導きうるであろう。Cf. Hepple, *supra* note 4, pp. 12-13; Fredman, Age, *supra* note 25, pp. 43-46; Fredman, Law, *supra* note 25, pp. 25-33; Fredman, *Human Rights*

外れた者たち」(障害者集団)は、「基本的価値」の享受に関して健常者集団と比べて圧倒的に劣位な立場(従属的地位)に置かれる。表面的には中立性を装う社会構造は、実のところ障害者集団の「基本的価値」の享受を妨げる機能を果たす社会障壁となっているのである。

もっとも、ただ単純に障害者集団の構造的不利のみに着目しても、障害者の被る不利の特徴をうまく説明できない。ここで改めて想起しなければならないのは、障害(インペアメント)は多様性、可変性、普遍性を持つということである。たしかに巨視的に見れば、障害者集団は健常者集団との関係において構造的不利を被ってきたマイノリティ集団⁽²⁹⁾だと言えるが、微視的に見れば障害は多様であり、たとえ同じ障害でも程度は異なりうるし、社会との関係で生じる不利も諸個人で異なりうる。さらに中間視的に見れば、障害者集団というマイノリティ集団の中には、さまざまな障害(不利)種別の小集団が多数存在していることが分かる。そして、この分類に基づけば、障害者の不利は巨視的次元(健常者集団に対する障害者集団の不利)、中間視的次元(障害者諸小集団で異なる不利)、微視的次元(障害者諸個人で異なる不利)という3つの次元から捉えることができよう。

障害差別禁止法の下で「基本的価値」を効果的に実現するためには、このような「3つの次元の障害者の不利」に留意して、直接差別の限界を超克する必要がある。実際近時の障害差別禁止法は、原子論的な諸個人からなる「無地の空間」を指定して、直接差別をただ禁止するようなことはしない⁽³⁰⁾。言い換えれば、近時の障害差別禁止法は「3つの次元の障害者の不利」を実質的に考慮に入れながら、「同様の者たちを別異に扱ってはならない」という原則と同時に、「相異なる者たちを同様に扱ってはならない」という原則をも採用している⁽³¹⁾。英国の平等法における障害差別の4概念のうち、前者の原則を体现しているのが直接差別であり、後者の原則を体现しているのが、次節以降でみる起因差別、間接差別、合理的調整義務の3つである。

これらの検討に入る前に、「複合的次元の障害者の不利」に少し言及しておきたい。上述した「3つの次元の障害者の不利」は障害分野に限定した不利であり、女性分野や人種分野など他の分野を考慮に入れていない。しかし障害者の不利を論じる場合には、「分野横断的差別」(intersection-

Transformed: Positive Rights and Positive Duties (OUP, 2008), pp. 179-180; Anna Lawson, *Disability and Equality Law in Britain: The Role of Reasonable Adjustment* (Hart, 2008), hereinafter, "Lawson, Britain," pp. 19-23, 185; Hugh Collins, "Social Inclusion: A Better Approach to Equality Issues," *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 14 (2005), pp. 897-918; Collins, "Discrimination, Equality and Social Inclusion," *Modern Law Review*, Vol. 66 (2003), pp. 16-43.

(29) Cf. Harlan Hahn, "Disability Policy and the Problem of Discrimination," *American Behavioral Scientist*, Vol. 28 (1985), pp. 293-318; Hahn, "Antidiscrimination Laws and Social Research on Disability: The Minority Group Perspective," *Behavioral Sciences & the Law*, Vol. 14 (1996), pp. 41-59; Samuel R. Bagenstos, "'Rational Discrimination,' Accommodation, and the Politics of (Disability) Civil Rights," *Virginia Law Review*, Vol. 89 (2003), pp. 825-924; Bagenstos, "Subordination, Stigma, and 'Disability,'" *Virginia Law Review*, Vol. 86 (2000), pp. 397-534.

(30) Cf. Lawson, Britain, *supra* note 28, p. 19; Bryan Doyle, *Disability Discrimination: Law and Practice* (6th edition, Jordans, 2008), p. 61; Fredman, Disability, *supra* note 25, pp. 211-214.

(31) Cf. e.g., McCrudden and Prechal, *supra* note 25, pp. 28-30.

al discrimination) とか「複合差別」(multiple discrimination) と呼ばれる差別形態も重要な論点になる。たとえば障害のある女性、障害のある先住民、障害のある子ども、障害のある難民、障害のある外国人など、同じ障害を持っていても他の特徴の違いによって質的に異なる不利が生じうる。これが「複合的次元の障害者の不利」である。この点、平等法は直接差別の文脈において結合差別を禁止することで⁽³²⁾、この次元の不利に一定の対処をしている。結合差別のひとつの発生例として、「障害のある女性」は、「障害のない女性」及び「障害のある男性」と比べて「より不利に」扱われたときに、障害と女性という2つの特徴の結合を理由に直接差別が生じたと主張しうるであろう⁽³³⁾。

(2) 間接差別 (indirect discrimination) と起因差別 (discrimination arising from disability)

平等法における間接差別・起因差別の「前身」とでも言うべき差別概念が、DDAにおける関連差別である。関連差別 (disability-related discrimination) という言葉自体はDDA本文には存在せず、雇用分野の行為準則の中で使用されていた⁽³⁴⁾。この行為準則によれば、直接差別は障害者が障害自体を理由に「より不利に」(less favourably) 扱われた場合に生ずるが、これに対し、関連差別は障害者が「障害に関連する理由」で「より不利に」扱われた場合に生ずる⁽³⁵⁾。

DDAの条文にそくして言えば雇用分野の関連差別は、相手側（甲）が障害者（乙）の障害に関連する理由が該当しないか又は該当しないであろう他の者（丙）を扱うか又は扱うであろうときと比べて、当該理由に基づいて乙を「より不利」に扱い、かつ、当該扱いの正当化を証明しえない場合に生ずる⁽³⁶⁾。この関連差別の定義は雇用分野以外にも、たとえば役務分野、団体（結社）分野などで共通して用いられているものである⁽³⁷⁾。この定義に関して重要な論点となるのは、比較対象（丙）をどう特定するかである。この点については、ノヴァコールド事件控訴院判決⁽³⁸⁾（1998年）とマルコム事件貴族院判決（2008年）⁽³⁹⁾が明確なコントラストを描いているので、そこに焦点を合わせて述べてみたい⁽⁴⁰⁾。

⁽³²⁾ EA, s. 14.

⁽³³⁾ See House of Commons Work and Pensions Committee, *The Equality Bill: How Disability Equality Fits within a Single Equality Act* (2009), para. 63.

⁽³⁴⁾ DRC, Employment, *supra* note 21, para. 4.28.

⁽³⁵⁾ *Ibid.*, para. 4.29.

⁽³⁶⁾ DDA, s. 3A (1).

⁽³⁷⁾ この定義における「甲」に入る言葉は雇用分野では“a person” (s. 3A (1)), 役務分野では“a provider of services” (s. 20 (2)), 団体分野では“an association” (s. 21G (1))である。

⁽³⁸⁾ *Clark v Novacold* [1999] IRLR 318 CA.

⁽³⁹⁾ *London Borough of Lewisham v Malcolm* [2008] IRLR 700 HL.

⁽⁴⁰⁾ See, e.g., Spencer Keen and Richard Oulton, *Disability Discrimination in Employment* (OUP, 2009), pp. 160-164; Connolly, *supra* note 13, pp. 409-411; House of Commons Work and Pensions Committee, *supra* note 33, paras. 22-40; Doyle, *supra* note 30, p. 45; Fredman, Law, *supra* note, 25, pp. 172-173; Hepple, *supra* note 4, p. 73; The Reply from the UK Home Office Direct Communications Unit on 24th November 2011 to this author's enquiries on the disability discrimination provisions contained in the Equality Act.

ノヴァコールド事件では被申立人が申立人クークを、障害に関連した長期の療養休職を理由に解雇したことが問題となった。この判決は関連差別を認定したが、本稿で注目したいのは比較対象である。この判決が比較対象に据えたのは、長期の療養休職をしなかった者（ α ）であった。もちろん α は解雇されないだろうから、申立人の「一応の証明」の成立は容易となる。その一方で、被申立人には正当化の機会が与えられている。このようにして障害者の権利と相手側の義務とのバランスを適正にとったのがノヴァコールド事件判決である。

もし、この事件で控訴院が長期の療養休職をした健常者（ β ）を比較対象に据えていたら、どうなっていたらだろうか。この場合、同じく解雇されるであろう β と比べて、申立人が「より不利」に扱われたとは言えない。つまり β を比較対象にする限り、申立人の「一応の証明」の成立は著しく困難となる。その結果、障害者の権利と相手側の義務との本来あるべきバランスは大きく崩れてしまうであろう。にもかかわらず、この β を比較対象にすべきだと判断したのが、次にみるマルコム事件判決である。

マルコム事件では、被申立人がアパートの違法転貸を理由に統合失調症の申立人マルコムを立ち退かせたことが問題となった。この判決は、アパートを違法に転貸した健常者（ γ ）を比較対象に据えた。もちろん、同じく立ち退きを受けるであろう γ と比べて、申立人が「より不利」に扱われたとは言えず、結局、この判決は関連差別を認定しなかった。要するに、この判決で採用された比較対象によって、申立人の「一応の証明」の成立はかなり難しくなり、DDAに関連差別の概念を導入した趣旨が骨抜きにされたのである。

平等法の検討過程において当初英国政府は、マルコム事件判決での比較対象の特定方法は障害者の権利と相手側の義務（利益）のバランスを失わせてしまったと断じた上で、そのアンバランスを適切に是正するために関連差別の代わりに間接差別を導入しようとした⁽⁴¹⁾。しかしその後の議論で、間接差別の導入だけではノヴァコールド事件判決の水準のバランスを回復しえないとの意見・主張⁽⁴²⁾が有力となり、最終的に英国政府は関連差別の代わりに間接差別と起因差別の両方を平等法に導入することに決めた⁽⁴³⁾。

ちなみに、障害の文脈に間接差別を導入しないとの選択もありえたが、それは結局採用されなかった。間接差別が導入された理由として、たとえば「保護特徴」ごとに異なる差別禁止諸法を調和させる必要等も挙げられようが、ここではEU指令案（2008年）に関する論点に着目してみよう⁽⁴⁴⁾。周知のとおり、いままで英国政府は、EU指令78号（2000年）が第2条1項（b）（ii）で間接差別の適用除外の条件として合理的配慮（調整）義務の国内法化を挙げていることを根拠に⁽⁴⁵⁾、DDAは間接差別の規定を欠くけれども同指令に違背しない、と主張できた⁽⁴⁶⁾。しかしEU指令案

(41) Office for Disability Issues, *Consultation on Improving Protection from Disability Discrimination* (2008), pp. 18-19.

(42) See House of Commons Work and Pensions Committee, *supra* note 33, para. 34.

(43) Office for Disability Issues, *Consultation on Improving Protection from Disability Discrimination: Government Response* (2009), pp. 16-17. See Brian Doyle, et al., *Equality and Discrimination: The New Law* (Jordans, 2010), p. 43.

(44) See Office for Disability Issues, *supra* note 43, p. 4.

(45) Council Directive, *supra* note 20, Art. 2 (1) (b) (ii).

(46) Cf. Gerard Quinn, "Disability Discrimination Law in the European Union," in Helen Meenan, ed., *Equality Law in an*

（2008年）は、そうした適用除外条項を設けていないので⁽⁴⁷⁾、英国政府は同指令案を将来国内法に置き換える際に間接差別を障害分野に導入しなければならないのである。

平等法において間接差別は、障害の文脈について言えば、相手側（A）が障害者（B）の障害に関して差別的な「規定、基準又は慣行」（以下、慣行）をBに適用した場合に生ずる。ある慣行がBの障害に関して差別的になるのは、次の4つの条件を満たすときである。すなわち、（a）Aがその慣行をBの障害を持たない者たち（persons）に適用するか又は適用するであろう場合、（b）その慣行が、Bの障害を持たない者たちと比較したとき、Bの障害を持つ者たちに「特定の不利」（a particular disadvantage）を及ぼすか又は及ぼすであろう場合、（c）その慣行がBに当該不利を及ぼすか又は及ぼすであろう場合、（d）Aがその慣行を「正当な目的の達成に相応な手段」（a proportionate means of achieving a legitimate aim）だと証明しえない場合である⁽⁴⁸⁾。

平等法において起因差別は、障害自体ではなく「障害に起因する事柄」（たとえば障害に起因する長期の療養休職）を理由に、障害者が「不利に」（unfavourably）扱われた場合に生ずる。平等法の条文にそくして言うと、起因差別は相手側（A）が障害者（B）の障害に起因する事柄を理由にBを「不利に」扱い、かつ当該扱いを「正当な目的の達成に相応な手段」と証明しえない場合に生ずる⁽⁴⁹⁾。この定義の最大の特徴は、申立人による比較対象の特定が不要な点にある。それゆえ、申立人の「一応の証明」の成立は容易になりうる⁽⁵⁰⁾。他方で、被申立人には「正当な目的の達成に相応な手段」の証明による正当化の機会が与えられる。さらに、被申立人が障害の認知不可能性を証明しえれば起因差別は発生しない⁽⁵¹⁾。このため比較対象の要件がなくとも、障害者の権利と相手側の義務とのバランスが失するわけではない。比較対象の要件の削除は、ノヴァコールド事件判決の水準における障害者（申立人）と相手側（被申立人）との適正なバランスを実質的に確保する方策に過ぎない。

ここで、平等法における間接差別と起因差別の意義をより明確にするために、障害差別の概念を（X）「障害自体を理由とする障害差別」と（Y）「障害自体を理由としない障害差別」に分析的に区別する視角を導入しよう⁽⁵²⁾。この区別を用いると、（X）には直接差別が、（Y）には間接差別、起

Enlarged European Union: Understanding the Article 13 Directives (CUP, 2007), pp. 261-262 ; Katie Wells, "The Impact of the Framework Employment Directive on UK Disability Discrimination Law," *Industrial Law Journal*, Vol. 32 (2003), p. 270 ; Lawson, Britain, *supra* note 28, pp. 173-176.

(47) European Commission, *supra* note 19, Art. 2 (1) (b).

(48) EA, ss. 19 (1) (2).

(49) EA, s. 15 (1).

(50) See The Reply from the UK Home Office Direct Communications Unit, *supra* note 40. Cf. Fredman, Age, *supra* note 25, p. 56.

(51) EA, ss. 15 (1) (2) . たとえば酒場の店主が、脳性まひに起因する不明瞭な発語ゆえに酒に酔っている者だと思ひ込んで、脳性まひ者を強制退出させた場合に、それを正当化したいのならば、脳性まひの認知不可能性を証明する必要がある。だが、いわゆる「合理的一般人」（a reasonable person）であれば彼の不明瞭な発語が脳性まひに起因するものと分かる、と認定されれば起因差別は発生する。ただ、それでもなお、店主が強制退出を「正当な目的の達成に相応な手段」と証明しえれば起因差別は生じない。See EN, para. 70.

(52) Cf. Oran Doyle, "Direct Discrimination, Indirect Discrimination and Autonomy," *Oxford Journal of Legal Studies*,

因差別、関連差別が該当するという構図が生まれる。そして、この構図に沿うように比較対象を特定した判決が、ノヴァコールド事件判決である。なぜなら、この判決は長期の療養休職をしなかった者を比較対象に据えて、関連差別を（Y）に属するように解釈したからである。他方で、マルコム事件判決は、違法な転貸をした健常者を比較対象に据えて、関連差別を（X）に属するように解釈した⁽⁵³⁾。要するにマルコム事件判決は、（Y）に本来属するはずの関連差別を（X）に帰属させたので、「（Y）としての関連差別の意義」を無にってしまったのである。平等法が関連差別の代わりに間接差別と起因差別を導入したのは、この問題を超克するためであったと解しうる。

DDAの時代には間接差別の規定がなかったので、（Y）に該当する差別は関連差別だけであった。これに対し、平等法は間接差別と起因差別を設けているので、（Y）に該当する差別を2つも禁止していることになる。ただ、それでも平等法において間接差別と起因差別が異なる差別類型となるのは、たとえば「比較対象の必要性」や「障害認知の必要性」などに違いがあるためである。比較対象を不要とする起因差別のほうが間接差別よりも「一応の証明」が成立しやすいが、その一方で、障害認知を不要とする間接差別には独自の存在意義がある。これらの差別概念が実際にどう機能するかは、むしろ今後の動向を見守るほかない。

さて、ここまでの考察をひとまず整理し、（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、平等法における3つの差別概念（起因差別、間接差別、直接差別）の異同を述べておこう。まず（1）について、直接差別と間接差別の場合は比較対象の特定が必要であるのに対し、起因差別の場合はその特定は不要である。（2）について、起因差別と間接差別は被申立人が「正当な目的の達成に相応な手段」を証明しえれば発生しないが、直接差別の場合はそのような正当化の抗弁は認められない。（3）について、起因差別は被申立人が障害を認知不可能であったと証明しえれば発生しないが、直接差別⁽⁵⁴⁾と間接差別は障害認知の有無を問わず発生しうる。（4）について、障害者と関係がある者に対する差別が発生するのは、直接差別の文脈においてのみである。平等法は関係者に対する間接差別と起因差別を禁止していない。また、結合差別も直接差別の文脈においてのみ発生する。

（3）合理的調整義務（duty to make reasonable adjustments）の不履行

障害者権利条約とEU指令78号（2000年）に採り入れられたことで、最近日本でも注目を浴びるようになった概念が合理的配慮（reasonable accommodation）である⁽⁵⁵⁾。この概念は宗教差別に淵源があり⁽⁵⁶⁾、合理的配慮義務の不履行は直接差別や間接差別とは異なる「独自の差別形態」（a

Vol. 23 (2007), p. 537.

(53) Cf. Connolly, *supra* note 13, pp. 410-411; Caroline Gooding and Catherine Casserley, “Open for All? Disability Discrimination Laws in Europe Relating to Goods and Services,” in Lawson and Gooding, eds., *supra* note 25, p. 144.

(54) Cf. DRC, Employment, *supra* note 21, para. 4.11.

(55) 川島聡「障害者権利条約における障害差別禁止と合理的配慮」障害者職業総合センター調査研究報告書87号（2008年）33-55頁。

(56) Lisa Waddington, “Reasonable Accommodation,” in Dagmar Schiek, et al., eds., *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (Hart, 2007), p. 630.

form of discrimination *sui generis*) だと説明されることがある⁽⁵⁷⁾。この点、DDA・平等法に定める合理的調整義務の不履行も、直接差別や間接差別や起因差別に完全に還元されてしまう概念ではないという意味で、ある種の「独自の差別形態」だと言うことができよう。もっとも、DDA・平等法に定める合理的調整の概念と、障害者権利条約・EU指令78号に定める合理的配慮の概念とは基本構造が異なる。

DDA・平等法における合理的調整は「対応型合理的調整」(reactive reasonable adjustment)と「予測型合理的調整」(anticipatory reasonable adjustment)という2つの形態をとる⁽⁵⁸⁾。「対応型」と「予測型」の違いは次のとおりである。すなわち、「対応型」が障害者権利条約・EU指令78号に定める合理的配慮と同様の概念であるのに対し⁽⁵⁹⁾、「予測型」は特に英国で顕著に発展した概念である⁽⁶⁰⁾。そして、「対応型」が障害者個人から具体的要求を受けた後に相手側が講じなければならない措置（事後的・個別的措置）であるのに対し、「予測型」は障害者個人の具体的要求を受ける前に、相手側が障害者一般のニーズを予測しながら前もって講じなければならない措置（事前的・集団的措置）である。この意味において、「対応型」は「微視的次元の障害者の不利」に、「予測型」は「巨視的・中間視的次元の障害者の不利」にそれぞれ効果的に対処しようとするものだと言える。

平等法とDDAとは、合理的調整に関して、規定ぶりは異なるが、基本構造は同じである。平等法とDDAとの異同について、ここでは役務分野と雇用分野に着目して述べる。まず、DDAの検討から始めよう。

DDAは、役務分野に「予測型合理的調整」を適用する。役務提供者は、障害者個人の具体的要求がなくても障害者一般のニーズを予測し、第21条に定める次の3つの措置を講ずる義務を履行しなければならない⁽⁶¹⁾。第1は、「障害者たち」(disabled persons)の役務利用を「不可能か又は甚だしく困難」(impossible or unreasonably difficult)にしている「慣行、政策又は手続」を変更するための合理的措置である⁽⁶²⁾。第2は、「障害者たち」の役務利用を「不可能か又は甚だしく困難」にしている物理的形状を変更するための合理的措置である⁽⁶³⁾。第3は、「障害者たち」の役務利用を

⁽⁵⁷⁾ Lisa Waddington and Aart Hendriks, "The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination," *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 18 (2002), pp. 403-427.

⁽⁵⁸⁾ See, e.g., Lawson, Britain, *supra* note 28.

⁽⁵⁹⁾ Lawson, Act 2010, *supra* note 15, p. 369 ; Lawson, "Disadvantage at the Intersection of Race and Disability: Key Challenges for EU Non-Discrimination Law," in Dagmar Schiek and Anna Lawson, eds., *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality: Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination* (Ashgate, 2011), p. 59.

⁽⁶⁰⁾ See Lisa Waddington and Anna Lawson, eds., *Disability and Non-discrimination Law in the European Union : An Analysis of Disability Discrimination Law within and beyond the Employment Field* (European Commission, 2009), p. 53.

⁽⁶¹⁾ See DRC, *Code of Practice (revised) : Rights of Access Goods, Facilities, Services and Premises* (2002), Chaps. 4 and 5.

⁽⁶²⁾ DDA, s. 21 (1).

⁽⁶³⁾ DDA, s. 21 (2).

可能にさせる補助手段を提供するための合理的措置である⁽⁶⁴⁾。

第21条が用いる「障害者たち」という文言は、障害者一般に対する役務提供者の義務が、障害者個人の申立てがなくても発生しうることを含意する（事前的・集団的な義務）。そして、役務提供者が第21条に定める「予測型合理的調整」義務を履行しないせいで、障害者個人の役務利用が「不可能か又は甚だしく困難」になる場合に、役務提供者がその不履行を正当化できなければ、違法な差別が生じる⁽⁶⁵⁾。「予測型合理的調整」義務の不履行が障害差別の一形態に数えられるのは、このためである。

DDAは、雇用分野に「対応型合理的調整」を適用する。「対応型」では、障害者個人の具体的な要求がない限り、合理的調整義務は発生しない。DDAの条文によると、(a) 使用者が適用するか又は使用者のために適用される「規定、基準又は慣行」、あるいは (b) 使用者が占有する建物の物理的形状が、非障害者の場合と比較して障害者に「実質的不利」(a substantial disadvantage) をもたらす場合に、使用者は当該不利を除去するために合理的措置を講ずる義務を負う⁽⁶⁶⁾。使用者がこの義務を履行しなければ、違法な差別が生じることになる。ちなみに使用者は、被用者が障害を持っていることを分かりえず、また「実質的不利」を被っていることを分かりえない場合には、この義務を負わない⁽⁶⁷⁾。

雇用分野の「対応型合理的調整」は、役務分野の「予測型合理的調整」との比較で、少なくとも3つの特徴を持つ。第1にDDAは、合理的調整義務の発生契機を意味する言葉として、役務分野では「不可能か又は甚だしい困難」を用いるが、雇用分野では「実質的不利」を用いる。後者は前者よりも、義務発生の沸点が低い言葉である。第2にDDAは、役務分野では合理的調整義務の不履行を正当化する余地を与えているが、雇用分野ではその正当化を認めない⁽⁶⁸⁾。第3にDDAは、合理的調整義務のひとつとして補助手段の提供義務を役務分野に課すが、雇用分野には課さない。

では、以上で検討したDDAと対比させながら、ここから平等法の検討に入ろう。まず押さえておかなければならないのは、DDAと同じく平等法が雇用分野に「対応型合理的調整」を適用し⁽⁶⁹⁾、役務分野に「予測型合理的調整」を適用するということだ⁽⁷⁰⁾。この意味で、平等法とDDAの合理的調整の基本構造は同じである。ただ、平等法はDDAと異なり、合理的調整に関する共通規定（第20～22条）を設けている⁽⁷¹⁾。たとえば第21条は、合理的調整義務の不履行を障害者個人（a

(64) DDA, s. 21 (4).

(65) See DDA, ss. 19 (1) (b) and 20 (2). See also, Sarfraz Khan, “Adjustments to Physical Features of Service Providers’ Premises: Legal and Evidential Issues,” *Legal Bulletin*, No. 11 (2007), pp. 6-7; Nicholas Bamforth, *et al.*, eds., *Discrimination Law: Theory and Context* (Sweet & Maxwell, 2008), pp. 1092-1093.

(66) DDA, s 4A (1).

(67) DDA s 4A (3). See also DRC, *Employment*, *supra* note 21, paras. 5.12-5.16.

(68) See SI 2003/1673, *supra* note 21. See also Bamforth, *et al.*, eds., *supra* note 65, p. 1091.

(69) EA, Sch. 8. See also EHRC, *Equality Act 2010 Code of Practice: Employment* (2011), hereinafter “EHRC, *Employment*.”

(70) EA, Sch. 2. See also EHRC, *Equality Act 2010 Code of Practice: Services, Public Functions and Associations* (2011), hereinafter “EHRC, *Services*.”

(71) 平等法における合理的調整義務の詳細は、分野ごとに附則で定められている。役務分野・公務分野は附則2，

disabled person) に対する差別だと定める⁽⁷²⁾。また第20条は、合理的調整義務は3種類の合理的措置をとる義務から成ると定める。すなわち、①「規定、基準又は慣行」から生じる「実質的不利」の除去、②物理的形状から生じる「実質的不利」の除去、③「実質的不利」を生じさせないための補助手段の提供、についての合理的措置である⁽⁷³⁾。

合理的調整に関して、平等法とDDAの間の重要な違いは次の3つである。(α) まず、DDAは補助手段の提供義務を役務分野に課し、雇用分野に課さなかったが、平等法は役務分野と雇用分野の両方に当該義務を課す⁽⁷⁴⁾。(β) 次にDDAは、雇用分野では義務発生の沸点が低い「実質的不利」という文言を用い、役務分野では義務発生の沸点が高い「不可能か又は甚だしい困難」という文言を用いたが、平等法は雇用分野と役務分野の両方で「実質的不利」という文言を用いる。「実質的」とは「軽微又は些細」を超えたものを意味する⁽⁷⁵⁾。(γ) さらにDDAは、合理的調整義務の不履行に関する正当化を役務分野で認め、雇用分野では認めなかったが、平等法は雇用分野と役務分野の両方でそうした正当化を認めない⁽⁷⁶⁾。

平等法は、この(α)(β)(γ)が示しているように、可能な範囲で合理的調整の概念の共通化を図っている。そして(α)(β)(γ)を見ると、DDAの時代に用いられた役務分野と雇用分野とで異なる基準のうち、平等法は保護の程度が高いほうの基準を採用したことが分かる。このような、DDAと平等法の比較考察から得られた知見を前提にして、以下では、平等法の合理的調整の概念をさらに明確にしてみたい。そのために検討する論点は、(a)「予測型合理的調整」と間接差別との関係、(b)合理的調整と直接差別との関係、(c)合理的調整の限界、である。

(a) については、少なくとも3点指摘しておく必要がある⁽⁷⁷⁾。第1に、「予測型合理的調整」と間接差別は、どちらも「巨視的・中間視的次元の障害者の不利」に効果的に対処しようとするものである。第2に、どちらも障害者（諸小）集団への悪影響をもたらす外形的には中立的なルールを

不動産分野は附則4、雇用分野は附則8、教育分野は附則13、団体分野は附則15である。なお、附則21に当該義務の補足規定がある。

⁽⁷²⁾ EA, ss. 21 (1) (2).

⁽⁷³⁾ EA, ss. 20 (2) (3) (4) (5). 第20条について2点付言する。第1に、①の「規定、基準又は慣行」は、EU指令78号が用いている文言である。DDAは、雇用分野では同指令の当該文言に準じて「規定、基準又は慣行」を用いたが(SI 2003/1673, *supra* note 21)、役務分野では「慣行、政策又は手続」を用いていた。第2に、第20条6項は、①と③の文脈において、情報提供に関する「実質的不利」が生じる場合に講じなければならない合理的措置には「アクセシブルな様式」による情報の提供を確保する措置が含まれる、と定める(EA, s. 20 (6))。

⁽⁷⁴⁾ EA, Sch. 2, para. 2; Sch. 8, para. 2.

⁽⁷⁵⁾ EA, s. 212 (1).

⁽⁷⁶⁾ EHRC, *Employment*, *supra* note 69, para. 6.30; EHRC, *Services*, *supra* note 70, para. 6.30.

⁽⁷⁷⁾ Cf. Lawson, Britain, *supra* note 28, pp. 162-176; Olivier De Schutter, "Reasonable Accommodations and Positive Obligations in the European Convention on Human Rights," in Lawson and Gooding, eds., *supra* note 25, pp. 35-63; Dianne Pothier, "Tackling Disability Discrimination at Work: Toward a Systemic Approach," *McGill Journal of Law and Health*, Vol. 4 (2010), pp. 17-37; EHRC, *Services*, *supra* note 70, paras. 5.37-5.40; EHRC, *Draft Code of Practice: Schools in England and Wales for Consultation* (2011), paras. 5.37-5.40; EHRC, *Draft Code of Practice: Further and Higher Education* (2011), hereinafter "EHRC, Higher Education," paras. 5.37-5.40.

基本的な問題にする。第3に、役務提供者らは、間接差別の場合にはルール自体を見直さなければならないが、「予測型合理的調整」の場合にはルールに「例外」（障害者（諸小）集団のニーズに配慮するための調整措置）を設けなければならない。

(b) については、「巨視的次元の障害者の不利」に対する認識が重要となる。健常者集団と比べた障害者集団の構造的不利を前提にすれば、障害者による「基本的価値」の実質的享受を可能にさせる合理的調整は、障害者を「より有利に」扱う措置だとは言えない。しかし合理的調整は、直接差別の禁止という観点から見れば、障害者を「より有利に」扱う措置だと言えよう⁽⁷⁸⁾。わざわざ平等法が障害者を「より有利に」扱うときに直接差別が生じない旨定めているのは、このためである⁽⁷⁹⁾。

(c) については、そもそも合理的調整義務は相手側に不合理措置（理に適っていない措置）を講ずることを命じない。また平等法の附則は、合理的調整義務は関係事項の根本的変更を要求しないと明記する。たとえば役務の性格を根本的に変更する措置⁽⁸⁰⁾、公務遂行者（公的機能を果たす民営刑務所等を含む⁽⁸¹⁾）の権限外の措置⁽⁸²⁾、団体（構成員25人以上）⁽⁸³⁾の会合等の性格を根本的に変更する措置⁽⁸⁴⁾、高等教育の場で個人の適性（能力）を測るための「適性基準」（competence standard）を変更する措置⁽⁸⁵⁾は、どれも講ずる必要はない。

最後に本節の締めとして、車いす利用者（A）がスロープの不備ゆえに銀行（B）に入店できず平等法を用いて申し立てた、という仮想例を考えてみよう⁽⁸⁶⁾。Aは、たとえスロープの設置をBに要求していなくても、Bが合理的調整義務を履行しなかったせいで差別を受けたと申し立てることができる⁽⁸⁷⁾。なぜならBは役務提供者なので、この場合の合理的調整義務は「予測型」であり、Aが入店を試みる前に既に発生しているからである。Bは、当該義務の不履行を正当化するために、スロープの設置が不合理措置だと主張するかもしれない。しかし、その主張が認められなければ、差別が発生することになる。

⁽⁷⁸⁾ See *Archibald v Fife Council* [2004] UKHL 32, para. 47.

⁽⁷⁹⁾ EA, s. 13 (3).

⁽⁸⁰⁾ EA, Sch. 2, para. 2 (7). たとえば暗闇での飲食を売りにするレストランが、聴覚障害者の来店客に読唇用の明かりを用意する必要がないのは、それが役務の性格を根本的に変更させてしまうためである。EHRC, *Services*, *supra* note 70, para. 11.33.

⁽⁸¹⁾ EHRC, *Services*, *supra* note 70, para. 11.14.

⁽⁸²⁾ EA, Sch. 2, para. 2 (8). たとえば刑法は陪審員室に関して当事者以外の入室を禁止しているので、裁判所は陪審員室に手話通訳者を配備する権限を持たない。EHRC, *Services*, *supra* note 70, para. 11.32.

⁽⁸³⁾ EA, s. 107 (2) (a).

⁽⁸⁴⁾ EA, Sch. 15, para. 2 (7). たとえばB型肝炎のある者が、ワインを品評する同好会に、社交を求め入会を希望し、さらに果汁の品評をその会の活動に含めるよう要求した場合に、その同好会が当該要求に応ずる必要がないのは、当該要求が会の性格を根本的に変更させてしまうためである。EHRC, *Services*, *supra* note 70, para. 12.44.

⁽⁸⁵⁾ EA, Sch. 13, paras. 4 (2) (3). たとえば法学専攻の学生に対し、学位取得の条件として特定の法分野に関し一定の知識の証明を求めることは「適性基準」である。EHRC, *Higher Education*, *supra* note 77, paras. 7.35.

⁽⁸⁶⁾ See The Reply from the UK Home Office Direct Communications Unit on 29th December 2011 to this author's enquiries on the disability discrimination provisions contained in the Equality Act. Cf. EN, para. 86.

⁽⁸⁷⁾ EA, ss. 21 (2) and 29 (7); EA, Sch. 2, para. 2.

むすびに

本稿では、平等法における障害差別の4概念（直接差別、間接差別、起因差別、合理的調整義務）の特徴を明らかにしてきた。総じて言えば、平等法はDDAよりも強力な障害差別の禁止規定を設けていると言えよう。本稿で検討した論点は多岐にわたるが、特に基本的な要点は次のようにまとめることができる。

平等法は、障害者が機会平等や社会参加などの「基本的価値」を実質的に享受しうるように、「同様の者たちを別異に扱ってはならない」という原則のみならず、「相異なる者たちを同様に扱ってはならない」という原則をも導入している。平等法は前者を直接差別として採用し、後者を間接差別、起因差別、合理的調整義務として具体化する。そして総体的に見れば、これらの障害差別の4概念は、(a)「保護特徴」ごとに異なる差別禁止諸法の調和と強化、(b) EU指令案の将来の国内法化、(c) マルコム事件判決への対処、(d) 障害者の権利と相手側の義務とのバランスの適正化、(e)「4つの次元（巨視的、中間視的、微視的、複合的な次元）の障害者の不利」への対応、という5つの必要をなるべく充足しうるように形成された。

これらのうち (a) (b) (c) は英国特有の課題であり、(d) (e) はどの国にも関係する一般的な課題である。内閣府の障がい者制度改革推進会議・差別禁止部会⁽⁸⁸⁾などで、日本の関係者が平等法を参照する際には、(a) (b) (c) という英国特有の文脈に十分留意する必要がある。また日本の関係者は、障害差別禁止法の検討に際し、特に「(e)を踏まえた上での(d)の実現」という構図に着意する必要がある。すなわち、日本の障害差別禁止法が「基本的価値」の実質的な実現をめざすのなら、「無地の空間」を想定して原子論的な諸個人の利害調整をただ図ったり、一枚岩の障害者集団を想定してその構造的不利の解消だけを重視したり、障害と他の特徴との結合による不利を無視したりすべきではない。そうではなくて、「4つの次元の障害者の不利」を出発点に据え、障害者の権利と相手側の義務との適正なバランスを図る必要がある。

(かわしま・さとし 東京大学大学院経済学研究科特任研究員)

⁽⁸⁸⁾ 障害者権利条約の批准に向けた国内法整備の一環として、障がい者制度改革推進会議の下に設けられた差別禁止部会は、2010年11月から障害差別禁止法の制定に向けた検討を行っており、2011年12月に第11回目の会合を迎えた。