

# 障害者差別禁止法理の対象としての「障害者介護者」

— イギリス障害者差別禁止法（DDA）の判例法理を素材にして —

杉山有沙\*

## 1. はじめに

日本の障害者法制は、今、転換期を迎えようとしている。障害者権利条約の締結に必要な国内法の整備の必要性から、障害者差別禁止法を新たに導入しようと試みているからである [障がい者制度改革推進会議差別禁止部会 2012: 3]。従来障害者福祉法理を基本に構成されてきた障害者法体系を根幹から揺るがす革命といっても過言ではない。

立法するにあたり、その法の対象範囲を定めることは重要な課題である。差別禁止法制定の議論でも同様に「障害者を対象とするのか、それとも全ての人を対象として障害を理由とする差別を禁止するのか」という点が議題に上がっており、これについては未決着のままである [障がい者制度改革推進会議差別禁止部会 2012: 6]。

障がい者制度改革推進会議差別禁止部会にあるように、障害を理由に不利益を被るのは障害者本人だけではない。障害者と関係する第三者——典型的なのが、障害者の家族——も障害者と関連をもつことで不利を受ける可能性がある。例えば食事介護や排泄介護などを必要と

する重度障害者であれば、その親は24時間体制の介護を求められるため、フルタイム労働ができず昇進に影響するかもしれない。障害者の家族にとって“障害者差別”は他人事ではない。

こうした現状を受けて本稿は、障害者差別禁止法の対象範囲を障害者に限定すべきか否か、を検討する。差別禁止法の対象として、障害者本人だけでなく、私的に無償で介護する者——障害者の家族——（以下、障害者介護者）をも差別禁止法の救済対象とするということは、何を意味するのだろうか。これは、差別禁止法が差別認定する際の基準となる“差別の理由”が“障害者本人の障害”なのか、“障害それ自体”なのか、という差別禁止法の根本的な問題認識に関する問いにつながる。

したがってこれを検討することは、障害者差別禁止法理の法構造を研究する上で極めて重要な課題といえるが、差別禁止法制定に向け準備途中である日本において当然ながら判例を踏まえた議論の蓄積が存在しない。本稿は、イギリスにおいて1995年に制定され、既に救済対象者の判例を数多く生み出してきた障害者差別禁止法（Disability Discrimination Act 1995. 以下、DDA）を比較対象法に据え検討を進める<sup>(1)</sup>。

\*早稲田大学大学院社会科学研究所 博士後期課程3年（指導教員 西原博史）

## 2. DDAにおける当事者適格という問題の発見

誰を差別救済の対象者と捉えるのかは、DDAにおいても重要な課題である。通常DDAの対象者の範囲について検討する場合に論点となるのは、同法で定める“障害”と“障害者”の意味についてである。DDAは規定上、救済対象者を“障害者本人”としている。しかし、例えば障害者介護者が、障害者と関連することで差別を受けたなら、ここで障害者介護者が受けた差別は、紛れもなくDDAが禁じる“障害者差別”であるようにも思われる。この点を意識して本稿では、DDAによる救済申立の当事者適格の範囲について検討してみよう。

### 2.1 DDAにおける差別概念

DDAは、雇用、不動産、商品・サービス提供等の場面における差別を総合的に禁止する法律で、1995年に制定された。雇用領域について同法は、直接差別、障害に関係する差別（以下、関係差別）、合理的配慮義務の不履行の3種類の差別とハラスメント<sup>(2)</sup>を禁止する。

ここでいう直接差別とは、使用者が、障害を理由（on the ground of the disabled person's disability）にある障害者を、関係する諸事情が当該障害者と同じもしくは実質的に異ならない非障害者より不利に扱った場合を指す（同法3A条5項）。次に関係差別とは、使用者が障害に関係する理由（for a reason which relates to the disabled person's disability）で非障害より障害者を不利に扱い、かつその行為を正当化できない場合、この使用者は関係差別を行ったと判断される（同法3A条1項、5項）。たとえば以前傷害事件を

起こした統合失調症患者が職を得ようと志願したが、傷害事件を理由に採用拒否されたことに対して、傷害事件の原因は障害にあるとして関係差別が認められた事件がある<sup>(3)</sup>。最後の合理的配慮義務の不履行とは、使用者が義務づけられた合理的配慮を実施しないことをいう<sup>(4)</sup>（同法3A条2項）。この合理的配慮とは、使用者によって、または使用者に有利な規定（provision）、基準（criterion）もしくは慣行（practice）、あるいは使用者が占有する建物の物理的特徴によって、障害者が障害をもたない者より相当程度の不利を被っている場合に、この不利を合理的な範囲で緩和・解消するために使用者が義務づけられる措置を指す（同法4A条1項）。

#### (1) 当事者適格という問題

DDAを用いて差別救済の申立を行う場合、まず当事者適格があるか否かを検討し、その次に救済対象となる差別が存在したか否かを判断する。したがって当事者適格の有無は、申立手続における最初の論点であり大きな争点となる。

一言で“障害者”と言っても、身体的／知的／精神的機能障害（以下、インペアメント impairment）や実際に日常生活を送る上で被る不利な影響が個人毎に異なるため、誰をDDAの対象となる障害者とするかを定めるのは容易ではない。DDAが定める“障害者”とは、日常生活活動を行う能力に相当程度でかつ長期に渡り不利な影響を与える身体的もしくは精神的インペアメントをもつ者を指す（DDA1条）。

雇用審判所または裁判所は、障害者認定をする際の審査基準として2つの基準アプローチを用いる。すなわち客観的かつ絶対的な基準とし

での“インペアメント”と、主観的かつ相対的な基準としての“社会から生じる障害”の2つの基準から総合的に判断するのである〔杉山 2011a: 157-158〕。

そもそもDDAは、恩恵・保護の対象と捉えられてきた障害者が、非障害者との対等な地位の獲得を主張した1970年代以降の障害者運動の影響を強く受け制定された〔杉山 2010: 223-225〕。これはつまり同法が、他者依存的な障害者像を前提にした従来の障害者福祉法理に内在する恩恵的な構造を克服対象とし、この福祉法理の領域から主体的な個人として平等を主張する差別禁止法理の領域を抽出することを試みた法律であることを意味する〔杉山 2012a: 173〕。したがってDDAは、規範構造上、他者依存的な障害者像を否定するし、また“障害者”という利益を共有するグループ全体の下駄履かせではなく、あくまで差別を受けた個人の権利救済を追及する。

こうした主体的な個人の平等実現の期待を背負ったDDAの特徴は、誰を同法の救済対象者と捉えるのか、という問題と直結する。これはまさしく当事者適格の問題となる。したがって同法にとって当事者適格をもつ者の把握は、最も基本であり、そして根幹を揺るがしえないほど重要な問題といえる。

## (2) 直接差別

当事者適格の問題は、DDAで禁止する差別類型の選択にも影響を与える。結論先取的にいうと、DDAは障害者本人による障害者運動を契機に成立した法律であり、その対象者として意識されてきたのは“障害者本人”だけであった。だが現在の判例・実務の水準上、直接

差別に関してのみ障害者介護者もDDAの救済対象と認められている。この背景には、DDAにおける直接差別の特異な位置付けがある。

### 1) 導入過程

1995年DDA制定時、同法が違法していたのは関係差別(旧DDA<sup>(5)</sup>5条1項)と合理的配慮義務の不履行(旧DDA5条2項)のみだった。直接差別が差別類型として存在していなかったため、正当化の抗弁を認める関係差別が直接差別領域をもカバーする差別類型として扱われてきた〔Monaghan 2007: 277〕。

だが2003年DDA改正法(Disability Discrimination Act (Amendment) Regulations 2003)で直接差別規定がDDAに挿入された(DDA改正法4条)。この契機となったのがEC(現EU)の2000年雇用及び職業における平等取扱の一般的枠組を設定する閣僚理事会指令<sup>(6)</sup>(以下、雇用枠組指令)である。この指令の目的は、加盟国において平等取扱原則に実効性を与えるために、雇用及び職業について、宗教もしくは信条、障害、年齢または性的志向に基づく差別と戦う一般的枠組を設定することにある(雇用枠組指令1条)。ここでいう平等取扱原則とは、1条に定める事由についての直接差別と間接差別が許されないことを指す(同指令2条1項)。障害者差別でいうと雇用枠組指令は、障害を理由(on any of the grounds referred to *disability*<sup>(7)</sup>)にある者が比較対象者よりも不利に取扱われることを直接差別と捉え、克服の対象とする(同指令2条1項a号)。

### 2) 概括的特徴

ここまで“直接差別”という差別類型を条文の提示のみで十分に検討せずに使ってきた

が、ここで具体的な内容を確認しよう。直接差別は、使用者による障害者に対する取扱いと使用者による比較対象者に対する取扱いの比較に依拠する差別類型で、もし障害を理由に申立人が比較対象者より使用者に不利に扱われた場合、この使用者の取扱いは直接差別と判断される（行為準則 4.6）。したがって直接差別は、直接的に講じられた使用者の行為のみを問題とする [Bamforth, Malik and O’Cinneide 2008: 1052]。直接差別は明白で偏見に満ちた差別類型として捉えられ、たとえば雇用志願の障害者に対して、彼が募集された仕事に従事できる能力があるか否かを検討せずに、単に障害者であることを理由に採用拒否する場面が想定される [Office for Disability Issues 2008: 12]。また DDA において直接差別は雇用・訓練領域にのみ存在する。

直接差別の申立ての際にしばしば争点となるのが、この差別の成立要件と比較対象者の問題である。前者について行為準則は、障害者に対するある取扱いが、障害者であるがゆえに、または問題となる障害をもつがゆえに生じたものであれば、3A 条 5 項で規定する「障害を理由とした」ものとなると説明する（行為準則 4.7）。そして使用者が、彼の障害に関するステレオタイプの、偏見に満ちた想定に基づいて障害者を不利に扱った場合、この取り扱いが直接差別となる（行為準則 4.8, 4.9）。但し使用者本人がこの差別的意図を自覚していなくても構わない（行為準則 4.11）。

直接差別の有無を判断する際に、適切な比較対象者に対する使用者による取扱いと比較される。ここでいう適切な比較対象者とは、不利を受けている障害者と同じ障害を持っていない

者——非障害者または他の障害を持つ者——を指す（行為準則 4.13）。だがあらゆる点で不利な扱いを受けた障害者とその比較対象者が同じである必要はなく、能力を含む関連する事情について全く同じ、または重大な違いがなければ構わない（行為準則 4.14）。なお比較対象者として実在する人物を提示できない場合は、仮想上の比較対象者との比較を踏まえた形でも申立が可能である。ここで示した比較対象者とは、あくまで直接差別に関するものであり、関係差別や合理的配慮義務の不履行での申立て要請される比較対象者とは異なる（行為準則 4.19）。

申立てに関連して、立証責任についても重要な論点となる。これについて JP Morgan Europe Ltd v. Chweidan 事件判決<sup>(8)</sup>で控訴院は、直接差別申立の際に審判所が直接差別の明白な証拠を見つけることを困難であることを指摘した上で、しばしば認定された主要な事実からの推論の問題となると説明する。まず被用者が一応有利な事件（prima facie case）としての申立に成功すれば、その次に問題となった取扱いが差別ではなかったとことを使用者が証明するというように、立証責任は被用者から使用者側に転換する。

### 3) 直接差別における当事者適格という問題

再度直接差別の救済対象者を確認してみよう。条文上、直接差別の成立要件である使用者による不利な取扱いの理由は、あくまで“障害者の障害（on the ground of the disabled person’s disability）”であり、やはり“障害者本人”のみが意識されていることが確認できる。これは DDA の救済対象者が“障害者本人”のみであ

り、“障害者介護者”は対象としていないことを意味する [Roberts 2009: 644]。それにも拘らず判例・実務において、障害者介護者もDDAの救済対象と認められているのはなぜだろうか。

こうした直接差別の当事者適格をもつ者に関して解釈が施された背景には、EC法の影響を受けた直接差別の導入理由と位置づけ、さらにECJ(Court of Justice of the European Union. 現在、ヨーロッパ連合司法裁判所)の判例によるインプットがある。

## 2.2 Coleman事件

1995年制定時から一貫してDDAの救済対象は障害者本人のみであった。しかし、障害を理由に不利益取扱いを受けるのは何も障害者本人に限定されるわけではない。障害者介護者も障害者に関連することで不利を被る危険性が十分にある。このような差別禁止法の対象者としての障害者介護者の存在をはじめて認めたのは2008年7月17日に下されたColeman v. Attridge Law and another事件ECJ判決<sup>(9)</sup>である。この判決を契機にDDAの救済対象は障害者介護者をも含むものへと拡大され、2010年平等法にも影響を及ぼした。したがってこの判決は障害者差別禁止法理の当事者適格の前提を揺るがした事件といえよう。

この事件は、法律秘書であった申立人Colemanが、先天性喉頭軟化症を患っていて無呼吸発作の恐れがある息子の主たる介護者(primary carer)であったことにより、不当な差別を受け、結果として剰員整理に応じざるを得なかったことに対し、平等取扱原則違反と差別による不当解雇を訴えたものである。

この事件を扱うにあたって雇用審判所は、ECの雇用枠組指令が本件のように障害者ではない差別の被害者をも——DDAの文言に反して——差別禁止の対象として保護することを構成国に義務づけるものであるか否かの確認が必要であると考え、申立手続を停止してECJに先決判決を求めた<sup>(10)</sup>。

### (1) Maduro 法務官の見解<sup>(11)</sup>

判決に先だって論点整理を行って意見を述べたMaduro法務官は、質問事項を「雇用枠組指令は、障害者に関連するという理由で、雇用・職業領域において直接差別並びにハラスメントの被害にあう非障害者をも保護するのか」という1点に集約し、この問いを肯定する方向で意見を述べた。

Maduro法務官意見は、雇用枠組指令はアムステルダム条約によって加えられたEC条約13条の具体化であること、そのEC条約13条が単なる政治的理想ではなく、共同体法の基本原則の表明であるという、当時すでに確立された立場を出発点にする。その上で彼は、平等の基礎にある尊厳と自律の意義を強調する。尊厳とは、すべての個人の平等な価値を承認することを指し、そして自律とは、ある個人が異なった選択肢の中から自ら選択することを通じて自身の生き方を設計し遂行できることを指す。EC条約13条の目的も雇用枠組指令の目的も、列挙された特徴に当てはまる個人の尊厳と自律を保護することにあるとされる。

この前提はMaduro法務官にとり、雇用枠組指令の対象問題にも応用可能である。彼は、保護される特徴を持っていない者も、そのような特徴を持つ者と関連することで尊厳や自律を奪



われることがあると指摘した。強健な平等概念は、保護される特徴を持つ者と関連することで不利を受ける人をも差別禁止法の対象とすることで達成されるとものとされる。

Maduro 法務官は、使用者が障害を理由に個人に不利を課すことをその不利を被った個人の尊厳と自律を損なわせることと捉える。このような事態は障害者本人ではないが関連者にも及ぶので、雇用枠組指令 1 条で適用される差別は、本人が障害を抱えていなくても、障害を理由に受けた不合理な取扱も含むという立場に立った。

## (2) 先決判決

この Maduro 法務官の見解を踏まえて ECJ は、雇用枠組指令が意味する平等取扱原則を、障害者本人に限定して解釈するべきではないと述べた。この指令の目的は障害に基づく全ての差別類型と戦うことである。つまりこの指令で記された平等取扱原則は、特定のカテゴリーに属する個人に対して適用されるものではなく、1 条で定められた理由に対して適用される (para. 38)。本件のような障害者介護者に対する直接差別も、その理由が「障害」であるので、雇用枠組指令の差別救済の対象となる (para. 50)。本件のように被用者が障害を理由とした直接差別の被害にあったことを立証する場合、雇用枠組指令の対象を障害者本人のみと限定すると、指令からその有効性の重要な要素を奪い、そして保護を弱めることになる (para. 51)。雇用枠組指令 10 条 1 項<sup>(12)</sup>に従い、立証責任は差別の一応の証明が存在した場合に適応される。結局、申立人が直接差別が存在したことを推定できる事実を証明したならば、平等取扱

原則の有効な適用は、その次に被申立人がこの原則違反はなかったことを証明する責任を負う形で立証責任を転換させることを要請する (para. 54-55)。結論として、雇用枠組指令 1 条と 2 条 1 項、2 項 a 号は、直接差別の禁止の対象は障害者本人に限らないと解釈すべきであり、使用者が障害者介護者を障害を理由に比較可能な状況において他者より不利に取扱い、そして被用者の主要な被介護者を介護することを理由に不利益取扱がなされていることを障害者介護者が証明した場合、この取扱は 2 条 2 項 a 号で定める直接差別禁止違反となる (para. 56)<sup>(13)</sup>。

## (3) EAT 判決

ECJ 判決を受けて雇用審判所<sup>(14)</sup>は、判決を下す際に ECJ が提示した指令の解釈に従う義務があるので、DDA 規定に必要であれば文言を加えて解釈することも可能だとした<sup>(15)</sup>。

この雇用審判所判決を受けて使用者側は、雇用審判所が障害者介護者も DDA の差別救済の対象と読み込むことで DDA を歪曲したと EAT に上訴した<sup>(16)</sup>。EAT は、ECJ 判決に合わせて可能な限り国内法を解釈する責務があり、イギリス法においても、いくつかの事件において、この責務に應えるために裁判所や審判所が伝統的な法解釈の厳格な制限を越え、EU 法に効力を与えるように法律に追加的な文言を読み込むことは明らかにされていると述べた。

これを踏まえ本件について EAT は、ECJ 判決で認められた障害者に関連する者に対する差別 (associative discrimination) の禁止を DDA に読み込むことは、現行の同法が救済対象としていた範囲を広げるが、矛盾するものではない

と捉える。障害者介護者に当事者適格を認めても、直接差別成立要件である“障害を理由にした”不当に不利な取扱いを問題視する差別構造は維持されているから、とEATは説明した。

### 2.3 当事者適格をもつ者としての障害者介護者

一連のColeman判決により障害者介護者にもDDAの当事者適格が認められたのだが、このことは今までに類を見ない新しい発見だったのだろうか。

これを検討するにあたって“障害者介護者”を構造的に再確認する。冒頭で述べた通り本稿でいう“障害者介護者”とは、“無償で私的に障害者を介護する者”を指し、具体的には障害者の家族が想定される。つまり障害者本人ではないものの、障害者を身近で介護することで障害者本人と同様に差別を被る危険性を持つ者といえる。もっと抽象化すると、差別禁止法で保護される特徴を理由に、この特徴を持つ者と関連することで不当に不利に取扱われる第三者といえよう。

Ouseley貴族院議員は、Coleman判決で見られた保護される特徴を持つ者と関連する者——たとえば、配偶者、友人、子供、親そして恋人——をも保護の対象とする法枠組は、1976年人種関係法の下で問題となった事件ですで見られていたと指摘する [HL Deb 11. 1. 10 Column 368]。Coleman事件ECJ判決は、EC法上の観念として最初に差別禁止法で保護される特徴をもつ者と関連する第三者の当事者適格を認めた判決であるが [Forshaw 2008: 384; Honeyball 2007: 3]、イギリス人種差別禁止法理においては既に、他者の持つ差別禁止法で保護

される特徴——人種——を理由に、その特徴を持つ者と関連することで本来は生じるのではないはずの不利な取扱いを受けた場合にも救済されるという法枠組は存在していた [Forshaw 2008: 385]。

そもそもこの法枠組は、1975年性差別禁止法と1976年人種差別禁止法の間にある「直接差別」に関する条文の語句の微妙な違いを契機に形成された。申立ての対象となる不利な取扱いに関して、性差別禁止法は申立人本人の性別に由来する取扱い (on the ground of her sex) を問題とするが、一方の人種差別禁止法は人種を理由とした取扱い (on racial grounds) を差別救済の対象とする [Forshaw and Pilgerstorfer 2008: 2]。この条文の文言の違いが、ある人が他者の人種を理由として差別を被ったとして直接人種差別の救済申立てを行う余地を残すことになり、結果保護される特徴を持つ者と関連する第三者に対する差別をも救済対象として認められるようになったのである [Forshaw and Pilgerstorfer 2008: 3]。

性差別禁止法と人種差別禁止法の間にある条文の微妙な違いから、当事者適格の範囲を左右するような重大な問題を生み出したことは注目に値する。本来DDAは、性差別禁止法と同じように“本人の障害”に注目して差別救済の対象者を把握するものだった。だがColeman判決を経て、差別を受ける理由としての“障害”という特徴が注目されるようになった。つまり人種差別禁止法の当事者適格の捉え方と同じになった。これが意味することは何であろうか。

### 2.4 小括

Coleman判決は、当事者適格の範囲の拡大

についてよく好意的に評価される<sup>(17)</sup>。例えば Waddington は、Coleman 判決を雇用枠組指令が障害を理由に障害者に関連する者に対する直接差別・ハラスメントの禁止を確認した重要な判決と位置付け、この判決で示された差別類型は広範囲に影響を及ぼし、そして被害を受けやすい個人に対して保護を与えることを認めたとする [Waddington 2009: 681]。

DDA の対象者の範囲が広がれば、差別で苦しむ人たちの権利救済の幅の拡大が期待でき、その意味では進展したと評価できるかもしれない。だが、ただ単純に救済対象者が広がればいいという問題でもない。DDA は、主体的な個人としての平等実現を差別救済によって獲得することを期待された法律である。安易な当事者適格の拡大は、逆に DDA の権利性を弱めることになりかねない。

さらに Coleman 判決の意義として障害者介護者の就労と介護の両立の保障の観点からもしばしば評価される。Stewart らは、Coleman 判決を就労と介護の係に注目した判決であると捉え [Stewart, Niclaci and Hoskyns 2011: 177]、また Hervey らも障害者介護者が就労と介護の両立を可能にする労働環境を使用者に要請することを障害者差別の文脈で認めたものと評価する [Hervey, Reeves, Rodgers, Riding and Roberts 2009: 309]。

確かに Coleman 判決は、申立人の就労と介護の両立を阻む直接差別とハラスメントを違法としたのだが、だからといって就労と介護の両立を保障するために判決を下したわけではない。Maduro 法務官の言葉を借りれば、申立人の尊厳と自律が奪われたから、直接差別とハラスメントを違法としたのである。尊厳と自律を守る

ために DDA の当事者適格に障害者介護者を含めるとは、どのような意味なのだろうか<sup>(18)</sup>。

結果として Coleman 判決は障害者介護者の就労と介護の両立を保障することになったのだが、このような制度枠組は、2008年の Coleman 判決まで全く存在しなかったわけではない。そのような制度枠組が存在していたことを考えれば、差別救済という形式で不服申立の余地を認めた本件はどのような意義があるといえるのだろうか。

### 3. 障害者介護者が有する法的権利

Coleman 判決以前は、障害者介護者に認められていたのは福祉法理に基づく要請のみだった。政府資料によると、障害者介護者の生活に直接影響を与える法律として、2000年介護者並びに障害児支援法<sup>(19)</sup> (Carers and Disabled Children Act 2000)、2004年介護者支援 (平等機会) 法<sup>(20)</sup> (Carers (Equal Opportunities) Act 2006)、2002年雇用法 (Employment Act 2002)、2006年労働並びに家族法 (Work and Family Act 2006)、そして DDA を挙げられる。これらの法律は 3 つの領域に分けることできる。すなわち第 1 に社会福祉領域 (手当, ダイレクト・ペイメント, 全般的な介護アセスメント)、第 2 に雇用領域 (雇用のニーズを含む介護アセスメント, フレキシブル労働)、第 3 に差別禁止領域である [HM Government 2008: 25-26]。本章は、雇用領域で付与された障害者介護者を支援する法的権利で、特に Coleman 判決と関連が深いフレキシブル労働請求権を扱う。

#### 3.1 フレキシブル労働請求権

Coleman 判決の事件概要で説明したように、



申立人であるColemanが受けた不利益取扱の一つとして、使用者が他の被用者には認めるフレキシブル労働の請求を申立人に認めなかったことが挙げられる。これに関連して議会にてLidington下院議員が「Coleman事件ECJ判決を参照にフレキシブル労働を求めるような介護者の権利に関して使用者に対して新たなガイドンスを発行する計画はあるか」と質問したところ、McFaddenビジネス・イノベーション・職業技能大臣は、「介護者は既にフレキシブル労働を求める権利を有している。使用者は介護者からフレキシブル労働の要請を受けた際には慎重に検討する必要があるが、特定の職務に関して必要なら、必ずしもこの要請を受諾しなくてはいけないわけではない。Coleman判決は、フレキシブル労働を要請する権利を提供するものではない」と回答した[HC Deb 13. 11. 08 Column 1363W-1364W]。

ここから明らかのように、Coleman判決以前から障害者介護者を支援する法枠組としてフレキシブル労働請求権は存在していた。にも拘わらず、Coleman判決ではフレキシブル労働請求権について論じられることはなかったし、また判決後においてもMcFadden大臣が示す通り、Coleman判決とフレキシブル労働請求権は連動しないものとして扱われた。なぜだろうか。

#### (1) フレキシブル労働請求権の概要

障害者介護者のフレキシブル労働請求権は、2002年雇用法で初めて障害児の介護者のみに認められ(2002年雇用法47条)、その後2006年労働並びに家族法で全ての介護者に拡大された(労働並びに家族法12条)。2002年雇用法と2006年労働並びに家族法の双方ともに、1996年雇用

権利法<sup>(21)</sup>Employment Rights Act 1996の改正法であるため、本稿では雇用権利法として統一的に扱う。

当事者適格のある被用者は、子どもや障害者等を介護することが目的である場合、労働協約並びに雇用条件——被用者が就労を要請される時間、被用者が就労を要請される時期、被用者が就労を要請される場所、大臣が規則で明示するような労働協約並びに雇用条件——の改定を使用者に要請することができる(雇用権利法80F条1項)。使用者は、(1)追加コストの負担、(2)顧客対応する能力に関する不利な影響、(3)現存するスタッフで再編成することが不可能であること、(4)追加的スタッフの雇用が不可能であること、(5)質の損失、(6)業績への不利な影響、(7)被用者が就労を求める期間の労働力不足、(8)計画した構造改革、(9)大臣が規則で発したほかの理由、のいずれか1つ以上に該当する場合のみ、適格のある被用者によるフレキシブル労働の申請を拒否することができる(同法80G条1項)。被用者は、80G条1項に応じた申請にも拘らず申請を拒否された場合や、使用者による申請拒否が誤った事実認定に基づくものであった場合は、雇用審判所へ不服を申立てることができる(同法80H条)。

つまり障害者介護者が申請できる「フレキシブル労働」とは、請求者のニーズに合わせるために変動する柔軟な労働体系を指す。具体的には、フレックスタイム制、交代勤務制、ジョブシェアリング等がある。請求者は、被用者であり、申請前に継続して26週間雇用されており、そして過去12ヶ月以内に他のフレキシブル労働請求権を行使してないことが第一の条件と

される。そしてそれに加えて——本稿の関係で言えば——障害者生活手当を受ける18歳未満の障害児を養育する者であるか、障害者の配偶者、パートナー、シビル・パートナーまたは同居障害者を介護する介護者であることが、フレキシブル労働を請求する要件であるとされる<sup>(22)</sup>。

## (2) フレキシブル労働請求権の対象と法的拘束力

Coleman判決との関連でフレキシブル労働請求権の法構造において注目すべき点は、この請求権の対象範囲と法的拘束力である。雇用権利法80F条1項から明らかなように、障害者介護者であればフレキシブル労働を申請する資格を持つ。これはつまり障害者介護者に対して敷居が低く利用しやすいと評価できる。

だがこの利用しやすさと比例するかの如く、法的拘束力も弱いといえる。これについて政府は、障害者介護者はフレキシブル労働を求める権利を持つものの、必ずこの権利を行使できるとは限らない、という見解を示す。つまり使用者には、介護者がフレキシブル労働を求めた際に必ずこの権利を充足する義務は存在しない。使用者が介護者の要請を断る場合は、事業上の理由を提示する必要があるだけである [NHS HP]<sup>(23)</sup>。McColganは、このフレキシブル労働請求権をあくまで「フレキシブル労働を請求する権利」であって、「フレキシブル労働権」ではないと強調した [McColgan 2005: 509]。

以上から、フレキシブル労働請求権は対象範囲が広いものの、その法的拘束力は弱く、使用者の裁量で左右されるものといえる。

## 3.2 小括

Coleman事件でフレキシブル労働が適切に認められていれば、事件自体は起きなかったかもしれない。だが雇用権利法で規定されるフレキシブル労働請求権は、あくまで使用者の裁量にかかっており、「権利」と称していても法的拘束力が弱い「権利」でしかない。イギリスにおいて主要な介護者団体であるCarers UKの調査によると、フレキシブル労働を要請する権利が認められていたとしても、障害児を介護する両親にとって労働と介護の両立ははまだ困難であり続け [Stiell, Shipton and Yeandle 2006参照]、非常に多くの介護者が就労を続けたいにも拘らず介護のために退職を考えるものとされる。そして多くの人は介護の責任からパートタイム労働や退職を選択し、経済的困難に直面すると指摘される [Yeandle, Bennett, Buckner, Fly and Price 2007: 30]。確かにColeman判決以前から障害者介護者の就労と介護の両立を図る制度枠組みは存在していたが、障害者介護者の多くは、社会への参加に対して身体的・社会的障壁を抱える等の多元的な差別に直面し続けていたのである [Russel 2003: 216]。

## 4. DDAの対象者としての障害者介護者の差別構造

### 4.1 DDAの対象者として障害者介護者を認めた意味

Coleman事件においては、敢えてDDAに基づく差別の申立てを経なくても、雇用権利法80G条を根拠に使用者の態度改善を要求できた可能性が高い。それにも拘わらず、従来のDDAでは申立てが不可能であった当事者適格としての障害者介護者の存在を敢えて訴え、そ

うした対象に対してDDAの適用を認めさせたことの意義はどこにあるのだろうか。

結論を先取りして言うのならば、Coleman判決の一番の意義は、裁量・正当化の余地を残さない障害者介護者の事前にカテゴリーをされない権利——平等権——が認められたことにある。確かにColeman判決以前からフレキシブル労働請求権も存在していた。だがそれらは——前述の通り——裁量で大きく左右される法的拘束力が弱い「権利」に過ぎない。Maduro法務官が述べたようにColeman判決を支えた理念は個人の尊厳と自律であり、この法理念に基づいて判断された同判決によってはじめて障害者介護者の平等権の存在が認められたといえよう。

だがColeman判決自体は意義のある判決と判断できるものの、雇用枠組指令が2000年に施行された事実を踏まえると、時期的にもっと早く障害者介護者に関係する事件が発生して然るべきだったと評価できるだろう。

さらに、障害者介護者像の観点からColeman判決の構造を検討してみよう。障害者介護者の抱える問題が、この判決を機に正当化を許さない権利として裁判所で救済を受けられるものへと変わったことは何を意味するだろうか。

フレキシブル労働請求権の構造から明らかのように、Coleman判決以前に障害者介護者が有していた請求権は、使用者の裁量にかかっている。言い換えれば使用者が協力的——という上から目線——になることで彼らの雇用機会を確保してあげようとする構造が、フレキシブル労働請求権にある。だから使用者は、あくまで障害者介護者の社会参加が確保できるように——できる範囲で——協力を要請され

る。これはいかなる意味においても、恩恵の範囲を逸脱しない。障害者介護者を恩恵的に支援するという構造は、「他者依存的な存在」としての障害者像を固定化させるだけに留まらず、より依存的な性格を強化・加速化させる。だがColeman判決によって、障害者介護者はあくまで対等な個人としての立場が強調された。このColeman判決は、障害者介護者が主体的で平等な存在であるという障害者介護者の思いを認めたものといえるかもしれない。

#### 4.2 禁止される差別類型

Coleman判決を通じて障害者介護者に対する直接差別とハラスメントが禁じられると認められた。裏を返せばDDAが禁止する障害者介護者の差別類型として——障害者本人の差別類型では認められる——関係差別と合理的配慮義務の不履行が公式に認められたわけではない。

ここで再度、Coleman判決をもとに、障害者介護者に対して行うことが許されない差別類型を整理してみよう。先にこの判決で違法とされた差別は、直接差別とハラスメントのみと説明したが、そもそも同判決が依拠した雇用枠組指令には、合理的配慮義務の規定はあっても（雇用枠組指令5条）、関係差別に関する規定は存在しない。つまり関係差別を障害者介護者に行うことが許されるか否かは、直接差別の救済を申立てたColeman判決からも、雇用枠組指令からも、直接には明らかにならない。

障害者本人に対する差別で違法と扱われるのは、平等取扱原則に反する差別——直接差別と関係差別——と合理的配慮義務の不履行である。これに対してこれまでの判例で障害者介

護者に対する差別で違法として扱ったのは、平等取扱原則に反する差別のみで、合理的配慮義務の不履行をDDAの救済対象とするか否か、に関して判例から読み取ることができない。障害者介護者を当事者として合理的配慮義務の不履行を違法と認める可能性は存在するのだろうか。

そもそも障害者介護者が差別を受けるとは、どのような状態を指すのだろうか。これは前述(3)の通り、障害者と関連することで不利を被る状態を言う。DDAにおいて障害者とは障害をもつ人をいうが(DDA 1条)、ここでいう“障害”とはインペアメントと社会から生じる障害の二重構造で捉えるものをいう[杉山 2010: 229-230]。障害者介護者は、被介護者である障害者を通じて間接的にこの障害概念に基づく不利を受けることになる。

インペアメントは障害者本人が有するものである以上、間接的に障害を理由とした不利を被る障害者介護者が、主にDDAで差別救済を申立てることができるのは“社会から生じる障害”となる。この社会から生じる障害とは、ある特徴——障害——をもつ者の存在をほとんど考慮しないために、この特徴をもつ者——障害者介護者——を排除する現行の社会構造によって生じる不利を指す[杉山 2010: 227]。具体的には、法律、制度、建物の物理的特徴などがあげられる。これは意識レベルで、社会で標準とされる者——非障害者——と、ある特徴をもつことで異端と判断される者——障害者介護者など——との対立を生み出し、結果として社会で標準とされる者が異端とされる者に害意——「障害者介護者とは一緒に働きたくないから差別して退職に追い込もう」——

を持つようになり、実際に排除するような動きにつながったり、排除につながり得る制度的障壁の見直しが滞ったりする危険性がある。

したがって障害者差別禁止法理において問題となる障害者介護者に対する差別とは、障害者介護者の存在を考慮に入れないために生じたステレオタイプの意識に基づく不利益取扱や、害意に基づく不当な取扱、そして障害者介護者に不利を与える労働協約・就労規則などとなる。

合理的配慮義務とは、障害者を取り巻く社会構造が差別的であるために障害者の問題となる能力の再評価を正確に行うことが不可能となっている場面で、合理的な範囲でその障害を除去して、その上で障害に依拠した不当なカテゴリー化に対抗する権利である[杉山 2011b: 232]。したがって合理的配慮義務の不履行を障害者介護者に対する差別類型として認められる可能性は、否定できないはずである。

## 5. 障害者介護者も障害者差別禁止法理の対象と位置付ける規範構造

Coleman判決を通じて差別禁止法理は、障害者介護者をも同法理の対象として位置付けるようになった。これは障害を理由にした差別で苦しむ人たちの救済範囲が広がったという意味で、評価に値するといえるかもしれない。

だが差別禁止法理の当事者適格をもつ者の範囲が広がったということ、単純に“障害者本人”に“障害者介護者”が加わった、と捉えるべきではない。このような当事者適格の範囲の拡大は、差別禁止法理が、当事者適格をもつ者をどのような存在として捉えているかという基本構造の選択、と直結し、差別禁止法理の根本



的な規範構造自体を変える可能性すらある。

つまり原則的には差別禁止法理の対象者は障害者本人であるが、例外的に障害者介護者も同法理の対象者として認められたという加算的な認識方法を採用すると、差別禁止法理は“障害者(本人)”という一定の利益を共有するカテゴリー化された集団が前提にあることを認めることになる。これは“障害者”というカテゴリーに伴う事前評価によって不当に能力評価されることを問題視する障害者差別禁止法理の法構造に抵触する危険性がある[杉山 2011b: 230-232]。

Coleman判決においてECJは、雇用枠組指令で規定する平等取扱原則が、特定のカテゴリーに属する個人——障害者——に対して適用されるものではなく、同指令1条で定められた理由——障害——に対して適用される、と強調した。この障害者差別禁止法理の対象者の認識方法はあくまで個人に注目していたもので、この判決を機に“障害者 disabled person”から“障害をもつ個人 person with disability”へと救済対象者が転換したといえる。この救済対象者の転換は、主体的な個人の平等獲得の実現を期待された差別禁止法理において適切と評価できる。ECJは直接差別の救済対象者について述べたに過ぎないが、直接差別に限定すべきではない。

そもそも差別禁止法理の枠組で差別救済を行う場合、はじめに申立人に当事者適格があるか否か、を判断し、申立人が同法理の対象者と認定されたならば、続いて同法理が禁止する差別が存在したか否か、を検討する。つまり差別禁止法理の構造上、差別の種類に応じて当事者適格が変わることはない。差別禁止法理が禁止する差別の理由を“障害者本人の障害”ではな

く“障害”そのものを対象とする以上、そこには“障害者本人”なのか、それとも“障害者介護者”なのか、という身分に即したカテゴリーは存在しない。問題となる可能性があるのは、申立人と“障害”の距離——申立人と“障害”の関係はどうで、その“障害”は申立人にどの程度影響を与えるか——だけである<sup>(24)</sup>。

## 6. むすびにかえて

Coleman判決を契機に障害者差別禁止法理の救済対象者を認定する際に問題になる“差別の理由”が“障害者本人の障害”から“障害それ自体”に変わった。これは差別禁止法理の当事者適格の規範構造において、“障害者”というような一定のカテゴリーを存在させる余地をなくし、“個人”を強調することに成功したと評価できる。もちろん差別禁止法理の対象者の範囲に関する差別問題は、イギリスのみが抱える問題ではなく、日本も抱える問題である。現在、障害者差別禁止法制定に向けて邁進している日本も、障害者介護者差別も障害差別問題であるとし、これに応じた法枠組を確立すべきであろう。

本稿では障害者介護者差別について論じたが、イギリス障害者差別禁止法理固有の関係差別を検討しなくてはDDAの本質を理解したとは言えない。関係差別については、他日を期したい。

付記 本研究は、早稲田大学日欧比較基本権理論研究所2012年度研究プロジェクトの成果の一部である。

[投稿受理日2012.5.26 / 掲載決定日2012.6.21]

## 注

- (1) 2010年に平等法が制定され、DDAと置き換わった（平等法附則27, 211条）。平等法は障害者差別以外にも、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、性的指向に関わる差別をも対象としており、それらの特徴に基づく差別を労働、不動産取引、教育などの包括的な場面で禁止することによって社会的な不平等の緩和に努める [Doyle, Casserley, Cheetham, Gay and Hyams: 2010, 川島: 2012]。
- (2) DDA 3 B条 1項によると、障害者の障害に関係した理由によって、(a) 障害者の尊厳を侵害すること、(b) 障害者に対して、脅迫すること、敵意あること、見下すこと、侮辱すること、そして不快な環境を作るような望まない行為をした場合、障害者に対して、ハラスメントを行ったとされる。
- (3) *Murray v. Newham Citizens Advice Bureau Ltd.* [2003] IRLR340. = EAT2003/3/10判決。
- (4) 詳しい説明は、杉山 2011b, 2012a, 2012b 参照。
- (5) 便宜上、本稿では2003年改正法以前のDDA条文を旧DDAと表記する。
- (6) Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation
- (7) on any of the grounds referred to in Article 1
- (8) [2011] IRLR673. = 控訴院2011/5/27判決【事案】勤務中の事故により胸椎に障害を負った申立人は、職業医の診断により勤務時間が制限されることになった。これに伴いボーナス額が削減されたため、直接差別と関係差別で申立てた事件。【判旨】雇用審判所とEATは直接差別を認めたが、控訴院は直接差別が存在しなかったと判断した。
- (9) Case C-303/06. = 2008/7/17ECJ判決。
- (10) 雇用審判所がECJに求めた先決判決の内容は、次の通りである。第1に、障害差別禁止の文脈で、雇用枠組指令は障害者本人のみ直接差別やハラスメントを禁止するのか。第2に、障害者本人のみでないのなら、障害者と関連することで不利を受けた者も保護するのか。第3に、使用者が被用者を不利に扱い、その被用者の取り扱いがその障害を抱える息子を理由としたものである場合、指令によって定められた平等取扱原則に反する直接差別となるのか。そして最後に、第3の質問はハラスメントでも当てはまるか。
- (11) [2008] IRLR722.
- (12) 10条 1項 加盟国は、国内司法制度に従い、平等取扱原則が適用されないために不適切に扱われたと主張する申立人が、裁判所や他の管轄権を有する機関に直接差別または間接差別が存在すると推定される事実を証明した後に、被申立人は平等取扱違反がなかったことを証明することを必要とするような枠組みを運用しなくてはならない。
- (13) Coleman判決は、直接差別とハラスメントを問題としているが、双方ともDDA導入過程や判決における扱いなどが同じなので、本稿ではハラスメントに関して脚注に留めることにする。
- (14) EAT判決によるものを引用。
- (15) 具体的に雇用審判所は3 A条, 3 B条, 4条を読み替えた。例えば、3 A条 5項では「障害を理由に障害者または障害者関連者を、関係する諸事情が障害者または障害者関連者と同じもしくは実質的に異なる非障害者よりも不利に扱った場合、障害者または障害者関連者に対して直接差別を行ったとする」と説明した。
- (16) *EBR Attridge Law LLP and another v. Coleman (No. 2)*. [2010] IRLR11. = 2009/10/30EAT判決。被申立人であったAttridge Lawは、合併されてEBR Attridge Law LLPになった。
- (17) Coleman判決において問題とされたのは、あくまで主要な介護者であり、障害者介護者全てではない。これについてConnorは、Coleman判決では主要介護者であるColemanが申立を行ったのだが、主要ではなく単なる介護者については言及されていない。Connorはそこから、「主要」か「補助」かというように介護者の地位で微妙な差異を軸に法的責任を制限することは、Coleman判決で示された枠組みに反すると結論付ける [Connor 2010: 64]。この指摘は重要であるが、本稿は差別禁止法理として障害者介護者の存在を認めた意義について論じるものであるため、ここでは紹介に留める。
- (18) 2010年平等法にもColeman判決は影響を及ぼした。平等法は、保護される特徴を理由に、個人Aが個人Bに対して他者を扱うよりも不利に扱った場合に、AはBに対して直接差別をしたことになると規定するが（同法13条 1項）、この文言に関する従来法との比較で最も重要な変化は、直接差別が保護される特徴を有する個人と関連がある者

- をも差別救済の対象としたことにある [IDS 2010: 27; Explanatory Notes 2010: 17 = 訳: 164]。
- (19) 2000年介護者並びに障害児支援法は、高齢者や障害児等の介護者にアセスメントを受ける権利を付与した法律である（1条）。この法律は、他にサービス内容を自ら選択するためのダイレクト・ペイメントを受給する権利も規定している（5条）。
- (20) 2004年介護者支援（平等機会）法は、介護者へ介護アセスメント等の情報の提供や、介護アセスメントの際に教育、訓練、そして雇用に関連する介護者の要望を検討することを社会サービス省に法的義務として課す法律である。
- (21) 雇用に関係する諸権利の規定を整理する法律。
- (22) [http://www.direct.gov.uk/en/Employment/Employees/Flexibleworking/DG\\_10029491](http://www.direct.gov.uk/en/Employment/Employees/Flexibleworking/DG_10029491) (2012/5/26)
- (23) <http://www.nhs.uk/CarersDirect/guide/rights/Pages/carers-rights.aspx> (2012/5/26)
- (24) 障害者差別禁止法理が差別認定をする際の基準となる“差別の理由”を“障害それ自体”と捉えた場合、当事者適格の審査枠組を適切に確立しないと、同法理の救済対象者が際限なく広がる危険性が生じる。判例の蓄積が十分ではないためあくまで私見の域を超えないが、筆者は2段階の審査基準を用いることが適切だと考える。第1段階で差別禁止法理が問題とする“障害”が存在しているか否かを認定し、もし存在しているのならば、第2段階でこの障害と申立人がどの程度関係しており、この関係は申立人が被る不利にどれだけ影響しているのか、を検討するというものである。第1段階の障害認定は、本稿（2.1（2））で提示した“2つの基準アプローチ”を用いるべきである。第2段階の審査は、（1）申立人本人以外の第三者による客観的な証拠と（2）申立人本人による主観的な証拠の2つの側面から審査すべきだろう。“差別禁止法理で救済対象となるほどの距離”という程度問題に対する回答は、判例の蓄積を待ちたい。
- 引用文献
- Bamforth, Nicholas, Malik, Maleiha and O’Cinneide, Colm [2008] *Discrimination Law*, Sweet & Maxwell.
- Connor, Tim [2010] Case C-303/06 *Coleman v. Attridge and Steve Law Judgment of the ECJ* 17 July 2008
- Discrimination by association, *Journal of Social Welfare and Family Law*, Vol. 32, No. 1, pp. 59-69.
- Disability Rights Commission (行為準則) [2004] *Code of Practice: Employment and Occupation*, The Stationery Office.
- Doyle, Brian, Casserley, Catherine, Cheetham, Simon, Gay, Vivienne and Hyams, Oliver [2010] *Equality and Discrimination*, Jordans.
- Explanatory Notes [2010] *Equality Act 2010* (鈴木隆 [2010] 「イギリス2010年平等法注釈（1）」 島大法學54巻1・2号）。
- Forshaw, Simon [2008] Transferred Discrimination in European Law, *ILJ*, vol. 37, No. 4, pp. 384-393.
- Forshaw, Simon and Pilgerstorfer, Marcus [2008] Taking Discrimination Personally? An Analysis of the Doctrine of Transferred Discrimination, *King’s Law Journal* Vol. 19, pp. 265-292
- 川島聡 [2012] 「英国平等法における障害差別禁止と日本への示唆」『大原社会問題研究所雑誌』641号 28頁。
- Hervey, Tamara, Reeves, Maddy, Riding, Hannah, Riding, Ben and Roberts, Tom [2009] Case C-303/06 *Coleman v. Attridge Law and Steve Law Judgment of the ECJ* 17 July 2008; Judgement of the Employment Tribunal, London, 30 September 2008, *Journal of Social Welfare and Family Law*, Vol. 31, No. 3, pp. 309-319.
- HM Government [2008] *Carers at the heart of 21st-century families and communities*, Department of Health.
- Honeyball, Simon [2007] Discrimination by Association, *Web Journal of Current Legal Issues* (<http://webjcli.ncl.ac.uk/2007/issue4/honeyball4.html>) (2012/5/26).
- Incomes Data Services Ltd (IDS) [2010] *The Equality Act 2010: Employment Law Guide*, Incomes Data Services Ltd.
- McColgan, Aileen [2005] *Discrimination Law*, Hart Publishing.
- Monaghan, Karon [2007] *Equality Law*, Oxford University Press.
- Office for Disability Issues [2008] *Consultation on Improving Protection From Disability Discrimination*, HM Government.
- Roberts, Pauline [2009] Caring for the Disabled? New Boundaries in Disability Discrimination, *the Modern Law Review*, Vol. 72, No. 4, pp. 628-647.

- Russel, Philippa [2003] 'Access and Achievement or Social Exclusion?' Are the Government's Policies Working for Disabled Children and Their Families?, *Children and Society*, Vol. 17, pp. 215-225.
- 障害者制度改革推進会議差別禁止部会 [2012] 『障害を理由とする差別の禁止に関する法制の制定に向けて』(障害者制度改革推進会議)。
- 杉山有沙 [2010] 「障害者差別禁止法理の形成と『障害』モデル」『早稲田大学社会学研論集』16号220頁。
- 杉山有沙 [2011a] 「障害者差別禁止法理における『障害』と『障害者』の意味」『早稲田大学社会学研論集』17号145頁。
- 杉山有沙 [2011b] 「障害者差別禁止法理における平等取扱と合理的配慮義務の関係」『早稲田大学社会学研論集』18号220頁。
- 杉山有沙 [2012a] 「障害者差別禁止法理における合理的配慮義務と公的支援制度の関係」『ソシオサイエンス』18号161頁。
- 杉山有沙 [2012b] 「障害者差別禁止法が使用者に求める合理的配慮義務の射程と審査枠組」『早稲田大学社会学研論集』19号153頁。
- Stiell, Bernadette, Shipton, Lucy and Yeandle, Sue [2006] *Caring for Sick or Disabled Children*, Carers UK.
- Stewart, Ann, Nicolai, Silvia and Hoskyns, Catherine [2011] Disability Discrimination by Association, *Social and Legal Studies* Vol. 20, No. 2, pp. 173-190.
- Waddington, Lisa [2009] Case C-303/06, S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law, Judgement of the Grand Chamber of the Court of Justice of 17 July 2008, not yet reported., *Common Market Law Review* 46, pp. 665-681.
- Yeandle, Sue, Bennett, Cinnamon, Buckner, Lisa, Fly, Gary and Price, Christopher [2007] *Managing Caring and Employment*, Carers UK.