

論文

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

杉山 有沙

アブストラクト：本稿では、2010年にイギリスで制定された平等法で禁止する差別類型の1つである起因差別の規範構造と意義を検討した。起因差別は、1995年に制定された障害差別禁止法（DDA）で規定された関連差別を引き継いだものである。そこで、本稿では、DDAにおける関連差別の採用経緯や規範構造を検討することで、平等法が起因差別を禁止する意義を考察した。これを踏まえ、起因差別の構造について、条文や判例、政府資料を通じて分析した。その結果、起因差別は、①「障害」を構成する要素の一つである社会的障壁に対応するために、②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不利益取扱いをし、かつ③目的手段審査で正当化が認められない場合に、認定されることを明らかにした。

1 はじめに

イギリスでは障害差別禁止を担う法律として、2010年平等法（Equality Act）がある。同法は、障害差別だけでなく、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、ハラスメントそして報復的取扱いの禁止や、公的セクター平等義務⁽¹⁾やポジティブ・アクションのような平等促進措置について規定する。同法が対象とする領域は広範であり、具体的には、サービス・公的機能、不動産、雇用、教育、組合が対象となる。

平等法制定以前、障害差別に対しては1995年制定の障害差別禁止法（Disability Discrimination

Act. 以下、DDA）、性差別に対しては1975年制定の性差別禁止法というように、保護特徴毎で差別禁止立法が乱立していた。そこで同法は、各差別禁止立法の調整と平等促進を支援する法律の強化という2つの目的を達成するために制定された（Keter and Business & Transport Section 2009: 11）⁽²⁾。

禁止する差別類型について平等法は、直接差別（13条）、起因差別（Discrimination arising from disability. 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）⁽³⁾、そして合理的配慮義務の不履行（21条）⁽⁴⁾を定める。しかし9つ全ての保護特徴に対して

(1) 公的セクター平等義務について杉山 2017a, 2017b。

(2) 平等法の制定経緯や意義に関する邦語論文として、宮崎 2010や鈴木 2010等。

(3) 間接差別について杉山 2016c。

(4) 合理的配慮義務の不履行について杉山 2016a, 2016d, 2017b。

同法は、同じ差別類型を禁止しているわけではない。障害差別については、直接差別、起因差別、間接差別、合理的配慮義務の不履行という4つの差別類型を禁止する。このうち、起因差別と合理的配慮義務の不履行については「障害」のみが禁止される差別類型である(25条)。

なぜ、平等法は、障害に対して、起因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設けたのだろうか。そこで本稿では、特に起因差別に焦点を当て、その規範構造と禁止する意義を検討する⁽⁵⁾。

2 イギリス障害差別禁止法理

(a) 障害差別禁止法理の形成と意義 平等法が、「障害」のみに対して起因差別を採用したことは前述の通りである。とするならば、他の保護特徴に対する差別領域には存在しないが、障害差別領域には起因差別を導入しなければならない理由があるはずである。これを検討するにあたり、そもそも、どのように障害差別禁止法理がイギリスにおいて形成され、位置づけられてきたかを確認することは有益である。

イギリスにおいて、障害差別禁止法理はDDAに端を発する。DDAは、雇用、サービス提供、不動産そして教育といった場面における障害を理由とした差別を禁止するとともに、平等促進を規定する法律である。DDAは、幾度となく改正を繰り返し、2010年に平等法が制定される際に廃止された(平等法附則27)。DDAが形成した障害差別禁止法理は、平等法が引き

継いだ(杉山2016a:第8章)。

そもそも、このDDA制定の契機となったのは、障害者運動である。この運動は、他者依存的で劣位な存在として生きることを障害者に押し付ける障害者像を克服し、非障害者との平等な地位の保障を目指して、特に1970年代からDDAが制定される1995年にかけて展開された。したがって、DDA及び平等法の根底には、主体的で対等な存在として生きることに對する障害者の渴望がある(杉山2016a:第1章)。

(b) 障害モデル このような障害者運動の展開の背景には、障害者団体によって構築された障害モデルである社会モデルの存在がある。もともとイギリスでは、医学モデルに基づいて障害に關係する法制度を制定・運用してきた。この医学モデルとは、障害者が障害を持つがゆえに被る損害を障害者自身のインペアメント(身体的・知的・精神的機能障害)の結果として生じたものとして捉え、障害者が被る損害は障害者自身の個人的な悲劇とする障害モデルである。このように非障害者よりも能力・条件が劣った存在として障害者が描かれることで、社会的弱者としての障害者を保護するために、障害者福祉法制度が充実した(杉山2016a:30-33)。

しかし、1970年代以降、障害者が障害を持つがゆえに抱える損害は、社会が障害者の存在を考慮しないで構築されたことに原因があると強調されるようになる。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)は、障害者を完全な社会参加から切り離し排除することによって、障害者は、インペアメントだけではなく、さらに社会的障壁が課されることになるという。そしてUPIASは、これにより障害者

(5) 平等法の基本構造に関する邦語論文として、川島2012。

が社会において抑圧された存在になると、主張した。このように彼らは、障害者が障害を持つがゆえに被る損害について、インペアメントと社会的障壁⁽⁶⁾の二重構造で再定義した（インペアメント考慮型社会モデル）（UPIAS and DA 1976: 14）。したがって、ここでいう社会的障壁とは、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の損害（disadvantage）又は制限を指す（杉山 2016a: 33-38）。

この社会的障壁の顕在化は、障害差別禁止法理の形成に大きな影響を与えた。なぜなら、障害者の位置づけ方が、自身のインペアメントゆえの個人的悲劇者から、非障害者と対等な能力・条件を有しているのに、非障害者にとって優位である偏頗的な社会構造によって、不当に別異取扱いされる存在へと転換したからである。そして、これにより、他の保護特徴と異なり、障害差別においては、社会構造を理由とした差別も救済対象として捉えられるようになった。ここで、この社会的障壁を理由とした差別は、一見して分からないものも存在することに注意する必要がある。すなわち、車椅子に乗っている障害者が、設計上の理由でバスを利用できないことが差別かどうか（言い換えると、問題のバスの設計が、救済されるべき差別を生み

出す社会的障壁かどうか）という、容易に判断できないような事例も問題となるのである。そして、以上のような社会的障壁の存在こそが、起因差別禁止の導入を促す要因となった。

3 2010年平等法の基本構造

(a) 障害 本稿の議論に関係する部分のみ、平等法の基本構造を確認しておこう。まず、本稿が取りあげる「障害」とは、身体的もしくは精神的インペアメントをもち、そのインペアメントが、通常の日常生活活動を送る能力に重大かつ長期的で不都合な（adverse）影響を及ぼすものを指す（6条1項）。そして、このような障害を持つ者を「障害者」という（6条2項）。

平等法における障害は、インペアメントと社会的障壁の2つの要素で構成されている（インペアメント考慮型社会モデル）。インペアメントも社会的障壁も、種類や程度、そして所属している環境等に応じて、個人ごとで異なるので、障害は個別具体的で文脈依存的なものである（杉山 2016b: 428-429）。

(b) サービス提供・公的機能 また、前述の通り平等法は、サービス・公的機能、不動産、雇用、教育、組合という領域を対象にする。そこで同法は、初めに主要概念として差別類型の基本構造を規定し（13条～22条）、その上で適用領域ごとに合致するように個別的に調整を加えている。本稿では、基本的に公的機能領域（public functions）を中心に検討を行う⁽⁷⁾。

同法は、公的機能領域をサービス提供領域

(6) これまで筆者は、「社会的障壁」ではなく「社会から生じる障害」と記述してきた。しかし、障害者差別解消法が、「障害がある者にとって日常生活又は社会生活を営む上で障壁となるような社会における事物、制度、慣行、観念その他一切のもの」を社会的障壁と定義したので（2条2項）、筆者も社会的障壁という用語を用いる。

(7) 1998年人権法における公的性質を持つ機能と同じ意味である（平等法31条6項、人権法6条3項b号）。

と密接に関わるものとしている。まず、サービス提供者について確認しよう。平等権利委員会 (Equality and Human Rights Commission, 以下, EHRC) によると、サービスとはサービス提供者によって運用される商品や施設も含むもので、同様にサービス利用者とは公的機能や商品や施設などのサービスを利用する者をいう (行為準則2016: para.1.23)。同法の対象となるサービスの射程は広範であり、一般市民が入ることが出来る場所にアクセスし利用することであり、また公的・私的の両方を含む (ibid. para.11.3)。サービスは、賃金が発生するか否かを問わない (ibid. para.11.4)。これに対して公的機能とは、公権力又は私的組織を含んで他者によって行使される公的性格の機能に関連するものを指し (ibid. para.3.7)、公的サービスの受給資格の枠組を決定・権限付与するといった法的権限や義務をいい (ibid. para.1.8)、他には例えば法の執行、ライセンス供与などがある (para.11.16)。公的機能は、公権力が運用するものに限らない (ibid. para.11.14)。適用除外として、議会、制定法の準備 (preparing)・制定 (making)・検討 (considering)、司法機能 (judicial functions)、軍隊、そして安全保障サービス等がある (附則3, 行為準則 2016: paras.11.54-11.58)。

4 起因差別の条文構造

(a) 条文規定 平等法は、障害者の障害の結果生じた事柄を理由 (because of something arising in consequence of disabled person's disability) に、行為者が障害者に対して不利益取扱い (unfavourably) をした場合、そしてこの扱いが、正当な目的 (legitimate aim) のための適切な手段 (proportionate

means) に適う意味であることを証明できなかった場合、行為者は起因差別をしたことになる規定する (15条1項)。しかし、この行為者が、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 (又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)。

(b) 直接差別条文との比較 起因差別の条文構造を理解するために、全ての保護特徴に対して禁止される直接差別の条文と比較をしてみよう。平等法における直接差別とは、障害を理由に (because of disability⁽⁸⁾)、行使者が他者を扱う (もしくは扱うであろう) よりも障害者を不利に扱った (less favourably) 場合、直接差別をしたことになる (13条1項)。

起因差別と直接差別の条文を比較すると、両者とも、行使者による取扱い——起因差別は unfavourably な取扱いであるのに対し、直接差別は less favourably と文言は異なるものの——を問題視している点で、基本構造を同一なものとする。このように基本構造が同じにもかかわらず、両差別類型の違いとして次の4つが指摘できる。①不利益取扱いの理由について、直接差別は「障害そのもの」であることに対して、起因差別は「障害者の障害の結果生じた事柄」を対象にしている (行為準則 2016: para.6.4)。②直接差別には他者との比較が明文で規定されているのに対し、起因差別はそのような規定は存在しない。③直接差別には正当化の余地がないにもかかわらず、起因差別には正当化の余地がある。そして④起因差別は、行為者が問題となる障害者が障害を持っていることを知ってい

(8) 条文は、障害 (disability) ではなく、保護特徴 (protected characteristic) と規定する。しかし、便宜上、本稿では障害と読み替える。

た又は合理的に知ることを期待できた場合に生じる（注釈69）。裏を返せば、起因差別は障害者の障害の存在を合理的に知る由がなかった場合、発生しないことになる。これに対して、直接差別には、差別行為者の障害者の障害に関する認知の要件は存在しない。

前述の通り、直接差別と起因差別の基本構造は、行為者による取扱いを問題にしている点で同じである。にもかかわらず、不利益取扱いの理由や正当化の余地の有無など、その内容が大きく異なる。そして、根本的に違うのは、直接差別は平等法の保護特徴全てに適用するのに対して、起因差別は「障害」のみである。とするならば、これらの両差別類型の違いを生み出したのは、「障害」という保護特徴の性格に帰属するといえるだろう。

5 起因差別の導入経緯

起因差別は、平等法で新しく導入された差別類型である。しかし、起因差別は、実質的にDDAの関連差別（disability-related discrimination）規定を置き換えたものである（Wadham, Robinson, Ruebain and Uppal 2016: 37）。ここでいう関連差別とは、障害を理由に障害者を不利に取扱い、かつ、その取扱いを正当化できないことをいう。そこで、まずDDAの関連差別の導入と変遷を確認し、続いて、起因差別への転換の経緯を見ていこう。

5.1 DDA関連差別の採用理由

(a) 採用経緯 DDAは、1995年制定当初から公権力⁽⁹⁾に対する差別禁止を対象領域とし

て規定していたわけではなく、2005年DDA改正法によって新たに導入された（杉山 2016d: 62）。しかし、関連差別自体は、同法の制定時点から採用されていた。

1995年DDA制定当時、イギリスでは性差別禁止法や人種関係法が差別禁止立法としてすでに運用されていた。同法らが禁止していたのは、直接差別と間接差別であった。こうした中、DDAは意識的に、直接差別と間接差別ではなく、関連差別と合理的配慮義務の不履行という2つの差別類型を禁止する差別として選択した。

DDA制定の際に議会で示された関連差別の採用理由について、Williams Hague下院議員（当時・障害者担当大臣）は、障害者が直面する現実的な問題を解消するために、関連差別を選択したと説明する。そして彼は、この差別類型を、間接差別にも直接差別にも対応できるものであると捉えた。例えば、カフェへの犬同伴禁止ルールを想定すると、これにより盲導犬同伴の視覚障害者の入店は拒否されるし、また、このルールは間接差別の推定（prima facie case）でもあったとした（HC Deb 24 January 1995 vol. 235 cc. 150, Lawson 2008: 131-132）。

この盲導犬同伴のカフェ入店拒否の事例に照らせば、DDAは、障害差別領域においては直接差別（盲導犬を連れた視覚障害者に対する入店拒否）と間接差別（犬同伴禁止ルールを設けることで実質的に盲導犬を連れた視覚障害者の入店拒否を行う）を同様に扱えるという認識のもとで、障害者が実際に経験している問題を解

DDAに加えられたのは、公的機能ではなく、公権力（public authority）であった。

(9) Disability Discrimination Act 2005によって1995年

消するために、正当化の余地がある平等取扱原則違反としての関連差別を導入した。

(b) 直接差別・間接差別との関係 その後、EUの雇用枠組指令の影響を受けて、2003年に雇用領域に直接差別概念が導入されることになる⁽¹⁰⁾。障害差別禁止法理は、直接差別ではなく関連差別を意識的に採用したからこそ、後で明文規定された直接差別の位置づけが問題になった。この点、2003年DDA改正規則草案に対して労働年金省は、直接差別を次のように説明した。雇用領域に新たに導入された直接差別は、特定の障害を持つ人たちの雇用に関する“全面禁止”(blanket ban) というような、純粋に障害者であることのみを理由としてなされる偏見的取扱いを違法とすることにある⁽¹¹⁾。行為準則によれば、具体的には、使用者が、一般化されたステレオタイプの障害観とその障害による影響の想定、そして障害を持つことに対する偏見を理由に不利な取扱いを行なった場合、直接差別となる(行為準則 2004: 4.8-4.9, 杉山 2016a: 82-83)。

このようにDDAは、直接差別を、障害を理由としたステレオタイプ的かつ正当化の余地がないもので、限定的なものとして捉えた。そして、関連差別を“肢体不自由ゆえに歩けないことを理由に雇わない”等を含めて、広い対象を有するものとして捉えていた。

直接差別禁止が規定されない雇用領域以外の領域においては、DDAは、関連差別禁止規

定が直接差別禁止の役割も担うものとして捉えられ続けた。最後までDDAは公権力に対して直接差別禁止を明文規定しなかったが、K. Monaghanは、公権力への関連差別禁止について、直接差別にも同様の働きを期待できるものとし(Monaghan 2004: 188)⁽¹²⁾、さらに、同差別類型の射程を、直接差別より広く、間接差別をも包摂すると位置づけた(Monaghan 2007: 355-356)。

(c) 「障害」という特徴の法的把握 このようにDDAが関連差別を採用したのは、「障害」という特徴の把握が背景にある。前述の盲導犬同伴の視覚障害者のカフェ入店拒否の事例で整理してみよう。この事例において、視覚障害そのものはインペアメントであり、盲導犬同伴であるために被る視覚障害者の損害は、社会構造を媒介にした損害なので、社会的障壁といえる。

社会的障壁は、障害者の存在を考慮に入れないで構築した社会に存在する排除構造を問題視する。したがって、ここには、障害者の能力・条件の問題は存在しない。つまり、この事例において、盲導犬同伴の視覚障害者がカフェに入店できないのは、問題となる視覚障害者に責任があるわけではない。盲導犬がいなくても生活に支障がない非障害者基準で構築した社会でカフェを運営した結果、たまたまこの基準から外れた障害者が不当に排除されたことが問題なのである。ゆえに、このような基準を採用したカフェ側に責任が求められることになる(関連差別の認定)。したがって、関連差別が対象とし

(10) The Disability Discrimination Act 1995 (Amendment) Regulations 2003・注釈。

(11) The (Draft) Disability Discrimination Act 1995 (Amendment) Regulations 2003: Explanatory Note and Supplementary Questions, paras. 31-32.

(12) 公権力への差別禁止規定導入前の書籍なので、正確には公権力に対する差別禁止規定と同編の商品・施設・サービス領域についての見解である。

ているのは、「社会的障壁」となる。しかし、当然、障害者のために、社会を全面改正させることは現実的ではない。そこで、不利な取扱いの原因が、社会構造に関係する場合には、障害者自身が社会の構成員であることを踏まえ、正当化の余地を残している（杉山 2016a: 211-212）。

5.2 DDAの関連差別規定

(a) 条文 このような関連差別について、DDAは、差別の定義それ自体は同じであるが、正当化の審査に関して適用領域ごとに規定を変えていた（Lawson 2008: 130, McColgan 2003: 583）。公権力による関連差別についてDDAは、公権力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（又は適用しないであろう）者よりも不利に取扱い（less favourably）、かつ、その取扱いを正当化できない場合、問題の障害者に対して差別をしたことになる（21D条1項）。ここでいう正当化の抗弁について同法は、2種類の方法を提示した。第1に、公権力の意向において、次の①～④の条件のうち1つ以上に合致する場合、そして、全ての状況を鑑みて、その意向が合理的である場合は、その取扱いは正当化される。①障害者本人を含んで、人々の健康や安全を危険にさらされないようにするために必要である。②障害者が法的強制力のある同意の締結又はインフォームドコンセントが不可能である。③超過的なコストが必要となり、そのコストが大きすぎる。そして④その取扱いが、他者の権利と自由を守るために必要であることである（21D条3～4項）。第2に、公権力の行為に、正当な目的達成のための適切な手段であ

る場合にも、正当化されると定めた（目的手段審査、21D条5項）。

(b) 差別認定と正当化 このような関連差別は、①不利な取扱いがあったか、②その取扱いに、障害者の障害が関連しているのか、③正当化されるか、という3つの要素で判断される（Lawson 2008: 130-131）。また、障害者の障害への関連について、問題となる人が障害者であるという事実を理由に、問題となる取扱いをしたら、それは、障害を理由に当該取扱いを行ったことになる（Monaghan 2004: 187）。具体的には、①当該文脈における「理由」の意味、②問題の障害に関する認識、③どの程度の関連性があるか、の3つの質問に要約される（Lawson 2008: 136）。障害者の障害を知っていたかどうかは、差別行為者の主観的な視点ではなく、不利な取扱いと障害の存在の間の関係性に関する客観的な審査に基づく（Monaghan 2007: 357）。

公権力に対する関連差別の正当化は、特に、目的手段審査の採用について、膨大な行為を選択する公権力の性格に対応するために、行政法で採用されてきた比例原則を採用しており、公益に関連する場合に正当化される。また、正当な目的達成のための適切な手段は、取扱いの達成の目的が政策的な必要性に資するもので、それが正当な目的である場合、その公権力の行為が目的達成に関係している場合、そして、それが障害者の権利により不利な影響を与えないようにするために他の手段がない場合に正当化される（行為準則 2006: paras.11.55-11.56）。

このように公権力による関連差別は不利な取扱いについて、取扱いと理由の因果関係を証明すればよいので、認定されやすい構造がある。しかし一方でDDAは、関連差別の正当化につ

いて、公権力に対して公益や政策的な意味で裁量の余地を多分に残しているといえる。

5.3 関連差別から起因差別へ

(a) 関連差別の審査基準の変遷 関連差別は、障害そのものではなく、障害に関連した理由に基づく不利な取扱いを問題にしていることで、不利な取扱いの存在を発見する際の比較対象者の審査基準が重要な論点となる。つまり、比較対象者の特定方法が緩やか（広範）であれば差別認定がされ易く、逆に厳格（狭い）であれば差別認定がされ難くなるのである。もともと関連差別は、差別行為者の正当化の余地を認める代わりに、比較対象者を緩やかに判断することで差別の認定をし易くしていた。

(b) Clark判決 2008年にMalcolm判決が下されるまで、関連差別の比較対象者の特定に関するリーディングケースは1999年のClark v TDG ltd事件控訴院判決⁽¹³⁾であった。この判決は雇用領域における事件になされたものであるが、Clark基準は商品・サービス領域にも適用された(Bamforth, Malik and O' Cinneide 2008: 1056-1059)。

本件は、勤務中に背部を損傷した原告が、有給休暇中に職場復帰時期が不明と診断書が出たことを理由に解雇された事件である。原告は、この解雇をDDAに基づく不当解雇であると主張した。本件においてMummery控訴院裁判官は、DDAにおける関連差別の比較対象者について、同じ又はほとんど変わらない比較対象者を求めているわけではないとした。同法が求め

ているのは、問題となる取扱いの理由が当てはまらない者である。またMummery控訴院裁判官は、不利な取扱いに関する審査について、障害の事実ではなく、障害者への取扱いの理由に対して行われると説明した(para. 60-62, 91)。

すなわち本件では、原告が障害のために解雇されたので、解雇されるような障害がない者が比較対象者となる。つまり、障害ゆえに解雇されていない者が本件における比較対象者である。

(c) Malcolm判決 このように、Clark判決における関連差別の比較対象者の特定は、従来の差別禁止法理における比較対象者の特定と異なり、問題となる取扱いが障害に関連することの確認を要求するためのものだった(Bamforth, Malik and O' Cinneide 2008: 1060)。そのため、比較対象者が、同じ状況にいる非障害者というように狭く限定されるのではなく、その理由が当てはまらない者と広く捉えられたので(Monaghan 2007: 356)、緩やかであった。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⁽¹⁴⁾でClark判決の枠組は否定され、関連差別の救済がされなくなった(Doyle, Casserley, Cheetham, Gay and Hyams 2010: 42-43)。

Malcolm判決とは、統合失調症を患う原告が被告のアパートで賃貸契約違反である又貸しを行ったので、被告は県裁判所に占有手続(possession proceedings)を行った。これに対して、原告は、障害差別として申立てた。本件においてBingham卿は、比較対象者として①又貸

(13) [1999] EWCA Civ 1091 (25 March 1999), [1999] IRLR 319. 上訴一部認容。

(14) [2008] UKHL 43, [2008] IRLR700, (25 June 2008). 上告認容。

しをする精神障害を持たない者、②又貸しをし
ない賃借者、③その他の者が想定できるとし
た。そしてClark基準は②を採用したが、本件
では①を比較対象者にすべきであるとした。こ
の基準は、条文の文理解釈上全く矛盾していな
いし、より中立的であるとした。Clark基準の
採用は受け入れられないとした (paras.13-15)。

(d) Malcolm判決への批判と平等法 この
ように、もともとDDAの関連差別は、障害者
に彼らの障害に関連した不利な取扱いに対し
て、広い保護を提供するものとして運用されて
いた (Monaghan 2013: 305)。しかし、Malcolm
判決で比較対象者が制限され、差別認定がさ
れにくい構造になったことにより、実質的に
関連差別が十分に機能しなくなったと批判さ
れ、Malcolm判決以前の救済水準に戻そうとし
て、現在の起因差別に再形成された (Monaghan
2013: 305-307, Hepple 2014: 92-93)⁽¹⁵⁾。

5.4 小括

障害のみに対して起因差別禁止を規定したこ
とについて、B. Heppleは、平等法が、障害者
を他の保護特徴と同じように扱っておらず、特
別なニーズを抱えた存在として障害者を位置づ
けたために、起因差別の導入を行ったと説明し
た (Hepple 2014: 91)。しかし、この指摘は的
を射ていない。そもそも、平等法は、性別再指
定や妊娠・出産に対して他の保護特徴とは異なる
差別類型を採用している (17条~19条)。さら
に、例えば、直接差別について、障害、年
齢、婚姻・民事パートナーシップ、そして人種

に対して例外・補足規定を設けているし、間接
差別については妊娠・出産は差別救済の対象に
ならない。このように、9つの保護特徴を対象
にする平等法は、対象となる差別類型につい
て、たしかに全体の統一や調整を図ろうとして
いるものの、それぞれの保護特徴の性格に対応
するために、微修正を加えている。

そこで、ここまで論じてきた通り、起因差別
は、「障害」を構成する社会的障壁に対応する
ために、正当化の余地を残しつつ、差別行為者
による不利益取扱いを禁止したと捉えるべきで
ある。なお、社会的障壁という問題構造自体
は、何も障害特有のものではない。問題となる
保護特徴を持たない者を基準に社会が形成され
たがゆえに排除され損害を被るという構造自体
は、他の保護特徴にも当てはまるものである。
つまり、平等法は、起因差別を障害のみに禁止
したのは必然ではなく、たまたまであったと捉
えるべきであろう。

6 起因差別の認定

6.1 不利益取扱いの意味

(1) 不利益取扱いの発生

続いて平等法の起因差別を具体的に分析して
いこう。そもそも、起因差別について平等法
は、①障害に起因した不利益取扱いの認定をし
た後に、②その不利益取扱いに対する正当化の
審査をして、違法な差別だったかどうかを判断
する。そこで、それぞれの要素について検討し
ていこう。ここで注目すべき点は、特に不利益
取扱いの意味について、立法者意図と判例の間
に齟齬がある可能性についてである。

行為準則によると、そもそも不利益取扱い

(15) 正確には関連差別は、起因差別と間接差別に分
裂した (杉山 2016a: 199-203)。

(unfavourable treatment) とは、問題となる障害者に損害を課すことを指す。また、起因差別の対象となるのは、不利益取扱いの理由が障害の結果に起因する事柄である場合である。この障害の結果に起因する事柄とは、不利益取扱いを生み出す事柄と障害の間に関連があることをいう。これは、障害者の障害に係る帰結、影響、結果を含む。また、一見して分かるものとそうではないものがある（行為準則 2011: paras.6.8-6.10）。

このように平等法における起因差別は、不利益取扱いと障害者の障害の間に関係性がある場合、平等法が規定する「不利益的取扱い」と判断される。

(2) 比較対象者の要否

この不利益取扱いの判断に関連した重要な論点として、比較対象者の有無がある。前述の一連の経緯が背景にあるので、制定段階で起因差別は、障害に起因する損失に対する障害者の主張と差別行為者による問題の取扱いを正当化する機会の提供との間の適切なバランスを図るために、Malcolm 判決以前の差別救済水準に戻すように定義された（注釈70）。端的に言えば、起因差別は、Malcolm 基準を破棄し、Clark 基準を復活させるために導入したので、立法者は、比較対象者の要求の文言を消している。これに伴い、行為準則を含めて、起因差別の不利益取扱いの審査は、障害者と他者との間の比較を要求していないとしてきた⁽¹⁶⁾。しかし、裁判所は、この“起因差別には比較対象者が不要で

ある”という見解を必ずしも受け入れているわけではない。より正確にいうと、2015年時点において高等法院判決（11月）では比較対象者を必要であると判示し、控訴雇用審判所判決（Employment Appeal Tribunal. 以下、EAT）（7月）は不要と判断している。

(3) 判例における「不利益取扱い」

(a) Regina (Taylor) 事件高等法院判決 2015年11月に下されたRegina (Taylor) v Secretary of State for Justice and another事件高等法院（女王座部）判決⁽¹⁷⁾において、比較対象者の存在が不利益取扱いの証明に必要であると判断された。原告は、1974年に殺人等により最短18年で仮釈放の可能性のある終身刑を言い渡された。結局、仮釈放されず77歳になったとき、原告は難聴や歩行困難を含む身体障害を抱えた。2014年に、仮釈放委員会、介護を受けるための追加的資金の受給を条件に、成人男性用の療養施設への仮釈放を指示した。しかし、被告らによって追加的資金が認められなかったので、原告は仮釈放をされなかった。そこで、2007年犯罪者管理法や2004年ケア法、平等法、欧州人権条約に基づいて、原告が、仮釈放を可能とするための資金的配慮の提供をしなかったという被告らの決定に対して司法審査を求めた。このとき、平等法については直接差別、起因差別、間接差別、そして公的セクター平等義務について議論された。

本件においてLeggatt裁判官は、起因差別について、「障害に起因する理由または障害を理由にして、障害者である原告が、非障害

(16) 行為準則 2011: para.6.7, Wadham, Robinson, Ruebain and Uppal 2016: 37, Hepple 2014: 93, Lawson 2011: 364-365等。

(17) [2015] EWHC 3245 (Admin), [2016] PTSR 446, (16 November 2015). 上訴棄却。

者である比較対象者よりも不利な取扱い (less favorably) がなされたということが証明できていない」と極めて簡単に説明して、原告の主張を退けた。このとき「13条〔=直接差別——筆者注〕の判旨と同じ理由」であるとした (paras.44, 48)。

このように本件において高等法院は、起因差別について、比較対象者との比較を前提にして、「不利益取扱い」ではなく、「不利な取扱い」があったかどうかという観点から、起因差別の存在を判断している。しかし、ここで注意すべきは、高等法院が直接差別と起因差別について、差別される理由が異なるだけで——障害者の障害か、障害者の障害に起因するものか——、同じものとしている点である。前述の通り、障害差別禁止法理において直接差別と起因差別は異なるものとして成り立ってきた。さらに、そもそも、両者は条文の文言が異なるので、高等法院の判旨は適切ではないといえるだろう。

(b) Williams 事件 EAT 判決 これに対して、雇用領域の判決ではあるが、Trustees of Swansea University Pension & Assurance Scheme and another v. Williams 事件 EAT 判決では、「不利益取扱い」の意味が丁寧に検討された⁽¹⁸⁾。本件において Williams はフルタイムの技術者として働いていた。彼は障害者であり、トゥレット症候群や他の疾患を抱えていた。2011年に大学側は合理的配慮として労働時間を半分に短縮する配慮を認めた。しかし2013年に Williams は、労働が困難になり、病気退職した。大学側には、病気退職の場合、既になされた労働内容に

応じた即時年金 (immediate payment of pension) と拡張年金 (enhanced pension) を支払うという制度があり、Williams はハーフタイムワーカーとして計算された。Williams は、障害に起因する理由で年金額が減ったことが障害差別であり、フルタイムワーカーとして年金額を計算すべきであるとして申立てた事件である。

まず本件における不利益取扱いについて EAT の Langstaff 裁判官は、病気退職に伴う年金受給資格は、深刻な障害ゆえに仕事を退職しないといけない者に対してのみ発生するものと説明した。したがって、非障害者と比較した場合、非障害者はこの年金受給資格を保有していないので、この年金制度は、障害者に不利益を課すものではなく優遇するものであると判断した。つまり、この制度は障害者に対する差別的なものではない (para.25, 26)。そして、Langstaff 裁判官は、起因差別が規定する「不利益取扱い」の意味について論じた。彼は、平等法15条における「不利益 (unfavourably)」という用語の意味は、他の条項で用いられている「損失 (detriment)」の概念と同じものと見なすことはできないとし、立法者は「不利益」という言葉を意識的に選択していると述べた。そして、「不利な取扱い (less favourable)」と同様に、比較対象者が必要であるともいえないとした (para.27)。15条は平等法ではじめて導入されたとし、18条にも「不利益取扱い」という用語が用いられているので、15条と18条における「不利益取扱い」は同じ意味であるとした。そして、これを踏まえると、起因差別における「不利益取扱い」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 (disadvantage)

(18) [2015] IRLR 885, (21 July 2015). 上訴認容。

を与えることを意味すると説明した (para.28)。さらにLangstaff裁判官は、「不利益」について、全ての状況を提示することはできないものの、関連のアセスメントをすることによって特定されるという。これは、より有益 (advantageous) であると思うだけや、逆に十分に有益ではないという理由で不利益とは言えないとし、不利益であることの決定は広範な観点から判断されると説明した (para.29)。

(c) 検討 このように「不利益取扱い」の意味について、裁判所において統一的な見解が示されていない。しかし、起因差別形成の経緯に立ち戻れば、高等法院判決の判旨は適切とは言えない。これに対してEAT判決は、「不利益取扱い」を「不利な取扱い」でも「損失」でもないものと捉え、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と説明した。このとき、EATは、比較対象者を不要と判断しており、起因差別導入の一連の議論を適切に踏まえたものといえる。ただし、ここで“比較対象者の要素を完全に排除した”とはいえないだろう。なぜなら、障害に起因する理由でハードルを課すことが起因差別であるとした場合、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。つまり、差別認定の際に比較対象者の特定は法的に不要だが、差別発見をするためには——極めて緩い基準ではあるが——必然的に比較対象者が存在している。

しかし、このような意味の比較対象者を設定することは、適切であるといえる。前述の通

り、障害差別禁止法理が求めていたものは、障害者が非障害者と対等になることだった。したがって、同法理が求めていたのは、障害者への特別な「優遇」ではない。ともすれば、障害者は他者依存的で保護の対象者 (医学モデル) と見なされやすい傾向があることを踏まえると、比較対象者となるだろう障害者に起因する理由がない者との比較は、程度の差はあるとしても、必要であるといえる。

6.2 正当化の審査

次に、不利益取扱いが認定された後に行われる取扱いの正当性に関する審査を確認していこう。条文の提示は前述したので、ここでは繰り返さない。行為準則によると、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) と同じである (行為準則 2011: paras.6.12, 5.25)。このときの挙証責任は被告側にあり、この審査は①問題となる行動の目的が正当で非差別的であり、それは事実と客観的考慮で証明されているか、②その手段は適当であり必要か、という二段階で審査される (ibid. paras.5.26-5.27)。ここでいう目的審査について平等法には規定がないが、正当で差別的ではないことを意味する (ibid. para.5.28)。これに対して手段審査は、差別の影響と行為の理由を比較衡量して判断される (ibid. para.5.31)。費用の問題だけで正当化されることはなく、費用の問題はあくまで考慮要素の一つである (ibid. para.5.33)。また、深刻な差別であればあるほど、正当化も厳格になる (ibid. para.5.35)。

このように平等法の起因差別の正当化の審査は、DDAの関連差別とは要件が異なる。正確

には、DDA21D条3～4項に規定された4つの要件がなくなったが、同条5項の規定は生き残った。なぜ、このような変更がなされたのだろうか。平等法は、DDAと異なり、サービス・公的機能や労働といった領域ごとで独立した起因差別規定を設けていない。各領域で必要な範囲で調整を加えることはあっても、原則的に全ての領域に包括的に適用される主要概念としての起因差別規定（15条）が適用される。したがって、DDA21D条3～4項は、公権力の性質に合わせたものなので、全領域の起因差別の審査基準の調整をはかる平等法15条の枠組には採用されなかったといえるだろう。

そもそも、公的機能領域を差別禁止の対象にしたのは、2005年にDDAが改正されたときからである。その後、DDA時代の関連差別は、同法21D条3～4項に規定された4つの要件と目的手段審査の2つを公権力に対する関連差別の正当化要件として採用し、公権力に対して公益や政策的な意味で裁量の余地を多分に残した。そして、平等法に起因差別として引き継がれた際に、正当化事由を目的審査基準のみで判断するようになった。以上を踏まえると、起因差別に対する公権力の正当化の余地が徐々に制限的になったといえる。

6.3 公的機能領域における起因差別の限界

起因差別は、正当化の余地はあるものの、不利益取扱いの原因となる対象を“障害に起因するもの”としており、比較対象者よりも損害を被ったことの証明が不要なので、直接差別より差別認定がされやすいといえる。しかし、公的機能領域は広範であるが、そもそも適用除外されるものがある。例えば、立法である。Hotak v

Southwark London Borough Council (Equality and Human Rights Commission and others intervening) 事件, Kanu v Southwark London Borough Council (Equality and Human Rights Commission and others intervening) 事件, Johnson v Solihull Metropolitan Borough Council (Equality and Human Rights Commission and others intervening) 事件⁽¹⁹⁾に対して、最高裁は、同時に判決を下した。本件において最高裁は、問題となる条文の性質を検討した上で、立法裁量の観点から起因差別の存在を否定した。

最高裁判官のNeuberger卿は、本件らを基本的に住宅法で規定する脆弱者かどうか、または平等法の公的セクター平等義務の問題だとしてつつも、起因差別についても言及した⁽²⁰⁾。本稿に関係する限りにおいて1996年住宅法について確認する。本件らは、住宅法第7編で規定するホームレスの問題である。住宅法183条には、申請者が住宅の提供もしくは住居保障の支援を申請し、地方住宅局がホームレス又はホームレスになるであろうという確信ができる理由がある場合、同法の対象とすると規定する。同法は、その中で、さらに「優先的必要性を抱える者」という区分を設け、高齢、精神疾患・精神障害、身体障害、その他の特別な理由の結果として「脆弱者 (vulnerable)」になった者、もしくは、そのような者と一緒に暮らす者をその対

(19) [2015] UKSC 30, [2015] 2 WLR 1341, (13 May 2015). Hotak事件は上告棄却 (Hale卿反対意見)。Kanu事件は上告容認。Johnson事件は上告棄却。

(20) paras.1, 34-36. ただし、最高裁は3つの事件について同時に議論したが、控訴院判決で平等法について言及したのは第2のKanu事件だけである。

象としている（189条1項c号）。

本件において第1の事件の原告Hotakは、アフガニスタンからの亡命者であり、彼の兄弟と暮らしていた。Hotakは、知的障害と精神障害を抱えており、兄に介助してもらっていた。兄弟を通じてHotakは、住宅法に基づく脆弱者として住宅の申請をした。被告は、兄弟の支援があるので脆弱者認定を拒否した（paras.23-28）。第2の事件の原告Kanuは、精神的・身体的問題を抱えており、彼の配偶者と成人の息子の介助を得て生活していた。占有回復命令が出たので、Kanuはホームレスになりそうな者と優先的必要性を抱える脆弱者として申請した。しかし、被告は、Kanuには家族の介助があるので、脆弱者認定をしなかった（paras.29-33）。第3の事件の原告Johnsonは、何度も窃盗を繰り返し、恒常的に刑務所に服役していた。出所後、彼は、ヘロイン中毒であり、睡眠障害、鬱、喘息を抱えていると主張し、住宅法の対象の脆弱者であると申請した。しかし、ホームレスになった場合、Johnsonは、通常のホームレスより脆弱であるとは言えないとして、被告に脆弱者認定の申請を却下された（paras.19-22）。それぞれ脆弱者認定について提訴したが、控訴院によって否定された。

Neuberger卿は、第三者による支援があるから脆弱者ではないとする決定は起因差別であるとする主張に対して、これは妥当ではないとした。まず、かりに本件が起因差別に該当するとしても、その取扱いは正当化されるだろうとした。住宅法189条1項c号は、特にホームレスの人々の特定の区分に対して、特別な配慮を割り当てることを可能にすることを、ホームレスを支援する目的で規定していると説明した（脆

弱者認定）。そして、189条1項に基づいて、議会が不合理ではない割当に関する基本方針を決めるとした。また、何の支援とケアを関係する保護特徴を有する支援者に提供するか、また、誰を同項の対象にするかについては、議会に権限があるとした（para.80）。

このように、平等法それ自体が、議会や立法を同法の適用対象外としているので（附則3・2条）、法内容については差別救済の対象にならない。法内容に差別が存在する可能性を踏まえると、法内容へも平等法による審査が適用されるべきといえるのではないだろうか。

7 起因差別の意義

ここまで平等法の起因差別をDDAの関連差別を踏まえ分析してきた。その結果、起因差別は、①「障害」を構成する要素の一つである社会的障壁に対応するために、②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不利益取扱いをし、かつ③目的手段審査で正当化が認められない場合に、認定されることが明らかになった。

では、このような起因差別を法的に禁止する意義とは何だろうか。それは、繰り返しになるが、「社会的障壁」に対応している点である。そもそも、社会的障壁とは、障害者の存在を考慮しないで形成した非障害者に優位の偏頗的な社会構造を問題視している。したがって、社会的障壁を解決すべき対象と据えた時点で、起因差別には、社会構造の是非の再検討の要請が含まれる。例えば、盲導犬を連れた視覚障害者が入ることが出来ない場所が存在することの正当性を差別問題として法的に争うことが想定でき

る。このような場所が存在することは、視覚障害者にとって不利益であるが、例えば犬アレルギーの者も存在することを踏まえると、正当化の余地を残さざるを得ない。このように、起因差別にあたっては、障害者而非障害者の間の平等取扱要求の意味は、社会構造の是非の再検討を含む平等取扱の要請と解釈できる。

8 むすびに代えて

本稿は、平等法における起因差別の差別構造と意義の分析に終始した。そのため、起因差別が、平等法の他の差別類型とどのような関係にあるか、十分に検討することが出来なかった。

これに関連して、日本でも、障害差別の差別類型の関係性について議論がなされた。2013年に制定された障害者差別解消法の法案を作成するにあたり、2009年から2012年の間に「障害差別禁止法」制定に向けて議論してきた障害者政策委員会は、イギリスの平等法で規定する差別類型でもある直接差別、間接差別、関連差別（起因差別）、そして合理的配慮の不提供の4類型の差別を俎上に挙げ、これらの関係性について検討した。同委員会は、差別類型が複数あると行為規範として分かりにくいので包括的にまとめることを進言した。具体的には、関連差別と間接差別の適用対象が重なる部分が多く、また直接差別と関連差別は現実場面で区別が困難である場面が多いとして、直接差別、関連差別、間接差別を一本化すべきであるとし、不均等待遇と合理的配慮義務の不提供の2つを禁止すべき差別の構想として提示した（障害者政策委員会差別禁止部会 2012: 16-28）。これを受けて、障害者差別解消法も、不当な差別的取

扱いの禁止と合理的配慮義務を規定した（杉山 2016a: 230-237）。

このように、日本では、運用面を意識して直接差別、関連差別、間接差別をまとめた不当な差別的取扱いの禁止を採用した。たしかに、障害差別の被害を実際に救済する上で、現実的な運用を意識することは重要である。しかし、法理論を形成するためには、各差別類型が差別発生時点や証明方法等に違いがある以上、規範レベルで検討することは意義がある。では、イギリスにおいて、平等法が禁止する起因差別と直接差別、間接差別、合理的配慮義務の不履行は、どのような位置関係で捉えられているのだろうか。これに関する検討は、他日に期したい。

〔投稿受理日2017.9.15／掲載決定日2018.1.29〕

謝辞 本研究は、2017年6月8日に行われた第40回日欧比研セミナーにおいて西原博史先生（早稲田大学社会科学総合学術院教授）から示唆に富むご指摘を頂いた上で執筆したものである。西原先生には、厚く感謝申し上げます。なお、平成29年度科学研究費（若手研究(B)・17K13614）、早稲田大学日欧比較基本権理論研究所2017年度研究プロジェクトの成果の一部である。

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とし、Disability Rights Commission (DRC) (2006) *Disability Discrimination Act 1995 Code of Practice, Rights of Access: Services to the Public, Public Authority Functions, Private Clubs and Premises*, DRCは行為準則 2006, DRC

- (2004) *Disability Discrimination Act 1995 Code of Practice, Employment and Occupation*, DRCは行為準則2004と表記する。
- Bamforth, Nicholas · Malik, Maleiha and O’Cinneide, Colm (2008) *Discrimination Law: Theory and Context First Edition*, Sweet & Maxwell.
- Doyle, Brian · Casserley, Catherine · Cheetham, Simon · Gay, Vivienne and Hyams, Oliver (2010) *Equality and Discrimination The New Law*, Jordans.
- Hepple, Bob (2014) *Equality: The Legal Framework Second Edition*, Hart Publishing.
- Keter, Vincent · Business & Transport Section (2009) *Equality Bill: Bill 85 of 2008-2009: Research Paper 09/42*, House of Commons Library.
- McColgan, Aileen (2003) *Discrimination Law: Text, Cases and Materials Second Edition*, Hart Publishing.
- Monaghan, Karon (2005) *Blackstone’s Guide to The Disability Discrimination Legislation*, Oxford University Press.
- (2007) *Equality Law*, Oxford University Press.
- (2013) *Monaghan on Equality Law Second Edition*, Oxford University Press.
- Lawson, Anna (2008) *Disability and Equality Law in Britain The Role of Reasonable Adjustment*, Hart Publishing.
- (2011) “Disability and Employment in the Equality Act 2010: Opportunities Seized, Lost and Generated,” *Industrial Law Journal*, Vol. 40, No.4.
- The Union of The Physically Impaired Against Segregation (UPIAS) and The Disability Alliance (DA) (1976) *Fundamental Principles of Disability*, UPIAS and DA.
- Wadham, John · Robinson, Anthony · Ruebain, David and Uppal, Susie (2016) *Blackstone’s Guide to The Equality Act 2010 Third Edition*, Oxford University Press.
- 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。
- 障害者政策委員会差別禁止部会 (2012) 『障害を理由とする差別の禁止に関する法制』についての差別禁止部会の意見 (平成24年9月14日) (障害者政策委員会)。
- 杉山有沙 (2016a) 『障害差別禁止の法理』(成文堂)。
- (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)。
- (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。
- (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。
- (2017a) 「障害平等法理における公権力に課す平等義務の可能性」『早稲田社会科学総合研究』17巻2号。
- (2017b) 「イギリス2010年平等法における予測型合理的配慮義務の不履行禁止と公的セクター平等義務の構造上の関係」『早稲田社会科学総合研究』17巻3号。
- 鈴木隆 (2010) 「イギリス2010年平等法の成立」『労働法律旬報』1734号。
- 宮崎由佳 (2010) 「イギリス平等法制の到達点と課題」『日本労働法学会誌』116号。