

# 障害差別禁止法理における予測型配慮義務の法的性格

—2010年平等法におけるサービス・公的機能の領域を中心に—

杉山 有沙

## 1 はじめに

(a) 日本の障害差別禁止立法と合理的配慮義務 障害差別禁止法理の立法化について日本は、障害者権利条約に批准するための国内法の整備を図ることを目的に、2011年に障害者基本法を改正、2013年には障害を理由とした差別の解消の推進に関する法律(以下、障害者差別解消法)を制定、そして同年、障害者雇用促進法を改正した<sup>1)</sup>。これらの法律において障害差別として、不当な差別的取扱いの禁止<sup>2)</sup>と合理的配慮義務が規定された。日本における障害差別禁止立法は、憲法14条が規定する差別禁止を担う法律として障害者基本法4条があり、この障害者基本法4条を具現化するものとして雇用領域は障害者雇用促進法が、その他の領域については障害者差別解消法があると位置づけられる(障害者差別解消法1条、13条)。

本稿で特に注目するのは、合理的配慮義務である。障害者基本法は、合理的配慮義務について「社会的障壁の除去は、それを必要としている障害者が現に存し、かつ、その実施に伴う負担が過重でないときは、それを怠ることによつて前項の規定〔=障害を理由とする差別とその他の権利利益への侵害禁止—杉山注〕に違反することとならないよう、その実施について必要かつ合理的な配慮がされなければならない」と規定する(4条2項)。ここでいう社会的障壁とは、「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」を指す(2条2項)。

障害者基本法が規定する社会的障壁とは、社会で生活する障害者が直面する制度や慣行などが、障害者に不利益を与えるような構造を有していることを問題視するものである。

1) 日本における初めて障害差別禁止を規定したのは、2004年に障害者基本法を改正したときである。しかし、この規定は、同法とは別に障害差別禁止立法を新たに導入することを想定したものである。したがって同規定は、理念として位置づけられ、救済手続が不十分なものだった[杉山2016a: pp. 220-221]。

2) 障害者基本法では、単に「差別」と規定(4条1項)。不当な差別的取扱いに関して詳しくは、杉山2016a: pp. 230-233。

このような構造は、問題となる制度や慣行などが障害者の存在を想定せずに、いわゆる非障害者を基準に構築したことにより生じるものといえる。したがって、社会的障壁の責任は、障害者本人ではなく、このような偏頗的な構造を作り出した社会側にある。だからこそ合理的配慮義務は、名宛人に対して、このような偏頗的な構造を利用し障害者に不利益を与えた責任の観点から、配慮を講じることを要求するのである。

これに対して障害者差別解消法は、合理的配慮義務の規定について障害者基本法と異なる。合理的配慮義務について障害者差別解消法は、「行政機関等<sup>3)</sup>は、その事務又は事業を行うに当たり、障害者から現に社会的障壁の除去を必要としている旨の意思の表明があった場合において、その実施に伴う負担が過重でないときは、障害者の権利利益を侵害することとならないよう、当該障害者の性別、年齢及び障害の状態に応じて、社会的障壁の除去の実施について必要かつ合理的な配慮をしなければならない」と定める（7条2項<sup>4)</sup>。

ここで本稿が指摘したいのは、「意思の表明」の有無である。障害者差別解消法では、合理的配慮義務の発生要件として障害者本人による意思の表明を求める。しかし、障害者基本法には、このような規定は存在しない。この違いは、何を意味するのだろうか。

**(b) 比較対象としてのイギリス障害差別禁止法理** 日本において本格的に障害差別禁止立法の導入がなされたのは最近である。したがって、合理的配慮義務の規範構造の検討や同義務を巡る判例法理の研究など、議論の蓄積は少ない。そこで本稿は、イギリスを比較対象国とする。

同国の障害差別禁止法理は、1995年に制定された障害差別禁止法（Disability Discrimination Act. 以下、DDA<sup>5)</sup>）に端を発する。DDAは2010年平等法（Equality Act）が制定されるのに伴い廃止されたが、合理的配慮義務を含んで同法が形成した障害差別禁止法理は、2010年平等法によって引き継がれた。本稿では特に2010年平等法を中心に検討するが、必要に応じてDDAも紹介する<sup>6)</sup>。

3) 障害者差別解消法における行政機関等とは、国の行政機関、独立行政法人等、地方公共団体及び地方独立行政法人をいう（2条3号）。

4) 障害者差別解消法の合理的配慮義務は、行政機関等に関しては義務（7条2項）、事業者に対しては努力義務（8条2項）というように法的拘束力を変えている。これについては、杉山 2016a: pp. 234-237。

5) DDAとは、雇用、商品ならびにサービス提供等における障害差別を包括的に禁止する法律である。詳しくは、杉山 2016a: 第1章～第9章。

6) 本文中にあるように、2010年平等法における合理的配慮義務法理は、DDAを引き継いだものである。したがって本稿では、2010年平等法とDDAの異同を意識しつつ、DDAにおける合理的配慮義務の評価を2010年平等法のものにも応用して検討している。

## 2 2010年平等法と合理的配慮義務規定の基本構造

### 2.1 2010年平等法と障害規定

(a) 基本構造 2010年平等法は、9つの保護特徴（障害、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）を理由とした、労働、不動産取引、教育など包括的場面における差別<sup>7)</sup>、ハラスメント、報復的取扱を禁止し、また公的セクターなどによる平等促進措置を規定する法律である<sup>8)</sup>。

(b) 障害規定 2010年平等法は、4条において「障害」について保護特徴の1つとして規定する。同法でいう障害とは、「身体的または精神的インペアメント」<sup>9)</sup>を持ち、このインペアメントが本人の「通常の日常生活活動を行う能力に重大で長期の不利な影響を及ぼす」ものを指し、このような障害を持つ場合、同法において障害者と認定される（6条）。

後者の要件である“通常の日常生活活動に不利な影響を及ぼす”というのは、社会で生活を営む障害者のインペアメントが社会構造に関わったときに初めて認識されるといえ、個別具体的かつ文脈依存的で相対的なものといえるので、“社会から生じる障害”といえる<sup>10)</sup>。このように2010年平等法は、インペアメントと社会から生じる障害という2つの要件で障害を特定しているといえる<sup>11)</sup>。

(c) 障害モデル 障害者が被る不利の責任の観点からみると、2010年平等法が採用したインペアメントと社会から生じる障害による障害の特定方法は、インペアメント考慮型社会モデルと位置づく。

そもそも障害モデルには、大別すると医学モデルと社会モデルがある。医学モデルとは、障害がインペアメントのみで構成されると捉えるモデルである。つまりこのモデルにおいて、“社会”を考慮して障害を捉えず、障害者本人が個人として持つインペアメントによって、障害者は不利を被ると捉える。端的にいえば、障害者が障害を持つことで被る不利益は、個人的悲劇でしかない。従来、イギリスにおける障害者に関する法制度は、この医学モデルに基づいて形成されてきた<sup>12)</sup>。

この医学モデルに対抗する形で1970年代以降に顕在化されたのが、社会モデルである。社会モデルの特徴は、障害の責任を社会側に見出す点にある。社会モデルには、インペアメント考慮型社会モデルとインペアメント否定型社会モデル<sup>13)</sup>がある。2010年平等法

7) 2010年平等法が禁止する差別として、障害に関しては、直接差別（13条）、起因差別（15条）、間接差別（19条）、合理的配慮義務の不履行（21条）がある。

8) 2010年平等法に関して詳しくは、杉山2016b。

9) インペアメントとは、身体的・知的・精神的機能障害を意味する。

10) ここでいう社会から生じる障害は、障害者基本法における“社会的障壁”と同旨である。

11) 2010年平等法における障害規定に関して、詳しくは杉山2016a: pp. 191-193。

12) 杉山2016a: pp. 30-33。

が採用したのはインペアメント考慮型社会モデルなので、本稿はこちらのモデルに焦点を当てる。

インペアメント考慮型社会モデルは、障害をインペアメントと社会から生じる障害の構成物として捉える。医学モデルの文脈で説明したように、インペアメントは障害者の個人的なものに見なされる。これに対して社会から生じる障害は障害者が障害を抱えた存在として社会的に認知され、そして人為的に形成された社会がこの基準から外れた者を排除する構造について摘発する。そこで社会から生じる障害は、この社会基準から外れた者に不利を被らせ社会参加を制限する事態を問題視する。だからこそ、偏頗的な社会を作ったことの責任を問うという意味で、社会モデルは、障害者ではなく、社会側に責任を求めるのである<sup>14)</sup>。裏を返せば、社会が偏頗的でなかったら障害者は不利を被ることはなかったということになるので、本来障害者と非障害者は対等な能力・条件を持つはずだったという前提を含意する。1995年にDDAが、このインペアメント考慮型社会モデルを採用することで、非障害者と対等で、差別禁止の主体としての障害者が法的に認められるようになった。

## 2.2 合理的配慮義務の共通規定（20条・21条）

(a) 予測型配慮義務と反応型配慮義務 2010年平等法は、合理的配慮義務の主要な要素を20条と21条に規定し、サービス・公的機能（public functions）（附則2）、不動産（附則4）、労働（附則8）、教育（附則13）または組合（附則15）というように、各領域で妥当する差別禁止規範の内容を領域ごとに求めている。したがって、20条と21条に規定されているのは、根本的なキー・コンセプトのみである。

冒頭で問題となった「意思の表明」に着目すると、2010年平等法は合理的配慮義務について反応型配慮義務（reactive reasonable adjustment duties）と予測型配慮義務（anticipatory reasonable adjustment duties）に分けて規定する<sup>15)</sup>。反応型配慮とは、障害者が債務者による規定、基準、慣行等によって実質的に不利益を受けた場合に生じるものであり、事後的に不利益に対応するものをいう。一方の予測型配慮とは、障害者が被る不利を緩和・除去するために、必要な合理的配慮を予測して障害者らに対して講じることを指す<sup>16)</sup>。サービス・公的機能領域では、障害者たちの権利を守るためにサービス提供者な

13) インペアメント否定型社会モデルについては、杉山 2016a: pp. 35-36。

14) 杉山 2016a: pp. 34-35。

15) DDAと2010年平等法における合理的配慮義務規定の関係について、2010年平等法20条、21条は、DDAと同様の規定である。しかし、合理的配慮義務発生の敷居をDDAの雇用領域で採用されていた「相当程度の不利益」に統一した。また、同様に、規定、基準、慣行に統一した（Explanatory Note: para.86）。また、2010年平等法付則2についてもDDAの同様の規定を置き換えたものである（Explanatory Note: para.678）。

16) Hepple 2014: pp. 94-96、同旨 Lawson 2008: pp. 63-64。

どは予測型配慮義務を適用され、労働や不動産とは異なる行為義務を課される<sup>17)</sup>。本稿では、予測型配慮義務の規範構造を検討するために、サービス・公的機能領域における合理的配慮義務を検討していこう。

(b) 共通条文としての 20 条・21 条 2010 年平等法は、合理的配慮義務の債務者がこの義務を履行しなかった場合、当該債務者は障害者に差別を行ったとする (21 条 2 項)。合理的配慮義務は、次の第 1、第 2、第 3 の要求を指す (同条 1 項)。

第 1 の要求とは、債務者「が定める規定、基準、慣習が非障害者と比較して、関係する事柄に関して、障害者に重大な不利を課す場合、その不利を避けることが合理的であるような措置をとること」である (20 条 3 項)。第 2 の要求は、「物理的な特徴が、非障害者と比較して、関係する事柄に関して、障害者を重大な不利に立たせる場合」、第 1 の要求と同じように合理的な範囲内で措置を取ることである (同条 4 項)。そして、第 3 の要求とは、補助的な援助の提供がなければ、障害者に非障害者と比較して重大な不利な影響を及ぼす場合、合理的な範囲内で補助的支援を提供することを意味する (同条 5 項)。これらの第 1 から第 3 の要求を満たすために負担する債務者の費用について、障害者は負う必要は一切ない (同条 7 項)。

以上のように、合理的配慮義務には 3 つのパターンがあり、債権者である障害者はこの義務を履行するためにかかった費用を負わない。これは、後述のように障害者が合理的配慮義務を要求するのが、問題となる障害者の能力・条件が比較対象者である非障害者より劣るから下駄履かせをを求める性格のものではなく、問題となる障害者には責任がない事柄に基づいて、障害者の能力・条件が適切に発揮または評価されないことを問題視しているからである。この合理的配慮義務の問題は、単なる義務付け規定を超えた、権利としての差別禁止の保障の射程の問題である。

### 2.3 反応型配慮義務

(a) 反応型配慮義務を採用した労働領域 前述の通り合理的配慮義務には、反応型配慮義務と予測型配慮義務という 2 種類の形式がある。本稿が検討するのは後者の予測型配慮義務だが、この規範構造を明らかにするために、先に反応型配慮義務の規範構造を合わせ鏡として確認してみよう。2010 年平等法において反応型配慮義務を採用した領域として、例えば労働領域がある。

(b) 条文内容 労働場面における合理的配慮義務は、2010 年平等法の附則 8 で規定されている。労働領域で規定する反応型配慮義務の特徴として、使用者らが、雇用応募者や採用予定者、被用者などが障害者だと知る由もなかった場合、合理的配慮義務は発生し

17) Doyle・Casserley・Cheetham・Gay・Hyams 2010: p. 86. 同旨、Wadham・Robinson・Ruebain・Uppal 2012: p. 46。

ない点が挙げられる（2010年平等法附則8の20条）。

これに関連する事件として、Gallop v Newport City Council 事件控訴院判決<sup>18)</sup>がある。被申立人の下で働いていた申立人 Gallop は、2004年5月から、不眠や簡単な作業が出来ないなどをはじめとする様々な症状を伴うストレス症状を被申立人に伝えていた。2005年8月、Gallop は仕事を休んだ。2005年9月、Gallop は仕事に伴うストレスに悩んでいるものの鬱病ではないと、産業医は被申立人に伝えた。2006年6月に復職したがすぐに再び休職した。Gallop は一般医に鬱病だと診断されたことを伝えたが、産業医はDDAの対象となる障害者ではないとした。このとき、労働中の健康と安全を保障するための重要な措置が取られていないとして被申立人に訴えたが、この主張は被申立人に汲み取られなかった。その後、Gallop は休職と復職を繰り返し、結果として解雇された。Gallop は、直接差別と合理的配慮義務違反として申立てた。

雇用審判所と雇用控訴審判所（Employment Appeal Tribunal. 以下、EAT）は、申立人が障害者であることを被申立人が知らなかったとして申立を退けた<sup>19)</sup>。これに対し控訴院は、雇用審判所が、被申立人が Gallop の障害の存在を知らなかったと判断したことは間違いとし、責任ある使用者は自身で被用者が障害を有するかどうかを判断しなければならないとした。この判断の補助として、産業医やほかの医師からの意見を位置づけた。

Gallop 事件控訴院判決により、合理的配慮義務を講じる際に、申立人が障害を有していることを債務者が知っているかどうかは義務発生に関わるものの、この点に関して医師による診断などは補助でしかなく、債務者が法的観点から適切に判断しなくてはならない。このように労働領域における合理的配慮義務は、使用者と被用者などというように関係者が常に特定できる場面で妥当する。被用者は、自身の労働環境の中で生活の大部分を過ごす。だからこそ、使用者は、被用者の個人的性格に寛容であり、また特定の仕事の要請や構造に寛容であるような配慮を講じることが求められる。つまり、反応型配慮義務は、雇用された障害者個人にとって適切な配慮を要求するのである<sup>20)21)</sup>。

(c) 審査手順 合理的配慮義務の履行／不履行を審査する手順を示した判決として、2014年の General Dynamics Information Technology Ltd v Carranza 事件 EAT 判決<sup>22)</sup>がある。本件において EAT は、2010年平等法20条3項における配慮内容を判断するアプローチについて、第1に使用者の問題となる規定・基準・慣行を、第2に比較対象となる障害者ではない者、第3に使用者によって課される相当程度の不利益の性質と射程、を雇用審判所は特定しないといけなかったとした。これらの特定なしに、雇用審判所は、不利益を回

18) [2013] EWCA Civ 1583, [2014] IRLR211=2013年12月11日控訴院判決。

19) 控訴院判決から引用。

20) Seal 2008: p. 147.

21) 杉山 2016a: 第4章、第5章、第6章。

22) [2015] IRLR43=2014年10月10日 EAT 判決。

避するために使用者は果たすべき措置が合理的な配慮なのかどうかを判断する立場にはないとした。その上で、求められる配慮内容を確定し、その次に、使用者がこの配慮を講じることが合理的であるかどうか判断されるとした。

(d) 合理的配慮義務の“合理性” 2010年平等法には、DDAとは異なり、合理性の審査基準や合理的配慮の内容の例示規定が存在しない。しかし、先ほどのCarranza事件においてEATは2010年平等法にはDDA18B条のような合理的配慮の内容を実践的に導き出すような例示のリストは存在していないとした上で、しかし2010年平等法はDDAと同様のアプローチを適用できることは疑いないとした。これは、DDAで規定されていた合理的配慮義務の合理性の審査基準などの規定が2010年平等法にも引き継がれたことを意味する。

DDAは、18B条1項で、合理的配慮義務を遂行するために特定の措置をとることが合理的であるかどうかを判断する際の検討事項を規定する。例えば、措置を講じることが義務づけられることに関係する効果を防ぐ程度、当該措置を講じることが実行可能な程度、措置の実施によって被る財政その他の負担および義務づけられた者の活動を乱す程度などである。

また、この義務の具体的な措置をDDAは18B条2項で例示した。例えば、不動産に関する調整を行うこと、障害者の義務の一部を他者に割り当てること、現在の欠員を補充するために障害者を移動させること、障害者の労働時間や訓練時間を変更することなどである。

(e) 法的性格 労働領域におけるDDAが禁止する差別類型である直接差別、関連差別、そして反応型配慮義務の不履行の位置関係を整理すると、反応型配慮義務の不履行の基本的な発想は平等取扱と同じであるといえる。差別主張する際の対象について平等取扱原則違反と位置づく直接差別と関連差別は使用者の行為が問題になったが、反応型配慮義務では使用者の差別的な行為というより、使用者によって定められた規定などや建造物の物理的特徴などが障害者に差別的に働くことが問題となる。ここでいう差別的な規定や物理的特徴とは“社会から生じる障害”を意味する。この社会から生じる障害が障害者の正当な能力発揮を妨げている場面で、積極的な措置（合理的な配慮）を通じて、社会から生じる障害を緩和・解消することで、障害者の本来の能力を正当に再評価することを要求することが反応型配慮義務である。このような反応型配慮義務は、事件発生後に事後的に講じられる。そして、DDA3A条2項に基づき、この義務の不履行は差別とされる。つまり、反応型合理的配慮義務は、差別禁止の保障として、平等取扱と同様に、特定の特徴に依拠したカテゴリー化を拒絶し、自身が有する能力・条件を正当に評価することを要求する権利と位置づけられる<sup>23)</sup>。そして、2010年平等法はDDAが形成・運用した合理的配慮義務法理を引き継いだので、先の関係性は2010年平等法も引き継いでいる。

(f) 反応型配慮義務の特徴 ここまで反応型配慮義務の構造を確認してきた。ここで本稿が特に強調したいのは次の2つの特徴である。1つは、反応型配慮義務とは事件発生後に事後的に講じられるということであり、この義務の不履行は差別と認定されることである。もう1つは、反応型配慮義務は、社会から生じる障害を除去することで、正当な能力・条件の再評価を要求する権利であることである。

反応型配慮義務の不履行を構造的に確認していこう。まず、債務者の規定・基準・慣行や物理的特徴が障害者に重大な不利益を及ぼす事態がある。これは、社会から生じる障害と言い換えることができ、インペアメントとは異なり、障害者本人にこの責任はない。このとき申立人となる障害者が、債務者に対して問題となる規定・基準・慣行または物理的特徴に対する配慮を求める。この要求に対して債務者は、不合理に応じない。このとき、合理的配慮義務の不履行という差別を債務者が行ったことになる。もちろんここで求められるのは、債務者にとって合理的な範囲の配慮である。すなわち、申立人である障害者から配慮要求があった場合に、配慮を講じれば障害者の不利益を回避でき、かつ債務者に配慮を行う能力・条件があったのかかわらず、不当に履行しなかったことが、反応型配慮義務違反が差別として認定することなのである。

### 3 2010年平等法における予測型配慮義務規定

#### 3.1 サービス・公的機能の合理的配慮義務規定

サービス・公的機能領域における合理的配慮義務は、付則2で規定される<sup>23)</sup>。この領域における合理的配慮義務に特徴的なことは、前述2010年平等法20条で規定された第1から第3の要求において、比較対象である非障害者と比較して不利な影響を受ける障害者(disabled person)について、障害者一般(disabled persons generally)として捉える点である(付則2の2条2項)。ただし、ここで問題にしているのは、合理的配慮義務の発生を特定するための不利益の存在の確認である。つまり、合理的配慮義務が生じたかどうかを審査する際に、特定の障害者と非障害者の比較で審査を行うのではなく、障害者一般と非障害者の比較で行うという意味で解すべきである。サービス・公的機能領域における合理的配慮義務が、障害者一般に対して講じるものであるということを意味しているわけで

23) 杉山 2016a: pp. 137-139, pp. 213-214。

24) DDAにおいて予測型配慮は21条に規定された。同条は、「サービス提供者が、障害者たちにとって、他の一般市民も対象としたサービスを利用することが、不可能または不当に困難となるような慣行、方針または手続を講じた場合、この不利な影響をなくすように、慣行、方針または手続を変える措置を、当該事例の全ての場面で合理的される範囲内で講じる義務がサービス提供者にはある」(1項)とし、また、障害者たちに不利を与えるのが、建物などの物理的特徴でも同様である(2項)。補助的支援またはサービスが、障害者たちにサービス利用を可能にするまたは促進する場合、当該事例のすべての場面において合理的だとされるような範囲で、サービス提供者はこの支援・サービスを行う義務があるとした(4項)。



はない。

サービス・公的機能の領域におけるもう一つの特徴としては、第2の要求に関して、障害者一般に不利益を課す“物理的特徴”に対する合理的配慮義務は、問題となる不利益を避けることだけでなく、サービスを提供する合理的な代替的方法を導入することが、配慮に求められることとなる点も指摘できる（同条3項）。さらに、公的機能の行使に関連する重大な不利とは、ある利益（benefit）が公的機能によって提供される場合はこの利益の受給に関連するものとなり、また、ある人が公的機能によって何らかの決定に従う場合は決定に従う際に被る不当な不利な経験をすることを意味する（同条5項<sup>25)</sup>。また、債務者がサービス提供者の場合、サービスの性質や債務者の業種、さらに専門的職業の性質に変更を加えるような配慮は求められない（同条7項）。

以上、いくつかのサービス・公的機能領域の合理的配慮義務の特徴を挙げたが、本稿が特に注目すべきは、この義務の審査の際に対象となるのが、障害者個人ではなく障害者一般である点である。これは、前述の反応型配慮義務とは異なるものである。これが意味することは何であろうか。

### 3.2 サービス・公的機能の意味

(a) サービス領域の意味 2010年平等法には“サービス”に関する包括的な定義は存在しない<sup>26)</sup>。しかし、同法でいうサービスとは一般市民（the public）に提供するものを指し、ここでは料金が発生するかどうかは関係ない。サービスには、サービス提供者によって運用される商品（goods）や施設も含まれ、サービス利用者は公的機能や団体などを含んでサービスを利用する者をいう<sup>27)</sup>。したがって、2010年平等法がカバーす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を含む。具体的には、トイレや庁舎、教会、ボランティア団体、ホテル、レストラン、パブ、郵便局、銀行などを想定できる<sup>28)</sup>。また、サービス提供者は、私的組織、公的組織、ボランティア組織を問わない<sup>29)</sup>。このような“サービス”にはいくつもの適用除外があ

25) 附則2の2条5項について本文中で後述する *MM and another v Secretary of State for Work and Pensions (Mind and others intervening)* 事件控訴院判決（[2014] 1 WLR 1716=2013年12月4日控訴院判決）において示された。まず、控訴院は、附則2の2条5項a号の中の利益とb号の損害の両方とも状況依存的なものとなるとした（para.72）。文面上、附則2の2条5項a号の中の利益とb号の損害は、異なった種類の不利益を指しているように見える。しかし、a号は、b号を補完するものと捉えるべきである。a号において利益が事実上授与されるにもかかわらず、利益を取得することに関係する過程に関連して、関係する不利益が存在するかもしれない。そして、b号において、同様に、損害自体を被ることに加えて、損害を課すことを導く過程において関連する損害が生じるかもしれない（para.75）。a号における相当程度の不利益の概念は、事実上、利益を受けていても、相当程度の不利益が生じるかもしれない可能性も想定するので、結果に注目するだけでは適切ではない。この不利益は、過程の結果として被るものである（para.76）。

26) *Wadham · Robinson · Ruebain · Uppal* 2012: p. 78.

27) 行為準則 2011: para.1.23.

28) 行為準則 2011: para.11.3.

る<sup>30)</sup>。例えば障害に関しては保険ビジネスが対象外となる<sup>31)</sup>。

(b) 公的機能の意味 これに対し公的機能とは、給付などの利益の受給資格 (benefit entitlement) の枠組みを決めたりするような法的拘束力がある権限や義務をいう<sup>32)</sup>。公的機能は、公権力が運用するものに限られない<sup>33)</sup>。1998年人権法における「公的性質を持つ機能」という概念と同じことを意味し、私的又はボランティア団体が主体になる場合には、国家に資する活動を指すことになる<sup>34)</sup>。適用除外として、議会と立法過程、司法機能、軍隊、安全保障サービスがある<sup>35)36)</sup>。

(c) 公的機能と障害差別禁止法理 障害差別禁止法理は1995年のDDA制定当初からサービス領域を適用対象に含めていたものの、公的機能を同法理の対象としたのは2005年にDDAが改正されたときからだった<sup>37)</sup>。ただし、2005年DDA改正法で加えられたのは、公的機能領域としてではなく、「公権力」(public authorities)の領域だった(21B条～21E条)<sup>38)</sup>。

サービス提供に関連した公権力について、1995年時点ではDDA19条3項h号で「地方当局や他の公権力への同法への適用」と規定されていたが、この時点では公権力に関する明確な定義は存在しておらず、射程が不明瞭だった。しかし、2005年のDDA改正法で、ほとんど全ての公権力の機能をカバーする領域の差別禁止規定が導入された<sup>39)</sup>。具体的には、議会、議会手続に関係する権能を行使する者、社会保障制度、秘密情報局、政府通信本部、そして陸軍、海軍、空軍以外の公的性質に関わる権能を有する者<sup>40)</sup>、そして、地方当局、高等教育機関、国民健康サービス (National Health Service. 以下、NHS)、警察などが対象とされた<sup>41)</sup>。つまり、ここでいう公権力の機能とは、公権力が行う活動を指すとされ<sup>42)</sup>、これの例外として裁判所や審判所による司法行為や法律の制定などがある<sup>43)</sup>。このように、公的機能に関する合理的配慮義務は、2005年DDA改正法にて、公権

29) 行為準則 2011: para.11.4。

30) 行為準則 2011: para.11.53。

31) 附則3の21条。同旨、行為準則 2011: para.13.77。

32) 行為準則 2011: para.1.8。

33) 行為準則 2011: para.11.14。

34) 行為準則 2011: para.11.15、1998年人権法6条3項b号。

35) 行為準則 2011: para.11.58。

36) 2010年平等法は、サービスと公的機関にポジティブ・アクションを認めている (行為準則 2011: para.11.59)。公的セクター平等促進義務を負う公的機関と公的機能の運用は、本稿で示した予測型配慮を講じるなら、公的セクター平等促進義務の要求に果たすことになる。つまり、平等促進措置に従うことは、サービスや公的機能規定に基づく予測型配慮義務に適用されることになる (行為準則 2011: para.11.62)。

37) Disability Discrimination Act 2005 (2005年DDA改正法)

38) 雇用領域に準ずるようなグレーター・ロンドン・オーソリティのような地方議会 (locally-elected authority) とその構成員の間の差別禁止は、15A～15C条で別に規定されている。

39) Explanatory Notes para.26。

40) 2005年DDA改正法21B条。

41) 行為準則 2006: para.11.5。

42) 行為準則 2006: para.11.8。

力の合理的配慮義務として拡充された<sup>44)</sup>。

(d) サービスと公的機能の関係 このようなサービスと公的機能を一律に区別することは、簡単なことではないとされる。2010年平等法の注釈(Explanatory Note)は公的機能として法施行や歳入繰り上げを挙げる。そして、NHSによる医療のようなサービス提供に関わる公的機関によるものはサービスに含まれると説明する<sup>45)</sup>。このようなサービスと公的機能の関係について行為準則は、問題となる行為がサービスに当たるのか、それとも公的機能なのかを判断するのは、各事件の状況に依存すると説明する<sup>46)</sup>。

一般市民へのサービスや公的機関に関係する合理的配慮義務の原理は似ている<sup>47)</sup>。その上、2010年平等法は、サービスと公的機能をまとめ、同じ基準で合理的配慮義務の履行／不履行を審査する<sup>48)</sup>。そこで、本稿では、特段の書き分けがない限り、両者をサービス提供として一緒に論じ、その主体をサービス提供者と呼ぶ。

## 4 予測型配慮義務の規範構造

### 4.1 予測型配慮義務の発生時期と対象者

サービスや公的機能領域における合理的配慮義務は、予測型であり、障害者個人の要請に先立って行われる<sup>49)</sup>。サービス提供者の合理的配慮義務違反は、追加的な費用や配慮を講じることが遅すぎる場合に生じるが、それ自体に正当化の抗弁は認められない<sup>50)</sup>。また、予測型配慮義務では、特定の障害者個人の存在を知っているかどうかに関係なく、義務が発生する<sup>51)</sup>。このように予測型配慮義務は、障害者一般を対象とし、特定の障害者による不利益の証明に依存しない点で、労働領域で見られるような反応型配慮義務とは区別される<sup>52)</sup>。

サービス提供者は、すべての障害者に対応することを求められているわけではない。求められているのは、何らかの種類の障害を持つことで被るような障壁をなくすことを目的とした合理的な措置の内容を検討したり、また講じているかという点である<sup>53)</sup>。また、いったん、そのようなニーズがあることを気づいたら、サービス提供者は、そのニーズに応え

---

43) 2005年DDA改正法21C条。

44) 2005年DDA改正法21D条2項と21E条。

45) Para.108。

46) 行為準則2011: para.11.17。

47) 行為準則2011: para.7.2。

48) Wadham・Robinson・Ruebain・Uppal 2010: p. 79。

49) 行為準則2011: 7.20。

50) 行為準則2011: 7.21。同旨、McColgan 2005: 603。

51) 行為準則2011: para.7.22。

52) Monaghan 2004: p. 162。同旨、Monaghan 2007: p. 391。

53) 行為準則2011: para.7.24。

るように配慮を講じることが合理的として求められるようになる<sup>54)</sup>。合理的配慮義務は継続する義務である<sup>55)</sup>。

サービス・公的機能領域における合理的配慮義務は、あくまで予測型であって、サービス提供者が具体的に特定の人物の障害を知る必要はない。したがって、“予測”の時点で、全ての障害に完全に適用することは求められていない。誠実にサービス利用者の障害の可能性を検討し、その検討結果に基づいて配慮を講じれば事足りる。しかし、当然、このような配慮を講じても、サービスにアクセスできない障害者が存在する。このような事態に対しては、サービス提供者は、サービスにアクセスできない障害者を知った時点で、新たな配慮を講じる責任が生じる。そして、このような配慮は予測可能な配慮と認識され、今後は講じた配慮を提供し続けることが求められる。

#### 4.2 “合理性”の基準と内容

予測型配慮義務は、サービス提供者に対して、問題となるケースの全ての状況において、配慮を行うことが合理的だとされる措置を講じる責任を課す。2010年平等法は、検討すべき要件を特定しているわけではない。この義務は、提供されるサービスの性質、サービス提供者・規模・資源の性質などによって異なるというように、状況依存的な性質を持つ<sup>56)</sup>。

しかし、例示として次の性質を検討することは合理的とされる。すなわち、問題となるサービスにアクセスする際に直面する障害者たちの相当程度の不利を覆す効力が特定の措置にあるか、その措置を講じることがサービス提供者にとって実行可能か、配慮を行う金銭的または他のコスト、措置が原因となる混乱の程度、サービス提供者の金銭的または他の資源の程度、配慮をすでに行っている資源の達成度、金銭的または他の支援の可能性、などの諸点ある<sup>57)</sup>。合理性の有無は裁判所が決める客観的なものとされる<sup>58)</sup>。

予測型配慮義務の具体的な内容として、物理的特徴に対しては、例えば、物理的特徴の除去、物理的特徴の変更、物理的特徴を避けるための合理的な方法の提供、利用できるサービスの合理的な選択方法の提供などがある<sup>59)</sup>。また、補助的支援としては、例えば手話通訳者などの配慮、障害者のための特別な支援スタッフなどを想定できる<sup>60)</sup>。

“合理性”の審査基準に関して予測型配慮義務と反応型配慮義務は、両者の間に違いがない。さらに、反応型配慮義務と同じ20条・21条を合理的配慮義務の基本構造として踏

---

54) 行為準則 2011: para.7.26。

55) 行為準則 2011: para.7.27。

56) 行為準則 2011: para.7.29。

57) 行為準則 2011: para.7.30。

58) 行為準則 2011: para.7.33。

59) 行為準則 2011: paras.7.51-7.59。

60) 行為準則 2011: para.7.47。

まえていることに鑑みると、予測型配慮義務は、反応型配慮義務と同様に社会から生じる障害を問題視しているといえる。とするならば、予測型配慮義務と反応型配慮義務との違いは、前述の発生時期と対象者にしか存在しないといえるだろう。

#### 4.3 予測型配慮義務の性質

(a) **Roads v Central Trains** 事件 予測型配慮義務の性質を表したものとして、2004年の *Roads v Central Trains* 事件控訴院判決<sup>61)</sup>がある<sup>62)</sup>。申立人 *Roads* は、ノーウィッチに住む障害者で、電動式車椅子に乗っていた。彼は、セッドフォード鉄道のプラットホームにアクセスすることが困難であった。申立人は、プラットホーム間の移動のために、タクシーの提供を法的に要求した。話し合いは失敗に終わり、彼は DDA 違反として申立てた。郡裁判所は、合理的配慮義務は発生しないとして訴えを退けた<sup>63)</sup>。

控訴院は申立てを認めた。このとき予測型配慮義務の法的性格について *Sedley* 控訴院裁判官は、次のように説明した。例えば、歩道橋は視覚障害者にとって克服できないような問題ではないように、施設の1つの特徴は全ての障害者または多くのケースにおいて障害者たち一般にとってアクセスの障壁になるわけではない。また、DDA21条2項における「障害者たち」という文言は、ある種類の障害を持つ人たちの邪魔をするような抑圧に注意を向けるということの意味する。本件でいう障害者たちとは、車椅子を利用している人々を指す。これは、DDA21条で規定する合理的配慮義務が障害者個人に対するものではなく、また、全ての障害者個人のニーズを予見することを期待しているわけではないことを意味する。それゆえ、21条の適用方法は、通常、申立人と同じ障害を持つ人々への質問とその答えに焦点を当てることになる<sup>64)</sup>。さらに、サービス領域における合理的配慮義務の審査には、2段階の基準がある。第1に、特定の特徴は、ある種類の障害を持つ人々の妨げになっているのか。第2に、第1の基準が肯定されるなら、そのような特徴は、申立人にも不利な影響を与えているのか<sup>65)</sup>。

この *Roads* 判決から明らかのように、予測型配慮義務が想定している“障害者たち”というのは、同じ種類の特徴を持つ人々である。その人たちが不利益を被るような特徴があることを認定した後に、申立人にも当該特徴が不利益を与えていた場合に、救済対象になる。ではなぜ、反応型配慮義務と異なり、予測型配慮義務の枠組みでは、認定の際に第1に同じ障害を持つ第三者集団への影響を想定しないとイケないのだろうか。これは、サービス・公的機能の提供という性格に関わるといえる。

---

61) [2004] EWCA Civ 1541=2004年11月5日控訴院判決。

62) *Lawson* 2008: p. 93.

63) 控訴院から引用。

64) para.11。

65) para.12。

そもそもサービス・公的機能領域は、労働領域と異なり、不特定多数の人たちが利用することが前提にある。したがって、前述したように、反応型配慮義務のように事後的で個別に配慮を講じるだけでは不十分である。これは、予測型配慮義務がサービスにアクセスするために講じられるものであることを意味する。これに関連して行為準則は、サービス・公的機能領域において要求される合理的配慮は、サービスへのアクセスを可能にするために積極的措置を講じることでありと位置づける。ここでは、サービス提供者に対して、合理的配慮がなければならぬ潜在的な障害者消費者の必要性を予測することをも求められる<sup>66)</sup>。さらに、単にアクセスを可能にするのに留まらず、そのサービスから得られる利益を非障害者と同程度に享受し得ることまでが合理的配慮義務によって要求される、と行為準則は予測型配慮義務を説明している<sup>67)</sup>。

サービスに適切にアクセスするための配慮を要求する予測型配慮義務は、アクセスを妨げられている事態を問題にするので、この事態を発見するために、同じ障害を持つ障害者たちを集団として捉え、その集団への影響を測ることで、社会から生じる障害を熨り出そうとしているといえる。

では、予測型配慮義務は、集団にアプローチするものなのだろうか。このような捉え方は適切ではない。なぜなら、Roads 判決で提示されたように、あくまでも予測型配慮義務の認定には個人への不利な影響が求められるからである。この点は、次の Finnigan 判決で明示される。

**(b) Finnigan v Chief Constable of Northumbria Police 事件** Roads 判決を引き継いで発展させたものとして Finnigan 事件控訴院判決<sup>68)</sup>がある。警察は、申立人の家を1971年薬物乱用法に基づいて3回搜索した。申立人は、聴覚障害者で、警察はそのことを知っていたにもかかわらず、手話通訳者の配慮をしなかった。申立人は、手話通訳者がいなくても、読唇術や紙に書けば、普通レベルのコミュニケーションをとることはできる。このときも妻の存在を通じて説明ができた。しかし、申立人は、合理的配慮義務違反として申立てた。

控訴院は、一般的な意味で合理的配慮義務の不履行はあったものの、本件については申立人が適切に警察とコミュニケーションをとっていたので、相当程度の不利益は発生していなかったとして、申立てを退けた。その際に Dyson 卿は、合理的配慮義務の性格に言及した。公権力が講じる予測型配慮義務は、障害者個人 (individual disabled person) に先立ち、障害者たち (disabled persons) を想定する<sup>69)</sup>。そして、ある種類の障害者に対する損失を軽減または除去するかが論点となる<sup>70)</sup>。重要なことは、ある障害をもつ障害者

66) 行為準則 2011: para.7.3。

67) 行為準則 2011: para.7.4。

68) [2013] EWCA Civ 1191, [2014] 1 WLR 445=2011年6月28日控訴院判決。

69) para.32。

たちに適用可能な慣行 (practice)、方針 (policy) または手続 (procedure) の予測的な変更と障害者個人に適用可能な変更を考慮することである<sup>71)</sup>。

この Finnigan 判決でも、“障害者たち”という視点から予測型配慮義務が対応すべき社会から生じる障害の存在を煇り出そうとする。これによって、本件において問題になっている警察の対応にはたしかに“社会から生じる障害”が存在することが明らかになったのだが、申立人である Finnigan には当該社会から生じる障害は影響を及ぼしていないということが判明する。したがって、本件では、申立は棄却されたのである。これはつまり、予測型配慮義務が持ち出す“障害者たち”というのは、あくまでこの義務が配慮を講じることで解消しようとする社会から生じる障害を発見するための視点であり、この義務は、問題となる障害者個人がサービスにアクセスできない事態に対して講じられるものと位置づけられる。

#### 4.4 相当程度の不利益の意味

予測型配慮義務が発生する基準は、相当程度の不利益である。これは、「些細または軽微」以上を意味する<sup>72)</sup>。比較対象者は、申立人となる障害者と同じ障害を持たない人である<sup>73)</sup>。

関連した事件として、MM and another v Secretary of State for Work and Pensions (Mind and others intervening) 事件控訴院判決がある<sup>74)</sup>。本件において、精神的、認知的、知的な困難（ここでは、精神障害とする）を患う MM らは、2007 年福祉改革法 (Welfare Reform Act) に基づいて雇用支援手当 (Employment and Support Allowance) の申請をした。この手当は申請の際に、調査書の実施と対面式の面談という審査過程がある。これは MM らの認識によれば、精神障害者に他の者より不当な程度のストレスを与え、決定者の審査にあたって、彼らの障害や労働能力に関して適切な情報を得ることに際して適当ではないとされた。そこで MM らは、この審査過程が精神的な問題を抱える人たちに対して相当程度の不利を課すとし、2010 年平等法 20 条 3 項、21 条 1 項 2 項、そして 29 条 6 項<sup>75)</sup>にある合理的配慮義務に違反するという宣言を求めて司法審査手続を申立てた。

合理的配慮義務における“相当程度の不利益”について、行政上の不服申立室 (Administrative Appeals Chamber) と控訴院ともに、本件において雇用支援手当が MM

---

70) para.34。

71) para.36。

72) 212 条。同旨、行為準則 2011: para.7.11。

73) 行為準則 2011: para.7.13。

74) [2013] EWCA Civ 1565, [2014] 1 WLR 1716, [2014] EqLR 34=2013 年 12 月 4 日控訴院判決。

75) 一般の人たちに対するサービスの提供ではない公的機能の行使において、差別、ハラスメント、報復的取扱いとなるようなことをしてはいけない (2010 年平等法 29 条 6 項)。

らに対して相当程度の不利益を課したと判断した<sup>76)</sup>。

このとき Elias 控訴院裁判官は、精神障害者らに相当程度の不利を与えることの意味について次のように判示した。すなわち、本件において精神障害者らは不利益を被ったといえるが、これは2つの視点から認定される。一つは、本件において決定者が、彼らが苦しんでいる原因の本当の性質と程度に十分に言及しなかったので、正しい決定を行うことが出来なかったという点である。もう一つは、その決定過程は、他の者たちに比べて、精神障害者たちの集団に多大なストレスと不安を与えるというものであった。多くの精神障害者が、調査や対面の面談に応じることで特定の負担を被っている<sup>77)</sup>。特定の障害者集団について検討するとき、その集団は十分な同質性（本件でいえば精神障害）を有しているのかを検討することが求められる<sup>78)</sup>。

本件で明らかのように、予測型配慮義務において“相当程度の不利”を審査する際、十分な同質性を持つ集団に対する影響を審査対象とする。本件では、その審査対象は、精神障害を抱える人たちである。この集団に属する多くの人たちにとっては、調査や対面の面談が存在すること自体が、雇用支援手当というサービスにアクセスすることを困難にさせる。これは、些細または軽微以上のものと判断されたから、本件では、予測型配慮義務違反として認められたのである。

以上より、障害者による意思表示を待たずに配慮義務が生じる予測型配慮義務は、ある障害を持つ集団を想定し、その障害を持たない人たちと比較したときに、相当程度の不利益が当該集団に属する多くの人たちに課されるかどうか、という基準で義務発生を判断することが明らかになった。社会から生じる障害は、構造に組み込まれているものである以上、一見するだけで発見できるとは限らない。集団比較をすることで、社会から生じる障害を煇り出そうとしているといえる。しかし、予測型配慮義務は、あくまで障害者の個人的な差別禁止を主張する権利である。したがって、集団比較は配慮義務の存在を明らかにするためだけのもので、実際に差別救済として申立を通じて配慮義務の不履行を主張するときは、必ず申立人本人への不利益な影響の証明が求められる。

## 5 2010年平等法で禁止する差別類型における予測型配慮義務の位置づけ

予測型配慮義務は、2010年平等法においてどのように位置づくのだろうか。そもそも予測型配慮義務は、義務発生の際に、“障害者一般”という障害者集団との比較を行う。これにより、障害者集団に対する平等実現の積極的措置であるポジティブ・アクション

76) 控訴院から引用。

77) para.60。

78) para.66。



ジョン (Positive Action, 以下、PA)<sup>79)</sup>と混合されやすい。そこで、まず、この点の構造的関係を確認する。その上で、2010年平等法で禁止する各差別類型との関係を確認する。2010年平等法は、禁止する差別類型として、直接差別、起因差別、間接差別、そして合理的配慮義務の不履行を禁止する。この中で、構造的差別と関係するものは、間接差別と合理的配慮義務である。直接差別と起因差別は、差別行為者が、障害者に対して障害(起因差別であれば障害に起因する理由)に基づいて不平等取扱いを行うことを問題にする。したがって、一見中立的な基準といった社会構造などを利用しているわけではない。

そこでここでは、予測型配慮義務の障害差別禁止法理での位置づけを探るために、はじめに差別禁止保障としての予測型配慮義務の意義を確認し、これを踏まえて予測型配慮義務と反応型配慮義務・間接差別とのそれぞれの関係に着目する<sup>80)</sup>。

### 5.1 差別禁止の保障としての予測型配慮義務

(a) ポジティブ・アクションと予測型配慮義務 予測型配慮義務の特徴的な点は、差別禁止の一類型として位置づけられるにもかかわらず、個人ではなく、集団を意識している点である。この点により、反応型配慮義務と比較して予測型配慮義務は、差別禁止よりもPAに近いものと見なされやすい。

反応型配慮義務の文脈であるが、B. Doyleは合理的配慮義務をPAの一種として捉え、この義務の根幹には、それがなければ「歴史的差別と機会の不平等は維持され続ける」ことへの危機感があると主張する<sup>81)</sup>。この点について、Doyleは、そもそも合理的配慮義務の問題に限らず、障害者は歴史的に差別、隔離、排除の対象とされており、障害者が「労働市場に入ることや参加することは、非障害者の基準や過去の差別による構造的・制度的障壁によって妨げられる」と指摘し、「女性や人種のマイノリティーのように、障害を持つ労働者は、就労中の権利の制限や雇用の減少など、雇用機会に関する不平等をしばしば経験する」として、この不平等を緩和・解消するためには、使用者による合理的な措置が求められると説明する<sup>82)</sup>。

このようにDoyleは、合理的配慮義務を障害者集団の過去の差別を克服するものと見なしており、合理的配慮義務をPAの一種と捉える。たしかに予測型配慮義務は、障害者

79) PAとは「過去の社会的・構造的差別によって不利益を被ってきた人種のマイノリティーや女性に対して一定の範囲で特別の機会を導入すること等により、実質的平等を実現するための暫定的な措置を意味する」[辻村 2008: pp. 128-129]。他にアメリカにおけるPAを論じたものとして茂木 2015、高橋 2016等。

80) 公的セクター平等促進義務 (public sector equality duty, 以下、PSED) と予測型配慮義務の関係も指摘されている。Alldrigeによると、PSEDは、障害者たちに対する制度的差別 (institutional discrimination) を課題とする [Alldrige 2006: p. 315]。PSEDと予測型配慮義務は同時に発生する可能性がある。両者の関係として、同義務を講じる前にPSEDで平等促進を検討する必要がある [Alldrige 2006: p. 316]。

81) Doyle 2003: p. 72.

82) Doyle 1995: pp. 1-2.

集団に焦点を合わせており、社会構造を問題にしている。しかし、過去の社会的・構造的差別に対するものではない。2010年平等法における社会から生じる障害は、過去ではなく、現在の社会構造が、問題となる障害者に不利益を課している事態を問題にしている。たしかに、予測型配慮義務は、義務発生を明らかにするために集団比較を行うが、申立を通じての差別救済は、障害者本人への相当程度の不利益の事実が求められる。つまり、過去の差別の是正ではなく、現実の申立人個人に対する差別を問題にするのが予測型配慮義務なのである<sup>83)84)</sup>。

(b) 機会の平等と予測型配慮義務　また、機会の平等保障の観点から合理的配慮義務を位置づける論者に、N. Bomforth らがいる<sup>85)</sup>。彼らは、合理的配慮義務を合理的な場合に障害者が平等な社会参加をする際に生じる障壁を除去するもので、他の差別禁止法にはないものであると述べる。そして、人間の違いとしての障害を調整することを蔑ろにすることは、機会の平等の実現を不十分なものとするので、主要な障害差別になると主張する。このようにして彼らは、合理的配慮義務は社会モデルから導き出されるとし、この配慮義務を支える観念は、「障害者の参加を妨げる外部の障壁は実効的に可能な限り取り除くべきである」というものだと指摘する<sup>86)</sup>。

合理的配慮義務を社会モデルから導出される義務と位置づける点では Bomforth らの見解は適切であるといえるが、機会の平等保障の実現方法として合理的配慮義務を位置づけることは適当ではない。“機会の平等保障”の前提には、障害者と非障害者とを異なった存在と位置づけ、両者には“機会”の観点から見て不平等状態にあることを認め、非障害者より“機会”を得にくい存在である障害者に“機会”を提供しようという構造がある。合理的配慮義務があくまで差別禁止の保障である以上、前述の反応型配慮義務の法的性格で示したように、平等取扱（直接差別・関連差別の禁止）の延長線上にあるものとして予測型配慮義務も捉えるべきである<sup>87)</sup>。

83) そもそも2010年平等法は、PAを平等促進措置の1つとして、合理的配慮義務とは別に規定している（158条）。

84) PAと合理的配慮義務の詳しい関係は、杉山2015と杉山2016a: pp. 260-261。

85) Bomforthらも予測型配慮義務と反応型配慮義務を区別して論じたわけではない。

86) Bamforth・Malik・O'Conneide 2008: p. 1072。

87) これに関連してK. Monaghanは、Bomforthらと同様に合理的配慮義務について社会モデルを反映させたものとして位置づけ、社会から生じる障害に対応するものと説明する。そして、障害者が享有できるはずなのにアクセスすることを妨げる障壁をなくすことは、障害を持っていないけれど、同様に障壁を抱える非障害者のアクセスを促すことにもつながるという [Monaghan 2013: p. 355]。この社会から生じる障害の緩和・解消について合理的配慮義務を通じて行うことにより、2010年平等法における障害者ではない者が同様に抱える社会から生じる障害にも影響を及ぼすという指摘は、参照に値する。むしろ、合理的配慮義務を問題となる障害者以外のために講じることは、2010年平等法20条・21条とは無関係ではある。しかし、このMonaghanの指摘は、合理的配慮義務の対象が“社会から生じる障害”であるがゆえに、インペアメントに対応する福祉的措置とは異なり、偏頗的な社会構造に変更を要求する意味で第三者にも影響を与える可能性が合理的配慮義務にはあると言い換えることができる。

## 5.2 予測型配慮義務と反応型配慮義務の関係

まず予測型配慮義務も反応型配慮義務も、問題となる障害者本人の能力・条件とは無関係に社会から生じる障害によって本来保障されるはずのもの（予測型配慮であれば適切なサービスへのアクセス、反応型配慮であれば適切な能力評価）が得られない事態を不当なものとして問題視し、社会側の責任で配慮を要求することで、適切な取扱いを要求する点で、構造を共有する。そして、両配慮義務ともに、平等取扱原則の延長にある差別禁止保障と位置づけられる。

一方で、予測型配慮義務と反応型配慮義務の違いとして、義務発生時期が、予測型は障害者による意思表示の前であり、反応型は意思表示の後であることが挙げられる。さらに、それぞれの配慮義務の法的位置づけについて予測型配慮義務はサービスに適切にアクセスをする権利を意味し、一方の反応型配慮義務は正当に能力・条件を評価される権利といえる。このように、構造的な違いが生まれたのは、それぞれが対象とする領域の性格による。予測型配慮義務を講じるサービス・公的機能領域は対象者が不特定多数であり、一方の反応型配慮義務を講じる労働領域は事業者と労働者というような特定される関係性が前提にある。

## 5.3 予測型配慮義務と間接差別の関係

2010年平等法が禁止する間接差別とは、申立人の障害に関連するような差別的な規定、基準または慣行を設けることで、障害者に間接的に不利益取扱いを行う場合に生じるものを指す（19条1項）。ここでいう“差別的”とは、問題となる規定、基準または慣行を、非障害者にも同様に適用するが、しかし、それが障害者とその障害を有さない者を比較した際に障害者たちに特定の不利を作るように働き、行為者がその取扱いを適法な目的達成に適う均衡のとれた方法であることを証明できない場合をいう（同条2項）。

2010年平等法における間接差別概念を構造的に見ると、差別行為者が、一見中立的な規定・基準・慣行または物理的特徴を媒介にして、差別被害者に不利益取扱いを行うものと定義できる（差別行為者→一見中立的な規定・基準・慣行または物理的特徴→差別被害者）。“障害”の個別具体的・文脈依存的な性質を踏まえると、障害差別禁止法理における間接差別は、ある特徴を引き起こすような障害を持つ者に不利益を与える差別的な“一見中立的な規定・基準・慣行または物理的特徴”を利用した点に問題を見いだし、その利用を否定することで、同差別の救済を行うべきものといえる<sup>88)</sup>。

このような間接差別と予測型配慮義務の関係について Lawson は、構造的に親和的であると位置づける。まず彼女は、問題視しているものが両者とも集団的不利益であり、予測

88) 杉山 2016c: pp. 84-85。

型配慮義務のほうが、間接差別より、集団的不利益を証明することを求められると説明する。さらに、両者ともに集団的不利益だけでなく、個人への不利益の証明を求め、差別的効果を生じさせる潜在的な問題に注意を向けると指摘する。一方、予測型配慮義務と間接差別の違いは、間接差別が既存の規定・基準・慣行または物理的特徴を維持し利用することを問題にするのに対して、予測型的配慮義務は措置を講じていないことを問題にする点である<sup>89)</sup>。

また同様に、Doyle も、商品・施設またはサービスに関連する間接差別の多くの事件は、「不利益取扱い」によって処理される一方で、合理的配慮義務は、障害者が利用することで不利益を生じさせる不当な慣行、ルール、施策、要求などを防ぐという意味でより重要なものとなるという。障害者を差別するような施策、実務、手続きは、それらの本質的な性質に根源的に影響を与えない限り、禁止されるべきであると強調する<sup>90)</sup>。

このように予測型配慮義務は、あくまで同義務の発生要件に申立人個人への不利益が求められるが、審査枠組において集団比較をすることで同義務の存在を燻り出そうという意味で、間接差別と同様に集団性を重視する。その上で、間接差別と異なり、予測型配慮義務は予測して積極的措置を講じることを求める。これを踏まえると、間接差別以上に当該社会に組み込まれた社会から生じる障害に敏感であるといえるだろう。

## 6 障害差別禁止法理における予測型配慮義務

そもそも予測型配慮義務の不履行が差別になるとはどういうことなのだろうか。これを構造的にみると、まず債務者の規定・基準・慣行または物理的特徴が非障害者を基準に構築されることで、ある種類の障害を持つ障害者を排除し、結果として当該障害者がサービスにアクセスできないという事態が発生する。これは、障害者がサービスにアクセスできないのは、障害者が当該サービスにアクセスできる能力・条件が備わっていないからではなく、問題となるサービスが偏頗的で排除的であるからアクセスができないことに問題があることを意味する。このような事態を問題視したとき、サービス利用者としての障害者がサービス利用の際に社会から生じる障害ゆえに当人には責任がないにもかかわらず適切に利用できない場合、単に平等取扱を求めるだけに留まらず社会側の責任で積極的措置を要求するのは、一般市民として他の者たちと同様にサービスにアクセスする権利がある以上、当然に認められるといえるだろう。

また、サービス・公的機能は不特定多数が利用するものである。したがって、少しでも多くの人たちがサービスを利用するためには、反応型配慮義務のように個別的・事後的対

---

89) Lawson 2008: pp. 164-170、杉山 2016c: pp. 90-92。

90) Doyle 2008: p. 145。

応では対応が遅れ、結果として必要なときにサービスが利用できない可能性が生じる。また、そもそも他のサービス利用者は、サービスを利用する際に、いちいち自らの健康状態などをサービス提供者に申し出ることは多くの場合でなされない。だからこそ、債務者は、当該障害者の意思表示を待つ前に、他のサービス利用者が意思表示を行うことなくサービスを利用できるのと同じように、予測して配慮を講じることが求められるのである。

以上より、障害差別禁止法理における予測型配慮義務とは、障害者による配慮要求の意思表示前に予測して講じるものであること、そして、債務者による規定・基準・慣行または物理的特徴によって排除される（社会から生じる障害）ことなく、サービスにアクセスする権利であるということが、本稿の検討を通じて明らかになった。

## 7 むすびに代えて

本稿は、2010年平等法における予測型配慮義務の法的構造を確認してきた。その結果、この義務は、社会から生じる障害によって阻まれることなく、適切にサービスにアクセスすることを要求するものであることが明らかになった。これは、サービス・公的機能領域は、サービス提供者とサービス利用者間で問題になるもので、特にサービス利用者は不特定多数であるという領域の性質を踏まえたものである。

このような領域毎の性質は、もちろん日本でも共有される。特に障害者差別解消法は、行政機関等に配慮義務を課すものであり、本稿で論じてきた2010年平等法におけるサービス・公的機能領域と債務者の多くが重なる。したがって、サービスに適切にアクセスできることを保障する予測型配慮義務の導入可能性について、日本も積極的に検討すべきであろう。

### 付記

本研究は、平成28年度科学研究助成事業（科学研究費補助金）基盤研究（B）（一般）（課題番号16H03545）の成果の一部である。

### 引用文献

- Alldrige, Peter [2006] "Locating Disability Law", *Current Legal Problems* 59 (1).
- Bamforth, Nicholas · Malik, Maleiha · O'Connell, Colin [2008] *Discrimination Law: Theory and Context*, Sweet and Maxwell.
- Disability Rights Commission（行為準則）[2006] *Disability Discrimination Act 1995 Code of Practice Rights of Access: services to the public authority functions, private clubs and premises*, The Stationery Office.
- Doyle, Brian [1995] *Disability, Discrimination and Equal Opportunities: A Comparative Study of the Employment Rights of Disabled Persons*, Mansell.
- Doyle, Brian [2003] *Disability Discrimination Law and Practice 4th edition*, Jordans.

- Doyle, Brian [2008] *Disability Discrimination Law and Practice 6th edition*, Jordans.
- Doyle, Brian · Casserley, Catherine · Cheetham, Simon · Gay, Vivienne and Hyams, Pliver [2010] *Equality and Discrimination The New Law*, Jordans.
- Equality and Human Rights Commission (行為準則) [2011] *Equality Act 2010 Code of Practice: Services, public functions and associations Statutory Code of Practice*, Equality and Human Rights Commission.
- Hepple, Bob [2014] *Equality The Legal Framework 2nd*, Hart Publishing.
- Lawson, Anna [2008] *Disability and Equal Law in Britain*, Hart Publishing.
- McColgan, Aileen [2005] *Discrimination Law: Text, Cases and Materials 2nd edition*, Hart Publishing.
- Monaghan, Karon [2004] *Blackstone's Guide to The Disability Discrimination Legislation*, Oxford University Press.
- Monaghan, Karon [2007] *Equality Law*, Oxford University Press.
- Monaghan, Karon [2013] *Monahan on Equality Law 2nd edition*, Oxford University Press.
- Seal, Privy [2008] *The Equality Bill: Government response to the Constitution*, Cm7454.
- Wadham, John · Robinson, Anthony · Ruebain, David · Uppal, Susie [2012] *Blackstone's Guide to The Equality Act 2010 2nd edition*, Oxford University Press.
- 茂木洋平 [2015] 『Affirmative Action 正当化の法理論』(商事法務)。
- 杉山有沙 [2015] 「障害者に対する応募・採用時における合理的配慮義務の憲法的意味」『ジェンダー法研究』2号。
- 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」元山健・松井幸夫・倉持孝司編『憲法の「現代化」—ウエストミンスター型憲法の変動—』(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号合併号。
- 高橋正明 [2016] 「アファーマティブ・アクションの違憲審査の在り方について」帝京法学 30巻1号。
- 辻村みよ子 [2008] 『ジェンダーと人権』(日本評論社)。