

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

杉山 有沙

1 はじめに

(a) **2010年平等法と“障害”** イギリスにおける障害平等法理は、現在、2010年平等法 (Equality Act 2010) が担っている。同法は、障害だけでなく、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、性的指向も保護特徴 (protected characteristics) として位置づけ、その保護特徴を理由としたサービス・公的機関、不動産取引、労働、教育などの包括的な場面における差別を禁止し、また、平等促進措置を規定する法律である。

2010年平等法が制定される以前、イギリスでは、障害差別禁止法 (Disability Discrimination Act. 以下、DDA) や人種関係法 (Race Relations Act. 以下、RRA)、性差別禁止法 (Sex Discrimination Act. 以下、SDA) というように、特徴ごとに差別禁止・平等立法が存在していた。そこで2010年平等法は、別々に制定された差別禁止立法を調和し、平等促進を強化することを目的に制定された¹⁾²⁾。

2010年平等法は、同法が対象とする障害を身体的または精神的インペアメントを持ち、そのインペアメントが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と定め (6条1項)、この障害を持つ者を障害者と位置づける (6条2項)。

障害を認定する際に、インペアメント (身体的・知的・精神的機能障害) と社会から生じる障害の双方から判断するこうした規定のあり方は、2010年平等法がインペアメント考慮型社会モデルを採用したことを示すものである。ここでいう社会から生じる障害とは、抽象的な存在としての非障害者を基準に法制度をはじめとした社会制度が構築されることにより、非障害者優位な偏頗的な社会構造が形成され、その結果、当該基準から外れ

1) Keter・Business & Transport Section 2009: p. 11、同旨 GEO 2010: p. 3.

2) 杉山 2016b: pp. 426-427.

た障害者が被る不利益を指す³⁾。

(b) 禁止する差別と平等促進措置 2010年平等法が禁止する差別は、保護特徴ごとで、禁止する差別類型を変えている。同法が禁止する障害を理由にした差別は、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)である(25条2項)。2010年平等法における合理的配慮義務には、反応型配慮義務(reactive reasonable adjustment duties)と予測型配慮義務(anticipatory reasonable adjustment duties)という2種類がある。反応型配慮義務とは、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である。一方の予測型配慮義務とは債務者が、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いう⁴⁾。言い換えれば、予測型配慮義務の不履行禁止とは、事件が起きる前に、障害者が被るだろう不利益を予測して積極的措置を講じることを求めるものである。

さらに2010年平等法は、禁止する差別とは区別して、平等促進措置として3つのメカニズムを規定する。1つ目は、社会経済的不利の結果として生じる不平等を軽減することを企図して、公権力の権限行使において「考慮する」ことを義務づけるものである(1条)。2つ目は、本稿が取り扱う公的セクター平等義務(Public Sector Equality Duty. 以下、PSED)である(149～157条)。PSEDは、公権力に、政策決定や機関の通常の他の活動において、差別解消、機会の平等促進、良い関係の助成の必要性を考慮する義務である。障害者の文脈で言い換えれば、事件が発生する前に、障害者が被る差別などの不利益を解消する必要性を考慮して政策決定・権限行使等を行うこと(すなわち、積極的措置)を公権力に政策レベルで義務づけている。そして3つ目は、私人によるポジティブ・アクションである(158～159条)⁵⁾。

(c) 問題提起 ここで注目すべきは、禁止する差別としての予測的配慮義務の不履行禁止とPSEDの関係である。なぜなら、PSEDの規範構造は、2010年平等法において平等促進措置とは区別されているはずの差別禁止に属する合理的配慮義務、特に予測型配慮義務と似通った目的を追求しているように見えるからである。ただ、PSEDが権利保障というよりは政策的課題として位置づけられていることを意識すると、PSEDと予測型配慮義務の類似性は、後者は法的ルール化に限界のある政策課題であるというような理解に根拠を提供するようにも見える。2010年平等法の中にある差別禁止と平等促進措置——予測型配慮義務の不履行禁止とPSED——の考察精度を高めようとする場合、それぞれどのような構造を持つ規範であると理解すべきなのであろうか。

3) 杉山 2017a: pp. 111–112.

4) Hepple 2014: pp. 95–96、同旨 Lawson 2008: pp. 63–64.

5) Doyle · Casserley · Cheetham · Gay · Hyams 2010: pp. 352–353.

これまで筆者は、合理的配慮義務の不履行禁止について、社会から生じる障害を解消するもので⁶⁾、かつ、直接差別や起因差別のような平等取扱原則に反する差別と構造的に連続するものであると主張してきた⁷⁾。つまり、本来、障害者は能力・条件を非障害者と同様に有していることを前提に、障害者がそうした能力・条件を適切に発揮できないのは、非障害者基準の偏頗的な社会構造が原因である。そうした障害者が非障害者と同様な取扱いを受けられない事態の責任を、障害者本人ではなく、社会側に見出すことにより、「障害」というカテゴリー化を拒絶し、正当に能力評価やサービス提供を非障害者と同じように受けられるように配慮を平等権保障の一環として要求することを、合理的配慮義務の不履行禁止と筆者は位置づけてきた。したがって、合理的配慮義務の不履行禁止の前提にあるのは、平等取扱原則と同様に、非障害者と能力・条件が対等な障害者なのである。もちろん予測型配慮義務は合理的配慮義務の一類型であるので、両者は同様の構造を有する。

一方の PSED には、障害者は非障害者と同程度の機会や選択を有しておらず、また、平等な尊重も、社会への完全な包摂もなされないことに対する問題意識が根底にある⁸⁾。つまり、障害者は非障害者と異なった能力・条件であるという「現実」を受け止め、それを解消するために、積極的措置を講じるものが PSED なのである。

かりに予測型配慮義務が PSED と同様なものであるとした場合、予測型配慮義務の不履行禁止の前提にある障害者像も、非障害者とは異なる個人ということになりかねない。2010 年平等法が合理的配慮義務の不履行を差別として禁止するのは障害差別領域のみであり、この意味で合理的配慮義務の不履行禁止は同法における障害平等法理の肝と言える。そのような合理的配慮義務の不履行禁止の要素の一つである予測型配慮義務が PSED と同様に、障害者と非障害者は能力・条件的に異なった存在であるという前提をとっているとすれば、障害者に対する差別禁止は、平等権保障の一環ではなく、政治的課題の一つと位置づけられることになる。これは、差別禁止・平等法理における“障害を理由とした差別”の根幹的な意味を関わる重大な問題である。

このような問題を受けて、本稿は、2010 年平等法における予測型配慮義務の不履行禁止と PSED の構造的な関係を明らかにする。

2 2010 年平等法における公権力

2.1 公権力を巡る障害平等法理

(a) 公権力に禁止する合理的配慮義務の性格 予測型配慮義務の不履行禁止と PSED

6) 杉山 2016a: pp. 213–214.

7) Ibid. p. 139.

8) 杉山 2017b.

が最も接近するのは、公権力をめぐる領域である。そもそも合理的配慮義務の不履行禁止について2010年平等法は、20条と21条でベースとなる要素を定め、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、各領域で妥当する合理的配慮義務の内容を規定する。そして、これに応じて、領域ごとに適用される合理的配慮義務の内容——反応型配慮義務なのか、それとも予測型配慮義務なのか——が変わる。公権力を含むサービス・公的機能提供者が義務づけられているのは予測型配慮義務である⁹⁾。

(b) “サービス・公的機能”の意味 予測型配慮義務の対象となる“サービス・公的機能”は、どのようなものだろうか。まず、“サービス”に関してだが、そもそも2010年平等法には“サービス”に関する包括的な規定はない¹⁰⁾。しかし、平等権利委員会（Equality and Human Rights Commission. 以下、EHRC）¹¹⁾が発行した行為準則によると、2010年平等法におけるサービスとは一般市民（the public）に提供するものをいい、料金が発生するかどうかは関係ない。2010年平等法が対象とするサービスの射程は広範であり、庁舎やホテル、郵便局など、一般市民が提供される場所にアクセスし利用するものを指す。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¹²⁾。

一方、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指す¹³⁾。公的機能は、公権力が運用するものに限られない¹⁴⁾。

(c) PSED 対象としての公権力 一方、PSEDの対象は、予測型配慮義務のものとは別に定められている。PSEDが義務づけられる公権力とは、所管大臣・政府機関、国軍、国民保険サービス、地方当局、教育機関、警察等である（150条1項、附則19）。

(d) 小括 以上から明らかのように、“公権力”と一言で表しても、予測型配慮義務とPSEDの対象となる公権力は正確には異なる。しかし、公的機能の行使主体が公権力に限定しない等の違いがあることはたしかであるが、大部分が重なるので、ここでは、予測型配慮義務の不履行禁止とPSEDの対象を同じ“公権力”とする。

2.2 公権力に対する差別禁止規定と平等義務規定の導入の契機

続いて、障害平等法理が公権力に対して差別を禁止したことと、PSED¹⁵⁾を義務づけた

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

10) Wadham・Robinson・Ruebain・Uppal 2012: p. 78.

11) EHRCは、すべての人々の公正、尊厳、尊重を守る法律の運用を促進するために2006年平等法に基づいて議会によって創設された（EHRC 2016: p. 12）。

12) 行為準則 2011: paras. 11.3–11.5.

13) Ibid. para. 1.8.

14) Ibid. para. 11.14.

15) DDA時代においてPSEDは、障害平等義務（Disability Equality Duty）等と呼称されていた。た

ことが、同時だったことを強調しておこう。イギリスで障害差別をはじめ法的に禁止したのは、1995年にDDAが制定された時だった。しかし、1995年時点のDDAは、19条3項h号で地方当局や他の公権力によるサービスについて触れていたものの、公権力に関する明確な定義を規定していなかった。2005年にDDA改正法¹⁶⁾が制定された際に、公権力に対する差別禁止規定（合理的配慮義務に限定しない）が、DDAに導入された（21B～21E条）。また同様に、DDAへのPSED導入も、2005年DDA改正法制定によってであった。

このような2005年DDA改正法の背景には、1993年のStephan Lawrence事件があった。この事件は、19歳の黒人学生がバス停でバスを待っていたときに、白人グループによって刺殺された事件である¹⁷⁾。本件において警察は、被害者が黒人だったので、黒人同士によるトラブルと決めつけ初動捜査を行い、その結果、犯人の逮捕に必要以上に時間がかかった。これにより、公権力内部に組織的な人種差別・偏見があることが明らかになり、大きな社会問題へと発展した¹⁸⁾。政府は、Lawrence事件について調査を行い、Macpherson報告書を公表した。そして、本件を政治や国中に広がる制度的なレイシズム（institutional racism）の問題として捉えた¹⁹⁾。ここでいう制度的なレイシズムとは、カラー、文化、出自を理由に人々に対して適切で専門的なサービスを集団的に受けることができないことであり、偏見やステレオタイプなどを通じて差別となる言動といった過程の中で見られるものである²⁰⁾。つまり、社会構造を利用した差別ということが出来る（以下、制度的・構造的差別²¹⁾）。

このLawrence事件を受けて、まず、RRAが2000年に人種的平等を促進させるための平等義務を公権力に義務づけた²²⁾。そして、このRRA改正を受けて、2005年にDDAも公権力による差別禁止と平等義務（＝2010年平等法におけるPSED）を規定した²³⁾。

以上から明らかなように、予測型配慮義務の不履行禁止もPSEDも、DDA導入時点において、公権力に対する不信感を根底に据えて導入されたと位置づけることができる。しかし両者は、同時に別々のものとして導入されたものであり、したがって同じ機能や構造を有しているはずがない。そこで、予測型配慮義務の不履行禁止という差別類型とPSEDという平等促進措置をそれぞれ構造的に確認していこう。

例えば、行為準則 2005.

16) Disability Discrimination Act 2005.

17) Macpherson 1999: para. 1.1–1.12.

18) 宮崎 2015: p. 39.

19) Wadham・Robinson・Ruebain・Uppal 2012: p. 4.

20) Macpherson 1999: para. 6.34.

21) 詳しくは、杉山 2017b.

22) Race Relations (Amendment) Act 2000 Explanatory Note para. 27.

23) Disability Discrimination Act 2000 Explanatory Note para. 26, para. 55.

3 予測型合理的配慮義務の不履行

3.1 条文

ここでは、20条・21条の合理的配慮義務の不履行禁止規定が附則2によって改められた後の、サービス・公的機能領域のみに適用される合理的配慮義務の不履行禁止の条文を説明する。

2010年平等法は、条文上で予測型配慮義務という用語を用いているわけではない。同法は、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、この債務者は障害者(a disabled person)に差別を行ったと規定する(21条2項)。ここでいう合理的配慮義務は、次の第1、第2、第3の要求のことである(同条1項)。第1の要求とは、債務者が定める規定(provision)、基準(criterion)、慣習(practice)が非障害者と比較して、関係する事柄に関して、障害者一般(disabled persons generally)に重大な不利を課す場合、その不利を避けるために合理的であるような措置をとることである。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、障害者一般を重大な不利に立たせる場合、その不利を避けるため、またはサービス提供や権限行使に関する合理的な代替の方法を導入するために、合理的な範囲内で措置を取ることである。そして、第3の要求とは、補助的な援助(auxiliary aid)の提供がなければ、障害者一般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な援助を提供することを意味する²⁴⁾(20条3項～5項、附則2の2条2項)。

3.2 予測型配慮義務の不履行禁止の性格

(a) 予測型 このようなサービス・公的機能領域における合理的配慮義務は、予測型配慮義務と解される。EHRCは、サービス・公的機能領域における合理的配慮義務を障害者個人の要請に先立って行われる予測型配慮義務とし²⁵⁾、同義務は、特定の個人が2010年平等法の対象となる障害者であることを知ることを期待できなかったとしても、義務が発生するものであると説明する²⁶⁾。サービス提供者が求められているのは、すべての障害に対応することではなく、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るための合理的な措置を検討したり、講じているかということである²⁷⁾。また、いったん、ニーズがあることに気づいたら、サービス提供者は、そのニーズに応え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²⁸⁾。

24) 補助的な援助とは、障害者のための追加の支援や補助を指す。たとえば手話通訳者やノートテイク等(行為準則2011: para. 7.47)。

25) 行為準則2011: para. 7.20.

26) Ibid. 7.22.

27) Ibid. para. 7.24.

28) Ibid. para. 7.26.

(b) 救済方法 以上が、サービス・公的機能領域における合理的配慮義務の基本的な構造である。ただし、ここで強調すべきは、2010 年平等法が禁止する行為として差別認定するのは、この予測型配慮義務を講じないことである。つまり、同法は、単に合理的配慮を義務づける規定をしているのではなく、この義務を履行しないことを違法となる差別と認定して、損害賠償請求等の裁判所を通じた司法救済の可能性も規定しているのである（113 条、114 条、119 条）。

このように、予測型配慮義務の不履行という差別は、障害者個人が合理的な配慮を講じてもらえず、重大な不利益を被った際に、裁判所を通じた救済の対象となるものである。

(c) 予測型配慮義務の発見方法 予測型配慮義務は、事件前に予測して合理的な配慮を講じることを求めるので、債務者が、問題となる場面でこの義務が存在しているかどうかを判断することは容易ではないだろう。では、どのようにして、予測型配慮義務が存在していることを発見することが求められているのだろうか。

条文にあるように、債務者は、障害者一般と非障害者のグループ間比較によって、予測型配慮義務の存在と内容を理解することが求められる。2004 年の *Roads v Central Trains* 控訴院判決²⁹⁾において、Sedley 控訴院裁判官は、予測型配慮義務の審査には、2 段階の基準があるとした。まず、第 1 に、特定の特徴は、ある種類の障害を持つ人たちの妨げになっているのか。そして、第 2 に、第 1 の基準が肯定されるなら、そのような特徴は、原告にも不利な影響を与えているのかである³⁰⁾。

このように、2010 年平等法 20 条で規定する“障害者一般”は、同じ種類の特徴を持つ人たちである。裁判所がその同じ種類の障害を持つ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、原告本人にも不利益を与えていた場合に、原告である障害者は救済対象になる。

(d) 予測型配慮義務の対象 予測型配慮義務が何に対して配慮を講じているのかについても、障害の構成要素——インペアメントなのか、社会から生じる障害なのか——の観点から再度確認しておこう。条文から明らかのように、予測型配慮義務は、障害者一般に重大な不利を課す規定・基準・慣習（第 1 の要請）、物理的な特徴（第 2 の要請）、補助的な援助（第 3 の要請）に対して行われる。前述の通りインペアメントが障害者の身体的・知的・精神的機能障害であり、社会から生じる障害が非障害者基準の偏頗的な社会構造から生じる不利益であることを踏まえると、予測型配慮義務の対象は“社会から生じる障害”となる³¹⁾。

(e) 小括 最後に、予測型配慮義務の不履行という差別構造を確認しておこう。グ

29) 2004 年 11 月 5 日控訴院判決 = [2004] EWCA Civ 1541.

30) Ibid. para. 12.

31) 詳しくは、杉山 2016a: pp. 213–214.

ループ間比較をすれば障害者に重大な不利益を課すことが予測できる状態で、債務者が配慮を行わず、障害者本人が実際に不利益を被った場合に、訴訟を通じて差別救済を要求できるものが、予測型配慮義務の不履行禁止ということになる。つまりここでは、債務者がある障害者個人に不利益を与えるような差別構造をそのまま利用したことが、問題視されているのである。

しかし、その配慮の射程は、正当なサービス等を受ける程度に限られる。前述の通り、合理的配慮義務の対象としているのが社会から生じる障害である以上、下駄履かせ的な配慮や、合理性を超える程度の配慮は予測型配慮義務の対象にはならない³²⁾。

4 公的セクター平等義務

4.1 条文

(a) **PSED の条文** PSED は、一般義務 (149 条)³³⁾と特定義務 (151 条～155 条) の 2 つで構成される。まず一般義務とは、公権力が権限行使をする際に、2010 年平等法で規定する禁止する差別、ハラスメント、報復的取扱い、そしてその他の行為の除去、障害者たちと非障害者たちの間の機会の平等促進、そして、障害者たちと非障害者たちの間の良好な関係の助成という 3 つの必要性を考慮しなければならないと、公権力に対して義務づけるものである (149 条 1 項)³⁴⁾。一方の特定義務とは、公権力が一般義務をより効率的に遂行するために、所管大臣は規則を定めることができると定めているものである (153 条)。

(b) **条文上の予測型配慮義務と PSED の接点** 2010 年平等法 149 条 1 項は、一般義務の考慮すべき 3 つの要件の 1 つとして、同法が禁止する差別の解消を規定する。この禁止する差別として、予測型配慮義務の不履行が含まれる。つまり一般義務の一部には、2010 年平等法が禁止する予測型配慮義務の不履行を解消する必要性を考慮して、政策決定や権限行使をすることを公権力に義務づける、という構造がある。予測型配慮義務の不履行禁止は、事件発生前に、予測して配慮することを義務づけるものであり、一方の一般義務も、予測型配慮義務の不履行の除去の必要性を考慮して公権力の権限行使を要求するものである。とするならば、予測型配慮義務の不履行禁止と一般義務の射程は、大部分重なるように思われる。他にも、同様に一般義務で考慮すべき 3 つの要件の 1 つである平等

32) 予測的配慮義務の不履行禁止の詳しい説明は、杉山 2016d 参照。

33) “一般義務”という用語は、DDA が規定していたものであり、2010 年平等法は、PSED の内容として“PSED”と“特定義務”としている。しかし本稿では、便宜上、PSED の内容を、DDA と同様に、一般義務と特定義務とする。

34) 2010 年平等法は、人種や性別など 9 つの保護特徴に対するものである。しかし、本稿では、便宜上、保護特徴を“障害”と読み替える。

な機会促進に関連して、149 条 3 項は保護特徴ごとで異なったニーズの必要性を考慮することを含むと規定し、同条 4 項は障害者の対してのみ障害を考慮した措置を含むと定める。EHRC は、この措置を予測型配慮義務として解釈している³⁵⁾。やはり予測型配慮義務の不履行禁止と一般義務は条文上、大部分が重なっているように見える。

もし、平等権保障としての予測型配慮義務の不履行禁止と政治的課題としての一般義務の射程が重なるのであれば、2010 年平等法における平等権保障と政治的要請は、特に予測型配慮義務の不履行禁止を定める“障害”領域については、規範力が同じということになるのだろうか。以下、予測的配慮義務の不履行禁止と特に重なるように見える PSED の構成要素の 1 つである“一般義務”に注視する。

4.2 一般義務の性格

(a) 考慮義務としての一般義務 一般義務は、149 条で掲げられた差別解消、機会の平等促進、障害者と非障害者の良好な関係の助成という 3 つの要件の必要性を考慮する“考慮義務”である³⁶⁾。条文上の“考慮して”の意味について、2008 年の R. (Brown) v. Secretary of State for Work and Pensions and others 事件³⁷⁾において、高等法院は、一般義務とは、公権力の権限行使の際に、結果を実現する義務ではなく、目標を達成する必要性があることを考慮する義務を指すとした³⁸⁾。そして高等法院は、一般義務履行の判断基準として、6 つの条件を示した。この 6 つの条件とは、第 1 に、障害者に影響を与えるであろう決定をする公権力の機関や関係者は、目的を考慮する義務があることを認識していないといけない。第 2 に、一般義務は、障害者に影響を与えるであろう特定の政策の検討をする前、または検討時になされる。第 3 に、一般義務は、厳格に、偏見なしに履行されなければならないと、問題となる公権力の権限行使に組み入れられないといけない。第 4 に、一般義務は委譲できない義務である。第 5 に、一般義務は継続的な義務である。そして第 6 に、問題となる公権力が一般義務を考慮したことを証明する記録を保存することが望ましいというものだった³⁹⁾。

このように一般義務は、成果の保障ではなく、あくまで目標達成の必要性を考慮することに留まるので、実体より手続きを重視したものといえる⁴⁰⁾。

(b) 一般義務の 2 つの側面 一般義務には、公権力内部が権限行使をする際に、制度的・構造的差別を利用することを事前抑制という側面と、イギリス社会に存在する制度的・構造的差別を公権力によって解消するという 2 つの側面がある。前者については、一

35) EHRC 2014: para. 4.4.

36) Ibid. para. 2.19.

37) 2008 年 12 月 18 日高等法院判決 = [2008] EWHC 3158 (Admin), [2008] All ER (D) 208 (Dec).

38) Ibid. paras. 81–82.

39) Ibid. paras. 90–96.

40) 宮崎 2015: p. 41.

一般義務の導入の契機になった Lawrence 事件で発覚した警察による制度的レイシズムに起因する。

(c) 救済方法 一般義務は公権力による考慮義務であり、第一義的に、この義務が課された機関や関係者によって、この義務が履行されることが望まれる。しかし、公権力による取り組みや処分が不服である場合、障害者は、EHRC による調整や高等法院で司法審査 (judicial review) を要求することができる⁴¹⁾⁴²⁾。

5 間接差別と予測型配慮義務の不履行・平等義務の関係

5.1 間接差別を考察対象に含める意義

予測型配慮義務の不履行禁止と PSED は、障害者への差別の解消に資するように、積極的措置を講じることを公権力に要求するという機能的な構造において、同じ構造を有している。さらに、そもそも、合理的配慮義務の不履行を禁止する差別として位置づけるのは、2010 年平等法に限らず、イギリス平等法理において障害領域のみに限られる。したがって、いきなり予測型配慮義務の不履行禁止と PSED の関係性を検討したら、“性別や人種など他の特徴と比較して障害は特殊である”というような極めて安易な印象を与えかねない。そして、このような障害特殊理論は、合理的配慮義務の不履行禁止という差別類型の権利性や、2010 年平等法における障害平等法理の差別禁止規範それ自体に疑いを招く危険性があるばかりか、本稿で明らかにすべき予測型配慮義務の不履行禁止と PSED の関係性の分析の焦点を拡散させる可能性がある。

そこで、本稿では、予測型配慮義務の不履行禁止と PSED の関係性を検討するにあたり、より普遍性のある構造的検討を行うために、間接差別禁止も考察要素に加える。イギリスにおいて間接差別禁止法理がはじめて導入されたのは、1975 年に SDA が制定された時であった⁴³⁾。その後、1976 年には RRA も、そして 2006 年平等法も間接差別禁止を規定した⁴⁴⁾。このように、イギリス差別禁止・平等立法は、間接差別禁止を積極的に規定してきた。したがって、間接差別禁止を考察対象に加えて、予測型配慮義務の不履行禁止と PSED の関係性を検討すれば、イギリス平等法理における両関係の位置づけに関する普遍性

41) EHRC 2014: paras. 7.1-7.9, 2006 年平等法 32 条 11 項。ただし、特定義務に関しては、EHRC による遵守通告のみで、司法審査を求めることはできない。

42) PSED の詳しい説明は、杉山 2017b。

43) Lawson 2008: p. 155.

44) DDA に関しては、1995 年の制定当初から間接差別禁止規定の導入がしばしば議論にあがったが、障害関連差別禁止や合理的配慮義務の不履行禁止で対応できるとして、導入されなかった。両者が重なるとしてイギリス障害平等法理で捉えられてきたことは両者の関係性を理解する上で重要な考慮要素はあるものの、本稿は、2010 年平等法における予測型配慮義務の不履行禁止と間接差別禁止の関係性を検討するものなので、注釈での言及に留める。この議論に関して詳しくは、杉山 2016c: pp. 86-89。

の確保を期待できる。

5.2 2010 年平等法における間接差別

間接差別禁止について 2010 年平等法は、原告である障害者の障害について差別的な規定 (provision)、基準 (criterion)、慣行 (practice. 以下、PCP) を差別行為者である被告が原告に適用した場合、被告が原告に間接差別をしたことになる規定する (19 条 1 項)。ここでいう差別的な PCP は、非障害者たちに、被告が問題の PCP を非障害者たちに適用し (または適用しようとし)、障害を持つ原告と非障害者たちと比較した際に問題の PCP が原告と同様の障害を持つ人たちに特定の不利を与え (または与えるであろう)、問題の PCP が原告に不利に働き (または働くであろう)、そして被告が合法的な目的と釣り合うものであることを証明することができないものをいう (同条 2 項)⁴⁵⁾。

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 PCP 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 PCP→差別被害者)。また、条文構造上、間接差別発生のタイミングは、非障害者たちと障害者たちという集団比較をすると不利益の存在が明らかになるような差別的な PCP を利用し、障害者本人に不利益を与えた時点といえる⁴⁶⁾。

5.3 間接差別と予測型配慮義務の不履行の関係

(a) 構造上の関係 予測型配慮義務の不履行禁止と間接差別禁止の関係性について A. Lawson は、両者の構造は多くの共通点があると説明する。まず彼女は、救済申立の際に、集団的不利益の存在を要求している点を挙げる。また、両方とも個人への実際の不利益の存在によって差別として救済されるかどうか判断されるという。さらに、両方とも、差別行為者に彼らの行為による差別的効果に注意を向けさせること、そしてその差別的効果を減らすための検討することを要求すると説明する。一方、予測型配慮義務の不履行禁止と間接差別禁止の違いは、問題視するポイントであり、間接差別が PCP を維持し利用することに対して、予測型的配慮義務の不履行禁止は措置を講じていないこと等を挙げる⁴⁷⁾。

Lawson の指摘は、2010 年平等法制定前の DDA に対してなされたものであるが、2010 年平等法においても示唆に富む指摘であるといえる。そこで、彼女の構造分析を踏まえ、2010 年平等法における両者の関係を検討していこう。

45) 2010 年平等法 149 条と同様に、2010 年平等法は人種や性別など 9 つの保護特徴に対するものなので、19 条は“障害”ではなく“保護特徴”として定めている。しかし、便宜上、ここでは、“保護特徴”を“障害”と読み替える。

46) 間接差別禁止に関する詳しい説明は、杉山 2016c。

47) Lawson 2008: pp. 164–169、同旨、Lawson 2011: pp. 377–379。

まず EHRC によると、間接差別禁止を定める 2010 年平等法 19 条 1 項が規定する PCP は、合理的配慮義務を規定する 20 条 3 項の PCP と同じである⁴⁸⁾。ただし、ここで注意すべき点は、予測的配慮義務や間接差別の発見方法である。

2010 年平等法 19 条 2 項によると、1 項の“差別的な PCP”とは、第 1 に非障害者“たち”に問題となる PCP を適用し、第 2 に非障害者“たち”と比較すると障害者“たち”に特定の不利を与え、第 3 に障害者である原告本人に実際に不利を与え、第 4 に正当化できない場合をいう。つまり、差別的な PCP とは、グループ間比較を行った結果、間接差別を引き起こす構造が明らかになるものを指す。そして、間接差別が問題になるのは、差別行為者が、その構造を利用し、原告本人が不合理な不利益を受けることである。

一方、予測型配慮義務の不履行も、前述した通り、グループ間比較によって配慮義務の存在を見つけることを求める。そして差別救済の対象となるには、原告本人への実際の不利な影響の存在が要件になる。ちなみに、間接差別禁止にある正当化要件は、予測型配慮義務では、“合理性”の審査と同じ働きが期待できる⁴⁹⁾⁵⁰⁾。

以上より、条文構造上、2010 年平等法における間接差別禁止と予測型配慮義務の不履行禁止は、同一の差別的な PCP を問題にしていることが明らかになった。そして、その中で、間接差別禁止は問題となる PCP を不当に利用したことを問題視し、予測型配慮義務の不履行禁止は、この利用にあたり、合理的な配慮を講じなかったことが問題になる。

ただし、予測型配慮義務の不履行禁止の対象は、20 条 4 項と 5 項にあるように PCP だけではなく、物理的な特徴や補助的な援助も含まれる。したがって、予測型配慮義務の不履行禁止の方が、対象が、間接差別禁止よりも広範である。このような予測型配慮義務の不履行禁止と間接差別禁止について EHRC は、対象がしばしば重なり、また、同時に検討されるものであると説明する。また、間接差別の正当化として、予測型配慮義務の有無も考慮対象とされる⁵¹⁾。

(b) 積極的措置の要求の意味 予測型配慮義務の不履行禁止と間接差別禁止の関係で一番問題となるのは、予測型配慮義務の不履行禁止が積極的措置を求める点であろう。なぜ、障害領域のみに存在する予測型配慮義務の不履行禁止は積極的措置を求めるのだろうか。

2008 年の Archibald v. Fire Council 事件貴族院判決⁵²⁾において、Hale 卿は、SDA や RRA と異なって DDA は障害者と非障害者の違いを無意味であるとみなしておらず、障害

48) 行為準則 2011: para. 7.43.

49) 杉山 2016a: p. 105, 110.

50) 一方、反応型配慮義務は、事件が起きた後に、対応するものなので、グループ間比較を要求しない。その意味で、間接差別の補完関係にあったとしても、厳密には、同一の構造を有していない。

51) 行為準則 2011: paras. 5.37, 5.38.

52) 2004 年 7 月 1 日貴族院判決 = [2004] UKHL 32, [2004] IRLR 651.

者を非障害者と同じように扱うことを求めていると説明した。そして DDA は障害者の特別なニーズを満たすような合理的配慮を要求するとし、優先的取扱いの要素を生じることとは必然であると判示した⁵³⁾。また、2010 年平等法も、たとえば直接差別禁止の文脈で、障害者の優先的取扱いを認め（13 条 3 項）、後述の PSED の文脈でも障害者の特別なニーズを強調する（149 条 4 項）。

では、予測型配慮義務として積極的措置を要求するのは、障害者が非障害者とは異なり、特別な支援が必要な存在だから措置が必要なのだろうか。言い換えれば、劣った障害者のために積極的措置を講じるものが予測型配慮義務なのだろうか。

前述した通り、予測型配慮義務が対象にしているのは、社会から生じる障害である。すなわち、本来、障害者は非障害者と同様に公権力によるサービス等にアクセスできるはずなのに、非障害者基準の偏頗的な構造を 20 条で規定するような差別的な PCP や物理的な特徴等が有するからアクセスできない事態が存在する。このような事態は不当なので、障害者が、当該サービス等に適切にアクセスできる程度の合理的な配慮を予測し、実際に配慮を講じることを債務者に要求する。これが予測型配慮義務である。

このような構造による被害を、実際には障害者だけでなく、女性や人種のマイノリティーも被っているはずである。したがって、たまたま予測的配慮義務を採用したのが、障害領域だけだったということができるであろう。

(c) 小括 では、予測型配慮義務の不履行禁止と間接差別禁止の関係は、どのように捉えるべきだろうか。植木淳は、アメリカの障害平等法理を踏まえ、合理的配慮義務を間接差別と相互補完関係があるという⁵⁴⁾。この植木の見解を踏まえると、2010 年平等法の枠組みにおいては、予測型配慮義務の不履行禁止の一部が間接差別禁止を補完しているという関係ということになる。

5.4 間接差別禁止と PSED

(a) 制度的・構造的差別との関係 このように予測型配慮義務の不履行禁止の一部と補完関係にある 2010 年平等法における間接差別禁止は、PSED とどのような関係にあるのだろうか。イギリス障害平等法理が間接差別禁止を導入したのは 2010 年平等法が制定された時であったが、RRA と SDA には制定当初から間接差別禁止規定が存在していた。つまり、DDA とは異なり、RRA と SDA は、間接差別禁止規定がすでに規定されていた中に、前述のように Lawrence 事件を契機に新たに PSED が導入された、という順番である。

これに関して N. Bamforth らは、Lawrence 事件で摘発された制度的・構造的差別を解

53) Ibid. para. 47.

54) 植木 2011: p. 173.

消するものとして間接差別禁止と PSED を説明する。Bamforth らは、制度的・構造的差別を社会的な悪とする認識が高まることによって、その制度的・構造的差別の一部について間接差別禁止を通じて解消しようと試みる一方で、この差別を解消するために他の手段が必要であるという意識につながったと説明する。彼らは、イギリスにおいて制度的レイシズム（制度的・構造的差別）という用語をはじめて公的に用いたのは 1981 年の Sacrmann 報告書のときであったとしつつも、PSED を法的に導入させるほどの強い問題提起をしたのは、Lawrence 事件を調査報告した 1999 年 Macpherson 報告書であると主張する。この報告書で、間接差別を含んだ差別を解消するためには、個人的救済以上の手段が必要であると主張されたとし、この意味で、間接差別は、制度的・構造的差別を解消するものとしては不十分であると認識されたと説明した⁵⁵⁾。

この制度的・構造的差別を解消する手段として間接差別では不十分であるから、PSED も導入したという Bamforth らの説明は、イギリス平等法理をめぐる“現実”を反映させたもので興味深い。

このような間接差別禁止と PSED の関係性の捉え方は、2010 年平等法を制定する際の報告書等にも見られる。たとえば、Lester 卿と B. Hepple が先頭に立ち同法制定に向けた調査会を 1997 年の総選挙直前に設立し、2000 年に提出した報告書において⁵⁶⁾、間接差別禁止の概念は重要としつつも、結果の平等を達成するのに十分ではないと評価した。これは、間接差別が個人的救済型で、構造を除去するための救済的行為ではないことが理由である。個人救済を担う直接差別や間接差別には限界があるとし、PSED は事件前に行うので、原告本人だけを救済するという限界は存在せず、社会における平等を促進できると主張した⁵⁷⁾。

同様に、S. Fredman も、間接差別禁止と PSED の連続性を主張する。間接差別禁止の原理は、どのようにして問題となる差別的効果をなくすのか、という問題につながるとし、この問題は、この差別的効果を軽減するために、積極的措置を求めるようになるという。そして、これが PSED であると説明する⁵⁸⁾⁵⁹⁾。

以上から明らかなようにイギリス平等法理において、PSED は、制度的・構造的差別を解消するために、間接差別とともに講じられる手段の一つとして位置づけられる。では、この構造は、実際にどのように適用されているのだろうか。

(b) 判例 間接差別禁止と PSED が同時に問題になった判決として、2016 年の

55) Bamforth・Malik・O’Cinneide 2008: pp. 335-337.

56) Hepple 2014: pp. 1-6.

57) Hepple・Coussey・Choudhury 2000: pp. 32-34.

58) Fredman 2014: p. 354.

59) Fredman は、間接差別を、取扱い自体よりも効果と、個人とグループの関係、そして申立による救済をしつつも事前の救済措置を強調するものと説明する (Fredman 2014: p. 349)。このように間接差別の捉え方について、Fredman と筆者は異なる。

Regina (H and others) v Ealing London Borough Council 事件高等法院判決⁶⁰⁾がある。2013 年 10 月、住宅申請見込者たちの間の求職活動の促進と良いコミュニティでの振る舞いを促すために、地方住宅当局は、住宅割当政策の改正案を導入した。このときの要件の 1 つとして、勤労世帯要件⁶¹⁾というものがあった。ここでいう勤労世帯とは、過去 18 か月の中で 12 か月間は週に少なくとも 24 時間以上働いた世帯を指す。障害のあるシングルマザーとその子どもや高齢障害者夫婦など 6 名の原告らが、この要件に対して、2010 年平等法 19 条（間接差別）、149 条（PSED）、欧州人権条約 8 条、14 条、そして 2004 年児童法 11 条 2 項違反であると主張した。

高等法院は、まず、2010 年平等法が保障する間接差別禁止に関して検討した。勤労世帯条件について高等法院は、女性や障害者、高齢者は労働市場における不利な立場などが原因で不公平な不利益を被るとし⁶²⁾、被告は原告らに 19 条 1 項の間接差別を行ったと判断した⁶³⁾。そして、正当化について、政策の目的は正当なものであったとしつつも、目的達成手段について、働きたくても働けない者のための例外を設けることもしなかったので、正当化できないとし⁶⁴⁾、勤労要件は間接差別であると判断した⁶⁵⁾。また、PSED について、この義務は意識的なアプローチを必要とするとし⁶⁶⁾、勤労世帯要件の差別的な影響を考慮せずに政策決定したとして PSED 違反があったと判断した⁶⁷⁾。

本件は、勤労世帯要件に対して、間接差別禁止と PSED の観点から判断している。そして、両者とも 2010 年平等法違反であると、高等法院は判示した。ここで特に注目すべきなのが、同じ勤労世帯要件を審査しているにもかかわらず、審査している時点が異なることである。間接差別禁止は、勤労世帯要件それ自体が差別的な PCP であり、実際に原告らに不当に不利益を与えたかどうかを問題にしている。これに対して PSED は、勤労世帯要件を決定する際に、差別解消等の必要性を考慮したかどうかを審査対象にしている。つまり、間接差別は勤労世帯要件そのものを審査し、PSED は公権力の勤労世帯要件を行使する時点の手続のあり方を審査しているのだ。

5.5 小括

ここまでの検討で、2010 年平等法において予測型配慮義務の不履行禁止と間接差別禁止の関係について、次のことが明らかになった。すなわち、予測型配慮義務の不履行禁止

60) 2016 年 4 月 18 日高等法院判決 = [2016] EWHC 841 (Admin), [2016] PTSR 1546.

61) 他にも、反社会的な行為をしない等の条件を持つモデル賃借者要件というものがあった。

62) [2016] EWHC 841 (Admin) para. 36, 50.

63) Ibid. para. 57.

64) Ibid. paras. 46, 61–62.

65) Ibid. para. 68.

66) Ibid. para. 106.

67) Ibid. paras. 109, 112–114.

の一部は、間接差別禁止を補完する関係にある。両者の違いは、積極的措置を求めるかどうかには還元される。そもそも予測型配慮義務の不履行禁止が問題にしているのは、社会から生じる障害を生み出す障害者基準の偏頗的な社会構造の利用である。したがって、この構造を無反省に利用したことを問題視して、利用した公権力等に合理的な配慮を要求するのが、予測型配慮義務の不履行禁止といえる。たしかに、間接差別禁止とは異なって予測型配慮義務は積極的措置を要求する。しかしだからといって、両差別類型の間に、たとえば前提とする個人像——比較対象者と主体的で対等な個人か、または他者依存的で保護の客体か——等の違いを見出すことはできないといえるだろう。また、予測的配慮義務の不履行禁止は、間接差別禁止が差別的な PCP だけを対象にしているのに対して、物理的な特徴や補助的な援助というように、より広範なものを対象にしていることも、強調していく必要がある。

また、間接差別禁止と PSED の関係については、制度的・構造的差別に対して、間接差別禁止は訴訟を通じて事後的に個別的救済を図るものであり、一方の PSED は、そもそも間接差別を含んだ差別が発生しないように、事件前の権限行使の時点で差別是正等の考慮義務を課すことでリスク軽減を図っているものということができる。これは、判決において大きな違いとして現れる。つまり、間接差別禁止は、制度的・構造的差別（差別的な PCP）の利用それ自体を問題視しているのに対して、PSED は、制度的・構造的差別を利用する直前の場面において、公権力に対して、手続き的な意味で 149 条 1 項に基づく考慮義務を果たしたかどうかを問題にしている。時間軸でいえば、まず、問題の PCP が PSED に基づいて検討され、その後、間接差別としても当該 PCP が判断される。

6 予測型配慮義務の不履行と平等義務の関係

6.1 判例上の予測型配慮義務の不履行禁止と PSED

Regina (H and others) 判決で示された間接差別禁止と PSED の関係性の捉え方は、2010 年の R (on the application of Gill) v Secretary of State for Justice 事件高等法院判決⁶⁸⁾でも見られる。本件において原告は、自動的無期刑 (automatic life sentence)⁶⁹⁾の受刑者だった。彼は、2010 年平等法における障害者であり、IQ65 という知的障害を抱えていた。仮釈放審査委員会 (Parole Board) は、再犯を防止するための犯罪行為プログラム (offending behavior program)⁷⁰⁾への参加を考慮して仮釈放することを審査していた。しか

68) 2010 年 2 月 26 日高等法院判決 = [2010] EWHC 364 (Admin), [2010] EqLA 296.

69) 自動的無期刑について、河合 2010: p. 145.

70) 判決は犯罪行為プログラムのみを定義し、その上で犯罪行為活動と犯罪行為コースを定義せずに用いている。本稿は、犯罪行為活動と犯罪行為コースについて犯罪行為プログラムを形成するものとして捉え、全て犯罪行為プログラムという用語を用いる。

し、プログラム全般が IQ80 以上の者を対象としており、原告の障害がそのようなプログラムへの参加を不可能にさせており、これについて同委員会も認識していた。実際、原告は、彼の知的障害のために、当該プログラムにアクセスすることもできなかった。結果として仮釈放を認めなかったものの、委員会は、下位カテゴリーの刑務所への原告の移動を判断した。原告は、予測型配慮義務の不履行⁷¹⁾、直接差別⁷²⁾と平等義務 (= 2010 年平等法における PSED) 違反等⁷³⁾で申立てた。

高等法院は、原告の主張をすべて認めた。予測型配慮義務の不履行について高等法院は、被告の仮釈放の審査にあたり参照される犯罪行為プログラムは IQ80 以上の者にとって意義があるものであり、原告が他の受刑者と同様に利用することは難しいまたは不可能であったとした⁷⁴⁾。知的障害を有する原告が他の受刑者と同じように犯罪行為プログラムにアクセスできるように、合理的な配慮を講ずる義務があったとし⁷⁵⁾、被告の予測型配慮義務の不履行という行為は、現行のプログラムに対する配慮を講じることを適切に調査しなかったことでもありと判断した⁷⁶⁾。そしてその結果、原告は、いかなる犯罪行為プログラムから締め出された⁷⁷⁾。たしかに、原告はこの犯罪行為プログラムへの参加なしでも成長を見られたが、重要なのは、彼のリスクを軽減させるために被告から提供される手段が制限されていたことであるとし、したがって、原告が他の受刑者と同様なサービスを受けていたとはいえないとした⁷⁸⁾。そして、また、被告は合理的な配慮を講じなかったことの正当性も証明できていないと判断した⁷⁹⁾。

次に、一般義務について高等法院は、原告が予測型配慮義務の不履行禁止に焦点を当てて議論したので、結論を先延ばしにした⁸⁰⁾。ただし、本件においても高等法院は、DDA49A 条⁸¹⁾の平等義務の性格について、考慮義務であり結果を実現するものではないこ

71) DDA において公権力に対する予測型配慮の不履行禁止は、21D 条 2 項と 21E 条に規定された。2010 年平等法は DDA が形成した障害平等法理を引き継いだ。予測型配慮義務の不履行禁止の条文について、2010 年平等法と DDA は異なる。同条は、公権力による権限行使にあたり、公権力によるサービス提供等の利益 (benefit) が受給することが、障害者たちにとって、不可能または困難である、そして公権力による損害が不合理なものであるにもかかわらず、そのような影響がなくなるように、合理的な範囲で慣行 (practice)・方針 (policy)・手続 (procedure) や物理的な特徴を変えたり、補助的な援助を行うなど、公権力に課された合理的配慮義務を講じずに、また正当化もできなかった場合、公権力は差別をしたことになる。

72) 判例では、直接差別という文言になっているが、DDA21 条 D 号は、筆者の枠組みでは関連差別に該当する。杉山 2016。

73) 他にも原告は公法義務 (public law duties) 違反も主張し、この原告の主張も認められた ([2010] EWHC 364 (Admin) paras. 77–79, 81–82)。

74) [2010] EWHC 364 (Admin) para. 64–65, 67.

75) Ibid. para. 68.

76) Ibid. para. 70.

77) Ibid. para. 72.

78) Ibid. para. 73.

79) Ibid. para. 75.

80) Ibid. para. 76. 高等法院は、直接差別違反かどうか判断を保留にした。

81) DDA49A 条 1 項は、平等義務 (= PSED) について、公的機関は、(a) 同法において禁止する差別の除去の必要性、(b) 障害に関係する障害者に関するハラスメントの除去の必要性、(c) 障害者

と、問題となる公権力が DDA49A 条の一般義務によって要求された検討過程を実質的に組み込んだかどうか論点になることを説明した⁸²⁾。

本件において、一般義務違反を判断する際の審査対象が何であったのか、明らかにされていない。そこで、本件における一般義務の対象が何であったのかを考察していこう。

そもそも原告は、知的障害を持つ者たちのために犯罪行為プログラム関連の取り組みをしなかったことを DDA49A 条で規定された一般義務違反として主張した⁸³⁾。また、一般義務について高等法院も、違反があったかどうかの判断を保留にしつつも、結果から見れば、被告の決定には、原告が利用できる犯罪行為プログラムがなかったことを指摘している。このような不利益を伴う決定は、原告への損害の原因になったという⁸⁴⁾。

このように高等法院は、一般義務に関して判断をしなかったものの、一般義務の審査対象となるのは犯罪行為プログラムの決定ないし権限行使といえるだろう。そうであるなら本件においても、予測型配慮義務の不履行は、犯罪行為プログラムそれ自体を審査対象にするのに対し、PSED は、同プログラムの利用時において考慮したかどうかという公権力の手続きを審査対象にしているといえるだろう。

6.2 PSED と「予測型配慮義務」

(a) 「予測型配慮義務」 = PSED ? 差別類型としての予測型配慮義務の不履行禁止と、PSED は、裁判所による救済を図る際に、その審査を行う対象が同じ PCP 等 (R (on the application of Gill) 事件では、犯罪行為プログラム) であるが、違う側面——予測型配慮義務の不履行禁止は PCP そのもので、PSED は PCP を利用する直前の手続き——を審査していることが明らかになった。では、そもそも「予測型配慮義務」それ自体と PSED は、どのような関係にあるのだろうか。

EHRC は、予測的配慮義務と PSED を密接な関係にあるとして捉えている。たとえば、先で軽く触れたが、149 条 1 項に規定された 3 つの考慮要件の 1 つである機会の平等促進の文脈で、149 条 4 項は障害者に対して異なった取扱いを求めているとし、これが具現化されたのが 20 条の合理的配慮義務であると説明する。さらに、機会の平等保障の文脈では、合理的配慮を通じて平等義務が実現されると位置づける⁸⁵⁾。また、この EHRC の把握と同様に、K. Monaghan も、PSED の履行は、合理的配慮義務の履行の促進になると指

と非障害者の間における機会の平等促進の必要性、(d) たとえ障害者を非障害者より優遇するようなものであったとしても、障害者の障害を考慮した積極的措置の必要性、(e) 障害者に向けられた積極的態度促進の必要性、(f) 公的生活における障害者による参加促進の必要性を考慮して運用すべきであると規定していた。

82) [2010] EWHC 364 (Admin) para. 59.

83) Ibid. para. 48.

84) Ibid. para. 76.

85) EHRC 2014: paras. 3.23–3.24, para. 4.4.

摘する⁸⁶⁾。

一見すると、EHRC と Monaghan の説明は、予測型配慮義務と PSED は大部分が重なるものと説明しているように見える。しかし、前述の間接差別禁止と予測型配慮義務の不履行禁止の関係性の検討で明らかにしたように、予測型配慮義務の一部は、間接差別禁止を補完するものである。そして、間接差別禁止と PSED は、同じ制度的・構造的差別を解消するものであるとしても、その適用場面が異なる。つまり、間接差別禁止と PSED は、厳密に言えば問題となるタイミングや差別的な PCP の問題の見出し方が異なる。たしかに、予測型配慮義務の不履行禁止は間接差別禁止より対象が広範であるが、間接差別禁止は予測型配慮義務の一部という関係性にあるのに、予測型配慮義務は PSED と大部分が重なるということがありえるのだろうか。

(b) 差別禁止と考慮義務 Lawson は、予測型配慮義務と PSED は、障害者の平等保障のために積極的措置を事前に講じる点で近い構造にあるとしつつ、多くの点で異なることを説明する。たとえば、執行手段が異なるという。予測型配慮義務はあくまで個人による差別禁止の行為として存在し、この意味で同義務は訴訟主導型である。これに対し PSED は、EHRC による調整か、司法審査の要求をするに過ぎない。また、根本的な問題として、予測型配慮義務は差別しない義務であり、PSED は積極的措置を要求するものであるという。他にも、結果志向性を挙げる。PSED はあくまで考慮義務で結果を求めないが、予測型配慮義務は合理的な配慮を要求する。そして、予測型配慮義務は特定個人の必要性などを考慮することをしばしば求めるが、平等義務はそのような特定性はないという。ちなみに、Lawson は、予測型配慮義務と PSED の射程は重なる領域もあるという⁸⁷⁾。

Lawson の両者の関係性の分析は適切であろう。そもそも 2010 年平等法は予測型配慮義務の不履行禁止を禁止する差別と位置づけ、PSED を平等促進義務の一つとして位置づけている。したがって、当然、両者の法的拘束力や規範構造は異なる。たとえば、予測型配慮義務は、事前に配慮を講じるものであったとしても、差別救済としてこの義務の不履行の対象は、障害者個人なのである。一方、PSED は政策的側面が強くなるので、障害者集団への影響が重要視される。以上の Lawson の分析を肯定的に受け止めた上で、本稿は、構造上、予測的配慮義務と PSED はどのような関係にあるかを確認していこう。

(c) 制度的・構造的差別との関係 間接差別禁止と予測型配慮義務が補完関係にあるなら、間接差別禁止と同様に、予測型配慮義務も制度的・構造的差別を解消するものであるといえる。そもそも予測型配慮義務は、“社会から生じる障害”を解消するものである。ここでいう社会から生じる障害は、非障害者基準の偏頗的な社会によって被る不利益なので、制度的・構造的差別と構造が重なる。しかし、当然、制度的・構造的差別は社会

86) Monaghan 2013: p. 381.

87) Lawson 2008: pp. 221-223.

から生じる障害に限定されないので、制度的・構造的差別の一部が社会から生じる障害ということになる。

一方、PSED も制度的・構造的差別を解消するものであるが、その対象は、極めて広範である。そもそも、PSED は考慮義務なので、制度的・構造的差別を利用することで公権力が差別行為を未然に防ぐように、もしくは、制度的・構造的差別を解消するように公権力の政策決定や権限行使を統制しようとする義務である。そして、PSED は、現在の決定だけでなく、過去の平等目的の考慮の失敗した決定の結果を是正することも求めている⁸⁸⁾。

このように比較すると、起きると予測できる制度的・構造的差別による不利益を事件前には是正するものが予測型配慮義務であるのに対して、制度的・構造的差別による不利益を未然に防ぐ（または、積極的に解消する）ために考慮するのが PSED である。

(d) 予測型配慮義務と PSED の関係 再度、時間軸に沿って整理していこう。149 条 1 項の 3 つの要件の必要性を考慮するのが PSED である。そして PSED は、結果ではなく手続を求める義務である。したがって、PSED の末に行われた公権力による政策決定・権限行使の中に、予測型配慮義務で対応すべき問題があるということになる。

とするならば、たしかに、対象とする制度的・構造的差別は予測型配慮義務も PSED も共有している。その意味では、両者の解消すべきものは大きく重なるといえるが、2010 年平等法の枠組みでいうなら、同じ制度的・構造的差別であっても、解消しようするポイントが“ズレる”といえるだろう。以上より、条文通り、PSED は、予測型配慮義務をめぐる問題が起きないように、未然にリスク軽減を図る役割を有するものであるといえる。

最後に、PSED は予測型配慮義務に資し、また予測型配慮義務は PSED に貢献するという EHRC や Monaghan の指摘の意味を考えておこう。予測型配慮義務も PSED も、問題視しているのは制度的・構造的差別である。とするなら、たしかに、厳密な意味で 2010 年平等法における両者の位置づけは違っても、同じものを解消すべきものと見据えているので、片方が適切に機能して制度的・構造的差別が解消すれば、当然、もう片方にも良い効果が作用するといえるだろう。

6.3 予測型配慮義務の不履行禁止と PSED の関係

以上より、まず、予測型配慮義務の不履行禁止と PSED は、前者が差別禁止であり、後者が考慮義務であるという点で、根本的に異なる。

それを踏まえた上で、予測型配慮義務と PSED については考察したところ、次のことが明らかになった。まず、両者とも、障害者への差別が起きないように、積極的措置を講

88) EHRC 2014: para. 3.2.

じるものであり、そして、両者が対象としているのは、制度的・構造的差別である点が共通している。

しかし、時間軸で見ると、予測型配慮義務と PSED が債務者に積極的措置を講じることを求めるポイントが異なることが明らかになる。すなわち、制度的・構造的差別に対して、まず PSED は、債務者である公権力に政策決定や権限行使の際に 149 条 1 項の 3 つの要件（差別等の解消、平等な機会保障、良好な関係性の促進）の必要性の考慮を求める。しかし PSED は、成果でなくあくまで“考慮する”という手続を課す義務なので、結果として、制度的・構造的差別を利用するような政策決定や権限行使を公権力が行うことがある。そこで、予測型配慮義務は、この公権力による行為に対して、実際の事件が起きる前に、グループ間比較すれば障害者に相当の不利が起きることが明らかであるならば、配慮を講じることを、債務者に求める。それでも、債務者が何の合理的な配慮を講じず、実際に障害者個人に相当な不利益を課した場合、被害を受けた障害者は、予測型配慮義務の不履行として差別救済を申立てることができる。

7 障害平等法理における合理的配慮義務の不履行禁止と平等促進義務の意味

最後に、障害平等法理において公権力に対する合理的配慮義務の不履行禁止と平等促進義務を設けることの意義を考察していこう。そもそも障害平等法理は、他者依存的で保護の対象として位置づけられていた障害者が非障害者と対等で主体的な個人として社会で生きることを要求した障害者運動の展開の末に、形成されたものである⁸⁹⁾。

このような障害平等法理が 1995 年の DDA 制定当初から採用した合理的配慮義務の不履行禁止という差別類型は、社会から生じる障害によって本来有している能力・条件を発揮できず、適切にサービスへアクセスできないということをはじめとした不利益を障害者が被っている事態に対して、個人の平等権保障として、社会側の責任で合理的な配慮を義務づけることで、当該不利益を是正しようとするものである。むろん、障害者の平等権保障にあたり、障害平等法理は、直接差別禁止や障害関連差別などをはじめとした訴訟を通じての差別救済も採用している。しかし、Lawrence 事件で明らかになったように、そういった訴訟主導型の差別救済では、特に制度的・構造的差別を解消することは難しい。こうしたことを踏まえて、事件が起きる前に、制度的・構造的差別による被害を少しでも未然に防止しようとしたのが、PSED であった。もちろん PSED は、事件が起きる前に、公権力に政策決定や権限行使の際に働きかけるものである以上、個人の平等権保障ではなく、政治的課題であるといえるだろう。制度的・構造的差別は、社会に組み込まれたもの

89) 杉山 2016a: pp. 41-42.

であり、なかなか解消されないものである。したがって、制度的・構造的差別を解消するために、個人の平等権保障として差別禁止や政治的課題といった、様々な観点からアプローチすることは重要である。

以上の制度的・構造的差別に対して、予測型配慮義務の不履行禁止や PSED の両方からアプローチすることを肯定的に評価すると同時に、障害者を他者依存的で保護を常に必要とする個人として見なすステレオタイプ的な価値観——制度的・構造的差別——が、いまだ社会に根強く存在し続けていることにも意識的になるべきである。つまり、障害者に対する積極的措置は、“非障害者との能力差を埋めるためのもの”という推定が働きやすいのである。だからこそ、障害平等法理が主体的な個人を前提にした平等法理であり続けるためには、特に“積極的措置”を講じることを要求するものに関しては、その構造や対象とするものを慎重に見定めなければならない。

以上より、障害平等法理において、公権力に対する差別禁止としての合理的配慮義務の不履行禁止と、公権力に課す平等促進措置は、制度的・構造的差別の解消に資するという点で共通している。しかし一方で両者は、制度的・構造的差別の解消にあたって講じられる積極的措置のポイントや方法、法的拘束力が異なるということが、本稿の検討を通じて明らかになった。

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

- Bamforth, Nicholas · Malik, Maleiha · O’Cinneide, Colin [2008]: *Discrimination Law: Theory and Context*, Sweet and Maxwell.
- Barnes, Lizzie [2009]: Equality Law and Experimentation: The Positive Action Challenge, *Cambridge Law Journal* 68 (3).
- Disability Rights Commission（行為準則）[2005]: *The Duty to Promote Disability Equality Statutory Code of Practice England and Wales*, Disability Rights Commission.
- Doyle, Brian · Casserley, Catherine · Cheetham, Simon · Gay, Vivian · Hyams, Oliver [2010]: *Equality and Discrimination The New Law*, Jordans.
- Equality and Human Rights Commission（EHRC）（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.
- [2014]: *Equality Act 2010: Technical Guidance on the Public Sector Equality Duty: England*, Equality and Human Rights Commission.
- [2016]: Equality and Human Rights Commission Annual Report and Accounts 1 April 2015–31 March 2016, Equality and Human Rights Commission.
- Fredman, Sandra [2014]: Addressing Disparate Impact: Indirect Discrimination and the Public Sector Duty, *Industrial Law Journal* vol. 43 Issue. 3.
- Government Equality Office（GEO）[2010]: *Equality Act 2010: What Do I Need to Know? Disability Quick*

Start Guide (Government Equality Office).

Keter, Vincent · Business & Transport Section [2009]: *Equality Bill: Bill 85 of 2008-2009: Research Paper 09/42* (House of Commons Library).

Hepple, Bob · Coussey, Mary · Choudhury, Tufyal [2000]: *Equality: A New Framework*, Hart Publishing.

Hepple, Bob [2014]: *Equality The Legal Framework 2nd*, Hart Publishing.

Lawson, Anna [2008]: *Disability and Equal Law in Britain*, Hart Publishing.

——— [2011]: Disability and Employment in the Equality Act 2010, *Industrial Law Journal* vol. 40 Issue. 4.

Sir William Macpherson of Cluny [1999]: *The Stephen Lawrence Inquiry*, the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty, Cm 4262-I.

Monaghan, Karon [2013]: *Monahan on Equality Law 2nd edition*, Oxford University Press.

Wadham, John · Robinson, Anthony · Ruebain, David · Uppal, Susie [2012]: *Blackstone's Guide to The Equality Act 2010 2nd edition*, Oxford University Press.

植木淳 [2011]: 『障害のある人の権利と法』 (日本評論社)。

河合正雄 [2010]: 「無期刑受刑者の人身の自由」早稲田法学会誌 61 卷 1 号。

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な位置づけ」『早稲田社会科学総合研究』 16 卷 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 卷 1 号。

——— [2017a]: 「イギリス障害差別禁止法理における合理的配慮義務と社会的排除の関係」浅倉むつ子・西原博史編著『平等権と社会的排除』 (成文堂)。

——— [2017b]: 「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 卷 2 号。

宮崎由佳 [2015]: 「2010 年平等法と平等義務」労働法律旬法 1844 号。

