

日本国憲法と合理的配慮法理

杉山有沙

1 はじめに

①日本における合理的配慮法理の議論 近年、憲法学者によって合理的配慮法理の研究が進められている¹。端的に言って合理的配慮法理とは、多数派基準の偏頗的な社会構造が原因で、少数派の個人が相当程度の損害を被った際に、この損害を回避するために、合理的な範囲の積極的措置を要求することを義務づけ（合理的配慮義務）、この義務を履行しなかった場合に差別として認定する法理を指す²。この法理は、アメリカで1972年に改正された公民権法第7編³における宗教行為に関する合理的配慮を図る義務づけ規定に端を発する⁴。日本では、2011年に改正された障害者基本法において立法レベルではじめて導入され、その後、2013年に障害者差別解消法や障害者雇用促進法でも採用されたこともあり、障害差別禁止法理における合理的配慮が有名だといえる⁵。

②日本国憲法と英国平等法の違い このような合理的配慮法理について、本稿は、イギリスにおける合理的配慮法理（以下、英国型合理的配慮法理）を参考にして、日本国憲法論としての解釈を試みる。合理的配慮は、運用されている国や、想定される特徴（例えば、宗教や障害）によって、

¹ 山本 2016, 植木 2015, 青柳 2008 等。

² この定義は、本稿の検討対象である英国平等法の合理的配慮義務の不履行禁止をもとにしている（英国平等法 20・21 条）。

³ Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. 20003-2. Equal Employment Opportunity Act of 1972, 42 U.S.C.A. 2000e (j).

⁴ Lawson 2008: 5.

⁵ 合理的配慮義務に関する規定は、障害者基本法 4 条 2 項、障害者差別解消法 7 条 2 項、8 条 2 項、障害者雇用促進法 36 の 2 条・36 の 3 条。杉山 2016a: 第 10 章。

その規範構造が異なる。そうした中、イギリスでは、合理的配慮は「障害」に対してのみ適用されるが、その規範構造は体系化されており、かつ、議論の蓄積が厚い。さらに、合理的配慮義務の不履行を直接差別や間接差別と同じ規範性を持つ「差別類型」と位置づけるなど、諸外国と比較して強い法的拘束力を有している⁶。その意味で、英国型合理的配慮法理は参照に値する。

しかし、一方で、日本とイギリスでは、法で保障する平等の意味（具体的には、形式的平等と実質的平等の内容）や、法で規定する列举事由の扱い方、公権力への適用の射程など、様々な点で異なる。したがって、英国型合理的配慮法理を日本国憲法に紹介するならば、その議論の前提を慎重に確認し、調整する必要がある。

③合理的配慮法理の普遍性 現在、英国型合理的配慮法理を規定する法律は、2010年平等法 (Equality Act. 以下、英国平等法) である。同法は、後述するように、公権力だけではなく、不動産、雇用、教育などの領域における差別を禁止する法律である。そもそも、英国型合理的配慮法理は、1995年に制定された障害差別禁止法 (Disability Discrimination Act. 以下、DDA) に端を発する。DDAは、2010年に英国平等法が制定されたことに伴い、廃止された⁷。そして、DDAが構築した合理的配慮法理は、英国平等法が引き継いだ⁸。

なお、特に英国型合理的配慮法理は、「障害」領域に限って有用なものであるという印象が強い。理由は、イギリスでは、合理的配慮義務の不履行が差別として救済されるのは、障害者に限られるからである⁹。しかし、同法理は、多数派基準の偏頗的な社会構造が原因で少数派の個人が損害を被っている事態を問題視しているので、規範構造上、あらゆる特

⁶ Lawson 2008: 5-6.

⁷ 附則27.

⁸ 杉山 2016a: 第8章.

⁹ 例えば、McColgan 2005: 560-561. 同様に、Archibald v Fife Council事件貴族院判決においてHale卿は、「障害者の特別なニーズを満たすための合理的配慮を要求する」とし、合理的配慮を障害者限定のものと説明した ([2004] UKHL 32, [2004] IRLR 652. 1 July 2004. 上訴容認. para. 47)。

徴（性別、宗教、性的少数者等）を有する個人にも適用可能である¹⁰。そこで、合理的配慮法理が「障害者」に対してのみ特別に適用されるものであるという誤解を招かないように、本稿では、「障害」という用語の使用を必要最小限とする。

④**本稿の構成** 以上を踏まえ、本稿は、英国型合理的配慮法理の日本国憲法論への応用可能性を検討するために、第2章では、日本国憲法と英国平等法における平等観と禁止される差別類型について、それぞれの定義と関係性について確認する。日英における形式的平等と実質的平等の意味の違いを検討し、差別類型（直接差別、起因差別、間接差別）の関係性を再整理することで、間接差別禁止が相対的平等（平等取扱）の延長線上にある要請であることを論証する。これを踏まえ、第3章では、英国型合理的配慮法理の規範構造を検討し、相対的平等（平等取扱）の延長線上の差別類型であると説明する。その上で、英国型合理的配慮法理の構成は、①間接差別禁止（ただし、保護特徴を持つ者と持たない者に同じPCPを適用する要件は必須ではない）¹¹と②司法による救済実施の合理性の判断であることを提示する¹²。そして、第4章では、第3章の帰結を日本国憲法論として応用解釈するために、夫婦同氏訴訟における憲法14条1項をめぐる議論（間接差別の萌芽）と国籍法違憲判決における藤田意見（合憲拡張解釈）を用いて検討する。

2 日本国憲法と英国平等法における平等観と差別禁止

2.1 平等の意味

①**日本** そもそも日本国憲法と英国平等法では、想定している平等の

¹⁰ 杉山 2018c: 150-151, 181-183.

¹¹ 保護特徴を持つ者と持たない者に同じPCPを適用する要件がない間接差別は、「間接差別」ではないと位置づける読者は多いだろう。しかし、後掲注119の理由で、本稿では便宜上、このような表現を用いる。

¹² ここでいう構造は、予測型配慮についてである。なお、合理的配慮法理の種類については、本文で説明している。

意味が異なる。例えば芦部信喜の代表的な教科書は、日本国憲法が保障する平等の意味について、形式的平等を機会の平等、実質的平等を結果の平等と理解する¹³。ここでいう機会の平等とは、「公権力による不当な等しからざる法的取扱いを禁止し、人はすべての出発点においては、機会に関するかぎり平等な法的取扱いが保障されなければならない」ことを意味する。一方の結果の平等とは、資本主義の進展に伴って顕在化した、「自由な競争による機会の平等がもたらした現実の不平等な結果を是正し、実質的平等を確保するための国の積極的施策が要請される」ものである¹⁴。

日本国憲法は、このような形式的平等と実質的平等の関係について、「第一義的に形式的平等を保障しており、ただ実質的平等の理念からくるこの相対化の要請を相当の程度まで受容することを予定」しているとする¹⁵。

②イギリス これに対して、英国平等法では、形式的平等を平等取扱、実質的平等を機会の平等と結果の平等を合わせたものと捉える¹⁶。英国平等法は、S. Fredmanの平等理解に影響を受けている¹⁷。Fredmanは、形式的平等を「等しいものは等しく」という平等取扱と位置づけた上で、国家の中立性、個人主義、そして個人の自律の促進に基づいて要求され、伝統的に差別禁止法理によって確立されてきたものだと説明した。この形式的平等は、一貫性の平等でもある¹⁸。

実質的平等とは、機会の平等と結果の平等を指す。ここでいう結果の平等 (equality of results) とは、平等取扱は過去の差別によって生じた不

¹³ 芦部 2015: 128.

¹⁴ 芦部 2000: 3.

¹⁵ 野中 2012: 283.

¹⁶ Fredman 2011: 8, Fredman 2005: 167.

¹⁷ 英国平等法制定に影響を与えた『イギリス差別禁止立法実現に関する独立報告書 (The independent Review of the Enforcement of UK Anti-Discrimination Legislation)』を執筆した主要なメンバーであるB. Heppleが特に実質的平等の理解として参考にしたのは、Fredmanであった [Hepple 2014: 24-26, Barnard and Hepple 2000: 563-564]。

¹⁸ Fredman 2011: 8, Fredman 2005: 165.

平等を事実上強化するという認識に基づき、利益の公平な再分配を実現することに焦点を当てる。例えば、教育場面における黒人児童への差別があった場合、識字能力を前提にした選挙は、一定割合の黒人を排除することを意味する。このような結果の平等には、雇用割当制のように人口比率に応じた女性や少数派に属する個人等の枠の確保を要求するといった成果(outcome)を要求する場合もある¹⁹。これに対して機会の平等(equality of opportunities)とは、平等取扱と結果の平等の中間にあたるものである。過去の差別や構造的差別がある中で平等取扱は損害を生み出すとし、しかし完全な結果の平等は行き過ぎであるとし、スタート地点の平等を強調するものと位置づける。そのため、雇用割当制のような成果の平等を求めるようなものは含まない。結果の平等はグループに対する結果を強調するものだったが、機会の平等は個人への利益に焦点を当てる。つまり、あくまで機会の平等は、口コミ採用や年齢制限、不当な審査のような障壁を除去し、問題の利益にアクセスをする機会を確保するための積極的措置を求めるものである。ここでいう措置とは具体的に教育や訓練、家庭支援施策等である²⁰。

このような実質的平等は、「結果指向型」と位置づけることができる。つまり、実現された結果が先にイメージされて、そこから逆算的に算定された必要な事項の実現を企図する²¹。これに対して、形式的平等は、平等取扱について手続的な保障を重視するので、「過程着目型」といえる。以上を踏まえて本稿は、英国平等法の文脈では、形式的平等＝平等取扱＝過程着目型／実質的平等＝機会の平等＋結果の平等＝結果指向型、とする。

③小括 このように比較すると、日本国憲法と英国平等法は異なる平等観を有していることが明らかになる。そのため、英国平等法の議論をそのまま日本国憲法へ導入することはできない。しかし、差別禁止の文

¹⁹ Fredman 2011: 14-17, Fredman 2005: 167.

²⁰ Fredman 2011: 18-19, Fredman 2005: 167.

²¹ 西原 2017: 34.

脈で考えれば、日本国憲法は「等しいものは等しく」という相対的平等を採用している。言い換えると、日本国憲法は合理的区別を認め、不合理な差別的取扱いを禁止している²²。つまり、通説・判例は、憲法14条1項²³の「法の下での平等」について、絶対的平等を排して、一定範囲での別異の取扱いは許されるとし（相対的平等）、その判断基準を「合理性」に求めてきた²⁴。たしかに、日本国憲法と英国平等法では、平等の意味をはじめとして議論の前提が異なるかもしれない。しかし、相対的平等（英国平等法では、平等取扱）²⁵に反するかどうかという構造で差別類型を捉えれば、英国平等法の議論は日本国憲法に応用可能なものとなる。

2.2 立法者に対する拘束力と列举事由

(1) 列举事由

日本国憲法と英国平等法では、列举事由の扱い方や、立法者に対する拘束力の点でも違いがある。便宜上、先に列举事由の扱い方について説明する。

そもそも英国平等法とは、年齢、障害、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、性的指向という9つの特徴を保護特徴（protected characteristic）として列举し、その保護特徴を理由とした差別を禁止し、また、平等促進措置を規定する法律である。まず、ここで留意すべきは、英国平等法の適用は、列举された9つの保護特徴のみを対象とする限定列举である点である²⁶。

このように英国平等法が保護特徴を限定列举として捉える背景には、イギリスにおける差別禁止法理の形成の変遷がある。イギリスの差別禁止法理は、1968年に制定された人種関係法（Race Relations Act. 以下、

²² 野中2012: 283.

²³ 以下、特段の説明がない限り、「憲法」という記述は「日本国憲法」を意味する。

²⁴ 佐藤 2011: 208.

²⁵ 以下、本稿は、相対的平等と平等取扱を同じ意味で用いる。以後、日本国憲法の文脈では「相対的平等」とし、英国平等法の文脈では「平等取扱」と表現する。

²⁶ Monaghan 2013: 150.

RRA)を皮切りに、1972年に性差別禁止法 (Sex Discrimination Act. 以下、SDA)、1995年にDDAというように、保護特徴ごとに順々に差別禁止立法が制定され運用された²⁷。英国平等法は、このような乱立するイギリス差別禁止立法を調整し、平等促進の強化を図るために制定された²⁸。

日本国憲法では14条後段列举事由を例示列举と解することを踏まえると²⁹、日本国憲法と英国平等法は、列举事由の扱い方が異なる。そしてさらに、両法は、立法者に対する拘束力にも違いを見せる。

(2) 立法者に対する拘束力

日本国憲法は立法者拘束説が支持されているのに対し³⁰、英国平等法は立法者非拘束説 (法適用の平等) を採用する。もともと、英国平等法以前の差別禁止立法は、公権力に対する差別禁止を規定していなかった。しかし、1993年に起きたStephan Lawrence事件³¹を契機に、公権力に対する差別禁止が、2000年にRRA³²に、2005年にDDA³³に、そして、2006年にSDA³⁴に新たに導入された。

英国平等法が差別禁止の対象として捉える公権力は、「サービス・公的機能 (public functions)」という領域と重なる³⁵。そもそも英国平等法は、

²⁷ Hepple 2014: 11-16.

²⁸ 注釈: para.10. 平等法の制定過程について、杉山 2016b: 426-427.

²⁹ 例えば、川岸 2017: 172-173. なお、後段列举事由の位置づけ方について特別意味説が有力説として主張されているが、本稿の検討対象ではないので、ここでは省略する。

³⁰ 例えば、川岸 2017: 171.

³¹ 1993年4月22日に黒人学生であったLawrenceがロンドン南東部のバス停でバスを待っていた際に、白人グループによって刺殺された事件である [Macpherson 1999: paras.1.1-1.12]。本件の被害者が黒人だったので、警察が黒人同士のトラブルと決めつけ初動捜査を行い、犯人逮捕に長時間を有した。この事件により、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 [宮崎 2015: 39]。

³² RRA 19B条 (2000年RRA改正法1条によって改正)。

³³ DDA 21B条 (2005年DDA2条によって改正)。

³⁴ SDA 21A条 (2006年平等法83条1項によって改正)。

³⁵ 後述の通り、サービスと公的機能は、いちおう、別のものとして説明されるが、結局のところ、両領域は極めて密接であり、事件の状況で左右される程度の区別

適用対象領域を、サービス・公的機能（第3編）、不動産（第4編）、労働（第5編）、教育（第6編）、結社（association. 第7編）³⁶と分ける。

まず、英国平等法が対象とするサービスとは、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、公的・私的の両方を含むので、その射程は広範である。また、サービスは、賃金が発生するか否かを問わない³⁷。これに対して公的機能とは、公権力が運用するものに限らず、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す³⁸。具体的には、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³⁹、法の執行、ライセンス供与などがある⁴⁰。

適用除外として、議会、立法（legislation）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⁴¹。日本国憲法との関係で特に重要となる、適用除外となる議会、制定法、司法機能について、詳しくみていこう。まず、適用除外となる議会とは、議会の機能と議会手続に関連して行使可能となる機能を指す⁴²。次に、適用除外の立法の準備等とは、議会制定法、議会による制定法案、大臣と枢密院による文書（instrument）である⁴³。そして、最後に適用除外となる司法機能とは、司法機能それ自体のほかに、司法機能の行使者の指示で行ったこと、刑事手続の開始・継続しない決

である [行為準則 2011: para 11.17]。そのため、基本的に両者は同じ基準で審査されることになる。

³⁶ 英国平等法の対象となる結社とは、構成員が25名以上であり、メンバーシップを得るためには結社の規則に基づく選定の要件があるものをさす [107条, 行為準則 2011: 12.2]。形式的な枠組みがない友人同士によるクラブ活動は、結社にあたらぬ [行為準則 2011: 12.8]。

³⁷ 行為準則 2011: para.11.3-4.

³⁸ 行為準則 2011: para.3.7, 11.14.

³⁹ 行為準則 2011: para.1.8.

⁴⁰ 行為準則 2011: para.11.16.

⁴¹ 附則3, 行為準則 2011: paras.11.54-11.58.

⁴² 附則3の1条.

⁴³ 附則3の2条. ここでは、スコットランドとウェールズに関するものは省略した。

定、刑事手続の開始・継続しない決定のために行ったことである⁴⁴。これらは、憲法上の事項 (constitutional matter) と位置づけられる⁴⁵。

(3) 小括

このように英国平等法は、列挙事由を限定列挙として捉え、立法者を拘束しない。つまり、日本国憲法は例示列挙・立法者拘束説を採用し、一方で英国平等法は、限定列挙・立法者非拘束説を採用している。では、英国平等法の議論は、日本国憲法に応用不可能なのだろうか。

特に、立法者への拘束力の点でいえば、日本国憲法制定当初、日本でも、立法者非拘束説が主張されていた⁴⁶。これに対して芦部は、日本国憲法は「憲法と法律を質的に区別し、裁判所による法律の違憲審査を認め、人權を立法権を含むあらゆる国家権力から不可侵なものとして保障して」いるとした上で、法の内容に不平等取扱いが定められていれば、平等保障にはならないことを踏まえると、立法者拘束説が適切であると指摘する⁴⁷。これを踏まえ、日本国憲法への適用可能性を検討する本稿においては、合理的配慮法理は立法者拘束性を持つものとして議論をしていこう。

2.3 禁止する差別類型

(1) 日本国憲法

学説・判例は、日本国憲法における平等権の適合性審査について、差別類型を特定せずに、問題となる取扱いの「合理性」を審査したり、説明したりする傾向があるといえる⁴⁸。例えば小山剛は、法の下での平等について

⁴⁴ 附則3の3条。

⁴⁵ 議会や裁判所が英国平等法の対象にならない理由については、今後の研究課題にする。

⁴⁶ 例えば、佐々木惣一は、法の下での平等について、「法の下に同等ということであつて、法の中の同等ということではない」と強調した。しかし、佐々木は、差別されない権利については、法の適用だけではなく、法の内容をも対象にすると説明する〔佐々木(惣) 1952: 425-426〕。

⁴⁷ 芦部 2000: 16.

⁴⁸ そもそも憲法14条1項の権利性について対立がある。例えば、浦部法穂は主観的権利としての平等権を否定するが〔浦部 2000: 104-105〕、本稿では、権利として

て、他者との比較において成立する相関的な権利と位置づけ、審査を基本的には別異取扱い→正当化という2段階で整理できるとする。その上で、別異取扱いが法の下での平等に違反しないかどうかは、防禦権の場合と同じく、目的と手段の両面から判断すると説明する。しかし、平等権の構造から、目的・手段審査に先立ち、誰と誰との間の取扱いの差異を問題としているかを特定されるという⁴⁹。

しかし、後述するように、2015年12月の夫婦同氏事件において間接差別が萌芽的に示唆されるなど、差別類型への関心が高まっている⁵⁰。日本国憲法の文脈では、特に、直接差別と間接差別という2種類の差別類型が注目されている⁵¹。

(2) 英国平等法

①**差別類型** この点について、英国平等法は、直接差別、障害起因差別 (discrimination arising from disability. 以下、起因差別)、性別再指定差別、妊娠出産差別、間接差別、そして合理的配慮義務の不履行という6つの差別類型を設定し、それぞれ異なる審査基準を明文化する (13条～21条)。なお、列挙された保護特徴ごとで適用される差別類型が変わる⁵²。合理的配慮法理の日本国憲法への適用可能性を論じる本稿が注目するの

の実体をもつ、「個人に責任のないメルクマールに従って個人を特定集団の成員に解消するような取扱いに対する防禦権」として捉える [西原 2003: 330]。

⁴⁹ 小山 2011: 107-108. 同旨、渡辺 2016: 137, 佐々木 (弘) 2009: 343-345 (なお、佐々木は、本稿で正当化までを論じてはいない) 等。

⁵⁰ 柴田 2017: 15.

⁵¹ 例えば、安西 2018: 1. 間接差別の審査基準ならびに日本国憲法への応用に関しては、白水 2012: 72-83, 白水 2017.

⁵² 英国平等法は、障害のほかに「年齢」に対しては直接差別・間接差別、「性別再指定」に対しては直接差別・性別再指定差別・間接差別、「婚姻・民事パートナーシップ」に対しては直接差別・間接差別、「妊娠・出産」に対しては妊娠・出産差別、「人種」に対しては直接差別・間接差別、「宗教・信仰」に対しては直接差別・間接差別、「性別」に対しては、直接差別・間接差別、「性的指向」に対しては直接差別・間接差別を禁止する (25条)。なお、例えば、直接差別と一言でいっても、年齢に対しては正当化要件があったり、人種に対しては補足規定があったりするなどの違いがある。

は、「障害」に対して禁止する差別類型である。英国平等法が、障害に対して禁止するのは、直接差別、起因差別、間接差別、合理的配慮義務の不履行である。英国型合理的配慮法理が憲法14条の対象として応用可能であることを論じるためには、先に、同法理が相対的平等（平等取扱）の要請であることを証明しなければならない。

英国型合理的配慮法理には、合理的配慮義務の種類として、反応型配慮義務（reactive reasonable adjustment duties）と予測型配慮義務（anticipatory reasonable adjustment duties）がある。両者を分けるメルクマールの1つとして、「意思の表明」の有無がある。反応型配慮義務とは、被差別者が公権力による規定、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。一方の予測型配慮義務とは、被差別者が被る不利を緩和・除去するために、公権力が必要な合理的配慮を予測して被差別者らに対して講じることを指す⁵³。配慮義務の発生時点について、反応型配慮義務は被差別者の配慮要求後であるのに対して、予測型配慮義務は被差別者の配慮要求の前に——後述するように間接差別に似た審査方法を用いて——、被差別者が受ける相当程度の損害の存在を予測して配慮を講じることを義務づける。つまり、両者とも違法な差別認定は「義務の不履行」時点であるので同じといえるが、配慮義務の存在の審査方法が異なる⁵⁴。

⁵³ Hepple 2014: 95-96, Lawson 2008: 63-64.

⁵⁴ あくまで試論ではあるが、日本国憲法の人権理論に即した場合、反応型配慮は自由権に関わる問題領域に対して、予測型配慮は社会権に関わる問題領域において採用される法理といえると思われる。英国平等法では、反応型配慮は労働領域においては正当な能力・条件評価を目的にして事後的に合理的な配慮が求められる。一方、予測型配慮は、サービス・公的機能領域において適切なサービスへのアクセスを目的に予防的に合理的な配慮が求められる。このことを意識すると、まず、反応型配慮は社会的障壁が原因で、本人の自由が制約される（例えば、働き続けられない）ことが問題とされることになるので、原告の自由権保障ために、差別的な社会構造を再吟味する範囲内で、社会的障壁の除去を要請される [杉山 2016a: 第4章, 第5章, 第6章]。(なお、英国平等法（平等権）以外場面における反応型配慮の問題として、例えば、知的障害者の自己決定権行使のための積極的措置がある [杉山 2015]。) これに対して、予測型配慮は、少なくとも英国平等法におけるサービス・公的機能領域においては、公権力等によるサービス（積極的措置）

②**西原の整理** 西原博史は、反応型配慮を防禦権、予測型配慮をグループ・ライツの問題と位置づける。西原は、合理的配慮を「比較的低廉なコストでバリアを除去できるのに、それを行わずにバリアの存在を理由に不採用とする場合に」認定される法理と説明する。そして、特定の排除要因のために負担を抱えることで個人の自由を制約する社会構造を指摘した上で、反応型配慮について、「正当な能力評価を阻害する差別的な社会構造の再吟味」を請求し、侵害性が認められた場合、合理的は範囲の措置を要求するものと説明する。

西原は、このような反応型配慮を直接差別と連続性を持つ形式的平等保障の一環として位置づける。これに対し、予測型配慮について、当事者が抱えるだろう不利益を事前に予測して予防的に措置を講じるものであると説明した上で、不利益発生を予測するためにはカテゴリーを共有するグループを想定した対策となるので、グループ・ライツ的なもの——実質的平等保障——と位置づけた⁵⁵。

③**本稿と西原の距離** 憲法14条1項が保障するのが形式的平等に違反する差別の禁止であることを踏まえると、西原の合理的配慮法理では、反応型配慮のみが対象となる。本稿は、こうした西原の合理的配慮法理に異を唱え、予測型配慮も、反応型配慮と同様に、憲法14条1項の保障対象となることを主張する。また、西原の議論からは、日本国憲法における具体的な違憲審査基準が読み取れない。そこで、本稿は、合理的配慮法理（特に、予測型配慮）の違憲審査基準論も検討する⁵⁶。

(3) 障害と差別類型

後述するように、英国平等法において合理的配慮義務の不履行と間接ありきで問題を捉えている。本文中で聴覚障害を持つ被疑者への手話通訳者の保障という刑事手続上の権利の保障を例に挙げたものの、日本国憲法の文脈では、特に社会権をめぐる問題として構成した方が適切であると思われる。これに関する詳細な検討は、今後と課題としたい。

⁵⁵ 西原 2012: 181-185.

⁵⁶ 英国平等法における反応型配慮義務に関する詳しい説明は、杉山 2017a: 112-118.

差別は、積極的措置までも裁判所が要求するかどうかの違いはあるものの、差別の射程や審査基準の大部分が重なる。そこで、まず、少なくとも「障害」に対しては、直接差別、起因差別、そして間接差別が、平等取扱いに違反するものであることを確認していこう。これを証明するにあたり、鍵を握るのは、英国平等法における「障害」定義ならびにこの概念の把握のあり方である。言い換えると、「障害」を通して差別類型を把握すると、これらの差別類型の禁止が平等取扱いの要請であることが明らかになる。

英国平等法は、「障害」について、インペアメント（身体的・知的・精神的機能障害）と社会的障壁⁵⁷の2つによって構成されるものと捉える（インペアメント考慮型社会モデル）⁵⁸。ここでいう社会的障壁とは、障害者の存在を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、法制度や建物、習慣といった現在の社会構造から生じる障害者に課す活動への損害または制限を意味する⁵⁹。つまり、社会的障壁とは、少数派に属する個人の存在を考慮しないで多数派基準で構築された偏頗的な社会構造によって生じる損害を指す⁶⁰。

このような「インペアメント」と「社会的障壁」という2つの構成要素で保護特徴を把握するのは障害特有のものなのだろうか。まず、インペアメントとは、社会とは切り離して、本人に帰属する特徴によって被る損害を指す。「障害」以外でこのような特徴を持つものとして、例えば、

⁵⁷ これまで筆者は、UPIASの定義にしたがって「社会から生じる障害」という用語を用いてきた。しかし、この用語は、「障害」という言葉を前面にするために、構造の問題を見えにくくする危険性がある。そこで、本稿では、障害者差別解消法が規定する「社会的障壁」という用語を用いる。なお、障害者差別解消法は、社会的障壁を、「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」と定義する（2条2号）。

⁵⁸ 英国平等法は、「障害」を身体的または精神的インペアメントを持ち、かつ、そのインペアメントが通常の日常生活活動を営む能力に、相当程度で長期間に渡る不都合な影響を持つことと定める。そして、このような障害を持つ者を「障害者」と位置づける（6条）。詳しくは、杉山 2018bを参照。

⁵⁹ UPIAS 1976: 14.

⁶⁰ 英国障害差別禁止法理が採用する障害モデルについて、杉山 2016a: 第1章。

生物学的・身体的性差⁶¹をあげることができるだろう。以下、本稿では、「本人帰属特徴」と呼ぶことにする⁶²。そして、「社会的障壁」も、多数派基準の偏頗的な社会構造によって少数派に損害をかかるとを問題にしている。この意味で、社会的障壁が問題になるのは、障害者に対してのみではない。以上より、差別誘発の原因として、保護特徴を本人帰属特徴と社会的障壁の二重構造で捉える考え方は、「障害」に限定されない。

(4) 直接差別、起因差別、間接差別

①**直接差別** 英国平等法における直接差別とは、保護特徴を理由として、公権力⁶³が他者を扱うよりも被差別者を不利に取扱った場合を指す⁶⁴。日本国憲法との関係で特に意識すべきは、英国平等法における直接差別は平等取扱いに反した差別なので、あくまでも比較対象者と比較して、不利な取扱いがあったかどうかの問題になる点である。そのため、差別的な意図や動機の審査は、直接差別の差別認定に不要である⁶⁵。なお、直接差別は、保護特徴の構成要素のうち、本人帰属特徴を理由とした不利な取扱いを問題とする⁶⁶。

②**起因差別** 次に起因差別とは、被差別者の保護特徴の結果生じた事

⁶¹ 辻村 2016: 165. 辻村は、憲法14条1項後段にある「性別」について、男女の生物学的・身体的性差が本来の意味であるとしつつも、今日では、社会的・文化的性差が問題になるとして、両者を区分する。以下、本稿では、便宜上、生物学的・身体的性差を「性別」という用語で置き換える。

⁶² 障害差別禁止法理における「インペアメント」の特徴は、損害の責任を本人に見出す点である。すなわち、インペアメントを強調した場合、例えば、視覚障害者が損害を被るのは、本人の視覚障害に原因があると、社会構造に問題があると見なさない。したがって、本稿における「本人帰属特徴」も、損害を被る責任を社会ではなく、本人に見出すことを促すものとする。詳しくは、医学モデルに関する説明を参照にされたい [杉山 2016a: 30-31]。

⁶³ 英国平等法の条文では、公権力に限定されないが、本稿は日本国憲法への適用可能性を検討するものなので、行為者を「公権力」と表現する。また、ここでいう公権力とは、英国平等法の文脈では、本文中の「サービス・公的機能」を指す。

⁶⁴ 13条。

⁶⁵ 行為準則 2011: para. 4.15. Wadham, Robinson, Ruebain and Upple 2016: 34等。

⁶⁶ 英国平等法における直接差別について、杉山 2018d。

柄を理由に⁶⁷、公権力⁶⁸が申立人に対して不利益取扱をした場合、そしてこの取扱が、正当な目的のための適切な手段に適う意味であることを証明できなかつた場合を指す⁶⁹。

起因差別は、条文上、直接差別のような比較対象者の文言は存在しない。しかし、この差別は、正当化の余地がある平等取扱に違反する差別と位置づけられる⁷⁰。また、起因差別が問題視するのは、被差別者の保護特徴の結果生じた事柄を理由とした取扱いである（例えば、視覚障害者の「盲導犬」を理由に役所に入ることを拒否するケース）。これは、保護特徴そのものではなく、社会を媒介にした時に顕在化されるので、社会的障壁が問題となる。つまり、起因差別は、直接差別と同様に、平等取扱に違反した差別と位置づけられながらも、社会的障壁を問題視する。そして、同差別は、保護特徴に起因する理由で、被差別者にハードルを課すような正当化できない不利益取扱を差別と見なしている⁷¹。

③**間接差別** 間接差別とは、被差別者の保護特徴について差別的である規定・基準・慣行（以下、PCP）を公権力⁷²が被差別者に適用した場合を指す。ここでいう差別的なPCPとは、次の4つの要件から審査される。
①被差別者の保護特徴を共有しない人たちに、公権力がそのPCPを適用し、②被差別者と同じ保護特徴を持たない人たちと比較した際に、そのPCPが、被差別者と同じ保護特徴を持つ人たちに特定の損害を与え、③そのPCPが、被差別者本人に損害を与え、その上で、④公権力が、合法的な目的と釣り合うことを証明できないものを意味する⁷³。

⁶⁷ 起因差別は、「障害」に対してのみ適用される。そのため、条文では、「障害者の障害に起因した結果生じた事柄を理由に」と規定されている。

⁶⁸ 脚注63と同じ理由で、本条文は公権力に限定されないが、便宜上、行為者を「公権力」と記す。

⁶⁹ 15条1項。正当化の審査は、間接差別と同じもので、審査内容は目的手段審査である〔行為準則 2011: paras.6.12, 5.25, 5.27〕。

⁷⁰ 杉山 2018a: 44.

⁷¹ 英国平等法における起因差別について、杉山 2018a.

⁷² 脚注63と同じ理由で、本条文は公権力に限定されないが、便宜上、行為者を「公権力」と記す。

⁷³ 19条1・2項。脚注68の通り、間接差別の正当化の審査は、起因差別と同じもの

まず、間接差別が問題視しているのは、差別的なPCPなので、社会的障壁であるといえる。ただし、一言で社会的障壁と言っても、PCPに限定されるので、起因差別と比較して、その射程は狭い。また、間接差別は、問題のPCPを被差別者本人と被差別者の保護特徴を共有しない人たちに同じように適用した結果、被差別者本人に損害を与えることを問題にしているの、差別的効果に着目して差別認定を行う結果指向型の差別類型と言われる⁷⁴。

④過程着目型としての間接差別 これに対して西原は、多数派基準で構築した社会が、その仕組みに適合できない特定個人（女性や障害者等）にとって、自己責任では克服不可能な障壁として立ちあらわれる事態を説明する。そうした事態において、間接差別は、権利侵害過程に着目することで、公権力が問題の障壁に気づくことを求める注意義務だと説明する。そして、この注意義務を履行せずに、公権力が問題の障壁を利用することは、被差別者に対して謂れのない負担を課し、その者の機会を閉ざすような加害行為となるので、非難可能であるという⁷⁵。

西原がいう障壁は、本稿でいう社会的障壁と言い換えることができる。そして、西原は間接差別を、社会的障壁をめぐる注意義務と利用という2つの要素で構成する。そもそも社会的障壁は、多数派基準の社会構造が少数派に属する個人に損害を課す可能性を考慮しているので、効果を見るまでもなく、問題のPCPには差別構造があることを疑うことが求められる。つまり、社会的障壁の存在を意識するならば、間接差別の構造は、問題のPCPを利用すれば差別的効果が生まれる可能性を認識した上で、利用したということになる。したがって、間接差別は、中立的に見

である。

⁷⁴ 例えば、Wadham, Robinson, Ruebain and Upple 2016: 41, Hepple 2014: 81, McColgan 2005: 73等。

⁷⁵ 西原 2017: 35-38. そもそも西原は、本文中にある夫婦同氏訴訟にあるように、実際に区別を生じさせているものが本人たちの個人的選択であることを踏まえると、結果着目型では障壁の強制が把握することが困難になるので、個別侵害の重大性を訴えることに無理が生じると指摘する。そのため、間接差別を見抜くためには、侵害過程に着目することが必須であると主張する [西原 2017: 36]。

えていたとしても、問題のPCPには差別構造が存在する可能性を想定して利用すべきであり、これを「認識していながら些末な問題として無視する、あるいは認識し得べき立場にいるのに注意を払って認識しようとしな、さらには認識しなかったことそれ自体に、違法な差別が認定される」ものだといえる⁷⁶。このように間接差別は、間接差別が問題視する対象が社会的障壁（の一部）であることを踏まえれば、過程に着目して差別被害を割り出す過程着目型の差別類型であることが明らかになる⁷⁷。

(5) 直接差別・起因差別・間接差別の関係性

①**過程着目型** まず、直接差別は本人帰属特徴を、起因差別は社会的障壁を問題にしている点で異なるが、両者とも平等取扱違反であることを問題にしているので、構造的に類似する。そして、平等取扱を問題にしている以上、権利侵害過程に着目した手続的な保障が求められることになるので直接差別と起因差別は、「過程着目型」といえる。

また、前述の通り、間接差別も、社会的障壁を問題にしていることを踏まえると、「過程着目型」の差別類型といえる。たしかに間接差別は、一見、差別的効果に着目して差別認定を行う結果指向型のようなものである。しかし、間接差別は、社会構造それ自体に差別構造があるという確信を根底に据える社会的障壁を問題にする以上、中立的に見えていたとしても、問題のPCPには差別構造が存在する可能性を想定して利用すべきであり、これに気づけなかった、または気づいたが無視した点に違法性を見出すので、過程着目型といえる。

②**間接差別と平等観** このように直接差別、起因差別、間接差別を並べてみると、いずれも過程着目型の差別類型であるといえる。しかし、特に間接差別の差別的なPCPは、被差別者の保護特徴を共有しない人たちにも適用するにもかかわらず、被差別者本人に対してのみ損害を与え

⁷⁶ 西原 2017: 37.

⁷⁷ 英国平等法における間接差別について、杉山 2016c, 2018d.

ることを問題視するので、平等取扱を要請しても差別救済は達成されない。つまり、純粋な形式的平等保障とはいえない。しかし、過程着目型の差別類型である以上、結果指向的な実質的平等の保障とも一線を画する。そうであるなら、間接差別をどのように位置づければよいのだろうか。

間接差別について西原は、社会的障壁をめぐって注意義務と利用という2つの要素で捉えることは前述の通りである。このうち前者の注意義務は、そもそも平等取扱の「等しい」を測る天秤に差別構造があるという指摘にもつながる。つまり、差別的な天秤で平等取扱を行っても、被差別者に謂れない負担を課し、機会を閉ざすことになる。そうであるなら、間接差別は、無反省に平等取扱をすると社会的障壁を利用することになり、特定個人へ不当な負担を課すことになる場面を問題にしているので、平等取扱の要求の前提を見直すものといえる。これは、平等取扱の要請の延長にあるといえるので、形式的平等の延長線上にある差別類型と間接差別を位置づけることができる⁷⁸。

以上より、直接差別、起因差別、間接差別は、過程着目型の差別類型であり、いずれも形式的平等（または、その延長線上）の保障から要請されるものと位置づけられる⁷⁹。

(6) 差別の対象と発生過程

直接差別、起因差別、間接差別の関係について、差別の対象と発生過程の観点から整理しておこう。まず、差別の対象を着目すると本人帰属特徴／社会的障壁（保護特徴を持った者が社会を媒介したときに直面する損害⁸⁰）と区分でき、さらに、損害の与え方に着目すると、直接的損害

⁷⁸ 西原 2017: 38.

⁷⁹ 英国平等法における直接差別、起因差別、間接差別の関係について、杉山 2018d.

⁸⁰ 例えば、肢体障害者（本人帰属特徴・インペアメント）が、階段にのぼることができないので（社会的障壁）、2階にある市役所にたどり着くことができずに行行政手続きを行えない（社会的障壁）というように、社会的障壁は、二重三重にも生じる。女性でいうならば、女性（本人帰属特徴）が、社会的圧力により育児・介護を強いられ（社会的障壁）、フルタイムで勤務できずにとりどころ、男性基準の査

(保護特徴そのものを原因にして直接的に生じさせる差別的被害)／間接的損害(保護特徴そのものではなく、これに伴って損害を与えるPCP等を原因にして間接的に与える差別被害)に分けることができる。

以上を踏まえると、直接差別は本人帰属特徴と直接的損害、間接差別は社会的障壁と間接的損害である。そして、起因差別は、社会的障壁と直接的損害となる。つまり、例えば、本人帰属特徴を「性別」とし、社会的障壁を「性別の種類を問わず、それを持った者が社会を媒介したときに直面する損害(例えば、家事育児を求められた女性がフルタイムで働けない)」とした場合、直接差別とは性別を原因にした直接的損害であり(例えば、女性には福利厚生を保障しない)、間接差別とはフルタイム労働要件を原因にした間接的損害になる(例えば、応募要件としてフルタイム労働が可能なる者に限定する)。そして、起因差別は、直接差別と間接差別では対応できないような、パートタイム労働(前述の理由によりフルタイムで働けないので、パートタイム労働を選択)を理由とした直接的損害(例えば、パートタイム労働者は福利厚生を保障しない)に対応するものと整理できる。

そして、社会的障壁と間接的損害である間接差別と、社会的障壁と直接的損害である起因差別は、本人帰属特徴と直接的損害である直接差別と異なり、正当化の余地がある。これは、本人保護特徴と直接的損害の審査が、社会構造を媒介にする社会的障壁と間接的損害のものより、審査密度が厳格となることを意味するといえるだろう⁸¹。

定により昇進の機会を逃す(社会的障壁)というケースや、性的少数者と勘違いされて差別を受けるというケース(社会的障壁。英国平等法では、このようなケースを認知差別という。)が想定できる。

⁸¹ 差別の対象と発生に関する整理は、横大道聡の表現の自由の規制方法の整理を参考にした。横大道は、内容規制／内容中立規制と直接的制約／間接的・付随的制約という規制方法を挙げ、両者の関係性について整理する。さらに、横大道は、間接的制約と付随的制約を分けて検討するなどして、区別に着目して検討することが、規制の実質を正確に捉えるためにも有益であると指摘する〔横大道 2017: 49-55〕。

3 英国型合理的配慮の規範構造

3.1 予測型配慮義務の不履行

(1) 基本構造

①条文 続いて、英国型合理的配慮法理（特に予測型配慮）の具体的な内容とその審査基準を確認していこう⁸²。英国平等法は、「合理的配慮の不履行」という差別類型を次のように規定する。

合理的配慮義務の公権力⁸³がこの義務を履行しなかった場合、公権力は被差別者に差別を行ったことになる⁸⁴。合理的配慮義務は、次の第1、第2、第3の要求を指す。第1の要求とは、公権力が定める規定、基準、慣行（以下、PCP）が保護特徴を持たない者⁸⁵と比較して、関係する事柄に関して、保護特徴を共有する者たち⁸⁶に相当程度の損害を課す場合、その不利を避けるために合理的な範囲内で措置をとることである⁸⁷。第2の要求は、物理的な特徴が、保護特徴を持たない者と比較して、関係する事柄に関して、保護特徴を共有する者たちに相当程度の損害を課す場合、その損害を避けるため、または、サービスの提供もしくは公的機能の行使の代替的手段を提供するために、合理的な範囲内で措置を取ることである⁸⁸。そして、第3の要求とは、補助的な援助の提供がなければ、保護特徴を共有する者たちに保護特徴を持たない者と比較して相当程度の損害

⁸² 英国平等法における予測型配慮義務について、杉山 2016d。

⁸³ 脚注63と同じ理由で、本条文は公権力に限定されないが、便宜上、行為者を「公権力」と記す。

⁸⁴ 21条2項。

⁸⁵ 合理的配慮義務の不履行禁止は、英国平等法では障害者のみを救済対象にするので、条文では、「非障害者 (persons who are not disabled)」という用語を使用している。なお、本稿は、英国型合理的配慮法理が障害者以外にも普遍的に採用可能であると捉えるので、本文では、「障害者」を「保護特徴を有する者」と言い換える。

⁸⁶ 脚注85と同じ理由で、20条は「障害者 (disabled person)」を用いている。ただし、公権力に対しては、附則2の2条2項の適用により、この20条の規定は「障害者たち (disabled persons generally)」に変更する。

⁸⁷ 20条3項、附則2の2条2項。

⁸⁸ 20条4項、附則2の2条2・3項。

を課す場合、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⁸⁹。これらの第1から第3の要求を満たすために負担する公権力の費用について、被差別者は負う必要は一切ない⁹⁰。また、ここでいう「相当程度の損害」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、また、ある人が公的機能の行使において損失を被った場合はそれが不合理なものであることを意味する⁹¹。

②**基本構造** 英国型合理的配慮法理が対象にするのは、少数派に属する個人に相当程度の損害を課すPCPや物理的な特徴等である。したがって、問題になるのは、「社会的障壁」である。これを踏まえると、予測型配慮義務とは、社会的障壁が原因で、多数派が受けられるにもかかわらず、不当にサービスを受けることができない場面で、サービスにアクセスすることができるように合理的な範囲内で措置を要求するものである⁹²。この義務は、公権力が、被差別者が保護特徴を持っていることを知らなかったとしても発生する。公権力が要求されているのは、問題の保護特徴を持つ人が抱えるすべての問題に対応することではなく、予測できる範囲の障壁除去のための合理的な措置の検討や、実際に講じることである⁹³。なお、このような英国型合理的配慮法理は、義務づけ規定ではない。つまり、この法理は、配慮の不作为に対して違法性を認定するものである。

(2) 審査内容

①**審査手順** 反応型配慮義務と異なり、予測型配慮義務は被差別者からの配慮要求の前に講じることを求めるものであるが、これは条文にあるように、保護特徴を共有する者たちと保護特徴を持たない者たちのグループ間比較を行うことで、配慮義務の存在の把握が求められる。

⁸⁹ 20条5項、附則2の2条2項。

⁹⁰ 20条7項。

⁹¹ 附則2の2条5項。

⁹² 行為準則 2011: 7.3.

⁹³ 行為準則 2011: paras.7.22, 7.24.

2004年のRods v. Central Trains事件控訴院判決においてSedley控訴院裁判官は、第1に、問題の事柄・特徴 (feature) はある原告と同じ保護特徴を持つ人たちの妨げになっているか、第2に、第1の基準が肯定されるなら、それは原告本人の妨げになっているか、という2段階の審査基準を示した⁹⁴。このように、特に予測型配慮義務の不履行という差別類型は、原告と同じ保護特徴を有している者たちと、それ以外の者たちというグループ間比較を行うことで配慮義務の存在を確認する。そして、実際に原告が損害を被った場合、差別と認定されるのである。ここでいう損害とは相当程度以上のものを指すが、これは些細または軽微以上を意味する⁹⁵。

②合理的範囲内 このような予測型配慮義務の要求できる内容は、無制約ではない。まず、サービス自体の性質や業界・専門性の性質を根本的に変えるような措置は要求されない。また、問題の公権力の権限を超えるような措置は要求されない⁹⁶。

合理性の判断について、英国平等法は明文化していない。これについて行為準則は、提供されるサービスのタイプやその事業規模の性格、そして、障害者個人に対する障害の影響等に左右されると説明する。また、判断要素として、次のものが例に挙げられるとする。ある特定の措置をとることが、問題のサービスにアクセスする際に被差別者が直面する相当程度の損害を克服するために効果的かどうか。問題の措置を講じることが実行可能な範囲か。配慮を講じることの金銭的またはほかの負担の程度。措置を講じることによって生じる混乱の程度。金銭的またはほかの支援

⁹⁴ [2004] EWCA Civ 1541, 104 ConLR 62. 5 November 2004. 上訴容認. para.12. ちなみに、反応型配慮義務の履行／不履行の審査手順は、下記の通りである。第1に債務者の問題となる規定・基準・慣行を、第2に比較対象となる保護特徴を持たない者たち、第3に原告が被った相当程度の損害の性質と射程、を審判所・裁判所によって特定される。これを踏まえて、審判所・裁判所は、反応型配慮義務の内容や履行／不履行を判断する (General Dynamics Information Technology Ltd v Carranza事件EAT判決. [2015] IRLR43. 10 October 2014. 上訴容認. para. 37)。

⁹⁵ 212条1項。

⁹⁶ 附則2の2条7・8項. 行為準則 2011: 7.15-7.16.

の利用可能性等である⁹⁷。また、これらの合理性の審査は、裁判所によって行われる⁹⁸。なお、配慮に対する裁判所の権限は、原告によって提示された配慮が合理的かどうかを判断することにあるとし、どのような配慮を取るべきかまでは含まない⁹⁹。

③**具体例** 具体的に、公権力が講じなければならない予測型配慮の内容とは、どのようなものなのだろうか。例えば、福祉改革法に基づいて雇用支援手当の受給決定について、精神的・認知的・知的な困難を抱える者に対して、医学的証拠を追加せずに、調査書の実施と対面式の面談を通じて審査決定を行うことを合理的配慮義務の不履行として判断した事件がある。この審査方法は、精神的・認知的・知的な困難を抱える者に比較対象者よりも不当な程度のストレスを与えるものであり、彼らの障害や労働能力に関する適切な情報を確保する手段として不適切であるとされた¹⁰⁰。他にも、薬物乱用法に基づいて家宅捜査した際に、被疑者が聴覚障害者であるにもかかわらず、手話通訳者を同行しなかったことが問題になった事件もある¹⁰¹。

④**小括** このように英国型合理的配慮法理は、予測型配慮義務の不履行禁止について、グループ間比較をすると、被差別者と同様の特徴を持つ者たちに相当程度の損害を与えることが明らかになるような問題となるPCP等が被差別者本人にも不利益を与えるにもかかわらず、公権力がそれを利用し、かつ、不利益を回避するために合理的な範囲内での措置を講じなかったことを差別として認定するものである。ここでいう措置

⁹⁷ 行為準則 2011: paras.7.29-7.30.

⁹⁸ 行為準則 2011: para.7.33.

⁹⁹ Secretary of State for Work and Pension v MM and another 事件控訴院判決 ([2013] EWCA Civ 1565, [2014] 1 WLR 1716, [2014] EqLR 34. 4 December 2013. 上訴一部容認. paras. 81-85.

¹⁰⁰ EWCA Civ 1565. paras.1, 4-5, 32, 34, 60, 66.

¹⁰¹ Finnigan v Chief Constable of Northumbria Police 事件控訴院判決 ([2013] EWCA Civ 1191, [2014] 1 WLR 445. 8 October 2013. 上訴棄却. paras.1, 33, 44-46.) . ただし、本件では、手話通訳者がいなくても、被疑者は、読唇術や紙に書けば普通にコミュニケーションがとれたため、相当程度の損害が被っていないとし、違法性は認められなかった。

の合理的な範囲とは、例えば、サービスの性質を根本的に変えるようなものや問題の公権力の権限の範囲を超えるものは、対象外とされる。それ以外については、効果の程度などを比較考量して判断される。また、裁判所の配慮に対する審査の権限は、原告によって提示された配慮が合理的かどうかであり、どのような配慮を取るべきかまでは含まないことに注意する必要がある。

さらに、予測型配慮義務の不履行禁止は、間接差別と同様に、過程着目型である。つまり、被差別者に対する相当程度の損害の発生を受けて、結果指向的に、措置を講じるのではない。合理的配慮法理が問題にするのが社会的障壁である以上、多数派基準の社会構造によって少数派に属する個人が不当に権利利益の侵害（ここでは、適切にサービスにアクセス権利の侵害）の可能性をはじめから疑うことが求められる¹⁰²。そして、その可能性を認識していながら、合理的な配慮を講じなかったことに違法性が認定されることになる¹⁰³。したがって、過程に着目して差別被害を割り出しているといえる。さらに、このような予測型配慮義務の不履行という差別被害の構図から、間接差別と同様に、差別的な天秤のもとで平等取扱を要求しても、被差別者に謂れない負担を課して権利利益の享受を制約する場面を問題視していることを読み取れる。したがって、平等取扱の要求の前提を見なすことになるので、予測型配慮義務の不履行禁止は形式的平等保障の延長線上にあるといえる¹⁰⁴。

3.2 合理的配慮義務の不履行と間接差別の関係

続いて、この合理的配慮義務の不履行（特に、予測型配慮）と他の差別類型との関係を確認していこう。直接差別、起因差別、間接差別という差別類型の中で、特に密接に関係するのは、間接差別である。

英国平等法の条文における、合理的配慮義務が問題にするPCPと、間

¹⁰² 杉山 2016d.

¹⁰³ 西原 2017: 36.

¹⁰⁴ 杉山 2016a: 139.

接差別が問題にするPCPは同じものである¹⁰⁵。しかし、合理的配慮義務は、PCPだけでなく、物理的な特徴や補助的な援助の不提供も、その対象に含む。したがって、英国平等法では、合理的配慮義務の不履行のほ
うが、間接差別より、救済対象が広い。

また、差別の存在の審査の際に、問題となるPCP等の認定方法が異なる。前述の通り間接差別の差別的なPCPとは、①被差別者の保護特徴を共有しない人たちに、公権力がそのPCPを適用し、②被差別者と同じ保護特徴を持たない人たちと比較した際に、そのPCPが、被差別者と同じ保護特徴を持つ人たちに特定の損害を与え、③そのPCPが、被差別者本人に損害を与え、その上で、④公権力が、合法的な目的と釣り合うものであることを証明できないものを意味する¹⁰⁶。つまり、4段階の審査がある。これに対して、合理的配慮義務は、①グループ間比較をすると被差別者と同じ保護特徴を持つ者たちへの相当程度の損害と、②被差別者本人への不利益の証明という2段階である。

では、間接差別が問題にする差別的なPCPと合理的配慮義務の不履行禁止が問題にする少数派に属する個人に相当程度の損害を与えるPCP等の関係は、どのように考えればよいのだろうか。端的に言って、間接差別が問題視するPCPは、合理的配慮義務の対象となるPCP等に包摂されるといえる。つまり、間接差別の要件②（グループ間比較した上での被差別者と同じ保護特徴を持つ者たちへの損害の証明）と要件③（本人への損害の証明）は、合理的配慮義務の2段階審査と重なる。しかし、間接差別の要件①（同一のPCPの適用）は、合理的配慮義務には存在しない。つまり、合理的配慮義務の認定にあたり、同一のPCPを被差別者と同じ保護特徴を持つ者たちと持たない者たちの両方に適用する必要はない。さらに、正当化の要件が間接差別には存在する（要件④）。しかし、この正当化の抗弁の余地を残す要件④は、合理的配慮義務の「合理性」の審

¹⁰⁵ 行為準則 2011: para.7.43.

¹⁰⁶ 間接差別の審査要件①～③は、仮想でも構わない[行為準則 2011: paras.5.8-5.9.]。

査の中で、事実上、解消される¹⁰⁷。

最後に、両者は、積極的措置の要否にも違いがあることを指摘する。しかし、これについて、積極的措置を要求する合理的配慮義務は、少数派に属する個人には特別な支援が必要だから講じられるものである、と解するべきではない。前述した通り、本来なら多数派と同じように公権力からサービスを受けられるはずなのに、社会的障壁（被差別者に相当程度の損害を与えるPCP等）が原因で、それを適切に受給できない事態を合理的配慮義務の不履行という差別類型は問題にしている。そうした事態に対して、その社会的障壁を除去し、本来受けられたはずのサービスを適切に受け、平等な取扱いを求めることが英国型合理的配慮法理である¹⁰⁸。

3.3 小括

このように両者を比較すると、大きく言って、間接差別禁止（ただし、保護特徴を持つ者と持たない者に同じPCPを適用する要件はなし）に、救済手段に関する裁判所による「合理性」の判断を加えたのが、英国型合理的配慮法理といえるだろう。つまり、前述の本人保護特徴／社会的障壁と直接的損害／間接的損害の関係で分類するならば、合理的配慮義

¹⁰⁷ 杉山 2016a: 108-115.

¹⁰⁸ 杉山 2017b: 25-27. これに関連して、茂木明奈は、契約法の領域における平等取扱いについて、EUやドイツでは、「私人間の不当な差別による契約締結拒否等の不利益処遇がされたときに、不利益処遇がなければ生じるはずだった契約上の利益の救済を目指す救済」が予定されていると説明する（これを茂木は、「契約実現型の救済」という）。そして、ドイツの一般平等処遇法では、違法な「不利益処遇を受けた者は、侵害の排除を請求する権利を有し、また、さらなる侵害のおそれがある場合には、侵害をしないように請求する権利を有する」と定めていることを茂木は説明する。この規定の効果に契約締結強制が含むかどうかは学説上対立があるとしつつも、肯定する側の理由として、①弱者保護、②人間の尊厳の保護、③社会参加、が挙げられるという。茂木は、それぞれの見解は有力とはいえないと留保しつつも、②と③は契約自由の前提として平等処遇が確保される必要性の説明になるとし、特に③は示唆に富むという〔茂木 2018: 77-80〕。このような茂木の見解は、配慮義務の存在確認の審査基準などに違いがあるものの、合理的配慮（茂木の言葉では、救済）の位置づけ位置づけ・構造については、共通点が多くあるといえる。

務の不履行禁止は、社会的障壁と間接的損害（間接差別と同じ）に、司法による配慮実施（本来得られたはずの適切なサービスへのアクセスを保障するための裁判所による救済）に関する合理性の判断が加わったもので構成されるといえる¹⁰⁹。

とすると、ここで、注目すべきが、この配慮の内容について、裁判所が積極的に判断している点である。しかし、日本国憲法では、新たな権利の創造や社会全体にかかわる政策判断をすることは、司法審査の範囲を超えていると非難され、許されない¹¹⁰。そうであるならば、この救済手段に関する裁判所による「合理性」の判断は、どのように評価すればよいのだろうか。

4 日本国憲法への英国型合理的配慮法理の応用可能性

ここまで英国型合理的配慮法理を検討してきた結果、①相対的平等要請の延長線上に位置づけることができること、そして②間接差別禁止（ただし、保護特徴を持つ者と持たない者に同じPCPを適用する要件はなし）に、裁判所による救済手段の合理性の判断の対象になる積極的措置を加えたものといえることが明らかになった。①の証明により、合理的配慮法理は憲法14条1項の対象であるといえる。これを踏まえて、②の構造を持つ合理的配慮法理について、日本国憲法の議論に即して検討していこう。本稿では、間接差別禁止について夫婦同氏訴訟の憲法14条1項をめぐる見解と国籍法違憲判決の藤田意見を検討素材にする。

4.1 間接差別

(1) 夫婦同氏訴訟における間接差別

本件は、夫婦が婚姻の際に定めるところに従い夫または妻の氏を称す

¹⁰⁹ 脚注108の茂木による説明を参考にするならば、「サービス実現型の救済」と言い換えられるだろう。

¹¹⁰ 戸松 2008: 55-56.

ると定める民法750条の規定（以下、本件規定）の憲法適合性について争われた事件である¹¹¹。憲法14条1項について、「本件規定が、96%以上の夫婦において夫の氏を選択するという性差別を発生させ、ほとんど女性のみに不利益を負わせる効果を有する規定である」という原告の主張に対して最高裁の多数意見は次のように判示し、同条に違反していないとした。

まず、「本件規定は、夫婦が夫又は妻の氏を称するものとしており、夫婦がいずれの氏を称するかを夫婦となろうとする者の間の協議に委ねているのであって、その文言上性別に基づく法的な差別的取扱いを定めているわけではな」とし、本件規定は、形式的平等に適うものであるとした。その上で、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている現状について、真に自由な選択によるものかは留意が求められるとして「仮に、社会に存する差別的な意識や慣習による影響があるのであれば、その影響を排除して夫婦間に実質的な平等が保たれるように図ることは、憲法14条1項の趣旨に沿うものである」とした。

(2) 間接差別の萌芽

①高橋の意見書 高橋和之は、判決に先立って提出した意見書で、96%の夫婦が夫の氏を選択することに対して、「戦前に植えつけられた家族観、婚姻観が戦後にも国民の意識の中に持続し、それが無言の社会的圧力となって、婚姻前の氏を維持したいと考える女性に氏の変更を『強制』している」として、「氏の選択において生じているこの事実上の差別は、社会的意識に存在する差別構造から生じるものであり、法的に平等な制度がたまたまそのような結果を生み出しているにすぎないというものではない」と説明し、これは法的差別（間接差別）だと指摘した¹¹²。

¹¹¹ 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁。本件では、憲法13条、14条1項、24条に違反するとし、本規定を改廃する立法措置を取らないという立法不作為の違法を理由に損害賠償を求めたが、多数意見はいずれも否定した。

¹¹² 高橋 2014: 3. 別姓訴訟を支える会ウェブサイト「東京大学高橋和之名誉教授違憲（2014年7月29日）」<http://www.asahi-net.or.jp/~dv3m-ymsk/takahasi.pdf>（最終閲

②調査官解説 しかし、本件では、間接差別を正面から憲法上の問題だとは受け止められなかった。この理由について、調査官解説は次のように説明した。まず、形式的平等を裁判規範として意味するものである一方で、実質的平等は社会権条項に課せられた課題であるとし、その上で、間接差別を「生じた効果の原因を検討する姿勢に意義がある」と位置づけた。本件では、「規定が、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものではない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものである」という従前の最高裁判例を踏まえ、夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めるのは、個々の協議の結果だったとして、本件規定には形式的平等に違反しないと判断した。そして、「社会に存する差別的な意識や慣習による影響があれば、その影響を排除して夫婦間に実質的な平等を保たれるように図ることは」憲法14条1項の趣旨に沿うものであると説明した¹¹³。

③小括 このように本件では、間接差別を認めて、憲法14条1項違反を判断したわけではない。しかし白水隆は、統計証拠や、一見中立的であったとしても民法750条からの何らかの差別的意図を考慮すべき点をわずかながら見出すことができると指摘した^{114 115}。

(3) 小括

本件は、裁判規範性をめぐる形式的平等と実質的平等の学説上の違い

覧日2018年5月30日)。

¹¹³ 畑 2016: 3228-3232。

¹¹⁴ 白水 2017: 71。本件を受け、安西文雄は、間接差別を「規定→当事者の判断→差別的効果」というタイプと「規定→差別的効果」というタイプにわけて、本件は前者の問題であると位置づけた上で、後者の「『規定の在り方自体が差別的効果を生み出しているタイプ』、あるいは差別的効果のある規定が差別的意図の下で制定されたという場合」は「憲法14条1項との緊張関係はより強まるし、場合によっては憲法14条1項という性差別になる」と説明した[安西 2018: 11-12]。

¹¹⁵ これに関連して岡部意見は、「96%もの多数が夫の氏を称することは、女性の社会的経済的な立場の弱さ、家庭生活における立場の弱さ、種々の事実上の圧力など様々な要因のもたらすところであるといえるのであって、夫の氏を称することが妻の意思に基づくものであるとしても、その意思決定の過程に現実の不平等と力関係が作用しているのである」とした。

を受けて、本件規定を実質的平等の問題と解釈したために、差別の主張を退けたといえる¹¹⁶。そのため、間接差別の問題を正面から受け止めているわけではない。白水が指摘するように、あくまで間接差別として考慮すべき点をわずかながら見出しているに過ぎないといえるだろう。

では、前述の通り、間接差別をあくまで相対的平等（平等取扱）の延長線上にある概念と捉える本稿は、本件をどのように受け止めればよいのだろうか。本稿は、間接差別を社会的障壁と間接的損害の問題として受け止める。ただし、間接差別における社会的障壁は、英国平等法でいえば、4段階の審査によって判断される。

まず、本件は、性別それ自体ではなく、女性が社会を媒介にしたときに直面する損害を問題にしているので本件規定は「社会的障壁」といえる。そして、女性を原因として直接的に差別被害を生じさせているのではなく、あくまで本件規定を用いて間接的に女性に差別被害を生じさせているので「間接的損害」といえる。次に、本件で問題になった社会的障壁が、間接差別の問題となるかどうかについて確認していこう。ここでは、英国平等法の審査基準で検討する。

まず、男性たちにも同様に本件規定を適用し（要件①）、男性たちと比較した際に、本件規定が原告と同じ女性たちに特定の損害を与え（要件②）、そして、本件規定は実際に原告に損害を与え（要件③）、多数派意見にもあるように、社会に存する差別的な意識や慣習による影響があるならば、その影響に対して非難可能であることを認めているので、ここでは正当化されないとした場合（要件④）、間接差別が問題視する「社会的障壁」といえる。そして、少なくとも本稿の枠組みでは、間接差別は、被差別者に対して謂れない負担を課し、個人にとっての機会を閉ざす過程を問題にしており、これは過程着目型の個人の平等権侵害であるので、相対的平等（平等取扱）の延長線上にある差別類型である以上、法的差別と位置づけられる。

以上より、たしかに、最高裁は、現時点では間接差別は憲法14条1項

¹¹⁶ 中里見 2016: 35, 巻 2016: 91 等.

の保障対象として明示していないが、その萌芽を読み取ることができ、今後、同条の対象となる可能性は十分にあるといえるだろう¹¹⁷。さらに、英国型合理的配慮法理では、間接差別の要である「保護特徴を持つ者と持たない者に同じPCPを適用する要件」がない場合でも、グループ間比較の結果、保護特徴を持つ者たちに損害を与え、かつ本人にも当該損害を課した場合は、問題になることは前述の通りである。これについても、確認しておこう。

例えば、英国型合理的配慮法理が問題視するPCPは、公式・非公式の方針 (policies)、ルール (rules)、実務 (practices)、取決め (arrangements)、基準 (criteria)、条件 (conditions)、必要条件 (prerequisites)、資格 (qualifications)、規定 (provisions) 等を指し、射程は広い¹¹⁸。したがって、例えば、公権力による社会保障法制度の受給決定は、公権力による「取り決め」であると同時に、「取扱い」にも該当するといえるだろう。そして、問題の保護特徴を持たない者にはPCPを適用せずに、PCPを通じて本人および被差別者の保護特徴を持つ者たちに損害を与えるという事態は、事実上、PCPを利用した別異取扱いによる損害を意味することになる。とすれば、前述の小山の憲法14条の射程 (他者との比較において成立する相関的な権利と位置づけ、審査を基本的には別異取扱い→正当化という2段階で整理) に該当するといえる¹¹⁹。

¹¹⁷ なお、反応型配慮義務に関しては、原告の配慮要請の後に、要請された配慮が合理性の射程に含まれるかどうか審査される。そのため、問題になるPCP等が比較対象者と比較して原告に相当程度の損害を与えたことを証明した後に、差別救済としての積極的措置の合理性の司法審査を検討すればよい。

¹¹⁸ 行為準則 2011: paras.5.6, 7.43.

¹¹⁹ このように説明すると、間接禁止 (ただし、保護特徴を持つ者と持たない者に同じPCPを適用する要件はなし) は、英国平等法における間接差別と起因差別で構成されると思う読者も多いだろう。しかし、英国平等法は条文上の文言を重視するので、「取扱い」と「PCP」は同じものとは見なさない。予測型配慮義務は間接差別と強い連関関係を有すると位置づけられるので [行為準則 2011: paras.5.37-5.39]、便宜上、本稿では本文中にあるように記述する。

4.2 差別救済としての積極的措置の司法審査

(1) 憲法14条1項違反と救済

以上より、配慮義務の存在の審査までは、日本国憲法にも応用可能だといえる。続いて、救済実施の合理性に関する司法による判断は、日本国憲法上、可能なかどうかを検討していこう。

そもそも、憲法14条1項違反と判示されることが、被差別者の救済に直結されるわけではないことは、しばしば問題視されてきた。つまり、例えば、国家が何らかの給付を行う事件の場合、単純に違憲無効となれば給付そのものが廃止されるだけに終わる¹²⁰。しかし、前述した通り、裁判所が、救済方法に関して過剰に踏み込めば、裁判所固有の機能の限界を超える「司法による立法」作用になるのではないかという懸念が生じる¹²¹。そうした憲法14条1項違反に対する救済の難しさを背景に、国籍法違憲判決では、より踏み込んだ司法救済の在り方が提示された¹²²。

(2) 国籍法違憲判決

①**多数意見** 本件は、国籍法3条1項の規定が、日本国民である父の非嫡出子について、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した者（準正子）に限り日本国籍の取得を認めるとし、同じく日本国民である父から認知された子でありながら父母が法律上の婚姻をしていない非嫡出子は、その余の同項所定の要件を満たしても日本国籍を取得することができないという区別（以下、本件区別）について、憲法14条1項違反を認めた事件である¹²³。

国籍取得の可否について多数意見は、国籍法3条1項が過剰な要件を課していたことにより、本件区別が生じたからといって、同項の規定自体を全部無効とした場合、準正子の届出による日本国籍の取得をも否定

¹²⁰ 木下・伊藤 2017: 84, 中曾 2014: 199, 高橋 2013: 159-160, 野中 2012: 289等。

¹²¹ 新井 2011: 45。

¹²² 国籍法違憲判決は審査密度をはじめ多くの重要な論点が指摘されている〔蟻川 2013: 765-768等〕。しかし、本稿では、それらについて取扱わない。

¹²³ 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

することになるとし、これは立法者の合理的意思として想定し難いものであり、取り得ない解釈であるとした。そして、憲法14条1項に基づく平等取扱いの要請と国籍法が採用した父母両系血統主義を踏まえれば、「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したことという部分を除いた同項所定の要件が満たされる場合に、届出により日本国籍を取得することが認められるもの」とすることで、合憲的で合理的な解釈が可能とした。そして、この解釈は、本件区別に係る違憲の瑕疵を是正するために、過剰な要件を設けることで本件区別を生じさせている部分のみを除いて合理的に解釈したものであり、その結果も限定されているので、「同項の規定の趣旨及び目的に沿うもの」であるとし、裁判所が法律にない新たな国籍取得の要件を創設するものではないとした。

②分析 多数意見について、調査官解説は、「権利利益の付与に関する要件を定めた同項の規定の一部を違憲無効とした上で、その余の要件を満たす場合にも同様の権利利益を付与すべきものと解することにより、権利利益を付与する範囲を拡大し」、原告の救済を図っていると説明する¹²⁴。つまり、本件における権利侵害は本件区別によるものだとし、権利侵害を生み出す「過剰な要件」を違憲無効にし、その要件以外を満たす場合にも権利利益を付与することで、権利利益を享受する範囲を拡大させた¹²⁵。

(3) 藤田宙靖裁判官意見

①藤田意見 こうした多数意見に対して、藤田宙靖裁判官は次のよう

¹²⁴ 森 2010: 273.

¹²⁵ 本件について長谷部恭男は、立法裁量のコントロール方法として従来の最高裁判例は、「違憲審査の前提になる特定のベースライン（標準的な制度形態）が当該制度について存在するか否かをまず問い、それが存在する場合には、現在の法制度とそのベースラインとの距離を測るとともに、その乖離に合理性・必要性がどの程度あるかを審査する姿勢をとってきた」と説明した。そして、「不合理な差別によって権利・利益の侵害を受けている者にいかなる救済を与えるかを判断する際には、違憲判断によって復帰すべきベースラインが何かを見定めることができるか否かが主要な前提条件となる」とし、本件の多数意見においても、そのベースラインこそが結論を導く論理の根幹にあると指摘する〔長谷部 2009: 63-66〕。

な意見を述べた。藤田意見の出発点は、国籍法3条1項は優遇措置であるという見解にある。国籍法は、子の国籍の取得について、2項（出生による国籍の取得）と4条（帰化）を原則とするが、3条1項が準正要件を定めるのは「特に国籍取得の上で優遇する趣旨なのであって、殊更に非準正子を排除しようという趣旨ではない」とし、違憲状態の問題は「過剰な」要件ではなく、「不十分な」要件しか置いていないことにあると指摘する。そして、違憲状態を解消するならば、「不十分な」部分を補充することが求められるとした。藤田意見は、司法による立法作用は司法権の限界を超えるものであるという甲斐中裁判官と堀籠裁判官の反対意見に対して同意し、司法権が立法府による違憲な不作為状態に介入し得る余地は極めて限られていると確認した上で、本件において拡張解釈をすることの合理性を説明する。すなわち、「立法府が既に一定の立法政策に立った判断を下しており、また、その判断が示している基本的な方向に沿って考えるならば、未だ具体的な立法がされていない部分においても合理的な選択の余地は極めて限られていると考えられる場合において」「立法府が既に示している基本的判断に抵触しない範囲で、司法権が現行法の合理的拡張解釈により違憲状態の解消を目指すことは、全く許されないことではない」と述べた。

そして、本件でいえば、準正子の届出による国籍取得と日本国民である父親による生後認知を受けている非準正子に対して簡易帰化の容認の事実から、「少なくとも、日本国民の子である者の日本国籍取得については、国家の安全・秩序維持等の国家公益の見地からして問題がないと考えられる限り優遇措置を認めようとする政策判断が存在する」として、違憲状態を解消するために、非準正子と準正子と同じ扱いとすることはごく自然な方法であるし、このように拡張解釈することが立法者の合理的意思に抵触することになるとは到底考えられないと説明した。

②分析 多数意見と藤田意見は、議論の出発点異なる。すなわち、多数意見は本件区別の問題を国籍法3条1項規定に見出すのに対し、藤田意見は立法不作為の問題とする。調査官解説もこうした違いを踏まえ、

藤田意見について「不合理な法的取扱いの区別が立法不作為にすぎないものと評価される場合であっても、違憲立法審査権の行使により授権的、権利創設的規定の適用範囲を拡大させて権利利益の救済を図ることのできる枠組みを示した」と分析した¹²⁶。このように藤田意見は、立法不作為状態において、授権的、権利創設的規定の適用範囲を、当該不作為にまで拡張することで、救済を図ったものといえる。ただし、合憲拡張解釈に基づいて拡張できる授権的、権利創設的規定の適用範囲は無制約ではない。石川健治は、「基盤となる法制度の枠内」という範囲を藤田意見から読み取る。まず石川は、藤田意見を合憲拡張解釈として捉え、その基礎には、法律が憲法に適合してはならないのなら、まず法律解釈が憲法に適合してはならないはずだ、という考え方があると指摘する。そして、相当に創造的な意味補充的な解釈ではあるが、基盤となる法制度の枠内に収まっている解釈なので、拡張解釈は許されるとした藤田意見の立場を説明した^{127 128}。

4.3 小括

英国型合理的配慮法理（特に、予測型配慮義務）の日本国憲法への応用可能性を探る本稿において、特に藤田意見に注目したい。前述の通り、英国型合理的配慮法理は、本来ならば多数派と同様に公権力から授権的、権利創設的的法制度による権利利益（英国平等法は、サービス）を付与さ

¹²⁶ 森 2010: 280.

¹²⁷ 石川 2009: 15. これに対して常本照樹は、当該範囲をより限定的に捉える。常本は、具体的状況に照らして、立法府がある特定の内容の規定を選択する高度の蓋然性が認められるなど、立法的選択肢が事実上1つに絞られているような場合には、立法権の司法的篡奪とまではいえないとした〔常本 2012: 106〕。合理的配慮法理の導入を意識する筆者は、常本の合憲拡張解釈の認められる射程は狭すぎると考える。しかし、日本国憲法論として、救済のための措置をどこまで認められるかについては、今後の研究課題にしたい。

¹²⁸ 木村草太は、藤田意見について、国籍法3条1項の解釈の限度内といえるかどうかには依存するが、「婚姻」や「嫡出子」という文言を含む同項をそのように解釈することは強弁の感を免れず、解釈の限界を超えていると思われると批判する〔木村 2010: 350〕。

れる（英国平等法では、アクセスできる）はずなのに、社会的障壁が原因で、少数派に属する個人がそれを適切に付与されない事態に対して、当該社会的障壁を除去して、本来付与されたはずの授権的、権利創設的法制度による権利利益を多数派と同じように付与されることを求めるものである。このように見れば、問題が、授権的、権利創設的法制度は優遇措置であり、問題の権利利益を付与されるのに不十分な状態にあることが明らかになる。つまり例えば、聴覚障害者に対して家宅捜査する際に手話通訳者を同行しないことは、「過剰な要件」の問題ではなく、多数派基準の行動によって少数派に属する個人が受ける権利利益が「不十分」な要件で設定されていることが問題なのである。

飯田稔は、藤田意見のように違憲な立法不作為状態を合憲拡張解釈で解消を許される要件として、①立法府の政策的判断が存在すること、②当該判断の基本的方向に従った合理的選択可能性が選択されていること、そして、③著しく不合理な差別を受けている者を個別の訴訟の範囲内で救済する必要性があることと整理した¹²⁹。③は合理的配慮法理の構成要素の前半である間接差別と重なる審査で回収されるとして、合憲拡張解釈で違憲な立法不作為状態解消を許されるのは、立法府（または行政府）の政策的判断が存在し、当該判断の基本的方向に従った合理的選択がなされる場合であるといえる。

そして、前述の石川の説明とあわせると、①立法府（または行政府）の政策的判断が存在し、当該判断の基本的方向に従った合理的選択がなされ、②基盤となる法制度の枠内に収まっているものであれば、「司法による立法」作用にあてはまらず、合憲的に司法による配慮（救済）を要請することができるといえるだろう。そうであるなら、前述した英国型合理的配慮法理の合理性の審査の基準は、特に要件②の審査の際の判断要素となるといえるだろう¹³⁰。

¹²⁹ 飯田 2009: 277-278.

¹³⁰ なお、反応型配慮義務は、社会的障壁が原因で正当な能力・条件の評価がなされないことを問題にする。その場合、配慮の内容が、授権的、権利創設的な権利利益の付与の問題とはいえない。そうすると、優遇措置を前提とした藤田意見で提

5 むすびにかえて

本稿は、英国型合理的配慮法理（特に、予測型配慮義務）の日本国憲法への応用可能性を検討するために、日本国憲法と英国平等法における平等の内容、対象となる公権力の違い、各差別類型の関係性について相違点の指摘と、議論を行うための前提条件の調整を行った。そして、これらを踏まえて、英国型合理的配慮法理（特に、予測型配慮義務）の構成要素を①配慮義務発生の確認と②司法による合理的な配慮の判断の憲法適合性に分け、①を夫婦同氏訴訟で見られた間接差別禁止法理の萌芽と日本国憲法における位置づけ、②を国籍法違憲判決の藤田意見で提示された合憲拡張解釈を参考に検討した。その結果、最高裁が間接差別禁止法理を正面から憲法14条1項の要請として認めていなかったり、司法権の限界から配慮要請の範囲が制約されたりと問題はあるものの、英国型合理的配慮法理を日本国憲法に应用することは可能であることが明らかになった。

しかし、本稿では、英国型合理的配慮法理の日本国憲法の議論に落とし込むことに終始し、具体的な判例の検討を行うことができなかった。以前、筆者は、合理的配慮を、多数派基準の偏頗的な社会構造の基準から外れてしまい排除されることで、本来の能力を発揮または適切な権利利益を享受できない者を“無力化された「強い個人」”と位置づけた上で、問題の偏頗性を除去するための保護や福祉、ポジティブ・アクションではない性格の積極的措置を要求する法的権利と説明した。そして、合理的配慮を求める“無力化された「強い個人」”とは、生存権対象者の一部をはじめ、構造的差別を抱える多くの者が挙げられると指摘した¹³¹。そうであるなら、これまでの判例の中でも、合理的配慮法理の問題として

示された合憲拡張解釈で理論構成ができるかは疑わしい。むしろ、社会的障壁が「過剰な要件」として機能することで、能力・条件が正当に評価できない状態を生じさせていると考えられる。とするなら、多数意見の立場に近いと思われる。これについては、今後の研究の課題にしたい。

¹³¹ 杉山 2018c: 181-183.

再構成することができるものがあると思われる。これに関する具体的な判例研究は他日を期したい。

付記 本研究は、平成29年度科学研究費（若手研究(B)・17K13614）の成果の一部である。

引用文献

- 青柳幸一 [2008]：「障害を持つ人の憲法上の権利と『合理的配慮』」『筑波ロー・ジャーナル』4号。
- 芦部信喜 [2000]：『憲法学III 人権各論（1）増補版』（有斐閣）。
——（高橋和之補訂）[2015]：『憲法 第6版』（岩波書店）。
- 蟻川恒正 [2013]：「最高裁判例に現れた『個人の尊厳』」『法学』2013。
- 新井 誠 [2011]：「立法裁量と法の下での平等」『法律時報』83巻5号。
- 飯田 稔 [2009]：「国籍取得阻害要件の合憲性」『亜細亜法学』44巻1号。
- 石川健治 [2009]：「国籍法違憲大法廷判決をめぐって（3・完）」『法学教室』346号。
- 植木 淳 [2015]：「日本国憲法と合理的配慮」『法律時報』87巻1号。
- 浦部法穂 [2000]：『全訂 憲法学教室』（日本評論社）。
- 川岸令和 [2017]：「第14条【法の下での平等、貴族の禁止、栄典】」長谷部恭男『注釈 日本国憲法（2）』（有斐閣）。
- 木下智史・伊藤健 [2017]：『基本憲法 I』（日本評論社）。
- 木村草太 [2010]：「最高裁判所民事判例研究」『法学協会雑誌』127巻2号。
- 小山 剛 [2011]：『「憲法上の権利」の作法 新版』（尚学社）。
- 佐々木惣一 [1952]：『改定 日本国憲法論』（有斐閣）。
- 佐々木弘道 [2009]：「平等原則」安西文雄・青井未帆・浅野博宣・岩切紀史・木村草太・小島慎司・齊藤愛・佐々木弘通・宍戸常寿・林知更・巻美矢紀・南野森『憲法学の現代的論点 第2版』（有斐閣）。
- 佐藤幸治 [2011]：『日本国憲法論』（成文堂）。
- 柴田憲司 [2017]：「学会回顧 2017 憲法 平等」『法律時報』89巻13号。
- 白水 隆 [2012]：「憲法上の平等権概念と間接差別（3・完）」『法学論叢』171巻5号。

- [2017]:「間接差別の認定」浅倉むつ子・西原博史編著『平等権と社会的排除』(成文堂)。
- 杉山有沙 [2015]:「知的障害者の自己決定権行使のために講じる積極的措置の法的位置づけ」『早稲田社会科学総合研究』16巻1号。
- [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]:「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]:「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。
- [2018a]:「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」『ソシオサイエンス』24号。
- [2018b]:「無力化された個人としての障害者の認定方法」『白鷗法政策研究所年報』11号。
- [2018c]:「生存権対象者と無力化された『強い個人』」『帝京法学』31巻1・2号。
- [2018d]:「イギリス2010年平等法における直接差別、障害起因差別、間接差別の関係と平等観」『ソシオサイエンス』25号(査読審査中)。
- 高橋和之 [2013]:『立憲主義と日本国憲法 第3版』(有斐閣)。
- 辻村みよ子 [2016]:『憲法 第5版』(日本評論社)。
- 常本照樹 [2012]:「平等判例における違憲判断と救済方法の到達点」『論究ジュリスト』1号。
- 戸松秀典 [2008]:『憲法訴訟 第2版』(有斐閣)。

- 中曾久雄 [2014]:「平等権審査論」『愛媛大学教育学部紀要』61巻。
- 中里見博 [2016]:「夫婦同氏訴訟最高裁大法廷判決」『法学教室』431巻。
- 西原博史 [2003]:『平等取扱の権利』(成文堂)。
- [2012]:「社会的排除の構造と形式的平等論の新たな理論的可能性」樋口陽一・森英樹・高見勝利・辻村みよ子・長谷部恭男編著『国家と自由・再論』(日本評論社)。
- [2017]:「社会的排除と差別」浅倉むつ子・西原博史編著『平等権と社会的排除』(成文堂)。
- 野中俊彦 [2012]:「包括的基本権と法の下の平等」野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法I 第5版』(有斐閣)。
- 長谷部恭男 [2009]:『憲法の境界』(羽鳥書店)。
- 畑 佳秀 [2016]:「最高裁判所判例解説」『法曹時報』68巻12号。
- 卷美矢紀 [2016]:「憲法と家族」『論究ジュリスト』18号。
- 宮崎由佳 [2015]:「2010年平等法と平等義務」『労働法律旬法』1844号。
- 茂木明奈 [2018]:「住居の賃貸借契約における平等処遇の意義と課題(上)」『法律時報』90巻4号。
- 森 英明 [2010]:「最高裁判例解説」『法曹時報』62巻7号。
- 安西文雄 [2018]:「間接差別と憲法」『法科大学院論集』20号。
- 山本健人 [2016]:「カナダにおける信教の自由と合理的配慮の限界」『法學政治學論究』110号。
- 横大道聡 [2017]:「表現の自由に対する『規制』方法」阪口正二郎・毛利透・愛敬浩二編著『なぜ表現の自由か』(法律文化社)。
- 渡辺康行 [2016]:「法の下での平等」渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法I 基本権』(日本評論社)。
- Barnard, Catherine and Hepple, Bob [2000]: Substantive Equality, *Cambridge Law Journal*, 59 (3).
- 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.

- Fredman, Sandra [2005]: Providing Equality: Substantive Equality and the Positive Duty to Provide, *South African Journal on Human Rights* 21(2).
- [2011]: *Discrimination Law 2nd edition*, Oxford University Press
- Hepple, Bob [2014]: *Equality: The Legal Framework 2nd edition*, Hart Publishing.
- Lawson, Anna [2008]: *Disability and Equality Law in Britain*, Hart Publishing.
- McColgan, Aileen [2005]: *Discrimination Law: Text, Cases and Materials*, Hart Publishing.
- Monaghan, Karon [2013]: *Mognahan on Equality Law*, Oxford University Press.
- The Union of The Physically Impaired Against Segregation (UPIAS) [1976]: *Fundamental Principles of Disability*, UPIAS and DA.
- Sir William Macpherson of Cluny [1999]: *The Stephan Lawrence Inquiry*, the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty, Cm 4262-I.
- Wadham, John, Robinson, Anthony, Ruebain, David and Upple, Susie [2016]: *Blackstone's Guide to The Equality Act 2010 3rd edition*, Oxford University Press.