



Title	日本における性的マイノリティ差別と立法政策—イギリス差別禁止法からの示唆（2）
Author(s)	佐々木, 貴弘
Citation	国際公共政策研究. 2013, 18(1), p. 223-239
Version Type	VoR
URL	<a href="https://hdl.handle.net/11094/50265">https://hdl.handle.net/11094/50265</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

# 日本における性的マイノリティ差別と立法政策 —イギリス差別禁止法からの示唆—(2)

## Legislative Policy and Discrimination Against Sexual Minorities in Japan

—Learning from Anti-Discrimination Laws in England and Wales—(2)

佐々木貴弘\*

Takahiro SASAKI\*

### Abstract

In Japan, sexual minorities are discriminated against both socially and legally. In order to confront this situation, this study will explore the possibility of the use of anti-discrimination laws from the viewpoint of sexual minorities. For this purpose, I will deal with the present situation of sexual minorities in Japan, the Japanese Constitution, and anti-discrimination laws in England and Wales. Finally, this study will discuss how anti-discrimination laws should be designed giving consideration to sexual minorities. In this part(2), I will continue the interpretation of the Japanese Constitution. In addition, the anti-discrimination laws in England and Wales will be introduced.

**キーワード**：性的マイノリティ、国際人権法、日本国憲法、イギリス法、差別禁止法

**Keywords** : sexual minorities, international human rights law, the Japanese Constitution, the Laws of England and Wales, anti-discrimination law

---

\* 大阪大学大学院国際公共政策研究科博士後期課程

## 目次

はじめに 本稿の目的と構成

第1章 性的マイノリティの定義と法制度における取扱い

第2章 性的マイノリティ差別と日本国憲法

1. 憲法第13条から導かれる権利と同条の意義 (以上、第17卷第2号)

2. 憲法第14条による差別の禁止

3. 憲法第24条と性的マイノリティ

4. 人権規定の私人間効力論

5. 小括—日本国憲法と差別禁止法

第3章 性的マイノリティ差別とイギリス差別禁止法

1. イギリスにおける性的マイノリティの権利

2. イギリスにおける差別禁止法—2010年平等法以前

3. 2010年平等法と性的マイノリティ

(1) 平等法の制度設計—差別の禁止

(2) 平等法の制度設計—公的機関の義務と積極的措置

(以上、本稿)

(3) 性的マイノリティの視点からみた平等法

4. 小括—比較法の視座

第4章 日本における性的マイノリティ差別を禁止するための立法政策

むすびにかえて 日本法に対する提言

## 第2章 性的マイノリティ差別と日本国憲法

### 2. 憲法第14条による差別の禁止

憲法第14条1項によれば、「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」。同項は、日本における性的マイノリティ差別禁止の基礎となる規定である。本節は、差別禁止にまつわる基本事項を確認したうえで、差別禁止事由である「性別」と「社会的身分」に関して、性的マイノリティの該当性について検討を行う。

#### (1) 差別の禁止

憲法第14条1項について確認すべき点は、第1に、「法の下の平等」の意義と、同項後段の列举事由の性質である。第2に、平等違反の違憲審査基準である。

まず、「法の下」の平等とは、法適用の平等ではなく法内容の平等を指し、立法者を拘束する。これは、憲法が裁判所による法律の違憲審査を認め、人権を不可侵なものとすることから明らかである<sup>66)</sup>。ここでの「平等」は相対的平等を指し、恣意的な差別を禁止する。また、「法の下の平等」と

---

66) 日本国憲法第11条、81条を参照。

の関係では、第14条1項後段の列挙事由の性質について議論がある。大別すれば限定列挙と例示列挙であるが、法内容の平等と相対的平等に対応するのは例示列挙である。平等を緩く捉え、立法者を拘束し、後段を例示列挙と解することで、保障範囲を広めようとする<sup>67)</sup>。したがって、相対的平等、立法者拘束、例示列挙の3点が、通説である<sup>68)</sup>。

第2に、平等違反の違憲審査基準である。第14条1項後段の列挙事由に、どのような基準を用いるかには議論がある。ここでは、アメリカ合衆国の連邦法上の判例法理に基づいて、違憲審査基準について議論を進めてみる。その違憲審査では、厳格な基準、厳格な合理性の基準、合理性の基準という区別がなされる<sup>69)</sup>。その上で、人種や門地による差別については厳格な基準を採用することが考えられる。そして、信条と性別、社会的身分による差別については、厳格な合理性の基準が適切であるといわれる。その理由として、人種差別がアメリカでとりわけ厳しい歴史を有することから、厳格な基準が求められるという<sup>70)</sup>。

それに対して、違憲審査基準をめぐっては、通説以外にもさまざまな見解がある。たとえば、憲法が格別に規定する差別禁止事由が第14条1項後段の事由であり、厳格審査を及ぼすべきであるといわれる<sup>71)</sup>。列挙事由を「差別につき疑わしい範疇」と解するのである<sup>72)</sup>。さらに、上記3種類の基準自体の問題として、厳格な合理性の基準に対する批判も存在する<sup>73)</sup>。厳格な合理性の基準は区分や権益の性質に応じる柔軟性を有するが、明確性を欠き、主觀に支配され予見可能性が不在であるという批判である<sup>74)</sup>。この批判説によると、違憲審査基準は厳格基準と合理性の基準を原則とすべきである<sup>75)</sup>。

以上の点を、性的マイノリティ差別の文脈で考えれば、次のことが注目される。第14条1項後段の列挙事由が例示列挙であるならば、性的指向や性自認に基づく差別への対応を想定しうる。だが、平等を保障する範囲を広げるために例示列挙であると解しても、違憲審査基準の諸説を参照すると、問題が生じる。すなわち、憲法が格別の明文規定を持たない事由に関しては、平等保障の範囲が広がっても、違憲審査の段階でそれが保障されると限らない。先述のように、アメリカにおける差別の歴史や社会的汚名から示唆を受けて人種や門地に基づく差別に厳格審査を採用するならば、性的マイノリティ差別は厳格な審査の対象にならないおそれもある。したがって、現実的な差別解消のためにには、第14条1項後段の差別禁止事由への性的マイノリティの該当性について検討し、当該事由に基づいて平等保障を行うことが適切ではないか。このことを確認したうえで、差別禁止事由についての議論に移ることにする。

67) 辻村、『憲法』、前掲注1、182頁。

68) 同上。

69) 芦部信喜『憲法学III 人権各論（1）[増補版]』（有斐閣、2000年）、24-32頁。

70) 同上。

71) 佐藤、前掲注53、208-209頁。辻村、『憲法』、前掲注1、186-187頁。

72) 佐藤、同上、200-201頁。

73) 君塚正臣『性差別司法審査基準論』（信山社、1996年）、136-142頁

74) 同上、137-138頁。

75) 同上、142頁。

## (2) 差別禁止事由としての「性別」

憲法第14条1項後段で、性的マイノリティと関係しうる第1の差別禁止事由は「性別」である。「性別」は、憲法制定以来、性差別ないしジェンダーに基づく差別に対して大きな意義を持ち続けている。本項では、「性別」に関する基本事項を確認したうえで、性的マイノリティ差別への適用可能性を検討してみたい。

第二次世界大戦後、憲法は性別による差別を禁じ、政治的、社会的、経済的関係において男女同権の施策が進められた<sup>76)</sup>。政治的には、選挙権と被選挙権の平等が確認され<sup>77)</sup>、社会的には、夫婦の関係で女性を「劣位においてきた」制度の改革が行われた<sup>78)</sup>。刑法における妻の不貞のみを処罰していた姦通罪の削除、民法における「家」制度の廃止、教育における男女共学などが実現した。経済的には、雇用関係において大きな問題があったが、訴訟や立法によって一定の改善がみられた<sup>79)</sup>。

このような改善に続き、1979年に採択された女性差別撤廃条約は、性別に基づく差別に対して画期的な変化をもたらした<sup>80)</sup>。同条約は男女の事実上の平等促進を目指し、慣行上の性差別禁止や暫定的特別措置の規定を有する<sup>81)</sup>。差別の定義には、直接差別と間接差別を明記する。母性保護以外の「保護措置」や、男女の役割分担が性差別であるとされた<sup>82)</sup>。ほかにも、性別に基づく優越論や役割論の否定、子の養育における男女の共同責任、私人による差別の撤廃などを求めている。このような女性差別撤廃を貫徹する姿勢により、「画期的」という評価が可能である<sup>83)</sup>。日本は同条約を1985年に批准し、国内法整備が行われた。たとえば、男女雇用機会均等法が改正され、賃金以外の分野で男女平等を規定した<sup>84)</sup>。教育に関しても、高等学校の家庭科と中学校の技術・家庭科で、男女同一の機会が提供されるようになった<sup>85)</sup>。

このように、憲法が「性別」による差別を禁止して以来、男女平等の施策が実施され、女性差別撤廃条約による変化を経験し、この分野の差別禁止はかなり貫徹されたようにみえる。しかし、ジェンダー平等の観点からは、未だに「性別」に関する問題が提起されている。たとえば、皇室典範の男系男子主義、刑法第177条の強姦罪の規定、国立女子大学の存在、民法第731条の婚姻適齢、同733条の再婚禁止期間の規定、労働法上の母性保護と女性保護などの問題である<sup>86)</sup>。それぞれの問題

76) 芦部、『憲法学III』、前掲注69、40頁。

77) 正確には、日本国憲法公布前、1945年の衆議院議員選挙法改正によるものである。その翌年に公布された日本国憲法第44条が、議員の資格につき性別などによる差別を禁じた。

78) 芦部、『憲法学III』、前掲注69、40頁。

79) 裁判例では、結婚退職制に関する例として、東京地判1966（昭和41）年12月20日、労民集第17卷6号1407頁。若年定年制につき、日産自動車事件、最判1981（昭和56）年3月24日民集第35卷2号300頁。立法では、1947年の労働基準法が賃金における男女差別を禁止した。

80) 同条約の名称は、日本の公定訳では「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約」である。本稿では「女子」という表現を避けて「女性差別撤廃条約」と表記する。

81) 女性差別撤廃条約第4条、5条。

82) 同上。

83) 女性差別撤廃条約の評価につき、次の文献を参考にした。村上正直「女性差別撤廃条約と人権」牟田和恵（編）『ジェンダー・スタディーズ－女性学・男性学を学ぶ－』（大阪大学出版会、2009年）、204-224頁。

84) 1985年改正法の名称は「雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等女子労働者の福祉の増進に関する法律」であり、「勤労婦人福祉法」の改正という形をとった。

85) 小寺初世子・谷口真由美「女子差別撤廃条約」畠博行・水上千之（編著）『国際人権法概論〔第4版〕』（有信堂、2006年）、72頁。

86) 辻村みよ子『憲法とジェンダー 男女共同参画と多文化共生への展望』（有斐閣、2009年）、146-155頁。

をみると、日本国憲法制定から60年以上が経つ現在でも「性別」に基づく根深い差別が浮き彫りになるであろう。

では、差別禁止事由としての「性別」は、性的マイノリティ差別に対して何を語るのか。まず、性的マイノリティ差別禁止の直接の根拠として「性別」を援用することが考えられる。先述の自由権規約人権委員会による見解によれば、性的指向は自由権規約第2条1項にいう「性」に含まれる<sup>87)</sup>。だが、同委員会がそのように解した理由は必ずしも明らかでない。それに対して、日本国憲法に関する先行研究には、性的マイノリティに対する平等の根拠を「性別」に見出すものがある<sup>88)</sup>。アメリカ合衆国における同性婚の議論に関する検討であるが、差別の文脈にも示唆的である。そこでは、同性愛者差別が性別に基づく差別である理由として、「性的志向が女性に向かう男性や、性的志向が男性に向かう女性と比べて、性的志向が男性に向かう男性もしくは、性的志向が女性に向かう女性が差別されている」という構成がとられる<sup>89)</sup>。なるほど、このように考えれば、同性愛者が性別に基づいて差別されるという構成も可能であるかもしれない。これを敷衍するならば、性自認が生物学的性別と同じである者と比べて、性自認が生物学的性別と異なる者が差別されるという表現も不可能ではない。

だが、文理上「性別」とは生物学的な性別を指す。それが「ジェンダー」概念の登場以降、「性別」に包摂されたと考えられる。今日では、「ジェンダー」が「性差や性別についての観念・知識」のように広く定義される<sup>90)</sup>。「性別」についても、「身体的性別、性自認、セクシュアリティ、狭義の（女らしさ・男らしさなどの）ジェンダーなど多様な要素を組み合わせて」<sup>91)</sup>理解されている。

このように、性別に基づく同性愛者差別という構成や、ジェンダーと性別について近年用いられている定義に鑑みれば、性的マイノリティ差別が「性別」に基づく差別に含まれるという構成は可能であるかもしれない。だが、日本国憲法制定以来の「性別」にまつわる動向は、性差別ないし女性差別の撤廃が主軸であった。このことから本稿では、性的マイノリティ差別が「性別」に基づく差別であるという構成が可能であるとしつつも、これを積極的に提唱できるかにつき現時点では保留する。女性差別は、現在でもそれ自体が重要な人権問題である。さらに近年、ジェンダー平等に反する「家族」観をともなう改憲構想さえ打ち出されている<sup>92)</sup>。このような状況を前提にしたとき、「性別」についてのみ議論を行うことが妥当であるのか。本稿はその是非を明確に示すことはしない。むしろ現時点では、女性差別に関して行われてきた運動や研究を尊重しつつ、性的マイノリティ差別撤廃に向けた考察を行うこと自体が意義を有すると考えられる。

87) *Toonen v. Australia*, *supra* note 38.

88) 大野友也「同性婚と平等保護」『研究論文集－教育系・文系の九州地区国立大学間連携論文集』第3巻1号（社団法人国立大学協会九州地区支部 九州地区国立大学間の連携に係る企画委員会 リポジトリ部会・編集委員会、2009年）、17-38頁。

89) 大野、同上、33頁。

90) 辻村みよ子『ジェンダーと法』（不磨書房、2005年）、3頁。

91) 同上。

92) たとえば、「婚姻・家族における両性平等の規定（現憲法24条）は、家族や共同体の価値を重視する観点から見直すべきである」などと、両性の不平等に支えられた「家族」観が表示されているという。齊藤笑美子「ジェンダー平等と改憲構想」日本科学者会議（編）『憲法と現実政治』（本の泉社、2010年）、249-250頁を参照。

### (3) 差別禁止事由としての「社会的身分」

では、差別禁止事由である「社会的身分」は、どのような意義を有するのか。「社会的身分」は、性的マイノリティ差別禁止の根拠として援用できると考えられる。以下、その意味と違憲審査基準、性的マイノリティ差別の該当性について検討してみたい。

「社会的身分」は、その意味についての見解が次のように分かれる。狭義説では、「出生によって決定された社会的地位または身分」<sup>93)</sup>である。広義説では、「人が社会において一時的ではなく（ある程度継続的に）占めている地位または身分」<sup>94)</sup>である。中間説では、「人が社会において一時的ではなく占めている地位で、自分の力ではそれから脱却できず、それについて事実上ある種の社会的評価が伴っているもの」<sup>95)</sup>である。判例は、地方公務員の待命処分無効確認訴訟で、高齢であることの社会的身分への該当性につき、社会的身分を「人が社会において占める継続的な地位」<sup>96)</sup>と解し、広義説をとる。なお、同訴訟で最高裁は、高齢であることは社会的身分には含まれないとした。これに対して、広義説ではほとんどすべての地位が含まれ、憲法がわざわざ社会的身分による差別を禁止することの意味が疑わしくなるという批判がなされる<sup>97)</sup>。また、狭義説では「門地」に近いものとなり、「社会的身分」という列举事由を無視することになるという<sup>98)</sup>。だが、「門地」が想定していたのは特権的な身分であり、「社会的身分」が不利益に扱われる身分を含むことが多い点で、狭義に解することに独自の意味があるともいわれる<sup>99)</sup>。社会的身分の意味については、さまざまな見解がみられる。

次に、違憲審査基準との関係である。違憲審査基準を考え合わせると、「社会的身分」の解釈について一定の方向性が見出せるのではないか。本節では、平等保障の違憲審査について人種や門地に基づく差別に厳格な基準を適用する説と、第14条1項後段列举事由には厳格な基準を用いるという説とを紹介した。列举事由に厳格な基準を用いることは、現在では「準通説化」したといわれる<sup>100)</sup>。なるほど、憲法が格別に列举する事由は、その重要性に鑑みれば、厳しい基準で違憲審査を行うべきである。人種や門地に基づく差別のみに厳格な基準を用いる説は、他の事由と区別する理由を歴史的背景に求めたところで、釈然としない。したがって、社会的身分に基づく差別においても、違憲審査には厳格な基準を用いる必要がある。

こうして、「社会的身分」の意味に関する諸説と、違憲審査基準とを考え合わせてみると、憲法第14条1項後段の列举事由には、厳格な基準を用いた違憲審査を行わなければならない。そうなれば、列举事由に関する事案で違憲の疑いをかけることになるため、「社会的身分」の意味は狭く解するこ

93) 芦部、『憲法学III』、前掲注69、47頁。

94) 同上、48頁。

95) 同上。

96) 最大判1964（昭和39）年5月27日民集第18巻4号678頁。

97) 初宿、前掲注62、177-178頁。

98) 芦部、『憲法学III』、前掲注69、49頁。

99) 同上。

100) 君塚正臣「研究ノート 幸福追求権—延長上に家族と平等を考える—」『横浜国際経済法学』第19巻2号（横浜国際経済法学会、2010年）、142-143頁。

とが必要である<sup>101)</sup>。少なくとも、広義説を採用することはできない。

では、このように整理される「社会的身分」に、性的マイノリティは該当するのか。社会的身分について狭義説をとれば、性的マイノリティであることが出生によって決定されるか否かが問題となる。これについては、選択的な性的趣向ではなく、より生来的な問題であると指摘し、狭義の社会的身分として性的マイノリティを該当させる見解がある<sup>102)</sup>。また、中間説をとれば、社会における一時的でない地位で、自ら脱却できず、社会的評価を伴うという3点の該当性が問題となる。だが、前二者は狭義説の場合と同じであり、社会的評価が差別という形で突き付けられることから、性的マイノリティであることは社会的身分に該当するといえる。こうして、いずれの場合でも社会的身分に該当するため、憲法第14条1項にてらして性的マイノリティ差別は禁止される。

さらに、社会的身分の該当性と関係して、集団としての「性的マイノリティ」にも目を向けておきたい。性的マイノリティは、細かく類型化されうる集団である。一口に「差別」といっても、同性愛者に対する差別、バイセクシュアルに対する偏見、トランスジェンダーに対する無理解など、さまざまな側面がある。これらすべてを「性別に基づく差別」として構成すると、どのように「性別」に関係するかを示さねばならず、さらに「性別」と「ジェンダー」に関する一般的理解と大きく乖離するおそれがある。このことが、性別に基づく差別という構成が躊躇される理由である。むしろ、「性的」な「マイノリティ」を一つの集団とみなし、それが社会的身分に該当するために差別が禁止されるという構成が適切ではないか。これにより、性的マイノリティが一つのマイノリティ集団として連帯し、社会的身分に基づく差別に立ち向かい、人権保障を推し進める可能性を見出すことができる。

### 3. 憲法第24条と性的マイノリティ

憲法第24条は、家族生活における個人の尊厳と両性の本質的平等を定める。同条は、性的マイノリティ差別に対して、どのような意義を有するのか。差別問題を対象とする本稿での論点として、個人の尊重、同性婚ないしパートナーシップ、憲法第13条と第24条の対抗関係がある。以下、順に検討を行う。

第1に、個人の尊重である。本章1.では、憲法第13条と性的マイノリティとの関係において、平等のルーツが幸福追求に求められることを明らかにした。第24条2項は、家族に関する事項における個人の尊厳と両性の本質的平等を規定する。第13条が規定する個人の尊重が家族に関しても保障されており、憲法の理念のひとつである個人の尊重を2つの条項が支持している。この点で、平等

101) 辻村、『憲法』、前掲注1、190頁は、憲法第14条後段列挙事由に特別な意味を持たせる場合には、違憲審査に厳格な基準ないし厳格な合理性の基準を用いるべきであるという。また、君塚正臣、「同性愛者に対する公共施設宿泊拒否」『憲法判例百選I 第5版』(有斐閣、2007年)、68-69頁は、列挙事由に厳格度の高い基準を用いる場合には、社会的身分の意味を狭義説によるべきであるという。

102) 君塚、同上。齊藤笑美子「性的マイノリティ」浅倉むつ子・角田由紀子(編)『比較判例ジェンダー法』(不磨書房、2007年)、250頁を参照。なお、「性的指向」という用語により「志向」や「趣向」という表現が回避されていることも、選択的ではないという理解と一致する。

のルーツに関する議論が補強される。

第2に、同性婚ないしパートナーシップである。同性カップルの権利保障については、性的マイノリティの当事者であっても賛否が分かれる。肯定的な見解は、同性カップルが異性のカップルと同等の権利を有することは当然であること、カップルの一方の病気や死亡の場合に法律や「家族」が大きな障壁となること、などを挙げる。慎重な見解は、そもそも婚姻制度や戸籍制度に差別的な側面があること、モノガミーな関係のみを法的に保護することの問題性、個人という単位を尊重することの必要性、などを挙げる<sup>103)</sup>。いずれも説得的であるが、同性カップルの権利を法的に保障することは、やはり必要であろう。たとえ慎重な見解が問題点を雄弁に物語っていても、現時点では、異性のカップルに対して与えられる婚姻という選択肢と、事実婚ないし内縁関係に対する保護とのバランスを保たなければならない。したがって、同性カップルの法的保護を実現することが求められる。

では、同性カップルの権利を保障するためには、憲法第24条をどのように解釈すべきか。その答えは、「両性」の本質的平等という文言に見出すことができる。すなわち、「両性 (both sexes)」は女性と男性だけでなく、女性と女性、男性と男性をも含むという拡大解釈である。この解釈は、研究者からもすでに発案されている<sup>104)</sup>。これにより、家族生活について同性間の関係を含めて考えることができよう。

第3に、同性カップルの法的保護をめぐって生じる、憲法第13条と第24条の対抗関係である<sup>105)</sup>。すなわち、同性カップルを法的に保護するのであれば、その根拠を人格的自律権ないし自己決定権に求める可能性がある。だが、第24条が特に家族生活に関する規定であり、いずれを根拠にするかという問題である。詳細な検討は割愛するが、憲法第13条が一般法の性格を有しており、それに比べて特別法の性格を有する第24条によって保護される事柄については、後者が規定していると考えれば整合的な理解が可能である<sup>106)</sup>。

以上の3点が、性的マイノリティと憲法第24条をめぐる論点である。差別禁止法に直接関係しない事項も含まれるが、現行の日本国憲法のもとで性的マイノリティの人権保障を実現するためには、本章で取り上げた議論を総合的に考慮しなければならない。

#### 4. 人権規定の私人間効力論

ここまで、国家との関係で性的マイノリティ差別を禁止するための解釈論についてみてきた。だが、憲法と差別禁止法に関しては、人権規定の私人間効力という大きな問題が残されている。憲法学における大きな論争に答えを出すことは難しいが、性的マイノリティに関する私人間の差別禁止

103) 堀江、前掲注3を参照。

104) 日本家族〈社会と法〉学会議事録「シンポジウム〔自由討論〕」における谷口洋幸の報告による。『家族〈社会と法〉』、前掲注63、108-110頁。

105) この議論については、同性婚の可能性を追求するものとして、羽潤、前掲注63、31-68頁を参照。

106) 羽潤、同上、55-56頁。

についてどのように理解すべきか。その道筋を見出してみたい。

人権規定の私人間効力をめぐって伝統的には、無効力説、直接効力説、間接効力説という3つの学説がみられる。無効力説は、憲法の人権規定が国家対個人の関係を規律するとして、私人間への適用を否定する。直接効力説は、人権規定が私人間にも直接に効力を有するとし、社会的権力による人権制約に対処しようとする。だが、国家対個人という元来の人権保障との兼ね合いや、当事者自治もしくは私的自治との衝突などが指摘されている。間接効力説は現在の通説であり、私法上的一般条項を用いて間接的に私人間の権利を保障しようとする<sup>107)</sup>。直接効力説への疑問に応えながら、人権規定の効力を拡大する法的構成を試みている<sup>108)</sup>。判例も、「三菱樹脂事件」を筆頭に、間接効力説であると理解されている<sup>109)</sup>。

だが、最近では私人間効力という問題設定自体についての再検討がなされており、間接効力説に関する従来の通説が見直されている。たとえば、ドイツにおける基本権保護義務を参照し、国家が基本的法益を保護する義務を負う結果として、私人間にも人権が効力を有するという「保護義務説」である。また、「新無効力説」は、国家対個人という憲法観の修正を許さず、その修正により国家が国民に対して「憲法忠誠」を要求することを懸念する<sup>110)</sup>。そこでは、私人間で侵害されるのは「理念としての人権」ないし自然権であり、私人間では「法律上の人権」という形で保護されるという<sup>111)</sup>。このように、私人間効力をめぐる論争は百家争鳴の様相を呈している。

では、性的マイノリティ差別解消という目的に立ち返ると、私人間効力に関してどのような道筋が見出せるであろうか。現在の論争状況にあって、本稿が注目する見解がある。それは、憲法第13条を人権の価値原理規定として妥当せしめるというものである<sup>112)</sup>。もとより、人権が方向付けの確定された「権利」ではなく、方向性の決定されていない「価値」として理解されるという点で、間接効力説と保護義務説は共通の立場をとる。さらに、この見解によれば、新無効力説の問い合わせに対しても、個人の尊厳を保障する憲法第13条が私人間においても「妥当」する。しかし、個人がお互いを個人として尊重することについては、憲法第13条の段階では抽象的な要請にとどまる。その具体化には、第一次的には民法を含む立法が求められ、それができないときには、憲法第13条に適合する私法規定の解釈が必要となる。

この見解をもとにすると、憲法第14条との関係でも個人の尊厳の具体化を実現することができる。すなわち、同条の定める差別の禁止は、私人間に直接的な効力を有するという議論が可能である。本章1.では、差別の禁止の基礎を幸福追求に求めるという考え方を示した。本節で注目した私人間効力についての見解は、第13条と第14条が連続した規定として理解できることと符合し、差別を禁

107) 芦部、『憲法学II』、前掲注54、283頁。

108) 芦部、同上、294-313頁。

109) 最大判1973(昭和48)年12月12日、民集第27巻11号1536頁。

110) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(有斐閣、2005年)、100-101頁。

111) 同上。

112) この見解は、宍戸常寿「私人間効力論の現在と未来—どこへ行くのか」長谷部恭男(編)『講座 人権論の再定位3 人権の射程』(法律文化社、2010年)、25-47頁による。

止する理由がさらに明らかにされるであろう。

なお、人権規定が私人間にも適用されるという議論は、現時点で当事者の人権保障に直接結びつくわけではない。むしろ、主体が国家か私人かを問わず差別は許されないことが確認されるのであり、差別禁止法の必要性を減じるものではない。

## 5. 小括—日本国憲法と差別禁止法

本章の検討を振り返ると、日本国憲法が性的マイノリティ差別を禁止していると解釈することが可能である。「はじめに」で述べた3つの法的問題との関係を確認すると、第1に、同性カップルの権利保障については、憲法第13条または第24条による対応が考えられる。第2に、トランスジェンダーの性別変更については、自己の身体の処分やライフスタイルに関して、第13条が憲法上の人権の基礎となる。第3に、性的マイノリティ差別については、第14条1項が十分な根拠となる。本章は差別問題を中心課題としながらも、広い意味での性的マイノリティの人権と憲法の人権規定に関する議論を整理した。これは、差別問題への対応にとどまらず、性的マイノリティの人権が総合的に包括的に保障されるべきであるという問題意識による。さらに、私人間効力の問題についても、憲法第13条にいう個人の尊重を取り込むことで、一定の回答を示すことができた。これらの点を憲法上の基礎として、以下、差別を禁止するための具体的かつ実践的な検討を試みる。

## 第3章 性的マイノリティ差別とイギリス差別禁止法

本章では、イギリスの差別禁止法を取り上げる。前章で示したとおり、日本国憲法の解釈によって性的マイノリティの権利が認められる。その権利を具体的に実現するためには、差別禁止法について検討する手がかりを得なければならない。「はじめに」で述べたとおり、イギリスにおける性的マイノリティの人権保障は、最近10年ほどの間に大きく変化した。その変化を追いかながら、日本における性的マイノリティ差別に対する示唆を抽出してみたい。以下、イギリスにおける性的マイノリティの権利と差別禁止法の変遷について概観し、2010年平等法の制度設計と性的マイノリティの視点とを考え合わせて、比較法の視座を提供する。

### 1. イギリスにおける性的マイノリティの権利

#### (1) ヨーロッパ人権条約

まず、イギリスにおける性的マイノリティの権利について、ヨーロッパ人権条約（以下、「条約」という場合がある。）との関係を見ておきたい。第二次世界大戦後、イギリスが享受する人権水準を他国にも享受させるという観点で、同国は条約起草に積極的に貢献した<sup>113)</sup>。だが、国際条約につい

113)江島晶子「ヨーロッパ人権条約とイギリス」戸波江二ほか（編）『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社、2008年）、33頁。

て変形体制をとるイギリスでは、1951年の条約批准から1998年の人権法（Human Rights Act 1998）成立まで、条約に国内法上の効力はなかった。さらに、その間にヨーロッパ人権裁判所（以下、「裁判所」という場合がある。）ではイギリスの条約違反が多数認定されており、一部の国内の裁判官が条約を参照しはじめたほどであった<sup>114)</sup>。こうした状況のなかで、1997年にイギリス労働党が政権に復帰、同党が抽象的権利章典に懐疑的であったことから、1998年人権法により条約が国内法化された<sup>115)</sup>。

性的マイノリティに関する裁判所の判決が複数存在する。まず、世界で初めて性的マイノリティの権利を認めた判決として、1981年のダジョン対イギリス事件判決を先に紹介した<sup>116)</sup>。同判決は、同性愛行為を犯罪化していた北アイルランド刑法が、プライバシーの権利を定める条約第8条に違反すると認定した。1999年のラステイック＝ブリーン・ペケット対イギリス事件と、同年のスマス・グレイディ対イギリス事件の判決では、軍当局による性的指向についての執拗な尋問や解雇がプライバシー権の侵害であると認定された<sup>117)</sup>。判決にみられる「多数者による偏見にすぎない」という理由づけは、差別禁止に関する事例でも用いられている<sup>118)</sup>。また、トランジンジャーをめぐっては、2002年のグッドウィン対イギリス事件で、トランジンジャーの当事者が法律上の性別を変更できないことがプライバシー権の侵害にあたると認定された<sup>119)</sup>。

なお、条約第14条が定める差別の禁止についても、性的マイノリティの事例で裁判所の判例が蓄積されている。イギリスの事例ではないが、リーディング・ケースとして1999年のダ・シウヴァ対ポルトガル事件判決があげられる<sup>120)</sup>。同判決では、夫婦の離婚後に元夫である申立人が、彼の性的指向を理由に子の監護権が与えられないことが条約違反にあたると主張し、条約第8条と結びついた第14条違反が認定された。その後も裁判所は性的マイノリティに関する多数の事例で条約違反の判決を下し、差別の禁止が貫徹されてきている<sup>121)</sup>。

## (2) イギリス国内法

次に、イギリス国内法と性的マイノリティの関係についてみておきたい。本項では、性的マイノリティに関する国内立法を時系列的に整理する。

先に述べたダジョン対イギリス事件判決以前には、北アイルランドにソドミー法が残存していたが、同判決を受けて1982年に当該刑罰規定は廃止された<sup>122)</sup>。なお、イングランドとウェールズ、ス

114) 江島、同上。

115) 江島、同上、34-35頁。

116) *Dudgeon v. the United Kingdom*, *supra* note 35.

117) *Lusig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, 27 September 1999, HUDOC. *Smith and Grady v. the United Kingdom*, 27 September 1999, ECHR, Reports 1999-VI.

118) See, for example, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, *supra* note 37.

119) *Goodwin v. the United Kingdom*, *supra* note 36.

120) *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, *supra* note 37.

121) See, for example, *L. and V. v. Austria*, 9 January 2003, ECHR, Reports 2003-I, *Karner v. Austria*, *supra* note 37, and *E. B. v. France*, *supra* note 37.

122) 初川満『ヨーロッパ人権裁判所の判例』(信山社、2002年)、233頁。

コットランドでは、すでに立法的な解決がなされていた<sup>123)</sup>。

1998年には、先述した人権法が成立し、ヨーロッパ人権条約が国内法化された。だが、イギリスは名誉革命以来、議会主権を伝統としている<sup>124)</sup>。1689年権利章典には、国王による法律執行停止権限（suspending power）および法律適用免除権限（dispending power）に対する議会の勝利がうたわれている<sup>125)</sup>。しかしながら人権保障の分野では、長期にわたるサッチャー政権下における人権侵害、ヨーロッパ人権裁判所における数々の敗訴、さらには国内の裁判官による国内法化の支持など、条約の国内法化に結びつくさまざまな要因が存在した<sup>126)</sup>。政治的には、権利章典を導入する方針に転換した労働党が政権をとり、人権法が実現した<sup>127)</sup>。人権法は、ヨーロッパ人権条約を国内法化し、次のような実施措置を持つ。まず、法律解釈原理として、「可能な限り、第一次立法および従位立法は条約上の権利と適合するように解釈され実施されなければならない」<sup>128)</sup>。国内裁判所により、第一次立法が条約上の権利と適合しないと判断されれば、裁判所は不適合宣言（declaration of incompatibility）を出すことができる<sup>129)</sup>。この宣言は問題になった法律に影響を及ぼさず、当該訴訟当事者に対しても拘束力を有しないが、救済命令（remedial order）による立法修正という救済が可能である<sup>130)</sup>。議会主権との関係では、裁判所に議会制定法を無効にする権限を与えることにより、衝突を回避している<sup>131)</sup>。以上が、1998年人権法の特徴である。

2003年には、性的マイノリティ差別を禁止する2つの法令が成立した。2003年性犯罪法（Sexual Offences Act 2003）は、同性愛者差別を禁止する<sup>132)</sup>。このことは、性犯罪法との関係で、すでに廃止されたソドミー法に違反したことの告知要件（notification requirements）を課さないという形で具体化された<sup>133)</sup>。また、2003年の雇用における平等規則（Employment Equality [Sexual Orientation] Regulations 2003）は、雇用における性的指向に基づく差別を禁じた。

2004年には、性的マイノリティに関して大きな意義を有する2つの立法がなされた。2004年性別承認法（Gender Recognition Act 2004）と、2004年シビルパートナーシップ法（Civil Partnership Act 2004）である。前者は、先に述べたグッドワイン対イギリス事件判決を受けた、法律上の性別変更を認める法律である。後者は、当事者のニーズが高まり、他のヨーロッパ諸国でも同性婚やパートナーシップ法が導入されたことから、イギリスでもパートナーシップ制度が実現された。イギリス

123) *Dudgeon v. the United Kingdom*, *supra* note 35, paras. 17-18.

124) 倉持孝司「イギリスに『憲法』はあるか—イギリス『憲法』の特徴と『流動化』—」梅川正美ほか（編著）『現代イギリス政治』（成文堂、2006年）、111-135頁を参照。

125) 同上、119-121頁。この文献にも紹介されているが、イギリスでは伝統的に、「国会は、女を男にし、男を女にすること以外のことは何でもできる」とする「ほとんど格言となっている奇妙な表現」がしばしば引用されるという。イギリスの状況を参考に性的マイノリティ差別禁止を課題とする本稿にとっては、同国の議会主権の伝統を物語るとともに、性的マイノリティの問題が比較的最近になって顕在化したことを見慮させる表現である。

126) 江島晶子『人権保障の新局面 ヨーロッパ人権条約とイギリス憲法の共生』（日本評論社、2002年）、234-235頁。

127) 江島、同上、235-236頁。

128) Human Rights Act 1998 (c.42), Section 3 (1).

129) *Ibid.*, Section 4.

130) *Ibid.*, Section 10.

131) 江島、「ヨーロッパ人権条約とイギリス」、前掲注113、35頁。

132) Sexual Offences Act 2003 (c.42), Section 93.

133) See, Sexual Offences Act 2003, Schedule 4 — Procedure for ending notification requirements for abolished homosexual offences.

は、同性カップルの権利保障について、婚姻に相当する内容を持つパートナーシップ登録制度を導入した。

以上のことから、かつてはソドミー法が存在していたイギリスであるが、近年においては性的マイノリティに対する施策を充実させる方向に動いてきたことがわかる。

## 2. イギリスにおける差別禁止法—2010年平等法以前

前節ではイギリスにおける性的マイノリティの視点から整理を行ったが、本節では、さまざまな事由に基づく差別禁止法という観点から立法の変遷をみておきたい。以下、人種、性別、障がい、性的指向ないし性自認に基づく差別に関する個別法を取り上げる。

人種については、第二次世界大戦後、もっとも早くから差別が禁止してきた。世界的には、1965年、ネオナチズムやアパルトヘイトなどを背景に、人種差別撤廃条約が採択された<sup>134)</sup>。これに対応してイギリス国内では、1965年に最初の人種関係法（Race Relations Act 1965）が制定され、「皮膚の色、人種または種族的もしくは民族的出身」に基づく差別が禁止された<sup>135)</sup>。1968年人種関係法は、1965年法の規制を強化し、住宅、雇用、公的サービスにおける差別を禁止した<sup>136)</sup>。1976年には、差別禁止事由が「人種、皮膚の色、国籍、種族的若しくは民族的出身」と改められた<sup>137)</sup>。さらに、人種関係法2000年改正法（Race Relations [Amendment] Act 2000）は、公的機関に対して人種間の平等を促進する義務を課した<sup>138)</sup>。

性差別に関する立法は、人種差別の次に長い歴史を持つ。世界的には1979年の女性差別撤廃条約が大きな画期であり、イギリスは選択議定書を含めてこれを批准している。また、ヨーロッパ人権条約の差別禁止条項も性に基づく差別を禁止する。欧州共同体設立条約も、現行条約第141条が男女間の賃金平等を定める。これらの影響を受け、国内的に女性差別に対応する法律が整備された。1970年同一賃金法（Equal Pay Act 1970）は、賃金における男女差別を禁止する。1975年性差別禁止法（Sex Discrimination Act 1975）は、雇用、教育、ハラスメント、物資・施設・サービス、不動産の処分または管理に関して、性別と婚姻に基づく差別を禁止する。性差別禁止法はさらに、1986年改正や平等法の成立によって、より広い射程を持つことになった<sup>139)</sup>。

障がい者差別については、1995年障がい者差別禁止法（Disability Discrimination Act 1995）が、雇用、物資・施設・サービス、不動産、教育、交通機関において障がいに基づく差別を禁止していた<sup>140)</sup>。

性的指向ないし性自認に基づく差別については、次の規則が制定されていた。1999年の性差別禁

134) 水上千之「人種差別撤廃条約」畠博行・水上千之（編）『国際人権法概論〔第四版〕』（有信堂、2006年）、103頁以下を参照。

135) Race Relations Act 1965 (c.73).

136) Race Relations Act 1968 (c.71).

137) Race Relations Act 1976 (c.74), Section 3.

138) Race Relations (Amendment) Act 2000 (c.34).

139) See, Sex Discrimination Act 1986 (c.59). And also, Equality Act 2006 (c.3), Sections 31 and 32, which impose duties relating to sex discrimination on persons performing public functions.

140) Disability Discrimination Act 1995 (c.50).

止（性別再指定）規則（Sex Discrimination [Gender Reassignment] Regulations）は、1995年性差別禁止法を改定し、雇用における性別再指定による差別を禁止した<sup>141)</sup>。なお、性別再指定とは性別適合を指す。2003年雇用平等（性的指向）規則（Employment Equality [Sexual Orientation] Regulations）は、雇用における性的指向に基づく差別を禁止した<sup>142)</sup>。

以上が、個別の事由に基づく差別禁止法の展開である。国際的な動向とも重複しながら、差別禁止事由が国内法制度のなかで拡大された。さらに、雇用、住宅、物資やサービス、不動産の処分、交通機関など、差別の局面について適用範囲が拡大されたことも注目される。

最後に、2006年平等法（Equality Act 2006）についても触れておきたい<sup>143)</sup>。同法は、2010年より前に「平等法」という名称でなされた立法である。その目的は、平等人権委員会（Commission for Equality and Human Rights）を設け、それ以前から存在した機会均等委員会（Equal Opportunities Commission）などの複数の個別的な委員会を一つの委員会に集約することであった<sup>144)</sup>。複数の個別法による差別禁止法に関して委員会を一本化した点で、2010年法への連続性をみることができる。

### 3. 2010年平等法と性的マイノリティ

本節では、本章の中心課題である2010年平等法（以下、「平等法」もしくは「法」という場合がある。）を取り上げる。（1）では、平等法の制度設計について概観する。（2）では、積極的差別是正措置と、公的機関による平等保障の義務を取り上げる。（3）では、性的マイノリティ差別という観点から平等法について考察を加え、評価すべき点と批判すべき点を洗い出す。1965年人種関係法から半世紀の歴史を有するイギリス差別禁止法は、何を語るのであろうか。

#### （1） 平等法の制度設計—差別の禁止

まず、2010年平等法について、法の目的、差別禁止事由、差別の形態、差別が禁止される局面、執行方法について概観する。

平等法の目的は、差別禁止法を改革し、調和をはかることがある<sup>145)</sup>。また、一本化により差別禁止法全体の単一化をはかり、法の活用を容易にする目的もあった<sup>146)</sup>。

平等法第4条が規定する差別禁止事由（protected characteristics）は、年齢、障がい、性別再指定（gender reassignment）、婚姻とシビルパートナーシップ、妊娠と出産（pregnancy and maternity）、人種、宗教または信条、性別、性的指向である<sup>147)</sup>。ここでは本稿の目的に応じて、性別再指定と性的指向の定義を確認する。性別再指定という文言からは、本稿第1章の定義にいう性別適合手術が想

141) Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulations 1999 (No.1102).

142) Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003 (No.1661).

143) Equality Act 2006.

144) *Ibid., Introductory Text.*

145) Equality Act 2010 (c.15), *Introductory Text*.

146) Bob Hepple, "The New Single Equality Act in Britain," *The Equal Rights Review*, The Equal Rights Trust, 2010, Vol.5, pp.11-24.

147) Equality Act 2010, Section 4. ここで言う「差別禁止事由」は、原文では「保護される特徴（protected characteristics）」であるが、後の説明を統一的に行うため、前者を用いている。

起される。だが、平等法の定義は「性別の生理的もしくは他の属性を変更する」ものであり、医療に関係する範囲を超えると考えられる<sup>148)</sup>。この点は、本節（3）で詳述する。性的指向は、それが同性、異性もしくは両性に向くものである<sup>149)</sup>。

禁止される差別は、直接差別、複合差別、間接差別、ハラスメント、見せしめの不利益取扱い（victimisation）である<sup>150)</sup>。行為の種類によっては、法第4条の差別禁止事由が選択的に適用される。

直接差別では、差別禁止事由のうち、一つの事由に基づく差別が禁止される<sup>151)</sup>。直接差別に対して平等法は厳格であり、たとえば、年齢差別を正当化するには正当な目的と比例した手段が求められる。また、障がいに関して障がい者を厚遇しても差別に該当しない。

複合差別では、年齢、障がい、性別再指定、人種、宗教または信条、性別、性的指向のうち、二つの結びつきによる差別が禁止される<sup>152)</sup>。複合差別とは、複数の差別事由が結びついて二重、三重の差別に苦しむことである。これに関して平等法は、二つの結びつき（dual characteristics）に限って複合差別（combined discrimination）を認める選択を行った。その背景には、企業団体の意見により、二つよりも多い差別の複合要因を排除した経緯があった<sup>153)</sup>。企業にとって複合差別の禁止は「過度の負担」であり、法に規定すること自体に反対していたため、妥協策として二つの事由までに限定されたのである<sup>154)</sup>。

間接差別では、第4条の事由から妊娠と出産を除くものが保護対象である<sup>155)</sup>。間接差別については人権条約や各国の法に種々の規定が存在するが、平等法は、差別禁止事由との関係で差別的な規定、要件もしくは実行を課することを差別とする。当該規定などが差別的であるのは、差別禁止事由に関係しないが当該事由を有する者に一定の不利益を課すると同時に、当該規定などが正当な目的を達成するために比例する手段を追求していない場合である。

ハラスメントは、その定義がEU法を超えていることが注目される<sup>156)</sup>。第1に、ある者が、年齢、障がい、性別再指定、人種、宗教または信条、性別、性的指向のうち一つの差別禁止事由により望まない行為を受け、尊厳を傷つけられ、またはその者に対して脅迫的、敵対的、品位を傷つける、恥辱的、もしくは敵対的な環境を与える目的と効果があれば、ハラスメントである<sup>157)</sup>。第2に、性的行為を行い、上記目的と効果があればハラスメントである<sup>158)</sup>。第3に、性別再指定または性別を理由として、ある行為を拒否し、または従ったとき、それがなければ不利益な取扱いを受けなかっ

148) *Ibid.*, Section 7.

149) *Ibid.*, Section 12.

150) Equality Act 2010, Sections 13, 14, 19, 26 and 27. なお、victimisationに対する「見せしめの不利益取扱い」の訳語は、鈴木隆「イギリス2010年平等法注釈（1）」『島大法学』第54巻1・2号（島根大学法文学部、同大学大学院法務研究科、2010年）、178頁による。

151) Equality Act 2010, Section 13.

152) *Ibid.*, Section 14.

153) Hepple, *supra* note 146, p.16.

154) *Ibid.*

155) Human Rights Act 2010, Section 19.

156) Hepple, *supra* note 146, pp.17-18.

157) Human Rights Act 2010, Section 26 (1).

158) *Ibid.*, (2).

たであろう場合に、ハラスメントにあたる<sup>159)</sup>。2000年の欧州理事会指令では雇用と職業における上記第1の行為がハラスメントとされるため、これをイギリス国内法で実現する際にEU法以上の定義をおいたと評価することができる<sup>160)</sup>。

第5の差別形態として、見せしめの不利益取扱いがある。その意味は、ある者が平等法により保護される行為を行い、または行ったと信じられるために、不利益な取扱いを受けることである。保護される行為とは、法に基づく手続きの申立て、証拠や情報の提供、法の違反の申立てなどである<sup>161)</sup>。平等法注釈で紹介される若干の具体例を示しておく<sup>162)</sup>。女性が使用者に対して性差別の申立てを行い、結果として昇進を拒否されれば、見せしめの不利益取扱いである。また、ゲイの男性が異性愛者の顧客よりも一貫して不利益に取り扱われてきたとして居酒屋の店主を訴えたために、店主が彼を居酒屋から完全に追い出すことである。このような例をみれば、差別の定義として重要であることがわかる。

以上5つの形態で、平等法は差別を禁止する。差別が発生する局面として法が規定するのは、雇用、サービス（物資や便益の供給を含む）と公務、不動産の処分と管理、教育、団体、交通機関である。差別の形態によって保護される事由が異なることはすでに述べたが、差別の局面によっても保護される事由や形態が異なる。これらの差異につき、平等法が一本化されたとはいえ、具体的な事例に法を当てはめる際には注意を要する。たとえば、不動産の処分と管理において、年齢、婚姻もしくはシビルパートナーシップを理由に差別やハラスメントを行うことは、不動産に関する規定で右事由が除外されるため、違法ではない<sup>163)</sup>。また、団体加入において、婚姻とシビルパートナーシップを理由に差別やハラスメントを行うことも、同じ理由で違法ではない<sup>164)</sup>。これらの例外は、2010年平等法以前の個別法の規定や、差別の事由や局面の性質による差異を反映している。

平等法の執行については、イギリスが平等法以前から行ってきた、民事救済を踏襲している。平等法に関する裁判管轄権は、民事裁判所が有している。サービスと公務、教育、および団体に関する訴えは、県裁判所（county court）が管轄する<sup>165)</sup>。雇用に関する訴えは、雇用審判所（employment tribunals）が管轄する<sup>166)</sup>。

## （2）平等法の制度設計—公的機関の義務と積極的措置

平等法は、前項でみた差別禁止と一体のものとして、公的機関による平等促進義務と積極的差別是正措置についても規定している。

159) *Ibid.*, (3).

160) Council Directive 2000/78/EC (2000), Article 2 (3).

161) Human Rights Act 1998, Section 27 (2).

162) Equality Act 2010, *Explanatory Notes*, paras. 103–106.

163) Equality Act 2010, Section 32.

164) *Ibid.*, Section 120.

165) *Ibid.*, Section 114.

166) *Ibid.*, Section 120.

公的機関（public authority）による平等促進義務とは、差別を撤廃し、機会の均等を促進し、差別される人とその他の人の間に良好な関係を育む義務である<sup>167)</sup>。これらの義務を拡大する規定として、差別事由を有する集団の不利益を取り除き、その集団のニーズに応える措置をとり、社会生活などにおける参加を促進すべきことも明記されている<sup>168)</sup>。

積極的差別是正措置（positive action）の規定は、差別される集団が不利益を被る場合、差別される集団が特有のニーズを有する場合、もしくは、ある活動に対する特定の集団の参加が不合理なほどに少ない場合に適用される<sup>169)</sup>。さらに、差別される集団の不利益を解消すること、集団のニーズに応じること、ある活動に対する参加の促進を禁止しないことの3つが規定されている<sup>170)</sup>。この規定は積極的な措置を妨げないことを平等法が明示したものであるが、具体的な措置をとる義務までは課されていない。

公的機関の義務と積極的措置の規定には、差別による不利益、集団のニーズ、活動への参加という3つの共通項が見受けられる。したがって、平等を促進するために法が想定した対応が、ここに表れているといえよう。だが、政府をはじめとする公的機関が法に定める義務を具体的に遅滞なく履行されるかについては、今後の成果をみなければならない。さらに、適切な積極的差別是正措置がとられるか否かについても同じである。2010年平等法が「前労働党政権の置き土産」と称されるように、同年の政権交代が差別禁止法制にとってどのような意味を持つかに注視する必要がある<sup>171)</sup>。

167) *Ibid.*, Section 140 (1).

168) *Ibid.*, Section 140 (3).

169) *Ibid.*, Section 158 (1).

170) *Ibid.*, Section 158 (2).

171) 鈴木隆、「注釈」、前掲注150、145頁。

