

論  
説

職場におけるセクシュアル・ハラスメントと債務不履行責任

山田 創一

目次

- 一 はじめに
  - 二 セクシュアル・ハラスメントに債務不履行責任を肯定する判決
  - 三 セクシュアル・ハラスメントに債務不履行責任を肯定するかをめぐる学説
  - 四 私見
  - 五 終わりに
- 一 はじめに

職場におけるセクシュアル・ハラスメント (Sexual Harassment) とは、「職場において行われる性的な言動に  
対するその雇用する女性労働者の対応により当該女性労働者がその労働条件につき不利益を受け、又は当該性的な

言動により当該女性労働者の就業環境が害されること」(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に関する法律二二条一項)をいう。<sup>(1)</sup>そして、こうしたセクシユアル・ハラースメントには、対価的ハラースメント(quinid pro quo sexual harassment)と敵対環境型ハラースメント(hostile environment sexual harassment)とがあるときれる。前者は、雇用上の有利な取り扱いの付与ないし不利益取り扱いの回避を対価として性的行為を要求することを指し、後者は、性的な言動によって女性に精神的圧迫感、屈辱感さらには嫌悪感を抱かせ、これによって他人の労働環境に不当かつ深刻な影響を及ぼすことを指すとされる。<sup>(2)</sup>我が国ではこうしたセクシユアル・ハラースメントが行われた場合、従来、悪質な加害者に対し、刑事責任が問われたり、通常解雇や懲戒解雇が行われたりすることはあったが、<sup>(3)</sup>損害賠償責任が問われることはなかった。ところが、近年、女性の権利意識の高まりとともに、被害者が泣き寝入りせず加害者や会社に対し損害賠償請求を行い、これを認める判決が数多く出現するに至っている。こうして出されるに至った判決の多くは、不法行為を根拠に損害賠償請求を認容している。すなわち、セクハラを行った加害者に直接に民法七〇九条で不法行為責任を追及したり、そうした加害者の使用者に民法七二五条で使用者責任を追及したり、法人の代表者が加害者の場合には民法四四四条で法人の不法行為責任を追及したりしている。<sup>(4)</sup>そして、不法行為によってこうした追及をすることは、実務上確立していると言える。しかし、少数ながら債務不履行を根拠に損害賠償請求を認容しているものもある。そこで、本稿では、セクシユアル・ハラースメントに対する損害賠償を債務不履行(民法四一五条)により追及することの可能性と、その有用性を明らかにすることとする。

## 二 セクシュアル・ハラスメントに債務不履行責任を肯定する判決

### 1 京都地判平成九年四月一七日労判七一六号四九頁

#### (一) 事案の概要

Y<sub>1</sub>会社の男子社員Aがビデオ・カメラを使って、女子更衣室を隠し撮りし、X<sub>1</sub>らを撮影していたが、平成七年六月ころ、それに気付いたY<sub>1</sub>会社代表取締役Y<sub>2</sub>はビデオ・カメラの向きを逆さにして、それ以上撮影できないようにした。ところが、それ以上の措置をとらなかったため、再びAは女子更衣室の撮影を続けた。その後、平成七年九月二六日にY<sub>2</sub>はビデオ・カメラを発見し、女子更衣室でビデオ撮影されていることに気付いた。そこで、Y<sub>2</sub>は、ビデオカメラを回収して金庫に保管したうえ、男子社員に対し、ビデオ撮影した者は名乗り出るように告げ、Y<sub>1</sub>会社の専務取締役Y<sub>3</sub>らが個人面接をしたところ、Aが名乗り出たことから、Aを懲戒解雇にした。

一方、X<sub>1</sub>は、ビデオの隠し撮りの件があつてY<sub>1</sub>会社の雰囲気が悪くなったと感じていたことから、朝礼において、Y<sub>1</sub>会社を今は好きになれない旨発言したところ、Y<sub>2</sub>は、朝礼において会社を好きになれない人は辞めても良い旨の発言をし、また、Y<sub>3</sub>は、Y<sub>1</sub>会社の従業員がほとんど参加する朝礼において、X<sub>1</sub>がAと旅行に行くために積み立てをしていた旨のX<sub>1</sub>がAと男女関係にあるかのような発言をした。

Y<sub>3</sub>専務の発言以降、Y<sub>1</sub>会社の従業員はX<sub>1</sub>との関わり合いを避けるようになり、人間関係が悪化したため、X<sub>1</sub>はY<sub>1</sub>

会社を退職せざるを得なくなった。

そこで、Xが、①ビデオの隠し撮り、②Y<sub>3</sub>発言、③Xの退職の三点につき、Y<sub>1</sub>会社・Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>に対し、不法行為もしくは債務不履行を理由とする損害賠償請求をなしたのが本件である。

(二) 判旨

(1) ビデオの隠し撮りについて

Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>がビデオ撮影に関わったことやXと契約関係があることを認めるに足りる証拠はないから、Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>が個人としてビデオ撮影を防止するまでの義務を負うことはできないし、Aによるビデオ撮影が「事業の執行に付き」なされたものとはいえないから、Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>は、Aの行為について責任を負わないとした。しかし、Y<sub>1</sub>会社に関しては、以下のように述べて債務不履行責任を肯定する。すなわち、「Y<sub>1</sub>会社は、雇用契約に付随して、Xのプライバシーが侵害されることがないように職場の環境を整える義務があるというべきである。そして、……Y<sub>1</sub>会社は、Y<sub>1</sub>会社の女子更衣室でビデオ撮影されていることに気付いたのであるから、Y<sub>1</sub>会社は、何人がビデオ撮影したかなどの真相を解明する努力をして、再び同じようなことがないようにする義務があつたというべきである。それにもかかわらず、……Y<sub>1</sub>会社は、ビデオカメラの向きを逆さにしただけで、ビデオカメラが撤去されると、その後、何の措置も取らなかつたため、再び女子更衣室でビデオ撮影される事態になつたのであるから、Y<sub>1</sub>会社は、債務不履行により、平成七年六月ころに気付いた以降のビデオ撮影によって生じたXの損害を賠償する責任を負う。」

(2) Y<sub>3</sub>発言について

Y<sub>3</sub>は、本件発言をしてXの名誉を毀損しているから、Y<sub>3</sub>は、これによって生じたXの損害を賠償する責任を負う

とし、Y<sub>1</sub>会社は、その取締役であるY<sub>3</sub>が、朝礼において、本件発言をしているから、Y<sub>1</sub>会社は、民法七一五条により、本件発言によって生じたXの損害を賠償する責任を負うとした。しかし、Y<sub>2</sub>は、事前に本件Y<sub>3</sub>発言の内容を知っていたことを認めるに足りる証拠はないとして、Xに対する責任を否定した。

(3) Xの退職について

Y<sub>3</sub>に関しては、「Y<sub>1</sub>会社の取締役であつて、代表取締役であるY<sub>2</sub>の親族でもあり、その発言は社員に大きな影響を与えるから、Y<sub>3</sub>は、不用意な発言を差し控える義務があるというべきである。また、不用意な発言をした場合は、その発言を撤回し、謝罪するなどの措置を取る義務があるというべきである。それにもかかわらず、……Y<sub>3</sub>は、朝礼において、本件Y<sub>3</sub>発言に引き続きXはY<sub>1</sub>会社で勤務を続けるか否か考えてくること、今日は今すぐ帰つても良い旨発言して、Xに対して退職を示唆するような発言をしたうえ、そのため社員がXとの関わり合いを避けようような態度を取るようになり、人間関係がぎくしゃくするようになったことから、XにとってY<sub>1</sub>会社に居つらい環境になっていたので、何の措置も取らなかつたため、Xは退職しているから、Y<sub>3</sub>は、Xの退職による損害を賠償する責任を負う。」とした。

また、Y<sub>1</sub>会社に関しては、以下のように述べて債務不履行責任を肯定した。すなわち、「Y<sub>1</sub>会社は、雇用契約に付随して、Xがその意に反して退職することがないように職場の環境を整える義務があるというべきである。そして、……本件Y<sub>3</sub>発言によって、社員がXとの関わり合いを避けるような態度を取るようになり、人間関係がぎくしゃくするようになったので、XがY<sub>1</sub>会社に居づらい環境になっていたのであるから、Y<sub>1</sub>会社は、Xが退職以外に選択の余地のない状況に追い込まれることがないように本件Y<sub>3</sub>発言に対する謝罪やXはY<sub>1</sub>会社で勤務を続けるか否か

考えてくること、今日は今すぐ帰っても良い旨のXに対して退職を示唆するような発言を撤回させるなどの措置を取るべき義務があつたというべきである。それにもかかわらず、……Y<sub>1</sub>会社が何の措置も取らなかつたため、XはY<sub>1</sub>会社に居づらくなつて退職しているから、Y<sub>1</sub>会社は、Xの退職による損害を賠償する責任を負う。」とした。

しかし、Y<sub>2</sub>に関しては、「Xを退職させる意思を持つていたことを認めるに足りる証拠はなく、また、Y<sub>2</sub>がXと契約関係があることを認めるに足りる証拠はないから、Y<sub>2</sub>が個人として職場の環境を整えるまでの義務を負う」ということはできない。」とした。

#### (4) 損害について

Xに対するY<sub>1</sub>会社とY<sub>3</sub>の責任が認められ、退職による逸失利益については、七九万五九四五円、慰謝料については、Y<sub>1</sub>会社一〇〇万円、Y<sub>3</sub>五〇万円、弁護士費用については、Y<sub>1</sub>会社一五万円、Y<sub>3</sub>一〇万円の責任が認められた。

## 2 津地判平成九年一月五日労判七二九号五四頁

### (一) 事案の概要

厚生農協連合会Y<sub>1</sub>の経営する病院に看護婦として勤務するX<sub>1</sub>・X<sub>2</sub>が、男性上司Y<sub>2</sub>からセクシュアル・ハラスメントを受けたとして、Y<sub>2</sub>に対し不法行為に基づく損害賠償を請求したほか、使用者であるY<sub>1</sub>に対しても、使用者責任あるいは職場環境配慮義務違反の債務不履行を理由とする損害賠償責任を追及したものである。

セクシュアル・ハラスメントの具体的内容としては、平成四年五月頃から、Y<sub>2</sub>はX<sub>1</sub>・X<sub>2</sub>に対して、勤務中にX<sub>1</sub>・X<sub>2</sub>の臀部に触つたり、猥褻な言動を発したりしたほか、深夜の休憩時間に、休憩室でX<sub>1</sub>・X<sub>2</sub>の下半身に触るなどの

行為を繰り返した。X<sub>1</sub>・X<sub>2</sub>は、Y<sub>2</sub>の上司であるA主任に対し善処を申し入れたにもかかわらず、適切な措置がとられなかった。また、Y<sub>1</sub>連合会も、Y<sub>2</sub>が日常的に猥褻な言動をしていたにもかかわらず、何の注意もしなかったため、以降も同様の事件が起きた。その後、Y<sub>1</sub>連合会は、平成六年二月、Y<sub>2</sub>を制裁教戒処分が付するとともに、副主任の職を解いたほか、Y<sub>2</sub>とX<sub>1</sub>・X<sub>2</sub>が深夜勤務を組むことがないように勤務表を作成し、Y<sub>2</sub>を他の病棟に配置換えした。

(二) 判旨

Y<sub>2</sub>の本件行為は、X<sub>1</sub>・X<sub>2</sub>に対し、いわゆる環境型セクシュアル・ハラスメントに当たり、不法行為に該当するとされた。

しかし、「本件の深夜勤務中の行為は、業務中、休憩室において行われたものとはいえ、……X<sub>1</sub>・X<sub>2</sub>を起こしたり呼び掛けるための行為とは認められず、Y<sub>2</sub>の個人的な行為であるから、業務を契機としてなされたものではなく業務との密接な関連性は認められない。また、Y<sub>2</sub>の日常勤務中のひわいな言動は、やはりY<sub>2</sub>の個人的な行為と認められる上、右深夜勤務中の行為と相まって不法行為となるものであると考えられるので、右言動のみについてY<sub>1</sub>連合会の使用者責任を認めることもできない。」として、Y<sub>1</sub>連合会の使用者責任（民法七一五条）は否定した。もつとも、「使用者は被用者に対し、労働契約上の付随義務として信義則上職場環境配慮義務、すなわち被用者にとつて働きやすい職場環境を保つように配慮すべき義務を負っており、Y<sub>1</sub>連合会もX<sub>1</sub>・X<sub>2</sub>被用者に対し同様の義務を負うものと解される。」とした上で、「Y<sub>1</sub>連合会はX<sub>1</sub>・X<sub>2</sub>に対する職場環境配慮義務を怠ったものと認められ、その結果Y<sub>2</sub>の休憩室での前記行為を招いたといえるから、X<sub>1</sub>・X<sub>2</sub>に対し債務不履行責任を負う。」とされた。

そして、 $Y_1$ 、 $Y_2$ 各自の $X_1$ 、 $X_2$ に対する損害賠償責任として、慰謝料五〇万円、弁護士費用五万円が認容された。

### 3 仙台地判平成一三年三月二六日労判八〇八号一三頁

#### (一) 事案の概要

Y会社の一営業所で自動車販売に従事していた女性従業員Xが同営業所の女子トイレ内の掃除用具置場内に男性従業員Aが潜んでいたのを発見し、Aが「のぞきをしたくていたのではなく、頼まれて女性がトイレで用を足している写真を撮っていた。関西の方の雑誌に送るといい金になる。」と電話でXに打ち明け、後日の電話で盗撮目的でなくのぞき見目的で侵入し写真を撮っていないと説明したことから、XはAに用便中の写真を撮られたり用便中の姿を見られたかもしれないことに強い不安感を抱き精神的ショックを強く受けていた。その一方、Xは、警察の捜査でも写真等が発見されなかったことに不満を覚え、B店長が、被害を知ったのに初売りの残りの仕事を優先し、直ちにAに対する事実の確認を含め何らの措置を取ることもしなかったことから、初期の対応を怠ったB店長に不満をぶつけて反抗的な態度を取り続けていた。そのため、営業所の経営にも支障を来しているとして、Yから退職を求められてXは退職した。これに対して、Xは、Yの不適切な対応により勤務の継続を断念することを余儀なくさせられたと主張し、Yの任意退職又は懲戒解雇の主張を争い、雇用契約上の地位の確認、未払賃金の支払い、構造上欠陥のある女子トイレを放置するなどした職場環境整備義務違反、誠実かつ適切な事後措置をとらなかった職場環境配慮義務違反、不当解雇による不法行為に基づく損害賠償請求等を求めた。なお、Aは、女子トイレへの侵入事件後、自宅待機扱いとなっていたが、その後諭旨免職処分を受け、刑事処分については、事実を認め改



唆の情があること、諭旨免職処分を受けていること、前科前歴がないことなどから、起訴猶予処分となっている。

(二) 判旨

(一) 本件侵入事件に関するYの職場環境整備義務違反について

「事業主は、従業員に対し、雇用契約上の附随義務として、良好な職場環境の下で労務に従事できるよう施設を整備すべき義務を負っていると解すべきである。」とした上で、本件女子トイレ内に掃除道具置場があり、女性のみならず、場合によっては男性も本件女子トイレの中に入っていく機会を作り出していたことが認められ、また、掃除道具置場から個室トイレ内を見通すことができる構造になっていたのであるから、「本件女子トイレの構造に欠陥があり、その設置保存に瑕疵が存在したことは否定できない」ものの、「Yが本件女子トイレの設置保存に瑕疵が存在したことについて認識できる機会はなかったというべきであり、したがって右瑕疵の存在を予見することもできなかったというべきである。」として、「Yに職場環境整備義務違反があったということはできない。」とした。

(2) 本件侵入事件後のYの不適切な対応(職場環境配慮義務違反)について

「事業主は、雇用契約上、従業員に対し、労務の提供に関して良好な職場環境の維持確保に配慮すべき義務を負い、職場においてセクシュアルハラスメントなど従業員の職場環境を侵害する事件が発生した場合、誠実かつ適切な事後措置をとり、その事案にかかる事実関係を迅速かつ正確に調査すること及び事案に誠実かつ適正に対処する義務を負っているというべきである。本件侵入事件は、事件当日にXがのぞき見目的で潜んでいたAを発見したもので、のぞき見されたわけではないから直接的なセクシュアルハラスメントの被害が顕在化した事案とまではいえ

ないとしても、Xがのぞき見目的で潜んでいたAを発見しなければ、その後Xをはじめとする女子従業員のプライバシーが侵害されることになったばかりでなく、同人が過去に同種の行為を反復継続していた可能性もあったのであるから、職場環境を侵害する事案として、Yには誠実かつ適正に対処する義務があったといふべきである。」とした上で、「Yとしては、当日のうちにAに対し、電話などで、AがXに対し電話で話した内容、すなわちのぞき見目的で侵入していたか、人に頼まれて写真を撮ろうとしていたか、雑誌社に送っているのかどうか等について事情を聴取し、その上で、被害回復、再発防止のための適切な対処をする義務が存在したといふべきである」の、「Yは本件侵入事件に対する初期の適正迅速な事実調査義務を怠ったというべきである。」し、常務及び部長がAから事情聴取した際にも、「Yに誠実かつ適正な事実調査義務を怠った過失が存在するといふべき」であつて、「警察や社外に口外しないように指示しないし要請しながら、自らはAの言い分だけを聞いて、Aの言うこととXの言うことのどちらが正しいのかの事実を確認することもなく、漫然とAの言い分を真実と受け止めるような態度をとつたことは事案に適正に対処する義務を怠つたものと言わざるを得ない。」とした。

(3) Xの雇用契約上の地位の有無について

Xは、労働契約を合意解約したのであり、XがYに対し不当解雇を理由に慰謝料を求めることもできないし、一般的に事業主に解雇・退職回避義務が存することは首肯できる(「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に関する法律」二一条一項参照)が、「右はセクシュアルハラスメント等があつた場合に事業主に要求される配慮であるところ、これが会社の対応に不満をもつた者がいつまでもその不満を顕在化させるのを放置することまでを許容したものではないのは明らかであつて、Yの対応に解雇・退職回避義務の違反はないといふべきであ

る」とした。そして、Xの雇用契約上の地位は否定され、その地位に基づく賃金請求も否定された。

(4) 損害について

本判決は、本件侵入事件後のYの不適切な対応（職場環境配慮義務違反）によるXの精神的苦痛に対する損害賠償請求を認容し、Xの右退職が任意退職であるとしても、Yに八年余り勤務し安定した給与を得ていたXの無念さは察して余りあるというべきであるとして、Xの慰謝料として三二〇万円、弁護士費用として三〇万円の賠償を認めた。

#### 4 検討

前掲京都地判平成九年四月一七日と前掲津地判平成九年一月五日にみられる特徴は、セクシュアル・ハラスメントを行った加害者自身の行為は、「個人的な行為」であり、「業務を契機としてなされたものではなく業務との密接な関連性は認められない」との判断である。その結果、加害者のセクシュアル・ハラスメントが「事業の執行に付き」なされたとは認められず、使用者責任（民法七一五条）を否定せざるを得ないとの判断がその前提にあったといえる。そして、「職場環境配慮義務」ないし「職場の環境を整える義務」（職場環境整備義務と呼ぶ）という債務を、雇用契約ないし労働契約上の付随義務として肯定し、債務不履行責任を認めることによって、被害者の救済を図っている。こうして、これらの判決によれば、債務不履行責任は、使用者責任（民法七一五条）よりも、使用者が責任を負う範囲を拡張する機能を担っているといえる。また、前掲仙台地判平成一三年三月二六日も、「事業主は、従業員に対し、雇用契約上の附随義務として、良好な職場環境の下で労務に従事できるよう施設を整備すべ

き義務を負っている」として、事前のセクシユアル・ハラスメント予防義務である「職場環境整備義務」と、「事業主は、雇用契約上、従業員に対し、労務の提供に関して良好な職場環境の維持確保に配慮すべき義務を負い、職場においてセクシユアル・ハラスメントなど従業員の職場環境を侵害する事件が発生した場合、誠実かつ適切な事後措置をとり、その事案にかかる事実関係を迅速かつ正確に調査すること及び事案に誠実かつ適正に対処する義務を負っている」として、事後的なセクシユアル・ハラスメント対処措置である「職場環境配慮義務」を肯定している。

既に、上司が部下の女性の異性関係に関する行状についての悪評を流布したことが問題となった福岡セクシユアル・ハラスメント事件において、判例は、「使用者は、被用者との関係において社会通念上伴う義務として、被用者が労務に服する過程で生命及び健康を害しないよう職場環境等につき配慮すべき注意義務を負うが、そのほかにも、労務遂行に関連して被用者の人格的尊厳を侵しその労務提供に重大な支障を来す事由が発生することを防ぎ、又はこれに適切に対処して、職場が被用者にとって働きやすい環境を保つよう配慮する注意義務もあると解される」ところ、被用者を選任監督する立場にある者が右注意義務を怠った場合には、右の立場にある者に被用者に対する不法行為が成立することがあり、使用者も民法七一五条により不法行為責任を負うことがあると解すべきである。」とした上で、会社の専務に職場環境調整配慮義務違反を肯定して不法行為の成立を認め、会社に使用者責任を肯定していた。<sup>(5)</sup> 使用者に職場環境調整配慮義務があることを、不法行為責任としてではあるが肯定していたことは、右義務違反があれば債務不履行責任が生じる可能性を既に示唆していたものといえる。<sup>(6)</sup>

また、最高裁は、「国は、公務員に対し、国が公務遂行のために設置すべき場所、施設もしくは器具等の設置管

理又は公務員が国もしくは上司の指示のもとに遂行する公務の管理にあたって、公務員の生命及び健康等を危険から保護するよう配慮すべき義務」を負うとして、人の生命・身体及び健康等を危険から保護するよう配慮すべき義務（安全配慮義務）の存在を肯定し、この義務はある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務であるとしている。そして、この義務違反は債務不履行であり、契約責任規範が適用されるとしている。<sup>(7)</sup> こうした安全配慮義務の判例法理を敷衍させて、セクシュアル・ハラスメントに関する使用者の配慮義務を、これらの判決は導き出したと言えよう。

このことをより端的に述べている判決がある。事案は、上司と同僚男性から意に反する性的関係を強要され、精神に障害を来して退職を余儀なくされた女性が、加害者と使用者に損害賠償を請求したもので、結論としては、職場環境調整義務違反による債務不履行責任を負わないとしたが、傍論で以下のように述べている。使用者は、「Xとの雇用契約に基づき、いわゆる安全配慮義務と同様の根拠に基づく類似の信義則上の義務として、女性従業員が性的自由を脅かされることなく安全に就業できるように配慮する義務を含む職場環境調整義務」を負うとし、「右義務は職場内に一定の環境悪化原因が事実として存在し、それを認識し得たことを前提に発生し、会社がこれを是正する方策を取ることなく放置していた場合に具体的に負担する義務」であるとしている。<sup>(8)</sup> 安全配慮義務の判例法理がほぼ固まった今日、この判例法理を敷衍させて、「職場環境配慮義務」ないし「職場環境整備義務」ないし「職場環境調整義務」と呼ばれるこうした義務を認めることも、実務上支持されうる解釈であるといえよう。<sup>(9)</sup>

なお、前掲京都地判平成九年四月一七日と前掲津地判平成九年一月五日が、セクシュアル・ハラスメントを行

つた加害者自身の行為は、「個人的な行為」であり、「業務を契機としてなされたものではなく業務との密接な関連性は認められない」として、「事業の執行に付き」という要件を充足せず使用者責任（民法七一五条）は否定されると解していた。この点に関し、批判的な学説もある<sup>(10)</sup>。ところで、最高裁は、事実行為的不法行為のうち、暴行型の類型に関し、「事業の執行に付き」の判断を、事業の執行行為を契機とし、事業の執行行為との密接関連性を有するかという点を基準に判断している。すなわち、使用者の施工にかかる水道管敷設工事の現場において、被用者が、右工事に従事中、作業用鋸の受け渡しのことから、他の作業員と言い争ったあげく同人に対し暴行を加えて負傷させた場合に関し、「会社の事業の執行行為を契機とし、これと密接な関連を有すると認められる行為」であるから、「事業の執行に付き」という要件を充足するとして、使用者責任を肯定した<sup>(11)</sup>。同様に、寿司屋の店員二名が、使用者所有の自動車を運転し、またはこれに同乗して、出前に行く途中、右自動車の方向指示器を点燈したまま直進したため、これと衝突しそうになった他の自動車の運転者と口論になり、そのあげく同人に対し暴行を加えて負傷させた場合に関しても、寿司屋の「事業の執行行為を契機とし、これと密接な関連を有すると認められる行為」であるから、「事業の執行に付き」という要件を充足するとして、使用者責任を肯定している<sup>(12)</sup>。それ自体事業の執行ではなく、また事業の執行と認められる行為と一体をなしているとも直ちにいえぬ暴行行為に関し、①加害行為が事業の執行行為を契機としてゐること（暴行傷害が生じた原因と事業執行との関連性）、②加害行為が事業の執行行為と密接な関連性を有していること（客観的にみて事業執行行為と評価できる行為と暴行傷害との時間的場所的な関連性）を基準としてゐる点を、再度確認する必要がある。セクシユアル・ハラスメントにもいろいろな態様があるが、被用者の猥褻な行為・言動が被害者になされ、加害行為が事業の執行行為と密接な関連性を有してい

ることが認められたとしても、加害行為が事業の執行行為を契機としていることという要件を充足しなければならぬのであり、前掲二判決は事業の執行行為と無関係な加害者の「個人的行為」との認識があつたため、加害行為が事業の執行行為を契機としていることという要件を充足しないとの判断がなされたといえよう。従つて、使用者責任を否定した前掲京都地判平成九年四月一七日と前掲津地判平成九年一月五日判決は、正当と考える。もつとも、対価型（代償型・報復型）セクシュアル・ハラスメントの場合には、職務権限を濫用してセクシュアル・ハラスメントがなされているため、セクシュアル・ハラスメントが事業の執行行為を契機としていることという要件の充足を認めやすいといえるし、また、環境型のセクシュアル・ハラスメントの場合であっても、上司・管理職の地位利用が認められれば、セクシュアル・ハラスメントが事業の執行行為を契機としていることという要件の充足を認めやすくなるであろう。<sup>(14)</sup>

### 三 セクシュアル・ハラスメントに債務不履行責任を肯定するかをめぐる学説

#### 1 消極説

(一) 宮本光雄「セクシュアル・ハラスメントの法律問題」日経連広報部編『セクシュアル・ハラスメント』一〇八頁（一九九〇）

「最高裁判所は、国の公務員に対する安全配慮義務は、国が公務の執行にあたって支配管理する人的および物的

環境から生じうべき危険の防止について信義則上負担するものであるから、運転者において道路交通法その他の法令に基づいて当然に負うべきものとされる通常の注意義務は安全配慮義務の内容には含まれないと判示した（昭五八・五・二七）。このような見地からすれば、違法なセクシュアル・ハラスメントというそれ自体、本質的に個人的な行為が管理者によって行なわれた場合に一般的に使用者の安全配慮義務違反が成立すると解することはかなり困難であろう。なぜなら、セクシュアル・ハラスメントが違法かどうかは具体的に判断するほかはないが、違法性を帯びるセクシュアル・ハラスメントについては、被用者個人がそのような行為をしてはならないという点で不法行為上の義務を負っているとしても、それは通常の注意義務にすぎないからである。」

○ (二) 山口浩一郎ほか「セクシュアル・ハラスメントの法律問題」ジュリ九五六号三〇頁（山口発言）（一九九〇）

「職場環境型ということになりますと、不法行為は難しいから、安全配慮義務が考えられるのですが、これも難しい要素が二点ほどあります。一つは、そういう危険な労働環境を排除するというか、良好な労働環境を整えるような義務なのですが、そういう条件を整備する人的、物的な条件整備というのがこれまでの最高裁の判例の考えているところですから、安全配慮義務の場合には、具体的な個人の行動ではないのです。」（中略）「そこで難しいのは、安全配慮義務からいきますと、管理職とか、個々の従業員の人は、いわゆる履行補助者というものになるわけです。履行補助者の場合には、安全に対する配慮についての義務というのは認められますけれども、日常その人が普通の市民として行動するものについては、安全配慮義務はない、というのが最高裁の判例なのです。それはどういふ事件だったかという点、陸上自衛隊で、トラックに乗せて、同僚が運転を誤ってケガをさせたというのです



が、戦車の運転なら別でしようけれども、普通のトラックの運転だったら市民が誰でもやることだから、そういう一般的に市民が行うような行為については、安全配慮義務というのはない、業務についての安全管理についての補助者になるものだけが、安全配慮義務を負うのだ、といっているのです。」

(三) 奥山明良「法律問題としてのセクシュアル・ハラスメント 問題の所在とその法的アプローチ」法セ四二三号一七頁(一九九〇)

「最近、実務家より、一般的な債務不履行責任や安全配慮義務違反を論拠に使用者の責任を肯定しようとする意見がみられるが、解釈論として労働契約における使用者の債務の内容をここまで広げて考え得るかはいまだ議論の余地があり、また安全配慮義務ということもこれまでは特に労働災害、つまり労働者の業務遂行中における疾病、傷害、さらには死亡といった健康上の支障に対する法的責任追及の法理として生成・確立されてきたもので、ここで問題にしているようなセクシュアル・ハラスメントに対する救済のためにまで右法理を拡張適用し得るかは相当に問題であつて、論者が主張するようにには簡単にはいかないであろう。要するに法律論としてはかなりラフといわざるを得ない。」

同『職場のセクシュアル・ハラスメント』一二三頁(有斐閣、一九九九)

もともと安全配慮義務は「労働者の業務遂行中における死亡、疾病、傷害など生命や身体等、健康安全上の支障に対する責任追及の法理として生成・発展してきたものであり、これを一般論としてセクシュアル・ハラスメントの場合にみられるような性的な不快感や羞恥心等の精神的苦痛や名誉・プライバシーの侵害等、人格的利益に対する支障にまで拡張して認めるといふことになると、使用者が負担すべき配慮義務の具体的内容をどのように法的構

成するかということに關して、実際上も法律上も相当に困難な判断が問われる。このことは、逆にいえば事業主に求められる、セクシュアル・ハラスメントが行われぬように職場環境を整えるといった債務の内容がきわめて包括的・抽象的すぎて、契約上の債務としての明確化・特定性に欠けるのではないかという疑問へとつながる。すなわち、使用者にとつて労働者の性的感情や人格的利益の保護の観点からセクシュアル・ハラスメントを防止するために、具体的にどのような手立てを講じれば債務不履行責任を免れるのか判然とせず、實際上、きわめて幅の広い対応を迫られることになりかねない。」特に、前掲京都地判平成九年四月一七日にみられるように、「労働者がその意に反して退職しないように職場環境を整える義務までも労働契約上の債務に含めるということになると、セクシュアル・ハラスメントの場合をはじめ、使用者としては労働者の性的不快感や意に反する退職を回避して、債務不履行責任を免れるためには、逆に労働者の私生活や職場での人間関係等、個人的問題に積極的に介入していかざるをえないこととなり、そのことは個々の労働者にとつて、かえつて不当な結果を招来させる恐れも出てくる。」

(四) 山川隆一「わが国におけるセクシュアル・ハラスメントの私法的救済」ジュリー〇九七号七〇頁(一九九六)

「セクシュアル・ハラスメントは、労働者の人格的利益にかかわる点で、労働災害との対比では捉えきれないものであり、安全配慮義務とのアナロジーによる契約上の義務の根拠づけは困難を伴う。使用者が労働者の人格的利益を配慮すべきことは当然であるが、契約上の債務としての『人格的利益配慮義務』までは今のところ承認されておらず、不法行為にもとづく救済が図られているのが一般である。そこで、少なくとも現時点においては、損害賠償請求の根拠は不法行為に求めざるをえないと思われる。」

(五) 土田道夫「セクシュアル・ハラスメントを法的に考える」法教二三四号一〇六頁(二〇〇〇)

「福岡事件が認めた不法行為上の注意義務を労働契約上の義務に転用し、使用者は労働契約に基づく信義則上の付随義務として、労働者が働きやすい職場環境を整える義務(職場環境配慮義務)を負うと解した上、セクシュアル・ハラスメントについて、この義務の違反に基づく使用者の債務不履行責任(民四一五条)を肯定する裁判例」(前掲京都地判平成九年四月一七日と前掲津地判平成九年一月五日)に関し、「SHの防止に向けた真剣な取組みを使用者に促す意味で有意義な構成であるが、契約上の義務をここまで広げてよいかについては疑問も生じうる。」としている。

(六) 八代徹也「職場環境配慮義務」労判八三七号九七頁(二〇〇二)

職場環境配慮義務は、「安全配慮義務と比べてもその概念も効果も不明確」であり、「単なるスローガンにすぎないのではないか」とし、「このような曖昧な概念で義務違反を問われてよいのかという気がする」と批判される。

## 2 積極説

(一) 安全配慮義務の観点から根拠付けるもの

(1) 福島瑞穂「セクシュアル・ハラスメントと法—現行法における位置づけと今後の課題」労旬一二二八号一七頁以下(一九八九)

「セクシュアル・ハラスメントというのは、女性労働者が職場で居心地よく働き続ける権利を侵害しているものである。女性労働者は、一定の労務の提供をしているが、その労務の提供にあたって、性的なレベルにおいて加え

られる生命・身体に生ずる危険や危害を甘受すべき筋合いはない。セクシユアル・ハラスメントを一種の労災類似のものと考えて、セクシユアル・ハラスメントを使用者の「労務の提供に際し労働者の生命・身体に生ずる危険から労働者を保護すべき義務」という安全配慮義務という観点から構成することができるのではないだろうか。……安全教育の不足も使用者の安全配慮義務違反の事実を構成することがある。そうであれば、セクシユアル・ハラスメントが起きないように男女平等の教育を行なうことが不足していた場合も、安全配慮義務違反の事実を構成することがあると考える。結局、使用者には職場においてセクシユアル・ハラスメントが起きないように職場の環境をつくる義務があり、その義務に反していた場合は、使用者に対して債務不履行責任が問える場合があると考ええる。」

(2) 山口浩一郎ほか「セクシユアル・ハラスメントの法律問題」ジュリ九五六号三〇頁(中島通子発言)  
(一九九〇)

「労働安全衛生法の三条に『事業者の責務』というのがありますが、それをみると『単にこの法律で定める労働災害の防止のための最低基準を守るだけではなく、快適な作業環境の実現と労働条件の改善を通じて職場における労働者の安全と健康を確保するようにしなければならぬ』という努力義務があります。アメリカのヴィンソン事件の判決でも、要するに快適な労働環境を妨げるものが違法だ、ということをやっているのですから、労働安全衛生法にもちゃんと書いてあることだし、この趣旨を広げていけば、物理的な労働災害だけではなくて、いま言ったような広い意味での環境型のセクシユアル・ハラスメントに対しても、使用者の労働安全配慮義務を根拠にして、責任追及をしていくことができる、と私は思っています。」

(3) 桑原昌宏「男女雇用機会均等法改正への提言」季労一五五号二頁(一九九〇)

「セク・ハラが上司や特に同僚、部下、顧客による行為として行われた場合に、それらの行為が事業主に責任のある行為とみなされる点が重要である。つまり事業主の無過失責任である。セク・ハラ行為は、一見、男と女の個人的な関係のように見える。まして、業務遂行上の正当な権限に基づく行為ではない。しかし、この行為が、業務に関連して行われれば、事業主の指揮命令下の行為であり、またそうでなくとも、就労場所や出張中に行われれば、事業主の支配下で発生したものとみるべきだからである。その理由は、こうした条件下にある女子労働者は、経済的に、また組織上も事業主に従属しその支配下にあるのである。事業主は女子労働者をそうした条件の下におくことによつて、民間企業の場合は収益を追求する活動を行っているからである。また、女性に対して性的関心を潜在的にもつ男子労働者を女子労働者と共に雇用しているのであるから、前述の条件の下では、セク・ハラが発生する条件について管理する立場にあるからである。したがつて事業主は女子労働者の被つたセク・ハラ行為について、無過失責任を負うといえるのである。以上のことを労働者と事業主との間で結ばれている労働契約関係から説明すると、女子労働者は労働契約上、上司、同僚、部下、顧客などから、セク・ハラを受けることのない労働環境、という労働条件の下で働く契約を結んでいる、といえるのである。上司、同僚、部下、顧客などのセク・ハラ行為は、一定の条件の下では、事業主の側に労働契約違反の責任が生ずる。もとより、それ以外に労働者人格権の侵害または安全配慮義務違反の不法行為責任、ことに使用者責任（民法第七一五条）あるいは共同不法行為（同第七一九条第一項）も負うこともありうるし、損害賠償またはそれに代わる名誉回復のための適当な処分も求めることができよう（同第七二三条）。し、法律行為として行われる場合があるとするれば、公序良俗違反のケースもありうる。」

(二) 安全配慮義務を敷衍させて使用者の配慮義務を肯定するもの

(1) 林弘子「職場におけるセクシユアル・ハラスメントへの法的対応」ジュリ九五六号四九頁以下(一九九〇)

「労働安全衛生法第二三条が、労働者を就業させる建設物その他の作業場について『労働者の健康、風紀及び生命の保持のため必要な措置を講じなければならない。』と、労働者の健康、生命とやらんで労働者の風紀の維持を事業主に義務づけていることから、使用者は上司あるいは同僚労働者による性的加害行為による『労災』が発生しない職場を保障する安全配慮義務を負っていると解される。使用者が結果回避義務(性的加害行為による労災発生予防義務)を尽くさなければ、債務不履行責任が発生することになる。予防義務の中には、このような性的加害行為(セクシユアル・ハラスメント)が違法であることを周知させる義務、予防のための管理職も含めた労働者教育、苦情処理機関の設置、迅速な調査、是正措置、加害者に対する警告等、労働者が職務遂行中にセクシユアル・ハラスメントによる労災を被らないようにあらゆる適切な措置を講ずる義務が含まれると解される。」とする。しかし、「安全配慮義務は労災事故を使用者の債務不履行責任とすることを理論的前提としており、すべてのセクシユアル・ハラスメントにこの義務を拡大してセクシユアル・ハラスメントのない職場で働く権利を導き出すには、安全配慮義務よりさらに広範な使用者の義務の存在が必要にならう。」とされる。

(2) 松本克美「判批」ジュリ九八五号一二五頁(一九九一)

「従来の労働契約上の安全配慮義務で論じられてきた保護法益は、労働者の生命・身体・健康である。セクシユアル・ハラスメントの中には、レイプ等のように身体や健康の侵害にまで至るものがあり、これらは従来の安全配

慮義務の保護の射程に含まれよう。しかし、従来の安全配慮義務概念によってセクシュアル・ハラスメントのすべに対応することには無理がある。むしろ、セクシュアル・ハラスメントの本質は労働過程における性的自己決定権の侵害であつて、これをもつと正面から保護法益としてよい。労働者、とりわけ女性労働者が安んじて労働をできるためには、セクシュアル・ハラスメントなどが職場にあつてはならないのであつて、セクシュアル・ハラスメントのない職場であることが契約上の労務提供の前提でなければならない。使用者は、労働契約上の信義則に基づき、セクシュアル・ハラスメントのない労働環境を整備する本質的な義務を負つていけると言える。翻つてみれば、従来から議論されてきた労働過程での安全問題も、そして今問題になつてきているセクシュアル・ハラスメントのない職場も、ともに『労働環境』にかかわる問題である。従つて、これまでの安全配慮義務概念を發展させ、それをも含んで『労働環境配慮義務』概念を指定したらどうか。セクシュアル・ハラスメントに関する具体的義務内容としては、苦情処理機関の設置、セクシュアル・ハラスメントに関する教育、発生してからの早期解決義務（配転等も含む）などが考えられよう。なお使用者にセクシュアル・ハラスメント防止の労働環境配慮義務を認めるからと言つて、それがプライバシーに妄りに介入してはならないのももちろんである。セクシュアル・ハラスメントの予見義務や結果回避義務も性的自己決定権の実現の観点から指定されなければならない。いわゆる職場での恋愛は、むしろ当事者の性的自己決定権の実現の問題であるから、実現されているものに、使用者が介入することは、逆の意味で労働環境配慮義務違反といふべきである。」

同「セクシュアル・ハラスメント―職場環境配慮義務・教育研究環境配慮義務の意義と課題」ジュリ一  
二二七号一四〇頁以下（二〇〇三）

「そして債務不履行責任構成の独自の意義は、使用者責任が問えないところの代替的な法的構成というよりも、むしろ、使用者が労働契約上の信義則に基づき負う職場環境配慮義務に基づき、セクシュアル・ハラスメントの防止や事後措置において何をなすべきであるのか、あつたのかという行為規範を具体化し、そのことによつて、セクシュアル・ハラスメント自体の予防を実現すると共に、万一これが起こつた場合の二次被害の防止、被害回復を实效性あるものにするという点、すなわち、〈被害防止・回復行為規範具体化機能〉に求められるし、求めるべきである。かくして問題は、セクシュアル・ハラスメントに関して使用者が負う職場環境配慮義務の具体的内容ということになる。この点に関わつて、均等法二一条の規定はその違反が民事責任の成立を直接に根拠づけるものではないが、『民事上の配慮義務の内容を明確化していくうえで、重要な足がかりとなる』とする指摘があるが、私見も賛同する。同旨の観点から、水谷英夫弁護士は、均等法上の配慮義務と使用者が契約上負う『職場環境配慮義務』を比較し、(i)事前措置義務(①規定整備義務、②施設整備義務)、(ii)事後措置義務(①調査義務、②被害拡大回避義務、③再発防止義務、④被害回復義務)、(iii)セクシュアル・ハラスメント行為防止義務に分類して、それぞれの具体化を試みているが、今後、こうした作業が重要である。そしてかかる被害の防止・回復の観点の重視からは、債務不履行構成の法的効果として損害賠償責任に着目するだけでなく、職場環境配慮義務の履行請求権や、職場環境が整わない場合の就労拒絶権、その場合の賃金請求権、休業補償、直接の加害者ないし自らの配置転換請求権、セクシュアル・ハラスメントにより退職を余儀なくされた場合の復職措置や退職に関わる損害の回復なども包括的に検討していく必要がある、この点が今後の実践的・理論的な大きな課題となつていくであろう。」

(3) 山田省三「セクシュアル・ハラスメントの法理―福岡地方裁判所平成元年(ワ)一八七二号損害賠償請



求事件鑑定書」労旬一二九一号三九頁（一九九二）

「使用者は、労働契約上の信義則の具体化として認められる配慮義務の一環として、労働環境整備義務を負っている。これは、労務提供に際して、労働者の生命・身体に生ずる危険を防止する義務である安全配慮義務と一体をなすものであるが、これとは区別されるものである。もちろん両者が重畳することもあり得るが、後者は、労働者の身体に対する危険防止義務であるのに対し、前者は、労働者の労務遂行を困難にするような精神的障害が生じないように、職場環境を整備すべき義務であり、そのかぎりでは、安全配慮義務よりも広い概念である。これは、労務提供をうける立場にある使用者が当然に負担すべき義務と考えられよう。（中略）セクシュアル・ハラスメントのもたらす重大性からすれば、わが国でも職場においてこの種の行為がなされないよう配慮すべき使用者の労働契約上の義務が肯定されるべきである。そしてこの義務の具体的内容として、セクシュアル・ハラスメント問題の意義と、それが発生した場合の防止措置につき、十分な従業員教育を徹底させること、もし現実に発生した場合には、事情聴取を行い直ちにその行為をやめさせ、さらに必要があれば、加害者の配転等の是正措置をとる義務等が含まれよう。使用者が、いずれかの措置を怠った場合に、被害者たる労働者は、その債務不履行責任（民法第四一五条）を追及することができる。」

同「判批」労判八一五号一〇頁（二〇〇二）

「安全配慮義務も生命・身体に関する人格権保護を目的とするものであり、職場環境配慮義務も、職場における女性労働者の性的自由を保障する性的人格権を擁護するものとして、使用者は労働契約上の付随義務としての職場環境配慮義務を負うと考えられるべきであろう。」

(4) 上田純子「セクシユアル・ハラスメント(下)―使用者責任を巡る法律論を中心として―」ジュリ一〇四八号九一頁(一九九四)

「セクシユアル・ハラスメントが、この人格権を侵害するものである以上、不法行為を構成するのは当然である。しかしながら、セクシユアル・ハラスメントが職場という閉ざされた場で起こるものであることの意味を上述のように重視する立場からは、不法行為構成のみに依拠するのではなく、その意味を直面から組み込んだ法的構成をさらに構築していく必要がある。このような法的構成は、その根拠を、使用者は平素から被用者各人の言動に目を配るとともに、職場においてある被用者の人格権が侵害され、その結果当該被用者にとって職場環境が著しく悪化するようであれば、速やかに当該被用者の苦痛を除去し職場の雰囲気を変える義務を負う、という点に見出すことによつて果たされるように思われる。この義務は、労働契約に基づく接触の場に生じる、通常人の注意義務を超えた高次の義務である。判例・学説は、被用者が業務上被った生命・身体に対する侵害に関して従来から使用者の安全配慮義務という概念を認めてきているが、セクシユアル・ハラスメントはまさにこれと同じ種類の義務を使用者に課すことで以て捕捉される必要がある。被害者が侵害されるのが、人格権という、生命・身体と並んで尊重されなければならない人間の最も基本的な権利であるからである。」として、使用者に「安全配慮義務類似の義務」(「人格配慮義務」)が認められるとしている。

(5) 角田由紀子「セクシユアル・ハラスメント」自正四五卷五号三八頁(一九九四)

「使用者の職場環境調整義務、セクシユアル・ハラスメントのない労働環境保障義務は雇用契約上使用者が労働者に対して当然に負う義務ととらえて、この義務違反は、債務不履行責任と構成することも考えられる。」としつ

つ、「職場環境調整義務は人格権保護をも対象にするので労災、職業病に対する安全配慮義務よりも広い義務として考えられるべきであろう。」とされる。

(6) 野間賢「セクシュアル・ハラスメントと使用者の職場環境配慮義務」日本労働法学会誌九一号一三一頁(一九九八)

「安全配慮義務は、生命・身体・健康・所有権その他の利益(完全性利益)の完全性を侵害しないように配慮すべき注意義務と理解されており、その保護法益は完全性利益である。その保護法益の中には、人格権などは観念されていないことから、セクシュアル・ハラスメントを安全配慮義務との関連性で、労基法・労安法を根拠にしてそれに含めるのは確かに無理があると考えられる。しかしそうは言っても、これまで明らかにされているように、セクシュアル・ハラスメントは快適な職場環境の中で働く権利を損なうものであり、労務提供の過程における物的・「人的」環境から生ずる危険性を防止すべきであるという規範的要請がはたらくという点では、安全配慮義務と共通性を有している。ただ、これは実質的な根拠であって、理論的根拠を安全配慮義務と同じところに求めるのは適切でないと言えるだろう。そこで、その根拠は信義則の一般原則によるしかないが、これまでの安全配慮義務をも含んだ『労働環境配慮義務』概念を提起する考え方が無理がないのではないかと考える。したがって、労働契約に付随する保護義務の中には、安全配慮義務、職場環境配慮義務、雇用関係維持配慮義務がそれぞれ含まれるという構成になる。」

(7) 名古道功「判批」民商一一九卷四二五号三二五頁(一九九九)

「学説においてもこうした義務(前掲京都地判平成九年四月一七日が認めた職場環境整備義務ないし前掲津地判

平成九年一月五日が認めた職場環境配慮義務……筆者注)を認める見解が多いが、これを安全配慮義務概念を参考に、信義則に基づく『人格配慮義務』(『使用者は平素から被用者各人の言動に目を配るとともに、職場においてある被用者の人格権が侵害され、その結果当該被用者にとって職場環境が著しく悪化するようであれば、速やかに当該被用者の苦痛を除去し職場の雰囲気を整える義務』)として理論構成する見解が有力である。男性と同等に働く女性が増加し、男女平等が重要な権利として位置付けられるとともに『良好な雇用関係を維持する権利』が重視され、さらに労働者個人の人格権の尊重が要請されている今日、労働契約上の附随義務として、性的自己決定権を中核として構成される職場環境配慮義務が肯定されていいと考えられる。」

(8) 石井妙子「セクシュアルハラスメントと企業の法的責任・防止義務」裁判例、改正均等法指針、人事院規則等を参考に「労働七五二号七頁(一九九九)

「企業はセクハラについて債務不履行責任、すなわち労働契約上の義務違反を理由とする責任を負うとする構成もある。」(中略)「この債務不履行による責任構成は、安全配慮義務と類似の考え方であるといえる。安全配慮義務とは、使用者は、労働契約に付随する信義則上の義務として、労働者の生命や健康を職場における危険から保護すべき義務を負っているとする考え方である。セクハラに関する配慮義務は、この考え方を一歩進めて、使用者には、労働者の生命・身体の安全のみならず、他の人格的利益(たとえばプライバシーや良好な職場環境で働く利益など)が不当に侵害されないよう配慮する義務が存するものである。その根拠はやはり信義則に求められる。」

(9) 高木紘一「セクシャル・ハラスメントの防止と使用者責任」労旬一四六七号五頁(一九九九)

「法理論的にみてもあるいはセクハラ防止という観点からいっても、労働契約の本質論からの理論構成がもつと試みられてよいのではなからうか。企業におけるセクハラは、男女の従業員からなる集団労働という近代的な労働様式のなかで行われる。労働者が労働契約上負う義務はこのような集団労働のもとにおける労務の提供を内容とするのである。また、セクハラが職務権限という労務提供と一体不可分の権力関係を媒体として行われるいわゆる『対価型セクハラ』の場合には、労働契約関係が存在するがゆえにその威力は倍加する。労働契約上の主たる債務は労務の提供であり、使用者の指揮命令下における誠実労働義務をその内容とする。労働契約がこのような従属労働の提供を本質とする以上、使用者はそのカウンターウエイトとして、労働力受入れのための要件として、快適な職場環境を提供すべき信義則上の義務が労働契約に付随して生ずると解すべきであろう。従属労働の克服を基本理念とする労働法のもとでは、使用者の労働契約上負う労働力受領義務はこのような内容の義務を含む、より高い法的義務と理解されるべきである。使用者は、職場内で労働災害の発生を防止するための安全配慮義務を労働契約上負うが、それと並んで、労働者が職場で快適に労務を提供できるように職場環境を整備し保持する義務を負うのである。これは、セクハラに限らず、職場内で暴力行為やいじめなどが存在するときでも同じであり、使用者は直ちに対応しそれを防止する義務を負う。このように、民法七一五条の使用責任規定ではカバーできない領域に対しても使用者の債務不履行責任は及ぶと考えなければならぬであろう。また、セクハラ防止の実際効果という点でも、セクハラが、企業という人間集団のもつ仕組みの中から構造的に発生するものである以上、その最高責任者に厳しい法的責任を課すことが最も有効であることは論を俟たない。」

(10) 山崎文夫『セクシュアル・ハラスメントの法理』一九七頁(総合労働研究所、二〇〇〇)

「フランスでは、労働契約の当事者双方は、民法典一一三四条三項（「約定は、信義則にしたがつて履行されなければならない。」）により、その約定を誠実に履行する義務（誠実履行義務）を負っている。使用者は、セクシユアル・ハラスメント被害者を含め、労働者に対して正当な理由なく迫害措置をとり、契約を遂行しがたい職場の雰囲気を作り出して、自発的に辞職させようとしてはならない。わが国でも、安全配慮義務と同様に、民法一条二項（中略）の信義則から、セクシユアル・ハラスメントに関する使用者の配慮義務を導きだすことができると思われる。」

（11） 渡辺智子「セクシユアル・ハラスメント訴訟の現在」清水暁Ⅱ岸田貞夫Ⅱ良永和隆Ⅱ長谷川貞之Ⅱ山田創一編『遠藤浩先生傘寿記念 現代民法学の理論と課題』四六五頁・四六八頁（第一法規出版、二〇〇二）

前掲京都地判平成九年四月一七日を指摘して、債務不履行構成を肯定される。

#### 四 私見

##### 1 二分論の採用

この問題を考えるにあたっては、セクシユアル・ハラスメントにも様々な態様があり、安全配慮義務で対応できる場合と安全配慮義務で対応できない場合とがあることを区別する必要がある（二分論と呼ぶ）。福岡セクシユアル・ハラスメント事件において、前掲福岡地判平成四年四月一六日は、「使用者は、被用者との関係において社会

通念上伴う義務として、被用者が労務に服する過程で生命及び健康を害しないよう職場環境等につき配慮すべき注意義務を負うが、そのほかにも、労務遂行に関連して被用者の人格的尊厳を侵しその労務提供に重大な支障を来す事由が発生することを防ぎ、又はこれに適切に対処して、職場が被用者にとって働きやすい環境を保つよう配慮する注意義務もある」としていたが、「被用者が労務に服する過程で生命及び健康を害しないよう職場環境等につき配慮すべき注意義務」はまさに安全配慮義務で対応できる場合と解されるし、「労務遂行に関連して被用者の人格的尊厳を侵しその労務提供に重大な支障を来す事由が発生することを防ぎ、又はこれに適切に対処して、職場が被用者にとって働きやすい環境を保つよう配慮する注意義務」は安全配慮義務とは異なる義務ということができ、安全配慮義務では対応できない場合と解される。

安全配慮義務で対応できる場合には、最高裁判例で確立した安全配慮義務法理の活用を図っていくべきである。職場において強姦行為・強制猥褻行為等がなされ労働者の身体の安全が脅かされるならば、「使用者は、……労働者が労務提供のため設置する場所、設備もしくは器具等を使用し又は使用者の指示のもとに労務を提供する過程において、労働者の生命及び身体等を危険から保護するよう配慮すべき義務<sup>(15)</sup>」である使用者の安全配慮義務の違反を問題にして、被害者の救済を図っていくことができる<sup>(16)</sup>。

これに対し、性的な不快感や羞恥心等の精神的苦痛や名誉・プライバシーの侵害等、人格的利益に対する支障が問題となり、安全配慮義務で対処できないような場合には、前掲仙台地判平成一三年三月二六日が事前の予防義務と事後の対処義務とに分けて肯定した義務を認めてよいと考える。すなわち、事前の予防義務に関しては、「事業主は、従業員に対し、雇用契約上の附随義務として、良好な職場環境の下で労務に従事できるように施設を整備すべ

き義務を負っている」として、事前のセクシユアル・ハラスメント予防義務である「職場環境整備義務」を肯定すべきであり、事後の対処義務に関しては、「事業主は、雇用契約上、従業員に対し、労務の提供に関して良好な職場環境の維持確保に配慮すべき義務を負い、職場においてセクシユアル・ハラスメントなど従業員の職場環境を侵害する事件が発生した場合、誠実かつ適切な事後措置をとり、その事案にかかる事実関係を迅速かつ正確に調査すること及び事案に誠実かつ適正に対処する義務を負っている」として、事後的なセクシユアル・ハラスメント対処措置である「職場環境配慮義務」を肯定すべきといえる。福岡セクシユアル・ハラスメント事件において、前掲福岡地判平成四年四月一六日が認めた「労務遂行に関連して被用者の人格的尊厳を侵しその労務提供に重大な支障を来す事由が発生することを防ぎ、又はこれに適切に対処して、職場が被用者にとつて働きやすい環境を保つよう配慮する注意義務」を、事前の予防義務と事後の対処義務とに分けて精緻にしたという点で、前掲仙台地判平成一三年三月二六日は支持しうるといえよう。

## 2 債務不履行構成を認めた場合の不法行為責任との差異

セクシユアル・ハラスメントが発生した場合に、こうした債務不履行責任を肯定すると、不法行為責任とは以下の点で差異が生じる。すなわち、

(一) 消滅時効の期間の点に関し、安全配慮義務違反・職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反に基づく損害賠償請求権の場合、民法一六七条一項により一〇年となるのに対し、不法行為に基づく損害賠償請求権の場合、民法七二四条により、被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時より三年、不法行為の時より二〇年



となる。

(二) 消滅時効の起算点に関し、安全配慮義務違反・職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反に基づく損害賠償請求権の場合、民法一六六条一項の「権利ヲ行使スルコトヲ得ル時」となる。ところで、「安全配慮義務は、特定の法律関係の付随義務として一方が相手方に対して負う信義則上の義務であつて、この付随義務の不履行による損害賠償請求権は、付随義務を履行しなかつた結果により積極的に生じた損害についての賠償請求権であり、付随義務履行請求権の変形物ないし代替物であるとはいえない」から、安全配慮義務違反に基づく損害賠償債務は、安全配慮義務と同一性を有しないと解され、従つて、安全配慮義務違反による損害賠償請求権は、本来の債務の履行を請求し得る時から時効が進行するのではなく、「損害が発生した時」からその権利を行使することが法律上可能となるから、その時から消滅時効が進行すると解されている。<sup>(19)</sup> 同様に、職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反に基づく損害賠償債務も、職場環境整備義務・職場環境配慮義務と同一性を有しないと解され、職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反に基づく損害賠償請求権は、本来の債務の履行を請求し得る時から時効が進行するのではなく、「損害が発生した時」からその権利を行使することが法律上可能となるから、その時から消滅時効が進行すると解される。これに対して、不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効の起算点は、民法七二四条の「被害者又ハ其法定代理人カ損害及ヒ加害者ヲ知りタル時」である。但し、判例は、加害者が法律上損害賠償を負ふことまで知る必要はなく、<sup>(20)</sup> 加害者に対する「賠償請求が事実上可能な状況のもとに、その可能な程度にこれを知つた時を意味する」ものと解している。<sup>(21)</sup>

(三) 立証責任の点に関し、安全配慮義務違反・職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反に基づく損害賠償

請求権の場合には、安全配慮義務・職場環境整備義務・職場環境配慮義務の内容を特定し、かつ、義務違反に該当する事実を主張・立証する責任は、損害賠償を請求する原告にあるが、帰責事由の不存在の主張・立証責任は、被告にあることになる。<sup>(22)</sup>これに対し、不法行為に基づく損害賠償請求権の故意・過失の立証責任は、原告にあるとされている。ところで、一般の債務不履行では、債務内容が当事者の合意等により明確なため、債務内容を特定し、債務不履行の事実を主張・立証することは、それほど困難ではない。しかし、安全配慮義務においては、その具体的な内容は、「公務員の職種、地位及び安全配慮義務が問題となる当該具体的状況等によって異なる」<sup>(23)</sup>、あるいは、「労働者の職種、労務内容、労務提供場所等安全配慮義務が問題となる当該具体的状況等によって異なる」とされたりするため、<sup>(24)</sup>安全配慮義務の内容を特定し、その義務違反の事実を主張・立証することは、その実質において、不法行為における「過失」の立証をすることと、ほとんど異ならないともいえる。また、判例は、安全配慮義務違反の成立要件として危害の予見可能性を要求していることから、<sup>(25)</sup>債権者（被害者）側で債務者（加害者）側に危害の予見可能性があったことを立証しなければならないことになり、安全配慮義務違反の事実の立証と不法行為の過失の立証はほとんど差異がない結果となっている。<sup>(26)</sup>同様に、職場環境整備義務・職場環境配慮義務の場合も、その義務の内容を特定し、その義務違反の事実を主張・立証することは、その実質において、不法行為における「過失」の立証をすることと、ほとんど異ならないともいえる。

(四) 遅延損害金の起算点に関し、安全配慮義務違反・職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反に基づく損害賠償請求権の場合、期限の定めのない債務であるから民法四一二条三項により、債務者が債権者から履行の請求を受けた時と解される。<sup>(27)</sup>これに対し、不法行為に基づく損害賠償請求権の遅延損害金の起算点については、期限の

定めのない債務ではあるが、沿革と公平を理由に、不法行為の時（事故発生時）と解している。<sup>(28)</sup>

(五) 遺族固有の慰謝料請求に関しては、通常セクシュアル・ハラスメントにおいては問題にされることはない。しかし、セクシュアル・ハラスメントを契機として、被害者が自殺をしたり、うつ病になって自殺したりするケースはありうるであろう。<sup>(29)</sup> この場合、遺族が遺族固有の慰謝料を請求することができるか問題となる。判例は、安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権の場合、契約ないしこれに準ずる法律関係の当事者でない遺族が、契約ないしこれに準ずる法律関係上の債務不履行により固有の慰謝料請求権を取得するものとは解しがたいとして、遺族固有の慰謝料請求権を否定する。<sup>(30)</sup> 同様に、職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反に基づく損害賠償請求権の場合も、契約ないしこれに準ずる法律関係の当事者でない遺族が、契約ないしこれに準ずる法律関係上の債務不履行により固有の慰謝料請求権を取得するものとは解しがたいとして、遺族固有の慰謝料請求権を否定することになる。これに対し、不法行為に基づく損害賠償請求権の場合には、民法七一条により遺族固有の慰謝料請求権が認められている。

(六) 相殺の可否に関し、安全配慮義務違反・職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反に基づく損害賠償請求権の場合、債務不履行に基づく損害賠償請求権であるから、これを受働債権とする相殺は法律上禁止されない。これに対し、不法行為に基づく損害賠償請求権の場合は、民法五〇九条で、これを受働債権とする相殺が禁止されている。

(七) 履行補助者の行為による責任に関し、安全配慮義務違反・職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反に基づく損害賠償請求権の場合は、履行補助者の故意・過失は信義則上、債務者自身の故意・過失と同視されること

になる。これに対し、不法行為に基づく損害賠償請求権の場合は、「使用者カ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相当ノ注意ヲ為シタルトキ又ハ相当ノ注意ヲ為スモ損害カ生スヘカリシトキ」は免責される（民法七一五条一項但書）。もつとも、現在では、判例は、「相当ノ注意」をしたことによる免責を事実上認めないから、この点における差異は事実上はなくなっている。

なお、判例は、履行補助者の故意・過失による債務者の安全配慮義務違反の範囲をかなり限定的に解している。すなわち、国が「自衛隊員を自衛隊車両に公務遂行として乗車させる場合」の国の自衛隊員に対する安全配慮義務の内容は、①「車両の整備を十全ならしめて車両自体から生ずべき危険を防止」すること、②「車両の運転者としてその任に適する技能を有する者を選任」すること、③「当該車両を運転する上で特に必要な安全上の注意を与えて車両の運行から生ずる危険を防止」することであり、履行補助者に運転者として負うべき道路交通法その他の法令に基づく通常の注意義務違反があつたとしても、国の安全配慮義務違反があつたとはできないとして<sup>(21)</sup>いる。この場合、使用者責任（民法七一五条）では、運転者として負うべき道路交通法その他の法令に基づく通常の注意義務違反であつても、被用者が事業の執行につき第三者に加えた損害である以上、使用者の責任が肯定されるから、不法行為に基づく損害賠償請求権の方が安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権よりも被害者に有利となる。そして、この「通常の注意義務違反」は、セクシュアル・ハラスメントを行う場合をも含んでいるということになれば、履行補助者のセクシュアル・ハラスメントによる使用者の責任の場合には、安全配慮義務違反に基づく被害者の救済は図れなくなる。また、判例の立場を貫くならば、職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反に基づく損害賠償請求権の場合も、履行補助者に「通常の注意義務違反」があつたとしても、債務者の職場環境整

備義務違反・職場環境配慮義務違反があつたとはできないから、使用者責任（民法七一五条）の方が被害者に有利となる。しかし、判例上、「使用者は、被用者との関係において社会通念上伴う義務として、被用者が労働に服する過程で生命及び健康を害しないよう職場環境等につき配慮すべき注意義務を負うが、そのほかにも、労働遂行に関連して被用者の人格的尊厳を侵しその労働提供に重大な支障を来す事由が発生することを防ぎ、又はこれに適切に対処して、職場が被用者にとつて働きやすい環境を保つよう配慮する注意義務もある」（前掲福岡地判平成四年四月一六日）とされていたが、使用者の履行補助者（例えば専務など）における右注意義務違反の有無を問題にするならば、履行補助者のセクシュアル・ハラスメントを行わないという「通常の注意義務違反」を問題にするわけではないので、安全配慮義務違反・職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反に基づく損害賠償請求権を、使用者責任（民法七一五条）と同様に追及することは可能となろう。

（八）過失相殺に関し、安全配慮義務違反・職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反に基づく損害賠償請求権の場合は、民法四一八条により、債権者に過失があれば裁判所は必ず斟酌しなければならず、しかも、その過失が大きければ債務者の賠償責任を全部免除することができる。これに対し、不法行為に基づく損害賠償請求権の場合は、民法七二二条二項により、債権者の過失の斟酌の要否は任意的（裁量的）であり、しかも、賠償責任の全部を免除することはできないとされている。<sup>32)</sup> こうした点からすれば、不法行為の方が安全配慮義務違反よりも債権者に有利といえる。

（九）連帯責任に関し、共同して安全配慮義務違反・職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反が行われた場合には、連帯して損害賠償責任を負わされないのに対し、不法行為の場合には、共同行為者の行為が客観的に関連

し、共同して違法に損害を加えたのであれば、共同不法行為として連帯して損害賠償責任を負わされることになる（民法七一九条）。もつとも、共同して安全配慮義務違反・職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反が行われた場合にも、民法七一九条の類推適用を肯定するならば、この面での差異はなくなる。<sup>(33)</sup>

(二〇) 遺族の弁護士費用に関しては、セクシュアル・ハラスメントを契機として、被害者が自殺をしたり、うつ病になって自殺したりするケースで問題になるが、安全配慮義務違反・職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反による損害賠償において、遺族が請求する場合には契約関係の当事者でないから、その支出した弁護士費用は債務不履行により被った損害ではなく、弁護士費用の請求は否定されると解される。<sup>(34)</sup>これに対し、不法行為の場合には、被害者が、自己の権利擁護のため提訴を余儀なくされ、訴訟追行を弁護士に委任して要した弁護士費用については、事案の難易、請求額、認容された額その他諸般の事情を斟酌して相当と認められる額の範囲内のもの限り、不法行為と相当因果関係に立つ損害にあたる<sup>(35)</sup>として、弁護士費用の請求が肯定されている。

(二一) 顧客や第三者や取引先によるセクシュアル・ハラスメントの場合、安全配慮義務違反・職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反に基づく損害賠償請求権の場合は、被害者の救済が可能であるが、使用者責任<sup>(36)</sup>を、使用者責任（民法七二五条）に基づく損害賠償請求権の場合は、加害者が被用者でないことから使用者責任を追及できないとする見解がある。<sup>(37)</sup>しかし、こうしたケースに関しても、不法行為による処理が可能であるとすべきである。<sup>(38)</sup>例えば、第三者による加害行為の類型として、公務員である教師の懲戒・体罰でなく生徒のいじめにより自殺した子供の親、ないし、生徒のいじめにより負傷した子供が、学校（私立学校の場合）に使用者責任（民法七二五条）を追及したり、地方自治体（公立学校）ないし国（国立学校）に国賠法一条による責任を追及する場合があるが、こうした追

及を否定するのは不当といふべきである。判例も、こうした場合に国賠法一条の責任追及を認めている<sup>(39)</sup>。また、前述した福岡セクシュアル・ハラスメント事件において、判例は、「使用者は、被用者との関係において社会通念上伴う義務として、被用者が労務に服する過程で生命及び健康を害しないよう職場環境等につき配慮すべき注意義務を負うが、そのほかにも、労務遂行に関連して被用者の人格的尊厳を侵しその労務提供に重大な支障を来す事由が発生することを防ぎ、又はこれに適切に対処して、職場が被用者にとって働きやすい環境を保つよう配慮する注意義務もあると解されるところ、被用者を選任監督する立場にある者が右注意義務を怠った場合には、右の立場にある者に被用者に対する不法行為が成立することがあり、使用者も民法七一五条により不法行為責任を負うことができると解するべきである。」とした上で、会社の専務に職場環境調整配慮義務違反を肯定して不法行為の成立を認め、会社に使用者責任を肯定していた点<sup>(40)</sup>を想起すべきである。この論理からすれば、顧客や第三者や取引先によるセクシュアル・ハラスメントの場合も、専務等に職場環境調整配慮義務違反が肯定できれば不法行為が成立し、使用者に民法七一五条の不法行為責任が成立するといふべきである。従って、顧客や第三者や取引先によるセクシュアル・ハラスメントの場合であっても、また、加害者が不明の場合<sup>(41)</sup>であっても、安全配慮義務・職場環境整備義務・職場環境配慮義務（債務不履行）であろうと不法行為であろうと、被害者を救済することはできると考える。

(二二)「事業の執行に付き」という要件を充足せず使用者責任（民法七一五条）が否定される場合であっても、職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反（債務不履行）が認められるとした判例があり、これを支持しうることは前述した。もつとも、端的に、職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反を理由にして、使用者の不法行為責任（民法七〇九条）を肯定するならば、<sup>(42)</sup>「事業の執行に付き」という要件は問題にならないから、債務不履

行構成と不法行為構成とで差異はないことになろう。

(一三) 履行請求権を肯定しうるかという点に関しては、安全配慮義務において、肯定説と否定説の対立がある。否定説は、①強制履行の方法が履行請求権になじまないこと、②職場の人的・物的な管理・配置は使用者の裁量権に属すること、③安全配慮義務における「債務内容の特定」が困難であること、④裁判例も、損害賠償を認めるだけで履行請求権を認めない傾向にあることなどを理由とする。<sup>(43)</sup> 確かに、我妻博士は、「義務を履行しない場合にその履行(施設の改善)を請求しようと解しても(中略)、強制履行の手段によつてこれを実現することは実際上すこぶる困難<sup>(44)</sup>」であると指摘されるが、労働基準法や労働安全衛生法等で義務の内容が特定でき、間接強制の方法で履行強制ができる場合もあり、こうした場合にまで、履行請求権を否定するとまでは述べていない。<sup>(45)</sup> 義務の内容が特定できる場合には具体的履行請求権を肯定して履行強制を認め、義務の内容が特定できなくても抽象的履行請求権を肯定して少なくとも「これを背景にして、労働者が職場の安全施設について使用者に対し種々の申入をなし、職場内の安全衛生委員会へ申立て<sup>(46)</sup>うる」、あるいは、労働組合の団体交渉の場で主張する、<sup>(47)</sup> という形で具体化されていくことを認めるべきと考える。<sup>(48)</sup> 最高裁も、「安全配慮義務は、特定の法律関係の付随義務として一方が相手方に対して負う信義則上の義務であつて、この付随義務の不履行による損害賠償請求権は、付随義務を履行しなかつた結果により積極的に生じた損害についての賠償請求権であり、付随義務履行請求権の変形物ないし代替物であるとはいえない<sup>(49)</sup>」と論じており、「付随義務履行請求権」の存在を認めているから、安全配慮義務の履行請求権を肯定する立場であると解される。こうした立場に立つならば、職場環境整備義務・職場環境配慮義務においても、同様に履行請求権を肯定することができよう。これに対して、不法行為の場合には、履行請求権は否定されることに



なる。もつとも、出版・通行妨害・公害関係などで人格権を根拠に差止請求権が肯定されていることからすれば、セクシュアル・ハラスメントにおいても、身体・貞操の安全、性的な不快感、羞恥心等の精神的苦痛、名誉・プライバシーの侵害等、人格的利益に対する支障が問題となるわけであるから、人格権に基づく差止請求を活用していくことが考えられる。<sup>(51)</sup> そうすると、セクシュアル・ハラスメントにおいて、一方で安全配慮義務・職場環境整備義務・職場環境配慮義務に基づく履行請求権が認められ、他方で人格権に基づく差止請求権が認められるならば、両者の溝はかなり小さくなるといえよう。<sup>(52)</sup>

(一四) 労務給付拒絶権が、安全配慮義務において認められると解されてきた。すなわち、「生命・健康に対する危険性が現実存在している場合には、労働者は使用者に安全確保義務の履行を求め、使用者がこれに応じない場合には、労務給付の拒絶をなしうる」とし、「使用者の安全配慮義務は労働者の労務給付義務と対価的な牽連関係に立つものではないが、労務給付の特殊性から、労働者保護のために両者に履行上の牽連関係を肯定」(同時履行の抗弁権の一種)すべきとしている。そして、「労働者はこの間の賃金請求権を失わなない。使用者の責めに帰すべき事由による労務の受領不能として使用者がその危険を負担すべきだからである(民五三六II)」とされる。<sup>(53)</sup> 職場環境整備義務・職場環境配慮義務においても、同様に労務給付拒絶権を肯定することができよう。労務給付拒絶権を認めた判例として、会社内で他の社員らから集団暴行を受けた原告らが、安全確保措置が不十分として就労を拒否しその間の賃金を請求した場合において、原告らの就労拒否を正当と認め賃金請求権を失わない(民法五三六条二項)としたものがある。<sup>(54)</sup> 不法行為においては、こうした労務給付拒絶権は認められないから、安全配慮義務・職場環境整備義務・職場環境配慮義務(債務不履行)とで差が生じることになる。

(二五) 解約の告知をセクシユアル・ハラスメントが問題となる場合に行えるかという点に關し、安全配慮義務・職場環境整備義務・職場環境配慮義務(債務不履行)を追及するならばこうした義務違反を理由とする労働契約の一方的な解約告知が可能となるが、不法行為では解約告知による保護を与えることはできないことになる。<sup>(55)</sup>

### 3 総括

こうしてみると、債務不履行構成が大きく有用性を認められるのは、時効期間や、履行請求権・労務給付拒絶権・解約告知などの法的保護ということになる。しかし、安全配慮義務・職場環境整備義務・職場環境配慮義務は、契約当事者間においては「社会の一般人に対する責任(すなわち不法行為上の責任)よりも一層強度の責任を課される」という「当然の事理」<sup>(56)</sup>を根拠として、「労働契約に基づく接触の場に生じる、通常人の注意義務を超えた高次の義務」<sup>(57)</sup>という観点から、債務不履行構成を構築すべきといえる。そして、立証責任、遅延損害金の起算点、遺族固有の慰謝料、履行補助者の行為による責任についての判例法理は、見直されるべきである。すなわち、立証責任の点については、被害を受けた労働者側が負担する雇用契約上の安全配慮義務違反・職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反<sup>(58)</sup>債務不履行の事実の主張・立証責任としては、使用者の設置・提供する場所・施設・機械・器具等の設置管理、又は、使用者もしくは上司の指示の下に遂行する業務の管理に瑕疵があって、労働者の身体の安全・人格的利益(性的な不快感や羞恥心等の精神的苦痛や名誉・プライバシーの侵害等、人格的利益に対する支障)が害される危険が存在し、使用者においてその危険を除去すべきであったにもかかわらず、セクシユアル・ハラスメントの当時、それが除去されずに存在していたことを主張・立証すれば足りると解すべきである。こ

れに對して、帰責事由の有無に関する事実（使用者においてその瑕疵ないし危険の存在を予知することを期待できたか、予知しえたとしてそれを除去することが物理的ないし社会的に可能であったか、危険を除去しえなかつたのは不可抗力によるものであつたかなどの事実）は、使用者側において主張・立証責任を負うと解される。<sup>(58)</sup> 遅延損害金の起算点については、不法行為と同様に、安全配慮義務違反・職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反に基づく損害賠償請求権の場合も、右義務違反の加害行為発生時と解すべきと考える。<sup>(59)</sup> 遺族固有の慰謝料請求が安全配慮義務違反・職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反において問題となる事案の場合については、民法七一条を類推適用して肯定すべきである。<sup>(60)</sup> 履行補助者の行為による責任については、履行補助者がセクシュアル・ハラスメントを行い履行補助者に「通常の注意義務違反」があつたとしても、安全配慮義務違反・職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反に基づく損害賠償の責任は債務者が負担すると解すべきである。<sup>(61)</sup>

また、前掲佐賀地判平成一一年一月二五日は、上司と同僚男性から意に反する性的関係を強要され、精神に障害を来して退職を余儀なくされた女性が、加害者と使用者に損害賠償を請求した事案で、使用者の職場環境調整義務違反に関し、職場環境調整「義務は職場内に一定の環境悪化原因が事実として存在し、それを認識し得たことを前提に発生し、会社がこれを是正する方策を取ることなく放置していた場合に具体的に負担する義務」であるとした上で、本件においては、会社は一九九一年四月に原告の父親が被告会社を訪れて被告会社の製造部長に「原告が被告会社の役職の人に犯された。退職させる。」と申し出るまで知らなかつたのであるから、職場環境調整義務違反による債務不履行責任は負わないと判示している。<sup>(62)</sup> しかし、平成一一年四月から施行された改正男女雇用機会均等法二一条一項において、職場における性的な言動に起因する問題に関する雇用管理上の配慮義務が規定され、同条

二項において事業主が配慮すべき事項についての指針が定められるものとされている。これは、公法上の規定であり、厚生労働大臣もしくはその権限の委任を受けた都道府県労働局長が、指針に照らして必要があると認めるときは、事業主に対して報告を求め、又は助言・指導・勧告をすることができる行政指導上の効力を有する規定であるが、私法上の義務の内容に影響を与えることは否定できないであろう。<sup>(63)</sup>そして、セクシユアル・ハラスメントの雇用管理上配慮すべき事項として、①方針の明確化およびその周知・啓発、②相談・苦情への対応、③事後の迅速かつ適切な対応があげられているが、<sup>(64)</sup>使用者に前述の前掲佐賀地判平成一年一月二五日が指摘するようなセクシユアル・ハラスメントの予見可能性がなかったとしても、こうした配慮を怠るならば、事前のセクシユアル・ハラスメント予防義務である「職場環境整備義務」の違反や、事後的なセクシユアル・ハラスメント対処措置である「職場環境配慮義務」の違反が認定され、責任を追及される場合もあると考える。<sup>(65)</sup>前述の前掲佐賀地判平成一年一月二五日も、改正男女雇用機会均等法二二条が規定されるよりかなり以前の事件（平成元年一〇月〜平成三年四月）であることを理由に、被告会社は債務不履行責任を負わないとしている点に注意すべきである。<sup>(66)</sup>また、この点に関し、一九九八年に出された二つのアメリカの連邦最高裁判決が参考になる。<sup>(67)</sup>すなわち、被用者の不法行為に対する使用者の代位責任は、対価型であろうと環境型であろうと問題になり、被用者（監督者）のセクシユアル・ハラスメントが「職務の範囲」を外れた行為であっても、監督者の地位と権限のため被害者の抵抗がより困難であるから「被用者の不法行為が代理関係の存在に助けられた場合」に該当し、使用者は代位責任を負うとされる。そして、現実の雇用上の行為（採用、昇給拒否、解雇、配置転換、給付の変更など）を伴うハラスメントの場合には、使用者は無過失の代位責任を負い、敵対的就業環境を形成するハラスメントの場合には、使用者の代位責任を肯定しつ

つ使用者の「積極的抗弁 (affirmative defense)」を認める。「積極的抗弁 (affirmative defense)」の内容は、①性的ないやがらせを行うことを防止しそれを迅速に是正するために使用者が合理的な配慮を尽くしていること、②原告被用者が合理的な理由なく、使用者によって提供されたセクシュアル・ハラスメントの防止・是正の機会を利用せず、または、その他の方法による被害回避措置 (EEOC) や州の公正雇用慣行委員会への訴え、組合の苦情処理手続きの利用等) を取らなかったことであり、①及び②を証拠の優越によって証明 (proof by a preponderance of the evidence) すれば、使用者は代位責任を免れるとする。上司の部下に対するセクシュアル・ハラスメントについて、使用者は知・不知を問わず、また、自らの過失の有無を問わず責任を負い、敵対的就業環境を形成するハラスメントの場合には、①の点、つまり、使用者がセクシュアル・ハラスメントの防止とその迅速な是正のために合理的な配慮を尽くしていなければ免責されない点は参考にするべきである。①及び②の点は、「使用者にセクシュアル・ハラスメント行為の防止・是正措置を講じることを求め、また被用者にそうした防止および是正措置の利用を求めることによって、セクシュアル・ハラスメント禁止政策の実現を促進していこうとする政策的考慮があらわれている<sup>(69)</sup>」ということができるし、②の点は被害者の損害軽減義務<sup>(70)</sup>に通じる考え方で、合理性を有しているといえる。こうした点に鑑み、わが国においては、①の点は「事業主が職場における性的な言動に起因する問題に関して雇用管理上配慮すべき事項についての指針」におけるセクシュアル・ハラスメントの雇用管理上配慮すべき事項を基準としつつ民法四一五条の「債務者ノ責ニ帰スヘキ事由」の判断枠組みで考慮し、②の点は民法四一八条の過失相殺 (債権者の過失によっては免責も有りうる) の判断枠組みで考慮することによって、使用者の免責の余地を認めるべきと考える。

ところで、こうした債務不履行構成の独自の意義は、松本教授が指摘されるように、「使用者責任が問えないところの代替的な法的構成というよりも、むしろ、使用者が労働契約上の信義則に基づき負う職場環境配慮義務に基づき、セクシュアル・ハラスメントの防止や事後措置において何をなすべきであるのか、あったのかという行為規範を具体化し、そのことによつて、セクシュアル・ハラスメント自体の予防を実現すると共に、万一これが起こった場合の二次被害の防止、被害回復を実効性あるものにするという点、すなわち、 $\langle$ 被害防止・回復の観点の重視からは、債務不履行構成化機能 $\rangle$ に求められるし、求めるべきである。」<sup>(1)</sup>そして、「被害の防止・回復の観点の重視からは、債務不履行構成の法的効果として損害賠償責任に着目するだけでなく、職場環境配慮義務の履行請求権や、職場環境が整わない場合の就労拒絶権、その場合の賃金請求権、休業補償、直接の加害者ないし自らの配置転換請求権、セクシュアル・ハラスメントにより退職を余儀なくされた場合の復職措置や退職に関わる損害の回復なども包括的に検討していく必要がある、この点が今後の実践的・理論的な大きな課題となっていくであろう。」<sup>(2)</sup>こうした債務不履行構成の債務の具体化と要件・効果の精緻化が判例の集積の中で行われていけば、契約法理の発展に寄与することとなる。また、「不法行為責任から債務不履行責任の方に責任追及の方法が代わってきているというのが、最近の特徴」<sup>(3)</sup>である点に鑑みるとき、学説においても、こうした債務不履行構成の債務の具体化と要件・効果の精緻化の作業を行うことが急務といえよう。

## 五 終わりに

セクシュアル・ハラスメントに関し、使用者の責任を債務不履行構成で追及する場合に、安全配慮義務違反とする類型と職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反とする類型があることを指摘した。後者は前者をも含む概念であるが、前者にあてはまる場合には、前者は後者の特則として前者のみが適用されることになると考える。

また、後者のような類型を設け、使用者の責任を拡大すると、一部の学説から、逆に使用者が労働者の私生活や職場での人間関係等、個人的問題に積極的に介入していかざるをえないことになり、そのことは個々の労働者にとって、不当な結果を招来させる恐れも出てくるとの指摘がある。<sup>(73)</sup>しかし、使用者は、セクシュアル・ハラスメント防止という観点から雇用管理を行うのであって、行き過ぎた介入はあってはならないといえる。その際、改正男女雇用機会均等法二一条二項に基づく「事業主が職場における性的な言動に起因する問題に関して雇用管理上配慮すべき事項についての指針」(平成一〇年労働省告示第二一〇号)が対応を行う際の基準となりうるであろう。また、知り得たプライバシーに関わる情報については、正当な理由がないのに秘密を漏らしてはならないのは当然である。もし個人的問題への行き過ぎた対応やプライバシーへの侵害があるならば、違法性を帯び、こうした面での使用者の責任が追及されるべきである。労働者の個人的問題への介入を危惧する見解も、不法行為責任の追及は肯定するのであり、債務不履行責任の追及に限ってのみ労働者の個人的問題への介入を危惧するのは説得力を欠くように思う。イギリス雇用契約法において、雇用契約の両当事者が負担する協力義務(duty of co-operation)が、近

年、使用者の義務の面で適用範囲を拡張し、安全配慮義務のみならず、同僚によるセクシュアル・ハラスメントから被用者を保護する義務まで認められており、労働者の労務提供を阻害する精神的条件を整備すべき義務にまで拡大している点は、参考にすべきであろう。<sup>(74)</sup> また、一九九四年に成立したドイツの被用者保護法二条三項が、「職場でのセクシュアル・ハラスメントは、労働契約上の義務違反ないし職務違反である。」と規定している点も参考にすべきである。<sup>(76)</sup>

セクシュアル・ハラスメントに関し、使用者の責任を債務不履行構成で追及する場合に、確立した安全配慮義務の判例法理の欠陥が障害となる可能性がある。債務不履行責任と不法行為責任の不当な差異を克服すべく、①債務不履行責任の不法行為責任への接近、②訴訟物論による規範調整（新訴訟物理論）、③新実体法説による規範調整が試みられているが、セクシュアル・ハラスメントも、「契約の中における不法行為」、換言するならば、「基本的には契約法に包摂されていないながらも、依然として不法行為法（人権保障法）を強く刻印している」<sup>(77)</sup>ことに鑑み、不法行為法より契約法が不利な規範の場合にはその適用は阻止され、不法行為規範より契約法が有利な規範の場合には契約法としての属性が基本的に働きその適用がなされるという見地から、新実体法説による規範調整が今後なされる方向で解決していくべきと考える。<sup>(78)</sup> 今後の判例の積み重ねの中で、こうした判断が示されることを期待したい。

注

(1) 京都地判平成九年三月二十七日判時一六三四号一一〇頁は、セクシュアル・ハラスメントの定義に関し、「多義的に用いられて



いる概念である。法的責任の根拠として用いる場合には、『相手方の意に反して、性的な性質の言動を行い、それに対する対応によって仕事をするうえで一定の不利益を与えたり、またはそれを繰り返すことによって就業環境を（著しく）悪化させること』などと定義づけられているが、社会的には、『歓迎されない性的な言動または行為により（女性に）屈辱や精神的苦痛を感じさせたり、不快な思いをさせたりすること』『性的な言動又は行為によって相手方の望まない行為を要求し、これを拒んだ者に対し職業、教育の場で人事上の不利益を与えるなどの嫌がらせに及ぶこと』とも定義付けられ、日常用語例では後者を指すことがほとんどである」と指摘している。

なお、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に関する法律二二条一項は女性が被害者の場合のみを規定しているが、人事院規則二〇一〇（セクシュアル・ハラスメントの防止等）は女性が被害者の場合のみならず男性が被害者の場合も含んでいること、また、後者が規制の対象とする「性的な言動」は、「性的な関心や欲求に基づく言動」のみならず、「性別により役割を分担すべきとする意識に基づく言動」（ジェンダー・ハラスメント）も含まれている点で、前者が規制の対象とする「性的な言動」よりも広いことに注意すべきである。服務規律上の概念として人事院規則、均等法でセクシュアル・ハラスメントにジェンダー・ハラスメントを含めても異論は生じないが、懲戒処分や人格権侵害の不法行為訴訟などの法的レベルでは、ジェンダー・ハラスメントの問題は一般的な女性差別の問題として捉え、セクシュアル・ハラスメントと別個に取り扱うべきである（山崎文夫「セクシュアル・ハラスメントと法的アプローチ」比較法三九号二二頁（二〇〇二））。

(2) 奥山明良「法律問題としてのセクシュアル・ハラスメント」法セ四二三号一九頁（一九九〇）。

なお、EEOCのセクシュアル・ハラスメントに関するガイドラインの二六〇四条一項（a）号は、セクシュアル・ハラスメントを以下のように定義している。すなわち、望まない性的接近、性的行為の要求、並びに性的性質を有する他の口頭もしくは身体上の行為が、以下の場合には、セクシュアル・ハラスメントを構成し、公民権法第七編違反の性的いやがらせを構成する。その場合とは、①かかる行為への服従が明示もしくは黙示に個人の雇用条件を形成する場合、②かかる行為への服従もしくは拒絶がその個人に影響する雇用上の諸決定の基礎として利用される場合、③かかる行為が、合理的な理由なしに個人の業務遂行を阻害し、または、威嚇的、敵対的もしくは不快な労働環境を作り出す目的もしくは効果をもつ場合である（Final Guidelines on Sexual Harassment, 29 C.F.R. § 1604.11 (a) (1980)）。

また、「事業主が職場における性的な言動に起因する問題に関して雇用管理上配慮すべき事項についての指針」（平成一〇年勞

働告告示第二〇号)で「職場におけるセクシュアルハラスメントの内容」を以下のように規定している。すなわち、

(1) 職場におけるセクシュアルハラスメントには、職場において行われる性的な言動に対する女性労働者の対応により当該女性労働者がその労働条件につき不利益を受けるもの(以下「対価型セクシュアルハラスメント」という。)と、当該性的な言動により女性労働者の就業環境が害されるもの(以下「環境型セクシュアルハラスメント」という。)がある。

(2) 「職場」とは、事業主が雇用する労働者が業務を遂行する場所を指し、当該労働者が通常就業している場所以外の場所であっても、当該労働者が業務を遂行する場所については、「職場」に含まれる。例えば、取引先の事務所、取引先と打合せをするための飲食店、顧客の自宅等であっても、当該労働者が業務を遂行する場所であればこれに該当する。

(3) 「性的な言動」とは、性的な内容の発言及び性的な行動を指し、この「性的な内容の発言」には、性的な事実関係を尋ねること、性的な内容の情報を意図的に流布すること等が、「性的な行動」には、性的な関係を強要すること、必要なく身体に触ること、わいせつな図画を配布すること等が、それぞれ含まれる。

(4) 「対価型セクシュアルハラスメント」とは、職場において行われる女性労働者の意に反する性的な言動に対する女性労働者の対応により、当該女性労働者が解雇、降格、減給等の不利益を受けることであって、その状況は多様であるが、典型的な例として、次のようなものがある。

① 事務所内において事業主が女性労働者に対して性的な関係を要求したが、拒否されたため、当該女性労働者を解雇すること。

② 出張中の車中において上司が女性労働者の腰、胸等に触ったが、抵抗されたため、当該女性労働者について不利益な配置転換をすること。

③ 営業所内において事業主が日頃から女性労働者に係る性的な事柄について公然と発言していたが、抗議されたため、当該女性労働者を降格すること。

(5) 「環境型セクシュアルハラスメント」とは、職場において行われる女性労働者の意に反する性的な言動により女性労働者の就業環境が不快なものとなったため、能力の発揮に重大な悪影響が生じる等当該女性労働者が就業する上で看過できない程度の支障が生じることであって、その状況は多様であるが、典型的な例として、次のようなものがある。

① 事務所内において事業主が女性労働者の腰、胸等に度々触ったため、当該女性労働者が苦痛に感じてその就業意欲が低下

していること。

② 同僚が取引先において女性労働者に係る性的な内容の情報を知り、かつ継続的に流布したため、当該女性労働者が苦痛に感じて仕事につかないこと。

③ 女性労働者が抗議をしているにもかかわらず、事務所内にヌードポスターを掲示しているため、当該女性労働者が苦痛に感じて業務に専念できないこと。

(3) 刑事責任が問われたものとしては、以下のものがある。すなわち、明治三十六年三月一日東京控訴院刑事第四部判決（農商務省商工局『職工事情第三卷』三二頁以下〔新紀元社、明三六〕）は、機業に工女を使役させていた経営者らが工女に対する虐待で刑事責任を問われたもので、埼玉県知事木下周一が農商務大臣平田東助宛に機械工女虐待事件として報告したものである。この事件では、被告らの性的虐待は苛酷を極めていた。例えば、第一工女藤澤カノに対しては、「被告初五郎ハ被告元次郎ニ命シカノヲ裸体トナシテ縛シ雪中邸内ヲ引廻サシメ」たり、「被告初五郎周三郎相謀リカノヲ裸体トナシ股ヨリ肩ニ掛ケテ之ヲ縛シ居宅鴨居ニ釣上ケ置キテ毆打シ」たりしており、第二工女岡田セキに対しては、「被告初五郎マン周三郎相謀リセキラ裸体トナシ其股間ニ小棒ヲ挟ミタルママ繩ヲ以テ両足ヲ縛シ被告マンハ傍ニアリテ之ヲ指揮シ被告初五郎周三郎ハ共ニセキノ臀部ヲ毆打シ」たり、「被告初五郎周三郎ハ相謀リ共ニセキラ裸体トナシ股ヨリ肩ニ掛ケテ之ヲ縛シ居宅鴨居ニ釣上ケ數十分放置シ」たり、「被告初五郎ハ被告周五郎ニ命ジ、セキラ裸体トナシ其片足ヲ他ノ工女ノ片足ニ縛セシメセキノ間ニ起立セシメ同人カ苦痛ニ堪ヘスシテ腰ヲ屈スル毎ニ共ニ箒ヲ以テ臀部ヲ毆打シ」たりしており、第三工女横田タカに対しては、「被告初五郎マン相謀リタカラ裸体トナシ共ニ之ヲ毆打シ」しており、第四工女田畑ツヤヤに対しては、「被告初五郎マン宇吉相謀リツヤヤ裸体トナシテ縛シ共ニ之ヲ毆打シ」たり、「被告初五郎、マン、元次郎相謀リツヤヤ裸体トナシテ縛シ之ヲ仰向ニ倒シ置キ竹片ヲ以テ其陰部ニ差入レ之ヲ搔回ハシ」たりしており、第七工女姫野ミヨに対しては、「被告初五郎ハキヨヲ裸体トナシ横ヲ以テ之ヲ毆打シ」しており、第八工女堀下ミナに対しては、「被告マンハ之ヲ裸体トナシ雪中邸内ヲ引廻ハシタル上毆打シ」しており、第九工女高神サトに対しては、「被告初五郎周三郎相謀リサトヲ裸体トナシテ縛シ薪ヲ以テ共ニ之ヲ毆打シ」たり、「被告初五郎ハ被告元次郎ニ命シテサトヲ裸体トナシ臀部ヲ毆打セシメ」たり、「被告初五郎ハ被告誠治ニ命シ、サトヲ裸体トナシ機台ニ縛セシメ」たりしており、第十工女柿本フサに対しては、「被告初五郎ハ（一）フサヲ毆打シ且裸体トナシ住宅外ノ樹木ニ縛シ（二）被告初五郎マン相謀リテフサヲ裸体トナシテ縛シ竹片ヲ其陰部ニ差入レ之ヲ搔回ハシ」ているなどの悪行の限りを尽くしている。政

府の刊行物にこうした判決文が農商務大臣に報告されたものとして掲載されている点は、注目してよいであろう。

また、最近のものとしては、東京高判昭和五六年一月二七日刑月一三卷一〇二号五〇頁（モデル等の職業紹介を業とするプロダクション経営者が、モデル志願者としてスカウトした女性に対して、モデルになるための度胸試しに写真を撮るから裸になるよう要求しわいせつ行為をした事案につき、強制猥褻罪とされたもの）、東京地判昭和六二年九月一六日判時一二九四号一四三頁（求人広告をみて応募してきた女性に対して、女性下着販売員として働かせる目的のために、暴行を加えて負傷させ全裸にして写真撮影をした事案につき、強制猥褻致傷罪とされたもの）、広島地判平成二年一〇月九日読売新聞同日夕刊（家電販売店部長が出張に同行させた部下の女性社員に乱暴しようとしてけがを負わせた事案につき、強姦致傷罪とされたもの）、大阪地判平成一二年八月一〇日朝日新聞同日夕刊（選挙運動中、バイトの運動員の女子学生に候補者であった横山ノック氏がわいせつ行為をした事案につき、強制猥褻罪とされたもの）等がある。

これに対し、通常解雇や懲戒解雇が行われたものとしては、以下のものがある。すなわち、妻子あるバス運転手が未成年の女子車掌と情交関係をもち同女を妊娠させたことを理由とする通常解雇が、労働協約所定の「著しく風紀・秩序を乱して会社の体面を汚し損害を与えたとき」に該当し有効かをめぐって争われた長野電鉄事件につき、仮処分事件の一審判決（長野地判昭和四〇年一〇月一九日労民一六卷五号五六頁）はこれを無効としたが、仮処分事件の控訴審判決（東京高判昭和四一年七月三〇日労民一七卷四号三五頁）と本案判決（長野地判昭和四五年三月二四日判時六〇〇号一一一頁）はこれを有効とした。その他、情交関係・猥褻行為を理由に男性が解雇された場合につき、その解雇が無効とされたものとして、井笠鉄道事件（岡山地判昭和四一年九月二六日労民一七卷五号一二三三頁）、石見交通事件（松江地益田支判昭和四四年一月一八日労民二〇卷六号一五二七頁）、M商事株式会社事件（東京地判平成一二年三月二二日判労七六〇号二三三頁）などがあり、反対にその解雇が有効とされたものとして、広島化成事件（広島地判昭和四三年二月一四日労民一九卷一〇一頁）、イースタン観光事件（東京地判昭和四五年七月二七日判一〇七号四七頁）、青山学院大学事件（東京地判昭和五五年五月七日判労カード三四一四号）、日本周遊観光バス事件（大阪地決昭和五八年一〇月一八日判労カード四一九号一九頁）、大久保製どん所事件（東京地判昭和五九年四月二六日判労四三三五号六七頁）、中央観光バス事件（大阪地決昭和六一年二月二〇日判労四七〇号八八頁）、ケイエム観光事件（東京地判昭和六三年五月二七日判五一九号六三頁）、西日本鉄道（福岡観光バス営業所）事件（福岡地判平成九年二月五日判七一一三号五七頁）、コンピューター・メンテナンス・サービス事件（東京地判平成一〇年一二月七日判七五一号一八頁）、大阪観光バ

- ス事件（大阪地判平成二年四月二八日労判七八九号一五頁）、東京都教育委員会（新宿山吹高校）事件（東京地判平成二年五月三一日労判七九六号八四頁）、A製薬会社事件（東京地判平成二年八月二九日労判七九四号七七頁）などがある。
- (4) この点に関し、水谷英夫『セクシュアル・ハラスメントの実態と法理』xiii、xvi（信山社、二〇〇一）に掲載された「わが国におけるセクシュアル・ハラスメントの裁判例一覧」の表を参照。
- わが国のセクシュアル・ハラスメントにおける不法行為訴訟は、被害者の人格権を保護法益とする訴訟であり、人格権アプローチと称するもので、フランス・E.C委員会と共通のアプローチであるのに対し、アメリカは公民権法第七編の禁止する性差別の側面からアプローチするものであると指摘するものとして、山崎・前掲注(一)二〇六頁以下。
- (5) 福岡地判平成四年四月一六日判時一四二六号四九頁。なお、この訴訟は、セクシュアル・ハラスメントとして本格的に争われたわが国最初の訴訟であり、マスコミからも大いに注目された事件である。静岡地沼津支判平成二年一月二〇日判タ七四五号二三八頁は、セクシュアル・ハラスメントの判決としては最初に下されたが、被告不出頭のため欠席判決であり、マスコミから注目されることもなかった。
- (6) 前掲福岡地判平成四年四月一六日の判例解説（匿名）で、「使用者に職場環境調整配慮義務があることを肯定するのであれば、使用者責任を認めるよりも、債務不履行責任を認めることがより整合的な構成ではないかという疑問が生じないわけではない。」と指摘されている（判時一四二六号五一頁）。
- (7) 最判昭和五〇年二月二五日民集二九卷二号一四三頁。
- (8) 佐賀地判平成一年一月二五日判例集未登載（林弘子「判批」労判七六四号一四頁以下参照）。
- (9) 職場環境配慮義務は、セクシュアル・ハラスメントのみならず、いじめや嫌がらせ等の被害に対しても、活用の可能性がある。アカデミック・ハラスメントに関し、職場環境配慮義務違反が問題になったものとして、大阪地判平成二年一月一日労判七九九号二三頁（但し、職場環境配慮義務違反の責任は否定）。
- (10) 例えば、小西康之「判研」ジュリ一一五〇号一二六頁（一九九九）、松本克美「セクシュアル・ハラスメント―職場環境配慮義務・教育研究環境配慮義務の意義と課題」ジュリ一二三七号一四〇頁（二〇〇三）。
- (11) 最判昭和四四年一月一八日民集二三卷一一号二〇七九頁。
- (12) 最判昭和四六年六月二二日民集二五卷四号五六六頁。

(13) 柳川俊一『最高裁判所判例解説 民事篇 昭和四六年度』一三〇頁(法曹会、一九七二)。

こうした点を認識し、セクシユアル・ハラスメントに関して次のように指摘される宮本光雄氏(弁護士)の見解は参考になる。すなわち、「判例は『事業の執行につき』という概念をかなり広く解していることが窺えるが、だからといって漫然と職場内で行なわれたセクシユアル・ハラスメント(不法行為に該当するものに限る。以下同じ)が事業の執行につきなされたと即断することはできない。先ほどの判例(社交喫茶店で営業中、客の飲食した代金の支払いに関する紛争から被用者が店の奥で客を殴って負傷させた場合に、使用者責任を肯定した最判昭和三一年一月一日民集一〇卷一四〇三頁……筆者注)の客に対する暴行は、営業中に、しかも代金の支払いというまさに業務の遂行に関したものであるのに対し、職場内のセクシユアル・ハラスメントは、仮にそれが勤務時間中であっても、業務の遂行過程で生じたというより、むしろ雇用の場を機会として行なわれたにすぎないと解されなからである。たとえば、休日に全く私的な事柄に関し、会社の同僚と口論となり、翌日その憤懣から勤務時間中にその同僚を殴打した場合にその行為は『事業の執行』といえるかはなはだ疑問である。この場合、当該不法行為は、時間的、場所的に職場で行なわれたという以外に事業の執行と関連するものではなく、暴行の縁由も事業の執行とは無関係であることからすれば、当該暴行は、職場を機会として行なわれたにすぎないと解されなからである。職場におけるセクシユアル・ハラスメントもこれと基本的には同じ問題を包含している。したがって、職場で行なわれたセクシユアル・ハラスメントが、『事業の執行につき』といえるかどうかは、行為者が直属の上司であるかそれとも同僚であるのか(勤務時間中の上司たる地位の利用はそれ自身が事業の執行といえる)、ハラスメントが業務のいわば延長としてなされたのかそれとも職場は機会として利用されただけなのか(共同作業中の肉体的接触は事業の執行につきといえよう)などを具体的に検討して判断しなければならぬのであって、単に時間的、場所的に職場で行なわれたというだけで当然に使用者責任を肯定することはできない。まして、休日に電話などで執拗に性的関係を迫るというようにセクシユアル・ハラスメントが業務外に、しかも、会社施設外で行なわれた時は、たとえそのハラスメントの行為者が職場の上司であり、その影響力、地位を利用したものであっても、外形上、仕事にかこつけて行なわれるなどの事情でもない限りこれをもって事業の執行とみることは困難であろう。」とされる(宮本光雄「セクシユアル・ハラスメントの法律問題」日経連広報部編『セクシユアル・ハラスメント』一〇五頁以下(一九九〇))。職場の上司がその影響力、地位を利用してセクシユアル・ハラスメントを行った場合には、業務外に会社施設外で行われたものであっても、事業の執行とみることは可能と考えるので、後段の部分は賛成できないが(業務外に会社施設外で行われた

セクシュアル・ハラスメントであっても、上司の地位利用が認められる場合に使用者責任を認めたものとして、東京地判平成八年二月二五日労判七〇七号二〇頁、全く私的な事柄（例えば、特定の女性をめぐる三角関係のもつれ）が原因となって勤務時間中、勤務場所と同僚を殴打した場合には、事業の執行とみることは困難と考えるので、勤務時間中、勤務場所でセクシュアル・ハラスメントが行われたというだけで使用者責任を肯定できないとの前段の部分は正当と考える。

(14) 名古屋道功「判批」民商一一九卷四二五号三四頁（一九九九）は、「代償型セク・ハラの場合、職務権限が濫用されているため、事業執行性の認定は困難ではないが、それ以外の場合、困難を伴う場合が少なくないであろう。わが国において公私の区別があいまいである実態を踏まえて、会合がどのような目的でもたれたか、出席が強要されたものか、またプライベートな時間が職務と完全に分離されていたかなどに基づき判断が必要であると一応いえるが、勤務終了後の職務を離れた時間、忘年会、出張中のフリーな時間に地位を利用して生じた場合、あるいは管理職ではなく一般従業員によるセク・ハラの場合などその要件が充たされるかは微妙である。」としている。

上司の不法行為を認めながら使用者責任を否定した三重セクシュアル・ハラスメント（厚生農協連合会）事件（前掲津地判平成九年一月五日）と、上司の不法行為を認め使用者責任を肯定した兵庫セクシュアル・ハラスメント（国立A病院）事件（神戸地判平成九年七月二十九日労判七二六号一〇〇頁）の使用責任の判断の違いを、林教授は、「加害者と被害者の間の力関係の差（前者は、准看護士副主任と看護婦、後者は、職場の統括者と洗濯係）と加害者の上司としての地位利用（後者は職場の統括者であり、しかも、セクハラを拒否した原告に地位を利用して報復的ないじめを行った）の差にあると思われる」と指摘される（林・前掲注）（8）（二三頁）。

上司としての地位を利用した環境型のセクシュアル・ハラスメントで、民法七一五条の使用責任を肯定したものとして、例えば、東京高判平成九年一月二〇日労判七二八号一二頁参照。

(15) 最判昭和五九年四月一〇日民集三八巻六号五五七頁。

(16) この点、セクシュアル・ハラスメントに債務不履行責任を肯定せざるを得ないとしている点は注意を要する。すなわち、「これは、いかなる状況下においてもセクシュアル・ハラスメントに対する救済法理として労働契約上の安全配慮義務違反は問題にならないということを意味するわけではない。たとえば、セクシュアル・ハラスメントが特定の女性を対象に職務遂行に関

連して行われ、そのハラスメントの態様や被害の内容や程度等からして、社会通念上、許容できないものであることが容易に認識され、使用者もこれを予見しえたにもかかわらず、何らの措置もとらずこれを放置し、発生せしめたといった特段の事情が認められるような場合には、安全配慮義務違反の成立が肯定されるであろう。」(奥山明良『職場のセクシュアル・ハラスメント』一二四頁〔有斐閣、一九九九〕)。

同様に、消極説に立つ宮本光雄氏も、セクシュアル・ハラスメントに関し、労働契約上の安全配慮義務違反が例外的に成立することを明らかにされている。すなわち、「安全配慮義務の具体的内容は、労働者の職種、労務内容、労務提供場所などこれが問題となる当該具体的状況によって異なるから、たとえセクシュアル・ハラスメントという故意的な加害行為であっても、それが業務遂行に関連し、かつ、セクシュアル・ハラスメントによる被害者の被害の内容、程度が社会通念上放置することができないものであることを使用者が予見しえたにもかかわらずこれを回避する努力を怠ったというような特段の事情が認められる時は、安全配慮義務違反が成立しないとはいえない。」とされる(宮本・前掲注(13)一〇九頁)。

- (17) 安全配慮義務に関し、最判昭和五〇年二月二五日民集二九卷二号一四三頁。
- (18) 最判平成六年二月二二日労働六四六号一二頁。
- (19) 最判平成六年二月二二日民集四八卷二号四四一頁。
- (20) 最判昭和四四年一月二七日民集二三卷一〇号二二六五頁。
- (21) 最判昭和四八年一月一六日民集二七卷一〇号一三七四頁。
- (22) 安全配慮義務に関し、最判昭和五六年二月一六日民集三五卷一五五六頁。
- (23) 前掲最判昭和五〇年二月二五日。
- (24) 前掲最判昭和五九年四月一〇日。
- (25) 最判昭和六一年二月一九日判時一二二四号一三頁は、「国は、自衛隊員を駐とん地内の動哨勤務に就かせる場合であっても、公務の遂行に当たると当該具体的状況のもとにおいて、制服等の着用により幹部自衛官を装った部外者が営門から不法侵入し、かつ、動哨勤務者の生命、身体に危害を及ぼす可能性を客観的に予測しうるときは、営門出入の管理を十全にしてその侵入を防止し、もって、同人にかかる危険が及ぶことのないよう配慮すべき義務を負うものと解するのが相当である。」とする。
- (26) この点につき、以下の竹下教授の主張のように解するならば、安全配慮義務違反の事実の立証と不法行為の過失の立証との差



異を責むことが可能となるといえよう。すなわち、雇用契約上の「安全配慮義務違反」債務不履行の事実の主張・立証責任としては、使用者の設置・提供する場所・施設・機械・器具に瑕疵があつて、労働者の生命・健康が害される危険が存在し、使用者においてその危険を除去すべきであつたにもかかわらず、事故当時、それが除去されずに存在していたこと、を主張・立証すれば足りることになる。そして、損害賠償を請求する労働者側としては、このほか、損害の発生、右の義務違反（危険が除去されなかつたこと）と損害との因果関係の存在を主張・立証すれば、被告側の抗弁が認められない限り、勝訴判決を得られることになる。これに対して、使用者においてその瑕疵ないし危険の存在を予知することを期待できたか、予知しえたとしてそれを除去することが物理的ないし社会的に可能であつたか、危険を除去しえなかつたのは不可抗力によるものであつたか、などの事情は、帰責事由の有無に関する事実であり、使用者側において主張・立証責任を負ふべきである」（竹下守夫「判批」民商八六巻四号九三頁（一九八二））。

また、結果債務 (obligation de résultat) と手段債務 (obligation de moyen) の概念は、フランスの通説・判例により承認されているとされるが（浜上則雄「フランスにおける製造物責任の理論（二）」民商六四巻二号五七頁（昭四六））、白羽教授は、こうした概念を用いて分析し、安全配慮義務を「結果債務」（職場で労働者の生命・健康を害してはならない債務）的に解すると、施設・機械などの瑕疵によつて労働者の生命・健康が害されれば、それだけで義務違反（債務不履行）があつたということになるし、安全配慮義務を「手段債務」（職場で労働者の生命・健康を害さないように最善の努力（種々な措置）をなす債務）的に解すれば、施設・機械などの瑕疵によつて労働者の生命・健康が害されたとしても、使用者の最善の努力（整備基準にしたがつた整備の実施など）がなされていれば、安全配慮義務違反（債務不履行）はなかつたことになると指摘する。そして、立証責任は、前者（結果債務）の場合には、労働者側が負う安全配慮義務違反（債務不履行）の事実の主張・立証の範囲としては、施設・機械などの瑕疵によつて労働者の生命・健康が害されたことを主張・立証すれば足り、危険を予見できなかったこと、したがつて結果を回避できなかったことは、帰責事由に関する事実として、使用者側において主張・立証しなければならないことになるのに対し、後者（手段債務）の場合には、予見可能性・結果回避可能性をも労働者が主張・立証しなければならぬことになるとする。そして、結論的には、「生存権理念に基づく労働者の保護と『使用者側の事故防止の最大限の努力』推進の観点」から、「結果債務」を妥当とする。但し、労働災害の場合には、労働安全衛生法を遵守しないときは容易に使用者の安全配慮義務違反（債務不履行）が認定されるという意味で、「結果債務」的に解されているとする（白羽祐三『安全配慮義務法理とその

背景」二六三〜二六五頁（中央大学出版部、一九九四）。このように、安全配慮義務を「結果債務」的に解して、安全配慮義務違反の事実の立証と不法行為の過失の立証との差異を貫くことが必要である。

(27) 安全配慮義務に関し、最判昭和五五年一月二八日民集三四卷七号八八八頁。

この点については、学説の反対が多い。例えば、大嶋芳樹「西村孝一「安全配慮義務と交通事故」不法行為法研究会編『交通事故賠償の現状と課題（交通事故民事裁判例集創刊一〇周年記念論文集）』一五〇頁（ぎょうせい、一九七九）、野村豊弘「判批」ジュリ七四三号（昭和五五年度重判解説）九二頁（一九八一）、中井美雄「判批」民商八五卷二一四五頁（一九八二）、岩村正彦「判研」ジュリ七七五号一四七頁（一九八二）、下森定「安全配慮義務をめぐる解釈論上の諸問題」法セ三四一号一五頁（一九八三）、吉田邦彦「判研」法協一〇〇巻二二四九頁（一九八三）、前田達明「口述債権総論」九二頁（成文堂、第三版、一九九三）、宮本健蔵「安全配慮義務と契約責任の拡張」二二二頁（信山社、一九九三）、白羽・前掲注（26）二四八頁など。また、傍論ではあるがこうした学説と同じ見解をとるものとして、大阪高判平成一〇年八月二七日判時一六八五号四一頁がある。

野村教授が指摘されるように、「遅延損害金の始期の問題は、逸失利益の算定にあたって、いつから中間利息を控除するかということと密接に関連している」というべきであり、「事故の日以降の中間利息を控除する代りに事故の日以降の遅延損害金を生ずるとするのは一応つじつまがあっているように思われる。ところが、一方では、事故の日から中間利息を控除し、他方は、催告のあるまで遅延損害金を生じないとするのは、被害者にとつて酷ではないだろうか。」という点（野村・前掲「判批」九一頁）、及び、「契約の中における不法行為」（白羽・前掲注（26）三一八頁）としての安全配慮義務違反の特質に鑑みるならば、安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権の遅延損害金の起算点も、不法行為と同じく右義務違反の加害行為発生時と解すべきと考える。同様に、職場環境整備義務違反・職場環境配慮義務違反に基づく損害賠償請求権の場合も、遅延損害金の起算点は右義務違反の加害行為発生時と解すべきと考える。

(28) 大判明治四三年一〇月二〇日民録一六輯七一九頁、大判明治四四年二月一三日民録一七輯四九頁、大判大正一〇年四月四日民録二七輯六一六頁、最判昭和三七年九月四日民集一六卷九号一八三四頁、最判昭和五八年九月六日民集三七卷七号九〇一頁。

(29) いじめによって被害者が自殺した場合につき、自殺について賠償責任を認めたものとして、福島地いわき支判平成二年一月二六日判時一四九五号四二頁（自己の全人格を否定されるいじめを受け続けて生きる意欲を失い自殺したのはあながち不可解と

はいえないとして因果関係を認めたらうで、教員に自殺の予見可能性がなくても、悪質重大ないじめの認識可能性があれば、相当因果関係を認めてよいとする。

過労によって被害者が自殺した場合につき、自殺について賠償責任を認めたものとして、岡山地倉敷支判平成一〇年二月二三日七三三号一三頁、札幌地判平成一〇年七月一六日判時一六七一号一三頁、最判平成一二年三月二四日民集五四卷三号一一五五頁、広島地判平成一二年五月一八日労判七八三号一五頁、最決平成一二年六月二七日労判七九五号一三頁。

体罰によって自殺した場合につき、自殺について賠償責任を認めたものとして、神戸地姫路支判平成一二年一月三十一日判時一七一三号八四頁（小六の生徒の自殺を教師の殴打行為から通常生ずる結果だとし、予見可能性を判断せずに相当因果関係を肯定）。

交通事故の被害者が自殺した場合につき、自殺について賠償責任を認めたものとして、最判平成五年九月九日裁判集民一六九号六〇三頁（昭和五九年に発生した交通事故の被害者がうつ病になり患し昭和六三年に自殺した事案）。なお、「交通事故による損害賠償請求事件においては、遅くとも平成元年ころ以降に発生した事故について、被害者が事故の後遺障害等によりうつ病に罹患し又はうつ状態に陥って自殺した場合に、加害行為と被害者の死亡との間の相当因果関係を認める考えが、実務上定着を示していた」とされる（八木一洋「判解」曹時五二卷九号三四七頁）。

交通事故被害者の自殺の裁判例に関し、瀬川教授は、「昭和五〇年頃から、事故加害者に自殺についての賠償責任を課す裁判例が次第に増加した」とし、「相当因果関係」の判断を類型化する。すなわち、①自殺は特別な事情による結果だが予見し得べきだったとして相当因果関係を認めるもの、②自殺は加害者にも通常人にも予見可能だとして相当因果関係を認めるもの、③交通事故被害者の自殺は予見可能ではないと、消極的な形で予見可能性を認めて相当因果関係を認めるもの、④予見可能性を問うことなく、交通事故と被害者の自殺の間の相当因果関係を認めるものがあり、従来、多くの判決例は③の類型をとる傾向にあったとされる。しかし、前掲最判平成五年九月九日は、一審・控訴審が②の類型をとっていたのに対し、④の類型を採用し、また、過労自殺の裁判例であるが、前掲最判平成一二年三月二四日も、④の類型と同様に予見可能性を問わずに業務の遂行と自殺との相当因果関係を肯定している。こうした裁判例の変化の理由として、瀬川教授は、「一つは、過失自殺の類推適用により、あるいは、被害者の心因的要素の寄与度を考慮して、賠償額を減額するようになったため、相当因果関係を認め易くなったことであり、もう一つは、交通事故被害者の自殺の多くが、自由意思による類型α（被害者が行為の結果を認識し、自殺を選択しな

い力を有しながら自殺した場合……筆者注) よりもむしろ類型 $\beta$ (事故により余儀なくされた肉体的・精神的・社会的状況が自殺を必然ならしめた場合(例えば、余命が短くなったと知つたための自殺)……筆者注) あるいは $\gamma$ (事故による脳の破損等により、行為の意味・結果を認識できず、行動を制御できず自殺した場合……筆者注) であることが、医学的にまた裁判例の集積によつて加害者側(特に保険会社)の一般的な知見になったことである。過労自殺の場合にも、この二つの事情が認められるが、相当因果関係を認めるとき予見可能性の要否にとつて重要なものは、後者の、自殺の可能性を高めるメカニズムに関する一般的な知見の受容と拮がりである。これは、加害行為時に加害者が自殺を予見できたことを必ずしも意味しない。したがつて、厳密な意味での「予見可能性」ではない。しかし、被害者の自殺についての賠償責任を加害者に負わせることを正当化する事情である。」を指摘される(瀬川信久「民法判例レビュー 民事責任」判タ一〇四六号七七頁以下(二〇〇二))。

(30) 最判昭和五五年一月一八日民集三四卷七号八八八頁。

こうした判例に対し、安全配慮義務違反の場合にも遺族固有の慰謝料請求権を肯定する説も有力である。すなわち、(a)民法七一一条類推適用説に立つものとして、中井・前掲注(27)一四七頁、富井利安「判批」判時一〇〇七号一七三頁(判評二七一号二七頁)(一九八一)、岩村・前掲注(27)一四八頁、岡村親宜「使用者・事業主の民事責任」日本労働法学会編『現代労働法講座第一二巻 労働災害・安全衛生』三〇九頁(総合労働研究所、一九八三)、古賀哲夫「判批」法時五五卷八号一四九頁(日本評論社、一九八三)、藤岡康宏「安全配慮義務に関する規範適用について」民研三一八号二六頁(一九八三)、柳澤秀吉「債務不履行における慰謝料の請求」中川淳先生還暦祝賀論集「民事責任の現代的課題」二二四頁、白羽・前掲注(26)二五二頁、半田吉信「契約責任と不法行為責任の交錯」奥田昌道先生還暦記念「民事法理論の諸問題上巻」四〇四頁(成文堂、一九九三)などがあり、また、(b)民法四一五条の「債権者」の範囲に遺族も含まれるとし、遺族固有の慰謝料は債務不履行と相当因果関係のある損害として民法四一六条により請求し得るとする説に立つものとして、西村健一郎「判研」労判三七一号二頁(一九八一)、吉田・前掲注(27)二五一頁、飯原一乗「不法行為責任と安全配慮義務違反に基づく損害賠償責任との関係」下森定編『安全配慮義務法理の形成と展開』一〇〇頁(日本評論社、一九八八)などがあり、さらに、(c)第三者のための保護効を伴う契約の援用により遺族固有の慰謝料請求権を肯定する説に立つものとして、下森・前掲注(27)一一五頁、宮本・前掲注(27)二一〇頁、前田・前掲注(27)一六八頁などがある。右最高裁判決以後の判例で、安全配慮義務違反の場合に遺族固有の慰謝料請求権を肯定する判例として、例えば、大阪高判平成一〇年八月二七日判時一六八五号四一頁。

(31) 最判昭和五八年五月二七日民集三七巻四号四七七頁。同旨のものとして、最判昭和五八年二月六日訟月三〇巻六号九三〇頁。なお、最判昭和五八年二月九日裁判集民一四〇号六四二頁も、「国は、自衛隊員を公務の遂行として自衛隊機に搭乗させる場合には、右自衛隊員に対する安全配慮義務として、構造上の欠陥のない航空機を航空の用に供し、かつ、その整備を十全にして航空機自体から生ずべき危険を防止するとともに、航空機の操縦士としてその任に適する技能を有する者を選任配置し、かつ、適切な航空交通管制の実施等につき配慮して航空機の運航から生ずる危険を防止すべき義務を負うが、操縦者において航空法その他の法令等に基づき当然に負うべきものとされる通常の操縦上の注意義務及び国において前示の人的・物的諸条件の整備とは無関係に搭乗員を安全に輸送すべきものとする所論の義務は、右安全配慮義務に含まれるものではない」としている。

これらの判決の立場に立つと、「運送会社の上司が運転訓練のため部下の運転者を自動車に同乗させ、事故を惹き起こしても、会社には安全配慮義務違反の責任は生じないことになるものと思われる。」(淡路剛久「自衛隊事故と安全配慮義務」判夕五二二号一四頁(一九八四))となり、「国家無責任」領域を創設しただけでなく、「私企業無責任」分野をも追加することになる」との批判がある(白羽・前掲注(26)二八七〜二八八頁)。また、「通常の注意義務」につき、債務者自身が履行過程で義務に違反すれば責任を負うのに、履行補助者を使用した場合には常に免責されることとなり、その不都合は明らかであろう(國井和郎「判批」『民法判例百選II債権(第五版)』別冊ジュリ一六〇号一七頁(有斐閣、二〇〇一))との批判や、不法行為訴訟で争ったなら、国はその責任を免れえなかった事例であるから「市民法レベルでの付随的注意義務違反を理由とする国の債務不履行責任(＝広義の安全配慮義務違反)が競合的に認められる余地があった」との批判がある(下森定「判批」ジュリ八一五号(昭和五八年度重判解説)八二頁(一九八四))。百歩譲って、「安全配慮義務は労務提供に必要不可欠とされる(前記五〇年判決(前掲最判昭和五〇年二月二五日……筆者注)参照)から、支配管理(本判決(前掲最判昭和五八年五月二七日……筆者注))を重視しても、労務提供過程で接触しうる危害発生の危険性を防除すべきことになるはずで、安全配慮を『人的及び物的環境』整備に限定するのは短絡的である。むしろ、配備されたAが期待通りに任務を全うすることも安全配慮に所要の行為と考えられ、また本件の場合に、公務遂行上Bが同乗したジープは公務遂行の道具にほかならず、本判決の一般論によっても、国の安全配慮義務の一内容として『安全な運転・操作を行う義務』を認めても背理ではない。」(國井・前掲「判批」一七頁)といえよう。加害被用者に道路交通法その他の法令に基づき当然負うべきものとされる通常の注意義務違反がある場合であっても、安全配慮義務違反を肯定すべきであらう。学説においても、こうした結論を採る見解が多い(富井・前掲注(30)判評二七一号二七

頁、岩村正彦「判研」ジュリ七八五号一三八頁以下（一九八三）、中嶋士元也「判批」ジュリ八二七号九二頁（一九八四）、下森・前掲「判批」八二頁、淡路・前掲「自衛隊事故と安全配慮義務」一一六頁、和田肇「雇傭と安全配慮義務」下森定編「安全配慮義務法理の形成と展開」一五三頁（日本評論社、一九八八）、潮見佳男「安全配慮義務の縮減理論（要件論）」民商一〇一卷六号一四頁（一九九〇）、奥田昌道「安全配慮義務」石田喜久夫Ⅱ西原道雄Ⅱ高木多喜男先生還暦記念論文集巻中「損害賠償法の課題と展望」三七頁以下（日本評論社、一九九〇）、高橋眞「安全配慮義務の研究」二二〇頁以下（成文堂、一九九二）、宮本・前掲注（27）二〇六頁、桑原昌宏「判批」交通事故判例百選第四版八七頁（一九九九）、國井・前掲「判批」一七頁など。

(32) 大判明治三十九年二月三日刑録二二輯一三五頁、大判大正九年一月二六日民録二六輯一九一頁、大判昭和二十一年一月二八日民集一五卷六九頁、大判昭和二十二年五月一四日民集一六卷六一八頁、最判昭和三十四年一月二六日民集一三卷二二号一五六一頁。

(33) 安全配慮義務違反の場合にも、民法七一九条一項の類推適用を肯定する判例として、東京地判平成二年三月二七日判時一三四二号一六頁、東京高判平成四年七月一七日判時一四二九号二二頁、千葉地判平成五年八月九日判タ八二六号一三五頁、長崎地判平成六年一月二三日判時一五二七号二二頁、福岡地飯塚支判平成七年七月二〇日判時一五四三三三頁、仙台地判平成八年三月二二日判時一五六五号二〇頁、福岡高判平成八年七月三一日判時一五八五号三三頁、長崎地判平成一〇年一月二五日判時一六九七号三頁、浦和地熊谷支判平成一一年四月二七日判時一六九四号一四頁、札幌地判平成一一年五月二八日判時一七〇三三三頁、東京高判平成一三年一〇月二三日判時一七六八号一三八頁、福岡高判平成一三年七月一九日判時一七八五号八九頁などがあり、民法七一九条の準用を肯定する学説として、鳩山秀夫「増訂日本債権法各論下巻」八四五頁（岩波書店、一九二四）、前田達明「債務不履行責任の構造」判タ六〇七号四頁（一九八六）などがある。

(34) 山形地判昭和五二年三月三〇日判時八七三三三三頁、東京高判昭和五五年二月二七日判時九六一号八〇頁、神戸地尼崎支判昭和五六年一〇月三〇日判時一〇二三三三三頁、宮崎地判昭和五七年三月三〇日判時一〇六一号九七頁、大阪高判昭和六二年三月三一日判タ六五六号一七〇頁、京都地判平成五年三月一九日判自一一五号三九頁。

ところで、判例の中には、安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権の場合についても、不法行為に基づく損害賠償請求権の場合と同様に遺族の弁護士費用を請求できるとしたものも多くある（東京地判昭和五二年六月一五日判時八六二号一〇頁、東京地判昭和五二年一月二九日判時八九六号六二頁、東京地判昭和五四年九月二八日判時九四九号七八頁、東京地判昭和五五年五

月一四日判時九七一七号七五頁、東京地判昭和五六年五月二八日判タ四四九号一三二頁、東京地判昭和五七年三月二九日判時一〇五三号一三三頁、東京地判昭和五七年三月二九日判時一〇五四号一〇〇頁、東京高判昭和五七年一〇月一二日判タ四八〇号九五頁、東京高判昭和五七年一二月二三日判時一〇七〇号二九頁、千葉地佐倉支判昭和五八年二月四日判時一〇八二号一一四頁、水戸地判昭和五八年一二月二〇日判時一一二二号八五頁、岐阜地判昭和五九年二月一七日判時一一二六号一〇〇頁、東京地判昭和五九年六月二六日判時一一三三三号八四頁、東京高判昭和五九年七月一九日判時一一二二号三三頁、福島地郡山支判昭和五九年七月一九日判時一一三五号一六頁、福井地判昭和六〇年四月二六日判時一一六九号一一七頁、長野地判昭和六一年一月三〇日判四七二号六七頁、長野地上田支判昭和六一年三月七日判四七六号五一頁、東京地判平成二年六月二五日判時一三六六号七二頁、東京地判平成四年四月二八日判時一四三六号四八頁、津地判平成四年九月二四日判タ八〇二号一三〇頁、大阪地判平成五年一月二八日判タ八三一号一七五頁、大阪地判平成五年三月二四日判時一四七七号八一頁、富山地判平成六年一〇月六日判時一五四四号一〇四頁、神戸地判平成六年一〇月一八日判タ八八〇号二四一頁、岡山地判平成六年二月二〇日判六七二号四二頁、東京地判平成七年九月二七日判時一五六四号三四頁、大阪地判平成九年五月一二日判時一六二六号一〇二頁、岡山地倉敷支判平成一〇年二月二三日判七三三三号一三頁、東京地判平成一〇年三月一九日判時一六四一五四頁、東京高判平成一〇年八月二七日判時一六八五号四一頁、東京高判平成一一年七月二八日判時一七〇二号八八頁、広島地判平成一二年五月一八日判七七八三号一五頁、東京高判平成一三年一〇月二三日判時一七六八号一三八頁など。

しかし、前掲最判昭和五五年一二月一八日が、被害者の父母につき、「雇傭契約ないしこれに準ずる法律関係の当事者でない」から、「雇傭契約ないしこれに準ずる法律関係上の債務不履行により固有の慰籍料請求権を取得するものとは解しがたい」としていることからすると、弁護士費用についても、最高裁は、「雇傭契約ないしこれに準ずる法律関係の当事者でない」から認められないと解する可能性が高いのではないかと思われる。また、学説においても、遺族固有の慰謝料請求を否定しながら、弁護士費用について遺族からの請求を肯定するのは矛盾するとの指摘がなされている(大嶋Ⅱ西村・前掲注(27)一四九頁、飯原・前掲注(30)一〇〇頁、さらに、下森・前掲注(27)一一五頁は、遺族固有の慰謝料請求を「雇傭契約ないしこれに準ずる法律関係の当事者でない」として否定した問題が、弁護士費用、葬祭費、扶養利益の喪失についても生じうるとする)。なお、葬儀費用は、安全配慮義務違反に基づく遺族の損害賠償請求権においては請求できないとしたものとして、東京地判昭和五七年三月二九日判時一〇五三号一三三頁、東京地判昭和五八年三月二五日判時一〇八五号六七頁、前掲津地判平成四年九月二四日がある。

- (35) 最判昭和四四年二月二七日民集二三卷二号四四一頁。
- (36) 被用者が殺害された場合に使用者に安全配慮義務違反を認めた最判昭和六一年一月一九日判時一二四号一三頁参照。
- (37) 第三者による加害行為のケースに関しては、不法行為による処理が困難であり、安全配慮義務構成でなければ救済できないとする見解がある（和田・前掲注(31)一五五頁以下、奥田昌道「契約責任と不法行為責任との関係（契約法規範と不法行為法規範の関係）」特に安全配慮義務の法的性質に関連して」司研八五号一八頁（一九九一）、内田貴「民法Ⅲ 債権総論・担保物権」一二六頁（東京大学出版会、一九九六）、國井和郎「安全配慮義務」法教一九三号三四頁（一九九六）、山田省三「判批」労判八一五号一〇頁（二〇〇二）。
- (38) 新美育文「安全配慮義務（2）・完」法教一二五号六〇頁以下（一九九一）、森田宏樹「判批」法協一〇三卷一一号一八三頁、なお、下森定「国の安全配慮義務」下森定編「安全配慮義務法理の形成と展開」二五五頁（日本評論社、一九八八）も、「不法行為責任構成で処理することも不可能ではない」とされる。
- (39) 浦和地判昭和六〇年四月二二日判時一一五九号六八頁、福島地いわき支判平成二年二月二六日判時一三七二号二七頁、東京地判平成三年三月二七日判時一三七八号二六頁、東京高判平成六年五月二〇日判時一四九五号四二頁参照。
- (40) 前掲注(5)参照。
- (41) 水谷・前掲注(4)四〇九頁は、①民法七二五条を法的根拠とする場合、②民法七〇九条を法的根拠とする場合、③民法四一五条を法的根拠とする場合とで、「加害者が不明の場合などで成立要件の差から使用者責任の成否に差がでてくる」としているが、福岡セクシユアル・ハラスメント事件の判例法理の論法からすれば差はでないのではなからうか。
- (42) 沼津セクシユアル・ハラスメント（F鉄道工業）事件（静岡地沼津支判平成一年二月二六日労判七六〇号三八頁）は、会社の使用者責任（民法七二五条）を認める一方、職場環境調整義務違反を理由に会社自体の不法行為責任（民法七〇九条）を肯定している。
- (43) 白羽・前掲注(26)一六一頁。
- (44) 我妻栄『債権各論中巻二（民法講義V）』五八六頁（岩波書店、一九六二）。
- (45) 我妻説も、理論上認めてもその実現が実際上困難であるとしていているにすぎず、理論上は肯定していると指摘するものとして、



- 白羽・前掲注(26)一七三頁。
- (46) 宮本健蔵「安全配慮義務と保護義務―西ドイツ法と比較して―」私法四八号二二五頁(一九八六)。
- (47) 白羽・前掲注(26)一七四頁。
- (48) 安全配慮義務の履行請求権を理論的に肯定する学説として、並木茂(國井和郎「安全配慮義務違反」倉田卓次監修『要件事実の証明責任』一四四頁・一四六頁以下〔西神田編集室、一九八六〕)、下森定「国の安全配慮義務」下森編『安全配慮義務法理の形成と展開』二四五頁(日本評論社、一九八八)、奥田・前掲注(31)三四頁以下、潮見佳男「契約規範の構造と展開」一六〇頁・二五五頁(有斐閣、一九九一)、高橋・前掲注(31)一五四頁、宮本・前掲注(27)一九四頁、白羽・前掲注(26)一七四頁、岡村親宜「過労死と労働契約の法理」新報一〇一卷九二〇号二八四頁(一九九五)。安全配慮義務の履行請求権を理論的に肯定する判例として、東京地判昭和五四年二月二二日判夕四〇八号二八頁、神戸地判昭和五八年一月三十一日判四〇四号三五頁、東京高判昭和五八年二月二四日判時一〇七三三号七九頁、福島地いわき支判平成二年二月二八日判時一三四四号五三頁。なお、安全配慮義務は損害賠償義務を生じうるにすぎないとする一方、粉じん作業雇傭契約に基づく付随的履行義務に対応する履行請求権を肯定するものとして、東京地判平成二年三月二七日判時一三四二号一六頁がある。
- (49) 最判平成六年二月二二日判六四六号一二頁。
- (50) 最大判昭和六一年六月一日民集四〇巻四号八七二頁(人格権としての名誉権に基づく差止請求を肯定、最判平成九年一月一八日民集五一巻一〇号四二四一頁(道路を通行することについて日常生活上不可欠の利益を「人格権的権利」として差止請求を肯定)参照。なお、国道四三号線訴訟である最判平成七年七月七日民集四九巻七号二五九九頁の調査官解説において、田中調査官は、「本判決は、上告理由とされていなくてもあって、人格権を差止請求の法的根拠として承認することができるかどうかについて明示の判断をしていない。しかし、本判決は、違法性が肯認されることが公の営造物の供用差止め請求を認容するための要件であることを明言しており、このことから推して、人格権を差止請求の法的根拠とする控訴審判決の前提となる立場をも黙示に是認したものとみるのが素直であろう。」と指摘される(田中豊「最高裁判所判例解説 民事篇 平成七年度(下)一七三七頁(法曹会、一九九八)」。また、厚木基地第一次騒音訴訟である最判平成五年二月二五日民集四七巻二号六四三頁の調査官解説において、大内調査官は、北方ジャーナル事件である前掲最大判昭和六一年六月一日が人格権としての名誉権に基づく侵害行為の差止請求を肯定しており、生活妨害事件についても、人格権侵害に基づく物権的請求権類の妨害排除ない

し予防請求権を認めるべきことが説かれていることを前提として、「本判决は、右の点について特に触れていないが、一般的・抽象的には右のような請求権の成立の可能性を肯定するものと解される」と指摘される（大内俊身『最高裁判所判例解説 民事 平成五年度（上）』三〇七頁〔法曹会、一九九六〕）。

(51) 「少なくともセクシユアル・ハラズメントが性関係の強要を伴う性的自由を侵害するものである場合には差止請求が認められることになろう」と指摘するものとして、水谷・前掲注(4)四六〇頁。

(52) 履行請求の有無に関し、「差止請求が広く認められるようになれば、契約責任と不法行為の差はほとんどなくなるであろう」と指摘するものとして、水谷・前掲注(4)四〇九頁。

(53) 下森・前掲注(48)二四六頁。同旨の見解として、宮本・前掲注(27)一九六頁。なお、労務給付拒絶権を認めると、就労を拒否できたにもかかわらずあえて就労した結果、労災事故が発生した場合、危険引受と評価され、安全配慮義務の責任の否定ないし責任軽減、大幅な過失相殺につながるのと指摘があるが（山本隆司「判批」法時五五卷一号二一〇頁（一九八三））、宮本教授は、「労務給付拒絶権を認めても、それは労務給付を拒絶しうる、すなわち労務を給付しなくとも債務不履行責任は生じない」ということを意味するにすぎず、労務給付を拒否すべき法的義務を労働者に課すものではない。」として、「労務給付拒絶権を認めることが直ちに使用者の責任の軽減に結びつくものと考ええることはできない」と反論されている（宮本・前掲注(27)一九七頁）。宮本教授の見解を正当と考える。

この点に関し、一九九四年に成立したドイツの被用者保護法四条二項は、「使用者または服務上の上司がセクシユアル・ハラズメントを阻止するためになんらかの措置を取らないかまたは明らかに適切な措置を講じない場合には、ハラズメントを受けた被用者には、そうすることが自らを保護するために必要であるかぎり、労働報酬や給与を失うことなく当該職場で仕事を中止する権利が付与される。」と規定しており（浅川千尋「ドイツにおけるセクシユアル・ハラズメントをめぐる最近の動向」第二次同権法（被用者保護法）をめぐる議論を手掛かりにして」『阪経法三九号八七頁（一九九七）』、参考になる）。

(54) 東京地判昭和五七年二月二四日判時一〇七一号二四二頁。

(55) 下森・前掲注(48)二四一頁・二四六頁。

(56) 我妻栄「債権各論上巻（民法講義Ⅴ）」三九頁（岩波書店、一九五四）。

(57) 上田純子「セクシユアル・ハラズメント（下）―使用者責任を巡る法律論を中心として―」ジュリ一〇四八号九一頁（一九九

四)。

(58) 前掲注(26)参照。

(59) 前掲注(27)参照。

(60) 前掲注(30)参照。

(61) 前掲注(31)参照。

(62) 林・前掲注(8)一四頁以下。

(63) 奥山教授は、「実際に女性労働者に対するセクシュアル・ハラスメントが発生し、事業主に対して、労働契約に基づく『安全配慮義務』違反としての債務不履行責任や不法行為法に基づく『職場環境配慮義務』違反としての損害賠償責任が追及されているような場合において、その事業主が、改正均等法の『配慮義務』に基づいて、『指針』に定められた防止対策を誠実に、積極的に講じてきていたという事実は、裁判所による債務不履行責任や損害賠償責任の有無に関する法律判断に少なからず影響を与えるものといえる。他方、逆に、事業主が、普段からこうした均等法上の配慮義務を尽くしていないような場合には、労働契約上の債務や不法行為法上の注意義務を怠ったものとの法的評価にもつながりうるであろう。」と指摘される(奥山・前掲注(16)一六一頁)。また、山田教授は、「均等法二条およびそれに基づく指針の内容は、…：職場環境整備・配慮義務の最低限の内容を示したものと考えられるべきであろう」と指摘される(山田・前掲注(37)一二頁)。同様に、指針の内容が私法上の配慮義務の参考になることを指摘するものとして、野間賢「セクシュアル・ハラスメントと使用者の職場環境配慮義務—日本労働法学会誌九一号—三三頁(一九九八)、小西・前掲注(10)一二七頁、石井妙子「セクシュアルハラスメントと企業の法的責任・防止義務」裁判例、改正均等法指針、人事院規則等を参考に」『労判七五二号八頁(一九九九)、水谷・前掲注(4)二二五頁参照。

(64) 「事業主が職場における性的な言動に起因する問題に関して雇用管理上配慮すべき事項についての指針」(平成一〇年労働省告示第二〇号)で「雇用管理上配慮すべき事項」を以下のように規定している。すなわち、

職場におけるセクシュアルハラスメントを防止するため、事業主は、雇用管理上次の事項について配慮をしなければならぬ。

(1) 事業主の方針の明確化及びその周知・啓発

事業主は、職場におけるセクシュアルハラスメントに関する方針を明確化し、労働者に対してその方針の周知・啓発をする

ことについて配慮をしなければならない。

(事業主の方針の明確化及びその周知・啓発について配慮をしていると認められる例)

① 社内報・パンフレット等広報又は啓発のための資料等に職場におけるセクシユアルハラスメントに関する事項を記載し、配布すること。

② 服務上の規律を定めた文書に職場におけるセクシユアルハラスメントに関する事項を記載し、配布又は掲示すること。

③ 就業規則に職場におけるセクシユアルハラスメントに関する事項を規定すること。

④ 労働者に対して職場におけるセクシユアルハラスメントに関する意識を啓発するための研修、講習等を実施すること。

なお、周知・啓発をするに当たっては、職場におけるセクシユアルハラスメントの防止の効果を高めるため、その発生の原因や背景について労働者の理解を深めることが重要である。

(2) 相談・苦情への対応

事業主は、相談・苦情への対応のための窓口を明確にすることについて配慮をしなければならない。また、事業主は、相談・苦情に対し、その内容や状況に応じ適切かつ柔軟に対応することについて配慮をしなければならない。

(相談・苦情への対応のための窓口を明確にすることについて配慮をしていると認められる例)

① 相談・苦情に対応する担当者をあらかじめ定めておくこと。

② 苦情処理制度を設けること。

(相談・苦情に対し、その内容や状況に応じ適切かつ柔軟に対応することについて配慮をしていると認められる例)

① 相談・苦情を受けた場合、人事部門との連携等により円滑な対応を図ること。

② 相談・苦情を受けた場合、あらかじめ作成したマニュアルに基づき対応すること。

なお、事業主は、職場におけるセクシユアルハラスメントが現実には生じている場合だけでなく、その発生の可能性がある場合や、職場におけるセクシユアルハラスメントに該当するか否かを微妙な場合であっても、相談・苦情に対応することが必要である。

(3) 職場におけるセクシユアルハラスメントが生じた場合における事後の迅速かつ適切な対応

事業主は、職場におけるセクシユアルハラスメントが生じた場合においてその事案に係る事実関係を迅速かつ正確に確認す

ることについて配慮をしなければならない。また、事業主は、その事案に適正に対処することについて配慮をしなければならない。

(事実関係を迅速かつ正確に確認することについて配慮をしていると認められる例)

- ① 相談・苦情に対応する担当者が事実関係の確認を行うこと。
- ② 人事部門が直接事実関係の確認を行うこと。
- ③ 相談・苦情に対応する担当者と連携を図りつつ、専門の委員会が事実関係の確認を行うこと。  
(事案に適正に対処することについて配慮をしていると認められる例)
- ④ 事案の内容や状況に応じ、配置転換等の雇用管理上の措置を講ずること。
- ⑤ 就業規則に基づく措置を講ずること。

(65) 名古道・前掲注(14)三二六頁は、前掲東京高判平成九年一月二〇日が、XからのY<sub>2</sub>会社・Y<sub>3</sub>建設会社の職場環境配慮義務違反(民法七〇九条)の主張に対し、こうした注意義務の存在の有無には答えず、Y<sub>2</sub>会社等がセク・ハラの実を知らず、また、これを確定できるだけの確実な証拠も有していなかったと判断したことに関し、「均等法のガイドラインでセク・ハラの防止措置(企業方針の明確化とその周知・啓発)と事後措置(相談・苦情への対応及び事後の迅速かつ適切な対応)が詳細に定められたが、こうした点(特に事前研修と専門委員会での事実確認)が義務内容となると、今後はこの違反が認定され、救済される余地が生まれよう。」と指摘されている。

なお、職場環境整備義務・職場環境配慮義務の内容を分析するものとして、石田眞「判批」労旬一五三〇号五三頁以下(二〇〇二)、山田・前掲注(37)一〇頁以下、水谷・前掲注(4)四一九頁以下、山崎文夫「セクシュアル・ハラスメントの法理」一八九頁以下(総合労働研究所、二〇〇〇)参照。とりわけ、水谷英夫氏が、(i)事前措置義務として、①規定整備義務、②施設整備義務があり、(ii)事後措置義務として、①調査義務、②被害拡大回避義務(≡解雇・退職回避義務など)、③再発防止義務、④被害回復義務があり、さらに、(iii)セクシュアル・ハラスメント行為防止義務があるとしている点は、判例理論を精緻に分析したものと参考になる。

(66) 林・前掲注(8)一五頁。

(67) Burlington Industries, Inc. v. Ellerth, 118 S. Ct. 2257 (1998), Paragraph v. Boca Raton, 118 S. Ct. 2275 (1998)

なお、アメリカ法の動向については、奥山明良「アメリカに見る労働環境と性差別―性的いやがらせ (Sexual Harassment) と公民権法第七編 (The Title VII) ―」判タ五二三号一八頁以下(一九八四)、釜田泰介「性的いやがらせ行為」と公民権法第七編―米最高裁ヴィンソン判決の意義」法教七五号八七頁以下(一九八六)、奥山明良「アメリカの働く女性と性的いやがらせ (Sexual Harassment) ―ヴィンソン事件を中心に―」成城二三号一頁以下(一九八七)、水谷英夫「雇用における『性的いやがらせ』―アメリカの事例を中心として―」法学五〇巻六号九一頁以下(一九八七)、奥山明良「セクシユアル・ハラスメントと違法性判断の基準―アメリカにおける最近の状況を中心に―」ジュリ九五六号五一頁以下(一九九〇)、平義克己「アメリカのセクハラ事情と雇用者責任」三菱セクハラ事件で何が問われているのか」法セ五〇二号四頁以下(一九九六)、柏木宏「アメリカにおけるセクシユアル・ハラスメント 米国三菱の和解から九八年の最高裁判決まで」一頁以下(日本太平洋資料ネットワーク、一九九八)、福島瑞穂ほか「セクシユアルハラスメント」三七頁以下(中下裕子・池田理知子・鈴木まり子)(有斐閣、新版、一九九八)、シュリー・グリーンバウム(山田剛志訳)「米国におけるセクシユアル・ハラスメント法」新鴻三二巻二二号二九〇頁以下(一九九八)、中窪裕也「アメリカにおけるセクシユアル・ハラスメント法理の新展開―使用者の責任に関する連邦最高裁判決の意義」ジュリ一一四七号一〇頁以下(一九九八)、田中豊「セクシユアル・ハラスメントと使用者の責任」ひるば一九九九年三月号五六頁以下(一九九九)、林弘子「アメリカにおけるセクシユアル・ハラスメント法理の再検討―最近の連邦最高裁判決を中心に―」日本労働法学会誌九四号三九頁以下(総合労働研究所、一九九九)、竹川雅治「アメリカにおけるセクシユアル・ハラスメントに対する使用者責任の新しい動向」札大一一〇巻一一二号一六三頁以下(一九九九)、奥山・前掲注(16)一八七頁以下、山川隆一「Burlington Industries, Inc. v. Ellerth」U. S., 118 S. Ct. 2257 (1998)―セクシユアル・ハラスメントと使用者責任の判断基準」アメリカ法二〇〇〇一号一四〇頁以下(二〇〇〇)、山川隆一「セクシユアル・ハラスメントと使用者の責任」花見忠先生古稀記念論集「労働関係法の国際的潮流」三頁以下(信山社、二〇〇〇)、山崎・前掲注(65)一―一五頁以下、今上益雄「職場におけるセクシユアル・ハラスメント」洋法四三巻二号一四一頁以下(二〇〇〇)、水谷・前掲注(4)五〇頁以下、福岡久美子「スクール・セクハラと学校の責任(一)」阪法五一巻六号六九頁以下(二〇〇二)、同「スクール・セクハラと学校の責任(二・完)」阪法五二巻一―号六九頁以下(二〇〇二)、吉川英一郎「日本の職場におけるセクシユアル・ハラスメント対策―米国事業主の『合理的配慮』の努力を参考にして―」阪法五二巻三―四号四四四頁以下(二〇〇二)など参照。

- (68) こうしたアメリカの裁判例があげている免責事由が改正男女雇用機会均等法二一条に基づく「事業主が職場における性的な言動に起因する問題に関して雇用管理上配慮すべき事項についての指針」の内容とはほぼ一致すると指摘するものとして、山川・前掲注(67)「セクシュアル・ハラスメントと使用者の責任」二八頁以下。なお、「積極的抗弁 (affirmative defense)」の内容の原文は、以下の通りである。すなわち、*The defense comprises two necessary elements : (a) that the employer exercised reasonable care to prevent and correct promptly any sexually harassing behavior, and (b) that the plaintiff employee unreasonably failed to take advantage of any preventive or corrective opportunities provided by the employer or to avoid harm otherwise.*
- (69) 竹川・前掲注(67)一九一頁。また、中窪教授は、「これにより、使用者としては当然、セクシュアル・ハラスメント禁止方針の徹底と苦情手続の整備を急がざるをえない。他方で、被害者のほうも、かかる苦情手続を通じた解決の努力を求められることになる。これらが望ましい事態であることは多くの人々が認めるところであるが、それを端的に、使用者の責任に対する積極的抗弁の中に明示的に組み込んだところに、両判決の神髄がある。」と評価した上で、「連邦最高裁が政策的考慮にもとつてある程度の創造的法解釈を行うことも、決して不当とはいえない。」と指摘する(中窪・前掲注(67)一四頁)。
- なお、両判決に対しては、トーマス判事が反対意見の中で法廷意見は恣意的な政策判断であると批判しているが、法解釈に政策的判断が反映されることはあり得るのであり、合理性を有する政策的判断であるから、批判は当を得ていないと考える。
- (70) 損害軽減義務に関し、内田貴『民法Ⅱ 債権各論』七〇・二八五頁(東京大学出版会、一九九七)、同・前掲注(37)一一四・一五八頁、同『契約の時代 日本社会と契約法』一七六頁以下(岩波書店、二〇〇〇)。
- (71) 松本・前掲注(10)二四〇頁以下。
- (72) 山田省三「改正均等法(平一・四・一)施行 セクハラと企業責任・対応策」労働法学研究会報二二四〇号二四頁(一九九八)。
- (73) 横山美夏「判批」ジュリー〇〇七号一五六頁(一九九二)、奥山・前掲注(16)二二三頁以下。
- (74) こうした指摘をするものとして、山田省三「職場における労働者のプライバシー保護」労働七八号三八頁(一九九二)。
- (75) 「イギリスでは、従業員がセクシュアル・ハラスメントを受けることがないよう配慮する義務、およびそのような状態があれば、それを除去すべき義務が、使用者の労働契約上の協力義務として肯定されている。わが国においても、従業員のなしたセク

シユアル・ハラスメントに対して、その根拠が協力義務であるか、それとも配慮義務であるかは別として、使用者の債務不履行責任を追及する理論が形成されて然るべきではないだろうか。」と指摘するものとして、山田・前掲注(74)五七頁以下。

(76) 浅川・前掲注(53)八六頁。

(77) 白羽・前掲注(26)三一八頁以下。

(78) 安全配慮義務に関し、こうした方向を追求したものとして、拙稿「安全配慮義務における請求権競合問題について」新報一〇五巻二二三号二九九頁以下(一九九八)。なお、「安全義務」違反の場合における債務不履行による損害賠償請求権と不法行為による損害賠償請求権の全規範統合方式による基準として、不法行為規範の権利保護機能を重視すべきであり、不法行為規範より不利になる規範統合は許されないと指摘するものとして、四宮和夫『請求権競合論』九五頁以下(一粒社、一九七八)参照。

付記

本稿は、山梨学院大学社会科学研究所の二〇〇〇年度研究助成による研究成果である。大学を代表する古屋忠彦学長、三神廣俊学長補佐には、この場を借りて心より御礼申し上げたい。

また、本稿執筆に当たり、山梨学院大学総合図書館の事務長斉木高明氏をはじめ職員の方々には資料収集で御世話になったが、とりわけ他の図書館からの相互貸借、文献複写依頼担当の清雲敬真氏、高野敏美氏、赤池京子氏には、大変御世話になった。こうした職員の方々にも、この場を借りて、心より御礼申し上げたい。