

論 説

不法行為法における「傷つきやすい被害者」 ——セクシュアル・ハラスメント訴訟の分析——

城 内 明

1. 問題の所在
2. 裁判例の分析
 - 2.1. 不法行為の成立場面における「傷つきやすい被害者」
 - 2.2. 賠償範囲の画定場面における「傷つきやすい被害者」
 - 2.3. 損害額の調整場面における「傷つきやすい被害者」
3. 若干の考察
 - 3.1. 客観的基準か主観的基準か
 - 3.2. 考察
4. 残された課題

1. 問題の所在

(1) 本稿の問題意識を明らかにするにあたり、まずは、さいたま地裁 H19.12.21判決⁽¹⁾を概観してみよう。

本件は、同僚社員 Y から、車内においてキスを迫られ、結局、顔面を隠した手の甲にキスされる等のセクシュアル・ハラスメント（以下、「SH」）を受けた被害者 X が、同行為によって精神的苦痛を被り、そのショックのため会社を退職せざるを得なくなったとして、不法行為に基づき

(1) 裁判所 HP、LexisNexis JP 収録

損害賠償請求した事案である。さいたま地裁は、同行為が X の人格権を侵害する不法行為であることを認定し、「本件行為に至る経緯、当該行為に対する一般的な感受性を前提とすれば、本件行為が X に与えた精神的影響は大きく、一時的に被害者の精神状態に看過できない影響を及ぼすかもしれないことは一般に予見可能であった」として、慰謝料等の合計 231 万 8360 円につき損害賠償を認める一方、「本件行為自体はごく短時間のことであり、行為態様もそれほど激しいものではない」から、本件行為によって X が抑うつ状態に陥り、心因反応を患ったことは「通常生ずべき結果とはいえない」とし、「Y が、X がセクハラ被害に対して特に傷つきやすい女性であることを認識していたという特別な事情も認められない」本件において、「本件行為が X に対して、長きにわたり深く苦しめるような著しい精神的衝撃を与えることになることを Y が予見することは困難であった」と判示。結論として、本判決は、本件行為から 1 年を超える期間における治療費につき、Y の本件行為との間の相当因果関係を認めず、また、X が退職を余儀なくされたことについても、通常損害ではなく、特別事情について予見可能性があったともいえないとして、退職により生じた損害（逸失利益）と本件行為との間の相当因果関係を否定した。

(2) 以上の判決は、不法行為による損害範囲を画するにあたり民法 416 条を類推適用する判例の立場を前提として、不法行為者が賠償すべき損害の範囲を、不法行為者にとって予見可能な「一般的な感受性」によって画し、被害者⁽²⁾が一般的な女性よりも傷つきやすいがために負った損害は、原則として被害者自らが全部負担すべきことを結論する⁽³⁾。しかし、不法行為

(2) 本稿において、「被害者」とは SH の被害を主張する者、「加害者」とは、SH を行ったと主張される者をいう。当事者の主張に基づく呼称であることに注意されたい。

(3) もちろん、被害者が一般に比して傷つきやすいことを、加害者が認識していた場合には、当該加害者が全損害を負担すべきこととなる。しかし、行為時以前の当事者同士の関係を前提としない不法行為法において、こうした特別事情を認識して

の被害者には個体差があって当然であり、なかには一般に比して繊細な感受性の持ち主もいる。現に、本件行為によってXは深く傷ついており、しかも、この深傷を負ったことについて、Xに責めるべき点は何もないのである。このような事案において、被害者の傷つきやすさ故に負った損害を、過失ある不法行為者でなく、過失のない被害者にもっぱら損害を負担させることは、果たして、裁判例が「損害の公平(衡平)な分担」⁽⁴⁾の名の下に積み重ねてきた実務と整合するのであろうか。ここで問われているのは、不法行為法において、被害者が一般に比して傷つきやすいことのリスクを、誰がどのように負担すべきなのか、という問題なのである。

SH訴訟において、この問題が主題化されるのは、本件のような損害範囲の画定が問題となる場面に限られない。裁判例を総覧するならば、被害者がSHと認識している侵害行為について、そもそも、SHにあたらないとの判断が下されるケースは珍しくない。ここで扱われているのも、一般的感受性を前提とすればSHとは認識されない行為に性的な不快感を覚える「傷つきやすい被害者」の問題である⁽⁷⁾。また、被害者の「傷つきや

いることは、ほとんど考えられない事態であるといえよう。

(4) 裁判例における「損害の公平(衡平)な分担」概念については、城内「判例における『損害の公平な分担』概念(1)-(6・完)」(法研論集114巻226頁、115巻318頁、116巻342頁、117巻298頁、118巻168頁、119巻85頁)(以下、城内「公平」)を参照。

(5) 城内「公平」(3) 336頁以下

(6) なお、「誰が」リスクを負担すべきかを論じるにあたっては、被害者・加害者に加え、本来、事業者・使用者の責任も検討しなければならない。しかし、均等法の運用上、事業者は、平均的な同性労働者を想定してSH対策を講じれば足りるとされており、均等法上の行為義務が、不法行為訴訟においても当然の前提とされてきたこともあって、被害者の傷つきやすさを正面から考慮する判決は管見の限り存在しない。また、本稿が問題とする、被害者の傷つきやすさによってSHの成立が左右されるような事案において、被害者と直接の接触がない事業者・使用者の責任を安易に肯定することは、事実上の結果責任を問うことにも繋がりがかねない。慎重な議論が必要となる問題であり、本稿においては、検討対象から外すこととしたい。

(7) ただし、当該加害行為が現実存在したこと、および、当該行為の行為時に、被害者が不快を感じていたことが前提となることはいうまでもない。

すさ」を「心因的素因」と理解するならば、損害額の調整場面においても、素因減額の実務との関係で、被害者の傷つきやすさに起因する損害を、当事者間でいかに分担するかという問題を論じる必要がでてくるであろう。

次章以下においては、まず、SH が争われた裁判例において、「傷つきやすい被害者」がどのように扱われてきたかを明らかにする (2 章)。その上で、SH 訴訟において、不法行為法が「傷つきやすい被害者」と、いかに向き合うべきかを検討することとしたい (3 章)。

2. 裁判例の分析⁽⁸⁾

2.1. 不法行為の成立場面における「傷つきやすい被害者」

(1) 具体的な検討に先立ち、まずは、本稿において、SH 訴訟をどのように分類し、何を分析対象とするか明らかにしよう。

米国において、SH 訴訟は、一般的に、対価型と環境型に分けて分析される⁽⁹⁾。この区別は、我が国の男女雇用機会均等法 (以下、「均等法」) 11 条 1 項についての厚生労働省の指針⁽¹⁰⁾においても採用されており、一般的な分類と考えられる。もっとも、対価型の SH とは、同指針によれば、「職場において行われる性的な言動に対する労働者の対応により当該労働者がその労働条件につき不利益を受けるもの」をいうところ、こうした不利益が

(8) 本稿において、裁判例は、基本的に Lexis Nexis. JP <日本法総合データベース> 収録の判決のうち、「セクシュアル・ハラスメント」or「セクシャル・ハラスメント」or「セクハラ」or「性的嫌がらせ」のキーワード検索でヒットした 201 件を参照し、必要に応じて D1-Law.com 第一法規 法情報総合データベース収録判決を参照した。このほか、諸文献を参照し、検討すべき裁判例については検討対象に加えている。

(9) 山崎文夫「セクシュアル・ハラスメントの法理 (改訂版)」(労働法令, 2004) (以下、山崎「法理」) 176 頁以下を参照。

(10) 「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講ずべき措置についての指針 (平成 18 年度厚生労働省告示第 615 号)」

現実化した場合、あるいは、加害者がこうした不利益を明示・黙示に示唆し、被害者が異議を申し立てられない状況を作出して性的言動に及んだ場合、当該行為が不法行為と評価されるのは当然であって、本稿が主題とする被害者本人の傷つきやすさを問題にする余地はないと考えられる。⁽¹¹⁾⁽¹²⁾

以上によれば、本稿の分析対象から、少なくとも、対価性の明らかな事案は除かれることが明らかとなった。もっとも、本稿の分析において、対価型・環境型の分類が、これ以上の意味をもちえないことも明らかである。

(2) では、他に、どのような分類が考えられるであろうか。例えば、水谷弁護士は、SH を、行為態様に着目して、悪質なものと「性的強要」「報酬や報復を伴った性的言動」「不快な性的言動」「性差別的言動(ジェンダー・ハラスメント)」に分類する。⁽¹³⁾ この分類を前提とすれば、量的に、本稿の主たる検討対象が「不快な性的言動」であることは疑いない。もっとも、具体的に裁判例をみていくならば、被害者の「傷つきやすさ」が主題化された事案類型は、この分類にいう「不快な性的言動」に限られるものではない。例えば、「性的強要」の主要な類型として、「身体への不必要な接触」が挙げられる。ここで想定されている事態を、胸や臀部等への接

(11) なお、不利益ではなく報酬を伴った性的言動についても、実質的に、被害者に対する性的強要となると判断される限りにおいて、対価型のSHとして理解することが可能である。また、当事者間においてハラスメントにならないケースにおいても、当該行為が職場環境(教育環境)を悪化させるものであれば、環境型のSHとなることが考えられる。(水谷英夫「セクシュアル・ハラスメントの実態と法理」(信山社、2001)(以下、水谷「実態と法理」)130頁以下参照。「性的えこひいき」について、前掲山崎「法理」425頁以下も参照。)

(12) 仮に当該SHが、行為態様として特に悪質とはいえないものであったとしても、当該行為の拒絶によって、労働条件についての不利益(教育機関においては教育上の不利益)を課された場合、これが違法な行為となることは当然であるといえよう。

(13) 水谷「実態と法理」129頁以下。

触と考えるならば、こうした行為には、被害者の感受性を問うことなく、一般的に不法行為性が認められると考えられよう。しかし、身体には、例えば、肩や背中も含まれる。こうした箇所への接触を不快と感じるのかには個人差があるのであって、まさに本稿の問題意識において分析を要するもののなのである。本稿において検討すべき裁判例を網羅するためには、個別の事例類型に則した、きめ細かな分類・分析が必要となろう。

(3) 水谷弁護士⁽¹⁴⁾の分類でいえば、「性差別的言動（ジェンダー・ハラスメント）」を、SH に含めて検討すべきかについても、議論のあるところである。均等法の解釈通達は、SH の要件として、当該言動が性的性質を有することを挙げ、「例えば、女性労働者のみに『お茶くみ』等を行わせること自体は性的な言動には該当しない」として、ジェンダー・ハラスメントの問題を均等法の枠組から除外する⁽¹⁵⁾。一方、人事院規則は、「人事院規則10-10（セクシュアル・ハラスメントの防止等）の運用について（通知）」において、SH の要件としての「性的な言動」を、「性的な関心や欲求に基づく言動をいい、性別により役割を分担すべきとする意識に基づく言動も含まれる」と明記する。人事院規則において、SH は、ジェンダー・ハラスメントを含めた概念として定義されるのである⁽¹⁶⁾。

では、ジェンダー・ハラスメントの問題は、裁判例においてどのように扱われてきたのであろうか。例えば、大津地判 H8.10.14⁽¹⁷⁾は、職場におい

(14) 平成18年雇見発第1011002号

(15) 山崎「法理」も、SH 法理が性欲にかかわる問題として展開してきたのであって、ジェンダー・ハラスメントとは、法的に別個に取り扱われるべきことを論じ、この立場を支持する（山崎「法理」23頁）。

(16) 水谷弁護士も、SH が、社会学的にみると男女の性差別意識が背景となり、その反映として引き起こされたものであること等を考慮し、ジェンダー・ハラスメントを含め SH と定義すべきことを主張する（水谷「実態と法理」137頁、183頁以下）。

(17) 判タ944号194頁

て、男性上司から被害者に対して「古い女は出て行ってもらおか」との発言があり、被害者以外の女性についても「おばあ、あのおばはん」との女性差別的発言があった事案において、こうした女性差別的発言が日常的に繰り返されていたとは認められず、「女性一般に対して不快感を与える発言がなされていたとしても、それによって法的保護を必要とするほどの精神的苦痛を原告(被害者)が受けたとは認められ(ない)」との判断を下した。当非は別として、ここで判断されているのは、当該発言によって、被害者が法的保護を必要とするほどの精神的苦痛を蒙ったかであり、これは、通常のSH訴訟と何ら変わるところがない。

本稿は、不法行為法における傷つきやすい被害者を論じる。講学上、SHとジェンダー・ハラスメントが区別されるとしても、(両者を区別する均等法上の議論としては別論、)不法行為法上、被害者を不快にさせる加害者の言動による人格権侵害が争われた事案として⁽¹⁸⁾は、特に両者を厳密に区別して論じる必要は見いだされないというべきであろう⁽²⁰⁾。

(18) こうした侮辱的な発言についての判断としては、他に和歌山地判H10.3.11(判タ988号239頁)がある。同判決は、被害者が、継続的に「おばん」「ばばあ」「くそばば」などと侮辱的な呼称で呼んだことを認定し、この行為が被害者の人格権を侵害する不法行為となると判示した。

(19) なお、SHを、定義上、「不平等な権力関係を背景とする」ものに限る見解も有力であるが(キャサリン・A・マッキノン著、村上淳彦監訳「セクシャル・ハラスメント オブ ワーキング・ウィメン」(こうち書房、1999)26頁等)、不法行為責任を争うにあたっては、こうした差別構造も、(重要な考慮要素にはなるとしても、)不可欠な要素とはいえないこととなろう。(男性が女性から被るSHや、労働者相互間のSHをも視野に入れ、この立場を支持する見解として、浅倉むつ子「セクシュアル・ハラスメント」別冊ジュリスト『労働法の争点[第3版]』117頁等参照。)

こうした人格権アプローチは、問題の本質を捉えるためにも有用である。小島妙子「職場のセクハラ」(信山社、2008)(以下、小島「セクハラ」)16頁によれば、セクハラ問題の本質は、これが人間の尊厳を害する行為として「正義」に反する行為であることにあり、分配に関しての「平等」が問われているわけでない以上、「平等に反した性別にもとづく不利益、不公平な取扱い」としての性差別の問題とは問題領域を異にするのである。

結論として、本稿は、ジェンダー・ハラスメント事案を含めた SH 訴訟のうち、対価性が明らかでない事案について、個別の事例類型に則した分類・分析を行うこととしたい。具体的には、性的な行動による SH と、性的な発言による SH を分けて論じることとしよう。

2.1.1. 性的な行動によるセクシュアル・ハラスメント

(1) 最初に、加害者の「性的な行動」が被害者を不快にしたと主張された裁判例につき、不法行為の成立場面において、被害者の傷つきやすさが、どのように考慮されているかを明らかにしよう。ここで、「性的な行動」とは、前述の均等法の解釈通達によれば、「性的な関係の強要、必要なく身体に触ること、わいせつな図画（ヌードポスター等）を配布、掲示することの他、強制わいせつ行為、強姦等」をさす。このうち、性的な関係の強要や、強制わいせつ行為、強姦等は、客観的にみて他の者を不快にさせる性的な言動にあたることが明らかであり、事実が認定されれば即違法と評価されるので⁽²¹⁾、SH の認定にあたって、被害者の傷つきやすさを考慮すべき場面は考えにくい。⁽²²⁾以下においては、本稿のテーマに鑑み、人に

(20) 小島「セクハラ」10頁は、ジェンダー・ハラスメントにつき、職場のいじめ・パワハラとして把握した方が、その本質を理解しやすいとする。確かに、同書に例示される典型的な事例について、この指摘は的確であるが、一方、後掲註37)に論じるような問題を取り込むためには、SH としての問題把握も必要となる。多面的な位置づけが求められるのである。なお、山崎「法理」は SH 法理の展開の経緯を強調して、ジェンダー・ハラスメントと SH の区別を論じるが、これは米国の裁判所における経緯であって、日本法の議論を拘束するものではないと考えられよう（山崎「法理」21頁以下）。

(21) 名古屋高裁金沢支判 H8.10.30判タ950号193頁等

(22) ただし、性的な関係の強要については、要求をはねのけることのできない被害者の性格が寄与し、普通の人ならば断れるものを断れなかったために被害が発生したという場合も考えられる。しかし、性的な関係の「強要」という事実が認められる限り、行為の違法性は認められるのであって、諸事情は、せいぜい損害額の調整場面ないし慰謝料の算定場面において考慮されるにとどまることとなろう。（なお、この場合も、性的関係を強要された女性（男性）の心理を考慮し、単に抵抗しなか

よって行為の受け止め方が異なりうる行為類型について見ていくこととしたい。

(2) まずは、「必要なく身体に触る」ケースについて。身体への接触があった場合、それが、一般的に女性に羞恥心を覚えさせる場所(胸・下腹部・臀部・太股等)への接触であれば、SHが認められることが一般的である。⁽²³⁾

もっとも、神戸地判 H17.9.28⁽²⁴⁾は、被害者の胸に、加害者の掌が、偶然に、一瞬ないし2・3秒の間、触れたという事案で、当該偶発的行為が被害者の行動に触発されたものであることも考慮し、「損害賠償義務の発生原因となるような違法なセクハラ行為と認めることはできない」と判示した。行為の偶発性、悪質性、経緯等を考慮して違法性を否定したと考えられる。

また、大阪地判 H15.1.21⁽²⁵⁾は、加害者が被害者の腰から尻の辺りを軽く一回叩いたという事案において、当該行為が被害者を励ます趣旨で行われたことを認定し、これを理由に「セクシャル・ハラスメントにあたる違法な行為であるということとはできない」と判示した。この論理は明らかでないが、加害者の行為の意図が考慮された結果、行為の違法性が否定されたと理解すべきであろうか。確かに、芸術大学において腹式呼吸を教授する

ったことをもって被害者側の過失とすべきでないことは当然である。)

(23) なお、手については、通常の挨拶(握手)としては、接触を禁じられている場所であるとはいえないが、性的な意味合いを含むと考えられる場合、裁判例においては、接触を禁じられた箇所と同じ扱いがなされている。例えば、車内において、加害者が、被害者の手に、自らの手を上から重ねるように握るなどしたケースにつき、さいたま地判 H17.11.25(裁判所 HP)は、上司部下の権力関係を背景に被害者が容易には抵抗することができない状況下で、被害者の手をその意思に反し握るなどしているとし、人格権を侵害する違法な行為として不法行為に該当すると判断する。

(24) 労判915号170頁

(25) 裁判所 HP、Lexis Nexis. JP 収録

目的で教授が学生の下腹部に触る場合など、行為の意図が違法性を阻却する場面は存在する。⁽²⁶⁾しかし、例えば、会社において、男性上司が部下の女性社員の腰から尻の辺りを叩き、これを当該社員が嫌がったとすれば、仮に、行為の目的が性的なものではなく、部下とスキンシップを図ることにあったとしても、違法な SH と評価されるのは当然である。行為の意図が違法性を阻却する場面は、極めて限定的に考えられるべきであろう。

(3) では、一般的に接触が禁じられているとはいえない場所への身体的接触があった場合について、裁判例はどのような判断を下しているであろうか。裁判例の多くは、加害行為が、社会通念上許容される範囲を逸脱するものであるかを総合判断し、この違法性判断をもって不法行為の成否を決する⁽²⁷⁾（東京地判 H16.1.23、名古屋高判 H12.1.26、千葉地判 H12.1.24等）。この判断にあたって考慮されるのは、例えば東京地判 H16.1.23の場合、「接触行為の対象となった相手方の身体の一部、接触の態様、程度等の接触行為の外形、接触行為の目的、相手方に与えた不快感の程度、行為の場所・時刻、勤務中の行為か否か、行為者と相手方との職務上の地位・関係等の諸事情」であり、被害者の傷つきやすさは、被害者が感じた不快の程度として考慮されるにとどまる。⁽²⁸⁾

これに対し、東京地判 H17.3.25⁽³⁰⁾は、酒宴において、指導教授が学生の肩に手をかけた行為につき、「一般的には、相手に対して性的な意味を感じさせるものではなく、金銭で償わなければ補填されないほどの精神的な苦痛を与えるものとは考え難い」とする一方、「異性から身体を接触されることについては個人ごとに様々な感じ方があり、相手方との関係によっ

(26) 東京地判 H17.3.25 Lexis Nexis. JP 収録

(27) 判タ1172号216頁

(28) 判タ1057号199頁

(29) 判時1743号99頁

(30) LexisNexis. JP 収録

でも受け止め方は大きく影響を受けるから、相手方女性によっては、強い不快感を受けることもあり得る。したがって、相手方女性が当該行為によって現に強い不快感を受け、かつ強い不快感を受けることが予見できる場合には、そのような行為であっても不法行為になる」との判断を示す。

確かに、肩への接触は、一般的に禁じられているとはいえず、単に手をかけたただけであって、肩に手を回して抱き寄せるなどの行為が認められない本件行為は、一般的には、相手に対して性的な意味を感じさせるものではない。⁽³¹⁾ 裁判例を総覧するならば、こうした判断から、直ちに「その当否はともかく、法的なレベルで見て社会通念上許容される限度を超えるものであるとまでは評価し難い」との結論が導き出す判決も存在する(上掲千葉地判 H12.1.24)。しかし、東京地裁は、たとえ一般的には、違法性のない行為として社会的に容認されていると考えられる行為であっても、被害者が、現に強い不快感を受けており、かつ強い不快感を受けることが加害者に予見可能な場合には、不法行為となることを明らかにした。

もっとも、こうした判断枠組を採ったとしても、事前の社会的関係を前提としない不法行為法において、当該被害者が「セクハラ被害に対して特に傷つきやすい女性である」ことなど、知りようがないのが通常である。さいたま地判 H19.12.21のように、こうした事情について「認識していた」ことまでを求めるなら、被害救済の道は事実上閉ざされてしまう。

しかし、この点、東京地裁は、「行為者側に特段の性的な目的がなく、多くの女性がそのような目的をほとんど感じないような行為であっても、女性の身体に触れるという行為によって精神的苦痛を受ける女性がいることは一般的に予見できないわけではない」と判示。その上で、本件当事者間に固有の事情として、①加害者と被害者が、教授と学生という関係であり、被害者にとって加害者は緊張を強いられ、かつ、抵抗しにくい相手であったこと、②大学の SH 防止規定に添付された指針の中に、SH に当た

(31) 現に、被害者を除く他の女子学生は、加害者の行為について特に違和感を感じていない旨を述べている。

るか否かについては相手の判断が重要であること、SH になり得る言動の一つとして、身体に不必要に接触することという記載があったこと、③加害者は日常被害者に接しており、被害者が神経過敏になっていたことは認識しえたことなどを認定し、結論として、被害者が加害者の行為に強い不快感を受けることは、加害者には「予測可能であった」との判断を下した。

以上の判決は、被害者が不快を感じることにについて予見可能性がある限り、加害者が当該行為を回避すべきとの判断を前提に、不法行為の成否の判断において、被害者が一般に比して傷つきやすいことのリスクを、原則として不法行為者に負わせることを結論するものである。もちろん、予見可能性の有無は、具体的事情の下において個別的に判断されるのであって、事情の如何によっては予見可能性が否定されることもあるであろうが、少なくとも、当該被害者の傷つきやすさが一般的に予見できる範囲を外れない限りにおいて、不法行為者への損害転嫁が認められることとなろう⁽³²⁾。

(4) 肩や腕であっても、異性に触られることを極めて不快と感じる「傷つきやすい被害者」に対して、さらに手厚い保護を与えるのが、東京地判 H15.6.9⁽³³⁾である。同判決は、男性上司が、新幹線の車中において、特にそのような行為を行う必要がないのに、女性部下の腕をつかんだというケースにおいて、「一般に、自己の身体に触れられることに対する男女の感

(32) なお、本件において具体的事情として認定された①—③の事情は、いずれも、加害者が被害者に対して、注意深く接すべきことを結論づける事情であると考えられる。こうした事情の下においては、仮に、当該被害者の傷つきやすさが一般的に予見できる範囲を多少超えるものであったとしても、加害者がより注意深く被害者に接していれば被害を防ぐことができたと考えられる場合には、不法行為者の責任が肯定されることとなろう。被害者の傷つきやすさが、加害者の立場にある者として予見できる範囲にある限りは、不法行為責任を免れないと考えられるのである。

(33) 裁判所 HP、Lexis Nexis、JP 収録

覚には大きな差異があるところであり、女性は、特に密接な関係にある男性でない男性により身体に触られることを極めて不快であると感じるのが通常である」から、「当該女性部下と特に密接な関係にない管理職である男性が一方的に女性部下の身体に触れるという行為は、特にそのような行為を行う必要がある場合を除き、それ自体、社会的に相当と認められる限度を超えて、当該女性部下を異性として扱う行為である」と判示。必要なく腕をつかんだという本件行為について、加害者が被害者に対して特別な感情を持っている趣旨の告白をしたばかりであることも考慮し、被害者の就業環境を害して不法行為となるとの判断を示した。

判決の示す一般的な判断基準を、文字通り理解するならば、そもそも、女性について、接触が禁じられているとはいえない場所があるとの前提自体がおかしいということとなる。どこであろうと必要もなく身体に触れる行為は、すなわち被害者の就業環境を害するもの(＝注意義務違反)であって、不法行為と判断されるのである。思うに、いかに密接な関係にない異性からの接触であるとはいえ、肩や腕といった箇所への単純な接触によって、被害者が法的保護を必要とするほどの精神的苦痛を蒙るケースは、さほど多くはないであろう。その意味で、判決が、接触部位を限定せず、密接な関係にない異性からの不必要な接触を極めて不快と感じることを「通常」と判断したことには、疑問が残るといわざるを得ない。もっとも、本判決は、加害者が、職場の上司・管理職として、部下の就業環境を害しないよう十分配慮すべき義務を負っていることを前提に、この注意義務違反を判断したものであった。就業環境を良好に保つべき立場にある者は、傷つきやすい部下がいるかもしれないことを想定して行動すべきであり、

(34) もっとも、腕をつかんだ行為の不法行為判断は、加害者から告白をうけたばかりという状況を踏まえてのものであり、事情の異なるケースで同じ判断となるかは明らかでない。なお、この基準は、同判決において上司が入院中の部下の足をマッサージした行為についても適用され、不法行為に該当するとの結論を導いている。これは、告白がなされる以前の行為であるが、マッサージは単に腕をつかむ行為よりも、さらに身体的密接度が高いのであって、当然の判断というべきであろう。

加重された義務を負うと考えれば、理解できる判断といえよう。

(5) 性的な行動による SH は、物理的な接触行為に限られない。下着姿など、見られたくない姿を見られること、同じく下着姿や猥褻な図画など、見たくないものを見せられることも、これを被害者が不快と感じる限りにおいて、性的な行動による SH であるといえよう。

まず、見られたくない姿を見られる場合について。⁽³⁵⁾大阪高判 H17.6.7⁽³⁶⁾は、男性職員がいた浴室の扉を、女性職員（総務課課長代理）が開けるなどした行為につき、女性である加害者が、男性用浴室の扉をノックもしないで開けたことは、「礼儀に反する不用意な行為」であり、「浴室内に人がいないと考えていたとしても、相当であるとはいえない」等と認定したが、加害者の行為が「職務上の正当な目的のために、その目的に沿って必要な範囲で、かつ、基本的には相当な方法において行われた行為である」ことを理由に、行為の違法性を否定した。確かに、本件行為は職務上の行為である。しかし、これが、もし、男性職員が女性用浴室の扉を開けたのであったとしたら、同じ結論となったであろうか。

本件において、被害者男性の供述は、判決によれば「過度に誇張され脚色されて」おり、果たして、本件行為によって、被害者が、実際にどの程度の不快感を覚えたのかは明らかでない。しかし、本当に本件行為によって傷ついたのだとすれば、本件を一般に比して傷つきやすい被害者の問題として把握し、これに配慮することも可能であったのではなかろうか。⁽³⁷⁾

(35) 裁判例としては、大阪高判 H17.6.7 の他、見られたくない姿を見られたことにつき不法行為責任を肯定した判決として、東京高判 H18.2.16（判タ1240号294頁）がある。本判決は、保育園において、園児（男子）が、被害児のスカートをめくる等の行為を行ったことが、被害児の羞恥心を害するものであるなどと認定。加害児の親の監督義務者責任を肯定し、違法性が阻却されるとの主張を認めなかった。

(36) 労判908号72頁

(37) 判決は、防犯パトロールのために、ノックせずに浴室の扉が開けられることが

(6) 次に、見たくないものを見せられる場合について。上掲の東京地判 H16.1.23、名古屋高判 H12.1.26、及び大阪地判 H10.10.30⁽³⁸⁾は、いずれも、異性の下着姿を見せられたこと等について SH を訴えたものである。

まず、東京地判 H16.1.23は、職場旅行の際、加害者(男性)がパンツをズボンの上に引きずり出して見せたことにつき、これがユーモアのつもりで行われたものであって、「性的嫌がらせ又は性的意味を有する目的を持ってしたものとはいえない」と認定した上、「しかし、男性の下着を見せるということは、女性に対し視覚的な性的不快感等を与え得る行為であることは否定できず、男性の上司が女性部下の前で行う振る舞いとしては社会通念上許容される範囲を超え、原告の性的自由又は人格権を侵害するものとして不法行為と評価することが相当」と判示した。

次に、名古屋高判 H12.1.26は、大学の男性教員が、指導する女子学生のいるカラオケの場において、その場を盛り上げようとトランクス一枚まで服を脱いだことにつき、本件パーティーの出席は、強く要請されていたが、その要請を拒否しえないというものではなかったこと、本件行為は、「格別陰部を露出したとか、強調したとかいうものではなかったこと」を認定して、加害者の「地位、年齢等に照らすと、節度、品位にかけられるものであったことは否定できない」としつつ、「社会通念上許容される範囲を逸脱しているとまでは評価できず、違法であるとは認めがたい」と判示する。

あることを認定しながら、被害者が、浴室の扉の表示を「使用中」にしていたと主張したことに対し、「本件浴室は男性専用であったのであるから、あえてそのような表示をする必要があったかは疑問」とする。こうした判決が、暗黙のうちに前提としているのは、男性は、仮に女性に裸を見られたとしても、さほど不快に感じないものだ、との社会通念であろう。実際、温泉地等の公衆浴場で、男性用浴室に女性従業員が入ってくることは当たり前であり、これに異議を唱える者もない。筆者も、こうした感覚を共有しているが、しかし、こうした感覚を他者に強要することが、ジェンダー・ハラスメントとなるのである。

(38) 労判754号29頁

最後に、大阪地判 H10.10.30は、会社社長（男性）が、ホテルの自室に被用者である被害者（女性）を呼び、セーフティボックスを開けさせた際、被害者が在室しているにもかかわらず、ズボンのベルトをゆるめ、ズボンをずり降ろして下着をあらわにし、財布等を入れているキャッシュベルトを取り出したことにつき、これが被害者に「不快感を与える行為であり、無神経な行為として非難されるべきではある」としつつ、「このような性的不快感を与えるに過ぎない行為は、これが不法行為と評価されるためには、右行為が、被害者原告に対し性的不快感を与えることをことさらに意図して行われたものであることを要する」と判示した。

以上の三判決についてみるならば、まず、不法行為の成立を否定した二判決は、説得力を欠くといわざるを得ない。格別陰部を露出したとか、強調したとかいうものでないとしても、明らかに性的な行為であるストリップの結果としての男性の下着姿に不快感を覚える女性はむしろ一般的であるといってもいいのではないか。まして、SH の判断にあたって、加害者の主観的意図（害意）が要件となす大阪地裁の論理は、上掲の大阪地判 H15.1.21について加えた批判がそのまま当てはまるのであって、今日の SH の理解とは相容れない。結論として、以上の二判決によっては、男性が下着姿を女性に見せる行為が社会通念上許容される範囲内の行為であるとする説得的な根拠が明らかにされたとはいえないであろう。

一方、不法行為を認定した東京地判 H16.1.23は、男性の下着を見せる行為について、女性の中には男性の下着を見せられることに対し視覚的な性的不快感等を覚える被害者もいるであろうとの理由で、「男性の上司が女性部下の前で行う振る舞いとしては社会通念上許容される範囲を超え」との判断を示した。確かに、下着を見せることは、従来、明らかに性的な行為と考えられてきたのであって、この行為が不法行為となることには、一定の説得力がある。もっとも、近時のファッションを考えるならば、本来は下着である女性のキャミソールファッションが流行したことは記憶に新しく、また、若い世代において男女を問わず見かけるものとなっ

たローライズジーンズの着こなしや、パンツを腰履きするファッションにおいては、下着が見えることが前提となっていることも珍しくない。こうしたファッションは、大学においては既に当たり前の光景であり、職場においても、カジュアルフライデー等により一部に浸透をみせているとも聞けるが、美意識を共有しない人には、不快なものでしかない場合もあろう。暗黙のドレスコードを破った者に対する、あるいは職場環境(教育環境)整備義務に反し、こうしたファッションを野放しにした事業者・使用者に対する損害賠償請求は、果たして認められるのであろうか。これは、いわば、社会通念が揺らいでいる領域における違法性判断ということができる。

(7) 以上は、見たくない下着を見せられたという事案についての判断であったが、見たくないものを見せられるSHの代表的な事例類型としては、わいせつな図画の配布・掲示があげられる。

例えば、大阪地判 H11.1.21⁽³⁹⁾は、大学学生サークルが女性の全裸写真を貼付した立て看板を掲出した行為につき、女性職員及び女子学生の就労・就学環境を乱すものであるということができる上、女性に対し性的不快感、嫌悪感を与え、違法なSHに該当する恐れがある等として、大学当局が施設管理権の行使として当該看板の撤去を求めたことをもって違法と評価できない旨を判示する。本事案において、学生側は、本件立て看板に貼付されている全裸写真からはヘアヌードが除外されていること、いずれも生活協同組合の売店で販売している雑誌から切り抜いたものであることを理由に、女性に対して性的羞恥心、不快感を与えるわいせつ表現ではなく、SHに該当しないと主張したが、判決は、「ヘアヌードでなくても、被写体である女性の姿態によっては、見る者に対して不快感を与えることがあり得るのは当然であるし、また、生活協同組合の売店で販売している

(39) 判タ1053号111頁

雑誌であっても、これを見たくないと欲する者がこれを見ることを強制されることがあってはならないのは当然である」として、この主張を斥けた。

専ら男性の性的興味を引くことを目的としたヌード写真については、現在の社会通念において、公共の場に掲示することが許されないと考えるのが一般的であろう。しかし、例えば、2006年、東京メトロの駅構内において、出産間近の米歌手ブリトニー・スピアーズのセミヌードを主たる図案としたポスターが、一時掲示拒否されたことは、記憶に新しいところである。妊婦のセミヌード（腹部）は「わいせつな図画」にあたるのであろうか。また、2007年、JR 東日本は、岩手伝統の裸祭り（黒石寺蘇民祭）のポスター（胸毛の濃いひげ面の男性の裸体（上半身）の後ろに、禪姿の複数の男性が写った図案）が、SH につながるおそれがあると判断し、掲示を拒否した。千年の歴史のある伝統行事（当然、公衆の面前で行われるもの）の描写が「わいせつな図画」となるのであろうか。このほか、アイドルの写真やアニメのポスターなども、見るものに対して不快感を与えることはあり得るところであるが、こうした図案が、個人のデスクや専用 PC の壁紙など、パーソナルスペースに掲示してある場合にまで、社会的に許容される範囲を逸脱していると判断すべきかは、難しい問題といわざるを得ない。

（８） この他、性的な行動による SH としては、深夜に部下である女性の宿泊している部屋に入って、近くにあるベッドに横になるという行為（東京地判 H16.1.23）、宴席において飲酒をすすめる行為や二次会へ参加させようとした行為（東京地判 H10.10.26⁽⁴⁰⁾）等について、不法行為性が判断されている。前者について、判決は、当該ベッドを使用する女性に対して性的不快感を与える行為であることは否定できないとして、社会通念上許容される範囲を超える不法行為であると判示。後者については、「強引で不

（40） 労判756号82頁

適切な面があったことは否定できないとしても、飲酒した宴会の席では行われがちであるという程度を越えて不法行為を構成するまでの違法性があったとはいえない」として、不法行為の成立を否定した。判断は分かれたものの、いずれも、一般的な感受性を前提とした社会的見地に立った違法性判断によって、不法行為の成否が決められた事案であるといえよう。

2.1.2. 性的な発言によるセクシュアル・ハラスメント

(1) 次に、加害者の「性的な発言」が被害者を不快にしたと主張される事案について裁判例をみてみよう。ここで、性的な発言とは、前掲の雇用機会均等法の解釈通達によれば、「性的な事実関係を尋ねること、性的な内容の情報(噂)を意図的に流布することのほか、性的冗談、からかい、食事・デート等への執拗な誘い、個人的な性的体験談を話すこと等」をさす。いずれの類型も裁判例に具体例を見いだすことができるが、被害者の傷つきやすさの考慮によって結論が左右される可能性のある限界事例としては、以下の判決をあげることができる。

(2) まず、性的な内容の情報(噂)を意図的に流布することが違法なSHに該当することは、裁判例において一般的に認められている。⁽⁴¹⁾これは、性的自由の侵害や職場環境享受利益の侵害としてのみならず、名誉権侵害、プライバシー権侵害としても把握しうる問題であって、裁判例においても、職場環境の悪化等に言及する数例を除き、基本的には、これら隣接領域における判断枠組が、そのまま用いられていると考えられる。⁽⁴²⁾

性的な事実関係を尋ねることが違法なSHにあたることも、当然に認

(41) 日本におけるSH訴訟の第一例と言われる福岡地判H4.4.16(判タ783号60頁)をはじめ、不法行為を肯定した判決は、山口地裁下関支判H16.2.24(労判881号34頁)、東京地判H15.7.7(労判860号64頁)等、枚挙に暇がない。

(42) 実際、裁判例においては、名誉・名誉感情・信用等の侵害が認定されている。

められる。⁽⁴³⁾ もっとも、岡山地判 H14.5.15⁽⁴⁴⁾は、SH 行為の有無についての事情聴取の場で、行為の有無と直接関係のない性的な事実関係（被害者が子供を中絶し、手首を切ったと聞いたが、いつそのようなことをしたのか、なぜそのようなことをしたのか）を聞かれたという事案において、「この質問は、上記のような弁護士事務所を使用した事情聴取の場で行われていたこと、その場にいた者は、限られた者であったことなどを考慮」し、関係のない性的事実を尋ねた行為は、「不法行為における違法性を有するとまではいい難い」との判断を示した。本判決において、事情聴取の場で SH が行われたこと、その場にいた者が限られていたことが、何故に行為の違法性を減ずるのかは明らかにされていない。前者については、救済の場における二次被害の問題を不当に軽視するものであるし、後者については、加害者と二人だけの場における発言であっても当然に SH となることを考えれば、違法性を減ずる要因とならないことは明らかであろう。

また、大阪地判 H7.8.29⁽⁴⁵⁾は、会社の代表である加害者（男性）が、雇用する女子事務員に対し、「処女なんか」等と性的な言葉をかけるなどした結果、退職に至った事案において、被害者が、「母子家庭で、高校を卒業し、初めて社会人としての生活を始めたばかりの一八歳の女性で、父がかつて勤務していた関係でようやく就職できた会社であったこと等前記認定の事実」を考慮して、本件行為が被害者に対する人格権の侵害であることを認定した。この結論は当然としても、では、被害者が母子家庭に育っていなかったとしたら、一八歳の女性でなかったとしたら、人格権侵害は認定されなかったのであろうか。何歳であろうと、性的発言によって、大きな衝撃を受ける傷つきやすい被害者は存在するのである。

(43) 近時の判決として、那覇地判 H19.5.28（裁判所 HP）は、警察官が事情聴取に際し、被害者のパンツの色を尋ね、自らのパンツの色を告げるなどした事案で、当該行為が性的不快感を与えるものであって不法行為に当たることを認定している。

(44) 労判832号54頁

(45) 判タ893号203頁

以上の二判決は、違法性が認められるか否かの境界線上にある(と裁判所が考える)⁽⁴⁶⁾ 事案において、違法性の判断が恣意的に行われる危険性を示しているといえよう。

(3) 次に、食事・デート等への誘いにつき、SHが否定されたケースとして、東京地判 H12.4.14⁽⁴⁷⁾は、会社の代表取締役である加害者が、試用期間中の女性従業員2名とビールを飲みながら雑談した際、「若い女性と飲むとおいしいね」「今度お好み焼きを食べにいきましょう」などと言ったことは、「その意図、勧誘の程度、発言内容からみて、到底セクハラ行為といえるものではなく、不法行為を構成するとは認められない」と判示した。これは、「到底セクハラ行為といえるものではなく」とされるように、一般的な感受性を前提とした社会的相当性の判断として、不法行為にあたるとの主張を一蹴した判決であると考えられる。確かに、この程度の発言を、性的発言として強く不快に思う被害者がいることは、通常、予想できないと考えられるところ、仮に被害者が、本件行為によって、本当に強い不快感を覚えていた⁽⁴⁸⁾のであるとすれば、まさに被害者の傷つきやすさ故に生じた損害といえることができよう。

なお、この判決における本件発言が、不法行為にあたらぬことの理由は明らかでないが、食事・デートの誘いの執拗さは、裁判例において、必ずしも違法性の要件とはなっていない。例えば、大阪地判 H8.4.26⁽⁴⁹⁾は、会社会長が研修期間中の女性従業員に対し、車内において「デートしてくれませんか」等と迫り、対応に困った被害者が「朝、コーヒーを飲みに行くくらいなら」と答えると、「あ、コーヒーね」「一七、八の小娘じゃない

(46) なお、上に検討した例は、裁判所の認定する事実関係をみる限り、筆者には、境界線上の事例とは考えられないことを付言する。

(47) 労判789号79頁(ダイジェスト)

(48) 本事案において、被害者が、本件行為によってどの程度の不快感を覚えていたのかは、判決全文が入手できなかったこともあって明らかでない。

(49) 判時1589号92頁

から分かるでしょう」と性的なニュアンスを匂わせる等した事案において、夫と離婚しその手で二人の子供を養っていた被害者が、当該会社で働く必要があり、会社会長たる加害者の言動に逆らうことが憚られる状況にあったこと、加害者は、こうした被害者の立場を十分認識し、行為に及んでいること等を認定し、加害者の誘いがその一回限りのことであったとしても、「偶発的なものではなく、原告に対し再発の危惧を抱かせるものであり、その人格を踏みにじるものであるから、社会的にみて許容される範囲を越え、不法行為を構成する」との判断を下しているのである。

(4) 性的冗談、からかいに対し、どのような態度で臨むかは、重要である。性的冗談に過ぎない、猥談に過ぎない、ちょっとからかっただけというのは、加害者側の意図がそうであることを意味するに過ぎず、SH として不法行為に該当するか否かの判断を決定づけるものではないのである。⁽⁵⁰⁾

例えば、千葉地裁松戸支判 H12.8.10⁽⁵¹⁾は、男性市議会議員が、同僚の女性議員に対して、「男いらずの〇〇さん」と呼びかける等したことにつき、「(加害者は)「男いらず」発言はユーモアだから発言を取り消さないと主張するが、(中略)「性的な冗談やからかい」もセクシュアル・ハラスメントになりうるのであり、本件において、被告(加害者)がユーモアのつもりであったことは何らその違法性を阻却するものではない」と判示する。

もっとも、金沢地裁輪島支判 H6.5.26⁽⁵²⁾は、女性被害者も、勤務先である加害者の自宅において、どぎついセックスの話をしたことがあり、(歓楽街である)「片山津へいくお金を私にくれれば、ずっと面倒をみますよ」等の発言をしていた事案において、加害者の「片山津へ行って処理してこないかん」との発言、風呂場からの「背中を流してくれ」との発言、「5000円あげるからやらせてよ」との発言について、「(被害者)原告の言

(50) 上掲の「性的な事実関係を尋ねること」も猥談として行われることがある。

(51) 判タ1102号216頁

(52) 労判650号8頁

動に照らすと、世間話や冗談、飲酒の上での猥談にすぎず、許される範囲内のものもあり、すべてが違法となるものではない」と判断する。本判決で認定された発言のうちには、性的関係への誘いかけまでが含まれており、本来、雇用関係にある当事者間において、こうした発言は即違法と評価されるべきものである。しかし、本事案では、被害者も、きわどい発言をしていることから、被害者自身がこうした猥談を許容していると判断され、例外的に違法性が否定されたと考えられよう。⁽⁵³⁾ 決して、酒の席での「下ネタ」や「猥談」であれば、何を言っても違法とならないわけではないのである。

なお、個人的な性的体験談は、猥談として語られることが多いが、違法性の判断基準が上に述べたところと変わらないのは当然である。ただし、⁽⁵⁴⁾ 東京高判 H18.3.20は、加害者が、自身が労働組合の委員長を務めていた頃、非常に多忙であったことの一つのエピソードとして「あのころは忙しさのピークで、家に帰ってもチンポが立たなくてな。女房がにじり寄ってくるんだけど駄目なんだ」等と発言したことにつき、これは当時の多忙な生活状況を示す一つの具体例等として発言されたものであって、卑猥な話をするを目的としたものではなく、「女性に対する配慮を欠く軽率で不適切なもの」であるとしても「違法性及び損害の点において、典型的なセクハラと同一に評価することは困難」⁽⁵⁵⁾等と判示する。被害者の蒙る損

(53) ただし、上掲東京地判 H15.6.9 が指摘するように、歴史的にも、女性労働者は、「不本意ながらも、管理職にある男性等に迎合し、これらの言動を受忍してこざるを得なかった」事情が認められるのであるから、被害者が猥談を許容していたか否かを判断するにあたっては、「女性部下の反応を額面通りに捉えるべきではなく、管理職にある男性の言動の客観的性質からみて、一般に女性であれば不快感を覚えるなどするであろうと認められる場合には、女性部下が真意においてこれを歓迎していると認められるような特段の事情のない限り、管理職にある男性のそのような言動は、女性部下に不快感をおぼえさせるなどしてその就業環境を害するものであると認める」べきであろう。

(54) 労判916号53頁

(55) なお、判決は、結論として、仮に不法行為に該当するとしても消滅時効にかか

害が典型的なセクハラに比して軽いことを示唆する判決については、それでも傷ついてしまった被害者にどのように向き合うかが問われている。

(5) では、性的な冗談ではなく、少なくとも加害者の主観としては真摯な恋愛感情の発露であった行為が被害者に不快感を与えた場合については、どのように考えるべきであろうか。例えば、東京地判 H17.4.26⁽⁵⁶⁾は、大学教授が、指導するゼミの学生に対し、自己の純然たる恋愛感情を告白したという事案において、同教授の不法行為責任を肯定する。判決は、まず、加害者が被害者の指導教授たる立場にあり、妻子が存したことからすれば、加害者にとって、被害者が「恋愛の対象たり得ないことは自明」であるとする。しかも、被害者は、自らの交際相手の存在を告げることで、加害者との関係に一線を画する態度を示していたのであるから、少なくとも、これ以降は、加害者において、被害者に対する「好意等をほのめかす態度を差し控えるべきことは言をまたない」。それにもかかわらず、加害者は、自己の恋愛感情を直接的に告白するという行為に及び、これによって、加害者のゼミナールで直接指導を受け、親密な師弟関係にあった被害者に精神的衝撃を与えたのであるから、加害者の行為は、「社会的相当性を逸脱し、違法といわざるを得ず、不法行為に当たる」と判示したのである。

以上の判決は、たとえ、真摯な恋愛感情の発露であろうとも、違法性が阻却されるわけではないことを示している⁽⁵⁷⁾。ただし、本判断において重視されているのは、被害者が加害者との関係に一線を画する態度を示しているにもかかわらず、直接的な告白に及んだという点であると考えられる。

っていることを理由に損害賠償請求を認めないとの結論を導いており、本件発言が不法行為に該当するか否かの判断は下していない。

(56) Lexis Nexis. JP 収録

(57) 上掲東京地判 H15.6.9 も、恋愛感情の告白が違法行為となることを判示する。

では、こうした事情のない事案において、教員が指導する学生に対し、上司が部下に対して、恋愛感情を告白し、これを相手が不快に感じた場合、この告白行為は違法と評価されるのであろうか。

判決も、本件告白について不法行為に該当するとしつつ、「自己の純然たる恋愛感情を原告(被害者)に告白したというものであって、性的接触や性的発言等を伴うものではなく、一般的にいわれるセクシュアル・ハラスメントとは類型を異に」⁽⁵⁸⁾ することを認める。教員と教え子、上司と部下の間の恋愛であっても、真に両当事者の自由意思によるものであれば、本来、法の介入すべき場面ではない。職務を離れ、プライベートな時間における行為であるならば、告白行為を即違法と判断することは躊躇せざるをえない。一方、こうした告白によって、学生が就学環境を乱されること、職場において働きづらくなることは一般的に予想される事態である。被害者が、こうした告白を望まないことが明らかな場合に、あえて恋情を表に出し、被害者の就学・就労環境を乱すことが、違法となることは判決の示す通りであって、被害者の意向を判断するにあたっては、上司や指導教員⁽⁵⁹⁾ に対して明確な拒絶がしにくいという事情も十分に考慮すべきであろう。

(58) もっとも、就業規則に規制が設けられているケースは少なくない。例えば、米企業のウォルマートは、当事者の一方がもう一方の社員の雇用条件に影響を与えられる立場にある場合、一緒に食事に出かけたり、恋愛関係を持ったりすることを禁じているという。本規定については、2005年、ドイツのデュッセルドルフ州労働裁判所が基本法に違反し無効との判断を示している(時事通信2005年11月16日 web 配信記事)。なお、恋愛の自由に言及する山崎「法理」419頁以下も参照。

(59) 内田貴教授は、本当は拒絶しなかったのに、権力関係のなかで拒絶の意思を示すことができなかったという「強いられた同意」型SHについて分析し、具体的に、大学における教員・学生間の疑似恋愛関係のSHにおいて教員に課される義務を、「自分と相手方との間の『関係』への理解と、その『関係』に由来する相手方の置かれた立場への配慮の義務」であると論じる。この義務が尽くされていたかどうかの判断に際しては、「加害者の有する職場での(制度上、事実上の)権限や地位、誘いかけが加害者からであるか否か、被害者の性格等々」が、SHの被害者の行動に共通に見られる特質を踏まえて、総合的に判断される(内田貴「セクシュアル・ハラスメント」『民法の争点』(有斐閣、2007)所収306頁)。

(6) 最後に、「結婚しないのか」、「再婚するつもりはないのか」、「子供はまだか」、等の発言について検討しよう。こうした発言の背景に、女性は(男性は)結婚するのが幸せ、女性は子供を産むのが幸せというステレオタイプな意識を読み取ることができる以上、これは、ジェンダー・ハラスメントとして扱われるべき問題である。

上掲岡山地判 H14.5.15は、上司から「君は再婚しないの」と聞かれたこと、上司の友人との結婚を勧められたことにつき、被害者にとっては、加害者に「言われる筋合いの事柄ではなく、不快に感じる行為であるとは認められるものの、反復継続して執拗に行われた等の事情はなく、これらの行為のみでは不法行為における違法性を有するとまでは言えない」と判断する。上掲大阪地判 H14.4.12も、大学の教員が指導する大学院生について、ほかの研究者の前で、独身で結婚相手を募集中であり、彼氏若しくは結婚相手となる人がいれば紹介してやって欲しい旨発言し、その場にいた男性との交際を勧めるなどした他、結婚相手について意見するなどしたことが、SHとして不法行為を構成すると主張された事案において、一連の言動は「相手の立場や状況等をわきまえない、大学教員としての思慮分別を欠いた行為であるとのそしりは免れず、これにより原告(被害者)に不快感を与えたことは否定できないが、しかし、他方、同言動は、原告(被害者)に対する悪意から出たものとは認めがたいのみならず、言動の内容、態様、原告に与えた不快感の程度等をも総合して勘案すると、未だ社会通念上損害賠償を認めなければならないほどの違法性があるとは認められず、不法行為を構成するとはいえない」と判示する。

以上の二判決は、いずれも、総合的な違法性判断によって、不法行為該当性を判断している。確かに、こうした言葉は、何の悪気もなく発せられることがほとんどであり、SHにあたるとの認識が社会に浸透しているとはいえない。また、結婚相手の紹介なども、一昔前まで、むしろ年長者の責任のように捉えられていたことに鑑みて、社会通念上の判断としては、こうした発言を違法評価することは難しいのが現状であろう。

もっとも、上掲岡山地判 H14.5.15は、上司が「子供はまだか」という話を度々していたことにつき、結論として違法行為と解することはできないとしつつ、「その話をする者が相手方の気持ちを理解し得る立場にあり、⁽⁶⁰⁾執拗に尋ねるなどした場合」は別であることを明らかにする。この判断枠組によれば、例えば、被害者が結婚についての話を聞きたくないと明示・黙示に意思表示していた場合、それ以降の発言は違法行為と評価されることとなろう。また、子供について、産みたくても産めない夫婦のあることは周知の事実である。そうした夫婦にとって、「子供はまだか」との発言がいかに残酷かは明らかであるから、こうした発言を嫌悪する被害者の気持ちは、一般に理解できて当然と判断されてしかるべきである。

2.2. 賠償範囲の画定場面における「傷つきやすい被害者」

(1) 本節では、賠償範囲の画定場面で、被害者の「傷つきやすさ」が、どのように考慮されているかをみていこう。ここで検討する裁判例においては、加害者の行為がSHにあたる違法な行為であることを前提に、現

(60) 山崎「法理」418頁は、この判断を、最判 S63.2.16 (民集42巻2号27頁) に依拠したものと評する。しかし、最判は、「不法行為法上の利益として必ずしも十分に強固なものとはいえない」利益につき、「当該個人の明示的な意思に反してことさらに」、又は「害意をもって」侵害したなどの「特段の事情」がない限り、違法性のない行為として容認されることを論じたのであって、本判決とは異なる判断といわざるを得ない。本判決は、加害者が、被害者の気持ちを理解し得る立場にあればよいとしているのであって、明示的な意思に反していることや、加害者の害意などは要件としていないのである。本判決の判断枠組によれば、黙示の意思に反する場合や、意思表示がなくとも常識として被害者の気持ちを理解しうる場合には、行為態様(執拗さ等)を勘案して、違法評価も可能となると考えるべきであろう。

この意味で、本判決は、均等法の解釈通達の立場とも異なるものである。通達には、平均的同性労働者の感じ方を判断基準としつつ、例外的に「労働者が明確に意に反することを示しているにも関わらず、さらに行われる性的言動」についてSHを認める。しかし、職場や教育現場等の「閉ざされた政治空間」において、上司や教員などが権力関係を利用してSHを行う場合、部下や学生達は「明確に意に反することを示」せない場合が多い。岡山地裁の判断が妥当であるといえよう。(水谷英夫「職場のいじめ・パワハラと法対策」(民事法研究会, 2008) 101頁参照)

実に発生した損害が当該行為によって生じた損害といえるかが争われている。

冒頭に紹介したさいたま地判 H19.12.21においては、加害者の SH により、被害者が抑うつ状態に陥り、心因反応を患った結果、1 年を超える期間の治療が必要になり、現在も様々な症状に苦しみ、投薬治療を続けていること、本件被害を公表したことの影響等により、結果的に被害者が退職を余儀なくされたことが認められるが、これらの損害は、行為から通常生ずべき結果とはいえ、特別事情について予見可能性があったともいえないとして、相当因果関係が否定された。

しかし、同判決を検討するならば、判決も、本件行為が、被害者に「著しい精神的衝撃」を与えるものであることは認定している。まして、本件において、被害者は、本件行為以前にも、本件加害者から SH を受けてきており、被害者がこれを不快に思ってきたという事情を、加害者は「当然に認識しえた」。さらに、加害者は、過去のハラスメント時、「インテグリティに反してもしっぽを捕まれないようにする」旨の発言をしていた。被害者は、「被告（加害者）からのセクハラ被害が救済されず泣き寝入りせざるを得ないかもしれないという無力感や閉塞感を抱いていたものと推察される」のであって、本件行為は、被害者にとって既に蓄積されたストレスや不快感、怒りなどの感情が整理しきれずに「精神のバランスを崩す契機となるには十分なものであった」。以上は、判決の認定するところであり、「いったん心身のバランスを失うと回復までに一定の期間を要する場合が多いこと」を考慮すれば、こうした事情のある本件において、本件行為により、長期にわたる精神的衝撃を受ける被害者がいるであろうことは、十分に予見可能であったというべきではなかろうか。実際、判決も、慰謝料の算定にあたっては、加害者の本件行為がもとで、被害者が今もなお様々な症状に苦しんでいること、退職も余儀なくされたことを考慮しているのである。治療費、逸失利益の算定においてのみ、ことさらに予見可能性の不存在を指摘し、相当因果関係を否定した判決に説得力があるとは

思われない。

(2) 特別事情の予見可能性にまで言及するかは別として、問題とされる行為によって通常生ずべき損害ではないことを理由に、相当因果関係を否定する判決は少なくない。例えば、上掲の東京地判 H17.3.25は、酒席において指導教授が学生の肩にかけたことにつき、不法行為にあたることを認めたものの、相当因果関係のある損害の範囲については、「被告(加害者)の前記不法行為は、行為がされた時には原告(被害者)に強い嫌悪感・不快感を与え精神的苦痛となったということはできるが、この苦痛が持続・拡大し、病気になったり、大学を中退するに至ることは通常には考えにくい」として、治療費との間の相当因果関係を否定した。本判決は、慰謝料についても、「行為の態様としては誰からみても悪質な行為というものではなく多分に感じ方によるところが大きいこと、被告(加害者)自身に悪意があったとはみられないこと、通常は精神的苦痛を受けたとしてもそれが持続・拡大するものとは考えにくいこと、その他の事情」を考慮して、5万円を算定するにとどめている。不法行為の成立を広く認める一方、損害額については限定的に算定を行うことによってバランスをとった判決ということができようか。こうした考慮は、決して本判決に特殊なものではない。従来、裁判例において、こうした考慮は「損害の公平(衡平)な分担」を実現するという名目下に行われてきたのである。⁽⁶¹⁾

バランスをとったという意味では、広島地判 H19.3.13も同種の判決である。本判決は、加害者の宴席における行為(抱きつく等)について、不法行為とする一方、セクハラ行為と被害者らのカウンセリング料、治療費、逸失利益との間に相当因果関係は認められないと判断した。このうち、カウンセリング料については、当該セクハラ行為は、「一回性のその時のみの行為であることやその行為内容に照らし、それが長期間にわたる

(61) 城内「公平」(3) 参照

(62) 労判943号52頁

カウンセリングが必要なほどの精神障害を与えたものとは必ずしも考え難い」こと、逸失利益については、「上記セクハラ行為は、その内容や当日の原告（被害者）らのこれへの関わり方等にかんがみ、長期間にわたって就労が不能または困難となるほどの精神的苦痛を与えたものとは必ずしも言い難い」ことが、相当因果関係を否定する理由とされている。ただし、判決は、慰謝料の算定にあたっては、「本件忘年会後の原告（被害者）らの生活及び心身の変化にかんがみれば、原告（被害者）らの本件忘年会後の苛々感や男性に対する恐怖感、嫌悪感等の精神症状は一定の限度で被告（加害者）ら 3 名のセクハラ行為に起因するものであると推認され」として、この事情を慰謝料額の判断において斟酌し、80 万ないし 250 万円の慰謝料を認めた。

裁判例において、行為と相当因果関係ある賠償範囲は、通常生ずべき損害の範囲で画されるが、この「通常生ずべき」という基準は、慰謝料の算定とあわせ、事案に適合的（と裁判官が考える）結論を導くための操作的な概念として機能している一面を否定することはできない。このことは、初期の判決において、SH による損害として、退職にともなう逸失利益⁽⁶³⁾がなかなか認められなかったことの説得的な説明とはならないだろうか。

（3） 法的因果関係が認められない理由を、より具体的に明らかにする判決も存在する。例えば、大阪高判 H17.4.22⁽⁶⁴⁾は、教会の元女性職員が、教

(63) ただし、近時は逸失利益を損害と認める判決も増えている。初期の判決として、京都地判 H9.4.17（判タ951号214頁）は、180日分の逸失利益を算定する。京都地判 H13.3.22（判タ1086号211頁）は、退職後1年間の逸失利益につき相当因果関係を肯定。岡山地判 H14.5.15（労判832号54頁）も、1年分の給与相当額を逸失利益として算定する。岡山地判 H14.11.6（労判845号73頁）は4年間（素因減額5割）、東京地判 H15.6.6（判タ1176号267頁）は再就職までの6ヶ月を認める。このほか、京都地判 H19.4.26（LexisNexis. JP）等が相当因果関係のある損害として逸失利益を算定する。

(64) 労判892号90頁

会の代表役員牧師である加害者から、2年以上の長期にわたって身体的接触等のSHをうけてきたという事案において、本件行為と被害者の退職後の体調不良との法的因果関係を否定する理由を以下のように論じる。

判決も、被害者が「孤立無援の中で、しかも、本来、信頼、尊敬の相手であるべき控訴人（加害者）からの本件加害行為や上記情緒的虐待による精神的負担は多大であった」ことは認める。しかし、被害者の主張によればPTSDの症状である体調の悪化は、本件加害行為が止んでから9ヶ月の後に始まっており、その間、被害者は、加害者弾劾のための行動を起こし、新しい仕事にも就くことができた。判決は、被害者の症状は、PTSDは6ヶ月以内の発症が原則であること等を指摘してPTSDの発症を否定し、再就職後、精神科医のカウンセリングを受けていたにもかかわらず、体調を悪化させていったのは、「被控訴人（被害者）が事情を訴えた教会関係者や大学の神学部関係者が真摯に問題に向き合ってくれなかったことの悔しき、本訴提起が周囲の人に迷惑をかけているのではないかの自罰的負担、信徒が牧師を相手取って提訴することの心理的負担等のストレスなどが相俟っていると考えざるを得ない」と指摘する。そして、被害者の体調不良は、「上記一連の控訴人（加害者）の加害行為とは無関係ではないものの、上記のような事情が原因となっていると推測されるので、控訴人（加害者）の一連の加害行為と法的因果関係があるとは認め難い」と結論し、本件体調不良については、慰謝料の算定にあたっては考慮が否定されている。

以上の判決は、遅発性PTSDの可能性を無視している点で医学的には疑問が残るものといわざるをえないが、判決の事実認定を前提として、被害者の蒙った損害が別原因によるのであるとすれば、加害者の本件行為との法的因果関係を否定することは、一応は論理的な帰結と考えられよう。

もっとも、こうした論理性ばかりが法的判断ではない。判決の事実認定によっても、被害者の体調不良は、本件加害行為と無関係ではないのであるし、別原因とはいえ、本件行為がなければ被害者がこうした問題に思い

悩むこともなかったのである。こうした原因に基づく損害について、過失ある加害者ではなく、何ら責めを負うところのない被害者に負担させることが、果たして、損害の衡平な分担といえるのかは、議論のあるところであらう。⁽⁶⁵⁾ 交通事故訴訟等の実務との均衡を考えるならば、一定期間について法的因果関係を認めた上、別原因（心因的素因等）の寄与を考慮して、損害額の調整を行うことも考えられたのではなかろうか。さらに言うならば、「聖俗いずれの場面でも絶対的優位者としての地位・立場にあった」加害者による 2 年以上の長期にわたる SH という行為の悪質性に鑑み、損害額の調整場面において、別原因の寄与を考慮すべきでないとの結論を導いたとしても、決して非論理的とはいえない事案のように思われるのである。⁽⁶⁶⁾

2.3. 損害額の調整場面における「傷つきやすい被害者」

(1) 以上、不法行為成立の場面、及び、賠償範囲の画定の場面において、被害者の「傷つきやすさ」がどのように考慮されてきたかを、裁判例を紹介・検討するなかで明らかにしてきた。しかし、被害者の「傷つきや

(65) 交通事故訴訟の実務につき、過失相殺類推適用説が「良くも悪くも損害賠償額の減額を認めるべき場面で緩やかに用いられており、本来は高度の蓋然性をもって立証すべき因果関係における証明度を軽減している」ことを指摘するものとして、古笛恵子編「事例解説高齢者の交通事故」（新日本法規，2007）16頁参照。

(66) このほか、被害者の素因（既往症・心因的素因）を考慮して、相当因果関係のある損害事実を限定した裁判例としては、上掲の広島地判 H19.3.13、東京地判 H17.4.26 を挙げることができる。広島地判 H19.3.13 は、宴席での SH につき、被害者の体質的素因（既往症）等を考慮して、治療費との相当因果関係を否定する。東京地判 H17.4.26 は、指導教授に恋愛感情を告白されたことを SH と認めたものの、心因反応発症後 3 ヶ月を超える期間に要した医療費等は、「性格素因に起因するところが大きく、過剰反応的な側面が強い」「（本件）行為のみによって通常発生する程度、範囲を超えているものといわざるをえない」として相当因果関係を認めなかった。（慰謝料算定においても、治療期間が長引いたことは「性格素因に起因する過剰反応の側面によるところが大きい」として、30 万円にとどめる判断を下している。）

すさ」を、被害者の心因的素因と考えるならば、これは、従来、裁判例において、いわゆる寄与度減額の実務として論じられてきた問題である。裁判例において、被害者の素因の寄与は、主として損害額の調整場面において問題とされてきた⁽⁶⁷⁾。では、SH 訴訟においても、素因の寄与を理由とした損害額の調整が行われているのであろうか。

この点、SH 訴訟では、損害額の調整が行われた事案自体が数例にとどまり、素因の寄与を理由とする減額は、岡山地判 H14.11.6 が目に付く程度である。同判決は、鬱状態にあるなどして通院を継続しているなか、SH の被害にあったという事案において、本件行為に起因する PTSD の発症を認めたものの、「それ以前の症状が完治し、そのころから新たに PTSD の症状による治療が開始されたとは認められないこと」からすれば、本件被害後の通院は、PTSD による以外の要因もあると認められるとして、5 割の減額を行った。これは、被害者の素因(疾患)が寄与して、被害が拡大した事案についての判断であり、本件事案の解決として適切であったかは別論⁽⁶⁸⁾、相当因果関係を認めた上、素因の寄与を理由に損害額を調整するという手法は、不法行為法において、被害者の傷つきやすさをいかに配慮すべきか、という問題に対する一つのアプローチとして評価に値する。

こうした評価に対しては、いったん SH が認定された以上、損害額の調整などすべきでない。加害者が全損害を負担すべきである、との反論も

(67) 裁判例において寄与度が斟酌される際の法律構成は様々であって、SH 訴訟について前節に確認したように、被害者の素因の損害発生・拡大に対する寄与の割合に応じて相当因果関係のある損害の範囲を画す判決も少なくない。もっとも、裁判例において、法律構成は形式的な問題にすぎない(城内「公平」(5) 164頁)。

(68) 労判845号73頁

(69) 本件被害者は、本件被害にあうまでは、ほとんど休業していなかったにもかかわらず、被害以降休業し、被告会社から再雇用の拒否通知を受けるまでの1ヶ月間は全く出勤できない状態であった。判決は、この事実を考慮して、なお5割の減額を行うが、これが事案に適切な解決であったかは疑問と言わざるを得ない。

考えられよう。確かに、交通事故等と異なり、当事者間に立場の交換可能性が見いだされないことが一般である SH において、安易な過失相殺規定の(類推)適用は慎むべきである⁽⁷⁰⁾。しかし、裁判例において、被害者の素因(傷つきやすさ)が、損害額の調整以前の段階、つまり、不法行為の成否の判断や賠償範囲画定の場面で、既に考慮されていることを、本稿は明らかにした。不法行為の成立が否定されれば、被害者への救済はゼロとなり、当該損害が賠償範囲とされなければ、せいぜい慰謝料算定にあたって多少の考慮がなされる程度にとどまることとなる。具体的事案に適合的な救済を与えるためには、被害者の素因が寄与して生じたと考えられる損害についても、まずは、できる限り不法行為の成立を認め、賠償範囲に含めることを考えるべきであろう。その上で、損害の衡平な分担を図るために必要であれば、損害額の調整を考慮すればよいのではなかろうか。むしろ、この調整は無原則に許されるものではなく、以下の最高裁判決が参照されなければならないのは当然として、当事者間の権力関係や、被害者に過失(非難性)が見いだせないこと等の事情が考慮されることとなろうし、行為の悪質性に鑑みて、過失相殺規定を類推適用すべきでない場面もでてこよう。こうした具体的事案に即したきめ細かな解決が、裁判例において「損害の公平(衡平)な分担」の名の下に正当化されてきた実務なの⁽⁷¹⁾である。以下、最高裁判決を中心に、裁判例の現在を概説することとし⁽⁷²⁾よう。

(70) 過失相殺につき、水谷弁護士は、SHの本質に思いを致すことが必要であり、慎重な判断が求められることを論じる(水谷「実態と法理」470頁以下)。

(71) 城内「公平」以来の問題意識として、筆者は、同じ法状況においては、同じ法適用がなされるべきであると考えている。裁判における衡平の実現のためには、裁判官による一般条項的判断が必要となる。ここで懸念されるのが、裁判官による恣意的な法運用である。しかし、何が衡平で、何が恣意的かは、難しい判断となる。ここで考えられるのが、裁判例横断的な類型化の試みである。仮に、SH訴訟において、裁判官が社会通念の名の下、性差別的な法運用を行おうとするならば、これに対抗するには、例えば、交通事故訴訟において同じ問題状況が存在することを指摘し、少なくとも同じ解決が採られるべきことを主張することが有効なのである。

(2) 最高裁は、まず、素因を心因的素因と体質的素因とに区別し、前者について「その損害がその加害行為のみによって通常発生する程度、範囲を超えるものであって、かつ、損害の拡大について被害者の心因的要因が寄与しているとき」に素因を斟酌できることを判示する(最判 S63.4.21)⁽⁷³⁾。この実務においては、上掲岡山地判 H14.11.6 のような不法行為前の精神疾患のみならず、疾患とはいえない被害者の精神的特徴をもって、被害者の素因として斟酌することも一般的である。⁽⁷⁴⁾

これに対し、体質的素因について、最高裁は、当該素因が疾患か否かを区別し⁽⁷⁵⁾、疾患にあたる場合には、心因的素因と同じく「当該疾患の態様、程度などに照らし、加害者に損害の全部を賠償させるのが公平を失するとき」素因の斟酌を認める一方(最判 H4.6.25)⁽⁷⁶⁾、「被害者が平均的な体格ないし通常の体質と異なる身体的特徴を有していたとしても、それが疾患に当たらない場合には、特段の事情の存しない限り、被害者の右身体的特徴を損害賠償の額を定めるに当たり斟酌することはできない」との判断を示す(最判 H8.10.29)⁽⁷⁷⁾。「人の体格ないし体質は、すべての人が均一同質なものということはできないものであり」、ある程度の身体的特徴は「個々人の個人差の範囲として当然にその存在が予定されているもの」だからである(同上)。しかし、被害者に個人差があるのは、体質的素因であっても、

(72) 素因減額の実務に関する下級審裁判例を含めた詳細な検討は、城内「公平」(5) 168頁以下参照。なお、心因的素因減額については、次稿(藤岡康宏先生古稀記念論文集「民法学の古典と革新(仮題)」(成文堂、2009)収録)に検討を予定している。

(73) 民集42巻4号243頁

(74) 天野智子「素因減額の考慮要素」(判タ1181号78頁)は、交通事故判例を分析し、被害者の精神的特徴としての「性格」を理由とした素因減額が多いことを指摘する。

(75) この論理に対しては、実務上、疾患か否かを区別することが可能なのか、という批判や、より根本的に、疾患等のある者について素因を斟酌することを認めることに対する批判が考えられるが、ここでは触れない。

(76) 民集46巻4号400頁

(77) 民集50巻9号2474頁

心因的素因であっても、事情は同じである。人の性格は、すべての人が均一同質なものということとはできないものであり、ある程度の差は、個人差の範囲として当然にその存在が予定されている、といえないだろうか。

この点、最判 H12.3.24⁽⁷⁸⁾は、過労死の事案（いわゆる電通事件）において、企業に雇用される労働者の性格が多様であることを指摘し、「ある業務に従事する特定の労働者の性格が同種の業務に従事する労働者の個性の多様さとして通常想定される範囲を外れるものでない限り、その性格及びこれに基づく業務遂行の態様等が業務の過重負担に起因して当該労働者に生じた損害の発生又は拡大に寄与したとしても、そのような事態は使用者として予想すべきものといえることができる」として、労働者の性格がこの範囲を外れるものでない場合、「裁判所は、業務の負担が過重であることを原因とする損害賠償請求において使用者の賠償すべき額を決定するに当たり、その性格及びこれに基づく業務遂行の態様等を、心因的要因として斟酌することはできない」ことを判示する。

以上の最判 H12.3.24は、労働者の傷つきやすさに起因するリスクにつき、それが通常想定される範囲を外れるものでない限り、使用者が負担すべきことを結論する。これは、本件事案において、労働者の労務内容を使用者がコントロールできたこと、にもかかわらず使用者が継続的に過重な労務を課してきたことを背景とする判断であり、判決の射程については、慎重な検討が必要となる。⁽⁷⁹⁾しかし、SH が問題となるのもまた、多くの場合、上司と部下、指導教員と学生など、継続的な関係を前提に、加害者が、被害者の損害発生を回避すべく、一般に比して重い責任を負う場面である。最判 H12.3.24は、過重な労働によって被害者が自殺に追い込まれた事案についての判断であるから、本稿に検討するグレーゾーンの事案の解決にあたって、単純なあてはめは許されないとしても、素因を斟酌する際の基本的な考え方を示したものとして、重要な先例と考えられよう。⁽⁸⁰⁾

(78) 民集54巻3号1155頁

(79) 八木一洋・平成12年度最判解説民366頁参照。

3. 若干の考察

3.1. 客観的基準か主観的基準か

(1) 前章においては、被害者の「傷つきやすさ」故に生じた損害につき、誰がどのように負担すべきかをめぐる裁判例の判断を検討してきた。実は、同じ問題が、米国において、hypersensitive victims (過敏な被害者) 問題として論じられている。⁽⁸¹⁾ すなわち、裁判所が違法性を認めない些細な出来事に傷ついて SH 被害を訴える「過敏な」被害者にどう対処するか、という問題である。まずは、この問題がクローズアップされたクラーク郡学区対ブリーデン事件連邦最高裁判決について、概要を紹介しよう。⁽⁸²⁾

本事案においては、学区の採用担当の男性上司(加害者)が、女性部下(被害者)および男性部下と求職者の審査にあたった際の発言について、被害者が苦情を申し立てたところ、これに対する報復として処分されたこと、並びに、州当局及び米国連邦雇用機会均等委員会に告発・提訴したことへの報復として処分されたことが、1964年公民権法第7編2000e-3(a)条(雇用差別慣行に反対したり、告発・証言等をした者に対する報復の禁止)に抵触するのではないかが争われた。問題の発言は、一人の求職者に関する報告書に、同人が、かつて同僚に向かって「君とメイク・ラ

(80) なお、最判 H12.3.24は、SH 訴訟における事業者・使用者の責任を判断するについても、重要な意義を有することが明らかである。事業者・使用者は、労働者(学生)の労働(就学)環境をコントロールする立場にあるところ、問題のある労働(就学)環境を放置した場合に、通常想定される範囲内の傷つきやすさに起因するリスクを事業者・使用者が負担すべきことは当然であろう。

(81) この議論を紹介するものとして、山崎文夫「セクシュアル・ハラスメント法とハイパーセンシティブ・ビクティム問題」国士館法学37号41頁(2005)がある。

(82) Clark County School District v. Breeden, 532 U. S. 268, 121, S. Ct. 1508 (2001) 同判決を紹介する文献として、吉川英一郎「職場におけるセクシュアル・ハラスメント問題」(レクシスネクシス・ジャパン, 2004) 133頁以下がある。

ブすることはグランドキャニオンとメイク・ラブするみたいだって聞いた」とコメントした旨が記載されていたところ、加害者が、これを大声で読み、被害者を見て「何を言っているのか私にはわからない」と言い、男性部下が「あとで説明しましょう」と言って、二人で笑ったというものであった。

1 審は学区側が勝訴したが、2 審の第 9 巡回区連邦控訴裁判所は、これを破棄した。争点は、条文の保護対象が本法において実際に違法とされる慣行への抗議に限られるかであった。連邦控訴裁は、これを「当該従業員が違法と信じ得るに相当性がある慣行への抗議」で足りるとし、被害者が当該行為を違法な SH であると合理的かつ誠実に確信していた場合、被害者は保護されるべきと判示した。しかし、連邦最高裁は原審判決を破棄し、1 審の判断を支持した。たとえ原審の解釈が正しいとしても、たった一度の「グランドキャニオン」発言が同法に反していると合理的に信じる人間などいるわけがなく、これは、極めて深刻とは少しも考えられない単独の出来事であるから、公民権法違反には当たらないと判断したのである。

以上の連邦最高裁判決は、SH を「合理的な人間」という客観的な基準によって判断するものであり、判断の具体例として、たった一度の「グランドキャニオン」発言程度であれば、SH として法の保護に値しないことを明らかにした点で参考となる判決である。合理的な人間であれば、この程度の発言が公民権法に反するなどと考えるわけがない。連邦最高裁は、このように論じるが、現実には、本件被害者のように、当該発言を SH であると考え、公民権法上の保護を受ける資格があると信じて抗議を行う「傷つきやすい被害者」が存在した。連邦最高裁は、こうした被害者について、救済を与える必要はないとの判断を下したのであった。⁽⁸³⁾

(83) もっとも、日本法との関係で重要なのは、本判決が、1964 年公民権法第 7 編の禁じる性差別にあたるか否かを争っているという点である。SH が同法上提訴可能

(2) このような客観的基準によってSHを判断する立場は、客観化の対象を同性に限定するか否かの違いこそあれ、基本的には、我が国においても共通している。上述の通り、均等法の解釈通達は、SHの判断基準を、平均的な同性の労働者におくことを明らかにしている。また、裁判例においても、女性の意に反する性的言動が違法と評価されるためには、諸事情を総合的に判断して、「社会通念上許容される範囲を逸脱している」ないし「社会的見地から不相当とされる程度のものである」ことを要するとの基準が一般的に採用されているが、ここで基本的に前提とされるのも「一般的な感受性」を有する被害者なのである。こうした実務は、予見可能性を担保し、法的安定性を高めるものとして、一定の評価が可能である。また、SHの判断基準として客観的基準を採用することが、被害者にとって必ずしも不利に働くとは限らないことは、指摘しておかなければならない⁽⁸⁴⁾。

しかし、SHが、そもそもどのような概念かを考えるならば、法的な問題として、SHが客観的基準によって判断されることへの違和感是否めない。人事院規則10-10は、SHを「他の者を不快にさせる職場における性

であるのは、ハラスメントがあまりに苛酷が蔓延しているために被害者の就労環境を虐待的なものへと変貌させている場合に限られる。連邦最高裁の判断は、こうした高いハードルを前提としたものなのであって、同じ議論が、日本における不法行為訴訟に当てはまるのかは、議論の余地のあるところであろう。

- (84) 沼崎論文は、SHの判断基準として客観的基準を採用すれば、「不快感情の『客観的』証明が求められ、『本当は喜んでいたのだろう』などという非難が浴びせられて、不快感情の存在を疑われ、『望まれない押しつけ』であることが否定される」といった「二次被害」が生じることを危惧するが、この事態は、むしろ、主観的基準が採られる故に生じると考えられる。(この点を指摘し、SHは客観的に判断されるべきことを論じるものとして、上掲の東京地判H15.6.9参照。)平均的な同性労働者も不快感を覚えるであろう事案で客観的基準を採用することは、むしろ被害者の立証負担を軽減する。客観的基準を採用することの問題は、平均より「傷つきやすい」被害者が被害を訴えた場合に存するのである。(沼崎一郎「客観的行為主義から主観的關係主義へ」『法社会学』60号101頁(2004)(以下、沼崎「主観的關係主義」)。

的な言動及び職員が他の職員を不快にさせる職場外における性的な言動」と定義する。この定義を字句通りに理解するなら、SH の成否について判断の基準となるのは、当該言動が他の者を「不快にさせる」か否か。被害者が当該言動を「不快」と感じたならば、それは SH なのであって、こうした主観的基準は、キャサリン・A・マッキノンの古典的定義 (unwanted imposition of sexual requirements (相手の希望に反する性的要求を押しつけること)) 以来、一貫して SH 概念を特徴付ける判断基準であり続け、SH の定義として社会に浸透している。にもかかわらず、法的判断の場面に限って客観的基準が用いられるとすれば、unwanted imposition を許さないという SH 概念の意義を没却するとの批判を免れないであろう⁽⁸⁵⁾。

これは単に論理的な次元にとどまる問題ではない。そもそも、SH 概念は、既存の社会通念に対する異議申立てという側面を色濃く有している。つい20年前まで、職場において、SH という概念は存在しなかった。上司が、異性の部下に対して多少の性的言動を行うことは、基本的に、職場において必要なコミュニケーションないしスキンシップとして、社会的に許容されていたのである。「電車の中でやれば痴漢なのに、会社の中では許される⁽⁸⁶⁾」という当時の状況は、SH という概念の浸透により、確かに変化した。この変化の時は、過ぎ去ってしまったのだろうか。当時、社会的見地から不相当とまではいえないとされ、一般的な同性労働者も問題としていなかった行為が、現在どのように違法評価されているかを想起するなら

(85) この点を直裁に指摘するものとして、沼崎「主観的關係主義」を参照。水谷弁護士も、「平均的な『女性労働者』の感じ方」を基準とした場合、「大半の女性が苦痛を感じるものだけがセクシュアル・ハラスメントに該当することになり、人格権・利益を侵害行為に対する判断基準としては妥当なものとはいえず、原則として直接セクシュアル・ハラスメントを加えられた行為主体である『女性労働者個々人の感じ方』を基準とすべき」ことを論じる(水谷英夫「職場のいじめ」(信山社, 2006) 7 頁)。

(86) 「MORE」1989年6月号『もう許せない! 実態セクシュアル・ハラスメント』(集英社, 1989) 記事より

ば、現在の社会において、「過敏」(＝敏感すぎる)と評価される「傷つきやすい被害者」の主張が、10年後20年後、一般の同性労働者の主張として社会に受け入れられている可能性は、決して否定できないのである。⁽⁸⁷⁾

3.2. 考察

(1) では、SHの判断は、完全に被害者の主観に委ねられるべきなのだろうか。沼崎論文はこれを肯定するが、問題は、そう単純ではない。裁判例をみるならば、男性の視線を意識して不快感・嫌悪感を持ったといったことまでがSHとして主張されているケースもあり、こうした事案においては、むしろ、被害者の主観による一方的なSHの主張が、当該加害者に対する悪質な職場いじめとなる危険性を考慮すべきである。また、日本社会において、SHの加害者とされることは、職場において社会的生命を絶たれるも同然であるという事実は、当然、考慮にいれなければならない。被害者から、SHが主張されているからといって、安易にこれを認定し、被害者を救済すればよいという問題ではないのである。

SHの認定にあたって、平均的な同性労働者を基準とするか、完全に被害者の主観に委ねるかを二者択一の問題と考えることは、建設的とはいえない。基準の違いによって、救済が左右されるのは、本稿が主題とする「傷つきやすい被害者」なのであって、不法行為法において、被害者が一般に比して傷つきやすいことのリスクを、誰がどのように負担すべきなのか、という本稿の掲げる問題への現実的対応が問われているのである。

以下、紙幅の関係上、前章においては基本的に個別類型を検討するとどまっていた、不法行為の成立場面における傷つきやすい被害者への対応

(87) そもそも、一般的な同性労働者の感覚、ないし、社会的見地からみた相当性な判断基準を適用するのが、(多くの場合男性、年配の)裁判官であるという問題も指摘しうる。社会的相当性の判断にあたり、考慮要素として何を選択するかは、裁判官に委ねられているといえ、この選択の恣意性を指摘する論文は少なくない。

(88) 沼崎「主観の関係主義」111頁以下

(89) 東京地判 H17.6.13 Lexis Nexis. JP 収録

に絞って検討することとした⁽⁹⁰⁾。

(2) SH 訴訟が提起された場合、不法行為の成否の判断にあたって前提とされるのは、主張された性的言動が存在すること、そして、被害当時、被害者が当該言動に不快感を覚えていたことである⁽⁹¹⁾。では、以上の条件をクリアしていれば、不法行為の成立を認めてかまわないのだろうか。

この点、不法行為法の一般原則に照らして考えるならば、当該言動が被害者に不快感を与えることにつき、加害者に予見可能性がなければ、そもそも加害者に過失責任を問う前提を欠くことが明らかである。この場合に、加害者の責任を問えないことは、不法行為法による救済を前提とする以上、致し方ない結論といえよう。ここで問題となるのが、予見可能性の判断である。不法行為の被害者はさまざまであり、なかには一般に比して繊細な感受性の持ち主もいるのであって、ある程度の差は、個人差の範囲として当然にその存在が予定されているというべきではなかろうか。一般的な感受性を前提として当該言動が不快感を与えることが通常とはいえ

(90) 他の場面における考慮については、前章の検討を参照されたい。

(91) この点、名古屋地判 H15.1.29は、ストーカー行為が SH にあたるとの主張について、当該行為が行われていた当時、被害者が加害者の行為を強く問題視していなかったことを認定し、「特定の時点で問題でなかった行為が、その後相手方に不愉快と受け取られるようになったとしても、これをさかのぼってストーカー行為などと評価できないことは当然」と判示する。また、東京地判 H17.6.24は、退職勧奨にあたり、母子家庭であることに言及したこと等が SH にあたるとの主張に対し、当時、被害者が、この発言に対し、特に抗議もしていないこと等を認定して、違法行為ということはできないと判断している。このほか、裁判例においては、愛情と合意に基づいて行われた行為を、両者の恋愛関係が破綻した後になって、SH と主張したと認定されているケースも見受けられる。当然、SH と認定されていない。

ただし、以上の認定にあたっては、前註53) に引用した東京地判 H15.6.9 の指摘が重要である。被害者が、被害当時に不快感を覚えていたことが要件となるのは当然としても、この認定に当たっては、被害者のおかれた社会的立場を考慮し、当該立場にある者に自然な行動パターンを前提に判断することが求められるであろう。

ない場合であっても、不快に感じる傷つきやすい被害者の存在が一般的に予見可能である場合には、予見可能性は否定されないと考えるべきであろう。また、職場の上司・管理職、大学の指導教員など、当該被害者と継続的にかかわり、被害者の職場環境・就業環境の保持に責任を負う立場にある者には、より重い予見義務が課せられているのであって、予見可能性も、この義務の存在を前提として判断されることとなろう。

(3) では、予見可能性さえ認められれば、SH として、不法行為の成立を認めてかまわないのであろうか。前章に検討した東京地判 H17.3.25 は、一見、こうした判断を肯定しているかのようである。

しかし、ここで注意しなければならないのは、不法行為の成立が問題となっている以上、民法709条の要件全ての充足が、当然に要求されるという点である。裁判例を総覧するならば、SH 訴訟には、過失ないし過失責任を問う前提としての予見可能性の判断から直接に不法行為の成立を導くもの、権利侵害(人格権侵害)の認定から直接に不法行為の成立を導くものの、行為の違法性判断によって最終的な不法行為の成否を判断するものの等⁽⁹²⁾の諸類型を見いだすことができる。これらは、いずれも、全ての不法行為要件の充足を判断することなく不法行為の成立を肯定する。しかし、例えば、権利侵害から不法行為の成立を肯定する判決をみるならば、加害者に故意が認められるといってよいケースであり、深刻な権利侵害も明らかであって、諸事情の考慮により違法性の有無を判断するまでもない事案であるが故に、あえて他の要件についての判断を示していないにすぎない。

東京地判 H17.3.25において予見可能性がメルクマールとされたのは、

(92) 和田論文は、SH の判決例を分析し、不法行為の成否の判断が、「権利侵害」要件によって行われている判決、「侵害行為の違法性(悪質性)」によって行われている判決、「相関関係」の考慮によって行われている判決の存在を明らかにする。(和田美江「セクシュアル・ハラスメントの不法行為評価(1)(2・完)」北法53巻5号219頁、6号252頁)

被害者が不快を感じることにについて予見可能性がある限り、加害者は、当該行為を回避すべきであるとの判断が前提とされてのことと考えられる。そして、予見可能性の判断から、直接に不法行為の成否を判断するということは、加害者の過失ある行為を、常に違法性を有し、被害者の権利を侵害するものと判断することにはかならない。個別事案の解決としては別論、果たして、こうした判断は、一般に妥当するといえるであろうか。

例えば、大学内において、男子学生が、パンツを腰履きし、下着をみせて歩いていたという例を考えよう。当該学生にとって、これは単なるファッションであって、性的行為の意識はない。学内の一般学生にとっても、この服装が学びの場にふさわしいかは別論、特に性的違和感を覚えるものではなかった。しかし、同じ大学に通う一人の女子学生が、当該男子学生を SH で訴えた。この場合、我々は、どのように判断すべきであろうか。

東京地判 H16.1.23 の指摘するように、異性の下着姿に視覚的な性的不快感等を覚える被害者がいるであろうことは一般的に予見できないわけではない。また、自らの行為を、性的な行為と受け取り、不快感を覚える被害者の存在が一般的に予見可能である以上、こうした被害が現実には生じないよう行動しなかった加害者に、注意義務違反（過失）を認めることも可能かもしれない。しかし、だからといって、こうした服の着方が、それ自体違法であって、不法行為にあたると判断されたとすれば、違和感を拭い得ない。社会通念が揺らいでいる領域において、安易に不法行為責任を認めることは、法と道德の境目を曖昧にしかねない。果たしてこれは法が介入すべき問題なのであるだろうか。上の例でいえば、若者のだらしない格好に不快感を覚え、眉をひそめる大人は少なくない。しかし、街には、こうした格好の若者があふれている。無論、街中と、職場・学びの場は違う。良好な就業・就学環境を保つために、固有のドレスコードはあって当然としても、これは、あくまで道德・マナーの問題として解決すべきであろう。⁽⁹³⁾ 基本的に法の介入すべき場面ではないと考えられるのである。

では、こうした判断は、社会通念が揺らいでいる領域には、全て妥当す

るのであろうか。例えば、酒席でのSH 紛いの(?)言動は、日本社会において、従来、大目に見られてきた経緯がある。この20年、SH 概念の浸透にともなって、こうした社会通念は大きく変化した。いわば、社会通念が揺らいでいる領域といえないこともない、こうした酒席でのふるまい方について、法は介入すべきなのであろうか。ここでの問題が、上の議論と大きく異なるのは、SH 紛いの(?)言動は、従前においても、酒席という特殊な状況を離れては、許されていなかったということである。むろん、この「特殊な状況」が伝統文化として根付いたものであるならば、この文化は尊重されなければいけない。上述の黒石寺蘇民祭(裸祭り)などは、この好例といえよう。しかし、こうした例外をのぞけば、「他の場所で許されないことは、この場所でも許されない」のが原則である。SH 概念を世に広めるきっかけとなった雑誌の特集には、「電車の中でやれば痴漢なのに、会社の中では許される」現状への疑問が綴られていたが、この素朴な問いかけは、ここでも有効な基準として機能するのである。

(4) 次のような例についても考えてみよう。ゼミ報告を終えたばかりの学生に対して、指導教員が「よく頑張った」との思いを込めて、肩をポンと一叩きする。よくある光景であり、普通の学生にとっては、これが性的行為であるとは思ってもよらず、不快とも感じない行為である。しかし、当該学生は、異性からの接触に非常に敏感であり、この行為に対しても強い性的不快感を覚えたとしよう。本件行為前に、こうした敏感な学生であることを認識しうる機会が、当該教員になかったとして、この場合、本件行為はSH として不法行為となるのであろうか。

上掲大阪地判 H8.4.26は、「相手方の意思に反する性的言動の全てが違法性を有し、不法行為を構成するわけではな」く、「社会的にみて許容される範囲内の行為も自らあ」ることを論じる。確かに、上述の通り、SH

(93) ただし、こうしたドレスコードを守らない従業員に対する懲戒処分が許されるかは、法の介入すべき問題である。

概念は、既存の社会通念に対する異議申立てという側面を色濃く有しているものであって、現在の社会通念（と裁判所が判断するもの）による判断に親和的ではない。本稿においても、境界線上にある（と裁判所が考える）事案で、違法性判断が恣意的に行われる危険を指摘した。しかし、以上の例⁽⁹⁴⁾を考えるならば、それでも違法性判断の必要な場面は否定できない。恣意的な判断の危険をいうならば、一般条項の適用は、全てこの危険を孕んでいる。これに対しては、当該行為が、なぜ違法となり、なぜ違法とならないのかの判断を明確に言語化し、違法性判断が諸考慮要素の総合的判断であるというならば、なぜ当該考慮要素が判断にあたって参照されるのかを検証していくことによって、対処するほかないのではあるまいか。

では、SH 行為の違法性は、具体的にどのような考慮要素を斟酌して判断されるべきであろうか。上掲大阪地判 H8.4.26 は、「違法性の有無を決するためには、行為の具体的態様（時間、場所、内容、程度など）、当事者相互の関係、とられた対応等を総合的に吟味する必要がある」と論じる。裁判例においても、基本となるのは、被害者の受けた不快感・被害の程度を考慮した上での、事後の対応を含む加害行為の態様（悪質性）の、当事者相互の関係（権力関係・立場の交換可能性等）に鑑みた判断である。行為⁽⁹⁵⁾

(94) 木村和成「民事紛争における人格権の機能について」（摂南法学38号72頁）は、人格権として論じられる法益のうち、侵害の結果が精神的苦痛や不快感といった内心の感情レベルにとどまるものを「人格」と定義し、この「人格」の侵害という事実評価を、当該侵害の違法評価と区別すべきことを論じた上、人格権侵害は原則違法であるとしても、「人格」の侵害についてこの立場を貫徹することは不可能と断じる。「概念設定上、そもそも不明確なものとならざるを得ない『人格』について、その侵害を原則的に違法と評価することは、社会生活における個人相互間の関係を極めて不安定な状態に置くことになる可能性が高い」からである。木村論文にいう「人格」が侵害される場面とは、まさに本稿の検討対象であり、この場面における違法性評価の必要性については、私見同旨である。もっとも、木村論文は、以上の考察から、違法性の有無を、侵害行為の態様（の客観的評価）によって判断すべきとの結論を導く。これに対し、本稿の狙いは、客観的基準か主観的基準かという二者択一を超えた実務の叡智を探ることにある。

(95) 裁判例においては、これ以外の考慮事由が示されることもある。例えば、前掲

の悪性が明らかな事案では、加害行為の悪性のみを指摘して不法行為の成立を認める判決も少なくない。問題は、本稿に検討される限界事例で、以上の考慮要素がいかにかに判断され、結論に結びつけられるかである。

例えば、酒席での軽い性的冗談など、平均的な同性の感受性を基準としても不快を感じるが、金銭で償わなければ補填されないほどの精神的な苦痛を与えるものとはいえない程度の加害者の行為によって、傷つきやすい被害者が大きなショックを受け、心因反応を患って長期の通院治療を余儀なくされたケースについて考えてみよう。当該行為が、金銭で償わなければ補填されないほどの精神的な苦痛を与えるものといえない以上、この点だけを評価するならば、違法性は否定される。しかし、いったん不法行為の成立を否定すれば、救済はゼロになる。被害者が、現実には不快感を覚え、深刻な被害を蒙っていることを考慮し、加害行為の態様としても、一定程度の悪性は認められることからすれば、交通事故訴訟等における裁判実務に倣い、不法行為の成立を認めた上、賠償範囲の画定や、損害額の算定・調整の場面でバランスをとることも検討されるべきであろう。まして、当該加害者が、上司・管理職・指導教員など、加重された責任を負う立場にあるならば、こうした判断は当然といえるのではあるまいか。

もっとも、上の例が、平均的な同性は、ほとんど不快を感じない行為について、被害者の「傷つきやすさ」故に傷ついてしまったというケースであったとすれば、これは、文字通り違法性のない行為であって、いかに加害者が加重された責任を負う立場にあるとしても、こうした行為についてまで責任を問うことはできない。被害者が現実には傷ついていることに変わりはないのであるが、所有者危険負担原則の下、損害の転嫁が認められな

名古屋高裁金沢支判 H8.10.30は、「行為の態様、行為者である男性の職務上の地位、年齢、被害女性の年齢、婚姻歴の有無、両者のそれまでの関係、当該言動の行われた場所、その言動の反復・継続性、被害女性の対応」等を総合的にみて、社会的見地から不相当とされる程度のものである場合に人格権侵害として違法になると判示する。しかし、「被害女性の年齢、結婚歴の有無」を考慮事由とすることについては、批判も多い(水谷「実態と法理」266頁等)。

い以上は、被害者自ら損害を負担せざるを得ないのである。⁽⁹⁶⁾

4. 残された課題

以上、本稿においては、さいたま地判 H19.12.21 を出発点に SH 訴訟を分析することにより、不法行為法において、被害者が一般に比して傷つきやすいことのリスクを、誰がどのように負担すべきか、という問題を考察した。裁判例を網羅的に検討することにより、客観的基準か主観的基準かという二者択一を超えて、不法行為法における現実的対応のあるべき姿を示すことができたことは、本稿の一応の成果であるとする。

残された課題も多い。註記の通り、本稿においては、基本的に、事業者・使用者の責任を検討対象としなかった。また、疾患といえない精神的特徴について、いかなる場合に、心因的素因として斟酌することが許されるのか（許されないのか）は、きめ細かな検討を必要とする問題であるが、本稿においては、ほとんど論じることができなかった。さらに、SH 訴訟は、いわゆる人格訴訟の性格が色濃いと思われるところ、こうした訴訟類型について分析を行うにあたっては、被害者感情への配慮も重要である。従来、実定法学において軽視されてきた点であるが、被害者の傷つきやすさへの対応という問題を論じるにあたって、避けて通ることはできない。⁽⁹⁷⁾

(96) SH 訴訟で敗訴する被害者には、実際には加害行為が存在しないにもかかわらず訴訟を提起したとされる者、実際には損害が生じていないにもかかわらず訴訟を提起したとされる者も含まれる。しかし、こうした自称被害者と、一般に比して傷つきやすいが故に実際に被害を受けることとなってしまった被害者は、同じ SH 訴訟の敗訴者であっても事情が異なる。こうした事情は、判決に明記することも検討されるべきである。こうした配慮は、被害者による敗訴判決の受け入れを容易にすると考えられる。また、実際上も、加害者からの名誉毀損や不当提訴といった主張が認められないことを明らかにする効果が期待できるのである。（福岡高判 H19.3.23（判タ1247号242頁）、東京高判 H18.8.31（判タ1246号227頁）等参照。）

(97) 不法行為訴訟における、損害賠償請求という Legal Claim に内包された訴訟当事者の想いを、詳細なフィールドワークに基づいて丁寧に記述した法社会学上の

本稿は、「不法行為法における傷つきやすい被害者」を論じるものであるところ、「傷つきやすい被害者」が問題となるのは、SH 事案に限られない⁽⁹⁸⁾。本稿の課題を達成するためには、SH 以外の類型において「傷つきやすい被害者」がどのように扱われてきたかを明らかにする作業も必要となろう。今後の課題としたい。

(本稿の執筆にあたっては、牛山積先生、藤岡康宏先生、水谷英夫先生、小島妙子先生の各先生に草稿をお読みいただき、貴重なご指導をいただいた。記して感謝したい。なお、本稿は、2007年度東京経済大学より交付された個人研究助成費 A による研究成果の一部である。)

業績として、小佐井良太「飲酒にまつわる事故と責任 (一) (二) (三完)」(九大法学88号468頁、93号312頁、94号350頁)がある。こうした実証研究を踏まえ、人格訴訟における紛争の解決のために、民法学にできることを考えていく必要があろう。この方向性を示唆するものとして、08年度法社会学会における小佐井准教授の報告「『死別の悲しみ』を伴う紛争事例の解決と法の応答可能性 一定期金賠償方式に基づく損害賠償の『命日払い』請求をめぐる一」も参照されたい。

(98) 現代不法行為法の特徴として、被侵害利益の主観化を論じる吉田克己報告(2007年度神戸大学・早稲田大学21世紀 COE 合同研究会於神戸大学)に大きな示唆を得た。なお、水谷前掲誌60 99頁も参照。