

—目次—

81	第14巻の刊行にあたって	大澤 裕
----	--------------	------

投稿論稿

83	インサイダー取引規制における「行うことについての決定」 該当性の判断枠組みの一考察	原澤翔多
98	職場における「パワー・ハラスメント」に関する比較法的考察 ——カナダ法のハラスメント規制を素材に——	日原雪恵
164	不法行為法におけるプライバシー ——その権利性と受忍限度——	溝端俊介

寄稿論稿

194	刑事事実認定についての2つの小考察 ——近時の最高裁判例を手掛かりとして——	熊代雅音
210	国際決済銀行仲裁裁定	中谷和弘
219	投稿論稿選出理由	

–Contents–

81	Foreword (<i>in Japanese</i>)	Yutaka OSAWA
<hr/>		
83	When corporate decisions become 'material': a critical approach to the Japanese insider trading regulation (<i>in Japanese</i>)	Shota HARASAWA
98	A Comparative Study on Workplace Harassment: Based on Harassment Legislation in Canada (<i>in Japanese</i>)	Yukie HIHARA
164	Privacy in tort law: its concept as a right and "the limits of tolerance" (<i>in Japanese</i>)	Shunsuke MIZOBATA
<hr/>		
194	Two small studies on criminal fact-finding; based on recent judgments of the Supreme Court (<i>in Japanese</i>)	Masato KUMASHIRO
210	The Bank for International Settlements Arbitration Awards (<i>in Japanese</i>)	Kazuhiro NAKATANI
<hr/>		
219	Editor's Comments (<i>in Japanese</i>)	
<hr/>		



第 14 巻の刊行にあたって

法科大学院の日常は慌ただしい。それは学生に限らず、教員も然りである。そのような中でもすれば見失いがちなのは、法科大学院創設の原点にあった教育理念・目標である。今回、研究科長として本稿の執筆依頼を受けたことをきっかけに、本誌第 1 巻以来の各巻の「刊行にあたって」（第 1 巻は「創刊の辞」）を読み直し、そこに遺された歴代研究科長のメッセージに、度々目を覚まさせられる思いをした。本誌の創刊を支えられたお二方の例を掲げる。

「専門職大学院である法科大学院が法曹としての基幹的能力を育成することを任務とすることはいうまでもないが、このことは法科大学院での法曹養成教育は、学生が既存の理論や実務に習熟できるようにすることに尽きるということの意味するものではない。むしろ、いまだ未解決であったり、これから新たに生ずるであろう社会的課題について、法曹として正面から取り組んで、解決を図っていくという創造的な能力の涵養こそが究極の法科大学院教育の目標でなければならない」（高橋宏志「創刊の辞」）。

「法科大学院が既存の理論と実務の知識を身につけさせることを目的とした専門学校的な教育課程を提供するものであるという理解をすれば、少なくとも東京大学法科大学院については、それは大きな誤解であるといわなければならない。……解決のあり方が確立していない未知の問題に対してマクロとミクロの両面で適切な解決を図るという創造的な能力こそが、一流の法律家に求められるのであり、そのような資質をもつ法曹こそが東京大学法科大学院が養成しようとする法曹である。……法律家の基礎的な能力の育成の旗印の下に、既存の知識を身につけさせることに汲々とした教育が展開されているとすれば、法科大学院を開設している研究機関でもある大学の自殺行為であるといわなければならない」（山下友信「第 5 巻の刊行にあたって」）。

このような創設時以来の本学法科大学院の教育理念・目標のもと、学生の自主的な研究やリサーチ、論文執筆を奨励する意味から、その成果を公表する場として刊行されてきたのが、本誌である。創刊以来、堅調な刊行を重ね、ここに第 14 巻の刊行に至ったことを心から慶びたい。

第 14 巻には、法科大学院学生からの投稿が 14 編あり、編集委員会の厳正な審査を経て、そのうちの 3 編が掲載の運びとなった。投稿件数、掲載件数とも昨年の第 13 巻と比べ増加したことは、積極的に評価したい。投稿件数は、本学法科大学院の教育理念・目標が学生の間で受容されている度合いを反映し、掲載件数は、審査の厳正さが不変である限り、投稿された作品の質の高さを示すと考えられるからである。

本誌は、学生が主体となって運営する編集委員会がその編集の任に当たっている点も特筆に値する。編集委員諸氏が、投稿の審査をはじめ編集作業に費やしているエネルギーは、並大抵ではない。本巻からは、掲載論文の決定後に、編集委員会から執筆者に対し補正提案を試みるという新たな取り組みも開始したと聞く。これも審査に高いレベルで真摯に取り組んでいるが故に可能となる取り組みであろう。編集委員諸氏の尽力に対し、研究科を代表して、心から謝意を表したい。

周知のように、法科大学院を中心とした法曹養成制度は、今後、新たな局面を迎える。法学部におけるいわゆる「法曹コース」の導入と法科大学院における司法試験の在学中受験制度の導入により、大雑把に言えば、法科大学院における学修の時間が圧縮される。しかし、本誌の来し方を振り返り、歴代の論文執筆者、編集委員の熱い眼差しを想い起こすならば、それらに照らし、本誌の将来も決して案ずるには及ばないであろう。本誌が本学法科大学院の教育理念・目標とともに力強く歩み続けることを確信しつつ、第 14 巻を世に送り出すこととする。

東京大学法科大学院ローレビュー第14巻には、投稿締切日である2019年3月19日までに、14編の学生論稿の投稿がありました。これらの論稿の中から、第14期編集委員会は、掲載論稿として3編を選出いたしました。

たくさんのご投稿をいただき、誠にありがとうございました。

第14期編集委員会

論説

インサイダー取引規制における「行うことについての決定」該当性の判断枠組みの一考察

2018年4月入学

原澤翔多

I. はじめに

II. 規範についての判旨紹介

III. 本決定で問題とされた点と本論稿の検討事項

IV. 「決定」に対する裁判所の法解釈

- 1 日本織物加工事件最高裁判決
- 2 本件第一審判決
- 3 本件控訴審判決
- 4 本決定
- 5 裁判所の法解釈に対する評価
- 6 対立する立場の論拠の検討
- 7 それぞれの立場が重視すること

V. 「決定」該当性の判断枠組み

- 1 実質的判断の必要性と許容性
- 2 考慮要素の検討
- 3 総合判断の判断枠組み
- 4 判断方法のまとめ
- 5 本決定の事案におけるあてはめ

VI. 本決定の隠れた考慮要素の可能性

VII. おわりに

I. はじめに

いわゆる村上ファンド事件最高裁判決¹⁾(以下、「本決定」という。)が、旧証券取引法(以下、現行の金融商品取引法と併せて、「法」という²⁾)167条2項の「公開買付け等を行うことについての決定」について、公開買付け等の実現可能性が具体的に認められることは要しないとした点に対し、学説では様々な評価がなされた。特に実現可能性の程度の取り扱いについては、本決定の登場前に、会社内で生じた決定事実(法166条2項1号)に係るインサイダー取引が問題となつたいわゆる日本織物加工事件³⁾以来、下級審を含めて裁判所でも立場が分かれており、本論稿では、裁判所の法解釈とそれに関連する学説の対立状況を整理することを試みる。そして、立場の対立をどのように理解すべきか、いずれの立場が正しいのか、あるいは両者が歩み寄ることはできないのか考察する。

また、インサイダー取引は規制の趣旨に照らし、投資者の投資判断に影響を及ぼし得るものを処罰するべきだと考えられるが、何が

1) 最決平成23年6月6日刑集65巻4号385頁。

2) 本決定は直接的には、旧証券取引法167条2項について判示したものである。また、後掲する日本織物加工事件最高裁判決は、旧証券取引法166条2項1号について判示したものであるが、これらは現行の金融商品取引法166条、167条と、ほぼ同様の条文の構造を持つ。そこで、本論稿では、両者を併せて「法」と表記する。内田幸隆「判批(本決定)」刑事法ジャーナル31巻105頁、107頁注1(2012)参照。法167条に関する旧法との比較について、黒沼悦郎「判批(本決定)」商事1945号4頁、7頁(2011)。橋爪隆「判批(本決定)」論ジュリ7号233頁、235頁(2013)。

3) 上告審は、最判平成11年6月10日刑集53巻5号415頁。以下、当該上告審のことを「日本織物加工事件最高裁判決」と呼ぶ。

投資者の投資判断に影響を及ぼし得るのか、学説によって様々な考慮要素が考えられており、これらの整理も試みる。

そして、法解釈に対する立場の対立や考慮要素の整理を踏まえて、法 167 条 2 項の「公開買付け等を行うことについての決定」と、法 166 条 2 項 1 号の「行うことについての決定」とを併せて、「行うことについての決定」の妥当な判断枠組みを考える。

なお、法 167 条と法 166 条は、それぞれ公開買付者等関係者等によるインサイダー取引と会社関係者等によるインサイダー取引という違いがある。もっとも、これらは、どちらも投資者の投資判断に重要な影響を及ぼす未公表の事実を知った者が取引をすることを規制するものであり、条文の違いは行為主体による分類の違いにすぎないともいえる⁴⁾。また、両者は、「業務執行を決定する機関」が、「行うことについての決定」をするという共通した規制構造を持ち、学説上、法 166 条の「行うことについての決定」の解釈は法 167 条にも当てはまるとされている⁵⁾。さらに、本決定は実現可能性に関する判示について、日本織物加工事件最高裁判決を参照判決として引用している。これらのことを踏まえて、本論稿では、「行うことについての決定」の判断枠組みを考えるにあたり、上記のように法 166 条と法 167 条を併せて考えることとする⁶⁾。

II. 規範についての判旨紹介

本論稿を始めるにあたり、まずは問題となった本決定の規範に係る判旨を紹介する。

「同条⁷⁾は、禁止される行為の範囲につい

て、客観的、具体的に定め、投資者の投資判断に対する影響を要件として規定していない。これは、規制範囲を明確にして予測可能性を高める見地から、同条 2 項の決定の事実があれば通常それのみで投資判断に影響を及ぼし得ると認められる行為に規制対象を限定することによって、投資判断に対する個々具体的な影響の有無程度を問わないこととした趣旨と解される。したがって、公開買付け等の実現可能性が全くあるいはほとんど存在せず、一般の投資者の投資判断に影響を及ぼすことが想定されないために、同条 2 項の『公開買付け等を行うことについての決定』というべき実質を有しない場合があり得るのは別として、上記『決定』をしたというためには、上記のような機関において、公開買付け等の実現を意図して、公開買付け等又はそれに向けた作業等を会社の業務として行う旨の決定がされれば足り、公開買付け等の実現可能性があることが具体的に認められることは要しないと解するのが相当である（最高裁平成 10 年（あ）第 1146 号、第 1229 号同 11 年 6 月 10 日第一小法廷判決・刑集 53 卷 5 号 415 頁参照）。」

III. 本決定で問題とされた点と本論稿の検討事項

法 167 条 2 項は、公開買付者等が法人である場合は、「業務執行を決定する機関」が「公開買付け等を行うことについての決定」をしたことが、同条 1 項の「公開買付け等の実施に関する事実」にあたるとする。

本決定では、「業務執行を決定する機関」の意義と、当該「機関」による「公開買付け

4) 阿南剛「判批（本決定）」監査役 590 号 76 頁、76 頁（2011）、木目田裕＝上島正道監修・西村あさひ法律事務所・危機管理グループ編『インサイダー取引規制の実務（第 2 版）』17-19 頁〔福岡真之介＝上島正道〕（商事法務、2014）。山下友信＝神田秀樹編『金融商品取引法概説（第 2 版）』316-317 頁〔松井秀征〕（有斐閣、2017）も参照。

5) 横島裕介『逐条解説インサイダー取引規制と刑罰』183 頁（商事法務研究会、1989）、阿南・前掲注 4)76-77 頁（2011）、内田・前掲注 2)107 頁参照。黒沼・前掲注 2)7 頁、荻野昭一「インサイダー取引規制に係る決定事実とその判断基準」経済学研究 62 卷 1 号 7 頁、8 頁（2012）、橋爪・前掲注 2)235 頁、木目田＝上島監修・西村あさひ法律事務所・危機管理グループ編・前掲注 4)91 頁〔山田将之〕、西野吾一「判解（本決定）」最判解刑事篇平成 23 年度 39 頁、62-63 頁（2015）も参照。

6) 以下では、条文の違いにかかわらず、単に「機関」、「決定」と表記することがある。

7) 旧証券取引法 167 条。

等を行うことについての決定」の意義が問題となった⁸⁾。

まず、「業務執行を決定する機関」について、日本織物加工事件最高裁判決は、「商法所定の決定権限のある機関には限られず、実質的に会社の意思決定と同視されるような意思決定を行うことのできる機関であれば足りると解される」として、本決定でも、会社の「意思決定と同視されるような意思決定を行うことのできる機関」と判示されている。学説では、「機関」について、従来から、会社法の定めにも拘束されることなく、実質的に会社の意思を決定し得る者と解されており、会社の意思決定の実情に照らして実質的に判断するとされている⁹⁾。

「公開買付け等を行うことについての決定」については、「行うことについての決定」が「行うことの決定」よりも広く解され、公開買付け等そのものでなく、公開買付け等を行うにあたっての調査、準備、交渉等を行うことの決定が「決定」に該当するとされる¹⁰⁾。もともと、そうだとした様々な段階のある作業等のどの段階で「決定」があると判断するかは容易ではない¹¹⁾。後述の通り、学説の評価が様々であり、議論が多い。そこで、本論稿では「機関」による「決定」のうち、「決定」の解釈に絞って検討していくことにする。

IV. 「決定」に対する裁判所の法解釈

1 日本織物加工事件最高裁判決

本決定の登場前に、会社内で生じた「重要事実」（法166条2項）に係るインサイダー取引が問題となった日本織物加工事件最高裁判決は、法166条2項1号における「決定」の意義について、控訴審判決¹²⁾の判断、すなわち、当該決定に係る事項が確実に実行されるであろうとの予測が成り立つものでなければならぬと解されるところ、第一審判決が株式の発行を決定したと認定した時点では、本件M&Aの成立は予断を許さない段階であったから、いまだ「決定」があったとはいえないとした判断を覆し、「決定をしたというためには右機関において株式の発行の実現を意図して行ったことを要するが、当該株式の発行が確実に実行されるとの予測が成り立つことは要しないと解するのが相当である。」と判示した。

2 本件第一審判決¹³⁾

本件第一審判決は、「決定」に高い実現可能性を要するかという論点において、「実現可能性が全くない場合は除かれるが、あれば足り、その高低は問題とならない」と判示した。

8) 高橋陽一「判批（本決定）」商事2062号78頁，80頁（2015）。

9) 横島・前掲注5)52頁。三好幹夫「判解（日本織物加工事件最高裁判決）」曹時52巻10号3185頁，3196-3198頁（2000）は、会社の意思決定の実情に即して実質的に判断しようとする点では、学説はほぼ一致しているとする。加賀譲治「判批（本決定）」神田秀樹＝神作裕之編『金融商品取引法判例百選』128頁，129頁（2013）は、判例上、実質的な意思決定があったかどうかという観点から認定することで固まったと評価されることを指摘する。

10) 横島・前掲注5)183頁，53頁。浦岡洋「M&Aにおけるインサイダー取引規制の最新動向～村上ファンド最高裁決定、インサイダー取引規制の改正」会計・監査ジャーナル681号41頁，42頁（2012）。阿南・前掲注4)77頁は、この点について特に異論は見られないとする。

11) 浦岡・前掲注10)42頁。加藤佐千夫「インサイダー取引の刑事法的規制－裁判例の検討を中心として－」中京法学47巻3・4号121頁，135頁（2013）。

12) 東京高判平成10年9月21日資料版商事法務178号65頁。

13) 東京地判平成19年7月19日（Westlaw Japan 文献番号2007WJPCAO7198025）。

3 本件控訴審判決¹⁴⁾

本件控訴審判決は、「決定」の法解釈について、「公開買付け等を行おうとする者が行った当該『決定』が証券取引法 167 条 2 項にいう『決定』に該当するか否かは、証券市場の公正性と健全性に対する信頼を確保するというインサイダー取引規制の理念に沿って、当該『決定』が、投資者の投資判断に影響を及ぼし得る程度のものであるか否かを、その者の当該『決定』に至るまでの公開買付け等の当否の検討状況、対象企業の特定期間状況、対象企業の財務内容等の調査状況、公開買付け等実施のための内部の計画状況と対外的な交渉状況などを総合的に検討して個別具体的に判断すべきであり、『決定』の実現可能性の有無と程度という点も、こうした総合判断の中で検討していくべきものである」と判示し、「主観的にも客観的にも、それ相応の根拠を持ってその実現可能性があるといえて初めて、証券取引法 167 条 2 項の『決定』に該当するということができるのである。」とした。

4 本決定

本決定は、実現可能性について、「公開買付け等の実現可能性が全くあるいはほとんど存在せず、一般の投資者の投資判断に影響を及ぼすことが想定されないために、同条 2 項の『公開買付け等を行うことについての決定』というべき実質を有しない場合があり得るの

は別として」と判示し、実現可能性の有無について考慮する立場を示しつつ¹⁵⁾、「上記『決定』をしたというためには、上記のような機関において、公開買付け等の実現を意図して、公開買付け等又はそれに向けた作業等を会社の業務として行う旨の決定がされれば足り、公開買付け等の実現可能性があることが具体的に認められることは要しないと解するのが相当である。」と判示した。

5 裁判所の法解釈に対する評価

日本織物加工事件最高裁判決は、「決定」について、確実に実行されるとの予測は要しないとしたが、予測の程度の下限には言及せず、実現可能性の程度が低いものであってもよいのか、それともある程度の可能性を要するのかという点は不明確であった¹⁶⁾。この点につき、本件第一審判決は、実現可能性の高低を問わない立場を明らかにした¹⁷⁾。これに対し、本件控訴審判決は、当該「決定」が、投資者の投資判断に影響を及ぼす程度であるか否かを個別具体的に判断すべきとし、常に問題となる実現可能性について、それ相応の実現可能性が必要との立場をとった¹⁸⁾。そして、本決定は、実現可能性が具体的に認められることは要しないとした点で本件第一審判決に近い立場をとったといわれる¹⁹⁾。なお、本決定は、実現可能性が全くない場合のほか、ほとんどない場合も「決定」の実質を欠くことがあり得るとした点で、実現可能性が全くない場合を「決定」から除くとした本件第一審判決と異なる。この点について、

14) 東京高判平成 21 年 2 月 3 日判タ 1299 号 99 頁。

15) 中村聡「インサイダー取引規制上の決定事実——神は細部に宿る——」金法 1934 巻 4 頁, 5 頁 (2011) は、本決定が決定対象事項の実現可能性についても一応考慮する立場に踏み出したことが理論上注目されるとする。

16) 黒沼・前掲注 2) 7 頁。内田・前掲注 2) 108 頁。荻野敦史＝村松晃吉「判批 (本決定)」金法 2003 号 113 頁, 115 頁 (2014)。高橋・前掲注 8) 81 頁。埴尚義「インサイダー取引における決定事実」木目田裕＝佐伯仁志編『実務に効く 企業犯罪とコンプライアンス判例精選』152 頁, 155 頁 (有斐閣, 2016)。

17) 黒沼・前掲注 2) 7 頁。なお、本件の具体的な事実との関係では「その実現可能性は相当高かった」と認定しており、実現可能性の高低を問わないとした判示は、結論に影響を及ぼさないという点で厳密には傍論にすぎないという指摘もある。この点につき、木目田裕＝山田将之「判批 (本件控訴審判決)」商事 1864 号 4 頁, 11 頁 (2009)。

18) 西野・前掲注 5) 60-61 頁は、それ相応の根拠を持った実現可能性があることを要件として設定したと解している。

19) 黒沼・前掲注 2) 8 頁。内田・前掲注 2) 109 頁。佐藤淳「判批 (本決定)」研修 766 号 21 頁, 31 頁 (2012)。小林憲太郎「判批 (本決定)」重判平成 23 年度 (ジュリ臨増 1440 号) 171 頁, 172 頁 (2012)。木目田＝上島監修・西村あさひ法律事務所・危機管理グループ編・前掲注 4) 110 頁 [山田将之]。

実現可能性がほとんどない場合も「決定」を認めないことで、「決定」を否定する余地を広げる意図があると考えられることもできるが²⁰⁾、将来に向けた決定の実現可能性が全くない、すなわちゼロであるということはないから、本件第一審判決が「全くない場合」と判示した点は、「ほとんどない場合」をいうと解釈可能であり、全くない場合とほとんどない場合を区別する必要はないように思える²¹⁾。

上記のように裁判所は、実現可能性について様々な法解釈を見せてきたが²²⁾、大きく分けて、実現可能性の高低を要件として考慮するか否かという対立が見られる。

6 対立する立場の論拠の検討

(1) 実現可能性の高低を要件として考慮しない立場

実現可能性の高低を要件として考慮しない立場は、この点を支持する学説を含めて考えると、立法の経緯と法の構造を主な論拠とする²³⁾。

すなわち、インサイダー取引規制は、投資者にとって、当該取引が処罰されるものであるか否かが明確に判断できるように、できる限り、抽象的な評価概念を用いることなく、客観的、具体的に構成要件を規定するように努めたという立法の経緯があり²⁴⁾、そのような立法の経緯に鑑みると、法は規制範囲を明確にして予測可能性を高める見地から、決定事実があれば通常それのみで投資判断に影響を及ぼすことを前提として²⁵⁾、投資判断

に対する個々具体的な影響は考慮しない趣旨であると考えるのである。

また、軽微基準により投資者の投資判断に及ぼす影響が軽微なものは処罰しないとする構造や、法 166 条 2 項に関しては、包括条項に限り、「投資判断に著しい影響を及ぼすこと」が積極要件として明示されていて、決定事実は専ら定量的・形式的な観点から重要事実として規定されているという構造を考えると、投資判断に対する個別的影響を考慮しないことが、法の構造にも沿うといえる²⁶⁾。

以上のような立法の経緯や、法の構造に照らすと、投資判断に対する個々具体的な影響を考慮すべきではなく、すなわち個々の決定事実の実現可能性の高低を要件として考慮すべきではないということになる。

(2) 実現可能性の高低を要件として考慮する立場

実現可能性の高低を要件として考慮する立場は、主な論拠として、インサイダー取引規制の趣旨を挙げる²⁷⁾。

すなわち、市場の公正性・健全性に対する信頼の確保という趣旨からすると、未公開の情報であっても投資者の投資判断に影響を及ぼすような重要性を有しない情報に基づく取引は規制の対象とする必要がないことになり、当該「決定」が、投資者の投資判断に影響を及ぼす程度か否かという観点から実質的に考慮される必要があるというのである²⁸⁾。そして、本件控訴審判決は、実現可能性の程度が、投資判断への影響を検討する上で常に問題になるものとしている。

20) 橋爪・前掲注 2)236 頁。

21) 黒沼・前掲注 2)8 頁参照。

22) 辻畑泰伸「インサイダー取引規制」神田秀樹＝武井一浩編『実務に効く M&A・組織再編判例精選』218 頁、226 頁（有斐閣、2013）。

23) 山下貴司「判批（本件控訴審判決）」研修 732 号 15 頁、25 頁（2009）。荻野・前掲注 5)12 頁。高橋・前掲注 8)82 頁。西野・前掲注 5)63 頁。

24) 横島・前掲注 5)16-17 頁。

25) 栗山修「わが国におけるインサイダー取引規制」神戸外大論叢 52 巻 3 号 91 頁、116 頁（2001）は、決定をしたことそれ自身が、投資者の投資判断に著しい影響を及ぼすものと解釈されるべきとする。佐藤・前掲注 19)34 頁。葉玉匡美「インサイダー取引と重要事実の発生時期」T&A master 224 号 40 頁、41 頁（2007）も参照。

26) 山口厚編『経済刑法』254 頁〔橋爪隆〕（商事法務、2012）。橋爪・前掲注 2)237 頁。西野・前掲注 5)63 頁。

27) 松本真輔「判批（本件第一審判決）」監査役 532 号 48 頁、51 頁（2007）。黒沼・前掲注 2)9-10 頁。荻野・前掲注 5)12 頁。

28) 黒沼・前掲注 2)9-10 頁、荻野・前掲注 5)23-24 頁参照。

7 それぞれの立場が重視すること

上記のように、実現可能性の高低を要件として考慮しない立場は、立法の経緯や法の構造を論拠とし、実現可能性の高低を要件として考慮する立場は、規制の趣旨を論拠としているが、これは両者が重視する事項の違いによるものと思われる。

一方で前者は、法の明確性によって予見可能性を高めるとともに、規制の実効性をも重視している。規制の実効性について主観的かつ抽象的な評価概念を要件とすると、故意犯としての本罪の立証が困難となり²⁹⁾、事実上高度の実現可能性が認められる場合に処罰の範囲が限定され、処罰の範囲が過度に狭くなる恐れがあるとの指摘がある³⁰⁾。また、法が抽象的要件をできるだけ排除する形で立法された経緯には、投資者にとって明確な判断を可能にするという観点の他に、かつてインサイダー取引規制が旧証券取引法58条1号（現行の法157条1号に対応する）に委ねられていた頃は、同規定の抽象性・不明確性が一因となって、インサイダー取引の摘発が行われていなかったことへの反省という背景もある³¹⁾。

他方で、後者の立場は、適切な規制範囲を重視しており、実質的判断をしなければ、処罰範囲が拡大するのではないかという考えがある³²⁾。そして、重要でない未公開情報に基づく取引まで規制すると、市場の効率性を害するという指摘もある³³⁾。規制範囲につ

いて、たとえば、実現の強い意欲がある場合に、準備することを決定した段階でも伝達を受けた者が処罰されるとすると過大規制であると考えられ³⁴⁾、もっと検討が進んだ段階でも、資金調達が目途が立っていない段階で処罰されるとするとやはり過大規制であると考えられている³⁵⁾。このような本来処罰すべきでない行為を規制することがないように、市場の公正性・健全性に対する信頼の確保という規制の趣旨に立ち返り、実質的に投資者の投資判断に影響を及ぼし得るものを処罰するべきだと考えるのである。

以上のように、両者の立場は議論の出発点ともいうべき重視する事項が異なっており、何を重視するかはポリシーの問題であるから³⁶⁾、どちらの論拠ひいてはどちらの立場が正しいということを論理的に決めることは不可能に思われる。

V. 「決定」該当性の判断枠組み

1 実質的判断の必要性と許容性

上記IV7で述べたように、上記IV6のどちらの立場が正しいかを論理的に決めるのは困難である。

しかし、実務上の問題がないわけではない。すなわち、上記IV6(1)の立場を徹底すると、「行うことについての決定」が、決定対象事項の相当早い準備段階で認められる可能性があり³⁷⁾、本決定を踏まえた実務では、できる限り初期段階で「決定」があったとし

29) 山口編・前掲注26)254頁〔橋爪隆〕。橋爪・前掲注2)237頁。山下・前掲注23)26頁、佐藤・前掲注19)35頁も参照。

30) 橋爪・前掲注2)237頁。佐藤・前掲注19)35頁も参照。

31) 横島・前掲注5)14-15頁。高橋・前掲注8)83-84頁。西野・前掲注5)49頁注6。

32) 本件控訴審判決がこのような考えによると考察するものとして、松尾健一「判批（本件控訴審判決）」重判平成21年度（ジュリ臨増1398号）131頁、132頁（2010）。黒沼悦郎「インサイダー取引規制における重要事実の問題点」商事1687号40頁、42頁（2004）は、わが国の法の構造に過大規制のおそれがあることを指摘する。

33) 黒沼・前掲注32)42頁。黒沼・前掲注2)10頁。黒沼・前掲注2)9頁は、一定の実現可能性を要求することは、インサイダー取引としての悪性がなく、投資者の市場に対する信頼を害することがない行為を萎縮させないことを意味するとする。内田・前掲注2)110頁は、当罰性のない段階にまで規制範囲が及ぶと、証券取引の実務に萎縮効果をもたらす妥当でないとする。

34) 松尾・前掲注32)132頁。

35) 黒沼・前掲注2)11頁。

36) 高橋・前掲注8)83頁は、インサイダー取引をどの程度規制するかという点について、「会社関係者の証券取引の萎縮防止による市場の効率性の確保」と「一般投資家の市場への信頼」の調整は政策判断であるとする。

て行動した方が無難であるとされている³⁸⁾。この点について、上記IV 6(1)に近い立場の学説の中には、立法の経緯等に鑑みると、処罰範囲を不当に広げているのではないと反論するものがあるが、広範な規制であることは認めている³⁹⁾。結局のところ、事実として萎縮傾向にあることは否定できないといえよう。また、本決定の規範について、実現可能性がほとんど存在しないか否かを判断する基準が示されていないことから、投資者の投資行動を萎縮させるだけでなく、裁判所も本決定の解釈を事案に適用することができないのではないかという指摘もある⁴⁰⁾。

そこで、私見では、本決定を踏まえた実務の萎縮傾向を問題視し、実質的判断をすべきとの政策的立場に立ち、より限定的な規範を考察する必要があると考える。

限定的な規範について、上記IV 6(1)に近い立場をとる学説は、インサイダー取引規制を、一般投資者の市場に対する信頼という保護法益に対する抽象的危険犯と解するとしても、なお一般投資者に対して不当な影響を及ぼす可能性が全く存在しないような例外的な場合には、法益侵害の抽象的な危険も存在しないとして、処罰範囲から排除するような解釈を採用することが可能であるとする⁴¹⁾。もっとも、そのような場合には、そもそもイ

ンサイダー取引が行われ、それが起訴されることはないであろうから、現実的にこのような限定解釈が機能する範囲は極めて限られたものになる⁴²⁾。そうだとすると、萎縮傾向にあるという問題を解決するためには、規制の趣旨に照らし、当該インサイダー取引が、投資者の投資判断に影響を及ぼし得る程度であったか否かを具体的に考慮するべきではないかと思われる。もっとも、投資者の投資判断に影響を及ぼし得る程度を具体的に考慮すべきだとすると、今度は上記IV 6(1)の立場が懸念するように、主観的かつ抽象的な評価概念であるから、規制の実効性が確保できないおそれがある。

そこで、過大規制を防ぐため、規制の趣旨に照らして「決定」該当性を、投資者の投資判断に影響を及ぼし得る程度が具体的に認められるかという観点から、実質的に判断するとしても、実効性を失わないように、明確性を重視した立法の経緯に配慮するのが望ましい⁴³⁾。そして、上記IV 6(1)の立場にとっても重大なことは、法の明確性と実効性の確保であると思われるから、法の明確性を重視した立法の経緯を没却しない限り、法の構造にとらわれすぎることなく、規制の趣旨に鑑みて、「決定」該当性を実質的に判断することは許容されるべきだと考える⁴⁴⁾。

37) 黒沼・前掲注2)8頁。加賀・前掲注9)129頁。橋爪・前掲注2)237頁。

38) 辻畑・前掲注22)226頁。荻野=村松・前掲注16)113頁、116頁。木目田=上島監修・西村あさひ法律事務所・危機管理グループ編・前掲注4)117頁〔山田将之〕。

39) 高橋・前掲注8)83-84頁。

40) 黒沼・前掲注2)11頁。

41) 山口編・前掲注26)231-232頁〔橋爪隆〕。橋爪・前掲注2)237頁。

42) 阿南・前掲注4)80頁。山口編・前掲注26)232頁注7〔橋爪隆〕。橋爪・前掲注2)237-238頁。

43) 明確性を重視した立法の経緯と規制の趣旨のバランスを考慮するものとして、以下の学説が挙げられる。野々上尚「判批(日本織物加工事件最高裁判決)警察学論集53巻2号215頁、224頁(2000)は、「投資者の投資判断に及ぼす影響の程度、証券市場に対する一般投資家の信頼確保、投資者にとって取引を行う時点においてその取引が処罰されるものであるかを明確にするという要請等法の趣旨を総合考慮して適切な解釈を行うべき」とする。芝原邦爾『経済刑法研究 下』693頁(有斐閣、2005)は、「『決定』となるかの判断は、一方で規定の明確性と取引の安定性の確保という要請を考慮しながら、究極的にはインサイダー取引規制の目的との関係において判断されるべきものである」という。荻野・前掲注5)27頁は、インサイダー取引となる行為を客観的かつ明確に定めた法の規制体系の趣旨を没却しない程度に、投資判断に影響を及ぼすべきものを判断するにあたっての考慮要素を、実質的に総合勘案することが重要であるとする。

44) 荻野・前掲注5)23-24頁は、規制の趣旨に加えて、立法の経緯と今後の社会経済環境の変化から、形式的な規制体系の趣旨を最優先するのではなく、規制の趣旨に鑑み、投資者の投資判断に影響を及ぼすべきものであるか否かという観点から「決定」該当性を判断することも許容されるべきとする。また、三好・前掲注9)3209頁注9は、「行うことについての決定」が幅のある概念であることから、規制の理念に沿って、当該事実が投資者の投資判断に影響を及ぼす影響の有無や程度を個別具体的に判断していくほかなく、個別具体的な判断となる点において、規制の明確化という立法当初の所期の目的とは多少不釣り合いなものになってもやむを得ないとする。

以下では、投資者の投資判断に影響を及ぼし得る程度が具体的に認められるかという意味で、実質的に「決定」該当性を判断する際の考慮要素を検討し、検討結果を踏まえた規範が、明確性を重視した立法の経緯を没却しない程度のものであるか検証する。

2 考慮要素の検討

(1) 考慮要素の候補

規制の趣旨に照らし、具体的に投資判断に影響を及ぼし得る程度か否かを、「決定」該当性判断において考慮すると考える場合、さらに投資判断に影響を及ぼし得るか否かを判断する際の考慮要素が問題となる。裁判所は、投資判断に影響を及ぼすか否かと実現可能性とを強く結びつけて解釈しているが、投資判断に影響を及ぼすのは実現可能性に限らない。

上記IV 6(2)に近い立場をとる学説は、投資者の投資判断に影響を及ぼし得る程度を具体的に考慮するにあたり、規制の趣旨に照らして考慮要素を考える。まず市場の公正性・健全性に対する信頼の確保という規制の趣旨から、一般投資者の市場に対する信頼を害するような不公正な取引を規制するべきだとすると、判断基準は、インサイダー取引に用いられた未公表事実を一般投資者が知った場合に、証券の売買を行うか否かということになる（以下、このような基準を「投資行動基準」と呼ぶ。）⁴⁵⁾。そして、投資行動基準に照らした投資判断に影響を及し得る程度の重要性は、米国最高裁判例を踏まえて⁴⁶⁾、当該事

項の規模と実現可能性を掛け合わせたものであるとする見解が有力である⁴⁷⁾。また、事実の内容、事実の規模、事実の具体性、事実の実現可能性を総合考慮して判断するという見解もある⁴⁸⁾。さらに、検討の進捗・具体化の程度、実現可能性の程度、実現に向けた意思・意欲の程度の相関関係で判断する見解もある⁴⁹⁾。

以上は、本件控訴審判決と同様に実現可能性の高低を考慮要素に含むものであるが、投資者の投資判断に影響を及ぼすか否かを問うにあたり実現可能性の高低は考慮要素とはならないという見解もある。たとえば、わが国の証券投資が投機として行われている実情があるとして、一般投資者が決定事実について、少しでも実現可能性があるかと判断するときは「決定」該当性を肯定してよいように思われるとする見解や⁵⁰⁾、決定事実が証券の取引に係るものである以上、確実な実現可能性は存在せず、常にその障害となり得る要因が存在し得るのであり、このことを前提にして、投資者は投資するので、実現可能性が低い場合であっても無視できず、「決定」があることを投資判断において考慮せざるを得ないとする見解がある⁵¹⁾。また、立法の経緯や文理からして、「決定」の本質はあくまでも意思決定の有無にあり、判断自体の性質が問題となることはあっても、決定された事項の実現可能性やその予測の問題とは区別されるべきであるとする見解もある⁵²⁾。

もっとも、実現可能性の高低は考慮しないとしても、決定事実の内容の具体性、決定の確定性を考慮要素とする余地はあり得る。

45) 黒沼・前掲注2)10頁。荻野・前掲注5)20頁。西田典之「判批（本決定）」刑事法ジャーナル33号59頁、62-63頁（2012）。内田・前掲注2)109-110頁。加藤・前掲注11)134頁、136頁。黒沼・同10頁は、このような基準を投資行動基準と呼び、本論稿でも、投資行動基準の用語を用いることにする。

46) 米国最高裁判例（Basic Inc. v. Levinson, 485 U.S. 224 (1988)）は、SEC規則10b-5におけるインサイダー情報の「実質性」（material）とは、合理的な投資者が当該情報によってその提供を受けた情報の全体が著しく変更される（significantly altered）と考えられる相当の可能性がある場合に認められるとし、また、当該事象が起こる蓋然性（probability）と当該事象の会社活動全般において想定される重大性（magnitude）との相関関係において判明するとの考え方を採っている。この点について、荻野・前掲注5)20頁。中村・前掲注15)4頁参照。

47) 黒沼・前掲注32)42頁。黒沼・前掲注2)10頁。

48) 荻野・前掲注5)17-18頁、21-22頁、26-27頁。

49) 木目田=山田・前掲注17)13頁、15頁注25も参照。

50) 西田・前掲注45)63頁。

51) 内田・前掲注2)111頁。

52) 三好・前掲注9)3206頁、3210頁注11。佐藤・前掲注19)34頁。加藤・前掲注11)136頁。

決定事実の具体性について、立案担当者は、重要事実とした決定は、それが投資者の投資判断に影響を及ぼすべきものであるという観点からもある程度具体的な内容を持つものでなければならないとする⁵³⁾。

決定の確定性について、学説では、「決定」と評価するために会社の事業活動を拘束し得るだけの実質が必要であると、すぐに取消し撤回され得るような段階での意思決定は、なお本罪における「決定」としての確定性を有しないとすることがある⁵⁴⁾。

以上に挙げられた考慮要素をまとめると、概ね、「決定事実の内容」、「決定事実の規模」、「決定事実の実現可能性」、「決定事実の具体性」、「決定の確定性」と整理される。

(2) 考慮要素の分析

次に、候補として掲げた5つの考慮要素を分析し、それぞれがそもそも考量要素になり得るのか、本当に必要なものであるのかを検討する。そして、投資者の投資判断に影響を及ぼし得る程度を具体的に判断する際には、規制の趣旨に照らし、投資行動基準によることとする。

まず、それぞれの要素が、投資行動基準に照らし、投資判断に影響を及ぼし得るか否かを具体的に判断する際の考慮要素になり得るか検討する。

「決定事実の内容」とは、決定事実に係る法令所定の事項として列挙されているものと説明されている⁵⁵⁾。そうだとすると、法令所定の事項に当たるか否かという点では必要な要件ではあるが、投資判断に影響を及ぼし得るか否かの判断において実質的考慮の対象

とする必要はない⁵⁶⁾。

「決定事実の規模」とは、決定事実が実現した場合の事実の影響度のことであり、関係企業の財政状態や経営成績(法166条2項の場合)、または市場における関係証券の価格(法167条2項の場合)に及ぼす影響の大きさなどが考えられる⁵⁷⁾。投資行動基準では、「決定事実の規模」が大きいほど、投資のリターンが大きく、投資判断に影響を及ぼし得る度合いが大きいといえる関係にあり、考慮要素になり得る。

「決定事実の実現可能性」は、決定事実が実現可能か否かという可能性の大きさである。「決定事実の実現可能性」については、上記V2(1)で述べたように、その程度について、考慮要素とならないとする見解も見られる。まず、証券の取引の性質から、投資者は、少しでも実現可能性があると判断するときは、実現可能性が低い場合も決定事実を無視することができずとし、「決定事実の実現可能性」は考慮要素とならないとする見解が見られたが、「決定事実の実現可能性」が高いほど、投資者はリスクが小さい状態で取引ができることになり、投資判断に影響を及ぼし得る程度が大きくなるといえる関係があるから、考量要素になり得ると考えるべきである。また、立法の経緯や文理から「決定事実の実現可能性」の程度を考慮要素としないとする見解について、このような見解も、実現可能性を独立の要件とはしないが、「決定の確定性」を判断する限りで間接事実とすることは認めており⁵⁸⁾、実現可能性を実質判断の要素とすることが許されないわけではない

53) 横島・前掲注5)53頁。阿南・前掲注4)77頁。内田・前掲注2)111頁。山口編・前掲注26)254-255頁〔橋爪隆〕。三好・前掲注9)3209頁注9は合併を例にとり、「行うことについての決定」の種々の決定段階につき、内容の具体性にも言及して「決定」該当性の判断を試みる。

54) 三好・前掲注9)3206頁。山口編・前掲注26)254頁〔橋爪隆〕。橋爪・前掲注2)238頁。西野・前掲注5)64頁。

55) 荻野・前掲注5)18頁。

56) 荻野・前掲注5)18頁は、「決定事実の内容」を第一義的に決定事実に係る「法令所定の事項」の該当性判断の際に考慮し、その上で、「決定」該当性の判断のための考慮要素として、他の考慮要素と併せて総合的に勘案すると整理するが、法令所定の事項は重要な事実を列挙したものであり、たとえば「決定事実の内容」が、合併であるのか、公開買付けであるのか等を比べることに意味はないように思われる。実質的考慮において問題にすべきは、「決定事実の内容」が、法令所定の重要事項に該当することを前提としたうえで、どの程度会社活動にとつて重大であるかという「決定事実の規模」であると考えられる。

57) 黒沼・前掲注2)10頁参照。

58) 山口編・前掲注26)255頁〔橋爪隆〕。西野・前掲注5)64頁。

と解される⁵⁹⁾。

「決定事実の具体性」とは、種々ある意思決定の段階的なプロセスの中で、どの程度具体的な内容を持つ決定がなされたかということと解される⁶⁰⁾。「決定事実の具体性」が大きければ、投資者は、検討当初の漠然とした情報と比べより確かな情報に基づいた取引が可能となるから、投資判断に影響を及ぼし得る程度が大きくなるといえ、実質的判断の考慮要素となる。

「決定の確定性」とは、決定したという判断自体の確実性をいう⁶¹⁾。「決定の確定性」が大きいと、「決定事実の実現可能性」の場合と同様、投資者はリスクの低い状態で取引をすることができ、投資判断に影響を及ぼし得る程度が大きくなるといえるから、考慮要素になり得る。

次に、各考慮要素の関係を考え、それぞれの考慮要素が本当に必要なものであるのか考える。特に、「決定事実の可能性」、「決定事実の具体性」、「決定の確定性」は通常、互いが互いの間接事実となり得るし⁶²⁾、資金調達の目途など共通の間接事実を考慮することができるので、問題となる。

それぞれの考慮要素が本当に必要なものであるかは、それぞれの考慮要素が最低限必用といえるかという観点から考えることができる。そして、ある考慮要素が最低限必要であるか否か、すなわち、消極的要件として必要といえるか否かは、他の考慮要素が認められ、当該考慮要素のみが存在しないという場合に、投資家の投資判断に影響を及ぼし得ることがないといえるか否かという基準で判断できる。

「決定事実の実現可能性」について、決定

事実の検討状況が相当程度進捗し、「決定事実の具体性」が認められ、決定権限者の意思も固く「決定の確定性」もあるが、なお、およそ達成不可能な障害が残り、「決定事実の実現可能性」が存在しないと評価できる場合は、投資者の投資判断に影響を及ぼし得ることはないといえる。本決定も、実現可能性が全くあるいはほとんど存在しない場合は、一般の投資者の投資判断に影響を及ぼすことが想定されないとしており、「決定事実の実現可能性」は最低限必要な考慮要素といえる。

「決定事実の具体性」について、たとえば、どこか会社の株を、いくらの予算内で大量買集めするという決定をした場合、予算が決まっているので「決定事実の実現可能性」は高い。また、決定権限者の意欲も高く、容易に決定の取消変更はないものとする、と、「決定の確定性」もある。しかし、このような状況では、いまだ買集めの対象会社が定まっておらず、投資者は投資判断のしようがない。最低限投資判断が可能な程度の「決定事実の具体性」は考慮要素として必要であるといえる。

「決定の確定性」について、部下が自らの判断で調査・検討を進め、「決定事実の実現可能性」、「決定事実の具体性」がある事項を決定権限者に報告した場合に、決定権限者が冗談や戯言のつもりで当該事項を行うことを決定することがあり得る。このとき、決定権限者は冗談や戯言のつもりであるから、「決定の確定性」は認められない。しかしながら、決めた時点では冗談や戯言だったとしても、後から翻意し本気になることはあり得る。そうだとすると、「決定の確定性」に関して、戯言である場合は、投資者の投資判断

59) 荻野・前掲注 5)22 頁は、「決定」の本質は決定そのものにあるとする立場と、法の趣旨の範囲内で「投資判断に影響を及ぼすべきもの」を判断基準とし、「事実の内容」「事実の規模」「事実の具体性」「事実の実現可能性」の4つの考慮要素を実質判断することは、不整合ではないと理解する。

60) 横島・前掲注 5)53 頁、三好・前掲注 9)3209 頁注 9、木目田＝山田・前掲注 17)12-13 頁、内田・前掲注 2)111 頁、山口編・前掲注 26)254-255 頁〔橋爪隆〕、芝原邦爾ほか『経済刑法——実務と理論』489 頁（商事法務、2017）〔木目田裕〕参照。

61) 三好・前掲注 9)3210 頁注 11。佐藤・前掲注 19)34 頁。

62) 山口編・前掲注 26)255 頁〔橋爪隆〕、西野・前掲注 5)64 頁は、上記のように、「決定事実の実現可能性」を「決定の確定性」の間接事実とすることができるとする。また、黒沼・前掲注 32)42 頁は「決定事実の具体性」が高まるプロセスの中で「決定事実の実現可能性」も高まっていくとする。

63) 山口編・前掲注 26)254 頁〔橋爪隆〕。西野・前掲注 5)64 頁。

に影響を及ぼすことがないと考える学説もあるが⁶³⁾、決めた時点では戯言でも、決定権限者が後に本気になることはあり得、投資者が「決定事実の実現可能性」、「決定事実の具体性」がともに認められる事項について、戯言であろうと事実として決定があったことを知れば、後に翻意する可能性を考慮して投資することが考えられる。したがって、他の考慮要素が認められ、当該考慮要素のみが存在しないという場合に、投資者の投資判断に影響を及ぼし得ることがないとはいえないから、「決定の確定性」は最低限考慮要素として存在しなければならないものではない。「決定事実の実現可能性」の間接事実として捉えるのが相当だと思われる。

なお、およそ「決定」というためには、「決定」の文言の辞書の意味からして、実現の意図や、会社業務を拘束し得る内容を持つことが必要と解する見解⁶⁴⁾からは、「決定の確定性」がない場合は決定の実質を欠くものとして、批判を受けるかもしれない。しかし、問題は辞書の意味ではなく、規制の趣旨に照らし、投資者の投資判断に影響を及ぼし得るか否かであり、ある時点で決定に向けた意欲がほとんどないとしても、「決定事実の実現可能性」、「決定事実の具体性」、「決定事実の規模」に鑑み、後に翻意して決定に向けて積極的になり得るような場合は、投資者の投資判断に影響を及ぼし得ることが想定されるので、「決定」該当性を認めてもよいように思われる。

最後に「決定事実の規模」であるが、これが認められない場合は、軽微基準に該当することになり、「決定」の要件をそもそも満たさない関係にあるので⁶⁵⁾、最低限必要な考慮要素となる。

以上より、最低限必要な考慮要素は、「決定事実の規模」、「決定事実の実現可能性」、「決定事実の具体性」であると考えられる⁶⁶⁾。

3 総合判断の判断枠組み

投資行動基準で考える場合、投資者は種々の要素を総合的に考慮して投資するのだから、それぞれの考慮要素を総合考慮するということになる。しかし、相対的な判断では規制の明確性を重視した立法の経緯に反してしまうのではないかという懸念がある⁶⁷⁾。以下では、できるだけ明確性、規制の実効性を損なわないような判断枠組みを考える⁶⁸⁾。

上記Ⅴ2(1)で述べたように、投資行動基準において、有力な見解は、「決定事実の規模」と「決定事実の実現可能性」の掛合わせをもって、投資者の投資判断に影響を及ぼし得る程度の重要性を考える判断枠組みとする。そこで、通常「決定事実の具体性」が高ければ「決定事実の実現可能性」の程度も高くなるという関係にあることに着目し、「決定事実の規模」が極めて大きい場合は、「決定事実の具体性」、「決定事実の実現可能性」のいずれの要素をも消極的な考慮要素(すなわち、当該考慮要素が具体的に認められることは要しないが、存在しない場合は「決定」該当性を欠く)として考慮し、「決定事実の規模」が軽微基準を超えるが極めて大きいとはいえない程度であれば、「決定事実の具体性」、「決定事実の実現可能性」が具体的に認定できる必要があると解する。

「決定事実の規模」が極めて大きい場合とは、法166条2項の場合には、極めて規模の大きい合併や、大ヒットが見込まれる新製品

64) 三好・前掲注9)3210頁注11。山口編・前掲注26)255頁〔橋爪隆〕。西野・前掲注5)64頁。佐藤・前掲注19)34頁も参照。

65) 荻野・前掲注5)18頁参照。

66) なお、本論稿で掲げたのは、現段階で想定できる最低限の考慮要素であり、絶えず新しい不正行為の類型が生まれる証券市場の宿命に鑑み、常識的に物事を判断する際の考慮要素を添加することを否定するものではない。この点につき、荻野・前掲注5)28頁参照。

67) 橋爪・前掲注2)238頁。

68) もっとも、「行うことについての決定」は幅のある概念であるから、もとより多少明確性を欠くことはやむを得ない。三好・前掲注9)3209頁注9、太田洋＝宇野伸太郎「判批(本件控訴審判決)」金判1315号2頁、5頁(2009)、木目田＝上島監修・西村あさひ法律事務所・危機管理グループ編・前掲注4)113頁〔山田将之〕参照。

の企業化などが例として考えられ、法 167 条 2 項の場合には、かなり高いプレミアムをつけた上でのいわゆる全部買付けによる公開買付け⁶⁹⁾を行うことなどが例として考えられる。このような場合には、投資者の投資判断に影響を及ぼし得る程度も極めて大きいため、「決定事実の具体性」、「決定事実の実現可能性」を、当該考慮要素が具体的に認められる必要はなく、当該考慮が存在しない場合に「決定」該当性を欠くという程度の消極的要素としても、過大規制とはならないと考えられる。なぜなら、投資者は、リターンが大きい場合は大きなリスクをとることもあり、たとえ仮に「決定事実の具体性」、「決定事実の実現可能性」がかなり低かったとしても、十分投資行動をとることが考えられるからである。そして、「決定事実の規模」が極めて大きい場合であれば、判断が比較的容易であり、明確性という観点からも許容できるだろう。

「決定事実の規模」が軽微基準を超えるが極めて大きいとはいえない程度であれば、「決定事実の具体性」、「決定事実の実現可能性」が具体的に認定できる必要があるとする点について、まず、「決定事実の規模」が軽微基準を超えるのであれば、ある程度の重要性があることは前提として考えてよい。そうすると、「決定事実の具体性」、「決定事実の実現可能性」が具体的に認められれば、投資者の投資判断に影響を及ぼし得るといえるから、高度であることまで求める必要はない。また、「決定事実の実現可能性」が具体的に認められる場合とは、本件控訴審判決が示したように、それ相応の根拠をもって実現可能性があるといえればよいと解する。そして、「決定事実の具体性」が具体的に認められる場合は、「決定事実の実現可能性」の根拠の有無を判断できる程度の具体性があればよい

のではないかと考える。このような程度であれば、「決定事実の具体性」は実質的に「決定事実の実現可能性」の判断と重なることになる。本件控訴審判決が示した程度の実現可能性を立証することは実務上それほど困難でもないとする見解もあり⁷⁰⁾、規制の明確性を重視した立法の経緯に反しないといえるのではないだろうか。

論理的には、個別具体的な事例ごとに、「決定事実の規模」の大きさに応じて必要な程度の「決定事実の具体性」、「決定事実の実現可能性」を考慮すべきだが、規制の明確化という立法目的とのバランスから上記の枠組みで考えることも不合理ではないだろう。

4 判断方法のまとめ

ここまで検討してきた判断方法をまとめると次のようになる。すなわち、まず、「決定」は、規制の趣旨に照らし、投資者の投資判断に影響を及ぼし得る程度のものであるか否かを具体的に検討し、該当性を判断するべきであるとする。次に、具体的検討にあたっては、一般投資者が当該内部情報を知れば証券取引を行うか否かを基準とする。そして、「決定事実の規模」が極めて大きい場合は、「決定事実の具体性」、「決定事実の実現可能性」が具体的に認められることは要しないが消極的要素として考慮することとし、「決定事実の規模」が軽微基準を超えるが極めて大きいとはいえない場合は、「決定事実の具体性」、「決定事実の実現可能性」が具体的に認められることを要すると考える。

5 本決定の事案におけるあてはめ

本論稿で検討した判断枠組みが実際の事例であてはめ可能でかつ妥当な結論を導ける

69) 全部買付けによる公開買付けの場合、買付期間中において買付価格と市場株価との間で裁定取引が働き、市場価格が買付価格と同水準で推移する。また、部分買付けの場合と異なり手残り株を抱えるリスクがない。このことから、株価に及ぼす影響、ひいては投資者の投資判断に影響を及ぼし得る程度が極めて大きいといえる。この点について、井上光太郎「TOB（公開買付け）と少数株主利益」商事 1874 号 34 頁、40 頁（2009）、鈴木一功「日本の株式公開買付（TOB）前後の株価変動を用いた買収に伴う私的便益の推定」フィナンシャル・レビュー 121 号 53 頁、57 頁（2015）参照。

70) 山下・前掲注 23)26 頁。

か、本決定が前提とする事実関係に照らして検証する。

(1) 事実の概要

本決定の前提とする事実関係は概ね以下の通りである。

① 被告人株式会社 Y1 (以下「被告会社」という。) は、本件当時、投資顧問業者として関東財務局長の登録を受けるとともに、内閣総理大臣から投資一任契約に係る業務を行うことの認可を受けて投資事業組合等と投資一任契約を締結して同契約に係る業務を行っていた。被告人 Y2 (以下「被告人」という。) は、被告会社の取締役であって、その実質的経営者であったもので、被告会社及び同社が運用する投資事業組合等を統括していた (以下、被告人が統括していた会社等を「Y2 ファンド」という。)

② 被告人は、株式会社 a (以下「a 社」という。) の株券 (以下「a 株」という。) の多数を取得すれば、同社が筆頭株主の地位にある株式会社 b の経営も間接的に支配することに着目し、Y2 ファンドにおいて、最終的には a 株を高値で売却し利益を上げることを目的として、平成 13 年 1 月から本件当時まで、a 株を順次買い付けていた。

③ A (以下「A」という。) は、本件当時、株式会社 c (以下「c 社」という。) の代表取締役兼最高経営責任者として、同社の業務全般を統括し、B (以下「B」という。) は、同社の取締役兼最高財務責任者であり、財務面の責任者であった。

④ 被告人は、A 及び B に対し、平成 16 年 9 月 15 日、a 株の 3 分の 1 を取得すれば、Y2 ファンドが保有する a 株 18% と合わせて、同社の経営権を掌握でき、たとえ失敗しても株式会社 b による a 株の公開買付けなどに応じればリスクはないなどと、a 株の大量買集めを働き掛けた。A 及び B は、その直後から、翌年 6 月の a 社定時株主総会において同社の経営権を取得するため、a 株の 3 分の 1 の買集めに強い興味を持ち、その実現のための資金調達や具体的方策の検討を c 社の従業員らに指示した。

⑤ 上記従業員らの検討も踏まえて、A 及び B は、同年 11 月 8 日までに、3 分の 1 を

目標に a 株を購入するための作業等を行っていく旨の決定をした。

⑥ その後、c 社側からの要請で、同年 11 月 8 日、Y2 ファンド側との会議が同ファンドの会議室において開催され、その場で、被告人は、B が「資金のめどが立ったので、具体的に進めさせていただきたい。」旨の発言をし、A 及び B が a 株の 3 分の 1 の取得を目指す旨の決意表明をするのを聞いた。

⑦ 同年 11 月 8 日の段階で a 株の 5% の取得には約 98 億円を要するところ、B は、同年 10 月 19 日までの段階で、a 株の大量買集めのための資金として、借入資金の 200 億円と c 社の自己資金 100 億円余りを確保できるとの見込みを抱いていた。また、同年 9 月末の時点での c 社の財務状況は、その公表情報によれば、現預金資産が、連結で約 454 億円、単体で約 309 億円などというものであった上に、同年 9 月 16 日には、500 億円のユーロ円建転換社債の発行を大手証券会社から提案されていた。

⑧ 被告人は、本件当時、c 社の企業規模、経営内容等について十分把握していた。

⑨ 被告人は、被告会社の業務及び財産に関し、同年 11 月 9 日から平成 17 年 1 月 26 日までの間、東京証券取引市場第 2 部等において、被告会社が運用する投資事業組合等の名義で、a 株合計 193 万 3100 株を価格合計 99 億 5216 万 2084 円で買い付けた。

⑩ c 社は、最終的に転換価額修正条項付転換社債の発行により約 800 億円の資金調達を実現して同年 2 月 8 日から a 株の買集めに着手し、同日 a 株の 5% 取得を公表した後、同年 3 月 25 日には、a 社の総株主の議決権数の過半数を取得するに至った。

⑪ 被告人は、同年 2 月 8 日、Y2 ファンドが所有する a 株 (634 万 8950 株) の約半分を 1 株 6050 円で c 社に売却し、さらに、c 社による a 株 5% 取得の公表を受けて a 株が高騰する中、同月 10 日、a 株 157 万 8220 株を 1 株平均 8747 円で売却するなどし、Y2 ファンドは多額の利益を得た。

(2) あてはめ

まず、「決定事実の規模」について、本件では、決定権限者である A 及び B が、a 株

の3分の1の買集めに意欲を持っていた。3分の1というのは規制されている5%以上の買集め行為⁷¹⁾と比べて規模の大きいものである。もっとも、上記事実からは、プレミアムの大きさや買集めの方法などが明らかでなく、「決定事実の規模」が極めて大きいといえるか判断することは困難である。

そこで、仮に「決定事実の規模」が極めて大きいとはいえないとして、「決定事実の具体性」と「決定事実の実現可能性」が具体的に認められるか検討する。

A及びBは、平成16年9月15日に被告人から、a株の大量買集めの働き掛けを受け、同日の会議の直後より資金調達や具体的方策の検討をc社の従業員らに指示した。この段階では、c社としては、a社に関する話を聞いたばかりであり、買付対象会社は特定されているものの、検討の端緒ともいべき段階であるから、a株の大量買集めが可能であるかどうか判断する根拠が得られるほど、決定事実が具体化しているとはいえない。もっとも、その後2か月弱にわたり検討を行った後の、同年11月8日の段階では、c社側からの要請でY2ファンド側との2度目の会議が開かれ、A及びBがa株の3分の1の取得を目指す旨の決意表明をするなど、c社としてa株の買集めについて意思決定の確実性が高まっている。そして、資金調達についても同年9月末の時点でのc社の財務状況は、その公表情報によれば、現預金資産が、連結で約454億円、単体で約309億円などというものであった上に、同年9月16日には、500億円のユーロ円建転換社債の発行を大手証券会社から提案されていたのである。このように2か月弱にわたる検討とY2側との2度目の会議の開催により、「決定事実の具体性」が高まる中で、c社の意思決定の確実性が高まり、資金調達の可能性も一応あったことを

考えると「決定事実の実現可能性」もあったといえることができる。

したがって、「決定事実の規模」が極めて大きいとはいえないとしても、「決定事実の規模」、「決定事実の具体性」、「決定事実の実現可能性」がそれぞれ具体的に認定できる同年11月8日の段階で、一般投資者が本件の内部情報を知ればa株を買うと考えられ、投資者の投資判断に影響を及ぼし得る程度に達したといえることができるから、「決定」があったと認められる。

(3) 検証結果

上記V5(2)では、平成16年11月8日の段階で「決定」該当性を認めたが、これは、結果としては本件控訴審判決が同年11月8日の会議を設定しようとしたことにつき了承を与えた段階において「決定」該当性を認めたことに近いものとなった。本件控訴審判決の結論については、実務上肯定的な評価もあり⁷²⁾、概ね妥当な結論が導けたといえる。

VI. 本決定の隠れた考慮要素の可能性

本決定は最高裁判例であるから、実務は基本的に本決定に従うことになる。本論稿の最後に、本決定の実務的な重要性に鑑み、規範の検討だけでなく、事実の側面からも若干の検討を行う。

本決定は、規範に関して、上記IV5で述べたように、本件第一審判決に近い立場であると評価されているが、結論については本件控訴審判決の判断を是認している。すなわち、本件第一審判決が、平成16年9月15日の段階で「決定」該当性を認めたのに対し、本決定は上記V5(1)⑤の時点で、c社従業員らの検討も踏まえて同年11月8日までに「決定」をしたとの認定を是認したのである⁷³⁾。

71) 法167条3項は、公開買付者等関係者から公開買付け又はこれに準ずる行為の実施に関する事実の伝達を受けた者による当該公開買付け等に係る株券等の取引を規制しているところ、施行令31条は、会社の総株主の議決権数の5%以上の株券等の買集めを、公開買付けに準ずる行為と定めている。

72) 太田=宇野・前掲注68)3頁は、本件控訴審判決の判示に概ね肯定的な評価がなされているとし、大森泰人「村上ファンド事件ふたたび」金法1959号80頁、81頁(2012)は、本件控訴審判決の判断は常識的に思われるとする。

73) なお、木目田=上島監修・西村あさひ法律事務所・危機管理グループ編・前掲注4)110-111頁[山田将之]は、本決定が上記V5(1)④から⑦の事実を照らし、「決定」があったと認めるに十分であると判示することから、平成16年11月8日に被告人が、A及びBが決意表明するのを聞いたことや、同日の段階での資金準備状況等を

本決定の規範に純粹に従えば、同年9月15日の段階で、被告人はa株の買集めに強い興味を持って従業員らに資金調達や具体的方策の検討を指示しているのだから、実現を意図して公開買付け等に向けた作業等を会社の業務として行う旨の「決定」をしたとしてもよさそうである。本決定が本件控訴審判決の結論を是認し、本件第一審判決のあてはめによるべきとしなかった点について考えたい。

この点について、本件では、被告人が重要事実の伝達を受けたのが平成16年11月8日であるから、本罪の成立を認めるためには同年11月8日までに「決定」が認定されれば十分であり、同年9月15日の段階での「決定」該当性を判断する実益がないから、本決定は判断を差し控えたのだという考えもあるが⁷⁴⁾、異なる考え方もある。すなわち、本決定が本件第一審判決と異なる認定を是認したのは、当該案件が成熟し、その内容が具体化していく過程に注目していると読み取るのである⁷⁵⁾。

本決定が、実現可能性があることが具体的に認められることは要しないとしながらも、同年9月15日の段階で「決定」を認めるのを困難だと考えた可能性は否定できない⁷⁶⁾。「決定事実の具体性」等、何らかの隠れた考慮要素による限定付けによって、本件第一審判決の認定したような検討の端緒ともいうべき時点における「決定」該当性は、否定される可能性があるといえるのではないだろうか。

VII. おわりに

本論稿では、裁判所の法解釈とそれに関連する学説の対立を分析し、それぞれの論拠、さらには重視していることを明らかにすることで、両者の重視することに配慮した折衷的な規範の案を示すことを可能にした。

投資行動基準によりつつも、立法の経緯に

も配慮すべきとする学説は他にもあるが、投資行動基準による考慮要素の総合考慮の方法を具体的に示したものは見受けられない。本論稿が、事実の規模と実現可能性の掛合わせという、理論的に有力な見解の基本的な定式を保ちつつ、規制の明確性を重視したという立法の経緯を没却することのないような判断枠組みを示したことが、規制の趣旨に照らした理論的な規制範囲の問題と規制の実効性を確保するという現実的な問題とを結びつけるきっかけとなり得ることを期待する。

なお、最後に検討したように本決定は隠れた考慮要素による何らかの限定を加えることを否定はしていない。本論稿では、学説で様々挙げられる考慮要素を整理し、消極的要件として必要になるものを絞ったが、このような試みにより、本決定のみならず今後のインサイダー取引事件で隠れた考慮要素が現れた際の分析の手がかりになれば幸いである。

* 謝辞

本論稿は、筆者が2018年度に執筆したりサーチペーパーに、加筆・修正を施したものである。

本論稿の執筆にあたっては、多くの方々のご支援をいただいた。特にサーチペーパーの指導教官である飯田秀総先生には検討の初期の段階から貴重なアドバイスをいただいた。本論稿の執筆にあたりお世話になった方々に、心より感謝申し上げる。

(はらさわ・しょうた)

踏まえていることに着目し、本決定が11月8日に「決定」があったと考えていると思われるとする。

74) 橋爪・前掲注2)236頁。佐藤・前掲注19)37頁注8も参照。

75) 内田・前掲注2)109頁。橋爪・前掲注2)238頁も参照。

76) 橋爪・前掲注2)236頁、238頁。

論説

職場における「パワー・ハラスメント」に関する 比較法的考察

——カナダ法のハラスメント規制を素材に——

2017年4月入学

日原雪恵

I. はじめに

II. 前提1：日本及び諸外国の状況

- 1 日本の「ハラスメント」規制
 - (1) 公法的規律
 - (2) 私法的規律
 - (3) 日本法の「ハラスメント」への対応
- 2 「パワー・ハラスメント」規制の現状と課題
 - (1) 「パワー・ハラスメント」の定義
 - (2) 「パワー・ハラスメント」規制の現状
 - (3) 「パワー・ハラスメント」規制の課題
- 3 諸外国の法規制
 - (1) 諸外国の法規制の概観
 - (2) 各国法における定義及び効果
 - (3) ハラスメント規制法の類型化
- 4 本稿の視点——カナダ法への着目

III. 前提2：カナダ法概観

- 1 カナダの国家体制と法制度
 - (1) 国家体制及び法圏
 - (2) 連邦と州の権限
 - (3) 司法制度
- 2 カナダの労働法の特徴
- 3 小括

IV. 憲法及び連邦法とハラスメント

- 1 カナダ憲法及びカナダ人権法
 - (1) カナダ憲法
 - (2) カナダ人権法
- 2 連邦労働法
- 3 連邦労働衛生安全規則
- 4 ハラスメント防止法案
 - (1) 議会提出状況の概観
 - (2) 2004年法案 C-451
 - (3) 2018年成立の法案 C-65
- 5 小括

V. 州法のハラスメント規制

- 1 ケベック州
 - (1) 概要
 - (2) ケベック州自由・人権憲章
 - (3) ケベック州労働衛生安全法
 - (4) ケベック州労働基準法
 - (5) 特徴：広範な保護、権利と特殊な救済
- 2 サスカチュワン州
 - (1) 概要
 - (2) サスカチュワン州人権法
 - (3) サスカチュワン州労働法
 - (4) 特徴：一般的義務及び公的援助
- 3 マニトバ州
 - (1) 概要
 - (2) マニトバ州人権法
 - (3) マニトバ州職場安全衛生法及び規則
 - (4) 特徴：事前予防のみの立法
- 4 オンタリオ州
 - (1) 概要
 - (2) オンタリオ州人権法
 - (3) オンタリオ州労働衛生安全法
 - (4) 特徴：暴力及び企業内措置の重視
- 5 小括

VI. 検討——カナダ法のハラスメント規制

- 1 ハラスメント規制法の展開
- 2 カナダ法のハラスメント規制の特徴
 - (1) 「ハラスメント」の定義
 - (2) 立法形式ごとの規制内容と名宛人
 - (3) 連邦法及び州法の類型化
- 3 カナダ法のハラスメント規制の意義
 - (1) 利点及び問題点
 - (2) 「精神的ハラスメント」「ハラスメント」と「セクシュアル・ハラスメント」、差別禁止事由に基づくハラスメントの異同
 - (3) ハラスメント規制法の意義

VII. おわりに——日本法への若干の示唆

I. はじめに

「パワー・ハラスメント」¹⁾は、法的に定義されていない概念であり、その規制法は現在²⁾のところ存在しない。しかし、「パワー・ハラスメント」及び「いじめ・嫌がらせ」³⁾は調査・統計上も多く見られており、今日の職場における重要な課題である。例えば、「いじめ・嫌がらせ」は、平成29年度に総合労働相談コーナーに寄せられた総合労働相談件数のうち、民事上の個別労働紛争の相談件数で72,067件(23.6%)であり、助言・指導の申出で2,249件(22.5%)、あっせんの申請で1,529件(29.1%)と、いずれもトップとなっている⁴⁾。また、平成28年度の「職場のパワーハラスメントに関する実態調査報告書」では、相談窓口を設置している会社において、従業員から相談の多い上位2テーマを聞いたところ、「パワーハラスメント」が32.4%と最も多く、「メンタルヘルス」(28.1%)

や「セクシュアルハラスメント」(14.5%)を上回っている⁵⁾。

この問題の深刻さは次第に認識されるようになり、2012年には「職場のいじめ・嫌がらせ問題に関する円卓会議」及び「職場のいじめ・嫌がらせ問題に関する円卓会議ワーキング・グループ」(以下、「円卓会議」及び「円卓会議WG」とする)が「パワー・ハラスメント」を取り上げ⁶⁾、2018年には「職場のパワーハラスメント防止対策についての検討会」(以下、「検討会」とする)が報告書を出した⁷⁾。その後、2018年9月25日、労働政策審議会雇用環境・均等分科会において職場のパワー・ハラスメント防止対策が議論されるに至り⁸⁾、同年12月14日の報告書案では、防止措置義務につき立法を行う方向性が示された⁹⁾。そして、2019年2月14日、「女性の職業生活における活躍の推進に関する法律等の一部を改正する法律案要綱」について諮問及び答申が行われ¹⁰⁾、同法案は、同年3月8日、第198回通常国会に提出され

1) 「パワー・ハラスメント」は、2001年に人事管理コンサルタントの岡田康子らにより提唱され、社会的に普及してきた概念である(内藤忍「パワー・ハラスメント」土田道夫=山川隆一編『労働法の争点』ジュリ増刊32頁、32頁(2014))。後述するように、その定義自体が重要な問題であるが、本稿は差し当たり厚生労働省「職場のパワーハラスメント防止対策についての検討会報告書」10-11頁(平成30年3月)が示した、①優越的な関係に基づいて(優位性を背景に)行われること、②業務の適正な範囲を超えて行われること、③身体的若しくは精神的な苦痛を与えること、又は就業環境を害することという要素のいずれも満たすものという定義を用いる。

2) 本稿は、2019年3月19日に投稿したものである。

3) 厚生労働省の各種資料では、「いじめ・嫌がらせ」と「パワー・ハラスメント」は並列的に用いられている(例えば、厚生労働省・前掲注1)、後掲注6)等を参照)。「ハラスメント」と「いじめ」の区別については様々な議論が存在するが、互換的に用いられる場合も多いため、本稿では立ち入らない。

4) 厚生労働省プレスリリース『平成29年度個別労働紛争解決制度の施行状況』を公表します～総合労働相談は10年連続100万件超、内容は『いじめ・嫌がらせ』が6年連続トップ～』3頁、6頁、9頁(平成30年6月27日)(<https://www.mhlw.go.jp/file/04-Houdouhappyou-11201250-Roudoukijunkiyoku-Roudoujoukenseisakuka/0000213218.pdf>, 2018年10月23日最終閲覧)。相談件数の総数は110万4,758件であり、民事上の個別労働紛争相談件数は25万3,005件、助言・指導申出件数は9,185件、あっせん申請件数は5,021件となっている(同2頁)。

5) 東京海上日動リスクコンサルティング株式会社「平成28年度 厚生労働省委託事業 職場のパワーハラスメントに関する実態調査報告書」41頁(平成29年3月)(<https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11200000-Roudoukijunkiyoku/0000165752.pdf>, 2018年10月24日最終閲覧)。また、「パワーハラスメントを受けたことがある」と回答した従業員は32.5%であり、平成24年度の25.3%を上回る(同89頁)。もっとも、「企業の取組が進みパワーハラスメントに対する関心が高まったことが増加の理由のひとつと考えられる」(同15頁)。

6) 厚生労働省「職場のパワーハラスメントの予防・解決に向けた提言」(平成24年3月)、厚生労働省「職場のいじめ・嫌がらせ問題に関する円卓会議ワーキング・グループ報告」(平成24年1月)。

7) 厚生労働省・前掲注1)。

8) 労働政策審議会(雇用環境・均等分科会(旧雇用均等分科会))(https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/shingirousei_126989.html, 2018年12月15日最終閲覧)。

9) 第13回労働政策審議会雇用環境・均等分科会「女性の職業生活における活躍の推進及び職場のハラスメント防止対策等の在り方について(報告書案)」6頁、8頁(<https://www.mhlw.go.jp/content/11909500/000456686.pdf>, 2018年12月15日最終閲覧)。

10) 厚生労働省報道発表資料『女性の職業生活における活躍の推進に関する法律等の一部を改正する法律案要

た¹¹⁾。同法案では、「パワー・ハラスメント」に関する規制は、労働施策の総合的な推進並びに労働者の雇用の安定及び職業生活の充実等に関する法律（以下、「労働施策総合推進法」とする）の一部改正によるとされている¹²⁾。

本稿は、以上のような「パワー・ハラスメント」の問題に関して、カナダ法の「精神的ハラスメント」「ハラスメント」規制を素材として、定義、法規制の特徴等に関する比較法的検討を行う。日本では直接の法規制が存在しない問題であり、近時活発に議論が行われている。これから立法を行い、法を解釈・適用するにあたって、諸外国の法規制における定義、規制手段、利点及び問題点等を参照し、比較法的検討を行うことには意義がある。

カナダ法を検討対象とする理由はⅡ 4で詳述するが、カナダのハラスメント規制法は、以下の三つの点で特徴がある。第一に、ケベック州労働基準法の「精神的ハラスメント」規制が、フランスの社会現代化法の影響を受け、ハラスメントのない職場環境の権利等を定める先駆的立法であること¹³⁾、第二に、ケベック州以外に、サスカチュワン州、オンタリオ州、マニトバ州等が「ハラスメント」「職場におけるハラスメント」について、労働衛生安全¹⁴⁾に関する法（労働法の労働

衛生安全の編、労働衛生安全法、職場安全衛生法等）において、事前予防を重視した規制を有すること、第三に、上記の各州に労働基準法ないし労働衛生安全法による「精神的ハラスメント」ないし「ハラスメント」（差別禁止事由に基づかない）の規制と人権法による差別禁止事由に基づくハラスメントの規制¹⁵⁾が存在することである。このように、カナダ法はハラスメント規制の検討を行う際に興味深い対象であるが、日本では先行研究はあまりなされておらず、なされているものではケベック州法が中心となっている¹⁶⁾。そこで、本稿は、ケベック州法に加え、連邦法の関連する規定及び2018年に成立した連邦法案C-65、サスカチュワン州、オンタリオ州、マニトバ州の労働衛生安全に関するハラスメント規制法を対象として、カナダ法のハラスメント規制の紹介及び検討を試みる。

本稿の目的は、第一次的にはカナダ法のハラスメント規制を理解することであり、第二次的に日本法への示唆について若干の検討を行うことをも目的とする。また、前提として、諸外国の規制法を立法形式ごとに分類して概観し、規制の対象（差別禁止事由に基づくハラスメントに限るか）及び規制の重点（事前予防、事後救済、権利）という観点から諸外国の法制を類型化する。

Ⅱ以降では、まず、日本の状況及び諸外国

網』の諮問及び答申について」（https://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/0000073981_00002.html, 2019年3月14日最終閲覧）。

11) 厚生労働省「第198回国会（常会）提出法律案」（<https://www.mhlw.go.jp/topics/bukyoku/soumu/houritu/198.html>, 2019年3月14日最終閲覧）。

12) 「法律案条文」（<https://www.mhlw.go.jp/content/000486034.pdf>, 2019年3月14日最終閲覧）。同法案では、「パワー・ハラスメント」という文言は用いられず、「職場における優越的な関係を背景とした言動に起因する問題」という文言等が用いられている。本稿投稿時点において同法案は国会提出直後であり、本稿は同法案の内容には基本的に立ち入らない。

13) 品田充儀『「職場のいじめ」の定義と被害者救済—北米における労働安全衛生法と救済立法からの示唆—』季刊労働法（以下、「季労」とする）233号90頁、91-92頁、99頁（2011）。

14) カナダではほとんどの州が「労働衛生安全法」（Occupational Health and Safety Act）という文言を用いている。本稿では基本的に、カナダ法の条文等には「労働衛生安全」を用い、その他の部分では日本やILOで用いられている「労働安全衛生」（Occupational Safety and Health）を用いることとする。

15) サスカチュワン州を除く（Ⅴ 2において後出）。

16) 邦語先行研究として、石井保雄「ケベック州（カナダ）における心理的ハラスメント法規制」角田邦重古稀『労働者人格権の研究 下巻』339頁（信山社、2011）、同「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制——ケベック州における心理的ハラスメント法制とオンタリオ州の職場の暴力とハラスメント禁止法」獨協法学96号1頁（2015）、品田・前掲注13）が挙げられる。石井はケベック州法に加え、オンタリオ州法を検討し、品田はアメリカと対比しながらケベック州を中心に、サスカチュワン州、ブリティッシュコロンビア州の状況に触れている。

の法規制を概観した上で比較対象国としてカナダを選択し(Ⅱ)、カナダ法の基本事項を確認する(Ⅲ)。次に、カナダの憲法、連邦法及び州法のハラスメントに関連する規定を紹介し(Ⅳ、Ⅴ)、その特徴、利点及び問題点を検討した上で、枠組みの整理を行う(Ⅵ)。最後に、日本法への示唆及び今後の課題について若干の展望を示す(Ⅶ)。

Ⅱ. 前提1：日本及び諸外国の状況

本章では、比較法的検討の前提として、まず、日本における「ハラスメント」全体及び「パワー・ハラスメント」問題に関する現状と課題を確認する(Ⅱ 1, 2)。次に、諸外国の法規制を立法形式に応じて分類した上で、代表的な国の法規制を概観し、類型化を行う(Ⅱ 3)。その上で、検討対象としてカナダを選択する(Ⅱ 4)。

1 日本の「ハラスメント」規制

「パワー・ハラスメント」は和製英語であり、これに対応する諸外国の概念は様々である。諸外国の「ハラスメント」は「セクシュアル・ハラスメント」等も含めて包括的に考えられている例も多く、比較法的に「パワー・ハラスメント」を議論するにあたっては、まず、日本の「ハラスメント」規制の全体像を確認する必要がある。そこで、本節では、日本において労働法で議論される「ハラスメント」、すなわち、「パワー・ハラスメント」のほかに、「セクシュアル・ハラスメン

ト」、「マタニティ・ハラスメント」、「育児・介護ハラスメント」を含めて¹⁷⁾、日本法の「ハラスメント」規制を概観する¹⁸⁾。

(1) 公法的規律

a 防止措置義務¹⁹⁾

「ハラスメント」を直接規制する公法上の定めは、雇用機会均等法(以下、「均等法」とする)及び育児・介護休業法(以下、「育介法」とする)上の防止措置義務である。「セクシュアル・ハラスメント」につき均等法11条(1997年改正で配慮義務が課され、2006年改正で防止措置義務に強化された)、「マタニティ・ハラスメント」につき均等法11条の2(2016年改正、2017年1月1日施行)、「育児・介護ハラスメント」につき育介法25条(2016年改正、2017年1月1日施行)が定めている。

措置義務は、均等法11条、同法11条の2、育介法25条のいずれにおいても、「労働者の就業環境が害されることのないよう」当該労働者からの「相談に応じ、適切に対応するために必要な体制の整備その他の雇用管理上必要な措置」を講ずる義務とされている。指針においては、(1)事業主の方針等の明確化及びその周知・啓発、(2)相談(苦情を含む)に応じ、適切に対応するために必要な体制の整備、(3)職場におけるハラスメントに係る事後の迅速かつ適切な対応、(4)その他の措置(プライバシー保護措置と周知、不利益取扱いを行ってはならない旨の定めと周知)が共通して掲げられ、「マタニティ・ハラスメント」と「育児・介護ハラスメント」では、(5)ハラスメントの原因や背景となる要因を解消するための措置も求められる²⁰⁾。義務の名

17) 日常用語としては、他にも「エイジ・ハラスメント」「アカデミック・ハラスメント」「アルコール・ハラスメント」「就活終われハラスメント(オワハラ)」「モラル・ハラスメント」等が存在し、『「ハラスメント」概念の氾濫(和田肇「雇用におけるハラスメントの法的問題」労働法律旬報(以下、「労旬」とする)1858号31頁、31頁(2016))、「ハラスメントのインフレ化」(柳澤武「労働法上の権利行使に対する抑制と報復——不利益取扱いからハラスメント法理へ?」法律時報89巻1号78頁、83頁(2017))ともいうべき状況が生じている。

18) 本節につき、山川隆一「職場におけるハラスメント問題の展開と法的規律の動向」法律時報89巻1号60頁(2017)を参照した。

19) 措置義務につき、山川隆一「職場におけるハラスメントに関する措置義務の意義と機能」山田省三古稀『現代雇用社会における自由と平等』31頁(特に、44頁以下)(信山社、2019)、原・後掲注61「職場のパワーハラスメント防止対策の選択肢と意義」35-37頁を参照した。

20) 「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年厚生労働省告示第615号、最終改正：平成28年8月2日厚生労働省告示第314号)3(1)～(4)、「事業主が職場における妊娠、出産等に関する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

宛人は事業主である。(1)及び(2)は制度の創設・整備を義務づけるものであり、(1)は予防措置の設定を求める機能、(2)は紛争解決システムの整備を求める機能を果たす²¹⁾。これに対し、(3)はハラスメントが発生してしまった場合に、事案に応じた具体的な対応を求めるものである²²⁾。

措置義務の違反がある場合、公法上は、調停の対象となるほか(均等法16条・18条以下、育介法52条の3・52条の5以下)、企業名の公表(均等法30条、育介法56条の2)もなされうる。また、措置義務規定は、労働者の私法上の請求権を直接根拠づけるものではないが、措置義務を履行したことが、不法行為法上の職場環境配慮(調整)義務違反の判断に影響することはありうる²³⁾。

b 精神障害に対する労災保険給付

事後救済として、「ハラスメント」が原因で精神障害を発症した場合、当該障害の業務起因性が認められる場合には、労災保険法上の保険給付がありうる。

c 行政上の対応

「セクシュアル・ハラスメント」、「マタニティ・ハラスメント」及び「育児・介護ハラスメント」と異なり、「パワー・ハラスメント」には現在のところ規制法が存在せず、厚生労働省がウェブサイトでの周知などにより対策を促している。また、事後救済として、個別紛争解決制度のもと、総合労働相談、都道府県労働局長の助言・指導、紛争調整委員会のあっせん等が利用できる。

(2) 私法的規律

a 精神障害に至った場合(労働災害)

「ハラスメント」を受けた労働者がそれにより精神障害に至った場合、労働災害として救済されうる。その法的構成は、①加害者の

不法行為責任及びそれに基づく雇用主の民法715条1項による使用者責任、②職場の管理者についての職場でのハラスメントにより精神障害が発生しないように配慮する注意義務違反の不法行為責任及びそれに基づく雇用主の使用者責任、③雇用主自らの安全配慮義務違反による債務不履行責任の追及が考えられる²⁴⁾。いずれの場合も、被侵害利益は労働者の心身の健康であり、ハラスメント行為と精神障害の間の因果関係、ハラスメントと行為及び精神障害の罹患の予見可能性が必要となる²⁵⁾。

b 人格的利益が侵害された場合

労働者が精神障害を発症するに至らない場合でも、私法上の事後救済が認められる場合がある。まず、人事権の行使という形態でなされるものについては、無効を主張する地位確認請求等(法律行為)又は不法行為に基づく損害賠償請求(非法律行為)がなされうる²⁶⁾。次に、人事権の行使をとみなさない「ハラスメント」については、人格的利益等を被侵害利益として、不法行為に基づく損害賠償請求が認められる場合がある。この場合の法的構成としては、①行為者の損害賠償責任(不法行為)、②使用者・管理者の損害賠償責任(使用者責任)が考えられる。

まず、①行為者の損害賠償責任が追及される場合、そこでの被侵害利益は、「ハラスメント」の類型によって異なる。セクシュアル・ハラスメントでは、強制わいせつのような態様であれば、被害者の性的自由が被侵害利益であり、社会的評価を低下させたり私生活に関わる情報を流布させるような態様であれば、名誉・プライバシー、「働きやすい職場環境のなかで働く利益」²⁷⁾等が問題となる。「パワー・ハラスメント」では、労働者

成28年厚生労働省告示第312号)3(1)～(5)、「子の養育又は家族の介護を行い、又は行うこととなる労働者の職業生活と家庭生活との両立が図られるようにするために事業主が講ずべき措置に関する指針」(平成21年厚生労働省告示第509号)第2の14(2)イ～ホ。

21) 山川・前掲注19)47頁。

22) 山川・前掲注19)48頁。

23) 詳細は、山川・前掲注19)50頁以下を参照。

24) 山川・前掲注18)63頁。

25) 山川・前掲注18)64頁。

26) 以下、Ⅱ1(2)bにつき、山川・前掲注18)61-63頁を参照した。

27) 福岡地判平成4年4月16日労判607号6頁(福岡セクシュアル・ハラスメント事件)。

の人格権ないし人格的利益を被侵害利益として把握する場合が多い。

次に、②使用者・管理者の損害賠償責任は、(a)加害行為者の不法行為責任が認められることを前提として、使用者責任（民法715条）の要件を満たすか、(b)管理者の職場環境配慮義務違反につき使用者責任の要件を満たす場合に認められる。(a)の使用者責任の成否では、加害行為者の行為の事業執行性が重要な問題となる。(b)管理者の職場環境配慮義務違反の構成は、事業執行性の認められにくいセクシュアル・ハラスメントで取られ、事業執行性が比較的容易に認められる「パワー・ハラスメント」では、その必要性はあまり強くない。

(3) 日本法の「ハラスメント」への対応

a 類型間の共通点及び相違点

4つの類型の「ハラスメント」への対応の共通点としては、①職場環境ないし就業環境を害する行為を対象に含む点、②人格権・人格的利益侵害としての不法行為の成立が認められる場合がある点が挙げられる²⁸⁾。

他方、4つの類型で異なる点として、問題の位置づけがある。すなわち、「セクシュアル・ハラスメント」は雇用平等、「マタニティ・ハラスメント」は母性保護の問題として均等法が規制し、「育児・介護ハラスメント」はワーク・ライフ・バランスの問題として育介法が規制しているのに対し、「パワー・ハラスメント」は、雇用平等やワーク・ライフ・バランスなどの特定の規制理念のもとで問題とされるものではなく、業務上の指導の行き過ぎとの関連で労働者の精神的・身体的苦痛や職場環境の悪化が問題とされるものである²⁹⁾。また、「パワー・ハラスメント」は、他の3つのハラスメントと異なり、業務上の指導との区別が困難であること

がしばしば指摘される³⁰⁾。

b 特徴

日本の「ハラスメント」の事前予防は防止措置義務が主であるが、「パワー・ハラスメント」については予防のための立法がなく、行政上の対応にとどまっている。他方、事後救済としては、4つの類型全てについて不法行為に基づく損害賠償及び精神障害に至った場合の労災保険給付がある。「ハラスメント」に特化した救済は存在しない。

このような日本の対応の特徴は、①事後救済が中心である点、②「セクシュアル・ハラスメント」、「マタニティ・ハラスメント」、「育児・介護ハラスメント」、「パワー・ハラスメント」が、不法行為法においては共通性も見られるが、公法上は異なるものとして議論されており、「ハラスメント」全体としての規制はされていない点にある。

2 「パワー・ハラスメント」規制の現状と課題

日本では現在のところ「パワー・ハラスメント」の規制法が存在せず、「パワー・ハラスメント」は主として不法行為や安全配慮義務違反に帰着する問題として、判例・裁判例の検討を中心に議論されている³¹⁾。

本節では、「パワー・ハラスメント」の定義、現状及び課題について確認する。

(1) 「パワー・ハラスメント」の定義

a 裁判例における定義

下級審裁判例では、「パワー・ハラスメント」ないし「パワハラ」を「組織・上司が職務権限を使って、職務とは関係ない事項あるいは職務上であっても適正な範囲を超えて、部下に対し、有形無形に継続的な圧力を加え、受ける側がそれを精神的負担と感じたと

28) 山川隆一「職場のハラスメント—その現状と法的規律」法律のひろば70巻9号4頁, 5頁, 11頁(2017)参照。

29) 山川・前掲注28)5頁参照。なお、同論文は、均等法11条の2の妊娠・出産に関するハラスメントと育介法25条の育児・介護に関するハラスメントをまとめて「マタニティ・ハラスメント」とするが、本稿では前者のみを「マタニティ・ハラスメント」とし、後者は「育児・介護ハラスメント」としている。

30) 厚生労働省・前掲注1)10頁, 高仲幸雄「パワー・ハラスメント」岩村正彦ほか編『実務に効く労働判例精選(第2版)』ジュリ増刊224頁, 232頁(2018)等。

31) 菅野和夫『労働法(第11版補正版)』243-245頁(弘文堂, 2017), 荒木尚志『労働法(第3版)』275-276頁(有斐閣, 2016)。

きに成立するもの³²⁾、「企業組織もしくは職務上の指揮命令関係にある上司等が、職務を遂行する過程において、部下に対して、職務上の地位・権限を逸脱・濫用し、社会通念に照らし客観的な見地からみて、通常人が許容し得る範囲を著しく超えるような有形・無形の圧力を加える行為³³⁾と定義した例がある。これらは、上司から部下に対する嫌がらせを基本形とする。

また、富士通関西システムズ事件³⁴⁾では、「同じ職場で働く者に対して、職務上の地位や人間関係などの職場内の優位性を背景に、業務の適正な範囲を超えて、精神的・身体的苦痛を与える又は職場環境を悪化させる行為などと定義されるが、以下では不法行為に該当するものという意味で用いる。」として、後記b「円卓会議」の定義を参照しつつ、不法行為該当性を問題にしている。

b 「職場のいじめ・嫌がらせ問題に関する円卓会議」報告書における定義

2018年の「検討会」報告書以前は、2012年の「円卓会議WG」報告書の定義が参照されてきた。同報告書は、「職場のパワーハラスメント」を「同じ職場で働く者に対して、職務上の地位や人間関係などの職場内の優位性を背景に、業務の適正な範囲を超えて、精神的・身体的苦痛を与える又は職場環境を悪化させる行為をいう。」と定義する³⁵⁾。ここでは、「優位性」について、職務上の地位に限らず、人間関係や専門知識などの様々な優位性を含むこと、「業務の適正な範囲」について「個人の受け取り方によっては、業務上

必要な指示や注意・指導を不満に感じたりする場合でも、これらが業務上の適正な範囲で行われている場合には、パワーハラスメントには当たらない」ことが注記される。

そして、「パワー・ハラスメント」の典型的な類型として、網羅的なものではないしつつ、①暴行・傷害（身体的な攻撃）、②脅迫・名誉毀損・侮辱・ひどい暴言（精神的な攻撃）、③隔離・仲間外し・無視（人間関係からの切り離し）、④業務上明らかに不要なことや遂行不可能なことの強制、仕事の妨害（過大な要求）、⑤業務上の合理性なく、能力や経験とかけ離れた程度の低い仕事を命じることや仕事を与えないこと（過小な要求）、⑥私的なことに過度に立ち入ること（個の侵害）の六類型を挙げる³⁶⁾。

c 「職場のパワーハラスメント防止対策についての検討会」報告書における定義

2018年の「検討会」報告書は、「円卓会議WG」報告書を参考にしつつ、「パワーハラスメント」を①優越的な関係に基づいて（優位性を背景に）行われること、②業務の適正な範囲を超えて行われること、③身体的若しくは精神的な苦痛を与えること、又は就業環境を害することという3つの要素のいずれも満たすものと定義する³⁷⁾。これは、労働政策審議会の報告書案でもほぼ維持されている³⁸⁾。

d 特徴及び概念自体への批判

「検討会」でも詳細な議論がなされているように、「パワー・ハラスメント」はその定

32) 東京地判平成21年10月15日労判999号54頁（医療法人財団健和会事件）。

33) 東京地判平成24年3月9日労判1050号68頁（ザ・ウィンザー・ホテルズインターナショナル事件）。

34) 大阪地判平成24年3月30日LEX/DB25480801。

35) 厚生労働省・前掲注6)「職場のいじめ・嫌がらせ問題に関する円卓会議ワーキング・グループ報告」5頁。

36) 厚生労働省・前掲注6)「職場のいじめ・嫌がらせ問題に関する円卓会議ワーキング・グループ報告」6頁。

37) 厚生労働省・前掲注1)10-11頁。

38) 『「職場のパワーハラスメント防止対策についての検討会」報告書（平成30年3月）の概念を踏まえて、以下の3つの要素を満たすものとするのが適当である。i) 優越的な関係に基づく ii) 業務上必要かつ相当な範囲を超えた言動により iii) 労働者の就業環境を害すること（身体的若しくは精神的な苦痛を与えること）」とされる（厚生労働省・前掲注9)8頁）。

なお、労働施策総合推進法改正法案には定義規定は存在せず、措置義務の条文において「事業主は、職場において行われる優越的な関係を背景とした言動であって、業務上必要かつ相当な範囲を超えたものによりその雇用する労働者の就業環境が害されることのないよう、当該労働者からの相談に応じ、適切に対応するために必要な体制の整備その他の雇用管理上必要な措置を講じなければならない。」との規定がある（30条の2第1項）（「新旧対照条文」14頁（<https://www.mhlw.go.jp/content/000486036.pdf>, 2019年3月14日最終閲覧））。

義自体が困難な概念である³⁹⁾。そもそも、「パワー・ハラスメント」は「パワー」に着目する概念であり、上司から部下への嫌がらせを基本形とする語感を有する。例えば、「職務権限など優越的な地位を背景にした部下への嫌がらせ行為」⁴⁰⁾、「上司がその権限(パワー)を濫用して、部下の人格的な利益を侵害すること」⁴¹⁾等、上司から部下に対する嫌がらせを基本形とする定義も存在し、社会的にはこのようなイメージが強いと考えられる⁴²⁾。

「円卓会議」や「検討会」の報告書では、上司から部下には限定されていないものの優位性が要求され、業務の適正な範囲であれば「パワー・ハラスメント」に該当しないと留保が一貫して付されてきた。この2点が「パワー・ハラスメント」概念の主な特徴である。

「検討会」報告書では、「優位性」の内容として、「職務上の地位が上位の者による行為」、「同僚又は部下による行為で、当該行為を行う者が業務上必要な知識や豊富な経験を有しており、当該者の協力を得なければ業務の円滑な遂行を行うことが困難であるもの」、「同僚又は部下からの集団による行為で、これに抵抗又は拒絶することが困難であるもの」が例示されている⁴³⁾。行為主体として上司、同僚又は部下という職場内の者が想定され、顧客等の職場外の者を含まない点も「パワー・ハラスメント」概念の特徴である。

「業務の適正な範囲を超えて行われること」とは、「社会通念に照らし、当該行為が明らかに業務上の必要性がない、又はその態様が相当でないものであること」を意味する⁴⁴⁾。業務上の必要性を考慮する点については、これにより「長時間労働や過重労働によって、過労死と一体となっているハラスメント(業務型ハラスメント)を規制できなくなっている」との指摘がある⁴⁵⁾。ILOが2018年に出した報告書(後出「2018年報告書1」)でも、日本については、「パワー・ハラスメント(power harassment)」が諸外国の「精神的ハラスメント(psychological harassment)」を表す表現として言及され⁴⁶⁾、過労死・過労自殺との関係に関する指摘が目立つ⁴⁷⁾。過労死・過労自殺は日本における深刻な問題であり、精神疾患による自殺には「パワー・ハラスメント」が絡む事例も少なくない⁴⁸⁾。こうした深刻な状況からは、業務上の必要性和「ハラスメント」該当性の関係は検討が必要と思われるが、他方で、業務に通常付随する行為との線引きが困難であることも確かであり、直ちに考慮を否定すべきとはいえないであろう。

また、「パワー・ハラスメント」概念に対しては、批判もある。例えば、大和田敢太は、「パワハラ」という用語は職場のいじめ問題の本質の理解を誤らせるだけでなく、問題の対象領域を不当に狭めてしまうとする。そして、「セクハラ」と「パワハラ」はベクトル

39) 例えば、職場のパワーハラスメント防止対策についての検討会「第1回会議議事録」〔野川忍発言〕(平成29年5月19日)(<https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi2/0000170246.html>)を参照。

40) 大和田敢太『職場のハラスメント』23頁の表(中央公論新社, 2018)。これは、マスコミ等で主張されている内容を示したものであり、大和田は「パワー・ハラスメント」概念に批判的である。

41) 大内伸哉『君は雇用社会を生き延びられるかー職場のうつ・過労・パワハラ問題に労働法が答える』253頁(明石書店, 2011)。

42) 定義(「職場における権力による嫌がらせ」)自体には上司から部下に対するものと明示はされていないが、上司の地位を利用した嫌がらせに言及する例として、谷原弘之「パワー・ハラスメント: 職場の暴力の問題」川上憲人=堤明純監修『職場におけるメンタルヘルスのスペシャリスト BOOK』271頁(培風館, 2007)がある。

43) 厚生労働省・前掲注1)11-12頁。

44) 厚生労働省・前掲注1)12頁。同頁では、「業務上明らかに必要性のない行為」、「業務の目的を大きく逸脱した行為」、「業務を遂行するための手段として不適當な行為」、「当該行為の回数、行為者の数等、その態様や手段が社会通念に照らして許容される範囲を超える行為」が例示される。

45) 大和田敢太「被害者が不在で、立法的規制を回避し、ハラスメントを当事者任せにし、ハラスメント野放しを容認する報告書」労旬1914号6頁, 9頁(2018)。

46) ILO, V(1) Ending violence and harassment against women and men in the world of work, 26 (2018).

47) *Id.* at 72, 90.

48) 西村健一郎=朝生万里子『労災補償とメンタルヘルス』126-131頁(信山社, 2014)参照。

が違う、「いいパワハラ」と「悪いパワハラ」があるという議論が展開されていることを、「ハラスメント」という普遍性のある法的な概念への理解不足であると述べる⁴⁹⁾。

こうした状況を踏まえると、「パワー・ハラスメント」と称されてきた問題の法規制にあたっては、法的概念として「職場におけるハラスメント」や「ワークハラスメント」を用いることも考えられる⁵⁰⁾。この点が、日本法の一つの検討課題である。

(2) 「パワー・ハラスメント」規制の現状

「いじめ・嫌がらせ」や「パワー・ハラスメント」は、法的問題としては、加害者である上司や同僚の被害労働者に対する身体、名誉感情、人格権などを侵害する不法行為責任や、企業の被害労働者に対する労働契約上の安全配慮義務違反の責任の有無の問題となる⁵¹⁾。裁判所での事後救済が中心であり、他に精神障害等を発症した場合の労災補償⁵²⁾や行政救済としてのあっせん手続等が存在する。事前予防は、厚生労働省の周知等

の行政上の措置のみである。

「パワー・ハラスメント」は、該当すれば直ちに不法行為を構成する法的概念とはされておらず、「パワー・ハラスメント」が不法行為を構成するかの判断は、「上司等の教育・指導・叱責の目的・必要性和、その態様の両面から考察し、①教育・指導等に業務上の正当な目的・必要性があるか否か、また、②必要性があるとしても、その態様・発言内容等に照らして相当性があるか否かを基準として違法性の有無を判断すべき⁵³⁾」、「パワハラとされる言動の有無に加え、かかる言動が業務上の適正な範囲を超えたものであるかという違法性・相当性の検討を慎重に行う必要がある⁵⁴⁾」等とされる。

この問題に関する裁判例は数多く存在し、①指導監督、業務命令の限界⁵⁵⁾、②退職強要等⁵⁶⁾、③パワハラにより精神疾患を発症したり、自殺した者に対する使用者の安全配慮義務⁵⁷⁾、④労災認定⁵⁸⁾、⑤その他⁵⁹⁾に分類することができる⁶⁰⁾。

49) 大和田敢太「ベルギーにおける『職場のいじめ』規制法」季労 238 号 13 頁, 31 頁 (2012), 同「ワークハラスメント (WH) の法的規制」西谷敏古稀『労働法と現代法の理論 上』433 頁, 435 頁 (日本評論社, 2013), 同『職場のいじめと法規制』14-15 頁 (日本評論社, 2014)。大和田は、「ワークハラスメント」を用いるべきとの立場を示している。これに対して、根本到「職場のパワーハラスメントと人格権」日本労働法学会編『講座労働法の再生第 4 巻 人格・平等・家族責任』49 頁, 55 頁 (日本評論社, 2017) は「日本の裁判例の中では『パワーハラスメント』という概念が広く浸透していることも忘れてはならない」として、「職場のパワーハラスメント」という概念を用いる。

50) 大和田・前掲注 49) の各論文等を参照。

51) 菅野・前掲注 31)243 頁参照。

52) 労災補償につき小畑史子「パワー・ハラスメントと労災補償」法律時報 89 卷 1 号 72 頁 (2017) 参照。

53) 土田道夫『労働契約法 (第 2 版)』131 頁 (有斐閣, 2016)。

54) 高仲・前掲注 30)232 頁。

55) 例えば、三井住友海上火災保険事件 (東京高判平成 17 年 4 月 20 日判例 914 号 82 頁) では、「意欲がない、やる気がないなら、会社を辞めるべきだと思います」「あなたの給料で業務職が何人雇えると思いますか」等のメールを本人と同僚 10 数名に送った行為が、本人の名誉感情をいたずらに毀損するものであることは明らかであり、その表現において許容限度を超え、著しく相当性を欠くため、不法行為に該当するとされ、JR 東日本 (本荘保線区) 事件 (仙台高秋田支判平成 4 年 12 月 25 日判例 690 号 13 頁) では、就業規則の全文書き写しを命じたことが、見せしめを兼ねた懲罰的目的を推認せざるをえず、故なく肉体的、精神的苦痛を与えてその人格権を侵害するものであるから、使用者の裁量を逸脱し、違法とされた。また、ザ・ウィンザー・ホテルズインターナショナル事件 (東京地判平成 24 年 3 月 9 日判例 1050 号 68 頁) は、「辞めろ! 辞表を出せ! ぶっ殺すぞ、お前!」等という留守電を残した上司の行為を違法とした。

56) バンク・オブ・アメリカ・イリノイ事件 (東京地判平成 7 年 12 月 4 日判例 685 号 17 頁) (退職に追い込むためになされた管理職の受付への配転が不法行為とされた) やホンダ開発事件 (東京高判平成 29 年 4 月 26 日判例 1170 号 53 頁) (総務係からランドリー班への配転命令の効力ならびに上司らの言動等の不法行為性を肯定) 等がある。

57) 誠昇会北本共済病院事件 (さいたま地判平成 16 年 9 月 24 日判例 883 号 38 頁) では、同僚からのいじめによる自殺について、使用者の安全配慮義務違反を肯定した。また、関東学院事件 (東京高判平成 28 年 5 月 19 日 LEX/DB25542758) は、「使用者は、労働者が労務を提供する過程において、職場内のハラスメント行為によって労働者の心身の健康が損なわれないように配慮すべき義務を負っている」とした。

(3) 「パワー・ハラスメント」規制の課題

本節では、「検討会」報告書及び議事録を参照し、「パワー・ハラスメント」問題について議論すべき課題を抽出する⁶¹⁾。

a 「職場のパワー・ハラスメント防止対策についての検討会」報告書

「検討会」は、働き方改革実行計画（平成29年3月28日働き方改革実現会議決定）において、「職場のパワーハラスメント防止を強化するため、政府は労使関係者を交えた場で対策の検討を行う」こととされたことを受けて開催され、「実効性のある職場のパワーハラスメント防止対策について、検討を行う」ものとされた⁶²⁾。「検討会」報告書は、「はじめに」、「現状」、「職場のパワーハラスメントの概念」、「職場のパワーハラスメント防止対策の強化」、「顧客や取引先からの著しい迷惑行為」、「まとめ」から成る。「職場のパワーハラスメントの概念」についてはⅡ2(1)で参照したため、ここでは「職場のパワーハラスメント防止対策の強化」の内容を簡潔に紹介する。

「検討会」においては、職場のパワーハラスメントの対応策として、①行為者の刑事責

任、民事責任（刑事罰、不法行為）、②事業主に対する損害賠償請求の根拠の規定（民事効）、③事業主に対する措置義務、④事業主による一定の対応措置をガイドラインで明示、⑤社会機運の醸成という5つの選択肢が示された⁶³⁾。

各対応策の中では、①刑事責任、民事責任は「メリットに比してデメリットが大きいことから、本検討会においては、足下の対策としてすぐに実現すべきという意見は示されなかった⁶⁴⁾」一方、④ガイドラインは「どのような対応を進めるにせよ、職場のパワーハラスメントの予防等のために、少なくとも企業の現場において具体的に取り組むにあたり参照すべき事項をガイドラインのような形でとりまとめることの重要性そのものに反対する指摘は示されなかった⁶⁵⁾」。また、⑤社会気運の醸成は「この対応策案は独立して取り組むのではなく他の対応策と組み合わせるべきであるという意見が示された⁶⁶⁾」。この3つの要否については、ある程度意見の統一が見られたようである。もっとも、①②⑤の議論には、多くの時間は割かれなかった⁶⁷⁾。

58) 先駆的裁判例である静岡労基署長（日研化学）事件（東京地判平成19年10月15日労判950号5頁）は、上司による「存在が目障りだ」「給料泥棒」等の発言が精神障害を発症させたとして自殺の業務起因性を肯定した。

59) 例えば、関西電力事件（最判平成7年9月5日労判680号28頁）（会社が行った共産党員もしくはその同調者に対する職場の内外での監視、孤立化等の行為につき、人格的利益を侵害するものとして不法行為の成立が認められた）等がある。

60) この分類は、21世紀職業財団『わかりやすいパワーハラスメント裁判例集 増補版Ⅱ』2-6頁（21世紀職業財団、2014）を参照し、「損害算定における素因減額等」及び分類のみが挙げられ裁判例の掲載がない「セクハラとの関係」を省略した。

61) 「検討会」報告書に関する論文として、稲尾和泉『職場のパワーハラスメント防止対策についての検討会』報告書の読み方 労務事情1363号26頁（2018）、大和田・前掲注45）、滝原啓久『職場のパワーハラスメント防止対策についての検討会』報告書の意義と課題 季労263号65頁（2018）、新村響子「職場のいじめ・嫌がらせ・パワハラに対する立法チャンスを逃がすな—厚労省パワハラ防止対策検討会の報告を受けて」 労旬1914号14頁（2018）、原昌登「パワハラ対策の意義と課題—『職場のパワーハラスメント防止対策についての検討会』報告書に関する覚書—」 成蹊法学88号255頁（2018）、同「職場のパワーハラスメント防止対策の選択肢と意義」 労務事情1363号34頁（2018）等がある。

62) 厚生労働省・前掲注1)30頁。

63) 厚生労働省・前掲注1)16頁。

64) 厚生労働省・前掲注1)17頁。同頁で指摘されたデメリットとしては、「パワーハラスメントは業務上の適正な指導との境界線が明確ではないため構成要件の明確化が難しく、構成要件を明確にしようとする制裁の対象となる行為の範囲が限定されてしまうこと」、「行為者の制裁だけでは職場風土の改善など根本的な解決にはつながらない可能性があること」、「暴行等の悪質な行為については、既存の刑法違反に該当する可能性が高く、あえてパワーハラスメントと定義して対応することへの疑問」があることがある。

65) 厚生労働省・前掲注1)19頁。

66) 厚生労働省・前掲注1)19頁。

67) ②損害賠償請求の根拠の規定については、③防止措置義務を中心に②も加えるべきとする意見があった（職

最も議論された③防止措置義務は、「支持する意見が多く示された」一方、「反対意見も示された」⁶⁸⁾。議事録を参照すると、③防止措置義務を課すべきとする立場と④ガイドラインにとどめるべきとする立場の間で多くの議論が交わされている⁶⁹⁾。報告書でも指摘されているように、ガイドラインのみでは行為者に対する制裁としての効力が弱く、行政等による強制力も弱いことから取組が進まない懸念がある⁷⁰⁾。すべての職場でパワーハラへの対応が進められるためには、実効力を伴う措置義務の法定が必要であろう⁷¹⁾。事業主の職場環境改善に対する措置とは、明確に違法性のある行為の予防のみならず、より広い問題の解決に向けられるべきともいえると考えれば、③の措置義務について報告書が挙げるデメリット⁷²⁾はそれほど大きなものではない⁷³⁾。対策を進めるという観点からは、セクシュアル・ハラスメントやマタニティ・ハラスメントと同様に防止措置義務を課することは現実的な第一歩といえるであろう⁷⁴⁾。

b 「検討会」報告書から抽出される課題

「検討会」における議論からは、今後、「パワー・ハラスメント」の法規制を考える上で

検討すべき事項として大きく3つの事項が抽出できる。

第一に、「パワー・ハラスメント」をどのように定義するかという問題である。「検討会」でも議論されているように⁷⁵⁾、定義を行う際には、定義の目的、防止対策の内容（「パワー・ハラスメント」の要件を満たす場合の効果）との関係で決める必要があり、規制法の立法形式に関する議論と合わせた検討が必要である。労働政策審議会の報告書案では「検討会」の定義が採用されているが⁷⁶⁾、この点の議論が終わるものではないだろう。

第二に、規制法の立法形式はどうすべきかという点である。「検討会」での議論からは、「パワー・ハラスメント」への対応策として、③防止措置義務が最も有力であり、2019年3月時点で現に立法が目指されている。そこで、これを採用する場合、その根拠法はいかなる法律にすべきかという問題がある。「セクシュアル・ハラスメント」及び「マタニティ・ハラスメント」は均等法、「育児・介護ハラスメント」は育児法に規定が置かれているが、保護法益や位置づけの異なりから、「パワー・ハラスメント」につきこれらを用

場のパワーハラスメント防止対策についての検討会「第7回会議議事録」〔野川忍発言〕（平成30年1月26日）（<https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi2/0000195771.html>）。

68) 厚生労働省・前掲注1)18頁。

69) 例えば、職場のパワーハラスメント防止対策についての検討会・前掲注67)〔野川忍発言・原昌登発言、杉崎友則発言・久保村俊哉発言・布山祐子発言〕。使用者・経営者の立場からの発言で④の立場を現実的とする意見が多く見られた。この議論については、原・前掲注61)「パワーハラ対策の意義と課題」269-271頁も参照。

70) 厚生労働省・前掲注1)19頁。

71) 原・前掲注61)「パワーハラ対策の意義と課題」271-272頁、「職場のパワーハラスメント防止対策の選択肢と意義」37-39頁参照。

72) ①や②に比べて行為者に対する防止のための効果が弱いことがデメリットとして挙げられ、反対意見としては、業種や職種により「平均的な労働者」の感じ方は異なり、どのような場合がパワーハラスメントに該当するのかの具体例の集積が不十分であり、必ずしもパワーハラスメントに関する共通認識が形成されているとは言えない状況であること、中小企業における取組が難しいことへの懸念が示されている（厚生労働省・前掲注1)18頁）。

73) 新村・前掲注61)19頁。

74) 関連して、山川・前掲注19)54頁は、措置義務規定について、ハラスメントは発生してしまった後では被害が十分に回復されないこともあり、事前の予防の方が職場環境の整備や就労の継続という点においても有効であること、法違反の有無を容易に判定でき、体制が整備されていないという事態に着目して是正指導が可能となること等を指摘して、その法政策の実現手段としての意義を説いており、重要な指摘と思われる。

75) 厚生労働省・前掲注1)10頁、職場のパワーハラスメント防止対策についての検討会「第2回会議議事録」〔野川忍発言〕（平成29年7月3日）（<https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi2/0000191339.html>）、同「第4回会議議事録」〔野川忍発言、原昌登発言〕（平成29年9月20日）（<https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi2/0000191615.html>）、同「第5回会議議事録」〔野川忍発言、原昌登発言〕（平成29年10月19日）（<https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi2/0000191213.html>）等を参照。

76) 労働政策審議会・前掲注9)8頁。

いることは難しい。「検討会」では、労働契約法、労働安全衛生法、労働基準法、政策的な法を制定する等の意見があったが⁷⁷⁾、いずれが妥当かは議論されておらず⁷⁸⁾、今後の課題であろう⁷⁹⁾。また、「検討会」では支持されなかったが⁸⁰⁾、①行為者の刑事責任、民事責任、②事業主に対する損害賠償請求の根拠の規定の妥当性は、対策が進む中で再度検討されることも考えられ、防止措置義務以外の法規制の可能性も検討すべき課題である⁸¹⁾。

第三に、「パワー・ハラスメント」に限った規制法を置くべきか、総合的な規制法を創設すべきかについても、検討が必要である。「検討会」報告書においても、「セクシュアルハラスメントや妊娠・出産・育児休業等に関するハラスメントも含めた総合的なハラスメント防止法を創設することも将来的には検討に値するのではないかとの意見」が示されて

いる⁸²⁾。

3 諸外国の法規制

「パワー・ハラスメント」は和製英語であり、諸外国では、これに対応する問題は、「精神的ハラスメント (psychological harassment)」、「モラル・ハラスメント (moral harassment)」、「職場のいじめ (workplace bullying, mobbing)」等として議論されている。その分類、定義、保護法益の位置づけ等は様々であり、諸外国の法規制を参照することで、「パワー・ハラスメント」概念自体の妥当性も含めた検討が可能となろう。

この問題につき、ILOは「職場における暴力とハラスメント」⁸³⁾という枠組みで議論を行い、2019年の総会で「職場における暴力とハラスメント」に関する初の国際基準となる条約を採択することを目指している。

77) 職場のパワーハラスメント防止対策についての検討会「第8回会議議事録」〔野川忍発言、原昌登発言〕(平成30年2月21日)(<https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi2/0000200096.html>)。両教授とも、労契法及び労安衛法を選択肢に挙げた上で、そこに収まらない場合に、野川は新たな立法を行う可能性、原は労基法に含める可能性に言及している(原・前掲注61)「パワハラ対策の意義と課題」269頁注39も参照)。

78) 労働政策審議会の報告書案では防止措置義務の根拠法には言及がない(労働政策審議会・前掲注9)8頁)。

79) 2019年3月8日に通常国会に提出された法案では、労働施策総合推進法(昭和41年7月21日法律第132号、2018年に雇用対策法から改称)に規定を置くこととされている。労働施策総合推進法は、後出II3で分類する立法形式①から⑥いずれにも該当しない。法案の提出理由は、「女性をはじめとする多様な労働者が活躍できる就業環境を整備するため、女性の職業生活における活躍の推進に関する取組に関する計画の策定等が義務付けられる事業主の範囲を拡大するほか、いわゆるパワーハラスメント、セクシュアルハラスメント等の防止に関する国、事業主及び労働者の努力義務を定めるとともに、事業主に対してパワーハラスメント防止のための相談体制の整備その他の雇用管理上の措置を義務付ける等の措置を講ずる必要がある。」とされており(「法律案案文・理由」(<https://www.mhlw.go.jp/content/000486035.pdf>, 2019年3月14日最終閲覧))、「多様な労働者が活躍できる就業環境」の整備を目指す過程に「パワー・ハラスメント」対策を位置付けているようである。

80) 厚生労働省・前掲注1)17頁。なお、①につき、困難な問題が多く、長期的な検討の視点としては意味があるが、すぐに実現すべき選択肢とはいえないとし、②につき、行政等が広く周知することで代替することも可能であり、立法や法改正といったコストのかかる手段で実現する必要があるとは必ずしもいえないとするものとして、原・前掲注61)「パワハラ対策の意義と課題」268-269頁、「職場のパワーハラスメント防止対策の選択肢と意義」37頁。

81) 防止措置義務以外の立法の検討はより長期的な課題であろう。関連して、大和田・前掲注49)『職場のいじめと法規制』は、「禁止原則を明確にした上で、予防制度と防止制度を確立することによって、制度的なアプローチが明確になり、客観的な安定的な基準を設定することができよう」(54頁)、「禁止原則を曖昧にしたままの、防止・予防策は、最初から前提条件を欠いたものとならざるをえない」(14頁)等として、禁止原則の重要性を説く。

82) 厚生労働省・前掲注1)16頁。

83) ILOは、「職場における暴力とハラスメント」を「一回限りの出来事か繰り返されるものかを問わず、心身に対する危害あるいは性的・経済的に危害を与えることを目的とするか、そのような危害に帰する、あるいは帰する可能性が高い、一連の許容できない行動様式及び行為またはその脅威と理解されるもの(性差に基づく暴力とハラスメントを含む)」と理解されるべきとし、インターンやボランティア、求職者等までも含み、契約上の地位にかかわらず、あらゆる部門の働く人々を幅広く対象とし、職場だけでなく、通勤途上や出張・イベント中などに発生するものも含むべきとする(ILO駐日事務所記者発表(https://www.ilo.org/tokyo/information/pr/WCMS_632278/lang-ja/index.htm, 2018年10月23日最終閲覧))。

2018年5月28日から6月8日までジュネーブで開催された第107回年次総会においては、2本の報告書を提示し⁸⁴⁾、「職場における暴力とハラスメント」に関する新基準の採択に向けて討議を行った。

「労働の世界における男女に対する暴力とハラスメントに終止符を打つ (V(1) Ending violence and harassment against women and men in the world of work)」と題する報告書(以下、「2018年報告書1」とする)によれば、「職場における暴力とハラスメント」には未だ国際的な定義はないが、精神的及び身体的暴力とハラスメントに関する用語の大多数は、以下の2つの構成要素を共有している⁸⁵⁾。すなわち、調査対象の80か国の中で、様々な形態の暴力とハラスメントの定義は、大抵、①身体的及び精神的行為をともに含んでおり⁸⁶⁾、②行為そのもの(殴る、侮辱する、唾をはく(spitting)、大声をあげる等)ではなく、行為の結果又は影響(害、尊厳の喪失等)に焦点をあてている⁸⁷⁾。

この2つの構成要素は、日本の「パワー・ハラスメント」の「優越的な関係に基づいて(優位性を背景に)行われること、業務の適正な範囲を超えて行われること、身体的若しくは精神的な苦痛を与えること、又は就業環

境を害することという3つの要素のいずれも満たすもの」という定義にも含まれているように思われる。すなわち、日本の「パワー・ハラスメント」でも、①身体的行為のみならず精神的行為を含みうる定義がなされており、②身体的若しくは精神的苦痛を与え又は就業環境を悪化させるという結果に着目している。日本の「パワー・ハラスメント」もILOが検討対象としている世界各国の「ハラスメント」及び「暴力」の中で比較検討できよう⁸⁸⁾。

(1) 諸外国の法規制の概観

以下、比較対象国の選定を念頭に置き、法規制を立法形式ごとに分類した上で、ハラスメントに関する立法が多いヨーロッパ諸国を中心に⁸⁹⁾各国の法規制を概観する。

ILOの2018年報告書1の第4章「職場における暴力とハラスメントからの保護のための国内法規制」によれば⁹⁰⁾、「職場における身体的及び精神的暴力とハラスメント」を規制している国は60か国であり、その立法形式は、労働法(40か国)、差別禁止法⁹¹⁾(25か国)、労働安全衛生法(15か国)、刑事法(10か国)、その他の法(10か国)に分類されている⁹²⁾。

また、欧州労働安全衛生機構(European

84) ILO, *supra* note 46, V (2) Ending violence and harassment in the world of work (2018).

85) ILO, *supra* note 46, at 6.

86) 40か国で身体的・精神的行為の双方、4か国で身体的行為のみが含まれており、16か国では定義されていないか曖昧にのみ定義されて用いられており身体的・精神的行為のいずれが言及されているかが不明確であった(*Id.*).

87) 36か国で行為の性質そのものは描写されず、行為の効果により定義され、5か国で効果を具体的に挙げず行為の性質によって定義され、6か国で行為の性質と効果から定義され、13か国で定義されていないか行為の性質と効果に関連して曖昧に定義されていた(*Id.*).

88) もっとも、「パワー・ハラスメント」は優位性の要求及び業務上の必要性の考慮がやや特殊であることはII 2(1)dで述べた通りである。

89) 2018年報告書1第4章によれば、精神的暴力及びハラスメントからの保護はヨーロッパ及び中央アジアで最も規制されており(21か国, 84%) (ILO, *supra* note 46, at 54)、第5章によれば、「精神的暴力及びハラスメント」を防止するための措置をとり、明白に保護する義務を使用者に課す規定の導入を選択する法域は22か国あるところ、うち14か国がヨーロッパ及び中央アジアでありヨーロッパが中心である(*Id.* at 65-66, Figure 5.3)。

90) 同報告書では、第5章が「職場における暴力とハラスメントの予防のための国内法規制」である。「権利」「保護」と「予防」を分けて取り上げる理由は、予防措置はしばしば労働安全衛生のアプローチ(an OSH approach)を用いた異なる立法で規制されているのに対し、権利及び禁止はよりしばしば労働法、刑法、差別禁止法に見られるためである(*Id.* at 45)。防止のための義務を課すものが「予防」、禁止を定めるものが「保護」とされているようであるが、本稿では、事後救済と対比したより広い意味で「予防」又は「事前予防」を用いることがある。

91) *Id.* at 47 of the anti-discrimination law, at 48 of the discrimination law, at 52 of the non-discrimination lawをいずれも「差別禁止法」と訳出した。

92) *Id.* at 52. なお、合計は60か国とならないが、重複があると思われる(*Id.* at 52 note13も参照)。

Agency for Safety and Health at Work, 以下、「EASH」と略す場合がある）の2010年の報告書では、職場の暴力とハラスメントに対する立法的規制の規制方法として、特別立法（労働法に編入）（フランス）、労働安全衛生法（フィンランド）、労働環境法（ノルウェー・スウェーデン）、単独特別立法（ベルギー）、一般法（ドイツ）、労働法（ポーランド）、職場安全衛生（リスク）（キプロス）、刑事法（アイルランド）、性平等法（スロヴァキア）が例示されている⁹³⁾。

他に考えられる分類として、大和田は、EUにおける経験を踏まえた「ワークハラスメント」の立法形式の選択肢を、(a) 特別立法、(b) ハラスメント規制一般法制、(c) 労働安全（環境）法制、(d) 労働契約法制、(e) 労働者保護（労働条件）法制、(f) 平等（差別禁止）法制、(g) 刑事法に整理する⁹⁴⁾。

ILOの分類では「労働法」の中に含まれるものが広範と考えられることから、以下、EUの分類を踏まえた大和田の分類を参照し、(h)として日本を含む特別の規制法を有しない国に言及して⁹⁵⁾、「パワー・ハラスメント」に関する諸外国の法規制を概観する⁹⁶⁾。

a 特別立法

特別立法の例には、ベルギーの「職場における暴力、モラル・ハラスメントおよびセクシュアル・ハラスメントからの保護に関する

法律」(2002)、フランスの社会現代化法⁹⁷⁾(2002)がある。

ベルギーの「職場における暴力、モラル・ハラスメントおよびセクシュアル・ハラスメントからの保護に関する法律」は、ハラスメントに関する先駆的な立法であり、2007年に改正が行われた。2002年法は、「労働における福祉に関する1996年8月4日法」の改正という形式によって、労働福祉法に編入され、その一部となり、労働における暴力およびハラスメントからの労働者の保護を「労働における福祉」という概念の中に包摂した⁹⁸⁾。2002年法の立法趣旨は、予防的効果と保護的効果を重視したところに意義があるとされ、同時に、この課題を個別的課題から集団的課題（企業の集団的環境）へと発展的に位置づけようとしたものである⁹⁹⁾。

2002年法では、使用者の義務として、①防止のために適切な職場配置、②ハラスメント相談員やハラスメント専門員など被害者のための制度、③迅速かつ公平な調査、④被害者の援助、⑤被害者の職務の引き継ぎと再配置、⑥防止のための管理職の義務、⑦情報公開と労働者の啓発の各措置を講ずることが定められ、被害労働者にはハラスメント相談員、ハラスメント専門員または監督責任を負う公務員への届出や訴権（損害賠償請求および加害行為中止命令請求）が保障された¹⁰⁰⁾。

2007年法は、使用者および労働者が「暴力、

93) European Agency for Safety and Health at Work, Workplace Violence and Harassment: a European Picture, European Risk Observatory Report, 28-33 (2010). 大和田・前掲注49)「ベルギーにおける『職場のいじめ』規制法」14-15頁も参照。

94) 大和田・前掲注49)『職場のいじめと法規制』44-45頁、同・前掲注49)「ワークハラスメント(WH)の法的規制」445頁(ナンバリングは筆者による)。この分類は、相互排他的なものではない。例えば、フランスでは、特別立法により労働法典及び刑法典に「モラル・ハラスメント」に関する規定が編入されており、(a)(g)のいずれにも該当する。また、イギリスのように複数の法を有する国も多い。

95) 日本でも行為態様によっては刑法上の暴行罪(208条)の規律が及ぶため(g)に近接し、メンタルヘルス不調等が生じた場合には労働契約法5条の安全配慮義務が問題となることがあり(d)にも近接する。しかし、「パワー・ハラスメント」自体が法的に定義されておらず、「パワー・ハラスメント」概念に法的効果が結びついていないわけではない点で、「特別の規制法を有しない」と分類してよいだろう。

96) 概観のため基本的に邦語先行研究に依拠するが、EASH, *supra* note 93も参照した。

97) フランスの“Loi du 17 janvier 2002 de modernization sociale”の訳語は、「社会的近代化法」(例えば、大和田・前掲注49)『職場のいじめと法規制』)とするものと「社会現代化法」(例えば、石井保雄「フランスにおける精神的ハラスメントの法理」季労208号113頁(2005))とするものがある。本稿は基本的に後者を用い、引用の際は各自に従う。

98) 大和田・前掲注49)「ベルギーにおける『職場のいじめ』規制法」15頁。

99) 大和田・前掲注49)「ベルギーにおける『職場のいじめ』規制法」16頁。

100) 大和田・前掲注49)『職場のいじめと法規制』100-101頁。

モラル・ハラスメントおよびセクシュアル・ハラスメントのあらゆる行為を行わない義務を負う」という原則を明確にしたうえで、企業内における「労働における暴力およびハラスメント防止政策」を重視する¹⁰¹⁾。2007年法は、労働における防止と保護の委員会(CPPT)、苦情調書、第三者の行為の登録簿等の特別な制度を設けた点にも特徴がある¹⁰²⁾。

フランスでは、2002年の社会現代化法により、「モラル・ハラスメント」(*harcèlement moral*)¹⁰³⁾に関する規定が労働法典及び刑法典に編入された。「モラル・ハラスメント」は禁止され、違反行為の被害者は調停手続を利用することができるほか、加害者には刑事罰も科されうる¹⁰⁴⁾。また、使用者の予防義務として、モラル・ハラスメント行為を防止する義務と労働者の「肉体的および精神的健康」を保護する義務が明記され、衛生安全・労働条件委員会が労働者の「肉体的および精神的健康」を保護する役割や従業員代表の権限(警告権)も明示されている¹⁰⁵⁾。

b ハラスメント規制一般法制

イギリスの「ハラスメントからの保護法」(1997)が一例である。同法は民刑事両法の性格をもち、「ハラスメント」を禁止する(1条)¹⁰⁶⁾。そして、3条1項は、1条違反の「ハラスメント」行為は不法行為となり民事救済の対象になることを定め、2項では賠償金請求について、3項から5項は差止命令について規定し、差止命令に反した場合、同条6項と9項により、刑事罰の対象となる。

イギリスは差別禁止法である平等法(2010)

でもハラスメントを規制しており、両者の違いは以下の点にある。すなわち、ハラスメントからの保護法はより広い射程を有し(保護特性(*protected characteristics*)に関連するハラスメントでなくてもよい)、被告適格の制限なく郡裁判所か高等法院に提訴でき、高額賠償が期待できるのに対し、平等法は差別禁止事由(保護特性)に係るハラスメントについて、使用者を相手方として雇用審判所を利用でき、低廉迅速な解決が期待できる¹⁰⁷⁾。

c 労働安全(労働環境)法制

労働安全衛生法の例としてはフィンランド、ニュージーランド、カナダのオンタリオ州等があり、ノルウェーでは労働環境法が規制している。また、スウェーデンの雇用環境規則(1993)は、職場いじめに対する世界初の法制度である¹⁰⁸⁾。

ここではEASHの報告書で例示されているフィンランドの法規制を概観する¹⁰⁹⁾。フィンランドでは2002年に労働安全衛生法が全面改正され、「労働における暴力のリスク、ハラスメント」に関する定めが挿入された。同法では「ハラスメントその他、従業員に対する不適切な対応が、労働の際に生じ、従業員の健康に障害や危険を生じさせる場合には、使用者は、事情を認識した後は、有効な手段によって、この事態を解決するための措置を講じなければならない」とされ、従業員にも「他の従業員の安全や健康に障害や危険を及ぼすような、ハラスメントその他、従業員への不適切な対応」を避ける一般的義務が課されている。

101) 大和田・前掲注49)『職場のいじめと法規制』116頁。

102) 大和田・前掲注49)『職場のいじめと法規制』120-126頁参照。

103) “*harcèlement moral*”は「モラル・ハラスメント」と訳される場合(例えば、大和田・前掲注49)『職場のいじめと法規制』)と「精神的ハラスメント」と訳される場合(例えば、石井・前掲注97)がある。本稿では英語の *psychological harassment* 及び仏語の *harcèlement psychologique* を「精神的ハラスメント」と訳し、*harcèlement moral* を「モラル・ハラスメント」と訳す。

104) 大和田・前掲注49)『職場のいじめと法規制』142-143頁。

105) 大和田・前掲注49)『職場のいじめと法規制』143頁。

106) 滝原啓允「イギリスにおけるハラスメントからの保護法とその周辺動向——職場における *dignity* の保護——」日本労働法学会誌122号121頁, 124頁(2013)。以下、この段落について同じ。

107) 滝原・前掲注106)126-127頁参照。

108) 西和江「予防に重点を置く、スウェーデンの職場いじめに対する法制度——雇用環境規則 AFS1993:17 を中心として——」季労238号32頁, 32頁(2012)。

d 労働契約法制

労働契約法にハラスメント規制を置く国は管見の及ぶ限りでは見当たらないが、労働者の身体又は精神に悪影響を及ぼすハラスメントであれば、安全配慮義務との関係が問題になりうる¹¹⁰⁾。

e 労働者保護（労働条件）法制

カナダのケベック州は労働基準法で規制しており、この分類にあたる¹¹¹⁾。ケベック州労働基準法は、「精神的ハラスメント」の定義規定を有し、労働者がハラスメントのない職場で働く権利を保障するとともに、使用者の職場環境保持義務を定め、救済手続についても規定を有している¹¹²⁾。

f 平等（差別禁止）法制

ヨーロッパではEU指令¹¹³⁾を踏まえ差別禁止法制が用いられることが多く、セクシュアル・ハラスメント及びハラスメントについて規定が置かれる場合が多い。ドイツでは一般平等取扱法（AGG）3条3項、3条4項、

12条4項がそれぞれハラスメント、セクシュアル・ハラスメント、第三者からの暴力について規定し¹¹⁴⁾、デンマークでは、雇用および育児休業へのアクセスに関連する男性と女性の平等な待遇についての法律（2005）が、ハラスメント（セクシュアル・ハラスメント及びジェンダーハラスメント）に関する規定を有する¹¹⁵⁾。また、カナダでは連邦及び州の人権法が差別禁止事由に基づくハラスメントを規制している¹¹⁶⁾。

ここでは、代表例としてオランダ及びスウェーデンの法制を概観する¹¹⁷⁾。

オランダでは、平等待遇法（1994）、雇用平等（年齢差別禁止）法（2004）、（雇用関係における）疾病・慢性疾患差別禁止法（2003）に規定があり、「ハラスメント」を差別の定義に含めた上で禁止している¹¹⁸⁾。平等待遇法によるハラスメント規制は、採用募集・配置、労働関係の締結と終了、労働契約期間、労働条件、職業教育・訓練および昇進におけ

109) 大和田敢太「労働関係における『精神的ハラスメント』の法理：その比較法的検討」彦根論叢 360号 69頁、74-75頁（2006）、EASH *supra* note 93, at 30を参照した。

110) 労働契約法ではないが、2018年報告書1では、契約法も職場における暴力とハラスメントの訴えを許容しようとされ、イタリアではいじめの発生は従業員の身体及び心の（moral）完全性（integrity）を保護するための措置をとる民法2087条の使用者の契約上の義務違反となることが指摘される（ILO, *supra* note 46, at 56）。なお、日本の立法において、職場環境配慮義務を労働契約法に定めることを提案するものとして、滝原・前掲注61)76頁がある。

111) 他に、韓国が労働基準法に暴力に関する規定を有しており（ILO, *supra* note 46, at 53）、2019年1月の改正では職場のハラスメントに関する第6章の2が新設された（2019年7月16日施行予定）。

112) 石井・前掲注16)「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」3頁参照。

113) 例えば、人種または民族的出身に関わりなく個人間の均等待遇原則を実施する2000年6月29日の理事会指令（2000/43/EC）2条3項（「ハラスメント（嫌がらせ）は、人種または民族的出身に関する望まれない行為が、個人の尊厳を傷つけ、かつ脅迫的、敵対的、墮落的、屈辱的または攻撃的な環境をつくりだす目的または効果を意図して行われる場合には、1項の意味における差別とみなされる。」）や、雇用および職業における均等待遇に関する一般的枠組みを確立する2000年11月27日の理事会指令（2000/78/EC）2条3項（「ハラスメント（嫌がらせ）は、第1条に掲げる理由による望まれない行為が、個人の尊厳を傷つけ、かつ脅迫的、敵対的、墮落的、屈辱的または攻撃的な環境をつくりだす目的または効果を意図して行われる場合には、1項の意味における差別の一形態とみなされる。このような意味で、ハラスメントの概念は、加盟国の国内法と慣行に従って定義されなければならない。」）等がある（柴山恵美子・中曾根佐織編訳『EU男女均等法・判例集』202-203頁、214頁（日本評論社、2004）参照）。

114) EASH, *supra* note 93, at 31.

115) 大和田・前掲注109)79-80頁。

116) Susan J. Coldwell, *Addressing Workplace Bullying and Harassment in Canada, Research, Legislation, and Stakeholder Overview: Profiling a Union Program*, in WORKPLACE BULLYING AND HARASSMENT - 2013 JILPT SEMINAR ON WORKPLACE BULLYING AND HARASSMENT - 135, 141 (The Japan Institute for Labour Policy and Training, 2013). 詳細は、IV及びVを参照。

117) 他に、スロヴァキアの差別禁止法（2004）は、性別、宗教又は信念、人種、国籍又は民族、障害、年齢、性的志向、結婚又は家庭状況、肌の色、言語、政治その他の意見、国家的又は社会的出自、財産に基づく差別を禁止する（EASH, *supra* note 93, at 33）。

118) 大和田・前掲注109)73頁。以下、この段落について同じ。

る差別的取扱いを違法とすることによって、禁止とすることが主たる内容である。

スウェーデンでは、差別禁止法（2003）及び平等待遇法（2005）が「ハラスメント」を禁止する。差別禁止法において、「ハラスメント」は、「人間の尊厳を損なう行為で、性別、人種、信仰その他の信条、性的志向あるいは疾病に関連した行為」と定義され、この「ハラスメント」を含む差別行為が、労働関係において禁止される¹¹⁹⁾。差別行為が生じた場合、民事上の無効の効果と損害賠償責任が定められている。平等待遇法は、差別行為とともに、見せしめ行為を規制の対象とする。

g 刑事法

フランスの社会現代化法は(a)にあたるが、刑法典での規定を設けている点で(g)刑

事法にも該当する。スウェーデンにも、刑法典において使用者が従業員に対して差別行為を行った場合の刑罰（罰金または1年以下の懲役）の定めがある¹²⁰⁾。また、アイルランドの刑事司法法(the Criminal Justice Act)は、第三者からの暴力をカバーする¹²¹⁾。

h 特別の規制法がない場合

代表例は日本及びアメリカである。アメリカでは、職場のいじめ(bullying)の問題は、差別禁止事由に基づく場合は1964年公民権法第7編¹²²⁾、その他の場合は不法行為法、労災保険法等で対処される¹²³⁾。

(2) 各国法における定義及び効果

各国の「ハラスメント」規制における定義及び効果をまとめると、以下のようになる(表1¹²⁴⁾)。

表1：諸外国の「暴力」及び「ハラスメント」に関する法規制

国	名称	定義	効果	法(規定年)
日本	パワー・ハラスメント	優越的な関係に基づいて(優位性を背景に)行われること、業務の適正な範囲を超えて行われること、身体的若しくは精神的な苦痛を与えること、又は就業環境を害することという3つの要素のいずれも満たすもの	なし(不法行為該当性が問題)	法なし「検討会」報告書(2018)
ベルギー	労働におけるモラル・ハラスメント	企業や施設の外部あるいは内部において、とりわけ行動、言辞、脅迫、行為、身振りおよび一方的な書き付けによって表現され、労働の遂行の際に、労働者あるいは本章が適用される者の人格、尊厳もしくは肉体的あるいは心理的な統合性を損なうことを目的とするまたはそのような効果をもたらす、その雇用を危険にさらしもしくは威嚇的な、敵対的な、品位を貶める、屈辱的なあるいは攻撃的な環境をもたらすあらゆる性質の、過度の繰り返される行為	使用者及び労働者が行わない義務、使用者の防止義務、訴権の保障	職場における暴力、モラル・ハラスメントおよびセクシュアル・ハラスメントからの保護に関する法律(2002)

119) 大和田・前掲注109)70頁。以下、この段落について同じ。

120) 大和田・前掲注109)70頁。

121) EASH, *supra* note 93, at 32. 他に刑事法の例として、スペインでは2010年6月22日法によって、刑法典にモラル・ハラスメントの罪が導入された(マリー＝フランス・イルゴイエヌ(大和田敢太訳)『モラル・ハラスメント 職場におけるみえない暴力』(白水社, 2017) 151頁参照)。また、ILO, *supra* note 46, at 56では、ルワンダが労働法と刑事法で規制する例、マルタが労働法、刑事法及び差別禁止法で規制する例として挙げられている。

122) 同法は差別禁止法に分類できるが、本稿では定義規定等のハラスメントに関する直接の規定を有する法を差別禁止法として分類しているため、アメリカは(f)ではなく(h)とした。

123) Martha Weisel, *Bullying in the Workplace: Not Every Wrong Has a Legal Remedy*, LABOR LAW J. 520 (2016).

124) イギリスにつき滝原啓允「イギリスにおける職場いじめ—ハラスメントからの保護法による救済—」季労235号150頁(2011)、同・前掲注106)、ドイツにつきマルティン・ボルメラート(根本到訳)「職場におけるいじめ—ドイツ労働世界における深刻な問題—」季労218号85頁(2007)、スウェーデンの雇用環境規則につき西・前掲注108)、アメリカにつき品田・前掲注13)、その他につき大和田・前掲注109)を参照。カナダについては石井・前掲注16)「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」を参照しつつ、定義は筆者が訳出したものを用いた。

	労働における暴力	労働者あるいは本章が適用される者が、労働の遂行の際に、心理的あるいは肉体的に、圧迫され、脅迫されあるいは攻撃される事実上の状態		
仏	モラル・ハラスメント	労働者の「権利や尊厳を侵害し、その肉体的あるいは精神的健康を害し、あるいはその職業生活に影響を及ぼすおそれのある労働条件の劣化を目的とするあるいはその効果を有するモラル・ハラスメントの繰り返される行為」(禁止規定の中に定義が含まれる)	禁止 予防義務 刑罰	社会現代化法(2002)による労働法典改正
英	ハラスメント	明確な定義なし(立法時に明確な定義が避けられた)	禁止、不法行為(賠償請求、差止め)、刑罰	ハラスメントからの保護法(1997)
	ハラスメント	保護特性に関連し、(i)被害者の尊厳を侵害する、又は、(ii)被害者にとって脅迫的、敵対的、侮辱的、屈辱的若しくは攻撃的な環境を創出する、目的又は効果の存在	禁止、補償金を求める提訴	平等法(2010)
カナダ	精神的ハラスメント	繰り返される敵対的又は望まれない行動、言動、行為又は身振りの形態の侮辱的行動(vexatious behaviour, conduite vexatoire)であり、労働者の尊厳、精神的又は身体的な完全性を侵害し、かつ労働者にとって有害な職場環境をもたらすもの(継続的な有害な影響を与える1回の重大な行為も含む)	労働者の権利、防止のための措置義務、特殊な救済	ケベック州労働基準法(2002改正, 2004施行)
	ハラスメント	人の不適當な行動、言動、表示、行為又は身振りで、(i)(A)人種、信条、宗教、肌の色、性別、性的志向、結婚状況、家庭状況、障害、身体的サイズや体重、年齢、国籍、家系、又は出生地に基づくもの又は、(B)本条(4)項及び(5)項を前提として、労働者の精神的又は身体的ウェルビーイングに悪影響をもたらし、かつ、当該人物が、労働者に屈辱を与え又は怯えさせようを知り又は合理的に知りうべきであるもの、及び、(ii)労働者の健康又は安全に対する脅威となるもの	防止のための措置義務、関与等しない一般的義務	サスカチュワン州労働法(2013制定, 2014施行)←労働衛生安全法(2010改正)を統合
	職場におけるハラスメント	(a)職場における労働者に対するいらだたしい(vexatious)一連の言動又は行動で、歓迎されないと気づかれあるいは合理的に気づかれるべきものに従事すること、又は、(b)職場におけるセクシュアル・ハラスメント	防止のための措置義務	オンタリオ州労働衛生安全法(2009改正, 2010施行)
フィンランド	労働における暴力のリスク、ハラスメント	「暴力の脅迫」と「ハラスメント」を含む(定義規定なし)	従業員の一般的義務(禁止)、使用者の対処義務	労働安全衛生法(2002改正)
スウェーデン	ハラスメント	人間の尊厳を損なう行為で、性別、人種、信仰その他の信条、性的志向あるいは疾病に関連した行為	民事上の無効、損害賠償責任、刑罰	差別禁止法(2003)
	職場いじめ	個別の被用者に対し、攻撃的な方法により直接的に、繰り返し行われる、非難されるべき、または明らかに敵対的な行為であり、それらの被用者を職場の共同体から排除する結果を生じさせる行為	予防のための義務	雇用環境規則 AFS1993:17

オランダ	ハラスメント	宗教, 信条, 政治的意見, 国籍, 人種, 性別, 性的志向あるいは市民としての立場に基づく人々の間の差別の特徴や行動に関連したもので, 人間の尊厳を侵害し, 脅迫的な, 敵意的な, 品位を貶めまたは攻撃的な雰囲気を作り出すことを目的としまたはそのような結果を生み出す行為	差別禁止	平等待遇法 (1994)
ドイツ	ハラスメント	意に反する行為が……被害者の尊厳を侵害し, 威圧, 敵視, 軽蔑, 屈辱, 侮辱を特徴として行われることを目的とするか, あるいはそのように作用する場合の不利益取扱い (いじめについては定義規定なし)	損害賠償請求における立証責任軽減	一般平等取扱法
デンマーク	ハラスメント	人間の尊厳を攻撃する結果や目的を有する, ジェンダーに関連した歓迎されない行為 (ジェンダー・ハラスメント) とセクシュアル・ハラスメント	平等待遇を実現するための行政当局の責務	雇用および育児休業へのアクセスに関連する男性と女性の平等な待遇についての法律 (2005)
米		定義規定なし	不法行為	法なし

(出所: 筆者作成)

(3) ハラスメント規制法の類型化

以上の概観を踏まえ, 諸外国のハラスメント規制法の類型化を行う。

a 規制の立法形式

II 3(1)で行った分類を再度整理すると, 職場におけるハラスメントに関する諸外国の法規制は, 立法形式の点で, ①職場におけるハラスメントに関する特別立法, ②ハラスメント規制一般法, ③労働安全衛生(環境)法, ④労働者保護(労働条件)法, ⑤差別禁止法, ⑥刑事法に類型化できる。これは, (d) 労働契約法制に規定が置かれた例は管見の及ぶ限り見当たらないため, 当該分類を除いたものである。

なお, ①特別立法と②ハラスメント規制一般法は, ①に該当するベルギーが暴力も含めた広い規制対象を有することから一見類似するように思われるが, 規制対象を職場におけるハラスメントに限るかという観点で区別され, その区別には一定の意義があると考えられる。すなわち, ②に該当するイギリスのハラスメントからの保護法は, ストーキングへの対処等も念頭に, あえて定義を不明確にしたもので¹²⁵⁾, 事後救済を中心としており, 職場におけるハラスメントを定義し, 予防を重視した①のベルギー等とは異なるといえよ

う。

b 規制の対象: 差別禁止事由に限るか

職場におけるハラスメントの規制は, 問題となる「ハラスメント」が差別禁止事由に関するものに限られるか否かという視点でも類型化できる。

上記の概観では, スウェーデンの差別禁止法及びオランダにおける「ハラスメント」は定義上差別禁止事由に基づくものに限られており, デンマークではセクシュアル・ハラスメントとジェンダー・ハラスメントのみが「ハラスメント」に含まれている。また, イギリスの平等法, カナダの人権法等も差別禁止事由に基づくものに限っている。その他の国においては, 「精神的ハラスメント」「モラル・ハラスメント」等は定義上差別禁止事由に基づくものに限られない。

c 規制の重点: 予防・権利・救済

諸外国のハラスメント規制の重点は, 事前予防 (e.g. 禁止規定, 防止措置義務) と事後救済 (e.g. 特別の救済制度, 損害賠償) に大別され, 労働者の権利についての規定を加えた3つに分けられる。

諸外国の法規制は事前予防に重点を置くものが多く, 特別法を有するベルギーがその代表例である。他方, 既述のようにイギリスは

125) 滝原・前掲注124)155頁参照。

事後救済を重視しており、特別の規制法を有しない日本やアメリカにおける不法行為法による規律も救済に重点が置かれることとなる。他に特徴的なものとして、カナダのケベック州法は「ハラスメントのない環境で働く権利」を保障する。

d 類型化のまとめ

a から c を基に主な外国法の類型化をまとめると、以下のようになる (表 2)。

4 本稿の視点——カナダ法への着目

以上のように諸外国の法規制は多岐に渡る中で、ハラスメントに関する外国法の先行研究はどのようになされてきたのか。

まず、立法形式については、①職場におけるハラスメントに関する特別立法及び②ハラスメント規制一般法の検討が比較的多くなされている¹²⁶⁾。

次に、規制の対象については、個々の国の

表 2：各国の法規制の類型化

国	立法形式	対象	重点
日本	法なし (不法行為法で対応)	差別禁止事由に基づくものに限らない	事後救済
ベルギー	①職場におけるハラスメントに関する特別立法	差別禁止事由に基づくものに限らない	事前予防
フランス	①職場におけるハラスメントに関する特別立法 (・⑥刑事法)	差別禁止事由に基づくものに限らない	事前予防 (・事後救済 ⁱ⁾)
イギリス	②ハラスメント規制一般法	差別禁止事由に基づくものに限らない	事後救済
	⑤差別禁止法	差別禁止事由に基づくものに限る	事後救済
カナダ (ケベック)	④労働者保護 (労働条件) 法	差別禁止事由に基づくものに限らない	事前予防, 権利
	⑤差別禁止法	差別禁止事由に基づくものに限る	事前予防
カナダ (サスカチュワン ⁱⁱ⁾ , オンタリオ, マニトバ)	③労働安全衛生 (環境) 法	差別禁止事由に基づくものに限らない	事前予防
	⑤差別禁止法	差別禁止事由に基づくものに限る	事前予防
フィンランド	③労働安全衛生 (環境) 法	差別禁止事由に基づくものに限らない	事前予防
スウェーデン	⑤差別禁止法	差別禁止事由に基づくものに限る	事後救済
	③労働安全衛生 (環境) 法	差別禁止事由に基づくものに限らない	事前予防
オランダ	⑤差別禁止法	差別禁止事由に基づくものに限る	事前予防
ドイツ	⑤差別禁止法	差別禁止事由に基づくものに限る	事後救済
デンマーク	⑤差別禁止法	差別禁止事由に基づくものに限る	事前予防
アメリカ	法なし (不法行為法, 差別禁止事由に基づくものは公民権法第 7 編)	差別禁止事由に基づくものに限らない (公民権法第 7 編は限る)	事後救済

(出所：筆者作成)

- i 大和田・前掲注 40)189 頁は、ハラスメント規制を事前規制 (防止) 型と事後救済 (処罰) 型に分けた上、ベルギーを前者の例、フランスを後者の例としている。フランスは特に刑事罰が定められた点で後者であるといえようが、特別法により、禁止原則に加え、予防義務も課されていることからすれば、前者の例でもあるように思われる。
- ii サスカチュワン州では、差別禁止事由に基づくハラスメントの規制も差別禁止法 (人権法) ではなく、労働法 (労働衛生安全に関する章) による。

126) ①類型のフランス及びベルギーについて、大和田・前掲注 49) の各論文、石井・前掲注 97), 同「職場いじめ・嫌がらせの法理——フランス法と比較した素描的考察——」水野勝古稀『労働保護法の再生』413 頁 (信山社, 2005), 同「フランス法における『精神的ハラスメント』とは何か——その概念理解について——」季労 218 号 74 頁 (2007) 等がある。また、②類型であるイギリス法について、滝原・前掲注 106), 同・前掲注 124) 等がある。なお、イギリスは、⑤類型との関係でも、内藤忍「イギリスにおけるハラスメントの救済——差別禁止法の直接差別から平等法 26 条のハラスメントへ——」日本労働法学会誌 123 号 135 頁 (2014) 等において検討されている。

検討の中で差別禁止事由に基づくハラスメントに限るかが検討されてきたようである。ヨーロッパではEU指令の影響で差別禁止事由に基づくものに限る国が多いことから、差別禁止事由に関しない行為が「ハラスメント」となる場合については、ベルギーやフランスの特別法についての検討が主になされてきたと考えられる。

そして、規制の重点は、大きく事前予防と事後救済に分けることができ、「ハラスメント」のない環境等を権利として観念するかがもう一つの特徴となる。先行研究ではこれらのいずれかが重視されているわけではないが、権利性についての規定を有する国は少ないことから¹²⁷⁾、この検討はあまりなされていない。

このような先行研究の状況を踏まえ、本稿は、労働基準法に包括的なハラスメント防止規定を置いたケベック州法や労働衛生安全法に規定するオンタリオ州法等多様かつ先駆的な州法を有するカナダ法に着目する。

カナダ法は、立法形式として、連邦法において労働衛生安全規則と人権法が暴力及びハラスメントに関連する規定を有する点で③労働安全衛生法、⑤差別禁止法にあたり、州法では③、④労働者保護（労働条件）法、⑤がそれぞれ存在するが、③及び⑤が多い。日本における議論でも、「パワー・ハラスメント」

の規制立法を置く選択肢として労働安全衛生法を支持する見解は複数見られ¹²⁸⁾、③類型の外国法の検討は意義があると思われる¹²⁹⁾。先行研究の状況に鑑みても、①②類型の研究は多くなされている中で、③④⑤という多様な法規制を有するカナダ法は興味深い。

規制対象の観点からは、カナダの人権法や州の人権憲章・人権法が規定する「ハラスメント」は差別禁止事由に基づくものに限られるが¹³⁰⁾、州の労働衛生安全法等では差別禁止事由に基づくものに限られず、後者は前者も対象に含む広範な射程を有する点で注目される。日本では「ハラスメント」と差別は峻別されており、差別禁止事由に基づかない「ハラスメント」規制が今後検討されると考えられるため、差別禁止事由によらない「ハラスメント」規制が存在するカナダ法が参考となりうる。

規制の重点は、予防及び権利に置かれている。とりわけ、ケベック州法が「ハラスメントのない環境で働く権利」を規定している点は考察に値するようと思われる。

さらに、先行研究では、ケベック州法はフランスの「社会現代化法」の影響を受け、より包括的な内容を持つと評価されるとの指摘¹³¹⁾やカナダでは「修復的正義」概念がハラスメントへの対処法として用いられている

127) セクシュアル・ハラスメントについてだが、ILO, *supra* note 46, at 48 では、チェコ共和国とカナダがセクシュアル・ハラスメントのない職場の権利を法で保障していることが指摘される。*Id.* at 60 では、労働協約に含めるべき内容としてではあるが、ケベック州法におけるハラスメントのない職場の権利についても言及がある。

128) 角田邦重『労働者人格権の法理』387頁（中央大学出版部、2014）は、同書が「パワー・ハラスメント」を含めて観念する「職場いじめ」の規制について、「性差別とは別個であることを考慮すれば、労働安全衛生法のなかに位置づけるのが妥当であろう」とする。連合の立場について、鈴木啓之「職場のパワーハラスメント撲滅に向けて—労働組合の立場から」労旬1914号21頁、22頁（2018）を参照。また、2018年4月27日に議員発議で参議院に提出された「労働安全衛生法の一部を改正する法律案」では、労働安全衛生法改正により「パワー・ハラスメント」規制を行うことが目指されていたが、同年6月29日、参議院本会議で否決された（同法案につき、濱口桂一郎「職場のハラスメントの法政策」季労262号198頁、214頁（2018）も参照）。

これに対し、産業界の立場から、実効性の担保への不安、今動いているセクハラ相談の窓口との整合性等への疑問を指摘し、労安衛法に慎重な意見を示す見解もある（職場のパワーハラスメント防止対策についての検討会「第6回会議議事録」〔川上憲人発言〕（平成29年11月30日）（<https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi2/0000191616.html>））。川上は、「パワハラ対策基本法を作ったほうが素直」とも述べ、「パワハラ対策を小さなものにしたためにも、労働安全衛生法に押し込めるのではなくて、広い立法のほうがいいかと思います」と述べる。129) 既述のように、日本では「労働安全衛生法」だが、カナダではほとんどの州が「労働衛生安全法」という文言を用いる。

130) 後出IV 1及びVの各州人権法を参照。

131) 品田・前掲注13)91-92頁、99頁。なお、カナダは英米法圏に属するが、ケベック州はフランス法の影響を受け大陸法圏に属しており、国内でも興味深い比較を行うことができると考えられる。

との指摘¹³²⁾も見られる。また、「ハラスメント」規制をアメリカ型の「反差別パラダイム」とヨーロッパ型の「尊厳パラダイム」に分類する先行研究が存在するところ¹³³⁾、ヨーロッパ型の「尊厳パラダイム」が北米に影響を与えた新たなパラダイムたる「精神的ハラスメントパラダイム」の例としてカナダ法を位置付けるものも存在する¹³⁴⁾。このように、カナダ法自体が「パワー・ハラスメント」の問題を考える上で有益な検討対象であると思われる。

しかし、日本ではカナダ法の研究は少なく、「ハラスメント」に関しても詳細な検討はなされていない¹³⁵⁾。

そこで、以下では、カナダ法の検討を行い、その法規制を理解することを目指すとともに、日本での考察の一助とすることを旨とする。

Ⅲ. 前提2：カナダ法概観

本章では、カナダ法の「精神的ハラスメント」(psychological harassment)、「職場におけるハラスメント」(workplace harassment)及び「ハラスメント」¹³⁶⁾規制の検討に先立ち、カナダ法の基本事項・特徴等をごく簡単

に確認する¹³⁷⁾。

1 カナダの国家体制と法制度

(1) 国家体制及び法圏

カナダは英連邦内の立憲君主国である。国家体制は連邦制を採用し、独立の立法権限を有する10の州と連邦直轄の3つの準州から構成される。法体系は英米法圏に属し、かつてイギリスの植民地であったことからイギリスの法文化に類似しているが、1982年に憲法典中に「権利及び自由に関するカナダ憲章」が規定されて以降、アメリカ法の影響が強まっている¹³⁸⁾。

フランス系住民が多いケベック州の州法は大陸法圏に属する。これは、ケベック州が1763年にフランスからイギリスに割譲される際、私法の分野におけるフランス法の支配が認められたためである¹³⁹⁾。

(2) 連邦と州の権限

カナダにおける連邦と州の権限分配は、1867年英領北アメリカ法(the British North America Act)の91条及び92条に定められており、1982年憲法法律によって改正された¹⁴⁰⁾。

1867年憲法法律第91条は、第92条に列

132) 滝原啓允「ハラスメントに係る使用者の義務・責任——新たなアプローチとしての修復的正義の可能性——」日本労働法学会誌128号100頁,105頁(2016)。修復的正義はそれ自体として興味深いアプローチであるが、本稿はカナダ法のハラスメント規制自体の理解に重点を置くため、修復的正義についての検討は行わない。

133) Gabrielle S. Friedman & James Q. Whitman, *The European Transformation of Harassment Law: Discrimination versus Dignity*, 9 COLUM. J. EUR. L. 241, 241-242 (2003), Carla Gonçalves Gouveia, *From Laissez-Faire to Fair Play: Workplace Violence & Psychological Harassment*, Vol. 65(2) U. TORONTO FAC. L. REV. 137, 147-149 (2007).

134) Carr, Kayla Alice, *Workplace Harassment: A Cross-Jurisdictional Comparative Analysis of Legislative Responses to this Workplace Phenomenon in Canada*, LLM Theses. 15. at 18 (2014).

135) なお、「検討会」では、第2回参考資料5「パワハラ対策に関する諸外国の取組」においてカナダのケベック州法も例として挙げられているが、最終的な報告書ではケベック州法には言及がない(厚生労働省・前掲注1)9-10頁参照)。

136) 後述するが、ケベック州法が「精神的ハラスメント」、オンタリオ州が「職場におけるハラスメント」という概念を用いており、サスカチュワン州及びマニトバ州が「ハラスメント」を用いている。

137) カナダ法の基本的な特徴については、佐藤信行「カナダの憲法と法律」日本カナダ学会編『はじめて出会うカナダ』97頁(有斐閣, 2009)を参照。

138) ステファン・M・サルズバーク(本間一也編集)「英米法と比較したカナダ法の特質」新潟大学法学部日比較法政研究会編『カナダの現代法』5-7頁(御茶の水書房, 1991)参照。

139) 森島昭夫=ケネス・M・リシック「はじめに」森島昭夫=ケネス・M・リシック編『カナダ法概説』1頁, 5頁(有斐閣, 1984)。ヨースト・プロム(朝見行弘訳)「コモン・ローと制定法」同書17頁以下も参照。もともと、私法は大陸法に基づくが公法及び裁判所の構造は英米法に基づくため、ケベック州における法実践はフランスの法律家よりもベイストリート(オンタリオ州トロント)の訴訟人のそれに似ているともいわれる(GALL, GERALD L, THE CANADIAN LEGAL SYSTEM 209 (4th ed. 1995))。

140) 1867年英領北アメリカ法(1982年に1867年憲法法律と改称)はカナダ憲法の基本文書である。カナダ憲法については、IV 1を参照。

挙げられ、州議会に排他的に与えられた事項に該当しない事項について、連邦議会が平和、秩序及び良き統治 (peace, order and good government) のために立法権を行使することを認めている¹⁴¹⁾。91条は、以下に列挙する事項に限定されるものではないとしつつ、連邦議会の権限が及ぶ30の事項を挙げる¹⁴²⁾。

92条は、州の立法者の排他的権限として15の事項を定めており、92A条は、再生不可能な天然資源、森林資源ないし電気エネルギーについても州の権限を定める¹⁴³⁾。

以上の明文の権限には労働関係の規制権限

は含まれておらず、その立法管轄の所在は解釈問題であった。しかし、1925年のイギリス枢密院司法委員会の判決以来、労働関係の規制権限は原則として州の管轄に属するとする判例理論が定着するに至っている¹⁴⁴⁾。

(3) 司法制度

カナダには、最高裁判所、連邦の裁判所、州の裁判所がある。それぞれの構造及び関係は以下のようにになっている¹⁴⁵⁾。

a 最高裁判所

カナダ最高裁判所 (Supreme Court of Canada) は、カナダにおける最終の上訴裁判所である。最高裁判所を構成する9名の裁判官

141) 松井茂記『カナダの憲法——多文化主義の国のかたち』121頁 (岩波書店、2012)。

142) 列挙すると以下ようになる。1 削除, 1A 公債及び公的財産, 2 取引及び通商の規制, 2A 失業保険, 3 税金のあらゆる方式及び制度による歳費の徴収, 4 公的信用に基づく金銭の貸借, 5 郵便サービス, 6 国政調査及び統計, 7 国民軍, 陸軍及び海軍並びに国防, 8 カナダ政府の公務員その他の職員の報酬及び手当の決定及び支給, 9 位置指標, 海上の位置指標, 灯台及びセーブル島, 10 航行及び運輸, 11 検疫並びに海事病院の設置及び維持, 12 沿岸及び内陸における漁業, 13 州とイギリス又は他の外国との間及び州の間のフェリー, 14 貨幣及び硬貨の鑄造, 15 銀行業務, 銀行の設立及び紙幣の発行, 16 貯蓄銀行, 17 重量及び尺度, 18 為替手形及び約束手形, 19 利息, 20 法定貨幣, 21 破産及び支払不能, 22 発明及び発見の特許, 23 著作権, 24 インディアン, インディアンに留保された土地, 25 帰化及び外国人, 26 婚姻及び離婚, 27 刑法 (ただし, 刑事管轄権を有する裁判所の組織を除き, 刑事事項に関する手続を含む), 28 刑務所の設置, 維持及び運営, 29 本法律によって専ら州議会に委ねられた事項の列挙から明示的に除外された事項。また, 「本条に列挙された種類の事項のいずれかに該当する事柄については, 本法律により排他的に州議会の権限として認められた種類の事項の列挙に含まれる地方のもしくは私的な性質の種類の事柄には該当しない」とされている (松井・前掲注 141)327 頁, 国立国会図書館調査及び立法考査局「各国憲法集 (4) カナダ憲法」44-46 頁 (国立国会図書館, 2012) を参照して訳出した)。

143) 列挙すると以下ようになる。1 削除, 2 州の目的のための租税を徴収するための州内における直接課税, 3 もっぱら州の信用に基づく金銭の借入, 4 州の官職の創設, その任期の定め, 州職員の任命, 給与の支払い, 5 州に属する公的な土地及びその上の木材及び森の管理及び販売, 6 州内における州のための公的な社会復帰のための刑務所の設置, 維持及び管理, 7 海事病院を除く州内及び州のための病院, 保護施設, 慈善施設及び慈善の組織の設置, 維持及び管理, 8 州における市町村組織, 9 州, 地方もしくは市町村のための租税を徴収するため店舗, 美容院, 居酒屋, 競売場その他の免許に服する事業, 10 次に列挙されたものを除く地方の業務及び事業: (a) 州を他の州と結ぶあるいは州の境界を超えてのびる蒸気機関, 他の船舶, 鉄道, 運河, 電報その他の業務及び事業, (b) 州とイギリスその他の外国との間の蒸気汽船, (c) 完全に州内に位置していても, その実施の前もしくは後において, カナダ連邦議会によりカナダの一般的便益のためのものあるいは複数の州の便益のためのものと宣言された業務, 11 州の対象事項を扱う会社の法人化, 12 州における婚姻の祝福, 13 州内における財産及び民事的権利, 14 民事及び刑事の管轄権を持つ州裁判所の構成, 維持及び組織, これらの裁判所における民事的事項に対する手続を含む州内における司法の運用, 15 本条に列挙された事項に該当する事柄に関して州の法律を執行するため罰金, 科料もしくは拘禁による刑罰を科すこと, 16 一般的に州において地方的又は私的な性質のみを有するすべての事柄 (松井・前掲注 141)327-328 頁, 国立国会図書館調査及び立法考査局・前掲注 142)46-48 頁を参照して訳出した)。

144) 國武輝久『カナダの労務関係と法』3頁 (同文館, 1990)。

145) (3) 全体につき, カナダ政府ウェブサイト“The judicial structure” (<http://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/jst/07.html>, last visited September 11, 2018) を参照した。邦語文献として, J.P. テイラー (青木清訳) 「カナダの司法」ジュリ 758 号 137 頁 (1982), 同「司法制度」森島=リシック編・前掲注 139)37 頁, ピーター・T・パランス (桑原昌宏ほか訳) 「カナダ法概観」新潟大学法学部日加比較法政研究会編・前掲注 138)15 頁, 栗田佳泰「カナダ法」阿部博友ほか編著『世界の法律情報——グローバル・リーガル・リサーチ——』158 頁, 164-166 頁 (文眞堂, 2016) 等がある。

なお, 上記ウェブサイトでは, 行政審査会及び審判所 (Administrative boards and tribunals) にも言及がある。これは, 裁判所では対処する必要のない紛争について, 異なる種類の行政審判所及び審査会が法及び規則の解釈適用を行って対処するものである。行政審判は裁判所ほど公式でなく, 裁判システムの一部ではないが, カナダ社会の紛争解決で重要な役割を果たしているとされる。

は4つの主要な地域を代表し、大陸法体系を適切に代表するために、3名はケベック州から選出されなければならない。最高裁判所は、2つの主要な機能を有している。すなわち、①連邦控訴裁判所に加え、全ての州及び準州の控訴裁判所の決定に対する上訴を審理する最終審としての機能、②憲法並びに公法及び私法の論争的又は複雑な分野についての重要な問題を決定する機能であり、政府は最高裁判所に重要な法的問題について意見を尋ねることもできる(勧告意見¹⁴⁶⁾)。

b 連邦の裁判所

連邦の裁判所には、連邦裁判所(Federal Court)、租税裁判所(Tax Court)、連邦控訴裁判所(Federal Court of Appeal)がある。連邦裁判所は、知的財産、海事法、連邦と州の紛争、及びテロリズム関係の民事裁判を専門としており、租税裁判所は、租税の査定に対する上訴を専門とする。連邦控訴裁判所はこれらの裁判所の判断を再審査する。実際、全訴訟の約95%については連邦控訴裁判所が最上級審となっている。

c 州及び準州の裁判所

州及び準州の裁判所の仕組みはヌナブト準州を除くとカナダ全土で概ね同じである。ヌナブト準州以外では、各州は3つの審級の裁判所を有している。州裁判所・準州裁判所又は下級裁判所(provincial and territorial, or lower, courts)、上級裁判所(superior courts)、州控訴裁判所(appeal courts)である。

州裁判所は、大部分の刑事事件、金銭問題及び家事問題を扱う。契約の不履行その他の損害の主張を含む民事事件では、裁判所は9つの州及び準州でコモン・ローの原則を適用し、ケベック州ではケベック州民法典を適用する。州裁判所は、少年部(youth courts)、

家事部(family courts)、少額請求部(small claims courts)等の専門部も含みうる。各州政府が自州の裁判所の裁判官を任命する。

上級裁判所は州又は準州の最上級審であり、重大な刑事及び民事事件に対処し、州裁判所及び準州裁判所の決定を再審査する権限を有している。上級裁判所は事実審理レベル(trial level)と控訴審レベル(appeal level)に別れている。事実審理部は民刑事事件を扱い、州最高裁判所(the Supreme Court)、女王座裁判所(the Court of Queen's Bench)、州最高法院(the Superior Court of Justice)等と呼ばれうる。控訴審レベル裁判所すなわち控訴裁判所(Courts of Appeal)は、事実審理部からの民刑事の控訴を審理する。

2 カナダの労働法の特徴

カナダの労働法の特徴は、①地方分権的性格が強い点¹⁴⁷⁾、②集団的労使関係法が重要である点¹⁴⁸⁾にある。

カナダでは、連邦労働法が適用されるのは、運輸・鉄道・航空・電信電話・放送・郵便・金融等の公益産業分野に限られ¹⁴⁹⁾、その他の労働者には各州の労働法が適用される。すなわち、カナダには連邦法と10州それぞれの労働法という11の労働法体系が併存しており、カナダの労働法制の基本的特徴は、極めて強い地方分権的性格を帯びている点にある¹⁵⁰⁾。

また、カナダの労働法においては、集団的労使関係法が重視される。カナダは、アメリカと同様、適正交渉単位性と排他的交渉代表性を中核とした「北米型労使関係システム」を、その労使関係の基本的枠組として採用している¹⁵¹⁾。カナダでは、労働契約によって

146) 勧告意見の機能については、栗田・前掲注145)165頁参照。

147) 國武・前掲注144)3頁。

148) See, DONALD D. CARTER ET AL., LABOUR LAW IN CANADA 40-41 (5th ed. 2002). なお、組合の組織率は、2016年度の統計で28.4%となっている(労働政策研究・研修機構『データブック国際労働比較(2018年版)』226頁(労働政策研究・研修機構, 2018))。

149) 石井・前掲注16)「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」1-2頁。同論文当時、連邦法が適用される労働者数は、カナダにおける労働者総数の10%以下の60万人であったという。

150) 國武・前掲注144)3頁。

151) 石井保雄「カナダ連邦法およびケベック州法における不当解雇救済制度——未組織労働者を対象とする公的仲裁制度の経験——」亜細亞法学30巻2号43頁, 46頁(1996)。

カバーされる労働者と労働協約によってカバーされる労働者が完全に峻別されており、労働協約は労働契約に優先することはもとより、その対象者は、労働契約に基づく契約ないし不法行為法上の訴訟を裁判所に提起できない¹⁵²⁾。労働協約の適用を受けるべき労働者（＝労働組合員および、それ以外の交渉単位内労働者）は、自らの権利と利益を擁護し、確保するためには労働協約に規定された手続を利用しなければならないのである¹⁵³⁾。ハラスメント規制法においても、後述するように、ケベック州では、労働協約がカバーする組織労働者とカバーしない未組織労働者で「精神的ハラスメント」に関する申立ての提出先が異なる。

3 小括

以上、カナダ法の基本事項及びカナダ労働法の特徴を概観した。

カナダ法の全体的特徴は州の権限が強い点にあり、それは労働法においても同様である。

労働法においては、単位組合制度や排他的交渉代表制度の下、組合が一定の役割を果たしている。日本との比較を行う際には、こうした特徴に留意する必要がある。

IV. 憲法及び連邦法とハラスメント

カナダでは、憲法上の平等権、カナダ人権法による差別の禁止規定が存在し、差別禁止事由に基づくハラスメントは人権法が差別として規制している（IV 1）。また、連邦労働

法がセクシュアル・ハラスメント、連邦労働衛生安全規則が暴力に関する規定をそれぞれ有する（IV 2, 3）。しかし、「精神的ハラスメント」ないし差別禁止事由以外に基づく「ハラスメント」の規制法は、2018年10月25日に成立するまで存在しなかった（IV 4）。本章では、以上のような憲法及び連邦法のハラスメントに関連する規定を概観する。

1 カナダ憲法及びカナダ人権法

(1) カナダ憲法

カナダには一つの成文憲法典は存在せず、1867年英領北アメリカ法（1982年憲法法律制定時に1867年憲法法律と改称）、1982年憲法法律¹⁵⁴⁾及び1982年「権利及び自由のカナダ憲章」がカナダの憲法の中心をなす（1982年憲法法律52条2項¹⁵⁵⁾）。

1982年憲法法律は、15条1項で平等権（equality rights）を規定し、同条2項でその例外としてアフーマティブ・アクションを定める。15条1項は差別禁止事由として人種、出身国又は民族的出自、肌の色、宗教、性別、年齢もしくは精神的又は身体的障害を挙げるが、これらは制限列举ではない¹⁵⁶⁾。15条の平等権は私人による差別に対しては適用されないが、連邦及びすべての州に、雇用、サービスの提供、施設の利用などにおける私人間における差別を禁止した人権保護法があり、通常、差別の申立てがあった場合には人権保護委員会などが調査し、差別があったと判断した場合、差別をやめるよう命令するなどの権限が与えられている¹⁵⁷⁾。

また、1982年に制定された「権利及び自

152) 品田・前掲注13)97頁注46。

153) 石井・前掲注151)46-47頁。

154) 「憲法法律」という訳語は、松井・前掲注141)による。

155) 同項によれば、カナダ憲法は、(a) 本法を含む1982年カナダ法、(b) 別表に列挙された法律及び命令及び(c) (a)及び(b)に列挙された法律及び命令に関する改正を含む。これはすなわち、①カナダに対するイギリス議会の立法権を否定した1982年カナダ法、②1982年カナダ法によって制定された1982年憲法法律（これには、「権利及び自由のカナダ憲章」が含まれる）、③1982年憲法法律の別表に列挙されている憲法的重要性を持つ1867年以降1982年までに制定された30の諸法律及び命令（これには「カナダ国」を樹立し、その議会の権限を定めた1867年憲法法律及びそれ以外に各州の連邦への編入を認めた法律や命令を含む17のイギリス議会の法律と4つの総督命令及びカナダ連邦議会が制定した8つの法律が含まれる）、④これら第52条に該当するカナダの憲法を改正する法律及び命令が含まれる（松井・前掲注141)24頁）。

156) 松井・前掲注141)226頁。

157) 松井・前掲注141)226-227頁。

由のカナダ憲章」(Canadian Charter of Human Rights and Freedoms)はカナダ憲法に含まれ、人権を規律する。保障するのは、①基本的諸自由(良心、信教、思想、信念、意見、表現、集会及び結社の自由)、②民主的権利(選挙権、定期的な選挙の保障、議会の会期の保障)、③移動の自由(出入国の自由及び州における居住及び生計を営む自由)、④法的権利(生命、自由及び身体の安全を基本的な正義の諸原則によらずに剥奪されない権利、その他の手続上の諸権利)、⑤平等、⑥言語権である¹⁵⁸⁾。

(2) カナダ人権法

1960年にカナダ権利章典(The Canadian Bill of Rights)が制定され、1977年にカナダ人権法(The Canadian Human Rights Act)が制定された。カナダ人権法及び多くの州法は、差別禁止事由(人種、出身国又は民族的出自、肌の色、宗教、年齢、性別、結婚状況、家庭状況、障害、恩赦された確定判決(paradoned conviction)、又は性的志向)に基づくハラスメントに適用される¹⁵⁹⁾。

カナダ人権法では、14条1項(ハラスメント)が、「(a) 通例一般人が入手可能な財、サービス、設備又は宿泊先の供給、(b) 商業店舗又は住居の供給、もしくは、(c) 雇用に関する事柄、について、差別禁止事由に基づいて個人に嫌がらせをする(harass)ことは、差別的慣行(discriminatory practices)である。」と規定する¹⁶⁰⁾。すなわち、「ハラスメント」は、差別として禁止されている。

また、「セクシュアル・ハラスメント」については、14条2項において、「第1項の一般規定(generality)を制限することなく、

セクシュアル・ハラスメントは、同項にいう差別禁止事由に基づくハラスメントとみなされなければならない。」とされる。

カナダにおける人権保障機関の中心的役割は、人権法により設置される行政機関である人権委員会が担う。人権委員会は調整機能を果たし、司法判断を下す人権審判所を設置する¹⁶¹⁾。

2 連邦労働法

連邦労働法(Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2)には、「精神的ハラスメント」や「ハラスメント」に関する施行済みの規定は存在しないが、第3編(Part III)「労働時間、賃金、休暇及び休日」第15節の1(Division XV.1)が「セクシュアル・ハラスメント」に関する規定を置いている¹⁶²⁾。

まず、247条の1は、「セクシュアル・ハラスメント」を「(a) 労働者の気持ちを害し(offence)又は労働者に屈辱を与えるる(humiliation)、又は、(b) 合理的な根拠に基づいて、雇用又は研修あるいは昇進の機会において、労働者が性的状況に置かれたと理解される、いかなる行動、言動、身振り又は性的接触」と定義し、247条の3は、「全ての使用者はセクシュアル・ハラスメントの対象となる労働者がいないことを保障するために全ての合理的努力をつくさなければならない」という使用者の義務を定める。247条の4は、使用者に、労働者又は存在する場合その代表と協議の上、セクシュアル・ハラスメントに関するポリシーを発行する義務を課している。同条2項でポリシーに含めなければなら

158) 松井・前掲注141)152頁。

159) Coldwell, *supra* note 116, at 141.

160) なお、差別的慣行に当たらない行為は15条1項に規定されている。

161) 柏崎洋美『労働者へのセクシュアル・ハラスメントに関する紛争解決手続——新たな位置づけの検討〜カナダ法とイギリス法を中心として——』27-28頁(信山社, 2014)。

162) ILO, *supra* note 46, at 56は、カナダでは職場における暴力及びハラスメントが労働法及び差別禁止法で禁止されていると指摘する。暴力については、労働法125条1項z.16が使用者の特定された義務として、「職場における暴力を防止し、暴力から保護するために所定の手段をとる」義務を定めている。

163) (a) 247条の1の定めと概ね同様の定義、(b) 全ての労働者がセクシュアル・ハラスメントのない労働の権利を有するという効果についての声明、(c) 使用者がセクシュアル・ハラスメントの対象となる労働者がいないことを保障するために全ての合理的努力をつくすことについての声明、(d) 使用者が適切とみなした場合、他の労働者をセクシュアル・ハラスメントの対象とした使用者の指揮命令下にある全ての人に対して、懲戒処分をなすという効果についての声明、(e) セクシュアル・ハラスメントの不服申立てがどのように使用者の注意を引くのか

ない内容が定められ¹⁶³⁾、3項は使用者がその指揮監督下にある全ての者にポリシーを周知させる義務を規定する。

特徴的な規定は247条の2であり、「全ての労働者はセクシュアル・ハラスメントのない雇用の権利を有する」としてセクシュアル・ハラスメントを受けずに働く権利を定めている。

3 連邦労働衛生安全規則

カナダの労働衛生安全規則 (Canada Occupational Health and Safety Regulations) は、第20編において「職場における暴力の防止」を定めている。この編は2008年に挿入された。

同規則において、「職場における暴力」は、「職場で従業員に対してなされ、当該従業員に害、傷害又は病気を引き起こすことが合理的に予想されうるいかなる行動、行為、脅迫又は身振りをも含む」と定義される(20条の2)。そして、使用者は、職場における暴力の防止ポリシーを定め、全ての従業員がアクセス可能な場所に掲示するものとされ、他に以下の義務を課される(20条の3)。すなわち、(a) 安全、健康かつ暴力のない職場を提供すること、(b) いじめ (bullying)、からかい (teasing)、濫用的その他の攻撃的振舞いを含むがそれに限らない職場の暴力の要因となる要素に対処し、それらを防止し、それらから従業員を保護するために十分な注意、資源、時間を割くこと、(c) 職場の暴力の要

因となる要素について従業員に入手している情報を伝達すること、及び (d) 職場の暴力にさらされている従業員を助けること、である。

4 ハラスメント防止法案

連邦においては、ハラスメント防止法の制定は2018年に至るまで実現しなかった。しかし、2004年の職場における精神的ハラスメント防止及び労働法改正法案 (Bill C-451, An act to Prevent Psychological Harassment in the workplace and to Amend the Canada Labour Code) の提出以降、法案の提出は何度かなされている。ここでは、これまでに議会に提出されたハラスメント防止法案を簡単に紹介する¹⁶⁴⁾。

(1) 議会提出状況の概観

カナダでは、過去に複数回連邦議会にハラスメント防止法案が提出されている。最初の提出は、2004年の職場における精神的ハラスメント防止及び労働法改正法案 (Bill C-451) であり、2005年 (Bill C-360)、2007年 (Bill C-487)、2009年 (Bill C-276) にも同名の法案が提出された。2011年には、精神的ハラスメント防止及び関連法改正法案 (Bill C-348, An Act to prevent psychological harassment in the workplace and to make consequential amendments to another Act) が提出された。各法案はいずれも議員提出法案 (Private Member's Bills) であり、立法の第一段階である下院の第一読会 (first reading) 通過までで廃案となっている¹⁶⁵⁾。

の説明についての声明、(f) 使用者は、不服申立ての調査又はそれに関する懲戒処分のため開示が必要不可欠な場合を除き、不服申立人の氏名又は不服申立てに関する状況をいかなる人に対しても明らかにしないことについての声明、(g) 労働者に対して、セクシュアル・ハラスメントについてカナダ人権法の救済を求める権利が適用されるカナダ人権法の差別的慣行に関する規定 (the discriminatory practices provisions) を知らせる声明、である。

164) これらの法案は、Parliament of Canada, LEGISInfo (<https://www.parl.ca/LegisInfo/Home.aspx?ParliamentSession=42-1>, last visited November 11, 2018) で確認できる。

165) カナダの連邦における立法は、①法律案を下院に提出・第一読会、②下院による第二読会、委員会による審議、③下院による第三読会、④上院による第一読会、⑤上院による第二読会、委員会による審議、⑥上院による第三読会、⑦国王 (女王) 裁可という手順で進む。第一読会では、法案が初めて読み上げられて印刷され、討議は行われない。法案の趣旨を討議するのが第二読会であり、第二読会を通過すると委員会審議に進む。委員会審議及び第三読会では必要に応じて修正があり、第三読会で最終討議・採決が行われ、可決されると上院で同様のプロセスが行われる。両院を通過すると、国王の裁可を得て法律となる (See, Library of Parliament, Guide to the Canadian HOUSE OF COMMONS, at 11, https://lop.parl.ca/About/Parliament/GuideToHoC/pdf/guide_canadian_house_of_commons-e.pdf, last visited March 18, 2019. なお、丸数字は、LEGISInfo の progress 欄を参照して筆者が付した)。

2017年には、「連邦労働法（ハラスメント及び暴力）、議会雇用・労使関係法及び予算実施法改正法案（Bill C-65, An Act to amend the Canada Labour Code (harassment and violence), the Parliamentary Employment and Staff Relations Act and the Budget Implementation Act, 2017, No. 1)」が、パトリシア・ハイデュー雇用・労働力開発・労働相により提出された。同法案は、政府提出法案（House Government Bill）であり、2018年10月25日に国王の裁可（royal assent）を得て立法の最終段階を終えている¹⁶⁶⁾。

2004年及び2005年の法案の提出議員はケベック州選出であり¹⁶⁷⁾、2007年、2009年及び2011年の法案の提出議員はオンタリオ州選出である¹⁶⁸⁾。Vで後述するように、ケベック州（2002年改正、2004年施行）及びオンタリオ州（2009年改正、2010年施行）は、ハラスメントに関する州法を有しており、影響があると考えられる¹⁶⁹⁾。例えば、2004年法案の提出者であるDiane Bourgeoisは、2003年11月6日、第二読会の演説において、ケベック州でのCSSTのハラスメントについての報告に言及している¹⁷⁰⁾。

以下、最初に提出された2004年の法案C-451及び2018年10月25日に成立した法

案C-65につき、提出の背景、法案の概要等を簡潔に参照する。

(2) 2004年法案C-451

2003年、職場における精神的ハラスメント防止法案（Bill C-451）¹⁷¹⁾が下院の第一読会を通過したが、2004年6月、選挙のため廃案となった¹⁷²⁾。これは、「精神的ハラスメント」を規制する最初の州法であるケベック州労基法改正と近接した時期に提出されたものであり、成立していれば連邦における最初の「精神的ハラスメント」規制法となりえた法案である。

a 提出の背景

カナダで「職場のいじめ」ないし「ハラスメント」について議論が高まったきっかけは、1999年4月6日、いじめの被害者であったOC Transpoの元従業員が4名の同僚を射殺した後に自殺した事件である¹⁷³⁾。この凄惨な事件の検死官による審問の答申（coroner's inquest）を受け、職場のハラスメント及び職場のいじめを特定し対処することを目的とする莫大な数の提案がなされた¹⁷⁴⁾。

答申でなされた77の提案には、職場の暴力及びハラスメントに関するものも含まれていた（提案2-3, 5-10, 12等）¹⁷⁵⁾。例えば、提案3では、「全ての使用者はハラスメント及

166) 2019年夏から2020年冬にかけて施行予定である（See, Employment and Social Development Canada, Labour Program Current and future legislative and regulatory changes, <https://www.canada.ca/content/dam/canada/employment-social-development/migration/documents/assets/portfolio/docs/en/legislative-changes/1777-regulatory-legislative-changes-en.pdf>, last visited March 16, 2019).

167) See, [https://www.ourcommons.ca/Parliamentarians/en/members/Diane-Bourgeois\(1799\)](https://www.ourcommons.ca/Parliamentarians/en/members/Diane-Bourgeois(1799)), last visited November 11, 2018.

168) See, [https://www.ourcommons.ca/Parliamentarians/en/members/Brian-Masse\(9137\)](https://www.ourcommons.ca/Parliamentarians/en/members/Brian-Masse(9137)), last visited November 11, 2018.

169) なお、2017年法案提出者のパトリシア・ハイデュー雇用・労働力開発・労働相もオンタリオ州選出である（See, [https://www.ourcommons.ca/Parliamentarians/en/members/Patty-Hajdu\(88984\)](https://www.ourcommons.ca/Parliamentarians/en/members/Patty-Hajdu(88984)), last visited November 11, 2018).

170) House of Commons, House of Commons Debates official report (Hansard), 37th Parl, 2nd Sess, Vol. 138, No. 152 (Thursday, November 6, 2003), at 9296 (Ms. Diane Bourgeois), CSSTとはケベック州の労働衛生安全委員会（Commission de la santé et de la sécurité du travail）である（2016年に労働基準・平等・衛生安全委員会（CNESST）に統合された）。なお、ここで参照したDebatesとは、Hansardの通称で知られるカナダ議会の本会議の逐語的議事速記録である（参照；国立国会図書館リサーチ・ナビ <https://rnavi.ndl.go.jp/politics/entry/Canada.php>, 2018年11月15日最終閲覧）。

171) https://www.parl.ca/Content/Bills/373/Private/C-451/c-451_1/c-451_1.pdf, last visited November 8, 2018.

172) 品田・前掲注13)99頁、Coldwell, *supra* note 116, at 158を参照。

173) See, Coldwell, *supra* note 116, at 140, Gouveia, *supra* note 133, at 143, Debra Parkes, *Targeting workplace harassment in Quebec: On exporting a new legislative agenda*, 8 EMPLOYEE RTS & EMP. POLY J. 423, 425 (2004).

174) Gouveia, *supra* note 133, at 143, Parkes, *supra* note 173, at 425.

175) Report to/Rapport au: Transportation and Transit Committee/Comité des transports et des services de

び職場の暴力についてのゼロ容認ポリシー (zero tolerance policies) を制定することを提案する。ゼロ容認とは、自動的な解雇を意味するのではなく、暴力又はハラスメントに関する事実及び個人の職歴及び健康についての十分かつ完全な調査を基に、段階的な懲戒を適切な形態で課すことである」とされている。また、提案4は、「職場の暴力が、身体的暴力だけでなく、いじめ (bullying, mobbing), からかい (teasing), あざけり (ridicule), その他の職場において人を精神的に傷つけ又は孤立させようする行為又は言葉等の精神的暴力としても定義されることを提案する。」とする¹⁷⁶⁾。

こうした議論の高まりから差別禁止事由以外に基づくハラスメントについての立法的対処が試みられ、後述するように、州法においては、2004年施行のケベック州労基法をはじめ複数の州が立法を行った。連邦における精神的ハラスメント防止法案もこうした流れを受けたものと考えられる。

同法案の提出者 Bourgeois は、2004年2月26日の第二読会において、2001年に定められた「職場におけるハラスメントの防止及び解決のためのポリシー (Policy on the Prevention and Resolution of Harassment in the Workplace)」は権力の濫用及びハラスメントに何ら効果がないと述べ、権利義務の規定を有する精神的ハラスメント防止法の制定を求めている¹⁷⁷⁾。Bourgeois は、自身に寄せられた多くのハラスメント被害者からの声に言及して同法案の重要性を訴えており¹⁷⁸⁾、他の議員も含め、ハラスメントに対する対処の必要性には共通認識が存在したようである¹⁷⁹⁾。

b 法案の内容

精神的ハラスメント防止法案は、精神的ハラスメントの行為を禁止するためにカナダ労働法を改正するものである¹⁸⁰⁾。同法案は30の条文からなり、定義規定(2条)、権利及び義務(3条)、精神的ハラスメントにかかる不服申立て委員会 (Psychological Harassment Complaints Committee) の設立(8条)、救済(10条、11条)等に関する定めが置かれていた。同法案では、「精神的ハラスメント」は、「(a) 敵対的な、不適當な、かつ望まれない行動、言動、行為又は身振りの形態の侮辱的行動であり、労働者の尊厳、精神的又は身体的な完全性 (integrity) を侵害し、かつ労働者にとって有害な職場環境をもたらすもの、及び、(b) おどし (intimidation), 脅迫 (threats), ゆすり (blackmail), 又は強制 (coercion) を含む、労働者の仕事を脅かし、労働者の仕事のパフォーマンスを蝕み、労働者の経済的生活を脅かし、又はその他いかなる方法で労働者のキャリアに干渉するために、行為者の地位に備わっている権力又は権威の不適切な使用がある場合に発生する権威の濫用であり、念のため付言すれば (for greater certainty), こうした振舞いの1回の出来事で、継続的な害的效果を労働者にもたらすものも精神的ハラスメントを構成する」と定義されている。このうち、(a) はV1で後述するケベック州労基法の定義とほぼ同様であり、ケベック州法の影響が見て取れる¹⁸¹⁾。

また、同法案は、25条から28条で、連邦労働法第3編のセクシュアル・ハラスメントに関する規定(247条以下)に「精神的ハラスメント」に関する規定を加える改正を含ん

transport en commun, <http://ottawa.ca/calendar/ottawa/citycouncil/ttc/2001/05-02/ACS2001-TUP-TRN-0005.htm>, last visited November 14, 2018. なお、Public Service Alliance of Canada のウェブサイトでは同報告書は確認できなかった。

176) Gouveia, *supra* note 133, at 143 note 16.

177) House of Commons, House of Commons Debates official report (Hansard), 37th Parl, 3rd Sess, Vol. 139, No. 019, (Thursday, February 26, 2004) at 1137-1138 (Ms. Diane Bourgeois).

178) *Id.* at 1138 (Ms. Diane Bourgeois).

179) *Id.* at 1139-1140 (Hon. Wayne Easter), 1142 (Ms. Wendy Lill, Mr. Murray Calder), 1143 (Hon. Joe Jordan).

180) Bill C-451, SUMMARY, https://www.parl.ca/Content/Bills/373/Private/C-451/c-451_1/c-451_1.pdf, last visited November 9, 2018.

181) *See*, Gouveia *supra* note 133, at 156.

でいた。この点が、同法案に反対する議員が最も反発した点であったようである。すなわち、「精神的ハラスメント」に関する規定は、連邦労働法第3編「労働時間、賃金、休暇及び休日 (Standard Hours, Wages, Vacations and Holidays)」ではなく第2編「労働衛生安全 (Occupational Health and Safety)」に置くべきであり、政府が検討を進めている方針に反する C-451 には賛成できないとの意見が複数の議員から出ている¹⁸²⁾。

○ 廃案となった理由

精神的ハラスメント防止法案 (C-451) が廃案となった理由は、2003年9月24日の下院の第一読会通過後、2004年6月に選挙が行われたことであり¹⁸³⁾、直接的には同法案自体の問題ではない。しかし、その後も「ハラスメント防止法案」は、立法の第一段階である下院の第一読会までしか進まずに廃案となっている。

bで述べたように、「精神的ハラスメント」に関する規定を置くために労働法を改正する際、労働衛生安全に関する第2編に規定を置くか、セクシュアル・ハラスメントと同様、労働基準等に関する第3編に規定を置くかという点の一つの対立点であった。Bourgeois が2005年に提出した C-360 でも、C-451 で採用されていた労働法第3編の改正という方針は維持されており、Brian Masse が提出した C-487 (2007)、C-276 (2009)、C-348 (2011) でも同様である。他方、(3)で後述する C-65 (2018) は、連邦労働法第2編を改正して「ハラスメント及び暴力」に関する規定を定めた。この点が従来の精神的ハラスメント防止法案と2018年に成立した C-65 との一つの大きな違いであり、どのような問題として「ハラスメント」をとらえるかについての見解の

相違が、従来「精神的ハラスメント」防止法案が不成立となってきた原因の一つと考えられる¹⁸⁴⁾。

(3) 2018年成立の法案 C-65

2018年10月25日、連邦労働法 (ハラスメント及び暴力)、議会雇用・労使関係法及び予算実施法改正法案 (C-65, An Act to amend the Canada Labour Code (harassment and violence), the Parliamentary Employment and Staff Relations Act and the Budget Implementation Act, 2017, No. 1) が、国王の裁可を得て立法の最終段階を終えた。同法案は、2017年11月7日に下院に提出され、3度の修正を経て成立した¹⁸⁵⁾ (2018年カナダ法律 C22 (Statutes of Canada 2018 Chapter 22))。

労働法に関する第1編は、職場におけるセクシュアル・ハラスメント及び性的暴力を含むハラスメント及び暴力の予防のための既存の枠組みを強化するため労働法を改正するものである¹⁸⁶⁾。

まず、C-65 は、0.1条により、労働法122条第1項に「ハラスメント及び暴力」の定義規定を加える改正を行う。「ハラスメント及び暴力」は、「労働者の気持ちを害し、労働者に屈辱を与え又はその他の身体的あるいは精神的傷害又は病気を引き起こすことが合理的に予想される、所定の行為、行動又は言動を含むいかなる行為、行動又は言動 (性的性質を有するものを含む)」を意味すると定義される。これは、連邦労働法の「セクシュアル・ハラスメント」の定義と前半が共通しており、暴力、「ハラスメント」、「セクシュアル・ハラスメント」をまとめて「ハラスメント及び暴力」とする定義である。「精神的ハラスメント」にあたるものも含まれていると考えられるが、C-451 やケベック州労基法の

182) House of Commons, *supra* note 177, at 1139-1140 (Hon. Wayne Easter), 1142 (Mr. Murray Calder).

183) 品田・前掲注13)99頁, Coldwell, *supra* note 116, at 158を参照。

184) また、議員提出法案であるか政府提出法案であるかという点も影響していると思われる (なお、Bourgeois は、2004年2月26日の第二読会で「これは極めて重要な法案です。ケベック連合 (Bloc Quebecois) によって推進されていますが、党派的な法案ではありません。」と述べている (See, House of Commons, *supra* note 177, at 1139))。

185) See, LEGISinfo C-65, <https://www.parl.ca/LegisInfo/BillDetails.aspx?Language=E&billId=9220285&View=0>, last visited November 10, 2018.

186) Bill C-65, SUMMARY, at ii (https://www.parl.ca/Content/Bills/421/Government/C-65/C-65_4/C-65_4.PDF, last visited November 10, 2018).

「尊厳」「完全性」といった文言は含まれず、「傷害」や「病気」が含まれていることから、「労働者の気持ちを書し」「屈辱を与え」といった言葉が含まれていることを考慮しても、C-65の「ハラスメント及び暴力」の定義は、C-451やケベック州労基法よりは狭いものとなっているようである。

C-65は、使用者の義務に、ハラスメントの発生に関する調査、記録及び報告に関するもの（労働法125条第1項(c)改正）、職場におけるハラスメント及び暴力の予防及び保護のための所定の措置、発生に対する応答及び労働者への援助の提供（同項(z.16)改正）、労働者（監督又は経営上の責任を有する者を含む）が職場におけるハラスメント及び暴力の予防のためのトレーニングを受け、ハラスメント及び暴力に関する本編の権利義務に関する情報を得ることを保障すること（同項(z.161)追加）、職場におけるハラスメント及び暴力の予防のトレーニングを受けること（同項(z.162)追加）、ハラスメント及び暴力の発生に関する不服申立てを受けるため使用者により任命された者が、ハラスメント及び暴力に関する事項の知識、訓練及び経験並びに関連法の知識を有することを保障すること（同項(z.163)追加）を追加した。

同法案は、労働法の労働衛生安全に関する規定に付加する形で、ハラスメント及び暴力に関する使用者の義務を新たに定めている。既述のように、従来の精神的ハラスメント防止法案では、「セクシュアル・ハラスメント」と併せて労働法第3編に規定を置くか、衛生安全に関する労働法第2編に規定を置くかについて対立があったが、連邦レベルでは、労働衛生安全に関する問題として、暴力と併せて「ハラスメント」を定める形で決着したことになる。これは、ケベック州以外の州法の傾向とも一致する。

なお、改正後の連邦労働法第2編の規定は、連邦人権法上の権利の廃止ないし逸脱を意味するものと解釈されてはならないとされ（法案2条の1による連邦労働法123条の1追

加）、人権法のハラスメント規制は維持された。

5 小括

連邦法においては、カナダ人権法が差別禁止事由に基づくハラスメントからの自由を定め、連邦労働法がセクシュアル・ハラスメントに関する規定を置いている。また、連邦労働衛生安全規則には職場における暴力に関する規定がある。連邦労働法及び連邦労働衛生安全規則のアプローチは、予防に重点を置いており、使用者に防止ポリシーの策定等を詳細な内容を含めて義務付けるものである。このアプローチは、後述するサスカチュワン州やマニトバ州とも共通する。

連邦法では、「精神的ハラスメント」や差別禁止事由以外に基づくハラスメントを規律する施行済みの制定法は存在しないが、立法は複数回試みられてきた。そこで一つの対立点は、労働基準の編にセクシュアル・ハラスメントと同様に規定するか、労働衛生安全の編に規定するかであり、連邦法においては多くの州法と同様、後者が採用された。

2018年に成立したC-65(C.22)による労働法改正の詳細な検討は、議論の蓄積を待つて行うこととしたい。また、Ⅲ2で述べたように、そもそもカナダでは連邦労働法が適用される労働者の範囲は狭い。

そこで、「精神的ハラスメント」や「ハラスメント」規制法の検討においては、州法がより重要な対象となる。次章では、主な州法のハラスメント規制を参照する。

V. 州法のハラスメント規制

本章では、ハラスメント規制立法を有する州の中から重要と思われる州を選択して検討する。

先行研究によれば、各州は以下のようなハラスメント又は暴力の規制法を有する（表3）¹⁸⁷⁾。

187) Coldwell, *supra* note 116, at 158-162. 同論文が発表された2012年以降の改正は、表3には反映せず、連邦、ケベック州、サスカチュワン州、マニトバ州、オンタリオ州については各検討の中で触れている。その他の州では、

表3：カナダにおける州法の暴力・ハラスメント規制

州	関連する法	職場の暴力の定義（ハラスメントの定義がある場合、併せて記載）
連邦法	カナダ労働法（1985） カナダ労働衛生安全規則	…「職場で従業員に対してなされ、当該従業員に害、傷害又は病気をもたらすことが合理的に予想されるいかなる行動、行為、脅迫又は身振り」（労働衛生安全規則20条の2） Bill C-451 - カナダにおける職場の精神的ハラスメント防止法案 精神的ハラスメント及び職場のいじめを防止するための法である Bill C-451 は、2003年9月に下院の第一読会を通過した。労働法の改正を目的としたが、2004年、最終読会（final reading）を通過しなかった ¹ 。
ブリティッシュコロンビア州	労災補償法（2002） 労働衛生安全規則	…「労働者以外の人による労働者に傷害を与えるほどの有形力（physical force）の行使の試み又は実際の行使、及び、労働者に合理的に危険であると感じさせるいかなる脅迫的言動や振舞い」（安衛規則4条の27） 新法は2012年7月に発効した。
アルバータ州	労働衛生安全法（Act）（2000） 労働衛生安全法典（Code）第27編 労働衛生安全法典389条-392条	…「身体的傷害をもたらし又はもたらしうる実際の行為、行為の試み又はその脅迫」（労働衛生安全法典1条）
サスカチュワン州	労働衛生安全法（2007改正） 労働衛生安全規則 ⁱⁱ	…「職場において労働者に対してなされ、労働者に身体的傷害をもたらし又はもたらしうる有形力の行使、又は、職場において労働者に対してなされる労働者に身体的傷害をもたらしうる有形力の行使の試み」（労働衛生安全規則37条） 職場におけるハラスメントの定義：…「不適当な行動、言動、表示、行為又は身振りで、人種、信条、宗教、肌の色、性別、性的志向（又はその他の差別禁止事由）に基づくもので労働者の精神的又は身体的ウェルビーイングに悪影響をもたらすもの；又は、労働者の健康又は安全に対する脅威を構成するもの。繰り返される行動であるか、1回の出来事で継続的な害的效果を引き起こすものでなければならない。」（労働衛生安全法2条1項、2条3項）
マニトバ州	職場安全衛生法 職場安全衛生規則	…「(a) 人に対する有形力の現実の行使又はその試み、及び、(b) 人に有形力が行使されると信じさせる合理的な理由を与えるいかなる脅迫的な言動又は振舞いを意味する」（職場安全衛生規則1条） 職場におけるハラスメントの定義：…「繰り返される行動、言動、表示、行為又は身振り又は1回の深刻な言動、表示、行為、身振り又は行動の発生による人の振舞いであって、(i) 歓迎されない、いらだたしい (vexatious)、敵対的な、不適当なあるいは望まれないもの、(ii) 人種、信条、宗教、肌の色、性的志向、結婚状況、家庭状況、障害、身体的サイズや体重、年齢、国籍、家系、又は出生地に基づくもの、(iii) 地位に備わっている権力又は権威の不適切な使用で、当該労働者の健康又は安全を脅かし、労働者の仕事を危険にし、又は当該労働者の経済生活を脅かし、当該労働者の仕事におけるパフォーマンスを低

アルバータ州において労働衛生安全法改正でハラスメント及び暴力に関する規定が置かれた（2018年6月1日施行）。ニュー・ブランズウィック州でも、2018年8月22日成立の一般規則（General Regulation）91-191改正で暴力とハラスメントに関する規定が置かれており（2019年4月1日に施行予定）、プリンス・エドワード・アイランド州では、2018年12月5日、エリック・ドノヴァン法（労働衛生安全法を改正する法）（Eric Donovan Act (An Act to Amend the Occupational Health and Safety Act)）が国王裁可を得て成立した（未施行）。

		下させ又は他のいかなる方法でも労働者のキャリアにネガティブに干渉し労働者の尊厳又は精神的あるいは身体的完全性に悪影響を与え、又は害の職場環境という結果をもたらすもの」(労働安全衛生法2条1項, 2条3項)
オンタリオ州	労働衛生安全法 (1990)	…「職場における暴力は、(1) 職場における労働者に対する有形力の行使で、労働者に身体的傷害を負わせ又は負わせようもの、(2) 職場における労働者に対する有形力の行使の試みで、労働者に身体的傷害を負わせようもの、(3) 職場における言葉や振舞いで、当該労働者に身体的傷害を負わせよう有形力の行使の脅迫であると労働者が合理的に解釈するもの」 職場におけるハラスメントの定義：…「職場における労働者に対するいらだたしい (vexatious) 一連の言動又は行動で、歓迎されないと気づかれあるいは合理的に気づかれるべきものに従事すること」
ケベック州	労働基準法 労働衛生安全に関する法 労働衛生安全に関する規則	職場の暴力は定義されていない 精神的ハラスメントの定義：…「繰り返される敵対的又は望まれない行動、言動、行為又は身振りの形態の侮辱的行動 (vexatious behaviour, conduite vexatoire) ⁱⁱⁱ であり、労働者の尊厳、精神的又は身体的な完全性を侵害し、かつ労働者にとって有害な職場環境をもたらすものを意味する」 組織労働者の労働協約に記載されている文言 ^{iv}
ニュー・ブランズウィック州	労働衛生安全法 (1983) 単独作業規制－衛生安全法の行動準則 (Code of Practice for Working Alone Regulation – Health and Safety Act)	職場の暴力に関する定義は今のところ存在しない。
プリンス・エドワード・アイランド州	労働衛生安全法 一般規則 (General Regulations)	…「労働者に傷害をもたらしうる有形力の脅迫、試み又は現実の行使、労働者に傷害の危険があると信じる合理的な理由を与えるような脅迫的言動又は振舞いを含む。」(一般規則 52 条の 1)
ノバ・スコシア州	労働衛生安全法 (1996) 職場の暴力規則 (2007)	…「労働者に身体的傷害の危険があると信じる合理的な理由を与えるような脅迫 (脅迫的振舞いを含む)、又は労働者の身体的健康あるいは身体的安全を危険にさらす行為 (又は行為の試み)」(職場の暴力規則 2 条) ノバ・スコシア州は職場における DV と職場のメンタルヘルスイニシアティブに取り組んでいるが、これらは任意的である。
ニュー・ファンドランド・ラブラドール州	労働衛生安全法 (1990)	職場の暴力に関する立法は今のところ存在しない。
ヌナブト準州	ヌナブト法 (1993)	職場の暴力に関する立法は今のところ存在しない。
ノースウェスト準州	安全法 (Safety Act) (1988)	職場の暴力に関する立法は今のところ存在しない。
ユーコン準州	労働衛生安全法 (2002)	職場の暴力に関する立法は今のところ存在しない。

(出所：Coldwell, *supra* note 116, at 158-162 の形式を一部改変し、DV に関する部分を除いた)

i 「最終読会を通過しなかった」と訳したが、同法案は下院の第一読会通過までで廃案となっており、成立しなかったという意味と考えられる。

ii この欄はアルバータ州と同一の内容になっており誤植と思われるため、2012 年時点の内容を補った。

iii ケベック州法であるため、フランス語の vexatoire (「虐待 [迫害] 的な、苛酷な手段」) 及び vexation (「侮辱・自尊心を傷つける言動、嫌がらせ・虐待・迫害・いじめ」) を基に訳出した。

iv 原文は、“Language written into collective agreements of unionized employees” である。ケベック州では組織労働者と未組織労働者は峻別されているため、組織労働者については労働協約上の文言がハラスメントの定義となるという趣旨と思われる。

表3から分かるように、カナダにおける州法のハラスメント及び暴力の規制は多岐に渡るが、本章では、「職場におけるハラスメント」「精神的ハラスメント」及び「ハラスメント」に関する規制法を有する4つの州法を紹介する¹⁸⁸⁾。まず、労基法の例として、フランス法の影響を受け先駆的な内容を有すると称されるケベック州労働基準法を取り上げる(V1)。次いで、労働法の例としてサスカチュワン州労働法(V2)、労働衛生安全法の例として、マニトバ州職場安全衛生法(V3)、オンタリオ州労働衛生安全法(V4)をそれぞれ取り上げる。

各検討にあたっては、まず、人権法による差別禁止事由に基づくハラスメント規制に言及し、次に、各州で中心的に取り上げる法を検討する。また、その他の法にも必要に応じて言及する。

なお、各州法にはハラスメントの他に暴力及びドメスティックバイオレンス(DV)に関する規制が存在する場合がある。本稿の主

な検討対象はハラスメントであり、ハラスメント規制の検討に必要な範囲で「暴力」を検討対象に含めるが¹⁸⁹⁾、DVは含めないものとする¹⁹⁰⁾。

1 ケベック州

(1) 概要

ケベック州では、2002年にケベック州労働基準法(The Quebec Labour Standards Act)が改正され、精神的ハラスメントに関する規定が置かれた(2004年6月1日施行)。これは北米で最初の立法であり¹⁹¹⁾、その背景には、フランス法やフランス及びケベック州でベストセラーとなったマリー＝フランス・イルゴイエンヌの『モラル・ハラスメント 人を傷つけずにはいられない』¹⁹²⁾の影響のほか、労働組合の組織率が高く(2002年段階において40.4%)、そのロビー活動が強かったという事情がある¹⁹³⁾。

ケベック州労働基準法は、精神的ハラスメ

188) Martin Shain, *Stress at Work, Mental Injury and the Law in Canada: A Discussion Paper for the Mental Health Commission of Canada* (2009) は、カナダの法規制として、人権法、労働衛生安全法、労働基準法、労災補償法を紹介する(at 61-86)。同報告書で最も目立つ例として取り上げられているのがケベック州、サスカチュワン州、オンタリオ州であり(at 17)、注目されている法がケベック州労働基準法、サスカチュワン州労働衛生安全法、オンタリオ州人権法である(at 61-78)。本稿はこれに加え、オンタリオ州の2009年改正労働衛生安全法の暴力とハラスメントに関する規定、サスカチュワン州労働衛生安全法を統合したサスカチュワン州労働法の規定等を概観する。労災補償法は、労働者の健康を損なうに至る程度の暴力やハラスメントを問題とするものと解され、健康を害するには至らない尊厳やウェルビーイングを問題とする「精神的ハラスメント」「ハラスメント」の規制とは性質が異なると考えられることから、本稿の対象には含めない(労災補償法に規制を置く代表的な例として、ブリティッシュコロンビア州がある)。

189) ハラスメントと暴力の区別はそれ自体議論が存在するが(See, Carr, *supra* note 134, at 16)、深くは立ち入らない。各州法の定義においては、暴力を有形力(physical force)の行使、その試み及びその脅迫とし、ハラスメントは有形力が関わるものに限らない例が多い(後出表10参照。ただし、連邦労働衛生安全規則は暴力を有形力の行使に限っていない)。

なお、日本では「パワー・ハラスメント」に暴力を含むが(円卓会議WGの6類型のうち「①暴行・傷害」(身体的な攻撃))、「この類型については、そのほとんどが当然に違法であると判断されて」おり(内藤・前掲注1)32頁)、議論の中心は、違法性の判断や規制における指導との線引きがより困難である暴力以外の類型にある。したがって、カナダ法についてハラスメントを中心に検討を行い、暴力に必要な範囲で触れることは、日本法との対比を意識しても妥当であろう。

190) DVはILOの議論でもハラスメントと関係する問題とされており(See, ILO, *supra* note 40, at 49-51)、検討する必要はあると考えられるが、日本では労働法の問題としてはまだあまり議論されていないため、ひとまず本稿の対象からは除くこととする。

191) 石井・前掲注16)「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」2頁、同「ケベック州(カナダ)における心理的ハラスメント法規制」340頁、Coldwell, *supra* note 116, at 142.

192) Marie-France HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral: La violence perverse au quotidien*, 1998. 邦訳書はマリー＝フランス・イルゴイエンヌ(高野優訳)『モラル・ハラスメント 人を傷つけずにはいられない』(紀伊國屋書店, 1999)。同書は、フランスでも職場における「精神的ハラスメント」に関する議論が広がるきっかけとなったようである(参照; 石井・前掲注97)115頁、Loïc Lerouge, *Workplace Bullying and Harassment in France and Few Comparisons with Belgium: a Legal Perspective*, in WORKPLACE BULLYING AND HARASSMENT, *supra* note 116, at 39, 39-40)。

193) Gouveia, *supra* note 133, at 154, Parkes, *supra* note 173, at 440-441. 品田・前掲注13)100頁注59。

ント (psychological harassment, harcèlement psychologique¹⁹⁴) のない職場環境で働く権利を保障し (81 条の 19 第 1 項), 使用者に精神的ハラスメントを防止し, 精神的ハラスメントに気づいた場合にはそれを止めるための合理的な措置をとる義務を課している (同条第 2 項)。救済の観点では, 第 5 章第 2 節の 1 が「精神的ハラスメントの訴え」を定めており, 労働基準・平等・衛生安全委員会及び行政労働審判所による手続が存在する。

なお, ケベック州労働基準法のハラスメントに関する規定のうち, 81 条の 18 第 1 項, 81 条の 19 第 2 項, 123 条の 6 第 2 項, 123 条の 7, 123 条の 8 第 2 項, 123 条の 10 第 2 項及び 123 条の 15 は, 2018 年に改正された。(4)では, まず従来の規制を概観し, 最後に 2018 年改正をまとめて取り上げる。

また, ケベック州では, 自由・人権憲章 10 条の 1 (1982 年改正で創設) が差別禁止事由に基づくハラスメントを禁止しているほか, 労働衛生安全法 12 条が精神衛生上の健康が脅かされることを理由とする労務の履行拒否を定めている¹⁹⁵。これらの法律についても簡単に扱う。

なお, 他に関連する規定として, ケベック州民法典 2087 条を挙げることができる。同条は, 「使用者は, 合意された労務提供を認め, 定められた報酬を支払うのみならず, 労働者の健康, 安全及び尊厳を保護するために労働の性質と矛盾しない措置を講じることをも義務付けられる」と定めており, ここでの使用者の義務は労働契約の一部となる¹⁹⁶。「尊厳」保護のための措置は民法典においても使用者の義務とされているのである。

(2) ケベック州自由・人権憲章

a 定義

ケベック州自由・人権憲章には, 「ハラス

メント」の定義規定は置かれていない。

b 規制内容

自由・人権憲章 10 条は, 以下のように定めている。

1 項「全ての人は, 人種, 皮膚の色, 性別, 性的アイデンティティ又は性的表現, 妊娠, 性的志向, 市民としての地位, 法律による場合以外の年齢, 宗教, 政治的信念, 言語, 民族的あるいは国家的出自, 社会的状況, ハンディキャップあるいはハンディキャップを和らげるための手段の利用に基づき, 区別, 排除又は優先されることなく, 人権及び自由を完全かつ平等に認識され享受する権利を有する。」

2 項「差別は, このような区別, 排除又は優先が権利を害し又は損なう (nullifying or impairing / de détruire ou de compromettre) 効果を有する場合に存在する。」

そして, 10 条の 1 が「何人も第 10 条の差別禁止事由に基づくハラスメントをしてはならない¹⁹⁷。」として差別禁止事由に基づくハラスメントを禁止する。自由・人権憲章のハラスメントには, 「セクシュアル・ハラスメント」も含まれる。

ハラスメント行為が自由・人権憲章 10 条に列挙された差別禁止事由のいずれかに関連することを証明できる場合には, 被害者は, その救済に携わるべき人権委員会および人権裁判所に救済を求めることができる¹⁹⁸。

(3) ケベック州労働衛生安全法

ケベック州労働衛生安全法 (1979) では, 「全ての労働者は, 健康, 安全及び身体的ウェルビーイングを適切に尊重した労働条件についての権利を有する。」(9 条) とされる。そして, 同法 12 条は, 「ある労務の履行が自身

194) 本稿ではケベック州法についても主に英語文献を参照した。条文等の訳出にあたっては石井・前掲注 16) 「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」を参照したが, 異なる訳語を用いた箇所がある。

195) 石井・前掲注 16) 「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」13-14 頁, 同「ケベック州 (カナダ) における心理的ハラスメント法規制」344-346 頁。

196) Dalia Gesualdi-Fecteau & Guylaine Vallée, *Labor Inspection and Labor Standards Enforcement in Quebec: Contingencies and Intervention Strategies*, 37 COMP. LAB. L. & POLY J. 339, 351-352 (2016).

197) 原文は, “No one may harass a person on the basis of any ground mentioned in section 10.” である。

198) 石井・前掲注 16) 「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」14 頁, 同「ケベック州 (カナダ) における心理的ハラスメント法規制」345 頁。

の健康、安全もしくは身体的ウェルビーイングを危険にさらす可能性があるか、又は、他者を同様の危険にさらすこととなると考える合理的な理由があれば、労働者は特定の労務の履行を拒否する権利を有する。」として、労務履行拒否権を定めている。したがって、労働者がハラスメントにより自己の健康等を害されるおそれを主張できれば、労務の提供を拒否できる。

(4) ケベック州労働基準法

上記(2)(3)で見てきたように、2004年施行の労基法改正以前から、自由・人権憲章と労働衛生安全法にはハラスメントに関する規制が置かれていた。また、労災が関わる場合には、労災・職業病法でも保護を受ける余地が存在した。しかし、「①労災・職業病法は労働災害とそれを理由とする労働拒否にのみ係わるものであり、②労働安全・衛生法は労働者の健康と安全が危険にさらされているときのみ適用される。そして③自由・人権憲章およびその救済機関たる人権委員会が関与するのは、心理的ハラスメントが同憲章10条に列挙される『差別』に基づくときのみである。そして④労基法上の未組織労働者に対する公的仲裁制度は、労働者が雇用関係の終了したのちの事後的救済でしかないという限界性をもつものであった」¹⁹⁹⁾。そこで設けられたのが、ケベック州改正労基法の精神的ハラスメント規制である。

a 定義

ケベック州労働基準法は、「精神的ハラスメント」を「繰り返される敵対的又は望まれない行動、言動、行為又は身振りの形態の侮

辱的行動であり、労働者の尊厳、精神的又は身体的な完全性を侵害し、かつ労働者にとって有害な職場環境をもたらすもの」(労基法81条の18第1項)と定義する。また、「1回の重大な行為も、労働者に対し、継続的な有害な影響を与える場合、精神的ハラスメントに含まれる」(同条第2項)²⁰⁰⁾。

ケベック州労基法の定義は、差別禁止事由に基づくものに限定しない定義であり、行為者の害意も要求しない。また、行為の回数については、第1項で繰り返しを要求しつつ、第2項で継続的な影響を有する1回の行為も含む。1回の行為を含めた点は、行為の重大さゆえに直ちに職場を辞めてしまった労働者を救済することを意図し、従来の定義を拡大するものである²⁰¹⁾。

なお、2018年改正では、81条の18第1項に第2文が付け加えられ、セクシュアル・ハラスメントが「精神的ハラスメント」に含まれることが明確にされた²⁰²⁾。

b 規制内容

(a) 労働者の権利及び使用者の義務

労基法81条の19は、精神的ハラスメントのない職場環境で働く権利を保障し(第1項)、使用者に、精神的ハラスメントを防止し、精神的ハラスメントに気づいた場合にはそれを止めるための合理的な措置をとる義務を課している(第2項)。

労働者に精神的ハラスメントのない職場環境を提供する使用者の義務は、結果債務ではなく手段債務である²⁰³⁾。使用者は企業において一切精神的ハラスメントが起こらないことを保障しなければならないものではない

199) 石井・前掲注16)「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」16-17頁、「ケベック州(カナダ)における心理的ハラスメント法規制」347頁。石井は、「精神的ハラスメント」ではなく「心理的ハラスメント」という訳語を用いている。

200) 解釈について、<https://www.cnt.gouv.qc.ca/en/interpretation-guide/part-i/act-respecting-labour-standards/labour-standards-sect-391-to-97/psychological-harassment-sect-8118-to-8120/8118/index.html>, last visited October 25, 2018 参照。

201) See, Katherine Lippel, *Law, Public Policy and Mental Health in the Workplace*, 11 HEALTHCAREPAPERS 20, 26 (2011).

202) もつとも、従来からセクシュアル・ハラスメントを含むと解されていたようである(See, Parkes, *supra* note 173, at 447)。

203) Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail, PSYCHOLOGICAL HARASSMENT AT WORK, EMPLOYER'S OBLIGATIONS, <https://www.cnt.gouv.qc.ca/en/in-case-of/psychological-harassment-at-work/index.html#c8521>, last visited October 25, 2018. 石井・前掲注16)「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」9頁, 同「ケベック州(カナダ)における心理的ハラスメント法規制」358頁。

表 4：ハラスメントを受けた労働者の申立先

従業員の状況 (Status)	申立ての提起先
労基法の適用対象となる未組織労働者 (上級管理職 (senior managers) を含む)	労働基準・平等・衛生安全委員会 (Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail)
組織労働者	当該労働者が所属する組合
公共サービスの未組織労働者 (諸団体の構成員及び代表を含む)	公務委員会

(出所：Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail, *supra* note 203)

が、①精神的ハラスメントの状況を合理的な手段、特に精神的ハラスメントの防止及び不服申立て処理プロセスのポリシー (性的性質を有する言動、行動又は身振りの形態の振舞いに関するセクションを含む) を採択し、労働者に入手可能にすることを通じて防止しなければならない (2019年1月1日より義務化)、②精神的ハラスメントの情報を得たら直ちに、必要な制裁を含む適切な措置を取ることを通じて、それを止めるために行動しなければならない²⁰⁴⁾。

(b) 救済手続

ハラスメントが発生してしまった場合、123条の6から123条の16に「精神的ハラスメントにおける訴え」が設けられている²⁰⁵⁾。労働者はこの救済手続を利用することができる。

これについて、81条の20は以下のように定めている。

1項「81条の18、81条の19、123条の7、123条の15及び123条の16の各項の規定は、必要な調整を経て、全ての労働協約の不可欠な一部をなすとみなされる。そのような協約が適用される労働者は、協約上利用可能な救済がある限りは、協約上の救済を用いなければならない。」

2項「事案が交付される前のいかなる時でも、協約の当事者は、調停を試みる者

(a person to act as a mediator) の指名のために大臣に共同申請をすることができる。」

3項「第1項が定める諸規定は、労働協約により規律されない公務員法 (F章 3.1.1) により指定された全ての労働者の労働条件の一部をなすとみなされる。左の労働者は、同法に適合して設けられた手続規則に従って、公務委員会 (Commission de la fonction publique) に由来する適用可能な救済を行使しなければならない。公務委員会は、この目的のために、本法123条の15及び123条の16の各規定による権能を行使する。」

4項「第3項は、(政府関連) 諸団体の構成員及び代表にも適用される。」

同条の規定内容から理解できるように、精神的ハラスメントをふくむ労働紛争・トラブルを解決すべき救済制度・手続を利用するにあたっては、被害者が労働者であること以外の条件は、設けられていない²⁰⁶⁾。民間企業の労働者であるか公務員であるか、組織労働者か未組織労働者であるかによって申立先が異なるが (表4参照)、手続を利用する権利はそれぞれに与えられている。

・未組織労働者の場合

まず、「精神的ハラスメントの被害者であ

204) *Id.* 丸数字は筆者による。

205) 各条の解釈については、CNESST, INTERPRETATION GUIDE, <https://www.cnt.gouv.qc.ca/en/interpretation-guide/part-i/act-respecting-labour-standards/recourses-sect-98-to-135/recourse-against-psychological-harassment-sect-1236-to-12316/1236/index.html>, last visited October 25, 2018 参照。英語版サイトでは2015年改正が反映されておらず、CNESST, GUIDE INTERPRÉTATION ET JURISPRUDENCE, <https://www.cnt.gouv.qc.ca/guide-interpretation-et-jurisprudence/partie-i/la-loi-sur-les-normes-du-travail/les-recours-art-98-a-135/recours-en-cas-de-harcelement-psychologique-art-1236-a-12316/12316/index.html>, last visited December 24, 2018 も参照した。

206) 石井・前掲注16)「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」11頁、同「ケベック州 (カナダ) ににおける心理的ハラスメント法規制」360頁。

ると信じる労働者は、委員会に書面で救済を申し立てることができる。右申請は、書面により同意した一ないし複数の労働者に代わって、労働者の諸権利を防御するために時間を割く (dedicated to the defence) 非営利組織によりなされることもできる」(123条の6)。これは、問題となる行動の最後の発生から90日以内になされなければならない(123条の7)。これは、正当かつ十分な理由のない解雇の救済申立期間が解雇から45日以内とされている(124条1項)²⁰⁷⁾ことと比べると2倍の長さである。さらに、この期間は、2018年改正で2年以内に延長された。

申立てを受けた労働基準・平等・衛生安全委員会²⁰⁸⁾は、迅速に調査をしなければならない(労基法123条の8第1項)。この調査を経て労働基準・平等・衛生安全委員会は当事者の申立てが適切かを判断する。また、調査期間中に調停を試みることもできる(123条の10)²⁰⁹⁾。

調査終了時に、当事者がいかなる解決にも至らず、労働基準・平等・衛生安全委員会が申立ての続行を認容する場合には、委員会は遅滞なく申立てを行政労働審判所 (the Administrative Labour Tribunal) に付託しなければならない(123条の12)。この場合、「労

働基準・平等・衛生安全委員会は、本節の下での行政労働審判所の手続において、労働者を代理することができる」(123条の13)。

これに対し、委員会が申立てに続く救済手続の続行を認めない場合には、当該従業員又は適用がある場合の労働者の書面による同意のある組織は、107条又は107条の1の下での委員会の決定から30日以内に、委員会に対し、書面で、当該申立てを行政労働審判所に付託することを求めることができる(123条の9)。

なお、123条の9、123条の12及び123条の13は2015年に改正されており、改正前はいずれも労働関係委員会 (Commission des relations du travail) に付託するものとされていた²¹⁰⁾。行政労働審判所は、2015年に労働関係委員会と職業損害委員会 (Commission des lésions professionnelles) が合併して作られた組織であり、労働基準法を含め約40の法に基づく労働関係の救済を裁定する²¹¹⁾。労使関係、労働衛生安全、必要不可欠な公益事業 (essential services)、建設及び職業資格 (construction industry and occupational qualification) の4つの部門からなり、労働衛生安全に関する事項を含む点に特色がある²¹²⁾。

207) 124条1項「2年以上継続的に同じ企業における功績がある労働者で、正当かつ十分な理由なく解雇されたと信じる者は、損害賠償 (recourse in damages) 以外の救済手続 (remedial procedure) が本法の他の場所、他の法又は労働協約に規定されている場合を除き、解雇から45日以内に、委員会に書面又は委員会のアドレスへのメールで救済を申し立てることができる。」

208) 以下、CNESSTと略記することがある。同委員会は、2016年1月1日、労働基準委員会 (Commission des normes travail)、賃金平等委員会 (Commission de l'équité salariale)、労働衛生安全委員会 (Commission de la santé et de la sécurité du travail) を再編成して結成された (Issue du regroupement)、全ての使用者及び労働者に、労働に関する統合された専門性 (une expertise intégrée en matière de travail) を提供する組織である (CNESST, La présidente du conseil d'administration et chef de la direction de la CNESST, madame Manuelle Oudar, dresse un bilan très positif de la première année d'existence de la CNESST, <https://www.cnesst.gouv.qc.ca/a-propos-de-la-CNESST/mission/Pages/bilan-complet.aspx>, last visited November 6, 2018)。

209) 123条の10「委員会は、調査期間中かつ当事者の同意があればいつでも、労働大臣に調停を試みる者の任命を求めることができる。委員会は、労働者の請求に基づき、調停期間中、労働者を援助し、助言を与えることができる。」(2018年に追加された第2項については後述する)。この場合、雇用契約が継続していれば、労働者は調停期間中労働したものとみなされる(123条の11)。

210) 改正前の条文は、<http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/N-1.1/20040601>, last visited October 27, 2018より確認できる。なお、改正前の救済手続については、石井・前掲注16)「ケベック州(カナダ)における心理的ハラスメント法規制」359頁以下で詳述されている。

211) See, Tribunal administratif du travail, Justice at work for us, at 1, 14-16 (https://www.tat.gouv.qc.ca/fileadmin/tat/8Section_anglaise/TAT_Brochure2016_Accessible-EN.pdf, last visited November 6, 2018)。根拠法は Act to Establish the Administrative Labour Tribunal である。

212) *Id.* at 1.

・組織労働者（公務員を含む）の場合

組合員であれば、ハラスメント紛争の解決は、第一次的に、適用される労働協約に規定される苦情申立て処理や仲裁手続によりなされる²¹³⁾。これは、ケベック州では組織労働者と未組織労働者が峻別されていることに基づく²¹⁴⁾。

・公務員の場合

未組織公務員の場合、その職位・職階がいかなるものであれ、ハラスメント紛争を解決すべきは、公務員関係に関する管轄権を有する行政裁判機関である公務委員会である（81条の20第3項）²¹⁵⁾。公務委員会は、ハラスメント紛争の解決のために、123条の15及び123条の16の各規定による権能を行使する（81条の20第3項）。

・救済に関する権限と救済方法

行政労働審判所は、救済を申立てた労働者が精神的ハラスメントの被害者であり、使用者が81条の19により課された義務を遵守していないと判断したならば、当該事案にかかる全ての事情を考慮して、正当かつ合理的と思われるあらゆる判断を言い渡すことができる（123条の15）。精神的ハラスメントの申立てにおいては、被害者に障害が生じていることは必要なく、有害な職場環境の立証があれば労基法違反を構成する²¹⁶⁾。

123条の15は、具体的な救済手段として7つの方法を列挙している。すなわち、①使用者に対し、当該労働者の復帰を命ずること、②使用者に対し、当該労働者が失った賃金の

最高額に至るまで損害賠償の支払を命ずること、③使用者に対し、ハラスメントを止めるために合理的措置を採ることを命ずること、④使用者に対し、労働者に懲罰的かつ精神的損害賠償（punitive and moral damages）を支払うよう命ずること、⑤使用者に対し、労働者に雇用喪失に対する損害賠償の支払いを命ずること、⑥使用者に対し、裁判所が定める合理的な期間の間、労働者に必要な精神的支援の費用負担を命ずること、⑦労働者の懲戒にかかる記録の修正を命ずること、である。

これらの救済のうち、②④⑥は、労働者が、精神的ハラスメントに起因する、労働災害及び職業病に関する法（the Act respecting industrial accidents and occupational diseases (chapter A - 3.001)）の意味における職業的権利侵害（employment injury）の被災者である期間には適用されない（123条の16第1項）。行政労働審判所は、123条の15に従って、精神的ハラスメントが労働者の職業的権利侵害を引き起こしたと考えるとき、②④⑥に関する判断を留保しなければならない（同条第2項）。

c 状況

(a) 紛争解決における判断

改正労基法が施行された2004年6月1日から2008年3月31日までに、未組織労働者により労働基準委員会²¹⁷⁾に申し立てられた精神的ハラスメントは、8,631件であり、その38%が調停により解決された²¹⁸⁾。同じ期間

213) 石井・前掲注16)「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」17-18頁、同「ケベック州（カナダ）における心理的ハラスメント法規制」360頁。

214) 関連して、ケベック州労働法典では、組合の公正代表義務違反が問題となる場合として、精神的ハラスメントが明文で定められている（労働法典47条の3・精神的ハラスメントについては2002年改正（2004年6月1日施行）で追加された）。精神的ハラスメントの対応により認証団体がその代表義務に違反していると考えられる労働者は、その苦情が仲裁手続に付されるべきであるとして、労働法典47条の3を根拠に救済を申し立てることができる（石井・前掲注16)「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」36-38頁。石井保雄「ケベック州（カナダ）における労働組合の公正代表義務」法學新報119巻5・6号325頁、332-334頁、345頁（2012）も参照。なお、同条は2015年にも改正されているが（2016年1月1日施行）、その内容は申立期間の削除と申立先の変更である）。

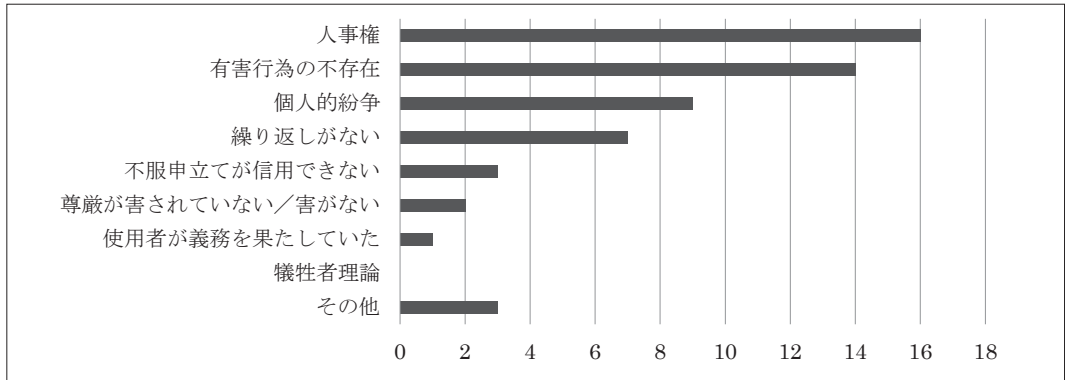
215) 石井・前掲注16)「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」22頁、同「ケベック州（カナダ）における心理的ハラスメント法規制」360頁。

216) Rachel Cox, *Psychological harassment legislation in Québec: The first five years*, 32 COMP. LABOR LAW & POL'Y JOURNAL 55, 55-56 (2010).

217) 当該期間は、労働基準・平等・衛生安全委員会に改組される前である。

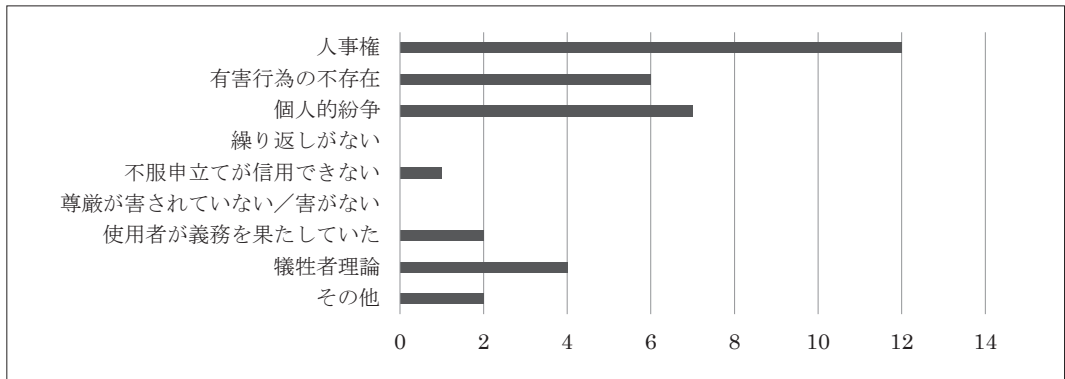
218) Cox, *supra* note 216, at 61-62.

図1：未組織労働者：精神的ハラスメントにかかる不服申立ての棄却理由（労働関係委員会決定，2004年9月～2009年9月）



(出所：Cox, *supra* note 216, at 68, Figure 4)

図2：組織労働者：精神的ハラスメントにかかる苦情の棄却理由（仲裁人の決定，2004年9月～2009年9月）



(出所：Cox, *supra* note 216, at 69, Figure 5)

に、労働基準委員会から労働関係委員会（Commission des relations du travail, CRT）に提起された462件の申立ては、83%が裁判外で解決されている²¹⁹⁾。

同期間には、134件の不服申立て（complaints）及び苦情（grievances）があり、43件（32%）（組織労働者の苦情仲裁手続46件中12件、未組織労働者に代わって労働基準委員会に提起された訴え84件中29件、公務委員会における申立て4件中2件）が認容されている²²⁰⁾。

同期間の不服申立て及び苦情の棄却理由のうち、最も多い理由が人事権の正当な行使であるというものであり（不服申立て55件中16件、苦情34件中12件）²²¹⁾、次点は、不服申立てについては有害行為の不存在（55件中14件）、苦情については人格障害ないし職場の人間関係の不全（個人的紛争）（34件中7件）であった²²²⁾（図1，2参照）。このように、正当な人事権の行使が精神的ハラスメントにかかる申立て及び苦情の棄却理由として一定程度認められている点は、セクシュ

219) *Id.* at 62.

220) *Id.* at 59.

221) *Id.* at 67-68.

222) *Id.* at 68-69.

アル・ハラスメントや差別禁止事由に基づくハラスメントと比べ判断が困難である「精神的ハラスメント」の救済の運用として興味深い。また、「使用者が義務を果たしていた」という棄却理由が少数ながら存在する点は、防止のための措置義務及び停止義務を尽くすことによる免責の可能性を示すものであり、使用者が義務を果たすインセンティブを高めるものといえよう。

近時の統計をみると、2016年には、労働基準・平等・衛生安全委員会に3,617件が申し立てられ、3,466件が法的介入なく、151件が法的介入を伴って処理された²²³⁾。法的介入がない場合の審理期間は52.6日、法的介入を伴う場合の審理期間は648.6日となっている²²⁴⁾。2015年の統計は9か月間(4月1日から12月31日)であるが、申立てが2,491件、法的介入ない処理が2,360件、法的介入ある処理が131件であり²²⁵⁾、2014年の労働基準委員会のレポートでは、それぞれ、3,266件、3,089件、177件である²²⁶⁾。法的介入を経ない紛争解決が多くなされることで、相対的に短期間で処理が可能となっている。

(b) 課題

ケベック州における精神的ハラスメント規制法の適用・処理の中では、①紛争の長期化と被害者側への負の影響、②複数の解決機関の併存に伴う精神的ハラスメントの有無・成否の判断・理解について理解の相違や齟齬といった問題が指摘されてきた²²⁷⁾。①については、紛争解決に要する平均期間である23か月の間に、紛争発生前の職に就いている労働者の割合が38%から10%に低下したとの

指摘があり²²⁸⁾、救済手続が長引くことによる被害労働者の心身のストレスが問題となる²²⁹⁾。②につき、2015年の行政労働審判所の設立は一つの対応であると思われる。

d 2018年改正

ケベック州労働基準法のハラスメントに関する規定は、2018年、法案176(Bill 176)「主としてファミリーワークバランスの促進のために労働基準及び他の条項に関する法律を改正する法律」(An Act to amend the Act respecting labour standards and other legislative provisions mainly to facilitate family-work balance)の審議を経て複数の条文が改正された²³⁰⁾。改正法は81条の19第2項以外の条文が2018年6月12日、81条の19第2項が2019年1月1日より施行されている。

変更点は次頁の表の通りである(表5)。

相互に関連する改正は、①81条の18第1項、123条の6及び123条の15、②123条の8第2項及び123条の10である。すなわち、①はセクシュアル・ハラスメントを「精神的ハラスメント」に含むことを明確化したことに伴う改正であり、②は123条の3を「精神的ハラスメント」にも適用することを明らかにしたものである。他に、123条の7による救済申立期間の延長と81条の19第2項によるポリシーの義務付けが定められた。

(5) 特徴：広範な保護、権利と特殊な救済

ケベック州では、2004年施行の改正労働基準法で、北米初の「精神的ハラスメント」に関する規制が定められた。これは、従来の人権法や労働衛生安全法では対応できないハラスメントを「精神的ハラスメント」として規制する必要性が認識される中で、フランス

223) CNESST, Rapport annuel de gestion 2016, ANNEXE 2, at 172 sommaire des activités en matière de normes du travail (2015 et 2016) portrait des recours traités en vertu de la Loi sur les normes du travail (<https://www.cnesst.gouv.qc.ca/Publications/400/Documents/DC400-2032-10web.pdf>, last visited October 11, 2018).

224) *Id.*

225) *Id.*

226) Commission des normes du travail (CNT), Rapport annuel de gestion 2014-2015, at 40, https://www.cnt.gouv.qc.ca/fileadmin/pdf/publications/c_0296.pdf, last visited October 11, 2018).

227) 石井・前掲注16)「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」33-47頁。

228) Cox, *supra* note 216, at 79, 石井・前掲注16)「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」34頁。

229) 石井・前掲注16)「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」34頁。

230) <http://www.assnat.qc.ca/en/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-176-41-1.html>, last visited October 26, 2018. ただし、123条の7及び123条の15の改正はBill 176には含まれていない。

表5：ケベック州労働基準法 2018 年改正

条文	改正内容
81 条の 18 第 1 項	第 2 文に、「念のため付言すれば、精神的ハラスメントには、性的性質を有する言動、行為又は身振りの形態の行動を含む」が追加された。
81 条の 19 第 2 項	末尾に、「特に、精神的ハラスメントの防止及び不服申立て処理プロセスのポリシーを採択し、労働者に入手可能な状態にしなければならない。」が追加された。
123 条の 6	第 2 項として、「労働者の同意がある場合、組織により合意に挿入され大臣に承認された文言の下、委員会は、本節の規定に従って提起された差別的振舞いに関する申立てを、人権委員会に送付するものとする。当該合意は、特に申立ての送付が労働者の不利にならないようにすることを確保するために、2つの組織間の協力 (cooperative arrangements) についても規定しなければならない ⁱ 。」が追加された。
123 条の 7	精神的ハラスメントの救済申立ての期間が、「問題となる行動の最後の発生から 2 年以内」に延長された (改正前は 90 日以内)。
123 条の 8 第 2 項	「申立てを受領したら、委員会は迅速に (with due dispatch) 調査を行わなければならない。当該調査には、103 条から 110 条及び 123 条の 3 ⁱⁱ を必要な修正とともに適用しなければならない。」(下線部を追加)。
123 条の 10	第 2 項として「123 条の 3 第 1 項は、本条第 1 項による調停に適用される。」が追加された。
123 条の 15	裁判所が判断する際の考慮要素に「当該振舞いの差別的性質 (the discriminatory nature of the behaviour)」が追加された。

(出所：筆者作成)

i Bill 176 では、“Section 123.6 of the Act is amended by adding the following paragraph at the end:’ Where the complaint concerns behaviour of a sexual nature, the Commission shall notify the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse without delay.’”とされている。

ii 123 条の 3 第 1 項「委員会は、当事者の合意の下、当事者が満足できる紛争解決 (to settle the complaint to the satisfaction of the parties =当事者和解) に努めることができる者を任命できる。

第 2 項「論争中の問題で既に他の役割を果たしていない者のみが、当該目的のために委員会から任命されることができる。」

第 3 項「第 1 項の下で任命された者により収集されたいかなる口頭又は文書の情報も、秘密にされておかなければならない。その者は、彼に対して明らかにされあるいは義務を果たす中で知った内容を漏えいすること、又は、法廷あるいは司法的又は準司法的機能を果たすいかなる組織あるいは者の前において、当該証拠が十分かつ完全な防衛のために必要であると裁判所が考える刑事的手続を除き、彼が義務を果たす中で作成され又は獲得された文書を提出する (produce) ことを強制されてはならない。公共機関が保有する文書へのアクセス及び個人情報保護に関する法 (A-2.1) (the Act respecting Access to documents held by public bodies and the Protection of personal information (chapter A-2.1)) 第 9 条にもかかわらず、いかなる者もこれらの文書にアクセスする権限を持たない。」

法の影響も受けて定められたものである。

ケベック州法の特徴は、ハラスメントのない職場環境を労働者の権利として定めている点、ハラスメントについて特別の救済制度を設けている点にある。後者は、裁判外での解決が多くなされており利便性があると考えられる一方、迅速性、救済機関の併存と判断の不統一等の問題点が指摘されている²³¹⁾。

ケベック州では、2015年の行政労働審判所の設立、2016年の労働基準・平等・衛生安全委員会への再編成等、行政機関の変革が相次いでいる。2018年改正では、「精神的ハ

ラスメント」に「セクシュアル・ハラスメント」を含めることが明文化され、人権委員会への送付が可能になり、申立期間の延長等の改正がなされている。「精神的ハラスメント」についての先駆的な規定の実効性がどのように確保・向上されていくのか、引き続き注目される。

231) 石井・前掲注 16)「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」33-47頁。

2 サスカチュワン州

(1) 概要

サスカチュワン州では、ケベック州に次いでカナダで2番目となる2007年に、法案66 (Bill 66) によって労働衛生安全法 (The Occupational Health and Safety Act, 1993) にハラスメントに関する規定が置かれた。2007年改正の際には、委員会審議においてケベック州の立法にも言及されている²³²⁾。興味深い点は、ケベック州の経験から多くを得られるとしつつも、労働基準法ではなく労働衛生安全法に規定を置いた方が良かったとし、サスカチュワン州は労働衛生安全規則の中でハラスメント規制の経験を有しており、労働衛生安全規則のほうがより強固な規制ができるであろうと述べている点である²³³⁾。サスカチュワン州では、ケベック州の立法を認識しつつ、意識的に労働衛生安全法が選択されたのである。

労働衛生安全法は、2013年のサスカチュワン州労働法 (The Saskatchewan Employment Act, 2013) の制定時に廃止され、現在では労働法及び労働衛生安全規則 (The Occupational Health and Safety Regulations, 1996) にハラスメントに関する規定がある。なお、サスカチュワン州労働衛生安全規則は、1996年から職場における暴力の防止に関する規定を有しており (1997年発効)、これはカナダで最初のものである²³⁴⁾。

サスカチュワン州労働法では、3条の8から3条の15までが定める使用者、労働者、上司等の義務にハラスメントに関するものが含まれる。

また、労働衛生安全規則36条では、使用者は職場におけるハラスメント防止のために2つの主要な責任 (①規則の基準を満たす文書によるハラスメント防止ポリシーの策定及び実行、②労働者が雇用におけるいかなる状況においてもハラスメントにさらされないことを可能な限り合理的かつ実効的に保障すること) を負うとされている。

(2) サスカチュワン州人権法

サスカチュワン州人権法 (The Saskatchewan Human Rights Code, 2018年廃止) は、16条で雇用関係における差別、18条で労働組合による差別を禁止する。「ハラスメント」に関する規定は直接置かれておらず、2018年10月1日にサスカチュワン州人権法を廃止したサスカチュワン州2018年人権法 (The Saskatchewan Human Rights Code, 2018) にも「ハラスメント」に関する規定はない。もともと、「セクシュアル・ハラスメント」は、人権法の禁止する性差別とされており、他に「人種ハラスメント (racial harassment)」が人権法の禁止する人種差別とされる²³⁵⁾。

(3) サスカチュワン州労働法

a 定義

サスカチュワン州労働衛生安全法は、1993年段階からハラスメントを禁じる規定を有していたが、行為の原因が何らかの差別に限られており、その他の理由による行為は対象にならないという問題があったため、1996年改正を経て、再度2007年に改正が行われ、差別的理由による場合以外も対象に含められた²³⁶⁾。当該定義は2013年労働法でも維持されている²³⁷⁾。

サスカチュワン州労働法では、「ハラスメ

232) Standing Committee on the Economy, Hansard Verbatim Report, No. 46 (14 May 2007) at 840, 844-846 (Hon. Mr. Forbes). See also, Carr, *supra* note 134, at 63. なお、第二読会では言及がない (See, Legislative Assembly of Saskatchewan, Debates and Proceedings (HANSARD) 25th Leg, 3rd Sess, No. 51A (25 April 2007) at 1395-1398).

233) See, *Id.*

234) See, Lippel, *supra* note 201, at 23.

235) Saskatchewan Human Rights Commission, A Guide to Human Rights for Employers, http://saskatchewanhumanrights.ca/pub/documents/publications/SHRC_Rights_Employers%20Guide.pdf, last visited December 13, 2018.

236) 品田・前掲注13)94頁 (品田は「ハラスメント」ではなく「嫌がらせ行為」としている)。2007年改正は、<http://www.qp.gov.sk.ca/documents/english/chapters/2007/chap-34.pdf>, last visited October 28, 2018.

237) なお、労働衛生安全法2条1項は2012年にも改正されているが、ハラスメントの定義は変更されていない (See, <http://www.qp.gov.sk.ca/documents/english/chapters/2012/chap-25.pdf>, last visited October 28, 2018)。

ント」は「人の不適当な行動、言動、表示、行為又は身振りで、(i)(A)人種、信条、宗教、肌の色、性別、性的志向、結婚状況、家庭状況、障害、身体的サイズや体重、年齢、国籍、家系、又は出生地に基づくもの、又は、(B)本条4項及び5項を前提として、労働者の精神的又は身体的ウェルビーイングに悪影響をもたらす、かつ、当該人物が、労働者に屈辱を与え又は怯えさせることを知り又は合理的に知りうべきであるもの、及び、(ii)労働者の健康又は安全に対する脅威となるもの」と定義される(労働法3条の1第1項(i))。そして、同条第4項は、行為態様として、「(a)繰り返される行動、言動、表示、行為、又は身振り；(b)1回の深刻な行動の発現又は1回の深刻な言動、表示、行為又は身振りで、継続的な害的効果を労働者にもたらすもの」を定め、同条第5項は、「ハラスメントは、使用者、支配人又は使用されあるいはある使用者に雇用される上司による、経営及び労働者に対する指示又は職場における指示に関連するいかなる合理的行為も含まない。」とする。

この定義において、「ハラスメント」には2つのものが含まれる²³⁸⁾。すなわち、(A)差別禁止事由に基づくハラスメント、(B)「個人的ハラスメント (personal harassment)」(労働者の精神的又は身体的ウェルビーイングに悪影響をもたらすハラスメント)である。

(A)で列举されている差別禁止事由は、サスカチュワン州人権法の差別禁止事由のうち、「公的扶助の受給」及び「ジェンダーアイデンティティ」を除き、「身体的サイズや体重」を加えたものである(人権法上の差別

禁止事由は従来の法と2018年法で変わっていない)。こうした差別禁止事由に基づくハラスメントに(B)「個人的ハラスメント」を加えたのが2007年改正である。(B)は、①労働者の精神的又は身体的ウェルビーイングに悪影響をもたらすこと、②行為者が労働者への悪影響を認識しうること、③(a)繰り返されること又は(b)1回でも継続的な害的効果をもたらすこと、及び、④使用者等の合理的行為でないこと、を要求している。

b 規制内容

(a) 使用者、上司及び労働者の義務

サスカチュワン州労働法では、第3編「労働衛生安全」の第3節が「義務」となっている。「ハラスメント」に関する条文としては、3条の8「使用者の一般的義務」、3条の9「上司の一般的義務」、3条の10「労働者の一般的義務」がある。具体的には、使用者には労働者がハラスメントを受けないことを保障する義務(3条の8(d))²³⁹⁾、上司には指揮監督下の労働者がハラスメントを受けないことを保障する義務(3条の9(c))²⁴⁰⁾、労働者には他の労働者に対しハラスメントを行わない義務(3条の10(b))²⁴¹⁾をそれぞれ課している。労働者の一般的義務が定められている点は特徴的である。

(b) ハラスメント防止ポリシー

労働衛生安全規則36条は、第1項で委員会(committee)²⁴²⁾と協議した上でのハラスメントを防止するためのポリシーの文書による作成を使用者に義務付け、ポリシーに含むべき事項を(a)から(j)まで列举する。第2項は、(a)第1項の要求するハラスメント防止ポリシーの実行及び(b)労働者が容易に参照できる見やすい場所への掲示を使用者に

238) See, Government of Saskatchewan, Harassment Prevention An employer's guide for developing a harassment policy 2016, 1-2, <http://publications.gov.sk.ca/documents/283/109297-Harassment%20Prevention%20Guide.pdf>, last visited November 17, 2018.

239) 3条の8(d)「合理的に実行可能な範囲で、労働者の雇用において生ずるいかなる事柄あるいは状況に関連して、労働者がハラスメントにさらされないことを保障しなければならない」。

240) 3条の9(c)「合理的に実行可能な範囲で、当該上司の直接の指揮監督下にある全ての労働者が、職場においてハラスメントにさらされないことを保障しなければならない」。

241) 3条の10(b)「他の労働者に対するハラスメントを引き起こし又はそれに参加することを差し控えなければならない」。

242) 10人以上の労働者が働く事業場で設置が義務付けられる職業衛生委員会(Occupational Health Committee)を指す。

表6：サスカチュワン州のハラスメント防止ポリシーに含めるべき内容

ハラスメント (36条1項)	暴力 (37条3項)
(a) 法の定義を含むハラスメントの定義	(a) リスクを最小化し又は排除するための使用者のコミットメント
(b) 全ての労働者はハラスメントのない労働の権利を有する旨の声明	(b) 暴力的状況が既に起こり又は起こることが合理的に予想される仕事場の確認
(c) 使用者は、職場においてハラスメントの対象とされる労働者がいないことを保障するために合理的に実行可能な努力を尽くすというコミットメント	(c) 暴力的状況に既にさらされ又はさらされることが合理的に予想される雇用の場所における従業員 (staff) の地位 (position) の確認
(d) 使用者は、労働者にハラスメントを行った使用者の指揮下の者について、是正措置を行うというコミットメント	(d) 暴力のリスクの性質及び程度を労働者に知らせるために使用者が従うべき手続 (公表が法により禁じられている場合を除き、暴力的振舞いの歴があり、労働者が仕事の過程で対しうる人物からの暴力のリスクに関する使用者が保有する情報を含む)
(e) ハラスメントの不服申立てが、どのように使用者により対応されるかについての説明	(e) 使用者がリスクを最小化し又は排除するためにとる行動 (個人保護装置の使用、経営上の配置、技術的コントロールを含む)
(f) 使用者は、以下の場合を除いて、不服申立人あるいは申し立てられた加害者又は不服申立てに関する状況を何人にも開示しない旨の声明 (i) 開示が不服申立ての調査又は不服申立てに関する是正措置のために必要なとき、又は (ii) 法により要求されるとき	(f) 暴力的出来事にさらされた労働者が使用者に当該出来事を報告するために従うべき手続
(g) ハラスメントに関する法の条文及びハラスメントの申立てを解決するために労働衛生官に援助を求める権利についての言及	(g) 条項 (f) に従って報告された暴力的出来事を記録し調査するために使用者が従う手続
(h) サスカチュワン州人権法の差別的行動に関する条文及びサスカチュワン州人権委員会に不服を申し立てる労働者の権利についての言及	(h) 暴力的出来事にさらされた労働者が、医師から治療を受け又は出来事後のカウンセリングを委託することの推奨
(i) 使用者が申立人及び申し立てられたハラスメント加害者に追って調査結果を知らせる手続の描写	(i) 労働者に対しトレーニングプログラムを提供することへの使用者のコミットメント (以下を含む) (i) 潜在的な暴力的状況を認識する手段 (ii) 労働者のリスクを最小化し又は排除するために発展させる手続、労働の実践、経営上の配置及び技術的コントロール (iii) どのように援助を得るかを含む、暴力的出来事への労働者の適切な対処 (iv) 暴力的出来事を報告する手続
(j) 使用者のハラスメント防止ポリシーは、不服申立人の、他のいかなる法に従った他のいかなる法的権利の行使を妨げ又は防ぐことを意図するものではない旨の声明	

(出所：筆者作成)

義務付けている。

労働衛生安全規則は37条で暴力についても規定を置いており、37条3項が暴力に関するポリシーに含めるべき事項を列挙している。他の州との比較も念頭に、両ポリシーに含めるべき事項をまとめると上記のようになる(表6)。サスカチュワン州では、詳細な内容が定められていることが分かる。

(c) ハラスメントの救済

ハラスメントが起こってしまった場合、労働者はまず職場内で不服申立てを行うこととなる。

労働者は、問題解決にあたり、労働衛生官の援助を受ける権利を有する(規則36条第1項(g)参照)。労働衛生官は、使用者が法を遵守しているかを判断するために調査を行

い、合理的な行動を取る²⁴³⁾。ここでの行動は、主に三つに分かれる。第一に、ハラスメントが存在しない場合には、それ以降の行動は要求されないが、労働衛生官は問題の解決方法を勧告できる (*may recommend*)。第二に、法が規制するハラスメントは存在しないが、使用者のハラスメント防止ポリシーに反するハラスメントが存在する場合、労働衛生官は使用者にハラスメント防止ポリシーの実施を勧告する (*will recommend*)。そして、第三に、法が規制するハラスメントが存在する場合であり、かつ、それが継続され又は繰り返されると思われる場合には、労働衛生官は、使用者に対し、ハラスメントを止めるよう指導する。

また、労働法3条の54は、ハラスメント又は差別的行動についての訴えを以下のように定めている。まず、「ハラスメント又は差別的行動を含む事項に関する3条の53第1項²⁴⁴⁾が規定する上訴は、第4編に従って裁決者 (*an adjudicator*) に審理される」(第1項)。そして、「労働衛生安全局長 (*The director of occupational health and safety*) は、第1項の上訴を、決定により直接影響を受ける人々に通知しなければならない」(第2項)。労働衛生安全局長は、労働関係委員会 (*Labour Relations Board*) に訴えを通知し、労働関係委員会の登録官 (*registrar*) が裁決者を指名する²⁴⁵⁾。裁決者は、上訴の審理 (*hearing*) が終了した日から60日以内又は

審判官が選任されてから1年以内のいずれか早い期間内に、労働関係委員会、労働衛生安全局長、及び上訴の他の関係者に、決定の書面を提供しなければならない。当該決定に法的問題に関する疑問がある場合、決定を受け取ってから15営業日以内に労働関係委員会に上訴できる。労働関係委員会は決定を支持、修正又は取り消すことができ、当該労働関係委員会の決定にも不服がある場合、当事者は控訴裁判所 (*Court of Appeal*) に上訴できる。

以上のように、サスカチュワン州の紛争解決は、まず、職場内での解決が求められ、行政手続を経てなお不服がある場合に裁判手続での解決がなされることとなる。

c 状況

サスカチュワン州労働関係委員会の2017年度年次報告書によれば、サスカチュワン州労働法第3編 (労働衛生安全) に関する裁決者の任命の申請 (*Applications to Appoint an Adjudicator*) は、2017年度に14件、2016年度に13件、2015年度に17件、2014年度に22件であった²⁴⁶⁾。これにはハラスメントに関するもの以外も含まれるため、ハラスメントに関する紛争で、裁決手続に進む紛争はわずかであると考えられる。

(4) 特徴：一般的義務及び公的援助

サスカチュワン州では、他の州と異なり、人権法に差別禁止事由に基づくハラスメントに関する直接の規定が定められていない。サ

243) Government of Saskatchewan, *supra* note 238, at 11. 以下、この段落について同じ。

244) 3条の53 (労働衛生官の決定に対する訴え (*Appeal of occupational health officer decision*)) の関連する項は以下の通りである。

(1) 労働衛生官の決定により直接影響を受ける者は上訴することができる。

(4) 第10項及び3条の54の適用を条件として、第1項に従った上訴は、労働衛生安全局長により処理されるものとする。

(5) 第1項に従って上訴を遂行する際には、労働衛生安全局長は以下の義務を負う。: (a) 決定により直接影響を受ける者に上訴の通知を提供する、及び (b) 決定により直接影響を受ける者に対し、当該決定が支持、修正、又は取り消されるべきであるかについての局長に対する陳情の書面を作成する機会を提供する。

(10) 本項に従った上訴の審理 (*hearing*) に代わって、労働衛生安全局長は、裁決者に (a) 上訴の通知、(b) 上訴に関し局長が保有する全ての情報、(c) 決定により直接影響を受ける全ての人物のリストを裁判官に送付することによって、当該上訴を委託することができる。

245) 以下、手続の流れにつき、サスカチュワン州政府ウェブサイト (<https://www.saskatchewan.ca/business/safety-in-the-workplace/complaints-and-appeals/harassment-and-discriminatory-appeals>, last visited November 10, 2018) を参照した。

246) Saskatchewan Labour Relations Board, Annual Report for 2017-18, at 9, <http://www.sasklabourrelationsboard.com/pdfdoc/2017%20to%202018%20Annual%20Report>.

スカチュワン州は労働衛生安全法が先駆的に発展してきた州であり²⁴⁷⁾、1993年から差別禁止事由に基づくハラスメントに関する規定を有してきた。その規制対象は、2007年に差別禁止事由以外に基づくハラスメントに拡大され、2013年に制定された労働法でも維持されている。

サスカチュワン州労働法は、「一般的義務」にハラスメントに関する義務を含む点に特徴がある。これは、使用者のみならず、上司及び労働者にも義務を課すものである。具体的な手段としては、ハラスメント防止ポリシーの策定及び実行が定められている。

予防に重点が置かれているが、実際にハラスメントが起ってしまった場合には、まず企業内での解決が求められる。その際、労働者は公的な援助を求めることができる。他に、労働衛生官の勧告等による問題解決が想定され、解決がなされない場合に裁決手続や裁判所における紛争解決へと進むこととなる。

3 マニトバ州

(1) 概要

マニトバ州は、2010年の職場安全衛生法(The Workplace Safety and Health Act)改正で「ハラスメント」からの保護を規定した²⁴⁸⁾。マニトバ州では立法の試みは複数回繰り返されたが²⁴⁹⁾、その中には立法過程でサスカチュワン州及びオンタリオ州が言及された法も存在することから²⁵⁰⁾、他の州法を参照して職場安全衛生法に規定したと考えられる²⁵¹⁾。

同法は州知事の規則制定権の中に、「職場におけるハラスメント防止のために使用者がとるべき措置について」の規則を含めており

(18条の1(bb))、職場安全衛生規則(Workplace Safety and Health Regulation 217/2006)が具体的な規制内容を定める。

また、マニトバ州人権法(The Human Rights Code)にも「ハラスメント」に関する規定がある。

(2) マニトバ州人権法

a 定義

マニトバ州人権法においては、「ハラスメント」は、「(a)9条2項で言及されるいかなる差別事由に基づいて企図され又はなされる一連の濫用的かつ歓迎されない行動又は言動、又は、(b)一連の不快かつ歓迎されない性的誘惑(solicitations)又は言い寄り(advances)、又は、(c)性的誘惑又は言い寄りの対象者に対し、何らかの利益を与え又は利益を否定する地位にある人物が、当該行為が歓迎されないと知り又は合理的に知りうべきでありながら当該行為をした場合の、1回の性的誘惑又は言い寄り、又は(d)性的誘惑又は言い寄りを拒否したことに対する報復又は報復の脅迫」と定義される(19条2項)。

このうち、(b)から(d)は「セクシュアル・ハラスメント」であり、マニトバ州人権法では「ハラスメント」が(a)差別禁止事由に基づく濫用的かつ歓迎されない行動又は言動と、(b)から(d)「セクシュアル・ハラスメント」を含んで定義されていることが分かる。

b 規制内容

人権法19条1項は、「本法が適用される活動又は事業に責任を持ついかなる者も、(a)当該活動又は事業に参加する者に対しハラスメントを行い、又は、(b)当該活動又は事業に参加する者が他の参加者から受けたハラスメントを知りながら許し、あるいは終わらせるための合理的措置をとることを怠ってはならない。」と規定する。これは、ハラスメン

247) See, Legislative Assembly of Saskatchewan, *supra* note 232, at 1395 (Hon. Mr. Forbes).

248) マニトバ労働連合(Manitoba Federation of Labour, 30以上の組合・10万人以上の労働者を組織するマニトバ州の中心的労働団体)のウェブサイトによれば、法制定当時、労働者の約40%がハラスメント又はいじめの対象となっていたという調査があり、労働連合及びその支部のキャンペーンが立法につながったとされている(<http://mfl.ca/node/883>, 2018年12月12日最終閲覧)。

249) 2002年に規則制定の方針が示されて以降、4度の失敗があった(Carr, *supra* note 134, at 96)。

250) Legislative Assembly of Manitoba, Debates and Proceedings Official Report (Hansard) 39th Leg, 4th Sess, No 8 (9 December 2009) at 209 (Hon. Jon Gerrard).

251) See, Carr, *supra* note 134, at 98.

トの禁止を定めると同時に、「活動又は事業に責任を持つ者」にハラスメント発生後の合理的措置等の対処を求めるものである。

すなわち、差別事由に基づくハラスメントと「セクシュアル・ハラスメント」は、人権法により禁止され、発生した場合には終わらせるための合理的措置を採ることが義務付けられている。

(3) マニトバ州職場安全衛生法及び規則

a 定義

マニトバ州職場安全衛生規則は、「ハラスメント」を「(a) 労働者の健康リスクを創出する不快な行動、又は (b) 労働者の精神的又は身体的ウェルビーイングに悪影響を与える深刻な行動」と定義する (1条1項)。

この「ハラスメント」の解釈については規則1条1項1号に規定が置かれている。

まず、「行動」は、(a) 人種、信条、宗教、肌の色、性別、性的志向、性的決定の特性 (gender-determined characteristics)、結婚状況、家庭状況、収入源、政治的信条、政治的団体、政治活動、障害、身体的サイズや体重、年齢、国籍、家系、又は出生地に基づく場合、「不快」であり、(b) 合理的に労働者に屈辱を与え又は怯えさせうる場合、かつ、繰り返され又は1回の出来事が継続的な害的效果を労働者に及ぼす場合、「深刻」である (1.1.1(1))。次に、「人事及び労働者に対する又は職場での指示に関する使用者又は上司の合理的な行動は、ハラスメントに該当しない」(1.1.1(2))。また、「本項及び1条1項における「ハラスメント」の定義において、『行動』は、文書又は口頭の言動、身体的行為又は身振り又は表示、又はそれらの組み合わせを含む。」(1.1.1(3))。

マニトバ州の「ハラスメント防止ガイド」

によれば、「ハラスメント」の定義は2つに整理できる²⁵²⁾。すなわち、①人権法上の差別禁止事由に基づくハラスメント²⁵³⁾、②労働者の精神的又は身体的ウェルビーイングに悪影響を与える行動 (いわゆる「いじめ」)²⁵⁴⁾である。

この2種類を含む点は、サスカチュワン州と同様である。また、後者は、ケベック州法の「精神的ハラスメント」にも通じる、差別禁止事由に基づかないが労働者に悪影響を与える行動を含めるものである。

b 規制内容

マニトバ州職場安全衛生規則は、第10編がハラスメント、第11編が職場における暴力に関する内容となっている。

ハラスメントについては、10条の1がハラスメント防止ポリシーに関係する使用者の義務を定め、10条の2がポリシーに含めるべき内容、10条の3がその掲示について定めている。

まず、「使用者は、(a) 職場におけるハラスメントの防止のための書面のポリシーを策定し、実行しなければならず、(b) 労働者がハラスメント防止ポリシーに従うことを確保しなければならない。」(10条の1第1項)。そして、その策定過程では、「ハラスメント防止ポリシーは、(a) 事業場委員会 (the committee at the workplace)、(b) 事業場の代表者 (the representative at the workplace)、又は (c) 委員会あるいは代表が存在しない場合、当該事業場の労働者、と相談して策定されなければならない。」(同条2項)。

そして、ハラスメント防止ポリシーに含めるべき内容が10条の2第1項で定められ、第2項で含めるべき法の手続についての情報が示されている (表7参照)。

252) See, SAFE Work Manitoba, GUIDE for Preventing Harassment in the Workplace at 3, <https://www.safeworkmanitoba.com/Page%20Related%20Documents/resources/harassment2015.pdf>, last visited November 7, 2018, SAFE Work Manitoba は、職場における傷害及び病気の防止に専念する公的機関である。

253) 「ハラスメント防止ガイド」では、「以下の事由に基づく不適当な行為」とされ、事由として、人種、信条、宗教、肌の色、性別、性的志向、性的決定の特性 (gender-determined characteristics)、結婚状況、家庭状況、収入源、政治的信条、政治的団体、政治活動、障害、身体的サイズや体重、年齢、国籍、家系、又は出生地が列挙される (*Id.*)。

254) 「ハラスメント防止ガイド」では、「しばしばいじめと呼ばれるもの：以下のものを含む。労働者の精神的又は身体的ウェルビーイングに悪影響を与える深刻な繰り返される行動 (合理的に労働者に屈辱を与え又は怯えさせうる場合)、継続的な害的效果を労働者に及ぼす1回の出来事」とされる (*Id.*)。

表7：マニトバ州のハラスメント防止ポリシーに含めるべき内容

ハラスメント (10条の2)	暴力 (11条の4)
(a) 全ての労働者はハラスメントのない労働の権利を有する	(a) 以下の事項の描写 (i) 暴力的出来事が既に起こり又は起こることが合理的に予想される職場における特定の仕事場 (ii) 労働者が職務を行う際に暴力的出来事が既に起こり又は起こることが合理的に予想される職場における特定の職務権限
(b) 使用者は、合理的に実行可能な範囲で、職場においてハラスメントの対象とされる労働者がいないことを保障しなければならない	(b) 職場における労働者に対する暴力のリスクを排除し、又は、排除するために合理的に実行可能な方法がない場合にはリスクをコントロールするために使用者が実施しなければならない手段
(c) 使用者は、労働者にハラスメントを行った使用者の指揮下の者について、是正措置を行う	(c) 暴力的出来事が発生し又は発生しうる場合、使用者が直ちに援助を命ずるために機能する手段及び手続
(d) 使用者は、以下の場合を除いて、不服申立人あるいは申し立てられた加害者又は不服申立に関する状況を何人にも開示しない。 (i) 開示が申立ての調査又は申立てに関する是正措置のために必要なとき、又は、 (ii) 法により要求されるとき	(d) 労働者が使用者に暴力的出来事を報告する際に従うべき手続（どのようにいつ出来事が報告されるべきかを含む）
(e) 労働者はマニトバ州人権委員会に不服を申し立てる権利を有する	(e) 使用者が気付いた労働者に対する暴力的出来事を記録し調査するために、使用者が従う手続
(f) 使用者のハラスメント防止ポリシーは、不服申立人の他のいかなる法に従った他のいかなる法的権利の行使を妨げ又は防ぐことを意図するものではない	(f) 労働者に対する暴力のリスクを排除し又はコントロールするための調査の結果特定されたコントロール手段を実行するために使用者が従う手続
	(g) 適切であれば、職場における暴力的出来事の結果害された労働者が、当該労働者のヘルスケアプロバイダーに対し、治療又は出来事後のカウンセリングの委託をするというアドバイスを行うことの推奨
手続について (同条2項) (a) どのようにハラスメントの不服申立てを行うか (b) ハラスメントの不服申立てはどのように調査されるか (c) 不服申立人及び申し立てられたハラスメント加害者はどのように調査結果を知らされるか	(h) 暴力的出来事に関して、使用者は、以下の場合を除いて、不服申立人又は不服申立てに関する状況を何人にも開示しない旨の声明 (i) 開示が申立ての調査のために必要なとき (ii) 申立てに関する是正措置のために必要なとき (iii) 法により要求されるとき
	(i) 条項 (h) の下で開示される暴力的出来事に関する個人情報、目的のために必要最小限度でなければならない旨の声明
	(j) 暴力防止ポリシーは、不服申立人の他のいかなる法に従った他のいかなる法的権利・訴訟・救済の行使を妨げ又は防ぐことを意図するものではない旨の声明

(出所：筆者作成)

また、「使用者はハラスメント防止ポリシーを事業場の見やすい位置に掲示しなければならない。」(10条の3)。

以上の内容は、サスカチュワン州とほぼ同じであるが、行政の援助についての定めがない点が大きく異なっている。

「ハラスメント防止ガイド」は、ハラスメ

ント防止ポリシーの策定及びサンプルについては、2002年10月にカナダ人権委員会がカナダ人事開発及びカナダ女性の地位の協力を得て作成した「職場における反ハラスメントポリシー：使用者のためのガイド」(Anti-Harassment Policies for the Workplace: An Employer's Guide – Canadian Human Rights

Commission in cooperation with Human Resources Development Canada and Status of Women Canada) を採用したと述べる²⁵⁵⁾。ハラスメント防止プログラムを策定する際には、使用者は人権法の要求にも自覚的でなければならず、効果的なポリシーは被害労働者の救済及び加害者に対する是正措置を含むとされる²⁵⁶⁾。

ハラスメントの申立てがあった場合、使用者は、ハラスメント防止ポリシーに従って、可能な限り早急に調査を行うものとされる²⁵⁷⁾。特別の救済手続は定められておらず、まずは職場内での調査を通じた解決が図られ、解決しない場合には通常の裁判手続によることとなる。

○ 状況

マニトバ州では、ケベック州やサスカチュワン州と異なり、事後救済は職場内での手続及び通常の裁判手続のみである。また、マニトバ州職場安全衛生法及び規則には、苦情申立て、調査及び救済の獲得についての職場のハラスメントの犠牲者に対する公的援助が存在しない。この点は、マニトバ州法の弱点として指摘されている²⁵⁸⁾。

(4) 特徴：事前予防のみの立法

マニトバ州は、2010年、職場安全衛生法を改正し、職場安全衛生法及び規則に「ハラスメント」からの保護を規定した。マニトバ州はサスカチュワン州と同様、安全衛生法に規定を置いており、その履行確保手段は詳細なハラスメント防止ポリシーの策定である。また、マニトバ州では、差別禁止事由に基づくハラスメントは安全衛生法上の「ハラスメント」にも含まれており、両者は重疊的に適

用されることとなる。

ケベック州、サスカチュワン州と異なり、事後救済は裁判手続のみである点に特徴がある。

4 オンタリオ州

(1) 概要

オンタリオ州では、2009年、法案168(2009年オンタリオ州法第23章)「職場における暴力とハラスメント等に関して労働衛生安全法を修正する法(An Act to amend the Occupational Health and Safety Act with respect to violence and harassment in the workplace and other matters)」により、労働衛生安全法(the Occupational Health and Safety Act)に暴力とハラスメントに関する規定が追加され、2010年に発効した。労働衛生安全法の主要な目的の一つは、職場における強力な「職場内責任システム(Internal Responsibility System, IRS)」を促進することである²⁵⁹⁾。IRSとは、職場における全ての人が、職場を安全かつ健康に保つために役割を果たすことを意味する²⁶⁰⁾。

2009年に法案168が提出された際、議会ではLori Dupont事件への言及があった²⁶¹⁾。Lori Dupontは2005年に病院内で同僚により殺害された看護師であり、同事件を受け、2007年に答申(inquiry)がなされた。連邦におけるC-451の提出やケベック州法に影響した1999年のOC Transpo事件と同様、オンタリオ州でも、悲劇的な事件の発生とそれを受けた答申が立法に影響したのである²⁶²⁾。

オンタリオ州法は、「暴力」を主要な規制

255) *Id.* at 7.

256) *Id.*

257) *Id.* at 8.

258) Michael Kelly, Workplace Safety & Health Act Review MFL Occupational Health Centre Submission, 2017 at 3-4.

259) Ministry of Labour, Ontario, Health and Safety Guidelines – Workplace Violence and Harassment: Understanding the Law, September 2016, 4, https://files.ontario.ca/wpvh_guide_english.pdf, last visited September 8, 2018.

260) *Id.*

261) Legislative Assembly of Ontario, Official Report Journal of Debates (Hansard), 39th Parl, 1st Sess, No.136 (Monday 20 April 2009) at 6087(Ms. Andrea Horwath).

262) なお、オンタリオ州では、Lori Dupont事件以前にも、1996年のTheresa Vince事件(Vinceが上司であったRussell Davisに1年以上にわたり職場におけるハラスメントを受けた後殺害された事件)、1999年のPierre

対象としており、ケベック州法と比べて適用対象が広く、労働衛生安全法の中に「暴力とハラスメント」を位置付けるものである²⁶³⁾。

また、差別禁止事由に基づくハラスメントはオンタリオ州人権法(1990)が規制する。

(2) オンタリオ州人権法

a 定義

人権法10条1項は、「ハラスメント」を「いらだたしい(vexatious)一連の言動又は行動で、歓迎されないと気づかれあるいは合理的に気づかれるべきものに従事すること」と定義する。

b 規制内容

人権法においては、5条が雇用に関する定めを置いている。5条1項が「全ての人は、人種、家系、出生地、皮膚の色、民族的出自、市民権、信条、性別、性的志向、性的アイデンティティー、性的表現(gender expression)、年齢、犯罪歴、結婚状況、家庭状況あるいは障害を理由とする差別なしに、平等に取り扱われる権利を有する。」として平等権を定め、5条2項がハラスメントを受けない権利を定めている。すなわち、「労働者である全ての人は、使用者、使用者の利益代表者(agent of the employer)、あるいは他の労働者による、人種、家系、出生地、皮膚の色、民族的出自、市民権、信条、性的志向、性的アイデンティティー、性的表現、年齢、犯罪歴、結婚状況、家庭状況あるいは障害を理由とする職場におけるハラスメントからの自由の権利を有する」。5条1項と異なり性別が差別禁止事由から除かれているのは、7条がセクシュアル・ハラスメントの規定であり、セクシュアル・ハラスメントと題される7条のうち、2項²⁶⁴⁾が性別を理由とする職場のハラスメントについて規定を置いているため

であろう。

同法9条は、「何人も本編(第1編「差別からの自由」;1条から9条―筆者注)が定める権利を侵害し、又は、直接又は間接的に侵害する行為を行ってはならない。」とする禁止規定を置いており、職場におけるハラスメントは、差別禁止事由に基づく場合、人権法で禁止される。

人権法の下で、使用者は一つ以上の差別禁止事由に関連する差別あるいはハラスメントのない職場を維持する義務を有すると解されている²⁶⁵⁾。

人権保障のために、オンタリオ州人権法は、①オンタリオ州人権審判所(Human Rights Tribunal of Ontario)、②人権問題法的サポートセンター(Human Rights Legal Support Centre)、③オンタリオ人権委員会(Ontario Human Rights Commission)という3つのシステムを有する²⁶⁶⁾。②人権問題法的サポートセンターは人権審判所への申立てを支援し、①人権審判所は申立てがあった人権侵害の有無を判断する²⁶⁷⁾。③人権委員会は、人権の促進、保護及び発展のためのリーダーシップを発揮し、人権保障システム間のパートナーシップを構築する²⁶⁸⁾。

(3) オンタリオ州労働衛生安全法

a 定義

(a) 「職場におけるハラスメント」及び「セクシュアル・ハラスメント」

オンタリオ州労働衛生安全法は、「職場におけるハラスメント(workplace harassment)」を(a)「職場における労働者に対するいらだたしい(vexatious)一連の言動又は行動で、歓迎されないと気づかれあるいは合理的に気づかれるべきものに従事すること」又は、(b)「職場におけるセクシュアル・ハラスメント」と定義する(同法1条1

Lebrunの事件(OC Transpo事件)によりハラスメント防止に関する議論が高まっており、2001年から2007年にかけて8回法案が提出された(Carr, *supra* note 134, at 77-79)。

263) 石井・前掲注16)「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」51-52頁。

264) 7条2項「労働者である全ての人は、使用者、使用者の利益代表者、あるいは他の労働者による、性別、性的志向、性的アイデンティティー、性的表現を理由とする職場におけるハラスメントからの自由の権利を有する」。

265) Ministry of Labour, Ontario, *supra* note 259, at 41.

266) *Id.*

267) *See, Id.*

268) *Id.*

項) 269)。「職場におけるセクシュアル・ハラスメント」は、「(a) 性別、性的志向、性的アイデンティティー、あるいは性的表現による職場における労働者に対するいらだたしい一連の言動又は行動で、歓迎されないと気づかれあるいは合理的に気づかれるべきものに従事すること、又は、(b) 利益や昇進を与え、承認し又は否定できる地位にある者が、当該誘惑又は言い寄りは歓迎されないと気づきあるいは合理的に気づきながら、性的誘惑又は言い寄りを行うこと」と定義される(同条)。

この「ハラスメント」の定義は、(a) がケベック州の「精神的ハラスメント」やサスカチュワン州の「ハラスメント」の定義と比べ、概括的な定義である点²⁷⁰⁾、オンタリオ州人権法の「ハラスメント」や「セクシュアル・ハラスメント」を「職場におけるハラスメント」に含めている点²⁷¹⁾に特徴がある。

また、「職場におけるハラスメント」に当たらないものとして、経営や業務上の指示(the management and direction)に関する使用者や管理職による合理的な行為が挙げられている(1条4項)。これは、2016年に改正された条文である²⁷²⁾。「合理的な人事権の行使(reasonable management actions)」は、使用者や管理職の通常の職場における権能(work function)であり、課題の変更、スケジュール、仕事の評価(assessment and evaluation)、職場の観察(inspections)、衛生安

全措置の履行及び懲戒権の行使を含む。これらの行動が合理的かつ公正に行われぬ場合、これらは「職場におけるハラスメント」を構成する。例えば、ある労働者がその性的志向を理由としてシフトを単独にされる場合、これは「職場におけるハラスメント」になりうる²⁷³⁾。

(b) 「職場における暴力」

「職場における暴力」は、「(a) 職場における労働者に対する有形力の行使で、労働者に身体的傷害を負わせ又は負わせうるもの、(b) 職場における労働者に対する有形力の行使の試みで、労働者に身体的傷害を負わせうるもの、(c) 職場における言葉や振舞いで、当該労働者に身体的傷害を負わせうる有形力の行使の脅迫であると労働者が合理的に解釈するもの」とされる(1条1項)²⁷⁴⁾。この定義は、有形力の行使だけでなく、言葉や振舞いを含む点に特徴がある。

b 規制内容

(a) 防止のための義務

使用者は、職場の暴力に関するポリシー及びハラスメント防止ポリシーの策定と年1回以上の見直しをしなければならない(32.0.1条第1項(a)(b)(c))。これは、職場の規模や従業員の数に関わらず義務的である²⁷⁵⁾。ポリシーは書面により事業場の見やすいところに掲示されなければならないが(同条2項)、従業員が常時5人以下である場合には、

269) 「職場におけるハラスメント」の具体例として、以下のものが挙げられる。①品位を下げたり(demean)、馬鹿にしたり、怯えさせたり(intimidate)不快にするような発言、ジョーク又は当てこすり(innuendos)をすること、②不快な写真や物質を、紙又は電子媒体で掲示し又は回覧すること、③いじめ(bullying)、④繰り返される不快又は脅迫的な電話又はメール、又は⑤職場におけるセクシュアル・ハラスメント(*Id.* at 8. 丸数字は筆者による)。

270) 石井・前掲注16)「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」54頁、Coldwell, *supra* note 116, at 144, Katherine Lippel & Anette Sikka, *Access to Workers' Compensation Benefits and Other Legal Protections for Work-related Mental Health Problems: A Canadian Overview*, 101 (Suppl.1) CAN J PUBLIC HEALTH S16, S20 (2010)等を参照。

271) Ministry of Labour, Ontario, *supra* note 259, at 8.

272) この改正は、Sexual Violence and Harassment Action Plan Act (Supporting Survivors and Challenging Sexual Violence and Harassment), 2016, S.O. 2016, c. 2 - Bill 132により、セクシュアル・ハラスメントを職場のハラスメントに追加する等した改正である。Hansardでは、1条4項についての議論は見当たらなかった。

273) この段落につき、Ministry of Labour, Ontario, *supra* note 259, at 9.

274) 具体例として、以下のものが挙げられる。①労働者を攻撃する口頭での脅迫、②職場に脅迫メモを残すこと又は脅迫的なメールを送ること、③労働者の前でこぶしを振ること、④職場で武器(weapon)を振り回すこと、⑤労働者を殴り(hit)あるいは殴ろうとすること、⑥労働者に物を投げつけること、⑦労働者に対する性的暴行、⑧労働者が立っているもの(梯子等)を蹴ること、又は⑨運搬具(vehicle)やフォークリフト等の装置を使って労働者を轢き倒そう(run down)と試みること(*Id.* at 7. 丸数字は筆者による)。

275) *Id.* at 12, 26.

表 8：オンタリオ州のハラスメント防止ポリシーに含めるべき内容

暴力	ハラスメント
職場の暴力からの労働者の保護に対する使用者のコミットメントを示す	職場のハラスメントに対処する使用者のコミットメントを示す
ありうる全ての主体 (sources) (顧客, 依頼者, 使用者, 上司, 労働者, 見知らぬ人 (stranger), 家庭の又は親密なパートナー) からの暴力に対処する	顧客, 依頼者, 使用者, 上司, 労働者, 見知らぬ人, 家庭の又は親密なパートナーといった全ての主体からの職場のハラスメントを考慮する
ポリシーとプログラムを支持する過程での職場における主体 (workplace parties) の役割及び責任を述べる	
日付を記載し, 使用者の最高位の者又は適切な限りで職場の最高位の者が署名する (例えば, 以下の者を含むが, これに限定されない: 社長, CEO, 上級人事専門職又は職場の経営者の最高位の者)	

(出所: Ministry of Labour, Ontario, *supra* note 259, at 12, 26 を参照して筆者作成)

表 9：オンタリオ州のプログラムに含めるべき内容

暴力 (32.0.2 条第 2 項)	ハラスメント (32.0.6 条第 2 項)
(a) 32.0.3 条第 1 項で要求されるアセスメントにおいて確認された労働者を身体的傷害にさらしうるリスクをコントロールするための手段及び手続	
(b) 職場の暴力が起り又は起りそうな場合に, 即時の支援を命ずるための手段及び手続	
(c) 労働者が職場の暴力にかかる出来事を使用者又は上司に報告する手段及び手続	(a) 労働者が職場のハラスメントにかかる出来事を使用者又は上司に報告する手段及び手続
	(b) 使用者又は上司が申立てられたハラスメント加害者である場合に, 労働者が職場のハラスメントにかかる出来事を使用者又は上司以外の人に報告するための手段及び手続
(d) 使用者が職場の暴力にかかる出来事又は申立てをどのように調査し対処するか	(c) 職場のハラスメントにかかる出来事又は申立てがどのように調査され対処されるか
	(d) 職場のハラスメントにかかる出来事又は申立てについての情報がどのように獲得されるか。関わった個人が特定される情報は, 調査の目的, 当該出来事又は申立てについての是正措置のために必要な場合あるいは法が要求する場合を除き, 公開されない旨を含む。
	(e) 申立てによると職場のハラスメントを経験した労働者及び申し立てられたハラスメント加害者 (労働者又は使用者である場合) が, どのように調査結果及び調査の結果提起され又はこれから行われる是正措置について知らされるか
(e) その他所定の要素 (any prescribed elements)	(f) その他所定の要素

(出所: Ministry of Labour, Ontario, *supra* note 259, at 16, 27 を参照して筆者作成)

調査官 (inspector) が別段の指示をしないう限り (55.1 条参照), 同条 2 項は適用されない (同条 3 項)。

ポリシーには, 上記の表 8 記載の内容を含まなければならない。

下線部が暴力とハラスメントで文言が異なる点である。他州と異なり, 含むべき文言は

暴力とハラスメントでほぼ共通している。また, サスカチュワン州やマニトバ州ほど詳細な定めはない。オンタリオ州では, 使用者が職場環境のニーズに対応したハラスメント防止ポリシーやプログラムを定める余地を残すために最低限のガイドラインしか示されなかったと指摘されている²⁷⁶⁾。

276) Carr, *supra* note 134, at 84. See also, Legislative Assembly of Ontario, Official Report Journal of Debates (Hansard), 39th Parl, 1st Sess, No.170 (Monday 5 October 2009) at 7802 (Hon. Peter Fonseca).

また、使用者は、暴力に関するポリシー及びハラスメント防止ポリシーの実行のためのプログラムを策定し、管理する義務を負う(32.0.2条第1項, 32.0.6条第1項)。プログラムに含めるべき内容は各条2項に定められている(表9参照)。ポリシー策定に加え、プログラムの策定及び管理の義務が課されていることは、オンタリオ州の一つの特徴である。

(b) 労務提供拒否

労働衛生安全法の下では、労働者は職場における暴力の危険があると信ずる理由があれば労働を拒否できる(43条3項(b.1))が、職場におけるハラスメントに基づいては拒否できない²⁷⁷⁾。

o 状況

オンタリオ州労働衛生安全法は、リスクアセスメントと予防を促進するものであり、暴力又はハラスメントの被害者となった労働者に対する救済は提供しない²⁷⁸⁾。救済は通常の裁判手続によることとなる。

オンタリオ州では救済について特殊な手続が存在せず、企業内での解決が重視されているため、実態の把握は難しい。

(4) 特徴：暴力及び企業内措置の重視

オンタリオ州では、2009年改正の労働衛生安全法が暴力とハラスメントに関する規制を有している。規制内容は暴力とハラスメントで異なり、暴力に重点が置かれている点に特徴がある。

オンタリオ州における防止措置の主な手段は、防止ポリシーの策定と見直し及び履行プログラムの策定、実施及び見直しである。オンタリオ州法は企業内組織を重視している点に特徴があり、防止のための措置義務の履行確保を企業に求めている。ポリシーの内容についても、サスカチュワン州やマニトバ州ほど法による詳細な指示が存在せず、使用者の裁量が比較的認められる。

5 小括

以上、カナダの4つの州のハラスメントに関する州法を概観した。その立法形式は、労働基準法(ケベック州)、労働法(労働衛生安全の編, サスカチュワン州)、労働衛生安全法(マニトバ州(職場安全衛生法)、オンタリオ州)となっており、サスカチュワン州以外では、人権法による差別禁止事由に基づくハラスメント規制と差別禁止事由に基づかないハラスメント規制が併存している。

カナダの州法において、「精神的ハラスメント」(ケベック州)又は「ハラスメント」(サスカチュワン州, マニトバ州, オンタリオ州)に対処する主な方法は、使用者に防止のための措置義務を課すことである。具体的には、ケベック州以外の3州ではハラスメント防止ポリシーの策定、掲示及び見直しが義務付けられている。サスカチュワン州とマニトバ州では義務付けられているポリシーの内容も類似しており、詳細な定めが義務付けられる。ケベック州においても、2018年労基法改正81条の19第2項でポリシーについての規定が挿入された。こうしたポリシーの策定、見直し及び実施のためのプログラム(オンタリオ州)による事前予防の重視が、カナダの州法の一つの特徴である。これは、「職場内責任システム(Internal Responsibility System, IRS)」を促進し、企業内での予防の実効性確保及び発生時の対処の適切性を担保しようとするものである²⁷⁹⁾。

また、特にケベック州に特徴的な点として、労働者がハラスメントのない環境で働く権利を定めている点、及び、特殊な紛争解決手続を定めている点が挙げられる。

事後救済としては、ケベック州で特別な救済手続が用意されているほか、サスカチュワン州では行政官の援助が受けられる。マニトバ州とオンタリオ州では特別な手続は存在せず、職場内で解決しなければ裁判によること

277) Ministry of Labour, Ontario, *supra* note 259, at 23.

278) Lippel & Sikka, *supra* note 270, at S20.

279) See, Canadian Centre for Occupational Health and Safety, OH&S Legislation in Canada - Internal Responsibility System, <https://www.ccohs.ca/oshanswers/legisl/irs.html>, last visited November 17, 2018.

になる。

VI. 検討——カナダ法のハラスメント規制

本章では、IV、Vの連邦法及び州法の検討を踏まえ、カナダにおけるハラスメント規制法の展開（VI 1）、特徴（VI 2）及びその意義（VI 3）について述べる。

1 ハラスメント規制法の展開

カナダにおいて、ハラスメント規制法の立法が進んだ背景は、差別禁止事由に基づくハラスメント、セクシュアル・ハラスメント、労働者の健康を害するに至るハラスメント又は身体的暴力の規制のみでは対処することのできない職場におけるハラスメントの問題について、立法的対処が必要であるとの認識が広まったことである。このような認識は、職場におけるハラスメントや暴力から派生した凄惨な事件の発生（OC Transpo 事件（1999）、Lori Dupont 事件（2005）等）やケベック州におけるフランス法の影響等から共有されるに至った²⁸⁰。その結果、2004年施行のケベック州法、2007年のサスカチュワン州法と立法が進んだのである。

他方、オンタリオ州法や連邦法のように繰り返して立法が試みられながら実現までに数年間を要した場合もあり、この問題の議論の困難さが現れている。

また、2018年の連邦法案 C-65 は、ILO の「暴力とハラスメント」に関する条約制定に向けた動きやセクシュアル・ハラスメントに関する #MeToo 運動の影響も受けたものであろう²⁸¹。

2 カナダ法のハラスメント規制の特徴

(1) 「ハラスメント」の定義

a 連邦法及び州法の定義の共通要素・特徴

職場におけるハラスメントの定義は各州で概ね共通しているが、異なる部分もある。共通要素としては、①「侮辱的」「敵対的」等の性質を有する「行動、言動、表示、行為又は身振り」等の行為であること、②労働者の「尊厳」「完全性（integrity）」「ウェルビーイング」等を害する効果を有すること、③繰り返され又は1回であれば深刻な影響を有することの3点が括りだせる。

行為者の害意は、ケベック州とマニトバ州では要求されないが、サスカチュワン州とオンタリオ州では、被害者を害する行為であることが気づかれ又は合理的に気づかれるべきであることが要求されている。

オンタリオ州は他の州よりも広範な定義を有している²⁸²。すなわち、オンタリオ州では③が要求されない。オンタリオ州では規制の重点が暴力に置かれており、他の3州と異なっている。

オンタリオ州、サスカチュワン州及びマニトバ州では、使用者の合理的な行為はハラスメントに該当しない旨が条文化されている。また、ケベック州においても条文はないものの同様に考えられている²⁸³。これは、日本法の「パワー・ハラスメント」の定義において「業務の適正な範囲」の行為が除かれていることと共通する考え方であり、注目される。

また、カナダ法においては、連邦法及びいずれの州法においても、行為主体の限定はない。日本では、「パワー・ハラスメント」の

280) See, Coldwell, *supra* note 116, at 140, Gouveia, *supra* note 133, at 143, Parkes, *supra* note 173, at 425.

281) 例えば、ハイデュー雇用・労働力開発・労働相は、下院の第二読会において #MeToo 運動に言及している (House of Commons, House of Commons Debates official report (Hansard), 42nd Parl, 1st Sess, Vol. 148, No. 252) (Monday, January 29, 2018) at 16434 (Hon. Patty Hajdu)。

282) Lippel & Sikka, *supra* note 270, at S20. 石井・前掲注 16) 「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」54頁。Carr, *supra* note 134, at 86-88 は定義が広範かつ曖昧で問題とする。

283) Cox, *supra* note 216, at 60 で示されているように、人事権の適切な行使は申立てを斥ける理由となる。

主体は職場内の者が想定されており、顧客・取引先等からのハラスメントは「カスタマーハラスメント」等として別に議論される方向にあるが²⁸⁴⁾、諸外国では行為主体を限定しない例が多く²⁸⁵⁾、カナダもその一つであるといえる。

「セクシュアル・ハラスメント」及び b 差別禁止事由に基づくハラスメントとの関係

まず、連邦法案 C-65 は、「セクシュアル・ハラスメント」を「暴力とハラスメント」に含む。

次に、州法を概観すると、サスカチュワン州とマニトバ州では、「ハラスメント」に差別禁止事由に基づくハラスメントが含まれている。両州とも、差別禁止事由に基づくハラスメントと「個人的ハラスメント」の2つを「ハラスメント」に含むという定義を取っており、「個人的ハラスメント」が概ね「精神的ハラスメント」に対応する。両州の相違点としては、マニトバ州では人権法にも差別禁止事由に基づくハラスメントに関する規定があるのに対し、サスカチュワン州では人権法には規定がない。

オンタリオ州でも、「職場におけるハラスメント」に「セクシュアル・ハラスメント」が含まれる。明文で含まれるのは「セクシュアル・ハラスメント」のみであるが、「職場におけるハラスメント」の定義は、人権法が禁止する全てのタイプのハラスメントを含むのに十分なほど広範である²⁸⁶⁾。

ケベック州では、「精神的ハラスメント」が広範な内容を含んで定められており、解釈上セクシュアル・ハラスメントも含まれるとされていた²⁸⁷⁾。2018年改正では「セクシュアル・ハラスメント」を「精神的ハラスメント」に含む旨が明確化され、人権委員会との

連携について規定が置かれており、人権法上の差別禁止事由に基づくハラスメントとの連続性への意識が明示された。

以上のように、カナダでは、連邦法及びびいづれの州法でも「ハラスメント及び暴力」、「精神的ハラスメント」、「ハラスメント」、「職場におけるハラスメント」に「セクシュアル・ハラスメント」が明文で含まれている。また、その他の差別禁止事由に基づくハラスメントも含めている州が多い。もっとも、後述するように、もともと人権法に規定が存在しないサスカチュワン州以外では、「セクシュアル・ハラスメント」や差別禁止事由に基づくハラスメントの規制は、「精神的ハラスメント」、「ハラスメント」等の規制立法に一元化するのではなく、人権法上の規制も残されており、規制が併存している。

c 定義の整理

連邦及び各州の法における定義を整理すると、次頁の表のようになる(表10)。

(2) 立法形式ごとの規制内容と名宛人

IV及びVで検討したカナダ法のハラスメント規制には、大要、人権法による規制(連邦及びサスカチュワン州以外の各州)、労働基準法による規制(ケベック州)、労働衛生安全に関する法による規制(連邦、サスカチュワン州、マニトバ州、オンタリオ州)が存在する。ここでは、それぞれの規制について、その内容と名宛人を簡潔に整理する。

まず、人権法による規制において、差別禁止事由に基づくハラスメントは、連邦及びいづれの州法でも明文で禁止が定められている。この名宛人は、連邦人権法典では使用者等に制限されておらず、ケベック州及びオンタリオ州でも「何人も」である。他方、マニトバ州では、「活動又は事業に責任を持つ者」とされる²⁸⁸⁾。違反があった場合、被害労働

284) 「顧客や取引先からの著しい迷惑行為」に対する対処の必要性は、「検討会」報告書、労政審の報告書案のいずれにおいても言及されており、「カスタマーハラスメント」という文言は「検討会」報告書に登場する(厚生労働省・前掲注1)26頁)。

285) 表1参照。

286) Ministry of Labour, Ontario, *supra* note 259, at 8.

287) See, Parkes, *supra* note 173, at 447.

288) なお、マニトバ州においても、雇用における差別禁止の名宛人は「何人も(No Person)」である(マニトバ州人権法14条1項)。

表10：本稿で検討したカナダ法における「ハラスメント」「精神的ハラスメント」「暴力」の定義

連邦／州	概念	条文	定義
連邦	ハラスメント及び暴力	C-65 0.1 条 (労働法 122 条 1 項 改正)	「労働者の気持ちや害し、労働者に屈辱を与え又はその他の身体的あるいは精神的傷害又は病気を引き起こすことが合理的に予想され、所定の行為、行動又は言動を含むいかなる行為、行動又は言動 (性的性質を有するものを含む)」
	暴力	労働衛生安全規則 20 条の 2	「職場で従業員に対してなされ、当該従業員に害、傷害又は病気を引き起こすことが合理的に予想されるいかなる行動、行為、脅迫又は身振り」
ケベック	精神的ハラスメント	労働基準法 81 条の 18 第 1 項、第 2 項	「繰り返される敵対的又は望まれない行動、言動、行為又は身振りの形態の侮辱的行動 (vexatious behaviour, conduite vexatoire) であり、労働者の尊厳、精神的又は身体的な完全性を侵害し、かつ労働者にとって有害な職場環境をもたらすもの」「性的性質を有する言動、行為又は身振りの形態の行動を含む (2018 年改正で第 2 文が追加)」 「1 回の重大な行為も、労働者に対し、継続的な有害な影響を与える場合、精神的ハラスメントに含まれる」
サスカチュワン	ハラスメント	労働法 3 条の 1	「人の不適当な行動、言動、表示、行為又は身振りで、(i) (A) 人種、信条、宗教、肌の色、性別、性的志向、結婚状況、家庭状況、障害、身体的サイズや体重、年齢、国籍、家系、又は出生地に基づくもの、又は、(B) 本条 (4) 項及び (5) 項を前提として、労働者の精神的又は身体的ウェルビーイングに悪影響をもたらし、かつ、当該人物が、労働者に屈辱を与え又は怯えさせようことを知り又は合理的に知りうべきであるもの、及び、(ii) 労働者の健康又は安全に対する脅威となるもの」 Cf. 労働法 3 条の 1 (4) 「パラグラフ (1) (i) (B) の目的でハラスメントとみなされるためには、次のいずれかである必要がある。: (a) 繰り返される行動、言動、表示 (display)、行為、又は身振り; (b) 1 回の深刻な行動の発現又は 1 回の深刻な言動、表示、行為又は身振りで、継続的な害的效果を労働者にもたらすもの」 労働法 3 条の 1 (5) 「(1) (i) (B) の目的では、ハラスメントは、使用者、支配人又は使用されあるいは使用者に雇用される上司による、経営及び労働者に対する指示又は職場における指示に関連するいかなる合理的行為も含まない。」
	暴力	労働衛生安全規則 37 条	「試みられ、脅迫され又は実際に行われる行動で、傷害を引き起こし又は引き起こしうるもの。傷害のリスクがあると労働者が信じる合理的な理由を与えるいかなる脅迫的な言動又は振舞いを含む」
マニトバ	職場におけるハラスメント	職場安全衛生規則 1 条 1 項	「(a) 労働者の健康リスクを創出する不快な行動、又は (b) 労働者の精神的又は身体的ウェルビーイングに悪影響を与える深刻な行動」 Cf. 「行動」は、(a) 人種、信条、宗教、肌の色、性別、性的志向、性的決定の特性 (gender-determined characteristics)、結婚状況、家庭状況、収入源、政治的信条、政治的団体、政治活動、障害、身体的サイズや体重、年齢、国籍、家系、又は出生地に基づく場合、「不快」であり、(b) 合理的に労働者に屈辱を与え又は怯えさせうる場合、かつ、繰り返され又は 1 回の出来事が継続的な害的效果を労働者に及ぼす場合、「深刻」である (1.1.1(1))。 「人事及び労働者に対する又は職場での指示に関する使用者又は上司の合理的な行動は、ハラスメントに該当しない」 (1.1.1(2))。 「本項及び 1 条 1 項における「ハラスメント」の定義において、『行動』は、文書又は口頭の言動、身体的行為又は身振り又は表示、又はそれらの組み合わせを含む。」 (1.1.1(3))。
	暴力	職場安全衛生規則 1 条	「(a) 人に対する有形力の現実の行使又はその試み、及び、(b) 人に有形力が行使されると信じる合理的な理由を与えるいかなる脅迫的な言動又は振舞い」
オンタリオ	職場におけるハラスメント	労働衛生安全法 1 条	「(a) 職場における労働者に対するいらだたい (vexatious) 一連の言動又は行動で、歓迎されないと感じられる合理的に気づかれるべきものに従事すること、又は、(b) 職場におけるセクシュアル・ハラスメント」
	職場における暴力	労働衛生安全法 1 条	「(a) 職場における労働者に対する有形力の行使で、労働者に身体的傷害を負わせ又は負わせうるもの、(b) 職場における労働者に対する有形力の行使の試みで、労働者に身体的傷害を負わせうるもの、(c) 職場における言葉や振舞いで、当該労働者に身体的傷害を負わせうる有形力の行使の脅迫であると労働者が合理的に解釈するもの」

(出所：筆者作成)

者は、規制の名宛人を相手方として、人権委員会・人権審判所・人権裁判所等における救済手続を利用できる²⁸⁹⁾。

次に、ケベック州の労働基準法による「精神的ハラスメント」規制は、①労働者がハラスメントのない職場環境で働く権利の保障(労基法 81 条の 19 条第 1 項)、②使用者のハラスメント防止及び停止のための措置義務(同条第 2 項)、③特殊な救済手続(同法 123 条の 6 以下)を含む。②の義務の名宛人は使用者であり、③の救済手続でも、相手方は使用者となる。

最後に、連邦及び各州の労働衛生安全規制による「ハラスメント」規制は、使用者に対し、ハラスメント防止のためのポリシーの策定等の予防的な義務を課すものであり、その名宛人は基本的に使用者である。サスカチュワン州では、対応する行政救済手続における相手方も使用者となる。もっとも、サスカチュワン州労働法の労働衛生安全に関する規定では、上司の一般的義務、労働者の一般的義務にもハラスメントに関するものがある(労働法 3 条の 9(c)、3 条の 10(b))。

差別禁止事由に基づくハラスメントは、人権保護の観点から人権法によって規制される。人権法では、ハラスメントの禁止が明言されており、名宛人は多くの場合使用者に限定されない。他方、労働基準法又は労働衛生安全に関する法による規制は、名宛人が使用者であることが通常であり、防止のための義務を中心とする「精神的ハラスメント」「ハラスメント」の規制も使用者を名宛人とするものとなっている²⁹⁰⁾。もっとも、職場環境の維持は職場における全ての主体によってな

されるべきという観点から²⁹¹⁾、サスカチュワン州のように使用者以外にも義務が課される場合がある。

(3) 連邦法及び州法の類型化

Ⅱで行った類型化を用いると、本稿で検討したカナダの連邦法及び州法は次頁の表のように整理される(表11)。

まず、立法形式の点では、ケベック州以外では労働衛生安全法が法規制の中核をなす²⁹²⁾。ケベック州では、ハラスメントのない環境で働く権利を定めたことから、労働基準法に規制が置かれたと考えられる。他方、サスカチュワン州では、従来から差別禁止事由に基づくハラスメントを労働衛生安全法で規制していたことから、労働衛生安全法が選択されたようである²⁹³⁾。マニトバ州は、今回検討した 4 州では最後に立法がなされた州であり、サスカチュワン州法及びオンタリオ州法を参照して²⁹⁴⁾ 職場安全衛生法が選択されたと考えられる。オンタリオ州では、最初に議論が高まった 1996 年の Theresa Vince 事件の答申が労働衛生安全法に規制法を置くことを推奨しており²⁹⁵⁾、その影響と思われる。

規制の重点は、予防に置かれている場合が多く、職場環境に着目し、防止のための措置義務を定めるアプローチが概ね共通する(ケベック州も 2018 年改正で定めている)。権利性を明文で定めるのはケベック州のみであるが、サスカチュワン州及びマニトバ州ではポリシーに含めるべき内容の中にハラスメントのない環境で働く権利が含まれる。事後救済は、ケベック州で特殊な救済手続が存在し、サスカチュワン州で行政官の援助等が定められているほかは、裁判所による。

289) 使用者を相手方とすることが多いが、例えば、オンタリオ州人権審判所は、権利を侵害した当事者に対し、権利を侵害された当事者への金銭賠償等を命ずることができる(オンタリオ州人権法 45.2 条(1))。

290) 本稿が主として検討対象とした連邦及び各州の「精神的ハラスメント」「ハラスメント」規制立法は事前予防を重視するものが多く、事後救済の状況(特に、使用者以外の者の責任を追及しようとする場合)等の検討は、他日を期したい。

291) See, Government of Saskatchewan, Understanding Occupational Health and Safety in Saskatchewan 2015 at 5, https://pubsaskdev.blob.core.windows.net/pubsask-prod/108876/108876-Understanding_Occupational_Health_and_Safety_in_Saskatchewan.pdf, last visited September 8, 2018.

292) なお、各州には労働基準法も存在する。

293) See, Legislative Assembly of Saskatchewan, *supra* note 232, at 846 (Hon. Mr. Forbes).

294) See, Legislative Assembly of Manitoba, *supra* note 250, at 209 (Hon. Jon Gerrard).

295) See, Carr, *supra* note 134, at 77-78.

表11：本稿で検討したカナダのハラスメント規制法

	法律	立法形式	対象	重点
連邦	人権法	差別禁止法	差別禁止事由に基づくハラスメント	事前予防（禁止） 事前予防（防止のための措置義務） 事後救済（人権委員会、人権審判所）
	労働法	（労働基準の編）	セクシュアル・ハラスメント	事前予防（防止のための措置義務） 権利
	労働衛生安全法	労働安全衛生（環境）法	暴力	事前予防（防止のための措置義務）
	C-65 による労働法改正（未施行）	（安全衛生の編）	暴力及びハラスメント	事前予防（防止のための措置義務）
ケベック州	自由・人権憲章	差別禁止法	差別禁止事由に基づくハラスメント	事前予防（禁止） 事後救済（人権委員会、人権裁判所）
	労働衛生安全法	労働安全衛生（環境）法	健康、安全及び身体的ウェルビーイングを害するハラスメント	事前予防（労務提供拒否） 権利
	労働基準法	労働者保護（労働条件）法	精神的ハラスメント	事前予防（防止のための措置義務） 権利 事後救済（特殊な手続）
サスカチュワン州	労働法・労働衛生安全規則	労働安全衛生（環境）法	ハラスメント（差別禁止事由に基づくハラスメント、個人的ハラスメント） 暴力	事前予防（一般的義務、防止のための措置義務） 事後救済（援助等）
マニトバ州	人権法	差別禁止法	差別禁止事由に基づくハラスメント	事前予防（防止のための措置義務、禁止） 事後救済（人権委員会）
	職場安全衛生法・規則	労働安全衛生（環境）法	ハラスメント（差別禁止事由に基づくハラスメント、いじめ） 暴力	事前予防（防止のための措置義務）
オンタリオ州	人権法	差別禁止法	差別禁止事由に基づくハラスメント	事前予防（防止のための措置義務、禁止） 事後救済（人権委員会、人権審判所）
	労働衛生安全法	労働安全衛生（環境）法	暴力 ハラスメント（セクシュアル・ハラスメント、差別禁止事由に基づくハラスメントを含む）	事前予防（防止のための措置義務、暴力については労務提供拒否）

（出所：筆者作成）

また、サスカチュワン州以外では、差別禁止事由に基づくハラスメントが人権法で禁止されると同時に、人権法以外の法が差別禁止事由に関わるものに限らないハラスメントを規制する点に特徴がある。

このような広範な「ハラスメント」に対する予防・保護のアプローチは、差別禁止事由には関わらないが労働者の人格権や尊厳を損なうハラスメントへの対処として有用であると思われる。もっとも、そこには利点のみな

らず、問題点もありうる。次節では、その意義について述べる。

3 カナダ法のハラスメント規制の意義

(1) 利点及び問題点

a 利点

カナダ法におけるハラスメント規制の利点は、第一にその対象の広さにある。すなわ

ち、「セクシュアル・ハラスメント」や差別禁止事由に基づくハラスメントに限らず、「精神的ハラスメント」や「ハラスメント」について防止のための措置義務等を定めることで、労働者保護に資する立法となっている。もっとも、「セクシュアル・ハラスメント」や差別禁止事由に基づくハラスメントと比べ、「精神的ハラスメント」や「ハラスメント」は通常の指導や人事権の行使との判別が困難であるとされており、対象を拡大することで使用者側の通常の指導や人事権の行使に萎縮効果が生じないかという懸念が生じうる。カナダでは、この点は、人事権の正当な行使は「ハラスメント」に該当しない旨を明文又は解釈上認めることで対処されており、ケベック州では実際に申立ての棄却理由ともなっている（図1, 2参照）。

第二に、カナダでは全体的に、ポリシー及びプログラムを通じた使用者の義務の履行確保や企業内における問題解決が重視される²⁹⁶⁾。サスカチュワン州、マニトバ州、オンタリオ州では、ポリシーに定めるべき内容が定められており、立法により使用者が取るべき措置が明確になっている。「精神的ハラスメント」及び「ハラスメント」は労働者に継続的な侵害を及ぼすものであり、事前予防（一次予防）及び早期発見、対処（二次予防）が重要となる。したがって、予防に重点を置き、発生した場合に企業に早期の対処を求めるカナダ法のアプローチは、労働者の健康や尊厳の保護に有用であるといえよう。特に、サスカチュワン州及びマニトバ州ではポリシーの詳細なアウトラインを立法が提供することにより、使用者が対策に取り組みやすくなっていると考えられる。

第三に、カナダでは人権法と労働衛生安全

法ないし労働基準法（ケベック州）による規制が併存しているが、これは、差別禁止事由に基づくハラスメントに対する従来の人権法上の保護を残しつつ、「精神的ハラスメント」「ハラスメント」についてより予防に重点を置いた規制を行っている点で有意義と考えられる。「精神的ハラスメント」や「ハラスメント」に対しては、ハラスメントの差別的性質を矮小化し又は覆い隠すという批判がありうる²⁹⁷⁾。差別禁止事由に基づくハラスメントと「精神的ハラスメント」「個人的ハラスメント」では保護法益・性質が異なるため、異なる救済手段を残すことには意義が認められよう²⁹⁸⁾。

第四に、紛争解決につき、ケベック州及びサスカチュワン州では行政上の手続が存在し、裁判外での比較的迅速な解決が行いうる点も利点として挙げられよう。ケベック州では、特殊な救済手続が設けられ、現に多くの紛争が裁判外で解決されている²⁹⁹⁾。また、サスカチュワン州では、労働衛生安全法上「ハラスメント」が明記されており、労働衛生官の援助を受け又は3条の54が定める訴えを利用することができる。

b 問題点

第一に、(1)aで利点として挙げた対象の広範さは、必然的に判断の困難さを伴う。紛争が長期化すれば当事者が受ける負の影響は大きくなるが³⁰⁰⁾、「精神的ハラスメント」や「ハラスメント」について短期間で判断を行うことは難しい。また、例えば、ケベック州では、精神医学の素養のない法律家によって、被害者を救済するために精神科医マリー＝フランス・イルゴイエンヌが提唱した「犠牲者理論」³⁰¹⁾が、苦情申立てを棄却する理由として用いられるという事態が生じてい

296) Carr, *supra* note 134, at 152, 155 は、政府の資源を使わないことをこれに伴う利点として指摘する。

297) これは、アメリカ型反差別モデルからヨーロッパ型尊厳モデルへの批判として、指摘されているものである（Katherine Lippel, *The Law of Workplace Bullying: An International Overview* 32 COMP. LAB. L. & POL'Y J 1, 11 (2010), Friedman & Whitman, *supra* note 133, at 272-273. See also, Carr, *supra* note 134, at 23, Gouveia, *supra* note 133, at 148.）。

298) この点は(2)でも後述する。

299) V 1 (4)c を参照。

300) 石井・前掲注 16) 「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」 34-38 頁参照。

301) これは、「[世の中には]犠牲者の立場になりがたる人がいること」を指摘し、「犠牲者の立場と偽って精神的ハラスメントを受けたと主張する」場合があるとするものである（Cox, *supra* note 216, at 69-70, 石井・前掲注

る³⁰²⁾。「尊厳」「ウェルビーイング」「完全性 (integrity)」といった概念が「ハラスメント」の定義に含まれた場合に、法律家がそれらの侵害をどのように判断するかは困難な問題である。

第二に、複数の法による規制が行われることは、判断機関の併存を意味し、同種の事案について異なる判断がされる可能性を内包する。本稿は裁判例等に詳しく立ち入るものではないが、この点は、ケベック州では既に問題として指摘されてきたところである³⁰³⁾。

第三に、事後救済の方法の問題が存在する。ハラスメントが発生した場合、職場内での調査等がまず求められ、職場内で解決できない場合、後続する手続が裁判以外に存在しないオンタリオ州、マニトバ州では、労働者は裁判に訴えることとなる。しかし、裁判以外での手続があるケベック州、サスカチュワン州を含め、労働者が報復を恐れて申立てを差し控える可能性があること³⁰⁴⁾、裁判に進む場合、職場内での紛争解決プロセスにおいて使用者側にいわば手の内をさらした状態になっていること³⁰⁵⁾、職場内での解決が重視されるがゆえにそもそもハラスメントの被害を裁判所に訴えづらくなる可能性等の悪影響が懸念される。

「精神的ハラスメント」「ハラスメント」と「セクシュアル・ハラスメント」、差別禁止事由に基づくハラスメントの異同

a 保護法益

「精神的ハラスメント」(ケベック州)及び「ハラスメント」のうち「個人的ハラスメント」(サスカチュワン州、マニトバ州)については、保護法益は個人の尊厳、ウェルビーイング、身体的又は精神的完全性 (integrity)

である。これに対し、「セクシュアル・ハラスメント」の保護法益は、性的自由の場合もあれば、差別されない自由の場合もあると考えられる。差別されない自由が保護法益となる点は、他の差別禁止事由に基づくハラスメントも同様である。

b 法規制の内容

カナダでは、アメリカと同様に、「セクシュアル・ハラスメント」が差別の問題として捉えられ、他の差別禁止事由に基づくハラスメントとともに人権法により規制されている。連邦人権法及びいずれの州法でも、「セクシュアル・ハラスメント」は性差別として禁止されており、事後救済として、人権委員会又は人権審判所での救済及び裁判が存在する。

こうした人権法上の規制に加え、主として使用者を名宛人とする労働基準法(ケベック州)、労働法(サスカチュワン州)、職場安全衛生法(マニトバ州)、労働衛生安全法(オンタリオ州)上の「精神的ハラスメント」、「ハラスメント」の規制が定められ、「セクシュアル・ハラスメント」にも及んでいる。労働基準法ないし労働衛生安全に関する法による「セクシュアル・ハラスメント」の規制は、差別禁止事由に基づかない「精神的ハラスメント」「ハラスメント」の規制と同内容である。

「精神的ハラスメント」「ハラスメント」の規制は、ケベック州では尊厳を保護するものとして、事前予防・権利性・事後救済全てが定められ、他の州及び連邦で労働衛生安全法に規定が置かれる場合、職場環境や企業内組織を重視した事前予防重視のアプローチがとられている。この点は、保護法益が尊厳、ウェルビーイング等であり、職場内の環境や

16) 「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」44-45頁参照)。イルゴイエンヌの「偽りの犠牲者」に関する近時の記述として、イルゴイエンヌ(大和田訳)・前掲注121)117-119頁がある。そこでは、「やる気がないために人が奮発させようとして叱り飛ばしているのに、自分がハラスメントされたと感じる能力不足の人もいれば、仕事に満足していないという理由から上司に仕返ししようとし、その絶好の機会のために、モラル・ハラスメントという概念を見つけて利用しているような人もいる。自分を犠牲者に仕立てて、物質的利益を得ようとする人も同じようにいる。」等と指摘される(同書118頁)。

302) Cox, *supra* note 216, at 69-72, 石井・前掲注16)「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」44-46頁。

303) 石井・前掲注16)「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」38-39頁。

304) Carr, *supra* note 134, at 153, 155.

305) ケベック州について、石井・前掲注16)「カナダにおける職場いじめ・暴力に対する法規制」35頁。

人間関係との関連性が強い「ハラスメント」規制の特徴といえよう。

「セクシュアル・ハラスメント」を包
 含する「精神的ハラスメント」「ハラスメント」規制の導入

カナダでは、「セクシュアル・ハラスメント」及び差別禁止事由に基づくハラスメントの規制が先に存在し、差別禁止事由に基づかないが人間の尊厳等を害する「精神的ハラスメント」「個人的ハラスメント」へと規制対象が拡大されてきた。そして、連邦法及びいずれの州法においても、「セクシュアル・ハラスメント」又は差別禁止事由に基づくハラスメントは「精神的ハラスメント」「ハラスメント」に包含されている。

しかし、このことは、カナダ法が両者の保護法益や性質の異なりを考慮していないことを意味しない。カナダでは、「セクシュアル・ハラスメント」、差別禁止事由に基づくハラスメントについての規制をそのまま「精神的ハラスメント」「ハラスメント」に及ぼすのではなく、むしろ後者について新たに労働関係法規で定められた予防重視のアプローチを人権的な観点から規制されてきた前者にも及ぼしている。その上で、前者については従来採られてきた禁止の明示や人権法上の救済手段等を残しているのである。

(3) ハラスメント規制法の意義

本稿で検討してきた諸立法により、カナダの一部の州では、「精神的ハラスメント」や「ハラスメント」が労働者の尊厳やウェルビーイングを保護法益として広範に規制され、使用者に防止のための措置義務が課されている。カナダ法におけるハラスメント規制には、差別禁止事由に基づくハラスメントや「セクシュアル・ハラスメント」以外の労働者の尊厳を害するハラスメントを規制できる点に意義があるといえよう。

「精神的ハラスメント」及び「ハラスメント」は、立証が困難であり、調査や裁判の過程での二次被害のおそれ、長期化に伴う労働者の困難が存在する。そこで、ケベック州以外では、企業内の紛争解決を救済の中心に据えている。他方、ケベック州では独自の救済ルートが法定されており、裁判外での解決が

広く行われている。近時の組織再編や法改正を踏まえ、今後の運用が注目される。

ケベック州及びサスカチュワン州は事前予防と事後救済双方の定めを有しており、その構造は参照に値するようと思われる。予防が尽くされていることはハラスメントが発生しないことを意味せず、発生した場合に被害を訴えづらくなる危険すら内包する。発生してしまった際に、救済のために援助を受けられることは、ハラスメント被害を訴えやすくなり、ひいては将来の予防にもつながるといって有効ではないか。

VII. おわりに——日本法への若干の示唆

まず、本稿の検討をまとめる。

IIでは、比較法的検討の第一の前提として、日本における「パワー・ハラスメント」の状況を整理し、比較対象国の選定を行った。「パワー・ハラスメント」は職場における深刻な問題であり、日本でも今後、立法及び解釈・運用に向けた議論がより一層活発化すると考えられる。その際、主に議論すべき点は、①「パワー・ハラスメント」の定義、②規制法の立法形式（特に、(a) 防止措置義務等を定める際の根拠法、(b) 防止措置義務以外の立法（刑事責任・民事責任、損害賠償請求の根拠の規定）の可能性）、③包括的な「ハラスメント」規制立法の可能性であると考えられる。

また、本稿では、諸外国の法規制を(i)立法形式、(ii)規制の対象（差別禁止事由に基づくものに限るか）、(iii)規制の重点（予防、権利、救済）という3つの観点から類型化した。特に、(i)立法形式については、①職場におけるハラスメントに関する特別立法、②ハラスメント規制一般法、③労働安全（労働環境）法制、④労働者保護（労働条件）法制、⑤差別禁止法制、⑥刑事法の6つに類型化した。その上で、③④⑤類型の法規制を有し、広範なハラスメント規制法を有するカナダを検討対象として選定した。

IIIでは、第二の前提として、カナダ法の基本的な枠組みを確認した。

そして、ⅣからⅥでは、カナダにおける特徴的なハラスメント規制法について検討を行った。

カナダでは、連邦法は、公益産業等に従事する一部の労働者にのみ適用される³⁰⁶⁾。連邦法は、2018年までセクシュアル・ハラスメント、差別禁止事由に基づくハラスメント、暴力の規制のみを有し、「精神的ハラスメント」「ハラスメント」については規制が存在しなかった。しかし、2018年10月25日に「ハラスメント及び暴力」に関する規制を労働法に盛り込む改正が行われており、今後の展開が注目される。

一方、労働者の大部分に適用される州法では、人権法による差別禁止事由に基づくハラスメントの規制（サスカチュワン州を除く）と労働衛生安全に関する法（サスカチュワン州、マニトバ州、オンタリオ州）ないし労働基準法（ケベック州）による「ハラスメント」ないし「精神的ハラスメント」の規制が併存する。後者は、差別禁止事由に基づかず、健康に害を及ぼすには至らないハラスメントを規制できる点で意義を有する。サスカチュワン州、マニトバ州、オンタリオ州では、使用者に防止のための措置義務を課し、ハラスメント防止ポリシーを定めること、実施プログラムを定めることを使用者に義務付けること（オンタリオ州）等の手段により、事前予防が目指されている。また、ケベック州では、ハラスメントのない職場環境で働く権利が定められ、特別な救済も用意されている。ケベック州以外の3州では事後救済は職場内に委ねられるが、サスカチュワン州では労働衛生安全法上の行政救済も利用できる。

カナダ法のハラスメント規制は、差別禁止事由に基づくハラスメントやセクシュアル・ハラスメントに限らず、「精神的ハラスメント」「個人的ハラスメント」等の労働者の尊厳を害するハラスメントを規制するために、立法によって規制対象となるハラスメントが拡大されてきたものである。そこでは、防止のための措置義務を具体的に定めること等を通じた事前予防が重視されており、「ハラスメント」規制の一つのあり方として有用と考えられる。

以上のようなカナダ法のハラスメント規制から、Ⅱ2(3)bで抽出した日本法の課題について得られる示唆を示すとすれば、以下の点が挙げられよう³⁰⁷⁾。

第一に、「ハラスメント」の定義については、差別禁止事由に基づくか、セクシュアル・ハラスメントにもあたらないハラスメントを効果から定義し、事前予防及び保護のための立法を行う可能性は日本でもあるように思われる³⁰⁸⁾。正当な人事権の行使との区別が懸念されるが、カナダでは明文又は解釈により正当な人事権の行使とハラスメントが区別されており、ケベック州では実際に不服申立てや苦情でも使用者側の正当な人事権の行使と認められた例が存在する。カナダ法からは、日本において「パワー・ハラスメント」として捉えられてきた「ハラスメント」の定義においても、正当な人事権の行使についての言及を維持しつつ、それが労働者の保護の妨げとならないよう調和点を探る可能性についての展望が得られるように思われる。特に、明文で人事権の行使を除き、かつ、差別禁止事由に基づくハラスメントと分離されて

306) Ⅲ2参照。

307) 日本とカナダの相違点として、以下に留意する必要がある。まず、前提として、カナダは連邦制である点、排他的交渉代表制度をとっており組合の組織率が比較的高いカナダに対し、日本では複数組合主義が採られており組合の組織率も低い点、日本ではハラスメントは差別と捉えられておらずカナダの人権法に対応する立法が存在しない点が異なる。また、「パワー・ハラスメント」は、カナダ法における「ハラスメント」ないし「精神的ハラスメント」と完全に対応する概念ではない。そもそも、カナダ法における「ハラスメント」ないし「精神的ハラスメント」も一義的な概念ではなく、連邦及び州ごとの広狭が存在する。「パワー・ハラスメント」は、優位性に着目する点に特徴があり、カナダでは連邦法及び州法のいずれの定義でも対応するものがない（他方、「パワー・ハラスメント」のもう一つの特徴である業務上の適正な範囲への言及は、カナダ法における合理的な人事権の行使への言及と共通する）。

308) 品田・前掲注13)102頁も参照。なお、国会提出中の労働施策総合推進法改正案には、「パワー・ハラスメント」の定義規定は置かれていない。

いるサスカチュワン州及びマニトバ州の「個人的ハラスメント」が参考になろう。また、長期的には、包括的ハラスメント規制の可能性及びその場合の「ハラスメント」の定義を視野に入れつつ、カナダ法及び多くの外国法では要求されない「パワー」すなわち「優位性」の要求について、包括的ハラスメント規制と比較した機能の分析が必要と思われる。

第二に、まず、防止措置義務を定める際の根拠法について、ケベック州以外の州法及び連邦法では、ハラスメント規制法の立法形式として、労働衛生安全法ないし労働法の労働衛生安全に関する編が選択されている。ハラスメントの問題を個人に帰責せず職場環境の問題として捉え、予防を重視する場合には、労働安全衛生法は一つの選択肢といえるだろう。もっとも、カナダでは、ハラスメント規制法以前から労働安全衛生に関する法に、差別禁止事由に基づくハラスメントの禁止（サスカチュワン州）や暴力（連邦労働衛生安全規則）に関する規定が置かれていた例があり、この点が選択の一つの理由と思われる点には留意すべきである。日本の労働安全衛生法にはこのような規制は存在せず、産業界の立場から労働安全衛生法による規制の実効性を懸念する意見³⁰⁹⁾もあること等を考えると、日本で労働安全衛生法を選択すべきかについてはより詳細な検討が必要であろう³¹⁰⁾。

次に、防止措置義務以外の立法の可能性に

つき、カナダ法から得られる示唆があるとすれば、ケベック州とサスカチュワン州において事後救済についても特殊な手続が存在する点である。マニトバ州法の弱点として指摘されているように³¹¹⁾、特殊な救済や政府の援助が存在することは被害者保護に資する。事前予防としての防止措置義務に加え、職場外における事後救済も立法する可能性はあるように思われる³¹²⁾。

第三に、包括的な「ハラスメント」立法の可能性については、カナダのサスカチュワン州、マニトバ州、2018年の連邦法案C-65はいずれも「ハラスメント」を包括的に捉えるものであり、ケベック州の「精神的ハラスメント」も「セクシュアル・ハラスメント」等を含んだ広範な「ハラスメント」に対応できるものとなっている。このような「ハラスメント」規制は、「ハラスメント」を防止すべきものとして包括的に捉えることで、労働者保護に資する。また、カナダでは人権的な観点から人権法で差別禁止事由に基づくハラスメントが規制されていた状態で、その保護は維持したまま、「精神的ハラスメント」「ハラスメント」に関する規制の射程を「セクシュアル・ハラスメント」、差別禁止事由に基づくハラスメント、にも及ぼすという選択をしている。日本では、現在、「セクシュアル・ハラスメント」「マタニティ・ハラスメント」「育児・介護ハラスメント」の規制を参考に

309) 職場のパワーハラスメント防止対策についての検討会・前掲注128) [川上憲人発言] 参照。

関連して、大和田・前掲注40)207頁の「平等、環境などの特別法の中に、ハラスメントを位置づける」場合、「その分野の政策の水準が高く、実効的であり、実績があることが必要」との指摘は重要と思われる。

310) 既述のように、本稿投稿時点（2019年3月19日）において、「パワー・ハラスメント」の防止措置義務を含む労働施策総合推進法の改正案が国会に提出されているが、同法案が成立したとしても、その実効性確保や包括的な立法の可能性等の検討も含め、どのような根拠法が妥当かについての議論が直ちに終わるものではないだろう。

311) Kelly, *supra* note 258, at 3-4. 同論文はサスカチュワン州及びブリティッシュコロンビア州の政府の援助、ケベック州の明確な救済や懲罰的手段に言及し、マニトバ州において「使用者が不十分なポリシーしか策定せず又は法を遵守しない (non-compliant) とき、ハラスメントの不服申立てに行政手続を提供する職場安全衛生部門のための職場外の履行確保機能を創設すること」、「ハラスメントの標準的な救済、補償及び懲罰を策定すること。懲罰的手段は、ハラスメントのない職場を提供する義務に違反した使用者にも課されるべきである。」「労働者が職場におけるハラスメントを認識し対処するための研修及び教育の提供を使用者に要求すること」を推奨する (*Id.* at 4)。

312) もっとも、立法を検討すべき事後救済が「検討会」報告書における①刑事責任・民事責任、②損害賠償請求の根拠の規定であるかは別論である。石井・前掲注16)「ケベック州 (カナダ) における心理的ハラスメント法規制」367頁も参照。なお、労働施策総合推進法改正案では、紛争の解決の援助 (30条の5)、調停の委任 (30条の6)、調停 (30条の7) の定めがある。

指針等を定める方向で議論されているが³¹³⁾、「ハラスメント」間の相違点に鑑みると、職場におけるハラスメントへの法的対応は、各ハラスメント類型の特質及び法的規律手法の特質を考慮した検討を行う必要がある³¹⁴⁾。他方、「ハラスメント」はいずれも、労働者の人格を傷つけ、人間の尊厳を否定する行為であり、実際上もセクハラとパワハラが密接に関係している場合が少なくない³¹⁵⁾。維持すべき相違点に留意しつつ、実効性確保のために包括的なハラスメント規制立法を行うことを目指す必要があるのではないか。現状では、第一歩として「パワー・ハラスメント」の防止措置義務を定め、「セクシュアル・ハラスメント」規制の実効性確保策の動向等も見ながら、段階的に包括的な立法の可能性を探るという選択肢もありえよう。

最後に、本稿の意義、限界及び今後の課題について述べる。

本稿に意義があるとすれば、近時の動向を含め、先行研究の少ないカナダ法のハラスメント規制を紹介し、その規制の特徴、意義等について検討を行った点、及び、そこから日本法に対する若干の示唆を得た点にあるといえよう。

もともと、カナダ法の法規制が事前予防に重点を置いていることから、本稿の主な対象は法規制の内容自体となり、各立法の実効性や裁判例の内容等については深く検討することが出来なかった。また、ブリティッシュコロンビア州等の労災補償法におけるハラスメントに関連する規制も検討の対象外としている。さらに、連邦法案 C-65 に加え、2018年に新たにハラスメント及び暴力の規制を定めた州法も存在し、成立した各法につき、本稿が検討対象とした4州からの影響、特徴、今後の運用等を検討することも必要と考えられるが、本稿では対象としていない。

以上の点を含め、カナダ法の状況については今後より詳細な検討を行いたい。

また、カナダ以外の外国法の検討はごく概括的にしか行っていないため、日本法への示唆を念頭においたより広範な比較法的検討も必要であろう。その上で、日本法における「パワー・ハラスメント」規制の現状と展開について、実効的な規制のための定義や法形式、包括的なハラスメント規制法の可能性等を検討することを今後の課題としたい。

(追記)

本稿投稿後、2019年5月29日に改正労働施策総合推進法が成立し(同年6月5日公布)、同年6月21日には、職場における暴力及びハラスメントに関するILO第190号条約及び第206号勧告が採択された(未発効)。それぞれの審議経過や内容等の検討は、今後の課題としたい。

また、脱稿後、原昌登ほか「〔座談会〕現場から考えるパワハラとその予防」ジュリ1530号14頁(2019)、原昌登「パワーハラスメントとは——労働法の見地から」ジュリ1530号34頁(2019)、同「パワハラ防止措置の法制化の意義」成蹊法学90号183頁(2019)、山川隆一「職場におけるハラスメント防止措置義務について」中央労働時報1246号4頁(2019)、棗一郎ほか「職場のハラスメント防止法を作ろう!」労旬1934号6頁(2019)、町田悠生子「企業のパワハラ防止義務化と最新判例分析—ハラスメント規制強化に向けた改正法案の閣議決定と最新判例から読み解く防止対策—」労働法学会報2696号4頁(2019)に接した。

2019年6月26日に公表された「平成30年度個別労働紛争解決制度の施行状況」では、「いじめ・嫌がらせ」の相談件数は、民事上の個別労働紛争の相談件数で82,797件(25.6%、前年度比14.9%増)、助言・指導の申出で2,599件(24.2%、同15.6%増)、あっせんの申請で1,808件(33.0%、同18.2%増)といずれも過去最高となっている³¹⁶⁾。日本

313) 労働政策審議会・前掲注9)8頁。

314) 山川・前掲注18)65頁、同・前掲注28)5頁。

315) 西谷敏『人権としてのディーセント・ワーク——働きがいのある人間らしい仕事』270頁(旬報社、2011)参照。大和田・前掲注49)「ワークハラスメント(WH)の法的規制」437頁以下も参照。

316) 厚生労働省プレスリリース『平成30年度個別労働紛争解決制度の施行状況』を公表します～『いじめ・

では、今後、改正労働施策総合推進法につき指針が策定される予定であり、諸外国でも、ILO 条約の採択を受けて様々な議論がなされると予想される。職場におけるハラスメントの問題及び関連する労働法の諸課題について、立法論の動向等も注視しつつ、研究を続けて参りたい。

*** 謝辞**

本稿は、筆者が2018年12月に東京大学大学院法学政治学研究科に提出した同名の研究論文に、加筆・修正を施したものである。

本稿の執筆にあたっては、指導教員の荒木尚志先生に懇切なご指導をいただいた。未熟な筆者の議論に多くの貴重なご教示・ご示唆をいただいたこと、この場をお借りして心より感謝申し上げます。

(ひはら・ゆきえ)

論説

不法行為法におけるプライバシー

——その権利性と受忍限度——

2016年4月入学

溝端俊介

I. はじめに

II. プライバシー概念について

1 概観

2 「自己情報コントロール権」

- (1) 佐藤幸治の自己情報コントロール権
- (2) プライバシーと個人情報
- (3) 氏名等の保護

3 捜査か否かでの区別——刑事訴訟法の議論

- (1) 情報の質
- (2) プライバシー侵害の程度? ——二つの判例から
- (3) 捜査か否かという視点
- (4) 自由としてのプライバシー
- (5) 小括

4 判例

- (1) 前提
- (2) 前科
- (3) 氏名等
- (4) 容ぼう等
- (5) 小括

5 プライバシーの類型

III. 受忍限度論

1 公害における被侵害利益の公益性

- (1) 鳩山秀夫・権利濫用論
- (2) 受忍限度論
- (3) 大阪空港訴訟

(4) 国立マンション訴訟

2 「人格的利益」と公益性

- (1) 前提
- (2) 精神的苦痛
- (3) プライバシー
- (4) 小括

IV. おわりに

I. はじめに

不法行為法上の法律上保護された利益の一つとして、プライバシーが挙げられる。しかし、プライバシー侵害を理由とする不法行為の成否判断には、二つの点で、不明瞭な点がある。

第一は、どのようなものがプライバシーとして保護されるのかが明らかでない点である。

その混乱の原因は、プライバシーの概念が、いくつかの法分野で発展してきたにもかかわらず、そこで問題とされていることの差異に無自覚であったことと考えられる。

プライバシーは、日本では主に憲法学者によって論じられてきた。憲法学においては佐藤幸治が唱えた自己情報コントロール権説が通説であるとされており¹⁾、不法行為法学に

1) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第6版)』123頁(岩波書店, 2015), 長谷部恭男『憲法(第7版)』149頁(新世社, 2018)など。

においても憲法学の議論が参照され、説明がなされることが多い²⁾。

しかし、情報の取得主体が、私人か公権力か、公権力の中でも刑事手続に関わるものか否か、という点は、プライバシー概念の展開において大きな差異を生み出してきた。具体的には、次章以下で述べるように、情報の質を問題とするのか、否か、である。

本稿では、情報の取得・公開にまつわる問題をプライバシーの問題として議論する。その中で、憲法、行政法、刑事訴訟法でなされてきたプライバシーの議論を概観し、それらがなにを問題とし、どこにプライバシーの要保護性を見出してきたかを確認する。それによって、今までプライバシーの保護として語られてきたものにはそれぞれ別の根拠があることを示したい。それをもとに最高裁判例を改めて読むことで、実際にもその文脈に応じた形で、プライバシー侵害の議論が展開されていることを示す。

このような作業を通じて、私人間における不法行為法上保護されてきたプライバシーにも複数の文脈があることを示し、その混乱を解きほぐすことが、本稿の第一の課題である。

第二は、プライバシーの侵害が認められたとしても、直ちに不法行為の成立が認められるわけではない点である。

昭和60年代以降の判例は「権利侵害ないし法的利益侵害」を不法行為の独立の要件として扱っているとされる³⁾。しかしそこで権

利侵害・法的利益侵害と認められたとしても、プライバシーのような人格的利益は、「違法性」要件により免責される。

違法性判断を行う立場として伝統的なものは、我妻栄の相関関係説である⁴⁾。被侵害利益の種類と侵害行為の態様とを相関関係的に衡量して決めるこの立場⁵⁾は、あくまで権利侵害がなくとも行為の悪性次第では不法行為が成立しうる、という方向での議論であった。これに対し、公害における受忍限度論⁶⁾は法益侵害が認められても不法行為の成立が制限されることを明示的に示した。両者の落ち着くところは同じであると思われるかもしれない。しかし、受忍限度論に歯止めがきかなければ、権利さえも蝕みかねない⁷⁾との指摘があるほか、実際にも、証明責任は被害者にあるとされる⁸⁾。

そして、この従来は公害訴訟に使われてきた、「社会生活上受忍すべき限度」を超えるかどうかという基準を、容ぼう等の撮影⁹⁾や精神的苦痛¹⁰⁾、に用いる判例が現れた。

このような利益については、どんな侵害であつても不法行為となるのは問題である¹¹⁾から、なんらかの調整は必要であるとされてきた。しかし、その枠組みとして公害訴訟で用いられた枠組みを用いたことが適切であったらうか。プライバシーには、受忍限度論は妥当しないのではないか。

このような問題意識のもと、人格権・人格的利益の制限についての判例・学説を参照し、権利利益侵害があつてもなお受忍を強い

2) 窪田充見『不法行為法(第2版)』130頁(有斐閣, 2018), 潮見佳男『債権各論II 不法行為法(第2版)』187頁(新世社, 2009), 藤岡康宏『民法講義V 不法行為法』223-225頁(信山社, 2013), 吉村良一『不法行為法(第4版)』48頁(有斐閣, 2010)など。

3) 大塚直「保護法益としての人身と人格」ジュリ1126号36頁, 39頁参照(1998)。

4) 潮見佳男『不法行為法I(第2版)』68-69頁(信山社, 2009), 窪田充見編『新注釈民法(15)』288頁(有斐閣, 2016)[橋本佳幸]など参照。

5) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』125-126頁(日本評論社, 1937)。

6) 加藤一郎「序論」同編『公害法の生成と展開』1頁, 26-28頁(岩波書店, 1968)。

7) 原島重義「わが国における権利論の推移」『市民法の理論』446頁参照(創文社, 2011)。

8) 具体的には、「受忍限度外であること」が請求原因事実になってしまう。伊藤滋夫『要件事実の基礎(新版)』48-49頁(有斐閣, 2015), 岡口基一『要件事実マニュアル第2巻(第5版)』574頁(ぎょうせい, 2016)等参照。

9) 最判平成17年11月10日民集59巻9号2428頁(手錠・腰縄をかけられた状態の被告人を写真撮影したことが問題となった事例。以下、「平成17年判決」)。

10) 最判平成23年7月15日民集65巻5号2362頁(テレビ番組の出演者が、弁護団に対して懲戒請求をするよう呼び掛けた行為が問題となった事例。以下、「平成23年判決」)。

11) 能見善久「総論」NBL936号, 8頁, 13頁(2010)。

るための必要条件を探る。そして、それを基準とすることで、従前は総合考慮が当然視されていた人格権・人格的利益の侵害を受忍しなければならない局面を限定する。これが、本稿の第二の課題である。

以上のように、プライバシー侵害を理由とする不法行為法上の請求には、権利侵害と違法性阻却のそれぞれの点に検討すべき課題がある。以下、Ⅱ及びⅢにおいて、各課題について検討し、それらを踏まえて、Ⅳにおいてはプライバシー侵害を理由とする不法行為法上の請求がどのような場合に認められるのかを整理することとする。

Ⅱ. プライバシー概念について

1 概観

不法行為法では、憲法における議論を参照してきた。両者は一見全く別領域であるが、こと自己情報コントロール権については、後述するように、不法行為法への接続を見出すことができる。しかし、問題は、そこでいう「自己情報」なるものがなにを指しているかである。自己情報コントロール権の提唱者たる佐藤は、そこに一定の限定を付していた。そして、その限定こそが、不法行為法との接続において重要である。

一方で、その限定から外れる個人情報があることになる。しかし、そのような情報についても、保護が図られてきた。氏名等を問題とした、早稲田江沢民事事件がそれである。これについては、情報の質を問題としてこなかった、刑事訴訟法におけるプライバシー概念から説明できる。

また、個人情報保護法も、自己情報コントロール権の表れであると説明される。しか

し、これもまた、別の論理で説明されるものである。

以上のことを、次節以下で詳論する。

2 「自己情報コントロール権」

(1) 佐藤幸治の自己情報コントロール権

すでに述べたように、憲法学では自己情報コントロール権説が通説とされている。これを批判し、社会的評価から自由な領域の保護¹²⁾や自己イメージのコントロール¹³⁾を説く学説も存在するが、それらは自己情報コントロールが持つ価値を論ずるものに過ぎないとの指摘¹⁴⁾もあり、不法行為法学で主に参照されるのも自己情報コントロール権説である。あくまで不法行為法における混乱を解くという趣旨から、ここでは自己情報コントロール権について論じる。

まず、佐藤の自己情報コントロール権が本来なにを目指して提唱されたものなのかということを確認したい。佐藤がプライバシーの権利について自身の立場を明らかにしたのは、1970年の「プライバシーの権利（その公法的側面）の憲法論的考察」¹⁵⁾においてであった。そこでは、伊藤正己等の研究を「主として私法上の観点からなされ、対国家権力との関係において私的生活領域の保護に憲法上どのような配慮がなされるべきかについては、詳しく論ずる機会はまだ十分には熟していなかったように思われる」¹⁶⁾と評したうえで、あくまで「公法的側面」について論じている。しかし、以下のように、佐藤の議論には、不法行為法との接続を見出すことができる。

佐藤は、プライバシーの権利を「自己についての情報をコントロールする権利」¹⁷⁾と定義し、プライバシーの関心は、「高度に複

12) 佐伯仁志「プライバシーと名誉権の保護(1)～(4・完)」法協101巻7号981頁・8号1158頁・9号1406頁・11号1675頁(1984)。

13) 棟居快行「プライバシー概念の新構成」『人権論の新構成』173頁、192-194頁(信山社、1992)。

14) 宇賀克也＝長谷部恭男「情報公開・個人情報保護」宇賀克也ほか編『対話で学ぶ行政法』129頁、137頁〔宇賀発言〕(有斐閣、2003)。

15) 佐藤幸治「プライバシーの権利(その公法的側面)の憲法論的考察」『現代国家と人権』259頁(有斐閣、2008)〔初出1970-1975〕。

16) 佐藤・前掲注15)265頁。

17) 佐藤・前掲注15)271頁。

雑な相互依存的社会にあつて個人が自己に関する情報をコントロールする自由を確保することによって現代社会にみあった人間の行動についての合理的なルールを確立し、もつて人格の自由なる発展の道を確認しようとする努力から生じている」¹⁸⁾とする。

「高度に複雑な相互依存的社会」について、佐藤が懸念していたことはほぼ同時期の論文¹⁹⁾に示されている。情報化社会において、「公的および私的組織における個人情報への関心は、コンピュータ技術の進展に伴って増幅され、しかも公的および私的情報システム間の連結ないしその容易な可能性によって、公的領域と私的領域との区分」²⁰⁾は曖昧化する。「道徳的自律の存在としての人間のこのようなあり方を侵す場合に、プライバシーの権利の侵害が認められるもので、その人の意思に反して接触を強要し、その人の道徳的自律と存在にかかわる情報を取得または利用することがプライバシーの侵害となると解される。」公権力が「個人の道徳的自律と存在に直接かかわる情報（例えば、個人の思想・良心等に直接かかわる情報）を取得・保有することは、この権利を侵害するものとして原則として許されない。」「直接かかわらない外的事項に関する個別情報を公権力が正当な目的のために正当な方法を通じて取得しても、直ちにはプライバシーの侵害とはいえないが、それが悪用されまたは集積される時、道徳的自律と存在に影響を及ぼすものとして、プライバシーの権利侵害の問題が生ずる」²¹⁾と論じた。このように、プライバシーについての要保護性の根拠として人格の自由な発展及び道徳的自律と存在に基礎を置く限り、人格権として民法上も保護を図ることができるだろう。佐藤は、プライバ

シーの価値を人間の尊厳価値に収斂させることで、「不法行為法上のプライバシーと公法上のそれとの共通のリンクを見出す」²²⁾のである。この限りにおいて、公法的側面として論じられた佐藤のプライバシー論は、不法行為法とも接続ができるのである²³⁾。

佐藤は、個人の心身の基本に関する情報をプライバシー固有情報と呼び、これ以外の情報、すなわち道徳的自律性に直接かかわらない外的事項に関する個別的情報をプライバシー外延情報と呼ぶ²⁴⁾。ここでの問題として、ここでいう外延情報につき、どこまでが含まれるのかというものがある。佐藤の述べる保護根拠からすれば、道徳的自律と存在に影響を及ぼし得る情報でなければならないはずである。実際に、後に佐藤は、「正直に言えば、当初は、電話番号帳などもあり、人の氏名・住所・電話番号などは自己情報コントロール権として保護されなければならないなどとは思ってはいませんでした。」²⁵⁾と告白している。一方で、このような氏名等について問題になった住基ネットについては、「やがて外延情報だけでなく固有情報も連結することになりはしまいかと心配しています。」²⁶⁾と問題設定をしている。

氏名等だけであればいくら集積しても道徳的自律と存在には影響を与えないように思われる。にもかかわらず、これらもプライバシーの対象とするのであれば、別の保護根拠が必要になってくるのではないだろうか。氏名等について固有情報との連結可能性を以て問題視するのであれば、それは当初の自己情報コントロール権とは性質を異にしないか。

この点につき、個人情報保護法は、氏名等を保護の対象としている。その保護根拠は自己情報コントロール権なのか、別のところ

18) 佐藤・前掲注15)271頁。

19) 佐藤幸治『『情報化社会』の進展と現代立憲主義』・前掲注15)424頁〔初出1980〕。

20) 佐藤・前掲注19)430頁。

21) 佐藤・前掲注19)438頁。

22) 佐藤・前掲注15)274頁。

23) 山本龍彦ほか「日本国憲法研究第10回・プライバシー」ジュリ1412号91頁、93頁以下（2010）の議論も参照。

24) 佐藤幸治「プライバシーの権利と個人情報の保護」・前掲注15)490頁。

25) 佐藤幸治ほか「佐藤幸治憲法学との対話・討論」法時82巻5号49頁、55頁〔佐藤発言〕（2010）。

26) 佐藤ほか・前掲注25)55頁〔佐藤発言〕。

あるのか。次節では、自己情報コントロール権の射程を明確にするため、個人情報保護法についての議論を参照する。

(2) プライバシーと個人情報

個人情報保護法制定時には、「個人情報すべてがあなたもプライバシーであるかのような感じをみんなが持ってしまった」ことへの懸念²⁷⁾が示されていた。個人情報とプライバシーとの関係はどう理解すべきなのだろうか。

個人情報保護法1条によると、この法律は「個人の権利利益を保護することを目的」としている法律である。そこでは、権利利益が何を指すのか規定されていないのだが、「自己情報コントロール権」という文言が目的規定に明記されていないことにつき、宇賀克也は、プライバシー権の意味についての共通理解が定まっていなかったためとしつつも、第三者提供に関しての本人同意原則(23条1項)、利用目的の通知の求め(27条2項)、開示・訂正等・利用停止等の求め(28～30条)を指して自己情報に対するコントロールの仕組みを導入しているとする²⁸⁾。しかし、佐藤の発言を踏まえると、佐藤の想定以上の情報までコントロールの対象としており、個人情報の要保護性を、佐藤説では説明できない。

この点につき、宍戸常寿も、行政による私人間の秩序形成を憲法解釈によって統制するという意識が希薄だったこと、単なる個人識別情報にも自己情報コントロール権の保護が及ぶと考える場合、いかなる観点からの違憲審査が求められるのかが突き詰められて検討されることは乏しかったことを挙げ、憲法上のプライバシー権と個人情報保護法制との接点が見出しにくいことを指摘する。そして、

住基ネット判決以降、強く保護すべき権利の内実を親密な人間関係にあると考え、個人識別情報の保護をひとまずそれとは切り離す方向性が出てきた、と言う²⁹⁾。

ウエットな、とも言われる佐藤の自己情報コントロール権³⁰⁾に端を発した日本のプライバシー論としては、初心に立ち返った、妥当な指摘と言えるだろう。

(3) 氏名等の保護

では、個人情報保護法における氏名等の保護はどう説明されるのか。宍戸は二つの説明を提示する。

一つは、蟻川恒正が提唱する、プライバシーを「個人に関する情報をみだりに情報管理システムに接続されない自由」の問題とすることである³¹⁾。蟻川は、京都府学連事件³²⁾や指紋押捺拒否事件³³⁾を引用し、この自由が日本のプライバシー判例の中に存在を見出すことができると主張する。情報の連結、という問題を直視した点で、上記座談会での佐藤発言の立場を言語化したものとして評価できるだろう。しかし、両事件についてはあくまで取得時中心主義であるという見方もされ³⁴⁾、連結まで視野に入れられているのか疑問であり、このような権利構成は未だ市民権を得ていないように思われる。

もう一つは、「個人情報をみだりに収集されない自由」と構成する限りにおいては、権利侵害の論理よりは、法律の留保といった実質的法治国のルール強化、あるいはセキュリティ構造の確保に関する「構造審査」を行うべきだとするものである。宍戸は、法改正が対処しようとしたのはこちらであるとする³⁵⁾。

後者の立場のように、個人情報保護法が、

27) 棟居快行ほか「プライバシーをめぐる今日的状況とプライバシー理論の現在」法時78巻4号4頁、5頁〔本橋発言〕(2006)。

28) 宇賀克也『個人情報保護法の逐条解説(第5版)』32-33頁(有斐閣、2016)。

29) 宍戸常寿「個人情報保護法制」論ジュリ13号37頁、46-47頁(2015)。

30) 山本龍彦「プライバシーの権利」ジュリ1412号80頁、82頁参照(2010)。

31) 蟻川恒正「プライバシーと思想の自由」樋口陽一ほか『憲法判例を読みなおす(新版)』78頁、82頁(日本評論社、2011)。

32) 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁。

33) 最判平成7年12月15日刑集49巻10号842頁。

34) 山本・前掲注30)86頁。

35) 宍戸・前掲注29)47頁。

権利侵害の論理に依るものではないとすれば、個人情報保護法違反は当然にはプライバシー侵害を意味しない³⁶⁾。氏名等が個人情報保護法の保護対象となるからという理由では、不法行為法上プライバシーとして保護を受けるわけではないのである。

3 捜査か否かでの区別——刑事訴訟法の議論

(1) 情報の質

以上のような自己情報コントロール権の理解によれば、プライバシーとして保護されるか否かは情報の質が基準となる。

しかし、刑事訴訟法の文脈においては、情報の質は問題とされていない。そうである以上、京都府学連事件も自己情報コントロール権とは別の枠組みのものとして理解すべきである。本節ではその基準を明らかにしていくことを目的とする。

刑事訴訟法においては、捜査の適法性及びそれに付随する問題としての違法収集証拠排除が問われる場面でプライバシーの議論が展開されてきた。強制処分を「有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段」と定義し、任意捜査につき「強制手段にあたらぬ有形力の行使であつても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性などをも考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容される」と判示した判例³⁷⁾の下、

有形力行使を伴わない捜査についても対象者の意思に反してその重要な権利・利益を実質的に制約する処分を強制処分とする有力説³⁸⁾が展開された。そして、その枠組みの中でプライバシー侵害を伴う捜査を判断しようとするために、当該プライバシー侵害が「重要な権利・利益を実質的に制約」しているかが問われてきたのである³⁹⁾。

以下、プライバシーが問題になった事例につき、任意処分の限界を検討することで、刑事訴訟法上、どのようなプライバシーが重要と判断されてきたか、ひいてはプライバシーがどのような権利として想定されているかを論じる。

(2) プライバシー侵害の程度?——二つの判例から

プライバシー侵害の強制処分性につき、ここで注目したいのは米子銀行強盗事件⁴⁰⁾とエックス線検査事件⁴¹⁾ある。

前者は職務質問に伴う所持品検査について、「捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合がある」としたうえで、「所持品検査の緊急性、必要性が強かつた反面、所持品検査の態様は携行中の所持品であるバッグの施錠されていないチャックを開披し内部を一べつしたにすぎないものであるから、これによる法益の侵害はさほど大きいものではなく、上述の経過に照らせば相当と認めうる行為であるから、これを警職法二条一項の職務質問に附随する行為として許容される」としたものである。

施錠されていないバッグのファスナーを開披して内部を一べつした行為は、捜索に至らず強制にわたらない、との判断といえる。

一方でエックス線検査事件は、「本件エッ

36) 個人情報保護法違反の事件で損害賠償を認めた、福岡高判平成27年1月29日判時2251号57頁、及びそれが引用する福岡地裁久留米支部判決平成26年8月8日判時2239号88頁は「本件情報共有が行われた当時において、HIV感染者に対する偏見・差別がなお存在していたことが認められ、HIV感染症に罹患しているという情報は、他人に知られたくない個人情報であるといえる」であることを述べる特殊な事例であるといえる。

37) 最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁。

38) 井上正仁『強制捜査と任意捜査(新版)』12頁(有斐閣, 2014)。

39) もっとも、通信傍受についての最決平成11年12月16日刑集53巻9号1327頁は、プライバシー侵害を理由に強制処分としながらも、昭和51年決定を引用しない。

40) 最判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁。

41) 最決平成21年9月28日刑集63巻7号868頁。

クス線検査は、荷送人の依頼に基づき宅配業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察したものであるが、その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分当たるとの解される。」と判示し、施錠されているわけでもない宅配物のX線検査を強制処分であるとした。

この差をどう見るかについて、エックス線検査は、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であったという点で、所持品検査の態様でいえば、バッグのチャックを開けて内部を一瞥したという程度にとどまるものではなく、所持品の梱包を解いて開披し内容を見分したに等しいから、それによるプライバシー侵害の程度において強制処分にあたりと評価されたという説明がされる⁴²⁾。しかし、「対象者の意に反してその所持品を開披したり、その内容を点検・検査する行為態様の検査型所持品検査であって搜索または検証に至らない程度の行為などあり得るとは思われない⁴³⁾」との批判がある。行為態様で区別できない以上、強制捜査と任意捜査の限界はどのように判断すべきか。

(3) 捜査か否かという視点

この点について、稲谷龍彦が興味深い議論⁴⁴⁾をしている。稲谷は、刑事手続法の意義を、資源の適正配分とエージェンシース

ラックの封じ込めを両立し、『力の支配』の排除と『法の支配』の実現を通じて、「弱者の尊厳が暴力や圧政によって踏みじられること無く、社会的強者同様に『個人として尊重される』民主主義社会の実現」に見出す⁴⁵⁾。プライバシー権という概念に積極的意味は見出し難いとし、刑事手続における適正なプライバシー保護を実現するために、プライバシー権という概念を解釈指針とするのではなく、国民利益の最大化を目指した政府による情報の取得・保存・利用のあり方という問題の実質そのものについて、直截に判断を求める、とする⁴⁶⁾。そしてこのような観点から、米子銀行強盗事件で問題となる憲法35条は「政府が犯罪捜査に名を借りて支配領域へ侵入し、文書の渉猟的搜索・押収を通じて『敵』の特定・弾圧を行うことや、誤った判断に基づく不適切な権限行使によって、生活拠点の破壊など、健全な民主制の前提たる市民生活に重大な支障が出ることを、令状審査を通じて抑止しようという規定だと解することができる。」「この事件における所持品検査は、爆発物や銃器を有していることが疑われる人物に接触するにあたり、捜査官や周囲の安全を確保するために、それに必要な限度で所持品を開披したというものであったから」憲法35条によって規律すべきではないとする⁴⁷⁾。

逆に、エックス線検査事件においては、このような事情はないから、原則通り強制捜査となる。

笹倉宏紀は、伝統的な立場と稲谷の立場の相違について、ホイットマンの論文⁴⁸⁾を参照せよという⁴⁹⁾。笹倉は、伝統的な立場を個人の主観的利益を保護するもの、稲谷の立場を政治的自由に一元的に還元し、制度的、

42) 増田啓祐「判解」最判解刑事篇平成21年度371頁、389頁。

43) 酒巻匡『刑事訴訟法』45-46頁（有斐閣、2015）。

44) 稲谷龍彦『刑事手続におけるプライバシー保護』274頁以下（弘文堂、2018）。

45) 稲谷・前掲注44)317頁。

46) 稲谷・前掲注44)318頁。

47) 稲谷・前掲注44)326-327頁。酒巻も「仮にこの結論を正当化できる要素があるとすれば、対象者が猟銃とナイフを所持した銀行強盗事件の犯人である疑いが濃厚であった事情、すなわち質問を実施する警察官の生命・身体の安全確保の強い要請が認められる事情が重視されるべきであろう。」とする（酒巻・前掲注43)46頁）。

48) James Q Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 YALE L. J. 1151 (2004).

49) 笹倉宏紀「捜査法の思考と情報プライバシー権」法時87巻5号70頁、74頁（2015）。

客観的な価値を保護するもの、と対置し⁵⁰⁾、ホイットマンの語彙に従えば前者を **Dignity**、後者を **Liberty** に対応させているように思われる。ホイットマンの議論について、詳しく見ていきたい。

(4) 自由としてのプライバシー

ホイットマンは、プライバシーについて、アメリカは国家からの自由への権利という発想なのに対して、ヨーロッパ大陸では個人の尊厳への権利という発想という違いがあるとす⁵¹⁾。大陸的な観点では、プライバシーの権利は(もしそうしたいなら、堂々と裸を見せつける権利を含みうる、)パブリックイメージをコントロールする権利である。対照的にアメリカにとっては、家の中での主権が問題であって、家の壁を取り払われた人は裸であるのと変わらない。そういう人は「プライバシーの合理的期待」が奪われた人である、と言う⁵²⁾。家の中の主権が害されることがアメリカでのプライバシーである、との主張である。

家の中の主権、ということであれば、それが脅かされること自体が権利侵害であり、実際にどのような情報を取得されたか、ということとは関係ない。

このようなプライバシー理解は、自己情報コントロール権とは異質である一方、刑事手続におけるプライバシー権とは重なる。

参考のため、簡単にアメリカの判例に触れる。「プライバシーの合理的期待」⁵³⁾は第4修正該当性判断テストとしても知られている。プライバシーの合理的な期待テストは、アメリカ刑訴判例において重要な役割を果たしてきたが、**Katz** 判決は、プライバシーが

いかなるものか定義していない。連邦最高裁が初めてプライバシーに言及したのは、**Olmstead** 判決⁵⁴⁾でのブランドイス反対意見である。判事としてのブランドイスは、プライバシーの権利を「(もっとも包括的でもっとも重要な権利である)政府に対しての放っておかれる権利」と定義した。この定義は近年の判例の法廷意見にも採用されており⁵⁵⁾、アメリカ憲法判例のプライバシー観に通底した発想と言ってもよいのではないだろうか⁵⁶⁾。そして、スカーリアも、この権利は憲法上の権利、政府に対する権利であって、コモンロー上の権利利益に一般化されるものではないと改めて指摘する⁵⁷⁾。

(5) 小括

捜査の局面で問題になるプライバシーは、憲法35条に基づく⁵⁸⁾ものであって、佐藤が言うようなものではない。佐藤の自己情報コントロール権は道徳的自律と存在にかかわることを要求する以上、取得される情報の質が問題になるはずであるが、捜索においてはそのような区別をしない。バッグに大量の野球ボールしか入っていない場合を考えてみよう。中身を全部取り出してそれが何かを確認しようと、野球ボールをみられたところで自己情報コントロール権からはプライバシー侵害に当たらないであろう。しかし、それを捜索でないというのは困難であろうというのが率直な感想ではないか。逆に、不要物として公道上のごみ集積所に排出されたごみについて、その内容物に道徳的自律と存在にかかわる情報が含まれていたかによってプライバシー侵害の有無が左右される、ひいては強制処分該当性が左右されるということは受け入

50) 笹倉・前掲注49)74頁。

51) See Whitman, *supra* note 48, at 1161.

52) See *id.* at 1162.

53) Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967), Harlan 意見。

54) Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928).

55) Hill v. Colorado, 530 U.S. 703 (2000).

56) California v. Ciraolo, 476 U.S.207 (1986) や、Florida v. Riley, 488 U.S.445 (1989) は警察による上空からの観察を修正4条違反としない。同じ情報を、塀から侵入して得たのであれば修正4条違反になると思われ、このことは得られる情報の質ではなく、侵害の態様からプライバシーを定義するという発想の手がかりになると思われる。しかし、本稿ではこれ以上扱わない。

57) *Supra* note 55, Scalia 反対意見。

58) 最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁(GPS判決)参照。

れられないだろう⁵⁹⁾。

ここで問題になっているのはホイットマンがいうところの自由としてのプライバシーである⁶⁰⁾。このような包括的な権利のことをプライバシーと呼ぶならば、「家の中」への干渉があるかどうか問題となる。情報の性質如何ではない。そして、ブランドイスやスカーリアの定義に従うなら、それは政府に対する権利であって、私人に対して拡張されるものではない。

さらに、稲谷の指摘は、刑訴法において、弱者の尊厳保護を中心に置くことで、特定・弾圧のおそれのない行為であれば対象外とする道を開いている。すなわち、捜査目的でなければ、干渉は許されるのである。

このような捜査目的と行政目的との区別は、川崎民商事件⁶¹⁾及び成田新法事件⁶²⁾で判例も採用するところであった。近時、プライバシーについても同様の判断を下した判決⁶³⁾があるので紹介する。平成28年判決は、税関職員が「郵便物の外装箱を開披し」「外装箱から2本のボトルを取り出し、ボトルの外蓋、内蓋を開け、中に入っていた白色だ円形固形物を取り出して重量を量り、その様子を写真撮影するなどした後、上記固形物の破砕片からごく微量を取り出し」た事案であり、憲法35条違反及び違法収集証拠排除が問題となった。捜査目的であれば当然に捜索と評価された事案であろう。にもかかわらず最高裁は、関税法の規定は「関税の公平確実な賦課徴収及び税関事務の適正円滑な処理という行政上の目的を、大量の郵便物について簡易、迅速に実現するための規定である」とし、「憲法35条の規定は、主として刑事手続における強制につき、司法権による事前抑制の下に置かれるべきことを保障した趣旨のものであるが、当該手続が刑事責任追及を目的とするものではないとの理由のみで、その

手続における一切の強制が当然に同規定による保障の枠外にあると判断することは相当でない。しかしながら、本件各規定による検査等は、前記のような行政上の目的を達成するための手続で、刑事責任の追及を直接の目的とする手続ではなく、そのための資料の取得収集に直接結び付く作用を一般的に有するものでもない。また、国際郵便物に対する税関検査は国際社会で広く行われており、国内郵便物の場合とは異なり、発送人及び名宛人の有する国際郵便物の内容物に対するプライバシー等への期待がもともと低い上に、郵便物の提示を直接義務付けられているのは、検査を行う時点で郵便物を占有している郵便事業株式会社であって、発送人又は名宛人の占有状態を直接的物理的に排除するものではないから、その権利が制約される程度は相対的に低いといえる。また、税関検査の目的には高い公益性が認められ、大量の国際郵便物につき適正迅速に検査を行って輸出又は輸入の可否を審査する必要があるところ、その内容物の検査において、発送人又は名宛人の承諾を得なくとも、具体的な状況の下で、上記目的の実効性の確保のために必要かつ相当と認められる限度での検査方法が許容されることは不合理といえない。前記認定事実によれば、税関職員らは、輸入禁制品の有無等を確認するため、本件郵便物を開披し、その内容物を目視するなどしたが、輸入禁制品である疑いが更に強まったことから、内容物を特定するため、必要最小限度の見本を採取して、これを鑑定に付すなどしたものと認められ、本件郵便物検査は、前記のような行政上の目的を達成するために必要かつ相当な限度での検査であった」(下線は筆者による)として合憲判断をした。総合考慮の枠組みで様々なことが言われているが、エックス線検査事件と比較すると提示を求められるのが郵便事業者で

59) 最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁参照。川出敏裕「物の占有とプライバシー」研修753号3頁、8頁(2012)参照。

60) 川出・前掲注59)があくまで占有を問題にすることとも平仄が合うのではないと思われる。

61) 最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁。

62) 最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁。

63) 最判平成28年12月9日刑集70巻8号806頁。

あることは意味を持たないだろう⁶⁴⁾。プライバシー等への期待が低いというのは、税関検査に対してであって、捜査に対しては別異に解しうる。本件では必要かつ相当かという枠組みで審査されているが、捜査目的であれば捜索としてそのような枠組みには乗らず当然に令状を要するところであろう。結局、捜査目的か行政目的かが結論を左右していると思われる。

以上のように、捜査目的の場合に問題となる権利は、刑事手続にみだりに接続されない権利とでもいうべきものであり、情報の質を問題としない点で、自己情報コントロール権とは異なる、捜査固有のものである。

4 判例

(1) 前提

以上の検討から、以下のような結論が得られる。対公権力・対私人を問わず自己情報コントロール権は保護されているが、氏名等はその保護の対象外である。氏名等は個人情報保護の文脈でのみ保護される。さらにそれとは別に、刑事手続にみだりに接続されない権利とでもいうべきものが存在し、刑事手続上保護が図られている。

以下に引用する判例群は、「みだりに」という要件で絞りをかけるが、なにがみだりになのかどうかの判断には、どのような根拠に基づく保護なのかの検討が不可欠である。上記検討に基づき、個人の情報の取得・開示を保護した判例について保護の根拠を検討していく。

(2) 前科

公知情報の取得・公表が問題となった類型として、前科の公表をまず取り上げることとする。対公的機関と対私人それぞれが問題となり、同じように保護された類型である。

a 前科照会事件⁶⁵⁾

最高裁の、前科等は「人の名誉、信用に直接にかかわる事項であり、前科等のある者も

これをみだりに公開されないという法律上の保護に値する利益を有するのであって、市区町村長が、本来選挙資格の調査のために作成保管する犯罪人名簿に記載されている前科等をみだりに漏えいしてはならない」という判示は有名であるが、一方で「中京区長が本件報告をしたことと、本件照会の申出をした猪野弁護士との依頼者である訴外株式会社ニュードライバー教習所の幹部らが中央労働委員会及び京都地方裁判所の構内等で、関係事件の審理終了後等に、事件関係者や傍聴のため集っていた者らの前で、被上告人の前科を摘示して公表したこととの間には相当因果関係があるとした原審の判断は、正当として是認することができる」とも述べている。そこでこの部分についての原審を見ると⁶⁶⁾、「ところで、不法行為の成立するためには、違法な行為と損害との間に相当因果関係の存在を要件とする。そして前記認定のような照会があつた場合に、これに対する報告により、控訴人に前科の存在することが対立当事者である訴外会社に知らされ、かつ、労働委員会及び裁判所に訴訟資料として提出される等により公表されること、これによつて、控訴人の名誉が毀損されることは十分予見することが可能であつたということができ、これによつて控訴人が精神的打撃を受けたことは明らかである」と述べている。

控訴審も上告審も、中京区長による報告と、法廷における前科の摘示・公開との相当因果関係を判断しており、中京区長の報告だけでは損害が生じていないと解している。一方で、前科を開示したのは中京区長であるが、法廷において名誉毀損行為を行ったのは弁護士であり、中京区長に名誉毀損を認めることは直接には導きづらい事案だとも思われる。そこで、名誉毀損とは区別した、「前科等をみだりに公開されない利益」を保護したと解することができるのではないだろうか。ここでは、名誉毀損とのバランスから、「名誉、信用に直接にかかわる事項」であるこ

64) アメリカの第三者法理につき、稲谷・前掲注44)263頁以下参照。

65) 最判昭和56年4月14日民集35巻3号620頁。

66) 大阪高判昭和51年12月21日判時839号55頁。

とが保護の要件となっていると考えられる。

b ノンフィクション「逆転」事件⁶⁷⁾

私人による前科の公表についての判決である。「ある者が刑事事件につき被疑者とされ、さらには被告人として公訴を提起されて判決を受け、とりわけ有罪判決を受け、服役したという事実は、その者の名誉あるいは信用に直接にかかわる事項であるから、その者は、みだりに右の前科等にかかわる事実を公表されないことにつき、法的保護に値する利益を有するものというべきである」。「この理は、右の前科等にかかわる事実の公表が公的機関によるものであっても、私人又は私的団体によるものであっても変わるものではない。そして、その者が有罪判決を受けた後あるいは服役を終えた後においては、一市民として社会に復帰することが期待されるのであるから、その者は、前科等にかかわる事実の公表によって、新しく形成している社会生活の平穏を害されその更生を妨げられない利益を有するというべきである。」とし、前科の公表が私人によるものでも同様に判断できると、いわゆる時の経過基準を示した。

前科照会事件と異なり、「プライバシー情報を特定人に開示した者」と「不特定多数に公表し、名誉を毀損した者」との分離がない。そのため、名誉毀損だけでも構成できうる事案であったと思われる。そのような状況において前科照会事件の定式を引用したため、評釈においては「前科をみだりに公表されない利益を、前科が人の名誉あるいは信用に直接にかかわる事項であることから導くが、この論理は、保護法益（名誉）を侵害されないことを保護法益（前科をみだりに公表されないこと）とするという、屋上屋を重ねる類のものというほかない。」との指摘もなされた⁶⁸⁾。これに対し、調査官は、「前科等にかかわる事実の公表は、それが真実であればこそ許さ

れないという意味で、後述するとおり、名誉棄損の成否とは別に考察されるべき要素もある。前科等が名誉あるいは信用にかかわる事項であるということから、直ちにその公表の是非が名誉棄損の成否として検討されるべき問題であるということにはならないはずである。」⁶⁹⁾と応答する。このような考慮から、本件はプライバシーの問題としたのであろう。そして、時の経過基準を持ち出し、非公知性を説明した。

非公知性は、プライバシーを定義した裁判例で有名な、「宴のあと」判決⁷⁰⁾でも要求されていた。しかし、公知の事実が時の経過によって私事になることはないのではないかという指摘⁷¹⁾がある。

また、名誉棄損において真実性ゆえに免責がされるのは、「その行為が公共の利害に関する事実に係りもつばら公益を図る目的に出た場合には、摘示された事実が真実であることが証明されたとき」⁷²⁾である。公益性を考慮する以上、真実であればこそ許されないから考慮すべき事由と重なる部分が多いと考えられ、区別を図ることが適切だったか疑問が残る。

ともかく、本判決は「名誉あるいは信用に直接にかかわる事項であるから」保護をするのであり、そのことは調査官の「それが真実であればこそ許されない」という表現からも読み取れる。

c 検索結果削除請求事件⁷³⁾

児童買春についての逮捕歴を持つXが、Yの運営する検索サービスにおいてその逮捕歴が表示されることについて、忘れられる権利を一内容とする人格権に基づく妨害排除請求権としての差止請求権を被保全権利とし、検索結果の削除を求めた事案である。

最高裁は、検索結果の提供について、検索事業者自身による表現行為という側面を有す

67) 最判平成6年2月8日民集48巻2号149頁。

68) 山口成樹「判批」法教168号144頁、144頁(1994)。

69) 滝沢孝臣「判批」最判解民事篇平成6年度105頁、138頁。

70) 東京地判昭和39年9月28日下民集15巻9号2317頁。

71) 阪本昌成「判批」重判昭和63年度(ジュリ臨増935号)24頁、25-26頁(1989)。

72) 最判昭和41年6月23日民集20巻5号1118頁。

73) 最決平成29年1月31日民集71巻1号63頁。

ること、現代社会においてインターネット上の情報流通の基盤として大きな役割を果たしている⁷⁴⁾ことを挙げ、「検索事業者が、ある者に関する条件による検索の求めに応じ、その者のプライバシーに属する事実を含む記事等が掲載されたウェブサイトのURL等情報を検索結果の一部として提供する行為が違法となるか否かは、当該事実の性質及び内容、当該URL等情報が提供されることによってその者のプライバシーに属する事実が伝達される範囲とその者が被る具体的被害の程度、その者の社会的地位や影響力、上記記事等の目的や意義、上記記事等が掲載された時の社会的状況とその後の変化、上記記事等において当該事実を記載する必要性など、当該事実を公表されない法的利益と当該URL等情報を検索結果として提供する理由に関する諸事情を比較衡量して判断すべきもので、その結果、当該事実を公表されない法的利益が優越することが明らかな場合には、検索事業者に対し、当該URL等情報を検索結果から削除することを求めることができるものと解するのが相当」と判示した⁷⁵⁾。

前科というプライバシーの枠組みで、削除請求をとらえている。

しかし、ここでの問題を、情報の公開に伴うものとみるべきではない。削除請求で問題になるものは、基本的に公知情報であるからである。本決定が時の経過基準に触れなかったのはそのためだと思われる。検索エンジンによる検索は、住基ネット判決で問題となったデータマッチングや名寄せに類似する。検索エンジンを用いると、名前と住所を打ち込むだけでその人の様々な情報が手に入る。氏名と住所がわかっているならば、その住所付近に赴き、聞き込みでもすれば前科程度の情報は手に入れられるかもしれない。しかし、検索エンジンによる検索は、極めて容易に、それと紐づけられた大量の情報を得られるという

点で大きく異なる。蟻川の言葉を借りると、ここでの問題は「計画的であると否とを問わず、権限と責任が多元化して全体を見透すことができなくなっている情報管理のネットワークシステムにおいて、個人の情報が殆ど自動的にやりとりされ、当該個人ですら、その時々において自己に関する情報が、どの範囲で流通し、自己に関する他の情報とどこまで結合されて自己の統合された像が組み立てられているかを捕捉することが不可能であるような事態それ自体」⁷⁶⁾である。

このような懸念に対して考案された「個人に関する情報をみだりに情報管理システムに接続されない自由」は、権利として広く承認されているわけではないことは既に述べた。また、蟻川がこの権利を導く際に参考とした判例は京都府学連事件と指紋押捺拒否事件である。いずれも国家との関係であって、私人によるネットワークシステムに直ちに適用できる判例ではない。個人情報保護法によってカバーされているとしても、それが個人の権利を付与するものではないことも前述した。

日本で削除請求が問題になるのは、前科についてのものが多いがために、プライバシーの問題と構成でき、一般論としては削除を認めうる裁判例が出てきている。しかし、本決定のように、プライバシーの枠組みでは公知性や公共性によつての免責がなされてしまう。問題は検索で表示される情報それ自体の質ではなくて、プロファイリングされていることにありと思われる。本稿の立場からは、削除請求の問題は伝統的なプライバシーから切り離して議論すべきと思われる。

d 小括

前科照会事件においては、名誉毀損との因果関係を認めるために、「名誉あるいは信用に直接にかかわる事項」であることが必要とされた。ここでは、前科は公知情報であることが前提になっていたと思われる。一方でノ

74) 最高裁は「知る権利」という言葉を出さなかった。最大判平成元年3月8日民集43巻2号89頁（レベタ事件）は知る権利の根拠につき人格の形成・発展と民主主義社会における基本的原理に資することの2つを挙げた。本件における児童買春についての逮捕歴は、後者の根拠に欠けるということだろうか。

75) 当てはめにおいて、逮捕されたことはプライバシーに属する事実だが今なお公共の利害に関する事項である、という二段階の議論をしたことは本稿での議論と軌を一にするものであるといえるだろう。

76) 蟻川・前掲注31)87頁。

ンフィクション「逆転」事件においては、時の経過基準により非公知性を導き、プライバシー性を認めた。このことにつき、「前科は(完全な)私事とはいえないとしても、前科は私事性を含むとはいえるのではないか。」「時の経過によって、私事でなかったものが私事に転ずるのではなく、当初は低かった(しかし存在はしていた)私事性の程度が高まると考えられる」「私事か否かを二者択一的に考えるのでなければ、時の経過(状況の変化)によって私事性が増減するということはおかしなことではない」⁷⁷⁾との指摘がある。

しかし、プライバシー性の判断について、古典的な発想にこだわり非公知性あるいは私事性に拘泥する必要はない⁷⁸⁾。あくまで公知情報であることは認めたくて、前科の公表がみだりに許されない理由を考えることで足りる。実際に、前科照会事件は非公知性に触れずに「名誉あるいは信用に直接にかかわる」ということを提示し、不法行為を認めているのである。これは、個人の道徳的自律と存在に根拠をおく佐藤の自己情報コントロール権から説明できる事態である。そうである限り、公的機関に対してでも私人に対しても、要保護性は同様に語ることができる。

(3) 氏名等

次に、氏名等について検討する。氏名や住所は「名誉や信用に直接にかかわらない公知事項である。これについて、下級審の判示⁷⁹⁾をもとに住居情報も特段の事情を要せずにプライバシーと保護すべきことが明らかになったとする論者もいる⁸⁰⁾。しかし、2で述べたように、これらは佐藤の自己情報コ

ントロール権の対象にならない情報である。氏名等がプライバシーであるから保護されるのか、ほかの考慮により保護されるのかを明らかにするため、これらを保護したかに見える二つの最高裁判決⁸¹⁾を検討する。

a 早稲田江沢民判決⁸²⁾

「本件個人情報、早稲田大学が重要な外国国賓講演会への出席希望者をあらかじめ把握するため、学生に提供を求めたものであるところ、学籍番号、氏名、住所及び電話番号は、早稲田大学が個人識別等を行うための単純な情報であって、その限りにおいては、秘匿されるべき必要性が必ずしも高いものではない。また、本件講演会に参加を申し込んだ学生であることも同断である。しかし、このような個人情報についても、本人が、自己が欲しない他者にはみだりにこれを開示されたくないと考えすることは自然なことであり、そのことへの期待は保護されるべきものであるから、本件個人情報は、上告人らのプライバシーに係る情報として法的保護の対象となるというべきである。」とし、氏名等につき自己情報コントロール権を認めた判例と位置づけられることもある⁸³⁾。

しかし、この判決は「早稲田大学は、警視庁から、警備のため、本件講演会に出席する者の名簿を提出するよう要請され」「本件講演会の警備を警察にゆだねるべく、本件名簿を提出することとした。」事案である。学生らが自治会所属の活動家だったこともあり、警察による捜査活動として行われたと評価できうる事案であった。

b 住基ネット判決⁸⁴⁾

京都府学連事件を参照し、「憲法13条は、

77) 大村敦志『不法行為判例に学ぶ』192頁(有斐閣, 2011)。

78) 佃克彦『プライバシー権・肖像権の法律実務(第2版)』12頁(弘文堂, 2010) 参照。

79) 東京地判平成10年11月30日判時1686号68頁, 東京高判平成14年1月16日判時1772号17頁。

80) 佃・前掲注78)71頁。

81) なお、潮見・前掲注4)201頁は最判平成元年12月21日民集43巻12号2252頁を「氏名・年齢・電話番号が『私生活の平穩』に関する人格的利益と捉え」る判決だとしているが、この判決は「電話、葉書、スピーカーによる嫌がらせや非難攻撃を繰り返し受け、家族に対してまで非難の宣伝をされた者があり、その余の者も右事実を知り同様の攻撃等を受けるのではないかと落ち着いた気持ちで毎日を送ったこと」を私生活の平穩の侵害と判断していると解される。氏名の公表それ自体を問題とするものではないと判断し、ここでは検討の対象としない。

82) 最判平成15年9月12日民集57巻8号973頁。

83) 潮見・前掲注4)201頁。

84) 最判平成20年3月6日民集62巻3号665頁。

国民の私生活上の自由が公権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものであり、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由を有するものと解される」とした。続けて、次のように言う。

「そこで、住基ネットが被上告人らの上記の自由を侵害するものであるか否かについて検討するに、住基ネットによって管理、利用等される本人確認情報は、氏名、生年月日、性別及び住所から成る4情報に、住民票コード及び変更情報を加えたものにすぎない。このうち4情報は、人が社会生活を営む上で一定の範囲の他者には当然開示されることが予定されている個人識別情報であり、変更情報も、転入、転出等の異動事由、異動年月日及び異動前の本人確認情報にとどまるもので、これらはいずれも、個人の内面に關わるような秘匿性の高い情報とはいえない。これらの情報は、住基ネットが導入される以前から、住民票の記載事項として、住民基本台帳を保管する各市町村において管理、利用等されるとともに、法令に基づき必要に応じて他の行政機関等に提供され、その事務処理に利用されてきたものである。」住民票コードについても、「上記目的に利用される限りにおいては、その秘匿性の程度は本人確認情報と異なるものではない。」と述べ、本人確認情報の非公知性を確認した。原審がデータマッチングや名寄せの危険性の存在によりプライバシー侵害を認めたことに対しては、「住基ネットにシステム技術上又は法制度上の不備があり、そのために本人確認情報が法令等の根拠に基づかずに又は正当な行政目的の範囲を逸脱して第三者に開示又は公表される具体的な危険が生じているということもできない」ことを理由に合憲と判断した。

一方で、「都道府県知事は、同法別表に掲

げる国の機関等、区域内の市町村の市町村長その他の執行機関又は他の都道府県の執行機関等から、法令又は条例によって規定された一定の事務の処理に関し求めがあったときは、政令又は条例で定めるところにより、本人確認情報を提供する（同法30条の7第3項～6項）。」ことは認められており、現に総務省や厚生労働省などに提供されていた⁸⁵⁾ ことについては、問題とされていない。

c 検討

早稲田江沢民判決の調査官は、「個人識別情報が警察機関に開示されることに推定的同意を定型的に認められるかは疑問であろう⁸⁶⁾」と述べるが、定型的な判断をするのであれば、同意を問題とすることなく、警察に開示しない利益を認めれば足りる。職務質問における所持品検査と同様、個人識別情報自体に要保護性を見出すのではなく、警察による捜査だから保護されると考えればよい。4で指摘したように、警察の捜査の文脈においては干渉それ自体が問題となりうるのである。こう解すれば早稲田江沢民判決は捜査機関への情報提供をした事案として限定的に解されるべきだ、ということになる⁸⁷⁾。

一方で、住基ネット判決は、データマッチングや名寄せの危険があれば違憲の余地があるとも読める⁸⁸⁾。実際に、住民基本台帳が流出した事件としてこの判決以前の下級審には、「氏名、性別、生年月日及び住所は、社会生活上、被控訴人らと関わりのある一定の範囲の者には既に了知され、これらの者により利用され得る情報ではあるけれども、本件データは、上記の情報のみならず、更に転入日、世帯主名及び世帯主との続柄も含み、これらの情報が世帯ごとに関連付けられ整理された一体としてのデータであり、被控訴人らの氏名、年齢、性別及び住所と各世帯主との家族構成までも整理された形態で明らかになる性質のもの」と判示し、宇治市に対し損害

85) 「指定情報処理機関における本人確認情報の提供状況に関する公告」2003年8月14日 (http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/jichi_gyousei/c-gyousei/daiyo/pdf/h1408-h1507.pdf, 2019年9月18日最終閲覧)。

86) 杉原則彦「判解」最判解民事篇平成15年度478頁, 491頁。

87) 松井修「判批」田島泰彦ほか編『表現の自由とプライバシー』242頁, 247頁参照(日本評論社, 2006)。

88) 佐藤も、「本判決をもって、住基ネットが無条件に合憲とされたと解してはならないであろう。」と述べる。(佐藤幸治『日本国憲法論』185頁(成文堂, 2011))。

賠償を認めたものがある⁸⁹⁾。この問題は2で指摘したところである。名寄せの問題は個人情報保護法がまさに問題とするところであり（同法2条1項）⁹⁰⁾、あくまでその問題として判断すべきものである。現段階では権利侵害のルールに乗るものではない。

住基ネット判決の調査官解説は、個人に関する情報が「みだりに」第三者に開示又は公表されたか否かについて、「憲法13条が個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利・自由を保障したものと解されることからすれば、個人の人格的生存ないしその尊厳が脅かされるような態様で開示等が行われたか否か、又はその具体的な危険があるか否かという観点から判断されるべきものと考えられる」⁹¹⁾という。確かにこのような場合には、なんらかの権利侵害があるように思われる。しかし、氏名のような単純情報の開示であつて、個人の人格的生存ないしその尊厳が脅かされるような態様として考えられるのは、ストーカーや「名簿屋」、逮捕等の刑事手続への利用等ではないか。この場合、ストーカーについては、ストーカー自身を規制法で対処し、氏名等をストーカーに伝えた者には共犯関係がある場合にストーキングの共同不法行為として対処すれば足りる。名簿屋については個人情報保護法の規制がかかる。また、その開示により逮捕勾留されうるとしても、それは刑事手続との関連で議論すればよい。つまり、氏名等の情報につき、氏名等の情報だからという理由で議論する必要性は薄い。

(4) 容ぼう等

以上の考察を基に、容ぼうの写真撮影に関する判例を見ていきたい。容ぼうは、公の場である限りは非公知性を満たさないにもかかわらず、一定の場合にはその取得・公表から保護される。最後に容ぼうをとりあげるのは、捜査との関係だから保護された場合と、道徳的自律と存在にかかわるから保護された

場合、すなわち自己情報コントロール権として保護された場合が並存していると考えられるからである。

a 京都府学連事件

「憲法一三条は、『すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。』と規定しているのであつて、これは、国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものといえる。そして、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由を有するものといふべきである。これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法一三条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない。しかしながら、個人の有する右自由も、国家権力の行使から無制限に保護されるわけではなく、公共の福祉のため必要のある場合には相当の制限を受けることは同条の規定に照らして明らかである。そして、犯罪を捜査することは、公共の福祉のため警察に与えられた国家作用の一つであり、警察にはこれを遂行すべき責務があるのであるから（警察法二条一項参照）、警察官が犯罪捜査の必要上写真を撮影する際、その対象の中に犯人のみならず第三者である個人の容ぼう等が含まれても、これが許容される場合がありうるものといわなければならない。」とし、その正当化には現行犯的状况などを考慮要素とした。

犯人のみならず、写りこむ第三者が警察に写真撮影されることでも「みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」が侵害されると捉えている⁹²⁾。犯人の容ぼう・姿態は、

89) 大阪高判平成13年12月25日判自265号11頁。上告受理申立てがなされたが、不受理。

90) 宇賀・前掲注28)38頁参照。

91) 増森珠美「判解」最判解民事篇平成20年度141頁、164頁。

92) この点につき、強制処分の特外であることから、客観法的構成をとった判決だと理解する論稿もあるが（小山剛「単純個人情報の憲法上の保護」論ジュリ1号118頁、122-123頁（2012））、任意捜査としての拘束がかかる以上、権利侵害は存在するというべきである。

まさに犯行を行っている状況である以上、道徳的自律と存在にかかわる事項とも言いうるが、映り込んだに過ぎない第三者についても撮影を問題視することは、それからは説明できないようにも思われる。これは、容ぼう・姿態がそれ自体道徳的自律と存在にかかわる特別な意味を有しているからなのか、あるいは警察による捜査の局面だからなのか。「少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法一三条の趣旨に反し、許されない」とする判示が判例の射程においてどこまでの意味を持つのか。比較するために、私人との関係で容ぼう・姿態が問題になった判決を見ていきたい。

b 石に泳ぐ魚判決⁹³⁾

様々なことが名誉・プライバシー侵害と主張されているが、ここでは私人による容ぼうの公表についての部分を取りあげる。この部分につき上告審は原審を是認したにとどまるので、原審⁹⁴⁾を引用する。

「控訴人らは、被控訴人の顔に大きな腫瘍があることは本来秘匿できない外貌にかかる事柄であるから、プライバシーの侵害など起きようがない旨主張する。

しかし、個人の障害や病気の事実は、個人に関する情報のうちでも最も他人に知られたくない類のものである。特に外貌に関わる障害の事実は、その障害が本件のように類症例が少ないものである場合、その人物の他の属性等と合わせて公表されれば、それ自体が周囲の好奇の対象となるであろう。そして、このような事態がその者の社会的行動に多くの制約や悪影響をもたらすであろうことは容易に推測される。」

「このようなことから、顔に腫瘍がある者は、その障害の事実や手術歴等を殊更に公表されることを欲しないのである。そして、心ある人々は、心の痛手が拡大しないよう配慮をめぐらせ、それらの善意ある行動もまた、個人の平穏な日常生活や社会生活の支えになっているものと認められる。そうであるの

に、これを無断で公表することは、障害それ自体の苦痛のうえに、更に、他人の好奇の眼や差別によって苦しめられている者の精神的苦痛を倍加する不法な行為であって、人格権の著しい侵害として、当然にプライバシーの侵害に当たるというべきである。日常生活に必然的に付随する私生活の領域で被控訴人の外貌に関わる事実が知られているからといって、第三者が被控訴人の了解もなく、小説の出版という方法によってより広い領域で右のような事実を公表する行為は、許されるべきものではない。

以上の次第であって、本件小説中の顔に大きな腫瘍があることに関する記述部分は、被控訴人の障害の事実を公表されない利益を侵害するものである。」

腫瘍について、「知られたくない類のもの」「他人の好奇の目や差別によって苦しめられている」などの評価を加え、「本来秘匿できない外貌にかかる事柄」であるという認定を覆している。また、「人格権の著しい侵害として、当然にプライバシーの侵害に当たる」という認定を行う。容ぼうの公開によって精神的苦痛を受けたことを人格権の著しい侵害とし、それゆえにプライバシー侵害があるとす。容ぼうの公開を直接にプライバシー侵害としたわけではないことは、下級審ながら注意すべき判示であると思われる。

c 平成 17 年判決

私人による容ぼうの撮影、そのイラストの公表を問題とした事案であるが、撮影についての部分を取りあげる。

「人は、みだりに自己の容ぼう等を撮影されないということについて法律上保護されるべき人格的利益を有する」(京都府学連事件参照)。「もっとも、人の容ぼう等の撮影が正当な取材行為等として許されるべき場合もあるのであって、ある者の容ぼう等をその承諾なく撮影することが不法行為法上違法となるかどうかは、被撮影者の社会的地位、撮影された被撮影者の活動内容、撮影の場所、撮影の目的、撮影の態様、撮影の必要性等を総合

93) 最判平成 14 年 9 月 24 日裁判集民 207 号 243 頁。

94) 東京高判平成 13 年 2 月 15 日判タ 1061 号 289 頁。

考慮して、被撮影者の上記人格的利益の侵害が社会生活上受忍の限度を超えるものといえるかどうかを判断して決すべきである。

これを本件についてみると、前記のとおり、被上告人は、本件写真の撮影当時、社会の耳目を集めた本件刑事事件の被疑者として拘束中の者であり、本件写真は、本件刑事事件の手続での被上告人の動静を報道する目的で撮影されたものである。しかしながら、本件写真週刊誌のカメラマンは、刑訴規則 215 条所定の裁判所の許可を受けることなく、小型カメラを法廷に持ち込み、被上告人の動静を隠し撮りしたというのであり、その撮影の態様は相当なものとはいえない。また、被上告人は、手錠をされ、腰縄を付けられた状態の容ぼう等を撮影されたものであり、このような被上告人の様子をあえて撮影することの必要性も認め難い。本件写真が撮影された法廷は傍聴人に公開された場所であったとはいえ、被上告人は、被疑者として出頭し在廷していたのであり、写真撮影が予想される状況の下に任意に公衆の前に姿を現したものではない。以上の事情を総合考慮すると、本件写真の撮影行為は、社会生活上受忍すべき限度を超えて、被上告人の人格的利益を侵害するものであり、不法行為法上違法であるとの評価を免れない。そして、このように違法に撮影された本件写真を、本件第 1 記事に組み込み、本件写真週刊誌に掲載して公表する行為も、被上告人の人格的利益を侵害するものとして、違法性を有するものというべきである。」

京都府学連事件を私人間の事例でも引用し、みだりに撮影されない自由を肯定した。調査官解説では、「肖像写真に関する人格的利益が認められるとはいっても、承諾なく他人の容ぼう等を撮影する行為が社会生活上直ちに違法になるとは解されない。運動会等の行事の写真を撮影する行為、私人が平穏な態

様でスナップ写真を撮影する行為などは、社会生活上許された行為といえ、その写真に他人の容ぼう等が写り込んでいたとしても、被撮影者の承諾がなければ不法行為が成立するというものではないといえよう⁹⁵⁾とする。結論には同調するが、それがどうして許されるのか。

本判決は、撮影者の行為態様も含めた総合考慮により「違法」が判断されている。そのため、必ずしもどのような権利利益を問題としているのか明らかではないが、被撮影者側の事情として「手錠をされ、腰縄を付けられた状態の容ぼう等」の撮影であることと、「写真撮影が予想される状況の下に任意に公衆の前に姿を現したものではない」ということを認定している。そのうち、後者については、「傍聴人に公開された場所」である以上、決定的な意義を有するとは考えづらい。たとえば、法廷における証人の撮影がされたとしても問題にならなかったのではないかと。手錠をされ腰縄を付けられた状態であることが社会生活上受忍の限度を超えたかの判断において重要であったと考える。

d 小括

容ぼうの取得は、人の身体そのものに向けられたものであるために、それだけで道徳的自律と存在にかかわるとも評価しうる。たしかに、警察による撮影が問題となった京都府学連事件は、容ぼう等になんらの限定をかけていない。ところが、私人による撮影・公表が問題になった両事件では、顔の腫瘍や、手錠・腰縄といったことが権利侵害を判断するうえで重要になっている。これらのことは、障碍者に対する差別すなわち社会内部における不承認⁹⁶⁾や、罪人として受動的身分⁹⁷⁾への格下げを前提に、**dignitary harm**⁹⁸⁾が問題になっているともいえる。石川健治によれば、『人間の尊厳』や不可侵性とは、その実践的な自己関係の全側面において、主体が社

95) 太田晃詳「判解」最判解民事篇平成 17 年度 773 頁、789-790 頁。

96) 石川健治「人権享有主体論の再構成——権利・身分・平等の法ドグマティック」法教 320 号 62 頁、67 頁 (2007)。

97) 石川・前掲注 96) 64 頁。

98) 石川健治「人格と権利——人権の観念をめぐるエチュード」ジュリ 1244 号 24 頁、28 頁 (2003)。

会から承認されている事態にほかなら⁹⁹⁾ない。不承認を助長する行為は、尊厳に対する攻撃であり、佐藤の言う道徳的自律と存在にかかわることにもなる。

これらを踏まえると、容ぼうについての判例は、以下のように整理できる。まず、容ぼうはそれ自体が道徳的自律と存在にかかわるものとまではいうことができない。京都府学連事件は捜査だから保護される局面であったから、客体の性質には立ち入らずに権利侵害を認めることができたのであり、石に泳ぐ魚事件及び平成17年判決はそうではなかったから、客体の性質が道徳的自律と存在にかかわることを論証せねばならなかったのである。

(5) 小括

以上、自己情報コントロール権の視点と、刑事手続にみだりに接続されない権利の視点、そして個人情報保護の視点とから最高裁判例を分析してきた。この試みにより以上の最高裁判例は、自己情報コントロール権が問題になったものとして前科についての2判決と石に泳ぐ魚事件と平成17年判決、刑事手続にみだりに接続されない権利として早稲田江沢民事件と京都府学連事件、というように分類できる。

自己情報コントロール権は、個人の道徳的存在と自律に基礎を置く限り、対公権力、対私人を問わず保護される。前科照会事件とノンフィクション「逆転」事件から読み取れるところである。一方で、住基ネット事件で問題となった氏名等は、個人情報保護の文脈で語られるべきものであり、私人に対して権利として保護されるものではない。

刑事手続にみだりに接続されない権利として問題になった以上、二つの判決が述べたことは、私人間に一般的に拡張すべきではない。実際に、容ぼうについての私人間についての判例は、要保護性を語るに際し、単に容ぼうというのではなく、腫瘍であったり手錠腰

縄であったりと制限を加えているのである。

これらは、「プライバシー」という言葉で一括りにされながらも、異なる内容のものとして併存しているのである。

5 プライバシーの類型

性質の異なる二つのプライバシーが、日本の議論において併存している。

佐藤が述べる自己情報コントロール権は、アメリカの判例分析に端を発しながらも、ドイツの人格権についての議論を参考にし¹⁰⁰⁾、人間の尊厳価値に収斂させたドイツ的、大陸的なものである。

それとは別に、刑事手続にみだりに接続されない権利、というアメリカ的な「自由」のプライバシーが存在している。この権利は判例上も確認できるものであるが、政府に対する権利と構成されるアメリカと異なり、捜査機関に対するものとして限定されている。それは、稲谷の言を借りれば特定・弾圧のおそれの有無により説明できる。

従前から、「国家に対しては私的領域における行動や思想や情報の開示に関する放棄できない自己決定の自由を意味し、また国家と区別される社会に対しては情報の相互の獲得と利用に関する行為規範の遵守を要求できることを意味する」¹⁰¹⁾といったように公法と私法とにおける差異として語られてきた¹⁰²⁾ものは、この自由由来のものと尊厳由来のものとの差異であったと整理できよう。

さらに、この二つに加えて個人情報保護の要請が存在する。これは、従前からプライバシーからの区別が意識されてきたが、なお混乱が見られた領域であると言える。氏名等の個人情報については、あくまでこの要請に基づいて保護されるに過ぎないものであり、自己情報コントロール権が及んでいるわけではない。

99) 石川・前掲注98)28頁。

100) 佐藤・前掲注15)271頁。

101) 浅野有紀「プライバシーの権利における公法と私法の区分の意義」佐藤幸治古稀『国民主権と法の支配(下)』179頁、207-208頁(成文堂、2008)。

102) 松井茂記「個人情報保護基本法とプライバシーの権利」ジュリ1190号40頁、42頁(2000)参照。

以上の三つの事柄を、ひとくくりに「プライバシー」の言葉で議論してきたために、混乱が生まれてきた。問題領域の区別をすることなく、どこまでがプライバシーとして保護されるのかを議論してきたがために、巨大な「プライバシー」が観念され、本来それぞれの領域が問題としたものとは無関係なものまでがそれに含まれてしまっていた。容ぼうの撮影や氏名の公表が、無制限にプライバシー侵害であるとされるような議論が展開されてきたのである。

自己情報コントロール権は、対公的機関、対私人を問わず保護されるものであるが、対象となる情報は尊厳にかかわるもの、道徳的自律と存在にかかわるものに限られる。それらの内容の追究は本稿では行うことができなかったが、少なくとも、健常者の容ぼうや、氏名はそれに含まれない。刑事手続にみだりに接続されない権利は、単純情報の取得公表をも保護しうるが、それはあくまで捜査との関係においてのみである。個人情報保護の要請は、権利侵害の論理によるものではなく、それだけでは不法行為を構成しない。もし権利として保護したいのであれば、「情報システムにみだりに接続されない」という問題について正面から向き合い、その危険性を論じ、権利として成熟させていくことが求められるだろう。しかしそうだとすると、それは「情報システム」を相手にする場合に限られる。一人の私人が行う場合は、プライバシー侵害には当たらないのである。

Ⅲ. 受忍限度論

以上のような基準のもとで、プライバシー侵害が認定されたとしても、受忍限度論により、不法行為が成立しないことがある。さらに、公害問題と同じであれば、受忍限度外であることを被害者が主張しなければならない。

公害問題について展開されてきた受忍限度論が、プライバシー侵害にも適用される点につき、「表現行為の正当性という視点を取り込んで位置付けられている点に注目される。そこには、地域環境等を考慮しながら、被害者の利益の要保護性を判断していくという受忍限度の基本的な考え方と共通の視点を見出すことができる」との指摘¹⁰³⁾がある。しかし、「表現行為の正当性」とはなにを指すのか。表現の自由があるからといって、すべての表現行為が「正当」というわけではないであろう。

以下では、公害問題における受忍限度論の展開を概観しながら、権利を侵害されても受忍すべきとされる根拠を探る。

そして、「正当」か否かの判断について、侵害行為だけでなく、被侵害利益自身の性質にも着目すべきことを示す。

1 公害における被侵害利益の公益性

まず、公害問題において発展した学説上の受忍限度論について検討する。そして受忍限度論が、公害を不法行為の問題と捉えつつもどのような考慮のもとで、「受忍すべき」かどうかという基準を導入したのかを明らかにしたい。その上で、判例の議論として、大阪空港訴訟がどのような判断をしたかを確認し、被害者に受忍を強いるための必要条件を探ることとする。

(1) 鳩山秀夫・権利濫用論

今日の受忍限度論の原型ともいえるべき違法論を鳩山が述べたとされる¹⁰⁴⁾。鳩山は、セメント工場からの降灰事件をきっかけに、公害問題の権利濫用論による解決を論じている¹⁰⁵⁾。「セメント製造は、法律に於て認許せられたる営業行為なり、換言すれば権利の実行なり、縦令他人に損害を加ふることありと雖も権利の実行なるが故に不法行為を構成

103) 窪田・前掲注2)61頁。

104) 原島・前掲注7)467-468頁。

105) 鳩山秀夫「工業会社の営業行為に基く損害賠償請求権と不作為の請求権」同『債権法における信義誠実の原則』425頁以下(有斐閣、1955)[初出1911]。

することあるべからず」¹⁰⁶⁾とする見解を排し、「個人の権利を以て絶対と為すべきにあらず、社会団体の維持と発達を害せざる範囲に於て即ち善良の風俗に反せざる範囲に於てのみ権利の存在あり其適法なる行使あり」¹⁰⁷⁾とする。違法性論の勃興以前であるし、当時の鳩山が、不法行為の要件としての権利侵害は絶対権に限るとしていたこともあってか¹⁰⁸⁾、侵害された住民の権利からではなく、侵害行為の側から問題をたて、それが権利行使であるにもかかわらずどのような場合に不法性を有するかという思考方法がとられている。このことについては、「住民の権利を侵害すれば原則として不法行為となり、何らかの阻却事由が存在する場合にのみ適法性が確保される」との逆転された論理が取られている」との批判がある¹⁰⁹⁾。しかし、権利の実行は不法行為を構成しないとの見解¹¹⁰⁾を排した点で、当時としては十分に公害被害の救済に意義がある見解であったといえる¹¹¹⁾。

その鳩山説が、受忍限度論の原型であるとはどういうことか。それは、権利濫用の基準を善良の風俗に求め、さらにそれを国民一般の観念で決する¹¹²⁾こととした点にある。このことが、「国民一般にとって、言い換えれば殖産興業政策の上から、その有用性が大きいと見られれば、被害者のあるていどの損害は受忍されねばならぬ、という利益衡量であろう」との評価を受けたのである¹¹³⁾。

(2) 受忍限度論

その後発展した受忍限度論はどのようなもので、受忍を強いる根拠はどこにあるのだろうか。まず、受忍限度論の代表的主張者であ

る加藤一郎の主張を検討する。加藤は、「ばい煙がまっすぐに上らずに、土地の境界線をこえて、他人に被害を与えた場合には、所有権ないし営業権の範囲をもととこえていることになり、むしろ原則としては違法である。ただ、社会共同生活を営んでいる以上は、おたがいにある程度までは受忍しなければならない範囲というものがある。つまり、原則としては違法性があり、一定の受忍限度以下の部分については、例外的に違法性がないと考えるべきだというわけである」¹¹⁴⁾と述べる。ここでは「社会共同生活を営んでいる」ことが権利侵害を受忍する根拠となっている。しかし、それ以上の説明はなく、その意味するところは不明瞭である。

その意味を探るにあたり、まず、侵害行為の公益性は受忍の根拠となるかという議論を参考にしたい。原島による鳩山説の評価は侵害行為の公益性を受忍の根拠としているが、受忍限度論においてはどうかだろうか。

加藤は、被害の程度により、「つねに受忍限度をこえる」場合、「事情によって受忍限度をこえたりこえなかつたりする」場合、「つねに受忍限度をこえない」場合があることを認める¹¹⁵⁾。そこで、総合考慮がなされるのは二番目の場合のみであるのだが、加藤は公益性を考慮要素とするかどうかにつき、「公益性のために被害者に受忍を強いることは不当」であるから賠償すべきであるというのが原則であろうとしつつ、「公益性があるということになると、被害者としてはある程度まではがまんすることになり、被害感情が小さくなる」から間接的に考慮の対象となるにとどまる¹¹⁶⁾、とする。

106) 鳩山・前掲注 105)428 頁。

107) 鳩山・前掲注 105)432 頁。

108) 我妻栄「序」鳩山・前掲注 105)1 頁、26 頁。

109) 吉村良一『公害・環境私法の展開と今日的課題』146-147 頁 (法律文化社、2002)。

110) 大判明治 35 年 5 月 16 日民録 8 輯 5 卷 69 頁、大判明治 38 年 12 月 20 日民録 11 輯 1702 頁などがあげられる。

111) 吉村・前掲注 109)147 頁。

112) 鳩山・前掲注 105)434 頁。

113) 原島・前掲注 7)468 頁。

114) 加藤・前掲注 6)27-28 頁。

115) 加藤・前掲注 6)31 頁。

116) 加藤・前掲注 6)32 頁。

加藤以外の受忍限度論者においても侵害行為の公益性、公共性は、損害賠償において考慮することに批判が強い¹¹⁷⁾。「私権は、公共の福祉に適合しなければならない」という民法1条1項規定も、解釈指針とすることは批判される¹¹⁸⁾。侵害行為の公益性があるからと言って「社会共同生活を営んでいる以上は受忍しなければならない」わけではないのである。

次に、受忍限度論を公害一般に対して適用することに対して向けられた批判¹¹⁹⁾を、考察の参考にする。それは「受忍限度や認容限度が認められる実態関係とは、市民法的関係における立場の互換可能性の有無によって異なる」とする。そして、個人対個人では立場の互換可能性を認めるが、個人対企業、個人対国家では立場の互換可能性は認められないとし、受忍限度論は妥当しないというものである。

互換性の問題は、沢井裕¹²⁰⁾がより詳しく論じている。「市民法的利益衡量が妥当しうるのは、当事者間に市民的平等が確保され、加害者と被害者の間に立場の互換性が存在する場合に限られる」とする。そして、「われわれが諸活動をなすにあたり、試合しうる領域を超えて他人に被害をもたらした場合には、原則として違法とみななければならないが、それでも社会生活を送る以上、ある程度の騒音・煤煙・臭気等生活妨害が領域外に及ぶことは不可避であり、相互受忍は差止・賠償のいずれにおいても必要である」「しかしこれはあくまで相互の受忍であるがゆえに公平が担保されるのである」とする。互換性のある平等な市民相互間では、「たまたま当該事件では活動を抑圧される隣人にとっても、結局は」「利益をもたらすのだという価値観」があれば足りるが、「市民生活相互から、市民対小企業、市民対大企業、市民対コンビ

ナートと移るにつれて、互換性は乏しくなっ
てゆき、そしてこれに対応して、利益衡量の
判断基準は被害者に傾かなければならぬとい
う点で、疑問の余地はない」とするのであ
る。

たしかに、公害における個人と企業との関
係は、企業が受忍することはないのだから相
互の受忍という要件は欠く。しかし、結局は
利益をもたらすことについては、企業や国家
からも、個人は利益を受けることはありう
る。公益性を考慮要素とすることに反対する
野村も、「一般人の被害感情がそれほど強く
なく、損害の転嫁の可能性が少なく、さらに
その活動の存在によって被害者自身も恩恵を
こうむっている、というような場合には、損
害賠償を認めなくてもよいことがあり得るか
もしれない¹²¹⁾」と述べるのである。

以上の検討を踏まえて受忍の根拠の問題に
戻ろう。社会生活を営む以上は受忍しなければ
ならないとはいうのであるが、そこに互換
性はない。にも関わらず受忍を強いるのであ
れば、少なくともこの「被害者自身も恩恵を
こうむる」関係があつて初めて説明できるの
ではないか。

(3) 大阪空港訴訟¹²²⁾

大阪空港訴訟は、この視点を示唆する。
「これら住民が空港の存在によつて受ける利
益¹²³⁾とこれによつて被る被害との間には、
後者の増大に必然的に前者の増大が伴うとい
うような彼此相補の関係が成り立たないこと
も明らかで、結局、前記の公共的利益の実現
は、被上告人らを含む周辺住民という限られ
た一部少数者の特別の犠牲の上でのみ可能で
あつて、そこに看過することのできない不公
平が存することを否定できない」と判示す
るのである。

判旨が暗に指摘しているように、利益衡量
のためには、少なくとも被害と利益の彼此相

117) 淡路剛久『公害賠償の理論(増補版)』239頁(有斐閣、1978)など。

118) 川井健「民事紛争と『公共性』について」判例時報797号3頁、34頁(1976)。

119) 平野克明「受忍限度と民事責任」法セミ221号95頁、98頁(1974)。

120) 沢井裕『公害差止の法理』91-93頁(日本評論社、1976)。

121) 野村好久「故意・過失及び違法性」加藤編・前掲注4)411頁。

122) 最大判昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁。

123) 航空機による迅速な公共輸送の必要性、を指す。

補の関係が必要であると解すべきであろう¹²⁴⁾。ある利益の消費(被害)によって、必然的に被害者も含めた多数者の利益が生じる、この関係にあることを「被侵害利益の公益性」がある、と呼ぶこととする。被侵害利益の中に、そのような公益性が組み込まれていない限り、受忍するいわれはない。従前は、侵害行為の公益性が受忍の考慮要素となるか、という議論がなされていたが、その議論をする前提として、被侵害利益の公益性が必要なのである。

(4) 国立マンション訴訟¹²⁶⁾

公害問題ではないが、広く環境問題として、「良好な景観の恵沢を享受する利益」を法律上保護された利益として認めた国立マンション訴訟についてもここで検討する。「被侵害利益である景観利益の性質と内容、当該景観の所在地の地域環境、侵害行為の態様、程度、侵害の経過等を総合的に考察して判断すべき」旨を示し、「本件建物の建築は、行為の態様その他の面において社会的に容認された行為としての相当性を欠くものとは認め難く、上告人らの景観利益を違法に侵害する行為に当たるといふことはできない」としたのである。

「本判決は、公害・生活妨害で従来受忍限度といわれていた要素を掲げているというよりも、我妻博士の(古典的な)相関関係説を重視し」「『侵害行為の態様』を重視している」¹²⁷⁾という指摘があるが、「それとともに、従来受忍限度の要素とされてきたものを幾つか挙げている」¹²⁸⁾のであって、そのことは

大きな差異ではないであろう。

ここでもやはり、景観利益は、公益的なものであるといわれる¹²⁹⁾。しかし、そこで行われる公益的の意味は異なる二つのものが混在していたと思われる。

第一は、「特定の個人に排他的に帰属するものではない」¹³⁰⁾という意味における公益性である。これは、不法行為法上保護される利益であるかどうかという問題意識のもとで注目されていた側面であって、本稿でいう被侵害利益の「公益性」とは異なるものである。

第二は景観利益の「一定地域の土地や空間の利用のあり方に関わる」¹³¹⁾性格としての公益性であり、これが本稿で着目する「公益性」である。都市開発のためには、ある程度景観利益を犠牲にせざるを得ない。しかし、景観利益を享受できなくなった住民は、都市開発による便益を享受できるようにもなる。このように、景観利益と都市開発による便益は彼此相補の関係に立ち、かつ、それは大阪空港訴訟と違い密接なものである。景観法が景観保護によって「国民生活の向上並びに国民経済及び地域社会の健全な発展に寄与すること」(1条)を目的とすることも、それを示しているであろう。

景観利益は、このような公益としての側面があるとともに、「形成された良好な景観は、一定地域の住民が事故の生活のアメニティに関わって個人として享受しうる、その意味で私的な利益」でもある、「すなわち、それは公益としての側面と私益としての側面を併せ持っており、公私のオーバーラップが見られ

124) 調査官解説は、このような考慮をした理由について、公共性考慮否定説をとると「加害行為の帶有する積極的、一般的価値が違法性の評価に反映しないことになり、違法性の評価において被害の救済の観点が強調される反面、どのような行為をどの範囲で許容するのが相当かという視点が後退することになるという点に問題がないとはいえないように思われる」(加茂紀久男「判解」最判解民事篇昭和56年度659頁,819頁)とする。しかし、これは否定説の批判に答えていないし、受忍限度を超えれば違法というものは単なるトートロジーであろう(原島重義「法と権利に関するひとつの試論」同・前掲注7)53頁,60頁)。

125) 厚木基地訴訟(最判平成5年2月25日民集47巻2号643頁)も、彼此相補の関係を要求し、それを検討しなかった審理不尽があるとして原審に差し戻した。

126) 最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁。

127) 大塚直「国立景観訴訟最高裁判決の意義と課題」ジュリ1323号70頁,79頁(2006)。

128) 大塚・前掲注127)79頁。

129) 窪田編・前掲注4)688頁〔吉村良一〕,大塚直「環境訴訟における保護法益の主観性と公共性・序説」法時82巻11号116頁,122頁(2010),潮見・前掲注4)249頁など。

130) 窪田編・前掲注4)688頁〔吉村良一〕。

131) 吉村良一「判批」法時79巻1号141頁,143頁(2009)。

る」とされる¹³²⁾。つまり、公益としての側面は、私益性が認められたとしても消えるわけではないのである。ここでも、ある人の景観利益を犠牲にすることによって、その人も含めた人間が土地・空間の利用についての利益を受ける彼此相補の関係が認められるのである。

判旨が、「景観利益の保護は、一方において当該地域における土地・建物の財産権に制限を加えることとなり、その範囲・内容等をめぐって周辺の住民相互間や財産権者との間で意見の対立が生ずることも予想されるのであるから、景観利益の保護とこれに伴う財産権等の規制は、第一次的には、民主的手続により定められた行政法規や当該地域の条例等によってなされることが予定されているものということができること」を「ある行為が景観利益に対する違法な侵害に当たるといえるためには、少なくとも、その侵害行為が刑罰法規や行政法規の規制に違反するものであったり公序良俗違反や権利の濫用に該当するものであるなど、侵害行為の態様や程度の面において社会的に容認された行為としての相当性を欠くことが求められると解するのが相当」との判旨を導くことに用いていることも、この後者の意味での公益性を意味すると解することができるだろう。

2 「人格的利益」と公益性

(1) 前提

公害問題において発展した受忍限度論は、広く「人格的利益」についての法理として発展していくこととなる。平成17年判決は容ぼう・姿態を撮影されない利益について、受忍限度を超えるかどうかという基準を採用した。平成23年判決は精神的苦痛について、総合考慮のもと受忍限度を超えないと判断したし、調査官解説により「受忍限度論は、表

現行為と人格的利益の対立場面における違法性についての判断基準として、判例法理上幅広く展開する基準であると評価することができる¹³³⁾と宣言されたのである。

このような利益について、「人格的利益」だからとまとめて論じることには疑問もあろう。「人格的利益」という概念は、名誉やプライバシーなど個々に検討された利益を記述的に称するだけであって、包括的に考察し、その法的性質が一般理論のレベルで検討されてきたものではないからである¹³⁴⁾。判例においても、ある権利を「人格権」であると宣言しつつもその保護の態様は様々ではない¹³⁵⁾。たとえば、氏名権について、「人格権の一内容を構成する」としながらも、「氏名を正確に呼称される利益は、氏名を他人に冒用されない権利・利益と異なり、その性質上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から、他人に不正確な呼称をされたからといって、直ちに不法行為が成立するというべきではない」とした判例¹³⁶⁾（以下、「昭和63年判決」）がその例であろう。公害で問題になる騒音に晒されない権利や景観利益と、プライバシーの利益などは、同じく人格的利益とされても、その性質が異なるものだと考えは充分成り立つ。

しかし、その個々の利益が侵害されたときに、総合考慮を容れる素地には共通するものがあると考えられる。従前は、それは権利の弱さに由来するものと考えられてきた。昭和63年判決もその旨を述べているようにも見える。しかし、弱さ、という概念は「絶対権ではない」という意味である¹³⁷⁾から、「権利が弱いから総合考慮を要する」というのはトートロジーであろう。

一度認められた権利が総合考慮を容れうるかどうかについては、受忍を強いることができるかという問題と同じである。損害が軽微

132) 吉村・前掲注131)143頁。

133) 中島基至「判解」最判解民事篇平成23年度568頁、575頁。

134) 米村滋人「人格権の権利構造と『一身専属性』(1)」法協133巻9号1頁、3頁(2016)参照。

135) 藤岡康弘「人格権法理の新潮流」『損害賠償法の構造』118頁、122頁参照(成文堂、2002)。

136) 最判昭和63年2月16日民集42巻2号27頁。

137) 潮見・前掲注4)73-74頁。

であるとしても、賠償額を少額にしつつ不法行為の成立を認めれば足りるはずである。それでもなお不法行為の成立自体否定するような総合考慮をするのであれば、前節で述べたような被侵害利益の公益性が必要であろう。氏名の呼び方も、「漢字によつて表記された氏名を正確に呼称することは、漢字の日本語音が複数存在しているため、必ずしも容易ではなく、不正確に呼称することも少なくない」以上は、自己の氏名の読み間違いを受忍することで、頻繁に犯しかねない他人の氏名の読み間違いについて非難されずコミュニケーションが図れるという利益を受けるのであるから、公益性が認められ、総合考慮によることができているのではないか。

このような視点から、平成17年判決、平成23年判決を中心に、人格的利益侵害に関する判例を検討し、それらのうちに被侵害利益の公益性の観点が存在していることを述べる。そして、従来は人格権の中でも弱い権利とされてきたものの中にも、総合考慮を容れないものが存在することを示したい。

(2) 精神的苦痛

平成23年判決は、弁護士であるテレビ番組の出演者において特定の刑事事件の弁護団の弁護活動が懲戒事由に当たるとして上記弁護団を構成する弁護士らについて懲戒請求をするよう視聴者に呼び掛けた行為が、名誉毀損もその他の不法行為も構成しないとされた事例であり、「精神的苦痛」が問題となった。

平成23年判決については、「本判決の受忍限度論は、従来の判例とは、やや異なっている」¹³⁸⁾とされることがある。従来の受忍限度論の多くは、一方で、加害者が原則的には社会で是認される行為をしており、他方で、被害者に法律上保護される利益がある場合に用いられてきた、とされるが、本件では呼び掛け行為自体は軽率であり、原則として社会で是認される行為とは言い難いというのである。しかし、軽率であるとはいえ表現行為の一環である以上社会的に是認されている正当

な権利行使であるとの見方¹³⁹⁾もある。また、被侵害利益の公益性という観点から見れば、従前のケースとの連続性は示すことができると考える。

この判決を検討するに際し、調査官解説が受忍限度論を採用した先例としてあげる、平成元年判決¹⁴⁰⁾をまず検討することとした。

a 嫌がらせされないことの公益性?

平成元年判決の事案は、公立小学校における通知表の交付をめぐる混乱についての批判、論評を主題とするビラの配布行為が名誉毀損としての違法性を欠くとされた事例である。しかし、それと異なるものとしての人格的利益については侵害が認められ、その判断において「社会通念上受忍すべき限度内にある」かどうか判断された。そこで問題とされたのは「上告人の本件配布行為のうち、被上告人らの中には、電話、葉書、スピーカーによる嫌がらせや非難攻撃を繰り返し受け、家族に対してまで非難の宣伝をされた者があり、その余の者も右事実を知り同様の攻撃等を受けるのではないかと落ち着かない気持ちで毎日を送ったこと」による精神的苦痛であり、「本件配布行為に起因して私生活の平穩などの人格的利益を違法に侵害されたものというべき」とされた。

そして、本件事案は「被上告人らの社会的地位及び当時の状況等にかんがみると」「社会通念上受忍すべき限度内にあるということ」はできないとされた。「社会的地位」とは、「長崎市内の公立小学校に勤務する教師」であることを指すのであろう。「当時の状況」がなにを指すのかは定かではない。しかし、このような被害が受忍限度内とされることがありうるのだろうか。個人を対象とした嫌がらせを受忍すべきいわれはないとするのが素朴な理解ではないか。

これを被侵害利益の公益性という観点から考えてみたい。教師が（教育とは関わりのない）嫌がらせや非難攻撃を受けることで、そ

138) 水野謙「判批」重判平成23年度（ジュリ臨増1440号）82頁，83頁（2011）。

139) 能見善久・加藤新太郎編『論点体系判例民法7 不法行為I（第2版）』353-354頁〔前田陽一〕（第一法規，2013）。

140) 最判平成元年12月21日前掲注81）。

れによってなにかの利益が増大する関係にはない。被侵害利益に公益性はないのである。このような利益については、総合考慮を入れる余地はなく、本来は受忍限度論の総合考慮は及ばない事案であって、総合考慮をするまでもなく違法と解すべき事案であった。そのことは、判決の規範・あてはめの薄さにも現れていると思われる。

特定個人に向けられている攻撃である場合には、総合考慮をするまでもなく違法と判断されるべきである。

b 弁護活動の公益性

平成23年判決の事案ではどうか。判旨は「本件呼び掛け行為は」「その態様、発言の趣旨、第1審原告らの弁護士としての社会的立場、本件呼び掛け行為により負うこととなった第1審原告らの負担の程度等を総合考慮すると、本件呼び掛け行為により第1審原告らの被った精神的苦痛が社会通念上受忍すべき限度を超えるとまではいい難く、これを不法行為法上違法なものであるということとはできない」と述べる。

調査官解説では、2つのことが「特に重要である」¹⁴¹⁾とされる。それは、弁護士懲戒制度の意義と、刑事弁護活動の意義である。そして、「本判決は、本件呼び掛け行為が刑事弁護活動の根幹に関わる問題の重要性についての慎重な配慮を欠いた軽率な行為であると指摘しつつも、その趣旨が懲戒請求の趣旨目的に必ずしも反するものとはいえないところなどを踏まえ、」不法行為該当性を否定したものであると思われる、とするのである。しかし、今までの検討に即して言えば、いくら侵害行為に懲戒請求の趣旨目的にかなうという公共性があるとしても、受忍の基礎がなければ違法となるのである。その受忍の基礎としての被侵害利益の公益性を示すものとして、「社会の耳目を集める本件刑事事件の弁護士であって、その弁護活動が、重要性を有することからすると、社会的な注目を浴び、その

当否につき国民による様々な批判を受けることはやむを得ない」という判示がなされている。このことが総合考慮を入れるに際し決定的に重要であろう。このような被侵害利益の公益性がなければ、総合考慮によって適法となることはない。このことが、平成元年判決と平成23年判決の結論を分けたのではないか。

c 小括

公害問題と精神的苦痛の問題は、同様に語ることはできない。精神的苦痛には、公益としての側面がもともと存在しているわけではないからである。星野英一は、自衛官合祀訴訟¹⁴²⁾について「人と人との物理的接触を不可避とする社会生活においては、その接触から生ずるこれまた不可避の苦痛につき、各社会において受忍すべき限度があると言わざるを得まい」としつつ、「質的な問題である純粋に精神的な問題（宗教、思想、信条等）については」「まさに各自の自由に考え信ずるところのものが尊重されるべきであって、その侵されることについての受忍限度などはないというべきではないか」と批判する¹⁴³⁾。基本的にはその通りであろう。そのような精神的苦痛に対する総合考慮を正当化し、受忍限度を持ち込むためには、被害者の社会的地位などにより被侵害利益に公益性が組み込まれることが必要不可欠である。

(3) プライバシー

被侵害利益の公益性の有無は、いわゆるプライバシー侵害の事例においてはより重要な問題となる。従前は、プライバシーは相関的権利である¹⁴⁴⁾と言われ、その全てが総合考慮の対象になるとされてきたように思われる。確かに、プライバシー性それ自体が論争的であって、範囲の画定は困難であるかもしれない。しかし、そのことと免責を容れる余地があるかどうかという議論は切り離されるべきであろう。プライバシー性が認められることと、それが総合考慮すべきものかどうか

141) 中島・前掲注133)575-578頁。

142) 最判昭和63年6月1日民集42巻5号277頁。

143) 星野英一「自衛官合祀訴訟の民法上の諸問題」法教96号12頁、19頁(1988)。

144) 山本敬三「不法行為法における『権利又は法律上保護される利益』の侵害要件の立法的課題」NBL1056号17頁、18-21頁(2015)。

ということは別の問題としてそれぞれ検討することで、より綿密な議論ができると考える。本稿の理解に即していえば、一度プライバシー性が認められた利益には、それ自体に公益性があれば総合考慮の対象となるが、公益性がない利益の侵害があった場合には総合考慮による免責の余地はないのである。

a 平成 17 年判決の事案

平成 17 年判決は、本件写真週刊誌のカメラマンが、小型カメラを法廷に隠して持ち込み、刑事事件の手續における被上告人の動静を報道する目的で、閉廷直後の時間帯に、裁判所の許可を得ることなく、かつ、被上告人に無断で、裁判所職員及び訴訟関係人に気付かれないようにして、傍聴席から手錠をされ、腰縄を付けられた状態にある被上告人の容ぼう、姿態を写真撮影した事案である。判旨は「人の容ぼう等の撮影が正当な取材行為等として許されるべき場合もあるのであって、ある者の容ぼう等をその承諾なく撮影することが不法行為法上違法となるかどうかは、被撮影者の社会的地位、撮影された被撮影者の活動内容、撮影の場所、撮影の目的、撮影の態様、撮影の必要性等を総合考慮して、被撮影者の上記人格的利益の侵害が社会生活上受忍の限度を超えるものといえるかどうかを判断して決すべき」と述べる。

調査官解説は、「運動会等の行事の写真撮影する行為、私人が平穏な態様でスナップ写真を撮影する行為などは、社会生活上許された行為といえ、その写真に他人の容ぼう等が写り込んでいたとしても、被撮影者の承諾がなければ不法行為が成立するというものではないといえよう」¹⁴⁵⁾との認識を示す。そして、このような結論を導くために、「最高裁は、人格権ないし人格的利益と表現の自由の調整が問題となる局面においては、一般に比較衡量の基準によっていると解される」とし、本件でも比較衡量の考え方を採用したと思われる、としている¹⁴⁶⁾。

では、そこでいう比較衡量の基準によっているとされる裁判例は何を指していたか。あげられているのは、ノンフィクション「逆転」事件¹⁴⁷⁾と長良川推知報道事件¹⁴⁸⁾の 2 つである。

b 犯罪歴の公益性

ノンフィクション「逆転」事件判決の要旨は、「ある者の前科等にかかわる事実が著作物で実名を使用して公表された場合に、その者のその後の生活状況、当該刑事事件それ自体の歴史的又は社会的な意義その者の事件における当事者としての重要性、その者の社会的活動及びその影響力について、その著作物の目的、性格等に照らした実名使用の意義及び必要性を併せて判断し、右の前科等にかかわる事実を公表されない法的利益がこれを公表する理由に優越するときは、右の者は、その公表によって被った精神的苦痛の賠償を求めることができる。」というものである。

同判決は、このような要旨を導くために、「ある者の前科等にかかわる事実は、他面、それが刑事事件ないし刑事裁判という社会一般の関心あるいは批判の対象となるべき事項にかかわるものであるから、事件それ自体を公表することに歴史的又は社会的な意義が認められるような場合には、事件の当事者についても、その実名を明らかにすることが許されないとはいえない。また、その者の社会的活動の性質あるいはこれを通じて社会に及ぼす影響力の程度などのいかんによっては、その社会的活動に対する批判あるいは評価の一資料として、右の前科等にかかわる事実が公表されることを受忍しなければならない場合もあるといわなければならない」というのである。調査官解説も、前科の「非プライバシー性」¹⁴⁹⁾について触れる。すなわち、前科には「これが公開されて社会的評価に委ねられることに公共的な意義があるという側面も認めざるを得ない」というのである。このように前科が私事とは単純に言えないことに

145) 太田・前掲注 95)789-790 頁。

146) 太田・前掲注 95)792 頁。

147) 最判平成 6 年 2 月 8 日前掲注 67)。

148) 最判平成 15 年 3 月 14 日民集 57 卷 3 号 229 頁。

149) 滝沢・前掲注 69)131 頁。

については学説においても指摘がある¹⁵⁰⁾。そして、「従来、私事とはいえないとされていた事柄」は、「私事性を含むとしても、(完全な)私事とはいえない」から、「それが本来持っていたはずの公共的な機能は正当に評価しなければならない」とされるのである¹⁵¹⁾。

長良川推知報道事件も同様であって、差戻審¹⁵²⁾においては「少年による凶悪かつ残虐で重大な犯罪であり、その犯罪内容は社会一般の関心あるいは批判の対象となるべき事項にかかわるものであって、本件犯罪行為及び犯罪に至る経緯はもちろん、犯人の経歴等も含め、これらを公表することに社会的な意義を認め得るといふべきである。そして、本件犯罪行為における社会に対する影響力を考慮すると、被控訴人の行動に対する批判ないし論評の一資料として、被控訴人はこれら犯罪事実等が公表されることを受忍しなければならない、本件記事により将来の被控訴人の更生に妨げとなる可能性を否定できないとしても、本件記事の公表の必要性は認めざるを得ない」旨の判示がなされている。

このように、犯罪歴に関する情報は、公共的な機能を持つことが強調される。このことが、被侵害利益の公益性を意味する。

また、大阪空港訴訟に関して行った先述の分析に照らせば、この公共的な機能は、「必然的」なものでなければならない。他人の私生活を知ることに関心を持つ人間は少なからず存在するだろうが、それだけでは被侵害利益の公益性を基礎づけられない。彼此相補の関係が「必然的」というためには、社会の正当な関心事でなければならない。私事性が認めら

れる情報が、社会の正当な関心事であるとの論証を加える必要がある。

c 名誉毀損の免責法理との連続

(a) 真実・相当性の法理

以上のように、調査官解説が引用する判例は、プライバシー性が認められつつも、非プライバシー性が認められる事案であった。公共利害に関係する事実についてはプライバシーと評価されない、とする整理¹⁵³⁾は、ノンフィクション「逆転」事件をプライバシーの問題とする限り¹⁵⁴⁾採用することはできないと思われる。

非プライバシー性を受忍の基礎とすると、名誉毀損の免責法理と連続する部分がある。

名誉毀損においては、「その行為が公共の利害に関する事実に係りもつばら公益を図る目的に出た場合には、摘示された事実が真実であることが証明されたときは、右行為には違法性がなく、不法行為は成立しない」¹⁵⁵⁾というのが免責の要件である。この法理は、「真実・相当性の法理」と呼称されることが多いが、ここでは公共の利害要件に着目したい¹⁵⁶⁾。どうしてこのことが免責の要件となっているのであろうか。

(b) 情報の公益性

そもそもこの免責法理はいかにして正当化されているのか。判例によれば、「人格権としての個人の名誉の保護と、憲法21条による正当な言論の保障との調和をはかったもの」¹⁵⁷⁾であるとされる。このことにつき、奥平康弘の分析を参考にしたい。

第一に、名誉は極めて重大な保護法益である¹⁵⁸⁾。表現の自由の名において、他人の名誉を傷つける権利は、誰も持たない¹⁵⁹⁾。

150) 中島徹「ノンフィクション『逆転』事件——憲法の視点から」田島ほか編・前掲注87)198頁、202頁、大村・前掲注77)191頁など。

151) 大村・前掲注77)192-193頁。

152) 名古屋高判平成16年5月12日判時1870号29頁。

153) 潮見・前掲注4)216頁。

154) 潮見・前掲注4)197頁はこれをプライバシーの事案とする。

155) 最判昭和41年6月23日前掲注72)。

156) 刑法230条の2においては「公共の利害に関する」とは一般多数人の利害に関することを意味する。(大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀編『大コンメンタール刑法12巻(第2版)』43頁〔中森喜彦〕(青林書院, 2003))。

157) 最大判昭和44年6月25日刑集23巻7号975頁。

158) 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)(増補版)』348頁(有斐閣, 2000)。

159) 奥平康弘『憲法Ⅲ』192頁(有斐閣, 1993)。

第二に、表現の自由の社会的な効果を問題にすると、表現が公衆にどんな意味を与えるかが否応なしに問題にならざるをえない¹⁶⁰⁾。言論の社会的・客観的・公共的な意味が検討されることになる。審査の結果、このメッセージが公共性の強いもの・とりわけ民主主義政治過程につながりが深いものと判定された場合は、当該情報は公共情報だと認定される。

このような「情報の公共性」こそが名誉毀損表現の免責法理の中核である。奥平は、「どんなに公共性の強い、民主主義のための言論であっても、虚偽の事実によって人格権が傷つけられるのを我慢すべきいわれはない」とする¹⁶¹⁾。あくまで情報の公共性に着目して初めて、このようなことが言えるのである。

(c) 名誉毀損法理の独立性

名誉毀損法理は、不法行為法から独立していくような状態が生じたとされる¹⁶²⁾。不法行為法上の名誉毀損が問題とされる場合、名誉毀損法理以外の考慮要素が明示されなくなるという結果が生じた、というのである。しかし、情報の公共性を主張するのであれば、名誉毀損のみの免責法理にとどまる理由はない。

名誉毀損は真実であれば免責されるが、プライバシーは真実であればこそ許されないものであるから異質だ、という指摘¹⁶³⁾があるが、名誉毀損が免責されるにも、まず公共の利害に関わることが必要であることに注意すべきである。そして、事実の摘示という点で、2つの差異は大きくない。免責法理がことさらに異なると解するのはむしろ不自然であろう。名誉毀損であってもプライバシー侵

害であっても、公共の利害に関わる事項でなければ免責されるわけではない¹⁶⁴⁾のである。

d 容ぼう・姿態の公益性

では、平成17年判決の事案はどうか。撮影されたのは「本件写真の撮影当時、社会の耳目を集めた刑事事件の被疑者として拘束中の者」である。犯罪歴が公共の利害にかかわる事項とされてきたことに照らせば、このような者の容ぼう・姿態も非プライバシー性が認められるということであろう。それゆえ、本件で受忍限度論を採用したことは一応妥当であったといえることができる。

しかし一方で、すべてのプライバシー性が認められる容ぼう・姿態について、公益性が認められるということではないだろう。たとえば、石に泳ぐ魚事件は、公益性のない容ぼう・姿態が問題になったものと思われる。最高裁¹⁶⁵⁾は原審¹⁶⁶⁾の判断を是認し、特段の判断を示していないので、原審を引用する。原審は、「個人の障害や病気の事実は、個人に関する情報のうちでも最も他人に知られたくない類のもの」として、腫瘍がある容ぼう・姿態のプライバシー性を認定する。犯罪者でもなく著名人でもない一般市民のこのような容ぼう・姿態を公表されない権利に公益性があるとは思われない。社会の正当な関心事ではなく、単に民衆の好奇心をみだすに過ぎない¹⁶⁷⁾ものであろう。本稿の検討からすれば、総合考慮による免責の余地はなく違法となるはずである。そしてそれを裏付けるように、東京高裁も容ぼうを「無断で公表することは」「人格権の著しい侵害として、当然にプライバシーの侵害に当たる」(下線は筆者)とするのである¹⁶⁸⁾。このように、侵害

160) 奥平・前掲注159)193頁。

161) 奥平・前掲注159)194頁。

162) 建部雅『不法行為法における名誉概念の変遷』86頁(有斐閣, 2014)。

163) 滝沢・前掲注69)129頁。

164) 同旨, 潮見・前掲注4)216頁。

165) 最判平成14年9月24日前掲注93)。

166) 東京高判平成13年2月15日前掲注94)。

167) 伊藤正己『プライバシーの権利』193頁参照(岩波書店, 1963)。

168) なお、侵害行為が報道目的か娯楽的表現かという差異はここでは問題になっていないと解する。私見に従えば、その前段階の被侵害利益の公益性の問題だからである。また、そのような形式ではなくそこに含まれる公けの価値に着目すべきと指摘するものとして、伊藤・前掲注167)201頁。

行為の公益性がない場合に、総合考慮には進む可能性はあり、ただ、総合考慮が被害者側に傾くことと、被侵害利益の公益性がない場合に、総合考慮を容れる余地が無いこと、は区別される。

表現の自由がかかわらない例として、ストリートビューを検討しよう。ストリートビューのサービス自体によって、多くの人々が利益を受けているのは間違いないであろう。その意味で、行為の公益性はある。しかし、それだけで総合考慮が容れられるわけではない。プライバシー性が認められつつも被侵害利益の公益性が認められるとすれば、それは地図として必要な限りであって、通常道路から見えるようなものに限られる¹⁶⁹⁾。通常道路から見えないような自宅の様子が写っていれば、そのプライバシーを公開しても必然的には地図としての利益を得る関係にはない。それは社会の正当な関心事と評価される契機がないのである。もし家の中が撮影・公開されていけば総合考慮するまでもなく違法と解すべきであろう。

(4) 小括

以上、受忍限度論における総合考慮による免責を行うためには、被侵害利益に公益性があることが必要であることを述べた。これは、被侵害利益の公益性が免責の十分条件であることを意味しない。その後控える総合考慮によって違法となることも想定されるのである。このように被侵害利益に公益性がなければ、侵害が免責されることはないと解することによって、受忍限度論が抱える問題、すなわち、法的保護の拡大を目指していたはずの「権利侵害から違法性へ」のテーゼが「権利侵害があっても必ずしも違法ではない」というかたちで法的保護を制限しうる可能性¹⁷⁰⁾に歯止めをかけることができると考える。

被侵害利益の公益性の論証は比較的容易であって、それさえすれば総合考慮に乗る、というのであれば現状とさして変わらないとい

う反論がありうる。しかし、対立利益が表現の自由のようにどれほど重要であっても、それだけでは侵害が正当化されることがないということが改めて意識されることになる。被侵害利益に公益性があって初めて総合考慮に移るのであり、総合考慮においては表現の自由の重要性は大きく考慮されることになるだろうが、この枠組み自体は対立利益が表現の自由でなくても同様に解される。

また、景観利益やプライバシーの項では、ある利益には私益と公益の両側面がありうることを述べた。このことは、特にプライバシーについて考えるときに重要であると考えられる。プライバシー性が認められることと、それが持つ公益性によって総合考慮の余地が残ることとを分けて考えることによって、公益性がないプライバシーの保護を厚くすることができる。

従前は、侵害行為の公益性は着目されていても、被侵害利益に公益性がそもそも組み込まれているのかという視点は希薄だったように思われる。しかしそれではマジョリティの利益のためにマイノリティから私的な利益をも剥奪することも許容されることがありえてしまう。この枠組みによれば、総合考慮をするまでもなく、そのようなことを防ぐことができるかと主張するものである。

IV. おわりに

以上、プライバシーの類型化と、受忍限度論の検討によって、プライバシー侵害が不法行為となる局面の明確化を図った。

Ⅱで論じたように、自己情報コントロール権は人格の自由な発展のために保護されるものである。それゆえ、そこでいう情報は、個人の道徳的自律と存在に直接かかわる情報に限られる。そうでない情報は、個人情報保護という文脈で保護されるにとどまる。一方で、刑事手続からの保護、という文脈で、情報が保護されてきた事例もある。

169) ベランダに掛けられているものがストリートビューに写っているが、具体的に何かまではわからない場合に受忍限度の範囲内であったとした裁判例として、福岡高判平成24年7月13日判時2234号44頁がある。

170) 原島・前掲注7)446頁。

そうすると、従前プライバシーの問題として議論されてきたものには、自己情報コントロール権としての保護、個人情報保護、刑事手続からの保護、の三種類が存在するが、このうち、私人間で問題となるプライバシーは自己情報コントロール権のみである。

続けて、Ⅲでは、権利利益侵害が認められてなお、受忍すべきかどうかの判断がされる条件について検討した。その条件とは、被侵害利益に公益性があること、である。プライバシー、すなわち自己情報コントロール権については、対象となる情報は道徳的自律と存在にかかわる情報に限られるから、基本的には公益性は認められないが、前科のように、その情報が公益性を持ちうることはある。受忍限度論が登場し、総合考慮による免責の余地が残るのは、そのような場合のみなのである。

* 謝辞

本稿は、2016年度及び2017年度に執筆したリサーチペーパー2本を併せ、加筆修正したものである。

リサーチペーパーの指導教員を引き受けていただいた米村滋人教授には、構想の初期の段階から、様々なアドバイスをいただいた。先生のご指導なくしては到底本稿の完成には至らなかったものであり、この場を借りて心より感謝申し上げます。

言うまでもなく本稿の至らない部分は、すべて筆者の責めに負うところである。他方、少しでも見るべき点があるとすれば、米村先生をはじめ、多くの方のご助力なしには生まれえなかったものである。重ねてお礼申し上げます。

(みぞばた・しゅんすけ)

論説

刑事事実認定についての2つの小考察

——近時の最高裁判例を手掛かりとして——

東京大学法科大学院非常勤講師・判事

熊代雅音

I. はじめに

II. 供述の信用性判断について

- 1 供述の信用性に関する近時の最高裁判例
- 2 最三小判平成21年4月14日刑集63巻4号331頁の検討
 - (1) 事案の概要
 - (2) 法廷意見
 - (3) 堀籠幸男裁判官の反対意見
 - (4) 法廷意見と堀籠反対意見の比較検討

III. 間接事実からの総合認定について

- 1 直接証拠型と間接事実型
- 2 間接事実型に関する近時の最高裁判例
- 3 最三小判平成22年4月27日刑集64巻3号233頁の検討
 - (1) 事案の概要
 - (2) 第一審及び控訴審の判断の概要
 - (3) 最高裁の判断
 - a 法廷意見
 - b 堀籠幸男裁判官の反対意見
 - c 那須弘平裁判官の意見
 - (4) 各意見の比較検討
 - (5) 差戻後について

IV. おわりに

I. はじめに

実務においては、法科大学院等で習得する法令の解釈論が重要であることは言うまでもないが、それと同じくらい、あるいはそれ以上に重要なのが、事実認定である。いかに精緻な解釈論を展開しても、それを適用すべき事実関係の把握・認定が誤っていたのであれば、適切な結論に至ることはできない。東京大学法科大学院において2年生が必修科目として履修する「刑事実務基礎」においては、事実認定について触れる時間を設けているところであるし、3年生に対しては、選択必修科目として「民事事実認定論」という授業も提供されている。

本稿においては、刑事裁判における事実認定について、拙いながらささやかな考察を試みてみたい。

もともと、様々な事案類型について実際の裁判例を多数採り上げて事実認定の研究をすることは有益であるが、優れた論考は既に枚挙に暇がない¹⁾。一方で、本当の意味における事実認定は、証言・供述や証拠物といった「生の」証拠に触れなければ成し得ないというのもまた一面における真理であって、判決文のみからその事実認定の当否を論ずること

1) 代表的なものだけでも、小林充=香城敏彦編『刑事事実認定——裁判例の総合的研究——(上)・(下)』(判例タイムズ社, 1992), 小林充=植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選 (上)・(下)(第2版)』(立花書房, 2013), 木谷明編著『刑事事実認定の基本問題(第3版)』(成文堂, 2015)などが挙げられる。また、刑事事実認定に関する概説書としては、石井一正『刑事事実認定入門(第3版)』(判例タイムズ社, 2015), 植村立郎『実践的刑事事実認定と状況証拠(第3版)』(立花書房, 2016)などがある。

の限界もわきまえる必要がある²⁾。そこで、本稿では、近時の最高裁判例において、最高裁判事の中でも意見の分かれた事案を、いわゆる「直接証拠型」と「間接事実型」といわれる事実認定についての代表的な2つの類型に対応して、被害者の供述の信用性が問題となった事案と間接事実からの総合認定が問題となった事案から一つずつ特に採り上げ、それらの意見の分かれ目はそれぞれどこにあったのかを考察することで、事実認定を行う際のヒントを得たいと思う。的確な事実認定を行うに際し、複眼的視点を持つことの重要性は夙に強調されているところであり、本稿の試みも、そのような意味で、いささかの意義があるのではないかと考えた次第である。

II. 供述の信用性判断について

1 供述の信用性に関する近時の最高裁判例

供述の信用性が問題となる事件は数多い。近時の最高裁判例をみるだけでも、最一小決平成19年10月10日判タ1251号152頁、最三小判平成21年4月14日刑集63巻4号331頁、最三小決平成21年4月22日裁判集刑296号503頁、最一小判平成22年6月3日裁判集刑300号319頁、最一小決平成22年7月26日裁判集刑301号33頁、最二小判平成23年7月25日裁判集刑304号139頁、最二小判平成29年3月10日裁判集刑321号1頁等が挙げられる。いずれも熟読玩味に値するものであり、読者の方におかれては、是非判例集等に直接当たって読んでいただきたい。

2 最三小判平成21年4月14日刑集63巻4号331頁の検討

ここでは、前記のうち、最三小判平成21年4月14日刑集63巻4号331頁（以下「判例①」という。）を採り上げて、供述の信用性判断、殊に被害者や目撃者といった者（以

下「被害者等」ということとする。）の供述と被告人の供述が対立する関係にある場合の、供述の信用性評価の在り方について、若干の問題提起と検討を試みることにしたい。

(1) 事案の概要

判例①は、電車内の強制わいせつ被告事件において、被害者とされる者の供述の信用性が問題となったものである。第一審はその信用性を肯定して有罪の結論を導き、被告人に対して懲役1年10月の実刑を言い渡した。また、控訴審は、第一審判決に事実誤認はないとして被告人の控訴を棄却した。これに対し、最高裁は、控訴審判決及び第一審判決を破棄して被告人に対し無罪の言渡しをしたものであるが、法廷意見のほか、裁判所を構成する5名の最高裁判事のうち4名が個別意見を付しており、結論としては3名の裁判官は無罪の、2名の裁判官は有罪の判断に至っている。上記法廷意見及び各個別意見は、それぞれが極めて興味深いものであるが、ここでは、供述の信用性判断という観点から、法廷意見と堀籠幸男裁判官の反対意見を特に採り上げて検討していく。

判例①の公訴事実の要旨は「被告人は、平成18年4月18日午前7時56分ころから同日午前8時3分ころまでの間、東京都世田谷区内の小田急電鉄株式会社成城学園前駅から下北沢駅に至るまでの間を走行中の電車内において、乗客である当時17歳の女性に対し、パンティの中に左手を差し入れその陰部を手指でもてあそぶなどし、もって強いてわいせつな行為をした」というものであるが、被告人は、捜査段階から一貫して犯行を否認しており、本件公訴事実を基礎付ける証拠としては、被害を受けたとする上記女性（以下「A」という。）の供述があるのみであって、物的証拠等の客観的証拠は存しないという事案であった。

そして、Aの供述内容（第一審公判における供述及び検察官面前調書の同意部分）は、法廷意見においてまとめられているところによれば、「読売ランド前から乗車した後、左側ドア付近に立っていると、生田を発車して

2) 原田國男『逆転無罪の事実認定』65頁（勁草書房、2012）。

すぐに、私と向かい合わせに立っていた被告人が、私の頭越しに、かばんを無理やり網棚に載せた。そこまで無理に上げる必要はないんじゃないかと思った。その後、私と被告人は、お互いの左半身がくっつくような感じで立っていた。向ヶ丘遊園を出てから痴漢に遭い、スカートの上から体を触られた後、スカートの中に手を入れられ、下着の上から陰部を触られた。登戸に着く少し前に、その手は抜かれたが、登戸を出ると、成城学園前に着く直前まで、下着の前の方から手を入れられ、陰部を直接触られた。触られている感覚から、犯人は正面にいる被告人と思ったが、されている行為を見るのが嫌だったので、目で見て確認はしなかった。成城学園前に着いてドアが開き、駅のホーム上に押し出された。被告人がまだいたらドアを替えようと思ったが、被告人を見失って迷っているうち、ドアが閉まりそうになったので、再び、同じドアから乗った。乗る直前に、被告人がいるのに気付いたが、後ろから押し込まれる感じで、また被告人と向かい合う状態になった。私が、少しでも避けようと思って体の向きを変えたため、私の左肩が被告人の体の中心にくっつくような形になった。成城学園前を出ると、今度は、スカートの中に手を入れられ、右の太ももを触られた。私は、いったん電車の外に出たのにまたするなんて許せない、捕まえたり、警察に行ったときに説明できるようにするため、しっかり見ておかなければいけないと思い、その状況を確認した。すると、スカートのすそが持ち上がっている部分に腕が入っており、ひじ、肩、顔と順番に見ていき、被告人の左手で触られていることが分かった。その後、被告人は、下着のわきから手を入れて陰部を触り、さらに、その手を抜いて、今度は、下着の前の方から手を入れて陰部を触ってきた。その間、再び、お互いの左半身がくっつくような感じになっていた。私が、下北沢に着く直前、被告人のネクタイをつかんだのと同じころ、被告人は、私の体を触るのを止めた。」というものである。

(2) 法廷意見

最高裁の法廷意見（以下このⅡのパートで

「法廷意見」という場合には、判例①における法廷意見を指す。）は、「(1) Aが述べる痴漢被害は、相当に執ようかつ強度なものであるにもかかわらず、Aは、車内で積極的な回避行動を執っていないこと、(2) そのことと……Aのした被告人に対する積極的な糾弾行為（筆者注・被告人のネクタイを掴み、その場にいた駅長に対して「この人痴漢です。」と訴えるなどしたこと。）とは必ずしもそぐわないように思われること、また、(3)

Aが、成城学園前駅でいったん下車しながら、車両を替えることなく、再び被告人のそばに乗車しているのは不自然であること（原判決も「いささか不自然」とは述べている。）などを勘案すると、同駅までにAが受けたという痴漢被害に関する供述の信用性にはなお疑いをいれる余地がある。そうすると、その後Aが受けたという公訴事実記載の痴漢被害に関する供述の信用性についても疑いをいれる余地があることは否定し難い」と提示し、「被告人が公訴事実記載の犯行を行ったと断定するについては、なお合理的な疑いが残るといふべきである」として、被告人に対し無罪の言渡しをすべきであるとした。

(3) 堀籠幸男裁判官の反対意見

これに対し、堀籠幸男裁判官の反対意見（以下このⅡのパートで「堀籠反対意見」という場合には、判例①における同裁判官の反対意見を指す。）は、法廷意見がAの供述の信用性について指摘する前記3点は、いずれも理由としては極めて薄弱であり、このような薄弱な理由を3点合わせたからといって、その薄弱性が是正されるというものではなく、多数意見が指摘するような理由のみではAの供述の信用性を否定することはできないとする。次に、「(1) 被告人は、検察官の取調べに対し、下北沢駅では電車に戻ろうとしたことはない」と供述しておきながら、同じ日の取調べ中に、急に思い出したなどと言って、電車に戻ろうとしたことを認めるに至っている。これは、下北沢駅ではプラットフォームの状況についてビデオ録画がされていることから、被告人が自己の供述に反する客観的証拠の存在を察知して供述を変遷させたものと考えられるのであり、こうした供述状況

は、確たる証拠がない限り被告人は不利益な事実を認めないことをうかがわせるのである。(2) 次に、被告人は、電車内の自分の近くにいた人については、よく記憶し、具体的に供述しているのであるが、被害者Aのことについては、ほとんど記憶がないと供述しているのであって、被告人の供述には不自然さが残るといわざるを得ない」と述べ、「多数意見は、被告人の供述の信用性について、何ら触れていないが、以上によれば、被告人の供述の信用性には疑問があるといわざるを得ない。」として、原判決には事実誤認はなく、上告は棄却されるべきであるとした。

(4) 法廷意見と堀籠反対意見の比較検討

法廷意見と堀籠反対意見の結論を分けたものは何であろうか。端的に言えば、それは被害者の供述の信用性評価である。上記において引用したとおり、法廷意見は3点の指摘をしてAの供述の信用性に疑問があるとしたのに対し、堀籠反対意見は、これを疑うべき理由はないとしている。その評価の相違自体興味深いものである。判例①の評釈類においても、法廷意見を支持する見解が相当数みられる一方で、堀籠反対意見を支持するないしこれに理解を示す見解も少なくない³⁾。冒頭で述べたとおり、実際の証拠に触れていない以上、その証拠評価には慎重であるべきであるが、このような評価の相違が存在することからも、正しく事実認定の難しさや奥深さを感得することができる。

しかし、ここでは、少し別の角度からの検討も加えてみたい。それは、被告人の供述の位置付けである。すなわち、法廷意見は、Aの供述には3点の疑問があると指摘した後、直ちに無罪という結論を述べるに至っている。これに対し、堀籠反対意見は、Aの供述を疑う理由は見出せない旨述べた後に、さらに、被告人の供述が信用し難い旨を述べた上で、最終的に有罪という結論に至っている。この2つの説示を並べて卒然と読むと、法廷意見は被告人の供述について一切検討や評価

をせずに結論を出しているのに対し、堀籠反対意見は被告人の供述の信用性評価を行いこれを踏まえた上で結論を出しているように理解されるところである。これは、被告人の供述というものの位置付けが法廷意見と堀籠反対意見とで違っているということの意味するのであろうか。

あり得る一つの説明としては、「法廷意見は唯一の直接証拠であるAの供述自体の信用性に疑問があったため、それ以上に被告人の供述の信用性を検討する必要が生じなかった。他方、堀籠反対意見は、Aの供述自体に信用性を疑うべき事情が見出されなかったため、更に進んで被告人の供述によりAの証言の信用性に疑問が差し挟まれるかを検討する必要が生じたが、その検討の結果被告人の供述は信用できず、結局Aの証言に疑問を差し挟む余地はないという結論に至ったものである。両者の結論を分けたのは、Aの供述それ自体において信用性に疑問が生じているとみるか否かの差であって、被告人の供述の位置付けに違いがあるわけではない。」というものが考えられる。確かにそのような整理は十分可能であるように思われる。また、法廷意見がAの証言の信用性に疑問があるとして指摘する点は、前記のとおり、Aの行動それ自体に関するものであって被告人の供述の信用性とは独立して判断し得るものであるとみれば、やはりこのような整理が妥当であるということになるのかもしれない。

そうすると、法廷意見と堀籠反対意見との相違は、法廷意見がAの供述の信用性に疑問があるとして指摘した前記3点についての評価の相違に尽きると結論付けることもできそうである。

しかしながら、堀籠反対意見を文字通り読むならば、そのような整理、説明は、あるいは堀籠裁判官の問題意識に必ずしもそぐわないのではないかというようにも感じられる。すなわち、堀籠反対意見は、その第2の1において、「本件における争点は、被害者Aの

3) 本件の評釈類としては、家令和典「判解」最判解刑事篇平成21年度119頁、141頁以下(2013)において、網羅的に列挙されている。さらに、松田道別「被害者の供述の信用性」小林=植村・前掲注1)刑事事実認定重要判決50選(下)293頁以下も参照。それぞれの論考において、法廷意見、各補足意見及び堀籠反対意見について、ややニュアンスの異なる評価がされていることが興味深い。

供述と被告人の供述とでは、どちらの供述の方が信用性があるかという点である。(下線部筆者)」と問題設定をした上で、第2の2において、多数意見が指摘するような理由のみではAの供述の信用性を否定することはできないとし、さらに、第2の3において、被告人の供述について、その信用性に疑いを容れる事情が複数あるとした上で、「多数意見は、被告人の供述の信用性について、何ら触れていないが、以上によれば、被告人の供述の信用性には疑問があるといわざるを得ない。(下線部筆者)」として、Aの供述の信用性を肯定し、被告人を有罪であると判断した原判決を支持する旨述べている。法廷意見が被告人の供述の信用性に触れていないことをあえて指摘しつつ、被告人の供述の信用性には疑問があることを複数の点において具体的に指摘し、結論として、Aの証言の信用性を肯定していることからすると、被害者とされるAの供述の信用性と被告人の供述の信用性の双方を比較検討しつつ結論を導いており、かつそのような検討をすべきであるという含意があるようにも読めるのである⁴⁾。

以上のような読み方は、やや深読みにすぎるとはかもしれないが、以下においては、この点について、若干の検討を試みてみたい。

被告人の供述に種々の疑問があり、その信用性が否定され、更には虚偽の供述をしたものと判断されたからといって、そのこと自体

が直ちに有罪方向の積極的な間接事実になるなどとはいえないであろうし、また、被告人の供述と相対立する供述をする被害者等の供述の信用性を当然に高めるともいえないであろう。嘘をついているから犯人であるなどという乱暴な推認は到底成り立たない⁵⁾、相反する供述をしている者の一方の供述が信用できないから他方の供述が信用できるといった推論も、論理必然に成り立つものではない。他方、証拠を評価し事実を認定する際には、その一部のみを検討して結論を出すのではなく、最終的には適法に取り調べられた全ての証拠を総合して判断すべきであろうし、現にそのようにしていると思われる⁶⁾。

まず大前提として、刑事裁判においては、立証責任を負っているのは検察官であり、被害者等の供述により有罪を立証する事案なのであれば、これにより犯罪事実が合理的な疑いを容れない程度に証明される必要がある。これは「刑事裁判における鉄則⁷⁾」であり、このこと自体に異論はない。したがって、「被害者等の供述の方が、被告人の供述より信用できる。」という相対的な信用性の優越だけでは有罪の判断ができないということは、自明の理である。

その上で、一般的に、供述の信用性を評価するに当たっては、他の証拠との符合、知覚・記憶・叙述の各過程についての条件、供述経過、利害関係といった供述者の立場、供

4) 堀籠裁判官は、他にもたとえば前記最三小決平成21年4月22日裁判集刑296号503頁において、同様の叙述をしている。この事案は、18歳の女性が男性の被告人から恐喝未遂の被害に遭ったとされる恐喝未遂被告事件であり、原審の有罪判断を最高裁が維持したものであるが(ただし、田原睦夫裁判官の反対意見がある。)、堀籠裁判官はその補足意見において、やはり「本件においては、A(筆者注・被害者とされる女性)の供述と被告人の供述とでは、客観的証拠等に照らし、どちらの供述の方が大筋において信用性があるかが問題点である」と述べた上で、両名の供述の信用性を詳細に比較検討しているのである。

もともと、このような叙述は堀籠裁判官のみがしているわけではない。最高裁判例においても、たとえば、前掲最一小決平成19年10月10日判タ1251号152頁において、甲斐中辰夫裁判官は、その補足意見において、「本件は、被告人の被害者に対するホテル内の強盗強姦被告事件であり、基本的には被害者の証言と被告人の法廷供述が食い違い、そのどちらを信用するかで結論が異なる事案である」と述べ、また、涌井紀夫裁判官も、その補足意見において、より端的に「本件は、強盗強姦の被害事実を申告する被害者の証言と、強姦の事実は認めるもののその時点における強盗の犯意等を否認する趣旨の被告人の法廷供述について、相対的にそのいずれをより信用性の高いものとみるべきかが争われている事案である」と述べている。

5) この旨を明言するものとして、たとえば東京高判平成20年7月18日判タ1294号297頁参照。

6) 更には言えば、刑事裁判において心証を形成すべき場合は公判廷であるのだから、公判廷で証人や被告人が供述をし、証拠物が展示され、証拠書類が朗読(ないしその要旨が告知)されることにより、その都度心証が形成されていく、というのが、第一審における生き生きとした審理であり心証形成である。

7) 最一小決昭和50年5月20日刑集29巻5号177頁(いわゆる白鳥決定)、最三小決昭和57年3月16日裁判集刑226号1頁などにおいて、そのような説示がみられる。

述内容の合理性や迫真性、供述態度といった諸点に留意して判断するべきであると説かれる⁸⁾。その中でも、他の証拠との符合、すなわち、客観的な、あるいは十分信用性が担保された証拠により確実なものとして認められる事実関係（これを「動かし難い事実」などということもある。）との整合性は、誤りのない信用性評価をするために、まず着目すべきポイントであるといえよう。

したがって、対立する供述が存在し、そのいずれが信用できるかということが問題となっているように見える場合であっても、それらの信用性を判断する際には、まず、客観的な事実関係との整合性を検討することになる。供述の重要な部分が客観的な事実関係と合致しているのであれば、その供述の信用性は基本的に高いとみるのが自然であろうし、逆に、客観的な事実関係と明らかに食い違う供述は、容易に信用することができないと判断するのが合理的であり、常識的な判断でもあろう。このような判断過程を経る場合、供述同士の信用性を対比して検討しているように見えたとしても、実際には、まず、それぞれの供述と客観的な事実関係との整合性を各別に検討しているのであり、その結果、被害者等の供述が十分信用でき、被告人の供述によってもこれに合理的な疑いを差し挟む余地がないといえるのかどうか判断されているのである⁹⁾。

それでは、供述（特に被害者等の供述）の信用性判断に際し、上記のように有力な手掛かりとなる客観的な事実関係を見出すことが必ずしも容易でない事案においてはどのように考えられるか。そのような場合、日常生活

においては、複数の者の供述を対比しつつ、一方の供述が信用できないことを有力な材料として、他方の供述を信用することも、決して稀ではないと思われる。また、いささか観念的な議論となるが、XとYという2名の者がいて、それぞれ異なる供述をする場合において、仮に両名の供述のいずれかが真実である（両名の供述するところ以外の実事関係は想定できない。）という前提条件が満たされるのであれば、Yの供述の信用性が否定されればXの供述の信用性が反射的に肯定されるし、その逆も然り、ということにはなろう。

しかしながら、問題は、刑事裁判の場において上記のような前提条件が満たされるといってよいことが實際上どのくらいあるのかということである。結論から述べれば、それはかなり限られた状況においてのみ成立する前提条件であると思われる。なぜならば、Xの供述するところとYの供述するところが相対立しているように見える場合においても、真実はそのいずれでもなく（いわば第三の事実が存在する。）、XとYの両供述のいずれも正しくはないという可能性が残っている場合が多いと考えられるからである。たとえば、XはYに突き飛ばされたと供述し、Yはそのようなことはしておらず、そもそもXに接触していないと供述してしよ。そして、関係証拠に照らし、Yの供述は信用できないとの心証を得たとする。そのとき、このことによりXの供述が直ちに正しいことになるかといえ、必ずしもそうはいえない。Xに接触していないというYの供述が信用できないと認定できたとしても、たとえばYがXに誤ってぶつかったものであると

8) たとえば、石井一正『刑事実務証拠法（第5版）』447頁以下（判例タイムズ社、2011）、小森田恵樹「供述証拠の証明力の評価の在り方」安廣文夫編著『裁判員裁判時代の刑事裁判』189頁以下（成文堂、2015）等参照。

9) たとえば、前掲最二小判平成23年7月25日裁判集刑304号139頁は、強姦の被害事実の有無について、強姦被害を受けたとする女性（A）の供述と合意に基づき手淫をしてもらったにすぎないとする被告人の供述の信用性が問題となり、法廷意見は、Aの供述を全面的に信用することができず、被告人の供述はたやすく排斥できないとして無罪の結論を導いたのに対し、古田佑紀裁判官の反対意見は、被告人の供述は信用できず、Aの供述の信用性を肯定した原判決は合理的であるとして、その有罪の判断を支持している。本判決は、確かに「本件公訴事実のうち、暴行、脅迫及び姦淫行為の点を基礎付ける客観的な証拠は存しない。そうすると、上記事実を基礎付ける証拠としては、Aの供述があるのみである」とされている事案であり、判例①と類似した証拠構造を有する面があるのであるが、本判決においては、Aの行動が客観的な事実と整合しているといえるか否かが一つの論点となっており、また、被告人の供述についても裏付けとなる客観的な事実があるといえるか否かが論じられている点にも留意すべきであると思われる。

いった可能性は残っているのであり、Yの供述が信用できないことから直ちにXの供述が正しいことが論理的に帰結されるわけではないのである。もちろん、その他種々の事情を検討することによって、Xの供述が十分信用でき、YがXを突き飛ばした事実が認定できることもあるであろうが、少なくとも、Yの供述が信用できないことの反射的効果として自動的にXの供述の信用性が高まると判断するのは妥当でない。

したがって、被害者等の供述の信用性と被告人の供述の信用性を、あたかも天秤にかけられるように直接比較することは、先に述べたとおり、いずれかが真実であるという条件——この条件には、当該事案においては事実上そのように言うてよい、という場合まで含めてよいと思われるが——が満たされる場合を除いては、適切とは言い難いことになる。

そうすると、判断の在り方としては、基本的に、被害者等の供述が十分信用できるか否かを検討し、仮にその段階でその信用性が十分でないと判断された場合には、被告人の供述が疑わしいあるいは不合理なものであったとしても、そのことによって被害者等の供述の信用性が補強されると考えることは相当でないと考えるべきことになろう。

もっとも、更に進んで、被害者等の供述について、それ自体をみれば、信用性を失わせる決定的な理由までは見出せないものの、一般論として疑問を差し挟む余地がないとはいえないという場合は、少なからず存在するであろう¹⁰⁾。そのような場合、被告人が具体的な弁解をすることにより、その一般的な疑問の一部が具体的な疑問として浮上する一方で、その余の疑問が当該事案においては観念的ないし抽象的なものとして判断対象から後退し、事実上検討の必要性が乏しくなる、と

いう現象はあり得るように思われる¹¹⁾。たとえば、XがYから現金を脅し取られたと供述しているという事例を考えてみる。このとき、①Yが、「Xから一切金銭など受け取っていない。」と供述している場合には、Xにおいて何らかの理由により手元に生じた金銭の不足を糊塗するために虚偽の被害申告をしているといった可能性の有無について詳細に検討すべき必要性が生じ、金銭の授受を窺わせる証拠が見当たらない場合にはXの供述自体に破綻が見当たらなくてもこれを信用することが躊躇されるというような判断もあり得る反面、もしYの供述に反してXからYへと金銭の交付があったことが明らかになった場合には、それがYの恐喝行為によるものであるというXの供述部分の信用性についても比較的容易に肯定されるということは考えられるように思われる。他方、②Yが「Xからは貸していた金を返してもらっただけであり、脅し取ってなどいない。」と供述している場合には、Xが借金をしていたことを隠すために虚偽の被害申告をしているといった可能性の有無について詳細に検討すべき必要性が生じ、XY間に従前のものも含めて金銭の貸借関係が窺われるとか、あるいは、Xにおいて借金をしたという事実自体を明らかにしたくないであろうという事情が出てきた場合には、Xの供述が疑わしくなる反面、XY間に金銭の貸借等XがYに金銭を交付すべき事情が何ら見当たらない場合には、XがYに金銭を交付すべき合理的な理由がなく、その交付が喝取であるというXの供述の信用性が肯定されることもあり得るであろう。

その意味で、被告人の供述は、常に被害者等の供述の信用性を検討する視点を提供しているものではあるものであり、その限りにお

10) たとえば、前掲最二小判平成23年7月25日裁判集刑304号139頁は正しくそのような事案であったと考えられる。

11) 遠藤邦彦「刑事事実認定重要事例研究ノート 第12回 強姦の成否——被害者供述の信用性——について」警察学論集68巻2号118頁、129頁(2015)が、前掲最二小判平成23年7月25日裁判集刑304号139頁の検討において、(被害者の供述の)「弱点やそこから生じる疑問は、捜査段階や第1審段階の被告人の供述であれば、その被告人の供述が……信用できないことの反射として、抽象的なものに止まるといえるが、被告人の最終的な供述内容を前提にすると、A(筆者注・被害者を指す)供述の弱点が具体的、現実的なものとして登場するのである。」と指摘するのは極めて示唆的であり、実際の心証形成・検証過程をよく表しているもののように感じられる。

ては、被害者等の供述の信用性判断をするに当たって、参照されるべきものであるということができるとされる。別の言い方をすれば、まず、被害者等の供述が十分信用できるか否かを判断すべきであるということ、被告人の供述に一切目を向けなくともよいとか向けるべきではないということまでは必ずしも意味しないということである¹²⁾。他方、繰り返すと、被告人の供述が信用できない、あるいは虚偽であると判断されたとしても、通常は、そのことが直ちに被害者等の供述の信用性を全面的に補うことにはならないのであり¹³⁾、この点は十分意識して事実認定を行う必要がある。

Ⅲ. 間接事実からの総合認定について

1 直接証拠型と間接事実型

冒頭においても触れたところであるが、事実認定の場面においては、大きく分けて、「直接証拠型」といわれる類型と「間接事実型」といわれる類型がある。直接証拠型とは、要証事実を認定する際に、それを直接証明できる証拠がある類型である。このような証拠を直接証拠という。他方、間接事実型とは、証拠から認められる事実を基に、要証事実を更に推認する構造を持つ類型である。要証事実の存否を間接的に推認させる事実を間接事実といい、間接事実の存否を（直接）認定させる証拠を間接証拠という¹⁴⁾。そして、実務においては、この後者の間接事実型の立証構造を持つ事件が相当数に上るところ、この類型において適切な事実認定を行う能力が法曹として極めて重要なものの一つであるとされ、これを涵養することが、司法修習においても重視されている。

ところで、間接事実型の立証構造においては、まず、間接証拠から種々の間接事実を認定し、認定された間接事実を総合して要証事実が推認できるか否かを判断するという過程を経ることになる。したがって、この判断過程を整理すれば、①間接証拠から個々の間接事実を認定する段階（以下「第一段階」という。）と、②認定された間接事実群を総合して要証事実を推認する段階（以下「第二段階」という。）とに分けることができる。なお、より詳細に分析すれば、第一段階自体についても、更に上記の過程を見出せる場合が少なくない。当該間接事実自体が、それを推認させる下位の間接事実（再間接事実あるいは第二次的間接事実などといわれる。）から推認される場合である。すなわち、①¹⁾再間接証拠から個々の再間接事実（第二次的間接事実）を認定し、②²⁾認定された再間接事実（第二次的間接事実）群を総合して当該間接事実を認定する、という過程である。更に下位の位相へと同様の分析結果が見出される事案もあり、一般に、そのような事案は認定構造が複雑困難な事案であるといつてよいであろう¹⁵⁾。

2 間接事実型に関する近時の最高裁判例

近時の最高裁判例を概観すると、最一小決平成19年10月16日刑集61巻7号677頁、最三小判平成21年4月21日裁判集刑296号391頁、最三小判平成22年4月27日刑集64巻3号233頁、最一小判平成24年2月13日刑集66巻4号482頁、最一小決平成26年7月8日裁判集刑314号99頁、最一小決平成29年12月25日裁判集刑322号127頁、最二小判平成30年7月13日刑集72巻3号324頁等を間接事実からの総合認定が問題と

12) 堀籠反対意見がこの点を指摘する趣旨なのであれば、理解できる。

13) 法廷意見が、Aと被告人の各供述内容をみたとき、Aの供述内容の不自然性は被告人の供述如何によって左右されない性質のものとして、被告人の供述の信用性に触れないという判断をしたのであれば、理解できる。

14) 藤井敏明「刑事事実認定入門」自由と正義51巻6号66頁、70頁（2000）。さらに、司法研修所刑事裁判教官室『プロシーディングス刑事裁判（平成30年版）』47頁以下（法曹会、2019）も参照。

15) 中里智美「情況証拠による事実認定——犯人と被告人との同一性をめぐって——」木谷明編著・前掲注1)335頁、337頁注8、國井恒志「情況証拠による事実認定 裁判の立場から」三井誠ほか編『刑事手続の新展開 下巻』450頁、451頁（成文堂、2017）参照。

なった具体的事案として挙げるができる。これらも熟読玩味に値するものであり、読者の方におかれては、やはり判例集等に直接当たって読んでいただきたい。

3 最三小判平成22年4月27日刑集64巻3号233頁の検討

本稿では、前記2のうち、最三小判平成22年4月27日刑集64巻3号233頁（以下「判例②」という。）を特に採り上げて検討する。

(1) 事案の概要

本件公訴事実の要旨は、被告人は、(1)平成14年4月14日午後3時30分ころから同日午後9時40分ころまでの間に、大阪市平野区所在のマンション（以下「本件マンション」という。）のB（以下「B」という。）方において、その妻C（以下「C」という。）に対し、殺意をもって、同所にあったナイロン製ひもでその頸部を絞め付けるなどし、よって、そのころ、同所において、同女を頸部圧迫により窒息死させて殺害し、(2)上記日時場所において、B及びC夫婦の長男であるD（以下「D」という。）に対し、殺意をもって、同所浴室の浴槽内の水中にその身体を溺没させるなどし、よって、そのころ、同所において、同児を溺死させて殺害し、(3)本件マンションに放火しようと考え、同日午後9時40分ころ、B方6畳間において、同所にあった新聞紙、衣類等にライターで火をつけ、その火を同室の壁面、天井等に燃え移らせ、よって、Bらが現に住居として使用する本件マンションのうちB方の壁面、天井等を焼損し、もって、同マンションを焼損した、というものである。

被告人は一貫して否認しており、間接事実を総合することによって被告人が犯人であると認定できるか否かが問題となったという、典型的な間接事実型の立証構造を持つ事案である。そして、最高裁においては、第一小法廷の5名の裁判官全員の個別意見が付されたという点においても、極めて興味深い事案である。

(2) 第一審及び控訴審の判断の概要

第一審は、①被告人が事件当日に現場である本件マンションに赴いたこと、②被告人には、何らかの事情をきっかけとして、Cに対して怒りを爆発させてもおかしくない状況があったこと、③被告人が、事件当日の夕方、朝から仕事に出ていたEを迎えに行く約束をしていたにもかかわらず、C及びDが死亡した可能性が高い時刻頃に自らの携帯電話の電源を切っており、Eを迎えに行けないことをメールで伝えた後、出火時刻の約20分後に至るまでの間同女に連絡を取っていないこと、④被告人の事件当日の自身の行動に関する供述があいまいで漠然としたものであり、不自然な点が散見される上、不合理な変遷も見られ、全体として信用性が乏しいものであって、特段の事情がないのに、当日の行動について合理的な説明ができていないこと、⑤Cは、生前、在宅時も施錠し、限られた人間が訪れた際にしかドアを開けようとしなかったこと、本件の犯人が2歳にもならないDを殺害しているのは口封じの可能性が高いこと、犯人が現場に放火して徹底的な罪証隠滅工作をしていることなどからすれば、本件犯行は被害者と近い関係にある者が敢行した可能性が認められること、といった各事実を総合して、被告人が本件犯行を犯したことについて合理的な疑いをいれない程度に証明がされたと判断した。なお、上記①については更に、①-a本件マンションにある灰皿（以下「本件灰皿」という。）内から、本件事件の翌日にたばこの吸い殻72本が採取されたが、その中に被告人が好んで吸っていた銘柄の吸い殻が1本（以下「本件吸い殻」という。）あり、これに付着していた唾液中の細胞のDNA型が、被告人の血液のDNA型と一致していること、本件事件の火災発生後、程なく警察官による現場保存が行われたことなどから、被告人が、事件当日あるいはそれまでの間に本件マンションに立ち入り、本件灰皿に本件吸い殻を投棄したことが動かし難く認められること、①-b事件当日午後3時40分ころから午後8時ころまでの間、被告人が当時使用していた自動車と同種・同色の自動車が、本件マンションから北方約100m

の地点に駐車されていたこと、①－c 被告人自身が、捜査段階において、事件当日に自己の運転する自動車を同地点に駐車したことを認めていたこと、①－d 事件当日午後3時過ぎないし午後3時半ころまでの間に、本件マンションから北北東約80mに位置するバッテリーセンターにおいて、被告人によく似た人物が目撃されたこと、①－e 被告人自身、本件当日はBないしB宅を探して平野区内ないしその周辺に自動車で赴いたことを自認していること、といった各再間接事実（間接事実を推認させる間接事実）により認められると判断しており、上記②については更に、②－a 平成13年10月1日から同月24日まで、C及びDは、被告人宅で同居生活を送ったが、そのころ、被告人は、Cに対し、恋慕の情を抱いており、性交渉を迫る、抱き付く、キスをするなどの行為に及んだことがあったこと、②－b しかし、Cは、被告人からの誘いを拒絶し、被告人宅から被告人に告げることなくBの下へ戻った上、Bと行動を共にするようになり、被告人との接触を避けてきたこと、②－c 被告人は、Bの養父ないし保証人として、Bの借金への対応に追われていたが、Bは、被告人に協力したり、感謝したりすることをせず、無責任かつ不誠実な態度をとり続けていたこと、といった各再間接事実により認められるとした。

そして、控訴審も基本的に¹⁶⁾この判断を是認したものである。

(3) 最高裁の判断

a 法廷意見

これに対し、最高裁の法廷意見（以下このⅢのパートで「法廷意見」という場合には、判例②における法廷意見を指す。）は、「第1審判決による間接事実からの推認は、被告人が、本件事件当日に本件マンションに赴いたという事実を最も大きな根拠とするものである。そして、その事実が認定できるとする理

由の中心は、本件灰皿内に遺留されていたたばこの吸い殻に付着した唾液中の細胞のDNA型が被告人の血液のそれと一致したという証拠上も是認できる事実からの推認である。」と第一審及び控訴審判決の判断構造を理解した上で、「ビニール製携帯灰皿¹⁷⁾に入れられた吸い殻が、常に原判決の説示するような形状になるといえるのか疑問がある上、そもそも本件吸い殻が経路する可能性があった携帯灰皿がビニール製のものであったと限定できる証拠状況でもない……。また、変色の点は、本件事件から1か月半余が経過してなされた唾液鑑定の際の写真によれば、本件吸い殻のフィルター部全体が変色しているのであり、これが唾液によるものと考えるのは極めて不自然といわざるを得ない。本件吸い殻は、前記のとおり本件事件の翌日に採取されたものであり、当時撮影された写真において既に茶色っぽく変色していることがうかがわれ、水に濡れるなどの状況がなければ短期間でこのような変色は生じないと考えられるところ、本件灰皿内から本件吸い殻を採取した警察官Fは、本件灰皿内が濡れていたかどうかについて記憶はないが、写真を見る限り湿っているようには見えない旨証言しているから、この変色は、本件吸い殻が捨てられた時期が本件事件当日よりもかなり以前のことであった可能性を示すものとさえいえるところである。この問題点について、原判決の上記説明は採用できず、その他、本件吸い殻の変色を合理的に説明できる根拠は、記録上見当たらない。したがって、上記のような理由で本件吸い殻が携帯灰皿を経由して捨てられたものであるとの可能性を否定した原審の判断は、不合理であるといわざるを得ない」とした上で、前記①－bないしeの各事実の評価如何にかかわらず、被告人が事件当日本件マンションに赴いた事実は認定できないとした。

16) ただし、第一審は、被告人が事件当日に本件マンション敷地内に立ち入って階段を上ったことがある旨を認める供述をした警察官面前調書につき、任意性及び信用性を肯定し、これによっても被告人の犯人性が肯定されるという判断が更に補強されるものとしたが、控訴審は、同調書には任意性がないとし、これを証拠から排除した上で、被告人の犯人性を肯定した第一審の判断自体はこれを支持した。

17) 被告人が、Cが被告人方から持ち出したと主張しているものであり、このビニール製灰皿に入っていた被告人の吸い殻がC等によって本件灰皿に捨てられた可能性が問題となったものである。

さらに、「被告人が本件事件当日に本件マンションに赴いた事実が認められたとしても、認定されている他の間接事実を加えることによって、被告人が犯人でないとしたならば合理的に説明できない（あるいは、少なくとも説明が極めて困難である）事実関係が存在するとまでいえるかどうかにも疑問がある。……第1審判決が掲げる間接事実のみで被告人を有罪と認定することは、著しく困難である」とし、控訴審及び第一審判決をいずれも破棄し、審理を第一審に差し戻すべきであるとされた。

b 堀籠幸男裁判官の反対意見

他方、堀籠裁判官はその反対意見（以下このⅢのパートで「堀籠反対意見」という場合には、判例②における同裁判官の反対意見を指す。）において、まず、本件吸い殻に関し、検証調書及び鑑定書に添付された写真を基に、「本件吸い殻の変色の状況に関する証拠からは、本件吸い殻にかかるたばこは、写真A（筆者注・事件翌日に撮影された検証調書添付の写真）が撮影された時点に近い時期に吸われたものと考えるのが相当である」とし、さらに、「吸い殻が携帯灰皿に入れられた場合、吸い殻の周囲に灰が付くのが通常であり、現に被害者宅で見つかった携帯灰皿の中にあった吸い殻には灰が付着しているものであり、また、ビニール製携帯灰皿に吸い殻を入れて持ち運べば蓋のスナップを止めるときなどに吸い殻は押しつぶされたようになるはずであるが、本件吸い殻には灰が付着した形跡も押しつぶされた形跡もなく、これらの事実は、本件吸い殻が吸った後、直接階段の灰皿内に捨てられたことを補強するものというべきである。……したがって、本件吸い殻の変色の点を根拠に本件吸い殻が携帯灰皿を経て捨てられたものである可能性を否定することができないとする多数意見は、客観的証拠の評価を誤ったものであり、賛成することができない。」と論ずる。

そして、このような本件吸い殻に関する判断に加えて、「被告人が本件マンションに本

件犯行前に立ち入ったことがあると弁解しているのであれば格別、被告人はおよそ本件マンションに立ち入ったことがないと主張している本件の場合においては、被告人が本件吸い殻にかかるたばこを吸ったのは、犯行当日であると推認することができる」とし、加えて、事件当日、被告人が本件マンションの近くにいたことは十分に認められ、このことも、被告人が事件当日に本件マンションでたばこを吸ったという事実を補強するものとした。

その上で、犯行当時の行動に関する被告人の供述が極めて不自然で、かつ、虚偽であると判断し、その点について「確かに、犯罪発生から相当期間経過後に身に覚えのない者に対しアリバイを求めた場合に、アリバイに関する供述が曖昧になることがあるが、本件はそのような場合には当たらない。また、犯罪の嫌疑をかけられた者が、他のより重要な別の利益を守る目的で虚偽のアリバイを供述することも考えられるが、本件は2名の殺害の疑いがかかっている場合であるから、より重要な別の利益を秘匿するためということも考えられない。……そうすると、被告人は、本件犯行時刻当時どこにいたかという事実を隠していることは明らかであって、被告人が隠している事実は、まさに犯行時刻に犯行現場にいたという事実であると推認することができるというべきであろう。」と指摘する¹⁸⁾。そして、被告人が携帯電話の電源をあえて切っていたことから、事件当日Cに会う意図があったといえること、Cが鍵を開けた相手方はCの顔見知りの者であると推認できること、事件直後における被告人の数々の行動が不審であること、被告人の妻が事件後被告人が犯人であるとの確信を深めたことなどを総合すれば、被告人の犯人性は合理的疑いを容れられない程度にまで立証されているとした。

c 那須弘平裁判官の意見

なお、判例②については、前記のとおり、第一小法廷の5名の裁判官全員の個別意見が

18) これは、前記②の第一審の判断枠組みにおいて④として挙げられた事情を、より推認力の強い事実として再構成したものと考えられる。

付されているところであるが、ここでは特に那須弘平裁判官の意見（以下「那須意見」という。）を採り上げてみたい。

那須意見は、結論として、原判決及び第一審判決を破棄するのを相当として、その点においては法廷意見や3名の裁判官の補足意見と一致しているが、説示内容には相当の相違がみられる。すなわち、那須意見は、本件吸い殻について、現状においては被告人が事件当日本件マンションに立ち入ったと推認するのは無理があり、更なる審理が必要であると述べつつ、「被告人には犯行に至ってもおかしくない人間関係が存在することは否定しがたく、これに妻Eとの間での携帯電話のやりとりをめぐる被告人の不自然な行動、及び事件当日の被告人の行動につき被告人自らによる合理的説明がなされていないこと、犯行現場の状況や犯行の口手等からみて犯行が被害者と近い関係にある者によって敢行された可能性を否定できないこと等の間接事実が存在することを踏まえると、被告人が犯人ではないかとの疑いは拭きたいものがある。そのような証拠状況に加えて、さらに、本件吸い殻に関する差戻し後の審理の結果として、被告人が当日本件マンションに赴いた事実が証拠から認定できる状況が生じた場合を想定すれば、被告人が犯人ではないかとの疑惑は極めて強いものになるはずである。」とし、さらに、被告人が事件当日本件マンションに赴いた事実が認められるということは、被告人が本件マンションへの立入りを一貫して強く否定し続けてきたことと両立し難い客観的事実の存在が明らかになったことになるのであるから、これを併せ考えれば、被告人の犯人性が推認される旨述べられる。

那須意見は、更に進んで、第一審判決においては被告人が事件当日本件マンションに立ち入った事実の認定を補強するものと位置付

けられたものの、控訴審判決においてはその証拠能力が否定された被告人の警察官面前調書¹⁹⁾について、これに新たな位置付け²⁰⁾を与えた上で、仮に差戻後の審理において同調書の任意性及び信用性が肯定された場合には、被告人が本件吸い殻を事件当日本件灰皿に捨てたことを裏付ける新たな証拠の存在を確認できない状況のままであったとしても、なお間接事実を総合して被告人の犯人性を肯定する余地があるものとする。

(4) 各意見の比較検討

前記各意見の要旨を一読しても明らかなように、判例②においては、被告人が事件当日本件マンションに立ち入ったという間接事実自体が認定できるか否かという第一段階の問題と、認定された間接事実から被告人の犯人性という要証事実が推認できるか否かという第二段階の問題の双方が存在しており、その両段階において鋭い意見の対立があったという事案なのである²¹⁾。争点を的確に整理し把握するということには、このような構造を明確化することが含まれる。したがって、公判前整理手続や期日間整理手続等においては、検察官と弁護士・被告人の主張を整理していく中で、双方当事者が自己の主張をより明確化し、的確な立証を図り、最終的には充実した公判に至るということが目標になる。

ところで、判例②においては、まず、本件吸い殻に関する判断に対立がみられるところである。各最高裁判事が同一の証拠を検討しながら、その判断が相異なるということに、やはり事実認定の難しさを痛感せざるを得ない。もっとも、その判断の可否とは別に、判決文を検討していきさか気になることは、これほどまでに結論を左右し得る重大な点とされている事柄について、その判断に資する客観的資料と科学的知見が必ずしも十分とはいえないのではないかということであ

19) 前掲注16)参照。

20) 那須意見は、同調書につき「直接証拠」という表現も用いているが、これは、「被告人が事件当日本件マンションに立ち入ったという事実」との関係で、これを直接立証する証拠であるという趣旨であろう。

21) 第一段階について、法廷意見、藤田宙靖、田原睦夫、近藤崇晴各裁判官の補足意見、那須弘平裁判官の意見は、否定的ないし懐疑的な見解であるのに対し、堀籠幸男裁判官の反対意見は、認定に積極的な見解を採る。他方、第二段階については、法廷意見と上記各補足意見は、第一段階同様否定的ないし懐疑的な見解を採り、堀籠幸男裁判官の反対意見も、第一段階同様積極的な見解を採っているが、那須弘平裁判官の意見は、第二段階についてはむしろ積極に傾く見解を採っている。

る²²⁾。本件吸い殻の状況については、証拠として提出された検証調書及び鑑定書に添付された写真に基づいて判断されているようであるが、田原睦夫裁判官がその補足意見において、「個々の吸い殻の映像が小さくてなかなか判別が困難である²³⁾」と指摘しているし、堀籠裁判官も、「写真Aに写っている吸い殻は小さい²⁴⁾」旨言及している。この問題については、第一審及び控訴審の判決文を追うことによって、検討をしてみたい。

第一審判決は、「そもそも、それらの携帯灰皿の中に被告人の吸い殻が入っていたか否か不明である上（被告人は、入っていた旨供述するが、そのような事実について具体的な記憶があるとは考えにくく、信用することはできない。）、携帯灰皿内の吸い殻は、自宅のごみ箱に捨てるのが一般的であると考えられること、C夫婦が携帯灰皿を受け取った時期は判然としないが、Cらと被告人との交際状況に照らせば、少なくともそれは同女らがマンションNに転居する前であると認められるところ、仮に、Cが同携帯灰皿を日常的に使用していたのであれば、マンションNに転居するまでの間に灰皿内の吸い殻を投棄した可能性が高いことなどの事情に照らせば、Cが、マンションNの西側階段1階から2階に至る踊り場の灰皿内に被告人の吸い殻を捨てたとは考え難く、弁護人の主張を採用することはできない²⁵⁾。」と判示していた。

次に、控訴審判決は、この点につき、「一審判決は携帯灰皿の中の吸い殻は通常自宅のごみ箱に捨てるのであって階段踊り場の灰皿に捨てることはない」と説示するが、必ずしもそのように断言し難いところでもある。」としつつ、「本件吸い殻がビニール製携帯灰皿を經由して階段踊り場の灰皿に捨てられた可能性について検討すると、そもそもそのようなビニール製携帯灰皿が発見されていない

上、Cなどがビニール製灰皿を持ち出すなどしたとの具体的な事実が指摘されているわけではないが、それを措いても、本件吸い殻がビニール製携帯灰皿に入っていたとは認められない。なぜならば、ビニール製携帯灰皿に入れられた吸い殻は通常押しつぶされた上で灰がまんべんなく付着して汚れるのであるが、本件吸い殻は押しつぶされた形跡もなければ灰がまんべんなく付着しているわけでもないのであり、むしろ、その形状に照らせば、もみ消さないで火のついたまま灰皿などに捨てられてフィルターの部分で自然に消火したものと認められる。また、茶色く変色している点については、フィルターに唾液が付着して濡れた状態で灰皿の中に落ち込んだ吸い殻であれば翌日採取されてもこのような状態になるのは自然というべきである。そうすると、本件吸い殻がビニール製携帯灰皿を經由して階段踊り場の灰皿に捨てられた可能性もないというべきであり、本件吸い殻は被告人が捨てたものと推認できる²⁶⁾。」と判示した。

前記のとおり、法廷意見は、控訴審判決が弁護側の主張を排斥する根拠とした本件吸い殻の灰の付着状況について、必ずしも決め手にならないとした上で、本件吸い殻の変色状況について、控訴審判決の説明を採用できないとし、むしろ本件吸い殻が捨てられたのが事件当日よりかなり以前のことであった可能性を示すとさえいえると評価している。これに対し、堀籠反対意見は、本件吸い殻の変色について、事件翌日に撮影された写真と事件から約1か月半後に撮影された写真を比較分析するなどして、変色の状況は本件吸い殻が事件翌日の撮影時に近い時期に吸われたたばこの吸い殻であると考えられるとし、また、本件吸い殻の灰の付着状況について、吸った後直接階段踊り場の灰皿に捨てられたとの認定を補強するものと論じている。

22) 植村・前掲注1)41頁は、「写真による解明には正確性の点で限界があり、ベストエビデンスといえる、現物である証拠品を前提として議論するのが筋であろう。」と指摘する。

23) 刑集64巻3号256頁。

24) 刑集64巻3号283頁。

25) 刑集64巻3号392-393頁。

26) 刑集64巻3号439頁。

翻って、前述のとおり、第一審判決においては、本件吸い殻については、専らそこから検出されたDNA型が被告人のDNA型と同一であり、被告人が吸ったものと認定できるかが強く争われていたことがうかがわれ、そもそも灰の付着状況や変色についての言及はない²⁷⁾。また、控訴審判決においては、判文上は詳細が不明であるものの、弁護人から本件吸い殻の変色状況について何らかの指摘があったことがうかがわれるが、その主張を排斥する文脈で、「フィルターに唾液が付着して濡れた状態で灰皿の中に落ち込んだ吸い殻であれば翌日採取されてもこのような状態になるのは自然というべきである」という説示がされ、また、これと並んで、本件吸い殻の形状及び灰の付着状況から、本件吸い殻は、携帯灰皿を経由することなく自然に消火したものと応答されたのである。

各審級の判決文を読む限りでは、審級を重ねる毎に議論が詳細になっているものの、必ずしもその細かい議論に対応した的確な証拠が存在しておらず、結果として、控訴審判決

は、弁護側の主張をいわば一般論に近い形で排斥することになり、最高裁判決の法廷意見は、その判断を是認できないものとしたように受け取れる²⁸⁾。仮にであるが、法廷意見で示されたような問題提起が第一審の段階で行われていたとしたら、本件吸い殻の現物やたばこの吸い殻の変色についての実験結果等が取り調べられ、それに応じた詳細な判断がされていたのではないかとも思われるのである²⁹⁾³⁰⁾。

また、被告人が事件当日本件マンションに立ち入ったという事実が認定できた場合に、その事実と他の間接事実を総合して、被告人の犯人性が肯定できるか否かについても、各最高裁判事の意見は分かれており、ここにも間接事実の総合評価の難しさが如実に表れている³¹⁾。

ところで、判例②において、近藤崇晴裁判官がその補足意見においていみじくも指摘されていることであるが、「被告人が事件当日本件マンションに立ち入ったこと」から「被告人が本件の犯人であること」を推認するた

27) 刑集 64 卷 3 号 387 頁以下参照。

28) 中川孝博『合理的疑いを越えた証明 刑事裁判における証明基準の機能』32 頁以下（現代人文社、2003）は、最高裁が原審の有罪判決を破棄する際、具体的な事情に留意せず一般論で合理的疑いを否定する原審の説示を批判する傾向があることを指摘しており、示唆に富む。

29) 実際の訴訟においては、第一審判決の説示に控訴趣意が反論を加え、その控訴趣意に対して控訴審判決が改めて判断するという流れの中で、第一審においてあまり注意が払われていなかった点が、控訴審段階でクローズアップされるということもないわけではない。しかしながら、そのような訴訟の進行は、もし避けられるのであれば避けるに越したことはない。そのために、公判前整理手続や期日間整理手続において、まず、検察官において証拠構造を明示して、その立証のために最適な証拠（ベストエビデンス）を請求し、次に、弁護人においては、その予定主張を、検察官において反論の要否が検討できる程度に明確化し、検察官は、弁護人が提起した具体的疑問に対し、必要に応じて更なる立証を検討するという過程を経た上で、公判廷における証拠調べを実施することで、不明瞭な総合認定や、証拠の不足を想像で補うような不安定な事実認定を避け、納得度の高い審理判決を実現できるのではないかと考えるところである。この点については、さらに、大野洋「犯人性に関する総合認定」小林・植村・前掲注 1) 刑事事実認定重要判決 50 選（下）409 頁、418 頁以下の指摘も参照。

30) なお、最高裁においては、本件灰皿に存在したたばこの吸い殻の中にはCが吸っていたたばこと同一の銘柄のもの4個が存在し、これらの吸い殻に付着する唾液等からCのDNA型に一致するものが検出されれば、Cが携帯灰皿の中身を本件灰皿内に捨てた可能性が高くなるのに、この点について鑑定等を行ったような証拠が存在しないことが指摘されていた。ところが、差戻後第一審において、これらのたばこの吸い殻は、差戻前第一審当時において既に紛失していたことが判明したようである（後掲注 33）の大阪地判平成 24 年 3 月 15 日の説示を参照）。

31) さらに、法廷意見及び各補足意見と堀籠反対意見及び那須意見との間の見解の相違には、被告人の供述に与える位置付けの違いも伏在しているように思われる。各意見とも、被告人の供述が不合理ないし虚偽であったとしても、それが直ちに被告人の犯人性を推認させる間接事実であるといった単純な見方をしてはいないのであるが、堀籠反対意見及び那須意見は、本件における他の事情との兼ね合いにおいて、特定の事項につき不合理な虚偽供述をしている場合には、そのことが被告人にとって不利益な間接事実を認定するに当たって、一定の意味合いを持つことを肯定しているように思われる。本来は前記Ⅱにおいて触れた被告人の供述の位置付けとも関連させて検討を深めるべきであるが、筆者の能力と時間の制約により、本稿においてはそれを果たすことができなかった。他日を期したい。

めには、被告人が本件マンションに立ち入ったのであればB方を訪れたであろう、B方を訪れたのであればその室内に入ったであろう、そしてその室内に入ったのであればその際にCとDとを殺害して放火したのである、という推論が連鎖する必要がある³²⁾。細かく分析すれば、被告人が事件当日本件マンションに立ち入ったという再間接事実から、被告人が事件当日本件マンションのB方に立ち入ったという間接事実が推認され、B方への立ち入りが、被告人の犯行という要証事実を推認させる構造であったとみられるのである。第一審と控訴審においては、おそらくは検察官の立証構造がそのように分けられていなかったため、上記推認構造の存在が必ずしも明確には可視化されていないようにも思われるが、法廷意見及び各補足意見は、その点も採り上げて疑問を呈しているものと理解される。仮にであるが、上記推認構造が明確に意識されていた場合には、検察官は、本件吸い殻を中心とした「被告人が事件当日本件マンションに立ち入ったこと」の立証を通じて被告人の犯人性を立証するほか、より直接的に「被告人が事件当日本件マンションのB方に立ち入ったこと」を立証するという方針も検討したのではないかと想像される。実際、後ほど述べるように、検察官は、差戻後の審理においては（もちろん、従前の立証に消極的評価がされたからという理由が一番ではであろうが）そのような立証を試みているが、もちろん、そのような主張立証が当初の審級において行われるのが望ましかったことは、いうまでもない。

(5) 差戻後について

前記(4)の末尾でも触れたところであるが、判例②につき第一審に審理が差し戻された後の転帰について参考のため記しておきたい。差戻後第一審において、検察官は、主張を構成し直して、①被告人が事件当日本件マン

ションの被害者居室に立ち入ったこと、②被告人が事件当日本件マンションに赴いたこと、③その他の事実（被告人が本件犯行の犯人像に合致すること、被告人の事件当日の行動についての説明が変遷しており虚偽の説明をしていること、被告人が犯行時刻頃に携帯電話の電源を切っていたこと、被告人に犯行動機があること、被告人には数多くの不自然な言動があること、ポリグラフ検査の結果）を主張立証するに至った。

これは差戻後の審理において検察官が改めて提示した立証構造のようであるが、既に述べたとおり、本来は、①が推認力の強い間接事実であり、②は①を推認させる再間接事実と位置付けるべきであるように思われる。①については、②を介さずに直接立証する再間接事実が新たに複数主張されたもののものであるが、いずれについても、その主張は排斥され、被告人には無罪が言い渡された³³⁾。

そして、差戻後の控訴審においても、差戻後第一審の判断が維持され³⁴⁾、再度の上告はなく、事件は確定した。

本件を通じてみたとき、当事者の主張を的確に把握し、証拠構造を可視化すること、証拠と事実との関係を明確にし、判断に必要十分な証拠が正しく公判廷に顕出されるようにすることの難しさを突き付けられているように思う。どのように適切な争点整理を行うべきかについては、今後とも、試行錯誤を伴いながら不断に取り組んでいくべき課題である。

IV. おわりに

事実認定は、法曹である以上、常に向き合わなければならない問題である。また、1件1件の事件には必ず個性があるのであって³⁵⁾、それに真摯に向き合うことをせず、過去の類例からパターン化された判断に陥る

32) 刑集 64 卷 3 号 272-273 頁。そして、近藤裁判官は、そのそれぞれの推認についてもたやすいものではないとされる。

33) 大阪地判平成 24 年 3 月 15 日判時 2360 号 122 頁。

34) 大阪高判平成 29 年 3 月 2 日判タ 1445 号 150 頁。

35) ある後輩が「型は事案の中にある。」と述べていた。正しくそのとおりであり、常日頃から心していたいと思う。

ことがないよう、厳に自戒しなければならない。とはいえ、これまで積み重ねられた最高裁判例や下級審裁判例を精読・研究し、事実認定のヒントを得るという努力もまた、よりの確な事実認定に近づくためには有益かつ必要であると思われる。本稿の考察は、誠にささやかながら筆者なりのそういった試みの一例である。この拙い試みが、読者の方の刑事事実認定に対する興味関心を惹起することができたのであれば、望外の喜びである。

(くましろ・まさと)

論説

国際決済銀行仲裁裁定

東京大学教授

中谷和弘

- I. はじめに
- II. 事案の概要
- III. 中間裁定
- IV. 最終裁定
- V. 省察

下、事案の概要に続いて、2002年11月22日の中間裁定、2003年9月19日の最終裁定について概観した上で、若干の考察を加えることとしたい¹⁾。

II. 事案の概要

1930年1月20日署名の「国際決済銀行ニ関スル条約」²⁾により設立されたBISは欧米主要諸国及び日本の中央銀行をメンバーとするが、定款 (statuts) 1条においては株式会社として位置づけられ、また16条において株式引受機関又は銀行団は自己の引き受けた株式を一般に対し発行できると規定していた。同条に従い、BISの株式保有を望まなかった米国連邦準備理事会 (FRB)、フランス中央銀行、ベルギー中央銀行は自己の引き受けた株式の全部又は一部を私人に割り当てた (なお、15条は、株式所有は議決権を伴わない旨を規定する)。2000年段階で、BISの発行株式529165株のうち、72648株 (全

I. はじめに

本仲裁裁定は、スイス・バーゼルに本拠をおく国際決済銀行 (Bank for International Settlements, 以下、BISと略記) による私人株主からの株式の強制取得価格をめぐる株主・BIS間の紛争について判断をしたものである。事案自体は特殊なものではあるが、BISの国際法人格や株式投資における補償基準等について貴重な判断を示している。以

1) 仲裁廷の正式名称は、Arbitration Tribunal Established Pursuant to Article XV of the Agreement Signed at the Hague on 20 January 1930。中間裁定の正式名称は、Partial Award on the Lawfulness of the Recall of the Privately Held Shares on 8 January 2001 and the Applicable Standards for Valuation of Those Shares。最終裁定の正式名称は、Final Award on the Claims for Compensation for the Shares Formerly Held by the Claimants, Interest Due Thereon and Costs of the Arbitration and on the Counterclaim of the Bank against First Sogen Funds, Inc.。仲裁裁定全文 (英文及び仏文) は、Permanent Court of Arbitration, *The Bank for International Settlements Arbitration Awards of 2002 and 2003* (T.M.C. Asser Press, 2007) に掲載されている。PCAのHP <https://pca-cpa.org/en/cases/91/> から入手可能である。本裁定の評釈として、David J.Bederman, "The Unique Legal Status of the Bank for International Settlements Comes into Focus", *Leiden Journal of International Law*, Vol.16, Issue 4 (2003), pp. 787-794.

なお、本稿の注の表記は、基本的に『国際法外交雑誌』の執筆要領 http://www.jsil.jp/journal_page/tokokitei/yoryo.pdf に依拠している。

2) 『條約彙纂』第3巻第4部1319頁以下 (設立条例及び定款も掲載されている)。なお原文は仏文である。

体の13.73%)は私人が保有し、株式はパリ及びチューリッヒの株式市場に上場されていた。同年9月11日にBIS理事会はBISの株主を中央銀行に限定する旨を提案し、2001年1月8日のBIS特別総会は私人から株式を強制的に取得する定款の改正(18条Aの新設)を行い、私人株主には1株あたり16000スイスフランを補償することを決定した(これは、通常の上場企業であれば、少数株主から株式を強制的に取得するスクイーズアウトに該当する)。この補償額はJ.P.Morganの勧告に基づくものであった。これに対して補償額に不満を持つ3名の私人株主(Dr. Reineccius(原告1)=20株保有, First Eagle(原告2)=9085株保有, Mr.Mathieu(原告3)=8株保有。Mathieuは株式強制取得の合法性にも疑問を呈した)が定款56条1項³⁾に基づき、「賠償問題の完全且つ最終的な解決に関する協定」(Agreement regarding the Complete and Final Settlement of the Question of Reparations, ハーグ協定とも呼ばれる)15条に規定された仲裁裁判所による解決を主張した(pp.25-26)。同条のユニークな仲裁人指名ルール(後述)に従い、5名の仲裁人からなる仲裁廷が同月に設立された(中間裁定para.9,10)。常設仲裁裁判所(PCA)が便宜供与を行った。

2002年3月5日の手続命令No.3において、仲裁廷は、当事者は管轄権に異議は唱えていないものの、次の問題が当事者間(の一部)において争点として残っているとした。即ち、①強制的な株式取得の合法性、②強制的に取得される株式の価値基準の同定、③②の基準の強制的に取得された株式への適用(para.29)。

Ⅲ. 中間裁定

手続命令No.3で示された上記①の争点については、まず、第1の先決的論点はBISの法的性格及び地位であるとし、1930年の

段階では、条約締約国の中には条約により株式会社を創設できるか、またそのような会社が一般に承認されるか疑問を持つ国もあったため、締約国は、条約上の義務に基づきスイスが設立条例を付与することを約束し、それによってBISを創設するというモデルを採用した。同時に締約国は、条例はスイス法の下で発せられるが、BISはスイス法に服さないことを明確にした(para.104-106)。BIS理事会は7つの原加盟国の中央銀行の総裁及び彼らの指名した者からなり、BISの本質的に国際的な性質は条約上の淵源から明らかである。さらに、BISの機能もその性質上、本質的に国際公共的なものであった。当初からBISは国際的任務の遂行をしてきた。定款3条では、BISの目的につき、「本銀行ハ各中央銀行ノ協力ヲ促進スルコト及国際金融業務ノ為ニ附加的便宜ヲ供スルコト並ニ関係當事者トノ間ニ締結セラルル協定ニ依リ本銀行ニ委託セラルル国際金融決済ニ関シ受託者又ハ代理人トシテ行動スルコトヲ目的トス」と規定し、また4条ではドイツ賠償問題の解決案(ヤング案)の実施をその職能として規定していた。BISを明示的に国際組織として承認する国際文書として、スイスとの本部協定(1987年)、中国とのホスト国協定(1998年)、メキシコとのホスト国協定(2002年)がある(para.112-115)。ReinecciusとMathieuはBISを国際組織として承認している。First Eagleが「本部協定はBISを国際組織として承認したものではない」と主張したのは誤りであり、協定の条項から明確に承認したといえる。また、「BISはプライベート・セクターの銀行と共通の商業的活動も行っているから国際組織ではない」とFirst Eagleが主張することも正しくない。あらゆる国際組織は公的な任務の遂行において一定のプライベート・セクターの活動に従事しなければならないかもしれないが、それゆえに国際公法的な性格を自動的に失う訳ではない。国際組織が私的団体と同じ会計テクニックを用いて

3) 同項は、「本銀行ノ定款ノ解釈又ハ適用ニ付一方本銀行ト他方右定款ニ掲ゲラルル中央銀行、金融機関若ハ他ノ銀行トノ間ニ又ハ本銀行ト其ノ株主トノ間ニ紛争生ジタルトキハ右紛争ハ最終的決定ノ為千九百三十年一月ノ『ハーグ』協定ニ依リ定メラルル裁判所ニ付託セラルベシ」と規定する。

いるという事実は、我々に何も語るものではない。というのは、これらは大規模な連携において要求される統制と効率性のための手法だからである。さらにBISは利潤をあげている唯一の国際組織という訳でもなく、たとえ他の国際組織よりも利潤をあげていたとしても、利潤をあげる団体と利潤を最大化する団体の区別をFirst Eagle自身が認めている(Para.116, 117)。上記の理由ゆえ、BISは独自に(*sui generis*)創設されたものであって国際組織であると認定する(Para.118)。

次に、第2の先決的論点(株式強制取得の合法性の問題にどの法が適用されるか)について。組織原則やガバナンスの問題が国際法によって規律されるというBISの主張は正しいが、BISが「主権的権能」を有し、株式取得のような行為が主権的行為(*acta jure imperii*)の範疇に入るとの主張は誤りである。国家は主権的権能を有するが、国際的アクター(*international actor*)は主権を有しない。主権的行為と業務管理的行為(*acta jure gestionis*)の相違については、国内裁判所において用いられるものであり、国家や他の国際的アクターが管轄に服する国際フォーラムにおいては無関係である。オランダ及びスイスの国際公序が適用されるとのMathieuの主張は誤りである。オランダ・PCA間の1999年の協定及びスイスとの本部協定は、オランダ及びスイスの立法管轄権を排除するものであり、またもしスイスの公序原則が適用されると、BIS設立条例5項「定款竝ニ…定款二加ヘラルベキ変更ハ瑞西国法令ノ現在又ハ将来ノ規定トノ抵触ニ拘ラズ有効タルベク且実施セラルベシ」の目的が損なわれてしまう(Para.123, 124)。

定款の変更につき、定款57条は定款の変更は58条に列挙される諸条項を除く外、理事会によってその2/3の多数を持って総会に提議され、総会の多数によって採択される旨を規定する(58条では、定款2, 3, 8, 14, 19, 24, 27, 44, 51, 54, 57, 58の各条の改正には、57条で規定された要件に加えて条例の追加法律により認可されることを要する旨を規定する)。Mathieuは、定款の変更が可能なのは定款の文言の修正のみで

あって、強制的な株式取得を認める18条Aのような新たな条項の追加は認められない、もしそれが可能だとしても57条の通常の手続ではなく加重要件を課す58条の手続に従うべきだと主張した(Para.132, 135)。57条の手続に従う定款の変更は58条で留保された事項と両立しない場合を除く外、権限の範囲内(*intra vires*)の行為であって有効であり、57条には変更の態様(既存の条項に追加するか、完全に新しい条文番号を付与するか)について定めていない。それゆえ、条約の文言に付与される通常の意味に合致した定款の誠実な解釈により、変更は有効であり権限の範囲内である。条約法条約31条3項(b)は、「条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの」を文脈とともに考慮すると規定するが、同条項は5条に従い、国際組織の設立文書にも適用される。国際司法裁判所は、国連損害賠償事件の勧告的意見(1949年)において、「国連のような組織の権利及び義務は、その設立文書において特定又は黙示され、さらに慣行において発展したその目的及び機能に依拠しなければならない」と判示した。BISが複数回にわたって新たな条文を導入する形で定款を変更したという事実は、この点に関する定款の有権的解釈の証拠となると思われる(Para.143-145)。18条Aは58条で留保された条項には該当しない。BISは定款に18条Aを追加する権限を有し、株式の強制取得は権限の範囲内であり、それゆえBISの権限の有効な行使であると認定する(Para.147, 148)。

①の最後として、強制取得の国際法の実質的基準との両立性について。合法的な収用(*expropriation*)のための2要件(公益と無差別の要件)に関連して、MathieuはBISがこれに違反したため、違法だと主張した(Para.149)。公益要件については、BISは国家ではないため、必要な変更を加えて、正当な国際公共目的の履行にとって合理的、均衡がとれ且つ必然的に関連するものとして理解されるべきである。BISは、私人株主の存在が、配当政策に関する行動の自由を制限し、またいくつかの他国において裁判権や租税等

の免除に関する交渉にマイナスの影響を与えたと認識した。公共の任務を果たす責任と私人株主への受託者責任との間に潜在的な牴触があったことは明らかである。無差別要件については、「差異」と「差別」は区別されなければならない、すべての差異が差別となる訳ではない。中央銀行間の関係及び国際通貨システムの機能を促進するため設立された国際組織としてのBISの性質ゆえ、中央銀行と私人株主の間には異なる待遇が導入され、とりわけ議決権は私人株主は有しないとされた。それゆえ、取用の国際法の基準が私人の株式の強制取得の有効性の決定に適用されるのであれば、公益及び無差別の基準に照らして合法であろう (para.150-155)。補償額については別途検討する。私人株主から財産権 (つまり株式) を剥奪する効果を有するBISの決定は、補償の支払なしには合法とは考えられ得ない。このことは、私人の財産を保護する一般国際法のルールからも株式会社に関する法の一般原則からも生じるものである。BISはもし本仲裁裁定がそう命じた場合には、すべての以前の私人株主に追加支払をする旨を約束し、これは国際法の要件を満たしている。したがって、2001年1月8日の緊急特別総会による私人が保有する株式の強制取得の決定は定款の権限の範囲内のものであり、BISの権限の合法的行使であると認定する。この権限の行使は国際法の原則に違反するものではない (para.156-158)。

次に、②の争点 (強制的に取得される株式の価値基準の同定) について。外国投資家の株式の取用の状況においては、国際法の実行は効率的な市場が機能する状態においては市場価値に依拠して株式を価値評価してきた。イラン米国請求権裁判所の諸判例によると、補償基準は基本的に公正市場価値に依拠してきた (para.161-166)。BISは本仲裁前には株式評価において株価に依拠したことはなかった。また、補償の国際法基準が適当な (appropriate) 補償であるとするBISの主張は説得的ではない。一般国際法の主流は、完全な (full) 補償を要求する。この基準はいくつかの途上国がその唯一又は主要な資源 (とりわけ石油) を国有化する事案において調整され

たかもしれないが、最近の判例において再確立されたことは明らかである。イラン米国請求権裁判所における一般的傾向も完全な補償の基準を適用するというものであった。BISはJ.P.Morganのアドバイスに従って、配当永続性モデル (Dividend Perpetuity Model, DPM) の手法を用いて株価の約2倍を私人株主に支払った。取用の国際法基準が適用されるのであれば、このBISの補償水準は国際基準を満たすものであった (para.167-171)。当事者は、本争点はBISの設立文書 (条約、設立条例、定款) に依拠して解決されるべきであり、設立文書が回答を与えない場合にのみ国際法に依拠して解決することに合意している。株式の平等の権利を確立する定款の特定の条項ゆえに特別法 (*lex specialis*) が一般国際法よりも高額を定めるかもしれないという事実は国際法違反とは考えられない (para.173-175)。

金額の評価の方法につき、Reinecciusはドイツで広く用いられている収益力モデル (Earning Power Model, EPM) の適用を主張したが、私企業の利潤 / 配当政策をBISの利潤 / 配当政策に類推することは不適切であるため、EPMはBISの株式の評価方法として不適当である (para.179, 182)。純資産価値 (Net Asset Value, NAV) については、本仲裁廷の利用可能な証拠によると、1936年以来、BIS内部での討議では、全株式はBISの資産を平等に比例配分して受け取る権利があること、新株はこれを基礎に値づけること、株式強制買上の場合には定款上、純資産に基づく株式評価方法を用いて価格を決定することが求められることが推認される。内部討議では、株価は価格の算定基準としては考えられていなかった (para.194)。1969年のBIS内部文書によると、最も一般に承認された算定基準として、①企業の将来の利潤 (DPMに近い)、②株式の市場価値、③数学的方法 (NAVに近い) を挙げる。報告書では、①については、利潤に大きな変動がある、将来の価格の予見可能性がない、BISの配当政策は株主への利潤ではなくBISの目的への関心によって規律される、との理由で採用しないとする。②については、BISの

株式の性質、株式が売買される多様な株式市場、BISの特別な立場に鑑み、プレミアムを算定するのに基礎として信頼できないとする。③については、唯一の信頼できる方法であるとし、割引率は30%が適当であるとする (para.195-197)。30%の割引率を採用すべき最も説得的な証拠は、BISが新たな中央銀行に対して株式を発行する場合に常にこの割引率を使用してきたことである。それゆえ、NAVの最も適当な割引率は30%であると認定する。以上より、株式買上の適当な補償はBISのNAVを比例配分した価格から30%を割り引いたものであると認定する。具体的な価格決定の問題は最終裁定に委ねる (para.201-203)。

以上の理由により、本仲裁廷は全員一致で、次の決定を行う (para.209)。

- (1) 私人株主がBISの株主から排除される旨の2001年1月8日のBIS定款の変更は合法であると決定する。
- (2) 原告1, 2, 3はBISの株式の強制取得に対してBISの純資産価値を比例配分した価格から30%を割り引いた金額の補償を受ける権利を有すると決定する。
- (3) (2)の補償の目的上、原告1, 2, 3はBISの純資産価値が100億7200万ドルであり、1株当たり19034ドル(33820スイスフランに相当)である(BISの不動産の価値をカウントしない)ことを承認していることを考慮する。
- (4) (略)。
- (5) BISの不動産の価値、利息を含むBISが支払うべき正確な金額の決定、仲裁費用等に関する管轄権を保持する。
- (6) (略)。

IV. 最終裁定

BISが支払うべき正確な金額の決定に関しては、Reineccius, First EagleとBISは本仲裁廷が2000年9月7日の為替レートを用いるのであれば、1株当たり33936スイスフランとすることで合意していた。この金額から中間裁定で示されたように30%割り引かれて23755スイスフランとなるが、BISは私人

株主に16000スイスフランを支払済であるため、追加支払分は7755.2スイスフランとなる。この価格にBISの不動産の1株当たりの価格の70%が加算されなければならない (para.78)。

利息に関しては、原告は不当利得をはじめとする国際法の種々の理論に基づき3.25%から7%の利息を請求した。仲裁廷は複利を認める最近の国際仲裁裁定及び複利が慣習国際法となったか否かに関する議論も検討した。国際法は特定の利率を規定していないが、規定している他の法体系が関連するかもしれない。スイスが常にBISの所在地及び活動地であること、配当金の支払はスイスフランで行ってきたこと、私人株主はスイス国内でBISと取引し、配当はスイスフランで受け取ってきたこと等の慣行が70年以上続いてきたことから、スイスの法体系が本件と最も密接な関係を有するといえる。スイス法では遅延利率として5%を適用する。このスイスの遅延利率を適用する決定はBISの慣行及びスイス法との連結に関する諸要因を適用した結果であり、BISはスイス法に従うべきとの仮定に基づくものではない。また本仲裁廷の決定は現代国際法における複利の適用に関する最近の傾向についての賛否につきいかなる立場をとるものでもない。本仲裁廷は、BISは利息として5%の単利の利息を支払うべきだと決定する (para.89,91-94)。この5%の単利は2000年1月8日から本裁定の日までの分が計算される。遅延利息は債務者が支払の意思と能力があるのに債権者が受領に必要な手続をとらなかったために支払が遅延した場合には生じない (para.97,99)。

First Eagleが米国の裁判所にBISを訴えたことに対してBISは株主との間の紛争の解決を仲裁裁定に委ねる定款54条違反だと主張した。54条は仲裁裁定が「一切の問題(管轄権の範囲に関するものも含む)」につき決定する権限を有すると規定し、また55条ではBISは他国の国内裁判所の管轄権からの免除を享有する(但し、正式に放棄された場合、銀行又は金融取引から生じた民事又は商事の訴訟においてBISの契約上の相手方が提訴した場合であって仲裁条項がない場合は

除く)と規定するが、これは仲裁廷の管轄権の排他的性質を示すものである(同条の2つの例外は本事案には該当しない)。First EagleはBIS定款の下での義務に違反し、BISに権利擁護のための相当額の出費を余儀なくさせたため、BISは賠償を求める権利を有する。BISが要求した587413.49ドルは合理的であると認定し、この金額相当分はFirst Eagleへの支払分から相殺される(para.104, 114, 119)。

BISは本仲裁廷がBISに対するあらゆる請求の排他的な管轄権を有する旨の宣言的救済を求めた点につき、本仲裁の当事者間では、本決定は最終的且つ拘束的であって、他のいかなる救済も当事者間では利用できない(para.120, 124)。

結論として、本仲裁廷は全員一致で次の決定を行う(para.138)。

- (1) 各原告に支払われるべき金額は1株当たり7977.56スイスフランと決定する。
- (2) (略)。
- (3) First Eagleは米国内での訴訟の防御のためにBISが要した費用587413.49ドルの償還をしなければならない。
- (4) 2001年1月8日から本裁定日まですべての原告に支払うべき利息は単利5%と決定する。
- (5)～(9) (略)。
- (10) 本仲裁において決定された問題に関して当事者間で利用可能な他の救済は存在しないことを決定する。
- (11) (略)。

V. 省察

以下の9点について簡単に指摘しておきたい。

第1に、BISと仲裁について。BISにとって仲裁は本件が最初のものではない。米国の金本位制離脱に伴いBISに保証基金として預託していたドル預金の価値が下落して損失

を被ったとして、1933年にフランスが定款56条に基づきBISを仲裁に訴えたという先例がある。1935年の仲裁裁定ではフランスの損失の15%を支払うように命じたとされる⁴⁾。また日本もBIS仲裁に無縁であった訳ではなく、1931年12月13日の日本による金輸出再禁止につきBIS理事会は日本を仲裁に訴えることを検討したが、結局、日本がBISの損失の50%を支払うことで合意したとされる⁵⁾。なお、BIS職員の雇用問題の解決のための機関としては、1987年に5名の裁判官からなるBIS行政裁判所(ATBIS)が創設されている。

第2に、ユニークな仲裁人選任条項について。ハーグ協定15条1項は、5名の仲裁人のうち、仲裁廷の長は米国民であること、2名は第1次世界大戦の中立国であること、残りの2名のうち1名はドイツ国民、もう1名はドイツの債権国の国民である旨を、15条2項では、ドイツの債権国の国民である仲裁人はフランス政府によって、事前にベルギー、英国、イタリア及び日本の了解を得た上で指名される旨を、規定し、他に類例のないユニークな仲裁人選任条項となっている。本件では、この規定に従って、米国のMichael Reisman(仲裁廷の長)、中立国からスイスのMathias KrafftとオランダのAlbert van den Berg、ドイツのJochen A. Frowein、ドイツの債権国としてフランスのPaul Lagardeの5名が仲裁人に選任された。世界的に著名な国際法学者であるReismanが仲裁廷の長をつとめたという点でも興味深い仲裁裁定である。なお、日本はサンフランシスコ平和条約8条(c)において、本協定及び定款「に基いて得たすべての権利、権原及び利益を放棄し、且つ、それから生ずるすべての義務を免れる」ため、ドイツの債権国の国民である仲裁人の選任についてフランス政府から事前の了解を求められる立場には最早ない。

第3に、BISの国際法人格(international legal personality)について。設立条例1項

4) 矢後和彦『国際決済銀行の20世紀』(蒼天社出版、2010年)67-68頁、Kazuhiko Yago, *The Financial History of the Bank for International Settlements* (Routledge, 2013), pp. 58-59.

5) 矢後・前掲書(注4)70-72頁、Yago, *supra* note 4, pp. 61-63、矢後和彦「国際決済銀行の過去と現在」『成城大学経済研究所年報』26号(2013年)109-110頁。

では、「法人格ハ本條例ニ依リ国際決済銀行ニ付與セラル」と規定するが、ここでいう法人格はスイス国内法上のそれであった。国際法人格を付与することについては、スイスが少なくとも当初の段階では反対した。そのため、BISの国際法人格については不明確な状況が続いてきた。Giovanolì は、BISは本質的にはスイス法の下で設立された株式会社と比肩するとする学説と、既存のカテゴリーには分類できない独自の組織であるとする学説が対立してきたと指摘する⁶⁾。1987年にスイスにおけるBISの法的地位を決定するスイス連邦参事会とBISの間の協定（本部協定）が署名され、1条では、「スイス連邦参事会はスイス国内におけるBISの国際法人格と法的権能を承認する」と規定し、2条1項では、「スイス連邦参事会はBISに対して国際組織にふさわしい自律と行動の自由を保証する」と規定する。さらに、1998年にBISと中国との間で署名された香港にアジア代表事務所を創設するホスト国協定の1条では、「中華人民共和国政府は香港特別行政区を含む中華人民共和国内においてBISの国際法人格と法的権能を承認する」と規定する。2001年にBISとメキシコの間で署名された米州代表事務所に関するホスト国協定の2条も同様である⁷⁾。このような経緯を踏まえた上で、中間裁定では、BISは国際組織であると明確に認定し、国際法人格を肯定した。Portmannは次のように指摘する。本裁定は国際人格のアクター概念を示したものである。BISの条約上の淵源は3つの本部協定において国際法人格が承認されたように一定の役割を果たしたが、仲裁廷がBISの国際法人格を認定した決定的な論拠は国際金融問題においてBISが果たしてきた実効的な国際的任務であった。まさにこの現実の国際的役割ゆえにBISの国際的性質がその形式上の

国内的地位に優位した。国際組織、国際アクター、国際人格の間に差異は設けず、すべての用語がBISの国際公共的な性格を説明するために用いられた⁸⁾。BISの国際法人格が明確に承認されたことは法的安定性の担保のためにも歓迎されることであるが、あえて一言すれば、一般に国際法人格が最も問題となりうるのは、メンバー以外の者に対する第三者対抗力の文脈であることに鑑みると、メンバーである60の中央銀行以外の中央銀行（及びその本国）がBISをどのように位置づけてきたかに関する慣行の検討がなされることが望ましかったと思われる。

第4に、株式の強制取得の合法性及び補償基準について。中間裁定では、収用の国際法の基準を本件に適用して、株式の強制取得は公益及び無差別の原則に照らして合法であるとした。補償基準については、イラン米国請求権裁判所の諸判例（1983年のAmerican Int'l Group, Inc. v. Iran 裁定、1993年のJames Saghi v. Iran 裁定、1994年のFaith Lita Khosrowshahi v. Iran 裁定、1987年のAmoco Int'l Fin. Corp. v. Iran 裁定）等を引いて、補償基準は基本的に公正市場価格に依拠してきたとし、補償の国際法基準は「完全な」補償であって「適当な」補償ではないとする。BISが、途上国がしばしば主張してきた「適当な」補償を主張したのは、補償額を低くおさえるための便法とはいえ違和感がある。国有化は先進国の企業資産を途上国政府が収用する形をとることが一般的であり、とりわけイラン米国請求権裁判所での中心的な案件はイラン政府による米国の企業資産の敵対的な収用であった。本件は、国家による収用ではなく国際組織によるものであること、敵対的な行動ではなく単に株式の取得価格をめぐる対立であること、という二重の意味において、国有化の一般的な事案とは状況が異なる

6) Mario Giovanoli, "The Role of the Bank for International Settlements in International Monetary Cooperation and Its Tasks Relating to the European Currency Unit", *International Lawyer*, Vol. 23, No.4 (1989), p.845.

7) Giovanoli は、1987年のスイスとの本部協定により、BISが国際法人格を有する国際組織であることを争うことは困難になったと指摘する。また、BISは本部協定以外にも、1948年にはフランス、英国、米国と、1953年及び1966年には西ドイツと、1981年及び1984年にはIMFと協定を締結したと指摘する。Giovanoli, *supra* note 6, pp. 845-847.

8) Roland Portmann, *Legal Personality in International Law* (Cambridge University Press, 2010), p. 232.

る。それにもかかわらず、国有化の一般的基準を本件にあてはめるのであれば、その理由を説明すべきであったと考える。Bedermanは、収用の国際法を説明を付すことなく、また para.155 では「議論の余地がある」と指摘しながらもそのまま国際組織に適用してしまったこと、また私人株主の存在が BIS の活動を妨げているとの BIS の説明を仲裁廷がやや性急に受け入れてしまったことを批判する⁹⁾。

第5に、私人株主に支払うべき補償金額決定のための会計基準について。補償金額の評価の方法として、中間裁定では、BIS の内部文書を援用して、①事業の将来の収益性(DPMに近い)、②株式の市場価格、③数学的方法(NAVに近い)を挙げ、BIS自身がこれらのうち唯一信頼できるのは③だとしたことを勘案して、③に基づき算出した金額から30%(BISが新規の中央銀行に対して株式を発行する場合の割引率)を割引いた金額をもって補償金額を決定した。①は利潤に大きな変動がある、将来の価格の予見可能性がないといった理由で、②はBISの株式の性質やBISの特別な立場等に鑑みて、採用しないと指摘したことは説得的であるが、③の採用において割引率を30%と決定したことの合理性をBISの慣行以外にもきちんと説明すべきであったと考える。

第6に、利息について。単利か複利かという点について最終裁定では「本仲裁廷の決定は現代国際法における複利の適用に関する最近の傾向についての賛否につきいかなる立場をとるものでもない」とした上で、5%の単利の利息を支払うべきだと決定した。Schwebelは、Whitemanが「裁判所は複利を否認することでほぼ一貫してきた」と1943年に指摘し、イラン米国請求権裁判所判決でもこの立場が基本的に踏襲されたこと、他方で1982年のKuwait v. Aminoil 仲裁裁定、2000年のCompania del Desarrollo de

Santa Elena, E.A. v. Costa Rica 仲裁裁定、同年のWena Hotels Limited v. Egypt 仲裁裁定においては複利が採用されたこと、国連国際法委員会の「国家責任」条文案の特別報告者であったArangio-Ruizは複利の採用を主張したが、後継の特別報告者となったCrawfordは複利の問題は事案毎に解決されるべきだとして条文案に単利・複利に関する条項は入れない立場をとったことを指摘した上で、国際法の現代的傾向は、先進国の国内法において見られるように正当な補償に適した複利の判断を認めることは明らかだと指摘する¹⁰⁾。本仲裁裁定では結論として単利を採用したが、これでは真に正当な補償がなされないのではないかと懸念される。

第7に、私人による中央銀行の株式保有について。日本銀行はジャスダック市場に上場しており、一般私人も出資証券の購入は可能である(株主総会に該当する機関はなく出資証券保有者は議決権を有しない、配当率は額面金額の5%を超えてはならないといった特徴がある)。中間裁定の注84によると、国有化された中央銀行としては(括弧内は国有化の年と株主への補償基準)、Bank of Canada(1938年、市場価格)、Banque de France(1945年、平均取引価格)、Norges Bank(1949年、市場価格+ α)、Banco de España(1962年、公正市場価格)、Reserve Bank of New Zealand(1936年、前年某日の株価)、Banco de Portugal(1974年、取引価格の年平均値)、Banco Central de Venezuela(1974年、半年間の市場価格の平均値)がある。中央銀行の国有化の場合には補償基準は市場価格とすることが比較的多いといえる。株式の保有を認めている外国中央銀行としては、米国(連邦準備制度理事会)、スイス、ベルギー、イタリア、ギリシャ、トルコ、南アフリカの中央銀行があるが、Rossouwの研究では、米国連邦準備制度理事会とイタリア中央銀行では株主を銀行に限定し、一般私人による株式保有

9) Bederman, *supra* note 1, p.791.

10) Stephen M. Schwebel, Compound Interest in International Law, in A. Giardina and F.Lattanzi (eds.), *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Vol.2 (Editoriale Scientifica, 2004), pp.881-891 (Stephen M. Schwebel, *Justice in International Law* (Cambridge University Press, 2011), pp.302-313 に再録)。

を認めているのはギリシャ、南アフリカ、ベルギー、トルコ、スイスの各中央銀行である¹¹⁾。

第8に、手続命令について。本事案において仲裁廷は14の手続命令を发出・公表している¹²⁾。特に注目されるのは、弁護士・依頼者間の秘匿特権 (attorney-client privilege) が要求された書類のディスカバリーに関する命令である手続命令6 (2002年6月11日) において、「弁護士・依頼者間の秘匿特権は、国内法体系において広く適用されているが、国際仲裁及び国際商事仲裁の規則及び仲裁判断においても承認されてきた。同特権はさらに、国際組織に関しても承認され適用されてきた」と明記したことである¹³⁾。この点は NAFTA11章に基づく投資仲裁である *Vito G. Gallo v. Government of Canada* の手続命令3 (2009年4月8日) においても引用されている¹⁴⁾。

第9に、本仲裁は、国家が当事者とならない事項を国際法によって規律した点が特徴的である。私人と国際組織を当事者とする国際仲裁¹⁵⁾である本仲裁裁定は、BISという組織の独特な法的地位を明確にし、国際組織による取用という先例のない事案において判断がなされた、という点においても極めてユニークなものであり、国際仲裁の裾野の広さ

を再認識させる事案でもあったといえよう。
(なかたに・かずひろ)

11) Jannie Rossouw, "Private Shareholding : An Analysis of an Eclectic Group of Central Banks", *South African Journal of Economic and Management Sciences*, Vol.19, No.1(2016), pp.150-159, available at http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2222-34362016000100010

12) この点につき、Scott Armstrong Spence, "Organizing an Arbitration Involving an International Organization and Multiple Private Parties", *Journal of International Arbitration*, Vol.21, No.4 (2004), pp. 309-328.

13) Procedural Order No. 6, p.10, available at <https://pcacases.com/web/sendAttach/662>
同命令では、「国内法及び国際法の双方において、弁護士・依頼者間の秘匿特権の核心にあるのは、自ら又は他者のために決定をしなければならぬ者は法律上のアドバイスを求めることができるが、提示されるアドバイスが秘匿を保持されディスカバリーから免除されることが弁護士及び依頼者に事前に保障されていないと、法上の選択肢の全体像を用意してそれらの法的な含意を探查及び評価することを委縮してしまうとの判断である」(p.10)とする。

14) Procedural Order No.3, p.13, available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9474.pdf>; Nathan D.O'Mally, *Rules of Evidence in International Arbitration* (Informa Law, 2012), p.281.

15) 私人と国際組織の間の紛争の国際仲裁の最近の例として、ローマにある国際組織の本部の建物の賃貸契約をめぐるイタリア企業と国際農業開発基金 (IFAD) の間の紛争 (*Polis Fondi Immobiliari di Banche Popolare SGR.p. A v. International Fund for Agricultural Development*) の仲裁裁定が2010年12月17日に出されている。<https://pca-cpa.org/en/cases/73/> 当該賃貸契約では、IFAD・イタリア政府間の本部協定及び「イタリア法を排除して国際商事法の承認された諸原則」に準拠して同契約は解釈・適用される旨を規定していた。仲裁裁定では、主に当該賃貸契約の文言解釈により判断がなされたが、一部の事項については UNIDROIT 国際商事契約原則 (2004年版) を参考にして判断がなされている。

投稿論稿選出理由

インサイダー取引規制における「行うことについての決定」該当性の判断枠組みの一考察

原澤翔多

本論稿は、内部者取引規制の「決定」の意義について、村上ファンド事件最高裁決定を材料に、投資者の投資判断に影響を及ぼしうる考慮要素の整理とあわせて、独自の判断枠組みによる意義の明確化を試みるものである。

編集委員会としては、次の点を評価した。

- ・ 本論稿は、短い分量の中で、「決定の意義の明確性と実効性」というはっきりした問いへの簡潔かつ必要十分な応答を意識しており、非常に好印象だった。
- ・ 考慮要素の検討に先立ち、村上ファンド事件を中心に従来判例と学説上の議論を過不足なくかつ堅実に整理しており、先行研究への言及や引用量も適切であった。この点につき論理的精確性が認められた。
- ・ 上記整理に基づく丁寧な考慮要素の検討を行った上、独自の具体的判断枠組みを定立し、さらに適用可能性を自ら検証したことについても、後述する問題点があるものの、一定の新規性・論理的精確性が認められた。

一方、審査会議では、会社の内部情報を対象とする金融商品取引法 166 条 2 項 1 号と、市場における将来の取引情報を対象とする同 167 条 2 項の差異に詳しく触れることなく捨象している点、「日本の証券市場は投機的である」と立証なく断じている点、および独自の枠組みが最高裁による現行の枠組みよりも明確と言えるかについての論証を欠く点につき、論理的精確性を欠くとの指摘がなされた。しかし、これらの問題は本論稿の核心部分に与える影響が少ないことを理由として、上記の指摘をもって本論稿の価値が大きく減じられることはないとの評価に至った。(なお、この点について、掲載決定後に、執筆者による一定の補正・追記がなされた。)

以上から、本論稿は法科大学院生の論稿として論理的精確性及び新規性が共に一定水準に達しており、掲載可と判断するに至った。

職場における「パワー・ハラスメント」に関する比較法的考察 ——カナダ法のハラスメント規制を素材に——

日原雪恵

本論稿は、我が国のパワー・ハラスメント規制の課題を提示した上で、それを念頭にカナダの連邦法及び 4 つの州法のハラスメント規制法を比較・検討し、我が国のパワー・ハラスメント規制の検討に有益な示唆を導くものである。

編集委員会としては、次の点を評価した。

- ・ カナダの連邦法・州法について、立法経緯や最新の改正を含め、網羅的に調査し、かつ、表にわかりやすくまとめている。
- ・ 日本法の課題の指摘や、比較対象としてカナダの連邦法・州法を選んだことについて、政府の検討資料や裁判例、各国の立法状況などを用いた、十分な理由付けがなされている。そして、本論稿の核心部分であるカナダ法の紹介においては、自らの立てた視点に沿って、一貫した検討がなされている。加えて、日本法への示唆を導く上でも、日本とカナダの相違点を踏まえた

慎重さが見られるなど、論稿全体を通じて高い論理的精確性が認められる。

- ・ そもそもカナダ法のハラスメント規制に関する邦語先行研究は少ない。そして、複数の州法を比較して各州法の利点・問題点を浮かび上がらせるという手法や、最新の改正までフォローされている点、立法経緯を詳細に調査している点に、新規性・独自性が認められる。
- ・ 2019年5月に我が国でパワハラ防止法が成立し、その運用や解釈、新たな立法措置に関する議論において本論稿が果たす役割は大きく、社会的意義も認められる。

一方、審査会議では、先日、改正労働施策総合推進法の成立（2019年5月29日）や、職場における暴力及びハラスメントに関するILO条約・勧告の採択（同年6月21日）など、本論稿のテーマに関わる重要な動向があったにもかかわらず、本論稿がその内容を踏まえられていないことについて議論がなされた。この点、そもそもこれらは、本論稿の投稿日（2019年3月19日）以後の出来事であり、本論稿の内容に反映させることは不可能であった。また、本論稿の核心部分は、カナダ法のハラスメント規制の紹介・検討にある以上、この問題は本論稿の価値を減殺するものではないとの結論に至った。（なお、この点について、掲載決定後に、執筆者による一定の補正・追記がなされた。）

以上から、本論稿は法科大学院生の論稿として論理的精確性及び新規性が共に一定水準に達しており、掲載可と判断するに至った。

不法行為法におけるプライバシー ——その権利性と受忍限度——

溝端俊介

本論稿は、憲法・民法・刑法にまたがるプライバシー権論を整理し類型化した上で、不法行為法における受忍限度論との接合を図ったものである。

編集委員会としては、次の点を評価した。

- ・ 諸法にまたがっているプライバシー権論を整理した上で、3つの類型に分け、判例を分析したこと。
- ・ 受忍限度論の根拠から論じ、受忍限度論が違法性阻却に位置づけられ、公益性の内容を検討し、プライバシー権論と接合したこと。
- ・ 受忍限度論は、自己情報コントロール権のなかで公益性が問題となる場面に限定されるとしたこと。

なお、審査会議では、次のような指摘もなされた。

- ・ ホイットマン論文は尊厳と自由を基軸に欧米の法文化を比較するものであるが、日本法内部におけるプライバシー概念の分析に用いてよいのか疑問があること。
- ・ 捜査目的に対しては厚く論じる一方、執筆者は行政目的に対して寛容的であるように思われるが、情報化社会においてこのような立場は妥当であるのか。
- ・ 受忍限度論における公益性と人格的利益における公益性と、両者の公益性の定義が曖昧であるように思われること。

しかしながら、プライバシー権論を整理し類型化したこと、受忍限度論と接合したことには学術的価値を認めることができ、指摘された点は、公刊後に読者から批判されるべきものであって、上記の指摘をもっても本論稿の価値が損なわれることはないとの評価に至った。（なお、第IV章が当初不十分であったため、掲載決定後に、執筆者による一定の補正・追記がなされた。）

以上から、本論稿は法科大学院生の論稿として論理的精確性及び新規性が共に一定水準に達しており、掲載可と判断するに至った。

執筆者一覧

原澤翔多	2018年4月既修コース入学
日原雪恵	2017年4月既修コース入学・2019年3月同コース修了
溝端俊介	2016年4月既修コース入学・2018年3月同コース修了
熊代雅音	大学院法学政治学研究科非常勤講師・判事
中谷和弘	大学院法学政治学研究科教授

編集委員一覧

学生編集委員

長船 源 石田祐一郎 隈 大希 佐藤秀行 高橋和磨 竹原裕児
中野博喜 日原雪恵 室憲之介 山田裕規 山田怜央 横山怜太郎
吉澤 裕 吉田亮平

教員編集委員

橋爪 隆 大学院法学政治学研究科教授・法曹養成専攻長
加藤貴仁 大学院法学政治学研究科教授
中原太郎 大学院法学政治学研究科准教授

編集後記

昨年銀杏並木が実る頃に編集委員長の職責を継ぎ、早一年経とうとしている。第14巻も銀杏の実が落ちる頃までには、無事に編集作業が終わりそうである。

本年は在学生と卒業生を合わせて学生の皆様から14編の投稿をいただき、厳正な審査を経て3編の学生論稿の掲載という結果になった。昨年は冊子化が叶わず本誌の存亡も危ぶまれたが、本年は投稿数、掲載数ともに増加し愁眉を開くことができた。

しかし長期的に見れば、これらの数字は減少傾向にある。その一因として、本誌に掲載を認められる水準が極めて高いという印象が依然として広まっていることが考えられる。実際に過年度の掲載本数を見てそのように受け取られても仕方がないのかもしれない。しかし、本誌の掲載基準は、あくまで法科大学院生の研究成果としての新規性・創造性および論理的精確性を有することであり、完全無欠の完成度を求めるものではない。本誌は東京大学の名を冠してインターネット上でも公表されているなど、法科大学院生の研究成果を発表する有力な場でもある。法科大学院での研究成果を本誌で発表することを希望する者は、奮ってご投稿いただきたい。

また、法科大学院の学生数の減少、とくに投稿のもととなる研究執筆活動を行う法科大学院生の減少も一因として考えられる。たしかに、殆どの法科大学院生の当座の目標は司法試験合格であり、研究執筆活動に時間を割く動機は自ずと限られるかもしれない。しかし、法科大学院での授業は問答式のソクラテス・メソッドで有名であるが、リサーチペーパーや研究論文は教員の指導を受けて執筆を行ういわば「イソクラテス・メソッド」を受けることができる数少ない機会の一つでもあり、論文式試験を含む司法試験にも資すると思われる。このように、研究執筆活動で得た経験は、必ず司法試験やその後のキャリアに有益なはずであり、是非挑戦してほしい。

他方で、本誌に論稿が掲載されて学生時代の論文が公表され続けることを懸念して、投稿を躊躇う者がいることも把握している。これに対し、本年から、審議の場で論稿の問題点として挙げられたものについて、委員会から掲載を認めた上で論稿の補正の提案を申し出るというコミュニケーションを設けて、論稿の質の向上を試みることにした。上記のような憂慮を有する者の一助になれば幸いである。

残念ながら掲載不可となった投稿者の方々に対しても、昨年から引き続き希望者に対して不掲載理由の開示を行なっている。投稿資格は卒業後・退学後2年まで認めているため、投稿・再投稿を是非ご検討いただきたい。

第14巻は上記学生論稿に加え、2編の教員論稿を掲げることができた。この結果、個々の論稿の質のみならず、本誌全体としても多彩な分野を対象とした非常に魅力的な紙面に仕上がったと感じている。このような第14巻の発刊に辿り着くことができたのは、論稿を投稿していただいた投稿者の皆様やスケジュール等に柔軟に対応していただいた商事法務の方々および大学院関係者皆様のご助力のおかげである。ここに記して深甚の謝意を表したい。

東京大学法科大学院ローレビュー第14期編集委員長 長船 源

東京大学法科大学院ローレビュー Vol.14 2019年11月発行 The University of Tokyo Law Review

編集・発行 東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会

〒113-0033

東京都文京区本郷7-3-1

東京大学大学院法学政治学研究科法曹養成専攻内

E-mail: sl-lr@j.u-tokyo.ac.jp

<http://www.slrr.j.u-tokyo.ac.jp/>



※東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会へのご連絡は、E-mailにてお願いいたします。

※法律で認められた場合をのぞき、本誌からのコピーを禁じます。