

## ドイツにおけるセクシュアル・

## ハラスメントをめぐる最近の動向

——第二次同権法（被用者保護法）をめぐる議論を手掛かりにして——

浅 川 千 尋

- 一 はじめに
- 二 被用者保護法の内容
  - (1) 連邦政府草案と成立した被用者保護法の内容
  - (2) SPD（社会民主党）議員団草案
  - (3) 小括
- 三 被用者保護法をめぐる議論
  - (1) 若干の反応
  - (2) フェミニズム法学からの批判
- 四 おわりに

## 一 はじめに

統一後ドイツでは、基本法改正作業が開始されその主要な成果として、一九九四年一〇月二七日に改正法律が成立した<sup>(1)</sup>。その中身は、基本法第三条二項において国家目標規定「男女同権促進」が補充されたこと、新たな国家目標規定「環境保護」(第二〇a条)が基本法へ導入されたことなどである。この基本法改正直前の一九九四年六月二四日に第二次同権法(Zweites Gleichberechtigungsgesetz)が制定された<sup>(2)</sup>。この法律は、家族生活および労働生活における男女同権を促進することを目標にしたものである。その一つに「被用者保護法」(Beschäftigtenschutzgesetz)があり、これが職場でのセクシュアル・ハラスメントから被用者を保護するための法律である。第二次同権法と基本法改正(第三条二項)との関係は、きわめて密接である。第二次同権法は内容的に基本法(第三条二項)を具体化したものであると同時に基本法改正に影響を与えたものであることが、指摘される<sup>(3)</sup>。その意味からも、同権法および被用者保護法は基本法(第三条二項)を具体化する法律として位置づけられる。

ドイツでは、セクシュアル・ハラスメントが最近までタブー視されたテーマであったという<sup>(4)</sup>。しかし実際には、職場でセクシュアル・ハラスメントが多発している現状が報告されている<sup>(5)</sup>。それによると、圧倒的多数の女性がセクシュアル・ハラスメントまたはそれに類似する行為を職場で体験している。このような状況において、ドイツではセクシュアル・ハラスメント問題をタブー視することから解放する作業が開始され、その作業の一環として被用者保護法が制定されたといえる。

本稿は、我が国ではまだほとんど知られていないドイツの被用者保護法およびセクシュアル・ハラスメントをめぐ

る議論を紹介することを主要な目的にしている。また本稿は、我が国の議論にとって、とくにセクシュアル・ハラスメントを法的に規制しようとする試みにとって、ドイツ法からなんらかの手掛かりを得るための準備作業の一部である<sup>(6)</sup>。

(1) BGBl. 1994IS. 3146. この改正法律は、一四項目に及ぶ改正からなっている。この点については、とくに初宿正典「最近のドイツの憲法改正について(一)(二)」自治研究七一巻三頁・三三頁(一九九五年)参照。基本法第三条二項の補充された規定の法的性格・内容などについては、vgl. Doris König, Die Grundgesetzänderung in Art. 3 Abs. 2GG, DÖV 1995, S. 837ff. 新たな基本法第三条二項の補充規定に関わる判例について、前田徹生「ドイツ憲法判例研究(五一)」自治研究七三巻三三頁以下(一九九七年)参照。ここでは、男性のみに消防奉仕活動・消防活動負担金を義務づけている州法が基本法第三条に反するのかが争われた。

(2) BGBl. 1994IS. 1406. この第二次男女同権法は、三つの新しい法律と八つの法律の改正を内容とするものである。例えば新しい法律の一つに「女性促進法」があり、改正法律の一つに民法第六一一条二項(募集・採用における差別禁止に関する規定)の改正がある。この点は、広渡清吾『統一ドイツの法変動』二八六―二九五頁(有信堂、一九九六年)参照。民法第六一一条と基本法第三条二項(男女同権)については、有澤知子「ドイツ憲法判例研究(四四)」自治研究七二巻八号一三〇頁以下(一九九六年)参照。

(3) Vgl. Andreas Mitmann, Das Zweite Gleichberechtigungsgesetz eine Übersicht, NJW 1994, Heft 47, S. 3048, S. 3053ff.

(4) Vgl. Harald Hohmann, Thesen zur Weiterentwicklung des Beschäftigungsschutzgesetzes mit dem Ziel eines besseren Schutzes vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, ZRP 1995, Heft 5, S. 167ff.

(5) 連邦政府に委託されてホルトマン社会研究所が職場でセクシュアル・ハラスメントについて実態調査をし、その結果が一九九一年に公表された。Vgl. Der Bundesminister für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit Hrsg.,

Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, 1991. Frauen Büro Stadt Göttingen Hrgg., Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ein Tabu beginnt zu bröckeln -, 1995.

(6) 周知のように我が国では、セクシュアル・ハラスメントの定義づけの試みや法的に規制しようとする提案がされている。例えば東京第二弁護士会が一九九一年にセクシュアル・ハラスメントを防止する法律要綱案を発表したり、日本女性法律協会が一九九六年九月に「男女雇用機会均等法・女子保護規定に関する意見書」のなかでセクシュアル・ハラスメントを均等法に明文化するべきであるという提言をしている。中下、福島、金子、鈴木『セクシュアル・ハラスメント―「性」はどう裁かれているか―』有斐閣選書、二三三頁以下、(一九九二年初版第二刷)、女性法律家協会『女性法律家協会会報三五号』二頁以下(一九九七年)参照。尚、一九九七年六月の男女雇用機会均等法の改正によりセクシュアル・ハラスメントに関する規定が設けられた。たとえば改正規定では事業主のセクシュアル・ハラスメントを防止する義務が定められているが、実効性がどこまであるのか疑問である。この点は、さしあたり「男女雇用機会均等法の改正」ジュリスト一一一六号(一九九七年)三九頁以下参照。

## 二 被用者保護法の内容

ここでは被用者保護法の内容について、連邦政府草案とSPD議員団草案を提示しその相違を明確にしていきたい。それによって、被用者保護法が制定されるまで連邦議会でのような議論が展開されたのかその一端を伺うことが可能であろう。尚、成立した法の内容は連邦政府草案とほとんど同じである。

### (1) 連邦政府草案と成立した被用者保護法の内容

#### ① 被用者保護法

被用者保護法は、以下の内容である（試訳）。

第一条 目標、適用領域

一項 法律の目標は、職場でのセクシュアル・ハラスメントから保護することにより女性と男性の尊厳を守ることである。

二項 この法律の意味で被用者とは、次の各号に掲げる者である。

一号 私法上または公法上の事業所および行政機関における被用者（労働者、職員、職業訓練に従事する被用者）、さらに経済的に自立してないゆえに被用者に準ずると認められる者である。この者には、家内労働に従事する者や彼らと同等の地位にある者も含まれる。委託者または中間マイスターは使用者の代わりになる。

二号 連邦、ラント、ゲマインデ、ゲマインデの団体並びに連邦またはラントの監督下にある公法上の社団、施設および財団における公務員である。

三号 連邦、ラントの裁判官である。

四号 軍人である。

第二条 セクシュアル・ハラスメントからの保護

一項 使用者と服務上の上司は、被用者を職場でのセクシュアル・ハラスメントから保護しなければならない。この保護には、予防措置も含む。

二項 職場でのセクシュアル・ハラスメントは、職場の被用者の尊厳を傷つける故意の性的に規定された行動である。これには次のものが含まれる。

## 説

一号 刑法の規定により処罰される性的行為および性的行動様式、ならびに

二号 当事者によりはつきりと分かるように拒否されるような、その他の性的行為およびそれへの要求、性的に規

定された身体の接触、性的内容の論評、ならびにポルノ的な描写物を提示したり目に見えるところに持ち出す

こと

## 論

三項 職場でのセクシュアル・ハラスメントは、労働契約上の義務違反ないし職務違反である。

第三条 被用者の異議申し立て

一項 被害を受けた被用者は、使用者、上司、その他の被用者または第三者によって第二条二項の意味でのセクシュアル・ハラスメントを職場でされたと感じる場合には、事業所または勤務機関の管轄を有する機関の下に異議を申し立てる権利を有する。経営組織法第四条、第八五条の規定は影響を受けない。

二項 使用者または服務上の上司は、その異議を審査し、確認されたハラスメントの続行を阻止するために適切な措置を取らなければならない。

第四条 使用者または服務上の上司の措置、労務給付拒否権

一項 セクシュアル・ハラスメントの際に

一号 使用者は個別ケース毎、警告・配置換え・転勤または解雇というような労働法上の適切な措置を取らねばならない。経営組織法第八七条一項一号、第九九条および第一〇二条による経営評議会の権限および連邦職員代表法第七五条一項二号、三項一五号、第七七条二項、第七九条による並びにそれに対応するラントの職員代表法の規定による事業所職員代表委員会の権限は、影響を受けない。

二号 服務上の上司は、職務法上の人事管理上の必要な措置を取らねばならない。連邦職員代表法第七六条、第七

七条および第七八条による並びにそれに対応するラントの職員代表法の規定による公務員の人事に関する事業所職員代表委員会の権限は、影響を受けない。

二項 使用者または服務上の上司がセクシユアル・ハラスメントを阻止するためになんらかの措置を取らないかまたは明らかに適切な措置を講じない場合には、ハラスメントを受けた被用者には、そうすることが自らを保護するために必要であるかぎり、労働報酬や給与を失うことなく当該職場で仕事を中止する権利が付与される。

三項 使用者または服務上の上司は、ハラスメントを受けた被用者がセクシユアル・ハラスメントに対して防衛したり許容される方法で権利を行使したことを理由にして彼らに不利益を課してはならない。

五条 公勤務に従事する被用者のための継続教育

公勤務に従事する被用者の職業訓練教育および職業継続教育の枠内で、職場でのセクシユアル・ハラスメントの問題性、被害者の権利保護および服務上の上司の行動義務が考慮されねばならない。このことは、とりわけ人事行政に関わる被用者、上司の任務や指揮任務をもつ者、訓練する者、並びに職員代表委員会の委員および女性受託者の継続教育に妥当する。

六条 軍人のための特別規定

軍人にとって、軍人法の規定、軍人懲戒法の規定および軍人苦情申立法の規定は影響を受けない。

七条 法律の公示

この法律は、事業所および勤務機関において適切な場所で閲覧のために置くか掲示されねばならない。

## ② 連邦政府草案

## 論

連邦政府草案は、以下の二箇所だけ修正されて前述の被用者保護法となった<sup>②</sup>。まず、草案第二条二項二号「当事者によりはつきりと分かるように拒否されるような、その他の性的行為およびそれへの要求、性的に規定された身体の接触、明らかな性的内容の論評、ならびにポルノ的な描写物を提示したり目に見えるところに持ち出すこと」が、成立した法では下線部が削除された。その理由は、あいまいな表現もセクシュアル・ハラスメントを構成しうるので、「明らかな」というメルクマールはセクシュアル・ハラスメントの概念規定には不必要であるということである<sup>③</sup>。次に、草案第三条二項「使用者または服務上の上司は、その異議を審査し確認されたハラスメントの続行を阻止するために、遅滞なく適切な措置を取らなければならない。」について、下線部が削除された。この点については、「遅滞なく」というメルクマールが使用者や上司の義務のうちの一つだけに関わると誤解される恐れがあるからである、という<sup>④</sup>のが削除理由である。

連邦政府の提案理由は以下のとおりである<sup>⑤</sup>。職場でのセクシュアル・ハラスメントは、被害女性・男性の尊厳を傷つける。それは、被害者の人格や性的自己決定権を侵害する。それは被害者の労働能力を低下させ事業所や行政機関での共同生活を損なう。職場でのセクシュアル・ハラスメントは、性を理由にした差別でもある。まさにこれは働く女性にとって重大な問題である。このような行為は、労働法や民法・刑法に関わる問題であるが、しかし明示的に職場でのセクシュアル・ハラスメントを規律する法律はない。ドイツおよびヨーロッパ共同体の他の国々での包括的な研究によると、明示的な規律がなくては職場でのセクシュアル・ハラスメントから十分な保護がされないことが明らかにされた。従って、一九九一年一月二七日にヨーロッパ共同体委員会は、職場でのセクシュアル・ハラスメント



と闘うための実践的な規律・措置などの提案を可決した。そして構成国は、この提案を実現することを要請された。このことを越えて、基本法第三条二項から女性の構造的社会的な不利益を除去する立法者の義務が引き出される。セクシユアル・ハラスメントからの保護も立法者の義務だと見なされる。被用者保護法は、ヨーロッパ共同体委員会の提案を参考にして同権法の原則を転換するための法律である。

主要な内容について、連邦政府の趣旨説明を概観したい<sup>⑥</sup>。第一条の法律の目標に関して、職場で被用者の尊厳を配慮するような雰囲気的形成するために包括的な保護が必要とされる。第二条の定義については、二項二号で刑法上の刑罰を科せられるような性的行為と並んで被害者によりはつきりと分かるように拒否されるようなその他のあらゆる故意の性的に規定された行為などが、セクシユアル・ハラスメントになる。この「はつきりと分かるように拒否されない」という要件は、事実要件において客観的な審査基準となる。それによって、どのような行為が被害者により望まないものと考えられるのかが明らかにされる。第四条について、使用者などの措置に関して個々のケースで労働法上の措置を選択する際には比例原則により、セクシユアル・ハラスメントの重大さと犠牲者の必要な保護を正当に評価する可能性に開かれている。労務給付拒否権に関しては、前提条件としてハラスメントが疑う余地なく生じたこと、さらに継続する危険または繰り返し返される危険があること、管轄を有する機関が事実関係を知りハラスメントを阻止するために必要なことをしないことが挙げられる。

① 内容

(2) SPD (社会民主党) 議員団草案

説

SPD議員団草案は、以下の内容である（試訳）。

# 第一条 目標

この法律の目標は、職場でのセクシュアル・ハラスメントにより被用者が人格権および尊厳を傷つけられることから保護することである。

論

## 第二条 一般的定義

一項 この法律の意味で被用者とは、職員、労働者、訓練生、被用者に準ずる者、公務員、職務担当者、裁判官、軍人である。

二項 この法律の意味で使用者には、雇主も入る。

## 第三条 セクシュアル・ハラスメントの概念

一項 セクシュアル・ハラスメントは、一般的ケースまたは個々のケースで望まない性的な色合をもった言葉による行為および言葉によらない行為である。

とくに、（a）望まない身体への不当な干渉または接触（b）望まない性的行為への要求（c）女性に対して尊厳を冒すようなかつ侮辱的なからかいおよび言葉（d）身体的なメリット・デメリット、性的活動または性生活を扱う言葉およびセクチュア（e）ポルノ的で女性を落としめるような文章および図画を配布したり掲示すること

二項 とくに重大なのは、繰り返し提示され何度も異議申し立てがされる行為または女性に対して精神的肉体的に負担をもたらすような行為である。

#### 第四条 職場でのセクシュアル・ハラスメントの禁止

職場でのセクシュアル・ハラスメントは禁止される。それは労働契約違反ないし職務違反である。

#### 第五条 保護措置を取るべき使用者の義務

一 項 使用者には被用者を職場でのセクシュアル・ハラスメントから保護する義務がある。使用者は、被用者または

第三者、例えば顧客による職場でのセクシュアル・ハラスメントを阻止するために適切な予防措置を取らなければならない。

二 項 使用者は、職場でのセクシュアル・ハラスメントについてそれぞれの異議申し立てを審査し、第七条に従ってセクシュアル・ハラスメントに対して制裁が科されることを保障しなければならない。

#### 第六条 異議申立委員会の手続

一 項 五〇人以上被用者がいる事業所ないし勤務機関では、異議申立手続を実施するために、職場でのセクシュアル・ハラスメントに対する異議を審査し、第七条による制裁を提案する委員会が設置されねばならない。

二 項 異議申立委員会は、経営陣・行政機関指導部の代表者および経営評議会・事業所職員代表委員会の代表者から同等に構成され、そのうち少なくとも五〇パーセントは女性で占められる。女性受託者および女性代表者は、一存在するかぎり――当委員会の委員である。当委員会は、委員のなかから女性を委員長として選出する。

三 項 セクシュアル・ハラスメントの禁止に違反するようなケースでは、当委員会が加害者に対して使用者が取らねばならない制裁を第七条により提案する。使用者が提案された制裁に対応しないときは、男性と女性が同数で女性を議長とする調停所の決定が求められねばならない。事業所組織法第七六条、第七六a条、第七七条の規定は、

調停所へ準用される。

## 第七条 制裁

被用者によるセクシュアル・ハラスメントは、その重大さに従い、かつそれ以上のハラスメントを阻止するために、以下のような措置によって加害者に対して制裁が科せられねばならない。

一 セクシュアル・ハラスメントを禁止する個人的話し合いおよび指示  
一 公式に謝罪する義務

一口頭によるまたは書面による譴責

一 履歴書への記載

一 労働法ないし職務法から帰結される威嚇（警告）

一 事業所ないし勤務機関内での配置転換

一 期間どおりの解雇または予告のない解雇

## 第八条 仮の権利保護

被用者が、職場でのセクシュアル・ハラスメントを理由にして使用者、女性受託者または異議申立委員会の下へ口頭または書面で異議を申し立て、かつセクシュアル・ハラスメントが信じるに相当するものになった場合には、異議申立に対して決定が下だされるまで起こりうるそれ以上のハラスメントから被用者を保護するために、使用者は告発された人間に対して必要な措置を取らなければならない。使用者がこの義務を果たさないかまたは不十分にしか果たさない場合には、被用者には、決定が下だされるまで労働報酬が引き続き支払われながら仕事を中止する権利が発生

する。第六条三項による調停所が加わる場合には、この権利は調停所の決定まで存続する。

#### 第九条 損害賠償、立証責任の転換

一項 セクシュアル・ハラスメントは、同権法第二条の意味で不利益である。同権法第一二条一項および二項は、使用者自らがハラスメントをしたかまたは職場でのセクシュアル・ハラスメントが他の者、例えば被用者または顧客により行なわれたがしかながら使用者がこの法律から生じる義務を果たさない場合に、ハラスメントを受けた被用者の使用者に対する損害賠償請求権を認めている。当該被用者のハラスメントをした者および使用者に対するそれ以外の請求権は、影響を受けない。

二項 セクシュアル・ハラスメントないしはセクシュアル・ハラスメントに基づく届け出によりまたは異議申し立てによりその他の不利益を被ったことに関する当該被用者の請求権に対しても、同権法第一二条一項および二項は準用される。同権法第一二条四項の立証責任の転換は、この請求権にも準用される。<sup>(4)</sup>

#### 第一〇条 使用者の告知義務

使用者は事業所ないし勤務機関にいる被用者および第三者に対して、職場でのセクシュアル・ハラスメントの禁止および違反行為に対する制裁を告知しなければならない。これについては、事業所ないし事務室で明確に目に見えるような告知板が必要である。使用者はこの法律を事業所ないしは勤務機関で縦覧する用意をしておかねばならない。

#### 第一一条 第三者から保護するための事前措置

使用者は第三者、例えば顧客によるセクシュアル・ハラスメントを防止するために法的事実的なあらゆる可能性を尽くさねばならない。

説 第一二条 情報提供と継続教育

一項 使用者は職場でのセクシュアル・ハラスメント問題を継続教育プログラムへ組み込まねばならない。

二項 公勤務において、セクシュアル・ハラスメントから保護するために適切な行動様式を学ぶことを目指した女性のためのゼミナールが実施されねばならないし、セクシュアル・ハラスメント問題を敏感に感じとらせることを目指した、並びに使用者の保護義務についておよび被害者の権利について情報を提供することを目指した、指導的地位の人間・養成する者・女性受託者および公勤務者委員会の委員のための継続教育が提供されねばならない。

第一三条 秩序違反

一項 この法律の第四条から第一二条までに違反する者は、秩序違反になる。

二項 秩序違反に対しては、次に掲げる違反の際に五〇〇〇マルクから一〇〇〇〇マルクまでの過料が科せられる。

(a) 第四条による職場でのセクシュアル・ハラスメントの禁止違反

(b) 第五条一項による保護措置を取るべきおよび第五条二項による異議申し立てを追求すべき、使用者の義務

違反

(c) 第六条による異議申立委員会を設ける要請違反

(d) 第五条、六条と関連して、第七条による制裁を科すことに違反すること

(e) 第八条による仮の権利保護を付与する義務違反

三項 秩序違反は第一〇条から第一二条に違反すると二〇〇〇マルクまでの過料に科せられる。

② 提案理由

SPD議員団草案「職場でのセクシュアル・ハラスメントから保護することを目指す法律」の提案理由・趣旨説明は、おおよそ以下のものである<sup>③</sup>。

職場でのセクシュアル・ハラスメントは長らくタブー視されてきた。しかし近時の実態調査によると、きわめて多数の女性が職場でセクシュアル・ハラスメントの被害を受けており、セクシュアル・ハラスメントを予防する緊急の措置が必要である。またアメリカやフランスを始めとして多くの国では、セクシュアル・ハラスメントを防止するための法律の規定がすでにある。この法律草案が目指すものは、使用者の予防的保護義務を通して、また職場でのセクシュアル・ハラスメントのケースでは制裁を定めることによって、この問題を将来的に抑止することである。

この法律は、職場でのセクシュアル・ハラスメントの禁止を内容とし（第四条）、セクシュアル・ハラスメントを一般的観点からも個別・具体的にも定義している（第三条）。このような定義を手掛かりとして、男性が望まない行為をしていないと言い逃れることができなくなる。使用者は事業所で予防措置を取ることを義務づけられている（第五条一項、第一〇条から第一二条）。さらに使用者には異議申し立てを審査しセクシュアル・ハラスメントに対して制裁を科す義務がある（第五条二項）。五〇人以上の被用者がいる事業所で使用者は、セクシュアル・ハラスメントに対する異議申し立てを審査し制裁を提案する異議申立委員会を設けねばならない（第六条）。予告なしの解雇まで含む制裁が定められている（第七条）。異議申し立てが審査され制裁が決定されるまでの間、被害女性を保護するために仮の権利保護が規定されている（第八条）。それに基づき被害者には労務給付拒否権が保障されている。

この法律草案は、とくに使用者が自ら加害者であるかまたはこの法律から生じる彼の義務を果たさない場合に、被害を受けた被用者の使用者に対する損害賠償請求権を明示的に定めている。

説

(3) 小括

論

成立した被用者保護法（＝連邦政府草案）とSPD議員団草案とを簡単に比較検討してみたい。職場でのセクシュアル・ハラスメントに関する現状認識は、両者とも共通している。すなわち被用者保護法を制定するための立法事実に関してはほぼ一致しているといえよう。主な相違はどこにあるのであろうか。

まずセクシュアル・ハラスメントの定義に関して、被用者保護法（＝連邦政府草案）の定義は概して一般的であるが、SPD議員団草案での定義はきわめて個別具体的であることに相違が見出せよう。次に被害者の異議申し立てについても被用者保護法（＝連邦政府草案）が一般的で簡単なものに比べて、SPD議員団草案では詳細な異議申し立て手続が定められている。さらに使用者のセクシュアル・ハラスメントの加害者に対する制裁措置等に関しては、被用者保護法（＝連邦政府草案）ではやはり一般的抽象的な規定しか置かれていないが、SPD議員団草案では具体的詳細な制裁が定められている。それ以外にもSPD議員団草案には、損害賠償請求権が明示的に定められているし、秩序違反および過料についてまで規定されている。

総じていえば、被用者保護法（＝連邦政府草案）が様々な点で一般的抽象的な内容であり不明確な点が多いのに対して、SPD議員団草案は具体的詳細な内容を有している。ここらあたりが議論になっていることである。その点は三で検討することにした。

(一) Vgl. BT-Drucks 12/5468, S. 12-13. 被用者保護法などの条文を訳出する際に用語について次の文献を参照した。田沢五郎『ドイツ政治経済法制辞典』郁文堂（一九九〇年）、ベルンド・ゲッツェ『独和法律用語辞典』成文堂（一九九二年）、



山田晟『ドイツ法律用語辞典 改訂増補版』大学書林（一九九三年）、マンフレート・レーヴィシュ（西谷・中島・米津・村中訳）『現代ドイツ労働法』法律文化社（一九九五年）。また条文中には被用者保護法以外の法律が登場することがあるが、その内容には立ち入らない。尚、セクシュアル・ハラスメントに当たるドイツ語は「sexuelle Belästigung」である。ここでは「セクシュアル・ハラスメント」と訳しておくことにしたい。また被用者保護法の全訳は『外国の立法』三三巻四・五・六合併号一〇四頁—一〇五頁（斎藤純子訳）も参照。

(2) Vgl. BT-Drucks 12/7232. もう一箇所連邦政府草案と異なる点があるが、それは単なる印刷ミスであるという。すなわち、草案第一条二項の「Berufsausbildung」という用語が用いられていたが、成立した法では「Berufsbildung」になっている。これは印刷ミスであらう。Vgl. BT-Drucks 12/7232, S. 37.

(3) Ebenda.

(4) Ebenda.

(5) Vgl. BT-Drucks 12/5468, S. 19.

(6) a. a. O., S. 46ff.

(7) Vgl. BT-Drucks 12/5717, S. 12-14.

(8) 同法は、SPD議員団の草案のなかの「職業生活における男女同権を目指す法律」のことである。その第二条では、職場での男女差別（不利益）を禁止している。また第一二条は、損害賠償請求と立証責任の転換について定めている。

(9) a. a. O., S. 37-38.

### 三 被用者保護法をめぐる議論

ここでは、成立した被用者保護法に関して若干の論者による反応を紹介しどのような点が議論になっているのか明

説かにしたい。その際に議論は、使用者の予防義務、セクシュアル・ハラスメントの定義、制裁措置などを中心に展開されている。

## 論

## (1) 若干の反応

## ① WORZALLAの見解

第二次同権法の中心点が被用者保護法（以下法とする）である、と位置づけるWORZALLAの見解を概観したい。<sup>①</sup> 法第二条一項で定められている使用者の予防義務について、彼は以下の問題点を指摘する。<sup>②</sup> すなわち、法では個別具体的に使用者の予防義務・保護義務が挙げられていない。条文では「予防措置も含む」となっているが、どのような措置なのか詳細に示されていない。連邦政府草案の提案理由からは、使用者が法的事実に実現すべき状況に限りでのみ予防的措置に関する義務が生じるということになる。それを越えてセクシュアル・ハラスメントとしてリンクづけされるような行為を始めから阻止することは、個人的な責任であるとされる。WORZALLAによると、法第二条一項から引き出される予防義務・保護義務が侵害された場合には被害者には民法第八二三条一項または二項（人格権の侵害）に基づく損害賠償請求権が発生する。この請求権は個人的責任者に向けられるのみならず、民法第二七八条ないしは民法第八三一条により使用者自身にも向けられる。

WORZALLAは、セクシュアル・ハラスメントの定義について詳細な疑問を提示する。<sup>③</sup> まず法第二条二項の定義全般を通じて定義が漠然として不明確なままであり、この定義では個々のケースで一定の行為・態様がセクシュアル・ハラスメントにあたるのかどうか判断するのが困難である、と彼は主張する。

次に個別的に定義の問題点が指摘されている。法第二条二項一号「刑法の規定により処罰される性的行為……」に関して、このような一見明確な規定でさえ使用者にとって単純なものではないという。なぜならセクシュアル・ハラスメントかどうか確定するには事実について刑法上の評価が必要であるからだとする。刑法上の理解によれば「性的行為」とは人間における性的なものが直接対象となるような「性的行為」に関わり、性に関する言葉、性に関する話などはこの意味では「性的行為」にあたらない、と彼は述べる。この見解からは、これらは法第二条二項二号で処理することになるのであろうことが推測される。また刑法の意味での「性的行為」は「重大な」法益に関わる行為だけである、と彼は指摘する。従って性的に「重大」ではないと認識されるような行為（例えばキス、抱擁など）は刑法上の意味で「性的行為」には含まれないことになるという。

法第二条二項二号の「その他の性的行為」について、ここでも「性的行為」は刑法上理解されるような人間における性的なものを直接対象とする行為（作為または不作为）であると理解されねばならない、とWORZALLAは主張する。しかし、「その他の」という言葉から認識されるのは「重大性」に関わることが必ずしも必要ではない、とする。このような彼の立場からすると、キスとか抱擁とかはここで処理できると考えられる。つまり、法第二条二項一号ではなく二号でセクシュアル・ハラスメントにあたると解される可能性があることになる。

法第二条二項二号で明文化されている「ポルノ的な描写物」という概念について、彼は次のような疑問を提示する。「ポルノ的」という概念が刑法や青少年保護法などで理解されている概念と同じなのかどうかはつきりしないが、刑法などの理解と同じでなければならない、と彼は主張する。このような見解に従えば、たとえ被用者が目の前で摘示された刑法上「ポルノ的でない描写物」をハラスメントだと認識しそれを拒否するとしても、その行為はセクシュア

ル・ハラスメントにはあたらないことになる。<sup>(4)</sup>

制裁措置・救済措置について彼は以下のように述べる。<sup>(5)</sup> 法第四条で規定されている「適切な」措置とは、どのように理解されねばならないのかと問題提起する。WORZALLAによると、「いつから制裁措置が「適切」だといえるのか明らかでない」のであり、解雇が許されるのはハラスメントが繰り返される危険がある場合のみであることが考慮されねばならないのである。被害者の救済措置に関しては、すでに触れたように法第二条一項から保護義務が引き出され、この義務違反の際には加害者および使用者に対して損害賠償請求権が発生する。それとともに法第三条二項（使用者の異議申立審査・適切な措置義務）違反に対しても損害賠償請求権が発生するであろう、と彼は述べる。

## ② HOHMANNの見解

アメリカ合衆国でのセクシュアル・ハラスメントをめぐる取組と比較してドイツでの取組の遅れを指摘するHOHMANNは、次のように議論を展開する。<sup>(6)</sup>

法第二条一項の予防義務・保護義務について、この義務がどのように実現されるのかこの法律は十分に明示していない、と彼は述べる。<sup>(7)</sup> この点について次の二つことが明かにされねばならないとする。まず、事後的に配慮する保護かまたは事前に配慮する保護かどちらが重要なかが明かにされねばならないとする。これに関連して法第二条一項二文の定式で「予防措置も (auch) 含む」は、「とくに (insbesondere) 予防措置が含まれる」に取って替わられるべきであるとする。次に、どのような予防措置が絶対に必要であるかが明確にされねばならないとする。HOHMANNは、アメリカのEEOC（雇用機会平等委員会）のガイドラインを参考にしながら、使用者はおおよそ次のような予防措置を取るべきであると主張する。<sup>(8)</sup> セクシュアル・ハラスメントを防止するためのトレーニングプログラムを作成す

る、職場でのセクシュアル・ハラスメントに関する明確な企業政策を立てる、被用者が上司等に対して苦情をどのようにして知らせることができるのかそれに対してどれくらい容易になんらかの措置が取られるのかが明確になるような効果的な苦情手続を整える、というような予防措置である。

セクシュアル・ハラスメントの定義について、その射程が不明確でありグレーゾーンがあると彼は主張する<sup>(9)</sup>。例えば「望まない」ジロジロと見る行為やわい談あるいは交際を強いるようなラブレターは、セクシュアル・ハラスメントにあたるのかどうか不明確であるという。HOHMANNによると、定義についてもアメリカのEEOCのガイドラインに即して次のように見直さなければならぬと指摘する<sup>(10)</sup>。すなわち、セクシュアル・ハラスメントにあたるのかどうかの判断に際して、被害者にとってハラスメントが「望まない」ものだったのかどうかのみが考慮されねばならないとされる。また職場が敵意ある労働環境を形成するような「差別的脅し、嘲笑、および侮辱で充満している」、ということを立証すれば足りるとされる。その際に、「望まない」とか「差別的脅し」かどうかは、被害者の主観的認識および合理的な女性がもっている客観的認識に基づいて判断されねばならないという。このようなアメリカのEEOCのガイドラインをめぐる解釈に即して、法第二条二項の定義も解釈されねばならないというのがHOHMANNの基本的スタンスである。

これに関連して、法第二条二項の「はっきりと分かるように拒否される行為」という基準はどの程度アメリカのガイドラインでの「望まない行為」という基準に対応しているのか、と彼は問題提起する<sup>(11)</sup>。彼の見解では、「はっきり分かるように拒否される行為」は「望まない行為」に取って替わられるべきであるということになる。それは、「はっきり分かるように拒否される」という基準があまりにも厳しすぎるからである。例えば上司により性的行為のハラス

説

メントを受けた女性とは、職場でのポストを失うのではないかという不安からその行為を堪え忍び沈黙するというケースがあるからである。

論

制裁措置・救済措置については、制裁措置の不明確さを指摘し実効的な制裁に欠ける、また損害賠償請求権の規定がない、と彼は問題点を指摘する<sup>(12)</sup>。彼は制裁措置を厳しくすることを提案し以下のように主張する<sup>(13)</sup>。損害賠償請求権を明文で定めるべきである。また多くのアメリカ企業では、経済的熟考からセクシュアル・ハラスメントに対するトレーニングプログラムを設けることをコストが高い損害賠償を支払うことよりも好むようになる。従って、否決されたSPD議員団の提案（一〇〇〇〇〇〇マルクまでの過料）は正しい方向を示している。

## (2) フェミニズム法学からの批判

セクシュアル・ハラスメントは女性差別であるという文脈で把握されねばならないという観点（フェミニズム法学の立場）から、被用者保護法を批判するBAERの見解を取りあげたい。

BAERが議論の出発点とするところは以下のことである<sup>(14)</sup>。性について客観的、中立的、一般的な規制を行なうという既存の観点を批判し、職場における女性差別をどう解決していくのかという問題意識から、とくに女性が職場で差別されているという生活実態から、出発しなければならぬとする。その上で、基本原理（とくに基本法第三条の平等原則）に即して被用者保護法を検討する<sup>(15)</sup>。BAERによると、基本法第三条二項・三項の平等原則は差別禁止原則でありセクシュアル・ハラスメントに関しても適用され立法者の定義づけのための基準を付与することになる。そして基本法第三条二項は、性的に中立的な平等ではなく、「女性」のために集団的、本質的、アンチヒエラルヒー的な

平等原則として理解しなければならないとする。つまり、女性という集団が差別されているという観点（集団的次元）から、女性が差別されているという生活実態（＝本質）および女性が差別される秩序（ヒエラルヒー）を打破するための原則なのである。ここでは平等原則は、差別に対して国家を直接拘束する出訴可能な防禦権としても理解されている。このような視点から被用者保護法がどの程度憲法的請求権を充足するのが評価されねばならない、とBAERは主張する。

以下、被用者保護法に対するBAERの批判点を概観したい。<sup>(16)</sup> まず、男性も含めた人間の尊厳を守ることが規制根拠とされている点が批判される。すなわち、性的に中立的な概念としての「尊厳」概念が使用されている点である。<sup>(17)</sup> BAERによると、セクシュアル・ハラスメントの経験は女性差別の一部であるという観点が強調されねばならないことになる。次に、セクシュアル・ハラスメントの定義に関して以下の三点から批判がされる。第一点目、「故意」を要件としているのは誤りである。セクシュアル・ハラスメントは女性差別であり差別の成立要件では故意が問題にされない。国際的な反差別条約では故意は要件とされていない。ポイントは、個人の責任を非難することではなく不利益からの保護である。この点で、SPD議員団の草案では故意の代わりに「望まない行為」を要件にしているのは正しい方向である。第二点目、「性的」(sexuell) 行為という概念が用いられている点である。この概念は、故意要件と同様な不運な役割を演じる。例えば連邦裁判所の判例では、裸を眺めるために女の子に裸になることを強制する者ではなく「性的」行為をしていないとされるし、あるいは女性を抱いたりキスをしようとする試みは、「性的」行為ではないとされる。「性的」という概念は、被用者保護法においては「性に関連させられる」(geschlechtsbezogen) という概念に取って替わられねばならない。第三点目、職場でのポルノ的な描写物がハラスメントになるためには、

説「はっきりと分かるように拒否され」ねばならない」「目に見えるところを持ち出」ねばならないとされることである。多くの勤労者の体験からいえることは、隣のテーブルで同僚がポルノ雑誌を読んでいることが女性に敵対的な労働環境を形成する、というところである。またはっきり分かるような拒否とは、遅すぎるのである。

論

- (1) Vgl. Michael Worzalla, Das Beschäftigungsschutzgesetz in der Praxi, NZA, Heft 22, 1994, S. 1016ff.
- (2) a. a. O., S. 1017.
- (3) a. a. O., S. 1017-1019.
- (4) この点は議論される余地がある。例えばある論者は、このように「ポルノ的な描写物」にだけ関連させる定義は十分なものとはいえないのではないかとする。この観点からは、被用者保護法での「ポルノ的な描写物」の概念を刑法などの概念より広く把握しようとする論者の意図が読み取れる。Vgl. Ulrich Batts\Anne Eisenhardt, Neue Gesetzgebung zur Gleichberechtigung, ZRP, Heft 1, 1994, S. 18ff.
- (5) M. Worzalla, a. a. O., S. 1019-1020.
- (6) Vgl. Harald Hohmann, Thesen zur Weiterentwicklung des Beschäftigungsschutzgesetzes mit dem Ziel eines besseren Schutzes vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, ZRP, Heft 5, 1995, S. 167ff. H. Hohmann\Christiane Moors, Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz im Recht der USA (und Deutschlands), KJ, Heft 2, 1995, S. 151ff.
- (7) a. a. O., ZRP 1995, S. 167. a. a. O. KJ, 1995, S. 163.
- (8) a. a. O., ZRP, S. 169.
- (9) a. a. O., ZRP, S. 167.
- (10) a. a. O., ZRP, S. 168. a. a. O., KJ, S. 164. 周知の如くEEOCのガイドラインでは、セクシュアル・ハラスメントは次のように定義されている。「相手が望まない性的な言い寄り、性的な要求、その他性的内容の言葉あるいは行為は、次の



場合は、セクシュアル・ハラスメントとみなされる。①以上の行為への服従が明示あるいは黙示であれ、個人の雇用条件を伴って行なわれる場合、②以上の行為への服従あるいは拒絶が、個人の雇用条件決定の材料として用いられる場合、③以上の行為が、個人の職務遂行に不当に干渉したり、強迫的、敵意のあるあるいは不快な労働環境を作り出すことを目的としたり、影響を及ぼす場合、」このガイドラインについては多くの文献が触れているが、きわめて初期のものとして児玉佳子「性を理由にした差別に関するガイドライン」同志社アメリカ研究一九号八九頁（一九八三年）、最近のものとしてさしあたり中下、福島、金子、鈴木『セクシュアル・ハラスメント―「性」はどう裁かれているか―有斐閣選書、四二頁以下、（一九九二年初版第二刷）参照。また周知のように、我が国ではセクシュアル・ハラスメントに関するアメリカの議論・判例が相当数紹介検討されている。その先駆的なものとして、とりわけ奥山明良「アメリカに見る労働環境と性差別―性的いやがらせ（Sexual Harassment）と公民権法第七編（The Title VII）―判例タイムズ五二三号一八頁以下（一九八四年）、最近のものとして上田純子「セクシュアル・ハラスメント（上）（下）―使用者責任を巡る法律論を中心として―」ジュリスト一〇四七号五二頁、一〇四八号九〇頁（一九九四年）、山川隆一「わが国におけるセクシュアル・ハラスメントの私法的救済」ジュリスト一〇九七号六九頁（一九九六年）、奥山明良「在外日本企業とセクシュアル・ハラスメント問題―米国三菱自動車製造事件を契機にして―」ジュリスト一〇九七号五六頁以下（一九九六年）等がある。

(11) a. a. O., KJ, S. 164.

(12) a. a. O., ZRP, S. 167.

(13) a. a. O., ZRP, S. 169.

(14) Vgl. Susanne Baer, Objekt—neutral—gerecht? Feministische Rechtswissenschaft am Beispiel sexueller Diskriminierung im Erwerbsleben, KritV, Heft 2, 1994, S. 155—160.

フェミニズム法学に関してとくに憲法（性的中立的平等概念など）との関係について、紙谷雅子「日本国憲法とフェミニズム」ジュリスト一〇八九号、八二頁以下（一九九六年）参照。尚、BAERの論文は被用者保護法制定直前に執筆されたものであり連邦政府草案を対象にしている。しかし既述のように連邦政府草案は被用者保護法とは同一の内容なので、ここでは連邦政府草案＝被用者保護法として理解しておきたい。被用者保護法の概略およびBAERの見解については、広渡清吾『統一ドイツの法変動』二八三頁、二八九—二九〇頁（有信堂、一九九六年）を参照。

説

論

- (15) a. a. O., S. 171-172.
- (16) a. a. O., S. 173-176.
- (17) この点では、SPD議員団の草案も男性も含めた被用者一般の尊厳を守ることが目標となっているので同様の批判がなされる。

#### 四 おわりに

一二で被用者保護法の内容を中心に、三で被用者保護法について論者の見解を若干紹介してきたが、これまでの議論を簡単に総括してみたい。

被用者保護法の内容をめぐる議論で主要な点は、既述したようにセクシュアル・ハラスメントの定義についてと使用者の予防義務・制裁措置についてである。

まず定義については、不明確性が指摘されている。①「性的行為」という概念に関して、WORZALLAのように刑法上の理解と同じでなければならぬと主張する論者がいる一方で、BAERのように「性的行為」に限定されずに広く解釈されるべきだとする見解もある。②「ポルノ的」という概念について、刑法上の理解と同じだと狭く解釈するWORZALLAのような立場があるが、他方で「ポルノ的」なものにだけ関連させる定義は十分なものではない、という批判もある。この定義に関して、大雑把に言えば狭義に解するのか広義に解するのかわ見解が分かれる。③「はつきりと分かるように拒否される行為」という基準に関して、連邦政府はこの基準を客観的基準であると評価する。しかし、この基準では被害者にとって厳しすぎるという批判が提起されている。HOHMANNは、「はつきりと分かる

ように拒否される行為」をアメリカEEOCのガイドラインと同様に「望まない行為」というように読み替えるべきであるとする。BAERは、このような基準自体の有用性に疑問を投げかける。フェミニズム法学の観点からBAERは、「故意」を要件としている点や性的中立的な「尊厳」概念が用いられていることをも批判する。

次に予防義務について、その不明確性が指摘されている。すなわち、使用者などがどのような予防義務を具体的に取らねばならないのかは、被用者保護法からは明確な解答が出てこないとされる。さらに制裁措置に関して、実効性が欠如されていると批判されている。その結果、例えばSPD議員団草案で規定されている過料や損害賠償請求規定が評価されることになる。

このように被用者保護法は検討すべき問題点をいくつか含んでいるが、ドイツの現状に鑑みると一定程度評価されているといえよう。次の言葉がそれを物語っている。「被用者保護法は、たとえこれまでシンボルという性格をもっだけにすぎず、従って改正が必要であるとしても、正しい方向への第一歩である」<sup>(1)</sup>。ドイツでは、最近になってようやくセクシュアル・ハラスメントをめぐる議論が緒に就いたばかりである。従って今後どのような展開を見せるのか注目していきたい。また我が国の論議にどのような示唆を与えるのかについては今後の検討課題にしたい。<sup>(2)</sup>

(1) Harald Hohmann / Christiane Moors, *Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz im Recht der USA (und Deutschlands)*, KJ, Heft 2, 1995, S. 165.

(2) なしあたり異議申立制度や制裁措置など参考になる点があることは、指摘できようであろう。

