



Title	アメリカ公民権法におけるセクシュアル・ハラスメントの男性被害者と性差別概念（二・完）：具体的個人と「性別」の関係に関する一考察
Author(s)	松岡, 千紘
Citation	阪大法学. 2021, 71(1), p. 67-98
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/101305
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

アメリカ公民権法におけるセクシユアル・ハラスメントの 男性被害者と性差別概念（二・完）

—— 具体的個人と「性別」の関係に関する一考察 ——

松 岡 千 紘

第一章 はじめに

第一節 課題

第二節 前提の確認

第二章 セクシユアル・ハラスメントの男性被害者と「被害者像」

第一節 セクシユアル・ハラスメントの男性被害者と通常の女性基準

- (一) 男性から男性へのセクシユアル・ハラスメント及び女性から男性へのセクシユアル・ハラスメント
- (二) 判例の検討

- (三) Forell 及び Matthews の提唱する通常の女性基準の運用

(四) 小括

第二節 コンテキストのダイナミズムと全体的な状況テスト

- (一) 全体的な状況テスト
- (二) 小括（以上、七〇巻六号）

第三章 セクシユアル・ハラスメントにおける性差別概念

第一節 「性別を理由とした」を巡る判例

- (一) 加害者の動機に基づく性差別概念
- (二) 差別的効果法理
- (三) 性差別としての性的ステレオタイプ化
- (四) 小括

第二節 セクシユアル・ハラスメントの性差別性を巡る学説状況

- (一) 反従属原理
- (二) テクノロジーとしてのセクシユアル・ハラスメント
- (三) マスキュリニティと性差別
- (四) 検討

第四章 終わりに(以上、本号)

第三章 セクシユアル・ハラスメントにおける性差別概念

S Hが第七編の性差別法理として登場してきた当初、そこでの性差別は、主として女性に対する差別／女性の人権の問題であると考えられてきた。だが、前章で指摘したように、現在に至るまで男性によるS H訴訟は増加傾向にあり、S Hの被害者としての男性の存在も無視することはできない。加えて、特定の性別を被害者像に当てはめることで性別に対するステレオタイプ化が形成されること、さらに、S Hの背景には複層状の権力関係という動態が存在し、被害者と加害者の関係が文脈依存的事であることから、特定の性別を具体的個人に当てはめるだけでは問題を捉えることができない。

そこで次に問題となるのは、その具体的な地位を創出する構造（動態）であるが、SHのような被害者の性別の割合にジェンダー差がみられる問題領域においては、この脆弱な地位を創出する構造の一つの大きな要素を「性差別」であるとみる方が自然である。従って、SHの被害者を脆弱な地位にある具体的個人として検討するにあたっては、この性差別の構造的内容を明らかにすることが必要となろう。その際肝要なのは、男性から女性へのSHのみならず、男性から男性へのSH、性的ステレオタイプ化に基づくハラスメント等、SHの多岐にわたる類型を検討し、性差別に関する包括的な原理論を抽出することである。

第七編のSH法理においてこの問題は——おそらく裁判所はこの課題に関し自覚的ではないものの——、その他の性差別と同様、「性別を理由とした（because of sex）……差別」⁽¹⁾という文言の解釈の問題として展開されてきた。そこで本章では、連邦裁判所による性別を理由とした差別の解釈において、脆弱な地位を創出する構造を分析する際の指針となるいくつかの判例を概括した後、この課題について議論が多数蓄積された九〇年代の学説状況を検討し、当該課題に対する一定の見解を提示することを試みる。

第一節 「性別を理由とした」を巡る判例

（一）加害者の動機に基づく性差別概念

合衆国では、連邦下級裁判所によりSHが第七編違反の性差別であると判断され始めた当初、加害者の動機の存否が、SHの成否の判断に係る重要な要素とされていた。⁽²⁾中でも特に、女性の部下が直属の男性上司から頻繁な性的誘い掛け、侮蔑的なコメントを被ったBundy v. Jackson事件⁽³⁾は、当該事件を審査したコロンビア特別区巡回区連邦控訴裁判所がこの判断基準として「but-for」テストを採用したことで注目される。当該テストは、所謂「あれ

なければこれなし」とする事実上の因果関係／条件関係理論であり、「性別を理由とした」差別の成否における明確な判断基準として機能する。具体的には、被害者を、これと異なる性別の被用者と比較し、被害者の性別がなければ (but for sex)、加害者による性的言動が行われなかったであろうことを根拠に、それが性差別であると判断する。同裁判所は、男性上司から女性部下への性的誘いが対価型SHにあたるかと判断されたBarnes v. Costle事件⁽⁴⁾を先例として参照しながら当該テストを用いた上で、問題となる性的言動は「男性被用者にはなされなかっただろう」と判示し、かかる言動の第七編違反を認めた。⁽⁵⁾

争われる性的言動（特に性的誘い掛け）が、「被害者の性別がなければ」生じなかったのか否かを判断基準にするこのテストは、極めて明瞭な論理に基づき、条件さえ整えばその審査も容易であるため、第七編のSH訴訟における原告の当初の要証事実の一つとして連邦下級裁判所に用いられてきた。⁽⁶⁾

特に同性間のホモセクシユアルな誘いが問題となるケースでも、当該テストは明瞭な結論をもたらす。原告の男性がホモセクシユアルな誘いに晒されたと主張したWright v. Methodist Youth Services Inc.事件⁽⁷⁾で、イリノイ州北部地区連邦地方裁判所は、異性間の対価型SHの判例を参照し、「男性被用者に向けられないであろう女性被用者への要求は、性差別に含まれる」⁽⁸⁾ことを確認した上で、本件における男性上司から原告へのホモセクシユアルな誘いが、「女性には向けられないであろう男性被用者への要求」⁽⁹⁾であり、性別に基づく差別を構成すると結論した。また、同じく男性からのホモセクシユアルな誘いが争われたEEOC v. Walden Book Co.事件⁽¹⁰⁾においても、「同性愛者の上司が、不快な性的誘いを同性の部下へ行い、反対の性別の被用者にはそうしなかった場合、それは完全に、その部下の性別がなければ、彼はその扱いの対象にはならなかったであろう状況である」⁽¹¹⁾とされ、同性間のSHが第七編違反となることが認められた。このように、加害者からのホモセクシユアルな誘いが第七編違反となるか争わ

れる事件で、加害者が同性愛者であることが証明された場合、「but-for」テストは容易に満たされる。しかしながら、被害者の性別がなければ、その言動（性的誘い掛け）はなされなかったとする当該テストは、加害者の性的欲望という動機がSHの背景に存在するとの前提を持つ。だが前章で挙げた判例で既にみたように、SHは、加害者の性的欲望のみに動機付けられて生じるものではない。さらに、男性と女性双方が同一の敵対的職場環境に服しているために加害者の動機の存否自体が不明瞭なSHもあり、そうすると、「but-for」テストに基づく性差別概念の射程はかなり限定的なものとなる。⁽¹³⁾

（二）差別的効果法理

「but-for」テストでは適切にSHの成否を判断することができない事例として、具体的には次のような事件がある。Robinson v. Jacksonville Shipyards, Inc. 事件⁽¹⁴⁾では、原告女性が、女性のヌード写真等性的揭示物が蔓延する職場が第七編違反の環境型SHになると訴えた。ほとんどの被用者が男性であった当該職場では、男性女性双方が当該環境に服していた。さらに被告は、これらの性的揭示物は原告が就労する以前から溢れており、女性被用者を害する意図を持っていなかったと主張した。このような事例に「but-for」テストを適用する場合、男性女性双方が同一の環境に服しており、加えて原告の入社以前からかかる性的言動が行われていたことから、これらが原告女性の「性別を理由に」なされたとはいえず、性差別であるとは認められない結果になるであろう。

本件に対しフロリダ州中部地区連邦地方裁判所は、心理学の専門家証言⁽¹⁵⁾も採用しながら次のように述べ、原告の主張を支持した。曰く、「写真それ自体は、職場の女性を害する意図から生じていない（その言動が始まった時点において、当該職場で働く女性は一人もいなかったため）」が、「明らかに、現在JSJ〔この職場〕で働く女性を不

均衡に侮辱する効果をもたらした。このような言動は、「たとえ特定の女性被用者を害することを意図していないとしても、全ての女性被用者に害をもたらし、職場環境を性化する (sexualizes)。……原告のハラスメントの訴えは、性別に基づいていた」⁽¹⁶⁾。ここで同裁判所は、男性と女性へ同様の性的言動がなされた場合でも、対象となる性別によってその効果に違いが生じるという論理を採用している。つまり、特に女性に対して害悪となる職場の「性化」という効果こそが問題であるため、加害者の意図(動機)は関係がないと判断したのである。

Robinson 事件と同様に、次の *Petrusino v. Bell Atlantic* 事件⁽¹⁷⁾でも、男性と女性双方が性的に侮辱的な敵対的環境に晒されていた。本件を審理した第二巡回区連邦控訴裁判所は次のように述べ、原告の性差別の主張を認めた。曰く、「男性と女性双方が職場で同様の不快な言動に晒されているという事実は、法律問題として、必ずしも彼らの職場環境が等しく過酷であることを意味するわけではない」。原告の「職場環境では、男性と女性双方が侮辱されたが、重要な事は、その差異である」。即ち、「侮辱的な冗談や写真における女性の描写は、……男性が、集団としての女性を性的に搾取できるというメッセージを伝えていた。職場での女性へのこのような誹謗中傷は、上司の介入もなく何年にも亘り日々繰り返されており、男性の同僚と職務上やりとりしようとする全ての女性の前に深刻な障害として立ちはだかっている」⁽¹⁸⁾。

以上の連邦下級裁判所の判例は、男性と女性が同様の性的言動に服していた場合であっても、両性にこれらが異なっており影響することが、当該言動が性差別であることの根拠であると説明する。このように、その言動の両性への異なる影響を性差別の根拠とする方法は、性差別の成否の判断における「差別的効果法理 (disparate impact theory)」として、SH 以外の性差別に関する連邦裁判所の判例の中で形成されてきたものである⁽¹⁹⁾。この差別的効果法理の SH 法理への導入によって、動機の判然としない SH や、男性と女性双方が同一の環境に服する SH を性差別

として構成することができる。他方でこの理論は、職場の性化により女性が害されることを論拠とするため、男性が当該理論を用いてSHを主張することの困難さという難点も抱えている。⁽²⁰⁾

（三）性差別としての性的ステレオタイプ化

最後に、差別的効果法理が、男性が被害者となるSHの事例に対し抱える課題を克服しうる性差別理論に関する判例をみていく。SHとして争われた事件ではないものの、一九八九年に判決が下されたPrice Waterhouse v. Hopkins 事件⁽²¹⁾において、連邦最高裁は初めて、性的ステレオタイプ化に基づく別異取扱いが第七編の性差別の禁止違反となると判示した。本件では原告女性が、提携企業から男性的で積極的過ぎるとみなされ提携を拒否されたことが性的ステレオタイプ化に基づく差別であり、第七編違反の性差別となると主張し提訴した。⁽²²⁾ 相対多数意見を執筆したBrennan判事は、原告の主張を支持し次のように判示した。曰く、「我々は、被用者らが彼らの集団に関連付けられるステレオタイプに合致すると推測又は主張することで被用者を評価できた時代を超えている。何故なら、連邦議会は、使用者が諸個人の性別を理由として差別を行うことを禁止するに際し、性的ステレオタイプから生じる男性と女性の、全ての領域の別異取扱いに取組むことを意図したためだ」。⁽²³⁾ 「使用者が女性の積極性に反対する一方で、彼女達の立場にはその特徴が求められるということとは、彼女達が積極的に振る舞えば仕事を失い、またそのように振る舞わない場合でも仕事を失うという、耐え難く、また容認できない落とし穴に女性たちを落とす。第七編はこの拘束から女性を解放する」。⁽²⁴⁾ 「第七編の訴えを行う原告が、彼女の性別が雇用上の決定における動機付けの役割を果たすことを証明する場合、被告は、原告の性別を考慮に入れない場合でも同様の決定がなされていたらうことに関する証拠の優越（preponderance of the evidence）により証明することによってのみ、責任の認定を回

避することができる⁽²⁵⁾」とし、性的ステレオタイプによる差別を根拠にした雇用上の決定が、第七編違反の責任を生じさせると判断した。このように連邦最高裁が、「性別を理由とした」差別の範囲を性的ステレオタイプ化に基づく別異取扱いにまで拡張した本件は、特に同性間のSHのコンテキストにおいて重要な役割を果たしたと評される⁽²⁶⁾。さらに、前章で取り上げた *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.* 事件⁽²⁷⁾も、それまで下級審において判断が分かれていた、第七編が同性間の環境型SHを禁止するのかという論点に対し、連邦最高裁がこれを認定したことで第七編の「性別を理由とした」差別の範囲を拡張した。本件で全員一致の法廷意見を執筆した *Sotia* 判事は、「単に、原告と被告（あるいは、被告のために活動したと訴えられた者）が同性であることを理由に、第七編のいかなる内容も、『性別を理由とした』差別の訴えを必然的に除外することはない⁽²⁸⁾」と判示した。その上で同判事は、同性間のSHが第七編の「性別を理由とした」差別に該当するか否かを判断するための三要素を提示した。即ち、①加害者がホモセクシアルであるという信用できる証拠がある場合、②加害者たちが、職場で彼あるいは彼女の性別の人々に対し様々な敵意に動機づけられていたことに関する証拠がある場合、あるいは③加害者が、職場で女性と男性を異なつて取り扱っていたという証拠がある場合、「性別を理由とした」差別の成立が認定される⁽²⁹⁾。ただし、本件で示された三要素の中には、*Price Waterhouse* 事件で第七編違反と判断された性的ステレオタイプ化に基づく差別に関する証拠（要素）は存在しない。しかしながら、この類型のSHは、職場内に頻繁にみられる嫌がらせの形態であり、後に性的ステレオタイプ化の事件を審査した下級裁判所のいくつかは、*Oncale* 判決で示された三要素を例示的なものと解した上で、*Price Waterhouse* 事件のステレオタイプ化の理論に依拠している⁽³⁰⁾。その中の一つである *Nichols v. Azteca Restaurant Enterprises, Inc.* 事件⁽³¹⁾において、第九巡回区連邦控訴裁判所は、男性に対する性的ステレオタイプに基づくハラスメントが、第七編違反の性別を理由とした差別を構成すると判示し

た。本件において同裁判所は、「女性のように」ふるまい、男性としてとるべき行動をとらなかったという理由から、原告に対し「体系的な虐待 (systematic abuse) が行われた」と述べた。⁽³²⁾ 同裁判所曰く、原告男性を「彼女」等と呼んだ男性同僚や上司は、かかる言動によって、「彼が性別に基づくステレオタイプ (gender-based stereo-type) に一致しないことを再認識させた」。「この口頭の虐待は、性別 (gender) に密接に結びつく」。従って、「本件の争点である口頭の虐待は、性別を理由となされた」。⁽³³⁾ また、二〇一三年に第五巡回区連邦控訴裁判所が大法廷で判決を下した EEOC v. Both Brothers Construction Company 事件⁽³⁴⁾も、男性に対する性的ステレオタイプに基づくハラスメントが、性別を理由とした差別を構成すると判断した。本件では、同僚の男性や上司が原告の男性に対し、「プッシー」などと呼んだり、性器を見せるなどの侮辱的な言動を行ったことが、性的ステレオタイプ化に基づくSHであるか否かが争われた。同裁判所は、原告が性的ステレオタイプ化の証拠に依拠して第七編違反の性差別の訴えを行うことができるとして、Price Waterhouse 事件の先例としての有効性を承認した。⁽³⁵⁾ 加えて同裁判所は、それまで全ての連邦控訴裁判所が、性的ステレオタイプ化のSHにおいて、原告が性的ステレオタイプに適合しないことに関する客観的証拠が必要であると判断してきたのに対し、加害者が原告を性的ステレオタイプに一致しないとみなしたか否かに関する主観的証拠で足りると判断した。⁽³⁶⁾

この性的ステレオタイプ化は、男性女性それぞれに影響を及ぼすものである。従って、当該類型のSHを第七編の「性別を理由とした」差別に含めることは、差別的効果法理からさらに性差別の射程を拡張する効果を持つ。

（四）小括

以上のように、加害者の動機に着目し、被害者の性別がなければSHとして争われる性的言動がなされなかった

とする「but-for」テストに基づく性差別概念の射程は、多様なSHの実態にかんがみても、非常に限定的なものである。また、その言動が両性に異なっており影響することを性差別の根拠とする差別的効果法理は、両性が同一の敵対的環境に服するSHにまで射程範囲を拡張するものの、差別的効果とされる職場の「性化」により害される対象が「女性」であるとされる場合、同様の環境に服する男性が当該理論を用いてSHを主張することは困難である。一方、最後にみた性的ステレオタイプ化に基づくハラスメントは、女性のみならず、性的ステレオタイプに一致しない男性にも影響を及ぼすものであり、同法理を「性別を理由とした差別」の根拠にする場合、さらに広範な類型のSHを射程に入れることができる。では、学説はSHの性差別性についてどのように考察しているのだろうか。以下では、SHの性差別性に関する学説上の議論を検討していく。

第二節 セクシユアル・ハラスメントの性差別性を巡る学説状況

学説においては、SHの性差別性に関する原理的考察が非常に盛んに行われている。特に同性間のSH訴訟が増加し始める九〇年代以降、同性間SHや女性から男性へのSHを第七編の性差別理論の下で包括的に分析する原理論的検討が多数登場した。そこで以下、これらの議論を牽引してきた論者の見解を取り上げ、SHが性差別として、個人の脆弱性を構造的に創出する動態を探っていく。

(一) 反従属原理

最も初期に、SHの構造分析を包括的行った Catharine A. MacKinnon の『SEXUAL HARASSMENT OF WORKING WOMEN』⁽³⁷⁾ は、MacKinnon の著作の中でも古典的名著として知られ、本書がSH法理に及ぼした影響

は多大である。MacKinnon は S H の概念を、性別 (sex) とジェンダー (そしてセクシュアリティ) の関係を構造的に捉える社会構築主義の立場から分析する。MacKinnon は本書において、「but-for」テストを支える論理であり、彼女が差異説 (differences approach) と呼ぶ、「等しい者は等しく扱われ、異なった者は異なつて扱われる」という伝統的な差別禁止法理における原則を強く批判し、反従属原理という性差別に関するラディカルな法理を提唱している⁽³⁹⁾。反従属原理は、その分析の中心に、ある社会的集団を体系的に不利な立場に置く差別の本質的作用を据えている⁽⁴⁰⁾。当該分析によれば、性差別とは、女性を男性よりも劣位に規定し、男性との違いを理由に、女性に累積的に不利益を被らせる制度である⁽⁴¹⁾。つまり、ここで問題となるのは、両性の差異を生じさせる社会的／構造的不平等であり、「but-for」テストで問われるような、単なる両性の異なる取扱ではない。

反従属原理においては、「規則あるいは慣行が、性別 (sex) を理由として、一方の性別から体系的に社会的な権利を奪うことに関与するならば、それは差別である。訴訟に関する唯一の問題は、争点となる方針あるいは慣行が、性別 (gender) の地位を理由として、下層の人々、あるいは不利な地位を放置するのに不可欠な役割を果たしているかどうかである。……不公正は、女性あるいは男性であることを理由として、権利を侵害されていることにあり、この権利の侵害とは、一方の性別 (sex) が他方の性別に対し支配的又は優位にあるという社会的文脈の中で意味を持つ⁽⁴²⁾」。つまり、反従属原理において問題となるのは、特定の事件の前後関係といった、ミクロな文脈／構造ではなく、体系的かつ歴史的に構築された差異といった、差別の社会的動態である。

では、S H を性差別と判断する具体的な要素は何か。反従属原理によれば、次の三つの S H に関する性質が、雇用における S H を性差別とする根拠である。第一に、生存と引き換えの性行為は、歴史的にみて、男性が女性を性的に利用できるようにするのみならず、女性の経済的な依存性と劣位を確実なものにしてきた。第二に、S H は概

して、悪意のある望まれない方法で、女性に対して強制的に性行為の主導権を取るという男性の性役割のパターンを表現している。第三に、この社会においては、主としてセクシュアリティが女性を女性として規定しているために、セクシュアリティの侵害は、女性であることそのものへの攻撃である。⁽⁴³⁾ S Hは、女性の経済的な依存性と劣位及びセクシュアリティの侵害を利用し、またそれを促進することで、女性の社会的な不平等を形成する（そしてそれを放置する）。以上の理由から、S Hという慣行は、女性の従属を存続させ、その社会関係を通じて、女性の社会的権利のはく奪に関与する。従って、S Hは性差別であるとされる。

だが、上の要素からもわかるように、反従属原理によるS Hの性差別概念の分析の雛型は、男性による強制的な性的行為等を通じた女性のセクシュアリティへの侵害であり、それ以外の類型のS Hに対する当該アプローチの妥当性は制限される。⁽⁴⁴⁾ 以下で取り上げる各論者も、この反従属原理の射程範囲の狭さを指摘し、当該アプローチを批判する。

(二) テクノロジーとしてのセクシュアル・ハラスメント

九〇年代末のS Hの性差別性論争において非常に綿密な理論を提示し、牽引的な地位を占めたKatherine Franke⁽⁴⁵⁾、Mackinnonが差異説と呼んだ「but-for」テストの背景にある平等のロジックを否定する。先述のように、かかる根拠は加害者の性的欲望の存在という前提条件を抱えている。異性間のS Hにおいては、裁判所が加害者を暗にヘテロセクシュアルだと想定しているため、この前提条件は黙示的である。⁽⁴⁶⁾ 他方、この性的欲望という前提条件は、同性間のS Hにおいて、裁判所が加害者のホモセクシュアリティ性を証拠として要求し、これを証明するための証拠が頻繁に用いられていることに現れる。だがFrankeによれば、「性別を理由とした差別」の内容を性的

欲望に制限することは、ヘテロセクシュアルな関係を異性間SHにおいてデフォルト化することにより、司法におけるヘテロセクシズムを再生産することとなる。加えて、このテストが、加害者の性的欲望以外の他の動機を要求することにも問題がある。例えば、職場で男性が女性の容姿や体型をほめるという行為は、ほとんどの場合、男性の主観的レベルにおいて性差別的な動機を背景にしていない一方、こうした言動は女性にとって侮辱的である場合がある。従って、加害者の主観的意図に着目する「but-for」テストは、SHの性差別性の判断基準としては不適当である⁽⁴⁷⁾。

では、加害者の主観的動機を性差別の根拠としない場合、それに代わる性差別性の判断基準は何か。同性間SHの判例においては、加害者が同性愛者であることの証明が失敗した場合、裁判所は、次に、その言動が反男性的（及び反女性的）な慣行を創出したかどうかを判断基準とする⁽⁴⁸⁾。だが、そもそも一方の性別の被用者しかない職場は、反男性的（及び反女性的）になりえないため、全ての被用者が男性である職場、あるいは全ての被用者が女性である職場の場合、当該基準はSHの認定に極めて制限的な方向で機能する。また、たとえ両性が存在する職場であっても、被告側が、被害者と同性の被用者の証人に、当該環境が反男性的ではなかったと証言させることもある⁽⁴⁹⁾。故に、当該基準も客観的かつ妥当なものとはならない。

Frankie *vs.* McKinnon による反従属原理がSHの性差別性に関する優れた概念化であると評価しつつも、次の問題点があると指摘する。即ち、反従属原理では、男性から女性への歴史的支配という形態が主たる性差別の根拠となるために、男性から男性へのSH——男性が、男性の男性性を、性的侮辱行為を通じて管理する慣行——の形態を捉え損なう。またこのアプローチは、女性を被害者へと定位させることでその地位を本質化し、女性以外にも広く影響を及ぼす性的ステレオタイプ化に基づくハラスメントを矮小化する⁽⁵⁰⁾。Frankieによれば、「むしろ問題

ははるかに体系的である。セクシズムを女性に対する男性からの行いに還元してしまうと、我々は、セクシズムを非常に強固に、効果的に有害にする基底的なイデオロギーを見失ってしまう⁽⁵¹⁾」。

そこで、Frankel が提唱するのが、セクシズムのテクノロジー論である。Frankel によれば、SH の性差別性は、「女性的な女性を（ヘテロな）性的客体とし、男性的な男性を（ヘテロな）性的主体とする目標をもつ、包括的な規制慣行としての権力の中」に存在する⁽⁵²⁾。これらの諸規範（権力）は、女性と男性双方へ、それぞれのジェンダーにおける性役割を規定する形で作用する。例えば、Steiner v. Showboat Operating Co. 事件⁽⁵³⁾において、ラスベガスのカジノで初の女性のフロアパーソンに昇進した原告に対する男性上司の、「このくそなカント」、「お前はフロアマンじゃない」、「なんでトイレに行つて客のをしゃぶらないんだ」といった発言が SH として争われた。ここで一連の言動を性差別にした根拠は、一連の言動の性的性質ではなく、原告を女性に求められる地位へと押しやることで女性化し、当該男性上司を、女性部下を性的客体とする権力を持つ地位へと押し上げ男性化したことにある。即ち、SH は、「男性の加害者が、彼自身が適切で影響力ある男性性を持つと証明する手段であり、同時に、女性被害者に女性性を刻み込むための手段⁽⁵⁴⁾」である。一方、同性間の SH が争われた Goluszek v. H.P. Smith 事件⁽⁵⁵⁾の場合、原告の男性が、成人男性のヘテロセクシユアルな性的会話に馴染まなかったために、男性の同僚らから性的な嫌がらせを受けたが、ここでの性的嫌がらせは、「彼らの適切な男性性を、SH のイデオムを通じて主張する⁽⁵⁶⁾」行為であった。つまり SH は、伝統的に男性が占めてきた職場又は地位に就く女性、男性的ではない男性といった、ジェンダーにおけるアウトローを性的言動により罰することで、適切な女性性及び男性性を規律する権力の行使である。このプロセスにおいては、女性と男性でその作用に違いはあるものの、いずれの性別のメンバーもその被害者となりうる⁽⁵⁷⁾。SH は、「女性と男性のあるべき姿に関する特定の視点を刻み込み、押し付け、管理し」、特定の性役割を

標準化する統制的な慣行／規律的な権力である。それ故に、SHは、「女性を女性化し、男性を男性化する、ジェンダー差別のテクノロジー」なのである。⁽⁵⁸⁾

幅広い類型のハラスメントを取り上げながら、SHのテクノロジー／規律的権力が男性と女性双方に作用することを詳細に証明するFrankeのSH理論は、確かに、既存のSHの性差別性に係る理論からその射程を広げており、説得力を有する。ただし、Frankeの理論にも問題がないわけではない。

Frankeは、SHの性差別概念を非常に包括的かつ綿密に分析するが、その射程にはゲイ男性である上司からの、ヘテロセクシュアルな男性部下への性的強制が入らず、かかる類型の事件においては、むしろ彼女が批判する「but-for」テストが妥当するという。⁽⁵⁹⁾だが、職場での意に反する性的強要において、その加害者の性的指向により（ヘテロセクシュアルかホモセクシュアルか）、用いられる基準が異なることは恣意的な運用であろう。また次に挙げる論者による、Frankeの議論がSHを職場の特殊性に関連付けて分析していないことへの批判もある。

Frankeと同様SHの性差別性論争における主要な論者であるKathryn Abramsは、SHについて、男性を優位に置き、女性を劣位に置く職場外のジェンダー・ヒエラルキーが伝統的な性的職務分離と女性労働者の性化／性的客体化を通じて職場内に持ち込まれ、男性的権力を維持する規範を強化する慣行であると説明する。⁽⁶⁰⁾従って、SHとは何よりもまず、職場という組織におけるセクシズムの形態である。それは、最も直接的な形としては、身体的暴力や口頭での暴力となり、間接的な形としては、女性へ性的な誘いを行うこと、セクシュアリティを強調する方法で彼女達を扱うこと、また支配的な女性のステレオタイプに女性労働者が適合することを要求することとして現れる。⁽⁶¹⁾そして、その「SHが広範になる場合、対象者個人と、集団としての女性と男性、また機関としての職場に劇的に影響を及ぼし得る」⁽⁶²⁾。また、SHは、我々が多様な社会的影響の中で保持するエージェンシーを損なう慣行

であり、それは特に女性と性的ステレオタイプに沿わない男性に悪影響を及ぼす⁽⁶³⁾。

また Vicki Schultz も、SH を職場という領域に密接に関連付けて論じている⁽⁶⁴⁾。Schultz は、SH が単純に男性的欲望やセクシュアリティを理由に生じるとする従来の見解を否定する。即ち、SH は、男性的な仕事の地位とアイデンティティを維持するための手段であり、女性への望まれない性的誘い掛けのみならず、女性や男性性において劣った男性への侮辱的言動を含む広汎なセクシズムの表現形態である⁽⁶⁵⁾。中でも特に Schultz が強調するのは、ジェンダーを背景に生じる、職場での性的ではないハラスメントである。この性的ではないハラスメントを「看過することは、一般的なハラスメントを推進する動態に関する不適切な見解を導く。……それは幅広い生活領域で生じるが、職場やキャリアに関連した文脈以上に生じる場所はない。ほとんどのアメリカ人男性にとって、歴史的に労働市場と職場での優位性は、霸権的な男性性のアイデンティティにとって極めて重要である」⁽⁶⁶⁾。

Schultz と Abrams と同じく、この職場における SH を促進する要因の一つに性別職務分離を挙げる。これは SH の原因であり、結果でもある。重要で価値があるとされる仕事上の地位に男性が就き、価値が低いとされる地位に女性が就くこの性別職務分離により、リーダーシップのある男性と、補助的役割に適した女性という性的ステレオタイプが再生産され、ジェンダー・ヒエラルキーが強化される。さらに、その組織での雇用上の決定における決定権者の主観的な権力がこれに拍車をかける。「リーダーシップのポテンシャル」や「文化的な適応」といった客観的ではない基準による評価に、性的ステレオタイプやジェンダー・バイアスが入り込むのである⁽⁶⁷⁾。

しかしながら、こうした職場構造を強調する議論に対しては、Franke からの反論もある。Franke は、SH における「教え (lesson)、規律、又はヘテロな家父長制的権力の定立は、職場、学校、運動競技、政治制度、他のあらゆる文化における無数の制度的状況でも生じ得る⁽⁶⁸⁾」と述べる。Franke は、職場で SH が果たす役割を過小評価

するのではなく、「性別を理由とした差別の一種として普遍的にSHを理解する、包括的な理論を提供することを試みている」⁽⁶⁹⁾。その際、Frankleは判例法が発展している職場でのSHを分析するが、それはあくまでも方法論であり、性別を理由とした性差別としてSHを分析するにあたり、その対象を職場に限定すべきではないと主張する⁽⁷⁰⁾。Frankleのこの見解には妥当性があると考えられる。確かに性別職務分離といった職場特有の権力関係はSHを職場に顕著な問題にしているが、SHが性差別としてジェンダー・ヒエラルキーを形成するその動態を考える場合、これは職場という領域に限定されるものではなく、職場以外のほとんどの社会的領域にも妥当するものである⁽⁷¹⁾。性別職務分離に代表されるような、男性が主導的地位に、女性が補助的地位に就くというヒエラルキーは、職場でのSHを助長するが、職場のみに顕著な権力関係なのではない。つまり、職場は組織的にSHを推進する装置であるが、それがSHの本質なのではない。

AbramsとSchultzはSHを職場に特徴的なものとして分析するが、両者の議論の要点をみると、かかるジェンダー・ヒエラルキー構造が大枠の／マクロな動態として想定されていることが分かる。対するFrankleの議論においても、このマクロな動態がSHとして表出した際に、男性女性双方を規律する作用が中心的に検討されており、三者ともその主眼点は共通している。

(三) マスキュリニティと性差別

ここでは最後に、前章で取り上げたAnn. C. McGinleyによる、SHの性差別性に関する議論を検討する。McGinleyは、職場におけるSHを、①伝統的に男性が占めてきた職場における男性から女性への間接的なハラスメント、②男性性の規範に合致しない男性へのハラスメント、③いじめ (bullying) やバカ騒ぎ (horseplay) を通じ

た男性へのハラスメント、④男性から女性へのジェンダー中立的な言動を用いたハラスメントの四つに分類し、それぞれがいかにして性別を理由とした差別となるのかを分析する。⁽⁷²⁾以下順に、これらの類型のSHの性差別性について確認する。

①の類型は、例えば本章第一節(二)で言及した、Robinson v. Jacksonville Shipyards, Inc. 事件のように、特に女性のみを対象としてなされたのではない、職場での性的内容の言動に係るSHである。McGinleyによれば、この類型の事件の鍵となる問いは、女性被用者に対する敵対的環境を創出するという明確な意図が必要かどうかということである。⁽⁷³⁾加害者に性的ステレオタイプが無意識に抱かれていることを考慮すると、性差別事件においては、意図よりも因果関係に基づきその成否を判断すべきである。⁽⁷⁴⁾この因果関係の基準に依拠すると、性的ステレオタイプに基づく言動や性差別主義的な言動に溢れた職場は、職場の女性を、女性であるがゆえに劣った存在とみなすために、多くの女性の職務の遂行の障害になる。⁽⁷⁵⁾これをマスキュリニティ理論の側から説明すると、女性に対し中傷的な言動を行う中で、男性同士が男性性を誇示し合い、彼らの男性性を再強化していく構造が指摘できる。その結果女性は、その性別を理由として、彼らと対等な労働者性を保持することを不当に阻害される。⁽⁷⁶⁾

②男性性の規範に合致しない男性へのハラスメントとは、Both Brothers Construction Company 事件のように、男性性のジェンダー規範に合致しないとみなされた男性に対して、その男性性や性的指向を問題にする発言や、時に身体的な攻撃が行われるものである。McGinleyはこれについて、「男性性とヘテロセクシュアリティが、その言動に参加する男性の心の中では分離することができないこと、即ち、「覇権的な男性性が、ゲイとゲイの男性性を支配し、それが女性性と混合」されることにより、「男性が多数を占める職場環境の男性が概して、女性という存在や女性性を劣等なものとしなすジェンダーに特徴的な言葉を用いて、女性や他のジェンダー規範に沿わない男

性を貶める」と説明する。⁽⁷⁷⁾「特定の類型の仕事と男性の混合、そして、霸権的な男性性と男性の混合は、ジェンダーに適合する男性に、女性とジェンダーに適合しない男性にはない特権を与える。それは、性別を理由として、女性とジェンダーに適合しない男性に対する虐待的な環境を導く」。⁽⁷⁸⁾

③ いじめやバカ騒ぎを通じた男性へのハラスメントとは、職場への新規参入者を侮辱するために、性的又はジェンダーに基づく言動を用いる行為である。当該類型のSHに関し、Abrams、Schultzは直接的に検討しておらず、Frankleに至っては、この類型の言動がジェンダーに対する規律的／規制的功能を果たさないとして、こうした言動の存在だけでは、性別を理由とした差別にならないとする。⁽⁷⁹⁾ また判例においても、男性の原告が自分よりも体格が大きな男性同僚の股間に顔を押し付けられ性行為のしぐさをされたり、レイプをほめかされたりした言動が、性差別とは異なり、第七編の下での性差別を構成するには不十分であったと判断されている。⁽⁸⁰⁾

だが、McGinleyは、いじめやバカ騒ぎにおける性化された言動の使用がその集団を男性化することで、当該集団の男性的な資質を証明し、新規参入者たちにその職場の男性的な規範を遵守させる目的を有するとする、ジェンダーといじめに関する研究に依拠し、当該類型の言動を性差別であると結論する。⁽⁸¹⁾ つまり、ジェンダーを誇張する言動や性的に侮辱的な言動の使用はその過程で、職場への新規参入者を女性と比較し、女性が客体であり男性が職場を統括する主体であることを確認する慣行である。マスキュリニティ理論は男性同士がより霸権的な男性性の規範に脅かされながら男性性を誇示し合うと分析するため、当該理論を用いてこの現象を分析する場合、これらは、男性性への外的脅威を克服するために、自身や自身が属する職場の男性的規範を再強化し、間接的に女性をその仕事場から締め出す行為となる。⁽⁸²⁾ その際、加害者側がこの規範／支配の強化を意識しているか否かは関係がない。問題は、この慣行が生み出す性差別的効果にあるためだ。

このような言動を男性が被った場合について、Frankle は、その言動自体による第七編の下での訴訟原因を認めるときではないとするが、職場や男性が一枚岩ではない限り、かかる言動に害されたと感じる男性も存在する。従って McGinley は、性化された言動を用いるいじめやバカ騒ぎを通じたハラスメントを被る男性も、性差別を受けた——第七編の下での潜在的訴訟原因を有する——と結論する⁽⁸³⁾。

④男性から女性へのジェンダー中立的な言動を用いたハラスメントは、めったに訴訟となることはないが、男性が女性を非難するために、正当な仕事上の基準を使用又は濫用することで生じるものである。例えば、男性と女性の違いを強調したり、特定の職業訓練においてジェンダー平等研修を無視したり、女性を客体化した題材を用いたりすることが挙げられる。この類型のハラスメントは、特にホワイトカラーの職種で生じ、加害者はより巧妙に差別的動機を隠そうとする傾向がある⁽⁸⁴⁾。だが、この類型の慣行は、特に女性がその組織で昇進する際に、男性に比して不均衡に女性になされている⁽⁸⁵⁾。McGinley はこの④の類型のハラスメントが性差別である理由を詳述しないが、マスキュリニティ理論を敷衍してこれを補うとすれば、当該類型の慣行は、女性をその性別を理由として尊重しない一方、男性を職場組織の上位に位置する存在とすることで男性性規範を強化しているため、性差別となろう。

(四) 検討

SH の性差別性に関する理論として、加害者の動機に基づく両性の取り扱い上の差異を基準とする「but-for」テストを用いることができないことは明らかである。当該テストは、Mackinnon の主張するような両性間の歴史的な不平等を顧みない。つまり、当該基準では両性の差異に基づく区別の恣意性／不合理性が問題となるが、この差異自体が生じる不平等な社会的コンテクストには取り組まない。具体的個人との関係でみた場合これは、このテ

トが両性を比較可能な主体と想定し、個人の具体的な性別を捨象することに由来する。さらに、Frankle も指摘するように、異性間の S H の場合に当該基準が果たす、ヘテロセクシュアルな性規範の強化も問題である。従って、性差別理論の根拠として、当該テストに依拠することはできない。

Mackinnon は、当該基準に代わる、男性による女性のセクシュアリティの篡奪を通じて形成される社会的支配を性差別とする反従属原理を打ち立てたが、この原理がジェンダー規範に合致しない男性への S H といった、Mackinnon の議論の雛型には適合しない類型の S H を埒外に置くことは既にみた。従って、Mackinnon の反従属原理よりもさらに広範な射程を持つ性差別理論を構築する必要がある。

この問いに取り組んだ Franke の S H におけるテクノロジーとしてのセクシズムの議論では、男女双方に対しそのジェンダーを規律していく S H におけるマクロな動態が彫琢されている。この説明は、諸個人のセクシュアリティやジェンダーの管理が結果、女性の潜在的能力の發揮を阻害し、またその慣行が男性に向けられた場合、ジェンダー規範に沿わない男性に対しても不利益をもたらすことを示しており、性差別の動態をさらに掘り下げている。しかしながら、Abrams 及び Schultz の議論とは違い、Franke のこの理論においては、職場という特殊性が前景に現れず、これが、かかる議論が批判される所以でもある。

Abrams と Schultz は両者とも、特に職場という組織内部で男性と女性と比較される中で、女性労働者の性化とジェンダー規範に沿わない男性やゲイ男性への中傷が生じる構造を強調している。だが、この慣行は職場に限定されるものではないと考えられる。確かに、職場という伝統的に男性が占めていた領域において、ジェンダーによる統制が強く働くことは理解できる。しかしながら、このことから性差別としての S H の動態構造を、職場という領域特有のものであると即断すべきではない。より一般的に言えば、S H は学校や運動競技、サイバースペース、路

上を始め、様々な領域で生じることが問題となっている。各領域の特殊性が存在するとしても、それが、SHが性差別であることの根拠を覆すと考えことは不自然であろう。

おそらく、この問題は、SHの動態に関する着眼点の違いに起因すると考えられる。Frankleによるセクシズムのテクノロジー原理は、それ自体が社会一般に広く作用する性差別のマクロな動態である。他方、AbramsとSchultzは、かかる動態が職場という特定の組織における権力関係の中で果たす作用について論じている、換言すれば、そこではSHのミクロな動態への着目がなされていると言える。従って、それぞれの議論について、SHが職場に特徴的なものか否かという二者択一で捉えるのではなく、相補的に捉えるべきである。

最後に取り上げたMcGinleyのマスキュリニティ理論に基づくSHの分析も同じく、SHの性差別性に係る構造的な理解をさらに深化させる。McGinleyが類別した①～④のSHの中でも、とりわけ③のいじめやバカ騒ぎに関するSHは、他の論者が検討していない類型である。マスキュリニティ理論は、Frankleにより提示されたセクシズムの動態を、特に男性性に関するジェンダー規律の側から詳細に分析する理論である。McGinleyの議論では、当該理論が用いられることで、これまであまり性差別とは関連がないと考えられてきた（少なくとも第七編の下での訴訟に繋がることは減多になかった）男性同士のいじめやバカ騒ぎが性差別になる動態が明らかにされている。当該分析は職場構造を基に行われているが、先述のように、このことにより、この理論の妥当性が職場に限定されると考えるべきではない。

以上の検討を基に、SHの被害者像——具体的個人——との関係を見てみると、ジェンダー規範に基づき、両性それぞれを規律するSHを通じて、パフォーマティブに具体的個人が形成されることができると考えることができる。現実社会に生活する諸個人に作用するSHという慣行により、女性により性化され、男性により男性性を確立する主体へと

規定されていく。性化された女性はそのプロセスにおいて脆弱な地位に追いやられるが、他方、セクシズムのテクノロジー理論やマスキュリニティ理論が説明するように、覇権的な男性性規範に適合しない男性も「脆弱な地位」を占める。加えて、職場という組織のいじめやバカ騒ぎにおいては、当該組織への新規参入者がSHの被害に遭う可能性が示される。このように、ジェンダー規範がシステムとしてパフォーマティブに形成されていると考える以上、また、各個人のジェンダー適合性が固定されたものではない以上は、具体的な個人が固定的な特定の性別を有することを前提として考えることはできない。ジェンダーを規律するマクロな動態においては、女性はより性化された地位に置かれる、即ち脆弱な地位に就く傾向が強いものの、組織や各人のジェンダー規範適合性という文脈によつては、男性も脆弱な地位に就く。従つて、具体的個人を考える場合、このジェンダー構造というマクロな動態と、そのSHが生じる組織の個別的／ミクロな動態を加味する必要がある。

しかるに、かかる動態が存在する以上、社会的文脈に即した具体的個人とは、これらの動態により、脆弱な地位に置かれる可能性を持った存在であるということができる。ということはつまり、現実社会における具体的個人は、法という抽象空間において無制約に自由を行使することができる主体とは異なり、ジェンダー構造によるその自由の制約を潜在的に抱え込んだ存在とみるべきであろう。本稿では不十分ながら、SHという文脈におけるその可能性を提示した。

第四章 終わりに

男性が被害者となるSHの判例及び学説の検討を通し、このSHの性差別性を動態的・構造的に捉えた本稿の分析からは、次のことが明らかになる。即ち、少なくともSHという問題領域においては、性差別とは、その実相を

みる限り、文脈依存的に生起するものである。女性を性化し、男性性との比較により女性性に否定的ラベルを刻む S H という性差別の慣行により、女性は脆弱な地位に置かれる。一方、S H による男性性の規律により、男性性規範に合致しない男性も「脆弱な地位」に置かれる。これが、S H による生じる性差別のマクロな動態の作用である。職場という領域においては、いじめやバカ騒ぎの類型の S H にみられるように、さらにこの動態が文脈依存的に作用する。これは、具体的個人を脆弱にする、性差別のマクロな動態のサブセット／ミクロな動態として把握しうる。S H は、男性に比して女性を劣位な地位に置く、歴史的に形成された性差別構造の一部を成すものの、加害者と被害者の地位や属性といった具体的な態様はさまざまである。そうであるならば、差別を省察する平等は、差別を、個々の状況の文脈に即し、具体的に把握できるような尺度でなければならないであろう。

このことから、被害者像に具体的性別を指定すべきではなく、当該動態により平等を侵害される——「自由」を制約される——可能性を持つ個人をその主体として想定すべきである⁽⁸⁶⁾。換言すれば、法的主体としての具体的個人は、かかる動態が存在する社会的諸関係の中で生活する存在なのである。

最後に、残された課題として次の点を挙げる。即ち、性差別による自由の制約といった時の「自由」の概念規定という課題である。この点、S H 法理が性差別法理の下で展開されてきた合衆国にあっても、それが個人の自律性への侵害行為であるとの認識は共有されている⁽⁸⁷⁾。性差別としての S H は同時に、個人の自律性への侵害としても觀念されているのである。ただし、自律性の概念自体が論争的テーマであり、この具体的個人の自律性の侵害を明らかにするにあたっては、リベラリズムにおける個人の自律性に関する議論⁽⁸⁸⁾と比較検討を行っている先行研究を整理しながら分析する必要がある。当該課題の検討は別稿に譲りたい。

(1) 第七編の性差別を巡る判例では概して「sex」と「gender」という文言が双方とも「性別」の意味で用いられている一方、学説上はこの「sex」を性別として「gender」を社会的性差としての「ジェンダー」として使い分ける場合が多い。本稿では基本的に、判例の場合は「sex」及び「gender」を「性別」と訳し、学説の場合は「sex」を「性別」、「gender」を「ジェンダー」と訳す。ただし、適宜文脈に応じて両文言の訳語を変更することがあり、その場合は原語を併記する。なお、この「性別 (sex)」が、行為為、ジェンダー、セクシュアリティ、あるいは生物学的性差（これ自体が、遺伝学上の、染色体上の性、生殖腺上の性 (gonadal sex)、体内の形態学上の性 (internal morphologic sex)、体外の形態学上の性 (external morphologic sex)、ホルモン上の性、表現型上の性 (phenotypic sex) とった多様な要素を含んでいる）という多元的な概念から成り立っており、「性別 (sex)」を「男女という堅固で二元的な概念で把握すること」の困難も指摘されている。See Shirley Lin, *Dehumanization "Because of Sex": The Multiracial Approach to the Rights of Sexual Minorities*, 24 Lewis & Clark L. Rev. 731, 742-43 (2020), の「性別 (sex)」に関する概念規定の問題は、特に性的マイノリティへの雇用差別が第七編の下で禁止される性差別となるか否かという点で大きな争点となるが、本稿では紙幅の関係上、当該論点についての検討は別稿に譲りたい。

(2) ところが逆に、SHが連邦裁判所により第七編違反の性差別にあたると判断される以前は、この性的欲望という動機が、SHの性差別性を否定する根拠となっていた。即ち、性的欲望は「個人的」で「自然」なものであるため、性差別にはあたらないとされていたのである。See *Come v. Bausch and Lomb, Inc.*, 390 F. Supp. 161, 163-64 (D. Ariz. 1975); *Tomkins v. Public Service Electric & Gas Co.*, 422 F. Supp. 553, 557 (D. N.J. 1976), rev'd and remanded, 568 F.2d 1044 (3d Cir. 1977).

- (3) 641 F.2d 984 (D.C. Cir. 1981).
- (4) 561 F.2d 983 (D.C. Cir. 1977).
- (5) See *Bundy*, 641 F.2d at 942.
- (6) See *Franke, infra* note 45, at 712.
- (7) 511 F. Supp. 307 (N.D. Ill. 1981).
- (8) *Id.* at 310.

- (9) *Id.*
- (10) 885 F. Supp. 1100 (M.D. Tenn. 1995).
- (11) *Id.* at 1103-4. 性的誘い掛けが、性的欲望に動機付けられているために性差別であるということは、別言すれば、性的欲望に動機付けられていない性的言動は性差別ではないということになる。実際に、原告が同僚らからオーラルセックスを求められるなどの性的言動が第七編違反となるか否かが争われた事件において、第六巡回区連邦控訴裁判所は、加害者らがヘテロセクシユアルであることを公言しており、また職場内外で一度もホモセクシユアルな行為を行ったことがないことなどから、原告への言動が「真正の性的欲望 (genuine sexual desire)」に動機付けられていたと判断する陪審員は正しく、性差別の成立を認めなかった。 *See King v. Super Service, Inc.*, 68 Fed. Appx. 659, 663 (6th Cir. 2003).
- (12) *Doe v. City of Belleville* 事件 (119 F.3d 563 (7th Cir. 1997)) では、所謂男性的ではない男性の原告に対し、同僚男性らから彼のセクシユアリティを問う発言や性器を掴む等の言動が行われた。 *See Doe*, 119 F.3d at 560-69.
- (13) 他方、一九八六年に連邦最高裁が初めて、環境型 S H が第七編違反の性別を理由とした差別になると判断した *Meritor Savings Bank v. Vinson* 事件 (477 U.S. 57 (1986)) においては、このテストは明示的に用いられなかった。本件で *Rehnquist* 判事が執筆した法廷意見は、「上司が部下の性別を理由として部下に性的嫌がらせをする場合、上司がその性別に基づいて差別をしていることに疑いはない……。ある性別のメンバーに対し敵対的又は侮辱的な環境を創出する S H は、職場での性的平等に対する恣意的な障壁である」と述べたが、それが性的平等にとつての「障壁」となる方法に関する説示、つまり、S H を性差別として構造的に把握する際のヒントとなるような説明はなされなかった。 *See Meritor Savings Bank*, 477 U.S. at 64-67.
- (14) 760 F. Supp. 1486 (M.D. Fla. 1991).
- (15) 本件の専門家証人 (expert witness) である Dr. Susan Fiske は、性的ステレオタイプ化について、原告の職場に溢れていた性的揭示物という「刺激が、労働力においてかなりの割合を占める男性が女性同僚を、あたかも彼女達が性的客体であるかのようにみなしたり、そのように交流したりすることを奨励する」可能性があると証言した。 *Id.* at 1502-3.
- (16) *Id.* at 1523.
- (17) 385 F.3d 210 (2d Cir. 2004).

- (18) *Id.* at 212-22.
- (19) 差別的効果法理について紹介する邦語文献としては、相澤美智子『雇用差別への法的挑戦』（創文社、二〇一二年）一三二頁以下を参照。
- (20) 次の論文でも、男性はSHにおける不均衡な影響を証明することができないため、この理論の下では性差別の訴えに成功しない可能性がある旨指摘されている。See L. Camille Hebert, *The Disparate Impact of Sexual Harassment: Does Motive Matter?*, 53 U. Kan. L. Rev. 341, 394 (2005).
- (21) 490 U.S. 228, 250-51 (1989).
- (22) 彼女のメンターは、もし彼女が「より女性的に歩き、女性らしく話し、化粧をし、髪形を整え、ジュエリーを身に着け」ていたならば、提携先に選ばれる可能性が高かっただろうと述べた。*Id.* at 272.
- (23) *Id.* at 251.
- (24) *Id.*
- (25) *Id.* at 258.
- (26) Ann C. McGinley, *Creating Masculine Identities: Bullying and Harassment because of Sex*, 79 U. Colo. L. Rev. 1151, 1199 (2008).
- (27) 523 U.S. 75 (1998).
- (28) *Id.* at 79.
- (29) *Id.* at 80-81. 最高裁は、事実の認定者にその言動が性別を理由としてなされたのか否かを判断させるため、下級審裁判所へ差し戻した。しかしながら本件は、予定されていたトライアルの前に示談となった。See McGinley, *supra* note 26, at 1198-99.
- (30) See *Doe*, 119 F.3d at 580-81; Bibby v. Phila. Coca Cola Bottling Co., 260 F.3d 257, 263-64 (3d Cir. 2001); Medina v. Income Support Div., 413 F.3d 1131, 1135 (10th Cir. 2005). 但、当論文の調査に關する、Oncale 事件以降の下級審裁判所に於ける解釈傾向については、Clare Diefenbach, *Same-Sex Sexual Harassment after Oncale: Meeting the Because of...Sex Requirement*, 22 Berkeley J. Gender L. & Just. 42 (2007) を参照。

- (31) 256 F.3d 864 (9th Cir. 2001).
- (32) *Id.* at 874.
- (33) *Id.*
- (34) 731 F.3d 444 (5th Cir. 2013) (en banc).
- (35) *Id.* at 456-457.
- (36) *Id.*
- (37) CATHERINE A. MACKINNON, SEXUAL HARASSMENT OF WORKING WOMEN: A CASE OF SEX DISCRIMINATION (Yale University Press, 1979).
- (38) Mackinnon が、差異説 (differences approach) と呼び、アリストテレスまで遡るこの平等原則は、合衆国差別禁止法理において支配的な考え方であり、日本国憲法一四条の合理的差別説と同様のアプローチである。当該理論の下では、ある行為が不平等か否かを判断するにあたり、その区別が合理的であるか否かが試金石になるが、この区別の恣意性が問題とされるために、それが人種や性別に基づく自然な区別であるとされた場合に差別性が否定されることとなる。即ち、人種や性別における差異が社会的に作られていた場合でも（生物学的性差と対比される意味でのジェンダーがその典型例であろう）、それが自然な区分であると判断されるならば、平等であると判断される。
- (39) 前掲注 (37) の著書の中で Mackinnon は、当該理論を不平等説 (inequality approach) と呼んでいたが、後に反従属原理と名称を変更しており、Mackinnon の当該理論を扱う論者もこれを反従属原理と呼んでいる。本稿もこれに倣い、反従属原理という名称を用いる。
- (40) See MACKINNON, *supra* note 37, at 116.
- (41) *Id.*
- (42) *Id.* at 117.
- (43) *Id.* at 174.
- (44) Mackinnon も、同性間 SH や、女性から男性への SH に関する分析を行っていないわけではないが、少なくともそこで挙げられる事例を見る限り、そこで問題とされているのは強制的な性的行為であり、セクシュアリティへの侵害に限

られている。*Id.* at 200-06. また、MacKinnon による S H の性差別理論の射程が限定的であることは、彼女の次の言葉にも現れている。即ち、「白人の人種差別主義者にとっては、黒人のみがレイシャル・ハラスメントの対象に適しているのと全く同様に、ヘテロセクシュアルな男性にとっては、女性のみが S H の対象として適しているということは、幻想ではなく、真実である」。*Id.* at 180. だが、本稿でもみてきた通り、ヘテロセクシュアルな男性から男性に對しなされる S H は存在する。

(45) Katherine M. Franke, *What's Wrong with Sexual Harassment*, 49 Stan. L. Rev. 691, 746 (1997).

(46) *Id.* at 732.

(47) *Id.* at 746.

(48) 例え、Quick v. Donaldson Co. 事件 (895 F. Supp. 1288 (S.D. Iowa 1995)) では、「男性被用者は、彼らが不利な状況にある、あるいは脆弱な地位にある集団のメンバーである」とを証明することができるならば（例えば、彼らが反男性的環境にいる）、圧倒的に女性が多い環境で働いている場合）、第七編の保護を受ける」と判示された。Franke, *supra* note 45, at 753 (citing *Quick*, 895 F. Supp. at 1294).

(49) See Franke, *supra* note 45, at 753-57.

(50) *Id.* at 760-61.

(51) *Id.* at 761.

(52) *Id.* at 762-63.

(53) 25 F.3d 1459 (9th Cir. 1994).

(54) Franke, *supra* note 45, at 764.

(55) 697 F. Supp. 1452, 1456 (N.D. Ill. 1988). 本件では、原告は、「男性であることを『理由に』嫌がらせを受けていたかもしれないが、当該ハラスメントは職場における反男性的な環境を創出する類のものではなかった」とされ、性別を理由とした差別が認定されなかった。*Id.*

(56) Franke, *supra* note 45, at 764.

(57) *Id.* at 762-65.

- (58) *Id.* at 771.
- (59) Franke は「ゲイ男性の上司が男性の部下に性的関係を要求する場合、広範な文化的ジェンダーの正統性(orthodoxy)が管理されているわけでも、持続化されているわけでもない。むしろ、上司は彼の性的欲求を満たすために権力のある地位を利用しているのだ。性差別に関する理論のうち最も貧弱な理論によつてのみ、『but for』の因果関係が証明される場合、性差別があったことに『イエス』と言わせることになり得る」と述べる。Franke によれば、このような場合の H ではなく、第七編に基づく別異取扱(性差別)の主張をすべきであるという。*Id.* at 766-67.
- (60) Kathryn Abrams, *New Jurisprudence of Sexual Harassment*, 83 Cornell L. Rev. 1169, 1205-6 (1998).
- (61) *Id.* at 1206-08.
- (62) *Id.* at 1207-08.
- (63) Abrams の「ジェンダー概念とは、『自己』におけるそれぞれ異なる諸要素——生物学的存在、ジェンダー化された主体、労働者、性的行為者——をまとめ、特定の文脈下で生起する偶発的な統一体(contingent whole)として、特定の事柄を創造する能力」のことである。*Id.* at 1220.
- (64) Vicki Schultz, *Reconceptualizing Sexual Harassment*, 107 YALE L.J. 1683 (1998), Vicki Schultz, *The Sanitized Workplace*, 112 YALE L.J. 2061 (2003). 二〇一八年、Schultz は「#Me Too 運動に寄せて」これらの論文の基本的内容を踏襲する論文を公表している。Vicki Schultz, *Reconceptualizing Sexual Harassment, Again*, 128 Yale L.J. F. 22 (2018), の論文で Schultz は「#Me Too 運動において明確に性的な内容を含まない H が看過されており、結果、職場組織に対して重大かつ広汎な影響を及ぼしているジェンダー・ハラスメントといった類型の H の矮小化が生じていることに警鐘を鳴らしている」。*Id.* at 29.
- (65) *Id.* at 27-28.
- (66) *Id.* at 45.
- (67) *Id.* at 49-53.
- (68) Katherine M. Franke, *Gender Sex Agency and Discrimination: A Reply to Professor Abrams*, 83 Cornell L. Rev.

1245, 1249 (1998).

(69) *Id.* at 1249–50.

(70) *Id.*

(71) 実際、連邦が財政支援する公立学校及び中等教育以上の教育機関における性差別を禁止する教育修正法第九編 (Title IX of the Education Amendments of 1972) においてもSHが禁止されている。また、オンライン上で女性に性的暴行の脅しを行う、性的に侮辱的な写真を送り付ける、フェミニストのブログやウェブサイトをシャットダウンする等の技術的な攻撃を行うといった、サイバー・ハラスメントの問題も指摘されている。See Danielle Keats Citron, *Law's Expressive Value in Combating Cyber Gender Harassment*, 108 Mich. L. Rev. 373, 374 (2009). 加えて、街路等で口頭の、又は身体上の性的に侮辱的な言動が行われるSH（ストリート・ハラスメント）についても従来から問題視されている。See Deborah M. Thompson, *The Woman in the Street: Reclaiming the Public Space from Sexual Harassment*, 6 Yale J.L. & Feminism 313, 314–17 (1994).

(72) See McGinley, *supra* note 26.

(73) *Id.* at 1216.

(74) *Id.*

(75) *Id.* at 1216–17.

(76) *Id.* at 1217–18.

(77) *Id.* at 1222–23 (citing R.W. CONNELL, MASCULINITIES 78 (1995)).

(78) *Id.* at 1224.

(79) Franke は、この類型の言動が第七編違反となるためには、被害を受けた男性が、それが歓迎されないものであることを表明し、何らかの雇用上の報復を受けたことが必要であると述べる。これは女性が被害者である場合よりも高い基準であるが、かかる言動は、Franke によるSHの性差別理論である、女性を性的客体とし男性を性的主体とする、ジェンダー規律の範疇には収まらなうため許されること。See Franke, *supra* note 45, at 767–69.

(80) *Shafter v. Kal Kan Foods, Inc.*, 417 F.3d 663, 666 (7th Cir. 2005) (citing *Oncle*, 523 U.S. at 81).

- (18) See McGinley, *supra* note 72, at 1228.
- (32) *Id.* at 1228–29.
- (33) *Id.* at 1230.
- (48) *Id.* at 1231.
- (58) *Id.* at 1232.
- (86) もっとも、この脆弱な地位と性別との関係を極端に相対化してしまうことは、フェミニズムの展開の中で獲得されてきた「ジェンダーによる権力関係」という視角を換骨奪胎することになる。このことから、この問題を考察する上で必要なのは、脆弱な地位が創出される動態を権力関係から把握する視点を担保しつつ、それが「個人」へ及ぼす影響との関係を考察するところであろう。
- (87) See Kathryn Abrams, *From Autonomy to Agency: Feminist Perspectives on Self-Direction*, 40 Wm. & Mary L. Rev. 805 (1999).
- (88) Joel Feinberg, *Autonomy*, in THE INNER CITADEL: ESSAYS ON INDIVIDUAL AUTONOMY (John Christman ed., Oxford University Press, 1989).
- (89) DIANA T. MEYERS, SELF, SOCIETY, AND PERSONAL CHOICE (Columbia University Press, 1989).