



Title	環境型セクシュアル・ハラスメント規制と表現の自由の関係に関する一考察：合衆国における判例・学説を素材として
Author(s)	松岡, 千絵
Citation	阪大法学. 2023, 73(1), p. 176-124
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/101306
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

環境型セクシュアル・ハラスメント規制と表現の自由の関係に関する一考察

——合衆国における判例・学説を素材として——

松 岡 千 紘

第1章 はじめに

第1節 問題の所在

第2節 合衆国における環境型セクシュアル・ハラスメント法理

第2章 連邦裁判所による判断傾向

第1節 R.A.V. v. City of St. Paul 事件連邦最高裁判決

第2節 検討

第3節 連邦下級裁判所による諸判決

第4節 小括

第3章 環境型セクシュアル・ハラスメント規制の正当化の試み

第1節 従来の表現の自由理論との関係

第2節 「囚われの聴衆」論と環境型セクシュアル・ハラスメント規制

第3節 学説上の議論

第4章 結びに代えて

第1章 はじめに

第1節 問題の所在

職場におけるセクシュアル・ハラスメント（以下、「SH」という）は、女性の社会進出を阻む深刻な問題であり、その解決は急務である。日本国内では、民間企業については男女雇用機会均等法において事業主の措置義務が定められているほか、国家公務員については人事院規則に防止規定が設けられているが、⁽¹⁾ ⁽²⁾

環境型セクシュアル・ハラスメント規制と表現の自由の関係に関する一考察

現在までのところ、SH を明文で禁止する法令はない。したがって、SH における被害者の救済及び加害者の責任追及は、既存の法令の枠内で図られこととなる。具体的には、それが刑法上の犯罪に該当する場合、強制性交等罪、強制わいせつ罪、強要罪、名誉毀損罪若しくは侮辱罪等の規定に基づき加害者個人の刑事責任が追及される。民事の場合には、不法行為若しくは職場環境配慮義務に基づき、加害者及び／又は使用者の責任並びに被害者への損害回復が争われる。

しかしながら、刑法上の既存の犯罪規定については、その構成要件が厳格であるために実際に行われる SH を十分包含することができず、SH の反社会性を確認することができないと批判がなされている。⁽³⁾ また、民事訴訟については、対等な個人間の利益調整としての不法行為法という枠組み自体が、性差別を本質とする SH 事案に適していないといった主張もなされており、既存の法令の枠内で SH の防止及び被害者の救済を図ることの限界が指摘されている。⁽⁴⁾ 加えて近年では、2019年 6月 20日に ILO (International Labor Organization : 国際労働機関) において「仕事の世界における暴力及びハラスメントの撤廃に関する条約」⁽⁵⁾ が採択されたことをうけて、日本においてもその批准に向け、包括的なハラスメント禁止規定の創設が議論されている。⁽⁶⁾ このように、職場における SH については、その禁止規定の創設も含め、実効的な防止及び被害者救済の検討は喫緊の課題といえる。

他方で、SH は昇進や昇給等の雇用上の条件と引き換えに性的関係を要求することを指す対価型 SH と、意に反する性的接触や性的な噂の流布、ヌードポスターの掲示等の性的言動により労働者の就業環境が害されることを指す環境型 SH の二つに大別されるが、後者の環境型 SH はその性質上表現としての側面も有しており、その規制にあたっては、表現の自由保障との関係が問題となる。ところが、日本の憲法学においてこの問題は、僅かな先行研究を除き、表現の自由にかかる問題領域の中でもほぼ看過されてきたといってよい。これは、環境型 SH と同じく「差別的言動」として批判されてきたヘイトスピーチやポルノグラフィの規制と表現の自由保障にかかる学説上の議論が活発なことに比べ、著しい不均衡を示している。⁽⁷⁾ ⁽⁸⁾

では、ほかの表現規制の問題に比して、環境型 SH 規制には表現の自由保障との関係で問題が少ないかといえばそうではない。たとえばその一例として、規制範囲の広範性及び不明瞭性という課題を挙げることができる。ヘイトスピーチは、環境型 SH に比して、その害悪がより明白かつ直接的であるため、第三者によって客観的に認定することが容易である。それゆえに、規制対象となる表現行為も明白かつ限定的である。他方で、環境型 SH には様々な態様の言動が含まれ、また、受け手の主観的評価にその成否が左右されることから、規制対象となる表現行為の外郭も広範かつ不明瞭になる。⁽⁹⁾つまり、規制範囲の広範性及び不明瞭性という点でいえば、環境型 SH の方が問題を強く孕んでいるといえる。そうであるならば、この著しい議論の不均衡に際し、環境型 SH 規制と表現の自由保障との関係を憲法論上の課題として明らかにしなければならない。SH が深刻な問題であることは間違いない、実効的な被害者救済と防止対策の整備は必要である。だが同時に、表現の自由が「民主主義の基礎をなすきわめて重要なもの」⁽¹⁰⁾であることを踏まえると、憲法学は、環境型 SH の規制に際し問題となる表現の自由保障との関係にかかる理論的課題を考察する必要がある。

以上の課題を究明するため、本稿では、合衆国を対象国とする比較法研究を手法として用いる。SH 概念——そしてその下位類型である対価型 SH 及び環境型 SH——の輸出国であり、また、比較的表現の自由に強い保障を与える合衆国では、日本における学説状況とは対照的に、環境型 SH 規制と表現の自由保障との抵触という問題について積極的に議論が交わされてきた。以下本論で述べるように、合衆国では、1990年代初頭から環境型 SH 規制と表現の自由保障に関する判例及び学説が蓄積されており、かかる議論を検討することは、日本法にとって有益な示唆をもたらすと考えうる。

なお、合衆国において環境型 SH 法理は、連邦法上の雇用差別禁止立法である公民権法第 7 編 (Title VII of the Civil Rights Act : 以下、「第 7 編」という) に基づき SH 法理が展開される過程で形成されてきたことから、本論に先立ち、次節では合衆国における第 7 編の下での SH の判例法理の展開と、その中での環境型 SH 法理の形成について確認しておく。

第2節 合衆国における環境型セクシュアル・ハラスメント法理

合衆国において、SH が1970年代に社会問題として顕在化してきた当初、被害者や法律家は、不法行為法（tort law）に依拠し SH の司法救済を求めていた。しかし、不法行為法には SH という類型が存在せず、既存の不法行為類型においては故意や損害にかかる違法性の認定基準が厳格であること、さらに、不法行為法は SH という問題を女性の置かれている社会的状況から切り離す——問題を個人化する——ことから、SH 救済の根拠法として十分に機能するものではなかった。そこで被害者らは、SH を両性の権力関係に基づく性差別の問題として概念化することを提唱していたフェミニズム法学者たちとともに、⁽¹⁴⁾ 第7編の下でこの問題の違法性を争った。

第7編では、①個人の人種、肌の色、宗教、性別又は出身国を理由として、当該個人の雇用を拒否若しくは解雇すること、又はその他の方法で、賃金、雇用条件、若しくは雇用上の特権について差別すること、②個人の人種、肌の色、宗教、性別又は出身国を理由として、個人から雇用機会を奪う若しくはその効果を有する方法、又は被用者としての地位に不利な影響を及ぼす方法により、その被用者又は雇用の応募者を制限し、差別し、類別することを違法な雇用行為として規定している。⁽¹⁵⁾ 第7編では SH という文言が明示的に用いられていないが、被害者たちの訴えをうけた連邦裁判所は、1970年代以降、同法の下で SH に該当する性的言動の違法性を判断し始める。

連邦裁判所が同法の下で SH の違法性をはじめて認定したのは、1976年の William v. Saxbe 事件である。⁽¹⁶⁾ 本件を審理した Columbia 特別区連邦地方裁判所は、原告である女性部下に対する男性上司の性的誘いかけ、その拒否を原因とする職務上の嫌がらせ及び解雇について、「単なる個人的な出来事」であるとする被告側の主張を退け、第7編の下での訴訟原因となると判断した。またその翌年の1977年、Columbia 特別区連邦控訴裁判所は、William 事件とほぼ同様の事実が第7編違反となるか否かが争われた Barnes v. Costle 事件において、本件における「差別は明らかに控訴人の性別（gender）に基づくものである」と述べ、原告女性に対する男性上司の性的誘いかけ、その拒否を原因とした数々の職務上の嫌がらせ及び解雇が第7編違反となると判断した。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾

この二つの判決が下されたことに伴い、第7編の執行にあたる行政機関である雇用機会均等委員会 (Equal Employment Opportunity Commission : 以下、「EEOC」という) は、1980年に、「歓迎されない性的誘いかけや性的誘いかけに応じることの要求及びその他の性的性質を有する口頭又は身体上の行為」は、①当該行為に従うことが、明示的若しくは黙示的に個人の雇用条件となる場合、②個人が当該行為に従うこと、若しくは拒否することが、当該個人に影響を及ぼす雇用上の決定の基礎として用いられる場合、③当該行為が、個人の職務遂行を不当に妨害する、又は威圧的、敵対的若しくは侮蔑的な労働環境を創出する目的又は効果を有する場合、SH を構成するとするガイドラインを公布した。⁽²⁰⁾ 当該ガイドラインのうち、①及び②は対価型 (quid pro quo) SH を、③は敵対的環境型 (hostile work environment) SH を指しており、この二類型は、後の連邦裁判所判決においても受容されていく。

連邦最高裁が当該ガイドラインを指針とし、環境型 SH という類型をはじめて採用したのは、1986年の *Meritor Sav. Bank, FSB v. Vinson* 事件である。同事件において連邦最高裁は、原告である黒人の女性被用者に対する数十回に及ぶ性的暴行や性的発言が第7編違反となるか否かを審理した。法廷意見を執筆した Rehnquist 判事は、裁判所や訴訟当事者は EEOC のガイドラインを指針として適切に用いることができるとしたうえで、環境型 SH について次のように述べた。すなわち、「第7編の文言は、『経済的』あるいは『有形の (tangible)』差別に限定され」ず、「第7編は、差別的な威圧、嘲り、侮辱のない環境で働く権利を従業員に与える」。しかし、「ハラスメント」と称される職場での行為のすべてが禁止されるわけではなく、提訴可能なレベルに達するためには、それが「[当該被害者の] 雇用条件を変化させるのに十分深刻又は広範であり、虐待的な職場環境を創出するものでなければならない」。⁽²¹⁾ そして、その程度を判断するにあたっては、EEOC のガイドラインにあるように、「証拠全体 (record as a whole)」並びに「状況の総体 (totality of circumstances)」⁽²²⁾ を審査しなくてはならない。⁽²³⁾

この *Meritor* テストと呼ばれる「深刻性又は広範性」の基準は、後続の判例においても維持され、さらに1993年の *Harris v. Forklift Systems, Inc.* 事件連

環境型セクシュアル・ハラスメント規制と表現の自由の関係に関する一考察

邦最高裁判決において、より具体的な判断基準が示された。「女のお前に何がわかる」、「我々は、男のレンタル管理職を求めてる」といった性的に侮辱的な言動が第7編に違反する環境型SHとなるか否かが争われた同事件において、連邦最高裁は、このテストが、被害者個人と通常人（reasonable person）双方が当該職場環境を敵対的又は虐待的であるとみなすことで充足されると判断した。⁽²⁵⁾ なお、連邦最高裁は、Meritor テストは単に不快な言動と具体的な精神的損害（tangible psychological injury）を与える言動との中間の道（middle path）をとるものであり、環境型SHとして争われる言動の違法性を判断するにあたり、被用者が（何らかの疾患のような）具体的な損害を被っている必要はないとした。⁽²⁶⁾

同判決の後の1998年、連邦最高裁はさらに、Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc. 事件⁽²⁸⁾ 判決、Burlington Industries, Inc. v. Ellerth 事件⁽²⁹⁾ 判決、Faragher v. City of Boca Raton 事件⁽³⁰⁾ 判決という三つの判決を下し、これをもって環境型SH法理は一応の確立を見る。原告男性に対する同僚及び上司の男性たちからのレイプの脅迫や性的に侵襲的な行為を含む性的に侮辱的な言動が第7編違反となるかが争われたOncale事件において、連邦最高裁は、第7編は同性間のSHの訴えを除外しないとして、同性間のSHが第7編で禁止される「性別を理由とした差別」に該当しうることを確認した。連邦最高裁によれば、同性間のSHは連邦議会が第7編を制定した時点における主たる懸念事項ではなかったが、第7編の「性別を理由とした差別」の禁止は、同法の「要件に適合するあらゆる類のSHへと拡張され」なければならない。⁽³¹⁾ もっとも、第7編は、「一般的な礼節の作法（general civility code）に拡張」されてはならない。すなわち、第7編は、同性及び異性間の「日常的な交流の方法における、真に無害な差異には及ばない」。⁽³²⁾

なお、Ellerth事件及びFaragher事件では、環境型SHの使用者責任及び積極的抗弁についての基準が示された。Ellerth事件では、原告の被用者に対し中間管理職である上司から行われた数々の性的な仄めかしや性的な身体接触に対する使用者の責任が争点となった。連邦最高裁は、一連の言動を対価型SHと捉えたうえで、対価型SH及び環境型SHに対する使用者の責任について、

次のように判示した。すなわち、①上司が部下に対し、解雇や昇進の拒否等、雇用条件を著しく変化させる有形の雇用上の措置を行った場合（対価型 SH）、上司と使用者の間に代理関係（agency relation）があるために、使用者は被用者に対する代理責任（vicarious liability）を負う。②使用者は、被用者に対し直接的な権限を有する上司により創出された敵対的職場環境について被用者に対し代理責任を負う。③有形の雇用上の措置が行われていない場合、使用者は積極的抗弁（affirmative defense）⁽³⁴⁾を提起することができる。また、Ellerth 事件と同じく環境型 SH に関する使用者の責任が争点となった Faragher 事件において⁽³⁵⁾、連邦最高裁は、使用者は監督権限の濫用によって可能となった上司の不法行為（tortious conduct）⁽³⁶⁾に関し第 7 編の下で代理責任を負うと判示した。ただし、連邦最高裁によれば、使用者は有形の雇用上の措置が行われていない場合には積極的抗弁⁽³⁷⁾を提起できる。加えて、「『単なるからかい（teasing）』、無作法な発言、単独の出来事（極めて深刻でない限り）は『雇用条件』の差別⁽³⁸⁾的な変更にはあたらない」。

ここまでみてきた連邦最高裁の判例法理によると、争われる言動が第 7 編違反の環境型 SH となるためには、それが雇用条件を変化させるのに十分深刻又は広範である必要がある。また、この「深刻性又は広範性」の要件は、①被害者個人及び通常人の視点から、②全体的な状況の審査を通じて判断される。単なるからかいや無作法な発言、単独の出来事は（極めて深刻でない限り）雇用条件の差別的な変更とならない。なお、ここで表現の自由保障との関係で踏まえておくべきは、第 7 編が職場における差別を禁止する連邦法であるということである。つまり、同法の下で形成された法理において、環境型 SH は性別に基づく差別を構成する言動であると捉えられている。したがって、第 7 編に基づく環境型 SH 規制が表現の自由保障との関係で問題となる場合、そこには、「差別的表現の規制と表現の自由保障の対立」という憲法学にとって馴染みのある図式が存在しているのである。

では、第 7 編の運用による SH 規制が現在に至るまで維持されている合衆国では、この課題に対しどのような応答がなされているのだろうか。次章では、SH 規制と表現の自由保障との関係に言及した連邦最高裁判決、及び環境型

SH 規制と表現の自由保障の対立を扱った連邦下級裁判所による諸判決を検討し、かかる課題を考察する。

第 2 章 連邦裁判所による判断傾向

第 1 節 R.A.V. v. City of St. Paul 事件連邦最高裁判決

連邦最高裁が、初めて第 7 編の下での SH 規制と表現の自由保障との関係に言及したのは、ヘイトスピーチ規制の合憲性が争われた1992年の R.A.V. v. City of St. Paul 事件である。⁽³⁹⁾ 当該事件で争点となったのは、偏見に動機づけられた治安紊乱行為を禁止する Minnesota 州 St. Paul 市の条例であった。同条例では、次のように規定されていた。すなわち、「十字架の焼却、ナチスのカギ十字等を含む、人種、肌の色、信条、宗教、性別に基づき、他人の怒り、警戒心又は憤り（resentment）を惹起すると知られている又は知られていると解する相当な理由のある、シンボル、物体、呼称、性格描写、落書きを、公共又は私有財産に設置する者は何人も、治安紊乱行為により軽犯罪に問われる」。⁽⁴⁰⁾

アフリカ系アメリカ人の所有する住居の敷地内で十字架を焼却したことから、同条例違反の罪に問われ起訴された上告人は、同条例が過度に広汎で、許容されない内容に基づく規制であり、修正第 1 条違反となると主張し上告した。

（1）Scalia 判事による法廷意見

法廷意見を執筆した Scalia 判事は、同条例が「喧嘩言葉（fighting word）」となる表現のみを対象とするという原審の Minnesota 州最高裁判所による解釈に拘束されたとしたうえで、たとえ対象となる表現が「喧嘩言葉」として禁止されうるとしても、同条例は表現の特定の主題のみを選択的に規制していることから文面上違憲であると判断した。⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾

Scalia 判事はまず、表明された見解への支持／不支持を理由とする内容規制は許されないとする表現内容中立性の原則を確認し、この原則がわいせつや名誉毀損、喧嘩言葉等、特定の表現にかかるカテゴリーにも及ぶとした。Scalia 判事は他方で、例外的に認められる内容規制があると説示する。第一に、特定

のカテゴリーの下位類型の規制根拠が、「争点となる言論のカテゴリー全体が禁じられるまさにその理由と完全に一致する場合」である。このような規制はカテゴリー内部での規制の区分において中立的であり、思想や観点に基づく差別の危険は存在しないと推測されるためである。⁽⁴⁴⁾ 第二に、表現の二次的影響（secondary effect）を理由とした規制である。「規制対象となる言論の内容を規定した下位類型」が、「偶然に言論の特定の『二次的影響』と関連しており、そのため規制が『言論の内容に関係なく正当化される』場合には、内容規制であっても許される」。⁽⁴⁵⁾

なお、この第二の例外には、行為の二次的影響を対象としており、表現を偶発的に包含する付随的規制も含まれる。Scalia 判事曰く、「言葉は状況によっては表現ではなく、行為に向けられた法律に違反することがあるため（たとえば反逆罪に関する法律は、国家の防衛秘密を敵に伝えることによって違反される）、表現の禁じられたカテゴリーにおける特定の内容に基づく下位類型は、表現よりもむしろ行為に向けられた法律の埒内に偶発的に包含されることがある。……したがって、たとえばほかの言葉の中でも性的に侮蔑的な『喧嘩言葉』等は、第7編の雇用慣行における性差別の一般的な禁止……の違反となることがある」（下線筆者）。第三に、「青い目の女優の出演するわいせつ映画のみの規制」といった、公権力による思想弾圧の推定が及ばない規制も許される内容規制となる。⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾

Scalia 判事によれば、同条例は「明らかに『人種、肌の色、信条、宗教、性別に基づく』侮辱や暴力を誘発する『喧嘩言葉』のみ」を対象とすることで、「好まれない主題に関する見解を表明する発話者たちに特別の禁止を課」しており、許されない内容差別である。さらに、St. Paul 市条例はその運用において「実質的な観点差別」になっている。曰く、「ここにあるのは、特定の人物や集団に向けられた喧嘩言葉の禁止ではなく（これは平等保護条項の要件を充足していれば文面上有効である）、むしろ（Minnesota 州最高裁が繰り返し強調しているように）『偏見に動機づけられた』憎悪のメッセージであり、とりわけ本件に適用されたように、『人種的優位に関する敵意に満ちた見解に基づく』メッセージを含む、喧嘩言葉の禁止なのである」。⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾

そのうえで Scalia 判事は、同条例が第一～三の例外には該当しないと述べる。Scalia 判事によれば、St. Paul 市条例は、喧嘩言葉における表現の伝達様式ではなく、人種、性別、宗教に対する不寛容なメッセージの伝達を禁止している（第一の例外の非該当性）。加えて、St. Paul 市は、同条例が歴史的に差別されてきた集団の構成員であることを理由として脆弱な地位にある個人への影響を標的としていると主張するが、「表現のその聞き手に対する感情的な影響は『⁽⁵⁰⁾二次的影響』ではない」（第二の例外の非該当性）。また、同条例が第三の例外に該当しないことについては議論の余地がない（第三の例外の非該当性）。

最後に、同条例が「歴史的に差別を受けてきた集団の構成員が望む場所で平和に暮らす権利といった基本的人権の保障」というやむにやまれぬ政府利益を達成するよう狭く仕立てられているとする St. Paul 市の主張に対し、Scalia 判事は次のように反駁した。すなわち、「たとえば、好ましい話題に限定しない条例はまさに同じ有益な効果を持つ」ことから、州のやむにやまれぬ利益を達成するにあたり、同条例が採用した内容差別以外の合理的な代替手段が存在する。⁽⁵¹⁾「この内容規制によって明確に達成される唯一の利益は、特定の偏見に対する市議会の特別な敵意を示すことで」あるが、「それこそが修正第1条が禁止するもの」である。⁽⁵²⁾ Scalia 判事はこのように述べ、原審の破棄差戻しを命じた。

（2）White 判事による結果同意意見

なお、本判決には、White 判事による以下のような結果同意意見がある。White 判事は、法廷意見は連邦最高裁により蓄積されてきた伝統的なカテゴリーに基づくアプローチ、すなわち表現価値の高低に基づく保護領域の確定という判断手法を用いるべきであったと主張する。⁽⁵³⁾ White 判事によれば、「喧嘩言葉は、意見を交わしたり、支持者を集めたり、抗議を表明するための手段ではなく、暴力を惹起したり、傷害を負わせるために個人に対して向けられるものである。……したがって、すべての喧嘩言葉、あるいは喧嘩言葉のカテゴリーの一つの下位類型を禁止することは、市場から見解を放逐する危険をもたらす」。

らすことなく、ヘイトスピーチの社会的害悪のみを規制するであろう」。しかし、法廷意見は実質的に、「喧嘩言葉を『討論』の一形態と特徴づけることによって、……公共の議論の一形態としてヘイトスピーチを合法化」している。このことは、連邦最高裁により「長らく無価値と判断されてきた喧嘩言葉を、我々が最も大きな社会的価値を有するとみなしてきた政治的言説やほかの表現形態と少なくとも憲法上同等の地位に置くことで、法廷意見が後者のカテゴリーの価値を減じさせる」ことを意味する。⁽⁵⁶⁾

また、White 判事によれば、たとえ喧嘩言葉が保護されたカテゴリーであり、St. Paul 市条例がその内容規制であるとしても、先例に照らし、その規制が「『やむにやまれぬ政府利益の達成のために不可欠であり、その目的を達成するために狭く規定されている』ことが証明されれば」、修正第 1 条の厳格審査⁽⁵⁷⁾を通過するはずである。ところが、法廷意見は、「歴史的に差別を受けてきた集団の構成員の基本的人権保障」をやむにやまれぬ政府利益として認めているにもかかわらず、「より広範な表現のカテゴリーを禁止することでその立法目的を達成できるのであれば、狭く取り出された内容に基づく条例は合憲性審査⁽⁵⁸⁾を通過しえない」とすることで、これまでの厳格審査を放棄している。

さらに、White 判事は、法廷意見の設けた内容中立性の原則にかかる三つの例外を「アドホックな例示」として批判する。中でも二次的影響の規制という第二の例外について White 判事は、法廷意見がかかる例外を設けるのは、「本件で当法廷が適用する一般的な〔内容中立性の〕原則の下で、第 7 編の敵対的職場環境の訴えが突然違憲となる」事態を回避するためであると指摘する。すなわち、「第 7 編は、多数派が好まない主題に関する見解を表明する発話者たちに特別の禁止を課すため、多数意見が非難する St. Paul 市条例と類似している。当法廷が本件を裁決するために用いた広範な原則の下では、セクシュアル・ハラスメントに基づく敵対的職場環境の訴えは、修正第 1 条の審査を通過しないはずである。職場におけるハラスメントの一般的な禁止でもセクシュアル・ハラスメントの問題を包含できるため、セクシュアル・ハラスメント表現の一部分を禁止するあらゆる試みが修正第 1 条に違反するであろう」(下線筆者)。また、第 7 編に基づく SH の規制は、「被害を受けた被用者に対するその

表現の影響に左右される」（下線筆者）が、このような影響を対象とする同法は、「St. Paul 市条例と同様に、二次的影響の例外には該当しない」（下線筆者）。⁽⁶²⁾ このように White 判事は、第 7 編の合憲性を示唆した法廷意見自身の設けた過少包摶禁止のルールに第 7 編が反し、また、二次的影響の例外にも該当しないと主張したのである。

結果として White 判事は、それでもなお St. Paul 市条例は文面上無効であると判断した。それは、同条例が「修正第 1 条によって保護されている相当量の表現——どれだけ不快感を抱かせようとも——を犯罪化している」ためである。法廷意見は、一般的な規制であれば「怒り、警戒心、憤り」を惹起する表現を憲法上禁止できることを示唆しているが、「そのような一般的な反応では、表現からその憲法上の保護を奪うには不十分である。……同条例は保護されない行為にも及ぶ一方、修正第 1 条で保護された、傷ついた感情、不快感、憤りを惹起するだけの表現行為をも犯罪化している。したがって同条例は、必然的に（fatally）過度に広汎であり、文面上無効である」。⁽⁶³⁾

第 2 節 検討

R.A.V. 事件連邦最高裁判決は、ヘイトスピーチ規制の合憲性にかかるリーディングケースであり、日本の学説上も度々取り上げられているが、環境型 SH 規制の合憲性をテーマに据えた本稿で着目するのは、法廷意見を執筆した Scalia 判事による第 7 編に関する傍論（dictum）及び White 判事執筆の結果同意意見である。Scalia 判事の執筆した法廷意見は、たとえ喧嘩言葉を合憲的に禁止しうるとしても、そこで表明された思想・見解への支持／不支持を基にしたさらなる内容差別は許されないとし、ヘイトスピーチ規制の文脈においても内容差別禁止の一般原則が妥当することを確認した。そのうえで Scalia 判事は、許される内容規制として、先述の第一～三の例外を挙げた。中でも、二次的影響に基づく規制という第二の例外について、同判事は、「性的に侮蔑的な『喧嘩言葉』等は、第 7 編の雇用慣行における性差別の一般的な禁止……の違反を生じさせることがある」と述べ、第 7 編の下での SH 規制が「性的に侮辱的な『喧嘩言葉』」の規制として正当化されうることを示唆した。ここで

Scalia 判事が第 7 編を第二の例外として挙げたのは、本判決が下された時点ですでに 20 年近く運用されていた同法を修正第 1 条に基づく訴えから保護するという政策的意図があつてのことだと指摘されている。⁽⁶⁵⁾ しかしながら、以下で検討するように、Scalia 判事によるこの第 7 編の合憲性の擁護の試みは成功したとはいひ難い。

（1）性的に侮辱的な「喧嘩言葉」

まず、Scalia 判事による第 7 編にかかる傍論の内容を検討するに先立ち、第 7 編の下で禁止される環境型 SH が Scalia 判事の述べた「性的に侮辱的な『喧嘩言葉』」に該当するのか否かについて確認する。Scalia 判事が第 7 編の下で規制される言動を「性的に侮辱的な『喧嘩言葉』」と表現するとき、そこで想定されているのは、対価型 SH と環境型 SH のうち後者の類型である。だが、第 7 編の下で実際に規制されている環境型 SH には、連邦最高裁の先例により定義された「喧嘩言葉」よりも広範な言動が含まれている。

連邦最高裁は、路上や公共の場での不快で迷惑な発言等を禁止する New Hampshire 州法の合憲性が争われた 1942 年の *Chaplinsky v. New Hampshire*⁽⁶⁶⁾ 事件で、「喧嘩言葉」を「その発言そのものが損害を与える、または直ちに平和の破壊を誘発 (incite) するような言葉」と定義した。さらに、連邦最高裁はその後、治安紊乱行為を禁止する California 州刑法の憲法適合性が争われた *Cohen v. California*⁽⁶⁷⁾ 事件において、喧嘩言葉を「通常の市民 (ordinary citizen)」に向けられた場合、一般常識として、本質的に暴力的な反応を誘発する可能性のある個人的な (personally) 口汚い罵り言葉」と定義したうえで、単にその場に居合わせた者への侮辱は「喧嘩言葉」には該当しないと判示した。⁽⁶⁸⁾ 以上の連邦最高裁判決によれば、「喧嘩言葉」の該当性は、直ちに平和の破壊を誘発すること、及び聞き手に対する個人的な侮辱であることという二つの要件に基づき判断されることになる。

この「喧嘩言葉」の定義及びその該当性にかかる判断の二要件を踏まえると、環境型 SH の多くが「性的に侮辱的な『喧嘩言葉』」に該当しないことがわかる。これまで、第 7 編の下では、身体的特徴への言及や性的に侮辱的な冗談、

「女はこの仕事にふさわしくない」といった趣旨の中傷的発言、ポルノ写真の掲示等が違法とされてきたが、これらの言動は概して個人的侮辱とはいえない。加えて、たとえそれらがすべて「個人的侮辱」の要件を満たすとしても、これらの言動に直面した被害者が暴力的反応をとることは稀である。⁽⁷¹⁾したがって、仮に第7編の下での環境型SH規制が「喧嘩言葉」の規制として正当化されうるとしても、その範囲は極めて限定的である。

（2）内容中立性と二次的影響に基づく規制の例外

次いで、Scalia判事により示された二次的影響の例外及び内容中立性の原則と環境型SH規制の関係について検討する。法廷意見を執筆したScalia判事は、第7編が行為の二次的影響を対象とした法律であり、そこで表現規制は偶発的かつ付隨的なもので許されるという。⁽⁷²⁾だが、第7編の下で違法となる環境型SHには身体的接触のような「行為」も含まれるもの、性的中傷やヌードポスターの掲示といった「表現」も多分に存在する。行為と表現の双方が規制対象となる場合に、前者のみの規制に着目し後者の制約を看過することは、司法による表現の自由保障に弊害をもたらす可能性がある。⁽⁷³⁾

加えて、Scalia判事は、二次的影響に基づく規制が思想・観点の差別的選択ではなく、したがって「言論の内容とは関係なく正当化されると述べる。しかしながら、第7編が防止しようとする平等を阻害する性的言動の害悪は、単にその性的性質ではなく、女性を職場から排除するメッセージの伝達から生じる。このメッセージの伝達が環境型SHの被害者に感情的悪影響を及ぼし、結果として職場における平等が阻害されるのである。この点において、White判事による、環境型SH規制は「被害を受けた被用者に対するその表現の影響に左右される」との指摘は正しい。違法な環境型SHの成立要件の一つに「その言動が歓迎されないこと」があるように、環境型SH規制は、「二次的影響」には該当しないとされる、「表現のその聞き手に対する感情的な影響」を目的の範疇に含めている。⁽⁷⁴⁾したがって、White判事が指摘し、また多くの学説が批判するように、同判決で違憲とされたSt. Paul市条例と第7編はその規制の性質において類似している。明らかに第7編は、St. Paul市条例と同様に、聞き

手に対する感情的な影響に基づき、許されない表現を選択的に規制することで、内容中立性の一般原則に反しているのである。

さらに、二次的影響の例外に内在する課題を指摘する学説もある。Peter Caldwellによれば、二次的影響の例外はほとんど意味をなさない。なぜなら、ほとんどすべての法律は、議会における法案の審議を通じて、正当な二次的影響を対象とした立法目的を獲得しているからである。そのため、二次的影響の例外は「非常に広範囲に及び、いずれはそれ自体を飲み込むことになるはずである。ついにはこの例外が原則となり、ことによれば、内容中立性はその目的をまったく果たさなくなる」。⁽⁷⁶⁾ Caldwell曰く、この例外は、司法審査において明らかに主観的な基準となる。なぜなら、「それが必要とするのは……裁判官が争われる法律を非常にやむにやまれぬものとみなすことだけだからである」。⁽⁷⁷⁾ つまり、ほとんどの法律が正当な立法目的として——その防止がやむにやまれぬ政府利益となる——二次的影響を対象としているために、二次的影響の例外を設けることは裁判官の主観的な価値判断につながるというのである。このCaldwellの議論にしたがう場合、たとえ第7編の下での環境型SH規制が二次的影響の例外に該当するとしても、この例外自体のルール上の欠陥をどのように捉えるのかという課題が残されることになる。

以上のように、R.A.V.判決による第7編の下での環境型SH規制にかかるScalia判事の傍論には問題点が多く、同判決が環境型SHを修正第1条に違反することなく規制しうるのか否かの判断において「ほとんど指針を与えない」と述べる下級裁判所も存在する。⁽⁷⁸⁾ だが、連邦最高裁はR.A.V.判決の翌年に下したWisconsin v. Mitchell事件判決においてR.A.V.判決に言及し、第7編を「許容される内容中立的な行動規制の一例」⁽⁷⁹⁾であると述べて以降、現在に至るまでこの問題を正面から扱っておらず、下級裁判所は引き続きこの問題に直面し続けている。そこで以下では、関連するいくつかの下級審判決を取り上げ、環境型SH規制の合憲性に関する連邦下級裁判所の議論を検討していく。

第3節 連邦下級裁判所による諸判決

(1) Robinson v. Jacksonville Shipyards, Inc. 事件

連邦下級裁判所がこの問題を初めて詳細に扱ったのは、1991年の Robinson v. Jacksonville Shipyards, Inc. 事件である。⁽⁸²⁾ 同事件では、造船所を複数経営する Jacksonville Shipyards Inc.（以下、「JSI」という）において、女性のヌードや服従的なポーズの写真が至るところに掲載され、また、「女は産後直ぐにセックスをしても傷つかない」、「女に囮まれて仕事をすることほど最悪なことはない」といった発言、性的蔑称、「男性専用」という張り紙や性的に中傷的な落書きがなされていたことが、第7編違反の環境型 SH となるかが争われた。JSI で数少ない女性の溶接工であった原告は、一連の言動が性別を理由として敵対的環境を創出し、それが原因となり欠勤したとして、バックペイ及び差止め命令による救済を求め提訴した。これに対し被告の JSI はその抗弁において、一連の言動が修正第1条の下で保障された言論であると主張した。

本件を審理した Florida 州中部地区連邦地方裁判所は、一連の言動が第7編違反の環境型 SH となると認めたうえで、原告によるバックペイの請求について、当該環境型 SH による経済的損害を原告が適切に証明していないとして棄却した。⁽⁸³⁾ 他方で、同裁判所は以下の理由から、修正第1条は差止めによる救済を妨げるものではないとした。すなわち、① JSI は、性的な写真や被用者による言葉のハラスメントにより自己を表現しようとしていない。使用者が自己を表現する意図を全く持たない場合、修正第1条の懸念は生じない。②写真や口頭でのハラスメントは、敵対的職場環境の形成において差別的行為として作用するために、保護された表現ではない。③職場における差別的表現の規制は、時・場所・方法の規制である。④使用者／被用者の関係には強制力が含まれているため、JSI の女性労働者は、敵対的職場環境を構成する表現との関係において囚われの聴衆（captive audience）である。表現の自由の保障は、不快な表現から囚われの聴衆を保護する上で大きな裁量上の自由を認めている。⑤たとえ問題となる表現が完全に保護された表現であるとしても、職場の差別の撤廃はやむにやまれぬ政府利益であり、規制はこの利益を達成するために狭く仕立てられている。⁽⁸⁴⁾ 以上の理由から同裁判所は、使用者による修正第1条に基づ

く抗弁を退け、裁判所は修正第1条に反することなく環境型SHにより被用者が負ったと証明された損害の救済を命じることができると判断した。

また、このRobinson判決の判断は、1997年のBaty v. Willamette Industries, Inc.事件においても参考された。女性被用者に対する「そうやって仕事を得たのか?」、「トップになるためにファックしたのか?」という発言や、性的に侮辱的な落書き及び報復的解雇が第7編違反となるか否かが争われた同事件において、被告であるWillamette Industries社は、文面及び口頭の発言のみに基づく環境型SHは、修正第1条によりその責任を免除されると主張した。これに対し、同事件を審理したKansas地区連邦地方裁判所は、Robinson判決に説得されるとし、「修正第1条は、敵対的職場環境型SHに対する被告の責任を認定することを妨げない」と判示し、被告の主張を退けた。⁽⁸⁵⁾

（2）環境型SH規制と観点差別

他方で、1995年のDeAngelis v. El Paso Mun. Police Officers Ass'n事件連邦控訴裁判所判決では、第7編の下での環境型SH規制が内容規制の中でもとくに違憲性の推定が強く働く観点差別に該当する可能性が指摘された。同事件は、Texas州のEl Paso市警察協会(El Paso Mun. Police Officers Ass'n)のニュースレターにおける連載コラムの内容が環境型SHとして争われた事例である。問題となったニュースレターでは、El Paso市で女性初の巡査部長になった原告や女性警察官一般を「後方梯隊(rear echelon)」や「臆病者(weenie boys)」といった言葉で批判するコラムが掲載されていた。原告は、当該コラムの内容が敵対的職場環境を創出しており、またコラム内で原告によるEEOCへの申立てに言及されたことが第7編に基づく権利行使への報復であるとして、補償的損害賠償及び懲罰的損害賠償を求めて提訴した。一審は原告の請求を認容し、これを不服とした被告は控訴した。

同事件を審理した第5巡回区連邦控訴裁判所は、当該コラムが著しい屈辱及び自信の喪失をもたらし、昇進を躊躇させたという原告の主張は主観的なものであり、敵対的職場環境の創出を裏づける証拠としては不十分であるとして、一審判決の破棄差戻しを命じた。⁽⁸⁶⁾同裁判所は、敵対的職場環境の創出を否定し

環境型セクシュアル・ハラスメント規制と表現の自由の関係に関する一考察

たために、「コラムに掲載された意見の表現が第7編に違反するか否かという困難な問題には立ち入らない」としつつ、修正第1条と第7編の関係について次のように説示した。曰く、「純粹な表現が関係する場合、第7編は修正第1条の領域に踏み込むことになる。この問題を否定あるいは最小化しようとしても無駄である。なぜなら、第7編が口頭での侮辱、絵画若しくは文学的な印刷物（matter）だけに基づくSHの訴えに適用される場合、この法律は表現に対し内容に基づく観点差別的な制限を課しているからだ」。⁽⁸⁹⁾加えて、同裁判所はR.A.V.判決について、「連邦最高裁の思い付きの判決は解決につながらない」と批判し、「このような表現への第7編の適用の合憲性はまだ十分検討されていない」と述べた。⁽⁹⁰⁾

また、教育現場における環境型SH規制が問題となったケースではあるが、⁽⁹¹⁾次のSaxe v. State College Area School District事件連邦控訴裁判所判決においても、第7編に基づく環境型SH規制が観点差別の要素を含むと判示された。本件では、州立College Area学区（State College Area School District：以下、「SCASD」という）の反ハラスメントポリシーの合憲性が争われた。同ポリシーは、「すべての生徒に安全、安心、育成的な学校環境を提供する」ことを目的として、「生徒の教育上の業績を著しく妨げる又は威圧的、敵対的若しくは攻撃的環境を創出する目的又は効果を有する人種、宗教、肌の色、出身国、性別、性的指向、障害、その他の個人的特徴に基づく口頭又は身体的行為」を禁止し、その違反に対する警告、停学、退学、転校、解雇等の懲罰を設けていた。これに対し、クリスチャンであるSCASDの生徒とその保護者らが原告となり、同ポリシーは曖昧かつ過度に広汎であり、同性愛は罪であるという宗教的信念に基づく活動を行うことで処罰される恐れがあると主張し、Pennsylvania東部地区連邦地方裁判所へ提訴した。同裁判所は、「ハラスメントのより精緻な定義は事実上不可能」であるが、「ポリシーは全体として読むと『ハラスメント』を十分に定義しており」、また、「ハラスメントが修正第1条の下で保護された活動であるとみなされたことは一度もない」として、同ポリシーの合憲性を支持した。⁽⁹²⁾

これに対し、原告の控訴を受けた第3巡回区連邦控訴裁判所は、「修正第1

条の表現の自由にカテゴリー上の『ハラスメントの例外』は存在」せず、さらに、同ポリシーは、連邦法又は州法の下では提訴可能なレベルに達しない相当量の表現を禁止しているために、文面上過度に広汎であると判断した。⁽⁹³⁾ 同裁判所によれば、たとえ人種や出身国への侮辱、宗教的信念への中傷といった聴衆がひどく不快に思う可能性がある表現であっても、それらは表現の自由保障の埒内にある。ハラスメント禁止法がこうした表現を規制しようとする場合、「表明された観点がどれだけ嫌悪されるものであったとしても、修正第1条の含意に気づかぬふりをすることはできない」。「個人の性別、人種、その他の個人的特徴に向けられた中傷的発言は、まさにその反応を呼びやすい（sensitive）主題やそれが表現する醜悪な観点ゆえに、『敵対的環境』を創出する可能性を持っており、したがって差別禁止法の適用範囲に入るのである。……このような内容や観点に基づく制限は、通常修正第1条の最も厳しい審査の対象となる」。⁽⁹⁴⁾

さらに同裁判所によれば、聞き手への感情的影響に基づく規制は、禁止される内容規制の例外である二次的影響に基づく規制には該当せず、ゆえに、反ハラスメント法の差別的表現への適用は二次的影響に基づく規制として正当化することはできない。また、職場や学校における差別の防止はやむにやまれぬ政府利益であり、これらの環境で聴衆が「囚われ」ている場合には、問題となる表現がより容易に規制される可能性もある。しかしながら、「反ハラスメント法と表現の自由保障との間には極めて現実的な緊張関係」が存在しており、現在までのところ、「連邦差別禁止法が規定する『ハラスメント』表現から修正第1条の保護を剝奪するカテゴリー上の規則は発見されていない」。以上のように、同裁判所は、「敵対的環境」はそこで表明された特定の観点を起点として創出され、したがって、環境型ハラスメント規制が潜在的に観点差別の要素を包含すること、そしてこのことから、反ハラスメント法と修正第1条による表現の自由保障との間に「極めて現実的な緊張関係」が存在することを指摘した。ただし同裁判所は、本件の反ハラスメントポリシーは文面上過度に広汎であるために、本件の審理において「許容される反差別立法と許容されない修正第1条の権利の制限の間に正確な境界線をひく必要はない」として、この緊張

関係にかかる判断基準を提示することは回避した。⁽⁹⁷⁾

第4節 小括

以上、本章では、環境型 SH 規制と表現の自由保障にかかる連邦最高裁判決及び連邦下級審判決をみてきた。連邦最高裁は、R.A.V. 判決の傍論において、第 7 編の下での環境型 SH 規制が「性的に侮辱的な『喧嘩言葉』」の規制であり、また「表現の二次的影響を理由とした規制」として表現内容中立性の原則の例外に該当しうると述べた。しかしながら、環境型 SH の多くは「喧嘩言葉」にはあたらず、また、「表現のその聞き手に対する感情的な影響」は二次的影響ではないとされることから、かかる影響を目的の範疇に収める第 7 編の下での環境型 SH 規制は、この例外には該当しないといえる。これに関連して、聴衆への表現の影響に基づき環境型 SH を規制する第 7 編は、表現内容中立性の原則にも反している。環境型 SH が雇用条件を変更させるのは、それが性的な侮辱等を通じて、特定の性別に属している被用者（とりわけ女性）を職場から排除するというメッセージを伝達し、これにより被用者が悪影響を受けるためである。本判決においてこの点を端的に指摘したのは、結果同意意見を執筆した White 判事であった。同判事によれば、第 7 編の下での環境型 SH 規制は、「被害を受けた被用者に対するその表現の影響に左右される」ものであり、また特定の見解の選択的規制でもある。White 判事による上述の意見からも明らかのように、R.A.V. 判決は、環境型 SH を合憲的に規制しうるのか否かについて必ずしも説得的な論拠を提示するものではなかった。

これに対し、下級審レベルでは、R.A.V. 判決の前年に下された Robinson 判決において、第 7 編の下での環境型 SH 規制と表現の自由保障の対立について詳細な議論が展開された。Robinson 判決では、①自己実現という価値の欠如、②差別的行為としての作用、③時・場所・方法の規制、④被用者の「囚われの聴衆」としての保護、⑤やむにやまれぬ政府利益（その達成のために狭く仕立てられている）を理由に、使用者の修正第 1 条に基づく抗弁が退けられた。当該議論においては、環境型 SH は修正第 1 条により保護された「表現」ではないことを前提にその正当化が図られている。しかし、ここでその根拠として挙

げられている「差別的行為としての作用」については、R.A.V. 判決の二次的影響の例外の検討において指摘したように、たとえ表現行為の「行為」の側面に着目した規制であったとしても、そこにおける「表現」の制約を看過することは表現の自由保障の観点から弊害を生じさせると思われる。さらに、「自己実現の価値の欠如」という主張についても、DeAngelis 事件ではコラム記事における言動が問題となり、また Saxe 事件において原告が宗教的信念の表明への制約の懸念を主張したことを見ると、それらを一概に断じることは困難に思われる。環境型 SH の表現としての性質規定については、従来の低価値表現との比較や、「自己実現」や「自己統治」といった表現の自由の価値に関する原理論的検討等を経なければならぬであろう。加えて、当該議論では、R.A.V. 判決とは対照的に、環境型 SH 規制が内容中立的（時・場所・方法の規制）であると判示されたが、既に指摘したように、第 7 編の下での環境型 SH 規制は特定の見解を選択的に規制しており、単なる時・場所・方法の規制ではない。

これに対し、DeAngelis 判決及び Saxe 判決では、第 7 編が内容規制の中でも違憲の疑いが強い觀点差別にあたると判示された。DeAngelis 判決では、「口頭での侮辱、絵画若しくは文学的な印刷物」等の「純粹な表現が関係する場合」、「この法律は表現に対し内容に基づく觀点差別的な制限を課している」と指摘された。また、Saxe 判決では、性別や人種等の個人的な特徴に基づく侮辱的（判決文中では「中傷的」）な言動は、まさに「それが表明する醜悪な觀点ゆえに『敵対的環境』を創出する可能性」があると指摘された。

コラム記事内の言動（DeAngelis 判決）と宗教的信念（Saxe 判決）の制約が争点となったこの二つの事件は、環境型 SH 規制と表現の自由保障との関係においては限界事例ともいいうるが、しかしながら、事案を通じて、本来的に「反ハラスメント法と表現の自由保障との間に極めて現実的な緊張関係」があることを示している。すなわち、反ハラスメント法は、職場における差別の撤廃を政府利益（やむにやまれぬ政府利益とされる場合が多い）として目的に据えた時点で、その達成のために差別的言動——特定の集団属性への不寛容——という特定の觀点に基づく表現を選択的に規制せざるを得ず、のことにより、

表現の自由との対抗関係を本質的に内包しているのである。

このように、連邦最高裁が R.A.V. 判決を下して以降も、下級審判決においては、第 7 編の下での環境型 SH 規制の合憲性については評価が分かれている。では、この問題について、学説上はどのように議論がなされているのであろうか。次章では、この問題について活発な議論が交わされた1990年代以降の学説を中心に検討していく。

第3章 環境型セクシュアル・ハラスメント規制の正当化の試み

学説上は、多くの論者が、第 7 編の下での環境型 SH 規制が内容規制の中でも違憲性の推定が強く働く観点に基づく規制であると指摘する。もっともこのことは、職場における性的平等の実現を目的とする第 7 編の運用という形で SH 法理を——環境型 SH 法理も含め——展開させてきたことの当然の帰結ともいえる。第 7 編の下での環境型 SH 規制は、平等を阻害する言動を規制することから、表現の自由保障との緊張関係をその法理形成の当初から孕んでいるのである。しかし、第 7 編が現在に至るまで環境型 SH の防止及び救済の中心的な手段として機能していることを踏まえると、表現の自由保障との抵触を理由に第 7 編における環境型 SH 規制を撤廃することは政策的にも現実的な選択肢ではない。実際、R.A.V. 判決において White 判事が指摘したように、法廷意見を執筆した Scalia 判事が二次的影響の例外として第 7 編を挙げたのは、SH 規制の有効な手段たる第 7 編が「突然違憲となることを回避する」ためである。また、以下でみるように、学説においても、多くの論者が、観点差別を理由に第 7 編の下での環境型 SH 規制を撤廃する方向ではなく、第 7 編と表現の自由保障との抵触を理論的に解消する方向で様々なアプローチを提唱している。そこで以下では、従来の表現の自由理論と第 7 編の下での環境型 SH 規制との関係を学説に沿って整理した後、第 7 編の合憲性を支持しうる理論として有力に提唱されているアプローチを検討していく。

第1節 従来の表現の自由理論との関係

環境型 SH 規制は、従来の表現の自由理論との関係でどのように位置づけられるのだろうか。換言すれば、従来の表現の自由理論の下で環境型 SH 規制を正当化することはできるのだろうか。結論を先取りするならば、この点、多くの学説が主張するように、従来の表現の自由理論を修正なしに用いて環境型 SH 規制を正当化することは困難である。⁽⁹⁸⁾

たとえば、環境型 SH 規制と表現の自由保障との関係について包括的な研究を展開している Jessica M. Karner は、第 7 編の下での環境型 SH 規制が観点差別であるとしたうえで、わいせつや名誉毀損、喧嘩言葉といった伝統的に保護されないカテゴリーに括られてきた表現規制と、時・場所・方法の規制及び行為規制を検討し、いずれの理論においても、環境型 SH 規制の合憲性を支持することはできないと結論づける。以下、Karner の整理に沿って、これらの伝統的な表現の自由規制の理論と第 7 編の下での環境型 SH 規制との関係についてみていく。

Karner はまず、大学に入らず、また町の広場 (town square) にも赴かない合衆国の多くの人々にとって、職場は唯一の「政治的な」言論空間となる場合があり、職場における表現をカテゴリカルに修正第 1 条の保護から除外することは政治的表現を弱体化させてしまうことになるとして、修正第 1 条の保護が職場の表現にも及ぶべきであることを確認する。そのうえで Karner は、第 7 編の下での環境型 SH 規制は、わいせつ、名誉毀損、喧嘩言葉という表現の自由保障の既存の例外のいずれにも該当しないと指摘する。⁽⁹⁹⁾

第一に、わいせつの例外について、Karner は、わいせつ該当性の判断基準を示した Miller v. California 事件連邦最高裁判決に照らし、環境型 SH 規制を当該例外により正当化することは困難であると指摘する。性的にあからさまな資料の郵送が California 州軽犯罪法に違反するか否かが争われた同判決において、連邦最高裁は、①「現代の社会基準を適用した場合に、平均人がもっぱらその作品が好色的な興味 (prurient interest) に訴えるとみなすこと」、②「その作品が、明白に不快な方法で、適用される州法によって具体的に規定された性行為を描写していること」、③「その作品が、総体的に文学的、芸術的、政

環境型セクシュアル・ハラスメント規制と表現の自由の関係に関する一考察

治的あるいは科学的な価値を欠いていること」を、修正第1条で保護されないわいせつの該当性の判断基準として示した。さらに、連邦最高裁はその具体例として、(a)「通常か性的倒錯か、実際上のものか模擬的なものかを問わず、究極的な性行為にかかる明白に不快な表現又は描写」、(b)「自慰行為、排せつ機能、性器の淫らな露出にかかる明白に不快な表現又は描写」を挙げた。⁽¹⁰¹⁾ Karnerによれば、連邦最高裁の示したこの判断基準に基づく場合、「一般的に性行為やヌードの生々しい『ハードコア』な描写に分類されるもののみが、修正第1条の保護を失うのに十分わいせつであるとみなされる」。しかし、ポルノ写真のピンナップ等を除き、職場における表現の多くはかかる基準を充たさず、「したがって、敵対的環境型セクシュアル・ハラスメントにより禁止されるハラスメント行為の多くはわいせつの例外に依拠することで正当化されることはない」。⁽¹⁰²⁾

第二に名誉毀損の例外について、Karnerは、集団的名誉毀損及び個人に対する名誉毀損のいずれも、第7編の下での環境型SH規制を正当化するには不十分であると主張する。集団的名誉毀損についてKarnerは、人種、肌の色、信条又は宗教を誹謗・中傷し、平和の破壊と暴動をもたらす表現を禁止するIllinois州刑法の合憲性が争点となったBeauharnais v. Illinois事件連邦最高裁判決が、女性という集団を対象とした表現を規制しうることを示唆するとする。⁽¹⁰³⁾ しかしながら、Karnerによれば、Beauharnais判決が名誉毀損を定義する州の裁量権に基づいていたこと、並びにBeauharnais判決以降、連邦最高裁が名誉棄損を定義し罰する州の自由を制限してきたことを考慮すると、「Beauharnais判決はもはや〔拘束力のある先例として〕存続でき」ず、「したがって、集団的名誉毀損の法理は敵対的環境型法の合憲性を維持する根拠としては脆弱である」。⁽¹⁰⁴⁾

また、個人に対する名誉毀損について、Karnerによれば、Lorain Journal社の新聞に掲載された司法手続における偽証を摘示したコラム内容の名誉毀損該当性が争点となったMilkovich v. Lorain Journal Co.事件連邦最高裁判決において、連邦最高裁が、実際上事実を述べていると合理的に解釈されない表現は修正第1条により保護されると判示したことを踏まえると、「たとえば、『女

性は一つの事柄にしか向かない』(women are only good for one thing)といった発言は、個人あるいは集団に対する実際上の事実を述べていると合理的に解釈することはでき」⁽¹⁰⁸⁾ず、名誉毀損は、職場の環境型 SH 表現のごく僅かしか正当化することができない。それゆえに、「多くのハラスメント表現が専外となるため、修正第 1 条の名誉毀損の例外は敵対的環境型セクシュアル・ハラスメント法を維持しえない」。

第三に、喧嘩言葉の例外について、Karner は、「修正第 1 条に基づく異議申し立てから敵対的環境型セクシュアル・ハラスメント法を救うには、この法理は不適当である」と述べる。⁽¹⁰⁹⁾「喧嘩言葉に該当するためには、虐待的な言葉が個人に向けられている必要がある」が、概して、「敵対的環境の訴えは、非直接的な表現や、いかなる個人も対象としない職場における写真の掲示を根拠に提起されて」おり、「このような表現は喧嘩言葉の例外の下で規制しえない」。さらに、「敵対的環境型ハラスメントの訴えは、女性の大学教授が学部長に気に入られ、影響力を獲得するためにセックスをしたという噂」や、「女性には警察官は務まらないといった趣旨の発言」に基づいているが、「このような発言は、不快でこそあっても、暴力的な反応を惹起しないため、喧嘩言葉には分類されえない」。「敵対的環境型法は喧嘩言葉〔の法理〕が許容するよりも多くの表現を禁止して」⁽¹¹⁰⁾おり、喧嘩言葉の例外は環境型 SH 規制を正当化することはできない。

次いで Karner は、第 7 編の下での環境型 SH 規制を、表現の時・場所・方法の規制として正当化できるか否かを検討する。連邦最高裁は、許容される時・場所・方法の規制について、New York 市が採択したバンドシェル（野外音楽等に用いられる半月状の反響構造）の使用におけるガイドラインの合憲性が争われた Ward v. Rock Against Racism 事件において、①その規制が内容中立であること、②実質的 (substantial) な政府利益を達成するために狭く仕立てられていること、③コミュニケーションの十分な代替手段が残されていること⁽¹¹¹⁾という三つの要件を示したが、Karner は、これらの要件に基づき、環境型 SH 規制について次のように主張する。すなわち、「この法律は職場の表現のみに及ぶため、労働者はほかの場所であればどこでも懲戒を恐れることなく

自由にかれらの見解を表明できる」。したがって、③の要件を「ほぼ間違いなく満たす」。だが、「職場における性差別の撤廃は間違いなく重要な政府利益である」が、「現在行われている規制よりも、より表現に対し制限的ではない規制を通じて差別的ではない職場の確保という目標を促進することができる」ため、②の「要件をおそらく満たさない」。⁽¹¹⁴⁾さらに、「時・場所・方法の分析の下でのセクシュアル・ハラスメント法の最も脆弱な側面は、その内容中立性の欠如である」。したがって、①の要件を満たさず、敵対的環境型 SH の規制は、「表現の時・場所・方法に基づく規制に過ぎない」として正当化することはできない。⁽¹¹⁵⁾

最後に、第 7 編の下での環境型 SH 規制が行為規制として正当化されるか否かにつき、Karner は、次のように述べる。すなわち、対価型 SH 規制は反逆罪や脅迫罪と同様、行為規制に分類できる一方、環境型 SH は「完全に表現を通じて行われ、被害者への表現の影響こそがその規制の対象である」。したがって、「単に敵対的環境型ハラスメントに行為の烙印を押すことで、それが修正第 1 条の除外となることはない」。⁽¹¹⁶⁾

以上のように Karner は、わいせつ、名誉毀損、喧嘩言葉の規制、時・場所・方法の規制及び行為規制のいずれの理論の下でも、第 7 編に基づく環境型 SH 規制を正当化することはできないと主張する。他方で、Karner をはじめとして、この問題を検討する論者の多くが環境型 SH 規制の合憲性を支持する根拠となりうると指摘するのが、次節で扱う「囚われの聴衆」論である。

第 2 節 「囚われの聴衆」論と環境型セクシュアル・ハラスメント規制

「囚われの聴衆」論は、表現を受け取ることを望まないがその表現から逃れられない状況にある個人を保護する政府利益を正当化する文脈で、連邦裁判所により形成・展開されてきた法理である。⁽¹¹⁷⁾修正第 1 条による表現の自由が「表現への自由」の権利を保障するものであるとすれば、「囚われの聴衆」論により保障が目指されるのは、「表現からの自由」という権利である。以下、連邦最高裁による「囚われの聴衆」論の展開を確認した後、同理論と環境型 SH 規制の関係にかかる学説上の議論を検討する。⁽¹¹⁸⁾

(1) 連邦最高裁による「囚われの聴衆」論の展開

連邦最高裁による「囚われの聴衆」論の形成の端緒とされる事例は、1949年の Kovacs v. Cooper 事件連邦最高裁判決である。⁽¹²⁰⁾ 公道、路地、大通りにおいて街宣車や拡声器等を用いることを禁止する Trenton 市の騒音防止条例の合憲性が争われた Kovacs 事件において、相対多数意見を執筆した Reed 判事は、「公共の関心事を伝達する大音量に增幅された街宣車を自治体の公道で禁止することは立法裁量権の許容された行使」⁽¹²¹⁾ であるとして、同条例の合憲性を支持した。Reed 判事は、「不本意な聞き手（unwilling listener）は、……自治体による保護を除けば、住居や街路において騒々しい発話者によるプライバシーへの干渉から実質的に逃れる術を持たない」と述べ、騒音防止条例にかかる政府利益として住居や街路におけるプライバシー保護を挙げた。このように Kovacs 判決では、住居や街路において意に反して騒音に晒される住民が「不本意な聞き手」とされ、政府はそのプライバシーを保護する利益を有すると判断された。

この Kovacs 判決の 2 年後、1951 年の Kunz v. New York 事件連邦最高裁判決⁽¹²²⁾ の反対意見において、「囚われの聴衆」という言葉がはじめて登場する。本件は、街路における教会礼拝集会について許可制を採用していた New York 市の条例の合憲性が争点となった。バプティスト派の牧師である上告人は、過去に他の宗教的信条を嘲り非難したことを理由に、同条例に基づく教会礼拝集会の不許可措置を受けたが、これに反し宗教集会を開いたことで有罪判決を下された。上告人は、同条例が修正第 14 条の下で無効であると主張し上告した。

法廷意見を執筆した Vinson 首席判事は、「New York 市の街頭で宗教的事柄について発言する市民の権利を事前に統制する裁量権を行政官に与える条例」は、「修正第 1 条の権利の行使の事前抑制として明らかに無効である」と述べ、同条例が違憲無効であると判断した。これに対し、反対意見を執筆した Jackson 判事は、「私有地での集会は自発的に聞きに来ている聴衆に向けてなされる」が、「路上説教師は、人々が街路にいることを利用し、かれのメッセージを、ある意味では囚われの聴衆に対し押し付けている」と述べ、あらゆる事前抑制が修正第 1 条の下で禁止されるとする法廷意見を批判した。また、上告人

の過去の言動は「喧嘩言葉」にあたり、「ストリートファイトや暴動を引き起こす明白かつ現在の危険をもたらす」ため、このような場合には表現の事前抑制も認められると主張した。⁽¹²⁶⁾ このように、反対意見を執筆した Jackson 判事は、自発性の有無という点で私有地と街路の聴衆を区別し、後者を「囚われの聴衆」という言葉で表現することにより、街路における表現規制の重要性を基礎づける一つの要素としたのである。

Kunz 判決の反対意見で示された「囚われの聴衆」論は、本判決の 1 年後、⁽¹²⁷⁾ Public Utilities Commission v. Pollak 事件連邦最高裁判決の反対意見において、公共交通機関の乗客のプライバシー保護にかかる文脈でさらなる展開を経る。当該事件の事実関係は以下のようなものである。Columbia 特別区において、議会から営業許可を得て路面電車及びバスを運営していた民間会社である Capital Transit 社がその乗客用車両において、ラウドスピーカーを通じてラジオ番組を受信・放送していたところ、一部の乗客から強い抗議が寄せられた。同社を監督する公益事業委員会（Public Utilities Commission：以下、「PUC」という）は、当該無線サービスの調査を行い、このラジオサービスが「公共の利便性・快適性・安全性」と矛盾せず、乗車状況を改善する傾向があると結論づけた。これに対し、ラジオサービスの提供及び PUC の決定は修正第 1 条及び第 5 条の権利を侵害するとして、乗客である原告らが提訴した。

法廷意見を執筆した Burton 判事は、Capital Transit 社が「議会によって権限を与えられた Columbia 特別区の公益事業法人の監督の下でサービスを実施している」ことから、本件で問題となったラジオサービスは政府行為にあたるとして、当該サービスと PUC の決定の憲法適合性が問題となると述べた。⁽¹²⁸⁾

まず、修正第 1 条の問題につき Burton 判事は、ラジオ番組が乗客の会話やパブリックスペースにおいて憲法上保護されるコミュニケーションの権利を相当程度侵害することはないとした PUC の判断を支持し、さらに「番組が不愉快なプロパガンダに利用されているという訴えもない」と述べ、ラジオ番組及び PUC の決定が修正第 1 条に違反しないと判断した。⁽¹²⁹⁾ 次いで、修正第 5 条の問題について、Burton 判事は、たとえ「住居でのプライバシー権が完全なものであったとしても」、公道や公共交通機関においてプライバシーは、「他者の

権利により相当程度制限される」と述べ、住居と公共空間におけるプライバシー保護の強度の違いを指摘した。Burton 判事によれば、政府は路面電車やバスにおいて、関係者全員の利益を考慮する必要があり、そのための規制は、それが恣意的かつ気まぐれなものでない限り、実体的・手続的デュープロセスの要件には違反しない。⁽¹³⁰⁾

以上の法廷意見に対し、反対意見を執筆した Douglas 判事は、本件は「人々に聞かせるという強制の一形態に關係する」として、次のように説示した。曰く、「ある意味では、路面電車に乗る人々は自發的にそうしているということができる。だが実際には、この移動形態は何千人の人々にとって不可欠であるため、かれらは乗車することを強いられているということができる。状況から生じる強制（compulsion）は、命令から生じる強制と同じく現実的である。……路面電車の聴衆は、囚われの聴衆である。それは選択ではなく、必然的にそこにいるのである」。⁽¹³¹⁾ Douglas 判事はさらに、路面電車の乗客を「囚われの聴衆」たらしめる「強制」の状況について次のように説明する。すなわち、「住居で不快な番組にチャンネルを合わせた人は、かれの望みどおり、それを消したり、ほかの番組に変えることができる。レストランといった公共の場で不穏（disquieting）あるいは不快な番組を聞く者は、立ち上がり去ることができる。だが、路面電車に乗る人は、座って聞くこと、あるいは、おそらく座って聞かないようにすること以外に選択肢をもたない」。⁽¹³²⁾ つまり、Douglas 判事は、公共交通機関の乗客が、住居やレストランとは違って表現をコントロールできない空間から逃れることができないことを、強制状況として説明するのである。そのうえで、Douglas 判事は、本件のラジオ番組は政治団体や宗教団体ではなく私企業によるものではあるものの、いずれプロパガンダに転じるリスクが存在する以上、「政府は、自由の繁栄のためにいかなるラジオ番組であっても人々に強制することを許されるべきではない」と述べた。⁽¹³³⁾

このように、Douglas 判事による反対意見の中で詳細に展開された「囚われの聴衆」論であるが、後の1970年の Rowan v. Post Office Dept. 事件連邦最高裁判決において、法廷意見により、住居におけるプライバシー保護の文脈で適用された。

環境型セクシュアル・ハラスメント規制と表現の自由の関係に関する一考察

本件では、1967年郵便歳入及び連邦給与法 (Postal Revenue and Federal Salary Act of 1967) 第3編 (以下、「第3編」という) の憲法適合性が争われた。第3編では、個人が、郵送者にそのメーリングリストから名前を削除し、将来にわたって世帯主への郵送を停止することを要求できると規定されていた。⁽¹³⁵⁾これに対し、出版・販売事業者、通信販売会社等が原告となり、第3編は修正第1条及び第5条に違反しているとして提訴した。⁽¹³⁶⁾

本件の法廷意見を執筆したBurger首席判事は、「放っておいてもらう権利」と「他者のコミュニケーションの権利」は衡量されなければならないとして、本件がプライバシー権と表現の自由との調整にかかる問題であることを確認する。⁽¹³⁷⁾そして、「今日の複雑な社会では、多くの目的のために我々は不可避的に囚われの聴衆であるが、あらゆる世帯主が望まない郵便を統制できるようするために、個人の自律性にかかる十分な手段が維持されなければならぬ」とし、⁽¹³⁸⁾「コミュニケーションをとるという非常に重要な権利と、望まない光景、音、有形の資料からの自由という非常に基本的な権利とを比較すると、郵送者のコミュニケーションの権利は、受け取る気のない(unreceptive)名宛人の郵便受けにおいて停止」すると述べた。このように法廷意見は、住居という伝統的に最もプライバシーが保護されてきた空間に対し「囚われの聴衆」論を適用することで、第3編の合憲性を支持したのである。

さらに、第2章第2節で扱った1971年のCohen v. California事件連邦最高裁判決においても、連邦最高裁は、政府による個人のプライバシー保護が、住居において最も強く求められることを確認している。法廷意見を執筆したHarlan判事は、「単に不本意な聴衆や視聴者の存在が推定されるだけで、不快にさせる可能性のあるすべての表現の抑制が自動的に正当化されるわけではなく、「本質的に容認できないような仕方で相当程度プライバシーの利益が損なわれていること」が証明される場合に限り、「それを聞くことから他者を守るために言説を遮断する」ことが許されると述べる。⁽¹³⁹⁾そのうえで同判事は、「微兵くそくらえ」と書かれた上告人のジャケットを裁判所内で目にすることは、住居において騒音を聽かされる人々とは完全に異なり、「単にその目をそらすことで、感性に対するさらなる衝撃を効果的に回避することができる」と指摘し、⁽¹⁴⁰⁾

「公共の建物においていくらかの不本意な『聴衆』が短時間それにさらされた」という事実⁽¹⁴³⁾だけでは、当該有罪判決を正当化することはできないと判示した。このように法廷意見では、プライバシー権は住居において最もその利益が強まることに加え、表現への暴露が短時間であり、単に目をそらすことで回避できる場合は、「囚われの聴衆」論の下で保護される程度のプライバシー権の侵害はないことが示された。

ここまでみてきた判決において、連邦最高裁は、住居をプライバシー権の聖域と捉え、住居以外に「囚われの聴衆」論を適用することについては消極的な姿勢をとってきた。しかしながら、次の1974年 *Lehman v. City of Shaker Heights* 事件連邦最高裁判決は、Pollak 判決で示した立場を変更し、公共交通機関における車両に対し同論を適用することを支持した。⁽¹⁴⁴⁾

本件の原告である公職の候補者は、政治的広告以外の広告のみを許可する Shaker Heights 市の政策に基づき、市の交通機関の車両内にある広告スペースでの政治広告掲載を拒否したことから、この政策が修正第1条及び14条の権利を侵害するとして提訴した。相対多数意見を執筆した Blackmun 判事は、車内広告はパブリック・フォーラムであり、そこでの差別的なアクセスの制限は許されないという原告の主張に対し、Pollak 判決において Douglas 判事の執筆した反対意見を引用し、「路面電車の聴衆は、囚われの聴衆である」と述べ⁽¹⁴⁵⁾、車内の広告スペースと定期刊行物や新聞広告とを区別した。そのうえで同判事は、「本件には修正第1条のフォーラムは存在」せず、Shaker Heights 市の政策には合理的な目的が存在しているため、修正第1条及び第14条の侵害はない⁽¹⁴⁶⁾と判断した。

また、結果同意意見を執筆した Douglas 判事は、Pollak 判決の自身の反対意見における「囚われの聴衆」論を本件でも再度展開した。曰く、「路面電車やバスは明らかに、公園や歩道、そのほかの議論のための集会所ではない。それは出勤や帰宅のための手段でしかない。……原告は、明らかにかれの見解を聞きたいと望む人に表明する権利を持つが、その受領を拒否できない聴衆にかれのメッセージを押し付ける権利は持っていない。……通勤者がかれらのプライバシーへの強制的な侵入から自由になる権利は、同市がその公共交通

通機関の車両を囚われの聴衆への思想の普及のためのフォーラムへと変えることとを阻止する」。

この Lehman 判決の翌年、Erznoznik v. City of Jacksonville 事件連邦最高裁判決は、⁽¹⁴⁸⁾ 公道に対する「囚われの聴衆」論の適用を検討した。本件では、ドライブイン・シアターのスクリーンが公道や公共の場から見える場合、そこでヌードを含む映画を上映することを禁止する Jacksonville 市の条例の合憲性が争われた。法廷意見を執筆した Powell 判事は、同市の条例が、「不快にさせる可能性のあるすべての映画から市民を守っておらず、むしろ、おそらく立法者がそれらをとりわけ通行人にとって不快であるとみなしたことから、ヌードを含む映画のみを選び出している」として、同条例が内容規制であると判示した。⁽¹⁴⁹⁾ また、「このような選択的規制は、表現者が住居のプライバシーに侵入する場合」、あるいは「不本意な視聴者 (listener or viewer) ⁽¹⁵⁰⁾への暴露の回避を不可能にするほどの囚われがある場合」にのみ支持されてきたとし、「憲法は、そうでなければ保護される表現のうち、どの類型のものが不本意な視聴者の保護を要求するほど十分に不快であるかを政府が決定することを許容していない」と述べ、上記のような状況がない限り、「単に (かれの) 目をそらすことでの (かれの) 感性へのさらなる衝撃を回避する責任は、通常、視聴者にある」と述べた。⁽¹⁵¹⁾ 以上を踏まえ同判事は、Jacksonville 市の条例が、「不快にさせられた視聴者が容易に目をそらすことのできる公道や場所」からヌード映画を見られないようにすることを目的としているために「囚われの聴衆」論は妥当せず、よって、「プライバシーの著しい侵害を防止する手段として正当化されえない」と判断した。⁽¹⁵²⁾

（2）小括

以上の連邦最高裁判所判例から、次のことが明らかになる。すなわち、「囚われの聴衆」論は、「望まない」あるいは「不快な」表現からの「自由」という利益を、「放っておいてもらう」権利としてのプライバシー権に求めるものである。ここでいうプライバシー権は、「表現からの自由」として観念されており、このプライバシー権の理解によって、表現の内容規制を行う政府利益が

正当化される。つまり、個人は望まない表現から自由になるプライバシー権を有しているが、この消極的権利の実現のために、政府による内容規制を通じた積極的な保護が正当化されるのである。

ただし、これらのプライバシー権の保護は無条件に発動するものではなく、「囚われの聴衆」論の適用においては、その表現への暴露にかかる文脈が重視される。すなわち、プライバシー権は個人の住居において最も強い保護が求められる。したがって、「囚われの聴衆」論は、住居に対し適用される可能性が最も高い（Pollak 判決、Rowan 判決）。住居以外の場所については、単に目をそらす等その表現への暴露の回避が容易である状況においてはその適用が否定される（Cohen 判決、Erznoznik 判決）。連邦最高裁は、公共交通機関における乗客の車内広告への暴露が表現を容易に回避できない状況であると判断したが（Lehman 判決）、職場という空間が「囚われの聴衆」を創出するのか否かについてこれまで直接的には検討していない。

以上の連邦最高裁判例を踏まえると、職場における環境型 SH 規制を「囚われの聴衆」論によって正当化できるか否かの判断に際して、職場という領域が表現への暴露を容易に回避できる状況にあたるのか否かを検討する必要がある。そこで次節では、「囚われの聴衆」論と環境型 SH 規制に関する学説上の議論を参照し、この論点について考察を加えていく。

第3節 学説上の議論

（1）経済的強制力による職場への「囚われ」

先述のように「囚われの聴衆」論は、環境型 SH 規制と表現の自由保障の衝突という問題を検討する多くの論者によって、職場における環境型 SH 規制を正当化しうる有力な理論的アプローチとして支持されている。たとえば、本章第2節でも取り上げた Karner は、「囚われの聴衆」論が、内容に基づく区別を許容し、聴衆の権利と表現の文脈を考慮することから、環境型 SH 規制を合憲的に行うための「最も有望な候補」であると述べる。⁽¹⁵⁵⁾

Karnerによれば、多くの人々は、生活時間の大部分を職場で費やしている。この時間的な要素は、「職場を公共の公園よりも住居に近い」ものとし、これ

が、人々に「職場におけるプライバシーの正当な期待」を抱かせる根拠となる。⁽¹⁵⁶⁾また、人々は「職場に対し帰属や所有の感覚 (sense of identification or possessiveness)」を有する場合がある。これらの感覚を「社会が促進したい場合、職場におけるプライバシーの利益を承認することがその一つの方法である」。⁽¹⁵⁷⁾職場における多くの人々にとって、仕事を行うか否かについて選択の余地はほとんどなく、したがって、「そこには、人々に厳しい条件下でも職場に留まることを強いる経済的な強制力という要素が存在する」。すなわち、「住居は例外かもしれないが、社会におけるほかの領域と職場を区別する囚われ (captive) を生み出すほど、離職に関するコストと不確実性は非常に高い」⁽¹⁵⁸⁾のである。

このように Karner は、①人々が職場で過ごす時間の割合、②帰属や所有の感覚、③経済的強制力という要素からなる「職場に関連した高度の囚われ」が、「囚われの聴衆」論を職場へと拡張することを正当化するという。しかしながら、Karner が挙げるこれらの正当化要素には次のような疑問もある。第一に、①について、そこで費やす時間の割合の大きさがプライバシーの利益を増大させるのであれば、職場における表現の自由という利益も同様に増大するのではないか。これについて、Karner 自身も述べるように、職場で生活時間の多くを費やす労働者にとって、職場は唯一の「政治的な」言論空間である可能性がある。そこで費やす時間という性質に着目するのであれば、等しく増大する可能性のある表現の自由とプライバシーの利益のうち、なぜ後者のみが「囚われの聴衆」論によって保護されるのかについて、さらなる論証が必要であろう。

第二に、②の職場への帰属や所有の感覚は、環境型 SH の被害者だけが抱いているわけではない。帰属や所有の感覚はすべての労働者に備わっているとも考えられる。実際に、オフィスにヌード写真を掲示し、「女はこの職場にふさわしくない」と発言するような環境型 SH の加害者は、自己の職場への帰属や所有の感覚——プライバシーの利益への期待——に基づいて、そのような言動を行っているかもしれない。つまり、帰属や所有の感覚を根拠にしたプライバシーの期待はすべての労働者に等しく生じるものであるため、「囚われの聴衆」論の職場への適用を正当化する根拠としては不適当だと考えられるのだ。

では、③についてはどうだろうか。確かに、職場の労働者は、経済的な必要

性ゆえに職場における望まない表現から逃れられないという意味で、職場に「囚われ」ているといえる。しかしながら、この経済的強制力は、程度の差こそあれ、①及び②の場合と同様にほとんどすべての労働者に影響を与えているであろう。そうするとやはり、それがなぜ環境型 SH という特定の観点に基づく表現——性差別表現——からの保護の文脈においてのみ適用されるのかを明らかにしなければならない。この点について Karner は詳細な説明を行わないと、以下で取り上げる学説が、この問い合わせを考察するうえでの理論的な補助線を提供する。

Mariejoy Mendoza は、「囚われ」の状態を生じさせる経済的強制力の分析をさらに労使間の権力関係の議論へと展開し、かかる権力関係が、被用者に表現への暴露を強いる強制力を生じさせると主張する。すなわち、「ハラッサーが監督的な立場 (supervisory role) にあると仮定すると、ハラッサーと被害者の間にある権力の不均衡が、被用者の『囚われ』を増長させる」要因となる。被用者の立場として劣位にある環境型 SH の被害者は、「声を上げることでかれらの雇用上の地位に不利益がもたらされる可能性を理解して」おり、この「劣位にある被用者の側の経済的な依存」が、環境型 SH に抗議すること——抗議という手段を通じた表現への暴露の回避——を困難にさせるのである。さらに Mendoza は、労使間の権力関係に加え、両性間の権力関係も被用者の「囚われ」を増大させると指摘する。Mendoza によれば、「男性優位の社会的なヒエラルキーは職場においても再現され、従属性の地位にある女性被用者にプレッシャーを与える」。⁽¹⁶¹⁾ したがって、職場の表現規制がなければ、「労使間の動態に伏する経済的強制力が原因となり、多くのハラスメント表現が野放し状態にな」⁽¹⁶²⁾ るのである。

また、Ellen Peirce も、Mendoza と同様に、「囚われの聴衆」論の職場への適用を正当化する根拠として職場内部における権力関係を挙げるが、Peirce の議論においては、とりわけ両性間の権力関係が重要な意義を持つ。Peirce は、表現の自由において強い保護が要求される政治的表現がその当初の想定を超えて、誹謗中傷や SH 表現をも含む広汎な定義へと拡張されていることを批判し、環境型 SH は政治的発言とは区別される「低価値表現」であるとする。⁽¹⁶³⁾

そのうえで Peirce は、SH が女性に及ぼす精神生理学的な悪影響により、「性的な視覚的そして口頭での攻撃から解放される」という意味での、「職場における女性のプライバシー権が実質的なものになる」と主張する。⁽¹⁶⁴⁾ Peirce によれば、経済的な事情により家庭の外で働く必要のある女性は、職場において「囚われの聴衆」である。それは、「彼女たちが、上司からの性的な発言から『逃れる』、あるいは、職場の共有スペースにおける性的な写真を回避する経済的な自由を持っていない」ためだ。⁽¹⁶⁵⁾ Peirce は、女性にとって職場がまさに、Erznoznick 判決において連邦最高裁が述べたような「不本意や視聴者による暴露の回避を不可能にするほどの囚われ」がある状況であり、かかる囚われの女性被用者を保護する政府利益は、職場におけるほかの人々の表現の自由の権利を上回るとするのである。⁽¹⁶⁶⁾

以上のように、両性間の権力関係にかかる経済的強制力が職場における女性の「囚われ」を増長する要因と捉える議論は、第 7 編が雇用における性差別の解消を目的とした立法であること、そして、環境型 SH 規制が当該目的に即して行われることを踏まえると、環境型 SH の選択的規制を支持する根拠として説得力を有するものであると考えられる。ただし、Oncale 事件連邦最高裁判決以降、同性間の SH も第 7 編違反の性別に基づく差別となるとされており、したがって、両性間の権力関係という分析枠組みに基づく場合、かかる類型の（そして女性から男性に対する）環境型 SH 規制を正当化する根拠をさらに検討する必要がある。この点については、職場という領域と性差別の関係を機能論的に分析する Jack M. Balkin の議論に注目できる。Balkin は、同性間の環境型 SH を直接的に検討しているわけではないが、Balkin による性差別の機能論的分析は、女性以外の被害者も包含しうる射程を有しているためである。

（2）職場の性的階層化と「囚われ」

Balkin によれば、雇用差別禁止法が目的とする、給与や雇用条件のような物質的あるいは経済的損害の防止と、不公正な形態の社会的階層（social stratification）の解体は密接に関連している。それは、「職場内外の社会階層が、概して、職場の配置（arrangement）に反映され」る中、「ある人々に対

しほかの人々よりも多くの物質的な利益や経済的な機会が与えられ」、また、このようにして形成される「職場内の階層は、より大きな社会における集団の社会的地位や物質的な利益の再生産に寄与している」ためである。

この職場外の社会階層と職場内の配置（社会階層）の循環構造を踏まえ、Balkin は、第 7 編が「特定のメカニズムの性差別の禁止」を目的としていると述べる。すなわち、同法の下で SH が禁止されるのは、「それが地位を強制するメカニズムであるためだ——それは、女性の劣位を維持するために攻撃、⁽¹⁰⁹⁾侮辱、冷遇を用いる」。第 7 編による「このメカニズムの使用の禁止は、職場において、そして職場構造にそれらが与える影響を通じて社会全体において、⁽¹¹⁰⁾社会的従属を解体し、市民的平等を達成するように立案されているのである」。⁽¹¹¹⁾

Balkin によれば、敵対的環境とは、「被用者が属する集団の地位に対する——かれらの集団のメンバーシップを考慮して加えられる——損害であり、それが個人としての労働条件を著しく変更させ、そのプロセスにおいてまた、その集団としての社会的地位を再強化する。……職場における地位に基づく損害は、単にそれらが不快であったり、その尊厳を貶めるためではなく、かかる状況における損害が雇用差別のメカニズムであるために制裁を科される」のである。⁽¹¹²⁾

そのうえで Balkin は、修正第 1 条は、第 7 編に基づく、集団的地位を理由とした損害からの回復を許容しているとして、次のように述べる。すなわち、「雇用差別が、敵対的環境の創出を通じてどのように機能するのかを認識することは、第 7 編の根本的な目的——職場における階層と地位の再強化と戦うこと——と、『囚われの聴衆』を保護するために内容に基づく規制を認めている修正第 1 条との関連性を理解することに資する。端的にいって、敵対的職場環境に囚われている個人は、その差別を生み出す表現及び行為に関して、修正第 1 条の目的において『囚われの聴衆』である。換言すれば、敵対的環境は、労働者を囚われの聴衆にすることで、職務分離の機能を果たす。……人々は、かれらが聞くことを不可避的に、そして不公正に強いられている際に、修正第 1 条の目的において囚われの聴衆なのである」。⁽¹¹³⁾

では、この意味での職場における「囚われの聴衆」は、住居における「囚わ

れの聴衆」とどのように異なるのであろうか。Balkin は、情報化時代は住居におけるプライバシーの意義を変容させていると述べる。曰く、「住居は、純粹な『プライバシー』の例ではない。情報化時代において、我々は次第に、公共空間よりも住居の中で情報を受領するようになっている。インターネットのような新たな技術は、公的領域と私的領域の間の境界線を引き直し、また崩壊すらさせる。……囚われの聴衆の状況を住居に制限することは、囚われというメタファーの要点——彼又は彼女が実質的に去ることができないがゆえに、表現を聴かなくてはならない——を見失わせる。子どもたちは、住居の中で規律に服するかもしれない。しかし、多くの成人にとって、他者の規律に服し、去る自由がほとんどない場所は職場である。経済的強制力は、多くの労働者がハラスメント表現への暴露を回避することを不可能にさせている。被用者は、いわゆる範例であるかれらの住居の中に居る人々よりも、はるかに優れた囚われの聴衆の例である」。⁽¹⁷⁴⁾

要するに、Balkin によれば、「囚われ」の状況を作り出す強制力は、物理的・地理的な条件よりも人々の社会関係によりもたらされるものであり、それは、「逃れられないというよりもむしろ、逃れなくてもよい権利なのである」。⁽¹⁷⁵⁾ そして、このような「囚われ」の理解により、環境型 SH という特定の見解に基づく表現からの保護の文脈において「囚われの聴衆」論を適用することの妥当性にかかる解が導き出される。Balkin は次のように続ける。

「セクシュアル・ハラスメントは、性的な階層を維持する性差別の一形態であり、職場関係における経済的な依存の文脈で生起する。換言すれば、セクシュアル・ハラスメントは、労働者の経済的依存を強力な形の梃として用いることで、職場の性的階層化を達成あるいは維持する装置なのである。したがって法は、かかる階層化を達成あるいは維持することに寄与する表現については、労働者を自律的ではなく依存的であるとみなす可能性がある」。⁽¹⁷⁶⁾

以上のように、Balkin は、職場内外の性的階層と職場内での経済的な依存関係の中で、職場における環境型 SH 表現の受け手の「囚われ」が生じると主張する。では、この分析において同性間の SH はどのように位置づけられるのだろうか。Balkin の議論に基づきこの点を敷衍するならば、法が「職場の性

的階層化を達成あるいは維持する」プロセスである環境型 SH を規制するにあたり、その受け手の属性（性別）が何であるかは決定的な問題ではないことが指摘できる。つまり問題は、かかる階層化の「達成あるいは維持」であり、経済的な依存状態にある労働者がそこに「囚われ」ている点にある。この社会関係において、性的階層化をもたらす「他者の規律」は——その表出の仕方には差があるものの⁽¹⁷⁸⁾——すべての労働者に及ぶ。「囚われの聴衆」論によって保護が目指されるのは、このような社会関係を強いられている労働者がそこから「逃れなくてもよい権利」なのである。

（3）小括

以上、本節では、職場における環境型 SH 規制に対する「囚われの聴衆」論の適用の根拠となる、「囚われ」の状況にかかる学説上の議論を検討してきた。「囚われの聴衆」論が環境型 SH 規制の合憲性を支持しうる「最も有望な候補」であると指摘する Karner は、①人々が職場で過ごす時間の割合、②帰属や所有の感覚、③経済的強制力という要素を、職場において「囚われ」が生じる根拠として挙げた。しかし、①の時間的要素及び②の帰属や所有の感覚はすべての労働者に及ぶことから、これらは、環境型 SH という特定の観点に基づく表現の規制に対する適用の根拠としては不十分なものであった。一方、③の経済的強制力についても同様のことを指摘しうるもの、Mendoza 及び Peirce による両性間の権力関係にかかる議論がこの点を理論的に補完することが明らかになった。すなわち、職場内のヒエラルキーにおいて比較的劣位にある女性にとって、経済的強制力は環境型 SH 表現への「囚われ」を増長する要因となり、したがって、特定の観点に基づく規制に対し「囚われの聴衆」論を適用することが正当化される。

ただし、第 7 編で禁止される性別に基づく差別には同性間の SH（あるいは女性以外が被害者となる環境型 SH）も含まれるところ、両性間の権力関係の分析にこれらの環境型 SH をどのように位置づけるのかという課題が残る。この点について、被害者の属性を問うことなく、職場における「囚われ」の状況を説明することのできる議論が、Balkin の性的階層化にかかる機能論的分析

であった。Balkinによれば、SHは、労働者の経済的な依存状態を通じて職場において性的な階層を達成・維持する性差別の一種態であり、第7編の目的はかかるメカニズムを解体し市民的平等を達成することである。性的階層化をもたらす「他者の規律」は、経済的な依存状態を通じてすべての労働者に及ぶものであり、当該メカニズムの解体という目的においては、その受け手の属性（性別）が何であるかは問われない。つまり、Balkinの議論において「囚われ」とは、経済的依存を通じてこのような社会関係を強いられる状況を指すのである。

第4章 結びに代えて

以上、本稿では、環境型SH規制と表現の自由保障との関係をめぐる判例及び学説上の議論を検討してきた。差別的表現という特定の観点に基づく規制である環境型SH規制は、伝統的な表現の自由における内容中立性の原則に反しており、R.A.V.判決においてScalia判事が挙げた二次的影響の例外には該当しない。また環境型SHは、わいせつ、名誉毀損、喧嘩言葉といったカテゴリーにも該当せず、さらに、時・場所・方法の規制や行為規制としても正当化することは困難である。そもそも、SH法理はフェミニズム法学による議論を裁判所が部分的に受容する形で発展してきたものであり、その中で展開された環境型SH法理が近代立憲主義に基づく表現の自由理論の枠組みに沿わないことは、ある種当然の帰結ともいえる。とはいえ、第7編をその観点規制のために違憲とすることは現実的な選択肢ではない。したがって、学説上は、かかる規制を正当化するアプローチが模索されてきたが、本稿では、中でもとくに有力視されるアプローチである、「囚われの聴衆」論に着目し考察を行った。

内容中立性の原則の例外として展開されてきた「囚われの聴衆」論は、表現の受け手の状況——同時に、表現の送り手の状況——を考慮することができ、かかる理論は、権力関係といった文脈が多分に影響する環境型SH規制への適用に適したものであるといえる。もっとも、「囚われの聴衆」論が職場における環境型SH規制を正当化する理論になりうることが明らかになったとしても、

当然ながら、そこから直ちに第7編の下での環境型SH規制が合憲であるとの結論が導出されるわけではない。第7編の下での環境型SH規制の合憲性の検討に際しては、少なくとも以下の残された課題を検討する必要がある。第一に、「囚われの聴衆」論に依拠する場合、被害者のプライバシー権と加害者の表現の自由との比較考量を行う必要があるが、その前提として、環境型SHにおける表現の性質——保護された表現なのか否か——を、表現の価値に関する原理論を踏まえ明らかにする必要がある。それにあたっては、環境型SHにおける「表現」のさらなる類型化が求められる。

また、そもそも、プライバシー権を根拠とする「囚われの聴衆」論が環境型SH規制の根拠に適しているのかとの疑問もある。この問題について、とくに、本稿で最後に取り上げた論者であるBalkinは、プライバシー権というよりも平等権に近接した議論を展開しているようにも思われる。そうすると、「囚われの聴衆」論に基づき表現の自由保障との関係を論じるよりも、表現の自由と平等権との対立の問題として議論を展開する方が問題の所在が明確になると考えられるのだ。

さらに、環境型SH規制法は、教育現場等、職場以外の領域においても表現の自由保障との関係で争点となっている。このことに照らしても、「囚われの聴衆」論が環境型SH規制の根拠として妥当性を有するのか否か——汎用性を有するのか否か——について、ほかの領域も含め、さらに考察する必要がある。本稿で扱うことができなかつたこれらの課題の考察については、他日を期したい。

- (1) 男女雇用機会均等法11条では、「性的な言動に起因する問題」という文言が用いられているが、これはSHのことを指している。同条では、SHに関し、事業主が「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」こと（1項1号）、国が「事業主その他国民一般の关心と理解を深めるため、広報活動、啓発活動その他の措置を講ずるように努めなければならない」こと（2項1号）が規定されている。
- (2) 人事院規則10—10は、SHを、「他の者を不快にさせる職場における性的な言動及び職員が他の職員を不快にさせる職場外における性的な言動」と定義し（2条1項）、関係者の責務として、各省各庁の長によるSH防止の措置義務（4条）、

環境型セクシュアル・ハラスメント規制と表現の自由の関係に関する一考察

かかる措置義務に対する人事院の調整、指導及び助言（3条）、職員を監督する立場にある者によるSH防止の努力義務（5条）、職員に対する研修及び苦情相談への対応（7条、8条）を定めている。

- (3) たとえば、山崎文夫はSHの反社会性を刑事法上確認すべきであるとして、SHに対する刑事的制裁を行う必要があると主張する。山崎文夫『セクシュアル・ハラスメントの法理』（総合労働研究所、2000年）239—243頁。
- (4) たとえば、不法行為法に基づく救済の限界について指摘するものとして、角田由紀子「セクシュアル・ハラスメント被害者の司法的救済の限界」季刊労働法268号38—45頁（2020年）参照。
- (5) 同条約は、「暴力とハラスメントのない仕事の世界のすべての人の権利を尊重し、促進し、実現する」ための具体的アプローチとして、「暴力及びハラスメントを法令で禁止すること」（4条1項(a)）、「制裁を設けること」（4条1項(f)）等を加盟国に求めている。国際労働機関「仕事の世界における暴力及びハラスメントの撤廃に関する条約（第190条）」(https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-asia/-ro-bangkok/-ilo-tokyo/documents/normativeinstrument/wcms_723153.pdf、2023年1月21日最終閲覧)。
- (6) たとえば、井上久美枝「ILO条約第190号『仕事の世界における暴力とハラスメントの撤廃に関する条約』の意義」季刊労働法268号28—37頁（2020年）参照。なお、「職場のパワーハラスメントやセクシュアルハラスメントの行為者に対して刑事罰による制裁を科すことや、被害者による行為者等に対する損害賠償請求の根拠を法律で新たに設けることについて」、既存の法令との関係の整理や違法となる行為の要件の明確化等、中長期的な検討を要するとするものとして、労働政策審議会「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（建議）」(<https://www.mhlw.go.jp/content/000454577.pdf>、2023年1月21日最終閲覧) 参照。
- (7) 男女雇用機会均等法11条にかかる厚生労働省の指針（平成18年厚生労働省告示第615号、以下、「均等法指針」という）においては、「対価型セクシュアルハラスメント」及び「環境型セクシュアルハラスメント」という文言が用いられ、二つのSHの類型が区分されている。
- (8) 合衆国におけるSH規制と表現の自由保障との関係については、以下の論者による指摘がある。小泉良幸は、個人の「自己決定」と社会環境の関わり合いに関する分析において、合衆国における「ハラスメント規制は、『平等権』のためにする『表現の自由』の制約にはかならない」としたうえで、修正第14条の「平等権」と「表現の自由」との価値衡量において前者が優位していると主張する。小泉良幸『個人として尊重——「われら国民」のゆくえ』（勁草書房、2016年）19

—20頁。また、松井茂記は、合衆国において、「表現によるセクシュアルハラスメントは、……たとえ表現であったとしても、性差別として禁止の対象になる」と述べる。松井茂記『表現の自由に守る価値はあるか』(有斐閣、2020年) 44頁。だが、本論で検討するように、表現の自由保障との関係でその規制が合憲となるか否かについては自明ではない。

- (9) 均等法指針においては、「職場において行われる労働者の意に反する性的な言動により労働者の就業環境が不快なものとなったため、能力の発揮に重大な悪影響が生じる等当該労働者が就業する上で看過できない程度の支障が生じ」することを、環境型 SH の内容としている。この「意に反する」性的言動により「就業環境が不快なもの」となるという説明からも、環境型 SH が受け手の主観的評価を構成要素に組み込んでいることは明らかである。
- (10) 「悪徳の榮え」事件（最大判昭和44年10月15日刑集23巻10号1239頁）。
- (11) 合衆国における不法行為法と SH の関係について解説する邦語文献として、山崎・前掲注(3)115—119頁参照。
- (12) たとえば、不法行為法上の「精神的苦痛を意図的に与えること (intentional infliction of emotional distress)」に基づく損害賠償請求について、かかる類型の不法行為が成立するためには、それが「コミュニティの合理的な構成員 (reasonable member) が憤激 (outrage) するほど常軌を逸した (outrageous) 言動である必要がある」。しかし、SH として争われる言動の多くはこのレベルには達せず、したがって当該類型の不法行為が成立しない場合がほとんどである。See Joanna Stromberg, *Sexual Harassment: Discrimination or Tort*, 12 UCLA Women's L.J. 317, 326 (2003).
- (13) See CATHERINE A. MACKINNON, *SEXUAL HARASSMENT OF WORKING WOMEN: A CASE OF SEX DISCRIMINATION* 171 (Yale University Press, 1979). キャサリン・A・マッキノン（志田昇ほか訳）『セクシャル・ハラスマント オブワーキング・ウィメン』（こうち書房、1999年）266頁参照。
- (14) なお、SH の訴えは第7編のみを根拠としているわけではない。現在まで、第7編が SH 救済の中心的な根拠法となっているが、事案に応じて被害者は、各州の公正雇用行為法 (fair employment practice statute) や不法行為法にも依拠し訴訟を提起している。山崎・前掲注(3)116頁。
- (15) 42 U.S.C. § 2000e-2 (a). 同条の訳出にあたっては、山崎・前掲注(3)120—121頁を参照した。
- (16) 413 F. Supp. 654 (D.D.C. 1976).
- (17) *Id.* at 660–61.
- (18) 561 F.2d 983 (D.C. Cir. 1977).

- (19) *Id.* at 989.
- (20) 29 C.F.R. § 1604.11 (a).
- (21) 477 U.S. 57 (1986).
- (22) Rehnquist 判事によれば、EEOC のガイドラインは「裁判所を統制 (controlling) するものではないが、裁判所や訴訟当事者たちが指針として適切に依拠することのできる経験及び情報に基づいた判断の体系 (a body of experience and informed judgment) をなしている」。*Id.* at 65.
- (23) *Id.* at 65-7.
- (24) *Id.* at 69.
- (25) 510 U.S. 17 (1993).
- (26) *Id.* at 21-2.
- (27) *Id.* at 21.
- (28) 523 U.S. 75 (1998).
- (29) 524 U.S. 742 (1998).
- (30) 524 U.S. 775 (1998).
- (31) See *Oncale*, 523 U.S. at 79.
- (32) *Id.* at 79-80.
- (33) *Id.* at 81.
- (34) See *Ellerth*, 524 U.S. at 760-65. なお、この積極的抗弁は、(a) 使用者が SH にかかる言動を速やかに正すために相当の注意を払ったこと、(b) 損害を回避するために使用者が提供した予防又は是正機会を被害者が不合理に利用しなかったことという二つの必要不可欠な要素を含む。*Id.* at 765.
- (35) 同事件では、被告である Florida 州 Boca Raton 市で勤務していた原告への直属の上司たちからの性的に侮辱的で攻撃的な言動に対する市の責任について争われた。
- (36) See *Faragher*, 524 U.S. at 802.
- (37) *Id.* at 804-8. この積極的抗弁の内容及び要件については、*Ellerth* 事件連邦最高裁判決とまったく同様の判旨である。
- (38) *Id.* at 788.
- (39) 505 U.S. 377 (1992).
- (40) St. Paul, Minn., Legis.Code § 292.02 (1990).
- (41) *In re Welfare of R.A.V.*, 464 N.W.2d 507, 510 (Minn. 1991) (citing *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572 (1942)).
- (42) See *R.A.V.*, 505 U.S. at 381.
- (43) 同判事によれば、これらのカテゴリーに属する表現は合憲的に禁止しうるが、

- その下位類型（subcategory）の一部だけを、そこで表明される思想・見解を理由として禁止することは許されない。*Id.*
- (44) *Id.* at 388.たとえば、「国家は、そのわいせつ性の中で最も明白に不快なもの、すなわち最もみだらな性行為の露出（display）を含むものだけを禁止することを選択するかもしれない。しかし、たとえば、不快な政治的メッセージを含むわいせつ表現のみを禁止することはできない」。*Id.*
- (45) *Id.*
- (46) *Id.* at 389.
- (47) *Id.* at 390.この例外は、第一～二の例外に該当しない不測の事態に対峙した場合のキャッチオールであると指摘される。*Id.* at 410
- (48) *Id.* at 391.
- (49) *Id.* at 392.
- (50) *Id.* at 394.
- (51) *Id.* at 394 (quoting *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312 (1988)).
- (52) *Id.* at 395.
- (53) *Id.* at 395-96.
- (54) *Id.* at 396.
- (55) *Id.* at 398-400 (White, J., concurring in the judgment).
- (56) *Id.* at 401 (White, J., concurring in the judgment).
- (57) *Id.* at 402-3 (White, J., concurring in the judgment).
- (58) *Id.* at 403 (White, J., concurring in the judgment).
- (59) *Id.* at 404 (White, J., concurring in the judgment).
- (60) *Id.* at 409 (White, J., concurring in the judgment).
- (61) *Id.* at 409-10 (White, J., concurring in the judgment).
- (62) *Id.* at 410 (White, J., concurring in the judgment).
- (63) *Id.* at 414-15 (White, J., concurring in the judgment).
- (64) たとえば、市川正人「hate speech（差別の表現）を処罰する市条例が合衆国憲法第1修正に違反して文面上無効であるとされた事例——R.A.V. v. City of St. Paul, 112S.Ct.2538 (1992)」アメリカ法1993—2号305—310頁（1994年）、小谷順子「合衆国憲法修正一条の表現の自由とヘイトスピーチ」法政論叢36巻1号160—169頁（1999年）、藤井樹也「ヘイト・スピーチの規制と表現の自由——アメリカ連邦最高裁の R.A.V. 判決と Black 判決」国際公共政策研究 9巻 2 号 1—15頁（2005年）、桧垣伸次『ヘイト・スピーチ規制の憲法学的考察——表現の自由のジレンマ』（法律文化社、2017年）22—26頁等を参照。
- (65) See, Andrea M. Kirshenbaum, *Hostile Environment Sexual Harassment Law*

環境型セクシュアル・ハラスメント規制と表現の自由の関係に関する一考察

and the First Amendment: Can the Two Peacefully Coexist?, 12 Tex. J. Women & L. 67, 70 (2002).

- (66) 同州法 (Chapter 378, § 2, of the Public Laws of New Hampshire) では、「何人も、道路やその他の公共の場に合法的に居る他人に対し、攻撃的、軽蔑的 (derisive) 又は迷惑な (annoying) 言葉をかけたり、攻撃的又は軽蔑的な名前で呼んだり、その人を嘲ったり、攻撃したり、迷惑をかけること、又はその合法的な仕事を妨げることを意図して、その人の面前や耳元でその人を嘲ったり迷惑をかけたりしてはならない」と規定されていた。
- (67) 315 U.S. 568 (1942). 本件では、New Hampshire 州 Rochester 市の街頭で布教活動をしていたエホバの証人の信者である上告人が、市の保安官に対し、「お前はいまいましいゆすり屋 (racketeer) だ」、「いまいましいファシストめ」等といって罵倒したことを理由に New Hampshire 州法違反の罪で起訴され、有罪判決を受けた。上告人は、同州法の規定が曖昧であり、表現の自由、報道の自由、礼拝の自由を不当に制限していると主張した。連邦最高裁は、表現の自由の権利は絶対的なものではなく、明確に定義され、狭く制限されたカテゴリーに基づく規制は許される場合があるとした。そこで、同州法について、「その受け手によって平和の破壊がもたらされる可能性の高い面と向かった言葉、発話者による平和の破壊を構成する言葉を禁止している」に過ぎず、また、同州法の原告への適用についても、一連の発言が「平均的な人物 (average person) の報復を誘発し、したがって平和の破壊をもたらす可能性が高い」ことに議論の余地はないとして、その合憲性を支持した。*Id.* at 573-74.
- (68) California Penal Code § 415.
- (69) 403 U.S. 15, 20 (1971) (citing *Chaplinsky*, 315 U.S. at 572). 本件では、Los Angeles 郡裁判所内で「徴兵制くそくらえ (Fuck the Draft)」と書かれたTシャツを着用した上告人が、不快な行為 (offensive conduct) により悪意をもって近隣の治安を害することを禁止する California 州刑法違反の罪で有罪判決を受けた。上告人は、同法が修正第1条及び第14条に違反すると主張した。法廷意見を執筆した Harlan 判事は、同法がほかの場所では許される表現又は行為が特定の場所では許されないことを上告人に告知するような文言を欠いており、また上告人による当該表現がわいせつや喧嘩言葉等の政府の規制裁量が増大するカテゴリーには該当しないと述べた。そのうえで同判事は、「より具体的でやむにやまれぬ根拠がない限り」、州は上告人の行為を犯罪 (criminal offense) とすることはできない判断した。*Id.* at 19-20.
- (70) *Id.* at 20.
- (71) 女性がハラスメントに対して暴力で反応するという想定は現実的ではない。実 (阪大法学) 73 (1-131) 131 [2023.5]

際女性は、ハラスメントに対して絶望や撤退（withdrawal）という真逆の反応をする場合が多いためである。See Ellen Peirce, *Reconciling Sexual Harassment Sanctions and Free Speech Rights in the Workplace*, 4 Va. J. Soc. Pol'y & L. 127, 187 (1996).

- (72) この二次的影響の例外は、Washington 州 Renton 市の成人向け映画館のゾーニング条例にかかる合憲性が争点となった *City of Renton v. Playtime Theatres* 事件連邦最高裁判決（475 U.S. 41 (1986)）において明らかにされた法理である。連邦最高裁は、同条例が「成人向け映画館で上映される映画の内容ではなく、むしろそのような映画館が周囲のコミュニティに与える二次的影響を対象として」おり、「規制される言論の内容に言及することなく正当化される」という内容中立的な表現規制の定義に完全に一致しているとし、同条例の合憲性を支持した。*Id.* at 47-8.
- (73) もっとも、逆に、行為と表現の双方が規制対象となる場合に、後者の性質のみに着目し、前者の性質を看過することもまた問題となる。本稿では詳細に検討する余裕がないが、この表現と行為の区分論自体が重要な論点である。
- (74) Richard H. Fallon Jr., *Sexual Harassment, Content Neutrality, and the First Amendment: Dog that Didn't Bark*, 1994 Sup. Ct. Rev. 1, 16-17 (1994).
- (75) See Jessica M. Karner, *Political Speech, Sexual Harassment, and a Captive Workforce*, 83 Calif. L. Rev. 637 (1995); PAUL I. WEIZER, THE SUPREME COURT AND SEXUAL HARASSMENT: PREVENTING HARASSMENT WHILE PRESERVING FREE SPEECH 81-82 (2000); Peter Caldwell, *Hostile Environment Sexual Harassment & First Amendment Content-Neutrality: Putting the Supreme Court on the Right Path*, 23 Hofstra Labor & Employment L. J. 323, 382 (2006).
- (76) See Caldwell, *supra* note 75, at 383.
- (77) *Id.*
- (78) See *Weller v. Citation Oil & Gas Corp.*, 84 F.3d 191, 194 (5th Cir. 1996).
- (79) 508 U.S. 476 (1993). 同事件では、人種、宗教、肌の色、障害、性的指向、国籍またはルーツ（ancestry）を理由として犯罪の被害者を選定することに対し加重暴行罪を規定していた Wisconsin 州法の合憲性が争点となった。人種を考慮して意図的に被害者を選定したことから同法の下で加重暴行罪の有罪判決を受けた上告人は、同法が偏見に満ちた信念を罰しており、修正第 1 条に違反すると主張した。連邦最高裁は、同法は表現ではなく行為を対象としており、また、「偏見に動機づけられた行為」はより大きな個人的・社会的損害を与えるために、かかる行為への刑の加重には合理性があるとして、同法の合憲性を支持した。*Id.* at 113 [113]

487-90.

- (80) *Id.* at 487 (citing *R.A. V.*, 505 U.S. at 389-90).
- (81) なお、関連して、California 州の公正雇用・住宅法 (Fair Employment and Housing Act : FEHA) に基づく人種的ハラスメントの差止め命令の合憲性が争点となった事件のサーシオーライ受理をめぐり、Thomas 判事は、多数意見のサーシオーライ不許可決定に対し次のような反対意見を述べている。曰く、「FEHA の規制の内容に基づく性質は、……我々の近年の法理では無効とされる。……FEHA のような内容に基づく反差別法を職場における純粋な表現に適用することを支持するためには、修正第 1 条の法理を実質的に修正しなければならないであろう」。Avis Rent a Car System, Inc. v. Aguilar, 529 U.S. 1138, 1141 (2000) (Thomas J., dissenting from the denial of certiorari).
- (82) 760 F. Supp. 1486 (M.D. Fla. 1991).
- (83) *Id.* at 1532-33.
- (84) *Id.* at 1534-37.
- (85) 985 F. Supp. 987 (D. Kan. 1997).
- (86) *Id.* at 995.
- (87) 51 F.3d 591 (5th Cir. 1995).
- (88) *Id.* at 596-97. 同裁判所によれば、「第 7 編は、女性が職場で直面する無粋な冗談や根拠のない噂をすべて改善することはできない」。本件で問題となったコラムは、「一時的な冷やかしであり、この警察署初の女性巡査部長としての成功の代償」である。ゆえに、客観的に敵対的な職場環境を創出するほど広範でも深刻でもなかった。*Id.* at 597.
- (89) *Id.* at 596-97.
- (90) *Id.* at 597.
- (91) 240 F.3d 200 (3d Cir. 2001).
- (92) *Saxe v. State College Area School District*, 77 F. Supp. 2d 621, 625-27 (M.D. Pa. 1999).
- (93) See *Saxe*, 240 F.3d, at 204.
- (94) *Id.* at 206.
- (95) *Id.* at 209.
- (96) *Id.* at 209-10.
- (97) *Id.* at 210.
- (98) 本節で取り上げた学説以外で、従来の表現の自由理論との関係で第 7 編の合憲性を支持することが難しいことを指摘するものとして、以下を参照。Peirce, *supra note* 71, at 185-200; Nadine Strossen, *The Tensions between Regulating*

Workplace Harassment and the First Amendment: No Trump, 71 Chi.-Kent L. Rev. 701, 710 (1995); Kingsley R. Browne, *Title VII as Censorship: Hostile-Environment Harassment and the First Amendment*, 52 Ohio St. L.J. 481, 510–31 (1991).

- (99) See Karner, *supra note* 75, at 649–50 (1995).
- (100) Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973).
- (101) *Id.* at 24.
- (102) *Id.* at 25.
- (103) Karner, *supra note* 75, at 660.
- (104) 343 U.S. 250 (1952). 同判決において連邦最高裁は、Illinois 州において歴史的に人種間の対立の激化により暴動が発生してきたことを踏まえると、「公共の場で、かつ強い感情的な影響を与えるよう意図された手段によりなされた人種的・宗教的集団に対する虚偽あるいは悪意のある中傷を抑制する方法を、Illinois 州議会が探すことに理由がない」ということはできず、かかる表現を州は適切に罰することができるとして、同州刑法を制定する州の権限を支持した。*Id.* at 259–61.
- (105) Karner, *supra note* 75, at 661.
- (106) 497 U.S. 1 (1990).
- (107) *Id.* at 20.
- (108) Karner, *supra note* 75, at 661–62.
- (109) *Id.* at 662.
- (110) *Id.* at 663.
- (111) *Id.* at 665.
- (112) 491 U.S. 781 (1989). 同事件で争点となったガイドラインは、市が高品質の音響機器を提供し、すべての公演において独立して経験を積んだ音響技術者を確保することを規定していた。これに対し、被上告人である Rock Against Racism (RAR) は、同ガイドラインが修正第 1 条の下で文面上違憲であるとの宣言的判決 (declaratory judgment) 及び損害賠償を求めた。
- (113) 連邦最高裁は、同ガイドラインが (a) 規制される表現内容に言及することなく正当化されるため内容中立規制であり、(b) 音量を制限するという実質的な政府利益に資するよう狭く仕立てられており、(c) バンドシェルによる表現活動を許可し続けていることから、コミュニケーションの十分な代替手段が残されているとして、訴えを退けた。*Id.* at 791–802.
- (114) Karner, *supra note* 75, at 665. これに対し、③の要件を満たさないとする議論もある。たとえば Browne は、「『コミュニケーションの十分な代替手段』は存在しない。労働者はかれらの時間の多くの割合を職場で費やし、そのすべての時間

- において、コミュニケーションの代替手段は存在しない」と述べる。Browne, *supra note* 98, at 521.
- (115) Karner, *supra note* 75, at 666.
- (116) *Id.* at 666–67.
- (117) *Id.* at 668–69.
- (118) 日本において「囚われの聴衆」論は、大阪市営地下鉄車内商業宣伝放送事件（最判昭和63年12月20日判時1302号94頁）における伊藤正己裁判官の補足意見及び同事件の判例評釈等で議論されてきたが、以下で挙げる先行研究を除き、その理論構成や射程に関する詳細な検討は十分になされていない（なお、伊藤正己裁判官の補足意見では、公共交通機関の利用者が「とらわれの聞き手」と表現されているが、学説上は「囚われの聴衆」という訛語が定着しているため、本稿もこれに倣うことにする）。「囚われの聴衆」論については、甲斐素直『人権論の間隙』（信山社、2009年）137—158頁、横大道聰『現代国家における表現の自由——言論市場への国家の積極的関与とその憲法的統制』（弘文堂、2013年）330—355頁を参照。
- (119) たとえば横大道は、「表現の自由を『コミュニケーションの自由』として捉えようとするのであれば、『表現する自由』と『知る権利』だけでなく、その裏面ともいえる『表現しない自由（消極的表現の自由）』……や『表現からの自由（消極的情報受領権）』をも表現の自由論に組み込んで考察する必要がある」と述べる。横大道・前掲注(118) 330頁参照。
- (120) 336 U.S. 77 (1949) (plurality opinion).
- (121) *Id.* at 87 (plurality opinion).
- (122) *Id.* at 86–87 (plurality opinion).
- (123) 340 U.S. 290 (1951).
- (124) *Id.* at 293.
- (125) *Id.* at 298.
- (126) *Id.* at 302.
- (127) 343 U.S. 451 (1952).
- (128) *Id.* at 462–63.
- (129) *Id.* at 463–65.
- (130) *Id.*
- (131) *Id.* at 468. Douglas 判事によれば、公共交通機関の乗客は、移動のリスクとして「ざわめきの騒音」を甘受しなければならないが、それを超えるプライバシー侵害についてはその保護を主張することができる。*Id.*
- (132) *Id.* at 469.

- (133) *Id.* また、Douglas 判事は、「自分の好きなように考え、望むことを信じることは、放っておいてもらう憲法上の権利の重要な側面である」と説示する。つまり、修正第1条で保障される思想信条の基底には強制からの「自由」という意味でのプライバシー権があると指摘するのである。*Id.* at 468.
- (134) 397 U.S. 728 (1970).
- (135) 81 Stat. 645, 39 U.S.C. s 4009 (1964 ed., Supp. IV).
- (136) 同条項では、「宛先人が、かれ単独の裁量権において煽情的刺激や性的挑発と思うもの」の販売広告から、自身を隔離することができる手続きについて規定されていた。
- (137) See *Rowan*, 397 U.S. 728, at 736.
- (138) *Id.*
- (139) See *Cohen*, 403 U.S. 15.
- (140) *Id.* at 21 (citing *Organization for a Better Austin v. Keefe*, 402 U.S. 415 (1971)).
- (141) *Id.* at 21.
- (142) *Id.* at 21.
- (143) *Id.* at 22.
- (144) 418 U.S. 298 (1974).
- (145) *Id.* at 302 (plurality opinion) (citing *Pollak*, 343 U.S. at 468 (Douglas, J., dissenting)).
- (146) *Id.* at 304 (plurality opinion).
- (147) *Id.* at 306-7 (Douglas, J., concurring in the judgment).
- (148) 422 U.S. 205 (1975).
- (149) *Id.* at 208.
- (150) *Id.* at 209 (citing *Rowan*, 397 U.S. at 736).
- (151) *Id* (citing *Lehman*, 418 U.S. at 320).
- (152) *Id.* at 210.
- (153) *Id.* at 210-11.
- (154) *Id.* at 211-12.
- (155) Karner, *supra note* 75, at 678-79. 内容規制について Karner は、Erznoznik 事件において連邦最高裁が聴衆を不快にさせる言論の選択的規制を許容する根拠として「囚われの聴衆」論を挙げたことから、同論が内容規制である環境型 SH 規制の合憲性を支持する理論的根拠に最も適していると述べる。また Karner は、プライバシー権に依拠する同論は表現による「被害者」の権利と視点を考慮できること、そして、不本意な聴衆が表現を回避できるか否かがその適用の可否を決するために、同論が表現の文脈を重視できることを指摘する。*Id.* at 679.

- (156) *Id.* at 680.
- (157) *Id.*
- (158) *Id.* at 683.
- (159) 筆者の第7回豊中地区研究交流会（於：大阪大学、2022年11月4日）における報告「環境型セクシュアル・ハラスメント規制と表現の自由」に対し、松本和彦教授より頂戴したコメントに基づいている。
- (160) Mariejoy Mendoza, *Making Friends: Sexual Harassment in the Workplace, Free Speech and Lyle v. Warner Bros.*, 40 U.C. Davis L. Rev. 1963, 1988 (2007).
- (161) *Id.*
- (162) *Id.* at 1989.
- (163) Peirce, *supra note* 71, at 202.
- (164) *Id.* at 202-3.
- (165) *Id.* at 203.
- (166) *Id.* at 206.
- (167) *Id.* at 202.
- (168) Jack M. Balkin, *Free Speech and Hostile Environments*, 99 Colum. L. Rev. 2295, 2308 (1999).
- (169) *Id.*
- (170) *Id.*
- (171) *Id.* at 2309-10.
- (172) Balkin曰く、「修正第1条は、名誉毀損に対する回復を許容しているが、それは、集団的地位に対する損害よりもむしろ、主に個人の評判への損害に対してである。……しかしながら、職場においては、かかる損害が職場条件を著しく変更し、第7編の下での雇用差別を構成する場合（そしてその場合にのみ）、集団的地位に対する回復を認めている」。*Id.* at 2309.
- (173) *Id.* at 2310-11.
- (174) *Id.* at 2312.
- (175) この点、Balkinは次のように述べる。すなわち、「囚われの聴衆論は、住居のような特定の領域に焦点をあてるべきではない。不公正で不寛容なハラスメント及び強制に特に服する状況を、とりわけ規制すべきなのである。……『職場』は場所ではない。それは、地理的なつながりを持つか否かを問わない、権力と特権にかかる一連の社会関係なのである。男性上司が彼の住居から、ホテルの一室に居る女性部下へわいせつな電話をかける場合、たとえ上司と部下が職場からほど遠い場所にいるとしても、この歓迎されない言動は、敵対的職場環境に寄与しうる」。*Id.*

(176) *Id.* at 2312.

(177) *Id.* at 2314.

(178) 性差別構造としてのSHがどのように女性以外の被害者に影響を及ぼすのかについてでは、拙稿「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（一）（二・完）——具体的個人と『性別』の関係に関する一考察」阪大法学70巻6号145—170頁（2021年）、71巻1号67—98頁（2021年）を参照。