



Title	セクシュアル・ハラスメント法理における「歓迎されないこと」概念の考察（二・完）：アメリカの判例・学説を中心に
Author(s)	松岡, 千紘
Citation	阪大法学. 2019, 69(1), p. 41-59
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/87204">https://doi.org/10.18910/87204</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

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

The University of Osaka

# セクシユアル・ハラスメント法理における

## 「歓迎されないこと」概念の考察（二・完）

——アメリカの判例・学説を中心に——

松岡千紘

はじめに

第一章 セクシユアル・ハラスメントにおける「歓迎されない」要件の成立過程

第一節 申立人の「主観」の評価と「歓迎されない」要件

第二節 Meritor 事件と「歓迎されない」要件

（一）一審・二審判決

（二）最高裁判決

第二章 「歓迎されない」要件を巡る判例の判断傾向

第一節 「全体的な状況」テストと申立人の言動

第二節 判例の検討

第三章 セクシユアル・ハラスメント被害者の法主体像を巡る判例の展開

第一節 「通常人」基準と「通常の女性」基準

(一) 両基準にかかる下級審判例の展開（以上、六八巻六号）

(二) 「通常人」基準を採用した最高裁判決

## 第二節 両基準に関する議論の検討

(一) 学説上の「通常的女性」基準の支持根拠

(二) 「通常的女性」基準に対する批判

(三) 「通常的女性」基準と同性間セクシュアル・ハラスメント

おわりに——今後の検討課題——（以上、本号）

## 第三章 セクシュアル・ハラスメント被害者の法主体像を巡る判例の展開

### 第一節 「通常人」基準と「通常的女性」基準

(一) 「通常人」基準を採用した最高裁判決

先述のように、「通常人」基準及び「通常的女性」基準に関しては、下級審裁判所の間でも争いがあった。しかし一九九三年、*Harris v. Forklift Systems, Inc.* 事件<sup>(1)</sup>において合衆国最高裁は、当該論点について「通常人」基準を採用すると判示した。本件では、機材レンタル会社である被告、*Forklift Systems* 社のマネージャーであった申立人 *Teresa Harris* が、被告会社社長である *Charles Hardy* から、頻繁に性的に侮辱的な言動を被った。*Hardy* は、他の従業員らの面前で、幾度も彼女に「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いる」と話し、少なくとも一度、彼は彼女に「大馬鹿女」と言った。また、*Hardy* は時折 *Harris* や他の女性従業員らに、彼のパンツの前ポケットからコインをとることや、彼の物を地面に投げ、彼女らにそれを拾うことを求め、*Harris* や他の女性労働者らの服装に関し性的当てこすりを行った<sup>(2)</sup>。

本件を審査した一審は、Rabidue 事件の多数意見に依拠し、「仮説上の通常人の職務遂行能力に干渉し、同様の状況下にある通常人の精神的な健康状態に深刻な影響を及ぼし」たか否かが、第七編で禁止される環境型SHのレベルに達したか否かを審査する上でのメルクマールになることを確認した。<sup>(3)</sup>ただし、当裁判所によれば、裁判所はまずかかる争点に対する客観的審査として「通常人」基準を用い、争点となる性的言動が当該基準に適合した場合に当該言動が被害者に対し主観的な損害を与えたか否かを「通常的女性」の視点を用いて判断しなくてはならない。<sup>(4)</sup>本件における性的言動は、「通常的女性」を侮辱するものであったが、申立人自身、悪態をつき、冗談を言うなどして当該職場環境に馴染んでいたために、彼女の精神的な健康状態に深刻な影響を及ぼすことはなかったと判断した。<sup>(5)</sup>

Harris の控訴を受けた第六巡回区控訴裁判所はパーキュリアムで原審を支持した。<sup>(6)</sup>サーシオレーライを受理し本件を審理した連邦最高裁は、職場環境が差別的且つ敵対的又は虐待的であるのに十分なほど差別的言動が深刻又は蔓延しているか否かを審査するためには、客観的な評価軸が必要であること、そしてそれは「通常人」の視点をを用いて判断されることを要求すると判示した。<sup>(7)</sup>曰く、「労働者に不快な感情を抱かせる単なる口汚い言葉」は、第七編に示される雇用条件に十分に影響を与えない。客観的に敵対的又は虐待的職場環境——通常人が敵対的又は虐待的と看做す環境——を創出するのに十分なほど深刻若しくは蔓延していない行為は、第七編の目的の埒外に在る。<sup>(8)</sup>加えて当裁判所は、「当該被害者が、当該環境を虐待的であると主観的にみなさないならば、当該行為は実質的に被害者の雇用条件を変化させておらず、第七編の侵害はない」と判示した。<sup>(9)</sup>要するに、連邦最高裁は、第七編で禁止される環境型SHが成立するためには、第一に、客観的基準として、「通常人」が当該職場環境を敵対的又は虐待的であるとみなす必要があること、第二に、主観的基準として、申立人が敵対的又は虐待的であるとみなす

必要があることを示した。なお、同裁判所は、一審が環境型SHの成否の判断に際し申立人の精神的な健康状態に深刻な影響を及ぼしたか否かに依拠したことに触れ、精神的な健康状態に対する損害は、「全体的な状況」の一つには含まれるものの、その唯一の要件ではないとした。<sup>(10)</sup>これにより、同裁判所は本件の更なる審査を求め、原審の破棄差し戻しを命じた。尚、本件ではScalia判事による結果同意意見がある。同判事は、「虐待的」若しくは「敵対的」という言葉が非常に曖昧なものであり、「通常人」という概念をパースペクティブとして挿入するからといって客観性が増すわけではないと指摘した。しかしながら、現段階では、法廷意見が採用した基準以外に適切な基準が見当たらないとし、法廷意見の結論に同意した。<sup>(11)</sup>

以上のように、連邦最高裁は、本件以前の下級審判決における「通常人」基準と「通常の女性」基準の採用にかかる判断の非一貫性に対し、客観的基準として「通常人」の視点が採用されることを判示した。しかしながら、客観的基準として「通常人」の視点が採用される根拠について同裁判所が詳述することはなかった。

同判決で「通常人」基準の使用が示されて以降も、下級審判決の当該論点に関する争いは継続している。下級審判決は「通常人」基準や、それを修正した「通常の被害者」基準、また「通常の女性」基準をそれぞれ使い分け続けている。ただし、「通常人」基準を用いる裁判所の中でも、その「通常人」の視点の中に「ハラスメントの被害者の視点」の諸特徴を包含させるべきだとし、その特徴の一つに性別を挙げるものもある。例えば第六巡回区控訴裁判所は、申立人が元交際相手から度重なる電話や付きまとい、加えて「殺すぞ」という脅迫を受けたことについて、それが環境型SHとして成立するためには、「客観的にも、主観的にも、虐待的であるとみなされる必要がある」としたParis判決に言及した。そして、客観的に敵対的であるか判断する際に用いる「通常人」の基準には被害者と「同様の基本的な特徴」が含まれることを示した。<sup>(12)</sup>また、第七巡回区控訴裁判所は、「通常人」基準を用

いることを確認したうえで、かつそこに被害者と同様の地位にある者からの視点を包含することを判示した<sup>(13)</sup>。本件の申立人である Anne Dey は、被告会社の副社長から日常的に性的コメント、ジェスチャー、仄めかしといった言動を被り、彼女が当該ハラスメントを申立てた一か月後に解雇された。当裁判所は、「被害者へのハラッサーの行為の実際の影響だけではなく、原告の地位にある、通常人へ同様の行為が及ぼす影響も考慮する」（強調筆者）と述べ、原告の主張を支持する判決を下した<sup>(14)</sup>。一方、一九九九年、コロンビア地区連邦地方裁判所は、環境型 SH が争われる事件において、問題となる行為が違法となるためには、「裁判所は、当該言動に対する被害者の主観的な印象と、通常の被害者の視点から、申立てられた活動が違法な SH を構成するか否かを検討しなくてはならない」と述べ、「通常の被害者」基準を用いることを判示した。しかしながら、同時に、通常の被害者の視点の運用に際し、本件においては、「通常の女性」が SH として争点となる言動がひどく敵対的あるいは虐待的であるとみなしたことを申立人が証明しなければならないとも述べた<sup>(15)</sup>。本件の原告は大学教員の女性であった。彼女は学内で野宿者の男性からのつきまといにあつていた。こうしたコンテキストを考慮する上で、当裁判所は「通常の被害者」の視点に申立人の性別を取入れ判断すべきことを示したと言える。さらに、こうした「通常人」基準に被害者の「地位」を組み込むことにより踏み込んだ判決もある。第五巡回区控訴裁判所は、「通常人」基準を採用しながらも、その審査に際し、「その地位において、同様に保護される集団の通常人に決定的な影響を受ける」と述べ、「客観的な審査は、『通常の女性』を妨げる基準ではない」と判示した<sup>(16)</sup>。これら「通常人」、「通常の被害者」基準に対して、「通常の女性」基準を使用した裁判例もある。Davis v. Team Elec. Co. 事件において、第九巡回区控訴裁判所は、SH の成否を審査するにあたり、争われる言動が主観的にも客観的にも女性に対して虐待的職場環境であつたと言えるためには、申立人が「通常の女性」が当該言動を虐待的であるとみなしたことを証明する必要がある

ると判示した。<sup>(17)</sup>

一連の判例の流れを概括すると、まず、当初下級審判決において、「通常人」基準及び「通常の女性」基準の運用に関する争いがみられ、後にHarris事件において連邦最高裁がこの論点に対し詳細に言及することなく「通常人」基準を採用した。だがHarris事件以降の下級審判決は、「通常人」基準、「通常人」基準に被害者の集団的属性という地位を組み込んだ「通常の被害者」基準、「通常の女性」基準を用いており、その基準の運用に関して見解の一致は見られない。こうした一連の基準を巡っては、特にElliott事件において第九巡回区控訴裁判所が職場における性的言動に対する評価に関する性差の存在を言明し、かかる性差を「通常の女性」基準を採用する根拠としたことを契機として、学説上も議論が盛んに行われた。<sup>(18)</sup>

## 第二節 両基準に関する議論の検討

### (一) 学説上の「通常の女性」基準の支持根拠

一九九〇年代前半、合衆国連邦控訴裁判所レベルにおいて「通常の女性」基準が採用されたことを契機に、多くの論者が「通常の女性」基準を支持する議論を立てた。<sup>(19)</sup> この「通常の女性」基準を支持する論者の一人であるLeslie M. Kernsは、「通常の女性」基準が採用されるべき根拠として、「通常人」基準に内在する次の問題を挙げている。第一に、この基準は「人」というジェンダー・ニュートラルな相貌を呈しながらも、実際には暗黙裡に「男性」を主体として想定している。これにより、裁判所が「通常人」基準を採用することは、結果的に法において「通常」とされるものから女性やマイノリティ、その他の社会的ヒエラルキーにおいて低位に置かれる人々を排除することになる。第二に、「通常人」が歴史的に男性の表象となってきたために、「通常人」を用いた法における

論証は、非感情的な存在という伝統的な男性の特徴を伴ってきた。従って、この基準の下ではSHという被害に直面した「女性」の感情を正確に評価することができない。第三に、「通常人」基準は、両性の間のSHに対する「感覚の差」を捉え損なう。当該基準においては、職場はいまだ男性と女性双方のための領域と言えるほどのレベルには到達していないこと、また女性にとって不愉快なことが常に男性にとって不愉快なことであるとは限らないことが認識されないため、SHの審査にとって不適切である<sup>(20)</sup>。対する「通常の女性」基準は、男性の裁判官や陪審員たちに対して、女性の職を失うことへの不安に関する証言や、また職場における男性と女性の賃金やその他権力上の格差といった社会的諸要素を考慮させう。従って、SHの被害の実態の把握とその評価のために、「通常の女性」基準を採用することが肝要であるという。同様の主張は他の論者によってもなされている。Deborah B. Goldbergも、何を「ハラスメント」として認識するかにかかる男性と女性の視点の違いを強調し、裁判官や陪審員たちがこうしたジェンダー差を評価せずに「通常人」基準を用いることによって女性の経験を無視する結果を招くと指摘する<sup>(22)</sup>。

二〇〇〇年代に入ってから以降も、この基準を擁護する論者は存在する。例えばCaroline A. ForellとDonna M. Matthewsは、「通常の女性」基準を採用すべき根拠として、次のような文化・社会的諸関係と、その帰結あるいは表象としての性的言動に関する評価におけるジェンダー差の存在を指摘する。第一に、SHの被害者が圧倒的に女性に多いということは、男性が、職場での女性の言動を性的であり、かつ歓迎していると捉える傾向があることとの証左である（従って彼らは、彼らの認識において、性的なふるまいを行ってきた女性に対し、性的な応答を行う<sup>(23)</sup>）。第二に、伝統的な男らしさの視点が、支配的な行為——他者へ権力を行使すること——と、男性が支配的行為を行う手段としてセックスを用いることを促す。第三に、女性の職場における従属的な地位が彼女達を性化する



が故に、男性は女性に対し性的に嫌がらせを行う可能性がある。即ち、女性に対する権力を男性が有していることが性的特徴となり、支配を性的なスリルとして経験しようとする契機となるのである。「概して、男性は女性よりも社会的、組織的、身体的な権力を有している。従って、人々がセックスを通じて権力を乱用する際、乱用される者は大抵女性なのである」<sup>(24)</sup>。この Matthews の指摘は、SH の発生する文脈に、職場における上司と部下という権力関係に加え、両性間の性化された権力関係が含まれている点で特徴的であると言える。

Forell 及び Matthews の分析によれば、こうした社会的諸関係を背景に、職場におけるセックスに対するジェンダー化された態度と経験が誘起される。即ち、圧倒的な性暴力の被害者である女性にとって、職場におけるセックスは「危険」になりうる。それ故に、「ひとたび職場が性化されれば、女性により不安感、懸念、屈辱感、または怒りを感じる可能性が高い」<sup>(25)</sup>。女性は、職場におけるセックスを「危険」とみなすと同時に、セックスを職場の外に留めることを望む。何故なら、セックスと仕事が結びつくとき、女性はモノ化された者 (ones objectified) となる。「性役割の余波」は、「性化され、モノ化された女性という社会的なジェンダーに基づく期待と、性とは無関係な存在としての男性という前提が、広範な文化から職場へと持ち込まれる」ことを生起させるのである<sup>(26)</sup>。しかしながら、女性がセックスを職場から排することを望む一方で、職場での性的言動に対して明確に拒否や反感を示すことのできる女性が多いとは言えない。女性は概して経済的に脆弱である<sup>(27)</sup>。女性の経済的脆弱性は、職場で女性が SH に対し明確な拒否を示すことを困難にさせるであろうし、多くの女性は、ハラスメントに対し申立てを行うことにより職を失うリスクをとりたがらないであろう。「通常の女性」基準支持者らにとって、この労働者たる女性たちの共通の経験こそが、職場における性的言動の審査において女性の視点からの基準が必要となる根拠である。Forell 及び Matthews は、こうした社会的状況下において、「通常の女性」基準が、職場における性的かつ性差別

的行為に関する法的意思決定者及び雇用上の意思決定者の予測を変化させ、全ての合衆国国民にとっての実質的平等を達成するためのツールとなると主張するのである。

「通常の女性」基準を支持する論者らは概ね、*Ellison* 判決内で述べられたように、「何をハラスメントと感じるか」に関する現実の社会的状況下における両性の「感覚の差」、そして現実の「女性の経験」を重視する点で一致していると見える。「通常人」基準は潜在的に男性の視点を前提としているためにジェンダー化されており、女性に対し排他的に作用する<sup>(28)</sup>。従って、彼女達は、「通常人」基準の下では現実の「女性の感覚」と「経験」が、SHの成否を審査する裁判官や陪審員たちに正確に評価されないと述べる。確かに、*Rabidue* 事件における多数意見の「通常人」基準の運用をみるに、そこで実際の「女性の感覚」が正確に評価されているとはいえない。社会的現実として職場に性的言動が溢れていることを根拠に「通常人」がこれを寛容に捉えているとする多数意見の評価が、「通常人」を暗黙裡に職場内での性的言動に寛容な主体像——反対意見ではこれが「男性」であることが示唆されている——を想定していると指摘することは正鵠を射ていると思われる。しかしながら、それ故に、「通常人」基準に代わって「通常の女性」基準をデフォルトとしてしまうことについては批判もある。

## （二）「通常の女性」基準に対する批判

例えば *Naomi R. Cahn* は、「通常の女性」基準が、例えば、女性に関するセンシティブで、デリケートで、職場において男性が容易に許容できる行為から保護すべき存在とするようなステレオタイプを含有し、それを永続化させる効果を有することを指摘する<sup>(29)</sup>。また彼女は、「通常の女性」の視点と一概に把握することが性別以外の多様な視点を排除することになるとも主張する。曰く、「通常の女性の活動は、彼女が黒人かあるいは白人か、裕福か貧

困か、専門職なのか失業中なのかにより異なる可能性がある。通常的女性基準は、これらの多様な視点を包含せず、代わりにクッキーの抜型のステレオタイプを創出する<sup>(30)</sup>。要するに、「通常的女性」基準は、SHの成否を「女性の視点」から把握するという包括性を趣旨とする一方で、その実、「女性」という性別集団に対する「社会」一般の一面的な見方を温存／増強するとして、「通常的女性」基準の排他性を批判するのである<sup>(31)</sup>。

また、Cannと同じく、「通常的女性」基準の孕むステレオタイプ化の危険性を指摘する Kathryn Abrams は、法における本質主義——それは、「女性」という集団にかかる要素を最大公約数的に導き出すことで、一定の類型の「女性」を「標準」とする作用を有するとされる——を回避するために、「通常人」基準を採用すべきであると主張する<sup>(32)</sup>。Abrams 曰く、SHの視点は、生物学的性差、人生経験、ジェンダーではなく、むしろ女性の不平等に關する多様な情報源に基づくべきである。そしてそれらの視座は、生得的なコモン・センスの問題ではなく、情報に基づくセンシビリティの問題であり、それらは女性と男性双方において啓発され得る。にもかかわらず「通常的女性」基準を採用することは、女性に関するステレオタイプを強化し、なおかつ女性という集団内にある差異を固定化する危険を孕む<sup>(33)</sup>。Abrams にとって、「通常人」基準と「通常的女性」基準の争いは本質的な問題ではない。SHという特定の現象に關して的確に論じるためには、事実の認定者が、「通常的事実の認定者 (reasonable trier of fact)」たり得るため、当該現象についての情報が必要なのである。従って、ここでいう「通常的事実の認定者」とは、そこで解決されるべき問題に關し特徴的なコンテキストについて、十分に情報を与えられた者でなければならぬ。彼女によれば、SHのコンテキストに關する情報は次の事柄となる。①SHが、職場において女性が直面しており、また直面し続ける複合的な障壁——この障壁は、女性を職場内で周縁化し、彼女達の運命をコントロールするものである——の一つである。②社会における女性によるセックスへの意味付けは多様ではあるもの

の、女性には職場におけるセックスに対しネガティブな意味づけを行う傾向にある。③SHは、そのターゲットになった人物の職場生活へ深刻な諸影響——雇用条件や、職務を達成する能力、自尊感情を変更し得る——を与える。

④SHに対する特定個人の実際の対応は多岐に渡るが、当該言動に問題があったのか、あるいは被害者が当該行為に苦痛を感じたのか否かを判断するに際し、SHの被害者の対応が良き指標になることはほとんどない<sup>(34)</sup>。このSHの生じるコンテキストの分析に基づく評価は、「通常の女性」基準を「通常人」基準に置き換えることなしに成し遂げられる<sup>(35)</sup>。従って彼女は、「通常人」から「通常の女性」へと文言を変えることよりもむしろ、SHの成否を判断する「主体」によるSHの生じる背景とその効果に関する情報を把握すべきであると推奨する。このようにAbramsは、「通常人」基準の内容を、SHの生じるコンテキストに関する情報をより多く与えられた状態と解釈することで、「通常の女性」基準における「女性」の二元的理解という問題を回避すると同時に、「通常人」基準に対する「通常の女性」基準支持者らの批判を克服することを試みる。

また、リベラルな平等主義の立場を採るMayo MoranもAbrams同様、「通常人」基準と「通常の女性」基準の争いをその文言上の問題に還元しない態度を取り、「通常人」基準を支持する<sup>(36)</sup>。Moranは、先述の「通常の女性」基準を支持する論者に共通する問題意識を一定程度共有しながらも、CahnやAbramsと同じく、「通常の女性」基準にかかる女性のステレオタイプ化という問題や、「通常の女性」基準をより被害者のコンテキストに位置づけることで細分化していくことによる当該基準の混迷に警鐘を鳴らす。そこで彼女は、上述のAbramsの「通常人」基準を維持しながらその審査内容に一定の方向付けを行うという修正方針を支持する立場を採る<sup>(37)</sup>。Moranによれば、「通常人」基準は伝統的に刑法や民法に関する事件で訴訟当事者の有責性を判断する機能を果たしてきたが、SHという文脈においては、被害者の主観に着目する機能を果たす<sup>(38)</sup>。このことは特に、構造的不平等が関連す

るSHという問題／訴訟において、申立人の地位を強調することに繋がる。そして裁判官による申立人の地位にある「通常人」に関する深い知識が、申立人が脆弱な地位にあることをより反映した審査を促すための手段となる可能性を示すのである。<sup>(39)</sup>

両者の議論は、「通常の女性」基準を支持する論者とその問題認識を共有している。しかしSHが生じる文脈においていかに被害者（ここではその数において圧倒的な被害者である女性が想定されている）の主観を正確に評価するかという問題に対し、「通常の女性」という言葉を使用しなくとも、これに応えることができる。すなわち、AbramsとMoran両者においては、SHにおける適切な審査基準にとって、「通常人」か「通常の女性」かという表現上の差異は決定的な問題とはならない。<sup>(40)</sup>

### (三) 「通常の女性」基準と同性間セクシュアル・ハラスメント

Ann C. McGinleyは、右の両論者の議論について、その内容が「通常の女性」基準と実質的に同義であると指摘する。<sup>(41)</sup> McGinleyは、両論者の、事実の認定者が個人の諸特徴を考慮する必要があるという主張に同意しつつも、両論者の分析には以下の懸念があるという。第一に、彼女達の提唱する修正された「通常人」基準は、事実上「通常の女性」基準と同義であるため、当該分析下においては、SHに関連する特定の諸特徴とコンテクストの結合に対し、ただ一つの通常の反応しかないことが示唆されている。第二に、彼女達は「通常の女性」の典型的な状況に焦点を当てた議論をしているために、彼女達の主張する「通常人」基準が、同性間のSHの被害者である男性、また全ての同性間のSHの被害者に対していかに影響するのかを、考慮しない傾向にある。<sup>(42)</sup> McGinleyによれば、全てのタイプの被害者にとって有効な基準を構築することによってのみ、女性は完全にSHから保護されうる。彼女は、

Moran と Abrams や他の論者による「被害者としての女性」に関するフォーカスが、「裁判官や陪審員たちが、職場における男性の被害者が『男らしさ』の規範により被害を被っているという事実を認識することの助けにはならない」と述べる。そこで McGinley は、環境型 SH における適切な客観的審査を判断するにあたり重要な点は、男性を通常人の反応の仕方に関する判断の目安に用いないこと、男性と女性がハラスメントに對しとる反応を決するにあたり、ステレオタイプを避けること、そして同様の一連の言動に對する広範な通常の反応を認識することであると主張する。<sup>(44)</sup> 右のことを達成するためには、事実の認定者は、社会における権力関係を反映した職場の多様なコンテキスト及び被害者の経験の差異を考慮しなくてはならない。その具体的な審査内容として彼女は、①原告の個人的なアイデンティティ、②被害者に脆弱性を付与する職場内外の諸状況、③職場における地位及び／又は社会的権力に基づく加害者の相対的な権力、④職場の地位及び／又は社会的権力に基づく被害者の相対的な無力感 (powerlessness)、⑤ハラスメントを被ったとされる個人が、社会的に周縁化されているか否か、⑥職場の動態、⑦職場のコンテキストを挙げる。<sup>(45)</sup> このように McGinley は、ハラスメントの被害者像を暗黙裡に「女性」と想定することと同性間 SH や女性から男性に對する SH を正確に評価し損なうことを問題視し、上記①～⑦の情報を環境型 SH 審査に組入れることで、「女性」に限らず、様々な諸特徴を審査に反映させることを提案する。

確かに McGinley の言うように、「通常人」基準支持者も、また「通常の女性」基準支持者も、SH の被害者を暗黙裡に「女性」と想定しているといえる。しかしながら、各論者がそこで被害者を「女性」と想定しているのは、SH が歴史的にも女性を標的として生じる性差別として機能してきており、またその被害を救済すべき司法が、当の「女性の視点」を体系的に無視してきたことの反省に立つてのことであろう。もっとも、McGinley の言うように、SH の典型的被害者を女性とすること、その他の性別に對する SH や同性間の SH の被害者の「視点」を捉

え損なうことは避けるべきである。ただし、そこで彼女の指摘するような効果を、「通常の女性」基準や「通常人」基準の運用が実際に生じさせるのかどうかは検証されなければならない。あるいは、そうした効果が実際に生じる場合、それが夫々の基準に内在的な課題故なのか否かを理論的にも検討する必要がある。

おわりに——今後の検討課題——

以上、SHにおける「歓迎されない」要件という申立人の「主観」の審査に焦点を当て、合衆国判例における当該審査に関する展開、及び合衆国における当該審査に関する議論を見てきた。判例は、SHとして争われる言動が発生したコンテキストの審査に申立人の日頃の振る舞いに関する証拠を取入れ、問題となる言動に対し申立人が「歓迎されない」と感じたか否かを審査してきた。だが、既に指摘した通り、職場での性的言動に申立人が参加した場合においても、そこに性的言動が溢れる職場のメンバーシップ獲得という申立人の主観的意図が存在していた場合もある（第二章第二節参照）。また、申立人が性的言動に加わっていた事実が、直ちにSHとして争われる言動を「歓迎していた」根拠とはならない。さらに、職場における性的言動に対する評価にジェンダー差があることも指摘されるところであり、問題は、SHとして争われる言動が「歓迎されない」のか否かを、誰の視点を基に判断するのかという法主体像に関する論点へと推移する。

判例は当該論点に関し、主に下級審判決において、「通常人」基準と「通常の女性」基準、及び「通常の被害者」基準をそれぞれ使い分け、問題となる職場での性的言動について審査を行ってきたが、未だ一貫した答えを導き出できてはいない。また申立人の「主観」の審査に関する学説状況も、「通常の女性」基準と「通常人」基準のいずれを支持するのかにつき争いがみられる。しかしながら、学説状況に関して言えば、近年の議論は、よりSHの



生じるコンテキストにおける社会的な権力関係に関する状況を審査基準へ反映させる試みがなされていることが指摘できる。いうなれば「通常人」基準支持者も、「通常の女性」基準支持者も、SHの申立人の「主観」に社会的コンテキストを客観的に読み込み、社会的に脆弱な立場にある人の「自由」の主観的な制約要素を考量することで、「主観」を正確に評価することを試んでいる点で共通性を有しているのである。この点について、社会的状況下にある「具体的個人」像の究明という本稿の問題関心に照らすと、それは社会的に脆弱な立場にある「個人」を取り巻く「具体的な現実」を、法理上客観的に評価するための基準定立への挑戦であるともいえよう。ただし、McGrinleyも指摘するように、ことSHに関しては、いずれの基準支持者の分析においても、その現象のダイナミズムの表象としてのジェンダーに主軸が添えられているが故に、同性間のSHや女性から男性に対するSHにおいて、「通常の女性」基準及び修正主義的な「通常人」基準が与える影響をいかに評価すべきかという課題が残されている。今後、典型的な男性から女性に対するSHに加え、同性間SHや女性から男性に対するSHに関する具体的な諸事件と照らし合わせながらこの問題を考察する必要があると考えられる。

SHという事象において、また社会的状況下において、周縁化され、社会的に脆弱な地位に置かれる「個人」は当然ながら女性に限られない。「個人」に付随する／せられる属性は、セクシュアリティにも開かれたものである。「女性」という性別集団と「個人」との関係からSH法理を考察することは、セクシュアリティの多様性を法主体像へ反映させるための切口となりうるのではないか。

ジェンダー法学はこれまで、法により排除されてきた「女性」の視点や経験の再評価を要請してきた。だがしかし、この要請は、「女性」という性別集団に属する者のみに意義を有するのみならず、それ以外の社会的に不利な立場にある属性と既存の法主体像との関係にも新たな分析視座を供する、「普遍性」を含蓄したものと思われるの



である。近代法における主体像の排他性を指摘し、そこから排除されてきた視点を織込むという試みにおいて、ジエンダー法学自体が批判してきた法主体像のステレオタイプ化を踏襲することは——たとえそれが既存の法主体像を批判する者が全く意図していないことだとしても——、その批判が持つ意味を減殺しないためにも、避けねばならないであろう。本稿での検討は、社会的状況下における「自由」の制約要素が正面から検討されたSH法理という法領域の分析に限られるものであり、この意味で、社会的状況下の「自由」の行為主体と既存の法主体像のギャップが生じる一局面の検討に過ぎないことは否めない。社会的状況下における「自由」の制約要素を加味した近代法主体像の再検討という課題に取組むためには、本稿では扱うことのできなかった他の社会的状況下の「自由」の制約が争点となる領域も含め検討していく必要がある。本稿では扱うことができなかったこれらの考察は今後の課題としたい。

- (1) 510 U.S. 17 (1993).
- (2) *Id.* at 19.
- (3) Harris v. Forklift Systems, Inc., 60 Empl. Prac. Dec. (CCH)P42070 (1990), 14.
- (4) *Id.*
- (5) *Id.* at 17–18.
- (6) Harris v. Forklift Systems, Inc., 976 F.2d 733 (6th Cir. 1986).
- (7) Harris, 510 U.S. at 21.
- (8) *Id.*
- (9) *Id.* at 21–22.
- (10) *Id.* at 23.

- (11) *Id.* at 24.
- (12) *Fuller v. City of Oakland*, 47 F.3d 1522 1527 (9th Cir. 1995).
- (13) *Dey v. Colt Construction & Development Company*, 28 F.3d 1446 (7th Cir. 1994).
- (14) *Id.* at 1454.
- (15) *Martin v. Howard University*, 81 FEP Cases 964 14 (1999).
- (16) *DeAngels v. El Pasco Mun. Police Officers Ass'n*, 51 F.3d 591, 594 (5th Cir. 1995).
- (17) *Davis v. Team Elec. Co.*, 520 F.3d 1080, 1095 (9th Cir. 2008).
- (18) 当該判決はその後のSH法理を巡る学説上の議論に少なからぬインパクトを及ぼした。次の調査によると「通常の女性」基準に関する論説が「通常の女性」基準を採用した裁判例数を上回っていた。See Ann Juliano & Stewart J. Schwab, *The Sweep of Sexual Harassment Cases*, 86 Cornell L. Rev. 548, 583-584 (2000-2001).
- (19) *Id.* at 583.
- (20) Leslie M. Kerns, *A Feminist Perspective: Why Feminists Should Give the Reasonable Woman Standard Another Chance*, 10 Colum. J. Gender & L. 195, 210 (2001).
- (21) *Id.* at 227.
- (22) *Id.* at 212. Leslie M. Kerns & Deborah B. Goldberg と同じく、SHに関する「女性の経験」を正確に裁判上評価するため、「通常の女性」基準を用いるべきだとする論者は多いが、恰恰では差し当たり以下の論者を挙げるに留める。See Deborah S. Brennan, *From a Woman's Point of View: The Use of the Reasonable Woman Standard in Sexual Harassment Cases*, 60 U. Cin. L. Rev. 1281, 1293-1295 (1992). See, Sarah A. DeCosse, *Simply Unbelievable: Reasonable Women and Hostile Environment Sexual Harassment*, 10 Law & Ineq. 285, 309 (1992).
- (23) CAROLINE A. FOREREL & DONNA M. MATTHEWS, *A LAW OF HER OWN* 29 (New York University Press, 2000).
- (24) *Id.* at 29-30.
- (25) *Id.* at 31.

- (26) *Id.*
- (27) 米国労働省による調査も社会におけるワーキングプアとして女性が不均衡に表れることを示す。*Id.* at 32.
- (28) Naomi R. Cahn, *Looseness of Legal Language: The Reasonable Woman Standard in Theory and in Practice*, 77 Cornell L. Rev. 1398, 1432 (1991-1992).
- (29) 加えて彼女は、この基準が、男性が通常の女性が不快に思うであろう行為によって害されないといった、男性に対する誤ったイメージをも生じさせると指摘する。*Id.* at 1434.
- (30) *Id.*
- (31) もっとも、Cahnはこうした「通常の女性」基準の孕む問題を承認しながらも、「その誤った解釈の可能性にもかかわらず、通常の女性基準は、裁判官や陪審員に、女性の活動と彼女たち自身の期待に関する異なったジェンダーイデオロギーのインパクトを認識することを促す」と述べ、結論として、「通常の女性基準は、単なる『合理性』に基づく他のいかなる定式化よりも優れた代替策である」とする。*Id.* at 1434-1435.
- (32) Kathryn Abrams, *New Jurisprudence of Sexual Harassment*, 83 Cornell L. Rev. 1169, 1186 (1997-1998).
- (33) *Id.* at 1177.
- (34) *Id.* at 1177-1178.
- (35) *Id.* at 1178.
- (36) Mayo Moran, *The Reasonable Person: A Conceptual Biography in Comparative Perspective*, 14 Lewis & Clark L. Rev. 1233 (2010).
- (37) *Id.* at 1271-1274.
- (38) *Id.*
- (39) *Id.*
- (40) この両論者の認識を裏付けるような議論もなされている。Elizabeth L. Shoenfeldt は、SH事件における事実の認定者らが、実際に、SHとして争われる言動の審査における「通常人」基準と「通常の女性」基準の使用如何によって、彼らの「視点」を変化させるのかという問題について、大学の学部生を対象とした実証研究を行った。調査結果は、男性に比して、

女性の方が問題となる言動をハラスメントと認識する傾向が強いことを示したが、しかしながら、「通常の女性」基準を用いるのか、あるいは「通常人」基準を用いるのかにより、事実の認定者の「視点」が変化することはないことが示された。とはいえ、Shoenfeltは、法システムが女性の視点を考慮する基準を包容することは望ましいことであり、「通常の女性」基準に含意される女性の主観の正確な評価という目的自体は放棄されるべきではないとする。故に彼女は、「通常人」基準をより実際のSH被害者女性の視点を反映したものへ匡正するために、例えば、男性の陪審員が、SHへの視点に影響を与える可能性のある女性の経験に關し十分に情報を与えられるようなガイドラインを策定するというAbramsの主張に同意す<sup>20</sup>。See Elizabeth L. Shoenfelt; Allison E. Maue; JoAnn Nelson, *Reasonable Person versus Reasonable Woman: Does It Matter*, 10 Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L. 633, 658-670 (2002).

(41) Ann C. McGinley, *Reasonable Men*, 45 Conn. L. Rev. 1 (2012).

(42) *Id.* at 27.

(43) *Id.*

(44) *Id.* at 34.

(45) *Id.* at 35.