

マッキノン

『セクシュアル・ハラスメント・オブ・ワーキング・ウイメン』

【男女の働き方】

山崎 文夫

1 本書の趣旨・構成

本書は、アメリカ合衆国のフェミニストによりセクシュアル・ハラスメント (sexual harassment) という言葉が考案された1970年代末年に刊行されたもので、著者キャサリン・A・マッキノン (1946年生, 1977年イェール大学ロースクール卒) が、セクシュアル・ハラスメントは1964年公民権法第7編の禁止する性差別に当たるとの理論構築を試みたものである。

この言葉は、最も広い意味では、望まない性的行為や社会的に望ましくない性的行為を意味するが、そのような行為は、それまでにも存在した。しかし、それらを的確に表現する言葉が存在しなかったため、それらが文字通り語られることはなかった。この言葉は、それらに関する女性の感覚に適合し、それらの否定的評価を的確に伝えるものであったため、普遍的に共有された社会的定義として、それらをめぐる議論を可能にしたのである。

本書は、法律家及び一般読者向けに書かれたもので、7章と2補論からなる。

第1章「序」で、著者は、セクシュアル・ハラスメントとは、最も広い定義では、不平等な権力関係の文脈において望まない性的要求を押し付けることであるとしたうえで、本書は、働く女性へのセクシュアル・ハラスメントは、法的には雇用上の性差別であると主張するものであるとする。

第2章「女性の仕事」は、女性労働者は水平的職務分離、垂直的階層化、収入の不平等につきまといわれ、セクシュアル・ハラスメントは、こうした具体的文脈のもとで生じ、直接それに関係しているとする。

第3章「セクシュアル・ハラスメント：経験」は、セクシュアル・ハラスメントを経験した女性の報告を分析し、それが広範囲にさまざまな女性に生じているということは、それが女性という性別のゆえに生じているという分析を裏付けるとしたうえで、女性の経験は、二つの類型に分けることができ、第一の類型は、

性的応諾が雇用機会と交換される対価型と呼ばれるものであり、第二の類型は、セクシュアル・ハラスメントが持続的な職場環境になる場合に生じるとする。

第4章「セクシュアル・ハラスメント判例」は、セクシュアル・ハラスメントという経験は法的主張になったとし、職場におけるセクシュアル・ハラスメント問題を提起した1970年代の初期下級審判例を検討して問題点を抽出する。

第5章「法的文脈」は、性差別に対する連邦最高裁判所のアプローチを分析し、セクシュアル・ハラスメントを性差別と構成する可能性を探る。本書は、黒人の経験が差別概念の意味を形成してきたとする。

第6章「性差別としてのセクシュアル・ハラスメント」は、刑法、不法行為法等の差別禁止法以外の法的アプローチ (不法行為アプローチ等) を検討し、基本的に伝統的法理は男性による女性の性的取扱いの社会的現実の概念的に不適切で、事実構成全体に適合せず、適切な救済へのアプローチもないとし、刑法は一般的に女性の性的被害に同情的ではなく、不法行為法はセクシュアル・ハラスメント自体を不法行為とする規定がなく、女性のセクシャリティ被害を女性の社会的状況の文脈から引き離すという点で概念的に不十分であるなどと批判したうえで、セクシュアル・ハラスメントは公民権法第7編の性差別であるとの新しい主張 (性差別アプローチ) を展開する。

第7章「結論」は、以上に検討したことから、セクシュアル・ハラスメントは性差別であるとし、性差別禁止法の意義を強調する。

2 アメリカ連邦最高裁判例等の展開

アメリカ連邦最高裁は、1986年のヴァインソン事件判決で、人種、宗教、性、出身国を理由とするハラスメントを公民権法第7編違反とする下級審判例及び第7編の履行執行機関である雇用機会均等委員会 (EEOC) のガイドライン (1980年) を参照しつつ、監督者が部下の性のゆえに部下にセクシュアル・ハラスメント

するとき、監督者が性に基づいて差別することに疑いはないとし、セクシュアル・ハラスメントが公民権法第7編の禁止する性差別に当たると判示した。この判決には、代理人の一人として関わったマッキノンの本書に示された学説の影響が強いと評価されている。

ただし、その後の連邦最高裁判例（講学上通説的地位を占める）は、必ずしもマッキノン（1989年ミシガン大学ロースクール教授）の主張に沿ったものではない。

1993年のフォークリフト・システムズ事件判決は、環境型セクシュアル・ハラスメント成立の程度について、合理的人間が敵対的又は濫用的と認識するものという合理的人間基準（reasonable person standard）を採用し、合理的女性基準（reasonable woman standard）を採用しなかった。本書は、慣行としてセクシュアル・ハラスメントは女性だけを対象とするとするが、その具体的な認定基準には言い及んでいない（C. A. Mackinnon, *Sex Equality*, Foundation Press, 2001. は、合理的女性は合理的人間ではないのか？ 合理性には民族人種、年齢、精神身体障害その他の当該特性が反映されるべきでは？ とする）。

本書は、ゲイ・セクシュアル・ハラスメントはセクシュアル・ハラスメント裁判では公然と議論されることのない問題であるとしたが、1998年のオンクル事件判決は、男性間（同性間）セクシュアル・ハラスメントを公民権法第7編の性差別に当たると判示した。マッキノン2001年前掲書は、全当事者がゲイでない同判決はゲイやレズビアンへの権利確保のために性差別法理を適用する可能性を含むのでは？ とする。

本書は、性別役割論に結び付いた性別ステレオタイプ論はセクシュアル・ハラスメントの分析に必ずしも適切なものではないと評価したが、アメリカで1980年代に言葉が生まれたジェンダー・ハラスメント（性別役割の強制）は、連邦最高裁がセクシュアル・ハラスメントを性欲に関連する行為と捉える判断枠組みを採用しているため、それとは別個の性差別問題として理論構築されている。ただし、実際の環境型ジェンダー・ハラスメント判例はそれほど多くはない。

本書の時代とは異なり、1998年のバーリントンインダストリー事件判決とファラガー事件判決は、公民権法第7編の目的はセクシュアル・ハラスメント防止と使用者の対応促進にあることを明らかにし、使用者が禁止ポリシーの策定及び効果的な苦情処理手続創設

等の措置をとることは環境型について使用者の免責抗弁になると判示して、企業内ハラスメント防止を推進している。

このような状況の下、マッキノンは、2004年に編者として、多様な学説を収録した論文集、Catharine A. Mackinnon and Reva B. Siegel (eds.), *Directions in Sexual Harassment Law*, Yale University Press, 2004. を刊行した。

その後、セクシュアル・ハラスメント問題は、トランスジェンダー問題に及ぶ。2020年ポストック事件判決は、労働者がホモセクシュアルやトランスジェンダーであることを理由とする解雇は性差別に当たるとしたが、セクシュアル・ハラスメントに関わるものではない。連邦控訴裁判所レベルでは、トランスジェンダーの性自認トイレ使用は環境型セクシュアル・ハラスメントに当たるとの主張に対して、不適切な行為を伴わないトイレの通常の使用はそれに当たらないと判断されている。この問題等について、連邦最高裁の判断が待たれる。

なお、公民権法第7編の「性」を「性（性的指向及び性自認を含む）」に改正する2021年平等法案は連邦議会上院で廃案となった。英米法国であるイギリスの2010年平等法では、性、性的指向及び性別適合は別個の差別禁止事由（保護特性）とされており、トランスジェンダーによるトイレ等の女性スペース使用問題は、性別適合差別（gender reassignment discrimination〔性同一性障害差別〕）の例外（exceptions）として、関係者の利害のバランスをとったケースバイケースの解決とその十分な理由を示すことが促されている。

3 マッキノン学説とわが国の現状

わが国では、マッキノン学説の影響が強い。その影響の下、女性研究者や弁護士等が1992年福岡セクハラ事件判決に直接関わるなどして以来、わが国の法理構築に貢献してきたことは周知のことである。

しかし、独仏法の影響が強い大陸法系であるわが国では、アメリカ公民権法のような英米法系の高額な懲罰的損害賠償制度を備えた差別禁止法が存在せず（わが国は損害填補のための填補損害賠償制度）、セクシュアル・ハラスメントを民法709条の人格権侵害の不法行為として理論構成して損害賠償を請求し、労働契約法理により被害者の雇用保護が図られるなどして

きており（筆者はこれを人格権アプローチと呼ぶ）、しかも、合理的理由に基づく差別は差別ではないとの法的な差別の基本的理解が国民の間に普及しておらず、もともとフランス同様セクシュアル・ハラスメントが性差別との考えもないことから、性差別禁止規定を含む男女雇用機会均等法の存在にもかかわらず、それを違法な性差別として立法化する具体的手順は進んでいない。均等法を差別禁止法とする学説もあるが、セクシュアル・ハラスメントに関する同法11条は、後述のように性差別禁止の法形式になっていない。

また、同法11条は、セクシュアル・ハラスメントを性欲に関連する行為に限定するが、国家公務員の人事院規則10-10では、それにジェンダー・ハラスメントが含まれており、法令上その定義に齟齬がある。

さらに、ハラスメントは本来反復性を有する行為というが、マッキノンが本書で、採用や雇用維持や昇進の条件として性的行為を要求するなどの対価型の重大な行為を例示して、1回の行為でもセクシュアル・ハラスメントになり得ると主張したことがわが国に紹介された際に、1回の行為でも行為の重大性に関わらずセクハラになるとの誤解が世間に流布してしまい、その定義があいまいな状況が生まれている（他のハラスメントについても同じ）。

均等法11条は、セクシュアル・ハラスメントを性差別と規定するものではなく、雇用管理によるその防止のために、指針でセクシュアル・ハラスメントには性的な言動に対する労働者の対応により労働条件につき不利益をうけるもの（対価型）と性的言動により就業環境が害されるもの（環境型）があるとの幅広い定義（被害者の性的指向又は性自認にかかわらず同性に対するものも含む）を定め、事業主（使用者）に雇用管理上の措置義務を課し、①セクシュアル・ハラスメント禁止の企業方針策定・従業員への周知啓発、②相談窓口設置等対応体制整備、③当該事案に対する迅速・公平な対応、④当事者のプライバシー保護・不利益取扱禁止を義務付けている。この措置義務は、国に対する公法上の義務として法政策上の目的を達成するための手段実施を事業主に義務付けるもので、主として行政による指導の根拠となる義務である。その違反に損害賠償等の民事責任はない。ただし、使用者は、措置義務を尽くしていれば、実務上事業に関連した従業員のセクシュアル・ハラスメントについて連帯責任である民法715条の使用者責任を免れる可能性が高く

なる。

労働施策総合推進法30条の2（2019年）は、パワーハラスメント防止に関する事業主の措置義務を定め、同時改正により、均等法11条の2は、妊娠出産に関するハラスメント防止の措置義務を定め、育児介護休業法25条も、育児休業に関する同防止の措置義務を定める。これらの義務の内容は、基本的にはセクシュアル・ハラスメントに関する措置義務に合わせたものである（民事責任追及もセクシュアル・ハラスメントに同じ）。

これらの規定は、違反行為に対して懲罰的損害賠償による民事制裁（公民権法第7編では被害者1人当たり上限30万ドル）や刑罰を伴う法（ハードローと呼ばれる）に対比して講学上ソフトローと呼ばれるが、ハラスメントの定義はその防止のためのもので、ハードローに比べて厳格ではない。ただし、アメリカのほか、イギリス、フランス、ドイツの法律も企業内ハラスメント防止を推進しており、これらの規定の内容が特異なわけではない。

しかし、優越的地位を背景とする言動とされるパワーハラスメントは、業務指導に関わるわが国独自の概念であり、性や人種など本人が変更できない生来の属性に基づくハラスメントとは異なり、差別禁止法による規制になじまない事柄である。

しかも、推進法30条の2の指針は、優越的地位を背景として、相手の性的指向・性自認に関する侮辱的な言動を行うことと、性的指向・性自認の機微な個人情報に当該労働者の了解を得ずに他の労働者に暴露することも、パワーハラスメントに該当するとする。前掲人事院規則10-10は、均等法とは異なり、性的指向や性自認をからかいの対象とすることをセクシュアル・ハラスメントに当たるとし、パワーハラスメントに関する人事院規則10-16も、職務に関する優越的な関係を背景として行われる性的指向又は性自認に関する偏見に基づく言動は、パワーハラスメントにも該当するとする。これらは、パワーハラスメントの定義があいまいなうえに、ハラスメントを含む性的指向差別や性自認差別は法的に性差別とするか、性的指向差別や性別適合（性同一性障害）差別とするかという基本問題が未解決であることに由来するものである。

性同一性障害については、最高裁に上告中の経済産業省事件で、性別適合手術と家庭裁判所の審判を受けず身体的・法的に男性で性自認が女性の性同一性障害

トランス女性 (MTF) による職場女性トイレ使用の可否と態様が争われており、すべての人にある性自認に基づいた性別で社会生活を送る法的利益について生来女性とトランス女性間の法的利益の調整が問題となっている。

ハラスメントについては、イギリスの1997年ハラスメント規制法、フランス刑法典のセクシュアル・ハラスメント罪やモラルハラスメント罪、ドイツ刑法典のセクシュアル・ハラスメント罪、いたずら電話や迷惑行為等の比較的軽微な違法行為を対象とするアメリカ各州のハラスメント規制法 (いずれも1~2年の拘禁刑) のような刑事規制が考えられる。そのためには、罪刑法定主義により犯罪及び刑罰は厳格かつ明確に規定されなければならないことから、ハラスメントの明確な定義が必要となる。わが国では、2022年、公然と人を侮辱する行為に関する刑法の侮辱罪が改正・施行され、刑罰が拘留 (30日未満) 又は科料 (1万円未満) から懲役1年以下又は30万円以下の罰金に引き上げられた。同罪はSNS上の行為が改正の契機となったが、名誉毀損罪とは異なり人の名誉の毀損を要件とせず、名誉毀損罪とともにセクシュアル・ハラスメントや他のハラスメントに適用になる。

4 女性活躍と今後の課題

本書が刊行されてから44年が経過した。わが国や欧米諸国では、セクシュアル・ハラスメントに関する法整備はかなり進んできた。しかし、上述のように、本書の前提とは異なる状況が生じており、本書を超える研究や法整備が必要な時代になっている。特にわが国では、ハードローの制定が見通せない中、ソフトローによるハラスメント規制は混迷している。

現在のわが国では、法制審議会で見直しが検討されている刑法の性犯罪規定改正が注目される。2017年刑法改正により監護者等強制性交等罪は創設されたが、上司・部下、教師・学生、スポーツ指導者・選手間等の優越的地位を用いた性的行為を処罰する改正は見送られた。また、フランス刑法典やドイツ刑法典、アメリカのモンタナ州等の一部の州にみられるように、強制わいせつ罪等の暴行・脅迫要件に強制 (優越的地位利用等) や不意打ちを加えて性犯罪の構成要件を緩和し対象範囲を広げる改正も行われていない。セクシュアル・ハラスメント罪創設は、その先である。

アメリカでは、性犯罪規制は州法の管轄で規定は州

により異なり、改正が難しい州もある。また、本書が指摘するように、当時の刑法は一般的に女性の性被害に同情的ではなく、民法709条の不法行為の一般規定を柔軟に活用して被害者を救済するわが国とは異なり、セクシュアル・ハラスメントについて個別不法行為類型の要件が厳格で使い勝手が悪いうえ、使用者責任も争われており、解雇自由のもと雇用保護もないため、被害救済のためには、それを公民権法第7編の性差別として理論構成しなければならなかったという事情もある。

アメリカとわが国では、セクシュアル・ハラスメントを規制する方向に違いはないが、英米法系と大陸法系という法制度の違いがあり、アメリカの性差別法理や法規定をそのままわが国に移入することは難しい。ILO暴力ハラスメント条約 (2019年・日本未批准) も、批准国がいかなる法的アプローチを採用するかを規定しておらず、わが国は、他国の状況を参照し、独自の法整備を図っていくしかない。

本書は、法制度の違いから読みにくい点があり、わが国では本書の論評が少なく当時の理論状況が理解困難な点もあるが、1990年代のフェミニズム内批判 (参考文献コーネル、池田参照) は批判として受け止め、セクシュアル・ハラスメントは性差別との著者の主張を掴むことをお勧めする。本書は、現在のハラスメント法理の出発点を示すものである。

MacKinnon, Catharine A. (1979) *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, Yale University Press. (=1999, キャサリン・A・マッキノン/村山淳彦監訳『セクシャル・ハラスメント・オブ・ワーキング・ウイメン』こうち書房)

参考文献

- 池田弘乃 (2009) 「セクシュアル・ハラスメント再考」 関修・志田哲之編著『挑発するセクシュアリティ』新泉社。
 ドゥルシラ・コーネル/仲正昌樹監訳 (2006) 『イマジナリーな領域』御茶の水書房。
 職場での性的いやがらせと闘う裁判を支援する会 (1992) 『職場の常識が変わる——福岡セクシュアル・ハラスメント裁判』インパクト出版会。
 山崎丈夫 (2004) 『改訂版セクシュアル・ハラスメントの法理』労働法令。
 —— (2013) 『セクシュアル・ハラスメント法理の諸展開』信山社。
 —— (2019) 「各国ハラスメント法制とわが国の現状」『日本労働研究雑誌』No. 712, pp. 64-75。

やまざき・ふみお 平成国際大学名誉教授。主な論文に「トランス女性と女性スペースの法理」『平成法政研究』27巻1号, pp. 207-234 (2022年)。労働法専攻。