



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	セクシャル・ハラスメントの不法行為評価 (2・完)
Author(s)	和田, 美江; WADA, Yoshie
Citation	北大法学論集, 53(6), 251-305
Issue Date	2003-03-20
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15190">https://hdl.handle.net/2115/15190</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	53(6)_p251-305.pdf



# セクシユアル・ハラスメントの不法行為評価（二・完）

和田 美江

## 目次

- 一 問題の所在―性的関係を巡る問題群におけるセクシユアル・ハラスメント事例の位置
- 二 セクシユアル・ハラスメントの判決例の検討
  - 1 福岡セクシユアル・ハラスメント訴訟
  - 2 その後の判決例の検討―セクシユアル・ハラスメントの事実認定の困難性

3 不法行為の構成要件の検討―不法行為の成立

4 不法行為が否定された事例

5 小括

三 学説の動向分析―セクシユアル・ハラスメント概念の摂取と人格権論

1 フェミニズムとセクシユアル・ハラスメント

2 わが国における学説の推移―その一「セクシユアル・ハラスメント」の上陸（生成と展開）

3 わが国における学説の推移―その二「人格権」の変遷

I 戦前の人格権論

II 戦後の人格権論

(1) 人格的利益

(2) 人格的利益の侵害

4 わが国の学説の動向―その三「人格権」論の現代的展開

I 差止め請求権として「人格権」の再評価

II 名誉とプライバシー

III 人格権の現代的意義

5 小括

四 セクシユアル・ハラスメントの不法行為の再構築（私見）

1 序―セクシユアル・ハラスメントの権利侵害性

2 性的自由の人格法的概念の検討

I 権利侵害要件の再評価

II 「性的自己決定権」概念の是非

III 人格権としての「性的自由」領域の保護

IV 「意思」の捉え方―自律的人間観から相互関係的人間観へ

(以上前号)

V 性的自由における平等性

3 「性的自由」侵害の評価基準及び立証問題

4 「性的自由」侵害の法的救済

5 派生的問題

6 小括

五 結語

（以上本号）

4 わが国の学説の動向―その三「人格権」論の現代的展開

I 差止め請求権として「人格権」の再評価

わが国の戦後の人格権保護は判例でもドイツやアメリカのよ  
うに活発にならず、学説においてもその意義が積極的<sup>(99)</sup>に論じら  
れることも少なかった。しかし特筆すべきは、公害訴訟を通じ  
て人格権概念が差止め請求権として再評価されてきたことであ  
ろう。大阪国際空港事件一・二審判決（大阪地判昭四九・二・  
二七判時七二九号三頁、大阪高判昭五〇・一一・二七判時七九  
七号三六頁）や「北方ジャーナル事件」最高裁大法廷判決（最  
判昭六一・六・一一民集四〇巻四号八七二頁）などでは人格権

に基づく差止め請求権が認められている。人格権の特殊性から  
侵害の不可逆性を重んじ、物権に類似する排他性を有する強い  
権利性が必要であることが承認されてきた。わが国の損害賠償  
法では比較的厳格な金銭賠償原則が貫かれていた（民法七二二  
条一項、四一七条）ので、戦前の人格権論を通じてもおお、有  
形損害や無形損害をどのように客観的な金銭評価に換算するか  
が大きな関心事であったといえよう。そしてこの点に関しては  
交通事故の損害評価を通じて一定程度は逸失利益算定法などで  
損害填補の標準化を形成してきたといえる。しかし、公害のよ  
うな継続的かつ慢性的な環境および健康被害は従来の不法行為  
法では限界があり、被害救済が損失填補にならない現象であ  
り、法的処理に発想の転換が迫られたといえる。そもそも損害

をすべて財産的損害もしくは経済的不利益にいわば「擬制」していた近代法の損害論に重大な反省を突き付けたといえよう。

従来的人格権が財産権中心の法解釈に合わせるため、侵害される経済利益の画定や現実の経済的損失の擬制に腐心してきた一方で、人格権の特徴である非財産的な損害をどう画定し、どう金銭評価することが可能であるのか、また不可逆的な人間の苦痛が果たして賠償金の支払いで十分救済され得るのか、という重大な論点が浮上していたのは確かである。しかし、大阪国際空港事件では最高裁（最大判昭五六・一二・六民集三五卷一〇号一三六九頁）で差止め請求は認められず、その後、生活利益の侵害を理由に損害賠償を認めた国道四三号線交通公害事件（最判平七・七・七民集四九卷七号一八七〇頁）でも「違法段階説」が採られ「差止めを認容すべき違法性」は認められず、厳格な原則金銭賠償救済が採られていた。

ただし、公道通行権事件（最判昭三九・一・一六民集一八卷一号一頁）では、住民が自分の生活上欠かすことのできない行動を自由に行うことのできる「自由権」は私法上の保護が与えられるべきことと確認されており、最判平九・一二・一八（民集五一卷一〇号四二四一頁）に至り、前記の趣旨を適用し、<sup>(100)</sup>建築基本法上の指定道路（建基法四二条一号五号道路）の通行者

は妨害排除と将来の妨害行為の禁止を求める権利を人格的権利として有すると明示的に認められている。通行権は本来公法の反射的利益なのであるが、「生活の本拠と外部の交通は人間の基本的生活利益に属するものであって、これが阻害された場合の不利益には甚だしいものがあるから、外部との交通についての代替手段を欠くなどの理由により日常生活上不可欠なものとなった通行に関する利益は私法上も保護に値するといふべきである」と説明されている。「自由権」的構成により人格的権利を認め、さらに差止めの効果を認めているのは注目すべきであると思われる。

## II 名誉とプライバシー

著名人のパブリシティの権利や人格権から派生された無体財産権なども人格的側面というよりもその経済的側面が保護の目的になっている。このような側面は、古くから不法行為上の保護を受けている。「名誉権」の解釈にも、また現れている。名誉毀損はローマ法のインユリア (injuria) 訴権から見られ、それを継受する形でドイツ・スイスなどで人格権となって保護され、英米法では不法行為の一類型となって発展してきている。わが国も民法七二〇条に「名誉」が不法行為法上の保護を受けるこ

とが明記され、判例は名誉の保護に努めてきた。制定当時はまだ個人の人格的利益への配慮が希薄であったことと、その後権利要件が薄らいだこととの関連だろうが、主として個人の帰属する社会集団（前近代的な「家」など）の財産的価値が次々と「名誉」の保護に包摂されていった。<sup>(10)</sup> 名誉概念そのものが閉鎖された社会集団の対外的信用と同視されるにつれ、そこで換算される財産的利益が保護されてきた。現在でも名誉権の侵害は相手の社会的評価を低下させる行為であるのが通説・判例の支持するところであり、単に主観的な名誉感情の侵害はプライバシーの問題となっている。前述したようにセクシュアル・ハラスメント訴訟において、加害者側が名誉毀損で訴訟上争ったものが意外に多い。<sup>(10)</sup> これは、加害者に社会的地位あるいは社会的評価の高い人物が多く、対外的信用失墜を恐れることの裏返しでもあるが、それはすなわち、客観的なセクシュアル・ハラスメントの違法性（社会的非難性）を認識し、噂によって容易に自己の客観的評価が貶められることを自覚していることの証左である。しかし、行為の非公然性ゆえ目撃証人が出ないことを奇貨とし、自己の社会的地位を利用して相手を威嚇し、被害者の正当な救済手段を封じ込めようとしがちなのは大阪府前知事のセクハラ騒動で十分知られているところである。

翻って被害女性のほうは人格的利益である精神的側面の損害が圧倒的に大きなウエイトを占める。セクシュアル・ハラスメントは被害者の主観的名誉感情その他の人格権が侵害されることは明らかである。どちらかというと被害女性においてはプライバシーの侵害に親和的のようである。プライバシーは民法の七一〇条に含まれる個別的人格権の一つと考えられてきている。「名誉」とよく並び称せられ、最近では情報社会の表現の自由による侵害という同一平面で「名誉」と併せて一まとめに論ぜられ<sup>(10)</sup>、そのため「名誉」と「プライバシー」概念が重複される場面も多く、両者の法概念の区別は曖昧であり、プライバシー概念自体への否定的懐疑も出されている。<sup>(10)</sup>

しかし、両者の異同は早くから指摘され紹介されている。<sup>(10)</sup> プライバシーの権利が新しく主張された頃、以前から存在する名誉毀損法を援用しそこから示唆を与えられてきたことは否めず、両者は極めて密接に関連しているのだが、飽くまでも区別すべき点があるという。第一に名誉毀損は第三者の評価を介しての侵害であるが、プライバシーは第三者の評価は無関係である。極端な場合には第三者からの評価を高めても、私事の暴露によって精神や感情に苦痛を受ければ、権利侵害になる。このように第三者との関係が切断され、個人の内面的感情に重点を置

点において、名誉権よりも「純粹の人格権たる性質」を有しているという。第二の点は名誉毀損では、公表した事実の眞実性が免責要件であるが、プライバシーの場合は、公共の利害に關わらない範囲では、眞実かどうかは不問であり、私事の公開によつて受けた精神的苦痛が救済されるのである。「名誉毀損法では現代の社会的要求を満たすことができないところから成長してきたのが、プライバシーの権利」であるという。そして、このプライバシー概念を放棄しては、それによつて保護される利益の解明がおぼろりにされる恐れがあるとも指摘されていた。

名誉毀損では救済され得ない名誉感情の侵害を明確にし、プライバシー侵害の問題として救済される可能性があるということだろう。しかし、そのような個人の感情や、精神の平穩という個人的主観が法においてどう評価され得るかは依然未解決である。

わが国のプライバシー権は「一人にしておいてもらう権利」あるいは「私生活を覗かれない権利」「私事を公開されない権利」と一般に承認されている。これは一方的な加害行為からの私的領域（秘密領域）保護の消極的側面である。最近は「自己に關する情報の流れをコントロールする権利」のように、情報化社会において情報開示の自己決定を保護しようとする積極的

側面が有力である。さらに近時は「評価からの自由<sup>(10)</sup>」という、プライバシーの内実を他者ないし社会の評価を受けずにすむところにあるとする見解も有力に主張されている。これはそのような評価からの自由領域が認められることによつて、個人の精神的健康と自律を維持し、多様な個性を持った「個人」であることが可能になるという考えに基づく。セクシュアル・ハラスメントの被害者の被侵害利益は、このようなプライバシー権にヨリ親和性があるといえないだろうか。

### Ⅲ 人格権の現代的意義

人格権はその多義性ゆえに歴史的には所有権ほどの定型化された強い保護を得てこなかったが、最近は人格権を憲法一三条に基礎を有し、生命・身体・健康だけではなく、個人の自律、個人の行動の自由、思想・信条の自由の保障や個人の私的領域の保護に資する私権としての性質を積極的に認めようとする見解が台頭してきている<sup>(10)</sup>。これは財産権優位の近代法の枠組みに對する一種のアンチテーゼになるが、個人の主観を尊重する社会的価値の共有なくしては法的実現が難しい。財産優位傾向の現在の法解釈では、常に強い財産権保護が優遇され、弱い人格的利益の保護は法の末端におかれる、いわゆる社会機能優先秩

序が常態である。巨大企業の出す公害や国家事業における生活妨害が公共の福祉や受忍限度論によって違法性が認められにくい法秩序をなし、財産的価値として以前から認められている生命・身体・健康などの有形損害が顕著になって、漸く差止めが認められる違法段階論が判例である。このような「許された危険」の法解釈の下では身体を犠牲にしなければ、加害行為の違法性を社会的に認知させられず、妨害排除請求もなし得ない。

しかし、身体は財産的側面を持つていると同時に非財産的犠牲を経済的に填補されても、精神的苦痛の回復は経済的便益性とは質的に明らかに異なる。経済的便益とは質的に違う人格的利益をないがしろにしてきた財産法は、肉体的・精神的側面にも重大な関心を寄せ始めた現代人の支持がもはや得られ難くなっているのは当然の帰結といえるだろう。最判平成一二年二月二十九日判決（民集五四卷二号五八二頁）では宗教的信条に反する輸血につき人格権侵害の不法行為が成立した。原告Aはエホバの信者であったのだが、輸血を拒否する明確な意思決定は「人格権の一内容として尊重されなければならない」と判示されている。医療側は輸血の必要の説明を怠ったことで、Aが輸血を伴う可能性のある手術を受けるか否かの意思決定をする権

利を奪った点において精神的苦痛を慰謝すべき責任を負うものとするのである。医療行為の有用性の当否以上に、個人の肉体的・精神的側面における人格的利益そのものの重要性を法益とし、それを侵害する行為は是認されないことを法の判断の下に宣言している。人格権は、財産権が外部の経済利益を自己に帰属させる支配的意思（権利）を保護するのとは違って、社会的コンテクストをとりこんだ生活過程における自己に内在する権利保持の状態という側面が強い。財産的権利の帰属・移転の保護と人格的権利の自己内在的利益の状態保護とを同列には扱にくい。両者の「権利」の質の違いを理解し、後者独自の重要性を価値共有する社会規範の形成なしには、今後も人格権の発展は期待できない。人格権の重要性を説いてきた五十嵐教授や斉藤教授らにしても財産権偏重の法の壁は厚かったに違いない。近年は、所有権においても人格的側面を重視する人格的所有権理論の展開が試みられ、法制度全体に人格的利益の側面を重視し、財産法「所有法」の修正の必要が有力に論じられてきている。市場システムの背景をなす共同主義的側面にも人格的所有論は基礎付けられていることを説いたり（吉田邦彦教授<sup>(10)</sup>）、人間的共感を重要視する共同体的正義観が構想されたり（棚瀬孝雄教授<sup>(11)</sup>）、「公序良俗」の再評価がなされたりして（山本敬三

教授<sup>(12)</sup>、民法の権利論の解釈に関し、その根底の個人主義的価値観に揺さぶりをかけ始めている。確かにわが国でも臓器移植法の国内世論の混迷に始まって、代理母や精子バンクの可能性など、端的に所有の財産的側面と人格的側面の交錯が随所に見られるようになった。もはや財産権と人格権の峻別論は機能しにくくなり、財産権の随所にどのような人格権が保護されているのかを問うことが必要とされてきている。本稿のセクシュアル・ハラスメントにおいても、労働権という一見財産に直結する権利の保護を通して、あるいは教育を受ける権利という将来の職業に直結するいわば学生の財産的権利の保護を通して、どのような人格権が保護されているのかが問われなければならず、そこに、権利侵害救済の意義が強く現れてくるものと思われる。

## 5 小括

「1」セクシュアル・ハラスメントを、特に個人間の問題にとどめず、広く労働環境問題と捉え使用者責任を緩やかに認める方向で学説は一致している。更に、セクシュアル・ハラスメントを温存させ、または放置したことを、会社独自の不法行為責任や契約責任の構成によって直接に認めようとしている。アメ

リカ生まれ概念であるから、雇用上の性差別であることは十分検討され、米国では広く承認されていることである。しかし、わが国は差別法という包括的な立法をまだ持っていない国の一つである。迂遠だが不法行為法によって、既存の枠内でできるだけ範囲の救済方法を構築しなければならない。またセクシュアル・ハラスメント問題は職場に限定されることなく大学でも起こることから、職場を離れても十分に対応できる法構成が望まれる。その手掛かりは恐らく「人格権の侵害」であろう。「権利侵害」構成によって「違法性」構成では防衛できなかった「権利」の完全性を確保し、加害行為の不作為義務を構築する可能が生まれてくる。人格権のような不可逆的被害の救済には望ましい方向である。判例でも、そのような人格権の特質を考慮して、それに基づく差止めが認められ、強い権利性を発揮することとは確立されている。人格的利益の不可逆性は公害訴訟を通じて大きな社会問題として現れ、人格権の重要性は近時ますます注目されてきている。さらに、人格権の大きな柱である精神的利益が物質的利益とは違う独自の価値を持つことに鑑み、その重要性を法的に評価しようとするのも現代的要請である。民法七〇九条の「損害」要件自体、精神的損害を認めるための挿入であったとされ、実務においても、被侵害利益が人格的利益で

ある場合、不法行為の成否判断の利益衡量を行う前に保護法益の権利性を吟味し、権利性が認められてから後に、行為態様と相關考量する順序を守り、裁判を通じて弱く新しい人格的権利の主張を明確化する作業をしている。しかし、それでも無形の人格的利益は明確な画定が難しいといわれ、権利として認めることに学説では慎重論が多い。ただし、人格権の明確化の努力を積極的に評価しようとする学説も出てきているのは、これまで述べてきた通りである。

〔2〕人格権の権利性の不確実性を克服するには、被害者にどのような損害が生じているかを明確にすることであろう。損害の内容を明確に理解してこそ、どのような賠償が相応しいのかを検討する余地がある。折しも、現代は人格的価値の重要性が台頭し、財産的価値を超えた人格的価値の尊重が要請されてきている。現在のところ、人格的価値の法的承認は、生命や身体の有形損害に限定されているが、環境権の主張などを通じて生命や身体の有形損害を予防する人格的権利尊重のための「権利侵害」構成の試みが続けられている。健康被害のような有形損害に至らずとも、無形損害からも人格を保護しようというのであろう。すなわち、無形損害も重篤な健康被害に通ずる前有害損害であり、有形損害回避のためには無形損害保護に目を向け

ることが重要であり、無形損害回避のためには個人レベルの「権利」ではなく、社会的コンテクストにおける「権利」の把握からのアプローチが欠かせない、ということになる。例えば、生活妨害などは「環境」という広域の自治領域から目を背けることはできず、環境に育まれている非代替的人格の利益を人格の権利と捉えるなど、共同体的生活領域との強い関わりを法解釈の中に取り込む可能性を示唆することにより、「権利」の明確性において経済的社會秩序の機能法という変則的な近代法を乗り越えようとする契機が伏在していることを示している。

さて、民法七一〇条によつて精神的損害の請求が認められるとはいえ、無形損害のみを賠償請求するのは範囲の画定と金銭の換算が困難なため、戦前からの人格権法による努力にも拘らず法的に承認されにくい。「名譽」による損害賠償も古くから有形的な財産損害に限定的に換算されており、現在でも社会的評価の低下を伴う損害に限られている。そこで無形損害の救済を目的として、その間隙を埋めるために発達したのがアメリカ法のプライバシー権である。プライバシー権は第三者の評価とは無関係であり、他人からの干渉を排除する趣旨の権利である。わが国にも「一人しておいてもらう権利」として紹介され、判例に定着した権利であるが、やはり表現の自由との兼ね合い

で「名誉」とともに、微妙な緊張関係を孕んでいる。ともあれ、無形損害の救済は、その方法論からして法的には未成熟・未発達なままであることは確かである。

〔3〕しかし、セクシユアル・ハラスメント被害者の不可逆的な精神的苦痛からの解放には、物質的な財産中心の法解釈から脱却して人格的利益である「人格権」の十全性に注目する価値の転換が必須である。それには法制度全体に対する人格的利益を重要視した解釈の修正が施されなければならず、また近時の学説においても連綿とそれが有力に主張されつつある。他方、社会的コンテクストの絡みからの要請として、性における人格形成への強い影響を社会的理解として共有されなければならぬ。

セクシユアル・ハラスメント被害者の精神的苦痛は意に反する性的侵害に対してであるが、苦痛こそが人格権侵害の現れであるから、意に反する性的侵害が禁止されない限り、不可逆的な人格権侵害は継続されることになる。歴史的に不可視化されてきた女性の性被害は、加害者および被害者の互換性のある二者間の紛争ではなく、社会的経済的に優位な男性と劣位な女性間における互換性のない性的侵害である。事実上不平等な二者間の人権侵害は常に優位な者の侵害が継続する。当事者間の内部的解決が不可能である限り、外部からの矯正的配置によ

る救済の実現が必要である。人格権を侵害する行為を社会の中から排除できる規範を整えなければならない。市場経済優先に傾斜した近代法では等閑視されがちであった人格権保護の問題として、セクシユアル・ハラスメントを不法行為法類型の一つとして構築する現代的意義は大きいだろう。人格権の必然として、人格的利益に密接な社会構造を捨象した抽象的な法の議論は無意味であり、具体的な場面において個々の非代替的な利益を「権利性」と認める、柔軟で社会化された法言説の開拓が不可欠になる。ゆえに、セクシユアル・ハラスメントを受けない「権利」の法的評価をどのように構築するべきかが判例・学説に問われている。

#### 四 セクシユアル・ハラスメントの不法行為の再構築（私見）

##### 1 序―セクシユアル・ハラスメントの権利侵害性

〔1〕労働権の保護は働く権利の保護である。内野正幸教授によ<sup>(14)</sup>ると、憲法二七条一項は、国家からの労働機会の提供（とくに失業対策事業への雇用）ないし、それが困難な場合における

生活給付を求める失業者の権利を内容とするものとして理解されてきたが、最近では使用者が正当事由なく労働者を解雇することを制限する効力を憲法二七条一項に求める学説が有力であるという。不当な解雇を受けないという労働者の権利は、広く良好な雇用関係を維持する労働者の権利として定式化可能であるということになる。同教授の見解は、加えて、雇用関係を良好に維持するよう使用者に求める労働者の権利を含むものと解すべきであるという。それは、適性労働条件で働き続ける権利を含有し、憲法一四条一項の趣旨を援用して労働条件の均等待遇を受けながら働き続ける権利となるのだそうだ。さらに、憲法一三条前段の趣旨に照らすと、個人の尊厳にふさわしい扱いを受けるという権利をも引き出し得るといふ。

そうした解釈から女性の働く権利は憲法的趣旨の権利保障であり、セクシュアル・ハラスメントによる労働環境の悪化はその権利の侵害であると導かれる。つまり先述の野間氏のコメントと平仄が合い、「男性であれば当然享受している人格的侵害のない良好な職場環境の中で働く権利が、女性であるがために、不利益を受け悪化した職場環境の中で働くことに耐えるか、もしくは雇用関係の継続を断念するかという立場に立たされるといふ差別的取扱を受けるという」侵害になる。良好な雇用条件、

あるいは均等待遇を受けて働く権利が侵害されるときに受ける苦痛は人格的損害である。人格権を通して労働権を読み替えること、それは経済的利益を得るのみにあらず、精神的利益にも肉体的利益にも資する重要な生存的環境を築く権利である。職場は個人の社会参加の重要な地位を保障し、人格形成過程の場である。労働権は財産的権利の保障のみならず、社会的生存に関わる重要な人格的利益や自己実現を担う人格形成の権利と切り離すことはできない。

「2」ところがセクシュアル・ハラスメントを受けることによる労働権の喪失は、正当事由によるやむをえざる労働権の喪失ではなく、性に基づく人格権侵害が原因で労働意欲を減殺され、その結果、労働権を放棄せざるを得なかつたというところにある。アメリカではセクシュアル・ハラスメントが性差別として扱われていることは繰り返して述べているが、わが国でも性差別的な権利侵害の態様であるのはこれまで見てきた通りである。しかし、わが国の従来の憲法解釈における差別は合理的範囲内では憲法一四条違反にならないので、差別が直ちに公序違反だとはいえない。法的な差別と認知されるにはそれ相応の理論構成が必要である。再び内野教授の憲法解釈を参考にすると、憲法一四条との関係で性差別を考えると「女性であることを理由

に男性とは不合理に扱われること」が必要となる。そのためには①差別的な扱いが伴っている②比較の対象の男性がいる③女性であることが理由となるという三条件を満たさねばならない。②は比較命題とされるものであるが、女性のみを集団しか存在しない場合に困難が生ずる。同教授の挙げた例を取ると、看護婦に対して男性医師がセクシユアル・ハラスメントを行った場合、看護婦が女性の特有の職である場合、比較し得る男性がないので性差別が認定されなくなる。<sup>(15)</sup>③の証明においても、女性でなければ受けなかつたであろう不合理な扱いを受けた、というだけでは③の条件を満たすとは考えられないようである。不合理な扱いが女性であることの一つの原因としていても、セクシユアル・ハラスメントにおいて常に加害者≡男性、被害者≡女性と性差が明確に固定されていることが証明されない限り、当該行為を憲法一四條違反の性差別と考える根拠としては十全ではないらしい。

他方、アメリカにおいて公民権法違反の性差別が肯定されてきた論拠は概ね①女性に対する伝統的な固定観念をその基礎に持っているのが不合理であること、②一方の性に属する者のうちの一部分、もしくは特定の個人になされた性に基づく差別をも禁止すること、③男性に対しても起り得るとしても現実の事

実を無視した主張であり非現実的であること、などであった。その後、加害者が女性上司である場合や、同性間である場合の裁判例が登場する。<sup>(16)</sup>セクシユアル・ハラスメントは当該個人の「性」に着目した雇用上の差別なので、異性間であれば女性からの男性に対するものであつても従来法理が妥当とされた。更に、連邦地方裁判所は一九八一年の判決で同性間であつても

「性」に着目したものである以上、性差別に該当すると判断した。公民権法第七編が「性」に対する固定観念の排除」を目的とする性差別禁止法であることから妥当とされる。その後連邦最高裁判所は一九九八年の *Onice* 事件において同性間のセクシユアル・ハラスメントが「性」を理由とするものであれば、公民権法第七編違反の性差別であると判断を示した。<sup>(18)</sup>最高裁の述べるところによると公民権法第七編は「性」を理由とする差別のみを禁止している。重要なことは一方の性の構成員が他方の性の構成員より、不利な雇用条件にさらされているか否かである、という。アメリカにおいて禁止される雇用上の性差別はあくまでも、社会が期待する「性」のステレオタイプから外れていることが理由となる差別的取扱がなされたか否かが、重要な要件になつている。子細に読み込んでゆくとアメリカ公民権法違反の性差別は「性」の捉え方が生物学(解剖学)的な sex

概念にとどまらず、社会的分業による男女の非対象な性の固定化であるジェンダーや、性愛や欲望の対象の性別次元（同性愛、異性愛）を意味するセクシュアル・オリエンテーションにまで広げられ、そのステレオタイプの排除を意図しているように感ぜられる。その基礎には、性的な領域も自由として尊重する自由主義の根強い精神文化があるようである。

〔3〕さて、わが国のセクシュアル・ハラスメントが職場でどのような性差別と捉えられているかを考えてみる。内野教授はセクシュアル・ハラスメントは直ちに性差別とは決定し難いが、憲法二七条の保障する労働権を侵害するのは明らかだとしている。つまりセクシュアル・ハラスメントは職場の公序（民法九〇条）違反だと構成するようである。セクシュアル・ハラスメントの公序違反は権利侵害が性差別であるのは、女性の地位や役割について差別的偏見を行使する「ジェンダー・ハラスメント」の場合にのみ明確であるという。ジェンダーの固定化（ステレオタイプ化）による女性にとって不利な労働環境が作出され維持されるのは、使用者が行う女性の差別的取扱であり、労働権の公序に反すると説明する。しかし、女性という肉体への男性社会の一方的な関心から職場での良好な労働環境を破壊され労働権を放棄せざるを得ず、重篤な人格権侵害が行われるセ

クシュアル・ハラスメントは現行憲法の解釈で性差別と捉えるのは難しいらしい。同教授は、女性は平均的にみて、男性と比べて、性的な攻撃にさらされやすいのが強いて性差別の根拠になるが、このような説明はかえって女性に対する定型化された観念を示すものと批判されるだろうという。「平均的に」とは「一般的に」という意味らしいが、女性が「性的な攻撃にさらされやすい」状況にあることは統計上確かである。大阪府知事のセクハラ事件の時の曾野綾子氏や上坂冬子氏の発言はセクシュアル・ハラスメントの被害者の態度に対して批判的であったが、水谷弁護士から「セクシュアル・ハラスメントの実態に余りに無知・無関心なものと言わざるを得ない」と酷評されている。同弁護士は長年の実務経験による詳細な検討から、セクシュアル・ハラスメントが決して対等当事者間の性的言動ではないことを強調している。加害者が自己の社会的・経済的な事実上の優位性を利用・濫用する行為と見ており、他方被害者は、環境が悪化した閉鎖的な権力構造の中から逃れることが不自由で、社会心理学的に分析されている性被害者や、あるいは支配従属関係に拘束された被害者等にとって「合理的」である行動を取らざるを得ないという。要するに、セクシュアル・ハラスメントの被害者には対等当事者関係の行動論理が当てはまらな

いし、加害行為を社会的に排除する以外に、被害を回避することとが相当難しいと結論づけている。同弁護士は、職場セクシュアル・ハラスメントが相手の性的な自由を抑圧する職場の権力構造を利用した性暴力的なものとの捉え、それを使用者が放置する場合、労働環境を悪化させ、女性の労働権を侵害する点で使用者は男性とは違う取扱を是認したことになり、それが均等法違反の性差別に該当すると考えているようである。使用者の職場セクシュアル・ハラスメントの取扱改善によっても労働環境が依然女性の方に不利にあるとするなら、そもそも使用者に女性の地位や役割に対する差別的な偏見（ジェンダー・ハラスメント）があることを指摘し、直接的な女性への加害行為のみが性の抑圧ではないことを示唆している。職場のセクシュアル・ハラスメントが使用者のジェンダー・ハラスメントと被用者のセクシュアル・ハラスメント、あるいはジェンダー・ハラスメントとの二重構造になっていることの指摘は内野教授と共通するところがあり、重層的な性差別構造（女性の不利益取扱）の下で、最終的に特定個人への性暴力として具体的な攻撃が生じていると考えられる。

上村教授の論文<sup>(12)</sup>では、キャサリン・マッキノンの著作<sup>(13)</sup>が引用され、セクシュアル・ハラスメントを本質的に「集団的権利侵

害 (Group injury)」であり、女性 (female sex) であるという一つの特徴を共有する各個人に生じる性差別法上の問題であるから、女性に同意を強制し、女性性を理由に雇用上の損害を受けさせる社会的ダイナミックスによる経済的強制の社会的不正行為は、個人的なレベルで起きる社会的権利侵害が行われないような社会を作ることが目的とする性差別法によって禁止しなければならぬ、との彼女の主張を肯定し、セクシュアル・ハラスメントが社会的差別行為であることを確認する。しかしこの差別行為は、日本では性的自由ないし性的自己決定権（具体的には同性愛、性交の自由、否認の自由、妊娠中絶の自由などであるようだ）という非財産的利益<sup>11</sup>人格権を侵害するものと法構成している。さらに、その周辺部分に存在する性的感情を侵害されない自由（弱い人格的利益）も性的自由に包摂されるといふ。彼女の論旨をまとめると、セクシュアル・ハラスメントが男女差別であると肯定することで内野教授とは境界が引かれ、水谷弁護士<sup>12</sup>の指摘する権力構造を、男女間の経済的強制力という社会的ダイナミックスというものの指摘に代えている。被侵害利益も内野教授、水谷弁護士、上村教授の順に、人格権侵害が経済的損害中心の構成からより直接的に精神的損害の構成へとシフトしてくる。現代の私たちは社会に存在する限り、経済

的の利益から無関係になることは難しく、人格権が経済的側面を失うことはないだろうが、経済的利益依存の人格権を矯正し、自由を中心に精神活動を強調する人格権の重要性が支持されてよい。無形損害の人格権侵害は画定しにくいものであることを上村教授も認めているが、性は人間存在にとつて根源的なものであることから、「性的自由」の不可侵性が憲法からも保障される必要があると主張している。

このように、セクシュアル・ハラスメントは社会構造的な性差別の側面が、集団的性侮蔑であるジェンダー・ハラスメントと集団内部の個人へ直接に性的自由を侵害するセクシュアル・ハラスメントの重畳的侵害で現れてくる。それは経済的不利益だけではなく、不可逆的な人格的不利益をももたらすため、法的な救済が無視できない。男性と女性は社会的階層構造をなし、女性の性的自由（人格権）は弱められ、加害者の性的自由と被害者の性的自由は同列にはない。この性の社会階層構造の落差を楯子にセクシュアル・ハラスメントが生じているから、とりわけ被害を受ける女性の性的自由の侵害は一層増幅され、決定的なダメージを受ける。セクシュアル・ハラスメントを野放しにすると、女性全般の性的自由は益々貶められ、それに連動して女性の経済的立場は益々弱まる悪循環を生ずる。セク

シュアル・ハラスメントの禁止が要請されるのは男女のこの不平等の悪循環を絶つためであり、できるだけ男女平等な経済的利益と性的自由の確保を保障しようとするものである。セクシュアル・ハラスメントは個人レベルではなく、社会的不正を体現した、侵してはならない性的自由（人格権）の侵害といえるだろう。

## 2 性的自由の人格法的概念の検討

### I 権利侵害要件の再評価

前述した上村教授はセクシュアル・ハラスメントを、アメリカでは性的プライバシー、ドイツ・フランス・日本では性的自由ないし性的自己決定権の侵害と承認され得ると述べる。さらに、性的自由は他の自由と違う特殊性（①秘密性②両義的性格③他者の同意を必要とする）があり、性的感情を侵害されない自由も（周辺部分にはなるが）性的自由に含まれていると考えている。ところで、この性的自己決定権と性的自由という概念は一般的に一括りで説明される傾向にある。用語の違いといえばそれまでだが、それだけにはとどまらないのは、松本克美教授が「意思に反した性的接触、性的関係が人格権侵害である

ことを明らかにするうえで、こうした『性的自由』概念が有用と考える」と述べながら、「ただ私見はむしろ『自由』という強制からの防衛的な意味合いよりも、もっと主体的な意味を込めるために、『性的自己決定権』という概念を使用したい。」と明確な区別を主張しているからである。「性は最も個人の自己決定の領域に属すべきもので」あるから、セクシユアル・ハラズメントは個人の自己決定権の侵害であるという。それゆえ、当の本人の意思に反する言動はすべて違法であり、相手の意に反することをしないという単純明解な違法性の判断基準を試みている（明らかに権利侵害による不法行為の違法性判断を構成している）。続けて、「社会通念」をもって甘受すべきかどうかで違法性を問題にするのはセクシユアル・ハラズメントの本質を見誤っているもので、「社会通念」は違法性の程度やサンクシヨンの程度を判断する基準であり、不法行為の成否の判断基準としては「性的自己決定権」概念を使用したいと述べる。他方、国家と社会の性支配・性暴力構造の中に女性の性的虐待・従属を強いられる性のダブル・スタンダードを別出する論文で中里見博氏は「性的自己決定権」ではなく「性的人格権」を提唱する。理由は、「性的自己決定権」は、当事者間に存在する社会的不平等を覆い隠す支配の概念であるからという。つまり、

当事者の表面的合意を自己決定権の合意と認めることで性暴力行為は正当化され、今日市場を通す女性の性的売買の責任を行為者に帰属せしめることが可能になる。それは、この契約が常に女性の「合意」＝自己決定を要請する性支配構造による社会的不平等という現実の賜物である結果だという。ゆえに性暴力から保護されるべき権利としては男女すべての人に「性的人格権」を認めようという。そして、先の松本教授はこの論点を踏まえてもなお「性的自己決定権」概念に固執するという。

他の論者の多くは『性的自由』ないしは『性的自己決定権』と一括りの使い方が多く、自由も自己決定権も両者の概念は重複されているように見受けられる。強いて違いを述べると「性的自由」は、いわゆる積極的自由と消極的自由の二分類においての消極的自由に包摂される自由であり、「性的自己決定権」とは積極的自由すなわち個々人の自由な意思の決定のことなかもしれない。いずれにせよ、松本教授はその違いにこだわり、かつ、不法行為の成否判断基準としての法的概念にしようとしている点で興味深い。「性的自由」と「性的自己決定権」のどちらが相応しいかはさておくとして、保護法益を性に関する人格権におき、セクシユアル・ハラズメントによる不法行為の成否をその権利侵害の有無で決定させるといふ、権利侵害要件の

再評価は特筆すべきである。

判決例では「社会通念」によって甘受すべきセクシュアル・ハラスメントが存在するという論理で不法行為の成否判断の際に利益衡量していた例があったが、これはセクシュアル・ハラスメントの本質を見逃しているといわざるを得ないであろう。古くからどこにでもあったセクシュアル・ハラスメントがこれまで法的に等閑視されていた最大の理由はこの「社会通念」が在ったからだと言つて過言ではないからである。「社会通念」とは言わば社会の常識、現状追認のレトリックになる。「社会通念」が平均的な合理的な一般人の考えと想定される限り、セクシュアル・ハラスメントの加害者グループに属する男性の主観、潜在的加害者グループの主観、被害を受けないグループの主観などが次々と入り込み、セクシュアル・ハラスメントを受ける女性被害者の人格権侵害を認める精神的苦痛が十分に理解されないだろう。不法行為によって無形損害を受けた者は加害行為の抑止効果を大きく期待している。権利侵害があつても、それとは別に「社会通念」を交えて違法判断がなされる違法段階説のような構成を採らねばならぬ根拠はどこにあるのであるうか。反面で、裁判で違法性が認められにくければ、よほどの被害を受けるに至らなければ訴えないという萎縮的效果が懸念

されることにもなるのである。従つて、権利侵害があればすなわち違法となり、救済方法の選択レベル、つまり、損害賠償に当たるか、刑事責任に該当するか、懲戒解雇に該当するかを「社会通念」によつて判断する、松本教授の提案する権利侵害説が加害行為の抑止効果も大きく、現実の被害女性の救済に適切で<sup>(123)</sup> 妥当な見解であるように思われる。いわゆるオペアの価値紛争の裁判では常識的判断に適合的な利益衡量の限界を超えて、権利侵害要件でセクシュアル・ハラスメントの不法性を判断すべきである。オペアの所見によつても中間的・折衷的な解決よりも、「あれかこれか」の明確な限界画定が求められるであろうし、また、権利保護を明確にすることで、社会構造的な性的人格権侵害が社会内で極力自粛される効果は大きくなるであろう。

## II 「性的自己決定権」概念の是非

ではセクシュアル・ハラスメントの場合、権利侵害要件（「人格権」概念）に「性的自己決定権」が妥当かどうか検討したい。わが国においては「自己決定権」は私法概念<sup>(124)</sup>と憲法概念<sup>(125)</sup>の二元的評価を呈している。まず私法の領域では、自由意思を尊重する近代私法の基本原則である私的自治と密接に関係する自己決

定の理念は最大限尊重されるべきものとして、市民社会的権利という意味合いであらゆる私事の自己決定が強い保護を受けつつあるが、吉村良一教授は最近の規制緩和を巡る議論の中で自己決定権が自己責任原則と一対のものとして語られられている状況に対して警鐘を鳴らしている。

「私事」に関する自己決定権に関して、①国家や社会のパートナーズティックないしモラリスティックな干渉・介入を制限し、自らの私的領域をどこまで自由に決定できるか②個人が他者と何らかの関係を形成する際に、相対的に弱い立場にある当事者がどこまで実質的に自己決定し得るか、またどうすれば阻害する事情を克服できるかという問題があるという。自己決定権は「意思自立による自己に関する法的関係の形成」であるが、取引上の法律関係に限定される私的自治より広い全生活領域において語られる概念と捉えている。そして人間は能力や置かれてある状況の困難にも拘らず主体的に幸福を追求する存在として「自律のための支援を要請する個人」であるから、単に自分に関係したことを自分で決めるといふ権利と、自分で決める事ができるような「支援」を要求する権利とが一体となって構成されるべきだという。「自律に向けた支援」「自己決定を支えるセーフティネット」「社会的に公正な制度やルール」の不可欠さを

強調する。また、自己決定権を制限する既存の社会秩序「公的秩序（パブリック・オーダー）」があるが、それと自己決定権との緊張関係の法的解決は困難であるらしい。同じように無制約の「自己決定権」尊重への危惧を持つ者は少なくない。<sup>(29)</sup>近時特に議論が集中しているのは風俗業やポルノ出演の契約の際の自己決定の効果である。

その点を詳細に検討しているのが中里見博氏の前掲の論文である。以下に簡単に説明すると、近代資本主義の経済構造は最初から家族内にとどまる女性の家事労働を当てにし、労働者の生物学的機能の回復（再生産）と次世代労働者の出産と育児（性・生殖）を家庭内「私的領域」として、職場や社会「公的領域」と明確に分けていた。<sup>(30)</sup>つまり自生的区分ではなく、国家の手によって制度化され、男性と女性、有償労働と無償労働、公と私に区分されたのであった。男性と女性のこの国家的な配置は男性の性支配・経済支配を形成し、男性社会の女性に対する経済外的暴力として法や政治の社会強制力が行使される。例えば、生殖に関し、妊娠中絶の処罰化、避妊の禁止、戦時下の産児奨励や規制の人口政策、同性愛・異常性愛の処罰、売春制度の設置・管理、「慰安婦」制度などである。市場に担われて

いる買売春は、国家が業者管理を通じて間接的に制度を管理し

ており、育児に関しては教育の名で管理介入を強めている。他方、夫婦間強姦から性暴力、子供への性虐待などの放置は最近まで続いていたし、「わいせつ」規制は性表現を私的領域内に隔離した。このような公私の二分論で国家介入および不介入が維持していたものは女性の低評価と性的従属ということである。墮胎罪や管理売春が女性の人格の侵害であると考えられたことはなかった。近代の性犯罪処罰規定が性的道德秩序という社会法益であったことは周知である。性支配・性暴力が社会内部で温存されているうちは、女性が「性的自由」を主張しても、「自由権」の古典的な理解による国家非介入では、性暴力や性支配は温存され現状を維持する。できるなら国家の介入による社会権の自由の実現が望ましい。とりわけ、「表現の自由」として女性の虐待や暴力を娯楽として描くポルノグラフィ、それを商品として流通させる「契約の自由」、その商品を個人的に嗜好する「プライバシー権」、女性の性従属を上演させる「営業の自由」、その業者に雇用されたり顧客になる「性的自己決定権」、家庭内暴力を隠ぺいする「家族のプライバシー」等の自由権や私権は公的介入を排除している。このような市場を通じた（国家を排した）社会的性支配には社会権（国家による自由の実現）の支援が不可避であると考えられる。現代も例外で

はなく、女性の経済的従属と性的従属が「自己決定権」の自由の陰に隠ぺいされているという主張である。

公私領域の国家区分という長い歴史的事実が、女性の性的従属を自然なものと思わせている。最近ではジェンダーという社会学的な知見により、男女の固定化した社会的性役割が揺らいできているが、レイプやセクシュアル・ハラスメント等、性の領域においては男性の性的自由が支配的に横行する余地がまだまだ残されている。なぜなら、経済的・性的に従属するように教育されてきた女性の多くもまた自己決定の下に社会的従属の受容に抵抗が少ないからである。通常の性行為にすら、男女相互の暗黙の了解により、性的自由は男性の性的自由しか存在していなかったとする見方もあるのである。

このような状況を確認するならば「自己決定権」の言葉の使用には慎重にならざるを得ない。ただし、松本克美教授が「性的自由」は「国家からの自由」（国家の不介入）を意味する古典的自由権に包摂される自由概念を想定し、「性的自己決定権」の方は「自由な意思決定の権利」すなわち個々人の自由な意思決定に着目しているとしたら、権利侵害の判断基準として「性的自己決定権」の方が明確性があると思われるのかも知れない。すなわち同教授はセクシュアル・ハラスメントが侵害するのは

被害者の主体的な性的意思決定の権利としたのかもしれない。その性的関係のリスクを負うのは被害者自身であるから、ノーといえない常況からノーといえる状況を確保しようとしたのだと思われる。その裏には、恐らく男性のパターナリスティックな性的介入を排除させ女性を自律的主体的存在にエンパワーしようという意図があるのではないかと窺われる。「自己決定権」という権利がもともとアメリカのプライバシー権に由来することからも、女性の自律的な性的決定を尊重する権利と考ええると、男女の性的平等の確保に向け適格的で、確かに魅力的な説である。しかし、筆者は「性的自由」にこだわりたいと思う。それはなぜか。

### Ⅲ 人格権としての「性的自由」領域の保護

自己決定のパイオニアである山田卓生教授が次のように述べている。<sup>(31)</sup>「私事」における自己決定を問題としている状況は、自己決定権「アメリカにおけるプライバシー権であり一定の私的事項への政府への干渉を否定する趣旨」の問題とは明確に異なり、私事の分野に限っているし、成熟した判断能力を持つ者の権利に限定しているという。そしてJ・S・ミルの「自由論」に述べられているような他人に害を与えない領域において主権

者であることの検証として自己決定について展開しようとしたという。同教授自身は、「自己決定権を、自ら決定するという積極的な決断というよりも、自分が好きなようにすることに對する他からの干渉からの自由、ブランダイス裁判官の表現をかりれば、『一人にしておいてもらう権利』という消極的なかたち」がよいと考え、それ故に「プライバシーの権利という呼び方」の方が適格的だったらしい。しかし、あいにくプライバシーは、わが国では他人に知られたくない情報という意味ではぼ定着しているので、他人から干渉されず、自分の好きなように行動する権利という意味で、自己決定（権）として論じたという。けれども「いつも頭から離れなかつたのは、一体、他人に關係のない『私事』というものはあるのだろうかということであつた」そうだ。これは重要な指摘である。

「一人であらうておいてもらう権利」として提唱されたアメリカのプライバシーの権利が、近年合衆国最高裁判所のRoe v. Wade<sup>(32)</sup>判決によって妊娠中絶の権利を含むものとされたのは記憶に新しいが、その後判例・学説によってこの権利は興味深い展開がなされている。最近になって妊娠中絶の権利を積極的に保護するためにはプライバシーの権利では不十分だという見解が現れてきている<sup>(33)</sup>。プライバシーの権利では妊娠中絶を私的な事項と

しか捉えることができず、妊娠中絶に対する政府の補助が要求できなくなるとするのがその理由である。また、プライバシーの権利が前提としているような、私的であるとは社会と切り離された個人観であることに對する批判もある。社会との関わりを人間の本質としていないことに對する批判である。他に、そもそもプライバシーの権利論自体が道德的人格に依拠し過ぎて、概念に限界ありとするものもある。<sup>(13)</sup>

とりわけ注目したいのは、妊娠中絶の問題はプライバシーの問題ではなく性差別の問題だとする見解が有力になっていることである(マッキノン教授)。妊娠中絶もリプロダクション・ヘルス・ライツも女性の抑圧化を永続化する重大な結果をもたらすか、個人の自由に性別による役割に基づいた制約を課す結果を招くものである。ゆえに、妊娠中絶をプライバシーの問題にするというレトリックは、抑圧されているのが女性であるということが曖昧にされていると批判される。それは政府の干渉しえない「私的な領域」の作出は女性にとって危険だと考えられているからである。私的な領域の区分は、性に関する事項において女性差別が正当化されることを意味付けるといふ。わが国でも、このプライバシーの権利を性的自己決定権に読み替えることが可能かと思う。性的自己決定権のレトリックが女性を

「私的な領域」への孤立を強いるのではないかと懸念されるからである。判断認識力のある近代個人の決定は尊重されるといふレトリックによつて、社会階層構造の強力な相手からのセクシュアル・ハラスメントを、強い意思で拒絶するか受容するかを自由を行使したらよい、と放つて置かれるのである。しかし、実際に抑圧されている人間関係の局面で、どうやって合理的で強い意思決定が可能であるのか。果たしてそもそも自己決定が尊重されうる対等者間の市民的信頼関係というのが成り立っているのかどうか。

しかも、セクシュアル・ハラスメントの局面で、被害者にとつての「性的自己決定権」は「主體的な自由意思の判断」であるうか。セクシュアル・ハラスメントの性的接触は契約のような何らかの目的の合意に関するものではない。確かに、性行為の強要のような局面では同意を求められる場合もあるかもしれないが、それは同意の強制ではない。大抵の場合は相手の同意など求めず不意に、あるいは意図的誘導的に、あるいは侮蔑的に行われる場合が多い。自分の好きな時に好きなことを好きなように行える加害者は「性」に基づく自己決定権を行使しているかも知れないが、被害を被る方は「性的自己決定権」を行使する意図も持たないのに、同意の存否を強制される局面に引き

ずり出される。自己の自由意思とは無関係に、局面的「性的自己決定権」を強制されるなど不毛なだけであろう。仮に恐ろしさの余り拒絶できなかった場合、同意をしたとして「性的自己決定権」の責任に帰するものであろうか。そうではなくて、やはり、山田教授が述べられるような、自己決定権を自らの決定という積極的な意思の決断ではなく、自分が好きなようにすることに對する他から干渉を受けない自由、「一人にしておいてもらう権利」という消極的な自己決定権、それ故に「プライバシーの権利」に適合的な、被害者の有する「自由」領域の確保ではないだろうか。「性的自由」の領域が社会関係の中でどのように個人の権利として確保され、そして法的に保護されるべきかを論じる方が直截ではないだろうか。その点の分析を以下に進めることとする。

IV 「意思」の捉え方―自律的人間観から相互関係的人間観へ  
 従来民法では「権利」概念といえば契約中心に考えられてきたため、所有権を代表とするような画定された処分自由な支配領域であると捉えられてきた。権利は相手方（他人）<sup>(136)</sup> に対してある作為・不作為を求め得る権能とされている。これは恐らく古典的体系の基礎にある、法律行為が自由な人格の意思力

(Willensmacht) の形成によるものと定義されたこと<sup>(137)</sup>の延長上にあると思われる。法律行為では、常に「意思」解釈が中心となり、合理的決断の可能な道徳的人格主体を想定し、いわば強い個人に照準が合わせられている。しかし、その強い個人の法体系の破綻は今日至る所で指摘されている。そもそも「個人」をアトミックに捉える解釈自体の限界も露呈し始めてきている<sup>(138)</sup>。その限界を超えようとして、高井裕之助教授がアメリカでの議論を参考にしながら、個人の自律性に基礎を置いた従来の法律構成の限界を指摘し、新たに関係志向的人間観を試みている<sup>(139)</sup>。同助教授の認識は、公私二分論と性別役割分担に代表される西欧近代社会の市民革命は「国家」と「個人」の徹底した二極分化を果たし、家父長制的成人男性以外の妻や未成年者（および行為能力の減退した高齢者や障害者も含むであろう）はブラックボックスに陥ったということから出発している。アメリカでの心理学や精神分析の発想を積極的に評価する姿勢に同調し、対立する各関係当事者の利益や願望が、実は相互に依存していることを前提に、それらを包摂するような解決策を法律論に取り入れる試みを考えている。そこには他者との分離よりも結び付きに、自律よりも相互依存に、そして権利主体間の対立・競争よりも自己および他者へ思いやりを示す協調関係に、価値を

認める「関係」重視の法律論の再構成の試みである。恐らく山田教授の「いつも頭から離れなかったのは、一体、他人に關係のない『私事』というものはあるのだろうか」という発話と通底する思考ではないかと思われる。

アメリカの妊娠中絶を巡る従来のプライバシー概念の有力な批判主張の主な理由は①政府の権限に黙示の限界はない。②有意味な自由は政府の積極的義務も必要とする。③自己のみに関わる行為というJ・S・ミル流の定義は有用でなくなった、などであるらしいが注目すべきはここにいわれる自由ないしプライバシーが、孤立した人間ではなく、共同体の中にいる人間を前提としていることであろう。しかも共同体は常にその社会領域内で個人を抑圧的社会構造に服せしめる危険を孕むものであるとの指摘もなされている。それは、社会は常に人間を水平的関係と垂直的構造というしがらみの中に没入させやすいことも前提としていであろう。それゆえに②のような政府に積極的援助を政府の「義務」と捉える視点が是認されるのであろう。ここには従来の公私二分論では語り尽くせない自由が想定されている。

## V 性的自由における平等性

それでは、「自由」とは何かが問題となる。それは身体的な拘束からの解放だけでなく、もの見方（あるいは価値観、評価）の拘束からの解放をも意味している。<sup>(41)</sup> 一般的に自由は自己実現（作為の要求—freedom to）という積極的側面と、干渉の排除（不作為の要求—freedom from）という消極的側面を併せ持ち、両者は共通の基盤に立っているので混同されやすい。しかし、この区別を最大化し、後者の消極的自由の重要性を説いた人物にアイザイア・バーリン<sup>(42)</sup>がいる。彼によると積極的自由は自由意思が問題の中心を占め、自由は活動それ自体と同一視され、行動のための機会確保になる。つまり、意思決定を外力的な力ではなく自ら決定し、自分で方向を与えうる行為者であることを願い、「理性的」で「自律的」な自発的な自己支配という存在を求めているという。しかし、それはいわば、自分の動機だけで自己を統御し、世間を無視した孤立的な自由主義的個人主義でしかない<sup>(43)</sup>と切り捨てる。そして、各個人の理性的自己支配により世界は普遍的調和的な収斂が必然に到来するのであり、非理性的なものとの衝突を避け得る法の実現を樂觀視しているような前提があるという。だが、世界は価値多様であるのが望ましく、現代社会は原子的人間観ではなく、連帯や理解、対等な結合や依存などの有機体的な相互関係を保つ人間観へと

転換してきている。一個の独立した人格として独自性を十分に認められたいという欲求は、集団内部での相互理解が、自己の誤謬をも含めて相互承認がなされることへの欲求である。このような消極的な自由の尊重こそ、政治的な時の権力や体制派に抑圧されない多様性を確保するデモクラシーの中核であると説く。他人に指示されずに自己のかけがえない価値を保持するには、社会的・政治的な抑圧も押しつけもなく、個人の選択の機会が「相互承認」によってどのくらい開かれているかということである。また、積極的自由と消極的自由は衝突する場合があるが、そのような時の消極的自由の保護も力説するのである。

私見における性の領域における自由は、このような意味での消極的自由と呼ばれるようなものを想定している。なぜなら、「性」は、明確な意思に基礎づけられて決定権を行使するようなものではないと思うからである。そして本来の「性」は、男女の肉体的結合時のみに使用消費するものではなくて、人間の生命の営みを通じて、私たちが存在付けている根源である。すなわちそれは、「性愛」に限定されない、人間の存在を受精から支えている生物的環境であり、人間の存在に根付く哲学的環境であり、親密な交流を支える社会的環境である多元的価値の根源である。人は胎児から性の萌芽があり、死ぬまで「性」を

失うことはない。単に書類に記載するような外性器の特徴を示す性別や、社会構築的なステレオタイプに規定された性が本来的な「性」なのではなく、時には「性同一性障害」を引き起こす程の、人格や存在を基礎付け、内面的な核となるような、個人の自己同定に不可欠な根源的「性」を指している。自分のきわめて個人的かつ永続的な諸特性を示す重要な領域である。

また、上村教授の指摘のように「性的自由」に関しては、公にはしたくないという秘密性と、ごく周囲の親密な関係の内人間関係を形成するには開披するという、両義的性質を有するから、主観的感情とも不可分で、人格そのものに密着している。他者との結び付きの関係が重要になる点で「性的自由」は非常に関係志向的であるが、対等な関係の維持を要求する点で平等志向的でもある。

しかし、セクシユアル・ハラスメントは、身体的接触に限らずとも、個人の「性」の領域を開披させるよう、相手に強制するものである。秘匿性の高い「性」に無理やり「性交渉」の決断を意識させるような威圧をもたらし、しかもそれが常に体制的な男性優位の異性愛を軸とする「性」に順応させる強制力も伴っている。同時に、それは周縁的な性を閉却して体制構造的に決定的で固定的な「性」の窮屈で不自由な押しつけでもある。

加害者は経済的な権力を背景に被害者を抑圧し、自己の性支配

を暴力的に成就しようという側面が露である。この場合の暴力とは物理的・肉体的な暴力ではなく、心理的な構造的暴力のことである。<sup>(14)</sup> 相手を尊重した相互的・対等的関係を結ぼうとせず、相手に服従を強制し、自分の支配下への従属を強いるこの構造的な暴力には、被害者の性的自由への社会構造的な抑圧である。その性支配は異性愛の強制であり、女性の男性への服従の強要である。そのような性暴力の受容を何人も強制できないという社会的正当性を基礎付けるものが「性的自由」の尊重ではないだろうか。他人との関係なしには社会生活は成り立たないのであるが、それはお互いの人格的利益を承認し合う対等の価値が前提となる。他人の服従や被支配を強制させられる恐怖に常にさらされることは、つまり、社会生活の前提が崩れていることである。社会全般に亘り、女性の「性」が男性の「性」の劣位におかれることが容認されている限り、男性社会の「性」規範に拘束され、女性の「性」は不自由のままである。これは自由の問題でありながら、男女の「性的自由」における平等の問題でもある。男女の不平等がすなわち男女の不自由を体現し、一方の性を優遇する社会の「性規範」の価値体系からめられ、私たちはとらわれないで対等な「性」の存在を見る自由が

阻まれてきているともいえるであろう。

政治的・経済的にも劣位に置かれている被害女性は、自分たちの消極的自由が社会的に相互承認される必要性を強調する必要がある。自己実現的な「自己決定権」では、男性的価値中心に構築されている偏った意思主義や合理性・自律性が要請され、被害女性特有の感情が閑却されがちになるように思われる。「自己決定」はその後の行為を意思するという意味でも積極的自由の側面が強い。セクシュアル・ハラスメントのような、各個人の内奥に秘匿されるこの「性」の領域に暴力で無理やり踏み込む加害者の一方的な行為に対しては、女性の意思的な自律を確保したところで、結局は性的侵害の原因の背景となつている構造的差別や社会的不平等の問題は透視されにくいだろう。しかし、「性的自由」という消極的自由を保障するアプローチであれば、「自由における対等性」という観点から集团的差別構造や社会的攻撃・迫害などの排他性が浮き彫りになりやすいのではないかと考える。女性に不利で不可避な社会構造が蔓延し虐げられている状態のとき、「性的自由」が平等に確保されるようにすべきであると主張できれば、社会的弱者からの法の保護を要請しやすいただろう。<sup>(15)</sup> さらに、憲法解釈によつて厚く保護される可能性が出てくる。

だが、私人間に関しての直接適用・間接適用という従来のスタイルで憲法の介入を論じる限り、自己決定権のような人権問題的政策論として捉え直されることになるであろう。国家介入との関連で自己決定権を人権として評価する憲法論が多数なされてきているのは周知である。<sup>(146)</sup>だが、人権の視点では個人の自律支援問題としてパターナリズムの政策を招来し易く、ともすれば政策と相反する自己決定の保護との調整が新たな問題となると考えられる。しかし、吉村教授は「自己決定権」の保護は、国や社会の束縛からの自由の確保（個人の積極的自由の確保）だけではなく、主体の特性に合わせた個別的な支援の在り方（理性に基づくパターナリズム）との二面的配慮による自己決定の実質化を要望する。どちらにおいても理性と自律が重んじられて価値調和的だからである。恐らく吉村教授にとつて、自己決定権の行使は、人権擁護によつて保障される積極的自由とパターナリズムの調和的融合がなされると想定されているのであろう。

けれども、バーリンの論じるところによると、消極的自由が積極的自由と競合する場合「二つはいずれもそれ自体が目的なのであるから決定的に衝突もする」と説く。しかも、明快な解決法は有り得ないという。<sup>(147)</sup>消極的自由は、道徳や自律性に依拠

した主体性という価値序列に組み込まれない領域であり、自己の独自性を認知してもらうために、それ自体で価値のある領域である。決して縮減されてはならず、蹂躪されるに耐えられない領域である。何人にも侵害されず、干渉もされず、ただ承認され、尊重されることで自己の道徳的・社会的自己同一性の感覚を自覚し、社会成員としての対等な人間の実在の根幹となる。それこそが社会的承認による平等で対等な人格の価値の砦であろう。ゆえに、政治的・経済的・社会的に劣位におかれる女性の「性」が侵害されたり、利用されたりすることのないような不法行為保護の構築が求められることになる。社会の平等な成員「人格」としての承認のためにはかけがえない、このような「性」的な消極的自由の男女平等的確保の要請は、今ようやく民事的救済に架橋されようとしているからである。

### 3 「性的自由」侵害の評価基準及び立証問題

「1」さて、「性的自由」の侵害とはどのように立証されるのであろうか。加害行為を予防または排除するほどに強力な法的権利性を付与するとしても、どのようにその侵害が認知されるのであろうか。人格権それ自体からは客観的に明白な形で侵害

態様を導くことはできない。人格権自体が社会的コンテクストの中で人格的利益の状態を確認しなければならぬからである。ゆえに、「性的自由」の侵害とは、共同体内の人間関係に存在する社会構造的暴力のコンテクストの下で劣位者の「性的自由」を踏み躪ったか否かということにより判定されることになるであろう。京都大学東南アジア研究センター事件(京都地判平九・三・二七判時一六三四号一一〇頁)の判決では「レイプ」を日常用語に従うことで、セクシュアル・ハラスメントの極端な場合と判断したが、一般にセクシュアル・ハラスメントは、刑法の「強姦」や「わいせつ行為」に相当するものから、性行為の強要、身体 접촉あるいはその強要、性的言辭による侮蔑、のぞき・つきまとい(ストーカー)等の軽犯罪法違反になる行為、食事やデートに執拗に誘う性的誘惑や、卑猥な文書や図画の提示や掲示など、一般に女性の欲しない性的な言動として現れる。それらを社会的地位の優位者が劣位者である相手の意に反して行うと解するべきである。本人が明示的に拒否あるいは不承認の意思表示をしたにも拘らず遂行される「意に反した」行為は明らかに、「性的自由」の侵害であることに異論はないであろう。

〔2〕次に、被害者に明示的な拒絶反応がなく、相手が承認し

たものと思いきんで遂行した場合はどうであろう。明らかな受け手の「承諾」の意思表示がない限り、「性的自由」の侵害が推定されてよいだろう。なぜならば、即時に拒否の意思表示を出せないのが社会構造的な立場の弱さであり、セクシュアル・ハラスメント横行の温床になってきた所以だからである。そして、たとえ、明示的な承諾の意思表示があつたとしても、慎重な検討が必要なのである。多くの女性は従順と従属を美德と教育されてきている<sup>(16)</sup>。また、抵抗と反抗を抑制するよう躱らねばもいる。女性の一生は男性への経済的・性的な依存で送らねばならない社会的仕組みに順応できるよう、いつもそのような対応をするよう、彼女らも社会的構造化されてきている。強くジェンダー化された女性は、自分の「性的自由」を抑圧し続けているので、従順に男性の「性的自由」を受け入れる。このような従属的な性関係は「性的自由」の平等に反し、自由の侵害といわなければならないだろう。表面的には「従順な受容」であつたとしても、明示的な抵抗を抑圧する社会的仕組みに被害者が無意識に順応しているからである。そうであれば、男性優位の性支配構造によって生み出された女性の従順な受容を利用し、男性のみが「性的自由」を享受できるのは、既存の性支配の再生産に加担する故意的加害行為だといえる。それゆえ、社

会階層構造を利用したと明らかに認められる状況における行為は、たとえ、相手の明示的な拒絶がなくとも、あるいは受容と受け止められるべき承諾があつたとしても、それを「性的自由」の侵害行為と捉えることができるだろう。司法の場においては、明らかに社会的優位な人間が劣位に置かれたものに対し、相手の人格を尊重せず、自己の満足のための手段的対象として女性を扱う侮蔑的な自由侵害行為を不法行為と判断しなければならぬだろう。そしてその場合には、過去の損害填補——これは、劣位の者（わが国の実例では、女性）が受忍させられていく損害の評価を伴う——にとどまらず、将来に向けて抑制・排除する行為規範を定立する必要性も大きい。

以上のように共同体という社会的コンテクストとの関わりの中において、男性優位の社会構造を利用し、性支配構造を貫徹するような行為は「性的自由」の侵害行為と認められることになる。女性が嫌がる場合は勿論のこと、女性が合意を示していても、女性の美徳とされた従順な受容の性質に付け込む行為は、「性的自由」の侵害と評価可能であるということである。本来の「性的自由」の尊重の目的は、お互いの対等な尊重、人間としての誠実な理解、相互の親密な性関係に基づいた人格的な交わりを創造する作業であろう。そのような相互の人格的な交

りを創造しない性関係は相手の一方的な所有であり、利用であり、人格否定的な侮蔑である。相手の女性に対し性的な言動においてそのような態度で臨む行為を「性的自由」の侵害と評価すべきである。そうすると加害者の行為意図が重要になつてくるように思うかもしれないが、ここで留意しておきたいのは、その評価に際しては、被害者側にそう感じさせる行為であるかが権利侵害の存否の分かれ目になるということである。これは性的な身体的接触が実際にあつたか否かに関係がなく、「性的自由」という人格権が侵害されたか否かが決め手となるのである。本稿で、裁判例の不法行為評価枠組を類型的に考察したのは、このような批判的視角に基づくものである。従つて、行為の悪質性に着目したり、「受忍限度」論を説いたり、相関関係的に評価したりする判例の言辞には問題があると考えことは既に検討したとおりである（前述二参照）。

〔3〕そのように考えてくると、アメリカで「環境型」と分類された、いわゆる特定の女性に対してなされたわけではないが、女性を侮蔑的に扱い、女性にとつて敵対的な、あるいは不快な環境は、実は男性優位な社会構造を利用した女性の非人格化、社会的ステイグマを形成するといえるだろう。日本の均等法に

においても、直接の加害者としては特定できなくとも、直接に使用者へ契約上の責任を追及することが可能である。女性にとってはその環境の放置自体が「性的自由」の侵害だと主張できる。使用者は常に女性の身になって良好な環境を維持しているかどうかで契約責任が問われることであろう。

「性的自由」の侵害が労働及び在学の間でなされている限り、直接の加害者が特定できれば不法行為法に基づき、特定できなくとも契約関係に基づき、加害行為の社会的不法性を訴え、その排除と救済を訴える道筋がつけられてはきたが、女性に対する構造的性暴力は社会の至るところに根付いている。その構造的な侵害を今後どのように排除し、各人の「性的自由」を法の下にいかに保障していくかの問題が横たわる。例えばポルノ、買春春、婚姻関係の下の強姦、ドメスティック・バイオレンスなどである。いずれも女性の「性的自由」の扱われ方における人格権侵害を問題にしなければならない。特に「自己決定権」によって契約された、ポルノ出演契約、売春契約、婚姻契約においてその有効性が問題である。自己決定権を行使したとして有効に成立したとされても、最近では性暴力行使までも合意するような包括的な契約の有効性に疑問が出されている<sup>(10)</sup>。確かに近代法の契約秩序の下では契約の拘束は強いものである。

私的自治の尊重という近代法の原理でもある。しかし、それは衡平な条件あるいは公正なルールに守られてこそ私的自治が当事者にとって有益であるという実質的な意味において尊重できるといえることが、現代社会においては強調されるべきである。契約以前にすでに男性が経済的・性的支配における絶対的優越性を有していて、果たして公正な契約がなされたのか、また、契約交渉の自由が平等に保障されていたのか疑問である。「公序」概念が流動化し、契約上の正義が問われるようになっている昨今、性暴力が行使され「性的自由」を侵害するような行為があれば公序良俗違反（民法九〇条）として無効（ないし一部無効）とすることができるのではなからうか。当事者の「自己決定権」の尊重を理由に、包括的合意が有効な契約とされてはならないであろう。

しかし、大抵この種の契約は、女性当事者が「性的自由」の人格的利益を放棄して経済的な利益に交換しているのが通常である。なぜなら、「性」が商品化され市場を形成しているからである。生命・身体<sup>(11)</sup>の売買は国家法上で禁止されているのに、「性」の商品化、市場売買は放任されている。それは、国家制度によって歴史的に女性の「性」が「生殖の性」と「快楽の性」とに解体され、前者が家庭にとどめられ、後者が公娼制度とし

て承認されてきたからである。女性は人格的利益と一体化した「性的自由」を保障されなかったために、人格と不可分の「性」の重要性を放棄しやすくなっている。性の商品化も長らく男性の享受のために市場化されてきた。「性」の商品化も、「生殖の性」、「快樂の性」もすべて女性を非人格化し女性の「性的自由」を侵害する行為であることに關する法的意識変革は、今尚緒に ついたばかりである。しかしだからと言って、「性的自由」の「侵害は、たとえ本人が自己決定権を行使しているようにとも、有効な契約とすることには再検討が必要であり、侵害行為に対しては、不法行為的救済は現実に要請されていると思われる。

従つて、以上に示したような「性的自由」は、内容的に厚みのある「自由」であることは、再度確認されることが必要であろう。なぜならば、それを「薄く」捉えるならば、容易に、「自由な承認・合意」が認められることになり、従来の「性的抑圧構造」を追認する保守的な解釈に滑り込みかねないからである。そうならないように、自由の「基盤整備」の問題は、別途の法概念分析を進めるといふ方途もありえようが、ここでは「自由」概念を——構造的抑圧問題の矯正を取り込む形で——現代的に内容豊かにすることによって、同一の帰結を導くことを目指しているわけであり、かかる自由の「薄さ」「厚さ」の区別を

実用化できるか否かが、私見展開の上での「アキレス腱」的要素を持つことになる。

#### 4 「性的自由」侵害の法的救済

「1」「性的自由」は前述したように、社会の作為を排除する個人の自由領域であり、どちらかというところアメリカ法のプライバシー権に近い消極的自由である。わが国ではプライバシー権は憲法の人権に昇格されつつある。よつて、プライバシー権以上には十分認められて良いといえるだろう。刑法においても個人の「性的自由」の保護法益の重要性は、承認されている。民法でも、「性的自由」を保護法益とする人格権侵害を以て、セクシュアル・ハラスメント訴訟の損害賠償請求権の可否を問うのが妥当であり、人格権侵害の不可逆性の性質から鑑みて、「性的自由」の侵害に対しては「差止め」が帰結されるべきであろう。しかも、「受忍限度」とか「社会相当性」などの相關関係的な違法段階による差止めではなく、松本克美助教が提唱するよ うに、「性的自由」の侵害に対しては社会的差別・侮蔑・不平等を予防的に排除する必要性が大きいので、侵害態様に拘らず

すべてのセクシュアル・ハラスメントの不法行為が差止められるべきであると考えられる。そうしなければ、差止めが認められる程度（侵害態様が執拗性を帯び、悪質性を放つ）まで、被害者は「社会相当性」の差別待遇に耐え忍べよと法が命ずることになる。それでは社会的不平等を受忍させられている被抑圧集団への不正構造を矯正する手続き保障にならない。また、差止めの程度を画する「受忍限度」や「社会相当性」を安易に認めることは、実質的な権利侵害の要件を曖昧にさせる危険もある（近年の裁判例の評価基準には、この点で問題が残ることは前述「3参照」したとおりである）。すなわち、これまで縷々述べてきたように、避け難い社会的な暴力構造の中で潜在的な迫害を受けている被害者が、顕在化した性暴力を具体的に受け始めるのであるから、これは直ちに排除されるべきであり、さらに予防措置を講じ、社会的平等の現実的確保に努めるのが法の要請するところであろう。勿論、著名な文化人（曾野綾子、上坂冬子の各氏ら）のコメントするような自力で反論、抗議が可能な対等者を想定する限りにおいては、相關関係による違法段階による差止めの有用性が論ぜられる余地もあろう。しかし、残念だが、セクシュアル・ハラスメントの発生の中で、厳然とした経済的・性的な支配・従属の非対称的関係構造が後押しを

している（換言すれば、この前提事情が、将来変更するならば、評価枠組も変わってきうる）。この歴史的・社会的現実を無視して相關関係による違法段階説を採っても、セクシュアル・ハラスメント訴訟類型においては十全に機能するかどうか慎重に検討される必要がある。利益衡量が認められるのはせいぜい賠償額の減額事由や範囲など、損害賠償の効果においてであるだろうが、価値考量とも深く関わる問題であるだけに、どのような因子や基準で衡量しうるのかは、判例や学説及び世論などによって今後論じられるべきである。

〔2〕セクシュアル・ハラスメントの救済に関し日米間の最も大きな相違は、民事訴訟による救済のもつインパクトの差であるという指摘がある<sup>(13)</sup>。すなわち、アメリカにおいては、陪審審理やクラスアクションの利用可能性（米國三菱自動車製造事件などはクラスアクションとして提訴され、一九九八年に賠償額約四〇億円という巨額を支払うことで和解した）、ディスカバーリー制度の下での証拠開示義務、懲罰的損害賠償制度、弁護士費用の敗訴者負担制度などにより、セクシュアル・ハラスメントには非常に強力な救済手段が用意されているという。一九九一年の公民権法第七編の改正は、<sup>(14)</sup>①雇用差別訴訟における差別の立証を連邦最高裁判所の解釈より軽い従前の証明責任法理に

②悪質な「意図的差別 (disparate treatment)」に対する救済として裁判所が「懲罰的損害賠償 (punitive damages)」を含む損害賠償を命じ得る、③損害賠償請求を含む事件では「陪審審理 (jury trial)」を利用し得るなどが重要で（陪審による審理が認められることによって、逸失利益・慰謝料・懲罰的賠償が認められる。一九九九年北米マツダのマイアミ営業所の元女性従業員に対する日本人所長のセクシユアル・ハラズメントに対し、陪審が約五億円（四四〇万ドル）の賠償を評決し話題になった）、雇用差別の救済が比較的認めやすくなり、賠償額が多額になりがちなので提訴がしやすくなっている。特に、もっぱら精神的苦痛である労働環境の悪化（環境型）に対して、経済的被害の算定が困難であっても懲罰的損害賠償が認められているのは被害者にとって重要である。このような強力な救済の仕組みと内容に支えられ、被害者救済は障目すべきほどに拡大され、厚い保護が与えられるに至っている。もともと、この背景にある、差別や人権に対する意識の高さや差別禁止に対する訴訟や裁判例の蓄積という歴史の厚みという諸事情のわが国の大きな違いは無視できないかもしれないが。

イギリスを参照すると雇用上のセクシユアル・ハラズメント(15)に対し、アメリカのように差別禁止法による一括処理がなされ、

そこで補償金支払いが命じられている（事案がショックなため補償金裁定は予想よりは高額になった）。また、執拗な性的要求に嫌悪して退職してしまった場合は擬制解雇として不当解雇が主張できる（アメリカにも類法の法理が存在する）。しかし、被害者が欲するのは事後的な補償金の支払いではなく、このような事件の発生しないことである。イギリスでは大陸法のような人格権法が未発達なので、法の手続き上差止めを容認が難しい。一方フランスでは性犯罪(16)について職務上の権原濫用を考慮して刑を加重することはなされていたが、一九九二年新刑法典（一九九四年三月一日施行）にセクシユアル・ハラズメント罪を新設し、犯罪として刑事罰を課し、それに伴い、労働法典と刑事訴訟法典を改正し、雇用の枠内において被害者保護と防止を図っている。この改正によってセクシユアル・ハラズメント被害者の解雇は無効になり、職歴に影響を及ぼす差別措置の禁止が定められた（ただし、解雇無効は復職ではなく解雇補償金の支払いの場合もある）。加害者は懲戒処分の対象ともなり得る。また、セクシユアル・ハラズメントの被害者（及び労働組合）は加害者に対し刑事裁判所への付帯私訴（不法行為）が可能であるのが特徴的である。刑事手続きの方が民事手続きよりも迅速かつ安価、証明が容易で、効果的であるからである。

(156) ドイツでは一九九四年に第二次男女同権法が制定され、第一章に職場のセクシュアル・ハラスメントから被用者を保護することを使用者及び所属長の義務とし、採るべき措置(警告・異動・配置転換または解雇等)を定めた(しかし加害者が使用者や所属長であるならば救済策がない)。被害者は苦情を訴えても適切な措置が採られない場合、勤務を拒否する権利が与えられている(権利行使の被害者に対する報復的不利益取扱は禁止されている)。

[3] 諸外国の立法措置と同様にわが国でも一応の立法措置は採られている。つまり、男女雇用均等法(平成九(一九九七)年法律九二号、同一(一九九九)年四月施行)二二条によつて、職場において雇用する女性労働者に対して行われる性的な言動(セクシュアル・ハラスメントという用語が避けられている)行為の防止配慮義務を企業に負わせ、同時期に人事院規則一〇一〇(公務労働職場のセクハラ行為禁止義務)二条でも公務職場における職員、各省庁の長に対しより広範なセクシュアル・ハラスメント防止の責務を課した。国家による女性の「性的自由」の権利保障として捉えるとき、その立法的支援に大きな意義があると思われる。だが、均等法二二条の限界は強制力がない努力義務にすぎず、被害者は均等法違反で直接裁判に訴

えられないことである。政策的配慮としてもまだ狭きに失するといえる。なぜなら女性の経済的負担に乗じる男性の優越的権利侵害を防止または排除しようとしても、もはや社会の至るところに蔓延している女性の低評価がおいそれとは払拭されないし、単に経済的な場所の一角である職場のみのセクシュアル・ハラスメント防止義務だけでは、社会に再生産される女性の低評価はびくともしないからである。雇用関係以外において、益々女性の低評価と従属や服従を強制する構造的暴力は再生産、あるいは拡大再生産されるだろう。現実にセクシュアル・ハラスメント被害の実態は統計上増えてきている(加害が増えている)ではなく、被害の意識変革が与っているように思われる)。

[4] しかし、わが国のセクシュアル・ハラスメントの法的救済措置としては人格権の慰謝料としての低額の損害賠償金が支払われるだけにすぎない判決例の繰り返しであり、その救済のあり方に、多数の学説の批判がある。その批判の根拠は、(I)セクシュアル・ハラスメントの賠償額が少額である。①比較法的にみて少額である。②人格権侵害に対する慰謝料が低額すぎる。③故意不法行為の類型が独立していない。④被害者の落ち度を理由に過失相殺がなされている。⑤任意の辞職は解雇と見做されない(やむをえざる離職による逸失利益が補償されな

い)。(II) 救済措置として不十分である。①将来の防止措置が取られていない。②任意辞職の後は復職ができない。③訴訟に時間が掛かる。④訴訟中の被害者の権利保護が不十分なので訴えにくい。などであろうか。

セクシユアル・ハラスメントの損害賠償の効果は、常に慰謝料賠償で、しかも少額の判決が多い。奈良セクシユアル・ハラスメント訴訟(平七・九・六判タ九〇三号一六三頁)では退職との因果関係が認められず、逸失利益の計上がなされなかつた。辛うじて東京地判平一二・三・一〇事件で違法解雇のため九ヵ月間の得べかりし賃金が、京都地判平一三・三・二二の日銀のセクシユアル・ハラスメント訴訟で退職後再就職までの一年間相当の逸失利益が算定されたぐらいである。およそ判決は、甚大な精神的苦痛を認定しながらその慰謝料は大抵低額である。過日も高額化の流れを作るかに思われた東北生活文化大事件一審(仙台地判平一一・六・三三)の慰謝料七〇〇万円が二審で二三〇万円に減額され、最判平一三・一一・二二も原審を支持し慰謝料二三〇万円で確定した。この低額化の原因は多分に人格権を金銭換価することの難しさにあると想像される。制裁的慰謝料は民事責任にはそぐわないという見解が主流をなしているわが国であり、裁判官の裁量での損害填補が、実務上は慰謝料

の基準化・定額化の傾向になるのは否めないと思う。それは裁判官の恣意的判断の歯止めという重要な役割も担っているのであるから。しかも、伝統的に賠償は財産的損害が主流であり、非財産的損害である慰謝料の取扱はその補完・調整機能として位置付けられている(この損害の区別は原告の立証負担の違いに現われるといわれる)。確かにセクシユアル・ハラスメントの直接の損害は精神的苦痛であり、物理的、財産的な客観資料に乏しい。しかし、近年は財産的損害・精神的損害という伝統的な二分法の有効性に疑問が付され、全体を一個の「損害」と見立て、全体としての金銭評価をする方法が有力になってきている。<sup>(16)</sup> そのような考え方でセクシユアル・ハラスメントを一つの損害と考え、離職及び心的トラウマ等の現実の経済的社会的損失をも考慮し、被害者と加害者を取り巻く諸状況を汲んだ損害賠償の認定(例えば、わが国の雇用事情「昨今の構造不況」を前提とした、離職に伴う逸失利益の大きさ)<sup>(16)</sup>があつてよいのではないかと考える。人間が社会的存在であり、相互依存的な協調性を重んじる共同体で生きることを前提とする限り、共同体内の関係を利用して強引に相手の人格を踏みにつつて性的人格権を侵害する故意不法には、制裁的賠償を課すことも正当化されるであろう。<sup>(16)</sup> 侵害される「性的自由」が人格的中枢を占め

ることに鑑みても、「性的自由侵害」は社会構造としての深刻な問題であり、実際上の経済的不利益問題に繋がっていることに鑑みても、その損害の金銭評価における低額化傾向には再考が迫られるところであろう。更に、人格権侵害は解釈による特定の救済（差止め等）も可能であろう。今後の解釈が待たれるところである。

「5」ところで、前述の東北生活文化大事件最判の賠償額は、二審判決での女性側が強く抵抗しなかった故を以ての減額を支持したものであるが、刑事法で女性の抵抗度の強弱で「落ち度」を判定する伝統的な思考習慣が、民事の不法行為上の有責判断を持ち込まれ、損害賠償算定において過失相殺的処理をしたものと思われる。しかし、この減額理由には問題があるのではないかと。同様の判定の兆しは金沢セクシュアル・ハラスメント事件の控訴審判決に既に看取されるが、裁判所が被害者の応酬態度の当不当を判定するのは依然女性に対する固定観念に捉われすぎているのではないかと。一方では抵抗せよと命じ、他方では後日の反抗態度が過ぎると非難する。当事者の置かれた立場・状況を鑑みるに、即時に抵抗できない心理的抑制が被害者には働くのである。その後その恐怖や呪縛が解けた時、当事者間の対抗言論が可能になるならばそれは望ましいはずである。性の

固定観念の呪縛に囚われているのは男性が大多数の司法とて例外ではなく、保護法益であるはずの「性的自由」は、女性においては、実は法の外と内の両方から直接または間接的侵害にさらされているといえよう。最近ではキャンパス・セクシュアル・ハラスメントとかアカデミック・ハラスメント等と称されて大学におけるセクシュアル・ハラスメントの実態が糾弾され、その対応策として大学の使用者責任を求める声が強くなっている。<sup>(164)</sup> 法的根拠としては三つあると指摘されている。すなわち、①民法七〇九条を根拠に直接不法行為上の責任を負う、②民法七〇九条を根拠に直接不法行為上の責任を負う、③契約（雇用契約、在学契約）上従業員や学生に対して負っている義務を法的根拠として、契約上の責任を負う、というものであり、③が近時有力になっていくとされる。③の場合、雇用契約や在学契約に内在する本来の義務とする考え方と、信義則上導かれる付随的義務とする考え方とに分かれる。両者で効果に大差ないのだが、セクシュアル・ハラスメントを社会から排除することを目的とし、違法性の啓発という予防義務を積極的に活用させるという間接的な国家支援の考え方からは、内在的に本来の契約義務違反による責任を負うという債務不履行構成の方が――すなわち明確な行為規範のインパクトが得られるという意味で

——採られるべきであらう。

## 5 派生的問題

「I」では、近年のポルノ、わいせつ、性表現が女性蔑視を助長するという見地から法的規制をせよという一部のフェミニストの主張に対し、憲法の表現の自由の問題と絡んで白熱する議論が持ち上がった<sup>(166)</sup>が、これをどう解釈すべきであらうか。

フェミニストの主張はポルノ規制論から始まった。理由は性表現のわいせつ性というこれまでの表現内容の論理ではなく、女性の性の侮蔑的な取扱が現実の女性蔑視を再生産するという理由である。この主張に対してポルノ規制は表現の自由を優越的に保障する憲法に違反すると反論された。また、他のフェミニストらから一律ポルノ禁止に待ったがかり、性暴力ポルノに限定する条件付き賛成論や、ポルノ規制反対の表現の自由擁護派など議論が混迷している。賛成派の論点は一貫して女性の差別的取扱から発している。ポルノが女性を性的対象物として扱った男性優位の社会に貢献する、というのであり、反対派はあくまでも表現の自由の優越的価値を市民的自由の重要な道具として死守し、ポルノの低価値は思想の市場的な収束に任せよう

とする。憲法論的見地からするとやはり規制は難しいのであろう。規制をかけるということは一定の価値観を国家が強力に規定することであるから、表現の自由を制限するだけの余程の理由がなければならぬ。表現の自由は対抗言論が可能を限り、規制すべきではないというのが通説である。ポルノに対する反対表明が禁止されたり規制されたりしていない現在、ポルノの国家規制は表現の自由に対する重大な挑戦になり、憲法学的比較衡量において承認されないのであろう。

しかし、ポルノ問題はわいせつ表現とか女性差別とかではなく、「性」の商品化という女性の人格権解体の見地から考察するのが相応しいのではないか。これまで述べてきたように、従来「性」を人格権の中核と考える視点が欠けていたために、特に弱い立場の女性の「性」が国家制度の下、商品化され、市場売買が許されていた。ポルノ流通はその延長上にあると考えられる。しかし、本来の「性」は解体が許されず人格の形成と一体となってその個人のみを帰属する生命や精神と同等なものである。生命や身体が売買を許されていないように、本来は市場原理になじまないものである。私たちは、特に女性は、解体された「快楽の性」や「生殖の性」さらには「商品化された性」に常に違和感を感じ、侮蔑されているような愚弄されているよ

うな落ち着かぬ気分を味わつてきている。人格は決して解体も切り売りもされてはならないものだし、できないはずのものである。しかし、従来の男性中心の価値観ゆえに、人格権の中核である「性的自由」を一方的に侵害できる社会的土壌が許容さ  
れているのなら、自由の保障の不平等を強い規制や政策などによつてまずは是正される必要があると思われる。それが具体的にどのような施策であるのかの検討は、今後の課題にしたい。

「2」同様に、婚姻侵害の第三者と夫婦関係にも「性」を人格的価値として適用されなければならないと思う。婚姻制度は、夫婦の性的な関係を軸とした共同生活全般を保護するものと思われる。しかし、西欧の厳格なキリスト教に基いた永久の愛の宣誓による婚姻強制と、日本の婚姻制度はやや趣が異なるといわれている。それは、わが国には、現代においても払拭し切れない「家」イデオロギーによる婚姻制度が敷かれていたからである。儒教道徳の強い日本に資本主義産業構造によつて家長  
制がもたらされ、世間の前では、家長が家督の主人で、妻は家の従属者であった。「家」は個人よりも「家督」の存続に重きが置かれていた。「主人」と「家内」は現代でも通用する対外的な配偶者の呼称であるのは「家」の名残の強さであろう。そのような「家」中心の婚姻制度の下で、戦後の憲法と民法親族

編の改正を待たずに、法律婚以外の婚姻関係が緩やかに保護されてきたことは日本的な現象である。社会保障制度などが形式上の身分を超えて、実質的な権利義務者を認めてきたのも特徴的である。国家法が「法は家庭に入らず」を貫いたがために、司法による間接的な国家介入で経済的社会的不合理を是正して  
いたことは、国民の支持が得られていたものと思われる。

しかし、婚姻制度の緩やかな解釈、事実上の夫婦関係の重視といつても、事実婚保護の対象は「生殖の性」のみであるといふ司法の限界がある。すなわち、婚姻は生殖の許可であることが前提とされている。「子はかすがい」といわれるのは、家庭の営みは子供の養育をする中心の場だったのであり、必ずしも法的な評価として、夫婦の人格的性愛に基づいた「性的自由」尊重の場、或いは家族相互の人格的結合を育てる場であるとされていなかったのである。近代法には人格的な結合を保障する家族制度観はなく、生殖と身分と財産という相続法に包括される家族法として財産法的な解釈になじんでいたのである。家族は血縁による身分集団内での経済的配分が予定され、あるいは国家に代わる社会保障的相互扶助が期待され、個々人の人格的・利益保障などは法の評価外である。しかし、財産法的な枠組みであろうとも、法的保護が与えられ、寝食をとみにするうち

に、事実上夫婦や親子関係に人格的なつながりは形成される。共同生活は経済的利益と同時に人格的利益を伴っている事実是否めないであろう。

最判平成八年判決に述べられた「婚姻共同生活の平和の維持という権利、又は法的保護に値する利益」が何かは判然としていない。婚姻共同生活の平和の維持が財産と身分と生殖の性の現状維持であるなら、経済や身分や生殖は、一般に支配的地位にある男性の利益が優先される構造を生み出し易くなる。被支配的な地位にある女性が常に制裁されるような結果を招いてはいなかっただろうか。夫婦の婚姻関係が破綻している状態はどのような理由からであつたのだろうか。「法的保護に値する利益」の中に婚姻関係の実質的な男女平等観がなく、また、国家が人格的利益の制度保障をすることもなければ、婚姻破綻も婚姻外の自由恋愛も、当事者の事実上の権力・支配優位者の「自己決定」に任せているのが現状ではないか。法律の婚姻制度に、本来守られるべき個人の性的自由を包摂した人格的利益の保障機能がなく、そこに第三者が関係し、婚姻関係が複雑になったとき、やはりそこに何らかの社会構造的な性暴力が存在していないかという、詳細な検討を加える必要があるだろう。経済や性の優位が男性にあらかじめ組み込まれた社会構造は家族制度

の中にも例外とならずに深く浸透していると想像できる。法の公平な解決のポイントはやはり——「生殖の性」「快楽の性」に解体するのではない——女性の統合された性の回復であろう。経済保障と同時に人格的利益の回復を視野にいた判断が必須である。かつての経済的依存の結婚形態ではなく、精神的・心情的な結び付きを重要視する婚姻観に変化してきている現状を認識するなら、女性がパートナーと対等に関係形成する人格的利益を十分に保障しなければならない。国家制度によつて女性の「性的自由」が解体されてきた推移に鑑みると、女性自らが統合的な「性」を取り戻せるように、国家の介入と制度支援で迅速に保護・救済し、婚姻侵害の関係者達の重層的な利害対立を解決することも必要であろう。

同様にストーカーもDV(家庭内暴力)も、女性の「性的自由」という人格的利益の視点から考察すると、これまで犯罪と捉えられて来なかつた理由は、いかに女性の「性」が社会的に軽視されてきたかの延長上にあるということがわかるであろう。「性的自由」の侵害は、意に反する一方的な要求であり、非人格的な扱いであると社会的に了解できれば、性別役割の肥大化幻想に固執する一方的な権力的行使は、現憲法の理念に反する自由への抑圧であると、明白になる。何人も他人を自己の目的

のための手段や道具にするような、非人格的な関係を強制することは許されない。また、何人も他人の自由領域に権利を不当に侵してはならない。女性の「性的自由」が権利として未だに確立されず、男性の「性的自由」遂行の手段や道具にされるのは公平ではない。平等に、そして、対等に、何人にも自由が保障されてしかるべきである。社会構造的性暴力は、経済・身分・性差別など幾重にも負荷の張り巡らされたものであるから、巧妙に隠蔽されたり、報復措置の威嚇がされやすく、社会的に発覚が遅れがちである。被害者が更なる恐怖と不自由に追い込まれないよう、刑罰の実効性を高める工夫も必要である。性の虐待および性暴力禁止への社会的関心を喚起し、すべての市民に平等な「性的自由」の確保が必要である。

## 6 小括

〔1〕セクシュアル・ハラスメント訴訟を通じて、わが国においては労働権侵害や性的自己決定権侵害という権利侵害構成で、職場のあるいは社会の女性に対する差別的取扱をあぶり出そうと腐心してきた。セクシュアル・ハラスメントの局面では、相手の不自由さに付け込み自己の欲するままに積極的自由を実現

できる人間と、消極的自由すら保護されず自由意思を放棄させられがちな人間が、職場で対面し、自由で対等な人間関係を形成できないままにジェンダーで肥大化された「性愛」の強制的接触という不幸に陥ったのである。不法行為訴訟では加害者と被害者の対立構造が強調されるため、事件当事者の特殊な対立構造にしか過ぎないものと矮小化されがちであったのを、その背後の構造を看過せず、権利侵害の不可避性を説き、憲法理念にも反する不合理な不平等を是正するための法理論を探索してきた。

アメリカのセクシュアル・ハラスメントは性差別的禁止という形を取りながら、実は男女の非対称な性における固定化を社会的認識から排除しようと試みる様相を呈している。それは、性の固定観念からの自由であり、社会から強制されない精神的自由の保障であろう。多元的価値の常にせめぎあうアメリカでは、価値相対化の法言説が発達しており、均質的な「社会通念」や「社会相当性」は推し及ぼすことはできないものと思われ、異なる価値観の互換性が尊重される法的平等を実現しやすい文化的土壌があると理解できる。

それに比して、わが国は不法行為といえれば利益衡量が通説・判例であり、社会常識的に妥当な解決が「違法性」判断の名の

下に柔軟になされてきた伝統がある。しかし、セクシユアル・ハラスメントでは、加害者と被害者の帰属する集団的階層構造が明確な序列をなし、利害対立も固定的な集団に利害の偏在する支配・従属構造によるものである。この点を理解するならば、加害者と被害者のそれぞれのグループを足して二で割るような均質性を擬制する「社会通念」は現状維持のレトリックになり、権利侵害があるにも拘らず不法行為が認められない被害者の救済がどれ程妨げられていたかは容易に推測されよう。このような社会的被抑圧者を救済し、当事者の公平な人格的価値を尊重するには、利益衡量的な違法性判断や相關関係的な衡量の不法行為構成は不向きである。判断の際に体制順応的な「社会通念」が滑り込むと、被抑圧的な権利の要保護性や抑圧的な行為態様の悪意が希釈され易い。もともと、男性に比べて女性の「性」の保護が軽んじられる「社会通念」があるから侵害されやすいのであり、平等な権利を確立するには、その「社会通念」が覆されなければならない。「社会相当性」の枠組みを堅持しては、人格権保護が徹底されにくいと危惧される。セクシユアル・ハラスメントの事実を認定しながら、「社会相当性」として不法行為が成立しなかったものに、「社会通念」の価値転換がなされていない故のものが散見される（横浜セクシユアル・

ハラスメント事件第一審、秋田県立農業短期大学事件第一審、大阪セクハラ（資材販売会社）事件など。二四参照）。しかし、「性的自由」は以前から刑法で保護法益とされていることもあり、大方のセクシユアル・ハラスメントが権利侵害要件の構成で不法行為の成立が認められたのは、大きな進展であったといえる。ただ、被害女性の心身の重大な犠牲による代償の結果であることを考えると、徹底した権利侵害要件で予防的救済が構築されるべきであると思う。

人格権の無形損害は、侵害状態の深淺が客観的に測れるものではないので苦痛<sup>11</sup>侵害あり<sup>12</sup>人格権侵害と構成するのが妥当であろう。その後の当事者の主張から賠償範囲や賠償程度を総合的に判断するしかないであろう。その際、加害行為の態様や動機の評価は重要な指針となるのは当然であろう。しかし、被害者にとつての訴訟目的が、まずは精神的苦痛あるいは恐怖を排除することの期待であろうから、人格権侵害が認められるなら、現実の苦痛を惹起する継続的侵害行為が存するかぎり、差し止められなければならないだろう。そして再発を防止する抑止効果の実効性が求められるべきである。平等と自由を重んじる近代法原理では、個人の平等と自由の権利が社会の複雑な構造によって侵害された場合は、そこから回復すべく強い保護が

与えられるべきである。特に、重篤な人格権侵害は、国家的配慮による支援の迅速な保護が正当化されるであろう。どこまで支援するべきなのかは、どれほどの社会構造的な侵害であるかの法的評価あるいは社会的合意に関連してくるものと思われる。

「2」私事といえども行為が伴う限りは、もはや他人と関係しない領域はないといえるほど、個人は社会的存在であることが認知されつつある。自由も平等も人間の社会的存在が前提である。しかし、人間関係が抑圧関係に陥りやすい社会は、対等な信頼関係を築けるよう矯正しなければならない。現代の公正なルール作りに向けて、セクシュアル・ハラスメントは重要な試金石であるように思われる。これまで見過ごされてきた不正義をえぐり出し、その矯正に向けて不法行為法が丁寧に社会構造を掘り起こさなければならぬ。当事者間における衡平な損害移動・損害配分という平面的関係から、社会構造的不正義の矯正を加味した社会全体の衡平な損害の再配分という立体的関係に視点を移し、現代的不法行為類型を析出していると考えられるだろう。本稿では、「性的自由」侵害の帰結としての差止の重要性を強調したが(4「1」参照)、併せて損害賠償額に関する私見も述べた。すなわち本類型は故意不法行為でもあり、

また先述したことの対応で、社会構造的な抑圧からくる被害者たる女性の損害(例えば、就労機会の喪失、名誉信用侵害)評価にも十分な配慮が求められて、慰謝料額の高額化も要請されるところである(4「2」以下参照)。また、侵害の認定の困難さ(この打開の試みとしては3参照)から、そもそも、被害女性サイドが法廷に登場しない場合に、いかに被害救済を図るかという厄介な問題も存在している。もはや法的救済の限界として突き放すのも一つの考え方であろうが、現状の打開に向けてどのような非訴訟的手段があるのか(例えば、企業におけるチェック機構の整備、行政的規制等)についても、今後の課題とさせていただく。

女性の社会的不利益構造は職場、学校、家庭とありとあらゆる場面で想定され、その低評価に乗じる形の性支配的暴力が至る所に発現する。顔見知り程度という疎遠な関係に限らず、日常生活において信頼関係が築かれている間柄でも性支配的暴力は存在している。セクシュアル・ハラスメント訴訟においては主に職務上の上下関係が性暴力行使の契機となっていたが、レントゲン技師が身障者である女性患者にわいせつ行為をしたり(東京地判平七・五・一六判時一五五二号七九頁)、学習塾の経営者が女子高校生にわいせつ行為をした(東京地判平一〇・

一一・二四判時一六八二号六六頁) ように、抵抗できない相手を選んで自己の性支配欲の対象にする悪質性の強い事案や、従業員と顧客、同僚など職務上の権力関係がなくともストーカーまがいの執拗性や、職場から排除させんばかりの嫌がらせなど、通常の社会儀礼を無視した行為は被害者の精神的苦痛と恐怖を増大させるに十分である。この場合も加害行為の態様ではなく、社会的コンテクストに絡めて被害者にのしかかる重圧としての苦痛や恐怖を追体験することが肝要である。さらに、教育現場でのセクシュアル・ハラスメントは、信頼関係の甚だしい破壊行為であり、人格形成の基礎を破壊するという意味で重篤な人格権侵害行為である。

家庭内における夫婦間の強姦の存否や子供への性虐待の顕在化も、公私の峻別が崩れ始め、個人の権利の範囲に対して社会的な共通認識が必要となった現れであろう。社会的依存を関係志向的な人間の存在として把握しながらも、そこに滑り込む権力関係や支配関係に抑圧されない市民的権利を平等に認め合う新たな法規範の構築が課題となっている。目を覆うような性支配的暴力の蔓延に対しては、立法的措置によって性の固定観念の拡大再生産に歯止めをかけようとしている(ストーカー防止法・DV防止法・幼児虐待防止法など)。だが、結果惹起をし

た行為者を事後的に処罰するだけではなく、私たちはどのような権利を有し、お互いにどのように尊重し合わなければならぬのか、敵対するグループの間の対話を深め理解をしあう不断の努力が大切である。不法行為法の被害者・加害者・審判の三者および傍聴者を含めての社会内対話はその不断の努力の重要な基盤となっていくのではないか。

## 五 結語

「1」「性的自由」はセクシュアル・ハラスメント訴訟の判決の中で類繁に使用された言葉で、恐らく刑法に準じて用いられたのではないかと思う。「性的自由」を保護法益とする刑法の強制わいせつと強姦罪は、制定当時は社会法益の罪であった。近年は女性の個人法益に対する罪となっているが、女性の態度如何で男性の犯行の量刑の軽減がある。強姦罪等が未だに「貞操侵害」の読み替えて裁かれているようだという批判は強い。<sup>(16)</sup> 「貞操」が女性に法的婚姻の性関係を強制し、夫婦間強姦は存在しないものという解釈を正当化させている。しかし、刑法の「性的自由」も、「性的行動をする自由・しない自由として理解されるべきである。とすれば、その侵害は(加害)行為者の

内心の意図とは何ら関係を有しないといふべきである<sup>(17)</sup>。」として理解されてよい。すなわち、被害者自身に帰属する秘匿性の高い「性」は、被害者の消極的自由の領域である。その侵害行為は「性的行為を受忍させる点では自由の侵害ともいえるが、同時に性的嫌悪・羞恥感情を生じさせることよつて正常な感情を害する点をも含むものと解すべきである<sup>(17)</sup>」から、被害者の身体的自由の侵害だけでなく、本人の性感情への侵害の有無が、国家の処罰の有無の正当性を規定しているはずである。だが、刑法の現行解釈では、敢然と犯罪に立ち向かい、犯罪の刻印を証拠に残し生還した幸運な女性であつて、なおかつ、証言に耐えられるほどの女性でなければ刑事告訴に踏み切れず、犯人の処罰に至ることができない。一般に女性は弱く庇護され人前では性的羞恥心に耐えられないものと社会から期待され、自ら強く訴える機会は奪われてきた。民事でも同様な事情でこのような性的自由侵害の不法行為が訴えにくかつたので、性的自由の侵害の法的評価が立ち遅れており、損害賠償責任を負わせる民法独自の評価の構築が今後必要となる。

「2」「名誉」概念も、刑法と民法で重複している。しかし、制定当時の民法の「名誉」権は明記された数少ない「人格的権利」概念として不法行為法上で援用され、包括的権利に膨れ上

がつた時期がある。その後、権利侵害から違法性判断への学説・判例の推移や、戦後の表現の自由との調整で刑法の要件が絞られたのに準じて、現在は「人の社会から受ける客観的評価」を名誉というのが通説である。主観的な名誉感情を表わす人格的利益は、現在はプライバシー権に含まれることになつてゐる。妻の不貞が夫の夫権や名誉侵害と解釈され、「第三者の貞操侵害」として夫からの妻の不貞相手へ損害賠償請求が簡単に認められたのも、当事者の内面的感情である人格的利益は不問にされているからである。かつては、夫のみに身分権的な損害賠償請求が認められる夫婦不平等の法状況であつた。妻の姦通は家系の血統混乱の危険のものであるからと、女性は生殖機能が特に重んじられ、よつて「家」の存続や家名・家名の名誉が夫婦の貞操義務の不平等を維持存続させていた。妻となつては生殖と離れた性的自由は許されなかつたであろうし、「家名」に貞操を強いらられ、家事と出産と養育とに従事し一生が終わつたのかもしれない。現在の刑法における「性的自由」の侵害が、他の犯罪(たとえば住居侵入罪など)と違つて、被害者の態度によつて加害者の犯罪成立構成要件に重要な影響を与えることが女性軽視であると夙に指摘されているが、戦前からわが国の女性の「性的自由」は法的に十分保護されていなかったし、戦後も十分に

論議されているわけではない。「性」に対する抑制的な文化土壤と相俟つて、公に論議することも避けられてきた。ゆえに、性に関する事柄は勢力の強い者の横行が許される無法地帯となり、男女の性的な関係において相対的に優位な男性の「性的自由」が幅をきかせている。強姦罪、貞操侵害、セクシュアル・ハラスメントに関し「女性の性的自由」という視点で法が言及することは少なかつたし、セクシュアル・ハラスメント訴訟においても「女性の性的自由」という概念が未だ生成途上であるといえる。

〔3〕セクシュアル・ハラスメント法理は単純な雇用社会の女性の性差別的取扱是正措置ではなく、社会の至るところに根付いている性差を通じて、近代国家の支配構造とその暴力性を暴露させ、その国家体制のバイアスを気付かせる一つの挑発的な装置という側面がある。その近代国家の歪みを司法の強制力を用いて間接的に矯正するのが判例の蓄積であり、学説の議論であり市民法秩序の構築といえるだろう。本来、法は人知を結集し、公平な価値を重んずる市民社会のルールを形成すべきであるから、放置されている抑圧的暴力の障害をできる限り取り除き、各人の平等を重んじなければならない。「性」が個人の自由領域であり、かつ、社会的政治的な価値であることを理解し、

市民社会の合意を通じて「性的自由」の実体的価値の保障を具体的に制度化させるには、憲法や刑法という国家の法と、民法という市民の法との双方からの整合的な整備が必要であり、法の総合的な保障が今後の課題となるであろう。

恐らく暫時はセクシュアル・ハラスメントが尽きないと予想される。今後はセクシュアル・ハラスメント訴訟先進国のアメリカのように女性から男性へ向けられたセクシュアル・ハラスメントの問題や同性間におけるセクシュアル・ハラスメントの問題も起きるであろう。しかし、セクシュアル・ハラスメントは性のグループの落差が固定化していることが問題なのではない。その当事者の間に社会構造的な支配・従属関係が利用されているかどうかの問題なのである。常に相対的に劣位者が社会構造的な支配下におかれ、ステレオタイプ化された蔑視観が他方に宿る時、権力の傾斜関係を梃子にしたセクシュアル・ハラスメントが起きやすい。特に劣位者が優位者に従属することによって経済的生存を保ち得る場合に、セクシュアル・ハラスメントが一段と起き易くなることだろう。その時には、両者の属する性の種類は不法行為成立の要件にはならず、社会的背景にある権力関係を利用して相手の「性的自由」を侵害したか否か、人格権を侵害したか否かが重要な成立要件となってくるだろう。

セクシュアル・ハラスメントは「性」差別なのではなくて、「性的自由」を抑圧し不平等であることの苦痛をもたらしめる人格権侵害なのである。

「4」職場だけではなく、教育の場、家庭、その他老若男女に拘らず人の集合するあらゆる機会においてセクシュアル・ハラスメント防止策が必要であるのはもちろんであるが、セクシュアル・ハラスメントの本質を理解して十分に法的な保護を確立しようとするならば、まず、日常的にステレオタイプの固定的性別役割意識から一人一人が解放され、能力や人格を個性として社会的に尊重し合う新たな規範が不可欠である。それは、常に関係を志向する人間社会関係内の配慮や気遣いであろうが、絶えず相手の身になるといふのは極度の緊張が強いられて、現実的でないだろうが、一定限度の禁止や承認に基づいたルール形成によって社会的依存関係を継続的な信頼関係に変えていけないだろうか。そして、継続的な相互の信頼関係を破壊するような行為が被害者に精神的苦痛や恐怖を招来した場合には、人格権の侵害と評価すべきであろう。私たちは社会的紐帯の中に生きている限り、継続的信頼を破壊される被害は、恐らく堪え難い苦痛であると想像できる。雇用の継続を望み誠実に職務遂行をする立場の弱い被用者にとって、雇用上の取扱が性差別的

であったり（ジェンダー・ハラスメント）、望まない性交渉を求められたり（身体的セクシュアル・ハラスメント）、不快な猥談を聞かされ続けるなど（言論的セクシュアル・ハラスメント）、たとえ、当人には軽い冗談のつもりでの行為であり、社会の潤滑油であるなどと嘯かれようが、相互信頼を破壊されるような精神的苦痛を感じさせる言動は人格権侵害（性的自由の侵害）の不法行為であるとして受忍を拒める制度保障が大切である。

共同体内部で既存の秩序（社会相当性）に逆らうのは、調和を善とするわが国の文化においては、現段階ではごく一般の人間にとつても相当の抵抗感がある。少数者が共同体の醸す雰囲気と異議を唱えても、共同体内秩序を乱す問題児として対抗言論を封じ込め兼ねない重圧もある。ましてや、立場の弱い、共同体内部のメンバーであることに生存を依存しているような者の個人的な抵抗を要求するのは過酷であろう。しかし、それでは不快の受忍を強いる結果となり、人間不信を招来する。不信が募り、共同体内部で孤立無援に放置されることは社会的人間の本質にもとる状態であり、社会依存的な人間存在に反する人格権の侵害である。社会的コンテキストにおいて、共同体の環境配慮義務や人間関係調整義務を有する責任者の帰責は免れ得ないであろう。

このような信頼関係から離脱させられる孤立無援の苦痛は、少数弱者の異論が承認されにくく、体制順応を権力で強いられるところにある。被害者側にとって、加害側の権力的従属の強制が透けて見える場合であり、悪意や害意が感じられ人間不信が募るのであるから、重過失か、または故意の不法行為該当が圧倒的に多いことであろう。また、加害者は優位な立場を利用して抵抗を封印しようとするのであるから、有責性や社会的非難性は顕著である。セクシユアル・ハラスメントは故意不法行為の典型例と位置付けられ、制裁的慰謝料が正当化される余地は十分にある<sup>(18)</sup>。加害者の有責性(悪質性)に比例させて賠償額を高額化させることも正当化されよう。賠償額の高額化は加害行為の抑止力を高めるだけではなく、被害者の損害填補に資するとも考えられるからである。重篤な人格権の侵害は、ともしれば健康を害され、就労の機会や生活の質を縮減されている場合が往々にして多い。高額の金銭的賠償は被害者の生存を支える資金となり得るだろう。しかし、最終的な解決は二度とこのような損害を与えないように、排除と予防の法理をしっかりと形成することである。

「5」最後に、セクシユアル・ハラスメントの重篤な被害者は、恐らくは社会的依存が著しく高い人びとであろうと付言してお

く。例えば子供や障害者や病人である。彼等の「性的自由」の侵害は人格の破壊に直結するといえるだろう。このような社会的依存性の高い人びとが、社会から非人格的な扱いを受けることは、生命の絆を切断される思いであろう。そうであれば、社会的依存という生命線に性的ステイグマを与えられないような強い法の防衛が必要である。裁判による事後的間接的な再発防止よりも、立法による事前的直接的な未然防止が望まれる。学校や病院、施設等にセクシユアル・ハラスメント防止義務を強く課さねばならないのはパターンリズムではなく、継続的信頼関係を破壊される精神的苦痛と恐怖を招来するような人格侵害を排除する制度保障であり、人格権保護における平等の確保である。更に、子供の性虐待、児童買春、児童ポルノなどの問題も、子供の「性的自由」の保護、人格形成保護の観点からその予防と救済の法理確立に強い関心を向けなければならないと申し添えたい<sup>(19)</sup>。

(99) 人格権概念はわが国ではかつては「権利」性すら争われていたが、沿革的にはローマ法起源と一九世紀以降の近代の自然法に由来するものがある。齊藤博「人格権法の研究」(一粒社、一九七九年)はドイツの人格権論に

対して詳細な検討を加え、著作権のような財産的保護機能からの出発と戦後の一般的、個別的人格権が承認される法解釈の変遷を叙述している。

(100) 澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為「第三版」』（有斐閣、二〇〇一年）一三〇頁。

(101) 齊藤博「人格価値の保護と民法」（一粒社、一九八六年）三二―三五頁に七一〇条の例示以外の人格価値を改めて認めるよりは、「名誉」への包摂が好まれ、氏名の保護や、「家」の名誉、更には「家元」等団体の名誉に及び、財産価値の表象に拡大されたと述べてある。

(102) 大判明三九・二・一九民録一二輯二二六頁「名誉トハ各人ガ其品性悪行名声信用等ニ付キ世人ヨリ相当ニ受クベキ声価ヲ云フモノナリ」

(103) 上村貞美「セクシュアル・ハラスメントの訴えと名誉毀損」香川法学二〇巻三―四号（二〇〇一年）二〇頁以下に詳細に論じている。

(104) 五十嵐清「表現の自由と人格権の保護」法セ一八〇号（一九七一年）一四頁、堀部政男「名誉・プライバシー保護の新課題」ひろば六五三号三五卷一号（一九八二年）四頁、同「名誉・プライバシー問題の現段階」ジュリ六五三号（一九七七年）三五頁など。

(105) 菅野孝久「『プライバシー』概念の機能の検討―不法行為法における非実用性―」ジュリ六五三号（一九七七年）

六〇頁以下。

(106) 伊藤正己「プライバシーの理論的基礎」戒能編・前掲書注（83）所収一一八頁、三島宗彦「日本民法とプライバシー権」法時三一巻六号（一九五九年）二三三頁。

(107) 五十嵐清「ノンフィクション作品における実名使用とプライバシー侵害の存否」私法判例リマーカーズ号（一九九〇年）一一四頁。

(108) 三島・前掲書注（87）三一―三頁、五十嵐・前掲書注（87）一五〇頁、山本敬三「人格権―北方ジャーナル事件」星野英一ほか編・民法判例百選Ⅰ「第四判」（一九九六年）一四頁、吉田克己「現代市民社会の構造と民法学の課題6」法時六九巻四号（一九九七年）六七頁などで憲法一三条に基づく一般的・包括的人格権を意味付けようとしている。また、憲法学者も佐藤幸治「憲法「第三版」」（青林書院、一九九五年）四〇七頁以下、奥平康弘「名誉毀損と事前差止め―『北方ジャーナル』事件―憲法判例百選Ⅰ「第三版」」（一九九四年）一三八頁のように人格の自律の核に関わる私権に最低限の憲法的保護を与える義務を読み込んでいる。

(109) 吉田邦彦「民法解釈と揺れ動く所有論」（有斐閣、二〇〇〇年）三五―三五三頁参照。個人主義の強調のみではなく、場合によっては社会連帯を視野に入れた考察の必要を説く。

- (110) 吉田・前掲書注(109)三三八頁以下。人と物との關係を伝統的な市場効率で測るのではなく、そこに付随する社会的關係に即し、社会構造に規定される具体的人間像の「人間の充実」を積極的に測ろうとする叙述がある。
- (111) 棚瀬孝雄「不法行為法の道德的基礎」同編著『現代の不法行為法』(有斐閣、一九九四年)一六頁。不法行為制度においては相手の痛みを直接、人間的共感によって了解し、当事者の実質的対等性を保持しつつ、双方の「關係的配慮」を大切にし、自ずと回復プロセスの関心を高めさせ、コミュニタリアンな連帯の論理を掘り起こす共同体正義(communitarian justice)——自分と相手が人間的な意図で結び付いているという感覚——を加えての紛争解決の実現を説いている。
- (112) 山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣、二〇〇〇年)九頁。一般条項としての公序良俗は包括的禁止規範になることに對し、その恣意的な判断に絞りをかけて精緻化を試み、「公序良俗違反」の「ルール化」を明確化しようというものだが、その基盤に国家の基本権保護義務を認め、人間の自由平等という憲法的基本理念に立脚した民法運用の社会構築を試みている。
- (113) 吉田・前掲書注(109)四二五頁以下に同様な趣旨が述べられている。
- (114) 内野正幸「セクシュアル・ハラスメントと憲法」法時
- 六四卷九号(一九九二年)八頁。
- (115) この点はアメリカの裁判でも争点になったところであるが「その性に属していなければ受けなかつたであろう個人々人に対する個別的な差別的取扱も十分違法な差別を構成する」というセックス・プラス(sex plus)テストという、一方の性にのみ適用される性的固定観念に基づいた事実を不利益的取扱と肯定したのが参考になる。奥山・前掲注(48)一一〜一二頁、同・前掲注(49)一八頁に詳しい。
- (116) 水谷英夫「雇用における『性的いやがらせ』—アメリカの事例を中心として—」法学五〇卷六号(一九八七年)九一頁。
- (117) Wright v. Methodist Youth Services, 511 F. Supp. 307 (N. D. 111, 1981)
- (118) Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc., 118 S. Ct. 998 (1998). 林・前掲注(52)もこの判決に言及する。
- (119) この分類は小倉千賀子『セクシュアリティの心理学』(有斐閣、二〇〇一年)六〇〜六三頁を参照にした。また、ジュデイス・バトラー(竹村和子訳)『ジェンダー・トリアル』(青土社、一九九九年)においては私たちは言説的な表象領域の構築によって前もって規定されることに自覚的にならなければ、権力構造による生産と制約から解放され得ず、「性」においても政治的カテゴリーから自

由になり得ないとされる。またドウルシラ・コーネル(石岡良治ほか訳)『自由のハートで』(情況出版、二〇〇一年)においては「性」はまさに個人の自律的「生」にとつて不可侵であるべき秘匿的な自由領域に把握されねばならぬ、などとしており、そうした人格の中核である「性」のあり様の規定が参考になった。

- (120) 水谷・前掲書注(51)一七―一八頁、他に女性の置かれていた立場を性差別的に考察したものとしてみやサリン・A・マッキノン(奥田暁子ほか訳)『フェミニズムと表現の自由』(明石書店、一九九三年)(原書はMACKINNON, FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW (Harvard U. P., 1987)、角田由紀子「性の法律学」(有斐閣選書、一九九一年)、杉田聡「男権主義的セクシュアリテイ」(青木書店、一九九九年)、スーザン・エストラリッチ(中岡典子訳)『リアルレイブ』(JICC出版局、一九九〇年)などが参考になった。いずれも系譜学的に男女の性愛関係において性暴力が浸透していることを説き、男女において埋められないほど性愛関係に対する理解の差が存在することを検証的に語っている。また、性犯罪者と被害者の取扱における不合理さを性差別的に考察しており、法のバイアス的女性観の叙述等も参考になった。

(121) 上村貞美「人権としての性的自由をめぐる諸問題(一)

- (二)(三)(四)(五)香川九卷三号(一九八九年)一〇巻一号(一九九〇年)一一巻一号(一九九一年)一三巻一号(一九九三年)一八巻二号(一九九八年)、同「セクシュアル・ハラスメントの訴えと名誉毀損」香川第二〇巻三〇四号(二〇〇一年)など性的自由の問題に關し精神的に考察を重ねている。とくに同・前掲注(75)を参照。

(122) キヤサリン・A・マッキノン・前掲書注(50)。本書はアメリカでは判決にも多大な影響を与えたといわれ、セクシュアル・ハラスメントのバイブルのような書物である。

(123) 松本克美「『教育上の支配従属関係』を背景としたセクシュアル・ハラスメント」法時七二巻一二号(一九九九年)一一〇頁以下。

(124) 中里見博「性支配と人権」法の科学二九号(二〇〇〇年)二〇頁。

(125) 「価値紛争」(conflict of values)とは、価値観・事実評価の態度の不一致から生ずる紛争のことで、紛争当事者の利益に共通性のある「利益紛争」(conflict of interests)と対比されて用いられる。紛争解決のあり方も前者は裁判所による第三者的解決が求められるが、他方後者は紛争当事者(ら)の妥協、交渉が通常の解決方式だとして、オペアにより説かれた(e.g., VILHELM AUBERT, THE

HIDDEN SOCIETY (Transaction Books, 1982) 83)。むしろ、  
たり、平井宜雄『現代不法行為理論の一展望』(一粒社、  
一九八〇年)三九頁以下参照。

(126) パイオニア的業績は山田卓生「私事と自己決定権」(日本評論社、一九八七年)である。アメリカのプライバシーの権利に関する展開の自己決定権に触発されて、日本における自己決定権の保護の必要性を主張し、ライフスタイルや危険行為、生と死などに際して、いかなる範囲でパターナリズムを排し自由な意思の自己決定ができるかが論じられている。

(127) 佐藤幸治「日本国憲法と『自己決定権』」法教九八号(一九八八年)七頁以下。自己決定権を基本的人権として憲法的保障を主張してきた佐藤幸治教授がプライバシーの権利を「自己情報コントロール権」と限定し、「自己決定権」を別個の範疇と考えた。その後の憲法学の「自己決定権」の詳細の検討は松井茂記「自己決定権について」(法法四五巻二・五号(一九九五年))を参照した。

(128) 吉村良一「なぜいま『自己決定権』か」『自己決定権』の今日的意義」法の科学二八号(一九九九年)七七〜八五頁、同「自己決定権」論の現代的意義・覚書」立命館二六〇号(一九九八年)六五〇頁以下参照。

(129) 江原由美子「自己決定」をめぐるジレンマについて」現代思想一月号(一九九九年)八七頁、同「自己決定権

とジェンダー』(岩波書店、二〇〇二年)二〇二頁以下、若尾典子「性暴力と自己決定権」法の科学二二号(一九九三年)一三九頁などで条件の不均衡な社会での安易な自己決定権尊重の風潮は危険であることを指摘している。また、医事法の領域について、吉田邦彦「自己決定、インフォームド・コンセントと診療情報開示に関する一考察」北法五〇巻六号(二〇〇〇年)も、批判的考察を行っている。

(130) この点に関し、來栖・前掲注(93)一七七頁以下で既に、近代法秩序において人間は、財貨の生産・再生産のための活動としての経済生活と、生殖・哺育のための活動である保族生活という、全く異なった法理の二面に服するとの指摘がある。これは市民社会が経済(公)と保族(私)の分離を前提として成立していることの表れであろう。また、保族生活が人格の拡大と連帯感の生成機能の特徴とし、経済生活は保族生活なしには維持し得ないと説くのは、区分された生活領域が相補的關係の法制度として肯定されているものといえよう。

(131) 山田卓生「自己決定権をめぐる」法教一〇二号(一九八九年)六五頁。

(132) Roe v. Wade 410 U.S. 113 (1973)

(133) 松井・前掲注(127) 法法四五巻二号二六六頁。

(134) 山本敬三「前科の公表によるプライバシー侵害と表現

- の自由ノノンフィクション「逆転」訴訟を手がりとして  
 「民商一一六巻四二五号六三六頁以下にプライバシー  
 の射程は「社会の正当な関心」がどこまで認められるか  
 によって決まり、われわれの社会の構成原理に深く関わ  
 る問題であることと、「社会の正当な関心」とは社会が  
 どのような事柄に関し関心を持つことが正当か否かの規  
 範的な評価の問題であることを指摘しているのは、従来  
 のプライバシーをより社会整合的に考えられるのではな  
 いかと思われる。
- (135) キヤサリン・A・マッキノン・前掲書注(50)一六八  
 頁以下。性差に基づく歴史必然的な社会的区分が差別を  
 曖昧にさせ、その結果、従属を強いる構造的な性差別の  
 生じていることを認識せず、親密な関係を強制する暴力  
 が許容されてきたと主張している。
- (136) 金子宏他編『法律学小辞典〔第3版〕』(有斐閣、一九  
 九九年)二九八頁。
- (137) 原島・前掲注(93)「民法理論の古典体系とその限界」  
 一一三頁。
- (138) さしあたり吉田克己「近代から現代へ」法七五二九号  
 (一九九九年)三四頁以下。
- (139) 前掲注(109)の(111)など。
- (140) 高井裕之「生命の自己決定と自由」ジュリ九七八号(一  
 九九一年)一〇六頁以下。
- (141) 遠藤比呂通『自由とは何か』(日本評論社、一九九三年)  
 から多くの示唆を受けた。
- (142) I・バーリン(小川晃一ほか訳)『自由論』(みすず書  
 房、一九七一年)(原書はIsaiah Berlin, *Two Concepts of  
 Liberty*, in 'Four Essays on Liberty' 167 (Oxford University  
 Press, 1969)) 参照。
- (143) イヴ・コゾフスキー・セジウィック(外岡尚美訳)『ク  
 ローゼットの認識論』(青土社、一九九九年)、中山元「フー  
 コー入門」(ちくま新書、一九九六年)、ほかに前掲注  
 (119)など。ヘテロセクシュアリティは奨励されるが、  
 ホモセクシュアリティが嫌悪されるのは、近代社会の監  
 視や排除や抑圧が生殖のコントロールにまで及び、身体  
 内部まで権力的ジェンダーによって支配されてきたゆえ  
 んであると語られている。個人のセクシュアリティは、  
 人間の分類に関係するのではなく、「自己」の存在に関わ  
 るものであり、性的マイノリティを理解すべきとの認識  
 を共有している。
- (144) ヨハン・ガルトウング(高柳先男ほか訳)『構造的暴力  
 と平和』(中央大学出版部、一九九一年)七頁以下参照。
- (145) 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治」  
 法学叢書一三三巻四・五号(一九九三年)参照。四号三  
 頁以下では「国家―市民関係は公法、市民―市民関係は  
 私法の領域であって、憲法は公法のみならず、私法の

領域には妥当しないという素朴な理解が見られるが、私法の中心にある民法典はまさに国家法であって、これらで憲法の拘束を受けないかのようにいうのは不正確ではないか……憲法の私人間適用という問題そのものを問いつ直し、これを再構成しようとする動きが……ドイツ……そしてわが国でも見られるようになっていゝ内外の動向を基礎に、国家を必要とした理由に市民間相互の平和的共存の確保を筆頭に挙げている。さらに、山本教授は私的自治を、市民の生活空間に関して禁止や命令が行われないう包括的自由という、リベラリズムの思想に基礎づけられたものと捉え、自己決定権と連続させ、契約の自由とは制度という点で一線を画している。そして契約自由(平等)を、私的自治や自己決定権(自由)と併存するものとし、二元モデルで考えることの重要性を説いている。そのような憲法と民法の融合的再構成を強調している。

- (146) 佐藤幸治「日本国憲法と『自己決定権』」法教九八号(一九八八年)、橋本公亘「日本国憲法〔改訂版〕」(有斐閣、一九八八年)四二五頁、戸波江二「自己決定権の意義と範囲」法教一五八号(一九九三年)四〇頁、阪本昌成「プライヴァシーと自己決定の自由」樋口陽一編『講座憲法学3 権利の保障Ⅰ』所収(日本評論社、一九九四年)二四四～二四六頁、野中俊彦ほか『憲法Ⅰ〔第三版〕』(有斐閣、二〇〇一)二五四頁など。

(147) バーリン・前掲書注(142) 七四頁。

- (148) 角田由紀子『性差別と暴力』(有斐閣選書、二〇〇一年)は女性に割り当てられた居場所に女性を押し込むことによって、女性に対する差別と暴力が社会に蔓延している現状を糾弾する。ジョン・W・スコット・前掲書注(2)においては、歴史が his story = history であることを暴露し、公的な言語である政治の理念は男性の視点で語られ、しかも政治参加を排除されている「非行為者」も公が創出したものであり、ゆえに男女の非対称は社会的に構築されたヒエラルヒーであると説く。またロバート・W・コンネル(森重雄ほか訳)『ジェンダーと権力』(三交社、一九九三年)などは、女性の性別役割の固定化は、男女間の所得の不平等や権力の分配等が隠べいされ、逆に男女の相違は相補的な関係とされるが、結局は人間を等しく抑圧する仕組みとなっていることを論じている。いずれもジェンダー規範が不平等な利害構成を維持する危険性を指摘している。

- (149) キャサリン・A・マッキノン・前掲書注(120)、同・前掲書注(12)、アンドレア・ドウォーキン(寺沢みづほ訳)『インター・コース』(青土社、一九八九年)、杉田・前掲書注(120)、浅野千恵「ネオ・リベラリズムと性暴力」現代思想一九九九年一月号、葛原力三「夫婦間での強姦」法七四三〇号(一九九〇年)など参照。

(150) 「性」、更には広く「身体」の商品化の問題に関する議論は、吉田・前掲書注(109)三五七頁以下参照。

(151) 吉田・前掲書注(109)三六六頁以下のフェミニズム理論を三分する分析は、このような立場であろうか。

(152) 山川・前掲注(64)七四頁。

(153) 奥山明良「在外日本企業とセクシュアル・ハラスメント問題―米国三菱自動車事件を契機として」ジュリ一〇九七号(一九九六年)五九一六〇頁。

(154) 山田省三「セクシャル・ハラスメントの法理」季刊労働法一五五号(一九九〇年)五二頁以下参照。

(155) 山崎・前掲注(53)「フランスのセクハラ法」四七七―六三頁参照。

(156) 奥山・前掲注(53)「諸外国におけるセクシャル・ハラスメントの法規制」四八頁以下、齋藤・前掲注(53)参照。

(157) 文部科学省のまとめによると、セクハラで懲戒処分になった国立大の教官は九八年度三人、九九年度四人、〇〇年度は過去最高の一四人に上ったという(朝日新聞二〇〇一年一月七日朝刊三三三三面)。

(158) 石田眞「セクシュアル・ハラスメントによる退職と損害賠償」労旬一四四一号(一九九八年)二二頁以下に逸失利益推定方法を明確に立て慰謝料ではない正当な賠償金算定の必要を説いている。林弘子「セクシュアル・ハ

ラスメントと人員整理を理由とする解雇」労判七六四号(一九九九年)一五頁以下には「加罰賠償が認められていない以上に、慰謝料が余りに低すぎることが賠償額を低く抑えてきた」と指摘がある。奥山明良「セクシュアル・ハラスメントをめぐる法的枠組み」日本労働研究雑誌四七八号(二〇〇〇年)一三頁「総じてわが国の裁判所でのセクシュアル・ハラスメントに対する損害賠償額は低額といえる」というのもアメリカとの比較が含まれている。水谷・前掲注(73)一六頁も「認定される損害額もあまりに少額である」と述べる。

(159) 石田・前掲注(158)二〇頁にはセクシュアル・ハラスメントによって退職に追い込まれたことに對する法的な救済の可能性の探求が急務であると論じられている。アメリカを始め、ドイツ・フランス等の救済策は再雇用なども含めて現実的である。

(160) 幾代通「徳本伸一補訂『不法行為法』(有斐閣、一九九三年)二八一頁で実務の実践的処理から「財産的損害」「精神的損害」の伝統的二分法の有用性に疑問を呈している。

(161) 平井宜雄「債権各論Ⅱ不法行為」(弘文堂、一九九二年)一〇九頁以下。事実的損害に基づき保護範囲の金銭評価を裁判官の裁量で決めるという方法、とくに、同教授が、民訴法二四八条に実体法的側面を読み取り、その射程を

広く解する立場〔同〕「民事訴訟法二四八条に関する実体法学的考察」(筑波大学院企業法学専攻一〇周年記念論文集)『現代企業法学の理論と課題』(信山社、二〇〇一年)四七一〜四七三頁)になじむのではないかと考える。

(162) 吉田邦彦「債権侵害論再考」(有斐閣、一九九一年)六六八〜六六九頁にも、コンテクストは異なるが、故意不法行為の効果として、同様の指摘がある。

(163) 江原由美子「キャンパスにはびこるセクシユアル・ハラスメント」論座二月号(二〇〇〇年)六八〜七七頁、子ども性虐待防止市民ネットワーク大阪編『白書スクール・セクシユアルハラスメント―実態・防止・解決』(明石書店、二〇〇二年)などを参照。

(164) 林弘子「企業から大学へ―広がるセクシユアル・ハラスメント訴訟」(労旬一〇四七号(一九九七年)四頁)にアメリカ連邦最高裁で一九七二年教育改正第九編に基づいてセクシユアル・ハラスメントに対して学校・大学の使用者責任が認められていることを紹介している。

(165) 水谷英夫「企業の『セクシユアル・ハラスメント防止義務』(労旬一四八一号(二〇〇〇年)二九頁以下)。

(166) 高橋和之「ポルノグラフィと性支配」『岩波講座現代の法11』(岩波書店、一九九七年)二二二〜二四六頁以下、紙谷雅子「性表現と繊細な神経」長谷部恭男編著『リーディングズ現代の憲法』(日本評論社、一九九五年)一一

六一〜一三六頁、内野正幸「差別的表現」(有斐閣、一九九〇年)一八〇頁以下、などに憲法論とフェミニズム論の論争が整理されている。

(167) 二宮・前掲注(3)三四一頁以下。

(168) 二宮・前掲注(3)で、戦後の社会立法の多くが、社会的給付に關しては届出婚主義から事実婚主義に取って変わられたといえる、と述べている。

(169) 横浜地裁平元・八・三〇判時一三四七号七八頁などの事例は夫と肉體關係のある女性も暴力と脅迫により關係を強要されていた。妻の夫との再婚は經濟的負担を考慮しての決断であつて、夫の暴力には悩まされていたものである。

(170) 川島武宜『結婚』(岩波新書、一九五四年)一九五頁。

(171) 有地亨「不倫をめぐる損害賠償請求の諸問題」(ケース研究二四二号(一九九五年)五頁)。

(172) 勿論子どもは財産保障も人格的利益の保障と一体にして、親子關係調整を國家の介入で行ふ必要があるだろう。

(173) 精神的苦痛に対しては賠償を私的制裁と構成することが戦前から強調されている。戒能・前掲注(77)法協五〇卷三号(一九三三年)四九八頁以下。

(174) 大谷實『新版』刑法講義各論(成文堂、二〇〇〇年)一〇九頁以下。

(175) 福島瑞穂『裁判の女性学』(有斐閣選書、一九九七年)、

角田由紀子『性の法律学』(有斐閣選書、一九九一年)二〇頁など。

(176) 最判昭和二四・五・一〇刑集三卷六号七一頁で強姦の成立要件として女性の反抗を著しく困難にする程度の暴行・脅迫が必要とされた。この要件では夫婦間の強姦は確かに成立しにくい。また広島高判昭和五三・一一・二〇判時九二二号一一頁では「通常の性交の場合に用いられる程度の有形力の行使」では強姦にならないと判示した。件の裁判官は通常の夫婦間で一定程度の有形力を許容しているものと思われる。

(177) 橋爪隆「強制わいせつ罪における主観的要素」刑法判例百選II各論「第四版」(有斐閣、一九九七年)三一頁。

(178) 大谷・前掲書注(161)一〇九頁。

(179) 「民法七二三条にいう名誉とは、各人がその品行、徳性、名声、信用等の人格的価値につき、社会から受ける客観的評価、すなわち社会的名誉を指すものであって、人が自己自身の人格的価値について有する主観的な評価、すなわち名誉感情は含まないと解すべきである」(最判「小一」昭和四五・一一・一八民集二四卷一三三二五頁)。  
 (180) 戦前は不貞行為の当事者に対し①相姦者間の婚姻禁止(民法旧規定七六八条)②妻の姦淫が離婚原因になる(民法旧規定八一三条二号) 夫は姦淫罪に処せられると離婚原因になる(民法旧規定八一三条三号)③刑法上の姦通

罪が妻にのみ適用(旧刑一八三条一項)などによって妻が夫に対して貞操義務があり、夫が妻に対し貞操義務を負うかどうかははっきりしなかった。大正一五年判決で夫に貞操義務のあることで決着がついた。

(181) 利谷信義「男子貞操義務論争」加藤一郎編『民法学の歴史と課題』(東京大学出版会、一九八二年)二九三頁。

(182) 制裁的慰謝料一般については、後藤孝典『現代損害賠償論』(日本評論社、一九八二年)一八七頁以下参照。

非財産的損害の場合には、行為抑制論に立つべきであり、慰謝料は加害行為抑制という社会構成員全体の利益に資する積極的な目的のための手段であると位置付けることが可能であり、裁判所の裁量が承認されるといふ。故意・重過失の加害行為はその違法性の悪質さに連動させ、制裁を必要としない場合の三倍以上を目安にするのであれば、通常人の社会正義感情からは支持されうると述べる。  
 (183) 北仲千里「大学・学校におけるセクシュアル・ハラスメント——概念、その構造と対策」季刊教育法一二八号(二〇〇一年)二四二五頁に二〇〇〇年の教育委員会と大学のセクハラ等の処分例が表になって掲載されている。氷山の一角であるが、小中学校生徒の被害も多い。児童の立場を考えるとあつてはならないことである。