

# 職場と入れ墨

——偏見と寛容の狭間——

竹 地 潔

富山大学紀要. 富大経済論集 第60巻第2号抜刷（2014年11月）

富山大学経済学部

# 職場と入れ墨

## ——偏見と寛容の狭間——

竹 地 潔

キーワード：入れ墨，入れ墨調査，公民権法第7篇，表現の自由，連邦憲法修正案第1条

### I 問題の所在

2012年，大阪市は，児童福祉施設で調理員として働く職員が入れ墨を児童に見せて恫喝したとのマスコミ報道（後に誤報と判明）を契機に，職務命令をもって入れ墨調査（その有無，その存する部位，大きさ，施術時期）を全職員に実施する一方，職員倫理規則を改定して，入れ墨の施術を受けないこと，また，入れ墨のある職員はそれを市民に見せないことを定め，入れ墨への規制を行った<sup>1)</sup>。入れ墨調査の実施については，その適法性に疑問を抱く職員たちが回答を拒否したのに対し，市当局は職務命令違反を理由に当該職員たちを懲戒処分に処した。現在，当該懲戒処分の適法性・有効性をめぐって訴訟等で争われている<sup>2)</sup>。それに加えて，2014年には，大阪市への匿名の通報により，職員倫理規則で禁止する入れ墨を女性職員が新たに入れたことが発覚し，当該職員が減給処分に処せられ，入れ墨を消すとの確約書も提出させられるという事件も起こっている<sup>3)</sup>。

「入れ墨イコール暴力団等反社会的勢力（の証）。だから，こわい」といった，根強い先入観が，大阪市当局による職員の入れ墨問題への対応に関する議論をリードすることにより，入れ墨を入れた職員の権利や自由に配慮した法律学上の慎重な議論を経ることなく，市当局による入れ墨への規制および入れ墨調査が正当化されるおそれがある。

法律学上の議論においては、まず、「入れ墨」が法律上どのように位置づけられるのかが問われる必要がある。そのうえで、入れ墨への規制またはその調査について、目的や必要性、方法や手段、入れ墨を入れた者の権利利益への影響等を考慮して、適法であるかどうか、または、いかなる場合に限りどのような規制（またはどのような調査）が適法とされるのかが慎重に検討される必要がある。とはいえ、これらの問題について、わが国では、これまでほとんど論ぜられることはなかった。

他方、アメリカでは、入れ墨に対する法的評価が紆余曲折を経ながらも偏見から脱して、表現の自由の観点から入れ墨が適正に位置づけられるようになってきた。それとともに、職場における労働者の入れ墨への規制について、表現の自由、宗教の自由もしくは服装の自由への侵害、または雇用差別禁止法違反を理由とする訴訟が提起され、使用者による労働者への規制の適法性が争われている。これらの訴訟において、裁判所は、労働者の権利や自由に配慮したうえで労使間の利益調整を行うことを通じて、問題解決を図っている。

本論は、わが国に先行して法律学上の議論が展開されてきたアメリカの経験に学び、その諸議論から示唆を得て、わが国でどのように考えるべきかについてその方向性を示そうとするものである。まず、連邦憲法修正第1条と言論（表現）の自由一般について、保護の範囲や在り方について紹介する。次に、入れ墨への見方が偏見から脱して、表現の自由の観点から、入れ墨がどのように位置づけられてきたのかについて、裁判所の判断の変遷をたどり、その到達点を確認する。そのうえで、使用者による労働者の入れ墨への規制をめぐる問題について、主に表現の自由と公民権法第7篇に関する判例や学説等を概観して、その底流に流れる基本的考え方の最大公約数を導出する。最後に、それらを踏まえて、今後わが国でどのように考えるべきかについて、その方向性を指し示したいと思う。

## II 連邦憲法修正第1条と言論の自由

### 1 序

連邦憲法修正第1条は、「連邦議会は……言論の自由を制限する法律を制定してはならない」と定め、言論の自由を保障する。この条項は、直接連邦政府に、また、修正第14条の組込み理論を通じて州にも適用される<sup>4)</sup>。

### 2 内容に基づく規制と厳格審査

連邦憲法修正第1条は、いつでもどこでも自由に意見を論ずる権利を国民に付与したわけではない。修正第1条の保護の対象となる言論の範囲は、ほとんど完全な保護を受ける言論から、ほとんど全く保護を受けない言論に及ぶ。「純粋な言論」は、基本的な権利として、ほとんど完全な保護を享受する。純粋な言論の中核となる重要な例は、政治的言論である。政府が言論の内容に基づき純粋な言論を規制しようとする場合、違憲の推定を覆し、司法審査の最も厳格な基準である厳格審査を通過しなければならない。この審査を通過するのは、政府は、①規制の目的が政府のやむにやまれぬ利益（*compelling interest*）を実現するものであること、②規制が目的を実現するのに必要不可欠であり、かつ、言論・表現の自由に対して制約の最も少ない手段であること、を立証しなければならない<sup>5)</sup>。

### 3 内容中立的な規制と中間審査基準

しかし、言論の自由への規制がすべて、厳格審査に服するわけではない。言論の内容が何であれ、それを問わず、その時間や場所、あるいは態様についてだけ制約を課すといった規制（内容中立的な規制）については、前記の内容に基づく規制に対する厳格審査よりも多少（最近では、かなり）緩和した基準である中間審査基準が適用される<sup>6)</sup>。この中間審査基準を通過するためには、①立法目的が政府の重要な利益（*significant interest*）を実現するものであること、②規制は、目的を実現するのに狭く限定され（*narrowly tailored*）、か

つ、代替の意思伝達の回路（alternative channels of communication of the information）を閉ざさないものであること、を満たさなければならない<sup>7)</sup>。修正第1条の保護の対象となる言論について、いかなる代替の意思伝達の回路も残さないようなその全面禁止は、もちろん違憲とされるであろう。

なお、内容に基づく規制か、内容中立的な規制かのうち、いずれであるかは常にはっきりと識別できるとは限らない。時間や場所を規制するように見えるものであっても、実際には表現内容への規制が行われていることもある。

#### 4 保護を受けない言論

言論といっても、ある種の言論は、修正第1条の保護をほとんど受けない。たとえば、名誉毀損となる言論、挑発的言辞（fighting words）およびわいせつな言論は、ほとんど社会的価値を有さない。したがって、道徳や秩序に関する政府の利益のほうが、修正第1条に基づきそれらの言論を保護するどのような利益よりも大きくまさる。また、プライバシー権や公正な裁判を受ける権利といったその他の基本的権利を優先的に保護するため、言論の自由に対する保護は制限されうる。たとえば、囚われの聴衆（つまり、目をそらしたり聞かなかったりすることができない状態の聴衆）に向けられた言論は、聴衆のプライバシー権が話し手の言論の自由よりもまさるので、保護されない。

#### 5 言論から表現的行為への保護の広がり

口頭による発言または執筆した作品といった伝統的な言論とは対照的な「行為」が、連邦憲法修正第1条の保護の対象となるのかどうか。このことについては、「連邦憲法は、表現の媒体として、書かれたまたは話された言葉の先を思い描いて」おり<sup>8)</sup>、修正第1条は、「純粋な言論(pure speech)」ばかりではなく、表現的要素を含む行為（表現的行為－expressive conduct）も保護の対象とする<sup>9)</sup>。

純粋な言論と、表現的要素を含む行為との相違は微妙だが重要である。たと

えば、執筆は純粋な表現活動であるのに対し、戦争反対のための徴兵カードの焼却はそうではない。執筆は、修正第1条の保護の対象となるかどうかにかかわらず、常に表現を生み出す「純粋な言論」活動である。政治的宣言文を書いたか、または買い物リストを書いたかにかかわらず、執筆者は自らの執筆物を通じてメッセージを伝えようとする意思がある。対照的に、徴兵カードの焼却は、行為者が実際に当該行為をもって戦争反対のメッセージを伝えようと意図していることを観衆が理解する前に、その理解のための前提として、何を意味するかについての解釈が必要とされる<sup>10)</sup>。

前述したように、執筆のような「純粋な言論」は修正第1条の保護を享受する。したがって、それへの内容に基づく規制は厳格審査を、また、それへの内容中立的な規制は中間審査基準を通過しなければならない。

他方、徴兵カードの焼却のような「表現要素を含む行為」が修正第1条の保護を享受するかどうかについては、Spence事件連邦最高裁判所判決のテストが適用される。それによると、「修正第1条および修正第14条の（保護）範囲に含まれるほど」、行為が「意思伝達の要素を十分に有する」かどうかが問われる<sup>11)</sup>。そして、①行為者が具体的なメッセージを伝える意思を有すること、②メッセージの受け手がそれを理解する蓋然性が高いこと、この2つの条件を満たすと、問題となっている行為は「意思伝達の要素を十分に有する」として、修正第1条の保護の対象である「言論」とされる<sup>12)</sup>。当該行為への規制は、純粋な言論の場合と同様に、内容に基づくものであれば厳格審査に、内容中立的なものであれば中間審査基準に服することになる。反対に、「意思伝達の要素を十分に有」さない行為については、修正第1条の保護が及ばず、合理性審査の適用を受けることになる。

しかし、連邦最高裁判所は、修正第1条の保護の対象となる表現がすべて具体的なメッセージを有するとは限らないことを理由に、Spence事件判決のテストの適用を「行為」に限定してきた。「簡潔にはっきりと伝わる具体的なメッセージが憲法上の保護の条件ではない。もし、憲法上の保護が、『具体的なメッ

セージ (particularized message)』を伝える表現に限定していたならば、疑いなく保護されるはずのジャクソン・ポロック (抽象表現主義の画家) の絵画、アルノルト・シェーンベルク (無調音楽・12音技法を創始した作曲家) の音楽、ルイス・キャロル (『不思議の国のアリス』で著名な作家) の訳の分からない詩には、決して憲法上の保護が及ばなかったであろう」<sup>13)</sup>。このように、芸術の場合、具体的なメッセージを伝えない (難解な) 作品であっても、憲法上の保護が及ぶことから、Spence 事件判決のテストは芸術家の表現に適用されることはない。

### Ⅲ 連邦憲法修正第1条と入れ墨

#### 1 序

入れ墨が連邦憲法修正第1条の保護の対象となるのかどうか争われたのは主に、州または地方政府による入れ墨の施術への規制に関わる諸事件である。今なお、入れ墨および (または) その施術が修正第1条の保護の対象となるのかどうかについて、明白な見解の一致は見られない。しかし、時が経つにつれ、入れ墨への社会的偏見にとらわれた判断を脱し、法の世界において入れ墨を適正に位置づけ、結論を導き出そうとする判決も登場している。以下、歴史を遡って、当局による入れ墨の施術への規制に関わる諸事件を概観し、入れ墨への法的評価の変遷をたどることにする。

#### 2 肝炎と入れ墨への偏見

1950年代および1960年代初頭、不衛生な環境の下での入れ墨の施術が原因で、被施術者に肝炎が発症し、このことが社会問題化して、いくつかの州で入れ墨の施術が禁止された。その後、60年代のベトナム戦争時代も、入れ墨はカウンターカルチャーと結びつけられ続け、いつかの州や地方政府において、資格のある医師による医療目的に基づくもの以外、入れ墨の施術を禁止する規制が行われた。

このような状況の下で、入れ墨の施術を禁止する規制が修正第1条に違反するとの理由で、当該規制の違憲性が問われる諸事件が生じてくる。今日までの多くの判決で引用される先例として、*People v. O'Sullivan* 事件ニューヨーク州中間上訴裁判所判決<sup>14)</sup>がある。ごく短い判決文において、入れ墨の施術を「しばしば病的または異常な人格に結びつけられる野蛮人の遺物」とみなし、それへの規制の合憲性を認めたニューヨーク州の先例<sup>15)</sup>を引用したうえで、同裁判所は、何らの理由も説明することなく、入れ墨の施術を「言論、または象徴的言論とさえもみなさない」と判示した。また、同裁判所は、たとえそれが純粋な言論であったとしても、「入れ墨の施術に従事する被告の権利は、健康に過ごす市民の権利に優先することはない」とした。この *O'Sullivan* 事件判決は、入れ墨の施術への規制と修正第1条に関するその後の諸判決で、先例として引用されてきたが、入れ墨の施術がなぜ「言論または象徴的言論」ではないかについて、何らの理由も説明されなかったことが言及されることはなかった<sup>16)</sup>。

*O'Sullivan* 事件判決等は、薬物中毒や性的異常との関係に言及し、入れ墨に対する一般大衆のネガティブな評価および裁判官自身の価値観から直ちに結論が導き出されたものであり、社会的重要性をほんの少しでも有する言論ならば、一般大衆から嫌悪されるものであっても、それを保護するとの修正第1条の目的を損なっている、といえよう。つまり、裁判官は、たとえ入れ墨を不快だと感じて、修正第1条が入れ墨およびその施術を保護するかどうかの考察に、自らの感情を持ち込んではいならない、と<sup>17)</sup>。

入れ墨アーティストの州物産品評会への出店を拒否したことが争われた *Yurkew v. Sinclair* 事件判決では、前述の *O'Sullivan* 事件判決とは対照的に、入れ墨の施術が修正第1条の保護の対象となるのかどうかについてより詳しく検討された<sup>18)</sup>。ミネソタ州連邦地方裁判所は、入れ墨の施術が紛れもなく「行為」であるとし、「表現的要素を含む行為」に関する前述の *Spence* 事件判決のテストを適用した。同裁判所によると、入れ墨の施術は、同テストの2つの



条件のうち、行為者が具体的なメッセージを伝える意思を有する、という第1の条件を満たすとしたのに対し、メッセージの受け手がそれを理解する蓋然性が高い、という第2の条件を満たすことができないとした。つまり、入れ墨の施術というプロセスから、その最終的成果である入れ墨自体を切り離して、同裁判所は、「通常の観察者が、または被施術者さえも、針を使って人の皮膚に色素を注入するという（施術の）プロセスを、意思の伝達とみなすといった状況を全く」見いだせない、とした。その結果、同裁判所は、入れ墨の施術が本質的に修正第1条の保護を受けるのに十分な意思伝達の要素を有しないと判示し、州による入れ墨アーティストの出店の拒否について合理的審査を適用した。州の当該拒否は、その目的と合理的関連性を有するので、違憲ではないとの結論を下した。

Yurkew事件判決は、入れ墨が芸術の1つの形態であるかどうかという問題を、「興味をそそる」ものと評する一方、それへの解答が、本件を解決する手がかりとはならず、また、「本件でほとんど重要ではない」と述べ、アーティストの表現としての入れ墨に対する憲法上の保護を考慮するのを拒否した。そのため、本来的に密接に結び付いた創作と成果、つまり、入れ墨の施術と入れ墨自体を切り離して、修正第1条の保護を受けるのかどうかについてその施術のみを検討の対象とするアプローチがとられ、その後の諸判決を誤った方向に導くことになった<sup>19)</sup>。

### 3 入れ墨の大衆化と偏見の後退

1990年に入り、入れ墨アーティスト自らによる高い衛生基準の遵守により、健康上のリスクが低下する一方、有名人をはじめ、一般市民も入れ墨を入れるようになり、かつてのように、入れ墨の施術が「病的または異常」者の行うもののみなされることは少なくなってきた。このような状況の変化により、一部の裁判所の判断も変わりつつあった。たとえば、Commonwealth v. Meuse事件では、マサチューセッツ州上位裁判所は、入れ墨の施術に関する文化的位置

づけが、1960年代の「反社会的活動 (anti-social activity)」から、1990年代の「最新流行のファッション・メッセージ (a trendy fashion statement)」に進展していることを認め、入れ墨の施術を別のタイプの芸術にたとえ、入れ墨の施術が芸術とみなされる文化的事例に言及した<sup>20)</sup>。そのうえで、同裁判所は、入れ墨の施術を、アーティストとしての表現と認定し、入れ墨の施術が「連邦憲法および州憲法の保護を一貫して受けている多くの種類の表現の1つ」である、と判示した。同裁判所は、入れ墨の施術を禁止する同州の規制に対し中間審査テストを適用して、当該規制が相当広過ぎ、被告の有罪の根拠となりえない、との結論を下した。それから14ヶ月後、別の事件でも、マサチューセッツ州上位裁判所は、同州による入れ墨の施術禁止が「連邦憲法修正第1条に反して違憲」であると判示した<sup>21)</sup>。

他方、入れ墨に対する一般市民の見方の変化にもかかわらず、入れ墨と修正第1条との関係を見直そうとしなかった裁判所もある。たとえば、*State v. White* 事件において、サウスカロライナ州最高裁判所は、以前の裁判所と同様に、入れ墨の施術のプロセスから、入れ墨自体を切り離して、入れ墨の施術について *Spence* 事件判決のテストを適用した。前述の *Yurkew* 事件判決と同様に、多数意見は、入れ墨の施術は同テストの第1の条件を満たすが、メッセージの受け手はそれを理解する可能性が低いとの理由で、第2の条件を満たさないとし、入れ墨の施術を禁止する州の規制に対し合理性審査を行った。その結果、当該禁止規制は、その目的である公衆衛生の保護との間に、合理的関連性を有することから、合憲である、と判示した<sup>22)</sup>。

しかし、この *State v. White* 事件判決には、以前の判決とは異なって、*Waller* 裁判官による少数意見が付されていた。同裁判官は、「入れ墨を入れている人々の身体に言葉、絵、またはイメージを刻むとき、(入れ墨アーティストの) *White* はメッセージを伝えようと意図しており、当該メッセージはそれを見た人々によって理解される可能性が高い」、つまり、入れ墨の施術は修正第1条の保護を受けるのに十分な意思伝達の要素を有する、とした。そして、

同裁判官は、Meuse事件判決で考慮された、近年の入れ墨の文化的受容を説明する同一の資料を引用して、「より現代的傾向と一致して、入れ墨の施術は確かに保護を受けうる言論の形態である」との、Meuse事件判決と同じ結論に達した。同裁判官は、アーティストによるすべての入れ墨の施術を禁止する州の規制について、中間審査基準（O'Brien test）を適用して、公衆衛生を保護しようとする政府の目的との関係で広過ぎる、とした。

とはいえ、入れ墨への施術に対し修正第1条の保護が及ばないとする判決は近年まで下され続けている。ただし、その論拠は異なっている。たとえば、2007年のバージニア州巡回裁判所のBlue Horseshoe Tattoo v. City of Norfolk事件判決は、生徒の入れ墨を「自我表出（self-expression）」とみなし修正第1条の保護の対象とはならないとした連邦第8巡回区控訴裁判所のStephenson v. Davenport Community School District事件判決<sup>23)</sup>を引用し、それを論拠とした<sup>24)</sup>（ただし、引用された判決は、自分の入れ墨には全く何の意味もないと当該生徒が自ら認めたことから、それを修正第1条の保護を受けない単なる「自我表出」としたのであって、すべての入れ墨が「自我表出」である、と判示したわけではない<sup>25)</sup>）。また、2008年のイリノイ州連邦地方裁判所のHold Fast Tattoo v. City of N. Chicago事件判決は、Spence事件判決のテストを適用したが、前述の諸判決とは異なり、入れ墨の施術自体が特定のメッセージを伝えようとする意図がないとして、同テストの第一の条件を満たしていないと判示した<sup>26)</sup>。同裁判所によると、「入れ墨の施術という行為は、実際の表現行為から取り除かれる一工程である。それは、宣伝カーに類似している。それによって、各々の顧客は特定のメッセージを表現できるが、宣伝カーという媒体自体は表現的ではない」と。つまり、同裁判所は、入れ墨アーティストを宣伝カーにたとえて、入れ墨アーティストを、他者が入れ墨を通じて自らを表現するための媒体とみなし、いかなる芸術的獨創性も認めなかった。

#### 4 新たな展開

入れ墨およびその施術と連邦憲法修正第1条の保護との関係について、新たな展開が見られたのは、2010年の連邦第9巡回区控訴裁判所のAnderson v. City of Hermosa Beach事件判決<sup>27)</sup>である。同裁判所は、それ以前の諸裁判所のように入れ墨自体と修正第1条の保護との関係に関する論点の判断を回避するのではなく、毅然と「入れ墨自体が連邦憲法修正第1条の純粋な『言論 (speech)』である」とし、その完全な保護を享受すると判示した。つまり、「入れ墨は一般的に、言葉、写実的もしくは抽象的イメージ」またはシンボル「から構成され」、多種多様なメッセージを表現することができるものであり、「それらはすべて、連邦憲法修正第1条の完全な保護を付与される純粋な表現の形式である」と。また、入れ墨と絵画その他の芸術形式を区別する唯一のものは、用いられる媒体の相違（つまり、入れ墨はキャンバスまたは紙にではなく、人の皮膚に彫り込まれること）であることから、修正第1条の保護を失うことはない、とした。

また、入れ墨の施術に関しても、同裁判所は、それが「純粋な表現」にあたり、修正第1条の完全な保護を受ける、と判示した。つまり、同裁判所は、連邦最高裁も当裁判所も、連邦憲法修正第1条の保護の観点から、純粋な表現形式の創作の過程と結果（作品）を今日まで区別することはなかった、と述べて、ピカソなら、彼の絵筆やキャンバスから、ベートーベンなら、彼の弦楽器や木管楽器から、切り離されることができないように、入れ墨アーティストは「純粋な表現作品（入れ墨）と密接に結び付いており」、入れ墨の施術それ自身が「連邦憲法修正第1条の完全な保護を付与される」、とした。その結果、入れ墨の施術はSpence事件判決のテストを受けるいかなる必要もなくなった。

入れ墨の施術に対する市による全面的な禁止に関して、同裁判所は、中間審査基準を適用し、当該規制が、健康への懸念の解消という市の目的を実現するのに、相当広過ぎる、つまり、「狭く限定され (narrowly tailored)」ていなかったもので、憲法上保護される権利への規制として有効ではない、と判示した。た

とえ当該規制がより狭く限定されていると判断されたとしても、それは、代替の意思伝達の回路を閉ざさないとの、同基準の別の条件を満たせず、結局のところ、無効である、とされた。

なお、同判決には、John T. Noonan裁判官の補足意見が付されている。同裁判官は、入れ墨が保護される表現としての資格を有するとの事実を受け入れる<sup>28)</sup> 一方、入れ墨の創作は確かに、健康上のリスクを本質的に伴うので、未成年以外の者に限定するといった規制は必要とされよう、と警告した。

同判決については、修正第1条の保護と入れ墨および（または）その施術を取り扱ったそれ以前の諸判決における多くの矛盾点をうまく解消する論理的に一貫性のある見解であると、多くの学説から評価され支持されている<sup>29)</sup>。

#### Ⅳ 連邦憲法修正第1条と使用者による労働者の入れ墨への規制

##### 1 判例法の混迷を反映する裁判例とその変更を迫る Anderson 事件判決

本論の主たるテーマである、使用者による労働者の入れ墨への規制と連邦憲法修正第1条をめぐる問題については、Riggs v. City of Fort Worth 事件判決<sup>30)</sup>がある。同事件では、地方警察当局が人目に触れないよう腕と脚の入れ墨を隠すよう原告の警察官に命令したことが修正第1条に違反したかどうか争われた。テキサス州連邦地方裁判所は、Stephenson 事件判決と O'Sullivan 事件判決を引用して、「入れ墨が連邦憲法修正第1条で保護される言論 (speech) ではない」と判示した。

しかし、同裁判所が引用したこれら2つの判決は、その判断を正当化する根拠となる先例とはならない。Stephenson 事件判決は、Spence 事件判決のテストに照らして、一定の事実関係の下における特定の入れ墨が修正第1条の保護に値するほど十分に意思伝達の要素を有したかどうか争われ、当該入れ墨が意思伝達の要素を有しない単なる「自我表出」であるとの判断を下したのに過ぎず、いかなる場合でも、入れ墨はすべて修正第1条の保護を受けない「自我表出」であると言明したわけではない。他方、O'Sullivan 事件判決は、修正第

1条に基づき、入れ墨の施術が保護される表現であるかどうかを取り扱ったものであり、入れ墨自体が保護されるかどうかを取り扱うものではなかった。このように、テキサス州連邦裁判所は、争点を混同し、当該紛争の解決の根拠とならない判決を引用した。このことは、入れ墨および（または）その施術が修正第1条の保護を受けるかどうかという問題について、判例法が適切な解決を与えてこなかったこと、つまり、多くの裁判所が従来、入れ墨の施術について修正第1条の保護に値しないとする一方、入れ墨自体については、判断を回避したり、誤った分析を行ってきたことの結果である<sup>31)</sup>。

したがって今後は、使用者による労働者の入れ墨への規制に関する問題についても、前述のAnderson事件判決の示した、入れ墨およびその施術と修正第1条との関係に関する論理的な一貫性のある新たな見解、つまり、入れ墨自体もその施術も修正第1条の完全な保護を受ける純粋な表現であるとの見解を前提に、検討されることになろう<sup>32)</sup>。そうなれば、一般論として、入れ墨は修正第1条の完全な保護を付与されることになり、使用者は労働者に対し入れ墨の施術を受けるのを禁じたり、入れ墨の除去を命じたりすることはもちろん許されない。また、労働者の入れ墨が人目に触れることにより、使用者の事業の遂行に重大な悪影響を及ぼさないかぎり、使用者は労働者に対し衣服等で入れ墨を隠すよう命じることも許されないであろう<sup>33)</sup>。

## 2 連邦憲法上の保護を享受する公務員

連邦または州の公務員は、使用者としての政府による彼らの言論ないし表現への侵害について、市民一般の場合と同一ではないが、連邦憲法上の保護を享受することができる。とはいえ、政府が効率的かつ公正に行政を行ううえで、公務員の言論ないし表現が支障となる場合には、政府による一定の制約を受け、連邦憲法上の保護は及ばない。

政府による公務員の表現への規制が連邦憲法に違反し、当該職員の表現に保護を付与すべきかどうかについては、表現の内容が公共の関心事であるか、または

私的事柄であるかによって異なる基準に基づき判断されることになる<sup>34)</sup>。表現の内容が公共の関心事である場合は、連邦最高裁判所の *Pikering v. Board of Education* 事件判決<sup>35)</sup> の基準に基づき、公共の関心事について意見を表明する、市民としての公務員の法益と、職員を通じて執行する行政サービスの効率性を促進する、使用者としての州の法益を比較衡量して、政府による当該表現への規制の違憲性が判断される。他方、表現の内容が私的な事柄である場合は、政府による当該表現への規制について、単なる推測ではない合理的な理由が存するかどうかによって、その違憲性が判断される。政府による公務員の入れ墨への規制についても、これらの基準に基づき判断されることになろう<sup>36)</sup>。

たとえば、前述の *Riggs* 事件判決は傍論で、入れ墨が連邦憲法修正第1条の保護を受けうることを仮定したうえで、警察当局が身だしなみ規則に基づき人目に触れないよう入れ墨を隠すよう警察官に命じたことが連邦憲法に違反するかどうかについて、前述した *Pikering* 事件判決のより厳格な基準が適用されるかどうか、を検討した。当該警察官は、自分の入れ墨が「ケルト族の伝統を表現し、自らの民族性を示すもの」であると主張したのに対し、裁判所は、当該入れ墨が個人的な見解および信念を表現するものではあるが、「政治的メッセージ」を伝達したのではなく、「公的関心」に関わるものではないとし、*Pikering* 事件判決の基準の適用を否定した。その代わりに、人目に触れないよう入れ墨を隠すよう命じたことについて、その合理的な理由が存したかが問われるが、裁判所は、「プロとしての身だしなみを確保するため」といった合理的な理由が存するかぎり、警察当局によるそのような命令は連邦憲法に違反することにはならないであろう、と示唆した<sup>37)</sup>。

### 3 連邦憲法の及ばない民間労働者

アメリカでは、連邦憲法の人権規定は、わずかな例外を除き、原則として国家（連邦または州）行為を規律するもので、私人の行為に適用されない。民間企業の使用者が労働者の人権を侵害した場合、国家行為の概念の拡張を通じ

て、連邦憲法の適用を受ける場合もありうるが、通常、民間労働者は連邦憲法上の保護を受けることはない。したがって、民間企業の使用者による労働者の入れ墨への規制をめぐる問題については、憲法上の表現の自由の観点からではなく、後述するように、主に雇用差別禁止法との関係で検討されることになる。とはいえ、入れ墨自体が連邦憲法修正第1条の保護を受けるとの法的評価が支配的になれば、使用者による入れ墨の規制に関する適法性について、民間労働者が連邦憲法以外の法規を根拠に争う場合であっても、その判断に際しての裁判所による法の解釈運用に対し、その法的評価が一定の影響を与えることになる<sup>38)</sup>。

## V 雇用差別禁止法と使用者による労働者の入れ墨への規制

### 1 公民権第7篇と宗教差別

民間企業の労働者は、使用者による入れ墨への規制について、公民権法第7篇等雇用差別禁止法違反の宗教差別を理由に、訴えを起こしてきた。公民権法第7篇では、使用者は、「宗教」を理由に、労働者に対し解雇その他の差別的取扱いを行うことが禁止されている<sup>39)</sup>。それに加えて、使用者は、自らの事業の遂行にとって過度な負担にならないかぎり、労働者の宗教的儀式または行為に対し合理的な便宜を供与することも求められている<sup>40)</sup>。

公民権法第7篇には、「宗教」の定義規定はなく、宗教には「宗教的信条のみならず、宗教的儀式および行為のすべて」が含まれると定められるにとどまっている<sup>41)</sup>。雇用平等委員会および裁判所の解釈によると、「宗教」には、すでに教義が体系化されているものだけでなく、「伝統に基づいた信仰上の強固な観点によって、真摯に保持された善悪に関する道徳的または倫理的信条」も含まれる<sup>42)</sup>。なお、公民権法第7篇は、宗教的信条の欠如を理由とする差別から無神論者を保護する。しかし、「宗教」には、政治的信条または活動は含まれない<sup>43)</sup>。

前述の「宗教的行為」とは、信仰上義務づけられている必要はなく、その信



仰上の義務の一部であると認められれば保護の対象となる。祝祭日を守ること、聖書の研究会で教えること、教会の集まりに出席することなどはもちろん「宗教的行為」である。その他に、宗教的信条による身なりや服装のきまりもそれに含まれる<sup>44)</sup>。

宗教的行為に基づく雇用差別に関しては、労働者がまず「一応の証明」として、①当該行為が「宗教的」で、真摯に行われたこと、②当該行為と労働者の職務が両立しないことを使用者が知っていること、③当該行為を理由に差別的取扱いを受けていること、を証明しなければならない。労働者がこれらを証明できれば、立証責任は使用者に移る。使用者は、自らの事業の遂行に対する過度な負担を負うことなく、労働者の宗教的儀式または行為に対し合理的な便宜を供与することはできないことを証明しなければならない。使用者がこのことを証明できなければ、宗教的行為に基づく雇用差別に関する労働者の訴えが認められることになる<sup>45)</sup>。

## 2 使用者による労働者の入れ墨への規制と宗教差別

使用者による労働者の入れ墨の規制について注目されるのは、EEOC v. Red Robin Gourmet Burgers, Inc. 事件判決<sup>46)</sup>である。本件は、手首の周りに彫られた入れ墨を隠すようにとの命令を拒否した給仕人を解雇したことについて、EEOCが使用者に対し訴訟を提起した事件である。当該給仕人は、雇入れの際、人目に触れる入れ墨やピアスを禁ずる使用者の「制服・身だしなみ」ポリシーに署名したが、古代エジプト信仰(Kemetism)を信奉し、太陽神ラーを表すコプト語で書かれた言葉の入れ墨を手首に彫っており、それを意図的に隠すことは罪であるとし、人目にさらし続けていた。使用者は、人目に触れる入れ墨を許可するのは、自らの事業にとって必要不可欠な「家族志向」で「子供に優しい」雰囲気醸成を損なうので、過度の負担になる、と主張した。

ワシントン州連邦地方裁判所は、使用者による宗教差別について当該給仕人が「一応の証明」を行ったと認めた。そのうえで、入れ墨を人目にさらすのを

許可することが使用者にとって過度の負担になるかについて、裁判所は、入れ墨を隠すよう命じられるまで雇入れ後すでに6ヶ月が経っていたことや、顧客からの何らかの苦情があった、または、入れ墨のせいで事業に損害が生じたとの証拠が全くないことを理由に、その許可が過度の負担になるとの使用者の主張を認めず、使用者によるサマリージャッジメントの申立を却げた。なお、裁判所は、過度の負担を証明するためには、同僚への現実の迷惑、または、日常業務の混乱に関する証拠を提出するよう、使用者に説示した。

入れ墨ではなく顔面のピアスが問題とされた事件ではあるが、Cloutier v. Costco事件判決<sup>47)</sup>では、連邦第1巡回区控訴裁判所は、EEOC v. Red Robin Gourmet Burgers, Inc.事件判決とは対照的な判断を下した。本件では、顔面にピアスをした女性店員に対し、使用者がドレスコードに基づきピアスを取り外すように求めたのに対し、当該女性店員は、「身体改造愛好家のための教会 (Church of Body Modification)」のメンバーであり、顔面のピアスは自らの宗教の一部であると主張した事件である。連邦第1巡回区控訴裁判所は、店員の顔面ピアスにより、公に向けての使用者のイメージ、つまり、使用者の培ってきた「整頓され清潔で専門的なイメージ (neat, clean and professional image)」が損なわれることを理由に、女性店員に対しドレスコードの適用除外を認めることは使用者に対し過度な負担を課すことになると判示し、女性店員の訴えを却げた。

また、入れ墨の表現内容が性的または人種的に他人に対し不快感を与えるような場合、入れ墨を人目にさらすことがたとえ宗教的行為であっても、そのことを許可するのは使用者にとって過度な負担になることはほとんど争いの余地はない。たとえば、クー・クラックス・クラン (白人至上主義団体) のメンバーと自称する従業員に対し、燃える十字架の前に立つ頭巾を被った人物の入れ墨を隠すよう命じたことが宗教差別にあたるかどうか争われた Swartzentruber v. Gunito Corp.事件判決<sup>48)</sup>がある。インディアナ州連邦地方裁判所は、まず、入れ墨を隠すようにとの命令が自らの宗教的信仰と相容れ

ないことを当該従業員が使用者に強く主張していなかったことを理由に、差別について「一応の証明」を行えなかった、とした。それに加えて、裁判所は、たとえ「一応の証明」を行えたとしても、使用者が、入れ墨を隠して就労するのを許可することによって、当該従業員の宗教的信仰に対し合理的な便宜を供与したことに言及した。裁判所は、当該入れ墨が人種差別主義者のシンボルを示し多くの人々に不快感を与えるものであることや、当該入れ墨をおおっぴらに見せることが、同僚たちの感情を害し、レイシャルハラスメント・ポリシーに違反することを前提にすると、使用者の主張どおりに、入れ墨を人目にさらすのを許可することによって、当該従業員に対しより大きな便宜を供与するのは使用者にとって過度な負担になることを認めた。

以上のように、公民権法第7篇は、宗教的表現に該当する入れ墨を理由とする使用者による労働者への不利益な取扱いを禁止するとともに、その露出が使用者の事業の遂行にとって過度な負担となる場合は、使用者は、労働者に対しその露出を禁じそれを隠すよう命じることを許容する。使用者にとって過度な負担になるかどうかは主に、労働者の露出した入れ墨について顧客や同僚のうち多数の者が不快または嫌悪感を覚えるかどうかによって判断されることになろう。

## VI わが国への示唆

以上、アメリカにおける、裁判所による「入れ墨」に対する法的評価の変遷、その到達点、および、使用者による労働者の入れ墨への規制をめぐる諸問題の裁判例や学説等に関して概観してきた。それらをまとめると、以下のとおりである。

アメリカにおける「入れ墨」の法的評価については、当初、裁判所は薬物中毒や性的異常との不確かな関係に言及し、入れ墨に対する一般大衆の抱く不快感または裁判官自身の個人的価値観から、入れ墨が法的保護の及ぶ表現ではないとの結論を直ちに導き出した。しかしその後、入れ墨が大衆化するにつれ、

一部の裁判所は次第に、入れ墨が「病的または異常」者の行うものであるとの偏見から脱して、入れ墨自体へのネガティブな法的評価を改めるようになってきた。そして今日、入れ墨は、言葉、写実的もしくは抽象的イメージまたはシンボルから構成される、多種多様のメッセージを伝える表現であることから、入れ墨はすべて憲法上の完全な保護を受ける純粋な表現である、とする判決も登場している。同判決で特に注目されるのは、入れ墨と絵画その他の芸術形式を区別するのは、用いられる媒体の相違（つまり、入れ墨がキャンバスまたは紙に描かれるのではなく、人の皮膚に彫り込まれること）のみであり、このことを理由に、入れ墨が憲法上の表現の自由に関する保護を奪われることはない、との指摘である。

このように、アメリカの法の世界では、入れ墨は明確に、憲法上の「表現の自由」の保護を享受する対象である、と位置づけられることになってきた。そのことにより、法規範上、何人も、入れ墨の施術を受けることを禁じられたり、入れ墨の除去を強制されたりすることはなく、また、プライベートな時間に、入れ墨を人目にさらして、日常生活を過ごすことも自由であることが明らかになった。

とはいえ、勤務時間中職場内で、労働者が自らの入れ墨を顧客や同僚の目にさらし、彼らに不快感や嫌悪感を与えるおそれがあるような場合、使用者が当該労働者に対し入れ墨を隠すよう命じることができるかどうかは、別問題である。入れ墨を人目にさらすことが「表現の自由」または「宗教の自由」の行使であったとしても、その入れ墨の露出が他者の権利利益に重大な悪影響を及ぼすときは、その行使は一定の制約を受けることになる。したがって、労働者が顧客や同僚の目に入れ墨をさらして、彼らに不快感や嫌悪感を与えたり、または職業人としての品位を損なったりすることにより、実際に使用者の事業の遂行に重大な悪影響を及ぼすときは、使用者は業務上の権限に基づき当該労働者に入れ墨を隠すよう命じることができる。当該労働者は、その要請ないし命令に応じる義務があり、それに背いて入れ墨を隠さないときは、懲戒処分に処せ

られたり、または解雇されることになる。しかし、使用者は当該労働者に対し入れ墨の除去までも命じることができるかといえ、勤務時間中職場内で入れ墨を露出させていないかぎり、事業の遂行に重大な悪影響を及ぼさないことから、そのような業務上の命令は認められず、かえって、労働者の基本的人権を侵害することになる、と考えられる。このように、アメリカでは、労働者の基本的人権に配慮したうえで労使間の利益調整を行うことを通じて、使用者による労働者の入れ墨への規制に関する問題の解決が図られていることが注目される。

前述してきたアメリカの議論を踏まえて、わが国では、どのように考えるべきか。まず、わが国の法の世界において、「入れ墨」はどのように位置づけられるのか。わが国では、入れ墨は太古からの長い歴史を有し、多種多様な目的、たとえば、身体装飾、個体識別、社会的地位や身分の表示、宗教上の理由、刑罰、各種団体への帰属の証、ファッションおよび美容用途等の目的で施されてきた。今日も、入れ墨の施術を受ける人々の動機ないし目的はさまざまである。このことに鑑みると、「入れ墨イコール暴力団等反社会的勢力の証」である、といった公式は成り立たないし、そのような見方は偏見でしか過ぎない。そもそも、入れ墨は「言葉、写実的もしくは抽象的イメージまたはシンボルから構成される、多種多様のメッセージを伝える表現」であり、その用いられる媒体以外、その他の芸術形式と異なるところはない。実際に、本論のテーマとは異なる著作権法の分野ではあるが、入れ墨を「思想または感情を創作的に表現した」著作物とした裁判例もある<sup>49)</sup>。したがって、入れ墨は絵画その他の芸術形式と同じく、表現の自由の保護を享受する、といえよう。また、入れ墨の施術を受ける各人の動機ないし目的に応じて、思想良心の自由、信教の自由、自己決定権等の基本的人権の保護も及んでくる。このことから、わが国でも、原則として、何人も、入れ墨の施術を受けることを禁じられたり、入れ墨の除去を強制されたりすることはなく、また、プライベートな日常生活において、入れ墨を人目にさらすことも自由である。表現の自由その他の基本的人権が尊重さ

れる民主主義社会においては、入れ墨を目にすることにより不快感を抱く人も  
いるであろうが、入れ墨も前述のように他の芸術形式と同じく表現の1つであ  
り、それに対し市民は一定の範囲で寛容さを求められるのである。

次に、前述のように入れ墨も基本的人権の保護を享受するとの法的評価を前  
提として、使用者が労働者の入れ墨に対しどのような場合どの程度の規制を加  
えることができるかどうかが問題となる。わが国もアメリカと同様に、労働者  
の基本的人権に配慮したうえで労使間の利益調整を行うことを通じて、問題の  
解決を図る必要がある。したがって、勤務時間中職場内で、労働者が自らの  
入れ墨を顧客や同僚の目にさらして、彼らに不快感や嫌悪感を与えたり、また  
は職業人としての品位を損なったりすることにより、実際に使用者の事業の遂  
行に重大な悪影響を及ぼす場合にかぎり、使用者は労務指揮権に基づき、当該  
労働者に入れ墨を隠すよう命じることができる。当該労働者は、その命令に応  
じる義務があり、それに背いて人目に入れ墨をさらし続けるときは、懲戒処分  
に処せられたり、または解雇されてもやむをえない。しかし、そのことを超え  
て、人目に触れないよう入れ墨を隠している労働者、または人目に触れない入  
れ墨を入れている労働者等に対し、使用者がその除去を命じたり、不利益な取  
扱いを行ったりすることは認められず、かえって当該労働者の基本的人権を侵  
害することになろう。また、新たに入れ墨を入れること自体を禁ずることも、  
同様である。以上のことは、民間労働者であろうが公務員であろうが、何ら変  
わるところはない。

また、使用者による労働者への入れ墨調査については、前述してきたように  
入れ墨が表現の自由等基本的人権の保護を享受することを前提にすると、労働  
者自らが露出している入れ墨を管理監督者が現認することならばいざ知らず、  
衣服等で覆われている入れ墨について質問したり調査することは、労働者によ  
る権利や自由の行使を抑圧する一種の検閲であるとともに、個人のプライバシー  
を侵害するものであり、到底認められない。

## 終わりに

以上、アメリカにおける議論の展開および現状を概観したうえで、わが国における問題解決の方向性を指し示した。今後わが国でも、入れ墨への偏見にとられることなく、他人の表現に対する寛容の精神から、入れ墨を入れている者およびそれを入れようとする者の権利や自由に配慮した法律学上の冷静な議論が望まれる。

## 注

- 1) 「(考・橋下流) 入れ墨調査は必要か 職員全員に申告要求 規則違反は懲戒【大阪】」朝日新聞2012年6月9日朝刊参照。
- 2) 「回答拒否で処分、職員が市を提訴 大阪、入れ墨調査【大阪】」朝日新聞2012年10月16日朝刊、「大阪市の入れ墨調査拒否職員『処分取り消しを』／大阪府」朝日新聞2012年10月23日朝刊、「入れ墨調査拒否の大阪市職員、配転撤回求め提訴へ【大阪】」朝日新聞2013年5月9日朝刊等参照。
- 3) 「大阪市教委、入れ墨で初処分 市立学校職員を減給【大阪】」朝日新聞2014年1月30日夕刊参照。
- 4) 連邦憲法およびそれに基づく表現の自由の保護については、T.I.エマソン『現代アメリカ憲法』東京大学出版会（1978年）、樋口範雄『アメリカ憲法』弘文堂（2011年）参照。
- 5) *Sable Communications v. FCC*, 492 U.S. 115 (1989).
- 6) *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).
- 7) *Clark v. Cmty. for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984).
- 8) *Hurley v. Irish-Am. Gay, Lesbian, & Bisexual Grp. of Bos.*, 515 U.S. 557 (1995).
- 9) *See Spence v. Washington*, 418 U.S. 405 (1974).
- 10) *See Laura Markey, REPAIRING THE RUSTY NEEDLE: RECOGNIZING FIRST AMENDMENT PROTECTION FOR TATTOOS*, 21 Kan. J.L. & Pub. Poly 310, 313-314(2013).
- 11) *Spence*, 418 U.S. 405.
- 12) *Spence*, 418 U.S. 405.
- 13) *Hurley v. Irish-Am. Gay, Lesbian & Bisexual Grp. of Bos.*, 515 U.S. 557, 569 (1995).
- 14) 409 N.Y.S.2d 332, 333 (N.Y. App. Div. 1978).
- 15) *Grossman v. Baumgartner*, 254 N.Y.S.2d 335, 337 (N.Y. App. Div. 1964), *aff'd*, 218 N.E.2d 259 (N.Y.1966).
- 16) *See State v. White*, 560 S.E.2d 420, 424 (S.C. 2002).
- 17) *See Markey, supra* note 10, at 321-322.
- 18) *Yurkew v. Sinclair*, 495 F. Supp. 1248, 1253 (D. Minn. 1980).
- 19) *See Markey, supra* note 10, at 321.
- 20) *Commonwealth v. Meuse*, 9877CR2644, 1999 WL 1203793, at 4 (Mass. Super. Ct. Nov.

- 29, 1999).
- 21) *Lanphear v. Commonwealth*, No. A. 99-1896-B, 2001 WL 36244749, at 1 (Mass. Super. Ct. Jan. 31, 2001).
- 22) *State v. White*, 560 S.E.2d 420, 421 (S.C. 2002).
- 23) *Stephenson v. Davenport Cmty. Sch. Dist.*, 110 F.3d 1303, 1307 (8th Cir. 1997).
- 24) *Blue Horseshoe Tattoo v. City of Norfolk*, No. CL06-3214, 2007 WL 6002098, at 1 (Va. Cir. Ct. Jan. 17, 2007).
- 25) *See Markey*, *supra* note 10, at 323.
- 26) *Hold Fast Tattoo v. City of N. Chicago*, 580 F. Supp. 2d 656, 659 (N.D. Ill. 2008).
- 27) 621 F.3d 1051, 1055 (9th Cir. 2010).
- 28) ただし、すべての入れ墨が常に保護されるわけではなく、保護の対象になるかどうかは、「コンテキストがすべてである」、つまり、入れ墨をめぐる諸般の事情に照らして判断されることになる、と John T. Noonan 裁判官は指摘した。
- 29) *See Summer Gillenwater Shelverton, The Constitution and Inking: How Anderson v. City of Hermosa Beach Expanded First Amendment Protection for the Tattoo Industry*, 33 U. Haw. L. Rev. 417, 430(2010); Carly Strocker, *These Tats Are Made for Talking: Why Tattoos and Tattooing Are Protected Speech Under the First Amendment*, 31 Loy. L. A. Ent. L. Rev. 175, 207(2011); *Markey*, *supra* note 10, at 322-24.
- 30) 229 F. Supp. 2d 572 - Dist. Court, ND Texas 2002.
- 31) *See Shelverton*, *supra* note 29, at 427.
- 32) *See Shelverton*, *supra* note 29, at 427-28.
- 33) *See Alicen Pittman, Tattoos and Tattooing: Now Fully Protected as "Speech" Under the First Amendment*, 38 W. St. U. L. Rev. 193, 201(2011).
- 34) *San Diego v. Roe*, 543 U.S. 77 (2004).
- 35) 391 U.S. 563 (1968).
- 36) *Roberts v. Ward*, 468 F.3d 963 (6th Cir. 2006).
- 37) 229 F. Supp. 2d 572 (N.D.Tex. 2002). 同判決の注11を参照。
- 38) *See Pittman*, *supra* note 33, at 203.
- 39) 42 U.S.C. § 2000e-2(a).
- 40) 42 U.S.C. § 2000e-(j).
- 41) 42 U.S.C. § 2000e-(j).
- 42) 29 CFR § 1605.1 (1990).
- 43) マック・A・プレイヤー著、井口博訳『アメリカ雇用差別禁止法』木鐸社(1997年)120頁参照。
- 44) 同上。
- 45) Ronald J. Kramer, *Generation Y: Tattoos, Piercings, and Other Issues for the Private and Public Employer*, 38 Urb. Law. 593, 594 (2006). 職場における宗教差別問題全般については、山口智「雇用における宗教問題」神戸市外国語大学外国学研究54巻33頁(2003)を参照。
- 46) *E.E.O.C. v. Red Robin Gourmet Burgers, Inc.*, No. C04-1291JLR, 2005 WL 2090677



(W.D.Wash. 2005).

47) 390 F.3d 126 (1st Cir. 2004), cert. denied, 125 S.Ct. 2940 (2005).

48) 99 F.Supp.2d 976, 2000 U.S. Dist. Lexis 8253, 83 FEP Cases (BNA) 181 (N.D. Ind. 2000).

49) 知財高裁平成24年1月31日判決（平成23年（ネ）第10052号損害賠償請求控訴事件）（判例集未登載）参照。

提出年月日：2014年8月26日

追記：本論は、入れ墨調査拒否を理由とする懲戒処分の効力を争う事件に関して、原告訴訟代理人を通じて大阪地方裁判所に提出する意見書を作成するための調査・研究をまとめたものである。