

性差を考慮した雇用方針と顧客のニーズ

——公民権法第七編における BFOQ 法理の再考——

森 本 直 子

はじめに

1964年公民権法第七編⁽¹⁾は、雇用における性差別禁止を通じてアメリカの社会生活モデルの男女平等化に大きく寄与したとされる⁽²⁾。他方、同法は性別が「真正職業資格(Bona Fide Occupational Qualification 以下BFOQと略記)」となる場合、性差を考慮した雇用判断を例外的に許容している⁽³⁾。つまり、これに該当すれば、使用者は性別を理由とする採用拒否や昇進、解雇等を行える。性別がBFOQであれば性差別禁止原則は解除されるため、BFOQの射程を考察することは同法の下での男女平等を考える上で有用である。

一般に、性別がBFOQになるのは主に次の四領域である。第一に、男優・女優等その職業の「真実性・本物らしさ(authenticity / genuineness)」に特定の性別が必要な場合がある。第二に、精子ドナーやストリップーのように、生殖機能や性別由来の特徴が職務遂行上物理的に必要な場合がある⁽⁴⁾。第

(1) 42 U.S.C. § 2000e-2 (a) (2011).

(2) 釜田泰介「『性による優遇扱い』と Civil Rights Act 第七編」同志社アメリカ研究24号 57頁 (1988)。

(3) 42 U.S.C. § 2000e-2e (1) (2011).

(4) 飲食業等の使用者が女性従業員のセックス・アピールを付加的な商品にする例もあるが、裁判所はこうした中間的な位置づけのケースでは性別をBFOQとして認めない傾向がある。See e.g. *Wilson v. Southwest Airlines*, 517 F. Supp. 292 (N.D. Tex. 1981). 性が単独で売

三に、一方の性に属する者にしか安全に職務を遂行する能力がない場合がある。凶悪犯を収容する男子刑務所の看守がその例として知られる。⁽⁵⁾ 第四に、顧客のプライバシー保護の観点から職員の性別を考慮した雇用が要請される場合があり、分娩室の看護職⁽⁶⁾や高齢者施設の介護職⁽⁷⁾の雇用をめぐるしばしば問題になる。この領域は、特に「プライバシー BFOQ」と呼ばれる。

プライバシー BFOQ は、顧客の排泄や入浴、着替え、睡眠といった高度に私的な身体作用・生活活動を介助（以下「身体ケア」とする）したり、その場に居合わせたりする職、また顧客の身体に直接触れたり、その裸体を目にしたりする職から、顧客にとって異性にあたる者を排除する雇用判断を正当化してきた。⁽⁸⁾ 具体的には前述の例を含むヘルスケア関連職、浴室・トイレ

られるかプラスアルファであるかによって BFOQ の成否が分かれることの合理性について、See Kimberly A. Yuracko, *Private Nurses and Playboy Bunnies: Explaining Permissible Sex Discrimination*, 92 CALIF. L. REV. 147 (2004).

- (5) *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 321 (1977). 後述 II (3) 参照。
- (6) *Backus v. Baptist Medical Center*, 510 F. Supp. 1191 (E.D. Ark. 1981), *vacated on other grounds*, 671 F.2d 1100 (8th Cir. 1982); *EEOC v. Mercy Health Center*, 1982 WL 3108 (W.D. Okla. 1982).
- (7) See e.g., *Fesel v. Masonic Home*, 447 F. Supp. 1346 (D. Del. 1978).
- (8) 異性に裸体をさらさないことがプライバシーとして法的に保護されている根拠として、しばしば以下の判例の一節が引用される。「裸体以上に基本的なプライバシーのテーマは考えられない。見知らぬ者、とりわけ異性の見知らぬ者から向けられる裸体への視線を遮りたいという欲求は、基本的な自尊心と個人の尊厳によるものである。」*York v. Story*, 324 F.2d 450, 455 (9th Cir. 1963), cert. denied, 376 U.S. 939 (1964). しかし、「異性に裸体を晒すことをめぐる道徳観は女性の一層の社会進出に伴って変化する。男性の看守しか男性の受刑者を見るべきでないという伝統的な規律は、公民権法第七編が非難するステレオタイプな価値観のひとつである」と述べる判例もある。*Gunther v. Iowa State Men's Reformatory*, 462 F. Supp. 952, 956, n.4 (N.D. Iowa 1979), *affirmed*, 612 F.2d 1079 (8th Cir. 1980). また、プライバシー侵害の成否に侵害者の性別ないし侵害者が異性である事実は無関係だとする論考として、See Amy Kapczynski, *Same-Sex Privacy and the Limits of Antidiscrimination Law*, 112 YALE L.J. 1257, 1267-74 (2002).
- (9) 医療、介護、児童福祉といったコア領域の他、スポーツジムの職員やマッサージ療法士のような健康に関連する周辺領域の職もここに含まれる。See *EEOC v. Hi 40 Corp.*, 953 F. Supp. 301 (W.D. Mo. 1996) (減量センターのカウンセラー職を女性に限定することにつき BFOQ が認められなかった事例); *EEOC v. Sedita*, 755 F. Supp. 808 (N.D. Ill. 1991), *vacated by* 816 F. Supp. 1291 (N.D. Ill. 1993) (女性専用ジムのマネージャーに限定することが

等の清掃職⁽¹⁰⁾、そして刑事施設職員⁽¹¹⁾が対象となる。これらの職について性差別禁止原則の例外とすることは一般に常識的と理解され、これを認めない徹底した性別中立のアプローチにはむしろ強い反発が予想される。しかし、一見単純明快な印象を与えるプライバシー BFOQ には、さまざまな矛盾がある⁽¹²⁾。

筆者は以前、医療職におけるプライバシー BFOQ の非対称な適用を論じ

BFOQ とは認められなかった事例); *Olsen v. Marriott Int'l, Inc.*, 75 F. Supp. 2d 1052, 1069 (D. Ariz. 1999). (ホテルのマッサージ療法士を女性に限定することが BFOQ とは認められなかった事例). 精神病院の職員について、*See AFSCME v. Michigan Council 25*, 635 F. Supp. 1010 (E.D. Mich. 1986); *Jennings v. NY State Office of Mental Health*, 786 F. Supp. 376 (S.D.N.Y. 1992). 尚、顧客のプライバシー保護とは別に、その治療上の利益を根拠とする BFOQ もある。性的虐待の被害者を含む青少年の精神病院入院患者を担当する保育士について、性差を考慮したシフト割り当て（各シフトに男女両方の職員を配置する方針）を行うことが治療上重要なロール・モデルの実施に必要であると認められた例がここに含まれる。*See Healey v. Southwood Psychiatric Hospital*, 78 F.3d 128 (11th Cir. 1996). ロール・モデルの実施には親代わりになること (parental role modeling) が含まれるため、父親役には男性が、母親役には女性が、それぞれ適しているとされた。これは女優・男優の例を挙げた「真实性・本物らしさ」に必要な場合の BFOQ と類似する。

(10) *See Norwood v. Dale Maint. Sys., Inc.*, 590 F. Supp. 1410 (N.D. Ill. 1984); *Brooks v. AGF*, 537 F. Supp. 1122 (S.D. W. Vir. 1982) (工場内の男性労働者用浴場付更衣室の清掃職から女性を排除することが BFOQ により認められた例); *Hernandez v. University of St. Thomas*, 793 F. Supp. 214 (D. Minn. 1992) (大学の女子寮トイレの清掃職から男性を排除することが BFOQ により認められた例).

(11) 刑事施設職員について性別を BFOQ とする根拠には、収容者のプライバシー保護以外に、前述の安全を理由とする場合（注5. 参照）や、更生 (rehabilitation) がある。*See Torres v. Wisconsin Dep't Health and Social Service*, 859 F.2d 1523 (8th Cir. 1988). また、女子受刑者に対する男性職員による性暴力 (sexual abuse) を理由に、女子刑務所の管理職を女性に限定することが BFOQ によって正当化されるかどうか争われた最近の連邦控訴裁判所の判例もある。*Breiner v. Nevada Department of Correction*, 610 F.3d 1202 (9th Cir. 2010). プライバシー BFOQ が主張される場合、受刑者のプライバシーの権利は顧客一般のそれよりも制約されるため、BFOQ 抗弁が認められない場合が少なくない。しかし、その場合も職務割り当ての工夫やシャワー・カーテンの設置等、設備面での改善策をとることは義務づけられる。*See Forts v. Ward*, 621 F.2d 1210 (2d Cir. 1980); *Torres*, 859 F.2d at 1526.

(12) *See e.g., Katie Manley, The BFOQ Defense: Title VII's Concession to Gender Discrimination*, 16 DUKE J. GENDER L. & POLY 169, 186-92 (2009).

たことがある。⁽¹³⁾例えば、ある病院ではプライバシー BFOQ を理由に女性患者の身体ケアにかかわる職からの男性排除が容認されたにもかかわらず、男性患者の身体ケアは女性職員が提供していた。⁽¹⁴⁾また、同様の理由から女性患者の身体ケアに関わる看護師を女性に限定しつつ、同種のケアが男性医師によって行われる例も見られた。⁽¹⁵⁾いずれもプライバシー BFOQ が主張された前者には一定の合理性がある。しかし、後者で実質的に同じ状況が看過されてるため、全体として説得力を欠いている。患者の身体にかかわるプライバシー (bodily privacy) の保護を目的とする異性の排除ならば、BFOQ は患者の性別を問わず適用されるべきであろう。また、同種の身体ケアを提供する限り、医療職内部の区分によって取り扱いが変わる理由もない。⁽¹⁶⁾こうしたプライバシー BFOQ の非対照な適用は、性差別禁止原則に対する「真に必要な例外」としてのその位置づけに疑義を生じかねない。

しかし、仮に非対称な適用が解消しても、プライバシー BFOQ には新たな疑問がある。それは患者のニーズとの整合性である。患者の身体を職務の直接的な目的とするヘルスケア関連職について、裁判所は患者のプライバシー保護へのニーズを重視して、BFOQ の成立を寛容に認める傾向がある。⁽¹⁷⁾

(13) 森本直子「医療職における性差別と患者のプライバシー」東京医科歯科大学人間科学教育課程年報第7号245頁 (2002年)。

(14) See e.g., *Fesel*, 447 F. Supp. at 1353, n.5. See also Deborah Calloway, *Equal Employment and Third Party Privacy Interests: An Analytical Framework for Reconciling Rights*, 54 *FORDHAM L. REV.* 327, 355 (1985).

(15) See e.g., *Backus*, 510 F. Supp. at 1192.

(16) See Jillian B. Berman, *Defining the "Essence of Business": An Analysis of Title VII's Privacy BFOQ after Johnson Controls*, 67 *U. CHI. L. REV.* 749, 769-71 (2000). 但し、日本の男性助産師導入をめぐる議論では、医師と助産師の業務を「点と線」にたとえ、助産師の業務が長時間の親密な心理的・身体的ふれあいを伴う点で同じように身体ケアを行うとしても医師のそれとは異なる、という見解もある。大林道子『出産と助産婦の展望』(メディカ出版, 2001年) 66頁。また、職の専門性と性差に関して、金川めぐみ「医療および福祉専門職の性別と専門性 (1) (2) 男性助産士論争にみる同性ケア・異性ケア」和歌山大学経済理論305号23頁 (2002年)、307号23頁 (2002年)。

(17) See Manley, *supra* note 12, at 177.

かし、プライバシー BFOQ が前提とする同性対応への要望は、はたして現実の患者のニーズを反映しているか。

例えば、プライバシー BFOQ のキーワードとなる「裸体への関わり」から見て、患者のプライバシー保護の要請がそれほど強くないと思われる内科や歯科の診察でも、同性の医療者による対応を希望する患者はあるとされる⁽¹⁸⁾。反対に、プライバシーへの配慮が必要とされる産婦人科の診察でも、医療者個人の資質や職務実績をその性別より重視する患者はあるだろう。こうした患者の希望は、病状や年齢に応じて変わりうる。例えば、救命のために一刻の猶予も許されない場面で医療者の性別が問題になることは考えにくい。しかし、思春期の未成年患者については、診療内容にかかわらず特有のデリケートさに対する配慮が必要だろう。また、患者の中には性的虐待の被害者が含まれている可能性もある。さらに、患者が性的マイノリティである場合、同性対応の意味が一般的なそれとは異なる可能性にも注意しなければならぬ⁽¹⁹⁾。

つまり、現実の患者のニーズはさまざまであって、「裸体との関わり」を理由に一律に取り扱ったり、診療科・診療内容によって分類したりできるほど単純ではない。その上、その医療機関ないし施設を利用する患者の流動性を考慮すれば、患者のニーズを正確に把握し、職員の雇用にタイムリーに反映させるのは至難の業であろう。それにもかかわらずプライバシー BFOQ をめぐる法理は、患者のニーズを画一的にとらえて、性差別禁止原則を緩和してきたのではないか。

そこで本稿では、患者のニーズの多様性という観点からヘルスケア領域のプライバシー BFOQ を再考してみたい。以下では、まず I でこの問題の背

(18) 歯科外来診療において、一部女性患者に同性の医療者を好む傾向が確認されたとの調査報告がある。Daniel J. Bender, *Patient Preference for a Racially or Gender-Concordant Student Dentist*, 71 J. DENTAL EDUC. 726, (2007).

(19) See Kapczynski, *supra* note 8, at 1286-87.

景を確認するために、性差別における BFOQ に関する立法史を回顧する。次に、II で判例がその成否を審査する際に用いてきたテストの変遷をたどる。そして III ではプライバシー BFOQ の判例における取り扱いを考察した上で、それを患者のニーズの多様性を示す研究報告と比較する。IV では、より慎重な審査の必要性を説く最近の判例を検討する。

I 性差別禁止原則と BFOQ: 「狭い例外」としての位置づけ

公民権法第七編が性差を考慮した雇用を例外的に許容する「性別がその事業の通常の運営にとって合理的に必要な BFOQ となる場合」とはいかなる場合か。ここでは立法経緯と解釈メモ、EEOC ガイドラインを手がかりに、当初予定されていた性差別における BFOQ 規定の意味を整理する。

(1) 立法経緯

1964年公民権法第七編における性差別禁止原則は、「雇用における人種、肌の色、出自、宗教に基づく差別禁止」のための公民権法の法案成立阻止を狙った反対派議員の戦略として採決直前に第七編に組み込まれた⁽²⁰⁾。したがって、性差別禁止原則については公聴会も開かれず、十分な議論がなされなかったため、同原則に関する議会意思を探ることは困難とされる。「性別が BFOQ となる場合」は、そうした性差別禁止原則のさらに例外規定であるため、なおさらである。しかし、わずかな手がかりとして、既に BFOQ が認められていた宗教と出身国による別扱いだけでなく、性別についても BFOQ を認める加筆修正を提案した Goodell 議員による次のような発言がある。

「性別が BFOQ となる例は相当多い。例えば、高齢女性が女性看護師を求

(20) 110 CONG. REC. 2577-84 (1964). See e.g., Michael L. Sirota, *Sex Discrimination: Title VII and the Bona Fide Occupational Qualification*, 55 TEX. L. REV. 1025, 1027-33 (1975). 長谷川珠子「アメリカにおける雇用差別禁止立法の歴史と現状」嵩さやか・田中重人『雇用・社会保障とジェンダー』（東北大学出版会、2007年）266頁以下参照。

める場合があるだろう。性別が BFOQ となるこの種の事柄は多く、性差別禁止原則の例外とすることが適切だと思われる。⁽²¹⁾

この発言は BFOQ の射程を広くとらえた点に特徴がある。⁽²²⁾ 間もなくこの加筆修正の提案は全員一致の議決により可決し、性別についても BFOQ が規定された。⁽²³⁾ この加筆修正が行われた後、その重要性を説いた Green 議員は「大病院で24時間看護が必要な高齢の女性入院患者の看護師を探す場合」を想定して、「看護師が白人であろうと黒人であろうと、あるいは中国人であろうと日本人であろうと差異はないが、男性か女性かは本人や家族にとって大きな違いだろう」と述べている。⁽²⁴⁾

以上から、「性別が BFOQ となる場合」の重要性は、看護ないし介護領域での顧客のニーズにもとづくプライバシー BFOQ を念頭において理解されていたことがうかがわれる。

(2) 解釈メモ

公民権法案の上院議事進行係議員 (Floor Managers) による解釈メモ (Interpretive Memorandum of Title VII of HR)⁽²⁵⁾ にもわずかな手がかりがある。それは BFOQ を禁止される差別の「例外」として、「限定的な別扱いの権利」を使用者に与えるもの、ととらえていた。⁽²⁶⁾ 同メモはその具体例として、「フランス料理店がフランス人の料理人を求め、プロ野球チームが男性選手を求め、特定宗教のメンバーによる支援を求める企業がその宗教の信者である営業部員を雇用する場合」⁽²⁷⁾ を挙げている。もっとも、ここでの具体例は、現在では性別が BFOQ となるための要件を満たすものではないと考えられてい

(21) 110 CONG. REC. 2718 (1964) (statement of Rep. Goodell).

(22) See Sirota, *supra* note 20, at 1026, 1028.

(23) 110 CONG. REC. 2718 (1964).

(24) *Id.* at 2720 (statement of Rep. Green).

(25) 110, CONG. REC. 7212 (1964).

(26) *Id.* at 7213.

(27) *Id.*

⁽²⁸⁾
る。

(3) EEOC ガイドライン

裁判所の法解釈に対して一定の指針を与える⁽²⁹⁾ EEOC ガイドラインも、性別が BFOQ となり性差別禁止原則に例外が認められる場合は、「狭く解釈されるべき」とする点で前述の解釈メモとほぼ同じである。⁽³⁰⁾ ガイドラインはさらに、BFOQ が男性・女性の能力を偏見にもとづいて決めつけたり、「顧客の嗜好 (customer preference)」によって男女を別扱いしたりすることを明白に拒絶している。⁽³¹⁾ そして BFOQ によって正当化される別扱いは、男優・女優といった「真実性・本物らしさ (authenticity / genuineness)」を目的とする場合だとした。⁽³²⁾

(4) 小括

以上から、公民権法第七編の立法史において、性差別禁止原則を部分的に解除する BFOQ は当初その射程を広くとらえる見解も見られたが、全体としては「狭い例外」として位置付けられていたことがわかる。これは BFOQ が原則を骨抜きにする抜け道として用いられることのないようその射程を厳しく制限しつつ、真に必要な例外を確保しようとしたためと考えられる。

また、性差別の文脈では、BFOQ がヘルスケア領域での顧客のプライバシー保護への関心に由来することがわかる。さらに、「顧客の嗜好」が BFOQ を認める根拠にならないとの解釈は、顧客が職員の性別に関して希望を表明する点で一種の「顧客の嗜好」に相当するプライバシー BFOQ の成立要件を検討する上で興味深い。もっとも、これらの限られた情報は議員個人の見

(28) See Sirota, *supra* note 20, at 1029, n. 27.

(29) 先例としての拘束力はない。See *General Electric Co. v. Gilbert*, 429 U.S. 125, 141-42 (1976).

(30) 29 C.F.R. 1604.2 (a) (2012).

(31) 29 C.F.R. 1604.2 (a) (1) (ii)-(iii). (2012). 「顧客の嗜好」の取り扱いについて、後述 III (2) 参照。

(32) 29 C.F.R. 1604.2 (a) (2) (2012).

解に過ぎないため、プライバシー BFOQ を容認する議会意思の表れとみるには弱いとの評価もある。⁽³³⁾ また、これらを個別具体的な雇用判断が BFOQ によって正当化されるかどうかの手がかりとするには抽象的だと言わざるを得ない。

II 判例における「性別が BFOQ となる場合」の取り扱い

立法史の中には解釈の手がかりが殆どない中、各裁判所は性差別禁止原則の「狭い例外」と位置付けられた BFOQ が具体的にどのような場合に認められるかを検討し、その成否を審査するためのテストを確立していった。以下では性別 BFOQ の成否を審査するために連邦控訴裁判所が採用した二つのテストが後に連邦最高裁によって統合・承認され、さらにプライバシー BFOQ を審査するために、修正された独自のテストが確立した経緯をみてゆく。

(1) 「全員もしくは実質的に全員 (All or Substantially All)」テスト:

Weeks 事件 (1969年)

使用者側の BFOQ 抗弁の成否に関する判例は1960年代後半から現れる。裁判所はそこでの立証責任について、「(排除される側の) 男性あるいは女性の全員もしくは実質的全員が必要な職務を遂行できないかどうか」を問うテストを採用した。⁽³⁴⁾ 例えば、Weeks 対 Southern Bell 電話電信会社事件では、電話会社の女性社員が30ポンド (約13.6キロ) 以上の機材を持ち上げる業務を伴うスイッチマンと呼ばれる社内ポストに応募したところ、女性であることを理由に会社側が拒否した取り扱いが BFOQ によって正当化されるかどうか争われた。第5巡回区連邦控訴裁判所は、性別が BFOQ であるために、

(33) See Calloway, *supra* note 14, at 352.

(34) Weeks v. Southern Bell Telephone & Telegraph Company, 408 F. 2d 228 (5th Cir. 1969).

使用者側は「女性の全員もしくは実質的全員がその職務を安全かつ効率的 (safely and efficiently) に遂行できないと使用者側が信じるに ついての事実上の根拠」を立証しなければならない、と判示した。その上で、女性一般にそれだけの重量を持ち上げる能力がないとの証拠を会社側が示していない、として BFOQ の成立を認めなかった。

この「全員もしくは実質的全員」テストでは、性別が職務遂行能力を絶対的に否定する場合か、事実上一方の性に属する者の全員に職務遂行能力がなく、個別判断の見込みがない場合にだけ立証責任を満たしたことになる。したがって、「狭い例外」であるべきとされる性別 BFOQ の成立に高いハードルを設定する結果となった。⁽³⁵⁾

(2) 「事業の核心 (Essence of the Business Test)」テスト:

Diaz 事件 (1971年)

Weeks 事件から二年後には Diaz 対 Pan American World Airways 社事件⁽³⁶⁾において、同じ第5巡回区連邦控訴裁判所が BFOQ の審査に用いる新たなテストを確立している。この事件では、客室乗務員を女性に限定する航空会社の雇用方針が BFOQ によって正当化できるかどうか争点であった。裁判所は、BFOQ を主張するためには使用者側が「一方の性に属する者だけを雇用しない限り、事業の核心 (essence of the business) が損なわれること」を立証しなければならない、と判示した。⁽³⁷⁾その上で、航空会社の「事業の核心」は「安全な旅客運送」であるため、たとえ乗客のほとんどが男性客室乗務員よりも女性客室乗務員を好むとしても、⁽³⁸⁾また、不安がる乗客を落ち着かせたり、丁寧な顧客サービスを提供したりする「より快適な機内環境の提供」

(35) See Stephen F. Befort, *BFOQ Revisited: Johnson Controls Halts the Expansion of the Defense to Intentional Sex Discrimination*, 52 Ohio St. L.J. 5, 16 (1991).

(36) Diaz v. Pan American World Airways, Inc., 442 F.2d 385 (5th Cir. 1971).

(37) *Id.* at 388.

(38) *Id.* at 387.

において、男性よりも女性に客室乗務員としての適性があるとしても、それは「事業の核心」である「安全な旅客運送」には殆ど無関係 (tangential) であるため、女性であることは客室乗務員について BFOQ とは認められないと判断した。⁽³⁹⁾

「顧客の嗜好」の取り扱いは、Fernandez 対 Wynn Oil 社事件 (1981年)⁽⁴⁰⁾でも争われている。この事件ではラテンアメリカ圏の業者や顧客が女性上級管理職を慣習として好まない傾向にあることを理由に、そうした業者・顧客との頻繁なやりとりを伴う管理職を男性に限定することが BFOQ の下で認められるかどうか争われた。従業員の性別は南米での事業成功を左右する現実の深刻な障壁になる、として連邦地裁が BFOQ を認めたのに対し、第 9 巡回区連邦控訴裁判所はこれを否定し、男女の役割に関するステレオタイプな見方によって性別が BFOQ になることはなく、外国の慣習が米国民権法第七編の施行を妨げるべきではないと判断した。⁽⁴¹⁾

尚、「顧客の嗜好」に応じた雇用方針は明らかに企業戦略すなわち収益性と関連する。しかし、裁判所はこれを性差別禁止原則に優越するものとは認めていない。したがって、女性らしさやそのセックス・アピールを企業イメージに据え、男性ビジネス客の集客を狙うマーケティング戦略の一部として客室乗務員を女性に限定した航空会社の雇用方針が BFOQ として正当化されるかどうか争われた Wilson 対 Southwest Airlines 社事件 (1981年) において、連邦地裁は性差を考慮しない雇用の結果生じる使用者側の減益は BFOQ 抗弁を認める根拠にはならないと判示した。⁽⁴²⁾

このように、事業の核心を狭くとらえて顧客の嗜好を排除する厳格なテストは、性差別禁止原則に対する「極めて狭い例外」としての性別 BFOQ を具体化する上で有効な手段となった。

(39) *Id.* at 388.

(40) *Fernandez v. Wynn Oil Company*, 653 F.2d. 1273 (9th Cir. 1981).

(41) *Id.* at 1276-77.

(42) *Wilson*, 517 F. Supp. 292, 302 n.25 (N.D. Tex. 1981).

(3) 最高裁によるテストの承認：

Dothard 事件（1977年）と Johnson Controls 事件（1991年）

性別が BFOQ であるかどうかを判断するための前述の二つのテストは、1977年の連邦最高裁判決によって承認された。アラバマ州の性犯罪者を含む凶悪犯を収容する最高警備体制の男子刑務所で、受刑者との直接の接触を伴う看守職から女性を排除する雇用方針が争われた Dothard 対 Rawlinson⁽⁴³⁾ 事件である。最高裁はまず BFOQ が性差別禁止原則に対する「極めて狭い例外」であることを再確認した。⁽⁴⁴⁾その後、看守の任務の核心を「刑務所の保安維持 (maintain prison security)」とした上で、本件刑務所が性犯罪者 20% を含む受刑者を罪状別に処遇できておらず、その極度に暴力的でジャングルのような環境の特殊性に照らせば、女性が看守として就労することは女性本人にとって危険なばかりでなく、基本的な刑務所管理や収容者一般および他の看守の安全にもかかわる、と評価した。ここで仮に女性看守本人にとっての安全だけが問題である場合、BFOQ は認められなかったであろう。性差別禁止原則は、自ら危険な職を志す自由を認めているからである。⁽⁴⁵⁾したがって、女性であること (womanhood) 自体が看守の任務の核心である刑務所内の保安維持の能力を損なう、として BFOQ の成立を認めた。⁽⁴⁶⁾これにより、Weeks 判決に由来する部分では一方の性に属する者の職務遂行能力・適性について、Diaz 判決に由来する部分ではその職務が事業の核心であるかどうかについて、それぞれ審査した上で性別が BFOQ であるかどうかを判断する新たなテストが確立した。⁽⁴⁷⁾

(43) Dothard v. Rawlinson, 433 U.S. 321 (1977).

(44) *Id.* at 334.

(45) *Id.* at 335.

(46) *Id.* at 335-36.

(47) See Emily Gold Waldman, *The Case of the Male OB-GYN: A Proposal for Expansion of the Privacy BFOQ in the Healthcare Context*, 6 U. PA. J. LAB. & EMP. L. 357, 369 (2004); Manley, *supra* note 12, at 175-76.

その後、最高裁は1991年の Johnson Controls 事件判決⁽⁴⁸⁾において、このテストを再承認している。この事件では、鉛への曝露を伴う職から妊娠可能な女性を排除して未来の胎児を保護しようとする雇用判断が BFOQ によって正当化されない、と判断された。最高裁は、未来の子どもたちへの悪影響の回避を社会的関心と認めつつも、これは使用者の中心的任務には含まれず、妊娠可能な女性は Johnson Controls 社の「事業の核心」ないし「主要任務」である電池製造を支障なくこなせるため、妊娠可能な女性を排除しなければ事業の核心が損なわれる状況には該当せず、女性であることはこの職について BFOQ ではないと評価したのである。⁽⁴⁹⁾

(4) 一般的な性別 BFOQ 審査テストとプライバシー BFOQ

最高裁によって承認された BFOQ の審査テストは、使用者にとって立証のハードルが高く、BFOQ を性差別禁止原則の「狭い例外」に絞り込む上で有用であった。反面、このテストにはプライバシー BFOQ の成否を判定できない難点があった。それは典型的なプライバシー BFOQ の例とされる「分娩室の看護師を女性に限定する場合」に当てはめれば明白である。

まず、分娩室の看護師として勤務することは「全てないし実質的に全て」の男性にとって能力的に不可能かが問われるが、これを肯定することは難しい。免許を取得し、トレーニングと職務経験を積む限り、分娩室で勤務する看護師としての職務遂行能力に性差はない。一般には分娩室勤務の看護師には妊娠・出産経験⁽⁵⁰⁾がある者が適任であり、これをなしえない男性の排除は当然ないしやむを得ないとの見方もある。しかし、妊娠・出産経験は全ての女性看護師にあるわけではなく、その点につき経験のない女性看護師と男性看護

(48) *Automobile Workers v. Johnson Controls*, 499 U.S. 187 (1991).

(49) *Id.* at 206-207.

(50) See Waldman, *supra* note 47, at 379. 反対に経験がないからこそ男性の産婦人科医師は診察に伴う女性の不快感に敏感であり、丁寧な処置や説明が可能になるという評価もある。See Jacques Balayla, *Male Physician Treating Female Patients: Issues, Controversies and Gynecology*, 13 MJM 72, 74 (2010).

師に差異はない。したがって、経験の有無を問うために性別をよりどころにするのは適切でないだろう。もっとも、より本質的には、個人の妊娠・出産経験とその者の妊娠・出産にかかわる職務遂行能力の関連性を精査しなければならない。そうした経験は関連する職務を遂行する上でプラスであっても、必要不可欠とまで言えないことは、癌患者としての経験が癌の診療に携わる医療者の職務遂行能力にとって必須かどうかを考えれば自明である。⁽⁵¹⁾

次に、分娩室勤務の看護師を女性に限定することは「事業の核心」にとって必要であろうか。航空会社の事業の核心を「安全な旅客輸送」ととらえた Diaz 事件判決に照らせば、産科医療、特に分娩室での事業の核心は「標準的な医療の提供、すなわち母子共に安全な出産の介助」となるはずである。⁽⁵²⁾ したがって、検討すべきは男性が看護師として分娩室で出産を介助することが「安全な出産」を損なうかどうかである。分娩室で男性看護師が勤務することは、妊産婦側に未経験ゆえの気まづさや居心地の悪さを一時的には生ずるかもしれない。⁽⁵³⁾ しかしその程度であれば、「事業の核心」を損なうとまでは言えそうにない。⁽⁵⁴⁾

このように、職務遂行能力や事業の核心を重視するテストによってプライバシー BFOQ の成立を認めることはまず不可能である。実際、この点は Johnson Controls 判決における White 裁判官の補足意見が懸念を表明している。すなわち、「事業の核心」に基づくテストにより BFOQ を狭く限定する法廷意見の見解がプライバシー BFOQ を検討する余地を失わせるのではないか、というのである。⁽⁵⁵⁾ しかし、これに対して同判決の法廷意見は、「事

(51) Tamar Lewin, *Women's Health is no Longer a Man's World*, N.Y. TIMES, Feb 7, 2001, at A1.

(52) See Manley, *supra* note 12, at 190-91.

(53) 男性産科医についての受容の歴史が産科患者や社会一般におけるプライバシー観の移ろいやすさを示していると論じるものとして、See Berman, *supra* note 16, at 763-66.

(54) 但し、ハイリスク出産の割合が高い病院の分娩室で男性看護師が勤務することが産婦にとってストレスとなり、医学的に好ましくないという主張が認められた例がある。EEOC v. Mercy Health Center, 29 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 159 (W.D. Okla. 1982).

(55) Johnson Control, 499 U.S. 187, 219.

業の核心テストに関する当法廷の見解は、プライバシーが問題になる場面で性別がBFOQとなることを妨げない⁽⁵⁶⁾」と反論している。

以来現在までに最高裁がプライバシー BFOQ について判断した判例はない。したがって、Dothard、Johnson Controls 両判決で承認されたものに代わるいかなるテストがプライバシー BFOQ の成否を審査するのか、最高裁の見解は不明である。しかし、下級審においては1970年代からプライバシー BFOQ に関する判例が蓄積されている。そこで以下ではそれらをもとにプライバシー BFOQ の成否を判定するテストの成り立ちを検討する。

Ⅲ 判例におけるプライバシー BFOQ

(1) 審査テストの追加

事業の核心や職務遂行能力にもとづく BFOQ の審査が、プライバシー BFOQ に関してうまく機能しない⁽⁵⁷⁾ことは、ごく初期の判決でも認識されていたようである。そこで、プライバシー BFOQ については、新たに「顧客のプライバシーを尊重するために一方の性に属する者を排除する以外の代替手段が不可能・非現実的であること」の立証責任が採用された。

例えば、1974年の Reynold 対 Wise 事件判決は、男子刑務所において受刑者のプライバシーを保護するために、女性看守を雇用しつつ、寮や身体検査担当からは外す職務割り当ての工夫を肯定した⁽⁵⁸⁾。また、ヘルスケア領域では

(56) *Id.* at 206, n.4 (1991).

(57) 但し、プライバシー保護自体が使用者の中心的任務だとしてプライバシー BFOQ を「事業の核心」テストの下に位置付けることを可能とする判例もある。See Hernandez v. University of St. Thomas, 793 F. Supp. 214, 216-17 (1992).

(58) Reynolds v. Wise, 375 F. Supp. 145, 151 (N.D. Tex. 1974). 同様に、受刑者の身体検査やシャワー・トイレ監視業務を含む看守職への女性の昇進をめぐる、雇用の平等と男子刑務所の受刑者のプライバシーの衝突が問題になり、女性をその職に昇進させない以外に職務割り当ての工夫によっては対応できない立証ができていないことを理由に BFOQ 抗弁の成立を認めなかった例として、See Gunther v. Iowa State Men's Reformatory, 612 F.2d 1079 (8th Cir. 1980), *cert. denied*, 446 U.S. 966 (1980). See also, Hardin v. Stynchcomb, 691 F.2d 1364 (11th Cir. 1982).

老人ホームでの雇用をめぐる1978年の Fesel 対 Masonic Home 事件⁽⁵⁹⁾で、連邦地裁は男性看護助手を採用しないことにつきプライバシー BFOQ を主張する使用者側の立証責任として「顧客のプライバシーの権利との衝突を回避するために職務割り当てに工夫することが事業運営上不可能であること」を挙げた⁽⁶⁰⁾。つまり、シフトの組み方や業務分担の工夫によって男性看護助手には男性による身体ケアに同意しない女性入居者を担当させないことができれば、入居者のプライバシーの権利と雇用の平等は両立できる。したがって、そうした代替策をとりえない場合にだけプライバシー BFOQ は認められるということである。もっとも、その際に代替手段として使用者側にどの程度の負担が求められるかが問題になる⁽⁶¹⁾。

ヘルスケア領域では、従来から男性医師による女性患者の診察に女性職員を付き添いとして立ち会わせる慣習 (chaperon policy) があるため、これを医師以外にも応用して増員すれば異性が単独で患者に対応することはなくなり、問題は解決しうる。しかし、これまでの判決を見る限り、使用者側に追加的な支出を強いるような負担、すなわち分娩室で男性看護師を雇用するために付き添い役の女性を採用したり、男性看護師の単独勤務となるシフトが生じないように女性看護師を増員したりする対応までを合理的な代替策として求めることはない。むしろ、その時点での職員規模の範囲で人員のやりくりがつかないことさえ確認されれば、その立証は認められるようである⁽⁶²⁾。しかし、平等実現のためにであっても追加的なコスト負担までは求めない消極的なアプローチは、差別解消に伴うコストを差別正当化の理由として認めてこなかったこれまでの考え方と矛盾するとの批判⁽⁶³⁾がある。

(59) Fesel v. Masonic Home of Del., 447 F. Supp. 1346 (D. Del. 1978) (*aff'd by* 591 F.2d 1134 (3d Cir. 1979)).

(60) *Id.* at 1351 (Citing Mieth v. Dothard, 418 F. Supp. 1169 (M.D. Ala. 1976); Reynolds v. Wise, 375 F. Supp. 145 (N.D. Tex. 1974); EEOC Decision 71-2410, 4 FEP 17 (1971)).

(61) See Manley, *supra* note 12, at 191-92.

(62) See *e.g.*, Backus, 510 F. Supp. at 1196; Fesel, 447 F. Supp. at 1353.

(63) See Kapczynski, *supra* note 8, at 1262-64.

(2) 審査テストの修正

従来の「事業の核心」テストについては、当初そのまま維持しつつ、それまでとは異なる運用がなされた。例えば、Fesel 判決（1978年）はこのテストを採用し、「一方の性に属する者（ここでは男性）を雇えば職務の核心または使用者の事業の核心を損なうと信じるにつき事実上の根拠があること」を使用者側の立証責任としている。但し、使用者側は老人ホームの「事業の核心」を定義せず、ホームの業務には24時間体制でのさまざまな身体ケアが含まれる点を強調し、そうしたケアを受ける入居者にはケア提供者をいかなる理由でも差別することが法的に特別に認められており、異性対応の受容は強要できないとする主張が認められた。⁽⁶⁴⁾

後続の諸判決は「事業の核心」テストについても、プライバシー BFOQ を審査するために微妙な修正を加えてきた。その結果、ここでの第一のテストは「一方の性に属する者を雇用すれば、顧客のプライバシーが侵害され、事業の核心・中心的任務が損なわれるという事実上の根拠」の立証を求めるようになっている。

もっとも、「事業の核心」部分は、緩やかに解釈され、顧客が異性職員によるサービスに同意しないであろうとの立証を使用者が行えば、満たされたものと判断されることが多い。⁽⁶⁶⁾これに対して、顧客の同意・不同意を基準にするのは「顧客の嗜好」を BFOQ の根拠とすることを認めない従来の理解と矛盾するという指摘がある。⁽⁶⁷⁾この点について、「顧客の嗜好」がプライバシーに基づくものである限り問題はないとする判例の他、顧客が特定の性別すなわち「男性または女性」をではなく「同性」を希望している点や、顧客

(64) See Fesel, 447 F. Supp. at 1352-53.

(65) See *e.g.*, Jones v. Hinds General Hospital, 666 F. Supp. 933 (S.D. Miss. 1987); Little Forest Medical Center of Akron v. Ohio Civil Rights Commission, 575 N.E. 2d 1164 (Ohio 1991), *cert. denied*, 503 U.S. 906 (1992); Jennings v. NY State Office of Mental Health, 786 F. Supp. 376 (S.D.N.Y. 1992), *aff'd*, 977 F.2d 731 (2d Cir. 1992).

(66) See Berman, *supra* note 16, at 753.

(67) See Kapczynski, *supra* note 8, at 1264.

(68) See *e.g.*, Fesel, 447 F. Supp. at 1352; Backus, 510 F. Supp. at 1194.

の希望の背景に特定の性別に対する悪質な偏見がない点で航空会社の顧客が女性客室乗務員を希望する場合とは区別できるとして肯定する論者⁽⁶⁹⁾もある。

このように、裁判所はプライバシー BFOQ の容認に寛容な姿勢をとっており、「きわめて狭い例外」と位置付けられてきた一般的な BFOQ の解釈との乖離がうかがわれる。

(3) プライバシー BFOQ と患者のニーズ

前述のように、プライバシー BFOQ の審査テストは、Dothard, Johnson Controls 両判決を通じて最高裁に承認された一般的な性別 BFOQ の審査テストとは異なり、顧客のプライバシー利益を保護するために、性差別的な雇用に代わる合理的な代替策がないことの立証を求める点に特徴がある。

代替手段の有無に関する検討は、患者側が異性対応を認めないとの理解を前提とする。つまり、男性看護師が特定シフトを単独勤務したり、女性職員の付き添いなしで身体ケアを行ったりすれば女性患者のプライバシーを侵害するため許されないとの認識の下で、そのような状況を回避するための代替的手段の有無が問われるのである。そしてこうした前提的理解を裏付けるのが次のような第一のテストである。

第一のテストでは、性別不問の雇用により顧客のプライバシーが侵害されるとの「事実上の根拠」の立証が求められる。その際、どの程度の根拠をもってすれば「事実上の根拠」とみなされるかが問題である。

判例がプライバシー BFOQ の成立を認めた例をみると、そこでの使用者側の立証内容は、顧客が異性対応には同意しないだろうとの管理職の予測的見解⁽⁷⁰⁾から、異性対応に反対を表明する顧客アンケートの結果⁽⁷¹⁾まで、「事実上の根拠」とされる顧客意思の程度には幅がある。また、顧客の直接の声を根拠にする場合であっても、反対を表明する者が全顧客のどの程度の割合を占

(69) See Waldman, *supra* note 47, at 363.

(70) See Backus, 510 F. Supp. at 1196; Fesel, at 1352.

(71) See Fesel, 447 F. Supp. at 1352-54.

めるかは特に問題とされていない。さらに、その顧客の意思表示が、単なる嫌悪感の表明か、あるいは拒否の表明ないし異性対応ならば退院・退所するという強固な意思表示なのかは精査されないまま、一括して顧客からの異議として取り扱われている。⁽⁷²⁾つまり、顧客からの異議表明を示す何らかの裏付けがあれば、使用者側の「事実上の根拠」に関する立証責任は満たされたことになる。

以上から、裁判所によるプライバシー BFOQ の認定は、プライバシー保護のための同性対応の顧客ニーズを最大限にとらえていることが読みとれる。

(4) 医療者の性別に関する患者の嗜好と患者のニーズの多様性

プライバシー BFOQ を寛大に認めて、同性対応を望む顧客のニーズを尊重する判例の動向には、「女性を弱い性とみなす固定観念を永続させる」との強い批判がある。⁽⁷³⁾また、こうした批判には「同性対応を求める現実の顧客の声を考慮しておらず、プライバシー BFOQ はむしろそうした声を踏まえて現在より拡大されるべきだ」という反論もあり、⁽⁷⁴⁾2000年以降、プライバシー BFOQ の是非をめぐる論争は再燃している。⁽⁷⁵⁾これに対して本稿は、現実の顧客のニーズが画一的なものではないという第三の立場からプライバシー BFOQ の法理を批判する。そのために、医療者の性別についての患者の希望を調査した医学領域の研究成果をいくつか紹介しておきたい。

(72) See Manley, *supra* note 12, at 188.

(73) See Suzanne Wilhelm, *Perpetuating Stereotypical Views of Women: The Bona Fide Occupational Qualification Defense in Gender Discrimination Under Title VII*, 28 WOMEN'S RTS L. REP. 73 (2007); Kapeczynski, *supra* note 8.

(74) See Waldman, *supra* note 47.

(75) 論争は1970年代から1980年代の期間と2000年以降の二度にわたって展開されている。前者の論考として、See Carolyn S. Blatt, *Privacy and the Sex BFOQ: An Immodest Proposal*, 48 ALB. L. REV. 923 (1984); Calloway, *supra* note 14; Kenneth W. Kingma, Comment, *Sex Discrimination Justified Under Title VII: Privacy Rights in Nursing Homes*, 14 VAL. U.L. REV. 577 (1979-80); Elsa M. Shartsis, Comment, *Privacy as Rationale for the Sex-Based BFOQ*, 1985 DETROIT C. L. REV. 865 (1985); Sirota, *supra* note 20.

産婦人科医療の場面では、患者が医療者に対して同性対応を望むであろうとの一般的なイメージがある。しかし、実態調査の結果はそうした傾向が必ずしも強くはないことを示している。2004年に出版されたコネチカット大学による調査によれば、調査対象となった患者の66.6%は産婦人科医を選ぶ際に性別の好み（gender bias）を持たず、80.8%が「産婦人科医師の性別はケアの質に影響しない」と回答している⁽⁷⁶⁾。それにもかかわらず女性患者は女医を好むとの誤解があるのは、それが女性向け雑誌の記事や広告における男性産婦人科医師に反対する偏見によって増強されてきたためであると分析されている⁽⁷⁷⁾。類似の調査結果は2000年、2002年にもある⁽⁷⁸⁾⁽⁷⁹⁾。

また、こうした調査結果は、米国外からも報告されている。例えば、産婦人科の外来患者と中高生を対象としたカナダでの調査（2006年）⁽⁸⁰⁾によれば、産婦人科の内診や乳房検診といったデリケートな検査（intimate physical examination）に際して、外来患者の72.8%以上が男女いずれの医学生による診察をも受け容れると回答し、女子学生による診療しか受け入れないと回答した者は22.2%にとどまった。中高生の回答はそれぞれ32.1%と55.3%で、女性を好む傾向が患者よりも強く見られたが、そうした検査・診察の経験を重ねるにつれて、医療者の性別以外の要素が重視されるようになり、女医を嗜好する傾向は減少すると分析されている。同様の調査結果は2002年にもカナダで報告されている他、イギリスでの調査や、イスラム教信者のアラブ

(76) Amy M. Johnson et al., *Do Women Prefer Care from Female or Male Obstetrician-Gynecologists?*, 105 (8) J. AM. OSTEOPATHIC ASSOC. 369 (2004).

(77) LR. Kincheloe, *Gender Bias Against Male Obstetrician-Gynecologists in Women's Magazines*, 104 OBSTET GYNECOL. 1089 (2004).

(78) P.J. Chandler et al., *Provider Gender Preference in Obstetrics and Gynecology: A Military Population*, 165 MILITARY MEDICINE 938 (2000).

(79) BA. Plunkett et al., *The Importance of Physician Gender in the Selection of an Obstetrician or a Gynecologist*, 186 AM. J. OBSTET GYNECOL. 926 (2002).

(80) Jennifer M. Racz et al., *Gender Preference for a Female Physician Diminishes as Women Have Increased Experience with Intimate Examination*, 30 J. OBSTET. GYNECOL. CAN. 910 (2008).

(81) WA. Fisher et al., *It Ain't Necessarily so: Most Women do not Strongly Prefer Female*

女性を対象とするイスラエルでの調査も⁽⁸³⁾ある。いずれも女性の産婦人科医師を希望する患者は確かに存在するが、その割合は医師の性別に関して特に希望はないとする患者をしのぐ程の多数派ではなく、患者が男性医師によるケアを経験するにつれて、女医志向はなくなるという結論を示している。

以上の調査結果には、産婦人科医師という限られた医療者を対象にしている点、そしてその患者が全員女性である点で限界がある。つまり、より広いヘルスケア領域での傾向、例えば看護師や介護関連職の性別に関する⁽⁸⁴⁾患者の希望や、男性患者の同性対応希望の実態をここから読み取ることにはできない。しかし、プライバシー BFOQ をめぐる議論がこれまで前提としてきた顧客のニーズが、少なくとも一部の領域、とりわけプライバシー保護のために同性対応が強く要請されると一般に信じられてきた産婦人科医療において、実在の患者の声と異なることを示すには十分と言えよう。

このような結果を踏まえても尚、少数派のプライバシー保護へのニーズを軽視してはならないという見解はあるだろう。しかし、BFOQ の容認が性差別禁止原則の緩和という重大な効果を伴うことを考慮すれば、顧客のニーズに関する一般の認識がその実態と異なる場合、平等な雇用の中での個別対応によってニーズを充足し、システムティックな取り扱いになる BFOQ は個別対応不可能な領域に限って用いるべきではないだろうか。そのために、まずはこれまでのような緩やかな審査によってプライバシー BFOQ の成否を判断するアプローチをあらためる必要がある。

Obstetrician-Gynaecologists, 24 J. OBSTET. GYNECOL. CAN. 885 (2002).

(82) David Phillips, *Women Patient' Preferences for Female or Male GPs*, 15 FAMILY PRACTICE 543 (1998).

(83) H. Amir et al., *Unpredicted Gender Preference of Obstetricians and Gynecologists by Muslim Israeli-Arab Women*, 86 PATIENT EDUC. COUNS. 259 (2012).

(84) 看護師の性別をめぐる同種の研究は多くないが、女性患者が女性看護師を好む傾向があることが報告されている。もっとも、女性の比率が増えている産婦人科医師に対して、看護師に占める男性の割合は依然として低いため、現実的に患者がイメージしにくいという事情もこうした結果に作用しているものと考えられる。See Anna Chur-Hansen, *Preferences for Female and Male Nurses: The Role of Age, Gender and Previous Experience: Year 2000 Compared with 1984*, 37 J. ADVANCED NURSING 192 (2002).

Ⅳ 展望：多様な顧客ニーズを前提とするプライバシー BFOQ へ

近年、判例の中にも従来までとは異なるアプローチが見られる。すなわち「職務上裸体を取り扱うから顧客のプライバシー保護のための同性対応が必要となるので性差別的な雇用を容認する」という定式によって処理するのではなく、慎重にプライバシー BFOQ を審査しようとするものである。こうした審査によって、従来はプライバシー BFOQ の典型例とされた分娩室の看護職を女性に限定する雇用方針に待ったをかけた判例を紹介する。

(1) Slivka 対 Camden-Clark 記念病院事件 (2004)⁽⁸⁵⁾

この事件は、1991年に看護師になり、複数の産科看護（分娩室での勤務を含む）に従事してきたオハイオ州の男性看護師 Slivka が、2000年にウエスト・バージニア州の Camden-Clark 記念病院の産科看護師ポストに応募したところ、男性であるために拒否されたことを発端とする。裁判ではこれがウエスト・バージニア州人権法の禁止する性差別か、それともプライバシー BFOQ により正当化される性に基づく別扱いかが争われた。

ウエスト・バージニア州最高裁はまず、州法違反を争うここでの問題の構造が公民権法第七編の下で展開されるそれと同視できる⁽⁸⁶⁾とした上で、プライバシー BFOQ が成立するために使用者側が立証すべき内容を次の三点とした。すなわち、①両性の雇用が事業の核心または中心任務をどのように損なうか、②一方の性に属する全ての者あるいは実質全ての者が顧客の正当なプライバシー利益を侵害することなく任務を遂行できないと使用者側が信じるについての事実上の根拠、③性に基づく排除以外の代替策が不可能ないし現実的でないのはなぜか。その上で、②について次のような詳細な検討を行い、サマリジャッジメントによって使用者側の BFOQ 抗弁を認めた原審判決を

(85) Slivka v. Camden-Clark Memorial Hospital, 215 W. Va. 109 (W. Va. 2004).

(86) *Id.* at 113.

破棄差戻した。

病院側は②を立証するために「産科での男子看護学生との経験によれば、患者の80%が男性看護師を拒否した」という看護部長による宣誓供述書を提出した。しかし、裁判所はプライバシーの利益が個人の信念と道徳観に基づくものであるため、「男性看護師が患者のプライバシーを侵害する」との証拠が患者から提出されていない点に懸念を示した⁽⁸⁷⁾。また、この宣誓供述書が、母集団である調査対象患者数、調査期間や時期、患者の拒否の程度や理由を示していない点、患者の拒否が「男性による処置」ではなく「学生による処置」に向けられた可能性、拒否が処置に対する拒絶ではなく、単なる「変更への嫌悪感」や驚きの表れである可能性を指摘し、患者の現実のプライバシー利益を立証するには曖昧だと評価した⁽⁸⁸⁾。さらに、近隣病院の産科は男性看護師を雇用しているとの原告側が示した事実がこの曖昧さを一層強調するため、病院側の立証は②を満たさないとした。その上で、患者の男性看護師に対する拒否の程度 (magnitude) が不明である限り、病院は男性看護師の雇用によって①の事業の核心または中心任務が損なわれる立証をなしえず、問題となるプライバシーの性質や範囲が不明であれば、③の代替策がないことの証明もできない、と判示した。

最後に、裁判所は本判決がプライバシー BFOQ それ自体を否定するものではないとの立場を確認しつつ、長年の慣習 (long-standing policies) が問題となるケースでの「事実上の根拠」に関する十分な検討の必要性と、普遍的に定義されず、社会の中で変化するこのような問題を評価する際に推測・憶測を避けることの重要性を強調した。また、性別にもとづく排除が顧客のプライバシー保護のために真に不可欠であるといえるためには、各事例の事情の詳細で徹底的な検証が不可欠であり、事実審裁判所が平等な雇用に伴うコストや不都合、ケアの質低下その他の関連事項を検討するためには近隣の

(87) *Id.* at 116.

(88) *Id.*

比較可能な医療機関で男性看護師の平等な雇用の権利と参加患者のプライバシーの権利がいかに関立しているか等の背景的情報が必要であるため、BFOQ 抗弁を主張する使用者側のみならず、性差別を主張する側も証拠の形成に積極的に関与すべきである、と判示した。

この判決は、実質的には原審のサマリジャッジメントを破棄差戻したに過ぎない。しかし、分娩室の看護職を女性に限ることはプライバシー BFOQ によって肯定されるという、これまで殆ど批判されることのなかった潮流に対して一石を投じ、より厳密なレベルでの立証を求めたケースとして注目される。

(2) 残されたプライバシー BFOQ の射程

Slivka 判決が示したプライバシー BFOQ をより慎重に審査しようとするアプローチが、後続の判例に与える影響は今のところ不明である。実際に詳細な立証が行われた場合にも、「事実上の根拠」の立証として十分とみなされる基準がいかなるものかという点までを同判決の結論から導き出すことはできない。しかし、仮にこれが踏襲され、性差別禁止原則に対する真に必要な例外としての BFOQ の位置づけが再確認されれば、クリアされるべき立証責任のハードルは上がり、プライバシー BFOQ の射程はこれまでよりも縮小することが見込まれる。

その結果、例えば分娩室の看護職については、BFOQ による男性排除ではなく、男性看護師の担当を拒否する患者に個別対応することになるだろう。そして、プライバシー BFOQ はこうした個別対応の困難な領域、とりわけ顧客が弱い (vulnerable) 立場に置かれている場面に限って用いられるべきものと考えられる。

むすび

裁判所が患者のニーズを十分に把握しないままプライバシー保護のための

同性対応を優先した結果、ヘルスケア領域のプライバシー BFOQ は、広く認められてきた。これは BFOQ を性差別禁止原則の「きわめて狭い例外」ととらえる立法以来の理解に適合しないだけでなく、本来顧客のニーズに裏付けられるべきプライバシー BFOQ の正当性からも問題がある。今後「事実上の根拠」の立証や「合理的な代替措置」の審査をより厳格に行うことで、同性対応の希望の一部は平等な雇用の中での個別対応の対象となり、システムティックな取り扱いであるプライバシー BFOQ は、真に必要な例外として個別対応の不可能な領域にその射程を縮小していくべきものと思われる。

近年、日本においても性差を考慮した医療が関心を集め、男性医師を敬遠する女性患者のために、女性医師による診療部門が女性外来として設置され、一般にも好評を期しているようである。男性が大多数を占める医師の性別を患者が選ぶことはこれまではあまり現実的でなかった。それだけに、医師の性別が患者の選択肢となることは患者の要望に合った医療を実現するという意味で歓迎される向きもあろう。しかし、男女雇用機会均等法の下でこうした動きを加速させるどうかは、患者のニーズについての実態を正確に把握した上での判断でなければならない。

アメリカ公民権法第七編における性別 BFOQ に関する議論は尚混沌としており、今後はプライバシー BFOQ の存在を肯定した最高裁が具体的にどのような判断を下すのかが注目される。