



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	政府の言論と人権理論(4)
Author(s)	金澤, 誠
Citation	北大法学論集, 64(3), 442[63]-387[118]
Issue Date	2013-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/53401
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR64-3_006.pdf



政府の言論と人権理論 (4)

金 澤 誠

目 次

はじめに

序章 問題提起

第1節 現象

第2節 学説

第3節 課題

第4節 本稿の構成 (以上60巻5号)

第1章 政府言論の理論

第1節 政府言論とは何か

第2節 Yudof

第3節 Emerson (以上61巻2号)

第4節 Shiffrin

第5節 小括

第6節 政府言論の多義性 (以上61巻5号)

第2章 アメリカにおける市民権法と表現のための結社の自由との相克

第1節 問題提起

(1) 市民権法と表現のための結社の自由との相克

① Boy Scouts of America v. Dale 判決

② 法廷意見

③ 反対意見

(2) 問題の整理

① 表現のための結社の自由アプローチ

② 市民権法アプローチ

第2節 若干の検討

- (1) 言論行為二分論
 - (2) 裁判所の審査手法
 - (3) Tribe の見解
 - (4) 一応の結論 (以上本号)
- 第3節 先例
- 第4節 小括
- 第3章 給付作用
- 第1節 違憲な条件の法理
- 第2節 学説
- 第3節 言論助成
- 第4節 学説
- 第4章 政府言論の総括
- 第1節 思想の自由市場
- 第2節 政府言論の類型
- 第3節 総括——統合と分散——
- 第4節 結語
- おわりに
- (1) 総括
 - (2) 展望

第2章 アメリカにおける市民権法と表現のための結社の自由との相克

第1章は、政府言論という理論を提示することで、国家による社会に対する介入の両義的な性格を描写した。そして、国家による社会に対する関与が、「思想の自由市場」を歪めることを確認してきた¹。

先行研究による政府言論に関する議論は、その多くは、非強制的な介入を問題化しようとする試みであった。たしかに、政府言論の典型はそ

¹ 以下の内容は、拙稿「アメリカにおける市民権法と表現的結社の自由との相克——政府言論の理論との関わり——」憲法理論研究会編『憲法変動と改憲論の諸相』（敬文堂・2008年）89頁以下に重なる部分がある。本稿は、政府言論に関する問題関心を、より具体的に検討する試みである。

ういえるかもしれない。しかし、第1章で提示したように、国家による関与は、非強制な手法のみに限られない。

やや視点を変えていえば、公権力の側からすると、公権力が、「言論」作用を容易に規制できないからこそ、非権力的な介入手法が効果的となることもある。その是非をすぐには結論付けることができないとしても、少なくとも、国家による助成の問題を、より正面から問題化する必要があるはずである²。

そこで、本稿は、第1章で提示したように、政府言論にまつわる諸々の問題を解決する際には、個別的な人権（の価値に）に関する検討だけではなく、平等という価値、権力分立や政府機能をも考えていく必要があるという立場をとる³。

第1節 問題提起

(1) 市民権法と表現のための結社の自由との相克

第2章は、「アメリカにおける市民権法と表現のための結社との自由との相克」という具体的な現象を検討する。その理由は、後述するように、表現の自由や政府言論にまつわる諸問題のなかでも、表現のための結社の自由に関する事例が、最近の判例や学説でよく注目されるからである。

本稿は、ある団体に対して、市民権法ないし差別禁止法⁴を「適用」す

² 政府言論の両義性については、拙稿「政府の言論と人権理論（2）」北大法学論集61巻5号（2011年）236頁を参照。これについては、後掲注（153）も参照。

³ 拙稿「政府の言論と人権理論（1）」北大法学論集60巻5号（2010年）201頁以下を参照。

⁴ 本稿は、さしあたりは、Civil Rights Act を市民権法と訳したい。それは、「『公民権』という訳については、日本で公民権とは、元来、地方公共団体の公務に参与する資格ないし（やや広く）参政権を意味することに注意」する必要があるからである。田中英夫編『英米法辞典』（東京大学出版会・1991年）148頁の表現。

もっとも、第2章は、「公共施設における差別を禁止する法律」を議論することから、場合によっては、差別禁止法と表記することがある。なお、判例法

ることが、いかなる条件において許されるかという視点から検討する。これにより、差別禁止法の意義を再確認すると同時に、その限界を提示したい。

第1章の表現を用いるならば、「国家による自由」の意義ないし限界を探るものであり、政府言論の両義性の認識にかんする議論である。

① Boy Scouts of America v. Dale 判決

まず、Boy Scouts of America v. Dale 判決⁵（以下、Dale 判決、ある

上認められている freedom of expressive association は、「表現のための結社の自由」と訳すことにした。

⁵ Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640 (2000). 関連する文献として、井上聡「同性愛者を排除したボーイスカウトに対し、州の差別禁止法に基づき資格回復を強要する事の合憲性」法律のひろば2000年11月号（2000年）72頁以下、岡田順太「アメリカ合衆国における『表現的結社の自由』——Freedom of Expressive Associationの憲法上の価値について」法学政治学論究54号（2002年）119頁以下、井上聡「判批」藤倉皓一郎『衆議のかたち アメリカ連邦最高裁判所判例研究（1993-2005）』（東京大学出版会・2007年）26頁以下、篠原光児「最近の判例」アメリカ法〔2001-2〕213頁以下、高井裕之「同性愛者差別の禁止と結社の自由」ジュリスト1192号（2000年）239頁以下。

ただし、最近の判例では、Dale 判決と異なるような判決が提示されている。差別主義的な思想を有する団体に差別禁止法を適用することの「限界」という問題設定は、本稿がすでに第1章のなかで提示した問題でもある。詳しくは、紙谷雅子「最近の判例」アメリカ法〔2011-2〕552頁以下も参照。後掲注（153）も参照。

なお、本件に関連する主な文献として、以下を参照のこと。この一覧は、Marc R. Porier 論文にあるリストの中から取捨選択して作成した。Marc R. Poirier, *Hastening the Kulturkampf: Boy Scouts of America v. Dale and the Politics of American Masculinity*, 12 Law & Sex. 271 (2003). David E. Bernstein, *The Right of Expressive Association and Private Universities' Racial Preferences and Speech Codes*, 9 Wm. & Mary Bill Rts. J. 619 (2001); Dale Carpenter, *Expressive Association and Anti-Discrimination Law After Dale: A Tripartite Approach*, 85 Minn. L. Rev. 1515 (2001); Erwin Chemerinsky & Catherine Fisk, *The Expressive Interest of Associations*, 9 Wm. & Mary Bill Rts. J. 585 (2001); Richard A. Epstein, *The Constitutional Perils of Moderation:*

いは、本件とする。)という事案を提示する。

本件は、原告(被上告人)である James Dale 氏(以下、Dale とする。)が、所属していた(私的な団体である) Boy Scouts of America(以下、ボーイスカウトとする。)に対して、資格の剥奪処分を取り消しを求めて出訴した事例である。

Dale は、1978年、ボーイスカウトの地方組織である Monmouth Council に加入した(当時 8 歳)。1981年から正会員となり、ボーイスカウトとして18歳まで在籍した。1988年には、イーグル・スカウトという、もっとも名誉ある地位にまでたどり着いている。1989年からは、指

The Case of the Boy Scouts, 74 S. Cal. L. Rev. 119 (2000); Daniel A. Farber, *Speaking in the First Person Plural: Expressive Association and the First Amendment*, 85 Minn. L. Rev. 1483 (2001); Nan D. Hunter, *Accommodating the Public Sphere: Beyond the Market Model*, 85 Min *supra* note 72, 85 Minn. L. Rev. 1591 (2001); Nan D. Hunter, *Expressive Identity: Recuperating Dissent for Equality*, 35 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 1 (2000); Steffen N. Johnson, *Expressive Association and Organizational Autonomy*, 85 Minn. L. Rev. 1639 (2001); Andrew Koppelman, *Signs of the Times: Dale v. Boy Scouts of America and the Changing Meaning of Nondiscrimination*, 23 Cardozo L. Rev. 1819 (2002); James P. Madigan, *Questioning the Coercive Effect of Self-Identifying Speech*, 87 Iowa L. Rev. 75 (2001); John O. McGinnis, *Reviving Tocqueville's America: The Rehnquist Court's Jurisprudence of Social Discovery*, 90 Cal. L. Rev. 485 (2002); David McGowan, *Making Sense of Dale*, 18 Const. Comm. 121 (2001); Michael Stokes Paulsen, *Scouts, Families, and Schools*, 85 Minn. L. Rev. 1917 (2001); Martin H. Redish & Christopher R. McFadden, *HUAC, the Hollywood Ten, and the First Amendment Right of Non-Association*, 85 Minn. L. Rev. 1669 (2001); Jed Rubenfeld, *The Anti-Antidiscrimination Agenda*, 111 Yale L.J. 1141 (2002); Jed Rubenfeld, *The First Amendment's Purpose*, 53 Stan. L. Rev. 767 (2001); Madhavi Sunder, *Cultural Dissent*, 54 Stan. L. Rev. 495 (2001); Mark Tushnet, *The Redundant Free Exercise Clause?*, 33 Loy. U. Chi. L.J. 71 (2001). Laurence H. Tribe, *Disentangling Symmetries: Speech, Association, Parenthood*, 28 Pepp. L. Rev. 641 (2001). Randall P. Bezanson & William G. Buss, *The Many Faces of Government Speech*, 86 Iowa L. Rev. 1377 (2001). Katherine A. Moerke & David W. Selden, *Introduction Associations Are People Too*, 85 Minn. L. Rev. 1475 (2001).

導者としてのボーイスカウトメンバーとして活躍していた⁶。

しかし、デイルは、Rutgers 大学に通いはじめる頃から、自身がゲイでないし同性愛者であることを自覚するようになった。1990年、デイルは、Rutgers 大学のゲイとレズビアンとの会合に参加し、同グループの共同代表 (copresident of the Rutgers University Lesbian/Gay Alliance) になった。しかし、同性愛者に関する運動に関わったことが発覚したから、大人のボーイスカウトとしての地位を剥奪されることとなった⁷。

そこで、1992年、Dale は、大人のボーイスカウトとしての地位の剥奪処分が、New Jersey 州の公共施設における差別を禁止する法律 (New Jersey's Law Against Discrimination) (以下、差別禁止法とする。) に違反していると主張して、ボーイスカウトに対して、その取消を求めて訴訟を提起した。

まず、New Jersey 州の第 1 審の裁判所 (New Jersey Superior Court's Chancery Division) は、ボーイスカウトが、根拠条文である (公共施設における) 差別を禁止する法律の「公共施設」には該当しないとして、Dale の請求を棄却した。

これに対して、第 2 審裁判所 (New Jersey Superior Court's Appellate Division) は、ボーイスカウトが「公共施設」に該当するとして、ボーイスカウトの地位の剥奪処分は、同州の差別禁止法に違反するとした⁸。

New Jersey 州最高裁判所 (New Jersey Supreme Court) も、Dale 側の請求を認めた⁹。ボーイスカウトが主張した (連邦最高裁がすでに認めている権利である) 「親密な結社の自由 (freedom of intimate association)」に対して、州最高裁判所は、ボーイスカウトの規模や、団体の非排他性などを挙げて、それを認めなかった¹⁰。

⁶ *Id.*, at 644.

⁷ *Id.*, at 645.

⁸ *Id.*, at 646. *Citing* 308 N. J. Super. 516, 706 A. 2d 270 (1998). ボーイスカウトからの憲法を用いた要求についても、退けている。

⁹ *Ibid.* *Citing* 160 N. J. 562, 734 A. 2d. 1196 (1999).

¹⁰ *Id.*, at 646.

より具体的にいえば、(州最高裁判所によると) ボーイスカウトは、「同性愛者が非道徳的である」という観点を維持するために結社を組織した、というボーイスカウト側の主張は説得的ではないとした。

また、ボーイスカウトに対して、差別禁止法を適用することは、ボーイスカウト（の活動）に対して「重大な影響」を与えないとした。そして、New Jersey 州には、社会における差別を是正するという、やむにやまれぬ利益があるとした¹¹。

そこで、事案は連邦最高裁に移送された。州最高裁判所とは異なり、連邦最高裁は、Dale の請求を棄却して、ボーイスカウトに対して、差別禁止法を「適用」することが違憲であるとした。以下、法廷意見と、反対意見を見ていく。

② 法廷意見

法廷意見は、Rehnquist 首席裁判官が執筆している (Rehnquist, O'Connor, Scalia, Kennedy, Thomas)。州の差別禁止法をボーイスカウトに適用すること（すなわち、差別禁止法によって、Dale をボーイスカウトに強制的に留まらせること）は、ボーイスカウトの表現のための結社の自由を侵害するとした。

まず、連邦最高裁は、判例を引用することで、ある団体のメンバーシップに公権力が介入することは、憲法の観点から許されない、とした (Roberts 判決¹²) (以下、Roberts 判決とする)。判例によれば、メンバーシップの強制は、団体の公的あるいは私的な立場を表明する能力に「重大な影響」を及ぼす場合には、違憲である (New York State Club Association Inc. v. City of New York 判決¹³)。

ただ、表現のための結社の自由といえども、絶対的なものではない。

¹¹ *Id.*, at 647.

¹² Dale, *supra* note 5, 530 U.S. 640, 647 (2000). *Citing* Roberts v. United States Jaycees, 468 U.S. 609, 623 (1984).

¹³ *Id.*, at 648. *Citing* New York State Club Association Inc. v. City of New York, 487 U.S. 1, 13 (1988).

公権力による規制が、やむにやまれぬ利益を実現するためのもので、思想の弾圧に関わらないものであり、より制限的ではない他に選ぶ手段であれば、そうした規制は許される。

そこで、裁判所としては、ある団体が保護を受けるかどうかを判断するために、表現のための結社であるかを検討する必要があるとした。

本件の記録によれば、ボーイスカウトは、私的な非営利団体 (a private, nonprofit organization) である¹⁴。ボーイスカウトの組織内において、若い人々に対して価値を教え込む (instill values in young people) という活動をおこなっていることから、ボーイスカウトは、表現のための結社といえる。

そこで、裁判所は、差別禁止法を適用して、Dale をボーイスカウトに留まらせることが、ボーイスカウトの表現する能力に「重大な影響」を与えるかどうかを判断する¹⁵。そのために、裁判所は、ある一定の制限された程度において (to a limited extent)、(同性愛に対して) ボーイスカウトが表明した観点というものを、検証しなければならない。

まず、ボーイスカウトによると、同性愛の行為は、ボーイスカウトの公式な文書である『スカウトとしての誓い』や『スカウトとしての道』(Scout Oath and Law)の中に規定がある、「道徳的にまっすぐな(morally straight)」あるいは、「きれいな(clean)」(存在であるべきである)という規定に違反しているという¹⁶。

加えて、ボーイスカウトは、同性愛行為は、正当な行為ではないと考えている、と併せて主張している。ボーイスカウトは、常にスカウトの家族からの期待を背負っている (expectations that Scouting families)。われわれは、同性愛者をスカウトに参加させることが、そうした期待には、そぐわないものであると考えている¹⁷。

¹⁴ *Id.*, at 649.

¹⁵ *Id.*, at 650.

¹⁶ *Id.*, at 651. もっとも、これについては、多様な解釈が可能であるとする。

¹⁷ *Id.*, at 652. このあたりは、判決文と若干順序が異なっていることに注意さ

さらに、1978年のボーイスカウトの代表 (the President of Boy Scouts) と執行委員長 (the Chief Scout Executive) が署名した Q & A 方式の文書によると、「同性愛者であることを公然と表明した人が、ボランティア・スカウト・マスターの地位になることができるか」という問いに、No と答えている。

そこでは、「ボーイスカウトは、私的なメンバーシップの団体であり、そのようなことから、リーダーシップは特権であって、権利ではない。同性愛者は、リーダーには適さない」としている¹⁸。

このような立場は、その後の文書で何度か書き直されているが、その核心部分は、まったく改正されていないといえる。

これらを踏まえて、連邦最高裁は、(表現に関する) ボーイスカウトの主張を基本的には尊重しなければならない (give deference to an association's assertions regarding the nature of its expression) とした¹⁹。

Dale をボーイスカウトに (強制的に) 留まらせることは、ボーイスカウトの表現する能力に「重大な影響」を与えるとした。つまり、Dale は、ゲイのスカウトとしての共同代表の地位にあり、自身の性的指向を率直に表明している。Dale がスカウト・マスターとしてボーイスカウトに残るということは、(ある団体が) 信念に反するようなことを提示しなくてもよいとする一般的原則と矛盾するとした。

これに対して、New Jersey 州最高裁判所は、差別禁止法を適用しても、ボーイスカウトの表現する能力に「重大な影響」を与えないと判断した。同州の最高裁判所によると、ボーイスカウト (の構成員) は、同

りたい。

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Id.*, at 653. *Citing* Democratic Party of United States v. Wisconsin, 450 U.S. 107 (1981). もっとも、団体は、差別禁止法を (自分の団体に) 適用されることを (いつでも) 違憲といえるわけではないとしている。ただ、本件では、Dale が同性愛者であることを公言しているという事実があるから争点となる。

性愛者が不道徳だということを普及させるために結社しているわけではないからである²⁰。

しかし、連邦最高裁は、こうした議論を否定している。まず、結社というものは、あるメッセージを普及させることを目的としている必要はない。そのような目的がなくても、結社としての保護を受けられる。

また、ボーイスカウトが、(そもそも)性的事項に関するメッセージを発することを(リーダーたちに)禁止することも認められる²¹。

そして、表現のための結社が、ある方針を提示する際には、団体構成員すべての人からあらかじめ同意を得ておく必要はない。

そもそも差別禁止法は、公共の宿や列車など伝統的な公共施設における差別を禁止するために制定されてきた。しかし、時が経過するにつれて、より多くの場所をカバーするようになってきた²²。

そして、New Jersey 州法の place of public accommodation は、非常に広いものである。条文にあるように、その用語は、50タイプもの場所を含むものとされる。たとえば、居酒屋、レストラン、小売店、公共の図書館などのほか、公開性を伴わないような、サマーキャンプや、屋上レストランを含むものとされている²³。

このことを踏まえて、原審である New Jersey 州最高裁判所は、場所という概念を、物理的な立地 (physical location) と結びつけることなく、拡張した。

しかし、公共施設の概念の拡張は、私的団体の自由との相克という問題を生じさせる。これまでのところ、連邦最高裁は、Roberts 判決において、公的な場所での女性差別を撤廃することが、やむにやまれぬ利益

²⁰ *Id.*, at 654. Citing 160 N. J. 562, 612, 734 A. 2d. 1196, 1223 (1999).

²¹ *Id.*, at 655. あるパレードの主催者は、同性愛に対して特定の立場を表明していなかったとしても、そのこととは別に、参加者を決定ないし排除することができる。

²² *Id.*, at 656.

²³ *Id.*, at 657. See N. J. Stat. Ann. § 10:5-5 (1).

であると認定している。

とはいえ、Roberts 判決では、こうした規制が、団体の表現をする能力に「抵触」する可能性を認めていた。Roberts 判決では、「ロータリー・クラブに女性の加入を認めることは、重大な具合に (in significant way)、既存のメンバーの多様な目的を遂行する能力に影響を与えることが立証されていない」²⁴としていた。このことは、「重大な影響」を与えるような介入がある場合には、差別禁止法の適用が違憲になることを示している。

また、Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston 判決²⁵（以下、Hurley 判決とする。）でも、差別禁止法の適用領域についての議論をおこなっていた。差別禁止法は、「その法律の差別の焦点に、……合理性がある場合には、州の立法権限の範囲内にあるといえる。しかし、そのような場合ではないならば、第 1 修正か第 14 修正違反となる」²⁶としていた。

このように、連邦最高裁の判断枠組みは、「重大な影響」を与えるかである。これに対して、本件の被上告人である Dale は、象徴的な言論にかんする（より緩やかな基準である）O'Brien 基準²⁷を用いるべきことを主張した。

²⁴ *Id.*, at 658. Citing Roberts, *supra* note 12, 481 U.S. 609, 548 (1984).

²⁵ Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, 515 U.S. 557, 572 (1995).

²⁶ *Id.*, at 659. Citing Hurley, *supra* note 25, 515 U.S. 557, 572 (1995).

²⁷ *Ibid.* いうまでもなく、表現的行為を規制する際の合憲性判断枠組みであり、中間的な審査がなされる。より具体的にいえば、言論と非言論がひとつの行為に結合している場合、その制約が、政府の憲法上の権限の範囲内にあり、重要な利益を促進して、言論抑圧のためではなく、制約が必要な限度を超えていなければ、合憲とされる。

そうだとすれば、本件でなぜこの基準が採用されなかったか。連邦最高裁は、そのことを効果ないし団体に対する影響から判定（逆算？）しているが、少なくとも、このことは、理論的にいえば、さらに検討されるべき問題であろう。United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968).

しかし、連邦最高裁は、この基準を用いたベトナム戦争の徴兵登録証明書「焼却」という表現的な行為が問題となった事例と、本件を区別した。本件では、より直接的に表現のための結社の自由に影響を与えるから（緩やかな基準を用いることができない）である。

以上のことを踏まえて、連邦最高裁は、（前述した）Hurley 判決で提示された伝統的な第1修正に関する議論に触れながら、次のように述べている。

裁判所としては、ボーイスカウトによる同性愛の教えが、「正しい」か「間違っている」かどうか（whether the Boy Scout's teachings with respect to homosexual conduct are right or wrong）という判断はできない。

それは、ある団体の表現が誤っているという理由によって、公権力が介入することは、憲法の観点から許されないからである²⁸。

本件において、Dale は、大学でのゲイとレズビアンに関する団体の共同代表の地位にあり、今もゲイの人々の権利活動家である。

Dale がボーイスカウトのメンバーにいることは、ボーイスカウトが同性愛行為を正当な行為として受けいれているというメッセージを、メンバーの若者に対しても一般社会に対しても送ることを（ボーイスカウトに）強いている²⁹。

③ 反対意見

反対意見は、Stevens 裁判官が執筆している³⁰。New Jersey 州の差別禁止法は、同じような差別禁止法を制定している州に較べて、差別禁止

²⁸ *Id.*, at 660-661. 同性愛者の社会的地位が向上していることを、どのように評価するかという問題がある。法廷意見は、そのことと表現のための結社の自由（の価値）とは関係ないとしている。第2章の後半で検討する予定である。Cf. *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

²⁹ *Id.*, at 653. なお、メッセージに関する議論は、法廷意見の最後の部分にあるわけではない。本稿の問題関心の関係から、メッセージに関する議論に焦点をあてるために、最後に組み込むことにした。

³⁰ *Id.*, at 663. Stevens, Souter, Ginsberg, Breyer らによる。

法が規定する“place of public accommodation”（の定義）が、より広く設定されている（more expansive coverage than most similar state statute）³¹。

また、同州の差別禁止法は、1991年の修正で、差別対象として、性的指向を含む規定に改められている。法廷意見の考え方は、このような州の権限行使の姿勢を尊重していない。法廷意見は、ボーイスカウトの表現のための結社の自由を侵害したという。しかし、本件は、ボーイスカウトに対して「重大な負担」を与えていなければ、コミュニケーションを強いてもいい³²。

まず、ボーイスカウトのスカウト・マスターのハンドブックを読むと、（法廷意見が提示した）「道徳的にまっすぐな」という規定がある。それが何を意味しているか、あるいは、ボーイスカウトが、実際に何を教えているか「精査」する必要がある³³。

ボーイスカウトの内部文書によると、ボーイスカウトの活動ないし使命とは、ボーイスカウトの組織で協働すること、スカウトの技術を学ぶこと、パトリオティズムを促進すること、血縁の価値を促進すること、勇気を促進すること、とされている。そのことを達成するための方法は、ボーイスカウトのハンドブックに書かれてある。

ハンドブックによると、「スカウトは素直であるべきである」とある。しかし、その説明では、「スカウトは家族や学校や仲間に対して従順するべき」としか書かれていない³⁴。

また、「規則が不公平であると思うときには、規則にしたがわないではなく、その規則が変わるように（自分が）努力すべき」としか書かれていない³⁵。そして、「道徳的にまっすぐな」という項目でも、「強

³¹ *Ibid.*

³² *Id.*, at 664-665.

³³ *Id.*, at 665.

³⁴ *Id.*, at 666.

³⁵ *Id.*, at 666-667.

い人間になるためには、正直で、清潔で、かつ正義の存在であるべき」としか書かれていない。「綺麗な(clean)」という項目にも、「自身の体や心を健康で綺麗にすべきである」としか書かれていない。

加えて、「汚れを払い落とすことに恥じるべきではない」。「一生懸命働けば、それが払い落とされる」としか書かれていない。これらの文書からは、ボーイスカウトが、同性愛者に対して、どのような立場を持っているかがわからない³⁶。

ボーイスカウトにはハンドブックがあり、家庭や学校での性教育のあり方が書かれている。しかし、これにもまた、性的指向のことは何も書かれていない。さらに、性的事柄を尋ねられた場合にどのように対応するかという説明には、「専門家に聞け！」としか書かれていない³⁷。そうすると、やはりボーイスカウトが同性愛者に対して、特定のスタンスを持っていたと判断することは困難である。

さらに、そもそもボーイスカウトが、特定の宗教や道徳に対して、どのような立場を取っているかも明らかではない³⁸。というのは、ボーイスカウトは、「何が宗教か」を決定しないとされるからである。実際において、現にいろいろな宗教の人が、ボーイスカウトに参加している事実が、このことを裏付けている³⁹。

これに対して、法廷意見は、ボーイスカウトの代表と執行委員長が署名したQ & Aを引用して、ボーイスカウトの排除方針が明確であったと主張する。しかし、この文書もまた、多義的に解釈可能である。この文書は、同性愛者であると「公然と」宣言した人々を解雇できるかという設問に対して、Yesと答えている。

しかし、「州による(差別禁止)法がない場合に(in the absence of any law to the country)」との「限定」があり、「現在において、われわれは、同性愛の観点に基づいて、雇用差別をすることは、合衆国の法

³⁶ *Id.*, at 668.

³⁷ *Id.*, at 669.

³⁸ *Id.*, at 670.

³⁹ *Id.*, at 671.

律や条例で禁止されていることを知っている。そのような法律がある場合に、ボーイスカウトでは、差別禁止法に従うことが必要不可欠である」と書いてある⁴⁰。

反対意見によれば、1978年のこの文書は、4つの側面があるとされる。

第1は、ボーイスカウトが、文字通りの意味で、排他的な方針を採用していたという考え方である。しかし、この時点では、現実的な問題として明確に意識していなかったというものである。

第2は、この方針は公式の見解ではないという考え方である。これは、ボーイスカウトの掟にあるような「従順さ」を述べたものにすぎないといえないか。

第3は、起草者が、差別禁止法とボーイスカウトの方針が衝突することを予見して書いたという考え方である⁴¹。

第4は、同性愛者が、単にボーイスカウトにとって好ましくないことを述べているに過ぎない（規定には効果がない）という考え方である。

こうした点にかんして、法廷意見は、1978年の文書のほかに、1991-1993年の文書を検討していた（もっとも、この文書は、Daleがボーイスカウトを辞めさせられた後の文書であることから、本件ではこれを用いることができない）。1991年の文書は、「道徳的にまっすぐな」という規定から、同性愛行為がふさわしくとされている。

しかし、1993年の文書によると、同性愛者を排除しようとする行為が、「（親を含む）スカウトの家族からの期待（scouting families）」に変化している⁴²。

⁴⁰ *Id.*, at 672.

⁴¹ *Id.*, at 673. ただし、前述したように、ボーイスカウトによると、ルールがおかしいと思うときには、それを変えるように努力すべきということになる。そうだとすると、州による差別禁止法の廃止（裁判所に違憲判決）を求めるというべきか？

⁴² *Id.*, at 674. もっとも、スカウトの家族とは、スカウト内の仲間たちを意味する可能性も考えられる。いずれにせよ、この規定は、ボーイスカウトの支援者を含む比較的閉鎖的な範囲で、会の運営がおこなわれていることを意味して

より正確に言えば、ボーイスカウトの活動は、いつもスカウトの家族が組織に対して持っている期待に影響される。われわれは、同性愛者の存在が、このような期待に一致するモデルを提供しないと考える⁴³。

そして、この文書は、次のことを意味しているように考えられる⁴⁴。

第1に、ボーイスカウトは、1991年に表明した『ボーイスカウトの掟』や『ボーイスカウトの法』によって、同性愛者を排除するという方針を基礎付けることをやめてしまったということを示してはいないか。

第2に、1991年から1992年にかけて、ボーイスカウトは、『ボーイスカウトの掟』や『ボーイスカウトの法』によって、同性愛者の排除方針を根拠づけようとしたが、そうした根拠づけができなかったことを意味してはいないか。

第3に、ボーイスカウトは、同性愛者に関して、明確かつ一義的な方針を持つことはなかったことを意味していないか。いいかえると、1991年から1992年のあいだのみ、ボーイスカウトは、『ボーイスカウトの掟』や『ボーイスカウトの法』によって、同性愛者を排除していたことにならないか。

第4に、ボーイスカウトの立場は一貫していない。差別的な方針と表現的な利益のあいだに関連性があるとはいえないことを意味していないか⁴⁵。

いる。

このことを踏まえて、(端的に)「親の期待」と表記した。ただし、連邦最高裁は、これが、「親密な結社」に当たるとは考えていないようである。というのも、それが該当するのは、イメージ的に言えば、家族などの閉鎖的な集団とされるのが通例だからであろう。そこで、本稿は後述する Tribe の議論などで、理論的な説明が必要と考えた。後掲注 (142)～(147) を参照。

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Id.*, at 675.

⁴⁵ *Id.*, at 676-677. なお、反対意見は、1990年の本件処分時までに、ボーイスカウトが、差別禁止法とボーイスカウトの方針との相克の問題に対して、amicus briefs を提出していることを議論している。それによると、少なくとも、1984年の段階には、こうした相克の問題に気付いていたことが判明するという。

たしかに、表現のための結社の自由は、第1修正によって保護される⁴⁶。しかし、そうした権利は、絶対的なものではない（Roberts 判決⁴⁷）。

すなわち、表現のための結社の自由は、憲法的保護を受ける性質や程度において、比較衡量されるものである。たとえば、表現のための結社による差別的方針の「すべて」が保護されるわけではない。実際において、私立学校⁴⁸、ロー・ファーム⁴⁹、労働団体⁵⁰における差別に関する事例で、表現のための結社の自由の限界が提示されている⁵¹。

たとえば、前述した Roberts 判決⁵²では、アメリカニズムと市民的な公共利益の精神をもつ（in spirit of genuine Americanism and civic interest）メンバーを育成する「若い男性」による知的な非営利団体の全国組織が、18歳から35歳までの女性を制限したことが争われた。Roberts 判決では、原告側は、Minnesota 州人権法（Minnesota's Human Rights Act）を、ジェイシーズという団体に適用することによって、団体の結社の自由を侵害しないかが争われている。

連邦最高裁は、表現のための結社の自由は絶対的ではなく、当該規制がやむにやまれぬ利益を実現するものであれば、合憲となるということを示した⁵³。

Roberts 判決は、団体に対して「重大な負担を課すか（imposed any serious burdens）」を問題としている。

同判決は、私的団体であるジェイシーズが、公的にある立場を表明していたとしても、女性の加入を認めることによって、団体の能力を妨げないと判断している。また、女性差別を撤廃することが州のやむにや

⁴⁶ *Id.*, at 678.

⁴⁷ *Id.*, at 678-679. *Citing* Roberts, *supra* note 12, 481 U.S. 609 (1984).

⁴⁸ *Id.*, at 679 n 10. *Citing* Runyon v. McCrary, 427 U.S. 160 (1976).

⁴⁹ *Id.*, at 679 n 11. *Citing* Hishon v. King & Spalding, 467 U.S. 79 (1984).

⁵⁰ *Id.*, at 679 n 12. *Citing* Railway Mail Association v. Corsi, 326 U.S. 88 (1945).

⁵¹ *Id.*, at 679.

⁵² *Ibid.* *Citing* Roberts, *supra* note 12, 481 U.S. 609 (1984).

⁵³ *Id.*, at 680.

まれぬ利益であることが認められている⁵⁴。さらに、ある団体が表現のための結社であるという認定に際して、その団体が明確に排除の方針を有しているかなどの審査がなされている⁵⁵。

そこで、本件において、差別禁止法を適用することが、団体の運営方針に対して、重大な影響を与えるかを検討する必要がある⁵⁶。

本件は、ボーイスカウトの活動に際して、同性愛者を排除することは、団体にとって必要不可欠なものとはいえない。すでに明らかなように、ボーイスカウトは、同性愛者に対して何も述べていない⁵⁷。

重要なことは、ボーイスカウトが、同性愛者に対して団体の方針を明確に定めなかった、ないしは、黙っていること（simply silent on homosexuality）である。したがって、州の差別禁止法は、ボーイスカウトで共有された目的に対して「重大な負担」を課していない⁵⁸。

これに対して、法廷意見は、団体の表現に関する性質（の主張）を尊重しなければならない（give deference）としている。しかし、これは驚くような法的な見解（an astounding view of the law）である⁵⁹。

連邦最高裁を含む裁判所は、表現のための結社の自由に関する主張に対して、独自の観点から審査しなければならない。

なぜならば、表現のための結社の自由は、意のままに差別をする自由（not a freedom to discriminate at will）ではないからである。ある団体が、差別禁止法に異議を唱え、表現のための結社の自由の主張をするためには、（その団体に不可欠な）団体による一貫した立場というものを立証しなければならない⁶⁰。

⁵⁴ *Id.*, at 681.

⁵⁵ *Id.*, at 682.

⁵⁶ *Id.*, at 683.

⁵⁷ *Id.*, at 684.

⁵⁸ *Id.*, at 685.

⁵⁹ *Id.*, at 685-686.

⁶⁰ *Id.*, at 687.

さらに、団体は、(表現のための結社の自由を用いることができなかったとしても)「何を話さないかを決定する権利」を持っている⁶¹。

実際において、ボーイスカウトは、Dale によって、不道德なメッセージが運ばれたと主張する。しかし、記録によると、そのような事実はまったく存在しない。それどころか、Dale は、スカウト・マスターの地位を辞めさせられるまで、優秀なメンバーとしてボーイスカウトの中で活躍していた⁶²。

Dale は、大学で同性愛者の団体に加入していた。しかし、ボーイスカウトは、宗教団体に加入して、宗教的なメッセージを運ぶことを不適切とは考えていない。政治的もしくは宗教的なメッセージよりも、性的な事柄に関するメッセージを運ぶことが許されないとも想定していない⁶³。

法廷意見は、Dale は、大学でのゲイとレズビアンに関する団体の共同代表の地位にあり、Dale がボーイスカウトのメンバーにいたことが、ボーイスカウトが同性愛行為を正当な行為として受けいれているというメッセージを、そのメンバーの若者に対しても一般社会に対しても送ることを(ボーイスカウトに)強いているとしている⁶⁴。

しかし、Dale のボーイスカウトへの参加は、ボーイスカウトに対しても、世の中に対しても、いかなる認識可能なメッセージ (no cognizable message) を送らない⁶⁵。

⁶¹ *Id.*, at 689.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Id.*, at 690-691.

⁶⁴ *Id.*, at 692.

⁶⁵ *Id.*, at 693-695. 反対意見は、Hurley 判決との区別について、次のように位置付ける。同事件では、パレードに参加したいと考えた(主催者ではない)同性愛者の人々が、パレード「主催者」の意向(言論)に反して、a shamrock-strewn banner を装着することを、特定の時間に、特定の場所で (particular time and place) 求めたことが問題となった(事例である)。だとしたら、本件のように、ただボーイスカウトにそこに参加するだけで、(彼を)指標と考えるべきではない、としている。

もし、ある種のメッセージを送るとするならば、それは彼がボーイスカウトに参加すること自体によって、ということになる。

けれども、そのような行為は、象徴的な言論とは構成すべきではない⁶⁶。法廷意見にしたがえば、同性愛者は、ただそこに居るだけで、ほかの社会の人々と違うことになる。しかし、そのようなラベリングは、団体がいつでも同性愛者を排除できることを意味する。それを承認することは、憲法上禁止されている劣位のシンボルを認めることと同等である⁶⁷。

また、Dale が所属していたグループや、彼らの家族の若いスカウトたちが、Dale の性的指向に気付いていたという証拠はない。同性愛者が団体に参加しているという事実は、通常、(女性、黒人、宗教的マイノリティー、それ以外の孤立した集団の加入を認めることよりも) その団体を代表するメッセージを運んでいると解釈すべきではない。

New Jersey 州の差別禁止法は、性的指向を明らかにした人々の雇用その他の場面でのさまざまなアクセスを保障した規定である。実際、いくつものボーイスカウトは、ルールモデルを共有する公的な機関（公立学校や消防署など）と連携することがある。

これを踏まえると、ボーイスカウトの同性愛者の排除行為を是認すべきではない。差別禁止法のボーイスカウトに対する適用が、あるメッセージを運ぶことを理解すべきではない⁶⁸。

なお、反対意見の最後（VI）では、同性愛者に対する裁判官の考え方が提示されている。同性愛者のソドミ行為を合憲とした Bowers 判決に見られるように、アメリカ社会では、まだ偏見が残っていることが確認されている。

しかし、それが医学的な観点から精神疾患の一種でもあると報告されたこと、にもかかわらず、同性愛者に対する偏見は現在もあり、それに

⁶⁶ *Id.*, at 695 n 22 (2000).

⁶⁷ *Id.*, at 696.

⁶⁸ *Id.*, at 698.

よる実害が大きいこと、したがって、こうした偏見を法的な原理に変える必要があることが説かれている⁶⁹。

(2) 問題の整理

以上のような判断をして、Dale 判決（の法廷意見）は、差別禁止法をボーイスカウトに適用することを違憲とした。Dale 判決には、メッセージに関するアプローチの対立がある⁷⁰。それを対比することから始めよう。

まず、差別禁止法（公共施設における差別を禁止する法律）とは、アメリカでは一般的に、市民権法（Civil Rights Act⁷¹）と呼ばれるものの

⁶⁹ *Id.*, at 699-700. 同性愛者一般に対する医学的な知見を参照することには、Souter 裁判官と Ginsberg 裁判官と Breyer 裁判官による反対意見がある。

⁷⁰ ボーイスカウトは、同性愛者だけではなく、女性や無神論者、宗教などを理由により、差別をしてきたために、諸々の訴訟が提起されている（もっとも、女性差別は、1998年には、廃止されたという）。See Stephen Clark, *Judicially Straight? Boy Scouts v. Dale and the Missing Scalia Dissent*, 76 S. Cal. L. Rev. 521, 532 n. 59 (2003).

たとえば、同性愛者に関する訴訟がある。See *Curran v. Mount Diablo Council of the Boy Scouts of Am.*, 952 P.2d 218 (Cal. 1998); *Boy Scouts of Am. v. D.C. Comm'n on Hum. Rts.*, 809 A.2d 1192 (D.C. 2002); *Chicago Area Council of Boy Scouts of Am. v. Chicago Comm'n on Human Relations*, 748 N.E.2d 759 (2001).

女性差別の事例として、*Mankes v. Boy Scouts of Am.*, 137 F.R.D. 409 (S.D. Fla. 1991); *Yeaw v. Boy Scouts of Am.*, 64 Cal. Rptr. 2d 85 (1997); *Schwenk v. Boy Scouts of Am.*, 551 P.2d 465 (1976); *Quinnipiac Council, Boy Scouts of Am. v. Comm'n on Hum. Rights & Opportunities*, 528 A.2d 352 (1987).

宗教的な観点に関する事例として、*Randall v. Orange County Council, Boy Scouts of Am.*, 952 P.2d 453 (1998); *Seabourn v. Coronado Area Council, Boy Scouts of Am.*, 891 P.2d 385 (1995); *Geolas v. Boy Scouts of Am.*, 23 F. Supp. 2d 1254 (1998).

⁷¹ Civil Right Act については、中窪裕也『アメリカ労働法』（弘文堂・2000年）。藤井樹也「Civil Right Act の一断面（5・完）—— §1983訴訟を中心に」三重大学法経論集18巻1号（2000年）65頁を参照。最近のものとして、藤本茂『米

ひとつであり、主に雇用上の差別、州による特等付与の場面における差別、公共施設での差別を禁止する法律のことである。Dale 判決で問題となった New Jersey 州の差別禁止法は、次のように規定していた。

「人種や信条、肌の色、民族的出自、家柄、夫婦関係、性的指向、家族関係、疾病、国籍、性別、収入源により……雇用、公共施設での特権や便益を受けることを否定されない」⁷²

連邦最高裁の Rehnquist 裁判官が執筆する 5 人の裁判官による法廷意見は、望まない人 (unwanted person) の受け入れを団体に強制することは、団体の表現のための結社の自由を侵害するとした。

法廷意見は、判例である Roberts 判決⁷³を引用して、表現のための結社の自由を享受するための 3 要件を提示している。

それは、a) 表現のための結社であるか、b) 政府の行為が結社の表現をする能力に「重大な影響」を与えるか、c) 政府の利益が結社に対する負担を正当化するか、という要件である。そして、同判決が、次のように述べたことが注目される。

「Dale は、大学のゲイとレズビアンに関する団体の共同代表の地位にあり、今もゲイの人々の権利活動家である。Dale がボーイスカウトのメンバーにいたことが、ボーイスカウトが同性愛行為を正当な行為として受けいれているというメッセージを、そのメンバー

国雇用平等法の理念と法理』(かがわ出版・2007年)。

このような差別禁止法は、多くの州が有している。たとえば、性による差別を明示的に禁止している州は、43州もあるという (District of Columbia を含む)。このうち、11州が性的指向による差別を禁止している。21州 (District of Columbia を含む) が、婚姻関係に基づく差別を禁止している。貸し付けに関する連邦法 (Equal Credit Opportunity Act) は、性的差別や、婚姻関係に基づく差別を禁止している。See Hunter, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1591, 1615-1616 (2001). なお、事件当時の議論であることに注意されたい。

⁷² N. J. Stat. § 10 : 5-4 (2007).

⁷³ Roberts, *supra* note 12, 468 U.S. 609 (1984).

の若者に対しても一般社会に対しても送ることを（ボーイスカウトに）強いている。（傍点は引用者）」⁷⁴

これに対して、Stevens 裁判官が執筆する 4 人の裁判官の反対意見が、次のように述べている。

「Dale の（ボーイスカウトへの——引用者）参加は、ボーイスカウトに対しても世の中に対しても、いかなる認識可能なメッセージ（no cognizable message）を送らない。……仮にある種のメッセージを送るとしても……そのような行為は、第 1 修正において象徴的言論とは構成されない。」⁷⁵

以上のように、本件は、メッセージに基づくアプローチ（a message-based approach）について対立を残しつつ、（法廷意見は）差別禁止法をボーイスカウトに適用することを違憲とした。

次に、本件が抱える問題は、「理論」的なものだけではないという。というのは、被上告人を支援する同性愛者の人々の権利を守る「運動」団体が、この判決に対して、次のような非難を示したからである。

Dale 判決は、法的な正義の観念を変形させている（a travesty of justice）⁷⁶。同性愛者であることを理由に、若い団員をいつでも排除できることを認めることは、同性愛者を二級市民（second class citizen）にしたことと同然である。連邦最高裁が、そうした烙印のメッセージを認めたことは、とても恥すべきである⁷⁷。

そして、被上告人である Dale も、最高裁判決を聞いて、次のように異議を唱えたそうである。

⁷⁴ Dale, *supra* note 5, 530 U.S. 640, 653 (2000).

⁷⁵ *Id.*, at 695.

⁷⁶ See MARK TUSHNET, A COURT DIVIDED 163 (2005).

⁷⁷ Carpenter, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1515, 1515 (2001).

「(わたしがボーイスカウトにずっと居すわることが、ボーイスカウトに対して、あるメッセージを強いているというが——引用者) わたしはメッセージではない。わたしはシンボルでもない。指標(sign)でもない。わたしは、たまたまゲイになっただけである。」⁷⁸

こうした発言は、連邦最高裁のメッセージに関する議論に「反論」するかたちでなされた点で興味深い。このような批判をどのように受け止めるかをも検討すべきである⁷⁹。

以上のことから、本稿の課題を改めて確認すると、次のとおりである。

第1に、法廷意見が、「Dale（もしくは、差別禁止法）は……メッセージを送る（ことを強いている）」⁸⁰としたことを憲法の観点から評価すべきである。

第2に、本稿は、政府言論の理論の観点から本件を検討している⁸¹。そのために後述する Tribe 教授を含むいくつかの学説を提示する予定であるが、彼らは、政府言論の典型とされる Barnette 判決などを引用しつつ議論していることから、本稿はその点にとりわけ注目することになる。こうした検討は、第2章の後半まで続くことになる⁸²。

第3に、法廷意見のアプローチは、主に平等という観点から批判される余地があることから、表現のための結社の自由（①）と平等（②）の対立を注意深く描写すべきである。

⁷⁸ See MARK TUSHNET, A COURT DIVIDED 163 (2005). これについては、反対意見の注（65）も参照のこと。

⁷⁹ Dale 判決は、Tribe の議論にあるように、どちらかという、ボーイスカウトの公的メッセージを改変させていない。むしろ、ボーイスカウトの私的な自由が問題となっているというべきではないか。See Tribe, *supra* note 5, 28 Pepp. L. Rev. 641, 649-654 (2001).

⁸⁰ Dale, *supra* note 5, 530 U.S. 640, 653 (2000).

⁸¹ Bezanson は、本件にかんする問題を政府言論であるとした。それは彼がいう属性 (attribution) という要素にあるようである。See Bezanson & Buss, *supra* note 5, 86 Iowa L. Rev. 1377, 1495 (2001). 後掲注（142）～（146）も参照。

⁸² Tribe, *supra* note 5, 28 Pepp. L. Rev. 641, 654 (2001).

① 表現のための結社の自由アプローチ

そこで、ボーイスカウトが主張していた、表現のための結社の自由に関する判例を見ることから始める (①)。

まず、合衆国憲法は、実のところ結社の自由を規定していない。そのために、判例は、第1修正の表現の自由条項から、(表現のための)結社にかんする権利を導き出している。表現のための結社の自由に関するリーディング・ケースとして、本件も触れていた NAACP v. Alabama 判決⁸³ (以下、Alabama 判決とする。)がある。

Alabama 判決とは、Alabama 州の州外法人であった NAACP (全米黒人地位向上委員会) が、同州法で認められた活動以外のことを無許可でおこなっていたとして、活動の差し止めが求められた事例とされる。

ただし、より正確に言えば、同事件では、同州司法長官が活動の差し止めを判断する際に不可欠であるとして、州裁判所に対して、「NAACP の構成員の名前や住所が入ったリスト」を (強制的に) 提出させることの是非が争われたといえる。

(この請求を州の裁判所が認めたために) NAACP はそれを不服として、訴訟で争うことにした。連邦最高裁に事案が移送された。

連邦最高裁は、NAACP 側の主張を認めた。Harlan 裁判官が執筆した法廷意見によると、結社は構成員が有する憲法上の権利を援用できるとして、次のように述べている。

「公的・私的な立場を表明しようとする場合で、それがとりわけ論争的な主題に関わる場合には、疑いもなく結社が重要な意味を有している。…… (その場合に) 当然のことだが、結社によって主張されている信念が、政治的なことに関連しているとか、経済的なこと

⁸³ NAACP v. Alabama, 357 U.S. 449 (1958). Alabama 判決については、「協会が構成員のために主張する、州から名簿の調査を受けない権利は、構成員がその適法な私的利益を非公開で、かつ他者と自由に結合しながら追求する権利に関連している」。長谷部恭男「マス・メディアと自由」ジュリスト978号 (1991年) 99頁を参照。

であるとか、宗教的なことであるかは関係ない。』⁸⁴

この部分は、結社はその内容にかかわりなく、結社できることを意味している。いうまでもなく、(表現のための)結社が、政治的な内容を主張した場合にも、経済的な内容を主張した場合にも、さらには、宗教的な内容を主張した場合にも認められることを示している。

そのうえで、連邦最高裁が、国家介入の方法ないし形態について触れていることが重要である。Alabama 判決では、繰り返しになるが、裁判所による構成員名簿の提出命令が争われている。NAACP の活動そのものが「規制」ないし「処罰」された事例ではない。

「結社の自由、プレス of 自由、表現の自由等の欠くことのできない権利に対する国家介入が、……実質的に表現のための結社に対して侵害であるならば、違憲性を認めるべきである。(傍点は引用者)」⁸⁵

⁸⁴ *Id.*, at 460-461 (1958).

⁸⁵ Alabama, *supra* note 83, 357 U. S. 449, 461 (1958). まず、Alabama 判決においては、Harlan 裁判官がいうように、Alabama 州は、NAACP の行動の自由を「直接」制限するような規制をしていない。それでは、この事例では、何が侵害されたといえるか。

この点について、Alabama 判決自体が引用するいずれの判例も、直接的に集会を禁止しようとした事例ではない。*Id.*, at 461-463 (1958). *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353 (1937); *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931); *American Communications Association v. Douds*, 339 U.S. 382 (1959). *See also* THOMAS I. EMERSON, *THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION* 426-427 (1970).

そこで、Alabama 判決は、憲法的に保護された表現に「抑止」を与えたことが問題化されたという議論がある。つまり、表現の自由条項は、制約されない (uninhibited)、強固な (robust)、そして広く公開された (wide-open) 討論を保障するからである。David McGowan, *supra* note 5, 18 Const. Comm. 121, 129-130 (2001).

これを踏まえて、わが国でも、Alabama 判決は、一定の形式でおこなわれる「強制的露頭」を、思想の表現と結社への参加に対して「制止的效果 (deterrent

より具体的には、次のように述べている。

「当裁判所は、結社の自由と結社におけるプライバシーのあいだには、非常に重要な連関があることを認めてきた。……ある特別の宗教的信念、あるいは、自己の立場を示す腕章をつけている政治的党派に関わるような要求は、まさにこの種の性質のものである。ある特有の信念を持ち合わせる結社の情報開示を強制的に認めることは、これと同様の命令である。(傍点は引用者)」⁸⁶

Alabama 判決（の上記の部分）によると、(活動停止という強固な規制ではないとしても) 構成員の名前と住所を強制的に開示すること——結社のプライバシーを暴くこと——は、表現のための結社の自由を侵害する、とされる。

いいかえると、強制開示によって受ける表現のための結社における「萎縮」効果に較べると、州の利益（構成員のリストを強制的に開示するこ

effect)」を及ぼすとの理由に基づき、無効と判示した。

そして、この趣旨は、「事後の処罰も、その制止的效果により、事前の検閲と同じ結果をもたらすことがありうるので、それもまた言論の自由を保障した修正一条によって、禁止される、という趣旨を明らかにしたものといつてよい」という分析がある。芦部信喜『現代人権論——違憲判断の基準——』（有斐閣・1974年）132-157頁。

その他、最近では、Alabama 判決は、「個々人の私的な領域を保護するという趣旨ではなく、『プライバシー』が特に社会的な少数意見を主張するような結社の自由にとって不可欠であると強調するための論理」を採用したと考えるべきとする解説がある。

「国の開示命令が結社活動の観点からは直接不利益を与えるものではないとしても、それにより個々のメンバーにとって私的・社会的な不利益が生じる以上、やはりそれは嚴重な正当化を必要とする」ことを認めた判決とされる。毛利透「表現の自由、結社の自由と公共」長谷部恭男・金泰昌編『公共哲学12 法律から考える公共性』（東京大学出版会・2004年）264頁。

いずれにせよ、表現のための結社の活動に「実質」的に侵害となる国家行為がなされた場合に、訴訟で救済される余地があることが重要である。

⁸⁶ Alabama, *supra* note 83, 357 U.S. 449, 462 (1958).

と)は、より小さい利益であるとされる。ここにおいて、判例において(はじめて)表現のための結社の自由の意義が確認されている⁸⁷。

そこで、論者によっては、「最高裁は、NAACPの結社の自由を承認し、その活動に憲法的保護を与えたが、本判決の画期性は最高裁の法廷意見がcompelling interestという定式を採用した点にある。ここに、マッカーシズムへの対応の中で生まれた萌芽が、公民権運動団体の保護という文脈において自由保護のための法理として展開する場が与えられた(傍点は引用者)」⁸⁸と評価される。

以上のことを踏まえると、本件の法廷意見が、表現のための結社の自由を検討する際に、「ある一定の制限された程度で、ボーイスカウトが表明した観点の性質を検証する必要がある」⁸⁹として、言論内容に立ち入らない抑制的な審査をしていたことが注目される。

つまり、こうした議論こそは、Alabama判決に由来する「表現のための結社の自由」を敬讓するアプローチ——ある団体にむやみに「萎縮」効果を与えないとする議論——であったというべきであり、それは、ひとことでいうと、厳格審査の基準を意味しているといえる(①)。

もっとも、表現のための結社の自由は、そもそも表現の自由とは異なる性質がある。そのために、後述するように、表現のための結社の自由を、いかなる場合に「制約」できるか——その際に、いかなる「理由」を付けるか(②)——が問題となる⁹⁰。

⁸⁷ NAACP v. Button, 371 U.S. 415, 462 (1973). なお、Alabama判決を、表現のための結社の自由という観点から説明することは、一面的であるともいえる。なぜならば、訴訟当事者であるNAACPは、全米の黒人の「地位」向上に関する団体であるからである。実際に、関連する訴訟であるButton判決では、NAACPの訴訟活動が、単なる私的な活動ではないとされているようである。これについては、後掲注(88)を参照。

⁸⁸ 塚田哲之「前期ウォーレン・コートにおける表現の自由法理の形成」法政論集213号(2006年)267頁の表現。後掲注(90)も参照。

⁸⁹ Dale, *supra* note 5, 530 U.S. 640, 650 (2000).

⁹⁰ すでに述べたように、NAACPという全米黒人地位向上委員会に対する国家介入と、人種差別的な団体であるKKKに対する国家介入では、おそらく異なっ

② 市民権法アプローチ

アメリカにおいて、人種や性別などの差別に関する問題を検討する場合、よく指摘されるように、連邦法である1964年の市民権法が重要である(②)⁹¹。

それは、市民権法の第2編が、人種・宗教・出身国を理由とする公共施設における差別の禁止を定めるからである(Title II of Civil Right Act of 1964)。

しかし、市民権法は、それ以外の差別「事由」(たとえば、年齢・障害・性的指向)を明示的に規定していないために、各州は、それを補うような法律を制定している。

すでに提示したような、本件で問題となった New Jersey 州の差別禁止法もまた、「いかなる人も、人種や信条、肌の色、民族的出自、家柄、夫婦関係、性的指向、家族関係、疾病、国籍、性別、収入によって……雇用や、公共施設における特権や便益を受けることを否定されない」と規定して、性的指向による差別を明示的に禁止している。

次に、本件を特集した2001年の Minnesota Law Review のシンポジウムは、次のような問題提起をしている⁹²。「人民からなる政治権力の適切な制限」という問題は、少なくとも1215年にジョン王がマグナ・カルタに署名したときから、現代的で解決されない問題」だが、本件の Dale 判決で争われた問題は、それよりも難しい問題であって、「20世紀にアメリカだけでなく、現代社会を苦しめてきた問題」⁹³とする。

その意味するところは、同性愛者の法的な地位を高めるために、「国

た配慮が必要ともいえるだろう。See Carpenter, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1515, 1525 (2001). 関連して、小林伸一「表現の自由の『理論』における原理基底論の現状」法学研究78巻5号(2005年)341頁以下。

⁹¹ このあたりは、拙稿「私的な団体による同性愛者の差別」谷口洋幸・齊藤笑美子・大島梨沙編『性的マイノリティ判例解説』(信山社・2011年)73頁以下の問題提起に重なる。以下、内容的には重なる部分があることに注意されたい。

⁹² Moerke & Selden, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1475, 1475 (2001). 同ロー・レビューでは、本件の特集が組まれている。

⁹³ Carpenter, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1515 (2001).

家による自由」を肯定的に位置付けるべきか。それとも、「国家からの自由」の観点から政治権力の制限に力点を置くか、というディレンマである⁹⁴。

まず、この点につき、平等の観点を強調する Hunter によると、市民社会を構成する主体は、単に個人と公権力のあいだの調停者ではなく、集合的な討論を奨励する者と位置付けられる。差別禁止法は、(広い意味での) 公共空間における主体性を回復するものとして、民主主義の過程において、重要な役割を果たすとしている。

このように指摘したうえで、Hunter は、差別禁止法の適用範囲が、時代的な流れとともに、「拡張」され続けていることを確認する⁹⁵。本件で問題となった New Jersey 州法も、つぎのように「公共施設」を規定している。

「公共施設とは、次のようなものを含む。しかし、これらは、制限的なものではない。居酒屋、ロードハウス、ホテル、モートル、森林公園、サマーキャンプ・デイキャンプ・リゾートキャンプなどの一時的な滞在者の娯楽や健康を増進するための施設、あるいは、生産者、製造業者、卸売業者、リテイルショップ、商店、店舗などの財やサービスを扱う場所、あるいは、レストラン・食堂などの消費するものを販売する建物、アイスクリーム、フルーツを販売する場所、ソーダー水、シロップなどの消費物を販売する建物、駐車場、水陸の公共交通機関、駅やターミナル、浴場、遊歩道、海岸、講堂、会議室、会館、劇場、映画館、音楽ホール、屋上庭園、スケートリンク、スイミングプール、アミューズメントパーク、レクリエーションパーク、博覧会、ボーリング場、体育館、射撃場、ビリヤード場、

⁹⁴ See ANDREW KOPPELMAN, ANTIDISCRIMINATION LAW & SOCIAL EQUALITY 216 (1996). Hunter, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1591, 1614 (2001). これとは対照的な論文もある。Epstein, *supra* note 5, 74 S. Cal. L. Rev. 119, 120 (2000).

⁹⁵ この市民参加という見方は、共和主義の観点からも正当化できるだろう。See Cass R. Sunstein, *Beyond the Republican Revival*, 97 Yale. L. J. 1539 (1988).

プールなどの娯楽施設、公衆トイレ、薬局、クリニック、病院、公立図書館、幼稚園、小中学校、職業学校、ビジネススクール、高等学校、専門学校、大学、州の教育委員会の指揮下にある教育機関などを含むものである。(傍点は引用者)」⁹⁶

彼によると、Dale 判決は、これまでの判例（宗教系学校における宗教的な信念に基づく人種差別を禁止した法律を合憲とした Runyon 判決⁹⁷、青年商工会議所による女性の成員資格の制限を禁止した法律の合憲性を認めた Roberts 判決⁹⁸）を無視しているという。

Dale 判決によって、公共施設の「範囲」が狭められることは、時代的な要請に逆行しているとして批判している⁹⁹。

このような発想からすると、そもそも差別禁止法の公共施設「概念」を設定する場合には、物理的な場所（概念）にとらわれる必要はない。

そして、彼の議論は、「多数意見によると、同性愛者は……全ての社会における人々と違うということになる。そのようなラベルは、……憲法上禁止されている劣位のシンボルを認めることと同等である」¹⁰⁰という反対意見にちょうど重なる興味深いものである。

⁹⁶ N. J. Stat. Ann. §10: 5-5.

⁹⁷ Runyon, *supra* note 48, 427 U.S. 160 (1976).

⁹⁸ Roberts, *supra* note 12, 481 U.S. 609 (1984).

⁹⁹ Hunter は、Civil Rights Cases 時代からの差別禁止法の変遷過程を検討している。差別禁止法を解釈する際には、その文言に厳格に縛られる必要はまったくないという。Hunter, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1591, 1616 (2001). この議論では、公的領域の拡張が強調されている。ただし、このような一面的な議論については、異論の余地があるだろう。Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972). See Michael W. McConnell, *The New Establishmentarianism*, 75 Chi.- Kent. L. Rev. 453, 454 (2000).

以上のことから、「市民権法と表現のための結社の自由との相克」は、いかなる場所を公的領域に設定するかという問題でもある。Thomas I. Emerson, *Freedom of Association and Freedom of Expression*, 74 Yale L. J. 1, 20 (1964).

¹⁰⁰ Dale, *supra* note 5, 530 U.S. 640, 696 (2000).

次に、Yale Law School の Rubenfeld の議論を参照したい。彼によると、(ボーイスカウトのような) 表現のための結社に対しては強い保護を与えるべきではなく、むしろ(第1修正の解釈としては) 目的主義(purposivism) の観点を採用すべきであるという。

すなわち、目的主義の観点によると、連邦議会が法律を制定した真なる目的(Congress's real purpose)を探ることが重要である。

本件で問題となった New Jersey 州の差別禁止法は、「平等」という価値を促進している。「市民権法と表現のための結社の自由との相克」に対して、目的主義を用いなければ、諸々の不都合が生じることになる¹⁰¹。

たとえば、表現のための意図を有する者が、税金の徴収を拒否したらどうなるか。このような表現のための行為に対しては、租税の免除を認めるべきではない。同じように、高速道路を制限速度以上で、もっぱら表現のために走った場合に、その制限速度違反を憲法の観点から救済すべきか¹⁰²。

¹⁰¹ Rubenfeld, *supra* note 5, 53 Stan. L. Rev. 767, 785 (2001). O'Brien 基準は、ベトナム戦争の徴兵に関する書類を焼却が処罰された表現的な行為に関する事例で用いられてきた。また、象徴的言論に関しては、Spence 基準等が用いられてきた。このように、表現的行為に対しては、表現の自由と比べて、緩やかな(中間的な)審査がおこなわれる。See also Rubenfeld, *supra* note 5, 111 Yale L.J. 1141, 1156-63 (2002)

¹⁰² *Id.*, at 767-769. ある論者の表現を借りると、本件の法廷意見のような議論であると、「自動車の速度違反は、『暴走行為は表現的なものである』と主張する違反者の修正一条の自由(言論)を制限する『効果』を持つために、表現の自由の観点から実質的な審査を受け、それにより無効とされうる。また、反政府の見解を有しており、かかる見解を伝える最も効果的な手段として納税を拒否する者も、同様の観点から保護されうる。さらに、差別が高度に表現的な行為であるとすれば——Boy Scouts 判決が示唆するように——人種差別主義者や性差別主義者も、差別禁止が自らの「見解」表明に著しい影響を受けると主張することによって、保護されうる。一夫多妻の禁止ですら、『表現規制』となる。このように、……修正一条を……リバタリアンの規定へと再定義する」ことを批判して、Rubenfeld は目的主義を採用する。「目的主義は、すなわち、ある規制が言論を標的にしたものであれば、その時点で即『違憲』となり、あ

Dale 判決のように、表現のための結社の自由の観点から、差別禁止法の適用除外を認めると、差別禁止法が形骸化してしまう。表現のための結社の自由を認めると、人種や性に関する差別禁止法が台無しになってしまう (②)。

このような立場は、(反対意見が提示したような)「表現のための結社の自由は、意のままに差別をする自由を認めるものではない」という議論に重なる。

以上のことを踏まえて、本件の対立点を改めて確認すると、法廷意見は「国家から自由」を重視したが、反対意見は「国家による」差別禁止法の意義を強調したといえる。

それぞれの意見は、「重大な影響を与えるか」という基準を用いる点で一致が見られるものの、メッセージにかんする議論に対立が残されている。

このような状況を背景にして、アメリカにおいても、大きく分けると、(かつてトクヴィルが指摘したように¹⁰³) 市民社会にとって結社の自由は、重要な権利であるとする議論 (①) と、団体内部の問題であっても、性的指向を理由に差別することは、二級市民を生むという大きく対立した議論 (②) がある。

第2節 若干の検討

そもそも差別禁止法は、これまでの判例がいうように、表現の自由との関係で、一定の地点までは問題が生じない¹⁰⁴。しかし、本件のような

る規制が言論を標的にしたものでなければ、その実際の帰結がどうあれ、即『合憲』ということになる。かかるアプローチによれば、まず、暴走行為が表現の自由の観点から救済されるということはなくなる。山本龍彦「表現の自由のプラグマティズム」駒村啓吾・鈴木秀美編『表現の自由 I——状況へ——』(尚学社・2011年) 534頁以下。表現の自由は、絶対主義と較量主義の対立として語られてきた。

¹⁰³ McGinnis, *supra* note 5, 90 Cal. L. Rev. 485 (2002).

¹⁰⁴ マーサ・ヌスバウム(河野哲也監訳)『道徳と法 現代アメリカ社会の政治的リベラリズム』(慶應義塾大学出版会・2010年) 365頁の表現。とはいえ、差

場合、結論からいえば、表現のための結社の自由との調整が必要とされる(①と②の対立を調整する必要がある)。

そこで、裁判所としては、メンバーを宗教的・人種的・性的・性的指向による差別をするという方針が、団体の活動に「密接」か、あるいは、「言論」と「認定」できるかを審査すべきといわれるようになる。

より具体的なイメージからいえば、たとえば、KKK という人種差別的な団体は、その運営方針が明らかである。要するに、人種差別をすることを目的とする団体である。

また、カトリックという団体の方針は、神を信じることである。キリスト教団内では、伝統的に女性の地位が低いといわれている。キリスト教における聖職者と女性の地位(の低さ)に関しては、(少なくとも、キリスト教の伝統的・歴史的立場からすると)関連があるとされている。

これに対して、(判例で問題となった)ロータリー・クラブという団体の(女性排除の)方針は、必ずしも明らかではない。より正確にいえば、少なくとも、女性差別との「関連性」が明確ではない。

このようにして、ある論者の表現を用いると、裁判所は、団体の主義や主張(group's tenets)までは精査すべきではないが、それとは区別できる(表現的ではない)不快の感情(unexpressed feelings of discomfort)、いとしさ(disgust)、あるいは、ある特定の階級の人と結合したいという嫌悪の情(aversion to associating with particular class of persons)を精査すべきであるとされる¹⁰⁵。

そうすると、今後は、団体の「保護される言論」と「保護されない言論」とあいだの「微妙であるが、重要な差異を理解すること」¹⁰⁶が重要

別禁止法の適用「除外」を容認して、表現のための結社の自由の主張を広く認めてしまうと、団体は、より差別的な方針を明確にするという懸念が提示されている。McGown, *supra* note 5, 18 Const. Commentary 121, 134-175 (2001).

¹⁰⁵ *Id.*, at 135. See also Note, *The Ministerial Exception to Title VII: The Case For a Deferential Primary Duties Test*, 121 Harv. L. Rev. 1776 (2008).

¹⁰⁶ Redish, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev 1688, 1693 (2001).

となってくる。

それでは、本件はどのように分析すべきか。違憲判決が出された理由は何か。あるいは、判例は実質的に変更されたというべきか。

(1) 言論行為二分論

本件において、そもそもボーイスカウトの方針が「表現のための」結社の自由の行使か、それとも、(規制されるべき)単なる行為かが問題となる。

すでに述べたように、合衆国憲法は、結社の自由についての規定がない。そのために、「独自の規定を憲法条文に持たない合衆国憲法上の結社の自由の解釈論は、修正1条の解釈を通じて同自由の保障を生み出す」¹⁰⁷ことになる。

まず、前述した Alabama 判決では、結社の自由が「表現」としての保護を受けていた。それと同じように、本件で問題となった(結社の)「差別する自由」も、第1修正の保護を受けると評価できるだろうか¹⁰⁸。実際において、法廷意見は、表現的行為に関する「中間」的な審査基準である O'Brien 基準を用いることを否定して、ボーイスカウトの表現を優先させている。

この点において、まず確認すべきは、反対意見においても、ボーイスカウトの表現の要素を完全には否定していないことである。つまり、反対意見は、ボーイスカウトの活動が、「表現」であることを否定せずに、(排除された)同性愛者の地位を見極めつつ、「重大な影響」という「利益衡量」を中心におこなったからである¹⁰⁹。

¹⁰⁷ 岩浅昌幸「アメリカ合衆国における『表現のための結社の自由』——その構造に関する一考察——」筑波法政第13号(1990年)227頁の表現。

¹⁰⁸ Note, *State Power and Discrimination by Private Clubs: First Amendment Protection for Non Expressive Associations*, 104 Harv. L. Rev. 1835, 1848-1849 (1991).

¹⁰⁹ この判決に関して、行為表現二分論に対する危機を表明したものがある。Redish, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev 1688, 1695 (2001). なお、第4章で検討する *Rumsfeld v. FAIR* 判決は、ロースクールが学生に提供するキャリア・サービスが表現かどうかを問題としている。連邦最高裁は、キャリア・サービスは、

より具体的にいえば、Stevens 裁判官による反対意見は、「同性愛者が団体に参加しているという事実は、女性、黒人、宗教的マイノリティ、その以外の孤立した集団がメンバーとして団体に参加しているのと同様に、メッセージを運ぶと解釈すべきではない」としていた。

しかし、その注で、象徴的言論とは構成されないとは、スカウトが表現活動に従事していないことを意味しない。(Dale が) スカウトに参加するという行為は、(Hurley 判決のように) パレードで行進するのとは違って一貫して表現的ではない、と述べている。

このことが意味するところは、明確ではないけれども、少なくとも反対意見ですらも、ボーイスカウトがメッセージを発していることを認めているといえる。

つまり、反対意見は、Dale がスカウトに参加することが「重大な影響」を与えないという「利益衡量」——より具体的には、ボーイスカウトの活動に、同性愛者の存在が、何ら悪い影響を与えないという論証——を中心におこなっているといえるだろう。したがって、真の争点は、ここにはないというべきである。

以上のことからすると、反対意見は、(Roberts 判決などにおいて) 女性の加入を認めさせたとしても、団体の表現活動を「実質」的に妨げない——団体の運営方針（表現）と女性の排除方針には、「実質」的な関連性がない——とした判例の枠組みに重なることになる。

そうすると、「なぜ」法廷意見が違憲としたかとしたかがやはり問題となる¹¹⁰。以下では、Dale 判決が、いかにして形成されたかを検討するために、裁判所の審査手法に注目したい。

単に学生が仕事を得るための援助をする作業にすぎず、それが本質的に表現的ではないと位置付けたが、それはいかなる比較衡量ゆえのものか、批判できる。

¹¹⁰ 結社内部の紛争の司法的解決にあたって、裁判所は内部規範を尊重するように求められるとする理論が注目される。すなわち、「①裁判所は、結社内部に存在する、国家法秩序とは別個の自主的規範（団体固有の統制権）を尊重しなければならない。裁判所といえども、同規範を尊重することが結社の自由の保障の一内容であるからである（傍点は引用者）」。阪本昌成『憲法理論Ⅲ』（成文堂・1995年）154頁。

(2) 裁判所の審査手法

次に、表現のための結社の自由にかんする、裁判所（とりわけ反対意見）の審査手法を見ていく¹¹¹。

この点につき、反対意見は、差別禁止法をボーイスカウトにも適用すべきという結論を導いているが、その際に、ボーイスカウトが同性愛者に対して一貫した方針を持っていなかったとした。

すなわち、反対意見は、ボーイスカウトが発行した『ボーイスカウトの掟』の文書を参照した。そこでは、その文書の「解釈」をおこなっていた。

まず、「スカウトは素直であるべきである」という規定で、「スカウトは家族や学校や仲間に対して従順するべき」としか書かれていないことを問題視し、「道徳的にまっすぐな」という規定で、「強い人間になるためには、正直で、清潔で、かつ正義の存在であるべき」としか、書かれていないことを問題視した。

さらには、綺麗な（clean）という項目にも、「自身の体や心を健康で綺麗にすべきである」。「汚れを払い落とすことを恥じるべきではない」。「一生懸命働けば、それが払い落とされる」としか書かれていなかったことを批判している。

このことを踏まえて、反対意見は、ボーイスカウトが、同性愛者に対してどのような立場を持っているかは不明であると結論している。

しかし、こうした反対意見の「認定」は、本当に正しいだろうか。Steven N. Johnson によると、反対意見による審査は、団体の自律性を損なうような、（表現のための結社の自由を尊重していない）不当な審査枠組みであるという。

まず、本件に関して、ボーイスカウトの執行委員長は、ボーイスカウトの選挙によって正当に選ばれている。その代表者が、公的に同性愛者

¹¹¹ 反対意見の認定には、疑問の余地がある。なぜならば、裁判所がそもそも団体の方針をどこまで認定できるかという問題があるからである。See Epstein, *supra* note 5, 74 S. Cal. L. Rev. 119, 131 (2000). 前掲注（110）も参照。

の排除方針を提示した以上、それに対して、裁判所が異議を唱えることは許されないとはいえないか¹¹²。

いいかえると、ボーイスカウトの運営方針（メッセージ）のもっとも適切な解釈者（best interpreter of its own message）は、裁判所ではない。そうではなくて、ボーイスカウトであるはずである¹¹³。

この点に関しては、Minnesota Law School の Dale Carpenter が示唆的である。彼は、論文冒頭において、「Dale 判決は、はたして本当に間違った判断だったか？」という問題提起をして、本件（にかんする問題）が、平等論やシティズンシップという観点（のみ）から捉えられることに警戒の姿勢を示している¹¹⁴。

彼が議論の対象としたのは、「彼のボーイスカウトへの参加は、ボー

¹¹² 差別禁止法は、「国家による自由」を実現している。裁判所が、差別禁止法を適用するといった場合に、恣意的な審査があつてはいけない。しかし、後述するように、反対意見の認定は、そういう側面があると学説によっては否定されることがある。Johnson, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1639, 1653 (2001).

¹¹³ この部分は、本件の法廷意見を参照しながら議論する部分である。彼は、多数意見に賛成しているように思われる。Carpenter, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1515, 1538 (2001).

そして、団体にとって何が重要かの認定にかんする問題は、信教の自由の領域でも生じている（わが国では、たとえば、板まんだら事件などを参照のこと）。これに「付随」する論点として、たとえば、エホバの証人の剣道実技拒否訴訟では、「剣道実技の拒否が真に信仰によるものであることを確認することができるか。またそうすることは必要か」が問題とされることがある。

この問いには、学校がそのような調査を「できる」という問いと、学校（もしくは裁判所）がそのような認定を「すべき」というふたつの問題があるように思われる。

そして、いうまでもなく、国家（裁判所を含む。）による私人の信教・思想の「真摯さ」もしくは「真摯でない」に関する認定は、注意を要するだろう。中村睦男・秋山義昭・千葉卓・常本照樹・齊藤正彰編『教材憲法判例（第4版増補版）』（北海道大学図書刊行会・2008年）192頁。前掲注（110）を参照。ただし、会社、労働団体、組合などの設立目的を（裁判所が）認定することは、ある程度において、容易であるといえるかもしれない。

¹¹⁴ *Id.*, at 1515.

イスカウトに対しても世の中に対しても、メッセージを送らない。……同性愛者がボーイスカウトに属することは、あるメッセージを運んでいると解釈すべきではない」である。

まず、彼は、反対意見のメッセージ・アプローチに対して批判的である。反対意見のメッセージ・アプローチは、「市民権法と表現のための結社の自由との相克」を解決する基準として有用ではない。彼のいくつかの議論を概観したい。

第1に、反対意見は、同性愛者が、「明らかに、疑いもなく (clear and unequivocal)」メッセージを発することを要求する。しかし、そうしたアプローチは、社会的に人気のない意見を処罰ないし規制 (to punish unpopular opinion) しがちである。

そもそもこうした少数者の言論こそは、第1修正が歴史的にもっとも保護してきたものであるはずである¹¹⁵。社会的に多数派ではない団体は、常に社会に対して何らかの異議を唱えている。ボーイスカウトも絶えずメッセージを発している。

そもそも（団体に対して）「明らかな」メッセージを主張するという反対意見の思考は疑問である。表現というものは、反対意見がいうように、決して文書化されたものに限られるべきではない¹¹⁶。たしかに、歴史的に言えば、同性愛者は、アメリカにおいては、汚いもの (dirty) とか、病んでいる (sick) という評価がなされてきた。今日では、こうした偏見が少なくなっているかもしれない。

ボーイスカウトは、この点に関して、伝統的な（差別的な）立場を採用しただけであるから、その判断は「尊重」されなければならない。ボーイスカウトによる同性愛者の排除方針は、すでに20年近くおこなわれて

¹¹⁵ *Id.*, at 1542-1548.

¹¹⁶ *Id.*, at 1543. 実際の判例では、ベトナム戦争の反対目的でおこなわれた黒い腕章の装着や、赤い旗を提示することが、表現として憲法上認められている。See *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*, 393 U.S. 503 (1969); *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931). *Hurley* 判決では、Souter 裁判官がいうように、絵画や音楽芸術なども表現であるとされた。See *Hurley*, *supra* note 25, 515 U.S. 557, 569 (1995).

いる。州最高裁判所は、ボーイスカウトの同性愛者の排除方針が「明白」ではないとしたが、このことは何を意味するだろうか。はたして、成員資格を、国家が決定するという帰結を生んでもよいだろうか¹¹⁷。

第2に、「Dale が所属していた集団のスカウトたちが、Dale の性的指向に気付いていた証拠はない」ことから、Dale は、メッセージを何ら発していないという議論である。

この議論は、団体の成員資格そのものが、グループ内外に何かを（常に）話していることを見落としがちである¹¹⁸。団体の構成員に関する方針は、それ自体コミュニケーション的な価値を有する。このことは、ボーイスカウトは、日常的に何もメッセージを発していないことを意味しない。これと同様にして、構成員が、「同性愛者であることを公言すること」もまた、グループ内外に対してメッセージを発すると考えられる¹¹⁹。

第3に、反対意見のメッセージ・アプローチによると、グループが絶えず何か話すことを要求することになる。しかし、このことは、「何も話さなくてよい」という団体の（沈黙の）自由を無視するものである。団体は、すべての論点について、何らかの方針を事前に明確にする必要に迫られるが、このアプローチは決して中立的なものではない¹²⁰。

¹¹⁷ *Id.*, at 1545-1571.

¹¹⁸ Carpenter, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1515, 1542-1555 (2001). ちなみに、彼は、同性愛者だけのグループが、それ以外の人を排除するケースを提示して、これも差別禁止法違反になるかと問うている。あらゆる団体は、その成員資格こそが、メッセージを発しているという。

¹¹⁹ *Id.*, at 1542-1555. 同性愛者であることをカミングアウトすることをどのように捉えていくかについての検討がなされているが、本稿では問題提起にとどめておく。

¹²⁰ *Id.*, at 1542-1557. 反対意見によると、ボーイスカウトは、ある時点で排除方針をやめられるが、Carpenter は批判する。これは、団体としては、「明確な」排除方針を「明記」すべき（そうしないと、排除方針は確立しない）という（反対意見のような）「立証責任を転換するような議論」を批判しているように思われる。同じように、Steven N. Johnson も、団体の表現活動を明確に見定めることが難しい場合には、（裁判所は）団体の性格を無理に認定すべきではないと主張している。Johnson, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1639 (2001). 要するに、反対意見のメッセージ・アプローチは、沈黙を認めないという点で、

第4に、反対意見のメッセージ・アプローチは、州による介入を容易に認めているという点で、Alabama 判決¹²¹などの判例が形成してきた、表現のための結社の自由を骨抜きにする可能性があるという（前述①）。同判決もまた、表現やメッセージが問題となった事例というより、メンバーシップにかんする問題が争われた事例である。

以上のように、Carpenter による批判は、表現のための結社の自由を「重視」する観点から提示されていて、とりわけ反対意見が、「団体は、排除方針を明確に示さなければならない」としたことに批判的である。

これらのことを踏まえて、彼は、私見として、「営利的な団体」と「表現のための結社」という（O'Connor 裁判官がかつて提唱した）二分論を提示している。

彼によると、この二分論は、第1修正の内容に適合的であるとされる。彼は、Lochner 判決と Griswold 判決を比較して、経済的な規制が緩やかに審査されていること、第4修正の「不合理な探索および逮捕・押収」の判断に際して、家宅よりも会社が認められやすいこと、第5修正による自己負罪に関する保障が、（個人には適用されても）会社には適用されないことを確認して、判例は、営利的な団体（の言論）に対して、より低い保護しか与えていないことを論証する。

こうした理論は、問題解決の指針として、たしかに有用であるかもしれないが、彼自身が指摘するように、その中間（の形態による）活動どのように捉えるかが残された問題となるだろう。たとえば、たばこ会社は営利企業であるが、ロビイング活動をするなど、表現のための活動もする（the association mixes some degree of commercial and expressive

中立的ではないとされる。前掲注（110）～（113）も参照。

なお、反対意見は、ボーイスカウトが、「差別禁止法がある場合には、それに従うことが必要不可欠である」と文書で述べていたことをとりあげる。ただ、Carpenter によると、ボーイスカウトに差別禁止法を適用することが違憲であるとしたら、そもそもそれに従う必要がないという反論をしている。

¹²¹ *Id.*, at 1557-1571. Alabama, *supra* note 85, 357 U.S. 449 (1958). ここで、NAACP という黒人の地位を向上するための組織が問題となった判例を援用することは、ややミス・リーディングとする考え方もある。

activity) とされる¹²²。

ところで、反対意見のメッセージ・アプローチを批判する理論——表現のための結社の自由を重視するアプローチ——に対しては、差別禁止法が体现する利益こそは、やむにやまれぬ利益であるとする、これまでの判例（の結論）からの反論がありうる。

本件で問題となったボーイスカウトによる排除行為は、「自由」の範囲を逸脱していないか。むしろ州議会が差別を禁止したという「決断」を尊重すべきである。

それでは、そもそもこのような対立は、いつから生じていたのだろうか。そのひとつの回答として、Roberts 判決の時点で、すでにやむにやまれぬ利益の基準が「緩和」されていたという可能性を提示できる。

Roberts 判決は、表現のための結社の自由の要件を提示したうえで、Minnesota Human Rights Act が、やむにやまれぬ利益のための、その利益を達成するためのより制限的でない他の選びうる手段である、としていたからである。Roberts 判決は、次のように述べている。

「ミネソタ州を含む多くの州では、公共施設における人種的な差別を禁止する法律を採用している。これらの法律は、……歴史的に劣位の立場に従属させられてきたグループの市民的地位を保障する主要な手段である。……公共施設におけるジェンダーに基づく差別を禁止することによって、ミネソタ人権法は、社会的・人的な害悪から市民性 (State's citizenry) を保護している。……1964年の市民権法の Title II は、人種的な差別を禁止するものである。われわれは、その主要な目的が、公共的な施設における平等なアクセスの否定によって生じる人格的尊厳の剥奪を取り戻すことにあると考える。……このような平等なアクセスは、実体的な (tangible) 財やサー

¹²² *Id.*, at 1571-1576. 木下智史「私的クラブにおける性差別禁止と『結合の自由』」判例タイムズ564号(1985年)53頁を参照。木下毅「最近の判例」(1987-1)アメリカ法(1987年)210頁以下も参照。

ビスには限られない。(傍点は引用者)」¹²³。

このように提示することによって、連邦最高裁は、差別禁止法をジェイシーズという団体に適用することを合憲としている。

しかし、本来的にいえば、表現の自由を中心とする、やむにやまれぬ利益という基準は、厳格であるはずである。たとえば、Minnesota Law School の Michael Stokes Paulsen は、Dale 判決を肯定的に評価する論文の中で、次のように述べている。

「政府は、コミュニケーションやメッセージの表現を、そのメッセージの内容を理由として、禁止したり、規制したり、処罰したり、あるいは、権利を奪ったりしてはいけない。あるいは、少なくとも、厳格審査基準（やむにやまれぬ利益を実現することを意味するが、それは真にやむにやまれぬものである必要がある。）を満たすような場合や、あるいは、その自由が、特別の種類（カテゴリーカルな例外と呼ばれるものであり、それには、わいせつ表現や、喧嘩ことばが含まれる。）として、メッセージ・コミュニケーションに含まれないと歴史的に理解されている場合など、いくつかの原則の例外状況を除いてである。(傍点は引用者)」¹²⁴

これらを加味するならば、連邦最高裁は、すでに Roberts 判決の時点において、やむにやまれぬ利益の基準を用いながらも、その基準を骨抜きにする——少なくとも、「理論上は厳格だが、実際上は緩い」とする——ことで、問題を巧みに回避し、比較的容易に合憲という結論を導き出していたこと（もちろん、これまでの個別的な事案が、たまたま判例にそうさせたという理解も可能である）が明らかになる¹²⁵（前述②）。

¹²³ Roberts, *supra* note 12, 468 U.S. 609, 625 (1984).

¹²⁴ Paulsen, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1917, 1921 (2001).

¹²⁵ 木下智史「アメリカにおける『結社の自由』の概念——私的クラブによる女性排除をめぐる事例を契機として——」佐藤幸治・初宿正典『人権の現代

しかし、理論的な観点からいえば、Roberts 判決などの判例と、(Alabama 判決がいうような)「最高裁は、NAACP の結社の自由を承認し、その活動に憲法的保護を与えたが、本判決の画期性は最高裁の法廷意見が *compelling interest* という定式を採用した」¹²⁶ことのあいだには、矛盾が生じることになる(前述①)。

もちろん、「アメリカの歴史は、NAACP のような団体の結成が社会的な少数者の権利保護をはかるうえで不可欠であった」ことを踏まえて、「団体一般を一括りに論ずることが出来ず、それぞれの団体の性格を考慮せざるを得なくなっている」¹²⁷という指摘にあるように、訴訟で問題となった具体的な文脈を視野に入れる必要がある。

しかし、一方で、Alabama 判決で争われたような、表現のための結社の自由の判例からすると、厳格審査の枠組みは容易に破棄できないというべき(前述①)であり、他方で、Roberts 判決に忠実に思考すると、本件の Dale 事件でも容易に合憲とする余地もあった(前述②)ということを確認しておくことが何より重要である。

以上のことを要約すると、本件を検討する際には、表現に関する裁判所の審査手法の「差異」を検討する必要がある。

的諸相』(有斐閣・1990年)189頁以下を参照。See Gerald Gunther, *In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model For a Newer Equal Protection*, 86 Harv. L. Rev. 1, 8 (1972).

そして、信教の自由に関する、やむにやまれぬ利益の基準が、Scalia 裁判官執筆による Smith 判決で実質的に放棄されたにも関わらず、Dale 判決では、やむにやまれぬ利益を用いたことの一貫性のなさを批判する興味深い議論があるが、これについては、今後の課題となる。Clark, *supra* note 70, 76 S. Cal. L. Rev. 521 (2003). 後掲注(139)も参照のこと。

¹²⁶ 塚田・前掲注(88)267頁の表現。そもそも Roberts 判決からの判例のアプローチを批判する議論もある。Seana Valentine Shiffrin, *What is Really Wrong with Compelled Association?*, 99 Nw. U. L. Rev. 839 (2005).

¹²⁷ 木下智史『人権総論の再検討——私人間における人権保障と裁判所——』(日本評論社・2007年)292頁の表現。

この点につき、反対意見は、団体の言論を「精査」している。より具体的にいえば、ボーイスカウトの文書を（消極的に——文書には、少なくとも何も書かれていない——という点から）「解釈」していた。

反対意見は、表現のための結社の自由を主張するには、同性愛者が団体の活動に「重大な影響」を与えることを、団体側が「立証」する必要があるとした。

しかし、この基準によれば、団体はすべての論点に対して、あらかじめ立場を表明することが求められる¹²⁸。これは、団体の「話さない権利」を侵害するとか、「団体独自の『表現』の内容を裁判所が確定する必要が生じ、そのために団体のプライバシーが害される」¹²⁹と批判される（前述①）。

これに対して、法廷意見は、表現のための結社の自由の観点から、表現に関わるボーイスカウトの主張を、基本的に尊重すべきであるとした。しかし、いかにして合憲判決ばかりの判例と異なるような判断をしたかは説明されていない。本件事案の特殊性がそうさせたというべきか。

ともあれ、法廷意見の議論は、差別禁止法を形骸化させる（と批判される）という新たな問題が生じるようになった（前述②）¹³⁰。

(3) Tribe の見解

そこで、政府言論の理論を検討してきた——前述①と②の調整理論として適切であるとして——本稿がもっとも関心を示すのが、Harvard law School の Tribe の理論である¹³¹。

¹²⁸ Carpenter, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1515, 1542-1563 (2001).

¹²⁹ 毛利透「結社の自由、または『ウォーレン・コート』の終焉と誕生」藤田宙靖＝高橋和之編『憲法論集』（創文社・2004年）111頁の表現。

¹³⁰ Rubinfeld, *supra* note 5, 53 Stan. L. Rev. 767, 778-784 (2001).

¹³¹ Tribe, *supra* note 5, 28 Pepp. L. Rev. 641 (2001). 平地秀哉「ローレンス・H・トライブ」駒村圭吾・山本龍彦・大林啓吾編『アメリカ憲法の群像 理論家編』（尚学社・2010年）77頁以下も参照。ちなみに、岡田・前掲注（5）119頁は、Dale 判決を、「最高裁が特定の集団に対する差別に無頓着になったのではなく、むしろ国家と意見を異にする表現ないし結社の統制を正当化することに関して、国家がその権力を用いることの限界が強調された」と評価している。

なぜならば、Tribe は、この判決は、「あるメッセージ、とくに国家によるメッセージを公言、伝達、表現あるいは支援することを義務付けられ、国家のイデオロギ的な命令に従うよう利用もしくは徴用されることがない権利を認めたものである」¹³²として、「国家からの自由」を基調とした理論を提示しているからである。

しかも、Tribe は、こうした議論をおこなう際に、政府言論にかんする判例——政府がメッセージを発することが禁止されたり、それに徴用されたりしないことを認めた判例（より具体的にいえば、国旗敬礼行事への強制的な参加を違憲とした *Barnette* 判決¹³³、自動車のナンバープレートに州のメッセージを強制的に掲載したことを違憲とした *Wooley* 判決¹³⁴、差別禁止法によって、民間団体のパレードに同性愛者を強制的に参加させることを違憲とした *Hurley* 判決¹³⁵）——を引用していることが、何より本稿の視点からは注目される。

まず、Tribe は、*Dale* 判決を検討するために、*Hurley* 判決を提示することからは始めている¹³⁶。*Hurley* 判決とは、（公共施設における）公共施設における差別禁止法を、私的な団体に適用したことが問題となった事例である。

より具体的にいえば、私的な団体が主催するアイルランド系の住民のお祭りであるセント・パトリック・デイのパレードに、（裁判所という公権力が）同性愛者の参加を認めるよう強制的な命令を出したことが違

本稿の試みは、こうした問題関心を受けて、関連する主題を提示しながら、その内容を敷衍するものである。岡田順太「アメリカ合衆国における『親交の自由』——Freedom of Intimate Association の憲法上の価値について——」法学政治学論究49号（2001年）183頁以下も参照。

¹³² *Id.*, at 645 (2001).

¹³³ *Id.*, at 641-643. *Citing* West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).

¹³⁴ *Ibid.* *Citing* Wooley v. Maynard, 430 U.S. 705 (1977).

¹³⁵ *Ibid.* *Citing* Hurley, *supra* note 25, 515 U.S. 557 (1995).

¹³⁶ *Id.*, at 649. 同様に、Hurley 判決と Dale 判決との差異を強調するものとして、Hunter, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1591, 1601 (2001).

憲とされた事例である。

Hurley 判決は、(裁判所の判決によって) 同性愛者を無理やりパレードに参加させようとしたことが、私的な団体である主催者の表現のための結社の自由——それは、民間の団体が(パレードをすることで) 望んでいる公的なメッセージ(desired public message)を発する能力を侵害する——とした。

これに対して、Tribe によれば、Dale 判決は、公的なメッセージを発する能力が争われた事例ではないという¹³⁷。こうした観点から、「Dale は、大学でのゲイとレズビアンに関する団体の共同代表の地位にあり、今もゲイの人々の権利活動家である。Dale がボーイスカウトのメンバーにいたことが、ボーイスカウトが同性愛行為を正当な行為として受けいられているというメッセージを、そのメンバーの若者に対しても一般社会に対しても送ることを(ボーイスカウトに) 強いている」の部分に少なくとも疑問を提示する。

Dale は、たしかに同性愛者であることを公にしたが、差別禁止法を適用したとしても、スカウトという集合体が遂行している集合的な言論行為(collective speech act)を変えることはしない、としている¹³⁸。

以上を踏まえたうえで、中立的な観点から定められる差別禁止法は、たしかに重要な意味をも有しているという¹³⁹。

¹³⁷ Hurley 判決は、本文で検討したように、民間団体のパレードの主催という集合的な表現行為(collective speech act)が問題となった事例であるが、ボーイスカウト(の言論)は、それとは異なるものであるとする。Tribe, *supra* note 5, 28 Pepp. L. Rev. 641, 649 (2001).

¹³⁸ *Id.*, at 650. Tribe は、本件では、公的にメッセージを発する権利が問題となったわけではとしている。

¹³⁹ *Ibid.* このような厳格審査から脱出するための方法として、次のようなふたつの方法が考えられる。ひとつの方法は、信教の自由に関する Smith 基準を用いることを主張する方法である。Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 U.S. 872 (1990). もうひとつの方法は、表現行為に関する中間審査を用いることである。O'Brien, *supra* note 27, 391

しかし、Tribeによると、公的に言論をする自由にとどまらず、私的な言論の自由も重要であるとされ、本件では、それを侵害している可能性がある。

本件においては、結論からいうと、差別禁止法ルールは適用すべきではない。なぜならば、ボーイスカウトに対しては、差別禁止法による標準化や一般化 (generalization) が馴染まないからである¹⁴⁰。

ボーイスカウトでされていることは、(彼らの団体内における) よい生き方 (good life) に関わるものである。そのうえで、次のように象徴的に述べていることが注目される。

「私人が結婚する相手を斟酌するような州のルールは、ちょうど、私人がデートする相手のジェンダーや性的指向を斟酌するような州の介入、あるいは、私人のベビーシッターや、家庭教師、子どもたちのキャンプの案内人のジェンダーや性的指向を斟酌するような州の介入と同様にして違憲であろう。(傍点は引用者)」¹⁴¹

U.S. 367 (1968).

そして、前者については、本稿の問題関心に重なる議論である。これは、野坂泰司「公教育の宗教的中立性と信教の自由」立教法学37巻(1992年)1頁以下で提示されたような——エホバの証人の信者に、剣道実技を「免除」させることが、ある宗教を特別扱いないし「有利」に扱っていないかという——問題に繋がるものであるように思われる。後掲注(142)も参照。

¹⁴⁰ *Id.*, at 651. Tribeは、前述したSmith判決とは区別して議論しているようである。前掲注(139)も参照。

¹⁴¹ *Id.*, at 654. 序章で触れたように、Tribeは、差別禁止法の問題を、リベラリズムのパラドックスと呼んでいた。中間団体の自由を認めることは、場合によっては、個人が社会的・抑圧的な社会構造に置かれたままにすることを意味する。とはいえ、中間団体の構成員を解放するために、中間団内の権威を破壊することは、個人と国家のあいだの緩衝材を破壊し、専制のリスクを高めるものである。というのは、私的団体が、好ましくない人を排除して、一緒にいたい人と結合するということは、たしかに、プライバシーの権利にとって重要なものであるからである。

このようにして、本稿にとっては、Tribeが、こうした議論を、私的な自由ないしプライバシーという項目で検討していたことが重要となる。LAURENCE H.

(4) 一応の結論

本件において、先例と異なる結論が示された真の理由は何であるか。これまでの議論を振り返りながら整理してみよう。

法廷意見は、ボーイスカウトに差別禁止法を「適用」することを違憲であると判断している。本件のそれぞれの意見が、判例の基準を踏襲すると明言していることから、本件のそれぞれの意見が、むしろ「重大な影響」という基準を、どのように「適用」したか、あるいは、それぞれの意見の審査手法ないし基本的な姿勢が問題となる。

まず、本件の法廷意見は、ボーイスカウト側の主張を基本的に「尊重」すべきであるという姿勢を示した。法廷意見によると、ボーイスカウトは、(彼らがいうところの)「正しい」人間を育てることを目的とする、「私」的な非営利的団体である。そうした団体が、同性愛者を排除するという方針を「明確」にしている以上、公権力による介入は、許容されないとした。

これに対して、本件の反対意見は、同性愛者の「排除」を合法的に認めることは、憲法上禁止された劣位のシンボルを認めることにほかならないとした。そして、表現のための結社の自由を認めるためには、その団体が、どうしても差別をしなくてはならないことや、これまで一貫して差別的な方針を採用してきたことを、自ら「証明」しなければならないという姿勢を示した。

以上のように、本件の法廷意見と反対意見は、「重大な影響」という同じ基準を用いながら、実質的にいえば、かなり異なる姿勢を提示した。

次に、本件を考える際には、いかなる団体が、私的な自由（私的自治）を主張できるかという論点を提示することが有意義である。そして、これが、Tribe の議論とかかわる部分であるというべきであろう。

まず、イメージを膨らませるために、やや極端な例を提示すると、公

TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW § 15-4. at 898 (1978). これに触れるものとして、木下智史「私的団体による差別と結社の自由」30巻3号（2000年）655頁。前掲注（85）と、後掲注（142）～（146）も参照。

権力は、今日においても、「宗教」的な結社でなされる「宗教」教育や、「価値」の教え込みに対しては、原則的に介入できない。そのことから、それを実践しているキリスト教団内に役職などに関する女性差別がある場合、差別禁止法を適用できないことが伝統的なリベラリズムの立場から提示されている。

もちろん、キリスト教団内における差別行為に介入すべき（差別禁止法を適用すべき）とする積極的な見解もあるが、（アメリカ）社会における多元性の尊重という観点と矛盾することからも、多数説とまではいい難い状況にある¹⁴²。

このことが示すように、公権力に妨害されない「私」的な自由が重要とされる団体ないし領域が存在する。判例が、「重大な影響」を与えるかどうかという中間的な基準を提示してきたことも、この観点から説明すべきであるし、そもそも多数意見が、ボーイスカウトを検討する際には、このようなイメージがあったというべきであろう。

このようにして、「重大な影響」という基準をめぐる、法廷意見のように、ボーイスカウトの「私的」な「価値」選択とみなして、原則として、それに介入すべきではないという消極的な姿勢を採用するか、それとも、反対意見のように、ボーイスカウトに対して、ある種の「公共性」を認定しつつ、同性愛者に対する「偏見」を取り除くべきという積極的な姿勢を採用するかについて、姿勢が分かれていることになる。

¹⁴² 本稿は、比較的初期に展開された政府言論の理論を参考にしつつ、最近の政府言論に関する現象（判例）を補う——両者を繋ぐ——かたちで、構成されている。これについては、序章の議論を参照。See Cass R. Sunstein, *Should Sex Equality Law Apply to Religious Institutions?*, in *IS MULTICULTURALISM BAD FOR WOMEN?* 85 (SUZAN M. OKIN ed. 1999).

そうすると、次なる課題は、アメリカ社会における団体の多元性を前提として、国家がいかなる関与ができるかである。関連する現状分析として、「たとえば、ボブ・ジョーンズ大学は、人種間のデータを禁じた学校方針のために税金免除の立場を失った。しかし、宗教大学で、大学校長は特定の宗教的地位に男子メンバーでなければならないという校則上の要件を持っている大学は、税金免除を受け続けている」というものを挙げておく。ヌスバウム・前掲注(104) 366頁の表現。後掲注(143)も参照。

なお、結論から推論するならば、ボーイスカウトが前者（宗教的な団体イメージ）に位置付けられたのに対して、青年商工会議所やロータリー・クラブが、後者（これまでの判例のような保護の必要性が低い結社イメージ）に位置付けられたものと評価できる。

そして、Tribe が問題視したのは、（宗教的な結社にも近いという意味で）前者のイメージ、それは、私的な自由アプローチというべきである。Tribe は、差別主義的な思想であるから、表現のための結社として保護を受けないという議論はしない。むしろ Tribe は、「第 1 修正の表現の価値は、明示的（explicit）であることを必要としないし、公的なかたちで広範なものである必要はない」¹⁴³としている。

そのうえで、Tribe は、「（私人の）結婚する相手の人種に介入するような法律は、ちょうど、（私人の）デートする相手のジェンダーや性的指向に介入する法律、あるいは、（私人の）ベビーシッターや、家庭教師、子どものキャンプ案内人のジェンダーや性的指向に介入する法律と同様に、違憲」¹⁴⁴という議論を提示した。

重要なことは、本件で問題となったボーイスカウトの差別的な方針が、親からの「選択（parent's selection）」ないし「期待」であったことである。この「親からの期待」という利益は、いうまでもなく、Dale 判

¹⁴³ Tribe, *supra* note 5, 28 Pepp. L. Rev. 641, 651(2001). See also Carpenter, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1515, 1545 (2001). この私的な性格こそが、国家の領域から保護を認めた根拠というべきであろう。それは、「結社のなかには、『表現』という切り口で捉えることができないものがある」ことを受け止めることかもしれない。初宿正典「憲法21条が保障する権利」井上典之・小山剛・山元一『憲法学説に聞く』（日本評論社・2004年）199頁。See NANCY L. ROSENBLUM, MEMBERSHIP & MORALS 73 (1998). この議論に触れるものとして、橋本基弘『近代憲法における団体と個人——結社の自由概念の再定義をめぐって一』（不磨書房・2004年）32頁。

本件について、Tribe は、宗教的な結社と同視したわけではないが、本稿はそれとかなり近いものと理解している。後掲注（146）を参照。See Erez Reuveni, *On Boy Scouts and Anti-discrimination law: The Associational Rights of Quasi-religious Organizations*, 86 N. U. L. Rev. 109 (2006).

¹⁴⁴ *Id.*, at 654.

決の反対意見が批判したものである¹⁴⁵。

しかし、この「親」を含む「家族からの期待」論は、憲法上の位置づけが難しいものとはいえないだろうか。

それは、本件が、私人の価値選択を扱っているといえるならば、たとえ私人による価値選択がいかに内容的に不適切であったとしても、私人に対して特定の生き方を強要できないという憲法の一般的原則と、「どのように」折り合いをつけるかが問題となるからである。そして、この「親からの期待」にこそ、ボーイスカウトの表現活動の「源泉」があるというべきである¹⁴⁶。

¹⁴⁵ Dale, *supra* note 5, 530 U. S. 640, 674 (2000). わが国において、親の教育権を議論した数少ない論文として、大島佳代子「公教育と親の教育権（三・完）」北大法学論集44巻1号（1993年）57頁以下がある。そこでは、「義務教育を受けさせる義務以外が我が子の教育については原則的には家族の自律性に任されており、そのような親の教育権は、個人の尊厳に基づく家族関係を要求し過度の国家的介入を排除する憲法24条2項によって憲法上保障されている」という。

また、内野正幸『教育の権利と自由』（有斐閣・1994年）は、若干文脈が異なるが、「仮に公立学校に通う子どもが授業中に先生から、かたよった思想を押しつけられたり宗教教育を受けたりする場合……たしかに、子どもは、『思想の自由』や『信教の自由』という人権を侵害されたといえる。そのさい、あえて教育権などを持ち出す必要はない。だが、親自身については、同じことはいえない。親は、自分の子どもの『思想の自由』や『信教の自由』が学校で侵害されるのはイヤだ、という気持ちをもっている。これは、たんなる気持ちにとどまるものではない。法的に保護された正当な主張・利益である」とする。

このあたりについては、米沢広一『憲法と教育15講（第3版）』（北樹出版・2011年）170頁以下、羽瀧雅裕「『親密な結合の自由』に関する一試論——合衆国の議論を参考に——」大阪市立大学法学雑誌48巻4号（2002年）1524頁、小山剛・玉井真理子編『子どもの医療と法（第2版）』（尚学社・2012年）も参照。

¹⁴⁶ もちろん、公立学校での差別が認められないように、親からの期待を理由とした差別の正当化の思考は絶対化できない。しかし、公教育に対する介入と、自律的な団体（たとえば、宗教団体）に対する国家介入とでは、それが許される範囲には違いがある。Tribe が、「親密な」協同の自由を含めた、結社の「規模」に関する議論に触れつつ、「私的」自由の議論をしていたことが注目される。ただし、判例では、保護される領域が非常に狭いように思われる。

そうすると、Dale 判決は、(判決自体は明言していないかもしれないが) 宗教的結社モデルに類似するボーイスカウトという私的な団体の活動に国家が干渉しようとした事例であると位置づけることも可能である。

ある論者の言葉を借りると、ボーイスカウトは、準宗教団体 (quasi-religious organizations) ともいえる存在である¹⁴⁷。

宗教的な自由に対する国家介入は、厳格な審査が要求されている。同様に、ボーイスカウトの「表現」ないし「宗教教育」に対しても簡単には介入すべきではない。

本件は、中間団体の道徳的独立が認められた事例 (moral independence of intermediate institutions) と位置付けられる¹⁴⁸。

学説として、女性だけの団体に男性を排除する自由は認められるべきである。韓国系のアメリカ人が、国際結婚を非難する集団を形成した場合、国際結婚をしている人を加入させない自由はある。同様の権利は、ユダヤ教徒にも認められるとする議論を挙げておく。Eugene Volokh, *Freedom of Expressive Association and Government Subsidies*, 58 Stan. L. Rev. 1919, 1938 (2006). 後掲注 (153) と、前掲注 (45) も参照。

¹⁴⁷ Note, *On Boy Scouts and Anti-Discrimination Law: The Associational Rights of Quasi-Religious Organizations*, 86 B. U. L. Rev. 109 (2006).

また、McConnell は、「現代の多様性に関する諸々の事例は、結社の自由との衝突可能性、そして、社会全体の多元主義や多様性を形骸化させることの脅威を提示している。……もし、ある団体が、同じような特徴的な信念を享有していない人を、メンバーとして、団体の代表として、受け入れさせること要求するならば、その特徴的なボイスは、沈黙させられることになろう。もし、政治的な強制という命令手段によって、望まないメンバーを受け入れさせることを可能にしたなら、多元主義という刺繍は、重大な改変となるだろう。真なる多元主義は、団体の差異を要求する。そして、ちょうど反対する自由の概念と同様に、排除する自由という内容の団体の多様性を要求するだろう。リベラルな社会において、結社の自由は、本質的に構造的な権利である」と述べている。McConnell, *supra* note 99, 75 Chi.-Kent. L. Rev. 453, 466 (2000).

¹⁴⁸ Yoder, *supra* note 99, 406 U.S. 205 (1971). See Laura K. Klein, *Rights Clash: How Conflicts Between Gay Rights and Religious Freedoms Challenge the Legal System*, 98 Geo. L. J. 505 (2009). Richard W. Garnett, *The Story of Henry Adams's Soul: Education and the Expression of Associations*, 85 Minn. L. Rev. 1841, 1863 (2001).

以上のように、ボーイスカウトにおける教育や言論を決める際に、保護者の要請がもっとも重要な要素であるとするならば、法廷意見が採用するような理論的な構成にも一理あるように思われる。

この点については、まさに New Jersey 州法そのものが、「宗教」教育をおこなう団体や子どもの親（結社とはいいい難いが、家族のようなイメージ？）など、純粋に私的な性格を有する団体や結社に対しては、差別禁止法を適用しないことを明文で認めていることも、ひとつの根拠として挙げられるだろう¹⁴⁹。

本件は、Tribe がそうしているように、差別禁止法の否定ではなく例外として位置づけるべき（Anti-discrimination rules, it Seems, furnish exceptions to that generalization）である¹⁵⁰。

もちろん、団体の規模や排他的方針についての認定は今後も個別に議論となりうるし、そもそも本件ボーイスカウトにしても、差別禁止法を適用しないほうがよいとの実質的な議論（ないし判断）は可能かもしれない。

しかし、本稿には、ちょうど自身が信じていない宗教の教義を（裁判官が）吟味する場合のように、アメリカにおけるボーイスカウトの実態を詳細に検討する能力はない。

ただし、たとえばイメージとしていえば、私立大学は、社会的な役割として、保護者だけではなく、公権力からのコントロールを受けるべき地位にある（たとえば、公権力からの補助金を受けている事実もある）ことから、公権力による介入可能性が、より高まるということができよう¹⁵¹。

¹⁴⁹ N. J. Stat. Ann. § 10 : 5-5. もっとも、競と教育のあいだを概念上区別できれば、議論は異なった方向に進むだろう。

¹⁵⁰ Dale, *supra* note 5, 530 U. S. 640, 651 (2000).

¹⁵¹ Runyon, *supra* note 48, 427 U.S. 160 (1976). なお、「人権を侵害する主体は、政府とは限らない。中間団体による侵害も問題となりうる」としたうえで、大学の（反）差別方針に関する論点を提示し、「ある大学の入学政策を人権侵害と認めるべきか否かは、大学教育がその社会を生きる上でもつ意味や当該政策がどの程度行き渡ったものといえるかなど、様々な経験的論点に依存する」と

そうすると、本稿の次なる課題は、本件の射程を確認することである。それは、Dale 判決と同じ時期の「私的な自由」とされた判例の思考¹⁵²により基礎づけられ、あるいは、比較的最近の判例において、差別主義的な団体による表現のための主張が、表現の自由との関係で、どのように理解されているか——その限界——を探ることにより基礎づけられることになる¹⁵³。

いう議論を、その賛否はともかくとして、問題提起として提示しておきたい。長谷部恭男編『講座 人権論の再定位 3 人権の射程』（法律文化社・2010年）V頁。

¹⁵² 「私的な自由」に関するひとつの素材として、離婚した夫婦の子どもによる面接（面会）交流の問題がある。Troxel v. Granville, 530 U.S. 57 (2000)。棚瀬孝雄『司法制度の深層——専門性と主権性の葛藤——』（商事法務・2010年）161頁は、家族法の憲法による規律について、本稿が扱ったアメリカの判例と同じ時期の判例を用いつつ論じている。棚瀬孝雄「家族法の権利的構成——自律分散型秩序としての面会交流紛争——」新世代法政策学2号（2009年）27頁以下も参照。そもそも面接交流を、公権力がどこまで「強要」できるかという論点は、わが国でも最近よく議論されるテーマである。

¹⁵³ 今後の議論の素材として、注（4）でも述べたように、最近の大学における反差別方針と差別方針の相克を扱った Christian Legal Soc'y v. Martinez, 561 U. S. ___, 130 S. Ct. 2971 (2010) を挙げておく。

本稿は、第2章において、差別と反差別、多元性と統合の契機、規制と給付のマトリックスを完成させて、次なる課題に進むことにしたい。これに関連する文献として、横大道聡「チャリティの憲法学——『チャリティ』団体に対する免税と憲法89条後段の解釈——」季刊 企業と法創造5巻5号（2011年）52頁以下、吉田克己「私人による差別の撤廃と民法学」同『市場・人格と民法学』（北海道大学図書刊行会・2012年）67頁以下、藤谷武史「アメリカのアソシエーション法——多元的社会におけるアソシエーションと法の動態——」比較法研究69号（2008年）16頁以下。See Note, *supra* note 105, 121 Harv. L. Rev. 1776 (2008). Bernadette Meyler, *The Equal Protection of Free Exercise: Two Approaches and Their History*, 47 B. C. L. Rev. 275 (2006). Russell J. Upton, *Bob Joneses Baden-Powell: fighting the Boy Scouts of America's Discriminatory Practices By Revoking its State-level Tax-exempt Status*, 50 Am. U. L. rev. 793 (2001).

最後に、本稿の目的は、Dale 判決などの当時の判例のベースラインを確認することであり、本稿で提示した論者の差別禁止法に対する認識に全面的にしたがうというものではない。また、論文執筆時から、アメリカにおける同性

[付記]

本稿は、北海道大学審査博士(法学)学位論文(2008年12月25日授与)「政府の言論と人権理論——アメリカ表現の自由論の後景——」に、補筆したものである。

愛者などのマイノリティの地位なども変化しているので、注意されたい。さしあたりは、拙稿「大学における同性愛者に対する反差別方針と連邦資金」谷口洋幸・齊藤笑美子・大島梨沙編・前掲注(91)80頁以下も参照。親の教育権と公権力との権限配分アプローチ一般については、拙稿「公立図書館におけるフィルタリング・ソフト導入に関する一考察——機能的『検閲』アプローチをめぐって——」情報ネットワーク・ローレビュー 10巻(2011年)19頁も参照。