

〔研究ノート〕

## 合衆国憲法におけるアソシエーションと 「排除の権利」

高橋 義人

はじめに

- I. 自律権と「排除の権利」
  - II. アソシエーションと性差別
  - III. アソシエーションと性的指向による差別
- むすびにかえて

はじめに

合衆国憲法修正第一条は、宗教条項を除くと、言論、出版、集会、請願など表現活動について、個人の権利を保障している。現代の表現に関する紛争領域はますます拡大しているが、修正第一条の法理のルーツは政府が反体制的だと考える言論を抑圧しようとした歴史にある。言論の法理を形成した訴訟の多くは、およそ20世紀前半までの間に、統治権力に抵抗する言論をめぐる紛争で生じている。この間のさまざまな紛争に共通しているのは、反体制的な団体の活動を抑圧する言論規制が争われたことである。たしかに憲法は個人の自由を保障するが、公権力が思想や情報の自由な流通を抑圧してきた歴史を振り返ると、個人の行為というよりも、むしろ集団的・組織的な行為を対象としたものが多い。政府は個人を訴追するが、実質的な法規制の主眼は団体など組織的な活動の抑制だったといえる<sup>(1)</sup>。

言論規制に対して、権利条項に期待されるのは、個人の自己実現だけでなく、何らかの目的をもって他者と協働する人々の活動を補強する役割であろう。合衆国連邦最高裁判所が「言論」や「集会」と関連づけながら、明文にない「アソシエーションの自由」を「個人の他の自由を維持するために必要不可欠」だと認めたのも、それゆえだったと思われる。このとき、「アソシエーションの自由」は「政治、社会、経済、教育、宗教、文化に関して、市民がさまざまな目的を追求するために他者と人間関係を形成する自由」を意味する。つまり、修正第一条の諸権利の保障には複数の他者との協働関係を形成する自由が含まれると解されている<sup>(2)</sup>。

この自由は特に少数者には効果的である。他者と協働する活動がなければ、少数者の異論は公共空間にあっても多数者の声に容易にのみ込まれてしまう。しかし、集団的に意見を発信することで、「公私の意見を効果的に提唱し、特に論争的な意見を表現すること」が可能になる<sup>(3)</sup>。少数者にとって、同じ信条に基づくアソシエーションはコンセンサスを押しつける多数者に抵抗する有効な手段である<sup>(4)</sup>。歴史的にも、合衆国におけるアソシエーションと平等の関係は建国期まで遡る。「同じ信条をもった仲間に参加する自由」はアメリカのデモクラシーを支える基本原則だと考えられてきた<sup>(5)</sup>。不利な社会的地位におかれた人々が平等と承認を求める社会改革運動にとって、共通の主義主張によって結びついた人々の集団的な活動が不可欠である。つまり人間関係を形成する権利は、少数者の異論を保護する点だけでなく、民主社会における「政治的・文化的な多様性」を確保することによって、画一的な民主的公共性に抵抗し、平等で多元的な社会の発展に寄与する点でも意義があるといえよう<sup>(6)</sup>。

ただ、私的団体が独自の意見を保持する（多様性を維持する）ためには、構成員などの内部構造について自律権が必要である<sup>(7)</sup>。つまり、信条を共有することで成り立っているアソシエーションにとって、インプット（構成員）とアウトプット（メッセージ）は密接に結びついている。政府が「構成員を選別する権利」に干渉すれば、団体の観点に対する侵害になり

うる<sup>(8)</sup>。私的団体は内部の運営方法や構造を自分たちで管理することによって、団体のアイデンティティを定義できるのである。団体を自ら定義するためには、一定の共同行為（排除・包摂・除名・確立など）が認められなければならない<sup>(9)</sup>。これらは団体が「存続するための権利」（right to exist）だといえる。しかし、同時に外部に対して、この権利は「差別する権利」（right to discriminate）にもなることから、アソシエーションの自由が付随する負の側面をどのように抑制するのかが課題になる<sup>(10)</sup>。

そこで、本稿ではこのアソシエーションの自律権に含まれる「排除の権利」について、意義と限界を考えたい。まず、「排除の権利」の原型が形成された公民権運動期の判決を振り返る（Ⅰ）。次に、80年代の性差別に関する判決が新たに導入した表現的アソシエーションの法理において、「排除の権利」がどのように理解されたのか、その限界がどのように画定されたのかを確認する（Ⅱ）。最後に、90年代以降の性的指向の差別を素材に、表現的アソシエーションの法理がいかに変容したのかを検証する（Ⅲ）。そうした作業を通して、現在の法理の欠陥を明らかにして、アソシエーションの本来的価値を適切に概念化する手がかりをえたい。

## I. 自律権と「排除の権利」

### 1. 団体の自律権

現代社会のアソシエーションの自由はさまざまな観点から評価されるが、修正第一条のコンテキストでは、自己実現、自己統治、少数者の異論の保護が重要になるだろう<sup>(11)</sup>。これら基本的価値に基づけば、私的団体はその意義を自ら定義し、内部構成や運営方法をコントロールできることを保障されなければならない。このような自律的な団体の内部的・外部的な活動には表現的要素が必然的に含まれている。表現活動かどうかは構成員の共同行為によって決まると考えられる。

それに対して、連邦最高裁は「表現的アソシエーション」という類型を

導入したことによって、反対に表現活動の意味を狭めている<sup>(12)</sup>。一連の判例では一定の私的団体を「表現的アソシエーション」と特徴づけたが、しかし、他方では定義に合致しない社会団体の多くは憲法上の保護をえられなくなった<sup>(13)</sup>。

ただ、類型論を前提にするならば、問題は「表現的」と「非表現的」というアソシエーションをどのように区別するのかである。この点について、連邦最高裁の判断基準は必ずしも明確ではない。ある事例では、表現的アソシエーションとして保護するには、「固有の表現目的」のためにつくられた団体でなければならないと説示した<sup>(14)</sup>。また別の事例では、「団体が保護されるためには、一定のメッセージを伝達する『目的』に基づいて組織をつくる必要はない」が、「表現活動に従事していなければならない」と判示した<sup>(15)</sup>。この種の私的団体が保護されるかどうかは、修正第一条の趣旨に合致する活動に従事しているのか、そのために結成された団体なのかの要点になっている。しかし、多くの「非表現的アソシエーション」の社会活動にも表現的だと解すべき要素がある。アソシエーションの類型化によって、多くの私的団体に内在する本来の価値が軽視されているが、それにもかかわらず、表現的（非表現的）という区別にはどのような意味があったのだろうか。

「表現」と「アソシエーション」の結びつきは公民権運動時代にルーツがある。ブレナン裁判官が定式化した「表現的アソシエーション」の原型は50年代から60年代の政治状況や公民権運動期の諸判決によって形成された部分が大い<sup>(16)</sup>。そこで本章では、公民権運動に関する判例を概観し、アソシエーションの法理が形成された過程で「排除の権利」がどのように位置づけられたのかを確認する。

## 2. 「排除の権利」と公民権運動

今日の私的団体と活動の多義性を考えるとき、アソシエーションの権利の原型を形成した判例のなかで、ダグラス裁判官の意見が留意される。

「加入するか、加入しないかを定める権利は伝統に深く根づいている。団体に加入することも表現方法の一つである。この自由は絶対的ではない。…個人の基準はあっても、わたしたちは望まない人、嫌いな人とも生活上の必要から関係をつくる。しかし、この権利が法で制限され…誰かと人間関係を強制されるような場合には例外的な状況を立証すべきである」<sup>(17)</sup>。

ダグラス裁判官は「政府が私的団体に介入することを防止する権利」や「人間関係を選択する自由」を擁護した。

「(修正第一条とそれに関連する) いくつかの権利条項はプライバシーの領域を形成している。この領域は政府が私的クラブや団体に介入するのを阻止している。(アソシエーションの権利によれば) …政府は人々に誰と人間関係をつらなければならないのかを指示できない。人は人間関係を自由に選択できる」<sup>(18)</sup>。

アソシエーションの自由には「団体の入会資格、加入方法、その他の合法的手段を用いて、自身の意見や考えを表現する権利」が含まれなければならないという点で、団体の行為自体が表現方法の一種である<sup>(19)</sup>。

プライバシーの権利との関連では、ゴールドバーグ裁判官もまた次のように述べている。

「あらゆる偏見や頑迷な行為は遺憾だが、人種を含めて、単なる個人的な偏見だけで自宅やクラブの扉を閉ざすこと、また、人間関係上の親密さやビジネス上のパートナーを選択することは各人の憲法上の権利である。プライバシーと私的なアソシエーションに属するこれら権利自体は憲法上保護された自由である」<sup>(20)</sup>。

しかし、アソシエーションが「存続するための権利」(right to exist)は、人種差別的団体が人種統合に抵抗するときには「差別する権利」(right to discriminate)にもなることから、公民権運動の時代には平等規範との緊張関係をいかに解消するのが深刻な問題になった<sup>(21)</sup>。1964年公

民権法は「公共の施設等」における人種差別を禁止した。その対象には、ホテル、レストラン、給油所、娯楽施設が含まれていたが、「公衆に開かれていない」私的クラブや事業所には適用が除外されていた<sup>(22)</sup>。そこで、差別を正当化するために、人種差別主義者たちの私的団体はアソシエーションの権利に依拠するようになったのである。

公民権法制定後の一つの転機は、Jones v. Alfred H. Mayer (1968) であろう<sup>(23)</sup>。この事例では不動産の売買と賃貸借について人種差別を禁止していた1866年公民権法第二編 (Civil Right Act of 1866) の解釈が争われた。人種を理由に住宅の販売を拒否された市民が救済を訴えた事例である。連邦法は次のように定めていた。

「すべての合衆国市民は、すべての州および準州において、不動産および動産を相続、購入、賃貸、販売、占有、譲渡するために、白人市民が行使する権利と同じ権利を享有するものとする」<sup>(24)</sup>。

この判決によって、連邦最高裁 (スチュアート裁判官による法廷意見) は1866年公民権法の趣旨を私的差別にも適用した。

「奴隷制の印であり、その付随的な効果には、市民社会の自由の本質、つまり…白人市民が行使しているような、財産を相続、売買、賃貸借、占有する権利に対する制限が含まれる。これら権利の自由な行使を制限するために、南北戦争後に制定された黒人取締法 (the Black Codes) が奴隷制度のかわりだったように、白人コミュニティから黒人を排除することは黒人取締法の置き換えである」<sup>(25)</sup>。

その後、連邦最高裁は Jones 判決の趣旨を公園、運動場、民間の市民プールなどの利用者資格にも拡張した。たしかにこうした展開は人種差別撤廃に向けた大きな前進になったが、しかし同時に団体の自律性を制限するものだった<sup>(26)</sup>。

### 3. 「排除の権利」とステイト・アクション

さらに複雑な問題が私立学校の人種分離教育に関する訴訟で提起された。当時、人種分離教育を行う私立学校は公立学校の統合を契機に増えていたが、60年代後半から70年代には公民権訴訟の主たる対象の一つになった<sup>(27)</sup>。これら訴訟では、まず州の補助金制度が争われ、60年代後半には連邦最高裁は人種差別的な私立学校の生徒への州の授業料支援を禁止する多くの判決を肯定した<sup>(28)</sup>。

1973年の *Norwood v. Harrison* では州の教科書貸与制度の合憲性が争われた<sup>(29)</sup>。ミシシッピ州の学校制度では人種分離教育を行っているかどうかに関係なく、州が教科書を公私の学校に貸与していた。上诉人（児童保護者）が主張したのは、一定の私立学校が人種に基づいて生徒を排除していたこと、そのような私立学校の生徒にも教科書を貸与することで、州は人種分離教育を直接的に支援していること、また、それによって上诉人の憲法上の権利を侵害し、したがって教科書補助制度は人種統合した公立学校の教育過程を妨害していることである<sup>(30)</sup>。

法廷意見（バーガー主席裁判官）は、以下の趣旨を説示し、原判決を破棄した。a) 私立学校は教育を行う権利をもつが、私立学校が人種差別をしているかどうかに関係なく、州には公立学校と同じように私立学校を支援する義務はない。b) 授業料の補助金のように、教科書貸与制度は私立学校への金銭的支援の一つである。人種分離学校だけでなく、不当な差別を行う学校を支援しないことは州にとって憲法上の義務である。c) 差別的な私立学校の教育は差別的な行為と切り離せない。差別的な処遇は教育過程全体に影響を及ぼしている。

判決の一年後、*Gilmore v. City of Montgomery* (1974) では、連邦最高裁は私立学校のアソシエーションの権利を審理した。この事例は、人種分離教育を実施していた私立学校による公共の娯楽施設の利用について、人種分離制度の撤廃を求めて、黒人市民が提訴したものである<sup>(31)</sup>。

法廷意見（ブラックマン裁判官）は次のように説示した。a) 人種分離教

育を実施する私立学校とその関連団体に公共の娯楽施設への排他的なアクセスを禁止したのは適切である。市の娯楽施設の排他的な使用と管理は、たとえ一時的だったとしても、私立学校が人種分離教育を実施している場合には、それには「分離すれども平等」と同じ効果がある。市の政策は人種統合教育を行う学校秩序に矛盾し、憲法上許容できない。b) ただ、裁判所による介入を憲法上認めるためには、私立学校など私的団体による公共施設の利用行為に市が直接関与しているかどうかが問われる。市が関与した「ステイト・アクション」があったという適切な事実を確認できなければ、人種分離教育を行っている私立学校に公共の娯楽施設の利用を禁止する裁判所命令は無効である。つまり、人種差別的な私的団体の行為に対して法を適用するには、州が私人による差別行為に関与しているかどうか重要な争点であることを判示したのである<sup>(32)</sup>。

連邦最高裁によると、電気、水道、警察、消防などの政府の伝統的な独占事業のような「一般的公共サービス」について、それを供給していることだけでは、州が不当な差別に関与していることの証明にはならない。公園、運動場、競技施設、劇場、博物館、動物園など地域の娯楽施設も同じである。これら施設を人種差別的な私的団体が利用しても、政府がその差別行為に関与しているとは解されない<sup>(33)</sup>。

「公共の施設から団体を排除することは、人が自分で選択して人間関係を形成する自由を侵害する」。「人間関係をつくる自由は、私たちが共有している信条、私たちが非難すべきだと考えている信条にも当てはまる。この自由は意見の多様性を生み出すことに貢献している。意見の多様性はデモクラシーの政治機構を円滑にして、平和的で秩序だった変革を確保するために必要である。この権利の行使は財産を所有したり、利用したりする権利に依存している」。したがって、公共の施設へのアクセスを拒否することに対しては、慎重に制限されなければならない。しかし、同時に「誰かのアソシエーションの自由の行使は他の誰かのアソシエーションの自由を侵害することがある。不当な差別はアソシエーションの自由を大きく損



なう。私人の不当な差別にステイト・アクションが関与している場合には、それは憲法上積極的に保護されない<sup>(34)</sup>。

さらに二年後の *Runyon v. McCrary* (1976) は、後のアソシエーションの法理を考えるうえで象徴的な判決だったと思われる<sup>(35)</sup>。本件は、人種を理由に州の私立学校への入学を拒否された黒人児童の保護者が公民権法違反を訴えて学校を提訴した事例である。

法廷意見（スチュアート裁判官）は、言論とアソシエーションの自由を結びつけて、次のように論じた。*NAACP v. Alabama* 判決で最高裁が認めた「アソシエーションをつくる権利」は、「修正第一条が目的としている公私の意見を、特に論争的な意見を効果的に発信するためには必要不可欠」である。この（アソシエーションの自由の）原理から、親には「人種隔離を望ましいという考えを支持する教育機関に子どもを通学させる修正第一条の権利」が、子どもには「そのような教育機関に登校するための平等な権利」が認められる。

しかし、「同じ原理によって、人種の少数者を排除する行為が保護されるわけではない」。先例 (*Norwood v. Harrison*, 413 U.S. 455) が判示したように、「合衆国憲法は差別を認めない」。「私人による差別が修正第一条によって保護されたアソシエーションの自由の行使だと位置づけられるとしても…それが積極的に憲法上保護されるわけではない<sup>(36)</sup>。

親には（アソシエーション、プライバシー、子どもを養育する権利として）「子どもを私立学校に通学させ、特別な技能を教える学校を選択する憲法上の権利」が認められる。しかし、それは「政府による合理的な範囲の規制によっても拘束されずに、私学教育を子どもに与える憲法上の権利」ではない。州政府には「学校を規制し、教員と生徒を視察・監督・検査する権限」がある<sup>(37)</sup>。

以上のように、*Norwood* 判決は差別的な社会実践への公的支援を制限し、さらに *Runyon* 判決は差別的な行為そのものを禁止した。「公共の施設」といえるのか、また「ステイト・アクション」が関与するののかにかか

ならず、すべての私的団体に1866年公民権法（Civil Right Act of 1866）を適用すること、この連邦法が契約の権利やアソシエーションの権利に優位することを明確化したのである。

ただ、Runyon 判決は、団体の自律を考えるうえで二つの点で論争的である。まず、1) 意見が異なる構成員の受け入れを私的団体に強制することは団体が発信するメッセージにも影響を及ぼすのか、2) 差別的な行為と差別的な思想・信条（メッセージ）を法的に区別できるのかという問題が含まれていた。これら問題は後の Roberts 判決以降の表現的アソシエーションの法理でも反復されることになる<sup>(38)</sup>。

## II. アソシエーションと性差別

80年代には「排除の権利」の問題はジェンダーやセクシュアリティの領域に拡大した<sup>(39)</sup>。本章では、性差別の事例において、a) 「排除する権利」がどのように解釈されたのか、b) 平等規範との関係でどのように調整されたのかを確認しておきたい。

最初の性差別の事例はアソシエーションの法理を確立した Roberts 判決である<sup>(40)</sup>。このとき連邦最高裁は「表現」と「親密」という類型論を導入したが、新しいアソシエーションの法理で明確になった「排除の権利」の負の側面をどのように制限するのが課題になる。

### 1. Roberts 判決と「排除の権利」

本件は、非営利団体が定めていた会員資格について、州の性差別禁止法違反が争われた事例である。問題の「全米青年会議所」（United States Jaycees, JCs）は「若者の市民団体の拡大と発展を促進する教育的・慈善的な目的を追求する」非営利団体である。JCs は正会員を男性に限定し、女性については補助会員として、一部の権利・利益を制限していた。

1973年、ミネソタ州議会は州法を改正し、「公共の施設等」における性

差別を禁止した<sup>(41)</sup>。翌年以降、二つの支部が女性を正会員として承認しはじめたことから、JCsは支部に罰則を課し、78年にはこれら支部を廃止しようとした。そこで、支部会員らがJCsの規約を性差別として人権局に苦情を申し立てた。それに対応して、JCsは州法が男性会員の「言論およびアソシエーション」の権利を侵害すると主張して提訴した<sup>(42)</sup>。

人権局は、JCsが「公共の施設」であり、女性排除を不当な差別だと判断した。州裁判所と連邦地区裁判所は人権局を支持したが、連邦控訴裁判所は「会員を選別する権利」がアソシエーションの自由（修正第一条）として保護されると判示した。それに対して連邦最高裁は、性差別の撤廃という重大な公共的利益によって団体の権利は制限されることを説示した<sup>(43)</sup>。

このとき多数意見（ブレナン裁判官）は、先例が承認してきたアソシエーションの権利を整理して、新しい判断枠組みを導入した。この類型論によれば、規模・排他性などの点で、JCsは親密なアソシエーションではないが、その活動の「実体的な部分」は政治的・経済的・文化的・社会的な事項について保護される表現行為である（表現的アソシエーション）。

表現的アソシエーションに対する侵害行為には、まず「政府が罰則（不利益）を課す場合もしくは利益を留保する場合」、次に「政府が団体内部の組織や事項に干渉する場合」がある。特に後者には「望まない人物を受け入れるように団体に強制する規制」が含まれる<sup>(44)</sup>。女性を正会員として承認するように私的団体を義務づけることは「団体内部の構造と事項への干渉」になる。内部干渉は「もとの構成員が賛同していた意見を表現する権利を毀損する」おそれがある。したがって、望まない人間関係を強制されないという意味で、「団体をつくらない自由」が必然的に保障されなければならない<sup>(45)</sup>。

しかし、表現的アソシエーションの権利も絶対的ではない。団体がこの保障を求めるためには、二つの点で制約がある。

第一に、多数意見は先例（NAACP v. Alabama）にはなかった「事実の

証明」を団体に求めた。つまり、団体がアソシエーションの権利を主張するためには、表現活動の性質を明らかにして、構成員の変化が表現活動をどのような意味で毀損するのかを立証しなければならない。

第二に、規制が団体の表現行為に影響を及ぼす場合でも、a) やむにやまれぬ州の利益のために、b) 思想の抑圧とは無関係で、c) 著しく制限的ではない他の手段によって、その法の目的を達成できない場合には、規制は許されることがある<sup>(46)</sup>。つまり、団体の表現行為に負担を課すことを立証したとしても、法が実現する公益が団体の利益よりも大きいと判断されると、差別禁止法が正当化されうると解される<sup>(47)</sup>。

多数意見は、本件州法の目的を「女性差別を撤廃すること」だと判示した。法の目的は「女性を含めて不利な立場におかれてきた一定の集団を歴史上悩ませてきた、経済的発展、政治的・社会的な統合に対する障害を取り除くこと」(財・サービスへの等しいアクセスの確保)であり、州にとって「やむにやまれぬ重大な利益」だという<sup>(48)</sup>。

「平等保護条項に基づく審査のもとで繰り返し説示してきたように、男女の相関するニーズと能力について古びて漠然とした憶測に基づいた差別があることによって、人々は実際の能力に関係がない、固定観念のもとで労働することを強いられている。差別は、人々から個人の尊厳を奪い、政治的・経済的・文化的な生活へ広く参加するという利益を社会に否定する。このような懸念は、公共的に利用できる財とサービスの配分における性差別に強く関係している」<sup>(49)</sup>。

したがって、州法の目的は「公共の施設における性差別を禁止することによって、多くの深刻な社会的・個人的な害悪から市民を保護する」ことである。これは「表現の抑圧とは関係なく、より高次元の秩序の重大な州の利益に寄与すること」が明らかだと解された。

次に、法的手段について、多数意見は、JCsが「州法が男性会員の表現的アソシエーションの自由に深刻な負担を課すこと」を十分に立証できな

かったと判断した。六年間の訴訟係属中、JCsは女性を正会員として承認することに抵抗してきたが、多数意見によれば、女性を正会員として認めることが団体のメッセージを毀損し、変えてしまうと考える根拠はない。法は「若者の利益を促進するという団体の信条に負担を課し、現会員の信条と異なるイデオロギーや哲学をもつ者を排除する権利」を制限しているとは解されない。

さらに、女性の正会員化によって内部構成が変わることで、団体の方針に対する内部の影響力もまた変わるというJCsの懸念についても、実質的に立証できなければ、単なる一般論に基づく憶測や性の固定観念にすぎないと否定した<sup>(50)</sup>。かりに効果の面で、団体の言論を縮小させる付随的效果があったとしても、影響は州政府の正統な利益を達成するために必要な範囲に限定されていると結論を下したのである<sup>(51)</sup>。以上のように、多数意見は「表現的アソシエーションの自由」を「言論の自由」の保障範囲に位置づけて、この自由に対して平等を優先させたといえよう。

そもそも本件では、政府が特定の私的団体に不利益を課すことによって平等規範を侵害しているか、あるいは私的団体の活動に干渉することによって、政府が言論の自由を侵害しているかという二つの憲法問題がある。多数意見は政府による平等条項の侵害については特に検討せずに、団体の自由に対する侵害を審査した。多数意見は表現的アソシエーションの制約に対して「厳格な審査」を示唆しながら、歴史的に不利な社会的地位におかれてきた女性の平等を保護した。性の平等を実効化することがアソシエーションの自由に干渉する十分な理由になると判断したのである。

女性を正会員として承認しても、JCsのメッセージを毀損しないと説示するとき、連邦最高裁は「ステイタス（変えられない特徴・属性）に基づいて構成員を選別する団体の意思」と「自ら選択した信条・行為に基づいて構成員を選別する団体の権利」を区別した。多数意見の理解では、州法は「男性の利益を促進するという団体の信条を変えることを求めている。また、現在の会員と違うイデオロギーや哲学をもつ人を排除する団体の権

利を制限しているわけでもない」。単に「ステイタス」に基づいて人を排除することを抑制しているだけである。

つまり、多数意見の論理によるならば、一方でJCsは私的団体としての方針や価値観に反対する女性を排除できるが、他方で「ステイタス」として性別（変えられない特徴）だけを理由にして、女性が団体の考え方に反対する見解をもっていると判断することはできないことになる。多数意見はステイタスと信条の区別を導入することによって、表現的アソシエーションに内在する「排除する権利」の濫用を抑制しようとしたのである。

## 2. Roberts 判決以後の展開

### 1) ロータリークラブ

Roberts 判決後、連邦最高裁はロータリークラブ (Rotary Club) の事例でも州の公民権法 (差別禁止法) を審査した<sup>(52)</sup>。

本件の RI (Rotary International) は地域の各クラブ (local Rotary Clubs) から構成される非営利団体である。設立の目的は「博愛主義に基づく奉仕活動、すべての職業における高度な倫理基準の推奨、世界の平和と善意への支援」などとされる。RI の規約では、地域における事業、職種、国際的活動などに基づく「分類制」に従って、地域クラブへの個人の入会資格が定められていた。ただ、女性は補助的な役割 (会議への出席、発言の機会、褒賞、女性による補助的な組織をつくること) しか認められず、会員資格からは除外されていた。

カリフォルニア州のクラブが女性三名に資格を認めたことから、RI はその地域クラブの設立許可を取り消し、会員資格を無効とした。そこで、地域クラブと女性会員が RI の決定を公民権法違反だとして提訴した。

JCs の訴訟と同じように、連邦最高裁 (パウエル裁判官による法廷意見) は州法が RI の奉仕活動を深刻に侵害することを示す証拠はなく、団体の観点についても中立的だと判断し、RI のアソシエーションの権利を認めなかった。

修正第一条で保護された活動に従事する権利には、「さまざまな政治的・社会的・経済的・教育的・宗教的・文化的な目的を追求するために他者と人間関係を形成するために対応する権利」が含まれている。そのため、「人との関係を選択する権利を行使することを妨げることは、修正第一条により保護されたアソシエーションの権利を侵害する」。しかし、本件では「会員として女性を承認することによって、現会員がさまざまな目的を達成する権利が著しく影響を受けることを示すような証拠はない」<sup>(53)</sup>。

法廷意見によれば、RIは政治的・国際的な問題を含めて、「公共的な問題」について、団体の見解を明示していない。たしかにRIの活動は修正第一条により保護されるといえるが、しかし「公民権法（Unruh Civil Rights Act）は、RIに活動を放棄させ、変更することを要求したわけではない」。RIが掲げている人道主義的な奉仕活動などの基本的目的を放棄すること、また、団体の会員分類制度を破棄することを要求しているわけでもない<sup>(54)</sup>。

州法がRIの表現的アソシエーションの活動に対して付随的な影響を及ぼすかどうかという点でも、州法が性差別の撤廃という重大な公共の利益に役立つことが明白である以上、その「軽微な影響」は憲法上許容された範囲内にとどまると説示した<sup>(55)</sup>。本件州法の目的が「州のやむにやまれぬ利益」を実現するものだったとしても、「女性を正会員として受容することを強制する」こと以外に、「より著しく制限的ではない」別の方法があるかどうかについては特に検討されなかった<sup>(56)</sup>。以上のように、ほぼRoberts判決の枠組みが踏襲されたと思われる。

## 2) 私的団体のコンソーシアム

三つ目の事例では、連邦最高裁は構成員400名以上の大規模な私的団体に適用した州の差別禁止法を審査した<sup>(57)</sup>。

NY市の人権法（Human Rights Law）は、一部の「明白に私的な」（distinctly private）団体を除いて、「公共の施設等」における人種・信条・性などに基づく差別を禁止していた。この法律は1984年に改正され

(Local Law 63)、適用範囲が大規模な私的団体にまで拡大されることになった<sup>(58)</sup>。

法改正に際して、市議会は市民にビジネスの機会を等しく提供することには重大な公益があること、また、女性と少数者がビジネスで躍進することを阻害しているのは一定の会員制クラブの差別的慣行であることを指摘し、したがって、市民に「平等な機会を保護する公共の利益」は「クラブ会員が主張する私的団体の利益」よりも重要だと説明していた。改正条項は「クラブが不当な差別によって人を自動的に排除しないように保障するために必要な範囲」でクラブの活動を制限しているにすぎない<sup>(59)</sup>。それに対して、およそ125の団体の共同組織 (Club Association) が市を相手に提訴し、改正法を権利侵害 (修正第一条および修正第十四条) だと主張したのが本件である。

連邦最高裁 (ホワイト裁判官による法廷意見) は、Roberts 判決と同じ判断枠組みによって、CA (共同組織) は親密なアソシエーションに該当しないこと、また、表現的アソシエーションとしての権利を侵害されたわけではないことを説示し、差別禁止法の私的団体への適用を合意とした。

しかし、同時に私的団体が意見の違う者や団体が選択した方針を妨げる者を排除できる余地を認めた。多数意見は、(憲法上保護されない) ステイタスに基づく差別と信条・行為に基づく排除を区別して、Roberts 判決の論理をさらに次のように展開したのである。

「州法は『重大な方法で』個人が公的・私的意見を表明するためにアソシエーションを形成する権利を侵害していない。州法は、クラブに対して、修正第一条によって保護された、いかなる行為についても『放棄し、変えること』を求めている。a クラブが現会員の意見と一致しない個人を排除しようとしても、州法はそれを妨げない。…(会員を決めるためのより正当な基準として) 団体が人種、性別、その他の特定の特徴を使うことを禁止しているだけである。もちろん団体は特定の表現を目的として組織されていること、また、b 同じ性別、同じ宗教の人に会員を限定できないときには自分たちの意見を効果的に提唱できないことを証明できると考えられる。



しかし、本件では州法が対象とした多くの大規模団体がそうしたクラブではないと考えることは十分に理に適っている」<sup>(60)</sup>。(下線は筆者による。)

この法廷意見によると、a) 私的団体が会員と意見の異なる人を排除することを妨げられた場合、また、b) 同性だけに会員を限定できないと、団体の意見を効果的に発信できない場合、つまり、構成員の選別が団体の表現活動にとって重要だと証明できる場合には、ステータスに基づく構成員の選別が修正第一条によって保護される可能性がある。

これら一連の性差別事例を概観したように、連邦最高裁は表現的アソシエーションの意義と保障の範囲を確立しようとした。要するに、修正第一条のもとで、私的団体は信条やイデオロギーを共有する者に構成員を限定する権利を保護される。しかし、「変えられない特徴」(人のアイデンティティと結びつく属性)に基づいて構成員を選別(差別)する権利は原則として保護されない。したがって、団体内部に女性会員が存在することだけで、団体のメッセージに影響すると推定することはできない。

性差別の三事例では、それぞれ私的団体は性別によって構成員を選択(排除)することの必要性を主張した。ただ、これら団体自身が性差別的な観点や女性に対する男性の優位性などジェンダーに関して、何かメッセージを発信していたとは必ずしも考えられない。連邦最高裁もそのようなことを特に判示したわけでもなかった。

一般的には性別は隠れた特徴ではないので、人の外見上の性別を識別するだけで、その人の利益、ものの見方、能力などが明らかになるとは考えられない。連邦最高裁も、性別が団体の発信するメッセージの要素だと捉えずに、「女性」という性に固有の観点があることを否定したのである。反対に、JCsのような団体は性別こそが問題だと主張した。女性を会員として承認することは、男性主体の会員資格を変更し、彼らの表現的アソシエーションの性質を変えてしまうという懸念を訴えたのである。

それでは、団体の構成員のアイデンティティは団体が発信するメッセー

ジとどのような関係があるのだろうか。また、何らかのメッセージを明示的に発信している私的団体に対して、(構成員資格などの内部構造によって)メッセージを暗示的に発信している私的団体に違いはあるのだろうか。そもそも、具体的な状況においてメッセージを発信しているかどうかを判断する基準はあるのだろうか。連邦最高裁はこのような問題について性的指向による差別の事例で対処することになる。

### Ⅲ. アソシエーションと性的指向による差別

90年代以降になると、私的団体が構成員を性的指向によって選別できるのが争われた。以下の三事例は、いくつかの点で性差別の事例と相違点がみられる。

- 1) *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston* (1995).
- 2) *Boy Scout of America v. Dale* (2000).
- 3) *Christian Legal Society Chapter of the Univ. of Cal. v. Martinez* (2010).

連邦最高裁は性差別の場合と同じ手法で審査するものと思われたが、表現的アソシエーションの規制に対する手法を単純に適用したわけでもなかった。結果をみると、Hurley 事件と Dale 事件では差別禁止法の適用を違憲と判断したのに対して、Martinez 事件では大学の差別禁止指針の適用を正当化した。Hurley 事件では伝統的フォーラム(公道のパレード)からの性的少数者団体の排除、Dale 事件では私的団体(BSA)からの望ましくない構成員(性的少数者)の除名処分、Martinez 事件では公立大学の団体登録制における(宗教的信条に基づく)学生団体(CLS)への公認拒否が争われている。それぞれ事件のコンテキストは異なるが、結論の違いは

「団体に同性愛者への承認を強制すること」（団体に同性愛者が存在すること）が団体の発信するメッセージを毀損するのか、どのような意味で毀損するといえるのかについて理解の違いだったと思われる<sup>(61)</sup>。

本章では、組織における同性愛者の存在がパレードやBSAのメッセージを毀損するとされたのに対して、CLSのメッセージを毀損しないと考えられたのはなぜか、このような団体のメッセージと構成員のアイデンティティの相互関係についての理解は何を示唆しているのかを検討したい。

### 1. パレードと参加団体のメッセージ

本件は、伝統的なパレードへの参加を拒否された同性愛者団体（GLIB）が差別禁止州法に基づいてパレード運営団体を提訴した事例である<sup>(62)</sup>。

本件協議会（パレード運営団体）は伝統的なパレードを運営する権限を市から（補助金などの支援を受けて）認められた団体である。他方のGLIB（Irish-American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston, Inc.）は、「ゲイ・レズビアン・バイセクシュアルであることの誇りをアイルランド系アメリカ人の伝統のなかで表現し、地域社会で存在を明かして、同じ立場の人々を支援する」ために結成されたパレードの参加団体である。

協議会がGLIBのパレード参加申請を拒否したことから、GLIBは差別禁止法違反を訴えた。協議会は修正第一条の権利を主張したが、原審は性的指向を理由にしてGLIBを排除する意図が協議会にはあったと認定し、差別禁止法の適用を支持した。州最高裁判所も協議会の修正第一条の主張を審査する必要はないと判断した。それに対して、連邦最高裁は協議会の権利を認めた（全員一致）。

法廷意見（ソーター裁判官）は「表現的アソシエーション」という言葉を使わなかったが、聴衆に「集団として意見を発信する」という意味でパレードは「公共の演劇」（市民に開かれた表現活動）であること、よってパレード運営団体には表現者の自由が保護されなければならないことを判示した。

「ケーブル放送事業者は別の者が制作した番組を選択している場合でも保護された言論活動に従事している。…別の人が制作した言論を編集・編成して発信することは大半の新聞の意見記事の重要部分でもあり、修正第一条で保護されている。…パレードを実施する運営団体の選択も同じである」<sup>(63)</sup>。

法廷意見はパレード運営団体にはメッセージを発信する権利があると考えたが、同時に GLIB にも表現的アソシエーションの特徴を認めた。GLIB の目的は、性的少数者のアイデンティティを肯定し、「地域社会にはそのような人々が存在することを明示して、NY 市のパレードに参加しようとしている同様の人々を支援するために行進すること」である。つまり、GLIB が「行進することには、アイルランド系アメリカ人のなかにゲイ、レズビアン、バイセクシュアルが存在し、そのような性的指向をもつ人々が同性愛者と同じように無条件の社会的承認を求めるという主張が含まれる」と解された<sup>(64)</sup>。

協議会が運営するパレードと GLIB の参加がともに表現行為であれば、両者をどのように調整するのが問題になる。法廷意見は協議会の表現的アソシエーションの権利を強調した。法廷意見によると、「同性愛者の尊厳と社会の寛容」というメッセージをもった GLIB の受け入れを協議会に義務づけることはできない。差別禁止法を適用することは協議会に対する「表現内容の変更を求める命令」となり、協議会の「メッセージ内容を選択するための自律」を侵害するからである<sup>(65)</sup>。

差別禁止法を適用し、協議会に「観点に基づく差別」を禁止することは、私的団体である協議会を「公共の施設」とみなすことになる。協議会には、パレードで発信する一貫したメッセージがなくても、GLIB の承認を協議会に強制すれば、表現的アソシエーションの言論を損なうと説示し、法廷意見は本件を性差別の事例から区別した<sup>(66)</sup>。

「パレード運営団体はアイルランド系アメリカ人のセクシュアリティの現実

を信じていないかもしれないし、同性愛者たちが求める無条件の社会的承認に反対しているかもしれない。GLIB のメッセージを排除したい何か別の理由があるかもしれない。ただ、その理由はどうあれ、パレード運営団体の判断はある意見を発信しないという発話者の選択である。政府はその選択をコントロールできない<sup>(67)</sup>。

先の Roberts 判決では、表現的アソシエーションの保護を求めするためには、団体は「明確なメッセージを発信していること」が必要だと解された。しかし、本件では法廷意見は、団体が必ずしも明示しなかった意図をメッセージとして保護したのである。かりに協議会に一貫した主義主張がなかったとしても、GLIB の参加承認を協議会に強制すれば、協議会の表現内容を毀損すると判示した。法廷意見によると、「協議会は作曲家のように、潜在的な参加者からパレードの表現団体を選択している。スコアは詳細なメッセージを生み出さないかもしれないが、協議会からみると、各参加団体の表現はパレードの主題に一致している」。よって、協議会が好ましくないと考えるメッセージを排除していたことは明らかだと断じた<sup>(68)</sup>。

## 2. ボーイスカウト連盟と構成員のアイデンティティ

本件は、同性愛者であることを理由に「全米ボーイスカウト連盟」(The Boy Scouts of America, BSA) を除名された原告 (被上告人 James Dale) が差別禁止法違反を訴えた事例である<sup>(69)</sup>。

原告は1978年から BSA に加入し、模範的なスカウトとして活動していたが、同性愛者の権利擁護活動に参加していたことが新聞記事になったことによって、BSA の資格を取り消された<sup>(70)</sup>。そこで、「公共の施設」における性的指向による差別を禁止した州法 (差別禁止法) に違反するとして提訴した。BSA は表現的アソシエーションの権利を主張し、州裁判所衡平法部はこれを認めたが、同裁判所上訴部と州最高裁は州法の適用を支持した。州最高裁は、BSA が「道徳的価値の信念を表現し、構成員の道徳

的成長を促すために活動していること」を表現活動だと認めたが、しかし、同性愛を不道徳だとする一貫したメッセージを発信しているわけではないと判断した<sup>(71)</sup>。それに対して、連邦最高裁はBSAの権利を認めて、州最高裁の差別禁止法の解釈を破棄した（5対4）<sup>(72)</sup>。

連邦最高裁（レーンキスト首席裁判官による多数意見）は、まずアソシエーションの意義を次のように再度確認した。

「アソシエーションの権利は、多数者が自分たちの意見を、ほかの意見をもつ人に、特に社会的に支持されない意見をもつ少数者に押しつけることを防止するために重要である。アソシエーションの自由に負担を課す政府の行為のなかには、団体の内部構造もしくは活動内容への介入のように、団体が望まない者を加入させることも含まれる。特定の構成員を受け入れるように押しつけることは、団体の表現活動への侵害になりうる」<sup>(73)</sup>。

したがって、ある人物の承認を団体に強制することは、その人物の存在が公的・私的な意見を表現する団体の権利に著しく影響する場合には、表現的アソシエーションの権利を侵害する<sup>(74)</sup>。

多数意見はBSAが表現的アソシエーションに該当するかどうかについては、構成員に価値観を教授しているという点で表現活動に従事していると認め、次いで、団体内の原告の存在が「公私の意見を表明するBSAの権利に重大な影響を及ぼすのか」を検討した<sup>(75)</sup>。

#### 1) 同性愛について、BSAはどのような意見を発信しているのか。

BSAが構成員に伝達する価値は「宣誓と法」に基づいている。そこには性愛や性的指向への言及は何もみられないが、BSAは、同性愛は「宣誓と法」の明文規定（特に「道徳的に正しく」「清潔」など言葉）に矛盾すると主張した。多数意見はこの主張を全面的に認め、BSAには「同性愛が不道徳だという意見」があったと判断した。

#### 2) 団体内の原告の存在は団体の意見に対して重大な負担になるか。

多数意見は、表現活動の内容についてBSAの主張を尊重するならば、

何がそれを毀損するのかについても、団体の意思を尊重すべきだと説示した。

「私たちは何が団体の表現を損なうのかについても、その意見を尊重しなければならない。これは、表現的アソシエーションがある構成員を特定の集団から単に受け入れることで、団体のメッセージが毀損されると主張すれば、差別禁止法に抵抗できるというわけではない。しかし… Dale は同性愛者のスカウトの一人である。…彼は性的指向を率直に開示している。また、大学における同性愛者団体の共同代表であり、その権利擁護の活動家である。BSA に Dale が所属していることが、若いメンバーや世のなかに団体のメッセージを発信するように強制するかもしれない。つまり、BSA が同性愛者の性行為を正統な行為として認めているというメッセージである」<sup>(76)</sup>。

多数意見は論旨を補強するために Hurly 事件との類似性を強調している。GLIB のパレード参加が運営者の表現内容の選択権を侵害するならば、BSA のなかで原告の存在は BSA の表現に重大な影響を及ぼすという。

たしかに Hurley 事件では、GLIB は「アイルランド系アメリカ人の LGBT」というバナーを表示し、パレードに参加しようとした<sup>(77)</sup>。この場合、パレード参加者のなかで同性愛者の存在は「社会的承認を求めると」いうメッセージになる<sup>(78)</sup>。そこで多数意見は、本件でも同じように原告の存在が BSA にメッセージの発信を強制すると理解した。同性愛を正統だと是認するメッセージである。したがって、「同性愛の性行為に反対する意見を表明している団体の権利を著しく侵害する」と結論づけたのである<sup>(79)</sup>。

しかし、団体のメッセージと構成員のアイデンティティとの関係はそれほど単純でもない。この点について、反対意見（スティーヴンス裁判官）による批判が示唆的だったと思われる<sup>(80)</sup>。つまり、Hurley 事件と Dale 事件には共通点があるが、決定的な相違点もある。まず、Hurley 事件では GLIB には実際にメッセージを発信する意図があったことが重視された。

そうでなければ、パレード運営者は自らが望まないメッセージの承認を強制されたと主張できなかった。GLIB の存在自体がメッセージを発信しているという理解は「GLIB 自身が表現する意思をもってパレードに参加したがついていた」という事実と結びついていた。

それに対して、Dale 事件では「メッセージを発信する行為」はBSAに留まるという原告の存在だけであり、それが象徴的言論だとは必ずしも断定できない。「単なる『参加』が象徴的言論とみなされ、そのような『言論』が団体自身の表現行為と認められ、それゆえ団体はその『言論』を排除する権利をもつと解すれば、何か表現活動を行っているかどうかにかかわらず、言論の自由は人を排除する権利になってしまう」。多数意見の論理は、「同性愛者は他の人々と異なるので、その存在だけで他の人と違う修正第一条の特別な処遇を受けてもよい」ことを意味している。つまり、それは「人を同性愛者というラベルで固定すること」であり、そのラベル自体が「同性愛者の排除を意味するメッセージ」になっている<sup>(81)</sup>。

この反対意見には、ソーター、ギンズバーグ、ブレイヤーが参加している。彼らは Hurley 事件では全員一致で判決に参加していたことを考えると、本件の多数意見と反対意見の対立点は、二つの事例の事実の違いだったように思われる。つまり、Hurley 事件では GLIB がバナーを持っていたのに対して、Dale 事件の原告にはバナー（メッセージを発信する意思表示）がなかったことが決定的な差異だったといえよう。

以上の性的指向に関する二つの事例では、連邦最高裁のアプローチは、表現行為の意味（メッセージの内容と目的）について、団体の考えを尊重するものだった。信条に基づいて組織をつくっている団体が、その信条と異なる者を排除したいという場合には、表現的アソシエーションの権利を保護した。団体がステータス（変えられない属性）に基づいて構成員を排除する場合（性差別の事例）とは区別されている。しかし、このアプローチは CLS v. Martinez で転換された。Martinez 事件では、連邦最高裁は「アソシエーション」を「言論」の自由に統合して審査する過程で、個人



のステイタスと自発的に選択した信条との区別を曖昧化したのである。

### 3. 宗教的信条と構成員のアイデンティティ

Martinez 事件は、公立大学の差別禁止指針の適用に対して、宗教的信条によって結成された学生団体が修正第一条の権利を訴えた事例である<sup>(82)</sup>。

キリスト教法律協会 (Christian Legal Society, CLS) は、全米の法科大学院に支部をもつ非営利団体である。CLS が公立大学大学院 (the Univ. of California Hastings College of the Law) で学生団体の登録を申請したところ、大学は CLS の内部規則 (同性愛者を指導的地位から排除する趣旨) が差別禁止指針に違反しているとして申請を却下した。大学の登録制度では、公認されないと、学生団体は大学からの便益 (大学施設の利用や補助金受給など諸利益) をえられない。CLS は指針の適用除外を求めたが、大学は拒否したことから、連邦地方裁判所に提訴した。CLS は「言論と表現的アソシエーションの自由、宗教の自由、平等保護」に対する侵害を主張した。地区裁判所と巡回裁判所は指針を「合理的で観念に中立的な規制」だと説示し、連邦最高裁 (ギンズバーグ裁判官による多数意見) はパブリック・フォーラム論に基づいて指針を合憲とする結論を下した (5対4)<sup>(83)</sup>。

具体的には、多数意見は CLS の主張を統合し、指針を言論規制として審査する理由を次のように説明している。第一に、言論とアソシエーションは密接に結びついていること、第二に、表現的アソシエーションの規制に適用する厳格審査は限定的フォーラムの性質に反すること、第三に、登録制度による利益を求めなければ、CLS は会員を自由に選別できるので、団体の権利は制限されていないことである。Roberts 判決で定式化したように、表現的アソシエーションへの負担を「厳格に審査」するかわりに、多数意見はパブリック・フォーラムにおける言論規制に用いる審査枠組みを採用したのである<sup>(84)</sup>。

多数意見は限定的フォーラムに依拠して差別禁止指針を審査した。限定

的フォーラムでは合理的で観点到中立的な規制は許される<sup>(85)</sup>。つまり、多数意見は、学生団体が等しく扱われているかどうか、1) 指針の合理性、2) 観点到中立性を検討した。大学の指針が中立的だとしても、特定の少数者団体には負担になっているというCLSの主張に対しては、「宗教的信条に基づく学生団体」に及ぼす影響は「付随的な効果」にすぎないと応答し、結果的に多数意見は指針の合理性と中立性を肯定した。

ただ、本件でCLSが主張していた利益は、宗教的信条を共有し、価値観を確認すること、また、そのために宗教的行為の場所を確保することである。つまり、これは「信条や価値観に基づいて構成員を選別する権利」であり、「団体を維持する権利」である。先例がすでに審理したように、団体と異なる信条をもつ構成員の承認を強制することは、表現的アソシエーションに対する典型的な侵害の一つになる。しかし、言論の法理では、大学の指針がすべての学生団体に一律に適用されるかぎり、内容中立的な言論規制として審査される。「言論の自由」の枠組みでは団体の権利を適切に捉えることはできない<sup>(86)</sup>。

言論の法理によって規制の中立性を審査しながら、多数意見が意図的に軽視したのは「ステータスと信条の区別」だったと思われる。先例が判示した「自分の意思によらないステータス(属性)を根拠とした差別」と「自由に選択した信条(および信条から派生する行為)に基づく選別」の区別である。CLSは、大学の指針が「ステータスや信条に関係なく、いかなる学生についても、団体へ加入すること」を認めるように学生団体に求めている点を指摘し、「指針はステータスの差別を禁止するだけでなく、信条を理由とした排除を団体に認めていない」と主張したが、多数意見はこの主張を退けた<sup>(87)</sup>。

先例によれば、団体の信条に基づく選択が、かりに差別的だったとしても、政府は介入できないと考えられる。表現的アソシエーションの場合、私的団体が価値を共有できるかどうかを基準に構成員を選別することは差別ではないからである。しかし、多数意見はLawrence判決(2003)を引

用し、性的指向に起因した性行為に基づいて人を選別することは、性的指向に基づくステータスの差別に等しいと判示した。

「同性間の性行為が州法で違法とされている場合、法による宣言自体が同性愛者に対する差別の契機になる」<sup>(88)</sup>。

多数意見は「信条」の表出だった「行為」を「ステータス」の要素に転換したといえる。したがって、同性間の性行為に対する禁止は、ステータスとしての性的指向に対する差別になる。同性間の性行為を行う人を宗教的団体の会員資格から除外することは、同性愛という性的指向をもつ人を拒否することに等しい<sup>(89)</sup>。

多数意見は、ステータスと信条を識別するように大学に要求すれば、大学には過大な負担になるという。「学生団体が禁止されるステータスによる排除を信条に基づく外見で隠していないか」を、大学が判断するように求めるからである<sup>(90)</sup>。たしかにステータスによる差別と信条による差別を識別することが難しい場合もあるが、これまで連邦最高裁はさほど問題にせず、二分論で判断してきた。基本的には当事者の判断を尊重していたのである。

ステータスと信条の二分論は、変えられない属性（ステータス）に基づく不当な差別（差別する権利）を禁止しながら、思想・信条に基づく共同行為を保護する枠組みである<sup>(91)</sup>。先例では二分論によって思想、信条、宗教など、人々の多様性を保護しようとした。これを解消すれば、個人の思想、価値観、生活スタイルなど多様性を損なうおそれがある。しかし、多数意見はアソシエーションの法理の二分論を解消することによって、言論の法理において団体の言論活動の自由に対する個人の平等を比較衡量したものである。

## むすびにかえて

本稿では、アソシエーションの自律権としての「排除の権利」を、裁判所はどのように抑制しようとしたのかを検証した。若干の気づいた点をまとめて、むすびにかえたい。

本来的にはアソシエーションの自由とは、目的、方法、関係を問わず、他者と人間関係を形成する自由であり、その関係を拒否し、終了させる自由である。したがって、この自由の侵害は、公権力がアソシエーションをつくる（つくらない）ことを強制し、内部事項や内部構造に干渉するときに生じる。問題は、どのような場合であれば、公権力の干渉が許されるのか、また、それはいかなる理由によるのかである。

連邦最高裁は「親密」と「表現」という類型を導入し、他の公共的価値と比較衡量するための判断枠組みを設定した。裁判所は基本的にはこの枠組みによって表現的アソシエーションの保護範囲を論じてきた。具体的には、人種・ジェンダー・性的指向の差別に関わって、団体の自律権（排除・除名・追放など構成員を選別する権利）と差別禁止法を調整するときに、連邦最高裁は団体の目的や活動の性質が表現的かどうかを検討し、それによって保護する範囲を慎重に画定しようとしたのである。

性差別の事例では、私的団体が団体の中心的な信条・意見に反対する者を排除することは、団体の活動目的を維持する範囲で保護されるが、ジェンダーのような変えられないステイタスを理由とした「不当な差別」は、表現的アソシエーションの保護には不要だと解されてきた。信条とステイタスという区別が正当な選別と不当な差別に対応している。

たしかに自律権の濫用を抑制するためには、判例のように類型論に基づく方法が有効かもしれないが、いくつか問題点もあるだろう。まず、この類型論は団体の価値を言論の範囲に縮小させることで成り立っているので、アソシエーションの本来の価値を適切に評価できないという欠陥があ

る。また、ステイタスと信条の二分論については、ステイタスによる差別から個人を十分に保護できないという懐疑論や、両者を明確に区別できない事例をどのように理解するのかという問題もある<sup>(92)</sup>。性別と違って、性的指向の場合には、人のアイデンティティと信条との関係をどう理解するのか、見解も分かれうるからである<sup>(93)</sup>。これら本稿では十分に検討しなかった問題については次の課題としたい。また、アソシエーションの権利の濫用を抑制するための類型論によらない別のアプローチについても別の機会に検討することとしたい<sup>(94)</sup>。

## 注

- (1) See *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919); *Piercer v. United States*, 525 U.S. 239 (1920); *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 371 (1927); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 22-26 (1971).
- (2) *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. 609, at 618 (1984).
- (3) *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449, at 460; *Roberts*, 468 U.S. 609, at 622.
- (4) John D. Inazu, *The Unsettling "Well-Settled" Law of Freedom of Association*, 43 *Conn. L. Rev.* 149, 201-202 (2010).
- (5) トクヴィル (Alexis de Tocqueville) は多種多様な団体をつくるアメリカ人の習慣に着目し、アメリカの平等を論じた。民主政治に参加する方法として、これら私的な団体・人間関係の効用に注意を向けた。トクヴィル (松本礼二訳)、『アメリカのデモクラシー第一巻 (下)』38-58頁 (岩波書店、2005年)。
- (6) *Roberts*, 468 U.S. at 622; *Boy Scouts of Am. v. Dale*, 530 U.S. 640, at 647-48 (2000); Dale Carpenter, *Expressive Association and Anti-Discrimination Law After Dale: A Tripartite Approach*, 85 *Minn. L. Rev.* 1515, 1524-1534 (2001).
- (7) 「団体が自分たちで構成員資格を決める権利」は「団体の意見を定義することに等しい」。Roberts, 468 U.S. at 633 (O'Connor, J., concurring).
- (8) Dale, 530 U.S. at 648.
- (9) John D. Inazu, "Virtual Assembly", 98 *Cornell L.Rev.* 1093 (2013).
- (10) Andrew Koppelman and Tobias Barrington Wolff, *A Right to Discriminate?: How the Case of Boy Scouts of America v. James Dale Warped the Law of Free Association* (2009).

- (11) Ashutosh Bhagwat, *Associational Speech*, 120 *Yale L. J.* 978 (2011); Jason Mazzone, *Freedom's Association*, 77 *Wash. L. Rev.* 639 (2002).
- (12) *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. 609, 618 (1984).
- (13) 一定の小規模な非表現的アソシエーションは親密なアソシエーションとして保護されるが、その範囲は必ずしも明確ではない。親密なアソシエーションの起源と原理的な問題については、Kenneth Karst, *The Freedom of Intimate Association*, 89 *Yale L.J.* 624 (1980)；拙稿「合衆国憲法における『アソシエーション』の類型論」(中央学院大学法学論叢第58号、2022年)。
- (14) *N. Y. State Club Ass'n v. City of New York*, 487 U.S. 1, at 13 (1988).
- (15) *Boy Scouts of Am. v. Dale*, 530 U.S. 640, at 655 (2000).
- (16) Robert J. Bresler, *Freedom of Association (ABC CLIO, Inc., 2004)*, ch.3; Andrew Koppelman with Tobias Barrington Wolf, *A Right to Discrimination?* (Yale Univ. Press, 2009), ch.1; 拙稿「合衆国憲法における『アソシエーション』の権利の再解釈」(中央学院大学法学論叢第55号、2021年)。
- (17) *Lathrop v. Donohue*, 367 U.S. 820, 882 (1961) (Douglas, J., dissenting).
- (18) *Moose Lodge No. 107 v. Irvis*, 407 U.S. 163, 179-80 (1972) (Douglas, J., dissenting).
- (19) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 483 (1965).
- (20) *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226, 313 (1964) (Goldberg, J., concurring).
- (21) この時期の判例にはいくつか重要な転機がある。後述するように、1) 公民権法 (1964)、2) *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, 392 U.S. 409 (1968)、3) *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. 160 (1976) が特に重要であろう。
- (22) 42 U.S.C. §200; ただし、連邦最高裁は適用を除外された私的クラブの偽装については慎重に検討している。例えば、顧客に会員料金を課し、会員カードを配布していることを理由に、私的クラブだと主張した遊園地を私的クラブの偽装だと判示した。*Daniel v. Paul*, 395 U.S. 298, 301-02 (1969).
- (23) *Jones*, 392 U.S. at 444.
- (24) 42 U.S.C. §1982.
- (25) *Jones*, 392 U.S. at 441-442.
- (26) *Sullivan v. Little Hunting Park, Inc.*, 396 U.S. 229, 234-35 (1969); *Tillman v. Wheaton-Haven Recreation Ass'n*, 410 U.S. 431, 432, 437 (1973).

- (27) 公民権運動と教育制度について、ジェイムス・パターソン（枙岡宏成 訳）『ブラウン判決の遺産』（慶應義塾大学出版会、2010年）；大谷康夫『アメリカの黒人と公民権法の歴史』（明石書店、2002年）参照。
- (28) *Brown v. S.C. Bd. of Educ.*, 296 F. Supp. 199, 202-03 (D. S. C. 1968), 393 U.S. 222 (1968); *Poindexter v. La. Fin. Assistance Comm'n*, 275 F. Supp.833, 835 (E.D. La. 1967), 389 U.S. 571 (1968).
- (29) *Norwood v. Harrison*, 413 U.S. 455 (1973).
- (30) *Norwood*, 413 U.S. at 457.
- (31) *Gilmore v. City of Montgomery*, 417 U.S. 556, 567 (1974).
- (32) *Gilmore*, 417 U.S. at 572-573.
- (33) *Gilmore*, 417 U.S. at 574.
- (34) *Gilmore*, 417 U.S. at 575.
- (35) *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. 160 (1976).
- (36) *Runyon*, 427 U.S. at 175-176.
- (37) *Runyon*, 427 U.S. at 179.
- (38) その後、スチュアート裁判官はアソシエーションの権利を公民権法の 範囲を超える事例でも適用した。*Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977); *Democratic Party of the United States v. Wisconsin*, 450 U.S. 107 (1981).
- (39) *Carlos Ball, The First Amendment and LGBT Equality* (Harvard University Press, 2017), ch.5-6.
- (40) *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984).
- (41) 改正条項は、「財、サービス、設備、特権、利益、公共の施設の等しい 利用を、人種、肌の色、信条、宗教、障害、国籍、性別を理由にして、い かなる人にも否定してはいけない」と定めている (at 614-15)。
- (42) *Roberts*, 468 U.S. at 614-617.
- (43) プレナンの多数意見に、ホワイト、マーシャル、パウエル、ステー ヴンスが参加した。オコナーは同意意見を付し、レーンキストはこれに参 加した。バーガーとブラックマンは判決に参加しなかった。
- (44) *Roberts*, 468 U.S. at 622-623
- (45) *Roberts*, 468 U.S. at 623.
- (46) *Roberts*, 468 U.S. at 623.
- (47) 観点に中立的な規制であれば、団体（表見的アソシエーション）の言 論は制約されうる。*Board of Dirs. of Rotary Int'l v. Rotary Club of Duarte*, 481 U.S. 537 (1987); *New York State Club Ass'n v. City of New York*, 487

- U.S. 1 (1988).
- (48) Roberts, 468 U.S. at 624, 626.
  - (49) Roberts, 468 U.S. at 625.
  - (50) Roberts, 468 U.S. at 626-627.
  - (51) Roberts, 468 U.S. at 628.
  - (52) Bd. of Dirs. of Rotary In'l v. Rotary Club of Duarte, 481 U.S. 537 (1987).
  - (53) Rotary Club, 481 U.S. at 548.
  - (54) Rotary Club, 481 U.S. at 548-49.
  - (55) Rotary Club, 481 U.S. at 549.
  - (56) Roberts 判決には反対意見はなく、オコナー裁判官は同意意見を書いたが (468 U.S. at 631-40)、レーンキスト主席裁判官は意見を付さずに多数意見に同意した。Rotary Club 判決にも反対意見はなかった (481 U.S. at 550)。
  - (57) New York State Club Association v. City of New York, 487 U.S. 1 (1988).
  - (58) 「400名以上の会員が所属し、定期的に食事を提供・販売し、または事業のために非会員から支払いを受けている」団体は私的団体ではないこと、ただし、「慈善のための友愛組織または宗教法人を除く」ことが定められた (487 U.S. at 6-7)。
  - (59) NY State Club, 487 U.S. at 6.
  - (60) NY State Club, 487 U.S. at 13-14.
  - (61) 後述する Dale 判決のステイヴンス裁判官による反対意見を参照。Dale, 530 U.S. at 691-694.
  - (62) Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston (GLIB), 515 U.S. 557 (1995).
  - (63) Hurley, 515 U.S. at 570.
  - (64) Hurley, 515 U.S. at 570.
  - (65) Hurley, 515 U.S. at 572-573.
  - (66) Hurley, 515 U.S. at 580.
  - (67) Hurley, 515 U.S. at 574-575.
  - (68) Hurley, 515 U.S. at 574.
  - (69) Boy Scouts of Am. v. Dale, 530 U.S. 640 (2000).
  - (70) 新聞記事は、10代の同性愛者には積極的なロールモデル、つまり「受け入れて、支援のネットワークと友達をくれるコミュニティ」が必要だと



- 論じる内容だった。Dale, 530 U.S. at 644, 646.
- (71) BSA の親密なアソシエーションの側面について、以下を参照。John C. O'Quinn, *How Solemn is the Duty of the Mighty Chief: Mediating the Conflict of Rights in Boy Scouts of America v. Dale*, 24 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 319, 352-64 (2000).
- (72) Dale, 530 U.S. at 645, 661.
- (73) Roberts, 468 U.S. at 622.
- (74) Dale, 530 U.S. at 648.
- (75) Dale, 530 U.S. 649.
- (76) Dale, 530 U.S. at 653.
- (77) Hurley, 515 U.S. at 570.
- (78) Hurley, 515 U.S. at 574.
- (79) Dale, 530 U.S. at 659.
- (80) Dale, 530 U.S. at 694 (Stevens, J., dissenting).
- (81) Dale, 530 U.S. at 696 (Stevens, J., dissenting).
- (82) *Christian Legal Society Chapter of the Univ. of Cal. v. Martinez*, 561 U.S. 661 (2010).
- (83) 判決にはステイーヴンスとケネディの同意意見のほかに、アリーの反対意見が付された。パブリック・フォーラム論をどう適用するのか、意見が分かれたが、すべての裁判官は「言論の自由」の審査枠組みを採用することでは一致した。
- (84) *Martinez*, 561 U.S. at 680.
- (85) 限定的フォーラムは言論活動に開かれているが、人や主題を限定するなど一定の制約がある点が特徴である。
- (86) Erica Goldberg, *Amending Christian Legal Society v. Martinez: Protecting Expressive Association as an Independent Right in a Limited Public Forum*, 16 *Tex. J. on C.L. & C. R.* 129 (2011); Alan Brownstein and Vikram Amar, *Reviewing Associational Freedom Claims in a Limited Public Forum: An Extension of the Distinction Between Debate-Dampening and Debate-Distorting State Action*, 38 *Hastings Const. L. G.* 505 (2011); 拙稿「合衆国憲法における「アソシエーション」と言論条項」(中央学院大学法学論叢第57号、2022年)。
- (87) *Martinez*, 561 U.S. at 688.
- (88) *Martinez*, 561 U.S. at 689, quoting *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 575 (2003).

- (89) See Julie A. Nice, *How Equality Constitute Liberty: The Alignment of CLS v. Martinez*, 38 *Hastings Const. L. Q.* 631, at 670 (2011); Max Kanin, *Christian Legal Soc’y v. Martinez: How an Obscure First Amendment Case Inadvertently and Unexpectedly Created a Significant Fourteenth Amendment Advance for LGBT Rights Advocates*, 19 *AM. U.J. Gender Soc. Pol’y & L.* 1317, 1324-26 (2011).
- (90) *Martinez*, 561 U.S. at 688.
- (91) Luke. C. Sheahan, *Why Associations Matter: The Case for First Amendment Pluralism*, ch.3 (University Press of Kansas, 2020), ch.3.
- (92) Chai R. Feldblum, *Moral Conflict and Liberty: Gay Rights and Religion*, 72 *Brook. L. Rev.* 61, 104 (2006).
- (93) Jessica Knouse, *From Identity Politics to Ideology Politics*, 2009 *Utah L. Rev.* 749; Julie A. Nice, *How Equality Constitute Liberty: The Alignment of CLS v. Martinez*, 38 *Hastings Const. L. Q.* 631 (2011).
- (94) さしあたり、Paul Horwitz, *First Amendment Institutions* (Harvard University Press, 2013), ch.9.