

私的団体による差別と結社の自由

木 下 智 史

はじめに Boy Scouts of America v. Dale 判決の意味するもの

第一章 私的団体による差別事例に対する判断枠組み Roberts v. United States Jaycees 判決再訪

第二章 私的団体の結社の自由と構成員決定

第三章 結社と国家をめぐる論点

むすびにかえて

はじめに Boy Scouts of America v. Dale 判決の意味するもの

合衆国連邦最高裁は、一九九九年開廷期も終わろうとする、二〇〇〇年六月二八日、ボーイスカウトが同性愛者を排除できるかどうか争われていた Boy Scouts of America v. Dale 事件 (120 S. Ct. 2446 [2000]) において、五対四の僅差でボーイスカウト側の勝訴判決を下した。この事件は、ボーイスカウト内々 Eagle Scout の称

号を得、成人指導者の地位にあった James Dale が同性愛者であることを公表し、同性愛者の権利擁護運動に積極的に関わりはじめたため、ボーイスカウト側が Dale の会員資格を剥奪したことを発端とする。Dale は、ニュージャージー州裁判所に出訴し、ボーイスカウトによる会員資格剥奪が州公衆利用施設法 (public accommodation act) に違反すると主張した (Dale はコモンロー違反も主張していたが、州裁判所は、独自に判断する必要がないとして、その主張を斥けている)。ニュージャージー州最高裁は、Dale の主張を認容し、ボーイスカウトの会員資格剥奪が州公衆利用施設法に違反すると判示した上で、同法の適用がボーイスカウト側の結社の自由の侵害となるとの主張を斥けた (160 N. J. 562, 734 A. 2d 1196 [1999])。連邦最高裁では、州公衆利用施設法をボーイスカウトに適用することが修正一条に反しなかが争点となった。

法廷意見を執筆したレーンキスト長官は、ボーイスカウトの「誓い」と「規約」をもとに、ボーイスカウトが一定の価値体系に基づく表現活動を行う結社であるとし、「団体がその意に反する者を受け入れることを州法により強制されれば、集団の公的・私的見解の唱道が重大な影響を被るかどうか」を、「表現的結社の自由」を侵害するかどうかの基準として設定した。レーンキスト長官は、ボーイスカウトが同性愛についてかねてからその理念に反するとの立場をとっており、公然たる同性愛者である Dale を指導的地位につけておくことは団体の同性愛についての見解に重大な影響を与えると述べ、同性愛者を排除できなければボーイスカウトの「表現的結社の自由」が侵害されるとの結論を下した。

本判決は、事案の内容がボーイスカウトと同性愛者との争訟であったことから、ある種、際物的な興味から世間の注目を浴びたという点は否めないが、憲法上も極めて興味深い問題を提起している。まず、本判決を直接的に同性愛者の権利がどこまで認められるかという側面からみることができ、本判決の法廷意見に加わったのが、

レーンキスト長官以下、オコナー、スカリア、ケネディ、トーマス判事という保守派であり、反対意見を述べたのが、現在の最高裁内部においてリベラル派を形成するステイブンス、スーター、ギンズバーグ、ブライヤー判事であることをみれば、同性愛の承認をめぐる保守派とリベラル派の対立という図式で本判決をとらえるのが一般的な見方であろう。⁽¹⁾

また、本判決は、各州で私人間における人種・性別・性的嗜好による差別を是正するための強力な推進役を担ってきた公衆利用施設法の適用拡大傾向に歯止めをかけようとするものとみられることもできる。しかも、その理由付けは私的団体の「表現的結社の自由」の主張を比較的緩やかに認めるものであり、青年商工会議所 [Jaycees] による女性の会員資格制限について結社の自由の主張を否認した *Roberts v. United States Jaycees* 判決 (468 U. S. 609 [1984]) や、ロータリークラブにおける女性会員排除を結社の自由により正当化されなかった *Rotary International v. Duarte* 判決 (481 U. S. 537 [1987]) との整合性が問題とされよう。公衆利用施設法に、性的嗜好による差別の禁止をも含めている州はいくつかあるが、ポイスカウトなどの私的団体に適用を認めているのは現在のところニュージャージー州のみであり、本判決の短期的な射程はそれほど広くないということもできようが、⁽³⁾ 本判決は今後の各州における立法動向やその適用をめぐる州裁判所の判決動向にも影響を与えずにはおかないだろう。

さて、本稿は、本判決に、より大きな文脈の中で、すなわち私的団体による差別に対する公権力の対応のあり方に焦点をあてるきっかけとして、注目してみたい。私的団体や私人による差別に対して、公権力がどのように対応するかは、合衆国において古くて新しい問題である。建国期からの宿願の問題であった奴隷制そのものも私人による人種差別という側面をもっていたが、南北戦争と再建期、そして二〇世紀に入ってから公民権運動の

前進の中で常に争われてきたのも、私的な（とされてきた）関係における人種差別に対して公権力はどこまで介入しうるかという点であった。修正一四条に基づく連邦議会と連邦裁判所による権利救済にはともにステート・アクション要件により、当該人種差別と州とのなんらかの関わりがなければならぬとされる。州と人種差別を行う私人との関わりが濃淡により、連邦裁判所と連邦議会の介入の是非を判断していかうとする判断枠組みには、もちろん連邦制という要素が関わっているが、同時に、私人による差別を救済しなければ権利救済は実質的に無意味なものとなってしまうという現実認識と、私人間の紛争に公権力が介入することに対する限界をどこかに設定しなければならぬという考慮が、個々の要件判断の背後に働いている。⁽⁴⁾

差別的な私的団体と公権力の対応という問題が、近年とりわけ注目を浴びてきた背景には、合衆国において、結社・中間団体をめぐる新たな状況が現出していることによる。アレクシス・トックビルが『アメリカの民主主義』で「アメリカ人はその年齢・階層・思想の如何を問わず、絶えず団体をつくる」との観察に基づいて、民主主義と結社活動の活発さとの関係を指摘したことは広く知られている。⁽⁵⁾しかし、Robert D. Putnamによれば、近年、教会や労働組合をはじめ、トックビルが「公民的徳の苗床」「民主主義の学校」と呼んだ伝統的な二次的結社への市民の参加は低下し、人付き合いすら好まない人々が増えている一方で、ラジカルな宗教セクトや白人至上主義団体など反自由主義的・反民主主義的結社の増殖傾向が見られるとされる。⁽⁶⁾民主主義を補完するものとみなされてきた結社の衰退と、自由主義・民主主義を奉じない結社の台頭は、「市民社会」の危機であり、民主主義にとっても由々しい状況といえる。

また、急速に多民族国家化しつつある合衆国において、文化の多様性を認める多文化主義の主張が有力に唱えられつつあることも集団と国家との関係についての関心を高めるきっかけになっている。人種や民族ごとに形成

される集団の多くはその固有の文化を維持しており、その組織のあり方が自由主義や民主主義の原則に反することも少なくない。多文化主義の動きは、伝統的なりベラルの立場からも、「アメリカを分裂させるもの」と警戒的に捉えられており、文化の多様性を尊重して自由主義・民主主義原則に矛盾する団体のあり方も尊重していくのかどうか重大な問題となりつつある。

私的団体による差別と、平等を実現しようとする公権力との対抗を「リベラリズムの古典的パラドックス」と呼んだのは、Lawrence Tribeである。彼は、社会学者 Robert A. Nisbet を引きながら、「中間団体・共同体の構成員を解放するという名の下で、中間団体・共同体の権威を破壊することは、個人と国家の間の緩衝を破壊するだけであり、個人を国家の専制の奴隷とする危険性がある。〔他方で〕、人の生活を支配しようとする中間団体・共同体に人を埋没させることは、個人が階層的・抑圧的な社会構造のなすがままに置かれる危険を生じる」と述べた。⁽⁸⁾ また、Amy Gutmann は「すべての結社の活動がリベラル・デモクラシーに不可欠であるとの主張は、結社の自由が個人の自由の不可欠な部分であるとの主張よりも論争的である」と述べる。⁽⁹⁾ すなわち、リベラル・デモクラシーに敵対的な結社の活動をリベラル・デモクラシー国家は規制しうるか、あるいは、自由や平等といったリベラル・デモクラシーの価値を承認しない結社に対して、国家がそうした価値を強制しうるかという難問が提起されるからである。これは、リベラル・デモクラシーの活性化は、それがどんな結社であっても人々ができただけ結社に積極的に参加することによりもたらされるのか、反リベラルな価値をもつ結社に人々が参加することとはリベラル・デモクラシーの体制をかえって危うくするのか、という問題である。そこには現代国家における自発的結社のはたす機能、多元主義的か個人主義的かといった結社観をめぐる対立など、極めて複雑な問題が絡んでいる。

(一) David G. Savage, *Exclusionary Club*, A. B. A. J. Aug. 2000, at 40. なお、ボーイスカウトによる同性愛者の排除が問題となった事例については、カリフォルニア州最高裁は、ボーイスカウトが同州公衆利用施設法の適用対象である business establishment ではないとの理由で、同性愛者を成人会員として認めないとしたボーイスカウト側の主張を支持している (Curran v. Mount Diablo Council of the Boy Scout of Am., 952 P. 2d 218, 220 [Cal. 1998])。また、カンサス州においても、ボーイスカウトへの州公衆利用施設法の適用は否定された (Seabourn v. Coronado Area Council, Boy Scouts of America, 891 P. 2d 385 [Kan. 1995])。一方、コネチカット州最高裁は、ボーイスカウトが州公衆利用施設法の適用対象となるべきことを認め (Quinnipiac Council, Boy Scouts of Am., Inc. v. Commission on Human Rights and Opportunities, 528 A. 2d 352 [Conn. 1987])、シカゴ市人的関係委員会 (Chicago Commission on Human Relations) も、ボーイスカウトにも同性愛者の雇用拒否が同市人権条例に違反するとの判断を示している (Richardson v. Chicago Area Council of the Boy Scouts of Am., No. 92-E-80, 1996 WL 734724, at 1 (Chi. Comm'n Hum. Rel. Feb. 21, 1996), *aff'd*, No. 96 CH03266, at 1 (Ill. Cir. Ct. Cook County Aug. 12, 1999))。また、ボーイスカウトが無神論者の入会を認めなかったことについては、第七巡回区連邦控訴裁は、ボーイスカウトが一九六四年公民権法タイトルIIにいう「公衆利用施設」にあたらざり、もし「公衆利用施設」に当たるとしても私的クラブへの免責が適用されると判示している (Welsh v. Boy Scouts of Am., 993 F.2d 1267, 1278 [7th Cir. 1993])。

(二) 各州の公衆利用施設法は、人種・宗教・出身国を理由とする公衆利用施設への差別を禁止した一九六四年公民権法タイトルII (Title II of the Civil Rights Act of 1964 [42 U. S. C. §2000 (a) (1976)]) を更に拡大して、対象とする差別理由に年齢、障害、性別、性的嗜好などによる差別を含めたり、適用対象となる「公衆利用施設」の範囲も広く規定・解釈される傾向にある。たとえば、ニュージャージー州公衆利用施設法は、野球のリトルリーグにも適用が認められてくる (see e.g., National Org. for Women v. Little League Baseball, Inc., 318 A. 2d 33, 37-38 [N. J. Super. Ct. App. Div. 1974])。See generally Lisa Gabrielle Lerman & Annette K. Sanderson, *Project, Discriminatio-*

tion in Access to Public Places: A Survey of State and Federal Public Accommodation Laws, 7 N. Y. U. REV. L. & SOC. CHANGE 215 (1978).

また、私的団体による差別の問題を採りあげた初期の論稿は、主に連邦公民権法と各州公衆利用施設法における私的クラブの適用免除条項をめぐる論争である。See e. g., Note, *Discrimination in Private Social Clubs: Freedom of Association and Right to Privacy*, 1970 DUKE L. J. 1181, 1219-20 (私的社交クラブのビジネスに関する影響力に鑑み、人種による差別を禁ずる公衆利用施設法が適用されるべきかと主張); Note, *Sex Discrimination in Private Clubs*, 29 HASTINGS L. J. 417, 418-20 (1977) (私的クラブからの女性の排除が女性の地位向上を妨げつつあると主張); Michael M. Burns, *The Exclusion of Women From Influential Men's Clubs: The Inner Sanctum and the Myth of Full Equality*, 18 HARV. CIV. R.-CIV. L. L. REV. 321, 323 (1983) (女性をメンバーリテューとして職業上の前進の最後の障壁が、権威ある私的クラブに入会できないことであると指摘); Catharine M. Goodwin, *Challenging the Private Club: Sex Discrimination Plaintiffs Barred at the Door*, 13 SW. U. L. REV. 237 (1982).

(c) See Savage, *supra* note (1) at 40. 本判決をめぐって評釈(それぞれ州最高裁判決段階のもの)として以下のものを参照。See Marissa L. Goodman, *A Scout is Morally Straight, Brave, Clean, Trustworthy... And Heterosexual? Gays in the Boy Scouts of America*, 27 HOFSTRA L. REV. 825 (1999) (ネーヘスカウトによる同性愛者の排除を州公衆利用施設法の適用により規制して、同会の表現的結社の自由を侵害しないこと主張); Karen L. Dayton, Dale v. Boy Scouts of America: *New Jersey's Law Against Discrimination Weighs the Balance Between the First Amendment and the State's Compelling Interest in Eradicating Discrimination*, 16 GA. ST. U. L. REV. 387, 427 (1999) (ネーヘスカウトへの州公衆利用施設法の適用を支持)。But see Paul Varela, *A Scout Is Friendly: Freedom of Association and the State Effort to End Private Discrimination*, 30 WM. & MARY L. REV. 919, 955 (1989) (ネーヘスカウトへの性差別禁止法の適用に反対)。See also Stephen P. Warren, *Of Merit Badges and Sexual Orientation: The New Jersey Su-*

- preme Court Balances the Law Against Discrimination and the Freedom of Association in Dale v. Boy Scouts of America*. 30 SETON HALL L. REV. 951 (2000); Michelle L. Carruso, Dale v. Boy Scouts of America and Monmouth Council: *New Jersey's Attempt to Define Places of Public Accommodation and Remedy the "Cancer of Discrimination"*, 49 CATH. U. L. REV. 823 (2000). See generally Joseph William Singer, *No Right to Exclude: Public Accommodations and Private Property*, 90 NW. U. L. REV. 1283 (1996).
- (4) 拙稿「私人間における人権保障と裁判所——ステート・アクション論に関する覚書——」神戸学院法学一八巻一・二号七九頁以下、一三〇—四〇頁（一九八七年）参照。
- (5) アレクシス・ド・トクヴィル（岩永健吉郎・松本礼二訳）『アメリカにおけるデモクラシー』一〇五頁（研究社叢書 一九七二年）。
- (6) ROBERT D. PUTNAM, *BOWLING ALONE: THE COLLAPSE AND REVIVAL OF AMERICAN COMMUNITY* 27, 31-180 (2000).
- (7) See ARTHUR M. SCHLESINGER, JR., *THE DISUNITING OF AMERICA: REFLECTIONS ON A MULTICULTURAL SOCIETY* 16-18 (1992).
- (8) LAWRENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* §15-4, at 898 (1978).
- (9) Amy Gutmann, *Freedom of Association: An Introductory Essay, in FREEDOM OF ASSOCIATION* 3, 18 (AMY GUTTMANN ed., 1998).

第一章 私的団体による差別事例に対する判断枠組み

Roberts v. United States Jaycees 判決再訪

私的団体による構成員決定の自由と平等保護との対抗に関わるリーディング・ケースは、Roberts v. United States Jaycees 判決 (468 U. S. 609 [1984]) である。⁽¹⁾

この事件は、青年実業家の団体 Jaycees が女性会員に正会員資格を認めず、投票権や役員となる資格をもたない「準会員資格」しか認めていなかったことから生じた。全国組織の方針に反して、女性の正会員資格を認めた地方支部と、それを認めない全国組織との対立は、公衆利用施設における差別を禁じた州人権法を Jaycees に適用することが結社の自由の保障に反しないかという形で、連邦最高裁の判断を仰ぐこととなった。最高裁の判断は結論としては全員一致で結社の自由侵害を認めなかったが、その理由付けは二つのアプローチに分かれた。ブレナン判事の法廷意見は、判例において憲法上の保護を与えられてきた結社の自由を、「親密な結合」の保障と、「表現的結社の自由」とに分けた。そして、Jaycees はその規模の大きさと入会にあたって性別以外にはまったく選考が行われないことから、「親密な結合」としての保障は受けず、Jaycees の行う表現活動と性別による入会制限との間との関連が薄いことから、女性の入会を認めても表現活動が阻害されるとはいえず、「表現的結社の自由」の侵害も生じないとされた。これに対して、オコナー判事は、「親密な結合」についての判断については法廷意見に同意したものの、「表現的結社の自由」の判断手法については不適切であると批判し、「もっぱら表現的な結社」には完全な憲法上の保護が及び、「商業的な結社」には修正一条の保障が及ばないとする、よりカテゴリーカルなアプローチを提唱した。

連邦最高裁は、Roberts 判決以降、私的団体による差別をめぐる紛争について、基本的に同判決の枠組みにしたがって判断を下してきた。まず、ロータリークラブ全国理事会が女性に会員資格を認めないことと性差別を禁ずるカリフォルニア州公衆利用施設法 (Unruh Civil Rights Act) の適用が争われた Board of Directors of Rotary International v. Rotary Club of Duarte 事件 (481 U. S. 537 [1987]) について、連邦最高裁は、ロータリークラブに州公衆利用施設法を適用し、入会にあたって性差別をしてはならないとしても、同クラブの結社の自由を侵害しないと判示した。法廷意見を執筆したパウエル判事は、結社の自由を「私的結合の自由」と「表現的結社の自由」とに分類し、ロータリークラブは、その規模の大きさ、排他性・選択性の低さからみて、「私的結合の自由」によって保護されるとはいえず、ロータリークラブのこれまでの活動からみて、女性の入会により会の活動が妨げられたり、活動内容の変更が余儀なくされたりすることはないとして、「表現的結社の自由」侵害の主張も認めなかった。⁽²⁾

また、人種・信条・性別による公衆利用施設の差別を禁ずる「ニューヨーク市人権法」がその改正により私的クラブにも適用されるようになったことから、同市内の私的クラブの連合体が同条例が修正一条に違反し文面上無効であると主張して出訴した New York States Club Association, Inc. v. City of New York 事件 (487 U. S. 1 [1988]) においても、連邦最高裁は同条例の合憲性を支持した。⁽³⁾⁽⁴⁾ 先にみた Boy Scouts 判決も、Roberts 判決の枠組みに基本的には従いながら、「表現的結社の自由」侵害の認定基準をやや緩和して適用したものと評価することができよう。

私的団体による構成員決定にあたっての差別事例について、Roberts 判決以来、連邦最高裁判例によって形成されてきた準則は、次のようにまとめることができる。まず、当該団体の規模、入会にあたっての選別の厳しき、

排他性によって、「親密な結合」(あるいは「私的な結合」)にあたることを評価されれば、私的団体の構成員決定の自由は無条件で保護される。次に、当該団体がなんらかの表現的活動を行っておれば、一応「表現的結社の自由」の保障対象となるが、構成員決定の自由の制約(すなわち団体の意向に反する者の入会)により当該団体の表現活動の内容に影響が現れたり、表現活動に重大な支障が生ずる場合に、はじめて「表現的結社の自由」に対する「重大な負担」があるときみなされる。そのうえで、その「重大な負担」を正当化しうる「やむにやまれぬ政府利益」があるかどうか、より制限的でない他の代替手段がないかどうかという修正一条の権利侵害に対する審査基準が適用される。

以上のような連邦最高裁の判断枠組みに対しては、いくつかの問題点が指摘されている。まず、「親密な結合」について、ブレナン判事は、規模、構成員の選択度、親密さという指標を挙げたが、そのすべての指標を満たす集団は少なく、規模が大きいながら極めて排他的な集団が保障の対象とならないなど、その保護対象があまりにも狭く、結局は、私的団体のほとんどがその保護対象から外されてしまうことについて疑問視する見解が出されている⁽⁶⁾。また、「表現的結社の自由」の判断枠組みについても、公権力による結社の自由侵害の理由付けを問う、実体的な利益衡量に至る手前で、団体のメッセージへの影響の有無^{||}結社の自由の侵害の有無のレベルで問題を形式的に処理してしまうという効果をもっている点、排除された人々の加入により結社のメッセージの内容が変更するかどうかという不確定要素の多い判断を裁判所が行うことになる点から、審査基準としての妥当性に疑問が提出されている⁽⁶⁾。

ともあれ、Roberts判決の判断枠組みは、家族から宗教団体、政党まで多種多様なものを含む、結社(結合)関係における構成員決定の制約の是非を判断するにあたって、個々の事例で妥当な結論を導くための、それなりに

巧みな準則といふことができる。しかし、同じく結社（関係）のありように決定的な意味をもつと思われる構成員決定の問題を扱いながら、「親密な結合」と「表現的結社」との間でまったく判断方法が異なることには、あまりにも技巧的であるとの違和感を感じるとともに、当該事件における結社の自由侵害をめぐる本質的問題が回避されてしまうとの印象が拭えない。解釈論的に結社の性質論に基づく判断基準の差異化が必要となるとしても、結社にとって構成員決定がもつ意味、国家が結社の構成員決定に干渉する形態とその根拠について一般的に扱う議論、すなわち結社の自由の本質と限界に関する一般論も必要であるように思われる。

(一) それまで結社強制の問題は、もっぱらユニオンショップの是非 (Railway Employees' Dept v. Hanson, 351 U. S. 225 [1956])、弁護士会 (Lathrop v. Donohue, 367 U. S. 820 [1961]) などの強制加入結社の問題として論じられてきた。もともと、初期の判例として、労働組合が組合員加入にあたって人種差別を行ってはならない旨を定めるニューヨーク法の合憲性が争われた *Railway Mail Ass'n v. Corsi* 判決 (326 U. S. 88 [1945]) がある。

(二) *See e.g.*, *Note*, *Rotary International v. Duarte: Limiting Associational Rights to Protect Equal Access to California Business Establishments*, 19 *PAC. L. J.* 399, 420 (1988) (ロータリークラブの結社の自由の主張を否定した判決を支持); *Note*, *Rotary International and Freedom of Association: Better Late Than Never*, 15 *WEST. ST. U. L. REV.* 217, 237 (Rotary 判決が基本的に踏襲した); *Roberts* 判決の判断枠組みは、立法の必要性に重点を置かずに、結社のメッセージを見解の評価を伴った問題点を指摘する。

(三) *See e.g.*, *D. Keith Scott, Jr.*, *New York State Club Association v. City of New York: A Statutory Presumption Against Privacy*, 23 *GA. L. REV.* 569, 594 (1989) (ニューヨーク市条例には立法技術上の難点がある点を指摘しつつ)、判決は差別解消に積極的意義を認めつつも、評述); *Kurt Frederick Overhardt*, *New York State Club Association, Inc. v. City of New York: As "Distinctly Private" Is Defined, Women Gain Access*, 66 *DENVER U. L. REV.*

109, 120-21 (1988) (私的クラブを女性に解放することにより、女性のビジネスの機会の均等が実現されるとの理由で判決を支持)。クラブ連合の側が当該条例を文面上無効の法理により攻撃したことにより条例の問題が十分吟味されなかった点を指摘する論稿もあつた。See also Isabelle Moussett, *New York State Club Association v. City of New York: Private Club Sex Discrimination*, 91 W. Va. L. Rev. 503, 516-517 (1989); Case Comment, 66 U. DETROIT L. REV. 541, 554 (1989).

(4) Roberts 判決以降の連邦最高裁判決の流れについては、岩浅昌幸「“Freedom of Intimate Association”に関する一考察」筑波法政一四号五二四頁以下(一九九一年)、同「アメリカ合衆国における『表現のための結社の自由』」筑波法政一三号二〇七頁以下(一九九〇年)、拙稿「アメリカにおける『結合の自由』の概念」阿部還曆『人権の現代的諸相』一五六頁以下(有斐閣 一九九〇年)参照。

(5) Deborah L. Rhode, *Association and Assimilation*, 81 Nw. L. Rev. 106, 117-18 (1986) (Roberts 判決の「親密な結合」の判断枠組みが排他性によつて実現される価値を評価してふなご批判する)。

(6) Douglas O. Linder, *Freedom of Association After Roberts v. United States Jaycees*, 82 Mich. L. Rev. 1878, 1894 (1984). But see William P. Marshall, *Discrimination and the Right of Association*, 81 Nw. U. L. Rev. 68, 80 (1986) (結社の自由はそれ自身が保護されるものではなく、他の憲法上の利益を促進するメカニズムとして保護されているにすぎないとして、構成員の排除と組織の唱道するメッセージとの直接的関係を要求する Roberts 判決の「表現的結社の自由」判断を支持)。See also Note, *State Power and Discrimination by Private Clubs: First Amendment Protection for Nonexpressive Associations*, 104 HARV. L. REV. 1835 (1991) (修正一条が言論の自由だけでなく「集会の権利 (the right of assembly)」を保障してふなごから、構成員決定に対する修正一条の保護は、表現的結社に限られず、非表現的結社にも及ぶと主張)。さらに、Rhode は、女性の入会によつて団体の表現活動が影響を受けない限りで入会が認められる、との Roberts 判決の判断基準は、入会の対価として女性に同化の約束を求めるものとなる

指摘する (see Rhode, *supra* note (5), at 119.)。

第二章 私的団体の構成員決定に対する国家介入の是非

一 結社の自由と構成員決定

結社が自らの構成員を決定できる自由が結社の自由の核心的部分にあたることはいうまでもない。すなわち、結社の自由は排除する自由を当然の前提として⁽¹⁾いる。他方で、L. Tribe が「結社の権利の二重性」と呼んだように、⁽²⁾他者を排除する自由は必然的に他者の自由の制限となる。したがって、団体の側の排除する自由の全面的な承認は排除される者の結社の自由の全面的な否定となるし、結社への入会を全く自由に認めることは、団体の結社の自由を全否定することになる。別の言い方をすれば、結社への加入・結社からの排除について、結社にほとんど自律性を認めず、国家⁽³⁾多数者に不当に大きな結社の規制権限を認めてしまう立場と、国家⁽³⁾多数者に不当に狭い権限しか認めず、ほとんどを結社の自律性に委ねるとの両極論が想定される。そこで、両極論の間において、結社の構成員決定権に基づく排除について、どのような場合に許されるか、あるいは政府がどのような場合に結社の構成員決定に干渉しうるかを整理することが必要となる。⁽³⁾その一つの回答が、前章でみた Roberts 判決の判断枠組みであった。

二 結社の自由と司法介入の是非

私的団体が意に添わない者を除名あるいは入会拒否などの形で排除する場合、その紛争は団体の内部紛争と評価すべき場合が多い(実際、前章でみた Roberts 事件、Rotary International 事件のいずれも、全国組織と地方

組織間の会員政策をめぐる内部紛争という性格をもっていた。そこで、まず裁判所が私的団体の内部紛争に介入すべきかどうかという点が問題となる。⁽⁴⁾

しかし、私的団体の内部紛争であっても、個人の権利に深刻な影響を与える場合には司法介入が認められる。⁽⁵⁾とりわけ私的団体の行為がステート・アクションとみなされ、当事者の憲法上の権利侵害が認められれば、連邦裁判所は裁判管轄権を持つ。⁽⁶⁾したがって、個人が自らを排除した団体を訴える場合、当該団体による排除がステート・アクションとみなされるかどうか司法介入の是非を決定する鍵の一つとなる(たとえば、Moose Lodge No. 107 v. Ivvis, 407 U. S. 163 [1972]では、私的な社交クラブが黒人にサービスを提供しないことがステート・アクションにあたらないとされ、修正一四条違反の主張が認められなかった)。また、団体の内部関係について規律する制定法がある場合も、当該制定法の解釈適用を手がかりに司法介入がなされることも確立されている。⁽⁷⁾「はじめに」でみたように、近年では各州で公衆利用施設法の制定が進み、人種や性に関する私的団体の差別の方針を州法違反として主張することも可能となっており、司法介入自体を排除する例はみられない。団体の内部紛争への不介入論は、私的団体についての法的規制が進行するにつれて、あまり問題とされることがなくなっている。

三 結社の自由に基づく国家介入への反対論

したがって、近年では、私的団体による差別という問題への対応は、より実体的な土俵で争われることとなる。すなわち、Roberts 判決や Boy Scouts 判決のように、私的団体による差別を禁止する制定法の援用をめぐって、排除される者の側の平等保護の主張と、私的団体の側の結社の自由が対抗することとなる。

もっとも、私的団体による差別が論じられる場合、人種や性別による差別の解消という目的のためには結社の

自由も制約を受けるとされたり、私的クラブの「公的」性格あるいはビジネス・エスタブリッシュメントとしての性格の強調により、結社の自由の保障範囲を限定したりして、結論的には構成員決定への政府の干渉が正当化されるのが常である。⁽⁸⁾ Roberts 判決において定式化された判断枠組みも、結社の自由の保障範囲の限定（「親密な結合」と「表現的結社」の二分論）と利益衡量（「表現的結社の自由」制約についての厳格審査の適用）の組合せによって、私的団体の結社の自由の制約を正当化する試みである。自発的結社による差別的な入会方針の是正を求める立場は、私的な結社内において差別的な慣行が行われることが公的な関係における差別的意識につながるという点、すなわち「私的な生活と公的な生活との連続性」を重視する。これに対して、近年、結社の自由の意義をより重視する立場から、私的団体による差別に対する国家の介入に反対する主張が現れている。

Nancy Rosenblum は、構成員加入についての結社による自由な決定権を重視する立場から、リベラル・デモクラシーにおいては、自発的結社の構成員加入の方針に政府が介入することは、たとえそれが差別的な加入方針の是正のためであっても許されないと主張する。⁽⁹⁾ 自発的結社の内部規範が公的な規範と一致しないことは常に起りうるが、Rosenblum によれば、結社はその起源を所屬と排除とのダイナミズムに拠っており、リベラル・デモクラシーは、自発的集団内部の規範と公的規範とが一致しないことについて、それを容認しているだけでなく、要求してさえもいる、とされる。⁽¹⁰⁾

もともと Rosenblum も、Roberts 判決で問題となったような差別的な入会方針が常に許されるとするわけではない。Rosenblum によれば、自発的結社の構成員加入方針に対して公的介入が正当化されるのは、当該結社からの排除が市民を二級市民の地位に貶める場合のみであるとされる。Roberts 判決の事実関係に当てはめれば、Jaycees 内部における二級会員であることが公の社会における二級市民性と結びついていることが、Jaycees に

女性の正会員資格を認めるよう強制することの根拠となる。しかし、Rosenblum は、自発的結社の内部で従属的な地位にあることは、二級市民性と同じではないと指摘する。自発的結社内部においても男女平等を貫かなければならないとするのは、政府による一種の「道徳の強制」が行われることになる、と批判されるのである。

Rosenblum は、私的団体による差別の解消のあり方について、団体の意向に反して加入受け入れを強制する方法が唯一のものではなく、排除された者の自由な結社の結成を保障し、結社間の競争によって、長期的に社会的な統合をなし遂げるという方法もあるとする。すなわち、「各人が包摂 (inclusion) と排除 (exclusion) の機会をもち、自己防衛と自己の価値を実感できる機会をもつならば、結社の自由はそれ自身の害悪に対する解毒剤として機能する。」⁽¹⁾と述べて、結社が一定の者を排除し、排除された者が他の結社を結成するというダイナミズムのなかで、少数だった市民の公的地位の向上がはかられる可能性を重視する。

- (1) Amy Gutmann, *Freedom of Association: An Introductory Essay*, in FREEDOM OF ASSOCIATION 3, 11 (AMY GUTTMANN ed., 1998) (hereinafter FREEDOM OF ASSOCIATION) (「結社の自由は必然的に排除する自由を伴う」)。
- (2) LAWRENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW §15-17, at 1400-401 (2nd ed. 1988).
- (3) *Ibid.* at 1402.
- (4) *See generally Developments in the Law: Judicial Control of Actions of Private Associations*, 76 HARV. L. REV. 983 (1963).
- (5) *Id.* at 992-93.
- (6) *Id.* at 1067-69.
- (7) *Id.* at 997-998.

- (8) See e.g., Note, *Discrimination in Private Social Clubs: Freedom of Association and Right to Privacy*, 1970 DUKE L. J. 1181, 1209 (1970).
- (9) Nancy L. Rosenblum, *Compelled Association: Public Standing, Self-Respect, and the Dynamics of Exclusion*, in FREEDOM OF ASSOCIATION 75.
- (10) *Id.* at 76.
- (11) *Id.* at 97-98. Rosenblum が結社の自律性を重視する立場をとる背景には、現在の合衆国における問題は、排他的集団からの排除ではなく、各個人の孤立、アノミーにあるという現状認識がある (*id.* at 102)。

第三章 結社と国家をめぐる論点

前章までの叙述からも、私的団体による差別事例は、結社の性格と差別の理由との関連性などの考慮を必要とし、一律的な解決が困難であるだけでなく、憲法理論上も困難な問題を提起していることがわかる。以下では、そうした論点をいくつか列挙しておくこととしたい。

一 合衆国の結社観

私的団体による差別事例に国家がどのように介入すべきかという問題は、結社をどのようなものと評価し、その国家における位置付けをどのようなものと捉えるかという結社観の違いとも結びついている。

佐藤幸治教授は、国家と結社との関係について、「結社を国家の強い統制下におき、できれば廃絶したい」とする「反結社主義」、「統治にとっての大衆組織の有用性を積極的に評価し、国民を公的権力に主導された各種大衆

組織を通じて統合しよう」とする「全体主義的結社観」、「結社を個人の権利の文脈で捉え」る「個人主義的結社観」、「団体に多かれ少なかれ個人の場合と同様の独自性・実在性を認め、個人の場合と同様の権利を付与しようとする」「多元主義的結社観」があるとした。⁽¹⁾

また、Sheldon Leader は、英米における結社観として、ボランティアズムとプルーラリズムという二つの潮流があるとする。ボランティアズムとは、個人による自発的な参加を結社の本質として理解し、法人格についても擬制的ないし特権理論的構成をとる考え方である。ボランティアズムによれば、労働組合加入のように、そこからの排除のコストが高く、自発的な参加とはいえない場合には、団体を国家の手足とみなして、基本的人權の尊重について国家と同様の制約に服さしめる。これに対して、プルーラリズムは、団体の実在性を重視し、団体の人格を国家の承認に係らしめる擬制説・特権理論的結社観を否定する。プルーラリズムによれば、団体はその権力の大小に関わらず、その自律性が保護され、団体が国家以上に個人の自由を制限することも許されるとする。⁽²⁾ Sheldon の整理するボランティアズムとプルーラリズムという二つの結社観は、それぞれ佐藤教授のいう「個人主義的結社観」と「多元主義的結社観」に対応するもののように思われる。

それでは、合衆国における結社観を、以上の結社観のどこに位置づけるのが妥当であろうか。むしろ、合衆国における統一的な結社観といったものがあるわけではない。しかし、少なくとも連邦最高裁判例のなかに現れている結社観は、結社に実在性を認める多元主義的結社観とは異なるもののように思われる。すなわち、結社の内部紛争であっても、個人の権利侵害の存在が認定されたり、制定法の規制が及んでいけば、結社の自律性を犠牲にしても司法介入が行われるし、⁽³⁾ 団体による憲法上の人權規定の援用についても、構成員の権利との関連性が重視されており、どちらかといえば擬制説的理解に立つ判断がなされる傾向にある。⁽⁴⁾ これらは、いずれも個人主義

的結社観に親和的であるように思われる。⁽⁵⁾

二 連邦最高裁判例にみる結社の自由概念

判例上承認されてきた結社の自由についても、一で述べた個人主義的結社観が影響を与えているように思われる。

合衆国における結社の自由を憲法上の権利としてはじめて正面から認めた判決が NAACP v. Alabama 事件 (357 U. S. 449 [1958]) であったことは象徴的である。そこでの結社の自由はまさに一定の思想・信条の唱道のための集団活動の保障を意味していた。すなわち判例上承認されてきた結社の自由は、あくまでもなんらかの目的を効果的に達成するための手段として機能的に捉えられたものであった。こうした機能的な結社の自由観は、団体により唱道されるメッセージと構成員決定との関係に注目する Roberts 判決の「表現的結社の自由」の判断枠組みに引き継がれている。しかし、最近では結社の自由を、個々の目的から切り離された、より一般的な、独立した権利として捉える見解が始めている。その一つが、Raggi による「独立した権利としての結社の自由」の主張である。Raggi の主張は、結社の自由を、「修正一条で保障された活動を行うため」といった目的から切り離し、「人は、個人として合法的に行いうる、いかなる行為をも他人と共同して行うことが妨げられではない」という原則としてとらえ直すべきと主張する。⁽⁶⁾しかし、この「独立した権利としての結社の自由」という考えも、結局は、個人に認められている活動以上のものを結社に認めることはなく、その基底にある結社観はなお個人主義的なものといえることができる。

George Katsh もまた、判例上認められた結社の自由について、「親密な結合」以外については、結社の道具的

理解に基づいていると批判する。Kalebは、人との結びつきにはそれ自体価値があり、そうした価値は「親密な結合」の場合に限られず、すべての結社に認められると主張し、結社の自由は、一般的に、人と人が自由⁽⁷⁾に結びつくことができることとして捉えられるべきであり、連邦憲法上はデュープロセス条項により保障されていると主張する⁽⁸⁾。Kalebの主張するように、結社の自由を人と人との結びつき一般として捉えると、Roberts判決における結社の自由の保障は明らかに狭きに失することになる。まず、人と人との結びつきの価値は家族などの「親密な結合」に限られず、私的な集団に共通に認められることであり、「表現的結社の自由」についても、意に添わない者の加入を認めることにより結社の表現内容が影響を受けるかどうかにかかわらず、加入を受け入れられるよう強制されること自体が結社の自由の侵害となる。

判例上あらわれた「結社の自由」理解が道具的なものであるとのKalebの批判はそのとおりである。ただし、そこにいう「本質的な結社の自由」が実体的デュープロセスによって保護される「自由」の一部と理解したところで、憲法上の権利としては「弱い」ものにとどまり、解釈論上は大きな差異をもたらさないように思われる。

三 市民的公共圏と結社の自由

合衆国においても、近年、市民的公共圏(civic sphere)に対する関心が高まっている⁽⁹⁾。このことは、決して合衆国において市民的公共圏が活性化しているからではなく、実態はむしろ逆であるという点は、「はじめに」で指摘したとおりである。

前章で扱った、差別的な私的団体に対する公権力の対応のあり方も、市民的公共圏の活性化との関連からみることができるとはして、反自由主義的・反民主主義的な結社も含めて自律的結社の自由な活動を最大限認める

ことが、市民的公共圏の活性化に役立つのか、それとも、最低限の道徳として、他人に対する平等な敬意と尊重を前提とした結社のあり方を保護することが市民的公共圏の健全な発展につながるのかという問題である。

Cohen と Rogers は、二次的結社における討議を民主政のなかに積極的に取り入れる associative democracy という統治のあり方を提唱する。ここでは、結社は平等主義的で民主的な秩序形成や国家的・地域的政策形成に積極的に貢献するものと位置づけられ、国家権力は様々な手段を使って「正しい」結社のあり方を教導していくことが期待されている。⁽¹⁰⁾ すなわち、市民的公共圏の自律性を維持することのコスト（非民主的結社による個人への悪影響や経済活動への阻害など）を甘受するよりは、国家権力を通じて市民的公共圏を民主的な理想の実現に役立つものにするという方向が選択されている。

以上のように国家的価値と結社の価値との一致を求める見解に対し、Yael Tamir は、自律的な公共圏の危険性と国家介入の有益性がともに過度に強調されていると批判する。Tamir によれば、そもそも公民的結社に加入する経験がどれほど各人の民主的資質を高めるかについては定かではなく、仮に非自由主義的・非民主主義的な結社に各人が関わったとしても、それも一つの経験として教育的価値をもつかもされない。さらに、国家の介入は、公民的結社が本来果たすべき機能（個人の政治的影響力の増幅、多数派の専制を防ぐこと、平和的手段による政権交代と民主的政治制度の安定）を失わせ、結社の国家からの独立性を失わせてしまう、と指摘される。⁽¹¹⁾

それでは、国家と結社との関わりを最小限のものとし、国家は結社の自由を保障するだけで十分とするリベタリアンの立場はどうか。ここでは国家は結社の性格に関心をもち、脱会の自由さえ保障されていれば、結社内部の紛争には介入しないこととなる。しかし、Tamir はこのリベタリアンの立場についても、以下のような批判を加える。⁽¹²⁾ すなわち、国家が干渉しなければ結社への加入とそこからの脱会を自由になしうるといふのはあまり

にも現実を無視した主張である。現実には、個人はやむを得ない事情から、いかに不当な扱いを受けたり、差別や抑圧を受けたりしても、ある種の団体に所属しなければならぬことがあり、脱会の自由が事実上制約されていることが多い。すなわち、リバタリアンのモデルでは、結社の自由の保障が個人の権利・自由を確保することにつながる可能性が発生してしまう。

結社の機能について楽観的な見地にたてないとすれば、結局、結社の自由と自律性を守りながら、なんらかの形で結社のあり方を国家が制御することを認めなければならぬ。Tahir は、民主的福祉国家の役割として、結社の自由の保護と国家の干渉の排除だけでは十分でなく、すべての市民が自由を享受しうる条件を整備することが必要であるとして、公民的徳や結社間の尊重を涵養する公教育と、個人が結社活動に参加するための財政的支援（免税措置や補助金）の必要性を強調する⁽¹³⁾。そして、自由民主主義国家が市民的公共圏に介入する手段として、公教育を通じて個人の権利の尊重の精神、公民的徳、結社相互における敬意を涵養すること、結社の活動が公共の安全を脅かし、個人の権利を侵害する場合における国家の介入、結社の所定の目的とは無関係な活動についての監督の三つがあるとする⁽¹⁴⁾。もっとも、自由主義の原理を維持しつつ、国家が結社の活動に干渉するための具体的な線引きは容易ではなく、そこが明確にならない限り、Tahir の議論も成功しているとはいえない。

四 多文化主義と民主主義的統合

合衆国で中間団体・結社の自由論が注目を集めているもう一つの背景に、合衆国が急速に多民族国家に変容しつつあるという事実がある点もすでに指摘した。移民として合衆国にやってきた人々は、歴史的にそれぞれの民族ごとの集団やコミュニティを作り上げ、いわばそこを足場として合衆国の支配的な文化にとけ込んでいった。

しかし、近年の多文化主義は、移民たちが、民族集団やコミュニティを作り上げ、民族集団やコミュニティをより積極的に評価し、それぞれの民族性や文化を維持・継承することを要請する。ここから民族集団やコミュニティの価値観と自由主義・民主主義といった「アメリカ的」理念との矛盾・衝突が生じ、「国家のバルカン化」、「部族主義化」を生むとの非難を呼ぶこととなる。

ここで、多文化主義とリベラリズムについての第一人者、Will Kymlicka⁽¹⁵⁾が、民族性と国家の民主主義的統合との緊張関係について、どのように論じているかみておこう。

Kymlickaは、多文化主義がとかく国家の分裂をもたらすものと批判されることから、その内容を隔離的多文化主義、民族主義的多文化主義、多元的多文化主義に分類し、これらの多文化主義が民主主義的徳とどのような関係に立つかを論じる。まず、隔離的多文化主義とは、アーミッシュのような宗教セクトにみられる、一般社会から隔絶された生活を求める集団のあり方を認める考え方である。社会との関わりを拒否する隔離的多文化主義は民主主義的市民性を涵養することにはつながらないが、隔離を求める集団は政治的に消極的で社会的にも隔離されているので、リベラル・デモクラシーの機能に害を与えることはないとされる⁽¹⁶⁾。他方、民族主義的多文化主義は、カナダのケベック州のように、支配的文化を拒否し、自らの言語と文化を維持しようとする考え方である。少数派が自らの言語や文化を守ろうとすれば、連邦制などによって自治権を獲得する必要がある。したがって、民族主義的多文化主義は、独自の文化を維持しようとする自治圏においては、民主主義的精神を涵養する効果があるが、全国家的な統合を困難にする。

もつとも、合衆国で多文化主義が危険視されるのは、アーミッシュの存在や分離独立を求める民族主義的集団があるからではない。合衆国における多文化主義の主張の多くは、移民集団によるものである。しかし、移民は隔

離主義者ではなく、自らの意思で移民してきたのであるから、分離独立を求める民族主義的多文化主義でもありえない⁽¹⁷⁾。移民について多文化主義が語られるのは、これまでの合衆国への移民は合衆国への文化的統合を留保なしに受け入れてきた(「人種のるつぼ」論)のに対し、近年の移民のなかで、自らの文化の独自性を維持しようとする動き(「サラダボウル」論)が進んできたことによる。Kymlickaは、これを多元的多文化主義と呼び、その具体的な要求をリストアップ(アフアーマティブ・アクション、移民集団の議会議席確保、公立学校のカリキュラム改訂、宗教上の休日と労働日との調整、ドレス・コード、反人種差別的教育、労働環境・学校における人種的ハラスメントの防止、民族的ステレオタイプに対する政府の規制指針、民族的文化のお祭りや民族研究への援助、母国語によるサービスの提供、バイリンガル教育)したうえで、これらの要求は、国家統合を脅かす民族主義的多文化主義とは異なると主張する⁽¹⁸⁾。

多文化主義とリベリズムとの接合をはかる Kymlicka の試みは、個人の自律的選択の前提としてマイノリティに民族集団としての権利を承認する彼の主張と通じている⁽¹⁹⁾。個人と集団、そしてリベリズムと多文化主義との対立(可能性)は、確かに誇張されたものかもしれないが、Kymlicka のいうように両者が予定調和的なものかどうかはなお個別具体的検討を要しよう。

(1) 佐藤幸治「集会・結社の自由」芦部編『憲法Ⅱ 人権(1)』五五三頁以下、五六三―六五頁(有斐閣 一九七八年)
 (その上で、佐藤教授は、「結社」というものがよき社会の実現にとって重要な役割を果たすこと、いかなる人間集団も、国家と称することによって、他のすべての集団に対して無条件・無限定の服従を正当には要求できないということにあると解すれば、個人主義的結社観の現代的適応型としての意味をもちうることになる」として、「修正多元主義的結社観」が、日本国憲法の立脚する結社観であるとする)。

- (2) SHELDON LEADER, FREEDOM OF ASSOCIATION: A STUDY IN LABOR LAW AND POLITICAL THEORY 40-41 (1992). Leader の議論をもとに国家と団体の関係について考察した論稿として、伊藤明子「強制加入団体と個人の自由」本郷法政紀要八号一頁以下（一九九九年）参照。
- (3) See *Developments in the Law: Judicial Control of Actions of Private Associations*, 76 HARV. L. REV. 983, 990-98 (1963).
- (4) 拙稿「団体の憲法上の権利享有についての一考察——アメリカ合衆国における判例の展開を素材として——」神戸学院法学二二巻一号一頁以下、一〇五頁（一九九二年）参照。
- (5) その点で、樋口教授が、フランスの結社観を反結社の個人主義と呼び、アメリカの結社観を親結社の個人主義と規定するのは正確のように思われる。樋口陽一『近代国民国家の憲法構造』六四頁（東大出版 一九九四年）参照。
- (6) Renna Raggi, *An Independent Right to Freedom of Association*, 12 HARV. CIV. R.-CIV. L. REV. 1, 15 (1977). Tribe 氏, *Citizens Against Rent Control v. Berkeley* 判決 (454 U. S. 290 [1981]) に於ては、「個人として行うことのできる行為を、他人と共同して行うことを妨げられない自由」という意味での結社の自由が憲法上の権利として承認されたと理解できるとする (LAWRENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* §12-26, at 1011 [2nd ed. 1988])。Raggi の見解を含む合衆国における「結社の自由」概念について、拙稿「アメリカにおける『結合の自由』の概念」阿部還暦『人権の現代的諸相』一八九頁以下（有斐閣 一九九〇年）参照。
- (7) George Kateb, *The Value of Association*, in *FREEDOM OF ASSOCIATION* 35 (AMY GUTTMANN ed. 1998) (hereinafter *FREEDOM OF ASSOCIATION*).
- (8) *Id.* at 37-38.
- (9) 合衆国における公共圏論への関心の高まりは、ハーバースの理論への関心の高まりとなって示されている。クレイグ・キャルホーン編（山本啓＋新田滋訳）『ハーバースと公共圏』（未来社 一九九九年）参照（原著は、一九九

二年刊)。

- (10) Joshua Cohen & Joel Rogers, *Secondary Associations and Democratic Governance*, 20 POLITICS AND SOCIETY 393, 427 (1992).
- (11) Yeal Tamir, *Revisiting the Civic Sphere*, in FREEDOM OF ASSOCIATION 214, 222-23.
- (12) *Id.* at 227-30.
- (13) *Id.* at 233. なお、S. Macedo も、リベラル・デモクラシー的徳の促進のために、国家が積極的に中間団体・コミュニティへの関与を奨励すべき(Stephen Macedo, *Community, Diversity, and Civic Education: Toward a Liberal Political Science of Group Life*, 13-1 SOCIAL PHILOSOPHY AND POLICY 240, 252 [1996])。そして、合衆国における中間団体の重視には注意も必要である。たとえば、Macedo が高く評価する結社とは、国家に代わって福祉機能を営む自助・相互扶助的結社であり、彼の含意は福祉国家批判にもある (at 264)。
- (14) Tamir, *supra* note (11) at 235 (例えば、Roberts 判決は結社の目的とは関する制約として正当化される)。
- (15) Will Kymlicka, *Ethnic Associations and Democratic Citizenship*, in FREEDOM OF ASSOCIATION 177. Kymlicka の主張の紹介として、常本照樹「人権主体としての個人と集団」長谷部恭男編『リーディングズ 現代の憲法』八一頁以下、九〇―九三頁(日本評論社 一九九五年)参照。
- (16) *Id.* at 190-91.
- (17) *Id.* at 198.
- (18) *Id.* at 200-202.
- (19) 常本・前掲注(15)論文九一頁、同「憲法の最前線あるいは最縁辺——先住・少数民族の権利」紙谷雅子編著『日本国憲法を読み直す』一八五頁以下、二〇一頁(日本経済新聞社 二〇〇〇年)参照。

むすびにかえて

本稿で論じてきた結社と国家との関係をめぐる論点は決して合衆国固有の問題ではない。団体・結社の価値観と憲法的価値観の対立可能性は、いわゆる「部分社会論」のなかでも指摘されていた問題である。⁽¹⁾

とはいえ、差別的な私的団体と公権力の対応の緊張関係という問題を日本で意識しにくいのは、公権力が私的団体の自律性に干渉することに極めて消極的であるという事情があるように思われる。すなわち「部分社会の法理」や「私人間効力論」、さらには「法人の人権論」など、私的団体による個人の権利侵害について、その救済を拒否する論拠は豊富に存在するのに対して、あえて私的団体による差別行為などを規制しようとする試みはこの国では稀である。

樋口陽一教授が、結社・中間団体の否定を通じての、個人の析出過程の追体験の必要性を説いたのも、「法人の人権論」に典型的に示される、多元主義的結社観の横溢ともいべき日本の法理論状況があったからであろう。⁽²⁾ 樋口教授の問題提起に対しては、そこにいう結社や中間団体の多様性を無視して一概に中間団体の否定を唱えることは非歴史的であるし、個人と中間団体とを一般的に敵対的にとらえることもできない、などの批判が加えられている。⁽³⁾ この論争の基底には、国民国家において、いかにして公共の担い手を作り出していくべきかという課題があり、そのなかで多種多様な中間団体・結社の果たす機能をいかに評価するかという点での相違があるようにも思われる。⁽⁴⁾⁽⁵⁾

この点に関わって注目されるのは、森英樹教授が、欧米における公共圏論の再評価の動向をみすえつつ、日本においても、『中間団体』として講学上一括されている事象のなかに分け入って、ともすれば法化・制度化によ

って受けやすい『植民地化』を論理的にも構造的にも峻拒しうる自由で動態的な、日々更新される『自発的・自律的結社 (Assoziation)』の、『その『論理』と『構造』を採り出し、……それらの『論理』と『構造』がネットワークとなって動態的に織り成す『公共圏』の場で『政治的国家—公権力』を制御し方向づけつつ『新生かつ真正の公共的国家』を構築・運営する筋道を憲法論として示すこと、その上で、その筋道としての『法的基準』を、憲法解釈の場面でも示すこと』を提唱している点である。そこでは、「新生かつ真正の公共的国家」構築を支えする自発的結社を軸とする市民的公共圏像が、市民の公論の活性化に役立つものとして期待を込めて論じられている。ただし、市民的公共圏の実態はそれぞれの社会の現状に規定された、多種多様な結社、集団、組織でありうる。そうした公共圏の多様性に対して、国家はいかなるスタンスをとるべきか…完全なレッセフェールか、一定の価値基準に基づく秩序を行うべきか、そして、自律的結社が「法化・制度化による植民地化」を峻拒しうる「論理」と「構造」をいかにして導き出せるかが重要な問題となってくるように思われる。

先に述べたように、これまでの日本の現状からみれば、中間団体の自律性を尊重することが市民の公論の活性化につながるどころか、自由な言論や自由な発想までも抑圧する方向で作用してきたことは間違いない。かといって、市民の自発的結社の内部関係にまで国家権力が広汎な干渉を行うことこそ、中間団体の「植民地化」をもたらし、結局は、公論の多様性を損なうこととなろう（その具体例として、合衆国の政党が、候補者指名過程の法的規制とそれに伴う広範な司法介入を受け入れる過程で自らの自律性を喪失し、一種の「国家機関」と化していった過程について論じたことがある⁽⁷⁾）。その意味で、本稿で紹介した、私的団体による差別的排除に対して、国家による介入ではなく、いわば「より多くの結社の自由」によって対応しようとする論者の主張にも、真剣に耳を傾ける必要があるように思われる。

- (1) 佐藤幸治教授は、田中耕太郎の主張を引きつつ、「部分社会論」の本質が「法秩序の多元性」と関わる点を指摘しつつ、「立憲民主主義体系は反立憲民主主義的集団にどこまで寛容たりうるかという困難な問題にも関連する」と述べる。佐藤幸治『現代国家と司法権』第二章II論文一四七頁以下、一七二頁注(44)(有斐閣 一九八八年)参照。こうしてみると、本稿で論じた問題が、いわゆる「たたかう民主制」の問題とも無縁でないことがわかる。この点、フランスにおける結社法制が「暴力によって民主制を破壊しようとする勢力に対する全く正統な民主制擁護の手段」としての側面をもつことを指摘する論稿として、大石真「結社の自由の限界問題——立憲民主制の自己防衛か自己破壊か——」『京大法学法学部創立百周年記念論文集 第二巻』一七五頁以下、一九八頁(有斐閣 一九九九年)参照。
- (2) 樋口陽一『近代国民国家の憲法構造』六八頁(東大出版 一九九四年)、同『近代憲法学についての論理と価値』(戦後憲法学を考える)一六八頁以下(日本評論社 一九九四年)参照。
- (3) 和田進「選挙・政党と自由」ジュリスト九七八号一三二頁以下(一九九一年)、長谷川正安「『人権宣言と日本』」よせて『法律時報六三巻四号六八頁(一九九一年)参照。
- (4) 「市民としての諸個人がいかにして国家意思を形成するのか」という問題意識から、自律的市民の討議の場としての「市民社会」の可能性、そしてハーバーマスの主張に注目する論稿として、毛利透「国家意思形成の諸像と憲法理論」樋口編『講座 憲法学Ⅰ』四三頁以下(日本評論社 一九九五年)参照。本秀紀「『市民的公共圏』と憲法序説」(法律時報七三巻六二頁以下「二〇〇一年」)は、同じく国家意思形成過程における「公共圏」の機能に注目し、その「公論」形成を「非制度的」な「サブ・ルート」と捉える(六五頁)。
- (5) 多様な団体・結社のなから、「個人を埋没させない」、公共の担い手としての団体・結社を仕分けするための、さしあたり採りうる戦略として、法人企業を「一個の社会権力として、構造的な人権の侵害主体である」とみなし、他の社会諸団体・集団と区別して捉えるという方向がありうる。大久保史郎「『法人の人権』論」公法研究六一号一一頁以下、一二〇頁(一九九九年)参照。団体・結社の中での仕分けのあり方という点は、日本国憲法の解釈論とし

て、通説のように無限定に結社の自由を捉えることでよいのかという問題とも連なる。鳥居喜代和「結社の自由の基礎過程(二)——結社の自由論の一側面——」札幌学院法学一五卷一号一頁以下(一九九八年)参照。なお、フランスの反結社個人主義についての歴史把握に関して、結社一般の否定ではなく、むしろ経済的結社の自由が別扱いされてきた点を指摘するものとして、村田尚紀「フランスにおける結社の自由史試論」関大法学論集四九卷一号五二頁以下(一九九九年)参照。しかし、樋口教授は、「 \wedge 団体のなかでもよいものと悪いものがある \searrow 」という、いつてみればや、わな対応で終ることに、私としては異議を申し立てている」と述べる(樋口・前掲注(2))『近代国民国家の憲法構造』七九頁)。

(6) 森英樹「『憲法と公共性』再論」法律時報七二卷一号一三七頁以下、一四〇頁(二〇〇〇年)。

(7) 拙稿「政党と結社の自由(二)完」法学論叢一一九卷五号七七頁以下、一〇〇—一〇一頁(一九八六年)参照。

本稿は、一九九八―二〇〇〇年度文部省・日本学術振興会科学研究費補助金(基盤研究(B)(1))の申請課題「ネットワーク社会における市民的公共圏形成の比較憲法的研究」(研究代表者・森英樹名古屋大学教授)に関する研究成果の一部である。