

論説

アマチュア・スポーツ規制をめぐる法的問題

——その後の *Brentwood* 事件を手がかりに——

藤井 樹 也

はじめに

- 1 その後の *Brentwood* 事件
 - 2 アマチュア・スポーツ規制をめぐる法的問題
- おわりに

はじめに

2007年6月にアメリカ連邦最高裁は、*Tennessee Secondary School Athletic Association v. Brentwood Academy*判決（以下、*Brentwood II*判決¹⁾）を下した。この事件は、2001年2月に連邦最高裁が下した*Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*判決²⁾（以下、*Brentwood I*判決）の後に、いったん連邦地裁まで差し戻された事例であり、6年余りをかけて再び連邦最高裁に戻りその判断が下されたものである。*Brentwood I*判決は、州規模の非営利スポーツ協会の行為が、政府と私人の関わりあい（*entwinement*）の基準を満たすとして、ステイト・アクションに該当すると認定した³⁾。そこで差戻審では、スポーツ協会をステイト・アクターであるとした最高裁の判断を前提に、具体的な処分がメンバーの連邦憲法上の権利を侵害することになるかとい

1) *Tennessee Secondary School Athletic Association v. Brentwood Academy*, __ U.S. __, 127 S.Ct. 2489 (2007) (*hereinafter Brentwood II*).

2) *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*, 531 U.S. 288 (2001) (*hereinafter Brentwood I*).

う、実体問題が問われることになったのである。

*Brentwood II*判決は、*Brentwood I*判決の後日談的な意義をもつにとどまると考えられたせいか、判決後の評釈等によってもさほど大きく取り扱われておらず、実際にこの判決自体に関する判例評釈の数は多くないようである。しかし私見によると、この事例は*Brentwood I*判決で争点となった問題のほか、いくつかの重要問題と複合的に関連しており、その点で極めて興味深い事例であったように思われる。

第一に、この事例はいうまでもなく、*Brentwood I*判決で問題とされたステイト・アクション論に関する重要事例であった。*Brentwood II*判決は、ステイト・アクションの存在が認められた場合であっても、その判断がただちに憲法違反という実体的結論とは直結しないことを明らかにした。

第二に、*Brentwood II*事件で争点となった実体問題は、主として連邦憲法修正1条・14条によって保障される表現の自由に関するものであった。そして、この事例はとりわけ、個人相手の勧誘行為が表現の自由として保障されるのか、保障される場合どの程度保障されるのかという問題について、興味深い論点を含んでいた。

第三に、この事例は、アマチュア・スポーツ規制の必要性・合理性という、スポーツ法の分野における興味深い問題を含んでいた。後述のように*Brentwood II*判決は、青少年の搾取、公正な競技の阻害、学業軽視等の弊害を阻止するという目的によって、問題となったアマチュア・スポーツ規制を合憲

3) 安部圭介「ステイト・アクション法理の現在—高校体育連盟の法的位置づけ」ジュリスト1207号156頁(2001)、藤井樹也「ステイト・アクション法理—州規模の非営利スポーツ協会の行為はステイト・アクションとなるか」ジュリスト1239号140頁(2003)、木下智史「最近の判例 *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*, 531 U.S. 288 (2001) — 学校間運動競技を規律する州中等学校体育連盟による処分は、合衆国憲法第14修正の適用をうけるステイト・アクションとみなしうる」アメリカ法2002-1号151頁(2002)、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—』131～132頁(2007)、榎透『憲法の現代的意義—アメリカのステイト・アクション法理を手掛かりに—』57～58頁(2008)を参照。

と判断した。政府によるアマチュア・スポーツ規制がいかなる理由により許されるのか、いかなる内容の規制が許されるのかという問題の背後には、アマチュア・スポーツはいかにあるべきかという、スポーツ法学・スポーツ倫理学上の根源的な課題が横たわっていると考えられるのである。

以上に加えて、この事例では、手続的デュー・プロセス保障のあり方も問題になっている。また、連邦最高裁によるステイト・アクションの認定→連邦地裁からの実体判断のやり直し→連邦最高裁による実体判断による原告敗訴という訴訟経過をたどったこの事例は、原告にとって徒労感の多い結果をもたらしており、訴訟当事者の手続保障や訴訟経済といった訴訟制度論上の問題も含んでいる。

上記諸問題のうち、第一のステイト・アクション理論、第二の表現の自由法理の問題との関わりについては、すでにきわめて不完全な形ではあるが、他の論考で取り扱ったことがある⁴⁾。そこで本論文では、以上のように様々な問題を複合的に含んでいる *Brentwood* 事件を素材にして、とくに上記第三のアマチュア・スポーツ規制をめぐる法的問題を中心に考察してみたい。以下、1では、*Brentwood II* 判決にいたるその後の *Brentwood* 事件を簡単に紹介する。それを踏まえて、2では、*Brentwood* 事件とステイト・アクション理論および表現の自由法理との関係を簡単に考察した後、*Brentwood* 事件のスポーツ法的側面を手がかりに、アマチュア・スポーツ規制をめぐる法的問題を考察することにする。

4) ステイト・アクション理論との関わりについては、*Brentwood I* 判決について考察した、藤井樹也「非営利法人の権利侵害行為とステイト・アクション法理」国際公共政策研究7巻2号15頁(2003)、藤井・前掲注3)を参照。また、表現の自由法理との関わりについては、*Brentwood II* 判決について論じた、浅香吉幹＝川岸令和＝平澤英明＝東川浩二＝藤井樹也＝安部圭介(司会)「座談会 合衆国最高裁判所2006-2007年間延期重要判例概観」アメリカ法2007-2号159頁、193～196頁(2008)(藤井樹也発言)のほか、ヘイト・スピーチ規制について考察した、藤井樹也「ヘイト・スピーチの規制と表現の自由—アメリカ連邦最高裁の *R.A.V.* 判決と *Black* 判決」国際公共政策研究9巻2号1頁(2005)、藤井樹也「IT化時代における表現の自由と差別規制—オーストラリアにおけるサイバー・レイシズム問題を素材に—」筑波ロー・ジャーナル創刊号95頁(2007)を参照。

1 その後の *Brentwood* 事件

(1) *Brentwood II* 判決にいたる経過

Brentwood 事件は、以下のような事例であった⁵⁾。Tennessee州の高校間スポーツを規制する非営利団体である Tennessee Secondary School Athletic Association（本件被告、公立290校・私立55校が加盟、以下、TSSAA）は、その規則において中学生のリクルートに際しての“undue influence（不当な影響力）”の行使を禁止していた。問題となったのは、1997年にTSSAA加盟校である Brentwood Academy（私立高校）のフットボール・コーチが中学生に春期練習への招待状を送付し、用具が支給されることを説明し、すぐ参加すると有利だと記載し、“Your Coach”とサインした行為であり、それによる入学者はいなかったが、全員が春期練習に参加した。この行為が上記TSSAA規則に違反するとして、TSSAAがBrentwoodに対して、2年間の出場停止、4年間の監視、制裁金3000ドルの処分を科したのに対して、BrentwoodがTSSAA内の再審査手続を経たのち、TSSAAと執行役員2名を相手に§1983訴訟を提起して、修正1条・14条違反とデュー・プロセス侵害を主張したというものである。

裁判の経緯は以下のとおりであった。まず、連邦地裁がBrentwood勝訴の summary judgmentを下したのに対して⁶⁾、連邦控訴裁はTSSAAを私的結社であると認定し、原判決を破棄した⁷⁾。連邦最高裁は5対4で、TSSAAをステイト・アクターであると認定し、原判決を破棄し事案を差し戻した（*Brentwood I*判決⁸⁾）。Souter 法廷意見（Stevens, O'Connor, Ginsburg, Breyerが同調）は、

-
- 5) 事実関係の詳細については、*Brentwood I*判決に関する前掲注3)の諸文献および藤井・前掲注4)を参照。
- 6) *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*, 13 F.Supp.2d 670 (M.D.Tenn 1998).
- 7) *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*, 180 F.3d 758 (6th Cir. 1999).

州と私人の緊密な結びつき（close nexus）がある場合にのみステイト・アクションを認定できるとし、それを、①州による強制的権力の行使、②州による相当程度の奨励、③私人と州の共同行為または州の代理人としての行動、④州の機関による私人のコントロール、⑤州による私人への公的機能の委任、⑥私人と政府の政策の関わり合いまたは政府と私的団体の関わり合いが認められる場合に類型化し、TSSAAと州との広範な関わり合いがあるとして、TSSAAをステイト・アクターであると認定した。これに対して、Thomas 反対意見（Rehnquist, Scalia, Kennedy が同調）は、ステイト・アクションを認定できるのは、①私的団体による公的機能の遂行、②政府による創設・強制・奨励、③政府との共生関係が認められる場合に限られるとして、TSSAAはステイト・アクターではないと主張したのである。

差戻後の連邦控訴裁は、事案をさらに連邦地裁に差し戻し⁹⁾、連邦地裁は、再び Brentwood 勝訴の判断を下した¹⁰⁾。そして連邦控訴裁は、①リクルート禁止規則は言論内容規制にあたり、許容される目的のため狭く限定されているとはいえないから修正1条違反であり、②TSSAAは一方当事者に偏した証拠だけしか考慮しておらず、Brentwoodのデュー・プロセス権を侵害したと判断した¹¹⁾。

8) *Brentwood I*, *supra* note 2. Souter 法廷意見および Thomas 反対意見の詳細については、前掲注3)の諸文献および藤井・前掲注4)を参照。

9) *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*, 262 F.3d 543 (6th Cir. 2001).

10) *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*, 304 F.Supp.2d 981 (M.D.Tenn 2003).

11) *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*, 442 F.3d 410 (6th Cir. 2006). なお、Rogers 判事の反対意見は、Brentwood が言論の自由を放棄したこと、そのことは禁止される違憲の条件に該当しないこと、Brentwood の手続的デュー・プロセス権も侵害されていないこと、州の代理人である TSSAA が州の反トラスト法上の免責 (antitrust immunity) をうけることなどを理由に、合憲判断をすべきだと主張している。*Id.* at 444-456.

(2) *Brentwood II*判決

連邦最高裁は、結論的には9対0の全員一致で *Brentwood* による表現の自由侵害の主張およびデュー・プロセス侵害の主張をしりぞけたが、理由の一部については以下のように4対5に分裂し、その部分については *Stevens* グループが多数派形成に失敗する結果となった。

(a) *Stevens* 法廷意見 *Stevens* 意見の主要部分（I, II-B, III, IV）には他の7判事が同調して法廷意見を形成したが、その一部（II-A）には3判事（*Souter*, *Ginsburg*, *Breyer*）のみが同調し、判決となる意見（*judgment of the Court*）を形成するにとどまった。その概要は以下のとおりである。

第一に、リクルート活動の禁止ルールが修正1条違反にあたるかという争点について、修正1条が *Brentwood* による情報提供や勧誘活動を保護するが絶対的ではないこと、*Brentwood* は自主的に TSSAA へ加盟したこと、TSSAA が子供を食いものにする行為の阻止、勉学をおろそかにしない保障、公正な競技の促進を目的とするステイト・アクターであることを前提に、当該規則は修正1条違反ではないとする。

まず、弁護士による個人相手の顧客勧誘の禁止を合憲とした *Ohralik* 判決¹²⁾ が、法曹サービスの利用可能性・条件についての真実広告の禁止を違憲とした *Bates* 判決¹³⁾ を区別し、個人相手の勧誘の禁止は言論制限よりも行為規制に近いとしていたことを指摘し、先例が一般公衆へのアピールの禁止と直接個人に向けられたコミュニケーションの禁止とを区別していること、弁護士による個人相手の勧誘は禁止しても修正1条の問題がほとんど生じないビジネス取引にあたること、直接勧誘には熟考の機会を奪う弊害があることを指摘する。そして、本件では真実の情報提供は禁止されておらず、コーチのリクルート活動が制限されたにすぎないこと、高校のコーチが中学生に接触する行為にも、*ambulance chasing* と同様の不当な影響力行使と行き過ぎの危険があること、

12) *Ohralik v. Ohio State Bar Association*, 436 U.S. 447 (1978).

13) *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350 (1977).

練習への招待も不当な圧力となること、高校には他の宣伝方法があることなどから、TSSAA規則は修正1条に反しないとする。ただし、この判示事項は3判事が同調するにとどまる部分である。

つぎに、政府利益が公務員の言論の権利に優越する場合があるのと同様、体育協会の利益により加盟者の言論制限が正当化される場合があるとして、政府被用者の言論の自由に関する *Pickering* 判決¹⁴⁾ を引用する。そして、TSSAAには憲法上の権利の放棄を条件づける無制限の権限はなく、運営に必要な条件を課すことができるにすぎないが、本件ではこの必要性の存在が明白であるという。すなわち、中学生を食い物にする、競技を歪める、学業より体育を重視する等の弊害が強引な勧誘から生じるという結論が、経験的データを要しないほど常識的であり、TSSAA規則がこれらの弊害を生む行為を阻止するのだとして、修正1条違反の主張を否定した。そして、「ゲームにはルールがある」という原審反対意見の一節を引用し、それに従うのがフェアであるとしたのである。

第二に、本件処分に関して公正なヒアリングがあったかという争点について、TSSAAはBrentwoodのデュー・プロセス権を侵害していないという。その根拠として指摘されているのは、本件処分前に、調査、数度の会合、書簡のやりとり、執行役員による文書による決定、3人委員会でのヒアリング、全体委員会による *de novo* 審査が実施されたこと、Brentwoodはあらゆる処分原因を通知され、ヒアリングの際には弁護人の代理をうけ、証拠を提示され、提出した証拠で排除されたものがなかったこと、TSSAA全体委員会での審査の際にコーチによる証言が求められなかったが、当該コーチの違反行為により処分が重くなったとはいえないこと、執行役員および調査委員2名に対する反対尋問とメモの検討の機会があればもっと効果的な戦術を採用できたとはいえないこと、ヒアリングから10年近く経過しても新たな証拠が提示されていないこと

14) *Pickering v. Board of Education of Township High School District 205, Will County*, 391 U.S. 563 (1968).

などである。

(b) Kennedy 一部同意・一部結論同意意見 Kennedy 意見（Roberts, Scalia, Alito が同調）は、Stevens 意見が *Ohralik* 判決に依拠する点に同意しないという。その理由とされるのは、*Ohralik* 判決が弁護士と顧客間のコミュニケーション、弁護士による事故被害者への個人的勧誘に関する事例であり、弁護士・顧客関係以外への拡張に消極的であること、会計士による勧誘禁止を違憲とした *Edenfield* 判決¹⁵⁾ が *Ohralik* 判決によって個人相手の勧誘がすべて修正1条の保護を受けなくなったわけでないことを明らかにし、*Ohralik* 判決の射程を限定したことである。そして、本件に *Ohralik* 判決を適用すると、学校が体育協会に自発的に加盟するしないにかかわらず、本件言論が州の規制を受けることになってしまう点でも問題だというのである。

(c) Thomas 結論同意意見 Thomas 意見によると、法廷意見が引用する *Pickering* 判決は政府の被用者および契約者の言論の権利の制限に関する先例であり、*Pickering* 判決をコンテキストから切り離し、私的体育協会のメンバーである私立学校の言論の権利に適用するのは問題だという。そして、そもそもこのような問題は TSSAA がステイト・アクターだという判断によって生じたのだから、修正1条理論を拡張するのではなく *Brentwood I* 判決を変更すべきだと主張する（上述のように Thomas は、*Brentwood I* 判決でステイト・アクションを否定すべきだという反対意見を執筆していた）。また、*Ohralik* 判決を本件に適用すべきでないことについては、Kennedy 意見に同調している。

2 アマチュア・スポーツ規制をめぐる法的問題

(1) アマチュア・スポーツ規制の判断枠組

(a) スポーツ競技団体の法的地位とステイト・アクション理論 連邦最高裁は従来、いくつかの事例において、スポーツ競技団体とステイト・アクション理論の関係について判断してきた。1987年の *San Francisco Arts & Athletics* 判決

15) *Edenfield v. Fane*, 507 U.S. 761 (1993).

は、全米オリンピック委員会（USOC）が「ゲイ・オリンピック」の名称を使用した団体に対して、「オリンピック」の名称の使用差止などを請求した事例で、連邦法（Amateur Sports act of 1978）によってオリンピックに関する排他的権限を承認されていても、USOCは政府アクター（governmental actor）にあたらないと判断した¹⁶⁾。また、1988年の *Tarkanian* 判決は、全米大学体育協会（NCAA）の加盟校である州立大学（UNLV）が、NCAAの勧告を受けてNCAA規則に違反したコーチに不利益処分を科した事例で、NCAAをステイト・アクターであるとは認めなかった¹⁷⁾。

以上に対して、*Brentwood I*判決は、州規模のスポーツ協会をステイト・アクターと認定し、それによるアマチュア・スポーツ規制に連邦憲法の規律を及ぼした点で、注目に値する。もっともその結果、一方では、州規模で活動するTSSAAがステイト・アクターであると認定されたのに対して、他方では、

16) *San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. United States Olympic Committee*, 483 U.S. 522 (1987). このほか、*DeFrantz v. United States Olympic Committee*, 492 F.Supp. 1181 (D.D.C. 1980) では、USOCによるモスクワ・オリンピックへのボイコット決定の是非をスポーツ選手25名が争った事例において、連邦地裁は、USOCの決定はステイト・アクションであると認められず、かりにそれがステイト・アクションであったとしても、原告が主張する自由、自己表現、旅行、職業遂行に対する憲法上の権利に対する侵害も認められないとして、差止等の請求を斥けた。アメリカにおけるUSOCをめぐる諸事例については、以下の文献を参照。MATTHEW J. MITTEN, TIMOTHY DAVIS, RODNEY K. SMITH & ROBERT BERRY, *SPORTS LAW AND REGULATION: CASES, MATERIALS, AND PROBLEMS* ch.4 (2005). なお、アメリカにおける連邦アマチュア・スポーツ法とUSOCの関係については、井上洋一「アメリカのスポーツ政策」諏訪伸夫＝井上洋一＝齋藤健司＝出雲輝彦編『スポーツ政策の現代的課題』151頁、152～156頁（2008）を参照。

17) *National Collegiate Athletic Association v. Tarkanian*, 488 U.S. 179 (1988). このほか、*National Collegiate Athletic Association v. Smith*, 525 U.S. 459 (1999) は、当該事例がTitle IXをNCAAに適用する条件を満たしていないと判断した。また、*National Collegiate Athletic Association v. Miller*, 10 F.3d 633 (9th Cir. 1993) は、NCAAに対して適正手続の保障を義務づける州法が州際通商条項に違反すると判断している。アメリカにおけるNCAAをめぐる諸事例については、以下の文献を参照。MITTEN, DAVIS, SMITH & BERRY, *supra* note 16, at ch.3.

TSSAAよりも強力かつ著名な組織であり、州域を越えて活動する大規模組織であるUSOCやNCAAが、政府アクターまたはステイト・アクターであると認定されなかったという、一見して逆説的な結論となった¹⁸⁾。このような帰結をもたらす*Brentwood I*判決のステイト・アクション判断の基準には異論もあり得よう¹⁹⁾。

また、*Brentwood*事件を全体として見ると、*Brentwood I*判決がTSSAAをステイト・アクターと認定したことは、TSSAAが連邦憲法による拘束をうけることを意味し、いったんは原告にとって有利な判断が下されたにもかかわらず、*Brentwood II*判決がTSSAA規則を合憲と判断したため、結局は原告にとって不利な結果となった。結論だけをみれば、この点を矛盾した態度とみる評価があるかもしれない。ただし、*Brentwood II*判決に関与した9判事のうち3判事(Kennedy, Scalia, Thomas)は、*Brentwood I*判決でステイト・アクションを否定する立場にたっていた。また、*Brentwood I*判決で法廷意見に同調したO'Connorが退任したので、ステイト・アクションを認めておきながら違憲としない態度を批判される余地があるのは、厳密には4判事(Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer)にとどまるといえよう。

この点について筆者は、政府か私人かという二者択一判断にとらわれることなく、憲法上の権利侵害の有無を、「政府との結びつきの程度に応じて権利侵害の成立可能性が異なると考え、政府との結びつきの程度と利益侵害の重大性

18) Dionne L. Kollerは、連邦最高裁判決の結果、USOCとNCAAが私的主体であるという観念が固定してしまったことが問題だという。Dionne L. Koller, *Frozen in Time: The State Action Doctrine's Application to Amateur Sports*, 82 ST. JOHN'S L. REV. 183, 204-206 (2008).

19) かりに、国際オリンピック委員会 (IOC) のように、さらに広域規模で活動する強大な国際組織による処分等の連邦憲法適合性が争われた場合にも、同様の逆説的結果が生じる可能性がある。もっとも、オリンピック組織の場合、1984年のロサンゼルス五輪以降、オリンピックの商業主義化やオリンピック組織の企業化などの現象が指摘されており、「世界で一番大きな企業」がIOCであるとの評もある。友添秀則=近藤良亨『スポーツ倫理を問う』199頁(友添秀則執筆)(2000)。このような特徴は、IOCの公的性格を緩和する要素として考慮されることとなろう。

の相関関係によって判断」すべきことを提案してきた²⁰⁾。つまり、「政府との結びつきの程度には強弱があることに着目し、政府との結びつきの度合いが強ければ強いほど、侵害度が小さくても憲法違反となる可能性がある一方で、政府との結びつきが薄まるにつれ、侵害度が大きくなければ憲法違反とはいえないと考え、「侵害者が政府でない（私人である）」という事実が、憲法の規律をはじめから否定する効果を生じさせる」のではなく、「権利侵害が成立するかどうかを判断する具体的考慮要素の一つにとどめる」考え方である²¹⁾。

間接効力説を通説としてきた従来の学説の最大の問題点は、直接効力説が違憲の結論に直結すると想定し、その不合理な結論ゆえに理論の妥当性を否定するという発想にあったように思われる²²⁾。すなわち、「従来の議論（直接効力説およびそれに対する批判）は、直接効力説がつねに権利侵害成立の結論に直結するとみなしてきた点で硬直的であった」と考える²³⁾。このような立場からは、*Brentwood II*判決がステイト・アクションを認定しつつ、直ちに違憲の結論を導かなかったことには重要な意味があったように思われる²⁴⁾。

もっとも連邦最高裁が、政府自身による行為の違憲性と政府と同視できる私人（ステイト・アクターまたは政府アクター）による行為の違憲性とを、異なる基準によって判断しているのかどうかはなお不明である。2007年4月18日に実施された*Brentwood II*事件の口頭弁論において、TSSAA側の *amicus curi-*

20) 藤井・前掲注3) 144頁。

21) 君塚正臣＝藤井樹也＝毛利透『VIRTUAL憲法』104～105頁（藤井樹也執筆）（2005）。

22) もっとも、近年の高橋和之教授の問題提起により、無効力説をタブー視する空気が薄れてきたように思われる。高橋和之『『憲法上の人権』の効力は私人間に及ばない一人権の第三者効力論における『無効力説』の再評価』ジュリスト1245号137頁、144～146頁（2003）を参照。近時における学説の展開については、君塚正臣「いわゆる憲法の第三者効力論・再論—諸学説を検討し、『新間接効力説』もしくは『憲法の最高法規性重視説』への批判に答えて、憲法の私人間効力論を考え直す」季刊企業と法創造4巻1号75頁（2007）、三並敏克『私人間における人権保障の理論』295～331頁（2005）、小山剛『基本権保護の法理』第6章（1998）、木下『人権総論の再検討』前掲注3) 25～62頁と、これらの文献が引用する諸文献を参照。

23) 藤井「非営利法人の権利侵害行為とステイト・アクション法理」前掲注4) 30頁。

aeとして参加した連邦政府の代理人 Dan Himmelfarb 弁護士は、政府が権力的活動と非権力的活動とを区別し、非権力活動に関しては修正1条違反の有無をゆるやかに審査すれば足りると主張した²⁵⁾。また、差戻後の控訴裁判所が、Brentwoodの自主的加盟によって修正1条違反を争う権利は放棄されていないと判断したのに対して²⁶⁾、TSSAA側の amicus curiaeである他州学校体育協会によって提出された上訴趣意書は、Brentwoodが自主的に加盟した事実が修正1条違反の審査に無関係であるというのは誤りだと主張した²⁷⁾。しかし、*Brentwood II*判決のStevens意見は、政府の権力的活動と非権力的活動との区別を明示的に採用せず、Brentwoodが自主的にTSSAAに加盟した事実を根拠にゆるやかな審査を明示的に適用しなかった。法廷意見はむしろ、*Pickering*判決を引用して政府規制の場合と同様の基準で判断しているようにみえるのである。しかし、Brentwoodが本来政府ではないが政府と同視された存在であったことが、*Brentwood II*判決の合憲判断に全く影響していないのか、かりに州政府が直接州法によってリクルートを禁止しても同様の合憲判断が下されると断定できるのかは、なお不透明である。この点で、*Ohralik*判決を本件に及ぼ

24) ただし、訴訟当事者とくに原告にとっては、*Brentwood I*判決後に約6年間余計に訴訟への従事を余儀なくされたのち、*Brentwood II*判決で実体問題において敗訴の結果となっており、ここには手続保障や訴訟経済といった訴訟制度論上の問題が含まれている。かりに*Brentwood I*判決が先例として確立するのであれば、前記の問題ははじめてのケースであったがゆえの例外的な不運といえようが、今後先例理論が再び動揺するようなことがあれば、同様の問題が生じる余地がないわけではない。とりわけ、*Brentwood I*判決で反対意見に同調しステイト・アクションを否定すべきだという立場をとっていたKennedyが、近時の連邦最高裁においてキャストイング・ヴォウトを握っていることと、*Brentwood II*判決においてRobertsとAlitoがKennedyに同調していることは、ステイト・アクション理論に関しては不安定要因となりうると考えられる。

25) 2007 U.S. TRANS LEXIS 31, at 15-16. この主張に対してKennedy判事が、Brentwoodの加盟が自由意思に基づくことを考慮することは、TSSAAがステイト・アクターであると認定した前提と矛盾するのではないかという質問を發している。Id. at 22.

26) *Brentwood*, *supra* note 9, 262 F.3d at 549-551.

27) Brief of Amici Curiae Arizona Interscholastic Association, Inc., et al. in support of petitioner, 2006 U.S. Briefs 427C, at 7-16 (No.06-427).

すと Brentwood が TSSAA に自主的に加盟した事実が無意味になるとして、Stevens 意見に同調しなかった Kennedy 意見が注目される。*Brentwood I* 判決において Kennedy がステイト・アクションを否定すべきだとする反対意見に同調していたことから、Kennedy が TSSAA に含まれる私的人格をなお重視していた可能性を否定できない。連邦最高裁のステイト・アクション理論にはなお一層の明確化が必要であるように思われる。

(b) リクルート活動の規制と表現の自由法理 *Brentwood II* 判決の Stevens 意見のうち、法廷意見とならなかった判示部分は、一般公衆に向けられた言論と直接個人に向けられた言論とを区別するという枠組を示している。そこでは、アマチュア・スポーツ選手のリクルート活動が、弁護士による ambulance chasing と同様、後者の類型に該当する行為であると考えられた。もっとも、この理論が具体的にいかなる内容をもつのかは、必ずしもはっきりしていない。つまり、Stevens 意見の言わんとするところが、①一般向け言論は修正1条によって保護されるのに対して、個人向け言論は修正1条による保護を全くうけないという意味なのか、②一般向け言論の規制は厳格審査に服するのに対して、個人向け言論の規制はそれよりもゆるやかな審査で足りるという意味なのか判然としない。

かりに、Stevens 意見が①の意味なのであれば、判例理論の表現の自由法理に対する根本的変更ともなりかねない重大な意味を含んでいるように思われる。なぜなら、いわゆるヘイト・スピーチ規制の多くも直接個人に向けられた言論の規制であり、①を前提とするなら、ヘイト・スピーチは完全に修正1条の保護範囲の外に放出され、ヘイト・スピーチ規制は政府の自由裁量に委ねられることになるからである。

しかし、このような帰結は明らかに連邦最高裁の先例と矛盾する。連邦最高裁は、*R.A.V.* 判決において、猥褻表現、名誉毀損表現、喧嘩を売る言葉など、社会的価値が小さいため内容規制が許されてきた表現も、憲法上保護されないのではなく規制できるとどまるとして、問題とされた条例が内容差別にあたり目的達成のために必要な手段だとはいえないとして違憲判断を下した²⁸⁾。

また、*Black* 判決では、問題となった州法のうち十字架焼却を禁止する部分に関して、3名の判事（Souter 意見）が *R.A.V.* 判決にしたがって違憲判断を示し、6名の判事が合憲判断を示したが、表現でなく行為を禁止する州法だから修正1条違反の問題が生じないという Thomas を除く5名の判事（O' Connor 意見）は、当該州法が修正1条違反に該当するかどうかを検討したうえで、内容差別が許される例外的場合にあたるから修正1条に反しないという結論を示したのである²⁹⁾。

この点について筆者は、「ヘイト・スピーチの規制に対しても厳格審査を適用してその合憲性を判断すべきである」と主張してきた³⁰⁾。とりわけ日本では、侮辱罪（刑法231条）や脅迫罪（222条）など、個人に直接向けられた言論行為がその有害性のゆえに刑事処罰の対象とされている場合、それを表現の自由の問題だとは考えられてこなかっただけに、個人向け言論の規制に関わる問題を表現の自由の問題として再検討すべき必要性がさらに大きいように思われる。日本において、アメリカでの十字架焼却に相当する行為としては、カミソリや短刀等を送付する行為、建造物等に銃弾を撃ち込む行為などが考えられよう。従来、これらの行為が表現の自由の保護対象から除外されてきた背後には、害悪が明白な行為（いわば「論外の」行為）はいったん憲法による保護範囲に含めておいてから公共の福祉のための制約としてその規制を許容するのではなく、はじめから保護される行為類型の外に排除しておく、という発想があったように思われる³¹⁾。しかし、一部の行為を論外の行為であると決めつけて当初から憲法による保護外に投げだし、規制目的の正当性と規制手段の必要最小限度性の審査を省略する論理には、大きな危険がともなうといわなければ

28) *R.A.V. v. City of St Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

29) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003). *R.A.V.* 判決および *Black* 判決の詳細については、藤井「ヘイト・スピーチの規制と表現の自由」前掲注4) 2～7頁、藤井樹也「最近の判例 *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003) —十字架焼却を禁止する州法が違憲とされた事例」アメリカ法2005-1号111頁（2005）を参照。

30) 藤井「ヘイト・スピーチの規制と表現の自由」前掲注4) 14頁

ならない。私見では、これらの行為を脅迫罪等に該当するとして処罰することが表現の自由の侵害にならないかを検討し、処罰が許される場合があれば、それはまさしく厳格審査を充足する場合として説明すべきであると考ええる。

(2) アマチュア・スポーツ規制の許容性

以上のような理論的な判断枠組を前提に、具体的なアマチュア・スポーツ規制の許容性をどのように考えればよいだろうか。現在、各種スポーツ競技団体によって実施されている多様なアマチュア・スポーツ規制に、その必要性または合理性を欠くとして憲法違反とすべき場合があるのだろうか。日本でも、2007年にプロ・スポーツチームがアマチュア・スポーツ選手のスカウティング活動に際して選手や関係者に金銭等を供与するいわゆる「裏金問題」と、高等学校が有力なスポーツ選手を入学させるために優遇措置を講じる「スポーツ特待生制度」の存在が発覚し大きく報道されたが³²⁾、これらの行為は「日本学生野球憲章」(13条、19条)³³⁾による禁止行為に該当した。このようなケースを念頭に、ここでは政府またはスポーツ競技団体によるアマチュア・スポーツ規制がいかなる理由により許されるのか、いかなる内容の規制が許されるのかを考えてみる。

(a) アマチュア・スポーツ規制の内容 まず、アマチュア・スポーツ規制の許容性を考察する手がかりとして、*Brentwood*事件で問題になったTSSAAによる規制内容を再確認してみよう。

31) 幸福追求権(13条)の問題をテーマに、このような発想の存在を指摘したものとして、内野正幸『憲法解釈の論理と体系』323～326頁(1991)を参照。また、ドイツにおける保護領域論にも、同様の発想があるように思われる。ドイツにおける基本権理論については、松本和彦『基本権保障の憲法理論』19～24頁、203～211頁(2001)、小山剛『基本権の内容形成—立法による憲法価値の実現』128～130頁(2004)を参照。

32) これら事件の概要については、生島淳『アマチュアスポーツも金次第』20～36頁(2007)を参照。

33) <http://www.student-baseball.or.jp/kenshou/kenshou.html>を参照(2008年5月21日最終確認)。

TSSAA 規約³⁴⁾によると、TSSAAの目的は、TSSAA規則が定める基準にしたがって加盟校間のスポーツ競技を促進し規律することであるとされる。（規約1条2節）そしてその使命は、学校間スポーツ運営の統率と調整をおこなってメンバーに奉仕することであるとされ、TSSAAは、良き市民の育成のため参加とスポーツマンシップを奨励し、公平な機会と、積極的な評価、学習の経験を提供するという（1条3節）。規約にはこのほか、TSSAAの運営組織に関する規定があるほか（3～5条）、規則違反による不利益処分の際して、告知とヒアリングの機会を保障し不服申立手続を定める規定がある（4条1～4節）。

TSSAA規則³⁵⁾は、まず、加盟資格に関する諸規定をおいている（規則1条）。そこには、加盟校の資格や年会費などの加盟条件に関する規定（1条1・2節）、コーチの資格に関する規定（1条9節）などが含まれる。

つぎに、競技等への参加資格に関する諸規定がある（2条）。そこには、在学条件（2条1～8節）、年齢制限（2条9節）、健康状態に関する条件（2条10節）に関する諸規定があるほか、転校生の参加資格に関する制限に関する規定（2条11～13節）には、親による正当な転居（*bona fide change of residence*）によらない転校生の参加資格を12ヶ月間停止する条項が含まれる（2条13節a）。また、在学費用を60日以上滞納した生徒の参加資格は否定される（2条16節）。そして、“*undue influence*”の行使をリクルート規則違反とする規定があり（2条17節）、これが*Brentwood*事件で問題となった。また、スポーツの対価を受領せず自己の名前で競技する者を「アマチュア」とし、アマチュア規則に違反した生徒の参加資格を12ヶ月間停止する規定がある（2条18節）。さらに、メダル、トロフィー等正当と認められた賞品を除くほか、商業的価値を有する金品を受領することを禁止し、違反者の参加資格を12ヶ月間停止する規定がある（2条19節）。

34) Tennessee Secondary School Athletic Association Constitution, on <http://www.tssaa.org/Handbook/handbook.pdf>, at 1-7 (2008年5月21日最終確認)。

35) Tennessee Secondary School Athletic Association Bylaws, on <http://www.tssaa.org/Handbook/handbook.pdf>, at 8-33 (2008年5月21日最終確認)。

以上に加え、違反行為に対する制裁等に関する諸規定がある（3条）。加盟は自由意思によるものとされ、加盟校はすべての規則を遵守することに同意したものとみなされる（3条1節）。そして、TSSAAの理事長（Executive Director）と管理委員会（Board of Control）は、規約・規則に違反した加盟校に出場停止、制裁金その他の制裁を科す権限を有するとされる（3条3節）。また、“unsportsmanlike conduct（スポーツマンにふさわしくない行為）”は許されないとされ、選手やコーチが退場処分となった場合の措置が規定されている（3条7～9節）。このほか、無資格選手を出場させた競技に関して勝利の剥奪等の制裁が規定されている（3条10～15節）。

なお、雑則（4条）には、TSSAAの公式イベントにおいて、コーチ、運営委員、選手による喫煙を禁止する規定がある（4条14節）。

以上の規約および規則の内容を明確化するため、各規定の解釈に関する詳細なFAQが添付されている³⁶⁾。例えば、金銭的援助に関する第四のQ&Aは、生徒の授業料を支払う者は、両親、正当な後見人、または他の家族構成員でなければならないとしている。また、リクルート規則に関する第一のQ&Aは、違反行為とされる“undue influence”の具体例として、入学前のスポーツ選手に試験や面接のために送迎等の便宜を図る行為、学校を宣伝するための物品の供与などをあげ、第四のQ&Aは、入学前の生徒に対するコーチによる一切の事前接触が許されないとしている。

以上のように、TSSAAは加盟校間のスポーツ競技に関して、非常に広範にわたる規制を実施している。ちなみに、大学間スポーツ競技を規律しているNCAAは、前述の*Tarkanian*判決でステイト・アクターではないとされたが、その規則には、参加資格をアマチュア選手に限定する規定（規則12.01.1条）や、リクルート活動に対する詳細な制限規定（13条）が含まれている³⁷⁾。こ

36) Tennessee Secondary School Athletic Association Constitution Frequently Asked Questions & Tennessee Secondary School Athletic Association Bylaws Frequently Asked Questions, *on* <http://www.tssaa.org/Handbook/handbook.pdf>, at 38, 39-58（2008年5月21日最終確認）。

れに対して、日本における例として前述の日本学生野球憲章をみていると、比較的簡潔な内容であるが、大学野球に関して、「学費、生活費その他の金品」の受領を禁止する規定（憲章13条1項）、職業野球団への入団等の条件とする金品等の支給を禁止する規定（2項）がおかれ、これらは高等学校野球にも準用されている（19条）。

(b) アマチュア・スポーツ規制の必要性と合理性 以上に例示されるような、政府または各種スポーツ団体によるアマチュア・スポーツ規制は許容されるのだろうか。かりにそれが許容されるとしても、どのような条件の下で規制が許されるのだろうか。最後に、以上を手がかりにしてアマチュア・スポーツ規制の必要性と合理性について若干の考察を加えてみたい。

Brentwood II 判決が規制を正当化するに根拠として認めたのは、中学生に対する強引な勧誘手法が、①青少年の搾取を招く、②高校チーム間の競技を歪曲する、③体育を勉学よりも重んじる空気を醸成する、という TSSAA の認定であった³⁸⁾。しかし、ここで指摘されている諸弊害は、かならずしも一様な性質を帯びるものではない。すなわち、①は青少年保護、②はスポーツ競技の公正性の確保、③は適正かつ効果的な教育の実施と、それぞれ言い換えることが可能である。したがって、連邦最高裁は、異なる複数の目的を正当な規制目的として想定しているということができる。このほか、学業成績不良の選手を原則として出場停止とすることを定めた Texas 州法のいわゆる “no pass, no play

37) http://www.ncaa.org/library/membership/division_i_manual/2007-08/2007-08_d1_manual.pdf, http://www.ncaa.org/library/membership/division_ii_manual/2007-08/2007-08_d2_manual.pdf, http://www.ncaa.org/library/membership/division_iii_manual/2007-08/2007-08_d3_manual.pdf (2008年5月21日最終確認)。なお、*Shelton v. National Collegiate Athletic Association*, 539 F.2d 1197 (9th Cir. 1976) は、プロ・チームとの選手契約を済ませた学生の出場資格を否定する NCAA 規則が平等保護条項違反であるという主張を斥けた。このほか、*English v. National Collegiate Athletic Association*, 439 So.2d 1218 (La.Ct.App. 1983) は、転校生の出場資格を1年間停止する NCAA 規則が州法違反であるという主張を斥けている。

38) 127 S.Ct. at 2495-2496.

rule” が問題とされた事例で、Texas州最高裁 *Spring Branch* 判決³⁹⁾ は、生徒が課外活動に参加する権利は基本的権利にあたらぬとして州憲法の平等保護条項違反の主張を斥けるとともに、当該規制は生徒の学業促進という正当目的に合理的に関連しているとして、課外活動に参加する権利が連邦および州憲法のデュー・プロセス条項による保護をうけないと判断している。ここで正当化根拠とされている生徒の学業促進という規制目的は、前記③の共通する教育目的だと考えられよう。

前記の諸目的のうち、第一の青少年保護に関しては、コーチや学校関係者などの行為が規制対象となる場合には他者加害の防止がその目的となる。Stevens 意見が学生スポーツ選手のリクルート活動を弁護士による顧客勧誘と同視していることから、本件規制に弱者保護的な意味合いが認められていることがうかがえる。他方で、スポーツ選手である青少年自身の行為が規制対象となる場合には本人保護がその目的となるため、パターンリズムに基づく自由の制限が許容されるかどうか問われることになろう。また、リクルート活動のように、一方で、規制の対象となる行為と青少年に及ぶ害悪との間になんらかの因果関係が認められるが、他方で、行為自体が本質的に有害な行為であると必ずしもいえず、一面ではスポーツ選手の利益にもなっている種類の行為が規制対象になる場合がある。このような行為に対する規制手段の許容性については、目的の正当性からただちに規制手段の妥当性を結論づけるのは不適切であり、被侵害利益の重大性に照らして、適用される審査基準のもとで規制目的と規制手段との関連性を適切に審査し、不必要な規制を招くことのないよう注意が必要である。さらに、ドーピング規制のように、本人の利益を保護するた

39) *Spring Branch I.S.D. v. Stamos*, 695 S.W.2d 556 (Tex. 1985). なお、同州最高裁の先例である *Sullivan v. University Interscholastic League*, 616 S.W.2d 170 (Tex. 1981) は、転校後1年の出場停止を定めるルールは、リクルート活動を防止する目的との合理的関連性を欠くので、連邦憲法の平等保護条項違反だとしていた。このほか、*Parish v. National Collegiate Athletic Association*, 361 F.Supp. 1220 (W.D.La. 1973) は、出場資格として GPA 1.600 を要求する NCAA 規則が平等保護条項違反であるという主張を斥けている。

めの規制なのか、スポーツ競技の公正性という公益ないし他者の利益を保護するための規制なのかという、規制目的自体をめぐって議論がある類型の規制がある⁴⁰⁾。このような類型の規制についても、それを本人保護のための規制として正当化しようとするのであればパターンリズムに基づく自由制限の許容性が問題となり、かりにそれが一般には許容されないとしても、スポーツ選手が青少年である場合には、青少年保護のため例外的にパターンリズムに基づく自由制限が容認されるかどうかさがさらに問われることになる⁴¹⁾。

第二に、スポーツ競技の公正性の確保という規制目的に関しては、Stevens 法廷意見が言及した高校チーム間の競技の歪曲という具体的な弊害の背後に、なんらかのあるべき公正なスポーツ競技観が前提とされていたと考えることができるので、ここではより一般的な意味でのスポーツ競技の公正性について考えてみる。まず、それが諸個人の利益に分解・還元できない公益または社会的利益なのか、それともスポーツ競技への参加者や競技の運営者などの個人的利益なのかという点が問題になる。そして、かりに公益または社会的利益の保護を目的とする規制が問題になるのであれば、そもそもこのような抽象的な公益によって個人の自由を制限することができるのか、かりにそれが可能であるとしても、適用される審査基準のもとでこの利益が個人の自由を制限する根拠としてどの程度の重みをもつものなのかを考える必要がある⁴²⁾。また、ここでスポーツ競技の公正性という観念を一応想定しているが、その具体的意味を

40) ドーピング規制の目的に関する議論については、Robert L. Simon（近藤良亨＝友添秀則代表訳）『スポーツ倫理学入門』93～118頁（1994）、友添＝近藤・前掲注（18）56～64頁（友添秀則執筆）、近藤良亨編著『スポーツ倫理の探求』41～49頁（近藤良亨執筆）（2004）、小笠原正監修『導入対話によるスポーツ法学（第2版）』133頁（齋藤健司執筆）（2007）を参照。

41) なお、ドーピング規制の許容性を判断する際には、プライバシーの権利、信教の自由、身体の自由などの個人的権利との調整も必要でなる。佐藤千春「ドーピング」伊藤堯＝濱野吉生＝浦川道太郎＝菅原哲朗編『スポーツの法律相談』85頁（2000）、富島智雄「ドーピング検査とプライバシー」スポーツ問題研究会編『Q & A スポーツの法律問題（改訂増補版）』46～49頁（2003）を参照。

どのようにとらえるのかという点も問題になる。たとえば、これがフェア・プレイ精神やスポーツマンシップに則ったスポーツ競技を意味するのだとしても、何がフェアだと考えるのか、何がスポーツマンシップにかなうのか、勝利の追求と正々堂々とした手段のいずれを優先すべきなのか、といった点についてはなお意見が分かれうる⁴³⁾。その内容として道徳性・倫理性が強調される場合には、政府による規制によって特定の道徳観・倫理観を強制することが許されるかという問題が生じることとなろう。また、リクルート活動の規制に関しては、リクルート活動がなぜフェア・プレイ精神やスポーツマンシップを害することになるのかという点を、説得的に論証する必要も生じよう。さらに、アマチュア・スポーツ規制に関しては、スポーツ競技の公正性の具体的意味として、アマチュア・スポーツは金銭的利得や賞金の獲得を目的とするべきではない、アマチュア・スポーツは商業主義に害されてはならないという、「アマチュアリズム」を観念することもできる⁴⁴⁾。しかし、そもそもアマチュアリズムという観念そのものの妥当性に疑問があるほか⁴⁵⁾、かりにスポーツ選手のリクルート活動とアマチュア・スポーツの商業主義化との間に因果関係があ

42) 男女別のスポーツ競技が性差別にあたらないことを、「競技・試合の公正」という観念によって正当化しようとするアメリカでの議論については、加藤英俊「スポーツ参加の機会と男女平等」新正幸＝早坂禧子＝赤坂正浩編『公法思想と制度 菅野喜八郎先生古稀記念論文集』145頁、160～161頁（1999）を参照。なお、アメリカにおけるスポーツと男女差別をめぐる諸事例については、以下の文献を参照。MICHAEL J. COZZILLO, MARK S. LEVINSTEIN, MICHAEL R. DIMINO, SR. & GABE FELDMAN, SPORTS LAW: CASES AND MATERIALS 902-963 (2d ed. 2007)。

43) スポーツマンシップの具体的内容をめぐる議論については、川谷茂樹『スポーツ倫理学講義』13～104頁（2005）を参照。

44) アマチュアリズムの意味については、井上春雄『アマチュアリズム』178～179頁（1961）、影山健著者代表『国民スポーツ文化』385～388頁（森川貞夫執筆）（1977）、清川正二『オリンピックとアマチュアリズム』17～22頁（1986）を参照。これに関連して、アメリカにおけるメディアと結合したスポーツのビジネス化とその問題点については、多木浩二『スポーツを考える』94～106頁（1995）、大野晃『現代スポーツ批判—スポーツ報道最前線からのレポート』85～92頁（1996）を、アマチュア・スポーツの商業主義化の実情については生島・前掲注（32）をそれぞれ参照。

るとしても、他の職業等への勧誘活動と区別してスポーツだけが特に非商業主義的であることを政府規制によって強制するのであれば、そのことの合理的根拠が問われなければなるまい。また、商業主義が青少年に与える悪影響の防止が規制目的だと把握する場合には、前記第一の青少年保護目的の問題として考える必要がある。

第三に、適正かつ効果的な教育の実施という規制目的は、とくに学校スポーツに妥当する教育目的だと考えられる。すなわち、日本では知育、徳育、体育、食育などに分類される（食育基本法前文）教育諸分野の適正な配分を通じて、学校において効果的な教育を実施する利益だと言い換えることができよう⁴⁶⁾。もっとも、前記のTexas州における“no pass, no play rule”のように教育との因果関係が明確な規制と異なり、リクルート活動が教育に及ぼす悪影響は必ずしも自明ではないことから、適用される審査基準のもとで規制目的と規制手段との関連性を適切に審査し、不必要な規制を招くことのないよう注意することがここでも必要である。

以上、*Brentwood II*判決が指摘した①～③の規制目的に関しては、それぞれについて個別に考慮すべき事柄が多々あると考えられる。したがって、*Brentwood II*判決がこれらの規制目的をまとめて指摘し、それによって一括して規制を正当化した論法には問題があったように思われる。とりわけ、Stevens 法廷意見が適用した審査基準がどの程度の厳格度を有するものなのか判然としない（少なくとも、“compelling interest”のために“narrowly tailored”でなければならないという厳格審査基準の決まり文句が使用されてい

45) アマチュアリズムの差別思想としての側面については、E. A. グレーダー（四国スポーツ研究会）『アマチュアリズムとスポーツ』15～19頁（1986）、玉木正之『スポーツとは何か』25～31頁（1999）を参照。アマチュアリズムとナショナリズムの結合については、内海和雄『アマチュアリズム論』98～119頁、179頁（2007）を参照。

46) 学校におけるスポーツ教育の意義については、中村敏雄著者代表『スポーツ教育』410～420頁（中村敏雄執筆）（1978）を参照。また、日本における「部活」中心の学校スポーツがかかえる問題点については、中村敏雄『日本的スポーツ環境批判』89～197頁（1995）を参照。

ないことから、厳格審査基準よりもゆるやかな基準が適用されたと推測されるにとどまる) 点は、説明不足だったと言わざるをえまい。

他方で、規制を受ける側の利益として、表現の自由、デュー・プロセス、平等保護(法の下での平等)など、憲法によって保障される権利が問題となっている場合には、制限される権利の性質に応じて厳格審査や合理性審査などの適切な審査基準に照らし制限の合憲性が判断されなければならない。このほか、生徒が課外活動に参加する権利⁴⁷⁾、旅行の権利⁴⁸⁾、結婚の自由⁴⁹⁾などが問題にされた事例がある。また、政府と個人との間にスポーツ競技団体が介在する場合には、団体の自律権の保護が問題となる⁵⁰⁾。さらに、スポーツ活動そのものを独自の権利であるとして把握できないかが問題となる。日本における学説上は、自由権、社会権、健康権など、さまざまな角度から「スポーツ権」を理論化しようとする試みがなされてきた⁵¹⁾。もっともこの権利は、個人の具体的な法的権利としてではなく、国民全体の政治的権利として把握され、スポーツ政策に関する主張を支える機能を期待されてきた面があったと考えられ、スポーツ規制をスポーツ権侵害ゆえに無効というにはなお、越えなければならない理論的なハードルがあるように思われる。

おわりに

現代社会において政府がスポーツ政策を推進するに際して、国民の自由や健

47) *Spring Branch, supra* note 39.

48) *DeFranz, supra* note 16.

49) *Bell v. Lone Oak Independent School District*, 507 S.W.2d 636 (Tex.Ct.App. 1974) (結婚した生徒の課外活動への参加を禁止する学校規則は、婚姻上の地位を理由とする差別であり平等保護条項に反するとした)。このほか、*Pottgen v. Missouri State High School Activities Association*, 40 F.3d 926 (8th Cir. 1994) は、競技参加者の年齢制限規定が *Rehabilitation Act* および *Americans with Disabilities Act* に違反しないと判断している。

50) 平等原則の適用に際して団体の自律権への配慮という問題が存在することを指摘するものとして、井上典之「スポーツにおける平等の諸次元」日本スポーツ法学会年報13号『スポーツにおける法の下での平等』7頁、18～20頁(2006)を参照。

康を保護するための消極的規制にとどまらず、文化⁵²⁾に対する振興・助成などの積極的関与に乗りだす場合、一定の道徳観・倫理観に対する積極的評価を前提とせざるをえず、価値中立的な態度を維持することが困難になる。これは、芸術や学問に対する助成措置に際して生じるのと同様の問題でもある⁵³⁾。アメリカ連邦最高裁の *Brentwood II* 判決は、ステイト・アクション理論、表現の自由法理にかかわる憲法学上の論点に加え、スポーツ法学上の論点を含んでおり、スポーツ倫理の問題、さらには、国家と文化の関係という根源的な課題ともかかわっている。この点で *Brentwood II* 判決は、単に *Brentwood I* 判決の

51) スポーツ権の観念については、川口智久著者代表『現代スポーツ論序説』267～274頁(影山健執筆)(1977)(自由権と社会権の両面に加え、休息権・余暇権、健康権、文化権発達権などの諸権利との関連で理論構成する)、濱野吉生『体育・スポーツ法学概論』54～60頁(1988)(自由権と社会権の両面から体育・スポーツ権を理論構成する)、松元忠士「スポーツ権」法時65巻5号60頁(1993)(自由権と社会権の両面から理論構成する)、森川貞夫「スポーツ法学への期待」法時65巻5号64頁(1993)(憲法25条の「健康で文化的な……生活」の内容として理論化しようとする)、濱野吉生「スポーツ権をめぐる諸問題」日本スポーツ法学会年報1号『スポーツにおける当事者関係の特質』53頁(1994)(自由権と社会権の両面から理論構成する)、千葉正士＝濱野吉生編『スポーツ法学入門』114～126頁(永井憲一執筆)(1995)(教育を受ける権利としてのスポーツ権を基礎に、スポーツ権の人格権(自由権)、要求権(社会権)、文化権(新しい人権)としての側面を承認する)、入澤充『スポーツの法律入門』143～146頁(2004)(教育を受ける権利を中心にスポーツ基本権を理論構成する)、森克己「教育人権とスポーツ権」永井憲一編著『憲法と教育人権』239頁、251～262頁(2006)(教育人権論による理論化を評価しつつ、13条により「新しい人権」として承認されるための条件を検討する)、小笠原監修・前掲注(40)28～36頁(濱野吉生執筆)(自由権と社会権の両面から理論構成する)を参照。

52) ドイツにおける文化としてのスポーツと基本法とのかわりについては、井上典之「スポーツ・個人・立憲国家—ドイツ・ヨーロッパにおける人権問題の一片—」神戸法学雑誌49巻1号1頁、12～24頁(1999)を参照。また、文化としてのスポーツの意義については、影山健執筆代表・前掲注(44)27～33頁(今村浩明執筆)を参照。

53) 芸術や文化に対する給付が生じさせる困難な憲法問題については、阪口正二郎「芸術に対する国家の財政援助と表現の自由」法時74巻1号30頁、33～34頁(2002)、駒村圭吾「国家助成と自由」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究憲法』168頁、169～171頁(2005)、石川健治「文化・制度・自律—「l'art pour l'art」と表現の自由」法学教室330号56頁、59～63頁(2008)を参照。

後日談にとどまらない興味深い意義を有していたと感ずるのである⁵⁴⁾。

54) 本稿校正段階の2008年7月19日に、憲法訴訟研究会（於・学習院大学）において報告の機会（藤井樹也「高校のスポーツ選手をリクルートする行為の禁止と修正1条」）を与えられ、出席の先生方から貴重なご意見をいただいた。ここにお礼申しあげる。