

Title	選挙法と政治的競争：司法審査理論の可能性？
Sub Title	"Political competition approach" in American election law scholarship
Author	吉川, 智志(Yoshikawa, Tomoshi)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内 『法学政治学論究』 刊行会
Publication year	2017
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.112, (2017. 3) ,p.201- 237
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20170315-0201">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20170315-0201</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 選挙法と政治的競争

——司法審査理論の可能性?——

吉  
川  
智  
志

- 一 はじめに
  - (一) 選挙法の司法審査理論
  - (二) 本論文の目的
- 二 政治的競争アプローチ
  - (一) 概要
  - (二) 適用
  - (三) 整理
- 三 批判的検討
  - (一) 司法審査理論としての完成度
  - (二) 理論の包括性
- 四 結び

## 一 はじめに

### (一) 選挙法の司法審査理論

選挙法学 (Election Law) は、選挙法 (election law) を対象とする法学の一領域である。一九九〇年代の米国で、それは誕生した。ここにいう選挙法とは、公選職選定過程を規律する諸法制度を総称するものであり、具体的には、選挙区割法、選挙運動資金規制法、予備選挙法などが含まれる。これら選挙法をめぐる議論が、一定の纏まりを持つもの意識されるようになり、選挙法学の誕生が語られるに至った。<sup>(1)</sup>

選挙法学は現在、選挙法に関わる学問的検討を包括するディシプリンとして存在しており、ここでは、立法の提言や外国との制度比較なども含めて、広範かつ多種多様な議論が行われている。しかし、その中で質・量ともに大きな位置を占めるのは、司法審査を通じた選挙法の憲法的統制をめぐる議論である。即ち、この意味での選挙法の司法審査論こそが、選挙法学の中心に位置していると言つてよい。<sup>(2)</sup>ここでは、何よりもまず、各種選挙法を対象として下された憲法判例の整理や明確化、あるいは、これに対するコメントariiが展開される。

しかし、ここで注目したいのは、選挙法学において展開される司法審査論が、前記のような判例に密着した——判例を直接の素材とした——ものに限定されないことである。むしろ、主要な選挙法学者はこれまで、優れて理論的な見地からこの主題に接近してきた。単なる判例の整理や評釈から一歩進んで、民主制国家において選挙が担うべき機能や、それを実現するために司法審査が果たすべき役割を論じ、一定の司法審査理論を自覚的に提示した上で、そこから、裁判実務が採用する既存の司法審査ディスコースの刷新を図る。こうした試みがなされてきたのである。その際に提示される理論の内容は論者により一様ではないが、ある一つの有力な潮流の存在を指摘することが可能である。

それは、選挙法の司法審査を、政治的競争 (political competition) の確保という観点から行うべきことを説く理論潮流である。この理論潮流は、政治的競争アプローチと総称されるもので、一九九〇年代後半に、イサカロフ (Samuel Issacharoff) とピルデイス (Richard H. Pildes) の二人によって提唱されたことに端を発する<sup>(3)</sup>。彼らによれば、選挙法の司法審査は、既存の権力によって構築される反競争的選挙法を排除するものでなければならぬ。それにより適正な政治的競争環境を維持することにこそ、選挙法の文脈における司法審査の核心的な役割がある。彼らはこれを、選挙法の司法審査全般に適用されるべき包括的理論枠組みとして提示するとともに、多くのローレヴェーを通じて展開してきた。そして、学界におけるその影響力は、極めて大きなものであった。例えば、有力な選挙法学者であるヘイゼン (Richard Hasen) は、二〇〇三年の時点で、政治的競争アプローチが選挙法学における「正説 (orthodoxy) になりつつある<sup>(5)</sup>」言い、他の論者もこれを「主流派 (mainstream) <sup>(6)</sup>」や「支配的パラダイム (dominant paradigm) <sup>(7)</sup>」などと評している。また、現在でも、イサカロフ・ピルデイス以外の選挙法学者も含めて、このアプローチの継承——無論、批判的継承も含む——が試みられている。

このように米国では、選挙法の司法審査理論をめぐる議論が繰り広げられている。そしてこれらは、右の評価が示すように、選挙法の司法審査論の中でも、有力な議論のモードの一つであったと言える。こうした、司法審査理論の展開という議論状況に、米国選挙法学が持つ顕著な特徴の一つを見出すことができるかもしれない。

## (二) 本論文の目的

さて、以上に一瞥した米国選挙法学の議論状況は、日本国憲法学から見て、興味を惹くものであるように思われる。と言うのは、日本国憲法学で、こうした包括的理論を提示する試みは殆ど見られない。選挙法の憲法適合性が論じられる場合でも、違憲性が問題となる個別的法律ごとの検討が中心だと言えよう<sup>(8)</sup>。その背景には、多種多様な選挙法の

憲法的統制を単一の視座から整序することの困難性があるかもしれない。しかし他方で、米國選挙法学で有力化した政治的競争アプローチは、ある程度、我々の直観に適うものであるように思われる。選挙法のあり方が選挙結果に多大な影響を与えることに鑑みれば、既存の権力がこれを恣意的に操作し、競争環境を歪める危険性は大きい。このような選挙法の特性を踏まえたとき、反競争的選挙法の排除<sup>9)</sup>政治的競争の確保に司法審査の役割を見出す立場は、一定の説得力を持つ。とは言え、政治的競争の確保と言っても、それ自体としては未だ抽象的である。そこで、このアプローチのより具体的な内容が問題となる。特に、そこにいう「競争」とは如何なる像の下で捉えられているのか、具体的な裁判法理の次元で如何なる要請が引き出されるのか、といった点が、明らかにされる必要がある。また、その際には、このアプローチへの批判的検討を併せて行うべきことも、言うまでもない。

本稿は、以上の問題意識のもと、米國選挙法学において有力に展開された、政治的競争アプローチを検討する。以下では、提唱者であるイサカロフ<sup>10)</sup>ピルデイスの主要な論考を素材に、このアプローチの内容を紹介・整理した上で(二)、これに批判的検討を加え(三)、最後に、本稿の検討から得られる示唆につき若干言及する(四)。

## 二 政治的競争アプローチ

### (一) 概要

政治的競争アプローチの嚆矢となったのは、「市場としての政治・民主政過程の党派的ロックアップ<sup>10)</sup>」と題される共著論文である。ここでイサカロフ<sup>10)</sup>ピルデイスは、「既存の党派の勢力が背景的ルール「選挙法のこと…引用者」を操作してきたことを裁判所が発見できた場合、適切に競争的な党派的环境を確保するため、かかる操作を違憲とする

べき」との定式を示し、理論の骨子を明らかにした (Peters)。その趣旨は、先に触れた通り、司法審査を通じて、既存の権力が構築する反競争的選挙法を排するというものである。

このアプローチは、一面では、現実が生じてきた民主政の欠陥に対する処方箋とも言うべき性格を持つ。彼らは、(同論文が執筆された) 一九九〇年代後半当時、米国政治で政治的競争が低調となっており、これを民主政の質の減退を招いている原因と診断した。競争低調化の背景には、共和党と民主党という二つの支配政党が、二〇世紀を通じて、「自らにとつての」深刻な脅威となる挑戦者を締め出すよう、政治的競争のグランド・ルールを操作し支配下に置いたことがあつたという (Peters)。そこで、そうした反競争的実践を排除する役割を担う理論的枠組みとして、先の定式が示されたのである。

もっとも、他面で彼らは、より一般的・原理的な観点からの説明も行っている。<sup>①</sup>それは、政治的競争環境が存在して初めて、代表者は市民の選好を充足する誘因を持ち、また選挙を通じた責任追及が可能となる、との説明である。このうち前者は民主的応答性、後者は民主的答責性を指すものであるが、政治的競争の確保という視点は、こうした極めて重要な民主的価値に仕えるが故に、正当だとされるのである。加えて、既存の権力が、反競争的な選挙法を制定する強い誘因を持つことも、繰り返し指摘されている。

## (二) 適用

それでは、政治的競争の確保という視座から、司法審査の具体的な推論の場面において如何なる法的要請が引き出されるのか。残念ながらイサカロフ・ピルデイスは、その説明を体系的な形では行っていない。彼らはむしろ、ローレヴェュー上で、かつて生じた選挙法事件等に政治的競争アプローチを適用する(いわば実演する)ことを通じて、この点を明らかにしてきた。そこで本節では、このアプローチの名の下に如何なる議論が展開されたのかを——必ずし

も網羅的ではないが——挙げていく。なお、その際には、彼らが批判の対象とする最高裁判決等も併せて紹介するが、紙幅の都合上、最低限の言及に留める。

## 1 Burdick 事件への適用

まず、前述の「市場としての政治」論文で展開された、*Burdick v. Takushi* 事件<sup>(12)</sup>への適用である。

### (1) 事実と判旨

*Burdick* 事件は、州議会の本選挙・予備選挙での書き込み投票 (write-in ballot) を禁止するハワイ州法の合憲性が争われたものである。米国では、投票用紙に記載されている候補者を選択して投票するが、通常、その候補者欄の末尾には余白があり、候補者として記載されていない者にも投票が可能となっている。これが書き込み投票である。ハワイ州ではこれが禁止されていたわけではあるが、本件では、書き込み投票を希望する同州の有権者が、当該州法の違憲性を主張し訴訟を提起した。

最高裁判廷意見は、まず、本件のような投票規制の事例においては、違憲審査基準として、原告の権利への制限の程度を考慮に入れた利益衡量基準が妥当すると述べる。ここでは、原告の権利が厳しい (severe) 制限に服する場合には厳格審査が妥当する一方、そうでない場合には、緩やかな審査が妥当するとされる<sup>(13)</sup>。こうした枠組みを前提に、法廷意見は、当該法によって、修正一条に根拠を持つ「選択および結社の自由」(at 436-437) が制限されているとの構成をとる。投票を、自己の好む候補者を選択し、これと結社する自由として理解するのである。しかし、本件では、原告の上記権利に対する厳しい制限は生じていないという。その理由としては、ハワイ州の投票用紙へのアクセス (候補者として投票用紙に登載されること) 要件が厳格でないことが挙げられている。それが厳格でなければ、書き込み投票が禁止されていても、有権者の候補者選択の実質的な範囲はさほど限定されない。こうして、本件では、緩やか

な基準が妥当することとなった。他方で、法廷意見は、書き込み投票の禁止が、①過度な党派主義の防止、②「他党襲撃」(支持政党以外の予備選挙に参加し、その結果に影響を与えること)の防止、という「正統な利益」に資するという。そして、こうした利益は、原告の修正一条上の権利への制限よりも大きいものであるとして、当該法を合憲とした。

## (2) 適用——イサカロフIIピルデイス

これに対しイサカロフIIピルデイスは、本事案を、政治的競争の確保という視点から分析する。その行論はやや複雑なので、整理を施しつつ紹介しよう。

第一に彼らは、次のように述べて、当該法の反競争的效果を指摘する<sup>(14)</sup>。①ハワイ州では州上院、下院、知事等、複数の予備選挙を同時に行うが、州法の規定により、有権者は、全ての公職につき同一政党の予備選挙にしか参加できない、②同州は民主党の一方支配がなされ、同党の予備選挙が実質的に本選挙の機能を果たしているため、有権者は、たとえ特定の公職の候補者として他党ないし無党派の候補者を支持していても、民主党の予備選挙に参加する強い誘因を持つ、③ところで、同州で無党派候補者が本選挙の投票用紙に登載されるためには、無党派の予備選挙に出馬した上で、予備選挙全体の一〇%以上もしくは政党予備選挙の当選者の最低得票以上を獲得する必要がある、④だが、前記①—③ゆえに、無党派候補者の予備選挙での十分な得票は困難であり、本選挙の投票用紙に登載されることは難しい、⑤この点、もし予備選挙での書き込み投票が可能であれば、基本的に民主党の予備選挙に参加しつつ、公職の種類によっては書き込み投票を通じて無党派候補者に投票することが可能であるが、それはまさに本法の禁止対象である、⑥故に「ハワイ法の累積的構造は、民主党の一方支配に対して生じつつある抵抗を骨抜きにする」(at 671)。

第二に彼らは、州利益の正当性を判断する際に競争確保の観点を導入する。この議論は、裁判所による正当な州利益の認定を批判する文脈で展開されている<sup>(15)</sup>。①法廷意見は、当該州法により達成される利益を、「他党襲撃」の防止、「際限ない派閥主義」の防止など、「高度に抽象的な形で」(at 673)表現し、これを正統なものとした、②しかし、こ



こでの「州」とは、実際には、「民主党の現職によって構成される」ものに他ならない<sup>(12)</sup>、③その上で、政治過程の現実を見ると、「他党襲撃」の防止とは、予備選挙における民主党内の反体制派と党外勢力——民主党以外の政党等——との連携を妨害し、政治状況の固定化を招くものである、④「そのような利益は州の行為を正当化するものとは程遠く、逆に裁判所がかかる行為を無効とする理由となるべきである」(at 674)。  
 イサカロフ・ビルデイスは、以上のような理由づけを展開して、書き込み投票を禁止する本件ハワイ州法は、違憲となるべきだったと結論した。

## 2 Timmons 事件への適用

次に、「Timmons v. Twin Cities Area New Party 事件」<sup>(16)</sup>への適用を見てみよう。これも、「市場としての政治」論文で展開されたものである。

### (1) 事実と判旨

Timmons 事件では、選挙での fusion を禁止するミネソタ州法の合憲性が争われた。fusion とは、二つ以上の政党が、同一人物を自党の候補者とすることを指す。二大政党（共和党もしくは民主党）のどちらかの候補者に、第三政党等が「相乗り」するのが典型である。

一九九四年の州議会上院選挙において、新興政党である新党 (The New Party) は、ある選挙区で、既に民主労働党 (Democratic-Farmer-Labor Party: 民主党と労働党が合併してできた政党で、実質的には民主党) の候補者だったドーキンスを自党の候補者として選定した。その際、同氏および同党の反対は無かった。しかし、ドーキンスを候補者とする新党の候補者指名届は、fusion を禁止する州法と抵触するため、選挙管理当局は受領を拒否した。これに対して新党が同法の違憲性を主張したのが、本件である。

最高裁判廷意見は、本件を、主として、自党の候補者を選ぶ政党の権利——修正一条に根拠を持つ結社権の一内容——の制限が問題となった事例と見た上で、*Burdick* 判決で用いられた、権利への制限の程度を考慮に入れた利益衡量基準を採用する。この点、法廷意見によれば、「特定の個人が特定の政党の候補として投票用紙に登場できないことは、政党の結社権に厳しく (severely) 負担を課すものぶなご」(at 359)。即ち、同法が禁止するのは、既に他の政党の候補者である者を候補者とするだけなので、政党の候補者選定の範囲は、僅かな程度しか制限されない、故にそれは政党の結社権への厳しい制限ではない、というのである。それ故、本件では、緩やかな審査基準が適用されることとなった。その上で、法廷意見は、本件州法によつて、①投票用紙が選挙広告として用いられることの防止、②州の投票用紙アクセス制度の維持、③二大政党制の促進ないし政治制度の安定性の確保、といった利益が達成されるとし、こうした「相応に重く」有効な州利益」(at 370)によつて、新党の結社権への負担は正当化される、と結論づけた。

(2) 適用——イサカロフ＝ピルデイス

本法廷意見に対するイサカロフ＝ピルデイスの批判は、以下の通りである。

第一に彼らは、fusionの禁止が新興政党・第三政党を害する反競争的效果を持つこと、そしてそれが二大政党によつて意図的に導入されたことを指摘する。より詳細には、以下の通りである…①一九世紀の米国では第三諸政党の活動が活発だったが、それらはfusionを活用していた、②第三諸政党は、fusionの相手方である二大政党（共和党もしくは民主党）の意思決定——特に、候補者として誰を選ぶかの決定——に影響を与えることができ、そのことが第三諸政党の存在感を高めた、③米国の多くの州では、本選挙において一定数以上の得票をした政党のみに次の選挙サイクルでの無条件の投票用紙アクセスその他の特権が与えられるところ、第三政党はfusionにより、二大政党に票が集中する傾向のある小選挙区制の下でも、この要件の充足できた、④しかしその後、「fusion候補者を禁止する動

きが、二大政党構造を固定化することにより第三政党の競争を排除する意図的な戦術 (deliberate tactic) として登場し、……現代政治において第三政党の存在感は劇的に減少した”。そして、イサカロフ＝ビルデイスは、以上の諸点を踏まえると、本件では「厳しい (exacting) 司法審査」(at 835) が行われるべきだったと言う。

第二に、イサカロフ＝ビルデイスは、Burdick 判決への適用と同様、州利益の正当性を判断する文脈で競争確保の観点を導入する。ここで特に問題とされるのは、法廷意見が、二大政党制の促進ないし政治制度の安定性の確保を、正当な州利益として承認したことである。この点、彼らは、『安定性を強める』規制なるものは、……(民主党員と共和黨員によってのみ構成される) 州議会に、實際上挑戦不可能な二政党寡占の創出を許すことの別名に容易くなり得る」(at 686) と述べて、当該州利益の正当性を否定する。

なお、このアプローチが適用された場合の当該法の合憲性判断は明言されていないが、違憲性が強く示唆されているものと解される。

### 3 Jones 事件への適用

次に、California Democratic Party v. Jones 判決<sup>(19)</sup>である。

#### (1) 事実と判旨

Jones 判決で合憲性が争われたのは、カリフォルニア州における包括的予備選挙 (blanket primary) である。包括的予備選挙とは、予備選挙制度の一つで、有権者が、選挙される公職<sup>(20)</sup>に、全ての政党の候補者に投票可能であることを特徴とする。カリフォルニア州では元来、閉鎖型予備選挙 (投票に際して政党登録を要し、投票対象が自党の候補者に限定される) が用いられていた。しかし、閉鎖型予備選挙の下では、政党内の最も極端な意見を持つ人々の選好に適合候補者が選出される傾向があり、結果として、本選挙が、各政党の極端な意見を持つ候補者同士の争いとなって、

有権者の多くの割合を占める中位有権者 (median voter) が選択に困るといふ状況が生じていた。これを嫌った州民が一九九六年に州民発案を通じて包括的予備選挙を導入したのに対し、二大政党を中心とする州内の諸政党が本法の違憲性を争ったのが、本件である。

最高裁法廷意見は、本法が、政党に対して、当該政党への所属を拒否した者や敵対政党員と結合することを強制するものであり、その結果、当該政党が選定する候補者やその候補者が採る政治的立場を変えてしまう危険性が極めて高いと述べる。これは、修正一条で保障される政党の結社しない権利を、「これ以上の重い負担を思いつくことができない」程の厳しさで制限するものに他ならない (p. 583)。そうである以上、軽微な権利制限しか生じていなかった *Burdick* 事件等とは異なり、本法には、厳格審査が適用されるとした。本法を正当化する州利益としては、①公選職の代表性の向上、②党派の関心を超える候補者討論の促進、③無所属・小政党の構成員への効果的な投票の保障、が提示されたが、最高裁は、これら諸利益は、それ自体として政党の結社権を否定するものだとして、その正統性を認めなかった。また、「公正の促進、投票者により多くの選択の付与、投票者の参加の増進、プライバシー保護」(p. 584) といった利益も提示されたが、これらは、やむにやまれぬ利益ではないとされた。さらに、もし前記諸利益がやむにやまれぬものであったとしても、この利益は、結社の自由に対する制限がより少ない他の予備選挙制度 (非党派の包括的予備選挙制度) によっても実現が可能だとされ、結局、本法は違憲とされた。

## (2) 適用——イサカロフ＝ビルデイス

イサカロフ＝ビルデイスは、「市場としての政治」論文——これは *Jones* 事件最高裁判決以前の論文である——において、本法は、①第三政党等に不利益を与える効果を生じさせない、②州民発案を通じて導入されたため、支配政党の反競争的意図が存在しない、という二点から、その合憲性を支持した (at 668-669 n.100)。但しこれは脚注での簡潔な記述に留まる。

(3) 適用——イサカロフ

そこで以下では、判決後に、より詳細な議論を展開したイサカロフの二〇〇一年の論文「公的目的を担う私的な政党…政党、結社の自由、党派の競争」<sup>(21)</sup>を見てみよう。<sup>(22)</sup>

イサカロフは、まず、法廷意見が政党の結社権を過度に実体化したものと批判し、これを退けた上で、「政治市場において適切なレベルの競争性を維持するための必要条件として」政党の自律を認めるべきだと言う (at 299)。即ち、政治的競争が政党を通じて行われること——政党間競争——を前提に、有効な政党間競争の維持に必要な限りで、政党の自律性に憲法的保護を認める、という視座を定めるのである。

これを前提に彼は、近年の政治学の成果にも依拠しながら、有効な政党間競争の成立条件として、各政党が一定の党派的性格を持つことを挙げる。「もし政党が、単に中位有権者のための制度となれば、政党はその組織的同一性を保持できない」(at)。そこで次の問題は、政党の党派性が維持される条件は何かであるが、彼は、政党内の活動家 (activist) ——政党アジェンダ推進のために時間と資源を捧げる中核的な政党員——の存在が不可欠だという。活動家は、そのイデオロギーの極端さゆえに、政党の党派的輪郭を維持する役割を果たすというのが、その理由である。また活動家は、一般有権者を選挙運動・投票へと動員することで、政治的競争の活性化に寄与する。こうして彼は、発案一九八の合憲性の問題を、それによって政党の機能が喪失されるまで政党活動家の力を弱めるか、という形で再定式化する。そして、この問いに答えるために、イサカロフは、アラスカ州、ワシントン州、ルイジアナ州といった、既に包括的予備選挙を用いている州の実情、即ち「経験的証拠 (empirical evidence)」に目を向ける (at 300)。すると、そうした州では、前述のような状況は発生していないことがわかる。以上から彼は、提案一九八は有効な政党間競争を損なうものではなく、それ故、合憲とされるべきだったと結論した。

## 4 中間期再区割りをめぐって

次に、いわゆる中間期再区割り (Mid-Decade Redistricting) に対する、政治的競争アプローチからの批判を見てみよう。米国では、一票の価値の平等を達成するため、一〇年に一回の国勢調査の結果を踏まえて議席再区画を行うことが、判例を通じて憲法上の要請として確立している。そのため各州の選挙区割り主体 (多くの場合州議会) は、一〇年に一回、連邦下院選挙および州議会選挙の再区割りを行う。ところが近年、主に共和党が多数を占める州議会で、それ以外のタイミングで区割りを行う動きが出てきた。これが中間期再区割りである。ビルデイスは、二〇〇六年の論文「憲法と政治的競争」<sup>(23)</sup> で、連邦下院選挙の中間期再区割りに焦点を当てつつ、政治的競争アプローチを展開する。ビルデイスはまず、議論の前提として、連邦下院選挙区の区割り権限に関する合衆国憲法の構造を確認する。現行憲法上、連邦下院の区割りは第一次的に州が担う。しかし彼によれば、それは各州固有の権限ではなく、合衆国憲法第一条四節の選挙条項 (Elections Clause)<sup>(24)</sup> を通じて付与されたものに過ぎない。そうである以上、そこには授権の趣旨から来る内在的限界——権限行使の範囲 (scope) と目的 (aim, purpose) についての限界——があるという。そして彼は、この内在的限界を論じる文脈で、政治的競争の観点を導入する。即ち「競争的な連邦下院選挙を骨抜きにし、選挙を通じた答責性を損なわせる資格を、選挙条項は州議会に与えていない」との選挙条項解釈を示すのである<sup>(25)</sup> (2002)。以上を踏まえてビルデイスは、中間期再区割りについて議論を進め、次のような立場を示す。「裁判所は、次のことを認めるべきである。即ち、選挙条項は、司法決定による要請や異常事態 (ハリケーン・カトリーナやそれに伴う大きな人口増減等) がない場合に、中間期区割りに従事する権限を州に認めていない」(2002)。即ち、再区割りを命じる裁判所の決定や災害の発生といった例外的場合を除いて、一〇年に一回のサイクル以外で州が区割りを行うことを禁止する法準則を、裁判所は定立すべきだと言うのである。

無論、先の選挙条項解釈と、中間期区割りの原則禁止という準則との間に、説明を要する一定の距離があることを、

ビルデイスは理解している。そこで彼は、この距離を、「明白なルール (bright-line rule)」が「選挙を通じた答責性および競争的選挙という憲法的保護を強化するだろう」との見通しによって正当化しようとする (at)。ここでは、中間期再区割り「が反競争的意図に基づき行われる可能性が極めて高いこと (at 214)、その準則が「運用可能 (manageable) な司法的基準」(at 203)であること、が強調される。以上の推論を通じて、競争確保の観点から中間期再区割りの原則禁止という要請が導かれた。

## 5 Guifney 事件への適用

さらに、前項までの議論には収まらない試みが、政治的競争アプローチとして提示されることがある。それは、経済法とのアナロジーを通じた司法審査である。これは、イサカロフの二〇〇二年の論文「ゲリマンダリングと政治的カルテル」<sup>(26)</sup>で鮮明に展開された。

### (1) 事実と判旨

この論文でイサカロフは、Guifney v. Cummings 事件<sup>(27)</sup>を取り上げる。Guifney 事件は、ペンシルヴァニア州議会の選挙区割の合憲性が問題となったもので、その重要争点の一つは、当該区割り「が、公正原則に基づき策定されたことを平等保護条項上どのように評価するかであった。公平原則とは、選挙で議席を獲得する見込みのある政党——共和党と民主党——に、州全体における各政党の政治力 (political strength) に概ね比例した議席を確保するという原則である (「政治力」は過去三度の州全体選挙における各政党候補者の得票率に基づき測定され、結果的に、民主党に七〇、共和党に五五から六〇の安全議席が割り当てられた)。最高裁法廷意見は、公平原則に基づいて区割りを行うことは「憲法上許容されるだけでなく、望ましい」という州側の主張を認める形で、当該原則の正統性を認めた (at 752)。

### (2) 適用——イサカロフ

イサカロフは、この判断を批判し、当該選挙区割は違憲無効となるべきだと主張するが、その際、次のような反トラスト法とのアナロジーに依拠した。<sup>(28)</sup>

まず、イサカロフは、本件選挙区割が、競争者間——民主党と共和党——の合意に基づいて（政治的）競争を制限していることから、反トラスト法にいう水平的競争制限協定として理解可能だという。この点、米国反トラスト法の判例法理は、水平的競争制限協定の違法性判断枠組みとして、①当然違法の原則（*per se illegal*）、②合理の原則（*rule of reason*）の二種類を用意している。当然違法の原則は、市場分割協定（競争が行われる地理的範囲を限定し、本来の供給量を制限すること）、ボイコット、価格協定に適用され、これに該当すると直ちに、シャーマン法一条上違法と評価される。これに対し、合理の原則は、より軽微な反競争類型に適用され、事案ごとに、その内容、参加者の力、目的・意図、（競争に及ぼす）効果を総合的に衡量して違法性が判断される。

これを前提に彼は、本件選挙区割は、政党間競争が行われる地理的範囲を限定するものであるため、「市場分割」協定に該当するという。そして市場分割協定が判例法理上「当然違法」の原則が適用される競争制限類型であることを受けて、次のように言うのである…そのような選挙区割りは、それが促進する政府利益が如何なるものであれ、「当然に違法（*per se illegal*）となるであろう」（*at 618*）。

また、イサカロフは、仮に「合理の原則」が適用されたとしても、本件選挙区割は違法（＝違憲）となると言う。「合理の原則」の下では、裁判所は、事案を総合的に衡量して当該協定が不合理な競争制限であるか否かを判断する。しかし、その場合でも、問題となる競争制限協定が、「カルテルの確立や競争の抑圧にとって好都合な特定の市場環境（*market conditions*）」において結ばれた場合には、裁判所は当該協定に対して「特別な懸念」を払ってきた（*at 619*）。具体的には、第一に、当該協定に関わった当事者たちの市場占有率が高い場合、第二に、当該協定の部外者が競争に参加する機会が排除されている度合いが高い場合、第三に、当該協定が履行される確実性が高い場合、がある



という。この点、本件選挙区割は、①共和党と民主党という市場占有率の高い当事者間の協定であり、②小選挙区制の下では第三政党の参入障壁は著しく高く、③選挙区割は「州法」であるからその履行が確実である、という特徴を持つ。以上からイサカロフは当該選挙区割が「容易に違憲無効」(Id.)となるべきだったと結論するのである。<sup>(29)</sup>

## (三) 整理

以上、政治的競争アプローチの名の下に展開されてきた議論を紹介してきた。ここで一旦、これまでの議論を整理しておこう。

### 1 政治的競争の主体

初めに、彼らが前提とする政治的競争のイメージを確定するために、政治的競争の主体の問題を指摘しておきたい。イサカロフはピルデイスが政治的競争という時、競争を繰り広げる主体として念頭に置かれているのは——有権者・候補者個人というよりも——政治組織、就中、政党である。政党というレンズを通じて政治的競争を捉えるのである。そのため、選挙法が生じさせる効果を査定する文脈では、有権者や候補者個人ではなく、諸政党の活動や活力に与える影響が重視されることになる (Burdick 事件への適用、Timmons 事件への適用、Jones 事件への適用)。

ピルデイスは、一九九九年の論文「政治的競争の理論」<sup>(30)</sup>で、この点を敷衍している。彼によれば、諸個人が選挙政治の主体であるとの考えは、現実性を欠く。「普通選挙権と広大な領域を備えた現代社会における、民主政治の重要な事実は、組織という形態……を通じて媒介されて初めて、個人の参加が意味のあるものになりうる、ということである」(at 1608)。それ故、選挙法を評価する際には、それが諸組織の活動に与える影響を考慮しなければならない。そして、その中でも政党は、諸個人の見解を集約して効果的に表明する「中心的道具」(Id.)であるが故に、法的議

論でも特別な位置を占めるべきだとされる。

## 2 反競争的選挙法の類型

このように、彼らの政治的競争とは政党間競争 (inter-party competition) を意味する。但し、彼らの議論においては、一口に政党間競争と言っても、反競争的選挙法が問題となる場面に、いくつかの類型があるように見受けられる。

第一に、既存政党が新興政党に競争上の不利を課す類型である。これには、一党支配州における支配政党の行為が問題となる場合 (Burdick 事件) と、二大政党制が確立している州における二大政党間の共謀が問題となる場合 (Timmons 事件、Jones 事件 (共著論文)、Gaffney 事件) とがあった。いずれの場合でも、政治市場への新規参入を防ぐことが反競争性の核心と理解されているが、殆どの州で二大政党制が確立している現在、特に重要なのは後者であり、イサカロフ II ピルデイスの関心も後者に集中しているように見受けられる。そこで以下では、便宜上、後者にこの類型を代表させて議論を進めていくこととしたい。なお、現職に二大政党所属の議員が集中している米国においては、多くの場合この類型は、現職保護の類型とも言い換えることができる。第二の類型は、既に確固たる地歩を占めている政党が、敵対する同様の政党に競争上の不利を課すものである。これは、米国においては、二大政党間の競争を減殺するという形で現れる。中間期選挙区割りの原則禁止が提唱される背景にあるのは、まさにこの類型への懸念と見えよう。第三に、政党間競争の前提となる政党機能の喪失を捉えて、反競争的と言うことがある。その例は、イサカロフによる Jones 事件への適用である。しかし、管見の限り、この反競争性類型が登場するのは、この一例だけである。極めて例外的なもののように思われることから、以下では、この類型を考察から除外しておく。

以上要するに、このアプローチが主として懸念する反競争的選挙法には、①二大政党が共謀して第三諸政党に競争上の不利を課す類型と、②二大政党中の一方が他方に競争上の不利を課す類型、の二つがあると言うことができ

る。以下では、それぞれ、①を「新規政党参入障壁型」、②を「敵対政党侵襲型」と呼ぶこととする。

### 3 裁判法理

それでは、こうした視座の司法的実行のために提示されている、より具体的な考慮事項——裁判法理——には、どのようなものがあるだろうか。

#### (1) 反競争的效果と反競争的意図

まず、選挙法が反競争的效果——社会的・政治的效果——を発生させることを指摘して、そこから一定の帰結を導く議論がある（Burdick事件「反競争的效果の発生を違憲の論拠の一つとする」、Jones事件（単著論文）「反競争的效果の未発生を合憲の論拠とする」）。また、州が示す立法目的の正当性を、その目的の推進が帰結しうる反競争的效果ゆえに否定する論法（Burdick事件「他党襲撃」防止の反競争的效果を指摘」、Timmons事件「二大政党制促進の反競争的效果を指摘」）も、この文脈で挙げるべきであろう。

加えて重要なのは、選挙法の背景にある反競争的意図に着目する議論である（Timmons事件「反競争的意図の存在により審査基準を厳格化」、共著論文におけるJones事件「反競争的意図の不存在を合憲性認定の一要素として提示」）。但し、これらの適用例では、反競争的效果の指摘と併せて反競争的意図の指摘が登場しており、各要素が単独でどれ程の重みを持つのか判然としない。また、反競争的意図（および効果）の存在が、直接的に違憲事由となるのか、それとも審査基準の厳格度を決する要素となるのかについても、一貫していないように見える。

このように、彼らの議論は、主として、効果と意図のテストを通じて反競争性を判定するという枠組みを採用するものであるが、各要素に如何なる規範的重みが与えられているのか、それが如何なる法的帰結を導くのかなど、不明確な点が少なくない。

## (2) その他の道具立てとその関係

これら以外の道具立てでも確認しておく、まず、中間区割りの原則禁止を主張するビルデイスの議論は、反競争的選挙法を排除するための予防的な法理 (prophylactic rule) を提案するものと理解できる。<sup>(31)</sup> また注目すべきは、経済法のアナロジーを通じた推論である。これは選挙プロセスにある種の市場と見立てた上で、かかる政治的市場で生じる諸問題を、経済的市場を規律する法領域の概念を通じて把握する試みと言いうる。そこから選挙法の憲法的統制に際しての「法理上の教訓」<sup>(32)</sup>を得るのである。

但し、この二つの道具立ては、効果と意図に着目する議論に比べて、汎用性を欠く憾みがある（こうした道具立ての正当性自体が極めて論争的であるし、後者については、有用な経済法上の規範の発見が容易ではない）。実際これらは、彼らの議論の中でも、さほど大きな位置を占めてはいない。即ち、原則として、反競争的效果および意図への着目があり、例外的に、予防的ルールを設定し、あるいは経済法とのアナロジーを通じた推論が——それが可能である場合には——展開される、という塩梅であるように見受けられる。

## 4 構造的価値の執行

ところで、政治的競争アプローチが司法的介入の増大を目指すものでないことに、注意しておきたい。彼らは、既存の裁判法理によって（反競争的選挙法が温存されることだけでなく）適切な選挙改革立法が違憲と断じられることにも批判的である（Jones 事件（単著論文））。例えばビルデイスは、こうした「悪しき」積極主義を、契約の自由の観点から経済改革立法を違憲とした悪名高き Lochner v. New York 判決<sup>(33)</sup>に準え、選挙法の「ロックナー化」(Lochnerizing)<sup>(34)</sup>と呼んで警戒する。要するにここでは、従来の司法審査デイスコースの、機能的観点から観た過小介入と過剰介入の双方が問題とされ、これを回避しうる代替的な司法審査の観点として、政治的競争という民主的価値が措定される

のである。こうした価値は「構造的価値 (structural values)<sup>(3)</sup>」と呼ばれている。以上、政治的競争アプローチの特徴を整理した。次章ではこれに批判的検討を加える。

### 三 批判的検討

本章での検討は、本稿冒頭で示した問題意識に基づき次の二点から行う。第一に、イサカロフ・ビルデイスの政治的競争アプローチが、司法審査理論として十分に練られたものであるかという点(一)であり、第二は、理論が適用される範囲の限定や一定の留保が必要なのではないかという点(二)である。以下、各節で問題意識を敷衍しつ、順に検討していく。

#### (一) 司法審査理論としての完成度

イサカロフ・ビルデイスの政治的競争アプローチは、司法審査理論として十分に練られたものか。この問いへの解答は、我々が司法審査理論なるものに何を期待するかに依存する。そして、その点に関する確固たるコンセンサスは、我々の中に必ずしも存在しないかもしれない。しかし、少なくとも次のように言うことはできよう。即ち、司法審査理論とは、司法審査における裁判所の推論を、通常の法解釈よりも抽象度の一段高い次元から嚮導し、方向付けるものであるところ、それは、適用者の恣意を許容する不確定なものであつてはならない(一定の確定性の要請)。また、それが司法審査理論である以上、裁判所により運用可能なものである必要がある(司法的運用可能性の要請)。以上を踏まえつつ、彼らの議論を検討していこう。

## 1 確定性

先に見た通り、イサカロフ・ピルデイスの議論では効果テストと意図テストとの関係が判然としなかった。これは、確定性の観点からの問題を含んでいる。この点、例えばコックス (Adam B. Cox) も、彼らの議論につき、次の三通りの解釈の可能性を指摘する。即ち、①反競争的效果を生じさせる選挙法を、反競争的意図の有無にかかわらず違憲とする (但し、反競争的意図が反競争的效果発生の証拠となる場合もある) という解釈、②反競争的意図を持つ選挙法を、その効果にかかわらず違憲とするという解釈、③反競争的意図と効果の両方を持つ選挙法のみを違憲とするという解釈、である。<sup>(36)</sup>しかし、これ程までに著しい解釈の幅を見ると、そもそも彼ら自身、この点を明確にする必要性を感じていないのではないか、との疑念が沸いてくる。ここから垣間見えるのは、選挙法の効果と意図の要素を総合的に考慮して反競争的選挙法を同定する、という思考である。しかしこれでは、あまりに確定性に欠けており、適用者の恣意を招くと言わざるを得ない。少なくとも、(主たる道具立てである)意図のテストと効果のテストの関係、その重みづけについては、予め確定しておく必要があるように思われる。

前章二節で紹介した先の適用例に徴して一応明らかなのは、①反競争的效果と反競争的意図の両方が認定された場合、当該選挙法は違憲と判断されるか、少なくとも非敬議的な審査が妥当するべきと考えられていること、逆に、②両方とも認定されなかった場合、当該選挙法の合憲性が承認されるべきと考えられていること、だと思われる。逆に、反競争的效果のみ認定された場合、あるいは反競争的意図のみ認定された場合に、如何なる法的帰結が導かれるのかわらかではなく、具体的な定式化が求められることになる。

## 2 司法的運用可能性

では、どのような方針の下に、この定式化が行われるべきであろうか。本章冒頭に述べた点に鑑みれば、ここでは

司法的運用可能性の観点、即ち、裁判所の制度的能力の観点が踏まえらるる必要がある。とは言え、現時点で、かかる観点を踏まえた具体的定式を提示する用意はない。以下では、イサカロフ＝ピルデイスへの最も厳しい批判者の一人であり、制度的観点から各テストを吟味するヘイゼンの所論を紹介しつつ、これとイサカロフ＝ピルデイスの説を照らし合わせ、具体的な定式化を行う際の方向性につき、若干の検討を行うに留めざるを得ない。

(1) 効果テスト

まず、効果テストである。これは、より子細に見るならば、①反競争的效果の程度の基準線を設定する局面と、②選挙法の反競争的效果を査定する局面の、二つの局面に分けられ、前者は価値判断、後者は事実判断を必要とする。この点、ヘイゼンは、この文脈において「争いのある価値判断」や「社会科学の証拠の査定」を適切に行う能力を裁判所は持たない、と手厳しい。<sup>(38)</sup>勿論、このヘイゼンの包括的な批判を直ちに受け入れる必要はないが、かような審査が裁判所にとって新奇なものであることに照らせば、イサカロフ＝ピルデイスは、裁判所がこれを行う能力を持つことを十分説得的に説明する必要がある。

ピルデイスによる次の言明は、これへの応答と位置づけられる。

我々の理論は、積極的ではなく、消極的に形作られている。我々は……政治的競争に関するなんらかの理想的なレベルを奉じていない。……理論や法理においては、何が最適に公正で、平等で、あるいは正しいかについての厳密な基準なしに、何が酷く不公正で、不平等で、誤ったものかを同定することがしばしば可能である。<sup>(39)</sup>

この論法——ネガティブ・アプローチ——は、法的議論においてしばしば用いられるものであり、一般論としては相応の説得力を持つ。しかし問題は、この応答によって効果テスト一般の正当性が基礎づけられるかである。確かに、

著しい反競争的効果の発生を合理的に疑い得ないような選挙法は、理論上存在するし、歴史上も存在してきた（一九六〇年代以前の米国諸州における選挙区割法等）。ここで反競争的効果を認定する裁判所の能力を疑問とする余地は少ない。しかし例えば *Timmons* 事件で問題となったミネソタ州法は、その水準の反競争的効果を発生させると（合理的な判断者の中で）異論なく認められるだろうか。それが疑わしいとすれば、この場面で裁判所の能力を疑うことには理由がある。それでは、以上を踏まえた時、効果テストは、どのような位置づけを与えられるべきだろうか。

ここで参考になるのが、ソウ（*Yan-Tu Su*）の所説である。ソウは、選挙法が生じさせる反競争的効果を、「第一級（the first degree）」のものと「第二級（the second degree）」のものに分ける。前者は明白かつ著しい反競争的効果を指し、後者はそれに至らないものを指す（前者は先のビルデイスの論法によって審査が基礎づけられる対象と一致しよう<sup>(40)</sup>）。その上で彼は、第一級の反競争的効果を生じさせる選挙法はそれ自体として違憲とするべきだが、第二級の反競争的効果が生じているに過ぎないものについては、意図テストを踏まえての判断が求められると言う。このように、発生する反競争的効果の認定を多段階化し、それに応じて法的帰結を差配する方向性は、制度的観点からも適切だと思われる。

## (2) 意図テスト

それでは、意図テストはどうか。まず、このテストの内実を確認しておく、それは当該選挙法の制定過程（議会の立法記録や、議会の党派構成、当該法が導入された経緯）を参照して、直接に反競争的意図の存否を問うものと解される<sup>(41)</sup>。イサカロフは、この意図に照準した審査を、裁判所において「普段から行われている司法介入の形式」と位置づけて、裁判所にとってなじみ深い審査であり、故に司法的に運用可能であることを示唆する。確かに、米国では、立法過程の記録等から立法者の意図あるいは動機を審査し、その違憲的性格を認定することは、裁判実務上、（かつては否定されたものの、現在では）平等保護条項、国教樹立条項、表現の自由等の領域において行われている<sup>(43)</sup>。学説上も、



いわゆる動機審査 (motive review) の一つとして位置づけられているところである。この意味での動機審査が、ここに言う意図テストと基本的に同じものであることに鑑みれば、これを運用する裁判所の能力をア・プリオリに否定することは、説得力に欠ける。

しかもイサカロフ・ピルデイスは、意図テストを穏当なものにするために、いくつかの客観的な抑制を課している。まず、当該選挙法が、州民発案などの直接立法によって導入された場合には、「新規政党参入障壁型」の反競争的意図は存在しないものとされている (Jones 事件 (共著論文))。また、ピルデイスの二〇〇四年の論稿では、これに加えて、立法過程において専門家 (academic experts) の参与や公衆の一貫した関心 (sustained public commentary or news coverage) が存する場合には、反競争的意図を主張する側の「立証責任が実質的に上がる」べきとされる<sup>(44)</sup>。ここでは、意図テストを通じた裁判所の過剰介入の危険性が、ある程度払拭されているものと考えられる。

この点、二〇〇六年の論文「悪しき立法意図<sup>(45)</sup>」において選挙法の司法審査における立法者の意図の問題を詳細に論じたハイゼンも、——効果テストの場合とは異なり——その司法的運用可能性を全面的には否定していない。但し、ハイゼンは、意図テストに決定的な重みを付与することには慎重であり、その役割や範囲を限局しようとする。彼はまず、悪しき意図 (これは「現職、一つの政党、又は二つの主要政党を政治的競争から保護する立法意図」と定義される (H 846)) の存在を、選挙法を違憲とするための必要条件とするべきではないという。悪しき意図がなくとも、違憲とすべき選挙法は存在するからである。これは、イサカロフ・ピルデイスの立場からしても受け入れられよう。次に彼は、悪しき意図の存在を、選挙法を違憲とする十分条件とするべきではないと言ふ。その理由として二つのものが挙げられているが、このうち、裁判所の能力の問題と密接に関わるのは、彼が「程度問題 (degree problem)」と呼ぶ問題である (at 875)。これは、如何なる程度の反競争的意図があれば、憲法上悪性のものかとして評価されるのかという問題である。これが不明確である以上、意図テストに選挙法の違憲合憲を決す役割を与えるのは危険であり、裁判官が

「剥き出しの政策的ないし党派的决定」を行うことへの道を開きかねない (at risk)。そこで結局ヘイゼンは、反競争的意図に基づき当該選挙法が制定された「極めて強い証拠」が存在する場合、それが審査の密度を高めるという形で、つまり審査基準を決する要素としてこのテストを位置づける (p. 888)。しかも、その場合でも、厳格審査 (strict scrutiny) ではなく、それよりも厳格度の緩和された基準——「ハードルック (hard look)」審査——が妥当すべきとしており、ここでも慎重な構えを崩さない。

このようなヘイゼンの立論は、意図テストが持ちうる危険性に注意を促すものとして重要である。とは言え、他方のイサカロフ・ビルデイスの議論の中にも、反競争的意図の有無を審査基準の寛厳を決する要素として位置づけていると読めるものもあり (Timmons 事件への適用)、ここでの両者の違いは、反競争的意図が発見された場合に帰結される審査の厳格度の差のみに存する、と言いうるかもしれない。この点においてどちらに軍配を上げるかは、イサカロフ・ビルデイスが提示する客観的抑制によって、(ヘイゼンが懸念する) 裁判官の党派性への懸念がどの程度緩和されているかの判断に依存しよう。

### (3) ソウによる定式

ここで、参考までに、イサカロフ・ビルデイスの議論を、裁判所の機関特性に配慮しつつ精緻化するものとして、先にも若干触れたソウの議論を紹介しておこう。彼は、二〇一〇年にハーバード大学に提出された法学博士論文で、この定式化に取り組んでいる。

先述のようにソウは、第一級の反競争的效果を生じさせる選挙法はそれ自体として違憲とすべきという。また彼によれば、第二級の反競争的效果が発生した選挙法も、反競争的意図が認定されるのであれば、違憲として差し支えない。問題は、①第二級の反競争的效果が発生するが、反競争的意図が存在しない(明確ではない)場合、また、②反競争的效果が生じていないものの、反競争的意図が認定される場合である。ソウは、これらを hard case と位置づけ

た上で、制度的観点を重視しつつ、以下のようなシナリオを描く。

まず、①については、「敬讓を払うことがデフォルト・ルールになるべき」であるとする (p.226)。つまり、違憲判断を差し控えるべきと言うのである。ここでのソウの議論の前提には、①の場合、「過小執行の側に誤るべき」(Ia) だとの判断がある。彼によれば、そもそも hard case に対する政治的競争アプローチの適用は、過剰執行・過小執行の危険性を常に抱えており、この内どちらに誤る方が民主政への全体的リスクが少ないかを考えなければならぬ。この点、ソウは、(a)反競争的意図に基づかないが、結果的に(意図せざる結果として)反競争的效果を生じさせてしまった選挙法は、憲法上の非難に値しないと考える余地があること、(b)そのような選挙法を違憲無効とすることは、「民主的な試行錯誤」を阻害する危険性があること、を指摘して、この場面における過剰執行に警戒するのである。次に、②については、ソウによれば、問題となるケースが「極めて多様」であり、典型的なケースを想定しにくい。そのため、事例ごとの慎重な衡量に基づく解決が必要だとされる。ここでソウは、「賢明な戦略」として、サンスティン (Cass Sunstein) の司法ミニマリズムを援用する。ソウは、司法ミニマリズムが推奨する「狭い(narrow)」決定に着目する。彼によれば、「事例に特化し狭く仕立て上げられた決定」は、反競争的意図をピンポイントで撃射し、立法者に「より公共志向の選挙法形成」を促す一方、選挙法の「憲法化」を最小限に留め、もって民主プロセス自身による改良の余地を損なわせないという利点がある (p.226)。こうして、②の場合、事例ごとの衡量による解決が望まれるとともに、その決定は可能な限り「狭い」ものであるべきだ、との処方箋が示される。この議論の詳細な検討は他日を期すほかないが、一つのあり得る定式を示したものと言いうる。

## (二) 理論の包括性

続いて本節では、このアプローチの適用範囲の限定や一定の留保の必要性を検討する。

## 1 射程の限定の必要性

政治的競争アプローチは、選挙法の司法審査全般に適用されることを理論上前提としていた。しかし、仮にその包括的な（無差別的な）適用が、極めて非常識的な帰結を導くとすれば、その理論としての魅力は大幅に損なわれることになる。この点を検証するため、政治学者・ケイン（Bruce E. Cain）の指摘を取り上げたい。彼は、次のように述べる。

もしも「政治的競争アプローチ」の引用者、目標が、第三政党の参入障壁を可能な限り低くすることだとすれば、解体されるべきその第一の制度的障壁は、反 fusion 規定……のような周辺の重要な重要性しか持たない制度ではない。むしろ窮極的には、少数政党に対する唯一の真に重要な差別は、小選挙区の単純多数代表ルールそれ自体である。<sup>(47)</sup>

小選挙区制が二大政党制への強力な誘因となり、第三政党以下の議席獲得を極めて困難とすることは、よく知られている（デュベルジェの法則）。だとすれば、小選挙区制それ自体を違憲としないことには、このアプローチは一貫しないのではないか。これがケインの批判である。ケインが政治的競争アプローチの目的を「参入障壁を可能な限り低くすること」と理解するのは適切ではないが（→本章一節二項一目）、小選挙区制が第三政党の競争力を減殺する著しい効果——新規政党参入障壁型の意味での——を持つことは否定し難い。それでは、政治的競争アプローチは、ケインの言う通り、裁判所が小選挙区制を違憲とするべきだという非常識的な結論を内包することになるのか。

この懸念には、ピルディスが応答している。彼の応答は、小選挙区制が著しい反競争的効果を生じさせることを認識した上で、別の正当化根拠を提示することによって、なおこれを合憲とするというものである。彼によれば、小選

挙区制は、①その合憲性を認める原意の存在、②小選挙区制が用いられてきたという伝統、③裁判所によって選挙制度に革命的变化が生じることの回避、④導入時の反競争的意図の不存在、⑤（選挙区選挙が促進する）立法者と有権者の強い絆等、他の積極的価値によって、正当化される。<sup>(48)</sup>

この応答は、しかし、必ずしも説得的ではないように思われる。第一に、この応答では、政治的競争アプローチにおいて関連性を持たされてなかった要素が、特段の説明もなく合憲性の論拠として登場している（論拠①・論拠②）。

第二に、論拠④・論拠⑤については、確かに、効果テストと意図テストの法的関連性の設定次第では適切な論拠になり得るものの、このアプローチが持つインパクトを著しく狭める憾みがある。と言うのは、重度かつ明白な反競争的效果を持つ選挙法を、それにも拘わらず合憲とするとなると、反競争的意図が認定されなければ違憲とならないとか、重度かつ明白な反競争的效果を持つ選挙法も容易く正当化される、といった形での定式化が必要になってしまう。<sup>(50)</sup>

私見では、そもそも彼らが、このアプローチをあらゆる種類の選挙法に等しく適用されるものとして提示した点に、問題の発端があったように思われる。即ち、一口に選挙法と言っても、そこには、小選挙区制／比例代表制といった選挙ひいては民主政のあり方全体を根源的な次元で規定するもの（言わば大きな選挙法）と、選挙運動規制、投票用紙規制、具体的な選挙区割といった、それ以外の選挙法（言わば小さな選挙法）とがあり、両者では、裁判所による正当な介入範囲が異なるべきであろう。この意味で、裁判所による選挙制度の根本的变化を否定する論拠③は、それ自体としては適切な理由づけと言いうる。とは言え、それはビルデイスの応答のように、総合衡量の一要素として用いられるべきではない。適用段階での恣意性を排除する観点からも、このアプローチが適用される選挙法と（少なくとも完全な形では）適用されない選挙法を、事前に峻別するのが適切であるように思われる。

## 2 政治的競争以外の視点の必要性

また、政治的競争アプローチは、選挙法の司法審査での唯一の観点であることを理論上前提とする。政治的競争の確保という観点から問題が無い選挙法は合憲となるというのが、このアプローチの眼目の一つだからである（選挙法のロックナー化への懸念）。ところで先に、このアプローチの下では、政治的競争という構造的価値の執行が司法審査の目的となると述べた。だとすると、ここでは、個人権・個人の利益（例えば、個人の投票権）を直接的に保護する観点が司法審査から消失することになりそうである。こうした立場、あるいは理解は妥当だろうか。

この問題を考えるため、フィシュキン（Joseph Fishkin）の二〇一一年の論文<sup>(51)</sup>を取り上げよう。この論文で彼は、政治的競争アプローチが登場してきた米国法上の文脈に言及しつつ、個人権としての選挙権を保護することの重要性を説く。

フィシュキンは、まず、政治的競争アプローチが「学界を魅了し、選挙法学における『構造的転回（structural turn）』の引き金となった」ことを確認する（at 1291）。このアプローチは、それ自体として有力化しただけでなく、選挙法の司法審査の目的を構造的価値の実現に見る視点を示し、その後の学説に強い影響を与えた、と言うのである（構造主義（structuralism））。彼によれば、このことには、「正当な理由があった」（*Id.*）。それは、構造主義が、その当時に問題となっていた選挙法に関する憲法問題の解決に適合的な思考だったからに他ならない。一九九〇年代後半に、選挙法の司法審査に関して問題となっていたのは、黒人等の投票権の剥奪に関わる「投票権の『第一世代』の主張」ではなく、（その保障を前提とする）投票力の希釈や人種的グリマンダリングなどの「第二世代」の主張、あるいは選挙運動資金規制、政党規制に関わる主張であった。そうした争訟において、選挙法に関わる原告利益は、「本質的に集団基底的若しくは構造的」であり、「問題となっている利益を特定個人の権利への一貫した負担へと分解することが、少なくとも不自然で、恐らくは不可能だった」（at 1291-1292）。そして「構造主義を奉じる学者たちが、裁判所がその法理を、民主的諸価値の観点から構成された政体全体の利益「政治的競争のような構造的価値」引用者」を促進

する形で再設定するよう主張した」(at 1292)。のは、正にこの点を理由としていた。

このフィシュキンの指摘からは、次の事実が看取される。即ち、政治的競争アプローチは、それが登場してきた時代的文脈を踏まえるならば、投票権剥奪の禁止を前提として、いる。換言すれば、イサカロフ・ビルデイスが政治的競争の保障という観点を司法審査における唯一のものとして提示できたのは、もはや個人の投票権が不当な理由で剥奪される危険性は高くない、という予断ないし暗黙の前提があったからだ、ということになる。この指摘は重要であろう。何故なら、もし構造主義(政治的競争アプローチ)を選挙法の司法審査理論として採用する場合でも、かような暗黙の前提がもはや自明のものでなくなった時には、個人権・利益に着目した議論を付け加える必要があることを、それは示唆しているからである。

フィシュキンは、近年の米国の選挙も法問題に絡めつつ、この点を敷衍している。近年、米国では、選挙時の投票に際して、写真付きの身分証明書(Voter ID)の提示を求めるなどして、有権者の本人確認を厳格化する動きが広がっている。このVoter ID法によって、IDの取得が困難なマイノリティや貧困層が実質的に投票を妨げられる場合があり、これが合衆国憲法修正一四条の平等保護条項<sup>(52)</sup>に反するものか否かが問題となった。フィシュキンによれば、かような選挙法の合憲性を、構造主義的思考に基づいて考えることは不適切である。何故なら、個人の投票権(票を投じ、これが集計される個人の権利・利益)は「構造的価値に還元不可能(not reducible to structural values)」な重要性を持つからである(at 1296)。この通り彼は、構造主義一般を一応支持しつつも、投票権の行使それ自体に関わるような事例では、個人権としての投票権を保護する視点が必要になると言う<sup>(54)</sup>。

以上の議論を、イサカロフ・ビルデイスの政治的競争アプローチに自覚的に付け加えるならば、以下の通りとなる。即ち、選挙法の司法審査においては、競争確保という観点を基本としつつも、諸個人の投票権行使それ自体に関わる問題については、別の観点——個人権としての投票権の重要性——からの保護が及ぼされる必要がある。

このように、政治的競争の確保という視座を司法審査の唯一の観点とするという主張を文字通り受け止めることは必ずしも適切ではなく、また、イサカロフ・ピルデイスの立場の理解としても、疑問を挟む余地がある。もちろん、司法審査の観点を増やすことは、議会による選挙法改革に過度な抑制を課す危険性があるし（選挙法のロックナード化）、各要請の衝突が生じて、司法審査理論としての簡明さが損なわれる恐れがある。以上を踏まえつつ、さらなる追加的視点が必要か否かを吟味する必要がある。なお、こう言ったからといって、司法審査理論という問題設定自体が無に帰すわけではないと思われる。その射程に留意したり、例外を前提としたりしつつも、選挙法の司法審査において主軸に据えられるべき価値・原理を措定することと、違憲性が問題となる選挙法をアドホックに検討することとの間には、なお大きな距離がある。

## 四 結 び

以上、本稿では、米国選挙法学において選挙法の司法審査を行うための理論が展開されてきたことに注目した上で、そうした議論が有する可能性を見定めるべく、その代表的存在である政治的競争アプローチを取り上げて、検討を加えてきた。この理論は、裁判実務のディスコースから距離をとり、これを批判的に吟味するための骨太の観点を提供するものであり、論者たちが、これを手がかりとしながら判例とは異なる注目すべき緒帰結を導いていることを確認できた。もっとも、見てきた通り、提唱者自身の議論を前提とすると、これが確定性や司法的運用可能性において十分であることは、否定し難い。加えて、このアプローチが理に適ったものになるためには、その適用範囲を限定したり、別の観点を自覚的に付け加えたりすることが必要である。その意味で、これが選挙法の司法審査の「一般理論 (general theory)<sup>(55)</sup>」を標榜することは難しいと言わざるを得ない。他方で、本稿でもその一部を示したように、少なく



ない論者が、政治的競争アプローチの改善に取り組んでいるところである。

さて、こうした現象を突き放して見たとき、そこから浮かび上がるのは、選挙法の司法審査理論の可能性というよりも、やはりその試み自体の困難性なのかもしれない。だとすると、なぜ米国の選挙法学者は、その困難性にも拘わらず「理論」を論じようとしたのか、という一段高次の問いに、我々は突き当たることになる。無論、選挙法学者の問題意識は一樣ではない。ただ、この議論の中心に位置するイサカロフ・ピルデイスの問題意識の一つは、比較的明確であった。それは——本稿でも触れた通り(第二章一節)——政治的競争の停滞が、民主政の質の減退を齎していることに対する危機感である。彼らは、司法審査デイスコースの刷新を通じてこれに対処しようとしたのであり、その手段として用いられたのが、実質的な民主的価値(構造的価値)を執行するという形での司法審査理論の提示だったと考えられる。その前提となる彼らの規範的評価や社会認識に異論が提起され得ることは勿論であるが、しかし、そうした現実の政治状況との関わりで法理論を精錬させていく彼らの発想は、それ自体として注目されよう。選挙法をめぐる憲法論は、法と政治の中間に位置することもあり、これをどのように扱うかという点で、各国の法学・法学者の特徴がよく表れる分野の一つであろう。ここで米国の有力な潮流の一つは、極めてプラグマティックな態度で、この問題に取り組んだものと理解できる。筆者なりに要約すれば、その基底にあるのは、選挙法の改革という視点である(そこには、裁判所もまた選挙法秩序の構築主体であるという理解が控えていよう)。日本憲法学は、少なくともこのような問題設定や作法といった次元において、米国の選挙法学から何らかの刺激を得ることができるよう思われるが、この点について本格的に論じることは、今後の課題とせざるを得ない。

〔付記〕本研究は、平成二八年度「博士課程学生研究支援プログラム」の助成の成果の一部である。

- (1) 吉川智志「米国における選挙法学の誕生」法学政治学論究一〇八号（二〇一六年）二二八頁以下。
- (2) その背景には、選挙法学が、憲法学から独立する形で誕生したという経緯がある。参照、吉川・前掲注（1）二二八—二九、一四九—一五三頁。
- (3) 「選挙法の競争理論」「政治的市場アプローチ」「政治的反トラスト理論」等と呼ばれる場合もある。Yen Tu-Su, *Retracing Political Antitrust: A Genealogy and its Lessons*, 27 J.L. & POL. 1, 8 (2011). が、本稿では便宜上「政治的競争アプローチ」に統一する。
- (4) このアプローチを検討する先行業績として、東川浩二「政治的ゲリマンダの法的規制・州憲法の復権と競争理論—選挙研究二四卷一号（二〇〇八年）一〇〇頁以下。また、村山健太郎「選挙資金の寄付制限と文面違憲：Randall v. Sorrell, 548 U.S. 230 (2006)」憲法訴訟研究会他編「続・アメリカ憲法判例」（有斐閣、二〇一四年）二〇〇頁以下、および、吉田仁美「政治的ゲリマンダー：Vieth v. Jubelirer, 541 U.S. 267 (2004)」同書二三四頁以下は、判例との関わりでこのアプローチに言及する。
- (5) RICHARD L. HASEN, *THE SUPREME COURT AND ELECTION LAW: JUDGING EQUALITY FROM BAKER V. CARR TO BUSH V. GORE* 139 (2004).
- (6) David Schleicher, "Politics as Markets" *Reconsidered: Natural Monopolies, Competitive Democratic Philosophy and Primary Ballot Access in American Elections*, 14 Sup. Ct. Econ. Rev. 163, 163 (2006).
- (7) Yasmin Dawood, *The Antidomination Model and the Judicial Oversight of Democracy*, 96 Geo. L. J. 1411, 1423 (2007).
- (8) もっとも、人民主権論の立場から選挙法への広範な憲法的要請を導く辻村みよ子教授の議論は、本稿に言う司法審査理論として再解釈できる余地があるかもしれない。辻村みよ子「権利」としての選挙権—選挙権の本質と日本の選挙問題」（勁草書房、一九八九年）一—六三頁。
- (9) 宍戸常寿教授も次のように述べる。「公職選挙法に最も詳しいのは、選挙に死活的な利害がかかわっている政治家であって、隙あらば自分に有利になるように、いかようにでも細工するわけです。逆に言えば、裁判所の司法審査権が機能する最大の側面は、ここに何かしらエントレンチメントがあるのではないか、ということだ」寺田麻佑・駒村圭吾・小山剛・宍戸常寿『放送・メディア・表現の自由—情報通信規制の現在を踏まえて—シンポジウム全文』社会科学ジャーナル八一巻（二〇一六年）一〇二頁〔宍戸常寿発言〕。

- (10) Samuel Issacharoff & Richard H. Pildes, *Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process*, 50 STAN. L. REV. 644, 717 (1998).
- (11) 吉川・前掲注(1)一四五―一四六頁の記述とそこでの引用文献を参照。
- (12) *Burdick v. Takushi*, 504 U.S. 428 (1992). この判決については、高橋和之「アメリカにおける選挙権の観念」樋口陽一＝同編『現代立憲主義の展開(上)』(有斐閣、一九九三年)四三三頁以下、吉川・前掲注(1)一三八頁以下、も参照。
- (13) より正確には、吉川・前掲注(1)一三九頁を参照されたい。
- (14) Issacharoff & Pildes, *supra* note 10, 670-672.
- (15) *Id.* at 673-674.
- (16) *Timmons v. Twin Cities Area New Party*, 520 U.S. 351 (1997).
- (17) 具体的には次のような状態が念頭に置かれている：ある政党(政党①)が、自党の党員を使って、「増税反対」、「環境を守ろう」、「犯罪を止めよう」といった、選挙において訴求力のある名前を冠した政党(政党②)を立ち上げさせ、その政党に、自党の候補者を指名させる。そうすると、政党①は、自党の候補者を、投票用紙上で、先に挙げたような政策と結びつけることができる。それによって有権者へのアピールが可能となる。
- (18) Issacharoff & Pildes, *supra* note 10, at 683-687.
- (19) *California Democratic Party v. Jones*, 530 U.S. 567 (2000). 本判決の紹介および解説として、木下智史「最近の判例 California Democratic Party v. Jones」アメリカ法二〇〇一年一号二〇七頁以下も参照。
- (20) この点で、開放型予備選挙(open primary)と異なる。各種予備選挙制度の詳細な説明については、参照、高橋和之「アメリカの予備選挙制度と政党の法的地位研究序説」法律論第七九巻四・五合併号(二〇〇七年)二四六頁以下。
- (21) Samuel Issacharoff, *Private Parties with Public Purposes: Political Parties, Associational Freedoms, and Partisan Competition*, 101 COLUM. L. REV. 274 (2001).
- (22) 以下の記述は、*Id.* at 274-285, 298-312.
- (23) Richard H. Pildes, *The Constitution and Political Competition*, 30 NOVA L. REV. 253 (2005).
- (24) 「上院議員および下院議員の選挙を行う時、所、および方法は、各州においてその議会が定めるものとする。但し、連邦議会は、上院議員の選挙を行う所に関する定めを除き、何時でも法律によってこの点に関する規則を設け、または変更する

- ことなげらるる。」
- (25) なおビルギイスは、一条二節「人民 (the People)」による代表選出の観念、修正一条の基礎にある「民主的競争」の観念に言及し、この議論を補強してゐる。 *Id.* at 267-271.
- (26) Samuel Issacharoff, *Gerrymandering and Political Carrels*, 116 HARV. L. REV. 593 (2002). 本論文の紹介および解説として、東川浩二「ゲリマンダリングに対する独禁法からのアプローチ」アメリカ法二〇〇三年二号 (二〇〇四年) 四二八頁以下。
- (27) Gaffney v. Cummings, 412 U.S. 736 (1973).
- (28) Issacharoff, *supra* note 26, at 617-620.
- (29) この後、イサカロフは更に議論を進めて、議会による選挙区割り構築を推定的に違憲とする予防的法理 (後掲注 (31) を参照) の構築を提唱するが、このことは立ち入ることを控える。 *Id.* at 641-645.
- (30) Richard H. Pildes, *The Theory of Political Competition*, 85 VA. L. REV. 1605 (1999).
- (31) 予防的な法理とは、ミランダ・ルールのような、憲法違反の発生を予防する「プラグマティックな憲法解釈」によって導かれた政策的ドクトリン」を指す。山本龍彦「違憲審査理論と権利論——権利・救済関係の再検討を通じて」小山剛・大沢秀介編『東アジアにおけるアメリカ憲法：憲法判例の影響を中心に』(慶應義塾大学出版会、二〇〇六年) 四〇三頁。
- (32) Su, *supra* note 3, at 26.
- (33) Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).
- (34) Richard H. Pildes, *Competitive, Deliberative, and Rights-Oriented Democracy*, ELECTION L. J. 685, 688 (2004).
- (35) *E.g.*, Richard H. Pildes, *Foreword: The Constitutionalization of Democratic Politics*, 118 HARV. L. REV. 28, 44 (2004).
- (36) Adam B. Cox, *Partisan Gerrymandering and Disaggregated Redistricting*, SUP. CT. REV. 409, 422-423 n45 (2004). なおロックスは、意図 (intent) と異なる目的 (purpose) の語を用いてゐるが、この文脈では両者は同一のものであるように思われるため、本文では「意図」と書してゐる。
- (37) この整理にこづけば、Su, *infra* note 45, at 159 を参照。
- (38) HASEN, *supra* note 5, at 154.
- (39) Pildes, *supra* note 30, at 1612. ここで、これは、直接には、クイゼンへの応答として提示されたものではない。
- (40) Su, *infra* note 44, at 144-145.

- (41) Pildes, *supra* note 35, at 131-141. See also, Hasen, *infra* note 45, at 843-848; Su, *infra* note 45, at 181-183. その点で、この意図テストは、法律の目的と手段の適合性の厳密な審査を通じて、違憲な動機を「炙り出す」タイプのものとは区別される。
- (42) Issacharoff, *supra* note 21, at 311.
- (43) 黒澤修一郎「合衆国判例における「動機審査」・覚書」憲法理論叢書二〇巻(二〇一二年)一七九頁以下。
- (44) Pildes, *supra* note 35, at 137-138.
- (45) Richard L. Hasen, *Bad Legislative Intent*, Wis. L. REV. 843 (2006).
- (46) Yen-Tu Su, *Political Animus: Rethinking the Constitutional Law of Competitive Democracy* (2010) (unpublished S.J.D. dissertation, Harvard Law School) (On file with the Harvard University Library).
- (47) Bruce E. Cain, *Garrett's Temptation*, 85 VA. L. REV. 1589, 1602 (1999).
- (48) Pildes, *supra* note 30, at 1616.
- (49) ビルデイスらの立場を前提とすれば、(小選挙区制が促進する利益として通常持ち出される) 政府の安定性といった利益は、その反競争性ゆえに、援用できないはずである。
- (50) 無論、そのような定式化を行うことも論理的には十分あり得るところである。
- (51) Joseph Fishkin, *Equal Citizenship and the Individual Right to Vote*, 86 IND. L.J. 1289 (2011).
- (52) 合衆国憲法は明文の投票権保障を欠くことから、これは平等保護の文脈で争われる。
- (53) この問題を、背景にある政治的文脈や、法制定の基礎にある理念等を踏まえて論じる文献として、湯淺聖道「アメリカにおける選挙権の観念の一面面——integrityを手がかりに——」青山法学論集五六巻四号(二〇一五年)七八頁以下を参照。
- (54) その際に彼は投票権の重要性を規範的に基礎づけて、司法審査における保護の度合いを、判例(Crawford v. Martin County Election Board, 553 U.S. 181 (2008))よりも強めようとしている。Fishkin, *supra* note 51, at 1332-1358. ネットでは投票権の原理論とも呼ぶべき興味深い議論が展開されているが、詳細な検討は他日を期した。
- (55) Su, *supra* note 45, at 3.

吉川 智志（よしかわ ともし）

所属・現職

慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

聖心女子専門学校非常勤講師

立教女子短期大学非常勤講師

慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

最終学歴

日本公法学会、憲法理論研究会、日本選挙学会、日本法政学会

所属学会

憲法、選挙法

専攻領域

主要著作  
「米国における選挙法学の誕生」『法学政治学論究』第一〇八号（二〇一六年）