

選挙手続と統治の正統性に 関する若干の考察

—選挙活動規制立法の合憲性根拠のための 予備的考察として—

青柳 卓弥

- 1 問題の所在
- 2 選挙手続と選挙結果
 - (1) 「手続」と「実体」
 - (2) インディアナ州第5選挙区の例
 - (3) 古代ローマの投票方法
 - (4) 19世紀アメリカの投票方法
 - (5) 20世紀アメリカの選挙手続
- 3 選挙結果と統治の正統性
 - (1) 選挙結果と国民の「同意」
 - (2) 同意の限界
 - (3) 裁判所の役割
- 4 結語にかえて

1 問題の所在

選挙法は、国民主権原理を実現する手段である選挙についての手続きを定めているものであるから、民主主義社会においては極めて重要な役割を果たしているといえる。しかしながら、その役割を担保するためには、同時に選挙における正確さが保障されることによって、統治の正統性が確保される必要がある。

従って、本稿では、選挙法における手続が、いかにして国民から選挙された政府の正統性に影響を与えるかについて、J・ガードナーの所説¹⁾に従って、(1) 選挙手続が選挙結果に与える影響、(2) 選挙結果が統治の正統性に与える影響につ

いて若干の考察を行う。

このことは、同時に選挙活動を規制する立法を合憲とする根拠として「国民主権原理」を援用する理論付けのための予備的考察を行うものである。

2 選挙手続と選挙結果

(1) 「手続」と「実体」

いかなる国においても、選挙の公平性の確保、延いては法的安定性の確保を図るという観点から、選挙手続の適正化を図ることは必要不可欠であるが、選挙をめぐる手続は選挙結果に少なからず影響を与えるものであることから、その改変は困難なものである。このことは、わが国における議員定数不均衡の是正のために行われる選挙区割りの変更や選挙制度の改革が長期間に渡って至難の技であったことからよくわかる。それ以上に、かつて「ゲリマンダー」と称されるような選挙区制度の恣意的な変更に対する警戒感から、制度変更については否定的に捉えられてきたように、選挙制度の改変には一般的には慎重になる傾向がある。ガードナーによれば、アメリカ合衆国においても、選挙は長期間にわたり同一の方法で行われてきたため、他の方法で選挙が行われることを想像することは難しかったという²⁾。つまり、他の何らかの方法による選挙がこれまでの方法と同等に、あるいはそれ以上に「効果的で」「適切な」ものとみなされることは困難であったのである。

しかし、ガードナーは、選挙手続が選挙結果にもたらし得る影響について客観的に評価するためには、このような先入観は取り敢えずは排除しなければならないと指摘する³⁾。合衆国最高裁判所のフランクファーター判事がかつて、クック対クック事件の反対意見において述べたように、手続は「法の実体そのものに行き着く」⁴⁾ことは、他のいかなる分野の法に対してと同様に選挙法についても真実であるからである。つまり、ある候補者が公職に立候補する手続や、有権者が候補者を選ぶ際の手続をどのように設計するかは、誰が選挙に勝利するかに重要な影響を与え得るのである。このことは、かつて制憲会議においてマディソン自身が連邦議会議員の選挙を規定する権限についての議論に際して、「その結果は方法によって多少なりとも影響を受けることになるだろう」⁵⁾と言及したことにも通じる。

(2) インディアナ州第5選挙区の例

選挙手続が選挙結果に影響を与えることは、ガードナーが例示するとおり、かつて実際に行われた、ある選挙結果の実例を考えれば、明確に理解できるだろう⁶⁾。1984年に行われた連邦議会議員の選挙においてインディアナ州第5選挙区では、投票数が極めて僅差であったため、数度にわたる再集計が州の選挙管理委員会、後に連邦の選挙管理委員会の命令に基づいて行われた。数回にわたる集計の度に異なった候補者が勝者となり、最終的に連邦議会の審査員団が最終の再集計を行い、4票差で民主党の候補者が勝利する結果になった⁷⁾。明らかに、連邦議会へ自分たちの民意を代表させるために任命したいと考える人物について、第5選挙区の選挙民の意思は真っ二つに分断していたのである⁸⁾。

ガードナーの指摘によるまでもなく、このような状況においては、たとえ選挙手続における僅かな変更であっても、選挙結果に変化をもたらしたであろうことは、想像に難しくない⁹⁾。その上で、ガードナーはいくつかの仮定を提示する。仮に投票日が火曜日の終日に代わって、日曜日の朝8時から正午までに行われていた場合、インディアナ州第5選挙区の4人の有権者が全員、クリスチャンであったなら、宗教上の信念により教会の礼拝に参加しなければならず、投票所に行けなかったであろうこと、従って選挙結果は異なっていたであろうことを想像することは決して突飛なことではない。また、投票日が土曜日に行われていたとしたら、正統なユダヤ教徒は全員シナゴグへ通うため、宗教上の理由で投票所に行けなかったであろうし、潜在的に選挙結果に影響を与えていたであろうことも容易に想像し得る¹⁰⁾。

もちろん、投票日を火曜日に設定することは、いかなる宗教上の障害も生じさせないだろうが、投票所が火曜日と同様、水曜日にも2日間開かれた場合、単に仕事や急病という理由で、あるいは車の故障という理由で火曜日には投票に行けなかった4人の有権者が、水曜日に投票所に行くことは可能であり、その選挙結果は異なっていた可能性もあっただろう。もし投票所が一週間開いていたなら、選挙結果は大きく変わっていたであろう¹¹⁾。このように選挙の投票日を恣意的に改変することは、極端な方法で現実にはありえないかもしれないが¹²⁾、仮にこれが行われれば、確実に選挙結果に大きな影響を与えることになっただろう。

しかし、現実には投票資格の制限という制度が採用される等、選挙手続が今日とは大きく異なっていた例は多くの州において数多く見られた。例えば、インディアナ州では1921年まで、女性の投票を禁止していたし¹³⁾、1881年までは、黒人の投票

を禁止していた¹⁴⁾。また、コネティカット州では1845年まで、投票資格に財産制限を設けていた¹⁵⁾、ヴァージニア州では1966年まで、投票税を課していた¹⁶⁾。さらに、多数の州では1965年まで、読み書き能力審査を投票資格の要件とすることもあった¹⁷⁾。あるいは、かつて18世紀におけるジョージア州¹⁸⁾やヴァージニア州の他¹⁹⁾、現在でもオーストリアやスイスをはじめいくつかの諸国では、選挙民から投票権を剥奪する代わりに、適格な市民に投票を義務付けする法律を有していた²⁰⁾。仮にこれらの投票資格の制限が1984年のインディアナ州での連邦議会議員の選挙で実施されていたら、ガードナーも指摘するように、選挙結果に異なった結果をもたらしていたであろう²¹⁾ことは自明の理である。

このような仮定を前提にすれば、少なくとも全国民の間に異なった集団が存在し、その間で意見の多様性が存在している多元的社会においては、投票資格者を決定するルールが投票結果に影響を与えることは十分起こり得ることであると、ガードナーは結論づける²²⁾。

(3) 古代ローマの投票方法

また、ガードナーは、投票日や投票資格の制限という大胆な方法とは異なり、投票方法のような微妙な手続の変化によって選挙結果が強い影響を受けることもあり得ると分析する²³⁾。古代ローマで行われていた「発声表決」という方法は、選挙手続が選挙結果にもたらす影響という問題が、共和制それ自体と同様に古い問題であることを物語っているという²⁴⁾。共和制ローマの社会は「貴族」と「平民」の身分に完全に分断されていたと言われている²⁵⁾。そこでは、平民たちの人口数は圧倒的に貴族たちを上回り²⁶⁾、貴族たちへのあからさまな敵意があったにもかかわらず、各々の身分出身の候補者間で争われた選挙戦において、平民出身の候補者は度々、敗退していた²⁷⁾。レヴィーによれば、このような現象は、「投票への控え目な要求という虚構による脅迫をヴェールに隠した」貴族出身の候補者による「巧妙な選挙運動」の結果であったという²⁸⁾。換言すれば、富と権力を有した貴族たちによって、平民選挙民たちは貴族候補者への投票を事実上、脅迫されていたのである²⁹⁾。

古代ローマ人たちは元来、オープンに投票し、各々の投票者は互いに自分の選択を表明し合っていた³⁰⁾。このような投票制度の下で、権力を有した貴族たちの利益に反した投票をしたくても、有権者は人に知られずに投票することはできず、結果として、恐怖心から度々、貴族側に投票していた³¹⁾。しかし、貴族たちがこのよう

な方法において選挙に勝利する仕組みは、秘密投票制の導入という選挙手続の改革によって結局は土台を崩されることになった³²⁾。秘密投票制度はこのような貴族たちによる巧みな戦術を不可能にし、キケロが指摘するように「貴族たちからあらゆる影響力を剥奪した」という³³⁾。

(4) 19世紀アメリカの投票方法

さらに、ガードナーによれば、候補者たちが投票者へ圧力をかけることを可能にする「発声採決」という方法を利用したのは、古代ローマ人ではなかったという³⁴⁾。つまり、1870年以前まで、ヴァージニア州では連邦議会の議員選挙において、投票者は投票所の前に並び、候補者の面前で直接大声で自分の選択を述べるが行われていた³⁵⁾。各候補者たちは慣例で、一人ひとり投票に立ち会い、投票者は自分が投票した候補者から握手や個人的な謝意の言葉を受けていた³⁶⁾。従って、現在と比べより小規模であった当時の地方の共同体において、投票者たちは自分が取った投票行動についての公的な記録によって、私的な利益に影響を受けることは当然、予想し得ることであった³⁷⁾から、「投票の自由」が保障されていたとは言い難い状況であった。

(5) 20世紀アメリカの選挙手続

また、選挙結果に影響を与えるために選挙手続を利用することは、アメリカ合衆国の初期の歴史に限定される実例ではないと、ガードナーは指摘する³⁸⁾。例えば1968年、合衆国最高裁は、大統領選挙の投票において少数政党の候補者が立候補することを本質的に排除しているオハイオ州の選挙法規の条項に、違憲の判断を下した。ウィリアムズ対ローズ事件判決において³⁹⁾、最高裁は、直近の州知事選挙で10パーセントの得票を得ることにより、大統領選挙の投票において共和党と民主党の候補者が有利な地位を確保できることを認めた法律の合憲性を審理した⁴⁰⁾。当該法規の規程によれば、民主・共和両党以外の他の政党は、先行する州知事選挙での全投票者数の15パーセントに匹敵する有権者の署名を集めた場合にのみ、立候補資格を得るというものであった⁴¹⁾。結果として、最高裁は「共和党と民主党を除き、いかなる政党も立候補の資格が与えられることは実質的に不可能である」と指摘した上で⁴²⁾、立候補資格を得ることは選挙で勝つためには明らかに前提条件であるから、オハイオ州の選挙法の仕組みは、独立派候補者と当該政党の支持者による投票権に

何らかの負荷を与えるものであり、平等保護条項に照らし、違憲であると判示した⁴³⁾。

このような最高裁の判決が出されたことにより、オハイオ州の大統領選挙をめぐる政治状況は即座に変化した⁴⁴⁾。オハイオ州において1940年から1964年までに行われた旧選挙法の下での大統領選挙では、民主党と共和党以外のいかなる政党も得票を得ることはなかったが⁴⁵⁾、ウィリアムズ対ローズ事件判決の後、1968年にジョージ・ウォレス率いるアメリカ独立党が大統領選挙での投票資格を得て、全オハイオ州の得票数の11.8パーセントを得たのである⁴⁶⁾。このように選挙手続が選挙結果に大きく影響を与える実例は歴史上、枚挙にいとまがないといえる。

3 選挙結果と統治の正統性

(1) 選挙結果と国民の「同意」

少なくともアメリカ合衆国のような大規模な共和制においては、社会の中に多種多様な意見が存在するため、有権者の民意は一つにまとまりにくい。従って、そのような多元的社会においては、選挙手続が選挙結果に影響を与えると同様に、選挙結果の如何では多数派となった与党が、選挙手続を自らの党派に有利なものに変更することができるから、ガードナーが指摘するように、両者は相互に依存関係にあることは不可避であるといえる⁴⁷⁾。また、共和制においては、選挙結果は国民の「同意」を反映する重要な方法であるから、結果として選挙手続は選挙で選ばれた政府の正統性に影響を与えることになり、場合によっては政府の正統性の基盤を侵食するような大きな潜在力を有することもある。しかしながら、国民主権の本質は特定の内容を目的としていないことから、特定の選挙法や手続が特定の政府の正統性に影響を与えるかどうか、さらに、どの程度与えるかについて、抽象的に決定することは不可能である。政府の正統性を判断するためには、政府の他のいかなる側面に関してと同様に、政府を創設した国民がどのような選択を行ったかという民意についても、明らかにされなければならないと、ガードナーは結論づける⁴⁸⁾。

ロック流の理論によれば、国民は自己統治する主権主体として、実質的に制限のない種々様々な統治形態を、自ら構成する権利を有する⁴⁹⁾。上述のように、国民が共和制の創設を選択した時、国民は自らが政府への代理人として任命することを望む人々を誤って反映させてしまう可能性、つまり選挙における不正確さという可能

性が起こり得る⁵⁰⁾。しかしながら、このような選挙において不正確さが起こるとい
う可能性があっても、必然的に政府の正統性が減じられるということにはならない
と、ガードナーは指摘する⁵¹⁾。なぜならば、国民は完全に正確な選挙制度を要求す
ることが自由であるのと全く同様に、不正確な選挙制度、つまり、時宜に応じて国
民の選択を誤って反映することに対しても寛容で、それに同意することに自由であ
るからである⁵²⁾。

(2) 「同意」の限界

ガードナーの考察によれば、結果的に選挙における不正確さが政府の正統性に与
える影響は、手続上の欠陥を通して及ぼされ、何が不正にあたるかは、社会の構成
員間において統治方法をめぐり現実に行われた詳細な合意に応じて変化するとい
う⁵³⁾。その際、ガードナーは選挙における不正確さに対する社会の対応を三つのカ
テゴリーに分類する。

ある社会では、選挙結果において完全な正確さが要求され、ある候補者が勝利し
た選挙においてほんのわずかな不正確さがあった場合でも、その勝利者への「同意」
を差し控えることが可能になる。そのような社会では、投票を棄権することは民意
の正確な反映を妨げることであるから、これを犯罪にすることも可能であろうし⁵⁴⁾、
たとえば、「一票の買収でさえも…勝利した候補者の任命を無効にする」⁵⁵⁾ことは可
能になる⁵⁶⁾。一方で、これと対極にある社会では、選挙過程やそれを運営するた
めに任命された選挙管理委員への国民の信頼によって、現実には選挙がどのように行わ
れようが、いかなる公職選挙においても勝利者によって国民が統治されることに同
意されるだろう⁵⁷⁾。

両者の間にある第三の社会では、完全に正確な選挙結果を実現することには費用
と困難が生じることを認識し⁵⁸⁾、完全には正確ではないとしても、合理性があると
考えられる選挙の勝利者に進んで同意することが認められる。このような社会では、
例えば集計前に投票箱が紛失してしまった選挙であっても、その紛失が究極的に選
挙結果に影響を与えることがほとんどない場合には、勝利者に同意することが可能
になる⁵⁹⁾。アメリカ合衆国における多くの選挙法⁶⁰⁾は、この第三のカテゴリーに分
類されるという⁶¹⁾。

ガードナーによれば、時には社会はこれらの決定を、憲法上に「神聖に安置する」
ことによって明示することもある⁶²⁾。例えば、合衆国憲法第2条第1節の③は、大

統領選挙の投票が集計される手続をかなり詳細に規定している⁶³⁾。

これらの詳細な指示は、規定された特定の手続を利用することによって、社会が勝者への「同意」を正当化するのに十分に正確な結果を確保するための、社会による決定を反映していると推定されると、ガードナーは分析する⁶⁴⁾。また、ガードナーによれば、同様に政府が選挙を憲法の文言に厳格に一致させて行った場合、その選挙の勝者は大統領職を行使するに際して国民の「同意」を得て、大統領と政府による統治権限の行使は正統なものであるという前提の下に、憲法の条文も正当化されることを示しているという⁶⁵⁾。

ガードナーは、合衆国憲法のこの条項を特異なものであると考える⁶⁶⁾。なぜならば、国民が「国民主権」原理に基づいて事をなすに当たって、その方法を詳細に命令することは殆どないからである。より典型的なのは、連邦議会議員の選挙を規定した憲法第1条第4節の①で、「上院・下院の選挙を行う日時・場所・方法は、各州においてその立法府によって規定される。但し、連邦議会はいかなる時も、…そのような規定を法律によって制定、改変できる」とのみ規定する⁶⁷⁾。しかしながら、社会が選挙手続について詳細に語っていない場合でさえ、選挙結果について慎重に判断すれば、黙許することができず、国民の「同意」が推定できないほどの、かなりの程度の不正確さがある場合もある⁶⁸⁾。例えば、すべての投票が政府・与党によって無視され、選挙結果が議会における満場一致で再表決されたものと偽って擬制される場合が、これにあたりガードナーは指摘する⁶⁹⁾。このように国民と政府の見解が一意しない場合は常に、たとえ国民のために行動すると主張し、当選した公職者であっても、国民による現実の「同意」が欠如していることになり、政府の正統性は失われるだろうと⁷⁰⁾、ガードナーは結論づける⁷¹⁾。

(3) 裁判所の役割

ガードナーによれば、そもそもロック流の憲法の下での選挙の本質には、いくつかの困難な問題が包含されているという⁷²⁾。国民による「同意」は正統な政府の唯一の基礎であるが、共和制における「同意」は、そもそも国民の意思の表明にとっては、かなり不十分な媒体である選挙を通して部分的に表明されるに過ぎないからである。たしかに、憲法は国民の「同意」が推定され得る条件を定めている。しかし、憲法は選挙が行われる方法についてや、国民が自らの「同意」をもはや正当に仮定できなくなる前に、どの程度まで選挙における不正確さを進んで黙許するか

ついて、多くの点で曖昧である。このことの背景には、政府が憲法に一致して形成されているかどうかを考慮せずに、国民は常に自らの「同意」を政府から撤回することができる権利を保持しているという事実が存在していると、ガードナーは分析する⁷³⁾。なぜならば、国民はいざとなれば「国民主権」原理に基づく憲法制定権の行使という形で、憲法自体を破棄することができるからである。

しかし、現実にはそのような事態から引き起こされる結果がもたらす混乱は、誰もが望まないから、憲法の破棄が行われることはほとんどあり得ないといってよい。そこで、そのような選挙手続における不正確さがある場合や、国民による政府への「同意」が十分に認識できない場合、裁判所の果たす役割が重要になってくる。政府の正統性それ自体が問われたある事件で、最高裁は事件に巻き込まれることを拒絶した。1849年、ルーサー対ボーデン事件において⁷⁴⁾、互いにロード・アイランド州の選挙民の正統な代理人であると主張する二つの競合する政府は、裁判所に二つの政府の中から正統な政府を選択することを求めて提訴した。最高裁は、その紛争を司法的解決が不可能な「政治問題」と判断し、却下した。従って、最高裁は政府の正統性という最も直接的で切迫した問題を審理することを拒絶してきたといえる。その一方で、時折、選挙法の合憲性についての審査では、「政治問題の法理」を適用せずに、憲法判断を行ってきた。しかしながら、ガードナーも認める通り、後者のような事件における最高裁の役割は、民主主義社会において極めて重要であったといえる⁷⁵⁾。なぜならば、多くの場合、選挙法は一種の選挙不正を的確に防ぐための慎重な立法上の試みを意図するものであるから、当該立法に対する司法権の行使は選挙結果の不正確さについての当否を判断することであり、結果的には、国民から選挙された政府の正統性の当否についての判断という民主主義上の問題を含意する可能性があるからである⁷⁶⁾。

4 結語にかえて

以上、見てきたように、民主主義社会においては、選挙手続における不正確さは選挙結果に影響を与えることになるが、その選挙結果＝国民の「同意」とみなされることになり、延いては統治の正統性へも影響を与えることから、裁判所は、選挙手続に対して積極的に司法審査をすることが「国民主権」原理から求められること

になる。

従って、選挙手続を定めた選挙法に対する裁判所による合憲性判断については、判例の見解通り「政治問題の法理」は適用されるべきではないといえる。しかし、一方で、表現の自由の民主主義的機能（＝自己統治の価値）を根拠に、選挙活動制限立法の違憲性を主張する見解については、選挙手続による統治の正統性への影響という「国民主権」原理を根拠にした立場からは、否定されるべきではないかと考えられる。

つまり、表現の自由の内容それ自体に対する立法府による規制は、原則として民主主義原理により否定されるべきであるが、選挙活動の時・場所・方法に対する規制は当然のことながら、表現内容自体であっても著しく選挙の公正さを損ねるような場合には、それらに対する規制は統治の正統性を確保することを旨とする「国民主権」原理を根拠に容認される余地があるものと認められるのではないかと考えられる。これらの点については、今後、アメリカ合衆国における選挙法による選挙活動規制の実例を参考に、さらなる検討を行いたい。

注

- 1) James A.Gardner, *Consent, Legitimacy, and Elections: Implementing Popular Sovereignty under the Lockean Constitution*, 52 U.PITT. L.REV.189, 223 (1990). ロック理論における選挙の意味と統治の正統性との関係については、拙稿「統治の正当性と選挙をめぐる憲法学上の考察—『国民主権』原理についての二つの理論潮流との関係について—」平成国際大学研究所論集第15号3頁以下を参照。
- 2) Gardner, *supra* note 1, at 223.
- 3) *Id.*
- 4) *Cook v. Cook*, 342 U.S.126,133 (1951) (Frankfurter,J.,dissenting). なお、合衆国最高裁は別の事件においても、「実体」と「手続」を区別する正確なルールを規定することは不可能であると判示している。*Brown v. Western Ry.of Alabama*, 338 U.S.294, 296 (1949).
- 5) MADISON, NOTE OF DEBATES IN THE FEDERAL CONVENTION OF 1787, at 423 (A.KOCH ed.1966).
- 6) Gardner, *supra* note 1, at 223.
- 7) *See Roberts, House Democracy Seat Indianan, and the Republicans Walk Out*, N.Y.Times, May 2, 1985, at A 1, col.1. 僅差の票差で勝敗が決定した選挙は、アメリカ合衆国においては珍しいことではない。例えば、1974年のノース・ダコタ州における上院議員選挙では、23万5661票の全投票数に対してわずか186票差で勝敗が着いた。*McLain v.Meier*, 637 F.2 d 1159, 1166 n.13 (8th Cir.1980).
- 8) Gardner, *supra* note 1, at 223-224.
- 9) *Id.* at 224.
- 10) *Id.*
- 11) *Id.*
- 12) *Id.*
- 13) IND.CONST.art. II, §2 (1921).
- 14) IND.CONST.art. II, §2 (1881).
- 15) CONN.CONST.art.VI, §2 (1818).
- 16) *Harper v. Virginia States Bd.of Elections*, 383 U.S.663 (1966).
- 17) 1965年投票法が制定されたことにより、いかなる能力審査にも合格しなかったことを理由として投票権を否定することが禁止されることになった。*See, Voting Rights Act of 1965*, Pub L. No.89-110, §4, 79 Stat.437, 438 (1965); H.R.REP.No.439, 89th Cong., 1st Sess. (1965), *reprinted in* 1965 U.S.CODE COCNG.& ADMIN. NEWS 2437, 2444-47.
- 18) GA.CONST.art.VII (1777).
- 19) ヴァージニア州においても18世紀まで投票を義務付ける投票強制法があった。*See J.POLE, POLITICAL REPRESENTATION IN ENGLAND AND THE ORIGINS OF THE AMERICAN REPUBLIC*, 293-94 (1966).
- 20) Comment, *The Revision of American States Constitutions: Legislative Power, Popular Sovereignty, and Constitutional Change*, 75 CALIF.L.REV.1473, 1503 n.202 (1987).
- 21) Gardner, *supra* note 1, at 225.
- 22) *Id.*
- 23) *Id.*
- 24) *Id.*
- 25) 貴族たちの支配に対して平民たちが起こした初期の反乱については、*See, E.g., Livy, 2 History of Rome, reprinted in LIVY, THE EARLY HISTORY OF ROME* 142 (A.Deselincourt trans.1960).
- 26) ローマの住民の半分以上が、富と地位を基盤として構成された6つの身分の中で最下位の身分である平民であったという。*J.ROUSSEAU, THE SOCIAL CONTRACT* 114 (M.CRANSTON trans. 1950) (1762). なお、6つの身分の選挙資格については、*See Livy, supra* note 25, at 296-97.
- 27) 例えば、公選の職位であった軍護民官について、貴族と平民ともに被選挙権が認められていたにもかかわらず、平民が選挙に勝つことは稀であったという。*Livy, supra* note 25, at 296-97.
- 28) *Id.* at 297.
- 29) Gardner, *supra* note 1, at 225.
- 30) *E.g., J.ROUSSEAU, supra* note 26, at 119.

- 31) CICERO, DE RE PUBLICA, DE LEGIBUS 499 (C.W.Keyes trans.1928).
- 32) Gardner, *supra* note 1, at 225.
- 33) CICERO, *supra* note 31, at 499.
- 34) Gardner, *supra* note 1, at 225-26.
- 35) 1870年のヴァージニア憲法によってはじめて、あらゆる選挙は無記名投票で行われることが規定された。See VA.CONST.art.Ⅲ, §2(1870); 1 A.E.D.HOWARD, COMMENTARIES ON THE CONSTITUTION OF VIRGINIA 375 (1870).
- 36) E.MORGAN, INVENTING THE PEOPLE: THE RISE OF POPULAR SOVEREIGNTY IN ENGLAND AND AMERICA 185 (1988); D.BOORSTIN, THE AMERICAN: THE COLONIAL EXPERIENCE 115 (1958).
- 37) Gardner, *supra* note 1, at 226.
- 38) *Id.*
- 39) Williams v.Rhodes, 393 U.S.23 (1968).
- 40) *Id.* at 25-26.
- 41) *Id.* at 24-25.
- 42) *Id.* at 25.
- 43) *Id.* at 31, 34.
- 44) Gardner, *supra* note 1, at 226.
- 45) CONGRESSIONAL QUARTERLY, GUIDE TO UNITED STATES ELECTIONS 291-97 (1975).
- 46) *Id.* at 298. 裁判所も選挙法が選挙結果にもたらす影響について明示的に認めている。アンダーソン対セレブリーズ事件最高裁判決は、「選挙法規の各条項は投票者の登録や投票資格、立候補者の選定や資格、投票手続自体のいずれを規定しようとも、少なくとも何らかの程度、個人の投票権に対して不可避的に影響を与える。」と判示した。Anderson v.Celebrezze, 460 U.S.780, 788 (1983). 同様の趣旨として、Republican Party v.Tashjian, 770 F.2 d 265, 285 (2 d Cir.1985), *aff'd*, 479 U.S.208 (1986).
- 47) Gardner, *supra* note 1, at 227.
- 48) *Id.*
- 49) この点について、J・ロックは「社会は自らが善いと考えよう調和的かつ混合的な政府の形態を形成することができる」と述べている。See J.LOCKE, THE SECOND TREATISE OF GOVERNMENT, §132, at 68-69 (C.Macpherson ed.1980) (1690). また、独立宣言も「国民にとって、最も安寧と幸福をもたらすような原則に基礎をおき、そのような形態で権力を組織する新しい政府を設立する」国民の権利について言及している。THE DECLARATION OF INDEPENDENCE para.2 (U.S.1776). もっともロック流の理論によれば、政府を創設する権限には自然法による何らかの抑制が働くという。例えば、国民は自らを奴隸的身分に服従させることはできないという。J.LOCKE, *id.* §§22-24, at 17-18.
- 50) ガードナーによれば、選挙を利用することにより共和制において疑いなくより頻繁かつ明白に起こりうる潜在的な誤りは、共和政体だけに特有なものではないという。英国のように、国民が世襲の君主制に基礎をおく政府を設立することを望んだ場合でさえ、継承をめぐるルールにおける曖昧さや欠缺によって、正統な君主を認識することに関する不確かさが生じる可能性がある」とされる。Gardner, *supra* note 1, at 227 n.155.
- 51) Gardner, *supra* note 1, at 227-28.
- 52) *Id.* at 228.
- 53) *Id.*
- 54) 植民地時代のジョージアにおいては、投票への棄権は犯罪とされていた。GA.CONST.art.XII (1777). 近年の例としては、1984年のエルサルバドルの大統領選挙では強制投票制度が採用されていた。そこでは、投票を棄権した有権者は罰金を科せられるという法規があったが、実際には執行されることは稀であったという。Meislin, *Latin Vote: Making Do*, N.Y.Times, March 27, 1984, at A 6, col.1.
- 55) Carter v.Lambert, 288 Ky.39, 155 S.W.2 d 38, 40 (1941).
- 56) Gardner, *supra* note 1, at 228.
- 57) *Id.*
- 58) ガードナーによれば、社会の規模が大きくなれば、正確な選挙結果を完全に実現することはよ

り費用がかかり困難になるだろうという。投票者の数が多い、大規模な社会においては、十分に正確な選挙を実施することは不可能であることから選挙の正確さを主張しても、それは麻痺してしまうことになり、何らかの不正が入り込むことは止むを得ないことになる。Gardner, *supra* note 1, at 228 n.158.

- 59) ニューヨーク州法の下で、このようなアプローチを司法権が適用することとその誤用のされ方についての議論として、*See, e.g., Finkelstein & Robbins, Mathematical Probability in Election Challenges*, 73 COLUM. L.REV.241 (1973). また、選挙結果を変更するのに十分なほど疑わしい、すなわち無効になるような投票数がない場合、選挙結果を保留することを禁止する法令や判決については、*See also Comment, Protecting the Rationality of Electoral Outcomes: A Challenge to First Amendment Doctrine*, 51 U.CHI.L.REV.905 n.57.
- 60) *E.g., DEL.CODE ANN.tit.15,§5943 (1981); GA. CODE ANN. §21-2-527(c) (1987); WASH.REV.CODE ANN. §29.65.100 (1965).*
- 61) Gardner, *supra* note 1, at 228.
- 62) *Id.* at 229.
- 63) U.S.CONST.OF 1789, art. II, §1, cl.3 (1789).
- 64) Gardner, *supra* note 1, at 229.
- 65) *Id.*
- 66) *Id.*
- 67) U.S.CONST.art. I, §4.
- 68) かつてフィリピンのマルコス大統領やパナマのノリエガ将軍といった第3世界の独裁者が、投票所の襲撃により投票箱を略奪した例も、このような選挙結果の不正確さにより、国民の「同意」が推定できない場合に当たる。Gardner, *supra* note 1, at 232.
- 69) *Id.* at 229.
- 70) ガードナーによれば、このような状況において民意に基づく統治が行われる唯一の可能性は、強奪者の解任と結び付いた一種の暴力的な抵抗ではないという。国民主権理論の下では、権力の強奪行為があった後でさえも、国民がその政府に対して現実に同意を付与することも可能であるからである。Gardner, *supra* note 1, at 230 n.164. ロックもこの点に関して、権力の強奪者は、「国民が自由に同意することができ、かつ強奪された権力を認容し、承認することを現実に同意するまでは」、いかなる統治権も有し得ないと指摘している。*See J.LOCKE, supra* note 49, §198 at 101.
- 71) Gardner, *supra* note 1, at 229-30.
- 72) *Id.* at 230.
- 73) *Id.*
- 74) *Luther v. Borden*, 48 U.S. (7 How.) 1 (1849).
- 75) Gardner, *supra* note 1, at 230.
- 76) *Id.*

本稿は、平成27年度平成国際大学大学院共同研究「近代法における法原理体系の生成と現代的展開に関する考察」(研究代表：青柳卓弥)における研究成果の一部である。但し、文責は全て執筆者に帰するものである。