

# 大統領選挙と平等保護

——ブッシュ対ゴア事件判決の再検討——

倉田 玲

- はじめに
  - 一 争点と背景
    - 1 事件の争点
    - 2 事件の背景
  - 二 訴訟の展開
    - 1 異議申立て
    - 2 第一次訴訟
    - 3 第二次訴訟
    - 4 執行停止
  - 三 判決の論理
    - 1 裁判所意見
    - 2 補足意見
    - 3 反対意見
  - 四 判決の無理
    - 1 平等保護の系譜
    - 2 投票権者の不在
- おわりに

人民の、人民による、人民のための政府は、地上から消滅してはならない（リンカン）<sup>(1)</sup>

はじめに

前世紀末のアメリカ合衆国大統領選挙は、異例の混迷をきわめ、意外な結末をみせつけた。この選挙の帰趨をめ

くつては、速報性を誇る各種マス・メディアが一月以上にわたって連日のように伝え、ことあるごとに連邦制度を基盤とする選挙制度の特異性や各方面に浸透した深遠な党派対立を強調していた。そして、昨年末の大統領選挙をめぐる報道の過熱ぶりは、現地ばかりにとまらず、日本にも波及していたから、選挙戦が法廷闘争劇に発展し、選挙報道の趣向がマクワロの観戦からミクワロの観劇へと推移したことは、すでに周知のことからであるように思われる。<sup>(2)</sup>

テクサス州知事ブッシュ (George Walker Bush) を擁する共和党陣営とクリントン (William Jefferson Clinton) 政権の副大統領ゴマ (Albert Gore, Jr.) を擁する民主党陣営とが、政治の主導権を掌握するために法廷で法を争った二〇〇〇年の暮れ、合衆国最高裁判所は、一月に二つの判決を下した。四日のブッシュ対パーム・ビーチ郡開票結果確定委員会事件判決 (*Bush v. Palm Beach County Canvassing Board*, 531 U.S. 70, 121 S. Ct. 471 [2000]) [*per curiam*] [*Bush I*] と二日のブッシュ対ゴマ事件判決 (*Bush v. Gore*, 531 U.S. 98, 121 S. Ct. 525 [2000]) [*per curiam*] [*Bush II*] であり、すでに日本でも考察の対象とされてきた。<sup>(3)</sup>

これらの二つの判決は、フロリダ州最高裁判所の判決を覆したという点では共通しており、それぞれに添えて州最高裁に送付された指令状 (Mandate Letters) の記載にも、文面からうかがえる大きな相違はない。しかしながら、両判決の実質的な確定力は、きわめて対照的であった。第一次訴訟判決は、開票結果確定期限の延長を認め、一月一日のパーム・ビーチ郡開票結果確定委員会対ハリス事件判決 (*Palm Beach County Canvassing Board v. Harris*, 772 So. 2d. 1220 [Fla. 2000]) [*per curiam*] [*Harris I*] を覆したが、州最高裁の結論は一月一日の差戻審判決 (772 So. 2d. 1273 [Fla. 2000]) [*per curiam*] でも変わらなかった。これに対して、第二次訴訟判決は、手作業による再集計 (manual recount) の続行を認め、二月八日のゴマ対ハリス事件判決 (*Gore v. Harris*, 772 So. 2d. 1243 [Fla. 2000]) [*per curiam*] [*Harris II*] を差戻したが、翌日にはゴマの敗北宣言を引き出し、ブッシュの政権移

行準備を本格的に始動させた。二つの判決の終局性に大きな差異があらわれた理由としては、時間的余裕が失われたことなまでの日程的な先後関係もさることながら、第二次訴訟判決が「平等保護条項違反」(*Bush II*, 121 S. Ct., at 529) を明言する違憲判決であったことが決定的といえる。

憲法訴訟において合衆国の終審裁判所となるレンクィスト・コート——「人民の、人民による、人民のための政府」の司法部門——は、連邦制と代表制と司法審査制、これら三つの制度体系が複雑に交錯する特殊アメリカ的な脈において、平等保護条項を最後の切り札にした。<sup>(4)</sup> このことには——政治的な意義や党派的な思惑のほか——どのような意味があるだろうか。この小稿では、ブッシュ対ゴマ事件判決を読み解く鍵を、平等保護条項の発動の法的な意味に求めて、この判決の再検討を試みる。

## 一 争点と背景

フロリダ州における再集計作業の迷走は、第一次訴訟で連邦問題を登場させ、第二次訴訟では憲法問題までも浮上させた。そして、これらの問題を提示された合衆国最高裁は、ブッシュ対ゴマ事件判決において平等保護条項違反という違憲判断を示した。こうした経緯をもたらした背景的事情として、フロリダ州の選挙実務には州レヴェルでの統一規格の不備がみられ、投票用紙の様式などの点で郡レヴェルでの相違が顕著であった。

### 1 事件の争点

一月一日付で合衆国最高裁に提出された第二次訴訟の当事者双方の準備書面 (Brief for Petitioners, at 1, 16-19; Brief of Respondent, at 1, 8-11) をみると、事件の最終的な争点にかかわって、次のような三つの係争法条

があげられている。

- ①合衆国憲法第二編第一節第二項——「各州は、その州の議会が指定する方法により、その州が合衆国議会において与えられる上院議員および下院議員の総数と同数の大統領選挙人を選任するものとする。ただし、上院議員もしくは下院議員または信任もしくは報酬をとまなう合衆国の公職にある者は、これを大統領選挙人に選任することができない」(U.S. Const. art. II, § 1, cl. 2)
- ②合衆国憲法第三編第五条【選挙人の任命に関する争いの決定】——「州が、大統領選挙人の選任期日より前に制定された法により、その州の大統領選挙人の全部または一部の選任に関する争訟の司法その他の方式または手続による最終決定について規定し、その決定が大統領選挙人の集会期限の六日前までになされたときは、そのような前記の期日に存在する法にしたがって前記の大統領選挙人の集会期限の六日前までになされた決定は、確定力を有し、その州により選任される大統領選挙人の確認に関する限りにおいて、合衆国憲法および次条以下に規定される大統領選挙人投票の集計に、これを適用する」(3 U.S.C. § 5 [1977])
- ③合衆国憲法第一四修正第一節——「合衆国に出生または帰化し、その法域に属するすべての者は、合衆国およびその居住する州の市民である。いずれの州も、合衆国市民の特権または免責を制約する法を制定または実施してはならない。また、いずれの州も、法のデュー・プロセスによらなければ、何人からも生命、自由または財産を剥奪してはならない。また、その法域にある何人に対しても、法の平等保護を否定してはならない」(U.S. Const. Amend. XIV, § 1)

これらのうち、①と②に関する違反の有無は、連邦問題と呼ばれ、州最高裁が開票結果確定期限の延長を認めたこ

とを争点としていた第一次訴訟でも、その双方の当事者によって解釈が争われていた。つまり、①の規定には「州の議会が指定する方法」という文言が含まれていることから、大統領選挙人の選任を左右する州最高裁の判決は、それが州法の解釈にとどまるものでない限り、合衆国憲法典に抵触することになる。また、②の規定は、一八八七年大統領選挙集計法 (The Electoral Count Act) の条文が、一九四八年の連邦法 (62 Stat. 673) によって、合衆国法典第三編【大統領】の第一章【大統領の選挙および欠陥】に編入されたもので、そのなかに「大統領選挙人の選任期日より前に制定された法」という文言がおかれていることから、各州で大統領選挙人団 (electoral college) を選出する一般選挙の投票日 (General Election Day) よりも後に下された州最高裁の判決は、やはり従前から施行されている州法の解釈にとどまるものでない限り、合衆国の法廷において違法とされる。

第一次訴訟で俎上に載せられることになった③の規定は、州最高裁が手作業による再集計を認めたことを受けた第二次訴訟において、「いずれの州も、法のデュー・プロセスによらなければ、何人からも生命、自由または財産を剥奪してはならない」と定めているデュー・プロセス条項の部分と、「その法域にある何人に対しても、法の平等保護を否定してはならない」と定めている平等保護条項の部分が、州の選挙実務の内容的限界を画する根拠としてとりあげられた。デュー・プロセス条項または平等保護条項に対する違反は、いわゆる憲法問題を構成するもので、選挙結果の確定権限の所在に関する連邦問題について州最高裁の判決に違反事実が認められない場合でも、合衆国最高裁は、この憲法問題を審査するための上訴管轄権をもつことができる。

第二次訴訟判決の前日におこなわれた口頭弁論の速記録 (Transcript of Oral Argument) からは、第一次訴訟の場合と同じく、合衆国最高裁の上訴管轄権をめぐる質疑応答の白熱が顕著に読みとれる。しかしながら、第二次訴訟判決の裁判所意見は、第一次訴訟でも争われた連邦問題ではなく、憲法問題のなかでも平等保護条項に焦点を絞り、こ

れに対する違反を結論として提示するものであった。

平等保護条項違反が判決理由の中心を占めたことに閉じては、この条項が誰の請求に依じて、誰のために発動されたのか、という問題を考えることができる。第二次訴訟の当事者が二大政党の正副大統領候補と州の選挙当局であって (See, Br. Pet. at ii; Br. Res. at ii) 平等保護を受けるべき州の投票権者は——同じ選挙をめぐって提起された他の多くの訴訟では当事者でありながら——本件では裁判所助言者 (*amici curiae*) として各々の意見書を提出したにすぎなかった。そして、被上訴人側の準備書面——ただし、デュー・プロセス条項に関する部分——には「……上訴人は適格 (*standing*) を欠く……」という主張が含まれていた (Br. Res. at 49, n. 27)<sup>(5)</sup>。平等保護条項が発動されたことの法的意味を探るには、まずもって、このようなねじれが生じた文脈をおさえておかなければならない。

## 2 事件の背景

合衆国の大統領選挙が間接選挙であり、その第一段階において各州の投票権者が大統領選挙人を選出し、そこで選出された各州の大統領選挙人が第二段階で正副大統領候補に投票するという仕組みになっていることは、周知のことからであろう。合衆国法典第三編第一章に並ぶ規定の大部分は、第二段階の大統領選挙人投票に関するものであるが、原則として州法に委ねられている第一段階の一般選挙に関しても、これが第二段階の手続的な前提をなすことから、投票期日や確定期限などに関する規定がおかれている。

一般選挙の投票日については、第三編第一条【大統領選挙人の任命時】に「大統領および副大統領の選挙人は、各州において、毎回の大統領および副大統領の選挙から四年目ごとに、一月の第一月曜日の次の火曜日に、これを任命する」(3 U.S.C. § 1 [1997]) という規定がある。昨年末の一般選挙は、この規定に基づいて、一月七日に実施

表 1 2000年大統領選挙：最終結果

大統領選挙 一般選挙 集計結果	全米 (大統領選挙人：538)	
	大統領選挙人	得票総数
	最終確定結果	
ブッシュ (共和党)	271 (29州 + フロリダ州)	49,820,518
ゴア (民主党)	267 (20州 + DC)	50,158,094

表 2 2000年大統領選挙：フロリダ州の公式発表

フロリダ州 一般選挙 集計結果	フロリダ州 (大統領選挙人：25)		
	第1回発表	第2回発表	第3回発表
	11月8日	11月18日	11月26日
ブッシュ (共和党)	2,909,661	2,911,872	2,912,790
ゴア (民主党)	2,907,877	2,910,942	2,912,253
得票差	1,784	930	537

された。そして、この日を境にして、予備選挙の段階から全米で関心を集めていた選挙運動資金の高騰——この問題に関しては、二大政党の大統領候補が対峙したTV討論でも語られていたように、共和党ブッシュ陣営が現行制度の維持派、民主党ゴア陣営が改革派であった——は背景に退き、当選確実報道の混乱から法廷闘争に至るフロリダ州の迷走が衆目の焦点となった。合衆国憲法第二編第一節第二項に基づき、同州では二十五名の大統領選挙人を——勝者独占方式 (*winner-take-all system*) の単位制 (*unit rule*) によって——選出することになっていたが、空前の大接戦のために、いずれの大統領候補も同州の結果を待たずして全米の五百三十八名の大統領選挙人の過半数を獲得することができず、次の大統領が決まらないという事態が生じたからである (表1参照)。

フロリダ州の一般選挙の集計結果は——ブッシュの実弟 (Jeb Bush) が知事を務める同州でブッシュ陣営の選挙運動をとりしきるかたわら、本来の職務も遂行していた——ハリス (Katherine Harris) 州務長官によって、都合三度

も公式に発表されることになった（表2参照）。投票翌日の最初の発表では、一位のブッシュと二位のゴアの得票差が千七百八十四票しかなく、自動的に再集計が実施された。その根拠とされたのは、州法典第九編【選挙人および選挙】第一〇二章【選挙の管理および結果の確定】第一〇二・一四一条【郡開票結果確定委員会、職務】第四項であり、そこには次のように規定されていた（Fla. Stat. § 102.141(4) [2000]）。

公職に関する開票結果が、候補者がその公職に関して投じられた票の〇・五パーセント以内の差で敗北もしくは失格したこと……を示すときは、その選挙……に関する投票の開票結果を公証する責任を負う郡開票結果確定委員会は、その公職……に関して投じられた票の再集計を命じなければならない。ただし、その公職に関して投じられた票の〇・五パーセント以内の差で敗北または失格した候補者が、再集計がおこなわれなければならないことを書面で請求するときは、その公職の開票結果に関しての再集計は、これを命じなくともよい。再集計を管理する責任を負う各郡開票結果確定委員会は、公職……が投票用紙に記載された投票区ごとに投票機械のカウンタまたは集計表を検査し、開票結果が投じられた票を正確に示しているかいないかを決定しなければならない。開票結果と投票機械のカウンタまたは集計表との間に相違があるときは、投票機械のカウンタまたは集計表が正確と推定され、それにしたがってその投票が確定されなければならない。

この規定にある「候補者」は、右で確認した間接選挙の仕組みからすると、大統領選挙人候補でなければならず、大統領候補の得票差が問題にされることは——大統領候補が得票したということも含めて——論理的におかしい。しかしながら、この点は、まったく問題にされることがなかった。

自動的におこなわれた再集計の結果は、両陣営の得票差を三百二十七票にまで縮めるものであったが、一月一八

+  
+

日に在外投票用紙（overseas absentee ballot）の集計結果を算入した二度目の公式発表がおこなわれると、そこでの得票差は再び九百三十票にまで開いていた。このように得票差が変動するなか、投票所での誘導や不在者投票用紙（absentee ballot）の集計にまつわる数々の不正が指摘され、投票日の消印を有効としていた在外投票用紙に関する州法の規定が切手も消印もないまま海外の米軍基地などから大量に送られてきた投票用紙を想定していなかったという実情が暴露された<sup>(7)</sup>。そして、投票用紙や集計機械の規格の不備に起因するとされる大量の疑問票——機械集計の判定結果により、定数分の選択が確認されない過少投票（undervotes）と定数分を超える選択が確認される過剰投票（overvotes）に細分類される——が逆転の契機として注目されることになった。

疑問票の最大の温床になったのは、投票権者が選択に応じて穴をあけるパンチ・カード式の投票用紙であるが、これは州の統一規格ではなかった。最近になって選挙法の抜本的修正がはかられるまで、フロリダ州の全六十七郡のうち、最多の四十一郡はマーク・シート式、これに次いで二十四郡がパンチ・カード式であった。ほかには、自書式とカウンタ・マシーンを使用する機械式が、各一郡で採用されていた。同じ方式をとる郡の間でも、規格の細部は千差万別であった<sup>(8)</sup>。また、郡ごとの投票総数には、現在も投票年齢人口の格差に応じて大きな偏差がある。こうしたばらつきが、郡ごとの党派的なバランスや開票結果確定期限の接近と相まって、手作業による再集計を認めるにせよ、それを一部の郡に、さらには一部の票に限定させる方向にはたらく、最後には平等保護条項の発動を招いた。

ばらつきを生じさせた遠因は、いわば投票権の歴史的かつ帰納的な概念構成に求めることができよう<sup>(9)</sup>。そもそもアメリカには——有権者団という観念的な機関こそ想定されないようだが——選挙を公事、投票を私事として分別するような伝統があり、後者は純粹に権利として組成されてきた。たとえば、投票権者登録は任意になされるべきものと考えられ——これを簡易にする方向性は看取されても——その名簿はあくまで職権調製主義になじまない<sup>(10)</sup>。また、候

+  
+

補者を排他的に特定する厳格な立候補制度は、投票権行使の選択範囲を限定することになるため、これを採用すると憲法問題が生じる<sup>(11)</sup>。そして、かつては投票用紙さえも私製であり、党派ごとに用意され、その支持者に配布される例がなくなかった。もちろん、党派的不正の排除の必要、投票権者の識字率の向上、そのほか機械集計の効率性にも配慮がなされた結果、いまでは一定の候補者名を印刷しながら自書可能な空欄を設ける官製用紙（secret [Australian ballot]）が主流である<sup>(12)</sup>。しかし、これは州内の統治区分ごとに、各々の当局によって準備され、フロリダ州などは州法典第九編第一〇一章【投票の方法および手続】にサンプルを掲げ、万事について最低限度の基準の設定を州務省に委ねていたにすぎない。そのため、郡ごとに異なった様式の投票用紙が採用されてきた。

二〇〇〇年の一般選挙では、とくにバーム・ビーチ郡のパンチ・カード式投票用紙が、さまざまな疑惑や憶測を呼んだ。これは二大政党の支部の協議によって採用されたものであったが、蝶型投票用紙（butterfly ballot）と呼ばれる二つ折りの用紙の左右に交互に配列された候補者名——一般選挙の候補者であるべき大統領選挙人候補ではなく、正副大統領候補の氏名——と中央の折り目部分に縦一列に並んだパンチ箇所との位置関係が誤解を与えやすいという指摘を受けた<sup>(13)</sup>。また、年代物のパンチ器具を使用していた郡では、穴を空け損じられた疑問票が大量発生し、パンチ屑（chad）という古風なコンピュータ用語が、ぶら下がりの型（hanging, swinging）や膨らみ型（pregnant, dimple）などの形容をともなつて、現代用語の基礎知識に躍り出るといふ状況が生まれた（表3参照）。そして、こうした疑問票の周囲には、最後まで党派的思想が渦巻いていた。

かつて、選挙制度に関する州議会での判断が、合衆国に対してのみならず、州内の統治区分の自治に対しても優越する、ということを確認したのは、ほかならぬフロリダ州最高裁のラマ対ディロン事件判決（*Lamer v. Dillon*, 14 So. 383 [Fla. 1893]）であった。また、州法典第九編第九七章【選挙人の資格および登録】第九七・〇一二条【主席選挙

表3 パンチ・カード式投票用紙：疑問票のパンチ屑

Hanging door	パンチ屑の一角が投票用紙につながっている状態	
Swinging door	パンチ屑の一边が投票用紙につながっている状態	
Pregnant	パンチ屑の四隅が投票用紙につながっている状態	パンチ屑の一部が投票用紙から剥離
Dimple		パンチ箇所のくぼみが確認可能

管理官としての州務長官】には、「州務長官は、州の主席選挙管理官であり、つぎに定める責務を負う」という規定があり、その筆頭項目に「選挙法の適用、運用および解釈において、統一性を確保すること」（Fla. Stat. § 97. 012 (1) [2000]）があげられている。これらのことからすれば、フロリダ州の選挙法制が、そのもとにある実務の規格に統一性を欠いたことで、合衆国最高裁に平等保護条項というワイルド・カードを切らせたことは、いかにも皮肉であった。

## 二 訴訟の展開

開票結果確定期限の延長を争点とする第一次訴訟は、当初の郡対州という構図から、やがて一般選挙をめぐる州最高裁と合衆国最高裁の管轄権の衝突へと移り、選挙法制度の解釈に関して膠着状態を残す。そして、手作業による再集計の是非をめぐって最終的に大統領候補相互間の直接対決という構図があらわれた第二次訴訟では、州最高裁が州憲法典に基づく投票権の保障によって連邦問題を否定したのに対して、合衆国最高裁が合衆国憲法典に基づく投票権の平等保護を憲法問題としてとりあげる。

### 1 異議申立て

フロリダ州で自動再集計がおこなわれた直後、一月九日にコア陣営のフロリダ州民主党政行委員会（Florida Democratic Executive Committee）が同党の地盤とされる四

この郡——ヴォルシャ (Volusia) ヲ パーム・ビーチ (Palm Beach) ヲ フロウアー (Broward) ヲ マイアミ (Miami-Dade) ——の開票結果確定委員会に対して手作業による再集計を求めた。これら四郡は都市部に位置しており、マイオリティ市民の投票権者登録件数が多い。また、人口規模も大きく、昨年的一般選挙では、四郡を合計した投票総数が州全体の三割を占めたといわれる。そして、これら四郡の選挙実務に共通していたのが、パンチ・カード式投票用紙である。

コア陣営が申立ての根拠としたのは、州法典第九編第一〇二・一六六条【開票結果に対する異議申立て (Protest of election returns) 手続】であり、そこでは次のように定められていた (Fla. Stat. § 102.166 [2000])。

- (1) 公認指名もしくは選挙の候補者またはその候補者に関する選挙において投票資格を有する選挙人は、適切な郡開票結果確定委員会に対して宣誓をともなう異議申立書を提出することにより、選挙の開票結果に過誤があるとして異議申立てをおこなう権利を有する。
- (2) この異議申立書は、郡開票結果確定委員会が異議を申立てられている公職に関する選挙結果の公証をおこなう以前または選挙がおこなわれる日の二四時から五日以内のうち、いずれか後に到来する期限までに、郡開票結果確定委員会に提出されなければならない。
- (3) 選挙の開票結果を確定する前に、郡開票結果確定委員会は、次のことをしなければならない。
  - (a) 紙の投票用紙が用いられるときは、投じられた紙の投票用紙の集計表を検査すること。
  - (b) 投票機械が用いられるときは、印刷装置をもたない投票機械のカウンタまたは印刷装置をもつ投票機械の印刷装置を検査すること。開票結果と投票機械のカウンタまたは印刷装置との間に相違があるときは、投票機械

のカウンタまたは印刷装置が正確と推定される。

- (c) 電子的または電子機械的装置が用いられるときは、郡開票結果確定委員会は、投票区の記録および選挙の開票結果を検査しなければならない。事務的な過誤があるときは、その過誤は郡開票結果確定委員会により訂正されなければならない。選挙結果に影響を及ぼしうる相違があるときは、郡選挙結果確定委員会は、自動集計装置によって投票用紙を再集計することができる。
- (4) (a) 投票用紙に氏名を記載された候補者、投票用紙に記載された争点に賛成または反対する政治委員会、またはその候補者の指名が投票用紙に記載された政党は、郡選挙結果確定委員会に対して、手作業による再集計を求める要求書を提出することができる。要求書には、手作業による再集計が要求される理由についての陳述を含めなければならない。

- (b) この要求は、郡選挙結果確定委員会が異議を申し立てられている公職に関する選挙結果の公証をおこなう以前または選挙がおこなわれた日の二四時から七十二時間以内のうち、いずれか後に到来する期限までに、郡選挙結果確定委員会に提出されなければならない。

- (c) 郡選挙結果確定委員会は、手作業による再集計を承認することができる。手作業による再集計が承認されるときは、郡選挙結果確定委員会は、再集計されている選挙の各候補者に対して、その再集計の時および場所を通知するための合理的な努力をしなければならない。

- (d) 手作業による再集計には、少なくとも三つの投票区およびその候補者もしくは争点に関する投票総数の一パーセントを含めなければならない。選挙に関する投票区が三つ未満であるときは、すべての投票区で再集計をおこなわなければならない。再集計を要求した者は、再集計がおこなわれる三つの投票区を選択しなければ

ばならない。そのほかの投票区で再集計がおこなわれるときは、郡選挙結果確定委員会は、追加分の投票区を選定しなければならない。

(5) 手作業による再集計が選挙結果に影響を及ぼしうる投票集計表の過誤を示すときは、次のうちいずれかのことをしなければならない。

- (a) 過誤を訂正し、投票集計表を備える残余の投票区で再集計をおこなうこと。
- (b) 州務省に対して、集計用ソフトウェアの検証を要請すること。
- (c) すべての投票用紙を手作業で再集計すること。

(6) いかなる手作業による再集計も、公開されなければならない。

(7) — (10) (略)

第一項の「異議申立書」と第四項(a)号の「要求書」を受理した四郡の開票結果確定委員会は、同項(d)号に基づき、それぞれ「少なくとも……投票総数の一パーセント」に相当するサンプルを抽出し、手作業による再集計を実施した。そして、プロワード郡の一パーセントのサンプルから四票、パーム・ビーチ郡の四つの投票区から十九票、いずれもコア陣営の得票が上積みされたことから、これを第五項にいう「手作業による再集計が選挙結果に影響を及ぼしうる投票集計表の過誤を示すとき」に該当すると判断した各郡では、同項(c)号に基づいて、「すべての投票用紙を手作業で再集計することになった。両陣営から監視団が派遣され、合衆国國務長官経験者——ブッシュ陣営はベイカ (James Baker) 、コア陣営はクリストファ (Warren Christopher) ——が、それぞれの代表者に据えられた。」

手作業による再集計が郡単位で進められるなか、その所要時間との関係で、選挙結果と開票結果の確定期限に関す

る州法の規定の解釈が、法的な争点として最初に登場した。問題になったのは、州法典第九編第一〇二章に並んだ次の二つの条文である (Fla. Stat. §§ 102.111, 102.112 [2000])。

第一〇二・一一一条【選挙結果確定委員会】

- (1) 郡開票結果確定委員会による選挙の公証後、直ちに、連邦または州の公職の選挙に関する結果は、州務省に送られなければならない。知事、州務長官および選挙局長は、選挙結果確定委員とする。選挙結果確定委員会は、すべての郡から公式結果が集められた後、直ちに、選挙の開票結果を公証し、各公職に選出された者を決定し、宣言しなければならない。選挙結果確定委員会の委員が選挙の開票結果を公証できないときは、その委員は、選挙局長によって決定される閣僚をもって代えられるものとする。郡の開票結果が選挙から七日後の午後五時までに州務省に届けられないときは、すべての遅滞した郡が除外され、提出された開票結果に示される結果が公証されなければならない。
- (2) 選挙局は、選挙結果確定委員会の要求に応じて、職員を提供しなければならない。

第一〇二・一一二条【郡の開票結果を州務省に提出する期限、罰則】

- (1) 郡開票結果確定委員会またはその過半数の委員は、開票結果の公証後、直ちに、連邦または州の公職者の選挙に関する郡の開票結果を州務省に提出しなければならない。開票結果は、第一次予備選挙ならびに一般選挙から七日後の午後五時および第二次予備選挙から三日後の午後三時までに、提出されなければならない。開票結果が州務省に期限までに届けられないときは、その開票結果が除外され、期限までに提出された結果が公証されることがある。

- (2) 州務省は、郡開票結果確定委員会の各委員に対して、開票結果の遅滞につき一日あたり二百ドルの罰金を賦課するものとする。この罰金は、委員の個人財産からのみ支払われるものとする。この罰金は、第一〇六・三三三条によって設立される選挙運動資金信託基金に寄託されるものとする。
- (3) 郡開票結果確定委員会の委員は、この罰金に関して、フロリダ州選挙管理委員会に不服申立てをおこなうことができる。選挙管理委員会は、この不服申立てに関する規則を制定するものとする。

これら二つの条文では、「選挙から七日後の午後五時」という同一の法定期限 (statutory deadline) が定められている。しかしながら、この期限の意味に関しては、双方に対照的な文言が並ぶ。ここにあげたように、州の選挙結果確定委員会の構成——ただし、今回の騒動に際しては、知事が途中で民主党系の人物と交代した——に関する第一〇二・一一一条第一項には、「すべての遅滞した郡が除外され……なければならぬ (shall be ignored)」という命令的文言 (mandatory language) があり、これに対して、郡開票結果確定委員会の職務を規定する第一〇二・一一一条第一項には、「その開票結果が除外され……ることがある (may be ignored)」という許可的文言 (permissive language) がある。しかも、第一〇二・一一一条の方には、つづく第二項に、「開票結果の遅滞につき一日あたり二百ドルの罰金を賦課するものとする」という督促規定がある。徒過日数に乗じて罰金を累積することから、これは日本で行政罰とされる秩序罰のようなものではなく、むしろ行政強制に分類される執行罰のときのものであると解釈される。期限超過後の開票結果の算入処理が絶対的に禁止されるとすれば、その提出に関して督促規定があることに実上の意味はない。さらに、二つの条文の命令的文言と許可的文言は、立法の時期が異なる。つまり、第一〇二・一一一条が一九五一年から命令的文言をおいたままであったのに対し、第一〇二・一一一条は一九八九年に命令的文言

から許可的文言への修正を施されており、双方の文言に関して、両規定は前法と後法の関係にもあった。

## 2 第一次訴訟

パーム・ビーチ郡開票結果確定委員会は、手作業による再集計が選挙から七日後、つまり一月一四日午後五時の法定期限には間に合わないと判断して、その延長を州務省に求めたが、「選挙法の適用、運用および解釈において、統一性を確保すること」を職務とする州務長官は、不測の事態のない限りは期限を絶対的とする選挙局の勧告的意見 (Advisory Opinion, DE 00-10) を踏まえ、期限超過後に提出された開票結果は受理しないと発表した。一三日のことであるが、この日のうちに、ウォルシーシャ郡開票結果確定委員会が期限延長を求めて、州都タラハシ (Tallahassee) のあるレオン (Leon) 郡に設置された第二巡回区巡回裁判所に提訴し、この訴訟の原告側にパーム・ビーチ郡開票結果確定委員会やコア陣営が参加した。

早くも一四日に下された巡回裁判所の命令 (*McDermott v. Harris*, No. 00-2700, unpublished order [Fla. 2d Cir. Ct. Nov. 14, 2000]) では、法定期限を延長することはできないが、期限超過後に提出された開票結果を算入することとは州務長官の裁量の範囲内に属するという解釈が示された。これを受けた州務長官は、同日中に、期限超過に関する弁明書の提出を翌一五日午後二時まで受け付けると発表し、手作業による再集計を実施していた四郡から、それぞれ弁明書を実際に受理した。しかしながら、一五日の発表では、いずれの弁明書に記載された正当事由も承認されず、四郡については再集計前に提出されていた当初の開票結果を採用すると宣告され、在外投票の開票結果が判明する一八日に州全体の選挙結果を公証すると述べられた。

この予告がなされた翌日、法定期限超過後に提出された修正後の開票結果の受理を求めて、州民主党執行委員会と

「ア個人が巡回裁判所に申立てをおこなったが、これは翌一七日の略式命令 (McDermott v. Harris, No. 00-2700, unpublished order [Fla. 2d. Cir. Ct. Nov. 17, 2000]) で却下され、「ア陣営は第一区控訴裁判所に上訴した。この上訴は控訴裁で他の二件——バーム・ビーチ郡とウォールシャ郡の開票結果確定委員会も、それぞれ上訴していた——と併合され、いわゆる「通過移送」管轄権 (“pass-through” jurisdiction) を規定した州憲法典第五編【司法】第三節【最高裁判所】(b)項【管轄権】(5)号に基づいて、州最高裁に移送された。州最高裁の七名の裁判官は、全員が民主党政権時代にチレス (Lawton Chiles) 前州知事による任命を受けていた。

第一次訴訟の州最高裁判決は、その結論部分で、「フロリダ州選挙法典に明示された立法意思によれば、第一〇二・一一二条の許可的文言が第一〇二・一一一条の命令的文言を破る」と明言した。同じ「選挙法典」とあるのは、州法典第九編のことである。また、州憲法典の最初の条文である第一編【権利宣言】第一節【政治権力】に「すべて政治権力は、人民に固有である」(Fla. Const. art. I, § 1)と規定され、第六編【選挙権および選挙】第一節【選挙の規制】に「投票権者登録および選挙は……法によりこれを規制する」(Fla. Const. art. VI, § 1)とあることに根拠を求めて、「……投票権はフロリダ州憲法典の権利宣言における格別の権利 (pre-eminent right) であるから、州務長官が当初の法定期日の後に提出された郡の開票結果を除外する権限を行使することのできる状況は限定される」と述べた (Harris I, 772 So. 2d., at 1239)。同じには、州務長官の裁量が州民の投票権の保障のために収縮するという図式があり、郡選挙結果確定委員会による提出の遅滞を理由として投票を算入されない投票権者を生み出すような決定は裁量の逸脱にあたるという判断がある。

このような司法審査の正当性に関して、州最高裁は、「……フロリダ州選挙法典は、全体として解釈されなければならない。第一〇二・一六六条は、手作業による再集計を規定しており、郡開票結果確定委員会が開票結果を提出し

+  
+

なければならない期限を七日後に設定した第一〇二・一一一条および第一〇二・一一二条とは矛盾するように思われる」と述べて、文言上の矛盾を解きほぐすための法解釈であることを前提におき、「本件において、われわれは、これらの曖昧な点を本件で提起された争点に対処するのに必要なかぎりで解決するため、制定法解釈の伝統的なルールを用いた。われわれは、さらに射程を拡げて判断することを自重する。なぜなら、それは当裁判所が実質的に州選挙法典を書き換えることになるだろう。われわれは、その問題を、それに対処するのにもっともふさわしい機関、すなわち州議会の裁量に委ねる」ということを強調した。

そして、この部分に続けて、「フロリダ州の司法長官と州務長官が、手作業による再集計を実施することの妥当性に関して、相対立する勧告的意見を出したという本件の特異な状況や並はずれた重要性から、またフロリダ州選挙法典の書き換えを本意としないことから、われわれは、本件で提起された問題の公正かつ迅速な解決を可能にする救済策を形成するため、当裁判所のエクイティ上の権限を発動しなければならないと結論する」と述べた。この「エクイティ上の権限」によって提示された救済策は、「……第一〇二・一六八条に基づく訴訟の提起に要する時間を最大限に残すため、修正された公式結果は、二〇〇〇年一月二六日、日曜日の午後五時までに選挙結果確定委員会に提出されなければならない……」というものである (Harris I, 772 So. 2d., at 1240)。

州最高裁判決の翌日、ブッシュ陣営が合衆国最高裁の移送令状 (certiorari) を求める申立てをおこない、これが認められた。このとき、ブッシュ陣営が提起したのは、州法の解釈であることを自認する州最高裁判決が実は新たな選挙法の定立にほかならないのではないかという問題である。そうであれば、すでに述べたように、州議会ではなく州最高裁が、しかも投票日以後になって、選挙結果にかかわる重大な決定をおこなったことになるから、①合衆国憲法典第一編第一節第二項の「その州の議会が指定する方法により」という部分と②合衆国法典第三編第五条の「大統領

+

領選挙人の任命期日より前に制定された法により」という部分に抵触する。

このように構成された連邦問題に対して、合衆国最高裁は、無署名の裁判所意見で答えた。それによれば、「原則として、当裁判所は、州の裁判所による州法の解釈に敬讓する。しかし、州議会によって制定された法が州の公職の選挙のみならず、大統領選挙人の選出にも適用されることがある場合、州議会は、州民から与えられた権限のみに基づいて活動しているのではなく、合衆国憲法第二編第一節第二項に基づく直接の授権によっても活動していることになる」(Bush I, 121 S. Ct. at 473)。この論拠から、まずは合衆国最高裁の上訴管轄権と独自解釈権が基礎づけられた。

そして、合衆国最高裁は、①について「フロリダ州最高裁の意見には、フロリダ州憲法典がどの程度まで合衆国憲法典第一編第一節第二項と矛盾することなく『立法権を制約する』ことができるのかを斟酌しないで、フロリダ州選挙法典を解釈したということを示しているように読める表現がある」と述べ、州最高裁判決が論及しなかった②について「第五条は、州の決定が選挙前に施行される州法にしたがってなされる場合に、その終局性を保障する連邦法の原則を含んでいるから、この『安全港 (safe harbor)』の利益を受けようとする立法意思は、合衆国議会が法の変更であるとみなすような州選挙法典の解釈には反対するだろう」という判断を示した (Bush I, 121 S. Ct. at 474)。

しかし、合衆国最高裁の結論は、州最高裁判決が既存の選挙法制の解釈なのか、それとも新たな選挙法制の定立なのかという問題に、それ以上は深く踏み込むことなく、「とくに、フロリダ州憲法典が合衆国憲法典第二編第一節第二項に基づく州議会の権限を制約することなく、フロリダ州最高裁がどの程度まで認めたのが、われわれには不明である。また、フロリダ州最高裁が合衆国憲法典第三編第五条をどのように斟酌したのかも、われわれには不明である」(Bush I, 121 S. Ct. at 475) という理由で破棄判断を示すにとどまった。

冒頭でも触れたように、これを受けた州最高裁の差戻審判決には、開票結果提出期限を一月二六日午後五時に設

+  
+

定した当初の判断からの翻意がみられなかった。しかしながら、選挙結果確定委員会は、この期限を待つて、五百三十七票差にまで縮まったブッシュの勝利を確定し、州務長官による公式発表がおこなわれた。結局のところ、これが文字通り三度目の正直となる。

### 3 第一次訴訟

手作業による再集計を求められた四郡のうち、ウォルシー郡は当初の法定期限内、プロウオード郡は州最高裁が救済策として設定した期限内、それぞれ開票結果の再提出を間に合わせる事ができた。しかしながら、州内最大の都市マイアミと最多の投票権者登録件数を誇るデイド郡の開票結果確定委員会は、機械集計ではじかれた一部の投票用紙だけの再集計に踏み切れず、また全部の再集計では延長された期限にも間に合わないと判断して、作業を停止させた。パーム・ビーチ郡開票結果確定委員会は、延長された期限から二時間ほど遅れて開票結果を提出したが、作業は完了しておらず、それは中間結果に過ぎなかったから、選挙結果確定委員会による最終的な公証には含まれなかった。そのほか、ナソー (Nassau) 郡では、自動再集計の結果ではなく、当初の集計結果を提出していたが、州務長官による公式発表では、これがそのまま採用されていた。

このような選挙結果の無効確認を求めて、コア陣営が公式発表の翌日、第二巡回区巡回裁判所に提訴した。このとき根拠とされたのは、訴訟の要件と手続を次のように定めた州法典第九編第一〇一・一六八条【選挙訴訟 (Contest of election)】にある (Fla. Stat. § 102.168 [2007])。

- (1) ……公職の選挙もしくは公認指名または州民投票に付された問題に関する結果の公証は、巡回裁判所において、

+  
+

その公職に関して落選した候補者もしくは公認指名が得られなかった候補者、その候補者にかかわる選挙において投票資格をもつ選挙人、または納税者により、それぞれ訴訟を提起されうる。

(2) この訴訟を提起する者は、巡回裁判所書記官に対して、開票結果の確定権限を有する最後の郡開票結果確定委員会が訴訟を提起される選挙の結果を公証する日の二四時から五日以内または開票結果の確定権限を有する最後の郡開票結果確定委員会が第一〇二・一六六条第一項に基づく異議申立ての後にその特定の選挙の結果を公証する日の二四時から五日以内のうち、いずれか後に到来する期限までに、第二八章に規定される料金を添えて、訴状を提出しなければならない。

(3) 訴状においては、訴訟を提起する者がその公職に対する自らの権利を立証……しよつとする理由を述べなければならぬ。本条に基づいて選挙訴訟を提起する理由は、次のいずれかに該当しなければならない。

(a) 選挙結果を変化させ、または疑わせるに十分な、選挙管理者または郡開票結果確定委員会の委員の職権濫用、欺罔行為または腐敗行為

(b) 当該公職に関して当選し、または公認指名を受けた候補者の欠格

(c) 選挙結果を変化させ、または疑わせるに十分な無効票の算入または有効票の除外。

(d) — (e) (略)

(4) 候補者の当選または公認指名を争つために提起された訴訟に関しては、郡開票結果確定委員会または郡選挙管理委員会は、被告適格を有し、当選しまたは公認指名を受けた候補者は、必要的当事者となる。

(5) 陳述の中で述べられた訴訟を提起する理由が、被告に対して、特定の訴訟手続または公認指名もしくは当選が争われる訴因を明確に告知するのに十分なものであるとき、裁判所は、形式の不備のために、訴訟を提起する理

由の陳述を却下してはならず、訴訟手続を却下してはならない。

(6) (略)

(7) 巡回裁判所裁判官に対して訴訟を提起する候補者、投票資格をもつ選挙人、または納税者は、即時の審理を受ける権利を有する。ただし、巡回裁判所は、その裁量により、事件の状況および次の予備選挙その他の選挙の接近を時間的に考慮して、証拠調べに費やす時間を限定することができる。

(8) 訴訟の提起を受けた巡回裁判所裁判官は、訴状の各申立てが確実に調査、検分もしくは検査されるため、申し立てられた過誤を防止または是正するため、およびその状況のもとで適切な救済を与えるために必要と考える命令を形成することができる。

第一項では「その公職に関して落選した候補者」を提訴権者としているが、一般選挙はあくまで大統領選挙人を選出する手続であるから、大統領候補のゴアに原告適格が認められた根拠は不明である。この点については問題とされることもなかったが、第五項に「形式の不備」を却下事由として認めない旨の規定があるとはいえ、原告適格が補正可能な「形式の不備」であるかどうかは疑わしく、また同項が不服申立てならぬ訴訟において補正を可能とする趣旨がどこかも疑わしい。しかしながら、ゴアが第三項(c)号の「選挙結果を変化させ、または疑わせるに十分な無効票の算入または有効票の除外」を訴えた第二次訴訟は、大統領選挙をめぐる法廷闘争の終幕を飾ることになった。

巡回裁判所は、一月二日と三日の二日間にはわたる証拠調べによって、第七項に規定された「即時の審理」をおこなない、四日に原告の請求を全面的に棄却した (*Cole v. Harris*, No. 00-2808, unpublished order [Fla. 2d. Cir. Ct. Dec. 4, 2000])。これに対してゴア陣営が第一区控訴裁判所に上訴すると、第一次訴訟におけると同様に「通過移送」

管轄権が行使され、州最高裁の判断が示されることになった。

この第二次訴訟でも、州最高裁は、無署名の裁判所意見を提示し、その冒頭で次のように述べた。「この意見で述べる理由から、われわれは、(1)パーム・ビーチ郡開票結果確定委員会によって確認されたゴアの二百十五票を含めなかったこと、および(2)マイアミ＝デイド郡開票結果確定委員会による一部の再集計で確認されたゴアの百六十八票を含めなかったことに関し、法の問題として、第一審裁判所に誤りがあったと認める。しかしながら、われわれは、(3)ナソー郡開票結果確定委員会に関し、および(4)パーム・ビーチ郡開票結果確定委員会が有効票と認めなかった同郡の三千三百票に関し、法と事実の複合問題として、第一審裁判所の認定に誤りがあったとは認めない。最後に、われわれは、(5)証拠とされ、いまだ手作業による再集計を受けていないマイアミ＝デイド郡の約九千票の検分を認めなかったことに関し、法の問題として、第一審裁判所に誤りがあったと認める。」(Harris II, 772 So. 2d, at 1248 [footnote omitted])。

そして、裁判所意見は、「裁判所は本質的に政治的な争いに介入することを望まず、また望むべきでもないが、州議会は第一〇二・一六八条において選挙訴訟が法廷の場で解決されなければならないと指定した」(Harris II, 772 So. 2d, at 1249)と述べ、同条が一九九九年の立法(Ch. 99-339, § 3)で大幅な増補修正を受けたことも併せ傍証して、司法審査の正当性を連邦法と整合的な既存の州法の解釈という作用の性質に求めた。

巡回裁判所の全面棄却の判断が誤っていたとされる理由として、次の三点があげられた。第一に、「異議申立ての手続は、郡開票結果確定委員会に提起され、開票結果を問題にするもので、与えられる救済には手作業による再集計が含まれうる」が、「他方で、選挙訴訟の手続は巡回裁判所に提起され、選挙自体の有効性を問題にするもので、与えられる救済は多様であり、広汎でもありうる」から、「異議申立て」と『選挙訴訟』の間に上訴の関係はなく、異

+  
+

議申立ては選挙訴訟の前提条件ではない」(Harris II, 772 So. 2d, at 1252)。したがって、いわば実質的証拠法則により、郡開票結果確定委員会の裁量に濫用がないという理由で、選挙訴訟を棄却することは誤りであるとされた。

第二に、第一〇二・一六八条の第三項(c)号に「選挙結果を変化させ、または疑わせるに十分な無効票の算入または有効票の除外」と規定されていることから、少なくとも選挙結果を左右する見込みのある本件請求分について、また第八項に「その状況のもとで適切な救済」と規定されていることから、請求に含まれない残余の郡についても、手作業による再集計が必要であり、これを命じないことは誤りであるとされた。後半部分に関しては、「……手作業による再集計が、この州において、すなわちマイアミ＝デイド郡だけでなく、過少投票があり、それゆえにすべての市民の投票が算入されていないと懸念されるフロリダ州の全郡で、あらゆる有効票についておこなわれることは、本件手続と終局判決において絶対に不可欠である。この選挙は、フロリダ州の市民の投票を慎重に検分することによって決定されるべきであり、投票の過程に対して外在的な戦略によって決定されるべきではない」(Harris II, 772 So. 2d, at 1253)と判示された。

第三に、一九九九年の修正によって、第一〇二・一六八条の第三項(c)号に新しく「選挙結果を変化させ、または疑わせるに十分な無効票の算入または有効票の除外」という基準が盛り込まれたことにかんがみれば、「……選挙結果が疑わしいことを証明するという立証責任を原告が果たしたか否かの判定基準は、旧規定に基づく選挙訴訟に適用することのできた『合理的な蓋然性』基準とはまるで異なった基準であり、本件の第一審裁判所では、誤って『合理的な蓋然性の優越』基準として適用され、明示されている」(Harris II, 772 So. 2d, at 1255-1256)。裁判所意見は、ここで合理性の基準によって請求を認容すべきであったと示唆している。

裁判所意見の基本的な観点は、第一次訴訟判決と同様に、州民の投票権の保障である。第二次訴訟では、そこから

+

疑問票全部の再集計の要請が導き出されることも、コア陣営が請求した一部の再集計は、この要請に部分的に応えるものと位置づけられた。しかしながら、第一次訴訟判決が全裁判官の一致によるものであったのに対し、この第二次訴訟判決は、同じ無署名の裁判所意見という体裁をとりつつも、二つの反対意見をともなう四対三の判決であった。つまり、比較的キャリアの短いアンスタッド (Harry Lee Anstead) / ハリエンテ (Barbara J. Pariente) / ルイス (R. Fred Lewis) / クインズ (Peggy A. Quince) の四裁判官が裁判所意見を構成する一方で、ウエルズ (Charles T. Wells) / 首席裁判官とハーディング (Major B. Harding) / 裁判官は反対意見を執筆し、最古参のシロー (Leander J. Shaw) / 裁判官はハーディング裁判官の意見に同調した。<sup>(21)</sup>

二つの反対意見には、全部の再集計は時間的に不可能であり、一部の再集計には根拠がないという評価が共通していた。ウエルズ首席裁判官の反対意見は、裁判所意見が掲げた三つの理由すべてに反駁した上で、裁判所意見が命じた救済策において次の九点が明らかにされていないことを批判した。「(1) 集計をおこなう者の資格、(2) 集計に用いられる基準——州全体の全部の投票用紙について同一の基準が、違憲の疑いのある郡ごとの基準の継続使用が、(3) 集計を監視する者、(4) 集計に異議を申し立てる方法、(5) 集計に異議を申し立てる資格、(6) 集計作業をおこなう者に対する異議申立ての可否、(7) 集計作業をおこなう者が不足する可能性、(8) 集計作業をおこなう者の疲労、(9) ばらつきのある郡内の基準の効果」(Harris II, 772 So. 2d, at 1269 [Wells, C.J., dissenting]) である。

ハーディング裁判官の反対意見には、「……パンチ・カード式投票用紙で投じられた票の集計に何らかの欠陥があるとしても、そうした問題はパンチ・カード式それ自体の系統的な問題としか考えられず、救済は州全体の救済でなければならなかっただろう。それ以外の救済は、ほかの何万人ものフロリダ州の投票権者から、それを剥奪することになるだろう……合衆国憲法典の第五修正と第一四修正に基づいて、ほかの投票権者が有するデュー・プロセスの権

利と法の平等保護の権利を侵害する」こととなるのだ<sup>(22)</sup>」(Harris II, 772 So. 2d, at 1272 [Harding, J., dissenting]) という箇所がある。ここにおける「法の平等保護の権利」こそが、州最高裁の少数意見を四日後の合衆国最高裁判決では多数意見としてふくらませる根拠となった。

#### 4 執行停止

州最高裁が判決を下した二月八日の深夜、第一審裁判所である巡回裁判所は、翌九日の午前八時までに疑問票の選別を開始して、その手作業による再集計を一〇日午後二時までに終えるよう、全六十七郡の開票結果確定委員会に対して命じた (Cote v. Harris, No. 00-2808, unpublished order [Fla. 2d. Cir. Ct. Dec. 8, 2000])<sup>23</sup>。また、合衆国法典第三編第七条【選挙人の集会および投票】によって決められた大統領選挙人投票日が一月八日に、これと第五条の規定から算出される一般選挙の結果確定期限が二二日に、それぞれ迫るなか、第二条【法定期日における未選任】に「州が大統領選挙人を選任する目的で選挙をおこない、法定期日に選任しないときは、大統領選挙人は、後日、その州の議会が指定する方法により、これを任命することができ、(3 U.S.C. § 2 [1997]) と定められていることから、共和党が両院で多数を占める州議会は、両院合同会議によって独自に大統領選挙人を選出する動きを本格化させた。

このような状況のもとで、合衆国最高裁は再びブッシュ陣営からの上訴を受理し、九日に手作業による再集計の執行停止 (stay) を決定 (Bush v. Gore — U.S. —, 121 S. Ct. 512 [2000] [Bush II, on stay])<sup>24</sup>。やがて本案審理を開始したが、この執行停止決定の段階で、合衆国最高裁の九名の裁判官は五対四に分かれていた。執行停止手続を担当したのはケネディ (Anthony McLeod Kennedy) / 裁判官であったが、リベラル派の重鎮スティーヴンス (John Paul Stevens) / 裁判官が反対意見を執筆して、スータ (David Souter) / 裁判官、ギンスバーク (Ruth Bader Ginsburg) / 裁

判官、ブライヤ (Stephen Breyer) 裁判官の同調を受け、この反対意見に反駁するかたちで保守派の中核スカリア (Antonin Scalia) 裁判官が補足意見を執筆するという異例の展開となった。

ステイーヴンス裁判官の反対意見では、まず最初に、「有効票の集計を停止させるために、本日の多数意見は、歴史的に一貫して当裁判所を導いてきた司法の抑制に関する三つの尊ぶべきルールから逸脱している。州法に関して、われわれは、その州の最高裁判所の意見を一貫して尊重してきた。その解決が少なくとも大部分で連邦政府の別の部門に委ねられた問題に関して、われわれは、自らの管轄権を狭く解釈し、それを慎重に行使してきた。その判決を審査される裁判所に対して公正に提起されなかった連邦の憲法問題に関して、われわれは、慎重に考慮して、意見の表明を自重してきた。多数意見は、無分別に行動した」と述べられている。ここに提示された三つ目のルールは、執行停止決定のみならず、むしろ後述するような本案判決の多数意見に対しても、ワイルド・カードの濫用という批判を突きつけるものでありえよう。

そして、執行停止の手的要件である回復不能な損害 (irreparable harm) に関しては、「有効に投じられたすべての票を集計することが、回復不能な損害を構成することはありえない。反対に、執行停止は被上訴人に対して、そしてさらに重大なことには国民全体に対して、回復不能な損害を引き起こす危険がある」から、「再集計の完了を妨げること」は、選挙 (election) の正当性に暗雲を投げかけることにならざるをえないだろう」とされている。さらに、ステイーヴンス裁判官は、本案の内容にも踏み込んで、「フロリダ州法典は、すべての投票権者が完全かつ公正な投票の機会をもち、すべての票が集計されることを保障するために、精緻な手続を定めている。……さらに根本的な問題として、フロリダ州最高裁の判決は、すべての有効票が集計されなければならないという、われわれの憲法典と民主主義に固有の基本原則を反映している」という見解を示した (*Bush II, on stay*, 121 S. Ct. at 512-513 (Stevens, J., dissenting))。

+  
+

スカリア裁判官の補足意見から、次に抜粋する。「執行停止決定を下すのに関連して意見を発表することは、当裁判所の慣例にないが、ステイーヴンス裁判官の反対意見に対しては簡潔な応答が必要だと思ふ」。「執行停止決定を下すということは、当裁判所の多数が、提起された争点について判断してはいないが、上訴人に勝訴する見込みがかなりあると考えている、ということを示唆していると述べれば十分である」。「回復不能な損害の問題に関しては……わずかな言葉で十分である。争点は、反対意見が述べるように、『有効に投じられたすべての票を集計することが、回復不能な損害を構成することはありうる』か否かではない。われわれが受理した上訴における主要な問題の一つは、まさしく、集計を命じられた票が、フロリダ州法の合理的な解釈のもとで、『有効に投じられた票』であるか否かである。有効性の疑わしい票の集計は、私見では、上訴人が自己の当選 (election) の正当性を主張していることに暗雲を投げかけることで、上訴人と国民に対して回復不能な損害を及ぼすおそれがある」 (*Bush II, on stay*, 121 S. Ct. at 512 (Scalia, J., concurring))。

誰もが指摘していたように時間的余裕がなく、しかも回復不能な損害の有無という単一の争点をめぐるものであったから、ここでの対立は非常に明快である。そして、この対立が三日後の本案判決ではレンクィスト (William Hubbs Rehnquist) 首席裁判官による補足意見と四つの反対意見に引き継がれ、これら双方の狭間で無署名の裁判所意見が「平等保護条項違反」を宣言することになる。

### 三 判決の論理

無署名の裁判所意見のみであった第一次訴訟判決とは対照的に、第二次訴訟判決では保守派からレンクィスト首席裁判官による補足意見が、リベラル派から四つの反対意見が、それぞれ執筆された。ブッシュ対ゴア事件判決の裁判

+

表4 ブッシュ対ゴア事件判決

	執筆者		同調者	連邦問題(①・②)	憲法問題(③)
裁判所意見	無署名				違憲 (是正の余地無)
補足意見	レンクイスト	全部	スカリア トマス	違憲・違法	
反対意見	スティーヴンス	全部	ギンズバーグ プライヤ	合憲・合法 (争点の不存在)	合憲 (争点の不存在)
	スータ	全部	プライヤ		違憲 (是正の余地有)
		一部	スティーヴンス ギンズバーグ		合憲 (争点の不存在)
	ギンズバーグ	全部	スティーヴンス		違憲 (是正の余地有)
	プライヤ	一部	スータ プライヤ		
		一部	スティーヴンス ギンズバーグ スータ		

所意見は憲法問題に焦点を絞って違憲判断を示し、補足意見は連邦問題について第一次訴訟判決よりも積極的な判断をおこなった。反対意見は様に連邦問題の審査を否定しつつも、平等保護条項の解釈にかかわる憲法問題への対応をめぐっては、さらに二通りに分かれた(表4参照)。

#### 1 裁判所意見

保守派と中間派の五裁判官によるとみられる無署名の裁判所意見は、事件の概要の整理に続けて「平等保護条項違反」を宣言した後、次のように問題の元凶を特定し、その消滅に関する希望的観測を洩らした。

「本件は、パンチ・カード式投票機械が、投票権者によって明確かつ完全に打印されない投票用紙を嘆かわしいほどに生み出すということを示した。今回の集計の後、全米の州議会は、おそらく投票の仕組み(mechanisms)と仕掛け(machinery)の改善方法を検討するだろう」(Bush II, 121 S. Ct. at 529) この

期待は、フロリダ州に関するかぎり、およそ半年後に叶えられる。

そして、裁判所意見は、州最高裁の判決が①合衆国憲法典第二編第一節第二項や②合衆国憲法典第三編第五条に抵触するか否かについては判断を——補足意見に譲るかのよう——差し控え、もっぱら③合衆国憲法典第一四修正の平等保護条項に基づく違憲判断の理由を展開した。<sup>(16)</sup>

平等保護条項に関しては、上訴人側ブッシュ陣営の準備書面に、「平等保護条項は、公務員が、同様の状況にある投票権者に対し、投票権者の居住する郡や投票区という偶然的事情に基づいて、異なる効果を与える選挙制度を実施することを禁止している。……フロリダ州最高裁によって創設された新しい選挙制度は、外見上も中立的ではないが、仮に外見上は中立的であったとしても、投票権者の居住する郡や地区に基づく不均衡な処遇は、やはり合衆国憲法典に違反するだろう」(Br. Pet. at 41) という上訴理由が示されていた。これに対して、被上訴人側ゴア陣営の準備書面は、「すべての過少投票が、フロリダ州最高裁の命令に基づいて、同じように処遇される。平等保護条項は、フロリダ州最高裁が、すべての票が確実に集計されることを求めながら、もっとも正確に集計された投票の総数は除外するということを要求しない」(Br. Res. at 41-42 [footnote omitted]) と反論していた。

裁判所意見は、このような主張の対立を踏まえて、平等保護条項に基づいて普通選挙の確立に寄与した投票権訴訟——第二四修正の成立に引き続いて投票税(poll tax)の廃絶を決定つけたハーバー対ヴァージニア州選挙管理委員会事件判決(Harper v. Virginia State Board of Elections, 383 U.S. 663 [1966])——と平等選挙を定礎した定数再配分訴訟——「一人一票」原則の樹立を受けて「すべての市民にとって公正かつ効果的な代表」という理念を掲げたレイノルズ対シムズ事件判決(Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533 [1964])——の先例から<sup>(17)</sup>「投票権に対する保護は、最初に普通選挙権を配分するだけではない。投票権を平等に与えた以上、州は事後の恣意的かつ不均衡な処遇によって、

ある者の票を別の者の票よりも評価してはならない」という命題を導き出し、これを当事者双方の見解が共通する出発点とした。そして、この原則から、「被上訴人は、投票権を擁護する目的こそが現在の争点である再集計手続を正当化すると述べている。しかしながら、われわれに提起された問題は、フロリダ州最高裁が採用した再集計手続が、個々の選挙民に対する恣意的かつ不均衡な処遇を回避するという義務と矛盾しないかどうかである。」というかたちに本件の問題を構成して、さらに、疑問票に潜在する投票権者の「意思の探索は、画一的処遇を確保するために設定された特別のルールによって制限されることがある」という定式を示した (*Bush II*, 121 S. Ct., at 530)。

平等保護条項の要請として、画一的処遇の確保が手作業による再集計の前提条件になるという観点から、裁判所意見は、次のような平等保護条項違反の事実を列挙した。「マイアミ・デイド郡の監視員は、事実審理において、同郡開票結果確定委員会の三名の委員が互いに異なる基準を用いて有効票を判定したと証言した。……事実審理における証言は、少なくとも一つの郡が、集計の途中で評価基準を変更したことも明らかにした」。この部分の直後に、パーム・ビーチ郡の再集計作業が例示され、「これは平等処遇の十分な保障をとまなう手続ではない」と処断されている。また、「……各郡は互いに異なる基準を用いて有効票を判定した。プロウオード郡は、パーム・ビーチ郡よりも緩やかな基準を用い、ほぼ三倍の数の新たな票を掘り出したが、これは両郡の人口の差からすると著しく不均衡な結果である」。さらに、機械集計ではじかれた疑問票のうち、手作業による再集計の対象が過少投票のみであり、過剰投票は除外されたことなども問題とされた。このような事実に対して、裁判所意見は、「これらばらつきのある基準に基づく集計結果を州最高裁が算入したことは、進行していた救済手続に対する配慮を具体的に示している」が、「時間の切迫は、憲法問題を減じない。はかどらせようとする願望は、平等保護の保障を除外する万能の口実にはならない」という法的評価を示した (*Bush II*, 121 S. Ct., at 531)。

そして、画一的な基準や手続を具体的に示さなかった州最高裁判決のもとで、巡回裁判所が全六十七郡での再集計を命じたという救済策に関しては、次のような判示がみられる。「当裁判所に提起された問題は、地方団体が、その専門性を發揮して、選挙を実施するための制度を、それぞれに発展させることができるかどうかではない。むしろ、われわれに提起されているのは、画一性を確保する権限を有する州の裁判所が、最低限度の手続的保障で、州全体での再集計を命じたという状況である。裁判所が州全体での救済を命じる場合は、少なくとも平等処遇と基本的公正という基礎的要件が確実に充たされなければならない。……さらに多大な作業がなされなければ、再集計が平等保護とデュー・プロセスの要件にしたがって実施されることはありえない。それには、有効票を判定するのに適切な州全体の基準と、それらを用いるための実行可能な手続を(議論の機会を経て)採用することが必要であるばかりでなく、紛争が生じた場合には秩序ある司法審査も必要とされよう」 (*Bush II*, 121 S. Ct., at 532 [parentheses original])。

裁判所意見は、さらに踏み込んで、時間をかけなければならないが、時間はないという論理を貫徹させ、以後の再集計の可能性を完全に閉じた。その結論を示した部分に、「……大統領選挙人の確定的な選出を目的とする争訟は、一二月一二日までに決着しなければならない。今日がその当日であり、憲法に適合する最低限度の基準に合致した州最高裁の命令に基づく再集計手続は、現時点で実施されていない。一二月一二日という期日に間に合わせようとする再集計が前述の理由から違憲となることは明白であるから、われわれは、再集計の続行を命じたフロリダ州最高裁の判決を覆す」 (*Bush II*, 121 S. Ct., at 533) とある。

## 2 補足意見

レンクイスト首席裁判官が執筆し、スカリア裁判官とトマス (Clarence Thomas) 裁判官が同調した補足意見は、

第一次訴訟判決の基本姿勢を踏襲した。そこでは「われわれが本件で扱っているのは、通常の選挙ではなく、合衆国大統領の選挙である」（*Bush II*, 121 S. Ct. at 533 [Rehnquist, C.J., concurring]）と「いつとから」州法の独自解釈権が基礎づけられ、①合衆国憲法第二編第一節第二項と②合衆国憲法第三編第五条に関する判断代置方式の審査が徹底された。

このような審査の手法に関して、レンクイスト首席裁判官は、「第二編に基づいて州議会の権限を尊重すべきであるとすれば……われわれは、州の裁判所の選挙後の判決が、第五条に規定された『安全港』を獲得しようとする州議会の願望を満足させることはない」ということを請け合わなければならぬ」（*Bush II*, 121 S. Ct. at 534 [Rehnquist, C.J., concurring]）と声明した。そして、このように州最高裁の司法審査を否定する合衆国最高裁の司法審査を正当化しようとする部分では、「州の裁判所が州議会の権限を侵害したのかどうかを判定するために、われわれは、州の裁判所の判決よりも前から存在する州法を吟味せざるをえない。われわれは、州法の解釈に関して、一般的には州の裁判所に敬讓するが……合衆国憲法典が当裁判所に対して、なお敬讓的であるとしても、独立して州法を解釈する責任を引き受けるように要求する分野は当然にある」（*Bush II*, 121 S. Ct. at 535 [Rehnquist, C.J., concurring]）と述べ、先例による裏付けを全米有色人種地位向上協会対アラバマ州事件判決（*NAAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449 [1958]）とブライ対コロロンゴマ市事件判決（*Bowie v. City of Columbia*, 378 U.S. 347 [1964]）に求めた。

これらの先例と「まったく同様」の司法審査をおこなえば、「……フロリダ州の最高裁によるフロリダ州の選挙法の解釈は、公正な解釈の要求を超えて、それらを許されないほどに歪曲し、合衆国憲法第二編に違反した」という結論が得られるとのことである。そして、このような結論が導き出されたとしても、「この審査は州の裁判所に対する

不敬ではなく、むしろ合衆国憲法典によって規定された州の議会の役割に対する尊敬を意味する」ものとされる（*Bush II*, 121 S. Ct. at 535 [Rehnquist, C.J., concurring] [footnote omitted] [emphasis original]）。

レンクイスト首席裁判官が独自に認定したところでは、「フロリダ州法が不適當に印をつけられた投票用紙の集計を要求しているとは、合理的に考えられない。フロリダ州内の各投票区では、選挙日の前に、正しい投票の仕方に関する説明書が配布され……選挙当日の各投票所には、そこで使用される投票機械の実用模型がおかれ……各投票台には、投票用紙の見本がおかれ……パンチ・カード式投票用紙が使用される投票区では、投票権者は投票用紙に鮮明に打印するための説明を受ける」（*Bush II*, 121 S. Ct. at 537 [Rehnquist, C.J., concurring] [emphasis original]）。このように、レンクイスト首席裁判官の補足意見は、州法の文言を根拠として、手作業による再集計をおこなうこと自体に疑義を呈した。

### 3 反対意見

執行停止決定にも反対した四裁判官それぞれの個別意見は、いずれも州の議会だけでなく裁判所をも含めた州権の尊重を骨子として、実質的な連邦問題は何ら提起されていないとするもので、レンクイスト首席裁判官の補足意見とはまったく相容れない<sup>(18)</sup>。しかしながら、違憲判決の理由を③平等保護条項違反に絞り込んだ裁判所意見との関係では、この憲法問題の存在を認めるか否かで、四つの反対意見が二つずつ二通りの見解に分かれた。裁判所意見は、ことさら「当裁判所の七名の裁判官は、州最高裁によって命じられた再集計に救済を要する憲法問題がある」ということで一致している。……不一致は救済策に関してのみである」（*Bush II*, 121 S. Ct. at 533）と付言しているが、この七名は反対意見を執筆したスーパ裁判官とブライヤ裁判官も含まれている。

スータ裁判官は、一方で、画一的処遇の欠如を違憲とした裁判所意見と同様に、「投票権者の基本的権利の表現に対する……処遇の差異によって促進される正当な州の利益など、私には想像もつかない。差異は完全に恣意的だと思われる」と述べた。しかしながら、他方では、「多数意見とは異なり、当裁判所が、フロリダ州は大統領選挙人の集会期日に設定された二月一八日までに……要件にしたがうことは不可能であると推定すべき根拠が、私にはわからない」と述べ、さらには、「すべての疑問票を現時点で集計しようと試みる機会を州から奪うことには、何らの正当化事由も存しない」として、差し戻し以後の再集計を完全に封じることには反対した (*Bush II*, 121 S. Ct., at 545-546 [Souter, J., dissenting])。

また、プライヤ裁判官の——六意見中最長の——反対意見も、スータ裁判官と同様の立場から、「……ただ単に原審判決を覆して、再集計を完全に停止させる、という多数意見の救済策には、何らの正当化事由も存しない」という批判を展開した。それによれば、「多数意見は、もはや時間がないという理由に全面的に依拠して再集計を停止させることを正当化している」が、これには次のような難点がある。「……多数意見は、フロリダ州最高裁によって認められた期間内に再集計が完了することはありえないという記録証拠が何ら存しないのに、この結論に到達している。多数意見は、州の裁判所の方がはるかに処理に適した立場にある問題に関して、記録にない事実を認定している。もちろん、そうした再集計が二月二日までにおこなわれるには、すでに遅すぎるが、これは州が合衆国法典第三編第五条の安全港規定の利益を受ける場合に、選挙に関する紛争が決着されなければならない期日である。大統領選挙人の集会が予定されている二月一八日までに再集計をおこなう時間があるかどうかは、州の裁判所が決定すべき問題である。そして、フロリダ州法に基づいて、フロリダ州がさらなる措置をとることができるかどうかは、明らかにフロリダ州の裁判所が判断すべき問題であり、当裁判所が判断すべき問題ではない」。さらに、プライヤ裁判官は、

+ +

「手作業による再集計を停止させることで、したがってまた集計されていない有効票がいかなる基準に基づいても集計されることはないということを請け合うことで、当裁判所は、主張されている損害との均衡を失った救済策を創り出した。そして、この救済策は、まさに当裁判所が保護しようとしている公正という利益を害する。手作業による再集計は、それ自体で、投票用紙の不平等処遇の問題を是正する」とも述べた (*Bush II*, 121 S. Ct., at 551-552 [Breyer, J., dissenting] [emphasis original])。

ステイヴンス裁判官とギンズバーグ裁判官は、連邦問題はかりでなく、憲法問題も存在しないという見解を示した。ギンズバーグ裁判官の意見は、平等保護の観点からしても、再集計が悪化につながることはないと述べた。そこには、「理想的には、再集計を審査するための適切な基準があれば完全であろう。しかし、われわれが住んでいるのは不完全な世界、数千もの票が集計されていない世界である。州の裁判所によって採用された再集計に瑕疵がありうるとしても、それによって生み出される結果が、再集計に先立つ公証結果より何ら公正でも正確でもない、ということには同意できない」とある。そして、この意見の末尾は、「要するに、憲法上適切な再集計は実行不能であるという当裁判所の結論は、自らの判決が検証されることを許さない預言である。このような検証なき預言が、合衆国の大統領を決定すべきではない」という批判で締めくくられている (*Bush II*, 121 S. Ct., at 550 [Ginsburg, J., dissenting])。

最後にステイヴンス裁判官の反対意見をみると、「ここでは投票権者の意思の確定方法に関するフロリダ州の選挙法制が決して特異なものではないとされ、他州の類例が多数列挙されている。また、今回のフロリダ州内の一般選挙では、マーク・シート式投票用紙の機械集計による無効票が投票総数二百三十五万三千八百一十一票の一・四三パーセントであったのに対し、パンチ・カード式が投票総数三百七十一万八千三百五票の三・九二パーセントにも及ぶ無効票を生み出したという事実にも目配りがなされている。

そして、ステイーンヴンス裁判官は、裁判所意見が平等保護条項を発動するための出発点で引証したレイノルズ事件判決は、有効票の判定基準に関する先例ではないという指摘とともに、「……『投票権者の意思』基準によって判定者に、厳密には各郡の開票結果確定委員会に提供される指針が、たとえば、この国の至るところにある法廷で、一般市民によって毎日のように用いられている『合理的な疑いの余地がない (beyond a reasonable doubt)』基準より、少しでも不十分である——あるいは少しでも画一的でない結果を導き出す——と考えるべき理由はない」から、画一的性の不備を根拠とする破棄判断には無理がある、という論証を試みた。この無理を生じさせた元凶に関しては、「終局性のために……多数意見は、意思を明らかにしている——したがって州法のもとでは有効票である——が、何らかの理由で投票用紙を集計する機械によってはじかれた投票用紙を投じたばかり知れない数の投票権者の普通選挙権の剥奪を効果的に命じた」という見解が示されている (*Bush II*, 121 S. Ct. at 540-541 [Stevens, J., dissenting] [footnote omitted])<sup>9</sup>。

#### 四 判決の無理

ブッシュ対ゴア事件判決では、合衆国による投票権の平等保護が州による投票権の保障と衝突し、前者が後者に優越した。しかし、平等保護条項は、その文言からしても、歴史的にみても、そして裁判所意見が引証した先例においても、州と投票権者の対抗関係を前提とし、州権による投票権の侵害に対して、投票権者のために適用されてきた。平等保護の主体が合衆国、客体が市民であることからすれば、二〇〇〇年の大統領選挙を決着させたレンクイスト・コートの憲法判断は、その主体性を貫徹して終局性を確保しようとするあまり、保護客体の点に無理をきたしたワイルド・カードの濫用ではなかったか。

#### 1 平等保護の系譜

平等保護条項は、すでに事件の争点に触れたところで確認したように、第一四修正第一節におかれている。この憲法修正は、南北戦争 (Civil War) の戦後処理がなされた再建 (Reconstruction) の時代、二か条の南北戦争修正 (Civil War Amendments) の二番目に、もともと包括的なものとして、一八六八年に成立した。そこでは、「合衆国市民」の市民権 (citizenship) が規定されるとともに、その市民的権利 (civil rights) を州権から保護することが目的とされており、この点に関しては、「人権保護のために州権を制限し、それを合衆国権力によって担保することが第十四修正の本質である」という指摘がある<sup>19</sup>。このような憲法修正が登場した歴史的背景には、合衆国が近代国家として再出発し、連邦国家として州権に対する優越性を確立したという経緯があった<sup>20</sup>。

この小稿のエピグラフに借用した「人民の、人民による、人民のための政府は、地上から消滅してはならない」という言葉は、近代国家と連邦国家の両要素を兼ね備えた合衆国政府の不滅を端的に説いたものとして理解できる。この言葉を三分間スピーチの手本としても有名なゲティズバーグ演説の末尾に遺した共和党上初の大統領は、後に内戦という呼称が定着した南北戦争の当時<sup>21</sup>、連邦を脱退して「……そもそも合衆国は国家なのかという基本的問題……国家とは何か、国民とは何か、というこれまで回避し続けてきた合衆国の国家としての存続にかかわる基本問題……」を突きつけた南部十一州の連合国軍と対峙する合衆国軍の最高司令官であった<sup>22</sup>。そして、ゲティズバーグ演説は、このような立場にあったリンカンが、激戦地の新設臺地に埋葬された戦没者に対して、ようやく優勢に転じた内戦の勝利と合衆国の再統一を誓う奉獻の辞であった<sup>23</sup>。

こうしたコンテキストのもと、ゲティズバーグ演説のわずか二百七十二語のテキストでは“nation”という単語が五回も繰り返し返され、有名な最後の一文に至って“government”という単語が使用されている。ここからは、建国期以

来の州権基調を抑えて、合衆国に国民政府 (national government) を確立しようとした集権志向を読みとることが出来るだろう。この意味での“government”こそが第一四修正の成立にともなって平等保護の主体となったのであり、現在のこの“government”の司法部門を担当しているのが、ブッシュ対ゴア事件判決で平等保護条項を発動したレンクイスト・コートである。

平等保護条項の実施は、「合衆国議会は、適切な立法により、この修正の規定を実施する権限を有する」という第一四修正第五節によって授權されたもので、長期の停滞を経たが、二〇世紀の後半になると複数の市民的権利法 (Civil Rights Acts) に結実した。また、司法の面でも、平等保護条項に基づく規範は、ウォレン・コートの平等主義 (egalitarianism) の判例に具体化された。<sup>(24)</sup>そして、本来的には州権の専管事項である選挙制度も例外のまま残されたわけではなく、市民的権利法の一つである投票権法 (Voting Rights Act of 1965) は——厳密には第一五修正の実施法であるが——マイノリティの属性をもつ市民に対する普通選挙権の実効的保護を、ウォレン・コートの定数再配分事件判決群 (Reapportionment Cases) は議員定数不均衡の抜本的是正を、<sup>(25)</sup>それぞれ合衆国の主導する平等保護のかたちでもたらした。前世紀末のレンクイスト・コートによる平等保護条項の発動が、かつて連合国に属したフロリダ州の司法審査を凌駕したことは、このような歴史的文脈において、平等保護が合衆国の法的優位に基づくことをあらためて確認したものとみることが出来る。

敗訴したことで法廷闘争の継続を断念したゴアの敗北宣言は、一八六〇年の大統領選挙で敗れたダグラス (Stephen Arnold Douglas) の言葉を借りて、党派対立の解消と愛国心の醸成を訴えた。これにこじつけるようだが、一八五八年に別の選挙戦で歴史的な討論を繰り広げたあけく敗北した雪辱をはらすかたちで、その二年後に民主党の南北分裂の間隙を突き、ダグラスに勝利したのは、ほかならぬリンカンである。こうした史実を踏まえ、あえて司法

+  
+

審査の背景にある歴史的構図を念頭において深読みしてみると、州最高裁では勝訴しながら、合衆国最高裁で敗訴したゴアの弁は——おそらく本人の意図を超えて——まさしく「人民の、人民による、人民のための政府」の法的優位に屈したという示唆を含んでいたことになるのかもしれない。

また、スティーヴンス裁判官は、その反対意見の末尾に、「今年の大統領選挙の勝者はいまだ定かでないが、敗者は完全に明白である。それは、法の支配の公平な番人としての裁判官に対する国民 (Nation) の信頼である」(Bush II, 121 S. Ct. at 542 [Stevens, J., dissenting]) という警句をおいた。この警句は裁判所意見に対する批判としても痛烈であるが、さらにリンカンの遺訓に照らしてみれば、平等保護の主体としての合衆国最高裁が、国民政府の一部門としての本分を見失ったという戒めにも読み替えることができるのではないか。

## 2 投票権者の不在

ブッシュ対ゴア事件判決の裁判所意見は、州最高裁の以後の裁量権行使を全面的に否定したことに、ある程度は無理を自覚したのか、その末尾に弁解めいた言葉を並べている。「司法権の根元的な限界に対する意識において、また大統領の選出を各州の議会を通じて人民に委ね、政治の領域に委ねた合衆国憲法典の構想に対する賞賛において、当裁判所の裁判官に勝る者はない。しかしながら、相争う当事者が裁判所の手続を求める場合には、司法制度が直面せざるをえなくなった連邦問題と憲法問題を解決することが、われわれの望まざる責務となる」(Bush II, 121 S. Ct. at 533)。ただし、本件で「相争う当事者」と平等保護条項によって画一的処遇を保障されるべき投票権者との関係については、ここに至るも何ら説明がなされず、憲法訴訟の当事者適格は不明の点として残された。この小稿では、争訟自体の当事者適格についても、これまで幾度か疑問を呈してきたが、それとは区別される憲法訴訟の当事者適格

+

つまり平等保護の請求資格について、ここで若干の検討を試みる。

裁判所意見が先例として掲げたハーバー事件判決やレイノルズ事件判決は、いずれも投票権者の保護を目的としたもので、これらによって普通選挙や平等選挙の原則が定礎されたことは、選挙過程における平等保護が抽象的な原則として樹立されたことを意味しない。また、そもそも文言からしても、歴史に照らしてみても、「……平等保護条項は、実体的な権利保護規定と理解される」のが通例である。<sup>(27)</sup>つまり、日本国憲法第一四条第一項前段に規定された法の下の平等が、あるいは平等権の規定とみなされ、あるいは平等原則の規定とされて、多くの場合に双方の概念理解の互換性が説かれるのは対照的に、<sup>(28)</sup>平等保護条項は、日本で平等選挙原則として参酌されてきた素材を創り出したときにも、抽象的な法原則からの演繹ではなく、具体的な事実関係からの帰納によって、投票権者の権利を拡充する司法審査の根拠となっていた。

さらに、レンクイスト首席裁判官が合衆国最高裁の上訴管轄権と独自解釈権を基礎づけるために引証した全米有色人種地位向上協会事件判決は、司法審査について全般的に謙抑的であったと評価されるハーラン (John Marshall Harlan II) 裁判官が裁判所意見を執筆したもので——レンクイスト首席裁判官が言及しなかった部分には——憲法訴訟の当事者適格に関して、次のような定式が示されていた。「個別の訴訟で扱われなければならない争点の範囲を限定するため、当裁判所は、一般的に、当事者は自己の個人的な憲法上の権利にのみ依拠すべきであると主張してきた。……このルールは、憲法判断は可能ながきり回避されるべきであるという広範囲に及ぶ法理と結びつけられる。……当裁判所に直接あらわれない者の憲法上の権利が、当裁判所にあらわれている適切な代理人を通じてだければ、有効に擁護されえないという場合には、原則が軽視されていることにはならない」(NAACP, 357 U.S. at 459)。<sup>(29)</sup>この定式からすれば、本件で「相争う当事者」は、平等保護を受けるべき投票権者の「適切な代理人」でな

ればならなかったことになるだろう。しかしながら、大統領選挙人を選ぶべき者と大統領選挙人によって選ばれるべき者との間に、そもそも法理論上の直接的な関係はなく、憲法上の権利の請求権を代理する関係を認めることは難しい。これらのことからすると、終始一貫して投票権者不在のまま、最終的には二大政党の大統領候補者間で争われた訴訟を、平等保護条項によって決着させたブッシュ対ゴア事件判決は、この条項の正統には属さないことになるだろう。別の角度からみれば、後の就任演説で人々に「市民」たることを希求した大統領が、フロリダ州の法域で平等保護条項の適用を受けるべき投票権者としての「市民」ではなかったこと、それにもかかわらず「市民」に与えられるべき平等保護の恩恵を受けたこと、これが最大の問題点である。

また、レンクイスト・コートには、近年の事例から得られた反省材料もあった。投票権法のもので「代表を選出する機会の平等」を確保するため、地理的な形状は犠牲にして——人種のおよび言語的なマイノリティ集団に属する市民を投票権者の過半数とする構想のもとに——設計されたマイノリティ多数選挙区を、一九九〇年代に相次いで平等保護条項違反としたときも、レンクイスト・コートは、憲法訴訟の当事者適格についての確な判示をおこなわなかったからである。平等保護条項のもとで厳格審査に付すという判断を最初に提示したショー対リノ事件判決 (Shaw v. Reno, 509 U.S. 630 [1993]) では、憲法訴訟の当事者適格をもつべき投票権者の範囲について何ら言及せず、マイノリティ多数選挙区の投票権者であれば人種的な属性などは問わないとした後発の合衆国対ヘイス事件判決 (United States v. Hays, 515 U.S. 737 [1995]) やミラー対ジョンソン事件判決 (Miller v. Johnson, 515 U.S. 900 [1995]) では、定式自体の明瞭性に隠れた論拠の漠然性から批判と論争を招いた。<sup>(30)</sup>このような経緯にかんがみると、同じく選挙過程における平等保護の領域で培われてあるべき経験が、ブッシュ対ゴア事件判決では活かされなかったということになるだろう。<sup>(31)</sup>

さらに、保護客体の曖昧さは、判決の論理構造にも影響していたとみられる。ブッシュ対ゴア事件判決の裁判所意見は、州内統一規格の不備をとらえて、画一性の欠如という差別概念を展開した。そこで手作業による再集計につきまとう弊害が断罪されたことを、同じ裁判所意見のなかで述べられた希望的観測と整合的に理解しようとするれば、従来から司法的救済によって保護されてきた「機械の平等」ではなく、いわば将来的な「機械の平等」が展望されていたとも考えられる。

少なくともブッシュ対ゴア事件判決を受けた各方面の動きは、そうした方向に進んできた。すでに日本でも報じられたように、一部の市民団体や報道機関は、高度に発達した情報公開制度を利用して独自に再集計すると発表した。また、騒動の渦中にあつた旧式の投票機械や集計機械は、幻の当選記事を掲載した投票翌日の新聞などとともに、その史料の価値を見込んで競売にかけられると噂されていた。これらの動向は——個々の思惑はともかくとして——やがて物心両面から全米で最新鋭機の配備を促し、さらには電子投票の導入へとつながるだろう。それにともなつて選挙実務に州レヴェルの統一規格ができれば、文字どおり「機械の平等」によって、問題の再発は防止されるかもしれない。

世紀末の大騒動を引き起こしたフロリダ州の場合は、ブッシュ対ゴア事件判決の直後から抜本的改革の方向性を探っていたが、今年五月上旬におこなわれた州法典第九編の大幅な修正によって、パンチ・カード式が廃止され、州内全域の投票様式がマーク・シート式に統一された。これに必要な光学式集計機械の整備には、今後二年間で二千四百万ドルの予算が組まれたという。また、手作業による再集計についても、その手続が州全体で統一され、画一性の不備を突いた違憲判決に対する返答は、すでに大枠での完成をみた。

しかしながら、このように「機械の平等」が実現された場合でも、その決定的契機となつた司法審査の正当性は、なお問題として残る。つまり、平等保護条項に基づく憲法判断が、どのような意味で、どこまで政策提言的でありうるか、という根本的な問題は、いまなお失われたとはいえない。<sup>(32)</sup>

### おわりに

ブッシュ対ゴア事件判決に至る一連の争訟手続では、二大政党の大統領候補が、大統領選挙人を選出すべき一般選挙の候補者とみなされた。もちろん、いまだでは一般選挙での最多得票者に投票することが大統領選挙人の職務であり——大統領候補が一般選挙で得票するというのも理論的にはおかしいが——その地位は命令委任に服する代表というよりも、むしろ州内の投票権者が示した集合意思の伝達装置のように考えられる。<sup>(33)</sup>しかし、この意味での大統領公選制は、従来まで実務慣行に過ぎなかつた。<sup>(34)</sup>すでに争訟の経緯に触れた際に幾度か提起してきた疑問であるが、連邦制度を基盤とする間接選挙の形骸化が、今回の複線的な訴訟で当然の前提とされ、合衆国最高裁においても暗黙裡に追認されたことで、論理的には投票権者でないばかりか、候補者でもなかつた者——したがって、法制度上はともかく法理論上は無関係の者——が最終的に平等保護の恩恵を享受したことになるのではないだろうか。

このことをも含めて考えれば、ブッシュ対ゴア事件判決は、平等保護条項の発動により、連邦制に関して合衆国の法的優位を、代表制に関して間接選挙の有名無実を、司法審査制に関して憲法判断の積極性を、それぞれ再提起したことになる。その影響としては、理論と実際の両面で、さまざまなことが想定され、やがて看取されよう。それらの一端に触れることで、この小稿の結びに代える。

ある法学誌の年頭論文を過去数年分だけでも読みくらべてみると、アメリカ憲法理論の現段階においては、政治の充実と復権を求め、法の極小化を唱える学説が注目を集めているようである。<sup>(35)</sup>この種の主張の概括的な傾向は、州権

表 5 2000年選挙結果：合衆国議会・州知事

	上院（定数 100）				下院（定数 435）		州知事（50州）			
	改選	当選	非改選	新勢力	改選	当選（新勢力）	改選	当選	非改選	新勢力
共和党	19	15	35	50	222	220	4	3	26	29
民主党	15	19	31	50	209	211	7	8	11	19
無所属					2	2	0	0	2	2
欠員					2	2				

の拡大と合衆国の権限の縮小に対して好意的であり、代表選出過程から熟慮の契機を奪つ間接選挙の形骸化に対して消極的であり、司法審査による法形成が社会に進展をもたらすという思考に対しては批判的である。こつした理論傾向からすると、ブッシュ対ゴア事件判決は、あるいは単発的な逆行現象として、あるいは逆説的な条件整備として、いずれ理論的にも検討されることになるだろう。ここで例にあげた学説の位相や当否はともかくとしても、この判決が憲法理論に影響を及ぼすことは、およそ間違いないことと思われる。<sup>(36)</sup>

実際的な問題としては、一般選挙と同時にこなわれた合衆国議会選挙の結果、定数百の上院で二大政党が五十議席ずつを分け合い、定数四百三十五の下院で共和党が二百二十議席を、民主党が二百十一議席を、それぞれ占めることになった（表5参照）。この時点では、いわゆる分割政府（divided government）現象が回避されたものの、今年五月下旬に離党者を出した上院共和党は、現時点で少数与党となっており、選挙当初から指摘されていた政権基盤の脆弱性は、すでに大型減税法案や保険改革法案などの処理をめぐって顕在化してきた。

こつした状況にあつて、ブッシュ対ゴア事件判決は、大統領が最高裁によつて選出されたという正統性批判をもたらした。もしも、この批判が鎮火されず、むしろかたきを変えて再燃することがあるとすれば、今年一〇月に喜寿、来年一月に陪席裁判官時代から通算して在職三十周年を迎えるレンクイスト首席裁判官か、もしくは昨年四

月に八十歳、一二月に在職四半世紀を越えたスティーヴンス裁判官の退任が、その契機となるかもしれない。合衆国憲法典第二編第二節第二項に基づいて後任指名権を握るのは、ほかならぬ大統領だからである。<sup>(37)</sup>

(1) Roy P. Basler (ed.), *The Collected Works of Abraham Lincoln*, vol. VII, New Brunswick: Rutgers U. P. (1953), at 23 [Address Delivered at the Dedication of the Cemetery at Gettysburg]. 同書には、全部で六つの版のゲティズバーグ演説が収録されているが、引用は最終版 [Final Text at 22-23] によつた。引用部分の原語は "government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth" である。この小稿では、大文字ではじまる複数形表記 "Governments" がみられる新聞版 (Newspaper Version: Gilbert's Text at 19-21) と比較検討し、本文中 (四の1) で後述するような歴史的文脈を踏まえて、"government" の訳語を「政府」としたが、古くは高木八尺・斎藤光 (訳)『リンカーン演説集』(岩波書店、一九五七年)一四九頁、近年ではグリー・ウィルズ(訳)『リンカーンの三分間——ゲティズバーグ演説の謎』(共同通信社、一九九五年)三三四頁など、多くの翻訳例において——民主主義理念の端的かつ普遍的な表現という役割を期待されてか——「政治」という別の日本語があてられている。

(2) この小稿の執筆に利用した訴訟資料の大部分は、コーネル大学法情報研究所 (Legal Information Institute, LII) <http://www.law.cornell.edu> やスタンフォード大学ロー・スクール <http://election2000.stanford.edu> のウェブ・サイトのほか、フラインド・ロー <http://news.findlaw.com/legalnews/us/election/election2000.html> の特集ページから入手した (いずれも最終確認二〇〇一年三月三一日)。

(3) 合衆国最高裁の二つの判決、その内容や背景については、木南敦+久保文明+高橋和之+タニエル・H・フット「座談会」選挙戦を通じて見たアメリカ大統領制の特徴『ジュリスト』二一九六号四四頁(二〇〇一年)が、歴史的な文脈を紹介しながら、大統領選出過程や選挙訴訟の制度的特性を検討しているほか、寺尾美子「二〇〇〇年アメリカ大統領選と連邦最高裁」『ジュリスト』二一九六号七三頁(二〇〇一年)が、判例評釈の手法によりつづ、合衆国最高における「法の支配」の貫徹を疑い、右崎正博「二〇〇〇年アメリカ大統領選挙管見・上」『法律時報』七三巻三九六頁、七三巻四号五〇頁(二〇〇一年)が、現地報道に大きく依拠して、事件の党派的文脈と最終決着の政治性を強調し、楡井英夫「アメリカ大統領選挙裁判——35日間の裁判の軌跡」『ジュリスト』二二〇一年九四頁(二〇〇一年)が、一連の事件に携わった各裁判官の素性にも触れながら、訴訟記録の要点をまとめるなど、すでに法学の分野でも詳しく分析されている。

(4) アメリカの選挙過程における平等保護が、二つの制度体系に立脚したものであることは、別の主題でも論じたことがある。倉田玲「ゲリマンティングと合衆国の投票権法制——代表を選出する機会を平等」『立命館法学』二六八号五三頁、二六九号二四頁(一九九一年)二〇〇頁

大統領選挙と平等保護(倉田)

年)。

(5) See, e.g., Note, Non Sub Homine?: A Survey and Analysis of the Legal Resolution of Election 2000, 114 HARV. L. REV. 2170 (2001), at 2189-2189.

(6) 「この第一〇二・一四」条の第一項は「郡開票結果確定委員会は、選挙管理官、郡裁判所裁判官および郡評議会議長によって、これを構成し郡裁判所裁判官を委員長とする」(Fla. Stat. § 102.141 (1) [2000]) という規定がある。

(7) 在外投票用紙や不在者投票用紙の集計に関し、「いくつかの訴訟が提起されたが、これらが選挙結果に影響を及ぼすことはなかった。See, e.g., *Harris v. Florida Elections Commission*, 235 F. 3d 578 (11th Cir. 2000); *Taylor v. Martin County Canvassing Board*, 773 So. 2d 517 (Fla. 2000); *Jacobs v. Seminole County Canvassing Board*, 773 So. 2d 519 (Fla. 2000).

(8) 各投票方式の採用比率について、鈴木省五「北米選挙制度調査報告」②米国内における電子投票の実態、『選挙』五四巻五号五頁(二〇〇一年)は、「資料1 米国内における投票方式の推移」(七頁)という表に、一九八八年から一九九八年までの全米平均値の変化を示している。それをみると、パンチ・カード式の採用は一貫して最高を示しているものの、その比率を示す数値は徐々に減少している。反対に漸増してきたのがマーク・シート式であるが、フロリダ州ではすでにこの方式が最多——ただし、投票総数ではパンチ・カード式が最多——となっていたから、同州は決して時代の趨勢に遅れてはいなかったといえる。

(9) See, e.g., Alexander Keyssar, *THE RIGHT TO VOTE: THE CONTESTED HISTORY OF DEMOCRACY IN THE UNITED STATES*, N. Y.: Basic Books (2000) *passim*.

(10) 日本の場合は、公職選挙法(昭和五年法律第一〇〇号)第十九条【永久選挙人名簿】第二項に「市町村の選挙管理委員会は、選挙人名簿の調製及び保管の任に当たるものとし、毎年三月、六月、九月及び二月……並びに選挙を行う場合に、選挙人名簿の登録を行うものとする」と規定されており、普通選挙権の消極的側面——有権者にならない自由——を認めない職権調製主義が採用されている。この自由の実際上の意義は、投票を棄権する自由と異なるところがないといえるであろうが、前者を含むアメリカの投票権と後者しか保障されない日本の選挙権とに、各々の概念が組成される段階で根本的な相違があったことがうかがえる。

(11) 高橋和之「アメリカにおける選挙権の觀念」, 芦部信喜先生古稀祝賀論集『現代立憲主義の展開』, 四〇七頁(有斐閣、一九九三年)、落合俊行『アメリカ政党の憲法学的研究』(法律文化社、一九九六年)第4章参照。

(12) See, Keyssar, *THE RIGHT TO VOTE*, *supra* note 8, at 142.

+  
+

(13) 蝶型投票用紙の誤導性については、これを争う訴訟が投票権者によって提起されたが、選挙結果に影響を及ぼすような司法判断はみられなかった。See, *Fladell v. Palm Beach County Canvassing Board*, 772 So. 2d 1240 (Fla. 2000).

(14) 四郡の選挙事情に関しては、榎井「アメリカ大統領選挙裁判」(前掲註3)一〇五頁註(2)を参照。

(15) フロリダ州最高裁の構成と各裁判官のプロファイルについては、榎井「アメリカ大統領選挙裁判」(前掲註3)一〇三頁のほか、州最高裁のウェブ・サイト <http://www.flcourts.org/pubinfo/sch.html> (最終確認二〇〇一年三月二二日)を参照。

(16) 寺尾「二〇〇〇年アメリカ大統領選と連邦最高裁」(前掲註3)に、「……ブッシュ判決で示唆された憲法判断の枠組は、判例名もブッシュ対ゴマとなったブッシュ判決Ⅱでは、補足意見に後退し、平等保護条項に大きく依拠した判断がブッシュ判決Ⅱの法廷意見となった」(八一頁)という指摘がある。

(17) レイノルズ事件判決については、松井茂記「*Reynolds v. Sims* 議会の議席配分と『1人1票』原則」、『英米判例百選第三版』一〇頁(一九九六年)参照。

(18) 寺尾「二〇〇〇年アメリカ大統領選と連邦最高裁」(前掲註3)は、「今回の判決で奇異な印象を受けるのは、全ての反対意見が、その大きな部分を補足意見への反論に割いている点である」(八三頁)との評価を示している。

(19) 君島東彦「アメリカ合衆国憲法第十四修正の意味——『合衆国一州一人』構造と人権保障」、『早稲田法学会誌』四三巻一一頁(一九九三年)一一二頁。

(20) 長田豊臣「南北戦争と国家」(東京大学出版会、一九九二年)、同「ユニオニズムの勝利」(関西アメリカ史研究会(編)『アメリカの歴史——統合を求めて——』第三章第四節(柳原書店、一九八二年)、同「南北戦争と再建」有賀貞ほか(編)『世界歴史大系 アメリカ史1』第五章(山川出版社、一九九四年))など参照。See, e.g., Richard Franklin Bensel, *YANKEE LEVIATHAN: THE ORIGINS OF CENTRAL AUTHORITY IN AMERICA, 1859-1877*, N. Y.: Cambridge U. P. (1990), Ch. 1 *passim*.

(21) 南北戦争には多数の別称があり、北部では「反乱戦争」, 連邦を救う戦争、南部では「南部独立戦争」, 「第二次独立戦争」, 「第二次アメリカ独立革命」などとも呼ばれる。また、戦争当時は、後に汎用される「内戦」よりも「州間戦争」の方が、中立的な呼称として好まれた。この点につき、井出義光「南北戦争はなぜ起きたのか」、『歴史群像』二六号八六頁(一九九六年)参照。

(22) 長田「南北戦争と国家」(前掲註20)七二、七五頁。

(23) ゲティズバーグ演説の歴史的背景については、ウィルズ「リンカーンの三分間」(前掲註1)九—三四頁参照。

+

+

+

- (24) See generally, Kermit L. Hall (ed.), *THE OXFORD COMPANION TO THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES*, N. Y.: Oxford U. P. (1992), at 257-259 [Equal Protection] (Mark V. Tushnet).
- (25) An Act to enforce the 13th Amendment to the Constitution of the United States and for other purposes, 79 Stat. 437, codified as amended at 42 U. S. C. § 1971 *et seq.* (1987). See, OXFORD COMPANION, *id.*, at 902-904 [Voting Rights Act of 1965] (Howard Bell), 久保田きぬ子「選挙権種における人種差別」[1972-2] アメリカ法政参照
- (26) See, OXFORD COMPANION, *id.*, at 710-711 [Reapportionment Cases] (J. W. Peltason).
- (27) 君島「アメリカ合衆国憲法第十四修正の意味」(前掲註19) 一一〇頁。
- (28) 日本における平等の法的性格に関して、たとえば、佐藤幸治『憲法』(青林書院、第三版、一九九五年)は、「……平等の問題は、通常は、それ自体としてというよりも、何かの具体的な権利や利益などの取扱い方に関連して生ずるもので、平等権あるいは平等原則が互換的にいわれることも首肯できる」というのである(四六八頁)と述べている。これがかつとも一般的な理解である。このほか、いわは「平等原則」説の例として、大久保史郎+森英樹+浦部法穂『現代憲法講義 1 (講義編)』(法律文化社、第二版、一九九七年)は、「……『自由』が主観的権利性の強いものであるとすれば、『平等』は客観的法原則の色彩が強」。客観的法原則では訴訟に乗りこくといふ危惧から、平等『権』と呼ぶ論者がいる。しかし……『平等』が『原則』であれば訴訟が提起できないとすれば、その訴訟構造の方がおかしきといふべきだろう。客観的法原則は主観的権利の保障のことだからである。(一四五—一四六頁 [森執筆部分])と主張する。これとは反対に、平等の権利性を司法審査の要件理論に結びつける「平等権」説の例として、松井茂記『日本国憲法』(有斐閣、一九九九年)は、「……平等は、異なった取扱いそれ自体を否定する。つまり何らかの不利を受けけていることが差別なのではなく、他の人と異なって取り扱われていることそれ自体が差別なのである。一四条はまさにそのような差別を受けない権利を個人の権利として保障しているのである。したがって、平等権をあげて原則と捉えるべき理由は存在しない」(三三四—三三五頁)と述べている。
- (29) ハーラン裁判官は「広範囲に及び法理」を示した先例として、同じく南部アラバマ州を舞台としたマシユコウダ対チネシー 深谷開発公社事件判決 (*Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U. S. 288 [1936]) におけるブランドニス (Louis Dembitz Brandeis) 裁判官の補足意見をあげている。この意見は、メトウン (Hartan Fiske Stone) 裁判官——後の合衆国対キャロリーヌ・プロタウツ事件判決 (*United States v. Caroline Products Co.*, 304 U. S. 144 [1938]) では、首席裁判官として裁判所意見を執筆し、そのなかに二重の基準論の原型となる脚註(4) (*Caroline Products*, 304 U. S., at 152-153) をおいた人物——のほか、ロバーツ (Owen Josephus Roberts) 裁判官とカードフソウ (Benjamin

Nathan Cardozo) 裁判官の回調を受けたもので——これ自体の先例としての拘束力はともかくとして——日本でも憲法判断の回避に関する七つのルールの典拠として知られている。その第五は、「当裁判所は、制定法の施行において自分が損害を受けたことを示さない者の申立てに基いて、その制定法の有効性を判定しない」(*Ashwander*, 297 U. S., at 347 [Brandeis, J., Concurring] [footnote omitted]) というルールであった。

(26) See, e.g., David R. Dow, *The Equal Protection Clause and the Legislative Redistricting Cases—Some Notes Concerning the Standing of White Plaintiffs*, 81 MINN. L. REV. 1123 (1997) *passim*; Samuel Issacharoff & Pamela S. Karlan, *Standing and Misunderstanding in Voting Rights Law*, 111 HARV. L. REV. 2276 (1998) *passim*. Cf., John Hart Ely, *Standing to Challenge Pro-Minority Gerrymanders*, 111 HARV. L. REV. 576 (1997) *passim*. 倉田「マリマンタインツと合衆国の投票権法制(下)」(前掲註(4)) 六〇—六一頁参照。

(27) なお、シムール事件判決は、メーソリニヤ多数選挙区の司法審査適同性 (justiciability) を認め、その奇異な形状が厳格審査に服するところでも、違憲を宣言するところにはなして事件を差し戻した。このように最初の事例で平等保護条項違反を明言しないという態度は、議員定数不均衡に関して、ひとまず司法審査適同性のみを認め、違憲判断を後の判決に譲ったメイカ力事件判決 (*Baker v. Carr*, 369 U. S. 186 [1962]) にも共通する。この手法を踏襲しなかった——できなかった——ところから、州最高裁判決に対して「時間の切迫は、憲法問題を減じな」と断じた合衆国最高裁が、州最高裁と同様に「時間の切迫」を免れていなかったといふ当時の事情がうかがわれる。

(28) 平等保護条項に基づく憲法判断は、かねてより「憲法問題を含む公共訴訟」の展開をもたらしてきた。「それは従来の伝統的訴訟観と大きく懸け離れている……ために、裁判の本質、裁判官の役割、司法権の疑似立法的・疑似行政的機能……当事者主義、救済形成手続など種々の議論……」を必要とする。大林文敏「憲法判断のインパクト論」(一九八七年)同『アメリカ連邦最高裁の新しい役割』第四章(新評論、一九九七年) 一一一—一一三頁。

(29) See, Hanna Fenichel Pitkin, *THE CONCEPT OF REPRESENTATION*, Berkeley: U. Calif. P. (1967), at 151. 「代わりに行なわれる (acting for)」わけではないが、それでも「代わりに存在する (standing for)」という意味で——野外劇で各々の配役をこなす少女とほとんど同じ意味で——大統領選挙人団は代表である」と述べられている。

(24) See generally, Glenn H. Uiter & Ruth Ann Strickland, *CAMPAIGN AND ELECTION REFORM: A REFERENCE HANDBOOK*, Santa Barbara: ABC-CLIO (1987), at 10-12.

(25) See, Cass R. Sunstein, *The Supreme Court, 1995 Term—Foreword: Leaving Things Undecided*, 110 HARV. L. REV. 4 (1996) *passim*; Mark 大統領選挙と平等保護 (倉田) 七二七 (八三三)

Tushnet, *The Supreme Court, 1998 Term—Foreword: The New Constitutional Order and the Chastening of Constitutional Aspiration*, 113 HARV. L. REV. 26 (1998) *passim*. Cf., Richard H. Fallon, Jr., *The Supreme Court, 1996 Term—Foreword: Implementing the Constitution*, 111 HARV. L. REV. 54 (1997), at 141-152 *et passim*; Michael C. Dorf, *The Supreme Court, 1997 Term—Foreword: The Limits of Socratic Deliberation*, 112 HARV. L. REV. 4 (1998), at 60-69 *et passim*. Also see, Cass R. Sunstein, *LEGAL REASONING AND POLITICAL CONFLICT*, N. Y.: Oxford U. P. (1996) *passim*; *Id.*, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM BY THE SUPREME COURT, Cambridge, Mass.: Harvard U. P. (1999) *passim*; Mark Tushnet, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS*, Princeton: Princeton U. P. (1999) *passim*. Cf., Christopher J. Peters, *Assessing the New Judicial Minimalism*, 100 COLUM. L. REV. 1434 (2000), at 1439-1477. 邦語文献では、やはり、阪口正一郎「違憲審査制と『二〇〇〇年』の「ヒトリスム」——一九九一年——八四頁 (二〇〇一年)——八五——八六頁參照。

(36) たゞ、その「ライヤ裁判官の反対意見の末尾には、この憲法学者リッケルの主著から、ロマンダイス裁判官の「もっとも大切なこと」は何もなかった」という言葉が引用されているが、これなどは司法審査の正当性の問題を憲法理論に対して再提起したものと考える余地がある。 Alexander M. Bickel, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT A BAR OF POLITICS*, New Haven: Yale U. P. (1962), at 71, quoted in *Bush II*, 121 S. Ct., at 638 (Breyer, J., dissenting).

(37) 寺尾「二〇〇〇年アメリカ大統領選と連邦最高裁」(前掲註(3))は、「……『何人も自らに関わる事件の裁判官であってはならない』という法の本質を言い当てた格言を想起するとき、今回の判決が、これを越えるだけの理由を示せていたかは、やはり問われなければならないであろう。今回発揮された連邦最高裁の事態收拾能力の淵源は、『法の支配』への信頼にあるのだから」(八四頁)として示唆的に、右掲「二〇〇〇年アメリカ大統領選挙管見・下」(前掲註(3))は「裁判所は選挙によって選ばれたのではない裁判官によって構成される非民主的な機関であるから、政治を主導する立場にはなく、政治部門の決定には敬讓を払うべきであるというのが、自己抑制を説く司法消極主義の哲学であるが、この選挙訴訟を通して得た筆者の印象は、それとは逆の連邦最高裁のイメージである。連邦最高裁は、むしろ積極的にフロリダ州の選挙訴訟に介入し、次期大統領選出に文字通り決定的な役割を果たした。それを見る限り、連邦最高裁は決して非政治的機関などではなく、むしろ露骨とも言えるほどの政治性を発揮したといえる」(五四頁)として直言的に、それぞれ批判的な評価を提示している。 Cf., Note, *Non Sub Homine? supra* note 5, at 2193. いまだアメリカの主要な法学誌がブッシュ対ゴア事件判決に関する論評を掲載していない現時点において、この研究ノートは、大統領選挙人の選出を州議会に委ねることなく、「……フロリダ州の六百万人の投票権者の利益を、その投票用紙の平等処遇において保護した」ということから、「二〇〇〇年選挙の最終的な解決は、唯一とされた正当な解決とはいえないが、法の支配に基づく正当性への関心を満足

させるには適切な解決であった」と結論している。

#### 追記

この小稿の脱稿後、楡井英夫「アメリカ大統領選挙裁判——五日間の裁判の軌跡(下)」、『ジュリスト』二〇〇三年一—四頁(二〇〇一年)に接するところであった。これには、合衆国最高裁の九名の裁判官のプロファイル(一—四頁—一—五頁)とともに、在外投票用紙の処理をめぐって提起された訴訟の経緯が詳しく紹介されており、あわせて法廷闘争の全体像を主要な事件の展開過程をいつかたちら示した「アメリカ大統領選挙関連訴訟時系列表」(一—三—一—二五頁)が掲げられている。このほかにも、脱稿後に確認できた第二次資料は多数にのぼるが、ブッシュ対ゴア事件判決に関する膨大な件数の文献、その各々に充実した内容を、この稿に検討する余裕は無論ない。次に挙げる若干の文献について、この簡略な案内を試みることにする。

- (1) E. J. Dionne, Jr. & William Kristol (eds.), *BUSH V GORE: THE COURT CASES AND THE COMMENTARY*, D.C.: Brookings Institution Press (2001).
- (2) Samuel Issacharoff & Pamela S. Karlan & Richard H. Pildes, *WHEN ELECTIONS GO BAD: THE LAW OF DEMOCRACY AND THE PRESIDENTIAL ELECTION OF 2000*, Westbury, N. Y.: Foundation Press (2001).
- (3) *Symposium: Bush v. Gore*, 68-3 U. CHI. L. REV. (2001).
  - (3-1) Richard A. Epstein, "In such Manner as the Legislature Theroof May Direct": *The Outcome in Bush v Gore Defended*, 68 U. CHI. L. REV. 613.
  - (3-2) Samuel Issacharoff, *Political Judgments*, 68 U. CHI. L. REV. 637.
  - (3-3) Michael W. McConnell, *Two and a Half Cheers for Bush v Gore*, 68 U. CHI. L. REV. 657.
  - (3-4) Frank I. Michelman, *Suspicion, or the New Prince*, 68 U. CHI. L. REV. 679.
  - (3-5) Richard H. Pildes, *Democracy and Disorder*, 68 U. CHI. L. REV. 695.

大統領選挙と平等保護 (倉田)

七二九 (八五)

- (3-6) Richard A. Posner, *Bush v. Gore: Prolegomenon to an Assessment*, 68 U. CHI. L. REV. 719.
- (3-7) David A. Strauss, *Bush v. Gore: What Were They Thinking?*, 68 U. CHI. L. REV. 737.
- (3-8) Cass R. Sunstein, *Order Without Law*, 68 U. CHI. L. REV. 757.
- (3-9) John C. Yoo, *In Defense of the Court's Legitimacy*, 68 U. CHI. L. REV. 775.
- (4) Richard A. Posner, *Florida 2000: A Legal and Statistical Analysis of the Election Deadlock and the Ensuing Litigation*, 2000 SUP. CT. REV. 1.
- (5) Jack M. Balkin, *Bush v. Gore and the Boundary Between Law and Politics*, 110 YALE L.J. 1407 (2001).
- (6) George P. Fletcher, *OUR SECRET CONSTITUTION: HOW LINCOLN REDEFINED AMERICAN DEMOCRACY*, N.Y.: Oxford U.P. (2001).

(1) は、その書名からもうかがえるように、第一次資料として、州務省選挙局の勧告的意见、裁判所の判決や決定などを収録するとともに、第二次資料として、一連の騒動のさなかな新聞や雑誌に掲載された六十あまりの評論を再録した事件簿であり、これと同じ充実ぶりを既刊の類書からうかがうことはできそうにない。これに収められた法学者——(3)に寄稿している論者の多くが含まれる——など識者、ジャーナリストによる時評は、訴訟の展開にそって、一月七日から二日(一般選挙の投開票から第一次訴訟に関するフロリダ州最高裁判決まで)、一月二日から二月九日(第二次訴訟に関するフロリダ州最高裁判決まで)、二月一〇日から二三日(第一次訴訟に関する合衆国最高裁判決まで)、二月一四日以降という四つの時期区分に整理されており、全体として裁判所や裁判官の党派性を問題とする論調が目立つ。この点は、(2)が Samuel Issacharoff & Pamela S. Karlan & Richard H. Pildes, *The Law of Democracy: Legal Structure of the Political Process*, Westbury, N.Y.: Foundation Press (1998) の姉妹書として、司法審査の法学的分析と、司法手法により、ブッシュ対ゴア事件判決で提示された平等保護法理の射程を問題の中心に据えているのとは対照的である。

(3)(4)(5)の各論文は、ブッシュ対ゴア事件判決の結論——あるいは、この判決による選挙結果の確定——を支持するものも、批判するものも、すべて合衆国最高裁の提示した判決理由に何らかの無理があったことを認める点では共通している。(3)は、平等

+

保護の憲法問題に活路を求めた裁判所意見を論難しつつ、連邦問題に固執した首席裁判官の補足意見の論理を妥当とする。(3-6)と(4)も、フロリダ州最高裁による州法の解釈にこそ無理があったとする補足意見に対して、同じく肯定的な評価を示すとともにあわせて統計処理の誤りが再集計による選挙結果の逆転の可能性を州最高裁に誤信させたと指摘する。また、後日の報道に依拠した(3-3)は、ゴアの求めた手作業による再集計の結果も、やはりブッシュの勝利であったという推計をもとに、このような訴訟戦略の失敗に起因して、最終決着の方法に汚点が残されたのだとする。

司法審査の正当性という問題を主題に据えた考察も多くみられる——ここでは、司法審査の正当性を裁判所の正当性や司法審査の正統性から区別して、これら三者の間隔を確認するよつな整理を試みず、各論文の特徴的と思われる部分にのみ言及する。

(3-4)は、法的推論の形式を取り纏った合衆国最高裁に——評価を留保しつつ——マキヤヴェリ(Niccolo di Bernardo Machiavelli)の救世主(“New Prince”)にも似た犠牲の精神と救国の態度をみる。また、(3-5)は、判決が提起した法と政治の領域区分の問題に、党派対立には解消されない民主主義の観念を文化の次元としてもちこみ、「アメリカの民主主義は、過剰な政治が民主主義そのものを蝕むことのないよう、高度に秩序づけられた二大政党制という正規の機構、その方向性を規定され、抑制された政治を要求した。さらには、民主主義的に採用された過剰な再構築が民主主義そのものの安定性を蝕むことのないよう、司法の積極的な役割をも要求した。あるいは要求するとみられるようになったのかも知れない」(at 717)と述べる。さらに、政治過程の党派性とは区別するかたちで憲法原理それ自体の政治性を肯定する(5)は、合衆国最高裁内部の党派性に対する批判が短期的なものにすぎず、長期的にはブッシュ対ゴア事件判決の政治性が、党派性を判定するための新たな基準として評価されるといつ展望を示す。こうした論法のなかで、「法理学の観点からいえば、二〇〇〇年選挙で大勝利を収めたのは、アメリカン・リーガル・リアリズムとクリティカル・リーガル・スタディーズである」(at 144)と述べられているのは、いかにも印象的である。(3-9)は、ブッシュ対ゴア事件判決の前後で世論調査の結果に大きな変動がみられないこと、社会体制に影響を与えることで合衆国最高裁に危機的状况をもたらした歴史上の諸判決とは異なり、ブッシュ対ゴア事件判決は狭く絞り込まれた法的争点を裁いたものにすぎないこと、ブッシュ対ゴア事件判決は連邦制の骨格にかかわる問題で積極性を示したが、これは投票権に関するレン・クイスト・コートの先例で設定された中立性を失っていないこと、これら三点を主張して、合衆国最高裁の正当性を擁護する。

+

「われらに対して、<sup>(32)</sup>は「いかなる場合も、選挙の分野における司法審査の手続は、ことさら先鋭的に、反多数決主義の難題 (countermajoritarian difficulty) を提起する。結局のところ、裁判所が選挙法を無効とするとき、あるいは裁判所が選挙過程を問題にするとき、選挙されない司法は、つねに自らの判断をもつて民主主義的に選挙された部門の判断に代置している」(at 654) という視点をこえる。そして、ブッシュ対ゴア事件判決で提示された平等保護法理は先例の枠組みを逸脱しており、自己抑制の精神を喪失した判決は、もはや正当化できないほどに政治的であると批判する。また、<sup>(37)</sup>は「平等保護条項は、判決に就いて究極の基盤であったが、多数意見はその結論が平等保護の要請についての一般的な見解に基づいてはいないということ(いずれにしても明らかであったこと)を認めざるをえなかった。ブッシュ対ゴア事件判決は、いかなる意味でも法にしたがってはいなかった——探究によつて発見される法にも、法文化に浸ることからえられる直観に反映される法にも、それはしたがっていないかった」(at 739 [parentheses original]) という観点から、判決の結果指向的な性格を指摘し、「……合衆国最高裁は、フロリダ州最高裁の無法と想定されたものに対し、自らの無法を切り札にした」(at 756) と説明する。

極小主義 (minimalism) という術語でレンクイスト・コートの集合的な司法哲学を説明する<sup>(38)</sup>は、ブッシュ対ゴア事件判決に、「この立場からの逸脱を認め、「憲法秩序の見地からみれば、合衆国最高裁は国民に奉仕したといえそうだが、法的推論の見地からみれば、合衆国最高裁の判決はひどく劣悪だった。つまり、合衆国最高裁の判決は、法をともなわない秩序 (order without law) を生み出した」(at 750) とする。もっとも、この論文では、逸脱に対する反省と反発も考慮に入れられており、「説得力に欠け、先例に基づかず、民主主義を根拠とする当然の非難を受けた合衆国最高裁の意見が、民主主義の観点からみて意義深い社会変革につながる」とすれば、「これは絶妙な皮肉だろう」(at 773) という評価が提示されている。この小稿の「おわりに」では、極小主義からの総括として「単発的な逆行現象」と「逆説的な条件整備」の二種類を予測していたが、この<sup>(38)</sup>の結論は暫定的にせよ、後者をとるものといえるだろう。

(6) の研究書は、法理学の専門家——バック・フラップに紹介されている著者の肩書は「Cardozo Professor of Jurisprudence at Columbia University School of Law」——による法制史研究の成果であるが、同書の「あとがき」は、「二〇〇〇年大統領選挙をめぐる司法審査の丹念な分析にあらわれてくる」(Afterword: Election Blues 2000) 』の研究の主題は、南北戦争の法制史上の

+  
+

意義を探究する近年の憲法史研究をふまえ、また現在の合衆国憲法典とドイツ連邦共和国基本法との規範構造の対比を通じてリンカンのゲティズバーグ演説を嚆矢とする憲法原理の歴史的な転換——前文に明記された「われら人民 (We the People)」のために「自由」と「共和主義」を奉じる当初の「革命憲法典」から、歴史的に規定された「国民」としての「合衆国市民」概念を基礎に据えて「平等」と「民主主義」を基本原理とする「南北戦争憲法典」への変遷——を描き出すことにある。書名にある「隠れた憲法典 (Secret Constitution)」は、この転換によつて生み出されながら、それが全面的な改憲ではなく修正方式によるものであったために特殊な形姿を与えられた「南北戦争憲法典」の実質にふさわしい呼称として考案されたものである。

(6) の提起する「共和主義」から「民主主義」への歴史的かつ原理的な転換には、大統領選挙制度の変質、つまり間接制から直接制への実質的変換が含まれており、この観点に立つ「あとがき」によれば、「隠れた憲法典」への変遷から欠落した当初の憲法典の残滓にほかならない大統領選挙人団の存在こそが、ブッシュ対ゴア事件判決で最終的に解決された問題の元凶である(大統領選挙人団という制度の論じ方を論じた最新の文献として、Note, *Rethinking the Electoral College Debate: The Framers Federalism, and One Person, One Vote*, 114 HARV. L. REV. 2526 [2000] がある)。そこで、この「あとがき」では、大統領選挙人団の選任を固有の権限とするフロリダ州の選挙過程に合衆国最高裁が介入したこと、その切り札として「合衆国市民」の平等保護を掲げたこと、残存する共和主義の要素を払拭し、「一人一票」の民主主義を確立する方向性が展望されている。

平等保護条項の保護客体が、その主体と同時に規定されたという歴史は、しかし法解釈における二つの点を後者の一点に収斂させる根拠として十分であろうか。この小稿では、これについて否定の立場をとったが、この立場を固めるためにも、やはり(6) のような研究を参酌する必要があった。たとえば、近時の勝田卓也「再建期の歴史と法の展開」[2001-1] アメリカ法 135 (Pamela Brandwein, RECONSTRUCTING RECONSTRUCTION: THE SUPREME COURT AND THE PRODUCTION OF HISTORICAL TRUTH, Durham, N.C.: Duke U.P. [1999] の著書紹介) は、「日本におけるアメリカ法制史研究の現状について……アメリカにおける研究成果が十分に反映されていない」と付言し、「アメリカ法制史研究は不当に軽視されているのではないかと苦言を呈する(一四二頁脚註2)」。時事問題の再検討が対象の歴史的な文脈に論及しようとする場合にも、こつした反省は不可避である。

+