

コモン・ロー上のルールの不利益の変更と

遡及処罰禁止原則(二)

門 田 成 人

- 一 はじめに
- 二 「一年と一日ルール」をめぐる法状況と遡及処罰禁止原則……以上前号
- 三 合衆国最高裁における遡及処罰禁止原則の理解………本号
- 四 Rogers 事件判決の意義と位置づけ
- 五 むすびにかえて

三 合衆国最高裁における遡及処罰禁止原則の理解

(1) 遡及処罰禁止原則に関する合衆国最高裁判例の動向

合衆国最高裁は、合衆国憲法が制定されてまもなく事後法禁止条項につき検討し、峻厳な規制原理を確認して⁽⁶⁹⁾いる。その規制原理の根拠は、立法府が禁止行為につき公正な告知を与えなければならないこと、および立法権

限を制約することで法の支配の諸価値が促進されることにある。⁽⁷⁰⁾ 公正な告知は、裏を返せば、個人がその行為を選択するさいに法を信頼する権利のあることを意味する。⁽⁷¹⁾ また法の支配の観点からは、恣意的で潜在的に復讐的な立法が抑止され、将来効の原則により、立法者が事後的に特定の個人や集団を狙い撃ちにするために刑罰法規を利用する危険を最低限に抑える。⁽⁷²⁾ 事後法禁止原則は、立法の行きすぎを抑制し、個人の自由を広範に保障するものである。⁽⁷³⁾

他方、合衆国最高裁は事後法禁止原則が裁判所に対して適用されないとしている。⁽⁷⁴⁾ それは、合衆国憲法の事後法禁止条項がその文言上明らかに立法に対する制約であることに基づく。裁判所は法律 (ex post facto "law") を制定 (pass) する権限を持たないからである。⁽⁷⁵⁾ これは Calder 事件判決の傍論で示されたところであり、その後の判決もこれを踏襲した。⁽⁷⁶⁾ 刑罰法規の射程を拡張する、あるいは刑罰を加重する判決は事後法禁止条項による精査を免れている。

がしかし、本条項の根拠となる問題が裁判所の判断によっても生じうることは合衆国最高裁も無視しえなかった。解釈が機械的な作業ではない以上、裁判所による解釈は通常の立法と同じ効果をもたらしうるのであり、事後法禁止の要請が裁判所にも向けられるべきではないかが問われるようになった。⁽⁷⁷⁾ しかし、合衆国最高裁は当初この問題に真正面から取り組むことがなかった。結局、市民権運動が盛んになり、州裁判所が活動家らの取り締まりのために州法につき驚くような解釈を行うに至って初めて、この問題が真剣に検討されたのである。⁽⁷⁸⁾

合衆国最高裁は、James v. United States 事件判決⁽⁷⁹⁾において初めて、先例を変更して刑事責任を拡張する判決が、先例のもとでは合法とされていた行為を犯罪化するために、遡及的に適用されるか否かを判断した。この事件では、着服した金銭が内国歳入法典 (Internal Revenue Code) における課税対象収入となるか否かが問題となっ

た。合衆国最高裁は先例においてこれを否定していたが、この先例を変更したのである。本判決は五つの意見に分かれたが、先例が行為時に有効であったので先例によって判断されなければならないという点では多数の意見の一致を見た。⁽⁸¹⁾ 合衆国最高裁の多数意見は、行為時の先例によれば合法である行為を犯罪化してはならない、それを犯罪化するのとは不公正であると判断したのである。⁽⁸²⁾

合衆国最高裁がより明瞭にその基本的立場を示したのが *Bowie v. City of Columbia* 事件判決である。⁽⁸³⁾ その事實は概ね以下のとおりであった。あるドラッグストアにおいて人種差別なく販売等がなされていたが、店内のレストランのみはいわゆる白人専用とされていたにもかかわらず、黒人がそこを利用してはならないとの看板や告知はなんら掲示されていなかった。黒人学生二人がそのレストランに入り給仕されるのを待っていたが、彼らの着席後に従業員が「侵入禁止」の看板の付された鎖を張った。彼らはそこに座り続け、白人専用であると言われてもレストランを退去することを拒んだために、住居侵入罪で訴追された事件であった。被告人らは、「土地所有者または賃借人による侵入を禁ずる告知後の他人の土地への侵入」を住居侵入罪と規定する州法に照らし、その区画が白人専用であるとの告知を入店前に受けていなかったから、本法による訴追が不適切であると主張した。しかしながら、州最高裁は、この州法を拡張解釈して、被告人らを有罪とした。被告人らの行為はそれまでの当該州の判例法では犯罪と考えられたことはなかった。

合衆国最高裁は、州最高裁の解釈が予見不可能 (unforeseeable) であるとして、デュー・プロセス条項に依拠して、この有罪判決を覆した。合衆国最高裁は、「州立法府がそのような法律を制定することを事後法禁止条項により禁じられるならば、州最高裁もその解釈によりまさに同じ結果を達成することをデュー・プロセス条項によって禁止されなければならない」とした。⁽⁸⁴⁾ そして、「刑罰法規の解釈が問題の行為に先立って示されていた法

律に照らして予測できず擁護しえない (unexpected and indefensible) 場合には、その解釈は遡及効果を与えられてはならない⁽⁸⁵⁾と判示した。

制定法の解釈が予見不可能であると判断するさいに、合衆国最高裁は二つの要素を検討した。すなわち、制定法の平明な文言および住居侵入罪に関する州の先例での解釈である⁽⁸⁶⁾。

まず、問題の制定法の文言がきわめて限定的で正確 (narrow and precise) である⁽⁸⁷⁾とした。当該制定法は明白に「告知後の侵入 (entry after notice)」を禁ずるもので、制定法のどこにも立ち去るように言われた後の滞留 (remaining on the premises of another after being asked to leave) を禁止する文言はなかった。かくして、被告人らの不退去行為が制定法に違反するものではない⁽⁸⁸⁾とした。限定的で正確な制定法は、制定法に明白に該当しない行為が裁判所の解釈によって遡及的にそれに該当させられると疑う理由すら与えず、被告人を偽りの安心感に陥らせること⁽⁸⁹⁾とした。

ついで住居侵入罪の先例における解釈につき、州裁判所は、九五年間にわたり繰り返し、侵入前の告知の証明が住居侵入罪による有罪判決に必要であると判示している。合衆国最高裁は、*Bowie* 事件判決の被告人が、本法が事後的に不退去行為を禁止すると解釈し直されるという示唆を何ら与えられていない⁽⁹⁰⁾とした。

合衆国最高裁は、制定法の平明な文言と先例における解釈に基づいて、州最高裁の解釈が予見不可能であると結論づけた。予見不可能な解釈は、漠然とした制定法と本質的に同じ理由、つまり当該行為のゆえに処罰されるとの告知が与えられていないことから、デュー・プロセスに違反する⁽⁹¹⁾とした。事後法禁止条項は立法府にのみ適用されるけれども、被告人の行為を新たに犯罪に含めると解釈する判決の遡及適用につき、類似の遡及処罰禁止テストが *Bowie* 事件判決により導入された。

しかし、これ以降、合衆国最高裁も合衆国裁判所も、予見可能性の分析による *Bowie* 事件判決テストに基づいた被告人の主張を認めないことがしばしばである。実際、合衆国最高裁は、一九七七年以降、*Bowie* 事件判決テストに基づく遡及適用禁止の主張を支持したことがないのである。⁹² 合衆国裁判所では、制定法がその文面上あまいであるとか矛盾する先例が他の法域に存在するなどの場合には、裁判所による解釈の変更が予見可能であり遡及適用が認められると判断している。いくつか代表的な合衆国最高裁判決を紹介する。

合衆国最高裁は、*Rose v. Locke* 事件判決⁹³において反自然犯罪 (*crimes against nature*) を禁止する制定法の州刑事控訴裁判所の解釈を検討した。州裁判所は被告人の行為 (*cunningus*) を反自然犯罪であると判断したが、第六巡回区控訴裁判所は、*Bowie* 事件判決に照らして州裁判所の解釈が予見不可能であるとした。ところが、合衆国最高裁は、州裁判所が被告人の行為が当該制定法により禁止されているか否かを判断したことはなかったとし、制定法の文言、他の法域の先例および拡張解釈の可能性という三つの要素を分析して、被告人が公正な警告を受けていたと結論づけた。⁹⁴ 第一に、本件における制定法の文言と *Bowie* 事件判決における侵入罪の文言とを比較した。当該制定法の反自然犯罪という文言はいくつかのもっともな解釈が成り立ちえて、被告人の行為を含むとも含まないとも合理的に解釈されうるとし、当該文言は被告人にその行為が制定法に明白に該当しないと示唆を与えるものではないとした。⁹⁵ 第二に、他の法域には被告人の行為が以前に当該行為を含むと反自然犯罪の文言を解釈する裁判例があったという事実⁹⁶に依拠し、他の法域における同様の制定法の解釈に基づく告知 (*constructive notice*) があったとしたうえで、州裁判所の解釈が予見可能であると判断した。⁹⁶ 第三に、州裁判所は、当該制定法が類似行為を含むと解釈して「限定的で制限的な犯罪の定義 (*narrow and restrictive definition of the offense*)」を拒否し、広く解釈されるであろうことをすでに示唆していた。合衆国最高裁は、「これらの三つの要

素があいまって被告人に遡及的な法創造の可能性を許容するのに足りる公正な警告を与え⁽⁹⁷⁾と判断した。そのうえで、*Bowie* 事件判決との関係につき、「*Bowie* 事件判決では、その文面上限定的で正確な刑罰法規の予見可能な拡張解釈がデュー・プロセスに違反すると判断した。そのようなプロセスが被告人に誤った安心感を与え、明らかに文面に従えば制定法の射程外にある行為が裁判所の解釈によって遡及的に処罰されるであろうと疑う理由を与えない⁽⁹⁸⁾」とした。他方、本件では本条が被告人の行為がその射程内ないと告知を与えるとは主張されていない。他の法域では、すでに同一の制定法の文言がそのような行為に適用するために合理的に解釈されていた。また、当該州において制定法が広範な射程をもつよう意図されたという州裁判所の言明を前提に、被告人の行為が当該条項の射程外であることを示唆する何もなかった。したがって、本件では遡及処罰禁止の問題は生じ⁽⁹⁹⁾ないと判断したのであった。

この *Marks v. United States* 事件判決⁽¹⁰⁰⁾においては、行為当時にはまだ示されていなかった合衆国わいせつ罪法の新解釈に基づく有罪判決に対する、デュー・プロセス違反の主張を認めた。被告人の行為時には、わいせつを定義する基準は *Memoirs* 事件判決⁽¹⁰¹⁾において合衆国最高裁により示されたものであった。*Memoirs* 事件判決は、わいせつ罪法の規制対象は、埋め合わせる社会的価値のまったくない文献のみとした。しかしながら、被告人の訴追・公判が始まる前に、合衆国最高裁は新たにより緩やかな基準を示した。すなわち、*Miller* 事件判決⁽¹⁰²⁾で、合衆国最高裁は、修正第一条が、全体としてみて真摯な文学的、芸術的、政治的あるいは科学的価値を欠く文献を保護しないとされた。*Marks* 事件判決における被告人の行為は、*Miller* 事件判決の基準によってのみ、合衆国わいせつ罪法の射程に取り込めるのであった。*Marks* 事件判決の被告人は、*Miller* 事件判決の新たな基準がその行為に当時有効であった法を変更したから適用されないと主張した。また、そのわいせつ性判断基準が被告人の行

為を犯罪とするように新たに解釈されるとは予見しえなかったとした。

合衆国最高裁は、被告人の行為が Miller 事件判決テストの示される以前に行われていたから、このテストを被告人に適用しえないとした。⁽¹⁰⁵⁾ まず Bouie 事件判決を参照して、刑事罰を生ぜしめる行為に関する公正な警告という刑事被告人の権利が憲法上の自由という概念に基本的なものであり、修正第五条のデュー・プロセス条項により裁判所に対しても保護されるとした。⁽¹⁰⁶⁾ が、本件は Bouie 事件判決に厳格に類似しているわけではないとした。⁽¹⁰⁵⁾ つまり、本件で問題となった合衆国わいせつ罪法は、Bouie 事件判決における制定法とは違って、「限定的で正確」ではなく、むしろ広範で一掃的 (sweepingly broad) であった。⁽¹⁰⁶⁾ しかし、本法が一掃的であるがゆえに、その適用範囲は憲法上の制約に合致しなければならないのであり、Memoirs 事件判決がその適用を厳しく制限したのである。Miller 事件判決は本法の文言の意味するところよりは限定するが、明らかに Memoirs 事件判決の制約を緩和する。⁽¹⁰⁷⁾ そこで、その効果は Bouie 事件判決における新解釈と同じで、被告人はその出版物が新たな基準を適用されるとの公正な警告を受けておらず、デュー・プロセス条項により Miller 事件判決の基準を適用しえないと判断した。⁽¹⁰⁸⁾ また、合衆国最高裁は、Rose 事件判決では、問題の制定法の広範な解釈がそれまで確立されたより制限的な解釈を覆さなかったから、Rose 事件判決と本件とを区別した。⁽¹⁰⁹⁾

ところが、United States v. Rodgers 事件判決⁽¹¹⁰⁾において、合衆国最高裁は被告人の遡及適用禁止の主張を簡単に退けた。本件は、被告人が FBI とシークレット・サービスに虚偽の陳述を行い、それが虚偽陳述責任法 (False Statements Accountability Act) 違反にあたるとして訴追されたものである。被告人は、第八巡回区における Friedman v. United States 事件判決⁽¹¹¹⁾が刑事捜査を開始する FBI への虚偽陳述を含まないとしたことを根拠に却下を主張し、第八巡回区控訴裁判所も、他の巡回区裁判所が異なる判断をしていることを指摘しつつ、当該巡回区

の法として先例に従うとした。

合衆国最高裁は巡回区における意見の対立を解決するために上訴を認めた。被告人は、第八巡回区の先例を覆して当該行為を犯罪とするとしても、デュー・プロセスによりその遡及適用が許されないと主張した。検察もこの主張に対して膨大な答弁書を提出し、被告人が実際には先例に依拠してはいなかったという事実を重視した。先例への現実の信頼がなされていない以上、本法の射程に関する各巡回区の対立が被告人の行為が同時に法が安定していなかったことを意味するとし、このような状況では、被告人の行為が本法により禁止されているとの判断は明らかに予見不可能なものではないと主張した。

合衆国最高裁は、本判決の最後のところでようやくこの遡及適用の問題に触れ、「本判決の被告人への遡及適用に反対する被告人のいかなる主張も、たとえFriedman事件判決への信頼を立証したとしても、認められない。なぜならば、他の控訴裁判所の対立判例が存在することが、当裁判所にこの問題を審理させ、被告人の立場に反対する判決を合理的に予見可能とする¹²⁾と述べ、被告人の主張を一蹴した。合衆国最高裁の判断は、巡回区がある行為が刑罰法規に該当するか否かにつき意見を異にする場合には、当該行為が含まれるとする判断が、被告人の巡回区において確立した判例がその行為を容認していても、さらにたとえ被告人がその先例を信頼して行動したとしても、被告人に不利に適用されるというのである。

最近、合衆国最高裁は、新たな解釈に対する遡及適用の規制を、遡及の一般理論としてではなく、公正な警告というデュー・プロセスの要請という観点から端的に議論し、公正な警告につき検討を加えている。United States v. Lanier事件判決¹³⁾である。本件は、元州裁判官による五人の女性に対する性的暴行が彼女らの憲法上の権利を侵害し、「意図的にかつ法の名を借りて行為し、合衆国憲法または合衆国法によって保護される権利を剥奪する

こと」を犯罪とする合衆国法典第一八卷第二四二条に違反するか否かが争われた。被告人は、本法が州の官吏による性的暴行を犯罪化するものではなく、もしそうであるとすれば、その斬新な解釈の遡及適用が被告人のデュー・プロセスの権利を侵害すると主張した。第六巡回区裁判所は、合衆国最高裁がこれまで裁判官等による性的暴行を憲法上の権利の侵害としたことがなく、これまで知られていない、宣言されていないまた定義されていない憲法上の犯罪による訴追は許されないとして、被告人の主張を認めた。

合衆国最高裁は全員一致でこれを覆した。本判決では、公正な警告につき検討を加えるあたり、まず漠然性のゆえに無効の理論、慈悲の原則および遡及適用禁止ルールという三つを公正な警告の要請の表れと指摘する⁽¹⁴⁾。漠然性のゆえに無効の理論は、通常の知性の者が必然的にその意味を推察しその適用につき見解を異にするほど漠然とした文言で行為を禁止または要求する制定法の執行を禁止する。慈悲の原則は、漠然性の理論の縮小版で、刑罰法規を明確に包含される行為にのみ適用するようにそのあいまいさを解決することによって公正な警告を保障する。そのうえで、Bowie 事件判決および Marks 事件判決を引用しつつ、「裁判所は、デュー・プロセスにより、制定法も先例もその射程内にあると公正に開示していない行為に当該刑罰法規の新たな解釈を適用することが禁じられる⁽¹⁵⁾」とし、公正な開示があったか否かの判断は、「当該制定法がそれ単独あるいは解釈によって被告人の行為が犯罪であることを当該時点で合理的に明確にしていたか否かが試金石⁽¹⁶⁾」であるとした。そのうえで、市民権法を性的暴行に適用することが斬新であるとの被告人の主張には触れずに、「合理的に明確にしていたか否か」を判断するにあたり、合衆国最高裁が類似の主張を検討したことがある必要もなければ、実質的に類似の事案にかかわる下級審裁判所の先例を特定する必要もないとしたうえで、既存の法に照らして違法性が明らかでありさえすれば刑事責任を問うとしたのである⁽¹⁷⁾。なお、公正な警告の判断資料は、合衆国最高裁の判決だけ

に限られるわけではなく、合衆国控訴裁判所の諸判決もその資料となるとしつつ、巡回区間における意見の対立が公正な警告を妨げうることを示唆し、⁽¹¹⁸⁾ そのような状況が法を十分に明確であるとなしえないものとして、警告が十分に公正であるか否かを判断するさいに考慮されうることを明らかにした。

(2) 合衆国最高裁判決の動向に対する評価

遡及的な刑罰立法の禁止は、法の歴史に深く根づいており、古代ギリシャに遡ると言われる。⁽¹¹⁹⁾ 刑罰法規の遡及適用は「実行時に法違反でなかった行為を刑罰に処することは専制政治にとつて好都合で最も恐ろしい道具の一つである」⁽¹²⁰⁾ がゆえに、その禁止は自由社会の核心的価値を反映する。⁽¹²¹⁾ すなわち、既存の法ルールへの違反に処罰を限定することで、公正な告知が促進され、個人の自律が発展することとなる。⁽¹²²⁾ また既存の法ではなく官吏が犯罪であると考える行為を処罰する裁量を認めないことで、人の意思ではなく法の支配により社会が統治されることとなる。⁽¹²³⁾ 合衆国憲法の事後法禁止条項は、アメリカ合衆国の刑罰法規をこのような法理念に服させるものであり、合法性原則に根拠づけられる所以でもある。⁽¹²⁴⁾

合衆国憲法の事後法禁止原則は、その文言上明らかに立法に対するものである。合衆国最高裁も、刑事規制における事後法に対してはかなり厳格な制約を認めているが、⁽¹²⁵⁾ 司法に対しては事後法禁止原則を適用しない。それは、イギリス議会の専横という歴史に照らして、立法府が好ましからざる集団や個人を選び出し、事後処罰するために事後法を用いたことに鑑み、立法権限への規制が本条項の目的であるとの理解からである。⁽¹²⁶⁾ また、裁判所は実際の訴訟において現行法を解釈することができるのみであるから、立法府に比べて、濫用の恐れや程度はかなり限定されていることもその理由とされる。⁽¹²⁷⁾

形式的に見れば、制定法の解釈は新たな法律が過去の事実に応用されるか否かという問題を提起するものではない。

ない。⁽¹²⁸⁾ 裁判所が制定法を解釈する場合、その解釈は当該制定法の制定当時からの変わらない意味を示すのである。先例の解釈が変更されることは、その解釈が不正確であったことを意味する。⁽¹²⁹⁾ つまり、先例の解釈を覆す判決は法律を変更するものではなく、単に本来当該制定法が意味していることを明らかにするにすぎない。遡及の問題が法律が変更された場合にどのようなようにすべきなのかということであるとすれば、拡張された解釈をその判決以前の行為に適用するか否かは遡及の問題ではない。⁽¹³⁰⁾ その判決は当該制定法が意味していることを宣言する限り遡及的に適用されることとなる。実際、二〇世紀初頭までは、ブラックストーンを代表とする法形式主義者 (legal formalist) の、「立法府が法律を創造し変更する権限を有するのであって、法律は裁判所の判決とは独立にそれ先に立って存在する」との見解が有力であったために、裁判所の判決により法律を変更することができない以上、過去の行為に適用すること何ら問題がないと考えられた。⁽¹³¹⁾ あらゆる裁判所の判決は、過去の行為に適用されるから、本来不可避的に遡及的である。⁽¹³²⁾ 先例における欠落がある場合必然的に類推によって理由づけし、しばしば後の判決が時間を遡って以前の行為に犯罪との有権的な烙印を押すとともに、そもそも刑罰法規を適用するさいにほとんど全ての文言が何らかの解釈を必要とする以上、あらゆる裁判所の判決に合理的で必然的な程度の遡及性は本来的であるともいえる。⁽¹³⁴⁾

しかし、二〇世紀中葉までに、法現実主義 (legal realism) が台頭し、裁判のプロセスが発見ではなく創造であるとの理解に基づき、裁判所の解釈が単なる法発見ではなく法創造行為であるから、新たな解釈が過去の行為に適用されるべきか否かは重要な問題となる。⁽¹³⁵⁾ また、刑事被告人からすれば、刑事立法を (再) 解釈して新たな行為を禁止対象に含めるなどする裁判所の判断は立法の改正と同じ効果があるのにもかかわらず、なぜ裁判所が事後法禁止条項の精査を受けないのか納得しえないところである。⁽¹³⁶⁾ さらに、事後法禁止条項の理論的根拠である

公正な告知（警告）と基本的な正義に照らせば、立法府は、個人がその行為を法に合致させることができるように当該行為を犯罪とする意図につき事前の告知を与えなければならないが、この公正な告知の要請は立法に限られるものではない。⁽¹³⁷⁾

そこで、合衆国最高裁も、*Bowie* 事件判決において、裁判所の判決が制定法の現実の意味を変更しうること、および、予見不可能な拡張解釈が適及的に適用されればまさに事後法と同じように機能することを認め、デュー・プロセス条項を根拠に遡及適用禁止原則を確立する⁽¹³⁸⁾。裁判所の解釈は制定法が制定当時から意味していることを宣言するとしても、デュー・プロセス条項は特定の脈絡において特定の解釈の遡及適用を禁止する、つまり予見不可能な解釈の遡及適用を禁止するとする。その論理は概ね以下の通りである。⁽¹³⁹⁾ すなわち、デュー・プロセスは告知を受ける権利を保障する。告知を受ける権利の核心は、いかなる行為が犯罪として処罰されるのかについての公正な警告を国民に与えることである。遡及的立法の禁止ルールは、遂行時に禁止されていなかった行為の処罰を禁ずることと公正な警告が付与されることを保障するのに有益である。裁判所の判決が予見不可能な方法で刑罰法規の射程を拡張し被告人に不利益に遡及的に適用されるならば、それはまさにデュー・プロセス条項に違反する。予見不可能な制定法解釈はある行為が制定法により禁じられているとの事前警告を与えないからである。それゆえ、州裁判所は州法を解釈する最終的な権限をもつとしても、デュー・プロセス条項は予想外あるいは予見不可能な解釈を遡及的に適用することを認めないのである。

合衆国最高裁は何が予見不可能な刑罰法規解釈となるのかを明らかに定義していない⁽¹⁴⁰⁾。それゆえ、合衆国最高裁は、*Bowie* 事件判決に先例として敬意を払いつつも、*Bowie* 事件判決に基づく被告人の主張に対して、その場しのぎ的にさまざまな事情に言及し⁽¹⁴¹⁾当該解釈が予見可能であるとして遡及適用を肯定する傾向にある⁽¹⁴²⁾。先に列

挙げた、*Bowie* 事件判決以降の合衆国最高裁の判決例では、*Marks* 事件判決のみが新解釈の遡及適用を否定しているにすぎない。いずれも被告人の行為が新たな解釈を適用することによって初めて処罰することができる事例であり、事後法禁止条項適用の四類型の代表例といえるものばかりである。ただ、対象となる制定法が合衆国か州か（最終的な解釈権限は誰にあるのか）、制定法上の文言はどのような性質か、あるいは当該事件までの先例状況がどうか（合衆国最高裁の先例があるのか、当該法域における先例があるのか、あるいは全く新たな問題であるのか）という点においてはそれぞれ特徴があり、これらは当該解釈の予見可能性判断に影響する。

Bowie 事件は、州最高裁が不退去行為を処罰するため州法を新たに解釈した事案で、州法の文言がかなり明確で、かつ不退去行為を処罰する先例がないことに特徴がある。*Rose* 事件は、州最高裁がクニリングスを処罰するために州法を新たに解釈した事案で、州法の文言がかなりあいまい多義的で、州裁判所も当該州法の広範な解釈を選択することを明確にしており、かつ他の法域では当該行為を類似の制定法で処罰しているという事情がある。*Marks* 事件は、合衆国最高裁による合衆国法の事後の新解釈を遡及適用できるか否かの事案で、当該制定法の文言が広範で一掃的であり、新解釈が修正第一条に合致した判断基準にかかわり、従前の合衆国最高裁の解釈を変更するものであった。*Rodgers* 事件および *Lanier* 事件は、いずれも合衆国最高裁が合衆国法につき控訴裁判所の判断を覆して遡及適用を認めた事案である。*Rodgers* 事件では巡回区において解釈に対立があり、*Lanier* 事件では当該解釈につき先例が見当たらないという事情が見られる。

この類型的な事案の相違に留意しつつ、合衆国最高裁判決相互の分析に目を向けてみる。

まず、*Bowie* 事件判決は州裁判所による州法の解釈方法に関する事案であり、「州裁判所による州法適用に対するデュー・プロセスの制約」という合衆国裁判所の特別権限⁽¹⁴³⁾にその意義があるとの指摘がある。合衆国最高裁

は、一般に、合衆国法が解釈対象であれば問題の解釈を覆しより狭く解釈しなおすという標準的な解釈手法を用いる⁽¹⁴⁴⁾。しかし、*Bowie* 事件判決では州法が対象であり、合衆国最高裁は、州最高裁による解釈を受容するから、州法を誤って解釈したと考えても、州がその法律をどのように解釈すべきかを示すことはその権限外である⁽¹⁴⁵⁾。そのため、州最高裁の不当な解釈による被害の最小化を図る意図で、遡及適用を抑制するためにデュー・プロセスを用いたともいえるとする⁽¹⁴⁶⁾。その意味では、*Rose* 事件判決以外の諸判決は、合衆国法の解釈が問題とされているので、合衆国最高裁の解釈の腕の見せ所とも言いうる。しかし、*Marks* 事件判決以外では、新解釈を変更することなく遡及適用が認められていることに注意しなければならない。それはまさに *Bowie* 事件判決が州法解釈に対する規制であって、合衆国法をその射程内に含めるものではないことを暗示しているのかもしれない。

実際、デュー・プロセスによる遡及処罰禁止を認める *Bowie* 事件判決による主張は、州法の解釈を対象とする場合州上訴裁判所や合衆国控訴裁判所によって認められやすい一方、「合衆国法レベルでは滅亡寸前である」と評される⁽¹⁴⁸⁾。広範な文言を用いた制定法の多い「刑事規制の合衆国（連邦）法化」現象が急速に進む現状に鑑みれば、合衆国裁判所の解釈がデュー・プロセスの精査を受けないことはきわめて大きな現実的意味をもつこととなる⁽¹⁴⁹⁾。合衆国法レベルでの遡及処罰禁止の主張が認められない理由として二点が指摘されている。第一に、刑事抗弁や因果関係判断などのコモン・ロー原則が変更される場合には、その遡及適用が是認されることである。コモン・ロー制度は、裁判官が明白に立法機能を営む場合でさえ、事後法禁止原則の峻厳な適用と相容れない進展方法を前提とする以上、*Bowie* 事件判決は基本的にこれには適用されないとする⁽¹⁵⁰⁾。第二に、制定法解釈の変更の場合でも、予見可能性という要件にはいくつかの問題がある。まずそこという予見可能性は、法がどのように適用されるかにつき犯罪者の主観的な期待をいうのではなく、客観的な基準に基づくものである⁽¹⁵¹⁾。裁判所の解釈が、

制定法の文言や先例に照らして客観的な観点から予測できるのであれば、その解釈はデュー・プロセスに違反するものではない。これが予見可能性判断の枠組み上の制約である。⁽¹⁵²⁾次に、現実には、裁判所はこの客観的予見可能性の要件をきわめて緩やかに解釈している。解釈の変更が予見可能かを判断するさいに、裁判所は、当該制定法の文言のあいまいさ、他の法域における先例、これまでの行政解釈や合衆国最高裁の上告受理の有無などさまざまな要素を考慮する。どの要素も決定的なものではなく、Bowie 事件判決による主張を否定するための広範な裁量を裁判所に与えている。⁽¹⁵³⁾予見可能性判断は順応性が高く、人為的操作を受けやすいのである。⁽¹⁵⁴⁾さらに、予見可能性は、遡及処罰禁止原則の目的に照らして判断されるというよりも、裁判所による解釈の変更には隠された意図を発見する場合のカモフラージュとなっている。その意味では予見可能性の要件は必ずしも必要ではないともいえる。⁽¹⁵⁵⁾合衆国裁判所の解釈の腕が予見可能性の判断において「何でもあり」といふべき状況を創出し、そのように腕を振るわせたのは予見可能性そのものあいまいさに加えて、立法と裁判とを厳格に分断する法形式主義者のな思考であろう。

さて、遡及適用を否定した二つの判決、Bowie 事件判決と Marks 事件判決との関係については、「Marks 事件判決が Bowie 事件判決の予見可能性基準を単に適用したのではない」との指摘がある。⁽¹⁵⁶⁾すなわち、Bowie 事件判決は裸の条文の予見不可能な拡張解釈が遡及的に適用されえないとする一方、Marks 事件判決は当該制定法のすでに確立された限定解釈を覆す合衆国最高裁の新解釈の遡及適用を認めなかった。Marks 事件判決は Memmors 事件判決が被告人の行為時に有効な基準であったという事実を重視したのであって、Miller 事件判決の基準が当該制定法の文言に照らして予見可能な解釈であったか否かに焦点を当てたものではない。Miller 事件判決は制定法の文言が示唆するよりその適用範囲を実際に限定している。つまり、当該制定法の文言を素直に読めば

Miller 事件判決の基準以上に広範で一掃的に解釈されることが示唆される。よって Miller 事件判決は Bouie 事件判決の意味では予見不可能とはいえない。しかし、Miller 事件判決の予見可能性を問うことは外的外れである。Memoirs 事件判決が Miller 事件判決に先立つ法であったし、Miller 事件判決の基準が Memoirs 事件判決のすでに確立された限定を覆したことが重要である。したがって、Miller 事件判決が Memoirs 事件判決では処罰されない行為につき刑事責任を課すかぎり、その遡及適用はデュー・プロセスを侵害することとなる。Marks 事件判決の核心は、より広範な Miller 事件判決の基準の予見可能性に関する抽象的な評価ではなく、Memoirs 事件判決に依拠するという被告人のデュー・プロセスの権利である、とする。⁽¹⁵⁷⁾

では、同じく州法の解釈を問題としながら結論が分かれた、Bouie 事件判決と Rose 事件判決との関係はどうであろうか。制定法の解釈の予見可能性を判断する際に考慮されるべき諸要因が州の法的事情に従いさまざまであるとしつつ、もつとも重要な要因は、州裁判所が被告人の行為以前に当該制定法を解釈したことがあるか否かであるとし、先例解釈を覆す制定法解釈は Bouie 事件判決により分析する一方、ファースト・ケースの解釈は Rose 事件判決の三要素分析で検討するのが適切である、との指摘がある。⁽¹⁵⁸⁾ この見解によると、Bouie 事件判決においては、それまでの解釈が明らかに被告人の行為を排除しており、被告人にはその行為時に有効であった旧解釈に依拠する権利があるから、新解釈が予見不可能で遡及的に適用されえないとしたとする。⁽¹⁵⁹⁾ そのでの問題は、制定法の新解釈が被告人の行為時に予見可能であったのか否かである。このアプローチは予見可能性の要件を支持する目的、つまり制定法が被告人の行為を禁止するか否かにつき被告人に公正な警告を与えることに合致するとする。他方、Rose 事件判決は、州裁判所が初めての解釈問題に臨む場合には、その解釈が予見可能であるか否かを判断するのに、Bouie 事件判決とは違う分析を適用すべきであるとしたと理解する。⁽¹⁶¹⁾

しかし、この見解に対して、Bowie 事件判決の理解をまったく逆にする立場がある。これは、Bowie 事件判決と Rodgers 事件判決とを比較するなかで指摘されている。すなわち、Bowie 事件判決は、州の先例が被告人の行為がこれに該当しないことを示唆するとしたが、州最高裁がその先例を覆すものとは考えなかったために、州法の先例解釈の変更という事案ではなく、州裁判所が単に平明な制定法の文言を解釈したにすぎないの⁽¹⁶³⁾に対して、Rodgers 事件判決は、単に合衆国法を解釈したのではなく、第八巡回区において確立した解釈を変更したのである⁽¹⁶⁴⁾。Bowie 事件判決のような場合には、遡及適用の可否は、その解釈が制定法の文言に照らして予見可能であったか否かによる。しかし、合衆国最高裁が問題の制定法を解釈する先例を覆す、Rodgers 事件判決のような場合には、被告人の法域における拘束力ある先例が行為時に被告人の行為を合法としていたか否かに注意が払われなければならない⁽¹⁶⁵⁾。Rodgers 事件判決は、その解釈が合理的に予見可能であるから、遡及的に適用されうると判断したが、このような相違点を無視し、公正な警告のチェックに Bowie 事件判決テストが尽きるものとした。しかしながら、Bowie 事件判決は刑罰法規の文面上予見不可能な解釈が遡及適用されてはならないとする一方、あらゆる予見可能な解釈が遡及適用されうるとは判断しなかった。すなわち、Bowie 事件判決は文面上の予見不可能性が遡及適用を禁止するのに十分条件であるとしたが、必要条件であるとは判示しなかった⁽¹⁶⁶⁾。Rodgers 事件判決のような場合には、デュー・プロセスが、制定法の文面だけに照らせば予見可能であるが、より狭く解釈する先例を覆す判決の遡及適用を禁止するか否かという新たな問題を提起する⁽¹⁶⁷⁾、とする。

Marks 事件判決および Rose 事件判決に照らして⁽¹⁶⁸⁾、Bowie 事件判決におけるデュー・プロセスによる遡及処罰禁止原則の弱さが指摘される⁽¹⁶⁹⁾。その弱さとは、十分に特定されていない制定法の刷新的な解釈を予見不可能であるとしたがらない裁判例に示される。つまり、解釈による法創造の機会は、限定的で正確な文言を用いる制定法

ではなく、広範で不正確な概念を用いる制定法において生じ、ここでは必然的に重要な政策立案的選択が裁判所の判断に委ねられる。そこで、裁判所は、多くのさまざまな違法行為にこのような制定法を事後的に適用することは合衆国憲法に違反しない、というのは、開放性のある文言が、まさにその特質によって、その適用範囲につき問題が生じるかもしれないし、意図する行為が含まれると判断されるかもしれないとの告知を与えるからであるとする。Bowie 事件判決が限定的で正確な文言を用いた制定法の解釈につきその文言に照らした予見可能性を重視したことが逆手に取られて、あいまいな制定法では Bowie 事件判決の手法が通じないものとし、その他の判断資料の流入と判断方法の多様化への道が開かれたのである。⁽¹¹⁾

予見可能性の判断と先例の扱いという観点からは、Lanier 事件判決と Rodgers 事件判決との整合性が今後の課題として指摘される。Lanier 事件判決は、被告人の行為が違法であるとの合衆国最高裁または当該巡回区裁判所の先例がなくても、公正な警告という要件が充足されることを明らかにしたが、それらの先例がない場合に、他の巡回区における意見の対立が常に被告人が公正な警告を受けていなかったことを意味するという主張を拒否する一方、その対立が状況によっては公正な警告の付与を否定しうることも認めている。⁽¹²⁾ その意味では、Lanier 事件判決は Rodgers 事件判決の有効性に重大な疑義を投げかける判決であるし、⁽¹³⁾ さらに Lanier 事件判決のような理解は、当該巡回区先例が被告人の行為を合法としているのであれば、それによって被告人は、先例が覆されるまでは、その行為につき刑事責任から保護されるとの判断に結びつきやすい。Lanier 事件判決における、先例に基づく予見可能性判断への示唆は、処罰を肯定する何らかの先例の存在が警告を与えるという論理に一考を促すものであるとともに、遡及処罰禁止に対する基本的な立場に影響するものとして、重要である。

最後に、Bowie 事件判決におけるデュー・プロセス条項に基づく遡及処罰禁止原則の射程が問われている。す

なわち、この遡及処罰禁止原則は、Cutter 事件判決で示された事後法禁止原則の四類型すべてを対象とするのか否かである。Bowie 事件は、新解釈以前になされた行為が旧解釈において合法とされていた場合に、新解釈を遡及適用して処罰できるかを問う事案である。刑罰を加重する新解釈の遡及適用をめぐる議論がこの点を明らかにする。⁽¹⁷⁴⁾

巡回区裁判所の多くは Bowie 事件判決を刑罰加重類型にも適用するとし、Bowie 事件判決から、「刑罰法規の予見不可能な裁判所による拡張は、それが遡及的に適用されれば、まさに事後法と同じように機能する」、「州立法府がそのような法律を制定することを事後法禁止条項により禁じられるならば、州最高裁も裁判所の解釈によりまさに同じ結果を達成することをデュー・プロセス条項により禁じられなければならない」との一節を引用して、事後法禁止条項の対象とする四類型すべてに Bowie 事件判決が適用されるべきことを主張する。⁽¹⁷⁵⁾

他方、巡回区裁判所のいくつかは、これらの裁判所の引用する文章が Bowie 事件判決全体に照らして分析されるべきことを強調し、Bowie 事件判決における文言が刑事責任の射程を拡張する判決にのみ適用されるとの立場をとっている。⁽¹⁷⁶⁾ Bowie 事件判決は「刑罰法規はそれが犯罪とする行為につき公正な警告を付与しなければならぬ」と述べてその分析を始め、その判決を基礎づけるデュー・プロセスの利益を示唆する場合にはほとんどすべて、被告人らの行為が犯罪であるとの公正な警告を被告人らが受けていなかったからであると述べ、また、刑罰法規を漠然性のゆえに違憲としたさいに表明したデュー・プロセスの利益に依拠していたのである。⁽¹⁷⁷⁾ そこで、事後法禁止条項が合衆国最高裁が判決に達する理由において一つの重要な要素ではあるが、Bowie 事件判決テストと事後法禁止条項におけるテストとが明らかに同一であると言うことは不正確であるとする。⁽¹⁷⁸⁾

以上、Bowie 事件判決を中心に、裁判所による新解釈の遡及適用の可否を争った代表的な合衆国最高裁判例の

概要を紹介し、これらに対する評価につき、判決相互の關係に照らした分析を示した。そこでは、*Bowie* 事件判決は、裁判所による遡及適用にデュー・プロセスによる制約を確立する、進展性のある判例と概ね評価されており、デュー・プロセス条項による遡及処罰禁止原則は、少なくとも理論的には、概ね一貫して維持されているとも言える。それは、デュー・プロセス条項による人権保障という観点での金看板として、その価値および影響力が重大であるが、他方、二〇数年間、*Bowie* 事件判決に基づく被告人の主張がまったく認められていないという現実もある。それは、*Bowie* 事件判決そのものの位置づけが必ずしも一致していないこと、およびデュー・プロセス違反か否かを問うための具体的判断基準が、予見可能性という、スタンスの取り方次第でどのようにでも使いうる概念であること、さらに裁判所の判決に遡及禁止原則を妥当させるバックグラウンドが確立されていないことに主たる要因があると思われる。これらの点を含めて、以下では *Rogers* 事件判決の概要を示したうえで、この判決に対する分析を検討するなかで、遡及処罰禁止原則の意義と要件を改めて吟味することとする。

- (69) *Krent, Should Bowie Be Buoyed?: Judicial Retroactive Laundering and the Ex Post Facto Clause*, 3 *ROGER WILLIAMS U. L. REV.* 35, 42 (1997).
- (70) *Id.* at 43-44.
- (71) *Id.* at 44.
- (72) *Id.* at 45.
- (73) *Id.* at 46.
- (74) *See also* *Ross v. Oregon*, 227 U. S. 150, 161 (1913).
- (75) *Krent, supra* note 69 at 49.

(76) *Id.* at 50–51.

(77) *Id.* at 51.

(78) 一般的な遡及法理については、一九六〇年代になって Warren Court の画期的な人権判決が下されるなかで遡及適用の可否がクローズアップされた。つまり、被告人の憲法上の権利が劇的に拡張されたことにより、新解釈を遡及させてそれ以前に有罪とされた多くの被告人を救済すべきか否かという問題が浮上したためであった。合衆国最高裁は、Linkletter v. Walker 事件判決 (381 U.S. 618 (1965)) において、目的 (purpose)、信頼 (reliance) および効果 (effect) という三要件テストを用いて遡及効を否定したが、一九八〇年代には一定の条件のもとで遡及効を認めるようになる。この意味での遡及法理はなお混乱状態にある。See Morrison, *Fair Warning and the Retroactive Judicial Expansion of Federal Criminal Statutes*, 74 S. CAL. L. REV. 455, 466 (2001).

(79) 366 U.S. 213 (1961).

(80) *Commissioner v. Wilcox*, 327 U.S. 404 (1946).

(81) *Id.* at 221–222, 224, 242.

(82) Morrison, *supra* note 78 at 480.

(83) 378 U.S. 347 (1964).

(84) *Id.* at 353–354.

(85) *Id.* at 354.

(86) *Id.* at 351–352, 356.

(87) *Id.* at 351.

(88) *Id.* at 355–356.

(89) *Id.* at 352.

- (90) *Id.* at 356-357.
- (91) *Id.* at 354-355.
- (92) Krent, *supra* note 69 at 57.
- (93) 423 U. S. 48 (1975).
- (94) *Id.* at 51-52.
- (95) *Id.* at 52.
- (96) *Id.*
- (97) *Id.*
- (98) *Id.* at 53.
- (99) *Id.*
- (100) 430 U. S. 188 (1977).
- (101) *Memoirs v. Massachusetts*, 383 U. S. 413 (1966).
- (102) *Miller v. California*, 413 U. S. 15 (1973).
- (103) 430 U. S. at 196-197.
- (104) *Id.* at 191-192.
- (105) *Id.* at 195.
- (106) *Id.*
- (107) *Id.*
- (108) *Id.*
- (109) *Id.* & n. 10.

- (10) 466 U. S. 475 (1984).
- (11) 374 F. 2d 363 (1967).
- (12) 466 U. S. at 484.
- (13) 520 U. S. 259 (1997).
- (14) *Id.* at 266.
- (15) *Id.*
- (16) *Id.* at 267.
- (17) *Id.* at 268.
- (18) *Id.* at 265-266.
- (19) HALL, *supra* note 6 at 59.
- (20) Morrison, *supra* note 78 at 462.
- (21) ALLEN, THE HABITS OF LEGALITY: CRIMINAL JUSTICE AND THE RULE OF LAW 15 (1996).
- (22) *Id.* at 15-16.
- (23) HALL. *supra* note 6 at 63-64.
- (24) Armstrong, Rogers v. Tennessee: *An Assault on Legality and Due Process*, 81 N. C. L. REV. 317, 325 (2002). *See opp.*, Kahan, *Some Realism about Retroactive Criminal Lawmaking*, 3 ROGER WILLIAMS U. L. REV. 95, 95-97 (1997).
- (25) 事後法に対する制約は確立されているものの、この領域における合衆国最高裁の多数の判決が「貫しない混乱状態となりしころこの指摘もある。 See Logan. *The Ex Post Facto Clause and the Jurisprudence of Punishment*, 35 AM. CRIM. L. REV. 1261, 1268 (1998).
- (26) Morrison, *supra* note 78 at 462.

- (127) *Id.* at 463.
- (128) *Id.* at 467.
- (129) *Id.*
- (130) *Id.*
- (131) Krent, *supra* note 69 at 78-81.
- (132) Morrison, *supra* note 78 at 465.
- (133) McDonald, *Foreseeability as a Limitation on the Retroactive Application of Judicial Decisions*: Davis v. Nebraska, 26 CREIGHTON L. REV. 931, 937 (1993).
- (134) HALL, *supra* note 4 at 61. Hall 教授は判例変更の遡及適用について以下のように述べる。つまり、合衆国憲法における事後法禁止条項は明らかに刑罰立法に限定されているけれども、たとえば刑罰法規を違憲とした先例を覆すうなきわめて重要な判決に遡及効果が認められてはならないと考えるのももつともである。もちろん、字義どおりには、制定法や法典の解釈を含めたすべての判例法が遡及的に機能することは確かである。というのは、法律が既存のすべてを包含するとの伝統的理論にかかわらず、実際は多くのギャップが存在し、時間を遡って以前の行為に犯罪との烙印を押すのは事後の判決だからである。しかし、そのような遡及性はあらゆる法制度に不可避である。それゆえ、重要なのは当該判決の現実的な質であり、とりわけて、判決がそのような不可避的な方法でのみ遡及的であるのか、あるいは判決が問題の行為に先立つ法律に照らして予測できず擁護できないのかである。ほとんどの事件においては、判決以前に当該行為が犯罪であるとされる可能性が極めて高いのであるが、しかし例外もある。裁判所が明らかに新たな法を創造し遡及的效果を与えた事例がある。裁判所の判決に通常伴う遡及の不可避性はその例外の正当化根拠となるものではない。¹³⁵
- (135) Morrison, *supra* note 78 at 465.

(136) Krent, *supra* note 69 at 37.

(137) これは、United States v. Lanier 事件判決が、裁判所は制定法もその射程内にあると公正に明らかにされていない行為に新たな解釈を適用することは許されないとし、また、Carmell v. Texas 事件判決 (529 U.S. 513 (2000)) が、政府が個人の自由や生命を剥奪できる状況を統制するために確立した法の諸ルールに従うという基本的な正義なる、より一般化された利益を指摘し、それが事後法の制定だけではなく遡及的な裁判所の判決にも妥当な事としたことにも明らかである。ただ、Lanier 事件判決は並列的に検討しているが、漠然性のゆえに無効の理論や慈悲の原則とは違って、遡及適用禁止ルールは制定法解釈のルールではない。むしろ、裁判所が制定法をかく解釈すると判決した場合に、制定法の文言またはその先例解釈が、当該制定法がそのように解釈される可能性を公正に示していなければ、裁判所がその解釈を遡及的に適用してはならないことを意味する。いずれにせよ、これらの諸原則は公正な警告の基本的な目的を共有している。その目的とは何人も禁止されると合理的に理解し得ない行為につき刑事責任を問われないことの保障であり、それは告知と基本的公正さという二つの利益が立法に対してだけではなく裁判所の判決にも適用されるべきことの重要性を反映している。

(138) Morrison, *supra* note 78 at 468. Bowie 事件判決に対しては、遡及処罰禁止原則との関係では一定の肯定的評価がなされる一方、本来平等条項により処理されるべき問題を回避している点を捉えて「不誠実な」判決と見る見解もある。See Klarman, *An Interpretive History of Modern Equal Protection*, 90 MICH. L. REV. 213, 274 (1991), Waxman, *Twins at Birth: Civil Rights and the Role of the Solicitor General*, 75 IND. L. J. 1297, 1311 n. 79 (2000).

(139) McDonald, *supra* note 133 at 931.

(140) *Id.*

(141) Krent, *supra* note 69 at 38-39. 裁判所は、裁判所への遡及処罰禁止原則の衝撃を劇的なまでに緩和するために、さまざまな工夫を凝らしている。まず、立法であれば予見可能であっても遡及適用が認められないのにもか

ならず、裁判所の判決では予見不可能な場合に限定する。また、予見可能性判断もかなり寛大であり、実際上は先例の変更がまったく恣意的である場合にのみ *Bouie* 事件判決に基づきデュー・プロセス条項違反とするのである。

(142) *LAFAVE & SCOTT, supra note 4 at 104. See McDonald, supra note 133 at 932.* 下級審裁判所は適及性を解決するための多くのアプローチを採用している。これらの裁判所は、行為が行われた時点でいかなる法律が存在していたか、潜在的な被告人が行為時に何を予見しえたのかに焦点を当てている。

(143) *Morrison, supra note 78 at 478.*

(144) *Id. at 477.*

(145) *Id. at 478.*

(146) *See also Rabe v. Washington, 405 U. S. 313 (1972).*

(147) *Krent, supra note 69 at 59.* 州レベルで *Bouie* 事件判決が是認されるのには、さまざまな要因が考えられるが、主として州の事実審裁判所が合衆国の下級審裁判所に比べはるかに政治化しており、被告人に不利益に働く斬新な解釈に対して上級審裁判所がチェックの目を光らせていることが挙げられる。

(148) *Id. at 60.*

(149) *Id.*

(150) *Id. at 63.*

(151) *Id. at 64.*

(152) *Id. at 65.*

(153) *Id. at 67.*

(154) *Id. at 71.*

(155) *Id. at 74.*

- (156) Morrison, *supra* note 78 at 482.
- (157) *Id.* at 483.
- (158) McDonald, *supra* note 133 at 953.
- (159) *Id.* at 954.
- (160) *Id.* at 955.
- (161) *Id.* at 956.
- (162) LAFAYE & SCOTT, *supra* note 4 at 144 n. 69.
- (163) Morrison, *supra* note 78 at 479.
- (164) *Id.*
- (165) *Id.*
- (166) *Id.*
- (167) Bowie 事件判決ルールに基づき新解釈の予見可能性を問いこれを否定した Marks 事件判決も、新解釈による判例変更事例であるとし、当時有効であった旧解釈を信頼して行動する権利があることを重視した予見可能性判断を行っていると考えれば、Bowie 事件判決とは異なる判断手法ともいえる。しかし、Bowie 事件判決でも、州の先例への信頼を問う余地もあつたにもかかわらず、制定法の文面に基づく予測可能性を選択したものと考えることもできるし、あるいは遡及処罰（適用）禁止原則が法への信頼の可否の問題とは異なるとの暗黙の判断ともいいうる。
- (168) この二つの判決につき、Rose 事件判決では、先例において被告人の行為を除外する限定的な方法で解釈されてはいなかったが、逆に、Marks 事件判決では、被告人の行為が除外される解釈がなされており、被告人が行為時に有効であった限定的な解釈に依拠する権利があるとされた。
- (169) Kahan, *supra* note 124 at 106.

(170) *Id.* at 106-107. この論理は、委譲されたモン・ローの創造が遡及的になされる制度の下にある市民は裁判所が遡及的に法創造するという告知を受けているから、そのような法創造が公正な告知に合致するというのに等しく、漠然とした制定法の刷新的な解釈が遡及的な法創造として違憲となりうるとの判断をデュー・プロセスが支持しないとこののは言いすぎである。デュー・プロセスによる遡及処罰禁止原則をより正確に評価するとすれば、デュー・プロセスが、裁判所が共同体の規範に照らしてその権限の行使が不当であると認識する場合には常にその遡及的な法創造を禁止するということであるとする。

(171) 合衆国最高裁は、Marks 事件判決で、Rose 事件判決の分析が最初の解釈例に適用されるもので、先例法を覆した場合の Bouie 事件判決の分析とは異なると説明した。制定法の平明な文言について、裁判所が制定法の文言が「限定的で正確」であると判断すれば、明らかにその文言の射程外にある行為を含める先例のない解釈は予見不可能である。州裁判所の先例について、Rose 事件判決では、合衆国最高裁は、制定法が広範な射程を与えられるであろうとの州裁判所によるそれ以前の示唆が、当該事件における制定法の拡張解釈を予見できなかったという被告人の主張を否定するとし、州裁判所によるそれ以前における限定解釈の拒絶が当該制定法に広範な解釈を与えられるであろうとの十分に明確な告知を与えたとした。他の法域の解釈については、当該解釈が予見可能であるとの一つの示唆は、他の裁判所が類似的制定法につき類似的解釈を取っていることであるとした。

(172) Morrison, *supra* note 78 at 487.

(173) *Id.* at 486.

(174) Kaatz, *Is There an Ex Post Facto Prohibition on Judicial Decisions that Retroactively Enlarge Criminal Punishment?* 47 WAYNE L. REV. 1367 (2001).

(175) *Id.* at 1378. 少なくとも一つの裁判所は、事後法禁止条項のデュー・プロセスの関心として公正な警告の重要性を示唆する Bouie 事件判決の文言が、刑罰を加重する裁判所の遡及的判決が禁止されるとの立場を支持すると理由

づけた。第六巡回区は *Dale v. Haebertin* 事件判決 (878 F. 2d 930 (6th Cir. 1989)) において以下のように述べて、この見解を示した。つまり、「事後法禁止条項を支える公正な警告という原則はデュー・プロセス条項の基本的な構成要素でもある。事後法禁止条項の諸原則において、行為者はその行為が犯罪であること、彼が捕まれば特定の不変な刑罰を受けるであろうことを公正に警告されなければならない。デュー・プロセス条項において権利とされる公正な警告の射程は事後法禁止条項のそれと同一であることは明らかと思われる」(*Id.* at 934-935) と。巡回区裁判所の多数意見が刑罰における裁判所による適及的な加重に適用されると *Bowie* 事件判決の文言を読む点で正しければ、合衆国最高裁は事後法禁止条項により禁じられる刑罰法規の全ての類型の裁判所による解釈にも適用する意図であったからでなければならない。

(176) *Id.* at 1379. この問題を分析する巡回区裁判所のいくつかは、*Bowie* 事件判決における文言が刑事責任の射程を拡張する裁判所の判決にのみ適用されるという立場をとっている。第一巡回区は、*Lerner v. Gill* 事件判決 (751 F. 2d 450 (1st Cir. 1985)) において、「犯罪の不十分な事前の定義に関する *Bowie* 事件判決やその他の判決の重要な前提は、人が行為する前にその行為を法律に合致させるか否かを決定しうるようにいかなる行為が犯罪であるのかを発見できるべきであるということである……。本件ではそのような問題は存在しない」(*Id.* at 457) とした。第六巡回区も、*Bowie* 事件判決が事後法禁止条項に違反する刑罰法規のあらゆる形態の解釈に拡張されると判断したが、「*Bowie* 事件判決が犯罪を定義する制定法の射程を適及的にかつ予想外に拡張する試みにかかわる事実に限定されることを示唆する文言がいくつかの合衆国最高裁諸判決にある」(878 F. 2d at 934) ことを指摘した。*Bowie* 事件判決の文言は巡回区裁判所の多数に有利に思われるが、少数派もその立場を支持する有効な権威づけが可能である。

(177) *Id.* at 1379-1380.

(178) *Id.* at 1380.