

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(三・完)

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……本誌三三卷一号
- 三 合衆国最高裁における遡及処罰禁止原則の理解……本誌三三卷二号
- 四 Rogers 事件判決の意義と位置づけ
- 五 むすびにかえて

四 Rogers 事件判決の意義と位置づけ

(1) Rogers v. Tennessee 事件判決の概要

本件の事実は以下のとおりである。被告人は、一九九四年五月六日に、屠殺ナイフで被害者の心臓を刺し貫通させた。被害者は緊急手術を受け、その最中に心停止状態となった。被害者は、酸欠による高次脳の機能停止で

昏睡状態に陥り、意識を回復することなく犯行から一五ヵ月後の一九九五年八月七日に死亡した。死因は心臓の刺傷に続く脳内酸素欠乏症であった。⁽¹⁷⁹⁾

州事実審裁判所は、一年と一日ルールに言及せずに、被告人に第二級謀殺罪による三三年の拘禁刑を宣告した。これに対して、被告人は控訴し、一年と一日ルールが犯行時にテネシー州のコモン・ローであり本件にも適用されるから、謀殺未遂罪であると主張した。州控訴裁判所は、一九八九年州刑事量刑改革法 (Tennessee's Criminal Sentencing Reform Act of 1989) が一年と一日ルールを破棄していたとし、原審判決を支持した。⁽¹⁸⁰⁾

州最高裁は、控訴裁判所とは異なる立場をとり、一年と一日ルールが一九八九年法により破棄されておらず、犯行時に州法の一部であったとしたが、コモン・ロー裁判所がこのルールを採用した諸理由がもはや存在しないのでこれを廃止し、被告人に遡及的に適用したとしても、それが *Bowie* 事件判決で示されたデュー・プロセスの要請に違反するものではないとした。その根拠は、多くの法域における本ルールの廃止、一九八九年法の制定および本ルールに関する州判例法の不足がいま一つ、裁判所による廃止が予測できないものでも擁護しえないものでもないことであった。⁽¹⁸¹⁾

合衆国最高裁は、O'Connor 裁判官が執筆した法廷意見において、州が一年と一日ルールを遡及的に廃止しても憲法上問題がないと判断し、これに Rehnquist 首席裁判官、Kennedy 裁判官、Souter 裁判官および Ginsburg 裁判官が同調した。これに対して、Scalia 裁判官が主たる反対意見を執筆し、これに Stevens 裁判官および Thomas 裁判官が同調した。また Breyer 裁判官は法廷意見の基本的なアプローチには賛成しつつその適用結果を批判する反対意見を述べた。⁽¹⁸²⁾ 以下では、法廷意見および Scalia 裁判官の反対意見の概要を紹介する。

【法廷意見—O'Connor 裁判官執筆】

本件においては、コモン・ロー上の一年と一日ルールを廃止する判決の遡及適用が合憲か否か、つまり、テネシー州最高裁は、当該州のコモン・ローに存在していたこのルールを廃止し、被告人の有罪判決を支持するために当該事件にこれを適用したが、それが被告人のデュー・プロセスを侵害し合衆国憲法修正第一四条に違反したか否かが争点である。⁽¹⁸⁴⁾

被告人は、*Bowie* 事件判決に依拠して、テネシー州裁判所が廃止判決を本件に遡及適用したことがデュー・プロセス条項違反であることを認めなかった点で誤りがあると主張した。つまり、事後法禁止条項は、「州はいかなる事後法も制定してはならない」と規定し、その文言から明らかなように、立法権限に対する制約であり、司法にそのまま適用されるものではない。⁽¹⁸⁵⁾ しかしながら、合衆国最高裁は、事後的な裁判所の判決に対する制約がデュー・プロセスの概念に内在すると考えている。*Bowie* 事件判決は、刑罰法規の明確性や厳格解釈の原則に関する先例に照らせば、刑罰法規が犯罪とする行為につき公正な警告を与えなければならないことが認められ、これに基づき「刑罰法規の裁判所による解釈が問題の行為の前に明示された法律に照らして予測できず擁護しえないものであれば、その解釈は遡及的效果を与えられてはならない」とし、州裁判所の新解釈の遡及適用がデュー・プロセス条項に違反するとした。⁽¹⁸⁶⁾ これに従えば、事後法禁止条項は州立法府であれば一年と一日ルールの廃止の遡及適用を禁止するであろうことから、デュー・プロセス条項は州最高裁が判決によって同じ結論を達成しようとするのを妨げるべきであると主張する。この主張を支持するために、被告人は、判決の遡及適用がデュー・プロセスに違反するか否かの判断をする際に決定的な問題が、合衆国憲法が州の立法権限の行使による同じ結果を禁止するか否かであるとの立場を *Bowie* 事件判決が代表するものと理解する。⁽¹⁸⁷⁾

しかし、デュー・プロセス条項が *Caldes* 事件判決で示された事後法禁止条項の範疇を組み入れると主張する

かぎりにおいて、被告人の主張は誤りである。⁽¹⁸⁸⁾ 確かに、*Bowie* 事件判決における法廷意見は、「州の立法府が法律の制定を事後法禁止条項によって禁じられるならば、州最高裁もその解釈によってまさに同じ結果を達成することを事後法禁止条項によって禁じられなければならないこととなる」、「刑罰法規の予見不可能な拡張が、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」、「デュー・プロセス条項は、州が制定法の裁判所による解釈によってまさに同じ効果を達成しようとしている場合に、事後法に対する憲法上の禁止と同一の結論を強いる」など、被告人が主張する広い解釈を示唆する文言を含んでいる。しかしながら、この指摘は傍論である。⁽¹⁸⁹⁾

Bowie 事件判決における法廷意見は、デュー・プロセスという十分に確立された概念に根拠づけられている。それは、告知、予見可能性、特に公正な警告を受ける権利に依拠していた。それらが依然に無実であった行為を刑事処罰することの合憲性にかかわるからである。そこで、事後法に関する傍論に照らしてではなく、確立されたデュー・プロセスという権利に照らしてこの判決を公正に分析すると、被告人の示唆とは違って、法廷意見のどこにも裁判所の判決の遡及適用に対するデュー・プロセスの制約に *Calder* 事件判決が指摘する範疇を組み込むとは書かれていないのである。また、*Bowie* 事件判決に基づく被告人の主張を検討するその後の判決例も、そこまで拡張して *Bowie* 事件判決を解釈するものはなく、一貫して *Bowie* 事件判決をその伝統的なデュー・プロセスの根拠に限定するものと見ている。そして、*Calder* 事件判決で示された事後法の範疇ではなく、むしろ *Bowie* 事件判決が明示した公正な警告というより基本的で一般的な原則に従って、判決の遡及適用に対する *Bowie* 事件判決の制御を適用している。⁽¹⁹⁰⁾

被告人は、デュー・プロセス条項と事後法禁止条項が共通の利益、つまり（告知や公正な警告を通じた）基本的な公正さおよび恣意的・復讐的な立法の防止という諸利益を擁護すると主張する。これは明らかに正しいが、

これらの考慮がコモン・ローの脈絡に事後法禁止条項の制限を拡張させるというのは誤りである。事後法禁止条項がデュー・プロセスという標題のもと裁判所に拡張されるとなれば、それは明確な憲法の文言の裏をかくであろう。それはまた立法作用とコモン・ロー上の判決作用との重要な制度的・脈絡的な相違を無視することとなるであろう。⁽¹⁹⁾

被告人は、コモン・ロー上の権限において活動する州裁判所がその法創造機能の行使において立法院と同じであり、いくつかの判決においては立法院に対する事後法禁止の諸制約を正当化する同じような政治的影響や圧力を受けることさえありうると主張する。しかしながら、裁判所による差別の機会、現実の訴訟において現行法を解釈するさいにすぎず、立法院よりもはるかに限定されている。さらに、判例法システムにおける柔軟性と先例という異なる引き手を前提とすれば、裁判所の判決に対するデュー・プロセスの控制に *Calder* 事件判決の範疇が組み入れられれば、それは、通常の裁判プロセスに対する、機能せず受け入れられない抑制となるであろうし、進展する法システムを特徴づける不明確性の解決と相容れないであろう。⁽²⁰⁾

本件のようにコモン・ロー上の諸原則の脈絡においては、新たな状況や事実パターンが現れるたびに、先例の意見を明確化あるいは再評価する必要性がしばしば生じる。そのような裁判所の活動は、それが「創造」あるいは「発見」と特徴づけられるにせよ、刑罰法規がそのコモン・ロー上の諸要件のいくつかを保持する州においては、その職務の必要な部分である。その脈絡における事後法禁止原則の厳格な適用は、コモン・ロー制度の基礎をなす漸進的かつ合理的な先例の進展を不当に害する。つまり、コモン・ローは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。このような配慮により、*Boie* 事件判決は、刑罰法規の裁判所による解釈の遡及適用に対するデュー・プロセスの制約を、問題の行為以前に明示されていた法律に照らして予測できず擁護

しえないもの限定したのである。⁽¹⁹³⁾この制約は十分にコモン・ローの脈絡にも資すると思われる。それにより、裁判所は、コモン・ローを論理や常識に合致させるのに必要なぎりぎりまで再評価し洗練させながら、刑事抗弁を公式化し、因果関係や意図などの諸原則を解釈するのに享有しなければならない、実質的な自由裁量を与えられる。それはまた基本的な公正さへのデュー・プロセスの関心を十分に尊重し、擁護できず予測できない先例違反から被告人を保護することで復讐的あるいは恣意的な裁判所による法創造を防止する。したがって、刑法に関するコモン・ロー上の原則の裁判所による変更が、問題の行為以前に明示されていた法律に照らして予測できず擁護しえない場合にのみ、公正な警告原則に違反し、それゆえ遡及的效果を与えられてはならない。⁽¹⁹⁴⁾

本件の事実に戻ると、テネシー州裁判所による一年と一日ルールの廃止は、予測できないものでも擁護しえないものでもなかった。このルールは、一般に、コモン・ローの時代遅れの遺物と見られており、その歴史にさほど深く入り込む必要もない。以下の諸点を指摘すれば十分である。すなわち、このルールは一般に一三世紀まで遡ると考えられており、当時は「死の訴え (appeal of death)」として知られる謀殺に対する私訴を個人が開始しうる期限法として機能したこと、一八世紀にはこのルールが謀殺罪に対する公訴に関する法律にまで拡張されていたこと、このルールの主たるそしてしばしば引用される正当化根拠が一三世紀の医学が被害者の受傷と死との間に多くの時間が経過した場合に合理的な疑いを超えて因果関係を立証できなかったことであること、さらに医学等関連科学の進歩がこのルールの有用性を失わせ問題なく時代遅れなものとしていたことである。⁽¹⁹⁵⁾

これらの理由のために、一年と一日ルールは最近この問題を扱ったほとんどの法域において、立法府あるいは裁判所により廃止されている。被告人は、*Bowie* 事件判決を引用しながら、他の法域におけるこのルールの裁判所による廃止が、テネシー州においても廃止されるかもしれないとの公正な警告を受けていたか否か、そして州

裁判所の判決が被告人に適用される限りで予測できず擁護しえないか否かを判断するさいに重要ではないとする。本件は、*Bowie* 事件判決とは違って、制定法の文言の正確な意味ではなく、コモン・ロー上のルールの継続的な有効性にかかわる。裁判所はしばしばコモン・ロー上のルールを変更するか修正するかを決定するさいに他の法域の諸判決を考慮している。非常に多くの法域が明らかにその目的を失ってしまったルールを廃止しているという事実は、ある事案におけるルールの廃止が当時の法律に照らして予測できず擁護しえないといえるか否かの判断には重要である。⁽¹⁹⁶⁾

最後に、おそらくもつとも重要であるが、被告人の行為時には、一年と一日ルールはテネシー州の刑法の一部としてもつとも薄弱な基盤を有していたにすぎなかった。このルールはテネシー州の成文の刑法典には存在しなかった。そして、州最高裁は、そのルールがコモン・ロー上では固持されていると結論する一方、そのルールが謀殺罪の判決の根拠として用いられたことがないことを明らかにした。実際、これまでの州の判例において、このルールは三度言及されたのみで、それはいづれも傍論であった。⁽¹⁹⁷⁾これらの判例は、州裁判所の判決が公正な警告というデュー・プロセス原則を侵害するほど予測できず擁護しえないことを示唆するものではない。これは、裁判所がテネシー州のコモン・ローの実質的な原則として一年と一日ルールを考えていたという事実にもかかわらず、である。このルールは、一度も適用されることがなく、名ばかりの原則にすぎなかった。州最高裁はその意見においてこの事実を強調し、それが本件におけるルールの廃止が判決の遡及効に対するデュー・プロセスの制約に違反するか否かにとって重要であるから、そうしたのである。そして、デュー・プロセスは行為当時犯罪とされていたと公正にいえない行為の処罰を禁止するものであるが、それが本件で起こったと示唆するものは何もない。⁽¹⁹⁸⁾つまり、本件におけるテネシー州裁判所によるルールの廃止が、デュー・プロセス条項により禁止さ

れる不公正で恣意的な裁判所の行為に当たるということを示唆するものはない。この判決は、先例からの顕著で予測できない乖離ではなく、裁判所が法律を理性と常識に合致させるという日常的なコモン・ロー上のものである。テネシー州のいかなる判例においても判決の根拠とされたことのなかった古代の時代遅れなルールを眠らせようとしてそれを行ったのである。⁽¹⁹⁹⁾

【Scalia 裁判官による反対意見】

Scalia 裁判官の反対意見は、「法廷意見が犯罪遂行時に謀殺罪でない（故殺罪にすぎない）人を謀殺罪で有罪とすることを是認する。それは、古代ギリシアに遡り、人間の思考の歴史において最も広く支持される価値判断の一つと称されている、『法律なければ刑罰なし』との格言に縮約された原則に違反する」と指摘する。⁽²⁰⁰⁾そして、まず法廷意見の効果を批判する。選挙によらない裁判官が、立法院が禁止されていることをなしうる、つまり遡及的に謀殺罪でなかったものを謀殺罪にすることができることとなると指摘する。これは合衆国憲法制定者が描いたシステムではないとする。⁽²⁰¹⁾

次いで、反対意見は一年と一日ルールをレイプ被害者が非難の声を上げるといふ要件と比較した。レイプ被害者の要件は、一年前に合衆国最高裁が遡及的に削除することができないと判示した。⁽²⁰²⁾一年と一日ルールとレイプ被害者の要件とが区別されるとするならば、一年と一日ルールは、レイプの訴追を支えるのに必要な証拠の量は違って、実際に犯罪の実体要件であるからより手厚く保護されるべきである。そして、そのルールがテネシー州法の一部であるか否かの問題に立ち戻って、テネシー州最高裁がこれを肯定しており、州最高裁による州法の合理的解釈は合衆国最高裁を拘束するとする。⁽²⁰³⁾

また、合衆国憲法の事後法禁止条項がデュー・プロセス条項を通じて裁判所に適用されるか否かが検討された。

デュー・プロセス条項に事後法禁止条項が組み込まれた経緯を明らかにし、*Bowie* 事件判決が *Caller* 事件判決で示された四類型の事後法の定義を採用したとし、*Bowie* 事件判決が、州立法府が事後法を制定できないならば、州最高裁もデュー・プロセス条項により裁判所の解釈によって同じ結果を生じさせることができないと判示したことを指摘する。この判示部分が傍論とする法廷意見に対して「判決の理由づけそのものを含む傍論の概念のみがこの判断を支持する」と批判する。*Bowie* 事件判決のレイシオ・デシデンダイは、事後法禁止条項を通じて立法府に適用される原則が裁判所の活動にかかわるかぎりデュー・プロセス条項に含まれるという点であるとされた。⁽²⁰⁴⁾

さらに、*Bowie* 事件判決テストの誤解が指摘される。公正な警告ルールの *Bowie* 事件判決の定式が、法廷意見がその判決で用いたような許容される遡及的変更の最低限の基準ではなく、制定法を解釈する先例の予測できるあるいは擁護できる適用を確保するように意図されたものであるとし、また *Bowie* 事件判決における公正な警告は、法が変更されるであろうとの公正な告知ではなく、犯行時に法が何であったかについての公正な告知であることが指摘された。⁽²⁰⁵⁾ 法廷意見は、刑法において予測でき擁護できる遡及的変更を許容することで、*Bowie* 事件判決における基本的前提、つまり刑法におけるあらゆる遡及的変更が禁止されていることにまさに違反するとして、⁽²⁰⁶⁾ 遡及適用を認めないことが通常の裁判プロセスに実行不可能な制約を生み出すとの法廷意見の主張に対して、それは現行法に新たな事実を適用することとすでに裁判となった事実に関して明白に法を変更することとの相違を無視しているとし、法廷意見が刑法における遡及的変更が裁判所による先例創設機能の一部であると主張する根拠を精査し、裁判所が現行の法を遡及的に変更することによってではなく、それを新たな事件に適用することによって先例を創設するとした。⁽²⁰⁷⁾ またデュー・プロセスがイギリスのコモン・ローや初期のアメリカの政治文書

において事後法を禁止するとの概念に賛成する歴史的な支持を見出し、法廷意見が裁判所が事後法禁止条項に違反することを認めるといふ事実に対処して、合衆国憲法制定者は明白には裁判所を事後法禁止条項で拘束しなかつたが、それはその遵守が現行法を新たな事件に適用するといふ裁判所の機能に必然的に含まれると考えていたからであるとした。⁽²⁰⁾

最後に、被告人がテネシー州が多数の他の法域に従い、一年と一日ルールを廃止するであろうと合理的に確信しえたであろうから公正な警告がなされていたとの法廷意見を認めなかった。その理由は、テネシー州最高裁が刑法の廃止という本来立法府の機能であることを実行するとは予測できなかった点、および、その廃止が遡及的に被告人に不利に適用されるであろうことも予見できなかった点、というのは、一年と一日ルールを以前に廃止した多数の州が遡及的ではなく将来的に廃止したことからであった点にある。⁽²⁰⁾

(2) Rogers 事件判決に対する評価

Rogers 事件判決に対してはかなり厳しい批判が展開されている。たとえば、「Rogers 事件判決は、表面的には、裁判所が遡及的に新たな法を適用する権限に対する *Bowie* 事件判決の抑制を肯定し拡張しているが、究極的にはその厳格な制限を骨抜きにしている」とし、「これは、事後法禁止条項により立法府がなしえないことを裁判所が解釈によってなすことを禁じるといふ事後法の原則を明示する *Bowie* 事件判決の核心部分を傍論とし、その代わりに『予測できず擁護しえない』という緩和された基準を用いて被告人が『公正な警告』を与えられるべきことを要求しつつ、立法府と裁判所による遡及的法適用に違いを生み出すとともに、*コモン・ロー*における変更がこの新たな基準を充足するか否かを判断するにあたり裁判官に広範な裁量を与えている」と指摘される。⁽²¹⁾

また、「Rogers 事件判決は、コモン・ロー上の法創造が法解釈とは異なるとして、コモン・ローを解釈する裁判所の権限を保持するために、Bowie 事件判決を限定した。しかし、……法廷意見の Bowie 事件判決の解釈は誤りであるとともに、その解釈は法廷意見に不必要である。Bowie 事件判決をはじめとして、それは制定法の解釈に関する事案であり、コモン・ロー上の判断ではなかった。よって、法廷意見は Bowie 事件判決を区別し適用しえないとし、告知や予見可能性という伝統的なデュー・プロセス概念に依拠できたのである。コモン・ローの修正権限のために Bowie 事件判決を再解釈することで、患者を殺して病気を治したのである。法廷意見は、遡及的なコモン・ロー上の法創造からの保護だけではなく、事案が違うにもかかわらず遡及的な制定法解釈からの保護も削りとつた。狭い事実関係に広い意見を示した理由は明確ではないが、注意深い理由づけの欠如か、好ましくない原則を限定する意識的な試みか、いずれにせよ、法廷意見の理由づけは広範にすぎ、不当に被告人のデュー・プロセスによる保護を制限する⁽²⁰⁾」との批判もある。さらに、Rogers 事件判決は、裁判所に対する立法による抑制の不十分さ、裁判所が事後法禁止条項に違反し支配権限を拡大しようという事実の軽視、選挙された州裁判官が政治的圧力に服するという事実の過小評価、および合衆国最高裁の判決が将来的にはなく遡及的になぜ適用されなければならないのか、どうして当該州以外の州での法の進展がその州で公正な警告として機能するかについての理由明示の欠如が、公正な警告基準による遡及適用肯定の論理における問題点として指摘されている⁽²¹⁾。以下、批判の主要点につきそれぞれ検討する。

(i) Bowie 事件判決の「傍論」評価

法廷意見は、裁判所に事後法禁止原則を（間接的にでも）適用することを回避し、遡及適用の可否につき緩和された判断基準を導入するために、デュー・プロセス条項が Calder 事件判決で示された事後法禁止条項の禁止

類型を含むものではないとする。これを肯定するように読める *Bowie* 事件判決が傍論であるとし、被告人が、*Bowie* 事件判決に基づいて、デュー・プロセス条項が *Caldar* 事件で示された事後法禁止条項の禁止類型を組み込むと主張するかぎりでは誤解があると判示した。しかし、「事後法禁止原則に関する *Bowie* 事件判決は傍論ではなく、その判決の本質部分に当たる。それは法廷意見の最後で無罪判決の直前に再び記述されていることから明らかである」とし、*Rogers* 事件判決は、*Bowie* 事件判決テストによる峻厳な制約を、その変更が「予測できず擁護しえない」か否かという、裁判官の裁量をかなり許容する判断基準に置き換えた」と批判する⁽²⁶⁾。

Rogers 事件判決における「傍論」判断は、*Bowie* 事件判決および *Marks* 事件判決との整合と、「傍論」概念そのものから厳しい批判が浴びせられている。

Bowie 事件判決は、その判決の結論部分で、事後法禁止条項が本件事実につき裁判所を拘束するとのルール、すなわち州立法院に対する事後法禁止条項の適用を指摘した後に同じ結論が本件でも妥当するとし、州最高裁判が立法院が事後法禁止条項により禁止される同じ法的結果をなし得ないとしたが、*Bowie* 事件判決が、州最高裁判判決を覆す直前に示した、本件事実に適用される、法の最終陳述が傍論として無視されることを意図していたとは考えられないとする⁽²⁶⁾。

次いで、*Marks* 事件判決は、事後法禁止条項が裁判所を拘束するという判断の支持根拠として *Bowie* 事件判決を引用しており、それが無関係な傍論であればそのような引用はなされないであろう。また、*Bowie* 事件判決の文言が傍論と解釈されうるとしても、*Marks* 事件判決がその文言を利用することで、その傍論を先例に変更したといえる」と批判される⁽²⁷⁾。

さらに、傍論という文言の分析から、*Rogers* 事件判決は誤りであるとの指摘もある⁽²⁸⁾。そもそも傍論は「裁判

所の意見を述べるなかでなされた裁判所のコメントであるが、その事件の判決に不必要でそれゆえ（どれほど説得的と考えられても）先例としての価値を持たない部分」と定義される。²¹⁹ この定義は簡潔であるので、より具体的な判断基準が示されている。例えば、Posner 裁判官はより実践的に「裁判所が以前の判決における文言に重みを与えることに反対するいかなる根拠があるか」を問うべきであるとし、より具体的には裁判所が問題の文言を「十分に考慮した」ものか否か、すなわち①その文言が当該判決の結果に重大であるか、②その文言が判決理由から取り除いてもその理論的根拠に重大な影響を与えないか、③その文言は事実に基づいているか、④その文言が判決の争点でありそれゆえ両当事者により十分に議論されたかが重要であるとする。²²⁰

この Posner 裁判官のテストに基づき検討すると、第一に、事後法に関する部分は Bouie 事件判決の結論に重要である。²²¹ 遡及的に行為を犯罪とすることを禁止する事後法禁止原則または合法性原則をデュー・プロセス条項に適用して、州最高裁が州住居侵入罪法の意味を変更することが禁じられたのであって、告知、予見可能性や公正な警告という概念は州最高裁から被告人らを守るには十分ではなかったとする。²²² すなわち、まず Bouie 事件判決の反対意見は州コモン・ローが被告人らの行為を禁止していたと主張している。コモン・ローがこの行為を禁止していなかったとしても、Rogers 事件判決によれば、州最高裁が、コモン・ロー上のルールが抗議者を扱うのに時代遅れであると判断すれば、これを修正できるとの告知を与えられていたはずである。²²³ ついで、Rogers 事件判決によれば、州最高裁は州法の解釈において自由裁量の余地がより大きいから、他州が類似の制定法を同じような方法で解釈していたならば、被告人らは他州と同じ方法で州法を解釈するかもしれないとの告知を受けていたとされうる。実際、ノース・カロライナ州では、類似の住居侵入罪法が被告人らの行為を処罰するよ²²⁵うに解釈されていたからである。Bouie 事件判決から事後法に関する部分を取り除くことは判決の理由づけに重

大な影響を与える。Scalia 裁判官が指摘するように、Bowie 事件判決は合法性原則に基づくのであり、合法性原則は事後法禁止条項に具体化されている。Bowie 事件判決は、デュー・プロセス条項を通じて、州最高裁の判決に事後法禁止条項の諸原則を適用することで、合法性原則を実施するものである。⁽²²⁶⁾さらに、事後法に関する部分は明らかに事実に根拠づけられている。⁽²²⁷⁾州最高裁は被告人らに有罪とするために州住居侵入罪法の意味を変更する以上、その解釈は禁止された事後法のようにまさに機能する。州立法府へのデュー・プロセス条項の適用は明らかに Bowie 事件判決における争点であり、事後法に関する部分が合法性原則を具体化するから、その文言は Bowie 事件判決の結果に不可欠で、十分に考慮されている。それゆえ傍論ではないとする。⁽²²⁸⁾

(ii) 裁判所と事後法禁止原則

Rogers 事件判決が裁判所に事後法禁止原則を適用することに反対する主たる根拠は、これを認めるとコモン・ローの進展を不当に害すること、裁判プロセスの本質により裁判所の権限が制約されていること、またこれと関連して裁判所による恣意的な権限の行使の可能性が低いことが挙げられる。

まずコモン・ローとの関係につき、コモン・ロー上のルールの遡及的変更がコモン・ローの発展に必要であるという十分な根拠が示されていないとの批判がある。すなわち、裁判所に事後法禁止原則を適用しても、裁判所はコモン・ロー上の犯罪の諸要素を再評価し再定義することを禁じられるものではなく、新たな定義を将来に適用することが求められるにすぎないのである。⁽²²⁹⁾また、「コモン・ロー上の原則の遡及的廃止は先例の進展ではない。既存のコモン・ロー上のルールの廃止は先例の一八〇度転換である。それは一つの方向の判例を断ち切り、新たな判例の始まりである。これは遡及的にと同じくらい将来的に達成されうる」として、先例の進展を妨げるという主張は非論理的であると批判する。⁽²³⁰⁾

さらに、将来的適用という手法は、事後法禁止条項の裁判所による違反の可能性を回避し、同時に法を変更する政府権限の濫用を防止するとする⁽²³¹⁾。実際、ほとんどの州は一年と一日ルールを廃止して先例を創設するとともに、刑法における変更が将来的になされるという *Bowie* 事件判決で示された制約も是認しているのである⁽²³²⁾。*Rogers* 事件判決におけるテネシー州のルールにつき同様の扱いをしない特段の事情は明らかではない⁽²³³⁾。

変更された法を将来的に適用することはコモン・ローの進展を阻害するのではなく、その進展が特に不快な被告人に対して選択的に利用されるのを防止するのに有益である⁽²³⁴⁾。民事法の領域では、純粹な将来効は、裁判所がより自由に新たな法を作ることを許し、三権の責任と権限のバランスを根幹から切り崩すこととなるとして、まったく支持されていないが、刑法の脈絡においては、裁判官が遡及により特定の個人をより峻厳に処罰するために法ルールを変更しやすくなることから、事後法禁止原則を受け入れざるをえないのである⁽²³⁵⁾。

次に、司法権限が裁判プロセスの本質により制約され、裁判所が実際の訴訟において現行法を解釈し判断できるようにすぎないことが、事後法禁止原則不適用の根拠とされる点につき、「裁判官がその眼前の事件を判断するだけであるという事実は、行為時に無実であった行為を犯罪化することや犯罪をより加重することを妨げるものではない。むしろ、裁判の個別事例判断という性質は立法府以上に恣意を許す余地が大きい」と批判される⁽²³⁶⁾。

Rogers 事件判決がその証左とされる。すなわち、「*Rogers* 事件判決と *Bowie* 事件判決とは事案の相違がある。*Bowie* 事件では、州住居侵入罪による処罰対象とされた被告人の座り込み行為がまさに時代の市民権闘争から生じたものであるのに対して、*Rogers* 事件の被告人の行為は単なる刺突行為であり社会的に贖う価値が認められない。*Bowie* 事件の被告人の行為が不当でも不道徳でもないのに、*Rogers* 事件は明らかに自然犯である。さら

に両事件においては正当化されうる信頼の利益に相違が見られる。Bowie 事件における被告人は座り込みの実行にあたりそれまでの州住居侵入罪の解釈に依拠していたかもしれないが、Rogers 事件では、被告人は、一年と一日ルールの有効性を知っていても、被害者の死亡の遅延を予期しうるものではない。こうした点から、合衆国最高裁は、Rogers 事件の被告人が一年と一日ルールにより有利に扱われないことを目指して、Bowie 事件判決の基準の緩和を意図したとも考えられる。しかし、もしそうだとすれば、本判決はまさに事後法禁止原則が裁判所の判決にも適用されるべき理由を明らかにするものと言える」との指摘である。⁽²³⁷⁾

また、Caldes 事件判決で示されたような厳格な事後法禁止の導入は、通常の裁判プロセスに対して実行不能で受け入れがたい制約を課し、進展する法制度を特徴づける不明確性の解決と矛盾するであろうとの論拠も、よくよく精査すると、実際には法廷意見の立場と矛盾する。つまり、「刑法におけるあらゆる事後的変更が禁止されるならば、明確で確認可能な有罪の基準が存在するであろう。問題の行為が刑事訴追されるか否かを知るために制定法かコモン・ローを見さえすればよい。合衆国最高裁がある行為がなされた後で遡及的に法を変更できるならば、以前には明確であったのに不明確となるであろう。不明確さは、合法的行為がなされた後で法が変更され、それに刑罰を科するために遡及的に適用されるか否かを推測しようとするさいに存在する」⁽²³⁸⁾から、合衆国最高裁の判決は不明確性を減少させるというよりも増加させることとなる。

最後に、裁判官が立法者ほど悪意や政治的動機により行動することはないとの根拠について、これは理想論であって、現実には、州の裁判官はしばしば選挙された官吏である。裁判官が政治プロセスに置かれることは理論的には立法府とほぼ同じように一定の政治的圧力にさらされる。⁽²³⁹⁾また、連邦裁判所の裁判官は政治的に独立していると仮定しても、自らの応報主義的な衝動に屈する危険もある。⁽²⁴⁰⁾法廷意見は、州裁判所が制定法を解釈するこ

とによってその範囲内で機能するにすぎないから、十分に抑制されているとして、Rogers 事件や Bouie 事件における州最高裁の判決を見ると、立法によって抑制されているといっても、合法であった行為を犯罪化したり犯罪の重大性を加重したりすることが防止されていないことを証明する。年間に数千の判決が下され、さまざまな裁判所に立法を解釈する多くの機会が与えられる現実に照らして、法廷意見の確証が不十分なものとならざるを得ない。⁽²⁴⁾したがって、法廷意見が「きわめて現実的な危険に対して事後法禁止条項を強化する機会を逃してしまった」と批判する。⁽²⁵⁾

(画) 「公正な警告」基準と判断資料

合衆国最高裁は、どのような場合に制定法の遡及的適用がデュー・プロセスに違反するかを判断するために、Bouie 事件判決テストを Rogers 事件判決に適用し、コモン・ロー上のルールの裁判所による変更が、問題の行為に先立って明示された法律に照らして予測できず擁護しえない場合にのみ、公正な警告に違反し、遡及的効果を与えられてはならないと結論した。法廷意見はまさに、Bouie 事件判決から事後法に関する部分を取り除くことで、告知と予見可能性にのみ基づいて遡及適用の可否を判断しており、Bouie 事件判決が、公正な警告の事例の一つに位置づけられている。⁽²⁶⁾

この遡及適用の判断基準は Bouie 事件判決における意味合いを剥ぎ取った、すなわち判決における脈絡を無視して抜粋されたテストであるとして厳しい批判にさらされる。⁽²⁷⁾

まず、Bouie 事件判決は、この基準を述べる直前において、「刑罰法規が問題の行為がなされる時点で存在していなければならないという基本原則が立法府と同様に裁判所によりなされる遡及的な刑事処罰を禁ずるのに適用されなければならない」とし、「刑罰法規の裁判所による解釈が問題の行為に先立って明示された法に照らし

て予測できず擁護しえないならば、遡及的効果を与えられてはならない⁽²⁴⁵⁾と述べている。この脈絡からすると、適用される刑罰法規が問題の行為がなされた時点での法と異なる場合には常に予測できず擁護しえないことが論理的な前提となっている⁽²⁴⁶⁾。その意味で、Rogers 事件判決における公正な警告の定式は Bouie 事件判決や Marks 事件判決における定式とまさに矛盾する⁽²⁴⁷⁾。つまり、Bouie 事件判決は、制定法の文言と先例の解釈に照らして予測できず擁護しえない裁判所の解釈が被告人に不利に遡及適用されえない、というのはその解釈は処罰される行為につき公正な警告を与えないからであるとし、そのような解釈は将来的に適用されるにすぎないとした。しかし、Rogers 事件判決はこのルールを遡及適用の最低限の基準として定式化することを認めただうえで、さらに「予測できず擁護しえない」という文言を誤って解釈し、その変更が予測できるかぎり、あるいはその変更が予測できなくても、擁護しえないのでないかぎり、遡及的に法を変更することを認める⁽²⁴⁸⁾。が、これは誤りであると批判される。

また、Bouie 事件判決における「公正な警告」という文言は、「犯行時に何が犯罪とされていたのかにつき」という語句がその直後に続き、Rogers 事件判決の法廷意見が言うような「法が変更される」という語句はどこにもない⁽²⁴⁹⁾。しかし、Rogers 事件判決は、被告人が裁判所が法を変更するであろうとの公正な警告を受けていないのでなければ、遡及的に法を変更することを許容する。この Bouie 事件判決の解釈では、裁判所は、被告人が裁判所の法解釈を認識していたはずである場合のみならず、裁判所による法変更を認識していたはずである場合にも、公正な警告があったと判断できることとなる。したがって、「被告人は、法がどうなっているのかそしてまた裁判所がそれをどのように変更するかを予測できなければならぬから、Bouie 事件判決におけるよりもはるかに高い基準にさらされる。逆に、被告人が変更につき公正な警告を受けたと考えるならば法を変更で

きるから、より低いデュー・プロセスの基準に従うことで足りる」との指摘がある。⁽²⁰⁾

さらに、公正な警告の判断資料との関係で、Rogers 事件判決は、他の法域における動向が被告人に公正な警告を与えうることを明らかにしたことも疑問視される。⁽²¹⁾ Rogers 事件判決は、ほとんどの法域における一年と一日ルールの廃止が被告人にテネシー州最高裁もそれを廃止するであろうとの公正な告知を与えるのに役立つとした。しかし、Boie 事件では、州最高裁は、隣のノース・カロライナ州が州法を同じように解釈しその意味を変更したから、州の新解釈も擁護しようとする判断したが、合衆国最高裁は、他州の制定法の意味が、被告人の州における制定法がその文言の意味とまったく異なることを意味するとの公正な警告を与えるのはきわめて稀な場合であるとしたのである。これに対しては、Rogers 事件判決は、一年と一日ルールが明白に時代遅れであるから、ほとんどの法域において近時廃止されているとし、Boie 事件判決がコモン・ローの継続的有效性ではなく特定の制定法の文言の意味にかかわるから、先例として適用されないと述べて、「多くの法域が明らかにその目的を終えた時代遅れのルールを廃止しているとの事実は、ある事件におけるそのルールの廃止が当時の法に照らして予測できず擁護しえないと言えるか否かの判断に重要である」と判示している。しかし、法の変更よりもその遡及適用の可否が争点であるならば、他の法域においてルールの廃止が相次いでなされていることとともに、その適用が将来的になされているという事実も、公正な警告との関係で重視されるべきである。つまり、「合衆国最高裁が合衆国憲法が問題となる場合に最終的な判断者であるとしても、法廷意見は最近同じ問題を検討した一〇州最高裁の分析とルールをある程度尊重すべきである。州最高裁は合衆国憲法が問題となる場合には有権的ではないが、法のきわめて有能な解釈者であり、その問題分析は貴重である」と指摘される。⁽²²⁾

(iv) 「公正な警告」基準の適用

Rogers 事件判決は、一年と一日ルールが時代遅れのコモン・ロー上のルールであること、このルールが最近検討された多くの法域において立法あるいは裁判により廃止されていること、このルールが刑法典に存在しないこと、およびこのルールが判決の理由として機能したことがなかったことを理由に、その遡及的廃止が予測できず擁護しえないものではないと判示している。

それぞれの根拠につき反論が展開されている。第一に、このルールは現在ではその妥当根拠を欠き時代遅れとなつてはいるが、しかしながら、「Rogers 事件判決での争点は、このルールの継続的な必要性、つまり今尚それが有益なルールであるか否かではなく、その遡及的廃止の合憲性である」⁽²⁵⁾から、それが時代遅れであるか否かは遡及的廃止の合憲性判断において重視されるべきではないとする。

次に、多くの法域でこのルールが廃止されていることは、このルールがほとんど支持されていないことを示すが、その遡及的廃止の是非を決定するものではない。実際、廃止判決を詳細に見ると、ほとんどの州の最高裁が遡及的に廃止されるべきではないと考えている。一〇州が裁判所によりこのルールを廃止しているが、うち八州はその廃止を遡及的に適用することを認めていないから、統計的には、テネシー州においてこのルールが遡及的に廃止されない可能性がきわめて高かった。「このルールの廃止は示唆されていたかもしれないが、過去の判例における廃止の将来効が、テネシー州が遡及的にこのルールを変更することが予測できない明白な証拠である」とする。⁽²⁶⁾

一年と一日ルールが判決理由とされたことがない点については、このルールに対して異議がないことは論理的にはこれに対する信頼を意味すると考えられるとすると、Rogers 事件判決の判断とは異なり、このルールが一度も判決の根拠とされていないこと、および本件被告人が犯罪行為を行った後に初めて異議が出されたことは、

このルールに異議が出されるであろうこと、およびこのルールがその事件において判決の理由となるであろうことが予測できなかったことを証明する⁽²⁵⁾。

これらの反論から、「いずれもこのルールの遡及的適用が予測できず擁護しえないことを支持する圧倒的な証拠としかならない。Bowie 事件判決テストの歪曲版のもとでも、このルールの遡及的廃止は違憲である」との批判がなされる⁽²⁶⁾。

(v) 遡及処罰禁止原則と合法性原則

Rogers 事件判決に対する批判論は、Bowie 事件判決を支える基本原理を共通に理解している。Rogers 事件判決は、Bowie 事件判決につき、その事後法に関する判断部分を傍論とすることで、「告知、予見可能性および特に公正な警告を受ける権利」というデュー・プロセスの諸概念にのみ依拠すると理解するが、これがそもそもその誤りであるというのである。すなわち、「Bowie 事件判決の多数意見が事後法という言葉を用いた理由を誤解した。Bowie 事件判決は、本条項が合法性原則に依拠していることを説明するためにこの言葉を用い、とりわけて遡及的立法の禁止が立法府のみならず裁判所に由来する遡及的刑事処罰を禁ずるために適用されなければならない」と判示した⁽²⁷⁾とし、「Bowie 事件判決における事後法の文言の目的は、事後法禁止条項そのものを裁判所に適用することではなく、合法性原則を裁判所に適用することである。デュー・プロセス条項が自由の基盤となる権利にかかわり、その権利の一つが事後法禁止条項で具体化される合法性原則であるから、事後法禁止条項そのものが裁判所に適用されなければならず、その基礎となる合法性原則は適用される」と理解する⁽²⁸⁾。したがって、Rogers 事件判決が事後法禁止条項を裁判所に適用することが明らかに明文に反するとする批判も当たらない。

また、Bowie 事件判決は合法性原則に基づくから、告知、予見可能性や公正な警告という諸概念を含むがそれ

だけに限定されるものではない。すなわち、「合法性原則の核心には、無実であった行為を犯罪化するために法を適及的に変更すること、あるいは犯罪行為に対する刑罰を適及的に加重することが『不公正』であるとの考えがある。法廷意見がいうデュー・プロセスの概念よりも保護に手厚い」のである。⁽²⁵⁸⁾ 換言すれば、「事後法禁止を要請する合法性原則は告知や信頼をその保護利益として含むけれども、これら以上に重要なのは国家権限の恣意的濫用を防止するという利益である。この利益は信頼や告知が認められない場合でも存在する。官吏による権限の無制約な使用は、告知の欠如による不公正さ以上に問題視される」のである。⁽²⁶⁰⁾

さらに、合法性原則は以下の機能を果たすとする。つまり、合法性原則は、「州の住居侵入罪法の解釈を正当化するために、コモン・ローの修正や他の法域における先例への依拠によって、州最高裁が州の住居侵入罪法を変更することを予防するメカニズムを提供する」とする。⁽²⁶¹⁾ これに対しては、裁判官がコモン・ローを解釈し洗練しさらに変更する余裕を必要とするとの反論が考えられるが、コモン・ローの法創造が被告人を保護するルールの廃止を含む場合があることからすれば、法を変更する裁判所の権限も、「被告人に対する保護を犠牲にして裁判所にそのような権限を認めることはやむにやまれぬ利益間における不当な衡量」として、合法性原則によって抑制されると考えられている。⁽²⁶²⁾

この合法性原則という観点から Bouie 事件判決や Marks 事件判決を検討すると、「公正な警告」という概念も異なる理解に至る。すなわち、「Bouie 事件判決における定式を精査すると、刑罰法規とその先例による解釈に従った現行の法 (controlling law) の裁判所による適用を確保するためのチェックであり、現行の法に従わない裁判所の解釈の適用を禁止することがその含意である。Bouie 事件判決における公正な警告の定式は、現行の法の裁判所による適用を要請し、暗黙裡に刑法における適及的変更を禁止するものである」⁽²⁶³⁾。また、「Marks 事件

判決も、刑法における遡及的変更を禁止するものとして、Bowie 事件判決の公正な警告の定式を確認する。Marks 事件判決では、犯罪遂行時の法を適用するか、あるいは犯行後に修正された法を適用するかという単純な選択を迫られた。合衆国最高裁は、『Bowie 事件判決に従う』と、たとえ裁判時にもはや良い法ではなかったとしても、事後法禁止条項が犯罪遂行時の法を適用することを求めると判断した。したがって、公正な警告ルールは、現行の法の適用を回避するための手段ではなく、その裁判所による適用を意図するものである」と理解される。⁽²⁹⁾ さらに、Marks 事件判決は、刑罰を生ぜしめる行為の公正な警告が、(デュー・プロセス条項を媒介して) 事後法禁止条項によって保護される、基本的な憲法上の権利であると判示し、『Marks 事件判決の定式は、公正な警告の概念を、刑法を遡及的に適用する基準としてではなく、事後法禁止条項の遵守により得られる憲法上の権利として解釈しており、また刑法における遡及的変更を禁止するものである』⁽³⁰⁾ から、Rogers 事件判決は明らかに遡及的変更を許容する点で、Bowie 事件判決および Marks 事件判決と矛盾することとなる。⁽³⁰⁾

(3) Rogers 事件判決の影響

Rogers 事件判決は Bowie 事件判決における裁判所に対するデュー・プロセスの制約を弱体化させるものであり、それが先例とされることはきわめて危険である。というのは、合衆国最高裁のみならず州の裁判所が法を遡及的に変更することをより容易にする利用可能な選択肢が提供されたのであり、しかもその緩和された基準は、法廷意見の分析によれば、遡及的廃止を予見できず擁護しえないと判断する事例を想像するのが困難なほど、きわめてハードルの低い要件によって構成されているからである。⁽³¹⁾

したがって、州裁判所は、州憲法のデュー・プロセス条項を解釈するときに、Rogers 事件判決を無視するこ

とや、*Bowie* 事件判決や *Rogers* 事件判決の *Scalia* 裁判官の反対意見の論理をより説得的と考えて、*デュール・ピロセス* 条項が事後法禁止原則を含むと解釈することが期待される。あるいは、連邦および州の裁判所が *Rogers* 事件判決よりも公正な警告の基準をより厳格に適用するという道も考えられる。しかし、裁判所は、*Rogers* 事件判決で示された最低限の公正な告知の基準を満たせば刑罰法規上あるいは *コモン・ロー* 上のルールを遡及的に自由に変更できることに魅力を感じるかもしれない、それが悩みの種なのである、との危惧も指摘されている。⁽²⁶⁵⁾

Rogers 事件判決は、二〇〇三年一月までに、合衆国および州の八〇件以上の判決で、言及され引用されている。そのインパクトは大きいように思われるが、実際には、これらの判決の多くは一般に *Rogers* 事件判決が *Bowie* 事件判決の原則を変更するものとは見ていないのである。⁽²⁶⁶⁾むしろ、*Rogers* 事件判決が傍論として *Bowie* 事件判決における事後法禁止条項に関する文言を排除しようとしたにもかかわらず、裁判所に事後法禁止原則を適用するものとして引用する裁判例がある。⁽²⁶⁷⁾そこでは、*Rogers* 事件判決は *Bowie* 事件判決を変更するものではなく、むしろその現代版として理解されたうえで、*Bowie* 事件判決における「予測できず擁護しえない」か否かを問い、これを否定するのである。⁽²⁶⁸⁾いわば *Bowie* 事件判決テストが冷遇されていたこと二〇年間と代わりのない状況である。他方、*デュール・ピロセス* 条項が *Calder* 事件判決の四類型を裁判所に対しても持ち込むものではないと *Rogers* 事件判決を引用する裁判例もある。⁽²⁶⁹⁾象徴的な判決を二つ取り上げて紹介する。

Rogers 事件判決と同じく、一年と一日ルールの廃止とその遡及適用が争われた、*State v. Picotte* 事件判決では、多数意見は、① *コモン・ロー* 上のこのルールが *ウイスコンシン州* の法であるか、② 法であるとすれば当州最高裁がこのルールを廃止する権限を有するか、③ その権限を有する場合にこのルールを廃止すべきやむをえざる理由があるか、そして④ このルールの廃止が本件に適用されるべきかが争点であるとし、①～③までいずれも肯

定したが、④については *Rogers* 事件判決にほとんど言及せず、将来的にその廃止を適用すると判断した⁽²⁷⁵⁾。多数意見は、*Rogers* 事件判決を含めて合衆国最高裁の判決例を引いたうえで、州裁判所が一年と一日ルールを将来的にあるいは遡及的に廃止するか否かを自ら判断しなければならぬとし、その判断の指針として州の判例法を参照する⁽²⁷⁶⁾。州の裁判例では、「裁判所は法を宣言するのであって創造するのではない」とのブラックストーン原理（判決が覆される場合、それは悪法であるにすぎないのではなく、法ではなかったためであり、後の判決が最初から法と見なされる）から遡及適用を認めるものもある⁽²⁷⁶⁾。他方で、将来的変更とする判決例は、変更前の法制度のもとでものごとを整える個人等の信頼の保護、自由民主主義社会における法の安定性の要請、裁判所自らの明示された法に対する制度的信頼の確保、および法の支配や法への制度的固持すなわち正義のイメージの保全等を理由とする⁽²⁷⁶⁾。本件では、被告人が暴行による致死を惹起しており、一年と一日ルールにかかわらず犯罪行為を行った以上、その行為が合法であったとは主張しえないから、新たなルールの遡及適用を肯定すべきとも考えうる⁽²⁷⁷⁾。しかし、現在の法制度は法の支配および法への制度的固持に高い価値を置いている。一年と一日ルールの廃止が被告人の行為を初めて犯罪行為とするわけではないが、その廃止により異なる犯罪で刑事責任を問われ、これまではその行為につきその刑事責任がなかった以上、事後に法を変更したのであり、本件被告人には行為当時の有効であったルールに従い、加重暴行罪等で処断されるべきである、と判示した⁽²⁷⁸⁾。

Picotte 事件判決は、*Rogers* 事件判決とほぼ同じ事案であり、事後法禁止条項やデュー・プロセス条項についてはウイスクンシン州を含め多くの州が合衆国憲法および合衆国最高裁の法解釈に従う傾向にあることから、*Rogers* 事件判決の判断内容に言及することなく、いわば無視する扱いをしていることが注目される。勉強不足か否かは別として⁽²⁷⁹⁾、*Rogers* 事件判決を *Bowie* 事件判決の延長線上に捉えて、実質的に事後法禁止条項による

Bowie 事件判決テストを用いる術が選択されていない。それは、遡及適用の可否の判断において、公正な警告論を使わずにせいぜい変更前の法に対する信頼論にとどめ、むしろ法的安定性や衡平さという合法性原則ともつながらる諸価値を重視するという明確な意思表示とも理解され、Rogers 事件判決における Scalia 裁判官や Stevens 裁判官の反対意見に呼応するものとも評価できる。⁽²⁸⁾

次に、Rogers 事件判決を正確に理解して理論展開する裁判例として、ネブラスカ州裁判所の *State v. Redmond* 事件判決を簡単に見ておく。⁽²⁹⁾ そこには Rogers 事件判決の問題点が露呈しているとの指摘がある。Redmond 事件では、州刑法典の第二級謀殺罪が悪意を必要とするものではないと先例を変更した *Burison* 事件判決⁽³⁰⁾が当該被告人に遡及適用されただけでなく、当該判決以前に行われた犯罪にも適用されることを示唆したが、これに対してその遡及適用が犯行当時よりも重い犯罪へと変更するからデュー・プロセスに違反するとした被告人の主張が争われた。州最高裁は、Rogers 事件判決による Bowie 事件判決の解釈に基づき、*Burison* 事件判決の遡及適用が被告人のデュー・プロセスを侵害するものではないとした。⁽³¹⁾ 州最高裁は、Bowie 事件判決につき、サウス・カロライナ州最高裁の解釈が被告人にその行為が犯罪であるとの公正な警告を与えていたか否かが問題であるとし、その解釈が先例においてもほとんどまったく支持を得られず、他州の法や刑罰法規の平明な意味にも矛盾するから、デュー・プロセスに違反するとしたと分析する。また、Rogers 事件判決は、この Bowie 事件判決をより明確化するものと位置づけ、裁判所による判決の遡及適用が事後法禁止条項に照らして分析されるのではなく、デュー・プロセス条項における公正な警告というより基本的でかつ一般的な原則に従って分析されるべきことを強調し、Bowie 事件判決がデュー・プロセスによる制約を問題の行為に先立って明示されていた法律に照らして予測できず防衛しえない場合に限定するものであり、本件事実に照らせば、大多数の州が問題のルールを廃

止していたこと及び当該ルールが州刑法の一部として希薄な足場を有するにすぎなかったことから、予測できず擁護しえないものではないとしたとする。そして、*Burison* 事件判決は、先例変更の根拠が州刑法典の文言の平明な意味に求められ、ネブラスカ州ではすべての犯罪が制定法上のものであり、立法府が明白な文言で犯罪であると言明しないかぎりいかなる行為も犯罪ではないとすることから、擁護しえないものではないとした。その結果、州最高裁は、*Rogers* 事件判決テストに照らして *Burison* 事件判決の遡及適用がデュー・プロセスに違反するものではないと判断した。⁽²⁸⁴⁾

Rogers 事件判決が事後法禁止条項に具体化される合法性原則で *Bowie* 事件判決の「予測できず擁護しえない」テストを拘束するのを止めたために、裁判所は被告人に不利益に制定法を解釈するより大きな余裕を与えられている。⁽²⁸⁵⁾ *Redmond* 事件判決は、犯罪成立要素の一つを遡及的に廃止し、それは合法性原則と矛盾する。⁽²⁸⁶⁾ しかし、先例が一致していなかったから、その判決が予測できないものではないとする。

他方、*Scalia* 裁判官の反対意見は、裁判所が、犯罪の成立要素を確立する先例または先例群が誤りであったと結論し、(*Bowie* 事件判決の「公正な告知」要件が充足されるかぎりで) その結論を遡及的に適用することができるとしたため、*Redmond* 事件はまさにこの事例にあたり、遡及適用を肯定せざるをえない。⁽²⁸⁷⁾ 「公正な告知」要件は裁判所が乗り越えるハードルとしては大したことがないことは明らかである。

Redmond 事件判決は *Rogers* 事件判決とは事案を異にする。⁽²⁸⁸⁾ すなわち、*Redmond* 事件はコモン・ロー上の法創造の日常的行使ではなく制定法の解釈であること、一年と一日ルールが実体法原則か抗弁か証拠ルールかが争われたこと、および、第二級謀殺罪における悪意の要件が、コモン・ロー上の時代遅れの遺物ではなく、理性と常識に基づき正当化されるものであることである。

Redmond 事件判決に照らし、以下の議論がなされている。すなわち、「Rogers 事件判決の法廷意見も Scalia 裁判官の反対意見も、いずれもコモン・ロー上の法創造と制定法解釈という脈絡において合法性原則に違反するから、満足のいくものではない。コモン・ローの脈絡では、法定意見がコモン・ロー上のルールの趣及的廃止を許すことで合法性原則に違反する。反対意見も、先例に基づかないコモン・ロー上のルールを趣及的に廃止することを裁判所に認めることで合法性原則に違反する。制定法解釈の脈絡では、法廷意見は予見不可能な制定法解釈の趣及禁止を侵食すると思われるが、しかしその判決が『コモン・ロー上の法創造 (common law decisionmaking)』の文言で言い表されているから、Rogers 事件判決による Bouie 事件判決の限定がどのように裁判所によって適用されるのかが明らかではない。反対意見は、先例群が誤りであったと趣及的に判示すること、裁判所の誤りを正すという口実で法を変更することを裁判所に認めることで合法性原則に違反する」と。⁽²⁸⁹⁾

五 むすびにかえて

Rogers 事件判決は、一年と一日ルールが明らかに時代遅れであり、処罰の不当な軽減をもたらすことを踏まえて、ルールの廃止とその趣及適用を可能とするために、公正な警告原則に基づく、趣及適用の可否を判断するテストを用いた。そのテストにおける公正な警告の有無の判断は、まさにルール廃止の可能性の「警告」として、他州における裁判状況等も含めた肯定のための判断論理操作を導入している。その判断テストは Bouie 事件判決で示されたテストを正確に引用するものではあったが、その実質的論理には大きな隔たりが認められる。コモン・ロー上のルールの廃止に関する Rogers 事件判決は、制定法の新たな解釈の趣及適用を争った Bouie 事件判決とは問題が異なる以上、Bouie 事件判決における論理が完全に先例として拘束力をもつものではないことはもち

ろんである。しかし、Bowie 事件判決が新解釈の遡及適用の問題を事後法禁止条項の趣旨のなかで捉え、条文の文言の制約から刑事法の制約原理として一般条項の性質を持つデュー・プロセス条項を用い、刑事法における遡及処罰を原則として禁止しようとした論理を、無理な傍論判断によって回避しようとした点はやはり疑問視されざるを得ない。先例拘束原理がレイシオ・デシデンダイか傍論かという区別の操作によって政策的判断のもとに濫用されたとも言いうるのであろう。うがった見方をすれば、昨今のアメリカ合衆国におけるテロ犯罪等に対する（ルール無用の）全面戦争の姿勢が現れているとも考えられる。いわば遡及処罰禁止原則は犯罪者に手ぬるい休憩地を与えるもので、徹底的に追い詰めて破滅させるという観点からは、このような原則は看板として掲げても実質的には骨抜きしておくのが現状にはマッチするのかもしれない。その意味では、少数意見および判例評釈のほとんどが刑事法の基本原則を原則として堅固に維持することは救いである。

Rogers 事件判決の分析プロセスで明らかになった、Bowie 事件判決の理解は興味深いものがある。つまり、Bowie 事件判決は、事後法禁止原則の趣旨をデュー・プロセス条項に乗せて裁判所に適用するが、その趣旨が刑事法における遡及禁止を含む合法性原則として捉えられている点である。これまでは、合法性原則が理論的根拠としてかつ論理的帰結を生み出すものさしとして言及されることはあまりなく、むしろその内容の一部をなす「公正な告知」原則から刑罰法規の明確性の理論や解釈の限界論を展開していたように思われるからである。おそらく「公正な告知（あるいは警告）」論において、告知の対象や判断資料などを拡大して、安易に告知が肯定される傾向が概念の弛緩を生ぜしめていることに危惧を感ずる立場からは、刑罰権の恣意的濫用の防止に脚光を浴びせるなど腐心慘憺するなかで、合法性原則そのものもつ人権保障のための制約原理としての価値が再評価されていると思われる。いわば最後の砦として合法性原則があるとすれば、合法性原則の原則論としての形式的

判断がどこまで貫徹されるのかは今後の理論的展開において注目されるところである。それが実質的な価値判断のもとに歪曲されることとなれば、「公正な告知」原則と同じ運命を辿り、刑事法における基本原則は次々と蔑ろにされることとなるであろう。アメリカ刑事法は重要な分岐点を迎えている。

最後に、わが国の議論との関係であるが、そもそも罪刑法定主義がすでに実質化しており、処罰の必要性や合理性と比較衡量される相手になりつつある現状は、アメリカ合衆国の状況と比較して、いかに考えられるべきなのであろうか。この点を含めて、わが国における刑罰法規の解釈の変更や判例変更に関する判決例および学説の検討は今後の課題としたい。ただ、筆者は、罪刑法定主義が実質的人権保障原理性を担うなかで不思議とその形式的判断基準性が埋没することから、基本的な人権としての「公正な告知」の概念を確立することで、罪刑法定主義の核心が確固たるものに再構成しようと考え、「告知」よりも「公正さ」に重点が置かれた理論を模索している。アメリカ合衆国でも、告知の「公正さ」が意識的に議論されることがなくなるなかで、公正な告知概念の事実上の崩壊が起こり、現在は「公正さ」が合法性原則に求められているように見えるのである。ポイントは「公正さ」の理解と具体化にあると思われる。

(179) 121 S.Ct.1693, 1696.

(180) *Id.*

(181) *Id.* at 1696-1697.

(182) *Id.* at 1703. Scalia 裁判官の反対意見に賛同しつつ、「歴史的な問題よりも、刑法が適及的に変更される場合に常に生じる自由への脅威を法廷意見が過小評価しているという事実が重要である」との簡潔な反対意見を執筆している。

(183) *Id.* at 1710-1711. 「法廷意見の、本件へのデュー・プロセス原則の適用には賛同しえない。Scalia 裁判官が十分に説明するように、被告人は、州裁判所が一年と一日ルールを廃止するであろうこと、また本件に新たな法を遡及的に適用するであろうことの公正な警告を受けていなかった」と法廷意見を批判する。

(184) *Id.* at 1696.

(185) *Id.* at 1697.

(186) *Id.* at 1697-1698.

(187) *Id.* at 1698.

(188) *Id.*

(189) *Id.*

(190) *Id.* at 1698-1699.

(191) *Id.* at 1699.

(192) *Id.* at 1699-1700.

(193) *Id.* at 1700.

(194) *Id.*

(195) *Id.* at 1700-1701.

(196) *Id.* at 1701.

(197) *Id.*

(198) *Id.* at 1702-1703.

(199) *Id.* at 1703.

(200) *Id.* なお、法廷意見は、Scalia 裁判官の反対意見に対して、以下のように反論している。すなわち、Scalia 裁判官

は、合衆国憲法の起草時に、裁判所が法律を変えることができなかつたこと、および事後法禁止条項がテネシー州裁判所の判決と同一の立法府の判断を禁止していたであろうことに疑いがないことが広く受け入れられていたという事実を重視する。しかし、この後者の主張は、憲法の条文と先例によって解決されていること、つまり事後法禁止条項が裁判所の判決に適用されないことを蒸し返そうとするものにすぎない。前者の主張は的外れである。起草時の裁判所は明らかに法を創造するというより発見すると信じていた。しかし、その活動をどのように性格づけようとも、裁判所が事件を判断し、そのさいに理性と経験に照らして既存の法律を形成し洗練していたというのは事実である。デュー・プロセスは明らかに起草時におけるこのような裁判の進化過程を禁ずるものではなかつたし、現在でもそうである、と。

(201) *Id.*

(202) *See Carmell v. Texas*, 120 S.Ct.1620 (2000).

(203) 121 S.Ct. at 1704.

(204) *Id.*

(205) *Id.*

(206) *Id.* at 1704-1705.

(207) *Id.* at 1705.

(208) *Id.* at 1705-1709.

(209) *Id.* at 1709-1710.

(210) White, *Ex Post Facto Expected: Rogers v. Tennessee and the Permissible Retroactive Application of Judge Made Law*, 71 U.

CHI.L.REV.1141, 1159 (2003), Leading Cases, *supra* note 10 at 321.

(211) White, *supra* note 210 at 1159-1160, Leading Cases, *supra* note 10 at 321.

(212) Armstrong, *supra* note 124 at 342-343.

(213) White, *supra* note 210 at 1161-1162.

(214) Scalia 裁判官の反対意見に対しても、法廷意見の問題性を的確に指摘する点で評価されるが、なおその不十分さが批判されている。すなわち、「その反対意見は合法性原則の十分な支持を与えない。その分析は、法廷意見同様に、『法律なければ刑罰なし』原則に反対して裁判官に権限を認めている。コモン・ロー上の法創造の宣言論への敬意はこの権限の是認を動機づける。宣言論が猛烈に批判されているが、英米の裁判官はなお裁判官の法創造のこの見解に固執している。宣言論は、裁判官がその責任を回避することを認める虚構にすぎず、問題である。裁判官は法を創造していることを認識しつつ、法を発見していると主張する。そして、実際にそうすると見えなくても新たな法を適及的に適用できる。Scalia 裁判官は、その判決が *Bowie* 事件判決の公正な告知の要件を満足するかぎり、裁判所が先例が誤りであったと結論するならばその先例を遡及的に変更することを認める。Scalia 裁判官の理由づけの問題は宣言論への固執に由来する。裁判所が以前に間違えたか否かは公正な告知、より重要なことに合法性に無関係である。被告人は宣言された法、より精確には先の判決によって創造された法にのみ依拠しうる。誤った裁判所の判決もなお先例である。裁判所が間違っていたから遡及的に法を変更することを許容するのは、合法性原則とまさに相入れない。というのは、裁判所は効果的に以前に無実としていた行為を犯罪化できるからである」とする (Armstrong, *supra* note 124 at 343-344.)。

(215) Leading Cases, *supra* note 10 at 321-322, White, *supra* note 210 at 1159. See also Gaudet, *Judicial Tyranny: Retroactive Abolition of the Year and a Day Rule Hold Constitutional for Courts in Rogers v. Tennessee*, 532 U.S.451 (2001), *Despite Explicit Constitutional and Due Process Restrictive Against Ex Post Facto Laws*, 44 S.Tex.L.Rev.645, 654-655 (2003) (「ボウビエ」事件判決は遡及的に刑罰法規を変更することが公正な警告を与えないという原則に依拠してその結論に至ったことは明らかである。裁判所が判決に特定の原則に基づくと述べる場合、その原則は判決の核心の一部であって、

- 傍論ではない」とする)。
- (216) Kemphaus, *Rogers v. Tennessee: Is the Judiciary Permitted to Violate the Ex Post Facto Clause of the United States Constitution?*, 30 N.KY.L.REV.415, 429(2003).
- (217) *Id.*
- (218) Armstrong, *supra* note 124 at 334-337.
- (219) BLACK'S LAW DICTIONARY 1100(7th ed. 1999).
- (220) United States v. Crawley, 837 F.2d 291, 292-293(7th Cir.1988).
- (221) Armstrong, *supra* note 124 at 335.
- (222) *Id.*
- (223) Bouie, 378 U.S. at 366(Black.J.,dissenting). そのでは、民事上の住居侵入と刑事上の住居侵入罪とがコモン・ロー上区別されており、許可を得て立ち入った者が退去するよう求められても、その単なる拒否は刑事罰には当たらないであろうとの指摘もなされる。
- (224) Armstrong, *supra* note 124 at 336.
- (225) *Id.*
- (226) *Id.* at 337.
- (227) *Id.*
- (228) *Id.* さらに、法廷意見は、Bouie 事件判決の事後法に関する部分が傍論であるとの主張を支持するために、Bouie 事件判決を告知と予見可能性にのみ依拠するデュロー・プロセスの事件と解釈した他の先例を引用しているが、これらの先例を精査すると、そのうちの二件は制定法が漠然性のゆえに無効であるか否かを判断したもので、州法の州最高裁による解釈がデュロー・プロセスに違反するか否かを問う Rogers 事件とは区別される。また、Rose v. Locke 事件

判決の引用は少なくとも表面上は正しいように見えるが、*Bouie* 事件判決が告知と予見可能性の諸原則にのみ根拠づけられるとの法廷意見を説得的に支持するものではない。*Rose* 事件判決は、当該制定法が漠然としており被告人の行為が違法であるとの公正な警告を与えないとの被告人の主張に対して、州最高裁が本法をより広範に解釈すると判示しており、他の法域では被告人の行為を含むよう解釈していたから、公正な警告が与えられているとした。しかし、*Rose* 事件判決は、*Bouie* 事件判決ではなく、漠然性のゆえに無効の主張に関する先例に基づくデュー・プロセス違反がないと判断した。そこでは、濫及的な法創造の可能性がないとして、*Bouie* 事件判決との区別がなされているのであるとして、先例引用についても批判を加えている (*See Id.* at 337-339.)。

- (29) *Leading Cases, supra* note 10 at 323-324, *Gaudet, supra* note 215 at 661-662.
- (30) *Gaudet, supra* note 215 at 661.
- (31) *White, supra* note 210 at 1163-1164.
- (32) *Kemphaus, supra* note 216 at 432-433.
- (33) *White, supra* note 210 at 1164.
- (34) *Id.*
- (35) *Leading Cases, supra* note 10 at 324.
- (36) *Id.*
- (37) *Leading Cases, supra* note 10 at 323, *White, supra* note 210 at 1161.
- (38) *Gaudet, supra* note 215 at 661.
- (39) *White, supra* note 210 at 1163, *Leading Cases, supra* note 10 at 325. *See opp.*, *Kahan, supra* note 124 at 110-111, 114-115.
- (40) *White, supra* note 210 at 1163, *Leading Cases, supra* note 10 at 325.

- (241) White, *supra* note 210 at 1162.
- (242) *Id.* at 1163.
- (243) Armstrong, *supra* note 124 at 340.
- (244) Gaudet, *supra* note 215 at 655.
- (245) “by reference to the law which had been expressed prior to the conduct in issue” の訳出の関係で、Rogers 事件判決は明示された「制定法」を意味すると思われるので「法律」とし、Rogers 事件判決に対する批判は「制定法およびその解釈」を意味しており「法」と異なる訳語を当てている。
- (246) Gaudet, *supra* note 215 at 655.
- (247) Kemphaus, *supra* note 216 at 430.
- (248) Armstrong, *supra* note 124 at 332-340.
- (249) White, *supra* note 210 at 1160.
- (250) Armstrong, *supra* note 124 at 341.
- (251) *Id.* at 341-342.
- (252) Gaudet, *supra* note 215 at 663. なおそこでは、「少なくとも、合衆国最高裁は悪しき先例がテネシー州から他の法域に広がるのを妨げるためにサーシオレイライを受理すべきではなかったであろう」と手厳しい。
- (253) *Id.* at 656-657.
- (254) *Id.* at 657-658.
- (255) *Id.* at 659-660. なお、不幸なことに、被害者の死亡が犯行後一年と一日を経っていたために検察官が殺人罪での訴追をやめることくらい判断したかは明らかにしえないし、直感的にこのルールがかかわる事例が多くあるとは想像しがたく、またルールの単純さのゆえにあまり法的異議が提起されないとも指摘する。

- (256) *Id.* at 660.
- (257) *Armstrong, supra* note 124 at 333.
- (258) *Id.* at 339. また、事後法禁止原則がそのまま裁判所に適用されるわけではないから、「法廷意見は、*Bowie* 事件判決が裁判所に事後法禁止条項の *Calder* 事件判決の範疇を適用しないと結論付けたのは正しかった」との指摘もなされる (*Id.* at 333.)。
- (259) *Id.* at 333-334. そのほかさらに「*Bowie* 事件判決は裁判所が法を解釈するのを妨げるほど一掃的なものではなく、その禁止は適及的に法で処罰することを禁ずることとする」。
- (260) *Leading Cases, supra* note 10 at 324-325. 「合衆国憲法の事後法禁止条項は、法廷意見が問題とする信頼や告知よりもむしろ、政府権限の抑制のない行使の防止を主たる目的とする。州裁判所が立法院と同様にルールを変更することを明らかにしているにもかかわらず、*Rogers* 事件判決は、『公正な警告』や判決が『予測できず擁護しえない』か否かという従位の争点に集中し、政府権限の濫用という、事後法禁止条項の基本問題をまったく考慮していない (*White, supra* note 210 at 1162-1163)。また、合衆国最高裁も、*Carnell* 事件判決において、事後法禁止条項を解釈する事件では、政府が個人からその自由や生命を奪うことのできる状況を統制するための確立された法ルールを遵守しなければならぬとし、事後的に政府にのみ有利なルールに変更してこれに従うことが認められないとしている (120 S.Ct.at 1633)。
- (261) *Armstrong, supra* note 124 at 336.
- (262) *Id.* at 340.
- (263) *Kemphaus, supra* note 216 at 431.
- (264) *Id.*
- (265) *Id.* at 432.

(266) 他の批判として、以下の点が指摘されている。「Rogers 事件判決は、合衆国憲法制定者たちの意図、すなわち、個人を刑罰にさらす前に何が犯罪行為であるのかを個人に警告するよう求めることでその自由の不正な剥奪を防止するという意図を無視する。本判決は、刑法における遡及的変更を許すことで事前の警告なく個人の自由の剥奪を許容する。被告人は、事前の警告も刑罰を回避する機会もなく自らの行為で刑罰を受けざるを得ない。というのも、新たな法はその行為が遂行された後に初めて適用可能だからである」(Id. at 134)。「法の遡及的変更を認めることは抗弁に更なる負担を課することとなる。それは、現行の法のもとで広範に準備するだけではなく、遡及的変更に対する説得的な主張も準備しなければならない。これは本判決により検察に与えられる利便性から生じる。つまり、現行の法のもとで有罪判決を得るのに事実が不十分である場合、検察官が有罪判決を得るために遡及的変更を主張することが許されるからである。結果的に、変更されなければ無罪であった人々が、事件の事実に基づいてではなく、その事実が有罪判決に十分となるように遡及的に法を緩めるよう裁判所を説得する検察の主張により自由を剥奪されるかもしれない」(Id.)。「合衆国憲法制定者たちは、恣意的で悪意のある法創造が個人の自由の不正な剥奪を回避するために妨げられなければならないと述べた。しかしながら、Rogers 事件判決はそのような法創造とそれに伴う不正義な個人の自由の剥奪を許す濫用を招く。Rogers 事件判決は公正な警告を与えることと信じる主張または根拠に基づき刑法における遡及的変更をなす完全な自由を裁判所に与えている。その結果、裁判官は、被告人に対する嫌悪、人種偏見その他の先入観を隠すから、被告人を処罰するために公正な警告の口実のもと変更がなされる危険が生じる」(Id. at 134-136)。「合衆国最高裁は、裁判所が刑事コモン・ローにおける事後的変更を有効としうるか否かを判断するためのテストを指示しているけれども、その法における遡及的変更が予見できず擁護しえないことを証明するのにどの程度の負担が果たされなければならないかに関する指針を下級審裁判所に与えることができていない。本件における事実の真の分析からは、法の遡及的変更が予測できず擁護しえないと判断されることがほばないと思われる。しかしながら、合衆国最高裁は、その前提が法の遡及的変更が予測できなくも擁護しえないとの判断を支持する

かのごとく振舞った。ところが、合衆国最高裁ほどの程度の立証責任が充足することが求められるのか、あるいは本件被告人がどの程度の立証責任を果たせなかったのかを示さなかった。この問題が今後の事件において解決されるのかは判断がなご」(Gaudet, *supra* note 215 at 663)。

(267) *Id.* at 662.

(268) *Leading Cases, supra* note 10 at 325-326.

(269) *Armstrong, supra* note 124 at 346.

(270) *Id.* n.212.

(271) *Id.* at 347.

(272) *Id.*

(273) 661 N.W.2d 381, 383 (Wis.2003).

(274) *Id.* at 391.

(275) *Id.* at 392.

(276) *Id.* at 392-393.

(277) *Id.* at 393.

(278) *Id.* at 393-395.

(279) *Armstrong, supra* note 124 at 349.

(280) この多数意見には三人の裁判官による二つの反対意見が付されている。いずれもルール廃止の遡及的適用の是非につき、それぞれ反対意見を展開している。一方の反対意見は、事案および法理の類似性にもかかわらず、多数意見が *Rogers* 事件判決の分析を採用していないことに着目する。反対意見は、*Rogers* 事件判決を引用して「コモン・ロー上の刑法原則の変更が、『問題の行為に先だって明示された法律に照らして予測できず擁護しえない』場合にのみ、

公正な警告の原則に違反し、遡及効果を与えられるべきではない」としたうえで、この法領域では州裁判所が合衆国最高裁の先例に従っている以上、本件でも *Rogers* 事件判決テストを適用しその理由づけを同じくして遡及適用を肯定すべきであるとする (661 N.W.2d at 396-399)。他方、もう一つの反対意見は、一年と一日ルールが正当化されえないとすれば、本件においてこのルールを適用する根拠は何かと問う。多数意見が信頼の利益を挙げるが、暴行による致死を惹起した被告人に一年と一日ルールへの信頼を示唆するのは不当とする。その結果、多数意見は「正義のイメージ」を根拠とするものとしたうえで、これは判決を根拠づける法原則たりえないとする。そして、正義のイメージの具体的内容である、衡平さ (equities)、政策判断や法的安定性についても、衡平さや政策判断における基準の不透明性から法の支配を侵食すると批判するとともに、また法的安定性も新たに示された法の適用の拒否ではなく既存の法に対する固持を意味し、将来的適用が先例拘束の回避を容易にするから逆に法的安定性を損なうと指摘する。多数意見が *Rogers* 事件判決とも矛盾するとしたうえで、ルール廃止の遡及適用を肯定すべきとする (*Id.* at 399-403)

(281) 631 N.W.2d 501 (Neb.2001), cert.denied, 534 U.S. 1033 (2001).

(282) 583 N.W.2d 31 (Neb.1998).

(283) 631 N.W.2d at 506-509.

(284) *Id.* at 507-508.

(285) *Armstrong*, *supra* note 124 at 352.

(286) *Id.*

(287) *Id.* at 352-353.

(288) *Id.* at 353.

(289) *Id.* at 353-354.