

〔紹介〕

A・E・ゴールドスミス 「合衆国最高裁における漠然性の ゆえに無効の法理・再論」の紹介

門 田 成 人

本稿は、ゴールドスミス「合衆国最高裁における漠然性のゆえに無効の法理・再論」(Andrew E. Goldsmith, *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited*, 30 AM.J.CRIM.L.279(2003))の概要を紹介するものである。漠然性のゆえに無効の法理はアメリカ合衆国最高裁の判例理論として確立されたが、現在に至るまで、その理論的根拠や違憲判断基準についてはさまざまな議論が展開され、紆余曲折を経てきている。ゴールドスミス論文は合衆国最高裁での本法理を巡るこれまでの議論を的確に整理し、その現状を伝え、漠然性のゆえに無効の法理のもつ理論的意義や問題点を再認識するうえで有益な示唆を含むものである。以下、本論文を紹介する。

A・E・ゴールドスミス

「合衆国最高裁における漠然性のゆえに無効の法理・再論」

1. はじめに

合衆国最高裁は、過去125年間以上にわたり、刑罰法規が漠然性のゆえに違憲であるとの主張を認め、「法の下での自由を保障するもっとも重要なものの一つ」とされる法理を展開している。しかしながら、合衆国

最高裁がこの漠然性の法理の理論的根拠を十分に説明することはあまりなく、ましてや漠然性の主張に対する抗弁を一覧することはほとんどない。研究者も、主として他の法理との関係や特定の制定法への適用において漠然性を検討している。本稿は、漠然性の法理をその本来の価値において多くの適用例を通じて検討することで、残された理論的空隙を埋め、本法理のさまざまな要件の真価につき分析しようとするものである。

漠然性の法理の精確な輪郭を描くことは、合衆国最高裁がこれにつき矛盾した説明をしばしば行うことから、とりわけ重要である。合衆国最高裁によれば、刑罰法規は民事法規よりも厳格な漠然性の分析を受け、修正第1条によって保護された表現、他の憲法上の権利や「基本的な権利」を規制する刑罰法規はより一層厳格な基準が適用される。さらに4人の裁判官は新たな犯罪を規定する制定法も特別な正確性を要求されると示唆している。

同時に、合衆国最高裁はしばしば雄弁に漠然性の法理の限界を説いている。1913年の *Nash v. United States* 事件判決における Holmes 裁判官の言及がもっとも有名である。つまり、「法は人の運命が何かある程度問題を正しく、つまり陪審が後にそれを評価するように、評価することに依存している例で溢れている。その判断を誤れば、その人は罰金または短期の拘禁刑だけではなく死刑に処されるかもしれない」と。

1972年の *Grayned v. City of Rockford* 事件判決では、Marshall 裁判官は、「言葉の使用法を咎めても、言語に数学的な明確性を期待するものではない。本条例の文言は、細心すぎる特定性よりも柔軟性や合理的な広汎性で特徴づけられるが、本条例が全体として禁止していることは明確であると考え」とし、漠然性のゆえに違憲無効とはいえないとした。

さまざまな事件における漠然性の分析の相対的な厳格さについての合衆国最高裁の言及も、言語のもつ本来的な限界に関する観察も、法律家、下級審裁判所や注釈者に漠然性の法理の実体を知らしめるものではない。さらに、漠然性の問題が言語学にもっともよく委ねられるであろうとの

示唆は誤りである。

実際、合衆国最高裁は、他の憲法上の法理を適用するのに使用しているテストと形式上類似した漠然性のテストを確立している。合衆国最高裁は、このテストを明言しているが、そのテストの背後にある理論的根拠の進展にはほとんど注意を払っていない。

本稿は、合衆国最高裁の漠然性の法理の背後にある論理を、具体的にかつ一貫して検討しようとするものである。漠然性のテストの背後にある理論的根拠を検討することで、合衆国最高裁が認めている抗弁（漠然性を否定する主張）の分析も可能となる。また、漠然性の主張がいつまたどのように提起されうるのかにかかわる未解明な諸問題のいくつかを解決しうる。

II. 漠然性のテスト

A. 告 知

1875年の *United States v. Reese* 事件判決において、合衆国最高裁は、市の選挙で黒人の投票を受け取ることを拒絶した州選挙管理人につき、「暴力、賄賂、脅迫、威嚇その他の違法な手段によって」、他人が投票するのを阻害する者の処罰を定める連邦法で有罪とした。合衆国最高裁は、合衆国議会が州の選挙につき立法する唯一の権限が合衆国憲法修正第15条（人種、肌の色その他の先天的条件に基づく差別から投票しようとする市民を守る）から導かれるとし、もし当該制定法が修正第15条よりも広いのであれば、それは正統性を欠き執行されえないとした。合衆国政府は、当該制定法がその広範な文言にもかかわらず修正第15条によって正統化される人種差別の禁止のみを意図するとした。合衆国最高裁はこれに対して以下のように述べた。

「事をなすことを禁じその違反に刑罰を定める法律は、2つの意味を持ってはならない。市民は、刑罰法規の解釈における誠実な誤りにより訴追されうる立場に不必要におかれるべきではない。……どの

人もいつ犯罪を行っているのかを確実に知ることができなければならない。」

制定法がその禁止につき国民に告知を与えなければならないという原則は漠然性の分析の第1要件となった。合衆国最高裁は、告知要件の主たる根拠が、「人が自由に合法と非合法との間を舵取りできると考えるから、通常の知性の者が、それにしたがって行動できるように、何が禁止されるのかを知る合理的な機会を与えることであると強調する。漠然とした法律は公正な警告を与えないことで無実の者を罠にはめるかもしれない」としている。

告知の要件の第2根拠は、市民が不明確な意味によって不可避免的に、禁止領域の境界線が明確に記されている場合よりも、違法領域をはるかに広くすることとなることである。この点は、市民の抑止される行動が営利活動のように単に望ましい場合に生じるが、その行動が墮胎や保護された言論のように憲法上保護されている場合にはとりわけて重要である。

B. 権力分立

Reese 事件判決は、当該制定法の文言が禁止につき公正な警告を与えていないと判断しても、当該制定法を諦めなかった。裁判所の解釈により、当該制定法の外見上明確な文言を限定できるかどうかを検討された。合衆国最高裁は、「立法府があらゆる潜在的な犯罪者を捕まえるのに十分に大きな網をかけることができ、裁判所にその中に入って誰が正当に拘束されるか誰が放免されるかを判断させることを委ねるとすれば、明らかに危険である。これは一定程度、立法府の仕事を裁判所に委ねることになる。」とし、これを否定した。権力分立が維持されなければならないという原則は漠然性の分析の第2要件として確立されている。

権力分立に基づく漠然性の根拠は、漠然とした制定法がいかなる行為が犯罪であるのかの決定を裁判官、検察官や警察官に委ねることとなり、

立法府が刑罰法規の基準を設けるといふその責任を放棄してはならないということである。Hadfield 教授は、公共の利益優先の官吏にあつても同様に、私利私欲の立法者がまさにその目的で漠然とした制定法を利用しがちであることを理由としている。私利私欲の政治家は、漠然とした制定法により立法が不当な結論を生み出す場合に他者を非難することが許されると認識しているとする。彼らは漠然とした立法が人によってその目的を異にでき、そして異なる人々のかかなり多くを満足させることを知っているのかもしれない。同様に、公共の利益優先の立法者も、漠然性が立法に対する支持を確立するプロセスに不可欠であると考えているかもしれない。

裁判官に権限を委譲することが当該事件かぎりで見れば技術的な誤りに過ぎないと思われるかもしれないが、裁判官が漠然とした法的基準の適用上の限界を繰り返し解釈するなかで、裁判官はその基準を A→B→C→Dへと容易にまた偶然的に変化させることができる。

Frankfurter 裁判官は、漠然性の法理を攻撃するのに権力分立の根拠を用い、裁判所が漠然性のゆえに制定法を無効とすれば立法府の権限を侵害するとした。制定法の文言における特定性と一般性の衡量が立法過程の核心にある判断にかかわると結論づけた。そのような判断は「不明確性」という抽象的な概念によって無視されるべきではないとした。

C. 恣意的執行の防止

今日、制定法は2つの独立した根拠のいずれかを理由に漠然不明確のゆえに無効とされる。現在、①制定法が通常の知性の者にいかなる行為が禁止されているのかを理解する合理的な機会を与えないならば、あるいは②恣意的差別的な執行を権威づけあるいは助長するならば、当該制定法は漠然不明確とされる。そのような瑕疵は、合衆国法では合衆国憲法修正第5条、州法では修正第14条におけるデュー・プロセスに違反するとされる。しかし、その第2の根拠は変化している。

恣意的執行の防止は、1945年の *Screws v. United States* 事件判決までは、漠然性の分析において登場したことがなかった。*Screws* 事件判決では、ジョージア州郡特別保安部員および2名の警察官が、明らかに悪意（怨恨）により、黒人青年に手錠をかけて暴行を加え死亡させた事件が問題となった。被告人らは、1866年市民権法により、合衆国憲法が保障する被害者の諸権利、とりわけて修正第14条のデュー・プロセスを意図的にかつ法にかこつけて侵害したとして有罪とされた。

被告人らは、市民権法が修正第14条のあらゆる違反を犯罪とし、それゆえ法原則の大部分を取り込むため、あまりに漠然としており、刑事責任を問えないと主張した。合衆国最高裁はそのような解釈が漠然とし違憲であることに同意したが、連邦議会が重要な諸権利を保護しようとする努力を、市民権法を無効とすることで無駄にしたくはなかった。そこで、合衆国最高裁は市民権法を合憲限定解釈した。つまり、市民権法は、合衆国憲法、合衆国法あるいはそれらを解釈する判決によって特定されている権利の剥奪を必要とすると判示した。陪審はこのような説示を受けていなかったので、合衆国最高裁は本件を差し戻した。

Roberts 裁判官は、Frankfurter 裁判官や Jackson 裁判官とともに、本件訴追の却下を主張し、反対意見を執筆した。Roberts 裁判官は、被告人らの行為が法にかこつけてなされておらず、それゆえ市民権法の適用要件を充足しないとしつつ、多数意見がそのように判断しないので、漠然性の主張について検討した。Roberts 裁判官は、多数意見のように解釈するとしても、漠然不明確のゆえに違憲であると結論づけた。ここでより重要なことは、Roberts 裁判官がその判断のために新たな根拠を提示したことである。つまり、「犯罪処罰という機械装置の悪用が恣意的な政府のもっともありうるなじみの深い手段の一つであるから、刑罰法規における明確性という合理的な要請の適切な関心は市民的自由の根本である。それだけで明確性の要請はデュー・プロセスの憲法上の保障に含まれる」と。Roberts 裁判官は、そのような議論の最初の主張者であ

るから、それを支持する引用を行っていなかった。

合衆国最高裁の多数意見は、1961年の *Cramp v. Board of Public Instruction* 事件判決で Roberts 裁判官の理由づけを採用した。州の被雇用者に共産党にいかなる支援もしたことがないことを誓うよう求めるフロリダ州法が問題となった。合衆国最高裁は、漠然不明確な刑罰法規の危険が漠然とした宣誓を求める法律にもあてはまる、なぜならばその法律が宣誓者を偽証罪での訴追にさらすからと指摘し、あたかも刑罰法規であるかのごとく検討した。共産党に投票することや裁判所で共産党員の代理をすることなどさまざまな行為がその禁止に該当するか否かを当該州法が告知できていないことから、宣誓法が漠然不明確のゆえに違憲であるとした。合衆国最高裁は、「反対の考えを持つ人に共産党員のラベルを常に貼ろうとする人々がいることを認識しないことが現実を無視することとなる。そして、検察官もまた人間であることは経験が教えるところである」と述べた。

恣意的執行の危険は、1972年の *Papachristou v. City of Jacksonville* 事件判決において、告知の欠如の脅威に匹敵する漠然性の分析の構成要素として初めて現れた。そこでは、合衆国最高裁は、浮浪禁止条例が通常の知性の者に彼の意図する行為が禁止されているとの公正な告知を与えられないこと、および恣意的で誤った逮捕や有罪判決を助長することから、当該条例を漠然性のゆえに無効と判断した。その4ヵ月後の *Grayned v. City of Rockford* 事件判決では、これら2つの関心が、漠然とした制定法によって侵害される「重要な価値」として引用された。*Grayned* 事件判決の定式は漠然性の法理に関する裁判官お気に入りの説明となり、1983年の *Kolender v. Lawson* 事件判決において今日の2要件テストが明示された。つまり、「漠然不明確ゆえに無効の法理は、刑罰法規が犯罪を①通常人がいかなる行為が禁止されているのかを理解するのに十分な明確性をもって、②恣意的差別的な執行を助長しない方法で定義することを要求する」。

恣意的執行の法理が重要性を増すにつれて、権力分立の維持への関心は小さくなった。新たな理論の定立に重要な2つの判決例は旧理論を引用する最後のものでもあった。Grayned 事件判決は2つの関係を明らかにする。つまり、「恣意的差別的な執行が防止されるべきであるとすれば、法はその適用者に明らかな基準を提供しなければならない。漠然とした法は基本的な政策問題を警察官、裁判官や陪審員に委譲し、恣意的差別的執行の危険をさらに高めて、場当たりの主観的な根拠による解決を許すこととなる」と。立法権限の他の機関への委譲は実際に恣意的な（あるいは少なくとも一貫しない）執行につながる。しかし、この結論は必ずしも必然的なものではない。他の機関がこの新たな権限を公正に行使するかもしれない。Grayned 事件判決が権力分立に違反することの害悪よりも起こりうる結論の害悪を強調するのは、合衆国最高裁の漠然性の法理における転換を示している。

合衆国最高裁は、漠然性の分析における要件の一つを置き換えるだけでなく、その新たな要件を従来のもう一つの要件よりも重視している。「非営利的な場面では、行動は、一般原則として、制定法の文言を根拠に事前に詳細に計画されるものではない。そのような場合に、漠然性の法理の最も意味ある側面は、現実の告知ではなく、他の主たる要素、つまり、立法府が法の執行を統括する最低限のガイドラインを確立することという要件である」とした。合衆国最高裁は、漠然性を理由に刑罰法規を無効とした最新の判決、1999年の City of Chicago v. Morales 事件判決において、この立場を固めた。この判決では、シカゴ市条例が問題となったが、本条例が「何ら有害な目的を要求せず、疑われたギャングのメンバーと同じく他の人にも適用され」、完全なそれゆえ許容されえない裁量を警察官に与えると指摘した。この点だけで本条例が漠然不明確のゆえに違憲と判示された。

恣意的執行の要件は通常、あらゆる形態の不公正な執行を対象とする。実際、漠然性テストのこの部分を引用する最初の2つの判決例では、合

衆国最高裁は特にそしてもっぱら検察官の行為に関心を向けていた。他の初期の2つの判決例は検察官と警察官双方に言及し、その後の判決例では警察官の行為にのみ焦点を絞っている。裁判官は明らかに警察官による誤った差別的な行動に関心がある。

法執行者を召喚する裁判例のなかで、唯一、1994年の *Posters”N” Things, Ltd. v. United States* 事件判決が合衆国法に対する漠然性の主張であった。残りは州法や地方の条例を対象とした。これは、漠然性の分析におけるこの要件を、「一方で州の公的強制力のある機関すべてと、他方個人の私的な諸利益の合衆国による保護の制度とを調整する現実的な道具」と特徴づけた Amsterdam 教授の先見性のある指摘と合致する。合衆国最高裁が実際に合衆国によるよりも州による法執行に関心があるならば、検察官より警察官に焦点を向けることはある程度意味がある。多くの州や地方の検察官は選挙されており、それゆえすでに一般大衆による監督を受けている。それゆえ、裁判所はそのような検察官の判断にある程度敬意を払っても問題がないである。Amsterdam 教授は、州の執行に漠然性の法理の焦点が向けられていることが、州法に対する漠然性の主張が合衆国法よりもしばしば成功している理由、および合衆国法に対する漠然性の主張のわずかな成功例が告知要件に主に依拠している理由を説明すると示唆する。

漠然性の分析の恣意的執行防止要件の典型的な説明は法執行機関によってなされた行為に焦点をあわせるけれども、実際には、合衆国最高裁はしばしば、裁判官や陪審員による恣意的あるいは差別的な行為の危険を検討している。実際、この関心は恣意的執行への Roberts 裁判官の指摘よりも40年ほど遡る。1909年の *Waters-Pierce Oil Co. v. Texas* 事件判決において、州反トラスト法が問題となった。本法は本質的には価格の固定と通商制限を禁止していた。合衆国最高裁は、本法が裁判所や陪審に、それが合理的か否かに関する確信に従い、行為の犯罪性を決定する広範な権限を与えるものではないと指摘し、有罪判決を支持した。

警察官や検察官の行為を対象とする裁判例とは異なり、裁判官や陪審員への関心を示す裁判例の半分近くが合衆国法にかかわる。この類型は、合衆国最高裁が州や地方よりも合衆国の法執行機関を信頼する一方、裁判官や陪審員については合衆国も州も概ね同程度に尊重していることを示唆する。

Jeffries 教授によれば、裁判官と陪審員を比較すると、裁判官はコモン・ロー手法の脈絡でその判決を説明しなければならないことから、陪審員がより重大な恣意性を生み出すとされる。合衆国最高裁はこれとは異なる立場である。法廷における恣意的行為にかかわる最近の2つ合衆国最高裁の判決が陪審員のみを引用しているが、歴史的には、合衆国最高裁はいつも裁判官と陪審員の双方に言及している。実際、異なる陪審員が同じ事件につき異なる結論に達する可能性により制定法が違憲とされるものではないとし、陪審に向けられた要件は緩和されている。

裁判官や陪審員の行為を検討するのと類似のアプローチで、合衆国最高裁は時折、問題の制定法や条例が「確認できる有罪基準」を提示するか否かを検討し、漠然性の主張を分析する。

恣意的執行防止要件の妥当性については幾分議論がある。Jeffries 教授は、そのような執行の恐れが重大である、というのは、刑罰法規を執行する者が秘匿性と非公式性の場面で働き、しばしば緊急事態への対応センスに苛まれ、基準の一般化を自覚しこれに拘束されることが稀であると主張する。

Hill 教授は、恣意的執行防止要件が法執行の裁量を必要以上に禁ずるとする。「警察は、あらゆる交通違反に召喚状を出したり、家庭内論争中の暴行のすべてを逮捕すれば、もっともな批判を浴びせられるであろう」とする。Hill 教授や Livingston 教授は、裁量に対するより厳しい制限が、ものごいや公然酩酊などのいわゆる「生活の質を重んじた」犯罪を削減する最近のさまざまな努力に水をさすと主張する。

Livingston 教授はさらに、より特定性のある制定法を要求して警察の

裁量を制限することが「期待薄」であると主張する。特定性のある制定法でさえ、現場で事実を発見し、これらの事実を法を適用し、召喚か逮捕かいずれかを選択し、非公式に状況を解決するために法的行為の威嚇を用い、あるいは状況を無視することが警察官の裁量に委ねられると主張する。また漠然性の法理が、外出禁止令のように明確だが広範な法律や、速度制限のように明確だがしばしば違反される法律の執行において裁量を制限するには無力であると指摘する。Livingston 教授によれば、修正第4条の法理の多くが漠然性の法理が見過ごせない裁量を官吏に認めている。

これらの批判に対する1つの対応は、恣意的執行防止要件を、恣意的あるいは差別的執行を助長する制定法を禁止するとして限定することである。そのような禁止は速度制限法や召喚状を出すか逮捕するかの裁量を官吏に与える合衆国最高裁判決例には及ばない。というのは、これらは恣意的執行を許容するものではあっても、恣意的執行を助長するものではなく、それゆえ漠然性の主張を逃れる。

しかしながら、合衆国最高裁が漠然不明確のゆえに違憲と判断した多くの制定法や条例は恣意的あるいは差別的な訴追を助長していたことも真実である。この助長性はしばしば条文そのものからではなく、その制定を取り巻く状況から生じる。漠然性テストにおけるこの要件の最初のヒントでは、合衆国最高裁は、反対者を共産主義者と烙印する当時の雰囲気、Papachristouの浮浪罪条例は、社会的に望ましがらざる者の訴追を招き、「自己修養の、生産的な中流の価値観を共有しない人々の行動を特定し違法とする、有産階級社会による見え透いた試み」と特徴づけられた。比較的最近のMorales事件判決で無効とされた「ギャングうろつき」禁止条例は、うろつくギャング・メンバーを特定するのにいかなる証拠を用いるべきかを警察に示さず、それにより誰がギャング・メンバーであるのかの判断にかかわる根深い固定観念、つまり「市内の街角

に立っているにすぎない黒人またはラテンの青少年の集団が白人の集団よりもはるかに秩序紊乱であると考えられがちである」ことに依拠せざるをえなかった。このように当該条例はその執行が意識的に差別的でなかったとしても差別的執行を助長した。これらが示すように、単に恣意的差別的執行を許す制定法とそれを助長する制定法との相違は、その制定にかかわる状況にしばしば見出されうる。合衆国最高裁はすでに、漠然性の主張を判断するさいに、立法沿革のレンズを通じて、制定法や条例の採択にかかわる状況を考慮している。沿革を恣意的執行防止要件の一部として評価することは、過去の事例と合致した結論を生み出す、この法理の軽微な修正となるであろう。

あらゆる攻撃的な制定法がこのモデルに該当するわけではないが、漠然性の法理が個人の諸権利を保護する唯一の憲法理論であるとは誰も主張していない。このアプローチは現在の法理において過剰包摂を削除する方法として理解できる。

D. 上訴向け基準の創造

Frankfurter 裁判官は漠然性の法理の第4の根拠を示唆した。1952年、合衆国最高裁は、行政委員会が「冒流」と考える映画の上映禁止を認めるニューヨーク州法を検討し、当該制定法が修正第1条に違反すると判断した。Frankfurter 裁判官は判決に同意しつつ、当該制定法が漠然不明確のゆえに違憲であると主張した。漠然とした制定法がデュー・プロセスを侵害する2つの理由を挙げた。第1は告知の欠如である。第2に、「認可がまず行政機関の手にある場合、司法審査は實際上機能しなくなる。『冒流』という大型旅行カバンのような言葉では、裁判所は、必然的に主観的決定にかかわる行政行為の有効性を判断する何らの基準ももたない」と結論づけた。

合衆国最高裁は、1968年の *Interstate Circuit, Inc. v. City of Dallas* 事件判決において Frankfurter 裁判官の意見を採用したが、それ以降35年

間再びそれが提起されることはない。Interstate Circuit, Inc. 事件判決では、特別な許可をもつ映画館主のみが合法的に上映できることを意味する範疇、つまり「若者に不適切」と映画を分類することを委員会に認める条例を検討した。そのような映画を許可なく上映する者は軽罪で有罪とされる。合衆国最高裁は当該制定法が漠然不明確のゆえに違憲とした。漠然性の分析の根拠から、合衆国最高裁は「認可がまず行政機関の手にある場合、司法審査が實際上機能しなくなる」と指摘した。

E. 上訴向け記録の創造

Amsterdam 教授は、漠然性の法理の第5の少し異なる根拠を示唆する。制定法が漠然不明確である場合、下級審裁判所による事実認定が一般的で、重要な詳細が失われ、違法な州の行為が隠され、上訴裁判所の手が届かないこととなる。

III. 漠然性の治癒方法

今日、合衆国最高裁は、漠然性の主張に対して制定法を守る8つの方法を認めている。また7つの他の抗弁を採用することを否定、放棄あるいは単純に拒絶している。現存の抗弁のいくつかは、問題の文言が実際漠然不明確ではないと主張するから、漠然性の治癒法として機能する。他の抗弁は、制定法の文言が不正確であると認めるがそのような不正確さがその状況では受け入れられると主張し、免責事由として機能する。

A. 現存する抗弁

i) 治癒法：限定解釈

合衆国最高裁は、合衆国法を審査する場合、合衆国裁判所が合衆国法の限定解釈を行う権限を有するとしている。実際、合衆国裁判所は、そのような解釈が公正に可能であれば、憲法上の難点を回避する義務がある。合衆国最高裁はしばしば漠然性で争われた刑罰法規を限定しそれに

より明確化する方法を用いている。例えば、1988年の *Boos v. Barry* 事件判決では、大使館周辺等の一定の場所に集合し警察の解散命令に従わないことを違法とするコロンビア特別区の制定法を支持した。州最高裁は、警察が合理的に大使館の安全や平和への脅威が現在する場合にのみ解散命令を認めるものと限定解釈した。合衆国最高裁はこの限定解釈を採用し、そのように限定されれば当該規定が漠然不明確とはいえないとした。

ところが、限定解釈には限界がある。というのは、特定の被告人に適合するように制定法を修正することが、漠然性の分析が予防しようとする告知の問題を生み出しうるからである。この漠然性の治癒法においては、告知要件が「法律家の告知」あるいは法の現実的認識ではなく「認識可能性」の要請となると特徴づけられている。Jeffries 教授は、そのような告知が公正な警告の要請の諸目的を充足するには不十分であるとす。公正な警告は法を遵守する通常人であればその行為が刑罰法規に違反する危険があるとの何らかの合図を受け取るであろうか否かを問うとする。同様に、Diver 教授は、制定法が当該共同体において十分に定義され普遍的に受け入れられた意味をもつ言葉を用いることを保障するものと漠然性の法理を理解する。

しかし、實際上、合衆国最高裁のとりバランスは合理的で現実的である。制定法をその文言の平明な意味からはるかに遠く離れた意味で解釈することが漠然性の分析の本来的な目的を損なうことは確かである。裁判所がそうすることを認めることは、被告人が知らない法律に違反して責任を問われ、恣意的になされることを招来するであろう。しかしながら、同時に、裁判所が諸事件の判決を通じて制定法の意味を変更することを禁ずる唯一の方法はあらゆる解釈を禁ずることであろう。そのような禁止は法律をより一層不明瞭なままにするであろう。あらゆる事件の被告人がこれまでの説明なしにあたかも初めてのごとく刑法典にアプローチさせられるからである。

合衆国最高裁は、州法を審査するさいに、合衆国裁判所が州裁判所や州の執行機関が提示する限定解釈を検討しなければならないというルールを遵守している。Amsterdam 教授は、明文よりも州裁判所により解釈されたとおりの州法への固執が権力分立という明確性の根拠と矛盾すると指摘した。結局、それはまさに、合衆国最高裁が漠然不明確な制定法を無効とする場合に予防するよう求めた立法権限の他の機関への委譲である。

ii) 治癒法：立法沿革が意味を明らかにする

合衆国最高裁は、漠然性の主張に対して、刑罰法規の文言の正確な意味を立法沿革から導くことによって当該制定法を支持している。立法沿革をこのように用いる最新の、1973年の United States Civil Service Commission v. National Ass'n of Letter Carriers 事件判決では、合衆国の被雇用者が政党の管理経営やキャンペーンにおいて積極的な役割を果たすことを禁止する合衆国法の合憲性を支持した。合衆国最高裁は合衆国議会で十分な議論を経て制定されたと説明した。提案された法案の1つの条項であれば、「政党の管理経営やキャンペーンにおいて積極的な役割を果たす」を定義する「広範なルール作成権限」を行政機関委員会に与えることになったであろうし、それにはその法案が不適切に立法権限を委譲すると批判する立法者もあった。法案提出者は、その禁止行為を、法案通過時に行政機関ルールによりすでに禁止されているものと定義する修正案を提示した。この修正により法案が可決された。

当該制定法の制定にかかわる手続をいくぶん注意して検討して、合衆国最高裁は、合衆国議会がその委員会から不適切な役割を剥奪する意図であったと結論づけた。法案提出者は、政治的活動に対する当時の禁止についての委員会のリステイトメントを引用し、記録に留めた。合衆国最高裁は、「合衆国議会が党派活動の一般的禁止の定義として供する意図であったのがリステイトメントであった」と結論づけた。合衆国最高裁は、このリステイトメントが数年にわたり最新のものにされ、当該制

定法を漠然性から救済する十分な定義を与えると判断した。

合衆国最高裁はまた、Screws 事件判決に見られるように、立法沿革を当該事件に適用されるかぎりで制定法を無効とするのに利用している。

同時に、合衆国最高裁は、漠然性の脈絡でのみ立法沿革を利用しうると限定している。当該制定法の意味が疑わしい場合にのみそうできると論じている。立法沿革はその文言の自然の意味に反して制定法を解釈する目的では用いえない。1932年の *United States v. Shreveport Grain & Elevator* 事件において、合衆国最高裁は、制定法の文言が明確であるので立法沿革を調べる必要が不必要であるとした。

合衆国最高裁は時折、この治癒法の適用を誤っている。立法沿革が制定法の意味を知る有効な資料であるならば、制定法におけるカンマの文法的重要性によって立法沿革の価値が変わるものではない。それゆえ合衆国最高裁のアプローチは後退している。立法沿革が合衆国議会の意図する意味につきほとんど疑いを残さないならば、合衆国最高裁はこれを考慮すべきであり、立法の記録が不明確であればそれを考慮すべきではない。問題の制定法における正確さ・不正確さがその立法沿革を重視するか否かの選択に影響を与えるべきではない。

iii) 治癒法：特別な定義が意味を明らかにする

合衆国最高裁は、刑罰法規における文言の特別な意味を判断するために、技術的専門的分野における意味に注目している。1961年の *McGowan v. Maryland* 事件判決では、海水浴場や遊園地などの営業に不可欠、あるいは通常そこで販売されている、またはそれに付随的な商品の販売を除き、日曜日に商売を禁ずる州法につき、被告人が例外商品につき漠然性の主張を展開した。合衆国最高裁は、「被告人の雇用者の立場にある通常の知性の商人であれば、通常の商売上の知識によりあるいは合理的な調査をすることでいかなる例外が本法により包含されるのかを認識できるであろうと確信する」と述べて、被告人の主張を認めなかった。特定の分野を対象とする制定法がその分野で知られた用語を用いるなら

ば、その用語に特別な意味を認めることは、被告人が公正な告知を受けることの保障と合致する。

iv) 治癒法：言葉の通常理解が意味を明らかにする

制定法が言葉の通常理解でその射程を伝える場合、漠然性の主張が認められないかもしれない。合衆国最高裁は、さまざまな秩序破壊罪法を支持するために、通常理解を頻繁に用いている。合衆国最高裁は、健康管理施設の玄関100フィート内で、勧誘等のために同意なく他人の8フィート以内に近づく行為を禁ずるコロラド州法に漠然性の主張がなされた、2000年のHill v. Colorado事件判決において、何人も当該制定法のありふれた文言を理解しないという可能性がほとんどないと述べて、漠然性の主張を退けた。墮胎、破壊組織のメンバーであることやアルコール販売を禁ずる刑罰法規を支持するさいにも、同様の理由づけがなされている。この治癒法が真に理解が共有されている文言に用いられるかぎり、漠然性の法理の告知および恣意的執行防止の各要件と合致する。

v) 治癒法：禁止行為の文脈が意味を明らかにする

授業妨害となるような学校周辺における騒音の防止を定める条例が問題となったGrayned事件判決において、合衆国最高裁は、妨害の程度が条例には特定されていないが、ここで問題となっているのは一般的な秩序妨害ではなく、学校という脈絡である以上、妨害の程度は学校の通常の活動に対する影響で容易に判断できるとし、この特定の脈絡においては当該条例が公正な告知を付与するとした。この論理は、Boos事件判決において、大使館の平穩という脈絡に基づく判断にも引き継がれている。これは、制定法が当該脈絡でその意味を明らかにされるものであるかぎり、漠然性の法理の2つの要件に合致する。

vi) 治癒法：法執行機関が意味を創造している

合衆国最高裁は、検察官が漠然とした文言の制定法に施した定義に指針を見出しうることを、漠然性の主張を排除するための補助的根拠としている。Grayned事件判決も、裁判所が自由に使える解釈の道具のリス

トに、法執行者の解釈を加えている。

Livingston 教授は、漠然とした文言を用いる制定法を無効とする前に、警察内部のポリシーなどの執行方法の改善効果を考慮すべきであるとする。合衆国最高裁が執行方法を制定法支持の補助的根拠としてのみ利用するのであれば妥当である。執行機関がいつでも変更できるポリシーを完全に信頼するならば、漠然性の法理の恣意的執行防止要件を侵害するであろう。もちろん、警察や検察が法律を公平に執行することを期待するが、漠然性の分析の第2要件の前提は執行者がそうすると単純に信頼してはならないということである。

vii) 言い訳：制定法が故意を要求する

合衆国最高裁は、「故意の要件が、とりわけて被告人の行為が禁止されているとの告知の十全性にかかわり、法律の漠然性を緩和しうる」としている。故意の要件が欠けている場合には、当該制定法は誠実に行動する人々にとって異同然であると指摘する。

Douglas 裁判官は、検察官が、独立した証拠によってではなく、推測によって故意の要件を充足できる場合には、漠然性に対する抗弁として認められないと主張した。つまり「制定法の禁止に意図的という要件を加えることが何ら正確性を高めるものではない。というのは、この意図の要件が、別個に証明されるのではなく、その違反となる行為から推測されたからである」とした。

Douglas 裁判官の批判はさほどの外れではない。例えば、「事情を知りながら」という要件は被告人がある程度の自己意識をもって禁止行為を実行することを要求するが、しかし、被告人がその行為が法律に違反することを認識していることを要求するものではない。漠然性の分析における告知要件が問題とするのは、この意味での認識（すなわち、いつ犯罪を行っているのかを確実に認識すること）である。制定法がこの認識を要求するのであれば、告知の要件が充足されると判断すべきである。これ以外の故意の要件は漠然性の言い訳とすべきではない。

故意の要件の存在が伝統的に告知要件を解決するものと見られているが、Batey 教授は周縁領域の事件において警察や検察を抑止することで恣意的執行を生み出すと指摘する。

viii) 言い訳：制定法が実務上適用しやすい

合衆国最高裁は、問題の文言の意味につき制定法が不十分な指針しか与えていないことを証拠立てる明らかな一般的混乱がこれまでなかったことを理由に、刑罰法規を支持した。この言い訳は告知要件との関係では合理的である。というのは、これまで論争がなかったことが、ほとんどの被告人が十分な告知を受けていたことを示唆するからである。しかしながら、恣意的執行の防止という観点では、恣意的差別的執行を助長する制定法のみが禁止されるとすれば、この言い訳は意味をもつ。過去における論争の不存在が当該制定法がそのような執行を助長するものではないことを示唆する一方、当該制定法がそのような執行を許容しないことを証明するものでもない。

B. 採用されない、放棄された、否定された抗弁

i) 治癒法：関連する制定法が意味を明らかにする

1937年の Herndon v. Lowry 事件判決において、「州の合法的な権限に対する共同した抵抗運動に加わるよう、説得その他の方法で誘うあらゆる試み」を禁止するジョージア州法が問題となった。州法は、反乱の定義では暴力行為に言及しているが、反乱の扇動の定義ではこれへの言及がなかった。そこで、州最高裁は、反乱の扇動につき、暴力の使用を唱導することが必要ではなく、その応募者が将来暴力に向かいようことを合理的に予見すべきであったことを要求すると解釈した。合衆国最高裁は、この解釈の基準が、その言葉が他者の将来の行動に何らかの影響を与えるであろうと予見すべきであったと陪審員が納得させられるならば、政府の交代を主張する人を引っ掛ける引き網となるにすぎないとし、当該州法を漠然性のゆえに違憲無効とした。

これに対して、反対意見を執筆した4人の裁判官は、反乱、反乱扇動の試みおよびそれに対する刑罰を扱う刑罰規定が密接に関連しているから、それらすべてが一つ一つの射程や意味に明らかに影響するとし、相互に関連させて解釈し本件に適用するかぎりでは十分に明確であると結論づけた。

ii) 治癒法：法を遵守する市民であれば制定法を理解するであろう

漠然性の法理が導入された当初、合衆国最高裁は公正な告知の要件が誠実な市民だけに対する告知を要請するものと述べていた。例えば、1948年の *Musser v. Utah* 事件判決は、「立法が法を遵守する者に十分な指針を与えられないから、デュー・プロセス条項に違反する」と指摘した。また、1953年の *United States v. Five Gambling Devices, Labeled In Part "Mills," And Bearing Serial Nos.593-221* 事件判決では、Clark 裁判官は、「デュー・プロセス条項によって要求される明確性は将来の違反者の立場からテストされるのではない。そのテストは、十分な指針が法を遵守する人々に与えられているか否かである」と述べ、漠然不明確のゆえに違憲とした相対多数意見を批判した。

合衆国最高裁は、法を遵守する市民という視座を明白には拒絶していないが、数十年間その理論に言及することなく、実際上はそれを「通常の知性の者」の視座に置き換えているように思われる。

iii) 治癒法：他の合衆国法における文言の使用が意味を明らかにする

20世紀前半、合衆国最高裁は、問題の文言が他の合衆国法で用いられていたから十分に明確であると理由づけて、刑罰法規へのいくつかの漠然性の主張を退けた。

当時の反対意見は、そのような解釈方法が合衆国刑事コモン・ローを生み出し許されないと主張した。この主張は勝ちぬけているかもしれない。少なくとも漠然性の脈絡では、合衆国最高裁は、1951年以降、ある制定法に意味を付与するために他の制定法を用いていないからである。

iv) 治癒法：類似の制定法が広まっている

Frankfurter 裁判官は、ニューヨーク州のわいせつ禁止法の違憲性を審査したさいに、「ニューヨーク州はこのような立法を持つ20州の一つにすぎない」とし、「この法律を有する州の数の目覚しさは、合衆国全土に短期間で広まったことで強化される」と述べた。

しかしながら、1974年の Smith v. Goguen 事件判決では、合衆国国旗を侮辱的に扱うことを禁ずるマサチューセッツ州法につき、連邦および州において同様の制定法があまねく採用されているにもかかわらず、漠然性のゆえに無効と判示した。

v) 言い訳：規制対象が不正確な文言を求める

Goguen 事件判決は、その傍論において、「問題の性質によっては、立法府が十分な正確性をもって基準を確立しえない、人間の行動の領域がある」と指摘した。

Goguen 事件判決は当該制定法が漠然性のゆえに違憲であるとしつつ、秩序違反行為を禁ずるような制定法が秩序を保持する必要性の現場での評価のように不正確な文言を要請するかもしれないと指摘した。

vi) 言い訳：被告人が現実の告知を受けている

合衆国最高裁は、かつて「規制の影響を受ける関係者と協議を重ねた後に規定し、事情を知りながらその禁止に違反する者のみを処罰する制定法を無効とするために、告知概念を歪めるものではない」としていたが、最近、「刑罰法規がその禁止につき公正な警告を与えるか否かの判断は特定の被告人の主観的予測の場当たりの評価ではなく、当該制定法と他の関連法規に基づいてなされなければならない」と述べた。

1964年の Bouie v. City of Columbia 事件判決において、合衆国最高裁は、不法侵入が他人の所有地に侵入してはならないとの告知を受けた後に侵入することだけではなく、立ち去れとの告知を受けた後にとどまることも含むとした州最高裁の判決を覆した。合衆国最高裁は、制定法そのものが明確であったとしても、被告人へのその適用が予見不可能であ

り、被告人に適用されるかぎりで漠然不明確のゆえに違憲であるとした。換言すれば、被告人が逮捕される意図であったことを証言し、それゆえその行為が法に違反することをおそらく認識していたとしても、被告人は法の目的に照らして告知を受けていなかったと指摘した。

合衆国最高裁が現実の告知という基準を放棄したにもかかわらず、Rehnquist 裁判官は、被告人が故意に法を無視したままであれば告知の要件が満たされるとその論理の拡張を支持している。つまり、「どのようにすれば法に合致するのかを確認する努力を何らしなかった者が、その故意の不知が法律が漠然としていることの証明であると主張することを認めても、何らの憲法上の価値にも資しない」と主張する。

vii) 規制理由が漠然性の問題より重大である

初期の漠然性の判決例では、合衆国最高裁は、制定法の目的である政府利益が漠然性の考慮を上回るに十分重大であると示唆することがあった。1927年の *United States v. Alford* 事件判決では、公有地上の森林等燃えやすいもののなかあるいは近くで焚き火をすることを禁ずる制定法につき、公有地の近くの私有地で焚き火をした被告人が本法が公有地上の焚き火を禁止するものと主張したのに対し、合衆国最高裁は、土地の所有者が誰であるかにかかわらず、公の森林等の近くでの焚き火を禁止するとした。「近く」という文言が漠然不明確ではないと判断するさいに、当該制定法の重要な目的が森林火災の予防であることを指摘した。

ところが、最近、合衆国最高裁は、規制理由によって明確性の憲法上の基準を充足しない立法を正当化しえないと述べ、漠然性の分析への利益衡量アプローチを否定した。

IV. 漠然性の主張の提起

A. 「明らかに制定法に該当する」被告人と文面違憲の主張の提起

合衆国最高裁は、制定法を明らかに適用される者が当該制定法に漠然性の主張をしてはならないと繰り返し述べている。Dorf 裁判官はその

ようなルールが他の統治機関への裁判所の干渉の余地を削減し、裁判所の判断を現実の事件に限定すると主張する。

刑罰法規の射程内に明らかに入る被告人が漠然性を理由に当該刑罰法規に挑むことができないとしても、合衆国最高裁は、最初に漠然性の分析を行うことなく被告人が明らかに含まれているとどのように判断するのかを説明したことがない。これと類似の主張をなすいくつかの判決例は、漠然性の法理が制定法の適用審査ではなく文面審査がいつ許容されるのかを解決する法の一部であると示唆する。例えば、1982年の *Village of Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates Inc.* 事件判決は、「明らかに禁止された行為を行う被告人が他者の行為に適用されると当該法律が漠然不明確であると主張できない」とした。明らかに射程内の被告人が仮想された第三者の漠然性の主張を援用する当事者適格に欠けるとの示唆は、そのような主張が本来非当事者の権利を援用するとの理由で、文面審査を妨げるのに使われている主張である。

文面審査に対する合衆国最高裁のスタンスは不明瞭である。1939年の *Lanzetta v. New Jersey* 事件判決では、漠然性による文面審査が、行為を支配するルールを規定しその違反に警告するのが制定法であるから、許されると判示した。しかしながら、文面上の漠然性の主張の適切さを問題とする最近の多数意見は、問題の制定法が修正第1条の諸権利を侵害しないかぎり、漠然性の主張が当該事件の事実に応用されるかぎりで評価されなければならないとした。そこでは、合衆国最高裁は、「漠然性のゆえに無効が、その意図した行為が禁止されていると合理的に理解できない場合には刑事責任を問うべきではないことを意味するにすぎない。告知の十全性を判断するさいには、制定法が必ず被告人が訴追された故意に照らして検討されなければならない」と理由づけて、この結論に至った。

後者の論理は問題がある。第1に、修正第1条の諸権利が問題となっている場合や制定法が何らの理解可能な行為も禁止していない場合には

文面審査が許容されるが、これは文面審査を禁ずる原則が重大な例外を認めることを証明する。第2に、漠然性による文面審査の禁止は、合衆国最高裁がしばしばこれに違反していることから、妥当性が疑われる。第3に、制定法が漠然不明確であるか否かを判断するのに合衆国最高裁が用いるテストの観点から見ると、漠然性の法理は、告知だけではなく、かつては三権分立、今日では法執行における裁量の制限にも基づいており、後者がより重視されてきている。告知要件は適用審査を示唆し、恣意的執行防止要件は文面審査を示唆する。制定法が恣意的あるいは差別的な執行を許容または助長するならば、それは制定法の明文および立法沿革を通じてそうなのであり、被告人の事件事実は重要ではないのである。

B. 文面違憲の主張の評価

合衆国最高裁は文面審査を行う場合に、しばしば2つのテストの一つが示される。2つのテストは、あらゆる適用における漠然性の証明を求めるテストと、必ずしもそのような証明を必要としないテストである。

合衆国最高裁は、1982年の *Flipside, Hoffman Estates, Inc.* 事件判決では、文面上の主張が成功するためには、当該法律がその適用のすべてにおいて許容しがたいほど漠然不明確であることを証明しなければならないとし、1年後の *Kolender* 事件判決では、刑罰法規がいくつかの有効な適用の余地がありうるとしても、文面上無効とされたことがあると述べた。ところが、その後直ちに、1987年の *United States v. Salerno* 事件判決で、漠然性の脈絡だけではなく法律の文面に対するあらゆる主張につき、当該制定法が有効となるであろう状況が一切存在しないことを証明しなければならないとした。合衆国最高裁の相対多数意見は、*Salerno* 事件判決の言及が「傍論」であるとし、*Dorf* 教授も合衆国最高裁がそれを適用できないと示唆する。

周辺的な適用において漠然性を証明するにすぎない制定法の文面への

A・E・ゴールドスミス「合衆国最高裁における漠然性の……」

主張は成功しないとの第3原則は非常に多くの事件で用いられている。Hill 事件判決においては、仮想的状況で起こりうる漠然性についての推測は、その意図された適用の大多数において有効である場合には制定法の文面に対する攻撃を支持しないから、漠然性の主張が認められなかった。

V. 結 論

合衆国最高裁の漠然性の法理を支える根拠の注意深い分析によって、その基本的な主義が修正の必要のあることは明らかになっている。漠然性の法理の背後にある理論的根拠の検討により、合衆国最高裁が問題の制定法を有効と認識させる、故意の要件の存在などの抗弁のいくつかはこの法理の目的が達成されるのを保証できないことが明らかとなっている。また、漠然性の法理の諸目的への焦点は、告知要件のもとではなく、恣意的執行要件のもとでの漠然性の主張が論理的には適用上ではなく文面を基礎に進められうること示唆する。