

R.Batey, The Vagueness Doctrine in the Roberts Court: Constitutional Orphan, 80 UMKC L.REV. 113(2011)の紹介

門 田 成 人

本稿は、ロバーツ・コートにおける漠然性の理論の扱いを批判的に検討する、Batey 教授の論文を紹介する。合衆国最高裁はそのメンバーの3名が替り、重要な合州国法の漠然性が問われる2つの判決を抱えていたことから、その判断が注目されていた。しかし、いずれの判決も、Batey 教授が指摘するように、漠然性の理論の分析および実際の合衆国法の文言の検討いずれにおいても不十分と評せざるをえないであろう。アメリカ合衆国における漠然性の理論は、公正な告知と恣意的差別的執行の防止という2つの理論的根拠の意味内容、民事法規、刑罰法規や修正第1条に関する規制という制定法の性質による違憲判断の基準の変化、および、適用審査か文面審査かという違憲審査の態様につき、争いがある。合衆国最高裁判例に照らせば、基本的には、修正第1条にかかわる刑罰法規の明確性がもっとも厳格に要求されるが、条文の文言を問題としつつも付随的違憲審査制との関係で適用審査を原則とし、漠然性の判断が恣意的差別的執行の防止のため法執行官に対する最低限度の指針の提供を基準とする点が、その特徴となっているといえる。この基本ラインも維持されるのかが疑問視されるような2つの判決が下され、その理論的検討は今後の漠然性の理論の展開を見定めるのに必須である。Batey 論文は、合衆国最高裁の基本ラインをベースに文面審査の活用を強調する立場から比較的詳細な分析を加えるもので、貴重である⁽¹⁾。

以下、本論文を紹介する。なお、必要最小限の注記を付する。

漠然性の理論の研究者は期待と不安で2010年の夏を待っていた。合衆国最高裁は、2つの合衆国法、つまり、外国テロ組織への「重要な支援 (material support)」提供の禁止法⁽²⁾、および「誠実な職務という無形の権利を奪う (depriving another of the intangible right of honest services)」という郵便電信詐欺法 (the mail and wire fraud statute)⁽³⁾の拡張解釈の漠然性を争う事件を抱えていた。合衆国最高裁裁判官は、1999年、漠然性の理論に十分な注意を払ったが⁽⁴⁾、その後3人の裁判官が入れ替わったため、合衆国最高裁が漠然性の理論における長年の問題を解決するのではないかとの期待があった。

Holder v. Humanitarian Law Project 事件判決⁽⁵⁾および Skilling v. United States 事件判決⁽⁶⁾は明らかに期待はずれであった。Humanitarian Law Project 事件判決における Roberts 合衆国最高裁長官 (以下、長官とする。)の多数意見は、「重要な支援」の定義における漠然性を否定しようとして、混乱させる結果となった。

(1) Batey 教授の基本的立場については次の論文を参照のこと。Robert Batey, *Vagueness and the Construction of Criminal Statutes — Balancing Acts*, 5 VA.J.SOC. POLY & L. 1 (1997)。[なお、筆者は、合衆国最高裁判例が恣意的差別的執行の防止を重視する点で法律家を対象とする制定法文言の機能のみが問われることから、裁判規範であるとともに行為規範性を有する刑罰法規では一般人基準の公正な告知を重視し、刑罰の持つ峻厳性を文面審査への契機となしえないかと考えている。拙稿「刑罰法規の明確性の判断構造について～City of Chicago v. Morales 事件判決を素材に～」島大法学 44 巻 4 号 189 頁以下参照。]

(2) 18 U.S.C. § 2339B(a)(1)(2006). “[M]aterial support” under § 2339B is defined in § 2339A(b)(1).

(3) *Id.* § 1346.

(4) *City of Chicago v. Morales*, 527 U.S. 41 (1999).

(5) 130 S.Ct. 2705(2010).

(6) 130 S.Ct. 2896(2010)。[本判決の紹介として拙稿・[2011—1] アメリカ法 (278) がある。]

Rehnquist 長官の死と、O'Connor 裁判官および Stevens 裁判官のリタイアに伴い、合衆国最高裁には漠然性の理論に十分に注意し慎重に検討する裁判官がいないと結論する者もある。これが漠然性の理論の研究者にとって2010年諸判決のもっとも恐ろしい遺産かもしれない。

漠然性の理論の説明は、入門書であれば、その根拠論を確認することから始まる。裁判所は法律がいかなる行為を犯罪とするのかの公正な警告を保障するため、また警察官や検察官による恣意的差別的な法執行を限定するために、漠然とした文言を用いる刑罰法規を無効とする。漠然性の分析は、通常、文言から始まるが、制定法の目的を達成するためのあいまいさの必要性和、保護された行為に対するそのあいまいさの影響との比較衡量に素早く移行する。裁判所は典型的には被告人に適用されるかぎりでのみ制定法の漠然性を判断するが、比較衡量の結果が制定法にきわめて不利である場合には文面審査を行い、被告人にどのように適用されるかに関わらず、制定法を無効とする。合衆国最高裁の2010年の漠然性に関する判決はこれらの最低限の認識さえない。

I *Holder v. Humanitarian Law Project* 事件判決の立法および手続の経緯は相当に曲がりくねったものである。合衆国議会は1996年テロ対策・実効的死刑法 (the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996) において外国テロ組織に「重要な支援」を与えることを犯罪とする規定を初めて採用した。その後まもなく、外国テロ組織の合法的活動を支援したい原告は、司法長官に、当該規定が修正第1条の諸権利を侵害し、許容しがたいほど漠然としておりとして、その執行を禁止することを求める訴訟を提起した。当該訴訟が合衆国地方裁判所と第9巡回区控訴裁判所との間を行き来する間、合衆国議会は2001年合衆国 PATRIOT 法において関連規定を修正したので、原告は新たな文言に対して同じ主張を提起する新しい訴訟を提起した。2つの訴訟が係属中、合衆国議会は再び2004年インテリジェンス改革・テロ防止法 (the

Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act of 2004) において「重要な支援」規定を修正した。

合衆国地方裁判所は、漠然性に照らして評価して、「貢献 (service)」「訓練 (training)」や「専門的な助言や援助 (expert advice or assistance)」という文言が無効であるとしたが、「人員 (personnel)」が同様に漠然としているとの主張は認めなかった。第9巡回区控訴裁判所はこれを肯定したが、合衆国最高裁はサーシオレイライを認めた。

これらの問題に関して、Roberts 長官は、漠然性の理論の理解の浅薄さ、あるいは漠然性の理論を自分の好みに形成しようとする狡猾さを示すいくつかの一般的な言及で始まる。本理論の2つの理論的根拠、すなわち公正な警告の付与および恣意的差別的執行の制限の通常の説明で始まり、すぐに「我々は制定法が当該事実に適用されると漠然としているのか否かを検討する。というのは、明確に禁止された行為に行う者は他者の行為に適用されれば当該法が漠然としていると主張することができないからである。」と付言する。漠然性に対する文面審査の正当性の露骨な否定は、ここ40年間もつともはげしく争われていた問題の1つ、つまり特定の刑事被告人への適用が比較的明確であっても、裁判所が漠然とした制定法を無効とできるか否かを誤解しているかあるいは偽るかである。1974年のParker v. Levy 事件判決において、Rehnquist 長官が漠然性の主張につき文面審査を閉ざす、つまり、漠然とした文言の、本件に適用されるかぎりでの審査を認める礎を築いた。1982年のVillage of Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc. 事件判決はこれに従った。しかし、合衆国最高裁は、1983年のKolender v. Lawson 事件判決や1999年のMorales 事件判決で適用審査を明らかに超えており、この手法を拒絶している。

Lawson 事件判決の原告は、合法的に停止させられた人が「信用でき確かな (credible and reliable)」身分証明を求め、あるいは逮捕に直面すると解釈されるカリフォルニア州法が漠然とし許容されえないとの宣言的判決を求めた。

合衆国最高裁の7名の裁判官は O'Connor 裁判官執筆の意見で一致した。原告は逮捕され本法により有罪とされたが、その有罪判決は合衆国最高裁で争われることはなく、その宣言的判決は本法があらゆる適用において無効であるとした。

ギャング・メンバーが明白な目的なくどこか1つの場所に留まることを犯罪とするシカゴ市条例につき、イリノイ州最高裁は本条例による多くの有罪判決をまとめ、本条例の漠然性を理由に、被告人の具体的状況を調査することなく、それらをすべて覆した。合衆国最高裁の6名の裁判官による多数意見は Stevens 裁判官による意見においてこれを認めた。反対意見には Rehnquist 長官だけではなく Scalia 裁判官がおり、Scalia 裁判官は「正直言えば、合衆国裁判所がそのような宣言をする務めがあるのかは相当に疑問である。」としつつ、文面審査を選択した。

Lawson 事件判決や Morales 事件判決の反対意見は、合衆国最高裁がそれらの事件で文面審査を行うと明らかに考えていた。Roberts 長官のこの点に関する唯一の認識は、「制定法が言論の自由または集会の自由に干渉する場合に、より峻厳な漠然性の理論が適用されるべきであると述べてきた。」との不承不承の陳述である。漠然性の分析における文面審査の役割の抑制は Roberts 長官の次の言及に引き続き、第9巡回区控訴裁判所を文面審査のようなものを使った点で批判する。

Roberts 長官が漠然性を修正第1条の分析と混乱させるとして批判し、「合衆国控訴裁判所が当該事件以外の事実への制定法の適用を検討した。」と軽い不快感を表明した。Roberts 長官は、「制定法がどのように仮想状況において適用されるかを判断することで、合衆国控訴裁判所による漠然性の議論は、修正第1条の過度の広汎性の理論の諸要素を導入すると思われる。」と付け加え、この間違いの愚かさを強調する。

しかし、これはもちろん、過度に広汎性の理論の確立された要素である文面審査が適切に漠然性の判決において用いられるのかという重大な問題であ

る。合衆国最高裁の多数意見は、Lawson 事件判決や Morales 事件判決においてそうであると考え、第9巡回区控訴裁判所は、(文面審査の用語をはねつけているが) Humanitarian Law Project 事件判決において類似の結論に至っていると思われる。Roberts 長官は、この問題に正面から取り組むことなく、「明らかに禁止された行為を行う被告人は他者の行為に適用されると漠然としていると主張することができない。」と、Village of Hoffman Estates 事件判決から「ルール」としてその輪郭を示しながら、それがすでに決せられたことで、当然のこととする。Roberts 長官はすぐに追加して、Parker v. Levy 事件判決を引用し、そのルールが「言論になった行為をなんら特別扱いしない。」とした。反対の趣旨の、より新しい先例、および、Lawson 事件判決が明示的に Flipside 事件判決(本事件で争われたマリファナ用品店規制が商業的状況で生じたために)や Levy 事件判決(軍隊社会とを区別する諸要因のため)を識別したという事実にはなんらの言及もなされなかった。Humanitarian Law Project 事件判決における多数意見は、これを全く無視し、言論の自由に関する事件に適用されうる「高められた漠然性基準 (heightened vagueness standard)」でさえ文面審査上その禁止を変更できることを否定し、何がともかく高められているかを疑わせるままである。

関連して、Roberts 長官は、「被告人が重要な支援禁止法が合衆国政府に過剰な執行上の裁量を与えると主張していない、それゆえ、合衆国最高裁が公正な告知にその注意を限定できる。」と指摘する。この動きは Roberts 長官の文面審査の拒絶を支持する。それは警察官や検察官による恣意的差別的執行を制限することが、公正な告知に対する関心より強く将来の事実状況における潜在的濫用への注意を惹くからである。それはまたさらに Lawson 事件判決や Morales 事件判決を軽視する。この2つの判決は恣意的差別的執行の限定を公正な告知よりも重要な漠然性の理論の根拠と位置づけた。

多数意見の主張はおそらく、Humanitarian Law Project 事件判決の被告人を驚かせた。被告人は冒頭書面で、本法が嫌われる言論を対象とする広範な裁

量を検察官や陪審員に与えると主張した。被告人の書面に対する Roberts 長官の判断が正しいとしても、それはおそらく執行裁量を問題とした書面を提出した法定助言者を怒らせるものである。合衆国最高裁は、漠然とした刑罰法規に内在する恣意的差別的執行の可能性を重要ではないとすることで、これを無視している。

Humanitarian Law Project 事件判決の多数意見は最終的に、合衆国議会が時間をかけて制定法の文言を狭くしてきており、主観的要件がさらに漠然性の濫用可能性を低減させるとし、認識の要件を要するものとしたことに言及し、重要な支援禁止法における現実の文言の扱いに進んでいる。合衆国最高裁はこの最後の言及に3つの判例を引用するけれども、どれも主観的要件が刑罰法規の漠然性を軽減させるのかを説明するものではない。違法性の認識という主観的要件が何らかの漠然性の問題を治癒するとしても、それは合衆国最高裁が重要な支援禁止法に必要と判断する認識ではない。

適用審査のみが適用されうることを繰り返した後、Roberts 長官は、被告人が行おうとした活動に目を向け、それが「訓練」あるいは「専門的な助言や援助」の文言の射程に明らかに該当すると認定する。平和的に問題を解決するよう外国テロリスト組織を訓練することは、そのような組織に国際機関に救済を申し立てる方法を教えるのと同じく、訓練であり、いずれの活動も「専門的な助言や援助」の規定に触れる。地理上の針路を教えることがいずれの定義も充足するか否かについて被告人が問うのに対し、多数意見は適用審査の影に隠れ、「それらの議論が抽象的にはどれほど説得力があっても、それらは本件では的外れである。被告人は地理上の針路を教える目的ではなく、特殊な技術と一般的知識との境界線をまたぐ想像上の事案に避難することはできない。」とする。

被告人が行いたかった他の活動、つまり、外国テロリスト組織によって援助された少数民族グループに対する政治的唱道は多数意見にとっては若干異なる問題を提起した。そのような唱道は容易に重要な支援禁止法における

「人員」あるいは「貢献」を提供することに分類されうるが、しかし、合衆国最高裁長官はそのような言論のすべてを制定法の禁止領域に掃き入れることを望まなかった（そうすれば、修正第1条の攻撃に対して制定法を擁護することが不可能に近くなるからである）。そこで、多数意見は「人員」に対する制定法上の限定—独立した唱道を含まない—をイタリック体にし、「貢献」にもその限定を読み込む。これはもちろん違憲性から救済するための限定解釈であるが、しかし、多数意見はそのように特徴づけることを欲していない。そこでその代りに、合衆国最高裁長官は、外国テロ組織のために尽くして (in service to) というように、「に (to)」という単純な言葉が共同活動 (concerted activity) を要求し、かなり疑わしいが、通常の知性の者がそのように「貢献」という文言を理解するであろうと論ぜざるを得ない。

「共同」唱道のみを禁止することがその概念の漠然性を高めるとの被告人の反論—いかなるメンバーとのどのような意思伝達で足りるのか、指導者との意思伝達なのか？「関係」は雇用や契約関係など正式な要素がなければならないのか？人を介するのでもよいのか？—に対しては、多数意見は再び適用審査を盾に取る。「これらの疑問に関する問題はそれらが全く仮想であるという点である。被告人は外国テロ組織とその唱道を連携することを求める程度につき何ら特別な明確な表現を提供するものではない。したがって、そのような疑問は具体的な事実状況を待たなければならない。」と。

重要な支援禁止法への漠然性の攻撃を手際よく片付けて、合衆国最高裁長官はその意見の残りを、独立した唱道を含まないと解釈することで、修正第1条の攻撃から制定法を擁護することに費やしている。多数意見が言論や集会の自由の違反を認めなかったことは驚くに値しない。

多数意見の漠然性に対する扱いの不備を前提に、Breyer 裁判官がその反対意見 (Ginsburg 裁判官および Sotomayor 裁判官同調) を「合衆国最高裁と同じく、その理由づけに対しても、この制定法が漠然とし違憲であるとは考えない。」で始めることには驚かされる。おそらく Breyer 裁判官は表現の自由

をきわめて重要であると考えていたので、その力をそこに集中したかった。彼は雄弁に言論の自由を擁護し、この基本的権利に対する多数意見の横着な態度に明らかに憤慨している。彼も制定法の目的には敬意を表し、「被告人がその活動が組織の違法なテロ活動を支援することを認識または意図する場合にのみ、修正第1条で保護された純粹言論や集会を犯罪とすると制定法を解釈する」という、違憲性から救うであろう限定解釈を提示している。しかし、彼が修正第1条にのみ重点を置きたがったとしても、漠然性に関しては沈黙したままである。多数意見の分析の実質的な黙認は、一般論としてあるいは重要な支援禁止法への適用において、漠然性の理論をほとんど考えていないことを示唆する。

II 合衆国郵便電信詐欺法における「誠実な職務 (honest services)」という文言は、Humanitarian Law Project 事件判決で問題となった「重要な支援」規定に比べ、簡素な歴史を有する。しかし、その歴史におけるいくつかのねじれがきわめて急なものである。Skiing 事件判決における Ginsburg 裁判官の多数意見で論じられたように、20世紀中、合衆国控訴裁判所は、次から次へと、金銭や財産だけではなく、賄賂やリベートを受け取ったり、選挙を不正に操作したり、機密情報を漏示する公務員や私的被雇用者による、誠実な職務の権利などの「無形の権利 (intangible rights)」の剥奪を含むと郵便電信詐欺法における「詐取する計画または計略 (scheme or artifice to defraud)」の文言を解釈した。しかし、合衆国最高裁は、1987年にその場で直ちに無形の権利理論の進展を止めた。それが *McNally v. United States* 事件判決であり、郵便電信詐欺法の射程を財産権の保護に限定した。その理由の中で、*McNally* 事件判決は慈悲の原則に言及した。「合衆国最高裁は、刑罰法規に2つの合理的な解釈がある (いずれかがかなり厳しい) 場合には、合衆国議会が明白かつ明確な文言で表明するときのみより困難なものを選択すべきとしばしば述べている。」と。

合衆国議会が McNally 事件判決におけるルールを覆すのにわずか1年を要したに過ぎないが、合衆国議会の意図が明確であるにもかかわらず、その文言はさほど明確ではなかった。第1346条の改正法は「『詐取する計画または計略』の文言が誠実な職務という無形の権利を他人から奪う計画または計略を含む」と規定した。22文字の改正後22年間に、研究者や裁判官はその漠然性を問題とする一方、下級審裁判所は文言の欠陥を治癒しようとさまざまな厳格解釈を採用した。しかし、合衆国最高裁はその合憲性に正面から取り組むことはなく、初めて Enron 社の経営責任者の著名な事件でサーシオレイライを認めた。

それまでの期間の長さや期待に照らせば、合衆国最高裁による第1346条の漠然性の判断は大いに拍子抜けである。Ginsburg 裁判官の多数意見は、「誠実な職務」の文言が漠然とし許容しがたいとするが、Skilling 事件判決の漠然性の判断の大半を、それにつきどうすべきかを述べるのに費やされている。

被告人の漠然性の主張—「誠実な職務」の文言が公正な告知を与えず、恣意的差別的執行を限定しない—を簡潔にまとめた後、多数意見は、判例法が合衆国議会の法令を解釈するよう求められると単に指摘する。Ginsburg 裁判官は、「第1346条が無効とされるより解釈されるべきであることに同意する。」と当たり障りなく結論する。「誠実な職務」の文言が文字通りに執行されえないとのこの密かな判断は、その文言が漠然とし許容しがたいことを意味している。にもかかわらず、Ginsburg 裁判官が示唆にとどめたことは驚くべきことである。しかしながら、この点についてはそれ以上何も触れず、違憲性から救うであろう限定解釈に多数意見の漠然性に関する判断の大半を割いたにすぎない。

McNally 事件判決以前の裁判例を概観して、Ginsburg 裁判官は「本理論の核心部分、つまり、誠実な職務の事案の大多数が忠実義務に反して賄賂やリベートの計画に加わった犯罪者にかかわる。」とする。McNally 事件は典型的

なりベートの事案であった。かくして、合衆国議会は第1346条が少なくとも賄賂やりべートに及ぶよう意図したことは明らかである。合衆国最高裁は、賄賂やりべートを超えることを拒絶し、制定法が公務員または私的被雇用者による未公表の自己取引に適用されるよう解釈すべきであるとの政府の主張を撥ね退けている。その理由の中には、「刑罰法規の射程に関するあいまいさが慈悲となるように解決されるべきである」との馴染み深い原則がある。そこで、Skilling 事件判決の多数意見は賄賂とりべートの計画のみを包含するように第1346条を解釈して解決した。

Ginsburg 裁判官は、限定解釈された文言が漠然性のゆえに無効ではないと簡潔に判断する。公正な告知については、この判決が制定法を明確化し、制定法の主観的要件が告知への関心をさらに弱々しくさせる。「賄賂」や「りべート」の概念に内在する不正確さについて疑問が生じるけれども、しかし再び、主観的要件が犯罪の行為要件の叙述において漠然性をどのように解決するかにつき何らの説明もない。

恣意的差別的執行の潜在的可能性に関して、多数意見は他の合衆国法における賄賂やりべートの定義が第1346条の拡張の危険を低減させると述べる。しかし、定義そのものはかなり広汎であり、恣意的な敵意や差別的な意図をもつ検察官に大きな自由を与える。「りべート」という文言は、不適切に(列挙された状況)に関連して有利な扱いを得るまたはそれに報いる目的で(列挙された者)に直接、間接に提供される何らかの現金、謝礼、手数料、貸金、贈り物、心づけ、価値物あるいは補償を意味する。賄賂規制法は拡張的で、熱心な法執行に対する何らかの抑制にはほとんどならない。

多数意見はこの第1346条の合衆国最高裁の解釈の合憲性の主張で終わる。Ginsburg 裁判官の分析における間隙を前提にすれば、漠然性の理論の根拠をより理解した反対意見が期待される。しかし、Scalia 裁判官にはそれを期待しがたいところであった。確かに、Scalia 裁判官は誠実な職務につき不満を示していたが、漠然性に関しては、City of Chicago v. Morales 事件判決の反対

意見で文面審査をはじめ漠然性の理論の根拠の多くを歪める意見を述べていた。しかしながら、Skilling 事件判決では、Scalia 裁判官は、第 1346 条が漠然とし救済の余地がないと主張し、漠然性の理論の旗手となっている。

不幸なことに、Scalia 裁判官は、一般的な合意のある漠然性の分析におけるいくつかの概念の 1 つ、つまり、裁判所が制定法を厳格に解釈することによって漠然性から救済するという原則を論駁することで、その職責を全く果たさなかった。Scalia 裁判官の怒りの対象は「誠実な職務」の規定を賄賂やリベートに限定することである。その同意意見によると、McNally 事件判決もそれ以前の判例も、そのような限定を正当化するものではない。Skilling 事件判決における多数意見のように制定法を解釈することは「解釈ではなく創造である。合衆国最高裁は合衆国議会が採用した漠然とした犯罪基準を合憲となりうるより狭い基準に取りかえる。そのような切りつめを支持する判例はなく、明らかに司法権限を超えられる。」と。

しかしながら、合衆国最高裁はどれほど州裁判所による切りつめが漠然性から制定法を救済するのを許容しているか。その列挙は暇がない。

Scalia 裁判官の本当の不満の原因は、制定法の文言を切り詰めることではなく、その程度である。「合衆国最高裁が述べるように、これは単に違憲となる可能性に直面して限定解釈を採用するのとは違う。そうするためには、判例は注意深く、限定解釈が公正に見て可能、合理的でなければならない、あるいは合衆国議会の意図に明白に反してはならないと指摘する」。Scalia 裁判官にとっては、「誠実な職務」の文言を賄賂やリベートに限定することは上記のいずれにも該当しない。しかし、それは、新たな合衆国犯罪を定義する権限を剥奪することと、司法権限を明白に超えて行動することにつき、この議論を見栄えよくするためにその分析を混乱させるにすぎない。どれほど合理的あるいは可能であっても、合衆国議会の意図とのずれがわずかであるとしても、限定解釈の合法性が問われる。

Scalia 裁判官は、第 1346 条が文面上無効であると主張するが、漠然性の主

張の文面審査を正しいとは考えていないから、適切な救済法が悩ましい問題である。Scalia 裁判官は巧みにこのジレンマから抜け出すが、あまり説得的ではない。被告人の理由が明確であっても、それが、被告人に対する適用を妨げるのとは対照的に、あらゆる適用における制定法の無効を求めるという意味で、被告人の主張を「文面上」のものにするわけではない。しかし、Scalia 裁判官でさえ、「被告人が特定する第 1346 条の弱点の普遍性のゆえに、被告人が勝てば本法のもとで訴追される誰もが勝つことになる。将来の訴追において制定法の運命は先例拘束性の問題であるだろう。」と認めざるを得ないと感じている。Scalia 裁判官がその理由づけで多数意見となれば、その影響は文面上制定法を無効とするのと同じであるだろう。第 1346 条は被告人に適用されえないし、先例に従い、他の誰にも適用されえない。結果は文面審査と同じで、ラベルが異なるにすぎない。

Ⅲ Kolender v. Lawson 事件判決において O'Connor 裁判官が指摘したように、漠然性の理論は 2 つの理論的根拠、つまり公正な告知と恣意的差別的執行の制限を有するが、後者がより重要である。

漠然性の理論のより重要な面は現実の告知ではなく、もう一つの主要な要素、つまり立法府が法執行を支配する最低限の指針を確立することである。立法府がそのような最低限の指針を提供できない場合、刑罰法規が、警察官、検察官や陪審員にその個人的な偏見を追及することを許す基準のない一掃を許容する。

Lawson 事件判決の 2 年後、John Calvin Jeffries, Jr. 教授が漠然性と「法の支配」つまり「政府権限の行使における恣意性の抑制」との関係を強調した論文を公表し、大きな影響を与えた⁽⁷⁾。

(7) John Calvin Jeffries, Jr., *Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes*, 71 VA.L.REV.189(1985).

漠然とした法律を定義する権限はそれを執行する人々に効果的に委ねられ、刑罰法規を執行する人々は特に秘匿性と非公式性のある状況で働き、しばしば緊急事態の意識に差し挟まれ、自覚のある基準の一般化によって抑制されることがほとんどない。そのような状況では、自由裁量の包括的な委譲は当然その濫用を招き、その自由裁量を抑制する重要な第一歩は不明確な法律を無効とすることである。

漠然性の理論は熱心な警察官や検察官に対する防波堤として機能する。いわゆる「街路掃除法 (street-cleaning statutes)」が問題となった *Lawson* 事件判決や *Morales* 事件判決はこの保護が働いていることを証明する。

この重要な機能は今日まで継続しており、街路掃除法の領域を超えてさまざまな制定法に広がっている。最近の裁判例が示すように、合衆国最高裁以外の裁判所は、警察官と同様に、検察官による恣意的差別的執行について関心がある。その理由の1つは、*William J. Stuntz* 教授によって論じられたプロセスにおいて、立法府は、厄介な訴追決定を検察官に委ねる、広汎な刑罰法規を起草する誘因があることである⁽⁸⁾。漠然性の理論はその傾向に対する重要なチェックとなる。漠然性の理論の適用が警察官や検察官による法執行における公平さを維持することの一面である。それは法の支配を保持することと変わらない。

結果として、制定法の漠然性の分析は、公正な告知の欠如だけではなく、恣意的差別的執行の可能性の評価で始めるべきである。*Humanitarian Law Project* 事件判決で問題となった重要な支援禁止法は明らかに恣意的差別的適用の可能性を有する。外国テロ組織と何らかの接触のある多くの人々の中から、政府はその意にかなう人を選べる。というのも、最も些細な接触においてさえ、制定法が定めるように「貢献」、「訓練」、「専門的な助言や援助」あるいは「人員」が提供されているとのまことしやかな主張がなされるであ

(8) *William J. Stuntz, The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 *MICH.L.REV.* 505(2001).

ろうからである。

恣意的差別的執行の可能性は表現の自由に対する萎縮的效果によって重大となる。Humanitarian Law Project 事件判決後の New York Times 誌の署名記事において、手におえない対立から抜け出す道を求めて暴力集団を研究しこれと接触する社会学者らは重要な支援禁止法による訴追にさらされる可能性を認識していた。ほとんどのアメリカ人はおそらくそのような学術的行動が訴追されることを望まないであろうが、合衆国検察官はそのように考えないかもしれない。学者は、その行動そのものとは無関係に、政府に批判的な署名記事を書いたがゆえに。しかし、そのような訴追が現実化しないとしても、その可能性のために、学者が政府に対する批判を緩めたり、まったく批判しなくなってももつともである。これはまさに重要な支援禁止法の漠然性が表現の自由に対して萎縮的效果を生じさせる1つの道筋である。Breyer 裁判官の反対意見はより多くの道筋を列挙している。

重要な支援禁止法の恣意的差別的執行の可能性と、それに付随するもつとも重要な保護された自由に対する萎縮的效果に基づき、制定法は漠然性のゆえに無効とされるべきである。萎縮的效果も高くつき、影響される権利も重要であるので、制定法がその文面上漠然としていると判断されるべきである。

この仮説的な反対意見に答えて、Roberts 長官は当該事件における恣意的執行あるいは差別的執行の可能性を否定する。より率直な対応は執行への関心の適切さや文面審査の可能性を認識するが、それらが重要な支援禁止法による立法目的の重要性によって相殺されると認めることである。Roberts 長官は修正第1条の分析においてその重要性を主張し、「誰もが、テロと戦うという合衆国政府の利益が最も高いレベルの喫緊の目的であることに同意する」。そのうえで、Scalia 裁判官であれば、漠然性の理論がそのような重要な目的を達成しようとする際にはかなりのあいまいさを黙認すると続けることもできるであろう。

合衆国最高裁長官は、言論の自由と漠然性の2つの根拠に基づく憲法上の攻撃から制定法を救い出すために、「人員」の定義における独立した唱道を「貢献」に拡張することによって、「重要な支援」の文言を限定解釈すると認識すべきである。しかし、この率直さは文面審査より穏やかなもう一つの仮想的反対意見への道を開くであろう。妥協点を模索する反対意見は制定法を無効とするのではなく、多数意見よりも恣意的差別的執行の可能性を限定する傾向の強い、独自の限定解釈を採用することを選択することで立法目的の重要性を是認することになりうる。その良い候補は Breyer 裁判官の、漠然性よりも修正第1条に基づく提案であろう。それは、被告人がその行動が組織の不法なテロ活動を援助することを認識または意図する状況に制定法の適用を限定する解釈である。違法性の認識を要求することで、この主観的要件は検察官が恣意的あるいは差別的に被告人を選択する機会を劇的に制限するであろう。

執行、保護された行為への影響や立法目的の重要性というレンズを通じて Skilling 事件判決を見ることはさまざまな意見を生み出すであろう。「誠実な職務」の文言は明らかに Skilling の恣意的あるいは差別的な選択を許容し、そして Skilling は被害者であるのもっともらしい主張をなしえ、Enron 社の崩壊の選ばれし見せしめの一人である。実際、Skilling を貶す訴追前の広汎な宣伝は明らかに Skilling を起訴する決定に影響した。しかし、Skilling が恣意的差別的執行の被害者ではないとしても、「誠実な職務」の規定は広い目で見れば被告人の選択にほとんど何らの限定も課さない。

Skilling のようなビジネス事件では保護されたあるいは望ましい行為への、制定法による萎縮の効果についての心配がほとんどない一方、公共の脈絡では制定法の適用についていくぶんかの関心がある。Jeffries 教授は、McNally 事件判決や第1346条の制定より前に、ニューヨーク州の Joseph Margiotta のような政治的指導者に対する誠実な職務理論の適用を憂慮していた。Margiotta 事件判決の反対意見において、Ralph K. Winter 裁判官は、誠実な職

務理論が政治的不正直の包括的な禁止になっていることを危惧した。Winter 裁判官も Jeffries 教授も多くの共通した政治活動を列挙している。それらの活動の合法性が誠実な職務理論によって問題とされ、保護された行為に対する萎縮的效果を生じさせる。

McNally 事件判決がこの配慮を鎮める一方、第 1346 条がそれを復活させた。Scalia 裁判官は、2009 年の *Sorich v. United States* 事件判決の反対意見で、第 1346 条を「強い影響力のある合衆国の訴追道具」と特徴づけ、利益相反を隠しそこなった地方の住宅供給官や地方の行政事務に政治的引き立てで雇用された市職員に対する、第 1346 条の適用に言及した。

誠実な職務理論が真剣に受け止められその論理を押し切れば、おそらく第 1346 条は、州議会議員が再選に不可欠な少数派の支持を得ると予想して法案に賛成投票するとの決定も、市長が予約なしにレストランの席を得るためにその地位の名声を使用しようとするこも、公務員が契約のため不適格な友人を推薦することも、犯罪とするであろう。

このような行為が第 1346 条により訴追されるのであれば、恣意的差別的執行の潜在的可能性やありふれた政治行動に対するその可能性による萎縮的效果は重大である。第 1346 条が文面上無効であるとの Skilling の主張は類似の論点を含みえたのであろうが、Scalia 裁判官は文面審査に対するアレルギーのためそれをできなかった。

立法目的の重要性が保護された行為に対する制定法の影響に反して挙げられる。Ginsburg 裁判官の意見は、合衆国郵便詐欺法の重要性を強調したならば、より良いものであろう。Stevens 裁判官は、これまで合衆国で現れたあらゆる新たな詐欺に対する「最前線の防御」として郵便詐欺法を位置づけた。郵便詐欺法は極めて重要なデフォルトとなっている。立法府が時々特別な禁止立法を制定するのに時間がかかる場合に、郵便詐欺法は斬新な詐欺実行者に対して巧みに使われうる唯一の正義の道具をしばしば提供している。この重要な機能は、「誠実な職務」の文言を憲法上許容しうるとするには十分に

はない一方、その完全な拒絶ではなく、Skilling 事件判決の多数意見によってなされたような限定解釈を支持するのに使われうるであろう。

しかしながら、裁判官は合衆国議会の郵便詐欺法の目的が、とりわけ同じ行為に適用される他の合衆国法や州法に照らして、さほど重要ではないと反対意見を述べうる。Ginsburg 裁判官によって認識された2つの可能性は合衆国賄賂・リベート規制法や多くの州法が適用されうることである。これらの他の制定法は第1346条を余計なものとはしないが、第1346条の抜本的な改正が必要であると考えられるべきではないとの主張を支持する。これは確かに、その合憲性を救うために制定法を狭く解釈する裁判所の権限に対する正面攻撃より、Scalia 裁判官の立場をより説得的に支持する主張となっていたであろう。

恣意的差別的執行の潜在的可能性への注意深い配慮と、保護されたあるいは望ましい行為に対する影響と立法目的との衡量が、必ずしも漠然性の事件において異なる結論を生まないだろう。しかし、これらの特質はより良い意見に導くはずである。しかしながら、真の問題は合衆国最高裁の誰もが漠然性の理論につき十分に留意し意見を執筆するか否かである。Humanitarian Law Project 事件判決や Skilling 事件判決から明らかになることは励みにはならない。