

研究ノート

アメリカ刑事判例研究(10)

小早川義則

Baze v. Rees, —U.S.—, 128 S.Ct. 1520 (2008)

—— 致死薬物注射による死刑執行と第8修正の残虐で異常な刑罰の禁止 ——

【事実の概要】 他の35州および連邦政府と同様にケンタッキー州は若干の犯罪に対して死刑を科すことを選択した。これらの各州および連邦政府に関して真実であるようにケンタッキー州は、長年かけて死刑判決の執行方法をより人道的な処刑方法に変えた。このような処刑方法の変化によって今日では死刑を科しているすべての法域における致死薬物注射（the lethal injection）の使用が実現されることになった。

いずれも二重殺人（double homicide）で有罪とされた本件上告人両名 — ベイズ（Baze）とボウリング（Bowling） — は、致死薬物注射の手

続は、もし意図どおり適用されれば人道的な死をもたらすであろうことを認めている。彼らは、しかしながら、致死薬物注射による処刑方法ないしそのプロトコル（lethal injection protocol）はその実施方法の要件に適切に従い得ない危険があるため重大な苦痛が生ずる危険があることを理由に、“残虐で異常な刑罰”を禁止する第8修正の下で違憲であると主張する。彼らは、それに代えて、今までいかなる州によっても採用されておらず、かつ試みられたこともない処刑手続の採用を提案するのである。

公判裁判所は広範な審理手続を開き、詳細な事実認定の上で、“道徳的、宗教的、または社会的理由で死刑に反対する人を満足させる合理的な処刑方法はないが、ケンタッキーの手続は残虐で異常な刑罰を禁止する憲法上の要件に合致している”と結論し、州最高裁もこれを維持した。（at 1526.）

本件上告人両名は州および連邦の副次的救済手続（collateral remedies）を使い果たした後で、ケンタッキー州フランクリン巡回区裁判所に3人の州公務員を訴え、致死薬物注射のプロトコルは違憲であると宣言することを求めた。事実審裁判所は、数多くの専門家を含むおよそ20人の証人の証言が認められた7時間に及ぶ裁判官による公判後に、処刑手続の不適切な執行に関する各主張につきいずれも最小の危険（minimal risk）しかないと認定し、当該プロトコルを是認した。これに対する上訴を受けてケンタッキー州最高裁は、“不必要でいわれのない（wanton）苦痛や拷問ないし長びかせる死（lingering death）をもたらす実質的リスクがあるとき”そのような処刑方法は第8修正に違反すると述べた上で、この基準を採用して原判決を維持した。（at 1529.）

これに対し、合衆国最高裁は「ケンタッキーでの致死薬物のプロトコルは第8修正を満たしているかを判断するために」上告受理の申立てを容れ、7対2で原判決を維持した。なお、ロバツ首席裁判官（ケネディ、アリトー両裁判官同調）が判決を言い渡したが、結論に同調した7人の裁判官の見解も順次簡単に紹介しておく。

【**法廷意見**】 I A 19世紀の中頃には“絞首刑が合衆国におけるほぼ普遍的な処刑方法であった。[1888年にニューヨークは“現代の科学によって知られている死刑判決を効果的に実施する最も人道的な方法”を調査するため知事によって選任された委員会の勧告に従って死刑の方法として電気椅子による処刑 (electrocution) を是認した最初の州となった。【6】 Glass v. Louisiana, 471 U.S. 1080, 1082, and n.4 (1985) (Brennan, J., dissenting from denial of certiorari) . 1915年頃には“電気椅子による処刑は絞首刑よりも苦痛が少なくより人道的であるとの十分根拠のある考え”に動機付けられて他の11州がこれに続いた。【4】 Malloy v. South Carolina, 237 U.S. 180, 185 (1915) .

絞首、銃殺、および致死ガスを含む処刑方法が一時用いられたことはあったが、電気椅子による処刑はほぼ1世紀にわたり主要な処刑方法だった。しかしながら、1976年のグレッグ判決 (Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153) で終了した「9年間の執行停止 (hiatus) 後に」州の立法府は、人の死を確保する手段としての電気処刑を見直すべきであるとの国民の声に応じ始めた。1977年にオクラホマの立法者は、オクラホマ大学医学部麻酔科科長と相談後に、州の処刑方法として致死薬物注射を採用する最初の法案を提出した。「今では36州のすべてが死刑を執行する唯一のまたは主たる手段として致死薬物注射を採用しているため、それが合衆国における群を抜いた (by far) 最も一般的な処刑方法となっている。それはまた連邦政府によって用いられている方法でもある。」 (at 1526-1527.)

「死刑を定めている36州のうち27州は、致死薬物注射による処刑を唯一の執行方法としている……9州は電気処刑のような代替物に加えて致死薬物注射を是認している。……ネブラスカは制定法によって電気椅子による処刑を唯一の方法と定めるただ1つの州であるが、ネブラスカ最高裁は最近、この方法をネブラスカ州憲法の下で退けた。」 State v. Mata, 745 N.W.2d 229, 261-262 (2008) . (at 1527 n.1.)

これら36州のうち少なくとも30州 (ケンタッ

キーを含む) は、致死薬物注射プロトコールにおいて同一の3種の薬物の組合わせ方法 (combination) を用いている。最初の薬物であるチオペンタールナトリウム (ペンタールとしても知られる) は即効性の精神安定鎮静剤で、致死薬物注射のために用いられる当量が投与されると深い昏睡のような無意識状態になる。第2の薬物であるパンクロニウム臭化カリ (パブロンとしても知られる) は、すべての筋骨格活動を妨げる麻酔剤で、横隔膜を麻痺させることによって呼吸を止める。第3の薬物である塩化カリウムは、心臓の収縮を刺激する電気信号に介入し心拍停止をもたらす。最初の薬物が適切に投与されると、死刑囚は、第2、第3の薬によってもたらされる麻痺や心拍停止に伴ういかなる苦痛も体験しない。(at 1527.)

B ケンタッキー州は1998年に電気椅子による処刑を致死薬物注射に代えた。ケンタッキー州法は、処刑時に用いられる薬物ないし薬物の種類を特定していない、その代りに“各死刑判決は死をもたらすに足る薬物または組み合わせた薬物の継続的な静脈注射によって執行する”ことを命じている。1998年以前に死刑を言い渡された死刑囚は電気椅子による処刑か致死薬物注射かを選択できたが、致死薬物注射は——本件での申立人におけるように——執行予定日の少なくとも20日前に死刑囚が選択を拒否すれば致死薬物注射は行われない (default)。もし裁判所がケンタッキー州の致死薬物注射の方法を無効とすれば、処刑の方法は電気椅子による処刑に逆戻りすることになる。

致死薬物注射方式の採用後間もなくケンタッキー州矯正局職員は、前記制定法の要求に合致する書面によるプロトコール (a written protocol) の作成にとりかかった。ケンタッキー州のプロトコールは、チオペンタールナトリウム2グラム、パンクロニウム臭化カリ50ミリグラム、および塩化カリウム240ミリグラム当量の注射を要求していた。2004年に本件訴訟の結果として矯正局は、チオペンタールナトリウムの量を2グラムから3グラムに増やすことにした。注射の間、執行チームのメンバーは、残ったチ

オペンタルナトリウムがパンクロニウム臭化カリと接触すると生じる沈殿物によるラインの詰まりを防ぐために静脈注射 (IV) のラインをナトリウム25ミリグラムと同一平面 (flush) にした。プロトコールは、静脈注射のカテーテルを挿入する責任を少なくとも1年の経験ある専門家に委ねている。ケンタッキー州は現在、カテーテルのために必要な静脈穿刺 (vein punctures) をするために資格を有する静脈切開の専門外科医 (phlebotomist) と緊急医療技術者 (EMT) を使用している。彼らは死刑囚の腕や手、足にある静脈の場所を探すためにほぼ1時間かける。他の職員は3種類の薬物の入った溶剤を混ぜ合わせ、それらを注射器具筒 (syringes) に詰める責任がある。

ケンタッキーの死刑執行施設は、処刑室、一方向の窓で隔てられた監視室、および証人室から成る。刑務所長と副所長は、ガーテ (車輛付き担架) に縛り付けられた死刑囚とともに処刑室にとどまっている。死刑執行チームは、監視室から5フィートある静脈注射管を通して遠隔操作によって薬物を投与する。視覚による検分で所長と副所長によってチオペンタルナトリウムを最初の静脈注射の場所に入れて60秒後に死刑囚が無意識でないと判断されると、塩化カリウムとパンクロニウム臭化カリを注入する前にさらに3グラムの新しいチオペンタルが第2の場所に投与される。さらに最初のチオペンタル薬物がうまく投与されたかどうかを確認することに加えて、所長と副所長は静脈注射のカテーテルと管に問題がないかを監視する。

医師は死刑執行の最後まで立ち会っているが、死亡を確認することを除き、“死刑執行行為”に参加することは制定法によって禁止されている。心電図 (EKG) が死刑囚の死亡を確認する。ケンタッキー州が致死薬物注射を採用して以降、ケンタッキーの死刑囚で死刑執行されたのはL・ハーパ (Lee Harper) だけで、ハーパの死刑執行には問題があったという報告はない。(at 1528.)

Ⅱ 第14修正のデュー・プロセス条項を介して州に適用される第8修正は、“過大な保釈金を

要求し、または加重な罰金を科してはならない。また残虐で異常な刑罰を科してはならない”と規定する。われわれは、グレッグ判決 (前出) によって死刑は合憲であることが確立したことから始める。したがって、死刑を執行する方法がなければならない。どのような処刑方法——いかに人道的なものであるとしても——にも内在する若干の苦痛のリスクはある。それ故、憲法は処刑時における苦痛のリスクをすべて回避することを要求していない。申立人らは、そのように主張するのではなく、第8修正は苦痛の“不必要なリスク”を生ずる手続を禁止しているので、とりわけ裁判所は (a) 不必要なリスクを生ずる苦痛の程度 (severity)、(b) 生じる苦痛の可能性、および (c) 代替手段の可能性の程度を判断すべきであると主張する。申立人らは、第8修正の主張をするのに必要な苦痛の大きさは苦痛の程度および代替物の利用可能性によって変わるとするが、弁論趣意によれば、第8修正の審査の引き金となるにはその危険は“かなりのもの (significant)” でなければならないと考えている。

これに対し、ケンタッキー州側は、“不必要なリスク”という基準は最少のリスクしかない (least risk) 代替物を州が採用することに相当し、このような規準によれば、州によって採用されたいかなる処刑手続に関しても憲法上の疑問が繰り返されることになるので、このような基準に代えて、下級審によって用いられた“実質的危険 (substantial risk) の基準を当裁判所は認めるべきであると主張する。(at 1529.)

A 当裁判所は今までに州が選択した死刑判決の執行のための手続を残虐で異常な刑罰に当たるとして無効としたことは1度もない。われわれは1879年の【1】ウィルカーソン判決 (Wilkerson v. Utah, 99 U.S. 130) において、準州裁判所によって科せられた銃殺刑を残虐で異常な刑罰であるとする主張を退けた。われわれは同判決で残虐で異常な刑罰を科してはならないと定める憲法上の規定の範囲を正確に定義する努力には困難が伴うと指摘した。そのような努力をする代わりにウィルカーソン判決裁判所は、

“拷問、……その他それと同一線上にある不必要で残虐な刑罰は第8修正によって禁止されていることを確認することで足りる”と指摘したのである。

われわれはこれらの原理を再び1890年の【2】ケムラー判決（*In re Kemmler*, 136 U.S. 436）で用いた。われわれは同判決において、ニューヨーク州によって行われる電気椅子による最初の死刑執行への異議申立ての主張に対し第8修正を州に組み入れることを認めなかった。しかし、この問題を回避した際にわれわれは、“拷問または長びかせた死（*a lingering death*）”にかかわるとき、そのような刑罰は残虐である。しかし、死刑という刑罰は、憲法の中で用いられている言葉の意味において残虐でない。何か非人道的で野蛮なもの、単に生命の消滅以上の何かを意味している”と指摘した。死刑執行の方法として電気椅子による処刑を採用したニューヨーク州法は“かかる結果に至るより人道的な方法を探す努力の中で制定された”ことをわれわれは指摘したのである。（*at* 1530.）

B 申立人らは、ケンタッキー州で採用された致死薬物注射または特定のプロトコールそれ自体が残虐でいわれない苦痛を科すものであると主張しているのではない、そうではなく“適切に施行されれば”ケンタッキーの手続の下で実行される処刑は“人道的で合憲”であることは認めている。口頭弁論で弁護人が認めているように、「第1回目の薬物であるチオペンタールナトリウムが適切に投与されれば、その後のパンクロニウム臭化カリと塩素カリウム注射によって囚人が経験する苦痛のリスクは除去されることを認めているのである。」

申立人らは、このような手続は本件で適切に行われない——とりわけ、チオペンタールナトリウムは意図された効果を達成するために適切に投与されていない——ため、他の化学薬品が投与されるときに生ずる激しい痛みを伴う相当なリスク（*significant risk*）があると主張する。われわれの判例は、個人を将来の害——単に現に科せられる苦痛ではない——にさらすことは残虐で異常な刑罰となりうることを認めてい

る。しかしながら、そのような害にさらすことが第8修正に違反することを確証するには、リスクをもたらす前提（*conditions*）が“重大な苦痛と不必要な痛み”をもたらす確実なものまたは極めてありそう（*sure or very likely*）なもので、かつ“十分に差し迫った危険”を呈しているものでなければならない。

偶然によるにせよ死に伴う不可避的結果であるにせよ、当の処刑方法には苦痛が伴うという理由だけでは、残虐で異常な刑罰としての資格がある“客観的に耐えられない害悪のリスク”を確証したことにはならない。1947年の【3】フランシス判決（*Francis v. Resweber*, 329 U.S. 459）において当裁判所の多数意見は、機械の故障で第1回目の死刑執行の試みが失敗した後での第2回目の電気椅子による死刑囚の処刑の試みを支持した際に、誰も非難できない事故が発生したと指摘し、そのような悪意が認められない事故は第8修正違反にはならないと結論した。換言すると、孤立した不幸な出来事（*isolated mishap*）だけでは第8修正違反を生じない。そのような出来事は遺憾なことではあるが、残虐性を示すものではないし、問題の方法が“重大な害悪の実質的リスク”を生ずるものでもないからである。（*at* 1530-1531.）

C 申立人らの主張の大半は、パンクロニウム臭化カリや塩化カリウムを使用しないで済ませる代替的な1つの薬物からなるプロトコールの採用および最初のチオペンタールナトリウムの投与が適切に投与されたことを確認するために訓練を積んだ職員の監視によって除去できる重大な害悪のリスクを明らかにしたということに尽きる。第8修正違反の対象となりうる害悪のリスクの性質に関する従前の判例の性質に照らし、単に少しより安全な代替物があるとの立証だけでは死刑囚が州の死刑執行方法に首尾よく異議を申し立てることはできない。そのような立証に基づいてすでに確立している第8修正違反を別途認めることは、裁判所を死刑執行の“最善の方法”を決定する責任のある調査部に変えるおそれがある。そのようなアプローチはわれわれの判例の中に支持を見い出せない。し

たがって、われわれは申立人らの提案する“不必要なリスク”の基準を退ける、進行中の科学論争に裁判所を巻き込むことになろうからである。

提唱されうる代替物は、“重大な害悪の実質的リスク (substantial risk)” に効果的に言及したものでなければならない。この資格ありとするには、代替の手続は実行可能で、かつ容易に実行できるものでなければならない。そして実際、激しい苦痛の実質的リスクを大きく除去するものでなければならない。もし州が、このような証明済みの長所 (documented advantages) が明々白々であるにもかかわらず、現行の処刑方法に固執する特段の行刑上の正当化理由なしに、そのような代替物の採用を拒否するのであれば、そのような州の処刑方法の変更の拒否は第8修正の下での“残虐で異常”とみなされうる。(at 1531-1532.)

Ⅲ これらの基準を本件事実に適用する際に、われわれはまず最初に、それが現に一般的に広く許容されているときにそのような実務を“客観的に耐えられない”とみなすことは困難であることを指摘しておく。「死刑を是認する36州は、好ましい処刑方法として致死薬物注射を採用している。連邦政府も同様に致死薬物注射を用いている。このような広汎なコンセンサスは、単に処刑の方法だけでなくケンタッキー州によって用いられている3種類の薬物の組み合わせにも及んでいる。30州は、連邦政府と同様に、一連のチオペンタールナトリウム、パンクロニウム臭化カリ、および塩化カリウム（ブroomカリ）をそれぞれ異なった当量で使用している。いかなる州も、申立人らによって時機に遅れて (belatedly) 主張されている代替物である1つの薬物だけによるプロトコルを用いていないし、かつて用いられたこともない。このようなコンセンサスは、申立人らによって主張されている代替物に関して決定的ではないが証拠価値 (probative) はある。」

ケンタッキー州の手続は“残虐にして非人間的”であることを立証する“重い責任”を果たすために、申立人らはプロトコルの様々の側

面を指摘する。彼らは主として、最初の薬物であるチオペンタールナトリウムの不適切な投与に依拠する。死刑囚を無意識にするチオペンタールナトリウムの適切な当量を誤れば、塩化カリウムの投与によって生じる窒息およびパンクロニウムの注射によって生じる苦痛という憲法上受け容れ難い重大なリスクが生ずることには争いがない。しかしながら、われわれは、最初の薬物の不適切な投与の危険は相当ある (substantial) ことを申立人らは立証していないという州の公判裁判所および州最高裁に同意し、申立人らが主張する未だ試験もされていない代替物の採用を第8修正はケンタッキー州に要求しているとの主張を退ける。(at 1532-33.)

A チオペンタールナトリウムの不適切な投与の危険があると申立人は主張する。チオペンタールナトリウムは溶液を混ぜて注射器筒に入れるのが難しい、またプロトコルは注射の速度を確定していないので静脈注射が失敗に至りうる。静脈注射のカテーテルが周囲の組織に浸潤し、不相当な薬物が静脈に入り込むという可能性がある。施設も訓練も十分でなく、チオペンタールナトリウムが投与された後で、死刑囚の麻酔の深さを監視する信頼できる方法をケンタッキー州は用意していないことを理由とする。

チオペンタールナトリウムの準備が不十分であるリスクに関して申立人は、十分な薬の量を計算し混ぜ合わせる資格のない素人の職員をケンタッキー州は採用していると主張する。しかしながら、州の公判裁判所は、チオペンタールナトリウムの再液状化 (reconstitution) に関する製造者の指示に従っておれば不十分な混合に関して最小のリスクしかないと認めた。この認定は明らかに誤っているということとはできない。

同様に静脈注射ラインに関連して主張されている問題も第8修正の要求に合致する実質的な害悪のリスクを十分に立証していない。ケンタッキー州は相当なチオペンタールナトリウムが死刑囚に投与されることを確保するためのいくつかの重要な保護装置を設けている。これらの装置の中で最も重要なのは、静脈注射チームのメンバーは資格ある医師の補助者として少なくともと

も1年間の専門的経験を受けなければならないとするプロトコルの要求である。ケンタッキー州は現に、日常的にケンタッキー州の刑務所において囚人に対し静脈注射カテーテルを設置する経験を積んでいる職員等を採用している。さらに、これらの静脈注射チームのメンバーは、執行チームの他の者とともに毎年少なくとも1年の実地セッション（practice sessions）に参加している。これらのセッションは、静脈注射カテーテルの据えつけ（siting）を含め、処刑手続の完全なリハーサルに及び、さらにプロトコルは、処刑が始まる前に第1次予備ラインの設定および静脈注射薬物の準備を静脈注射チームに要求している。これらの残余の手続は、たとえ当初に第1次ラインによって不十分なチオペンタールナトリウムが投与されたとしても、最後の2種類の薬物が投与される前に予備ラインを通して付加的薬物が投与されることを確保している。

さらに死刑囚とともに所長および副所長の処刑室での立会いによって、浸潤を含めた静脈注射の問題点の徴候を監視することが彼らに認められている。州の専門家証人の3人は、浸潤の確認は普通の人であっても、“それがもたらす血管の膨らみ（swelling）を見ると極めて明らか”であると証言した。ケンタッキー州の手続は、もし死刑囚が60秒以内に意識を失わなければ予備の静脈注射筒に再び薬物を入れる命令を刑務所長にとくに要求している。これらの保護手段に照らし、申立人によって主張されているリスクは極めて実質的ないし切迫（imminent）しているため第8修正違反に相当するということとはできない。（at 1533-34.）

B また申立人の主張する代替物をケンタッキー州が採用していないことによって州の処刑方法が残虐で異常であるということにはならない。

第1、ケンタッキー州は3種類の薬物からチオペンタールナトリウムまたはその他の催眠剤だけを用いる1つの薬物のプロトコルに変更しなかったと申立人は主張する。このような代替物の主張は州下級審において提示されなかった。その結果、被告人の主張する催眠剤のみの

プロトコルの効果に関する認定は一切なされていないのである。

いずれにせよ、1つの薬物だけを採用している州のないこと、かつそれが死刑判決の執行に関して同等に効果的な方法であることを示す研究成果を申立人が提出していないとき、州側の3種類の薬物のプロトコルの継続的使用は「客観的に容認できないリスク」を示していると考えすることはできない。現に、テネシー州は、処刑手続を再吟味した後で、チオペンタールナトリウムだけを用いるプロトコルを採用せよとの提案を退けている。同州は、1つの薬物だけによる処刑方法は3種類の薬物の処刑方法より時間がかかると結論したのである。この結論の正確性を是認する必要はない。われわれは単に1つの薬物だけの処刑方法の有効性は第8修正違反に相当するといえるほど十分に確立していないことだけを指摘しておく。

催眠剤だけのプロトコルは試みられていないのではないと申立人らは主張する。すなわち、それは動物を眠らせるために獣医師によって日常的に用いられている、さらにケンタッキーを含む23州はパンクロニウム臭化カリ類似の神経に対する麻酔薬剤を獣医師が用いることを禁止している、パンクロニウムが動物にとって残虐であるのであれば死刑囚にとっても残虐であるに違いないと主張する。この種の主張にどのような修辭的な効果があるにせよ、それは迅速で確実な死を提供する州の正当な利益を看過している。例えば、医師の助力による安楽死を認めているオランダにおいて、長びく非尊厳死を防ぐためにチオペンタールに加えてパンクロニウムのような筋弛緩剤の使用が勧告されている。

申立人はまた、死刑囚の“睡眠の深さ”を監視する組織的制度が欠けているとしてケンタッキー州のプロトコルを非難する。申立人の主張によると、第2の薬物を投与する前に死刑囚が十分に無意識であることを資格ある職員が監視装置を用いて確認すべきであり、所長と副所長による視覚による点検では不十分であるという。まず最初に、チオペンタールの当量の投与は死刑囚が十分に鎮静状態にないという懸念を取り

除くものであることをあらためて強調しておく。公判で証言したすべての専門家は、この点について同意している。それ故、付加的な監視手続を採用しなかったというのは、チオペンタールの投与を確保することを意図したケンタッキーでの手続の不十分性によって提示されるリスクより遠く離れて (remote) おり稀釈していることになる。(at 1534-1536.)

反対意見は、意識の有無をチェックする簡単で容易 (rough-and ready) な検査方法 — 死刑囚の名前を呼んだり、まつげをこすったり、強力で不快な発臭剤をかがせる — によって、チオペンタールナトリウムが効果を生ずる前に第2、第3の薬物を投与するリスクを大きく下げることができると考えている。同様のリスクは、最初の薬物の十分な投与を確保するためにケンタッキーが採用する手段によってすでに稀釈していることを繰り返しておく。反対意見によれば、これら兩人（および本件決定の係属中に停止されている他の多くの死刑囚）の執行停止が続き、下級審に本件が差し戻されることになる。このようなアプローチは有意味な目的に役立たず、時機を得た方法で死刑判決を実施する州の正当な利益を阻害することになろう。Bazeは1994年に死刑を言い渡された。そしてBowlingは1993年に死刑を言い渡されたのである。(at 1536-1537.)

ケンタッキー州は最も人道的であると考えられている処刑方法を採用した。それは他の35州と共有する処刑方法である。想定どおりに執行されれば、この手続は苦痛のない死を招くものであることに申立人は同意している。彼らが主張する誤った投与の危険 — 担当職員による化学薬品の不十分な混合および不十分な設定など — は遠く離れすぎ (remotely) ているため“客観的に耐え難い”ものとして性格付けることはできない。このようなリスクの主張にもかかわらず、それに対する保護策を採用しつつそのプロトコールに固執するとのケンタッキー州の判断は第8修正の下でのいわれのない苦痛を科すものであるとすることはできない。最後に、申立人らが時機に遅れて提出する代替物の提案

はそれ自体に問題があり、どの州によっても今まで提案されていなかったものである。

「われわれの歴史を通じて、処刑方法を残酷で異常であるとして当裁判所に異議が申立てられたとき当裁判所は常に、そのような異議申立てを退けてきた。それにもかかわらず、われわれの社会は着実に死刑を執行するより人道的な方向に歩み続けてきた。銃殺刑、絞首刑、電気椅子、そしてガス室は順次より人道的な方法に道を譲り、本日の致死薬物注射に関するコンセンサスで頂点に達したのである。」【7】 Gomez v. United States Dist. Court for Nothern Dist. of Cal., 503 U.S. 652, 657 (1992) (Stevens, J., dissenting) 第8修正の広汎な枠組みは、より人道的な処刑方法に向けたこのような歩みと調和している、そしてわれわれの過去における一定の方法の是認によって、より人道的な死刑を確保するための新しい開発に照らし各立法府が相当と考える手段をとることが妨げられることはない。本日の判決はこれと異なると考えるべき理由はない。

したがって、ケンタッキー州の手続は第8修正と一致すると結論した下級審の判断は維持される。(at 1537-1538.)

〈アリト裁判官の同調意見〉私は多数意見に加わるが、本件判決がいかに実行されるべきかに関する私見を説示するために別途意見を書くことにする。(at 1538.)

〈スティヴンズ裁判官の同調意見〉本件は論争を終らせたのではなく、3種の薬物プロトコールの合憲性、とりわけ麻酔剤であるパンクロニウム臭化カリの使用の正当化理由に関する論争のみならず、死刑それ自体の正当化理由に関する議論を生じさせるものであることを、私は今では確信している。(at 1542-1543)

I (略)

II われわれは1976年のグレッグ判決(前出)において、刑事制裁が正当な行刑機能に役立たないのであれば第8修正に違反する“いわれなき苦痛を科す”ことになることを説明した。われわれは次いで、これらの死刑に対する社会的目的

を、制裁としての無害化（incapacitation）、抑止、および応報と同一視した。しかしながら、その後の30年間に於いて、これらの理由付けは疑問視されるに至っている。

無害化は1976年には正当な理論的根拠であったかもしれないが、パロールの可能性のない終身刑を提供する最近の立法の増加は無害化は死刑に対する必要な正当化理由でもなければ十分な理由でもないことを示している。（なお、48州は今ではパロールのない何らかの形での終身刑を有しており、これらの制裁法の多くはこの20年間に制定されたものである。）さらに最近の世論調査によれば、パロールの可能性のない終身刑が代替案として提示されると死刑支持が大きく下落することを示している。そして利用できる社会科学的証拠によれば、陪審は量刑としてパロールのない終身刑が利用できるとき死刑を科さない傾向にあるという。死刑に対する正当化理由としての抑止の正当性にも疑問がある。この分野における30年に及ぶ経験的調査にもかかわらず、死刑が現に犯罪予備軍（potential offenders）を抑止するという信頼できる証拠はない。このような証拠の欠如に照らし、とりわけ取り返しのつかない死刑という刑罰に対する行刑学上の正当化理由としても抑止は役立たない。

そこで死刑を科す第1の正当化理由としての応報の問題が残されている。そして実際、応報は死刑を支持する最も普遍的な根拠である。「デニング卿が1950年に論じたように“極めて凶悪な犯罪があるため、抑止効があるかどうかにかかわらず、犯人はそれに値することを理由に社会は（死刑が）相当な刑罰であることに固執する”のである。……われわれの第8修正は死刑を科しうる犯罪の種類を次第に限定し、一定の加重事由によって定義される極悪の犯罪を犯した者に限定してきた。死刑を求める検察官にとって最も説得力ある主張を提供するのは、被害者への残虐な取扱いである。そのような凶悪な犯罪に対する当然の反応が復讐への渴望である。」

しかしながら、首席裁判官やギンズバーグ裁

判官の思慮深い意見が示しているように、われわれの社会は同時に苦痛を伴う公開の応報からより人道的な刑罰形態の方向へと移動してきた。それ故、州によって是認された殺害はますます時代遅れとなっている。品位の発展的基準の線で処刑をする試みにおいてわれわれは次第により苦痛の少ない処刑方法を採用してきたのであり、そしてそのとき従前の方法を野蛮で原始的（archaic）と宣言してきた。しかし、比較的苦痛のない処刑を要求することによってわれわれは必然的に、死刑囚が被害者に与えた苦痛と比較できる何らかの処罰を受けることから死刑囚を保護することになる。このような傾向は妥当であり第8修正の残虐で異常な刑罰の禁止によって要求されるものではあるが、現実には国民の是認する応報理論の前提そのものをほり崩すことになる。（at 1547-1548.）

Ⅲ 刑罰は過重で有効な立法目的に役立たないのであれば、それは残虐で異常たりうる。われわれは最近2002年のアトキンズ判決（Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304）において、死刑は精神遅滞者に対する過重な制裁であると判示した際に、死刑は16歳の婦人を強姦する犯罪（Coker v. Georgia, 433 U.S. 584）や殺人の意図のなかった犯罪者（Enmund v. Florida, 458 U.S. 782）に対しては、過重な刑であると判示したホワイ裁判官によって書かれた意見に大きく依拠した。これらの判決においてわれわれは、“客観的証拠は重要であるけれども、論争を完全に解決するものではないことを認めた、けだし、憲法は結局、われわれ自身の判断が第8修正の下での死刑の受容性に関してかわりがあると考えているからである。”

ホワイ裁判官は全米での死刑の見直しに導いたファーマン判決（Furman v. Georgia, 408 U.S. 238）で決定的投票を提供した1972年に、彼自身の判断を示した。私は、ホワイ裁判官の見解に同意する。

私にとってとりわけ関心のあるのは、地域社会の正しい横断面を代表する陪審員による裁判を被告人から奪うことになるルールである。理由付きおよび専断的忌避の両者にかかわる訴訟

に接して、“死刑容認陪審”を獲得する手続は現実には有罪に賛成する偏頗な陪審を獲得する効果のある手続であることを私は確信するに至った。死刑評決は無作為に選任された12人の陪審員によってめったに下されないであろうという検察側の関心は、この刑罰は加重であるとの結論を裏付ける客観的証拠として考えるべきである。(at 1550.)

他の重大な関心事は、死刑事件での誤りのリスクは他の事案より大きいかもしれないということである。第3の重要な関心事は、死刑の差別的適用のリスクである。最後にこれらの事案における現実の誤りのリスクに照らし、その結果の取り返しのつかない性質は私にとって決定的に重要である。無実の被告人が実際に処刑されたかどうかにかかわらず、近年において集められた多くの証拠は死刑判決で有罪と認定された相当数の被告人が無実を晴らした(exoneration)ことを示しているからである。(at 1551.)

Ⅳ 死刑自体の合憲性に関して私が到着した結論は、本件での私の判断をとりわけ困難にしている。しかし、それは依然としてわれわれの法の一部である先例を拒否することへの正当化理由にはならない、当裁判所は死刑は合憲であると判示してきたのであり、特定の処刑方法の合憲性を評価する枠組みを確立してきたからである。したがって私は、当裁判所の判断に加わる。(at 1552.)

〈スカーリア裁判官の同調意見〉(トーマス裁判官同調) 私はトーマス裁判官に同調する。私が別途本意見を書くのはスティヴンズ裁判官の意見に答える必要があると考えるからである。(at 1552.)

〈トーマス裁判官の同調意見〉(スカーリア裁判官同調) 私は、ケンタッキー州の致死薬物注射のプロトコールは第8修正に違反することを申立人らは立証しなかったことに同意するけれども、私が別途意見を書くのは支配的な基準に関する多数意見の記述(formulation)に賛同できないからである。私の理解するところによると、多数意見は、容易に利用できる代替的方法を採用することによって相当軽減できる

にもかかわらず激しい苦痛の相当なリスクをもたらすような処刑方法は第8修正に違反するとする。この基準には「残虐で異常な刑罰」に関する当初の理解(original understanding)や従前の処刑方法の事案にそれを裏付けるものがない。私見によれば、処刑方法が第8修正に違反するのは、苦痛を科すことを故意に意図したときに限られる、したがって、私は本判決の結論だけに加わる。(at 1556.)

〈ブライア裁判官の同調意見〉申立人は、死刑という刑罰自体の合法性を前提にケンタッキーの致死薬物注射による処刑方法は憲法上禁止されている“残虐で異常な刑罰”に相当すると主張する。このような主張をどのように(how)吟味すべきかに関して、私はギンズバーグ裁判官に同意する。彼女は、処刑方法が激しい不必要な苦痛を容易に回避できるリスクを生ずるかどうかという関連問題を強調する。これらの関連事情——“リスクの程度”“苦痛の大きさ”および“代替物の利用可能性”——は相互に関連しており、それぞれが考慮されなければならないということには同意するが、本件で提示された主張の法的メリットは事実および証拠に基づいたものでなければならないと考える。そして私は、ケンタッキー州の処刑方法が申立人の主張するように激しい苦痛を伴う不必要なリスクをもたらすものであることを認めることができない。(at 1563.)

要するに、私は、本件記録上ないし利用できる文献上、ケンタッキー州の致死薬物注射の処刑方法が不必要な苦痛のリスクを生ずるという十分な理由を見い出すことができないのである。もちろん、例えば、死刑という刑罰自体、被告人を処刑するという重大なリスクを伴う。しかし死刑の合法性は、本件の争点ではない。そして申立人の提出する証拠は、死刑を適用するケンタッキーの方法が“残虐で異常な刑罰”に相当することを示していない。(at 1566-1567.)

〈ギンズバーグ裁判官の反対意見〉(スータ裁判官同調) 「ケンタッキー州の3種類の薬物による致死薬物注射のプロトコール(three-drug lethal injection protocol)で用いられる第2、

第3の薬物であるパンクロニウム臭化カリおよび塩化カリウムは、意識ある死刑囚に激痛をもたらすであろうことに争いはない。パンクロニウムは肺筋を麻痺させ、徐々に窒息状態を引き起こす。塩化カリウムは身体内を循環するにつれて灼熱感と激しい痛みを引き起こす。両者の使用は“憲法上受け入れられない”であろうことを多数意見は認めている。」(at 1567.)

「ケンタッキー州のプロトコールの合憲性は、それ故、死刑囚がプロトコールでの最初の薬剤であるチオベンタルナトリウムによって十分に麻酔がかかった (adequately anesthetized) といえるかにかかっている。ケンタッキー州の制度は合憲である、けだし“申立人らは最初の薬剤の量が不十分であるリスクは相当ある (substantial) ことを立証していない”からであると多数意見は述べている。私は、問題のリスク (the risk at stake) の性格に照らし、本件をこれほど迅速に処理したくない (I would not dispose)。ケンタッキー州のプロトコールは、第2、第3の薬物の注射の前に死刑囚が無意識であることを確証するために他の州によって用いられている基本的な安全装置を欠いている。したがって、私は、ケンタッキーのこのような安全装置の欠如は容易に回避できる激しく不必要な苦痛のリスクをもたらすかどうかを検討するという説示付きで、原判決を無効とし差し戻したいと考える。」(at 1567.)

I 当裁判所が今までに特定の処刑方法の合憲性を検討したのは3件の事案に限られている。これらの事案および両当事者によって引用されている他の判決は、申立人らのケンタッキー州の致死薬物注射のプロトコールに対する異議申立てを支配すべき基準に関する指針をほとんど提供していない。

当裁判所は1879年の【1】ウィルカーソン判決（前出）において、銃殺執行隊 (firing squad) による死刑は第8修正によって禁止されている“残虐で異常な刑罰”ではないと判示した。そのように決定した際に当裁判所は、“残虐で異常な刑罰を科してはならないとする憲法上の規定の範囲を正確に定義する”努力をしなかった。

しかし、当裁判所は“拷問……その他それと同一線上にある不必要な残虐行為はすべて禁止される”ことを“確認することで足りる”と述べた。次に1890年の【2】ケムラー判決（前出）において椅子電気による処刑方法が攻撃された。当裁判所は、第8修正は“拷問”および“長びかせた死”を禁止していることを繰り返し、さらに“残虐”という言葉は“単なる生命の消滅以上の何か非人道的なものを含む”と指摘した。これらの一文 (statements) は、しかしながら、ちなみに (en passant) 指摘されたものであった。ケムラー判決裁判所の実際の判示は、第8修正は州に適用されないということであり、これはわれわれがそれ以降繰り返し否定してきた命題である。例えば、Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1962) を見よ。そして最後に1947年の【3】フランシス判決（前出）において当裁判所は、死に至らしめなかった最初の試みに続く再度の電気椅子による処刑に対する第8修正および第14修正の挑戦を退けた。同判決での多数意見は最初に“現代の英米法の伝統的な人間性は死刑の執行の際に不必要な苦痛を与えることを禁止している”と述べた。しかし、まさにそれに次ぐ一文で表現形式 (formulation) を変えた、すなわち、それは“いわれなき苦痛を与えることの禁止 (prohibition against the wanton infliction of pain)”に言及したのである。

死刑方法の合憲性を判断するための明確な基準は、これらの判決からは出てこない。さらに各判決の言い渡し年は、現在の論争の解決の一助としてのそれらの有用性を限定している。われわれが1958年のトロップ判決 (Trop v. Dulles, 356 U.S. 86) で判示したように、第8修正は、“成熟社会の進歩を示す発展的基準からその意味を引き出さなければならない。”ウィルカーソン判決は129年前に言い渡された、ケムラー判決は118年前、そしてレスバーガ (フランシス) 判決は61年前だった。われわれの従前の処刑方法に関する判例が投げかけた小さな光は、それ故、時の経過によって今ではかすんでいる (dimmed) のである。

より最近の判決、例えば、1976年のグレッグ判決（前出）からさらなる文言や基準が引き出されうる。同判決の相対的多数意見は、抽象的な意味での死刑判決に言及して、第8修正は“不必要でいわれなき苦痛を科すことを”禁止すると述べた。同意見はまた、死刑判決は“恣意的で気まぐれな方法で科せられるであろう実質的リスクを生ずる量刑手続の下で科すこと”はできないと警告した。

グレッグ判決およびそれ以前のわれわれの先例に依拠してケンタッキー州最高裁は、処刑手続が“いわれのない、かつ不必要な苦痛、拷問または長びく死の実質的リスクを生じる”のであれば、そのような処刑手続は第8修正に違反すると述べた。本件申立人らは“(a) リスクをもたらす苦痛の程度、(b) そのような苦痛が生ずる可能性、および (c) 代替手段が利用できる範囲を裁判所は考慮すべきである”と主張した。多数意見は、“重大な害害の実質的リスク”を要求し、“実現可能で容易に実行できる代替物”がかかるリスクを著しく減少できるかを検討することによって、この両者のどこか中間の地点で解決（settles somewhere in between）しようとする。

私は、リスクの程度、苦痛の大きさ、代替物の利用可能性が考慮されなければならないという点では申立人および多数意見に同意する。しかしながら、私は“実質的リスク”の基準が第1の要素に対する不動の前提要件（fixed threshold）を設定しているという限りにおいて、多数意見と見解を異にする（part ways）。3つの要素は相互関係にある。すなわち1つの要素に関する強力な立証があれば他の要素の重要性は減少する。

処刑方法としての致死薬物注射は、ほとんどの事案において苦痛のない死をもたらすことが期待されうる。死刑囚の意識に関する誤りの結果が極めて重大（horrendous）であり、かつ第2の薬物の注射後においても効果的に発見できないような誤りは、稀ではあるが、生じうる。リスクの程度や苦痛の大きさに反対する見解（opposing tugs）があることに照らすと、本件

での決定的問題は利用可能な代替物が存在するかどうかである。多数意見の指摘する“ごく僅かのより安全な代替物”では不十分である。もっとも、容易に利用できる方法を採用することによって本件プロトコールは苦痛をもたらさないという可能性が大いに（materially）高められるのであれば、州がこれらの方法を採用することに応じなければ、州は現代の品位の基準（contemporary standards of decency）に従っていないことになる。（at 1567-69.）

Ⅱ ケンタッキーの立法府は1998年に処刑方法として致死薬物注射を採用した。立法者は致死薬物注射のプロトコールの展開を矯正局の職員に委ねた。これらの職員は、公判裁判所の認定によると、“科学的援助なしに”この仕事を任された。ケンタッキー州のプロトコールは、他州のものをコピーし問題視（challenge）せずにそれをそのまま受け入れたものである。ケンタッキー州は“死刑囚に注入される薬物とその量”に関して独立の科学研究をしたり、医学的専門家に相談したりせずにオクラホマ州によって1977年に最初に開発された3種類の薬物のプロトコールに“歩調をあわせた”他州で採用されている方法に従ったにすぎない。

ケンタッキーのプロトコールは、注意深い方法とともに始まる、すなわち、医学の専門家だけが静脈穿刺（venipuncture）を行い、静脈注射のアクセスを確認する。静脈注射のチームのメンバーは、少なくとも1年間の医学助手か EMT（緊急医療技師）等の経験がなければならない。ケンタッキーの静脈注射のチームは現在2人で、8年の経験ある静脈採血士（phlebotomist）と20年の経験ある EMT が各1人いる。両人は毎年10回行われる致死薬物注射の練習セッション（training session）でカテーテルを据え付ける（siting catheters）練習をしている。

ケンタッキーは、しかしながら、静脈注射のアクセスを確認する資格を有する職員を使用すること以外、死刑囚がチオペンタールナトリウムを効果的に投与されたことを確かめることはほとんどしていない。静脈注射のチームはカテーテルを据え付けた後、処刑室を出る。それ以

降は所長と副所長だけが死刑囚とともに処刑室にとどまる。所長も副所長もいかなる医学的訓練も受けていない。所長は専ら視覚による観察（visual observation）に依拠して死刑囚が無意識に見える（appears）かどうかを判断する。意識があるかについて臭化カリの注射以前にそれ以外のチェックは行われない。死刑囚の名前を呼んだり彼と握手したり、彼のまつ毛に触れたり、不快な刺激物を与えて反応をみることもない一切行われていないのである。

第2の薬物を注入する前に所長の視覚だけによる観察を補う調査は容易に実行できるし、そのことによって激しい痛みを減少できる。臭化カリはすべての筋肉運動を妨げる強力な麻痺剤（paralytic）である。一たん注入されると囚人の意識に関するその後のモニターは実行できなくなる。たとえ死刑囚に意識がありかつ極度の苦痛があるとしても、肉眼では分からない。

他の諸州は第1回目と第2回目の薬物投与の間に観察の機会（window）のあることの重要性を是認し、ケンタッキーのプロトコールには含まれていない安全装置を採用している。フロリダでは死刑囚が本当に無意識であることを所長が相談後に認定できるように、第1回目と第2回目の薬物投与の間に少し休みを設けている。所長は死刑囚のまつ毛に触り、彼の名前を呼び、彼をゆさぶることによって、このことを確かめる、もし死刑囚の無意識になお疑いがあれば、“医療チームのメンバーが死刑囚の状態の評価について相談する。ミズーリ州では医師が死刑囚の無意識を確かめるために通常の医療技術を用いて死刑囚を直接診察しなければならない。第2回目と第3回目の薬物は死刑囚が無意識であることを確認後に、そして最初のチオペンタールナトリウムの注入から少なくとも3分経過した後ではじめて注入される。

カリフォルニア州では静脈注射チームのメンバーが死刑囚のまつ毛に触れたり話しかけたり、その途中で握手したりする。そしてチオペンタールナトリウム投与完了の時点で再度このことを繰り返す。インディアナ州ではチオペン

タールナトリウムの注入後に職員が死刑囚の名前を言ったり、彼の身体に触れたり、臭覚への刺激物に対する反応を確かめるためにアンモニア錠剤を用いたりする。

ケンタッキーのプロトコールに欠けているこれらのチェックをすることによって最初の薬物が正しく投与されたかが確かめられる。これらのチェックは簡単なことであり、採用してもほとんどコストがかからない、それでいて死刑囚が臭化カリによって引き起こされる意識中の窒息の苦しみ、そして塩化カリによってもたらされる激痛にさらされるリスクを低くする効果がある。なぜケンタッキー州がこれらの初歩的な方法を一切採用しなかったのかの説明が本件記録上欠けている。（at 1569-1571.）

死刑執行中に死刑囚が無意識であることを確かめる最も容易で最も確実な方法は“臭化カリの注入前に意識をチェックすること”であると申立人はケンタッキー最高裁で主張していた。同最高裁は申立人の主張に言及しなかった。それ故、私は、簡単に利用できる安全装置を採用しなかったことによって容易に回避できたいわれのない不必要で激しい苦痛を生じたかを検討するという指示の下に、本件を差し戻したいと考えるのである。（at 1572.）

【研究】 1 本判決は、わが国でもかねて話題の致死薬物注射による処刑方法¹⁾が残酷で異常な刑罰を禁止する合衆国憲法第8修正に違反するかが争われた事案につき、従前の関連判例を精査した上でその合憲性を肯定したものである。もっとも、本判決は、致死薬物注射による処刑方法自体ではなく、あくまでも本件事案での処刑方法の合憲性が争われたものであるが、全米での致死薬物注射による処刑方法の確立はわが国にも何らかの影響を与えることは間違いないと思われるだけに同判決の正確な理解が欠かせない。

以下、本判決の事実および判示の内容をあらためて簡単に確認しつつ、とりわけ先例とのかわりを詳論した上で、本判決の意義と問題点についていささかの検討を加えることとしたい。

2 本判決によると、ケンタッキー州での処刑方法は、3種類の薬物である①チオペンタールナトリウム2グラム（後に3グラムに増加）、②パンクロニウム臭化カリ50ミリグラム、および③塩化カリウム240ミリグラムを順次5フィートの管を通して遠隔操作によって死刑囚の静脈内に投与する。この3種類の薬物の組み合わせによる処刑方法は全米で一般に実施されているが、①のチオペンタールナトリウム投与によって死刑囚が無意識状態になったかを確認するために医師等の関与を認める州もある。すなわち②のパンクロニウム臭化カリや③の塩化カリウムは激痛を伴うため、①の薬物投与によって死刑囚が無意識となり苦痛を感じなくなったことの確認が必要であるというのである。したがって、反対意見は、第2、第3の薬物である臭化カリや塩化カリウムだけの使用は“憲法上受け入れられない”ことは多数意見も認めているところであり、ケンタッキー州の処刑方法は死刑囚が無意識であるかを確証するために他の州で用いられている安全装置を欠いていると主張するのである。

これに対し、多数意見は、州の処刑方法に関する先例であるウィルカーソン、ケムラー、フランシスの3判例を引照した上で、ケンタッキー州は第1の薬物であるチオペンタールナトリウムの適切な投与を確保するための保護装置を設けている。獣医師が用いることを禁止されているパンクロニウム類似の薬物は、一定の要件下に安楽死を是認しているオランダではその使用が勧められており、反対意見のようなアプローチは、時機を得た方法で死刑判決を実施する州の正当な利益を阻害することになろうと指摘し、われわれの社会は「絞首刑、銃殺刑、電気殺、そして致死ガスの使用と順次より人道的な方向に歩みを続けてきたのであり、この歩みは本件の致死薬物注射により頂点に達した」として、その合憲性を肯定したのである。

3 本判決の意義を再確認するために、反対意見および多数意見が言及する処刑方法に関する先例としての判決のほか致死ガスによる執行停止命令等に対するいずれも著名な反対意見の

検討が有用である。以下、あらためてその内容を判文に即して紹介しておく。

(1) 州の処刑方法につき合衆国最高裁が直接判示したのは、反対意見も指摘するように、以下の3判例にとどまる。

まず1871年の【1】ウィルカーソン公開銃殺刑適法判決²⁾では、第1級謀殺罪で有罪とされた被告人に裁判官が公開銃殺刑を言い渡した事案につき、制定法は処刑方法について明示していないが裁判官の裁量に委ねられていると解するのが相当とした上で、第8修正の“残虐で異常な刑罰”の範囲を正確に定義するのは難しいが、「拷問——、その他これと同一線上にある不必要で残虐な刑罰はすべて憲法によって禁止されていることを確認すれば足りる」とした。次に1893年の【2】ケムラー電気処刑合憲判決³⁾では、ニューヨーク州知事は1885年8月1日の議会への年頭教書（annual message）で“現在の絞首による犯罪人の処刑方法は暗黒時代から続いているものであり、現代の科学はより野蛮でない方法で死刑囚の生命を奪う方法を提供できないのは疑問とするところです。この問題を議会の検討に委ねる”と述べた。そして議会はこれに応じて“死刑の宣告を現代の科学で知られている最も人道的な方法で執行する方策”検討する委員会を設置した。同委員会は電気による処刑（execution by electricity）を支持する報告書にあわせて法案を作成し、その法案が1888年法となったと指摘した上で、“拷問……その他それと同一線上にある不必要で残虐な刑罰”は禁止されるが、拷問または長引かせた死にかかわるとき、そのような刑罰は残虐であり、残虐という言葉は“それが非人道的で残虐なもの、人の生命の消滅以上の何か”を意味していると付言した。

そして最後に1947年の【3】フランシス処刑失敗後再執行合憲判決⁴⁾では、憲法上の残虐な刑罰の禁止は「処罰方法に内在する残虐性であって、人道的で生命を消滅させるために使用されたいかなる方法にも含まれる当然の苦痛（necessary suffering）がある」と指摘した上で、本件のように予想できなかった事故は、その後

の処刑に残酷性の要素を付加するものではないと判示したのである。なお、【4】マロイ処刑方法変更後死刑合憲判決⁵⁾は、当該制定法は殺人に対する刑罰——死刑——を変更したのではなく、従前の執行方法に伴う嫌悪すべき特徴の一部を無効としたにすぎないとして、処刑方法を絞首刑から電気殺に変更した制定法に基づいた処刑は事後法（*ex post facto law*）に当たらず有効であるとした。

（2）関連判例として重要なのが本判決でも引用されている上告受理申請却下に対するマーシャル、ブレナン裁判官等の反対意見の付されたグレイ、グラス、ゴメスの3判決である。以下、その要旨を順次検討しておく。

まず1983年の【5】グレイ致死ガス処刑執行停止上告受理申請却下判決⁶⁾でのマーシャル反対意見（ブレナン同調）は次のように指摘する。すなわち、第8修正は“成熟社会の進歩を示す品位の発展的基準”と矛盾する刑罰を禁止している。これらの基準との同一性確認は難しいが、古くから確立している2つの原理に争いはない。第1、“刑罰は拷問または長びかせる死にかかわるときそのような刑罰は残酷である。”第2、刑罰は“不必要でいわれなき苦痛”にかかわるときそのような刑罰は残酷である。この第2の原理の必然的結果（*corollary*）は“現に利用可能な代替物に照らし不必要な残酷性にかかわると認められるいかなる死刑の処刑方法も裁判所は是認しないであろう”ということである。10分から12分間に及ぶ極度の苦痛にかかわるような死は間違いなく“長びかせた”ものとして特徴付けられなければならない。そして本件申立人は容易に利用可能な少なくとも1つの死刑の執行方法のあることを主張しているのである。したがって、致死ガスによる処刑方法は“不必要に残酷”であるということになる。（at 1244-1245.）

致死ガスによる処刑は第8修正に違反するということは最近における州立法府による一致した取扱い方法を調査することで確認される。当裁判所はしばしば、一定の刑罰の憲法上の地位の評価は“最大限可能な客観的要素”によって

なされなければならないと判示してきた。これらの要素の中で最も重要なのは現在の“立法府”の動向である。1971年と1979年の間にいくつかの州は致死ガス方式を採用した。ガス室に賛成して絞首台または電気椅子が放棄されたのは人道的動機による。すなわち、致死ガスによる処刑は絞首刑や電気処刑より苦痛が少なく、より尊厳的（*dignified*）であると考えられたのである。しかしながら、致死ガス方式に結び付けられたトラウマが認識されるにつれ、そして致死薬注射方式がより知られるようになるにつれ、このような傾向は逆転した。この10年間に於いて致死ガス方式を採用した州はない。それどころか、今までガス処刑だけを採用していた3州は従前の法を変更して致死薬注射方式を認めた。死刑制度を維持している39法域の中で7法域だけがガス室の使用を要求している。このような致死ガス方式の強制的使用に反対する発展的コンセンサス（*evolving consensus*）は、致死ガス方式は今では“残酷”と考えられなければならないという結論を裏付けているというのである。（at 1245-1247.）

次に1985年の【6】グラス電気処刑上告受理否定判決⁷⁾でのブレナン反対意見（マーシャル同調）の指摘がある。すなわち、当裁判所は【2】ケムラー判決において、電気処刑を要求する制定法への憲法上の攻撃を退けた際に、「第8修正は州に適用されないものであるから州裁判所の州憲法の下での行為の有効性を支持する判断は再吟味できない」ことを強調した。当裁判所はまた傍論において、特定の処刑方法の合憲性は権利の章典が採用された当時の規範に言及して決定されるべきであることを示唆しつつ、残酷で異常な刑罰条項の“歴史的”解釈に従ったのである。州および連邦裁判所は繰り返し、電気処刑の合憲性を確定したものとしてケムラー判決を引用する。しかし、ケムラー判決は古臭い判例（*antiquated authority*）である。第8修正は第14修正を介して州に適用されることは今では十分に確立している。さらに当裁判所は早くからケムラー判決の残酷で異常な刑罰条項の“歴史的”解釈を退け、“その意味を成熟社会の進歩を示す

品位の発展的基準から引き出さなければならない”と判示している。したがって、第8修正違反の主張は100年前の判例が依拠したものではなく現代の人間の知識に照らし評価されなければならない。確かに刑罰の相当な方法に関する立法府の判断は尊重に値するが、憲法は結局のところ“最大限可能な範囲の客観的要素”によって導かれたわれわれの判断が重要であると考えているからである。(at 1081-1083.)

では、刑罰方法の合憲性を判断する客観的要素は何か？ 最も重要なのは“不必要でいわれのない苦痛を与えること (wanton infliction of pain)”の禁止である。第8修正は、いわれのない“恐怖、苦痛、または恥辱”をもたらす“不必要な残虐”な方法を禁止する。第8修正の人間の尊厳性 (the dignity of man) の保護は、生命の消滅時に不必要な苦痛を科すことを禁止する。電流を流しての死刑囚の殺害は瞬時かつ苦痛がないとの前提の下で認められてきた。しかしながら、このような前提には“重大な疑問”がある。有名なフランスの電気科学者であるL. ロータ (Rota) は詳細な研究の後で“電気処刑のすべての事案において死亡は不可避免的に付随する (supervenes) が、それは極めて長くとりわけ耐え難い苦痛を伴う”と結論した。囚人が電気処刑で苦痛を感じるか、そしてどの程度までの苦痛を感じるかは未解決の問題であるけれども、多くの事案において死亡は即時のものではないということに重大な疑問はない。このような処刑手続が分割方式の死刑 (death by installments) でないと考えることは至難である。(at 1084-1085.)

それ故、少なくとも電気椅子による処刑は単なる生命の消滅をはるかに越えたものであることを示しているかなりの証拠があり、このような証拠は電気処刑は第8修正に違反するかについて重要な問題を提起していることになる。第1、電気処刑は“不必要でいわれなき苦痛”を科すものであり、かなりの事案において“拷問または長びかせた死”をもたらすことは明らかである。第2、このような処刑方法に伴う物理的暴力は基本的な“人間の尊厳”に違反する。最後に、たとえ

電気処刑は不可避免的に不必要な苦痛や侮辱をもたらすものではないにしても、1世紀に及ぶ多くの失敗した処刑 (abortive attempts) や長びかせた死の実例は、“このような処刑方法に内在”する、それ自体残虐で異常なものであり、第8修正によって禁止されていることは明らかである。さらに、多くの専門家は、より迅速に、より暴力的でなく、かつより人道的な方法によって生命を消滅させる目的を達成できると主張してきた。いくつかの州の立法府は、まさにこのような理由に基づいて致死薬注射に賛成して電気処刑を放棄している。そしてこのような処刑方法の主導者の1人は、電気椅子は“野蛮な拷問装置”であり、電気処刑は身の毛もよだつ儀式であるという認識の結果であることを強調しているというのである。(at 1093-1094.)

そして最後に1992年の【7】ゴメス致死ガス処刑執行停止命令無効判決⁸⁾におけるステイヴンズ反対意見 (ブラックマン同調) がある。すなわち、本件での多くの専門家証言はシアン化ガスによる処刑は極度の不必要な苦痛を与えることを示している。例えば、1992年4月6日にアリゾナ州はドン・ハーディンクを処刑した。そのときのシアン化ガスによる処刑の目撃者の記述は、このような臨床所見をさらに明らかにしている。「このような処刑方法が不必要に残虐であるためアリゾナ州の法務長官 (Attorney General) は、致死薬物注射による処刑に賛成してガスによる処刑を州は放棄すべきであることを確信するに至ったのである。」(at 655-656.)

残虐で異常な刑罰の禁止は“時代遅れの意味に固定されるのではなく、世論が人道に適った正義によって啓発されるにつれて新しい意味を獲得しうる。”したがって、われわれは“第8修正を流動的かつ効果的方法で解釈してきた。”シアン化ガスによる処刑を必要としたカリフォルニア州法が1937年に制定されたとき、ガス室 (gas chambers) は人道的な処刑方法と考えられていた。その後の歴史および道徳の55年間の発展はこのような判断にとって替った。ユダヤ人大虐殺 (holocaust) での野蛮なシアン化ガスの使用、化学兵器としてのシアン化薬品、致死ガ

スによる処刑に関するわれわれの現代の理解、そしてより残虐でない処刑方法の開発、これらはすべてシアン化ガスによる処刑は不必要に残虐であることを示している。“現代の英米法の伝統的な人間性は死刑判決の執行時に不必要な苦痛を与えることを禁止している”のである。(at 656-657.)

州の立法府の判断以上にこのような処刑の道徳的發展過程をよりよく示しているものはない。1976年のグレッグ判決以降、新しい処刑方法を採用した20ほどの州の中で1州といえども致死ガスによる処刑を選択した州はない。10年前に10州は致死ガスによる処刑を命じたが、次第にこれらの州は、非人道的かつ拷問的であるとしてかかる方法を放棄した。われわれはしばしば“現代の価値に関する最も明白で最も信頼できる客観的証拠はその国の立法府によって制定された法律である”ことを強調してきた。致死ガスによる処刑への国民の態度を反映する客観的指標はほとんど普遍的にかかる処刑方法に関する拒絶反応を示している。処刑方法についてのわれわれの現代の理解に照らし、かつより残虐でない代替物が現在利用可能であることに照らして、シアン化ガスによる処刑は残虐で異常であり「現代の人間の品位の基準」に矛盾しているという結論になるというのである。(at 657-658.)

4 このようにみえてくると本判決の意義と問題点は明らかである。

まず最も重要なのは、合衆国最高裁として初めて従前の絞首刑から致死ガスに至る処刑方法を概観した上で致死薬物注射による死刑判決の合憲性を正面から肯定したことである。関連判例として紹介したグラス判決等では反対意見の説得的な主張にもかかわらずシアン化ガスや電気殺による処刑方法自体の違憲性は検討されなかったが、本判決は、絞首刑等の従前の執行方法は次第により苦痛が少なくより人道的な処刑へ推移したことを詳論した上で、事実上全員一致で致死薬物注射による死刑の合憲性を肯定したのである。前述のように、わが国では絞首による処刑方法の見直しが主張されている折柄、

最高裁が「現在わが国で採用されている絞首刑が他の方法に比して特に人道上残虐であるとする理由は認められない」とする立場⁹⁾をなお堅持するかは興味のあるところである。

なお、本判決でも繰り返し引照されているウォーレン長官執筆のトロップ脱走兵市民権剥奪違憲判決¹⁰⁾は「第8修正の根底にある基本的概念は人間の尊厳以外の何ものでもない」とした上で、“残虐で異常な刑罰”を禁止する第8修正の文言は明確ではないこと、その範囲は静的ではないことは従前の判例で認められており、その意味内容は“成熟社会の進歩を示す品位の発展的基準 (the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society)”から引き出さなければならない”と判示し、それ以降この品位の発展的基準が第8修正の判断基準として確立しているのである。もっとも、本判決におけるトーマス裁判官の反対意見（スカーリア裁判官同調）は、第8修正制定時の当初の理解 (original understanding) に即した意味内容の検討の重要性を指摘するが、このいわゆる原理主義の考え方は判例上否定されておりウォーレンの明示した“発展的基準”が第8修正の判断基準として確立していることをあらためて指摘しておく。

次にスティヴンズ裁判官の本件での同調意見の真意は必ずしも明らかではないが、死刑反対の立場に一步接近したものとして注目されている。周知のように死刑の判断基準が余りにも恣意的 (arbitrarily) であるとして当該死刑判決を違憲とした1972年のファーマン判決¹¹⁾において死刑自体の違憲性を主張したブレナン、マーシャル両裁判官は、品位の基準は死刑をもはや容認できない地点まで発展したのでありすでに発展中の過程は完了してしまった (the evolutionary process has come to an end) のであるから、「品位の基準によれば、その重大性および社会へのインパクトいかににかかわらずいかなる犯罪に対しても死刑を禁止するものとして第8修正を解釈する時期がついに到来した」との被告弁護側の主張に同意していた¹²⁾。そして【7】ゴメス判決での反対意見をあわせて読むと、ス

ティヴズ裁判官が死刑自体の違憲性の方向に舵を切ったと解釈する余地があるだけに注目されているのである¹³⁾。

わが国でも話題になって映画 — *Dancer in the Dark* (絞首刑)、*Green Mile* (電気殺)、*Deadman Walking* (致死薬物注射) など — の影響を受けて、アメリカでは死刑肯定論者が80%から63%に下落したなどが報告されている¹⁴⁾。処刑の実際を知らなかった一般国民が映画を通じてであるが、その一端を知ることによって、アメリカ人の意識が変化し始めたというのである。

わが国では、千葉景子法相が2人の死刑確定囚の死刑執行を命じた上、法相として「おそらく初めて」執行に立ち会ったため大いに話題となっている¹⁵⁾。同法相は記者会見で、法務省

内に勉強会を設置し、死刑制度の存廃を含めたあり方を検討する国民的な議論の材料を提供するため報道関係者への東京拘置所内にある刑場公開を8月中に実施するとの方針を明らかにしたという¹⁶⁾。

本判決からも明らかなように、アメリカでは一定の要件下に遺族等の立会いが認められている。日本でも裁判員裁判で一般市民が死刑判決とかかわることになるため情報公開の要請が強まることも予想されており、いずれにせよ、本判決の意義はわれわれにとっても大きいものがあるように思われる。「裁判員裁判と死刑判決」の問題点については前稿¹⁷⁾を補充の上、別途考えてみたい。

注

- 1) 例えば、後藤貞人「本当に絞首刑は残虐な刑罰ではないのか？」刑事弁護61号(2010年)99頁は、2005年12月31日の時点で「米国における死刑執行のほとんどが致死薬物注射により行われるに至っている」ことを指摘し、「現在わが国で採用している絞首方法が他の方法に比して特に人道上残虐であるとする理由は認められない」とした最大判昭和30.4.6刑集9巻4号683頁(帝銀事件最終審判決)は、「現在広く行われている致死薬物注射との比較でわが国の絞首方法が残虐であるか否かを論じていないから、現時点においてはやはりその前提の少なくとも一部において妥当性を欠く」と主張している。
- 2) *Wilkerson v. Utah*, 88 U.S. 130 (1871).
- 3) *In re Kemmler*, 136 U.S. 436 (1890).
- 4) *Francis v. Resweber*, 329 U.S. 459 (1947).
- 5) *Malloy v. South Carolina*, 237 U.S. 180 (1915).
- 6) *Gray v. Lucas*, 237 U.S. 180 (1915) (Brennan J., dissenting for denial of certiorari).
- 7) *Glass v. Louisiana*, 471 U.S. 1080 (1985) (Brennan J., dissenting).
- 8) *Gomez v. United States, Dist. Court for Northern Dist. of Cal.*, 503 U.S. 653 (1992) (*Per Curiam*).
- 9) 最大判昭和30.4.6刑集9巻4号663頁(帝銀事件最終審判決)。
- 10) *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958).
- 11) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).
- 12) 小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁Ⅰ』120頁(2006年、成文堂)。
- 13) ちなみに、筆者は本年(2010)6月28日、口頭弁論にあらためて接するつもりで合衆国最高裁判所を訪れたところ、開廷期最終日であり、最高齢のスティヴズ裁判官が当日辞任するため多数の報道関係者のカメラの放列があり、また後任としてオバマ大統領によって指名されたエレナ・ケイガン(Elena Kagan)の上院司法委員会での審問(hearing)が話題になっていた。The Washington Post, June 29, 2010.
- 14) *Timony V. Kaufman, Osborn, Regulatory Death*, 111 Yale Law Journal 61 (2001).
- 15) 2010年7月28日付朝日新聞等。
- 16) 同7月29日付夕刊。
- 17) 小早川義則「裁判員裁判と死刑判決(1-2・完)」名城ロースクール・レビュー16号、17号(2010年)。

(2010年8月1日稿)

