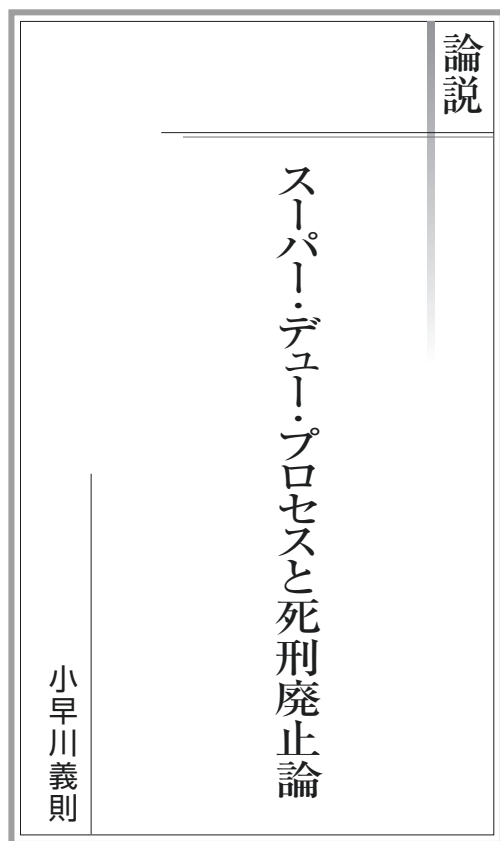




Ⅵ むすびとして

- 1 スーパー・デュー・プロセスの意義
- 2 当面の課題

I はじめに——問題意識の軌跡

本稿は、日本弁護士連合会死刑廃止検討委員会（以下、「委員会」）の要請を受けて2013年7月16日（火）に行った弁護士会館での講演会時に配布したレジュメ等を基にしつつ、当日の質疑応答を参考にこれを敷衍したものである。スーパー・デュー・プロセスの背後にある合衆国最高裁判例の分析に限定して「委員会」の要請に応じたのであるが、7月16日の時点で著書¹⁾が間に合わなかったこともあり焦点を絞り切れなかったうらみがある。本稿は前稿²⁾に続いて、一部重複するが、あらためて日本国憲法によるアメリカ法の継受に言及した後、死刑の合憲性に関する日米最高裁の基本的立場を踏まえたうえで、わが国でも比較的著名な合衆国最高裁判例を素材に「似て非なる」日米の刑事裁判の遠因に触れつつ、死刑をめぐるアメリカ法の動向を明らかにすることにより近時話題のスーパー・デュー・プロセスの今日的意義についていささかの検討を加えようとするものである。

I はじめに——問題意識の軌跡

Ⅱ 死刑の合憲性

- 1 日本国最高裁
- 2 合衆国最高裁
- 3 パチンコ店放火殺人事件

Ⅲ アメリカ判例法（先例拘束性）と連邦主義

- 1 デュー・プロセス条項の役割
- 2 具体例
- 3 「似て非なる」日米の刑事裁判

Ⅳ 死刑をめぐる合衆国最高裁の動向

- 1 グレッグ争点類似5判決等
- 2 ロケット減軽事由限定死刑違憲関連判例等
- 3 まとめ

Ⅴ スーパー・デュー・プロセス

- 1 合衆国最高裁とのかかわり
- 2 人間への敬意と殺人者に対する死刑

(1) 1949年（昭和24年）1月1日施行の現行刑事訴訟法は、第二次世界大戦後に面目を一新した新しい日本国憲法（1947年5月3日施行）を受けて全面改正された唯一の基本法であり、憲法とのかかわりが濃厚である。日本国憲法第31条以下の刑事手続きに関する諸規定がアメリカ合衆国憲法第4修正ないし第6修正および第8修正の人権規定に由来すること³⁾、そして現行刑事訴訟法がこのような憲法上の人身の自由に関する英米法的手続きの枠組を受け入れたものであることは、その制定経緯に照らしても明らかである。したがって、当初からわが法の解釈運用に資するため、それまで蓄積の乏しかった英米法とりわけアメリカ法の研究が精力的に推し進められたのであるが、早くも1975年の段階で「アメリカの法制度とは似ても似つかぬ⁴⁾」

日本の刑事司法制度の実態が指摘されていた。そしてそれからほぼ40年後の今日においても「わが国の現行刑事訴訟法は、戦後英米法とりわけ米法の強い影響を受けたと言われるにもかかわらず、刑事司法の基底にある理念ないし実際に現出した状況は、英米のそれと“似ても似つかぬ”独自のものであり、旧法と連続しているこの独自のものこそ日本の特色である⁵⁾」と指摘されているのである。しかしながら、このような英米法とは異なるわが法に特有の刑事司法システムは「検察の主導のもとに、新刑訴体制をできる限り旧刑訴的に運用することによって得られたもの」であり、それだけに「検察自体にとっても無視し得ないひずみを各所に生じさせている⁶⁾」ことは否定できず、「日本の刑事裁判の法廷で弁護人が日夜葛藤しているのは、旧ドイツ刑事訴訟法とアメリカ法との綱引きであると要約しても過言ではない⁷⁾」とも評されているのである。

このように人身の自由を中核に英米法を継受し面目を一新したかに思われた現行刑訴法も「旧刑訴的に運用することによって」実務にはさしたる影響を与えなかったとされるが、他方、その間の学説の発展には瞠目すべきものがある。とりわけ注目されるのが故・田宮裕教授をいわば旗手とするデュー・プロセス論の展開である。田宮教授は「憲法的刑事訴訟、司法の法形成過程、実質的当事者主義の3つが三位一体的に重なり合ったものをデュー・プロセスと名付けた⁸⁾」が、合衆国最高裁の「デュー・プロセス革命 (due process revolution)」に示唆を得た立論であることは疑いない。合衆国最高裁はウォーレン・コート (1953-69年) 下に合衆国憲法第14修正のデュー・プロセス条項を介して「刑事司法の革命」を断行し、その後若干の変容が生じているものの、その核心部分には変動がなく、今日では憲法に関する重要な刑事手続きについては全米で一律の最低基準が確立しており、その意味で統一的なアメリカ法が成立している。ただ、わが法がアメリカ法の強い影響下に成立したことは事実であるにせよ、現行法制定当時においては刑事手続きに関するアメリカ法それ

自体の輪郭が必ずしも明らかでなかった。アメリカの全法域に適用される明確なアメリカ法が形成されたのは1966年のミランダ判決⁹⁾に代表されるウォーレン・コート下のことであり、わが法が制定施行された当時においては当のアメリカでも刑事手続きと憲法とのかかわりは必ずしも十分に認識されていなかったのである¹⁰⁾。

(2) 筆者のデュー・プロセスへの関心は徐々に高まったが、1999年1月に「デュー・プロセスを中心としたアメリカ判例法研究の学問的分析」の重要性を強調しつつ「数百件にも及ぶ合衆国最高裁の徹底的分析によってはじめてアメリカ法の全体像が明らかとなりわが国でのデュー・プロセス論の再構築の糸口がつかめる」として「デュー・プロセス論の意味内容を問い直し、その再構築への作業に着手することは最も重要な課題の1つである」ことを指摘したのが直接の転機であった¹¹⁾。そして「今日ではアメリカ刑事手続法の大枠は明らかにされているものの、最も重要なデュー・プロセスの意味内容は必ずしも分明とはいえず、その解明のためには事実関係を含めた判例の徹底的分析が欠かせないにもかかわらず、わが国では未だこのような本格的作業はなされていない」としてアメリカ法の手続き全体を通じた「デュー・プロセス革命」を解明する作業にとりかかったのである¹²⁾。なお、この作業には奇しくも同年1月12日に急逝された田宮裕教授の早すぎた旅立ちへの筆者なりの追悼の意味が込められていた¹³⁾。

その後、主として名城法学を利用しつつ「デュー・プロセス革命」の解明の作業に没頭していたところ、ある事情で2002年4月から法学部新設の職住近接の桃山学院大学に移籍することとなり、同作業は途中で搁筆の止むなきに至った¹⁴⁾。もっとも、合衆国憲法第6修正関連の合衆国最高裁判例については一応の節目がついており、また桃山学院大学では編集委員として創刊号から「桃山法学」に関わることとなり、心機一転のつもりで積み残しのデュー・プロセス関連の合衆国最高裁判例の分析を開始した¹⁵⁾。ところが、筆者の真意ではなかったが、信義則に反し

て完成年度前の2005年3月、同大学を自己都合退職し同年4月から名城大学法務研究科（法科大学院）に異例にも名誉教授のまま専任教員として復帰することとなった。そして今回も編集委員として名城ロースクール・レビューの発刊に関わることになり、名城ロースクール・レビュー創刊号以降、デュー・プロセスと死刑にかかわる合衆国最高裁判例の紹介を始めていたが¹⁶⁾、2008年から新たに研究ノートとしてアメリカ刑事判例研究の連載を開始することとなり、その後途切れることなく今日に至っているのである¹⁷⁾。

(3) 筆者は死刑問題について格別の関心があったわけではないが、以上のようなデュー・プロセス関連の最高裁判例の分析の過程で次第に関心を抱くようになったのは自然の成行きであろう。合衆国最高裁判例の中でも1972年のファーマン判決（後出）におけるブレナン、マーシャル両裁判官の死刑は合衆国憲法第8修正の禁止する“残虐で異常な刑罰”に相当する旨の同調個別意見にはとりわけ感銘を受けた。合衆国最高裁判事として初めて死刑を違憲と断定する両裁判官の意見のあることは知っていたが、遅まきながらその全文を精読した時の気分の高揚は忘れ難い。そして両裁判官の個別意見については著書の中で詳しく言及することになる¹⁸⁾。こうして死刑の問題点が次第により具体化するに至ったのである。

このような状況下に「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」との指摘¹⁹⁾にいわば触発されて絞首刑から致死薬物注射に至るアメリカでの処刑方法の変遷を辿ることとなる²⁰⁾。その間の2010年7月28日に行われた死刑執行への立会にあわせて表明された報道関係者への刑場公開を8月中に実施するとの千葉景子法相（当時）の方針が好意的に迎えられていることなどを知り、翌年2月1日に『裁判員裁判と死刑判決』を上梓した後、天下晴れて自由の身となった祝いをかねて同年2月中旬からシチリアを中心と

した1か月に及ぶイタリア旅行に出かけた。その帰国直後に思いかけず大阪比花区パチンコ店放火殺人事件の弁護団会議でアメリカでの処刑方法をめぐる変遷について話をする機会が与えられた。その要請に応じて大阪高裁判事第3部への「意見書」を提出することとなり、その際はじめて絞首刑は今では憲法第36条に違反することを確信するに至った²¹⁾。その延長線上にあったのが同弁護団からの要請を発端とするスーパードュー・プロセスの意味内容の解明であった²²⁾。

(4) このようにみえてくると、とりわけこの10年間は全くの偶然事に左右されつつ筆者なりのアメリカ判例法の解明に鋭意努力してきたことになる。勤務大学の移籍と出戻りに示されているように、法科大学院の開設や裁判員裁判の導入というわが国の司法制度の大変革期の背景下に心ならずも振り回された感のあることは否定できないが、学内行政にかまけることなくライフワークであるアメリカ判例法の体系化に没頭できたのは誠に幸運だった。法科大学院での教育からの完全開放はまさに潮時であるばかりか、学問に専念せよとの神意とも思われたのはこのためである²³⁾。

前述のようにアメリカの制度とは「似ても似つかぬ」日本の刑事司法の実態が指摘され続けているが、筆者なりのアメリカ法研究を通じて次第に確信し始めたのが、その重要な要因としてのアメリカ判例法研究の不十分性である。例えば、アメリカ法を参照しつつ「強制採尿」の合憲性を肯定した1980年の最高裁決定²⁴⁾がその一例である。そして刑訴法198条1項但し書のみを解釈して取調べ受忍義務を肯定する捜査実務についても、日本法が継受した合衆国憲法の観点から問題点を検討する必要があるにもかかわらず、その検討は必ずしも十分でない。厚生労働省元局長の無罪確定判決とともに大阪地検特捜部主任検察官による証拠改ざんという衝撃的な事件が発覚したが、その背景にはアメリカ法には存在しない検察官面前調書を伝聞例外として特別視する日本独自の捜査実務がある。従前から指摘され続けている検面調書の問題点の

解明にはコモン・ローにまで遡った証人対面権と伝聞法則に関する2004年の画期的なクロフォード判決²⁵⁾が極めて有益な視点を提供している。

いずれにせよ、合衆国最高裁判例を抜きにしてアメリカ法を語ることはできないにもかかわらず、後にも触れるように、この点に関するわが国における紹介は必ずしも十分でないばかりかアメリカ法とは無縁の独自の解釈によるものが少なくないように思われる。スーパー・デュー・プロセスについてもその意味内容を理解するにはファーマン判決およびグレッグ関連判例等の判決文に即した理解が欠かせないにもかかわらずその検討が十分でないように思われるのである。

II 死刑の合憲性

日本国憲法第36条は「公務員による拷問及び残虐な刑罰は、絶対にこれを禁止する」と規定し、これに対しアメリカ合衆国憲法第八修正後段は「残虐で異常な刑罰を科してはならない」と規定するが、“残虐で異常な刑罰”と“残虐な刑罰”との文言上の差異に「特別の意味を認めるのは適当でな（く）」²⁶⁾、同一の禁止規定と解されている。そして日米両国において死刑は憲法の禁止する“残虐な刑罰”に当たるかが争われているが、日米最高裁はいずれも死刑自体を違憲と判示したことは一度もない。ただ、わが国では処刑方法としての絞首が一貫して維持されているのに対し、アメリカでは州毎に処刑方法が異なり、絞首、電気椅子、致死ガス等による処刑が行われていたが、今日ではすべての法域において絞首刑に代えて——ごく一部の州では選択刑として——致死薬物注射による処刑方法が採用されている。そして合衆国最高裁は2008年の【7】ベイズ判決（後出）においてその合憲性を肯定したため致死薬物注射による処刑方のみが憲法に違反しないとされている。他方、わが国では、絞首による処刑方法は憲法第36条の禁止する残虐な刑罰等に相当するかが最高裁で争われていたが、最高裁は平成23年（2011年）

11月18日の判決において「死刑制度がその執行方法を含め憲法に違反しないことは当裁判所の判例」であるとして上告を棄却した。そして大阪地裁はその直前の同年10月31日、絞首刑の違憲性の審理に初めて裁判員の参加を認めて注目されたパチンコ店殺人事件放火事件判決において、「死刑の執行方法の中で最良のものといえるかは議論のある」ところであるとしつつ「絞首刑の憲法適合性」を肯定したのである²⁷⁾。

以下、順序としてひとまず処刑方法を含めた死刑に関する日米最高裁判決の態度を簡単にまとめた後、パチンコ店殺人事件判決および控訴審での検察官の「答弁書」の問題点に言及しつつ大阪高裁刑事第3部への「意見書」を明らかにしておく。

1 日本国最高裁

日本国最高裁は1948年の判決²⁸⁾においてはじめて死刑の違憲性を否定した。すなわち、「生命は尊貴である。一人の生命は、全地球より重い。」としたうえで「憲法は、現代多数の文化国家におけると同様に、刑罰として死刑の存置を想定し、これを是認したものと解すべきである。」「ただ死刑といえども、他の刑罰の場合におけると同様に、その執行の方法等がその時代と環境とにおいて人道上的見地から一般に残虐性を有するものと認められる場合には、勿論これを残虐な刑罰といわねばならぬから、将来若し死刑について火あぶり、はりつけ、さらし首、釜ゆでの刑のごとき残虐な執行方法を定める法律が制定されたとするならば、その法律こそは、まさに憲法第36条に違反するものというべきである」と判示したのである。

最高裁はつぎに1955年の判決²⁹⁾において絞首刑の違憲性を否定した。すなわち、刑罰としての死刑は、「その執行方法が人道上的見地から特に残虐性を有すると認められないかぎり」直ちに憲法第36条にいわゆる残虐な刑罰に当たるとはいえないという趣旨は、すでに当裁判所大法廷の判示するところであるとしたうえで「現在各国において採用している死刑執行方法は、絞首、斬殺、銃殺、電気殺、瓦斯殺等であ

るが……現在わが国の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」と判示した。そして最高裁は1961年の判決³⁰⁾において、はじめて死刑の執行方法に関する事項を定めた明治6年太政官布告65号は「新憲法下においても、法律と同一の効力を有する」と判示したのである。

2 合衆国最高裁

他方、合衆国最高裁は1972年の【6】ファーマン判決においてブレナン、マーシャル両裁判官が最高裁判事として初めて死刑の違憲性を指摘したため大いに話題となったが、1976年の【8】グレッグ判決ではファーマン判決に従って改正した州法下での死刑判決の合憲性を肯定し、その後も死刑判決の適用範囲は次第に限定されているものの、死刑自体の合憲性については一貫してこれを肯定している。ただ、処刑方法については絞首刑を電気処刑に代えた1888年のニューヨーク州法を皮切りに次第により人道的な処刑方法が採用されるに至り、今日では致死薬物による処刑方法のみがアメリカで唯一合憲とされているのである。

以下、1879年の【1】ウィルカーソン判決から2008年の【7】ベイズ判決に至る主要な関連判例につき、適宜タイトルを付し若干の解説を加えたうえで、その判示を簡単に紹介しておく。なお、グレッグ関連判決等については、論述の便宜上、後に一括して紹介する。

【1】ウィルカーソン公開銃殺刑合憲判決(1879年)

本判決(Wilkerson v. Utah, 99 U.S. 130)は、陪審による第1級謀殺罪での有罪認定後に裁判官が公開銃殺を言い渡した事案につき、合衆国最高裁としてはじめて第8修正の“残虐で異常な刑罰”とのかかわりに言及したうえでその合憲性を肯定したものである。

【判 示】 1876年に改正された現行刑法は、「第1級謀殺罪で有罪とされた者は死刑に処せられる」とし“量刑を決定し宣告する権限は裁判所にある”と定める。第1級謀殺罪に対する処

刑方法としての銃殺刑は第8修正のカテゴリーに含まれないことに異論はない。「残虐で異常な刑罰を科してはならないと定める憲法の規定の範囲を正確に定義する努力には困難が伴う。しかし、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すべて(punishments of torture and all others in the same line of unnecessary cruelty) 憲法によって禁止されていることを確認することで足りる。」本件制定法によれば、第1級謀殺罪で有罪とされた者はすべて死刑または陪審の勧告に従って裁判所の裁量の下に終身拘禁刑が科せられる。本件では陪審の勧告がなかったのでこの規定の前半が適用され、裁判所は被告人を銃殺刑に処したのである。この判決が法的に正しいことに疑問の余地はない。

【2】ケムラー電気処刑合憲判決(1890年)

本判決(In re Kemmler, 136 U.S. 436)は、ニューヨーク州知事の“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きたものであり、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か疑問とするところです。この問題を議会の検討に委ねたい”との求めに応じて、ニューヨーク州議会が“現代の科学で知られている最も人道的な方法”としての電気椅子による処刑を定めた1888年のニューヨーク州法の規定につきその合憲性を肯定したものである。

【判 示】 ニューヨーク州憲法第1条5項と連邦憲法第8修正はいずれも“残虐で異常な刑罰”を禁止している。【1】ウィルカーソン判決は“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すべて憲法によって禁止されていることを確認することで足りる”と述べている。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。そこでの残虐という言葉は「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。どのような方法で処刑するかを

決めるのは立法府の仕事である。本件制定法自体は州の立法権限の正当な範囲内にある。

【3】ウィームズ公文書偽造重罪違憲判決（1910年）

本判決（*Weems v. United States*, 217 U.S. 349 (1910)）は、公文書への虚偽記載を理由に刑法56条の付加刑（the accessories）のほかスペイン刑法に由来する刑罰カデナ・テンポラル（cadena temporal）を科せられ終日手かせ足かせをかけたうえでの15年の投獄と重労働等を言い渡された事案につき、その違憲性を肯定したものである。

【判 示】 残虐で異常な刑罰を禁止しているフィリピン諸島の権利の章典の規定は合衆国憲法を採用したものであり、それと同一の意味内容を有するものとして解さなければならない。どのような刑罰が“異常で残虐な刑罰”に相当するかは今まで正確に決定されたことはなかった。この文言は通常、何か非人間的で野蛮な拷問等を意味するといわれてきた。しかし、当裁判所の判例の中でこの文言を網羅的に定義したものはない。例えば、死刑犯罪（a capital offense）で有罪とされた被告人は裁判所の選択によって銃殺、絞首、または打ち首に処せられる旨のユタ州の制定法を維持した【1】ウィルカーソン判決がある。死刑は殺人罪に対しては通常の刑罰であり、銃殺刑は長年ユタ州で広く行われており、軍事法廷では通常のことである。それ故、ユタ州法の定める銃殺刑は合衆国憲法によって禁止されている残虐で異常な刑罰ではない。さらに“残虐で異常な刑罰”の範囲を正確に定義するのは至難である。「しかし、拷問……、その他それと同一線上にある不必要に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ることで足りる」と判示された。この文言は【2】ケムラー判決でも引用された。憲法は過去の害悪（evils）の経験からそのような害悪を阻止すべく制定されたというのは事実である。しかし、そのことの故に、その一般的文言は当然、それ以前に発生していた害悪の形態に限定されるべきであるということにはなら

ない。時代は変化をもたらし、新しい状況や目的を生み出す。このことはとりわけ憲法に当てはまる。憲法の規定は、一過性の出来事を意図したその場限りの立法ではない。それ故、憲法の条項の解釈は「前進しうるのであり、時代遅れの意味に固定されるのではなく、世論が人道になか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」と指摘されてきたのである。

本件事案に戻ると、殺人であってもこれほどの厳罰に処せられない等級の犯罪がある。1909年に改正施行された合衆国刑法86条は、合衆国公務員等への給与支払いを任務とする者が法定の給与よりも少なく支払ったうえでその額以上の領収書等を要求すれば横領罪（embezzlement）で処罰され、天引きした額の2倍相当の罰金および1年以下の投獄に処せられると定めている。「この犯罪は被告人ウィームズが有罪とされた犯罪と類似するが、それに対し定められた刑罰は、本件での刑罰であるカデナ・テンポラルおよび付加刑と比べてあまりにも対照的である。」このような著しい相違は「無制約の権限と憲法の制約の下で行使される権限との相違を示している。」

【4】フランシス電気処刑失敗後再執行合憲判決（1947年）

本判決（*Francis v. Resweber*, 329 U.S. 459）は、電気椅子による死刑執行時に何らかの機械の故障が原因で死亡するに至らなかったため後日あらためてルイジアナ州知事によって死刑執行命令書が発付された事案につき、州法にも連邦法にも違反しないと結論した州最高裁判決を維持したものである。

【判 示】 当裁判所は【2】ケムラー判決において、憲法で用いられている残虐という言葉は“何か非人間的で野蛮なもの、単に生命の消滅以上の何か”を意味していると述べ、電気椅子による処刑の違憲性を否定した。憲法が保障している残虐な刑罰の禁止は「刑罰の方法に内在する残虐性であって、人道的に生命を消滅させるために採用されたいかなる方法にも含まれ

る当然の苦痛 (necessary suffering) でない。」予想できなかった事故のため宣告刑が即座に完了できなかったという事実は、その後の処刑に残虐性の要素を付加するものではない。

【5】トロップ脱走兵市民権剥奪違憲判決 (1958年)

本判決 (Trop v. Dulles, 356 U.S. 86) は、フランス領モロッコで米陸軍一等兵として従軍していた米国生まれのトロップは1944年5月22日、規律違反で収容中の営倉から抜け出したが、その翌日、空腹等で営倉に戻る途中、軍トラックに発見され、拘禁刑3年の刑および不名誉除隊 (dishonorable discharge) を言い渡された。トロップは1952年、パスポートを申請したが戦時脱走罪での有罪判決および不名誉除隊によって市民権を喪失しているとの理由で却下され、第2巡回区もこれを維持した事案につき、原判決を破棄したものである。

【判 示】 戦時における脱走は究極の刑罰に値しうるが、それは必ずしも外国への忠誠を意味しない。本件兵士は処罰に値する犯罪を犯したが、外国とは一切かわりがない。わが国に対する忠誠心も希薄化していない。戦時における市民の義務は、国家の軍事防衛だけでなく、多様な民間レベルの活動に全面的に参加することにある。しかし、市民の義務が回避されるその度毎に市民権が失われるのではない。市民が任意に放棄しない限り市民権は失われるものではない、そして本件申立人トロップは市民権を決して放棄しなかったのであるから、彼の基本的な市民権は保障されている。この理由に拠るだけでも本件での原判決は破棄されるべきである。

憲法上の“残虐で異常”という文言の正確な範囲は当裁判所によって詳論されていない。しかし、この文言に反映されている基本的ポリシーは刑事司法に関する英米の伝統の中で確固として確立している。わが憲法の文言は、1688年のイギリスでの権利の宣言から直接採用されたものであり、そこに示されている原理はマグナ・カルタに遡ることができる。「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 (nothing less than the dignity of man)。」各州は処罰権限を有するが、その権限は文明的基準の限界内で行使されることを確保するために第8修正が存在しているのである。これまで当裁判所には第8修正の正確な内容に触れる機会はほとんどなかった。そしてわれわれのような文明開化した民主主義国家 (enlightened democracy) においては、このことは驚くことではない。しかし、当裁判所は、公の記録の虚偽記載の罪で科せられた鎖をつけたままでの苦痛労働を伴う12年 (15年?) の投獄の刑罰に直面したときこのような刑罰は過度に残虐で、その性格は異常であることを宣言するのに躊躇しなかった。当裁判所はこの【3】ウィームズ判決において、第8修正の文言は明確でないこと、そして第8修正の範囲は静的でないことを認めた。同修正はその意味内容を「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。」

【6】ファーマン恣意的死刑手続き違憲判決 (1972年)

本判決 (Furman v. Georgia, 408 U.S. 238) は、謀殺罪や強姦罪で有罪とされ州段階で死刑が確定した3事件を一括して取り上げ、これらの事案において「死刑を科すことは第8修正および第14修正に反する残虐で異常な刑罰に相当するかの問題に限定して」上告受理の申立てを容れ、5対4で、これを肯定したものである。ダグラス、ブレナン、スチュアート、ホワイ、マーシャルの五裁判官は判示を支持する各個別意見を、これに対し、バーガ首席裁判官は反対意見を書き、これに同調するブラックマン、パウエル、レンキストの3裁判官はさらに別途個別の各反対意見を書いている。本稿との関わりで重要と思われるスチュアート裁判官の同調意見とバーガ首席裁判官の反対意見のみを判示に続いて紹介しておく。

【判 示】 「当裁判所は、これら各事案において死刑を科してこれを執行することは第8

修正および第14修正に反する残虐で異常な刑罰に相当すると判示する。それ故、死刑を科すことを妨げていない（leaves undisturbed）限りで、各事案の判決を破棄し、さらに手続きを進めるために差し戻す。以上、命令する。

【スチュアート裁判官の同調意見】 死刑という刑罰は、その他すべての刑事罰とは、その程度においてではなくその種類において全く異なる。死刑は変更不可能である点において無比である。それは刑事司法の根本的目的としての有罪確定者の更正を拒否することにおいて無比である。そして最後にそれはわれわれの人間性の概念に含まれているものをすべて絶対的に拒絶することにおいて無比である。このような理由等によって少なくとも2人の同僚裁判官は、死刑を科すことはどのような状況下においても第8修正および第14修正の下で憲法上許容できないと結論した。しかし、わたくしは、彼らが下した最終問題に触れることは不必要と考える。「刑罰を科す際に応報は憲法上許容できない要素であるということには同意できないことだけを指摘しておく。本能的な応報感情は人間の本性の一部であり、かかる本能を刑事司法の運用の中に流し込むことは法によって支配される社会の安全性を促進する。組織社会が“それに値する”刑罰を犯罪者に科さない人々が信じはじめると、無秩序——自力救済、自警司法（vigilante justice）、私刑法——の種がまかれることになる。」しかし、抽象的な意味での死刑という刑罰の合憲性が本件で提示されているのではない。本件での死刑宣告は「雷に打たれることが残虐で異常であるのと同様に残虐で異常である。」1967年と1968年に強姦と謀殺で有罪とされた人々の中から恣意的に任意に選別され死刑が宣告された一握りの者の中に本件申立人ファーマンらが含まれていたからである。前合衆国司法長官は国会で「少数の恣意的に選別された犯罪者だけが死刑に処せられた」と証言している。本件では人種の差別は立証されていないので、この点については触れない。わたくしは単に、このような無比の刑罰が極めて気紛れに（so wantonly and so freakishly）科せられること

を許している法制度の下で死刑判決を科すことを第8修正および第14修正は容認できないと結論するにとどまる。

【バーガ首席裁判官の反対意見】 まず最初にブレナン、マーシャル両裁判官だけが第8修正はいかなる状況下においても死刑を禁止していると結論していることを指摘しておくのは重要である。ダグラス裁判官も死刑は第8修正と矛盾すると判断しているが、彼の意見は死刑の最終的廃止を要求するものとは読めない。わたくしは以下の理由で、憲法の“残虐で異常な刑罰”の禁止は死刑を科すことを禁止しているものと解釈できないと結論する。

立法府は、第8修正の概念枠組にとらわれることなく全く自由に一定の犯罪に対する死刑を廃止したり一般的廃止に対する限定的例外を認めることができる。立法府は、死刑の抑止効を評価できるし、またそうすべきである。死刑の抑止効に疑問があることに気付けば、立法府は死刑を廃止できる。裁判官による第8修正の解釈（ruling）では、それほど柔軟に判断を下すことはできない。

【7】ベイズ致死薬物注射処刑合憲判決（2008年）

本判決（Baze v. Rees, 533 U.S. 35, 128 S.Ct. 1520）は、合衆国最高裁としてはじめてケンタッキー州での致死薬物注射による処刑方法の合憲性を肯定したものである。

【判 示】 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年にニューヨーク州は“死刑判決を効果的に実施する現代の科学によって知られている最も人道的な方法”を調査するために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を是認した最初の州となった。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。絞首、銃殺、および致死ガスを含む処刑方法が用いられたことはあったが、電気椅子による処刑がほぼ1世紀にわ

たり主要な処刑方法だった。しかし、合衆国最高裁があらためて死刑判決の合憲性を肯定した1976年の【8】グレッグ判決以降、各州議会は人の死を確保する手段としての電気処刑を見直すべしとの国民の声に応じ始めた。「1977年にオクラホマの議会は、オクラホマ大学医学部麻酔科の科長と相談後に、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ので、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。」

ケンタッキー州は1998年に処刑方法を電気椅子から致死薬物注射に代えた。ケンタッキー州の死刑執行施設は、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。最初の薬物が投与されて60秒後に所長と副所長の視覚による検分で死刑囚が無意識でないと判断されると、第2の薬物の注入前に3グラムの新しいチオペンタールが再び静脈に注入される。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。

当裁判所は州が選択した死刑判決の執行のための手続きを残虐で異常な刑罰であ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において、“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。われわれはこれらの原理を再び1890年の【2】ケムラー判決で用いて、死刑という刑罰は“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、……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“より人道的な方法を探す努力の中で制定された”ことを指摘したのである。想定どおりに執行されれば、この手続きは苦痛のない死をもたらすものであることに申立人は同意している。われわれの歴史を通じて処刑方法を残虐で異常であるとして挑戦されたとき当裁判所は常に、そのような挑戦を退けてきた。「それにもかかわらずわれわれの社会は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。」

3 パチンコ店放火殺人事件

このようにアメリカの各法域では1890年の【2】ケムラー判決以降、絞首刑に代えてより人道的と考えられた電気椅子や致死ガス等による処刑方法を採用する。そして2003年の【7】ベイズ判決において合衆国最高裁ははじめて致死薬物注射による処刑の合憲性を肯定したのである。前述のように筆者は、絞首刑は憲法第36条に違反する残虐な刑罰である旨の「意見書」を大阪高裁刑事第3部に提出したのを契機にパチンコ店放火殺人事件にかかわることになる。

ところで「弁護団」から送られてきたパチンコ店放火殺人事件の控訴趣意書に対する大阪高等検察庁 検察官の本年1月10日付「絞首刑は残虐な刑罰に当たらない」旨の「答弁書」を一読したところ奇妙な一文に接した。「アメリカ合衆国ワシントン州において絞首が死刑執行方法として規定されているということは、アメリカにおいても絞首が合衆国憲法第8修正が禁止する“残虐で異常な刑罰”に該当しないとされていることの“証左”であるというべきである」「以上のとおり、絞首の方法による死刑執行は他の文明国の裁判所においても禁止されておらず……他の死刑執行方法と比較して残虐であるとはいえず、憲法第36条に違反するものではない」と答弁しているのである。ワシントン州では処刑方法として絞首の規定があるということはアメリカにおいても絞首刑は“残虐で異常な

刑罰”に該当しないとされていることの“証左”であるとの「答弁書」の論理に従えば、アメリカ合衆国ユタ州では1983年に絞首刑は廃止されたものの銃殺刑が（ワシントン州と同じく）致死薬物注射との選択刑としてではあるが規定されているということはアメリカにおいて銃殺刑は第8修正に違反しないことの“証左”であるというべきである、すなわちアメリカでは現在においても絞首刑はもちろん銃殺刑も合衆国憲法第8修正の禁止する“残虐で異常な刑罰”ではなく合憲とされているということになるが、これはアメリカ判例法の無理解に由来する独自の解釈でないかと思われたのである。

そこで3月12日の「弁護団」会議でその旨指摘し、要請のあった「反論書」をとりあえず3月30日付で弁護団に送付したところ、「反論書」について「意見書」としての体裁を整えたうえで裁判所に提出していただきたい旨の依頼（4月19日付FAX）に続いてその翌日、検察官から参考資料として提出されたという大量の英文資料が正木幸博弁護士から送付されてきた。その中に大阪高等検察庁「刑事事務課」の明示ある1枚の資料が紛れ込んでいたのだが、驚いたのはその内容である。出典はすべてインターネット・ホームページから入手したことを明らかにしたうえで合衆国最高裁のベイズ判決やウィルカーソン判決の「記載内容」として検察官の「答弁書」と同一の日本語訳が示されていたのである。看過できないのは、ベイズ判決についても核心部分には一切触れずにいわば枝葉末節の判示内容だけを日本語に翻訳しており、そして「答弁書」はその部分を一字一句そのまま引用してアメリカ法を論じつつ、前記のように絞首刑の合憲性を主張していることである。

以下、4月25日付「意見書」をほぼそのまま引用して「答弁書」の問題点を明らかにしておく。

〔意見書〕 被告人高見素直に対する現住建造物等放火、殺人、殺人未遂被告事件について、「絞首刑は残虐な刑罰に当たらない」旨の平成

25年1月10日付検察官の答弁書に対し、下記のとおり意見を述べる。

1 検察官の答弁

検察官は、絞首刑が憲法第36条に違反するとその控訴趣意書第1点についておおむね次のように答弁する。

（1） 現在我が国で行われている絞首の方法による死刑執行が憲法第36条が絶対的に禁止する“残虐な刑罰”に該当しないことは最高裁判所において幾度となく判示されてきたこと（最高裁昭和30年4月6日大法廷判決・刑集9巻4号663頁、最高裁昭和36年7月19日大法廷判決・刑集15巻7号1106頁、最高裁平成20年2月29日第二小法廷判決・判時1999号153頁等）であり、これを改めなければならない理由はない。

（2） 死刑そのものが憲法第36条が絶対的に禁止する“残虐な刑罰”に当たらず（最高裁昭和23年3月12日大法廷判決・刑集2巻3号191頁等）、合憲である以上、必然的にそれを執行する方法が存在しなければならないことになり、時代と環境とにおいて人道上的見地から一般に残虐性を有する執行方法等のみが憲法第36条において禁止されているというべきである（前記昭和23年最高裁大法廷判決、*Baze v. Rees*, 533 U. S. 35（2008）参照）。

そして、どのような死刑の執行方法等が“残虐な刑罰”に当たるかについては、前記昭和23年最高裁判決が“残虐な刑罰”として例示している死刑執行方法が火あぶり、はりつけ、さらし首、釜ゆでであることからすれば、「被執行者の生命を単に奪うだけではなく、意図的に苦痛、恐怖、屈辱を付加的に与えることを目的とした執行方法が「残虐な刑罰」に当たるというべき」であり（前記*Baze v. Rees*, *Wilkerson v. Utah*, 99 U. S. 130（1879）参照）、現在我が国において行われている絞首刑が苦痛、恐怖、屈辱を付加的に与えることを目的とするものでないことは明らかである。

我が国において行われている絞首の方法による死刑執行が憲法第36条に違反するものではないとした前記昭和30年最高裁判決は、「現在わ

が国の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酷であるとする理由は認められない」としているところ、この理は現時点においても何ら変わるところはない。

(3) また、「アメリカ合衆国ワシントン州において絞首が死刑執行方法として規定されているということは、アメリカにおいても絞首が合衆国憲法修正第8条が禁止する“残酷で異常な刑罰”に該当しないとされていることの証左であるというべきである」。

加えて弁護人は、絞首刑の執行が上手く行かなかった場合に生じる種々の事態を指摘し絞首刑の残酷性を主張するが、死刑の執行を行う際に失敗が起きた場合に何らかのリスクが生じるのは絞首に限られるものではなく、電気処刑やガス処刑、薬物注射においても生じうることであり、絞首刑においてのみ存在するものではない。報道等によれば、アメリカにおいて行われた「薬物注射においても執行に34分を要し、少なくとも最初の25分は被執行者は意識があった」例や、「注射に手間取り執行に約2時間を要した」例などがある。したがって、死刑の執行についてはどれほど人道的な手法であっても失敗する可能性があり、若干の苦痛のリスクはつきまとうものである以上、このような執行における苦痛のリスクを全て回避することまで憲法が求めているのではなく、別の死刑執行方法によらなければ深刻な苦痛が生じる相当な危険性があり、その別の死刑執行方法は実現可能で容易に実施できるものであり、実際に深刻な苦痛の相当な危険性を大幅に低減することができるものであることが確認されているのに、そのような別の死刑執行方法を採用しない場合にはじめて、死刑執行方法が憲法第36条が禁止する“残酷な刑罰”に該当すると考える（前記Baze v. Rees参照）。絞首刑を他の執行方法に改めなければ深刻な苦痛が生じる相当な危険性があると認めるに足る証拠はなく、しかも、弁護人は、実現可能で容易に実施でき、実際に深刻な苦痛の相当な危険性を大幅に低減することができる別の死刑執行方法を何ら提示していない。

(4) 以上のとおり、絞首の方法による死

刑執行は「他の文明国の裁判所」においても禁止されておらず、実現可能で容易に実施でき、実際に深刻な苦痛の相当な危険性を大幅に低減することができる絞首以外の別の死刑執行方法が提示されているわけでもないから、絞首が他の死刑執行方法と比較して残酷であるとはいえず、憲法第36条に違反するものとはいえない。

2 意見

答弁書が3度にわたり参照するバイズ判決（Baze v. Rees）は、検察官の主張とは異なり、間接的にせよ絞首刑の違憲性を明示している。また、ワシントン州において絞首刑の規定があるのは、アメリカにおいても絞首刑が“残酷で異常な刑罰”に該当しないとされていることの「証左」であるとの主張は、アメリカ法の無理解に基づいた独自の見解であり、到底容認できない。その理由は以下のとおりである。

(1) 日本国憲法第36条が絶対的に禁止している“残酷な刑罰”は合衆国憲法第8修正後段で禁止されている“残酷で異常な刑罰（cruel and unusual punishments）”と同一規定と解されている（法学協会『註解日本国憲法 上巻』（有斐閣、1953年）636頁）以上、答弁書が合衆国最高裁判決を参照したこと自体は正しい。合衆国最高裁は、答弁書の参照する1879年の【1】ウィルカーソン判決（Wilkerson v. United States）においてユタ州法の規定する公開銃殺刑の適法性を肯定した際に初めて“残酷で異常な刑罰”に言及し、「残酷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。しかし、拷問……、その他それと同一線上にある不必要で残酷な刑罰は全て憲法によって禁止されていることを確認することで足りる」（Id. at 136）と判示した。そして1890年の【2】ケムラー判決（In re Kemmler, 136 U. S. 436）はこれを受けて、拷問または長びかせる死（a lingering death）にかかわるとき、そのような刑罰は残酷である。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酷でない。そこでの残酷という言葉は「何か非人道的で野蛮なもの、

生命の単なる消滅以上の何か」を意味している (Id. at 447) と判示した。

わが国ではもちろんアメリカでも必ずしも十分に知られていないのは、Hill州知事の要請を受けてニューヨーク州議会が全米ではじめて従前の絞首刑を廃止して電気処刑を採用したという事実である。「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きたものであり、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か疑問とします。この問題を議会の検討に委ねたい」とHill知事が1885年1月6日、議会への年頭教書 (annual message) で述べたのを受けて州議会は「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」で執行する方策を検討する委員会を設置した。同委員会は電気椅子による処刑 (execution by electricity) を支持する報告書にあわせて法案を作成し、この法案が1888年法となり、ケムラーはこの法案の適用を受けて電気椅子によって処刑されたことが早くも1890年 (明治23年) の【2】ケムラー判決で明示されていたのである。合衆国最高裁はその後、1947年の【4】フランシス判決 (Francis v. Resweber, 329 U. S. 459) において電気処刑失敗後の再執行を合憲と判示した際に、憲法が禁止する刑罰は「刑罰の方法に内在する残虐性であって人道的に生命を消滅させるために採用されたいかなる方法にも含まれる当然の苦痛 (necessary suffering) ではない」と判示した。

(2) このような状況下に合衆国最高裁は、致死薬物注射による処刑の合憲性をはじめて肯定した2008年の【7】ベイズ判決において、次のように判示した、すなわち、

【1】 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年にニューヨーク州は「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」を調査するために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処刑を是認した最初の州となった。1915年頃には「電気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。

絞首、銃殺、および致死ガスを含む処刑方法が用いられたことはあったが、電気処刑がほぼ1世紀にわたり主要な処刑方法だった。しかし、合衆国最高裁が改めて死刑判決の合憲性を肯定した1976年のグレッグ判決 (Gregg v. Georgia, 428 U. S. 153) 以降、各州議会は人の死を確保する手段としての電気処刑を見直すべしとの国民の声に応じ始めた。「1977年にオクラホマ州議会は、オクラホマ大学医学部麻酔科科長と相談後に、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州が死刑を執行する唯一の又は主たる手段として致死薬物注射を採用しているので、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。それは連邦政府によって用いられている方法でもある。」

B ケンタッキー州は1998年に電気処刑を致死薬物注射に変更した。医師は処刑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“処刑行為”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。

【2】 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合衆国憲法第8修正は“過大な額の保釈金を要求し、又は過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、死刑は合憲であるとのグレッグ判決で確立された原理から始める。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まで要求していないのは明らかである。

A 当裁判所は、州が選択した死刑判決の執行のための手続きを残虐で異常な刑罰であるとして無効としたことは一度もない。われわれは1879年の【1】ウィルカーソン判決において、「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。われわれはこれらの原理をさらに1890年の【2】ケムラー判決で用いて、死刑という刑罰は「何か非人道的で野蛮なもの、生命の単なる消滅以上の何かを意味している」として、電気処刑を採用したニューヨーク州法はより人道的な方法を探す努力の中で制定されたことを指摘したのである。(at 1530.)

B 申立人はケンタッキー州によって採用された致死薬物注射又は特定のプロトコルの適切な執行それ自体が残酷でいわれのない苦痛を科すとは主張していない、それとは反対に彼らは「もし適切に実施されれば」ケンタッキー州の手続きの下で実行される処刑は「人道的で合憲」であることを認めている。

代替的手続きは実行可能で、かつ容易に実行できるものでなければならない。そして実際に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が明白であるにもかかわらず、現行の処刑方法に固執する正当な理由なしに、こ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“残酷で異常”とみなされうる (If a State refuses to adopt such an alternative in the face of these documented advantages, without a legitimate penological justification for adhering to its current method of execution, then a State’s refusal to change its method can be viewed as “cruel and unusual” under the Eighth Amendment.). (at 1532.)

[3] これらの基準を本件事実に適用するに当たりわれわれは、現に一般に広く許容されている実務を「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。」

* * * *

「ケンタッキー州は最も人道的に利用できる」と信じ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、この手続きは苦痛のない死をもたらすものであることに申立人は同意している。」

「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おいて挑戦されたとき当裁判所は常にそのような挑戦を退けてきた。それにもかかわらずわれわれの社会は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、そしてガス室はいずれも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 (Throughout our history, whenever a method of execution has been challenged in this Court as cruel and unusual, the Court has rejected the challenge. Our society has nonetheless steadily moved to more humane methods of carrying out capital punishment. The firing squad, hanging, the electric chair, and the gas chamber have each in turn given way to more humane methods, culminating in today’s consensus on lethal injection.).」 (at 1538.)

ベイズ判決は【1】ウィルカーソン、【2】ケムラー判決など“残酷で異常な刑罰”に関する先例に触れつつ合衆国最高裁が処刑方法としての致死薬物注射の合憲性を肯定した唯一のものであり、その意味で答弁書が繰り返し参照したのは当然とはいえ評価されてよい。問題は、最も人道的とされている処刑方法があるにもかかわらず「現行の処刑方法に固執する正当な理由なしに、このような代替物の採用を拒否するのであれば、そのような処刑方法の変更の拒否は第8修正の下で“残酷で異常”とみなされうる」としたうえで、「銃殺、絞首、電気椅子、そしてガス室などの処刑方法はいずれも順次より人道的な方法に道を譲り、致死薬物注射に関するコンセンサスで頂点に達した」とベイズ判決が明示していることにつき答弁書は全く触れていないことである。核心の判示部分を一切省略したまま絞首刑の合憲性の参考になるとして【7】ベイズ判決を引照するのは理解し難い。

なお、前述のように検察官から参考資料として提出されたとして「弁護団」から4月19日付で送付されてきた大量の英文資料の中に紛れ込

んでいたのが「大阪高等検察庁 刑事事務課」と明示ある1枚の参考資料である。正確を期すため、その全文を以下に引用しておく。

番号	標目	記載内容
1	インターネットホームページ 「SUPREME COURT OF THE UNITED STATES」より入手した判決文(Baze v. Rees)(英語)(97 頁)	①どれほど人道的な執行方法においても、必要とされる手続きに伴う際に失敗が生じる可能性がありさえすれば、若干の苦痛のリスクがつきまとうものであり、憲法があらゆる苦痛のリスクを避けることまで要求しているわけではないこと、②「どのような執行方法が残虐な刑罰に当たるかについては、被執行者の生命を単に奪うだけではなく、意図的に苦痛、恐怖、屈辱を付加的に与えることを目的とした執行方法が残虐な刑罰に当たるというべきである」こと等
2	判例データベース「Westlaw」より入手した米国ユタ州最高裁判例(Wilkerson v. Utah)(英語)(5 頁)	「どのような死刑執行方法が残虐な刑罰に当たるかについては、被執行者の生命を単に奪うだけではなく、意図的に苦痛、恐怖、屈辱を付加的に与えることを目的とした執行方法が残虐な刑罰に当たるというべきである」こと等
3	インターネットホームページ 「UNITED NATIONS」より入手した国際連合事務総長報告書(E/2010/10)(英語)(65 頁)	諸外国において行われる死刑執行方法として、斬首、絞首(セントキッツ・ネービス等)、薬物注射(アメリカ等)、銃殺、石打刑、電気処刑(アメリカ)があるが、いずれかの死刑執行方法が非人道的、残虐、下劣なものとして許容できないか否かについては議論があること(絞首刑が許容できないものであるとは述べていない)等
4	インターネットホームページ 「Judicial Committee of the Privy Council」より入手した管轄地図(英語)(1 頁)	枢密院司法委員会がセントキッツ・ネービスの上訴管轄権を有していること
5	インターネットホームページ「NBC NEWS, COM」より入手した死刑執行の報道記事(英語)(2 頁)	「薬物注射による死刑執行でも、執行に 34 分を要し、少なくとも最初の 25 分は被執行者の意識があった」事例の紹介
6	インターネットホームページ 「Clarkprosecutor, Org.」より入手した死刑執行事例及び同事例に関する報道内容のページ(英語)(18 頁)	「薬物注射による死刑執行でも、注射に手間取り執行に約 2 時間を要した事例」の紹介

「答弁書」が絞首刑は合衆国最高裁においても禁止されていないと主張する際に上記資料を主たる参考にしてしたのであることは両者を対比すると一目瞭然である。この点については後にも触れる。

(3) ワシントン州では確かに処刑方法として絞首の規定が残されている。この点につき合衆国最高裁のブラックマン裁判官は次のように指摘している、すなわち、

1953年当時、絞首は合衆国において「ほぼ普遍的 (nearly universal) な処刑方法」であった、そして48州はかつてこの方法によって死刑を科していた。今日、ワシントン州およびモンタナ州だけが裁判所の命令による絞首 (judicial hanging) を採用している。モンタナ州は50年以上も絞首による処刑を実行していない、そして死刑宣告を争った者は誰一人として30年以上にわたり合衆国において合法的に絞首されていない。ワシントン州の死刑制定法は「死刑という刑罰 (the punishment of death) は絞首によるか又は被告人の選択で [致死薬物注射 (lethal injection)] によって執行される」と定めている。申立人の犯罪が身の毛もよだつもの (horrible) であること、あるいは彼の刑罰は厳しくすべきであることを争っているのではない。しかし、それと同様に、文明化した社会を不快とさせる (offensive) ような刑罰を科すことを憲法は禁止している。「かつて絞首刑を科していた48州のうち46州はこの刑罰を不必要に拷問的で野蛮かつ非人道的であるとして拒絶してきた (Forty-six of the forty-eight States that once imposed hanging have rejected that punishment as unnecessarily torturous, brutal, and inhumane.)」と指摘しているのである。Campbell v. Wood, 511 U. S. 1119, at 1123 (certiorari denied) (Blackmun J., dissenting) (1994) .

アメリカでは処刑方法を含め死刑制度の是非はあくまでも州法上の問題であり連邦最高裁といえども容易に介入できないという連邦主義の伝統がある。したがって、今まで州法上の処刑方法につき直接違憲と判示した合衆国最高裁判例が見当たらないのはそのためであるといつて

よい。なお、団藤重光博士もアメリカでの講演の中で「死刑廃止条約に反対している先進国はアメリカと日本だけだという、例の持論を力説」したところ「聴衆が格別の反応を示さなかった」のは、この種のことがらについては連邦政府は介入しないという建国以来のフェデラリズムの伝統による旨の「私にとって耳新しい情報」をアメリカでの講演の機会を与えてくださったインディアナ大学ホフマン (Joseph I. Hoffman) 教授から教示された旨告白している。(団藤重光『死刑廃止論 [第5版]』(有斐閣、1997年) 34-35頁。) いずれにせよ、ワシントン州で処刑方法として絞首の規定があるということはアメリカにおいても絞首刑は“残虐で異常な刑罰”に該当しないとされていることの「証左」にはならないのである。

ちなみに、やや文脈は異なるが、周知のように米連邦議会はミランダ判決の2年後の1968年に「犯罪防止及び街路の安全に関する包括法」を制定した際に自白の許容性に関する合衆国法典第18編3501条を設けた。同条によれば、「すべての事情を考慮して」任意性が認められれば自白は許容されることとなり、黙秘権等の不告知は任意性判断のための1要素にすぎない。したがって、同法はミランダを廃棄し、ミランダ以前の法状態の復活を意図したものであることは明らかである、そこでわが国の検察実務家の中には「被疑者の取調べについてのEscobedo判決及びMiranda判決に対応して立法された包括的犯罪規制法は自白の証拠能力を任意性の有無によらしめているところである」と指摘する(河村博「毒樹の果実」刑事訴訟法の争点(新版、225頁)向きもあったが、合衆国司法省は同規定を用いることは一切なかった。「法律家の間でこの条項は連邦憲法違反だという見解が多く、司法省もこの条項を実務では使わないように指示」(原田明夫「刑事訴訟法の理念と実務」ジュリスト1370号82頁)したからである。

今回の「答弁書」と同様、事実上死文化した制定法上の規定だけを参照してアメリカ法を論ずる誤りを如実に露呈した一例であり、今やそのような時代ではないことを強調しておきた

い。しかも答弁書は、前述のように「刑事事務課」作成のバイズ判決等の日本語訳を「そのまま」引用しているのである。むろん、インターネットの利用自体を非難しているのではない。問題は、致死薬物注射による死刑のみが現在では合憲であることを明示する判決の核心部分については一切省略したままいわば枝葉末節のみを取り上げた翻訳文を平然と引用していることである。いずれにせよ、【7】バイズ判決からも明らかなように、処刑方法の問題点はその中で全て論じられている。指導的判例を精査することなしにアメリカ法を論ずることはできないにもかかわらず「答弁書」にはその理解が全く欠落しているばかりか、的外れの引用で糊塗する態度には啞然とする外ない。

(4) このようにみえてくると、絞首による死刑執行は「他の文明国の裁判所において禁止されておらず」憲法第36条に違反するものではないとして「答弁書」が指摘する「他の文明国」にはアメリカが含まれていることは明らかであり、それは合衆国最高裁判例に関する独自の誤った解釈に由来するのである。

そうすると、今回の答弁書の中で唯一正確と思われるのは、絞首による執行方法を含め死刑制度が憲法に違反しないことは確立した最高裁判例であるとの主張である。そこで以下、この点につき改めて若干の視点を指摘しておく。

第1、最も重要なのは、残虐（で異常）な刑罰を禁止する日米の憲法が事実上全く同一であるため憲法解釈としてもアメリカの動向を無視できないことである。合衆国最高裁も2005年のロバ（シモンズ）判決（*Roper v. Simmons*, 125 S. Ct. 1183）において世界のコミュニティの意見はわれわれの結論を支持するものではないとしつつ、他国とりわけ「イギリスの解釈は、わが国との歴史的結びつきおよび第8修正自体の源であることに照らし、とりわけ重要である。第8修正はイギリスの1689年の権利の宣言での同一の規定をモデルにしたものであった」からであると判示している。この判示は残虐な刑罰を禁止するわが国とアメリカとの関係についてもそのまま当てはまるといってよい。

第2、前述のように、アメリカではかつて採用されていた絞首、銃殺、電気殺、ガス殺等は事実上全て第8修正の禁止する“残虐で異常な刑罰”であるとして廃止されている。ユタ州とワシントン州においてのみ選択刑としての絞首刑の規定自体は制定法上残されているが、わが国のように絞首刑を唯一の処刑方法とする法域は皆無である。そして合衆国最高裁は2008年の【7】バイズ判決において、絞首刑は1888年の段階でニューヨーク州で廃止されたのを皮切りに今日ではほぼ全ての法域で用いられていないことを指摘したうえで、致死薬物注射による処刑方法のみが従前の処刑方法に比べてより人道的で合憲であると判示しているのである。日本国憲法の解釈としてもこの判示を無視するのは相当ではあるまい。

第3、「死刑制度がその執行方法を含め憲法に違反しない」ことが最高裁で確立していることを強調するのは検察官として当然のことであろう。疑問に思われるのは、なぜそれほどまでに絞首刑にこだわるのかである。絞首刑の合憲性を肯定した前記昭和36年大法廷判決について栗田正最高裁調査官（当時）は「それにしても死刑という重大な刑罰の執行方法に関する基本的事項が今日なお約1世紀前の古めかしい太政官布告に準拠しているという事実は、誠に奇異の感を禁じえないものがある」と指摘（最高裁判所判例解説刑事篇昭和36年度 193、197頁）していたが、それからさらに50年経過しているにもかかわらず古色蒼然たる明治6年太政官布告に基づく絞首刑の合憲性を今なお維持し続けるというのは全く理解に苦しむ。

ちなみに、合衆国最高裁は2000年のディカソン判決（*Dickerson v. United States*, 530 U. S. 428）において、1966年のミランダ判決は憲法判断である旨判示したためわが国でも大いに話題になったのは周知のとおりであるが、必ずしも十分に知られていないのは、控訴審の段階では合衆国司法省は一転して弁護側と同様にミランダ判決を擁護したことである。（小早川義則「ミランダの意義と限界——合衆国最高裁ディカソン判決を契機に——」名城法学第50巻別冊193頁。）

わが国の検察官にそこまで要求するのは酷であろうが、新聞報道（例えば、2012年8月25日付朝日新聞朝刊）や映画等を介して絞首刑に代わりうるものとしての致死薬物注射による処刑方法の知識は一般国民の間にもかなり浸透しており、機は正に熟している。アメリカの連邦主義（フェデラリズム）の意味についても未消化のまま「ガラパゴスの発想」に固執するのではなく、最高裁にいう「現代多数の文化国家における」動向を直視することが今こそ公益の代表者としての検察官にも必要とされているように思われる。そのことによって死刑問題を含めた刑事司法全般の問題点に関する真摯な国民的議論の展開が大いに期待されるのである。

そして最後に、弁護人も現段階で死刑自体を直ちに違憲であると主張しているのではなく、わが国の上記最高裁判決はアメリカをはじめ「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は残虐であるかを論じていないから、現時点においてはやはりこの主張の少なくとも一部において妥当性を欠く」としたうえで、絞首刑は現在では残虐な刑罰であり憲法に違反すると主張しているにすぎない。

絞首刑等の従前の処刑方法は合衆国憲法第8修正の“残虐で異常な刑罰”に該当しかつ第14修正のデュー・プロセス条項に違反するとの合衆国最高裁判決を踏まえると、それらと同一の規定である日本国憲法第38条の禁止する“残虐な刑罰”および憲法第31条の法定手続きを根拠に絞首刑は現在では憲法に違反するとの弁護人の主張は正当であると考ええる。

Ⅲ アメリカ判例法（先例拘束性）と連邦主義

前述のように今日ではウォーレン・コート下の“デュー・プロセス革命”によって権利の宣言に関して統一的なアメリカ法が成立しているが、それはあくまでも各法域を最小限拘束するにすぎず、連邦主義に立脚した各法域の独自性を否定するものではない。ただ、判例法である以上、先例拘束性（*stare decisis*）の原理が強く

働くのは当然であり、その限りで、判例の正面からの変更は容易でないし、各法域は合衆国最高裁の先例にも拘束されるため、先例とのかかわりが重要となる。

そこで以下、統一的なアメリカ法の成立に果たした第14修正のデュー・プロセスの役割に言及した後、わが国でも比較的周知と思われる合衆国最高裁判決を素材に“似て非なる”日米の刑事裁判の実態に触れつつ、その原因についていささかの検討を加えることとしたい。

1 デュー・プロセス条項の役割

(1) 1791年の合衆国憲法第5修正は「何人も法の適正な手続きによらなければ、生命、自由または財産を奪われることはない」と規定し、何人に対してもいわゆるデュー・プロセスを保障しているが、それはあくまでも連邦政府への規制にとどまる。これに対し、1868年（明治元年）に制定付加された第14修正のデュー・プロセス条項は「いかなる州も法の適正な手続きによらずに何人からも生命、自由または財産を奪ってはならない」と規定し、州政府をも規制する。しかし、合衆国最高裁はその後、従前の連邦主義の観念に固執し州の刑事司法への合衆国憲法による介入を認めずほぼ60年間にわたり州の刑事手続きにおける各個人の権利侵害の申立てをすべて退けてきた。このような“石器時代”の幕引きの先駆けとなり現代の憲法的刑事手続法（the modern law of constitutional criminal procedure）の到来を告げたのが「第14修正のデュー・プロセス条項は州の刑事手続きにおける弁護人依頼権を含むと解した」1932年のパウエル判決³¹⁾である。

パウエル判決³²⁾は「第6修正の弁護人の援助を受ける権利は、少なくとも死刑事件においては、第14修正のデュー・プロセス条項の保障する基本的権利の1つ」であるとするにとどまったが、1963年のギデオン判決³³⁾はすべての重罪事件の被告人への国選弁護人選任権の保障は第14修正のデュー・プロセスの要求するところであると判示した。合衆国最高裁はその後、1964年のマロイ判決³⁴⁾において第5修正の自

己負罪拒否特権はデュー・プロセス条項を介して州をも拘束する旨判示した。そして1965年のポインター判決³⁵⁾において第6修正の自己に不利益な証人との対決を保障する対審条項は、弁護人依頼権や自己負罪拒否特権と同様に「基本的な権利であり第14修正を介して州をも拘束する」と判示し、1967年のワシントン判決³⁶⁾において第6修正の自己に有利な証人の強制的喚問権も同様に第14修正のデュー・プロセス条項を介して州をも拘束する旨判示した。第6修正の陪審による裁判を受ける権利については1968年のダンカン判決³⁷⁾で第14修正のデュー・プロセス条項の具体的内容であることが明らかにされた。そして第5修正の二重の危険については1969年のベントン判決³⁸⁾で、第8修正の残虐で異常な刑罰の禁止規定については1962年のロビンソン判決³⁹⁾で、いずれも第14修正のデュー・プロセス条項を介して州にも適用されることが確立する。

(2) このように合衆国憲法修正条項の規定する10箇条(論者により最初の8箇条)は、第5修正の大陪審により起訴される権利を除き、第14修正のデュー・プロセス条項の具体的内容として州にも適用されることが確立している。ただ、アメリカでは権利の章典の諸規定はデュー・プロセス条項を介して州にも直接適用されるかにつき、これを肯定するいわゆる編入理論をめぐる激しい論争があった。今日では歴史的事実にすぎず実益に乏しいとはいえ、アメリカ法の特色である連邦制の問題にもかかわるだけに、ひとまず論争の推移を概観しておこう。

権利の章典と第14修正のデュー・プロセス条項とのかかわりについては、権利の章典の起草者であったジェイムズ・マディソン(James Madison)を記念して1961年3月25日、ニューヨーク大学ロースクールで開催されたブレナン合衆国最高裁判事の講演⁴⁰⁾が分かりやすい。またブラック合衆国最高裁判事は1960年2月27日、やはり同ロースクールでマディソン記念としての初回講演を行い、「第14修正によって最初の10箇条の修正条項は州にも適用されるとの1947年のアダムソン判決(Adamson v. California,

332 U.S. 46)における反対意見をなお維持する」として従前の見解を繰り返した⁴¹⁾。ブラック裁判官の同反対意見は、フェアマン教授の135頁に及ぶ論文⁴²⁾で史実に反するとして徹底的に批判されたが、この批判を採用したのがハーラン裁判官である。そしてこの争いは1960年代後半においても続いていた。例えば、合衆国最高裁は1968年の前出ダンカン判決において第6修正の陪審による裁判を受ける権利はアメリカの刑事司法にとって基本的なものであるから第14修正のデュー・プロセス条項を介して州にも適用されると判示したが、ブラック裁判官はかねてからの見解を同調補足意見において詳論し、これに対するハーラン裁判官の反対意見は、本件においても編入理論は相当でないとする。両者の見解を対比すると、編入理論の是非をめぐる問題点が浮き彫りになり有益である。

(3) 以下、ブレナン講演によりつつ論争の経緯を概観した後、ダンカン判決での編入理論をめぐるブラック最高裁判事とハーラン最高裁判事の相対立する各見解を紹介しておく。

A ブレナン講演

1776年の独立宣言によってイギリスの王権との結びつきを断ち切った旧イギリス領東部13州植民地は、当初の各固有の主権を取り戻した。イギリス領植民地であった各州は、それぞれの主権に熱狂的なまでの誇り(fierce pride)を抱いていたため、連合を形成したものの、各州の至高の特権(its sovereign prerogatives)の維持に留意したのである。連合規約(the Articles of Confederation)および後の憲法の下での合衆国の成立は、集合体(mass)としての人民によってではなく、各州の各人民によって成し遂げられた。換言すると、アメリカという国家は、各州および各州の人民によって創造されたのであり、各州と切り離された人民によって創造されたのではない。各州は各州人民が合衆国に委任しなかった各州固有の主権を保持している。このような特色は、連合規約および合衆国憲法に基本的なものである。憲法の目的は連合規約を改善し、各州の“より完全な連合体を形成すること”であった。憲法制定者(the Framers)の

意図は、個別的に各州に委ねるよりも連邦政府（national government）に委ねた方が目的の達成がより容易になる、そのような権限だけを連邦政府に付与することであった。連邦政府は憲法に列挙された権限を行使できるにすぎないが、それでもなお各州の人民にとって必ずしも十分なものではなかった。連邦政府は各州の主権および各州人民の主権を侵害しかねないとの懸念が一般的であったため、連邦政府の権限を明示に限定することなしに新しい憲法を批准することが躊躇されたのであり、これが権利の章典の由来（the genesis）であった。

最初の10箇条の各修正条項が連邦政府による各州人民の主権に対する侵害の防波堤として考えられたのは自然の成行きである。州政府による州民個人の権利への侵害に対する保護策は州憲法の問題である。このような各州政府と連邦政府との間の主権の分離の結果、“明らかに世界で最も複雑な政府（the most complicated government on the face of the globe）”が成立した。このような連邦と州との権力分立を適切に維持することが、権利の章典の州への適用が考慮されるすべての事案において当初からきわめて重視されたのであり、今日においてもそのように重視されている。しかし、州政府による州人民への侵害に対する制限規定を連邦憲法の中に一部盛り込むことには支持があった。現に、憲法起草者は、憲法本体の中にこの種の制限規定を置いている。すべての州に私権剥奪法や事後法（any bill of attainder or ex post facto）等の制定を禁止する合衆国憲法第1条第10節がその例である。権利章典を起草したジェイムズ・マディソン（後に第4代大統領となった）は当初、17箇条の修正条項を提案していたが、上下両院は結局その12箇条についてのみ各州の検討に委ね、そしてその12箇条のうちの最後の10箇条だけが批准されて最初の修正条項になった。

合衆国最高裁は、権利の章典の州への適用がはじめて問題となった1833年の判決で“権利の章典は州に対しては機能せず、連邦権限に対してのみ機能する”と判示し、その後25年にわたりこのことを再確認してきた。そして各州も次

第に権利の章典を採用したが、その多くは連邦の手本に倣ったものである。州政府の州人民への権限濫用を防止するには連邦類似の各州の権利の章典では十分でなく連邦政府の保護が必要であるとの気運が生じたのは市民戦争以後のことである。従前の連合各州は州憲法や法律で保障されている生命、自由、および財産に対する保護を解放黒人（freedmen）には否定しているとして非難され、連邦議会が制定した救済立法の合憲性（the constitutionality of remedial legislation）は疑わしいと考えられた。その結果、議会の権限の問題を解消するために憲法修正が提案され、この修正提案が第14修正となった。議会の内外で繰り返された最も有力な反対論は「憲法制定者によって作り上げられた（国家）構造の要としての州に留保された至高の権限（sovereign powers）が連邦政府に転移する」というものであった。反対者は第14修正の採用を阻止できなかったが、彼らの反対は完全に消滅したのではない。各州の自主性が喪失するとの彼らの懸念を除去するような方法で第14修正のデュー・プロセス条項を解釈することが合衆国最高裁に求められているからである。

いわゆる“編入理論”すなわち第14修正は権利の章典のすべてを州に適用することを意図していたとの理論は、早くも1892年の段階で合衆国最高裁判事の一部から強力に支持された。この見解は1947年のアダムソン判決（前出）における有名な56頁に及ぶブラック裁判官の反対意見によって支持された。ブラック裁判官は、権利の章典をその中に含める意図を第14修正の起草者が有していたのは明らかであると主張した。他の3名の裁判官はこの見解に与したが、最高裁の多数の支持を取り付けることはできなかった。しかし編入理論の否定は、権利の章典の州への適用に対する第14修正の門戸をすべて閉ざすものではなかった。最高裁は、第14修正のデュー・プロセス条項を介して門戸を開放し次第に権利の章典の州への適用を承認するに至ったからである。

B ブラック補足意見

当裁判所は本日、第6修正の陪審による裁判

を受ける権利は第14修正によって州の被告人にも保障されていると判示した。わたくしは、法廷意見およびアダムソン判決での反対意見を理由に、この判示に同意する。わたくしは、同反対意見において、1908年の判決（*Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78）とは異なり、権利の章典のすべての規定は第14修正によって州に適用できるとの立場を取った。当裁判所は1937年のパルコ判決（*Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319）において、“そのような一般的ルールは存在しない”と指摘しながら、州が第1修正の言論の自由や第6修正の弁護人の援助を受ける権利を制限すれば第14修正によって違法となりうる旨付加し、さらに権利の章典の中には“編入の手続で（by a process of absorption）第14修正の中に”取り込むことによって州に適用できるものがあるとして、“秩序ある自由の概念の中に黙示”されている権利の章典は第14修正によって“編入されている”と結論した。州にも適用される権利の章典の中には、本日判決された陪審の裁判を受ける権利のほか、強制的な自己負罪拒否の権利、弁護人依頼権、証人審問権、不合理な搜索・押収を受けない権利等がある。

権利の章典の諸規定を州に適用するこれらの判決はすべて、いずれの規定も州に強制できないとした1908年の前出判決からの逸脱（departure）である。ところが、本判決でのハーラン裁判官の反対意見は、いまや信用に値しないとされた法理を熱烈に弁護する。ハーラン反対意見は、他の反対者と同様、そのほとんどをフェアマン教授の見解に依拠している。しかし、第14修正は権利の章典の最初の8箇の修正条項を州に適用するものであるとの私見には、全く疑問の余地がない。

ハーラン反対意見によれば、デュー・プロセスは“発展的概念（an evolving concept）”であるから“裁判所による組み入れと排除の漸次的過程（gradual process of judicial inclusion and exclusion）”を伴う。それ故、デュー・プロセス条項は、特定のルールが“秩序ある自由の概念の中に黙示されて”いるか、ある種の行為が“良心にショックを与える”ものであるかを自由に判

断させる余地を裁判官に残している。デュー・プロセスは不変の意味を有する文言ではなく、国にとって何がベストであるかに関する裁判官の嗜好と解釈（predilections and understandings）によって時とともに変わりうる文言であるというのである。政府の権限を制約するために書かれた憲法がそのような無制約の権限を裁判官に付与していると考えるのは不可解である。ハーラン裁判官によれば、デュー・プロセスは“基本的な公正さのみを（only fundamental fairness）要求する”という。しかし“基本的な公正さ”の基準は、裁判所の良心にショックを与えるそれと似たりよったりである。いずれの基準も、一定の倫理観や道徳観に全面的に依拠している。デュー・プロセスの文言の沿革を辿っても、憲法上の制約が裁判官の一定の価値観に依拠することを指摘するものは一切ない。デュー・プロセス条項の起源は、“いかなる自由人も、その同輩の合法的裁判によるか、または国土法（the law of land）によるのでなければ、逮捕もしくは追放されることはない”と宣言するマグナ・カルタ39条である。「早くも1354年にデュー・プロセスという文言がマグナ・カルタを解釈するイギリスの制定法において用いられ、14世紀ごろにはデュー・プロセス（due process of law）と国土法（law of land）とは相互に交換可能（interchangeable）であった。」

最後に、権利の章典を州に適用すれば、新しい社会的経済的経験をしようとする州の妨げとなるという主張について付言しておく。ゴールドバーグ裁判官が1965年のポインタ判決（*Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 414）の補足意見で実に巧みに指摘しているように、“基本的な憲法上の権利を侵害する権限を州に否定することは連邦の権限を強化することではなく、個人の基本的な権利および自由を擁護するために連邦および州政府の権限をともに限定することである。このことによって、連邦と州とを問わず、政府への極度の権力集中を回避するというわが連邦主義の根底にある基本的政策の土台がほり崩されるというよりもそれが促進される”のである。

C ハーラン反対意見

本件での問題は、すべての重罪事件に対し陪審の裁判を受ける権利を保障するルイジアナ州法が単純暴行罪については裁判所単独による審理を認めているのは憲法に違反するかどうかである。私見によれば、この問題に対する回答は明らかに“ノー”である。

各州は州内での刑事司法をそれぞれの状況に応じた方法で運用する第一次的責任を負っている。この責任を果たす際に各州は、その手続きを連邦憲法の要求に合致したものにしなければならない。第14修正のデュー・プロセス条項は、これらの手続きがすべての点において基本的な公正であることを要求している。私見によれば、それは全米での画一性（nationwide uniformity）を要求するものではないし、基本的な公正さ（basic fairness）に不可欠であると認められる場合を除き、連邦法上のルールの適用を州に要求するものでもない。法廷意見は、本件被告人が受けた手続きには「何ら不公正が認められない」としながら、「デュー・プロセス条項は連邦の刑事事件において陪審による裁判を必要とする第6修正の特定の条項を編入している（incorporates）」として有罪判決を破棄している。わたくしは、連邦法上の刑事司法の概念を各州に無差別に押し付けることに繰り返し反対を表明してきたが、本件においてもそのように反対せざるをえない。

刑事被告人がデュー・プロセス違反を主張するとき当裁判所の判断すべき問題は、基本的な手続きの公正さにかかわる何らかの要素（any element of fundamental procedure fairness）が否定されたかどうかである。デュー・プロセスは発展的概念であり、古い原理は後の経験に照らして再評価されるものであると確信しているので、ルイジアナ州が陪審員なしに被告人を単純暴行罪で審理したときデュー・プロセスを否定したことになるかを判断して本件を処理するのが相当であると考える。

要するに、陪審による裁判が望ましいか、最も効果的に陪審を用いる方法等に関してさまざまな議論がある。刑事事件の取扱い件数の大小、

陪審召集の難易度、公正さにかかわるその他の審理条件等、各州の状況には各州毎にかなりの相違がある。本件はブランダイス裁判官のあの有名な傍論の一節を想起すべき恰好の例である。“もし州の市民がそのことを選ぶのであれば、1つの勇気ある州が実験室としての役割を果たすことができる。これが連邦制度に付随する幸運事の1つ（one of the happy incidents）である。”

(4) このように編入理論の是非をめぐる争いは、第14修正の立法趣旨に関する理解の相違もさることながら、デュー・プロセスは発展的概念であるから、各州の相異なる具体的状況下において個別的に判断し、当の手續が基本的公正さを欠くとき、あるいは当の行為が良心にショックを与えるようなときに限り、デュー・プロセス違反を肯定すべきであるかをめぐる争いである。その背景には、ある州の試みを新たな1つの実験にすぎないと捉えて、その成否を見守り続けるのが連邦制の利点であり、各州の独立性を尊重する趣旨にも適うといえるかをめぐる見解の対立がある。

第14修正の立法趣旨はさておき、今日では編入理論の是非を論ずる積極的意義はないが、アメリカ特有の連邦制に伴う連邦と州との適正な権限配分をめぐる争いでもあり、アメリカでは「連邦の刑事訴追は連邦および州裁判所での全刑事訴追事件数のわずかに約0.4%」を占めるにすぎず⁴³⁾、刑事事件の大半は州レベルで処理されている以上、なお今日的意義を失っていない。

2 具体例

人身の自由に関する現行憲法が合衆国憲法の権利の章典を継受した以上、わが法の解釈としてもそれに関する合衆国最高裁判例の意味内容を確認する作業が少なくとも必要条件であることは否めない。ただ、筆者なりの長年にわたるアメリカ法研究の過程で次第に生じてきたのは、わが国でのアメリカ法とりわけ合衆国最高裁判例の紹介は余りにもアメリカでの議論に左右されているため問題の本質を把握しきれていないのではないかとの思いである。

以下、わが国でも比較的著名な合衆国最高裁判例を取り上げ、先例拘束性とのかわりにも触れつつ、このことを明らかにしておく。

(1) アメリカではミランダ法則に対する“弾劾例外”や“公共の安全の例外”のほか第4修正の排除法則に対する“不可避的発見の例外”や“善意の例外”が判例法上確立している。そしてこれらに言及した合衆国最高裁判例にはいずれも排除法則の骨抜き (evisceration) である旨のブレナン裁判官などの激しい反対意見が付されていることから、わが国でもそれに依拠したと思われる紹介が多いが、その前提となる事実関係が必ずしも正確に明らかにされていないためミスリードではないかと思われるものも少なくない。

弾劾例外 (impeachment exception) を肯定したことで当時大いに話題になった著名な1971年のハリス判決⁴⁴⁾は、ヘロイン譲渡で起訴された被告人が証人台に立っており捜査官に紙包みに入れたものを譲渡したことを認めつつそれはふくらし粉にすぎず捜査官をだますためのものであったと証言したので検察側が逮捕直後の捜査官に対する矛盾供述を用いて同証言を弾劾し被告人が有罪とされた事案につき、ミランダ法則に違反して弁護士依頼権の告知なしに得られた供述であっても被告人の法廷における直接証言の信用性を弾劾するためには利用できるとして原判決を維持した際に「ミランダ判決によって与えられた盾は以前の不一致供述との対決の危険なしに偽証を自己弁護のために利用できる許可状 (license to use perjury) であると曲解してはならない」と判示した。

公共の安全の例外 (public safety exception) を肯定した1984年のクォーリズ判決⁴⁵⁾は、パトロール中の警察官が銃を持った黒人に強姦された旨の通報を受けた直後に近くのスーパーで人相の一致する被告人を見つけたのでその身体を搜索して空のピストル・ケースを発見した後で銃はどこだと尋ねるとスーパー内の空箱の商品をあごで示しつつ「銃はそこにある」と答え空箱から装填された銃が見つかった事案につき、「公共の安全を憂慮してなされたものと合理的

に判断できる」場合には必ずしも取調べ前にミランダ警告をする必要はないと判示し「銃はそこにある」旨の供述およびその供述に基づいて発見された銃等の許容性を認めたのである。

1977年の第一次ウィリアムズ判決⁴⁶⁾は、10歳の少女がM市で兄の登場するレスリングを観戦中、トイレに立ったまま行方不明になり、間もなくウィリアムズ (X) に対し誘拐容疑で逮捕状が発せられたが、Xは同日、弁護人の助言の下にD警察署に任意出頭しM市に着くまで取調べはしないとの約束の下で押送されたにもかかわらず、その途中の車中でリーミング刑事 (detective Leaming) が信仰深いXに“教会葬 (Christian burial)”の話をして被害者の死体の隠し場所に関する供述を引き出した事案につき、第6修正の弁護士依頼権の侵害を理由に供述等を排除したのである。

善意の例外 (good faith exception) を肯定したことで周知の1984年のレオン、シェパード判決⁴⁷⁾は、警察官が裁判官から直接入手した令状に基づき薬物等を押収したが、後に令状発付の根拠となった宣誓供述書が相当な理由を欠き無効であり令状も無効とされたため当初有効と思われた令状に基づき押収された薬物等の違法収集証拠としての排除が争われた事案につき、正面からいわゆる善意の例外を肯定しその許容性を肯定したのである。

(2) 以上の4判決に関するわが国での紹介しないしコメントに触れつつ、それぞれの問題点を簡単に指摘しておく。

まずわが国では弾劾例外をめぐる若干の誤解があるように思われる。1971年のハリス判決が弾劾例外を肯定したことから「近い将来ミランダ判決が正面から変更され……自白法則が再び『任意性の原則』へ逆戻りする可能性が極めて大きい」とした上で、ハリス判決が第4修正に関する1954年のウォルダー判決 (Walder v. United States, 347 U.S. 62) を拡大適用したものであることからウォルダー判決自体が問題であり、同判決はそれ以降の「相次ぐ違法排除により実質的に変更されたものとみる方が妥当」とする見解⁴⁸⁾がある。ウォルダー判決は判例と

して確立しているにもかかわらず、われわれ日本人がそれは「実質的に変更」されているとするのはアメリカ判例法の先例拘束性に関する誤解に基づくものであると見て差し支えあるまい。さらにわが国では弾劾例外を認めれば任意性に欠ける自白であっても弾劾のためであれば利用できることにもなりかねないとする見解もないではないが、弾劾利用はあくまでも任意性に疑いのない自白に限定されている。わが国とは異なり被告人の証人適格を肯定する法制度を前提にしたものであるが、自己の決意で証人台に立った以上、被告人であっても他の証人と全く同様に真実を話す義務があるにもかかわらず、法廷で臆面もなく虚偽の証言をした被告人をそれ以前の任意になされかつ信用性に疑いのない捜査官への自白で弾劾することは認められるとしたハリス判決の判示は理解できる。

“公共の安全の例外”についても逮捕直後の現行犯逮捕でもミランダ法則が拡大されている状況下での例外の肯定であることを押さえておく必要がある。ミランダ判決では警察署での取調べが問題とされたが合衆国最高裁はマシス、オロスコ両判決⁴⁹⁾で「警察での身柄拘束の文脈以外の強制的取調べに及ぶようミランダを拡大」した。前者は国税庁調査官が州刑務所で服役中の受刑者に通常の課税調査をしたところ脱税の事実を認めた事案につき、そして後者は被告人の下宿先寝室で早朝に4名の警察官が前夜の射殺事件について取り調べその供述に基づいて凶器の銃が発見された事案につき、いずれもミランダ違反を理由に銃等を排除した。ミランダ判決は、人が警察署で“身柄を拘束され、もしくは何らかの重要な方法で行動の自由を奪われて”取り調べられるとき、警告が必要であると宣明している。いずれも「ミランダ判決の判示に忠実であるにすぎない」というのである。通りの現行犯逮捕直後の“取調べ”であってもミランダ警告を不可欠とする捜査実務はこの両判決に由来するのであって、日本での当面の課題である警察署での取調べに公共の安全の例外が問題となりうる余地は皆無である。

また有罪判決を破棄した第一次ウィリアムズ

判決について「こんな事案でも有罪にならないのか」⁵⁰⁾との率直な指摘がある、これはわれわれ日本人の共通の感想であろうが、同判決の背景にはわが国とは異なり第6修正の弁護人依頼権の確立がある。わが国ではほとんど問題にもならないリーミング刑事の“キリスト教徒としての埋葬の話”による被疑者への働きかけが“取調べ”に相当するとして憲法違反とされたのはそのためであり、ミランダで創設された第5修正の弁護人依頼権と明文規定のある第6修正の弁護人依頼権との区別が重要である所以でもある。

レオン、シェパード両判決が第4修正違反の事案に“善意の例外”を正面から肯定し、従前の排除法則を“修正”したという事実は否定し難い。しかし、排除法則の主たる目的は警察官による違法捜査の抑止にあることを考えると、警察官が裁判官の発した搜索令状の有効性を善意かつ客観的に合理的に信じて行動した場合であっても排除法則を適用すべきとする主張は必ずしも説得的とは思われない。反対意見は、排除法則を適用すれば治安判事はより慎重な令状審査をすることとなり憲法上の令状主義の要求は貫徹されとしつつ、本件での警察官の行為は客観的に合理的であったことを認めているのである。いずれにせよ、排除法則についても緒に就いたばかりの日本とは異なりアメリカでの排除法則をめぐる議論はここまで貫徹されていることを踏まえうえて排除法則の“実質的修正”⁵¹⁾について検討する必要があるだろう。

このようにみえてくると、“弾劾例外”や“公共の安全の例外”さらには“不可避的発見”や“善意の例外”についてもその意味内容を事実面に即して綿密に判断することなしに公共の安全や善意などの言葉の言い回し（phrase）だけを独自に解釈して、排除法則の後退であると考えそれを慨嘆しあるいは歓迎することに積極的意味があるとは思われない。日本法についても当然とはいえず「判例の結論部分を事実関係抜きにそのまま暗記しても、これはほとんど使い道はない」⁵²⁾ことが指摘されているのであって、先例拘束

性の原理の下で前提となる事実関係を取りわけ重視するアメリカ判例法にこのことは妥当する。そして何より重要なのは、排除法則のいわば周辺部分の限定ないし修正に一喜一憂するのではなく不動の核心部分を見抜くことである。

なお、ロサンゼルスでの邦人銃撃事件で無罪判決が確定していた三浦和義氏が米国領サイパン島で「殺人および共謀」容疑で逮捕されたいわゆる「ロス疑惑」の再燃で殺人罪は無効「共謀罪（コンスピラシー）は有効」とするロス郡地裁の決定につき「下には下がある、日本の刑事裁判の方がまだまし」⁵³⁾との指摘がある。日本で三浦和義氏の無罪判決を獲得した弁護士として当然の思いであろう。しかし、コンスピラシー犯罪の本質は不法な目的を遂行する合意であり、実体犯罪とは異なる別個独立の犯罪であるため、目的とした実体犯罪が完成してもコンスピラシーは原則としてそれに吸収されず、各別の刑罰を重複して科すことも許される。実体犯罪とコンスピラシーとの重複起訴、重複有罪も合衆国憲法第5修正の「何人も、同一の犯罪について重ねて生命身体の危険にさらされることはない」と規定する二重の危険禁止条項に違反しないことはアメリカで確立している⁵⁴⁾。そしてコンスピラシーもまた判例法であるにもかかわらずこの点に関するわが国の研究はきわめて不十分である。今回の「ロス疑惑」騒動でこのことがはしなくも露呈されたことになる。

3 「似て非なる」日米の刑事裁判

前述のように早くから「似て非なる」アメリカ法とは異なる日本法の実態が指摘されていた。しかし、その口火をつけた鈴木義男氏は後に「わが国刑事司法の特色を説明するにあたって、前著では日本社会ないし日本人の特性という文化的な要素を重視しすぎたことについて、真剣な反省が必要ではないかと考えるようになった。もし、ある国の犯罪現象およびこれに対する反動としての刑事政策が文化という動かしがたい要因によって決定されるものとするれば、状況の改善あるいは政策の変更を図ることはほとんど不可能となる。諸国間の差異が国民性に

由来するといっているのであれば、一国で有効であった施策も他国のためには役立たない道理であって、各国が問題解決のためそれぞれの経験を持ち寄って共通の改善策を探索することも、結局は無駄な努力にすぎないこととなる」と的確に指摘しているのである⁵⁵⁾。

(1) 現行法はアメリカ法を継受したにもかかわらずアメリカ法とは「似ても似つかぬ」日本の刑事裁判の実態が指摘され続けている原因は何か。この点に近時あらためて言及したほぼ類似の指摘があるのでその要旨を以下に引用しておく。

現行の日本刑事訴訟法は、旧ドイツ刑事訴訟法に範をとった戦前の大正刑事訴訟法にアメリカ法の原則を随所に採り入れて成立した。そのため、英米型の当事者主義的制度とデュー・プロセスの理念を受容したという側面を持つ半面、構造的に「混血」である上に現実の運用過程においては旧ドイツ法寄りの解釈がなされ、「依然として糾問主義的・職権主義的・人権抑圧的な大正刑事訴訟法との連続性を濃厚に残している。」⁵⁶⁾「従来はとすると、現行刑事訴訟法の、旧刑事訴訟法との相違点のみが強調され、まったく新しくなったかのような印象を与えるが、条文構成はほとんど変わっていない」「刑事訴訟法の基本原理は相変わらず旧法のまま職権主義である。」⁵⁷⁾さらに憲法レベルでは、GHQ草案の趣旨を条文に反映した規定を数多く盛り込むことになったが、応急措置法、現行法の制定過程、現行法の改正にあたり、「戦前の刑事司法を是とする司法官僚らによる揺り戻しの動き」が起こることになった。このような現行法の制定、改正の経緯をみれば、「戦前から培われてきた日本固有の刑事法という岩盤にメスを入れるものになっていないことが分かる。」現行憲法への憲法体制の転換をいわばカッコに入れて刑事手続における「日本の特色」を強調しようとするのが、その本質的動きである⁵⁸⁾等が指摘されているのである。

このようにみてくると、日本国憲法を受けて面目を一新したかに思われた現行刑訴法も旧刑訴法との「連続性」をなお維持しているところ

に問題の根元があることになろう。しかしながら、自白法則や伝聞法則を含めた刑法317条以下の証拠法に関する規定は旧刑法にはない全く新しい規定であり憲法とのかかわりが極めて濃厚であるにもかかわらず、その母法である合衆国憲法に関する合衆国最高裁判例の分析が必ずしも十分でないばかりかアメリカ法を参照しつつそれとは異なった独自の憲法解釈が散見されるのであり、その典型例の1つが強制採尿の適否をめぐる議論であろう。

(2) 最高裁は1980年の決定⁵⁹⁾において、身体検査令状及び鑑定処分許可状を得た警察官の要請に応じて医師が警察の医務室でカテーテル（導尿管）を用いて覚せい剤自己使用の疑いある被疑者から強制的に尿を採取した事案につき、その実施には基本的に搜索差押令状によるべきこととしたうえで、その適法性を肯定した。強制採尿は、人の恥部にカテーテル（導尿管）を挿入して証拠物を獲得するというまさにドラスティックな捜査方法で個人の尊厳およびデュー・プロセスに違反する疑いが濃厚であるばかりか、人の身体内部の体液を搜索差押令状によって採取しようとの見解は従来皆無であっただけに、本決定の妥当性を疑問視する見解が少なくない。アメリカでは、体液の採取であると体内の異物の収集であるとを問わず、人の体内の証拠物の取得のため身体内部に働きかける行為は「身体侵襲」(body intrusions or bodily intrusions)といわれ、これらは搜索の対象とされている。本決定についてはアメリカ法との関連性が指摘されているが⁶⁰⁾、わが最高裁は強制採尿を是認するための手続きの合理性の要件を明示したにとどまり、強制採尿自体の合理性すなわち実体的デュー・プロセスとのかかわりについてはほとんど言及していない。筆者はかつて右最高裁の決定について「アメリカ法から基本的に逸脱したものと解すべきである」と主張したことがある。アメリカでは生きている人間の尿道にカテーテルを挿入して採取される尿は理論的可能性としても搜索の対象とされていないからである⁶¹⁾。合衆国最高裁は1952年のローチン判決⁶²⁾において、麻薬売買の情報を得た

捜査官3人が令状なしに被疑者の寝室にまで押し入りカプセル状のものを飲み込んだ被疑者を病院に連行したうえ医師に指示して胃ポンプを用いて内容物を吐き出させた事案につき、「これは良心にショックを与える行為である (this is conduct that shocks the conscience)。……これらはほとんど拷問ともいえる方法であり、それと憲法上の差異を認めることはできない」と判示した。そしてアメリカでは「良心にショックを与える行為は実体的 (substantive) デュー・プロセスに反する」⁶³⁾とされていることを考えると、強制採尿を肯定した最高裁決定はアメリカ法を参照しつつアメリカ法にはない新奇な捜査方法を是認したことになる。その背景には実体的デュー・プロセスに関する正確な知識の欠如があるように思われる。

(3) 次に伝聞例外としての検察官面前調書の問題がある。わが最高裁は当初から検面調書の合憲性を肯定している。そして立法に関与した横井大三氏は「被告人の証人審問権は確かに被告人にとって必要な権利」であるとしたうえで「英米にはそういう検察官調書の取扱い方がないという理由だけで、検察官調書に広い証拠能力を認める日本の制度を非難するのはあたらない」と指摘していた。問題は、しかし、アメリカ法には検察官調書のような伝聞例外が存在しないのは憲法上の対面条項との関係で問題があるからである。そして合衆国最高裁は先に指摘したように2004年のクロフォード判決²⁵⁾において合衆国憲法第6修正の制定時にモン・ローで確立していた以外の伝聞例外はすべて憲法上の証人対面権に抵触する旨判示した。つまり、わが国の伝聞例外としての検察官面前調書は第6修正の証人対面権に違反するというのであり、同一の憲法条項を共有する以上、2号書面の取扱いについて憲法の観点からあらためて検討する必要がある。

またわが最高裁は1968年決定⁶⁴⁾において、刑法326条1項の同意のあったポリグラフ検査回答書についてその証拠能力を肯定した。そして最高裁調査官（当時）は「ポリグラフ検査技術のアメリカにおける権威者インボー教授は…

…その正確度を95%と見積もることができる」とされている」としたうえで、「この程度の正確度があれば、刑事裁判のための証拠資料としての適格性を認めてよいのではなかろうか」と解説している。ところが合衆国最高裁は1998年のシェファ判決⁶⁵⁾において、ポリグラフ検査にかかわる一切の証拠を排除する軍事証拠規則707条の合憲性が争われた事案につき、ポリグラフ検査の信頼性は依然として激しく争われており学界でのコンセンサスが全く欠如していることに照らすと、絶対的排除を定める証拠規則は合理的で均衡を失しておらず、被告人の防御権侵害を肯定した従前の判例とも矛盾せず、憲法第6修正に違反しない旨の判断を示したのである。

このようにみてくると「似て非なる」日米の刑事裁判の背景にはアメリカ判例法を先例とのかかわりを含めて正確に理解しないままいわば我田引水的に参照する長年の弊があるといつて大過あるまい。例えば、厚生労働省元局長の無罪確定判決とともに大阪地検特捜部主任検察官による証拠改ざんという衝撃的な事件が発覚し、わが国のとりわけ共犯者の自白にかかわる検察官面前調書の取扱いの問題点が再浮上しているが⁶⁶⁾、その背景には日本国憲法第37条2項の母法である合衆国憲法第6修正の証人対面権と伝聞例外をめぐる研究の不十分性がある。ただ、論述の便宜上、【14】コカ、【15】ゴッドフライ両判決については関連判例として紹介し、そして最後に【6】ファーマン判決から【15】ゴッドフライ判決に至る最高裁判例を簡単にとりまとめることとしたい。

IV 死刑をめぐる合衆国最高裁の動向

合衆国最高裁は1972年の【6】ファーマン判決において謀殺罪や強姦罪で死刑が確定していた3事件を一括して取り上げ、これら事案において「死刑を科すことは第8修正および第14修正に反する残虐で異常な刑罰に相当するとの問題に限定して」上告受理の申立てを容れ、5対4でこれを肯定した。もっとも、死刑自体が第8

修正違反と断じているのはブレナン、マーシャル両裁判官のみで、ダグラス、ホワイ、スチュアートの3裁判官は、被告人ファーマンらは「恣意的に選択され」有意味な判断基準が示されないまま死刑を言い渡されたのであるから「雷に打たれた」と同様に“残虐で異常な刑罰”を科せられたことになるとして同調したにとどまる。そして合衆国最高裁は4年後の【8】グレッグ判決において、ファーマン判決に従って法を改正して死刑の判断基準について詳細な規定を設けたものの、従前と同じく謀殺罪等の犯罪類型について死刑を保持している州法の下での死刑判決を第8修正に違反しないとした。

合衆国最高裁はその後にも死刑の合憲性を維持しつつ、次第に死刑の適用範囲を限定している。まず1977年の【14】コカ判決は成人女性に対する強姦犯への死刑につき余りにも不均衡であるとし、1980年の【15】ゴッドフライ判決は妻等への殺害事件で死刑判決を維持したジョージア州最高裁判決につきグレッグ判決等に照らしその解釈があまりにも曖昧であるとし、いずれも第8修正に違反するとした。そして2002年のアトキンズ判決⁶⁸⁾では精神遅滞犯罪者への死刑につき、2005年のロパ判決⁶⁹⁾では少年犯罪者への死刑につき、さらに2008年のケネディ判決⁷⁰⁾では児童に対する強姦犯への死刑につき、いずれも第8修正違反と断じている。

ところで、合衆国最高裁は争点類似事件として【8】グレッグ判決と一括審議した【9】プロフィット、【10】シュレックの両判決では改正された州法の下での死刑判決を維持したが、【11】ウッドソン、【12】ロバツの両判決では各死刑判決を違憲とした。そして合衆国最高裁は1978年の【13】ロケット判決において、ウッドソン判決で絶対的な死刑制定法が無効とされたのは“個々の犯罪者の性格と記録または特定の犯罪状況の関連面の検討をそれが認めていなかったからである”としたうえで、死刑は他のすべての刑罰とはその性質が全く異なることに照らし死刑適用事件において各個人のかげがえのなさに十分敬意を払って各被告人を取り扱う必要性は死刑不適用事案におけるよりもはるかに

重要であると判示したのである。

そこで以下、スーパー・デュー・プロセスの意義を解明するために不可欠である前記各判決を順次検討しておく。なお、各判決はいずれも前稿等で事実関係を含め詳論しているので、本稿ではファーマン判決とのかかわりでとくに重要と思われる判示のみを紹介し、最後に【6】ファーマン判決【15】ゴッド判決に至る最高裁判を簡単ににとりまとめるからこととした。

1 グレグ争点類似5判決等

【8】グレグ謀殺死刑合憲判決（1976年7月2日）

本判決（Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153）は、武装強盗と謀殺罪で起訴された被告人がいずれについても有罪とされ死刑を宣告されたところ州最高裁が前者の死刑宣告のみを取消したため後者の死刑宣告の合憲性が争われた事案につき、【7】ファーマン判決後の各法域での新立法等を検討したうえで謀殺罪に対する死刑は違憲とはいえないとしたものである。

【判 示】 （1） 当裁判所は1972年の【7】ファーマン判決まで、当該犯罪または死刑手続きの異常さにもかかわらず死刑は常に憲法に反する“残虐で異常な刑罰”であるかという根本的主張に正面から取り組むことは1度もなかった。この問題はファーマン判決で提示され言及されたが、4人の裁判官は死刑それ自体は違憲でないと考え、2人の裁判官はそれとは反対の結論に達した。そして3人の裁判官は、当該制定法は適用無効であることに同意したものの、そのような刑罰を科すことができるかの問題には触れなかった。われわれは今、死刑は必ずしも憲法に違反するものではないと判示する。

（2） ファーマン判決は、死刑を科すこと自体が残虐で異常な刑罰を禁止する憲法に違反すると判示しなかった。しかし、死刑は他の刑罰とは種類が異なるという特殊性を指摘し、恣意的で気紛れな方法で言い渡される事実上のリスクを生じうる量刑手続きの下で死刑は科せられるべきではないと判示した。実際、ファーマン判決で当裁判所が検討した死刑は残虐で異常

であった。ファーマン判決での被告人らは死刑適用犯罪で有罪とされた者の中から気紛れに選択されて死刑を言い渡されたからである。第8修正および第14修正は、死刑という特殊な刑罰をこのように気まぐれで酔狂的に（so wantonly and so freakishly）科すことを認める法制度の下での死刑判決を容認しない。このような見解は、判決に同調した他の裁判官によっても明らかにされている。要するに、死刑は恣意的または気紛れな方法で科せられるべきではないというファーマン判決の要求は、量刑宣告機関への相当な情報および指針を提供する制定法によって満たされうる、このような関心事は有罪段階と量刑段階とを明確に二分する手続きを定める法制度によって最もよく満たされるのである。

（3） ジョージア州はファーマン判決に従って死刑宣告手続きを改正したが、謀殺罪の成立範囲を限定しなかった。しかし、ジョージア州は、制定法上の10個の加重事由を法定し、死刑を言い渡す前にそれらのうちの1つの存在を合理的な疑いを越えて陪審が認定しなければならないとすることによって、死刑を科される謀殺罪の種類を限定した。さらに陪審には、その他いかなる加重または減軽の事由であれ、相当と思われる事由を考慮する権限が与えられている。現に陪審は、死刑判決を勧告するのであれば、その前にまず制定法上の加重事由のあることを認定しなければならない。ジョージア州の陪審はもはや、ファーマン判決での陪審がそうであったように、被告人の有罪を認定し、次に何らの指針も説示もなしに被告人の生死を判断することはできない。陪審の関心は今や、当の犯罪の一定の状況、すなわち謀殺行為は他の死刑重罪事件の過程で行われたのか、それは金銭目的のために行われたのか、それはとくに残酷な方法で行われたのか等に向けられている。それ故、陪審には裁量の余地は存在するが、その裁量は差別的な適用を生ずることのない明確で客観的な基準によって制約されている。

（4） ファーマン判決の基本的関心事は、気紛れで恣意的に死刑を言い渡された被告人に集中していた。同事件の手続きの下では、量刑

宣告機関は犯罪の性質や状況あるいは被告人の性格や記録に注意を払うことを要求されなかった。陪審は指針のないまま気紛れとしかいいようのない方法で死刑を言い渡したのである。これとは対照的に、新しいジョージア州の量刑手続きは、当該犯罪の個別的性質および被告人の個別的性格に関する陪審の注目に焦点をあてている。陪審は、いかなる加重または減軽の事由を考慮することも認められているが、死刑を科すのであれば、その前に少なくとも1つの制定法上の加重事由を認定しなければならない。このような方法で陪審の裁量は行使されているので、陪審はもはや気紛れに死刑判決を科すことはできないのである。

【9】プロフィット死刑維持判決（1976年7月2日）

本判決（*Proffitt v. Florida*, 428 U. S. 242）は、量刑判断者である公判裁判官は死刑が相当かを判断する際にフロリダ州の新しい制定法上の8個の加重事由と7個の減軽事由を検討しなければならないことを理由に【8】グレッグ判決では認められたジョージア州法に類似しているとして死刑判決の合憲性を肯定したものである。

【判 示】（1）ファーマン判決に応じてフロリダ州議会は、第1級謀殺罪で有罪とされた人々への死刑を是認する新しい制定法を採用した。それと同時にフロリダ州は、模範刑法典（*Model Penal Code*）にならった新しい死刑宣告手続きを採用した。新しい制定法の下では、死刑犯罪で被告人の有罪が認められると別個の量刑審理手続きが公判裁判官および陪審の面前で開かれる。裁判官が量刑に関連性ありと考えたいかなる事柄についても証拠は提出されうる。それには立法で特定された加重・減軽状況に関するものが含まれていなければならない。量刑審理手続きの最後に陪審は“加重状況に優る減軽状況が存在するか”を検討することが要求される。そしてこれらの検討に基づいて被告人には生（終身刑）か死（死刑）かのどちらかが言い渡されることになる。陪審の評決は多数決（*majority vote*）によって決定されるが、それは

単に助言的である、すなわち実際の量刑は公判裁判官によって決定される。フロリダ州制定法は、公判裁判官が死刑を言い渡すのであれば、死刑を根拠付ける事実、すなわち十分な加重事由がありかつ加重事由に優る（制定法上の）減軽事由が不十分であるという事実に関する認定を書面で説明することを要求している。制定法はさらに死刑判決が科せられうるすべての事案についてフロリダ最高裁による自動的再検討を規定している。

（2）「これらの手続きはジョージア州での手続きと同様、明らかに（*on their face*）ファーマン判決で確認された憲法上の欠陥を満たしていると思われる。」フロリダ州での量刑宣告権限のある公判裁判官は、死刑を科すべきかの判断の際に8個の加重要素と7個の減軽要素を比較することが要求される。この判断は、当該犯罪の状況および個々の被告人の性格に焦点を合わせることを公判裁判官に要求している。公判裁判官はとりわけ、被告人には以前に犯罪記録があったか、被告人は強迫下ないし極度の精神的感情的影響下に行動したか、被告人の当該犯罪での役割は若年（*a minor*）の共犯者のそれであったか、そして被告人の若年であることがそうでない場合に科せられるそれよりも寛大な刑に有利となるかについて検討しなければならない。公判裁判官はまた、当該犯罪は列举されている重罪の過程で犯されたのか、金銭目的で犯されたのか、あるいは身柄拘束中の逃走を助けるためにまたは合法的逮捕を阻止するために犯されたのか、そして当該犯罪は残虐非道であったかを検討しなければならない。

（3）それ故、フロリダ州の死刑宣告手続きは、死刑という刑罰が恣意的ないし気紛れな方法で科せられないことを保障している。それとは反対のリスクが存在しうる範囲で加重・減軽事由がフロリダ州最高裁によって再吟味される。要するに、フロリダ州の死刑宣告手続きの下では、死刑かそれとも終身刑かの判断に際し、公判裁判官に一定の詳細な指針が提供されているのである。フロリダ州の死刑制度はファーマン判決で確認された憲法上の欠陥を明らかに満

たしていることになる。(Id. at 253.)

【10】ジュレック死刑維持判決(1976年7月2日)

本判決(Jurek v. Texas, 428 U. S. 262)は、死刑適用殺人を限定しかつ死刑適用殺人での有罪認定後に陪審が以下の3点、すなわち(1)死をもたらした被告人の行為は故意かつ死が生ずるであろう合理的期待の下で行われたか、(2)被告人は社会にとって継続的脅威となる犯罪行為を行う可能性(probable)があるか、(3)被告人の行為は故人による挑発への不合理な対応であったかに答えることを要求する各質問に対する陪審の答えがすべて肯定的であることを州(検察側)が合理的疑いを越えて立証したと認められれば死刑が科せられる新しいテキサス州の制定法が適用されて死刑が宣告された事案で、ファーマン判決で無効とされた死刑制定法の恣意性および気紛れをすべて除去しているとしてその合憲性を肯定したものである。

【判 示】 (1) 当裁判所がファーマン判決と一緒に判示したブランチ判決においてテキサス州の死刑制度を違憲と判示した後でテキサス州議会は、死刑犯罪に関する法の範囲を限定した。新しいテキサス州刑法典は、死刑適用殺人を次の5つの状況において犯された意図的な殺人に限定した、すなわち、①保安官または消防士の殺害、②誘拐、不法侵入、強盗、強制的強姦、または放火の過程で犯された殺害、③報償(remuneration)を得て犯された殺害、④刑事施設からの逃走中にまたは逃走しようとした際の殺害、そして⑤被害者が刑務所職員であるとき囚人によって犯された殺害である。

さらにテキサス州は新しい死刑量刑手続きを採用した。この手続きは上述の殺人の種類のどれか1つで有罪と認める評決に続いて、以下の3つの質問に答えることを陪審に要求する。すなわち①故人(被害者)の死の原因となった被告人の行為は任意にかつ故人その他の死をもたらすであろう合理的期待を持って行われたか、②被告人は社会にとって継続的脅威となる犯罪の暴力行為を続けるであろう蓋然性があるか、そして③故人を殺害する際の被告人の行為は、た

とえあったとしても、挑発への対応として不合理であったかどうかである。これらの3つの質問のそれぞれへの回答がイエスであることを合理的疑いを越えて検察側が立証したことを陪審が認めれば死刑が科せられる。その質問への回答がノーであると陪審が認めれば終身刑が言い渡される。なお、陪審は、すべてのメンバーが同意したときにのみ“イエス”と答えることができる。

(2) テキサス州制定法は、本質的に、被告人が死刑犯罪で有罪と認定される前に5個の加重状況の1つが認められること、そして死刑を科すかを検討する際に弁護側が陪審の面前に提出できるいかなる減軽事由であっても検討することを陪審に要求している。それ故、ジョージア州およびフロリダ州におけると同様、テキサス州の死刑量刑手続きは、陪審が死刑を科すことができる前に個々の犯罪および個々の犯罪者の特定の状況に焦点を合わせているのである。

(3) われわれは、テキサス州の死刑宣告手続きは、ジョージア州およびフロリダ州のそれと同様、第8修正および第14修正に違反していないと判示する。テキサス州法は、死刑判決を検討する場合であってもその前に第1級謀殺罪において少なくとも1つの制定法上の加重状況がなければならぬと規定している。別個の量刑手続きで個々の被告人に関わるいかなる減軽事由であっても陪審の面前に引証(advance)しうることを弁護側に認めることによってテキサス州は、量刑陪審がその量刑機能を果たすための適切な指針を提供している。陪審の判断の迅速な再吟味を提供することによってテキサス州は法の下で公平で合理的かつ一貫した死刑の言い渡しを促進する手段を提供しているのである。この制度は、死刑量刑が“恣意的”で“気紛れ”に科せられないことを保障しているので憲法に違反しない。(Id. at 276.)

【11】ウッドソン死刑維持判決(1976年7月2日)

本判決(Woodson et al v. North Carolina, 428 U.S. 280)は、コンビニ店での武装強盗時の死傷事件で有罪とされた者すべてに絶対的に死刑

が言い渡された事案につき、第8修正の根底にある人間性への基本的敬意は死刑を科す手続きの憲法上不可欠な要素として個々の犯罪者の性格や記録および特定の犯罪状況の検討を要求しているとして第8修正および第14修正の禁止する残虐な刑罰に相当するとして原判決を破棄したものである。

【判 示】 (1) ファーマン判決の時点でノース・カロライナ州法は、第1級謀殺罪の事案において有罪とされた被告人に陪審は死刑を科すか無期拘禁刑を科すかを無制約の裁量で選択できると定めていた。ファーマン判決後、ノース・カロライナ州最高裁は1973年の判決で死刑なしの有罪評決を下す選択を陪審に与えた死刑制定法を無効としたが、この規定は分離可能であるので同法は絶対的 (mandatory) な死刑法としてなお有効であると判示した。ノース・カロライナ州議会は1974年に裁判所の指導 (lead) に従って、死刑を強制的とする点を除き、本質的に旧法と変わらない新法を制定した。同法は今では次のように定める。すなわち、
 “第1級および第2級での謀殺罪は次のように定義される； 刑罰 (punishment)。——毒物、待ち伏せ、監禁、餓死、拷問、その他の悪意、故意による計画的殺害によって犯された、または放火、強姦、強盗、住居侵入、またはその他の重罪を遂行し、または遂行しようとして犯された謀殺は、第1級謀殺罪とみなされ死刑に処せられる。それ以外の謀殺は第2級謀殺罪とみなされ、州刑務所において2年以上で終身刑に至らない期間の拘禁刑 (imprisonment) によって処罰される。” ノース・カロライナ州は、それ故、フロリダ、ジョージア、およびテキサスの各州とは異なり、第1級謀殺罪で有罪とされたすべての人に対する死刑を絶対的とすることによってファーマン判決に応じたのである。

(2) 合衆国における絶対的な死刑制定法の歴史は、特定の犯罪で有罪とされた人にすべて死刑を科す実務は不当に過酷であり、かつ実行不能なほど硬直しているとして退けられてきたことを示している。われわれの社会において刑罰を科すことに関する「品位の発展的基準の

2つの決定的指標」——陪審の判断と議会による制定法——はいずれも、自動的な死刑判決への拒絶 (repudiation) を決定的に示している。1838年に始まりファーマン判決まで130年以上続いた持続的かつ不動の立法府による絶対的な死刑制定法の排除に照らし、若干の州はファーマン判決に従って絶対的方策を採用し、他の州は陪審の裁量を指導する基準を立法化したという事実は、同判決における当裁判所の多岐に分かれた判断 (multi-opinioned decision) に関する異なった解釈に帰因すると考えられる。

先に指摘したように、ノース・カロライナ州最高裁が当裁判所のファーマン判決に従って州の死刑制定法の合憲性を分析したとき、それは陪審の量刑裁量を認める1949年の規定を分離し、“絶対的刑罰として取り扱う同制定法の残余 (remainder) は……そのまま効力を有する”と判示した。そこでノース・カロライナ州議会は、州最高裁判決で合憲と認められたコースに従って陪審の裁量権限を認める前に実施された絶対的制定法と同一の第1級謀殺規定を制定した。第8修正の意味は“成熟社会の進歩を示す品位の発展的基準”から引き出されることは今では十分に確立している。死刑の取扱いに関するわれわれの社会の最も重要な展開の1つは、特定の犯罪で有罪とされた人のすべてに死刑判決を科すコモン・ローの実務の根絶であった。ノース・カロライナ州の第1級謀殺罪に対する絶対的死刑は、死刑に関する現代の基準から著しくかけ離れている、それ故、州の処罰権限の枠組は“文明化された基準の限度内で行使されるという、第8修正および第14修正の要求に一致して適用されえないことになる。

(3) ノース・カロライナ州の絶対的な死刑制定法の他の欠陥は、死刑を科す際の陪審の無制限の裁量を拒絶するファーマン判決に憲法上耐えられうる反応を示していないことである。ファーマン判決での限定的判示の中心は、基準のない量刑権限を陪審に付与するのは第8修正および第14修正に違反するという確信であった。ファーマン判決において違憲と判示された死刑制定法の不十分性をノース・カロライナ

州は死刑事案での量刑裁量を陪審からすべて奪うことによって除去したと主張されている。しかし、第1級謀殺罪での死刑に関する長年にわたる一貫したアメリカの経験を考えると、ファーマン判決に応じて制定された絶対的な[死刑]制定法は指針がなく、野放しの陪審裁量を糊塗したにすぎないのは明らかである。

(4) ノース・カロライナ州法の第3の欠陥は、死刑判決を言い渡す前に有罪とされた各被告人の性格や記録に関連する側面の個別的検討を認めていないことである。ファーマン判決において当裁判所の裁判官は、死刑はそれ以外の制裁とはその程度ではなく種類において異なる刑罰であることは否定できないことを認めた。個々の犯罪者の性格や経歴または特定の犯罪状況の関連面を重視しない手続きは、最終的な死刑という刑罰を決定する際に人間の種々の弱さから生ずる同情心ないし減輕要素の可能性を考察していない。「それは特定された犯罪で有罪とされた人々をかけがえのない個々の人間 (uniquely individual human beings) としてではなく、すべて盲目的に死刑を科せられる顔のない等質の集団 (faceless, undifferentiated mass) として取り扱っている。」個別的な量刑判断の支配的慣行は一般に憲法の命令というより啓蒙的ポリシーを反映しているにすぎないが、われわれは、死刑事案において第8修正の根底にある人間性に対する基本的な敬意は、死刑という刑罰を科す過程の憲法上不可欠な部分として個々の犯罪者の性格と記録および特定の犯罪状況の検討を要求していると考ええる。この結論は、死刑はいかに長期なものであれ拘禁刑とは質的に異なっているという命題に依拠している。死は、その終局性において、100年の刑期が1年または2年の刑期と異なる以上に、拘禁刑とは全く異なる。このような質的相違 (qualitative difference) があるので、一定の事案において死刑が相当な刑罰であるかを判断する際の信頼性判断の必要性においてもそれに相応する相違がある。

【12】ロバツ死刑制定法違憲判決（1976年7月2日）

本判決 (Roberts v. Louisiana, 428 U. S. 325) は、ガソリン・スタンドでの強盗時に従業員が射殺された事件で陪審による有罪認定後にファーマン判決後の新しいルイジアナ州制定法に従って情状を一切考慮することなく死刑判決が言い渡された事案につき、【11】ウッドソン判決において確認されたノース・カロライナ州と同一の憲法上の欠陥があり、130年前の州議会以降すべての法域の立法府および陪審によって退けられた手続きを採用していることを理由に、原判決を破棄差し戻したものである。

【判 示】 (1) ルイジアナ州議会は【7】ファーマン判決に応じて謀殺および死刑に関する州の制定法を1973年に修正した。従前の制定法の下で陪審は、陪審が被告人を謀殺罪で有罪と認定したいかなる事案においても、死刑を要求する有罪評決であるか死刑を科さない終身の懲役刑 (at hard labor) である有罪評決であるかを問わず、無制限の選択権を有していた。新しい制定法の下で陪審は、殺害時に2つの要件が存在したかどうかだけを判断することが求められる、すなわち、殺害または重大な身体危害を加える特別な故意があり、かつ犯罪者が武装強盗に参画したのであれば、その犯罪は第1級謀殺罪であり、その絶対的刑罰は死刑である。これらの要件の1つだけが存在するのであれば、その絶対的な刑罰は終身の懲役刑である。陪審がその評決に加えることができる条件ないし勧告——評決が第1級謀殺罪である場合には死一等の減刑 (mercy) のような勧告——は、何の効力も有しない。

(2) ルイジアナ州は、ノース・カロライナ州と同様、死刑 (を科せられうる) 事案において裁量的な陪審量刑を絶対的な死刑判決に置き換えることによってファーマン判決に応じた。現在のルイジアナ州法の下では、第1級の謀殺罪、加重強姦、加重誘拐、または反逆罪で有罪と認定されたものはすべて自動的に死刑を言い渡される。死刑犯罪の範囲を限定することによって絶対的な死刑制定法の問題点を解決しようとした試みが徒勞であるのは、“特定の犯罪者の過去の生活や習慣を考慮せずに同じ法的

類型にあるすべての犯罪者に同一の刑罰を要求する”という考えに対するわれわれの社会の拒絶反応（rejection）に由来する。

(3) ルイジアナ州制定法は、それ故、【11】ウッドソン判決においてノース・カロライナ州制定法について確認されたのと同じ憲法上の欠陥がある。ノース・カロライナ州におけるように、死刑判決を受けるであろう第1級謀殺者を選別する権限を陪審が行使する際に陪審を指導する基準を提供していないし、陪審の判断に関する上級審での有意味な再吟味もない。ノース・カロライナ州におけるように第1級謀殺罪での有罪判決に基づいた死刑判決は絶対的である。ルイジアナ州の絶対的な死刑制定法は、130年前に同州議会によって拒絶され、その後この国のすべての法域において立法府および陪審によって拒絶された手続きを採用しているのである。

【13】ロケット減輕事由限定的検討違憲判決（1978年7月3日）

本判決（Lockett v. Ohio, 438 U.S. 586）は、質店強盗を提案し同店への案内はしたものの逃走用の車の中で待機するにとどまっていたにもかかわらず代理責任の理論（a theory of vicarious liability）の下で有罪とされたうえ減輕事由として当該犯罪の状況および犯人の記録と性格を考慮する量刑判断者の裁量を厳しく限定する制定法に従って死刑を科せられた事案につき、第8修正および第14修正違反を理由に結論として7対1で原判決を破棄差し戻したものである。

【判 示】 (1) ロケット（X）は種々の理由でオハイオ州の死刑制定法の合憲性にチャレンジする。彼女がその下で死刑を科せられた制定法は減輕要素として彼女の性格、従前の経歴、年齢、被害者を死に至らしめる特段の意図の欠如、および当該犯罪における彼女の比較的小さな役割を量刑裁判官が考慮することを認めていないことを理由に彼女の死刑判決は無効であるとの彼女の主張についてのみ検討することが必要である。十分に釣合いのとれた観点から彼女の主張を検討するために、死刑制定法に第8修

正および第14修正を適用してきたわれわれの最近の判例における展開を概観することが有益である。われわれは“白紙（clean slate）”に書いているのではない。

(2) 当裁判所は量刑時における裁量が憲法に反することをファーマン判決以前に暗示したことは一切なかった。しかし、ファーマン判決における判断を支持する各個別意見の結果として、死刑事案での裁量による量刑の憲法上の地位は突然（abruptly）変化した。ファーマン判決での問題は、“[当裁判所の面前での各事案において] 死刑を科して執行することが第8修正および第14修正に違反する残虐で異常な刑罰に相当するか”であった。2人の裁判官は第8修正は死刑を完全に禁止していると結論し、その理由に基づいて死刑を維持した（原）判決を破棄することに賛成した。3人の裁判官は死刑判決それ自体が第8修正と第14修正の下で違憲であると判示することを望まなかったが、他の理由で原判決を破棄することに賛成した。

ファーマン判決での判断を支持する各個別意見の多様性から予想されるように、ファーマン判決は第8修正に一致して死刑を科すために何が必要であるかに関し混乱をもたらした。若干の州は、限られた一定の犯罪に対する絶対的死刑判決を採用し、それ故、死刑事案での量刑手続において裁量をすべて排除するのがファーマン判決の命令であると考えてこれに対応した。他の州は、死刑犯罪で有罪とされた被告人の責任を個別的に評価する従前の慣行を続けると同時に、指針となる量刑判断の基準を提供することによってファーマン判決に従おうとした。ファーマン判決の4年後にわれわれは、ファーマン判決以降の死刑制定法に関する5判決によって提示された第8修正の問題を検討した。4人の裁判官は、5件の制定法はすべて憲法に合致しているとの立場をとった。2人の裁判官は、いずれも憲法に合致していないとの立場をとった。それ故、各事案の処理は、ジョージア、フロリダ、およびテキサス州の各制定法の合憲性を維持し、そしてノース・カロライナおよびルイジアナ州の各制定法を違憲と判示する5事案

において共同意見（joint opinion）を言い渡した3人の裁判官の投票に従って多様なものとなったのである。

立法府は非死刑事案において量刑時にどれほど多くの裁量が裁判官または陪審に委ねられるべきかを自由に決定できるけれども、【11】ウッドソン判決における相対的多数意見は、死刑事案での絶対的死刑の歴史的拒絶（historical repudiation）を概観した後、次のように結論した、“死刑事案において第8修正の根底にある人間性に対する基本的敬意は……死刑という刑罰を科す手続きの憲法上不可欠な部分として個々の犯罪者の性格と記録および特定の犯罪状況の考察を要求している。”この宣言は、その他の量刑とは“死刑という刑罰は質的に異なるという命題”に依拠していた。死刑とそれ以外の刑罰との間のこのような質的相違によれば、死刑が科せられるときにはより大きな信頼性が要求されていることをわれわれは確信する。【11】ウッドソン判決において絶対的な死刑制定法が無効とされたのは、“個々の犯罪者の性格と記録または特定の犯罪状況の関連面”の検討をそれが認めていなかったからである。しかし、相対的多数意見は、犯罪者または彼の犯罪のどの側面を死刑量刑の際にそれが“関連性”を有すると考えたのか、あるいはそれが要求する“関連面”の検討がどの程度であるかを示そうとはしなかった。

（3）われわれは今これらの問題に直面している、そしてわれわれは、極めて稀な種類の死刑を科せられる事案を除くすべてにおいて、被告人が死刑より軽い量刑を求める根拠として提出する被告人の性格または記録のいかなる側面および当該犯罪の状況に関するいかなる側面をも減軽要素として量刑判断者が考慮することを妨げられるべきでないことを第8修正および第14修正は要求していると結論する。国民の権限（public authority）によって死刑を科すことは他のすべての刑罰とは全く異なることに照らし、個別的判断は死刑事案において本質的であるとの結論をわれわれは避けることができない。死刑事案において各個人のかげがえのなさ

に十分敬意を払って（with that degree of respect due the uniqueness of the individual）各被告人を取り扱う必要性は非死刑事案におけるよりはるかに重要である。すべての死刑事案において減軽理由の中で提出された被告人の性格や記録の側面および当該犯罪の状況に関して独立した減軽理由の重みの判断を量刑判断者にさせない制定法は、より厳しくない刑罰を要求できる要素があるにもかかわらず、死刑が科せられる危険を生ずる。その選択が生か死であるとき、このような危険を受け入れることはできず、第8修正および第14修正の命令に違反する。

（4）オハイオ州の死刑制定法は、第8修正および第14修正によって死刑事案において要求されているとわれわれが判示する減軽要素のような個別的検討を認めていない。その憲法上の欠陥は、それと【8】グレッグ、【9】プロフィット、および【10】ジュレックの各判決で支持された制定法を比較することによって最も良く理解できる。

【8】グレッグ判決においてジョージア州制定法を支持した際にスチュアート、パウエル、およびスティヴンズの3人の裁判官は、当該制定法は“いかなる加重状況・減軽状況であってもそれらを検討すること”を陪審に認めている、そしてジョージア州最高裁は判決前調査の審問手続きにおいて“公開で多岐にわたる議論”を認めていたことを指摘した。【9】プロフィット判決では認されたフロリダ州制定法は減軽要素のリストを含んでいたけれども、当裁判所の6人の裁判官は同法を是認する際に制定法の中で挙げられていた減軽要素の範囲は排他的ではなかったことを前提にしていた。【10】ジュレック判決は減軽要素に明示に言及していないテキサス州制定法に関わりがあり、陪審は量刑手続きにおいて3つの質問に答えることを要求された。その2つ目は“被告人は社会への継続的脅威をもたらすであろう暴力的犯罪行為を犯す蓋然性（probability）があるかどうか”であった。同制定法が申立人の第8修正および第14修正の攻撃を切り抜けたのは、3人の裁判官が、2つ目の問題は——その表面上の限定にもかかわらず

— 量刑判断者に被告人が示しうるいかなる“減軽状況”をも検討することを認めていると広く解釈したからである。われわれがグレッグ判決および争点類似事件において支持した制定法は、いずれもその当時、量刑判断者は独立した減軽要素として被告人の性格や記録のいかなる側面または彼の犯罪のいかなる状況をも検討することを妨げるように機能していなかったのは明らかであった。

この点において、われわれの面前にある制定法は大いに異なっている。被告人が一たん7つの一定の加重状況の少なくとも1つで加重謀殺での有罪が認定されると、死刑が言い渡されなければならない。オハイオ州最高裁は【9】プロフィット判決において是認された制定法とオハイオ州制定法との間に憲法上の相違はないと結論した。しかし、オハイオ州裁判所の制定法の解釈の下においてであっても、同法の中で特定されている3つの要素だけが被告人の量刑を減軽する際に考慮されうるにすぎない。それ故、われわれは、被害者が当該犯罪を誘発ないし容易にしたのではないこと、被告人が強制・強要の下で行動しなかったこと、そして当該犯罪が主として被告人の精神的欠陥の産物でなかったことが一たん判断されると、オハイオ州制定法は死刑の判断を要求していると理解する。被告人が被害者の死をもたらすことを意図していたという直接証拠の欠如は減軽目的のために関連性はあるが、それが制定法上の3つの減軽要素の1つに若干の光を投げかけていることが決定された場合に限られる。

オハイオ州制定法の下で量刑判断者によって考慮されうる減軽状況の限定的範囲は、第8修正および第14修正に一致しない。憲法上の要件に合致するためには死刑制定法は関連する減軽要素の検討を妨げてはならないのである。

2 関連判例

【14】コカ成人女性強姦死刑違憲判決（1977年）

本判決（Coker v. Georgia, 423 U.S. 584）は、殺人、強姦等で服役中に脱走し武装強盗の過程で被害者夫人を強姦し間もなく逮捕された被告

人に対し陪審が加重理由を認めて死刑判決が言い渡された事案につき、成人女性への強姦に対する死刑は余りにも不均衡で第8修正の禁止する残虐で異常な刑罰に当たるとしたものである。

【判 示】（1）当裁判所は【8】グレッグ判決で死刑判決を維持した際に、第8修正は“野蛮”な刑罰だけでなく犯された犯罪との関係で“過度”な刑罰をも禁止している旨の従前のファーマン判決等の判示および傍論を十分に受け入れている。グレッグ判決の下では、①刑罰の目的にさしたる貢献をせず、それ故、無目的で不要な苦痛を与えるにすぎない、あるいは、②犯罪の重大性と著しく均衡を欠く場合には、そのような刑罰は“過度”であって憲法に反する。このような第8修正違反の判断は、個々の裁判官の主観的見解に基づいたものであってはならず、最大限可能な客観的要素によってなされるべきである。当裁判所は、グレッグ判決において、このような拠り所（source）に十分考慮した後で、故意の謀殺に対する死刑は無目的に科された刑罰でもなければ、犯罪に対し著しく均衡を欠いた刑罰でもないと判断したのである。しかし、当裁判所は「その他の犯罪に科せられる死刑の合憲性の問題については判断を留保」していた。

（2）【8】グレッグ判決で留保されていた問題が成人女性への強姦に対する死刑判決に関して本件で提示されている。われわれは、強姦犯罪に対する死刑は著しく均衡を欠いた過度の刑罰であり、それ故、残虐で異常な刑罰として第8修正によって禁止されていると結論するに至った。われわれは、強姦罪の犯罪としての重大性を無視しているのではない。強姦罪は疑いもなく重い処罰に値するが、人の生命を不当に奪う謀殺とは比較できない。強姦罪は、他の犯罪に伴いうるものではあるが、その定義上、人の死あるいは他者への重大な身体の障害を含まない。死刑は、それ自体人の生命を奪わない強姦犯人に対しては過度の刑であることをわれわれは確信する。ジョージア州法の下で強姦罪を含む死刑犯罪に対し死刑を宣告できるのは加重

事由が認められる場合に限られている。しかし、本件被告人コカに死刑を宣告するのは強姦罪に対する不均衡な刑罰であるという結論に変わりはない。コカには強姦、殺人など重罪の前科があるが、本件で処罰されるべき犯罪は人の生命を奪うこととはかかわりのない強姦罪であるという事実が変わりはないのである。

【15】ゴッドフライ妻等殺害即自首死刑違憲判決（1980年）

本判決（Godfrey v. Georgia, 446 U.S. 420）は、夫婦喧嘩の末に家出した妻等を殺害直後に自首した被告人に対する死刑判決を維持したジョージア州最高裁の判断につき、その法律の解釈がグレッグ判決等に照らし余りにも曖昧すぎるとして第8修正に違反するとしたものである。

【判 示】 （1） 「本件争点は、本件での死刑宣告を維持した際にジョージア州最高裁は加重事由に関する制定法の規定につき第8修正および第14修正に違反するような曖昧かつ広範な解釈をしたかどうかである。」

（2） ジョージア州最高裁は本件で、当該犯罪は“余りにも残虐非道（outrageously or wantonly vile, horrible and inhuman）”であるとの認定に基づいた死刑判決を維持した。これらの文言には死刑の恣意的宣告を内在的に制約するものは一切含まれていない。通常感覚を有する人であれば、ほとんどすべての謀殺を“余りにも残虐非道”と特徴づけることができる。そのような見解は、事実、陪審の各人が本件において支持した見解であったように思われる。もしそうであれば、陪審各位の偏見は公判裁判官の量刑に関する説示によっても払拭されなかったことになる。公判裁判官の説示は、制定法の文言の意味に関する指針を与えていない。何らの基準も提示されず事実上説示されていない陪審の無制約な裁量による本件死刑宣告は、ジョージア州最高裁による判決維持によっても治癒されなかった。

（3） それ故、Xの死刑宣告の有効性は、本件事実に照らしてジョージア州最高裁が“残虐非道”の文言解釈に憲法上の制約を加えたと

いえるかである。われわれは、これに対する解答はノーでなければならないと結論する。殺害された被害者は即死である。Xは本件殺害直後に自己の責任を認めている。これらの事由はXの行為の犯罪性を除去するものではないが、死刑宣告の判断は情緒ではなく理性に基づいたものであり、かつそのように見えることが重要である。

本件では、そのように言うことはできない。したがって、Xの死刑を維持した限りにおいてジョージア州最高裁判決を破棄し、さらに手続きを尽くさせるために同最高裁に差し戻すこととする。

3 まとめ

このように合衆国最高裁は1972年の【7】ファーマン判決において上告受理を容れた3事件についていずれも死刑を科すことは第8修正の禁止する残虐で異常な刑罰に相当すると判示したため、各州は従前の死刑制定法の見直しを迫られた。そして合衆国最高裁は1976年7月2日に一括審議した【8】グレッグ、【9】プロフィット、【10】ジュレックの3判決では新しい各州法の合憲性を肯定し、【11】ウッドソン、【12】ロバツの2判決ではその合憲性を否定するが、死刑自体を残虐で異常な刑罰であるとするブレナン、マーシャル両裁判官の同調を得てスティヴンズ、パウエル、スチュアートの3裁判官が交互に判決を言い渡したものの、多数意見を獲得するに至らなかった。しかし、1978年の【13】ロケット判決ではバーガ首席裁判官がこの3人の相対的多数意見（plurality opinion）に同調し自ら判決を言い渡したため大いに話題となった、そしてこのような相対的多数意見の動きにあわせて【14】コカ判決および【15】ゴッドフライ判決に注目したのがマーガレット・レイデン教授である。

彼女の見解については章を改めて詳論することとし、とりあえず以上の最高裁判例をまとめると次のようになる。

〈関連判例における最高裁判事の構成〉

枠内、相対的多数意見(plurality)

事件名 裁判官名	【7】ファーマン 判決 (1972)	【8】グレッグ グ判決 (1976)	【9】プロ フィット判 決 (1976)	【10】ジュ レック判 決(1976)	【11】ウッド ソン判決 (1976)	【12】ロバツ 判決 (1976)	【13】ロ ケット判 決 (1978)	【14】コカ 判決 (1977)	【15】ゴッド フライ判決 (1980)
ブレナン(56-90)	○	X	▽	▽	▽	▽		▽	▽
マーシャル(67-91)	○	X	▽	▽	▽	▽	▽	▽	▽
レンキスト(72-2005)	X	▽	X	X	X	X	X	X	X
ホワイト(61-93)	○	▽	X	X	X	X	▽	◎	X
スティヴンズ(75-2010)	○(ダグラス)	○	○	◎	○	◎	○	○	○
パウエル(72-87)	X	○	◎	○	○	○	○	▽	○
スチュアート(58-81)	○	◎	○	○	◎	○	○	○	◎
バーガ(69-86)	X	▽	X	X	X	X	◎	X	X
ブラックマン(72-94)	X	▽	X	▽	X	X	▽	○	○

V スーパー・デュー・プロセス

このような判例を分析して合衆国最高裁は死刑事案において“残虐で異常な刑罰”について述べる第8修正は一種のスーパー・デュー・プロセス(a kind of super due process)に相当する手続きを要求していると主張したのがM・レイデン教授である。「スーパー・デュー・プロセスの理論は、4人の裁判官の相対的多数意見によって依拠された。実際、スーパー・デュー・プロセスは当裁判所の判示(holding)である、死刑自体に反対するブレナンとマーシャル裁判官は、スーパー・デュー・プロセスの理論によって死刑判決が破棄されるとき常にその理論を支持する相対的多数意見に賛成しているからである」というのである。Margaret Jane Radin, Cruel Punishment and Respect for Persons: Super Due Process for Death, 53 S.Cal.Rev. 1143, at 1143 (1985)。

そこで以下、レイデン教授の指摘に従ってあらためて簡単に判例を分析した後、スーパー・デュー・プロセスと最高裁判例とのかかわりに関するレイデン教授の見解を紹介することとしたい。

1 合衆国最高裁とのかかわり

合衆国最高裁は1976年に一括して言い渡した【8】グレッグ、【9】プロフィット、【10】ジュレック、【11】ウッドソン、【12】ロバツの5判決において、加重および減軽事由を具体的に考慮することを量刑判断者に命ずる制定法の下で死刑が科せられたのであれば、その死刑判決は有効であるとした。【8】グレッグ判決においてスチュアート、パウエル、スティヴンズの3裁判官は、これを殺人者に対する死刑が残虐か否かを判断する支配的アプローチ(reigning approach)であるとした、そして【13】ロケッ

ト判決においてバーガ首席裁判官は、彼らのアプローチに従った。それ故、合衆国最高裁の4人の裁判官は、それが是認する出来事ではなくその手続き（a process, and not just the event it authorizes）が憲法の意味において残虐と考えられうるという命題（proposition）を受け入れたのである。そして【15】ゴッドフライ判決においてブラックマン裁判官は、スチュアート裁判官の意見（パウエル、ステイヴンズ両裁判官同調）に加わり、余りにも曖昧なため恣意性を回避できない基準の下で科せられた死刑判決を無効とした。さらに【14】コカ判決において均衡性を根拠として死刑判決の是非を判断する新しい理論付け（rationale）が現れた、これはホワイト裁判官のほかスチュアート、ブラックマン、ステイヴンズの3人の裁判官によって支持されたのである。

（1） 著者は、殺人犯に対する死刑の司法審査（judicial review）へのスーパー・デュー・プロセスのアプローチの意味（some implications）、とりわけ第8修正の分析における手続的デュー・プロセスの変形（strain）および刑罰の正当化理由としての報復主義（retribution）とのかかわりにおいて人間に対する敬意の概念を探索しようとする。バーガ首席裁判官が【13】ロケット判決において詳論した“各個人のかげがえのなさに払われるべき敬意”は、すべてのデュー・プロセスの保障の背後にあるばかりか報復主義の背後にある道徳的実体（moral substance）でもある。そして著者は最後に、われわれの政府制度の文脈下でのこの道徳的実体によれば、「死刑は単に時々ではなく常に残虐な刑罰である」と主張するのである。（at 1143-1144.）

（2） 最高裁の第8修正の判例に関する最も理に適った（plausible）解釈によれば、刑罰には2つの制約がある。もしそれが功利主義的理由および報復主義的理由の両者——大ざっぱに表現すると抑止と当然の報い——によって正当化されえないのであれば、その刑罰は憲法上の意味において残虐である。功利主義的方法（utilitarian mode）で正当化されうるためには、

刑罰は純然たる社会的利益（a net social gain）を産み出さなければならない、報復主義的方法で正当化されるためには、刑罰は犯罪に対するものとして人間が当然の報い（deserved）を受けけるものでなければならない。（at 1144-1146.）

なお、この二重の制約は、画期的な【14】コカ判決の事案において最高裁が第8修正の刑罰に関する制約をどのように解釈したかに関する最も説得力ある見解（the most plausible view）である。コカ判決において相対的多数意見は、①もしそれが“受け入れられている刑罰の目的にさしたる貢献をせず、それ故、無目的かつ不必要に苦痛を科す以外の何ものでもないのであれば、あるいは②当該犯罪の過酷さとの均衡を大きく欠いているのであれば、その刑罰は過重であり、それ故、残虐であると判示した。この基準の第1の分岐（first prong）は、純然たる社会的利益をもたらさない刑罰を排除する黙示の功利主義として考えるのがベストである。第2の分岐は、犯罪に対するものとして個人が当然受ける報い（deserve）以上に個人の尊厳に違反する刑罰を排除する黙示の報復主義として考えるのがベストである。最高裁はコカ判決において、成人女性の強姦に対する死刑は第2の分岐に違反する、すなわち死刑は強姦犯罪に対しては不均衡であると認めた。それ故、最高裁は、強姦で有罪とされた者への死刑が社会的福祉に“相当な貢献”をするとしても、そのような刑罰は行き過ぎであると認めたことになる。（at 1145 n.6.）

（3） 最高裁の多数意見は、死刑は純然たる社会的利益をもたらす、あるいは州はそのことを判断できるという前提に好意的である（willingly assume）。人間の尊厳ないし人間への敬意という言葉で説明される報復の制約（the retributivist limitation）の意味を追及するために、私は、最高裁の前提およびその相当性の両者を受け入れる。私は、経験的問題の付随物を伴う（with its concomitant empirical questions）二重の制約の功利主義的分岐を無視する。報復的分岐の下での問題は、道徳的基準が経験的調査によって適切に判断されない限り、道徳的であり経

驗的ではない。(at 1146-1148.)

支配的な相対的多数意見は、死刑が人間の尊厳に違反するかの道徳的問題に関して世論の多数がどのように考えているかに関するその知覚に依拠する (to rely on its perception) 傾向にある。仮にその知覚が立法者が現に制定法化したことに基づいているのであれば、その結果は単なる尊重 (deference) ではなく立法権限に対する抑制機能の完全な放棄 (complete abdication of any check) である。【16】コカ判決で相対的多数意見を執筆したホワイต์裁判官は“第8修正の下で死刑を受け入れることができるかの問題に関して憲法は結局のところわれわれの判断にかかわりがあると考えている”と指摘したとき、この問題を認識していた。そうであるにもかかわらず、人々が死刑を望んでいるというとき、それは死刑を自動的に合憲 (すなわち残虐でない) と考える今なお執拗な傾向 (persistent tendency) がある。

「この理由付けには2つの基本的な誤りがある。第1、残虐でない刑罰ないし道徳的概念の内容はそれに関する投票をすることによって捕捉 (capture) されるものではない。第2、たとえ捕捉できるとしても、残虐であることを望んでいるというまさにその理由で投票者の多くは死刑を望んでいるといえる (very likely) からである。まず第2の問題を取り上げる、そのような希望は憲法上容赦できない目的 (impermissible purpose) である。人々が時に残虐であることを希望するというその事実は、まず最初に憲法上の保護を必要とする1つの理由である。それ故、そのような投票を評価するためには、それ (死刑) は残虐であると考えていることを理由に死刑に賛成するのは国民投票の何パーセントであるかの問題が経験的に調査されうるし調査されるべきであると思われる。」

最初の問題に戻り死刑に賛成票を投ずるすべての者は死刑は残虐でないと考えてそのようにすると仮定したとしても、それ (死刑) は残虐でないこと、あるいは残虐でないとして死刑を定義することを多数票は十分に立証できているのか? (1) “それは正しい”ということとは、

“私はそれを希望する”ということに相当する、かつ (2) 社会にとって“正しい”ということとは、ある時機に多数者が“希望する”と考えていたと仮定する極端に主観的な道徳性の見解に従うのであれば、それ (死刑) を残虐でないと定義するのに役立ちうるかもしれない (could serve)。それにもかかわらず (still)、死刑に賛成する国民投票は、それ (死刑) は事実残虐でない証拠として受け取ることができるのか? すべての投票者がこの問題に関して内省的均衡 (reflective equilibrium) に到達したと考える (特段の) 理由がない限り、それは決定的証拠とはなりえない、それ (死刑) をそのようなものとして取り扱うことは極端に主観的な定義のアプローチに、少なくとも人々は道徳的誤りをしないという前提に逆戻り (slip back) するからである。しかし、人々は、道徳的誤りを犯す、そして彼らが誤りを犯すという事実は、憲法上の保障を受けるもう1つの理由である。(at 1147 n.11.)

(4) 人間の尊厳ないし個性 (personhood) の基準には“実体的”側面と“手続的”側面があること、すなわち刑罰に関する報復的実体的制約の構成要素である人間 (person) に対するのと同じ敬意がスーパー・デュー・プロセスの手続き的制約 (super due process procedural limitation) をもたらすとの提言の説得力を示すために筆者は、①誤りのリスク論 (a risk of error theory) に関してスーパー・デュー・プロセス手続きの原理 (super due process procedure rationale) を概観し、②報復主義の概念を概観するための回り道をし、③人間に対する敬意の理論に関して報復的制度の中で人間の尊厳基準の機能を説明し、そして④この制約理論が刑罰としての死刑を阻止することを示そうとする。(at 1148.)

2 人間への敬意と殺人者に対する死刑

死刑判決にはさまざまな誤りのリスクがある。「たとえ人を有罪と認定する基準が合理的疑いを越えた立証であるとしても有罪・無罪に関する事実に関する誤りのリスクはある。」(at

1180.)

(1) 現在の相対的多数意見によると、あらゆる誤りのリスクの大半が量刑制度において除去されるのであれば、人間の尊厳は犯されたことにならない。最高裁は未だこのことを判断していないけれども、たとえ最高裁が加重事由の評価における曖昧さや立証基準の問題を回避するとしても、量刑裁量のジレンマないしファーマン - ロケット判決のパラドックス (Furman-Lockett paradox) に直面することになる。【6】ファーマン判決において恣意性と非一貫性による誤りのリスクは憲法に反する裁量であり、そのことによって人間を尊敬しないことになるとされた。【13】ロケット判決後に憲法上の裁量が要求されるのは、各事案における当然の報い (desert) は人間への敬意によって完全に個別化された道徳的判断を必要とすると考えられたからである。しかし、裁量は裁量である。

バーガ首席裁判官は多分、人間に対する敬意は死刑の“必要性”と比較衡量しなければならぬと主張したかったのだろう。しかし、たとえ政府は必要な場合には市民に当然の敬意以下 (due respect less than) の態度で対処できるという結論は相当であるとしても、「功利主義的な社会的利益または報復的正義を理由に死刑は必要であるということを今まで誰も立証していない。」ロケット判決における理由付けに照らし、少なくとも仮定によって死刑の必要性は“確証”されえないことを人間に対する当然の敬意は要求していることについて最高裁が同意しないのは至難であろう。(at 1180-1181.)

(2) 「スーパー・デュー・プロセスは政治的制度の存在およびその誤りの可能性 (fallibility) を考慮に入れる道徳的原理 (a moral rationale) である。それ (少なくとも抽象的意味での) に対する国民の支持の復活 (resurgence of popular support) にもかかわらず、刑罰としての死刑に関するコンセンサスはない。最高裁自身の10年の混乱にさらに目を向ける必要はない。コンセンサスによって死刑は有効とされうるかに関するコンセンサスはないし有効と

されうるコンセンサスは何かについてのコンセンサスもない。そうであるにもかかわらず、死刑は報復の権利の下で検閲を通過すると主張するのは、深刻に分裂している命題をわれわれの社会に対する道徳的真実として断言 (assert) することになる。そのようなことは、死刑は廃止されるべきであり、かつ若干の正当とされる報復が否定されるべきであるとすれば生じるであろうリスクの“不当性 (wrong)”よりも、個人へのはるかに大きな不当性のリスクとなる。」(at 1183-1184.)

(3) 問題は、そのうちの誰かは分からないけれどもそのうちの誰かを誤って殺害しなければならない制度の文脈下において、死刑を宣告されたいかなる被告人に対しても相当な敬意を払うということが本当にできるの (can accord due respect) かである。「それ故、それはスーパー・デュー・プロセスの核心である平等問題と結びつく。」このような制度においてわれわれは有罪とされた各被告人に次のようにいうことになる。すなわち“われわれは若干のリスクがあることを知っているけれども、あなたに死刑を科そうとしている、”さらに冒頭で指摘したように、最高裁は事実、死刑は功利主義テストに合格できることを前提にしていたことを思い出して欲しい。それ故、われわれはまた各被告人に対して次のようにいうことになる、すなわち“われわれはそれを立証できないけれども、われわれの多数はあなたを殺すことによって若干の殺人者 (の殺人) を抑止することになると考えている。われわれはあなたの特定の道徳的当罰 (moral deserts) について誤っているかもしれないとしても、申し訳ないが社会の善のためにあなたを殺さなければならない。”これは統計 (statistic) としての取扱いであり、それは社会の目的的手段としての取扱いである。しかし、それは“かけがえのない個人への相当な尊敬を払った”取扱いではない。(at 1184-1185.)

なお、マーシャル裁判官は、人々が死刑は具体的にどのように行われているかを認識すれば抽象的な死刑の熱狂的支持 (enthusiasm) は弱

まるであろうと主張した。【8】 グレッグ判決 232頁（マーシャル反対意見）；【6】 ファーマン判決361頁（マーシャル同調意見）、アルベルト・カミュも同じ意見だった。カミュは、その卓越した文章の真似は筆者には到底できないが本稿で提示した議論に酷似した主張をしている。（at 1182.）

Ⅵ むすびとして

以上、死刑をめぐる日米最高裁の動向を踏まえてスーパー・デュー・プロセス関連の合衆国最高裁判例を整理しつつ死刑判決との関わりについて検討してきた。さしあたりのむすびとしてスーパー・デュー・プロセスの意義について指摘した後、当面の課題としての終身刑の問題について若干コメントすることとしたい。

1 スーパー・デュー・プロセスの意義

第1、スーパー・デュー・プロセス論の前提としての1972年のファーマン判決以降の合衆国最高裁判決とりわけ1976年のグレッグ等5判決および1978年のロケット判決の事実関係を含めた判示内容の把握の必要不可欠性であり、関連判例を知らずしてスーパー・デュー・プロセスは理解できないのである、このことをあらためて指摘しておく。やや煩瑣であるにもかかわらず8判決を判決文に即して紹介してきたのはそのためである。

第2、スーパー・デュー・プロセス論の中心は死刑の質的相違（qualitative difference）の強調にある。死刑は未来永劫に人の生命を抹殺する刑罰であるから他の刑罰とはその種類が全く異なるというのである。この点は格別新規な主張ではないかもしれないが、とりわけ【8】 グレッグ判決から【13】 ロケット判決に至る相対的多数意見を緻密に分析したうえで合衆国最高裁も同旨であることを論証した点が画期的といってよい。具体的には、例えば、死刑判決についても非死刑事件と全く区別することなく「構成裁判官および裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数による」との裁判員法の規定

（第67条1項）は、スーパー・デュー・プロセス論からすると、明らかに憲法違反ということになろう。

第3、とりわけ死刑廃止論との関わりで注目されるのは、たとえ被告人を有罪と認定する基準が合理的疑いを越えた立証であるとしても「誤りのリスクは不可避である」にもかかわらず、死刑制度を維持するという考えは“かけがえのない個人に当然払うべき敬意”ではないという視点であろう。この点は団藤重光博士の「死刑廃止論」にも共通する視点と思われる。周知のように最高裁判事として一抹の不安を感じつつ合理的な疑いがあるとまではいえないとして上告を棄却した苦い経験が後の死刑廃止論に結びついたとする告白と一脈相通じるだけに、スーパー・デュー・プロセス論のわが国での今日的意義は大きいと思われる。

そして最後に、残虐な刑罰と世論とのかかわりに関する記述も誠に興味深い。憲法は残虐な刑罰を禁止しているにもかかわらず残虐な刑罰こそが望ましいと考えて死刑を肯定する人がいるとすると、それはまさに憲法に反する刑罰の肯定に外ならず、この点に関する綿密な調査なしに国民の多数が死刑を肯定しているということにはならないというのである。今までにほとんど指摘されることのなかった視点と思われるが、憲法上の基本的人権の保障は国民投票（多数決）になじまないという周知の考えとも共通するだけに大いに注目されるのである。

2 当面の課題

このようにスーパー・デュー・プロセス論は、生命を永久に奪う死刑は他の刑罰とは全く異質なものであるため特別の手続きが不可欠であるとしたうえで、誤判の可能性を完全には否定し切れないにもかかわらず死刑制度を維持するのはかけがえのない人間への相当な敬意を払ったものではないとする。したがって、有罪認定と量刑認定とを分けた2段階での全員一致評決はもちろん、必要的上訴もそのいわば論理的必然的帰結であり、その延長線上に死刑制度の廃止の問題がある。

スーパー・デュー・プロセスの背景にある合衆国最高裁判例についてはほぼ正確に紹介したつもりであるが、最も重要な死刑廃止の是非の問題はもちろん種々のいわば各論的問題については詰めが足りず今後の課題とするほかないが、わが国の喫緊の問題に関連してさしあたり若干の提言をしておく。

まず、死刑判決についても「構成裁判官および裁判員の双方を含む合議体の員数の過半数による」との裁判員法第67条第1項の見直しである。死刑事件についても裁判体としては多数決による判決で合理的疑いを越えた立証を検察側は果たしたといえるのかについては何度も疑問を呈したことがあるが、死刑判決の異質性を強調するスーパー・デュー・プロセスの視点はまことに説得的であり、あらためて前記裁判法の見直しを提言したい。

次に、絞首刑の違憲性の問題がある。アメリカでは早くから絞首刑は残虐であることが次第に認められ今では絞首による処刑方法のみを法律で規定する法域は皆無であるうえ、「注射による処刑は、絞首台に上がることを死刑囚に強制し訓練を受けていない執行人がその落下を待ちかまえている絞首刑と比べるとはるかに野蛮でも非人道的でもない」ことが承認されているのである。わが国でも死刑自体ではなく絞首による処刑方法の違憲性についてであれば見識ある一般国民の同意を得るのは比較的容易と思われる。

そして最後に、死刑の代替刑としての終身刑の導入について触れておく。終身刑は「死刑よりましな刑罰」といえるかをめぐる争いがあるが、自らは死刑に直面することのない論者がいわば空中戦をやっている感のあることは否めない。死刑囚本人にその選択を委ねることも1つの選択肢として考えられるのではないか。そして自ら処刑を希望する志願者のいることが判明すれば、死刑制度の存続自体に関する考察が深められることになる。

いずれにせよ、重要なことは、死刑とは無縁の良識ある一般国民が興味を覚えるであろう資料を提供することである。わが国の国民が一般

に、特段の事情がない限り、死刑を含めた現実の刑事事件に特別の関心を抱かないのはむしろ当然のことと思われる。とすると問題の核心は、どうすれば死刑制度についても見識ある一般国民の真摯な関心を呼び起こすことができるかに尽きるのであり、ヨーロッパでは死刑が全廃されているうえアメリカなど「現代多数の文化国家」においても今日では残虐であるとして認められていない絞首刑の違憲性をわが国で説得的に指摘し続けるのはそのための有効な具体策の1つと思われるのである。

【付記】

大阪高等裁判所第3刑事部（中谷雄二郎裁判長裁判官、芦高源、高島由美子両隣席裁判官）は本稿執筆中の本年7月31日、パチンコ店放火殺人事件第1審判決に対する控訴を棄却した。絞首刑の違憲性については、おおむね次のように判示している。

(1) 弁護人は、諸外国や我が国における絞首刑の執行状況に関する報告例等に基づき、アメリカ合衆国の各州において今日一般的に用いられる薬物注射と比較して、絞首刑の執行では、絞縄の長さの調節などを誤った場合等に頭部離脱や緩徐な死が発生することがありうることや、多くの場合に意識喪失までに一定の時間を要して受刑者に苦痛を感じ続けさせる可能性があるなどと主張する。そして確かに、絞首刑においても、事前に予測できない要因などによって例外的な経過が生じることを完全に防止することが困難であることは、所論指摘のとおりであるが、当審における事実取調べの結果（検第5号証、第6号証）により認められるとおり、「薬物注射など他の死刑の執行方法においても、同様の問題は生じ得る」のであり、そのような例外的な事例があるからといって、現在我が国で執行されている絞首刑という執行方法が、それ自体、受刑者に不必要な精神的、肉体的苦痛を与えることを内容とするものとして、人道上も残虐と認められる刑罰であるということとはできない。

(2) また、弁護人が原審および当審で立

証するように、死刑制度や執行方法などに関して、諸外国では検討が進められ、様々な法整備もなされていることが認められる。そのような情勢などにも照らすと、生命を奪う究極の刑である死刑の執行方法について、今もなお、140年も前の明治6年に太政官布告として制定され、執行の現状とも細部とはいえ数多くの点で食い違いが生じている明治6年太政官布告に依拠し、新たな法整備をしないまま放置し続けていることは、上記昭和36年最高裁判決が、死刑の執行方法は法律事項であると判示した趣旨にも鑑みると、「立法政策として決して望ましいものではない。」とはいえ、現在の絞首刑も、その基本的事項は、法律と同一の効力を有する明治6年太政官布告に従った方法に則って執行されていることからすると、わが国において死刑の在り方やその執行方法の在り方に関する検討が未だ十分には進んでおらず、しかも、死刑の執行自体は前にみたように安定的な運用が行われて

いる現時点においては、「未だこのような立法の不作为が憲法上の要請に反している」とまではいえない」から、立法の不作为の違憲性を主張する弁護人の主張は、結局、失当である。

したがって、我が国の死刑の執行方法が憲法に反しているという論旨は、いずれも理由がない。

右判決については「立法の不作为」にはじめて一歩踏み込んだ点は評価できるが、「薬物注射など他の死刑の執行方法においても同様の問題が生じ得る」という点は前記検察官の「答弁書」と同旨であるだけに同一の批判が可能と思われる。弁護側は翌8月1日、最高裁に上告しており、絞首刑の合憲性があらためて最高裁で問題となりうると思われるだけにこの点に絞り込み別途詳論したいと考えている。

- 1) 小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁Ⅲ——弁護人依頼権、スーパー・デュー・プロセス』（成文堂、2013年7月20日）。
- 2) 「スーパー・デュー・プロセスについて」名城ロースクール・レビュー第28号（2013年9月）。
- 3) 小早川・前掲注1)「アメリカ合衆国憲法修正条項抜粋——日米憲法比較」（10）～（13）参照。
- 4) 座談会「実務と英米法」ジュリスト600号321頁〔鈴木義男発言〕（1975年）。
- 5) 石井一正「わが国刑事司法の改革とその変革」判例タイムズ1365号25頁（2012年）。
- 6) 亀山継夫「刑事訴訟法50年と検察の課題」ジュリスト1148号25～26頁（1999年）。
- 7) ロランド V・デル＝カーメン著・佐伯千奴監修『アメリカ刑事手続法概説』訳者あとがき（第一法規、1994年）。
- 8) 田宮裕「日本の刑事裁判——その近代化と現代化」立教法学50号19頁（1998年）。後に『刑事法の理論と現実』（岩波書店、2000年）49頁以下に所収。
- 9) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436（1966）。
- 10) 以上につき、小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁Ⅰ——残虐で異常な刑罰、公平な陪審裁判』（成文堂、2006年12月）1～3頁。
- 11) 小早川義則「デュー・プロセス論の再構築」ジュリスト1148号80頁（1999年1月）。
- 12) 小早川義則「デュー・プロセスをめぐる合衆国最高裁判例の動向（1）」名城法学49巻3号4頁（2000年）。
- 13) 筆者が前掲注11)の小論「デュー・プロセス論の再構築」を執筆中の1998年11月7日、拙稿「ポリグラフ検査について——米連邦最高裁判例を契機に」（名城法学48巻2号、1998年）の抜刷謹呈に対する“不勉強な小生には大変有益です”との礼状にあわせて、いずれも署名入りの田宮裕「変革のなかの刑事法——戦後刑事法学は“異端”だったのか」松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻10頁（1998年）および前掲注8)の「日本の刑事裁判」の抜刷が田宮教授から送られてきた。入院先からの一時帰宅時のこととも思われるだけに、急逝の報に接して適切な言葉が見当たらず、誠に痛恨の極みであった。そして1999年1月30日、立教大学セントポールズ会館での「田宮先生を偲ぶ会」にも出席したが、痛恨の思いは尽きなかった。なお、松尾浩也「田宮裕教授を送る」ジュリスト1151号13頁、鈴木茂嗣「田宮裕先生のご逝去を悼む」刑法雑誌38巻3号181頁、「特集・田宮裕先生の人と学問」ジュリスト1154号等参照。
- 14) 小早川義則「デュー・プロセスをめぐる合衆国最高裁判例の動向（6）」名城法学53巻1号199頁（2003年）「付記」参照。

- 15) 小早川義則「合衆国最高裁と日本法——刑事手続を中心に——」桃山法学創刊号（2003年）、「デュー・プロセスと司法（答弁）取引——合衆国最高裁判例を中心に——」桃山法学2号（2003年）、「デュー・プロセスと精神遅滞犯罪者への死刑——合衆国最高裁アトキンス判決を契機に——」桃山法学3号（2004年）、「実体的デュー・プロセス（1—2・完）」桃山法学4、5号（2004—2005年）、「合衆国憲法第8修正と罪刑の均衡原理——合衆国最高裁ユーイング三振法合憲判決を契機に」桃山法学7号（2006年）。
- 16) 小早川義則「米国における理由付き陪審員忌避——死刑事件を中心に」名城ロースクール・レビュー創刊号（2005年3月）、「デュー・プロセスと少年犯罪者への死刑——合衆国最高裁シモンズ判決を契機」名城ロースクール・レビュー2号（2005年11月）等。
- 17) アメリカ刑事判例研究（1）——United States v. Patane, 542 U.S. 630（2004）を皮切りにアメリカ刑事判例研究（30）——Brady v. Maryland, 373 U.S. 83（1963）まで今までに30判例を紹介したことになるが、いずれもライフワークであるアメリカ判例法の体系化の準備作業の一環に外ならない。
- 18) 小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁Ⅰ——残虐で異常な刑罰、公平な陪審裁判』63頁以下、73頁以下（成文堂、2006年）。
- 19) 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Spring）99、105頁。
- 20) 小早川義則「米国における処刑方法の変遷——絞首刑から致死薬物注射へ」名城法学第60巻別冊（法学部創立60周年記念論文集、2010年11月）。
- 21) 小早川義則『裁判員裁判と死刑判決〔増補版〕』はしがき（成文堂、2012年12月）参照。
- 22) 前掲注1）『デュー・プロセスと合衆国最高裁Ⅲ』はしがき参照。
- 23) 小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁Ⅱ——証人対面権、強制的証人喚問権』はしがき（成文堂、2012年10月）参照。
- 24) 最高裁第1小法廷昭和55年10月23日決定・刑集34巻5号300頁。
- 25) Crawford v. Washington, 541 U.S. 36（2004）. 本判決につき詳しくは、前掲注23）『デュー・プロセスと合衆国最高裁Ⅲ』140頁以下。
- 26) 法学協会『註解日本国憲法 上巻』（有斐閣、1953年）636頁。
- 27) 前掲注21）『裁判員裁判と死刑判決〔増補版〕』213—219頁
- 28) 最高裁大法廷昭和23年3月12日判決・刑集2巻3号191頁。
- 29) 最高裁大法廷昭和30年4月6日判決・刑集9巻4号663頁。
- 30) 最高裁大法廷昭和36年7月19日判決・刑集15巻7号1106頁。
- 31) Comment（Martin Bahl）The Sixth Amendment as Constitutional Theory: Does Originalism Require that Massiah be Abandoned?, 82 J.Crim. & Criminology 424, at 425-426（1991）.
- 32) Powell v. Alabama, 287 U.S. 45（1932）.
- 33) Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335（1963）.
- 34) Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1（1964）.
- 35) Pointer v. Texas, 380 U.S. 400（1965）.
- 36) Washington v. Texas, 388 U.S. 14（1967）.
- 37) Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145（1968）.
- 38) Benton v. Maryland, 395 U.S. 784（1969）.
- 39) Robinson v. California, 370 U.S. 660（1962）.
- 40) William J. Brennan, JR., The Bill of Rights and the States, 36 N.Y.U.L.Rev. 761, at 761-762（1961）.
- 41) Hugo L. Black, The Bill of Rights, 35 N.Y.U.L.Rev. 865, at 867-868（1960）.
- 42) Charles Fairman, Does the Fourteenth Amendment Incorporate the Bill of Rights?, 2 Stanford L.Rev. 5（1944）.
- 43) Ring v. Arizona, 122 S.Ct. 2428, at 2449（O'Connor J., dissenting）（2002）. 以上につき、詳しくは、前掲注18）『デュー・プロセスと合衆国最高裁Ⅰ』概説。
- 44) Harris v. New York, 401 U.S. 222（1971）.
- 45) New York v. Quarles, 467 U.S. 649（1984）.
- 46) Brewer v. Williams, 430 U.S. 387（1977）.
- 47) United States v. Leon, 468 U.S. 897（1984）, Massachusetts v. Sheppard, 468 U.S. 981（1984）.
- 48) 熊本典道「自白法則の将来——Harris判決の意味するもの」判例時報639号20—21頁（1972年）。
- 49) Mathis v. United States, 391 U.S. 324（1968）, Orozco v. Texas, 394 U.S. 324（1969）.
- 50) 原田明夫「刑事訴訟法の理念と実務」ジュリスト1370号81—82頁。
- 51) なお、井上正仁「刑事訴訟における証拠排除」はしがき（弘文堂、1985年）は、「留学生活を通じて直に触れ得たアメリカの刑事司法を取り巻く一般状況は、近い将来排除法則を実質的に制限するような動きが現実化することを

予測させるに充分なものであった」としたうえで、「昨夏[1984年]、アメリカの連邦最高裁判所が遂に排除法則の実質的修正に乗り出すに至ったため、これ以上の遅延は最早許されないと判断し、……敢えて本書の刊行に踏み切った」と指摘する。

- 52) 長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』18頁（有斐閣、2005年）。
- 53) 弘中淳一郎・ジュリスト1370号89頁。
- 54) 詳しくは、小早川義則『共謀罪とコンスピラシー』317頁以下（成文堂、2008年）。
- 55) 鈴木義男『日本の刑事司法再論』はしがき（成文堂、2003年）。
- 56) 佐伯千仞監修『アメリカ刑事手続法概説』あとがき（第一法規、1994年）。
- 57) 山田道郎『新釈刑事訴訟法』298、312、314頁（成文堂、2013年）。
- 58) 丹治初彦〔編著〕『保釈』19～20頁（法律文化社、2013年）。
- 59) 最1小決昭和55年10月23日・刑集34巻5号300頁、判例時報980号17頁、判例タイムズ424号52頁。
- 60) 稲田輝明・最高裁判所判例解説刑事篇昭和55年度187頁以下にアメリカの関連判例がほぼ網羅的に紹介されている。
- 61) 小早川義則「強制採尿の適否とアメリカ法の動向」矢野勝久教授還暦祝賀『現代における法と行政』535頁、591頁（法律文化社、1982年）。なお、小早川義則「強制採尿の適法性」憲法判例百選〔第2版〕216頁以下（別冊ジュリスト95号、1988年）、同「弾丸摘出手術の適否——アメリカ法について——」名城法学別冊381頁以下（1988年）。なお、強制採尿とデュー・プロセスとのかかわりにつき、小早川義則「合衆国最高裁と日本法」桃山法学創刊号（51）頁以下参照（2003年）。
- 62) *Rochin v. California*, 342 U.S. 165（1952）. 本判決につき詳しくは、小早川義則「アメリカ判例研究（31）」名城ロースクール・レビュー第29号（本号）。
- 63) 小早川義則「アメリカ刑事判例研究（24）：United States v. Lanier, 520 U.S. 259（1997）」名城ロースクール・レビュー第26号137頁。
- 64) 最高裁（第1小決）昭和42年3月28日・刑集22巻2号55頁。
- 65) *United States v. Scheffer*, 503 U.S. 303（1998）. 詳しくは、小早川義則「ポリグラフ検査の許容性」名城ロースクール・レビュー第15号（2010年）。
- 66) 石塚章夫「厚労省元局長無罪事件を元裁判官の立場から考える」自由と正義62号19頁以下（2011年9月号）。
- 67) 小早川義則「被告人の証人適格」名城ロースクール・レビュー第30号（掲載予定）。
- 68) *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304（2002）.
- 69) *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 125 S.Ct. 1183（2005）.
- 70) *Kennedy v. Louisiana*, 108 S.Ct. 2641（2008）.

（2013年8月24日稿）

なお、筆者は本年8月26日から4半世紀振りのベルリンを皮切りに1か月近くヨーロッパの曾遊の地——パリではマリー・アントワネットなど被処刑者の名前が刻み込まれているLa Conciergerie、ロンドンではサー・ウォルター・ローリの部屋があるTower of Londonなど——のほか、念願のバスク地方にあるゲルニカを訪れた。本稿はその出発の2日前に辛うじて脱稿したものであり、推敲が不十分である。ただ、来年1月18日に愛知弁護士会主催の「死刑廃止を考える日」等でパネリストとして参加する予定があるので、そのときの質疑をも踏まえて本稿を補正し深化させたいと考えている。

（2013年11月12日）