

研究ノート

アメリカ刑事判例研究(49)

小早川義則

Glossip v. Gross, 576 U.S.—, 135 S.Ct. 2726 (2015年6月29日)

——新しい麻酔薬ミダゾラムを用いた致死薬注射による死刑執行は第8修正に違反しない——

【事実の概要】 オクラホマ州で死刑判決を言い渡されたグロシップらは、同州によって用いられている処刑方法は受け入れられない激しい苦痛のリスクを生じることを理由に第8修正に違反するとして合衆国法典第42編1983条に基づいて連邦裁判所にいわゆる1983条訴訟を起こした。彼らは、州の現在の3種類の薬剤プロトコルで用いられている最初の麻酔薬ミダゾラムは苦痛に対し人間を無感覚（insensate）とすることができないと主張する。連邦地方裁判所は、証拠審理を開いた後でミダゾラムは効果がない

とする立証責任を果たしていないと認定し仮差止命令の申立てを退けた。第10巡回区控訴裁判所はこれを維持し、ミダゾラムの効果に関する地裁の事実認定を受け入れた。

これに対し合衆国最高裁は、5対4で原判決を維持した。なお、法廷意見（ロバツ首席裁判官、スカーリア、ケネディ、トマス裁判官参加）はアリトー裁判官が言い渡した。

I A 絞首による死刑執行は19世紀の大半において標準的な処刑方法だったが、同世紀の後半に変化が始まった。1880年代にニューヨーク州議会は、死刑判決の執行を効果的に実施する現代の科学で知られている最も人道的かつ実際的な方法を見つけるために委員会を設置した。同委員会は電気処刑（electrocution）を推薦した、そしてニューヨーク州議会はこの処刑方法を定める法を制定した。その後他の州は“電気処刑は絞首よりも苦痛が少なくより人道的である”と考えるニューヨーク州に続いた。

1921年にネバダ州議会は、“現代科学で知られている最も人道的方法”であるとして致死ガス（lethal gas）による処刑方法を採用した、ネバダ州最高裁は致死ガスによる処刑は違憲であるとの主張を退け、そして他の州はネバダ州の先導（lead）に従った。絞首刑と銃殺刑は若干の州（ユタ州等）で残っていた。

処刑方法は長年にわたり変更されてきたが“合衆国最高裁は死刑判決を執行するために州の選択した方法を残虐で異常な刑罰を科すものとして無効としたことは今まで一切なかった。

【1】 ウィルカーソン判決において最高裁は、銃殺隊（firing squad）による死刑判決を是認した。

【2】 ケムラー判決において最高裁は、電気椅子の使用に対する異議申立てを退けた。そして最初の電気処刑が失敗したときであっても最高裁は同判示から退却（retreat）しなかった。【3】 フランシス判決。より最近の2008年の【6】 ベイズ判決において7人の裁判官は、先に述べた3種の薬物によるプロトコルは第8修正に違反しないことに同意した。1976年の【4】 グレグ判決まで電気処刑が主要な処刑方法だった。ペ

イズ判決42頁を見よ。

グレッグ判決が死刑は違憲ではないことを再確認した後で若干の州はより人道的な処刑方法を再び探し始めた。それらの州はその結果 (eventually) 致死薬物注射 (lethal injection) を採用したため、これが“アメリカで群を抜いた最も一般的な処刑方法”である。致死薬物注射プロトコルでは同一の3種の薬物の組合せ方法を用いている。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死刑囚は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。オクラホマ州は1977年に致死薬注射を採用し、3種の薬剤から成るプロトコルを確立した。2008年現在、致死薬物注射を用いている36州のうち少なくとも30州は、特定の3種の薬剤によるプロトコルを採用した。そして若干の苦痛のリスクはいかなる処刑方法にも内在するから、すべての苦痛のリスクの回避を憲法は要求していないとわれわれは判示してきたのである。

B ベイズ判決は、迅速かつ苦痛のない方法で州が死刑を執行するのに最も普通に使用されている3種類の薬剤の組合せによるプロトコルを用いることへの法的障害を一掃した。しかし間もなく実際上の障害が明らかとなった、死刑反対者が製薬会社とイタリア政府に圧力をかけて、処刑をするのに用いられる薬物の供給を拒否するよう働きかけたからである。標準的な3種類の薬物によるプロトコルにおいて用いられる最初の薬物であるチオペンタールナトリウムの米国での唯一の製薬会社が説得されて薬物の製造を中止した。同社は国内での製造を2009年

に停止後にイタリアで製造を再開する計画を立てた。そこで活動家は、同会社およびイタリア政府に米国において致死薬物として用いられているチオペンタールナトリウムの販売を中止するように働きかけた。この計画は成功を収めた、そして同社は2011年1月、チオペンタールナトリウム市場からの撤退 (exit) を明らかにした。

チオペンタールナトリウムを獲得する努力が失敗したので各州はその代替物を求め、チオペンタールナトリウムを他の麻酔薬ペンタバルビタールに切り替えることにした。オクラホマ州は2010年12月、ペンタバルビタールを用いて死刑囚を処刑した最初の州となった。その処刑は事故なしに行なわれた、そして各州はチオペンタールナトリウムが次第になくなるとペンタバルビタールに切り替えた。2012年に実施された43件の処刑のすべてにおいてペンタバルビタールが用いられたと報告されている。ペンタバルビタールは、チオペンタールナトリウムと同様、死刑プロトコルでの第2および第3の (薬物の) 投与によって生ずる“苦痛を人は感じないような昏睡状態 (comalike state) をもたらし維持できる”ことを申立人は認める。そして全米の裁判所は、処刑時のペンタバルビタールの使用は第8修正に違反しないと判示してきた。

しかしながら、間もなくペンタバルビタールもまた使用不能となった。死刑廃止運動家がデンマークの製薬会社に処刑時の使用を禁止させるようロビー活動をしたからである。その結果、同製薬会社は合衆国において処刑のために使用するペンタバルビタールの積荷を阻止する手段をとった。オクラホマ州はその薬物を入手できなくなった、そして連邦地方裁判所は、チオペンタールナトリウムとペンタバルビタールの両者は今ではオクラホマ州では利用不能であると認めた。

C チオペンタールナトリウムまたはペンタバルビタールを入手できなくなったので若干の州はミダゾラムに切り換えた。2013年10月にフロリダ州は、3種の致死薬物プロトコルの一部としてペンタバルビタールに替えてミダゾラム (midazolam) を採用した最初の州となった。フ

ロリダ州は現時点で、ミダゾラムに続いてバンクロニウム臭化カリと塩化カリウムを用いるプロトコルを用いて11回の処刑を実施した、さらに2014年にオクラホマ州は、3種類の薬物プロトコルの一部としてペントバルビタールに替えてミダゾラムを用いている。オクラホマ州は、この3種類のプロトコルをすでに2度利用した。すなわち2014年4月にロケットを、そして2015年1月にウォーナを処刑した。(ウォーナは本件において死刑の仮差止命令を申し立てた4人の死刑囚の1人だった。)

ロケットの処刑は、致死薬注射プロトコルの一部として新しい安全措置を施した処刑方法をオクラホマ州が採用する原因となった。ロケットを処刑したときのオクラホマ州のプロトコルは、現在要求されている500ミリグラムでなく100ミリグラムのミダゾラムの投与を要求していた。彼の処刑当日の朝、ロケットは2度“ひじかけ椅子の曲がり角”で自らを傷つけた。処刑チームは当日の夕方、ほぼ1時間を費やして少なくとも12回ロケットの心臓血管組織に接着する彼の大腿部の静脈(intravenous)内に浸透しようとした。このチームは、ロケットの右大腿部の静脈に浸透したと信じた、そして執行時のロケットの尊厳を一部守るために注射の接触点をシートでカバーした。同チームがミダゾラムを投与し、そして内科医がロケットは無意識であると判断した後で同チームはバンクロニウム臭化カリと塩素カリウムを投与した。ロケットは動いて話し始めた。その時点で内科医はシートをめくり上げ、“静脈は浸潤していた(infiltrated)”——それは“ロケットの血流の中に入らず静脈のアクセス周辺の組織に漏れている”ことを意味した——と判断した。処刑チームは残りの塩化カリウムの投与を停止し、ミダゾラムが最初に投与されておよそ33分後に処刑を中止した。そしてそのおよそ10分後にロケットは死亡を宣告された。

ロケットの処刑に関する調査の結果、“静脈接点の生育可能性(viability of the IV access)が致死薬物注射投与の困難性に導く唯一最大の要素である”ことが判明した。5か月かかった調

査は、オクラホマ州の処刑プロトコルの若干の変更を勧告した。申立人を処刑するのにオクラホマ州が用いる方法は、ミダゾラム500ミリグラム投与後にバンクロニウムと臭化カリと塩化カリウムが投与される。プロトコルはまた後の2種の投薬によって引き起こされうる苦痛に対し死刑囚が無意識になることを確認する手続的保護装置を含む。これらの手続きは、(1)最初のまたはバックアップ時の静脈カテーテルの挿入(insertion)、(2)静脈部位の生育可能性(viability)の確認、(3)それが1時間以内に目視で確認できなければ執行を延期する、(4)第1と第2の薬物の投与の間に絶対的な間隔を置く、(5)犯罪者(死刑囚)の意識をモニターする多くの手続き、および(6)処刑チームの訓練等に関する詳細な規定を含む。本年(2016年)1月にオクラホマ州は、これらの改良された手続きおよびミダゾラム、麻痺剤、塩化カリウムの混合による方法を用いてウォーナを処刑した。

II A オクラホマ州が2014年11月にペントバルビタールからミダゾラムに切り換えた後でオクラホマ州の4人の死刑確定囚(death row inmates)は、同州の新しい致死薬物注射プロトコルを争い連邦裁判所に1983条訴訟を起こした。オクラホマ州のミダゾラムの使用は第8修正の残虐で異常な刑罰の禁止に違反するというのである。

これら申立人の4名——グロシップ、コール、グラントおよびウォーナ——は2014年11月に死刑の仮差止命令の申立てをした。グロシップは、彼の雇用者Tを殺害するためにSを雇った。Sは、Tが眠っている部屋に侵入し野球のバットで彼を殴り殺した。コールは、生後9か月の娘を泣きやまないと行って殺害した。コールは、娘の背骨が半分に折れるまで死体を裏庭に引きずって行った、そして子供が死んだ後ビデオゲームを楽しんだ。グラントは、130年間の拘禁刑を服役中に刑務所の食事配送主任Cをモップ入れに押し込んで何度もナイフで刺して殺害した。ウォーナは11か月の女の子を強姦(肛門性交)して殺害した。子供の傷には頭蓋骨折、内頸動

脈骨折、顎の骨折、引き裂かれた肝臓、打撲傷のある脾臓やすい臓が含まれていた。

オクラホマ州刑事控訴審は、殺人での有罪および死刑量刑を維持した。申立人は州の有罪判決確定後の救済と人身保護令状による救済を求めたが成功しなかった。彼らは、有罪および量刑を争う道をすべて使い果たした後でオクラホマ州の致死薬物処刑プロトコルに対する仮差止命令を申し立てた。

B 地方裁判所は証拠吟味後の2014年12月、仮差止命令に関する3日間の審理を開いた。同地裁はまず、17名の証人の証言および多くの展示物 (exhibits) を吟味した。麻酔専門医 (anesthesiologist) のL博士と薬学 (pharmacy) 博士のS医師は申立人側からミダゾラムに関する専門家証言を提供した。薬学博士のエヴァンズ医師は被申立人に有利な専門家証言を提供した。

地裁は、証拠を吟味した後で仮差止命令の申立てを退ける口頭による命令を発した。地裁は最初に、ドバート判決 (Daubert v. Merrell Dow Pharmaceutical Inc., 509 U.S.579) の下でエヴァンズ医師の証言を争う申立人の主張を退けた。そして地裁はAuburn大学薬学スクール部長 (Dean) であるエヴァンズ医師にはミダゾラムの特質について証言する十分な資格があり、かつ申立人は信頼できる証言を提供したと結論した。地裁は次いで、ミダゾラムの使用は第8修正に違反するという申立人の主張の本案 (merits) につきその可能性を立証 (establish) していないと判示した。そして地裁は、この結論に至る2つの理由を提示した。第1、オクラホマ州のプロトコルは“州が用いようとしている方法よりも実質的に苦痛のリスクの少ない既知で利用可能な処刑方法を申立人 (Xら) は明らかにしていない。第2、オクラホマ州のプロトコルは“客観的に耐えられない損傷のリスクに相当する‘重大な痛みおよび不必要な苦しみ’を確実にまたはおそらく (very likely) もたらすリスクを提示している”ことを明らかにしていないと認めた。オクラホマ州のプロトコルは、2つの静脈接点場所の確認、これらの場所の生育

可能性 (viability) の確認、および手続きを通じて死刑囚の意識の程度を含めた多くの安全装置を施しているとしたうえで、地裁は、ミダゾラムに関する事実を認定して支持した。ミダゾラム500ミリグラムは“いかなる個人であっても第2、第3の薬剤の利用から生じうる不快な刺激 (noxious stimuli) に抵抗するのに十分な無意識に陥ることをほぼ確実にする”と認め、500ミリグラムの服用だけで30分ないし1時間で呼吸停止による死をもたらすと認めたのである。

第10巡回区控訴裁判所はこれを維持した。ベイズ判決によれば、致死薬物注射プロトコルを争う原告にはそれによって生ずる激しい苦痛のリスクは既知で利用可能な代替物よりも大きい (substantial) ことを立証する必要があるにもかかわらず申立人はそのような代替物を明らかにしていないという地裁に同意した。そしてEvans医師の証言に依拠した地裁はその裁量権を濫用しなかったと認め、地裁のミダゾラムに関する事実に関する認定 (factual findings) は明らかに誤っていたとはいえないと結論した。

オクラホマ州は2015年1月15日にウォーナを処刑したが、合衆国最高裁は、その後に再吟味の主張を容れ、グロシップ、コール、およびグラントの処刑を本件事案が解決するまで延期した。

【多数意見】 Ⅲ “仮差止命令を求める原告は、それがなければ彼は回復不能の損傷を受ける可能性があり、かつそれが公益に適う (in the public interest) ことを立証しなければならない。”両当事者はこのことに同意している。

第14修正を介して州に適用される第8修正は、残虐で異常な刑罰を科すことを禁止している。ベイズ判決の支配的意見は、処刑方法の主張に関して成功するためには何を立証しなければならないかの概要を示した。ベイズ判決は、チオペンタールナトリウム、パンクロニウム、および塩化カリウムの3種類の致死薬物注射プロトコルに関してケンタッキー州の死刑囚によって争われた事件にかかわりがある。死刑囚は、こ

のプロトコルが適切に投与されると人道的で憲法に合致する処刑に至ることに同意する、けだしチオペンタールナトリウム注射で、第2、第3の薬剤によって生じうるいかなる苦痛も死刑囚は感じない (oblivious) 状態になるからである。しかし彼らは、チオペンタールナトリウムが適切に投与されないときには受け入れられないリスクがあると主張し、たとえケンタッキー州が致死薬物プロトコルを採用し、さらに訓練を受けた職員によってモニターされるプロトコルを採用したとしても、重大な損傷のリスクは除去できないと主張するのである。

ベイズ判決での支配的意見は、処刑方法が“確実またはほぼ確実に (sure or very likely) 重大な損傷および不必要な苦しみを与え差し迫った危険を生ずるリスクをもたらす”ことを最初に立証しない限り、死刑囚は処刑方法を争っても成功しないと結論した。支配的意見はまた、死刑囚は“ごく僅かの又は周辺部のより安全な代替物があることを立証するだけでは州の処刑を首尾よく争うことができない”と述べた。死刑囚はその代わりに、容易に実行可能で激しい苦痛のリスクを十分に除去できる代替物を明らかにしなければならないと述べたのである。すなわち“非難されている州の致死薬物注射プロトコルは立証済みの激しい苦痛のリスクを生ずることを死刑囚が確証しない限り、処刑の停止の申立てを容れることはできない。そして彼は既知で利用可能な代替物と比較するとそのリスクは重大 (substantial) であることを示さなければならない。”それ故、本件での死刑の仮差止命令に取り組む姿勢 (posture) に対し、オクラホマ州の致死薬注射プロトコルにはすでに立証された激しい苦痛のリスクを生ずる可能性があり、かつそのリスクは既知の利用可能な代替物と比べると重大であることの立証を申立人に要求することになる。

ベイズ判決での異議申立てが失敗したのは、ケンタッキー州の死刑囚が彼らのいうリスクは重大で差し迫っていることを立証しなかったからであり、かつ既知で利用可能な処刑方法の代替物の存在を立証しなかったからであった。本

件での申立人の主張も類似の理由で失敗している。第1、申立人は、ミダゾラムによって生ずる危険は既知で利用可能な処刑方法と比べて重大であることを立証しなかった。第2、ミダゾラムの使用は激しい苦痛を伴わないと認めたとき地裁は誤っていたことを立証するのに失敗していた。われわれは以下において、それぞれの理由付けを順次検討する。

Ⅳ われわれが地裁判断を維持する第1の理由は、利用可能で既知の代替物の処刑方法と比較するとき損傷のリスクはより大きいことの立証責任を申立人は果たしていないということに基づいている。申立人は、薬物プロトコルとしてのチオペンタールナトリウムを州は使用できたと主張し、ペントバルビタールをオクラホマ州が使用しても合憲であると主張していた。しかし、地裁は、チオペンタールナトリウムもペントバルビタールも今ではオクラホマ州矯正局にとって入手不能であると認めた。そして控訴裁判所はこの認定を維持したのである。それは明らかに誤りではないどころか入手する善意の努力にもかかわらずオクラホマ州は、これらの薬剤を入手できなかったことを記録は示している。

申立人は、この事実に関する認定をとくに争っていないし、オクラホマ州が今では入手できないこれらの薬剤に代えて利用できる薬剤を明らかにしなかった。他の利用可能で受け入れられる薬剤を用いなければ苦痛のリスクは非常に大きいことを彼らは示していない。その代わりに彼らは、よりリスクの小さい既知の利用可能な処刑方法を明らかにする必要はないと主張するのである。このような主張は、【6】ベイズ判決での支配的意見と明らかに矛盾する。

代替的な処刑方法を明らかにするという要求はベイズ判決以前の2006年のヒル判決 (Hill v. McDonough, 547 U.S. 573) に違反すると申立人らは主張するが、彼らは同判決を誤解している。ヒル判決での争点は、処刑方法に関する争いは1983条の下で提起されるかどうかであり、死刑の有効性とはかわりがないからである。他方、ベイズ判決は、第8修正の実体的要素である処刑方法の申立てに言及したうえ、第8修正は既

知で利用可能な代替的方法の主張立証を死刑囚に要求することを明らかにしている。申立人はこのようなベイズ判決の要求を立証していないのであるから、彼らは第8修正の要求に関する成功の可能性を立証しなかったと地裁は正しく判示したことになる。

死刑囚に代替物を明らかにすることを要求することに対する主要な反対意見（principal dissent's argument）と死刑は明らかに違憲（categorically unconstitutional）であるというブライア裁判官およびギンズバーグ裁判官によって今宣告された見解との間にどれほどの距離があるかを論者は自ら判断できる。主要な反対意見は、もし州が致死薬注射の利用以前に採用されていた処刑方法の1つを用いれば州は第8修正に違反するであろうということまで示唆している（goes out of its way to suggest）。そして主要な反対意見は、たとえ最高裁が（公開銃殺刑を違法とした）ウィルカーソン判決においてこの方法を合憲と判示しかつ“それは比較的迅速で苦痛がないと考える若干の理由がある”としても第8修正違反になる旨の示唆（suggestion）をしているのである。しかし、われわれは、死刑という刑罰はそれ自体違憲ではないと何度も再確認してきた。例えば、【6】ベイズ判決47頁、87－88頁、【4】グレッグ判決187頁（スチュアート、パウエル、およびスティヴンズ裁判官の共同意見）、同226頁（ホワイート同調意見）、【3】レスウェーバ（フランシス）判決464頁、【2】ケムラー判決447頁、【1】ウィルカーソン判決134－135頁を見よ。われわれはこれらの判決を実質的に変更することには応じられない（we decline to effectively overrule）。

V われわれはまた第2の理由で地方裁判所を支持する。ミダゾラムによる処刑中に人が苦痛を感じないとする高度の可能性（highly likely）があると認定したとき、地裁は明らかな誤りを犯していたとはいえない。われわれの分析の最初に4点を強調しておく。

第1、われわれは、地裁の事実に関する認定を従前から尊重されてきた（deferential）“明確な誤り（clear error）”の基準の下で吟味する。

この基準によれば“事件を異なって判断（differently）するであろうことをわれわれが確信したという理由だけで”原審認定を破棄する権限はわれわれにはない。

第2、この問題に関して申立人には説得責任（the burden of persuasion）がある。申立人はエヴァンズ医師の周辺部分の証言を攻撃することに努力しているが、それらは決定的なこと、すなわちミダゾラムの使用は不必要な苦しみをもたらすということをはほとんど立証していない。

第3、多くの裁判所は、3種類の薬剤プロトコルの最初の薬剤としてのミダゾラムを使用すれば麻痺薬剤および塩化カリウムの投与によって生じうる苦痛を死刑囚に感じさせないと結論している。多くの事実審裁判所が同一の結論に達し、かつ多くの控訴審がこれらの認定を支持している場合、われわれの吟味はこれらの認定をより以上に尊重する。

第4、致死薬物注射プロトコルに対する異議申立て（challenge）は、連邦裁判所の権限および管轄権の限界（boundaries）をテストする。もしそれが第8修正に違反するのであれば、われわれは致死薬物注射プロトコルを無効としなければならないけれども、連邦裁判所は専門的知識を越えた科学的論争に〔自ら〕かかわるべきではない、したがって、致死薬物注射プロトコルを争う死刑囚には法廷に提出された証拠に基づいて激しい苦痛のリスクがあることを立証する責任がある。

A 申立人は、主として2つの理由に基づいて地裁の認定を攻撃する。第1、たとえミダゾラムには十分に無意識と無感覚をもたらす効果があるとしても、それは余りにも弱いので第2、第3の薬剤が一旦投与されると無意識と無感覚を維持できないと主張する。第2、500ミリグラムのミダゾラムの投与は通常の治療方法よりはるかに高度であることを認めつつ、このような事実は本件には関連性がないと主張する。いずれの主張も成功していない。（以下、略）

VI 以上の理由で第10巡回区の判断は維持される。

【スカーリア裁判官の同調意見】（トマス裁判官

参加)

私は法廷意見に加わり、司法による死刑の廃止を求めるブライア裁判官の主張 (Justice Breyer's plea for Judicial abolition of the death penalty) に応えるために別途意見を書くことにする。

彼らが犯した犯罪に対して死刑を宣告された申立人——11か月の赤子を殴り殺し死刑に処せられた1人の申立人を含む——は、当裁判所の面前での彼らの量刑は第8修正の下で“残虐で異常”であるとしてその量刑を無効とするよう求めている。彼らはこの第8修正に依拠している、それが依拠できる唯一の規定であるからである。彼らは謀殺罪で州によって訴追された。彼らは弁護人を提供され彼らの同輩の陪審の面前で——2度、1度は彼らは有罪であるかを判断するために、そして1度は死刑が相当な量刑であるかを判断するために——審理された。彼らは1度は州裁判所で、1度は連邦裁判所で正しく有罪とされ刑を科せられた。彼らは上訴する権利を認められ有罪判決後の救済を求めることが認められた。そして今、彼らの有罪を攻撃できないことを知り彼らはわれわれに慈悲 (clemency) を求めているのである。当裁判所の声高な少数意見 (vocal minority) は、長い時を経た今になって、死刑は永久に廃止されなければならない (must be abolished for good) と主張する。その理由は明らかである、しかしアメリカの歴史において当裁判所が死刑は絶対に容認できない (categorically impermissible) と示唆したことは一度もないことを思い出して欲しい。

第5修正は“何人も、大陪審の告発または起訴によらなければ、死刑を科せられる罪その他の破廉恥罪について責を負わせることはない、……そして何人も法のデュー・プロセスによらずに、生命……を奪われることはない”と規定する。それにもかかわらず、ブライア裁判官は本日、このように長く続いたドラマにおいて死刑廃止論者 (abolitionists) の役割を果たし、憲法の文言および20世紀の歴史は彼のいう“当裁判所の20年の経験”に譲歩しなければならないと主張するのである。

第8修正は歴史的には、“恐怖 (terror)、苦痛、または恥辱”を加えるそのような刑罰だけを禁止すると理解されてきた。**【6】** ベイズ判決96頁 (トマス同調意見)。ブライア裁判官はこのような骨の折れる詳細な記述 (bother with this troubling detail) をすることよりも憲法の文言を曲解 (contort) することを選択する。“残虐”は“信用できない恣意的”または“過度の遅延”を意味し、“異常”は“使用の減少 (decline)”を意味すると再定義することによって、彼は意味ある法的議論に欠ける (devoid) 白書を提供しようとするのである。

たとえブライア裁判官の第8修正の再定義を受け入れるとしても、彼の主張は多くの内部矛盾に満ちており、回りくどくて分かりにくい (gobbledy-gook) といわなければならない。死刑は信頼できないから残虐であると彼はいう。しかし、信頼できないのは、有罪判決であって刑罰ではない。さらに、死刑事案での誤った有罪判決の危険をもたらすと彼が主張する“有罪を獲得することへの警察官、検察官、および陪審への圧力”は犯罪の遂行に続く刑罰ではなく事件の性質に由来する。ブライア裁判官は、“死刑犯罪で争点である犯罪は極めて凶悪な殺人であり、それ故、コミュニティの激しい圧力が伴う”ことは十分に認めている。死刑が争点である場合に被告人を放免 (exonerate) する可能性は裁判所または州知事の方が130倍も多いことはブライア裁判官も認める。死刑犯罪での有罪者は、死刑廃止を主張する団体 (abolition body) から無限の法的援助を受ける。

ブライア裁判官は次に、死刑は恣意的であるから残虐であるという。このことを立証するために彼は、余りにもひどすぎる (egregiousness) 殺人行為であるにもかかわらず死刑を言い渡された9事件と死刑を言い渡されなかった残りの196件を比較した205件の研究報告を指摘する。むろん道徳的判断は一定の厳格で迅速な基準になじまない (moral judgement susceptible of few hard-and-fast rules)。より重要なのは、犯罪のひどさは死刑を相当とするいくつかの要素——帰責性、更生の可能性、および抑止の必要性——

にも関連があることである。そのため当裁判所は、ひどすぎるという基準を形式的に適用するのではなく減軽事由を網羅的に検討 (individualized consideration) してきたのである。これらの判断が事案毎に異なりうるという事実は、英米刑事手続きの基礎 (cornerstone) である陪審裁判の不可避的結果である。

死刑は残虐であるというブライア裁判官の第3の理由は、遅延を伴うことによって (1) 囚人を長期にわたり死刑確定囚とする、そして (2) 死刑の行刑学上の正当性 (penological justifications) の土台が削り取られる (undermining) というのである。第1の理由はナンセンスである。パロールのない終身刑であっても死刑囚よりさらに長期であることもある。そして長期にわたり拘束される (confining environment) ことを理由に死刑に反対するのであれば、その解決策は死刑を廃止することによるのではなくそのような状況を修正すべきである。遅延により行刑上の理由の土台が削り取られるという主張に対しては、死刑の主たる代替物であるパロールの可能性のない終身刑を主張することもできなくなる。ブライア裁判官は、本件での原告の1人は彼を死刑囚とした当該殺人を犯したときすでに刑務所にいたことを忘れている。いずれにせよ、死刑と終身刑のどちらがより相当な報復であるかは司法の給与等級表 (pay grade) を越えている。私は、残虐な殺人によって子供の生命を奪われたその両親に終身刑は十分な刑罰であると語るつもりはない。

そしてブライア裁判官は最後に、死刑は“重要な”抑止効果があると思われないと推測する。そのように述べる統計的研究のあることは極めて確からしい。われわれ連邦裁判官は、しかし、大多数のアメリカ人と離れた世界で住んでいる。仕事を終えるとわれわれは、静かな郊外の家または入口に守衛のいる高層ビルに戻る。われわれは、多くのアメリカ人が日常生活で経験する暴力の脅威と直面することはない。

むろん、このような遅延は最高裁自身によるものである。ブライア裁判官が認めるように、160年以上にわたり死刑判決は平均して2年で言

い渡されてきた、しかし、2014年になると1件の死刑判決を言い渡すのに平均18年かかっている。ではこの間に何が起こったのか？ 第8修正の解釈の下で当裁判所によって示された“成熟社会の進歩を示す品位の発展的基準”を明らかにする権限が当裁判所に与えられたため死刑判決を制限する複雑な迷宮の急増 (the proliferation of labyrinthine restrictions) だけである。実際、過去20年にわたりブライア裁判官は、このパレードの行進指揮者 (Drum Major) であった。彼のシュールリアリズムを拡大して多くの州が死刑を廃止した——それは正確にはこれらの判決が課していたコストを理由とする——という事実を利用して、ブライア裁判官は、それは今では“異常”であるとしてわれわれに再び死刑の合憲性を検討することを要求する。トロップ判決とともに始まった第8修正の歴史的な理解を放棄して、われわれの判例は変更されるべきであると要求するのである。

ブライア裁判官の反対意見は、当裁判所には“品位の発展的基準”を認識できる能力があるとするトロップ判決の前提の生きている論破 (the living refutation) である。人々は再三再四、最も重大な犯罪に対する刑罰としての死刑を必要とすることに投票してきた。当裁判所は再三再四、そのような判断を支持してきた。当裁判所の声高な少数意見は、物事は“大きく変化した”と主張して人民の判断や品位の基準をそれ自身の基準に代えようと主張するのである。

死刑は、哲学者、神学者、および政治家が長年 (millennia) 取り組んできた道徳問題 (moral questions) を提示する。われわれの憲法の制定者 (Framers) はこの問題に関して激しく争った。そのような理由で彼らは、その他の争いある問題と同様の方法でそれらを処理した、すなわち彼らはそれを人民の判断に委ねたのである。ブライア裁判官はそのような判断を覆す権限を尊大にも (by arrogating) 彼自身に委ねているのである。

【トマス裁判官の同調意見】(スカーリア裁判官参加)

私は、法廷意見に同意するが、死刑の合憲性

を一般的に問題とするブライア裁判官の反対意見に應えるために別途意見を書くことにする。

【ブライア裁判官の反対意見】（ギンズバーグ裁判官参加）

私は、ソトマイヨール裁判官の反対意見で述べられている理由で当裁判所の判示に反対する。私は、しかし、より基本的な問題、すなわち死刑は憲法に違反するかの問題に関しその概要を十分に説明しておきたい。

第8修正は“残虐で異常な刑罰”を禁止している。当最高裁は、刑罰が過重（excessive）であるとの主張はジェフリイが血の巡回裁判（Bloody Assizes）を主宰した1685年において又は権利の章典が採用されたときに支配していた基準によって判断されるのではなく現在において支配的な基準によって判断されることを是認してきた。アトキンズ判決311頁（Atkins v. Virginia, 538 U.S. 304, 311）。実際、憲法はブラックストーンの時代に普通であった身の毛もよだつような（gruesome）種々の刑罰を禁止している。

当裁判所はほぼ40年前に、刑罰が恣意的ではなく信頼できる基準の下で適用されることを十分に確保する安全装置（safeguards）を含む制定法の下での死刑を是認した。【4】 グレック判決187頁（Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153, 187）（スチュアート、パウエル、およびスティヴンズ裁判官の共同意見）、プロフィット判決247頁（Proffitt v. Florida, 428 U.S. 242, 247）（スチュアート、パウエル、およびスティヴンズ裁判官の共同意見）、ジュレック判決268頁（Jurex v. Texas, 428 U.S. 262, 268）（スチュアート、パウエル、およびスティヴンズ裁判官の共同意見）を見よ。Cf. ウッドソン判決303頁（Woodson v. North Carolina, 428 U.S. 280, 303）（相対的多数意見）（絶対的死刑を破棄する）、ロバツ判決331頁（Roberts v. Louisiana, 428 U.S. 325, 331）（相対的多数意見）（類似）。死刑適用の状況および証拠はそれ以降急速に変化してきた。これらの変化に照らすと、この問題を再検討（reopen）する今がその時期であると私は信じ

るのである。

当裁判所は1976年において死刑の憲法上の弱点は治癒できると考えた。ところがほぼ40年間の研究、調査、および体験は、このような努力は失敗したことを強く示している。今日の死刑執行は以下の3つの欠点、すなわち、（1）重大な不信頼性、（2）適用の恣意性、および（3）死刑の行刑目的の基礎を危うくする無意識の遅延を強く示している。多分その結果として（4）合衆国内の多くの場所でその使用が断念されてきた。

過去40年間に生じた変化を強調しつつ、これらの各問題について述べておく。これらの変化と私自身の当裁判所での20年間の体験をあわせ考えると、死刑それ自体（in and of itself）が今では法的に禁止されている“残虐で異常な刑罰”に相当するという考えに私を導くのである。

I “残虐”——信頼性の欠如

当裁判所は、死の終局性（finality）は死刑とそれ以外の刑罰（刑務所での終身刑を含む）との“質的相違（qualitative difference）”を明らかにしてきた。ウッドソン判決305頁（相対的多数意見）。この“質的相違”によって特定の事案で死刑が相当な刑罰であるかを判断する際に信頼性の必要に対応する相違を生じる。Ibid. しかし死刑は今では、必要な信頼性を欠いたまま適用されているという証拠が増えつつある。Cf. Kansas v. Marsh, 548 U.S. 163, 207-211（スータ反対意見）（DNAによる冤罪（exonerations）の立証は死刑の合憲性を検討するとき“新しい事実の一部（a new body of fact）”を構成する）。

けれど1つには、かなり昔に発生した犯罪に対する処刑を取り巻く事情を調査する困難にもかかわらず、研究者は、過去30年の間に無実の人たちが処刑されたという確信できる証拠を発見した。例えば、L.A.タイムズ、June 1, 2012, p.A.19（4年間の調査の結果、テキサスのコンビニで独身の母親を刺殺したとして1989年に処刑されたCarlos DeLunaは無実であったと結論するに至ったと述べている）。またNew Yorker, Sep. 7, 2009, p.42（動機なき殺人で自分の子供を殺したとして2014年に処刑されたCameron

Willinghamはその後に無効とされた彼の3人の子供を殺害したとされる家の火災現場の科学的分析の結果であると述べている）等を見よ。

また1つには、死刑が誤って言い渡された（それが処刑されたかどうかにかかわらず）という証拠が目立っている（striking）からである。当裁判所は2002年の時点で、個人が死刑を言い渡された後に冤罪（exonerated）であることが判明した事例の数を記すことに“当惑している（disturbing）”という言葉を用いた。その当時、死刑事案（capital cases）でおよそ60件の冤罪があった。アトキンズ判決320頁注25。昨年（2014年）には6人の死刑確定囚が実際は無実（actual innocence）であったことを理由に放免（exonerated）された。冤罪が判明したとき彼らは全員、30年以上（1人は40年以上）服役していた。

昨年に無罪放免（exonerated）された3人の男の物語は典型例（illustrative）である。強姦および殺人で死刑を言い渡されたHenry McCollumはDNA鑑定でそのような罪を犯していないことが判明した。NYタイムズ、Sep. 3, 2014, p. A1。先の開廷期に当裁判所は、殺人で有罪とされたAnthony Hintonに対し州裁判所でさらに審理を受けることを命じた、彼に不利に用いられた科学的証拠に欠陥があったことを理由に、彼は本年、無罪釈放された。Hinton v. Alabama, 571 U.S. — (2014) (per curiam). NYタイムズ、Apr. 4, 2014, p. A11。そしてやはり殺人罪で有罪とされたGlenn Fordが無罪釈放されたとき検察官は、本件が審理された時点でもGlenn Fordの無実を晴らす証拠があったことを認め謝罪した。これら3名は無罪釈放されるまで死刑確定囚として30年間も服役していた。これらの具体例については後に改めて触れる。

さらに無罪釈放（exonerations）は、通常、非死刑犯罪での有罪よりも死刑犯罪で有罪が問題となっている場合により多く発生している。死刑量刑が争点である場合に被告人が無罪放免されるのは130倍も多いと指摘する研究者もいる。非死刑事件での殺人よりも死刑適用殺人の場合には9倍も無罪放免されるという。

ではなぜそうなるのか？それはある程度、死刑事件を支配する法はより複雑であることによる。しかし、ある程度、裁判所は死刑事件ではより綿密に吟味することをも反映しているに違いない。しかし、それはある程度、当初の有罪判決の可能性が高いことをも反映している。ではどうしてそうなるか？このことを調べた研究者によると、死刑事件で問題となる犯罪は典型的な恐ろしい殺人（horrendous murders）であり、それ故、警察、検察官、および陪審への有罪を獲得するためへのコミュニティの激しい圧力がかかることによる。この圧力は悪い人間を有罪とする可能性もまた高める。それ以外の共通の要因として、虚偽自白、目撃証人の誤り、刑務所での真実ではない情報提供者、および効果的でない弁護人の存在が指摘されている。

例えば、先に指摘した無実である可能性が高いにもかかわらず処刑されたCameron Willinghamの事件でテキサス州法曹協会（the State Bar）は最近、主任検事の行動に対し正式の違法行為（formal misconduct）の告発をした。そしてGlenn Fordの事件で検察官は、Fordの誤った有罪判決には一部その責任が自分にあることを認めた。Fordの有罪の際に“勝利を獲得することほどには正義（justice）に関心がなかったことを認めて公に謝罪したのである。

他の要素も一定の役割を果たしている。その1つに死刑判決関与の陪審員の資格（death qualification）の問題がある。死刑を科すのを望まない人は、死刑事件での陪審員にはなれない。他の要因はより一般的な欠陥ある科学的（法医学的）証言である。欠陥ある毛髪分析が35件の死刑適用事件の33件で用いられた。そしてこの33件のうち9件ですでに本人は処刑されたことをFBIは認めた。

これらの要素およびその他の要素に照らし、研究者は、「これらの死刑を言い渡された人のおよそ4パーセントは実際には無実であった」と推測している。

最後に、もし“冤罪（exoneration）”の定義を拡大して（われわれは誤りを被告人が実際に無実であることを示す誤判に限定している）裁

判所が法律上要求されている手続きに従っていない“誤った”事例に拡大すればその数ははね上がる (soar) ことになる。

40年前とは異なり、われわれは今ではかつて有していた証拠よりも (多分DNA証拠に基づいて) 信用できない説得力ある証拠を有している。要するに、今日では実際は無罪であるかもしれない個人に死刑を言い渡していることを示す研究に基づいた十分な証拠がある。

Ⅱ “残虐”——恣意性

恣意的に刑罰を科すのは法の支配の反対命題 (antithesis of the rule of law) である。そのような理由で (ファーマン判決およびグレッグ判決において決定的投票を投じた) スチュアート裁判官は、1972年に執行された死刑は違憲であると認めた、すなわち

“これらの死刑判決は雷に打たれることが残虐で以上であるのと同様に残虐で異常である、というのは死刑を科せられうる犯罪で有罪とされたこれらの人々の多くは死刑が実際に科せられた一握りのでたために (random) 選択された者の中にいたからである。” (ファーマン判決309-310頁) (同調意見)。

1976年に死刑が復活したとき当裁判所は、もし死刑が“恣意的で気紛れな方法で”科せられたのであれば、それは違憲となることを認めた。

【4】グレッグ判決188頁 (スチュアート、パウエル、およびスティヴンズ裁判官の共同意見)。当裁判所は、スータ裁判官が *Kansas v. Marsh*, 548 U.S. 163, at 206の (反対意見) で“極悪人中の極悪人 (the worst of the worst)”と呼んだ人間にその利用を限定することによって死刑の適用を恣意的にしないよう求めてきた。ロバ判決 (*Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 568 (2005)) ; ケネディ判決 (*Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407, 420 (2008)) (ロバ判決を引用する) をも見よ。

死刑判決のより公正な執行を希望するグレッグ判決裁判所の希望にもかかわらず、死刑は恣意的に科せられていることをその後の40年間の経験は次第に明らかにしている。

死刑判決の研究はすべて、このような結論を裏付けている。例えば、多くの研究は、黒人その他のマイノリティ犠牲者の場合と異なり、白人の犠牲者を殺害したとして起訴された者は死刑判決を受けるのが多いことを示している。

地理もまた、誰が死刑を言い渡されるかの判断に重要な役割を果たしている。それは若干の州は死刑を認めており他の州はそうではないという理由によるのではない。死刑肯定州においても、死刑を科すのは被告人が審理される郡 (county) に大きく依存している。このように郡毎に相違があるのはなぜか? ある研究によれば、この相違は判断機関 (decision-making authority)、法律上の裁量、そして最終的には地方検事の権限を反映している。そして他の研究によれば、弁護人の利用可能性 (またはその欠如) が地理的相違の原因であり、さらに郡内での人種構成とその分布状態 (distribution) が重要な役割を果たしているという。

最後に、選挙に立候補しなくてはならない裁判官への圧力を含む、政治的圧力が地域差を生むという研究もある。 *Woodward v. Alabama*, 571 U.S. — (2013) (ソトマイヨール上告受理否定反対意見)、 *Harris v. Alabama*, 513 U.S. 504, 519 (1995) (スティヴンズ同反対意見) を見よ。

それ故、人種、ジェンダー、地方の地理、および人的資源のような関連性のない要素が死刑判決を受けるかどうか重要な役割を果たしており、残虐性 (egregiousness) のような判断が相当であるかに限定せずに死刑が恣意的に科せられていることを調査結果は強く示しているのである。

当裁判所は40年前に、死刑の恣意的適用を大きく制限する方法で第8修正を解釈できると信じた。【4】グレッグ判決195頁を見よ。しかし、もはやそのようなことはできないと思われる。さらに不幸なことだが、人種およびジェンダーによるバイアスは意識的であると無意識であると問わず深くコミュニティに浸透しているバイアスの反映である。これらは法的関連性がないにもかかわらず陪審の減輕証拠の評価にも影響しうるのである。

これらの事例によって示された問題は、私が先に言及した調査研究によって明らかにされた問題と同様、スチュアート、パウエルその他の裁判官によって数十年にわたり提示されていたのと同じの問題である。死刑判決は気紛れに、でたらめに、そして現に恣意的に科せられている。死刑判決を受ける被告人の観点からすると“死刑判決はまさに雷に打たれる”のに相当する。ではわれわれは、どのようにして死刑判決を法の支配に基づくことを要求する憲法の命令に調和させることができるのか？。

Ⅲ “残虐”—— 過度の遅延 (excessive delays)

信頼性および不公正の問題は、ほとんど不可避免的に、第3の独立した憲法問題に導く、すなわち個人（囚人）は死刑判決の下で生きているが、死刑囚として時間を過度に過ごすという問題である。すなわち、遅延は一部、憲法自身の要求によって生じている問題である。死刑適用事件での特別の信頼性と公正に照らし、第8修正は死刑という刑罰は“特に強力に”適用されなければならない。ロバツ判決568頁。もっとも厳しい制裁に直面する者には憲法が彼らの執行を禁止していることを示す公正な機会が与えられなければならない。Hall v. Florida, 572 U.S. — (2014). それと同時に、“被告人の生命がかかっているとき”憲法はあらゆる安全装置 (safeguards) が“順守”されることを要求している。【4】 グレグ判決187頁（スチュアート、パウエル、およびスティヴンズ裁判官の共同意見）、【5】 ファーマン判決306頁（スチュアート同調意見）（死は“程度ではなく種類において他のすべての刑事罰とは異なる。”）；ウッドソン判決305頁（死はその終局性において終身刑とも異なる。）

これらの手続的必要性を実行するには時間がかかる。そしてわれわれが公正と信頼性を確保する手続的要求を放棄しない限り、われわれは死刑事件で次第に増えている長期の遅延の問題に直面する。これらの法的問題は説明すれば有用であるけれども、それらは遅延自体によって生ずる害 (harms) を減輕することはできない。

A 最初に統計を検討してみよう。2014年に

は35人が処刑された。これらの処刑は、裁判所が最初に死刑を宣告した後平均してほぼ18年後（17年7月）に実行された。若干の死刑存置州では、平均的遅延はもっと長い。例えば、昨年の口頭弁論でフロリダ州（訴追側）は、フロリダで最後に処刑された10人は死刑確定から処刑されるまで平均25年かかったことを認めた。平均的遅延は次第に劇的に増加してきた。1960年には判決と処刑との平均の間隔は2年だった。10年前（2004年）には11年だった。昨年になるとその平均的間隔はおよそ18年に増加した。3000人の死刑確定囚のおよそ半分は15年以上服役している、そして現在の処刑率が続くと、3000件の死刑判決を実行するためには75年以上かかることになる。それ故、平均的な死刑確定囚は、処刑される前にさらに37.5年かかることになる。この傾向が逆転すると考える理由を見つけないことはできない。

B このような長期の遅延は2つの特別な憲法上の困難を生み出す。第1、長期の遅延それ自体 (in and of itself) がとくに残虐である、“死刑確定囚をとりわけ厳しい非人道的な拘禁状態にさらす”からである。Gomez v. Fierro, 519 U.S. 918 (1996)（スティヴンズ反対意見）（処刑の過度の遅延は第8修正によって禁止されている残虐で異常な刑罰に相当する）等を見よ。第2、長期の遅延は死刑の行刑上の正当化理由の基礎を危うくする。

1 最初の憲法上の難点に目を向けると、ほとんどすべての死刑存置州はこれら死刑確定囚を1日に22時間以上1人に行っている、そしてそのような長期の独居拘禁は多くの有害な損傷を生み出すことは十分に証明されている。独居拘禁の非人間的効果は、執行がいつ現に行われるかに関する不確実性によって高められる。さらに拘禁の消極的効果と不確実性のため、多くの死刑確定囚が処刑を任意に希望したり上訴権を放棄するのも驚くことではない。

2 長期の遅延から生ずる第2の憲法上の難点は、このような遅延は死刑の行刑上の正当化理由の土台を多分永久に危うくすることである。死刑の正当化理由は、どのような刑にとつ

てもそうであるが、古典的には社会の抑止、無力化、応報、または社会復帰 (deterrence, incapacitation, retribution, or rehabilitation) を確保する必要性に依拠している。死刑には、その定義上、社会復帰はない。もちろん死刑は犯人を確かに無力化する。しかし死刑の主要な代替物——すなわちパロールのない刑務所での終身刑——も犯人を無力化する。Ring v. Arizona, 536 U.S. 584, 615 (2002) (ブライア同調意見) を見よ。

それ故、当裁判所が是認したように、死刑の行刑学上の正当化理由は、専ら、その抑止効およびコミュニティの応報への関心を満たしているという考えに基づいている。例えば、【4】グレッグ判決183頁 (スチュアート、パウエル、およびスティヴンズ裁判官同調意見) を見よ。

ある命題を裏付ける証拠の欠如はその反対を証明することにはならないことを私は是認する。しかし、死刑を宣告された人のごく少数者だけが実際に処刑されている。そしてこのような処刑は、平均して、死刑確定のほぼ20年後に行なわれている。とすると、死刑にはそれでも主要な抑止効があるのであろうか？いずれにせよ、現在行われている死刑制度にどのような応報の利益があるにせよ、その利益はパロールのない終身刑によってもほぼ同様に満たしうると考えられる。

最後に処刑の遅延という事実は、憲法制定者が第8修正を書いたときに死刑は普通 (prevalent) であったということでそれを正当化しようとする努力を侵食する (undermined)。制定者が憲法を書いたとき20年ないし30年の遅延はなかった。処刑は判決言い渡し後にほどなく行われた。後に述べる理由でわれわれは、建国時代の迅速な処刑に戻ることはできないのである。

3 つまるところ、長期の遅延は死刑の残虐性を高め、そしてその判例としての正当化理由 (jurisprudential rationale) の基礎を侵食する。そして当裁判所もかつて “もし死刑が抑止効または応報という目的を果たさないのであれば、無目的で不必要な苦痛を与え、それ故、憲法に反する刑罰に外ならない” と述べていたのであ

る。アトキンズ判決319頁。

C (略)

IV “異常” ——死刑利用の減少

第8修正は残虐で異常な刑罰を禁止する。昨年 (2014年) には7州だけが処刑を実行した。さらに重要なのは、この過去20年において、死刑を科してそれを実行するのが次第に異常 (unusual) になっていることである。私は、いくつかの方法で死刑の利用での著しい減少を明らかにできる。

適切な出発点は、1970年代から現在に至るまでのアメリカ全国での死刑判決数の曲線への関心 (concerns) である。1977年——各州が最高裁の明示後に従前の制定法を修正して死刑を再開できることを明らかにした年——には137人が死刑を言い渡された。ファーマン判決の要求に応じて各州が死刑法を見直した後で死刑判決の言い渡しは増えた。1980年と1999年の間に平均して286人が死刑を言い渡された。しかし、およそ15年前にその後は減り始めた。そしてそれ以降急速に下降した。昨年には73人が死刑を言い渡された。

この傾向は過去15年における主要な傾向であるが、年間の処刑数に関しても同じである。1999年には98人が処刑された。その数は昨年わずか35人だった。

次に州レベルの資料を検討できる。刑罰の執行が合憲であるかを判断するとき “異常” であるかに言及し、当裁判所はアトキンズ判決313–316頁やロバ判決564–566頁において州の数に目を向けた。この点に関して積極的 (active) な死刑存置州の数は劇的に減少している。当裁判所がファーマン判決を言い渡した1972年には41州で死刑は合法で9州がそれを廃止していた。現時点では19州が (コロンビア地区とともに) 死刑を廃止している。若干の州は将来的に (prospectively) 廃止したにとどまるが、法律上は死刑を維持している11州においても処刑は8年以上行われていない。

したがって30州は、死刑を正式に廃止したか又は8年以上処刑していないことになる。過去8年に少なくとも1回処刑を実行した20州の中で9

州はその間に5回以上処刑をしていない。このことは残りの11の州は死刑を“異常”としていないと言ってよい、そしてこれらの州の中の3州（テキサス、ミズーリ、およびフロリダ）が全米の処刑の80%を占めている。

人口の数でいうと、少なくとも3年間で時々1回処刑する州に住んでいるアメリカ人の数はと聞かれると、その答えは20年前には80%ないし70%であったが今日その数は33%である。

要するに、もしわれわれが州に目を向けると、60%以上の州で事実上死刑はない、そして人口数で考えると国民の66%は過去3年間死刑がなく事実上死刑のない地域に住んでいる、そしてわれわれが郡に目を向けると、その86%で事実上死刑がない。アメリカを全体としてみると、今では合衆国での死刑は異常であるというのが公平と思われる（seems far to say）。

さらにわれわれはかつて、“これら州の数の多さではなく変化の方向の一貫性（consistency of the direction of change）であると述べたことがある。” ロバ判決566頁（アトキンズ判決を引用する）。このように見てくると死刑は異常となっている。

さらに変化の方向は過去20年において一貫している。死刑のない州が死刑を復活する法を制定したことはない。このような状況はおそらく、アメリカ人の多くは死刑とパロールのない終身刑のどちらを選ぶかを尋ねられると、今では後者を選ぶという事実を反映している。

私は、死刑は憲法上“異常”であるとの主張を正当化する状況の変化を示す際に外国での出来事ではなく主として国内の出来事に依拠している。しかし、私は、多くの国——実際、国連の193加盟国の中で95国——が死刑を正式に廃止しており、さらに42国が実際上（in practice）これを廃止していることを指摘しておく。10人以上の死刑囚を処刑した国は8か国（合衆国、中国、イラン、イラク、サウジアラビア、ソマリア、スーダン、イエーメン）であり、死刑のほぼ80%はイラン、イラク、サウジアラビア、の3国に集中しているのである。

V 私は、死刑は合憲であるとの反対論のある

ことは知っている。われわれは裁判所である。われわれはなぜ問題を立法府を介して民主的に行動する人民にその問題を委ねるべきでないのか？ 憲法は極めて重要な判断を民主的に行う国を予想している。死刑を廃止した多くの国は、司法判断ではなく立法府を介してそのようにしてきた。

その答えは、すでに論じた事柄である、信頼性の欠如、重大かつ取り返すことができない刑罰の恣意的適用、長期の遅延により苦しんでいる個人、および行刑目的の欠如のような事柄は本質的に司法問題である。それらは個人に重大な刑罰を科すこと——実際、不正で残虐、そして異常な刑罰——にかかわりがある。当裁判所は1972年に、ある意味で、死刑を科すことが公正および信頼性の促進を連邦と州議会に委ねたことを私は是認する。立法府はこれに応じた。しかし過去40年間に、これらの対応が機能しなかったことを示すかなりの証拠が集められた。

それ故、司法上の責任がわれわれに委ねられている。第8修正は関連法を明らかにしており、われわれはその法を解釈しなければならない。Marbury v. Madison, 1 Cranch 137, 177 (1803)を見よ。

私は、この意見で詳論した理由で死刑という刑罰は第8修正に違反する可能性がきわめて高い（highly likely）と信じている。少なくとも当裁判所はこの基本的問題について全面的に検討すべきである。

【ソトマイヨール裁判官の反対意見】（ギンズバーグ、ブライア、ケイガン裁判官参加）

オクラホマ州の死刑確定囚（death row）である3人の申立人は、同州の致死薬物注射プロトコル（lethal injection protocol）の合憲性を争っている。同州は、ミダゾラム、パンクロニウム臭化カリ、塩化カリウムの3種の薬物を用いて申立人を処刑する予定である。後者の2つの薬物は、囚人（inmate）を麻痺させその心臓を停止させることを意図している。しかし、それらは燃焼（burning）と焼けつくような痛み（seaving pain）を伴う。それ故、最初の薬物ミ

ダゾラムが想定通り囚人を無意識に維持し続けるかが決定的となる。申立人は、ミダゾラムはそのような機能を果たすことが期待できないと主張し、彼らは、州によるこの薬物の予定通りの使用は重大で憲法上容認できないリスクを示す十分な証拠を提出した。

当裁判所はそれにもかかわらず、ミダゾラムの不十分性を立証しつつ少なくとも執行停止を認めるべきであるとの申立人の主張を退ける。当裁判所は、2つの方法でこの結論に達する、すなわち第1、科学的な裏付けがなく受け入れられない唯一の専門家証人の証言を信用できるとする地裁裁判所の見解に従うことにより、そして第2、彼らの処刑のための代替手段の利用可能性の立証（ミダゾラム以外に相当な薬物のあること）を十分に果たしていないと非難することにより、このような結論に達したのである。いずれの理由についても当裁判所は誤っている。その結果、最高裁は、申立人を化学的に火あぶりに相当するといえる処刑（leaves petitioners to what may well be the chemical equivalent of being burned at the stake）にさらしたことになる。

I A 【7】 バイズ判決において“チオペンタールナトリウムの相当の投与”がなければ、パンクロニウムの投与による耐えがたい窒息および塩化カリウムの投与による苦痛のリスクという憲法上容認できない重大なリスクがあることに争いはなかった。同判決での申立人は、ケンタッキー州の処刑方法が意図通り行われておればチオペンタールナトリウムの適切な投与によって囚人が第2、第3の薬物の投与から生ずる有意味なリスクを消滅できるので“人道的な死に至らしめること”に同意していた。このような前提の下で当裁判所は、3種類の薬物を使用する州の手続きは激しい苦痛に関し“客観的に耐えられないリスク”はないと結論したのである。

B 長年にわたりオクラホマ州はバイズ判決で問題になったのと同じ3種類の薬物を用いて処刑を実行してきた。しかし、バイズ判決後にチオペンタールナトリウムの主要な製造元が

処刑でそれを用いることを拒否したためオクラホマ州は、他の鎮静剤であるペントバルビタールに代えることにした、しかし、2014年3月に予定していた2人の処刑の少し前にこの薬物が入手できなくなったので、他の麻酔薬を探し出し処刑を実行する計画を立てた。1週間も経ないうちにオクラホマ州の矯正局と州法務官事務所（Attorney Generals' office）の職員グループはペントバルビタールの代わりとして麻酔薬ミダゾラムを選んだ。

その後間もなく、オクラホマ州はロケットの処刑時に初めてミダゾラムを使用したところ、この処刑はスムーズに行われなかった。ロケットの鼠径部（groin area）に静脈（intravenous）ラインが設置されミダゾラム100ミリグラムが投与されたその10分後に立会いの医師がロケットは無意識であると告げた。しかし、パンクロニウム臭化カリと塩化カリウムが投与されたときロケットは目を覚ました。そして何人かの証人によると、“何かおかしい、薬が効いていない”等言いながら縛られたままでのたうち回ったという。州職員はブラインドを下ろすことを命じて執行を停止した。しかし、10分後——処刑が始まってからおよそ40分後——にロケットは死を宣告された。

州は、その後の処刑をすべて中止して5か月後に調査報告書を公表し静脈ライン部分（the IV line）に欠陥のあったことを明らかにした。静脈ラインの欠陥のためロケットの静脈に致死薬剤が十分に注入（deliver）されていなかったというのである。しかし、解剖（検死）の結果、ロケットの血液の濃度は平均人を無意識とするのに十分以上であったことが明らかとなった。

この報告を受けてオクラホマ州は、今までの致死薬注射プロトコルを一部変更した。新しいプロトコルは、執行チームのメンバーが静脈ラインを適切に挿入し囚人が無意識になることを見届けるなど各種手続的保障を含んでいる。しかし、このプロトコルは、ミダゾラムの量を100ミリグラムから500ミリグラムに増やしているけれども従前と同一の3種の薬物を用いることを認めており今後のすべての処刑においてこ

の3種の薬物の組合せを用いる予定であることを明らかにしていた。

C オクラホマ州の死刑確定受刑者は2014年1月、同州の処刑方法の合憲性を争い被上告人に対し1983条訴訟 (a 42 U.S.C. § 1983 suit) を起こした。一部変更のプロトコルを州が公表した後で処刑が迫っていた4人の受刑者——ウォーナ、グロシップ、グラント、およびコール——は、死刑の仮差止命令 (preliminary injunction) の申立てをした、彼らは、とりわけ処刑時のミダゾラムの使用はチオペンタールナトリウムやベントバルビタールとは異なり、“残りの2つの薬剤のいずれかの注入後に信頼できる無意識の状態を引き起こすことはできない”と主張したのである。

地裁は3日間の証拠審理を開いた、そして申立人は2人の専門家医師すなわちLとSの証言に依拠した。他方、州はエヴァンズの証言に依拠した。

専門家証言は大部分重なっていた。3人の専門家は、ミダゾラムは人を無意識にするために用いることはできるとしたが、連邦食料医薬品局 (FDA) によって使用を是認されていないこと、そして“外科手術において無感覚 (anesthesia) を引き起こしそれを維持する唯一の薬品”として用いられていないことに同意した。この3人は全員、ミダゾラムのいわゆる限定効果 (ceiling effect) ——薬物の量を増やしても一定以上の効果はないことを意味する——に同意していた。

専門家の意見は、しかし、この限定効果がどのように機能するのか、そして第2、第3の致死薬物注射が行われたときミダゾラムは死刑囚の無意識を維持しているかに関し異なっていた。重要なのは、L博士の見解によると、ミダゾラムによる無意識は“小さな処置 (minor procedures) に対しては”十分であるが、致死薬注射プロトコルの第2、第3の薬物の投与に伴う極度の苦痛を含む、極度の不快な刺激 (more noxious stimuli) に直面すると人により無感覚や不動 (insensate and immobile) を維持することができないという。S博士も同一の理由で同

一の結論を下している。これらの見解の裏付けとして、両者はいずれも種々の証拠を引用した。L博士は、とりわけミダゾラム等を用いて行われたアリゾナ州での2004年のウッドの処刑を強調した。ミダゾラム750ミリグラムを投与したにもかかわらずウッドは、ほぼ2時間も呼吸をして動き続けたという。L博士によると、これは極度に深い無意識中に生じたことであるというのである。S博士も研究論文を別途引用し、同様のことを指摘していた。

ところが、州側の専門家証人であるエヴァンズ博士は、ミダゾラム500ミリグラムの投与で“残りの処刑執行手続中に囚人を無意識、無感覚にする”と主張した。エヴァンズ博士は、しかし、その見解の裏付けとなる学術論文を引用せず主としてウェブサイトの2つの記事——いずれも専門家の同意があるとする一般的な情報を含むにすぎない——に依拠していた。

D 地方裁判所は、申立人の死刑の仮差止命令の主張を退けオクラホマ州の処刑プロトコルで用いられているミダゾラムの性格に関する一連の事実に関する認定をして“エヴァンズ博士の証言は説得的である”と結論した。第10巡回区控訴裁判所は、地裁と同様、申立人は“既知で代替可能な”証拠の存在を立証しなかったので地裁の事実に関する認定が明らかに誤りであると結論することはできない、それ故、申立人はミダゾラムの使用により激しい苦痛のリスクを生ずることを立証できなかったと結論したのである。

最高裁は死刑の執行停止の申立てを退け、ウォーナは2015年1月15日に処刑された。最高裁はその後、上告受理の申立てを容れ、そして州の要請を受けて係争中の申立人の処刑を停止した。

II 当裁判所の2つの判示の第2から始める、すなわちオクラホマ州の処刑プロトコルは憲法に反する苦痛を与えるという立証責任を申立人は果していなかったという地裁の判断は相当であったかである。最高裁は、地裁と同様、500ミリグラムのミダゾラムは脳を麻痺させるという全く裏付けのないエヴァンズ博士の主張に慰め (comfort) を見い出している。そのように判示

する際に最高裁は、客観的に容認できない激しい苦痛のリスクを無視しているのである。

A まず最初に、エヴァンズ博士はミダゾラムの特性に関する彼の意見を裏付ける科学的文献を明らかにしていない。エヴァンズ博士の証言がウェブサイトに基づいているのは明らかである。要するにエヴァンズ博士の結論は、第三者の研究成果による裏付けが欠いており、ミダゾラムの性質に関する科学的理解と全く相容れない基本的な誤りに立脚しているのである。

B さらに、多分より重要なのは、苦痛のリスクは大きいと考えられる十分な理由を本件記録は提供していることである。より大きな処置 (procedures) に関するコンセンサスも明らかである。ミダゾラムはFDAで承認されていない、そして無意識を維持し続ける唯一の薬物として用いられていない。これらの結論のさらなる裏付け証拠を希望するのであれば、それはロケットとウッドの処刑によって提供されていた。ロケットは第2、第3の薬物の投与時に十分に麻酔がかかっていなかった。しかし、地裁の認定によれば、“平均人を無意識にするに足る以上のミダゾラムを投与されていたのである。ウッドの処刑はその証拠価値 (probative) がある。750ミリグラム以上のミダゾラムの投与にもかかわらずウッドはほぼ2時間も息を弾ませ (grasped and snorted) ていたのであり、この反応は、L博士によると、ウッドには十分麻酔がかかっていないことを示していた。

最後に、これら薬物の投与のための州の手続的安全装置もミダゾラムが何ら機能しない実質的リスクを軽減するものではない。職員が静脈ラインの場所を適切に確保する保障はそれが化学的に有しない効果を保障するものではないし、死刑囚の意識をモニターすることで第2、第3の薬物の投与中になお囚人が無意識であることを予知することにはならない。問題は、ロケットの処刑が生々しく示しているように、第2、第3の薬物の注入によってもたらされた苦痛と呼吸困難 (respiratory distress) により無意識の死刑囚が目を覚ましうることである。たとえ囚人に意識があるかどうかの判断が可能であ

るとしても、それは余りに遅すぎる。

Ⅲ ミダゾラム剤の使用は客観的に耐えられない激しい苦痛のリスクを伴わないという最高裁の判断は、事実として誤っていた。州が彼らを殺害するのに利用できる代替手段を申立人は明らかにしていないので申立人の異議申立ては認められないという最高裁の結論も、法的に弁護の余地がない。

A 当裁判所は1879年の【1】ウィルカーソン判決において初めてある種の処刑方法は絶対的に限界を越えている (categorically off-limits) ことを認めた。ウィルカーソン判決は特定の処刑方法——銃殺刑——を是認したけれども、“生きたままの火あぶり” その他それと同一線上にある不必要で残虐な拷問は第8修正によって禁止されていることを認めたのである。11年後に初めて提示された電気椅子による処刑への異議申立てを退けた際に当裁判所は、火刑台での火炙りや車裂きのような明らかに残虐で異常な刑罰は禁止されると再び繰り返しつつそのような刑罰が憲法の禁止に該当するかを判断するのは裁判所の義務であると述べた。ケムラー判決466頁。それ以降1世紀もの間に当裁判所のメンバーは、度々、第8修正の残虐で異常な刑罰の及ぶ範囲について議論してきた。【5】ファーマン判決等を見よ。

B しかし当裁判所は本日、この絶対的禁止を条件的禁止 (a conditional one) に代えようとする。耐えられない苦痛である処刑方法であっても——たとえ、生きたままの火刑に相当するものであっても——“もし既知で利用可能な” 処刑方法があるのであれば、その限りににおいてのみそれは合憲であると判示しているのである。

C 新しく発見されたルールを支持するためにバイズ判決を再構築 (reengineering) する際に最高裁は、欠陥あるスローガンに依拠しているのは明らかである。もし死刑が合憲であるのであれば、最高裁の理由付けによるとそれを執行する方法がなければならない。それ故、利用できる何らかの執行方法も合憲でなければならないというのである。しかし、たとえ死刑は抽

象的には品位の発展的基準に合致していることを受け入れるとしても、そのような当裁判所の結論のようにはならない。【6】 ベイズ判決47頁（若干の苦痛のリスクはいかなる処刑方法にも内在するから、実際に苦痛のリスクのすべての回避を要求していないのは明らかである。）しかし、“野蛮”であり、又は“拷問または死を長引かせる”刑罰は、それが州にとって唯一の利用可能なものであるという理由だけで正当化されることにはならない。もし利用可能な処刑方法が残虐で異常な刑罰に相当するのであれば、そのような処刑を行うのは残虐で異常な刑罰に相当する。その選択した方法が残虐で異常でないことを保障する義務を含め、われわれの憲法はそうにする義務を課している。

当裁判所の利用可能な代替的刑罰の要求は、このような理由で明らかに不条理な結論に導く。オクラホマ州の現在のプロトコルは野蛮な処刑方法である——化学的には生きたままの火炙りに相当すると申立人は主張している。しかし、当裁判所の新しい見解によれば、州がミダゾラムを利用する意図を有していたか、それとも申立人を四つ裂きにして徐々に死に至らしめるか、現実に火刑台で火炙りにするかは問題ではない。チオペンタールナトリウムやペントバルビタールに代わりうる薬剤の利用可能性を申立人は立証しなかったのであるから、州はどのように工夫した方法によるものであっても彼らを処刑できるというのである。しかし、【6】 ベイズ判決101－102頁（トマス同調意見）を見よ。第8修正にはそのような結論を支持する可能性はない（cannot possibly countenance）。

銃殺執行隊の使用は確かにより原始時代への退化（devolution）とみなしうる。もちろん、だからといって、それは違憲であるということにはならない。しかし、致死薬物注射は州の長年にわたる身体を損傷しない処刑方法の探求の最新の成果を示している。銃殺執行隊への逆戻りはその反対方向へのワンステップである。グラス電気処刑上告受理否定反対意見（Glass v. Louisiana, 471 U.S. 1080, 1085）を見よ。

× × × ×

D たとえ極めて凶悪な犯罪で有罪とされた者であっても保護することにより第8修正は、すべての人間の尊厳を尊重する政府の義務を再確認している。当裁判所は、しかし、このような義務をオクラホマ州に免除（absolves）する。3種の致死薬物プロトコルのカクテルの中に麻酔薬として憲法上不十分なミダゾラムに関する証拠法上の記録を誤解して無視することによって、全く先例のない彼または彼女の処刑のため利用可能な方法を明らかにする義務を死刑囚に課することによって、当最高裁はそのような免除を付与しているのである。このような特定の致死薬注射プロトコルを必要とするような曲解（contortions）は、その代償（price）に値しない。私は反対する。

【研究】 1 合衆国最高裁は2008年の【6】ベイズ判決（Baze v. Rees, 553 U.S. 35, 128 S.Ct. 1520）¹⁾において、3種の薬物である①チオペンタールナトリウム3グラム、②パンクロニウム臭化カリウム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致死薬物注射プロトコルによる処刑方法は残虐で異常な刑罰を禁止する第8修正に違反しないと判示した。現在のアメリカではほぼすべての州において以上3種の薬物を組み合わせた死刑薬物注射による処刑方法が採用されるに至っている。しかし、死刑廃止運動の影響を受けてチオペンタールナトリウムの入手が不可能となりオクラホマ州が3種薬物の最初の薬物として麻酔薬ミダゾラム（midazolam）を使用したため残虐で異常な刑罰を禁止する合衆国憲法第8修正とのかかわりが改めて問題となったのが本判決である²⁾。

本判決でとりわけ注目されるのは、正面から死刑の違憲性に言及するブライア裁判官の反対意見とほぼ同旨と思われるソトマイヨール裁判官の反対意見である。1972年の【5】ファーマン判決以降の現職最高裁裁判官による死刑違憲論として大いに注目されるのである。

なお、本稿は2016年7月29日の陪審制度を復活する会での「アメリカでの致死薬物注射をめぐる新しい動き」レジュメに加筆修正したものである。したがって、重点はかなり異なるものの、別途公表の拙稿³⁾と内容が一部重複することを断っておく。

2 筆者は、早や10年前になるが、かねて関心があったデュー・プロセスの意味内容の解明の第1弾として“残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる”日本国憲法第36条とほぼ同一の“残虐で異常な刑罰を科してはならない”アメリカ合衆国憲法第8修正とデュー・プロセス条項とのかわりを詳論した際に⁴⁾、本判決引用の【4】グレッグ判決等のほかウォーレン長官執筆の1958年のトロップ判決⁵⁾において“残虐で異常な刑罰”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)”によると判示されていることを初めて知った。

当該死刑判決を初めて違憲とした周知の【5】ファーマン判決においてブレナン、マーシャル両裁判官は、品位の基準はもはや死刑を容認できない地点まで発展し発展中の過程はすでに完了したのであるからいかなる犯罪に対しても死刑を禁止するものと第8修正を解釈する時期がついに到来したとの被告側の主張に同意していた。そして死刑の合憲性を再び肯定した1976年のグレッグ判決において、ファーマン判決以降の4年間の展開を見れば“品位の基準”の前提は事実上崩れている、ファーマン判決以降に少なくとも35の州議会は他人の死を結果として生ぜしめた犯罪に対する死刑を是認する法律を制定しており、アメリカ社会の大部分が依然として死刑を相当かつ必要な制裁であると考え続けているのは明白であると判示されたのである。

3 ところで筆者は死刑制度に特段の関心があったわけではないが、次第に処刑方法としての絞首刑に興味を抱くことになる。「判例〔昭和30年4月6日大法廷判決〕は、現在広く〔アメ

リカで〕行われている致死薬物注射との関係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」⁶⁾という一文に触発され、その延長線上にあったのが名城法学60巻別冊の拙稿⁷⁾である⁸⁾。

このような経緯を経て、絞首刑の違憲性を確信するに至るのである⁹⁾。

4 このように見てくると、本判決の意義は明らかと思われる。最も重要と思われるのは、2008年のベイズ判決の判断基準に従いつつ新しい麻酔薬ミダゾラムを用いた致死薬物注射プロトコルを合憲とした多数意見に対しブライア裁判官の反対意見が本件処刑は残虐で異常な刑罰である旨強調していることである。

(1) アメリカで処刑方法として一般に用いられている3種の致死薬物注射による処刑プロトコルは、最初に麻酔薬のチオペンタールナトリウムを死刑囚に注射して意識を完全に喪失させた後、バンクロニウム臭化カリと塩化カリウムを注射するという順序で実施されていた。しかしその後、最初の薬物としてのチオペンタールナトリウムの入手が不可能となったためその代替薬としてミダゾラムを用いて処刑が実施されてきた。ところがオクラホマ州での死刑囚ロケットの処刑時にミダゾラム投与後に立会いの医師が無意識を確認したためバンクロニウム塩化カリウムが投与されたところロケットが目覚ましのたうち回るなどしたため、一旦処刑が中止されるという事件が発生した。その原因はロケットの静脈に十分な麻酔薬が注入されていなかったためだが解剖の結果、ロケットの血液濃度は平均人を無意識とするのに十分であることが明らかとなった。そこでオクラホマ州は今までの致死薬物注射プロトコルを一部変更し、死刑囚が無意識となることを見届けるための各種手続きのほかミダゾラムを100ミリグラムから500ミリグラムに増やすなどの措置をとったが、従前の3種の致死薬物による処刑プロトコルは維持していた。

オクラホマ州は2014年11月に新しい麻酔薬ミ

ダゾラムでの処刑プロトコルを決定したため4人の死刑確定囚——グロシップ、コール、グラントおよびウォーナ——が、ミダゾラムの使用は残虐な刑罰であるとしていわゆる1983条訴訟¹⁰⁾を起こした。オクラホマ州が2015年1月15日にウォーナを処刑した後で最高裁は初めてグロシップら3人の再吟味の主張を容れ、本判決が確定するまで処刑を停止した。

本件での争いは、最初の麻酔薬ミダゾラムの注射によって第2、第3の薬剤によって生ずる激しい苦痛を除去するほど十分に麻酔が効き、かつ既知で利用可能な代替物のあることを申立人は立証したかであった。

多数意見によれば、本件死刑囚はバイズ判決で示されたこのような立証責任を果たしておらず、かつエヴァンズ医師の証言に依拠してミダゾラムに関する事実を認定した地裁の判断は明らかに誤っているとはいえない、これに対しソトマイヨール裁判官の反対意見は、第2、第3の薬物の注射により死刑囚は焼けつくような痛みを伴うので最初の麻酔薬ミダゾラムの投与で想定通りの効果が生ずるかが決定的であるとしたうえで、ミダゾラムにはそのような効果が期待できず第2、第3の薬物の使用によって憲法上容認できない重大な損傷のリスクが生ずる十分な証拠が提出されたにもかかわらず、多数意見は科学的に裏付けのない検察側証人を信用できるとし、かつミダゾラムに代替する利用可能な薬物の存在を立証していないとの地裁の見解に従っており、いずれについても多数意見は誤っているというのである。

ブライア裁判官の反対意見は、DNA鑑定により死刑判決の誤りが判明したケースが存在すること、そして死刑判決とりわけ処刑数の近時の劇的減少を考えると死刑は今日では残虐で異常な刑罰に相当するとしつつ死刑制度の違憲性自体を主張せずこの問題を改めて正面から判断する今がその時機であるとするにとどまる。もっとも、スカーリア同調意見が明示するように、ブライア反対意見の実質は死刑廃止論といってよからう。さらに注目されるのは、死刑の質的相違 (qualitative difference) を強調するいわゆ

るスーパー・デュー・プロセス関連のグレッグ、プロフィット、ジュレック、ウッドソン、ロバツ判決をブライア反対意見は繰り返し引用していることである¹¹⁾。

(2) 周知のようにアメリカでは2002年に非営利団体であるThe Innocent Projectが設立された、それによると「2011年1月26日現在、DNA鑑定によって無実と証明された人の数は266人(そのうち17人が死刑囚)」であり、DNA鑑定の結果を待ちながら死亡した有罪確定囚のあることが指摘されている。わが国でも1992年2月21日に遺体が発見された7歳の女兒2名に対する誘拐・殺人事件で2006年9月8日に最高裁が上告を棄却したため死刑が確定し2008年10月28日に死刑が執行された飯塚事件が問題視されている。同事件は、足利事件と同じくDNA・MCT 118鑑定が実施されともに16-26型と判定されたことに加えて「逮捕前から死刑執行に至るまで全面否認事件」であったにもかかわらず「足利事件再審開始が確実視される状況下での死刑執行であったこと」がとりわけ問題視されているのである¹²⁾。

いずれにせよ本判決での反対意見が1972年のファーマン判決以降43年振りに死刑違憲論を主張し、少なくとも残虐で異常な刑罰を禁止する第8修正の観点から従前の合憲判断の見直しを迫っていることは間違いない。残虐で異常な刑罰を禁止する日米憲法はほぼ同一であるだけに、わが国でも日弁連が初めて2020年に向けての死刑廃止を打ち出している折柄、死刑制度自体の違憲性を正面から再検討する好機と思われる。

なお、アメリカではスカーリア裁判官が2016年2月13日急逝したため後任人事いかんで従前の最高裁の判例が大きく動くことが予想されており¹³⁾、死刑問題を含めてわが国への影響も必至と思われるだけに新政権下での新しい最高裁裁判官の指名が大いに注目されるのである¹⁴⁾。

注)

- 1) ベイズ判決につき詳しくは、小早川義則「アメリカ刑事判例研究 (10)」名城ロースクール・レビュー18号169頁以下 (2011年)。
- 2) 本判決の紹介として、田中利彦ほか「アメリカ合衆国最高裁判所2014年10月開廷期刑事関係判例概観」比較法学50巻1号104-107頁〔杉本一敏〕(2016年)、永田憲史・2016-1アメリカ法184頁等がある。
- 3) 小早川義則「米国における処刑方法の変遷——絞首刑から致死薬注射へ——」名城法学60巻別冊197頁 (2010年11月) 参照。
- 4) 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)。
- 5) *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958)。本判決は1944年に規律違反でフランス領モロッコで収容中の営倉から一旦抜け出したが、空腹等でその翌日に戻る途中で軍トラックに発見された後に軍事法廷で拘禁刑3年および不名誉除隊とされた米軍兵士トロップが1952年にパスポートを申請したところ国籍法の規定により“市民権”を喪失しているとされた事案につき、第8修正に違反するとしたものである。
- 6) 後藤貞人「本当に絞首刑は残虐な刑罰ではないのか?」季刊刑事弁護61号99頁、105頁 (2010年1月)。
- 7) 小早川義則「致死薬物注射をめぐる新しい動き」名城法学66巻1・2号 (2016年10月)。
- 8) 以上の経緯につき詳しくは、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』はしがき (成文堂、2013年7月)。なお、日本弁護士連合会・死刑廃止検討委員会「テキサス州終身刑調査報告書」74-76頁〔堀和幸〕(2013年8月) 参照。
- 9) 小早川義則「絞首刑は残虐な刑罰であるため憲法36条に違反する」『裁判員裁判と死刑判決 [増補版]』(成文堂、2012年12月)。
- 10) 小早川義則「1983条訴訟について——合衆国最高裁チャベス判決を契機に——」『現代の行政紛争』(小高剛先生古稀祝賀) 367頁 (成文堂、2004年) 参照。
- 11) 小早川義則「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28号39頁以下参照 (2013年9月)。
- 12) 小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁Ⅳ——自己負罪拒否特権、(付) セントラルパーク暴行事件』290-291頁 (成文堂、2014年6月)。
- 13) 浅香吉幹「スカーリアさんの思い出」2015-2アメリカ法189頁。
- 14) 2016年10月現在のロバーツ・コートを構成する最高裁判事8名の年齢等は次のとおりである。

	指名大統領	上院投票数	指名時の年齢
ロバーツ長官	ブッシュ	78-22	50 (1955 年生)
ケネディ	レーガン	97-0	51 (1936 年生)
トマス	ブッシュ	52-48	43 (1948 年生)
ギンズバーグ	クリントン	96-3	60 (1933 年生)
ブライア	クリントン	87-9	56 (1938 年生)
アリート	ブッシュ	58-42	55 (1950 年生)
ソトマイヨール	オバマ	68-31	55 (1954 年生)
ケイガン	オバマ	63-37	50 (1960 年生)

なお、アメリカでは一般に、ロバーツ長官、トマス、アリエートの3裁判官は保守派に、ギンズバーグ、ブライア、ソトマイヨール、ケイガンの4裁判官はリベラル派に、そしてケネディ裁判官は中道派に分類されているという。

(2016年10月1日稿)

