

致死薬物注射をめぐる新しい動き

小 早 川 義 則

目次

- はじめに
- アメリカ法の概要
- 1 第8修正の沿革
 - 【1】トロップ脱走兵市民権剥奪違憲判決（1958年3月31日）
- 2 死刑の合憲性
 - 【2】ファーマン死刑手続恣意違憲判決（1972年6月29日）
 - 【3】グレッグ謀殺死刑合憲判決（1976年7月2日）
- 3 処刑方法の変遷
 - 【4】ウィルカーソン公開銃殺適法判決（1878年10月1日）
 - 【5】ケムラー電気処刑合憲判決（1890年5月23日）
 - 【6】フランシス電気処刑失敗後再処刑合憲判決（1947年1月13日）
 - 【7】ベイズ致死薬物注射合憲判決（2008年4月16日）
 - グロシップ新薬物注射プロトコル合憲判決（2015年6月29日）
- 1 事実の経緯
- 2 多数意見
- 3 スカーリア裁判官の結論同調意見（トマス裁判官参加）
- 4 ブライア裁判官の反対意見（ギンズバーグ裁判官参加）
- 5 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、ケイガン各裁判官参加）
- むすびとして

はじめに

合衆国最高裁は2008年4月のベイズ判決⁽¹⁾において死刑の執行方法としての致死薬物注射プロトコル (lethal injection protocol) の合憲性を初めて肯定した。すなわち、チオペンタールナトリウム、パンクロニウム臭化カリ、および塩化カリウムを死刑囚の静脈内に投与する処刑方法につきその合憲性を肯定したのである。そして合衆国最高裁はこれを受けて昨年(2015年)6月29日のグロシップ判決⁽²⁾においてチオペンタールナトリウムに代えて新しい麻酔剤ミダゾラムを用いて死刑囚を無意識にした後で従前どおりパンクロニウム臭化カリと塩化カリウムを投与する処刑方法について再びその合憲性を肯定したところ、ブライア裁判官の反対意見がギンズバーグ裁判官の参加を得て初めて死刑の違憲性を主張し、またソトマイヨール裁判官(3裁判官参加)がほぼ同旨とも解される詳細な反対意見を展開したことがとりわけ注目されているのである。

本稿は、このようなアメリカでの新しい動向を踏まえてアメリカでの処刑方法の変遷⁽³⁾を改めて簡単に辿りつつグロシップ判決の意味内容を確認することによりわが国での絞首刑ないし死刑制度の問題点についていささかの検討を加えようとするものである。

筆者は早や二昔前のことになるが、「わが法学部は現在、中興の祖とい

-
- (1) Baze v. Rees, 553 U.S. 353, 128 S.Ct. 1520 (2008). 本件につき詳しくは、小早川義則「アメリカ刑事判例研究(10)——致死薬物注射による死刑執行と第8修正の残虐で異常な刑罰の禁止」名城ロースクール・レビュー第18号(2010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)。詳しくは、小早川義則「アメリカ刑事判例研究(49)——新しい麻酔剤ミダゾラムを用いた致死薬物注射による死刑執行は残虐で異常な刑罰を禁止する第8修正に違反しない」名城ロースクール・レビュー第38号(2017年1月刊予定)。
 - (3) 小早川義則「米国における処刑方法の変遷——絞首刑から致死薬物注射へ——」法学部創立60周年記念論文集197頁(2010年)。

える網中政機学部長の過去の歴史をも十分に踏まえたうえでの前向きの姿勢を転機として、これまでの自由とはいえやや停滞気味な状況から、人事の充実を核にして外部から動きの見える状況へと急速に変化しつつある⁽⁴⁾と指摘したことがある。果して故矢野勝久元学長の "良質の部分" を継受した「中興の祖」網中氏はその後もなく 2 期 6 年間の学長職を務められ名城大学の発展に大きく貢献された。感慨は尽きないが、編集委員会の依頼を受け改めて名城大学法学部の全国レベルでの活性化を祈念しつつ、本稿を草することにした次第である。

アメリカ法の概要

アメリカ合衆国は 1788 年に 9 州の承認を得て合衆国憲法を制定したが、いわゆる権利の章典 (Bill of Rights) を明記するかにつき争いがあり第 1 修正ないし第 10 修正の権利の章典に関する諸規定は 1791 年に憲法修正として付加されることになった。その後、市民 (南北) 戦争を契機として 1865 年から 1870 年にかけて第 13 修正ないし第 15 修正の市民戦争修正条項 (Civil War Amendments) が成立する。1868 年 (明治元年) 成立の第 14 修正は「いかなる州も、法の適正な手続きによらなければ、人の生命、自由または財産を奪うことはできない」と定める。他方、1791 年制定の合衆国憲法第 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 年に制定付加された第 14 修正のデュー・プロセス条項は州政府をも規制するものであるが、合衆国最高裁は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長年にわたり州の刑事手続きにおける個人の権利侵害の申立てをすべて退けてきた。その後、合衆国最高裁はウォーレン・コート (1853 - 69 年) 下に第

(4) 小早川義則『ミランダと被疑者取調べ』(名城大学法学会選書) はしがき (成文堂、1995 年)。

14 修正のデュー・プロセス条項を積極的に活用して権利の章典に定められているすべての刑事手続きに関する諸権利の州への適用を肯定し、第8修正の残虐で異常な刑罰の禁止規定についても1962年のロビンソン判決 (Robinson v. California, 370 U.S. 660) でこのことが明示されたのである。

1 第8修正の沿革

合衆国憲法第8修正は「過大な額の保釈金を要求し、または過重な刑罰を科してはならない。また残虐で異常な刑罰 (cruel and unusual punishments) を科してはならない」と規定している。"残虐で異常な刑罰"と云う文言は一義的解釈になじまないことが繰り返し指摘され続けているが、合衆国最高裁はウォーレン長官執筆の【1】トロップ判決において第8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から引き出さなければならない」と判示した。そしてこの一文はその後繰り返し引用され第8修正の残虐で異常な刑罰の判断基準として確立しているのである。

以下、再度その意味を判決文に即して確認しておく。

【1】トロップ脱走兵市民権剥奪違憲判決 (1958年3月31日)

本判決 (Trop v. Dulles, 356 U.S. 86) は、フランス領モロッコでの脱走の罪で軍事法廷において有罪とされた被告人が後にパスポートを申請したところ戦時脱走罪での有罪判決および不名誉除隊を理由に1940年の国籍法401条G項の規定により市民権を喪失しているとして拒否された事案につき、第8修正の意味内容は"品位の発展的基準"から引き出さなければならないとしたうえで同条項に違反するとしたものある。

【判 示】 原判決破棄。(1) 国籍法G項は、脱走兵は"市民権 (rights of citizenship)" を失うと規定した1865年の市民 (南北) 戦争法に基づいている。その後改正されたG項は、有罪とされた脱走兵の中で誰の市民権を剥奪するか酌量権を軍当局に付与している。脱走兵に不名誉除隊を命ずるか再入隊を認めるかを判断する権限を付与されることによって「軍は市民権の決定者 (the arbiter of citizenship)」になり、軍事法廷が

市民権を付与するか否かの権限を与えられているのである。

(2) 戦時における脱走は究極の刑罰に値しうるが、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、外国とは一切かかわりがなく、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。市民が任意に市民権を放棄しない限り失われるものではなく、そして本件申立人は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。

(3) 連邦政府は、国籍法 G 項は刑事法 (penal law) ではなく戦時の権限によって認められた行政規定 (regulatory provision) であると主張する。しかし、たとえその権限が市民権剥奪に及ぶとしても、この制定法に関しては国籍剥奪 (denationalization) が第 8 修正の意味での残虐で異常な刑罰であるかの問題がなお残されている。

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、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、こ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 (stands) のである。罰金、投獄、さらに死刑であっても、犯罪の重大性 (the enormity) いかんによって科すことはできるが、これらの伝統的な刑罰の枠外にあるいかなる方法 (any technique) も憲法上疑わしい。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。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ぬ。」(Id. at 99-101)

(4) われわれは、国籍剥奪を刑罰として用いるのは第 8 修正によって禁

止されていると考える。国籍剥奪は組織社会における個人の地位の完全な破壊 (the total destruction) であり、拷問よりも原始的な刑罰形態である。世界の文明諸国は、犯罪への刑罰としての国籍剥奪を科すべきでないことに事実上一致している。わが国では、そのような取扱いは第 8 修正によって禁止されているのである。

2 死刑の合憲性

合衆国最高裁は死刑制度自体を違憲と判示したことは一度もない。トロップ判決も死刑は第 8 修正に違反しないことを明示していた。ところが、1972 年の【2】ファーマン判決において、謀殺罪等で死刑が確定していた 3 事件を争点類似事件として一括審議しこれらの事案において各被告人は恣意的に選別され死刑の判断を「裁判官または陪審の自由な裁量に委ね」られていたことを理由に第 8 修正および第 14 修正に違反すると判示されたため大いに話題となった。同判決は裁判所による匿名意見 (per curiam opinion) であり右結論を明示するにとどまったが、9 裁判官全員が詳細な賛否の個別意見を述べとりわけブレナン、マーシャル両裁判官が最高裁判事として初めて緻密な死刑違憲論を展開したためわが国でも大いに注目されたのである。もっとも、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あり、そして現に合衆国最高裁は 4 年後の【3】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は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判示した。アメリカ社会の大半が死刑を相当かつ必要な制裁であると考えているのはファーマン判決後の各立法府の対応から明白であり、死刑の絶対的禁止を要求しているものと第 8 修正を解釈すべき時期が到来しているとする「品位の発展的基準」に立脚した主張はその前提が崩れているというのである。

以下、すでに詳論したことだが本稿とのかかわりでとくに重要と思われる両判決の死刑違憲論を中心に改めてその一部を紹介しておく。

【2】ファーマン死刑手続恣意違憲判決 (1972年6月29日)

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事件について「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。ただ、裁判所の名前を明記しない簡単な匿名意見 (per curiam opinion) であるため、9裁判官全員の詳細な個別意見が付されているものの、各死刑判決は「第8修正および第14修正に違反する」と判示するにとどまる。

【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、さらに手続きをすすめるために各判決を差し戻す。以上、命令する。」

【ブレナン裁判官の同調個別意見】 本件での問題は、死刑は今日 "残虐で異常な" 刑罰であるのでそれを科すのは州の権限を越えているかどうかである。当裁判所はほぼ1世紀前に "残虐で異常な刑罰を科してはならないと定める憲法上の規定の範囲を正確に定義する努力には困難が伴う" と指摘した。15年前に【1】トロップ判決において再び "憲法上の残虐で異常な刑罰の正確な範囲は当裁判所によって議論されたことはなかった" と指摘した。残虐で異常な刑罰条項は正確な定義になじまない。しかし、それが体現する価値と思想はわれわれの政治体制にとって基本原理であること、そして争われている刑罰の憲法上の有効性をこの条項によって判断する義務が当裁判所に課せられていることをわれわれは知っている。われわれは本件で、この問題を解決する事に直面しているのである。

(1) 残虐で異常な刑罰条項制定時の憲法起草者の意図を示す証拠はほとんどない。当裁判所は初期の判決で "残虐で異常な刑罰" の徹底的な定義をしなかった。その多くは、過去の判例を検討し権利の章典採用時に "残虐で異常" と考えられていた刑罰と類似のものであれば、その刑罰は "残虐で異常" であると結論するにすぎなかった。しかし、当裁判所はこのよ

うな第8修正の"歴史的"解決を断固として拒否した。要するに当裁判所は、残虐で異常な刑罰を受けない権利は、他の権利の宣言の保障と同様に投票になじまない (may not be submitted to vote) と判断したのである。

争われている刑罰と歴史的に非難されてきた刑罰とを単に比較するといふのであれば、われわれの仕事は実に容易であろう。しかしながら、このような不当な見解は19世紀に過去のものとなった。われわれの仕事はより複雑である。"残虐で異常な刑罰条項の範囲は静的でない、"それ故、同条項は"成熟社会の進歩を示す品位の発展的基準からその意味を引き出さなければならない。" むろん、このことは調査の出発点にすぎない。【1】 トロップ判決において"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、各州は処罰権限を有するがその権限は文明的基準の限度内で行使されることを保証するために同条項が存在している"と指摘された。要するに、「残虐で異常な刑罰条項は非文明的で非人道的な刑罰を科すことを禁止している。州はその構成員を処罰する時でも、構成員の人間として本来備わった価値を考慮して取り扱わなければならない。それ故、もし刑罰が人間の尊厳に適合 (comport) しなければ、その刑罰は残虐で異常な刑罰である。」(Id. at 270)

(2) "当裁判所には今まで同条項の正確な内容を明らかにする機会がほとんどなかった"にしても、争われている刑罰が人間の尊厳に適合するかどうかの司法判断をするのに十分な原理が同条項に内在することはわが判例の中で認められてきた。

第1の原理は、刑罰は人間の尊厳を貶める (degrading) ほど厳しいものであってはならないということである。苦痛は確かに1つの判断材料たりうる。苛酷な刑罰にはしばしば物理的苦痛が伴う。しかし、物理的虐待や原始的な拷問が伴われていなくても、激しい精神的苦痛が一定の刑罰に内在しうる。それはまさに国籍離脱が同条項に違反すると判示したトロップ判決の多数意見の根底にある結論であったことは明らかである。

しかしながら、刑罰の苛酷性が人間の尊厳を貶めるという判断には苦痛の存在以上のものが含まれている。非難された野蛮な刑罰、すなわち "拷

問台、親指を締めつける拷問具 (thumbscrew)、鉄靴、手足を引き伸ばす拷問等の刑罰” はもちろん “激しい苦痛を伴う”。しかし、そのような刑罰はなぜ非難されたのか、その理由を考えると、それに伴う苦痛が唯一の理由でないことが分かる。これらの刑罰の真の意味は、同じ人間の一人を非人間として玩具のようにもて遊んで捨てる物体 (objects to be toyed and discarded) として取り扱うことにある。このような刑罰は、それ故、「最悪の犯罪者であってもなお共通の人間としての尊厳を有する人間である (a human being possessed of common human dignity) という第 8 修正条項の基本的前提」に適合しない。(Id. at 273.)

ある刑罰が人間の尊厳に適合するかを判断する際に、第 8 修正条項に内在する第 2 の原理——すなわち州は厳しい刑罰を恣意的に科すことはできない——も役立つ。この原理は、特段の理由なしに他の人には科さない厳しい刑罰がある人に科すとき州は人間の尊厳を考慮していないという考えに由来する。

第 8 修正に内在する第 3 の原理は、厳しい刑罰は現代社会で受容されないものであってはならない (must not be unacceptable) ということである。【1】トロップ判決は、“死刑はわが国の歴史を通じて採用されてきたものでありなお広く認められている今日において憲法上の残虐の概念に反するということはできない”と指摘することによって現在の受容と過去の利用とを結びつけた。

第 8 修正に内在する最後の原理は、厳しい刑罰は過重であってはならない (must not be excessive) ということである。この原理の下で刑罰が不必要であればその刑罰は過重である。刑罰が無意味な苦痛を与えるにすぎないとき、そのような刑を科すのは人間の尊厳と相容れない。刑罰の目的を達成するのに足りるより軽い刑罰が他にある場合には、そのような刑罰は不必要であり、それ故、過重である。

(3) 本件で争われている刑罰は死刑である。死刑は、もちろん、“伝統的な”刑罰で“わが国の歴史を通じて採用されてきた”刑罰であり、したがって、その憲法的な背景は当然吟味の対象となる。

死刑は無比の (unique) 刑罰である。生命の尊厳 (the sanctity of life) を重視する社会において、死刑は究極の制裁であるというのが共通の理解であることは驚くことではない。死刑が無比であるというその理由は、極度の峻厳性にある。死刑は今日異常に厳しい刑罰であり、その苦痛その終局性 (finality) において異常である。

「死刑は真に恐ろしい (awesome) 刑罰である。州 (国家) による人間の計画的抹殺は、まさにその性質上、処刑された者の人間性の否定を意味する。」囚人は、例えば、憲法上の権利である信仰の自由を享受し、デュー・プロセスの趣旨に照らし "人間として取り扱われる権利" がある。囚人は人間家族 (human family) の一員であり続けている。彼の刑罰は取消し不可能ではない。人間の可謬性 (fallibility) の認識を根拠に死刑は不可避免的に無実の者に科せられているに違いないという一般的非難は格別、死刑は有罪判決を受けた人の運命であるとしてもその有罪判決が憲法に違反して獲得されたことが後に判明すると遡及適用されるというのが当裁判所の見解である。この刑罰自体は憲法に反して科せられることがありうるにもかかわらず、死刑の終局性のためそれを救済する余地は全くない。処刑された人は "権利を享受する権利を喪失" してしまったのである。

とすると、他のすべての刑罰と比較すると、国家による人の生命の計画的抹殺 (deliberate extinguishment) は人間の尊厳に悖る無比の行為である (uniquely degrading to human dignity) ということになる。わたくしはこの理由によるだけでも、たとえ死刑がこの国において長年利用されかつ受容されている刑罰であるとしても、ためらいなく死刑は今日 "残虐で異常な" 刑罰であると考える。(Id. at 290.)

したがって、次に第2の原理——すなわち国家は異常に厳しい刑罰を恣意的に科すことはできないという原理——を検討する。

現在の死刑実務の顕著な特色は、死刑に頼ることの稀少性 (infrequency) である。死刑は普通の刑罰ではない。正確な統計資料が利用可能な1930年以降、死刑は確実に減少している。1930年代、処刑者は年平均167名であった。1940年代にはその平均は128名、1950年代は72名、

そして1960年から1962年までその平均は48名であった。ところがわが国の人口および現に犯された死刑犯罪の数は、過去40年の間に大幅に増えている。統計が利用可能な最後の10年間である1961年から1970年の調査によっても、死刑の稀少性は明白である。この10年間で平均すると毎年106名に死刑が言い渡された。しかしながら、その多くは処刑されていない。1年あたりの平均は52名で、要するに、この国は精々毎週1人の犯罪者を処刑していることになる。

2億以上の人口を有する国が異常に厳しい刑罰を1年に50回程度しか科していない場合、この死刑という刑罰は規則正しく公正に適用されていないという推定が強く働く。これを払拭するには、死刑は恣意的に科せられていないという明確な立証が必要である。死刑利用が合法的である事案において死刑は少数者にしか科せられていないとき、それは恣意的に科せられているという結論は事実上不可避である。しかしながら、各州は、死刑の稀少性は恣意性の証拠ではなく事実関係等を精査した上での選択(informed selectivity)の証拠であると主張する、死刑は"極端な"事案においてのみ科せられていると主張するのである。

死刑の確率がこのように低いとき、最悪の犯罪者だけが選別されて死刑を科せられるというのは事実と思われぬ。処刑される少数者と刑務所に行く多数者とを区別する合理的根拠は未だ誰も明らかにしていない。すなわち、法律が適用される事案はすべて当然"極端"な事例である。さらにわれわれの死刑事件での手続きは、"極端な"事案に限り死刑を選択しているどころか現実には恣意的選択を容認している。

犯罪者を死刑によって処罰するという実務は大きく変化してきた。重要な1つの変化は処刑の方法にみられる。わが国ではイギリスで採用されたような暴力的で嫌悪感を抱かせる処刑方法を受容したことはなく、長期にわたり専ら絞首刑台や銃殺執行隊(gallows and firing squad)に頼ってきた。しかしながら、19世紀末にはより人道的とされる電気死刑、そして20世紀にはガス処刑(lethal gas)の方法が採用され、絞首刑と銃殺は事実上なくなった。処刑方法として8州はなお絞首刑を採用しており、

1 州 —— ユタ州 —— は銃殺刑を採用している。しかし、これら 9 州をあわせても、1930 年以降の全米での総処刑数の 3% に満たない。品位および人間の尊厳に対する関心の結果、処刑をめぐる環境自体が大きく変化した。われわれの社会はもはや、犯罪の抑止手段と考えられていた公開処刑の見世物を許していない。われわれは今日、公開処刑をわれわれすべての者の品位を下げ人間性を失わせるものとして (as debasing and brutalizing to us all) 拒否しているのである。(Id. at 297.)

さらに重要なのは、死刑が現に科せられる犯罪の劇的減少である。死刑犯罪はなお多く定められているが、1930 年以降、全処刑者のほぼ 99% は謀殺および強姦に対するものである。さらに、死刑が可能な殺人犯罪 (the crime of capital murder) は次第に限定されてきた。そして不当に人が処刑されないためにデュー・プロセスの保障が強調され、死刑判決の多くは実施されていない、これがわれわれの社会の現実である。要するに、死刑は今日、ごく稀な刑罰である。このような死刑犯罪の漸次的減少および今日におけるその稀少性 (the current rarity) は、現代社会がこの刑罰を相当疑問視していることを示している。

州側は、他のいかなる刑罰よりも効果的な犯罪抑止力があることを理由に死刑を必要な刑罰であると主張する。この主張に対しては、死刑犯罪で有罪とされた犯罪者が社会にとって危険であるというのであれば、州の恩赦や仮釈放の効果的運用によって彼の釈放を延期または否定できると答えておけば十分である。より重要な主張は、投獄の脅威によっては犯罪を抑止されない犯罪者予備軍 (potential criminals) に対して抑止力があることを理由に、死刑の脅威があれば彼らは死刑犯罪の遂行を思いとどまるといふ。この主張は、死刑にはより秀れた抑止力があるという証拠に立脚するものでない。実際、マーシャル裁判官が確証するように、死刑の脅威は投獄の脅威よりも大きな抑止力にならないことを示している。

社会に対する保護とは別途独立に主張されている残された唯一の目的は、応報 (retribution) である。この文脈での応報とは、それに値するとの理由で犯罪者を死に至らしめることを意味する。

"赤裸々な復讐 (naked vengeance)" を支持する州が今日存在するとは信じ難いが、各州は本件で、死刑は死刑犯罪に唯一適した刑罰であり、かかる応報目的が死刑を正当化すると主張する。正義の概念は変化する。謀殺や強姦犯人に対し死刑を必要とする不変の道徳的秩序はない。死刑は適切な刑罰であるという主張は、当然、国民の信念の存在に言及する。死刑だけが社会の刑罰に関する観念に調和するというのである。今日の実務の運用をみれば、犯罪者に必要な応報の手段として死刑を正当化することはできない。死刑犯罪を犯した犯罪者の圧倒的多数が刑務所に行くとき、死刑は投獄より効果的に応報目的に役立つと結論することはできない。謀殺や強姦犯人は死に値するとのいわゆる国民の信念は、無作為による少数者 (a random few) の処刑という現実と全く矛盾しているのである。

要するに、死刑という刑罰は上述の4つの原理のすべてと矛盾する。死刑は異常に厳しく人間の尊厳に悖る刑罰である。それは恣意的に科せられている可能性が強い。現代社会は事実上すべて死刑を拒絶している。そして死刑が投獄刑よりも効果的に刑事目的に役立っていると考える根拠もない。死刑は、人間の尊厳に絶対に適合しない刑罰である。

(4) この国が樹立されたときスチュアート王朝期の恐怖政治の記憶はまだ鮮明であり、過酷な刑罰は一般的であった。さらに、死刑によって犯罪者を処罰する慣行は社会に受け入れられていた。実際、発達した刑務所制度もなく機能的にそれに代わりうるものもなかった。それ以降、この刑罰の利用は劇的に削減されてきた。今日、死刑は特異かつ異常に厳しい刑罰である。残虐で異常な刑罰に適用される原理によって検討すると、死刑は人間の尊厳に決定的に反することになる。死刑という刑罰は、それ故、"残虐で異常" であり州はもはや犯罪に対する刑罰としてそれを科すことはできない。恣意的に一握りの犯罪者を殺害するのではなく州は彼らを刑務所に監禁すべきである。

【スチュアート裁判官の同調個別意見】 死刑という刑罰は、その他すべての刑罰とは、その程度においてではなく、種類において全く異なる。死刑は変更不可能性 (irrevocability) において無比 (unique) 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。他の裁判官は第8修正の保障の沿革について公平かつ徹底的な分析を加えており、改めて歴史的検討をする必要はない。そこでごく簡単に言及するにとどめる。

「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(channelling)で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となんが信じ始めると、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。」しかしながら、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。ジョージア州の立法もテキサス州の立法も、強姦で有罪と認定されたすべての者に死刑を科すことを定めていない。そしてジョージア州法は、謀殺者に対し死刑が自動的に科せられることを定めていない。要するに、いずれの州も、これらの犯罪を犯した者に対して死刑を科すことによるのみ強姦および謀殺は抑止されるとの立法的判断をしていないのである。

本件での各死刑判決は、第14修正を介して州に適用される第8修正の残虐で異常な刑罰の禁止規定のまさに核心にある法制度の産物である。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るからである。合衆国前司法長官は国会で「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。本件では人種的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きわめて気まぐれに (so wantonly and so freakishly) 言い渡さ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。

【マーシャル裁判官の同調個別意見】 これら 3 件の各事案は、死刑は合衆国憲法第 8 修正によって禁止されている残虐で異常な刑罰であるかの問題を提起している。申立人ファーマンは早朝被害者の家に押し入ったところを発見され、5 人の子供の父親である被害者を射殺した謀殺罪で有罪とされた。申立人ジャクソンは被害者の家で強盗中に被害者を強姦したとして有罪とされた。この強姦はハサミの先端を被害者に突き付けて行なわれた。申立人ブランチもまた、被害者宅での強姦罪で有罪とされた。武器は使用されなかったが物理的暴力が用いられた。いずれの犯罪行為も醜悪で非難されてしかるべき行為である。その残虐性は無視できないし無視すべきことでもない。われわれは、しかし、このような行為の宥恕を求められているのではなく各申立人に科せられた刑罰を検討し、それが第 8 修正に違反するかの判断が求められているのである。とすると、問題は、死刑はもはやわれわれ自身の自尊心 (our own self-respect) と一致しない刑罰であり、したがって、第 8 修正に違反するかである。

"残虐で異常" な刑罰を分析する際の最も重要な原理は、当裁判所の従前の判例の中で再三再四繰り返されてきたこと、すなわち、残虐で異常な刑罰の文言は "成熟しつつある社会の進歩を示す品位の発展的基準からその意味内容を引き出さなければならない" という原理である。それ故、わが国の歴史のある時代において許容された刑罰は必ずしも今日許容されることにはならない。したがって、当裁判所ないし個々の裁判官が過去において死刑は合憲であるとの意見を表明していたとしても、そのような事実は今日われわれを拘束しないし、個別意見で死刑は合憲であることを明示した裁判官の中には後に死刑に関して懸念を表明した者もある。この点に関し直接判示したものはない。そして第 8 修正の性質自体が、ごく最近の

判例が存在しない限り、歴史のある時期での死刑の合憲性の問題はなお未解決 (remain open) であることを命じているのである。

われわれが直面している問題は、特定の法域で成功を収めた草の根運動に依拠するのではなく死刑廃止は第8修正の要求であるとする地点にまでアメリカの社会が到達したかである。この問題に回答するには、まず死刑が今日、過重な刑罰に相当するかを検討しなければならない。

死刑を研究した国連の委員会は、"抑止の有効性に関する意見がどのようなものであれ、現存するデータによれば、死刑の存在と死刑犯罪の低さとの間に相関関係がないことは死刑存置論者と廃止論者との間で一般に合意されている"ことを認めた。死刑廃止論者は抑止力がないことを合理的疑いを越えて立証したことはないが、明確かつ説得力ある証拠によって犯罪の抑止としての死刑は必ずしも必要ではないとの立証には成功している。このような大量の証拠に照らし、死刑はその抑止効を理由に正当化することはできないという結論以外の選択肢は認められないのである。

わが国の歴史上、全国の町の通りが誇りと希望ではなく不安と絶望を起させる時代においては、われわれの市民に対し客観性と関心を維持させることは難しい。しかし、「一国の偉大さの度量 (the measure) は困難時に思いやりを保持できる能力 (its ability to retain compassion) である。」

有史以来、そして混乱時、緊張時においても、わが国ほど正義を尊敬し、全ての市民に対する公平な取扱いを尊重する伝統を有する国はない。ここは困難時に最も高く聳え立つ (stands tallest) 国であり、基本的原理に執着し、その憲法上の遺産を大切にし、そしてわが民主制の根底にある価値を危うくする愚かな解決策 (simple solutions) を取らない国である。われわれは "野蛮な状態から長い旅を経て主要な一里塚" に到達した、そして死刑を回避することによって文明および人間性への尊敬を公にしている世界のおよそ70の法域に参加することになる。

【3】グレッ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、武装強盗および謀殺罪

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、【2】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州法上の本件死刑刑度は違憲ではないとしたものである。

【判 示】 (1) ジョージア州法はファーマン判決後に改正されたが、6種類の犯罪、すなわち、謀殺、被害者が負傷した身代金目的での誘拐、武装強盗、強姦、反逆 (treason) および飛行機乗っ取りの各犯罪に対し死刑を保持している。死刑犯罪の被告人の有罪または無罪は伝統的な方法で二段階公判 (a bifurcate trial) の最初の段階で公判裁判官または陪審によって認定される。

相当な量刑判断の際に、法によって認められていない減輕または加重の各事由および証拠による裏付けのある制定法上の加重事由を考慮することが必要である。制定法上のものではない各事由の範囲は明示されていない。しかし、有罪とされた被告人に死刑を言い渡す前に、反逆と飛行機乗っ取りの事件を除き、陪審 (または公判裁判官) は制定法で特記された 10 の加重事由の 1 つを合理的な疑いを越えて認定しなければならない。死刑判決は、陪審 (または裁判官) が制定法上の加重事由の 1 つを認定し、かつ死刑を科すことを選択したときに限り、言い渡すことができる。もし評決が死刑であれば、陪審 (または裁判官) は認定した加重事由を明示しなければならない。陪審審理の事件においては、公判裁判官は陪審の勧告した刑に拘束される。

(2) 当裁判所は、1972 年の【2】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 (enormity) 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一度もなかった。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 人の裁判官は反対の結論に達し、3 人の裁判官は当の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 (not invariably) 憲法に違反するものではないと判示する。

A このような先例によれば、第8修正は静的な概念として考えられていなかったのは明らかである。ウォーレン首席裁判官がしばしば引用される1節で述べているように、第8修正は「成熟社会の進歩を示す品位の発展的基準からその意味内容を引き出さなければならない。」それ故、当の制裁を科すことに関する現代の価値の評価 (an assessment of contemporary values) が第8修正の適用に当たり重要となる。この価値の評価は、主観的判断を要求するものではなく所与の制裁に対する国民の態度を反映している客観的指標に注目することを要求している。われわれの先例は、しかし、刑事制裁についての品位の基準に関する国民の認識は決定的でないことも示している。刑罰は第8修正の基礎をなす基本的概念である人間の尊厳にも合致したものでなければならない。このことは少なくとも刑罰が過度であってはならないことを意味する。過度であるかの判断には2つの側面がある。第1、刑罰は不必要で不当な苦痛を与えるものであってはならない。第2、刑罰は犯罪の重さとの均衡を著しく欠くものであってはならない。

B われわれには憲法上の制約を確保する義務があるが、立法者として行動することはできない。それ故、われわれは、民主的に選出された立法府によって選択された刑罰を憲法上の基準で評価する際にその合憲性を推定する。民主社会においては裁判所ではなく立法府 (州議会) が国民の意思、したがって、その道徳的価値に反応する立場にある (are constituted to response) からである。

C 憲法の文言自体からも、死刑の存在が憲法起草者によって是認されていたのは明らかである。第8修正が批准された当時、死刑はすべての州において普通の制裁であった。当裁判所はおよそ200年にわたり繰り返し、そして度々明示に、死刑それ自体は無効でないことを認めてきた。ウォーレン首席裁判官が【1】トロップ判決で指摘したように "死刑はわれわれの全歴史を通じて採用されてきたのであり、なお広く受け入れられている

今日、死刑は憲法上の残虐という観念に反するということはできない。”

4年前の【2】ファーマン判決において申立人らは、品位の基準は死刑をもはや容認できない地点まで発展したと主張した。要するに、発展中の過程は完了してしまった (the evolutionary process had come to an end) のであるから、品位の基準によれば、その重大性および社会へのインパクトいかにかわらず、いかなる犯罪に対しても死刑を禁止するものとして第8修正を解釈する時期がついに到来したというのである。この見解は2人の裁判官によって受け入れられた。3人の裁判官はそこまでは認めず、現に科せられた刑罰よりも被告人らが選別されて死刑を宣告されるに至ったその手続きに焦点を合わせ当該州法は憲法上無効であるという結論に同調した。

被告人は本件で再び "品位の基準" 論を唱えるが、【2】ファーマン判決以降の4年間の展開を見れば、彼らが依拠する前提は事実上崩れている。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今や明白である。謀殺罪に対する死刑を是認する最も顕著なアメリカ社会の指標は、ファーマン判決に対する立法府の対応である。少なくとも35の州議会は、少なくとも他人の死を結果として生ぜしめた若干の犯罪に対する死刑を是認する新しい法律を制定した。ファーマン判決後の制定法はすべて、死刑自体は選ばれた国民の代表者によって排斥されていないことを明らかにしている。

陪審もまた重要で信頼できる現代の価値に関する客観的指標である。品位の発展的基準が死刑を科す際に陪審に影響しているということはある。しかし、死刑を言い渡す陪審評決の相対的稀少化 (relative infrequency) は、死刑それ自体の排除を示すものではない。むしろ陪審が多く的事件において死刑を科すことに躊躇しているということは、死刑という取り返すことのできない制裁は少数の特別の事案に対して保持すべきであるという人道的感情 (humane feeling) を反映している。現に、ファーマン判決以降の多くの州における陪審の行動は、新法に反映している立法府の判断と十分に合致しており、1974年末には254名が死刑を言い渡さ

れ 1976 年末には 460 名以上が死刑判決を宣告されている。

第 8 修正は、しかし、死刑が現代社会に容認されうる (acceptable) という以上のことを要求している。死刑は第 8 修正の核心にある人間の尊厳という基本的概念に一致するかを裁判官は判断しなければならないからである。死刑は 2 つの社会的目的、すなわち応報と犯罪者予備軍による死刑犯罪の抑止に役立っているとされる。「応報はもはや刑法の支配的目的ではないが、それは禁断の目的でもなければ、人間の尊厳に対するわれわれの敬意と矛盾するものでもない。」

死刑はそれより厳しくない刑罰と比べてより大きな抑止効として機能していないとする調査研究もあるが、この見解を裏付ける説得力ある経験的証拠はない。それにもかかわらず、激情にかられて行動する人のように、死刑の威嚇がほとんど役に立たず抑止効のない殺人者は存在する。しかし、その他の多くの人にとって死刑は疑いもなく重要な抑止手段である。雇われ殺人者 (murder for hire) のように、入念に考えた上での殺人者も存在する。殺人の行動を決意する前の彼らの冷徹な計算には死刑の可能性は折り込まれているといえよう。そして終身刑の囚人による謀殺のように、死刑以外の制裁では十分でない謀殺犯人類型も存在する。犯罪の抑止手段としての死刑の価値は、事実に基づいた複合的問題 (a complex factual issue) であり、その解決は立法者に委ねるのが正当である。

要するに、死刑は若干の事案において必要であるとのジョージア州議会の判断は明かに誤っているということとはできない。制裁としての死刑の有効性に関する道徳的コンセンサスを判断する各州議会の能力に対する敬意と同様、連邦主義をも考慮してわれわれは、謀殺に対する刑罰として死刑を科すことは正当化できないことではない、それ故、憲法に違反する過酷なものでもない結論する。当該犯罪の状況いかににかかわらず、犯罪者の性格いかににかかわらず、かつ死刑を科す判断の際に順守された手続きのいかににかかわらず、死刑はおよそ科すことのできない刑罰の一種であるとはいえないのである。

(3) 【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に

関する憲法の禁止規定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ことを認め、その特殊性の故に、恣意的で気まぐれな方法で言い渡される事実上のリスクを生じさせ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。同判決での被告人は、死刑犯罪で有罪とされた者の中から気まぐれに選択され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まぐ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 (sentencing authority) への相当な情報と指針の提供を注意深く保障する制定法によって満たさる。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 (a bifurcated proceeding) を定める法制度によって最もよく満たされる、そこでは量刑宣告機関に死刑宣告に関連する情報が告知され、その情報を使用する手引きとなる基準が提供されているからである。

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、謀殺罪規定の成立範囲を限定しないことを選択した。ジョージア州は、しかし、制定法上の10の加重事由を法定し、死刑を言い渡す前にそれらの中の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輕の事由であれ、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、当該犯罪の一定の状況、すなわち、謀殺行為は重罪事件の過程で行われたのか、それは金

錢目的のために行われたのか、それは治安担当官または司法担当官に向けて行われたのか、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。したがって、陪審にはなお裁量の余地は残されているが、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のである。

(4) ファーマン判決の基本的関心事は、気まぐ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まぐ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輕の事由を考慮することを認められているが、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確認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 (is channeled) のであり、陪審はもはや気まぐれに死刑判決を科すことはできないのである。

3 処刑方法の変遷

死刑の合憲性が確立していても、処刑方法は各州で異なるため、その合憲性が別途問題となる。しかし、この問題に関して最高裁が直接判断した先例は2015年のグロシップ判決を含めて僅か5件にすぎない。

合衆国最高裁は1878年の【4】ウィルカーソン判決において初めて「残虐で異常な刑罰」に言及し、「拷問その他、不必要で残虐な刑罰」は憲法上禁止されていることを確認すれば足りるとした。さらに1880年の【5】ケムラー判決は、右判示を引照しつつ「残虐という言葉は非人道的で野蛮なものを意味している」としたうえで、死刑自体は残虐でないとした。電気椅子による処刑失敗後の再度の執行命令を有効とした【6】フランシス判決での反対意見もその合憲性を前提にしている。そして2008年の【7】ベイズ判決において最高裁は致死薬物注射による処刑の合憲性を肯定した

のである。

以下、判文に即して各判示内容を改めて簡単に紹介しておく。グロシップ判決については節を改めて詳論する。

【4】ウィルカーソン公開銃殺適法判決（1878年10月1日）

本判決（*Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130）は、第1級謀殺罪で有罪とされた被告人に裁判官が公開銃殺による処刑を言い渡した事案につき、制定法は処刑の方法について明示していないが裁判官の裁量に委ねられていると解するのが相当であり法的には何ら問題はないとしたものである。第8修正の「残虐で異常な刑罰」の範囲を正確に確定するのは難しいが「不必要で残虐な刑罰」は禁止されていることを確認すれば足りるとした一文が繰り返し引用されており、重要な先例の1つである。

【判示】 第1級謀殺罪で有罪とされた者はすべて死刑に処せられるか又は陪審の勧告に基づいてかつ裁判所の裁量によって終身拘禁刑に処せられると定められている。1852年3月6日から1876年3月4日まで効力を有していた州法は、「法定刑が死刑である犯罪で有罪とされた者は、裁判所の命令によって、又は本人の選択によって銃殺、絞首、または斬首によって死刑に処せられる」と定めていた。その後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」としたうえで「量刑を決定し宣告する権限は裁判所にある」と定めるにとどまる。

残虐で異常な刑罰は憲法によって禁止されているが、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。脱走その他死刑犯罪で有罪とされた軍人は圧倒的多数の事案において銃殺刑を宣告されている。「残虐で異常な刑罰を科してはならないと定める憲法上の規定の範囲を正確に定義する努力には困難が伴う。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）

1852年3月6日に施行されたユタ州法は、死刑事件で有罪とされた者

は銃殺、絞首、または斬首によって処刑されると規定し、当の本人は処刑方法を選択できる旨の明示の制約を設けていた。しかし、本人がそれを行使しなければ判決を言い渡す裁判所によって指示されなければならないものと解釈されていた。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、裁判所の裁量下に終身の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る、そして陪審の無条件の評決に従って裁判所は、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はまったく疑問の余地がない。

【5】ケムラー電気処刑合憲判決（1890年5月23日）

本判決（In Re Kemmler, 136 U.S. 436）は、第1級謀殺罪で有罪とされニューヨーク州法の規定により電気椅子による死刑が言い渡されたため残虐で異常な刑罰であるとして誤審令状による救済が求められた事案につきウィルカーソン判決をも引用しつつこれを否定したものである。

【判 示】 ニューヨーク州憲法第1条5項および連邦憲法第8修正はいずれも“残虐で異常な刑罰”を禁止している。この規定は1688年のイギリス議会の権利の章典から取られた。もしある犯罪に対し定められた刑罰が、例えば、火刑台での火炙りや十字架上の死刑（crucifixion）等のように、明らかに残虐で異常なものであれば、そのような刑罰が憲法の禁止に該当するかを判断することは裁判所の義務となろう。【4】ウィルカーソン判決の法廷意見は“残虐で異常な刑罰を科してはならないと定める憲法上の規定の範囲を正確に定義しようと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。（Id.

at 447)

どのような方法で処刑するかを定めるのは立法府の仕事である。本件制定法の施行自体は、州の立法権限の正当な範囲内にある。

【6】フランシス電気処刑失敗後再処刑合憲判決（1947年1月13日）

本判決（Francis v. Resweber, 329 U.S. 459）は、死刑囚を電気椅子に座らせて処刑を開始したところ機械の故障が原因で死亡させるに至らなかったので一旦中止し後日あらためて州知事の執行命令書を得た事案につき、第5修正の二重の危険の禁止条項、第8修正の残虐で異常な刑罰の禁止条項に違反せず、第14修正のデュー・プロセス条項にも違反しないとしたものである。

【判 示】 現代の英米法の伝統的な人間性（humanity）は死刑の執行時に不必要な苦痛を科すことを禁止している。苦痛を科すことの禁止は1688年の権利の宣言以来、わが法が受け継いできた。これと同一の文言がわが第8修正の中に見られる。当裁判所は1890年の【5】ケムラー判決において、ニューヨーク州憲法の中に具体化されている類似の条項に関して拷問または長引かせた死（a lingering death）にかかわるときそのような刑罰は残虐であるが、死刑という刑罰は憲法で用いられている言葉の意味で残虐でない。そこでの残虐という言葉は「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は死刑を言い渡された有罪犯罪者の連邦憲法上の権利を侵害していることを否定した。

電気処刑のための準備で心理的緊張を一度受けたのであるから、このような緊張を再びフランシスに強いるのは長びかせた刑罰または残虐で異常な刑罰を科すことになるというのがフランシスの主張である。憲法が有罪者に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

性の要素を付加しない。本件で求められている処刑には不必要な苦痛を科す意図もなければ不必要な苦痛も含まれていない。このような事故の不幸な犠牲者の状況は、例えば、独房棟での火災のような事故で同一の精神的苦痛および肉体的苦痛を味わうのと丁度同じである。

【7】ベイズ致死薬物注射合憲判決（2008年4月16日）

本判決でのギンズバーグ反対意見（スータ参加）はおよそ次のとおりである。グロシップ判決でのブライア裁判官の反対意見およびソトマイヨール裁判官の反対意見につながるものであるだけに改めて詳しく紹介しておく。その要旨は、およそ次の通りである。

1 当裁判所が今までに特定の処刑方法の合憲性を検討したのは3件——すなわちウィルカーソン、ケムラー、およびフランシス判決——の事案に限られている。

当裁判所は【4】ウィルカーソン判決において、銃殺執行隊による死刑は第8修正によって禁止されている"残虐で異常な刑罰"ではないと判示した際に"残虐で異常な刑罰を科してはならないとする憲法上の規定の範囲を正確に定義する"努力をしなかった。しかし、当裁判所は"拷問……その他それと同一線上にある不必要な残虐行為はすべて禁止される"ことを"確認することで足りる"と述べた。次に【5】ケムラー判決において椅子電気による処刑方法が攻撃された際に当裁判所は、第8修正は"拷問"および"長びかせた死"を禁止していることを繰り返し、さらに"残虐"という言葉は"単なる生命の消滅以上の何か非人道的なものを含む"と指摘した。ケムラー判決裁判所の実際の判示は、しかし、第8修正は州に適用されないということでありそれ以降われわれが繰り返し否定してきた命題である。そして最後に【6】フランシス判決において当裁判所は、死に至らしめなかった最初の試みに続く再度の電気椅子による処刑に対する第8修正および第14修正の挑戦を退けた際に"現代の英米法の伝統的な人間性は死刑の執行の際に不必要な苦痛を与えることを禁止している"と述べた後で"いわれなき苦痛を与えることの禁止 (prohibition against

the wanton infliction of pain)" に言及したのである。

死刑方法の合憲性を判断するための明確な基準は、これらの判決からは出てこない。われわれが1958年の【1】トロップ判決で判示したように、第8修正は、"成熟社会の進歩を示す発展的基準からその意味を引き出さなければならない。"【4】ウィルカーソン判決は129年前に、【5】ケムラー判決は118年前に、そして【6】レスベীগ（フランス）判決は61年前に言い渡された。われわれの従前の処刑方法に関する判例が投げかけた小さな光は、それ故、時の経過によってかすんでいる（dimmed）のである。

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

処刑方法としての致死薬物注射は、ほとんどの事案において苦痛のない死をもたらすことが期待されうる。死刑囚の意識に関する誤りの結果が極めて重大（horrendous）であり、かつ第2の薬物の注射後においても効果的に発見できないような誤りは、稀ではあるが生じうる。リスクの程度や苦痛の大きさに反対する見解（opposing tugs）があることに照らすと、本件での決定的問題は利用可能な代替物が存在するかどうかである。多数意見の指摘する"ごく僅かのより安全な代替物"では不十分である。もっとも、容易に利用できる方法を採用することによって本件プロトコルは苦痛をもたらさないという可能性が大いに（materially）高められるにもかかわらず州がこれらの方法を採用することに応じないのであれば、州は現代の品位の基準に従っていないことになる。

「ケンタッキー州の3種類の薬物で用いられる第2、第3の薬物である

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

ケンタッキー州のプロトコルの合憲性は、それ故、死刑囚がプロトコルでの最初の薬剤であるチオペンタールナトリウムによって十分に麻酔がなかったといえるかにかかっている。ケンタッキー州の制度は合憲である、けだし "申立人らは最初の薬剤の量が不十分であるリスクは相当ある (substantial) ことを立証していない" からであると多数意見は述べている。私は、問題のリスクの性格に照らし、本件をこれほど迅速に処理したくない。ケンタッキー州のプロトコルは、第2、第3の薬物の注射の前に死刑囚が無意識であることを確認するために他の州によって用いられている基本的な安全装置を欠いている。したがって、私は、このような安全装置の欠如は容易に回避できる激しく不必要な苦痛のリスクをもたらすかを検討するという説示付きで、原判決を無効とし差し戻したいと考える。

2 ケンタッキー州の立法府は、1998年に処刑方法として致死薬物注射を採用した。立法者は致死薬物注射プロトコルの展開を矯正局の職員に委ねた。ケンタッキー州は "死刑囚に注入される薬物とその量" に関して独立の科学的研究をしたり医学的専門家に相談したりせずに、オクラホマ州によって1977年に最初に開発された3種類の薬物のプロトコルに "歩調をあわせた" 他州で採用されている方法に従ったにすぎない。

静脈注射のチームはカテーテルを据え付けると処刑室を出る。それ以降は所長と副所長だけが死刑囚とともに処刑室にとどまる。所長も副所長も医学的訓練を受けていない。所長は専ら視覚による観察に依拠して死刑囚が無意識に見えるかを判断する。臭化カリの注射以前に意識があるかについてそれ以外のチェックは行われぬ。死刑囚の名前を呼んだり彼と握手したり彼のまつ毛に触れたり、不快な刺激物を与えて反応をみるなど一切行われていないのである。

他の諸州は第1回目と第2回目の薬物投与の間の観察の機会（window）の重要性を是認し、ケンタッキー州のプロトコルには含まれていない安全装置を採用している。フロリダ州では第1回目と第2回目の薬物投与の間に少しの休みを設けている。所長は、死刑囚のまつ毛に触り彼の名前を呼び彼をゆさぶることによって、このことを確かめる、ミズーリ州では第2回目と第3回目の薬物は死刑囚が無意識であることを確認後に、そして最初のチオペンタールナトリウムの注入から少なくとも3分経過した後で初めて注入される。カリフォルニア州では静脈注射チームのメンバーが死刑囚に話しかけたり握手したりする。そしてチオペンタールナトリウム投入完了の時点で再度このことを繰り返す。インディアナ州ではチオペンタールナトリウムの注入後に職員が死刑囚の名前を言ったり彼の身体に触れたりする。

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

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

グロシップ新薬物注射プロトコル合憲判決（2015年6月29日）

本判決（*Glossip v. Gross*, 576 U.S. , 135 S.Ct. 2726）は、従前のチオペンタールナトリウムに替えて新しいミダゾラムを用いる死刑執行は激

しい苦痛のリスクを生じるため "残虐で異常" な刑罰を禁止する第 8 修正に違反するとして死刑確定者がいわゆる 1983 条訴訟 (1983 litigation) を起こした事案につき、ベイズ判決の示した既知のより苦痛の少ない代替物を明示せず、かつミダゾラムの使用は激しい苦痛のリスクを伴うとの立証を果たしていないとして死刑の仮差止命令の申立てを退けたものである。

1 事実の経緯 A 死刑判決の処刑方法は長年にわたり変更されてきたが、州の選択した処刑方法を "残虐で異常な刑罰" を科すものとして最高裁が無効としたことは今まで一度もない。【4】ウィルカーソン判決において最高裁は銃殺隊による処刑を是認した。最高裁は【5】ケムラー判決において電位椅子の使用に対する異議を退け、最初の電気処刑が成功しなかった事案でも同判示から後退 (retreat) することはなかった。より最近の【7】ベイズ判決において 7 人の裁判官は先に述べた 3 種の薬物による処刑プロトコルは第 8 修正に違反しないことに同意した。

この分野でのわれわれの判断は、死刑の合憲性は確立しているので "それを実行する方法がなければならない" という認識によって一部活性化 (animated) した。【3】グレッグ判決で終了した 9 年間の処刑の中断 (9 years hiatus in executions) まで電気処刑が主要な処刑方法だった。ベイズ判決 42 頁を見よ。

グレッグ判決後に若干の州は、死刑判決を実行するより人道的な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 "アメリカでの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において同一の 3 種の薬物の組合せ方法が用いられている。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当量が投与されると深い昏睡のような無意識状態になる。第 2 の薬物であるバ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ので苦痛のリスクのすべて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3種類の薬剤の組合せによるプロトコルの使用による法的障害を一掃したが、実際上の障害がまもなく明らかとなった、死刑反対者が製薬会社に圧力をかけて死刑判決を実行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。3種類の薬物によるプロトコルで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年に中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対し米国で致死薬物として用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) を明らかにしたのである。

各州はその代替物を求め、そしてチオペンタールナトリウムを他の麻酔剤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なくなるとペンタバルビタールに切り替えた。2012年に行なわれた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、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 (coma like 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、間もなくペント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議員にロビー活動をしたからである。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ト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、そして地方裁判所は、チオペンタールナトリウムとペントバルビタールの両者は今ではオクラホマ州において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トバルビタールを入手することが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トバルビタールに替えてミダゾラムを採用した最初の州となった。フロリダ州は現時点で今までに、ミダゾラムに続いてパ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回の処刑を果たした、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。オクラホマ州はすでに、この3種類のプロトコルを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。(ウォーナは本件で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。オクラホマ州がロケットを処刑したときの州のプロトコルは、現在要求されている500ミリグラムではなく100ミリグラムのミダゾラムの投与を要求していた。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回の心臓血管組織に接着する大腿部の静脈(intravenous)内に浸透しようとした。このチームは結局、ロケットの右の大腿部の静脈に浸透したと信じたのでミダゾラムを投与した。そしてロケットは無意識であると内科医が判断した後で同チームは次いで麻痺剤パンクロニウム臭化カリと塩素カリウムを投与した。ところがロケットは動いて話し始めた、その時点で内科医がシートをめくり上げ、"静脈は

浸潤していた (infiltrated)" —— それは "Lockett 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およそ 33 分後に処刑を中止した。そしてそのおおよそ 10 分後に口ケットは死亡を宣告された。

調査の結果、"静脈接点ラインの確保可能性 (viability of the IV access) が致死薬注射の投与の困難性に至る唯一最大の要素である" ことが判明した。5 か月かかった調査委員会は、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。オクラホマ州が申立人を処刑するのに用いる方法は、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、死刑囚が後者の 2 種の投薬によって引き起こされうる苦痛に対し無意識であることを確保するための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) 静脈ラインの確保 (viability) の確認、(3) 静脈ラインが 1 時間以内に目で確認され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が含まれている。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。

2 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、1983 条訴訟 (Section 1983 Litigation) (42 U.S.C. § 1983) 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っているのである。

これら申立人の 4 名 —— グロシップ, Cole, Grant, およびウォーナ —— は 2014 年 11 月に仮差止命令 (preliminary injunction) 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。Cole は、生後 9 か月の娘を泣きやまないと行って殺害した。Cole は、彼女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。Grant は、130 年間の拘禁刑を服役中に刑務所の食事配送主任の 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、殺人の有罪および死刑量刑を維持した。申立人はいずれも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 地方裁判所は証拠を吟味後の 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。麻酔専門医の Lubarsky 博士と薬学博士の Sasich 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。

証拠を吟味した後で地裁は口頭で、仮差止命令の申立てを退けた。地裁はまず、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 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彼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彼の主張の本案 (merits) につきその可能性を立証 (establish) していないと判示した。地裁は、この結論に対し 2 つの独立した理由を提示した。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で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害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) もたらすり

スクを提示している" (ベイズ判決 50 頁を引用する) 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つの静脈接点ライン確保の確認、および死刑囚の意識の程度を含めた多くの防禦装置を手続きを通じて明らかにしていることを強調したのである。地裁はミダゾラムに関する事実を認定してこれを維持した。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。われわれの【7】ベイズ判決での判断は致死薬物注射プロトコルを争う原告に処刑プロトコルによって提示される激しい苦痛のリスクは既知で利用可能な代替物と比較したとき大きい (substantial) ことの立証を要求しているとし (ベイズ判決 61 頁を引用)、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。控訴審は、しかし、この判示は "本件での決定的な結果ではない、" けだしミダゾラムの使用が立証済みの激しい苦痛のリスクを生み出すことを申立人は立証していないからであると付加した。エヴァンズ医師の証言に依拠したのはその裁量権の濫用ではなかったと認め、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、そしてまたエヴァンズ医師の証言におけるいかなる誤りも彼の証言を信頼できないとする地裁の認定を明らかに誤っていることなできないと結論したのである。

オクラホマ州は 2015 年 1 月 15 日、ウォーナを処刑した、われわれは、しかしその後、再吟味の主張を容れ、グロシップ, Cole, および Grant の処刑を本件事案が解決するまで延期した。

2 多数意見 I 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。ベイズ判決での支配的意見は、第 8 修正の処刑方法の主張に関して成功するには何を立証しなければならないかの概要を示した。【7】ベイズ判決は、チオベ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種類の薬剤注射プロトコルに対し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、このプロトコルは適切に投与されると人道的で合憲な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ひとつの薬剤プロトコルを採用しかつ訓練を受けた職員によってさらにモニターされるプロトコルを採用したとしても、重大な損傷リスクは除去されえないと主張したのである。

ベイズ判決での支配的意見は、死刑囚は処刑方法が "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十分に差し迫った危険を生ずるリスクをもたらず" ことを最初に立証しない限り、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、容易に実行できかつ激しい実質的な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ぬと述べたのである。

ベイズ判決において死刑囚の異議申立てが失敗したのは、ケンタッキーの死刑囚は彼らが明らかにした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立証に失敗している。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地裁が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。

Ⅱ われわれが地裁判決を支持する第1の理由は、既知の利用可能な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を立証する

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、単一の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ていた、そしてそれ以降、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利用不能であると認めた。控訴裁判所はこの認定を維持した、そしてそれは明らかな誤りとはいえない、それどころかオクラホマ州は、そのようにする善意の努力にもかかわらず、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、そして彼らは、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使用できる薬剤を明らかにしなかった。ところが彼らは、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、ベイズ判決での支配的意見と矛盾する。

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。彼らが依拠するヒル判決での争点は、処刑方法に対する争いは 1983 条の下で提起されるかであり死刑囚の有罪または死刑の有効性とはか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、第 8 修正は死刑囚に既知で利用可能な代替的方法を主張し立証することを要求していることを明らかにした。申立人はこのことを立証していないのであるから、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のである。

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確認してきた。例えば、【7】ベイズ判決 47 頁、87 - 88 頁、【3】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 (ホワイト同調意見)、【6】レスウェーバ (フランス) 判決 464 頁、【5】ケムラー判決 447 頁、【4】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)。

Ⅲ われわれはまた、第2の理由でこれを維持する。ミダゾラムによって人は処刑中に苦痛を感じない高度の可能性 (highly likely) があると認定したとき地裁は明らかな誤りを犯したとはいえない。われわれは、われわれの分析の最初に以下の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してきた (deferential) "明確な誤り (clear error)" の基準の下で吟味する。この基準は "われわれが事件を異なって判断 (differently) するであろうことを確信するという理由だけで" 原認定を破棄する権限はわれわれにはないことを示している。

第2、申立人にはこの問題に関して立証する責任がある。申立人はエヴァンズ医師の周辺部分の側面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痛みをもたらすということをほとんど立証していないのである。

第3、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の使用は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多くの裁判所は結論している。本件におけるように、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維持している場合、われわれはこれらの認定をより以上に尊重する。

第4、致死薬注射プロトコルに対する異議申立ては、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、われわれは致死薬注射プロトコルを無効としなければならないけれども、専門的知識を越えた科学的論争に連邦裁判所はかわるべきでない、したがって、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、2つの主要な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は認めるが、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。

B 略

C 略

IV 以上の理由で第10巡回区の判断は維持される。

3 スカーリア裁判官の結論同調意見（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）に対応するため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——生後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（now, at long last）、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。アメリカの歴史において死刑は絶対的に容認できない（categorically impermissible）と当裁判所が示唆したことは一度もないことを思い出して欲しい。憲法が明示したことを違憲と判示するのは不可能である。

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。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上の文言を曲解 (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 (internal contradictions) 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。さらに誤った死刑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に対する警察官、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、"死刑犯罪で争点とな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" ことを十分に認めている。そして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ているのである。

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な基準になじまない (moral judgement suscep-

tible of few hard-and-fast rules)。より重要なことは、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輕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) にある陪審裁判の不可避の結果である。

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) の土台を削り取る (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。そしてもし死刑の方が長期にわたり拘束される (confining environment) ことを理由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ってではなくそのような状況を修正すべきである。遅延により行刑学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て、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が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。

そして最後にブライア裁判官は、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。しかし、われわれ連邦裁判官は、大多数のアメリカ人と離れた世界で住んでいる。仕事を終わるとわれわれは、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体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。ブライア裁判官は彼のシュールリアリズムの見解を拡大し、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賛成票を投じてきた。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) 取り組んできた道德問題 (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。

4 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述べている理由で当裁判所の判断に反対する。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てその概要を十分に説明しておきたい (I would ask for full briefing)。

関連する法的基準は第8修正の中で説明されている。憲法はそこで "残虐で異常な刑罰" を "科すこと" を禁止している。当最高裁は、刑罰が過重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のである。

ほぼ 40 年前に当裁判所は、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防禦装置 (safeguards) を含む制定法の下での死刑を是認した。【3】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)、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 (Jurek 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、私は、この問題を再開 (reopen) する今がその時期であると考える。

1976 年に当裁判所は死刑に関する憲法上の弱点は治癒しようと考えた。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) 死刑の行刑目的の土台を削り取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のである。

過去 40 年間に生じた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）との質的相違を明らかにしてきた。ウッドソン判決（絶対的死刑違憲）305 頁。この "質的相違" は "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相違を生じる。しかし死刑は今では、必要な信頼性を欠いているにもかかわらず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）（スティヴンズ、ギンズバーグ、ブライア裁判官参加）（DNA による冤罪（exonerations）の立証は死刑の合憲性を検討するとき事実の新しい主要部分（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ことの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 C. DeLuna は無実であったと結論するに至ったという）。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 C. Willingham は彼の 3 人の子供を殺害したとされる家の火事現場の後に無効とされた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て後に冤罪（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であったことを理由に放免された。彼らの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 H. 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. A 。先の開廷期に当裁判所は、殺人で有罪とされた A. Hinton に対し州裁判所でさらなる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. A 11. そしてやはり殺人罪で有罪とされた G. フォード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 G. フォードの無実を晴らす証拠があったことを認めて謝罪した。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。

さらに無罪釈放 (exonerations) は、通常、刑事犯罪での有罪よりも死刑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は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、有罪を獲得するため警察、検察官、および陪審へのコミュニティの激しい圧力がかかることによる。この圧力はまた悪い人間を有罪とする可能性も高める。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 C. 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する正式の違法行為 (formal misconduct) の告発をした。そして G. フォードの事件で検察官は、G. フォードの誤った有罪判決には一部検察官に責任があることを認めた。G. フォードの有罪の際に "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 件で本人はすでに処刑されていたことを 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び 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 年前とは異なり今ではわれわれは、以前に有していた証拠よりも (多分 DNA 証拠に基づいて) より強力に不信用を示す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 (【2】ファーマン判決および【3】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 年に死刑を執行するの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ためだけに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)。

死刑が 1976 年に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。【3】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、スーパ裁判官が *Kansas v. Marsh*, 548 U.S., at 206 の (反対意見) で "極悪人の中の極悪人 (the worst of the worst)" と呼んだ人間にその使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。ロパ判決 (*Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 568 (2005)); ケネディ判決 (*Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407, 420 (2008)) (ロパ判決を引用する) 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、その後の 40 年間の体験は死刑は恣意的に科せられていることを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。それは単に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) (スティブズ同反対意見) 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に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らず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。【3】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を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。死刑判決は気紛れかつでたらめに、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よって打たれる" のに相当する。ではわれわれはどのようにすれば、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過度に時間を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、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。それと同時に、"被告人の生命がかかっているとき" 憲法はあらゆる防禦装置 (safeguards) が "順守" されることを要求している。【3】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)、【2】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。")、ウツドソン判決 305 頁 (死はその終局性において終身刑とも異なる。)

A 最初に統計を検討してみよう。2014 年に 35 人が処刑された。これらの処刑は平均して、裁判所が最初に死刑を宣告した後ほぼ 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 年に増えた。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、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、"死刑確定囚に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) (過度の処刑の遅延は第 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土台を切り崩す。

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 人にしている、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学上の正当化理由の土台を多分永久に削り取ることである。死刑の正当化理由は、どのような刑にとってもそうであるが、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。もちろん死刑は確かに犯人を無力化する。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 (2020) (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、その抑止効果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、【3】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しないことを私は是認する。しかし、今日、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果があるのであるか？ 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とそれを正当化しようとする努力の土台を削り取っている (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、創建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) の土台を削り取っている。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る、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、そしてそれ以降急速に下降した。昨年は 73 人が死刑を言い渡された。

この傾向は過去 15 年の顕著な傾向であるが、年間の処刑数に関しても同じである。後掲資料 B (1977 年から 2014 年までの処刑数を示す) を見よ。1999 年には 98 人が処刑された。昨年はその数は 35 人だけだった。

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当裁判所は度々州の数に目を向けて "異常" であるかに言及していた。アトキンズ判決 313 - 316 頁、ロバ判決 564 - 566 頁。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 州で死刑は合法だった。9 州はそれを廃止していた。現時点では若干の州は将来的に (prospectively) 廃止したにとどまるが、(コロンビア地区とともに) 19 州が死刑を廃止している。法律上はなお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、少なくとも過去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とは聞かれると、その答えは20年前には80%ないし70%であった、そして今日その数は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(effectively)死刑はない、そして人口比で考えると国民のおよそ66%は過去3年間死刑がなかった地域に住んでいる、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 fair to say)。【2】ファーマン判決311頁(ホワイート同調意見)を見よ。

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現に異常となっている。7州は過去10年間に死刑を廃止した。11州は前述のように、8年間何人をも処刑していない。そして若干の州は正式に死刑囚の処刑を中止した。

さらに変化の方向は一貫している。過去20年において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。これらの状況は、死刑の合憲性をわれわれが再度検討するのに十分な担保となる。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) 死刑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を知っている。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の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、死刑を科すことで公正および信頼性を促進するかの判断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が、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過去40年間に集められた。

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、本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根本的問題について全面的に検討すべきである。

5 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、ケイガン各裁判官参加)

オクラホマ州の死刑確定囚である3人の申立人は、同州の致死薬注射プロトコル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、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。

それにもかかわらず、当裁判所は本日、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、唯一の専門家証人の科学的な裏付けがなく受け入れられない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、申立人を火あぶりに相当するといえる刑罰にさらしたことになる。

I A 【7】 ベイズ判決において "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相当量の投与によって囚人が第2、第3の薬物の投与から生ずる重要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ベイズ判決で問題になったのと同じの3種類の薬物を用いて死刑を実行してきた。しかし、ベ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それを処刑で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月に予定していた他の2人の処刑の少し前にオクラホマ州はこの薬物を手でできなくなった。同州は、他の麻酔薬を探し出し処刑を行う計画を立てた。1週間を経ないうちにオクラホマ州矯正局と州法務官事務所 (Attorney Generals' of office) の職員グループがペントバルビタールの代わりとしてミダゾラムを選んだ。

その後ま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。この処刑はスムーズに行かなかった。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。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、執行を停止した。しかし、10 分後—— 処刑が始まったおよそ 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その 5 か月後に調査報告書を公表し、主たる障害として静脈ライン線 (the line) に欠陥のあったことを明らかにした。静脈ラインはロケットの静脈に致死薬剤を十分に注入 (deliver) し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 (concentration) 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ロケットを処刑したのと同じの 3 種の薬剤を用いることを認め、今後のすべての処刑においてこ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 オクラホマの死刑確定の受刑者は 2014 年 1 月、オクラホマ州の処

刑方法の合憲性を争い被上告人に対し 1983 条訴訟 (42 U.S.C. § 1983) 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, Grant, および Colo —— は、仮差止命令 (preliminary injunction) の申立てをした、彼らは、とりわけ州の予定しているミダゾラムの使用はチオペンタールナトリウムやペ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が注入後に無意識の状態を確実に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、そして申立人側は 2 人の専門家医師、すなわち、Lubarsky と Sasich の証言に依拠した。他方、州側はエヴァンズの証言に依拠していた。

専門家の証言は大部分重なっていた。3 人の専門家はいずれも、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つつ、それは連邦食料医薬品局 (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上限効果 (ceiling effect) —— 薬物の量を増やしても一定以上の効果はないといういわゆる収穫逡減の法則を意味する —— に同意していた。

しかし、この上限効果は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するかについて専門家の意見は異なっていた。重要なのは、Lubarsk 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、オクラホマ州が致死薬注射プロトコルの第 2、第 3 の薬物の投与を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、人によっては無感覚や不動 (insensate and immobile) を維持することができないというのである。Sasich 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。Lubarsky 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年のウッズの処刑を強調した。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ズはほぼ2時間も呼吸をし動き続けたという。Lubarsky博士によると、これは極度に深い無意識中に起こったことであるというのである。Sasich博士も研究論文を別途引用し、類似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"処刑の残りの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、その見解の裏付けとなる学者の論文を引用せず、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——に主として依拠していたのである。

D 地方裁判所は、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、"エヴァンズ博士の証言は説得的である"と結論した。地裁はこのような認定をした後で、第8修正の本案の主張(merits)につき成功する可能性を申立人は立証しなかったと判示した。第10巡回区控訴裁判所は、地裁と同様、申立人は"既知で代替できる"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で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、州の要請によって申立人の係争中の処刑を停止した。

II 私は、当裁判所の判示の第2から始める、すなわち申立人はオクラホマ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を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エヴァンズ博士の全く裏付けのない主張に慰め(comfort)を見い出している。そのように判断する際に最高裁は、激しい苦痛の客観的に容認できないリスクを無視し

ているのである。

A まず初めに、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証拠を明らかにしていない。エヴァンズ博士の証言は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なく申立人によって提供された外部的証拠と矛盾しており、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で是認されていない、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ズ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りる以上のミダゾラムを投与されていたのである。ウッズの処刑がその証拠 (probative) である。750ミリグラム以上のミダゾラムの投与にもかかわらず Wood 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、Lubarsky 博士によると、ウッズ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際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が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できることにはならない。問題は、ロケットの処刑が生々と示しているように、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) によって無意識の死刑囚が目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る。彼らを殺害する利用可能な代替手段を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律上弁論の余地がない。

A 当裁判所は早くからある種の処刑方法は絶対的に限界を越えている (categorically off-limits) ことを認めていた。当裁判所は 1879 年の【4】ウィルカーソン判決において初めて処刑方法に対する第 8 修正の異議申立てに直面した。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、それは "生きたままの火あぶり" その他の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。11 年後に初めて提示された電気椅子の処刑への異議申立てを退けた際に当裁判所は、再び火刑台での火炙りや十字架上の死刑、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繰り返したが、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。【2】ファーマン判決等を見よ。

当裁判所は本件で、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——"もし既知で可能な" 方法があるのであれば、その限りにおいて合憲であると判示しているのである。

B 最高裁は、新しく発見されたルールを支持するためにベイズ判決を再構築 (reengineering) する際に欠陥あるスローガンに依拠しているように思われる。死刑が合憲であるのであれば、それを執行する方法がなければならぬ。それ故、利用できる執行方法も合憲でなければならぬというのである。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にはならない。【7】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、苦痛のすべてのリスクの回避は要求されていない。) しかし、“野蛮” または “拷問または死を長引かせる” にかかわる刑罰は、それが州にとって利用可能な唯一のものであるとの理由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はないことを保障する義務を含め、われわれの憲法はそのようにする義務を課している。

このような理由で、当裁判所の利用可能な代替的刑罰の要求は明らかに不当な結論に導く。オクラホマ州の現在のプロトコルは生きたままの火炙りに相当する野蛮な処刑方法である。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。申立人は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立証しなかったのであるから、どのように工夫した方法によってであっても州は彼らを処刑できるというのである。しかし、ベイズ判決 101 - 102 頁 (トマス同意見) を見よ。第 8 修正にはそのような結論を認める可能性はない (cannot possibly countenance)。

C たとえ極めて凶悪な犯罪で有罪とされた者であってもその者を保護することによって、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。しかしながら、当裁判所は本日、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鎮静剤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かつ無視することによって、かつ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という全く先例のない義務を死刑囚に課することによって、当最高裁の多数意見はそのような免除を与えているのである。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。

むすびとして

以上、死刑の合憲性に関する周知のファーマン、グレッグ両判決に触れたうえで処刑方法をめぐる4判例を改めて検討しつつ、致死薬物注射の合憲性を再確認したグロシップ判決につきその内容を詳しく紹介してきた。処刑方法とのかかわりで重要と思われる若干の視点を指摘してさしあたりのむすびとしたい。

まず第1に最も注目されるのは、死刑廃止論の再登場である。2008年の【7】ベイズ判決でのギンズバーグ裁判官の反対意見（スータ裁判官参加）は死刑制度の違憲性につき直接言及していない。ところが2015年のグロシップ判決ではブライア裁判官の反対意見（ギンズバーグ裁判官参加）が死刑は第8修正の禁止する残虐で異常な刑罰であるとの見解を明らかにしているのである。もっとも、本件はあくまでもミダゾラムを用いた処刑プロトコルの合憲性が争われた事案であるが、「司法による死刑廃止を要求するブライア裁判官の見解」に反論する旨のスカーリア裁判官の同調意見に照らすと、少なくともブライア裁判官とギンズバーグ裁判官が死刑廃止論に踏み切ったとの解釈は十分に可能と思われる。

第2、ソトマイヨール裁判官の反対意見（ブライア、ギンズバーグ、およびケイガン裁判官参加）は新たな薬剤ミダゾラムを用いた処刑方法の違憲性を主張するにとどまるが、前述のように致死薬物注射のみが現在のアメリカで合憲とされていることを考えると、事実上の死刑違憲論とも解しうる。いずれにせよ、スカーリア裁判官の後任人事いかんによって「最高裁の判例の流れが大きく動くことも予想され」⁽⁵⁾ ている折柄、合衆国最高裁が初めて正面から死刑制度自体の第8修正違反を明示する可能性も大いにありうるのである。

第3、ブライア裁判官が【3】グレッグ判決のほかプロフィット、ジュ

(5) 浅香吉幹「スカーリアさんの思い出」（2015 - 2）アメリカ法 189頁。

レック、ウッドソン、ロバツ判決に言及していることも注目されてよい。バーガ長官が1978年のロケット判決においてこれら各判決での3裁判官(スティブズ、パウエル、スチュアート)に同調したため死刑は他の刑罰とは質的に異なるとするいわゆるスーパー・デュー・プロセス⁽⁶⁾の観点から死刑の合憲性を検討する作業はわが国でも有用である。

そして最後に、わが国の最高裁は今なお古色蒼然たる明治6年(1873年)太政官布告に基づく絞首刑の合憲性を肯定し続けている。大阪高裁は2013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際に「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立法政策として決して望ましいことではない」としつつ「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」とした、そして最高裁第2小法廷平成23年11月18日判決はその上告を棄却している。同放火殺人事件につき弁護団の依頼を受け大阪高裁に意見書⁽⁷⁾を提出したときに痛感したのはアメリカ判例法を曲解した検察官の「答弁書」であった。アメリカでは到底通用しない独自の解釈に基づいたアメリカ法紹介の一例であり、このようなアメリカ判例法の無理解ないし未消化が日本の刑事司法を歪めた一因ではないかと思われたのである⁽⁸⁾。その詳細については別稿⁽⁹⁾を参照されたい。

(6) スーパー・デュー・プロセスにつき詳しくは、小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁 —— 弁護人依頼権、スーパー・デュー・プロセス』(成文堂、2013年)。

(7) Cf. 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]』(2012年12月)、同「スーパー・デュー・プロセスと死刑廃止論」名城ロースクール・レビュー29号66-73頁(2013年)。

(8) Cf. 小早川義則「デュー・プロセスの意義と課題」『デュー・プロセスと合衆国最高裁 —— 奴隷制度、言論・出版等の自由』(成文堂、2016年4月)297頁以下。

(9) 小早川義則「似て非なる日米の刑事裁判」名城ロースクール・レビュー38号(2017年1月刊予定)等。