

アメリカにおける死刑に関する司法判断と日本国憲法-いわゆる「残虐な刑罰」を中心として-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2011-02-28 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 菊田, 幸一 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/9275

アメリカにおける死刑に関する司法判断と日本国憲法

——いわゆる「残虐な刑罰」を中心として——

菊 田 幸 一

- 一 残虐な刑罰の意味
- 二 カリフォルニア最高裁の違憲判決—アンダーソン判決—
- 三 連邦最高裁の違憲判決—ファーマン判決—
- 四 ファーマン判決後の状況
- 五 日本国憲法における「残虐性」

一 残虐な刑罰の意味

アメリカ合衆国憲法修正第八条は「過大な額の保釈金を要求し、または過重な罰金を科すことはできない。また残虐で異常な刑罰を科してはならない」⁽¹⁾と規定している。この「残虐で異常な刑罰」という言葉がイギリスにおける一六八九年の権利章典(Bill of Rights)に最初にとり入れられたことはよく知られている。その後一七七六年のヴァ

ージニア権利宣言(Virginia Declaration of Rights)第九条で採択され、一七八四年にジェームス・マディソン(James Madison)が起草した合衆国憲法修正条項に規定されるにいたった。そして一七九一年に修正第八条としてアメリカ憲法における権利章典の部分として採用された。⁽²⁾ それらしいアメリカ各州のほとんどの憲法にとり入れられ、⁽³⁾ 四八州では過剰な刑罰を禁ずる類似の規定をおいているが、ある州では「残虐で異常」とし、ある州では「残虐または異常」⁽⁴⁾ とし、ある州では単に「残虐」とのみ規定している。また若干の州では刑罰は犯罪の性質に均衡のとれたものでなければならぬと規定している。

それでは「残虐で異常」(cruel and unusual)という言葉はどのような意味をもっているのか。イギリス刑法での残虐というのが前時代的な懲罰的刑罰を意味していたことは明らかである。しかし、こんにちでは単に刑罰の人道的手段の保証にとどまることなく犯罪に対する過剰刑を禁ずる理念としても定着している。

連邦最高裁では一九〇九年のウィームス事件⁽⁵⁾において「現実の新しい条件と目的の導入により言葉の意味は変動するものであり、それ故に根幹の原理は発生時のそれより拡大して適用することが可能である」として裁判所は長期受刑者への鎖の使用が肉体的に残虐であると判断した。この判決が拷問類似の肉体的苦痛を伴う刑罰にも修正第八条を弾力的に解釈すべきであるとした最初のものである。

一九四一年には連邦最高裁はオクラホマの法により重罪となり三回にわたり実刑をうけた常習者への「断種」(sexually sterile)を「残虐で異常な刑罰」であるとしている。⁽⁶⁾ また一九六五年にはカリフォルニア州においてプロベーションの条件として断種手術を命ずるのは「残虐で異常」な刑罰に当るとし、⁽⁷⁾ また一九六二年にはロビンソン事件⁽⁸⁾において麻薬中毒は病気であり刑務所収容が憲法上の残虐で異常な刑罰であるとしている。

それでは「残虐」という言葉は「異常」という言葉と同意義にとらわれているのかどうか。これについてウォーレン

長官 (Chief Justice Warren) は、

「『異常』という言葉が『残虐』と異なるいかなる意味をもっているかは明らかでない。当裁判所は、この言葉、つまり残虐と異常の精密な区分けは引き出せないとおもわれるので、その用語の意味を検討する機会をもっていない。裁判所は単に『異常』という言葉に潜在するとおもわれる細かい区分けとは無関係に、人道的処遇に反する基本的禁止条項が刑罰に包まれていないかを判断するものである」とだけ述べている。

死刑が刑罰として「残虐で異常」なものであるかどうかについて多くの裁判官は『市民の道德感覚にショック』となるかどうかという表現をしているが、その『道德感覚』というものには基準がない。ソール・ルビン (Soul Rubin) はこれまでのアメリカにおける処刑手段に対する裁判所の判断を分類して、修正第八条に関して二つの見解があるとする。⁽¹⁰⁾

(1) その刑罰が市民の良心に受けいれられるかどうか。

(2) その刑罰が犯罪に対し均衡がとれているかどうか。

一般にこの判断からは極刑は、その執行方法が銃殺であろうが、絞首刑、電気殺、その他でも残虐でないと考えられてきた。しかし一三の州では少なくとも絞首刑は残虐だということでは中止された。ところで、刑罰という場合に二つの意味がある。通常いわれる刑罰 (penalty) は、ひろい意味で「痛み」とか「損害を与える」という感覚でとらえられている。ところが法的意味で刑罰 (punishment) というのは裁判所が犯罪を犯した者に言渡す意味でとらえられている。しかるに憲法上の刑罰がそのどれを意味するかは明らかでない。つまり一般用語としての penalty が刑務所で実施されたときにどの程度が苛酷で非人間的なものなのか、あるいは裁判所で言渡す Punishment がどの基準によって禁止されるのかという問題を提起しておく必要がある。

むろん、ここでは裁判所の言渡す死刑 (Punishment) を問題にするのだが、つぎに問題とすべきは有罪となった者に対する残虐で異常な刑罰を修正第八条が禁止していることを疑う者はいないけれども、この禁止規定が裁判所、立法部とまたはその両者に対するものであるかどうかも問題である。マサチューセッツおよびニュー・ハンプシャーでは判決を下す裁判所に科せられるものであるとして⁽¹¹⁾いる。しかし多くの裁判所では残虐で異常な刑罰は立法に対するものであって、裁判所に対するものでないという立場をとっている⁽¹²⁾。この理屈からすれば制定法に拘束される範囲内では死刑は司法判断の対象とならない。ましてや死刑囚にとっては科せられた刑に対し修正第八条を争うことは不可能である。しかし法そのものを解釈するのは裁判所の役割であるから一方の権限のみに限定されるものでない。そこで他の見解として残虐で異常な刑罰の判断は立法および司法の両者を拘束するものであるとする⁽¹³⁾。

犯罪に対する刑罰を固定化するのは立法の作業であることはいうまでもないが、制定法の範囲内で不当で苛酷な刑罰が科せられれば残虐で異常との判断がなされるべきである。

このような限定のうえにたつて「残虐で異常な刑罰」を考えてみると、アメリカ憲法に採用された時点ではさらに首 (pillorying)、腹裂き (disemboweling)、四ツ裂き (quartering) のような刑を指していた。ところが一九世紀に入り、単に「残虐」でなければ「異常」であってもよいとするのは憲法上の禁止にふれると考えられるようになった。その最初の事例が、いわゆる「首つり」をやめて電気殺をとり入れたことにある。一八八〇年にニューヨークで絞首刑の代りに電気殺を採用した際、当局者は「絞首刑により犯罪者の生命を絶つ、このやり方は暗い時代に採用されたものであり、こんにちの科学がより野蛮性を少なくした方法で処刑できる準備ができないかどうか問題である」とした。そして二年後に電気殺が採用された。それ自体は残虐でも異常でもなかった。こんにちでも一般には現在の処刑の方法は電気殺もガス殺も修正第八条に違反していないとされている。修正第八条は「不必要」に残虐で苦

痛あるものを禁ずるといふ意味にとられてきた⁽¹⁴⁾。それではその基準は何にあるかといえは「分別ある社会の進展を示すところの、進化する人間の品位 (decency) を犯すか否か」を基準に判断されるべきであるという。それは単に靜的にとらえられるものではなくて時代の進展とともに進化するものとして動的にとらえなくてはならない⁽¹⁵⁾。

かくして不必要に残虐かどうかの基準を市民の「品位」におくならば、その品位にはずれた過剰な刑罰は残虐で異常となる。この過剰な刑罰が憲法上禁止されたとした最初の判決は一九一〇年のウィームス事件⁽¹⁶⁾である。ここでは犯罪に対する刑罰の不均衡が残虐で異常であるとされた。さらに一九六三年にはラドルフ事件⁽¹⁷⁾においてゴールドバーグ判事は、第一に刑罰が残虐かどうかを決定するにはひろい比較法的見地から確認されるべきであること、この見地からすると強姦に対する死刑は「品位の基準」を犯している。第二に、刑罰の目的が死刑よりも軽い刑罰により効果的に達しうるならば、死刑は不必要に残虐であるとした。このアプローチは過剰な刑罰が許されるか否かの一つの基準を示すものとなった。

ところで死刑そのものが憲法に違反し残虐で異常であるかどうかについては、後述のフアーマン判決のするまでは裁判所は明確な態度をとってこなかった。たとえば一九四九年に連邦最高裁は、電気殺による処刑を設備の不備から失敗し二度目に成功した事件に関し「有罪となった者を保護する憲法に逆った残虐性というものは刑罰手段そのものが残虐かどうかにあるのであって、どのようなやり方で生命を絶ったかということに結びつくものではない⁽¹⁸⁾」と述べている。つまり電気殺そのものが問題にならなければ、その殺し方がいかに残虐であっても憲法上の禁止には当たらないとしたのであった。

のみならず、死刑の残虐性を考えるについては、単に処刑される者だけではなく、死刑の判決をうけながら長期にわたり処刑を待たされている死刑囚の残虐性そのものについて裁判所が判断を下すのはまだ相当の時間の経過が必要

と思われる。

ファーマン判決に先立つこと四か月前のカリフォルニア州最高裁判所による違憲判決（アンダーソン事件）については後述するが、一九七二年一月八日の州民投票により憲法修正提案が承認され、カリフォルニアでは再び死刑法が復活した。⁽¹⁹⁾しかし州最高裁はその後も違憲判決を下している。⁽²⁰⁾

そこでの主たる論点は死刑そのものの憲法論ではなく死刑選択の手續が憲法上の基準に合致しているかどうか、つまりグレット判決（後述）で示された基準に合致するかどうかに関してであった。このように現時点においてはカリフォルニア最高裁判所によるアンダーソン事件における死刑の残虐性に関する違憲論から連邦最高裁判所（ファーマン事件）において有力となった死刑適用基準の問題への推移、そしてグレット事件における合憲論へと、まさに憲法における「残虐で異常」な刑罰をめぐる論点はゆれ動いている。

—— 論 律 法 ——

- (1) 岩波文庫・人権宣言集による。なお同条文中の「残虐で異常」な刑罰の禁止条項の歴史的発展については一九六九年に Anthony Granucci が論究 (Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted; The Original Meaning, 57 Calif. L. Rev. 839, 1969) するほど大きな関心がよせられたとつた。Raoul Berger, Death Penalties, 1982, p. 29).
- (2) Note, The Effectiveness of The Eighth Amendment: An Appraisal of Cruel and Unusual Punishment, New York University Law Review, vol. 36, April 1961, p. 846. なお本項は同論文をよる Soul Rubin, The Supreme Court, Cruel and Unusual Punishment, and the Death Penalty, Crime and Delinquency, vol 15, No. 1, 1969, を参考とした。
- (3) モネタイカットとバーモント州では憲法上の禁止規定はないが州法に同類の規定がある (Con. Gen. Stat. Ann. §53—70, Vt. Stat. Ann. tit. 1, § 271).
- (4) カリフォルニア憲法第六条。
- (5) Weems v. United States, 217 U. S. 349, 1909.
- (6) Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson, 316 U. S. 535, 1941.

- (7) *In re Andrada*, 280 U. S. 953, 1965.
- (8) *Robinson v. California*, 370 U. S. 660, 8 L. Ed. 758, 82 Sup. Ct. 1417 (1962).
- (9) *Trop v. Dulles*, 356 U. S. 86, 100 n.32 (1958).
- (10) *Soul Rubin*, op. cit. p.125.
- (11) *Mass. Const. pt. 1, art. 26*: "No magistrate or court of law, shall...inflict cruel or unusual punishments". N. H. *Const. pt. 1, art. 33*.
- (12) 後述のフューマン判決で、ハーガー長官らの合憲論者の見解からの立場をたゞとんが、Furman v. Georgia, 408 U. S. 238 L. Ed. 2d 346, 428.
- (13) *Note, Cruel and Unusual Punishment*, *New York Univ. Law Review*, op. cit. p. 852.
- (14) *Note, The Cruel and Unusual Punishment Clause and The Substantive Criminal Law*, *Harvard Law Review*, Vol. 79, 635, 1966, p. 639.
- (15) このような基準からの判断したのが、マロップ事件である *Trop v. Dulles*, 356 U. S. 86. (1958)。この事件は戦時中の逃走者に対し市民権を剥奪するのに対して「残虐で異常」なされた。
- (16) *Weems v. United States*, 217 U. S. 349. 公文書偽造び一五年の有期重懲役に処せられた。
- (17) *Rudolph v. Alabama*, 375 U. S. 889, (1963), 黒人に対する強姦事件に対する死刑。
- (18) *Luisiana ex rel. Francis v. Resweber*, 329 U. S. 459, 67 Sup. Ct. 374, 91 L. Ed. 422 (1947).
- (19) 村井敏邦「カリフォルニア最高裁判所首席判事の再任拒否と死刑問題」一橋論叢第九八巻五号参照。
- (20) *Rockwell v. Superior Court of Ventura County*, 18 Cal. 3d 420, 134 Cal. Rptr. 650.

二 カリフォルニア最高裁の違憲判決——アンダーソン判決——

一九七二年二月一八日、カリフォルニア州最高裁判所はアンダーソン事件 (*Robert Page ANDERSON*) を争う

て死刑は残虐または異常な刑罰であると⁽¹⁾して違憲判決を下した。同事件はロバート・アンダーソンに対し陪審は、一人の殺人を含む殺人未遂と第一級窃盗で死刑を評決した。一九六六年カリフォルニア州最高裁判所はこの第一審判決を支持した。⁽²⁾ところが、その後、連邦最高裁判所が、ウィザーズプーン対イリノイス判決⁽³⁾(Witherspoon v. Illinois)において強制による死刑の評決は手続に違反があると判示したため、右の判決に準じやり直しが命じられた。

第二回目の裁判でも陪審は死刑を科したが、被告人は死刑は合衆国憲法修正第八条およびカリフォルニア州憲法第一編第六条の死刑は「残虐で異常な刑罰」の両者に該ると主張した。⁽⁴⁾

これに対しカリフォルニア州最高裁判所はカリフォルニア憲法では極刑の適用は認められないと判断しながらも、死刑が合衆国憲法修正第八条で禁止されているかどうかを考慮する必要はないと判断した。

- (1) The People v. Anderson. Cr. 13617. Supreme Court of California, Feb. 18, 1912. 本稿は 100 California Reporter, 6 Cal. 3d, 628—659. による。なお、同事件に關しては田島裕「キャリフォニア州最高裁『死刑は違憲』判決をめぐって」ジュリスト五〇四号(一九七二年五月一日号)八三ページ以下に紹介がある。
- (2) People v. Anderson (1966) 64 Cal. 2d 633, 51 Cal. Rptr. 238, 414 P. 2d 366.
- (3) 1968. U. S. 510, 88 S. Ct. 1770, 20 L. Ed. 2d 776.
- (4) 第一編第六条。

(一) カリフォルニア州憲法の解釈

カリフォルニア州憲法第一編第六条は「残虐または異常な刑罰」(cruel or unusual punishment)を禁じており、それは合衆国憲法修正第八条が「残虐かつ異常な刑罰」(cruel and unusual punishment)を禁じているのと異なる。そこでカリフォルニア州最高裁判所は、カリフォルニア憲法がなぜ「残虐かつ異常な刑罰」ではなく「残虐または異

常な刑罰」となったかを詳細に検討し、結論としてカリフォルニア憲法では現代の基準から判断して残虐であるか、あるいは異常な刑罰かのいづれにおいても死刑は違憲であると判断したのである。

むろん若干の注釈者たちは修正第八条と第一編第六条は同一の範疇に入るものであり、後者についてあえて択一的な解釈をすることは意味がないと主張している。⁽¹⁾しかし、この条項を歴史的に検討してみると一八四九年の憲法議会が最初に本条が採択され、後に一八七九年憲法に編入されたとき議員たちは、この択一的な意味に気づいていた。それらの論拠を判例から要約する。

カリフォルニアの「残虐または異常な刑罰」の禁止条項は最初は「権利宣言」(Declaration of Rights)の一部としてとり入れられた。そして一八四九年九月七日に議会に提出されたときには第一編第五条において「過大な罰金が科されることもなく、残虐かつ、異常な刑罰を加えられることもなく、証人が不合理に拘留されることもない」としていた。しかし「証人」の条項が加えられるに当って合衆国修正第八条と同一にされた。一方、議会ではニューヨーク憲法およびアイオワ憲法を参照とし、一八四九年九月八日に全体会議において、なんの議論をすることもなく第五条が採択された。その後の数か月はなんの論議もされず、一八四九年一月一日に下院議院で採択されたときには「残虐または、異常」な刑罰を禁止するとなっていた。報告者は「権利宣言」に関する憲法第一編がとりあげられ、三度よみあげられ、若干の逐語的誤りが修正され可決した」とだけ述べている。⁽³⁾ここではニューヨークの原典から条項を移入するに際し「逐語上」の誤りを正すこともなく、アイオワ憲法に適合させようとしなかった。むろん、委員会ではすべての州の憲法を入手し、少なくとも二〇の州の憲法が議論の参照にされたが「残虐かつ、異常」な刑罰とはされなかった。むしろ、ここでは「残虐な刑罰」⁽⁴⁾、「残虐または異常な刑罰」⁽⁵⁾の禁止を検討している。

委員会が「残虐または、異常」な刑罰の禁止を導入するため憲法モデルから単に残虐な刑罰だけではなく過大で異常

な刑罰も独自に禁止されなければならないとした事實は、殘虐な刑罰と異常な刑罰がともにカリフォルニアにおいては違法とされるべきことを意図的に確立するため、接続語の「かつ」(and)ではなく非接続語の「または」(or)にとり代えてカリフォルニアの条項に変更を加えたことは明らかであるとしている。この点で訴追側が「偶然」から非接続語を選んだと主張するのは正当でないと反論している。

つぎにカリフォルニア憲法の他の条項において死刑を明白にあるいは暗に肯定することと条項があり従来、最高裁判所も極刑が第一編第六条により禁止されるかどうかについて直接ふれることをさけてきた。しかし、これらの条項と「殘虐または異常」な刑罰禁止条項の間にはなんの矛盾もないとした。つまり立法の段階から死刑の存在をもうや認めていなかったといえる。しかし同州憲法は第一編第一三条に「法の正当な手続によることなく何人も生命……を奪われてはならない」とするジュー・プロセス条項を有するし第六編第一条は「最高裁判所は死刑事件の上訴裁判権を有する」など死刑を前提としているかのごとき条項がある。⁽⁶⁾これに対し最高裁は第一三条は法の正当手続によることなく生命は奪われてはならないことを確認しているにすぎない。また第六編第一条は死刑が科せられた事件に対する控訴権を裁判所に付与しているにすぎないのであって、だれも、これらの条項から殘虐または異常な刑罰の禁止のわくをはみ出し死刑の肯定的解釈はできないとし、それぞれの条項は独自の沿革と目的をもっているのであって矛盾するものでないことを歴史的に説明している。

- (1) Comment. The Death Penalty Cases, 1968, 56 Cal. L. Rev. 1268, 1362, foot note 502.
- (2) 一八四六年のニューヨーク州憲法第一編第一条は「殘虐で異常な刑罰」としており、一八四六年のアイオワ州憲法も同類の条項である。
- (3) Browne, Debates in the Convention of California, 1850, p. 458.
- (4) たとえばペンシルバニア、アラバマ、デラウェア、ケンタッキー、ミシシッピー、ロード・アイランド、サウス・カロ

ライナの諸州においては「残虐な刑罰」となっている。

(5) 同類の条文をもつ州にはノース・カロライナ、フロリダ、マサチューセッツ、ニュー・ハンプシャー等がある。その他、若干の州（アーカンサス、イリノイス、ニュー・ハンプシャー）では罪刑均衡を要求する条項、「残虐で／または異常な刑罰」を禁ずるとする州（インディアナ、メイン、ロードアイランド）がある。

(6) その他、第一編条八条では弁護人が被告人に控訴権のあることを知らせることなく死刑を科してはならないとしている。

(二) 裁判所の機能と先例

かくしてカリフォルニア憲法において極刑が残虐または異常であるとするならば、そして現代の基準に照して死刑を抑制することに憲法上の障害がなんらないことを確認するためには、第一編第六条の条項に対し裁判所がいかなる役割を果しうるかを確認しておかねばならないとして、つぎのごとく述べている。

まず、困難かつ重大な問題ではあるが、憲法上の疑問にたち向い解決するのは司法機関の重大な眼目であることを認め、ここに求められているのは現にカリフォルニアの刑務所で生命の危機におかれている一〇四名の死刑囚の直面している問題にある。この裁判所が憲法上の疑問を解決するまで最終的処分をすべきでないということにある。

カリフォルニア憲法における「残虐または異常な刑罰」の条項は権利宣言と同じく、多数による侵害に対し立法および行政行為を抑制し、個人および少数者の権利を防衛することに作用するものであり、かような権利宣言の約束が個人に対し実在することを憲法上の要求に照し、立法行為を確認するのが裁判所の役割である。さもなければ立法部が許された手段および刑罰範囲の独占的審判者となるであろうし、憲法第一編第六条は不必要なものとなる。ところで第一編第六条に照らし刑罰法を確認する権限と責任が裁判所にあるものとすれば、立法部が新しい死刑犯罪を導入

し、極刑が黙認されているとする点に関しては「現時点における市民の文化的基準」からは、裁判所としてはこれを抑制する態度を明らかにしなければならない。

これまでカリフォルニア最高裁は「残虐または異常」という文言と同じ扱いとして「残虐および異常」の刑罰にアプローチしてきた。結果として裁判所は死刑の存続を正当化することとなった。一八四九年に第一編第六条が起草され一八七九年に編入された時点では、極刑は禁止を請け合うほど残虐とは考えられていなかったし、できたばかりの州においては習慣としてひろく受け入れられていた。首つりは自警団処罰 (vigilante justice) としては日常的な刑であったし、州が司法および刑罰制度を設定したあとも公開処刑がなされていた。かくして初期の判決では死刑を支持し、カリフォルニア住民の多数は死刑を支持していた。要するに人々の道徳基準を犯すかどうかの問題とはならなかったし、極刑が州や連邦憲法で禁止されるべきほど残虐でないと理解されていた。

フィンレイ判決 (J. W. Finley) はカリフォルニア憲法第一編第六条に死刑が違反するかどうかについて最初に問題を提起した。控訴裁判所は「重い刑罰は：法に反抗し大胆な結果を犯す者を思いとどまらせるに必要である」とし、「残虐または異常な刑罰」であるかという疑問には答えなかった。⁽¹⁾ フィンレイ判決では、ある刑罰が「異常」であるかどうかの判断基準は「過剰」または「不均衡」によるものとし、その刑罰が犯罪に対し均衡を欠いており、通常の下で犯された犯罪に対し通常の重さを超えている刑罰が科せられたとの疑いがあると判断するとき、裁判所は「異常」であるとの非難ができるとした。⁽²⁾ この考え方は残虐性をそれ自体独立してとらえている連邦最高裁に同調したものであった。この判断からすればフィンレイ事件において死刑が下されたのは違憲とはならなかった。なぜなら、被告人は本人の犯した不当暴行 (malicious assault) に対する死刑は同種の犯罪を犯している他の者が寛大に扱われているのと比較するとかような重い刑を終身刑に服している者に科すのは不当であると主張したのであるが、裁

判所は終身刑より重い刑罰として死刑を科すのは必要であるとした。

フィンレイ事件は「残虐または異常」の刑罰そのものについては争わなかったが、つづいて生じたオッペンハイム⁽³⁾事件では死刑は残虐または異常な刑罰であるとして争った。そこでは裁判所はカリフォルニア憲法第一編第六条は「残虐または異常」な刑罰を禁じているが、死刑がそれに該当するかどうかについては検討していない。その代り、「市民が認める絞首刑、銃殺あるいは電気殺のような処刑手段も、それが「市民の道德感覚への衝撃」に一般人の良心への非難と糾弾に合着しない限り残虐でもなければ異常な刑罰でもない」と判断してきた。⁽⁴⁾

そして、かような基準が長い間死刑を支えてきた。しかしアンダーソン事件においては「刑の均衡」の問題ではなく「残虐または異常」の問題であり、それを「残虐かつ異常」の接続詞との関連において検討を加えた。

- (1) フォーソン (Folsom) 刑務所で終身刑を受刑中に他の受刑者に暴行を働き死刑を言渡された (People v. Anderson, op. cit. p. 161—162. In re Finley 1905, 1 Cal. App. 198, 201, 81 p. 1041, 1042).
- (2) 1 Cal. App. 198, 202, 81p, 1041, 1042, 1043.
- (3) People v. Oppenheimer 1909, 156 Cal. 733, 737—738, 106 p. 74, 77. 終身刑として服役中のサンクエンティン刑務所⁽⁵⁾で他の受刑者に傷害を加えた事件で死刑を言渡された。
- (4) In re Kemmler, 136 U. S. 447, 10 S. Ct. 930, 34 L. Ed. 519.

(三) 現時点における死刑の合憲性

公衆を前にしての絞首刑の時代から一世紀以上がすぎたこんにち、死刑が当時の基準と同じく残虐でないと決め込むことはできない。裁判所はこれまでの基盤の妥当性を再検討し、改めて、その基準を通して残虐性を判断する必要がある。結論的には憲法上の感覚から判断して死刑は「残虐」であると結論づけている。

残虐性の憲法上の意味

訴追側は刑罰はそれが不必要に残虐で異常であれば憲法が禁ずるものであるとしている。しかし裁判所はカリフォルニア憲法は「残虐または異常」な刑罰をいずれも禁じており、死刑は憲法上から残虐であると判断した。したがって第一編第六条に関しそれが「必要」であるかどうか判断する必要はない。

残虐性を判断するにおいては、それが単に生命の抹殺だけから残虐と判断するわけではない。⁽¹⁾死刑の判決をうけたあと、執行までの「長引かせる死」(Linger-ing death)そのものが憲法上から残虐であると判断する。しかし、カリフォルニアが州としての地位を得てよりこれまでに慣習的にあるいは現実に行なわれてきた刑罰そのものを否定するわけではないが、立法者は歴史的に分析すると残虐な刑罰と過剰刑をともに違法とすることを意図していたことがわかる。「残虐」そのものは肉体的苦痛あるいは人間の精神的苦悩ないしは拷問に類するものとして通常は用いられている。カリフォルニア憲法の起草者たちはかような刑罰の禁止を求めている。⁽²⁾当初、裁判所は第一編第六条は「残虐」と「野蛮」を同意語と解釈していた。⁽³⁾それは一六八九年のイギリス権利章典や修正第八条についてもいえるし、⁽⁴⁾多くの他の州憲法でも同類の用語を使い残虐、野蛮または拷問による刑罰を過剰または違法な刑罰としてきた。

裁判所はしたがって第一編第六条が修正第八条と同じく静的な文言でないとし、憲法上の文言は進化するものがあり、固定化されて時代遅れになるのではなく人間の正義により啓発された大衆の意見により意義を探究できる。⁽⁵⁾かくして、むち打ち、さらし首などが今世紀のはじめに刑罰手段としてとられていたものが、こんにち残虐でないとする者はいない。現在の処刑はどうであろうか。訴追側は極刑は現代の基準に照して違反ではないとする。その証拠に世論調査の結果をあげ、⁽⁶⁾陪審員たちが自由意思により死刑を選択しており、四一の州で死刑を存続させているとす⁽⁷⁾。しかし、それがこんにちの市民の標準に合致しているかどうかを確認する検定因子は存在しない。しかも一般大

衆の容認を死刑法の存在や若干の陪審員が刑事被告人に死刑を科したという事実によって測定できるものではない。死刑の制定法は多くの法域で存続し、世論は抽象的な死刑に感わされているけれども、実際に適用される死刑の数がきわめてまれであることは、現実に死刑を科すことを望んでいないことを示す。大統領への国家犯罪委員会 (National Crime Commission) による報告は「極刑のもっとも顕著な特質はそれがめったに執行されることがないことである。…裁判官、陪審員、政府役人らのすべての有効な資料によれば、死刑を科すことを不本意とし、死刑判決を拒否する方向にある。若干の州では法律上は死刑を認めていても、この数十年らしい執行されていない」。事実、一九三五年には一九九人が処刑されているが一九六七年には二人にすぎない。その間凶悪な犯罪と人口は急増している。こんにちも死刑が一般社会に受け入れられているとは考えにくい。

極刑の残虐さは単に執行それ自体だけではなく裁判確定から執行までの長期にわたる受刑者への非人間的扱いにある。訴追者側は判決確定と執行までの長期については認めるが、それは死刑囚らが訴訟を引き延ばし、生きるために闘うが故であるとしている。しかし裁判所はこの考えをとれない。死刑に対し控訴により利益を得るのは、憲法で禁止しているかかる残虐な精神的拷問を除去することにあるのであって、さし迫った執行を長く遅延することにあるのではない。

さし迫った執行への心理的残虐性も死刑のもつ残虐性として評定の考慮に入れなければならない。かくして個人および社会を含めて人間の尊厳が死刑の存続により失落している。尊厳の現代の基準から判断すると死刑は受入れられなければならない残虐なものである。『分別ある社会の進展を示す尊厳の基準』から測定すれば極刑はカリフォルニア憲法第一編第六条における残虐な刑罰である。

極刑の不必要な残虐性

極刑は残虐であるとしながらも、憲法は「不必要な」残虐刑を禁止しているのであって、残虐な刑罰も不必要でないならカリフォルニア憲法第一編第六条に違反しないとの論議がある。しかし裁判所の見解では憲法が犯罪に対する刑罰として「必要」な残虐刑を認めているかどうかを判断する必要はないとしている。その論拠はつぎのごとくである。

極刑の存続理由を求めて刑罰のいくつかのうち、訴追者側は死刑には社会復帰機能はないが、重大犯への懲罰として極刑を立法的に存続させることにより犯罪を予防できるとする。しかし、これらの目的を死刑存続の根拠として示すことはできない。なぜなら復讐あるいは応報は修正第八条における刑罰目的としても許されるが当裁判所はカリフォルニアにおける刑罰として応報たる仮設を認めるわけにいかない。多くの有罪となった受刑者たちは極度の残虐かつ残忍な犯罪を犯しており、そのような者は司法またはその他の機関において同情をうける資格のないことは承知している。それにも拘わらず報復のために生命を奪うことがこんにちの社会の威厳を保つことではない。

正直なところ社会から犯罪者を隔離することは刑罰の目的として妥当であり、ときとして必要であり、死刑はその目的に効果的に作用するものである。社会は有罪となった犯罪者から防衛される。しかしながら社会から犯罪者を隔離する「必要性」が死刑によって正当化される根拠はない。

訴追者側は死刑の存在が凶悪な犯罪を犯す者を抑制していると主張する。死刑の抑止効果については活発に論じられていることを認めるが、抑止効果を統計的に測定することは困難であり、犯罪者が死刑の存在により犯罪を思いとどめたかどうかを測定することはできない。のみならず、とくに必要な犯罪は死刑の存在と無関係に犯されるものである。こんにちでは死刑の存在が他の刑罰よりも犯罪の抑止効果があるとの証明はなされていない。

極刑は異常な刑罰である

カリフォルニアにおいては死刑はこんにちめつたに執行されない。市民のなかには死刑を受入れる気風があるにしても極刑はもはや憲法上禁止されている。訴追者側は刑罰はそれが形式的に異常であるとか、科す手段として異常でなければ憲法上は異常でないことを示唆してその結論をさけている。しかし「異常」の意味に条件をつけることはできない。

従来、裁判所は第一編第六条の解釈としては、過剰または不均衡な刑罰が「異常」であるとの立場をとっている⁽⁹⁾。刑罰が「残虐」であり違憲であるとされるとき、それが文字通りに「異常」でないという事実は、その刑罰が過剰であるから追放されるべきであるかではなくて、市民の一般常識の基準に照して侮辱的であったか否かにより考察されたのである⁽¹⁰⁾。かくして、ある刑罰が第一編第六条に矛盾して残虐であるとの疑問があるときは、もしその刑罰が市民の常識として受入れられるなら支持されているものとして解決されてきた。

しかし、当裁判所は極刑は残虐であり違憲であるし、第一編第六条における残虐な刑罰はそれが過剰であるか否かに関係なく禁止されることを結論づける。かりに、その残虐性に疑問が残るにしても、もはや、こんにち死刑はひろく世界的に廃止の方向にあるのであって、この国の死刑の放棄のため、それが一般に受入れられることを基盤として死刑はもはや支持できないものと結論づける。

極刑は許すことのできない残虐なものである。その過程に関与するすべての者の尊厳と人間性を奪うものである。それは別のいかなる正当目的にも不必要であり、人間の尊厳と司法に矛盾する。カリフォルニアの政府はもはや憲法第一編第六条の内容をなすカリフォルニアにおいて死刑が執行されることはない⁽¹¹⁾と結論づけている。

- (1) 連邦最高裁はかつて生命の抹殺と執行手段について修正第八条に反しなうとした (In re Kemmler 1890, 136 U. S. 436, 447, 10 S. Ct. 930, 34 L. Ed. 519. Francis v. Resweber 1947, 329 U. S. 459, 463—464, 67 S. Ct. 374, 91 L. Ed. 422.)
- (2) Granucci, "Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted": The Original Meaning, 1969, 57 Calif. L. Rev. 839.

- (3) State v. McCauley, 15 Cal. 429, 455.
- (4) I Schwartz, *The Bill of Rights: A Documentary History*, 1971, p. 41—43.
- (5) Weems v. United States, 217 U. S. 349, 378, 30 S. Ct. 544, 553, 54 L. Ed. 793.
- (6) 一九八五年のギャラップ調査では死刑支持が七十二パーセント。
- (7) 一九八六年現在死刑を廃止している州はフランスカ、ハワイ、アイオワ、カンサス、メイン、マサチューセッツ、ミシガン、ミネソタ、ニューヨーク、ノース・ダコタ、ロード・アイランド、ウエスト・ヴァージニア、ウイスコンシンの一三州、*アメリカ合衆国憲法* (Amnesty International United States of America, *The Death Penalty*, 1987).
- (8) President's Commission Law Enforcement and Administration of Justice, Report, 1967. (*The Challenge of Crime in a Free Society*, p. 143.)
- (9) People v. Oppenheimer, 156 Cal. 733, 737—738, 106 p. 74.
- (10) In re Finley, 1 Cal. App. 198, 202, 81 p. 1041.
- (11) なお、*オレゴン州修正第八條は州に対しては適用されないとされてきた。ところがロビンソン判決においては「編入理論」(incorporation doctrine)を最初に導入し、州にも修正第一四條が適用されると判断した(浅利祐一「アメリカ合衆国連邦最高裁判所判断における死刑の違憲審査基準(1)」北大法学論集三六卷四号一一三八—三九二頁参照)。*

三 連邦最高裁の違憲判決——ファーマン判決——

一九七二年六月二十九日、アメリカ連邦最高裁判所はファーマン事件について死刑は残虐かつ異常な刑罰であるとして違憲判決を下した。⁽¹⁾この事件はジョージアからの二件(Farman v. Georgia, No. 60—5003, Jackson v. Georgia, No. 64—5030)とテキサスからの一件(Branch v. Texas, No. 64—5031)に対する併合判決である。いずれも謀殺罪、強姦罪(後の二件)で死刑判決をうけた若い三人の黒人の被告であり、連邦最高裁判所はそれぞれ裁量上告の申立てを認め違憲判決となったものである。

この判決では九人の判事が各自の意見を述べており、その内容は必ずしも単純ではない。多数意見の三判事は、現代社会では死刑は残虐にして異常であるから違憲であるとし、二判事は、明白な刑罰基準を欠き、気紛れに死刑を宣告される者のうける過酷性からして残虐、異常であるとした。

前述したように、この判決に先立つ、わずか数か月前にカリフォルニア州最高裁判所は「残虐または異常」という論点から死刑を違憲としたのであるが、連邦最高裁においては修正第八条は「残虐かつ異常」となっており、多数意見のうちの三判事は死刑は文字どおり「残虐かつ異常」であるとした。したがって本稿においてはこの三判事の「残虐かつ異常」とする論拠を中心に論ずるが、他の二判事が刑罰基準の不明確性から違憲とした判断も、いうまでもなく「残虐かつ異常」に結びつけられる。とくにアメリカの黒人問題、人種差別が死刑を科すかどうかに重大な関係があるといわれており、二判事の違憲論はアメリカ特有の違憲論といえなくもないが、わが国においても死刑の残虐性を問題にするとき、この論議は重大な示唆を与えるものであるといえる。これらの諸点を逐次検討しておく。

(1) *Furman v. Georgia*, 408 U. S. 238, 1 Ed 2d 346, 92 S. Ct. 2726. U. S. Supreme Court Reports. 33 L. Ed 2d. による。なお本件に関しては三井誠「米連邦最高裁『死刑違憲判決』の検討」法律時報四四卷(昭和四七年)一〇月号八三—一〇三頁以下。生田典久「米国連邦最高裁の死刑違憲判決」ジュリスト、一九七二・八・一(五一—五二頁)一—一六頁以下。松尾浩也「アメリカにおける死刑—連邦最高裁判決によせて」現代法ジャーナル六号二ページ。浅利祐一、前掲、北大法学論集第三六卷四号所収などがある。

(2) 修正第八条「過大な額の保釈金を要求し、または過重な罰金を科することはできない。また、残虐で異常な刑罰を科してはならない」(岩波文庫・人権宣言集による)。

(3) *William O. Douglas, William J. Brennan Jr. Thurgood Marshall.*

(4) *Byron R. White, Potter Stewart.*

(5) 「残虐かつ異常」であり違憲としたのは実質的にはブレナン、マーシャル両判事であり、他の三人(ダグラス、ホワイト、スチュワート)は差別、気まぐれから残虐性・違憲を結論づけており、必ずしも明確に分けられるわけではない。

(一) 残虐かつ異常の根拠

死刑が残虐かつ異常であり違憲であると明確に判断したのはブレナン、マーシャル判事の二人である。
ブレナン判事の意見

われわれは憲法起草者が権利章典に列挙されている「残虐で異常な刑罰」の文言にどのような意図が含まれているかを明らかにする証拠はもち合わせていない。しかし、言語に絶する残虐な刑罰を禁止する意図のあったことは明らかである。しかし限定してとらえるべきでない。新しい条件と目的がもち込まれることで変遷する。それ故、残虐の範囲はひろい適用性のものである。

ある特定の刑罰が「残虐で異常」であるかを決定するについて、第一にあげられる原理は、刑罰は人間の尊厳を損うものであってはならないということである。この原理に反するものは残虐な刑罰として禁止される。裁判所はこれまでに、たとえば一二年の重労働刑、⁽¹⁾ 国外追放、⁽²⁾ 麻薬中毒者の拘禁を⁽³⁾ 残虐として違憲判断を下してきた。むろん人間の尊厳を損う刑罰というものは単純な原理のもとで致命的に侵されるとだれも決定的に断定することはできない。むしろ「残虐かつ異常」は復合的なものであり累積的なものである。

ある刑罰が異常で厳格である、専断的に科せられる可能性が強いこと、現代社会が本来的に拒絶するもの、刑罰目的のいづれにもその効果を信ずることのできないもの、これらの原理から死刑を判断してみると、こんにちでは死刑は「残虐で異常」な刑罰である。死刑は極度に過剰刑であり、痛みにおいて、最終の結末であることにおいて、法外さにおいて異常である。肉体的、精神的に被る死刑に比較できる他の刑罰は存在しない。たとえば国外追放は個人の政治的存在を否定し、市民権を奪うものであるが、死刑よりも運を悪くするものではない。再び回復が可能であるが

死刑は回復が不可能である。死刑はもはや刑罰として利用されるべきものでない。

第二に指摘されるべきは、死刑は例外的にしか適用されないということである。それが、もはや刑罰でないことの証拠でもある。年間数千人の殺人や強姦事件があるとして「気まぐれ」かまたは「みせしめ」として処刑がなされるにすぎない。しかもこの死刑に処せられる者の選択には論理的根拠はない。死刑を選択する「気まぐれ」に反論する確固たる論拠は現在の司法手段には確立されていない。

第三に、死刑の適用が除々に少なくなり、まれにしか適用されないという事実は社会がこの刑罰に重大な疑問を示していることを意味する。

第四に、死刑は凶悪な犯罪を抑止するに効果的であるというが、われわれは、ここで死刑が刑務所収容より抑止力があるかどうかについて論争するつもりはないけれども、その証明のなされていないことは事実である。

以上の四点から検討して死刑は拒絶されるべきである。死刑は異常に苛酷であり、下劣な刑罰である。人間の尊厳を致命的に損うものとして「残虐で異常」な刑罰を禁ずる憲法に違反している。

マーンシャル判事の意見

マーンシャル判事はファーマン事件は死刑が合衆国憲法修正第八条の「残虐で異常」な刑罰に該当するかどうかの問題を提供したものであるとして、この問題を中心に展開し、違憲論を唱えている。死刑が過剰または不必要な刑罰であるかどうかは、なぜ立法において死刑を存続させたのか、極刑によらない刑罰で満足できない理由は何であるかを明らかにする必要がある、もし、それが証明されれば死刑は不必要であり憲法に「反する」とする。

第一に応報の原理は法を犯した者への刑罰適用の背景に存在しないと断定できない。しかし少なくとも刑罰の唯一の目的ではない。犯罪に対する刑罰の抑止力は一般に再犯の防止、危険性の除去、更生に向けられてきた。応報目

的が唯一の刑罰であつてはならず修正第八条に反するとの見解はこれまでの裁判でも明らかとされてきた。⁽⁴⁾

第二に、極刑が終身刑よりも抑止力があるかどうかである。しかし死刑が終身刑より残虐であることはいうまでもない。人はときとして終身刑より死を選ぶというが、死刑は回復不可能であるが終身刑はそうではない。死刑は社会復帰が不可能であるが終身刑はそうではない。あるいは「もし終身刑が殺人への最高の刑であれば、囚人仲間や刑務官を殺した殺人者への刑罰がない」という。この仮説はまさに死刑が犯罪抑止力のないことを弁護している。⁽⁵⁾ これまでに得られた証拠に光をあてて、死刑の抑止力をもとに正当化する結論はどこにも見つけることができない。

第三に、死刑は再犯防止に最高の効力を發揮するということである。処刑されれば再犯の可能性はないのであるから、これは当然のことである。しかし殺人者の多くは刑務所内にしろ釈放後にしろ再犯率は低い。多くの者はむしろ初犯者である。極刑が再犯防止を根拠に正当化されるのであれば、過剰刑である。そして、かりに極刑が過剰でないとしても、歴史的にみて合衆国における国民が、こんにちでは道義的に受け入れることができない故に修正第八条を犯している。たしかに世論調査では国民の多数は死刑の存在を希望している。しかし国民には適切な情報が提供されていない。死刑に関する差別的運用、誤判、刑事司法の有害性などの資料などがさらに提供されるならば死刑が良心や正義に反するものであることの自覚も多数の国民が占めていることを確信する。

ダグラス判事の意見

ダグラス判事も死刑は修正憲法第八条および一四条に反し違反であるとする。つまり法第一四条は第八条の「残虐で異常」な刑罰の禁止条項を保証する条項であるからだとする。そして「残虐で異常」の文言は、その立法理念とは別に裁判官や陪審員の自由裁量により、貧しい者、力のない者、少数民族やニグロなどにきびしく、社会的地位などで保護された者は死刑を免がれやすい。たとえば一九二四年から一九六八年にテキサスで死刑になった者の調査から⁽⁷⁾

は死刑の適用が不公平であり、多くの処刑された者は貧しく、無知の者たちであつたとする報告や、金持ちはけつして処刑されないことなどをあげている。⁽⁸⁾そして人を死刑にするか、拘禁刑にするかの基準は何もなく、裁判官や陪審の自由裁量、気まぐれで決まる。修正第八条の「残虐で異常」な刑罰の文言は公明正大で推量の余地のないことを要求しており、これらの差別は明らかに憲法違反であるとする。

このようにダグラス判事の見解は死刑適用の裁量的適用を問題として憲法違反を結論づけたのであつて、死刑そのものが残虐かつ異常であるかどうかには言及していない。

ホワイト判事とスチュワート判事

ホワイト判事は、死刑はめつたに科されるものではないから犯罪防止の効果はなく、刑罰目的に貢献しない。死刑を科すかどうかを区別する合理的根拠がなく陪審が独自の判断で死刑の適用を左右する権限を有することは憲法にそわないとした。ここでも死刑の差別的適用を論じている。

スチュワート判事も死刑は立法者が意図した刑罰の範囲をこえており、「残虐」であること、また死刑はまれにしか科せられず、その意味で「異常」であるとしたうえで、死刑は回復不可能であり、改善更生を拒絶する点で残虐であり、連邦憲法修正第八条および第一四条から違憲であるとしている。

バーガー長官らの意見

前述のようにバーガー長官をはじめブラックマン、パウエル、レインクイストの各判事は死刑合憲を結論としたのであるが、「残虐で異常」な刑罰に対し、いかなる見解をとっているかをみておきたい。バーガー長官は個人的には、もし立法権をもっていたならブレナンおよびマーシャル両判事の死刑廃止論に加わるとしつつも、個人の見識をはなれて憲法上の問題を論じている。

まず、修正第八条は「残虐で異常」な刑罰を禁ずると読めるけれども歴史的には、憲法はその適用がまれであるかそうでないかを問わず極度の、そして野蛮な残虐性をもつすべての刑罰を禁止している。「残虐で異常な刑罰」は法律上も裁判所が科すにしても過酷な刑罰を忌避するものとして一六八九年イギリス権利章典に採用されたものである。ただ実体としては違法な刑罰を「異常」であるとして禁じた。⁽⁹⁾ 権利章典が加えられる以前の一七八九年の憲法草案では「いかなる拷問をも禁ずる」となっていた。それが後になって「残虐かつ異常な刑罰」となった。その後の裁判では銃殺は憲法に違反しないとされ⁽¹⁰⁾、拷問による刑罰を禁ずるとともに、「不必要な残虐刑」を禁ずることが一般的とされてきた。つまり焼殺、はりつけ、車裂のような刑罰を禁ずるものであった。したがって、極刑が「残虐」であるかどうかの問題に関し、「異常」ということが「残虐」な刑罰を限定したり、あるいは「残虐」の意味を拡張するものとして解釈することはできない。

事実、修正第八条が採用されて一八一年にわたり裁判所は極刑が合憲であるとしてきた。むしろ憲法の文言自体は進展するものであり固定的なものではなく、大衆の意見に啓発されることを認める。しかし、この分野に答えることのできるのは裁判所ではなくて立法部の課題である。かくして、その立法を動かすのは市民の意見であり、社会の人間尊厳の基準いかにかわるとする。裁判における判断の拘束性と安定性を重視したものといえる。

- (1) Weems v. United States, 217 U. S. 349, 1910.
- (2) Trop v. Dulles, 356 U. S. 86, 1958.
- (3) Robinson v. California, 370 U. S. 660, 1962.
- (4) Weems v. United States, 217 U. S. at 381, 54 L. Ed at 804.
- (5) 死刑廃止論者のトーマステン・ケルンやモーリス・ワズワースの証明を試みた (T. Sellin, The Death Penalty, A Report for the Model Penal Code Project of the American Law Institute (ALI) 5, 1959, Morris, Thoughts on Capital

Punishment, 35 Wash LRev & St. Bar J 335, 349, 1960. なお死刑の抑力力研究の概況については菊田幸一・死刑二二ページ以下参照。

- (6) 「合衆国市民の特権または免除に関する法」の正当な手続」(Rule of Law) に関する条項。
- (7) Koeninger, Capital Punishment in Texas, 1927—1968, 15 Crime & Delinquency 132, 141, 1969.
- (8) Life and Death in Sing Sing, 155—160, 1928.
- (9) 権利章典の初期の草案は「残虐かつ違法」(cruel and illegal) となつた (U. S. Supreme Court Reports, 33 L Ed 2d p. 428.)
- (10) Wilkerson v. Utah, 99 U. S. 130, 25 L Ed 345, 1879.

(二) ファーマン判決の成果

ファーマン判決も、バーガー長官が述べているごとく「残虐で異常」な刑罰が論点となっているが、カリフォルニア最高裁がとくに問題とした「残虐」と「異常」との関連について特段の論議がなされたわけではない。わずかにバーガー長官は「異常」ということが「残虐」な刑罰を限定したり、拡張するものとして解釈されてはならないことを沿革から述べている。その意味するところは「残虐」と「異常」は独立のものであって一体としてとらえるものではないことを示したものと見える。その意味では前述のカリフォルニア最高裁の結論と一致するかのようにとれる。事実、死刑の適用が「気まぐれ」になされることの危険性を問題に違憲論を述べているダグラス、ホワイト、スチュワート判事らの根拠は死刑の残虐性を問題にしているのではなく異常性を問題にしている。この点は後述するように、人種差別による違憲論となつて厳格な手続により差別がなければ異常でないという展開となり、たとえば絶対的死刑肯定の論拠を与えかねない(詳細は後述する)。

いずれにしても当判決においては「残虐で異常」な刑罰であるかどうかはブレナン判事の説くごとく人間の尊厳に

反するかどうかにあり、現時点における市民の人間尊厳に対する基準からすれば死刑は残虐であるとする。その論拠として、たとえば死刑がこんにちではまれにしか執行されないことを多くの裁判官が指摘している。これに対しては反対派のバーガー長官らは死刑が稀有な刑罰となったからではなく、その数の大小に拘らず残虐かどうかにあると述べているが、現に修正第八条が成立して一八〇年余り死刑を存続させてきた歴史において、その死刑が現在の市民感覚からして認められるかどうかの基準を求めるについては、かつての大量処刑数から、こんにち例外的にしか適用されない死刑の機能を基準に人間の尊厳の変遷を論拠づけようとするブレナン判事らの論拠は認められてよい。

つぎにバーガー長官らは憲法の条文として死刑が存在する以上、その死刑を違憲として否定することは裁判所の役割ではなく立法の問題であるとしている。たしかに立法を支えるものが市民感覚であるとすれば死刑の存否を決めるのは法解釈によるのではなく、立法技術の問題であることは理解できる。しかし現存の法を動態的に解釈し動かしていくのは裁判所の重大な役割でもある。単に法的安定性のみが裁判所に求められるものでもない。死刑に対する残虐性の判断の背景には、このような問題に関する認識の相違が結論を分けているようにおもわれるが、本稿ではその指摘だけにとどめる。

四 ファーマン判決後の状況

ファーマン判決は五対四という票差であったことも一つの要因であるが、「残虐で異常」の根拠を死刑がまれにしか適用されないこと、死刑の選択が陪審や裁判官のきまぐれで決まることなど不公平である点に求め、「残虐で異常」

の判断を死刑そのものに求めたものでなかった。ここにその後において連邦最高裁が合憲判決をだす可能性が秘められていた。かくしてブレナン判事らの死刑自体が違憲であるとする見解は一応克服されたものと考えられた。そして問題は、いかなる場合に死刑を科すことが許されるかという点に焦点が移された。事実、その後の多くの州の死刑に関する新しい法律においては、一定の犯罪に対しては必ず死刑を科すものと、死刑にあたる罪について数個の加重事情や軽減事情を列挙し、加重事情がその程度において軽減事情をこえる場合でなければ死刑を科すことはできないとするものに大別されるにいたった。ところが一九七六年七月二日連邦最高裁判所はグレッグ事件など五つの事件⁽¹⁾において死刑の絶対的法定刑は修正第八条の基本趣旨に反する(ウッドソン、ロバーツ事件)が、死刑適用の基準として加重情状と軽減情状を定めておれば裁判官等の裁量的余地をいっさい否定したものではないとして合憲判断をしたのである(グレッグ、プロフィット、ジスレック)。その判決にそつて一九七七年一月一七日ユタ州でアメリカでは一年ぶりに死刑執行がなされ⁽²⁾、ファーマン判決後、死刑を復活する州がふえた(五〇州のうち三九州)⁽³⁾。

○絶対的死刑の法定が修正第八条、第一四条に反するかどうかについて具体的に判断したのはノース・カロライナ(ウッドソン)とルイジアナ(ロバーツ)の事件である。ウッドソン事件に対しては五人の裁判官(ブレナン、マーシャル、スチュワート、パウエル、ステイブン)は絶対的死刑は残虐で異常な刑罰の禁止条項に違反していると判断した(ロバーツ事件も同旨)。スチュワート判事らは(1)絶対的死刑を科すことは残虐で異常な刑罰を構成するが故にすべての状況下において許されない。(2)修正第八条の目的は州の刑罰権は極刑を科すに際し現代の基準に要求される市民の基準の範囲内において行使されるべきことを確認するものである。(3)特定の犯罪に対する絶対的死刑は修正第八条が採択された時代には州によっては形式的には採用されてきたが、最初から陪審員たちは絶対的死刑の残酷さを避けんがために自動的な死刑判決による有罪を拒否し、ほとんどの州では陪審による自由裁量による判決におき代

えられてきた。(4)ノース・カロライナの絶対的死刑は特定の犯罪を犯した者をすべて自動的に死刑にするものであり、現代の基準に一致するものではないので憲法違反である。(5)ノース・カロライナ州は極刑を科すに際し陪審の自由な裁量を排除すべきであるとするファーマン判決に対し憲法上許容できる解答をなら準備していないし、第一級殺人者が生きるべきか、死ぬべきかを決定する必然的権限行使の指針となるものも準備していない。(6)極刑事件において修正第八条の人道上からの基本的基盤である犯罪者各人の性格、前歴、犯罪時における特殊な状況等を考慮することなく死刑を科すことは憲法違反である。

スチュワートの意見が多数意見を代表するものといえるが、このように多数意見は絶対的死刑宣告は歴史的にも過酷であるとして排斥されてきており陪審は死刑か終身刑を選択する機能をもつという点では一致している。

これはファーマン判決と矛盾するようにもとれるが、客観的基準、規制基準を設けて陪審の専断的な自由裁量を除去し、死刑宣告手続を合理的に審査できるようにすればファーマン判決の要求とも矛盾しないことになる。

いうまでもなく、ファーマン判決において明晰な死刑違憲論を展開したブレナン、マーシャル両判事らは(1)現時点において死刑は「残虐で異常」な刑罰とする基準に達している。(2)死刑復活の各州の動きは国民の意思を表わすものではない。(3)死刑に抑止力があるとするエーリッヒ (Ehrlich) らの主張は科学的根拠がない、として人間の尊厳を否定する故に修正第八条に反するとした。

なお、グレック、プロフィット、ジスレック事件の三件はいずれも裁判官等の裁量的余地をいっさい否定したものでないとして「異常」ではないとして合憲判決がなされた。また「残虐」についてはグレッグ事件においてはハーマン判決で指摘された死刑の残虐性については被告の主張するように「尊厳の基準」に反するとはいえないとして退けられた。⁽⁵⁾

なおグレッグ事件判決のあと一九七七年には連邦最高裁はロバート事件 (Robert V. Louisiana, 431 U. S. 633) では警官謀殺罪に減刑事由のないレイジアナ法を違憲とし、またロッカー事件 (Coker V. Georgia, 433 U. S. 584) でも成人の婦人に対する強姦への死刑は過酷な刑罰であり違憲とされた。⁽⁷⁾

また一九七八年のロケット事件 (Lockett V. Ohio, 438 U. S. 586) でも刑の宣告機関に減刑事由の考慮を不可能にするオハイオ州法による死刑の宣告を破棄している。つぎに一九八二年一月一九日にエディングス事件 (Edgings V. Oklahoma 455 U. S. 104, 1982) において連邦最高裁は一六歳であった少年の家庭歴を死刑より軽い刑を科すべき減刑要因として裁判官が考慮しなかったことは連邦憲法修正八条に反するとの判決を示した。しかし、同判決では一八歳未満の者に死刑を科すこと自体については修正八条の残虐かつ異常な刑に当たるかどうかの問題の決定には至らなかった。⁽⁷⁾

それでは修正第八条の今後の展望はどうであろうか。グレッグ事件では合憲の判決を出したが、それによって修正第八条の精神が死刑存置で生かされたということを考えている人はいない。いかに厳格な手続をとろうとも死刑と終身刑の分界が不可能である以上は死刑判決が「気まぐれ」(capriciously) に選ばれる事実を否定することはできない。⁽⁸⁾ ロケット事件において被告が死刑より軽い刑を受ける根拠として提出した被告人の性格、経歴、犯罪等を宣告機関は考慮から外してはならないとの原則が確立されたことはその方向づけを物語っている。裁判所としては今後において死刑適用の誤りをこの点に集中させることによって死刑法を拒否する手段が残されている。⁽⁹⁾ 一方では「尊厳の基準」を超越的にとらえることによって死刑を廃止することがこれからの裁判所の役割でもある。これら二つの手段は「残虐」と「異常」を統合して修正第八条そのものの精神から生みだされるものであろう。

- (1) Troy Leon Gregg v. Georgia, No. 74—6257, July 2, 1976. Charles William Proffitt v. Florida, No. 75—5706, July 2, 1976. Jerry Lane Jurek v. Texas, No. 75—5394, July 2, 1976. James Tyrone Woodson and Luby Waxton, v. North Carolina, No. 75—5491, July 2, 1976. Stanislaus Roberts V. Louisiana, No. 75—5844, July 2, 1976. 本件の紹介については生田「米国連邦最高裁の死刑に関する新判例とその背景(上)」(ジュリスト一九七六年十二月二十五日号)がある。
- (2) ガレー・ギルモア (Gary Gilmore) は自ら処刑を志願して一九七七年一月一七日、ユタ州で処刑された。一九八七年には八州において二五人が処刑された。これは一九七六年に連邦最高裁が死刑を復活させてからの最高の記録である。なお一九八七年現在三四の州に一九八四人の死刑囚がいる (Dept of Justice, Advance far Release At 6 P. M. Edt sunday, July 31, 1988)。
- (3) 井上正仁「アメリカにおける死刑制度の現況」ジュリスト七九八号四〇ページ参照。なお一九七三年にフロリダをはじめとする七州が死刑復活を立法化し、一九七四年にはノース・カロライナなど九州が、その後もフロリダなど一九州が新たな死刑法を設けた。
- (4) ファーマン判決の後にノース・カロライナは陪審員の自由裁量による死刑判断は憲法違反であるが絶対的死刑は許されるとの新法を制定した。これにより武器所持による強盗により第一級殺人罪につき死刑が言渡された (U. S. Supreme Court Reports, 49 L. Ed 2d, p. 944, Summary)。
- (5) 428 U. S. at 179—81. これらの背景にはファーマン判決後、三五の州で死刑法を復活させたこと、一九七四年までに少なくとも全米で二五四人の死刑判決が確定したこと、カリフォルニアおよびマサチューセッツ州において死刑復活の修正がなされたこと、一九七二年のギャラップ調査で五七パーセント、一九七三年のハリス調査で五九パーセントが死刑を支持したこと、一九七四年に連邦議会がハイジャック殺人に死刑を定めたことなどがあげられている (Franklin E. Zimring, & Gordon Hawking, Capital Punishment and the American Agenda, 1986, p. 66—67)。なおファーマン判決において違憲論を唱えたスチュワート判事がグレッグ事件では合憲論に立っているが、もともと同判事は死刑の適用が「気まぐれ」になされることを主たる根拠にファーマン判決では違憲論にたつたのであるが、ファーマン判決でも死刑は回復不可能であるから違憲であると述べており (33 L. Ed 2d 388—390)、『その態度の変化 (Suing votes) が疑問視されてくる。ファーマン判決後にニクソン政権は死刑存置の立場であったこと、ウォーレン長官の意向に傾いたとの見方もある (Zimring op. cit. p. 64.)』。

(6) ジュリスト七六四号六五ページ参照。

(7) 菊田幸一「米最高裁における未成年者への死刑判断」法律論叢五五卷二、三合併号一一五ページ以下に判決の全部を和訳した。なお、生田典之「少年の家庭歴を減刑事由に考慮しない死刑判決の違憲性」ジュリスト七六四号六五ページ、Note, 73 J. Cim. L. & Criminology 1525 (1982) 参照。

(8) Zimring, op. cit. p. 54.

(9) D. Dolinko, Supreme Court Review—Foreward; How To Criticize the Death Penalty, 77 J. Crim. L. & Criminology, 546, 1986.

五 日本国憲法における残虐性

わが国の憲法は「残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる」(第三六条)としている。アメリカにおける修正憲法第八条が「残虐で異常」、カリフォルニア憲法第六条が「残虐または異常」であり、ここに三例をあげて用語のもつ意味から検討しておく。⁽¹⁾

修正憲法第八条の「残虐で異常」というのは、むしろ「残虐かつ異常」とした方が適當であるかもしれない。⁽²⁾ ファーマン判決などで明らかとなったことの一つは「残虐」と「異常」とはその内容が異なるということである。したがって「残虐」でかつ「異常」なときにその刑罰は禁止されるのであって、単に残虐だけで異常でなければ禁止の対象とならないという展開がみられる。

ところが「残虐または異常」(カリフォルニア憲法)というときには「残虐」でも「異常」でもいずれかに該当すれば禁止されるという選一的にとらえられている。

わが国についてはどうか。前述のごとく「残虐」だけである。この「残虐」だけというのは修正第八条やカリフォ

ルニア憲法とくらべてどうなのかという問題が生ずる。まず、「残虐かつ異常」に比較すると「残虐」だけという場合はその刑が異常であろうが、そうでなからうが、とにかく「残虐」であれば禁止されるという意味にとれる。

他方、カリフォルニア憲法の「残虐または異常」の並列的用語から比較すると、カリフォルニアにおいては「残虐」でも「異常」でも禁止されるに對し、わが国では「残虐」だけであるから、かりに異常であっても「残虐」でなければ禁止されないという意味で厳格さに欠けるといふ解釈も可能である。

しかし「残虐」という用語の背景には当然に「異常」という要素も加わっていると解釈すれば「異常ではあるが残虐でない」ということにはならない。憲法制定の過程においてマッカーサー草案では「残虐若ハ異常」となっていたが「……残虐にあらずして異常なる刑罰というのは、どういふものかということと質問いたしました、これも明快な答が出ませんので、残虐だけにしたわけでありませう」と答弁して⁽³⁾いる。

つまり、この見解に従うならば、「残虐」の範囲は「異常」をも含めたものと解釈することが可能である。その意味では異常ではあるが残虐ではないということにはならない。このように解釈すると、わが国の禁止条項は、少なくとも修正第八条に比較すれば、より厳格に「残虐刑」を禁止しているといえるようである。そして、このように解釈するならば、異常な刑罰は残虐であり禁止される。アメリカの一連の判例からすれば「気まぐれ」に言渡される死刑は異常である。むしろアメリカではわが国に存在しない陪審員の評決や「答弁の取引」(Plea bargaining)などがあり、その背景は異なるが、死刑判決の適用が厳格な意味で公正さを保ち、かつ均衡を保つことは論理的にも不可能であるとすなわねに存在するとみなければならぬ。ところが、これまでのわが国の判断では「異常」を論拠として憲法上の残虐性が論じられたことはほとんどない⁽⁴⁾。死刑の残虐性がかような視点から当然論ぜられるべきであらう。

ところで、わが国の最高裁は周知のとおり昭和二三年三月一二日の判決（刑集二巻三号一九一ページ）いらい死刑は合憲であるとの立場を変えていない。そこでは残虐性の意味は死刑の執行方法が残虐であるか否かによるものであるとしている。⁽⁵⁾しかし、前述したごとく、アメリカでの憲法解釈では死刑は残虐ではあるが異常でない限り許されるという見解となってきた。つまり火刑や車裂きのような死刑は残虐であり、かつ異常であるがガス殺や電気殺は残虐ではあるが異常ではないとしているのである。

わが国は前述のごとく、異常な処刑はもとより、残虐な処刑もすべてこれを絶対に禁止しているのであるから、死刑そのものが残虐である以上はこれを禁止することが当然のこととなる。つまりアメリカにおいて死刑が残虐であるというのに対し、その同じ法源から、いつそう厳格な意味での禁止条項をとり入れたわが国において「死刑」そのものが残虐でないというところに問題がある。

わが国の最高裁判所（昭和二三年三月一二日判決）はこの点について、一人の裁判官のうち島、藤田、岩松、河村の四裁判官が「ある刑罰が残虐であるかどうかの判断は国民感情により定まる」として将来、国民感情が死刑を必要としない時代に達すれば死刑は憲法に違反するものとなると補充意見で述べている。つまり「残虐」であるかどうかは国民の「人間尊厳の基準」いかににより決められるとするアメリカにおける憲法論議と同一の基盤がここで表明されているわけである。この点に関しては右の最高裁判決が国民感情が未だ死刑の存続を希望しているとする根拠と同一のものである。それでは日本国民は残虐性を確立させる基準としてアメリカ、さらにはすでに死刑を廃止しているイギリス、フランス、ドイツ、その他多くの先進諸国あるいはその他の発展途上国（現在の死刑廃止国は事実上の廃止国を含め六六か国に及ぶ）の国民に比較して残虐性の基準が低いというのであろうか。少なくとも右判決が出された昭和二三年代に比べれば事情の変更があるはずである。

ところで日本国憲法第三六条はアメリカ憲法を模範としていることは争う余地がないが、そのアメリカ連邦憲法修正第八條はジェファースンの起草にかかるアメリカ独立宣言の原理に求められる⁽⁶⁾。ジェファースンはアメリカ独立宣言を起草するに当り一人一人の個人としての人間の「生きる権利」を強調した。すなわち、すべての人間のゆずりわたしえない権利の筆頭に「生命」をあげ、しかる後に自由と幸福を追求する権利、またその他の権利を順序づけたのであった。⁽⁷⁾かくしてアメリカ独立宣言は「生きる権利」から「革命権」をひきだしている。つまり政府は自由に生まれてきた人びとの目的にとつての手段であるにすぎないのであって、どのような形態の政府であっても、これらの目的をそこなうようになるばあいには、いつでも、それを變更ないし廃止し、そして人民にとつてその安全と幸福をもつともよくもたらすとみとめられるような方法で、それを基礎づけ組織することは「人民の権利」だといつて⁽⁸⁾いる。

一九四五年一〇月、マッカーサー司令部が「憲法改正」を示唆し草案を作製するにあたり基調としたのはアメリカ「独立宣言」に代表される近代民主主義の原理であつた。それは戦争放棄（第九條）において象徴的に示され、第一三條において「すべて国民は、個人として尊重される」、「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類多年にわたる自由獲得の努力の成果であつて、これらの権利は、過去幾多の試練に堪え、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである」（第九七條）。ここにアメリカ独立宣言に代表される人間の権利と近代民主主義の理念が継承されている。

これらの理念からすれば戦争放棄は同じく死刑放棄に連なるべき理念であることはことさら強調するまでもない。国家による殺人は戦争と同じく死刑についても許されるものでない。その第九條をもつわが国が「残虐」な生命刑をいまだ保持していることは憲法理念からしても許されるものでない。憲法への新しい判断が加えられるべきである。

- (1) アメリカにおいても州により、わが国と同類の条項をもつ所もある(本稿(二)の注(4)参照)。
- (2) 「残虐かつ異常」とする論文がみられる(たとえば三井誠、法律時報四四卷一二号)。連邦最高裁ではこの点についてはさほど関心を示していない。
- (3) 佐藤達夫・憲法調査会「憲法制定の経過に関する小委員会議事録」(第二七回)一七ページ。
- (4) 菊田幸一・死刑一七一ページ以下参照。
- (5) これらの諸問題については菊田・死刑一七三ページ以下に詳細に論じている。
- (6) 芝田進午編著・人間の権利、七四ページ。
- (7) 芝田・前掲書八六ページ
- (8) ハワード・パースンズ「アメリカ独立宣言の意義」(芝田前掲書所収一一二ページ)。なお樋口陽一／吉田善明編・解説世界憲法集五五ページ参照。