



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	アメリカ合衆国連邦最高裁判所判例における死刑の違憲審査基準（1）
Author(s)	浅利, 祐一; ASARI, Yuichi
Citation	北大法学論集, 36(4), 133-171
Issue Date	1986-03-01
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16507
Type	departmental bulletin paper
File Information	36(4)_p133-171.pdf



アメリカ合衆国連邦最高裁判所判例に おける死刑の違憲審査基準（一）

浅利 祐一

目次

- 序
- 第一章 残虐・異常な刑罰と死刑
 - Furman 判決以前の連邦最高裁判例を中心として
 - 第一節 残虐・異常な刑罰と死刑執行方法
 - 第一款 判例の紹介—拷問とのアナロジー
 - 第二款 現代のアメリカにおける死刑執行方法の検討
 - 第二節 発展する節度の基準
 - 第一款 判例の紹介
 - 第二款 発展する節度の基準の検討
 - 第三節 過度な刑罰の禁止

第一款 判例の紹介

第二款 過度な刑罰の禁止の検討

第四節 手続的保障

第二章 Furman判決から Gregg判決へ

— 死刑そのものの違憲性の問題

第一節 Furman判決

(以上 本号)

序

日本国憲法第三六条は「公務員による拷問及び残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる」と規定している。

死刑がこの規定に違反するか否かが争われた事件でわが国の最高裁判所は、刑罰としての死刑そのものは憲法の禁止する残虐刑にあたらぬが、その執行方法が「時代と環境とにおいて人道上の見地から一般に残虐性を有すると認められる場合」には憲法第三六条に違反するとの判断を下した。⁽¹⁾

しかし、同時に最高裁は「死刑は、まさにあらゆる刑罰のうちで最も冷厳な刑罰であり、まことにやむを得ざるに出ずる窮極の刑罰である」と述べている。そうであるなら、死刑

そのものが憲法の禁止する残虐刑にあたらぬとしても、その適用は決して恣意的であってはならず、きわめて慎重でなければならぬということはいうまでもあるまい。いかなる場合に死刑の適用が許されるか、という問題は、従来、主として刑法学の分野において研究されてきたが、⁽²⁾ 憲法学上も冒頭に引いた憲法第三六条、その他の条項にてらして十分検討されなければならないであろう。⁽³⁾

本稿はこのような問題関心にもとづく研究のための、いわば序説的検討としてアメリカ合衆国連邦最高裁判所の判例を考察の対象としている。

連邦最高裁においては、一九七二年に、死刑の適用が「残

虐・異常な」刑罰を禁止する第八修正に違反するという判決が下された⁽⁴⁾。これが Furman 判決である。合衆国ではこの違憲判決をめぐって各州が死刑法律を廃止・改正し、連邦最高裁内でも各判事の意見が対立するなど、さまざまな形で死刑の合憲性が問題となった。しかし、連邦最高裁は Furman 判決の四年後に、死刑そのものは合憲である⁽⁵⁾、として死刑に関する憲法問題は一応の解決を見るに至った。この Furman 判決は「各州に死刑法律の再考とより正確な定義をうながした、という点で有益であった⁽⁶⁾」というべきであろう。

本稿では、この Furman 判決を中心にして、その前後の連邦最高裁判例を紹介・検討することによって、Furman 判決はいかにする法理にもとづき死刑を違憲としたのか、その法理はいかにして確立されたのか、Furman 判決の下で許される死刑法律とはいかなるものか、を考察していく。このような考察を通して、連邦最高裁判例上の死刑に関する違憲審査のあり方を明らかにしていくのが本稿の目的である。

冒頭に引いた日本国憲法第三六条はアメリカ合衆国連邦憲法第八修正に由来するとされており、連邦最高裁における死刑に関する違憲審査のあり方を明らかにすることは決して無益とはいえないであろう。

(1) 最大判昭和三十三年三月二日(刑集二巻三九一九二頁)。第一章注(39)参照。

(2) 死刑と無期懲役刑との量刑上の限界について、たとえば参照 加藤松次「死刑・無期量刑選択の変化―判決の傾向」ジュリスト七九八号(一九八三)二〇頁、前田俊郎「死刑適用の先例的基準」法律のひろば二三巻一〇号(一九七〇)二五頁、同「死刑適用基準の検討」法律のひろば二四巻三三三(一九七二)三八頁、同「死刑の適用とコンピューター」法律のひろば二四巻六号(一九七二)三三頁、同「死刑と無期懲役の分水嶺」ジュリスト七八七号(一九八三)三七頁。

死刑の適用の一般的基準について最高裁は「死刑制度を存置する現行法制の下では、犯行の罪質、動機、態様ことに殺害の手段方法の執拗性・残虐性・結果の重大性ことに殺害された被害者の数、遺族の被害感情、社会的影響、犯人の年齢、前科、犯行後の情状等各般の情状を併せ考察したとき、その罪責が誠に重大であつて、罪刑の均衡の見地からも一般予防の見地からも極刑がやむを得ないと認められる場合には、死刑の選択も許されるものといわなければならない」(永山連続射殺事件上告審判決―最二判昭和五八年七月八日・刑集三七巻六号六〇九頁)と述べている。右判決の評釈も死刑の適用基準に論及している。

たとえば参照 夏目文雄 判例評論三〇五号(一九八四)二〇四頁、松尾浩也「連続射殺事件」最高裁判決をめぐって」ジュリスト七九八号(一九八三)一一頁、同「死刑選択の基準」別冊ジュリスト八二二号(一九八四)二二〇頁、西原春夫「死刑

制度を考える「法学教室三八号(一九八三)八四頁、柳俊夫「永山最高裁判決―その経緯と概要」法律のひろば三六卷一〇号(一九八三)四頁。木下貴司「永山最高裁判決の意義」法律のひろば三六卷一〇号(一九八三)一二頁、墨谷葵「死刑選択の許される基準」ジュリスト八一五号(一九八四)一五二頁、大谷実「宮沢浩一(対談)「永山事件最高裁判決と死刑制度」法学セミナー三四五号(一九八三)一六頁。

- なお、死刑制度一般、あるいは存廃論に関して多くの論稿があることは周知のとおりである。近時のものとして、たとえば参照 辻本義男『史料 日本の死刑廃止論』(成文堂 一九八三)、斉藤静敬『新版 死刑再考論』(成文堂 一九八〇)、勢藤修三『死刑の考現学』(三省堂 一九八三)、三原憲三『現代に死刑は必要か』(第三文明社 一九八〇)、死刑廃止をすすめるつどい編『死刑廃止宣言』(三一書房 一九八〇)、ジュリスト七九八号・特集「死刑制度のあり方」(一九八三)、自由と正義三三卷一二号・特集「死刑制度をめぐる諸問題」(一九八二)。
- (3) 死刑の問題を扱った憲法学上の文献としては、たとえば参照 鶴飼信成「死刑の違憲性」(同「司法審査と人権の法理」(有斐閣 一九八四)二一八頁)。
- (4) *Furnan v. Georgia*, 408 U. S. 238 (1972).
- (5) *Gregg v. Georgia*, 428 U. S. 193 (1976).
- (6) Stephen Gillers, *Deciding Who Dies*, 129 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA L. REV. 1, 28-29 (1980).
- (7) たとえば参照 宮沢俊義著・芦部信喜補訂『全訂 日本国

憲法』(日本評論社 一九七八)三二〇頁、佐藤幸治『憲法』(青林書院新社 一九八二)四〇五頁。

第一章 残虐・異常な刑罰と死刑

——*Furnan* 判決以前の連邦最高裁の判例を中心として

残虐にして異常な刑罰 (cruel and unusual punishment) ということが英米で最初に使われたのは一六八九年のイギリス権利章典であったとされている。アメリカでは一七七六年のヴァージニア権利宣言九条⁽²⁾、その後一七九一年に、一〇カ条からなる連邦憲法修正条項のうち第八修正として連邦憲法に加えられた⁽³⁾。制定時憲法制定者はこの条項を一定の執行方法、すなわちイギリス・スチュワート王朝で用いられていた拷問のような刑罰、を禁止する条項と解してきたようである⁽⁴⁾。

連邦最高裁も第八修正は拷問等の極端な苦痛を伴う刑罰を一般的に禁止したものであると解してきた。事実、連邦最高裁判例上死刑そのものが残虐・異常な刑罰にあたるとしたものは一件もなく、死刑事件に関してはその執行方法が、残虐・

異常かという点が違憲審査の対象となっていた。他方、非死刑事件においては第八修正はより弾力的に解され、肉体的苦痛を伴わない刑罰も残虐・異常な刑罰にあたる場合のあることを示してきた。

David J. Karp は、連邦最高裁の第八修正に関する判例は以下の三つの時期に分けることができるという⁽⁵⁾。まず第一期は第八修正の適用は限定的であり、主として拷問その他の野蛮な残虐刑に対する禁止条項として用いられてきたところに特徴がある。この時期は第八修正は連邦政府に対してのみ適用されるとされていた⁽⁶⁾。これに対して今世紀になってから始まる第二期においては第八修正はより柔軟に解釈されるようになり、第一期の拷問に対する禁止という違憲審査に代り、「発展的節度基準」⁽⁷⁾にてらして刑罰の違憲性を審査するという手法が用いられるようになった。同時に犯罪に対して極めて不均衡な刑罰も憲法上許されないと判断も下された。またこの時期に「編入理論」⁽⁸⁾が導入され第八修正は第一四修正を通じて州にも適用されるようになった。最後の第三期は一九七二年の Furman 判決に始まる。この時期の特徴は第八修正の禁止が手続的内容に及ぶとされたところにある。

本章では右の Karp の分析による最高裁判例理論の推移を参

照しつつ、Furman 判決以前に最高裁のとった第八修正に関する三つの違憲審査の手法、すなわち①拷問もしくはそれに類する残虐刑の禁止(第一節)、②発展的節度基準(第二節)、③過度な刑罰の禁止(第三節)を順次紹介・検討し、併わせて死刑事件における手続的保障に関する判例を紹介していきたい(第四節)。

(1) Joseph E. Browdy & Robert J. Salzman, *The Effectiveness of the Eighth Amendment: An Appraisal of Cruel and Unusual Punishment*, 36 HARVARD L. REV. 846 (1961). 同権利章典には「不法で残虐な刑罰」(illegal and cruel punishments)という文言がみられる。高木八尺ほか編『人権宣言集』(岩波文庫)八一頁参照。

(2) ヴァージニア権利宣言九条は「過大な額の保釈金を要求しまたは過重な刑罰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」と規定している(高木ほか編、前掲書一一一頁)。このようにヴァージニア権利宣言九条は一六八九年の権利章典の逐語的なコピーであったといわれている。Anthony F. Graucci, *Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted: The Original Meaning*, 57 CALIFORNIA L. REV. 839, 840 (1969).

(3) 第八修正の制定の際に議会ではほとんど異論がなかったといわれている。Weems v. United States, 217 U.S. 349, 368

- (1960).
- (4) Graucci, *supra*.
- (5) David J. Karp, *Coker v. Georgia: Disproportionate Punishment and the Death Penalty for Rape*, 78 COLUMBIA L. REV. 1714, 1714-15, (1978).
- (6) 第八修正が州に対して適用されなかったことを判示した最初の判例は *In re Kemmler*, 136 U. S. 436 (1890) である。Arthur J. Goldberg & Alan M. Dershowitz, *Declaring the Death Penalty Unconstitutional*, 83 HARVARD L. REV. 1773, 1784, n. 51 (1970). (以下単に Goldberg, *supra* とし引用する) その後も連邦最高裁は第八修正が州に対して適用されないと主張を繰り返し述べた。See, e. g., O'Neil v. Vermont, 144 U. S. 323, 332 (1892); Louisiana *ex rel.* Francis v. Resweber, 329 U. S. 459, 470 (1946) (Frankfurter, J. concurring).
- (7) Trop v. Dulles, 356 U. S. 86, 100-01 (1958). 註および附録一章第二節参照。
- (8) 前掲・注(6)で述べたように、連邦最高裁は当初、修正条項は州に適用されないとの立場をとっていたが、この「編入理論 (incorporation doctrine)」の導入によって第一四修正を通して州にも適用される¹⁴との立場に転換することになった。第八修正に関して最初に「編入理論」を導入したのは Robinson v. California, 370 U. S. 660 (1962) である。See, e. g., H. W. CHASE & C. R. DUCAT, CONSTITUTIONAL INTERPRETATION 912 (1974); L. H. TRIBE, AMERICAN CONSTITU-

TIONAL LAW 568 n. 24 (1978); Margaret Jane Radin, *The Jurisprudence of Death: Evolving Standards for the Cruel and Unusual Punishments Clause*, 126 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA L. REV. 989, 997 n. 28 (1978); Goldberg, *supra* at 1778 n. 19.

第一節 残虐・異常な刑罰と死刑執行方法

第一款 判例の紹介—拷問とのアナロジー

一九六二年の Robinson v. California 事件⁽⁹⁾で「編入理論」がとられるまで連邦最高裁で残虐・異常な刑罰禁止条項が争われた事件はわずかしかなく⁽¹⁰⁾、しかもこのうち死刑事件になる⁽¹¹⁾ Wilkerson v. Utah, *In re Kemmler*, Louisiana *ex rel.* Francis v. Resweber⁽¹²⁾の三事件しかない。これらの死刑事件における連邦最高裁の関心は主として死刑の執行方法に向けられていた⁽¹⁴⁾。

本節では連邦最高裁が Furman 判決以前に死刑と残虐・異常な刑罰の関係をどのようにとらえていたかを具体的に知るために右三判例を紹介する。

(1) *Wilkerson v. Utah*⁽¹⁵⁾

被告人 *Wilkerson* は第一級謀殺罪有罪で銃殺による死刑を宣告された⁽¹⁶⁾。連邦最高裁がこの銃殺刑と残虐・異常な刑罰との関係について述べている部分を以下要約する⁽¹⁷⁾。

残虐・異常な刑罰は憲法の禁止するところであるが、第一級謀殺罪に対する死刑執行方法としての銃殺刑が第八修正の意味する範ちゅうに含まれないことは明らかである。残虐・異常な刑罰を禁止している憲法条項の射程を正確に示すことは難しいけれども、拷問(たとえば、生き埋め、斬首、八つ裂き、火あぶり等)、ならびに不必要な残虐と同視しうる刑罰はすべて第八修正によって禁止されている⁽¹⁸⁾。

(2) *In re Kemmler*⁽¹⁹⁾

連邦最高裁は *Wilkerson* 判決の一二年後の一八九〇年に電気殺も残虐・異常な刑罰にあたらないとの判断を下した⁽²⁰⁾。

火あぶり、はりつけ、車ひき等のように刑罰が明らかに残虐・異常な場合には、このような刑罰が憲法によって禁止されている、と判断するのは裁判所の義務であろう。刑罰が拷問を伴うような場合もしくは死を長びかせるような場合 (*a lingering death*) には残虐である。しかしながら死刑は憲法の文言上の残虐な刑罰に

はあたらない。憲法の禁止する残虐な刑罰とは非人道的かつ野蛮な刑罰のことであり、すなわち単に生命を奪うにとどまらない刑罰のことをいうのである⁽²¹⁾。

(3) *Louisiana ex rel. Francis v. Resweber*⁽²²⁾

本件では電気椅子の故障によって死刑執行に失敗した後再度執行をやり直すのが許されるか否かが争われた。連邦最高裁は五対四で上訴人の主張を斥けた。以下法廷意見を要約する⁽²³⁾。

アングロアメリカ法においては伝統的に死刑執行に不必要な苦痛を科すことが禁じられている。理由なく (*wanton*) 苦痛を科すことに対する禁止は一六八八年の権利章典に由来し、わが国では第八修正にこれと同じ文言がみられる。第一四修正はデュー・プロセス条項によって州が残虐な方法で死刑執行することを禁止している⁽²⁵⁾。憲法の禁止している残虐性は刑罰の執行方法に固有の残虐であつて、人道的に生命を奪う場合に必ず生ずる苦痛ではない。予期しえない事故によって死刑宣告を履行できなかったという事実がその後の執行に残虐性を加えるものではない。

これに対して四人の判事の反対意見は以下のとおりである⁽²⁶⁾。

不必要にして残虐な手段を用いて人間の生命を奪うということ

は文明人にショックを与える。したがってこのような行為は自己統制的な (self-governing) 憲法の下では許されるべきではない。死刑執行に伴う残虐性に対する嫌悪感は増大しつつあり、いくつかの州では完全に死刑を廃止するまでに至っている。本件における執行のやり直しの合憲性を判断するには、通常行われている電気殺と何回にも分けて行われる電気殺とを比較しなければならぬ。後者の例として五度にわたり電気ショックを与えられる例を仮定した場合、このような行為は火あぶりの拷問に匹敵する。五度にわたる執行と二度にわたる執行とを区別できない以上、二度にわかれてなされた本件執行は十分に「残虐・異常」であり許されない。

以上、*Wilkinson v. Utah, In re Kemmler, Louisiana ex rel. Francis v. Resweber* の三判決を紹介してきたが、このような最高裁の死刑事件に対するアプローチを一言でいうなら「拷問とのアナロジー」ということができよう。

すなわち、最高裁は憲法の禁止する残虐・異常な刑罰を「必要な残虐」⁽²⁸⁾、「拷問を伴うような場合もしくは死を長びかせるような場合」⁽²⁹⁾、「非人道的かつ野蛮な刑罰」⁽³⁰⁾、「単に生命を奪うにとどまらない刑罰」⁽³¹⁾、あるいは「刑罰の執行方法に固有の残虐」⁽³²⁾ というような拷問に類似する刑罰と解してきた。⁽³³⁾ このような拷問類似の刑罰として「生き埋め、斬首、八つ裂き、

火あぶり」⁽³⁴⁾、「火あぶり、はりつけ、車ひき刑」⁽³⁵⁾、「拷問台 (rack) による刑、親指切断、鉄製足締め刑具 (iron boot) による刑、四肢をひき裂く刑」⁽³⁷⁾等を挙げ、これらの刑罰は憲法上許されないとしてきたのである。

その結果、このような拷問類似の残虐性を伴わない絞首、銃殺、電気殺、電気殺の失敗による執行のやり直し等は残虐・異常な刑罰ということとはできない、とされたのである。⁽³⁹⁾

第二款 現代のアメリカにおける死刑執行方法とその残虐性

すでに第一款でみたように、*Furman* 判決以前、連邦最高裁は死刑と第八修正との関係について死刑執行の方法が残虐・異常であるか否か、すなわち拷問に類似の執行方法であるか否かを違憲審査の基準と考えてきた。しかしながら同時に最高裁は第八修正の「射程を正確に示すことは難しい」⁽⁴⁰⁾ ということを認めており、このことからすれば現代的「節度基準」⁽⁴¹⁾ にてらした場合、現在とられている死刑執行方法も残虐・異常な刑罰となりうる場合があるのではなからうか。

本節では現在アメリカ各州の採用している五つの死刑執行

方法⁽⁴²⁾ (1)絞首殺、(2)銃殺、(3)電気殺、(4)ガス殺、(5)薬物注射殺⁽⁴²⁾について検討していきたい。

(1) 絞首殺⁽⁴³⁾

犯罪人を処罰するための手段としての絞首刑は古くから行われてきたが、一九八一年現在ではわずか四州しかこの方法をとっていない⁽⁴⁴⁾。絞首刑は受刑者が十分な高さから落ちなければひどく苦痛を伴い、逆にあまり高すぎると斬首になる⁽⁴⁵⁾。執行方法について詳細な検討を加えたイギリスの一九四九〜五三年「死刑に関する王立委員会」の報告によれば絞首刑が最も人道的な死刑執行方法である⁽⁴⁶⁾。

連邦最高裁が直接、絞首刑の合憲性を判断したことはない

M. R. Gardner は「絞首刑は肉体的苦痛を科す可能性があるから残虐である。……絞首刑のもつ暴力性は肉体を毀損し⁽⁴⁶⁾、犯罪者の肉体的完全性に対する権利を侵害する。……憲法上の残虐性の基準にてらせば、絞首刑は残虐である⁽⁴⁹⁾」としている。

(2) 銃殺

連邦最高裁は *Wilkinson v. Utah* で銃殺の合憲性を確認し

たが、現代においては死刑執行方法として銃殺刑を定めているのはユタ州だけである⁽⁵⁰⁾。銃殺が肉体的苦痛をひき起こすか否かはさだかではないが、即死に至らなければひどく苦痛を伴うであろう⁽⁵¹⁾。

先に紹介した「死刑に関する王立委員会」の報告によれば、銃殺刑は絞首刑に代りうるものではない、という。「銃殺刑は死刑執行の標準的な方法としては難点があるといわざるを得ない。なぜなら銃殺は多数の執行吏を必要とするし、また効果的な執行方法というために不可欠の条件である即死に至らせる確実性さえもあわせていないからである⁽⁵²⁾」さらに、執行吏の数が多くということは犯罪者のプライバシーを侵害するおそれがあるし、犯罪者の肉体を傷つけ、犯罪者の人間としての尊厳を侵すことになる⁽⁵³⁾。

(3) 電気殺

アメリカでは、電気殺の方が銃殺や絞首殺より苦痛が少なく人道的な死刑執行方法である⁽⁵⁴⁾、と考えられてきた。その結果、現在でも大部分の州が電気椅子による執行方法を採用している。

しかしながら電気殺執行の場合も、執行現場を見たものは必ずやショックをうけるであろう⁽⁵⁵⁾。Gardner は電気殺は肉体

的苦痛を課すので残虐であり、この残虐性は不必要な残虐である、と主張している。⁽⁶⁶⁾

(4) ガス殺

ガス殺とは犯罪人を一室に閉じ込め致死量のガスを流し死に至らしめる執行方法である。アメリカにおいてはより人道的な死刑執行方法を追求した結果、従来の絞首殺、銃殺に代り一九世紀には電気殺が、そして二十世紀になってガス殺が登場した、といわれている。⁽⁶⁷⁾ ガス殺の合憲性について判断を下した最高裁判例はまだない。⁽⁶⁸⁾

ガス殺について Gardner は以下のように述べている。⁽⁶⁹⁾

「ガス殺は絞首殺、銃殺、電気殺の残虐性を緩和するために導入された。ガス殺は他の執行方法よりも確実にすぐれている。なぜなら、より暴力的でなく、肉体を傷つけないからである。しかしながらガス殺といえども苦痛を科すのであるからその合憲性は疑わしい。」

(5) 薬物注射殺

旧来の執行方法の残虐性をさげるために、Furman 判決以後、薬物注射による執行方法を採用する州がいくつもある。⁽⁶¹⁾ これは致死量の薬物を静脈に注射することによって死に至らしめ

る執行方法である。

「死刑に関する王立委員会」は①注射をうけつけない體質の者には使えない執行方法であること、②犯罪人の協力がなければ執行できないこと、③執行には専門家の熟練が必要であること、の三つの理由から薬物注射殺は絞首殺に代りうるものではない、としている。⁽⁶²⁾ Gardner はこの方法は現在とられている死刑執行方法のうちでは最も人道的であるが、他に残虐性の少ない方法がある以上違憲となりうる、としている。⁽⁶³⁾

以上、アメリカにおける五つの死刑執行方法を概観してきたが、Gardner は、いずれの方法も苦痛を伴うものであり、現代の残虐性の基準にてらせば、「より残虐性の少ない他に代りうる執行方法があるのだから不可欠の残虐ということができず」、⁽⁶⁴⁾ 五つの執行方法はすべて違憲である、という。⁽⁶⁵⁾ としてこれらの執行方法に代りうる、より残虐性の少ない執行方法として①自殺を選択する方法、⁽⁶⁶⁾ ②ガス・マスクによる執行の二つを挙げている。

この二つの執行方法が人間の尊厳にかない、従来の執行方法と比べて苦痛を伴わず、より暴力的でない執行方法であるといえるか否かは医学的、生物学的研究の成果をふまえたう

えでなければ判断できないが、今後より残虐でない執行方法というものを考える場合十分検討に値する提言といふことができるのではないか。

- (9) 370 U. S. 660(1962).
- (10) *Radin, supra* at 997 n. 28. 下に挙げられている事件は以下の九件である。
- ① *Pervear v. Commonwealth of Massachusetts*, 72 U. S. 475 (1867) 無許可で酒類を販売する行為に科された五〇ドルの罰金と三カ月間の懲役 (confinement at hard labor in the house of correction) が残虐・異常な刑罰にあたるか否かが争われた事件) .
- ② *Wilkinson v. Utah*, 99 U. S. 130 (1879).
- ③ *In re Kemmler*, 136 U. S. 436 (1890).
- ④ *O'Neil v. Vermont*, 144 U. S. 323 (1892).
- ⑤ *Howard v. Fleming*, 191 U. S. 126 (1903) (詐欺の共犯に科された一〇年間の懲役が残虐・異常な刑罰にあたるか否かが争われた事件) .
- ⑥ *Weems v. United States*, 217 U. S. 349 (1910).
- ⑦ *Badders v. United States*, 240 U. S. 391 (1915).
- ⑧ *Louisiana ex rel. Francis v. Resweber*, 329 U. S. 459 (1947).
- ⑨ *Trop v. Dulles*, 356 U. S. 86 (1958).

- (11) 99 U. S. 130 (1879).
- (12) 136 U. S. 436 (1890).
- (13) 217 U. S. 349 (1910).
- (14) 生田典久「米國連邦最高裁の死刑に関する新判例とその背景(上)」ジュリスト六二(六号) (一九七六) 九八頁。
- (15) アメリカでは死刑は植民地時代から存在していたが、連邦最高裁において残虐・異常な刑罰との関係が問題になったのは本件が最初である。

(16) ユタ準州法典では死刑を宣告された者は裁判所の命ずるところによりもしくは被告者の選択するところにより統殺、絞首、斬首のいずれかによって死刑に処せられる、と規定されていた。ところが同刑法典は一八七六年に改正され、この執行方法に関する規定が廃止され、特に明文上の定めのない限り刑の選択は裁判官に委ねられることになっていた。本件においては裁判官がこの際に絞首でなく統殺を言渡したことが問題となった。

- (17) 99 U. S. at 134-36. 判決は全員一致でクリフォード判事が書いた。
- (18) 結論として法廷意見は、議会が法改正につき、統殺を廃止する意思のなかったこと、四半世紀にわたり準州内では死刑執行方法として絞首、統殺が行われてきたことを確認し (*id.*, at 133.) 第八修正に反しない限りで刑を特定するのは裁判官の義務である、と述べた (*id.*, at 136.) 。
- (19) 本件も第一級謀殺罪有罪事件である。一八八〇年制定の二

ユー・ヨーク州刑事手続法典第五〇五条によれば死刑は全て電気殺によつて執行されると規定されていた。ニュー・ヨーク州最高裁はこの電気殺による死刑執行は残虐・異常な刑罰を禁止しているニュー・ヨーク州憲法第一編五節に違反しないとの判断を下した。

連邦最高裁は州最高裁の右判決は連邦憲法の保障する権利、特権、免除を何ら侵害するものではないから、電気殺の合憲性を再審査しないと、上訴人の主張を斥けた。

(20) 本判決が第八修正は州に適用されないということを明確にした最初の判例であるということは前述した(前掲・注(5)参照)。

(21) 136 U. S. at 446-47. 判決は全員一致でフラー長官が書いている。

(22) 本件も謀殺罪有罪事件である。

(23) 法廷意見はリード判事が書いているが、これには他に三人の判事の同調しか得られず、多数意見は、これにフランクファーター判事の同意意見を加えて構成された。他の四人の判事は電気殺自体については多数意見と同様に、合憲であるとしているが、結論に同意できず、四人を代表してパートン判事が一部反対意見を書いている。

(24) 329 U. S. at 463-64.

(25) 法廷意見及び反対意見の八人の判事は、形式的には第一四修正で問題を処理しているが、実質的には第八修正が州にも適用のあることを前提としている。これに対してフランクファーター判事の同意意見は、第一四修正は無制限に広汎なものではなく、州の刑事政策に特別の制約を科すものではないと述べ(id. at 466)。また第八修正についても州の刑事政策をテストするものではないとしてる(id. at 470)。

See Martin R. Gardner, *Executions and Indignities — An Eighth Amendment Assessment of Methods of Inflicting Capital Punishment*, 39 OHIO STATE L. J. 96, 101 n. 39 (1978).

(26) 329 U. S. at 473-77.

(27) Goldberg, *supra* at 785.

(28) Wilkerson v. Utah, 99 U. S. at 136.

(29) *In re Kemmler*, 136 U. S. at 447.

なお、裁判所の審理の遅滞により死刑の執行が遅れた場合、これによつて蒙る精神的苦痛が憲法上許されるか、という点も大いに議論のあるところである。カリフォルニア州のキャリル・チェスマンは一九四八年五月二日に死刑を宣告され、果てしない合状、控訴、再審や手続上の手を使いつくしたあと、ほぼ二一年後の一九六〇年五月に処刑された。See Note, *Carly Chessman Case: A Legal Analysis*, 44 MINNESOTA L. REV. 941 (1960); Note, *Mental Suffering under Sentence of Death: A Cruel and Unusual Punishment*, 57 IOWA L. REV. 814 (1972); DAVID PANNICK, JUDICIAL REVIEW OF THE DEATH PENALTY 77-89 (1982); A. L. Wirin & Paul M. Posner, *A Decade of Appeals*, 8 U.C.L.A. L. REV. 768

(1961).

(26) *In re Kemmler*, 136 U. S. at 447.

(27) *Id.*

(28) *Louisiana ex rel. Francis v. Resweber*, 329 U. S. at 464.

(29) *Granucci, supra* at 842.

(30) *Wilkinson v. Utah*, 99 U. S. at 135.

(31) *In re Kemmler*, 136 U. S. at 446.

(32) ひやからくるまでの足の回りをねじで留める一種の力から成る拷問刑具。これらの古代あるいは中世の拷問刑については、たとえば、カール・B・レーダー（西村・保倉 訳）『死刑物語 起源と歴史と犠牲者』（原書房 一九八二）第二章、阿部謹也『刑吏の社会史 中世ヨーロッパ庶民生活』（中公新書 一九七八）第二章等を参照されたい。

(33) *O'Neil v. Vermont*, 144 U. S. 323, 339 (1891).

(34) *Kemmler* 判決の後も、最高裁は何度か電気殺の合憲性を確認して来ている。See, e.g., *McElvaine v. Brush*, 142 U. S. 155 (1891); *Malloy v. South Carolina*, 237 U. S. 180 (1915). 前者の事件はニュー・ヨーク州の第一級謀殺罪有罪事件で、電気殺に関しては *Kemmler* 判決を引用して残虐・異常な刑罰にあたらないとしている。後者の事件は州法の改正に伴い謀殺罪に対する死刑の執行方法が従来の絞首殺から電気殺に代わり、被告人は電気殺による死刑を言渡された。これが連邦憲法第一編に定める濫及的処罰禁止に反するか否かが争われたが斥けられた。この事件で連邦最高裁は電気殺について以下のように述べてい

る。

Kemmler 判決およびニュー・ヨーク州に影響をうけて他の一州（オハイオ（一八九六）、マサチューセツ（一八九八）、ニュー・ジャージー（一九〇七）、ヴァージニア（一九〇八）、ノース・カロライナ（一九〇九）、ケンタッキー（一九一〇）、サウス・カロライナ（一九一二）、アーカンソー（一九一三）、インディアナ（同）、ペンシルヴァニア（同）、ネブラスカ（同））が死刑事件において死刑を科するために同じ方法を採用した。このことは電気殺の方が絞首より苦痛が少なく人道的であるという十分に説得的な考えにもとづくものである（*Id.* at 185）。

(35) わが国の最高裁は死刑が日本国憲法第三六条の残虐な刑罰の禁止に違反するか否かについて「刑罰としての死刑そのものが、一般に直ちに同条にいわれる残虐な刑罰に該当するとは考えられない。ただ死刑といえども、他の刑罰の場合におけると同様に、その執行方法等がその時代と環境とにおいて人道上の見地から一般に残虐性を有するものと認められる場合には、勿論これを残虐な刑罰といわなければならないから、将来若し死刑について火あぶり、はりつけ、さらし首、釜ゆで刑のごとき残虐な執行方法を定める法律が制定されたとするならば、その法律こそは、まさに憲法第三六条に違反するものというべきである」（最大判昭和三年三月二二日・刑集二卷三号一九四頁）と述べ、死刑の執行方法が残虐である場合には違憲となる可能性を示した。

- (40) *Wilkerson v. Utah*, 99 U. S. at 136-37.
- (41) 「節度基準」については第二節で紹介する。
- (42) 現在アメリカ各州の死刑執行方法については、井上正仁「アメリカにおける死刑制度の現況—その概観」*ジュリスツト*七九八号(一九八三)四二〜四三頁にかけて一覽表として掲げてあるので参照されたい。
- (43) わが国の死刑執行方法は絞首刑である(刑法二一条一項)。わが国の最高裁はこの絞首刑の合憲性に関して「現在各国において採用している死刑執行方法は、絞殺、斬殺、銃殺、電気殺、瓦斯殺等であるが、これらの比較考量においては一長一短の批判があるけれども、現在わが国の採用している絞首方法が他の方法に比して特に人道上残虐であるとする理由は認められない」(最大判昭和三〇年四月六日・刑集九卷四号六七五頁)と述べ、絞首刑は日本国憲法第三六条に違反しないとしている。
- 絞首刑の残虐性について鑑定された古畑博士は「現在わが国で行われている絞首刑は医学上の見地よりみて、現在他国において行われている死刑執行方法と比べ、特に残虐であるということはない。但し、これを改善する余地はあるであろう」とされた。古畑種基『法医学ノート』(中公文庫 一九七五二四九頁。なお、この鑑定書については、斉藤静敬「新版 死刑再考論」(成文堂 一九八〇)二二八頁以下を参照されたい。
- これに対して死刑廃止論者のなかには絞首刑の残虐性を言うものが多い。たとえば正木亮「死刑 消えゆく最後の野蠻」(日本評論社 一九六四)。
- (44) ニュー・ハンブシャー、デラウェア、モンタナ、ワシントンの四州である。井上、前掲参照。
- (45) *Gardner, supra* at 119-20.
- (46) ROYAL COMMISSION ON CAPITAL PUNISHMENT, 1949-53 REPORT, CMD. No. 8932, Chapter 13.
- (47) *Gardner, supra* at 122.
- (48) 硬いもので首をつった場合には、皮膚に擦過傷を負い、皮下出血、筋肉の断裂、喉頭軟骨、舌骨などの骨折が起りやすい。古畑、前掲書、一三八頁。
- (49) *Gardner, supra* at 122.
- (50) 井上、前掲参照。
- (51) *Gardner, supra* at 123-24.
- (52) CMD. No. 8932, *supra* at 249.
- (53) *Gardner, supra* at 124-25.
- (54) *Malloy v. South Carolina*, 237 U. S. at 185 (1914) (前掲・注(38)参照)。またニュー・ヨーク州の立法府は電気殺を採用するにつき十分な調査を行い、その結果死刑執行方法として当時の科学水準で最も有効かつ人道的な方法は電気殺であると報告した (*In re Kemmler*, 136 U. S. at 444.)。
- (55) *Gardner, supra* at 126.
- (56) *Id.*
- (57) *Furman v. Georgia*, 408 U. S. 238, 297 (1972) (Brennan, J. concurring).
- (58) *Gardner, supra* at 128.

- (59) *Id.* at 127-28.
- (60) 古畑博士も法医学的見地から「斬首、絞首、電気殺、銃殺、青酸ガス殺の五つの方法のうちでは、青酸ガス殺が一番人道的方法であろう」と考えられている。古畑、前掲書 二四九頁。
- (61) Gardner, *supra* at 119. 現在、オクラホマ、テキサス、アイダホ、ニュー・メキシコの四州がこの執行方法を採用している。井上、前掲参照。
- (62) *CMD*, No. 8932, *supra* at 258-261.
- (63) Gardner, *supra* at 129.
- (64) *Id.* at 126.
- (65) 電気殺、ガス殺、絞首殺が苦痛をもたらすことについて Goldberg, *supra* at 1787.
- (66) Gardner, *supra* at 110-12. 自殺による死刑執行については *see, e.g.*, Rufus King, *Some Reflections on Do-It-Yourself Capital Punishment*, 47 AMERICAN BAR ASSOCIATION J. 668 (1961).

このような例としては、反対派の人々に告発され自ら毒杯を仰いで獄中に死んだソクラテスや、上訴権を放棄し、自ら死刑執行されることを望んだギルモア事件などが思いおこされよう。

(67) Gardner, *supra* at 112-13. ガス・マスクによる執行はいわゆるガス殺と異なり、執行場へ連れていかれるという精神的苦痛を伴わない。死ぬ時の苦痛も肉体的な損傷と暴力も伴わないため、従来の執行方法よりはすぐれている、としている。

第二節 発展する節度の基準 (the evolving standards of decency)

すでに第一節で紹介したように連邦最高裁は死刑と第八修正の関係について第八修正は拷問類似の残酷な執行方法を禁止する規定であると捉えてきた。しかし「第八修正の射程を正確に示すことは難し」⁽⁶⁸⁾く、今世紀に入ってから非死刑事件において弾力的に第八修正の外延を拡張し肉体的毀損を伴う拷問以外の刑罰にも第八修正の禁止が及ぶことを明らかにした。このような第八修正の弾力的な解釈は一九五八年の「*Top v. Dulles* 事件」⁽⁶⁹⁾で「発展する節度の基準」(以下単に「発展的節度基準」とよぶことにする)として確立するのである。

本節ではこのような弾力的な第八修正の解釈をとった最高裁判例を紹介し(第一款)、検討する(第二款)。

第一款 判例の紹介

(1) *Weems v. United States*⁽⁷⁰⁾

第八修正を弾力的に解釈しその適用範囲が拷問類似の肉体的苦痛を伴う刑罰にとどまらないことを最初に明らかにした

料)がこの Weems 判決である。

被告人は合衆国領フィリピンで文書偽造の罪 (falsification) を犯し、一五年間の cadena 刑及び四〇〇ペソの罰金の支払を命ぜられた。⁽⁷²⁾ 本件では、このいわゆる cadena temporal が残虐・異常な刑罰にあたるかが争われた。⁽⁷³⁾

〔マッケナ判事の法廷意見〕

何が残虐・異常な刑罰にあたるかについては正確に定義されてきていない。このことばは非人道的かつ野蛮な刑罰、たとえば拷問等を含むことばであると通常いわれている。⁽⁷⁴⁾ しかし法律も憲法も含めておよそ立法というものは弊害の経験から制定されるが、条文の文言の意味はそこにとどまるべきでない。時代は移り変り新たな条件と目的がつけ加えられる。したがって規範というものも活力に満ち、その規範の誕生の契機となった弊害よりも広い範囲で適用されなければならない。限定的な解釈に抗しながら憲法はその意味とヴァイタリティーを発展させてきたのである。⁽⁷⁵⁾

右のように第八修正を弾力的に解した結果、cadena temporal は当時においても残虐・異常な刑罰にあたるとして原審の判断をくつがえしたのである。

(2) Trop v. Dulles

Weems 判決において示された第八修正に関する弾力的な解釈は本判決によって「発展的節度基準」として確立した判例理論となるのである。

上訴人は戦時中、軍から脱走し、軍法会議によって逃亡罪有罪が確定した。⁽⁷⁶⁾ その後パスポートを申請したが却下された。その理由は国籍法四〇一条 (g) によれば前犯罪状により上訴人はすでに市民権を失っている、というものであった。上訴人は市民権確認の宣言的判決を求めたが敗訴した。連邦最高裁は①市民権に関する事項は連邦政府に属する問題であり軍法会議にこのような権限はない、②国籍剥奪は第八修正に違反する、との理由で当該国籍法の規定を違憲であると判断した。⁽⁷⁸⁾

〔ウォーレン長官の法廷意見〕

第八修正の文言は明確ではなく、その射程も静止的なものではない。第八修正の意義は成熟してゆく社会の進歩を標示する発展的節度基準 (the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society) から引き出さなければならない。国籍剥奪刑には肉体的虐待も原始的な拷問も存在しないが、拷問以上に根源的な刑罰様式である。要するに国籍剥奪刑は権利を有する権利 (the right to have right) を奪うものであって第

八修正の禁止する残虐・異常な刑罰にあたる。⁽⁷⁹⁾

第二款 発展する節度の基準の検討

「Trop判決においてウォーレン長官が示した「発展的節度基準」は後に確立した判例理論として多くの連邦最高裁判例の引くところとなる。この「発展的節度基準」を適用することによって拷問のみならず、特殊な刑罰(たとえば *cadena tempo-ral* 国籍剥奪刑等)が「いかなる場合であれ残虐・異常であるがゆえに憲法上許されない」とされる可能性がでてきたのである。このように考えた場合、死刑そのものが「発展的節度基準」に反するということもありうるのだろうか。

ウォーレン長官は「発展的節度基準」にてらした場合死刑が残虐・異常な刑罰にあたるか否かについては否定的である。彼は国籍剥奪刑について何らの肉体的虐待も原始的な拷問も含まれないが、代りに文明社会における個人の完全な破壊があるから残虐・異常であると考えた。⁽⁸³⁾ しかしながら死刑については歴史的に利用されてきたこと、今日においても広く認められていることから、憲法上の残虐刑にあたらないとしている。⁽⁸⁴⁾

しかしながら死刑よりも市民権の喪失の方がより致命的であるということができるのであるか。⁽⁸⁵⁾ 「国籍剥奪刑が「権利を有する権利」を奪うというのであるなら、同様に死刑執行によっても「権利を有する権利」を奪われる」というべきではないか。そうであるなら死刑そのものが「発展的節度基準」に反するということもありうるであろう。この検討は第二章に譲る。

それではこのような「発展的節度基準」の内容はどのような画定されるのであろうか。この内容の画定は裁判官に委ねられているが、これを主観的に判断すべきではない、というのが判例の立場である。⁽⁸⁷⁾ そこで客観化をはかるために判例のたてた「外的基準」とは①特定の刑罰が歴史的に利用されてきたか、②他の法域(jurisdiction)で認められてきた刑罰か、③世論がその刑罰を認めているかの三つである、とされている。⁽⁸⁸⁾

①の基準を用いた判例としては *Wilkinson* 判決を挙げることができ。⁽⁸⁹⁾

死刑執行方法としての銃殺及び絞殺は約四分の一世紀にわたるエタ準州内で行われてきており、現在においても軍隊では銃殺刑を利用している。このことは本件死刑宣告が銃殺または絞殺によ

るべきであることを示している。⁽⁹⁰⁾

②の基準を用いた判例としては、Trop判決のウォーレン長官の法廷意見を挙げることができる。

国籍剝奪刑が犯罪に対する刑罰として科されないということは世界中の文明国において事実上一致しているところである。国連の調査によれば世界八四カ国中逃亡罪に対して国籍剝奪刑を科しているのはフィリピンとトルコの二カ国だけである。したがって合衆国においても第八修正はこのような刑罰を禁止している、というべきである。⁽⁹¹⁾

③基準を用いた判例として Weems判決を挙げることができる。

憲法条項の意義は発展的である。それは古い意味に限定されることなく、世論が人間の正義によって啓発されるにつれて意義を新たに得るものである。⁽⁹²⁾

また Robinson v. California 事件⁽⁹³⁾も世論を基準にして残虐・異常な刑罰にあたるか否かを審査している。カリフォルニア州によれば麻薬常用は軽罪 (misdemeanor) と定められており、違反者は九〇日以上一年以内の懲役刑に処せられる。こ

のような懲役刑が残虐・異常な刑罰にあたるか否かについてスチュワート判事の法廷意見は以下のように述べている。

現代においては、いかなる州も精神障害、らい病、性病にかかったことを理由として刑事犯罪にあたるとはしていない。たしかに州は一般的な健康、福祉に関する権限を有しており、これらの権病者に対して隔離等の強制措置をとることができる。しかしながら現代人の通常の観念 (contemporary human knowledge) にてらした場合、これらの病気を軽罪と定めた法律は疑いなく残虐・異常な刑罰を科したものととして第八・第一四修正に違反すると思われる。抽象的にいえば九〇日以上懲役刑は残虐でも異常でもない。しかしながら本件の問題をこのように抽象的に考えることはできない。かぜをひいたことを処罰するのはたとえ一日の懲役刑であったとしても残虐・異常な刑罰にあたるというべきである。麻薬服用というものは無意識のうちに常習癖のつく、いわば病気と同じ範ちゅうにあるものであり、これに九〇日以上懲役刑を科すことは残虐・異常である。⁽⁹⁵⁾

以上、本節をまとめると、二〇世紀に入ってから連邦最高裁は「発展的節度基準」をとりいれ第八修正を弾力的に解するようになり、原始的な拷問を伴わないような特定の刑罰も第八修正に反する場合のあることを明らかにしてきた。このことを死刑にあてはめて考えるなら死刑という刑罰が「発展

的節度基準」に反する場合、すなわち、①死刑が歴史的に利用されていない場合、②他の法域において刑罰として死刑が利用されていない場合、③現代の世論が死刑を容認していない場合には、死刑そのものが残虐・異常な刑罰にあたるということができよう。

(68) *Wilkerson v. Utah*, 99 U. S. at 136.
(69) 356 U. S. 86(1958).

(70) 217 U. S. 349 (1910).

(71) 被告人はフィリピン諸島合衆国政府沿岸警備輸送局 (Bureau of Coast Guard and Transportation of the United States, Government of the Philippine Islands) で支払を担当する職務にあったが、この地位を利用して現金出納帳 (a cash book) を偽造 (支出を水増) したものである。 *id.* at 358.

(72) *Id.*
フィリピン刑法典第三〇〇条は、地位を利用して文書偽造の罪 (falsification) を犯したる公務員は *cadena temporal* 及び一二五〇ペン以上一二五〇〇ペン以下の罰金に処す、と規定してゐる。 *id.* at 363.

この *cadena* ということはスペイン語で「鎖」を意味しスペイン刑法典第四章一節に由来する。フィリピン刑法典上 *cadena* は *cadena temporal* と *cadena perpetua* の二種類があり、前者は十二年以上二〇年以下の懲役刑である。 *cadena* とは常時

手首と足首を鎖でつなぎ過酷で苦痛を伴う労働に従事させる刑罰である。さらに付加的サンクションとして禁治産宣告 (*civil interdiction*)、永久的絶対的公職資格剝奪 (*perpetual absolute disqualification*) 等を伴ふ。 *id.* at 363-64. See also BLACK'S LAW DICTIONARY (5th ed.).

(73) フィリピン権利宣言も残虐・異常な刑罰を禁止しており、これに違反するかどうか争われたものである。 *id.* at 365.

(74) 217 U. S. at 368. 同述したあとで *Wilkerson, Kemmler, O'Neil* 等の判決を引用し確認している。

(75) *Id.* at 373. このように解釈を拡張してきた例として第一四修正を挙げている。

(76) 上訴人は第二次世界大戦時合衆国軍の一兵卒であり、軍律に違反し営倉に閉じこめられたがそこから脱出した。軍法会議は脱走罪有罪で、三年間の重労働、給与の停止、除隊 (*dishonorable discharge*) を宣告した。356 U. S. at 87-88.

(77) 国籍法四〇一条 (a) は逃亡者は市民権 (*rights of citizenship*) を失うと規定していたが、一九〇四年の国籍法の法典化及び改正に伴い、逃亡罪有罪確定者は国籍を失うということを明らかにした。 *id.* at 89-90. 国籍法は一九四四年に再改正され逃亡罪有罪確定者は解任 (*dismissal*) または除隊 (*dishonorable discharge*) の場合にのみ国籍を失うとされた。8 U. S. C. § 1481 (a) (8). したがって判決時においては逃亡罪有罪確定者のうち誰が国籍を失うかについては軍当局の完全な裁量に委ねられていたわけである。

(78) 判決結果に賛成した五人の判事のうちウォーレン長官の意見に同調したのはブラック、ダグラス、ホイテッカーの三判事であり、ブレナン判事は市民権の得喪に関して軍当局も連邦議会も権限を有さないとの同意意見を書いた。

フランクファーター判事の反対意見(パートマン、クラーク、ハーランの三判事が同調)は司法謙抑主義の立場から市民権をどのように定めるかは連邦議会の権限に属する問題であるとした。

(79) 358 U. S. at 100-03.

(80) *E.g.* Gregg v. Georgia, 428 U. S. 153, 173 (1976).

(81) Karp, *supra* at 1715.

(82) 最高裁がこのような特殊な刑罰(cadena temporal「国籍剝奪刑等」)を違憲としたのは、これらの刑罰を拷問に類似する刑罰ととらえていたというふうに見えることもできよう。後掲・注(84)参照。

(83) 356 U. S. at 101.

(84) *Id.* at 99.

このようにウォーレン長官が国籍剝奪刑と死刑を区別したことにについて、同長官は国籍剝奪刑がそれ自体拷問に類似した残酷刑であると解してたと説く論者もある。James S. Campbell, *Revel of the Eighth Amendment, Development of Cruel-Punishment Doctrine by the Supreme Court*, 16 STANFORD L. REV. 996, 998-99 (1964)。ウォーレン長官の意見がこのようにとらえたこととCampbellのいうようにある刑罰が拷問類

似の残酷刑でないというためには人間の尊厳に反しないものでなければならぬ。*Id.* at 1002。そうであるなら死刑自体についても人間の尊厳を侵すものか否かを検討せねばならないのではないか。

(85) 356 U. S. at 125 (Frankfurter, J. dissenting).

(86) Goldberg, *supra* at 1788。このように国籍剝奪刑と死刑とを区別しない考え方に反対し、前者は違憲であっても後者は違憲とすることはできないと説く論者もある。Note, *The Cruel and Unusual Punishment Clause and the Substantive Criminal Law*, 79 HARVARD L. REV. 635, 638-39 (1966)。論者はTrop判決は他の刑罰によっても立法目的を遂げることができから違憲なのであって死刑の違憲をいうためには①通常利用されない刑罰であるという意味で「異常」でなければならぬ。さらに②刑罰は多かれ少なかれ残酷性を伴うものである以上、違憲というためには「不必要に残酷」であることすなわち、①非人道的かつ野蛮な刑罰であること、②立法目的(威嚇)を遂げるのに不必要な刑罰であること一を要する、としている。この検討は第二章に譲る。

(87) *E.g.* Gregg v. Georgia, 428 U. S. at 173.

(88) Goldberg, *supra* at 1780.

(89) Trop判決も死刑が「発展的節度基準」に反しないとするの②基準を用いる。356 U. S. at 99 (前掲・注(85)参照)。

(90) 99 U. S. at 133.

(91) 356 U. S. at 102-03。Weems判決も後掲③基準の他に②基

準も用いて第八修正を弾力的に解してゐる。217 U.S. at 380-81.

(92) 217 U.S. at 378.

(93) 370 U.S. 660 (1962).

(94) カリフォルニア州の健康および安全に関する法典 (California Health and Safety Code) 第一一七二二条。

(95) 370 U.S. at 666-67.

第三節 過度な (excessive) 刑罰の禁止

二〇世紀になつてから連邦最高裁は、第八修正に関して、一方ですでに第二節でみたような「発展的節度基準」をとり入れるとともに、他方で犯罪と刑罰の均衡性を審査するという手法を用いた。⁽⁹⁶⁾ Graucci は、第八修正が模倣したといわれるイギリス権利章典は元來犯罪に対して過度で不均衡な刑罰を禁止するという意味をもつたのであり、合衆国の制憲者のとつた第八修正は残虐・異常な刑罰の執行方法のみを禁止しているという解釈は誤りである、と説いている。⁽⁹⁷⁾ 本節ではこのような「不均衡」理論をとつた判例を紹介し (第一款)、検討する (第二款)。

第一款 判例の紹介

連邦最高裁にこの手法を初めて導入したのは *O'Neil v. Vermont* 事件⁽⁹⁸⁾で反対意見を書いたフィールド判事である。⁽⁹⁹⁾ ヴァーモント州法は酒類の販売を禁止しているが、⁽¹⁰⁰⁾ 被告人はこれに違反して三〇七の訴因 (count) につき六六三ドルの罰金の支払を命ぜられた。しかし被告人がこれを支払わなかつたため裁判の結果、一九九一四日 (五四年と百数十日) の懲役刑に処せられた。⁽¹⁰¹⁾ このような刑罰が犯罪に対して不均衡か否かについて、連邦最高裁は、刑罰が唯一の犯罪に対して不合理なほどに厳しいものであるなら憲法上の問題も生じようが、本件は非常に多くの犯罪に対する刑罰が問題となつていたのであるから憲法問題は生じない、として被告人の主張を斥けた⁽¹⁰²⁾。これに対してフィールド判事は反対意見で以下のように述べた。

殘虐異常な刑罰の禁止は、拷問に類似する刑罰を禁止することみならず、過度に長期にわたること、もしくは過度に厳格であることによつて犯罪に対してきわめて不均衡なすべての刑罰を禁止するものである。すなわち要求される保釈金、科される罰金、刑罰その他のうち、過度なものをすべて禁止している。したがつて本件のように酒類販売の罪に科される五四年もの労務は過度な刑罰というべきである。⁽¹⁰³⁾

法廷意見として不均衡理論を最初に採用した判例としては Weems 判決を挙げることができる。マッケナ判事の法廷意見は「刑罰は…犯罪に対して均衡を保つべきだというのが正義の定めるところである」としたうえで文書偽造の罪に対して科される *cadena temporal* を審査した。

第二款 過度な刑罰の禁止の検討

以上見たように第八修正に関する第三の違憲審査基準として判例は犯罪と刑罰との間に均衡性を要求している。このテストを死刑にてらして考えるところなるであろうか。強姦殺人ではない単なる強姦罪に死刑を適用することは第八修正に違反することを理由とした *ceffiorari* の申し立てを却下した *Rudolf v. Alabama* 事件⁽⁹⁶⁾で反対意見を表明したゴールドバーグ判事は以下のように説示した。⁽⁹⁷⁾

①わが国及び世界各国が強姦罪に対して死刑を適用するのに反対している傾向にてらしてみれば、強姦罪に死刑を科すことは「発展的節度基準」に反するのではないか。

②生命以外の価値を保護するために生命を奪うということは「過度に厳格であること」によって犯罪に対してきわめて不均衡な刑罰

を憲法が禁止していることに反しないか。

③刑罰目的(威嚇・更生等)は、強姦罪に対して死刑よりも厳しくない刑罰(たとえば無期懲役刑等)を適用することによっても達成できるのではないか。

ゴールドバーグ判事は自らの論文の中で、②、③の過度の厳格性のテストは強姦罪に対する死刑適用をテストする場合だけでなく、死刑そのもののテストとして用いることができるとしている。すなわち、彼によれば「(a)防止されるべき害悪と比べて死刑そのものが不均衡なほど大きな苦痛をもたらすとすれば、または(b)より過酷でない刑罰によっても死刑と同じ程度効果的に刑罰目的を達成することができる」とすれば、死刑そのものが違憲とされる⁽⁹⁸⁾のである。

(96) Karp, *supra* at 1715.

(97) Graucci, *supra* at 844, 847, 860.

なお日本国憲法第三六条の「残虐な刑罰」禁止条項についても、犯罪に比較して著しく重い刑罰を規定する法律、具体的犯罪に対して宣告刑が極端に不均衡である判決等を禁止するものと考えられている。参照 宮沢俊義『憲法Ⅱ(新版)』(有斐閣一九七二)四二〇頁、佐藤幸治『憲法』(青林書院新社一九八一)四〇六頁、伊藤正己『憲法』(弘文堂一九八二)三二八頁。

- (8) 144 U. S. 323 (1892).
 (86) *Grauci, supra* at 842.
 (101) 一八八〇年改正のヴァーモント州法第一六九章三八〇〇条は酒類の製造、販売、供給、引渡を禁止しており、同条違反は三八〇二条によって罰せられることになっていた。三八〇二条は違反が一度である場合には一〇ドルの罰金、違反が二度である場合には二〇ドルの罰金と一月の懲役、三度以上の違反の場合には各々の違反につき二〇ドルの罰金と、三月以上六月以下の懲役を罰則として定めている。また各場合とも訴訟費用も負担しなければならぬ。
 (101) 四五七の訴因の酒類販売違反につき九一四〇ドルの罰金と四七二ドル九六セントの訴訟費用の支払、ならびに一月間の矯正所 (house of correction) での懲役をも命ぜられた。刑期終了時までには右罰金と訴訟費用が支払われなければさらに二八八三六日の懲役が加算されることも言渡された。
 (102) プラッチフォード判事の法廷意見はそもそも第八修正は州には適用されないこと、酒類等の経済規則は州の権限であること等を理由に原審の判断を確認した。
 (103) 144 U. S. at 331.
 (104) *Id.* at 340.
 (105) 217 U. S. at 367.
 (106) *Weems* 判決以後も連邦最高裁の少数意見の中では不均衡テストがくりかえし主張された。 *E.g.* *Robinson v. California*, 370 U. S. at 676 (*Douglas, J. concurring*). 「犯罪と著しく均衡

- を欠くような刑罰な「残虐・異常な刑罰」の禁止に含まれる。」
 (107) 375 U. S. 889 (1963) (*Denial of certiorari*).
 (108) ダグラス、ブレナン判事が同調。
 (109) *Goldberg, supra* at 1794.

第四節 手続的保障

Furman 判決以前における連邦最高裁の第八修正に対するアプローチを前節まで紹介してきたが、第八修正によって違憲とされた事件は *Weems v. United States*,⁽¹⁰¹⁾ *Trop v. Dulles*,⁽¹⁰²⁾ *Robinson v. California*⁽¹⁰³⁾ の三件しかなく、これらはそれぞれ文書偽造の罪に科される *cadena temporal*、戦時中の逃亡罪に科される国籍剥奪刑、麻薬常用に科される九〇日以上の懲役刑を違憲としたもので死刑事件に関しては死刑はもちろん、その執行方法にさえ違憲の判断を下したことがない。むしろ最高裁はこれらの事件の傍論中で死刑の合憲性を確認している。⁽¹⁰⁴⁾

その後、最高裁は死刑事件の憲法判断を避け、二〇世紀中葉から死刑事件に関しては実体問題の審査よりもむしろ手続的保障に目を向けるようになってきた。⁽¹⁰⁵⁾

死刑事件において手続的保障が問題となる兆しは、すでに第一節で紹介した Louisiana *ex rel. Francis v. Resweber* 事件⁽¹⁰⁾にみられた。同事件においてリード判事の法廷意見は「アングロアメリカ法は伝統的に死刑執行の際に不必要な苦痛を科すことを禁じている。理由なく (wantonly) 苦痛を科すことに対する禁止は一六八八年の権利章典に由来する⁽¹¹⁾」と述べていた。また Graucci も「残虐・異常な刑罰とは、法律によつて許されていない、または裁判所の科したことのならないような過酷な刑罰を意味していた⁽¹²⁾」ということを指摘している。このように理由なく、または法律に根拠をもたない刑罰を科すことに対する禁止は当然に手続的保障を要請する⁽¹³⁾。

本節では二〇世紀中葉から Furman 判決に至るまでの死刑の手続的保障に関する判例を紹介する。

(1) Williams v. New York

被告人は第一級謀殺罪で起訴された⁽¹⁴⁾。陪審は審理後、終身懲役刑の酌量勧告を答申したが、裁判所はこれによらず死刑を宣告した⁽¹⁵⁾。本件では、陪審に示されなかつた法廷外で得た事実を裁判所が考慮して死刑を宣告したのであるが、このような広い裁判所の宣告裁量の行使がデュー・プロセスに反し

ないかが争われた。

〔ブラック判事の法廷意見〕

わが国およびイギリスの裁判所では、法の定める範囲内で科刑する際に用いられる証拠の情報源および種類に関して広い裁量の行使が認められている。特定の被告人の過去の生活、習慣等を考慮することなく、同じ犯罪には同じ刑罰を要求するという考えはもはや大勢を占めない⁽¹⁶⁾。歴史的に宣告機関に対して裁量が認められてきたということを考慮するならば、裁判所が死刑宣告の際に、宣告裁量の行使の一部として法廷外の事実を考慮したことをのみを理由として本件死刑宣告を無効とすることがデュー・プロセスの要請であるということはできない⁽¹⁷⁾。

(2) Williams v. Oklahoma⁽¹⁸⁾

被告人は謀殺罪で起訴され終身懲役刑の宣告をうけた⁽¹⁹⁾。その六カ月後に今度は誘拐罪で起訴され有罪答弁の後、死刑を宣告された⁽²⁰⁾。被告人はこの死刑宣告に対して三点にわたるデュー・プロセス違反を主張した。

- ①すでに失われたはずの被告人の記録、前科を州に主張させることは被告人の対審および反対尋問の権利を侵害する。
- ②謀殺罪に対してはすでに刑の宣告をうけており、再度それを考慮して、誘拐罪の刑罰を決定するのは同一犯罪につき二度処罰

することになる。

③ 誘拐罪に対する死刑は犯罪に対して不均衡な刑罰であり、また以前に究極的な (ultimate) 犯罪である謀殺に対して終身懲役が科せられたことと比べても不均衡である。

このような被告人の主張を連邦最高裁は以下のように述べて斥けた。

〔ホイテッカー判事の法廷意見〕

① については一度被告人が有罪とされたならば、宣告裁判官は刑の選択につき公開法廷における審理からひきだされる証拠によって制約をうけるものではない。したがってデュー・プロセスに反するものではない。

② についてはオクラホマ州法の下では謀殺と誘拐は別個の犯罪であつて、裁判所が誘拐の情状として謀殺を考慮することは被告人を同一の犯罪で二度処罰することにはならない。したがってデュー・プロセスに反しない。

③ については第一四修正、その他の憲法条項は特定の犯罪に対して特定の刑罰を科すことを要求するものではなく、また別個の犯罪に対して同一のものもしくは均衡のとれた刑罰を要求するものではない。

(3) Witherspoon v. Illinois⁽⁴⁶⁾

本件では陪審の構成が問題となつた。イリノイ州法は謀殺罪の審理において死刑に対して良心的に疑念を抱いている、

または死刑に反対していると述べた陪審員を忌避することを定めていた。⁽⁴⁷⁾ このような死刑に反対する陪審員を排除した陪審制度にもとづいて下された死刑宣告がデュー・プロセスに反しないかが争われた。

〔スチュワート判事の法廷意見〕

死刑に対して疑念を抱いたり、反対したりしている人々を全て排除した陪審は陪審に要求される職務を果たすことができない。終身懲役刑か死刑かを選択する陪審は生と死の選択という究極的な問題に関して社会 (community) の良心を反映するものである。そうだとすれば死刑の有効性を信する者が半数以下であるような社会では、死刑に疑念を抱いたり、反対したりしている人々を排除して構成される陪審は社会の良心に代ることができない。死刑に一般的に反対し、または良心上、宗教上の疑念を表明しているということだけを理由にこれらの人々を排除して、陪審が構成される場合には死刑宣告は執行されるべきではない。いかなる被告人もこのようにして構成された陪審に死を委ねられるものではない。したがって本件死刑宣告を執行することはデュー・プロセス⁽⁴⁸⁾ にもとづかずに被告人から生命を奪うものというべきである。

(4) United States v. Jackson⁽⁴⁹⁾

被告人は連邦誘拐法 (The Federal Kidnapping Act) に違反したものであるが、同法は陪審の死刑の答申を死刑宣告

の要件としており、陪審審理を放棄した者、有罪答弁をした者に対して死刑を科す規定が存在しなかった。そこでこのような規定の合憲性が争われた。

〔スチュワート判事の法廷意見〕

連邦誘拐法の下では、陪審の前で自らの有罪を争う権利を放棄した被告人は死刑を執行されないことになる。逆に、卒直に陪審による無罪放免を求める被告人は陪審が有罪・死刑を答申した場合には死刑に処せられる。本件における問題は、このように陪審の前で無罪を主張する被告人にのみ死刑が適用されるということ憲法が認めているか、という点にある。当該規定の不可避的な効果として、第五修正の有罪答弁をしない権利、第六修正の陪審審理を求める権利が妨げられることになる。当該規定がこのような憲法上の諸権利を行使した者を処罰することによって、これらの権利の主張を妨げる目的と効果しか有さないのであれば違憲といわざるを得ない。

(5) *Boykin v. Alabama* ⁽¹³⁾

被告人はコモン・ロー上の窃盗罪 (common-law robbery) を犯したが、有罪答弁をして積極的な弁護をしなかったため陪審によって死刑を宣告された。

〔ダグラス判事の法廷意見〕

有罪答弁が刑事裁判にとり入れられる場合であっても、憲法上の諸権利は保障されなければならない。第一に、自己に不利益な供述を強制されない権利が第五修正によって保障されている。この権利は第一四修正を通して州にも適用される。さらに第二に、陪審審理をうける権利、第三に、自己に不利な証人との対審を求める権利が保障されている。これらの三つの連邦憲法上の権利を放棄したということは記録から推定できない。これらの権利を十分に保障した手続によらず下された死刑宣告を確認したアラバマ州最高裁の判断は破棄されるべきである。

このように二〇世紀中頃からは死刑事件がデュー・プロセス違反として争われることが多くなってきた。連邦最高裁は当初これらの主張を容れなかったが、一九六八年の *Witherspoon v. Illinois*, *United States v. Jackson* および一九六九年の *Boykin v. Alabama* とたてつづけに違憲判決をうちだした。このことは死刑宣告につき十分、手続的な保障がなされなければならない、ということを示している ⁽¹⁴⁾。この手続的保障の問題について、ここでは十分な検討をくわえることができないが、以下のことを指摘することによって第一章の結びにかえたい。

最高裁は当初「州の刑事政策は第八修正によってテストされない」と考えてきた。したがって Furman 判決以前は第八修正との関係で死刑の違憲性を直接判断したことはなく、むしろ傍論において合憲であるとさえした。最高裁によれば、ただ執行方法が残虐・異常な場合に違憲となる可能性が示されているにすぎない。しかも現在各州の用いている執行方法ではなく、拷問類似の執行方法が違憲とされるだけである。非死刑事件においては「発展的節度基準」ならびに「過度の刑罰の禁止」というテストが第八修正について用いられてきたが、死刑事件に適用されたことはなかった。それにもかかわらず、手続的保障に関しては死刑事件においても何度か違憲判断をしてきたのである。このことは死刑事件において死刑そのものの憲法判断をさけてきた最高裁も手続的なアプローチによって死刑を違憲とする可能性があるということを示しているのではないだろうか。

さらに、連邦最高裁が死刑そのものの憲法判断をさけてきたにもかかわらず、死刑事件において度重ねて違憲の主張がされてきた背景には死刑が人種差別的に適用されていたという事実があった。特に南部諸州では白人婦人を強姦した黒人に死刑を適用することが多かったのである。⁽¹⁰⁾

- (10) 217 U. S. 349 (1910).
- (11) 356 U. S. 86 (1958).
- (12) 370 U. S. 660 (1962).
- (13) Trop v. Dulles, 356 U. S. at 99. 前掲・注(84)参照。
- (14) Goldberg, *supra* at 1798.
- (15) Stephen Gillers, *Deciding Who Dies*, 129 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA L. REV. 1, 5-11 (1980).
- (16) 329 U. S. 459 (1947).
- (17) *Id.* at 463.
- (18) Graucci, *supra* at 859 (1969).
- (19) See PANNICK, *supra* at 65.
- (20) 337 U. S. 241 (1949).
- (21) ニュー・ヨーク州刑法典によれば、陪審は第一級謀罪有罪答申の際に終身懲役刑の勧告をつけ加えることができ、右勧告に基づいて審理裁判所は終身懲役刑を宣告することができる。
New York Penal Code § 1045-a(1)のような陪審の勧告がない限り、第一級謀殺罪で有罪とされた者は死刑を宣告される。New York Penal Code § 1045.
- (22) 337 U. S. at 246-48.
- (23) *Id.* at 252.
- (24) 358 U. S. 576 (1959).
- (25) 州法によれば、謀殺罪は死刑または終身懲役刑に処せられる。この選択は陪審の裁量に委ねられているが、有罪答弁 (a plea of guilty) のあった場合は裁判所が量刑を決定することになっ

つて。 Okla. Stat., 1951, Tit. 21, § 707.

(126) 州法によれば誘拐罪は死刑または十年以上の懲役刑に処せられることになつて。 Okla. Stat., 1951, Tit. 21, § 745.

(127) 391 U. S. 510(1968).

(128) III. Rev. Stat., c. 38, § 743 (1959). この規定は改正され、単に両当事者は正当な理由にもとづき陪審員を忌避することができるとだけ規定されたが (III. Rev. Stat., c. 38, § 115-4(d))、州最高裁は § 115-4(d) は改正前の § 743 を含むものによるこの判断を下した。 People v. Hobbs, 220 N.E. 2d. 469, 475 (Ill. 1966).

(129) 州最高裁の解釈によれば III. Rev. Stat., c. 38, § 743 に定める陪審員とは「死刑を宣告するのに躊躇するような陪審員」である。 People v. Carpenter, 150 N.E. 2d. 100, 103 (Ill. 1958).

(130) 本判決と同様に「死刑に反対する人を排除して構成された陪審による死刑宣告は違憲無効である」とするものに Maxwell v. Bishop, 398 U. S. 262 (1970) がある。

(131) 390 U. S. 570 (1968).

(132) 18 U. S. C. § 1201 (a). 連邦誘拐法は州際間の誘拐を禁止するものであり、陪審が死刑を答申した場合に死刑に処される」と定めているだけである。

(133) 390 U. S. at 581.

このようにして連邦最高裁は当該条項を違憲無効としたが、連邦誘拐法そのものを違憲としたわけではない。曰く、「死刑を科す条項が他の連邦誘拐法の規定と可分なものであることは明らかである。したがって、当該条項の違憲が法律全体の違憲性

を要求するものでもない。」 *id.* at 586. さらに「死刑条項の違憲性は州際間の誘拐を連邦犯罪と定める連邦議会の基本的な刑事目的の違憲をいうものではない。」 *id.* at 592.

(134) 395 U. S. 238 (1969).

(135) 死刑事件に手続的保障が必要だとする論稿は多くある。 See, e.g., PANNICK, *supra* at 65, 139-83; 生田典久「米國連邦最高裁の死刑違憲判決」ジュリスト五一号（一九七二）一一九頁。

(136) 329 U. S. at 470 (1947) (Frankfurter, J. concurring).

(137) 一九三〇年から一九六七年までに三八五九件の死刑執行があり、そのうち半数以上が有色人種である。さらに後者の九〇%以上が白人女性を強姦した事件である。 Goldberg, *supra* at 1792 n. 91.

なお死刑の人種差別的適用一般については、たとえば Marc Riedel, *Discrimination in the Imposition of the Death Penalty: A Comparison of the Characteristics of Offenders Sentenced Pre-Furman and Post-Furman*, 49 TEMPLE L. Q. 261 (1976).

第二章 Furman 判決から Gregg 判決へ

——死刑そのものの違憲性の問題

第一章では Furman 判決に至るまでの第八修正および死刑

に関する連邦最高裁の判例を紹介・検討してきた。この考察から死刑に関して以下の四点が明らかになった。

①死刑はその執行方法が残虐・異常である場合、すなわち拷問のようなものである場合、違憲となりうること。
②社会が変化すれば、死刑そのものも「発展的節度基準」に反して違憲となりうること。

③第八修正は「過度の刑罰」を禁止するものであるからある犯罪に対して死刑を科すことが著しく均衡を欠く場合には違憲となりうること。

④死刑適用の際に手続面での保障が十分でなければ違憲となりうること。

これらの四つの違憲審査基準がすでに最高裁の用意するところであった。さらに死刑が人種差別的に適用されていたこと、六〇年代から死刑の執行数が激減した⁽¹⁾こと、各州においてさまざまな形で死刑の廃止・縮減が提案されていたこと⁽²⁾等からすれば、死刑に関する違憲の判断が下されるのも当然であつたかもしれない。

一九七二年に遂に最高裁は死刑の適用が第八修正に違反するとの判断をうちだしたのである。これが *Furman* 判決⁽³⁾である。この判決は五対四という僅少差であり、異例にも全判事

がそれぞれの見解を表明し、しかもそのよりどころとするものが一様ではなかった。したがって *Furman* 判決以後、各州は死刑立法を改正するのであるが、その方策はさまざまであり、まさにアメリカにおける死刑制度は「不確実な過渡的状況 (uncertain limbo)⁽⁴⁾」に陥つたのである。このような状態は一九七六年まで続く。一九七六年七月二日、最高裁は五件の死刑事件に判断を下し、この状態は一応の終熄をみるわけである。

第二章は、一九七二年の *Furman* 判決から一九七六年の *Gregg* 判決⁽⁵⁾に至るまじに焦点をあてている。第一節では *Furman* 判決を紹介し、第二節では死刑そのものの違憲性の問題について *Gregg* 判決ではどのように決着をつけたかを紹介し、かつ死刑そのものの違憲性の問題に関する議論を整理していきたい。

(1) 三井誠「米連邦最高裁『死刑違憲判決』の検討」法律時報 四四卷一―二号(一九七二)八四頁。

(2) 同右、八五頁。

(3) *Furman v. Georgia*, 408 U. S. 238 (1972).

(4) *Id.* at 403 (Burger, C. J. dissenting).

(5) *Gregg v. Georgia*, 428 U. S. 153, 一九七六年七月二日に下

それ以外の四判決は① Profit v. Florida, 428 U. S. 242, ② Jurek v. Texas, 428 U. S. 262, ③ Woodson v. North Carolina, 428 U. S. 280, ④ Stanislaus Roberts v. Louisiana, 428 U. S. 325である。これら四判決は死刑そのものの合憲性については Gregg 判決を引くという形になっているので、本章ではこの問題につき Gregg 判決によることにした。なお四判決の詳しい紹介・検討は第三章に譲る。

第一節 Furman 判決

連邦最高裁は Furman 判決の前年に刑宣告の際の陪審の何らの制約もない裁量について合憲判断を下していた。⁽⁶⁾これが McGautha 判決⁽⁷⁾である。

被告人は第一級謀殺罪で死刑を宣告された。⁽⁸⁾被告人は死刑宣告の際の陪審の何らの基準にもとづかない裁量がデュー・プロセスに違反するとして争った。⁽⁹⁾

(ハーラン判事の法廷意見)

アメリカの死刑制度の歴史が命令的死刑宣告法(mandatory death penalty statutes)の過酷さを排除するために陪審の絶対的な裁量を認めてきたことを述べた後、刑宣告裁量に基準を設けようとした模範刑法典(Model Penal Code)にふれ、

以下のように述べた。

この基準が宣告機関の裁量の行使についての最小限度のコントロールを規定しているにすぎないことは明らかである。この基準は有意な考慮事由を完全にリストアップしたものではない。またこの基準は憲法上許されない考慮事由を排除するためのものでもない。端的にいえば、これらの基準は陪審がその裁量行使するにあたり、考慮すべき事由のうちのいくつかのものを示したにすぎない。これらの基準は死刑の歴史が当初から示してきたように「基準」をたてるのが難しいことを示しているにすぎないのである。歴史、経験、および現代の人間の叡知の限界にてらせば、死刑事件において生か死かを決める権限を陪審の何の拘束もない裁量に委ねることが憲法に違反するということはできない。

このように最高裁は一九七一年の McGautha 判決では陪審の裁量を合憲とした。同判決は死刑そのものの合憲性に直接ふれるものではないが、死刑の合憲性を前提としたものであった。しかしながら、この翌年、連邦最高裁は死刑事件で初めて違憲判断を下した。⁽¹³⁾この Furman 判決⁽¹⁴⁾は五対四で、被告人に科せられた死刑宣告は残虐・異常な刑罰にあたり第八修正、第一四修正に違反するというものであった。「判決書は二四三頁にも及び……、ごく最近のものも含めて一〇〇種以

上にも及ぶ論文、統計等を引証した詳細なものである。そのうえ、「死刑は誰もが何かを語る」たぐいのものであることを示すかのように、異例にも、全裁判官がそれぞれの見解を表明したから、あたかも本判決は、死刑に関する小論文集の様な観さえあり、しかも各判事の論拠とするところも一定ではない。したがって同判決以後、各州は同判決にこたえるためさまざまな立法を制定することになった。この Furman 判決は死刑事件に関してきわめて重大な判決であり、死刑の合憲性に関するあらゆる論点が含まれているので、九判事の意見をすべてここに紹介する。

〔ダグラス判事の意見〕

本件の問題は、死刑を科すること及び、その執行が、第一四修正を通して州にも適用される、第八修正の「残虐・異常な刑罰」にあたるかどうかというところにある。死刑の執行はまさに第八及び第一四修正を侵害するものであるから、判決は無効とされるべきである。

判例上、デュー・プロセスの要求が残虐・異常な刑罰を禁止し、またこれは立法をも拘束するというのは確立した原理である。また「残虐・異常な刑罰」という概念は固定されたものでなく、時代に応じて変遷する。死刑が、人種、宗教、富、社会的地位によって差別的に適用されるなら、あるいは、以上のような事由にも

とづく偏見のはたらく余地を与える手続のもとで死刑が科されるなら、「異常」である、ということ疑いの余地のないところであろう。

権利章典や死刑の歴史にたずねてみるならば、法の下での平等が保障されている国では、カーストの存在は許されない。宣告機関が死刑を科す際に有している裁量は、貧しい者、政治的弱者、及び人気がない少数者に不利にはたらく、逆には、社会的立場の優位な人を救う、というように選択的に行使される可能性がある。古代ヒンズー法ではバラモンには死刑の適用がなく、また社会的身分によって刑が軽減されていた。私は、死刑が裁量的かつ不公平に科されているのではないか、という恐れとともに、富める者が、名望、才略を兼ね備えた有能な弁護士を得ることができ、その結果不公平が生じる、ということによって、実際上古代ヒンズー法と同様の事態を生んでいるのではないか、という恐れをいだいている。第八修正の「残虐・異常な刑罰」は、立法者に対しては公平で、恣意的でない刑法の制定を要求し、裁判官に対しては人気がないグループに対する選択的適用を禁じている。

したがって、これらの裁量的規定は運用面において違憲となる。

〔ブレナン判事の意見〕

第一四修正を通して州にも適用される第八修正の「残虐・異常な刑罰」を起草過程や最高裁先例等にふれながら詳細に分析した結果、死刑が「残虐・異常な刑罰」にあたるというためには、死刑が、(1)異常なまでに過酷なものであるか否か、(2)恣意的に科さ

れているという高い蓋然性があるか否か、(3)実質的に現代社会において拒絶されているか否か、(4)より過酷でない刑罰以上に効果的に刑罰目的を満たしているか否か、という四つのテストにより審査されるべきだ、とし、その審査の結果、死刑は第八修正に反することになる、と述べた。

(1)死刑が異常なまでに過酷であるか否か、について。

死刑の異常な苛酷さは、その終局性と凶悪性にある。死刑は、国籍剝奪刑と同様に被告人の政治的存在ならびに社会における地位を奪い、さらに国籍剝奪刑と異なり生存そのものまでをも奪ってしまう。死刑は完全に、「権利を有する権利」の可能性までも奪ってしまう。まさに死刑は、執行される人間の人間性を否定する、恐るべき刑罰である。

これに対して懲役囚は信教の自由等の基本権を有しており、デュー・プロセス、平等保護条項の適用も行うことができるし、裁判所にアクセスする権利もある。したがって懲役刑は回復不能な刑罰とはいえない。

(2)死刑が恣意的に科されているという強い蓋然性があるか否か、について。

この四〇年間の人口と死刑犯罪の急激な増加にもかかわらず、逆に死刑執行数は減少している。このことから死刑が規則正しく公平に適用されているとはいいたい。これを払拭するには、恣意的に科されていない、ということを明瞭に示す立証が必要である。[「でたために、か……気まぐれに(wantonly and……freakishly)」科されるとまで立証するには、さらに事実が必要だろう

が、恣意的である可能性が十分強い。

(3)実質的に現代社会において拒絶されているか否か、について。死刑は我々の歴史を通して用いられてきた刑罰ではあるが、この歴史は常に死刑制約・減少の歴史であり、今日に至っては死刑はまれな刑罰となっている。

(4)より過酷でない刑罰以上に効果的な刑罰目的を満たしているか否か、について。

まず威嚇力という点については、死刑の方が無期懲役以上である、ということは立証不可能であるし、また応報という点についても、死刑が懲役刑以上に効果的であるという結論を出しえない。

以上、要するに死刑は四つの基準のどれとも反するものであるから違憲である。

〔スチュワート判事の意見〕

死刑は他の刑罰と量的ではなくて、質的に異なる。それは人間性の概念において具体化されるすべてのものを放棄するという点でユニークなものである。また、刑事裁判の基本的目的であるところの犯罪人の更正を拒否するという点でもユニークである。さらに人間性の概念において具体化されるすべてのものを放棄するという点においてもユニークである。

そこで本件死刑宣告を検討すると、まず第一に、死刑は程度においてではなく質的に、他の刑罰とまったく異なっている、という意味において「残虐」である。第二に、死刑は殺人にまれにし

か適用されず、強姦にはさらにまれにしか適用されない、という意味において「異常」である。さらに加えて、死刑は、さまざまに選択された少数の人々に適用される、という意味からも「残虐・異常」である。ゆえに死刑は第八及び第一四修正に反する。

〔ホワイト判事の意見〕

本件死刑宣告の合憲性に関する問題とは次のようなことである。すなわち、①立法者は殺人や強姦に対して死刑を科する権限を有しており、②立法者は特定のケースに死刑を命じているのではなく、裁判所や陪審にその決定を委ねている。③裁判所や陪審はまれにしか死刑を命じない。この三点から上訴人に対する死刑の執行が第八修正に違反するかどうかを検討せねばならない。

死刑はごくまれにしか適用されないもので、その威嚇力は十分信頼にたるものということはできない。

たしかに死刑は辞書的な意味では残虐であるが、憲法上の意味ではそれは考えられない。

しかし、死刑は、ごくまれにしか適用されず、それらの少数適用例において、死刑が科せられるべきか、否かを区別するのに十分な根拠が存在してない。

〔マーシャル判事の意見〕

第八修正の成立過程及びその歴史の経緯をふまえたうえで、残虐・異常という語句は、「発展的節度基準」から導き出さねばならない。そしてこのことを判断するためには次の四つのテストが

用いられるべきである。①当該刑罰が不必要な肉体的苦痛を伴うか否か、②当該刑罰が歴史的に利用されてきたか否か、③刑罰が過度であり、かつ何らの立法目的も有していなければ、それは残虐かつ異常な刑罰である、④刑罰が過度でなく、有効な立法目的が存しようとも、国民感情がそれを忌み嫌うなら違憲となる。

これら四基準のうち、①については死刑は不必要な肉体的苦痛を伴うものと考えられてはおらず、また②については死刑は現代的現象でないため、ここで判断する必要はない。かくして、死刑の合憲性をテストするためには、③と④のテストが採用される。まず第一に③の点について検討する。

立法目的としては、④応報、⑤威嚇、⑥再犯防止、⑦有罪答弁と自白の奨励、⑧優生学上の目的、⑨経費、の六つが考えられる。以下これら各々を検討する。

④ 応報としての刑罰は長い間学者の批判をうけ、また第八修正自身も、刑罰が復讐と同じになるのを避けるために採用されたものであった。第八修正の歴史は「ためにする応報」は不適切であるという結論のみを支持する。

⑤ いくつかの学説を引用しながら、死刑は現代社会において犯罪を抑止するものとして必要不可欠のものとはいえない、と結論している。

⑥ 再犯防止という目的は確実に満たされる。なぜなら一度処刑されたら、再び他の犯罪を犯すことはないからである。しかし、もし死刑が再犯防止だけを根拠としているならば、それは過度である。

⑥有罪答弁の奨励のために死刑が利用されるならば、それは第六修正の裁判をうける権利の行使を妨げる疑いがある。さらに、有罪答弁と自白の奨励のために死刑が用いられるなら、それは刑罰目的のための利用とはいえない。

⑦この点で最も重要なことは次のことである。つまり、アメリカでは従来刑罰目的のひとつとして優生目的を明示したことはないのだから、もしそのような目的を刑罰に与えようとすれば、立法院はそのことを明示し、かつこの目的に役立つ手続を定めなくてはならない。以上の事態に至るまでは、死刑は優生目的という見地からは正当化できない。

⑧経費の問題も誤っている。社会にとつて死刑囚は生産的メンバーではなく、また執行には経費がかかる。

以上から、死刑は過度で、不必要な刑罰であり、第八修正に違反する。

さらに④の点について。

この点については、刑罰目的とその結果に関して十分に情報を与えられた国民が、刑罰がショックングかつ不正で認容できないと感じるかどうか、という見地から判断されるべきである。

ところが、実際、アメリカ市民は死刑に関してほとんど何も知らない。

しかし、以下のような事実を知るならば、通常の市民は死刑が良心や正義感を損うものであることを自覚することになろう。

その事実とは、まず第一に、死刑に関する差別的運用があげられる。すなわち、黒人は白人に対してその人口比以上に多く処刑

されている。また女性よりも男性に多く適用されている。同様に、貧者、無知者、社会の恵まれない人々(underprivileged)に多く適用されている。

第二に、誤判の可能性が挙げられる。

第三に、刑事裁判過程の歪曲がある。刑事司法制度の根本としての死刑の存在は刑事司法を混乱させる。犯罪人の更正と処置に障害となつてゐる。

以上の考察から死刑は第八修正に違反する。

「バーガー長官の反対意見」(ブラックマン、パウエル、レインキストの三判事同調)

死刑の合憲性の問題に関して、先例拘束と、司法審査の役割という二点を中心論点として、以下のような六点にわたつて詳述しているものといえる。

(一)、第八修正の解釈のし方として、死刑が、日常の言葉の意味において「残虐」であるとか、その適用例の少なさゆえに「異常」であるとかいう安易な議論には納得できない。

(二)、第八修正制定以来一八一年間、死刑の合憲性に疑義をはさむような最高裁判例は一つもない。

他方、残酷性の基準は、道徳的判断の具体化であり、この基準の適用可能性は社会の変化につれて変化するものである。ところが、この分野では裁判所は静観を守っているのであって、このこ

とが意味するものは、民主社会において国民の道徳的価値と意思に答える役割を担っているのは、裁判所ではなく立法府である、ということである。

(三)、立法府の判断に対する伝統的な服従を放棄するほどに死刑が社会の良心に反する、ということの明らかな例証は何も存在しない。この点、例えば適用の少なさは、死刑が耐え難いほど残酷で文明的でない、という結論を導くものではないのである。

また陪審の裁量の問題は、一年前の *McGautha v. California*, 402 U.S. 183 (1971) で肯認したばかりである。

(四)、死刑は刑罰目的を達成するためには「不必要に残酷な」刑罰であり、第八修正に違反するという違憲主張がなされる。

この場合死刑に関して問題となる刑罰目的は、応報と威嚇である。第八修正は応報を排除しておらず、最高裁も応報を刑罰の正当な一側面として常に前提としてきた。

また威嚇の問題に関しては、死刑廃止に賛成する者は威嚇力がないというし、存置に賛成する者は威嚇力がないという例証は何もないという。死刑の威嚇力の挙証責任を州に負わせるなら、無期懲役や他の刑罰に関しても州は挙証責任を負わねばならなくなる。威嚇力があることを州が立証しないなら、あらゆる刑罰が第八修正に違反することになるのだろうか。

(五)、*スチュワート*、*ホワイト*両判事の同意意見のポイントは宣告機関の自由裁量にある。しかしこれは一年前に最高裁が合憲とした問題であり、先例拘束に従うのが適切であると思われる。

また、この点を実質的に考えても、立法機関が、宣告機関の裁

量を奪うために死刑を絶対的法定刑として定めるなら、死刑を逃れる道は無罪評決以外には存在しなくなる。これは刑事裁判の歴史が陪審に対する信頼を基礎としてきたことに反するものである。内、死刑の適用を制限するのは世界的趨勢であるが、それは司法的解決ではなく、立法による変化に依拠するところが大きい。死刑の問題は司法審査の限界を超えた、民主主義過程に属する問題である。

〔ブラックマン判事の反対意見〕

McGautha 事件からわずか一年しか経ておらず、この間何らかの重大な変化があつたということを示すものも何も提示されていないにもかかわらず、最高裁は、従前の判例の流れとは逆の立場をとつた。

個人的には今日の最高裁の判決は喜ばしいことではあるが、歴史、法、憲法にてらして、認め、正当化することは難しい。今日の判決は最高裁の勇み足ではないかという恐れをいだいている。

〔パウエル判事の反対意見〕

第八修正に立法過程、歴史、先例等にてらしてみても、死刑に関する審査は、①野蛮な執行方法か、②刑罰が犯罪に対して不均衡か、という審査にとどまっていた。裁判所が死刑の全廃を命じたことは一度もない。さらに判例は、州が死刑を科す権限を有するということをくり返し明言しており、今日に至るまで、憲法のことのような解釈に異議を唱えた判事はいなかった。これらのこと

を突然破るのは先例拘束の原理に反する。

一方、被告人は以下のような三点を主張している。

(一)「発展的節度基準」を示すものとして次のような五つの客観的指標があり、それらに於てらして死刑はあらゆる場合に、あらゆる犯罪に対して違憲である。その五指標とは、①世界的趨勢が死刑を適用しない方向に向っていること ②道德的に死刑に反対する多数の学説が存在すること、③ここ四〇年間、特に一〇年間の執行数の減少、④死刑判決数の減少、⑤死刑に対する世論の嫌悪、である。

(二)死刑はめつたに科せられることがなく、しかも恣意的、差別的に適用されている。

(三)死刑を正当化する刑罰目的が何ら存在しない。

このように被告人は主張するが、しかし、まず(一)については、これを判断するのは、第一次的には国民の代表たる立法院である。また(二)については、人種的差別は以前よりずっと減少した。陪審が少数者グループを代表しえなかつたというのは過去のことである。すべての市民に対する公平な審理の確保は、現代では確固としている。最後に(三)については、伝統的な刑罰目的が死刑を正当化するか否かを検討する前に以下の二点に留意しなければならぬ。

①憲法の文言、歴史、先例にてらして、最高裁が、より制限的でない刑罰によつても刑罰目的を満たしうるといふ理由で一定の刑罰を無効とする考え方には、賛成できない。

②この問題を審査する場合には、立法院の判断を攻撃する側が

重い立証責任を負わなければならない。

これを前提としたうえで、応報と威嚇の二つの刑罰目的を認められた。

(レーンキスト判事の反対意見)

憲法第三編により、憲法問題を判断する役割は裁判所に与えられているが、それは、立法院の判断に対して、深い謙抑と真の敬意をもつて行使されなければならない。今日の死刑を無効とした判決は、このような配慮が著しく欠けていた。死刑を違憲とするような決定は、裁判所がすべきことではなくて、国民の意思が定めるべきことである。

以上、九人の判事の意見を紹介したが、ここで以下の二点を指摘して第一節の結びとする。

第一に、この九判事の意見をどのように解釈するか、という点が問題である。反対意見は多少の差異はあるものの、概ね先例拘束の原理、立法院に対する裁判所の役割等をよりどころにしているようである。これに対して違憲をいう五人の判事の論拠はまちまちだが、大きくわけて以下の二つのグループに分類できると思われる。①死刑そのものを違憲とするもの(ブレナン、マーシャル両判事)と②死刑そのものの違憲性にふれることなく、その恣意的適用を違憲とするもの(ス

チュワート、ホワイト、ダグラスの三判事⁽¹⁷⁾である。筆者も、本判決におけるバーガー長官の反対意見や *Gregg* 判決におけるスチュワート判事の意見になら⁽¹⁸⁾ず、この分類に従って次節以下論じていくことにする。

第二に、スチュワート判事は前年の *McGautha* 判決から判断を変えたことを認めて *McGautha* 事件は第一四修正の問題であり、本件は第八修正の問題である、としている⁽¹⁹⁾が、このように両事件において違憲判断のテストが異なるといえるだろうか。バーガー長官は両者を区別するのは「不誠実 (disingenuous)」であると批判している⁽²⁰⁾。学説も死刑事件における第八修正と第一四修正のテストは同一である、としている⁽²¹⁾。

これらの点をふまえたうえで次節で死刑そのものの合憲性を検討していくことにする。

- (6) 裁判官の刑宣告裁量の合憲性については *See Williams v. New York, 337 U.S. 241 (1949)*.
- (7) *McGautha v. California, 402 U.S. 183 (1971)*. 本件は *Crampton v. Ohio* との併合判決である。
- (8) *McGautha* は共犯者とともに二件の武装強盗 (armed robbery) を犯し、二件目の商店で店主を殺害した。有罪決定陪審

は二訴因の武装強盗と一訴因の第一級謀殺罪有罪を認定した。刑宣告陪審は *McGautha* に対して四つの重罪の前科 (重罪窃盗 (felonious theft)、強盗 (robbery)、悪意なき謀殺 (murder without malice)、暴行による強盗 (robbery by assault)) を認定した。さらに幼年時代の事情等を調べたうえで、*McGautha* には死刑、共犯者には終身懲役刑を宣告した。

他方、*Crampton* はアルコール中毒および麻薬中毒の治療のため精神病院に収容されていたが、退院を許可されるとただちに妻を殺害したものである。オハイオ州の単一手続 (有罪決定陪審と刑宣告陪審が分離していない手続) にもとづいて有罪・死刑を宣告された。

- (9) *Crampton* 事件では筋掲・注 (8) でみたオハイオ州の単一手続による刑宣告がデュー・プロセスに違反しないかが争われたが、斥けられた (このことについては第三章参照)。

(10) 五人の判事を代表してハーラン判事が法廷意見を書いた。ブラック判事は概ね法廷意見に同調しつつ、いわゆる立法者意思の解釈によって第八修正は死刑を禁止するものではない、との同意意見を書いた。

ブレナン 判事は死刑そのものが違憲であり、また基準のない宣告機関の裁量も違憲であるとの反対意見を書いた (ダグラス、マーシャル両判事が同調)。この反対意見は *Furman* 判決における同判事の意見とほぼ同じなので、ここでは割愛する。

- (11) このことについては第二節参照。
- (12) 402 U.S. at 207.

(13) Furman 判決において前年の McGautha 判決を事実上くつがえし、違憲判断にふみさらせた背景としてカリフォルニア州の死刑違憲判決 *People v. Anderson*, 493 P. 2d. 880 (Cal. 1972) があつたことが指摘されている。三井、前掲八五頁。同判決については参照 田島裕「キャリフォルニア州最高裁」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）八三頁。

なお、カリフォルニア州では同判決により死刑は廃止されたが、同年、州民投票の結果復活した。

(14) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972). この判決は *Jackson v. Georgia*, Branch v. Texas との併合判決である。Furman は夜盗中に被害者を射殺し、謀殺罪有罪、死刑を宣告された。Jackson は強姦罪で死刑を宣告された。Branch は黒人であり、強姦罪で死刑を宣告された。

Furman 判決の邦語による紹介としては三井、前掲のほか、たとえば参照 生田典久「米國連邦最高裁の死刑違憲判決」ジュリスト五一号（一九七二）一六頁、鈴木義男「アメリカ法律家協会の模範刑法典とニュー・ヨーク州の新刑法（八・完）」法曹時報二五卷二号（一九七三）一六頁、松尾浩也「アメリカにおける死刑」現代法ジャーナル六号（一九七二）二頁。

(15) 違憲派はダグラス、ブレナン、スチュワート、ホワイト、マーシャルの五判事であり、対して合憲派はバーガー長官、ブラックマン、パウエル、レンキストの四判事であった。

(16) 三井、前掲八六頁。

(17) ダグラス判事の意見をどう解するか、については意見の分かれるところである。ダグラス判事の意見は平等保護を強調する独特のものであり、その平等を徹底すれば死刑全廃に結びつく可能性もあるといえよう。またこう考えさせる背景には同判事は一年前の McGautha 判決で死刑そのものの違憲をいうブレナン判事の反対意見に同調していたという事実がある。

前掲・注（14）に挙げた Furman 判決の紹介のうちでも、三井氏はダグラス意見をマーシャル・ブレナン・グループおよびスチュワート・ホワイト・グループと区別して第三のグループとして分類しているし、生田氏はマーシャル・ブレナンと同じく死刑全面違憲論に分類している。参照 生田典久「米國死刑違憲判決におけるダグラス判事の賛成意見について」ジュリスト五二〇号（一九七二）八八頁。

(18) 学説もこのように分類するものが多い。See, e.g., DAVID PANNICK, JUDICIAL REVIEW OF THE DEATH PENALTY (1982).

(19) 408 U.S. at 310 n. 13.

これに対して同じく McGautha 事件での合憲判断から違憲判断に転じたホワイト判事はこの点につき何らの言及もない。

(20) *Id.* at 400. See also at 359 n. 141 (Marshall, J. concurring). パウエル判事も第八修正と第一四修正は同一のテストであるとしているが、「州の刑事政策は第八修正によつては……テストされない。」(Louisiana *ex rel. Francis v. Resweber*, 329 U.S. at 470 (Frankfurter, J. concurring)) とするフランクマン

1 ター判事の意見を引用しており、第八修正も第一四修正も死
刑事件には適用はされないと考えているようである。

(21) PANNICK, *supra* at 38. スチュワート判事も第八修正と第
一四修正を別異にする考えには固執しており、後の Gregg 判
決ではジョージア州法が第八修正および第一四修正に違反しな
いかを審査している。428 U. S. at 168.

(未完)

Judicial Review of the Death Penalty

Yuichi ASARI*

Introduction

I) "Cruel and Unusual Punishments" Clause and Death Penalty

— The U. S. Supreme Court Holdings prior to *Furman v. Georgia*

1. "Cruel and Unusual Punishments" Clause and Methods of Executing Criminals

- (1) Analogy to Torture
- (2) Methods of Executing Criminals

2. Evolving Standards of Decency

- (1) Cases
- (2) Analysis

3. Prohibition of the Excessive Punishments

- (1) Cases
- (2) Analysis

4. Procedural Fairness

II) *Furman* case and *Gregg* case

— Problems of Constitutionality of the Death Penalty per se

1. *Furman v. Georgia* (to be continued)

The subject of this Note is to examine problems of constitutionality of death penalty. In *Furman v. Georgia* (1972), the U. S. Supreme Court held that the death sentence is unconstitutional according to the Eighth Amendment which prohibits cruel and unusual punishments.

Chapter I of the Note will examine the Supreme Court holdings prior to *Furman*. In view of the holdings, the death sentence will be unconstitutional according to the Eighth and Fourteenth Amendments;

- (1) if methods of executing criminals are cruel and unusual like a torture;
- (2) if a punishment violates the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society;
- (3) if a punishment is disproportionate to a given crime;
- (4) if the procedural protections are insufficient in sentencing the death penalty.

Chapter II will show the *Furman* case, which held the death sentence to be

* L. L. D. Candidate, University of Hokkaido.

unconstitutional, and examine the substantive problems of the death penalty. In *Furman*, there was no majority. Four Justices held that death penalty is constitutional. Two Justices held that death penalty is unconstitutional per se. Three Justices held the death sentence to be unconstitutional because of the arbitrary or capricious manner in which it was passed.

Since there was no majority of the Supreme Court on the ultimate issue whether the death penalty is constitutional per se or not, the future of capital punishment in the United States has been left in an uncertain limbo.