

Thurgood Marshall の死刑違憲論

— 死刑と世論をめぐる「マーシャル仮説」を出発点として —

岡田 聖 貴*

- I 問題の所在
- II 1948年死刑合憲判決と「国民感情」、「時代と環境」
- III Furman判決およびGregg判決におけるマーシャル仮説
- IV マーシャル仮説と合衆国最高裁裁判官
- V 世論の援用における前提
- VI マーシャルの死刑違憲論

I 問題の所在

本稿は、合衆国最高裁判所裁判官であったサーグッド・マーシャルの死刑違憲論を、死刑と世論との関係をめぐる、いわゆる「マーシャル仮説 (Marshall Hypothesis)」を出発点として検討するものである。

マーシャル仮説とは、1972年に合衆国最高裁が死刑を違憲としたFurman判決¹⁾および再制定された州死刑法をその4年後の1976年に合憲としたGregg判決²⁾における個別意見でマーシャルが述べた、死刑の違憲性における世論の取扱いに関する見解のことである。すなわち、第1に、アメリカ人民において公衆の死刑への支持は死刑に関して十分に知らされていないことに由来し、無知あるいは誤解から生ずる世論は、死刑の違憲性に対する裁判所の評価に影響を及ぼすべきではない。そして、第2に、十分に知らされたならば、公衆は死刑を容認でき

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第24巻第2号 2025年8月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

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

2) *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

ないものであり憲法違反であると考えられるようになるだろうというものである。こうした議論が出てくる前提として、後述するように、合衆国最高裁の判例によって、残虐で異常な刑罰を禁じる修正8条の意味内容が、「成熟する社会の進歩を示す進展する品位の基準」から引き出されるとされていることがある。このマーシャル仮説の検討を通じ、アメリカの議論にとどまらず、死刑の憲法適合性を論ずるに際して国民の支持を用いること、および用いるとしてその前提条件は何かという問題に迫りたい。

マーシャルは、市民的権利運動に関わり人種別学を違憲としたBrown判決³⁾を勝ち取った弁護士であり、最高裁裁判官に就任して以来一貫して死刑を全面的に違憲であると論じてきた。その違憲論は、世論との関係にとどまるものではなく手続保障に及び、死刑が究極の刑罰であることを前提としてその究極性に応じた特別に手厚い手続保障を要求するスーパー・デュー・プロセスの議論に通じるところを見出せる。そこで本稿は、世論との関係を論じたマーシャル仮説を超えてマーシャルの死刑違憲論に通底する思想を読み取り、その死刑違憲論の中でマーシャル仮説が何を意図したものであったのかを明らかにする。

死刑は、国家が判決に基づいて個人の生命を剥奪する刑罰である。それなしにいかなる権利も観念できないという意味において、生命は基底的である。そして、死刑は個人に向けられた司法権・刑罰権という国家権力の発動である。また、重大な公権力である刑罰権の行使の可否を判断する刑事司法プロセスは国家に説明を求める手続として理解しうる。最も非難に値し、保護されるべきではないと一般に考えられる者に対しても、その直観に反して、単に全体への犠牲を強いるのではなく公正に資する適正な手続保障と国家権力行使の条件を検討することを通じて、国家権力を前に、ある意味では最も孤立し基底的な権利が危機にさらされている者を個人として尊重することは、いかなる公共空間を憲法が構想しているのかを理解する助けとなるはずである⁴⁾。また、日本国憲法は他の憲法典と比較

3) *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

4) 木村草太「死刑違憲論を考える」世界2018年9月号50頁は、「憲法は、あらゆる個人を個人として尊重し、基本的人権を保障するための法である。死刑制度が個人の尊重の理念と厳しい緊張関係にあることは、否定しがたい」とする。

して刑事手続に関して充実した規定を置いており、36条は残虐な刑罰について「絶対にこれを禁ずる」と定めている。しかしながら、一連のオウム真理教が引き起こした事件による死刑囚に対するセンセーショナルな一斉執行に際しても「憲法学の反応は乏し」と指摘され、「憲法学者が死刑の問題を論じるのはふつうのこと」であるアメリカを念頭に置いて、「これでいいのだろうか」という「憲法学を学ぶ筆者の率直な感想」が提出されている⁵⁾。

権利を共有する基盤である生命を国家が不可逆的に剝奪する点で死刑は究極の刑罰である。意図的に生命を剝奪すること自体が残虐であるようにも思われる。そうであれば、死刑が合憲であるとするためには厳格な正当化が要求され、政府はそうした正当化に成功しているのかどうかということが問われるはずである。死刑が合憲であるという主張において、しばしば国民の多数によって死刑が支持されているということが援用される。仮に死刑の合憲性に関する議論に国民の支持を用いるとしても、そうした援用にはどのような前提が必要かを検討することは不可欠である。

マーシャル仮説に関する研究は、心理学や社会学の手法を用いた実証分析がFurman判決直後の早い段階からなされた。そうした早期の研究の調査手法に対して、標本抽出における代表性への疑義、調査実施期間における死刑執行頻度に由来する被験者が有する知識レベルを一般化することの困難さ、および短時間で短い文書の読書という調査における情報の提示方法が実際の社会における知識摂取のあり方と乖離している等の批判が提起され、そうした批判を克服すべく実証研究は現在もなされている⁶⁾。また、社会調査や実験的手法を基にした法社会学による研究も佐藤舞らによってなされている⁷⁾。

例えば、実証研究は以下のような手法によってなされる。まず、大学で開講されている関連する講義の受講生を対象としたり、標本から無作為に抽出することにより、被験者を設定する。その被験者に面接や質問票を用いて、調査前におけ

5) 阪口正二郎「死刑における手続保障の重要性——比較憲法の観点から」法律時報91巻6号(2019年)98頁。また、2018年夏のオウム真理教の死刑囚に対する2回に分けた死刑の一斉執行に関して「木村草太氏を除けば、管見の限り、そこに憲法学者が登場することはない」とする。

る死刑に対する態度と知識とを問う。その後、被験者は、死刑の抑止効果は確かめられていないといった死刑の効用に関することや、死刑適用の平等さといった公正さや人道性に関する問題を含む短い文章を読むことを求められる。そして、死刑への態度と知識について再び問われ、変化の有無や程度とその変化をもたらした要因とが分析される。

多くの研究が積み重ねられた成果として、検証の結果は混在しておりマーシャル仮説を完全に裏付けたわけではないものの、その主要部分において概ねマーシャルの仮説を支持しようとの結論が得られているようである。すなわち、総体的には、被験者は死刑とその運用についての一般的知識に欠け、死刑に関する情報を与えられると死刑への支持が減少する。そして、支持の減少の程度は死刑について当該被験者が既に有していた知識量と関連し、調査前に死刑についての知識を有している被験者ほど、死刑に関する情報が当該被験者の見解を変化させることは起こりづらい。

一方で、態度変化における限界も同時に指摘される。例えば、マーシャル自身も言及しているところであるが、刑罰目的として一般予防よりも応報に親和的な人は態度が変化しづらい。また、人種や性別、支持政党、情緒的傾向や権威主義的傾向といった属性や人格の特徴と死刑への態度には相関が見られる。そして、

-
- 6) 菊田幸一編著『死刑と世論』（成文堂、1993年）、Austin Sarat & Neil Vidmar, *Public Opinion, The Death Penalty, and the Eighth Amendment: Testing the Marshall Hypothesis*, 1976 WIS. L. REV. 171; Neil Vidmar & Phoebe Ellsworth, *Public Opinion and the Death Penalty*, 26 STAN L. REV. 1245 (1974); Phoebe C. Ellsworth & Lee Ross, *Public Opinion and Capital Punishment: A Close Examination of the Views of Abolitionists and Retentionists*, 29 CRIME & DELINQ. 116 (1983). 最近のものとして、Eiichiro Watamura, Tomohiro Ioku & Tomoya Mukai, *Examining the differential effects of information about the death penalty on retributivists and non-retributivists in Japan: a refutation of Marshall's third hypothesis*, FRONTIERS IN PSYCHOLOGY 14 (2023)、西村幸浩による、同「死刑制度に対する態度の規定要因の検討——生活不満と信頼に着目して——」法社会学 87号 (2021年) 225-249頁をはじめとする一連の研究がある。
- 7) 佐藤舞ほか「死刑をめぐる『世論』と『輿論』」福井厚編『死刑と向き合う裁判員のために』（現代人文社、2011年）65-85頁、木村正人「無知にもとづく懲罰意識？——死刑をめぐる知識と世論——」高千穂論叢 50巻2号 (2015年) 23-46頁、山崎優子ほか「死刑賛否に影響する要因と死刑判断に影響する要因」立命館人間科学研究 29号 (2014年) 81-94頁、ALVIN MITCHELL, CAPITAL PUNISHMENT: TESTING THURGOOD MARSHALL'S HYPOTHESIS: A SUPREME COURT JUSTICE'S THEORY (2009).

死刑への態度は被験者が既に有している世界観に由来し、合理的な政策判断というよりは価値表明的な側面を有する。すなわち、一旦自身の死刑への支持を宣言すると情報を提示された後も判断を再考しない傾向が示唆される。死刑のような主題では、新たに情報が提示されても、以前から有している見解と調和するように当該情報を認知するために態度に変化をもたらさず、あるいは却って死刑への賛成および反対の度合いが強化される分極化効果が指摘される。ある人が政策に関する経験的帰結について何を信じるかはその人が元来有している文化的な世界観に由来し、文化は事実上優先するという見方は、文化的認知として知られる。

こうした研究により、死刑に対する被験者の知識の程度およびどのような情報を提供されたときにどのような態度変化が看取されたのかという知見が蓄積されており、上述の限定を付されつつも、前述したように全体的な傾向としてマーシャル仮説はある程度の裏付けを実証的に付与されている。

こうした先行研究には大きな意義があるものの、とりわけ法学的な観点からすれば限界がある。実験や調査といった実証的な方法に内在する、どういった情報を提示するのかという点や実際の社会生活における認知プロセスとの類似の程度といった調査手法の限界や、結果の不整合および不整合に対する論理的な説明の困難さを、まず挙げることができる。そして、そうした手法の不完全さにとどまらず、どれほど調査手法を洗練させたとしても実験や調査によっては世論それ自体を把握することができるわけではなく、また、実証的な分析の帰結から直ちに死刑の違憲性に関する法的な示唆が得られるわけではない。

こうした豊富な実証研究の蓄積とは対照的に、マーシャルの死刑違憲論を、言説それ自体を対象として法学的に分析した邦語文献は見当たらない⁸⁾。そこで、死刑の憲法適合性に対するマーシャルの思考と論理を残された足跡から読み取るうとする本稿は、実証研究についてはこれ以上扱わず、判決における意見を含めたマーシャル自身が為した言説およびそれに対する法律家の議論を主たる対象として、マーシャル仮説およびマーシャルの死刑違憲論を分析する。

8) 簡単な紹介として、デイビッド・T・ジョンソン（笹倉香奈訳）『アメリカ人のみた日本の死刑』（岩波新書、2019年）144-147頁。

II 1948年死刑合憲判決と「国民感情」、「時代と環境」

日本国憲法36条は合衆国憲法修正8条の影響を非常に強く受けており、その「残虐な刑罰」という文言は、修正8条により禁じられている「残虐で異常な刑罰 (cruel and unusual punishment)」という文言と同じ意味だとされている⁹⁾。そして、現在、主要民主主義国で死刑を実施しているのは日本とアメリカのみである。そこで、マーシャルの死刑論を含むアメリカの議論を扱う前に、日本における死刑の合憲性を支える実質的な根拠を探る。死刑の合憲性は、大法廷において全員一致で下された1948年の最高裁判決¹⁰⁾によって承認された。

判決は「生命は尊貴である。一人の生命は、全地球よりも重い。」と述べ、「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、またまことにやむを得ざるに出ざる窮極の刑罰である。それは言うまでもなく、尊厳な人間存在の根元である生命そのものを永遠に奪い去るものだからである」として死刑の究極性を認めたとうえで、「果して刑法死刑の規定は、憲法違反として効力を有しないものであろうか」と、死刑の違憲性という問いを立てる。

そうした問いへの回答として、最高裁は、まず憲法13条および31条を挙げる。13条の「公共の福祉に反しない限り」という文言は、個人の尊重や生命に対する国民の権利への国政の上での最大の尊重という要請に「厳格な枠をはめ」ており、「公共の福祉という基本的原則に反する場合には、生命に対する国民の権利といえども立法上制限乃至剥奪されることを当然予想しているものといわねばならない」と論ずる。そして、31条の文言から「国民個人の生命の尊貴といえども、法律の定める適理の手続によつて、これを奪う刑罰を科せられることが、明かに定められている」と続ける。この2つの条文の解釈から「憲法は、現代多数の文化国家におけると同様に、刑罰として死刑の存置を想定し、これを是認したもの」であるとの理解を導く。そのうえで、これを死刑の威嚇力による一般予防と死刑の執行による「特殊な社会悪」の根絶による社会防衛を目指したものだと言ひ換え、「個体に対する人道観の上に全体に対する人道観を優位せしめ、結局

9) 憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』（日本評論社、1997年）348頁〔幣原廣〕。

10) 最大判昭和23・3・12刑集2巻3号191頁。

社会公共の福祉のために死刑制度の存続の必要性を承認したもの」だと解した。

判決には、「法文上の根拠に付て少しく敷衍して置きたい」とする井上登裁判官の補充意見が付されている。曰く、憲法13条と31条で生命について言及されているという文言を根拠として、その裏面解釈から「公共の福祉の 위해서는……人の生命も奪はれ得ることを認容して居るものと見なければならぬ」。憲法が死刑を予定していることから、憲法36条にいう残虐な刑罰に当たらないとする。

まず、この見解については憲法13条および31条が個人の尊重や適正な手続を要求するものであるのに、とりわけ死刑という究極の刑罰を容認する方向に用いてよいのか疑問がある。さらに、憲法31条を素直に解釈すれば、生命を奪われるときには適正手続が保障されていなければならないという条件を課していることが導き出されるに過ぎない¹¹⁾。また、憲法13条については、現に不正を犯している者の生命の尊重の程度を切り下げることが他者の生命等の尊重に不可欠だという二者択一的な正当防衛状況のようなごく限られた場合であればともかく、いかなる人であれ生きていることそれ自体を以て公共の福祉に反するとされることはありえず、生命に対する権利が公共の福祉に反するのは一体どのような場合なのか真剣に検討される必要がある。ある人の生命を剥奪することの帰結が公共の福祉に適うということ、そうした行為を為す国家の側が、生命の尊重という推定を超えて立証しなければならない。そうした功利主義的正当化がなされて、はじめて「立法その他の国政の上で最大の尊重」までは必要としないといえるに過ぎない。

以上の日本国憲法上の文言に類する規定は合衆国憲法にも存在するが、違憲論は閉ざされていない¹²⁾。ローレンス・トライブによれば、憲法典の全体との関連を無視した解釈である「dis-integration」は誤った解釈である。「何人も、法の適正なプロセスによらずに、生命、自由または財産を奪われぬ」と規定する修正5条の文言から死刑を合憲とするのは誤りであり、修正8条の「残虐で異常」

11) 憲法31条については、この条件賦課と、死刑が他と異なる刑罰であることから、死刑事件について自動上訴制度などの特別な手続を要求するスーパー・デュー・プロセスの要請が導かれるとする見解が有力に主張される。参照、デイビッド・T・ジョンソン・前掲注8)、第2章。

12) 阪口・前掲注5)、100頁。

かどうかを検討しない限り結論は出ない¹³⁾。

それでも、最高裁判決が指摘するように憲法制定時に死刑の存在が想定されていたことには疑いの余地がない。しかし、判決は文言のみに依拠し、死刑制度の存在の想定をもって議論を閉じたわけではない。

判決は、死刑の違憲性に関する最後の部分において、「ただ死刑といえども、他の刑罰の場合におけると同様に、その執行の方法等がその時代と環境とにおいて人道上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ねばならぬ」と述べ、別の箇所においても、「各国の刑罰史を顧みれば、死刑の制度及びその運用は、総ての他のものと同様に、常に時代と環境とに応じて変遷があり、流転があり、進化がとげられてきた」としている¹⁴⁾(強調、本稿筆者。以下同様)。

この意味するところは、裁判官島保、同藤田八郎、同岩松三郎、同河村又介の補充意見によって、より明確になる。「憲法は死刑をただちに残虐な刑罰として禁じたものとはいうことができない」としたうえで、次のように続く。「しかし憲法は、その制定当時における国民感情を反映して右のような規定を設けたにとどまり、死刑を永久に是認したのとは考えられない。ある刑罰が残虐であるかどうかの判断は国民感情によつて定まる問題である。而して国民感情は、時代とともに変遷することを免かれないのであるから、ある時代に残虐な刑罰でないと言われたものが、後の時代に反対に判断されることも在りうることである」。このように、死刑の合憲性を確定的なものだとは考えておらず、その時代における国民感情に残虐性を依存させている。続けて曰く、国家の高度な文化的発達による「正義と秩序を基調とする平和的社会」の実現から、死刑の威嚇による犯罪抑止を不要と考えられる「時代に達したならば、死刑もまた残虐な刑罰として国民感

13) Laurence H. Tribe, *On Reading the Constitution*, 1988 UTAH L. REV. 747, 760-762.

14) 阪口・前掲注5)、101頁は、この判例が注意深く、「執行方法等」としていることに注目し、技術的な執行方法を超えて残虐性を問題にしている奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』(有斐閣、1993年)376-381頁と同様に、「執行方法は例示に過ぎ」ず、「執行方法以外にも、『残虐な刑罰』としての死刑の違憲性を問う余地は残されている」とする。本判決が下された当時の「時代と環境」を論じるものとして、櫻井悟史「死刑制度合憲判決の『時代と環境』——1948年の『残虐観』——」犯罪社会学研究42号(2017年)91頁以下。

情により否定されるにちがいない」。そのような場合には、「憲法第三十一条の解釈もおのずから制限されて、死刑は残虐な刑罰として憲法に違反するものとして、排除されることもある」と、制定時に死刑制度を想定する条文の存在にもかかわらず、残虐性が認められ、死刑制度が違憲となる可能性に言及した。

法廷意見の構成からも、「ただ死刑といえども……その時代と環境とにおいて……」という一文で締めくくられており、結局のところ「時代と環境とにおいて」残虐とは認められないことを、死刑が憲法36条に違反しない根拠としていると読むことができる。

この考え方は、1948年判決に限られているわけではない。1993年の補足意見において大野正男裁判官は、島保ほか3裁判官の補充意見と基本的に考えを同じくすると述べた¹⁵⁾。曰く、「裁判所としては、死刑を適用するときは、常にその時代と社会の状況及び犯罪と刑罰との均衡に対する国民の意識の変化に注目して、死刑が残虐と評価される余地がないかを検討すべきである」。1948年に死刑を合憲とする判決が出されて以来の45年間に、「死刑制度とその運用には著しい変化があった」。死刑廃止国の増加と死刑廃止条約の採択により、「死刑が次第に人間の尊厳にふさわしくないと評価され」、「一般予防にとって不可欠な制度とは考えられなくなってきた」。加えて、判決時点で4人の死刑確定者が再審の結果として無罪となったという新しい事象の発生によって、「死刑が残虐な刑罰に当たると評価される余地は著しく増大した」ことを認めた。しかしながら、「この点に関する信頼すべき資料は十分とはいえない」としつつ新聞社などの世論調査を挙げて、「国民の意識は、この40年近くほとんど変化が見られず、一貫して大多数が死刑の存置を支持していること」に言及する。そして、「死刑廃止に向かいつつある国際的動向と、その存続を支持する我が国民の意識とが、このまま大きな隔たりを持ち続けることは好ましいことではな」く、「死刑を残虐な刑罰と考える方向の重大な立法的事実が生じている」としながら、「今日の時点において……憲法に反すると断ずるには至らず、その存廃及び改善の方法は立法府にゆだね」として、違憲との判断は下さなかった¹⁶⁾。ここでも「国民の意識」が問

15) 最一小判平成5・9・21集刑262号421頁。

題とされたうえで、国民の死刑存置への支持が高く、そして一貫して変化が見られないことが違憲判断の回避を導いた。

とりわけ、各国の死刑廃止前後の重大犯罪発生状況を比較した研究においても、死刑廃止によって、死刑対象とされていた犯罪が増加したとは認められず、「死刑の威嚇力による一般予防」が立証されていない状況では¹⁷⁾、最終的には死刑制度が国民の支持を得ていることが合憲判断の決め手となっているように思われる。そして、内閣府の調査において「死刑もやむを得ない」との回答が8割前後の高い水準で安定していることは確かである¹⁸⁾。

しかしながら、国民感情や国民の意識によって違憲性を決してよいのかという重大な問題を一旦措くとしても、死刑に対する国民の支持が変わらないことを論拠とするためには、そもそもその変動可能性があることが論理的な前提となる。変動可能性が前提条件となることは、「時代と環境」や「国民感情」を考える際にも等しく妥当する。そして、死刑制度を支持するか否かについての意見を形成するためには、その判断材料が不可欠である。適切に情報を摂取できる環境が整ってこそ、各人の判断の総体としての調査結果に意味が見出されうる。しかし、死刑に関しては、具体的な執行方法も含めて情報が秘匿され、密行主義が採られる中で事後的に執行されたことだけが伝えられるのみである。情報が十分に公開されない中で、国民感情や国民の意識を、生命を剥奪する際の単なる権威的な正統化に利用してはならない¹⁹⁾。

-
- 16) 大野正男『弁護士から裁判官へ』(岩波書店、2000年)176-177頁は、「違憲を主張する上告理由に対しこの判決を今日引用する以上、裁判官としては、その後四五年を経て、死刑の立法事実はどういう変化が生じ、また現在どのように適用されているかを考慮し、なお違憲とはいえないとすればその理由を示すべきであると考えて補足意見を付加したものである」と説明する。
- 17) 寺中誠「グローバルな視点から見た死刑制度」法学セミナー732号(2016年)29-30頁。
- 18) 内閣府「基本的法制度に関する世論調査(令和6年10月調査)」<https://survey.gov-online.go.jp/202502/r06/r06-houseido/gairyaku.pdf>(最終アクセス2025年7月22日)。以下同様)によれば、「死刑は廃止すべきである」と答えた者の割合が16.5%、「死刑もやむを得ない」と答えた者の割合が83.1%となっている。なお、無回答者の割合は0.4%である。日本弁護士連合会は「死刑制度に関する政府世論調査に対する意見書」(2024年1月19日公表)において、「将来の死刑制度存否に関する世論は拮抗していると評価すべきである」とし、また、質問表現の修正や質問の追加等を行う必要があると指摘する。
- 19) 参照、山崎友也『憲法の最高法規性と基本権』(信山社、2019年)191-193頁。

アメリカは、死刑について考える上で日本と同様の憲法上の規定を有し、そして死刑を存置する州が存在する。しかし、日本とは異なって州の政治部門によって死刑制度の改廃が過去に行われ、また現に行われている。そのうえ、死刑への態度等を問う世論調査に目を向けると、前述のように数値の変動がほとんど見られない日本に対し、アメリカの世論調査においては死刑を支持する割合において比較的ダイナミックな変動が見られる²⁰⁾。注意しておきたいのは、現在のアメリカでは、日本と比べて大きく死刑に関する情報が公開されていることである。執行前に通知がなされることにより、執行される死刑囚の家族のみならず、被害者遺族やメディアの立合いも行われている。さらに、死刑に関する統計や死刑囚の情報のみならず、執行された死刑囚の最後の言葉も州の公式ウェブサイトに掲載されている²¹⁾。修正8条における判断基準を確認したうえで、そうしたアメリカにおいて死刑と公衆の支持について論じたマーシャルの議論を検討する。

Ⅲ Furman 判決および Gregg 判決におけるマーシャル仮説

1. 進展する品位の基準

修正8条は、残虐で異常な刑罰を禁じる。ところで、修正8条の意味内容が制定時に固定されているとすれば、現在の人々の見解は修正8条をめぐる議論にと

20) Death Penalty, Gallup Historical Trends, *available at* <https://news.gallup.com/poll/1606/death-penalty.aspx>. 謀殺で有罪とされた人に対して死刑を科すことを支持すると回答した者は、1958年に68%だったところ、1966年に42%まで低下し、1994年に80%と最高値を記録した後、2024年調査では53%となっている。支持しないと回答した者は、1953年に25%だったところ、1966年に47%まで上昇し、1995年に13%と最低値を記録した後、2024年調査では43%となっている。以下に、その他の質問の回答における最大変動幅を示す。死刑に犯罪の抑止効があると思うかどうか尋ねた質問では、あると答えた人が62% (1985) から32% (2011) (ないと答えた人は31% (1985) から64% (2006, 2011))。死刑を道徳的に容認できると答えた者は最も高かった71% (2001) から54% (2020)、道徳的に間違っていると答えた人は22% (2006) から40% (2020, 2021)。謀殺者への刑罰として2択のうち死刑が良いと答えた人は最も高かった61% (1997) から36% (2019)、終身刑が良いと答えた人は29% (1993, 1997) から60% (2019)。以上から、比較的大きな変動が読み取れる。

21) 一例として、テキサス州の公式ウェブサイトを挙げておく。https://www.tdcj.texas.gov/death_row/

ってイレヴァントなものとなる。そもそも、制定時に視点が固定されれば、現在ある刑罰が、残虐で異常であり修正8条によって違憲とされることもほとんどありそうにない。それでは、合衆国最高裁は修正8条の意味内容をどのように引き出してきたのだろうか。言い換えれば、どの時点を、問題となっている刑罰の違憲性の判断基準とし、そうした判断に現在の人々の見解が介在する余地はあるのだろうか。

マーシャルの個別意見においても参照される *Weems* 判決²²⁾ から *Trop* 判決²³⁾ への展開が、合衆国最高裁の判断枠組みを規定している。

1910年に判決が下された *Weems* 事件で問題となったのは、公文書への虚偽記載で有罪とされた被告人に、腕から吊り下げた鎖を足首に付けたまま15年間の労役に服することを科した刑罰であった。合衆国最高裁は、*Weems* 判決において当該刑罰は修正8条に違反すると判示した。判決は、修正8条の内容につき、その起源たるイングランド権利宣言および修正8条制定当時の基準だけに限られないとした。そのうえで、憲法の条項は「前進しうるのであり、時代遅れの意味に固定されるのではなく、世論が人道にかなった正義によって啓発されるにつれて新しい意味を獲得しうる」と判示した。こうして、修正8条による刑罰の違憲性判断の基準はその起源や制定時に固定されるのではなく、また、修正8条の意味内容につき、「人道にかなった正義」という規範的な限定を画されつつ、世論の展開がレレヴァントであることが示された。

その後、1958年に判決が下された *Trop* 事件は、戦時脱走罪で有罪判決を受けた者が、後になってパスポートを申請したときに市民権を剥奪されていたことが判明した事案であった。判決は、国際的な動向に言及し、当該市民権剥奪が修正8条に違反すると判示した。ウォーレン首席裁判官が執筆した多数意見は、まず、修正8条の背後にある理念を「人間の尊厳」であるとした。そのうえで、修正8条の文言は明確ではなく、その意味内容を「成熟する社会の進歩を示す進展する品位の基準 (the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society) から引き出されなければならない」と判示した。ここにお

22) *Weems v. United States*, 217 U.S. 349 (1910).

23) *Trop v. Dulles*, 350 U.S. 86 (1958).

いて、修正8条における「残虐で異常」の判断基準について、制定時ではなく現代とすることとともに、判断時点での社会の見解を反映した、固定的なものではなく進展的な性格であることが明確に述べられた。また、この判示からは、社会は成熟、進歩していくものであるという一方向的な想定も読み取ることができる。これ以後、修正8条の残虐で異常な刑罰条項に照らして問題となっている刑罰の違憲性を裁判所が判断するに際し、死刑に関するFurman判決とGregg判決を含め、この進展する品位の基準を満たしているかが焦点とされた。

2. Furman 判決

合衆国最高裁は、1972年にFurman判決によって当時争われた死刑法を違憲とした。被告人Furmanは、ある朝に5人の子どもの父親である被害者の自宅に侵入した。その時、被害者に発見され、射殺した罪で有罪とされた。Furman事件を含め、謀殺罪や強姦罪で州裁判所によって死刑判決が下された3事件が、併合審理された。Furman判決では、法廷意見は形成されなかった。全裁判官が個別に意見を執筆する*per curiam*の判決であった。合衆国最高裁は、この3事件について州死刑法を違憲とした。ただし、死刑制度それ自体を全面的に違憲と判示したものではなく、「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修正8条および修正14条に反する残虐で異常な刑罰に相当すると判示する」にとどまった。

マーシャル裁判官と、人間の尊厳の観念に依拠したブレナン裁判官の2名は、死刑制度それ自体を修正8条違反であると断じる死刑全面違憲論を展開した。しかし、ダグラス裁判官、ホワイ特裁判官、スチュワート裁判官の3名は、被告人Furmanらに科される州死刑法は、「恣意的に選別」し、「雷に打たれたのと同様」に死刑を科すものであるとして、「残虐で異常な刑罰」にあたり違憲であるとしたにとどまる。当該事件について違憲判断を下した計5名の裁判官に対し、バーガー裁判官、ブラックマン裁判官、パウエル裁判官、レンキスト裁判官の4名は、合憲であるとする反対意見を執筆した。

マーシャルが執筆した意見は、付表を含めて61頁に及ぶ非常に長大なものとなった。マーシャル意見のIは、イングランドとアメリカ建国期の歴史を振り返

ることで修正8条の由来を探究し、それが残虐な刑罰を禁止することを意図したものであることを確認する。Ⅱは、合衆国最高裁における *Weems* 判決および *Trop* 判決を含めた判例の展開から、前述の通り修正8条の意味が憲法制定時に限定されずに「進展する品位の基準」から引き出されることを確認する。Ⅲは、問題とされている刑罰が過度な場合や公衆の感情が当該刑罰を忌み嫌っている場合に無効となりうると論じる。Ⅳは、中世イングランドから当時のアメリカに至るまでの死刑と死刑に対する運動の歴史を振り返る。そしてⅤにおいて、死刑が過度な刑罰であるかどうかを検討する。その中で、死刑が終身刑を超える抑止効果を持たないことや、その運用の恣意性について統計や研究を用いて示し、死刑が過度であると論じた。そのうえで、たとえ死刑が過度な刑罰ではないとされても、「それにもかかわらず、歴史上の現時点における合衆国人民にとって道徳的に容認できないという理由で死刑は修正8条に違反する」と述べる。すなわち、刑罰の過度性とは独立に、現在の人民の視点における道徳的許容性の観点により違憲となりうることを明示する。そして、Ⅵにおいて、公衆あるいは世論がどのように死刑の修正8条適合性をめぐる議論と関わるのかを論じる。

ある刑罰が道徳的に容認できるかどうかを判断するにあたり、多くの裁判所が「人々の良心と正義の感覚を揺さぶる」かどうかを当該刑罰の妥当性の基準としてきた²⁴⁾。「人々の良心と正義の感覚を揺さぶ」っているかどうかの定量的な尺度として、世論調査が想起される。しかし、フランク第2巡回区控訴裁判所裁判官の言葉を引きつつ、その基準は単に世論調査が指し示す数字から導かれるわけではないとする。世論調査を物差しとして使うにあたって、内在的な問題が存在するからである。フランク裁判官曰く、ある刑罰を残虐で異常とするとき、裁判所は当該刑罰が「共通の良心」を害していることを確かめることが求められる。しかし、いかなる文脈においても共同体の態度は通常知りえない。実際に共同体や多数派が何を感じているかを正確に知ることはできず、そのことは注意深く実

24) *United States v. Rosenberg*, 195 F. 2d 583, 608 (2d Cir.), cert. denied, 344 U.S. 838 (1952). See also *Kasper v. Brittain*, 245 F. 2d 92, 96 (6th Cir.), cert. denied, 355 U.S. 834 (1957) (“shocking to the sense of justice”); *People v. Morris*, 80 Mich. 634, 639; 45 NW 591, 592 (1890) (“shock the moral sense of the people”).

施された世論調査においても変わるところがない。それゆえ世論調査を決定的な基準とすることはできない²⁵⁾。マーシャルも、特定の刑罰に対する公衆の容認と拒絶の度合いを指し示すにあたって世論調査がある程度助けとなることを認めつつも、その有用性に限定を付す。すなわち、裁判所が死刑の違憲性を判断するにあたって扱わなければならない問題は、仮に世論調査がなされたとして十分な比率のアメリカ人が死刑を残酷であると回答するか否かではなく、現在入手可能なすべての情報に照らしたときに彼らが死刑を残酷だと考えるかどうかである。具体的には、ある刑罰が仕える目的とそのもたらす不利益とに関して十分に情報を与えられた人々が、当該刑罰を衝撃的、不当、あるいは容認できないと考えるかどうかによるのである。そして、このことはこの違憲性のテストにおいて人々が合理的に振る舞うことを要求する提案ではないことに注意を促す。そのうえで、こうした判断において、情報を与えられた市民が主観的、感情的な反応に依拠することを認める。

それでは実際の公衆の死刑についての理解度に関して、マーシャルはどのように認識しているのであろうか。マーシャルは、アメリカの市民は死刑についてほとんど何も知らないとの研究結果を紹介する。そして、死刑が過度であるかどうかを論じた第V章において取り上げた諸論点に対する結論とそれを裏付ける根拠が、死刑の道徳性についての、情報を与えられた判断にとって決定的でありうると述べ、判断においてレヴェアトな知識の範囲を設定する。具体例として、以下の諸点が挙げられた。すなわち、死刑は終身刑よりも抑止に効果的というわけではないこと、殺人で有罪となった者のほとんどは死刑とされることはなく通常は有期刑を宣告されること、殺人で有罪となった者が通常は模範囚であること、彼らは出所するときにその大半が法に従う市民となること、死刑を執行する費用は生涯服役させる費用を上回ること、服役中に終身刑の囚人が果たす有益な作用を死刑宣告を受けた囚人は全く果たさないこと、刑の宣告手続において常習犯となりそうな者を捜し出す試みが行われていないこと、死刑は実は暴力と犯罪行為を促進するかもしれないこと、である。

25) *Id.*

こうした情報を知ることにより、平均的な市民はほとんど確実に死刑が賢明でないと説得されるとの見方をマーシャルは示す。そのうえで、応報感情が死刑の道徳性に関する公衆の判断に影響を及ぼすことを懸念する。マーシャルにとっては、応報は単独では憲法上、死刑の正当化として立法者が追求することのできない刑罰目的である。アメリカの人民は、刑務所を、犯罪者を単に隔離するだけでなく、更正の場へと推し進めてきた。それゆえ、アメリカの刑罰論に目的的な観念を注ぎ込んだのは人民である。こうした認識を基に、歴史上の現段階においてアメリカ人民が目的のない復讐をそれと知りつつ支持するとは信じがたいとする。こうして、応報感情が情報を知ることによる態度変化にもたらす影響に対する前述の懸念にもかかわらず、大多数の市民は先に挙げた検討材料に基づけば死刑の非道徳性から違憲との結論を導くとの信念を維持する。

そして、先に具体例として挙げられた諸点のほかに、死刑が差別的に適用されているということの特筆して補った。第1に、死刑が特定の識別可能な属性に対して差別的に科されていること。第2に、無辜の者が自身の無実を証明する前に死刑を執行されていること。最後に、死刑が刑事司法制度全体に破壊をもたらすものであることである。

第1の点に関して、まず、人種の観点から論じる。死刑執行に関する統計から、殺人や強姦の罪で執行された白人と黒人の人数を列挙し、黒人の死刑執行の割合が高いことを指摘する²⁶⁾。そして、各種の研究を参照し、各人種の犯罪率を考慮してもなお人種差別の形跡が見出されるとした。マーシャルは、この人種間の死刑適用の差を、陪審の裁量に由来するものであると論じる。そして、合衆国最高裁が McGautha 判決において死刑事件における無制限の裁量を陪審に委ねたことが²⁷⁾、差別を招来したと述べた。

次に、性別の観点から、統計上、死刑が男性に対して圧倒的に多く用いられて

26) 1930年以來、当時までに全部で3,859人が執行されてきたが、そのうち1,751人が白人で2,066人が黒人である。執行のうち3,334人が殺人罪によるものだが、そのうち1,664人が白人で1,630人が黒人である。強姦で執行された455人のうち48人が白人で405人が黒人である。National Prisoner Statistics No. 45, Capital Punishment 1930-1968, at 7 (1969).

27) McGautha v. California, 402 U.S. 207 (1971).

きた²⁸⁾ことに言及しつつ、その理由については不明だとする。

最後に、社会的な立場の弱さという観点である。貧しい人、教育機会が乏しかった人、社会の構成員のうちの恵まれない者に死刑の負担が降りかかっている。そして、こうした偏りを、社会的に立場の弱い人々の政治過程からの阻害と結びつける。貧困層や少数者は、死刑についても不満の声を届ける力が弱い。そして、その無力さによって、より豊かな人やより代表される人が逃れることのできる犠牲の被害者となるのである。容易に社会から忘れられ、あるいは見捨てられる人々にのみ死刑が科されている限り、立法者は現状の維持で満足する。現状に変化をもたらす死刑問題に注意を引くことを望まないからである。こうして死刑に関する無知が永続し、無関心がそれを支えることに加え、今日の状況がある。

マーシャルが特筆した第2の点は、誤判についてであった。曰く、公衆は差別的な適用と同様に、無実の者に死刑が執行される潜在的危険に気が付いていない。刑事事件において、合理的疑いを超える証明の要求が無実の者の保護を意図してはいるものの、間違いが起こらないわけではない。そして、有罪とされて死刑判決を受けた後に無実を証明された人々が存在する。陪審制度において、陪審が有罪の認定をしてから、その後に裁判所が陪審の証拠解釈に異議を唱えることは極めて稀であり、検察官による無実の証明も非常に期待し難い。こうして、一度陪審が有罪とした後に無実を証明するのはほとんど不可能であるという。しかし、どれほど裁判所が誤判に気を付けていたとしても、虚偽の証言、率直であるが誤った証言、そして人的な誤りといった要因から、現実に誤判はなくなる。そして、死刑については、有罪であるか無罪であるかを最もよく知る者がその執行により亡くなってしまう。それゆえ、死刑を執行された無辜の数を正確に数え上げることはできないが、その数は死刑が存続する限り確実に増えるはずである。

最後に特筆されたのは、死刑の存在が刑事司法そのものに及ぼす悪影響である。すなわち、死刑制度の存在が、社会的、制度的な矯正と受刑者の処遇を妨げるものであると論じた。

このように様々な点を論じたうえで、死刑に関して現在得られる全ての事実の

28) 1930年以來、当時までに死刑を執行された女性は32人のみであるが、男性は3,827人であった。National Prisoner Statistics, *Supra* note 26, at 28.

知識を前提とすると、平均的な市民は死刑が自身の良心と正義の感覚を揺さぶると考えるだろうとの見解を表明した。そして最後の第Ⅶ章において、自由な社会においてのみ、困難な時代における正しい勝利とその気高い前進を示す文明化が可能であり、アメリカはそうしたすべての市民に対して公正な取扱いをしてきた国であると、社会への信頼を表明する。続けて、我々は粗野な状態から長い道のりを経て重要な一里塚に到達し、極刑を遠ざけることで礼節と人間性への敬意を賛美する世界中の約70の法域に加わるとの言葉で長大な意見を締めた。

3. Gregg 判決

それから4年後のGregg判決は、法廷意見を形成しなかったものの7名の裁判官によって死刑を合憲とした。Furman判決後、連邦および35州の議会は死刑の適用に関する陪審の裁量を方向付けるなど、その恣意性の縮減を意図した新たな死刑法を制定した。マーシャル裁判官とブレナン裁判官を除く7名によって、指針付き裁量を備えたジョージア州、フロリダ州、テキサス州の新死刑法は合憲とされた。多数意見は、罪責を認定する段階と死刑を科すかどうかという量刑を決する段階とでの手続二分や、死刑判断における加重減免事由の法定などにより、陪審などの量刑宣告機関への相当な情報および指針の提供によって以前のように裁判所は気まぐれに死刑を言い渡すことができないことを合憲の理由とした。そして、多数の立法府が死刑法の再制定を行ったことから、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明白であるとの理由も加わっている。なお、同時に審理された、陪審の裁量を完全に剝奪して必ず死刑を適用する絶対的死刑を定めたノースカロライナ州とルイジアナ州の新死刑法は違憲とされた。

マーシャル裁判官は、Gregg判決反対意見においても、Furman判決と同じく死刑が違憲であるとの立場を維持した²⁹⁾。また、Furman判決の個別意見で述べた見解は自身の考えであり続けていると表明した。そのうえで、反対意見の目的を以下のように設定する。すなわち、Furman判決でのマーシャルの意見の説得力が判決以後の展開によって弱まったという提案を検討することと、死刑による

29) *Gregg*, 428 U.S. at 231 (Marshall, J., dissenting).

生命の剥奪を、残虐で異常な刑罰条項の下で許容される刑罰であるとする多数意見を簡潔に評価することである。

Furman 判決後、立て続けに新しく死刑法が制定されたことに言及し、こうした展開が、公衆における死刑の道徳的許容性に関する現実的な評価について重要な意味を持つことを認める。それでもなお、マーシャルにとって、新たな死刑法の制定は、死刑を合憲とするのに決定的だと見ることはできない。あくまで死刑の合憲性についてレヴェアトであるのは、情報を与えられた一般市民だからである。そして、Furman 判決後になされた、マーシャル仮説を検証する実証的な研究³⁰⁾を参照し、以下のことを確かめた。すなわち、第1に、アメリカの人民が死刑についてほとんど知らないこと。そして第2に、情報を与えられた公衆の意見は、死刑の帰結と効果について気が付いていない公衆の意見とは大きく異なるということである。

続けて、紙幅を割いて、死刑が過度な刑罰であるかどうかの検討がなされた。抑止効果と応報とが、死刑を過度でないとして維持する目的たりえているかという問題である。抑止効果について、訟務長官がアマカス・ブリーフにおいて依拠した、死刑の抑止効を支持する研究³¹⁾に反駁を加えた。そして、人間の尊厳を持ち出したうえで、応報によっては死刑を維持しえないと結論付けた。Gregg 判決反対意見においては、マーシャル仮説を扱った分量は多くなかった。Furman 判決後に新死刑法が相次いで制定されたという Gregg 判決当時の状況から、当該仮説を反対意見の中心に据えることが躊躇われたことが窺える。しかしながら、「アメリカの人民は、死刑の道徳性に関する判断に決定的な情報にほとんど気が付いておらず、もし彼らがよりよく情報を与えられたならば、それを衝撃的かつ不公正であり容認できないと考えるだろう」と、Furman 判決における自身の意見を繰り返しており³²⁾、Gregg 判決反対意見においてもマーシャル仮説の内容は維持された。

30) Sarat & Vidmar, *supra* note 6, at 171.

31) Isaac Ehrlich, *The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death*, 65 AM. ECON. REV. 397 (1975).

32) *Gregg*, 428 U.S. at 232 (Marshall, J., dissenting).

4. 小括

マーシャル仮説とは何かをいま一度整理すれば、まずアメリカの公衆は死刑について十分な知識を持たず、公衆の死刑への支持はそうした無知に由来するというのが1つ目の仮説である。さらに、無知あるいは誤解から生ずる世論は、死刑が進展する品位の基準を満たしているかどうかに対する裁判所の評価に影響を及ぼすべきではないが、死刑について、終身刑に比して大きな犯罪抑止力を持たないこと、人種差別的な運用、無辜の処刑の危険性などを十分に知らされたならば、公衆は死刑を容認できないものであり、現代の価値観に反し憲法違反であると意識を変えるようになるだろうとの仮説を合わせたものである。そこには、公衆の死刑に対する態度は柔軟であり、合理的な説得に応じるものであるとの前提を見て取ることができる。マーシャルは公衆が無知であると述べたものの、こうした人間観には、ある意味において人々への信頼が表れているといえよう。非常に長い意見であり、決して世論との関係でのみ死刑の違憲性を述べたわけではないが、マーシャル仮説は、その人間観や独自性を興味深く読み取ることのできるものである。

IV マーシャル仮説と合衆国最高裁裁判官

本稿は、既に、マーシャル仮説を心理学や社会学の手法によって実証的に分析する先行研究の蓄積と、そこから得られたいくつかの帰結を簡単に紹介した。こうした実証分析によって明らかにされたことは多いものの、死刑制度が憲法に照らして違憲であるかどうかを法的に問うにあたっての実証的手法の限界もまた同時に指摘したところである。

この部分では、3人の合衆国最高裁裁判官を対象として、死刑に関する知識と経験の蓄積とともに死刑に対する判断がどのように変化していったのかを眺める。その3人とは、いずれもマーシャルと最高裁で時期を共にしたことのある、ハリー・A・ブラックマン裁判官、ルイス・F・パウエル・ジュニア裁判官、ジョン・ポール・スティーヴンズ裁判官である³³⁾。

もちろん、彼らの判断の推移も純粋に法理論的な分析ではない。しかし、以下

の点において、合衆国最高裁裁判官の意見を検討することには、被験者を集めた実験や社会調査を用いた分析とは異なる有益な面がある³⁴⁾。争いのある死刑判決は合衆国最高裁に審理が持ち込まれることから、そのたびに最高裁裁判官は争点となっている死刑に関する情報に触れることとなる。また、公衆における死刑に対する意見の潮流は測りがたく、その説明も容易ではない一方、合衆国最高裁裁判官の見解の変化については事情が異なる。同時に法廷を構成するのは9人のみであり、またアメリカにおいてはその在任期間も長期に及ぶ。それゆえ、世論と比較して変化の観察が容易である。加えて、裁判官は個別意見を執筆して自らの見解を詳しく述べることから、何が見解の変化をもたらしたのかも看取りやすい。

これから取り上げる3裁判官は、いずれもFurman判決あるいはGregg判決もしくはその両判決において、死刑を合憲とする立場に立っていた。

1. ブラックマン裁判官

ブラックマンは、1970年6月に合衆国最高裁に着任した。リチャード・ニクソン大統領による指名であった。ニクソンは、1968年の大統領選挙の選挙運動において、最高裁に憲法と連邦法を狭く解釈する司法上の保守である経験豊かな裁判官を指名することを約束した³⁵⁾。そして、ブラックマンがその条件に適合した。最高裁に着任するまでに、彼は連邦控訴裁判所裁判官を11年間務めていた³⁶⁾。その任期の間、4件の死刑事件の判断に関わった。Maxwell対Bishop事件³⁷⁾において、死刑が正しいことであると個人的に確信してはいないと告白したうえで、それでも死刑の適否は、通常は立法府によって、あるいは執行府の

33) Dwight Aarons, *The Marshall Hypothesis and the Rise of Anti-Death Penalty Judges*, 80 TENN. L. REV. 381, 396-406 (2013).

34) Carol S. Steiker, *The Marshall Hypothesis Revisited*, 52 HOWARD L.J. 525, 546 (2009).

35) HENRY J. ABRAHAM, *JUSTICES, PRESIDENTS, AND SENATORS: A HISTORY OF THE U.S. SUPREME COURT APPOINTMENTS FROM WASHINGTON TO CLINTON* 9-10 (rev. ed. 1999).

36) *Id.* at 258.

37) *Maxwell v. Bishop*, 398 F.2d 138 (8th Cir. 1968), rev'd on different grounds, 398 U.S. 262 (1970).

恩赦を通じて決められる政策問題であり、司法府がその適否を決するのではないとした³⁸⁾。

ブラックマンは自身の指名承認公聴会において、個人的に死刑は廃止されるべきだと考えており、立法者としてであれば廃止に票を投じるだろうと述べた。しかし、裁判官として、ごく例外的な事案を除いて立法府の指示に従うことを約束した³⁹⁾。

最高裁に着任してから、彼は公聴会での言葉が真実であることを証明した。最高裁での最初の数年間は、ブラックマンは確実に保守的な裁判官だった⁴⁰⁾。死刑を違憲とした *Furman* 判決が下されたのは、着任して2年後のことであった。ブラックマンは、反対意見を執筆したうちの1人であった。反対意見の中で、死刑についての個人的信条と司法の役割の制限についての自身の見解との間の衝突に直面することを、精神の耐え難い苦痛だと描写した。「死刑への嫌悪、反感、そして憎悪の深さにおいて、私は誰にも譲らない。私にとって、死刑は子ども時代のしつけと人生の経験に反する」とまで書いている。こうした感情にもかかわらず、死刑を違憲とした *Furman* 判決の結果には個人的に嬉しく思うものの、歴史、法、あるいは憲法の宣言の問題として正当化し、あるいは受け入れることはできないと述べた。最高裁による勇み足への懸念を表明し、その制度的役割を踏み越えているとして多数意見を批判した⁴¹⁾。

その4年後の *Gregg* 判決においても、結論同意意見を執筆したブラックマンは、変わらず死刑を修正8条に違反しないとして是認した多数の側に与した。1970年代中盤から、ブラックマンはより穏健な立場を採り、非死刑事件においては刑事事件の被告人に有利な投票をすることが増えた。そして、1980年代中盤までに、非死刑事件において刑事事件の被告人に有利な投票をすることがさらに増加し、死刑の適用に対して頻繁に制限をかけた。それでも、死刑の問題は司法府よりもむしろ政治部門の守備範囲にあるという観念は持続しており、死刑自

38) *Maxwell*, 398 F.2d at 153-54 n.11.

39) Hearing on the Nomination of Harry A. Blackmun, of Minnesota, to be Associate Justice of the Supreme Court of the United States, 91st Cong., 2d Sess. 59-60 (1970).

40) Aarons, *supra* note 33, at 397.

41) *Furman*, 408 U.S. 238. at 414 (Blackmun, J., dissenting).

体は合憲であるとしていた。

ブラックマンにとって、死刑についての決定的な転向は最高裁からの引退の前に起こった。引退直前の1994年2月22日のCallins対Collins事件⁴²⁾における裁量上訴の却下への長く熱のこもった反対意見で、死刑を憲法上完全に拒絶するとした。自身のそうした立場は絶対的なものであると断言したうえで、憲法上死刑に反対する根拠を以下の通り説明した。「今後は、私はもはや死の機械を下手に修理しようと思わない。20年以上、当最高裁の多数派に沿って、死刑の試みに対して単なる公正の装いを越えた力を与える手続的、実体的規則を発展させようと奮闘してきた。しかし、望ましい水準の公正さが達成されて規制の必要性は失われてきているという最高裁の思い違いを甘やかすよりもむしろ、道徳的、理性的に、死刑の実験は失敗したと単純に認めるべきである⁴³⁾。その具体的に意味するところは、次のようなものである。死刑は一貫した形で、合理的に運用されなければならないと考えてきた。しかし、死刑はそうした合理的な運用に失敗しており、その原因は死刑を科す手続にとって必要かつ内在的な裁量にある⁴⁴⁾。一方で、被告人について個人化された量刑判断を促進するために、全ての潜在的な減軽証拠の考慮は制限されるべきではない。しかし、他方で、恣意的な死刑宣告のリスクを最小限にするために立法上指針づけられた手続的規則と客観的基準が求められる。この相対立する、共に死刑の運用にとって重要である憲法上の要請を調和させることができるとは考えられない⁴⁵⁾。そして、最高裁は、両方の要請を満足させるという以前のコミットメントから退却していた⁴⁶⁾。また、ブラックマンは、Gregg判決以来、死刑事件における憲法上の主張に取り組むための連邦裁判所の力が、合衆国最高裁によって制限されていたとの指摘を加えた⁴⁷⁾。

既にFurman判決反対意見において表明していた死刑への個人的な嫌悪から

42) *Callins v. Collins*, 510 U.S. 1141 (1994).

43) *Callins*, 510 U.S. at 1145 (Blackmun, J., dissenting from denial of certiorari).

44) *Id.* at 1147-55.

45) *Id.* at 1155-56.

46) *Id.* at 1156.

47) *Id.* at 1159.

すれば、ブラックマンがその後に死刑の合憲性を否定したことはそれほど驚くべきことではないのかもしれない。しかし、政治部門に委ねられるべきことであり司法は死刑を違憲と判断するにつき抑制的に振る舞うべきであるという彼の司法哲学は、最高裁の一員として経験を重ね、変化した。結果として、最高裁の中で保守的であった裁判官が、最高裁での年月を経て中道、リベラルな裁判官へと変化したし、よりリベラルな彼の同僚と投票を共にすることが増えた⁴⁸⁾。在任中の終盤には、以前有していた考えを新たな知識と経験に照らして考え直すことを厭わなかった。

ブラックマンによる死刑の違憲判断は、マーシャルがFurman判決で強調した特定の懸念、とりわけ差別的適用の問題と無辜を処刑する危険とに共鳴したものである。差別的適用に関して、McCleskey事件⁴⁹⁾において統計的に示された人種的偏見の膨大な証拠に最高裁が対処し損ねていると述べ、最高裁が死刑の適用における人種差別の問題に背を向けていることを非難した。無辜に関しては、ブラックマンは「事実的、法的、道徳的な誤りが不可避であることは、我々が知っているように、いくらかの被告人を間違って殺さざるを得ない制度を我々にもたらす」という事実を嘆いた⁵⁰⁾。「私の見解に従い (adhering to my view)」というフレーズを「死刑」と組み合わせると、マーシャル裁判官とブレナン裁判官のGregg判決以後の最高裁の全ての死刑事件の数十個の反対意見のみならず、1993-94年開廷期の後半からブラックマン裁判官の多数の反対意見が見つかる。意識的に同じ文言で述べられていることは疑いがない。

ブラックマンが死刑を違憲と断じるに至った背景には、最高裁において死刑事件に関わる機会を重ねたことがある。それ以前には政治部門による決断や司法による漸進的な手続的統制の精緻化の試みに希望を託していたところ、差別的適用の問題と無辜への死刑執行に加え、個人化された判断と裁量の統制という相対立する憲法上の要請が死刑判断に内在するアポリアであることに思い至った。死刑をめぐる知識と経験の蓄積が、ブラックマンをして死刑を違憲だと確信させた

48) Aarons, *supra* note 33, at 399.

49) *McCleskey v. Kemp*, 481 U.S. 279 (1987).

50) *Callins*, 510 U.S. at 145-46.

評価することができよう。

2. パウエル裁判官

パウエルは、1972年1月に合衆国最高裁に加わった。ブラックマンと同じく、ニクソン大統領による指名であった。そしてブラックマンと同様に、保守的だと思われた司法哲学のゆえの指名であった。パウエルは、アメリカ法曹協会（ABA）の会長を含め、いくつもの公的な立場を務めていた。最高裁に加わった時点では、死刑について確固たる見解を有しておらず、この問題について真剣に考えたこともほとんどないようであった⁵¹⁾。

Furman事件は、パウエルが合議に参加した最初の事件の1つであった。パウエルは、死刑を違憲だとした最高裁の決定に反対した。パウエルにとって、死刑は憲法の条文によって認められており、建国以来実践されていて、最高裁の先例はその合憲性を前提としていた⁵²⁾。そして、死刑におけるいかなる欠陥を治癒することも立法府の役割であり、裁判所の役割ではないと考えた⁵³⁾。パウエルはまた、死刑を違憲だとする決定に際して最高裁の同僚が進んで「推論に過ぎない前提」に依拠していると批判した⁵⁴⁾。

Gregg判決において、パウエルは、スチュワート裁判官とスティーヴンズ裁判官に加わり、相対多数意見を形成した。この相対多数意見によれば、一対の命令が憲法によって要求されている⁵⁵⁾。第一に、死刑法の手續に、死刑を科すかどうかの選択への指針が備わっている限りで、当該死刑法は有効である。第二に、被告人が有罪とされた後でも、死刑法はその被告人に死刑を科すかどうかの個人化された評価を備えていなければならない。そして、特定の犯罪類型で有罪とされた者すべてを死刑とする絶対的死刑を定めた死刑法を違憲とする一方、こうした要求を満たした死刑法を合憲とした。

パウエルは、1970年代の最高裁が死刑自体の合憲性について判断を下した時

51) Aarons, *supra* note 33, at 400.

52) *Furman*, 408 U.S. at 417-28 (Powell, J., dissenting).

53) *Id.* at 431-33.

54) *Id.* at 444.

55) *Gregg*, 428 U.S. at 189.

期に、死刑を確固として擁護した中心的な人物だった。パウエルは、ブラックマンとともに、Furman 判決において反対意見を形成した、ニクソンによって指名された4人の裁判官のうちの1人であった。Gregg 判決でも相対多数意見を構成しており、本稿で取り上げる3人の中で唯一、Furman 判決反対意見と Gregg 判決相対多数意見の両方に名を連ねた。Furman 判決において、パウエルは4人の反対者の中で最も長く包括的な意見を執筆した。そして、マーシャルとダグラスによる死刑が差別的に適用されているとの主張に対して、パウエルは、そうした差別的な適用は現在ではありえそうにないと反論した。

パウエルの死刑に関する判断のうちで最もよく知られているものは、McCleskey 対 Kemp 判決である⁵⁶⁾。判決は、5対4で、ジョージア州の死刑法は合衆国憲法に違反していないとした。パウエルは、法廷意見を執筆した。

この事件では、死刑の適用における人種差別が問題とされた。被告人、そしてとりわけ被害者の人種に基づき、死刑が差別的に適用されていることを統計的に示した「Baldus スタディ」⁵⁷⁾が提出されていた⁵⁸⁾。しかし、パウエルは、「Baldus スタディ」に対して、人種に関連すると思われる相違を示すに過ぎないとの評価を下す。そして、後に非常に後悔することとなる、「死刑判決に差が生じることは、我々の刑事司法制度に不可避の部分である」⁵⁹⁾との一節を残した。そして、死刑事件の被告人に対して、あくまで自身の事件における意思決定者が差別的な目的をもって行為したことの証明を要求し、統計上の証拠はそうした差別の証明としては不十分だとした。そうして、「Baldus スタディ」は、被告人 McCleskey への死刑判決が差別的な目的をもって下されたと推認するには明らかに不十分であるとして斥けられた。このようにして、人種の考慮が死刑の判断過程に影響したという平等保護への権利の侵害を立証できていないとされ、黒人男性 McCleskey は死刑を宣告された⁶⁰⁾。

McCleskey 判決の2か月後の1987年6月に、パウエルは合衆国最高裁判官

56) *McCleskey*, 481 U.S. 279.

57) David C. Baldus et al., *Comparative Review of Death Sentences: An Empirical Study of the Georgia Experience*, 74 J. CRIM. L. CRIMINOLOGY 661 (1983).

58) *McCleskey*, 481 U.S. at 286.

59) *Id.* at 292-93.

を引退した。最高裁において保守的でプラグマティックな裁判官として、彼はしばしば5対4の投票で決した事件の結論を左右する票を投じた。

パウエルは、最高裁在任中には死刑に関する判断を変えていない。しかし、1990年に自身の評伝のインタビューにおいて、もし仮に州の立法者であったならば、死刑そのものを廃止する方に票を投じると語った。それにとどまらず、評伝の執筆者がパウエルに対して意見を変えたい事件があるかと尋ねたところ、McCleskey判決を挙げて、執筆した意見に後悔していると打ち明けただけでなく、全ての死刑事件で反対に投票したく、死刑が廃止されるべきだと考えるようになったと答えた⁶¹⁾。パウエルによる死刑の再考は、個別の事件を超えて死刑の合憲性一般に及んだのである。死刑は公正には執行されず、それゆえ「法制度全体への不信をもたらす」がゆえに死刑は廃止されるべきだと彼は述べた⁶²⁾。「法制度全体への不信をもたらす」という理由は、死刑が広範に刑事司法制度へ非常に有害な効果をもたらすというマーシャルの懸念と共鳴する。評伝執筆者によれば、パウエルの合衆国最高裁での経験は、死刑が決して機能しない失敗した実験であることを彼に教えたのである⁶³⁾。

3. スティーヴンズ裁判官

1975年11月、ウィリアム・ダグラス裁判官が合衆国最高裁を引退したとき、ジェラルド・フォード大統領は、合衆国司法長官に「もう一人のルイス・パウエルを見つけろ」と指示した⁶⁴⁾。裁判官の指名に際してフォードは、より候補者の適性に焦点を当て、政治的、イデオロギー的に馬が合う人物を選ぼうとした⁶⁵⁾。そうして、フォードは、合衆国最高裁が扱う事項の範囲を抑制しそうな

60) John D. Bessler, *The Gross Injustices of Capital Punishment: A Torturous Practice and Justice Thurgood Marshall's Astute Appraisal of the Death Penalty's Cruelty, Discriminatory Use, and Unconstitutionality*, 29 WASH. & LEE J. CIV. RTS. & SOC. JUST. 65, 78-80 (2023).

61) JOHN C. JEFFRIES, JR., JUSTICE LEWIS F. POWELL, JR.: A BIOGRAPHY 451 (1994).

62) *Id.* at 451-53.

63) *Id.*

64) *Id.* at 419.

65) ABRAHAM, *supra* note 35, at 274-275.

人物を探した⁶⁶⁾。司法経験を有する連邦控訴裁判所裁判官から、候補者を好んでリストアップした⁶⁷⁾。

連邦控訴裁判所裁判官を5年間務めて中道保守の穏健派と見られたスティーヴンズは、合衆国最高裁裁判官に指名され、1975年12月に指名が承認された⁶⁸⁾。スティーヴンズはGregg判決の直前に任命されており、Furman判決には参加していない。スティーヴンズが最高裁に加わった当初、スティーヴンズは保守派とリベラル派に同じくらい同調する、浮動票を投じる裁判官であったが、引退時点ではリベラルな投票をすることが多くなっていた⁶⁹⁾。

スティーヴンズは、独立の結論同意意見ないし反対意見を書くことが比較的多かったが、Gregg判決ではスチュワートとパウエルに加わり、相対多数意見を構成した。しかし、在任期間の終盤においては、死刑の射程を制限する方向に票を投じた。

最高裁は、薬物注射による死刑執行が問題となった2008年のBaze対Rees判決⁷⁰⁾において、致死薬物を投与する際に用いられる3つの薬物プロトコルは憲法に違反しないと判断した⁷¹⁾。スティーヴンズは、結論同意意見を提出してその結論に加わった。しかし、その意見の中で、死刑の効用を考え直し、死刑の憲法適合性について真剣な疑義を提出した。

スティーヴンズは、「死を公認の刑罰だとする数えきれない事件に徹底的に接し」、Furman判決が正しく、死刑は「明らかに度を越していて修正8条に違反する残虐で異常な刑罰」だという「自らの経験」に基づいた結論に至ったと説明した⁷²⁾。スティーヴンズは、まず、Gregg判決が抑止、応報、無力化・隔離という3つの死刑の正当化を述べたことに注目する⁷³⁾。そして、現代の死刑プロ

66) *Id.* at 276.

67) *Id.* at 274.

68) *Id.* at 276.

69) *Id.*; BILL BARNHART & GENE SCHLICKMAN, JOHN PAUL STEVENS: AN INDEPENDENT LIFE 205-06 (2010).

70) *Baze v. Rees*, 553 U.S. 35 (2008).

71) *Id.* at 47, 63.

72) *Id.* (Stevens, J., concurring). (quoting *Furman*, 408 U.S. at 312 (White, J., concurring)).

セスにおいては、これらの目的のうち1つも達成されないと述べた⁷³⁾。スティーヴンズは当初、死刑による抑止や応報への寄与が測定されていないことを死刑への疑義の根拠としていた。しかし、死刑が違憲だという彼の判断にとって決定的に重要であったのは、不可逆的である死刑の適用において誤判のリスクを現実的に生じさせる、陪審選任についての構造的な問題であった。

Gregg判決は、Furman判決で問題とされた欠陥を治癒する適切な手続の進展という前提に基づいていた。しかし、スティーヴンズは以下の重要な懸念に思い至った。すなわち、死刑事件の被告人は、陪審の排除により、共同体の公平な母集団を代表する陪審による裁判を受けられない傾向がある。そうした構造のために、死刑事件には誤りのリスクがある。つまり、死刑の差別的適用のリスクがあり、無辜を死刑執行するリスクがある、というものである。これらの懸念に照らして、スティーヴンズは、仮釈放のない終身刑よりも厳しいいかなる刑罰も憲法上過度であり、それゆえ違憲であると考えた。合衆国最高裁裁判官に在任している間に死刑を違憲だと宣言した、マーシャル、ブレナン、ブラックマンと同様に、スティーヴンズも同じ結論に至った。

ただし、Baze判決においてスティーヴンズは、死刑は憲法上拒否されるべきだという確信にもかかわらず、死刑を支持した先例を尊重するとして、致死薬物注射に関する異議を認めずに合憲とした結論に同意した。スティーヴンズは、マーシャル、ブレナン、ブラックマンとは異なり、先例拘束法理によって最高裁の死刑法理を継続するよう拘束され、そうした法理を適用すればBaze判決における死刑宣告の承認が要求されると結論付けた。しかし、ブラックマンと同様に死刑についての転向の根拠を詳述した長い意見は、それを参照する将来の多数派に影響を与えうる。

Gregg判決において死刑を復活させてから死刑廃止論者となるまでの時間は3人の裁判官の中で最も長く、30年以上を要した。スティーヴンズの説明における差別的適用と無実の者への死刑執行という懸念は、マーシャルが見解を変えるのに最も重要な種類の情報であるとして挙げていたものであった。そして、上述

73) *Id.* at 78.

74) *Id.*

の通り、死刑が修正8条に違反する残虐で異常な刑罰であるとの結論は、最高裁において死刑の憲法適合性を問題とする事件に数多く接してきた経験から培われたものであった。

4. 小括

死刑事件を審理する経験によって、Furman判決あるいはGregg判決もしくはその両方でマーシャルに同意しなかったパウエル、ブラックマン、スティーヴンズの3人の裁判官は、後に、死刑が違憲であると結論付けた。見解を変化させた理由の中には、マーシャルが世論の態度を変化させる鍵だと考えた差別的な適用や無実の者への死刑執行といった点が含まれる。ただし、こうした3人の合衆国最高裁裁判官が、死刑に関する情報に接すること、あるいは経験を重ねることで見解を変化させたという例のみからは、マーシャル仮説の正しさが立証されたとは言えない。そもそも、マーシャルは公衆について述べていたはずである。それでも、いずれも共和党の大統領によって指名された3裁判官は、着任して早いうちには死刑を合憲と判断することを疑問としなかった。Furman判決あるいはGregg判決で彼らが死刑を合憲だと判断した時点から、確固として死刑が違憲であるとの見解を形成していくゆっくりとした歩みは、経験を通じて獲得される知識や情報の、死刑に対する見解に変化を及ぼす力の証左となる。

V 世論の援用における前提

重要なことは、実験において何人が実際に死刑に対する賛否を逆転させるかということではない。情報が実質的に公開されている状態を保つことで、人々が事実アクセスすることができ、その情報があるからこそ変動可能性が保障されるということが重要である。事実を積み重ねたマーシャルの立証から、虚心坦懐に事実と向き合うことによって現実の問題を解決してきた、彼の法律家としての生き方を読み取っても不当とは言えない。もしも、情報がせき止められており変動可能性を実質的に観念することが困難な中で、安定して高い数値として調査で表れる世論の支持をもって合憲であるとする論拠に使うのであれば、生命を剥奪する

ことの重大さをあまりにも軽く捉えているように思えてならない。まして、国際的な人権機関の指摘に対して「国民の8割が死刑を支持している」ことを廃止しない理由として説明しており⁷⁵⁾、世論調査の結果を死刑存続の根拠としている国家が情報を提供しないというのであれば、なおさらである。

ここで一旦、死刑を離れて国民意識と憲法解釈一般について考えてみる。毛利透の論考⁷⁶⁾に沿って整理すると、近年の最高裁の違憲判決には、社会状況の変化によって憲法違反になったという論理を使用しているものがあるが、そこには投票価値較差訴訟における人口異動のような客観的な数値として示されるものと、在外国民選挙権制限違憲判決で用いられた社会の変化論とがある。社会の変化論には単なる社会的状況の変化と、それにとどまらない社会通念とがあり、社会通念にも一般的理解という程度の意味から、それを超えた規範意識のレベルまである。そして、近年の判例の展開から、法律が国民の規範意識に適合するよう憲法が求めているという憲法理解が窺えるとしたうえで、毛利は危険性を指摘しつつ、「実証的に論じるというよりも」、「社会の動向をいわば先取りする形で当該価値を選択すべきであると態度表明するところに意味がある」⁷⁷⁾と述べる坂田隆介の議論を紹介する。

この憲法理解を肯定的に評価すべきか否かは今後の課題とするほかないが、最高裁の死刑の憲法適合性判断における世論の援用は、その前提となる、憲法の理念が国民の中に一方向に浸透していくという想定の下で裁判所が今ある法よりも憲法の理念に適合的な姿を「先取り」とするような関係にはない。また、堀越判決が国民の意識の変化に触れなかったことについて、毛利は「表現の自由の保障範囲について安易に国民の意識を持ち出すことは、他の場面以上に危険である」という意識が最高裁の中にあつた」可能性を示す⁷⁸⁾。本論文からは、死刑に

75) 2024年になされた国連人権理事会特別報告者による通報に対して、鈴木馨祐法相は「国民世論の多数が極めて悪質、凶悪な犯罪については死刑もやむを得ないと考えているということ」を、死刑の執行停止を妥当でないとする理由の一つに挙げている。「法務大臣閣議後記者会見の概要」https://www.moj.go.jp/hisho/kouhou/hisho08_00567.html。

76) 毛利透「国民意識の変化と憲法解釈」法律時報91巻5号(2019年)38頁。

77) 坂田隆介「最高裁と『ステイツマンシップ』論」立命館法学366号(2016年)441、450頁。

78) 毛利・前掲注76)、44頁。

についても、同様あるいはそれ以上にそうした危険性が妥当する可能性を真剣に考える必要性を指摘しておきたい。

情報が秘匿されずに流通し、それによって活発な議論の土台が作られることは、健全な民主過程を強化するものであり、それは死刑を判断する過程、裏を返せば死刑を科される過程においても妥当する。「日本国憲法において、適正手続の保障はたしかに個人の権利として保障されている」ことに言及した上で、「適正手続を重視するとしても、それは個人の権利にのみ関わるものと理解されがちであり、「適正手続を保障することは、適正手続を求める個人の権利を保障する以前に、そもそも国家はフェア・プレイをしなければならないという——それ自体が国家の正統性に関わる——原則を維持することに関わる」⁷⁹⁾という指摘は正にその通りであろう。この指摘を真剣に受け止めて、フェア・プレイが要請される適正手続の意味を広く解し、あるいは適正手続を超えて法の適正な過程全体にもこの原則が妥当すべきだと考える。

VI マーシャルの死刑違憲論

マーシャル仮説は、死刑についての公衆の無知と、情報を与えられたならば死刑に反対するだろうとの内容を予想するものであった。こうしたマーシャル仮説に対しては、少なからぬ批判が寄せられた。バーガー裁判官は、マーシャルの意見について、「死刑の道徳性と有用性に関して個人的な感情と切り離し」しておらず、「個人的な予想を法に制定することへの誘惑としての、修正8条の保障の謎めいた性格」に飛びついたものであるとした⁸⁰⁾。裁判所の外からは、無邪気な希望的思考や反民主主義的パターンリズムである⁸¹⁾、あるいは、自身に同意しない者は無知であり、真の事実を知っていたならば私に賛同したであろうと主張することは道徳性についての特権を主張しているのであり傲慢だ⁸²⁾との批判が、

79) 阪口・前掲注5)、104頁。

80) *Furman*, 408 U.S. at 375 (Burger, C.J., with Blackmun, Powell and Rehnquist, JJ., dissenting).

81) Steiker, *supra* note 34, at 528.

死刑制度への反対者からもなされている。こうした批判には、たしかに首肯できるところがある。

しかしながら、そもそもマーシャルは世論によって死刑の憲法適合性を決すべきだと考えたのであろうか。そして、マーシャル仮説が主張したかったことは、人々が無知であるということに尽きるのであろうか。マーシャル仮説にとどまらず、マーシャルの死刑違憲論がどのようなものであり、そこに通底しているものは何であるのかを、視野を広げて探求する必要がある。これらの問いに答えるためには、マーシャルが憲法をどのようなものとして理解していたのかという点まで含めて、マーシャル自身が為した言説を読み解かなければならない。

1986年に、マーシャルは第2巡回区の裁判官会議で死刑についてのスピーチを行った⁸³⁾。まず、死刑は弁護士および裁判官のキャリアの中で非常に多くを考え、悩まされてきたものであると打ち明ける。そして、ここでの発言において、マーシャルは死刑反対の根拠を世論に求めることをしなかった。世論の動向を論じるのではなく、このスピーチは専ら手続的観点、とりわけ死刑に関する事実および実際の運用プロセスに焦点を当てたものとなった。他の最高裁裁判官の目から見れば抽象的には公正に思われる制定法であっても、その実際の運用が公正であることを保障するようないかなる死刑制度も考案しえないとマーシャルは考えた。

マーシャルの死刑違憲論の前提には、スーパー・デュー・プロセスの考え方を見て取ることができる。彼は、すべての者が同意しうると考えられる基本的な命題として、以下を提示する。すなわち、死刑判決に特有の究極性は、死刑事件の被告人に、全ての利用可能な防御を提示する公正な機会を保障することを社会に義務付ける。そして、少なくとも非死刑事件の被告人と同一の、無罪判決を得るための機会を死刑事件の被告人が有することの保障を社会に義務付ける。しかしながら、現在行われている制度は時として、他のいかなる被告人よりも少なくし

82) Michael Mello, *Certain Blood for Uncertain Reasons: A Love Letter to the Vermont Legislature on Not Reinstating Capital Punishment*, 32 VT. L. REV. 765, 772 (2008).

83) Thurgood Marshall, *Remarks on the Death Penalty Made at the Judicial Conference of the Second Circuit*, 86 COLUM. L. REV. 1 (1986).

か、死刑事件の被告人に自身の主張を提示するための機会を与えていない。合衆国最高裁の近時の決定は、死刑事件の被告人に特別な犠牲を課し、自身の防御を提示する適切な機会を被告人に保障するどころか、その機会を否定している。マーシャルは、アメリカ法曹協会（ABA）でも同旨の発言をしている。曰く、「死は異なる。この単純だが重い真実は、1976年に最高裁が死刑を是認して以来、合衆国最高裁の死刑事件の試金石となってきた。最高裁は一貫して、死刑の無比かつ取り返しのつかない性質は、他の刑罰を科すときには要求されない安全装置を必要とすると述べ続けてきた」⁸⁴⁾。ここでもまた、執行のペースを速めるために、死刑事件の被告人に非死刑事件の被告人よりも少ない保護で済まそうとする連邦議会議員らの当時の試みを、残念なものであると形容する。とりわけ、そうした試みが、被告人の憲法上の権利へもたらす代償と、品位と公正という社会において考え抜かれてきた概念への損害を、十分に考慮することなしになされていることを批判する。

被告人の手續保障にとっての具体的な運用上の問題は、2つの発言において共通している。第1に、効果的な弁護人の援助を受ける権利に対する実際上の制約である。そして、第2に、迅速な執行を目指すことによる性急な判断である。この両者は、相互に関連しながら問題を生じさせている。マーシャルは、関連するこの2つの問題を論じるに際し、社会的に弱い立場にある者、とりわけ貧困な者に対して及ぶ不利益に目を向けている。

まずは、第1の、能力と経験を欠いた弁護人の問題を論じた。曰く、しばしば公判弁護人は死刑事件において適用される特別な規定に精通していない。手續の進行に関する無知のゆえに、有罪の認定に続く死刑を科すかどうかを判断する手續において、依頼人を減刑するための証拠を提示しない弁護人が見られる⁸⁵⁾。

弁護人の援助に関する問題は、事後審査（collateral review）が制限的な方向に変化していることにより、拍車がかげられた。そして、その犠牲はとりわけ、

84) Thurgood Marshall, *Remarks at the Annual Dinner in Honor of the Judiciary, American Bar Association (August 6, 1990)*, in THURGOOD MARSHALL: HIS SPEECHES, WRITINGS, ARGUMENTS, OPINIONS, AND REMINISCENCES 293 (Mark V. Tushnet ed., 2001).

85) Marshall, *supra* note 83, at 1-2.

経験を有する公判弁護人を雇う余裕のない多くの死刑事件の被告人に降りかかる。合衆国最高裁は、州裁判所の認定に「正確性の推定」を及ぼすことを拡大して、有罪判決後の上訴および事後審査における救済を制限してきた。こうした制限は死刑事件の被告人に対する個別化された審理の否定につながり、判決における誤りが救済されないことが増加するという事態をもたらす。加えて、何が、違憲事由を構成する、公判における効果的でない弁護人の援助に当たるかについての、合衆国最高裁の限定的な定義が死刑事件の被告人を抑圧する。合衆国最高裁が定義した刑事弁護人の能力に関する最小限の基準は、容易に弁護人が基準を満たしていると裁判所によって認定されるものとなっている。こうして、弁護人の援助が効果的でなかったと認められることは困難になる⁸⁶⁾。

マーシャルが弁護人の効果的な援助を特に気に掛けるのは、おそらく自身の苦い経験に由来している。マーシャルは若いとき、強盗と殺人で訴追された高校時代の同級生を弁護した。マーシャルは敗れ、そして、依頼人はボルティモアにあるメリーランド州刑務所の絞首台で死んだ。この敗北は、マーシャルの良心に重くのしかかった。マーシャル曰く、「執行の時間となり、とても申し訳なく思った。私には責任があったであろう。私は行き、執行を見届けようと決めた」⁸⁷⁾。結局のところ、執行間際になり、マーシャルの友人が、刑場に行かないよう説得したのであった。数年後、同級生が絞首されたことによって死刑を非難するようになったのかと尋ねられたとき、マーシャルは返答に悩んだ末、この私選弁護で死刑事件に敗れたからであることを認めた⁸⁸⁾。彼の合衆国最高裁での在任期間を通じて、マーシャルは、司法手続の帰結を信頼できるかについて、弁護人が重要であると強く考えていた⁸⁹⁾。ある反対意見において、以下のように述べている。「弁護人のパフォーマンスは、死刑がいくらかの程度の合理性をもって運用されていることを保証するよう設計された保護システムの決定的な構成要素であ

86) *Id.* at 2-3.

87) CARL ROWAN, DREAM MAKERS, DREAM BREAKERS: THE WORLD OF JUSTICE THURGOOD MARSHALL 160 (1993).

88) *Id.*

89) Randall Coyne, *Taking the Death Penalty Personally: Justice Thurgood Marshall*, 47 OKLA. L. REV. 35, 38 (1994).

る。死刑宣告の『信頼性』は、宣告者が、『その命運を決する個別の被告人についてのあらゆるレレヴァントでありうる情報』を十分に知らされているときのみ見積もられる⁹⁰⁾。マーシャルは、合衆国最高裁に到来する多くの裁量上訴を求める事件において、死刑事件における弁護人のパフォーマンスが適切でないことを重要な証拠だと見て、裁量上訴の棄却に反対した⁹¹⁾。

第2の、被告人の手續保障にとっての具体的な運用上の問題は、性急な審理手續に基づいてなされる決定である。死刑事件においては、一旦死刑執行日が設定されると、人身保護のための死刑事件の被告人の主張に対する審査が性急なものとなる。執行日は一般に、執行の約1か月前に設定される。所得の低い死刑囚は、しばしばこの時点まで事後審査のための弁護人を持たない。執行日が設定され、状況が差し迫るまで、死刑事件の被告人は単純に弁護人を確保できないのである。弁護人は、しばしば当該事件の記録に関する知識を持たず、依頼人に会うことも困難である。加えて、数百頁に及ぶ記録を読み、申立てを準備するために僅か数日しか弁護人には残されていない。こうして、死刑事件の被告人の多くは、執行日が設定された時点で、いかなる連邦上の主張も提出できていない。マーシャルは、死刑事件の被告人にはより多くの時間が与えられているという不正確な見方が我々を現実から盲目にすることを許容できないと論じた⁹²⁾。実態を把握することの必要を指摘したものである。

ところで、マーシャルのロー・クラークも務めたことのあるランダル・ケネディは、Payne 対 Tennessee 判決における反対意見⁹³⁾を例に挙げ、マーシャルが形式主義的な思考に陥ったとの批判を展開した⁹⁴⁾。反対意見が、手続的な問題に意見の多くを費やしていることと、先例拘束法理の尊重を論じていることが、批判の対象とされた。

90) *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668, 715 (1984) (Marshall, J., dissenting) (quoting *Jurek v. Texas*, 428 U.S. 262, 276 (1976) (opinion of Stewart, Powell, and Stevens, JJ.)).

91) Gerald F. Uelman, *Justice Thurgood Marshall and the Death Penalty: A Former Criminal Defense Lawyer on the Supreme Court*, 26 ARIZ. ST. L.J. 403 408 (1994).

92) Marshall, *supra* note 83, at 5.

93) *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 844-56 (1991) (Marshall, J., dissenting).

94) Randal Kennedy, *Foreword*, in THURGOOD MARSHALL, *supra* note 84, at xv-xvi.

Payne 判決は 1991 年 6 月 27 日に下された。それは、マーシャルが合衆国最高裁からの引退を公表した日であった。Payne 事件における争点は、陪審が、既に有罪とされた被告人に死刑を科すかどうかを決するとき、犯罪被害者が被った影響についての被害者影響陳述を考慮に入れることが許容されるか、であった。1987 年の Booth 対 Maryland 判決⁹⁵⁾において、合衆国最高裁は、5 対 4 と鋭く分岐しつつ、被害者影響陳述は許容されないと判示した。パウエルが執筆した法廷意見は、被害者影響陳述によって、死刑が、被告人が犯した犯罪の性質に基づいた刑罰ではなく、コミュニティにおける被害者の地位を測るものになってしまうと述べた。Booth 判決の 2 年後、最高裁は 1989 年に South Carolina 対 Gathers 事件⁹⁶⁾において再びこの論点を扱った。ここでもまた、最高裁は 5 対 4 に分かれ、多数意見は被害者影響陳述に反対した。

さらに 2 年後の Payne 判決は、先例を覆し、被害者影響陳述を考慮に入れることを許容した。ブラックマンが同調したマーシャルの反対意見は、裁判官の人的構成という数の力によって多数意見が先例を覆したことを鋭く批判した。曰く、多数意見は「理に基づく判断の源泉としての司法」という観念への最高裁の通時的なコミットメントを放棄した⁹⁷⁾。先例を覆すことが正当化される事情として、判決に続く変化や法の展開も含まれるが、多数意見はそうした正当化を為していない。そして、「死刑を科すいかなる決定も、気まぐれや感情ではなく理に基づき、そして理に基づくように思われなければならない」という原理を述べる⁹⁸⁾。マーシャルにとって先例に誠実であることがなぜ重要であるかといえば、それが「主観的な感情でなく理に基づく判断の源泉としての司法」という観念の一部を構成しているからである⁹⁹⁾。権利章典と修正 14 条が実行されるにあたり、最高裁には民主政治の力を統制することが求められる。その時点で在任している裁

95) *Booth v. Maryland*, 482 U.S. 496 (1987).

96) *South Carolina v. Gathers*, 490 U.S. 805 (1989).

97) *Payne*, 501 U.S. at 844-45 (Marshall, J., dissenting) (quoting *Moragne v. States Marine Lines*, 398 U.S. 375, 403 (1970)).

98) *Id.* at 849 (Marshall, J., dissenting) (quoting *Gardner v. Florida*, 430 U.S. 349, 358 (1977) (plurality opinion)).

99) *Id.* at 852 (Marshall, J., dissenting) (quoting *Moragne*, 398 U.S. at 403).

判官個人の気質ではなく、法の中に見出される原理を最高裁が実行していると公衆が理解するときのみ、最高裁は自身が命じたことを遵守するよう正統に求めることができるのである。もしも最高裁が自身の先例を尊重しないのであれば、最高裁が国家アクターから尊重をもって扱われることを期待することはできない¹⁰⁰⁾。マーシャルが、先例拘束法理は覆すことのできない命令ではないとしつつ先例への誠実さを強調するのは、最高裁が自身の規範力を保持するためであった。力を持つ者と持たざる者との絶えざる衝突を権威を以て解決する、まさに最高裁の有する能力を多数意見が損なわせると述べつつ、以下の言葉によって反対意見を締めくくった。「今日見捨てたのは社会の究極の刑罰に直面する者である。明日の被害者は少数者、女性、貧窮者かもしれない。力を持たざる者の保護者としての当最高裁の権威と正統性は散失するだろう」¹⁰¹⁾。

この反対意見から、ケネディのマーシャルに対する批判が失当であったことは明らかである。最高裁でのキャリアの終盤に至って社会正義を推進するための思索の蓄えは枯渇し、議論が手続的な観点や先例への拘束といった形式主義的、法律主義的なものとなり、魅力的でも説得的でもなくなったというのが、ケネディによる批判であった¹⁰²⁾。しかし、マーシャルの議論における手続への傾斜や先例への誠実さは、多数者や力を持つ者の数ではなく、理に基づく判断を揺るがせないことによって力を持たざる者のために最高裁が規範力を保持するという、正に社会正義を推進するための思索であった。

マーシャルは、ABAでのスピーチにおいても、死刑事件の被告人が大きな規模の有権者集団でもなければ強力な有権者集団でもないことに注意を促していた。曰く、それゆえ弁護士やABAのような組織は、品位と公正という我々の社会の核となる価値とともに、死刑宣告された者の権利が、迅速な執行をするために踏みじられることのないよう、その影響力を立法者に行使し続ける責務を有するのである¹⁰³⁾。

100) *Id.* at 853 (Marshall, J., dissenting).

101) *Id.* at 856 (Marshall, J., dissenting).

102) Randal Kennedy, *supra* note 94.

103) Marshall, *supra* note 84, at 295.

ここで、いま一度 Furman 判決におけるマーシャルの意見が思い起こされる。そこでは、貧困層や少数者は死刑について政治過程に声を届ける力が弱く、容易に社会から忘れられ、あるいは見捨てられる人々にばかり死刑が科されている限り、彼らに偏る犠牲は再生産されると語られていた。そうした再生産を止めるためには、社会的に弱い立場の人々を不可視の存在としたままでなく、その実態を直視することがまずは必要とされるはずである。

最後に、マーシャル仮説においては、死刑に関する公衆の無知がその内容として含まれていたが、それはマーシャルが人民を軽視していることを意味していたのだろうか。ここで示唆的なのは、憲法制定 200 周年の祝祭におけるマーシャルの発言である¹⁰⁴⁾。憲法制定者および制定された文書としての憲法を祝う雰囲気の中、マーシャルは敢えてフィラデルフィアにおいて合衆国憲法前文の “We the People” に奴隷と女性とが含まれていなかった事実に変更して注意を向ける。そして、憲法に生まれつき備わっていた瑕疵を治癒してきた功績を、憲法制定者ではなく、時代遅れな形の自由、正義、平等の観念に黙従することを拒み、それらをよりよくするために闘った者に帰属させる。こうしてマーシャルは、憲法の誕生ではなく、人民自身が作り上げてきた生ける文書として憲法の 200 周年を祝った¹⁰⁵⁾。マーシャル仮説も、決して人民を軽視したものではない。公衆が無知であるということにその力点が置かれているのではなく、むしろ、正確に事実を知ることができれば判断を変えることができると想定している点で、人民および人民による憲法の進展を信頼していると見ることができる。

ここまで見てきたことをまとめると、事実に基づかない世論によって死刑の違憲性を決するべきではないということにこそ、マーシャル仮説の意義を見出せるように思われる。マーシャルは、憲法制定 200 年祝祭における発言の中で、黒人が置かれた状況に関して法原理が果たしてきた役割に言及していた。曰く、法によって奴隷とされ、法によって解放され、法によって選挙権を剥奪され、分離された人々は、ようやく法によって平等を勝ち取り始めたのである。これまで、新

104) Thurgood Marshall, *Reflections on the Bicentennial of the United States Constitution*, 101 HARV. L. REV. 1 (1987).

105) *Id.* at 5.

たな憲法原理は、変化する社会の異議を容れるように現れてきた。進歩は劇的になされてきており、そしてそれは続く、と¹⁰⁶⁾。こうした言説から、マーシャルにおける、現状の固定よりも法の力を用いたダイナミズムへの傾斜を見て取ることができる。

マーシャルは、既に *Furman* 判決において差別的な適用を論じるにあたり、裁判所が選任した弁護人によって弁護される人が社会の犠牲となっていることに言及していた¹⁰⁷⁾。効果的な弁護人の援助を受ける権利をはじめとする手続保障の観点においても、死刑と世論との関係を論じたマーシャル仮説においても、事実を直視し、実態を踏まえることの重要性という点で、マーシャルの死刑違憲論は通底している。情報が入手可能であることは当然その前提であるはずであり、国家には実態の秘匿ではなく議論に資する情報を積極的に公開することが求められる。マーシャルは、単に事実を見るだけで満足をするわけではない。少なくとも、究極的な刑罰権を行使する国家機関においては、実態を踏まえたうえでの、理に基づく判断が期待される。

106) *Id.*

107) *Furman*, 408 U.S. at 364 (Marshall, J., dissenting).