

# 非死刑事件における 罪刑均衡原則について～再論～

——Ewing v. California 事件判決を素材に——

門 田 成 人

1. はじめに
2. Ewing v. California 事件判決の概要
3. 罪刑均衡原則とその判断基準の検討
4. むすびにかえて

## 1. は じ め に

アメリカ合衆国においては、州に刑罰法規を立法する権限が認められている。その一方で、合衆国憲法修正第8条は、「残虐で異常な刑罰 (cruel and unusual punishment)」を禁止することで、裁判所による介入を認めている<sup>(1)</sup>。しかし、裁判所が、刑罰が残虐で異常であるか否かをどのように判断すべきかは一世紀にわたり議論されている。コモン・ローは過剰な刑罰を禁止していた。このコモン・ローの伝統が修正第8条の残虐で異常な刑罰の禁止に含まれるか否かにつき争いがある<sup>(2)</sup>。修正第

---

(1) Delaney, *A Cruel and Unusual Application of the Proportionality Principle in Eighth Amendment Analysis*, 56 FLA. L. REV. 459, 460 (2004).

(2) Reisz, *CASENOTE: Constitutional Law—Cruel and Unusual Punishment—Sentencing of Repeat Felon to Twenty-Five Years to Life under California’s Three*

8条が残虐で異常な態様の刑罰にのみ適用されるとの見解と、刑罰の態様のみならず刑罰の峻厳さと犯罪の重大性との不均衡にも適用されるとの見解とが対立している<sup>(3)</sup>。

修正第8条の意味は *Weems v. United States* 事件判決で争われ、罪刑均衡原則が修正第8条に含まれるとの立場が支持された<sup>(4)</sup>。合衆国最高裁は、被告人に言い渡された身体刑を違憲とするさいに、犯罪に対する刑罰が犯罪に応じて等級づけられ均衡すべきであるとの原則を「正義の教訓」と認め、その身体刑が、付加される罰金や拘禁期間中における親権や財産権の停止等の付属刑を合わせて、刑罰として過剰で性質上なじみがないから、残虐で異常であると判断した<sup>(5)</sup>。

*Weems* 事件判決以降は、あらゆる刑罰に罪刑均衡原則が適用されるのか否かが問題となった。合衆国最高裁は、*Rummel v. Estelle* 事件判決において、テキサス州累犯者法の刑の加重に罪刑均衡原則が適用されるかにつき、被告人に対する、絶対的法定刑であるパロールの可能性のある終身刑ではおそらくその拘禁が12年を超えればパロールが認められるであろうから、罪刑均衡原則を適用するのが適切である「きわめて稀な」非死刑事件に本件が該当しないとした<sup>(6)</sup>。

---

*Strikes Law Not Prohibited by Eighth Amendment*, 34 CUMB. L. REV. 595, 597 (2003/2004). See generally Granucci, *Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted: The Original Meaning*, 57 CAL. L. REV. 839 (1969).

(3) 邦語文献として、萩原滋『実体的デュー・プロセス理論の研究』170頁以下(1991年)、岡上雅美「アメリカ合衆国最高裁判所判例における罪刑の均衡原則と修正第8条——*Harmelin v. Michigan*, 111 S. Ct. 2680 (1991)を契機として——」早稲田法学第69巻第2号35頁以下、中島広樹「罪刑均衡について——アメリカ合衆国の常習累犯加重との関係」平成法政研究第6巻第1号61頁以下、拙稿「非死刑事件における罪刑均衡原則について——*Harmelin v. Michigan* 事件判決から——」阪大法学第44巻第2・3号505頁以下など参照。

(4) 217 U. S. 349 (1910).

(5) *Id.* at 380.

(6) 445 U. S. 263 (1980).

Rummel 事件判決は、非死刑事件に罪刑均衡原則を適用する例外として Weems 事件判決を位置づけ<sup>(7)</sup>、Weems 事件が「独特」な事案であることを強調して、先例としての重要性を低下させた<sup>(8)</sup>。Rummel 事件判決は、どのような場合に罪刑の不均衡が修正第 8 条により違憲とされる「きわめて稀」なケースとなるのかその判断基準を示さなかった。ただ、多数意見を執筆した Rehnquist 裁判官は、Powell 裁判官の反対意見に依りて、「これは罪刑均衡原則が反対意見の言及する極端な事例（立法府が時間超過駐車を終身刑で処罰可能な重罪とする場合）で機能しないであろうということ言うものではない」との、修正第 8 条でもっとも有名な脚注を付した<sup>(9)</sup>。この脚注は、あくまで反対意見との応酬の 1 つであったが、罪刑均衡原則が非死刑事件に適用されうるとの立場を支持するためにしばしば引用されている。

3 年後、Solem v. Helm 事件判決では、合衆国最高裁は、州累犯者法への罪刑均衡原則の適用可能性を拡大した<sup>(10)</sup>。サウス・ダコタ州法のもとで、被告人は、その犯罪歴のゆえに、パロールの可能性のない終身刑に処せられた。これにつき、合衆国最高裁は、州法が被告人に適用されるかぎり<sup>(11)</sup>で違憲であるとした。修正第 8 条が犯罪に不均衡な刑罰を禁止するとの原則に従い、罪刑均衡原則は死刑および拘禁刑の双方に適用されるべきであるとし、刑罰の均衡性を判断するさいに、3 つの客観的要素、

---

(7) *Id.* at 271-72. なお、Furman v. Georgia 事件判決（408 U. S. 238, 306 (1972)）における「死刑は、程度ではなく、その性質において、あらゆる他の刑事罰の形態とも異なる。死刑はその完全な不可逆性において独特である。また、刑事司法の基本的な目的として改善更生の拒否において独特である。最後に、人間性という概念に具体化されるすべての絶対的否認において独特である」との Stewart 裁判官の言葉は死刑事件の特別扱いを正当化するためしばしば引用される。

(8) 445 U. S. at 272.

(9) *Id.* at 274 n. 11.

(10) 463 U. S. 277 (1983).

(11) *Id.* at 284.

つまり、刑罰の峻厳性と犯罪の重大性との比較、同じ法域において他の犯罪に科される刑罰との比較、および、他の法域において同じ犯罪に科される刑罰との比較が検討されると判示した。<sup>(12)</sup>さらに、刑罰の峻厳性と犯罪の重大性との比較においては、被害者や社会に惹起させたあるいはその恐れのある害悪、犯罪の大きさ、暴力の存否、主観的要件の内容如何という判断要素が指摘された。<sup>(13)</sup>合衆国最高裁は、3要件テストを適用して、被告人の犯罪および比較的軽微な犯罪歴に照らして、その刑罰が著しく不均衡であるとするとともに、Rummel 事件判決とは、サウス・ダコタ州の減軽システムがテキサス州のパロール制度とは根本的に異なる<sup>(14)</sup>として区別した。

その後、合衆国最高裁は、Harmelin v. Michigan 事件判決で、初犯の薬物犯に対するパロールの可能性のない終身刑の合憲性を問題とした。しかし、当該事件が累犯者に対する刑罰加重にかかわらなかったから、Harmelin 事件判決は累犯者法の加重処罰の合憲性に関する混乱を解決する<sup>(15)</sup>には直接影響するものではなかった。

合衆国最高裁は、死刑事件以外では修正第8条の残虐で異常な刑罰の禁止に基づく罪刑均衡原則により違憲と判断するのは「著しく不均衡である、稀な事例」のみとする。しかし、その「著しく不均衡」か否かの判断方法は必ずしも明確ではない。そのため、混沌とした法状況が生み出されている。累犯加重事例でも、犯罪行為を繰り返すことで、社会の規範に従うことができないことを証明している人々を峻厳な方法で扱うという州の利益が合法であることを認め、<sup>(16)</sup>その政策判断を尊重し、不均衡のゆえに違憲とされるのは著しく不均衡な場合のみとしている。ただ

---

(12) *Id.* at 290-91.

(13) *Id.* at 292-94.

(14) *Id.* at 300.

(15) 501 U. S. 957 (1991).

(16) Rummel, 445 U. S. at 276.

Rummel 事件判決と Solem 事件判決とはその結論が合憲・違憲と分かる<sup>(17)</sup>。その相違がパロールの可能性の有無、絶対的法定刑か否か、被告人の犯罪あるいは犯罪歴の悪質さ等、どの事実から生ずるのかは、均衡性判断の指針として重要であるにもかかわらず、不明である。

合衆国最高裁における修正第8条の解釈や、拘禁刑の刑期および実際の拘禁期間に対する均衡性判断が混乱するなかで、累犯者に対する加重処罰は、一般市民の支持を得て、一気に推進された。以前に重大犯かつあるいはまたは暴力犯の複数の重罪で有罪とされたことのある犯罪者が新たに重罪を犯した場合により長期の拘禁刑やより重い刑罰を科するため、いわゆる三振法が制定されている<sup>(18)</sup>。カリフォルニア州では、重罪累犯者による多くの犯罪への対応である州三振法が、1993年に起こった児童誘拐殺人事件の犯人が2度の誘拐の犯罪歴があり犯行時にパロール中であつたとの事実の後押しされ、犯罪率の上昇に慄き、暴力犯に対する刑の短期化や早期のパロールに怒る市民の支持を得て制定された<sup>(19)</sup>。これに引き続き、23州と合衆国が類似の法律を制定した<sup>(20)</sup>。

---

(17) Solem, 463 U. S. at 288 n. 13, at 303 n. 32.

(18) Ardaiz, *California's Three Strikes Law: History, Expectations, Consequences*, 32 McGEORGE L. REV. 1, 12 (2000). See also Vitiello, *California's Three Strikes and We're Out: Was Judicial Activism California's Best Hope?* 37 U. C. DAVIS L. REV. 1025 (2004), Vitiello, *Reforming Three Strikes' Excesses*, 82 WASH. U. L. Q. 1 (2004), D'Addesa, *The Unconstitutional Interplay of California's Three Strikes Law and California Penal Code Section 666*, 71 U. CHI. REV. 1031 (2003), Pillsbury, *A Problem in Emotive Due Process: California's Three Strikes Law*, 6 BUFF. CRIM. L. R. 483 (2002), Ricciardulli, *The Broken Safety Valve: Judicial Discretion's Failure to Ameliorate Punishment under California's Three Strikes Law*, 41 DUQ. L. REV. 1 (2002).

(19) Peck, *Ewing v. California: Upholding California's Three Strikes Law*, 32 PEPP. L. REV. 191, 192 (2004/2005).

(20) Pater, RECENT DEVELOPMENT: *Struck Out Looking: Continued Confusion in Eighth Amendment Proportionality Review after Ewing v. California*, 123 S. Ct. 1179 (2003), 27 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 399 (2003).

カリフォルニア州三振法は、かつて1つまたは複数の重大犯あるいは暴力犯の重罪を行った被告人に対して刑の加重を求める。被告人が1つの重罪による有罪判決を受けている場合には、通常科されるであろう刑期の2倍の刑が言い渡されなければならない。<sup>(21)</sup> 被告人が複数の重罪による有罪判決を受けている場合には、「最低期間 (minimum term)」経過後にはじめてパロールが認められる終身刑 (an indeterminate term of life imprisonment) となる。最低期間は、通常科されるであろう刑期の3倍か25年間かいずれか長期のものあるいはそうでなければ裁判所により決定された期間とされる。<sup>(22)</sup>

カリフォルニア州三振法は他州に比べて峻厳である。それは、2度目の重罪に対する刑の加重が認められていること、裁判所が犯罪と犯罪との時間的な間隔を考慮することを認めておらず、実際、2つの重罪が1つの行為から生じうること、また検察官および量刑裁判官の裁量によって重罪または軽罪に振り分けられる犯罪群 (“wobbler”) が存在することである。<sup>(23)</sup> 扱いにくい非行者を特定し隔離するのに有益であり、常習的な犯罪者や1度目・2度目の重罪を回避したい者に重要な抑止効果をも

---

(21) CAL. PENAL CODE §667(e)(1)(West 1999); *id.* §1170.12(c)(1)(West Supp 2003).

(22) *Id.* §667(e)(2)(A)(West 1999); *id.* §1170.12(c)(2)(A)(West Supp. 2002). 検察は被告人がかつて2つ以上の重罪で有罪とされていたことを主張し立証すれば、裁判所は、現在起訴された犯罪につき、当該犯罪に科される刑期の3倍または25年間の重い方を下限とした終身刑を科さなければならない。量刑裁判官による三振法の枠組みの適用は、検察官が「正義を促進するために」前科の主張を取り下げの場合を除いて必要的である。

(23) Pater, *supra* note 20 at 401-02. カリフォルニア州において、重窃盗の罪は問題の財物の価値が規定額を超えなければ軽罪である。カリフォルニア州ではその価値は400ドルである。重窃盗は、事実審裁判官がこれを軽罪に格下げする裁量をもつから、「裁量によって振り分けられる犯罪群」としてカリフォルニア州では認識されている。事実審裁判官が被告人の重罪を軽罪に格下げすると判断していたならば、三振法は適用されなかったであろう。

たらしめているとの支持の声もある<sup>(24)</sup>。しかし、制定当時から、多くの法学者はこれに反対している。州三振法適用の引き金となる犯罪に軽窃盗などの犯罪が含まれていること、その加重された刑が犯罪者の人生の活動期を越えてしまいかねないこと、刑罰目的が応報や改善から無能力化へと移行することが批判される<sup>(25)</sup>。州三振法を一般市民のパニックや大衆受けする反犯罪者感情の結果であるとし、犯罪と刑罰のような問題が一般市民にはなく刑事司法の専門家に委ねられるべきであるとの主張や、とりわけて暴力犯罪を行ったことのない重罪犯に対する終身刑が不均衡であり、残虐で異常な刑罰にあたる<sup>(26)</sup>との批判もある。

そのなかで、合衆国最高裁は、2003年にカリフォルニア州三振法がもっとも峻厳とされる所以である加重事由に該当する事例につき、罪刑不均衡のゆえに違憲との主張を取り上げ審査した。それが *Ewing v. California* 事件判決<sup>(27)</sup>である。合衆国最高裁が修正第8条の解釈、とりわけて過剰な拘禁刑に対する罪刑均衡原則適用の法状況を確認し、均衡性審査の具体的な指針を提示すること、ならびに三振法を筆頭とする重罰化の風潮に対する一定の歯止めをかけることが期待されるところであった。結果は5対4で合憲判決が下された。合憲とする根拠は分かれ、多数意見が形成できなかったことから、薬物事犯への加重処罰が問題となった *Harmelin* 事件判決と同じく、均衡性判断の混沌とした状況が現在も続いていることが明らかとなった。

本稿は、*Ewing* 事件判決を取り上げて、合衆国最高裁における罪刑

---

(24) Ardaiz, *supra* note 18 at 12-30. See also Shephard, *Fear of the First Strike: The Full Deterrent Effect of California's Two-and three-Strike Legislation*, 31 J. LEGAL-STUD. 159, 161-62, 200-01 (2002).

(25) Pater, *supra* note 20 at 402.

(26) Janiskee & Erler, *Crime, Punishment, and Romero: An Analysis of the Case Against California's Three Strikes Law*, 39 DUQ. L. REV. 43, 54-56 (2000).

(27) 538 U. S. 11 (2003).

均衡原則の法状況を再確認し、この判決に対する議論を検討するものである。わが国においても、カリフォルニア州において三振法定制を支えたのと似た重罰化要求の社会風潮が見られ、また国際協調として組織犯罪・薬物犯罪・テロ犯罪と次々に国家犯罪対策の対象を拡大しより峻厳な刑事規制を容認（あるいは積極的に要求）するなか、罪刑法定主義あるいは実体的デュー・プロセスの1内容に列記される罪刑均衡原則を議論する素材として意義があると思われる。<sup>(28)</sup>

## 2. Ewing v. California 事件判決の概要

### (1) 事実経過

本件被告人 Ewing は、2000年3月12日、1本399ドルのゴルフクラブ3本をゴルフ店から盗み出し、ズボンに隠して駐車場に行く途中で発見・逮捕された。<sup>(29)</sup>

被告人は、1984年から1993年までに10回逮捕され、14件の有罪判決を受けていた。オハイオ州で1984年に重窃盗で初めて有罪とされ、カリフォルニア州において1988年に重罪の自動車窃盗、1990年に前科ありの軽窃盗で有罪判決を受けた。その後、1992年7月からの約17ヶ月間に、暴行、窃盗、夜盗、薬物器具所持、遺失物横領、銃器の不法所持、住居侵入、第1級強盗および3件の夜盗で有罪とされた。最後の強盗および夜盗はロングビーチにある1つの集合アパートで5週間のうちに起こしたものであった。彼は、1993年12月の有罪判決で9年8月の拘禁刑を宣告されたが、1999年6月にパロールが認められていた。つまり、本件逮捕時はパロール中であつた。<sup>(30)</sup>

---

(28) 最近の文献では、萩原滋「罪刑均衡の原則について」『佐々木史朗先生喜寿祝賀 刑事法の理論と実践』1頁以下（2002年）、同「罪刑均衡の判断方法」『三原憲三先生古稀祝賀論文集』227頁以下（2002年）がある。

(29) 538 U. S. at 17-18.

(30) *Id.* at 18-19.



非死刑事件における罪刑均衡原則について～再論～

被告人は、400ドルを超える財産の違法な取得という、重罪の重窃盗で訴追され有罪とされた。この重窃盗がカリフォルニア州三振法の引き金となる犯罪 (triggering offense) とされ、ロングビーチでの4件の重罪に照らし三振法が適用された結果、被告人は25年以上の拘禁を伴う終身刑を言い渡された<sup>(31)</sup>。

被告人はその刑が残虐で異常な刑罰から保護されるという憲法上の権利を侵害するとして控訴したが、州控訴裁判所は第1審判決を支持し、州最高裁もこれを認めなかったため、合衆国最高裁にサーシオレイライで救済を求めた。

合衆国最高裁はサーシオレイライを認めたが、5対4で州裁判所の宣告した刑を合憲と判断した。多数を構成する5人の裁判官も、O'Connor 裁判官が執筆し、Rehnquist 首席裁判官および Kennedy 裁判官が同調した、被告人の刑が著しく不均衡とはいえないとの立場と、Scalia 裁判官ならびに Thomas 裁判官の、拘禁刑に対する不均衡の主張が憲法上認められないとの立場に分かれた。反対意見は、Stevens 裁判官および Breyer 裁判官が執筆し、これに Souter 裁判官と Ginsburg 裁判官が同調した。以下、それぞれの意見を紹介する。

(2) O'Connor 裁判官執筆の相対多数意見

相対多数意見は、まず、カリフォルニア州三振法につき、その制定過程および条文の骨子と州裁判所による解釈を簡潔にまとめたうえで、本件における犯罪事実から被告人の犯罪歴に言及し、修正第8条の解釈論を展開する。すなわち、「修正第8条は、残虐で異常な刑罰を禁止するが、『死刑以外の刑罰に適用される』『狭い罪刑均衡原則』を含んでいる」とする<sup>(32)</sup>。Rummel 事件判決、Hutto 事件判決および Solem 事件判決につきその概要が示される。Harmelin 事件判決において Kennedy 裁判官が、

---

(31) *Id.* at 19-20.

(32) *Id.* at 20.

罪刑均衡判断における4つの価値、つまり立法府の最高機関性、刑罰における多様な政策戦略、連邦制度の本質および客観的要素による均衡性審査を特定し、修正第8条が犯罪と刑罰との厳格な均衡を要求せず、犯罪に著しく不均衡である極端な刑罰のみを禁ずるとしたと指摘する。この Kennedy 裁判官の意見が修正第8条の適用の指針になるとする<sup>(33)</sup>。

ついで、カリフォルニア州三振法につき論じる。ほとんどの州が累犯者の刑の加重を規定する法律を定めている。「三振法は量刑を峻厳にするだけではない。それは重大な暴力犯罪を削減するために司法制度を使用する量刑政策を生み出す努力である」との州三振法推進者の言葉を引用する。全米を通じて、3つの三振法を制定する州立法府は、重大かつ暴力の犯罪行為を繰り返す、その行為が刑罰への通常のアプローチでは抑止されない個人が公共の安全を保護するために社会から隔離されなければならないとの政策決定を行っている。三振法は比較的新しいが、そのような重要な政策決定をなし行うさいに州立法府に敬意を示すという伝統は長年のものである<sup>(34)</sup>。

また、立法府による政策決定への尊重という伝統は、合衆国憲法が刑罰理論のどれかの採用を命ずるものではないという原則においても同じである。カリフォルニア州立法府は、三振法を制定するさい、公共の安全を保護することがすでに少なくとも1件の重大なあるいは暴力の犯罪で有罪とされた犯罪者を無能力化することを要請すると判断した。修正第8条は、州がそのような選択をすることを禁ずるものではない。むしろ、合衆国最高裁の先例は、州が常習的犯罪者を抑止し隔離するという利益を有することを示している。カリフォルニア州の正当化根拠も口実ではない。最近の資料によれば、拘禁後釈放されたなかの約67%が釈放後3年以内に少なくとも1件の重大な犯罪で訴追されていたこと、また233名の三振法適用犯罪者が全体として1165件、平均5件の重罪の有罪

---

(33) *Id.* at 23-24.

(34) *Id.* at 24.

判決を受けていたこと、さらに三振法制定後4年間で仮釈放者の再犯率が約25%にまで減少したことなどが指摘される。三振法についてはいろいろ議論のあるところではあるが、その批判は立法府に向けられるのが適切である。合衆国最高裁は量刑制度を基礎づける政策決定につきあと知恵を働かせる「超立法府 (superlegislature)」として存在するものではない。常習的な重罪犯に対する劇的に加重された刑が何かある実質的な点で刑事司法制度の諸目的を促進するとカリフォルニア州が確信する合理的根拠があれば足りる。<sup>(35)</sup>

本件を検討するに、刑罰の峻厳性に照らした犯罪の重大性がまず問題となる。本件の犯罪の重大性は、単にゴルフクラブ3本の万引きではなく、少なくとも2度重罪で有罪とされた後に1200ドルの価値の商品を盗むという重窃盗の重罪で有罪とされたことにある。被告人の窃盗はそれだけでも軽々に考えるべきではない。州裁判所は、州法上、重窃盗を重罪から軽罪に軽減する裁量を与えられているが、重窃盗は事実審裁判所が軽罪の刑を科さなければあるいはそうするまでは以前重罪である。州法では、この軽減は当該犯罪が概念的に軽罪であるという考えに基づくものではなく、重罪犯に軽罪の扱いを拡張することが意図されている。しかしながら、本件においては、事実審裁判官は被告人の長期にわたる犯罪歴を前提にそのような寛容な扱いをしないと判断した。<sup>(36)</sup>

被告人の犯罪の重大性を判断するには、重窃盗のみではなく、重罪の累犯歴も含めなければならない。<sup>(37)</sup>他のアプローチは制裁の選択における立法府の政策判断に適切な敬意を払うことができない。三振法により刑罰を科するさいに、州は、犯罪者が刑法によって確立された社会規範に従うことができないことを、犯罪を繰り返すことで証明する場合により峻厳な刑罰に処するという利益も有する。この刑罰目的の選択を有効と

---

(35) *Id.* at 25-28.

(36) *Id.* at 28-29.

(37) *Id.* at 29.

するためには、罪刑の均衡性の審査はこの目的を考慮しなければならない。本件被告人の刑罰も、重罪累犯者を無能力化し抑止するという州の公共安全という利益によって正当化され、その長期にわたる重大な犯罪歴に照らして支持される。確かに被告人の刑は長期ではあるが、かつて重大犯あるいは暴力犯の重罪を行い、なお重罪を行い続ける犯罪者は無能力化されなければならない。カリフォルニア州は、州刑法によって規定された社会規範にその行動を合致させることのできない者の責任を被告人に問うことができる。本件は、行われた犯罪と科された刑罰との比較が著しく不均衡である稀有な事案ではない。<sup>(38)</sup>

本件は著しく不均衡とは言えず、修正第8条の残虐で異常な刑罰の禁止に違反しないとされた。<sup>(39)</sup>

### (3) Scalia 裁判官の同意意見

Scalia 裁判官は、Harmelin 事件判決の同意意見におけると同様、修正第8条の残虐で異常な刑罰の禁止が刑罰のある形態を排除することを意図しているとする。<sup>(40)</sup>しかしながら、先例拘束性の尊重から、修正第8条が狭い罪刑均衡原則を含むとする Solem 事件判決が賢明に適用されうると考えれば、この判決は受け入れられる。本件がそうは考えられない根拠を示している。

Scalia 裁判官は以下のように述べる。すなわち、罪刑の均衡性は本来応報という刑罰目的と結びついた概念である。カリフォルニア州三振法の目的である「無能力化 (incapacitaion)」を含め抑止と改善とが重視されれば、罪刑の均衡性につき賢明に話すことさえ困難になる。本件では、相対多数意見は、合衆国憲法が刑罰目的のどれかを命ずるものではなく、刑罰が無能力化、抑止、応報あるいは改善などのさまざまな正当化根拠

---

(38) *Id.* at 29-30.

(39) *Id.* at 30-31.

(40) *Id.* at 31.

非死刑事件における罪刑均衡原則について～再論～

をもちうることを認めた以上、議論はそこまでである。そう認識されれば、刑罰の峻厳性に比較した犯罪の重大性を評価するだけではもはや十分ではない。それが第1段階として充足されても、相対多数意見は、「Ewing の刑が重罪累犯者を無能力化し抑止するという州の公共の安全によって正当化される」ことを証明しなければならない。おそらく、相対多数意見は、その用語法を修正して、すべての刑罰が犯罪の重大性に合理的に均衡すべきであるとの明文上明らかではない主張ではなく、すべての刑罰が刑法の複数の目的を合理的に追求すべきであるとの主張を、修正第8条に読み込むべきである。その定義は相対多数意見が法を適用するのではなく政策を評価していることを、これまで以上に明らかにする<sup>(41)</sup>であろう。

(4) Thomas 裁判官の同意意見

Thomas 裁判官も、修正第8条の残虐で異常な刑罰禁止条項が罪刑均衡原則を含まないとしたうえで、Solem 事件判決で示された罪刑の均衡判断テストが裁判所による適用になじまず、Solem 事件判決テストが完全に明確であったとしても、先例拘束性によりそれを適用するように強制されるものではないとする<sup>(42)</sup>。

(5) Stevens 裁判官の反対意見

Stevens 裁判官は、本件の刑罰が残虐で異常である理由が Breyer 裁判官によって検討されているので、むしろ罪刑均衡原則が裁判所の判断になじみ、修正第8条により要請されていることを明らかにしている。本件の刑罰を検討するに当たり、Breyer 裁判官が Harmelin 事件判決の枠組みを適用し、Ewing の刑罰が Harmelin 事件判決の狭い罪刑均衡原則においてさえ著しく不均衡であるとする結論に同意する。しかし、本

---

(41) *Id.* at 31-32.

(42) *Id.* at 32.

件が重罪の前科のない薬物犯罪者に科された終身刑につき罪刑の均衡性を検討した Harmelin 事件判決によってコントロールされるかは明らかではない。むしろ、Solem 事件判決における3要件テストがより適切であるとする。<sup>(43)</sup>

Stevens 裁判官は以下のように述べる。すなわち、修正第8条は過剰な制裁を禁止する。先例においては、修正第8条の文言を素直に読み、合衆国憲法は罰金、保釈金、および死刑を含む他の刑罰の均衡性を検討するさいに裁判官に最善の判断をするように求めている。

修正第8条が均衡性の審査を保釈金や罰金でのみ認め、拘禁などの刑罰においては否定するとの主張は変則的である。むしろ、修正第8条は、広く過剰な制裁を禁じることで、あらゆる刑罰の均衡性を評価するさいに、裁判官の賢明な判断を求めている。<sup>(44)</sup> 裁判官はさまざまな脈絡で線引きをなし、合衆国憲法の広範に表現された保護に意味を与えるよう判断することを常に求められる。例えば、デュー・プロセス条項は懲罰的損害賠償の均衡性審査に用いられ、修正第6条は裁判の遅延が憲法上許容されうるか否かを判断するのに用いられる。<sup>(45)</sup> 量刑指針の利用が浸透する以前は、合衆国裁判官も州裁判官も広範な裁量のもとに量刑判断を行っていたのであり、量刑裁判官は刑罰の正当化根拠のすべてを考慮して罪刑均衡原則を賢明に用いていたのである。修正第8条の残虐で異常な刑罰の禁止は、刑事制裁の正当化根拠をすべて考慮する、広範で基本的な罪刑均衡原則を意味する。この広範な罪刑均衡原則は時間超過駐車に対する終身刑を支持するため刑罰の正当化根拠のどれかに依拠することを認めない。<sup>(46)</sup>

---

(43) *Id.* at 33 n. 1.

(44) *Id.* at 33.

(45) *Id.* at 33-34.

(46) *Id.* at 34-35.

(6) Breyer 裁判官の反対意見

Breyer 裁判官は以下のように述べる。まず、被告人の修正第 8 条違反の主張を分析する枠組みにつき、先例によれば、修正第 8 条は著しく不均衡な刑罰を、残虐で異常な刑罰として禁止する。著しく不均衡な場合を違憲とする基準を適用するさいには、裁判所は、立法政策が刑罰の峻厳性の適切さを決定し、それゆえそのような立法府による政策判断に敬意を払うことに留意しなければならない。とすれば、刑罰が著しく不均衡であるのは稀な場合のみということになる。<sup>(47)</sup>

相対多数意見は、Harmelin 事件判決における Kennedy 裁判官の分析枠組みを用いている。さしあたりの目的からこの枠組みで検討する。著しい不均衡の主張に対しては、まず行われた犯罪と科された刑罰との比較がなされ、この入口要件をクリアすれば、同じあるいは異なる法域において他の犯罪者に科される刑罰との比較がなされる。<sup>(48)</sup>

被告人の主張は著しい不均衡の入口要件をクリアする。第 1 に、先例に照らせば、明らかに被告人の刑罰が重大な不均衡の問題を提起する。累犯者の刑罰を検討した先例は、Rummel 事件判決および Solem 事件判決の 2 つである。本件はこの 2 つの事件の間に位置づけられる。入口要件の判断要素は、実際に拘禁されるであろう期間の長さ、刑罰の引き金となった犯罪行為および犯罪者の犯罪歴である。<sup>(49)</sup> Rummel 事件判決が合憲判断、Solem 事件判決が違憲判断と結論を分かれさせた要素はいずれか。犯罪歴は Solem 事件判決の被告人の方が深刻である。また犯罪行為も現実の金銭的損害から見るとほぼ同額である。この 2 つの要素は判断の違いを導くものではない。問題は拘禁期間の長さである。Rummel 事件判決では 10～12 年後にはパロールが認められるが、Solem 事件判決では残りの人生を刑務所の中で過ごすこととなる点の違いである。<sup>(50)</sup>

---

(47) *Id.* at 35-36.

(48) *Id.* at 36-37.

(49) *Id.* at 37.

本件を検討するに、重要なのは、犯罪歴および犯罪行為ではなく、拘禁期間の長さである。本件被告人の拘禁期間はパロールも善時制もなく少なくとも25年である。その期間は、Solem 事件判決におけるよりもかなり短く、しかし Rummel 事件判決の2倍以上となる。被告人が38歳で病気にかかっていることを考慮すれば、Solem 事件判決の状況に近いとも言える。Solem 事件判決と Rummel 事件判決との違いを説明する要素は本件を Solem 事件判決に接近させ、違憲とする主張もそれなりの説得力がある。<sup>(51)</sup>

第2に、本件被告人の刑罰は、さほど重大ではない犯罪行為を行った累犯者に適用可能なもっとも厳しい刑罰である。万引きそのものが重大ではないということではない。犯罪の重大性は、被害者や社会に惹起させたあるいはその恐れのある害悪、当該犯罪の絶対的な重大性および犯罪者の非難可能性の観点で検討される。この3つの基準に照らせば、引き金となる犯罪は軽微な方に位置づけられる。もちろん、本件は累犯者による万引きであるが、先例によれば、累犯性が重要ではあるが必ずしも決定的な役割を果たさず、終身刑の引き金となった犯罪に焦点が向けられなければならないことは明らかである。本件では、万引きは比較的軽い罪の範疇であるが、もっとも重大な刑罰が科されている。<sup>(52)</sup>

第3に、多くの経験のある裁判官が本件被告人の刑罰が著しく不均衡に厳しいと考えるであろうことはいくつかの客観的証拠から示唆される。合衆国量刑委員会は、累犯者に対する特に長期の刑罰を導く犯罪の中に、万引きなどの窃盗関連犯罪を含めていない。合衆国議会も、一定の累犯者に対して最高刑を求める場合に、その引き金となる犯罪には万引き等を含めなかった。<sup>(53)</sup>

---

(50) *Id.* at 38.

(51) *Id.* at 38-40.

(52) *Id.* at 40-41.

(53) *Id.* at 41-42.



以上を鑑みると、被告人の主張はもっともなものである。そうであれば、入口要件のテストは通過しなければならない。入口要件のテストは、現実に違憲である場合だけではなく、違憲と論証可能な場合、つまり少なくとも違憲主張がめったにないほど説得力のある場合を通過させなければならない。さもなければ、入口テストは最終決定テストとなってしまう。次のテストである刑罰の比較は、罪刑均衡の審査に客観性を与える重要なテストである。<sup>(54)</sup>

比較テストにおいて、カリフォルニア州における重窃盗に対する刑罰、累犯者に対する刑罰および本件被告人に対する刑罰が科される犯罪類型につき統計資料に基づいて分析を加え、また他の法域に関して、合衆国量刑指針によれば、本件被告人のような累犯者に対して18月を超えない刑が科されるであろうし、合衆国三振法は重窃盗罪が引き金となる犯罪ではないから適用されないこと、また、州レベルでは、25年以上の刑を法律上科しうる州が9つあるが、うち5州はパロール制度により現実の拘禁期間が25年となるほど長期の刑が科されず、量刑裁判官の裁量を制約していることなどからすると、憲法の諸目的に照らし、カリフォルニア州三振法以外では、本件被告人への刑の加重がその犯罪に対する峻厳さという点できわめて例外的であることは確かである。<sup>(55)</sup>

そこで問題となるのは、累犯者に対してより厳しい刑罰を科するというカリフォルニア州三振法の趣旨が本件被告人の窃盗をその引き金となる犯罪に含め重罰を科すことを正当化できるか否かである。引き金となる犯罪とそうではない犯罪とを区別する境界線はどこかに引かなければならないが、それはどこかに引かれたことを正当化するものではない。カリフォルニア州は基本的に重罪と軽罪とで区別しようとするが、実際には犯罪の重大性とは無関係に重罪・軽罪の言葉が使われている。その例が、本件でも問題となる、裁量によって振り分けられる犯罪群である。

---

(54) *Id.* at 42.

(55) *Id.* at 43-47.

これらの犯罪は、重罪にも軽罪にも振り分けられており、実際に科された刑罰に、すなわち被告人の改善が重罪犯として州刑務所に収容されることを要するか否かに基づいて決定される。これらの場合、重罪か軽罪かの分類は、犯罪行為の重大性の比較ではなく、犯罪者の性質に依拠する。軽窃盗罪も、犯罪者が以前に財産犯罪を行っていた場合には重罪とされるのである。<sup>(56)</sup>

カリフォルニア州が三振法に裁量によって振り分けられる犯罪群を組み込めば、変則的な事態が生じる。それは、引き金となる犯罪行為の重大性の点で裁量によって振り分けられる犯罪が多様な犯罪を含んでおり、そこには繰り返し行われたとしても本来軽罪に分類される犯罪のように明らかに重大ではないものがあること、裁量によって振り分けられる犯罪が最初になされた場合と3度目の犯罪としてなされた場合とで三振法の適用に違いが生じうること（後者では重罪に振り分けられ三振法が適用される可能性が大である）、犯罪者の犯罪歴との関係で前歴に財産犯罪の一つでも持っていれば軽窃盗罪が重罪となり三振法が適用されうること（前歴が暴力犯ばかりであれば軽窃盗罪は軽罪とされ三振法が適用されない）である。州がこのような境界線を引かなければならない根拠は見出しがたい。財産犯が繰り返される傾向から予防目的で長期の拘禁刑を正当化する議論もあるが、カリフォルニア州は重大犯罪あるいは暴力犯罪の減少を三振法の目的としており、人身犯や薬物犯がその対象である。抑止や改善などの刑事司法の諸目的に照らしても妥当ではない。州三振法には、他の重要な考慮が違憲であるとの示唆から救済するのに十分な刑事司法上の必要性は見出しえない。<sup>(57)</sup>

最後に、Scalia 裁判官および Thomas 裁判官の主張に言及する。明確な境界線のあるルールが立法者や量刑裁判官に修正第8条に違反するか否かにつきより多くの指針を与える。しかし、拘禁刑の刑期に対する修

(56) *Id.* at 47-49.

(57) *Id.* at 49-52.

正第8条の適用は、個々の事例に従った判断を必要とする。ただ、個別事例に従った判断も事例を通じた指針を提供しうる。本件被告人の刑罰は、他の法域が類似の状況において科すであろう刑期の2～3倍に当たる。その刑期は、通常の犯罪者にその残りの人生を刑務所で費やすことを求めるのに十分なものである。こういった要素は、かなり客観的な方法で著しい不均衡を判断するのに有益である。<sup>(58)</sup>

結論として、たとえ相対多数意見の分析枠組みを用いたとしても、本件被告人に対する25年を最低限の拘禁期間とする終身刑は、累犯であることを含んでも、3本のゴルフクラブの窃取という引き金となる犯罪行為に著しく不均衡である。<sup>(59)</sup>

### 3. 罪刑均衡原則とその判断基準の検討

#### (1) Ewing 事件判決における各意見の分析

##### A. 修正第8条と罪刑均衡原則

修正第8条と罪刑均衡原則との関係については、相対多数意見および反対意見の7名の裁判官は、修正第8条が累犯者の加重処罰において刑罰の峻厳性と犯罪の重大性ととの一定の均衡を要請すると判断したことから、罪刑均衡原則そのものが修正第8条の要請であることは確認される。

この点、Scalia 裁判官の同意意見は、罪刑均衡原則が以下の2つの理由で拘禁刑の刑期の合憲性を分析するのに用いられてはならないとする。つまり、罪刑の均衡性テストは、刑罰の峻厳さに照らした犯罪の重大性の評価が刑罰と犯罪に本来的に結び付けられた刑罰目的や政策選択を考慮せざるをえないから、裁判所によって判断されえないこと、および、残虐かつ異常な刑罰の禁止条項が刑罰の残虐かつ異常な態様を禁止するのみで、定義上、拘禁がこれには当たらないことである。

しかし、Scalia 裁判官は、修正第8条の文言から罰金刑に対して罪刑

---

(58) *Id.* at 52-53.

(59) *Id.* at 53.

均衡が要請されるのに加え、死刑事件については均衡性が妥当するとする。しかし、それは論理的には中途半端である。とりわけて、Weems 事件判決における罪刑均衡の審査を確立すると思われる判決部分への言及に欠ける。また刑事事件である Coker 事件判決以前に罪刑均衡の審査を認めた先例がないとの指摘を前提とすれば、Coker 事件判決が先例を無視することが許され、Solem 事件判決が許されない理由は明らかではない。その理由が「死刑は違う」というだけでは説得力に欠け、むしろ起草者が定めなかった憲法上の保護に依拠する点では Coker 事件判決も Solem 事件判決も同じであるから、その扱いを異にするのは一貫性に欠けるとの批判がある。<sup>(61)</sup>

Thomas 裁判官の同意意見は、Scalia 裁判官に同意しつつ、修正第8条が罪刑均衡原則を含まないと明言する。その正当化根拠が示されていないことから、その趣旨および射程は未知である。<sup>(62)</sup>

他方、Scalia 裁判官らの見解を批判するのが、Stevens 裁判官の反対意見である。Stevens 裁判官は、拘禁刑が罪刑均衡原則の例外とすることが変則的であり、また不均衡であるか否かの判断も裁判官に可能であることを主張する。しかし、Stevens 裁判官の批判も修正第8条の文言上難点を抱える。すなわち、修正第8条は「過剰」という文言を罰金に用い、刑罰には使用せず、「残虐で異常な」刑罰を禁止する。合衆国憲法は罰金と刑罰とを異なって扱っており、その観点では変則的とはいえない。しかも、修正第8条が批准される8年前に、ニュー・ハンプシャー州は州憲法に2つの規定、つまり、残虐で異常な刑罰の禁止、およびすべての刑罰が犯罪の性質に均衡すべきであることを設けていたのである。「残虐で異常な刑罰」に不均衡な刑罰を含ませる解釈はその文言をあいまいなものとするといえる。<sup>(63)</sup>

---

(60) Coker v. Georgia, 433 U. S. 584 (1977).

(61) Peck, *supra* note 19 at 205-06.

(62) *Id.* at 206.

B. 罪刑均衡原則の違憲判断基準

O'Connor 裁判官の相対多数意見は、Solem 事件判決テストを修正し、犯罪の重大性と刑罰の峻厳性という第1考慮を審査の入口問題に位置づけた。すなわち、当該刑罰が当該犯罪に「著しく不均衡」であると判断された場合に初めて、他の2つの考慮を検討すべきである。本件は、被告人の刑罰の峻厳さが犯罪の重大性に照らし著しく不均衡ではなく、入口要件を充足しないと、合憲であると結論づけた。

相対多数意見については、修正第8条の罪刑均衡原則を明確化するよう求められていたにもかかわらず、本件そのものの検討が4頁余りと短く、期待はずれの結果となっている<sup>(64)</sup>。合法的な無能力化構想に従った刑罰につき罪刑不均衡の主張が成功するのはいかに稀であるかが明らかになったにすぎない<sup>(65)</sup>。つまり、相対多数意見は、合衆国最高裁が一般に刑罰問題では州に敬意を示し、その敬意には州による行刑理論の選択に対する尊重が含まれ、累犯者の無能力化が合理的な選択の一つであることを認め、州がその目的として無能力化を選択すれば、合衆国最高裁が重大な犯罪を行った累犯者に科される刑罰の均衡性審査を大いに限定するであろうことを確認するものである。しかし、その前提として検討すべき問題、すなわち無能力化構想がどこまでその合法性を認められるのか、および犯罪歴がこの要件においてどのような役割を果たすのかにつき、これを無視し、または言いぬけたにすぎないと批判される<sup>(66)</sup>。

相対多数意見は Harmelin 事件判決における Kennedy 裁判官の Solem 事件判決テスト修正版を適用する。しかし、この修正テストそのものが<sup>(67)</sup>罪刑均衡の審査における客観性を損なうものとして批判を受けている。

---

(63) *Id.* at 207.

(64) Pater, *supra* note 20 at 413.

(65) *Id.*

(66) *Id.* at 417.

(67) Delaney, *supra* note 1 at 464 n. 47.

刑罰の峻厳さに照らした犯罪の重大性の判断は、相照らす2つが性質を異にし、またとりわけものさしとすべき刑罰理論も多様で多元化していることから、裁判官の主観的判断を許容せざるを得ない。Solem 事件判決では、その主観性を希薄化するために、法域内外における比較分析が併用され、3つの分析要素の相対的判断という方法が採用された。にもかかわらず、相対多数意見は、修正テストのもつ欠点を省みることなく、むしろ Breyer 裁判官が指摘するように、刑罰の峻厳さに照らした犯罪の重大性の判断を入口要件とするだけではなく、この入口要件の判断において不均衡といえることを事実上要求しており、罪刑均衡の審査の主観化が一層顕著となってしまう恐れがある。

相対多数意見には、刑罰の峻厳さに照らした犯罪の重大性の評価という入口要件の検討において、下級審裁判所がどのようにこの要件を扱うべきかの一貫した説明が見出されないうえ、その具体的適用にも問題がある。

相対多数意見は、累犯者が刑法により規定された社会規範にその行動を合致させることができないことを示しているから、刑罰の加重が正当化されるとし、本件を Rummel 事件判決になぞらえ、州がすでに被告人を2度拘禁したにもかかわらず、被告人がその行動を矯正できていないから、より重く処罰されうるとした。しかしながら、本件被告人は、Rummel 事件判決の被告人とは異なる。本件被告人の2ストライクとされた犯罪は、5週間内に3件の夜盗と1件の強盗を行った一連のもので、4件の重罪につきほぼ10年の刑期に処せられ、5年6月でパロールに付されたが、その犯罪歴では1度刑に服したにすぎなかった。したがって、三振法における刑期の加重の政策根拠を充足するものではない。相対多数意見の論理は累犯という言葉で事実を歪めるものである。<sup>(68)</sup>

第2に、相対多数意見は、Solem 事件判決と Rummel 事件判決とで

---

(68) *Id.* at 467-68.

結論が異なった理由の一つがパロールの認められる可能性にあったとして、本件では25年後にパロールが認められうることからさほど峻厳ではないとした。しかしながら、刑罰の峻厳性を判断する基準としてパロールの可能性を用いることは問題である。実際、パロールの単なる可能性は出獄の保証ではないから、より短期の刑期と等しいとされるべきではない。さらに、本件の場合、Rummel 事件判決の期間の2倍以上である25年間パロールが認められない。ともにパロールの可能性のある終身刑が宣告されているが、その量刑が同じくらい寛容であるとみなすべきではない。そのように解すれば、75年後にパロールの可能性のある終身刑も早期の出獄の可能性のある以上峻厳な刑罰ではないとされかねない。<sup>(69)</sup>

第3の問題は罪刑均衡原則のもう一方の側面、つまり犯罪の重大性の特徴づけである。相対多数意見においては、罪刑均衡テストが、当該犯罪だけを評価すれば、累犯者をより峻厳に扱うという州の利益に適切な敬意を払うことができないから、3件の夜盗や1件の強盗と合わせた重窃盗が犯罪の重大性の判断対象とされる。しかし、相対多数意見は均衡性の分析において被告人の犯罪を評価するさいに、被告人の「多くの軽罪や重罪」および「9回の拘禁」を含め「長期にわたる、重大な犯罪歴」に言及し、その犯罪歴全体を見ている。その目指すところは、被告人の犯罪が本来なされるべきよりも重大であると特徴づけることである。<sup>(70)</sup>

この点、Scalia 裁判官の同意意見に、相対多数意見の入口要件の分析は25年以上の拘禁を伴う終身刑が1197ドル相当のゴルフクラブの窃取という非暴力犯にどのように均衡しているのかを納得いくほど証明できていないとの指摘がある。<sup>(71)</sup> 相対多数意見は、この指摘を考慮してか、被告人の重罪の犯罪歴や累犯者の無能力化という州の利益を入口要件の分析に加えこれらを重視する。その結果、被告人は引き金となる犯罪だけで

---

(69) *Id.* at 468.

(70) *Id.* at 468-69.

(71) 538 U. S. at 31.

はなく犯罪歴も含めて処罰されている。しかし、入口要件は行われた犯罪と科された刑との比較でなければならない。被告人の犯罪歴をこの要件の分析に組み入れることは、その刑罰を、引き金となる犯罪に対する峻厳な刑罰というよりも、それまでの有罪判決に対する付加的な刑罰として扱うこととなる。これは合衆国憲法修正第5条の二重処罰の禁止に違反する<sup>(72)</sup>。

また、刑罰の峻厳さに照らして本件で起訴された犯罪行為の重大性を評価するのに犯罪歴をも組み込むテストは、単なる「入口」要件ではなく、「決定基準」となる。この要件は、實際上、累犯者が憲法上の主張をなすのに越えがたい法的障壁を設け、その道を閉ざしてしまう<sup>(73)</sup>。

本来、累犯者法による加重処罰がどのような場合に、付加的な刑罰として違憲とされず、峻厳な刑罰として許容されるのかが問われている。にもかかわらず、相対多数意見は被告人の犯罪をその累犯性を含めて包括的に定義することでこの問題を回避したのである<sup>(74)</sup>。しかし、州が時間超過駐車違反を終身刑で処罰可能な重罪とする立法をした場合、その規定は罪刑均衡原則に違反するであろうし、それは累犯者を無能力化するという三振法の構想の一部である場合でも変わらないはずであるから、犯罪の定義を拡張し犯罪歴を含めることだけで処理しうものではない。その意味においても均衡性の入口要件の判断をする分析上の指針が欠け<sup>(75)</sup>ている。

他方、相対多数意見と同じ修正テストを用いて本件の罪刑均衡を詳細に論じた Breyer 裁判官の反対意見についても批判がある。

まず、Harmelin 事件判決における Kennedy 裁判官の分析枠組みを用

(72) Pater, *supra* note 20 at 415-16. See also 538 U. S. at 25-26.

(73) Lewis, COMMENT: *The Cruel and Unusual Reality of California's Three Strikes Law: Ewing v. California and the Narrowing of the Eighth Amendment's Proportionality Principle*, 81 DENV. U. L. REV. 519, 539 (2003.)

(74) Pater, *supra* note 20 at 416.

(75) *Id.* at 416-17.



いるとしつつ、Kennedy 裁判官が指摘した4つの原則に照らした判断がなされていない。<sup>(76)</sup>つまり、合衆国最高裁による立法府尊重姿勢がその均衡性判断にどのように影響すべきか、あるいは連邦制度の本質に照らして均衡性を審査したのかが明らかではない。実際、Breyer 裁判官の比較分析は、本件被告人の刑が9つの州でしか認められず、他の40以上の州ではこれを認めないことから、その刑を疑問視する。しかし、これは明らかに連邦制度とは矛盾する。また、均衡性の審査において客観的要素を用いるといっても、合衆国最高裁がそのような客観的要素を認定する能力に限界があり、客観的要素なく被告人の刑罰を審査することになんらの躊躇も示していない。さらに、州がさまざまな行刑上の選択をなしうることは認めても、現実の選択に対して何らの敬意も払っていない。これら3点からすると、Kennedy 裁判官の分析枠組みを用いるとの Breyer 裁判官の立場そのものが疑問とされる。<sup>(77)</sup>

入口要件テストにおける刑罰の峻厳性につき、被告人の年齢がその判断要素に組み込まれるが、それは恣意性を生み出し、均衡性の分析の依拠すべき客観的要素ではない。<sup>(78)</sup>また本件を Rummel 事件判決と Solem 事件判決との間に位置づけようとするが、そのためには Rummel 事件判決を許容されうる最外延とすることが前提となる。しかし、合衆国最高裁はそのようには判示していない。<sup>(79)</sup>

さらに、比較分析も3つの問題を抱える。第1に、州間の比較は連邦制度の本質と矛盾する。これは Harmelin 事件判決において Scalia 裁判官がその意見で明らかにしている。州間の統一性の要求が連邦制度に反するのであれば、<sup>(80)</sup>刑罰政策は多様であることになる。第2に、カリフォ

---

(76) Peck, *supra* note 19 at 208.

(77) *Id.*

(78) *Id.* at 209-210.

(79) *Id.* at 210.

(80) *Id.* at 210-211.

ルニア州において三振法が制定される前後を比較検討することは、制定前の刑罰に対する一般市民の怒りを無視することとなり、立法府の尊重と矛盾する。<sup>(81)</sup>第3に、引き金となる犯罪が何であろうと、州には累犯者を無能力化するという強力な利益があり、犯罪者を永久に無能力化するのは死刑か終身刑かの2通りしかないから、財産罪が謀殺罪と同じく処罰されることもありうる。そもそも無能力化の刑罰構想は本来的に、犯罪の重大性に応じて犯罪を処罰するという応報目的とは抵触するのであり、比較すれば不均衡となるような刑罰を保証するものである。しかも、合衆国憲法はそのような刑罰構想の採用を禁じていないから、比較分析を要請することは州がその刑罰構想を選択する権利を侵害する。<sup>(82)</sup>

最後に、カリフォルニア州法における重罪と軽罪との区別が三振法との関係で不当な結果を生むとし、州は引き金となる犯罪を三振法に列記すべきとする。しかし、裁量扱いの犯罪もそこに法定されれば不当な結論はなお生じることとなる。<sup>(83)</sup>

以上、Ewing 事件判決における各裁判官の意見をめぐる議論である。批判のための批判も多々見られるが、合衆国最高裁がやはり罪刑均衡原則の本質部分にあたる原理原則を明確に打ち出していないことから、罪刑均衡原則による憲法判断を取り囲む周辺条件による制約から議論がなされる傾向にある。罪刑均衡の憲法判断は犯罪の重さと刑罰の厳しさとの釣り合いという相対比較判断であるが、その釣り合いを図るのにどの天秤を用いるか、またどの程度皿が傾けば不均衡のゆえに違憲であるのかという判断の基礎が修正第8条の文言からは明確に示唆されていない。合衆国最高裁は、1980年代の3つの主要な先例から厳罰化が急速に進んだ薬物犯罪にかかわる Harmelin 事件判決までに、修正第8条が罪刑均衡を要請することを否定する意見が主張されるなかで、処罰目的にかか

---

(81) *Id.* at 211.

(82) *Id.*

(83) *Id.* at 211-212.

## 非死刑事件における罪刑均衡原則について～再論～

わる刑罰理論の多様化・多元化が進み、また制定法による宣告刑の絶対的法定化が見られるようになると、いかなる処罰政策のもとにどれほどの刑罰を制定法に規定するかを立法府の判断に委ねるとともに、連邦制度という制約から州間での比較検討が決定的な意味を持ちえないこととし、いわば立法裁量を著しく逸脱する場合に違憲とするという基本前提を確立する。Ewing 事件判決は、この基本前提に立ちつつ、さらに累犯者への加重処罰につき、州法がその本来の趣旨を超えた厳罰化を進めているにもかかわらず、犯罪歴まで「犯罪」の射程を拡張して「著しく不均衡」ではないという論理を組み立てることで、つまり立法判断尊重のための理論（合憲性推定に忠実な理論）で罪刑不均衡による違憲判断の余地をなくしてしまうものである。「罪刑が著しく不均衡で違憲とされるのは稀な事例である」とは、「著しく不均衡」と「違憲」という2つが重なる「稀」を意味し、罪刑が「著しく不均衡」であればその刑罰は「残虐で異常」のゆえに「違憲」とのストレートな論理があいまいになっていると思われる。「残虐で異常」というのは確かに「稀」であるかもしれないが、それは結果であって、稀であることが違憲判断を出さない免罪符となってはならない。あくまでもその刑罰——制定法上の絶対的法定刑であれ、個々の事案における量刑裁判官の判断による宣告刑であれ——が「残虐で異常」であるのか否かが問われるべきであり、その判断枠組みが違憲判断基準となるべきであろう。

### (2) Ewing 事件判決における均衡性分析の基本視座への批判

第1の批判によると、Ewing 事件判決の相対多数意見は、修正第8条の本質的要素である、社会における「品位の進展する基準（society's evolving standards of decency）」に言及することなく、きわめて狭い罪刑均衡原則を適用して、非暴力犯罪者に対する三振法の加重処罰につきその合憲性を争う機会を奪<sup>(84)</sup>っているとする。すなわち、修正第8条は人間の尊厳の保持が成熟し文明化された社会にとって本質的であるとの考

えを具体化する。その基本概念はまさに人間の尊厳である。修正第8条は、州が処罰権限を持つとしても、その権限を文明化された基準の範囲内で行使させるため<sup>(85)</sup>にある。文明化された社会における同時代的諸価値の、もっとも明確で信頼できる客観的証拠として、全米における類似の制定法を比較検討することが重要である<sup>(86)</sup>。相対多数意見の制限的衡量テストは、州間の比較衡量を行う余地をなくしたことで、社会の同時代的諸価値を見定める機会を失わせ、それゆえ、修正第8条による基本的人権の保障に合致しないものである<sup>(87)</sup>。

第2の批判では、Ewing 事件判決の相対多数意見は、合衆国最高裁の先例から共通原則を抽出し構成した Harmelin 事件判決の Kennedy 裁判官の審査枠組みを用いる。しかし、それは実際上州立法府が修正第8条の保障範囲を画定することを許容する点、つまり修正第8条が不均衡な刑罰を禁止するが、その刑罰が刑事政策上の判断の結果でないかぎり、州立法府によって命ぜられた刑罰を禁止するものではないとする点で妥当ではないとする<sup>(88)</sup>。

修正第8条が不均衡な刑罰を禁止するのであれば、合衆国最高裁がいかなる刑罰が違憲となるのかを判断しなければならない。その判断の基本は条文の文言とその沿革である<sup>(89)</sup>。修正第8条は「残虐で異常な刑罰」を禁止するから、「残虐」および「異常」の文言の意味に照らせば、「標準から逸脱し苦痛を惹起させる刑罰」がこれに当たる<sup>(90)</sup>。まず、刑罰が過

---

(84) Lewis, *supra* note 73 at 538-539.

(85) *Id.* at 539. See also Trop v. Dulles, 356 U. S. 86, 100 (1982).

(86) Lewis, *supra* note 73 at 539.

(87) *Id.* at 540.

(88) Brennan, SUPREME COURT REVIEW: *The Supreme Court's Excessive Deference to Legislative Bodies under Eighth Amendment Sentencing Review*, 94 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 551, 573 (2004)

(89) *Id.* at 574.

(90) *Id.*

剰であれば残虐であると判断すべきである。刑罰が過剰か否かの判断基準は被告人の犯罪と刑罰の比較によらざるを得ないが、その比較は個人の観点でなされなければならない<sup>(91)</sup>。累犯者の無能力化は累犯による害悪を低減させるという利益が州にあり合憲であるとしても、修正第8条は政府の侵襲から個人を保護する趣旨であるから、過剰性は当該個人の特定の事実に照らして判断されなければならない。このアプローチは、死刑、過剰な罰金や民事罰のような他の刑罰や制裁における均衡性と拘禁刑の均衡性をつなげることができる<sup>(92)</sup>。ついで、刑罰が通常ではないあるいは標準から逸脱するならば、その刑罰は異常と判断されるべきである。その標準からの逸脱は合衆国および他州との比較をもって判断される。この判断は客観的な判断である。他州との比較が連邦制度の趣旨に反する恐れは、刑罰が単に異常であるだけでなく残虐でなければならない<sup>(93)</sup>ということによって解消される。

この第2の批判は罪刑の均衡性判断の基本前提についても検討を加える。修正第8条が罪刑均衡原則を保障しないとの Scalia 裁判官の意見につき批判を加えたうえで<sup>(94)</sup>、「残虐で異常な刑罰」という広範な文言は起草者がその意味を将来において定義されることを認める意図的選択であ

---

(91) *Id.* at 585.

(92) *Id.*

(93) *Id.*

(94) *Id.* at 575. Scalia 裁判官は、憲法起草者にとって罰金が州の歳入源であるから過剰な刑罰にのみ関心があったとし、罰金と拘禁刑との合衆国憲法上の扱いの違いを説明するが、このような経済的分析は個人が不当な政府の介入を受けないという合衆国憲法上の保護を適切に理解するものではないとする。また、修正第8条の立法資料について、わずかしかない資料が刑罰の態様にのみ言及しているのも、イギリス政府による拷問台と絞首台の利用の記憶が鮮明であった当時、まずこれらを明確に禁ずる文言で起草されたと考えられる。さらに、アメリカ人はイギリスから分離独立する際にイギリス市民のもつすべての権利を有するものと確信しており、おそらく、権利宣言が不均衡な拘禁刑の禁止を保障していたので、修正第8条もこれを含むと確信していたであろうとする。

るとする。<sup>(95)</sup>

刑罰政策の決定は通常立法府の職域であるが、それはその刑罰政策が合憲である場合に妥当するにすぎない。<sup>(96)</sup>合衆国憲法は多数による侵襲に対して諸権利を保護する。換言すれば、政府が個人の権利の侵害を正当化するものとして大衆の意思を利用することを禁ずる。犯罪で有罪とされた市民の権利は、法に違反した者が法による保護に値しないと多くが信じるから、大衆の意思による侵襲にとくにさらされやすい。また犯罪者の権利への侵襲は、犯罪者が一般市民から隔離されているので、容易に無視される。しかしながら、犯罪者も残虐で異常な刑罰を禁止する修正第8条の保護を受ける合衆国市民である。合衆国最高裁の立法府への過度な敬讓はこの基本原理を脅かすものである。<sup>(97)</sup>刑罰政策の多様化・多元化についても、応報から功利主義へと理論が変化するなかで厳格な均衡性が維持されないのはもちろんであるが、功利主義が過剰な刑罰を招きやすいことにかんがみ、修正第8条は功利主義に基づく刑罰に上限を設定する。<sup>(98)</sup>裁判所はその刑罰が実際に社会に便益を与えるのか、あるいはその刑罰が単に「無目的で不必要な苦しみ」にすぎないののではないかを検討すべきである。合衆国最高裁は、刑罰理論が過剰な刑罰に至らないようにチェックすべきである。<sup>(99)</sup>

連邦制度との関係も、連邦制度が州によって異なる刑罰制度を採用することを認め、その州の状況に応じた刑罰制度を試みることは可能である。しかし、合衆国憲法に反するような刑罰制度を試みることはできないのであり、州間の比較はその刑罰が修正第8条のもとで異常であるか否かを判断するのに有益である。<sup>(100)</sup>

---

(95) *Id.* at 575-578.

(96) *Id.* at 578.

(97) *Id.* at 578-579.

(98) *Id.* at 581.

(99) *Id.*

(100) *Id.* at 581-582.

均衡性判断が客観的要素に基づくべきであるとの前提については、何をもって客観的要素とし、いかなる要素が不均衡を示すのかが不明確であるために、下級審裁判所は結局合衆国最高裁の先例における事実との比較を重視する。しかし、事件事実の比較も区別したいとの判断主体の意思に大きく影響されるし、合衆国最高裁の拘禁刑の刑期に関する先例はわずかしかないためにその溝を埋めることも困難である。<sup>(101)</sup>客観的要素の指針が必要であり、Breyer 裁判官の反対意見——現実の拘禁期間の長さ、引き金となる犯罪および被告人の犯罪歴——が参考となる。<sup>(102)</sup>パロールは個人の権利ではなく州の裁量によるから、その可能性は刑罰の峻厳さの評価要素となる。<sup>(103)</sup>

### (3) 刑事事件における均衡性分析への批判

合衆国最高裁は Ewing 事件判決で州三振法に基づく刑罰の均衡性を判断したのと同時期に、民事罰の均衡性についての判決を下している。その均衡性審査における違いが、罪刑均衡原則による違憲審査のあり方に対する批判として展開されている。概要は以下のとおりである。

合衆国最高裁は、カリフォルニア州三振法による処罰の合憲性を問う事件で、宣告刑に対する「著しい不均衡」原則の存在を再確認したが、その適用を明確化するにはいたっていない。その狭く画された罪刑均衡原則のぞんざいな適用は、填補損害賠償額に照らして不均衡と見える懲罰的損害賠償額を無効とした State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell 事件判決のような、民事における誠意ある均衡性審査と

---

(101) *Id.* at 582-583.

(102) *Id.* at 583-584.

(103) *Id.* at 584. なお、合衆国最高裁は、Rummel 事件判決において、終身刑に完全に服する以前に被告人が出獄されるであろうという現実を重視するが、反対意見はそのような信頼を誤りとして批判し、Powell 裁判官は、被告人が早期に出獄する法的権利を有するものではないと主張した (445 U. S. at 268, 293)。

は好対照である。<sup>(104)</sup> この相違は、刑事事件の宣告刑の均衡性審査においても、原則化された判断枠組みを採用する必要性を痛感させる。

Campbell 事件判決では、合衆国最高裁は、填補損害賠償額がわずか100万ドルであった事件での懲罰的損害賠償額1億4500万ドルが過剰であり修正第14条のデュー・プロセス条項に違反し違憲であると判断した。<sup>(105)</sup> すなわち、「修正第14条のデュー・プロセス条項は不法行為者に著しく過剰なあるいは恣意的な罰を科することを禁じる」とし、賠償額が著しく過剰であるかぎり、それは合法的な目的を促進せず財産の恣意的な剥奪となり、修正第14条に違反すると判断した。<sup>(106)</sup> 本判決は、懲罰的損害賠償額の合憲性を判断するため BMW of North America, Inc. v. Gore 事件判決<sup>(107)</sup>で定式化された枠組みを適用した。それは、被告の行為の非難可能性 (reprehensibility) の程度を最も重視しつつ、原告が被った損害 (潜在的なものも含む) と懲罰的損害賠償額との不釣り合い、懲罰的損害賠償と類似の事案における民事罰との不釣り合いを考慮するものである。<sup>(108)</sup>

刑事事件における宣告刑の均衡性審査の混乱は、民事損害賠償の均衡性審査に照らせば、その根拠条文が残虐で異常な刑罰の禁止条項とデュー・プロセス条項との違いがあるにせよ、Gore 事件判決におけるよう

(104) The Supreme Court, *2002 Term: Leading Cases*, 117 HARV. L. REV. 255, 256 (2003).

(105) 538 U. S. 408 (2003). 本判決は、非難可能性の分析は以下の考慮を含んでいる。すなわち、惹起された害悪が、経済的なものではなく身体的なものか否か、不法行為が他者の健康や安全に対する無関心または無謀な無視を示しているか否か、行為の標的が財政的弱みを持っていたか否か、その行為が繰り返された行為か単発の出来事か、そして、害悪が意図的な悪意、策略、詐欺、あるいは単なる偶然か。原告に有利に働くこれらの要素のどれかが存在することは懲罰的損害賠償裁定額を支持するには十分ではないが、これらの要素が何ら存在しないことはあらゆる裁定を疑わせることとなるとした (*Id.* at 413)。

(106) *Id.* at 409.

(107) 517 U. S. 559 (1996).

(108) *Id.* at 574-575, 580, 583.



な構造化された枠組みの導入の必要性を示唆する。刑事事件に、Gore 事件判決における非難可能性の分析を導入すれば、均衡性の分析に客観性と予測可能性が付与されるであろう。<sup>(109)</sup>

非難可能性の分析は争点を構成する客観的方法を提供し、Ewing 事件判決が直面した出発点での特徴づけの問題を解決する。合衆国最高裁が、均衡性の枠組みの第1段階、つまり犯罪と刑罰との比較を行うさいに考慮すべき要素を何ら特定していないから、相対多数意見と反対意見とが同じアプローチを採用しても正反対の結論に至るのは驚くべきことではない。<sup>(110)</sup> Gore 事件判決における非難可能性の要素を取り入れれば、犯罪に伴う刑罰の合理性を評価するための基本的な前提条件である、犯罪の性質を客観的に一貫して決定する基準が確立されるであろう。<sup>(111)</sup>

また、刑事事件に非難可能性の分析を適用することは、民事罰と刑事罰とに関する州の政策決定への合衆国最高裁の敬讓の大きな溝を狭める。<sup>(112)</sup> 三振法を審査するさいに、合衆国最高裁は、常習犯に対する刑罰加重政策が裁判所の敬讓を正当化する立法府の決定であるとし、カリフォルニア州が重罪累犯者に対する刑罰の劇的な加重が何らかの実質的な点で刑事司法制度の諸目的を促進すると確信する合理的な根拠を持っていれば十分であると結論づけた。他方、State Farm 事件判決では、民事違反者へのユタ州の峻厳な罰に対して、Ewing 事件判決では行ないたがらなかったある種の後知恵を働かせて、そのような敬意を払わず、「Campbell に対する State Farm の行為に基づいた懲罰的損害賠償の査定において誤りがあったと示唆するものではないが、この非難可能な行為に対するより慎重な罰が州の合法的な目的を満足させるであろうし、州裁判所はそれ以上のことをすべきではない」とした。<sup>(113)</sup>

---

(109) Leading Cases, *supra* note 104 at 265.

(110) *Id.* at 266.

(111) *Id.*

(112) *Id.*

さらに、三振法での加重処罰は、当該事件における被告人の行為にだけではなく、犯罪率の増加や量刑制度における欠陥を含めて、外部的な要素にも根拠づけられる。<sup>(114)</sup>三振法は当該事件の犯罪あるいは以前の犯罪によって惹起された現実的害悪を何ら考慮しない。合衆国最高裁も、被告人の行為と科された刑罰との希薄化された関係を受け入れ、Ewingの犯罪の重大性を判断するさいに、当該重罪だけではなく重罪の常習歴をもその基準にしなければならないとした。しかし、当該事件における被告人の行為以外の要素に基づいた刑罰を是認する傾向は刑事事件に限定される。State Farm 事件判決において、合衆国最高裁は、Campbellへの害悪と何らの関係もない行為を罰し抑止するため懲罰的損害賠償額を判断した点でユタ州裁判所を批判し、責任が問われる行為とは独立した別個の行為が懲罰的損害賠償の根拠となりえないと指摘した。州裁判所では、損害賠償額は、CampbellのState Farmでの扱いにのみで基づくのではなく、その代わり、State Farmの全国における活動の問題点を明らかにし罰するためのプラットフォームとして使用されているとし、State Farmという企業の民事事件では、害悪が個人には軽微でも全体としては莫大であるという考えに基づいた罰の賦課を否定した。しかし、このような制度的抑止はまさに三振法の根拠である。その背後の理論は、個々の犯罪における抑止要因としての刑罰の存在より、その問題を解決するさいの制度の有効性である。<sup>(115)</sup>

以上が民事事件における過剰な懲罰的損害賠償の違憲判断に照らした修正第8条への示唆である。<sup>(116)</sup>この議論は今後さらに検討が重ねられ深ま

(113) 538 U. S. at 416.

(114) Leading Cases, *supra* note 104 at 266.

(115) *Id.* at 267.

(116) 民事と刑事との一貫性の欠如につき、カリフォルニア州議会は企業向けの三振法を提案した。それは過去10年間に3つの「重大な違反」をした企業を廃業させる法的措置をとるよう州に求めるものである。法案は2003年6月州上院で廃案となった。しかし、その主たる提唱者は2004年にその

っていくと予測されるので、ここではこうした観点からの問題提起がなされていることの指摘にとどめておく。<sup>(117)</sup>

#### 4. むすびにかえて

Ewing 事件判決は合衆国最高裁がカリフォルニア州三振法の合憲性を審査し、とりわけて非暴力・非重大犯で有罪とされた累犯者に対する終身刑の合憲性を判断するものとして注目されていただけに、その判決の影響は多大なものがある。とりあえず、罪刑均衡原則との関係に絞れば、本判決から、以下の2つの指摘ができる。すなわち、修正第8条が拘禁刑につき均衡性の審査を認める（換言すれば Solem 事件判決に先例価値を認める）こと、および立法府に対する敬讓や拘禁刑の長短を区別する客観的基準の欠如から拘禁刑に対する不均衡のゆえに違憲との主張が認められるのがきわめて稀であることである。<sup>(118)</sup> 本判決は、Harmelin 事件判決と同様の論理を展開しており、この2つの指摘が罪刑均衡原則の現在の法というる。ただ、Harmelin 事件判決におけるのと各意見の裁判官の顔ぶれが微妙に異なる点が、均衡性判断の難しさを示している。<sup>(119)</sup> 特に、Rehnquist 首席裁判官は、Solem 事件判決および Rummel 事件判決では、修正第8条が死刑以外の刑罰においてはごく稀に適用される狭い罪刑均衡原則を含むと主張したが、Harmelin 事件判決では、Solem 事件判決が誤りで、修正第8条が罪刑均衡原則を保障するものではない

---

法案を再提出する意図を明らかにした。そのような立法は、合憲性審査の裁判所による方法の違いではなく、州の政策における不一致を解消する可能性を有する (*Id.* at 267 n. 124.)。

(117) See also Chemerinsky, *The Constitution and Punishment*, 56 STAN. L. REV. 1049 (2004).

(118) Peck, *supra* note 19 at 217-218.

(119) Delaney, *supra* note 1 at 466 n. 54. See generally Smith and McCall, *Criminal Justice and The 2002-2003 United States Supreme Court Term*, 32 CAP. U. L. REV. 859, 892 (2003)

との Scalia 裁判官の相対多数意見に同意した。ところが、Ewing事件判決では、再び修正第8条が狭い罪刑均衡原則を含むとして、相対多数意見に加わっている。他方、Souter 裁判官は、Harmelin 事件判決において、修正第8条が狭い罪刑均衡原則を含み、Solem 事件判決の3要素テストの修正版を用いて分析すべきであるとの Kennedy 裁判官や O'Connor 裁判官の意見に同意していた。しかし、Ewing 事件判決ではその相対多数意見が Kennedy 裁判官の意見を基礎としているにもかかわらず、修正第8条が広い罪刑均衡原則を含むとし、反対意見に賛同しているのである。

罪刑均衡原則による違憲判断は、たとえば累犯者の加重処罰を規定する州法そのものの違憲判断から量刑裁判官によって宣告された個々の被告人に対する刑罰までその対象射程が広い。制定法レベルでの抽象的な刑罰規定も、個々の事案に即して下される刑罰（宣告刑）も、その憲法判断はそれぞれに固有の難しさを抱えていることは確かである。Ewing 事件判決においては、州三振法が終身刑およびパロールを付すことができるまでの最低拘禁期間を裁量の余地なく法定しつつ、ただ引き金となる犯罪に重罪と軽罪の振り分けの余地を残し、そこに累犯加重処罰の趣旨を反映させる手法をとるもので、憲法上の問題は州三振法そのものと量刑裁判官の裁量判断の双方に見出すことが可能である。しかも、均衡性判断の客観性、刑罰理論の多様化・多元化や三権分立に基づく立法院への謙譲などの条件が加われば、違憲判断基準がなお不分明であるのも致し方ないのかもしれない。その意味では、罪刑均衡原則のルールとして2つの前提条件と3つの均衡性判断要素が確認されるのであれば、実際に問題とすべきは3要素テストの判断方法であろう。Harmelin 事件判決では、Kennedy 裁判官が Solem 事件判決の3要素テストを修正し、Ewing 事件判決でもこの修正テストが O'Connor 裁判官によって採用されている。しかし、いずれも3名の裁判官の賛成を得ているにすぎない。また、Ewing 事件判決では、O'Connor 裁判官は、この修正テストの入

非死刑事件における罪刑均衡原則について～再論～

口要件とされる、「刑罰の峻厳さに照らした犯罪の重大性」の判断において、犯罪の概念を犯罪歴にまで拡張することで（特に累犯の場合）著しい不均衡と判断しがたい基準へと変更を加え、これに Kennedy 裁判官も同調している。したがって、現時点において罪刑の均衡性判断テストは、入口要件を決定的基準とする O'Connor 裁判官修正テスト、入口要件で疑義が生ずれば次の州内外との比較検討に移る Breyer 裁判官修正テスト、および3要素を総合的に判断する Solem 事件判決テストの3つがあることとなる。別の見方をすれば、Solem 事件判決テストでは3つの判断要素が示されたものの、その3つをいかに具体的に比較衡量すれば客観的であるのかが詰められておらず、Kennedy 裁判官がそこを順序だてることで修正したところ、O'Connor 裁判官が入口に置かれた要素と他の2つの要素との判断における重要性の違いにまでさらに踏み込んだということである。これは先例の積み重ねによるルール形成のあり方を示すものである。

罪刑均衡の判断基準を扱うさいに、その前提条件である、刑罰政策に関する立法府の判断の尊重、連邦制度の本旨と均衡性判断の客観性との関係において、罪刑の均衡が客観的には判断しがたいので立法府に下駄を預けるという消極姿勢で臨む立場と、あくまでも修正第8条が個人の基本的権利を保障することに実効性を与え均衡性の客観的判断方法を追及する立場との対立がその本質であるように思われる。そこで重要なのは、修正第8条が罪刑均衡原則を保障することの意味の再確認である。その意味では Scalia 裁判官や Thomas 裁判官の展開する罪刑均衡原則否定論との対決が重要であるにもかかわらず、その結論はいずれも決定打に欠けるというあいまいなものでしかない。ただ、すでに罪刑均衡原則に基づき違憲判断を下した先例があることに鑑みれば、単なる立法裁量の明白な逸脱という観点ではなく、犯罪者がその犯罪に見合った刑罰を科される権利の侵害としての論理の組み立てが再検討されないかぎり、混沌とした法状況は続くであろう。

最後に、わが国では、日本国憲法第36条は「残虐な刑罰」の絶対禁止を規定するのみである。アメリカ合衆国憲法修正第8条の文言との違いを考慮すれば、過剰な刑罰も「残虐」と評価されるかぎり違憲と判断することが許されるであろう。<sup>(120)</sup>問題はやはりその判断基準である。日本国憲法第36条は「絶対に禁止する」とし、罪刑の均衡性における比較衡量の相対的判断との整合に難しさがある。<sup>(121)</sup>かつての尊属殺重罰規定や強盗致傷罪の下限刑にかかわる議論を見ると、減軽がなされても執行猶予が付けられない一方、実際の事件において執行猶予相当とされる事案が多くあることで、いわば事案の積み重ねから罪刑不均衡論に現実的な説得力が生じたように思われる（尊属殺重罰規定ではもちろんその加重根拠の平等原則違反の問題がある）<sup>(122)</sup>。ただ事案が重なれば不当な加重処罰を受ける犯罪者もそこに増えるのである。罪刑均衡原則が制度ではなく、基本的な人権としてその意義を明らかにし、社会において進展する品位の基準を反映させた均衡性判断基準を設定する必要があるであろう。社会が科学技術のように過去よりも現在、現在よりも未来へとより良く進歩するばかりではないからこそ、合衆国憲法修正第8条に「残虐で異常な刑罰」の禁止や日本国憲法第36条に「残虐な刑罰」の禁止を謳った意義がある。その「品位」は何よりも尊重されるべきである。

---

(120) 一般論として、最大判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁参照。これは、刑罰法規そのものの違憲判断の余地を認めるが、「著しく不合理」「とうてい許容し難い」の意味の具体化を要する。最近の裁判例として、東京高判平成11・3・12判夕999号297頁がある。

(121) 「残虐な刑罰」の意味について刑の内容及び執行方法の残虐さを示唆するものとして、最大判昭和23・6・30刑集2巻7号777頁。

(122) 最大判昭和48・4・4刑集27巻3号265頁。