

# 裁判員時代における 死刑事件のデュー・プロセス

本庄 武 一橋大学准教授

ほんじょう・たけし

1972年、福岡県生まれ。2001年一橋大学大学院法学研究科博士後期課程修了。一橋大学専任講師を経て現職。

主な論文に、「刑罰論から見た量刑基準」一橋法学1巻1号、2号、3号(2002年)、「日本における受刑者処遇理念の変遷と今後の展望」龍谷大学矯正・保護研究センター研究年報6号(2009年)、「少年刑事事件における、憲法上の権利としての手続的・実体的デュー・プロセス」『刑事法における人権の諸相——福田雅章先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2010年)などがある。

## はじめに

本論文は、裁判員制度が開始され刑事司法手続に重大な変化が生じている現在において、あらためて裁判手続上の死刑事件の取扱いを検討しようとするものである。分析視角としては死刑に対する憲法上の制約を問題とするが、従来死刑をめぐる憲法論の中心であった死刑廃止の是非ではなく、憲法上の要請として、死刑事件における適用判断および審理手続は現状より適正化されなければならないことを述べる。死刑の合憲性に関わる憲法論議が蓄積されてきているなかで、あえて死刑運用の適正化を訴えることは、死刑廃止の実現を遠ざけるとの批判があるかもしれない。しかしながら、死刑運用を適正化しようと長年苦闘してきたアメリカ連邦最高裁のブラックマン裁判官は1994年に、その努力は無駄に終わったとして死刑は違憲であるとの結論にたどり着いている<sup>1</sup>。また日本でも大野正男裁判官は1993年の補足意見で、死刑適用が恣意的であれば残虐な刑罰として憲法に違反すると述べている<sup>2</sup>。これらの例が示すように、死刑の存在を前提としてその適正な運用を求めていくことと、死刑廃止論とは矛盾するものではないと考える。むしろ死刑廃止を支持するのであれば、それを深化させるためにも運用の適正化を検討し、その限界を見極める必要があるといえるのではないか。

日本の裁判手続では死刑事件に特有の保障措置はほとんど存在していない。運用上、死刑事件の上

告審では必ず口頭弁論が開かれること、死刑言渡しの基準としていわゆる永山基準が判例として通用していること<sup>3</sup>、死刑判決への上訴を取り下げるときの訴訟能力の判断に慎重さを求めたと解しうる最高裁判例<sup>4</sup>が存在する程度である。そのほかに死刑事件では慎重な審理がされる傾向があったかもしれないが、いずれにせよ裁判官の職権による運用を通じて得られた慎重さにすぎなかった。その背景には、日本では死刑が謙抑的に運用されてきたため、特段の法的規制を行う必要が少くないという認識があったのかもしれない。しかしながら、一般市民が死刑判断に携わるようになれば、死刑の謙抑性が維持される保障はなくなり、また裁判員という新たな配慮の対象が登場するため、死刑審理の慎重さが後退するおそれが十二分に存在する。現在は、憲法上の権利が死刑事件において裁判所の裁量を制約する論理を確立する必要性がきわめて高い時代であるといえる。

そこで本論文では、死刑事件に必要なデュー・プロセスにつき若干の検討を行う。もとより論ずべき点は多数あるが、今回は死刑適用判断の適正化と裁判員の選任・評決にまつわる問題を取り上げる。検討の素材としては、憲法上の権利という視点から死刑運用を適正とするための苦闘を続けているアメリカ法を用いる。アメリカでは、死刑は特別だという発想が定着している。死刑の適用が回復不可能な最終性と、人間性の全面的な否定に至る苛酷さを有していることが根拠とされる<sup>5</sup>。そこから死刑事件に特有の規制が多彩に展開されており、大いに参考になると

思われる。なお、死刑に関してはアメリカ合衆国憲法のうち、修正8条の残虐な刑罰の禁止、修正6条の陪審裁判を受ける権利、修正14条の適正手続条項など複数の根拠条文が登場するが、そこでの問題の分配には必ずしも必然的な理由がない可能性があること、日本では裁判員裁判を受ける権利は観念しがたいことから、すべてを一括して広義のデュー・プロセスの問題と位置づけることにする。なお、紙幅の関係上、取り上げるアメリカ法の議論は大幅に単純化している<sup>6</sup>。詳細については他日を期したい。

## 死刑の適用判断

まず死刑の適用判断についてである。周知のように、1972年のファーマン判決では死刑判断について量刑判断者に無制約の裁量を委ねることは、恣意的な適用を招くおそれがあるとして違憲とされた<sup>7</sup>。その後、1976年のグレッグ判決等は、死刑を科す裁量を否定した必要的死刑制度を違憲とする一方で、判断者が加重要素と減軽要素に関する情報を与えられ加重要素が減軽要素を上回ると判断した場合に死刑を科せる制度を合憲とした<sup>8</sup>。指針つきの裁量を認めることで、判断の公正さと個別性を両立させようとしたのである。その後、減軽要素に関して、1978年のロケット判決は、量刑判断者は、被告人が死刑以外の刑を求めるために提出しようとする、被告人の性格や記録、犯罪に関する事情はいかなるものであっても減軽要素として考慮しなければならないとした<sup>9</sup>。また、加重要素に関して、1980年のゴドフリー判決は、死刑に相応しい事案を選別できるように明確かつ客観的な基準が必要だとして、裁判所の限定解釈によってもなお漠然とした加重要素は違憲であるとした<sup>10</sup>。さらに、2004年のリング判決は、加重要素を裁判官が認定して死刑とすることを違憲とし、加重要素は陪審によって認定されなければならないとしている<sup>11</sup>。

これらの判例から示唆されることは、第1に、死刑相当との判断の前提には必ず加重要素の認定が必要であり、法定刑に死刑が含まれているからといって判断者の単なる裁量で死刑を選択することが許されるわけではないということである。これは直観的な死刑判断を否定するものであり、あらゆる事件が原

則として死刑不相当とされ、加重要素の存在が認定されてはじめて死刑が検討の俎上に上ることを意味する。日本の判例法である永山基準は、この点が明確でない。裁判員が直観的な死刑判断に至らないように、まず加重要素の存否を判断することをルール化する必要がある。また永山基準は考慮要素を列挙するのみであり、それが加重要素なのか減軽要素なのかを明示していない。たとえば被告人が若年であることは、改善可能性の高さから減軽要素にもなりうるし、再犯の機会が多いことから加重要素にもなりうる。このような扱いは改められ、何が死刑相当という判断に算入可能な加重要素なのかを明確化されなければならない。

第2に、加重要素は一種の構成要件要素と位置づけられなければならない、したがって明確でなければならないということである。アメリカでしばしば不明確と批判される加重要素に「特別な残虐性」があり<sup>12</sup>、永山基準でも考慮要素とされている。残虐というだけでは、被害者の苦痛の大きさを示すものなのか、見た目のむごさを示すものなのかはつきりせず、過度に広範となるおそれがある。加重要素は少なくとも解釈を施すことによって、裁判員の認定および事後の審査が可能なように明確化される必要がある。また日本は実定法主義を採用するのであるから、本来は刑法を改正して、構成要件を細分化し、また実際上死刑の可能性のない犯罪の法定刑から死刑を削除することで、法律上死刑になりうる犯罪の範囲を縮減する必要もある<sup>13</sup>。

第3に、加重要素と減軽要素の扱いは同等ではなく、減軽要素は幅広く許容されなければならないということである。裁判員の負担軽減に配慮するあまり、死刑事件の公判前整理手続において被告人側の証拠提出を制限することはあってはならない。

第4に、減軽要素を緩やかに許容する背景には、死刑の特殊性に由来して、判断者が、良心に照らして慈悲の判断を向けることが可能かを検討しなければならないという思想がある<sup>14</sup>。この点では、永山事件判決が、死刑適用をほとんど異論の余地のないようなやむをえない場合に限っていることが想起されなければならない。永山事件判決以降、原審の無期懲役判断を破棄した2つの最高裁判決は、いずれも「特に酌量すべき事情がない限り、死刑の選択を

するほかない」との判示を行っている<sup>15</sup>。これは、原則は死刑であり、強力な減軽要素がある場合に限り例外として死刑は回避されると解する判断である<sup>16</sup>。このような判断方法は、判断者とりわけ裁判員が良心に照らして死刑がやむをえないかを真摯に検討することを妨げ、安易かつ恣意的な死刑適用に道を開くおそれがあるため、採るべきではない。

第5に、加重要素に算入可能な事情を精選する必要がある。アメリカの州のなかではかなり広く加重要素を認めているところがあるが、社会状況・犯罪状況に大きな違いがある以上、この点ではアメリカ法は参照に値しない。アメリカでは死刑がそもそも故意の生命剥奪の場合に限って適用されるのかも未だ自明ではないのである<sup>17</sup>。日本法の下で、検討すべき加重要素として再犯の危険性がある。これはアメリカの陪審員が最も重視する要素とされる<sup>18</sup>。日本には仮釈放なしの終身刑がないのであるから、裁判員はよりいっそうこの要素を重視する可能性がある。しかし日本における、再犯の危険性の加重要素としての適格性はあらためて考える必要がある。もともと再犯の危険性予測は確実性に欠け、前科前歴や犯行後の態度から安易に判断されるべきものではない。また裁判員に死刑を判断させるということが社会の公正な感覚を裁判に反映させるためであるというのであれば、刑罰論としては応報が全面に出るのであるから、特別予防に係る要素は加重要素としての適格性を否定されるべきではないかと思われる。このような提案はすでに原田國男元判事によりなされており<sup>19</sup>、また、近時の最高裁判例が原審の無期懲役判断の当否を審査する場合には、犯情に係る要素のみで死刑相当性を判断しているように見受けられること<sup>20</sup>とも合致する。再犯の危険性の加重要素からの除外を検討すべきであろう。

もう1つ取り上げるべきものに被害感情がある。アメリカでは被害者衝撃陳述を死刑量刑審理に導入することについて、1987年のブース判決が、非死刑事件では関連性が肯定できるとしても、死刑事件では関連しないとして、いったん違憲判断を下した<sup>21</sup>。道徳的判断が求められる死刑事件では被告人の人間性を否定すべきかに集中する必要があるため、関連性のレベルは引き上げられるというのである。しかし1991年のペイン判決は判例を変更し、関連性判

断において死刑事件を区別せず、合憲と判断するに至っている<sup>22</sup>。しかしながら州によっては陳述を排除しているところもあり、学説においては関連性がない、不当な偏見を及ぼす、被害者の属性により死刑かどうかを決めることになるといった批判も依然として強い<sup>23</sup>。被害者情報は無意識のうちに判断に影響を及ぼすとの実証研究が現れている以上<sup>24</sup>、少なくとも、良心による道徳的判断が求められる死刑事件では被害者の心情に関する意見陳述(刑訴法292条の2)は制限すべきではないだろうか。なお、アメリカでも被害者の量刑意見の量刑審理への導入については依然としてブース判決の違憲判断が生きており、実際上もほとんど行われていないことに注意が必要である。死刑事件では被害者参加(刑訴法316条の32以下)を制限することも十分考慮に値する。

## 裁判員の選任手続

次に裁判員の選任に関して、死刑に反対の裁判員は不公平な裁判をするおそれがあるとして不選任とすることが許されるかが問題となる。アメリカでは、1968年のウィザースプーン判決が、原理的に死刑に反対である旨、死刑を科すことに良心的・宗教的ためらいを感じる旨を表明したことのみを理由に陪審員を忌避することは違憲であるとした。忌避できるのは、死刑を自動的に拒絶する陪審員、死刑に対する態度が有罪についての公正な判断を妨げる陪審員のみであるとされた<sup>25</sup>。しかしながら、ファーマン判決以降、陪審がもはや無制約の裁量を有しなくなったことを受けて、1985年のウィット判決は、多くの陪審は死刑が相当かの判断に関係する特定の質問を尋ねられるのであり、自動的に死刑を拒絶するとの基準は無意味になったと指摘し、説示や宣誓に従って陪審員としての義務を履行する能力を妨げたり、実質的に損なうであろう見解を持つ陪審員は忌避できるとの新基準を示した<sup>26</sup>。なお1992年のモーガン判決は、自動的に死刑に賛成するであろう陪審員を忌避することを認めている<sup>27</sup>。現在ではウィット判決の実質的能力基準のもとで緩やかな忌避が認められているようである。しかし、実質的能力基準の背景には、記録に現れずしたがって上訴審が審査しえない候補者の表情等の情報について事実審の判断を尊重するとい

う考慮が存在している<sup>28</sup>。事実審における判断基準の問題としては、実質的能力基準は証拠評価を適正に行えるかのみを判断することで、死刑に関する信条を問わない基準であると解することも可能である<sup>29</sup>。

日本では選任手続での質問例として、法定刑を前提に量刑を判断できるかを問い、異論が出た場合には、どのような事実が明らかになっても絶対に死刑を選択しないと決めているかをさらに問い、この質問にハイと回答した場合は、さらに質問を行うとの提案がされている<sup>30</sup>。この質問例は、一般論として死刑に反対かを問わない点で評価できる。信条として死刑に反対であっても、いかなる場合にも死刑を選択しないとは限らないのであるから、信条は問うべきではない。問題はその先にあり、裁判員候補者が裁判を経験したことの無い状態で仮定的に絶対に死刑を選択しないと決めている、実際に証拠と向き合った場合には別の考えを持つ可能性は否定しえない。その可能性がおよそ存在しないというのであれば、証拠を適正に評価できないことを意味するのであるから、その点のみを問えばよいように思われる。そうでなくても、質問例のような問いでは、現実にはおよそ存在しえないような最悪のケースを思い浮かべてその場合であれば死刑選択もありうると考えた裁判員は排除できないのであるから、その実質的意義は疑わしい。さらに質問例のような問いは、死刑に消極的であることがよくないことであるとの印象を裁判員に植えつけ、態度に影響を与えかねないという問題がある<sup>31</sup>。そして、死刑賛成論者は有罪判断を下す傾向が強く事実認定に不当な影響を及ぼすとの指摘もある<sup>32</sup>。以上を踏まえると、証拠を適切に評価することを前提に、質問例の第1段階の問いのみでとどめることを検討すべきではないかと思われる。

## 死刑事件での評決

続いて日本で有力に提案されている、死刑事件における全員一致制の導入について検討する。アメリカではそもそも評決一般に全員一致であることが多く、死刑事件においても同様である。その理論的基礎には、合理的疑いとは主観的確信を意味し、合理的な判断者の一人が示した合理的疑いについて他者は排斥できないという合理的疑いに関する主観説

があるものと思われる<sup>33</sup>。ただし、判例は、事実認定に関して全員一致制を憲法の要請とはしておらず、死刑事件での加重要素の評決や死刑答申に関して多数決制を採っている州が少数存在している。それに対して、学説上は、全員一致制は徹底した議論を促し正しい結論を確保することにつながる、コミュニティの価値の反映という陪審の機能をよりよく発揮させ判決の正統性を保障することから、死刑判断について全員一致制を求める見解がある<sup>34</sup>。合理的疑いに関して主観説を採る以上、多数決制は理論的に説明が困難であるともいえよう。これに対して日本では多数決制が採用されている。これは、多数決の結果残る客観的な疑いを合理的疑いだと考える客観説を前提としていられる。2007年の最高裁決定は、合理的疑いとは、健全な社会常識に照らした一般的な疑いであると定義して、客観説の志向を示している<sup>35</sup>。このような概念の違いを前提としつつも、多数決制を採用する日本において、死刑事件についてのみ全員一致制を要求することは可能だろうか。

1つ考えられるのは、死刑事件においてより高い証明基準を採用することとして、その制度的保障のために全員一致制を要求することであろう。アメリカでは、死刑冤罪の防止を念頭に、事実認定手続で Beyond Reasonable Doubt に代えて、Beyond Any Doubt、Beyond Residual Doubt、Beyond Conceivable Doubt などより高度な証明基準を用いるべきとの主張がされており、日本でもこれに好意的な立場が表明されている<sup>36</sup>。確かにアメリカでは100人以上の死刑冤罪が発生しているとされるところから、このような提案も了解可能である。しかしその一因には、合理的疑いの定義について説示することが義務づけられておらず、事実審の間で混乱や定義の取扱いに関する統一性の欠如が生じていることがあるように思われる<sup>37</sup>。そもそも合理的疑いは歴史的な事実の証明基準として最高度のものであったはずであり、さらに一段高い基準を設けると、それは実際上機能しなくなるか、無期刑以下の証明基準を低くしてしまい、安易な無期刑判断を導くおそれがあるように思われる。無期刑での冤罪も死刑冤罪同様に回避すべきであり、死刑事件についてのみ証明基準を引き上げることはできないと思われる<sup>38</sup>。

したがって、事実認定に関して多数決制を前提とするのであれば<sup>39</sup>、加重要素の認定についても多数決制を甘受するほかないと思われる。しかし、最終的に死刑を科すかどうかの判断については別異に解せないだろうか。量刑判断に合理的疑い基準が適用されるかどうかは不明確であるが、アメリカの州には死刑判断において加重要素が減輕要素に優越することや死刑が適切であることについて合理的疑いを超えることを要求している例があり、学説には合理的疑い基準は量刑誤判を回避するために有用であり、死刑の特殊性を前提とすれば誤判のリスクは決定的であるとして、これを憲法上の要請だと解するものがある<sup>40</sup>。このように合理的疑い基準が用いられるとした場合、たとえ日本の合理的疑い概念が客観的なものであったとしても、人間性を全面的に否定するかどうか問われる死刑判断に際しては、常に良心の判断が求められるため、主観説が採られなければならないことになるように思われる。それが死刑判断の特殊性だということもできよう。そのように言えとすれば、量刑判断一般に適用される心証基準が合理的疑いよりも低く、健全な社会常識に照らした判断という意味でなお多数決により決せられるとしても、死刑を選択するか否かに関してだけは、憲法上の要請として全員一致制を採用すべきであると言えるかもしれない。なおその場合、この判断は、一審の裁判員裁判だけでなく上訴審にも適用されることになる。

最後に、永山事件第一次控訴審のいわゆる船田判決は、死刑の適用をいかなる裁判所がその衝にあっても死刑を選択したであろう程度の情状がある場合に限定すると述べ<sup>41</sup>、同上告審はこの説示を否定している。これは事実上の死刑廃止に至ることを懸念したものと解説されている<sup>42</sup>。しかし船田判決が問題にしたのは、個々の判断者の心証形成の場面であり、評議の場で死刑が相当でないとの合理的疑いを示した者がいた場合の対処方法は別異に解されるため、上記提案に判例との抵触はないものと考えられる。

## おわりに

以上、アメリカ法を参照しつつ死刑事件におけるデュー・プロセスのあり方を検討してきた。試論にと

どまるものであり、また死刑事件での上訴制度のあり方など他に論ずべき問題も残されている。今後とも検討を重ねていきたい。

※ 本稿は、2010年6月4日に東北学院大学にて開催された「刑事法学フォーラム」での発表原稿に注を補ったものである。当日は、永山基準の判例性、裁判官の良心論と裁判員の良心論の異同、上訴審での無期判決の破棄可能性、選任手続での質問の限定と評決の全員一致制の両立可能性、加重要素・減輕要素のあり方、死刑問題に関する法の解釈と適用の切り分けのあり方等について質問を受けた。暫定的に回答した点を含め、今後の課題とさせていただきます。

- 1 Callins v. Collins, 510 U.S. 1141 (1994) (Blackmun, J., dissenting).
- 2 最決1993(平5)・9・21集刑262号421頁。
- 3 最判1984(昭58)・7・8刑集37巻6号609頁。
- 4 最決1995(平7)・6・28刑集49巻6号785頁。
- 5 Jeffrey Abramson, *Death-is-Different Jurisprudence and the Role of the Capital Jury*, 2 Ohio St. J. Crim. L. 117 (2004).
- 6 死刑をめぐる複雑な判例法の動向については、たとえば、上野芳久「アメリカ及び我国における死刑判決と比較均衡審査(1)～(3)」國學院法研論叢12号(1985年)67頁、13号(1986年)53頁、14号(1986年)57頁、岩田太『陪審と死刑』(信山社、2009年)などを参照。
- 7 Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972).
- 8 前者につき、Woodson v. North Carolina, 428 U.S. 280 (1976)、後者につきGregg v. Georgia, 428 U.S. 95 (1976)。
- 9 Lockett v. Ohio, 438 U.S. 586 (1978)。なお、岡上雅美「死刑事件における軽減的量刑事情の考慮」早稲田法学71巻2号(1996年)1頁参照。
- 10 Godfrey v. Georgia, 446 U.S. 420 (1980)。
- 11 Ring v. Arizona, 536 U.S. 584 (2004)。
- 12 Richard A. Rosen, *The "Especially Heinous" Aggravating Circumstance in Capital Cases - The Standardless Standard*, 64 N. C. L. Rev. 941 (1986)。法文上の文言は、州により“especially heinous, atrocious, or cruel”、“depravity of mind”、“outrageously vile wanton or inhuman”などさまざまである。
- 13 Barklay v. Florida, 463 U.S. 939 (1983)は、法定されていない加重要素の考慮を合憲としたが、その考慮は直ちに日本法に妥当するものではないだろう。
- 14 Abramson, supra note 5.
- 15 最判1999(平11)・12・10刑集53巻12号10頁(福山独居老人殺害事件)、最判2006(平18)・6・20判時1941号38頁(光市事件)。
- 16 本庄武「判批」速報判例解説1号(2007年)209頁。

- 17 たとえば、児童強姦への死刑適用が違憲と判断されたのは、ようやく2008年のことであった。Kennedy v. Louisiana, 554 U.S. 407 (2008).
- 18 岩田・前掲注6書289頁。Jurek v. Texas, 428 U.S. 262 (1976)は、この加重事由を合憲とした。
- 19 原田国男「裁判員裁判と死刑適用基準」刑事法ジャーナル18号(2009年)53頁。
- 20 本庄武「判批」判例時報2042号(2009年)175頁。
- 21 Booth v. Maryland, 482 U.S. 496 (1987).
- 22 Payne v. Tennessee, 501 U.S. 827 (1991).
- 23 Joe Frankel, *Payne, Victim Impact Statements, and Nearly Two Decades of Devolving Standards of Decency*, 12 N. Y. City L. Rev. 87 (2008).
- 24 仲真紀子「裁判への被害者参加」岡田悦典ほか編『裁判員裁判と法心理学』(ぎょうせい、2009年)140頁。なお、佐伯昌彦「犯罪被害者による刑事裁判への参加が量刑に及ぼす影響」法学協会雑誌127巻3号(2010年)127頁が指摘するように、情報自体の影響とそれが被害者によって陳述されることの影響の違いは意識しておかなければならない。
- 25 Witherspoon v. Illinois, 391 U.S. 510 (1968). なお死刑反対論者の忌避の問題については、辻本義男「死刑裁判と陪審」『八木國之先生古稀祝賀論文・刑事法学の現代的展開下巻』(法学書院、1992年)182頁も参照。
- 26 Wainwright v. Witt, 469 U.S. 412 (1985).
- 27 Morgan v. Illinois, 504 U.S. 719 (1992).
- 28 Witt, 469 U.S. at 424.
- 29 Susan D. Rozelle, *The Utility of WITT: Understanding the Language of Death Qualification*, 54 Baylor L. Rev. 677 (2002).
- 30 吉田智宏「裁判員の参加する刑事裁判に関する規則の概要」判例タイムズ1244号(2007年)11頁。
- 31 Rozelle, *supra* note 29.
- 32 Lockhart v. McCree, 476 U.S. 162 (1986)では、この趣旨の実証研究が提出されたが裁判所はその有効性を認めなかった。
- 33 中川孝博『合理的疑いを越えた証明』(現代人文社、2003年)216頁。
- 34 Raoul G. Cantero & Robert M. Kline, *Death is Different: The Need for Jury Unanimity in Death Penalty Cases*, 22 St. Thomas L. Rev. 4 (2009).
- 35 最決2007(平19)・10・16刑集61巻7号677頁。
- 36 高井裕之「死刑と憲法」法律時報82巻7号(2010年)53頁。
- 37 See, Robert Hardaway, *Beyond a Conceivable Doubt: The Quest for a Fair and Constitutional Standard of Proof in Death Penalty Cases*, 34 New Eng. J. on Crim. & Civ. Confinement 221, 272 (2008).
- 38 三島聡「誤判・冤罪と死刑」法学セミナー669号(2010年)26頁も参照。なお、団藤重光『死刑廃止論〔第6版〕』(有斐閣、2000年)9頁、182頁は、死刑事件での心証基準として一抹の不安論に言及しているが、その真意はそれでも誤判を防ぐことはできないとして死刑廃止論を主張することにあつたと推測される。
- 39 もちろんこの前提を疑うこともできる。中川孝博「最高裁第3小法廷の2つの判決を評価する」本誌59号(2009年)101頁は、最判2009(平21)・4・14刑集63巻4号331頁の那須補足意見に全員一致制への展望を見出している。
- 40 Linda E. Carter, *A Beyond a Reasonable Doubt Standard in Death Penalty Proceedings: A Neglected Element of Fairness*, 52 Ohio St. L. J. 195 (1991). 同論文によれば、制定法上5州が、判例法上2州が死刑判断に合理的疑い基準を適用している。
- 41 東京高判1991(昭56)・8・21判例時報1019号20頁。
- 42 稲田輝明「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和58年度』167頁。

