

# アメリカ合衆国における 妊娠中絶をめぐる法理の展開

小 竹 聡

## はじめに

アメリカ合衆国における妊娠中絶をめぐる争いは、今なお、落ち着くところがない。彼の地では、合衆国最高裁判所の内外で、妊娠中絶をめぐる法的、政治的抗争が激しく繰り広げられている。そこで、本稿は、妊娠中絶をめぐる法理の展開を、純粋な中絶規制をめぐる事件についての合衆国最高裁判所の判決に焦点を合わせて、検討することを目的とする。<sup>1</sup> 従って、妊娠中絶を取り巻く連邦および州レベルの政治の動向については、必要な限度で触れるにとどめることとしたい。周知のように、この領域においては、1973年の Roe および Doe 判決<sup>2</sup> 以降、多くの最高裁判決が積み重ねられているが、現在の法理のあり様にとって決定的に重要な判決は、1992年の Casey 判決<sup>3</sup> であり、本稿においても、当該判決から検討を始めることとする。なお、一般に、事件名の呼称については、原則として、原告名で代表すべきものとするが、この領域では、運動体が同じであることも多く、区別する必要があることから、判決によっては、例外的に、被告名で代表することもあることをはじめにお断りしておきたい。

---

1 本稿は、2007年6月2日に、北海道大学札幌キャンパスにおいて開催された比較法学会第70回総会、英米法部会における部会報告の原稿を基に、加筆修正を施し、注を補った上で再構成したものである。なお、それに先立つ2007年3月12日には、同志社大学アメリカ研究所第3部門研究と早稲田大学アメリカ法判例研究会との合同研究会において、最近の妊娠中絶をめぐる法理の展開を、とりわけ妊娠中絶を取り巻く政治状況に焦点を合わせて、報告する機会を得た。各々の機会において貴重なご意見を賜った参加者に対して、記して感謝申し上げたい。

2 Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Doe v. Bolton, 410 U.S. 179 (1973).

3 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

## I 基軸としての Casey 判決

### 1 Casey 判決

合衆国最高裁判所の現在の妊娠中絶をめぐる法理は、1992年の Casey 判決を基軸として形成されている。Casey 判決は、直接には、ペンシルヴェイニア州法の合憲性を問題とするものであったが、実際には、全米規模で妊娠中絶の合法化をもたらした1973年の Roe 判決を先例変更すべきか、すべきであるとしたら、どのようにしてこれを行うかを真の争点としていた。これは、Roe の明示的変更にかろうじて踏みとどまった1989年の Webster 判決<sup>4</sup>以降、ブレナン、マーシャルの両裁判官が引退し、裁判官の構成が変化したことによって、Roe 判決はどのみちもたず、そうであれば、1992年11月の大統領選挙を控えて、曖昧な決着よりも「大敗」を切望するという「危険な戦略」に沿って訴訟に臨んだ、原告側の方針によるものである。<sup>5</sup> もっとも、Casey 判決は、大方の予想を裏切って、Roe 判決を正面からは覆さなかった。これは、オコナー、ケネディ、スターによって執筆された「共同意見」が、Roe の明示的な変更を主張したレーンキスト、ホワイ、スカーリア、トーマスの陣営とは一線を画し、Roe の「本質的判示」を再確認するとしたからである。なお、本判決には、オコナー、ケネディ、スターによる共同意見のほかに、ブラックマン、スティーヴンス、レーンキスト、スカーリアの各個別意見が付され、事件の票決は大変複雑なものとなっている。<sup>6</sup>

ところで、共同意見は、全部でVI部から構成されているが、Roe の本質的判示を再確認する第I部に続いて、第II部と第III部は、それぞれ、修正14条のデュー・プロセス条項上の「自由の利益」（実体的デュー・プロセス）を支える実質的根拠としての性平等と、先例拘束性の原理と最高裁の正統性に対する国民の受け入れに関する議論を展開し、共同意見を支える実質的論拠を提示しているものと見ることができる。また、第IV部と第V部は、それぞれ、「過度の負担（undue burden）」の基準と当該州法の各規定の合憲性について論じ、妊娠中絶に関する

4 Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490 (1989).

5 小竹聡「アメリカ合衆国における妊娠中絶法理の現在」憲法理論研究会編『法の支配の現代的課題』（敬文堂、2002年）、82～83頁、参照。

6 本件で争われた規定の合憲性について、その結論だけを示せば、夫への通知要件が違憲（5対4）とされた他は、医学上の緊急時における当該諸規定の適用除外（9対0）、24時間以上前のインフォームド・コンセント要件（7対2）、司法部による代替手続を伴う一方の親の同意要件（7対2）、記録保存と報告要件（8対1）がいずれも合憲と判断された。

新たな分析枠組を提示するものとなっている。<sup>7</sup>

## 2 Roe 判決との異同

それでは、Roe 判決の法理は、Casey 判決によってどのように捉え直されたのか。Roe は、まず、「基本的権利」としての「女性の、妊娠を終了させるか否かの決定」権を、先例によって承認されてきた憲法上のプライバシーの権利の内実をなすものとして承認した。<sup>8</sup> そして、州が有するとされる「妊婦の健康の保持および保護」と「人間生命の潜在性の保護」という二つの利益の各々が「やむにやまれぬ (compelling)」ものとなる時点を手がかりとして、<sup>9</sup> 当該権利の制約枠組としての三期間分析を導き出し、「第一トライメスターのおおよそ終了までの段階では、中絶の決定とその実施は、妊婦の主治医の医学的判断に委ねられなければならない」、「第一トライメスターのおおよそ終了から後の段階では、州は、母体の健康の利益を促進する上で、望むのであれば、母体の健康に合理的に関連するやり方で中絶処置を規制することが許される」、「母体外生存可能時から後の段階では、州は、人間生命の潜在性の利益を促進する上で、望むのであれば、適切な医学的判断により中絶が母体の生命または健康の保持のために必要である場合を除いて、中絶を規制し、しかも、禁止することさえ許される」とした。<sup>10</sup> これに対して、Casey においては、女性の妊娠中絶を行う権利を「基本的権利」と呼ぶことは、注意深く避けられ、従って、「やむにやまれぬ利益」テストは放棄され、中絶規制に対する合憲性判断基準として、新たに定式化し直された「過度の負担」テストが採用されている。<sup>11</sup> また、三期間分析については、その放棄が明言された<sup>12</sup> のみならず、人間生命の潜在性の保護の利益に関しても、例えば、「妊娠の当初から、……子となりうる胎児の生命を保護する正当な利益を州は有している」とされている。<sup>13</sup> こうして、共同意見は、本来の Roe とは相当に隔たった法理を、それにもかかわらず、Roe の名の下に「再確認」したものと考えら

7 なお、それぞれの部分の意義と課題については、小竹・前掲注 5、84～90頁、参照。また、共同意見を抄訳したものとして、小竹聡「妊娠中絶・母体保護」浅倉むつ子・角田由紀子編『比較判例ジェンダー法』（不磨書房、2007年）、218頁以下がある。

8 Roe, 410 U.S. at 153.

9 *Id.* at 162-63.

10 *Id.* at 164-65.

11 See Casey, 505 U.S. at 876-79.

12 See *id.* at 873 (「我々は、三期間枠組を退ける。それが Roe の本質的判示の一部であるとは考えない。」)。

13 *Id.* at 846.

れる。<sup>14</sup>

### 3 共同意見の中絶規制分析

ところで、共同意見は、妊娠中絶規制に対する新たな分析方法を採用し、胎児の母体外生存可能時の前後で判断枠組が異なる二段階分析と、文面上違憲の主張の基準についての新たなテストを打ち出した。即ち、共同意見は、母体外生存可能時に憲法上の線引きをし直し、三期間枠組に代え、母体外生存可能時に基づく二段階分析を採用して、当該州法の合憲性判断に臨んだのみならず、夫への通知要件を違憲とする際に、従来文面上違憲の主張の基準を黙示的に修正してこれを適用し、こうして、相対多数意見であるとはいえ、その時点での中絶規制の分析方法を確立した。<sup>15</sup>

まず、共同意見は、母体外生存可能時より前の中絶規制に関して、「特定の状況に関して例外が設けられるかどうかにかかわらず、州は、母体外生存可能時より前の妊娠を終了させるという最終的な決定をなすことを、いかなる女性に対しても禁止しえない」<sup>16</sup>のみならず、「ある法律の目的または効果が、胎児が母体外生存可能時に到達する前に中絶を求める女性の行く手に、実質的な障害を置くときには、過度の負担が存在し、それ故、その法律規定は無効である」<sup>17</sup>と判示し、こうして、「州の規制が母体外で生存可能でない胎児の中絶を求める女性の行く手に、実質的な障害を置く目的または効果を持つ」<sup>18</sup>かどうかを問う「過度の負担」基準を用いて、この判断を行うべきであるとした。他方、母体外生存可能時以降は、引き続き Roe の法理に従うべきことを明らかにし、「『母体外生存可能時から後は、州は、人間生命の潜在性の利益を促進する上で、望むのであれば、適切な医学的判断により中絶が母体の生命または健康の保持のために必要である場合を除いて、中絶を規制し、しかも、禁止することさえ許される』」<sup>19</sup>とした。

次いで、共同意見は、夫への通知要件を文面上違憲と判示する際に、当該規定は、中絶を求める大多数の女性にほとんどいかなる負担も課すものではなく、従っ

14 小竹聡「アメリカ合衆国における妊娠中絶をめぐる議論の一断面」浦田賢治編『立憲主義・民主主義・平和主義』（三省堂、2001年）、83頁以下、参照。

15 以下の叙述については、小竹聡「アメリカ合衆国における妊娠中絶をめぐる法と政治の現況」愛敬浩二・水島朝穂・諸根貞夫編『現代立憲主義の認識と実践』（日本評論社、2005年）、156～58頁、参照。

16 Casey, 505 U.S. at 879.

17 *Id.* at 878.

18 *Id.* at 877.

19 *Id.* at 879 (quoting *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 164-65 (1973)).

て、文面上違憲となるものではないとする被上訴人の主張を退け、「分析は、当該制定法が作用する1パーセントの女性で終わるのではなく、そこから始まる。……憲法上の検討を行う際に焦点を合わせるべきは、その法律が制約となっている集団であり、その法律と無関係な集団ではない」<sup>20</sup>とした。つまり、共同意見は、成功する文面上違憲の主張を仕掛けるためには、「その下で、法律が有効となる一そろいの状況も存在しないことを、文面上違憲を主張する者が立証しなければならない」<sup>21</sup>という従来判例において取られていた基準に代え、「[当該規定]が関係する事例の大部分で、[その規定が]中絶を受けるという女性の選択に対する実質的障害として作用するであろう」<sup>22</sup>ときには、過度の負担となり、文面上違憲となると判示した。

こうした共同意見による新たな中絶規制分析のうち、特に、文面上違憲の主張の基準をめぐる争点の帰趨は、中絶訴訟に及ぼす影響が極めて大きいものと考えられる。それは、第一に、中絶をめぐる訴訟は、立法闘争のアリーナとしての裁判という側面が強く、適用違憲の主張よりも文面上違憲の主張が標準であること、第二に、ほとんどどんな中絶規制も、いくつかの状況下では合憲的に適用されることができるので、Salerno判決のテストは、実際には、文面上違憲の主張を締め出すように機能しうることによる。しかも、文面上違憲の主張に関する基準の問題は、共同意見が例証しているように、「過度の負担」基準の適用の際にも、多大な影響を及ぼすものと考えられる。なぜならば、制定法の効果が、当該制定法のすべての潜在的な適用において、すべての女性に対する影響によって測定されるべきであるならば、効果は、ある種の女性たちには必然的により厳しくなくなり、その制定法は、文面上違憲の主張におそらく耐えるであろうが、効果が「当該制定法が作用する」集団に対する影響に基づいてのみ測定されるべきであるならば、効果は、おそらく、はるかにより実質的なものとなり、その制定法が支持されることは、より少なくなるであろうからである。こうして、この争点は、中絶文脈にとどまらず、今後の動向が極めて注目されるところとなっている。というのも、もし中絶規制立法に、文面上違憲の主張の異なった基準を正当化するような何か特別なものがあるのであれば、この2つの基準の使い分けは道理にかなうことになるのかもしれない<sup>23</sup>が、しかし、そうでないのであれば、Caseyは、

20 *Id.* at 894.

21 *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739, 745 (1987).

22 *Casey*, 505 U.S. at 895.

23 *See Herma Hill Kay and Martha S. West, Sex-Based Discrimination: Text, Cases and Materials* 521 (6th ed. 2006).

Salerno テストの実質的放棄を意味することになるはずだからである。

#### 4 その後の合衆国最高裁と中絶規制

ところで、Casey 判決以降、1990年代を通じて、合衆国最高裁判所は、純粹な中絶事件で裁量上訴を受理せず、あるいは、裁判所による匿名意見によって事案の処理を行い、共同意見を変更する意思がないことを示している。そこで、この間の最高裁の動向をまとめれば、次の4点となるであろう。<sup>24</sup> 即ち、第一に、中絶の犯罪化についてはこれを許容せず、他方、インフォームド・コンセント要件や24時間待機要件、あるいは、親への通知要件は、先例に従って、これを許容しているように思われること、<sup>25</sup> 第二に、文面上違憲の主張をめぐる Salerno テストと Casey で取られたアプローチとの対立については、引き続き、最高裁内部で議論の応酬が見られ、未だ決着がつけられていないこと、<sup>26</sup> 第三に、Armstrong<sup>27</sup> において、過度の負担基準の「目的の分枝 (prong)」の、発展可能性の萌芽が見られること、<sup>28</sup> そして、第四に、1997年度開廷期以降における「一部出生中絶 (partial birth abortion)」禁止法とのかかわり合い<sup>29</sup> である。そこで、次に、一部出生中絶の禁止について見ることにする。

24 詳しくは、小竹・前掲注15、158～61頁、参照（但し、第四点は除く）。

25 中絶の犯罪化につき、*see* *Ada v. Guam Society of Obstetricians and Gynecologists*, 506 U.S. 1011 (1992); *Oklahoma Coalition to Restrict Abortion, Inc. v. Feldman*, 506 U.S. 1071 (1993); *Edwards v. Jojournner T.*, 507 U.S. 972 (1993). インフォームド・コンセント要件、24時間待機要件につき、*see* *Barnes v. Moore*, 506 U.S. 1021 (1992). 親への通知要件につき、*see* *Lambert v. Wicklund*, 520 U.S. 292 (1997) (per curiam).

26 *See* *Ada*, *supra* note 25; *Fargo Women's Health Organization v. Schafer*, 507 U.S. 1013 (1993); *Janklow v. Planned Parenthood, Sioux Falls Clinic*, 517 U.S. 1174 (1996).

27 *See* *Mazurek v. Armstrong*, 520 U.S. 968 (1997) (per curiam).

28 「たとえ憲法上保護された中絶の権利を妨害するという効果を持つことなしに（本件では、中絶に対する『実質的障害』の証拠が不十分だったということは、争われていない）中絶の権利を妨害するという立法目的が、当該モンタナ州法を無効にすることができるという控訴裁判所の暗黙の前提の正しさを受け入れるとしても、本件では、無効とする立法目的を認定するいかなる根拠も存在しない」（強調は原文）。*Id.* at 972 (per curiam).

29 *See infra* note 33.

## II 「一部出生中絶」の禁止

### 1 争点化の経緯とその効果

一部出生中絶とは、医学用語ではなく、元々は、1992年9月に、オハイオ州の Martin Haskell 医師が全米中絶連盟 (National Abortion Federation) の医療セミナーで報告し、「拡張と牽引 (dilation and extraction)」(D & X) と命名した、後期中絶の方法である。Haskell 医師によれば、妊娠期間20週以降に用いられ、胎児を子宮からばらばらに取り除くのではなく、胎児の頭部が子宮頸口を出ることができるように胎児の頭蓋骨をつぶした後で、ほとんどそのままに取り除く方法であり、1993年7月に、Haskell 医師と、ロサンゼルス James McMahon 医師の行っている各々の処置が、その詳細は異なるものの、「そのままの D & E [拡張と排出] (intact D & E) [dilation and evacuation]」として専門誌に紹介されることとなった。これが、全米生命に対する権利委員会 (National Right to Life Committee) やフロリダ州選出の共和党下院議員、Charles T. Canady の注目するところとなり、この処置は「一部出生中絶」と名づけられ、1995年6月に、これを禁止する法案が下院に提出されるに至る。<sup>30</sup> もっとも、同法案は、上院で一部修正を受けた後も、母体の健康を維持するための例外規定を含んでおらず、1996年4月に、クリントン大統領が拒否権を行使し、これに対して、下院は拒否権を覆したものの上院は3分の2の多数でこれを乗り越えることができず、翌年、紆余曲折を経て改めて提出された同種法案が両院で可決された後にも、1997年10月に、クリントン大統領は拒否権を行使し、下院は拒否権を覆したものの上院はこれを覆すことができず、結局、同法案は不首尾に終わった。<sup>31</sup> もっとも、こうして、連邦法は挫折したものの、その間にも、30州に

30 See David J. Garrow, *Liberty and Sexuality: The Right to Privacy and the Making of Roe v. Wade* 719-20 (Updated with a New Epilogue, 1998); see also Ann MacLean Massie, *So-Called "Partial-Birth Abortion" Bans: Bad Medicine? Maybe. Bad Law? Definitely!*, 59 U. Pitt. L. Rev. 301, 313-15 (1998).

31 See Garrow, *supra* note 30, at 721-22, 727-28, 729-30, 730-32, 733; Rigel C. Oliveri, *Crossing the Line: The Political and Moral Battle Over Late-Term Abortion*, 10 Yale J.L. & Fem. 397, 398-402 (1998); Meredith R. Henderson, Note, *Stenberg v. Carhart: "Partial-Birth" Abortion Bans and the Supreme Court's Rejection of the "Methodical" Erasure of the Right to Abortion*, 79 N.C.L. Rev. 1127, 1133 n. 40 (2001). また、緒方房子『『部分出産中絶禁止法案』(1995, 1997)とアメリカのプロチョイス運動』『地域研究論集』2巻2号(1999年), 153頁以下、大津留(北川)智恵子『『ジェンダー・ギャップ』と連邦女性議員』久保文明・草野厚・大沢秀介編『現代アメリカ政治の変容』(勁草書房、1999年), 320~24頁も、参照。

において、同様の州法が成立したが、その多くは、裁判所においてその合憲性が争われ、執行停止に追い込まれている。<sup>32</sup> 合衆国最高裁判所も、1998年3月に、オハイオ州法をめぐる裁量上訴を退け、原審の違憲判断を維持した。<sup>33</sup>

ところで、この一部出生中絶禁止法案は、連邦議会が初めて特定の中絶方法を違法化するものであり、妊娠後期における特定の中絶技術の禁止を名目としながらも、規定の仕方によっては、胎児の母体外生存可能時以前の、ほとんどすべての中期中絶の禁止へとつながる可能性を持つものと考えられていた。<sup>34</sup> また、こうした立法過程における議論は、胎児に焦点を合わせることによって、中絶をめぐる論争の根本的な変化をもたらすことに成功し、とりわけ、世論に敏感にならざるを得ない立法者に、中絶選択の制限的な権利を支持するというアリバイを提供することとなったと言われている。<sup>35</sup> そして、ここにこそ、全中絶のうちのわずかな割合でしか用いられない処置の禁止を中絶反対派が執拗に求めるねらいがあったように思われる。<sup>36</sup> しかしながら、一部出生中絶の禁止は、無視できない短期的な立法上の成果はあったものの、中絶の全面禁止の達成にとってはほとんど

---

32 See Maureen L. Rurka, Comment, *The Vagueness of Partial-Birth Abortion Bans: Deconstruction or Destruction?*, 89 J. Crim. L. & Criminology 1233, 1233-34 (1999); Karen E. Walther, Comment, *Partial-Birth Abortion: Should Moral Judgment Prevail Over Medical Judgment?*, 31 Loy. U. Chi. L.J. 693, 707-08 (2000); see also Jean Reith Schroedel, Is the Fetus a Person?: A Comparison of Policies across the Fifty States 68-71 (2000); Garrow, *supra* note 30, at 722, 730, 733-35; John Gibeaut, *Strategic Adjustments: Abortion Opponents Focusing on Protection of the 'Partially Born'*, ABA J., Feb. 1999, at 26, 26-27. なお、これらの州法の多くは、連邦法案を模したものとされている。See Jill R. Radloff, Note, *Partial-Birth Infanticide: An Alternate Legal and Medical Route to Banning Partial-Birth Procedures*, 83 Minn. L. Rev. 1555, 1563 (1999).

33 See *Voinovich v. Women's Medical Professional Corporation*, 523 U.S. 1036 (1998), *denying cert. to Women's Medical Professional Corporation v. Voinovich*, 130 F. 3d 187 (6th Cir. 1997). 但し、裁量上訴の受理を主張するレーンクィスト、スカーリア同調のトーマス反対意見がある。See *Voinovich*, 523 U.S. at 1037-40 (Thomas, J., dissenting).

34 See Garrow, *supra* note 30, at 721.

35 See *id.* at 731, 732, 736; Kathryn Kolbert & Andrea Miller, *Legal Strategies for Abortion Rights in the Twenty-first Century*, in Rickie Solinger, ed., *Abortion Wars: A Half Century of Struggle, 1950-2000* 102 (1998).

36 この記述は、Mary Becker, Cynthia Grant Bowman, Morrison Torrey, *Feminist Jurisprudence: Taking Women Seriously*, Cases and Materials 542 (2nd ed. 2001) [Mary Becker, Cynthia Grant Bowman, Victoria F. Nourse, Kimberly A. Yuracko, *Feminist Jurisprudence: Taking Women Seriously*, Cases and Materials 451 (3d ed. 2007)] の設問 (see also Judith G. Greenberg, Martha L. Minow, Dorothy E. Roberts, *Women and the Law* 674 (3d ed. 2004)) に対する応答である。



ど長期的な促進をもたらさなかったと評されており、<sup>37</sup> その意味では、一部出生中絶の禁止をもって全中絶禁止の突破口にしたいとの中絶反対派の思惑は、決して実ることはなかったと言えるであろう。とはいえ、それでもこの問題が争点化されたことによって、選択支持派と中絶反対派は攻守所を変え、中絶反対派の草の根の運動の力も与かって、一部出生中絶の禁止は、国論を二分する政治的争点となってゆくのである。それでは、立法部はともかく、司法部においては、この問題は、どのような法理上の帰結をもたらしているのだろうか。

## 2 Carhart 判決

### (1) ネブラスカ州法

合衆国最高裁判所は、1999年度開廷期に、一部出生中絶を禁止する州法を正面から取り上げ、一つの判決を下した。それが、本件、Carhart 判決<sup>38</sup>である。事案は、1997年に制定されたネブラスカ州法に対して、同州のクリニック中絶医、Leroy Carhart が、当該州法の違憲の宣言と執行差止めを求めて出訴し、暫定的差止めが認められた後、一審、二審とも勝訴したところ、州側が上訴し、裁量上訴が受理されたというものである。<sup>39</sup> なお、クリントン政権下の合衆国も、被上訴人を支持する「裁判所の友」を提出し、当該制定法は、過度に広汎であること、漠然不明確であること、妊婦の健康を保持するための例外規定がないこと、という3点を理由に、当該制定法の一部出生中絶の禁止は違憲であるとの主張を

37 See Garrow, *supra* note 30, at 738. 中絶反対派からですら、例えば、「一般大衆は、一部出生が唯一の恐ろしい中絶処置であると今や考えている」(強調は原文)とか、「黙示的なメッセージは、他のすべての種類の中絶は同じく悪というわけではないということ」であり、「そのことが、この運動がしようと試みていることを掘り崩している。即ち、すべての中絶を禁止することである。以上終了」などとの非難を生んでいる。See *id.* (citations omitted); see also *id.* at 736.

38 Stenberg v. Carhart, 530 U.S. 914 (2000). 本判決については、青山豊「アボーションポリティクスの一側面—部分的出産中絶禁止法が提起する新たな臨界」『早大大学院社会科学研究所紀要』別冊10号(2002年), 45頁以下、根本猛「人工妊娠中絶論争の新局面—Stenberg v. Carhart, 532 U.S. 914 (2000)」静岡大学法政研究7巻2号(2002年), 1頁以下等、参照。

39 See Carhart v. Stenberg, 972 F. Supp. 507 (D. Neb. 1997) (granting preliminary injunction); 11 F. Supp. 2d 1099 (D. Neb. 1998); 192 F. 3d 1142 (8th Cir. 1999), *cert. granted in part*, 528 U.S. 1110 (2000). おそらくは第7巡回区控訴裁判所による同種州法に対する合憲判決 (see Hope Clinic v. Ryan, 195 F. 3d 857 (7th Cir. 1999) (en banc)) との齟齬の故に、裁量上訴が認められたものと思われる。See Janeen F. Berkowitz, Supreme Court Review, Stenberg v. Carhart: Women Retain Their Right to Choose, 91 J. Crim. L. & Criminology 337, 347 (2001); see also Carhart, 530 U.S. at 922–23.

行っている。<sup>40</sup>

さて、当該ネブラスカ州法は、「妊娠自体により惹起され、または妊娠自体に起因する生命を危険にさらすような身体的状況を含む、身体的疾患、身体的疾病または身体的障害により、その生命が危険にさらされている母体の生命を当該処置が救うために必要である場合を除くほか、本〔ネブラスカ〕州においては、いかなる一部出生中絶も行われてはならない」<sup>41</sup>（下線は引用者）と定めている。そして、ここに言う「一部出生中絶」を、「中絶を行う者が、生きている未出生の子を臍に部分的に分娩し（partially delivers）、その後で、その未出生の子を殺して分娩を完了する中絶の処置」<sup>42</sup>と定義し、さらに、「未出生の子を殺す前に、生きている未出生の子を臍に部分的に分娩する」とは、「処置を行う者が未出生の子を殺すであろうこと、および実際に殺すことを認識してそのような処置を行うという目的を持って、熟慮した上で、かつ意図的に、臍内に生きている未出生の子またはそのかなりの部分（a substantial portion thereof）を分娩すること」<sup>43</sup>（下線は引用者）と規定している。そして、同法は、当該制定法違反を、最高20年の刑期と、最高2万5千ドルの罰金を伴う「第三種重罪」に分類し、併せて、ネブラスカ州で開業する医師免許の自動的取消しを規定している。<sup>44</sup>

## (2) 判決の内容

本判決は、5対4の僅差で下され、同法を違憲と判示するスティーヴンス、オコナー、スーター、ギンズバーグ同調のブライヤーの法廷意見に、ギンズバーグ同調のスティーヴンス同意意見、オコナー同意意見、スティーヴンス同調のギンズバーグ同意意見が加わり、他方、レーンクィスト反対意見、スカーリア反対意見、レーンクィスト同調のケネディ反対意見、レーンクィスト、スカーリア同調のトーマス反対意見がこれに対峙するという構図となっている。こうして、本判決では、妊娠中絶規制の是非をめぐる、Casey判決以来の本格的な議論が繰り上げられている。

さて、ブライヤー法廷意見は、まず、RoeおよびCaseyを参照しつつ、「当法

40 See Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Respondent, *reprinted in* Landmark Briefs and Arguments of the Supreme Court of the United States: Constitutional Law, 1999 Term Supplement 232-66 (Gerald Gunther and Gerhard Casper, eds., 2001).

41 Neb. Rev. Stat. Ann. § 28-328(1) (Supp. 1999).

42 *Id.* § 28-326(9).

43 *Ibid.*

44 See *id.* §§ 28-328(2), 28-105 & *id.* § 28-328(4).

廷は、一世代の間、合衆国憲法は女性の選択の権利に基本的な保障を与えると判断し、さらにまた、再判断している。……我々は、それらの法的原則（legal principles）を再考するつもりはない。むしろ、我々は、それらの法的原則を本件事案の状況に適用する<sup>45</sup>と述べ、先例に従って本件事案を処理する姿勢を明確にしている。その上で、ブライヤーは、「ネブラスカ法は妊娠を中絶する方法を禁止しようとするので、我々は、いくつかの異なった中絶に関する処置を描写し、次いで、議論しなければならない<sup>46</sup>とし、中絶技法の詳細な描写を行っている<sup>47</sup>。

次に、法廷意見は、当該制定法は、第一に、母体の健康の保持のための例外規定を欠いていること、第二に、D & E中絶を選択する女性の能力に過度の負担を課し、それ故、中絶を選択する権利それ自体に過度に負担を課すこと、という

---

45 Carhart, 530 U.S. at 921.

46 *Id.* at 923.

47 その概要を示せば、以下の通りである。即ち、合衆国において行われるすべての中絶のほぼ90%を占める、妊娠の第一 trimester 期（妊娠期間12週より前）の支配的な中絶方法は、「真空吸引（vacuum aspiration）」であり、これは、真空の管（カニューレ）を子宮に挿入し、その内容物を排出するものである。すべての中絶のおおよそ10%を占める、妊娠の第二 trimester 期（12週から24週）に行われる中絶方法は、1970年代初頭には、食塩水を子宮に注入することによる陣痛の誘発が支配的な方法であったが、今日、最も一般的に用いられる処置は、「拡張と排出（dilation and evacuation）」（D & E）と呼ばれ、これは、妊娠13週以降に行われる子宮頸管を通る処置を総称して指す。D & Eには、変種があるが、その共通点は、(1)子宮頸管の拡張、(2)吸引でない器具を使った少なくともいくつかの胎児組織の除去、および、(3)（15週より後は）子宮からの排出を容易にするための、器具による胎児の関節離断や手足の切断または胎児の一部をつぶすことの潜在的必要性にかかわる。これに対して、「そのままのD & E（intact D & E）」と呼ばれる処置は、最も早い時期で16週より後に用いられる、D & Eの処置の一つの変種であり、子宮頸管の拡張の誘発で始まり、次いで、胎児を子宮から子宮頸管を通してそのまま（intact）、即ち、何度も通過するのではなく一度の通過で除去することにかかわる。そのままのD & Eは、胎位により、二つのうちの一つのやり方で進行する。胎児が頭を先に子宮口に現れる場合（頭位）には、医師は頭蓋骨をつぶし、それから胎児全体を子宮頸管を通して引き抜く。胎児が足を先に子宮口に現れる場合（臀位）には、医師は胎児の胴体を子宮頸管を通して引っ張り、頭蓋骨をつぶし、胎児を子宮頸管を通して引き抜く。臀位牽引型のそのままのD & Eは、通常、「拡張と牽引（dilation and extraction）」、即ち、D & Xとしても知られている。そのままのD & Eの処置には2つの型があり、第一のものは、胎位によって、そのままの胎児を引き抜くやり方を合わせることを医師に求める Carhart 医師によって用いられているやり方であり、第二のものは、Martin Haskell 医師と結びつけられる、すべての症例で臀位への転換を求めるそのままのD & E（=D & X）である。そのままのD & EとD & Xは、我々がそれらの用語を交換して使うほど十分に類似している。年間に行われるD & Xによる中絶数についての信頼できるデータは存在しない。推定値には、年間640から5,000までの幅がある。See *id.* at 923-29 (citations omitted).

「少なくとも二つの独立した理由から」<sup>48</sup> 違憲であるとし、それぞれについて、さらに、次のように判示する。即ち、第一の理由については、Casey を参照しながら、「母体外生存可能時後よりも、母体外生存可能時前に中絶を規制する州の利益の方がかなり弱い」<sup>49</sup> との認識に立って、「母体外生存可能時より後の中絶規制でさえも有効にするために、法は健康の例外を必要とするので、母体外生存可能時より前の規制に関しても、法は、最低限、同じことを要求する」<sup>50</sup> と判示し、そこから、妊娠それ自体が健康に対する脅威を引き起こす場合だけでなく、中絶方法の規制一般に際しても、「適切な医学的判断により中絶が母体の生命または健康の保持のために必要である場合」は、例外規定が必要であるとの要件を導き出す。<sup>51</sup> これに対して、州側は、健康例外の必要性がない限り、法は健康例外を必要としないとし、本件ではその必要はないと主張していた<sup>52</sup> が、ブライヤーは、事実審における関連する事実認定と証拠に照らして、「D & X を全く禁止する制定法は、重大な健康の危険を引き起こす。それ故、その制定法は健康例外を含んでいなければならない」<sup>53</sup> と結論づけている。その際に、ブライヤーが、「かなりの医学上の典拠 (substantial medical authority) が、特定の中絶方法を禁じることは女性の健康を危険にさらすことがあるとの命題を支持する場合には、Casey によって、当該処置が『適切な医学的判断により母体の生命または健康の保持のために必要』である場合は、当該制定法に健康例外が含まれることが必要とされる」<sup>54</sup> という新たな基準を提示していることが注目される。

また、第二の理由について、ブライヤーは、「ネブラスカ州は、当該制定法が D & X だけでなく、より一般的に使われる D & E の処置にも適用されるのであれば、『過度の負担』を課すことを否定しない」<sup>55</sup> とした上で、「どちらの処置も、依然として生きている胎児の『かなりの部分』の、子宮頸管を通した膣への導入にかかわることができ」、<sup>56</sup> 『『かなりの部分』という語を、州司法長官の表現である『胴体を頭部に至るまで (body up to the head)』に取り替えることは、合理

48 *Id.* at 930. なお、「少なくとも」という言い回しには、少なくとも、違憲となる他の理由が存在することが含意されているように思われるが、その真意は不明である。

49 *Id.*

50 *Id.*

51 *See id.* at 931.

52 *See id.*

53 *Id.* at 938.

54 *Id.* (quoting Casey, 505 U.S. at 879).

55 *Id.* (emphasis in original).

56 *Id.* at 940.

的でない<sup>57</sup>と結論づけている。以下では、主として、この法廷意見に即して、本判決を検討することとする。なお、各個別意見については、必要に応じて言及するにとどめる。

### (3) 検討

Carhart 判決に対しては、まず、全体として、1993年にホワイトの後任として、また、1994年にブラックマンの後任として、それぞれ最高裁入りしたギンズバーグ、ブライヤーの両裁判官の就任後、選択支持派にとって、当分の間は磐石だと思われていた中絶規制をめぐる事件の票決が、本判決において、5対4になったということ指摘しなければならない。これは、Roeの本質的判示の維持を明確に宣言したCasey判決の共同意見からケネディが離反したことによるが、その理由はともかくとして、ここに、Casey判決の共同意見の結束は、最終的に崩壊することとなった。しかしながら、そのケネディも含め、スティーヴンス、ギンズバーグ、ブライヤーの各裁判官が、相対多数意見に過ぎなかったCasey判決の共同意見の中絶規制分析の基本枠組として受け入れ、他方、スカーリアでさえも、ケネディ反対意見に対する牽制という意図は感じられるものの、その攻撃の矛先をもちやRoeではなく、Caseyに向け、「選挙によって選ばれていない法律家による政策問題についての5対4の投票が30の州議会の判断に打ち勝つべきでない<sup>58</sup>と信じる者は、Caseyの適用ではなく、その存在が問題なのである<sup>59</sup>」とし、「Caseyは覆されなければならない」と二度にわたって力説している<sup>60</sup>ように、本判決では、Casey判決の共同意見が、中絶規制をめぐる最高裁の判断枠組のベース・ラインとなっていることが注目される。なお、本件において決定票を握ったのは、オコナーであり、そのオコナーは、「D & Xの中絶方法だけを禁止し、かつ母親の生命および健康を保持するための例外規定を含む一部出生中絶の禁止は、私の見解では、合憲であろう<sup>61</sup>」と述べ、一部出生中絶の禁止一般について、それが合憲となる余地のあることを認めている。他方、反対意見の側では、トーマスが、一部出生中絶をめぐる州法の裁量上訴の不受理に対して反対意見を述べたことはあるものの、<sup>61</sup>中絶事件において、事実上、初めて自らの見解

57 *Id.* at 945.

58 *Id.* at 955 (Scalia, J., dissenting) (emphasis in original).

59 *See id.* at 955, 956 (Scalia, J., dissenting).

60 *Id.* at 951 (O'Connor, J., concurring).

61 *See Voinovich v. Women's Medical Professional Corporation*, 523 U.S. 1036, 1037-40 (Thomas, J., dissenting).

を表明し、「州は中絶を許容しうるとはいえ、合衆国憲法の中には、州がそうしななければならないと命じるものは何もない」<sup>62</sup>として、今や、スカーリアと並んで、Roeを初めとする最高裁の中絶判決を全面的に否認する立場を鮮明にしている。

それでは、個別の争点については、どのような意見の対立が見られたのか。まず、法廷意見の第二の理由に関連して、本制定法が禁止している処置は何か、即ち、D & Xだけか、それとも、頭位牽引型のそのままのD & Eや、さらには、D & Eも含むか、という問題がある。また、関連して、文言上、D & Xだけに限定することが可能であるとして、そうした解釈を取るべき理由は他にあるか、という問題も存在する。しかし、これらの論点は、主として、当該州法の文言をめぐる解釈問題を中心とするものであるので、本稿では、これ以上、立ち入らない。ただ、それでは、ネブラスカ州議会は、おそらくはそうできたにもかかわらず、何故、同法をD & Xだけに限定するような文言を用いようとはしなかったのだろうか。この点につき、トーマス反対意見は、法文が明確であることを前提に、中絶医による脱法行為を許さないためであるとしている<sup>63</sup>が、同法の立法史に照らすと、あえてD & Eにまで拡張される余地を残していたのではないかと示唆する<sup>64</sup>法廷意見の方が、説得力があるように思われる。なお、この点に関連して、同種事案における第7巡回区控訴裁判所ポズナー首席裁判官の言葉を引用して、「ある制定法が憲法上の権利に負担を課し、その法律のために言うことができるすべてのことが、その法律は、州議会議員がこれらの権利に対する敵意を表明するために選択している手段であるということであるとすれば、その負担は過度である」<sup>65</sup>と述べるギンズバーグ同意意見が、立法目的の審査を示唆するものとして注目される。

次に、問題となるのは、仮に、州側の主張するように、本法の適用がD & Xだけに限定されるとして、D & Xの禁止は、果たして過度の負担を課すことになるのかどうかということである。そして、この問題においてこそ、文面上違憲の主張のテストの適用が本来的に問われることとなるはずである。しかしながら、ブライヤーは、この論点について触れることはなく、ただ、D & Eの処置を選択で

62 Carhart, 530 U.S. at 980 (Thomas, J., dissenting) (emphasis in original).

63 See *id.* at 1001-03 (Thomas, J., dissenting).

64 See *id.* at 943.

65 *Id.* at 952 (Ginsburg, J., concurring) (quoting *Hope Clinic v. Ryan*, 195 F. 3d 857, 881 (7th Cir. 1999) (Posner, C.J., dissenting)).

きなくなることは、過度の負担を課すという旨の判示をしたに過ぎなかった。そうすると、ここで、何故、ブライヤーは、この問題を論じなかったのかということが問題となる。あるいは、トーマス反対意見が批判するように、<sup>66</sup> D & Xの禁止が過度の負担となることを論証することは、困難だったからなのであろうか。それとも、そうではなく、多くの女性が影響を受けるであろうD & Eを禁止しないことを明確にすれば、ブライヤーにとっては、さしあたっての問題はなくなり、D & Xの禁止の問題に触れなくてもすむとブライヤーは考えたからなのであろうか。しかし、そうだとすれば、そのことは、かえって、D & Xの禁止ができるかどうかという問題を浮き彫りにさせることになる。そこで、次に、そもそもD & Xを禁止することはできるのかという論点に移る。

実は、この点については、「法廷意見は、その議論を明確な言葉では採用しないが、直接的なやり方で拒絶することを拒むことによって、その暗黙の承認を示している」<sup>67</sup>と述べるケネディと、「たとえ黙示的に過ぎないとはいえ、この人間性を奪うような処置を禁止する正当な利益を州が持つことを、多数意見は認めていると私は理解する」<sup>68</sup>と述べるトーマスの間にあっても、法廷意見の理解は異なっている。この問題は、本件において州の主張する、未出生者の生命への配慮、医学界の規範の保持、嬰兒殺に対する障壁を立てること等の利益<sup>69</sup>の評価にもかかわるが、中絶を第3 trimesterまで認めるとする以上、スティーヴンスが述べるように、「妊娠のこの後期の段階で行われるこれらの二つの等しくぞっとする処置のいずれかが、他方よりもより嬰兒殺に近いとか、当該州は、一方を禁止するが他方は禁止しないことによって、正当な利益を促進するという考えは、まったく不合理である」<sup>70</sup>と言わざるを得ないのではなからうか。というのも、D & Xは、確かに、ケネディの指摘する通り、<sup>71</sup>「胎児を殺すために自然の分娩過程を使う」、自然の出産過程の「悪用」ないし「盗用」なのかもしれないが、後期中絶は、事実上、出産に近似し、残酷さの点では、D & XとD & Eの差は、程

66 See *id.* at 1013-20 (Thomas, J., dissenting).

67 *Id.* at 962 (Kennedy, J., dissenting).

68 *Id.* at 1007 n. 18 (Thomas, J., dissenting).

69 See Brief of Petitioners 48-49, *reprinted in* Landmark Briefs and Arguments of the Supreme Court of the United States: Constitutional Law, 1999 Term Supplement, *supra* note 40, at 143-44.

70 Carhart, 530 U.S. at 946-47 (Stevens, J., concurring).

71 See *id.* at 962-63; 964 (Kennedy, J., dissenting).

度問題に過ぎないように思われるからである。<sup>72</sup>

ところで、法廷意見は、当該制定法が違憲となる第一の理由として、同法には健康の例外規定が欠けていることを挙げているが、その論理は、既に述べたところである。そして、この推論は、一定の留保付きながら、オコナーによっても受け入れられている。<sup>73</sup> この健康例外の必要性という問題は、そもそも第三 trimestre の中絶規制ないし禁止にしか要求されていなかった健康例外を母体外生存可能時よりも前の中絶規制に拡張している点で、Roe への先祖返りというよりは、むしろ、合憲性のハードルを、Roe よりも強化するものであると言えるはずのものである。<sup>74</sup> しかも、この健康例外に対しては、Roe 判決以来、中絶反対派から強い批判がなされてきているところであり、中絶反対派からすれば、事実上、医師に拒否権を与えることによって、常に中絶が認められてしまうことになりかねず、また、嬰兒殺に近いと考えられているものよりも、母体の健康を優先するということになる点で、全く承服しかねるものであって、だからこそ、ネブラスカ州にとどまらず、各州議会は、この規定の導入に対して、一貫して消極的な態度を示しているのである。そうした点に鑑みると、「州によるいかなる中

72 *But see* Akhil Reed Amar, *The Supreme Court, 1999 Term—Foreword: The Document and the Doctrine*, 114 Harv. L. Rev. 26, 112–13 (2000) (一部出生中絶を禁止する当該制定法は、それ自身が、選択を保護しようとする一方で、惨劇に対する社会の感覚を表現しているものでもあったとし、こうした、共通の基盤を見つけるための努力を「まったく不合理である」として退けることは、政治的に鈍感で、道徳的に無神経であるとして、とりわけ、スティーヴンス、ギンズバーグ同意意見を激しく非難する); *see also* David M. Smolin, *Fourteenth Amendment Unenumerated Rights Jurisprudence: An Essay in Response to Stenberg v. Carhart*, 24 Harv. J.L. & Pub. Pol’y 815, 826–28 (2001) (スティーヴンス、ギンズバーグ両裁判官にとっては、明らかにぞっとするような、恐ろしい後期中絶の方法は、妊娠後期の選択的中絶を保護している先例を疑い、あるいは、そうした先例の射程を制限するいかなる理由も与えるものではなかったとし、真の不合理さは、人としての当然の嫌悪にもかかわらず、選択的な後期中絶を命ずる先例にあるのではないかとする)。

73 「母体外生存可能時より後の中絶の禁止でさえ健康例外がなければ無効となるのであろうから、母体外生存可能時の後よりも、母体外生存可能時より前に中絶を規制する州の利益の方が『かなり弱い』以上、ネブラスカ州による母体外生存可能時より前の一部出生中絶の禁止は、本件で示されている状況の下では、健康例外を同様に含んでいなければならない」。Carhart, 530 U.S. at 948 (O’Connor, J., concurring) (citation omitted)。

74 *See The Supreme Court, 1999 Term—Leading Cases*, 114 Harv. L. Rev. 179, 226 (2000) (「健康例外の必要性は、当該規制が母体外生存可能時の前または後の中絶に適用されるかどうかにかかわらず、州によるすべての中絶規制に対する独立の探究である。」); David D. Meyer, *Lochner Redeemed: Family Privacy After Troxel and Carhart*, 48 UCLA L. Rev. 1125, 1159 (2001) (「妊娠中のすべての時点で、中絶へのアクセスに対する州による制約は、母体の生命および健康の保持を例外としなければならない。」(強調は原文))。



絶規制に対しても多数意見が持つ敵意を何とか隠す、イチジクの葉<sup>75</sup>とトーマスが非難する健康例外を、妊娠期間を問わず、中絶方法の規制一般に拡張したことは、今後の判例の展開にとって、極めて重要な意義を持つように思われる。

最後に、ケネディの Casey 判決共同意見からの離反についても簡単に触れておくことにしよう。本判決で、ケネディが反対意見を投じた表向きの理由は、「州の政治過程は、未出生者の生命を促進するために、また、すべての人間生命やその潜在性に対する敬意を確保するために、法律を制定することを締め出されるべきではない」<sup>76</sup> というものである。そして、その際に、ケネディは、Casey の「中心的な前提は、中絶の主題に関する立法を行う上で、州が決定的に重要で、正当な役割を保持するということであった」<sup>77</sup> と弁明している。このケネディの見解は、同日に下された、緩衝地帯の設置等に関する Hill 事件<sup>78</sup> における同反対意見と併せて読まれるべきであるように思われる。ケネディにとっては、「……すべての現代の議論の中で最も基本的な道徳的、政治的争点の一つ、哲学および神学の深遠な概念に触れるある問題について、討論を始めることができないと述べることは、修正 1 条の驚くべき見解である」<sup>79</sup> のみならず、「州の憲法上の権限は、これらの重大で深刻な争点を市民が述べるための不可欠な手段である」<sup>80</sup> のであり、そこには、好意的に理解するならば、民主主義社会における討議のあり方との関連で妊娠中絶問題を捉える視点が見られるのかもしれない。なお、ケネディの共同意見 3 人組からの離脱は、文面上違憲の主張をめぐる論点につき、スーター同調のオコナー同意意見に加わらなかった 1993 年の *Fargo Women's Health Organization v. Schafer*<sup>81</sup> で既に示唆されていたところであり、その意味では、あながち想定範囲外ではなかったように思われる。

75 Carhart, 530 U.S. at 1013 (Thomas, J., dissenting).

76 *Id.* at 957 (Kennedy, J., dissenting).

77 *Id.* at 956-57 (Kennedy, J., dissenting).

78 Hill v. Colorado, 530 U.S. 703 (2000).

79 *Id.* at 768 (Kennedy, J., dissenting).

80 Carhart, 530 U.S. at 957 (Kennedy, J., dissenting).

81 See *supra* note 26.

### Ⅲ 2003年連邦法と合衆国最高裁判決

#### 1 背景

2000年の大統領選挙で、「思いやりのある保守主義（Compassionate Conservatism）」というスローガンを掲げて当選したジョージ・W・ブッシュは、就任後、直ちに、中絶選択を議論する海外の家族計画クリニックに対する資金給付を禁止する大統領命令に署名し、また、強硬な中絶反対派として知られていたジョン・アッシュクロフトを司法長官に指名するなど、支持基盤とする、いわゆる宗教右派に対する政治的メッセージを送るとともに、自らの拠って立つ価値観を明らかにした。<sup>82</sup> こうした政治的文脈の中で、2003年11月、連邦一部出生中絶禁止法が成立し、その合憲性が直ちに司法の場を舞台として争われることとなる。

#### 2 2003年連邦一部出生中絶禁止法

##### (1) 規定

さて、2003年連邦一部出生中絶禁止法<sup>83</sup> は、Carhart 判決後に制定されたことから、2つの点で、Carhart で違憲とされたネブラスカ州法と異なっている。第一に、連邦議会は、一定の詳細な事実認定を行い、とりわけ、連邦議会は、Carhart において連邦地裁裁判官によってなされた「非常に疑わしい」事実認定を受け入れることを義務づけられていないとし、一部出生中絶の非人間性を強調している。<sup>84</sup> 第二に、同法の文言がネブラスカ州法とは異なっており、関連する規定は、以下の通りとなっている。即ち、同法1531条は、「(a)……本項は、妊娠自体により惹起され、または妊娠自体に起因する生命を危険にさらすような身体的状況を含む、身体的疾患、身体的疾病または身体的障害により、その生命が危険にさらされている母体の生命を救うために必要である一部出生中絶には、適

82 ブッシュ政権下における妊娠中絶をめぐる状況については、緒方房子『アメリカの中絶問題—出口なき論争』（明石書店、2006年）第10、12章、砂田一郎『現代アメリカのリベラリズム—ADAとその政策的立場の変容』（有斐閣、2006年）第6章、久保文明・砂田一郎・松岡泰・森脇俊雅『アメリカ政治』（有斐閣、2006年）第11章（砂田一郎執筆）、河野博子『アメリカの原理主義』（集英社、2006年）、近藤健『アメリカの内なる文化戦争—なぜブッシュは再選されたか』（日本評論社、2005年）、堀内一史『分裂するアメリカ社会—その宗教と国民的統合をめぐる』（麗澤大学出版会、2005年）、蓮見博昭『宗教に揺れるアメリカ—民主政治の背後にあるもの』（日本評論社、2002年）第12章等、参照。

83 Partial-Birth Abortion Ban Act of 2003, 18 U.S.C. § 1531 (2000 ed., Supp. IV).

84 See Congressional Findings (1), (7), (8), in notes following 18 U.S.C. § 1531 (2000 ed., Supp. IV), p. 767, 768.

用されない。……(b)本条で用いられる(1)『一部出生中絶』という語は、中絶を行う者が、(A)部分的に分娩された生きている胎児を殺すであろうことを認識してそのような外的行為 (an overt act) を行うという目的を持って、熟慮した上で、かつ意図的に、頭位の場合は、胎児の頭部全体が母親の体の外にあるまで、または、臀位の場合は、臍を越えた胎児の胴体の一部が母親の体の外にあるまで、生きている胎児を膈に分娩し、かつ(B)分娩の完了以外の、部分的に分娩された生きている胎児を殺すという外的行為を行うこと、を意味し、……」<sup>85</sup> (下線は引用者) と規定している。同じく、健康の例外規定は欠いているが、「一部出生中絶」という語の定義がより具体的になっており、また、臀位牽引型のみならず頭位牽引型の「そのままのD & E」も明文で禁止している。

## (2) 下級審判決

この連邦法に対しては、カーハート他4名の医師が合衆国司法長官を相手取り、ネブラスカの連邦地方裁判所に提訴し、また、カリフォルニアとニュー・ヨークの連邦地裁にも同様の訴えが提起された。いずれの裁判所も、請求を認め、同法を違憲と判示するとともに、その執行を停止している。<sup>86</sup> また、控訴審段階では、第8巡回区および第9巡回区連邦控訴裁判所は、原審の判断を認容した<sup>87</sup> が、第2巡回区連邦控訴裁判所は、健康例外の欠如をもって違憲と判示したものの、後述する合衆国最高裁のAyotte判決<sup>88</sup> に鑑み、両当事者からの補充的な趣意書を待つ間、適切な救済手段についての判断を延期するとしている。<sup>89</sup> 従って、前二者についてのみ上訴がなされ、各々、裁量上訴が認められた。<sup>90</sup> なお、それぞれの判決内容について、その異同を論じることは、紙数の都合上、省略する。

85 18 U.S.C. § 1531 (2000 ed., Supp. IV).

86 See Carhart v. Ashcroft, 331 F. Supp. 2d 805 (D. Neb. 2004); Planned Parenthood Federation of America v. Ashcroft, 320 F. Supp. 2d 957 (N.D. Cal. 2004); National Abortion Federation v. Ashcroft, 330 F. Supp. 2d 436 (S.D.N.Y. 2004).

87 See Carhart v. Gonzales, 413 F.3d 791 (8th Cir. 2005); Planned Parenthood Federation of America v. Gonzales, 435 F.3d 1163 (9th Cir. 2006).

88 See *infra* note 91.

89 See National Abortion Federation v. Gonzales, 437 F.3d 278 (2nd Cir. 2006).

90 See Gonzales v. Carhart, 546 U.S. 1169 (2006) (granting writ of certiorari); Gonzales v. Planned Parenthood Federation of America, 547 U.S. \_\_\_, 126 S.Ct. 2901 (2006) (granting writ of certiorari).

### 3 Ayotte 判決とその含意

ところで、合衆国最高裁判所は、2006年1月、親の関与にかかわるニュー・ハンプシャー州法について、オコナーによる全員一致の判決で、救済手段の論点に絞って判断を下し、<sup>91</sup>「三つの相互に関連する原則が救済手段に対する我々のアプローチに満ちている」<sup>92</sup>として、第一に、「必要である以上に立法部の成果を無効にしないようにする」<sup>93</sup>こと、第二に、「当該州法を救おうと努めるときでさえも、『憲法上の要件を満たすために、州法を書き換えること』は慎む」<sup>94</sup>こと、そして、第三に、「救済手段についてのいかなる判決にとっても試金石となるのは、立法部の意図であ」<sup>95</sup>り、法律の適用または一部を違憲と認定した後に、「全く法律がないことよりも、その法律に残されているものを当該州議会が望んでいたか」<sup>96</sup>を問わねばならないこと、と判示した。この判決は、部分違憲の手法に道を開くものであり、効率と司法の節度に資するというメリットがあると考えられるが、他方で、法律を全体として違憲とすることを回避しようとするあまり、かえって違憲な規定の故意の制定をもたらす呼び水になってしまうのではないかの懸念も残る。<sup>97</sup> もっとも、連邦一部出生中絶禁止法の場合には、健康の例外規定を設けないという連邦議会の意図は明確であり、<sup>98</sup> また、Ayotte 自体が示唆する<sup>99</sup> 可分条項も欠いているので、この手法が用いられることは、ありえないものと思われる。

### 4 合衆国最高裁判所判決

本来ならば、本稿は、以上の展開を踏まえて、来るべき最高裁判決の予測を行い、今後の判例動向を展望することを予定していた。しかしながら、2007年4月18日に、合衆国最高裁判所は、5対4で、文面上、同法の合憲性を認める判決を

91 See *Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New England*, 546 U.S. 320 (2006).

92 *Id.* at 329.

93 *Id.*

94 *Id.* (quoting *Virginia v. American Booksellers Ass'n*, 484 U.S. 383, 397 (1988)).

95 *Id.* at 330.

96 *Id.*

97 See Note, *After Ayotte: The Need to Defend Abortion Rights with Renewed "Purpose"*, 119 Harv. L. Rev. 2552 (2006).

98 See *Planned Parenthood Federation of America v. Gonzales*, 435 F. 3d 1163, 1185-88 (9th Cir. 2006).

99 See *Ayotte*, 546 U.S. at 331; see also *Planned Parenthood Federation of America*, 435 F. 3d at 1189 n. 34.

下し、<sup>100</sup> この問題について一応の決着をつけた。そこで、最後に、本判決について、その特徴と思われる点を、箇条書き的に拾い上げ、簡潔に論評を加えることとしたい。<sup>101</sup>

さて、ケネディが執筆し、ロバーツ、スカーリア、トーマス、アリートが加わった法廷意見は、第一に、Casey 判決共同意見で述べられた諸原則をとりあえず前提とし、その基準を本件に適用するとしたこと、<sup>102</sup> 第二に、漠然性の主張および過度広汎性からする過度の負担を課すとの主張を退けたこと、<sup>103</sup> 第三に、過度の負担基準の適用場面を、本法がD & Eに及ぶとしたらどうかという局面とは別に、健康の例外規定が欠如している、そのままのD & Eの禁止という局面で考察していること、<sup>104</sup> 第四に、過度の負担基準の「目的の分枝」をきちんと考察し、連邦議会の目的が過度の負担を課すことにあるとの主張を退けていること、<sup>105</sup> 第五に、健康の例外規定の必要性は、本件では、当該禁止規定が女性に対して重大な健康の危険を引き起こすかどうかという事実問題で決するとしたこと、<sup>106</sup> 第六に、重大な健康の危険について、医学上の不確かさが存在することは、文面上違憲の攻撃において、同法が過度の負担を課すものではないと結論づける十分な根拠を与えるとしたこと、<sup>107</sup> 第七に、連邦議会の認定だけで、同法を支持することはしないとしたこと、<sup>108</sup> 第八に、Carhart で取られた、「かなりの医学上の典拠」の基準は、あまりにも厳しい基準であり、医療専門職を規制する立法部の権限に課すことはできないとしたこと、<sup>109</sup> そして、第九に、本件のような情下では、例外規定を考察する適切な手段は、適用違憲の主張（as-applied challenge）であるとし、これによって、文面上違憲の主張の基準の議論を回避することができるとしたこと、<sup>110</sup> といった点がその要点となるかと思う。結局、本判決は、Casey 以来の分析枠組を踏襲し、過度の負担基準についても、「効果の分枝」を適切に適用したのみならず、「目的の分枝」の審査を初めて行ったものの、健康の例外

---

100 See *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. \_\_\_, 127 S.Ct. 1610 (2007).

101 なお、本判決については、別稿を予定している。

102 See *Gonzales v. Carhart*, 127 S.Ct. at 1626-27.

103 See *id.* at 1627-32.

104 See *id.* at 1632-38.

105 See *id.* at 1632-35.

106 See *id.* at 1635-37.

107 See *id.* at 1637.

108 See *id.* at 1637-38.

109 See *id.* at 1638.

110 See *id.* at 1638-39.

規定の欠如の合憲性を判断する際に、そのままのD & Eの禁止が常に健康の危険を女性に課すかどうかは医学上の不確かさがあるとし、また、そもそも、「かなりの医学上の典拠」の基準の設定自体を認めず、そのことが、Carhartと結論を分かち理由となっている。従って、こうした法廷意見が、健康例外の必要性の有無を事案ごとに判断することを認めることによって、ギンズバーグ反対意見も危惧するように、「女性の健康を危険にさらし、医師を耐えることができない立場に置く」<sup>111</sup>だけでなく、健康例外の要件化の設定そのものにまで影響を及ぼし、事実上、Carhart以前の水準に戻ることをもたらすのかどうか今後の焦点となるように思われる。なお、法廷意見を構成した5人の裁判官のうち、「CaseyおよびRoe v. Wade……を含む、当法廷の中絶判例は、合衆国憲法に何の根拠も持たない」<sup>112</sup>と述べるトーマス同意意見に同調したのは、スカーリアだけであり、とりあえず現時点では、この領域における判例の流動化の兆しは、直ちには生じていないということも、指摘することができるであろう。

### おわりに

本稿は、アメリカ合衆国における妊娠中絶をめぐる法理の展開を、Casey判決の共同意見で打ち出された判断枠組を中心に考察し、その後の一部出生中絶の禁止をめぐる判決を検討することによって、この判断枠組が現在においても、基本的には踏襲されているということを見てきた。しかしながら、巷間、カトリック・コートと呼ばれもする<sup>113</sup>ジョン・ロバーツ率いる新生合衆国裁判所にあっても、いつ裁判官の交代があってもおかしくはなく、そのときには、中絶法理の行方にも多大な影響が生じるかもしれない。これからも、合衆国における妊娠中絶をめぐる法理は、現実政治との緊張関係をはらみながら、展開してゆくものと思われる。

111 *Id.* at 1652 (Ginsburg, J., dissenting).

112 *Id.* at 1639 (Thomas, J., concurring).

113 合衆国最高裁判所の現在の裁判官のうち、過半数の5名、即ち、ロバーツ、スカーリア、ケネディ、トーマス、アリートが、カトリックである。