

# 一部誕生した胎児の墮胎を禁止する 連邦法の合憲性と墮胎法理にみる先例の役割

Gonzales v. Carhart, 127 S.Ct. 1610 (2007) の合憲性

大 島 佳代子

## はじめに

2007年4月10日、連邦最高裁は、ゴンザレス対カーハート<sup>1</sup>事件（以下、ゴンザレス事件または判決）において、一部誕生した胎児の墮胎を禁止する連邦法<sup>2</sup>の合憲性につき、初めて自身の判断を下した。つまり、本件で、連邦議会が特定の墮胎方法を初めて禁止した法律の合憲性が争われたのである。

合衆国においては、連邦最高裁がロー判決<sup>3</sup>で墮胎の権利を連邦憲法上の基本的権利であることを認めて以来、それは直ちに政治的論争へと発展し、ロー判決に反対する立場はさまざまな主張<sup>4</sup>を行って同判決を覆す努力を試みてきた。共和党選出の大統領は保守派の裁判官を任命したり、<sup>5</sup>同党支配下の連邦議会も墮胎に対する医療費補助を承認しないなどの消極的な態度を示してきた。<sup>6</sup> 他方、州レベルでも、墮胎に際し様々な条件を課す州法が制定され、その合憲性が争われ

1 127 S.Ct. 1610 (2007). 本件は、Gonzales v. Carhart と Gonzales v. Planned Parenthood Federation of America のふたつの事件が併合審理されたものである。

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

3 Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

4 ロー判決に対する標準的な批判として、John Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 YALE L.J. 920 (1973); Richard Epstein, *Substantive Due Process by Any Other Name: The Abortion Cases*, 1973 SUP. CT. REV. 159 (1973); Richard Morgan, *Roe v. Wade and the Lesson of the Pre-Roe Case Law*, 77 MICH. L. REV. 1724 (1977).

5 ロー判決において墮胎の権利を認める法廷意見に賛同したバーガー、マーシャル裁判官に替わって、いわゆる保守派のスカリア（1986年）、トーマス（1991年）裁判官が任命された。

6 1976年以来、いわゆるハイド修正と呼ばれる規定によって、母親の生命の保護や一定の例外的状況下で必要とされる墮胎に対する連邦の財政的な補助が制限されてきた。See J.CHOPER, R. FALLON, JR., Y. KAMISAR & S. SHIFFRIN, *LEADING CASES IN CONSTITUTIONAL LAW*, 217 (2008 ed.).

てきた。<sup>7</sup> その過程でロー判決の先例としての立場は危うくなり、明示的に覆されるべきだと主張もなされるなか、<sup>8</sup> 多くの予想に反し、<sup>9</sup> 1992年に連邦最高裁はケーシー判決<sup>10</sup> において、先例拘束の原則に基づいてロー判決を維持したのである。そして、2000年にはステンバーグ判決<sup>11</sup> において、母親の生命を救うために必要な場合を除き「一部誕生した胎児の墮胎 (partial birth abortion)」を禁止したネブラスカ州法を違憲と判示した。このような中、本稿で紹介するゴンザレス判決では「一部誕生した胎児の墮胎」を禁止する連邦法の合憲性が問題とされ、連邦最高裁は合憲と判示した。

そこで、本評釈では、まずステンバーグ判決と本判決でなぜ結論が違ったのかについて述べ、次にケーシー・ステンバーグ・ゴンザレス判決の各法廷意見が憲法判断を行う際に依拠した基準を明らかにする。その上で、墮胎をめぐる判例法上、ケーシー判決をいかに位置づけるかという論点と関連し、「先例をスタンダードとして理解する」ダニエル・ファーバー教授<sup>12</sup> の主張<sup>13</sup> を紹介しながら、墮胎法理にみる先例の役割について若干の考察を試みる。

- 
- 7 Planned Parenthood v. Danforth, 428 U.S. 52 (1976), Akron v. Akron Center for Reproductive Health, 462 U.S. 416 (1983) (墮胎費用を高額にし病院で施術を受けるよう規定した州法を無効とした); Colautti v. Franklin, 439 U.S. 379 (1979) (施術の前に医師に胎児の生育可能性の判断を求める州法を無効とした); Maher v. Roe, 432 U.S. 464 (1977), Harris v. McRae, 448 U.S. 297 (1980) (出産費用を支出することがあっても、連邦政府には墮胎を援助する積極的義務はないとした); Planned Parenthood Association v. Ashcroft, 462 U.S. 476 (1983) (未成年の墮胎について親の同意か裁判所の承認を求める州法を支持した); Webster v. Reproductive Health Service, 492 U.S. 490 (1989) (妊娠20週を過ぎた墮胎の施術前に胎児の生育可能性の判断を医師に求めた州法が支持された)。
- 8 スカリア裁判官はウェブスター判決においてロー判決は覆されるべきだと明言している (Webster, 492 U.S. at 532-537 (1989))。また、レーンクイスト裁判官の先例拘束性の原則に対する見解として、Earl Maltz, *No Rules in a Knife Fight: Chief Justice Rehnquist and the Doctrine of Stare Decisis*, 25 Rutgers L.J. 669 (1994) を参照。
- 9 Michael Gerhardt, *The Pressure of Precedent: A Critique of the Conservative Approaches to Stare Decisis in Abortion Cases*, 10 Const. Comm. 67 (1993)。
- 10 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992)。
- 11 Stenberg v. Carhart, 530 U.S. 914 (2000)。
- 12 本稿執筆の契機となったファーバー教授 (Daniel A. Farber, Sho Sato Professor of Law, University of California, Berkeley) との出会いは、筆者が2006年8月から1年間カリフォルニア大学バークレー校で在外研究の機会を得たことに遡る。本稿を滞在中のご厚意に対する感謝に代えたいと思う。
- 13 Daniel Farber, *The Role of Precedent in the Evolution of American Abortion Law* (『21世紀の家族と法 (小野幸二教授古稀記念論集)』(法学書院、2007年) 964-988頁)。  
なお、本論文の翻訳も同書に所収されている (辻雄一郎「アメリカ墮胎法の発展における先例の役割」同書750-773頁)。

## I 事実の概要

### 1. 本件事実の経緯

本件で問題となった「一部誕生した胎児の墮胎を禁止する連邦法」が禁じる行為は、母親の生命を守るために必要な場合を除いて、医師が故意に「一部誕生した胎児の墮胎」を行うことである。<sup>14</sup>「一部誕生した胎児の墮胎」とは、通常分娩の場合には胎児の頭部を完全に母親の身体の外に出した後に、逆子の場合には胎児の胴の部分が臍を過ぎて母親の身体の外に出されるまで産道から母体外に取り出した後に、胎児を殺す行為—通常、それは、胎児の頭蓋骨後部に穴をあけ脳髄を排出する行為<sup>15</sup>—をいう。<sup>16</sup>

次に述べるような経緯を経て本法が成立されると、直ちにその執行の停止を求めて、いくつかの訴訟が提起された。ネブラスカの連邦地裁に提訴されたケース<sup>17</sup>においては、連邦地裁は、本連邦法が母親の健康のために必要な墮胎を認めていないこと、<sup>18</sup>無傷のD & E (dilation and evacuation) だけでなく第2期の墮胎方法として標準的なD & Eをも禁止しうること<sup>19</sup>を理由に本法を違憲とし、その執行停止を命じた。<sup>20</sup> その控訴審において、第8巡回区控訴裁判所は、母親の健康を理由とする例外を認めていないことを根拠に、本法を無効と判断した。<sup>21</sup> カリフォルニアの連邦地裁に提訴されたケースにおいては、本法が第2期に墮胎を行う女性に対して過度な負担を課すこと、禁止事項が漠然としていること、健康のための墮胎を認めていないことを理由に違憲とし、<sup>22</sup>執行の停止を命じた。<sup>23</sup> 第9巡回区控訴裁判所は、かかる原判決を支持した。<sup>24</sup> 本件は、これらのふたつの事件に、裁量上訴が認められたものである。

14 18 U.S.C. § 1531 (a).

15 See Congressional Findings (1), *in* notes following 18 U.S.C. § 1531 (2000 ed., Supp. IV), p. 767.

16 18 U.S.C. § 1531 (b)(1)(A).

17 *Carhart v. Ashcroft*, 331 F. Supp. 2d 805 (D. Neb. 2004).

18 *Id.* at 1004-1030.

19 *Id.* at 1030-1037.

20 *Id.* at 1048.

21 *Carhart v. Gonzales*, 413 F. 3d 791, 803-804 (8th Cir. 2005).

22 *Planned Parenthood Federation of America v. Ashcroft*, 320 F. Supp. 2d 957, 1034-1035 (N.D. Cal. 2004).

23 *Id.* at 1035.

24 *Planned Parenthood Federation of America v. Gonzales*, 435 F. 3d 3d 1163, 1173, 1175-1176, 1180-1181, 1184-1191 (9th Cir. 2006).

## 2. 本法制定に至る背景<sup>25</sup>

合衆国では毎年約130万件の墮胎が行われているが、そのうちの85～90%がいわゆる第1期（妊娠3ヶ月以内）になされている。この時期の最も一般的な墮胎方法が真空吸引法（いわゆる搔爬）であり、他の選択肢として薬物投与もあるが、本件で問題となっている連邦法は、これらの処置を禁止するものではない。

第1期について、第2期の墮胎が多く行われているが、第2期で通常行われている処置法が、拡張排出（dilation and evacuation）とかD & Eといわれる方法である。D & Eの一般的な手順は以下のとおりである。すなわち、医師はまず、胎児を子宮から排出するために、子宮内に施術用器具を挿入するのだが、それら进行操作する必要から少なくとも子宮頸部を拡張し、十分な拡張がみられた後、外科的な処置が開始される。その際に、医師は、胎児をつかむために子宮内に鉗子を挿入し、胎児の一部をそれをつかんで、子宮頸部から産道へと胎児を引き出す。その際、子宮頸部で抵抗があっても引き出し続けることによって、胎児が母体の外に引き出されたときにはバラバラに引き裂かれていることもある。医師は胎児を完全に排出するために、ときに鉗子で10～15回引き抜く行為を繰り返す。

これに対し、「無傷のD & E（intact D&E）」と称される方法がある。D & Eとの大きな違いは、医師がわずか数回の引き抜き行為で、胎児の体をほとんど損傷することなく子宮から摘出することにある。この方法は、医師が胎児をバラバラにする代わりに、胎児の身体を完全に引き抜くことに貢献するやり方で、胎児を摘出することになる。1992年に、ハスケル（Martin Haskell）医師がこの手術方法を説明する発表を行ったことによって、この方法は世間に悪名を馳せることになった。それによれば、彼が実際に妊娠26週の胎児に行った「無傷のD & E」は、以下のようなものであった。すなわち、同医師は、子宮に鉗子を挿入し、胎児の足をつかんで産道へ引っ張り出し、その後、胎児の身体と腕など、頭以外のすべてを母体の外へ取り出した。ただ、頭部は子宮の中に残されたままであった。取り出された胎児の小さい指や小さな足は動いていたが、その後、同医師は、胎児の後頭部に鉗を入れて穴を開け、そこへハイパワー吸引管を挿入し、その内部を吸い出し、グニャグニャになった胎児の臍の緒を切り胎盤を引き出して、一連の処置を終了した。

このような手法が世間の注目を浴びた後、一部誕生した胎児の墮胎を禁ずる州法の制定が激増し、2000年までに約30州がそのような処置を禁止していた。また、1996と1997年には、連邦議会も「一部誕生した胎児の墮胎を禁止する法案」を可

25 Gonzales, 127 S.Ct. at 1620-1624.

決したが、クリントン大統領が拒否権を行使して廃案とした。本件で問題となった連邦法は、2003年に連邦議会が法案を通過させ、同年11月5日ジョージ・W・ブッシュ大統領が署名し、翌日発効したものである。

## II 本判決の概要（5対4で合憲）

### 1. 法廷意見（ケネディ執筆、ロバーツ、スカリア、トーマス、アリトー同調）

法廷意見は、(1)本連邦法が漠然故に無効である、(2)第2期の墮胎に対する本法の規制が過度に広汎であり「過度な負担」を課すが故に無効である、(3)本法は、胎児が母胎を離れて生育可能となる（以下、独立生育可能と略）前の段階での墮胎を望む女性に対して過度な負担を課すが故に無効であるであるという被上訴人による文面上違憲の主張と、(4)本連邦法の適用違憲の可能性について、以下のよう

に判示した。

すなわち、(1)の主張に対しては、本法が刑事責任を問われる行為と合法的な墮胎行為の違いを明確にしていること、医師が禁止された行為を行うという故意を予め有していることが責任要件とされていることを理由に、当該主張を退けた。<sup>26</sup> (2)については、本法はステンバーグ判決で問題となったネブラスカ州法とは異なり、解剖学的な一定の目安<sup>27</sup>まで生きている胎児を母体外に引き出した後で殺す行為のみを禁じているのであって、最も一般的なD&Eは許されることから、過度に広汎とはいえないとした。<sup>28</sup> (3)については、まず、本法が、上記のような女性に対して過度な負担を課す「目的」を持つものかどうかを判断している。そして、人の生命の尊厳に対する尊重、医師の職業規範や職業倫理の保護、後から悔やむことになるかもしれない道徳的な痛みを伴う決定を女性にさせないようにするといったことは正当な政府の利益であることは先例も認めるところであり、更に、本法は「無傷のD&E」のみを禁止するものであるから、過度な負担を課す目的をもつものではないとした。<sup>29</sup> 次に、本法が母体の健康を理由とする適用除外規定を欠いていることが過度な負担を強いる「効果」をもつか否かにつき、本法で禁止された処置法が医学的に必要かどうかについては記録上医学的な見解が一致していないことを理由に、このような医学的な不確実さによって、本法の文

26 *Id.* at 1627-1629.

27 つまり、通常分娩の場合には胎児の頭部を完全に母親の身体の外に出すこと、逆子の場合には胎児の胴の部分が臍を過ぎるまでを指す。See *supra* note 16.

28 Gonzales, at 1629-1632.

29 *Id.* at 1632-1635.

面上違憲の主張は成功し得ないと判示した。<sup>30</sup> 最後に、(4)の適用違憲の可能性について、法廷意見は、そもそも健康を理由とする例外規定の欠如の合憲性（上記(3)の「効果」での主張）は適用違憲で争うことが妥当であるとするが、この点につき、文面違憲を争う被上訴人がその主張をしていないし、本法が多くの個別事例との関連で違憲であることの立証もしていないので、未解決のまま残されていると述べた。<sup>31</sup>

## 2. 反対意見（ギンズバーグ執筆、スティーヴンス、スーター、ブライヤー同調）

これに対し、反対意見は、本連邦法は過度な負担を強いるものであって違憲であると判示した。反対意見は、まず、ケーシー判決が、独立生育可能となった後でさえも女性の健康は守られなくてはならないと明白に説示し、<sup>32</sup> その後、ロー判決およびケーシー判決という一連の先例に従ったステンバーグ判決が、女性の健康維持のための例外規定を欠くネブラスカ州法を違憲と判示したことを確認する。<sup>33</sup> その上で、本件法廷意見が、ケーシー判決が明確にした胎児の生育可能前と後の墮胎という区別を曖昧にし、<sup>34</sup> 更に、ロー判決以後初めて、女性の健康を保護するための例外規定を欠く墮胎を容認したと批判する。<sup>35</sup> 先例に従えば、州は妊娠それ自体が招く健康上の危険だけでなく、より安全でない墮胎方法を強いることによって招来される母親の健康上の危険も回避しなくてはならない。<sup>36</sup> 従って、「無傷のD & E」の安全性について一致した医学上の見解がないことは、それが危険でないことを意味するものではないから、健康を理由とする例外規定が必要とされ、それを欠く本法は違憲であるとした。<sup>37</sup> また、一部誕生した胎児の墮胎が医学的には決して必要性のない手法であるとのコンセンサスが医学界にはあること、それが他の墮胎方法よりも安全だという証拠がないといった、本法制定過程における連邦議会の立法事実の認定は間違っていると、連邦地裁判決を引用しながら反論している。<sup>38</sup> 更に、法廷意見が示した本法の正当化理由も根拠が

30 *Id.* at 1635-1638.

31 *Id.* at 1638-1639.

32 *Id.* at 1681-1682.

33 *Id.* at 1640-1641.

34 「胎児が子宮の中にいる間は生命体（a living organism）であるから、本法を胎児が母胎を離れて生育可能となる前後を問わずに適用する」とした連邦議会の認定を法廷意見が支持したことで、生育可能前後の区別を曖昧にしたと、反対意見は批判している（*Id.* at 1650）。

35 *Id.* at 1641.

36 *Id.* at 1642.

37 *Id.* at 1642-1643.

38 *Id.* at 1643-1646.



薄弱であると主張する。すなわち、通常のD&Eも「無傷のD&E」も同程度に残酷なのに、一方を禁じることがなぜ正当な政府の利益を促進することになるのか、なぜ「無傷のD&E」だけが嬰兒殺類似行為とみなされるのか、また、無傷で母体外に引き出すことが非難されるためにはそれ相応の根拠が必要とされるが、法廷意見は胎児がバラバラにされていない赤ん坊と同じだからだとしか述べていない。<sup>39</sup> 同様に、墮胎を選択した女性は後悔し落ち込んだり尊敬を失ったりするというのは反墮胎派の陳腐な決まり文句にしか過ぎないと述べ、法廷意見が倫理的要素に配慮していることも批判している。<sup>40</sup>

### Ⅲ なぜ合憲判決が下されたか

#### 1. ステンバーグ判決

ステンバーグ判決では「一部誕生した胎児の墮胎」を禁ずるネブラスカ州法の合憲性が問題となった。同法は、母体の生命を救うために必要な場合を除いて、すべての「一部誕生した胎児の墮胎」を禁じているが、それは「生きている胎児の一部を産道から母体の外へと引き出してから殺す行為」<sup>41</sup>と定義され、更に、母体の外へ引き出す行為とは「胎児の生命を奪うかまたは奪うことになるかも知れないことを知りながら、このような処置を行うことを目的として、故意に、生きている胎児またはその実質的な一部分（substantial portion）を引き出す行為」<sup>42</sup>を意味すると定められていた。連邦最高裁は、この州法を違憲と判断した。

法廷意見<sup>43</sup>は、まず結論を下すために、3つの確立した原理（three established principles）があると述べた。<sup>44</sup> すなわち、①独立生育可能前の段階では、女性は妊娠を終了させる権利を有すること、<sup>45</sup> ②胎児の生命に関わる州の利益を促進することを目的とする法が、独立生育可能前の段階での女性の決定に過度な負担を課すときには違憲となること、<sup>46</sup> ③独立生育可能後には、州は、潜在的な人間の生命を保護するという利益を増進するために、適切な医学的判断の下で墮

39 *Id.* at 1646-1647.

40 *Id.* at 1647-1649.

41 Neb. Rev. Stat. Ann. § 28-326(9).

42 *Id.*

43 本法廷意見はブライヤーが執筆し、スティーヴンス、オコナー、スーター、ギンズバーグが同調した。

44 Stenberg, 530 U.S. at 921.

45 Casey, 505 U.S. at 870.

46 *Id.* at 877.

胎が母体の生命または健康の保護に必要とされる場合を除いて、それを規制または禁止することができること<sup>47</sup>である。なお、これらの原理は、ケーシー判決の共同意見<sup>48</sup>によって示されたものである。

その上で、問題となっているネブラスカ州法が、母体の健康を守るための適用除外規定を欠いていること、第2期の墮胎方法としてもっとも一般的なD&Eが本法の下で禁止され得ることが墮胎を望む女性に過度の負担を課すものであるとし、違憲と結論づけた。<sup>49</sup>

## 2. ステンバーグ判決と本件ゴンザレス判決の相違

これら両ケースでは、いずれも「一部誕生した胎児の墮胎」の禁止の合憲性が問題となった。しかし、ステンバーグでは違憲判決が出されたにもかかわらず、本判決では、なぜ合憲判断となったのであろうか。

ステンバーグ判決は、ケーシー判決の法廷意見が確認したロー判決の核心部分（後掲表参照）に従い、独立生育可能後の規制にさえ健康を理由とする例外規定が必要とされるのであるから、独立生育可能前の規制に対しても同じく例外規定が要求されるにもかかわらず、ネブラスカ州法はかかる例外規定を欠いているので違憲であると判示した。<sup>50</sup> これに対し、本判決では、健康を理由とする例外規定の欠如の問題は適用違憲の主張として争うことが妥当であるとし、実質的には判断をしていない。

更に、法律の規定の仕方にも違いがある。ステンバーグ事件においては、「一部誕生した」ことの定義と関連して、ネブラスカ州の司法長官が「胎児の実質的な一部分」を明確にできず、そのことが墮胎を望む女性に対して「過度な負担」を課すものと判断された。このことを受け、本件で問題となった連邦法は、「通常分娩の場合には胎児の頭部を完全に母親の身体の外に出すまで、逆子の場合には胎児の胴の部分が臍を過ぎて母親の身体の外に出されるまで」と詳細に規定していた。それ故、規定の漠然性や過度な広汎性に基づく文面違憲の主張が、いずれも退けられている。

仮に、本件において、ステンバーグ判決が示した3基準（後掲表①②③）を適用して実質的な合憲性の判断がなされたならば、違憲とされる余地があったよう

47 *Id.* at 879 (*quoting* Roe, 410 U.S. at 164-165).

48 オコナー、ケネディ、スーターら3裁判官による共同意見である。

49 Stenberg, 530 U.S. at 930.

50 *Id.* at 930. しかし他方で、憲法判断の基準としてはケーシー判決の共同意見の示した「原理」を採用している。



に思われる。しかしながら、本件法廷意見は、本判決を下すための従うべき原理 (principles) として、ステンバーグ判決が提示した基準とは異なる 3 基準 (後掲表 (i) (ii) (iii)) を確認している。

加えて、ステンバーグ判決が示した③の基準と関連して、「適切な医学的判断の下で」必要とされる墮胎という文言の解釈にも、大きな違いがみられた。ステンバーグ判決は、それが絶対的な必要性や絶対的な証明を指すものでもなく、医学的な見解の一致を要求するものでもないとする。<sup>51</sup> そして、「適切な医学的判断」という文言は、信頼しうるさまざまな医学的判断に対して裁判所が寛容であることを表わすものであるとする。<sup>52</sup> 医学的な見解が一致しないからこそ、健康を理由とする例外規定が必要とされ、それを欠くネブラスカ州法が違憲だという結論に至ったものと思われる。<sup>53</sup> これに対し、本判決では、無傷の D & E を禁ずることが深刻な健康上の危険を招来するか否かについて医学的な一致がみられず、当該禁止規定の法的効力が問題とされるが、このような場合に、これまでの先例は州や連邦の立法府に広範な裁量を認めてきたと述べ、本法が過度な負担を強いるものではないと結論づけた。<sup>54</sup>

また、ステンバーグ判決は、女性の「健康」を守るという要件は、妊娠自体が健康への脅威となる場合だけでなく、州の規制によってより危険な墮胎方法を余儀なくされる場合も含むと解し違憲判断を行ったが、<sup>55</sup> 本判決は、本連邦法が禁止するのはあくまでも「無傷の D & E」という非常に限定された一墮胎方法にすぎず、他の方法を禁じているわけではないことを理由に合憲判断を下している。<sup>56</sup>

このような本件法廷意見の主張に対しては、既述のように、本件反対意見から批判がなされているところであるが、反対意見は更に、本件法廷意見がロー判決やケーシー判決を放棄しないままこのような結論に至ったことを先例拘束性の原則や法の支配の考え方に忠実でないとして厳しく批判している。<sup>57</sup> 確かに、本件法廷意見はこれら先例の解釈を再確認し、明示的な判例変更はせずに、本連邦法を合憲と判断した。そこで、本判決をこれまでの墮胎法理の展開の中でいかに位置づけるか、換言すれば、墮胎法理にみる先例の役割をどのように理解するべきかという問題について以下検討する。

51 *Id.* at 937.

52 *Id.*

53 *Id.* at 937-938.

54 *Gonzales*, 127 S.Ct. at 1635-1637.

55 *Stenberg*, 530 U.S. at 930-931.

56 *Gonzales*, 127 S.Ct. at 1635.

57 *Id.* at 1652-1653.

## IV 墮胎法理にみる先例の役割

### 1. ルールとスタンダード

従来、合衆国において、先例拘束性の問題はしばしば重要なテーマとして議論されてきたところである。<sup>58</sup> サリヴァン教授は、レーンクイスト・コートの裁判官たちの間で、ルールを重視する立場とスタンダードを重視する立場があると指摘する。<sup>59</sup> 例えば、ケーシー判決の共同意見は先例拘束性の原則をルールと捉えるのに対し、同判決の反対意見はスタンダードとして捉えている（従って、誤っている判決は判例変更されるべきだという主張になる）と分析している。<sup>60</sup> この立場は錯綜していて、更に3つの異なるレベルに分かれる。<sup>61</sup> しかし、ここでは、この議論にこれ以上立ち入る余裕はないので、さしあたって、同教授のいうルールとスタンダードの一般的な定義<sup>62</sup>を示すにとどめる。

#### (1) ルール

ある法的な命令が「ルール」とされるのは、判断対象となる事実が限られていて、それが実在する場合に、裁判官がその事実に一義的な形で対応するよう、法的な命令によって拘束される場合である。<sup>63</sup> つまり、ルールは裁判官を事実に取り付け、他の場合であれば行われる可能性のある恣意的で主観的な選択の余地を限りなく縮減しようとする。<sup>64</sup> ルールの背景には原理（principle）や政策があるが、ひとたびルールとして定式化されると、ルールはルール、原理・政策は原理・

58 合衆国における憲法判例の先例拘束性をめぐる議論については、さしあたり、Kathleen Sullivan, *The Supreme Court 1991 Term: Foreword: The Justices of Rules and Standards*, 106 Harv. L. Rev. 22 (1992), Henry Monaghan, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, 88 Colum. L. Rev. 723 (1988), William Consovoy, *The Rehnquist Court and the End of Constitutional Stare Decisis: Casey, Dickerson and the Consequences of Pragmatic Adjudication*, 2002 Utah L. Rev. 53を参照。また、合衆国の議論状況を紹介する邦文文献として、松井茂記「憲法判例の法源性・先例拘束性について」『憲法裁判と行政訴訟（園部逸夫先生古稀記念）』（有斐閣・1999年）240頁がある。

59 Sullivan, *id.* at 69.

60 *Id.* at 70-71, 74.

61 それは、(1)連邦最高裁の先例拘束性の原則をルールと捉えるか、スタンダードと捉えるか、(2)連邦憲法の規定をルールとして解釈するか、スタンダードとして解釈するか、(3)審査基準などの効力のある法理を作り出す際に、それらをルールとして公式化するか、スタンダードとして公式化するか、というレベルに分けられる (*id.* at 70-95)。

62 *Id.* at 57-59.

63 See Pierre Schlag, *Rules and Standards*, 33 UCLA L. Rev. 379, 381 (1985); Margaret Radin, *Reconsidering the Rule of Law*, 69 B.U. L. Rev. 781, 793, 795 (1989).

64 See generally Duncan Kennedy, *Legal Formality*, 2 J.L. Stud. 351, 361 (1973)

政策として別個独立に機能する。従って、ルールは背景となる原理や政策を不完全にしか取り込んでおらず、過少包摂（under-inclusiveness）もしくは過大包含（over-inclusiveness）という欠点を持つことになる。しかし、ルールのルールとしての力は、たとえ背景にある原理や政策を直接適用すれば異なる結論に至る場合であってもなお、裁判官はルールに従わなければならないという点にある。<sup>65</sup>

## (2) スタンダード

法的な命令が「スタンダード」とされるのは、それが、背景にある原理や政策を事実関係に直接適用せざるを得ない状況へと裁判官を落とし込む傾向がある場合である。<sup>66</sup> スタンダードは、ルールよりも広い裁量を裁判官に付与することで、過少包摂もしくは過大包含という瑕疵を減少させる余地がある。スタンダードは、すべての関連性のある諸要素や状況の全体を考慮することを裁判官に認める。従って、ある事案であるスタンダードを適用したとしても、それが別の事案で裁判官を拘束する強さはルールほどではない。考慮できる事実が多ければ多いほど、事実関係が異なる別の事案では異なる結論に至る蓋然性が高いからである。

## 2. ロー判決以後の墮胎法理の展開<sup>67</sup>

連邦最高裁はロー判決において、プライバシーの権利は墮胎を決定する権利を含むが、それは絶対的ではなく、州が、手術を受ける女性の健康を保持すると同時に、潜在的な生命を保護するといった「やむにやまれぬ利益」を有することを認めた。<sup>68</sup> 更に、妊娠期間を3分割し、第2期以後は母体の健康を守るために墮胎方法を規制することができるとし、第3期には、適切な医学判断の下、母体の

65 See RONALD DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY*, 24-25, 79 (1978); FREDERICK SCHAUER, *PLAYING BY THE RULES: A PHILOSOPHICAL EXAMINATION OF RULE-BASED DECISIONMAKING IN LAW AND IN LIFE* 112-118 (1991).

66 Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1687-1688 (1976).

67 合衆国の墮胎法理に関しては、邦文の先行業績も多数存在する。ここでは、比較的最近のいくつかを挙げるに止める。小竹聡「アメリカ合衆国における妊娠中絶をめぐる法理の展開」『同志社アメリカ研究』44号（2008年）27頁、同「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）81頁、根本猛「人工妊娠中絶論争の新局面」『法政研究』7巻2号（2002年）206頁、同「人工妊娠中絶とアメリカ合衆国最高裁判所（1）（2）（3完）」『法政研究』1巻1号（1996年）39頁、1巻2・3・4号（1997年）289頁、2巻2号（1997年）41頁、小林直三「妊娠中絶の自由の本質とその限界」『関大法学』52巻1号（2002年）73頁。

68 *Id.* at 150-154.

生命もしくは健康のために必要とされる場合を除いて、州が墮胎を規制することが（禁止することさえ）できると判示した。<sup>69</sup> そこで、共和党政権は、墮胎を決定する権利の憲法上の保護の範囲を制約しようとしてきた。<sup>70</sup> 連邦最高裁も、1989年のウェブスター判決<sup>71</sup>において、20週を経過した胎児の墮胎を行う前に、その生育可能性の検査を医師に義務づけていたミズーリ州法を合憲と判断した。レンクイスト、ホワイト、ケネディら3名の相対多数意見は、ロー判決が示した妊娠期間および生育可能性という枠組み（それによれば、生育可能となるのは通常28週頃とされる<sup>72</sup>）は放棄されるべきであるとした上で、<sup>73</sup> 州は潜在的な生命を保護する利益を促進することが許されるから、当該規定は合憲であるとしたのである。<sup>74</sup> これに対し、スカリアは、同意意見の中で、ロー判決を明示的に覆すことを主張している。<sup>75</sup>

実際に、ロー判決からウェブスター判決までの間、バーガー、パウエル、ブレナン、マーシャル、ブラックマン、スティーヴンスらはロー判決を支持し続けたが、バーガーとパウエルがスカリアとケネディに替わったことで、上述のようにロー判決は先例として危うい立場に立たされることになり、更に、ブレナンとマー

---

69 *Id.* at 164-165.

70 Farber, *supra* note 13, at 964-965.

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

72 *Roe*, 410 U.S. at 160.

73 けれども、同意見は、本件の争点はロー判決のそれとは異なるので、ロー判決を覆すかどうかを決定する必要はないとした (*Webster*, 492 U.S. at 521)。

74 *Id.* at 513-521.

75 *Id.* at 532-537.

シャルがスーターとトーマスに交替し、益々その先が危うくなった。<sup>76</sup>

ところが、ケーシー判決は、先例拘束性の原則に基づいてロー判決を維持した。そして、ロー判決の先例としての核心部分として、以下の3点を再確認した。<sup>77</sup> すなわち、[1] 独立生育可能前の段階では、女性は、州から過度に妨げられることなく墮胎を選択する権利を有すること、また、この段階では、州の利益は墮胎を禁止したり女性の権利を実質的に制限したりできるほど強いものではないこと、[2] 独立生育可能後の段階では、制定法が女性の生命や健康を守るための例外規定を含む場合には、墮胎を制限する州の権限は正当化されること、[3] 女性の健康と子どもとなり得る胎児の生命を守るという正当な利益を、州は妊娠の始まりから有していること、である。

76 Farber, *supra* note 13, at 973, 974.

ロー判決において、墮胎の権利を認める法廷意見に賛同したバーガー、マーシャル裁判官に替わって、いわゆる保守派のスカリア（1986年）、トーマス（1991年）裁判官が任命された。ケーシー判決以後は、1993年にホワイト裁判官の後任としてギンズバーグ裁判官が、翌1994年にはブラックマン裁判官の後任としてブライヤー裁判官が、いずれもクリントン大統領によって任命された。また、2005年にはオコナー裁判官の後任としてアリトー裁判官が、2006年にはレーンクイスト裁判官の後任としてロバーツ裁判官が、いずれもブッシュ（George W. Bush）大統領によって任命された。

Roe (1973)	Webster (1989)	Casey (1992)
<b>Blackmun</b> (Nixon)	Blackmun	<b>Blackmun</b>
<b>Burger</b> (Nixon)	<b>Scalia</b> (Reagan)	Scalia
<b>Douglas</b> ( <i>Roosevelt, F.D.</i> )	Stevens (Ford)	<b>Stevens</b>
<b>Brennan</b> (Eisenhower)	Brennan	<b>Souter</b> (Bush)
<b>Stewart</b> (Eisenhower)	<b>O'Connor</b> (Reagan)	<b>O'Connor</b>
<b>Marshall</b> ( <i>Johnson</i> )	Marshall	Thomas (Bush)
<b>Powell</b> (Nixon)	<b>Kennedy</b> (Reagan)	<b>Kennedy</b>
White ( <i>Kennedy</i> )	<b>White</b>	White
Rehnquist (Nixon)	<b>Rehnquist</b>	Rehnquist

\* カッコ内；指名した大統領名、イタリックは民主党選出大統領。

\* Roe 判決；太字＝法廷意見（Blackmun 執筆）に同調した裁判官

\* Webster 判決；太字＝法廷意見（Rehnquist 執筆）に同調した裁判官。つまり、人は妊娠に始まり、胎児は生命権を有すると規定したミズーリ州法の前文と、母体の生命を救う場合を除いて、州の職員や州の施設を利用して墮胎を行ったり援助したりすることを禁じた規定を支持した。

\* Casey 判決では、墮胎に様々な要件を課していたペンシルベニア州法の合憲性が問題とされ、夫への通知要件が修正第14条のデュー・プロセス条項に違反するとされたが、他の要件については各裁判官の見解が細かく分かれた。太字は、法廷意見（O'Connor 執筆）に同調した裁判官。

77 Casey, 505 U.S. at 846.

この核心部分については、オコナーが執筆し、ケネディ、スーター、ブラックマン、スティーヴンスが同調している。しかし、後のステンバーグ判決の法廷意見は、憲法判断を行う際の原理（principle）として、ケーシー判決の共同意見（オコナー、ケネディ、スーター）の説示部分を引用した。以下の表に示したとおり、かかる基準は、ケーシー判決の法廷意見が確認したロー判決の核心部分とは微妙に異なっている。例えば、「独立生育可能前の段階での州の利益」について、ステンバーグの法廷意見は、ケーシーの法廷意見を踏襲していない（以下の〔1〕と①②を比較せよ）。更に、ステンバーグとゴンザレスの各法廷意見の言い回しにも違いがみられる（①と（i）を比較せよ）。後者にあつては、女性の最終的な決定を禁ずるのでなければ、独立生育可能前の段階でも、州の制限が広く容認されるかのごときニュアンスが感じとれる。<sup>78</sup>

加えて、ケーシー判決におけるオコナーら3名による共同意見は、ロー判決が示した妊娠期間の枠組みを判決の核心部分ではないとして退け、代わりに「過度な負担」の基準を提示した。<sup>79</sup> 同判決では、過半数の同意を得られなかった同基準が、ステンバーグ判決においては、6裁判官（ブライヤー、スティーヴンス、オコナー、スーター、ギンズバーグ、ケネディ）によって支持された（上表②）。<sup>80</sup> そして、ゴンザレス判決の法廷意見も「過度な負担」の基準を採用し（上表（ii））合憲判断を導いた。こうしてみると、現在では、同基準が、憲法判断の基準として承認されているといえるであろう。<sup>81</sup>

### 3. 先例を尊重する意味

このように、ロー判決以後の主要な判例を概観してくると、合衆国の墮胎法理をいかに整合的に理解するべきかという問題に直面する。もちろん、スカリア裁判官が一貫して主張するように、それを整合的に考える必要はなく、ロー判決自体が覆されるべきだという主張もある。<sup>82</sup> しかし、ここでは、上述したような判例法理の現状を踏まえた上で、それらを整合的に理解するひとつの視点として、

78 このような審査基準の微妙な違いは、サリヴァン教授のいう判決の効力のある法理部分をルールとして公式化するか、スタンダードとして公式化するかの立場の違いに関わっているものと思われる（*supra* note 61; see Sullivan, *supra* note 58, at 83-95）。

79 *Id.* at 873-880.

80 レンクイストが過度な負担の基準を支持しているかどうかは必ずしも明らかではないが、トーマスとスカリアは支持していない。

81 See *The Supreme Court, 2006 Term: Leading Case: Constitutional Law - Due Process - Abortion Rights - "Partial Birth" Abortion*, 121 Harv. L. Rev. 265 (2007).

82 See Webster, 492 U.S. at 532-537; Gonzales, 127 S. Ct. at 1639-1640.



<p>ケーシー判決の法廷意見が確認したロー判決の核心部分 (オコナー、ケネディ、スーター、ブラックマン、スティーヴンス)</p>
<p>[1] 独立生育可能前の段階では、女性は、州から過度に妨げられることなく墮胎を選択する権利を有すること、また、この段階では、州の利益は墮胎を禁止したり女性の権利を実質的に制限したりできるほど強いものではない。</p>
<p>[2] 独立生育可能後の段階では、制定法が女性の生命や健康を守るための例外規定を含む場合には、墮胎を制限する州の権限は正当化される。</p>
<p>[3] 女性の健康と子どもとなり得る胎児の生命を守るという正当な利益を、州は妊娠の始まりから有している。</p>
<p>ステンバーグ判決の法廷意見が示した基準 (principles) = ケーシー判決の共同意見 (ブライヤー、スティーヴンス、オコナー、スーター、ギンズバーグ)</p>
<p>① 独立生育可能前の段階では、女性は妊娠を終了させる権利を有する。</p>
<p>② 胎児の生命に関わる州の利益の促進を目的とする法が、独立生育可能前の段階での女性の決定に「過度な負担」を課すときには違憲となる。</p>
<p>③ 独立生育可能後の段階では、州は、潜在的な人間の生命を保護するという利益を増進するために、適切な医学的判断の下で墮胎が母体の生命または健康の保護に必要とされる場合を除いて、それを規制しまたは禁止することができる。</p>
<p>ゴンザレス判決の法廷意見が示した基準 (principles) (ケネディ、ロバーツ、スカリア、トーマス、アリトー)</p>
<p>(i) 独立生育可能前の段階では、州は、いかなる女性に対しても墮胎を行うという最終的な決定を禁止してはならない</p>
<p>(ii) 州は、墮胎の権利に「過度な負担」を強いてはならない。例えば、規制の目的や効果が、独立生育可能前の段階で墮胎を選択する女性に対し、実質的な妨害となるときには「過度な負担」が存するとされる。</p>
<p>(iii) 規制が、州、親、未成年の保護者のうち誰がまだ生まれていない命に対して重大な関心を表明するかを決定する構造上の体系を形成すること以上ものでなく、墮胎を選択する女性の権利行使を実質的に妨害しないときには、それらの規制は許される</p>

ファーバー教授の議論を紹介する。

同教授は、連邦最高裁が、ケーシー判決において、それまでの堕胎に関する先例がスタンダードとして発展してきたことを公式に認めたのだという。<sup>83</sup> つまり、ケーシー判決は、ロー判決のような先例を過去の判例で示されたルールというより、むしろ過去の判決の核心部分を取り巻く柔軟性を持ったスタンダードを創造するものとして評価したと理解する。<sup>84</sup> これに対し、スカリア裁判官に代表されるような先例をルールとして理解する立場は、先例とは裁判所にはっきりとした命令を示すことを要求するものであり、それらのルールは破棄されるまでその後の裁判所を拘束すると主張する。<sup>85</sup> ルールとは、自動車の速度制限を行う場合に、時速65マイルを超えてはならないという制限方法であり、許される条件よりも早く運転しないという制限方法がスタンダードである。<sup>86</sup>

そして、同教授は、先例をルールとして理解した場合の欠点を次のように指摘する。<sup>87</sup> すなわち、(1)明確で使いやすい線引きを行うことは、例外的な事件や、境界のはっきりしない事件を不公正に扱うことになるか、個別的な取扱いをせざるを得なくさせてしまうこと、(2)裁判所組織という環境の中では、多数意見がたったひとつの意見に同意できないという判決を増加させることになりうること、(3)裁判官に自己否定を迫る、つまり、後の事件において、先例がルールを確立したときには予期し得なかった状況が生じたり、新しい裁判官が先例に同意しない場合に、厳格なルールを捨て去る強い誘惑をもたらすことである。

他方で、先例をスタンダードとして理解することの利点を次のように指摘する。<sup>88</sup> すなわち、(1)多数者の支持を得て先例を維持することが容易であること、(2)スタンダード的理解に対しては、先例拘束性の原則が提供しようとする法的安定性を損なうおそれがあるとの批判が可能であるが、安定性と厳格性は異なるものであり、むしろオーク (oak) と柳の喩え<sup>89</sup> が示すように、柔軟に解釈することが安定性を最大化するかもしれないことである。

---

83 Farber, *supra* note 13, at 987.

84 *Id.* at 983.

85 *Id.* See also, Sullivan, *supra* note 58, at 77-78. スカリア裁判官は以下の判決において、よりルールのアプローチを採るべく強く主張している。Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U.S. 1003 (1992), and Nollan v. California Coastal Commission, 483 U.S. 825 (1987).

86 Farber, *supra* note 13, at 983.

87 *Id.* at 983-984. See also, Sullivan, *supra* note 58, at 90.

88 Farber, *supra* note 13, at 985.

89 オーク (oak) も柳 (willow) もいずれも曲がることはできるが、柳は台風のあとでも生き残りやすいとの喩え。日本語の「柳に雪折れ無し」と同旨。

しかし同時に、先例に強い期待をかけることも間違いである<sup>90</sup> という。憲法の先例は、特に明確な境界が必要とされる稀な事件を除いて、厳格な法のルールを固定化するものとしてよりも、むしろ法原理や有益な類推の源泉として取り扱われることに重要な意味があるとする。<sup>91</sup> とりわけ、憲法事件においては、裁判所が将来を統括するような明確なルールを示したとしても立法者のようには行動できないのであるから、先例の役割は、後の裁判所を不完全ながらも拘束しつつ、なお現実的な指針をそれらに提示すると同時に、発展していく法理に根拠を提供することにあるという。<sup>92</sup> そして、その結果、先例は社会の変化に適応するには十分な柔軟性を持ちながら、法の支配を支えるのに十分安定した立憲体制をもたらしてきたのだと主張している。<sup>93</sup>

### 3. スタンダードとしての墮胎法理

以上のような立場から、ファーバー教授は、従来の墮胎法理を以下のように総括する。まず、そもそもロー判決自体がそれ以前の先例から逸脱している。<sup>94</sup> つまり、ロー判決が引用している家族と個人のプライバシーに関する初期の判例<sup>95</sup>の射程内に墮胎の権利を位置づけるのは難しく、最高裁はこれらの関係を明らかにできなかったという。<sup>96</sup> 加えて、ロー判決は、将来のあらゆる墮胎事件を解決しうる厳格な枠組みを作ろうとした誤りを犯した。<sup>97</sup>

ロー判決からケーシー判決に至る間の諸判決は、先例をルールにしようとする無駄な試みを繰り返してきたが、実際には、憲法判断の基準がよりスタンダード的な合理性のテストへと移行し始め、ついにケーシー判決において、それまでの先例がスタンダードとして発展してきたことが公式に認められたとする。<sup>98</sup>

同教授によれば、その説示には誇張されすぎたものも含まれてはいたが、連邦最高裁は、墮胎の権利が憲法上の保護に値することを正当に認めている。そして、それは、一連の事件が墮胎に対する憲法上の保護を強固な法原理に変えたからだ

---

90 Farber, *supra* note 13, at 986.

91 *Id.*

92 *Id.*

93 *Id.*

94 *Id.*

95 Roe, 410 U.S. at 152-153.

96 Farber, *supra* note 13, at 986.

97 *Id.* at 986-987.

98 *Id.* at 987.

という。<sup>99</sup> 本来、スタンダードは解釈に左右されるものであり、その適用に際しては、連邦最高裁もそれが有無をいわせぬ要求とならないよう合図を送ってきた。<sup>100</sup> それゆえ、ケーシー判決も、将来の裁判所の解釈の根拠となるに過ぎないのである。<sup>101</sup>

### むすびにかえて

先例をルールとして理解するか、それともスタンダードとして理解するか。これは、先例拘束性をどのように考えるか、ひいては先例の役割をどこに求めるのかといった問題と関わる解答の難しい問いである。実際、ケーシー判決以後、同判決の法廷意見が確認したロー判決の核心部分は、その後の判決において解釈の出発点となっている。しかし、上述したように、ステンバーグ判決の法廷意見は、その核心部分を憲法判断の基準としてはそのまま踏襲しなかった。そして更に、ゴンザレス判決が本判決を導く原理として提示した基準は、ロー判決の核心部分でもなく、ステンバーグの判決の示した原理でもなかった。このことが示すように、先例を、核心部分を取り巻くスタンダードを創造するものだと理解するとして、何が核心部分で、それをどのように判断するのかを解明することは容易なことではない。また、先例をスタンダードとして理解することは、形式的な判例変更をせずに実質的な判例変更を行うことを正当化する危険性を多分に孕んでいる。

本稿ではファーバー教授の論文を基に、スタンダード的な理解の紹介をした。同教授の基本的なスタンスが現実的帰結を重視するプラグマティズム法学にある<sup>102</sup> ことからすれば、スタンダード的な理解は当然の結果である。そして、このような先例の理解は、少なくとも墮胎をめぐる判例法理の現状を説明する解釈方法としては有効であると思われる。しかし、筆者が同教授の主張するスタンダード的理解に魅力を感じながらも、プラグマティズム法学を全面的には支持できない理由は、裁判の独自性、または、多数決原理の修正としての司法の役割を考えると、とりわけ憲法解釈にあっては、一定の客観的規範性が必要とされると考えるからである。

99 *Id.*

100 *Id.*

101 *Id.*

102 同教授のプラグマティズム法学的視点を理解するには、*Legal Pragmatism and the Constitution*, 72 Minn. L. Rev. 1331 (1988) が有益である。筆者は別稿（「プラグマティズム法学とアメリカ合衆国憲法」『同志社政策研究』第3号（2009）87-110頁）で同論文を訳出した。

従来、わが国の憲法学の通説では、わが国は判例法主義の法制度を採用していないことから、先例の拘束力は事実上の拘束力であって法的な拘束力でないと解されてきた。<sup>103</sup> しかし、事実上の拘束力であったとしても、どの部分が拘束力をもつかは、わが国でも問題となり得るが、これまで十分な議論がなされてきたとはいえない状況にある。

その意味で、合衆国では社会を二分する政治問題にまで発展した墮胎をめぐる判例を素材に先例の意味を考えることは、わが国にとっても示唆に富むものと考ええる。

---

103 芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973年）28頁。

