

人工妊娠中絶論争の新局面

—Stenberg v. Carhart, 532 U.S. 914(2000)—

根 本 猛

一 はじめに

大方の予想を覆しロー判決⁽¹⁾の中核的判示を力強く再確認したケイシー判決⁽²⁾から8年、20世紀最後の年に、アメリカ合衆国最高裁判所は、終わりなき人工妊娠中絶論争にひとつの判断を示した。本稿では、ステンバーグ判決を中心に、この論争の新局面を展望したい。

本件の争点となった出産類似中絶 (partial-birth abortion) 禁止法は、ケイシー判決以降の生命支持派の新たな戦略の成果である⁽³⁾。本件のネブラスカ州を初め30州で同様の法律が制定された。また、連邦議会でも同種の法案が2度可決された (1995年と1997年) が、いずれもクリントン大統領の拒否権によって葬られた。

まず、法廷意見や反対意見の記述をもとに、人工妊娠中絶 (以下、中絶という) の具体的な方法をみておこう⁽⁴⁾。

合衆国の中絶のうち約90%は初期 (第1三半期、妊娠12週まで) に行われるが、これはここでは問題ない (支配的な術法は真空吸引法とされる)。残り10%の中期 (第2三半期、独立生存前まで) の中絶のうち95%はD & E (Dilation & Evacuation, 拡張排出法) によって行われる。この方法は、子宮頸を

拡張し（真空吸引以外の方法で）少なくとも胎児の組織の一部を除去するものである。そして、妊娠16週以降はintact D & Eによる。これは、通常のD & Eに加えて、子宮からの排出を容易にするために胎児やその一部の解体・切断・破壊を伴うものである。そのうち胎児の脚が先にある場合にD & X（Dilation & Extraction, 拡張引出法）が行われる。この方法は、子宮頸から胎児を引っ張り頭部を残し引き出して——この時点では胎児は生きており見かけは出産と変わらない——、排出を容易にするために頭部を縮小する——具体的には頭部に鉗を使って吸引チューブを入れ脳など頭部の内容物を吸い取った後に、胎児の体全体を引き出す。このD & Xを生命支持派は出産類似中絶と呼んで、その残虐さを世論に訴えてきた。

本件のネブラスカ州法は、母親の生命を救うのに必要でない限り、すべての“partial-birth abortion”を禁止している。“partial-birth abortion”とは医師が「胎児の生命を奪う前に、生きた胎児を部分的にヴァギナに排出する」術法と定義されている。さらに、この一節は、「手術——その手術を行う者がそれによって胎児の生命が奪われることを知っている——を行うために、生きた胎児またはその実質的な一部を故意にヴァギナに排出すること」を意味するものと定義されている。法違反は重罪であり、有罪とされた医師の州免許が自動的に取り消されることが規定されている。これに対して、ネブラスカ州で中絶クリニックを営む医師である被上訴人から、州法が連邦憲法に違反する旨の確認を求める訴訟が提起され、下級審はいずれも違憲判決を下した。

最高裁判所は、5対4の一票差で、州側の上訴を退け、原判決を支持する違憲判断を示した。ブライヤー裁判官が法廷意見を述べ、スーター裁判官以外のすべての裁判官が個別意見を書いている⁽⁵⁾。

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

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

- (3) 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, 1132-34(2001); Garrow, Abortion Before and After Roe v. Wade: An Historical Perspective, 62 ALB.L.REV. 833, 847(1999).
- (4) 法廷意見があっさりとした技術的な記述に終始するのに対して、ケネディー裁判官やトーマス裁判官の反対意見は、その残虐さを強調し規制の正当性を情緒の面からも訴えるものとなっている。なお、Partial-Birth Abortion: Should Moral Judgement Prevail Over Medical Judgement?, 31 LOYOLA U.L.REV. 693, 696-700(2000)にも簡明に記述されている。
- (5) 8裁判官が意見を執筆したのは最近では最多で、9裁判官全員が意見を書いた1972年のフェーマン判決(死刑の合憲性が争点となった)に次ぐという。Amar, The Supreme Court, 1999 Term—Foreword: The Document and the Doctrine, 114 HARV.L.REV. 26, 109(2000).

二 判旨

1 法廷意見(ブライヤー裁判官)

(一)「再び、我々は、人工妊娠中絶の権利を検討する。我々は、この問題の論争的性質を理解している。多くのアメリカ人が生命は受胎に始まり、中絶は罪なき子を死に追いやることに等しいと考え、中絶を許容する法の考え方に反発している。他方、中絶を禁止する法は、多くのアメリカ女性を尊厳を欠く生活に追い込み、その結果、平等な自由を奪い、資力のない者を死や障害の危険が付随する非合法の中絶に導くと懸念する者も多い。こうした事実上調整不可能な見解の対立を考慮し、憲法は、その異なるメンバーが直接対立する見解を真摯に抱いている社会を支配しなければならないことに鑑み、そして、問題を憲法の個人の基本的自由の保障に照らして検討し、当裁判所は、一世代にわたって、憲法は女性の選択の権利に基礎的保護を与えていると繰り返し判断してきた。我々は、そうした法原理を見直すつもりはなく、これを本件の状況に適用

する。

本件の争点を判断するのは、3つの確立された原則である。我々は、それを、ケイシー判決の共同意見によって示す。第1に、『独立生存前は、女性は妊娠を終了させる権利がある』

第2に、『胎児の生命という州の利益の増進を意図した法は、胎児の独立生存前の女性の決定に対する不当な負担を課すならば』違憲である。『不当な負担とは、州の規制が独立生存できない胎児の中絶を希望す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もつ』ということの簡略表現(shorthand)である』

第3に、『独立生存以降、人間の生命の可能性を保護するという利益を増進するため、州は、望むならば、適切な医学的判断において、中絶が母親の生命または健康の保護のために必要である場合を除いて、中絶を規制し禁止することさえできる』

法廷意見は、少なくとも2つの別個の理由で、本件の州法は違憲であるという。

「第1に、州法は『母親の健康を保護するための』適用除外規定を全く欠いている。第2に、D & E中絶を選択する『女性の権利に対して不当な負担を課しており』中絶の権利それ自体に対する不当な負担となっている」

(二) 第1の「健康例外」について

「ケイシー判決の共同意見は、『独立生存以降、人間の生命の可能性を保護するという利益を増進するため、州は、望むならば、適切な医学的判断において、中絶が母親の生命または健康の保護のために必要である場合を除いて、中絶を規制し禁止することさえできる』というロー判決の判示を繰り返した。

ネブラスカ州法が独立生存前と独立生存以降の双方に適用されるということが、憲法上の問題点をより大きくしている。独立生存前の中絶を規制する州の利益は、独立生存以降に比べて相当に弱いものである。独立生存以降の中絶規制でさえ合憲とされるには健康例外が必要とされるのだから、独立生存前の規

制については少なくとも同じことが要求される」

州は、中絶の方法を規制するときに、女性の健康を増進することはできないが危険にさらすことはできない。トーマス裁判官によれば、先例はこの原則を妊娠それ自身が健康への脅威を生む状況に限定しているというが、これは誤っている。引用された先例が確認しケイシー判決で再確認されたことは、州は、トーマス裁判官のいう文脈においても、また、州の規制により女性がより危険な中絶方法を余儀なくされる場合においても、女性の健康を実質的なリスクにさらしてはならないということである。先例は、女性の健康へのリスクは特定のの中絶方法を規制する場合からも中絶をすべて禁止する場合からも発生することを明確にしてきたのであり、我々の判示はケイシー判決で確認された先例の範囲を越えるものではない。

州は、安全な他の術法が利用できるので出産類似中絶、すなわちD & Xの禁止は女性の健康にリスクを生まないから、本件では健康例外は必要ないと主張する。州の主張とそれに対する法廷意見の判断は次のとおりである。

- (1) D & X術法は比較的まれ←大多数の人には必要ないという理由で禁止することはできない
- (2) 「一握りの」医師だけがこの術法を使う←第2 三半期後半の中絶が比較的まれであること、この術法が最近発達したこと、これをめぐる論争、またはこの術法が実際には利用できないことの反映に過ぎない
- (3) 他の術法 (D & E や陣痛促進法) は安全←本件の状況ではD & Xがより安全
- (4) 証言によれば州法の禁止は女性のリスクを増加させない←連邦地裁は別の専門家の証言に依拠
- (5) D & Xには特別なリスクを生む要素があるという「法廷の友」(amicus curiae)の主張←原告側の「法廷の友」によれば、示唆されている別の術法は産道や子宮を損傷する同様のまたはより大きなリスク
- (6) さまざまな中絶の術法の安全性を比較した一般的な医学研究はない←正

しい

(7) 他の術法が妊婦により大きなリスクをもたらすのでない限り D & X を行うべきではないという全米医師会 (AMA) の勧告←否定しない

(8) D & X が生命または健康を保護するための「唯一の」選択であるという状況はあり得ないという全米産科・女性科医協会 (ACOG) の留保←ACOG は、状況によっては D & X が最も適切な中絶の術法である女性がいることや D & X が様々な安全上の利点の可能性もあることも主張しており、州が主張するように、D & X に健康に関連するニードがある可能性を否定することはできない

こうした状況に鑑み、当裁判所は、法には健康例外が必要であると考えます。その理由は、第 1 に、「適切な医学的判断において母親の健康のために必要である」というケイシー判決のフレーズのなかの「必要である」という言葉は、絶対的な証明に言及していないし医学的見解の一致を求めている。医師が健康上のリスクの評価と適切な処置について評価を異にすることはしばしばある。そして、ケイシー判決の「適切な医学的判断」という言葉は、医学的見解の尊重すべき相違を裁判所が許容する必要性を具体化したものである。第 2 に、たしかに、医学的見解は分かれているが、D & X が一定の状況ではより安全な中絶方法であると考える人々が正しかったならば、健康例外の不存在は女性に不必要なリスクを与えることになる。彼らが誤っていたなら健康例外は不必要だったことになるだけである。

「要約すれば、ネブラスカ州は、我々に、健康例外が『母親の健康を保護するのに決して必要ではない』ことを納得させなかった。むしろ、D & X をすべて禁止する州法は、重要な健康上のリスクを生んでいる。したがって、州法には健康例外が含まれなければならない。このことは、トーマス、ケネディー両裁判官が主張するように、個々の医師がある中絶の術法を望ましいと考えるときはいつでも、州がその術法を禁止することを禁じられているということではない。しかし、相当数の医学的権威が支持する場合、ケイシー判決は、州法に、

その術法が『適切な医学的判断において、母親の生命または健康の保護に必要な』健康例外を含むよう要求している。本件においてそのような例外を要求することは、ケイシー判決から離脱するものではなく、その判示を真っすぐに適用したものにすぎない」

(三) 第2の「不当な負担」について

ネブラスカ州は、州法がD&Xのみならずより広く利用されているD&E術法にも適用されるならば、「不当な負担」にあたることを否定していない。当裁判所は、D&E術法が、胎児を死に至らしめる手術を行う目的で、生きた胎児または『その実質的な一部』をヴァギナに故意に排出することが州法の禁止に該当する点で第8巡回区連邦控訴裁判所に同意する。D&Eが胎児の死の前に、生きている胎児の腕、脚、その他の「実質的な一部」をヴァギナに引き出すことを伴うことは証拠により明らかだから、州法の文言は、D&EとD&Xとを区別していない。州法の文言は、D&EとD&Xとの医学的相違に言及せず、両者を適用の対象としている。

「ネブラスカ州司法長官は、州法が2つの術法を区別していると主張している。彼によれば、州法の『実質的な一部』(substantial portion)という文言は、『胎児を首に至るまで』(the child up to the head)を意味する。その結果、医師が胎児の腕や脚など胎児の体全体に至らない部分を産道に引き出す場合に州法が適用されることを否定している。そして、さらに、我々が州法の意味について彼の見解に敬意を払わなければならないと主張している。

我々は、司法長官によるネブラスカ州法の限定解釈を受け入れることはできない。当裁判所の判例法は、司法長官の見解に支配的な重みを与えられるものではないことを明らかにしている」

まず、当裁判所は、通常、州法の解釈について、連邦下級裁判所の解釈に従ってきたし、2つの連邦下級裁判所の一致した解釈を見直したことはほとんどない。本件では、2つの連邦下級裁判所が、いずれも、司法長官の限定解釈を否定した。

次に、当裁判所の先例は、本件のように、その解釈が州裁判所や地方の法執行機関を拘束するものでない場合、州法に関して、司法長官の解釈を権威あるものとして受け入れることに対して警告を発している。ネブラスカ州では、公選の郡検事が、刑事訴追を開始する独立の権限をもっている。現在の検事の何人かは（そして将来の司法長官は）、争点となっている州法をD & E 術法を用いた医師を追及するために使うかもしれない。

さらに、連邦下級裁判所が、司法長官の解釈を評価するにあたって、誤った法基準を用いたとはいえない。第8巡回区連邦控訴裁判所は、憲法上の問題を回避する解釈を法に与える責務を認めたが、にもかかわらず、司法長官の解釈は州法の文言をねじ曲げこれにどう考えても持ち得ない意味を与えるものと結論した。こうした限定解釈を否定するのは第8巡回区ばかりではない。モデル法の文言——ネブラスカ州法はそれに基づいている——を解釈した10の連邦裁判所のすべてが、この文言がD & X 以外の中絶方法に適用される可能性があることと認定しているのである。

要約すれば、D & E 術法によって中絶手術を行うすべての者が、訴追、有罪判決、そして投獄の脅威にさらされるから、ネブラスカ州法は、中絶の決定をする女性の権利に対して不当な負担を課している。

2 個別意見

(一) スティーブズ裁判官の同意意見（ギンズバーグ裁判官同調）

妊娠の比較的後期の、同様にぞっとする二つの中絶手術の片方が嬰兒殺しにより似ているとか、その片方だけを禁止することで州は正当な利益を促進するとかいうことは、全く馬鹿げており（simply irrational）、曖昧にしてはならないのは、過去27年間、ロー判決の中核的判示は、この争点を検討した17人の最高裁判所裁判官のうち4人をのぞくすべてに支持されてきたという事実である。

(二) オコナー裁判官の同意意見

私が強調したいのは次の2点である。

第1に、州法は、母親の健康の保護に必要な手術を適用除外にしていないという理由でケイシー判決に適合しないものであり違憲である。「ケイシー判決で判示したように、胎児の独立生存前は『女性は妊娠を終了させる権利を持っている』。胎児の独立生存以降、州は中絶を実質的に規制し禁止することさえできるが、そうした規制や禁止は『適切な医学的判断において、母親の生命または健康の保護に必要な』場合についての適用除外規定を含んでいなければならない。……健康の適用除外がなければ独立生存以降の中絶禁止でも違憲となるのだから、ネブラスカ州の独立生存前の出産類似中絶禁止は、本件の状況では、健康の適用除外規定を含んでいなければならない。なぜなら、独立生存前の中絶を規制する州の利益は、独立生存以降よりも『かなり弱い』からである」

第2に、州法は、独立生存前の妊娠を終了させる女性の選択権に対する不当な負担を課しているという別の独立した理由で違憲である。

「ネブラスカ州は、D & Xだけでなく、独立生存前の第2三半期の最も一般的な中絶方法であるD & E術法をも禁止の対象としている。……独立生存前の第2三半期の最も一般的な中絶方法を禁止することによって、州法は『中絶を求める女性に対する実質的な障害』となり、それゆえ、独立生存前に妊娠を終了させる女性の権利に対して不当な負担を課している」

「ネブラスカ州法がその適用をD & X術法に限定しかつ母親の生命及び健康についての適用除外規定を含んでいたならば、問題は、本日我々が向き合っているものとは全く異なったものになっただろう。ケイシー判決で判示したように、中絶規制が不当な負担にあたるのは、『独立生存できない胎児の中絶を希望す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もつ』ときである。独立生存前に女性が安全に中絶できる適切な他の方法があれば、D & Xだけを禁止することが『實際上、中絶を希望する女性に対する実質的な障害にあたる』可能性はない。したがって、出産類似中絶禁止がD & X術法だけを禁止し母親

の生命及び健康を保護するための適用除外規定を含んでいたならば、私の見解では合憲である」

(三) ギンズバーグ裁判官の同意意見 (スティーヴンズ裁判官同調)

本件の州法は、胎児を救うものでもなく妊婦の生命や健康を保護することを意図したものでもない。その目的は、ロー判決が保護した個人の選択を削り取ろうとするものである。それは、まさに、ケイシー判決にいう不当な負担にあたる。

(四) レンクィスト首席裁判官の反対意見

私は、現在もケイシー判決の共同意見は誤っていると考えるが、本件の州法を合憲とするケネディー、トーマス両裁判官はケイシー判決の原則を正しく適用したものと考える。

(五) スカリア裁判官の反対意見

私は、いつか、本判決が、コレマツ判決及びドレッド・スコット判決と並んで、当裁判所の判例の歴史のなかで正しい場所を割り当てられるものと楽観している。

何が「不当な負担」にあたるかは事実の審理や法理論によって結論が出るものではなく、胎児の生命と女性の自由のどちらを重く見るかという価値判断 (value judgement) である。私はケイシー判決の反対意見において、「不当な負担」の基準が、実際には機能せず、基準がないのも同然であると述べたが、本日の判決はそれを証明した。我々がいえる最大のことは、我々が、法として表明された多数派裁判官の政策判断に反対であるということである。政策問題 (policy matter) に関する公選を経ない法律家による 5 対 4 の投票が 30 州の議会の判断を打ち負かすべきではないと考える人々は、ケイシー判決の適用ではなく、存在そのものを問題とする。最高裁判所は、この問題を人民に返しその

決定に委ねるべきであり、ケイシー判決は判例変更されなければならない。

(六) ケネディー裁判官の反対意見（首席裁判官同調）

ケイシー判決の前提は、州には、女性の権利による制約はあるものの中絶の問題に関して決定的かつ正当な役割があり、州の統治過程は胎児の生命を保護しすべての人間の生命とその可能性に対する敬意を確保する法律を制定することから閉ざされないというものだった。本日の判決は、女性が中絶を選択する権利を否定せず不当な負担となるものでもないのに、州の決定的利益を増進する法律を違憲とすることによって、この理解を否定するものである。

ケイシー判決は、ロー判決に引き続いて下された判決は『州の利益にあまりにわずかの認知と実現しか与えてこなかった』と判示した。同判決は、人には『中絶するか否かを州からの介入なしに決定する権利』があるという主張を退け、『妊娠の全期間にわたって生命の可能性に関する州の実質的な利益があるという認識と両立しない』ものとして厳格審査基準を拒否した。……

州は、中絶の論争において一方の側に立ち、生命——胎児の生命であっても——を支持することができる。

「妊娠の初期の段階においてさえ、妊娠を最後まで継続するほうに傾くよう導く大変な重みがある哲学的・社会的議論があること、そして、母親が自分自身で育てることを選択するならばある程度の州の支援があることのほか、望まれない子を養子にする方法や制度があることを、州は女性に知るよう促すことを意図した規則を制定することができる」

州には、また、生命（胎児の生命を含む）に鈍感で軽蔑的な手術方法を禁止する利益がある。ケイシー判決によれば、中絶には女性やその胎児にとどまらない重大性があり、州の規制利益の広がりもそれに付随する。州は、思いやりあふれた厳しい倫理観に支えられ、生命——他者の援助なしには生き延びられないものであっても——の尊厳と価値を認識した治療者というイメージを確保するために、手段を講ずることができる。

D & EはD & Xと非人間的であるという点で異なるものではないから、D & Eの禁止はこの利益を増進しないと主張されている。明示的にこの主張を採用したわけではないが、法廷意見はこれをはっきりと拒絶しないことによって黙認したことを示している。スティーヴンズ、ギンズバーグ両裁判官は、はっきりと、二つの術法は区別しうるものではなく、州法の制定にあたって、ネブラスカ州は不合理で適切な目的もなく行動したと宣言した。争点は、裁判官が二つの術法の間に関連を見出すか否かではなく、ネブラスカ州が見出すかである。術法間の道徳的な相違を宣言するネブラスカ州の権限を承認することを拒否したことは、本件全体への最高裁判所のアプローチが非論理的で正統性を欠くことを落胆するほど示している。D & Xが嬰兒殺しにより似ていることから、ネブラスカ州は、この術法が生命に敬意を払わないより大きなリスクを提示し、その結果医療専門家と社会に対するより大きなリスクをもたらすと結論することができる。最高裁判所には、この結論を見直す権限はない。

健康例外について。専門家によれば、D & Xが母親の生命・健康の保護の唯一の選択肢という状況は存在せず、D & Xが他の中絶方法よりも安全という主張を支持する研究もないから、健康例外がないゆえに違憲という法廷意見は、個々の医師に、州の判断を覆す拒否権を与えることになる。

原告に招かれてこの術法に有利な証言をした専門家も実際にはD & Xは行っていない。この点で、彼らの見解は信頼性の不確かな法廷用のものであり、D & Xが、標準的な医療行為の一部であると結論することはできない。

他の安全と証明されている術法が利用可能だから、州法が女性に安全な中絶を否定するものではないというネブラスカ州の結論は支持される。法廷意見は、二つの術法の医療上の安全性に審査を限定し得る相違の可能性を理由に州法を違憲としたが、これは誤っている。このような場合、州は、新しい中絶方法が提示する重大な道徳的問題を考慮に入れることができる。また、D & Xが効果的なのは胎児が独立生存に近づき、または事実上独立生存であるときだけであることも重要である。州は、生命に関する州の利益が頂点に近づくときに

そのプロセスを規制しているのである。以前の判決（1983年のアクロン判決）で、オコナー裁判官が述べたように、裁判所はこうした医療上の評価にふさわしい機関ではなく、本件では、ネブラスカ州の判断が支持されなければならない。

医師の判断を最大限尊重するというアプローチは、アクロン判決と共鳴するものだが、ケイシー判決はこれを否定した。医療行為の基準は原告やその支持者の個人的な見解に左右されるのではなく、ケイシー判決は、それが州の合理的規制に服すると判断した。

オコナー同意意見は、適切な医学的判断において母親の生命を保護するのに必要なときはD & Xを許容する例外規定を盛り込めば合憲となると保証しているが、これは無意味である。原告医師の『適切な医学的判断』に基づく禁止は、禁止では全くない。これが、健康例外を医師の裁量に委ねることの欠点である。

また、本件の州法がD & Xだけに適用されることはその文言から明らかである。

（七） トーマス裁判官の反対意見（首席裁判官、スカリア裁判官同調）

我々の連邦憲法のなかに、中絶の胎児や社会への影響が、望まない妊娠の母親への重荷に優位するかを、この国の人民が決定する権利を否定するものはない。州は中絶を許容してもよいが、州にそうしなければならないと命ずるものは、憲法には何もない。

（ロー判決からケイシー判決までを振り返って）ケイシー判決の共同意見の基準は、中絶に関する彼らの哲学的見解の産物であり、憲法に起源や関連性をもつものではなく、それが取って代わろうとした基準と同じくらい正統性を欠くものである。しかし、ケイシー判決がでっちあげた不当な負担の基準に拠ったとしても、本日の判決は途方もないものである。

法廷意見は、州法の規定がD & Eも禁止するものと読めると結論するが、文言の解釈、出産類似中絶とはD & Xのみを指すという、医学的権威・裁判所・

議会の共通の理解、そして合憲解釈の原則から、州法が D & E を禁止していないことは明らかである。

ロー判決及びケイシー判決が、健康例外を必要としたのは、こうした事件で、州が中絶を禁止しようとしていたからである。「しかし、ロー判決及びケイシー判決は、中絶の禁止されているある方法が許されている方法より好ましいと医師が考えている事件に関しては全く何もっていない。……多数派とオコナー裁判官は、健康上の懸念から女性が中絶を必要としている事件と中絶を希望している女性が健康上の懸念によってある方法——他の方法ではなく——を選ぶようとする事件とを区別していないのである」

「……法廷意見によれば、医師（または女性）が希望する術法に対して専門家のなかに支持があることを医師が指摘できれば、その術法は『必要』であり、医師はそれを行うことができる。しかし、そうした健康例外の要件はケイシー判決の不当な負担の基準を骨抜きにし、無制限の権利としての中絶（unfettered abortion-on-demand）を強要するものである。例外が完全に原則を飲み込むことになる。実際には、中絶の術法の規制は許されないことになる。なぜなら、ある術法には何らかの支持が必ずあり、その術法が望ましいという医師が必ずいるからである。…… [健康例外を伴った] 新しい州法に基づき、そうした術法の実施を望む医師はだれでも、罰を受けずにそれが可能になる。それゆえ、ネブラスカ州法の憲法上の欠陥は容易に直すことができるというオコナー裁判官の保証は人を欺くものである。法廷意見の健康例外に関する主張は、州によるあらゆる中絶規制に対するその敵意——ケイシー判決が拒絶しようとした——を辛うじて隠すイチジクの葉である」

三 解説

1 中絶に関する判例の展開⁽⁶⁾

ロー判決からソーンバーグ判決⁽⁷⁾まで、最高裁判所は、概ね、中絶の自由を拡張する方向で判例理論を展開させた。ロー判決をかいくぐろうとする様々な試み——配偶者や両親の同意要件、中絶の術法の限定、インフォームド・コンセントや24時間待機要件など——をほとんど叩き潰した。未成年者に関する両親の同意要件では不十分さを残したが、違憲判決は、中絶支持派の意向をかなえるものだった。生命支持派は、わずかに、最高裁判所の財政問題に関する謙抑的態度を衝いて、公的援助でポイントをあげただけだった。一方、その十年余に、最高裁判所内外で両派の対立が激化し、最高裁判所では、双方の票差が次第に接近していった。レーガンブッシュ（父）の共和党大統領（1981年—1992年）による裁判官人事がこれに大きく影響した。

この結果、パウエル裁判官——1986年のソーンバーグ判決まで常に多数派に同調してきたが翌年引退——に代わりキーパーソンとなったのはオコナー裁判官だった。初めての女性裁判官として最高裁判所入りした直後は、ロー判決に批判的だったが、中絶支持派が最大の危機を迎えた1989年のウェブスター判決で、そして、危機を乗り越えてロー判決を再確認したケイシー判決で、決定的な役割を演じたのはオコナー裁判官だった。

そして、両派の闘いは、ケイシー判決の「不当な負担」の基準という中庸的な——アメリカ合衆国にしては珍しい！——結末を迎えたのである。ケイシー判決はひとつの妥協としてとらえることができようが、その共同意見には男女平等の流れが色濃く反映されている。

2 本判決の評価

(一) 一言でいえば、判決は中絶支持派のほろ苦い勝利とみることができる⁽⁸⁾。下級審が抱った過度に広汎ゆえに「不当な負担」、に加えて健康例外の欠如を違憲判断の理由とした広い判示の一方で、票決が僅差だったことは、中絶支持派の幹部をして「シャンパンと戦慄」(“Champagne and shivers”)と言わしめた⁽⁹⁾。そして、この問題についてのキーパーソンが依然オコナー裁判官で

あることを確認した⁽¹⁰⁾。

簡単に両派の得喪をみておこう。なんといっても、結論が違憲だったことは中絶支持派にとっては大きな意味がある。ケイシー判決は公平にみて中絶支持派の判定勝ちだったと思うが、共同意見は州法の規制の多くを支持した。逆に勝ったと喜んでばかりもいられないのが、ぎりぎりの1票差だったことである。マスコミの予測は6対3だったようである⁽¹¹⁾。ケイシー判決では突然の「変節」でロー判決を救ったケネディー裁判官は先祖がえりしてしまった。また、出産類似中絶規制法がすべて許されないわけではなく、健康例外を入れて狭く定義された出産類似中絶規制ならば合憲であるとオコナー裁判官から釘を刺されたことも落としてはならない。そして、一部に期待するむきもあった厳格審査基準への回帰はリベラル派裁判官もしなかった⁽¹²⁾。

(二) 本判決について第1に指摘しなければならないのは、「不当な負担」の基準が初めて最高裁判所の過半数(6裁判官)の明確な支持を得たことである。ケイシー判決ではこの基準は、事実上、最高裁判所の結論を左右したが、これに明示的に賛成したのは、オコナー、ケネディー、スーター3裁判官にすぎなかった。ブラックマン、スティーブズ両裁判官は厳格審査基準を主張し、保守派裁判官は合理性の審査基準であった。本判決では従来のリベラル派も合流し、6裁判官が支持するところとなった。スカリア、トーマス両裁判官はなお激しく批判しているが、首席裁判官もケネディー反対意見に同調していることなどからみてどうやら不承不承ながら判例法の一部と認めているようである。

また、下級審と同様、州側がいう州法の限定解釈は根拠がなく、D & Eにも訴追の恐れがあるゆえに、「不当な負担」にあたるとする論理構成は自然なものといえる。それでは、D & Xに限定されればどうだろうか。オコナー同意意見は合憲とする。法廷意見は見解を示していないが、同様にぞっとする二つの中絶手術の片方が嬰兒殺しにより似ているとか、その片方だけを禁止することで州は正当な利益を促進するとかいうことは、全く馬鹿げているとするスティー

ブンズ同意意見（ギンズバーグ同調）は、このような州法をも違憲とみていることになる⁽¹³⁾。

（三）もうひとつの意義は、健康例外が検討すべき要素のひとつか独立の要件か、すなわち、「不当な負担」の基準の一部か別個の審査かという争点に関して、最高裁判所の多数派が後者の立場を採ったことである。そして、健康上のリスクは妊娠に由来するものだけでなく中絶の方法に起因するものも含むとした。「かくして、ステンバーグ判決は、ケイシー判決の、女性の健康は州の許容される利益のひとつに過ぎないという取り扱いを退け、女性の健康を保護するためのはっきりした線引きの（bright-line）ルールを再構築した」⁽¹⁴⁾

一般に、ケイシー判決は、ロー判決の三半期の枠組みという bright-line 分析を改め、不当な負担の基準という利益衡量に傾いたと理解されている⁽¹⁵⁾。Meyerは、一番の驚きは、健康例外を、不当な負担の基準とは別個の憲法上の独立の要件としたことだとして、「[不当な負担といえるほどに実質的かという] 個別の衡量なしに、女性の健康上の利益を……絶対的な切り札（an absolute trump）とすることによって、法廷意見は、厳格審査と一般に結び付いた bright-line な厳格さの一種を採用したようにみえる」と評している⁽¹⁶⁾。

健康例外がなぜこれほど問題になるのか。中絶反対派からは、中絶クリニックの医師に事実上のフリーハンドを与える呪いの言葉（わが国の母体保護法第14条第1号「母体の健康を著しく害するおそれ」の運用実態をみよ）とされるからである。ケネディー反対意見も「原告医師の『適切な医学的判断』に基づく禁止は、禁止では全くない。これが、健康例外を医師の裁量に委ねることの欠点である」としている。すなわち、「女性の健康に基づく例外規定はすべてのD&Xの決定を中絶を行う医師の裁量に委ねることになるゆえに、健康例外は原則を飲み込むことになる。これが、ネブラスカ州法や出産類似中絶を禁止する連邦議会の二つの法案に、母親の健康例外が含まれていない理由である」⁽¹⁷⁾

(四) まだまだ続くバトル?⁽¹⁸⁾

従来、ケイシー判決やそれ以降の状況をどうみるか——本判決以前の時点で——については、中絶支持派のなかにも正反対の見解があった。一方は、ケイシー判決以降の法(判例)や政治状況を楽観視するもので、ケイシー判決の共同意見は、ロー判決変更はブラウン判決変更と同様にあり得ないという明確なメッセージであるとする⁽¹⁹⁾。

他方、ケイシー判決の実際の効果はロー判決変更と大差ないのに「ロー判決は大丈夫」(Roe was saved)という幻想を生んだ。明示的に判例変更してくれたほうが運動を活性化するためにはまじだった——ちょうどロー判決が中絶反対運動を活気づけたように、という見方も有力だった⁽²⁰⁾。

どちらもあまりに極端で全面的に賛成するのをためらうが、本判決からみると、今のところは前者の見解がことの本质にやや近いように思われる。

最後に、今後の展開だが、ある論者は、違憲判決を受けて改正される州法の内容と最高裁判所の人員構成次第とみる⁽²¹⁾。現在のメンバーを前提とすれば、法廷意見やオコナー同意意見で示された内容に適合するか否かということになる。この論稿によれば、禁止をD&Xに限定することはさして困難ではないが、健康例外は簡単ではない。すなわち、健康例外は前述のように規制を事実上無力化しかねないため、規制推進派はできるだけ狭く限定しようとするだろうが、それは違憲の疑いが濃いという。

他方、引退が噂される4裁判官(首席裁判官、スティーブンズ、オコナー、ギンズバーグ)のうち3人は本判決の多数派であり、後任を選ぶのはブッシュ大統領という事実は、中絶論争の行く末がまだ見えないことを示唆している⁽²²⁾。たしかに、Garrowの指摘のように、誰が最高裁判所に入ろうとも——第2のスカリア裁判官やトーマス裁判官なら分らないが——、これだけ国民全体の注目的になっているケイシー判決を明示的に変更することは考えにくい、そのときの最高裁判所が本音としてはケイシー判決に異を唱える裁判官

に支配されているなら、判例変更はしなくとも骨抜きをはかる——本判決のように骨があるように解釈するのではなく——ことは十分考えられる。もちろん、近くはスター裁判官、遠くはブラックマン裁判官やブレナン裁判官のように指名した共和党大統領の期待を裏切った例も少なくないが（この逆の例は、ケネディー大統領が指名したホワイト裁判官か）。

- (6) 詳しくは、拙稿「人工妊娠中絶とアメリカ合衆国最高裁判所」法政研究第1巻1号、2・3・4号、第2巻2号（1996年～1997年）参照。
- (7) *Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists*, 476 U.S. 747(1986).
- (8) 判決の内容と票差に関して、両派とも手放しの勝利とも完全な敗北ともいえない複雑な感情を持っているとされる。“Partial-Birth” Abortion Bans and the Supreme Court's Rejection, *supra* note 3, at 1127-29.
- (9) *Greenhouse*, *The Supreme Court: The Nebraska Case; Court Rules That Governments Can't Outlaw Type of Abortion*, N.Y. Times, June 29, 2000.
- (10) “Partial-Birth” Abortion Bans and the Supreme Court's Rejection, *supra* note 3, at 1141.
- (11) *Greenhouse*, *supra* note 9. ケネディー裁判官の反対意見は双方にとって大きな驚きであり、ケイシー判決への深い困惑を示す、とされる。また、「ケネディーはステンバーグ判決では少数派に加わったが、これは1992年に溯ればそのチャンスがあったのに中絶をすべて禁止し損ねたという彼自身の後悔のようにみえる」*Lithwick*, *Supreme Court Dispatch*, http://writ.corporate.findlaw.com/commentary/20000629_lithwick.html

一方、第14修正の適正手続条項が保護する「自由」は奴隷解放と関連づけて理解されるべだとするSmolinは、どちらにも全面的に同調しないケネディー裁判官（そして、以前のバーガー首席裁判官）のようなアプローチが問題の解決に最も安定的であると擁護している。Smolin, *Fourteenth Amendment Unenumerated Rights Jurisprudence: An Essay in Response to Stenberg v. Carhart*, 24 *HARV. J.L. & PUBLIC POLICY* 815(2001).

また、ケイシー判決の共同意見を理論的美しさはないが、安定して支持できるとするLazarusは、共同意見に加わった3裁判官の分裂は不幸な結果で、憲法

上の権利が何かは、最高裁判所内の、どっちが5票取るかの数合わせにすぎないという俗説に力を貸すと懸念する。Lazarus, *Court Crackup*, *Washington Post*, July 25, 2000.

本判決は率直にあって、ロー判決やケイシー判決に重要性で見劣りするが、スーター裁判官以外のすべての裁判官が意見を書いたことに象徴されるように、最高裁判所内部の勢力争いのダイナミクスを想像するうえでは興味深い箇所が多い。あちこちにちりばめた妊娠中期の中絶に関するぞっとする描写、オコナー裁判官への近親憎悪的非難(ケイシー判決以前の彼女の意見を引用して攻撃)、そして、えげつない表現の数々(特にすごいのがトーマス反対意見で、「当裁判所がすでに拡張したケイシー判決以前の判例法の前例のない拡張」、「イチジクの葉」(a fig leaf)(元々はあそこを隠すための!?)、「ケイシー判決の共同意見は全くでたらめに構築された」、「ケイシー判決がでっちあげた不当な負担の基準が支持に値する(実際は支持に値しないが)と仮定しても、本日の判決は途方もないものである」など)は、下手な小説よりも面白い。

世界中で最も権力のある女性とされるオコナー裁判官(「ほとんどすべての大きな争点での、最高裁判所の要の一票としての彼女の位置は、彼女をしておそらく世界中で最も権力のある女性にしている」Lazarus, *Supreme Court Roulette*, *infra note 22*)への男の嫉妬とみるのは想像がたくましくすぎるだろうか。

- (12) "Partial-Birth" Abortion Bans and the Supreme Court's Rejection, *supra note 3*, at 1128-29.
- (13) 同旨、Partial-Birth Abortion: Should Moral Judgement Prevail Over Medical Judgement?, 31 *LOYOLA UNIV.L.REV.* 693(2000). 中絶を選択する女性の憲法上の権利は、道徳上の確信を支持するにすぎない州の利益に常に優先するとする。
- (14) The Supreme Court, 1999 Term—Leading Cases, 114 *HARV.L.REV.* 179, 228(2000).
- (15) Meyer, Lochner Redeemed: Family Privacy After Troxel and Carhart, 48 *UCLA L.REV.* 1125, 1133-34(2001).
- (16) *Id.* at 1159 & 1162. また、憲法上の根拠がなく内容の点からも賢明ではないロー判決の誤りを、ケイシー判決も本判決も継承しておりと非難し、さらに、一部の時期の一部の中絶だけを規制する多くの州の試みを違憲とする法廷意見を、他の法益を無視し女性の自由や利益のみ偏重するものという非難もみられる。Amar, *supra note 5*, at 110-12.

- (17) Lithwick, Supreme Court Dispatch, supra note 11. 「例外が原則を飲み込む」という記述はトーマス反対意見にもみられる。なお、現在連邦議会に提案されている同様の法案について、規制推進派は、健康例外を盛り込まず、D & Xが母親の健康の保護に必要な状況はないという、長々とした事実認定を付している。11月の中間選挙で、共和党が上院も制したことにより、法案は成立する可能性が高くなった。
- (18) Buchananも、両派のバトルは女性への危険な結末をもたらす可能性を伴いながら続くだろう、と予想する。Buchanan, *The Abortion Issue: An Agonizing Clash of Values*, 38 HOUSTON L.REV. 1481, 1488 (2002). Buchananによれば、中絶問題の本質は生命がいつ始まるかではなく、競合する諸利益の分析のうえで、どの時点で中絶の法的決定権が女性から州に移るかである。女性の身体的尊厳 (bodily integrity) や男女平等の保障という観点からすると、「不可避の結論はこうなる。独立生存前の妊娠の段階において子を産むか否かの法的決定権を女性が欠くならば……真の男女平等は実現されない」Id. at 1487.
- (19) Garrow, supra note 3, at 845. Garrow は、本判決直後にも、妊娠中期の中絶にも憲法上の保護を維持するという最高裁判所の一貫したコミットメントからみて、判決は多くの人々が思っている以上に中絶反対派にとって大きな敗北であると論評している。Garrow, *Why the Right-to-Life Movement Faces a Difficult Future*, Newsweek, June 30, 2000.
- (20) Strossen & Collins, *The Future of Illusion: Reconstituting Planned Parenthood v. Casey*, 16 CONSTITUTIONAL COMMENTARY 587 (1999). Sullivan, *The Supreme Court, 1991 Term — Foreword: The Justices of Rules and Standards*, 106 HARV.L.REV. 22 (1992) も同趣旨である。同じく、ケイシー判決を “unstable” として批判するCavendishも、中絶支持派が安心して運動が停滞したのに対して、中絶反対派は、連邦及び州議会、そして州知事の勢力圏でも優位を築き、「ケイシー判決後の 10 年を考察すると中絶は重大な危機にある (choice is in grave peril)」とみる。Cavendish, *Unburdening the Right to Abortion: Casey's Undue Burden Standard Casey Reflections*, 10 AM. U.J. GENDER SOC. POLY & L. 305(2002).
- (21) “Partial-Birth” Abortion Bans and the Supreme Court's Rejection, supra note 3, at 1144-48.
- (22) Lazarus, *Supreme Court Roulette*, <http://writ.corporate.findlaw.com/>

Lazarus/20000802.html もっとも、Lazarus自身は、このうち数年のうちに実際に引退するのは首席裁判官だけだろうと予想している。Lazarus, Why We Should Consider Abolishing Life Tenure for Supreme Court Justices: The Need To Eliminate Politically Motivated Justice Retirement, <http://writ.corporate.findlaw.com/Lazarus/20010206.html>