

## 判例研究

### 人工妊娠中絶規制の新判例

—Gonzales v. Carhart, 550 U.S. 124 (2007) —

根 本 猛

#### 一 はじめに<sup>(1)</sup>

ネブラスカ州のいわゆる出産類似中絶 (partial birth abortion) 禁止法に対する最高裁判所の違憲判決を受けて、連邦議会は、「2003年出産類似中絶禁止法」を制定した。この連邦法は、2000年のステンバーグ判決で違憲とされたネブラスカ州法と同様に妊娠第2期の中絶方法のひとつである intact D & E を禁止するものだったが、2つの点で、最高裁判所の違憲判決に対応していた。

<sup>(1)</sup> 出産類似中絶禁止法は、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。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、連邦議会でも以前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。

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。

第1に、連邦議会は、出産類似中絶が医学的には必要性がない残酷かつ非人道的な手術であって禁止されるべきであるという道徳的、医学的、そして倫理的コンセンサスが存在するという事実認定をした。

第2に、連邦法は「故意に出産類似中絶を行うこと」を禁止し(母親の生命を保護するのに必要な場合を除く)、「出産類似中絶」を次のように定義していた。

「(A)部分的に排出された生存する胎児を死なせると認識できる外的行為(overt act)を行う目的で、生存する胎児を、熟慮のうえ故意に、頭位の場合には、胎児の頭部全体を母体の外に排出し、母体の外に排出し、臀位の場合には、臍より上の胎児の胴体の一部を母体の外に排出し、(B)胎児を死なせる……外的行為」

ステンバーグ判決<sup>(2)</sup>は、①健康例外を欠いていること、②通常のD&Eもが禁止対象となることが「不当な負担」にあたることを理由としていた。当然のごとく、この連邦法に対しても違憲訴訟が提起され、下級審は、健康例外の欠如、通常のD&Eも禁止対象となることなどを理由に、一致して違憲判断を示した。

政府側の裁量上訴を認めた最高裁判所は、5対4の多数決で、下級審の違憲判決を破棄する合憲判断をした。ステンバーグ判決で反対意見だったケネディー裁判官が法廷意見を執筆し、ステンバーグ判決でやはり少数派だったスカリア、トーマス両裁判官と、新任のロバーツ首席裁判官とアリート裁判官もこれに加わっている。一方、ギンズバーグ裁判官の反対意見は、ステンバーグ判決の多数派から引退したオコナー裁判官を除く4裁判官の見解である。

---

<sup>(2)</sup> Stenberg v. Carhart, 532 U.S. 914 (2000). なお、ステンバーグ判決でキャスティングボートを投じたオコナー裁判官の同意意見は、基本的に法廷意見に賛同しつつ、D&X禁止に限定され健康例外あれば合憲としている。詳しくは拙稿後掲注(5)198頁以下。

## 二 判旨

### 1 法廷意見（ケネディー裁判官）

#### I 事実の概要、下級審の判断など（省略）

#### II 先例

ケイシー判決は、ロー判決の3つの『基本的判断』を再確認した。第1に、胎児の独立生存以前は、女性は、州からの不当な干渉を受けずに中絶を選択する権利をもっている。第2に、胎児の独立生存以降は、女性の生命または健康を危うくする妊娠についての例外があれば、州には中絶を規制する権限がある。第3に、州には、妊娠の当初から、女性の健康とやがて子になる胎児の生命を保護する正当な利益がある。

本件では、第3が特に重要である。本法が胎児の生命を保護する政府の正当な利益を促進するか否かの判断にあたって、以下の点を前提とする。すなわち、規制の『目的または効果が女性にとっての実質的障害となる』ならば、胎児の独立生存以前の中絶の権利に対する不当な負担となるが、女性の中絶の権利行使に対する実質的障害でなければ、州が胎児の生命に対する深遠な尊重を表明する構造上のメカニズムにすぎない規制は許される。ケイシー判決はバランスをその判断の中核としたものであり、本件においても、ケイシー判決の基準を適用する。違憲判断をした下級審判決を支持するなら、政府は胎児の生命を保護し増進することに実質的利益を有するというケイシー判決の中核的前提は覆されることになる。

Ⅲ 本法は、不明確ではないし、過度に広汎でもないので、文面上違憲ではない。

A 本法の文言は、本法が intact D & E を規制していることを示している。第1に、生存する胎児を膣に排出するという要件により、死亡した胎児の排出を行う中絶や膣への排出を伴わない中絶は制限していない。第2に、解剖学上の指標を超えて生存する胎児を排出することが求められるから、そうした排出に当たらない中絶は許されている。第3に、排出とは別個の、排出された胎児を死に至らしめる「外的行為」を要求している。第4に、本法の故意の要件に照らせば、解剖学上の指標を超えて生存する胎児を排出しても、事故や不注意による場合は、罪にならない。

B 本法は、文面上、漠然性ゆえに違憲ではない。通常理解力の医師に、禁止の対象が何かを知る合理的機会を提供しているし、恣意的・差別的な法執行を促すものでもないからである。

C 次に、第2三半期中絶への規制が広汎すぎるがゆえに本法は不当な負担を課すものであるかを判断する。

本法の文言は、医師が故意に intact D & E を行うことを禁止している。……本法の故意の要件は、その適用範囲を、初めから2つのステップを踏む意思をもって、intact D & E を実行する医師に限定している。

本法は、医師が胎児を初めから粉々にして取り出すことを意図する大半のD & Eをその対象とはしていない。この解釈は、本法をステンバーグ判決で違憲とされたネブラスカ州法と比較することによって確認される。ステンバーグ判決では、当裁判所は、その州法がD & Eを含むものと解釈し、ネブラスカ州司法長官の限定解釈を否定した。

こうした懸念に対して、連邦議会は次のような対応をしたことは明らかである。第1に、本法が、『生存する胎児またはその実質的な一部』の代わりに『生存する胎児を排出する』という文言を採用して、胎児の一部の取り出しではなく胎児全体の排出 (extraction) をターゲットにしている。第2に、解剖学上の指標を特定することによって、胎児の一部の取り出しは禁止されていないことを明らかにしている。第3に、胎児の一部が『母親の体外に』出るよう排出されることを要件とすることによって、胎児の相当部分を膣に排出することは、医師に刑事罰を課すものではないことを明確にしている。第4に、外的行為 (overt-act) の要件を加えることによって、ネブラスカ州法にはなかった区別をしている。

最後に、「法律を違憲から救うためにすべての合理的解釈が行われるべきである」という憲法解釈の基本的ルールによっても、本法がD&Eを対象にしているのではないかという疑いの火は消されることになる。本法が通常のD&Eを禁止していないという解釈は、その文言の最も合理的な読み方であり理解である。

被上告人の反論は採用できない。どんなD&Eも……解剖学上の指標を超えた生存する胎児の排出に発生させようという主張は、偶発的なintact D&Eの責任を排除する本法の故意の要件を考慮していない。証拠によれば、intact D&Eは、偶発ではなくほとんどいつも意思による選択であるという立法府の判断は支持される。intact D&Eの可能性を否定しては通常のD&Eは行えないという主張は信用できない。

多くの医師が、そのほうが安全だという信念に基づき、可能な限り胎児をそのまま取り出す目的で、すべてのD&Eを始めているという事実は、被上告人が主張するように、すべてのD&Eが違法となり、その結果、不当な負担となることを証明するものではない。このことは、医師が胎児を解剖学上の指標までは排出しないよう気をつけることによっ

て、その行動を法に適合させなければならないことを示しているだけである。被上告人は、医師に排出前に細分化の求めることが大多数のD&E中絶を禁止することになることを立証できなかった。

IV 本法は、文面上、胎児の独立生存以前の後期中絶に対して、ケイシー判決が禁止する『実質的障害』(substantial obstacle)を課すものではない。

#### A 立法目的

本法を制定した連邦議会の目的は実質的障害を課すためだという主張は受け入れられない。本法に述べられている目的は、無辜の生命を残酷で非人間的な手術から保護し医学界の倫理と名声を護ることである。政府が『医学界の尊厳と倫理を保護する利益を有している』ことは疑いない。さらに、ケイシー判決は、政府はその声(voice)と規制権限を使って、女性の体内の生命に対する深遠な尊重を表明できることを確認した。

生存する胎児の部分排出に関する本法の禁止は、政府のこの目的を促進するものである。連邦議会は、そうした中絶が嬰兒の殺害に似ているものと判断した。当裁判所は、生命を絶ち非難される行為に似たこと(出産類似中絶のこと)を抑制するために線を引くことの正当性に同意してきた。

生命の尊重は、子に対する母親の愛の絆に究極の表現を見いだすものである。本法は、この現実をも認識している。中絶するか否かは、困難で苦痛を伴う道徳的判断である。この現象を測る信頼すべきデータはないが、身ごもった幼い命を中絶するというその選択を後悔することになる女性もいると結論しても異議はなさそうに思われる。深い憂鬱と尊厳の喪失を伴うこともある。

かくも感情的葛藤を伴う決定にあたって、行う中絶の術法の正確な詳細を説明しないことを好む医師もいる。緊急手術に直面した患者のなかには、侵襲的医療行為に先立つ通常的不安を悪化させないように、手術の詳細を聞きたくない者がいても、驚くにはあたらない。本件で争点となっている中絶手術についても同様である。

しかし、州の正当な関心の対象となるのが、まさにこの情報の欠如である。州は、かくも重大な選択が十分に情報を与えられてなされるよう保障する利益がある。中絶の選択を後悔することになる母親は、事の後で、知らなかったこと—彼女が医師に、彼女の胎児の頭蓋骨を粉々にしその急速に成長している脳を吸い出すことを許したこと—を知ったとき、より強烈でより深い悲嘆と闘わなければならないことは自明である。

こうした規制とそれがもたらす知識は、妊娠を継続を促し、後期中絶の絶対数を減少させるだろう。また、医学界は、第2期中絶に、別のショックが少ない術法を発見するかもしれない。そのことは、立法の目的に資するものである。生命の尊重に関する州の利益は、政治・法制度、医学界、将来の母親、そして社会全体に、後期中絶を選択する決定からもたらされる結果を知らせる対話によって促進される。

通常のD & Eも、ある点では、intact D & Eと同じくらい残酷だから、本法は成果がほとんどないという反論は説得的でない。連邦議会が、通常のD & E以上に出産類似中絶は、医師の適切な役割についての公衆の認識を損ない出産の過程をねじ曲げると考えたことは合理的である。

## B 健康例外

本法が、『医師の適切な判断において母親の健康を保護するために必要な』場合、禁止された術法を許容していないこと（健康例外の欠如）は、違憲の負担を課す効果を有するものではない。支配的な先例の下で、本法の禁止は、『女性に健康上の実質的リスクを課す』ならば、違憲で

あることが前提とされる。

しかし、本法がそのようなリスクを生むか否かは、下級審において事実問題として争われた。事実審と連邦議会に提出された証拠は、双方ともその立場に医学界の支持があることを示している。先例は、医学的不確実性が存在するときは、法は文面上違憲の攻撃をくぐり抜けることを教えている。この伝統的ルールは、州は妊娠の全段階で生命の尊重を促進する利益を有し中絶医も他の医師と同様に扱われるべきことを確認したケイシー判決と矛盾しない。医学的不確実性は、他の文脈におけると同様、中絶の文脈においても立法権の行使を閉ざすものではない。

また、たとえばD&Eのような、禁止された術法に代わる安全な手段が利用可能であるという他の要素によってもこの結論は支持される。さらに、intact D&Eが真に必要な状況があっても、本法の禁止は「生存する胎児」の排出にのみに適用されるので、あらかじめ注射で胎児の生命を絶てば、医師はこの術法を行うことができる。ダンフォース判決は区別される。

『特定の術法の禁止が女性の健康を危うくするという見解に無視できない（substantial）医学的権威の支持があるときは』中絶規制には健康例外がなければならないという被上告人の主張は受け入れられない。ステンバーグ判決を医学的不確実性に直面して立法の誤差を全く認めないものと解釈することは厳格すぎる基準である。リスクのバランスなどの安全性についてのぎりぎりの検討は、本件のように、規制が合理的で正当な目的を追求するものであり、通常的安全な選択肢が利用可能な場合には、立法の権限の範囲内にある。

## 2 トーマス裁判官の同意意見（スカリア裁判官同調）

ケイシー判決を含む現在の判例法を正しく適用したもののなので、法廷意見に加わる。ただ、ケイシー判決やロー判決を含む人工妊娠中絶に関



する判例法は、憲法上根拠がないものであるという私の見解を繰り返しておく。

### 3 ギンズバーグ裁判官の反対意見（スティーブンス、スーター、ブライヤー各裁判官同調）

（ケイシー判決とステンバーグ判決を振り返って）本日の判決は驚くべきものである。ケイシー判決とステンバーグ判決をまじめに取り上げることを拒否し、全米産科・女性科医協会（ACOG）が必要かつ適切と認めた術法の全国的禁止という連邦政府の干渉を容認し称賛さえしている。……そして、ロー判決以来初めて、女性の健康を保護する例外規定を持たない禁止規定を支持した。

#### I A ステンバーグ判決と健康例外

ケイシー判決が考察したように、人工妊娠中絶に規制が問題となっている事件で問われているのは女性の『自らの運命のコントロール』である。かつて一さほど前ではないが、『女性は、憲法の下での完全で独立した法的地位を阻害する特別の責任を負い、家庭と家族生活の中心であるとみなされていた』時代があった。こうした見方は『もはや家族、個人、または憲法に関する我々の理解と相いれないものである』ことをケイシー判決は明らかにした。女性は、この国の経済・社会生活に平等に参加する才能、能力、そして権利を有することが現在では承認されている。この能力は、自らの生殖をコントロールする能力と密接に結び付いていることを、当裁判所は承認している。かくして、人工妊娠中絶の術法に対する不当な制約に対する法的挑戦は、一般的なプライバシー概念を主張するのではなく、自らの人生のコースを決定し平等な市民的地位を享受する女性の自律に焦点をあてている。

こうした理解に合わせて、当裁判所は、中絶規制法が妊娠のすべての

段階で、そしてあらゆるケースで女性の健康を保護することを一貫して要求してきた。

すなわち、妊娠自体が危険を生むときばかりでなく州の規制が安全ではない中絶を女性に強いるときにも州は女性を危険にさらすことを避けなければならないと我々は判決してきた。……

ステンバーグ判決で、我々は intact D & E を禁止する州法は違憲である理由のひとつが健康例外の欠如であると明確に判示した。intact D & E の安全性について医学的見解の対立が存在することを指摘したが、『特定の術法の禁止が女性の健康に危険をもたらすという医学的権威が支持するかぎり』健康例外は必要であると指摘した。

「ケイシー判決の語法における『必要』は妊婦の生命・健康の保護にとっての必要であって、絶対的な必要や絶対的な証明に言及しているわけではない。そして、このフレーズは医学的見解の全員一致を要求しているわけではない。医師はしばしば評価を異にするものである。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」

すなわち、医学的見解の対立は、「危険の不存在ではなく存在を示すファクターである不確実性を意味する」と我々は理由づけた。「それゆえ、intact D & E をすべて禁止する州法には、健康例外がなければならない」

## B 議会の認定と下級審判決をどうみるか？

ステンバーグ判決の数年後の2003年、連邦議会は健康例外のない出産類似中絶禁止法を可決した。同法が拠った連邦議会の認定は、下級裁判所が判断し法廷意見も認めざるを得ないように、審査に耐えるものではない。

intact D & E を教授する医学校はない、この術法が必要ないという医

学的コンセンサスがある、出産類似中絶の安全性について信頼し得る医学的証拠はないという点で、同法の認識は誤っている。

C 連邦地裁の認定は当裁判所の尊重に値する。法廷意見は、その認定を否定するのに何の理由も説明していない。証拠の重みについての連邦地裁の評価とステンバーグ判決との明瞭な衝突にもかかわらず、法廷意見は、医学的不確実性がある場合、出産類似中絶禁止法は合憲であると主張する。この主張には当惑する。ACOGや専門家の評価に異を唱える証人がいることを理由に、本法は合憲であるというのだが、彼らは、intact D & Eの訓練を受けたことも実際に経験したこともないのである。

## II A 本法は何の利益も実現しない—中絶した女性は後悔？

法廷意見は、女性の健康を保護する例外なしにintact D & Eの全国的な禁止を支持するのに、浅薄で見え透いた理由を示している。すなわち、本日の判決は、ケイシー判決の結論の中核をなす前提—政府の『胎児の生命を保護し促進するという正当かつ実質的な利益』—を前進させるという。しかし、同法はそうした利益をほとんど促進しない。同法は、ひとりの胎児も破壊から救わない。というのは、同法は中絶の術法をターゲットにただけだから。そして、妊婦の生命や健康の保護を意図したものでないことは間違いない。

禁止法を支持する別の理由として、法廷意見は、nonintact D & Eを禁止していないことを強調している。しかし、どうしてと問われるだろう。nonintact D & Eも「胎児を引き裂きその手足を引きちぎる」もので、同様に「残忍」という特徴がある。同様にぞっとする2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。

最後に、法廷意見は、中絶を禁止するという「道徳的関心」が働いていることを認めている。しかし、基本的権利を踏みにじって、生命の保護という政府の利益と無関係なそうした関心を実現することは、ケイシー判決やローレンス判決などの先例を汚すものである。

この点に関連して、法廷意見は、自らが信頼できる証拠がないと認める反中絶のスローガンを持ち出している。すなわち、中絶した女性はその選択を悔やむようになり、その結果、「深い憂鬱と尊厳の喪失」に襲われる。女性のもろい感情的状態と母が子に持つ愛情の絆ゆえに、医師は intact D & E の性質の説明を控えるかもしれないと法廷意見は心配している。法廷意見が賛同した解決は、別の術法とそれに伴うリスクを女性に正確かつ適切に説明するよう医師に要求することではない。そうではなく、法廷意見は、彼女たちの安全さえ犠牲にして、女性から自律的な選択をする権利を奪っている。

こうした考え方は、家庭内と憲法の下での女性の場所に関する古めかしい概念を反映している。しかし、この考えはずっと前に捨てられた。ミュラー判決（女性にのみ労働時間制限を課す「保護」法は、女性の「身体的構造及び母性機能の適切な遂行」の観点から許容されると判断）などと VMI 判決（州は、女性の才能、能力または選好についての過度に広汎な一般化によることはできない。そうした判断が、わが国の歴史を通じて、完全な市民としての地位に向けた女性の歩みを阻害してきた）などを比較せよ。

本日の法廷意見は、この問題に関する女性の感覚を「自明のもの」とみなしているが、当裁判所は「女性の運命は、女性の精神的要求と社会での場所についての彼女自身の考え方に基づいて決められなければならない」と繰り返し確認してきた。

## B 独立生存可能性

人工妊娠中絶にかかわる事件では、当裁判所は、胎児の独立生存可能性を決定的な考慮事項としてきた。本日の判決は、この線引きをあいまいにしている。

## III 文面上違憲か

健康例外の目的は、まさに例外的なケースで女性を保護することであり、健康例外が第2期の中絶の多くに必要であることを証明しなければ文面上違憲の主張ができないとするのは無意味である。

## IV 結語—法の支配・先例拘束性

ケイシー判決で述べたように、「ロー判決の中核的な判示を変更することは、先例拘束性の下で不当な結果を招くばかりではなく、司法権を行使し法の支配に献身する国の最高裁判所として機能する当裁判所の能力を著しく弱めることになる」。「我々の憲法自体の基礎にある法の支配の概念そのものが、先例の尊重がそもそも不可欠であるという時を超えた継続性を求めている」。ケイシー判決を見よ（「画期的判決を再検討する最も説得的な理由もなしに、非難を受けて判例変更するならば、当裁判所の正統性が破壊されることは疑いの余地がない」）。

本日の判決は、ロー判決やケイシー判決を無視するところまでは行かなかったが、最後に人工妊娠中絶規制を検討したとき（2000年のステンバーグ判決のこと）と異なる構成の当裁判所は、我々が以前「法の支配」と「先例拘束性の原理」を援用したことに全く忠実ではない。女性の健康を保護するのに必要なときは州は人工妊娠中絶の術法を禁止できないという我々の明確な先例にもかかわらず、連邦議会は禁止を課した。連邦議会の認定は審理に耐えることができなかったのに、当裁判所は連邦議会の憲法判例無視を尊重した。我々の判例法にかくも反する判決は維

持されるべきではない。

要約すれば、出産類似中絶禁止法が何らかの政府の正当な利益を促進するという考え方は全く不合理である。当裁判所がこの法律を擁護するのには助けになる説明がない。率直に言えば、この法律と当裁判所がそれを擁護したことは、当裁判所が繰り返し宣言してきた—中絶が女性の人生に関連するという理解とともに—権利を削ぎ取る試み以外の何物とも理解できない。「法律が憲法上の権利に重荷となっており、法律が立法者のその権利に対する敵意の表明の手段にすぎないとき、その負担は不当なものである」

### 三 解説

#### 1 人工妊娠中絶に関する判例の展開<sup>(3)</sup>

ロー判決からソーンバーグ判決まで、最高裁判所は、概ね、人工妊娠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、人工妊娠中絶の術法の限定、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

---

<sup>(3)</sup> 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。また、ケイシー判決以降の展開については、小竹聡「アメリカ合衆国における妊娠中絶をめぐる法理の展開」同志社アメリカ研究44号27頁(2007年)が詳しく論評している。

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<sup>(4)</sup>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。史上初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。

こうして両派の闘いは、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（三 3（三）参照）。

## 2 ステンバーグ判決

そして、ゴンザレス判決で、法廷意見・反対意見の双方が拠りどころとする2000年のステンバーグ判決<sup>(5)</sup>である。本件の連邦法とほぼ同様のネブラスカ州法を違憲と判断した。

法廷意見（ブライヤー裁判官）は、2つの理由をあげる。すなわち、ケイシー判決からすれば必要な健康例外を欠いていることと、州法が広く利用されているD&Eにも適用される可能性があり、中絶の選択をする女性の権利に対する「不当な負担」にあたることである。また、「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

<sup>(4)</sup> Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists, 476 U.S. 747 (1986) .

<sup>(5)</sup> 拙稿「人工妊娠中絶論争の新局面」法政研究第7巻2号206頁（2002年）

持を得た。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。

ステンバーグ判決は、中絶支持派の勝利とみることができよう<sup>(6)</sup>。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<sup>(7)</sup>。

票決は5対4の1票差だった。マスコミの予測は6対3だったようである<sup>(8)</sup>。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が先祖がえりしてしまったことが、ゴンザレス判決への伏線となった。

内容的には、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<sup>(9)</sup>。

---

<sup>(6)</sup> 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。Stenberg v. Carhart: "Partial-Birth" Abortion Bans and the Supreme Court's Rejection, 79 N.C.L.Rev. 1127, 1127-29 (2001) .

<sup>(7)</sup> Id. at 1141.

<sup>(8)</sup> Greenhouse, The Supreme Court: The Nebraska Case; Court Rules That Governments Can't Outlaw Type of Abortion, N.Y. Times, June 29, 2000. 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見える」Lithwick, Supreme Court Dispatch, [http://writ.corporate.findlaw.com/commentary/20000629\\_lithwick.html](http://writ.corporate.findlaw.com/commentary/20000629_lithwick.html)

<sup>(9)</sup> 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。



ステンバーグ判決の意義は、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。「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」<sup>(10)</sup>

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<sup>(11)</sup>。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見える」と評している<sup>(12)</sup>。

ステンバーグ判決以降の展開を、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ていた<sup>(13)</sup>。当時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、健康例外は後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

---

<sup>(10)</sup> The Supreme Court, 1999 Term – Leading Cases, 114 Harv.L.Rev. 179, 228 (2000) .

<sup>(11)</sup> Meyer, Lochner Redeemed: Family Privacy After Troxel and Carhart, 48 UCLA L.Rev. 1125, 1133-34 (2001) .

<sup>(12)</sup> Id. at 1159 & 1162.

<sup>(13)</sup> “Partial-Birth” Abortion Bans and the Supreme Court’s Rejection, *supra* note 6, at 1144-48.

疑いが濃いという。

他方、当時引退が噂されていた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人はステンバーグ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た<sup>(14)</sup>。たしかに、誰が最高裁判所に入ろうとも一第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の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ことは十分考えられる、と私は予想していた<sup>(15)</sup>。

### 3 ゴンザレス判決

ゴンザレス判決については、批判的なコメントが支配的である。史上初めて特定の術法の全面禁止を支持したという結論もさることながら、ステンバーグ判決と事案はほぼ同じで、違いはオコナー裁判官がいなくなったことだけで結論が異なったのは、（判例）法は裁判官次第という困った方向になるという懸念である。

ステンバーグ判決では、8裁判官が意見を執筆したが、今回は法廷意見と反対意見のほかには、トーマス裁判官のごく短い同意意見があるだけで、少数派裁判官の強固な結束を示すものと受け止められているようである。

---

<sup>(14)</sup> Lazarus, Supreme Court Roulette, <http://writ.corporate.findlaw.com/Lazarus/20000802.html>

<sup>(15)</sup> 拙稿前掲注（5）188-89頁。

「保守派はついに彼らの最高裁判所を手に入れた」—1968年以來の共和党大統領が狙い、保守派が夢見てリベラル派が恐れてきた—という Chemerinsky の見方<sup>(16)</sup> がその代表である。同様の評価は枚挙に暇がない。「(ゴンザレス判決は) 保守派の最大の希望とリベラル派の最悪の心配に焦点を合わせた」<sup>(17)</sup>。また、「反中絶派の活動家は、現在、彼らが長く待ち望んできた構成の裁判所に出会っている」<sup>(18)</sup>

ニューヨークタイムズの報道 (Greenhouse 執筆) も、判決の直接的な効果は小さいが最高裁の変化を示すものとしてその意味は大きい、ステンバーグ判決では少数派だったケネディー裁判官の見解が、アリート裁判官の一票により多数意見になったとみる。そして、判例変更しなかったが、ゴンザレス判決は従来の判例法とそぐわないもの (odd) であり、alarming と批判している<sup>(19)</sup>。

専門家の評価も同様のものが多い。Grossman & McClain<sup>(20)</sup> は、ステンバーグ判決と反対の結論を説明できず、裁判官構成の変化が決定的とみる。また、Lazarus<sup>(21)</sup> も、判示は狭いし先例にも敬意を払っているが、ケイシー判決—5対4の1票差だったが「中絶は合法だが規制は可」という大方のアメリカ人の意見を反映した法的妥協—が創り出し、以降

<sup>(16)</sup> Chemerinsky, *Turning Sharply to the Right*, 10 Green Bag 2d 423 (2007) .

<sup>(17)</sup> Liptak, *The New 5-to-4 Supreme Court*, Sec.4; Col.1; N.Y. Times, Apr. 22, 2007.

<sup>(18)</sup> Barnes, *High Court Upholds Curb on Abortion; 5-4 Vote Affirms Ban on 'Partial-Birth' Procedure*, Wash. Post, Apr. 19, 2007, A-Sec.; Pg. A01

<sup>(19)</sup> Greenhouse, *In Reversal of Course, Justices, 5-4, Back Ban on Abortion Method*, N.Y. Times, Apr. 19, 2007.

<sup>(20)</sup> New Justices, New Rules: The Supreme Court Upholds the Federal Partial-Birth Abortion Ban Act of 2003, [http://writ.news.findlaw.com/commentary/20070501\\_mcclain.html](http://writ.news.findlaw.com/commentary/20070501_mcclain.html)

<sup>(21)</sup> Lazarus, *The Supreme Court's Split Decision to Uphold the Federal "Partial-Birth Abortion" Ban: Why, Despite the Court's Disclaimers, It Will Be Hugely Influential*, <http://writ.corporate.findlaw.com/lazarus/20070426.html>

こうした見方はわが国の研究者にも共通している。「座談会：合衆国最高裁判所 2006-2007年開廷期重要判例概観」[2007] アメリカ法199頁、安倍圭介の発言「(先例が) 実質的にはほぼ覆った」、「(ステンバーグ判決の下では) ごく単純に考えれば、この連邦法は違憲」(203頁)。

2006年まで保たれてきた脆い平和を破壊した。判決がどういう利益を実現しようとしたのか分からないのが最大の不幸(バランスを崩したコストへの見返りは?)と手厳しい。関係者の利益を無視して法を救ったがひとりの胎児も救っていない、と皮肉っている。

他方、ゴンザレス判決を擁護する見方もある。Pushaw<sup>(22)</sup>は、以下のようについて。

最高裁の多数派裁判官の政治的見解にすぎない人工妊娠中絶の権利を創ったロー判決を実質的に修正し変更したのがケイシー判決だが、ステンバーグ判決はケイシー判決を適用したもののその制限を無視した。そして、ゴンザレス判決はステンバーグ判決を実際には骨抜きにした。ステンバーグ判決との区別は説得力を欠き法廷意見は法論理としては問題だが、政治的には正しい、すなわち初期の中絶は自由だが出産類似中絶は道徳的非難に値するというアメリカ人の世論主流を代弁している。

ギンズバーグ反対意見を法学者は支持するが、大半のアメリカ人は、次の3つの理由でそうは考えない。①中絶の自由化と男女平等の進展は言われるほど密接な関係にあるのか。②反対意見は男女平等の視点を挙げるが女性のなかにも出産類似中絶規制支持は多い。③反対意見は、女性の平等と自律を語るのみで、独立した存在としての胎児に言及していない。結論として、本判決はステンバーグ判決からの注意深い撤退で、ロー判決とケイシー判決変更の序曲ではない。

こうしたPushawの見解は、ケイシー判決を正しく理解しているのか大いに疑問だし、まさに、本人が認めるように法論理ではなく政治的認識の問題かと推察する。

以下で、注目すべきポイントを具体的に検討してみよう。

---

<sup>(22)</sup> Pushaw, Partial-Birth Abortion and the Perils of Constitutional Common Law, 31 Harv.J.L. & Pub.Pol'y 519 (2008).

(一) 健康例外と「不当な負担」の基準

法論理からすれば、健康例外と「不当な負担」の基準の関係が本判決のキーだろう。

前述(三 2)のように、ロー判決、ケイシー判決、ステンバーグ判決の判例変更はあり得ないとすれば、あとは、こうした先例を骨があるように読むか、骨抜きをはかるかが結論を左右することになる。

ステンバーグ判決は、健康例外がなければそれだけでケイシー判決に照らして違憲とするシンプルな論理だった。法廷意見はもちろん、ステンバーグ判決におけるキーパーソン、オコナー同意意見も、健康例外なければ胎児の独立生存以降の中絶禁止も違憲、ましてやそれ以前の中絶禁止は違憲として、健康例外の有無を、「不当な負担」の基準とは別個の独立した検討事項としていた。

それに対して、ゴンザレス判決は、健康例外は「不当な負担」か否かの判断要素であり、健康例外なくとも実質的障害とならなければ「不当な負担」とは言い切れないという論理である。Amar<sup>(23)</sup>は、健康例外を欠く禁止法を合憲とするのは「180度の方向転換」であって、最高裁判所が実際には判例変更しているのに、それを認めようとしない悪例の典型と論評している。

健康例外がなぜこれほど問題になるのか。前稿<sup>(24)</sup>で指摘したように、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。ステンバーグ判決の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

---

<sup>(23)</sup> Amar, The Supreme Court's Problematic Use of Precedent Over the Past Term: Why Overruling or Refashioning May, In Some Cases, Be Better than Selective Interpretation, <http://writ.lp.findlaw.com/amar/20070720.html>

<sup>(24)</sup> 拙稿前掲注(5) 190頁。

ことの欠点である」としている(さすがに、ゴンザレス判決の法廷意見ではこうした強烈な皮肉は引っ込めているが)。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2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」<sup>(25)</sup>

他方、ステンバーグ判決で違憲判断の理由のひとつだった、出産類似中絶の定義が漠然としていてD&Eも禁止対象という難点は、連邦法の定義規定でかなり解消したとみて良いのだろうか。反対意見もこの点は触れず、健康例外の欠如と連邦法が何の利益も実現しないことに力点をおいている。

## (二) 医学界の見解対立をどうみるか

(一) と関連して、出産類似中絶の必要性について医学界でもコンセンサスがないとされることについて、再び裁判官は対立する。法廷意見はこういう。

しかし、本法がそのような(出産類似中絶の禁止が女性の健康にもたらす)リスクを生むか否かは、下級審において事実問題として争われた。事実審と連邦議会に提出された証拠は、双方ともその立場に医学界の支持があることを示している。先例は、医学的不確実性が存在するときは、法は文面上違憲の攻撃をくぐり抜けることを教えている。この伝統的ルールは、州は妊娠の全段階で生命の尊重を促進する利益を有し中絶医も他の医師と同様に扱われるべきことを確認したケイシー判決と矛盾しない。医学的不確実性は、他の文脈におけると同様、中絶の文脈においても立法権の行使を閉ざすものではない。

---

<sup>(25)</sup> Lithwick, *supra* note 8.

法廷意見の論理は、不確実性が存在する以上、立法権の行使に裁判所は「待った」をかけるべきでないということだが、これまでの判例のように中絶が女性の権利であるという立場によれば、不確実性を理由に憲法上の権利を制約する方向に問題解決してはならないはずである。反対意見は、次のように反論するが、ステンバーグ判決の読み方として、こちらが自然だろう<sup>(26)</sup>。

ステンバーグ判決で、我々は intact D & E を禁止する州法は違憲である理由のひとつが健康例外の欠如であると明確に判示した。intact D & E の安全性について医学的見解の対立が存在することを指摘したが、『特定の術法の禁止が女性の健康に危険をもたらすという医学的権威が支持するかぎり』健康例外は必要であると指摘した。

「ケイシー判決の語法における『必要』は妊婦の生命・健康の保護にとっての必要であって、絶対的な必要や絶対的な証明に言及しているわけではない。そして、このフレーズは医学的見解の全員一致を要求しているわけではない。医師はしばしば評価を異にするものである。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」

すなわち、医学的見解の対立は、「危険の不存在ではなく存在を示すファクターである不確実性を意味する」と我々は理由づけた。「それゆえ、intact D & E をすべて禁止する州法には、健康例外がなければならぬ」

他方、出産類似中絶の必要性についてコンセンサスがないことについて

---

<sup>(26)</sup> Lazarusも、下級審判断を否定しただけでなく、医学界主流の見解否定し数人の異論を採用したものと批判する。Lazarus, *supra* note 21.

また、小竹聡も、判決の核心は、医学界の見解対立から立法裁量を尊重し健康例外の欠如は許されるという考え方だが、こうした論理はステンバーグ判決からの決定的な乖離であるとする。[2008] アメリカ法121頁、126頁。

て、法廷意見の結論は支持されるかもしれないとする論者も、なぜ出産類似中絶を健康例外なしで禁止することによってもたらされるかもしれない害悪を許容するのか説明していないし、競合する利益を比較する必要性を認識していないと批判する<sup>(27)</sup>。

### (三) 中絶を選択した女性の後悔

とりわけ評判が悪く激しい非難の的になっているのが、次のような、中絶を選択した女性は後悔するという法廷意見の理由づけである。

生命の尊重は、子に対する母親の愛の絆に究極の表現を見いだすものである。本法は、この現実をも認識している。中絶するか否かは、困難で苦痛を伴う道徳的判断である。この現象を測る信頼すべきデータはないが、身ごもった幼い命を中絶するというその選択を後悔することになる女性もいると結論しても異議はなさそうに思われる。深い憂鬱と尊厳の喪失を伴うこともある。

かくも感情的葛藤を伴う決定にあたって、行う中絶の術法の正確な詳細を説明しないことを好む医師もいる。緊急手術に直面した患者のなかには、侵襲的医療行為に先立つ通常的不安を悪化させないように、手術の詳細を聞きたがらない者がいても、驚くにはあたらない。本件で争点となっている中絶手術についても同様である。

しかし、州の正当な関心の対象となるのが、まさにこの情報の欠如である。州は、かくも重大な選択が十分に情報を与えられてなされるよう保障する利益がある。中絶の選択を後悔することになる母親は、事後で、知らなかったこと—彼女が医師に、彼女の胎児の頭蓋骨を粉々にしその急速に成長している脳を吸い出すことを許したこと—を知ったとき、より強烈でより深い悲嘆と闘わなければならないことは

---

<sup>(27)</sup> The Supreme Court, 2006 Term—Leading Cases, 121 Harv.L.Rev. 228 at 274 (2007) .



自明である。

反対意見が適切に指摘するように、「こうした考え方は、家庭内と憲法の下での女性の場所に関する古めかしい概念を反映している。しかし、この考えはずっと前に捨てられた」。しかも、法廷意見は「信頼すべきデータはない」ことを自認しているのである。

「法廷意見は、この問題に関する女性の感覚を『自明のもの』とみなしているが、最高裁判所は『女性の運命は、女性の精神的要求と社会での場所についての彼女自身の考え方に基づいて決められなければならない』と繰り返し確認してきた」(ギンズバーグ反対意見)

論者も、男女平等の流れに逆行するものとして一斉に批判している。

Grossman & McClain<sup>(28)</sup> は、権利の主体 = 女性への無関心が決定的で、中絶は女性に心理的な危機をもたらすという、信頼できる証拠がないばかりでなく数多くの研究と矛盾する記述と、妊娠した女性の自由や平等を認めてきた先例との乖離につながったと指摘する。

GreenhouseやLazarusも同様に批判する。法廷意見は、この術法で中絶すると女性は後悔という、女性の役割に対する時代遅れの考え方を反映している<sup>(29)</sup>、女性は賢明な選択できないという過去の女性への見方<sup>(30)</sup> だとする。

---

<sup>(28)</sup> Grossman & McClain, *Gonzales v. Carhart: How the Supreme Court's Validation of the Federal Partial-Birth Abortion Ban Act Affects Women's Constitutional Liberty and Equality*, [http://writ.news.findlaw.com/commentary/20070507\\_mcclain.html](http://writ.news.findlaw.com/commentary/20070507_mcclain.html)は、男女平等の法理は、女性に関する「古風で広汎な一般化」の除去と国家が強制する性別役割の除去だったのに、女性は、中絶の結果、本質的に「心理的な危機」を被ると仮定し、自分自身の決定から女性を保護し母子の親密な絆という概念を推し進めようという連邦議会の努力を受け入れた。結論として、法廷意見の分析や理由づけは、長い間に確立された自由と平等を侵害する。女性やその権利についての、遠い過去に属する見方をよみがえらせた、と手厳しい。

<sup>(29)</sup> Greenhouse, *supra* note 19.

<sup>(30)</sup> Lazarus, *supra* note 21. 小竹も、だからといって、医師に適切な情報提供を要求するのではなく、選択の権利を奪うのは論理が転倒しているし、こうした理由づけはジェンダーについての架空のイデオロギーと批判している。小竹前掲注 (26) 125-26頁。

こうした見方はマスコミにも共通する。USA Today も、子への母親の愛情の絆を強調するケネディー法廷意見と女性の自立を重きを置くギンズバーグ反対意見の間には深い亀裂があり、女性の決定権を重視したオコナー裁判官に比べて女性の視点からのアプローチが少ないと評している<sup>(31)</sup>。

Grossman & McClain が批判するように<sup>(32)</sup>、「国の経済的・社会的生活に平等に参加する女性の能力は、自らの生殖をコントロールする能力によって促進されてきた。憲法は人間的な価値に資するものである。ロー判決への信頼がどの程度のものであるか正確にはかることはできないが、ロー判決に従って考え方や生き方を形成してきた人々にとってのロー判決変更のコストは、簡単に片付けられない」と述べて、男女平等の観点から不承不承ながらロー判決を維持したケイシー判決の共同意見（ケネディー裁判官も加わっていた！）を忘れたと言われても仕方ない。

#### （四）結局オコナーの引退に尽きる？

マスコミの論調を中心に、結論を分けたのは、オコナー裁判官がアリート裁判官に代わっただけ、という見方が多い。ステンバーグ判決のオコナー同意意見が、明確に健康例外を合憲判断の絶対条件としていたことから当然の評価と言える。

Grossman & McClain は、アリートがオコナーに交代したことの結果としているし、Chemerinskyも、両判決の違いは（法の文言ではなく）オコナーがアリートに代わったことであり、新裁判官は7年前の先例を捨てたと断じる<sup>(33)</sup>。

---

<sup>(31)</sup> Biskupic, Court takes harder stance on abortion, Ginsburg says ruling 'recalls ancient notions' about women, USA Today, Apr. 19, 2007, NEWS; Pg.2A.

<sup>(32)</sup> 法廷意見はこの決定的争点についてケイシー判決で言ったことを忘れて、と揶揄している。Grossman & McClain, supra note 28.

<sup>(33)</sup> Grossman & McClain, Id. & Chemerinsky, supra note 16.

たしかに、微妙な憲法判断については、実際には裁判官構成で結論が左右されることは少なくない。しかし、(判例)法は裁判官次第とみなされるのを避けるためにそれなりの説明、たとえば、判例を支える状況の変化などを加えようとするが多かったように思われる。しかし、法廷意見にはその配慮は伺えない。

2008年の大統領選挙で、民主党のオバマ候補が勝利したことは、最高裁判所が従前の判例に回帰し再び中絶支持に舵を切るひとつの光のようにもみえる。しかし、巷間言われるように、反対意見のうちスティーブンス裁判官(1920年4月生まれ)とギンズバーグ裁判官(1933年3月生まれ)はいつ引退してもおかしくない高齢であるのに対して、法廷意見に与した首席裁判官(1955年1月生まれ)とトーマス裁判官(1948年6月生まれ)、アリート裁判官(1950年4月生まれ)の3人がまだ50歳代から60歳になったばかりであることは、この論争の行く末を見えないものになっている。